

憲法における構成要件の理論

工藤達朗

- 一 刑法解釈と憲法解釈
- 二 基本権構成要件
- 三 おわりに

一 刑法解釈と憲法解釈

憲法の長尾一紘先生は、二〇一二年度をもって中央大学を退職された。二〇一三（平成二五）年一月に開催された最終講義において、先生は、憲法解釈学に対する不信について触れている。「憲法学においては、学者の主観があまりに強すぎる」、「憲法学は、刑法などにくらべてかなり遅れているのではないか」というのである。⁽¹⁾これは私の実感でもある。私が大学に入学したのは一九七五（昭和五〇）年であるが、その時にはすでに、犯罪の成立要件を、構成要件該当性・違法性・責任の三要素に分けて論じることが、——若干の異説を除き⁽²⁾——もはや盤石の体系であり、こ

れら三要素を順番に検討すること、そのような思考方法に習熟することが、刑法学の学習であると感じられた。

もちろん、このような理論体系が確立するまでには、さまざまな理論体系の間で優劣をめぐる争いがあったであろうし、構成要件の概念自体についても、学説は対立しただろう。けれども、議論の長い歴史を経てきたものであるだけに、刑法理論は安定しているという印象を受けるのである。

これに対して、憲法学においては、違憲立法審査権が裁判所に与えられたのは日本国憲法になってからということもあって、私が大学に入学した頃は、憲法が保障する基本的人権をどこまで制限したら違憲になるのか、人権を制限する法律が合憲か違憲かをどのように判断するのか、はっきりした思考の筋道が存在していなかった。⁽⁴⁾ 基本的人権を公共の福祉を理由に制限できるか、それとも内在的制約に限られるのか、という議論のほかは、問題となっている人権を制限することによって得られる利益と失われる利益を比較して、得られる利益が失われる利益よりも大きければ、その制限は合憲である、という利益衡量ないし比較衡量論があるだけであった。けれども、何にどの程度の重さを置いてはかりに載せるのか、はっきりしないから、結局は解釈者の主観（世界観ないしイデオロギー）によって結論が導かれることになる。しかも、法の解釈は、法の科学とは異なって、認識ではなく評価であり、実践であるとされたため、憲法解釈への解釈者の主観の持ち込みが正面から正当化され、誰のための解釈なのか、いかなる社会勢力の同伴者なのかの問題に還元されてしまう。自分の解釈を多くの人々に受け入れてもらうためには、その解釈を支える現実の勢力の力を拡大するための実践に携わるべきだということにさえなりかねない。

憲法訴訟論、とくに違憲審査基準論が提唱されたのは、ちょうどこのような時期であった。⁽⁵⁾ それ以降、基本的人権の性質と、規制立法の目的や態様に応じて、どの審査基準を用いて法律の合憲・違憲を判定するかが人権論の議論で

あるということになったのである。違憲審査基準論により、解釈者の主観や事件の特殊性に左右されない安定した解釈が、憲法の領域でも可能になるように思われた。けれども、審査基準論の影響があまりにも強かったため——審査基準論が従来の議論よりもそれだけ客観的で優れていたということでもあるが——、審査基準論さえやっていたれば人権論は十分だ、という傾向が学生や司法試験受験生に蔓延したことは否めない⁶⁾。確かに、違憲審査基準論は切れ味のよい包丁であったかもしれないが、素材をじっくり見て料理するのではなく、よい料理人とはいえないだろう。

二 基本権構成要件

1 ドイツにおける三段階審査

刑法学から見るとすぐに、違憲審査基準論には欠けているものがある、と感じられるだろう。憲法で保障されたいかなる基本権が制限されているのか、それが明らかになつてはじめて、いかなる審査基準が適用されるかの議論に進むことができるはずである。その点が自覚的に論じられていない。つまり、「構成要件」の観念が存在しないのである。けれども、構成要件は、刑法学に特有の概念で、憲法とは無縁のように感じられる。実際、法学辞典で「構成要件」を引いてみると、そこにあるのもっぱら刑法理論の説明である。

