

平成 21 年 5 月 20 日現在

研究種目：基盤研究（C）  
 研究期間：2006～2008  
 課題番号：18530030  
 研究課題名（和文）人権規制目的としての「安全」と比例原則の関係についての比較法的・総合的研究  
 研究課題名（英文）Comparative and General Research on the Governmental “Security” - Interest and the Proportionality Principle  
 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

## 研究成果の概要：

本研究は、比例原則に関する理論的な研究を踏まえ、「安全」維持目的の国家行為への適用を意識した場合に必要な比例原則の変容を研究対象とし、21世紀の現実的な要請に耐えうる比例原則の体系的理論の構築を目指してきた。研究の成果として、「安全」目的の基本権規制が日本で行われる際に、それが過度の権利侵害を惹起しないよう、立法過程における規制目的の特定を踏まえた上で、必要性審査を核とした比例原則が適用される必要性が明らかになった。

## 交付額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2006年度	900,000	0	900,000
2007年度	1,100,000	330,000	1,430,000
2008年度	1,200,000	360,000	1,560,000
年度			
年度			
総計	3,200,000	690,000	3,890,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：比例原則、法治国家、対テロリズム規制

## 1. 研究開始当初の背景

研究開始時においては、一方で比例原則をめぐる議論がドイツ法とヨーロッパ法の接触によって着実な発展を遂げようとしている時期ではあったが、他方では比例

原則それ自体の基盤を大きく揺るがすような情勢が大規模に進んでいる状況もあった。背景にあるのは、「安全」という国家目的に関する比重の増大である。1990年代においてすでに、「安全」維持目的の活動に関する許容性基準の変化が少しづ

つ進行しつつあったが、2001年9月11日のニューヨーク航空機テロ事件以降、「安全」維持目的であることを理由に、従来の枠組を超えた自由権制約が実務上実施される場面が各国において増加してきていた。その際に、自由権を制約する必要性に関する審査を司ってきた比例原則や、それに基づく「比例性審査」のあり方に必然的に変化が及んでいた。

よく指摘されるのが、古典的な治安の概念に代わって個人の主観的な感情である「安心感」に対する配慮が国家の課題とされた時、比例原則が機能不全に陥る傾向があることであった。具体的な「安全」維持を目的とした国家活動に関しては、達成できる安全度の増加具合と、そのために犠牲になる個人の自由を衡量するという形で、比例原則を通じた客観的な国家活動の許容性判断が有効に機能してきた。ところが、主観的「安心感」を増加させるための犯罪予防措置に関しては、その措置が存在するだけでプラス評価が想定できることとなり、「必要性」審査が空転する可能性が指摘されていた。日本における典型的な問題例として、犯罪捜査のために必要な範囲で肖像権に関する侵害を容認する確立した判例が、盛り場における警察の監視カメラ設置と両立しないにもかかわらず、むしろ社会的には監視カメラを歓迎する風潮が作り出されている事実が指摘できた。

こうした状況を踏まえて、比例原則を整理し直し、「安全」を求める社会において安全と自由の均衡点を探るための有効な判断枠組としての機能を回復させることは急務であった。この理論的な必要性は、たとえばドイツにおいても意識されており、犯罪捜査目的での遠隔盗聴の許容範囲に関する連邦憲法裁判所2004年3月3日判決などで新しい枠組が模索されていたが、それがどこまで有効に機能するのかは、それ以降の推移を見ながら検証していく必要があった。

## 2. 研究の目的

本研究は、公法全体に関わる基本原理である比例原則が、特にテロリズムから国民を守

る国家の任務が明確に意識されている現在の情勢の中でどのような意義を持つものなのかを分析することを目的としていた。その際に考察の主要な方法として比較法的な分析を用い、主たる比較対象国としてドイツおよびヨーロッパ連合（EU）を意識するものであった。

### (1) 比例原則の意義とこれまでの研究の到達点

比例原則は、国家権力による介入を「目的達成のために必要」な範囲に限定することを通して、国家介入の過剰を防ぎ、市民の自由と市民社会の自律性を確保するための法治国家の原則として発展してきた。現在では比例原則は、基本権（基本的人権）に対する制約の許容性を測る原理として重要な役割を果たしている。

