

令和 6 年 5 月 3 日現在

機関番号：32612

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2019～2023

課題番号：19K01276

研究課題名（和文）グローバル化・情報化・リスク社会化時代の司法審査

研究課題名（英文）Judicial Review in the Global, Information and Risk Society

研究代表者

大林 啓吾（Obayashai, Keigo）

慶應義塾大学・法学部（三田）・教授

研究者番号：70453694

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,300,000円

研究成果の概要（和文）：本研究では、グローバル化、情報化、リスク社会化の状況における司法審査のあり方を考察した。かかる状況において司法の役割が増大するが、生ける憲法の観点からすれば、司法の憲法実践として正当化される余地があることを明らかにした。また、こうした状況の典型例としてパンデミック問題を取り上げ、パンデミック対策に関する司法審査のあり方について、アメリカや日本の判例・裁判例を素材にして考察した。その結果、法律の授権など形式的チェックを中心としつつ、司法がパンデミックという緊急時においても一定の役割を果たすことを提示した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究は、グローバル化、情報化、リスク社会化という現代社会における司法審査の展開とパンデミックを素材に司法審査あり方を示したことに学術的意義があると考えている。かかる状況下においては司法の役割が増加する傾向にあるが、生ける憲法の観点からすれば、社会変化に応じて司法審査が積極化することが正当化される。また、パンデミック下においては、司法はパンデミックのリスクとパンデミック対策のリスクの両方を天秤にかけて判断することになるが、その第一次的判断は政治部門や行政機関に委ねられるものの、法律の授権など一定の司法審査を行う必要があることを提示したことは将来のパンデミックにおいても参考になると考えている。

研究成果の概要（英文）：This research concerns judicial review in the context of globalization, information technology, and risk society. It clarified that the role of the judiciary gradually increases in such situations to be justified from the perspective of living constitution. Given the pandemic issue as a typical example of such a situation, I examined judicial decisions in the U.S. and Japan regarding to pandemic countermeasures. As a result of the case study, that the judiciary is able to play a certain role even in an emergency situation such as a pandemic focusing on a review such as the authorization of statutes.

研究分野：憲法

キーワード：司法審査 憲法訴訟 リスク社会 グローバル化 パンデミック 法律の授権 司法積極主義 裁量

### 1. 研究開始当初の背景

21世紀に入り、世界では、グローバル化、情報化、リスク社会化が進んでおり、裁判所もその影響を受けている。とりわけ、裁判所が司法審査を行う際、上記の要因が影響する可能性がある。もともと日本は司法消極主義と位置付けられる傾向にあり、少なくとも違憲判断は少ない状況にあった。しかし、こうした状況は司法動向に影響を与える可能性がある。

まず、裁判所は、グローバル化により国際状況や外国法を参照しながら憲法判断を行うようになり、情報化により実際の社会状況を踏まえて合憲性の判断を行うようになり、リスク社会化により司法判断によって生じるリスクを踏まえて憲法判断を行うようになってきている。その結果、司法判断の機会が増え、特に憲法判断や違憲判決が増えることにつながることから、司法審査は積極化する傾向にある。実際、21世紀以降に下された法令違憲判決の数はそれ以前に下された数よりもペース的に増えている。こうした状況において、アメリカをはじめとするコモンロー諸国は生ける憲法のアプローチによって対応する傾向にある。すなわち、憲法典を変えないまま、司法が主導的に憲法解釈を駆使して社会変化に対応しているのである。

こうした状況に対し、憲法学は必ずしもその状況を十分に考察しているとはいえない。グローバル化、情報化、リスク社会化それぞれ個別の分野の研究は進んでいるように見受けられるが、これらを総合的に捉えた上で、司法審査のあり方をどのように考えるかについてはなお発展途上にあるといえる。また、従来は司法消極主義の弊害を改善するための研究が行われることが多かったが、今度はそれとは反対に司法積極主義の問題に関する考察を進める必要がある。

そこで本研究では、グローバル化、情報化、リスク社会化における司法審査のあり方を検討することを問題関心とし、グローバル化、情報化、リスク社会化における司法審査の状況を明らかにしながら、コモンロー諸国における生ける憲法の概念を分析し、それを踏まえながら現在の司法審査が正当化されるかどうかを考えることにした。生ける憲法は、司法が社会変化に応じて積極的に対応することを肯定するものである。コモンロー、特にアメリカやカナダでは生ける憲法を提示しながらこうした司法審査を正当化する議論がある。こうした背景の下、本研究では、生ける憲法の議論を考察し、これらの国でどのような司法審査が実践されてきたのかを踏まえながら、日本国憲法への応用可能性を探ることを企図している。

