

平成 28 年 6 月 15 日現在

機関番号：32689

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2013～2015

課題番号：25380047

研究課題名(和文) リスク管理目的の国家規制をめぐる憲法学的許容性基準についての比較法的・総合的研究

研究課題名(英文) General Comparative Study on Constitutional Criteria about Legitimate State Intervention for the sake of Risk Management

研究代表者

西原 博史 (Nishihara, Hiroshi)

早稲田大学・社会科学総合学院・教授

研究者番号：10218183

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,200,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、リスク現実化の予防を目的として国家が市民生活に介入する現代的な立法動向に着目して、憲法上の人権保障の観点から、その規制が許容される範囲と条件を確定することを目的とする。

国家のリスク管理的活動が人権保障と相互依存の関係に立つ場合と緊張関係に立つ場合が識別され、後者において国家介入の許容性を判断するために、立法目的達成に関わる価値判断の構造的検証と、介入効果予測に関わる事実認識の正確性検証の両者を分離して審査対象とし、それぞれの過程において国会と裁判所との間の相互検証を作動させる審査枠組の採用が必要であることが明らかになった。

研究成果の概要(英文)： It is the purpose of this research to differentiate between constitutionally permissible intervention and impermissible ones within the area of state's activities dealing with tasks of risk management.

State's risk managing activities and human rights guarantee stand partly in relationship of mutual dependency, partly in a severe tension. In the latter case, there should be a judicial mechanism through which governmental value judgment regarding suitability of certain legislative goals and governmental fact-relating assessment about efficiency of certain measure can be scrutinized separately and interaction between legislature and judiciary can be put in action.

研究分野：公法学

キーワード： 比例原則 違憲性審査基準 リスク社会 リスク管理的活動 法治国家 平等 社会的排除 人権保障

1. 研究開始当初の背景

本研究は、リスク現実化の予防を目的として国家が市民生活に介入する現代的な立法動向に着目して、憲法上の人権保障の観点から、その規制が許容される範囲と条件を確定することを目的とする。伝統的な違憲審査手法が空転するリスク管理目的の規制において、どのようにして立法者に対して人権保障の実施を確保できるのかが問われる。

こうした問いの背景にあったのは、以下のような事情であった。

科学技術の発達により、人間の生活を守るための様々な技術が利用可能になるとともに、他方で人々の生活を脅かしかねない技術も日常的に利用されるようになってきている。ここに、リスク管理における国家の責任が意識されるようになってきているが、その責任は、個人の基本的人権との関係では、一方において依存関係を産むとともに、他方において深刻な緊張関係を作り出している。

2011年3月の東京電力福島第一原子力発電所の事故は、人々の目に、リスク管理の重要性を刻み付けた。当然に予測可能だったはずの津波被害に対して対策を講じないまま漫然と危険な原子力発電所を運用し続けてきた結果、数十万人にもものぼる人々の生活基盤を根本から突き崩し、様々な危険が現実化する局面へと人々を追い込んだ。ここでは、一方において様々な人権に対する侵害状況が現出しているのであり、適切なリスク管理は人権侵害を未然に防ぐための不可欠の制度メカニズムである(リスク管理と人権保障の依存関係)。

原子力発電所の運用に関しては、リスク管理の重要性こそが強調されるべきであろう。しかし、たとえば大規模被害を生む状況として新しい技術を用いたテロリズムの存在を考えてみた場合、そこで被害発生を予防するための事前の取り組みは、潜在的なテロリストなる人的対象を構築し、不審の目をもって監視することになりかねない。そうした場合には、リスク管理の対象は生身の人間そのものとなり、リスク管理それ自体が深刻な人権侵害の疑いを生むことになる(リスク管理と人権保障の緊張関係)。

こうしたリスク管理的な国家活動に向けての意識は、単に大規模被害を発生させかねない新しい科学技術が応用されている状況によって生じるのみではない。たとえば性犯罪の原因となるDNAレベルで決定された要因が科学的に探知されるなど、害悪発生メカニズムに対する科学的知見が拡大し、リスク管理的な手法によって害悪発生をコントロールできる可能性を人類社会が手にしたことにも起因している。しかしこうした現状は、人間を因果的なリスク因子としての側面に還元し、自由意思の主体として尊厳性を持った存在としての側面を切り落とすことにつながりかねない。

