



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第73巻 第5号 全1冊
Citation	北大法学論集, 73(5)
Issue Date	2023-01-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/87802
Type	journal
File Information	lawreview_73_5_all.pdf



北大法学論集

第 73 卷 第 5 号

論 説

立法国賠における逸脱型と懈怠型 齊 藤 正 彰 1

言語保全政策の手法と正当化（1）

—— カナダ・ケベック州と北米先住民の実践例からの考察 ——

..... 辻 康 夫 23

司法の優越をめぐる法と政治（1）

—— アメリカにおける議論を手掛かりとして ——

..... 鈴 木 繁 元 51

日本の学問の自由とアメリカのアカデミック・フリーダム（1）

—— 高柳信一『学問の自由』再訪 —— 盛 永 悠 太 77

2023(令和5)年

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名 誉 教 授

厚 谷 襄 兒 (経 済 法)
 今 井 弘 道 (法 哲 学)
 白 杵 知 史 (国 際 法)
 遠 藤 乾 (国 際 政 治)
 大 塚 龍 児 (商 法)
 岡 田 信 弘 (憲 法)
 小 川 晃 一 (政治思想史)
 小 川 浩 三 (法 史 学)
 奥 田 安 弘 (国 際 私 法)
 加 藤 智 章 (社会保障法)
 神 原 勝 (行 政 学)
 木 佐 茂 男 (行 政 法)
 小 菅 芳太郎 (法 史 学)
 近 藤 弘 二 (商 法)
 笹 田 栄 司 (憲 法)
 東 海 林 邦 彦 (民 法)
 白 取 祐 司 (刑事訴訟法)
 杉 原 高 嶺 (国 際 法)
 鈴 木 賢 (比 較 法)
 瀬 川 信 久 (民 法)
 高 見 勝 利 (憲 法)
 高 見 進 (民事訴訟法)
 田 口 正 樹 (法 史 学)
 田 村 善 之 (知的財産法)
 常 本 照 樹 (憲 法)
 道 幸 哲 也 (勞 働 法)
 長 井 長 信 (刑 法)
 中 村 研 一 (国 際 政 治)
 畠 山 武 道 (行 政 法)
 長 谷 川 晃 (法 哲 学)
 林 靖 (商 法)
 林 田 清 明 (法 社 会 学)
 稗 貫 俊 文 (経 済 法)
 人 見 剛 (行 政 法)
 藤 岡 康 宏 (民 法)
 藤 原 正 則 (民 法)
 古 矢 旬 (アメリカ政治史)
 町 村 泰 貴 (民事訴訟法)
 松 浦 正 孝 (政 治 史)
 松 澤 弘 陽 (政治思想史)

松 久 三四彦 (民 法)
 松 村 良 之 (法 社 会 学)
 宮 本 太 郎 (比較政治経済学)
 宮 脇 淳 (行 政 学)
 山 口 二 郎 (行 政 学)
 吉 田 克 己 (民 法)
 亘 理 格 (行 政 法)
 教 授
 會 澤 恒 (比 較 法)
 池 田 清 治 (民 法)
 池 田 悠 (勞 働 法)
 岩 谷 將 (政 治 史) *
 上 田 信太郎 (刑事訴訟法)
 宇 野 二 朗 (行 政 学) *
 尾 崎 一 郎 (法 社 会 学)
 小 名 木 明 宏 (刑 法)
 川 村 力 (商 法)
 ○ 岸 本 太 樹 (行 政 法)
 桑 原 朝 子 (日本法制史)
 児 矢 野 マ リ (国 際 法)
 権 左 武 志 (政治思想史)
 ○ 齊 藤 正 彰 (憲 法)
 齋 藤 由 起 (民 法)
 佐 々 木 雅 寿 (憲 法)
 佐 藤 修 二 (行 政 法)
 嶋 拓 哉 (国 際 私 法)
 城 下 裕 二 (刑 法)
 曾 野 裕 夫 (民 法)
 空 井 護 (現代政治分析) *
 辻 康 夫 (政 治 学)
 中 川 晶 比 兒 (経 済 法)
 中 川 寛 子 (経 済 法)
 中 村 督 (ヨーロッパ政治史)
 中 山 一 郎 (知的財産法)
 西 村 裕 一 (憲 法)
 根 本 尚 徳 (民 法)
 野 田 耕 志 (商 法)
 ハズハ・ブランズラブ (知的財産法)
 林 誠 司 (民 法)
 ○ 眞 壁 仁 (日本政治思想史)
 ○ 松 尾 誠 紀 (刑 法)

水 野 浩 二 (法 史 学)
 三 宅 新 (商 法)
 山 木 戸 勇 一 郎 (民事訴訟法)
 山 崎 幹 根 (行 政 学) *
 山 下 竜 一 (行 政 法)
 山 本 哲 生 (商 法)
 吉 田 広 志 (知的財産法)
 米 田 雅 宏 (行 政 法)
 特 任 教 授
 見 野 彰 信 (法実務基礎)
 仲 世 古 善 樹 (刑 事 実 務)
 新 川 生 馬 (法実務基礎)
 林 賢 一 (民 事 実 務)
 林 由 希 子 (民 事 実 務)
 横 山 和 可 子 (刑 事 実 務)
 吉 田 邦 彦 (民 法)
 准 教 授
 ○ 伊 藤 隼 (民事訴訟法)
 開 出 雄 介 (国 際 法) *
 郭 薇 (法哲学・法社会学)
 川 久 保 寛 (社会保障法)
 小 濱 祥 子 (アメリカ政治史) *
 徐 行 (比 較 法)
 鈴 木 敦 (憲 法)
 津 田 智 成 (行 政 法) *
 土 井 翔 平 (国 際 政 治) *
 馬 場 香 織 (比較政治)
 林 耕 平 (民 法)
 前 田 亮 介 (日本政治史)
 村 上 裕 一 (行 政 学) *
 森 悠 一 郎 (法 哲 学)
 山 本 周 平 (民 法)
 横 路 俊 一 (民事訴訟法)
 助 教
 大 串 倫 一 (憲 法)
 鈴 木 繁 元 (憲 法)
 谷 遼 大 (行 政 法)
 盛 永 悠 太 (憲 法)
 楊 廸 耕 (民 法)
 林 儼 紘 (刑 法)
 郎 晴 (比 較 法)

立法国賠における逸脱型と懈怠型

齊 藤 正 彰

問題の所在

憲法学説は、国家賠償請求訴訟（国賠訴訟）を「立法の合憲性を審査する憲法訴訟の一類型として位置づける」¹ようになっている。「現代型訴訟としての違憲国賠訴訟」²についての学説の期待に応えるかのような、違憲判断と国賠法上の違法判断を切り離す判例の傾向も、注目されている³。このような展開は、「学説を置き去りにした判例の冒険」とも評

¹ 中村睦男＝常本照樹『憲法裁判50年』（悠々社・1997年）321頁〔中村〕。ただし、「立法的不作為をあえて個別に取り出して、憲法訴訟の一形式とする必要はない」（戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』（有斐閣・2008年）157頁）とする見解もある。また、大石眞『憲法概論 I 総説・統治機構』（有斐閣・2021年）388-389頁参照。

² 棟居快行『憲法学再論』（信山社・2001年）463頁以下。国賠訴訟を「政策的に活用する」ことを狙って、「国賠法上の違法性判断において、違憲判断が表に表れることをコントロールさせるものとして判例理論を読む図式」も提唱される。青井未帆「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論——権限規範と行為規範の区別をふまえて」信法12号（2009年）1頁以下、同「空襲被災者の救済と立法不作為の違憲——国家賠償責任について」成城80号（2011年）210頁以下参照。

³ 立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性を切り離した、最高裁の「内容違憲・国賠違法区別論」（棟居快行「判批」判時1194号〔判評330号〕（1986年）203頁）を「いわば逆手にとって、国賠法上の違法性を認めないという結論を維持する一方で立法内容の違憲性を明示するという手法」（常本照樹「選挙権行使の可能性と立法不作為の問題」ジュリ臨増『平成15年度重要判例解説』（2004年）25頁）といわれる。この区別論を最高裁が「明確な形で実践した」のは、平成

されるが⁴、そのようにして「雪山の稜線」に記された立法国賠（立法行為・立法不作為の違憲性を理由とする国家賠償請求）における「違法性の判断基準」に関する「判文の表現ぶり」⁵を、学説は十分に説明しているであろうか⁶。

I 判 例

在宅投票制度廃止違憲訴訟の昭和60年判決（最判昭60・11・21民集39巻7号1512頁）は、〈国会議員の立法行為（立法不作為を含む）の国賠法上の違法性〉と〈法律の内容の違憲性〉の問題とは区別されるべきであり、国会議員の立法行為は本質的に政治的なものであって原則として法的規制・評価の対象にならないとして、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当

27年の再婚禁止期間違憲判決が最初とされる（大林啓吾「憲法訴訟の転機と司法積極主義の兆し——契機としての再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟」法時88巻7号（2016年）67頁）。これに関して、憲法判断のあり方についての平成27年の2判決の調査官解説における言及（加本牧子・最判解民事篇平成27年度（下）696頁、697頁、畑佳秀・同書761-762頁）も注目される。なお、小山剛『「憲法上の権利」の作法〈第3版〉』（尚学社・2016年）237頁、笹田栄司ほか『ケースで考える憲法入門』（有斐閣・2006年）306頁〔井上典之〕、同『憲法判例に聞く——ロースクール・憲法講義』（日本評論社・2008年）317頁。

⁴ 棟居快行『憲法の原理と解釈』（信山社・2020年）363頁。

⁵ 加本・前掲判解（註3）689頁。本稿は、最高裁のスタンスを前提に、判例で示された立法国賠についての「違法性の判断基準」を扱う。立法不作為を国賠訴訟で争うことの是非ないし要否、職務行為基準説の理解、下級審裁判例の動向等は、基本的に扱わない。「権限規範」と「行為規範」、「立法不作為」と「立法の不存在」の区別といった議論にも立ち入らない。

⁶ ただし、最高裁は「自ら提示した枠組みを正確に適用しようとはしておらず、実際には「総合衡量」といってよい判断手法をとっている」（毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論ジュリ1号（2012年）89頁）とみられるから、「さほど表現の変化にこだわる必要もないのかもしれない」（棟居快行ほか編著『判例トレーニング憲法』（信山社・2018年）181頁〔工藤達朗〕）ともいわれる。

該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」とした。

その後、最高裁では昭和60年判決を引用する例が続いたが、「下級審裁判例は必ずしも「憲法の一義的な文言」に拘泥してはいないように見える」⁷ともいわれた。とりわけ、山口地下関支判平10・4・27判時1642号24頁（関釜元従軍慰安婦訴訟判決）は、「人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合であって、……立法課題としての明確性と合理的正期間の経過とがある場合にも、立法不作為による国家賠償を認めることができる」とした。続いて、熊本地判平13・5・11判時1748号30頁（熊本ハンセン病訴訟判決）は、昭和60年判決は「もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、……他に比類のないような極めて重大な自由の制限……に関する本件とは、全く事案を異にする」とし、昭和60年判決以来の一連の最高裁判決の限定的表現は「絶対条件」ではなく「立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎない」のであって、本件「規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、……規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当」とした。

そうしたなかで、在外邦人選挙権制限違憲訴訟の平成17年判決（最大判平17・9・14民集59巻7号2087頁）は、内容違憲・国賠違法区別論を維持しながら、④「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」や、⑤「国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」などには、例外的に、国賠法上違法になるとした⁸。

⁷ 稲葉馨「立法」ジュリ993号（1992年）65-66頁。

⁸ そのうえで平成17年判決が、昭和60年判決は「以上と異なる趣旨をいうものではない」としたことについては、「司法判断の安定性を確保するための苦心

再婚禁止期間違憲訴訟の平成27年判決（最大判平27・12・16民集69巻8号2427頁）は、やはり内容違憲・国賠違法区別論を確認したうえで、「もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」においては、例外的に、その立法不作為は国賠法上違法となるとしたうえで、昭和60年判決と平成17年判決を参照指示している。

この平成27年判決に付された千葉勝美補足意見は、「多数意見で示された一般論は、……国会議員の職務行為である立法的対応がどのような場合に国家賠償法上違法になるのかについての全体的な判断の枠組みを示したもの」と解し、平成17年判決の「判断基準」は平成27年判決によって「整理し直された」ので、「今後は、この点の判断基準は、本件の多数意見の示すところによることとなろう」とした。

ところが、在外邦人国民審査権制限違憲訴訟の令和4年判決（最大判令4・5・25民集76巻4号711頁）では、昭和60年判決、平成17年判決、平成27年判決が参照指示されており、平成27年判決に取り込まれて「整理し直された」はずの平成17年判決が再び引用されている。

Ⅱ 学 説

憲法学説は、すでに生存権の法的性格に関する具体的権利説をめぐる議論において、立法不作為という論点に接していた⁹。そのことが、「立法行為」にも国賠法1条が適用されるかを検討する行政法学説と異なり、立法国賠においても憲法学説の視界に「立法不作為」が占位することに

の対応」（千葉勝美『違憲審査——その焦点の定め方』（有斐閣・2017年）117頁）ともいわれるが、学説上は、実質的な判例変更との指摘も強く、なお議論がある。渡辺賢「公務員の給与決定と立法国賠」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論——思想・制度・運用』（信山社・2015年）906頁註7参照。

⁹ 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」芦部信喜編『講座憲法訴訟（1）』（有斐閣・1987年）355頁、毛利透ほか『憲法Ⅰ総論・統治（第3版）』（有斐閣・2022年）334頁〔松本哲治〕参照。

繋がったのかもしれない。いずれにしても、「具体的権利説の下で主張された立法不作為の違憲確認の可能性について、憲法学の通説の与えた回答は否定的であった」¹⁰。ところが、札幌地小樽支判昭49・12・9判時762号8頁が在宅投票制度の廃止をめぐって「違憲国賠訴訟が日本の現代型訴訟ないし制度改革訴訟において大きな役割を果たすことができることを示したことから、大きな注目を集めた」¹¹のである。

立法国賠は、「①訴えの利益等の訴訟上の難点なくして法律の違憲審査を求めることができ、②立法の改廃を直接求めるものではないために立法府との摩擦が少なく、さらに、③他の訴訟によっては必ずしも救済を得られない国民に対して権利保護の途を確保する訴訟形態」¹²として評価されることとなった。そして、国賠法上違法と認められるには、たとえば、「①憲法規範上一定内容の立法をしない義務ないし立法義務が明確であって、②憲法に違反する立法行為ないし違憲状態を放置する立法不作為が国民の具体的権利に直接影響を及ぼす処分的性格をもち、③そのような立法行為ないし立法不作為と損害との間に具体的・実質的な関連性が認められることが必要であり、④立法不作為の場合には、さらに、……一定の「合理的期間」の経過という要素が必要となる」¹³と論じられた。

最高裁の昭和60年判決に対しては、「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいほど厳しい制約を課した」¹⁴といった批判も強かったが、

¹⁰ 山元一「戦後補償と立法不作為」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法(1)国際人権法と憲法』(信山社・2006年)337頁。

¹¹ 辻村みよ子編著『ニューアングル憲法——憲法判例×事例研究』(法律文化社・2012年)335頁[山元一]。

¹² 戸波・前掲論文(註9)383頁。

¹³ 佐藤幸治『憲法<第3版>』(青林書院・1995年)350頁。芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法<第7版>』(岩波書店・2019年)398頁も参照。

¹⁴ 芦部〔高橋補訂〕・前掲書(註13)398頁。「「憲法の一義的な文言云々」ということにこだわって、国家賠償請求訴訟が憲法訴訟の一つの場として展開して行く上で本判決が桎梏とならないよう望みたい」(樋口陽一ほか『注解法律学全集(4) 憲法Ⅳ』(青林書院・2004年)119頁[佐藤幸治]、同・前掲書(註13)350頁、同『日本国憲法論<第2版>』(成文堂・2020年)690頁)。「裁判所に立法の違憲

昭和60年判決は「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」場合を「例外的場合の典型的な例としてあげているとも解せないわけでもなく、……ある立法行為が憲法上保障された権利の内容に明らかに反した場合には、この例外的場合に当たるとは否定されていない」との理解¹⁵も提唱された。そして、最高裁も、平成17年判決、平成27年判決を経て、「国賠違法を認める要件を緩和する方向で再定式化している」¹⁶とされる。

そのような流れのなかで、最高裁は、「立法行為は原則として国賠法上違法とならず、例外的にのみ違法となるという大枠を一貫して採用し、その例外に当たる場合のバリエーション（例示）を事案に応じて都度、定式化してきた」¹⁷ともいわれる。問題は、いくつかの「例外的場合」の定式化の異同ないし関係の理解である。

性を確認させることによって制度改革を促す憲法訴訟としての性格」を有する国賠訴訟を「法治国原理担保手段の一環としても位置づける」立場からの批判的検討として、宇賀克也「立法と国家賠償」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（下）』（有斐閣・1993年）67頁以下。また、立法国賠が「訴訟本来の制度趣旨からははずれている」（畑尻剛「国家賠償請求訴訟における立法行為の憲法適合性審査——判例の類型化とその帰結」中央ロー4巻4号（2008年）4頁、同「立法不作為とその救済方法」法時83巻5号（2011年）64頁）としても、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請」があるとした最高裁自身の言葉（最大判昭51・4・14民集30巻3号223頁）を裏切っているとの批判もなされる（野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣・1995年）120頁、山元・前掲論文（註10）345頁）。対照的に、平成17年判決について、佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅱ基本的人権・統治機構』（悠々社・2010年）301頁〔土井〕。¹⁵ 中村睦男「在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決」ジュリ855号（1986年）88頁〔同「人権の法理と統治過程」（信山社・2021年）468頁所収〕。

¹⁶ 曾我部真裕「立法不作為の違憲審査」法教476号（2020年）56頁。

¹⁷ 戸部真澄「国が在外国民に国民審査権の行使をさせないことが違法であるとされた事例」新・判例解説 Watch 行政法 No.231（2022年）4頁。他方、この3判決の定式化を「同一性格のもの（国賠違法判断基準）」と見るのは疑問（稲葉馨「立法行為国家賠償判例の再検討」法学80巻6号（2017年）19頁）とする指摘もある。

平成17年判決が前示のように㉠と㉡の2つの場合¹⁸を分類して定式化した意味については、㉠直接侵害型と㉡間接侵害型¹⁹、㉠防御権と㉡制度を前提とする権利²⁰、㉠立法内容と㉡立法行為²¹といった説明もなされた。その後、平成27年判決の千葉補足意見を手がかりに、絶対的立法不作為と相対的立法不作為の区分²²と結びつけた説明が示された。

すなわち、千葉補足意見は、平成17年判決の㉠は、「昭和60年判決の事案と同様の違憲の立法を行った国会議員の立法行為又は立法不作為の違法性が問題になったケース」について、「昭和60年判決と同様に、当然に違法となる極端な場合を示したもの」とする。そして、平成27年判決の事案は、平成17年判決の㉠と「同様のケース」であるとする。それに対して、平成17年判決の㉡は、同判決の事案で問題になった「国会議員が憲法上の権利行使の機会を確保する立法措置をとること」を怠る場

¹⁸ 学説では㉠を「前段」、㉡を「後段」と称することがある。ただ、「前段」は、㉦前の段落、㉧複数の文から構成される条文における第1文、㉨1つの文の中の前半部分、といった異なる意味で用いられることもあり、ここでは㉠と㉡で表示する。

¹⁹ 木村草太「判批」法協124巻6号（2007年）244頁。

²⁰ 青井・前掲「立法行為」（註2）19頁。同様に、㉠自由制約立法と㉡制度構築立法（LS憲法研究会編『プロセス演習憲法（第4版）』（信山社・2011年）642頁〔笹田栄司〕）、㉠自由権制限と㉡制度的権利（駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法（第2版）』（弘文堂・2013年）367-368頁）等。

²¹ 岩切大地「立法者に対する国賠法を通じた司法審査——裁判所と立法者との関係」立正45巻1号（2011年）44-46頁、52-53頁。

²² 戸波・前掲論文（註9）362頁によれば、この区分は、「憲法上の立法義務、および相当の期間の猶予、という二つの要件」について具体的に検討するにあたって有益とされ、「絶対的立法の不作為」とは、「いわば本来の意味における立法の不作為であり、明示的な立法義務に違反して、立法府が立法を怠るというものであって、そこでは、立法がなされないこと自体が直接問題となる」のに対して、「相対的立法の不作為」とは、「いわば派生的ないし付随的な立法の不作為であり、ある立法がなされた後に、当該立法の内容・手続・範囲等に不備・不公正があり、そこに立法の不作為が見出される場合」とされる。ただし、「相対的立法不作為は、作為と不作為の両方の性質をあわせもっている」（木下昌彦編集代表『精読憲法判例——人権編』（弘文堂・2018年）574頁〔西貝小名都〕）とされる。

合に、それが「例外的に違法となるという判断基準を説示したもの」とする²³。平成17年判決の判示では、「国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る」という「時間的要素」が、⑥のみに係するのか、それとも④と⑥の両方に係するのか「明らかでなく、したがって、相対的立法不作為がどちらに属するのかは必ずしも明らかでなかった」が、平成27年判決の千葉補足意見を手がかりに、平成17年判決の④は立法作為ないし相対的立法不作為の場合、⑥は絶対的立法不作為の場合に対応すると説明される²⁴。

しかし、平成17年判決は、④の「場合」に対比して、⑥で「国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合」としており、「時間的要素」が、④に含まれるとされる相対的立法不作為には係らないようにみえる。これに対しては、平成17年判決の④は、期間経過の要件を考慮することを排除するものではなく、場合によっては時間的要素が除外される趣旨であると説明される²⁵。それでも、平成27年判決が平成17年判決④・⑥を包括する「全体的な判断の枠組み」を示したと解することに対しては、「長期にわたる立法措置の懈怠」が条件に組み込まれている平成27年判決では、「期間条件」を組み込んでいない平成17年判決④の「不作為タイプ」を包括することができず、かえって④と⑥の「選択的適用」の場合と比べて「国賠違法の認められる余地が狭くなる」との疑問が示される²⁶。

いずれにしても、令和4年判決は、平成27年判決によって上書きされたはずの平成17年判決の⑥を復活させており、今後は平成27年判決の「判断基準」が用いられるという千葉補足意見の期待は、裏切られたようにみえる。

憲法上の権利侵害が生ずる場合を類型化し、平成17年判決の④は「侵

²³ 千葉補足意見によれば、平成27年判決の事案は平成17年判決④のような「憲法上の権利侵害が一義的な文言に違反しているような極端な場合ではないので、多数意見は、今回、改めて、これらの従前の当審の判示をも包摂するものとして、一般論的な判断基準を整理して示した」とされる。

²⁴ 木下編集代表・前掲書（註22）569頁〔西貝〕。

²⁵ 同書574頁〔西貝〕。

²⁶ 稲葉・前掲論文（註17）22頁。

害立法」、平成17年判決の⑧は「積極的権利立法不作為」、平成27年判決は「消極的権利立法不作為」に該当すると説明する見解もある²⁷。この見解によれば、令和4年判決はその事案に「より適合的な」平成17年判決の⑧を引用しており、これによって平成17年判決と平成27年判決の「それぞれの意味合いは、より明瞭になった」とされる²⁸。しかし、そうであるとすれば、「積極的権利の行使を実現する立法の不作為」が問題である令和4年判決が、平成17年判決⑧だけでなく、平成27年判決をも引用していることが問題となろう。

Ⅲ 検 討

1 立法行為と立法不作為の区別

判例における「立法行為(立法不作為を含む。)」という書きぶりをみて、従来、学説は、最高裁は「立法行為と立法不作為を区別せず」²⁹に扱っていると論じることが多かった³⁰。しかし、平成17年判決をめぐって、「明

²⁷ 戸部真澄「再婚禁止期間の改廃に係る立法不作為が国家賠償法上違法でない」とされた事例」新・判例解説 Watch19号(2016年)35-36頁。

²⁸ 戸部・前掲論文(註17)4頁。

²⁹ 渡辺康行ほか『憲法Ⅱ総論・統治』(日本評論社・2020年)352頁[渡辺]、土井真一「立法行為と国家賠償——2つの最高裁判例を読む」法教388号(2013年)93頁註11も参照。

³⁰ 「立法の不作為という概念を立法行為の概念から分離せず」(戸松・前掲書(註1)154頁)、「作為と不作為の区別を強調しない論法をとっている」(井口秀作「違憲国賠訴訟における判断構成」大東ロー13号(2017年)35頁)といわれる。なお、岡田順太「立法不作為と国賠違法」横大道聡編著『憲法判例の射程〈第2版〉』(弘文堂・2020年)295-296頁参照。もちろん、「立法の不作為については、立法行為の場合以上に違憲審査の限界にかかわる微妙な問題が生じる」ことが指摘され(野中・前掲書(註14)56頁)、また、「立法の違憲性の問題と立法不作為の違憲性の問題は、立法義務のある場合とない場合という違いがあるから、同一に論ずることはできない。それを取えて同一視することにより、混乱を生みだしている」(高橋和之『体系憲法訴訟』(岩波書店・2017年)380-381頁註132)との批判もなされている。学説においては、「法律の規定を廃止する立

白な権利侵害で国家賠償法上違法となる類型」(第1類型)と「憲法上の権利保障のために明白に必要な措置を長期間怠るという類型」(第2類型)の区別が提唱される³¹。また、平成17年判決の㉔は、「憲法上の権利侵害の重大明白性を例外要件とする発想」であって、「熊本ハンセン病訴訟第一審判決を連想させ」、平成17年判決の㉕は、「権利救済の立法義務が認定でき、しかも合理的期間が徒過したと判断されることを例外要件とする」ものであって、「関釜元慰安婦訴訟第一審判決と類似の考え方とみることができる」との整理がある³²。

これに関連して、平成27年判決の調査官解説³³は、「限定的な表現を用いた昭和60年判決の判示の「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず……」との部分は、その後続く「国会があえて当該立法を行う」という表現からうかがわれるように、立法不作為ではなく、主に立法行為を念頭に置いて違法の度合いが極端な場合を例示したもの」とみている³⁴。そして、「立法不作為とは異なり、立法行為が

法府の行為」と「立法府が法律の制定ないし改廃を行わないという立法の不作為」(佐藤幸治＝中村睦男＝野中俊彦『ファンダメンタル憲法』(有斐閣・1994年)285頁[中村])の区別も意識される。ただし、藤井俊夫「違憲審査の対象」樋口陽一編著『講座・憲法学(6)権力の分立(2)』(日本評論社・1995年)は、「存在していた在宅投票制度を廃止する立法の合憲性の問題と、一度廃止した在宅投票制度を復活させずに放置するという立法不作為の合憲性の問題とは、問題が明らかに異なる」(125頁)として、前者の問題については「一定の作為(廃止立法)によって国民の権利を奪ったり、あるいは、制限したりすることが違憲ではないかということだけが問題とされればよい」(126頁)とするが、そのためには、判例の内容違憲・国賠違法区別論とは異なる違憲即違法論、あるいは厳格な制度後退禁止が前提となるのではなからうか。

³¹ 毛利・前掲論文(註6)88頁。

³² 赤坂正浩『世紀転換期の憲法論』(信山社・2015年)253-254頁。ちなみに、ハンセン病訴訟の事案を立法不作為と構成することの意味に関して、小山剛「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」ジュリ1210号(2001年)154-155頁、土井真一「ハンセン病患者の強制隔離政策と国の責任」ジュリ臨増『平成13年度重要判例解説』(2002年)26頁参照。

³³ 加本・前掲判解(註3)689-690頁、694頁。

³⁴ なお、昭和60年判決の例示は「作為型のもの」(稲葉・前掲論文(註7)66頁)

違法になる場合は、あえて、違憲と分かっている立法を積極的に行うような場合がその典型例として想定されることから、通常は考えにくいような極端な例示となった」としている³⁵。調査官解説は、平成17年判決の④について、「違憲の法律を制定する立法行為やこれと同視し得る立法不作為により本来自由に行使し得る憲法上の権利が侵害され、期間の経過を要せずに直ちに違法となる極端な場合を想定した説示」と説明するのである。

そこでいう「違憲の法律を制定する立法行為……と同視し得る立法不作為」が問題である。先の憲法学説は、判例が第2類型に該当するはずの立法不作為を第1類型で扱っているとみて、「第1類型は、問題となる国会議員の立法活動を作為、すなわち積極的立法と見る場合の判断基準であって、不作為と見る場合には第2類型で考えると分類する方がすっきりする」と批判していた³⁶。

2 法律の廃止に牽連する不作為

ここで、在宅投票制度廃止違憲訴訟において、何が問題とされたのかを確認しておくことが有用であろう。原告Xは、昭和6年に事故で歩行

との指摘は、早くから存在していた。また、昭和60年判決では「立法不作為の場合は明示的には語られていない」として、立法不作為が含まれると解した場合の不都合も指摘されていた（内野正幸「立法行為・司法行為と国家賠償責任」西村宏一ほか編『国家補償法大系(2)国家賠償法の課題』（日本評論社・1987年）12-13頁註26参照）。

³⁵ 通常は、「国会議員がいかなる立法行為をなし得るか、という選択権は立法内容の違憲性とは別に広く認められており……、立法ミス（内容違憲の立法）が生じても通常は政治責任の問題にとどまる」が、「内容違憲に関する「故意重過失」の立法ミスに際しては、国賠法上の法的責任を問いうる」として、「立法行為について、国賠法上の責任要件を違憲性の認識においては故意重過失に限定」したものとされる（棟居・前掲論文（註3）205頁）。また、「故意」よりも強い「悪意」を意味する」（渋谷秀樹『憲法〈第3版〉』（有斐閣・2017年）493頁）ともいわれる。

³⁶ 毛利・前掲論文（註6）89頁、山崎友也「在外邦人選挙権訴訟再考——その意義と射程」論ジュリ29号（2019年）19頁。

困難となり、昭和27年に在宅投票制度が廃止された後は車椅子で投票所に行って投票したが、その後、車椅子に乗ることも困難になったので担架等で投票所に行き、ついに昭和43年から47年までの8回の選挙では投票できなかった。第1審判決は、公選法改正による在宅投票制度の廃止という「立法行為」を加害行為と捉えた³⁷。それに対して、控訴審判決は、在宅投票制度の廃止当時にはXは車椅子で投票所に行けたのであるから、Xが投票所で投票できなくなった後に在宅投票制度を設けなかった「立法不作为」のみを加害行為と捉えた。ところが、最高裁判決は、「公職選挙法の一部を改正する法律により在宅投票制度を廃止し、その後在宅投票制度を設けるための立法を行わなかった」という「この廃止行為及び不作为を「本件立法行為」と総称する」としたのである³⁸。

つまり、昭和60年判決は、在宅投票制度を廃止したままにしたことを問題としているのであり、そこでいわれる「立法不作为」は、単に「立法府が法律の制定ないし改廃を行わないという立法の不作为」というよりも、「法律の規定を廃止する立法府の行為」と連続して一体と捉えられるようなものである³⁹。換言すれば、昭和60年判決は、立法不作为一

³⁷ なお、「第一審判決の下される少し前の時点で、重度身体障害者の一部を対象とした在宅投票制度が復活させられ、……原告はその対象者のなかに入った」（野中・前掲書（註14）109頁）。

³⁸ 昭和60年判決の調査官解説（泉徳治・最判解民事篇昭和60年度376頁）は、在宅投票制度の廃止行為およびそれを復活させなかった立法不作为と、選挙権を行使できなかったXの損害との間には「因果関係が存することが明らかであり、両者が一体となって本件における加害行為を形成する」と説明している。なお、野中・前掲書（註14）58頁以下。

³⁹ 学説上、一般に、立法不作为として論じられる状況の場合分けについて、佐藤・前掲書（註14）689頁、戸松・前掲書（註1）151-153頁、駒村・前掲論文（註20）360頁、初宿正典＝大石真編『憲法 Cases and Materials 憲法訴訟』（有斐閣・2007年）346-347頁等参照。「「立法不作为の違憲審査」という論点の名称は、慣例上のネーミングにすぎず、その射程を適切に示しているわけではない」（曾我部・前掲論文（註16）56頁）。「憲法学における「無」の問題の射程をもう少し厳密に検討することが必要であろう」（井上典之「立法不作为と違憲審査」赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』（有斐閣・2005年）292頁）とされる。裁判所がこれまでに扱ってきた主要な訴訟における処理テクニックを訴訟形式別に

般を扱っているのではなく、既存法律の廃止という積極的な立法行為と、それに牽連する消極的な立法行為を合わせて論じていたと解されるのである。

これについては、立法国賠における「立法不作为」には、在宅投票制度廃止違憲訴訟のように「制定した法律をのちに改廃したことで違憲状態が生じた事態」と、在外邦人選挙権制限違憲訴訟のように「立法者がそもそも憲法上求められているはずの法律を制定していない事態」とがあり、いずれも「法律規定の不存在の違憲」というべき状況であることは共通しているが、前者は違憲状態が立法者の「作為（立法行為）」によって生じ、後者は「不作为（立法不作为）」によって生じていると説明される⁴⁰。

3 昭和60年判決の射程

ここで、有力な行政法学説が、平成17年判決によって「昭和60年最判の「容易に想定し難いような例外的な場合」という違法性の判断基準は、原則として憲法上立法を拘束しないと解釈される権利に関わるような事案に、適用される射程を限定された」⁴¹としていることが注目される。

昭和60年判決は、「立法行為の規範たるべき憲法についてさえ、その解釈につき国民の間には多様な見解があり得る」とし、そのように見解が分かれる場合には、「国会議員の立法過程における行動は政治的責任の対象とするにとどめるのが国民の代表者による政治の実現を期するという目的にかなう」とするものと解される。そして、上告人が「在宅投

整理するものとして、中谷実「立法の不作为」ジュリ1037号(1994年)228頁以下。

⁴⁰ 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社・2011年）246頁参照。ハンセン病訴訟のような「立法者が廃止すべき法律を廃止しなかったために、適用機関による人権侵害が重篤化したようなまれなケースでは、立法者が法律を改廃しない不作为の違憲という構成も不可能ではない」とされ、これが第3の類型とされているが（同頁）、後述するように、平成27年判決は、これを立法者の不作为によって違憲状態が生じている場合の下位分類として扱っていると解される。「違憲法律を改廃しない立法の不作为」については、戸波・前掲論文（註9）367-368頁参照。

⁴¹ 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣・2012年）533頁。

票制度の設置は憲法の命ずるところであるとの前提」に立つのに対して、「憲法には在宅投票制度の設置を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく」、かえって憲法47条が「投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨であることは、当裁判所の判例とするとところ」としているのである。

こうした昭和60年判決の思考は、「当該事案では、国会は憲法に原則として拘束されず、例外的に、憲法に特別な規定があるにもかかわらず国会がそれに違反するような場合にしか、法律制定行為の違法性が問題にならない」と解するものであり、「国家賠償請求において違法性が主張されている法律が、憲法上原則として立法を拘束しないと解釈される権利に関わる場合の状況を、叙述したもの」であると説明される⁴²。そのような思考から、「最高裁は在宅投票制度の廃止または復活については憲法判断を加える必要はないと考えた」⁴³のであろう。

⁴² 同書500頁。このように解するならば、昭和60年判決は「国会議員の立法活動（の少なくとも大部分）を国家賠償法上の法的評価から完全に免除する強い志向を示す叙述」（毛利・前掲論文（註6）86頁）ではなく、「立法過程を法的介入から保護し、これを「聖域」化するという観点」（中林暁生＝山本龍彦『憲法判例のコンテクスト』（日本評論社・2019年）93頁〔山本〕）に立つものでもなくて、また、「政治的なもの」が性質上法的規制になじまないことに、論理の飛躍がある」（長尾一紘「立法の不作为に対する違憲訴訟」別ジュリ『憲法判例百選Ⅱ〈第4版〉』（2000年）427頁）との批判が直ちに当てはまるものでもないと考えられる。「立法の政治的性格は、広範な立法裁量の承認を要請する」が、「そのことは、立法がおよそ法的責任とあいられないことを意味するものではない。立法裁量といえども無制約のものではなく、憲法により限界づけられており、その逸脱は違憲となるのである」（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣・1997年）106頁）。原田尚彦「立法の不作为と国家賠償責任」ジュリ臨増『昭和62年度重要判例解説』（1988年）37-38頁も参照。換言すれば、「在宅投票制については、存在・不存在ともに合憲」という意味で「許容説」をもって妥当とすべき」とされるのであって、具体的な立法がたとえば「普通選挙原則と秘密選挙原則の要請」に適合しないのであれば、立法裁量を逸脱したと判断されることになると解される（長尾一紘「判批」民商95巻2号（1986年）114頁参照）。

⁴³ LS 憲法研究会編・前掲書（註20）641頁〔笹田〕。なお、これに関して、「問題の重要性から見て大法廷で取扱うべきであった」（尾吹善人『日本憲法——学説と判例』（木鐸社・1990年）357頁）が、「にもかかわらず第1小法廷限りで判

4 許容範囲の逸脱と義務の懈怠

そうであるとする、立法国賠には、憲法の許容範囲（国会の立法裁量の限界）を逸脱する立法行為が問題となる類型と、憲法が求める法律の整備を懈怠していることが問題となる類型との区別が存すると解される。これは、前出の、第1類型＝立法者の作為（立法行為）によって違憲状態が生じる場合、第2類型＝立法者の不作為（立法不作為）によって違憲状態が生じている場合の区別に結びつく。ただし、逸脱が問題となる類型は、既存の法律規定を廃止する立法行為の後に、その規定を復活させないという立法不作為、すなわち法律の廃止に牽連する立法不作為（判例の表現では「違憲の法律を制定する立法行為……と同視し得る立法不作為」）を含んでおり、「立法不作為」の語を用いることによる混淆を避ける必要がある。そこで、以下では、逸脱型と懈怠型と称することとしたい。

逸脱型には、(a)憲法上の人権の保障が及んでいないと考えられる（少なくとも最高裁はそのように解している）領域における立法行為が対象となる場面であり、したがって、広汎な立法裁量に委ねられる領域における立法行為が問題となるものと、(b)憲法上の人権を直ちに侵害すると考えられるものとがある。昭和60年判決は逸脱型(a)であり、立法行為は憲法上の人権に拘束されていないが、それでも法律の内容が「憲法の一義的な文言に違反している」ような場合には違法となるのである。他方、平成17年判決の㉔は逸脱型(b)であり、「憲法上保障されている権利を違法に侵害する」場合である⁴⁴。逸脱型(b)の平成17年判決㉔との対比によっ

断したのは、おそらく選挙権の保障範囲に属する問題ではないと解したからであろう」（高橋・前掲書（註30）381頁註133）との指摘が注目される。

⁴⁴ 平成17年判決の調査官解説が示す、「昭和60年判決を維持しつつも、その射程を実質的に限定」したという理解（杉原則彦・最判解民事篇平成17年度657頁）は、昭和60年判決がそれと「類似の事案に関しては、なお生きていると解釈していることを意味する」（赤坂・前掲書（註32）259頁註28）。そして、昭和60年判決と平成17年判決㉔の文言の相違や、平成17年判決には立法行為の政治性を強調する昭和60年判決のような説示がみられないことは、逸脱型(a)と逸脱型(b)の種類の違いにあると解される。これとは異なり、平成27年判決の千葉補足意

て、逸脱型(a)である昭和60年判決の「違法性の判断基準は、原則として憲法上立法を拘束しないと解釈される権利に関わるような事案に、適用される」⁴⁵と解されるのである。

懈怠型では、憲法上の人権に関する国会の立法義務が前提となる。判例上は、憲法が求める法律の整備を懈怠している場面として、(c)必要とされる法律を制定していないとき（平成17年判決㉔）と、(d)問題のある法律を改廃していないとき（平成27年判決）の区別がみられる。当然ながら、いずれも懈怠型であるので、長期にわたって立法措置を怠ることが要件に含まれている⁴⁶。

逆に、逸脱型は、立法行為がなされた（法律が制定された）時点で直ちに違法なのであり、時間の経過を問題とする必要はない。反面、「精神的損害に対する国賠請求という主観訴訟の衣をかぶって抽象的審査を求めるもの」⁴⁷への懸念がとりわけ問題となろう。ただし、学説が「その性質上、政治過程の中で対処されて行くべきもので、原則として裁判過

見は、平成17年判決㉔「の判示の内容は、昭和60年判決とは表現が異なる点はあるが、それと異なる判断内容を示したのではなく、単に従前の判断を踏襲する趣旨で表現を簡潔にして述べたもの」としていた。

⁴⁵ 山本・前掲書（註41）533頁。同500-501頁も同旨。

⁴⁶ ただし、「立法の不備」については、「制定された違憲立法の中に違憲部分が認められるのであるから、当該立法の不作為自体を違憲立法とみなして、直ちに違憲と判断することができる」のであり、「相当の期間の配慮は基本的に不必要」（戸波・前掲論文（註9）369頁）との指摘もある。

⁴⁷ 棟居・前掲書（註4）353頁、すでに、同・前掲論文（註35）206頁。「立法行為ないし立法不作為を理由とする国家賠償請求訴訟をあまりに容易に認めることは「抽象的違憲審査権」を認めるに等しい結果にもなる」ので、「一定の限界が存しよう」（樋口ほか・前掲書（註14）115頁〔佐藤〕。戸波・前掲論文（註9）378頁、ただし同399頁も参照）とされてきた。渡辺・前掲論文（註8）912頁も参照。しかし、最高裁が「国賠訴訟において憲法判断に踏み込んだり違憲判断を下したりするように」なった今日、国賠訴訟は、「法令違憲を争う際の主軸になる可能性もあり」、「憲法訴訟法がない日本において大きな役割を果たす」と期待され、「具体的事件から離れて判断するわけではないので、ただちに司法権の問題を惹起することにはならない」とされる（大林・前掲論文（註3）67-69頁）。

程になじむものではない」としていたのは逸脱型(a)の場合であり、逸脱型(b)と懈怠型(c)・(d)については、「個人の重要な基本的人権が立法の不作為ないし不備によって実際に侵害されていることが明確な場合には、……司法審査の対象となりうる」との評価が当てはまるであろう⁴⁸。

逸脱型	(a)	昭和60年判決	憲法上の人権保障が及ばない領域での立法行為
	(b)	平成17年判決①	憲法上の人権保障が及ぶ領域での立法行為
懈怠型	(c)	平成17年判決②	憲法上必要となる法律の制定の不作為
	(d)	平成27年判決	憲法上問題のある法律の改廃の不作為

5 判例の再分類

このような逸脱型(a)・(b)および懈怠型(c)・(d)という分類の観点から、従来の最高裁判例は以下のように整理できるかもしれない。

逸脱型(a)の昭和60年判決の後、戦傷病者戦没者遺族等援護法が一般民間人被災者を対象から除外していることが問題となった最判昭62・6・26判時1262号100頁は、上告人らの「主張にそう立法をしなかった国会ないし国会議員の立法不作為」が昭和60年判決のいう「例外的場合」に当たると解すべき余地はないとしている。これは、対象を旧軍人軍属等に限定した援護法を制定した立法行為について、「戦争犠牲ないし戦争損害に対しては単に政策的見地からの配慮が考えられるにすぎないもの、すなわち、その補償のために適宜の立法措置を講ずるか否かの判断は国会の裁量の権限に委ねられるもの」であって、憲法上の人権保障が及ばない領域における立法行為についての逸脱型(a)の事案とみて、昭和60年判決を引用したものとも解される⁴⁹。

⁴⁸ 佐藤・前掲書（註13）347頁参照。

⁴⁹ 「問題の状況と争い方いかんによっては、立法行為か立法不作為かの区別の意味が二義的になる場合がありえよう」（佐藤・前掲書（註14）689頁）。なお、最判平13・4・13訟月49巻5号143頁について、援護法が「憲法14条1項に違反しないという合憲性判断を理由として、同項を改正しない立法不作為を理由とする国家賠償請求は認められないと判示しており、在宅投票最判は引用されていない」（宇賀克也「立法不作為の国家賠償法上の意義と効果——最大判平成27年12月16日を契機に」法支183号（2016年）87頁）と捉えるならば、この昭和62

西陣ネクタイ訴訟の最判平2・2・6訟月36卷12号2242頁は、「改正後の
繭糸価格安定法……各法条の立法行為」⁵⁰を問題とするものである。そ
して、当該各規定が「営業の自由に対し制限を加えるものではある」と
しつつ、広汎な立法裁量を認める小売市場判決の「趣旨に照らしてみれ
ば」、逸脱型(a)に準ずると解して、昭和60年判決を引用した「原審の判
断は、正当として是認することができる」としたものかもしれない。

再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法733条が憲法14条1
項の「一義的な文言に違反する」との主張に対する最判平7・12・5判時
1563号81頁は、「改廃」の不作為を問題としているようにもみえる。し
かし、民法733条の「元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、
父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される以上」
は国会が民法733条を改廃しないことが直ちに昭和60年判決のいう「例
外的な場合に当たると解する余地のないことが明らか」としたことのみ
られるように、この時点では、「時の経過」によって合理性を失った規
定の改廃というよりも、民法733条の制定時を指目するものと解される。
そうであるとすると、当時の最高裁は、この問題に憲法の人権保障は及
ばないとの見地から、逸脱型(a)として扱ったものと考えerこともできよ
う⁵¹。

懈怠型(c)の事案であった平成17年判決の後、最判平18・7・13判時
1946号41頁は、精神的原因による投票困難者に対して憲法が保障する選
挙権行使の機会を確保するための立法措置を執らなかったことについ
て、平成17年判決と同じく懈怠型(c)の事案と捉えている。「昭和60年最
判は、平成18年最判と同様に、選挙権（行使）の法的制限ではなく、身

年判決とは違って、逸脱型(a)の事案と扱っていない可能性が問題となろう。

⁵⁰ 稲葉・前掲論文（註7）64頁。

⁵¹ これらの平成17年判決の「以前に在宅投票最判を引用した最高裁判決も、最
高裁の憲法解釈を前提にすれば比較的容易に立法（不作為）を合憲と判断でき
る事案に係るものであった」（山本・前掲書（註41）500頁）。したがって、昭和
60年判決は、「違憲国賠訴訟において憲法判断を不要とする構造をもっている」
（井口・前掲論文（註30）29頁）というよりも、憲法判断を要する問題と解して
いなかったのであろう。

体的疾患により事実上選挙権（行使）が制約されている事案」⁵²であり、平成18年判決は「在宅投票制度創設に関する事件であったが、在宅投票最判ではなく、在外投票最大判のみを引用して」⁵³いる。つまり、昭和60年判決の時点では立法行為（法律の廃止と牽連する不作為）を逸脱型(a)の問題として扱っていた領域において、平成18年判決が立法不作為を懈怠型(c)と解したとすれば、「ここでは選挙権の保障がその実質的保障まで含むものであるとしたのであり、注目される」⁵⁴ことになろう。

同様に、女性について6か月の再婚禁止期間を定める民法733条の規定を問題としながら、平成7年判決は逸脱型(a)として扱い、平成27年判決は懈怠型(d)としていることが注目される。逸脱型(a)は、憲法上の人権の保障が及んでいないと解される領域が対象となるものであり、それに対して、懈怠型(d)は、憲法上の人権の保障が及んでいると解され、国会の立法義務が問題となる領域を扱うものである。これは、最高裁のスタンスの変化を示しているとも解される。

そして、令和4年判決が、懈怠型(d)の平成27年判決と、懈怠型(c)の平成17年判決⑨を合わせて引用している趣旨が問題となる。平成17年判決の時点では、まず、逸脱型(a)・(b)と区別して、懈怠型が定式化された。ところが、その後、「制定」の不作為とは区別される「改廃」の不作為が問題となった平成27年判決によって、懈怠型にも(c)・(d)の区別が生じた。そうすると、在外邦人国民審査権制限違憲訴訟は、「現行法上、在外国民について審査権の行使を認める規定を欠いている状態にある」ことが問題であるが、これを「在外審査制度を創設する立法措置」の懈怠とみれば「制定」の不作為としての懈怠型(c)となる。ところが、すでに最高裁判所裁判官国民審査法は存在しており、ただ「国民審査法は、在外国民による審査権の行使の方法等についての規定を全く設けていない」という現行法の不備・不十分の問題とみれば、「改正」の不作為としての懈怠型(d)ともいえそうである。

平成27年判決の調査官解説は、平成27年判決について、「立法不作為

⁵² 山崎・前掲論文（註36）19頁

⁵³ 宇賀・前掲論文（註49）89頁。

⁵⁴ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第5版〉』（有斐閣・2020年）327頁。

が国家賠償法上違法となる場合の具体的な判断基準として、①立法の内容の違憲性の明白性と、②国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠ったことという要素を挙げており、平成17年判決とも、基本的な考え方を異にするものではない⁵⁵と説明している。つまり、平成27年判決が、このような基本的理解を前提として、「立法不作為が例外的に違法となる場合の判断基準を……判示したもの」であり、違憲であることが明白な法律の規定の「改廃等の立法措置を怠る場合」を問題としているのは、「事案に即した……類型を例示として切り出し」たものであるとすれば⁵⁶、懈怠型における(c)と(d)の区別にこだわる必要は小さいのかもしれない。

通常は、「違憲の法律によって損害が生じている場合に、違憲の法律を制定した国会の行為を問題とするには及ばず、制定された法律の違憲性を争えば足りるので、実際には、立法行為自身を国家賠償の対象とする必要性は乏しい⁵⁷とされるのであって、とりわけ逸脱型(a)は「容易に想定し難いような例外的な場合」のものであり、逸脱型(b)に該当する事案も実際の最高裁判例ではみられないようである⁵⁸。また、「ある領域に法律が全く整備されていないということは現在では考えられず、法律の改廃に関わって立法不作為は議論されることが通常⁵⁹とされる。そう

⁵⁵ 加本・前掲判解(註3)693頁。

⁵⁶ 同694頁。

⁵⁷ 戸波・前掲論文(註9)382頁。

⁵⁸ ただし、西陣ネクタイ訴訟判決は、「立法内容の違憲性の判断要素に言及しながらも、実際には立法行為の違法性の判断しか行わないハイブリッド型」(大林啓吾「憲法訴訟における違憲・合法——国賠訴訟における立法内容の合憲性と立法行為の合法性の区分」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳——奥平憲法学の継承と展開』(日本評論社・2017年)432頁。畑尻・前掲論文(註14)16頁も参照)とされ、「適切な代替措置もなく、正常に営まれてきた活動を破滅に陥れるようなことは違憲とする説も有力」(大石眞「生糸の輸入制限と経済活動の自由」別ジュリ『憲法判例百選Ⅰ〈第5版〉』(2007年)209頁)と評されるものであり、逸脱型(b)に分類することも可能な事案であったかもしれない。

⁵⁹ LS 憲法研究会編・前掲書(註20)638頁[笹田]。戸波江二『憲法(新版)』(ぎょうせい・1998年)446頁、井上・前掲書(註3)318頁、高橋・前掲書(註30)375頁も同旨。

であるとすれば、懈怠型(c)が問題となる場面も稀であり、憲法の要請に合致しなくなった法律規定の「改廃」に関わる懈怠型(d)が今日の一般的な類型ということになりそうである。そもそも、懈怠型(c)と(d)は、説明の便宜としては理論的に区別しうるが、実際の事例においては峻別が困難である場合も多いであろう。平成27年判決は、懈怠型一般を念頭に置きつつ、懈怠型(d)についての最高裁の初めての判示となることを意識して定式化されたものであるとすれば、令和4年判決は、法律規定の「制定」の不作为の要素が含まれる事案であることから、平成17年判決⑧が示す懈怠型(c)を補完的に引用したということかもしれない⁶⁰。

- * 本稿は、本学の佐々木雅寿教授から判例の理解について重要な御教示を得たことによって成立している。
- * 引用に際して、原典に付された圈点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

⁶⁰ 逸脱型(a)・(b)の区別は、憲法上の保護の存否に関わり、違法性の判断基準の差にも繋がるのに対して、懈怠型(c)・(d)は法律の「制定」が必要な事案か「改廃」が求められる事案かという認識の相違にとどまり、いずれにしても違法性の判断に関して相違はない。

言語保全政策の手法と正当化（1）

—— カナダ・ケベック州と北米先住民の実践例からの考察 ——

辻 康 夫

目 次

- 序 本稿の課題
- 第1章 言語の包括的支配の維持：カナダ・ケベック州の言語政策（本号）
- 第2章 消滅危機にある言語の復興：先住民コミュニティの実践
- 第3章 文化アプローチの有効性をめぐって

序 本稿の課題

マイノリティ言語の保全・復興は、多文化主義政策の重要な要素である。筆者は別稿において、マイノリティ言語の保全・復興政策を正当化するうえで、リベラル系多文化主義論が限界をもつこと指摘したうえで、これに代えて、言語の持つ公共的機能に着目したコミュニタリアン系の論理を検討した（辻 2021; 辻2022）。すなわちデニス・レオムは、人間が自らの言語を用いて、共同体生活にアクセスするニーズを重視し、ここから、言語共同体が、自らを維持する権利があると考ええる。ライナー・バウバックは、民主政治を支える公共文化を重視し、その維持に必要な場合に、固有の言語を保全する必要性を指摘した。これらの議論においては、個人が私的に追求する利益には還元できない、集合的な価値・ニーズによって、言語保全政策が正当化されるのである。

本稿では、このような議論が有効性を持つことを、言語保全・復興政策の実例に即して示したい。ここで取り上げるのは、二つの異なるタイ

プの社会における実践例である。第一の類型は、マイノリティ言語が、マイノリティ社会内の活動領域のほとんどを包括的に占めている場合である。カナダ・ケベック州の事例はこれにあたる。カナダ内のマイノリティ言語であるフランス語が、ケベックにおいては生活の全領域のコミュニケーションの媒体である。ケベックの言語保全政策は、フランス語のこのような包括的支配を維持しようとするものであり、そのための規制も多くの生活領域におよぶ。

第二の類型は、マイノリティ言語がこのような包括的支配を失っている場合である。マイノリティ言語の使用は限られた生活領域に限定され、その他の領域では他の有力言語が用いられている。本稿ではこの例として、北米先住民の言語使用を取りあげる。先住民は主として英語（フランス語）を用いるが、一部の活動領域では、固有の世界観・社会規範・文化実践が共有され、先住民言語がその基盤となっている。この場合、先住民は、第一言語（母語）として英語を用いながらも、第二言語として先住民言語を維持することをめざすのである。

以下では、これら二つのタイプの言語コミュニティのそれぞれについて、マイノリティ言語が、同化の圧力に抗して、存続している仕組みを概観する。つぎに存続を支える政策が規範的に正当化されるか否かを考察したい。

第1章 言語の包括的支配の維持：カナダ・ケベック州の言語政策

1. 歴史的背景

カナダのフランス語コミュニティは、17世紀に建設されたフランスの定住植民地に起源を持つ。このコミュニティは、イギリス系カナダ人による不平等な処遇と同化の圧力を受けつつも、ケベック州を中心に自治を持つ共同体として存続してきた（辻2007）。フランス語の存続が危ぶまれるようになるのは、20世紀の中葉である。すなわち、産業の中心が農業から商工業に移るにしたがって、英語系社会とのつながりが深まる。当時のビジネス界はイギリス系およびアメリカ系の資本が支配しており、経済的成功のために英語を学ぶ者が増える。ケベックに流入する移

民も、ライフチャンスの改善のために、フランス語よりも英語の習得を望んだ。このようにして、フランス語文化の衰退が危惧されるようになったのである。

これに加えて、ケベック社会には、1960年代に、保守的な社会構造を批判し、社会の近代化と自由化を求める広範な運動が起こり、社会改革が進められる（「静かな革命」）。こうした改革はフランス系カナダ人の政治意識を覚醒させ、彼らはカナダ内の従属的地位を拒否し、自立した民族としての地位を求めるようになる。1968年に結成されたケベック党が主張したのは、連邦から分離して主権を獲得し、そのうえで、英語系カナダと新たな関係を結ぶことであった。ナショナリズムの高まりの中で、1970年には「ケベック解放戦線」によるテロも生じた。こうしてフランス系住民への正当な処遇の実現は、ケベック州および連邦レベルの政治において喫緊の課題となり、抜本的な改革が行われてゆく。すなわち、連邦レベル、ケベック州内の両方で、フランス系国民への不平等な処遇が改善され、政治的発言権が強められ、フランス語の地位が高められるのである。

2. フランス語をめぐる言語政策

フランス語をめぐるカナダの政策は、連邦レベルの政策と、ケベック州の政策に分けられる。両者の政策は、フランス語の地位を保障する点で共通性をもつが、両者の間には齟齬も存在する¹。

(a) 連邦政府は「二言語政策」をとる。その原則は、連邦政府が、すべての国民を、英語・フランス語のいずれを話すかにかかわらず、平等に処遇することである。この原則は1982年に憲法に加えられ、それを具体化する「公用語法 (Official Languages Act.)」²は、連邦政府諸機関に

¹ 連邦の政策は、ケベック内の英語系マイノリティの権利、ケベック外のフランス語系マイノリティの権利、の両方を保障するものであり、1982年に憲法に盛り込まれた。これはフランス語を保全するケベック州政府の政策手段を制約する。実際のところ、ケベックのフランス語憲章は、連邦裁判所の違憲判決によって、一部が修正され、今日の形をとるに至っている。

² R.S.C., 1985, c. 31.

よる言語使用の詳細な規則を定めている。これによれば、連邦議会の運営、立法、連邦と州の取り決め、条約などは、すべて両言語を用いて行われる（Part 2）。連邦の裁判所や、行政サービスについても、同様な規定が置かれる（Parts 3, 4）。連邦政府の職員の採用も、両言語の話者の人口に応じたものとされ、また個々の連邦政府職員が自らの言語で働く権利が尊重される（part 5）。またカナダ憲法の権利章典（the Canadian Charter of Rights and Freedoms）は、カナダ国内で初等教育をうけた者が、子供に、同じ言語で、公費による初等中等教育をうけさせる権利を保障している（sec. 23）。

（b）ケベック州の言語政策は、フランス語をケベック州の唯一の公用語としてその振興をめざすものである。ケベック政府の観点からみれば、フランス語はケベックの共同生活の媒体であり、アイデンティティの中心核である。北米大陸における英語とフランス語の通用力の違いや、それに起因する同化の圧力を前提にすれば、両言語に同一の処遇を与えることでは不十分である。フランス語を守るためには、自覚的な保護政策が必要なのである（Gouvernement du Quebec. 2001, p.12）。

ケベック州の言語政策を定める中心的法律「フランス語憲章（The Charter of the French Language,³）」は、フランス語をケベック州の唯一の公用語と定め、公的な活動の諸領域において、フランス語を用いるべきことを定める（Title I）。すなわち、ケベック議会および裁判所の活動は、フランス語によって行われる（I-ch.3）（ただし、重要な公文書は、英語版も作られる）。ケベック政府の諸組織はフランス語によって運営される⁴。政府の結ぶ契約、政府による標識やポスター、公益企業が公衆に対して行う通知もフランス語による（II-chs.4, 5）。

民間企業においても、職場内の言語はフランス語とされ（I-ch.6）⁵、契

³ CQLR c C-11.

⁴ 政府の各機関は、自らの組織内においてフランス語使用が行き渡るように、現状を調査し、改善の計画を作成する義務を負う（II-ch. 4）。

⁵ 民間企業には、「フランス語化委員会（comité de francisation）」がおかれ、フランス語を職場の全体に行き渡るようことをめざし、フランス語使用の状況を

約書・注文書・請求書・領収書もフランス語で作成される（I-ch.7）。顧客向けの商品表示、カタログ、説明書、標識、広告⁶、さらに、コンピューターソフトの使用言語も、規制の対象になる。

学校教育の分野では、子供にフランス語を習得させるための、強い規制が行われる（I-ch.8）。幼稚園から中等教育（高校相当）までの教育は、フランス語でなされなければならない。この規定は、公立学校および、公的助成をうける私立学校に適用される（ただし、カナダで初等教育を英語で受けた国民は、自分の子供にも英語で教育を受けさせることが認められている⁷）。かつて移民の子弟の大部分は、英語で教育を受けていたが、今日では、フランス語の教育を義務づけられているのである。

フランス語憲章は、フランス語の質を維持・改善するために、州政府主導による「標準化」の作業を定めている（II-ch.2）。ケベック州政府の各組織が、語彙の欠損や不都合を報告し、これを受けてケベック・フランス語局（L'Office québécois de la langue française）が新しい表現を定

定期的に報告し、フランス語促進の計画を作成する。この義務は、企業の規模（従業員数100名以上、50名以上、50名未満の3カテゴリに分けられる）に応じて、厳格さの程度が異なり、大きな企業ほど、厳格なルールが適用される。

⁶ 営利事業の看板・標識の表記は、フランス語、ないしはフランス語と他言語の併記にすることがあり、併記の場合には、フランス語をより目立つ形で表記しなければならない。看板・標識が重視されるのは、これらが社会の使用言語を表示する象徴性が高く、移民の言語習得に影響するためである。ところでケベック最大の都市のモンリオール地域には、大企業が集まり、イギリス系や移民の人口が集中し、英語使用も活発である（Oakes & Warren 2007, pp. 134-135）。この状況で移民のフランス語学習の動機を強めるために、このような規制が必要と考えられている。なお、フランス語憲章は当初、営利事業の看板・標識のフランス語表記を求めていたが、1982年に連邦憲法の人権規定が制定され、1998年に連邦最高裁によってこの規定が違憲とされる。ケベック州政府はこれに抵抗したが、1993年に現在の形で妥協するに至った。

⁷ ケベックの言語憲章は、かつて、この権利を、「ケベック州内で、英語で初等教育を受けたもの」に限定していたが、1982年連邦憲法の人権規定と、これにもとづく違憲判決をうけて、1993年に現在の形に改定されている。このほか、すでにカナダで一定年数、英語で教育を受けた生徒は、ケベックでも引き続き、英語の教育をうけることができる。

め公布する。「地名」の表現についても同様の作業が行われる（II-ch.3）。政府諸組織は、それらが作成する文書中で、これらの表現を用いる義務があり、これによって、新しい表現が社会に広められるのである。

このように、ケベックにおいては、「言語政策」の3要素のすべてにおいて、フランス語の振興が行われている。すなわち、①社会の諸領域におけるフランス語の「地位」の向上、②フランス語の「標準化」、③「習得の促進」が精力的に行われている。これらの政策と、連邦レベルの二言語政策が組み合わせることで、ケベックでは公的活動の全領域においてフランス語の使用が維持されている。

3. フランス語の「脱エスニック化」とシティズンシップ

以上のように、連邦レベル、州レベルで、フランス語の使用を維持するための手厚い制度・政策が存在し、その枠組みはケベック内で広く支持を集めている。しかしながら、ケベック内のフランス語使用と英語使用の力関係は流動的であり、上記の制度によってただちにフランス語の使用が安定するわけではない。今日、英語使用が増加しつつあり、フランス語の支配的地位が脅かされていると感じる者も多い。

ケベックにおける英語のプレゼンスの大きさは、いくつかの原因に由来する。第一に、ケベックには長い伝統を持つ英語系マイノリティのコミュニティが存在し、また英語系カナダから移住して来る者もいる。彼らの英語使用の権利は、連邦憲法およびケベック・フランス語憲章によって保障されている。（ただし、彼らの多くはフランス語を修得したバイリンガルである⁸⁾）。

第二に、グローバル化の進展の中で、英語の地位がいつそう高まり、生活の中での使用頻度が増している。とくに科学技術の分野では英語の地位が向上し、理科系の大学院では、英語で書かれた文献を多数用いざるを得ない。ビジネスの分野においても、職場での英語の使用が拡大している（Gouvernement du Quebec 2001, pp. 10-11, 65-66）。ポップ・カルチャーの分野でも英語の浸透が著しい。輸入品のラベルの規制も徹底し

⁸ Oakes & Warren 2007, p. 166

ているとはいえない。フランス系カナダ人の多くも、この情勢のもと、英語を学びバイリンガルになる傾向が強まっている。

第三に、新入の移民の統合の行方が不透明である。フランス系住民は、フランス語振興に対する強いコミットメントをもつが、この集団の出生率は低く人口は停滞している。このためフランス語社会を維持するためには、移民を継続的に受け入れ、彼らをフランス語社会に統合してゆくことが不可欠である (ibid., p.201)。

しかしながら、多くの移民は元来、フランス語やケベック社会への強い愛着を持たない。彼らは自己の生活の改善をもとめて入国するのであり、将来は英語系カナダやアメリカに移住して、経済的上昇の機会をつかむことを願う者も多い (Oakes & Warren 2007, p.136)。このため、余裕のある家庭は、子供にフランス語に加えて、英語を習得させ、さらに出身国言語も維持する傾向が強い。このように、フランス語を習得したとしても、英語や他の言語も習得するため、フランス語を積極的に使い続けるとは限らない。実際のところ、職場でフランス語を使用していない者も多いのである (ibid., p.95)。

このように、ケベックでは大多数がフランス語の運用能力を身につけているが、英語の能力も広く行き渡っている。フランス語は公的領域での使用が義務づけられているが、英語使用が不可欠な領域も存在し、そのニーズが増加しつつある。このようななかで、フランス語の包括的支配を維持するためには、フランス語の保護政策を強化する必要があり、そのための資源の投入も必要である。そのためには社会全体がフランス語文化の発展にコミットし続けることが重要である。これまで、フランス語振興は、フランス系住民のプロジェクトであったが、今日、このコミットメントを英語系住民や移民集団を含むケベック州民全体に広げることが切実な課題になっているのである。

「内部マイノリティ集団⁹」からこのようなコミットメントを引き出す

⁹ 一般に「内部マイノリティ internal minorities」は、マイノリティ集団の構成員のなかで、他の構成員との関係で、劣位にある構成員を指す言葉である。ここでは、ケベック内のマイノリティである「英語系」、「移民集団」、「先住民」

には、ケベック社会がこれらの集団を適切に包摂する必要がある。以下では、フランス系カナダ人、およびケベック社会のアイデンティティの変遷の歴史をたどりつつ、内部マイノリティの包摂の動向を検討したい（Oakes & Warren 2007, p.27-28）。かつてフランス系カナダ人は、カナダ全土に居住し、カトリック信仰とフランス語を共有することで、連帯を保っていた。その集団的アイデンティティは宗教と言語という、文化的・エスニック的な要素を核としていた。

この状況は1960年代以降、ケベックの社会的・政治的変容によって大きく変化する。ケベックでは世俗化に伴ってカトリック教会の役割が低下する（Juteau 2002, pp.443-444; Oakes & Warren 2007, pp. 27-28）。同時に、フランス系カナダ人はケベック州内における地位を向上させ、彼らはケベックを支配するマジョリティとしての意識を強めてゆく。こうしてケベックのフランス系カナダ人の集団的アイデンティティは、カトリック教会との結合を弱め、ケベックという政治共同体への帰属と結びつく。彼らのアイデンティティは州外のフランス系とは区別されるようになる。この変化の中で、フランス語はケベックという政治共同体の公用語となり、英語系や移民集団をふくめた、ケベック州民の活動の媒体と規定される。このような変化を前提にして、ケベック社会をシビックなものとして定義する可能性が生まれる。すなわち、ケベックのアイデンティティの中核を、その政治制度とフランス語とみなし、これをフランス系のエスニシティと区別することで、内部マイノリティ集団を包摂する途が開けるのである（Juteau 2002, p. 444; Oakes & Warren 2007, p32）。

このようなアイデンティティの再定義の動きが強まるきっかけとなったのは、ケベックの分離の提案が否決された1980年の州民投票である。この州民投票において、内部マイノリティ集団のほとんどが、主権獲得のプロジェクトを支持していないことが明らかになった。これをうけて、分離への支持を広げるために、1980年代以降、内部マイノリティ集団の包摂の努力が行われる。すなわちケベック政府は、マイノリティ文化の維持・振興の権利を承認するとともに、マイノリティ集団のケベックへ

などの集団を指す。

の貢献を強調し、フランス系住民の排他的態度の改善につとめた。しかしながら、このような融和政策にもかかわらず、1995年におこなわれた第二回の州民投票においても、内部マイノリティの圧倒的多数は、ケベックの分離・主権獲得に反対し、その結果、分離の提案は僅差で否決されたのである (Juteau 2002, p. 446)。

この結果をうけて、マイノリティの統合のために、ケベック州民に共通の帰属意識を涵養する志向がいつそう強まり、この基礎となる、シビックな公共文化を形成する必要が強調されるようになる (Juteau 2002, p. 446-447; Oakes & Warren 2007, p32)。すなわち、一方で、ケベックのネイションの性格は「シビック」なものと規定され、他方で、「ケベック・シティズンシップ」の名のもとに、ケベックに対する政治的な帰属意識・忠誠が強調されるのである。「共通公共文化 culture public commune」や、「市民性 citoyennté」のシンボルが用いられるようになり、また「間文化主義 interculturalisme」のビジョンが強調されるようになる (Oakes & Warren 2007, pp.32,35)。

このように、ケベックをシビックなものへと再定義するにあたって、決定的な役割を担うのがフランス語である。フランス語はケベックに固有の価値であり、ケベックを他の社会から区別する働きをもつ。しかし、「共通の祖先」や「カトリシズム」に比べて、新入の人々に習得可能な開放性があるから、これを公的領域の言語に定めても、ネイションのシビックな性格と矛盾しないと想定されるのである。

ケベック州政府は2000年に、フランス語の現状と今後の政策をめぐる調査委員会 (ラローズ委員会) を設置するが、その報告書 (Gouvernement du Quebec. 2001) は、以上のような流れをまとめたものである。報告書はフランス語の振興を論じるにあたり、ケベックのアイデンティティの再定義を行う。その報告書によれば、伝統的なカナダの政策が、「英語系とフランス系を分割する」「エスニックなアプローチ」であったのに対し、ケベックは、「フランス語と共通文化のうえに、ケベックのアイデンティティを基礎づける」「シビックなアプローチ」をとる (ibid., p.21)。この「共通文化 culture commune」は、ケベック内のすべての集団の貢献を受け入れることで形成されるのである。フランス語は、人々がともに社会に参加し、結びつくための手段とされる (ibid., p.136)。

「共通言語 langue commune」としてのフランス語は、ケベック社会が、フランス系外の集団を排除するのではなく、包摂するための手段と位置づけられる。フランス語学習のための手厚い支援がなされる必要が強調され、またフランス語を習得すればだれでも公的活動にアクセスできるとされるのである。ケベックは、英語系、移民、先住民という内部マイノリティに対して、適切に尊重を払うべきことが強調される。すなわち、移民のもたらす貢献が強調され、ケベックの文化が移民に対して開かれたものであることが強調される。また報告書によれば、英語系コミュニティも、ケベック社会の構成員としてのアイデンティティを強め、フランス語の維持を支持しているとされる (ibid., p.17)。さらに彼らがケベックと英語系カナダとの媒介者となり、ケベックのフランス語社会を保護してくれることが強調される。またケベックは先住民との関係を一層改善し、先住民がケベックのアイデンティティの形成に参加するように配慮すべきとされる (ibid., pp. 15-17)。

このように、フランス語はケベックの公共生活の不可欠の媒体であり、フランス系のみならず、英語系、移民、先住民をふくめ、すべての人々を包摂するものである。ケベックのすべての構成員は、英語の浸透の脅威が強まる中で、フランス語の振興にコミットすることが期待されるのである¹⁰。

¹⁰ この委員会によるフランス語振興の提言は、多岐にわたっている。(1) 憲法のレベルでは、フランス語にケベック内における憲法的地位を与えることを提唱する。すなわち、①ケベック州憲法にフランス語の地位を書き込む、②ケベック人権憲章などの準憲法的法律に「フランス語使用の権利」を書き込む、③「フランス語憲章」の準憲法上の重みを強める、などの選択肢が提示される。(2) 教育制度においては、初等から高等教育まで、フランス語の教育の充実が提案される。大学教育においては、学士レベルの教育でのフランス語の教材奨励を提案している。(3) ビジネスについては、業種ごとに、英語使用の必要性の程度を調査し、フランス語使用の目標を立てる必要が指摘される。(4) 科学技術の領域においても、フランス語を用いたソフトウェアの提供の強化が提案される。なおケベックでは2022年6月に成立した96号法 (An Act Respecting French, the Official and Common Language of Quebec) によって、フランス語使用についての規制が強化され、フランス系と他の集団との軋轢が生じている。

以上のように、ケベックにおけるフランス語振興政策の有力な潮流は、フランス語とケベックの公共文化をエスニックなものから切り離し、シビックなものとして再定義することである。両者を切断することで、内部マイノリティを包摂し、フランス語振興へのコミットメントを促すのである¹¹。このような議論は、前出のバウベックの議論とも整合するものである¹²。

しかしながら、この戦略には疑問も提起される。オークスとワーレンは、後述するジェラルド・ブシャールやチャールズ・テイラーの議論を参照しつつ、フランス語の振興をエスニシティから切り離す限界を次のようにまとめている (Oakes & Warren 2007, pp. 103-104)。フランス語の振興は、従来、フランス系カナダ人が生き残り、自己決定を回復するという「エスニック」なプロジェクトの一環であった。フランス系のケベック州民が、フランス語につよいコミットメントをもつのは、このような歴史のゆえである。このような沿革を考えた場合、公共文化とフランス語を脱エスニック化する努力には限界があり、そこにはエスニックな意味づけが残ると考えられる。これをあえて「シビックなもの」と定義すれば、これに実質的に含まれるエスニックな要素が不可視化され、これが普遍主義の装いのもとに、内部マイノリティ集団に強要される危険が存在する。

また、仮にフランス語の振興を、フランス系カナダ人のエスニックなプロジェクトと切り離せた場合にも、問題は存在する。従来、エスニックな動機によって推進されてきたフランス語振興は、その推進力の多く

¹¹ ケベックの政策実務もこの方向に変化している。もともと、ケベックの政策において、フランス語は公的活動、公的領域の媒体として位置づけられており、私的領域では、それ以外の言語の使用も認められてきた。他方で、フランス語の話者人口の調査においては、第一言語としてフランス語を話す人口が重視されてきた。近年、この点が改められ、新しい方式においては、第二言語としての使用を含め、フランス語能力を持つ者全体の人数が重視されるようになった。これは、フランス語を第一言語としない者も、公的活動に参加するという認識に合わせたものである (Oakes & Wallen, pp. 89-90)。

¹² バウベックは、マイノリティに対して、特定の善の観念を強要することのないように、公共文化の観念を薄く定義するべきとする (辻 2022, p.328)。

を失う可能性がある。純粹にシビックな動機のみによって、フランス語の活力を維持できるかどうか、疑わしいのである。以下にみるように、ブシャールと、テイラーは、このような認識にたって、議論をさらに展開するのである。

4. 公共文化と主流派エスニシティ

ケベックの社会学者、ジェラルド・ブシャールは、民族的多様性をもつ社会における「共通文化」と「主流派エスニシティ」の関係について、洗練された議論を行っている。以下では、政治的アイデンティティをめぐるブシャールの議論を検討したのちに、ケベックを念頭に展開される「間文化主義」の議論を検討したい。

ブシャールはデイヴィッド・ミラーと同様の論理により、民主政治の機能のために、民族の集団的アイデンティティの果たす役割を指摘する。ナショナルな伝統・遺産の象徴の力は、社会の絆を維持し、共同行為を組織するうえで、不可欠の資源である (ibid., pp. 173-174 [邦訳 p238])。自由民主主義国家のアイデンティティは、基本的人権やデモクラシーなどの普遍的理念にもとづくが、この理念は当該社会の固有の文化や伝統と切り離されれば、人びとを動機づける十分な力を持たない (ibid., pp.178-182 [pp.243-245])。普遍的理念が人々を動かすためには、それがその社会の集合的アイデンティティのなかに組み込まれる必要がある。普遍的価値それ自体は、他の社会にも共有されるものであるが、それを実現してきた歴史的プロセスや、その具体化の形態には、その社会に固有の特徴が存在する (ibid., pp. 26-27[p.39])。すなわち、普遍的な理念も、当該集団の固有の経験をととして、その構成員に解釈されることになる。すなわち、当該の理念が、集合的記憶のなかのイベントと結び付けられ、歴史的アイデンティティと結びつけられる必要がある (ibid., pp. 26-27, 152-153 [pp.37-39, 208])。シビックな規範のみにしたがった統合は、現実には実現できない。もっぱら普遍的原理にしたがって政治的アイデンティティを構築するハーバーマスやロールズの議論は、このような考慮を欠いたものとして批判されるのである。このように厚みを持った集団的アイデンティティが必要であるが、他方で、マイノリティを一方的に主流派文化に同化することは許されず、マイノリティの権利を尊重した

公平な統合が求められるのである。

公平な統合のための社会モデルは複数存在するが、ブシャールによれば、ケベックが採用すべきは「間文化主義（インターカルチュラリズム）」である。「間文化主義」は、マジョリティの文化を社会の基調にしつつ、同時に、これに適宜修正を加えた「共通文化」を通して、マイノリティを包摂する手法である。これがケベックに適しているのは、ケベックが次の二つの社会的条件をそなえているからである。①社会のなかに圧倒的なプレゼンスをもつマジョリティが存在すること。ケベックは、強い歴史意識を持ったネイションであり、その中核には、マジョリティであるフランス系住民が存在する。彼らは、建国以来の文化を継承する集団であり、現在も人口の7割以上を占める。②その文化が周囲からの圧力によって脅かされていること（ibid., pp. 57-61 [pp.83-85]）。ケベックのフランス語文化は、圧倒的な英語の力によって、常に脅かされ、これを保全する政策がとられてきた。このような場合には、間文化主義の統合手法が望ましいと考えられるである¹³。

間文化主義のモデルは、社会に存在する文化を、「マジョリティ文化」、「マイノリティ文化」、「共通文化」の三つに分けて考える。ケベックにおいて「マジョリティ文化」は、フランス系カナダ人のエスニックな文化である。「マイノリティ文化」は、それ以外の内部マイノリティ集団の文化であり、英語系マイノリティ、先住民、移民集団の文化がこれにあたる。これらは公的な地位をもたないが、マイノリティはこれを維持することを奨励され、そのための支援をうける（ibid., pp. 60-61 [pp. 84-86]）。

「共通文化 culture commune」は、「マジョリティ文化」、および「マイノリティ文化」の双方から区別され、社会の構成員のすべてが共有すべきものである。それは共同体のアイデンティティを形成し、諸集団の統合と連帯を実現する基礎になる。「共通文化」の涵養・強化が、諸集団の

¹³ 英語系カナダにおける「(狭義の) 多文化主義」は、特定のマジョリティ集団を念頭におかない社会モデルである（Bouchard 2012, pp.99-100 [pp.140-141]）。「間文化主義」と「(狭義の) 多文化主義」は、いずれも公平な統合をめざした社会モデルであり、それぞれの社会の実情にあわせて選択されるべきものである。

統合の要なのである。

「共通文化」は、多様な集団が参入できる開放性を持つ必要があり、普遍的な価値を核にして形作られなければならない (ibid., pp. 68-73 [pp.95-99])。ケベックにおいて、その中核をなすのは、①平等・自由・民主主義など、自由民主主義の普遍的な原理と、②「フランス語」である (ibid., pp. 68-69 [p.95-96])。フランス語は「共通言語 langue commune」として、多様な文化を持つ人々が相互に交流し合い、また、共通の関心事について議論を行うための媒体である。それは共同体の公共生活の核であり、すべてのケベックの住民は、フランス語の維持・発展にコミットすることを期待される (ibid., pp. 56-57 [pp.79-80])。

これら公共文化の中核原理は、法制化された次元と、よりインフォーマルな文化の次元の両者にわたって存在している。法制化された部分は、国家により公的に作られ、その内容は普遍主義的・シビックなものに限定される (ibid., pp. 68-69 [pp.95-96])。これに対して後者は、人びとの意識、共通善の解釈、歴史観などをふくみ、国家の儀礼、政治参加、メディア、日常的コミュニケーションなど様々な回路を経て形成され、その過程で主流派の世界観・信念の影響を受けるから、特殊性を免れない。

「共通文化」の諸要素は、ケベックの歴史的体験と結びつけられて、集団的アイデンティティに組み込まれている。ネイションの歴史は、その創設をになったマジョリティの歴史的記憶に依存せざるをえないため、フランス系の歴史や文化から、多くの要素を受け入れることになる (ibid., pp. 69-71, 183-186 [pp.96-98, 249-252])。ブシャールによれば、主流派文化のもつ遺産を、象徴的資源として使わなければ、公共文化は社会全体を統合する十分な力を保てないのである。このように、公共文化は完全に中立ではあり得ず、その中には、フランス系エスニシティの文化・伝統が導入されることになる。

もっとも、ブシャールによれば、主流派集団の歴史や文化を、そのままの形で共通文化に格上げすることは不適切である (ibid., pp. 150-153 [pp.205-208])。共通文化にとりこむにあたっては、文化や価値観の内容を普遍化し、また歴史の経験のなかから普遍的な要素を選び取り、他方で排他的な要素を除去しなければならない (ibid., p.26 [pp.38-39])。たとえば、英語系に対抗した「反植民地主義」の経験は、フランス系の

歴史の一要素であるが、同時に、多くのマイノリティにとっても共感できる普遍性をもつから、公共文化に取り込むことができる (ibid., p.116 [p.163])。公共文化の中にマイノリティの体験を取り込んでゆくことも必要である (ibid., p.71 [p.98])。このような取捨選択および修正が行われてはじめて、マイノリティも共通文化を自分のものと実感でき、ケベックへの帰属意識を持つことができるのである (Ibid., pp. 71-72 [pp. 98-99])。

このようにして形成されるケベックの歴史のナラティブにおいて、「フランス語」振興のプロジェクトの占める場所は大きい。フランス系カナダ人はその歴史を通じて、圧倒的な力を持つ英語の圧力に抗して、フランス語を守り、これにもとづく共同体生活を営んできた。フランス系の社会が世俗化し、カトリシズムの影響力が低下したのちは、フランス語が集団的アイデンティティの中核的要素となった。このような歴史のゆえに、フランス語は、単に社会生活を維持する機能的な役割を超えて、共同体全体のコミットする高い価値を与えられるのである。

英語の支配する北米において、フランス語を守るためには強い団結が必要とする。そのためには、厚い公共文化を発展させる必要があり、そのための象徴的資源として、フランス系の文化や歴史を利用する必要がある。他方において、エスニックなフランス系文化を強要して内部マイノリティ集団を周縁化することは、フランス系住民にとっても望ましくない。内部マイノリティが公共文化に参加し、これを発展させることがなければ、フランス語の使用は停滞し、フランス系のエスニックな文化も、英語の圧力をうけて衰退することになるだろう。したがってケベックの公的文化は、マイノリティを包摂しうるものに修正されなければならない。内部マイノリティはこのような厚みを持った公共文化の中に統合されてはじめて、フランス語文化を担う存在となる。ケベックの公共文化やフランス語を、完全に「脱エスニック化」することはできないが、フランス系と内部マイノリティの両者の対話によって、両者を包摂する厚い公共文化を発展させてゆくことが必要なのである。

5. 参加民主主義論とケベック・デモクラシー

チャールズ・テイラーの議論は、ブシャールと重なる部分が多いが、

独特の近代文明論を前提に、参加民主主義やコミュニタリアニズムの理論と結びついている点に特徴がある。以下では、（１）テイラーの近代文明論と参加民主主義論の関係を概観し、つぎに（２）共通善の追求を重視するコミュニタリアンの政治観を、リベラル系政治理論と対比しつつ検討する。（３）以上をふまえて、ケベックの言語政策をめぐる彼の議論を検討する。

（１）テイラーによれば、現代社会においては、職場における疎外、物質主義、巨大な官僚制、中央集権的統治、大都市への人口集中などにより、豊かな社会生活が妨げられている¹⁴。とりわけ、参加型の自治が機能せず、市民が民主的回路を通じて効果的な政治参加ができない点が問題である。政治的疎外のもとで、個人が政治に働きかける唯一の手法として残るのが、司法を利用した権利実現である（Taylor 1993, pp.92-96）。この典型であるアメリカにおいては、公的な政策が、司法の場において争われる一方で、政党や議会などの、民主的共同決定の制度や実践に、関心が払われなくなってしまう。

¹⁴ テイラーの参加民主主義論は、西洋近代の道徳生活への診断と結びついている点が特徴である。テイラーによれば、現代の社会システムへの不満は、それが近代人の望む諸価値を十分に実現していないことから生じている（Taylor 1993, pp.68-74）。近代人は、第一に、啓蒙思想や功利主義思想に由来する諸価値、すなわち、個人的な自己決定、自己規律、自然への支配などの価値を支持している。第二に、欲求と感情の尊重、自然・社会との調和など、ロマン主義に由来する諸価値にもコミットしている。ところが、現在の社会システムは、これらの諸価値を、きわめて限定された形でしか実現していない（Taylor 1993, pp.74-86）。職場においては、労働者への管理と疎外が進行し、自律的な主体の意識を脅かす。工業社会は自然を制御し豊かさをもたらしたが、他方では、物質主義のなかで人間は物質への欲望に支配され、自律の理想が脅かされている。大都市への産業と人口の集中は、ローカル・コミュニティを衰退させ、他方で、公共サービスを提供する巨大な官僚機構が生まれる。こうして人間は社会をコントロールする力をうしない、これに従属するようになる。ロマン主義的な願望も、充足の場が家族生活に閉じ込められ、社会や自然との調和の願望は抑え込まれている。このように、近代の諸価値がバランスよく実現されていない点が問題であり、共同体的な充足を通じて、これを改善するのが、参加民主主義なのである。

このような状況を改善し、豊かな社会生活を実現する手段が、参加民主主義である (Taylor 1993, p.91)。テイラーのビジョンにおいては、官僚政治を抑制し、政治権力を分割し、ローカルな単位で市民参加を充実させることが提唱される。これにくわえて、家族や社交生活、環境への配慮を取り入れ、ゆたかな社会的・感情的生活を回復することがめざされる。

参加民主主義が機能するためには、市民が共同体の運命と一体化し、これを支えるコミットメントを持つ必要がある。こうした連帯感を生み出す源泉として、地域レベルの集団的アイデンティティが重視される (Taylor 1993, pp.97-98)。カナダにおいては、各地域が固有の歴史にもとづくアイデンティティを持っており、テイラーは州を基本的な単位として、参加型のデモクラシーを構想する (Taylor 1993, p.108)。

テイラーにおいて、参加型民主主義は、民主的熟議をつうじて、基本的な価値・理念・目標についてコンセンサスを形成し、これを追求するものである。社会への帰属は、このような社会のプロジェクトに参加することで達成される (Taylor 2001 pp.22-23)。後述のように、ケベックにおける「フランス語の振興」は、このような共通の価値の追求として正当化されるのである。

(2) テイラーは、民主主義をつうじた共通善の追求を軽視する、ロールズ流リベラルの政治理論に批判的である (Taylor 1993, pp. 93-94)。テイラーによれば、リベラルの理論は、アメリカにおける政治生活を背景にしている。すなわち、アメリカにおいては参加型の自治が機能せず、これを代替する形で、司法を通じた権利実現の手法が用いられる。これを反映して、個人主義的・原子論的なパースペクティブにもとづく、「権利型モデル」の社会ビジョンが力をもつ。このビジョンにおいては、個人の尊厳と自己効力感は、「権利の保有者」として、社会の決定に抗してさえ、自らの権利を守れることに見出される。このため、個人は共同体の権力を制限する志向をもち、国家が善の観念に対して中立を守ることが要求する。

これに対して、テイラーの提唱する「参加型モデル」においては、市民の尊厳と自己効力感、民主的な意思決定への参加によって達成される (Taylor 1993, pp.95-97)。テイラーは、個人の自己決定の価値の重要

性を認めつつ、これに加えて、共同体が共通の善を追求する価値をも重視するのである。両者を合わせて追求する際には、緊張が生じることもあるが、両者のバランスをとりつつ、折り合いをつけるべきなのである。人間の道徳的コミットメントが、単一の原則から生じると考える必然性はない。すべての規範的原理を個人の権利に還元するリベラルの政治理論には、重大な欠点があるとされる。

ところでテイラーのこのような問題提起をうけて、ウィル・キムリッカは、リベラルの理論にコミュニタリアンの洞察を導入し、マイノリティ文化の保全を正当化する論理を構築した。しかしながら、テイラーによれば、キムリッカの理論と、コミュニタリアンの議論のあいだには、依然として大きな隔たりがある（Taylor 1994a, pp.259-261）。キムリッカの理論は、あくまで個人の自由・自律の価値を根拠にする。文化の価値は、それが個人に対し、多様な選択肢を提供することにある。したがって、もし他の有力文化が十分な選択肢を提供してくれるのであれば、この有力文化に乗り換えればよく、衰退しつつあるマイノリティ文化を保全することには意味がなくなってしまう（辻2021, pp.66-67）。

ところが実際には、マイノリティ・コミュニティにとって、自らの文化は、共通のコミットメントの対象であり、代替不可能な価値をもつのである。またマイノリティは、子孫の代までの文化の生き残りという目標を掲げるが、現存の個人の自由を基礎とするキムリッカの議論では、その正当性を基礎づけることが困難である（Taylor 1994, p.259）。さらに、文化の保全のためには、集団的な協力が不可欠であるが、キムリッカの議論はその可能性を制約する。すなわち、個人の自由の価値をすべてに優先させるため、集会的目的に賛同しない人々に、負担を負わせることが許されず、共同の行為は不可能になってしまう（ibid.p.261）。このように、キムリッカの理論は、共同体の集会的目標へのコミットメントという、マイノリティの運動の本質をとらえていない。現存するコミュニティは、言語や信仰、特定の生き方、家族関係、共同体生活の形式、などについて、リベラルの理論が想定するよりも、はるかに厚い善の観念を共有している。キムリッカは、コミュニタリアンの洞察を、リベラルの原理に翻訳して取り入れようとしたが、リベラル流の還元主義に固執する以上、その限界も明らかなのである¹⁵。

(3) 民主的熟議の前提には、価値・理念・目標についての一定の合意が存在し、これが集団の「政治的アイデンティティ」を構成する。ケベックの政治的アイデンティティを構成するのは3つの要素である (Taylor 2000, pp.41-42)。第一は、民主主義や人権などの普遍的な政治倫理であり、第二は、公共言語としてのフランス語である。第三は、ケベックの歴史である。これらの意味の解釈をめぐっては、構成員の間に意見の相違があり、議論の対象となるが、ケベックのアイデンティティが続く限りは、これらの要素はどれも、完全に拒否することができないものである¹⁵。

政治的アイデンティティに「歴史」の要素が必要な理由について、テイラーは、ブシャールと同様に説明する (ibid., pp.42-43)。ネーションの政治的アイデンティティにとっては、ネーションの奉じる抽象的価値に加えて、それを具体化する特定のプロジェクトが重要である。たとえばケベックのネーションは、民主主義の理念を具体化するにあたり、英国流の諸制度を用い、これをフランス語で運用する形をとっている。またそれは、教権主義的カトリシズムや、北米の環境にも大きく影響されてきた。このように、価値や理念の具体化の形態は、過去のイベントやプロジェクトによって規定されて現在に至っているのである。

テイラーもブシャールと同様、歴史の内容が、そのネーションの主流派の体験に大きく由来すると考える。ケベックの場合であれば、フランス系カナダ人の体験が、その基調になる。新たに社会に加わる者は、ケベックで進行中のプロジェクトを受け入れることを求められるから、そ

¹⁵ なお、一般にアングロ・アメリカンの哲学は、道徳の議論を、単一の原則に還元する傾向がつよい。この還元主義的な傾向は、行動主義、俗流のマルクス主義、功利主義、などにも見られる。コミュニタリアンの洞察を、リベラルの原理に還元して救済しようとするキムリッカのような傾向も、このような共通の気質から生じるのではないかとテイラーは示唆している (Taylor 1994a, pp.261-262)。

¹⁶ もちろん、アイデンティティのあり方は、民主的熟議を通じて変化するから、「フランス語の保全」や「ケベックの歴史」を神聖視して固定化することはできない。環境の変化のなかで、熟議を通して、フランス語と他の言語への尊重のバランスが変化することは考えられる。

のプロジェクトを展開してきた「歴史」も、社会の基本構造の一部として、引き受けることを求められる（Taylor 2000, pp. 44-45）。

同時に、テイラーは内部マイノリティによる歴史解釈の修正についても指摘する（ibid., p. 44）。ケベック内部のマイノリティは、おなじ歴史の出来事に対しても、主流派とは異なる意味づけを与えることが多い。マイノリティは、自らの視点から、意味づけを修正すべく働きかけることができるのである。このように、諸集団が過去の歴史を共有しつつも、それがそれぞれにとって異なる意味を持つことを互いに理解し、その解釈をめぐる議論することが重要である。これが民主的熟議の重要な部分であり、過去のプロジェクトを引き継ぎつつ、将来の目標を形成することにつながるのである。

ケベックの政治的アイデンティティにおいては、共通言語としてのフランス語に高い価値が与えられる（Taylor 1993, p.100）。フランス語は自己表現と自己実現の不可欠な媒体である。フランス語の維持発展は、歴史を通じてケベック社会の核心をなす共通のプロジェクトとなった。ケベックが内部マイノリティの基本的権利を尊重しつつ、フランス語の振興をめざすことは、共通善の追求として、認められるべきなのである。

テイラーは、ブシャールと同様に、英語系カナダの「（狭義の）マルチカルチュラリズム」と、ケベックの採用する「間文化主義（インターカルチュラリズム）」を対比する。両者はともに、多様性を承認しつつ、平等な統合を促進するビジョンであるが、それぞれの背後にある歴史的ビジョンと政治的アイデンティティは異なる。（Taylor 2012, p.416）。

英語系カナダでは、当初、模範的国民は英国に出自を持つものとされ、他地域の出身者はこれと同じ地位を認められなかった（Taylor 2012, p.416-417）。これは英語系カナダの「政治的アイデンティティ」とも結びついており、外交上も英帝国・コモンウェルスとの繋がりが重要された。ところが、1960から70年代にかけて、英国系の特権的地位を否定した多文化主義の物語が、これにとって代わり、政治的アイデンティティの新しい核となった。

このような変化の原因の第一は、人口構成の変化である。移民の流入が続いた結果、英国に出自を持つカナダ人は、今日では人口の1/3ほどにまで低下した。しかも、西洋諸国において、アイデンティティの承認

の重要性が増したことで、移民が出身文化へのコミットメントを維持し、「シティズンシップ」と「文化」が、と切り離される。その際に、英語文化の消滅の危険が存在しなかったため、これを保全する共同のプロジェクトも必要とされず、言語はアイデンティティの核にならなかった (Taylor 1993 p.101)。

これに対してケベックの政治的アイデンティティは、英語系カナダのような変容を経験していない (Taylor 2012, pp.417-418)。歴史的に、フランス系カナダ人は、イギリス系の同化政策に抗して、集団としての存続を目指して、多大なエネルギーを投入してきた。人口構成の変化は少なく、フランス語保全のプロジェクトは依然として、ケベックの集団的アイデンティティの中核である。このようなケベックのアイデンティティに整合するのは、主流派の文化を基調として、マイノリティを包摂する「間文化主義」なのである。

より一般化すれば、以下のような条件のもとで、間文化主義が妥当性を持つ。すなわち、①その国（地域）において、長い歴史に基づいたアイデンティティが存在し、しかもそれが大多数の国民によって共有されていること。②そのアイデンティティの中核が言語であり、その言語がグローバルな有力言語によって脅かされていること、③これを守ろうとする願望が存在すること、である (Taylor 2012, p.416)¹⁷。

このように、テイラーにおいて、フランス語文化の保全は、デモクラシーを支える機能的な有用性をこえて、ケベックの追求する共通善として擁護される。実質的な自己決定のプロジェクトとしての参加民主主義は、共通の価値の追求を、マイノリティの権利を過度に制約しない範囲で認められるべきなのである。

かくしてテイラーは、ケベックの政治的アイデンティティからエスニックなものを取り去る戦略に対しては懐疑的である。ほとんどの国家の政治的アイデンティティは、政治的・シビックな価値原理（人権・民主主義）とエスニックな要素（言語・歴史・宗教）の混合によってできている (Taylor 2000, pp.37-38)。ケベックにおいて、「言語」と「歴史」

¹⁷ テイラーによれば、ヨーロッパにおいても、これらの条件を持つ国は多く、そこでは間文化主義が妥当性を持つと考えられる。(Taylor 2012, p.416)。

の共有は政治的アイデンティティの不可欠の要素であり、そこからエスニックな要素は排除できないのである。

なお、ケベック社会の「エスニックな要素」のうち、宗教・習俗については、テイラーもブシャールと同様に、マイノリティへの強要を否定する（Taylor 2012, pp. 419-420; Bouchard 2013, ch. 5）。新入の構成員がコミットメントを求められるのは、ケベックの政治的アイデンティティを構成する「政治倫理（人権・民主主義）」、「フランス語」、「歴史」に限定される。マイノリティの習慣や文化実践点は、これらに矛盾しない限り尊重されなければならないのである¹⁸。

6. 政治的忠誠の多元性をめぐって

ブシャールとテイラーは、フランス語の振興を政治的アイデンティティや歴史と結びつける姿勢性を共有している。しかし、両者の議論の間には、対立も存在する。すなわち、ケベックの政治生活と、カナダの連邦制の関係をめぐって、両者の意見には相違が存在する。

ブシャールの理解では、〈内部マイノリティをケベック社会に適切に包摂する課題〉と、〈ケベック＝カナダ間の適切な関係を定める課題〉は、切り離して考えるべきものである（Bouchard 2000, pp.28-29）。前者の課題は、ケベック内部の集団間の関係である。これに対して、〈ケベック＝カナダ間の関係〉は、ケベックの発展の戦略をめぐる問題であり、様々な意見が存在する。ブシャール自身は、第二の課題について、分離・主権獲得を支持する立場であるが、このことと切り離して、第一の課題について論じることが可能と考えるのである。

¹⁸ たしかに現実の政治においては、この区別が難しいこともあるが、疑心暗鬼を防ぐために、相互理解の努力が求められる。例えば、ムスリムの文化は、「ジェンダー間の平等性」という社会の基本原則を否定するものとして、しばしば批判の対象となる。しかしながら、実際にはケベックのムスリムは、多くがジェンダーの平等を支持しており（それが理由でカナダに移住した者も多い）、これを否定する者は少数である。ケベック社会の主流派がムスリムを拒絶する理由は、「平等性」の問題よりも、むしろ、習慣・文化実践の差異に由来すると考えられるのであり、ムスリムのニーズがより尊重されるべき場合が多い（Taylor 2012, p.419-420）。

テイラーにとっては、この両者を切りはなすことは困難である。テイラーによれば、個人が連邦に対して持つ帰属意識は、ケベックへの帰属意識のあり方に影響を与える。フランス系以外の内部マイノリティ集団の多くは、それぞれの理由から、ケベックのみならず、カナダにも帰属意識を持っている (Taylor 2000, pp.39-42)。英語系コミュニティは、英語系カナダに親近感を持ち、カナダ全体に対する帰属意識が強い。先住民にとっては、連邦政府も、ケベックも抑圧者として体験されてきたが、彼らは両者とのつながりを維持することで、戦略的な選択肢を確保することを望む。新来の移民は、親族が南北アメリカの各地に散在していることが多く、ケベックの外とのつながりを望む傾向にある。各集団の帰属意識は、過去の歴史を経て形成されてきたものであり、テイラーはこれら多様な帰属意識を尊重すべきと考える。そのような自由度があってはじめて、人々がケベックの政治的アイデンティティを尊重することが可能になると考えるのである。

このようにブシャールやテイラーは、いずれも、ケベックのフランス語文化が、その政治的アイデンティティと不可分であると考え、これがシビックな価値をこえて、歴史・伝統へのコミットメントを含むと考える。内部マイノリティを巻きこみつつ、これらに対するコミットメント涵養をめざすのである。しかしながら、このようなコミットメントと、カナダへの帰属意識の関係をめぐっては、両者に違いが存在する。ブシャールが、ケベックへの一義的な帰属意識を期待するのに対して、テイラーは、個人が複数の政治的アイデンティティを持つことを許容する。このように、言語政策の基礎づけは、政治的アイデンティティをめぐる議論と結びつき、広範な論点を含んだテーマなのである。

参考文献

- Alfred, Taiaiake. 2014. "The Akwesasne cultural restoration program: A Mohawk approach to land-based education." *Decolonization: Indigeneity, Education & Society* 3.3.
- Bariteau, Claude. 2000. "Le Québec comme nation politique, démocratique et souveraine", in Venne (2000).
- Bouchard Gerard. 2000. "Construire la nation québécoise: manifeste

- pour une coalition nationale”, in Venne (2000).
- Bouchard, Gerard 2012. *L’interculturalisme*, Boreal (丹羽卓監訳『間文化主義：多文化共生の新しい可能性』彩流社、2017年).
- Bouchard Gerard. 2016. “Quebec interculturalism and Canadian Multiculturalism”, in Nasar Meer (ed.), *Multiculturalism and interculturalism: Debating the dividing lines*. Edinburgh University Press.
- Cairns, Alan. 2000, *Citizens plus: Aboriginal peoples and the Canadian state*. UBC Press.
- Fishman, Joshua A. 1991. *Reversing language shift: Theoretical and empirical foundations of assistance to threatened languages*. Multilingual matters.
- Freidered, James S. 2011, *First Nations in the Twenty-First Century*, Oxford University Press.
- Gomashie, Grace A. 2019. “Kanien’keha/Mohawk Indigenous language revitalization efforts in Canada.” *McGill Journal of Education/Revue des sciences de l’éducation de McGill* 54.1.
- Government of Canada. 2005. *Towards A New Beginning: a foundational report for a strategy to revitalize First Nation, Inuit and Métis languages and cultures* (A Report to the Minister of Canadian Heritage, by the Task Force on Aboriginal Languages and Cultures).
- Gouvernement du Québec. 2001. *Le français, une langue pour tout le monde* (Rapport de la Commission des États généraux sur la situation et l’avenir de la langue française au Québec). Gouvernement du Québec.
- Hinton, Leanne, 2001. “Language revitalization: An overview”, in Leanne Hinton and Kenneth Hale, eds. *The green book of language revitalization in practice*. Academic Press.
- Hinton, Leanne. 2010. “Language revitalization in North America and the new direction of linguistics.” *Transforming Anthropology* 18.1: 35-41.

- Jacobs, Kaia'titahkhe Annette. 1998. A chronology of Mohawk language instruction at kahnawake. In Lenore A. Grenoble and Lindsay J. Whaley (eds.), *Endangered languages: Language loss and community response*. Cambridge University Press.
- Maracle, Bonnie Jane. 2002. "Adult Mohawk language immersion programming." *McGill Journal of Education /Revue des sciences de l'éducation de McGill*, 37.3: 387.
- May, Stephen. 2011. *Language and minority rights*. New York: Routledge.
- McCarty, Teresa L. 2013. *Language Planning and Policy in Native America*. Multilingual Matters.
- McCarty, Teresa L. 2016. "Policy and politics of language revitalization in the USA and Canada", in McCarty& Coronel-Molina (2016).
- McCarty, Teresa L. 2021. "The holistic benefits of education for Indigenous language revitalization and reclamation (ELR2)." *Journal of Multilingual and Multicultural Development* 42.10: 927-940.
- McCarty, Teresa L., and Serafin M. Coronel-Molina (eds.) 2016. *Indigenous language revitalization in the Americas*. New York: Routledge.
- McIvor, Onowa, and Aliana Parker. 2016. "Back to the future: Recreating natural Indigenous language learning environments through language nest early childhood immersion programs." *The International Journal of Holistic Early Learning and Development* 3: 21-35.
- McIvor, Onowa, and Teresa L. McCarty. 2017. "Indigenous bilingual and revitalization-immersion education in Canada and the USA." In Ofelia García, Angel M. Y. Lin, and Stephen May (eds.), *Bilingual and Multilingual Education*, Springer.
- Oakes, Leigh, and Jane Warren. 2007. *Language, citizenship and identity in Quebec*. Springer.
- Parekh, Bhikhu 2006. *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity*

- and Political Theory*, 2nd ed. Palgrave Macmillan.
- Pentangelo, Joseph. "Kanien'kéha (Mohawk) (United States and Canada)-Language Snapshot." (2020). Peter K. Austin (ed.), *Language Documentation and Description*, vol 19, pp.1-8.
- Richards, Merle & David Maracle. 2002. "An intensive native language program for adults: the instructors' perspective." *McGill Journal of Education / Revue des sciences de l'éducation de McGill* 37.003
- The Saint Regis Mohawk Tribe. 2016. *Working Together Today to Build a Better Tomorrow: 2017-2027 Strategic Plan*. The Saint Regis Mohawk Tribe.
- Taucar, Christopher Edward. 2004. *Canadian federalism and Quebec sovereignty*. Peter Lang.
- Taylor, Charles. (1993) "Alternative futures: legitimacy, identity, and alienation in late-twentieth-century Canada". In Charles Taylor, *Reconciling the solitudes*. McGill-Queen's University Press, 1993.
- Taylor, Charles. (1994a) "Can liberalism be communitarian?", *Critical Review* 8.2: 257-262.
- Taylor, Charles. 2000. "Nation culturelle, nation politique", in Venne (2000)
- Taylor, Charles. 2012. "Interculturalism or multiculturalism?" *Philosophy & social criticism* 38.4-5: 413-423.
- Venne, Michel, ed. 2000. *Penser la nation québécoise*, Editions Québec Amérique Inc. (Robert Chodos & Louisa Blair (tr.), *Vive Quebec!: new thinking and new approaches to the Quebec nation*. James Lorimer & Company, 2001).
- White, Louellyn. 2015. *Free to be Mohawk: Indigenous education at the Akwesasne Freedom School*. University of Oklahoma Press.
- Wyman, Leisy T. 2013. "Youth linguistic survivance in transforming settings: a Yup'ik Example". In Wyman, Leisy T., Teresa L. McCarty, and Sheilah E. Nicholas (eds.), *Indigenous youth and multilingualism: Language identity, ideology, and practice in dynamic cultural worlds*. Routledge.

- 牛田千鶴 2010『ラティーノのエスニシティとバイリンガル教育』明石書店
- 内田綾子 2008『アメリカ先住民の現代史—歴史的記憶と文化継承』名古屋大学出版会
- 辻康夫 2007「文化的多様性と社会統合」『年報政治学』 58.2
- 辻康夫 2009「西洋における宗教生活のゆくえ：チャールズ・テイラー著『世俗の時代』をめぐって」『北大法学論集』 60.2
- 辻康夫 2018「後期近代におけるコミュニティ再建：多文化主義の政策実践の一側面」『北大法学論集』 69.4
- 辻康夫 2019「コミュニティ再建と行為主体性：多文化主義の政策実践をめぐって」『北大法学論集』 69.6
- 辻康夫 2021「マイノリティ言語の地位をめぐる考察：リベラル多文化主義論の有効性をめぐって」『北大法学論集』 71.6
- 辻康夫 2022「マイノリティ言語の保全政策の規範理論：言語の公共的機能からの基礎づけ」『北大法学論集』 73.2

司法の優越をめぐる法と政治（1）

—— アメリカにおける議論を手掛かりとして ——

鈴木 繁 元

目 次

序章：違憲審査制と司法の優越

第1節：日本国憲法と司法の優越

第2節：我が国における違憲審査制の運用の評価

第3節：法原理部門としての司法部？ 司法の政策形成機能？

第4節：司法部をめぐる社会的、政治的状況への着目

第5節：比較対象としてのアメリカ

第6節：論文の構成 (以上、本号)

第1章：アメリカにおける司法の優越

第2章：司法の優越の正当化議論

第3章：司法の優越の揺らぎ

第4章：アメリカにおける対話理論の生成と発展

結論と今後の課題

序章：違憲審査制と司法の優越

第1節：日本国憲法と司法の優越

我が国においては、司法部が憲法解釈についての最終的権威を有するとする「司法の優越 (Judicial Supremacy)」¹、すなわち、立法部や執行部

¹ 「Judicial Supremacy」という語については、とりわけ、日本国憲法制定直後

に比して、司法部が憲法に関する優越的な解釈者であることは、憲法81条によって明らかであるとされる²。日本国憲法下では、同条によって「憲

の時期における文献では、単に違憲立法審査制の導入を指し示す意味で用いられることもある。末延三次「違憲立法審査制」國家學會編『新憲法の研究』（有斐閣、1947年）244頁、伊藤正己『司法権の優越』（日本評論新社、1952年）12頁。なお末延と伊藤は、「Judicial Supremacy」を「司法権の優越」と訳す。また高柳賢三は、「Judicial Supremacy」を「司法至上主義」と訳したうえで、司法的憲法保障制という、アメリカ憲法における特色を表現する「印象的な言葉」の一つとして紹介する。高柳賢三『司法権の優位〔増訂版〕』（有斐閣、1958年）106頁。なお、アメリカにおける司法の優越の定義については、フェルドマン（Brian M. Feldman）が詳細な分析を試みている。彼は、司法の優越は「弱い形式」と「強い形式」の二つに区分できるとする。Brian M. Feldman, *Evaluating Public Endorsement of the Weak and Strong Forms of Judicial Supremacy*, 89 VA. L. REV. 979 (2003). それによれば、「弱い形式」の司法の優越が、すべての政府における部門が特定の事例において連邦最高裁の憲法解釈を受容することを要請するのに対し、「強い形式」の司法の優越は、連邦最高裁の憲法解釈に政治部門に対する一般的な拘束力を付与することを要請するものである。アメリカ憲法学界における司法の優越は、多くの場合、後者の意味において用いられる。また、連邦最高裁が司法の優越を宣明した判決として名高い Cooper v. Aaron (358 U.S. 1(1958)) でも、司法の優越は後者の意味で用いられている。本論文においても、近時のアメリカ憲法学界や連邦最高裁において用いられる通常の意味において、「司法の優越」という語を用いることとする。Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Supremacy*, 58 WM. & MARY L. REV. 1459, 1461 (2017); Stephen Gardbaum, What is Judicial Supremacy? in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY* 21 (Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., 2018). なお、司法の優越の意味については、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス——現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景——』（成文堂、2012年）59頁も参照。

² 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）34頁、川岸令和「違憲裁判の影響——司法の優位についての覚書」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）112頁、高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、2017年）331-332頁、辻村みよ子＝山元一編『概説 憲法コンメンタール』（信山社、2018年）350頁〔渡辺康行執筆部分〕、野坂泰司「違憲判断の効力と憲法判例の拘束力」判例時報2463号（2021年）102頁など。

法保障機関としての地位を付与」³された最高裁判所こそが、憲法98条1項において規定された憲法の最高法規性を保障する機関として、憲法的価値の実現における中心的な役割を担うべき部門とされてきた。いわば、我が国においては、「憲法の最高法規性の保障と司法機関の間に不即不離の関係」⁴が認められてきたといえよう。また、憲法の草案段階の議論において、総司令部案の第73条が、権利章典に関する事案以外における国会による再審査制度を規定するものであったのに対し、日本側が「立法院による再審査制度のない、その意味で「強い」違憲審査制」⁵を望み、それが採用されたことは⁶、最高裁による違憲審査が最終的であることが想定されていたことを示すものであろう。

上記のように、司法部が憲法に関する優越的な解釈者であることは、日本国憲法上明らかであるとされてきた。そのため、国家機関相互の関係における憲法解釈の優劣関係に関しては、これまで我が国において、正面から論じられる機会は多くはなかった⁷。ただし、司法部、とりわけ

³ 法学協会編『註解日本国憲法 下』（有斐閣、1954年）1208頁。

⁴ 山崎友也『憲法の最高法規性と基本権』（信山社、2019年）7頁。西原博史は、違憲立法審査制の導入により、「通常理解では、裁判所による憲法の最終的解釈権の独占は、近代立憲主義の嫡流とみなされることが多い」ことを指摘する。西原博史「立憲主義において国家を縛るもの——樋口「立憲主義」論を手がかりとした憲法の規範構造論・序説——」藤田宙靖＝高橋和之編『憲法論集 樋口陽一先生古稀記念』（創文社、2004年）563頁。

⁵ 山本龍彦「最高裁のなかの〈アメリカ〉——憲法的二次ルールとしての権限配分」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路 実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）170頁。

⁶ 高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程 II 解説』（有斐閣、1972年）244-245頁、佐藤達夫『日本国憲法成立史 第3巻〔佐藤功補訂〕』（有斐閣、1994年）142頁。

⁷ ただし、アメリカにおけるディパートメンタリズムを参照しつつ、我が国における国家機関同士の憲法解釈の対立関係や協調関係を検討する論稿として、安西文雄「憲法解釈をめぐる最高裁判所と議会の関係」立教法学63号（2003年）61頁以下、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐる——」帝京法学25巻2号（2008年）103頁以下、大河内美紀「Our "Settled" Constitution」論究ジュリスト28号（2019年）129頁以下などが

最高裁が憲法解釈において優越的な解釈者であるとする立場自体は、違憲判決の効力論という、違憲審査制度の導入以来、精力的に議論がなされてきた問題領域において表出している。

最高裁が下した違憲判決の事後処理は、いかになされるべきか。この重要な論点について、我が国の学説では、一般的効力説と個別的効力説の対立を軸としつつ、違憲判決の効力論という形で議論がなされてきた⁸。すなわち、最高裁による違憲判決は当該法律の効力を一般的に失わせるとする一般的効力説と、違憲判決を受けた法令の効力は当該訴訟事件に限られるとする個別的効力説、さらには、判決の効力の問題は法律の定めるところに委ねられるべきとする法律委任説などが、学界において提唱されてきた⁹。我が国の違憲審査制が付随的違憲審査制であること、また、法令の効力を一般的に失わせることが、消極的立法であり憲法41条に抵触することなどの理由から、個別的効力説が日本国憲法の趣旨に適合的であるとされるが¹⁰、一般的効力説と個別的効力説には「接近化傾向」¹¹が見られると評価される。例えば佐藤幸治は、最高裁の違憲判断につき、違憲とされた法令を廃止するような効果（「強い効力」）と、

ある。

⁸ 最高裁と行政府の相互作用について論ずる松井茂記は、違憲判決が立法を法令集から除去する効果をもつか否かにとどまらず、「当該事件で示された違憲判決が他の事件、政府の他の部門にとってどのような影響を与えるか」という、最高裁判所判決の「権威性」の問題にも着目するべきであることを主張する。すなわち松井は、従来の違憲判決の効力論の議論枠組みでは、憲法解釈をめぐる各部門の相互作用が、必ずしも十分に説明しきれないことを指摘するものである。松井茂記「最高裁判所判決と行政府の関係」ジュリスト1037号（1994年）101頁。

⁹ 学界における議論状況の整理として、川岸・前掲注2）のほか、野中俊彦「判決の効力」芦部信喜編『講座憲法訴訟3』（有斐閣、1987年）109頁以下、佐藤美由紀「「違憲判決の効力」論の変遷」杏林社会科学研究19巻3号（2003年）27頁以下などを参照。

¹⁰ 樋口陽一ほか『注解法律学全集（4）憲法Ⅳ〈第76条～第103条〉』（青林書院、2004年）152-158頁。

¹¹ 川岸・前掲注2）94頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）321頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅱ 総論・統治』（日本評論社、2020年）379頁。

立法部に対して法令の改廃を求め、執行部に対し当該法令の執行を控えることを要請するという「弱い効力」に区別する¹²。そして佐藤は、個別的効力説において念頭に置かれているのは、後者の「弱い効力」であるとして、個別的効力説の立場から、最高裁の違憲判断に実質的な一般的効力を付与する立場を採用するのである¹³。このような立場は、「付随的審査制」としても、当該訴訟事件の解決ということを超えて同時に多かれ少なかれ憲法保障機能を伴うもの¹⁴であり、かかる最高裁における憲法保障機能を根拠として、立法部および執行部に対し、違憲判決への何らかの措置を要請するものである。佐藤の説示に代表されるように、我が国においては、個別的効力説に立ちつつも、立法部と執行部は司法部の憲法判断を尊重することが期待されているという立場が通説的地位を占めるといえよう¹⁵。

違憲判決の事後処理に関する問題において表出するように、司法の優越は、我が国において一定の通用力を有しているといえる¹⁶。そして、

¹² 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）340頁。

¹³ 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）721頁。

¹⁴ 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）220頁。

¹⁵ 野中・前掲注9）115頁、野中ほか・前掲注11）321-323頁、佐藤・前掲注13）721頁、清宮四郎『憲法Ⅰ〔第3版〕』（有斐閣、1979年）323頁、376頁など。なお、笹田栄司はさらに一歩進んで、最高裁判所の違憲判断には「特別拘束力」が付与されるとする立場を採用し、その根拠として憲法81条、98条、及び99条を挙げる。笹田栄司「違憲判断の「効力」と拘束力」判例時報2529号（2022年）136-137頁。同様の立場として、野坂・前掲注2）や高橋・前掲注2）も参照。

¹⁶ この点につき、1958年のCooper v. Aaron以来、司法の優越を志向してきたウォーレン・コートと、日本の憲法学の関係性を指摘するのが、新井誠である。すなわち、新井は、人種差別問題等に対する積極的な違憲審査を行っていたウォーレン・コートの時代における憲法理論は、芦部信喜の憲法訴訟論などの影響もあり、「戦後一時期からの日本憲法学における司法による憲法価値の実現にとっての偉大なコンセンサスとなっていった」ことを指摘する。新井誠「議会と裁判所の憲法解釈をめぐる一考察」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法 理論的対話の試み』（尚学社、2013年）199頁。なお関連して、塚田哲之「星条旗・第1修正・リベラリズム——（1）—Texas v. Johnsonをめぐる議論を素材に」名古屋大学法政論集152号（1994年）193頁も参照。

日本国憲法制定直後より、最高裁は、最終的な憲法判断を下す機関として、憲法的価値の実現という職責を担うことを期待されてきたのである¹⁷。他方において、最高裁判所による違憲審査権の行使をめぐる国家機関同士が対立する状況がこれまで少なかったこともあり、司法の優越は当然の前提とされつつも、それが我が国の憲法秩序形成に何をもたらすのか、あるいは、司法の優越が現実の司法部の憲法判断にどのように作用するのか、といったことについては、深く探究されることはなかった。

第2節：我が国における違憲審査制の運用の評価

しかしながら、憲法解釈において優越的地位を占めるはずの最高裁は、違憲審査、特に法令への違憲判断に対して、これまで消極的であったという評価が、一般的であった¹⁸。すなわち、日本国憲法の制度上、終審裁判所として憲法的価値の実現について最終判断を下すべき機関であるはずの最高裁は、「違憲立法審査制の機能不全」¹⁹状態に陥っていると評されるように、その役割を十分に果たしてこなかったとの批判が、これまでなされてきたのである²⁰。

¹⁷ 末延・前掲注1) 271頁、大沢秀介『司法による憲法価値の実現』（有斐閣、2011年）155頁。

¹⁸ 伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）106頁以下、阪口正二郎「権威の文化と正当化の文化——日本の違憲審査制はグローバル化に耐えるか？——」判例時報2390号（2019年）114頁、市川正人『司法審査の理論と現実』（日本評論社、2020年）177頁。

¹⁹ 西原博史「憲法裁判所制度の導入？」ジュリスト1289号（2005年）42頁。

²⁰ たとえば阪口正二郎は、2001年当時の論文において、我が国の違憲審査制が、「司法消極主義に徹しており、「形骸化」、「空洞化」しているとの評価が一般的に下されてきた」ことを指摘する。阪口正二郎「違憲審査制と「二つ」の世紀末」ジュリスト1192号（2001年）187頁。ただし、これまでの最高裁による11件の法令違憲判決のうち6件が2000年以降に下されており、学界においては、今世紀における最高裁の違憲審査の運用に変化が見られることも指摘されている。市川・前掲注18) 29頁以下、高橋・前掲注2) 23頁、大沢・前掲注17) 205頁、宍戸常寿「最高裁と「違憲審査の活性化」」法律時報82巻4号（2010年）57頁以下。

ただし、最高裁が司法消極主義に陥っているという批判に対しては、例えば、以下のような反論があり得る。第一に、最高裁は、法令違憲判決という形式ではなく、制定法の合憲解釈を通じて、政治部門に憲法上の統制を及ぼしているという主張がある。この点について、阪口正二郎は、日本の最高裁における、政治部門に対する統制方法の特殊性を指摘する。すなわち、最高裁は、法令違憲という手段を用いずに、合憲解釈によって法令の効力を維持し、立法部との衝突を避ける方法を選択してきたというのである²¹。このような分析によるならば、確かに法令に対する明示的な違憲判断は少ないものの、最高裁は、政治部門との全面的な衝突を避けつつ、憲法的統制を及ぼしてきたとも評価することができる。

第二に、内閣法制局を中心とした、厳格な事前審査制度の存在が挙げられる。すなわち、実際に制定される法律の大半を占める内閣提出法案においては、内閣法制局による強い合憲性統制がなされているという点が指摘されてきた²²。つまり、日本においては、内閣法制局による審査をはじめとした「かなり充実した事前の違憲審査システムが機能している」²³であり、それゆえに、裁判過程における事後的な違憲審査の機

²¹ 阪口正二郎「司法支配制と日本の特殊な違憲審査制」浦田一郎ほか編『立憲平和主義と憲法理論 山内敏弘先生古稀記念論文集』（法律文化社、2010年）202頁以下。同様の指摘をする論者として、長谷部恭男を挙げることができる。すなわち長谷部は、「日本の裁判所は、ほとんど制定法を違憲と判断することなく、したがって「司法積極主義」との非難を受けることなく、しかし制定法を最高裁判所の有権解釈権を通じて読み替えることで、積極的に政治部門の判断を変更し、しかもそれを「現状」として固定化してきた可能性」に言及する。長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999年）75頁。

²² 例えば、奥村公輔『政府の憲法解釈の諸相』（日本評論社、2022年）342頁以下を参照。

²³ 大石眞『統治機構の憲法構想』（法律文化社、2016年）317頁。また佐藤岩夫は、司法消極主義的な違憲審査制の運用の背景として、「内閣法制局が厳密な法令審査および憲法解釈を行っていることを前提に、最高裁判所が政治部門の判断を尊重するという、ある種の均衡が成り立っていた」ことを指摘している。佐藤岩夫「内閣法制局と最高裁判所——2つの違憲審査機関の制度配置と政治システム変動」柳瀬孝雄編『司法の国民的基盤 日米の司法政治と司法理論』（日

会が少なくなるとする指摘が、これまでなされてきたのである²⁴。このように、違憲審査制の運用実態につき、司法部による事後的な法令の違憲審査のみならず、「各種の事前審査の機能と運用を踏まえた統合的な統治システムを全体として把握する必要」²⁵を強調する論者は、我が国の最高裁に対する司法消極主義という批判について、一定の留保を付すべきことを主張するのである²⁶。

上記のように、最高裁が違憲審査権の行使において消極的であり、違憲審査の活性化議論が必要であるとの、学界における「共通の認識」²⁷ともいうべき評価については、最高裁による憲法判断の手法、そして事前審査制度との関係において、再検討の余地があろう。しかしながら、それでもなお、現行憲法施行後75年を経ているにもかかわらず、法令違憲判決の数が11件という現状は²⁸、比較憲法学的にも、日本特殊の状況ではある²⁹。そうすると、憲法81条によって想定される「憲法上の価値の実

本評論社、2009年）130-131頁。

²⁴ 大石・前掲注23）261頁以下、園部逸夫『最高裁判所十年』（有斐閣、2001年）236頁、浦田一郎「政府の憲法解釈とその変更——国会・内閣・内閣法制局」浦田一郎＝只野雅人編『議会の役割と憲法原理』（信山社、2008年）131頁、奥村・前掲注22）374頁。

²⁵ 大石・前掲注23）318頁。

²⁶ 大石・前掲注23）338頁。

²⁷ 畑尻剛「具体的規範統制再論 最近の憲法裁判所論との関連で」法学新報103巻2・3号（1997年）498頁。

²⁸ 具体的には、①最大判昭和48・4・4刑集27巻3号265頁、②最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁、③最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁、④最大判昭和60・7・17民集39巻5号1100頁、⑤最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁、⑥最大判平成14・9・11民集56巻7号1439頁、⑦最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁、⑧最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁、⑨最大決平成25・9・4民集67巻6号1320頁、⑩最大判平成27・12・16民集69巻8号2427頁、⑪最大判令和4・5・25民集76巻4号711頁、の11件である。

²⁹ 山元一「司法制度改革20年と司法・憲法訴訟」憲法研究7号（2020年）24頁、岡野誠樹「司法にとっての「社会」の変容と違憲審査「活性化」のゆくえ」論究ジュリスト38号（2022年）64頁。

現について、最終的な判断を下す」という「最高裁判所に与えられた制度上の役割」³⁰と、現実の違憲審査制の運用の間には、ズレが生じていると評価することもできよう。

その要因について、司法部と立法部の相互関係に着目しつつ分析を加えたのが、中村陸男である。中村は、司法部が違憲判断に消極的であることについて、「違憲立法審査権は、司法部の憲法判断と立法府の適切な対応で完結することを考えると、司法部は立法府の対応を予測することが必要であるが、日本の最高裁判所は立法府の対応を配慮し過ぎて、憲法判断に慎重になっている」³¹と評価する。また戸松秀典も、憲法問題の最終的決着は、「立法府と司法府との相互作用を通じて達成されるものである」としたうえで、「日本では、一方で、最高裁判所は自己の憲法判断が最終的であることを過大に感じとりその判断を示すことにあまりに慎重」³²となっていることを指摘する。中村と戸松の指摘に共通しているのは、最高裁が、自己の憲法判断に対する政治部門のリアクションを考慮しつつ、憲法裁判における判断を形成している可能性の指摘と、そこに違憲判断の消極性の一要因を見出している点である。自ら判決を執行する力を有しない司法部は、判決に対応する措置の実施を立法部、あるいは執行部に依存するのであり³³、そうであるからこそ、政治部門が司法部による憲法秩序に反抗したとき、司法の優越は維持が困難とな

³⁰ 戸松・前掲注2) 443頁。

³¹ 中村陸男「最高裁判所の違憲判決に対する立法府の対応」中村陸男＝大石眞編『立法の実務と理論 上田章先生弔念記念論文集』（信山社、2005年）220頁〔同『人権の法理と統治過程』（信山社、2021年）492頁〕。

³² 戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣、1993年）342頁。さらに戸松は、最高裁判所の憲法判断には、「自己の権威を維持するために、立法府が応諾してくれないような違憲判断をなるべく控えようとする傾向があるのではないか」と指摘する。戸松秀典「立法裁量」公法研究55号（1993年）131頁。

³³ 藤田宙靖は、一票の較差訴訟における将来効判決を例に挙げ、このような判断手法は、立法府に対する配慮の表れであり、政治部門のリアクションを意識したものであると指摘しつつも、「立法府の究極のサボタージュに対しては、結局無力」であると述べる。藤田宙靖『裁判と法律学「最高裁回想録」補遺』（有斐閣、2016年）198頁。

る。政治部門によるバックラッシュによって、司法の優越が危機に瀕する可能性の存在は、「憲法に関する終局的解釈権を与えられた最高裁判所といえども、結局は政治部門との力関係の中に身を置きつつ法形成に参加して行かざるをえない」³⁴ことを示すものであろう。

上記では、司法部が、自己の憲法解釈に対する政治部門のリアクションを考慮する可能性について指摘したが、このような考慮の可能性は、政治部門との関係のみならず、社会との関係においても指摘することができる。例えば戸松は、司法消極主義の要因の一つとして、最高裁における政策的配慮の存在を挙げる。戸松は、「最高裁判所は、政策的配慮を加えて個々の憲法訴訟を処理する」ことがあり、この要因は「政治部門や社会による対応の度合と呼ぶことができる」が、その「対応の度合が低いものと予想されるとき、最高裁判所は、積極主義の憲法裁判を控えるはずである」と指摘する³⁵。すなわち戸松は、最高裁における司法消極主義の要因の一つとして、憲法秩序の形成過程における政治部門、さらには、より広く、国民の反応をも考慮に入れた、憲法判断における政策的配慮を重視しているのである³⁶。このように、司法部、とりわけ最高裁は、憲法裁判において、政治部門や国民による批判的評価に晒されることへの「用意と身構え」³⁷をする必要に迫られている。こうした司法部における政治的、社会的状況の考慮を、司法消極主義の一要因として捉えるのが、戸松の指摘であろう。すなわち、司法の優越が学界における「規範的な共通理解」³⁸であるとしても、論争的な憲法問題において、

³⁴ 大石和彦「憲法裁判における原理と政治（三・完）——合衆国最高裁判決 *Roe v. Wade* がもたらしたもの——」法学62巻3号（1998年）124頁。

³⁵ 戸松・前掲注2）422頁。

³⁶ 御幸聖樹は、最高裁による、一票の較差訴訟における違憲状態判決の多用や、国籍法違憲判決、非嫡出子法定相続分違憲決定等における国民の意識を考慮した判断手法を例示しつつ、裁判官が判決に対する政治部門や国民の反応を意識していることを指摘する。そして、このような要素の考慮は、「憲法訴訟の実務を語るうえで不可欠」なもののひとつであるとする。御幸聖樹「憲法訴訟における「事実」」法律時報94巻3号（2022年）119頁。

³⁷ 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』（有斐閣、1970年）11頁。

³⁸ 「座談会 対話的違憲審査」論究ジュリスト12号（2012年）226頁〔川岸令和発言〕。

司法部が政治部門及び国民との関係で最終的な憲法解釈者として定立しうるかという実際的な問題は、依然として存在することになる。

上記のように、政治部門や国民からのバックラッシュが想定される憲法上の争点に対して、司法部が積極的に介入していくことが求められる局面においては、憲法の最終的解釈者としての司法部の地位の維持が問題となる。すなわち、政治部門や国民による司法部の判断の受容可能性というものは、違憲審査の積極化の阻害要因ともなり得るものである。憲法裁判を取り巻く社会的、政治的状況に目を向けるとき、まさに司法部は、「尾根づたいとしての違憲審査」³⁹ともいうべき困難な道を歩まざるを得ないことが明らかとなるのである⁴⁰。

第3節：法原理部門としての司法部？司法の政策形成機能？

これまでの我が国の憲法学説においては、司法部が政治部門や国民の反応などの法外的要素を考慮しつつ判断を形成することについて、一般的に否定的な評価がなされてきた⁴¹。すなわち、司法部は政治部門から独立した機関であり、原理に基づいた裁判を行うことこそが、その制度上の役割であるとして、政治部門と司法部の性質の差異が強調される見

³⁹ 栗城壽夫は、「裁判機関による違憲審査は、方向を異にする二つの斜面を分かち非常に狭い尾根を伝って進むのにも似た困難な道をたどることを余儀なくされている」と述べる。その上で、このことがあらわれている点の一つとして、憲法裁判が法的機能とともに政治的機能を有することを挙げ、裁判所は「政治的でありつつ、しかし、あまりにも政治的でありすぎないことが肝要」であることを指摘する。そして、裁判所が「尾根をふみはずした場合、換言すれば、違憲審査の機能的限界をこえてた」場合に、政治部門が裁判所による違憲判断を受容しない可能性についても言及する。樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、1988年）170頁、173頁〔栗城壽夫執筆部分〕。

⁴⁰ 川崎政司「立法をめぐる政治と法の状況と課題——法部門による事前審査と事後審査の役割・あり方を中心に」川崎政司＝大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望 法形成をめぐる政治と法』（尚学社、2016年）346頁以下も参照。

⁴¹ 見平典「憲法裁判における政治的情勢判断」論究ジュリスト38号（2022年）213頁。

解が、我が国の憲法学界において有力に提唱されてきた⁴²。換言するならば、「静態的・合理的」な法と「非合理的でダイナミック」な政治の領域の峻別がなされてきたともいえよう⁴³。それは、以下の高橋和之による言明からも見て取ることができる。

ぼくは裁判所の役割というのは、政治を法により原理的に枠付けしていくことだと思っています。裁判所は、政治部門と政治的なパワーゲームはやってはいけない。それをやると、裁判所が自己の信用を掘り崩してしまう。法の支配の担い手としての信用を失ってしまうことを危惧するんですよ。ですから原理にしたがってきちっと政治を枠づけていくことを最優先すべきだと考えるのです。⁴⁴

このように、法と政治の峻別を提唱する代表的学説が、佐藤幸治による法原理部門説である⁴⁵。佐藤は、「法原理」を、違憲審査制を前提として、「憲法を頂点とする実定法的諸ルールを中心に、そうした諸ルールの基礎ないし背景にあって権利の存否を確定するのに仕える諸規準・諸法理

⁴² 座談会・前掲注38) 233頁〔川岸令和発言〕、山本龍彦「法原理機関説」の内実についての覚書——リーガル・プロセス理論との距離を中心に」桐蔭法学14巻1号(2007年) 89頁。また関連して、「日本では、違憲審査制が政治的機能を果たしていることを事実上は認めつつも、正面からその意義を承認しようという学説がほとんど存在しない。……裁判所に対して「法原理機関」とか「法原理部門」という呼称を与えて法と政治との異質性を強調し、司法の政治からの独立や隔絶を説く立場のほうが有力である。」とする永田秀樹による指摘も参照。永田秀樹「憲法裁判と議会との関係——法と政治のはざまの憲法裁判・日独の比較による考察」ドイツ憲法判例研究会編『憲法裁判の国際的発展』（信山社、2004年）201頁。

⁴³ 「座談会 違憲審査制と最高裁の活性化」論究ジュリスト2号(2012年) 178頁〔宍戸常寿発言〕、また、宍戸常寿『憲法裁判権の動態〔増補版〕』（弘文堂、2021年）350-355頁、山本・前掲注42) 123-124頁も参照。

⁴⁴ 高橋和之＝毛利透「インタビュー 憲法学の現在をどう見るか——人権論と憲法訴訟論を中心に」憲法研究5号(2019年) 19-20頁〔高橋和之発言〕。

⁴⁵ 佐藤・前掲注12) 3頁以下を参照。

を含めて、それらを総称した表現」⁴⁶であると定義する。そして、裁判所とは、かかる「法原理」によって、もち込まれる紛争を解決し、「もって法秩序・原理の維持・貫徹をはかることを期待されている受動的な機関」なのであり、その意味で「非「政治」的・非「権力」的機関と称する性格」⁴⁷を有するとする。すなわち、佐藤は、「国民の政治的統合をはかりつつ国民の意思実現のため能動的・積極的に活動することを期待される」⁴⁸政治部門と、「法原理」による紛争の解決を、その制度上の役割として期待される裁判所の「異質性を強調」⁴⁹するものである。それゆえ、「社会全体の利益にとって何が重要かといった政策的決断」⁵⁰は、裁判所がなすべき判断ではないとされる。

佐藤の立論における、裁判所による判断の法原理性の強調は、法と政治とを厳格に峻別する構想を含むものである。このような見解においては、最高裁が、政治部門や公衆のリアクションを予想しつつ、その判断に政策的考慮を働かせるといったことは想定されない。まさしく、「法原理によって「政治」のもつ“非情”さを一定の枠にとじこめ」⁵¹ることこそが、裁判所の役割とされるのである。佐藤は、裁判所が法原理部門として判断することの意義を、裁判所が「「理」の支配するフォーラム」⁵²として、「立憲民主主義の機構を原理面で支える（民主主義の擬制の不当な実態化の阻止）、政治部門によって憲法上の権利を侵害されたものが政治部門と対等に「理」をつくして争うことができる場」⁵³を提供することに見出していると評価することができる。

このような、佐藤の法原理部門説に対し、司法による政策形成機能は違憲審査権に内在するものであるとする立場を採用するのが、芦部信喜

⁴⁶ 佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序』（有斐閣、1998年）62頁。

⁴⁷ 佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院、1995年）292頁。

⁴⁸ 佐藤・前掲注47）291頁。

⁴⁹ 山本・前掲注42）124頁。

⁵⁰ 佐藤・前掲注12）62-63頁。

⁵¹ 佐藤・前掲注47）292頁。

⁵² 佐藤・前掲注46）62頁。

⁵³ 市川・前掲注18）127頁。

である。芦部は、主としてアメリカの議論を参照しつつ、違憲審査権が特定の国家行為を無効にする機能を有することもさることながら、政治部門の行為を是認し正当化する機能を営むがゆえに、最高裁は「すぐれて政策形成（policy—making）の機能を果たす」⁵⁴ことを主張する。

違憲判決が立法・行政という政治的部門の政策の転換をもたらした場合はもちろん、判決が爾後の立法等により修正され、くつがえされ、または無視される場合も、あるいは最高裁が国家の権力機構の一環として政治的部門の決定した基本政策に反しない範囲内で一定の政策形成の機能を営む場合も、政治過程の動態においてはきわめて重要な政策形成を果たしているのである。⁵⁵

このように芦部は、国家機関同士の相互作用という広い観点から、最高裁の政策形成機能の役割と意義について分析を試みる⁵⁶。芦部が、違憲審査権の行使に内在する政策形成機能に着目するのは、我が国の違憲審査制の運用面における実態を念頭に置きつつ、最高裁が「もうばら純司法的機能を行使する機関」⁵⁷として自身の役割をとらえ、「憲法訴訟の特殊性が一般の私的紛争解決の司法権の中に埋没してしまう」⁵⁸ことを危惧するがゆえである⁵⁹。すなわち芦部の学説は、佐藤と同様に、「（近代）司法本来の仕事をも十分に果たせていない」我が国の裁判所の「現状改善策」⁶⁰として捉えることができる。しかしながら、芦部のように、憲法裁判における司法の政策形成機能を強調する立場においては、立法部や執行部を含む政治過程の動態において裁判所を捉えることとなる。つま

⁵⁴ 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）144頁。

⁵⁵ 芦部・前掲注54）146頁。

⁵⁶ 芦部・前掲注54）146頁。

⁵⁷ 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）20頁。

⁵⁸ 芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1994年）154頁。

⁵⁹ それゆえ芦部の立場からは、佐藤の提唱する法原理部門説に対し、「事件性を前提とする私的紛争解決型の司法観に偏しすぎる感を覚える」との批判が向けられる。芦部・前掲注58）158頁。

⁶⁰ 市川・前掲注18）168頁。

り、政策形成機能を営む司法部は、政治部門の行為を違憲無効とするにせよ、あるいは憲法上是認するにせよ、その憲法上の判断は政治部門の政策決定に何らかの影響を及ぼすことにもなり得るだろうし、あるいはより広く、公衆に対するインパクトをもたらすこともあり得る。それゆえ芦部は、「違憲審査の機能は、それぞれの国家における社会的・政治的状况との相関関係において検討してはじめて、その真の意義を明らかにすることができる」⁶¹と述べ、司法部と政治部門、あるいは公衆との相関関係に関する分析を、特に重要視していると考えられる⁶²。「最高裁判所がある程度政治的な役割を演ずること、すなわち、司法審査の理論の下に公の政策を決定するということは、あまりにも明白な事実」⁶³であるからこそ、特に憲法裁判において、司法による政策形成機能につき「立法府・行政府との間の適正な関係をどこに求めたらよいか」⁶⁴もまた、問題となるのである。

ところで、司法の政策形成機能が違憲審査権の行使に内在するものであると強調し、立法部や執行部と司法部の相互作用に着目するとき、次に問題となるのが、司法部による政策形成の限界である。この点につき、芦部は、民主的な基盤を有しない司法部が独自の政策形成機能を営むことは、民主主義との関係においてどの程度まで許容されるべきかという規範的な観点から分析を加えている⁶⁵。これに対し、より実際の観点から、司法の政策形成機能の限界について論ずるのが、田中成明である。田中は、裁判所が「自ら独自の仕方で一定の政策形成を行なったり、立法部・行政部などの他の政治的機関による政策形成に影響を及ぼしてい

⁶¹ 芦部・前掲注57) 367頁。

⁶² 芦部と同様に、司法の政策形成機能に着目する戸松秀典も、司法の政策形成機能とは「司法が政治部門とともに国の統治の機構を成し、政策決定者としての役割を発揮していること」であるとして、「司法の政策形成機能についてもやはり、司法権が政治部門との相互関係においてその権限を行使している」と捉える。戸松・前掲注2) 425頁。

⁶³ A・コックス(芦部信喜監訳)『最高裁判所の役割』(東京大学出版会、1979年) 157頁。

⁶⁴ 芦部信喜『司法のあり方と人権』(東京大学出版会、1983年) 115頁。

⁶⁵ 芦部・前掲注54) 147-155頁。

ることは、否定しがたい現実であることを承認せざるをえない」⁶⁶し、裁判所による法的判断が「当該裁判を超えて一般的な政治的社会的勢力関係のバランスにもインパクトを与え」⁶⁷ていることもまた、明らかであるとする。田中は、司法による政策形成をこのように捉えたうえで、司法的政策形成の正統性とその役割は、「政治権力の恣意的専断的行使の防止や、無制約で放縦な民主制的政治に対する警戒を第一次的関心事とする立憲主義との関連において解明されるべきものである」⁶⁸と主張する。すなわち司法部は、政治部門による恣意的な権力行使の抑制という制度的な役割を有しているのであり、「立憲民主制的な政治過程の健全な作動のための基礎的前提条件を確保・回復するという重要な政治的使命を課せられている」⁶⁹のである。そして、このような制度的な役割を果たすことによって、司法部は自らの権威と信頼を獲得し、それを保持し続けることになると田中は論ずる。

ところが田中は、判決を自ら執行する力を有しない司法部による政策形成は、政治部門、あるいは公衆との関係において限界を有することも指摘する。すなわち、司法部自身は、判決を具体化し実現するための手段を保持しえないため、「立法部・行政部の協力あるいは一般市民の同意・支持がなければ、判決のめざす政策目標を現実に達成することはほとんど不可能」⁷⁰なのである。それゆえ、特に政治部門に積極的な措置を促すような政策形成の実施につき、司法部は消極的にならざるを得ないことを、田中は指摘する。とりわけ政治的対立の激しい問題において、「国家権力機関のなかでは相対的に弱い位置にありその権力的基盤も不安定な裁判所」⁷¹が、自己の権威や信頼を維持しつつ、その政策形成機能を行使することができる限界に注意を払うことの必要性を、田中は論ずるのである。

⁶⁶ 田中成明『裁判をめぐる法と政治』（有斐閣、1979年）128頁。

⁶⁷ 田中・前掲注66）125頁。

⁶⁸ 田中・前掲注66）188頁。

⁶⁹ 田中・前掲注66）194頁。

⁷⁰ 田中・前掲注66）199頁。

⁷¹ 田中・前掲注66）195頁。

芦部と同様に、司法の政策形成機能を重視する田中は、上記のように、司法部による政策形成が政治部門や公衆との関係において、実際的な限界を有することを指摘する。つまり、司法部が違憲審査権を行使することによって、政策形成機能を営む場合、その判断が政治部門や公衆に受容されるかが問題となるのである。とりわけ憲法裁判の有する政治的機能を承認する立場においては、このように、政治部門や公衆による憲法判断の受容可能性という「法外的要素」⁷²をも分析の対象として含み得るものである⁷³。しかしながら、前述のように、我が国においては、「違憲審査制が政治的機能を果たしていることを事実上は認めつつも、正面からその意義を承認しようという学説がほとんど存在しない」のであり、芦部に代表される司法の政策形成機能を重視する立場は「例外に属する」と評価される⁷⁴。そして、社会的、政治的状况下における、司法部による違憲審査権の行使に伴う実際的な限界についても、これまでの学説においては、必ずしも十分な関心が払われてこなかった⁷⁵。

第4節：司法部をめぐる社会的、政治的状况への着目

このような我が国における学説状況に対し、近年、元最高裁判事から重要な問題提起がなされている。すなわち、千葉勝美が近時の著書にお

⁷² 見平・前掲注41) 213頁。

⁷³ 戸松・前掲注2) 435-442頁。

⁷⁴ 永田・前掲注42) 201頁。最高裁が政治的機能を果たすことに対する学界からの懸念として、渡辺康行『憲法裁判の法理』（岩波書店、2022年）483-484頁も参照。

⁷⁵ この点につき、高橋和之は、千葉勝美の「司法部の立ち位置」論を評価する文脈において、憲法規範上の正統性と、「判決に対する事実上の国民の支持」といった「事実上の正統性」を区別する。その上で、学説側が後者を考慮しつつ、「純粋な法理論」を適用して得られた結論を修正することについては、否定的な見解を示す。高橋和之「書評」判例時報2437号（2020年）113頁。また御幸聖樹は、憲法学説の中心的な関心事は、裁判所を含めた国家機関の統制にあり、それゆえ、議論の重点が規範や先例拘束性といった論点に置かれてきたことを指摘する。御幸・前掲注36) 120頁。

いて、「①憲法が保障する基本的人権の擁護を使命とする司法部の役割についての考え方」「②三権分立の下での対立法府、対行政府との緊張関係を踏まえた司法部の違憲立法審査権の在りようについての理解」「③様々な意見が錯綜し価値観の対立が大きな社会的・政治的テーマについて、その憲法判断が将来の我が国社会をどのような姿に導くことになるのかを念頭に置きつつ、国民全体の認識を探り、司法部がいつの時点で、どのような形で乗り出すべきか、それが、多くの国民の理解と信頼を勝ち得ることになるのかについての情勢の分析」といった「司法部の立ち位置」論を提示したことに⁷⁶、本論文は着目する。「憲法学の観点からは、千葉を語ることは近年の最高裁について語ることにほぼ等しい」⁷⁷とも評される、元最高裁判事によって提示された「司法部の立ち位置」論は、憲法学界に大きなインパクトをもたらした⁷⁸。その理由としては、第一に、千葉が事案の適切な解決を重視し、違憲審査基準に依拠することに慎重な姿勢を示している点が挙げられる。そして第二として、特に司法部の立ち位置の③において顕著であるが、千葉が、憲法裁判を行うに際しての社会的、政治的状况を重要視している点が挙げられる。すなわち、

⁷⁶ 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線 その先に見ていた世界』（有斐閣、2019年）ii 頁。

⁷⁷ 渡辺・前掲注74）455頁。千葉勝美によれば、「司法部の立ち位置」論は、彼の個人的見解ではなく、「現在の最高裁判所における憲法判断の手法ないし姿勢といった実務の実情、実務家である裁判官の判断の仕方を説明したもの」である。千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置——司法積極主義の足音は聞こえてくるのか？」判例時報2506・2507号（2022年）199頁。

⁷⁸ 千葉による「司法部の立ち位置」論を分析・検討する論稿として、渡辺・前掲注74）454頁以下、高橋・前掲注75）、山元・前掲注29）のほかに、上田健介「事実をみつめて——千葉勝美・渡辺康行ほか編『憲法学からみた最高裁判所裁判官 70年の軌跡』（日本評論社、2017年）365頁以下、高見勝利「書評」判例時報2437号（2020年）115頁以下、大久保史郎「最高裁の憲法判例と「司法の立ち位置」論」市川正人ほか編『現代日本の司法 「司法制度改革」以降の人と制度』（日本評論社、2020年）3 頁以下、浅野博宣「最高裁の憲法解釈方法に関する一考察——なぜ審査基準論を採るべきか」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論 その諸相と展望』（有斐閣、2021年）389頁以下、見平典「書評」書斎の窓674号（2021年）26頁以下などを参照。