### 2. 研究の目的

本研究の目的は、グローバル化、情報化、リスク社会化という現代社会の特徴が司法審査にどのような影響を与えているのかを明らかにした上で、そうした司法審査のあり方を憲法の観点からどのように評価すべきかを検討することである。グローバル化、情報化、リスク社会化は司法審査に影響を与えていることは確かであり、まずはその状況を明らかにする。グローバル化は多義的な用語であるが、ここでは国境を越えた情報交換や取引、移動などにとどまらず、広くそうした状況下における法や制度などを含めている。情報化もまた多義的であるが、広く情報流通やデータ化を指し、政治部門のみならず、司法も情報入手しやすくなっている状況が大きく関連する。リスク社会化は、技術の発展等によって危険をリスクに置換することができるようになった結果、常にリスク対応が求められるようになり、政治部門や行政機関の役割が増大する一方で、そこに司法が加わる余地と、それらの国家行為が自由に対してもたらずリスクに対して司法がどのように対応するかという問題が関わることになる。

もっとも、裁判所は、グローバル化により国際状況を参照しながら合憲性の判断を行うようになっているが、それは司法自ら判断の正当化をはかっているのか、それともグローバル化によってそう判断せざるをえない状況になっているのかは判然としない。また、情報化により実際の社会状況を踏まえて合憲性の判断を行うようになっているが、それも司法が判断の正当化をはかのためにデータを利用しているのか、それともそうせざるをえなくなっているのか。さらに、リスク社会化によりリスク予防の司法判断を行うことがあるが、それによって生じるリスクを踏まえて憲法判断を行っているのかどうかという課題が残る。

いずれにせよ、かかる状況によって司法判断の機会が増え、とりわけ憲法判断や違憲判決が増えることにつながることから、司法審査は積極化する傾向にある。そこで、まずはこうした状況を明らかにし、このように積極化した司法審査が憲法上許容されるかどうかを検討する。その際、アメリカやカナダなどにおける生ける憲法の概念を分析し、それを踏まえながら現在の司法審査が正当化されるかどうかを考える。生ける憲法のアプローチは司法による社会変化対応を認めるものであり、日本の最高裁が用いることがある社会変化の法理に近いものがあると考えている。そのため、日本でも生ける憲法の発想が馴染む余地があれば、司法審査の現状を正当化する議論を提示することができると考えている。

### 3. 研究の方法

本研究では、まずグローバル化、情報化、リスク社会化の意味を明らかにし、それらが司法審査に対して与える影響を考察する。その際、判例や裁判例を取り上げ、どのような影響を受けているのか、またそこで行われている司法審査の手法について分析する。具体的には、グローバル

化により国際状況の変化に言及しながら合憲性を審査するようになってきていること、情報化により立法事実や司法事実について政治部門に過度に敬譲せずに審査するようになってきていること、リスク社会化により事前差止や部分無効などの判断方法が用いられるようになってきていることを考察する。

これらの研究作業においては、こうした状況を裁判官がどのように捉えているのかを探るために裁判官研究が必要であり、また実際に影響を受けているのかどうかを検討するために判例分析を行うことが必要となる。これらについては素材が豊富なアメリカを中心に研究を行うことが有益である。たとえば、裁判官研究については連邦最高裁の裁判官が書籍を刊行しており、それを参考にすることができる。また、判例分析についても、連邦最高裁はしばしば司法積極主義的になり、また差止判決を下すことも辞さない傾向にあるので、アメリカの判例法理を分析することが有益である。