これに対して、ドイツでは、基本権侵害の有無を審査・判断する枠組みとして、「三段階審査 (Drei-Schritt-Prüfung)」の図式な⁷⁾し理論が用いられている。この審査は、「保護領域 (Schutzbereich)」→「介入 (Eingriff)」→「憲法上の正当化 (Verfassungsgerechte Rechtfertigung)」の順序で行われる。第一段階は、問題となっている個人の行為

や状態が基本権の保障する範囲に含まれるかどうかの審査であり、第二段階では、国家の行為が基本権の保障する行為や状態を制限するものであるかの審査である。それらが肯定されると、第三段階として、そのような国家行為は憲法上正当化されるかどうか、形式的小および実質的な側面から審査されるのである。憲法上正当化されない限り、基本権制限（基本権の保護領域への介入）は基本権侵害として違憲となる。そして、この審査図式の第一段階、「保護領域」は、「基本権構成要件（Grundrechtstatbestand）」とも呼ばれる。憲法における構成要件の理論である。考えてみると当たり前であるが、構成要件は刑法特有のものではないのである。

この三段階審査が刑法理論と類似していることはすぐにわかる。基本権は国家の行為を拘束する規範だから、国家の行為が基本権の「保護領域」に「介入」するとは、基本権の「構成要件」に「該当」したことを意味する（Ⅱ「構成要件該当性」）。そうであれば、その国家行為は一応違憲であるとの推定がはたらくので、その推定を覆すには「憲法上の正当化」が必要で、正当化されない限りは違憲と判断されるのである。

ここで重要なことは、最近になって、日本国憲法の基本権解釈論に、この三段階審査論の影響が急速に高まっていることである。⁽⁸⁾⁽⁹⁾とくに注目されているのは、第三段階の、憲法上の実質的正当化で用いられる「比例原則」である。現在、違憲審査基準論と比例原則の優劣をめぐる議論が盛んに行われている。⁽¹⁰⁾しかし、ここでは、第一段階の「基本権構成要件」ないし「保護領域」に注目し、それが日本国憲法の基本権解釈にとって有する意義を検討することにした。もちろん、ドイツの憲法学において、基本権構成要件の概念やその範囲について学説の対立がある。⁽¹¹⁾その点はここでは措き、もっぱら日本国憲法の基本権解釈に引き寄せて考えることにする。

2 日本の憲法判例における構成要件論の不在

従来の違憲審査基準論では、基本権構成要件または基本権の保護領域が自覚的に論じられていないことはすでに指摘した。もちろん、違憲審査において憲法の個々の条文に違反するか否かを判断しなければならぬのだから、直感的には取り扱っているはずである。しかし、直感にとどまる限り、他の人にわかるように説明することができないため、解釈の説得力と透明性を欠いてしまうことが問題なのである。この点は判例も同様である。判例においても、基本権構成要件が自覚的に論じられないため、違憲審査のあり方に次のような問題が生じる。⁽¹²⁾

例えば、最高裁は、裁判所による取材ファイルの提出命令が憲法二一条に違反しないかが争われた事件（博多駅事件TVフィルム提出命令事件・最大決昭和四四年一月二六日刑集二三卷一一号一四九〇頁）において、報道の自由が憲法二一条の保障の下にあると明言しつつ、「報道のための取材の自由も、憲法二一条の精神に照らし、十分尊重に値いする」と述べた。そして最高裁は、取材の自由が憲法二一条の保障の範囲内に含まれるか否かを明らかにすることなく、対立する憲法原理（公正な刑事裁判の実現という憲法上の要請）との衡量を行って、提出命令を合憲とした。⁽¹³⁾