このような状況の中で、リスク管理的な国家活動が人権保障と緊張関係を持ち得る場面において、過剰規制を防ぐための法制度的なメカニズムが作動することは極めて重要である。にもかかわらず、これまでの憲法学の理論的成果は、リスク管理的な国家活動を前にした場合に、必ずしも適切に期待された役割を果たせるわけではない。そこに生じる欠落を埋めるためにも、リスク管理目的の規制に特化した形で立法者を縛る憲法上の規範構造が必要になる。

2. 研究の目的

こうした背景の下で、本研究は、リスク現実化の予防を目的として国家が市民生活に介入する現代的な立法動向に着目して、憲法上の人権保障の観点から、その規制が許容される範囲と条件を確定することを目的とする。伝統的な違憲審査手法が空転するリスク管理目的の規制において、どのようにして立法者に対して人権保障の実施を確保できるのかが問われる。

(1) 憲法学において構築されてきた違憲審査手法は、従来型の規制メカニズムを前提としている。すなわち、危険防御を旨とする従来型の規制にあつては、個人が規制対象とされるのは、規制を正当化するような具体的な危険を基礎づけ得る実質的な根拠が存在する場合のみであった。刑事手続の中で拘禁等を正当化する「具体的嫌疑」などの概念が、規制の人的範囲を限定する上で機能していた。個人は、法秩序全体にとって、原理的に規制を受けない自由な存在であり、その推定を覆す根拠が立証された場合に規制対象として国家権力により直接のコントロールの対象となる、という構造である。

しかし、リスク管理目的の国家活動は、こうした自由の推定を転換させる意味を持つ。「被害が発生してからでは遅すぎる」とのキャッチフレーズの下、事前予防が強調される。それにつれて、個人は潜在的にリスク因子として、他者に対する被害を及ぼしかねない存在とみなされ、ただ監視の密度において具体的に特定されたリスク要因ごとに量的な差が設けられる。

この段階において、伝統的な違憲性審査基準は、立法の目的の重要性・正当性と、目的達成の上で導入された手段の必要性を審査対象とすることによって過剰規制に対する防壁を作ろうとしてきた。しかし、この構造は、リスク管理目的が多くの場合に極めて重要なものであり、そしてリスク管理的な規制を及ぼすことが目的達成のために少なからぬ場合に必要であり、他の規制手段では緻密なリスク管理が不可能である状況が成り立つことによって、リスク管理的な規制手法の前で無抵抗に陥る傾向がある。

(2) ここにおいて、リスク管理目的の規制に対して憲法上の権利保障を実質化するた

めの手がかりは、次の三点であると思われる。
立法者に対する憲法の規律の拘束力に関する理解を構造的に深化
違憲審査の手法を精緻化し、立法上の規範的判断の吟味と、事実予測の検証を分離

事後的知見を立法プロセスに再導入させるためのメカニズムの確立

特にアメリカとの比較を中心に発展してきた従来型の違憲性審査基準においては、「立法事実論」と関連づける説明枠組とは裏腹に、立法者の判断に対する規範的な吟味が中心に置かれ、裁判所が構築する「憲法」との整合性を問うものとしての方向性を有していた。これは、立法者に対して先行する憲法規範による拘束が意識化され、立法者の憲法順守義務の違反を問う形のヨーロッパ型の比例原則とは異なる構造の審査であったと言える。そして実際には、現代のリスク管理目的の規制に対して憲法上の権利保障を実効化する上では、立法府に対する禁止の実質を可視化していく理論的な枠組が不可欠であるため、当面の理論的基盤はヨーロッパ型の比例原則の規範構造に見て採るべきだと思われる。

