
種 別： 研究ノート

タイトル： 憲法上の権利の防御権的構成について

著 者： 小島 慎司

所 収： 『上智法学論集』第 62 卷 3-4 合併号（平成 31 年 3 月）253-263 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

憲法上の権利の防御権的構成について

小島 慎司

- I 防御権的構成を支える2つのモデル
- II 筆者の疑問
- III 代替的な構成

比例原則は憲法上も元々日本にも根づいていたとの指摘もあるが(柴田2010:238注13)、とりわけ1990年代になると、三段階審査の紹介によりドイツの比例原則を参照して憲法上の権利・自由を論じようとする動向が、アメリカ由来の違憲審査基準論に対抗する形で、有力化した。背景には、ドイツで比例原則が憲法化しそれがヨーロッパ全体に、ひいてはコモンウェルス諸国やイスラエルへと普及していったと描かれる(Schlink 2012:728-32など)ことも影響しているであろうが、日本の場合、アメリカ型かドイツ型かといった単純な選択の仕方は戒められることが多く(駒村2008:42、青井2010:74など)、三段階審査の参照も、日本の判例により整合的な論証手法を目指したいという内発的な動機に由来していたように思われる(その場合に比例原則を採用することの意味について阪口2010:43とそこに引かれた諸文献を参照)。いずれにせよ、筆者は、グローバルな動向や日本の判例の記述的な描写に比例原則が適するかどうかよりも、比例原則にいかなる理解が投影されているのかに関心を持ってきた(小島2012:76。本論文はその続編である)。

そうした観点から見て、ドイツ型の審査の前提にある憲法上の権利・自由の防御権的構成に対して魅力的な理解を投影した取り組みとして、石川健治のものが興味深い。本論文の目的は、石川の理解が、一方では刑法・不法行為法を、他方では正当防衛をモデルにして防御権的構成を考えようとするものであると受け止めた上で(→I)、それに筆者が感じてきた疑問を投げかけ(→II)、

別の理解から出発して憲法上の権利・自由論を構想するならばいかなる道がありうるかを考えることである(→Ⅲ)。

I 防御権的構成を支える2つのモデル

石川は、保護領域(保護範囲)―権利侵害(介入)―正当化理由の形で整理されて伝えられたいわゆる三段階審査(松本2001:18、小山2016:14など)を、行為・結果―保護範囲―違憲性阻却事由に再構成する。以下では、まず、この石川の理解の特徴をまとめたい(本節について、一般的に石川2012)。

第一の特徴は、防御権的構成の意味を自覚的に追究していることである。ただ審査の三段階の形式だけを真似るのではなく、「不意の侵入者たる国家」の不法な侵入に対する防衛行為として憲法上の権利・自由を考える理解が、審査の各段階を貫いていると考えるのである。そのような理解を持ってこそ、既存の法学の言語と接続可能な形で三段階審査を受け止めることができるとされる。

筆者の考えるところ、石川のこの理解は、1つには、国家を行為者と見立てた上で刑法・不法行為法をモデルとしてその行為の憲法的評価を論じることに帰着し(叙述の都合で、以下、刑法・不法行為法モデルと呼ぶ)、もう1つには、憲法上の権利・自由の行使を正当防衛をモデルとして考えることに帰着している(正当防衛モデルと呼ぶ)。

2つのうち刑法・不法行為法モデルは、三段階審査における権利侵害、保護範囲、正当化理由の各段階を、(i)構成要件の1つとしての行為と結果(権利侵害)、(ii)構成要件としての因果関係、(iii)違法性阻却事由に対応させることにつながる。そう考えることにはいかなる意義があるのだろうか。

そこには、既存の法学の言語との関連性を明らかにするという一般的な意義があるほか、(i)については、権利侵害だけでなく行為の次元にも光を当てるという意義を持つ。また、(ii)で従来行われてきた作業は、そこで行われた権利侵害が、保護規範の解釈として行為に帰責すると考えられるかどうかを論じるものであったことが明確になる。(iii)については、いわゆる「人権と公共の福祉」について論じるときに検討する、利益の均衡性(Verhältnismäßigkeit)、目的の合理性(Geeignetheit)、必要性(Erforderlichkeit)が、(i)(ii)が満たされれば原則的に認められるはずの違憲性を例外的に阻却するための要件であることが明らかになる。