傍聴人のメモの禁止が争われた事件（レベタ事件・最大判平成元年三月八日民集四三卷二号八九頁）においても、「情報等に接し、これを撰取する自由」は憲法二一条からその派生原理として当然に導かれるとしつつ、「筆記行為の自由は憲法二一条一項の規定の精神に照らして尊重されるべきである」と述べたうえで、「筆記行為の自由は、憲法二一条一項の規定によって直接保障されている表現の自由そのものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要とされる厳格な基準が要求されるものではない」としたのである。

これらの判例では、「取材の自由」や「筆記行為の自由」が憲法二一条の保護領域に含まれるかどうか、明言されていない。おそらく、含まれるには含まれるが、その周辺部分に位置するものであるため、その保障の程度は中心部分よりも低いということであろう。その結果、対立利益との衡量でも、制限によって失われる利益は低いとされているようであるが、その点がはつきりしない。

また、被拘禁者の喫煙の禁止が争われた事件（最大判昭和四五年九月一六日民集二四卷一〇号一四一〇頁）では、「喫煙の自由は、憲法一三条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならぬものではない」として、喫煙の自由が一三条の保護領域に含まれるのか、明らかにしないまま合憲としている。いずれにせよ制限は合憲なのだから、その自由が憲法上保障されているかどうかはどうでもよい、ということであろう。さらに、最近の君が代ピアノ伴奏拒否事件（最判平成一九年二月二七日民集六一卷一〇号二九二頁）では、ピアノ伴奏を拒否する行為は憲法一九条の保護領域には含まれないとしながら、ピアノ伴奏を命じる職務命令は一九条の保護領域を制約するものでもないとした。ここでも、審査の第一段階と第二段階の区別がはつきりしていない。

これらの若干の判例を見ただけでも、三段階審査論からすれば、次のような厳しい評価になることは理解できる。すなわち、日本の違憲審査の特質は、「審査段階を区別して、ステップごとに区切って段階的に審査するのではなく」、基本権構成要件、介入、憲法上の正当化の「審査段階が明確に区別されることなく、いわば平面的に一緒くたに込みで行われ、総合的網羅的な利益衡量の中で、三者の審査が幾度も『行きつ戻りつ』しつつ、いつのまにか合憲・違憲の結論が導き出されるところにある。とりわけ、『基本権構成要件』を明確にしないまま、むしろ『憲法の精神に照らし、十分尊重に値する』というように、意図的に曖昧にして、『憲法的正当化』が行われるため、「判断内容が明確でなく、

全体として朦朧となっている」。これが「最大の欠陥」である、と。⁽¹⁴⁾

3 基本権の競合

(1) 基本権競合と罪数論

基本権構成要件の観念は、違憲審査の判断過程を透視かつ明確にするうえで有意義であることはわかった。基本権解釈への影響はそれだけにとどまらない。例えば、この観念を取り入れると、ある国家行為が複数の基本権構成要件に該当するように見える場合がある。ドイツでこの問題は「基本権競合 (Grundrechtskonkurrenz)」と呼ばれる。⁽¹⁵⁾

刑法の罪数論⁽¹⁶⁾には、法条競合や観念的競合の議論がある。観念的競合とは、「一個の行為が二個以上の罪名に触れ」(刑法五四条一項)る場合、すなわち、複数の犯罪構成要件に該当する場合であり、法条競合⁽¹⁸⁾とは、一個の行為が数個の罪名に触れるような外観を呈するが、それらの構成要件の中の一つの構成要件が他の構成要件の適用を排除するため、その結果、一つの構成要件にしか該当しない場合である。古典的なテキスト⁽¹⁹⁾では、憲法でもおなじみの刑法二〇〇条を例に挙げ、尊属を殺した場合は尊属殺人罪の規定(刑法二〇〇条)だけが適用され、殺人罪の規定(同一九九条)の適用は排除される。これが法条競合である。これに対して、一個の行為で尊属と他の者を殺せば観念的競合になると説明されていた。同様のことが基本権解釈でも問題になるのである。