(3) こうした研究目的を設定することにより、予測される研究成果として、違憲審査における規範的吟味と事実予測の検証の分離と構造化の手がかりが得られることが期待される。すなわち、リスク管理的規制に対して憲法上の権利保障を実質化するための方策を探るにあたって、上記の手がかりから出発する本研究は、上記の問題設定を可能にした研究代表者の先行する研究を踏まえつつ、ドイツおよびEUにおける最新の立法動向および違憲審査実務のあり方に関する知見を取り込みながら、日本において応用可能な違憲審査枠組の再構築を目指す。

具体的には、比例原則の基本枠組を採用する中で、違憲審査における立法者の規範的判断の適切さを確認する段階と、その規範実現を目指す際の実事認識および規制手段の効果などに関する事実予測を科学的に検証する段階を区別し、それぞれにおいて裁判所が果たし得る役割を明示していくとともに、事後的に立法者の事実認識に誤りが明らかになった場合に立法者による再検証を求める仕組みを組み込んだ、総合的な権利保障システムの提案を目標とする。

3. 研究の方法

(1) 部分プロジェクトへの区分

本研究は、以下の部分プロジェクトを組み合わせた総合的研究の手法を採った。具体的には、研究協力者を交えた共同研究の手法によって個別的知見の集積を図り、その総合を目指してきた。

A ドイツにおける法治国家論と立法者に対する憲法の拘束性に関わる理論研究

B ドイツ連邦憲法裁判所・EU裁判所で運用される比例原則の構造的把握と理論的検証

C リスク管理的規制との緊張関係における自由権と平等権の実体的内実の解明
こうしたプロジェクトの遂行を通して、本研究は、前記の、

立法者に対する憲法の規律の拘束力に関する理解を構造的に深化
違憲審査の手法を精緻化し、立法上の規範的判断の吟味と、事実予測の検証を分離

事後的知見を立法プロセスに再導入させるためのメカニズムの確立

という具体的な問題への解答を目指す形で展開することになる。

(2) 年次進行計画

平成 25 年度においては、特に B 領域との関係で、問題の解答を中心に、同年 9 月にドイツ・マールブルクで開催されたドイツ比較法学会で報告を行い、比例原則の二元的構造と、違憲審査の枠組で立法者の規範設定と事実認定に関して各個異なる審査枠組をあてはめる理論的必然性および具体的な手法についての展望を明らかにした。討論の中で、基本線にける理論的必然性と、個別における実施の困難が指摘され、特に具体的な違憲審査の枠組との関係におけるいっそうの精緻化の必要が認められた。

他方、の基礎的な問題との関係で C のテーマに関しても、平成 25 年度における進捗が見られ、伝統的に自由・自己決定の問題と見られてきた観点についても、異なる事実上の権利行使機会を踏まえて社会の責任に対応した平等の取扱いのあり方に関わる論点と位置づけた方が統合的解決を提供できる領域があることを明らかにしてきた。

平成 26 年度においては、前年度のドイツ比較法学会報告で一定のレベルの論点整理に成功した、事実認識と価値評価のどちらを対象とする審査なのかに係る違憲審査手法の理論的再構築枠組の提示

問題を
を手がかりとする B 課題への貢献を、ドイツにおいて発表可能な論文として整理し直した。すなわち、「比例原則」として通用している違憲審査手法においては、価値衡量を中心的課題とする方法（価値判断モデル＝ドイツ連邦憲法裁判所）と、必要性審査を主要課題とする方法（事実認識モデル＝ヨーロッパ・カナダ型）を軸に機能区分が可能であり、選択を意識化する必要があること、その際には、問題をも体系的に解決可能であることが見えてきた。

さらに、C 課題との関係でも、「間接的差別」概念を手がかりとした憲法上の人権保障体系に関する再整理の理論的基盤が得られている。平成 26 年 6 月の国際憲法学会における分科会報告では、この問題を取り上げ、日本における平等権関連事件における違憲審

