

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

令和 6 年 5 月 22 日現在

機関番号：25501

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2021～2023

課題番号：21K01131

研究課題名(和文) 規制目的二分論のグローバルな再構成とその基礎理論の探求

研究課題名(英文) Exploration of the reformulation of dual purpose theory and its basis in the global world

研究代表者

大野 悠介 (Ono, Yusuke)

下関市立大学・経済学部・准教授

研究者番号：00836926

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,500,000円

研究成果の概要(和文)：本研究では、ますます進展するグローバル経済に対応すべく、従来の憲法学とは異なる発想で経済秩序と国家との関係に関する憲法理論を提示することを目的とした。具体的には、モーリス・オーリウの制度論およびハンス・リンダールの秩序論を研究し、小売市場判決を読み直して、新たな秩序構想と新たな判例理解の提示を試みた。

その結果、ある理念の下で諸アクターが1つの秩序を構成しており、そのような秩序が互いに交わることなく、複数存在するという「多元的かつ多層的な秩序構想」を提示した。それに基づいて、新たな判例理解を示すとともに「ビジネスと人権」のようなグローバル経済に関する憲法的な理解をも示した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究は、第一に「多元的かつ多層的な秩序構想」を提示した点に学術的意義がある。これは、特定の理念の下で諸アクターが組織化された非人格的秩序を一単位として複数の秩序単位が相互排他的に存在するという構想である。従来の憲法学では、1つの主権が1つの国家法人格にあることを漠然と想定していた。同構想は、秩序単位毎に国家法人格があり、秩序単位毎に権限が国家法人に付与されると考える点で、従来の理解をラディカルに転換する。第二に、同構想を経済秩序に応用することで、国内市場に関するより精密な憲法理論の提供だけでなく「ビジネスと人権」のような国際市場における憲法論を語る事が可能となる点に社会的意義がある。

研究成果の概要(英文)：The aim of this study was, in this increasingly global economy, to suggest a global constitutional theory on the relationship between economic order and the state from a new perspective. Concretely speaking, (i) I studied Maurice Hauriou's institutional theory and Hans Lindahl's theory of order, and (ii) I reread or reinterpreted the decision of retail market, then gave ideas on a new conception of order and a new understanding of case law.

This research resulted in "a pluralistic and multi-layered conception of orders". This theory is that several orders, which various actors constitute under a certain idea, exist without intersecting with each other. Based on this theory, I gave new insight into a case law on the economic freedom and the understanding on global economy such as 'business and human rights' from constitutional law.

研究分野：憲法学

キーワード：規制目的二分論 憲法 経済的自由 ビジネスと人権 グローバルサプライチェーン

### 1. 研究開始当初の背景

本研究課題の背景は2つある。

第一に、グローバルな経済現象において、改めて経済秩序と国家との関係が問われていることである。例えば、GAFA(Metaverse)のような巨大なプラットフォームに対する国家干渉の方法が国内外で模索されている。主流は情報法の観点からの検討だが、ドイツのカルテル庁が競争法を用いて規制をしたため、経済法の観点からの検討もなされている。しかし、生産・流通・消費の過程や種々の職業活動からなる「経済」過程全体を意識しての国家的干渉に関する研究は、憲法学にはほとんど存在しない。そのため、グローバルな経済活動に対する国家干渉のあり方に関する理論構築が急務であった。

第二に、新たな諸判決の登場により規制目的二分論に代わる新たな判例理解が求められていることである。職業の自由の判例とされた規制目的二分論は、薬事法判決のような生命・身体への危険防止のための規制(消極目的規制)の事案は厳格に、小売市場判決のような社会経済政策のための規制(積極目的規制)の事案は緩やかに、合憲性を判断するものである。しかし本研究課題申請当時、消極目的規制の事例でありながら敢えて小売市場判決のみを引用する京都府風俗案内所規制条例事件判決が出現し、当該判決も説明可能な規制目的二分論に代わる新たな判例理解の提示が求められていた。確かに、憲法学は規制目的二分論に対して当初から多くの批判をしてきたが、必ずしも決定的な判例理解の提示にまでは至っていないのが現状であった。有力な見解として、比例原則を中心としたドイツ憲法学の知見を踏まえ薬事法判決を再構築する見解や、法律の制定過程における両目的の機能の相違に着目した見解があった。しかし、いずれの見解も消極目的規制の事案で小売市場判決のみを引用する京都府風俗案内所規制条例事件判決の登場により、判例理解としての説得力を維持できなくなると思われた。そこで、同判決が引用した小売市場判決の再読から始めることによる新たな判例理解の提示が有用ではないか、と考えたのが本研究課題の主たる動機である。