(2) 法条競合

法条競合にはいくつかの類型があるが、「特別関係」、すなわち一般法と特別法の関係は、憲法規定でも当然問題に

なる。ただし、憲法には、刑法と異なり、包括的基本権規定（日本国憲法二三条、ドイツ基本法二条一項）のある点が全く違う。刑法では、個々の（個別的）構成要件に該当する行為でなければ、犯罪は成立しない。刑法各論で問題とされる行為と同じ程度に反社会的で、非難に値する行為であっても、犯罪として処罰の対象となることはない。これが刑法の自由保障機能である。⁽²⁰⁾これに対して、憲法では、個々の基本権構成要件に該当しない、それらの保障からこぼれ落ちた行為であっても、包括的基本権規定によって保護の対象とされることになる。この点では、個々の行為を区別することなく、「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者」に対して一般的に損害賠償責任を負わせる民法の態度に近い。

けれども、このような刑法と憲法の違いは、実は前提を共通にするからこそ生じるのである。すなわち、人間は本来自由であり、その制限は例外である、という前提である。⁽²¹⁾だからこそ、刑法は個別の構成要件に該当する行為だけを犯罪とするのに対して、憲法は個別的な自由権に解消されない一般的な自由を認めるのである。

なお、個別的基本権の保護からこぼれ落ちたいかなる行為が包括的基本権の問題になるのかについて、ドイツでは、保護領域一本の判例・多数説と、規律領域と保護領域を区別する少数説の対立がある。⁽²²⁾規律領域とは、ある基本権規定の主題とされた自由領域または生活領域である。例えば、ドイツの基本法八条一項は集会の自由を主題として規定しているが、その保護領域に含まれるのは「平穏かつ武器を持たずに」行われる集会だけである。それでは、八条一項で保護されない「暴力的で武器を持った集会」は包括的基本権の保護領域に含まれるのか。判例・多数説はこれを肯定するのに対して、少数説はそれを否定する。少数説からみれば、規律領域と比べて保護領域を明文で限定することは、構成要件要素の問題であると考えることができよう。

構成要件要素の問題としては、さらに、身分犯の問題がある。⁽²³⁾刑法には行為者が特定の身分を有することが犯罪成立の要件になっていることがある。憲法の基本権にも、「人的保護領域」の観念がある。国籍の如何にかかわらずすべての人に保障される基本権と、国民だけに保障される基本権があるからである。日本国憲法では、選挙権や生存権の保障は外国人には及ばないが、自由権は外国人にも保障されるのが原則である。それに対して、ドイツ基本法では、集会の自由（基本法八条）、結社の自由（同九条）、移転の自由（同二一条）、職業選択の自由（同二二条）はドイツ人だけに保障される権利であって、外国人には保障されない。そのため、これらの権利が包括的基本権（同二一条一項）の内容として外国人にも保障されるのか、という問題が生じるのである。こうしてみると、基本権の享有主体も構成要件要素の問題だといえよう。

それでは、憲法一三条と個別的基本権規定を除いて、日本国憲法上、基本権規定の間に一般法・特別法の関係は存在するのか。

まず考えられるのは、一般的平等原則と個別の平等規定との関係である。例えば、憲法四四一条但し書きと一四一条一項の関係について、私は以前、一四一条と四四一条但し書きは一般法と特別法の関係にあり、「選挙権・被選挙権の平等」に対しては本条（憲法四四一条）但し書きだけが適用され、一四一条一項の適用は排除される⁽²⁴⁾と述べたことがあるが、（賛成であれ反対であれ）特段の反応はなかった。

また、政教分離規定のうち、憲法八九条の公金支出等の禁止と二〇条三項の宗教的活動の禁止の関係について、愛媛玉串料訴訟（最大判平成九年四月二日民集五一卷四号一六七三頁）の園部逸夫裁判官の意見が、「本件における公金の支出は、公金の支出の憲法上の制限を定める憲法八九条に違反するものであり、この一点において、違憲と判断すべき