これと同時に、もう1つの面として、石川の理解は、我々を、正当防衛をモデルとして憲法上の権利論を考えることにも誘う。この正当防衛モデルの特徴

は、とりわけ(iii)について見て取ることができる。つまり、(iii)の段階は、「防衛行為としての相当性 (Angemessenheit)」(石川 2012 : 24-5)を審査するものである。正当防衛(緊急避難)の要件として防衛行為の必要性、相当性、法益の均衡が求められるべきかが論じられるが、「ここに、公法学における比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip, Übermaßverbot)の基本的な発想が出揃っているのも、防衛権的構成を採る以上はごく自然な事柄である」(同 : 17注8)というわけである。

この正当防衛モデルを採用することにはいかなる意味があるのだろうか。この点、石川は「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」(石川 2012)という論文を初めて著した2002年には、クロスリファレンスがなされた別の論文で、イエリネックの公権論から防御権的構成への展開を描いており、その文脈で、防御権的構成の正当防衛モデルの重要性を説いている(石川 2002 : 6-9)。すなわち、イエリネックにおける「無色透明な自由空間(単なる自由)」、放任された行為の空間としての自由という構成と異なり、法秩序が防衛の権利を与えることが防御権的構成の前提にあるというのである。このことと、しかし他方で、「正当防衛一般に、権利としての資格を与えて、単なる放任行為以上の内実をもたせるのは難しい」(石川 2012 : 18)という評価を併せて考えると、防御権的構成は防衛の権利を与えるという構成を前提とはするが、その根底にはなお、イエリネック的な放任された行為としての自由の構成が抜きがたく潜在していると考えられているものと思われる。

そして、さらにその後の論文では、この無色透明な自由空間、別の言い方は、「客観法の『陰画像』つまりフィルムのネガ・ポジのネガ」(石川 2010 : 350)としての自由の構成については、ありうる代替的な構成として、「あらかじめ措定された〈秩序〉の下での〈自由〉」(同 : 358)という見方が対置された上で、なお無色透明な自由空間を(自閉症に陥らないように留意しつつ)維持する道があるのではないかと論じられている(同 : 368)。つまり、このような身分、秩序、コスモス(石川 2008ほか : 16-8〔石川発言〕)という言葉で接近可能ないわば深層とつながっているところに正当防衛モデルの意義があるように思われる。

第二の特徴は、以上のように防御権的構成の意義を追究することにより、実体法の先在を前提とする憲法上の権利・自由論を可能にし、アクチオ的思考から離れた日本の訴訟法に適合することを目指している点である。この点は、三段階審査によって比例原則を活用する論者が必ず共有するものではないように思われ、石川の理解の顕著な特徴の1つであるといつてよいと思われる。石川

によれば、二重の基準論（違憲審査基準論）の考え方が合目的性の論理を裁判に浸透させようとするものであったのに対して、自身の試みは、目的・手段審査を(iii)という例外的な場面に位置づけることで「国家行為に対する合目的性ベースの論証を、合法性の論理によって包囲し、(ゼロにまで収縮することは困難であるにしても)極小化する」(石川2009:55)ものであるとされる。

II 筆者の疑問

こうした石川の理解についてはすでにいくつかの疑問や批判が寄せられている(たとえば、宍戸2009:243-4、駒村2008:43注8、駒村2013:83-5)。一部の批判は、防御権的構成が、自由権については当てはまるが、他の権利、とりわけ制度的権利には当てはまらないという認識を前提としている。制度準拠審査にかなりの紙幅を割いて説明する論者(小山2016:174)が、敢えて防御権的構成を基本とし、それとは別立てのものとして示そうとするのも、こうした認識を共有するからこそであろうと思われる。しかし、この点については、筆者は、防御権的構成を使う場合と使わない場合の区別の基準も曖昧であるし(佐々木2018:232注20)、そもそも、ある場合に防御権的構成が使えないという認識そのものに誤解があるのではないかと考えている(小島2013:16)。その意味でいえば、防御権的構成は、制度準拠審査などと呼ばれるものと区別すらできないほどに、汎用性が高いと思われる。