ただ、その比例原則の内容と具体的な適用方法に関しては、母国ドイツと、ドイツの理論を受け入れて発展を始めたヨーロッパ連合とで微妙な相違があり、ヨーロッパ連合の法秩序を通じてその相互作用が確認できる。特に顕著なのは、平等権の適用に際して比例性審査が適用できるかどうかをめぐる論争である。

平等の領域における理論的な精緻化は、「比例性審査」の主たる適用領域である自由権の領域でも比例原則の位置づけに変動を及ぼしている。もともとドイツの議論においても、「比例性審査」の適用において価値衡量を重視する連邦憲法裁判所の姿勢に対しては、比例原則の根本に関する理解を誤ったものであり、むしろ必要性審査に純化すべきだと批判する理論的潮流が常に対峙してきた。ヨーロッパ連合のレベルにおいて、「比例性審査」が基本的には必要性審査を中心に行われていることから、ドイツにおける比例原則の根本に関する議論も再活性化の兆しを見せている。

このような状況の中で、比較法的な課題として、ドイツとヨーロッパ連合における最新の発展の中で、特に「比例性審査」を具体的にどのような内容と形式において適用するのかという点を中心的な争点としながら、比例原則の内実と射程を明らかにしようとする理論的模索が重要となっていた。本研究は、まず、そうした比例原則そのものの理解を深めることを目的とするものであった。

### (2) 比例原則を取り巻く現代的困難としての「安全」問題

さらに、上記「1. 研究開始当初の背景」で指摘したように、「安全」を求める社会において安全と自由の均衡点を探るための有

効な判断枠組としての機能を回復させることは急務であった。そうした状況の中で本研究は、比例原則に関する理論的な研究を踏まえつつ、その現代的変容あるいは精緻化が必要になる場面を具体的な「安全」維持目的の国家行為との関係で検証し、そこでの変容が再び理論に及ぼす影響を確認しながら、21世紀の現実的な要請に耐えうる比例原則の体系的理論の構築を目指すものであった。

### 3. 研究の方法

#### (1) 部分プロジェクトに区分した研究の遂行

本研究は、上記研究目的の達成に向けて、主として3つのプロジェクトを同時並行的に走らせ、各プロジェクトにおける成果を獲得するとともに、それを総合する形で、全般的な成果の到達を目指すものであった。これらのプロジェクトは、研究室内外の大学院生との間において勉強会および共同研究の形式において遂行されるものであった。

##### プロジェクトA:

法治国家原理の発展における比例原則の生成と現代的意義に関する理論的研究

法治国家原理の一内容として、「警察比例の原則」のような行政法上の具体的な法原則として生成してきた比例原則は、ドイツでいえば1949年の基本法制定によって基本権の対立法者拘束性が承認されるとともに、「比例性審査」という形の違憲性審査基準として運用されるようになる。同時に、連邦憲法裁判所の中で早い時期に隆盛を極めた基本権に関する価値論的なアプローチが「比例性審査」の具体的なあり方に決定的な影響を及ぼした。その結果、現在においてドイツで比例原則を語る場合にも、大きく二つの思想的淵源に基づく混成物を扱うことになる。こうした理論的混合物である比例原則に関して、各論者の理論的背景に遡って整理し直すことが必要であった。

##### プロジェクトB:

ヨーロッパ連合法における平等保障に際しての比例性審査の発展に関する比較法的分析

第二の部分プロジェクトにおいては、ヨーロッパ連合法の次元における比例性審査の最新の発展傾向を検討の対象とし、将来における発展の方向性を模索することを目指す

た。このプロジェクトBにおいては、膨大な数の判例など多量の情報源を処理し、実務的な動きの早いテーマに関する常にアップデートな情報収集が必要であった。そのため、このプロジェクトBに関しては、研究補助員として研究支援者を任用して、基礎データの整理を担当させるとともに、勉強会のコーディネイト的な作業を依頼し、様々な対象国を持つ大学院生たちの問題関心を吸い上げることのできる環境を構築していった。

##### プロジェクトC:

ドイツにおける犯罪捜査・犯罪予防目的の自由権侵害に関する違憲性審査手法の現代的展開に関する比較法的分析

第三の部分内容として本研究は、「安全」維持を目的とする国家的介入に関する規制のあり方を考察するものであった。具体的には、日独における実務の比較を端緒とし、それぞれの実務の背景にある理論枠組を洗い出し、それぞれの枠組が守ろうとするものを確認するとともに、市民的法治国家原理が狙ってきた人権保障をどのような構造を通じて実現しようとしているのかを考察してきた。