査の進展が有し得る、これまで抽象的権利とされてきた領域における主観的権利の実質化に係る論点を整理することに成功した。

平成 27 年度においては、特に B 領域との関係で、平成 25 年ドイツ比較法学会報告で展開した比例性審査の構造把握に関する方向性のモデル化と選択基準の特定に関する理論を最終的な日本語論文として完成させ、違憲審査基準をめぐる論争に対してメタ次元で理論を評価するための基準を提供し、研究の成果として完成させることに成功した。また C 領域に関連して、人権侵害の認定に関して社会的排除に起因するものを取り込む枠組の構築に向けて研究を進める手がかりを得、教育過程における排除という具体的事例との関係で理論的射程を測る研究を公にした。さらに A 領域では、上記 B および C 領域における成果を織り込みつつ、法の支配・法治国家という概念の特殊現代的な意味を再構築する口頭発表を行い、今後、成果の取りまとめ段階に進むこととなる。

以上を総括して、研究最終年において、A～C 各領域において確実な成果が得られ、その本質的な部分は既発表論文として世に示されていると同時に、次の課題につながるものについては、一部を論文や講演等で発表しつつ、次の研究課題との接続に成功している。

4. 研究成果

(1) 違憲審査の手法と審査対象の構造

本研究は直接的には、違憲審査という過程の構造的な理解を促進することにより、違憲審査を行う裁判所と国会との間に有意義なコミュニケーションが作動する条件を明らかにすることを目指してきた。その際には、課題（違憲審査の手法を精緻化し、立法上の規範的判断の吟味と、事実予測の検証を分離）に対する理論要素の特定が全体を導く基本軸を提供することになる。

この点との関係で、本研究における成果として得られた知見は、比例原則に基づく違憲審査のモデル間比較により、どのような問題領域においてどのような審査視点が有効性を持つかの構造評価が可能となった点と関わる。

比例原則の構造に関しては、「価値判断モデル」と「効果査定モデル」という異なるモデルを特定し、それぞれのモデルの構造に関する理解を進化させることができた。すなわち、ドイツ連邦憲法裁判所における比例原則の用い方を典型とする前者においては、規制によって得られる利益と失われる利益の価値衡量が行われ、法律上の枠組みで過度に大きな損失が正当化される形になっていないかどうかを検証される第三段階「狭義の比例性」の場面で具体的な問題解決のための土俵となる。ただ、その土俵で扱われるのが基本的に価値判断に係る問題であることから、たとえ憲法解釈の形で裁判所が自らの価値判

断を対置しようとする場合であっても、政治過程においてすでに下された価値決定を問題視することに対して国民の支持は希薄であり、その結果、結局は立法府の価値判断の追認に終わらざるを得ない場面が少なくない。

それに対し、ヨーロッパ人権裁判所や平等場面における EU 裁判所が用いる比例原則のモデルである「効果査定モデル」においては、審査の第二段階である「必要性」に重きを置くことによって、価値判断に裁判所が過度に巻き込まれることを回避する。このモデルにおいては、確かに因果的必要性の認定においてすべての手段が何らかの役に立つという意味で「必要」と認められ、その結果として比例原則による審査が空転するリスクは前面に立つ。しかし、「必要性」はあくまで客観化可能な実体として位置づけられるため、価値判断をめぐる正統性問題を切り離すことが可能になり、審査の密度を維持する可能性は維持される。特にドイツにおいて、通説・判例の依拠する価値判断モデルに対する批判を伴って比例原則の再提示が行われる際には、この事実認識指向性は、立法後の立法者の点検・修正義務を織り込む形で実質化し、立法府と裁判所の相互コミュニケーションを機能させる狙いが背景にあることが少なくない。

もちろん、それぞれのモデルにおいては、補助基準が同時に作動することによって違憲審査に関わる適切な枠組が維持されることになる。前者のドイツ連邦憲法裁判所型の個別的衡量を主軸とする価値判断モデルにおいては、問題となる基本権領域ごとに対立利益の範囲を特定する留保基準論が適用の前提となり、審査密度の決定においてもこの留保基準が一定の役割を果たしている。それに対して効果測定モデルにあっては、目的の重要性を評価するための価値検証プロセスが外部化されていることに特色がある。

