

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成24年5月31日現在

機関番号：12604

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2009～2011

課題番号：21730020

研究課題名（和文） スティグマをめぐる基本権理論の構築

研究課題名（英文） Building a theory of constitutional rights on stigma

研究代表者

斎藤 一久 (SAITO KAZUHISA)

東京学芸大学・教育学部・准教授

研究者番号：50360201

研究成果の概要（和文）：

ドイツ連邦憲法裁判所の判例において、基本権の介入段階で、スティグマの効果を考慮する判例がいくつか出された。これはアメリカ憲法理論における法の表現的側面との類似性が見出しうる。しかしどのような種類の人権がその射程にあるのかについては未だ明確ではない。日本においても、政府の情報提供、国旗・国歌問題、生活保護の問題では、スティグマ効果を取り入れた基本権の理論構築も可能であると考えられる。

研究成果の概要（英文）：

In the Federal Constitutional Court of Germany there are judgments taking stigma into consideration, especially on the stage of reviewing interventions "Eingriff" to constitutional rights. This is similar to the expressive Function of Law in American Constitutional Theory. But a range of its application is not clear. In Japan there is a possibility of building a theory of constitutional rights on stigma, particularly in the case of government information, national flag and anthem at public schools, being on welfare.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2009年度	1,100,000	330,000	1,430,000
2010年度	900,000	270,000	1,170,000
2011年度	600,000	180,000	780,000
年度			
年度			
総計	2,600,000	780,000	3,380,000

研究分野：公法学

科研費の分科・細目：憲法学

キーワード：憲法、人権、基本権、スティグマ

1. 研究開始当初の背景

2005年、ドイツ連邦憲法裁判所は、憲法擁護庁がその報告においてユンゲ・フライハイト新聞社を「極右」、「反憲法的」などと名指したことが、プレス自由を反するとして違憲判決を下した（ユンゲ・フライハイト判決）。当該判決は、（1）基本権への介入概念

を拡大するとともに、（2）スティグマという概念の導入によって、基本権行使の不可能ないし困難さというドイツ基本権理論の新しい境地を切り開いた。

ドイツ基本権理論では、「保護領域（Schutzbereich）—介入（Eingriff）—正当化（Rechtfertigung）」という審査手法が通説

として確立しているが、介入においては目的性、直接性、法的行為性、強制性などがそのメルクマールとされていた。ユンゲ・フライハイท์判決では、憲法擁護庁の報告という事実行為による基本権侵害ではあったが、それを「介入」として認定したのである。

警告、政府広報などの事実行為による基本権侵害は、従来、行政法領域において意識化されて来たが、憲法学領域での研究は十分であるとは言えなかった。とくにリスク社会においては、間接的な制御手法が多用される傾向にあり、たとえばリスクコミュニケーションの促進のため、今後、リスク情報の提供が益々さかんになると考えられるが、この種の事実行為により、基本権侵害が構成しうるのかについては、ドイツの憲法判例を踏まえる限り、日本でも問い直される必要がある。

ユンゲ・フライハイท์判決では、とくに憲法擁護庁報告によるスティグマ効果という点を重視し、報告を契機とする私人による侵害可能性も考慮に入れ、基本権侵害の判断を行った。もっとも基本権侵害に関する社会的な文脈の考慮については、すでにアメリカ憲法理論において同様の傾向が見られ、比較法上、日本においてもスティグマと基本権の関係についての研究が重要な意義を持ちうる。

したがって、本研究では、(1) 国家の事実行為を中心とした基本権介入についての憲法学的研究、そして(2) スティグマという社会的概念をいかに基本権論において取り込みうるのかについての研究を中心として行うことを目指した。

2. 研究の目的

本研究は、(1) ドイツ連邦憲法裁判における判例分析と憲法学説の研究、(2) アメリカ憲法学説との比較研究、(3) 日本における展開可能性の検討を中心として行う。