それを踏まえて、司法審査の現況が憲法上許容されるかどうかについて、生ける憲法に関する比較法的分析を行いながら検討を行う。すなわち、生ける憲法の実践や議論が盛んなアメリカやカナダなどの判例や議論を考察する。アメリカの生ける憲法は憲法典にとらわれずに司法裁量を広く認めるものであり、カナダの生ける憲法は統治構造を定めた憲法典を樹に例えながら枝葉のように人権保障が実践されていくと捉えている。これについては判例自体が生ける憲法に似た発想に基づいて判断することもあるが、判例が憲法論としての生ける憲法を説明しているわけではないので、理論的分析によってその内実や構造を明らかにする必要がある。したがって、生ける憲法に関する書籍や論文を検討することが必須となる。アメリカでは、かつてジェファーソンが現在意思に基づく主権論を提唱したことが生ける憲法の議論の中で重視されることが多いため、ジェファーソンの言述など、歴史的考察も部分的に必要となる。カナダでは、サンキー卿の発言が生ける樹の理論のベースになっていることから、これについても当時の状況を踏まえた検討が必要となる。また、司法と政治部門の協働についても考察対象に含まれる。司法が率先して社会変化に対応しても、政治部門がそれに従わなければ意味がないことが多い。そのため、政治部門の対応を検討しなければならない。

また、日本国憲法においてもその特徴を考察し、制定過程や国際協調主義を採用していることを踏まえながら、判例が社会変化の法理を用いることを考察しつつ、生ける憲法の観点からそうした司法審査が正当化されるかどうかを考える。

さらに、パンデミックにより、公衆衛生上のリスクに対して、いかなる対応を行うべきかという問題が生じた。パンデミックは、グローバル化がもたらした災厄の1つであると同時に国際的に協力しなければ対応できないものであり、またパンデミック対策においてはウイルスに関する情報や対策に関する情報が重要となり、さらにパンデミックのリスクとパンデミック対策のリスクが生じることから、本研究の3つの要素のいずれにも関わる問題である。これまでにパンデミックや公衆衛生の問題についても研究を行っていたこともあり、コロナ禍を素材にしてより具体的な形でパンデミック下における司法審査のあり方を探ることが可能となった。

#### 4. 研究成果

本研究では、グローバル化、情報化、リスク社会化における司法審査についてはアメリカの裁判官のアプローチを中心に考察を行い、生ける憲法については国際学会での報告等を通じて考察を深め、グローバル化、情報化、リスク社会化のいずれにも関連するコロナ問題を素材に司法審査のあり方を検討し、研究目的であるグローバル化、情報化、リスク社会化における司法審査のあり方を探ることができた。

については、アメリカ連邦最高裁のブライヤー裁判官のアプローチやケネディ裁判官のアプローチ（これについてはにも関連する）を中心に分析を進め、書籍を翻訳したり論文を執筆したりして成果を出すことができた。かれらのアプローチは必ずしも同一ではないが、ブライヤー裁判官のプラグマティズム、ケネディ裁判官の現在意思を踏まえた判断は生ける憲法に親和的な側面があり、グローバル化、情報化、リスク社会化のいずれにも対応しうるものとなっていることがうかがえる。なお、具体的には、ブライヤー著『裁判所と世界』を翻訳し、「現意主義 ケネディ裁判官の法思想」をアメリカ法に掲載した。

については、アメリカ、カナダ、南アフリカの研究者とともに国際学会（ICON）で報告を行い、各国の生ける憲法の特徴を明らかにすることができた。ICONではこの問題に関するパネルを作り、各国の研究者を誘って報告や質疑を行うことができた。憲法を変えずに発展させていくという点ではそれぞれにおいて共通しながらも、各国の憲法制定の背景や憲法内容の違いにより、生ける憲法の理論的構成には違いがあることが判明した。すなわち、アメリカではコモンローの概念、判例のアプローチ、裁判官個人の見解、司法と政治の関係、原意主義への対抗などによって生ける憲法の理論が構築されているのに対し、カナダでは憲法制定の経緯が重視されており、南アフリカでは過去の教訓を生かしていくという歴史的背景と憲法の内容が生ける憲法の発想に影響している。また、いずれの国も生ける憲法に基づく司法審査の正当化にはなお課題を抱えていることも明らかになった。

については、コロナ禍の問題がグローバル化、情報化、リスク社会化に関連していることを明らかにしつつ、そこで一定の司法審査が求められることを明らかにした。パンデミックはある種の緊急事態に近い状況を想起させるが、戦争などの緊急事態とは異なる側面があり、その状況に応じた司法審査が要請される。そこで、アメリカや日本を中心にコロナ禍における司法審査の

