

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成25年5月24日現在

機関番号：32689

研究種目：基盤研究（C）

研究期間：2009～2012

課題番号：21530039

研究課題名（和文） 「安全」目的の人権制約に関する許容条件法理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 Legal Doctrines Conditioning Fundamental Rights Restriction on “Security”-Purpose

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（和文）：

本研究は、法律に基づく基本権制約が憲法上許容される境界線を特定するための条件法理に関する問題領域のうち、特に国民生活の「安全」を目的にした規制を対象として、比較法的分析を行うものである。この研究の結果、21世紀の現実的な要請に耐え得る基準として運用するために、比例原則は過度に価値衡量的なものとして運用されることは望ましくなく、立法府の価値設定機能との併存が必要であること、そこには比較衡量的観点による権利の相対化が随伴する危険があるが、一定の「絶対的権利」を承認することによってこの危険を回避することは不可能であり、相対化の危険を織り込んだ立法コントロールの実質化による対応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）：

This research has aimed at specifying legal doctrines and criterion that serve as defining constitutionally justified restriction on fundamental rights of citizens, especially for the purpose of guaranteeing “security” of civil life. As its results, proportionality principle represents as leading mechanism for constitutional scrutiny if this principle is practiced not as mechanism of value-comparison, but chiefly as mechanism of checking legislative assessment of purpose-effect relationship. Proportionality principle is, therefore, only effective when it is used simultaneously with criterion limiting legitimate legislative purpose. Theories trying to establish “absolute rules” defining illegitimate purpose are only pragmatically suitable in this context, because none of them can function really “absolute”.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
平成21年度	700,000	210,000	910,000
平成22年度	600,000	180,000	780,000
平成23年度	1,000,000	300,000	1,300,000
平成24年度	900,000	270,000	1,170,000
年度			
総計	3,200,000	960,000	4,160,000

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

本研究は、国民の「安全」を守るという目的を実現するために基本的人権の制限が行われる際、憲法上の観点から、その制限が許容される範囲と条件を確定することを目的とする。

研究開始時に課題として意識されていたのは、2001年9月11日のニューヨーク航空機テロ事件以降、「安全」問題を尖鋭化して問う社会的視点が意識されるようになり、伝統的な憲法学の中で形成されてきた比較衡量的な人権制約許容性基準が空転する場面が生じてきたことである。

日本で支配的な二重の基準論も、その母国アメリカで運用される型の違憲審査基準も、ヨーロッパで発展してきた比例原則も、その基礎に、立法目的達成のための手段の必要性を軸とした比較衡量的な審査構造を組み立てる。ところが、たとえば大規模な被害が想定し得るテロの防止などが立法目的に据えられた場合、テロリストの嫌疑をかけられた個人の人権は、莫大な数のテロ被害者の生命と衡量され、相対化されてしまうことになりかねない。こうした事態に対して、どのように歯止めをかけられるのか。

これは、世界の憲法学にとって焦眉の急となる理論的課題である。こうした状況を受け、「安全」という目的理念の設定に関わる問題状況を整理し、安全維持目的という一般の支持を受けやすい目的設定が行われた際に具体的に手段統制の枠組みとして機能し得る、裁判所による違憲審査構造の精緻化を可能にするような理論枠組みの創設が必要になる。

2. 研究の目的

本研究は、「安全」維持目的の基本権制約が憲法上許容される条件が満たされているかどうかの判断を可能にする審査枠組みの構築を目的とするが、この作業は、これまで日本や諸外国で実践されてきた違憲審査枠組みの再評価を行い、有効に機能し得る条件を見極め直し、その審査枠組みの中で用いられる個別の審査要素の適切な組み合わせと新たな視点による補完を目指す、という形によって遂行されることになる。

(1) そのためにはまず、これまでの基本モデルとして世界で通用してきた、価値衡量アプローチ、必要性アプローチ、不可侵領域アプローチの再検討が必要になる。

従来の憲法学基礎理論および法哲学の議論では、人権制限の許容条件法理の組み立て方に関して、基本的に二つの理論的モデルが区別され、論じられてきた。すなわち、基本

的人権を“他の優越的な利益を妨げない限りで保障される相対的な権利”と捉え、対立利益との比較衡量により人権保障領域を確定する「衡量モデル」と、基本的人権を“対立利益との衡量を排した絶対的権利（切り札）”と捉える「絶対保障モデル」である。

本研究に先立って研究代表者は、通俗的なこの二分論を修正して、衡量モデルと呼ばれてきたものの中に二つのアプローチを区別し、議論を精緻化してきた。すなわち、人権制約によって失われる利益と得られる利益を価値論的視点で比較する価値衡量アプローチと、制約目的とされる利益を確実に得るために人権制約が実際に必要であるか否かを厳密に検証する必要性アプローチである。

本研究は、こうした成果を生んできた「比例原則」に関する研究代表者の研究を進展させ、従来のアメリカ型違憲審査論の議論で前面に立ちがちであった価値衡量アプローチの日本における有用性を批判的に吟味しながら、まずは、人権制約の許容性条件を厳密な意味での立法目的達成の上での必要性を検証するプロセスに置く。ここで問題になるのは、将来の危険発生リスクを立法段階でどう評価するか、その危険発生を防ぐために投入される権力的手段の効果をどのように見積もるか、そのリスク評価と効果予測を現実の進展に併せてどのように修正するか、といった精緻な計算である。この場面で、従来「立法裁量」と呼ばれてきたものの内容を明確化し、誰のどのような事実認定権限・評価権限をどう組み合わせれば基本的人権の核心を効果的に守れるかが問われる。

そして、この必要性アプローチでできるものを見極めた上で必要になるのが、不可侵領域アプローチとの有機的な組み合わせである。目的・手段関係の検証という視点は、国民の「安全」など規制目的の比重が高まり、かつ抽象化していくに従って、あらゆる手段を正当化するという形で空転を始める。それを防ぐ意味でも、個人人権保障の核心領域を絶対不可侵とする視点には、一定の機能が期待される。

(2) 上記の再検討作業の結果を踏まえ、次に進むべき課題は、必要性アプローチの規範構造の解明と、補完的原理としての不可侵領域アプローチの機能範囲の設定という問題領域となる。

本研究の全般的な目的を達成するために、本研究は4年間の研究期間を設定し、上記のモデル分析を進めた後に取り組みべき二つの具体的な目標を設定する。すなわち、

①必要性アプローチの規範構造を解明し、安定的で確実性の高い違憲立法審査の手法を提案すること、

②それが機能しない場面を補完する原理と

して、不可侵領域アプローチが成り立つ範囲と条件を特定すること、の二点である。

この二点を明らかにすることによって、「安全」維持目的の基本権制約が憲法上許容される条件が満たされるかどうかに関する審査枠組みを構築することが、本研究の目指すところであった。

3. 研究の方法

(1) 部分プロジェクトへの区分

本研究の目的は、研究課題をサブ・プロジェクトに区分し、各プロジェクトにおける成果を総合する形で最終的な研究目的の実現につなげようとするものである。ここでは、四つのプロジェクトが意識される。

①プロジェクトA：法治国家原理の発展における比例原則および不可侵領域論の生成と現代的意義に関する理論的研究

このプロジェクトにおいては、現在においてヨーロッパで人権制約の許容性基準として用いられている比例原則につき、その法論理的構造にさかのぼって実質を検証し、各審査要素が狙いとしているものの実体を明らかにして、「安全」維持目的の規制に当てはめる際に審査としての実効性を担保できるような審査構造の確立を目指す。

比例原則は、ドイツ連邦憲法裁判所とヨーロッパ人権裁判所において、それぞれ若干のニュアンスの違いを含みこんだ形で、公権力による人権制約の許容性を判断する基準として用いられており、世界全体で大きな理論的・実務的な重要性を持つ考え方となっている。しかし比例原則は、この目的のために発展してきたものではなく、元をたせば、警察比例の原則に代表されるように、法律によって一定の裁量権が行政機関に対して作り出される中で、裁量権付与の目的に拘束されつつ過剰侵害を排除するための制約枠組みとして編み出されたものであり、民主的に正統化された立法者に対する基本的人権による拘束を意識して作り出されたものではない。

そこから、法律の違憲性審査基準として用いられる時には、必然的な元々の理論的枠組みからの変容が生じる。上記のドイツ連邦憲法裁判所とヨーロッパ人権裁判所における運用実態の差異も、この変容の方法に関わるものと見ることができる。

そこで、特にドイツにおける実務を意識しながら、一方において行政裁量に対する統制手法としての比例原則の果たしてきた役割——これは現在でも、日本で比例原則を語る場合の主たる土俵となる——を検証するとともに、それを通じて、法律による基本権制約の許容性基準として比例原則を用いる場合の各審査要素の位置づけ方の違いを正確

に理論化できる枠組みを探し求める。

②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

このプロジェクトにおいては、①プロジェクトの特殊領域として、独特の発展を遂げるヨーロッパ連合法（EU法）における比例原則の用い方を取り上げ、その構造分析を行う。

もともと比例原則は、違憲性審査基準として用いる場合でも自由権的な、制約の存在それ自体によって推定上違法な介入の特定可能な権利類型を前提とするものであると言われてきた。それに対してEU法においては、平等原則違反の認定基準として比例原則およびそこから派生してきた審査類型が大きな役割を果たしている。そこで特別な形で発展していく比例原則の審査枠組みを構造化し、①プロジェクトの成果と重ね合わせるにより、比例原則の理論的可能性をさらに広い地平においてモデル化し、真に有効な比例原則の用い方、それを支える具体的な基本権保護の規範構造などに関する結論を引き出すことを目指す。

③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

こうした比例原則の適用事例として、特に「安全」維持目的を主要なものと考えた場合、テロ防止を標榜した様々な警察活動の許容性条件に関する具体的なドイツ憲法裁判所の判例分析を行う。その成果により、比例原則および絶対的ルールによって、どの程度実効的に、各基本権に対する過剰侵害を防ぐための枠組みが構築されるのかを明らかにし、実務上有用な比例原則の構造化が目指される。

④プロジェクトD：ドイツにおける「人間の尊厳」保障の絶対性／相対性をめぐる論争を素材とした不可侵領域の想定可能性に関する理論的研究

比例原則の有効な審査モデルの再形成を目指す①～③のプロジェクトは、研究開始時において「安全」維持目的の規制において比例原則が空転する危険が存在することが一定範囲において明らかになっている以上、それをもって完結的な研究を成すものではあり得ず、絶対的ルールによって比例原則的な審査手法を補完する適切な枠組み構築を目指したもう一つのプロジェクトによって補われる。

本研究では、主としてドイツ連邦憲法裁判所の判例で用いられる絶対的ルールとしての「人間の尊厳」維持という観点を特に取り上げ、近時現れた、「人間の尊厳」自身が根源的には衡量を排する絶対性を限定的にし、か持ち得ないことを指摘する理論枠組みを

意識しつつ、絶対的ルールの特長での成立可能性を再検討するとともに、比例原則的な審査枠組みに対する有効な補完として接合させるための接合方法に関する研究を行う。また同時に、この「人間の尊厳」ルールがアメリカ法において Ronald Dworkin の、いわゆる「切り札」ルールと結びつける形で理論に取り込まれていることも意識して、比例原則との媒介項として Dworkin 理論の有効性をも検討の対象としていく。

こうした①～④のプロジェクトの成果を総合することによって、本研究においては研究目的への接近が計画される。

(2) 年次進行計画

①平成 21 年度は、各プロジェクトの立ち上げ時期と位置づけ、研究室所属の大学院生への課題振り分けを行い、国内外における先行研究の成果を共有し、4 年間の研究における到達目標を設定して、研究に着手する。

②平成 22 年度は、各プロジェクトの研究成果を第一次的に集約する時期となる。具体的な各プロジェクトの展開は、平成 21 年の方法を継承し、基礎資料となる判例および文献の収集と整理を中心とした理論的作業が進むことになる。同年 12 月には、国際憲法学会第 8 回世界大会における「比例原則」分科会において本研究の成果の中間報告を行い、それまでの到達点に対する世界各国の憲法研究者による批判的検証を求める。

③平成 23 年度においては、前年 12 月の国際憲法学会報告に対するコメントを受けた、研究方向の微修正と最終成果に向けた課題集約が行われる。

④平成 24 年度は、それまでの研究成果を受けて、最終的な研究成果の取りまとめの段階と位置づけられる。

4. 研究成果

(1) 研究期間初期における基礎的成果

本研究においては、研究開始時までに研究代表者の研究によって明らかになっていたこと、および研究開始後の早い段階で認識として付け加えられたものは、平成 22 年 9 月に発行された研究代表者の単著による単行本『自律と保護——憲法上の人権保障が意味するものをめぐって』（後述、図書①）に取り込まれ、発表されることとなった。

その段階においてすでに、プロジェクト A、プロジェクト B およびプロジェクト C に関し、一定の認識が明らかにされている。すなわち、本研究を具体的に遂行していく上で後に比例原則の二つのモデルとなる、「価値判断モデル」と「効果査定モデル」の対比は、その憲法理論的な枠組みにおいて、憲法に価値体系が実定化されていると考える理論と、

憲法は内部において立法による秩序形成を可能にする外的な枠だとする理論にそれぞれ対応する形で展開されるわけであるが、その基礎的な憲法理論のモデル整理が行われる (pp. 4-16, 17-26, 124-148)。また、プロジェクト B との関係では、平等保障が上位の規範的目的としての社会的包摂との観点で、入れ子構造の目的・手段関係に取り込まれ、それによって差別禁止ルールが推定上 (prima facie) の権利として比例原則による検証を受け付ける実体の存在を認められていることが明らかになった (pp. 67-75)。

(2) 国際学会報告での中間報告と論文化で明らかになった成果

研究開始後初期のこの取りまとめを受け、各プロジェクトの成果は、具体的には平成 23 年 12 月の国際憲法学会報告 (後述、学会報告④) に取り込まれ、それを踏まえた雑誌論文 (雑誌論文③) において、基本的な理論枠組みとして提示されることになった。具体的な成果としては、以下のとおりである。

① 比例原則の二つのモデル

まず、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」が全く異なる憲法理論上の前提理解を踏まえて成立するものであることが明らかになった。前者は、ドイツ連邦憲法裁判所における比例原則の用い方にとって特徴的な方法であり、多くの具体的な問題を審査の第三段階「狭義の比例性」の場面に先送りする手法である。ここでは、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が検証される。しかしこれは基本的に価値判断に関する問題であるため、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「効果査定モデル」である。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もこうした観点は、立法後の立法者の点検・修正義務を織り込む形で実質化されており、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点でも有効性を期待できる。

②絶対的ルールとの相対性

効果査定モデルを前面に立てて比例原則を理解する時、そこには、立法目的のコントロールが抜け落ちることによって比例原則が本末転倒の結果に至るリスクが生じる。

そうしたリスクを最初から防ぐ独立の絶対的ルールが成り立つかどうかは問題になるが、本研究における吟味の結果として、絶対的ルールとして主張される規範は独立で絶対的なものとして機能することがあり得ないもので、常に規範を成り立たせる理論枠組みを離れては機能せず、比例原則に取って代わることでできるものでないことが明らかになった。

たとえば不可侵の「人間の尊厳」ルールも、実は「人間の尊厳」が不可侵のものとして尊重を要求できる範囲を画定するにあたって、不可侵だといえるだけの規範的レバンスを持つ領域を切り分ける解釈論的な作業が先行しており、その領域区分の中に実質的には対立利益との比較衡量が組み込まれていることが明らかになった。Dworkin の理論における「切り札」についても同様であり、一見、規制正当化の枠組みから直接に規範的評価が導き出されるかのように思える彼の規範的要請も、厳密に見れば、その人的適用範囲を決めるために先行的な比較衡量が行われており、結局は彼のいう「道徳的権利」尊重の必要性よりも、一貫した適用可能性を重視した実利的な基準として「切り札」が運用されていることが明らかになる。

こうした点を認識すれば、絶対的ルールとして主張されている基準は、比例原則などの比較衡量的プロセスに取って代わることでできるものではない。ただ他方、特に「効果査定モデル」を軸に理解された比例原則が立法目的の限定に関わる追加的基準を必要としていることに鑑みれば、「絶対的ルール」として主張された観点は一定の立法目的排除ルールとして組み込むことが可能であり、あくまで比例原則を補完する形で、体系の中に位置づけることが有益である。

(3) 研究枠組みにおける欠落部分の認識と補完

平成 22 年 12 月の国際憲法学会報告において、上記の研究成果の基本線が見えてきて、それに基づく討論において一定の理論的有効性が確認されると同時に、この認識枠組みで見落とされていた構造要素に研究代表者の意識が向けられるようになる。本研究の後半においては、上記の研究成果の精緻化が目

指されると同時に、欠落部分を補うような補完的研究が行われた。そのことを優先させた結果、各プロジェクトの成果取りまとめは基本的に後述の雑誌論文③に取り込まれ、その後の発表の機会が、全体の研究枠組みを補完する研究成果を公にするために用いられた。

こうした補完点として、特に以下の二つが挙げられる。

①基本権関連利益の制度の枠内における繫錨

特に報道の自由のような、一定の制度枠組みを伴った形でしか法規範としての実質を持ち得ないような規範要素に関しては、その制度の枠内における主観的権利の位置づけについての正確な省察を待たないと、そもそも比例原則の適用前に制度の中で価値相対化が生じてしまう。

そのため、報道の自由を対象としたシンポジウム報告（後述、学会報告③）においては、目的保障枠組みとして組み上げられた報道の自由の体系の中に個別権利主体の主観的権利を位置づけるための補完的基準の設定に向けての総論的試みが行われた。

②リスク管理の枠組みにおける対立利益の拡大と比例原則の再実質化

憲法上正当な立法目的の範囲を限定する上で一定の絶対的排除ルールの有効性が明らかになったが、それだけではなお、十分な規範的統制が及ぼせない現実が明らかになってくる。すなわち、これまでパターンリズム構造の中において追求されてきたような個人の健康・身体に関わる観点が、リスク社会論的な認識構造の中で実質的コストとして社会的な観点を形成するようになると、人権規制を正当化する目的構造が爆発的に拡大する可能性がある。

その点を扱ったのが、喫煙の自由をめぐるシンポジウム報告（後述、学会報告①）およびそれを踏まえた雑誌論文（後述、雑誌論文①）である。ここでは、リスク管理に伴うコストの分散に関わる問題を比例原則的な手法の中に取り込む必要性に対応した推論枠組みのモデルを検討し、できる限りにおいて個人保険的な視点で責任連関を意識した規制枠組みにこだわることによる問題回避の可能性を追求した。

③その他、国際法上の規範秩序との整合をめぐる論点（後述、学会報告②）や、また様々な生活リスクに対処するための社会的包摂手法による侵害の位置づけに関する論点（後述、雑誌論文④、⑥、図書②、③）、さらには教育的過程を通じた国家による目標達成に向けた試みに際しての抑制原理（後述、雑誌論文②、⑤）などが、比例原則に関わる研究成果に対する補完的分野を形成する。

これらは、本研究の応用射程の広さを明らかにするものである。比例原則を軸に明らか

になった本研究の成果は、今後、日本と世界の憲法学の中で、様々な場面に応用されつつ、確実な基盤として受け継がれていくものと思われる。

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)

①西原博史「リスク社会における管理目的の介入と個人の自由——喫煙の権利の位置づけを例として」早稲田社会科学総合研究(査読無) 13 巻 1 号 (2012 年 9 月) 57-72 頁。

②西原博史「人権の私人間効力と法秩序の公共性保障機能——南九州税理士会訴訟最高裁判決が問いかけたもの」論究ジュリスト創刊号 (2012 年 5 月) 66-72 頁。

③Hiroshi Nishihara, ‘Challenges to the Proportionality Principle in the Face of “Precaution State” and the Future of Judicial Review’, Waseda Bulletin of Comparative Law (査読無), Vol. 30, March 2012, pp. 1-10.

④西原博史「潜在能力の欠如・剥奪と生存権保障」ジュリスト(査読無) 1422 号 (2011 年 5 月) 51-57 頁。

⑤西原博史「思想・良心の自由を今、考える」ジュリスト(査読無) 1395 号 (2010 年 3 月) 110-121 頁。

⑥西原博史「自治と自律と社会権——生存権の権利主体の立ち位置をめぐる」季刊・企業と法創造(査読無) (2010 年 2 月) 80-92 頁。

[学会発表] (計 4 件)

①西原博史「リスク社会における管理目的の介入と個人の自由——喫煙の権利の位置づけを例として」延世大学大学院法学研究科・公衆衛生研究所共催シンポジウム “Smoking Regulation and Legal Issues for Health Care Financial Stability” (2012 年 3 月 21 日@ソウル・大韓民国)

②西原博史『「人権」規範の構造と国際人権の憲法学的レレバンス』国際人権法学会第 22 回大会パネリスト報告 (2010 年 11 月 13 日@明治大学)、国際人権 22 号 (2011 年 10 月)

51-55 頁。

③Hiroshi Nishihara, “Verfassungsrechtliche Vorgaben der Medienordnung”, Referat an der Deutsch-Japanisches Medienrechtliches Symposium an der Technischen Hochschule Ilmenau (2010 年 3 月 23 日@イルメナウ・ドイツ)。

④Hiroshi Nishihara, ‘Challenges to the Proportionality Principle in the Face of “Precaution State” and the Future of Judicial Review’, VIIIth World Congress, International Association of Constitutional Law, Workshop 9 (Proportionality as a Principle), (2010 年 12 月 8 日@メキシコシティ・メキシコ)

[図書] (計 4 件)

①(単著)西原博史『自律と保護——憲法上の人権保障が意味するものをめぐって』[成文堂・2009 年 9 月] 270p.

②(共著)『国家と自由・再論』樋口陽一ほか編 [日本評論社、2012 年 3 月] 西原博史「社会的排除の構造と形式的平等論の新たな理論的可能性」167-188 頁。

③(共著)『法創造の比較法学』戒能通厚・石田眞・上村達男編 [日本評論社・2010 年 7 月] 西原博史「貧困・差別と憲法学：自律・社会的包摂・潜在能力」116-145 頁。

④(共著)『憲法の理論を求めて：奥平憲法学の継承と展開』長谷部恭男・中島徹編 [日本評論社・2009 年 5 月] 西原博史「憲法上の権利と制度との関係をめぐる」201-219 頁。

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