プロジェクトCを推進する上で、一つにドイツ連邦憲法裁判所の判例を手がかりとした標準的な比較法研究が着実な研究の進歩を支えるものとなった。

#### (2) 年次進行計画

##### 2006年度

2006年度は、各プロジェクトを立ち上げ、軌道に乗せるための時期と位置づけられた。第1の部分プロジェクト(A)においては、比例原則の具体的な内容をめぐるドイツでの位置づけの違いを意識しながら、対立軸の双方が踏まえる理論的基盤を明らかにするための理論的研究を行う。第二の部分プロジェクト(B)においては、EU法の次元における比例性審査の最新の発展傾向を検討の対象とし、大学院生を中心とする勉強会を組織しながら、将来における発展の方向性を模索することを目指していく。第三の部分内容(C)においては、「安全」維持を目的とする国家的介入に関する規制のあり方を考察する。具体的には、日独における実務の比較を端緒とし、それぞれの実務の背景にある理論枠組を洗い出しすことを当面の目標とする。

## 2007 年度

2007 年度は、計画の中間年として、2006 年度に着手した 3 つのプロジェクトそれぞれを推進し、それぞれのプロジェクトで中間的な取りまとめを目指すとともに、予定されている国際学会において現代公法学における比例原則の位置づけに関する総論的な中間発表を目指した。

具体的な各プロジェクトの展開は、2006 年度の方法を継承し、プロジェクト A における文献収集と整理を中心とした理論的作業、プロジェクト B における研究補助員による支援を受けた大学院生との共同作業と専門的知識の提供による情報の拡大、プロジェクト C における文献上の作業と専門的知識に関わるインタビューの相互補完的な研究推進、という形式を取った。

2007 年にはまた、国際憲法学会の世界大会がアテネにおいて開催され、そこで研究代表者は、比例原則の現代的意義に関して本研究の中間報告的な発表を行った。この中間報告においては、幅広い国々から集まる参加者にとってヨーロッパ連合法における比例原則の位置づけが最大公約数的な知識となっていることが予想されたため、そこを基盤にしながら、プロジェクト C の成果と併せ見た場合の現代的な難問について問題提起を行い、各国における「安全」問題に関する対応の仕方に関するフロアからの発言を得ながら、本研究で取りまとめつつある総合的な比例原則の体系理論が世界の様々な法体系との関係でどこまで成立可能であるかを検証した。

## 2008 年度

2008 年度は、本研究の完成年度として、3 つのプロジェクトそれぞれを完結させるとともに、特に年度後半において、3 プロジェクトを総合する形で現代社会における比例原則の意義についての体系的な理論の構築を目指す。

プロジェクト A ~ C のうち、A については 07 年度中に B・C を展開するのに必要な認識に達し、B についても 07 年度中に性差別を受けない権利に関する分析を完成させた。C については、今年度、ドイツ連邦憲法裁判所の判例動向に関する研究論文を完成させるとともに、これらの成果を踏まえて、立法過程における比例原則の意義を再評価する論文を完成させた。

なお、本研究で得られた成果は、すべて研究期間中に発表できた論文等に収録できたわけではない。今後発行予定の単行本の中で、この成果を社会に向けた報告していくことがなお課題として残っている。

## 4 . 研究成果

### プロジェクト A

#### 比例原則に関する理論的發展

プロジェクト A の比例原則に関する理論的研究においては、以下の諸点が明らかになった。

ヨーロッパ法の発展においてドイツ法治国家論由来の比例原則は非常に大きな位置を占めている。特に、ヨーロッパ人権裁判所における人権侵害の認定に際してと、ヨーロッパ裁判所による個人の基本的な人権と関連した E C 法原則の執行にあたっては、保障された権利に対する制限が認められるのは明示された規制目的の達成に必要な不可欠な場合に限られる。その必要性認定においても立法府に認められる裁量の範囲は限定されたものであって、制定された法の合理性を確保する上で、裁判所による必要性認定に非常に大きな役割が期待されている。

