

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

令和 5 年 5 月 30 日現在

機関番号：15301  
研究種目：若手研究(B)  
研究期間：2017～2022  
課題番号：17K13607  
研究課題名(和文)新時代における「法律の留保」論の展開

研究課題名(英文)'Vorbehalt des Gesetzes' in the New Era

## 研究代表者

山田 哲史(Yamada, Satoshi)

岡山大学・社会文化科学学域・教授

研究者番号：50634010

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,300,000円

研究成果の概要(和文)：法律の留保論の伝統的理解と現代的展開について、母国(独・奥)の議論の再確認から始め、刑事捜査や危険予防のための国家の介入行為に対する法律を通じた規制とその実効的実現について、国内統治機構全体を視野に入れて検討した。

その結果、とりわけ我が国の統治構造のあり方について、従来型の立憲主義・法治主義を前提とした規律論に従ってなお改善の余地がある一方、従来型の規律概念は十分対応できないところがあることも分かった。

さらに、従来型の法律の留保論や、その根本にある、法治主義・立憲主義が妥当しないグローバルな場面についても検討を深め、グローバル化の下での公法的統制の一般理論の概要を示すことができた。

## 研究成果の学術的意義や社会的意義

法律による行政活動の統制の意義が、とりわけ行政実務において、必ずしも十分に理解されていないところがあった、我が国において、その伝統的な意義と、その現代における変容、限界を明らかにした本研究は、日本における今後の、統治構造、あるいは、政府による統治にはこだわらない「ガバナンス」の構造を構想する(例えば、経済産業省を中心に検討が進められてきた、アジャイル・ガバナンス構想などを参照)上で、重要な参照点を提供する。

また、グローバル化を始め、複雑性、不確定性を増す現代における、公法、さらには法のあり方の理解を根本的に問い直す必要性を提示し、概略ながらその一般構想を示したことは、学術的にも重要である。

研究成果の概要(英文)： In this project I firstly reexamined the arguments in Germany and Austria regarding the traditional understanding and contemporary development of the notion of "Vorbehalt des Gesetzes". Then, I examined the regulation by statutes of intervention in the realms of criminal investigations and risk prevention, with overviewing of the entire domestic governance structure.

As a result, I found while there is still room for improvement especially in Japanese government structure in accordance with the traditional concept of constitutionalism and the rule of law, that the traditional concept of discipline is not sufficient in some areas on the other hand.

Furthermore, I deepened the understanding over the notion of "Vorbehalt des Gesetzes" or more basically the rule of law and constitutionalism in the era of globalization, and I showed an overview of the general theory of public law under globalization.

研究分野：公法学

キーワード：法律の留保 (民主的)正統性 グローバル化 立憲主義 法治主義 統治構造

## 1. 研究開始当初の背景

ドイツやアメリカにおいて、盛んに論じられるようになっていた、グローバル化の下での、国内民主政、とりわけ、国内議会の地位低下の問題について検討していた。この研究は、国内統治構造の中でも、とりわけ、国内議会の役割を主題とするものであり、グローバル化時代における法律の留保論を論じてきたと再定位できるものであった。

他方で、稲谷龍彦の研究に代表されるような、法律を通じた議会による捜査活動統制の必要性を強調する見解に触発されて、憲法学、行政法学、刑事法学の枠を越えた、法律の留保論の意義の検討作業へ取り組む必要性を感じていた。

さらに、このように法律の留保論の重大性が認識される一方で、法律の留保論の母国でもあるドイツなどでも研究代表者は、法科大学院を修了し、博士後期課程に進学して研究生生活を開始したが、そこでは、現代における議会やそこで制定される法律の規律・統制能力の限界が指摘されるようになってきている。このような状況を踏まえて、法律の留保論を限界も含めて、抜本的に検討し直す必要性を認識し、新時代における法律の留保論の検討を目論んだというのが、研究開始当初の背景である。

## 2. 研究の目的

本研究は、グローバル化時代における国内統治構造に関する従来の申請者の研究や、刑事訴訟とりわけ捜査活動の規律をめぐる申請者の従来の研究を基礎に、グローバル化や技術の発展に伴う議会の統制能力の減退と、これに連動する法律の留保の限界という問題について検討し、学説史的研究を含む基礎理論を踏まえつつ、新時代における法律の留保論の意義と限界を提示することを目的とする。

