

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 5 月 23 日現在

機関番号：13901

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2013～2015

課題番号：25380034

研究課題名(和文) 緊急事態における法と裁判官の役割に関する憲法理論的研究

研究課題名(英文) Constitutional theory of "Leglity" in the state of emergency

研究代表者

愛敬 浩二 (Aikyo, Koji)

名古屋大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授

研究者番号：10293490

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,200,000円

研究成果の概要(和文)：9.11以降の英米憲法理論の特徴は、「立憲主義の復権」の下で、拷問解禁論に象徴されるような「立憲主義の動揺」が生じた点にある。本研究はこの歴史的文脈を踏まえて、「緊急事態における法と裁判官の役割」に関する憲法理論的研究として、「Legality」の概念に注目しつつ、国家緊急権に関する憲法理論の変容と裁判官の良心に関する憲法学説の動向を分析した。また、主にイギリス憲法理論を素材としつつ、法的立憲主義と政治的立憲主義の関係に関する分析を行った。その成果として、緊急事態における立憲的統制を最大化するための憲法理論のあり方と、その理論の下で期待される裁判官の役割に関する問題提起を行った。

研究成果の概要(英文)： In 1990s, we saw the rise of legal constitutionalism, in which judges take an important role in the protection of human rights, but after September 11, we also saw the sway of legal constitutionalism. The main aim of this research is to analyze the concept of "Legalism" in the constitutional theory and legal philosophy in this historical context to find the general theory about the role of law and judges in the state of emergency.

I study especially on two issues below. One is the reconsideration of the emergency power in constitutional theory through the detailed survey of constitutional theories after September 11. The other is the reconsideration of the discussion about the protection of conscience of judges in Japanese constitutional theory. I also did research on the trend of the UK constitutional theory about legal constitutionalism and political constitutionalism to fix the historical context of the discussion on the "Legality".

研究分野：社会科学

キーワード：憲法 憲法理論 比較憲法 立憲主義 国家緊急権

1. 研究開始当初の背景

(1) 9.11 は、世界の政治情勢を激変させたのみならず、憲法理論に対しても重大な影響を及ぼした。たとえば、9.11 の前に「グローバルな立憲主義の興隆」を論じたブルース・アッカーマンは、9.11 の後、「1989年の後の勝利主義の時期が終焉を迎え、リベラルな理念は自らの防衛のために非常的行動を要求する場合があるということ、我々は冷静に認めなければならない」と論じた。

そこで、本研究に先行して、私は、9.11後の英米憲法理論を参考にしつつ、「緊急事態における法の支配」という問題について研究を行ってきた。その際に注目したのが、緊急事態においても「法の支配」は維持されるべきであり、裁判官も一定の役割を果たすべきであるとの議論であった。そして、このような議論をする論者が主に依拠したのが、「Legality」の観念であった。

ちなみに、「Legality」とは、法哲学者の長谷川晃の説明によれば、「側法性は、抽象的には政治や権力行使を軸とする社会の人間活動が一定の形で法に服することを求める理念である。それはまさにそのような理由によって、様々な準則や基準が法という秩序を形づくるための、形式的ではあるがしかし根本的な条件である」とされる。

(2) 国家緊急権の問題を論ずる際、わが国でも参照されることの多いカール・シュミットは、「緊急事態と法治国家の両立不可能性」を論じたが、その際、彼の念頭にあったのは議会制定法であり、「裁判官による人権保障＝法的立憲主義」が主流化した後で「Legality」の観念がもたらす可能性は視野に入っていなかったものと思われる。

日本でも、緊急権条項を導入するための憲法改正が必要との主張がある(2012年自民党改憲案など)。よって、「緊急事態における法と裁判官の役割」に関する憲法理論的研究は喫緊の課題となっているが、日本公法学の議論状況をみても、「Legality」の観念に注目した理論研究はほとんどない状態であった。

2. 研究の目的

(1) 本研究の目的は、9.11 以後の英米憲法理論の議論状況を参考にしつつ、「Legality」の観念に注目することで、「緊急事態における法と裁判官の役割」について、原理論的な考察を行おうとするものである。

本研究の学術的な特色は、拷問禁止緩和論など、9.11 後の現実政治の中で提起された諸問題に対する英米憲法理論の議論動向の分析から、憲法理論や法哲学の観点からも注目される「Legality」の観念の意義と問題点を検証する点にある。「Legality」の観念について、英語圏では相当量の議論が蓄積されているが、日本ではなお、紹介・検討が不十分である。

(2) 日本国憲法の基礎理論及び解釈との関係では、次の2点を研究の目的とする。具体的な問題との関係で「Legality」の観念の意義と問題点を検証することができれば、第一に、今後、日本でも理論的・実践的に重要な争点となる国家緊急権の問題について、従来の憲法学にはない新たな知見を加えることができる。第二に、裁判官の良心に関する従来の学説を新たな観点から再評価し、困難な状況の下で具体的な事件を扱う裁判官にとっての裁判官の良心の問題を議論するための枠組みを提供することができる。