もの」であるから、「憲法八九条の右規定に違反することが明らかである以上、憲法二〇条三項に違反するかどうかを判断する必要はない」と述べているのは、二〇条三項と八九条を一般法・特別法の関係にとらえているからではないか、と問題提起してみたことがあるが、反応は全くなかった。

さらに、婚姻の自由に関して、一三条と二四条の間に緊張関係を見る学説に反対し、二四条一項は一三条の特別法である旨主張したことがあるが、これも専門の憲法研究者からの反応はない。

こうしてみると、日本の憲法学説は、憲法一三条と個別的基本権規定の間を除くと、基本権規定の間に一般法と特別法の関係を認めることに消極的であるように思われる（単に私の論文が読まれていないだけという可能性もあるが）。その理由はわからないが、ある基本権の適用を排除するのではなく、複数の基本権の適用を認めるべきだということであろうか。それならば、次の観念的適用の問題になる。

(3) 観念的競合

憲法では、営利的言論が、表現の自由（憲法二二条）の問題か、営業の自由（同二二条）の問題か、という議論がある。⁽²⁸⁾ 憲法二二条の保護領域を限定して、そこに含まれるのは、国民の自己統治にかかわる政治的表現や、表現者の自己実現にかかわる芸術的表現に限られるととらえれば、営利的表現は憲法二二条の保護領域には含まれず、二二条の問題とされることになる。これは保護領域の限定による解決である。

これに対して、消費者の自己実現などの理由で営利的表現も二二条に含まれるとした場合、二二条だけが適用されるのか、二二条も適用されるのか問題になる。両方ともに適用されるとすると、それが観念的競合である。その場合、

裁判所は、営利的言論を制限する国家行為の合憲性を審査するに当たって、二一条に違反しないか、二二条に違反しないか、二度にわたって審査しなければならないのか、という問題がさらに生じる。

そこで刑法を参照すると、刑法五四条一項では、「その最も重い刑により処断する」とされている。科刑上は一罪として扱われるのである。すなわち、一個の行為が複数の構成要件に該当した場合、違法性が重複的に高まるわけでもなければ、その中間の違法性になるというわけでもない。最も重い刑を一つ科すのである。

これを営利的言論の議論に転用すると、憲法二一条と二二条の両方が適用されるが、保障の程度は倍になるわけでも、両者の中間になる（憲法ではこのように説く学説も有力であるが）わけでもない。さらに、二つの条文のそれぞれについて合憲性の審査を繰り返すのではなく、最も厚く保障される条文（ここでは憲法二二条）についてのみ、その合憲性を審査すればよい、ということになる。適用可能な複数の条文について、すべての条文との関係で審査するのではなく、いずれか一つでよいということになれば、裁判の時間と労力の節約になるのはもちろんだが、最も保障の厚い条文に照らして合憲なら、保障の程度がそれ以下の条文で違憲になるはずはないので、繰り返しの審査はもともと無駄であつたにすぎないのである。

同様の問題は多い。例えば、地方公務員になる権利は、憲法一五条の公務就任権の問題なのか、二二条の職業選択の自由の問題なのか、どちらか一方だけが適用されるのか、両方適用されるのか。新聞記者がその取材活動を制限された場合、報道の自由（憲法二二条）の問題なのか、職業活動の自由（同二二条）の問題なのか。国立大学の研究者が、その研究内容に問題があるとして大学を解雇された場合、学問の自由（憲法二三条）の問題か、勤労の権利（同二七条）の問題か、などなどである。保護領域の限定によって解決できる場合もあれば、観念的競合を認めなければならない