より具体的には、まず、基礎理論の場面については、歴史的経過を振り返った上で、法律の留保概念と法律による規律密度の関係性について、主としてドイツ・オーストリアの議論を参考にしつつ、アメリカにおける法律の留保原則の現象形態といえる委任禁止法理も参照して整理・解明することを目標にする。

次に、グローバル化の中での法律の留保論あるいはその揺らぎに関して、議会を前提とした国民国家型の民主的正統化を補充する仕組みを模索するより根本的な議論にも目を配りつつ、議会統制の意義と限界を従来の申請者の研究とは違った観点から再検討し、一定の成果を提示する。

さらに、刑事訴訟に関連する領域を題材にした新技術との関係での法律の留保論の検討は、従来の研究を踏まえて、まずは裁判所と議会の権限配分のあり方を明確化すべく、これまでのアメリカの議論を補充する形でドイツ語圏の議論を整理する。その後は、議会自体の能力の限界にも目配りした議論を、独米双方について検討する。

最終的には、これらの議論を総括しつつ、アメリカの費用便益分析論など、法律の留保の限界論あるいは代置論となるような議論を参照して、新時代における法律の留保の意義と限界の解明という本研究の根本的な課題に何らかの回答を提示することが目指された。

## 3. 研究の方法

### (1) 本研究を遂行する上での具体的な工夫

研究方法について一般的なレベルで論じるならば、ドイツ(語圏)法(学)・アメリカ法(学)との比較法を行い、国際法学や刑事訴訟法学との分野横断的な研究手法も用いる。これらの分野の学術文献の他、各国国内判例及び国際判例を含めて参照する、文献研究の手法が採用された。

また、このような研究であるから、この研究は基本的には研究代表者個人によって行われた。資料調査については、所属大学である岡山大学における図書館等の他、電子データベースの利用、出身大学であり、書庫内検索が許可されている京都大学法学部図書室(国内有数の蔵書を誇る)を中心とする、国内他大学の図書館の利用といった手法が用いられる。比較法の手法が用いられることから、海外における資料調査も必須であるとともに、積極的にこれを行う。

さらに、このような資料調査と並行して、国内外の研究者と広く意見交換を行なうことや、中間的な段階でも研究報告等を通じて積極的に情報発信していくことを通じて、個人研究が陥りがちな独りよがりな研究を避け、また研究がうまく進まない場合には、新たな視点からの修正が可能となるように工夫する。

### (2) 研究計画を遂行するための研究体制

厳密な意味での研究協力者は想定していないが、「緩やかな協力体制」としてあげられるものは以下のようなものである。また、これに加えて海外先端研究者との意見交換も予定される。

行政法研究者との連携 法律の留保を取り扱うので、とりわけ行政法研究者との連携が重

要となるが、国際的問題にも関心を持っている原田大樹京都大学教授を中心とする行政法学者のグループとは今後研究会での交流を予定していたのであって、これを継続発展させる予定であったが、これが新たな科研費プロジェクトにもつながった。

国際法研究者との連携 森肇志東京大学教授主宰の「憲法学と国際法学の対話に向けて」研究会にかねてより参加しており、このフォーラムを利用した意見交換等を2019年8月まで継続した。

刑事訴訟法研究者との連携 基本的な関心を共有する稲谷龍彦京都大学准教授とは、すでに意見交換等を行っており、稲谷(准[研究計画当時])教授を中心とする刑訴法研究者のグループとの交流を促進した。

#### 4. 研究成果

##### (1) 2017年度

本研究の研究期間の開始直前、最高裁判所は、GPS装置を被疑者等の使用する自家用車に装着し、移動状況を監視した警察の捜査手法を違法と判断した、いわゆるGPS捜査違法大法廷判決(最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁)を下した。この判決では、新たな科学技術を利用した捜査手法の授権・統制について、法律によることが要求されるかが争われたのであり、まさに、本研究の主題と深く関わるものであった。学界での注目も集め、各所からの解説の執筆や分析の依頼等もあったため、当該年度は、主に、刑事訴訟法、とりわけ、捜査規制と法律の留保の関係について検討を進めた。具体的には、日本刑法学会総会ワークショップでのコメント・刑事法研究者との対話、研究会での報告、広く学生も対象に含む法学学習雑誌への論文掲載、憲法学・刑事訴訟法学の分野横断的座談会への参加(これは、法学専門誌に掲載された)として、形になっている。さらに、上記大法廷判決について、ドイツのバイロイト大学において、ドイツ語でその概要を紹介するなど、国際的な学術交流、情報発信にも努めた。

同年度には、加えて、外交領域における法律の留保論の検討から、グローバルな場面における法形成、グローバルな時代における法秩序像にも検討を進展させ、その見取り図を示す論考を、一般読者も想定したムックに寄稿し、研究成果の社会還元にも努めた。

##### (2) 2018年度

2018年度は、2017年度に研究に着手し、論稿にまとめつつも、同年度内に公表に至らなかった、外交分野における法律の留保論として整理しうる、条約締結等への国会の関与について検討した論文が年度明けから間をおかずに公刊された。

また、2017年度中に、前述のように、一般向けムックに投稿した内容を、学術的に発展させ、同年度中にはすでに投稿を済ませていた、論稿が公表されたほか、この内容を国際的な研究集会において報告もした。

刑事手続の法律による規律という面についても、2017年度に続いて研究を深めた。刑事訴訟法、刑事学の研究者との交流、意見交換を継続したほか、行政法の一般原則の見直しを通じて、この問題についての検討を行った論稿を1本公表したほか、行政法学に加えて憲法学における人権保障論にも議論を波及させる形で、権利侵害を中核に据える法律規制設計論の再検討を行う研究を行い、これについても、論稿を1本公表した。

##### (3) 2019年度

本研究では、主権国家の黄昏ともいわれるグローバル化との関係においては、従来の主権国家を前提とした、国内公法及国際公法のありようを根本的に見直し、国内・国際双方を包括するような公法概念の構築を目指し、海外での資料調査、海外研究者との交流を進めてきた。ここまで説明してきたように、問題状況の整理や将来的な公法学の展望を提示する論稿をいくつか発表してきたが、2019年度は、各論に移り、オーストリアにおける多元的な法秩序相互の調整の実務的処理についてまとめた論稿を公表した。これについては、従来国際法秩序を優先させているというイメージ先行で語られてきたオーストリア法秩序の実態を紹介・検討するものとなった。

デジタル化との関係を中心とした、刑事手続における法律の留保についても、ドイツ法との比較法を中心に進めてきた。その中で、法律の留保論だけではなく、法律の優位論も含めて考えることの重要性、また両者の相対化などを再確認するとともに、こういった先進分野において、法律による統制になお意義はあるものの、限界や課題も大きいことが明らかになってきた。2019年度は、このような問題意識を踏まえながら、具体的な日本の判例(GPS捜査違法判決)を、初学者にもわかりやすく紹介する論稿のほか、ドイツの基本権解釈、基本権制限の統制の基礎枠組を再検討することで、法律の留保や法律の優位といった原則が持つ意味を炙り出す論稿を公表し、基本権解釈や制限統制自体の限界についても

検討することができた。

#### (4) 2020 年度

2019 年の 8 月末から、研究代表者はドイツのハイデルベルク大学にて在外研究を行った。本来は、この渡航時から、本研究の遂行は中断する予定であったが、従来の研究内容を活字化する作業を中心に 2020 年 3 月までは本研究を継続した。その後は、在外研究に由来する研究の困難や、新型コロナウイルス感染症のパンデミックを受けて、2021 年 8 月の帰国まで本研究は中断されることとなった。

#### (5) 2021 年度

在外研究による研究中断を終え、2021 年度は 9 月からの 7 カ月間の研究実施となった。在外研究中の研究課題とも連携させつつ、2021 年度は、法律の留保、言い換えれば、議会制民主主義を前提とした、公権力行使の正統化と統制の枠組みを根本的に見直すような研究を中心に進めてきた。具体的には、グローバルに形成される規範の民主的正統性を担保するための思考として、我が国の政治学でも最近注目を集めるようになってきている、ステークホルダー・デモクラシー論について、法理論、とりわけ実定法論に接続できるように、従来の議論状況を、実定法論への応用可能性というこれまでの政治学や法理学における検討では必ずしも十分に持たれてこなかった視点を持ち込んで、整理・分析した。研究成果として、研究分担者の立場で参加する他の科学研究費補助金の研究プロジェクトや在外研究の研究課題とも接続し、グローバルな法多元主義や、グローバルな公法理論とも接続する形で説明した論文を執筆した。なお、この論文の刊行は、2022 年度にずれ込んだが、年度が改まって間もなく刊行された。

上記のような当初の研究課題からはある意味拡大した部分の他、当初から検討課題となってきた、外来規範の国内法体系への取り込み、国内法体系における位置づけ、国内民主政論(とりわけ、法治主義とも混合された、議会制定法たる法律による行政統制)との関係で論じる問題についても取り組んだ。具体的には、国際人権法の国内裁判での実務上の最近の取り扱いを、確認し、検討する作業を行い、国際人権法学会からの招待を受け、これを同学会の研究総会(ただし、オンライン開催)にて報告した。

#### (6) 2022 年度

最終年度は、新型コロナウイルス感染症のパンデミックへの対応において、議会、議会制定法である法律がどのような役割を果たすべきかについて、国内の統治構造全体に目を配りながら、日本とドイツの対応の相違点と類似点を探る論稿を公表した。その他、パンデミック対応との関係では、グローバルレベルでのパンデミック対応の意義と限界について、これまで研究を進めてきた、国内・グローバル双方のレベルにおける、公権力の正統化論、その正統化の対象となる公権力の析出方法に関する研究をいわば各論的に展開する形で分析する報告も行った。

次に、近時の日本の国内裁判例における国際人権の取り扱いについて、上述の通り、2021 年度に国際人権法学会でゲスト報告した内容をブラッシュアップして公表した他、より一般の公衆に向けて、立憲主義の世界的な展開を示す入門書の編集を行い、自分自身も、グローバル化の中における、国内統治構造と国際的法秩序との関係や、議会や法律を通じた、軍事面、情報面のコントロールという、国際的、あるいはグローバルな展開にも密接に関わる個別問題領域について概説する章目を執筆した。

#### (7) 研究期間全体としての整理、評価

研究期間全体を通じては、国内レベルでの法律の留保論について、ドイツ、オーストリアといった母国における展開を確認した他、グローバルなレベルでの法律の留保論の変容、あるいは、そのよって立つ根本原理である、法治主義や法の支配、立憲主義といった概念の変容、代替的概念のありようについて検討を進め、実際に成果を公表することができた。

以上のような検討を踏まえて、グローバル化時代における公法、あるいは、法の一般的構想に検討を広げることができ、これを踏まえて、各論的検討を実施する後継の研究課題へと発展させることができたと自負している。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計14件（うち査読付論文 2件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 3件）

1. 著者名 山田哲史	4. 巻 38
2. 論文標題 グローバル化時代における憲法・立憲主義の生存戦略	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 論究ジュリスト	6. 最初と最後の頁 39-46
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 YAMADA Satoshi	4. 巻 64
2. 論文標題 <Book Review> Kokusaiho to Kempochitsujo: Kokusaikihan no Jisshikengen [International Law and Constitutional Legal Systems: The Competence to Implement International Norms]	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 Japanese Yearbook of International Law	6. 最初と最後の頁 267-270
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 山田哲史	4. 巻 69
2. 論文標題 続・権利ドグマティックの可能性：規律密度と比例原則(1)	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 岡山大学法学会雑誌	6. 最初と最後の頁 160-114
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 山田哲史	4. 巻 29
2. 論文標題 法律の留保原則と強制処分法定主義 - 憲法学の観点から	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 犯罪と刑罰	6. 最初と最後の頁 未定
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 山田哲史	4. 巻 90巻5号
2. 論文標題 グローバルな法形成への国会の関与	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 38-43
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 山田哲史	4. 巻 26号
2. 論文標題 本質性理論再考 - 法律による捜査活動規制論の準備作業として -	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 行政法研究	6. 最初と最後の頁 107-143
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 山田哲史	4. 巻 68巻3・4号
2. 論文標題 「権利ドグマティック」の可能性：基本権侵害を理由とする法律による規律の要求の意義と限界	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 岡山大学法学会雑誌	6. 最初と最後の頁 740-689
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 山田哲史	4. 巻 32号
2. 論文標題 グローバル化時代における「憲法」の概念	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 神戸法学年報	6. 最初と最後の頁 257-270頁
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) 10.24546/81011184	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 山田哲史	4. 巻 752号
2. 論文標題 GPS捜査と憲法	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 28-32
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 山田哲史	4. 巻 23号
2. 論文標題 国内法の国際法適合的解釈	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 論究ジュリスト	6. 最初と最後の頁 20-26
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 笹倉宏紀・山本龍彦・山田哲史・緑大輔・稲谷龍彦	4. 巻 90巻1号
2. 論文標題 座談会 強制・任意・プライバシー [ 続 ] - GPS捜査大法廷判決を読む、そしてその先へ	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 54-83
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 山田哲史	4. 巻 90巻5号
2. 論文標題 グローバルな法形成への国会の関与	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 38-43
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 山田哲史	4. 巻 46
2. 論文標題 パンデミック下における統治構造：ドイツにおける新型コロナ対応を振り返って	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 行政法研究	6. 最初と最後の頁 113-180
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 山田哲史	4. 巻 33
2. 論文標題 近時の裁判例における国際人権条約の扱い	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 国際人権	6. 最初と最後の頁 78-82
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 -