こうしたヨーロッパ法レベルにおける比例原則の運用は、比例原則の母国において 1945 年以降に強まっていた理論的傾向に歯止めをかけ、もともとの警察比例の原則に近い形で、権力行使の合理性確保を実現する方向性に近づくものであった。すなわち、ドイツにおいては比例原則は、価値の比較衡量を最重要の要素とする価値論的分析方法としての側面を強めていたが、ヨーロッパ法レベルでは、必ずしも価値論に取り込まれることなく、価値論的な決断は立法過程に重点を移すとともに、その決断を踏まえた事実認定の検証可能性に関わる問題として比例原則の役割が期待されていった。こうした成果は、後述の研究成果、 、 、 において直接に示されている。

こうした立法と司法の役割分担の結果として、立法過程において法秩序全体の合理性を担保する上で大きな重要性が帰属することも明らかになった。研究開始時には必ずしも明確化していなかった、この部分における成果を表すものが、後述の研究成果である。

また、ここで得られた知見の適用段階に関わるのが、後述の業績、 、 、 である。価値論的な立法統制と合理性担保的な立法統制という二つの方向性は、基本的人権の保障における比例原則の役割を越えて、憲法運用全体における目的プログラム指向の価値論的な推論方法と、条件プログラム指向の技術論的な統制方法の二つの規範構造の対立につながってゆく。この二つの規範構造が憲法秩序の中に混在することによる問題点を扱い、基本的に条件プログラム優位の体系を構築することによる問題解決を目指したものが、ここで挙げた研究成果である。

## プロジェクトB ヨーロッパ法における平等保護と比例性審査

プロジェクトAにおいて確認された、ヨーロッパ法における比例原則の比例的価値増大とむしろ対抗するのが、ヨーロッパ法の分野で最も早く比例原則が定着していった差別禁止法理の分野における比例原則のゆっくりとした退潮であった。

2000年以降、EC法はEC指令の上で禁じられた差別事由のリストを拡大していった。それとともに、性差別の分野で確立していた比例性審査の適用に関しては、一定の変容が見られるところとなった。差別禁止が前提としていた比較対象者間の比較可能性が曖昧な場面が多々検討対象として浮上してくるにより、比較可能性審査がEC裁判所による判例法理の中で一定の位置づけを得ていくようになった。また、より顕著な現象として、比較可能性を前提とした形式的平等のアプローチが構造上引き受けてしまう限界が問題視される傾向が強まり、差別禁止の領域においても社会的包摂アプローチの重要性が学説上強調されるような状況の中で、純粹な手段審査としての比例審査は適用範囲を限定されてきているようにも見受けられる。

もちろん、これは直接性差別のような、明白な差別領域における比例原則の重要性を否定するものではない。また、多くの人種差別など、形式的平等のアプローチがなおも重要な役割を果たすべき領域が他にあることを否定するものでもない。ただ、形式的平等が比較的長期にわたる法秩序の安定化によって人々の意識の中に浸透してきた領域から、形式的平等では解決できない問題に人々の意識が移っていることが確認できるに過ぎない。ただ、理論的に新しい解決方法が模索される領域において、差別認定が今後どのように進んでいくのかは、現時点でなお予断を許さない論点を多々、含んでおり、今後の推移を観察していく必要がある。

こうした知見を表現しているのが、後述の成果、である。

## プロジェクトC 犯罪予防目的の規制と比例原則

プロジェクトCに関しては、多くの重要な知見が得られるとともに、それだけでは解決できない多くの理論的課題を発見することにもなった。

研究開始時に想定していた仮説のとおり、国家が市民生活に規制的に介入する正当化根拠として国民の「安心感」が標榜されれば標榜されるほど、必要性審査としての比例原

則が空転することは、たとえばドイツにおける理論的・実務的な動向から追認することができた。したがってまず、法的な検証過程において、立法目的を主観的な「安心感」に移動することなく、いかに具体的・実質的な「安全」との関係を確認し続けるかという点に、比例原則を実質化する上での大きな課題があることが確認された。

これは、多くの分野において同時並行的に生じている問題に対応するものである。たとえば「プライバシー」という観念は、犯罪予防目的における国家介入の評価にあって鍵概念を形成している。このプライバシーは、様々な意味で被害をこうむる恐れに対する心理的反応としての色彩を強めれば強めるほど、国家による介入を要求し、正当化していく原理としての機能を果たし始め、国家による私生活介入を排除する原理としての役割を失っていく。そうした中で、個人による多様性の中で客観化できない主観的要素をプライバシー侵害の認定からどのように排除していき、保障されるべき人格的な自律の核としての意義づけをどのように抽出していくことができるのかという点に、これからのプライバシー権論の課題があることが確認された。