場合もある。その場合には、刑法の議論が参考になろう。

三 おわりに

今から四半世紀も前のことであるが、ゼミの学生が「憲法の解釈論を一生懸命勉強すると、他の科目の解釈がわからなくなる」という趣旨の発言をした。その学生は、卒業後間もなく司法試験に合格し、今は弁護士として活躍しているから、優秀な学生といつてよい。当時の人権解釈論は違憲審査基準一辺倒だったから、民法や刑法の解釈と違いすぎて、いくら憲法を勉強しても他の科目の参考にならない、ということをお願いしたのだろう。その通りだと思ふ。それに対して、本稿は、基本権構成要件の考え方を取り入れれば、憲法と刑法の議論には共通性があることを述べようとしたのであるが、憲法学者に刑法を、刑法学者に憲法を説くことになり、結局、どちらから見ても初歩的な説明に終わってしまった。残念ではあるが、あきらめるほかはない。また、構成要件論以外にも、憲法と刑法に共通する理論的問題はあるだろう。例えば、刑法の適用範囲の問題と基本権の在外国民への保障の比較などが考えられるが、その検討は別の機会にしたい。

斎藤信治先生のテキスト『刑法総論』は、いまや法学関係者の枠を超えて有名であるが、その中にこんな一節がある。「一部には大麻規制違憲・(限定) 解禁論もあるが(加藤)、反対論が強い(最決昭60・9・10等。少量の自己使用の処罰には議論の余地も(工藤)⁽³²⁾。誤解でなければ、この「工藤」は私である。⁽³³⁾有名なテキストの中でわざわざ言及されるとは、光栄の至りである。専門違いも顧みずこの記念論文集に寄稿させていただいたのは、長年同僚として接していただい

た恩義に加え、テキストで言及していただいた恩義にいささかなりとも報いるためである。斎藤先生の一層のご健康とご健筆をお祈りする次第である。

(1) 長尾一紘『戦後憲法学』とこれからの日本」白門六五巻五号(二〇一三年)四〇頁。この講義には斎藤信治先生も列席されていた。

(2) 学生時代、私は、下村康正先生の刑法の講義を聴いた。記憶が不確かであるが、先生は、犯罪の成立要件を、行為・違法性・責任とし、構成要件は刑法各論で扱うべきである、といっておられたような気がする。講義では、自説は少数説であると言われていたが、構成要件論が主流になるまでは、こちらが一般的だったのかもしれない。参照、平野龍一『刑法総論Ⅰ』(有斐閣、一九七二年)八九頁。なお、注(9)参照。

(3) 平野・注(2)八七頁以下のほか、大塚仁『犯罪論の基本問題』(有斐閣、一九八二年)の第二講「犯罪論の体系」、第三講「構成要件の観念とその解釈論的機能」参照。

(4) ここで述べているのは、「人権」解釈の問題点である。「統治機構」は、伝統的な法律解釈の手法でとくに問題はなかった。また、人権の中でも、憲法三三条以下の刑事手続に関する規定は同様である。他の人権規定とは異なり、憲法三三条以下の規定の解釈には、自由の制約原理としての「公共の福祉」が登場しない。個人の自由と公共の福祉を憲法制定者が衡量した結果がこれらの規定だから、解釈の段階でもう一度公共の福祉を持ち出すことは出来ないからである。公共の福祉による自由の制限が問題にならないところでは、違憲審査基準も不要である。通常の法律解釈の手法で足りるのである。

(5) 荻部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣)の出版が一九七三年、同『現代人権論』(有斐閣)が一九七四年である。

(6) 長尾一紘『基本権解釈と利益衡量の法理』(中央大学出版部、二〇二二年)一八七頁以下は、荻部憲法学が成功した理由と、それがもたらした問題点を分析している。

(7) 代表的なテキストとして、Pieroth/Schlink Grundrechte - Staatsrecht II, 24. Aufl. 2008. ボード・ビエロート/ベルンハルト・シュリンク(永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳)『現代ドイツ基本権論』(法律文化社、二〇〇一年)。なお、ヤラス教授が二〇〇八年に中央大学を訪問されたとき、同テキストはすでに「古典的な」テキストであると述べていたことが印象