[学会発表] 計3件 (うち招待講演 3件 / うち国際学会 1件)

1. 発表者名 山田 哲史
2. 発表標題 近時の裁判例における国際人権条約の扱い
3. 学会等名 国際人権法学会 (招待講演)
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 Satoshi YAMADA (山田哲史)
2. 発表標題 Constitution in the Era of Globalization
3. 学会等名 Kobe University Graduate School of Law International Workshop (招待講演) (国際学会)
4. 発表年 2018年



1. 発表者名 山田哲史
2. 発表標題 グローバルな感染症対応：その意義と限界
3. 学会等名 日本公法学会（招待講演）
4. 発表年 2022年

〔図書〕 計10件

1. 著者名 小泉 良幸、松本 哲治、横大道 聡(編著)、山田哲史ほか著	4. 発行年 2021年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 350
3. 書名 憲法判例コレクション	

1. 著者名 原田大樹他編、山田哲史他著	4. 発行年 2019年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 400
3. 書名 政策実現過程のグローバル化	

1. 著者名 大林啓吾・柴田憲司編(山田哲史ほか著)	4. 発行年 2018年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 414
3. 書名 憲法判例のエニグマ	

1. 著者名 毛利透、須賀博志、中山茂樹、片桐直人編(山田哲史ほか著)	4. 発行年 2018年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 907
3. 書名 比較憲法学の現状と展望	

1. 著者名 土井真一編著(山田哲史ほか著)	4. 発行年 2018年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 283
3. 書名 憲法適合的解釈の比較研究	

1. 著者名 片桐直人ほか編(山田哲史ほか著)	4. 発行年 2017年
2. 出版社 日本評論社	5. 総ページ数 243
3. 書名 憲法のこれから	

1. 著者名 穴戸常寿・林知更編(山田哲史ほか著)	4. 発行年 2018年
2. 出版社 岩波書店	5. 総ページ数 299
3. 書名 総点検日本国憲法の70年	

1. 著者名 曾我部真裕・横山真紀編(山田哲史ほか著)	4. 発行年 2018年
2. 出版社 法律文化社	5. 総ページ数 233
3. 書名 スタディ憲法	

1. 著者名 木下昌彦編集代表(山田哲史ほか編)	4. 発行年 2018年
2. 出版社 弘文堂	5. 総ページ数 669
3. 書名 精読憲法判例(人権編)	

1. 著者名 新井 誠、上田 健介、大河内 美紀、山田 哲史	4. 発行年 2022年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 304
3. 書名 世界の憲法・日本の憲法	

〔産業財産権〕

〔その他〕

<p>定例記者発表(12月)開催  <a href="http://www.okayama-u.ac.jp/tp/release/release_id588.html">http://www.okayama-u.ac.jp/tp/release/release_id588.html</a>          研究案内  <a href="http://www.okayama-u.ac.jp/user/law/faculty/achievements/yamada.html">http://www.okayama-u.ac.jp/user/law/faculty/achievements/yamada.html</a></p>
--

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
---------	---------