この比例原則に関わるモデル的分析は、本研究の中で、日本の学説でなお強い影響を持つアメリカ型の審査基準論との重複部分と異質な要素の分節化に成功したことにより、違憲審査基準の評価に関わるメタ理論的な機能を果たせるようになった。すなわち、アメリカ型の審査基準論 特には、20 世紀初頭のリアリズム以降の、利益法学の影響を受けて成立した審査手法 は、個別的衡量に代えて権利領域ごとの重みづけを一括して行う手法に依拠しており、その限りにおいて価値判断優位の枠組の下に事実認識に関わる要素を不安定な形で取り込むことに特徴があり、そうしたものとして 20 世紀の段階における曖昧な問題解決に資するものであったが、法的推論の精緻化が求められる比例原則の構造の中でもはや優位性を保てぬものとなっている側面が見て取れることになる。そうした中で、日本においても、違憲審査の枠組に関わるいっそうの構造化が進む

ことが必要となる。

比例原則の構造理解に関わってここで得られた知見は、射程の大きい理論枠組の構築につながっていくことになる。

課題（事後的知見を立法プロセスに再導入させるためのメカニズムの確立）が目指すのが、ドイツですでに一定の実務的な基盤を有する、立法の影響評価を次の違憲審査に連動させる立法府の観察義務論である。これを前提にした場合、課題（立法者に対する憲法の規律の拘束力に関する理解を構造的に深化）との関係でも、憲法上の基本権保障の体系の新たな位置づけへの道が開かれる。基本権の体系は、不可侵の権利を守るための絶対的保障の構築とともに、規制を行う場合に国家に求められる合理性の質に関する段階的な要請と結びつくことになる。

(2) 人権とリスク管理の相互依存を意識した権利侵害を認定する新たな枠組

国家によるリスク管理的活動が人権保障と相互依存の関係に立つ場面を意識すると、権利侵害の認定ラインに関する従来の理論が子越えこんできた限界が明らかになる。周知のように「リスク社会」と特徴づけられる現代社会はリスクが不均等に配分された社会であるわけだが、リスク格差が国歌の法制度によって部分的には意図的に作り出されたものであることを意識した場合、一定範囲においてリスクが発現した個人との関係で国家の法的責任を認定し得る枠組が不可避となる。この観点は、憲法論の次元では、権利侵害を認定する際の視点の置き換えによって実現されることとなる。

20世紀における福祉国家の権利論を憲法論を高い水準で構造化したJ.ロールズの体系においても、自らの自由に関する基盤条件に対する国家の配慮責任は、あくまで「所得」を軸に権利論への取り込みが可能であったに過ぎない。それを批判してA.センは、個人ごとに所得を自由へ変換するために用い得る潜在能力(capability)に関わる条件に差があることを前提とした。このアプローチは、一定水準の達成を固定的に権利実現と捉えるものではないため、従来の所得中心主義の枠組の中で権利論に転用し得るものではない。しかし逆に、潜在能力の剥奪という権力が関与するプロセスを浮き彫りにすることによって、そこに新たな権利侵害の認定を行う枠組を開くことになる。

この文脈において興味深いのは、平等論における「間接差別」という権利侵害類型である。侵害者の意図でも、対象の区別に際して依拠される分類基準でもなく、被侵害者に生じる不利益そのものを手がかりとしながら、被侵害者の側で責任を負うべきものではない不利益付与に関して、既存の権力関係や構造に依拠したことそれ自体に関わる責任を合理的範囲において侵害者側に求めていく権利救済枠組である。障害差別の文脈におけ

る合理的配慮義務を典型とするような、こうした構造依拠に関わる依拠した側の責任を意識する権利侵害認定枠組が、リスク配分格差に基づく様々な問題に対処する中で、憲法上の人権論の中でも意義を有する場面が認められる。

この潜在能力アプローチを下敷きに、潜在能力の剥奪の段階において個人の自由その他の権利に対する侵害を認定する手法に関しては、アイディアの次元で本研究の中で大きな認識の進展が見られた。これを体系的・具体的な権利保障の理論としていくために、今後、研究を継続していくことが必要となる。

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 8 件)

Hiroshi Nishihara, “ Zwischen Staatsabhängigkeit und Repräsentationsdefizit ” Jahrbuch des öffentlichen Rechts, n.F. 64, (2016.4), SS. 815-837.