むしろ、筆者が防御権的構成について疑問を持つのは、この汎用性の高さである。筆者がよく分からないのは、Iの表現を使っていえば、刑法・不法行為法モデルと正当防衛モデルの関係である。防御権的構成に対する石川の理解においては、正当防衛モデルは自由とは何かという深層の議論につながっているが、それを論じなくとも、または、それについていかなる立場を採ろうとも、表層において、刑法・不法行為法モデルによって憲法上の権利・自由の制約の合憲性を論じることができる建てつけになっているのではなからうか。

具体的には次のようなことである。刑法・不法行為法モデルからすれば、制約が比例原則に反していないという場合には、制約の違憲性は阻却されることになる。これに対して、正当防衛モデルの場合、「不意の侵入者」である国家に対して憲法上の権利・自由の担い手が行った防衛行為が相当性を欠き、過剰防衛となっていないかどうか審査される。確かに、行為の必要性、相当性、利益の均衡性など、過剰防衛かどうかについて審査される事項は、一見、刑法・不法行為法モデルで違憲性阻却事由を論じるときのものと似ている。しかし、仮に防衛行為が相当性を欠いても、国家の侵入が直ちに違憲でなくなるわ

けではないはずである（小島 2017-2018：70 注 141）。石川のように、実体法（権利）既存を前提とした憲法上の権利・自由論を追究しようとする、制約が実体法上、違憲かどうかが重要になると思われるが、いわばその代償として、正当防衛モデルは、実際には、防御権的構成において、あってもなくてもよいような余剰となっているのではなからうか。これまでも、防御権的構成といっても防御権そのものを検討するものではない（松本 2001：12）とか、防御権的構成はただの論証手続として理解しうる（同：16）などといわれてきた（宍戸 2005：216 も参照）。実体法既存を前提とする石川の理解の場合は、それとはもちろん違う意味においてのことではあるが、しかし、防御権とは何かを正面から扱ったはずの正当防衛モデルを余剰部分に追いやる点では、似ているのではなからうか。

そうであるからといって、筆者は、正当防衛モデルが不要であるといいたいのではない。むしろその逆に、正当防衛モデルが解こうとしている、憲法上の権利・自由とは何かという問いは重要であるし、仮に教育を目的とした構成であることを標榜する（石川 2012：28）としても、教室で面白いと感じられるのもやはりそこではないかと考えている。もちろん面白いということは多様な意見に分かれやすいということでもあり、そうだとすれば、表層だけで制約が違憲かどうかを論じて済ませられるかのように見せる法的構成にも固有の意義があるのかもしれない。しかし、面白い問いを直視した法的構成を探る意義もまた否定しえないのではなからうか。

Ⅲ 代替的な構成

筆者は学位論文をもとにした著作で、イエリネックの公権論のうち、相当部分を共有しつつもそれを批判した論者として、モーリス・オーリウの権利・自由論を検討したことがある（以下では、一般的に小島 2013a：248 以下）。筆者は同書においてもまた本論文でも、オーリウの議論をそのまま現在の日本で当てはめるべきであると主張するものではないが、しかし、オーリウの議論がいかなる意味で防御権的構成に対するオルタナティブとなるのかを考えることは無意義ではないと考えている。以下では、その後の研究の成果も踏まえて、内容を噛み砕いて伝えるように心がけたい。

オーリウの議論のポイントは、石川のいう、イエリネックの放任される自由という構成に替えて、「個人の地位を積極的、能動的な権利とする法的な内容」（Hauriou 1906：138）を自由に与えようとしているところにある。もちろんすでに見たように、イエリネックにとって放任される自由を成り立たせるために

は、石川が追究しようとしてきたような基盤が必要であったのかもしれない、その意味では、イエリネックの議論は、言葉どおりの意味で消極的なものでは必ずしもないといえよう(石川2002:6)。しかし、法的にそれを放任行為として構成するならば、その内容は非常に貧しいものに見える。オーリウの批判は、そこを衝くものといえよう。

オーリウは、自由であるという地位に対して各人が持っている権能を、直に法的構成に載せるべきであるとした。自由(権)とは、このような、自由であるという地位に対する権能であるが、これは地位に対する物的な権能である。この点そのものは、何の変哲もない議論である。たとえば、イエリネックも、「ちょうど物権が、他人に対して妨害しないことを求める権利者の請求権により法的な地位に高められるように、とりわけ、自らの消極的地位の承認と、それに応じた妨害の不作為・排除を求める個人の請求権によって、消極的地位は法的な地位に高められる」(Jellinek 1905:105)と述べており、消極的地位つまり自由を物的な権能とみなしている。しかし、このイエリネックの構成については、消極的地位にあったか否かのみを重視しているが、本来、重要なのはその内容ではなかったか、と評されることがあった(山本2000:121など)。オーリウはその内容の部分に光を当てていると理解しうるのはなかろうか。

そうした物的な権能としての自由は、まずは自身の地位に対する支配の権能ともいえるが、なぜある場合に、そうした権能が保護に値するのであろうか。この点、日本でもイエリネックに従いつつ個人の公法上の権利が国民の地位として論じられてきたことから分かるように、個々の地位(statut)は、自らが属する制度(団体)の規約(statut)に基づく地位である。したがって、地位の内容は、規約の内容に依存し、制度のあるべき姿との関係で正当化される。制度のあるべき姿との関係で自由な各人が役割を果たしているからこそ、その自由が保護に値するわけである。

◆なぜ制度のあるべき姿を論じるのか

本文のように制度のあるべき姿にまで議論を及ぼさなくとも、物的な権能としての自由も含めて「権利」と呼ぶのだと言葉を定義して、その制約を論じることで議論を済ませることはできる。しかし、制度にまで議論を及ぼしてこそ、ある人の自由の制約がその人を含む社会全体の問題であることを意識しうるのはなかろうか。またそれは、ある自由の制約を問題視することが、特定の制約行為の効果を論じることよりも、ある「事実状態の変動」(高木1988:94頁)の当否を

論じることにつながるという点を意識することにもなるのかもしれない。

では、制度のあるべき姿が何であるかについては、いかにして確定しうるのだろうか。この問いに対しては、1つには、制度のあるべき目的を直接に論じることができれば、それによって答えることが可能になるであろう。オーリウの議論は究極的にはこの道があることを前提としていると思われるが（長谷部 2017：187）、制度のあるべき目的が何か、誰もが納得するように定めることは難しい。オーリウもそれを認めざるをえなかった（小島 2013a：156 以下）。そこで、オーリウは動態的な過程に注目する。ある権能とそれへの対抗権能——ここでいえば、自由とそれに対抗する権力を想定してよいと思われる——が均衡を確保することで、中長期的に望ましい制度を実現する場合には、それを、間接的に、制度の理想状態とみなすことはできないだろうかと考えたのである。ここでは、中長期的であるということが重要である（小島 2017-2018：10-2）。ある時点で、事実上、権能と対抗権能が等しくなるとは考えられない。しかし、中長期的には均衡を保ち、制度が理想状態に近づく展望が開けると見込めるのであれば、その自由は保護されるべきであるということになる。

したがって、こうした法的構成から見ると、直接に把握するか間接的に把握するかはともかく、制度のあるべき姿が何であり、問われている自由な活動が、そこに至る過程において位置づけられうるかどうかの問題の核心にあることになる。

◆制度の分類

オーリウは、人格や自由の前提となるものについて、少なくとも政治的な制度（institution）と経済的な commerce を一応、区別しようとしている。もっとも、筆者の読み方が正しければ、この区別の試みは貫徹していないと思われる。オーリウは、両者を区別しつつも、結果的に制度に対する commerce の自律性を認められなかったからである。そして、両者を完全に分離させないこと自体は通常のコトともいえる。ただ、両者の関係は当然、時代に応じて再検討を要すると思われる（以上につき、小島 2013a：71 注 137、150-1、288）。それらのことを考えると、本文で広く制度と呼んだものについて、少なくとも下位の分類において緩やかに複数の種類のものを分類し、制度どうしの関係を考えるという道がありうるように思われる。民主的な政治過程から一定の独立性を保つことにかえて民主的な政治過程を活性化させることが期待される制度は他にも考えられるであ

