

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 6 月 23 日現在

機関番号：14501

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2010～2013

課題番号：22730019

研究課題名(和文) アメリカ憲法学における保守主義法理論の研究

研究課題名(英文) Research on Conservative Constitutionalism in the United States

研究代表者

浅野 博宣 (Hironobu, Asano)

神戸大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授

研究者番号：40261945

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,600,000円、(間接経費) 780,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、アメリカ合衆国において保守主義が政治的な影響力を強めていることを受けて、保守主義の思想が、法理論、とりわけ憲法理論の分野においてどのように表れているのかについて明らかにしようとするものである。特に、選挙や平等の分野において、どのような法理として表れているのかについて、研究を行った。また、日本の憲法学がアメリカ憲法の強い影響を受けていたということから、この点に関して従前の日本憲法学がどのように理解していたのかということについて検討を行った。

研究成果の概要(英文)：This study called into reconsideration the thesis that Japanese scholars of constitutional law are much influenced by American Constitutional law. It made analysis of conservative constitutionalism in the United States and its influence on Japanese jurisprudence.

研究分野：法学

科研費の分科・細目：公法学

キーワード：司法消極主義 憲法訴訟

### 1. 研究開始当初の背景

研究を開始した背景としては、アメリカ憲法学において保守派法律家の活躍が特に目立つようになってきていたということがあった。

法学における保守主義勃興の背景としては、ニクソン政権以降、共和党が党派的な裁判所の人事を行い、多数の保守派法律家が裁判所に送り込まれたということが、一つにはある(もちろん、民主党も同様の人事を行っている)。保守主義的な思想に基づく裁判がなされたことによって、その影響が強まり、議論が活発化したという側面はある。

しかし、単にそのような政治的な力によって保守主義が影響力を強めているという側面だけにおいて理解するのは、アメリカ憲法学に関する理解として不十分であるように思われた。純粋に法理論としての保守主義がその魅力を高め、その説得力によって勢いを増しているという側面も、見逃すべきではない事実ではないかと考えた。

他方で、日本の憲法学においては、アメリカ憲法学から強い影響を受けてきたが、とりわけその強い影響を受けた時期がアメリカではリベラル派の憲法学が多彩に展開していた時期と重なっていたことがあり、アメリカ憲法学について豊かな蓄積をもつ日本の憲法学においても、なお保守主義の憲法思想については研究の余地・意義はあるのではないかと考えられた。

そこで、保守主義の憲法理論が、どのような内容のものであり、歴史的にどのように位置づけられ、また、対立する思想との関係でどのような点に特徴があるのか等という点について明らかにすることが必要であると考えた。

また、本研究の担当者は、もともとプラグマティズムの憲法理論を研究の出発点としていた者である。そして、プラグマティズムを代表する法律家であるオリバー・W・ホームズ、フェリックス・フラン克福ターなどは、保守主義の憲法理論からその先駆者としても位置づけられている。それゆえ、そのような観点からも保守主義の憲法理論に関心を有しており、また、その分析においては、そのような背景的研究があることにより、特徴ある研究ができるのではないかと考えた。

### 2. 研究の目的

本研究の直接的な目的はアメリカ憲法学における保守主義思想の意義を明らかにすることにあるが、より大きな目的としては、アメリカの憲法理論を分析することを通じて、そのこと自体だけではなく、振り返って、日本の憲法学の特質、また、その克服すべき課題を明らかにしたいということも企図していた。

日本の憲法学は、その戦後において特に、アメリカ憲法から大きな影響を受けてきた

ということがしばしば指摘されるが、それは、どのようなアメリカ憲法学から、どのように影響を受け、その結果どのような帰結が生まれたのか、というような点については、それほど自明であるとはいえないように思われる。そして、このような点が明確ではないために、アメリカとの比較において、アメリカでは論ずべきであると考えられていることが日本では気付かれていなかったり、日本では当然であると考えられていることがそうはいえなかったりしていたとしても、そのこと自体になかなか気付くことができないということになっているのではないかと考えた。

そこで、本研究では、アメリカの保守主義の憲法理論を明らかにすることを直接の目的とするものであるが、それを通じて、それが日本憲法学においてどのように踏まえられてきたのか、あるいは、踏まえられてこなかったのかについても、検討することを大きな目的として考えていた。日本の憲法学がアメリカ憲法学から特に強い影響を受けた時期が、アメリカ憲法学においてリベラル派の憲法学が非常に強い時期と重なるために、逆に、保守主義の憲法学と照らし合わせることで日本の憲法学の特質を明らかにする上で、有用ではないかと考えた。

### 3. 研究の方法

研究の方法といっても、法学の場合、基本的な手法としてはそれほど特別な方法は考えにくいように思われる。本研究においても、基本的には、日本やアメリカ憲法学の文献・判例を収集し、それを読解・分析するという作業が中心であった。

そのうちで、一つ小さな「方法」(というより視点というべきかもしれないが)ではあるが、本研究の遂行過程において思いつき、そして効果的であると思われたものとしては、アメリカ憲法学を研究する場合に、具体的な研究者を梃子の支点として、その人物の視線からアメリカ憲法学を眺めてみるという方法である。アメリカ憲法学は、非常に多様であり、時期的にも大きく変動するものであるため、一般的に捉えようとしてもなかなか捉えきれず、ともすれば平板な理解に陥りがちな危険性があるように思われる。その点で、1人の人物の視点から、その同時代の憲法学を見ることは、より立体的な理解を可能にするのではないかと考えられた。もちろん、このような方法には理解が偏ってしまう危険があると考えられるが、その点も、複数の人物について同様の研究を行うことによって、ある程度の客観性は担保できるのではないかと考えた。

