

Title	憲法上の権利の制限と内容形成
Sub Title	The restrictions and design of constitutional rights
Author	小山, 剛(Koyama, Go)
Publisher	慶應義塾大学
Publication year	2019
Jtitle	学事振興資金研究成果実績報告書 (2018.)
JaLC DOI	
Abstract	本研究は、憲法上の権利の制限と内容形成に関する解釈論を発展させることを目的とする。(基本権の)内容形成とは、ドイツにおいて、基本権と法律が親和的な関係に立つ場合を主たるメルクマールとして展開される議論である。日本においても、最高裁判所が平成27年の大法廷判決において、夫婦同氏制を定める民法750条が憲法13条、14条1項、24条等に違反しないと判示した(最大判平成27・12・16民集69巻8号2586頁)。この判決では、氏名権や婚姻の自由といった権利が、法律による制限に対抗する権利ではなく、法制度に依存した、婚姻制度の枠内での権利であると捉えられた。この判決からもわかるように、基本権内容形成の議論は日本においても重要であるといえる。もっとも、この判決では権利を制度へと安易に従属させている点は批判されるべきであろう。もとより、基本権解釈において権利論と制度論のいずれに振り分けるかは難問である。2年計画の研究のうち1年目に当たる2018年度は、この難問に取り掛かるための前準備を行なった。具体的には、ドイツにおける議論の蓄積を整理・検討し、その一部は実務へ提示・還元した(2018年11月には、「憲法上の権利の『制限』」というタイトルで仙台弁護士会において講演を行なった)。また、内容形成を必要とする基本権のひとつである「財産権」について研究している平良小百合が2018年6月に関西憲法判例研究会において行なった報告について、リプライとなる報告を行ない、研究成果を学界に提示した(報告タイトル「基本権の制限と内容形成—平良報告へのコメント」、於：関西憲法判例研究会〔2018年6月〕)。 内容形成に係る問題のみならず、個別の権利に対しても考察を加えた。彫師に医師免許を要求したことをめぐるタトゥー裁判については、早い段階で論文を公表した(小山剛「職業と資格：彫師に医師免許は必要か」判例時報2360号〔2018年4月〕141-146頁)。この業績がタトゥー裁判の弁護団に評価され、弁護団との研究会を開催した(2019年2月、於：広島大学東京オフィス)。なお、こうした成果は、海外の大学における講演を通じて発信している(2018年3月の全南大学(韓国)における講演)。 This research aims to develop the theory on the restrictions on constitutional rights and the design of these rights (Ausgestaltung). The design of constitutional rights is the theory in Germany which is claimed when the constitutional rights and legislation have affinities with each other. In Japan, the Supreme Court held in 2015, that Article 750 of the Civil Code, which requiring spouses to have the same surname, does not violate Article 13, 14(1), 24 and so forth of the Constitution. This judgment saw the rights to name and marriage are not ones which counter the restrictions through legislation, but which depend on legal institutions and guaranteed only within the marital system. As we can see in this case, the discussion of the design of constitutional rights plays a great role in Japan too. This case, however, should be criticized for easily subordinating the right to the institution. Of course, it is a difficult question, whether particular constitutional rights should be interpreted in the theory of rights or the theory of institutions. Therefore, in the Academic Year of 2018, the first year of this two-year research, I prepared to grapple with this tough question. First, I made analyses on the discussions in Germany, and shared some of them at the lecture at the Sendai Bar Association. Also, at the Society of Kansai Kenpo Hanrei Kenkyukai, I made a report as a reply to the report by Sayuri Taira on property rights, which require the discussion of the design of constitutional rights. In addition to the issue above, I made some analyses on some specific rights. I contributed an article over the case of the Osaka District Court, in which tattoo artists without a medical license were found guilty (Horitu Jihou No.2360 pp.141-146). This work was greatly appreciated by the plaintiff group of the case, which lead to the academic meeting with them to prepare for an appeal to the Supreme Court. Also, I shared these achievements through the lectures at universities abroad, such as one at Chonnam National University in Korea.
Notes	
Genre	Research Paper