考察を行い、司法が一定の役割を果たしていることを明らかにした。それについては、公法学会などで報告したり、書籍化したりすることで成果を出すことができた。

以上の考察を踏まえ、本研究ではグローバル化、情報化、リスク社会化における司法審査は積極化する傾向にあることを明らかにし、アメリカやカナダの生ける憲法は、それ自体が課題を抱えつつも、それらを正当化する可能性があることを提示することができた。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計8件（うち査読付論文 1件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 2件）

1. 著者名 大林啓吾	4. 巻 87
2. 論文標題 パンデミックと憲法 リスク社会における憲法構想	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 公法研究	6. 最初と最後の頁 27-47
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 大林啓吾	4. 巻 95-8
2. 論文標題 感染症対策と司法審査—グローバルダイニング訴訟を素材として	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法学研究	6. 最初と最後の頁 1-37
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -
1. 著者名 大林啓吾	4. 巻 95-12
2. 論文標題 パンデミックと学問の自由 新型コロナ禍からみた大学・学問の役割	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法学研究	6. 最初と最後の頁 72-80
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -
1. 著者名 大林啓吾	4. 巻 33
2. 論文標題 国家と公衆衛生	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 比較憲法学研究	6. 最初と最後の頁 19-44
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 大林啓吾	4. 巻 36(2)
2. 論文標題 憲法的救済	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 千葉大学法学論集	6. 最初と最後の頁 1 - 58
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 大林啓吾	4. 巻 36(3・4)
2. 論文標題 緊急的司法の萌芽 シャドードケットの功罪	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 千葉大学法学論集	6. 最初と最後の頁 176-238
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 大林啓吾	4. 巻 1
2. 論文標題 感染症リスクと憲法 新型コロナウイルス流行を素材にして	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 日常のなかの 自由と安全 生活安全をめぐる法・政策・実務	6. 最初と最後の頁 410 - 426
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 大林啓吾	4. 巻 2019 - 1
2. 論文標題 現意主義 ケネディ裁判官の法思想	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 アメリカ法	6. 最初と最後の頁 1 - 28
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計8件（うち招待講演 4件 / うち国際学会 3件）

1. 発表者名 大林啓吾
2. 発表標題 パンデミックと憲法—リスク社会における憲法構想
3. 学会等名 公法学会（招待講演）
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 大林啓吾
2. 発表標題 ポストコロナの法制度と立憲主義
3. 学会等名 法政学会（招待講演）
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 大林啓吾
2. 発表標題 パンデミックと学問の自由 新型コロナ禍からみた大学・学問の役割
3. 学会等名 慶應法学会（招待講演）
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 Keigo Obayashi
2. 発表標題 Controlling Pandemic or People?: Some Constitutional Issues in the Countermeasure Against Covid-19 in Japan
3. 学会等名 ICON (online) (国際学会)
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 大林啓吾
2. 発表標題 憲法訴訟の回路と救済
3. 学会等名 比較法学会
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 大林啓吾
2. 発表標題 国家と公衆衛生
3. 学会等名 比較憲法学会（招待講演）
4. 発表年 2020年

1. 発表者名 Keigo Obayashi
2. 発表標題 Responding to a Pandemic and Constitution: Cost and Benefit in the Moderate Model
3. 学会等名 Sixth Annual ACS Constitutional Law Scholars Forum Virtual Conference Live Stream（国際学会）
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 Keigo Obayashi
2. 発表標題 Ad Hoc Living Constitution in Japan
3. 学会等名 2019 The International Society of Public Law (ICON-S) at Pontifical Catholic University（国際学会）
4. 発表年 2019年



〔図書〕 計5件

1. 著者名 大林 啓吾	4. 発行年 2022年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 220
3. 書名 公衆衛生法 感染症編	

1. 著者名 プレイヤー著（大林啓吾ほか翻訳）	4. 発行年 2021年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 383
3. 書名 裁判所と世界－アメリカ法とグローバルの現実	

1. 著者名 大林啓吾（編著）	4. 発行年 2021年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 281
3. 書名 コロナの憲法学	

1. 著者名 大林啓吾（編著）	4. 発行年 2021年
2. 出版社 青林書院	5. 総ページ数 271
3. 書名 感染症と憲法	

1. 著者名 大林啓吾（編著）	4. 発行年 2019年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 367
3. 書名 アメリカの憲法訴訟手続	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------