規制目的の特定において有用なのは、でも触れたように、事後的な違憲立法審査の過程において比例原則を適用することばかりでなく、事後的な検証が可能のように、立法過程において立法目的を十分に特定しておくことである点も確認された。これは特に、「安全」を守る目的の規制介入が主観的な「安心感」を追求してしまう場面を墮落形態の極としながら抽象的な「安全」概念の前に実質的な規制目的をブラックボックス化させる傾向を秘めていることから、重要な意味を持つ確認であった。これらの知見については、後述の研究成果、で示されている。

その上で、「安全」目的の国家による規制的介入を前にした時に、比例原則のような相対的な統制原理で実現できるものと、実現できないものがある点にも認識が及んだ。相対化を拒む絶対禁止ルールが憲法論の中にどのように組み込めるかという論点は、今後の課題として残っている。

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 6 件)

西原博史・黒岩容子「E C法における性差別禁止法理の発展と変容」比較法学(査読無) 41 巻 2 号 [2008 年 1 月] 201-227 頁。

Hiroshi Nishihara, "Constitutional Meaning of the Proportionality Principle in the Face of Surveillance State", Waseda Bulletin of Comparative Law (査読無) Vol. 26 [2008 年 3 月] 1-10 頁。

西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト(査読無) 1356 号 [2008 年 5 月] 75-81 頁。

Hiroshi Nishihara, "Das staatlich aufgezwungene Nationalbewusstsein als Verfassungsproblem im Zeitalter der Globalisierung (Japan)", Waseda Studies in Social Sciences (査読無) Vol. 9 (1) [2008 年 7 月] 17-24 頁。

西原博史「人権論・生存権論の理論的課題 自己決定・社会的包摂・潜在能力」法律時報(査読無) 80 巻 12 号 [2008 年 11 月] 81-85 頁。

西原博史「憲法構造における立法の位置づけと立法学の役割」ジュリスト(査読無) 1369 号 [2008 年 12 月] 32-38 頁。

[学会発表](計 2 件)

Hiroshi Nishihara, "Constitutional Meaning of the Proportionality Principle in the Face of Surveillance State", 国際憲法学会第 7 回世界大会 Workshop 15 (2007 年 6 月 14 日) アテネ Zappeion

西原博史「『個人に優しい改憲論』と立憲主義 『国民の憲法遵守義務』という新しくて古い観念をめぐって」憲法理論研究会 2008 年度春季研究集会 [2008 年 5 月 12 日] 神戸学院大学(憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』[敬文堂、2008 年 10 月] 177-188 頁に収録)

[図書](計 5 件)

『グローバル化と法』村上淳一/ハンス=ペーター・マルチュケ編・信山社 [2006 年 9 月] 西原博史「ヨーロッパにおける最近の法的発展方向 統一市場から政治的連合へ?」73-82 頁担当。

『欧州憲法条約とEU統合の行方』福田耕治編・早稲田大学出版部 [2006 年 10 月] 西原博史「欧州憲法条約における基本権保障のあり方 制度間競合の中における価値としての基本権」93-109 頁担当。

Globalisierung und Recht (Junichi Murakami/Hans-Peter Marutschke [Hrsg.], Berlin [de Gruyter] February 2007): Hiroshi Nishihara, "Aktuelle rechtliche Entwicklungstendenzen in Europa insbesondere die Bedeutung der Grundrechte in einer Konkurrenz zwischen Systemen der Staatsaufgaben" pp. 127-133 担当。

『岩波講座 憲法 2 人権論の新展開』西原博史編・岩波書店 [2007 年 8 月] 全体編集(本文 311 頁)および西原博史「保護の論理と自由の論理」283-309 頁担当。

『監視カメラとプライバシー』西原博史編・成文堂 [2008 年 3 月] 全体編集(本文 98 頁)および西原博史「プライバシー権の意義」82-88 頁担当。

6. 研究組織

(1) 研究代表者

西原 博史 (NISHIHARA HIROSHI)  
早稲田大学・社会学総合学術院・教授  
研究者番号: 10218183

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし