

論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨の公表

学位規則第8条に基づき、論文の内容の要旨及び論文審査の結果の要旨を公表する。

○氏名	須藤 陽子 (すとう ようこ)
○学位の種類	博士 (法学)
○授与番号	乙 第494号
○授与年月日	2011年3月4日
○学位授与の要件	本学学位規程第18条第2項 学位規則第4条第2項
○学位論文の題名	比例原則の現代的意義と機能
○審査委員	(主査) 駒林 良則 (立命館大学法学部教授) 正木 宏長 (立命館大学法学部准教授) 出口 雅久 (立命館大学法学部教授) 田村 悦一 (立命館大学名誉教授)

<論文の内容の要旨>

1 学位請求論文の構成

本学位請求論文は、同名の著書『比例原則の現代的意義と機能』(2010年)が法律文化社から出版されている。従って、審査はこの著書を対象とする。同著の構成は以下のとおりである。

第Ⅰ部「警察比例の原則」から「行政上の法の一般原則」へ

第一編 「比例原則」の構造と内容

序 本来的意義からの距離

第1章 「比例原則」の構造

第2章 「比例原則」の内容

第3章 裁量統制基準として「比例原則」の機能

第二編 警察法理論の変容と「比例原則」

第4章 日独警察法理論の相違

第5章 ドイツ警察法における危険概念の展開

第三編 「比例原則」の適用範囲の拡大

第6章 ヨーロッパ共同体法における「比例原則」の生成

第7章 地方自治における「比例原則」、補完性原理

第Ⅱ部 裁量統制基準としての意義と機能

第8章 教科書検定の裁量統制と「比例原則」

第9章 行政裁量統制と「比例原則」

第10章 LRAの原則と「比例原則」

<本論文の概要>

本論文は、警察法上の原則から出発した「比例原則」がその後次第にその適用範囲を拡大していくなかで、「比例原則」の意味内容が曖昧になっているのではないかという問題意識の下に、「比例原則」の本来的意義をドイツ警察法理論に遡って同原則の詳細な分析を通して明らかにしたうえで、さらに、多様な分野における比例原則の展開という現代的状況において、その意義と機能の解明を試みるものである。

2 論文内容の要旨

本論文は二部構成となっているので、各部毎に紹介する。

(1)第I部の要旨

第I部第一編では、まず、ドイツ警察法学説における比例原則の構造、内容及び機能を検討している。それによって、比例原則の本来的意義を確認したうえで、第三編でヨーロッパ共同体法の構造原理となった比例原則の生成過程を分析し、比例原則が当初の眼目としていた「個人の自由と権利の保護」にとどまらず、国家間を規律する法原則へ変容したことを明らかにする。国家間を規律する法原則として認められるのであれば、地方自治の領域での国と地方という行政主体間を規律する法原則としても成立するのではないかとし、警察法上の法原則から法の一般原則へと展開していく状況を述べている。第I部では、第二編において、本論文の重要な要素となる警察法理論における「危険」概念と比例原則との関係が検討されている。日独警察法理論の相違に焦点を当てて、我が国の警察法理論がドイツ警察法の影響を強く受けているにも拘らず、警察権限の前提となる「危険」概念論を欠くものであることを示している。以下に、第I部の内容を詳述する。

第一編は、著者の比例原則研究の中心となる「比例原則の本来的意義」を解明するにあたり、比例原則をめぐる多様な用語法を分析することから始めている。その分析から、第一に、広義の比例原則 (Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im weiteren Sinne) = 「過度の禁止 (Uebersmassverbot)」 = 「比例原則」という従来からの理解の図式を検討対象としている (ちなみに、広義の比例原則は、適合性原則、必要性原則、狭義の比例原則の3つの部分原則から成るといわれている)。「過度の禁止」を広義の比例原則に代わる表記として提唱したP. レルヘについて、著者は、レルヘが「過度の禁止」でいう「過度 (Uebersmass)」は比例的でない状態 (Unverhältnismässige) を特徴的に示しうる表記法であって、「過度の禁止」は、レルヘの場合狭義の比例原則と必然性原則の両者から中立的で便利な表現方法であるのであって、レルヘのいう「過度の禁止」は比例原則を示す上位概

念ではないとする。それにより、著者は、広義の比例原則＝「過度の禁止」＝「比例原則」という理解の図式は成り立たないとし、過剰のみならず過少であることも「比例的でない」として、「比例原則」の概念で括ることが可能であるとする。第二に、比例原則の部分原則として語られる「必然性 (Notwendigkeit)」について、それを「必要性 (Erforderlichkeit)」と「必然性」に概念的に区別すべきであると説く。即ち、「必然性」は手段原則として憲法論では理解されているが、行政法学では、手段原則のみではなく、目的との関係で手段の「必要性」ないし「必然性」が論じられるべきである、とする。第三に、狭義の比例原則を検討し、その内容が通常いわれているような消極的なものとは限らず、目的手段間の法益の利益衡量という内実について、国家活動によって影響をうける法益と国家活動による受益的な法益の関係を、各々の影響度やその措置の目的などの観点から基本法の価値構造を踏まえて評価することにより、意味ある原則となることを確認する。また狭義の比例原則と国家に対する主体としての個人に関係づけられた原則である受忍限度 (Zumutbarkeit) の原則を区別すべきであるとしつつ、受忍限度の原則が狭義の比例原則による審査をなすうえで密接不可分であることを指摘する。

以上の三点の意味で追求されてきた警察法領域での「比例原則の本来的意義」の解明の意図は、今日、比例原則がその適用の拡大した領域においてどのような特色をもち、本来的意義からどのように隔たっているかを明らかにするためである。比例原則の拡大に関して、著者が特に指摘するのは、憲法上の比例原則に求められる機能と行政法上の比例原則の機能とでは前者が違憲立法審査の基準であるが後者は個別的処分の審査基準である点で明確に区別されるべきであること、また、比例原則の保護の方向という観点で警察措置の名宛人を保護する法原則としての当初の機能から第三者の法益をも比例原則において考慮されるようになった点である。

第二編では、「比例原則」が警察権の限界論である警察比例の原則から発展したことに注目して、警察法理論自体の変容と、警察法の原則から行政上の一般原則へと比例原則が変容することが重なり合うことを論じている。

ドイツの警察権の限界論を扱う場合に切り離せない「危険」概念論が警察権力の発動に関わるものであり比例原則の基底である、としたうえで、「危険」概念が警察の目的・責務及び警察活動を一般的に限定する役割を担うとともに、「危険」概念の内容の確定ないし「危険」の程度の確定が警察権の発動を限定する意義を持つことを指摘する。つまり、「危険」概念自体が警察権の濫用を防止するための一つの重要な法理を形成する、という。著者は我が国の戦後の警察法理論には「危険」概念論が欠落していることを指摘している。我が国警察法に「危険」概念がないことは、ドイツ環境法分野での「リスク」概念が「危険」概念を前提として成立しうることに鑑みれば、ドイツ的な「リスク」概念も我が国には成立し難いことになる、とする。

さらに、ドイツ警察法の「公共の安全」論にも着目する。「公共の安全」論は、現代にお

いては環境問題や原子力といった科学技術に伴う問題に関わるものであり、また、警察法を他の法領域から区別するための警察法のメルクマールの一つでもある。もっとも現代においては、そのような「公共安全」という保護法益に関して、個別法において、「公共安全」の枠組では把握できない、例えば自然環境保護といった公衆の利益が採用されるようになるなど、警察法の変容がみられるとする。こうした状況を背景にして、「危険」概念から「リスク」概念への展開に呼応して、予防的な安全規制領域での比例原則は、警察法での比例原則が規制対象者の保護を眼目としていた場合と異なり、そのみでなく国民の権利利益をも視野に入れて、いわば二方向で機能していることが指摘される。我が国警察法理論は、「危険」概念のみならず「公共安全」論をも欠いているため、そもそも現代的課題に対応する基盤を持ちえなかったと論定する。

著者は、第三編において、「比例原則」の適用範囲の拡大を論じるにあたり、欧州共同体裁判所判例に素材を求め、「比例原則」が判例によって形成された法の一般原則に至る過程を辿っている。ヨーロッパ共同体法における比例原則は、共同体のすべての活動に適用される法原則である。著者は、比例原則が組織原理や組織間の権限行使をも規律する法原則となっている一面を示し、それゆえにまた地方自治のような行政主体間の関係を規律する法原理としても適用可能であることを、ドイツ地方自治の判例において議論される比例原則の適用の検討を踏まえて、示唆している。

(2)第Ⅱ部の要旨

第Ⅱ部では、日本法における比例原則の問題を、裁量統制基準としての比例原則の機能、行政裁量統制と立法裁量統制、LRAの基準との異同について論じている。まず、教科書検定と出入国管理を例にとり、裁量統制基準としての比例原則の可能性が判例の詳細な検討を通じて示されている。また第9章のなかで、比例原則の適用領域として規制行政と給付行政を区別して給付行政における比例原則の適用の問題について論じている。最後の第10章では、考察の対象を憲法上の比例原則に移し、違憲審査基準たるLRAの基準と比例原則との異同を検討することによって、憲法上の比例原則について言及する。なお著者は、ドイツ憲法学における「比例原則」が紹介されてはいるものの日本国憲法における「比例原則」について憲法学の論及があまりないという状況について、行政法学の立場から疑問を呈している。

<論文審査の結果の要旨>

論文審査にあたり、2010年12月3日に公聴会を朱雀キャンパス218教室にて17時から18時半まで開催し、論文内容に関する報告のあと、質疑応答が行われた。

公聴会のなかで、本論文についての著者の問題意識が提示された。即ち、比例原則は警察比例の原則から出発し行政上の法原則へと発展するのであるが、警察法領域で生成した比例原則が「侵害」と関連づけられない給付行政の領域や地方自治の領域にまで適用可能

とされるのは何故なのかを明らかにするために、「比例原則」とは何かの解明に着手したことを披瀝したうえで、①比例原則の本来的意義の追求②比例原則の適用範囲の拡大③警察法理論の変容④裁量統制基準としての比例原則の機能、の4点をこの研究の視座に据えたとしている。

公聴会において、比例原則が適用対象を拡大することによってその意味内容が薄れていくのではないかという指摘があることに触れて、著者は、希薄化するというようには捉えず、むしろ行政分野毎の類型的差異に応じて比例原則の規範内容や規律密度を多元的に把握する必要が生じるのではないかと答えた。

また、この業績を踏まえた今後の研究の目標について、戦前の警察法理論を戦後の一般行政法理論に組み替える際に生じた問題を析出したうえで、警察法理論の再構成を構想していること、そのためにもう一つの研究テーマである行政強制論の研究を展開することが開陳された。

審査委員会は、公聴会での議論を踏まえ本論文について、以下のように評価する。

第一に、ドイツの比例原則について緻密な分析を試みており、特に、比例原則における「必要性」と「必然性」の相違についての指摘は、比例原則と警察介入の関係における優れた分析として評価されるべきである。

第二に、比例原則の警察法以外の行政領域への拡大過程を追い、伝統的な警察法理論では捉えきれない三極的な法関係と比例原則の関係に論及して比例原則の今後の展開可能性について検討している。

第三に、比例原則の前提となる警察法の「危険」概念を検討し、それを欠く我が国警察法理論の限界を明確に指摘している点は示唆に富むものである。また、予防的安全規制の分野での「危険」概念から「リスク」概念への展開のなかでの比例原則のもつ意義を的確に指摘している。

第四に、比例原則が行政活動に広く適用されることから生じるその意義と機能の現代的変容についても、EU法や地方自治を例にとり、興味深い検討を加えている。

第五に、本論文は、著者が20年に亘って一貫して比例原則の考究に努めてきた業績であり、その考察の深さと検討対象の広さにおいて優れた成果を示している。また、比例原則の今後の展開についての将来的課題をも提示している。

これらの諸点から、本論文が比例原則を詳細に分析検討した我が国最初の優れた研究として高く評価し、審査委員会は一致してこれに対して博士の学位にふさわしいものと判断する。

<試験または学力確認の結果の要旨>

学位申請者は本学法学部教授として、学部及び大学院にて行政法等を講義している。ま

た、本論文に加え申請者の他の業績や学会での評価、さらには上記の公聴会における質疑に対する適確な応答により、十分な専門知識を有することと外国語文献の読解においても十分な力量があることが確認された。従って、本学学位規程第 25 条第 1 項により、これに関わる試験を免除した。

以上により総合して、審査委員会は、学位申請者に対して、本学学位規程第 18 条第 2 項に基づき「博士（法学 立命館大学）」の学位を授与することを適当と判断する。