ろう (丸山 1961 : 179)。

以上のような解釈を通して光が当てられた自由の内容は、防御権の構成において全く主題化されないものであるとはいえない。たとえば、まず(ii)保護範囲のうち、とりわけ各論において重要になる「物」的な保護範囲(石川 2012 : 23)はこれを扱うものであろう。しかし、物的な保護範囲論は、たとえば石川の意味づけによる場合、いかなる範囲の権利侵害が、問題となった国家の行為に帰責するのかを、憲法の条文の解釈に従って確定していく作業である。しかし、オーリウのような論じ方からすれば、重要なのは、法文の意味を解釈することで保護されているかどうかを確かめるという形式面それ自体ではなく、当該活動を保護することで、望ましい制度の姿を実現することができるかどうかであると考えのではなからうか。(ii)は、誤りだと排斥される対象ではないかもしれないが、根本的なのはそれではないと考えられるのではあるまいか。

◆単独の自由か複数の自由権か

本文で述べたことに関連する古典的な問題として、憲法の条文ごとに個別的な自由権が成り立つのか、それらの根底に単独の自由権があるのかというものがあ。この問題に対しては、防御権の構成を採用しても、答えは一義的には決まらないと思われる。というのも、防御権の構成の標準的な解答は条文に従って個別的な自由権が複数存在するというものであろうが、先に見たように、防御権の内実は実は曖昧で、根底には放任された行為の自由があるに過ぎないとなると、それは単独の自由としかいえないからである(石川 2002 : 7)。これに対して、オーリウのように考えた場合も、答えが一義的には決まらない点では同様である。内容に光を当てれば内容ごとに多様な自由権が成り立つようにも見えるが、それでも単一の自由で還元されると考えることは可能だからである(田上 1946 : 56、60-1、76。山本 2000 : 3も参照)。

では、(iii)の正当化理由についてはどうであろうか。Iで見たように、実体法既存の考え方に拘りを持つ石川のような理解による場合にも、(iii)に合目的性の検討が残ることを完全に否定し尽くすことは難しいと考えられているように見える。オーリウの議論は、こうした合目的性の検討の存在を直視するものといえる。オーリウは、警察法に関する行政判例に即してではあるが、権力(秩序維持)と自由の間での利益衡量を、合目的的な審査の枠組みであると考

えてスタンダード (standard) と呼ぶ。従来、裁量基準論の先駆けとして注目されてきた *police juridique* 論がこれであるが、これはオーリウ研究のジャーゴンとしてではなく、権利濫用論に見られるような判例による柔軟な法の運用を想定した文脈で理解されるべきものである (小島 2013a : 206 以下)。つまり、オーリウのような論じ方からすれば、正当化理由で議論されていた利益衡量や目的・手段審査もまた、違法・合法のコードで論じられるものではなく、目指すべき制度の姿を実現する過程として、問題となった事案でどちらの利益をさしあたり重視するべきかを考えるものであり、それについての審査基準は、その合目的的な判断の集積によって形成され、後の判断を導くことになる基準であるといえよう。

この点、ドイツの比例原則については、その歴史あるいは哲学的な基礎が国家目的論にあるとされる (柴田 2010 : 219-26)。制限理由という意味での目的であれ、原則として制限しないとすること自体の目的であれ、いずれにせよそのような目的を実現せよとする要請が比例原則の確立にとって重要な役割を果たしたといわれるのである。オーリウの議論は、(iii)についても、こうした、いかなる目的を実現しようとしているのかという論点に注意を向けようとしているものといえるのではなからうか。このことは、目的審査が重要であるということの意味するだけでなく、手段を審査する場合も利益を衡量する場合も、つまりは目的 (の必要性) を問い直すことにつながるのではないかということの意味する (近時の文献として、伊藤 2017 : 102-3)。

以上のように、オーリウの論じ方は、防御権的構成が正面から光を当てなかった自由の内容に関わる実質的な議論こそが中心的な問題であることを見ることにつながる。石川のように防御権的構成に実体法既存の観念の徹底という理解を投影したとしても、刑法・不法行為法モデルを中心に置く限りで、防御権的構成はなお形式的なものである。実質的なことを議論すれば、共通理解が得られる見込みは低下するはずで、すでに指摘したように、形式的であることは防御権的構成の長所である。しかし、その負の面として、論者が真に論じるべきであると考えている実質に正面から光を当てられないという点もある。オーリウのような論じ方は、そうした真に論じるべき実質を、あるべき制度の形であると考えて、それを論じようとしたものといえるのではなからうか。

もっとも、そのように再構成した場合に明らかになるオーリウの議論の最大の弱点は、制度のあるべき姿について共通理解があるとはいえないのではないかと、また、問題となっている自由を保護することでそのあるべき姿に近づくとした場合もなぜそういえるのかが自明ではないのではないかと、といった点であ

ろう。これらの点については現代に合わせて検討し直さなければならない(利益衡量を超える意味で目的審査に意義を認めるものとして、阪口2010:49-55)。しかし、少なくとも、人権論の最も面白い部分は、そのように制度のあり方を問い直すところにあるのではなからうか。

- 青井2010 青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリスト1400号68頁以下
- 石川2002 石川健治「人権論の視座転換 あるいは『身分』の構造転換」ジュリスト1222号2頁以下
- 石川2009 石川健治「夢は稔り難く、道は極め難し 『憲法的論証』をめぐる幾つかの試行について」法学教室340号53頁以下
- 石川2010 石川健治「インディフェレンツ 〈私〉の憲法学」早稲田大学比較法研究所編『比較法と法律学 新世紀を展望して』(成文堂)
- 石川2012 石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』」樋口陽一ほか『国家と自由・再論』(日本評論社)15頁以下
- 石川ほか2008 石川健治ほか「法における人間像を語る」法律時報80巻1号4頁以下
- 伊藤2017 伊藤健「目的審査に関する違憲審査基準(3完)」法学論叢181巻2号5号78頁以下
- 小島2012 小島慎司「比例原則 フランスの場合」本誌56巻2号=3号71頁以下
- 小島2013a 小島慎司『制度と自由 モーリス・オーリウによる修道会教育規制法 律批判をめぐる』(岩波書店)
- 小島2013b 小島慎司「判例における『制度的思考』」法学教室388号13頁以下
- 小島2017-2018 小島慎司「制度と公開・均衡 モーリス・オーリウによる大統領選出方法改革の提唱をめぐる(3)(4完)」国家学会雑誌130巻11=12号1頁以下、131巻1=2号57頁以下
- 駒村2008 駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」法学教室338号40頁以下
- 駒村2013 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回 憲法的論証を求めて』(日本評論社)
- 小山2016 小山剛『「憲法上の権利」の作法[第3版]』(尚学社)
- 阪口2010 阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量 『シールド』としての権利と『切り札』としての権利」一橋法学9巻3号31頁以下
- 佐々木2018 佐々木くみ「制度審査 制度審査とは何を審査するか」大林圭吾=柴田憲司『憲法判例のエニグマ』(成文堂)223頁以下
- 宍戸2005 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂)
- 宍戸2009 宍戸常寿『「憲法上の権利」の解釈枠組み』安西文雄ほか『憲法学の現代的論点[第2版]』(有斐閣)231頁以下
- 柴田2010 柴田憲司「憲法上の比例原則について(1) ドイツにおけるその法的

- 根拠・基礎づけをめぐる議論を中心に」法学新報 116 卷 5=6 号 183 頁以下
- 高木 1988 高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣）
- 田上 1946 田上穰治『自由権・自治権及び自然法』（有斐閣）
- 長谷部 2017 長谷部恭男『憲法の論理』（有斐閣）
- 丸山 1961 丸山真男『日本の思想』（岩波新書）
- 山本 2000 山本隆司『行政法の主観法と法関係』（有斐閣）
- Hauriou 1906 Maurice Hauriou, «L'institution et le droit statutaire», *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, p. 134 et s.
- Jellinek 1905 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. Auf. (J.C.B. Mohr)
- Schlink 2012 Bernhard Schlink, Proportionality (1), Michel Rosenfeld and Andrés Sajó (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press)

(東京大学大学院法学政治学研究科教授)