的に残っている。ヤラス教授が三段階審査を簡潔に説明したコメントールとして、Hans D. Jarass, Vorbemerkungen vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren, in: Jarass/ Pieroth, GG-Kommentar, 12. Aufl., 2012, Rn. 14 ff.; ハンス・D・ヤラス(武市周作訳)「基本法一条の序論」同(松原光宏編)『現代ドイツ・ヨーロッパ基本権論』(中央大学出版会、二〇一一年)七九頁以下。日本における三段階審査論の先駆的な包括的研究として、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会、二〇〇一年)、この理論を日本国憲法の解釈に適用してみせたものに、小山剛『憲法上の権利』の作法(新版)〔尚学社、二〇一一年〕がある。最新の研究として、ここでは、土屋武「基本権の審査枠組」畑尻剛Ⅱ工藤達朗編『ドイツの憲法裁判(第二版)』(中央大学出版会、二〇一三年)五二六頁以下をあげておきたい。その他の研究については、その注にあげられた文献を参照。

- (8) この間の状況については、工藤達朗「学界展望(憲法)統治機構」公法研究七〇号(二〇〇八年)二五四頁以下参照。その後の展開は驚くほど早く、今や学生・受験生が違憲審査基準論と比例原則とどちらで書いた方がいいかと悩んでいるほどである。図式的な違憲審査基準論を批判して登場した三段階審査であるが、これが図式化してしまう危険性もはらんでいるといえよう。

- (9) 三段階審査論の導入に当たっては、単なる直輸入ではなく、一定の修正を提唱する学説もあった。石川健治「憲法解釈学における「論議の蓄積思考」樋口陽一ほか編著『国家と自由・再論』(日本評論社、二〇一二年)一五頁以下は、Englert ↓ Schutzbereich → Rechtsfertigung¹⁴⁷の審査を推奨している。通常の審査順序と比べると、第一段階と第二段階が逆転している。構成要件よりも先に、「行為(国家行為) ↓ 結果(権利侵害)」を取り扱うのは、「行為・違法・責任からなる古典的な刑法学のフォーマットに固執」したからである、と自ら理由を語っている(二八頁)。まさに、下村説を想起させる。ちなみに、同論文は、第三段階の「憲法上の正当化」を「違憲性阻却事由」ととらえており、これもきわめて刑法的である。

- (10) 今や膨大な文献が存在するが、ここでは、比例原則についての理論的研究として、柴田憲司「憲法上の比例原則について(一)(二・完)」法学新報一六卷九・一〇号一八三頁、一一・一二号一八五頁(二〇一〇年)を、審査基準論と比例原則の比較研究として、青柳幸一「審査基準と比例原則」戸松秀典Ⅱ野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』(有斐閣、二〇一二年)一七七頁をあげるにとどめる。

- (11) Vgl. Josef Isensee, Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch

des Staatsrechts. B.V. 1992. Rn. 40ff.: ヨーゼフ・イーゼンゼー(松本和彦訳)「防御権としての基本権」同(ドイツ憲法判例研究会編訳)「保護義務としての基本権」(信山社、二〇〇三年)八〇頁以下。イーゼンゼーの議論については、松本和彦「イーゼンゼーの防禦権論」解説」同書一八頁のほか、中野雅紀「ドイツにおける狭義の基本権構成要件理論」法学新報一〇二巻九号(一九九六年)一四三頁参照。ドイツにおけるその後の論争も含めて、実原隆志「基本権の構成要件と保障内容」千葉大学法学論集二三巻一号(二〇〇八年)一五五頁。

(12) 新正幸「基本権の構成要件について」藤田宙靖Ⅱ高橋和之編「樋口陽一先生古稀記念・憲法論集」(創文社、二〇〇四年)一八三頁以下参照。

(13) この決定については、簡単な評釈をしたことがある。工藤達朗「報道の自由と公正な裁判―博多駅事件」堀部政男Ⅱ長谷部恭男編「メディア判例百選」(有斐閣、二〇〇五年)一四頁。