そして、その研究者として日本の研究者を選んだ場合には、そのような分析によってアメリカ憲法の理解を深めるだけでなく、かえって、日本の憲法学についても、その特徴を明らかにできるという利点もあるように

思われる。日本の研究者の視線から眺めた場合に理解が偏った者になる危険性はより強くなると思われ、補助的な視点を複合的に用意する必要がより高まることになるが、しかし、これまであまり為されたことのない研究視角であると思われるので、その意義は大きいように思われた。

この点で、重要な研究対象であると改めて認識できたのが芦部信喜であり、また、芦部が中心になってリードした憲法訴訟論であった。それらの学問的蓄積をそれ自体として研究するだけでなく、日本憲法学とアメリカ憲法学との接触・衝突という観点から読み解くことがその学問的蓄積をより豊かなものとして利用するための方法であるものと思われた。本研究においても、ある程度そのような検討を行うことができたが、このような方向の研究を今後の課題としたい。

#### 4. 研究成果

本研究助成によって、アメリカ憲法学に関する理解を一定程度伸ばすことができた。保守主義の憲法思想は日本においてはこれまで研究が比較的進んでいない分野であったのではないかとと思われ、それゆえ、この点の理解は学界にも何らかの貢献ができるのではないかと考える。また、アメリカ憲法学に関する理解を通じて、日本の憲法学についての理解も深めることができたように思われる。

公表できた成果としては、日本国憲法の平等に関する一般的な解釈がある。日本国憲法の解釈として公表したものであるが、その分析は anti-discrimination と anti-subordination との対立などといった、アメリカ憲法学において平等が議論される場合の枠組みを踏まえて、日本の従来の分析枠組みとは少しでも違った視角からの分析になるように心掛けたものである。現在、日本の最高裁における違憲審査の活性化が指摘されるが、そのホット・スポットは平等である。ただ、最高裁の平等論については、その一般的な分析はまだ十分ではないところもあるように思われ、本研究の成果もその点で何某かの貢献はできたのではないかと考える。

また、いわゆる投票価値不平等の問題についても、分析結果の一部を公表できた。その分析においても、単に憲法と法律との関係を分析するというのではなく、アメリカであれば当然なされるような分析、つまり、立法府と司法府との関係という観点からの分析を、日本の最高裁判例についても行おうとしたものである。このような分析により、従前は十分には検討されていなかったような問題について、そのいくつかを議論の俎上に載せることが少しはできたのではないかと考えている。

また、憲法訴訟論の領域においては、立法事実に関して、アメリカ憲法学からの継受の

過程について、分析を加えた。立法事実論は、日本の憲法訴訟論においてその中心的概念の一つであったにもかかわらず、アメリカの legislative facts に関する理解と必ずしも一致しないなど、その意義について十分に解明されていない部分があったように思われる。本研究においては、その点で、一つの仮説的な理解を提示した。その仮説の検証についてはなお不十分なところがあり、今後の検討課題であるが、今後研究を進めるに当たっての一つの分析視角を作ることができたように思われる。

また、ロナルド・ドゥオーキンと法実証主義との間の論争について、検討を行った結果を公表した。このような研究を行った背景は、アメリカの保守主義憲法理論に法実証主義を標榜するものがかなり見られることがあり、また、アメリカの保守主義の憲法理論と日本の憲法学とを比べた場合に、その特徴的な差違は、立法裁量に関する理解であるように思われたことがある。ただ、この点に関しては理解が十分なものには至らなかったということがあり、公表できたものも基礎的なものにとどまる。今後も引き続き研究課題としたい。

以上のような研究成果を公表することができたが、しかしなお、成果の公表という点では、不十分なところ、研究の進展はあったもののまだ公表できるほどの理解を固めることができなかったところがある。この点は、急ぎ、研究を進め速やかに公表することとしたい。

#### 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 1件)

浅野博宣、「ドゥオーキンの法実証主義批判について」、公法研究 73号 162-170頁、2011年、査読無。

〔学会発表〕(計 1件)

浅野博宣、「ハート・ドゥオーキン論争の第二幕?」、日本公法学会、2010年10月10日、上智大学。

〔図書〕(計 5件)

浅野博宣「立法事実論の可能性」長谷部恭男・安西文雄・宍戸常寿・林知更編『現代立憲主義の諸相』有斐閣、2013年、421-444頁。

毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治、『憲法 人権』有斐閣、2013、71-114頁、289-316頁。

浅野博宣・尾形健・小島慎司・宍戸常寿・曾我部真裕・中林暁生・山本龍彦『判例プラクティス憲法』、信山社、2012年、59-71頁、

330-343 頁。

高橋和之・安西文雄・佐々木弘通・毛利透・浅野博宣・巻美矢紀・宍戸常寿『ケースブック憲法』、有斐閣、2011 年、133-162 頁、225-264 頁、411-466 頁、527-556 頁。

毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治、『憲法 統治』、2011 年、有斐閣、162-253 頁。

〔産業財産権〕  
出願状況（計 件）

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

取得状況（計 件）

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：  
国内外の別：

〔その他〕  
ホームページ等

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

浅野 博宣 (Asano, Hironobu)  
神戸大学・法学研究科・教授  
研究者番号：40261945

### (2) 研究分担者

( )

研究者番号：

### (3) 連携研究者

( )

研究者番号：