### 2. 研究の目的

したがって、本研究課題の目的は、「新たな経済秩序理解」および「新たな姿勢」から諸判例を再読しグローバル経済にも耐えうる新たな判例理解・審査枠組みを示すことである。

本研究課題は2つの部分から成る。第一に経済秩序と国家との新たな関係を構築すること、第二にその成果を踏まえて小売市場判決を再読し、新たな判例理解・審査枠組みを示すことである。まず、「経済秩序と国家との新たな関係」として、経済秩序の諸アクターの1つとして活動する国家という像を提示することが目的であった。従来憲法学では、経済秩序と国家とを対置し、国家による規制を経済外部からの侵襲的なものと理解しがちであった。しかし、現在のグローバル化した経済秩序においては、国家はむしろ経済秩序のために、巨大な経済主体の活動を適切に規律することが求められる。そのため、経済秩序と国家との対置を前提として国家の行為を経済外部のものとして捉えるのではなく、その内部において捉えるような構想を提示することが目指される。

また、従来憲法学は規制目的二分論を提示する場合、小売市場判決と薬事法判決とを相補的に捉えてきた。しかしながら、両判決を相補的に理解する必然性はない。むしろ先に提示された小売市場判決から丁寧に読み直し薬事法判決との距離を適切に図るべきであろう。本研究課題では、規制目的二分論にまつわる従来憲法学の判例読解の仕方から距離を置き、小売市場判決から経済的自由に関する諸判例を読み直すという「新たな姿勢」から、グローバル化した経済秩序にも耐えうる構想を示すことが(最終的に)目指される。

### 3. 研究の方法

本研究課題は、上記研究目的を達成するため、特定の法理論の研究および判例研究(諸判例の読み直し)という方法を採用する。

第一に、特定の法理論の研究に関して、先述の「新たな経済秩序理解」を提示するため、主としてモーリス・オーリウの制度論およびハンス・リンドガールの秩序論を研究する。いずれも常に変動する無秩序な世界の中で、諸アクターの相互作用により生成・維持・消失を繰返すものとして秩序を捉える。本研究課題はその秩序観を共有し、それを経済秩序に応用することで「新たな経済秩序理解」の理論的基礎づけを試みる。具体的には、19世紀から20世紀初頭のフランスの公法学者であるオーリウの制度論を研究し、「理念」を共有した諸アクターが活動し動的に安定した秩序という彼の制度概念が、この秩序観と整合的であることを明らかにする。そして、オーリウ制度論と似た秩序論を展開する現代の法哲学者リンドガールの秩序論を研究し、両者の共通項を意識しながら新たな秩序理解を提示する。

第二に、判例研究に関して、規制目的二分論に代わる新たな判例理解の提示と審査枠組みの刷新のため、上述の「新たな経済秩序理解」も踏まえて小売市場判決から諸判例を再読し、新たな判例理解と審査枠組みを提示する。具体的には、(a)小売市場判決と薬事法判決は異なる目的を冠する秩序についての判断であることを明らかにし、(b)一定の目的(秩序)の下での「消極

的 = 排他的 / 積極的 = 助力的」という国家活動の役割上の二分論および (c) 秩序の目的に照らした審査枠組みを提示する。

#### 4. 研究成果

##### (1) 研究の主な成果

本研究課題の主な成果としては、主として博士論文において、「多元的かつ多層的な秩序構想」を提示したことである。同構想は、一定の目的の下に公私の様々な行為主体が協働する多元的な秩序を一単位とし、その秩序単位もまた別の秩序単位の行為主体たりうる入れ子構造を認めつつ、諸秩序単位が離散的かつ重層的または多層的に存在するという構想である。

この構想は、先述のオーリウ制度論およびリンダール秩序論の研究を基礎としている。つまり、リンダールが考える秩序は行為者が「一定の目的」に沿って共同で活動する「べき空間」であり、それは「理念」を共有した諸アクターが活動し動的に安定した秩序を制度と呼んだオーリウとほぼ同様である。もっとも、リンダールにおいては、秩序は4つの要素（人、場所、時、行為内容）によって成っていることを明確にした点でオーリウよりもより具体的な秩序を提示している。本研究ではこの両者の制度ないし秩序を先行的業績としつつ、彼らの理論における場の側面を強調する。つまり、リンダールの秩序は人格の側面が強く、オーリウの制度論も法人論としてのみ理解されているように、いずれも人格的な要素を最終的に据える。しかし本研究では、人格を有しない場としての制度ないし秩序を考える。そこでは理念が最高位にあり、理念ごとに非人格な制度ないし秩序が離散的に存在する世界を提示した。

このような多元的かつ多層的な秩序構想からすれば、従来の「国家」も国民の意思を表明する法人たる「国民国家」およびその構成員である「国民 = 国籍取得者」と、その統治権限が及ぶ場である「領域国家」とその構成員である「国民 = 住民」とに明確に区別されるべきことを示した。また、「憲法」も、「国籍取得者 = 国民の集団」に関するルールたる憲法、国民の意思を形成する組織および手続に関するルールたる憲法、国民国家と住民との関係を規律するルールたる憲法（国民国家の法律行為の有効性に関するルールたる憲法）の3つに区別できることを示した。

さらに同構想を経済秩序へと応用し、経済秩序と国家に関していくつかの具体的な論点を検討した。まず、同構想からは、国家もまた経済秩序という秩序単位の一構成要素として把握され、そのような国家は経済秩序の理念の下でその権限を行使するということになる。その「理念」に経済秩序の目的、つまり自由かつ公正な競争をあてはめることで、国家はそのような経済目的のために、消極的にも積極的に権限を適切に行使しなければならないという規範が導かれることを、本研究は示した。これは従来の規制目的二分論とは異なり、規制態様の二分論への変更であり、本研究ではむしろこのような理解が小売市場判決およびそれ以降の諸判決と整合的であることを示している。

また、現代の具体的な問題として、「ビジネスと人権」についても、特にフェアトレードに関して国家の行為をどのように正当化するかを検討した。結論としては、解釈論としては「公共の福祉」の内容について「国民経済」だけでなく「グローバル経済」まで含めるものとし、その「グローバル経済」という秩序の中で日本国は一定の権限を有していることから、他国で生じたものであったとしてもグローバル経済秩序に対する弊害であることを理由として、国内における権限行使も正当化しうることを示した。

##### (2) 得られた成果の国内外における位置づけとインパクト

本研究課題で得られた成果は、従来の憲法学とは異なる世界観から憲法を捉え直しつつ、国家および国民の主権性をこれまで以上に相対化するものである。

確かに、従来の憲法学もまたグローバル化という現象を前にして国家の主権性（それは即ち国民の主権性でもあるだろう）を相対化する主張をすることもあった。しかしながら、国民が主権を行使した成果である憲法を条約よりも上位に置くなど、その相対化は不十分であった。その結果、さらにグローバル化が進展し、特にグローバルサプライチェーンが発達して国外の出来事が必ずしも他国事ではなくなった現代において、日本憲法学は今なおドメスティックな理論から抜け出せないでいる。

本研究が示した多元的かつ多層的な秩序構想は、法人としての国民国家を特定の非人格的秩序単位の一アクターとしか捉えず、これまで「主権」と呼ばれていたものを「権限」へとラディカルに変更するポテンシャルがある。本研究は上記のドメスティックな思想的状況を打破するインパクトを有しているのである。

また、国外的な潮流としてのグローバル立憲主義との接続ないしより精緻な分析も可能である。

##### (3) 今後の展望

「常に変動する無秩序な世界の中で、諸アクターの相互作用により生成・維持・消失を繰返すものとして秩序」の探究を進める中で、いわゆる現代思想の代表者としてのジル・ドゥルーズとの思想的連関も明らかになってきた。それはまた、彼の思想の背景にあるスピノザとの連関をも示唆するものである。そのため本研究ではドゥルーズやスピノザに関する調査も並行して行ってきた。今後はこのような形而上学的な基礎をより深めていくことが考えられる。

また、本研究課題では多元的かつ多層的な秩序構想を提示することが主たる成果であり、従来の憲法学との対峙、つまり従来の憲法学とどこまで共有でき・どこで袂を分かつかといった点は大きく展開することができなかった。これは今後の課題である。

さらに、営業の自由論争も含め、「商業」に焦点を当てた研究に本格的に取り組むことができなかった。これは2024年度の別の研究課題として進める予定である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計10件（うち査読付論文 3件 / うち国際共著 1件 / うちオープンアクセス 6件）

1. 著者名 大野悠介	4. 巻 67巻1号
2. 論文標題 「図書販売業者の・青少年に対する・有害指定図書の・販売」の自由とその禁止（上） 「有害指定図書」という商品の対面販売について	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 下関市立大学論集	6. 最初と最後の頁 15-88
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 大野悠介	4. 巻 67巻2号
2. 論文標題 「図書販売業者の・青少年に対する・有害指定図書の・販売」の自由とその禁止（下） 「有害指定図書」という商品の対面販売について	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 下関市立大学論集	6. 最初と最後の頁 21-34
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 大野悠介	4. 巻 13
2. 論文標題 グローバルサプライチェーンにおける憲法学：「ビジネスと人権」が求める憲法学の一試論	5. 発行年 2023年
3. 雑誌名 憲法研究	6. 最初と最後の頁 77-85
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 大野悠介	4. 巻 10
2. 論文標題 "ルフェーブルにおける 創造的な法イメージ と特異性 ドルーズ人権論の足掛かりとして "	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 憲法研究	6. 最初と最後の頁 289 ~ 301
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 Suami Takao, Kondo Keisuke, Daidouji Ryuya, Ejima Akiko, Negishi Yota, Ohno Yusuke, Yamamoto Hajime, Lindahl Hans	4. 巻 50(2)
2. 論文標題 A Theory of Global Law and its Fault Lines	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 Netherlands Journal of Legal Philosophy	6. 最初と最後の頁 144 ~ 164
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) 10.5553/NJLP/221307132022051002011	査読の有無 有
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 該当する

1. 著者名 ハンス・リンダール、山元一、大野悠介、近藤圭介	4. 巻 95(3)
2. 論文標題 憲法制定権力と再帰的アイデンティティ - 集团的自己の存在論に向けて -	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法學研究	6. 最初と最後の頁 85 ~ 115
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 大野悠介	4. 巻 64巻3号
2. 論文標題 薬事法判決における流通システムの析出	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 下関市立大学論集	6. 最初と最後の頁 1-11
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 大野悠介	4. 巻 65巻2号
2. 論文標題 「憲法」と「国憲」のあいだ 山元一教授のトランスナショナル人権法源論と持続的民主主義	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 下関市立大学論集	6. 最初と最後の頁 41-56
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 大野悠介	4. 巻 65巻3号
2. 論文標題 小売市場判決と薬事法判決の引用に関する覚書 要指導医薬品対面販売規制判決を契機に	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 下関市立大学論集	6. 最初と最後の頁 1-24
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 大野悠介	4. 巻 10号
2. 論文標題 ルフェーブルにおける 創造的な法イメージ と特異性 ドゥルーズ人権論の足掛かりとして	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 憲法研究	6. 最初と最後の頁 289-301
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 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計2件

1. 著者名 横大道聡、新井誠、菅原真、堀口悟郎、河北洋介、南野森、イザベル・ジロドウ、田中美里、岡田順太、シモン・サルブラン、江島晶子、橋爪英輔、西山千絵、中島宏、曾我部真裕、大野悠介、金塚彩乃、河嶋春菜、只野雅人、徳永貴志、小川有希子、池田晴奈、小島慎司、奥村公輔	4. 発行年 2021年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 416
3. 書名 グローバル化のなかで考える憲法	

1. 著者名 斎藤一久、堀口悟郎、棟形康平、大野悠介、高橋基樹、久保田祐介、山本真敬、城野一憲、石塚壮太郎、平良小百合、奥忠憲、河嶋春菜、徳永貴志、三上圭祐、橋爪英輔、岩垣真人、小川有希子、前裕大志	4. 発行年 2021年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 144
3. 書名 図録 日本国憲法	

〔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
---------	---------