3. 研究の方法

(1) 研究方法は、文献調査を中心とした個人研究である。ただし、本研究の方法論上の特徴として以下の点が挙げられる。

「Legality」の観念に関する英語圏の憲法理論の動向の調査・分析を単に憲法学者の著書・論稿に限定せず、法哲学・政治理論・歴史学等の周辺諸科学の研究成果にも可能な限り拡げて行うこと。

英語圏の憲法理論(特にイギリス)の動向の調査・分析を踏まえて、日本憲法学の理論動向(特にその変化)を整理し、体系的な分析を加えること。

日本憲法学の理論・学説に関する分析・検討のプロセスにおいて、憲法研究者だけではなく、他分野の研究者や実務家との間での議論を行うこと。

(2) と については、研究の進捗に合わせて定期的にイギリスでの現地調査を行い(2013年9月、2014年11月、2016年2月)、イギリスを中心とした英語圏の憲法理論の動向について、Keith Ewing(キングズ・カレッジ・ロンドン教授)、Martin Loughlin(ロンドン大学教授)、Thomas Poole(ロンドン大学教授)、J.F. McEldowney(ウォリック大学教授)、Navraj Singh-Ghaleigh(エディンバラ大学上級講師)等の憲法研究者と意見交換を行った。

について、主に国家緊急権の問題について、行政法・都市法等の他分野の法学研究者、工学研究者、及び弁護士等の参加する研究会・セミナーで研究報告を行って、その時点での研究成果に対して、多様な観点からの検討・評価を受ける機会を得た(後述する「5. 主な発表論文等」の〔学会発表〕のうち(2)と(4)が該当)。

4. 研究成果

(1) 前述のとおり、9.11 以降の英米憲法理論の特徴は、「立憲主義の復権」の下で、拷問解禁論に象徴されるような「立憲主義の動揺」が生じた点にある。本研究はこの歴史的文脈を踏まえて、「緊急事態における法と裁判官の役割」に関する憲法理論的研究として、「Legality」の観念に注目しつつ、国家緊急権に関する憲法理論の変容と 裁判官の

良心に関する憲法学説の動向を分析した。また、主にイギリス憲法理論を素材としつつ、法的立憲主義と政治的立憲主義の関係に関する分析を行った。その成果として、緊急事態における立憲的統制を最大化するための憲法理論のあり方と、その理論の下で期待される裁判官の役割に関する問題提起を行った。

(2)各テーマとの関係で、研究成果の概要を説明する。

のテーマと関連する研究成果は、雑誌論文(2)、学会発表(2)、(4)である。

雑誌論文(2)は、東日本大震災等の大規模災害への対応を主な目的として掲げる自民党「日本国憲法改正草案」(2012年)の緊急事態条項を主な素材としつつ、国家緊急権の定義の仕方、立憲主義と国家緊急権の関係、及び、国家緊急権に対する立憲的統制の制度化について、9.11以降の英語圏の憲法理論の動向、とりわけ、「Legality」をめぐる議論状況を踏まえて、従来の憲法学説に対する批判的再評価と、現在の憲法状況を踏まえた問題提起を行ったものである。本論文の基となった研究報告に対しては、長谷部恭男、高田篤、駒村圭吾、川岸令和、穴戸常寿を参加者とする研究会で詳細な検討が行われている(論究ジュリスト15号150-168頁)。

のテーマと関連する研究成果は、雑誌論文(1)、学会発表(3)、図書(2)である。

図書(2)では、「裁判官の良心」に関する長谷部恭男の問題提起を踏まえて、「裁判官にとっての裁判官の良心論」という問題構成の意義を明らかにした。これは、緊急事態における裁判官の役割・職責を憲法理論のレベルで議論する「Legality」の問題に関する研究成果を、「裁判官の良心」に関する日本の憲法学説の議論状況に応用したものである。また、「裁判官の良心」に関する長谷部の問題提起が、彼の憲法学説の体系の根幹に関わるものであることを論証した。

雑誌論文(1)は、図書(2)で示した研究成果を踏まえて、「裁判官の良心」に関する憲法理論レベルの議論が、判決の様式(多数意見の執筆者の名前を明記するか否か等)等の制度的条件に依存していることを明らかにしたものである。同論文も、「Legality」の観念の具体的現象の仕方は、各国の法制度に依存するとの知見の下で、日本憲法学における「裁判官の良心」論に一石を投げようとしたものである。

のテーマと関連する研究成果は、論文(3)、図書(1)、(3)、(5)である。

9.11以降の英語圏の憲法理論における「Legality」の観念への注目は、前述したとおり、「裁判機関による人権保障の普遍化(法的立憲主義の主流化)」という憲法動向の下で、緊急事態における「裁判官による人権保障」の可能性と限界が厳しく問われたからであると考えられる。そこで、1998年人権法の