(1) について、連邦憲法裁判所は、ユンゲ・フライハイท์判決以前、2002年に事実行為による基本権介入に関するケースとして、健康に害を及ぼすとされるグリコール入りのワインリストの公表(グリコール判決)、セクト宗教に関する警告(オショー判決)について判断している。この2つの判決では、基本権への介入を否定し、単に事実上の影響にすぎないとして、合憲と判断している。これに対して、ユンゲ・フライハイท์判決は介入を肯定した上で、憲法擁護庁報告を契機とする私人による侵害可能性も考慮に入れ、当該報告をプレスに自由を反するとして違憲と判断した。この点、介入概念の拡大とスティグマの問題について連邦憲法裁判所の判例及び下級裁判所の判例の分析を行った。同時にドイツの憲法学説、とくにフライブルグ

大学のディートリッヒ・ムルスビーク教授の論稿を中心に研究した。

また(2)においては、(1)で行うドイツの憲法理論を単にドイツ特有の問題と限定せず、共通の枠組みの中でアメリカの憲法理論との比較検討を加えた。主として、アメリカ憲法学における法や政府行為の表現的側面(機能)についての研究を行った。もっともアメリカ憲法学では、ドイツで問題となった国による事実行為を通じたスティグマというよりも、むしろ広い意味で政府行為によるメッセージ性が問題となっている点、平等保護条項や国教樹立禁止条項で議論されている点で極めて興味深く、次元の差を意識した上で研究を行った。

(3)では、日本での展開可能性としては、より典型的なケースとして日本の伝統的なマイノリティー(アイヌ、同和問題、在日コリアン、障害者、女性など)へのスティグマが考えられる。しかし、ドイツでは必ずしもその種のマイノリティーの事例であった訳ではないことから、日本の裁判事例において問題となった、もしくは問題となりうるものについて、従来の研究との関連で以下に限定した。たとえばO-157問題などにおける、①国家による情報提供と基本権侵害の関係であり、とくにリスク社会における国の情報提供のあり方について考えた。また国家によるスティグマ効果により基本権行使が妨げられる問題として、②公立学校における国旗・国歌斉唱の強制(教育基本法における「愛国心」条項も含む)、③生活保護受給を取り上げた。

3. 研究の方法

研究の方法としては、主として文献研究が中心となった。

また2010年3月から2011年2月まで、日本学術振興会・優秀若手研究者海外派遣事業により、ゲーテ大学フランクフルト・アム・マイン法学部公法研究所(受入:ウテ・ザクソフスキー教授)にて研究を行った。その際に多くの資料を収集するとともに、同大学のゲオルグ・ヘルメス教授、グンター・フランケンベルグ教授、モーリッツ・ベルツ教授らと意見交換を行い、研究報告等においても本研究テーマに関する報告を行った。

4. 研究成果

(1)については、スティグマをめぐるドイツ連邦憲法裁判等における判例分析と憲法学説の研究について研究を実施した。とくに連邦憲法裁判所のグリコール決定、オショー決定、ユンゲ・フライハイท์決定を中心に検討した。

研究成果については、その一部を憲法理論研究会編『憲法理論研究叢書 17 憲法学の最先端』（敬文堂、2010 年）に論文「基本権の間接的侵害理論の展開」として掲載した。すなわち、オショール決定において「破壊的」、「エセ宗教的」という表現がとくに問題視され、またユング・フライハイム決定において憲法擁護庁報告のスティグマ効果という異議申立人の主張が採用されたことからすると、連邦憲法裁判所は、国家の情報提供行為についてスティグマをめぐる事実上の侵害効果を考慮し、基本権保護の射程を拡大していると考えられる。

しかしながら、現時点では、拡大傾向にあるという指摘に留まらざるを得ない。その理由は、たとえば 3 決定が問題となった基本権の性質により異なった判断が出されたに過ぎない、すなわち営業の自由が問題になったグリコール決定については介入が否定されたが、信教の自由、プレスの自由という「敏感な」基本権においては国家作用が個人の自由意志に与える物理的・心理的拘束力を、個々に分析し、国家の情報提供行為による私人の行為制御可能性が存在するというだけで、基本権侵害であるという結論を導き出したとも考えられなくはないからである。

(2) については法の表現的側面を中心に検討した。当該理論の場合、どのような場合に違憲となりうるかがドイツ同様、十分に明らかではない。ただし、ドイツの議論の方が三段階審査という違憲審査基準上の問題であることから、より体系的な位置づけ・整理がなされていると考えられる。また研究の過程において介入概念がハーバード大学のキャス・サンスティン教授が主張する Nudge との近接性が見られることが明らかになった。しかし、本研究が基本権からの探求であるのに対して、Nudge は行動経済学に基づいた国家の制御システム、すなわち統治テクノロジーの研究であり、ある意味では両極に立つ。この点、行動経済学、さらには憲法の個人像という根源的な問いとも関連しており、研究結果としてはさらなる検証が必要であろう。

(3) については、①国家による情報提供、②公立学校の国旗敬礼・国歌斉唱、③生活保護受給を中心に研究を行った。

①については、本研究では不確実な段階での国家の情報提供を基本権への介入というフィルターによって濾過しようという試みを提唱した。しかしリスク社会においては、国家の情報提供行為が重要な政策手段となりうるが、リスク社会だからこそ、本研究のような提唱は場合によっては国家を機能不全に陥れてしまうという根本的な欠点を抱えていることを認めざるを得ない。この点は、法律の留保との関係で、すでに批判を受けて

おり、さらに東日本大震災をめぐる一連の国家の情報提供行為については、例外状態であるという逃げ道があるものの、提唱した理論の再検討が必要であると言わざるを得ない。

②では教育基本法の愛国心条項がスティグマ効果を有しているものの、それ自体が違憲であるとは言えず、やはり何らかの具体的強制ないし侵害が必要であるという結論に至った。この点、たとえば東京都の国旗・国歌訴訟において、古典的な侵害以前の段階で、スティグマを踏まえた事実上の強制・侵害の概念を確立できるのではないかと現在のところ考えている。

また「間接的制約」という概念が、最高裁における一連の国旗・国歌訴訟で示されたことから、思想・良心の自由及び信教の自由に関する判例を中心に介入の概念との比較・整理を行った。とりわけドイツの基本権の間接的制約の枠組みと比較すると、最高裁の「間接的制約」は思想・良心の自由の核心への制限ではないという意味にしか過ぎず、「間接的」という本来の意味を見誤っている。また最高裁の「間接的制約」は、審査次元を憲法から裁量権審査に移行させる「ワープ」機能の役割を果たしており、精神的自由の制限する際の論証手法としては十分ではないと言わざるを得ない。

③は生活保護の受給のスティグマにより、生存権の現実的な行使可能性が影響を受けることから、「保険料納付者が生活保護者よりも貧しくなる」事態を回避することも憲法上求められると解釈できることを示した。もっとも生活保護に頼るか、または頼らないかという生き方ないしライフスタイルの選択について、憲法 13 条の幸福追求権により保護される余地があるが、この点は 13 条解釈としては、研究会等での批判もあり、より根源的な検証が必要であろう。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

〔雑誌論文〕(計 2 件)

- ① 齋藤一久、生存権の自由権的側面の再検討—旭川国保訴訟最高裁大法廷判決のうち 1 つの論点—、季刊企業と法創造、査読なし、7 巻 5 号、2011、P11-16
- ② 齋藤一久、基本権の間接的侵害理論の展開、憲法理論研究叢書 17、査読なし、2009、P55-67

〔学会発表〕(計 1 件)

- ① 齋藤一久、ドイツにおける多文化社会と憲法、全国憲法研究会、2011 年 5 月 14 日、東京経済大学(東京都)

〔図書〕（計1件）

- ① 大沢秀介・葛西まゆこ・大林啓吾編著、
齋藤一久他、成文堂、憲法.com、2010、
P119-133

〔その他〕

ホームページ

<http://www.u-gakugei.ac.jp/~kazus/kako.html>

6. 研究組織

(1) 研究代表者

齋藤 一久 (SAITO KAZUHISA)

東京学芸大学・教育学部・准教授

研究者番号：50360201