URL

https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=2018000005-20180104

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

研究代表者	所属	法学部	職名	教授	補助額	500（特B）千円
	氏名	小山 剛	氏名（英語）	Go Koyama		
研究課題（日本語）						
憲法上の権利の制限と内容形成						
研究課題（英訳）						
The Restrictions and Design of Constitutional Rights						
1. 研究成果実績の概要						
本研究は、憲法上の権利の制限と内容形成に関する解釈論を発展させることを目的とする。（基本権の）内容形成とは、ドイツにおいて、基本権と法律が親和的な関係に立つ場合を主たるメルクマールとして展開される議論である。日本においても、最高裁判所が平成 27 年の大法廷判決において、夫婦同氏制を定める民法 750 条が憲法 13 条、14 条 1 項、24 条等に違反しないと判示した（最大判平成 27・12・16 民集 69 巻 8 号 2586 頁）。この判決では、氏名権や婚姻の自由といった権利が、法律による制限に対抗する権利ではなく、法制度に依存した、婚姻制度の枠内での権利であると捉えられた。この判決からもわかるように、基本権内容形成の議論は日本においても重要であるといえる。もっとも、この判決では権利を制度へと安易に従属させている点は批判されるべきであろう。もとより、基本権解釈において権利論と制度論のいずれに振り分けるかは難問である。2 年計画の研究のうち 1 年目に当たる 2018 年度は、この難問に取り組むための前準備を行なった。具体的には、ドイツにおける議論の蓄積を整理・検討し、その一部は実務へ提示・還元した（2018 年 11 月には、「憲法上の権利の『制限』」というタイトルで仙台弁護士会において講演を行なった）。また、内容形成を必要とする基本権のひとつである「財産権」について研究している平良小百合が 2018 年 6 月に関西憲法判例研究会において行なった報告について、リプライとなる報告を行ない、研究成果を学界に提示した（報告タイトル「基本権の制限と内容形成——平良報告へのコメント」、於：関西憲法判例研究会[2018 年 6 月]）。 内容形成に係る問題のみならず、個別の権利に対しても考察を加えた。彫師に医師免許を要求したことをめぐるタトゥー裁判については、早い段階で論文を公表した（小山剛「職業と資格：彫師に医師免許は必要か」判例時報 2360 号[2018 年 4 月]141-146 頁）。この業績がタトゥー裁判の弁護団に評価され、弁護団との研究会を開催した（2019 年 2 月、於：広島大学東京オフィス）。なお、こうした成果は、海外の大学における講演を通じて発信している（2018 年 3 月の全南大学[韓国]における講演）。						
2. 研究成果実績の概要（英訳）						
This research aims to develop the theory on the restrictions on constitutional rights and the design of these rights (Ausgestaltung). The design of constitutional rights is the theory in Germany which is claimed when the constitutional rights and legislation have affinities with each other. In Japan, the Supreme Court held in 2015, that Article 750 of the Civil Code, which requiring spouses to have the same surname, does not violate Article 13, 14(1), 24 and so forth of the Constitution. This judgment saw the rights to name and marriage are not ones which counter the restrictions through legislation, but which depend on legal institutions and guaranteed only within the marital system. As we can see in this case, the discussion of the design of constitutional rights plays a great role in Japan too. This case, however, should be criticized for easily subordinating the right to the institution. Of course, it is a difficult question, whether particular constitutional rights should be interpreted in the theory of rights or the theory of institutions. Therefore, in the Academic Year of 2018, the first year of this two-year research, I prepared to grapple with this tough question. First, I made analyses on the discussions in Germany, and shared some of them at the lecture at the Sendai Bar Association. Also, at the Society of Kansai Kenpo Hanrei Kenkyukai, I made a report as a reply to the report by Sayuri Taira on property rights, which require the discussion of the design of constitutional rights. In addition to the issue above, I made some analyses on some specific rights. I contributed an article over the case of the Osaka District Court, in which tattoo artists without a medical license were found guilty (Horitu Jihou No.2360 pp.141-146). This work was greatly appreciated by the plaintiff group of the case, which lead to the academic meeting with them to prepare for an appeal to the Supreme Court. Also, I shared these achievements through the lectures at universities abroad, such as one at Chonnam National University in Korea.						
3. 本研究課題に関する発表						
発表者氏名 (著者・講演者)	発表課題名 (著書名・演題)	発表学術誌名 (著書発行所・講演学会)	学術誌発行年月 (著書発行年月・講演年月)			
小山剛	職業と資格：彫師に医師免許は必要か	判例時報 2360 号	2018 年 4 月			
小山剛	憲法上の権利の私人間効力	法学教室 452 号	2018 年 5 月			
小山剛	「神戸高専事件判決」「薬事法違憲判決」	小山剛ほか編『判例トレーニング憲法』(信山社)	2018 年 4 月			
小山剛	第 22 条	辻村みよ子＝山元一編『概説 憲法コンメンタール』(信山社)	2018 年 6 月			
小山剛	学会展望 憲法(二 人権)	公法研究 80 号	2018 年 10 月			
小山剛	国家論の時代への惜別？	憲法研究 3 号	2018 年 11 月			
小山剛	レーゲンスブルク監視カメラ決定	ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 IV』(信山社)	2018 年 11 月			

小山剛	取材源の秘匿と取材の自由	長谷部恭男ほか編『メディア判例百選〔第2版〕』（有斐閣）	2018年12月
小山剛	基本権の制限と内容形成 —— 平良報告へのコメント	関西憲法判例研究会	2018年6月
小山剛	ドイツ・コンメンタール企画へのコメント	ミュンヘン（ドイツ）	2018年11月
小山剛	憲法上の権利の「制限」	仙台弁護士会	2018年11月
小山剛	大学の自治と大学財政	師範大学（台湾）、台湾教育大学（台湾）	2018年11月
小山剛	弁護士団の報告に対するコメント	タトゥー裁判に関する研究会（広島大学東京キャンパス）	2019年2月
小山剛	「憲法上の権利」の私人間効力	全南大学（韓国）	2018年3月