制定・施行によって「法的立憲主義」へと舵を切った直後に、9.11を経験したイギリスの憲法理論の動向を、「法的立憲主義 vs. 政治的立憲主義」という観点から検討したのが、一連の研究成果である。

その研究成果を要約すると、第1に、「裁判機関による人権保障」の採用を消極的に評価し、国会を通じた政府権力の統制を重視していた「政治的立憲主義」の陣営にも分岐が生じ、「裁判機関による人権保障」を肯定的に論じる論者が現れていること、第2に、それにもかかわらず、テロ対策等との関係で「裁判機関による人権保障」は期待されたほどには機能しておらず、その一方で進んだ国内・国外の経済格差の拡大等を踏まえると、「政治的立憲主義」の鍛え直しこそ重要であるとの議論が今なお、有力に唱えられていること。以上の2点を明らかにした。

(3)以上の研究成果のうち、このテーマは、英語圏の憲法理論における「Legality」に関する議論状況に関する調査・研究の成果を、日本の憲法学説の再検討・再評価に応用するものであった。このテーマは、そのような応用をするにあたって必要とされる、比較対象国と日本との間の制度的・理論的な差異を検証するためのものであった。

「Legality」に関する研究成果の一部を直接、日本憲法学の議論状況に応用したのが、図書(4)の論文である。同論文は、内閣法制局長官に関する「異例の人事」を通じて実現された集団的自衛権行使の合憲性に関する政府解釈の変更の問題を取り上げつつ、アメリカ合衆国の憲法理論・法哲学の議論を参照し、グアンタナモ基地に抑留された「敵性戦闘員」を軍事委員会で弁護した軍法務官の言葉「将校に任官する際、我々はアメリカ合衆国を防衛すると宣誓したのではなく、国外・国内の敵に対して合衆国憲法を支え、それを守ることを宣誓したのだ」を引用しつつ、個人としての利害・価値観を持つ個々の裁判官が、緊急事態においても、「法の支配」の担い手としての職責を担いようするためには、裁判官(法律家)の役割に関する規範論が(少なくとも法律家の間で)受け入れられていること、そのことを可能にする制度的条件が必要であることを論じた。

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3件)

- (1)『『裁判官の良心』と裁判官—憲法理論的考察に向けて』、愛敬浩二、法律時報、査読なし、87巻11号、148-153頁、2015年
- (2)「改憲問題としての緊急事態条項」、愛敬浩二、論究ジュリスト、査読なし、15号、142-148頁、2015年
- (3)「ジェレミー・ウォールドロンの違憲審査制

批判について』、愛敬浩二、名古屋大学法政論集、査読なし、255号、757-788頁、2014年

〔学会発表〕(計4件)

- (1)「ウォールドロンの憲法理論を使って日本国憲法の現在を考える」、愛敬浩二、憲法問題研究会(早稲田大学)、2016年3月5日
- (2)「災害と国家緊急権」、愛敬浩二、関西学院大学災害復興制度研究所第3回法制度研究会(関西学院大学)、2015年6月27日
- (3)「『裁判官の良心』と裁判官—憲法学的考察」、愛敬浩二、「国家と法」研究会(明治大学)、2015年1月24日
- (4)「国家緊急権と立憲主義」、愛敬浩二、都市防災研究協議会(政策)研究会(京都大学東京オフィス)、2013年12月19日

〔図書〕(計5件)

- (1)「イギリス憲法の『現代化』と憲法理論」、愛敬浩二、査読なし、『憲法の「現代化」—ウェストミンスター型憲法の変動』(倉持孝司ほか編、敬文堂)、41-56頁、2016年
- (2)「『裁判官の良心』に関する一考察」、愛敬浩二、査読なし、『憲法の基底と憲法論』(岡田信弘ほか編、信山社)、23-42頁、2015年
- (3)「イギリス憲法学における政治的憲法論の行方」、愛敬浩二、査読なし、『日本国憲法の継承と発展』(全国憲法研究会編、三省堂)、158-169頁、2015年
- (4)「安倍『改憲・壊憲』と立憲主義・法の支配」、愛敬浩二、査読なし、『集団的自衛権行使容認とその先にあるもの』(森英樹編、日本評論社)、43-53頁、2014年
- (5)「通常法と根本法—M. ラフリンの問題提起を踏まえて」、愛敬浩二、査読なし、『岩波講座現代法の動態1 法の生成/創設』(長谷部恭男編、岩波書店)、47-66頁、2014年

〔産業財産権〕

出願状況(計0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 0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

愛敬 浩二 (AIKYO Koji)
名古屋大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：10293490

(2) 研究分担者 なし

()

研究者番号：

(3) 連携研究者 なし

()

研究者番号：