西原博史「就学義務から『多様な学びの保障』へ」教育法学会年報 45 号 (2016.3), pp. 75-84.

西原博史「思想・良心の自由 侵害された個人の痛みを敏感な解釈論に向けて」判例時報 2278 号 (2016.2), pp. 3-10..

Hiroshi Nishihara, “ Judicial Control over Social State Activities in Japan and Meaning of Equality Rights ”, 34 Waseda Bulletin of Comparative Law (2016.1), pp.13-24

西原博史・石川夏子・伊藤涼月・塩谷淳夫・曾田竜市「立法裁量領域における憲法上の権利」Law & Practice 9 号 (2015.5), pp. 67-104.

西原博史「憲法を解釈する主体となるために」法学セミナー723号(2015.4)pp. 11-20.

西原博史「親の教育権と子どもの権利保障」早稲田社会科学総合研究 14 巻 1 号 (2013.7) pp. 65-75.

西原博史「学習指導要領の解釈における教師の裁量権と『不当な支配』」早稲田社会科学総合研究 13 巻 3 号 (2013.3), pp. 41-61.

[学会発表](計 4 件)

西原博史「就学義務から『多様な学び保障』

へ 義務教員段階における国家の役割と子どもの学ぶ権利」日本教育法学会第 45 回定期総会第 2 分科会報告(2015 年 5 月 31 日@法政大学)。

Hiroshi Nishihara, 'Judicial Control over Social State Activities in Japan and Meaning of Equality Rights', presented at: IXth World Congress of the Association of Constitutional Law (2014 年 6 月 17 日@Oslo 大学), Workshop 4 "Social Rights Group".

西原博史「人権理論における「科学的方法」と本質主義の縛り 人権主体の置かれる場に関する認識方法と『国民利益』」憲法理論研究会 2014 年度春季研究総会報告(2014 年 5 月 11 日@広島大学)。

Hiroshi Nishihara, "Die Renaissance des deutschen rechtswissenschaftlichen Denkens im japanischen Verfassungsrecht: Analyse und Ausblick", Gastvortrag in der oeffentlich-rechtlichen Abteilung, 34. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung (2013 年 9 月 13 日@Marburg 大学)。

〔図書〕(計 6 件)

岡田信弘・笹田栄司・長谷部恭男編『(高見勝利先生古稀記念)憲法の規定と憲法論』(信山社・2015.4) 西原博史「比例原則の 3 モデルと事実認識・価値判断」pp. 571-592.

Uwe Kischel (Hrsg.), Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechts in der Welt, (Tuebingen: Mohr Siebeck, 2015), Hiroshi Nishihara, "De Renaissance des deutschen rechtswissenschaftlichen Denkens im japanischen Verfassungsrecht", SS. 1-26.

全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』(三省堂・2015.5) 西原博史「人権論における所得中心主義と潜在能力中心主義」pp. 350-367.

憲法理論研究会『憲法と時代』(敬文堂・2014.10) 西原博史「人権理論における『科学的方法』と本質主義の縛り」pp. 25-37.

西原博史編『立法システムの再構築』(ナカニシヤ出版・2014.7) 西原博史「序・立法システムの再構築」pp. 3-14.

西原博史編『立法システムの再構築』(ナカニシヤ出版・2014.7) 西原博史「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」pp. 17-35.

〔産業財産権〕
出願状況(計 0 件)
取得状況(計 0 件)

〔その他〕
特になし

6. 研究組織
(1) 研究代表者
西原 博史 (NISHIHARA HIROSHI)
早稲田大学・社会科学総合学術院・教授
研究者番号: 10218183

(2) 研究分担者
なし

(3) 連携研究者
なし