(14) 新正幸「憲法訴訟論(第2版)」(信山社、二〇一〇年)二二五頁。傍点は引用者。

(15) Pieroth/Schlink(N7), Rn. 337ff.; 邦訳一〇九頁以下。詳しくは、杉原周治「基本権競合論(一)(二)」広島法学二九巻三号二七頁、四号一二九頁(二〇〇六年)。

(16) 斎藤信治『刑法総論(第六版)』(有斐閣、二〇〇八年)三〇二頁。

(17) 斎藤・注(16)三二二頁。

(18) 斎藤・注(16)三〇六頁。

(19) 団藤重光『刑法綱要総論(改訂版)』(創文社、一九七九年)四三〇頁。

(20) 斎藤・注(16)一〇頁。

(21) カール・シュミット(尾吹善人訳)『憲法理論』(創文社、一九七二年)一五九頁のいう「配分原理(Verteilungsprinzip)」である。すなわち、「個人の自由の領域が国家以前に与えられたものとして前提され、しかもこの領域への国家の侵入の権能は原理的に限定されているのに対して、個人の自由は原理的に無限定である」。

(22) Pieroth/Schlink(N7), 197f.; 邦訳七二頁。これはエーリヒセンの学説である。詳しくは、工藤達朗「幸福追求権の保護領域」同『憲法学研究』(尚学社、二〇〇九年)四九頁参照。

(23) 斎藤・注(16)六五頁。ただし、刑法では身分犯の一つとして「公務員」という身分が問題とされるが、憲法で一般に「公

務員の人権」という場合は、構成要件の問題ではなく、正当化の問題である。

- (24) 工藤達朗「第四四条」小林孝輔・芹沢斉編『基本法コンメンタール憲法(第五版)』(日本評論社、二〇〇六年)二七四頁。
- (25) 工藤達朗「天皇の『儀式』と政教分離」赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』(有斐閣、二〇〇五年)六七頁。政教分離規定のなかでは、憲法二〇条一項後段と同条三項の関係も問題になりうるが、これは「保護領域の限定」によって解決すべきだろう。空知太神社事件判決(最大判平成二二年一月二〇日民集六四卷一号一頁)は、それまでの二〇条三項ではなく二〇条一項後段を援用するが、その理由は説明されていない。
- (26) 工藤達朗「憲法における婚姻と家族」赤坂ほか・注(25)一五三〜四頁。
- (27) 渋谷秀樹「憲法(第2版)」(有斐閣、二〇一三年)四六三頁はこの論文に言及するが、一般法と特別法の部分へのコメントはない。専門の憲法研究者ではないが、小山勝義『三文憲法学』(星雲社、二〇〇八年)四七頁が私見に触れてくれたことに感謝する。ただし、本文とあわせ読むと、基本権規定に一般法・特別法の間接関係を持ち込むことには否定的である。
- (28) 橋本基弘「営利的言論の自由」大石真・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、二〇〇八年)一二四頁のほか、日本の議論とドイツの議論を比較する、杉原周治「職業の自由、意見表明の自由、プレスの自由(二)」(広島法学三〇巻三号(二〇〇七年)九九頁参照。
- (29) 斎藤・注(16)三二四頁以下。
- (30) 工藤達朗「基本権の属人的保障と属地的保障」法学新報二二〇巻一・二号(二〇二二年)一〇七頁参照。
- (31) 宮沢章夫「青空の方法」(朝日文庫、二〇〇四年)一一八頁。なお、斎藤・注(16)の「第六版はしがき」参照。
- (32) 斎藤・注(16)三七頁。
- (33) 工藤達朗「薬物酩酊の権利?」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』(信山社、二〇〇六)四二頁。
- 工藤・注(22)六六頁以下に収録。

(二〇一四年八月七日脱稿)

(本学法務研究科教授)