国民の間で価値観の対立が見られ、さらには政治的な見解の対立をも包含する憲法上の問題においては、「国民の意識の動向や政治の大きな流れ等を見無視し、純粋な法理論のみを適用して結論を出す場合、その判断は、紛争・対立を解消するのではなく、火中の栗を拾う、あるいは火に油を注ぐ結果となり、更なる混乱と対立を生じさせるおそれ」⁷⁹⁾がある。それゆえに、司法部、とりわけ最高裁は、社会的、政治的状况を考慮しつつ判断を下すことが重要であると千葉は主張するのである。

このように、政治部門や国民との関係において、「司法部の権威をいかにして確立するか」⁸⁰⁾ということが、千葉の議論において最も重視されている要素の一つである。その具体的な事例の一つとして千葉が挙げるのは、昭和51年の衆議院議員定数訴訟大法廷判決をめぐる最高裁の動向である。すなわち、当時の最高裁が、定数配分の問題を「法原理機関としての司法部に委ねるべきである」という雰囲気や国民全体に広く醸成されてきていたという国民世論の状況を見定めた上で、立法府では根源的な解決策（投票価値の較差の大幅な縮小となる定数配分規定の改正）が望めそうにないという当時の政治状況を見極め、更には、立法府自体も、自ら対応できないテーマであるため、本音のところでは、司法部が乗り出すこともやむなしとして司法部の判断を受け入れるはずであるという政治的な情勢判断」⁸¹⁾を行っていたことを千葉は指摘するのである。このように、憲法裁判に対する政治部門や国民のリアクションを考慮した「政治的情勢判断」⁸²⁾の必要性和、それが現に過去の最高裁の判断にお

⁷⁹⁾ 千葉・前掲注76) 34頁。

⁸⁰⁾ 村山健太郎「法令の合憲性審査の思考様式」山本龍彦＝横大道聡編著『憲法学の現在地』（日本評論社、2020年）98頁。

⁸¹⁾ 千葉・前掲注76) 173-174頁。

⁸²⁾ 見平・前掲注41) 213頁。なお、司法部による憲法判断の形成において、政治的な情勢判断が大きく作用していることは、伊藤正己によっても指摘されている。伊藤によれば、我が国の最高裁が司法消極主義を採択するのか、それとも積極主義を採択するのかにつき、政治部門や国民のリアクションという実際の考慮が重要となる。すなわち、政治部門が最高裁の憲法判断の実現に対して協力的であるか否か、あるいは、国民が政治部門と司法部のいずれをより信頼しているか等の要因が、司法部の判断の積極性ないし消極性に作用している

いてなされていたことを、千葉は強調する。

上記のように、千葉は、違憲審査権の行使は不可避免的に政治的な影響を伴うものであり⁸³、それゆえ、司法部は政治や社会の動向を見極めつつ判断を下すことが重要であると説く。そこにおいては、イデオロギー的な対立を含む憲法問題に司法部が乗り出すことにより、対立の激化を招くことへの危惧とともに、司法部が、自身の置かれた政治的、社会的状況下において、「制度としての存立の基盤」⁸⁴を築くこと——換言するならば、いかにして政治部門や国民に対する司法部の権威・信頼を維持することができるのかということ——への問題意識を読み取ることができる。司法部が、政治部門や国民の裁判に対する反応を考慮しつつ判断を下すことの必要性・重要性については、我が国の最高裁判事経験者も度々言及しているが⁸⁵、とりわけ千葉の「司法部の立ち位置」論においては、そのことが重要視されていると評価することができる。

ところで、上記のように、司法部の置かれた社会的、政治的状況を重要視する見解においては、政治部門が判決を受容するか否かということと、国民が司法部を支持するか否かということが、特に考慮されていると考えられる。政治部門との関係においては、司法部による憲法判断の実際の執行は、立法部や執行部に依存するのであり、それら部門の協力が得られない場合、「裁判所による法的判断が孤立して実効性をもちえない」⁸⁶という事態に陥る可能性がある。その場合、憲法解釈における司法部の他部門に対する優越性は、その維持が困難となる。他方、国民の司法部に対する支持の度合についても、違憲審査権の行使においては重要視される。すなわち、司法部は、「政治的、社会的状況を見据えて、

ことを、伊藤は指摘するものである。伊藤正己「司法積極主義再考」『法学セミナー増刊・最高裁判所』（日本評論社、1977年）74頁以下。

⁸³ 千葉勝美『違憲審査 その焦点の定め方』（有斐閣、2017年）173頁。

⁸⁴ 千葉勝美「裁判における真実の発見・正義の実現について」自由と正義54巻11号（2003年）34頁注9。

⁸⁵ 中村・前掲注37）11頁、157-165頁、伊藤・前掲注82）80-81頁、藤田・前掲注33）198頁、滝井繁男「最高裁の憲法上の役割と国民の期待」憲法問題23号（2012年）134頁。

⁸⁶ 伊藤・前掲注82）80頁。

国民ないし社会全体が何を志向しているのかを注意深く見極め」⁸⁷、そのうえで「どのような判断が多く国民の理解と信頼を勝ち得ることになるのか」⁸⁸につき、情勢判断を行うことが必要とされる。なぜならば、判決に対する国民の支持が存在すること、あるいは、千葉が述べるところの「多数決原理とは離れた法原理機関としての司法部」⁸⁹が憲法上の問題を解決することに対する期待が、「国民全体に広く醸成」⁹⁰されていることが、司法部が政治部門と対峙するうえでの実効的な基盤になり得るからである⁹¹。すなわち、国民は、「政治部門が判決に対する批判を超えて、司法権の行使、司法権の独立を脅かすような行動に出たときに、それに歯止めをかけることのできる最終的な主体」⁹²として捉えることができるのである。このように、政治部門が判決を受容するか否かということと、国民が司法部を支持するか否かは密接に関連する。司法部の置かれた社会的、政治的状況を重要視する論者は、憲法に関する終局的な解釈権限を付与された最高裁といえども、政治部門における判決の受容可能性、あるいは、政治部門に対峙する上での基盤となり得る国民の動向を探ることが必要になる可能性について言及していると考えられる⁹³。つまり、司法の優越は、司法部と政治部門、さらには国民との関

⁸⁷ 千葉・前掲注83) 192頁。

⁸⁸ 千葉・前掲注76) 35頁。

⁸⁹ 千葉・前掲注77) 208頁。

⁹⁰ 千葉・前掲注76) 173頁。

⁹¹ 樋口＝栗城・前掲注39) 168頁〔栗城壽夫執筆部分〕。

⁹² 見平典「応答的司法の政治的基盤と正統性」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』（成文堂、2018年）468頁。なお、伊藤・前掲注82) 80頁、西川伸一「最高裁における「信頼」の文脈―『裁判所時報』における最高裁長官訓示・あいさつにみる―」年報政治学61巻1号（2010年）108頁も参照。

⁹³ この点について、田中成明は、司法部の政策形成につき「立法部・行政部の双方あるいは少なくともいずれか一方の支持・協力が得られるか、それとも、立法部・行政部の抵抗を圧倒しうほど強力かつ広範にわたる法曹階層・一般市民の支持・協力がなければ、実効的かつ円滑にはその政策目標を達成しえないと言ってよい。」と述べる。田中・前掲注66) 187頁。なお、「座談会 憲法と憲法学——日本政治思想史との対話」論究ジュリスト33号（2020年）114頁〔大

係を含めて把握されるのである。

このように、千葉に代表される、司法部の置かれた社会的、政治的状况を重要視する論者は、憲法解釈において優越的地位を占める司法部が、一定の社会的・政治的制約の中において憲法判断を下さなければならないことを自覚する。それゆえ、憲法判断において政治部門や国民といったアクターが、判決にどのような反応を示すかを考慮に入れる可能性を論ずるのである。その意味で、司法部の置かれた社会的、政治的状况を重要視する論者の主張は、違憲審査権の適切な行使には、「優れた政治的な判断力が必要であること」⁹⁴を説くものであろう。しかしながら、司法の優越を所与の前提としつつも⁹⁵、法と政治の峻別を説き、裁判所の非政治性を強調する立場が有力な我が国の学説にあっては、千葉が述べるような「司法部の立ち位置」論は、無用な政治的配慮を持ち込むがゆえに、結果的に、最高裁の憲法判断の意義や説得力を失わせると評価されることが多い⁹⁶。そして、違憲審査権の行使における社会的・政治的制約についても、度々学説において言及はされてきたものの、研究の蓄積は十分とはいえない⁹⁷。すなわち、司法部が、社会的、政治的状况を考慮しつつ、「その任務の遂行を通じて、統治機構全体において実現

河内美紀発言]も参照。

⁹⁴ 市川・前掲注18) 162頁。

⁹⁵ 我が国における司法の優越が、違憲審査の活性化などの要因によって動揺する可能性について言及する論稿として、川岸・前掲注2)や、同「リベラル・デモクラシーと裁判所——違憲審査の活性化に向けて」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳 奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2017年）401頁以下を参照。

⁹⁶ 山元・前掲注29) 28頁、高橋・前掲注2) 342-343頁、木下智史「日本の憲法訴訟の歴史と展望」憲法研究7号（2020年）95頁。

⁹⁷ この点について、見平典は、学界は、裁判所が政治的情勢判断を行うことについて否定的である一方で、「憲法裁判実務における政治的情勢判断の実態、その背景、その経験的な合理性や規範的な正当性、それを回避する方途等について、これまで必ずしも十分に立ち入った検討を行ってきたわけではなかったように思われる」と指摘する。見平・前掲注41) 213頁。また、千葉勝美は、「司法部の立ち位置」を考慮するか否かをめぐって、学者と実務家の感覚には乖離が見られることも指摘する。千葉勝美「裁判官とは何者か?——その実像と虚像との狭間から見えるもの——」一橋法学17巻2号（2018年）434頁。

されるべき憲法政治の担い手」⁹⁸として機能するための条件、あるいは、司法部が憲法解釈において最終的権威を保持し続けるためにはどのような判断を下すべきなのか、といった議論についての理論的な枠組みは、我が国においては必ずしも十分に形成されてこなかった。

第5節：比較対象としてのアメリカ

上記のように、近時の憲法学説にインパクトをもたらした千葉の「司法部の立ち位置」論は、司法部が置かれた社会的、政治的状況を重視する⁹⁹。そこで明らかにされたのは、憲法の最終的解釈権者であるはずの最高裁の脆弱性であった。千葉は、違憲審査の積極的行使により、司法部が政治的対立に巻き込まれることに懸念を表明するものであり、そうであるからこそ、彼の立論においては、社会や政治との関係における司法部の権威の確立に対する問題意識が強調されているのである。まさしく、「裁判所は、政治的・社会的真空の中で判断を行うわけではない」¹⁰⁰ことを示すものであるといえよう。

憲法解釈において優越的地位を占める司法部と、その判断における社会的、政治的制約に関する議論につき、十分な蓄積があるとは言えない我が国に対して、本論文が比較研究の対象とするアメリカにおいては、連邦最高裁の憲法解釈の優越性に関する議論や、政治部門や人民と司法部の相互作用の展開に関する議論が、今日に至るまで活発になされてきた。その要因としては、人種別学制度や人工妊娠中絶、銃規制や同性婚

⁹⁸ 土井真一「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法——憲法適合的解釈と一部合憲判決の位置づけ」土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018年）272頁。

⁹⁹ 千葉における、司法部と政治・社会の関わりを重視する傾向は、彼が執筆に携わった1990年の司法研究報告書でも見て取ることができる。『欧米諸国の憲法制度について——米国、西ドイツおよびフランスにおける憲法裁判制度の機能と歴史的、政治的背景——』司法研究報告書第43輯第1号（1989年）。

¹⁰⁰ 川崎＝大沢・前掲注40）17頁〔川崎政司執筆部分〕。なお、尾形健「権利保障と憲法的協働——政治部門・社会領域と司法府との「対話」をめぐる」公法研究78号（2016年）201頁以下も参照。

など、連邦の政治部門や州政府、さらにはアメリカ人民をも巻き込んだ激烈な対立を引き起こすであろう論争的な問題につき、司法部が憲法解釈を通じてその解決に乗り出してきた歴史の存在が挙げられる。司法部、とりわけ連邦最高裁が、政治部門や人民による反発が予想される憲法上の問題に乗り出す機会が多いほど、司法部の憲法解釈の優越性が問題となる機会も多くなる。それゆえ、アメリカの憲法学界においては、司法の優越の規範的正当性に関する議論や、実証的な観点から司法の優越を分析する議論、あるいは社会や政治と司法の優越との関係を論ずる議論などが、我が国に比して、活発になされてきた。このような議論は、時の連邦最高裁による司法の優越の宣明はもちろんのこと、司法の保守化を目論む政治部門による司法の優越に対する批判、あるいは1980年代以降の連邦最高裁の保守化に伴う、司法の優越に対するリベラル派の憲法学者による批判等を契機として、アメリカにおいて繰り返されてきたのである。

このような蓄積を有するアメリカの議論を、本論文は比較研究の対象とする。司法の優越が当然の前提とされてきた我が国にあっては、司法部が、政治部門や国民の動向などの「法外的要素」¹⁰¹を考慮しつつ判断を形成することについて、一般的には否定的な評価がなされてきた。しかしながら、千葉による「司法部の立ち位置」論が明らかにしたように、現実の社会、政治に向き合う司法部が、司法の優越を背景として積極的な違憲審査権の行使に打って出ることには、実際的な限界が伴う。こうした憲法実務の状況について、学界が立ち入った検討を重ねてきたとは評価し難い。そこで本論文は、アメリカにおける司法の優越に関する議論を検討することにより、我が国の司法部が、社会や政治と向き合いつつ、違憲審査権の行使を通じて憲法的価値の実現に寄与するための方向性を提示することを試みることにする。

第6節：論文の構成

アメリカにおける司法の優越に関する議論を比較対象として、本稿は

¹⁰¹ 見平・前掲注41) 213頁。

以下のように構成される。第1章では、本論文の主題の一つである司法の優越が、アメリカにおいて、いかにして支配的な見解となっていたのかを、連邦や州の各部門、さらには人民といった裁判所外のアクターの動向にも着目しつつ、検討する。第2章においては、司法の優越の規範的な正当化議論を検討する。具体的には、司法の優越と第二次大戦後のアメリカにおいて主流となった憲法理論との親和性、及び80年代以降に生じたディパートメンタリズムや人民立憲主義といった議論への反論として提起された、司法の優越の擁護に関する議論を検討する。第3章では、現実の憲法政治における司法の優越の揺らぎを検討する。具体的には、司法部の憲法判断が政治部門や人民との関係において維持されなかった事例、あるいは、司法の優越が政治部門によって構築された事例を検討する。第4章では、司法の優越の実際的な限界を踏まえた上での規範理論の構築について、アメリカにおける対話理論に着目しつつ、検討する。これら検討を踏まえ、最後に本論文の総括と結論を、終章において提示する。

日本の学問の自由とアメリカの アカデミック・フリーダム（1）

—— 高柳信一『学問の自由』再訪 ——

盛 永 悠 太

目 次

序論 問題の所在と本稿の構成について

第1節 先行研究の概観と問題の所在

第1款 学説における焦点

第2款 学説における高柳説の扱い（1）：原点として

第3款 学説における高柳説の扱い（2）：批判対象として

第4款 多様な「読み」あるいは「散在」？

第2節 本稿の分析手法・構成

第1款 本稿の分析方法

第2款 本稿の構成 (以上、本号)

第1章 学問への憧憬と公法学者への道程

第2章 『学問の自由』：市民的自由とプロフェッショナルリズムの架橋

第3章 アカデミック・フリーダムの生成と展開：継受と切断

第4章 世界大戦・冷戦とアカデミック・フリーダム：自由と忠誠

第5章 同時代の言説から見る高柳説

結論 高柳説とは何であったのか

序論 問題の所在と本稿の構成について

日本国憲法23条を巡っては、近年ある特定の学説を軸に議論がなされている。それは、高柳信一『学問の自由』¹（以下、高柳説）である。しか

し、同説に対する理解は一致しているとはいい難く、それどころか散在化している傾向にある。そこで、高柳説を再読すると共に、同説が依拠するアメリカのアカデミック・フリーダム (academic freedom)²の議論から内在的分析を試みる。以上が、本稿の目的である。

序論では、まず高柳説に対する学説の扱いを概観し、問題の所在と本稿の目的を示す（第1節）。次に、目的を達成するための手法を述べ、全体の構成について述べる（第2節）。

第1節 先行研究の概観と問題の所在

第1款 学説における焦点

日本国憲法23条（学問の自由）を議論の対象とする研究は、それが学問の自由を論じているにせよ、大学の自治を論じているにせよ、枚挙にいとまがない。とりわけ、2004年の国立大学法人法の制定、2015年の同法と学校教育法の改正に象徴されるところの、いわゆる「大学改革」を巡っては、広く学界全体において活発な議論がなされている。憲法学もこの例に漏れず、ここ数十年の論稿は、多かれ少なかれ「大学改革」を念頭に置いた議論であると言っても過言ではない^{3 4}。

¹ 高柳信一『学問の自由』（岩波書店、1983年）。

² 本稿の結論とも関わるが、筆者は日本の「学問の自由」とアメリカのアカデミック・フリーダムを異質な概念と捉える方が適切ではないかとの観点から、両者の表記を分けている（先行研究からの引用においては、原典表記・訳語のままである。また、訳語選択について先行研究や既存の訳を参考にしたものの、訳出は全て筆者の手による）。

もっとも、これは決して筆者独自の発想ではない。先行研究においては、アメリカの“academic freedom”を指して、括弧つきの「学問の自由」やアカデミック・フリーダムと表記する場合も少なくない。他ならぬ高柳説においても、そのように訳出されていることがある。

³ 学問の自由や大学の自治、そして「大学改革」に関する邦語文献は極めて膨大である。本稿が挙げるのはそのごく一部であり、憲法学の内外も含む数多くの文献から示唆を受けていることは言うまでもない。

憲法23条に関する学説の議論状況を概観するものとして、ここでは、以下の文献を挙げる。中村睦男「学問の自由と大学改革の新たな課題」憲法理論研究

ところで、23条に関する通説とはなんだろうか。現在の憲法学で「通説」と言った場合、芦部信喜が佐藤幸治らの見解が参照されることが多い⁵。ここでは芦部の議論を確認しよう。

芦部は、日本国憲法23条が設けられた理由に戦前の経験を挙げ、23条は個人の自由のみならず大学の自治をも保障する趣旨である、とする。すなわち、日本国憲法が独自の条項として学問の自由を保障した背景には、明治憲法時代の滝川事件や天皇機関説事件の歴史がある。そして、「学問の自由の保障は、個人の人権としての学問の自由のみならず、とくに大学における学問の自由を保障することを趣旨としたものであり、それを担保するための『大学の自治』の保障をも含んでいる」とされる⁶。この「大学の自治」は、「学問の自由の保障の中に当然のコロラリー」として含まれており、いわゆる『制度的保障』の一つと言うこともできる⁷という説明である。

会『憲法と自治』（敬文堂、2003年）85頁以下、同「国立大学の法人化と大学の自治」同『人権の法理と統治過程』（信山社、2021年）105-137頁、曾我部真裕「学問の自由」法学セミナー 495号（2021年）70頁以下。憲法学以外では、吉見俊哉「大学とは何か」（岩波書店、2011年）が名高い。同書の議論は、憲法学にとっても幾重にも重なる問題提起である。

⁴ もちろん、「大学改革」以外を対象にした論稿も少なくない。例えば、先端科学技術規制に関するものとして、戸波江二「科学技術研究の憲法問題」ジュリスト1022号（1993年）82頁以下、同「学問・科学技術と憲法」樋口陽一編『講座憲法学 4 権利の保障（2）』（日本評論社、1994年）79頁以下。

その他に近年の研究では、プロフェッショナル・スピーチ（専門職言論）について論じた井上嘉仁「プロフェッショナル・スピーチ（専門職言論）の類型化の意義：知識コミュニティ理論からのアプローチ」広島法学43巻4号（2020年）166-127頁、同「専門職言論（プロフェッショナル・スピーチ）と学問の自由——民主的能力の価値理論と自由論——」広島法学44巻4号（2021年）126-84頁がある。研究倫理や同僚性審査に関する著作として、中山茂樹「研究倫理審査を誰がおこなうのか（1）～（2）統治論としての学問の自由」産大法学50巻1・2号（2017年）111頁以下、同52巻1号（2018年）29頁以下がある。

⁵ 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第7版』（岩波書店、2019年）、佐藤幸治『日本国憲法論 第2版』（成文堂、2020年）。

⁶ 芦部・前掲注（5）173頁。

⁷ 芦部・前掲注（5）176頁。

周知のように「大学の自治」イコール「制度的保障」説に対しては、既に重要な研究が存在する^{8 9 10}。また近時の動向を見ると、分野横断的に「学問の自由」の国際比較を試みる研究が注目される¹¹。当該研究においては、我が国の「学問の自由」研究の課題の一つとして、憲法学における議論の不足・欠落も指摘されている¹²。

このように、近年では通説的見解や教科書の記述に対する批判も多く登場している。しかし、現状の議論の焦点はむしろ別にある。

それを明確に示すのが、堀口悟郎の議論である。その主張を端的に述べれば、次の如くである。我が国ではある学説の強い影響の下で、「学問の自由のコロラリー」としての「大学の自治」の担い手は教授会であり、その自治の核心は教員人事の自治であるとする「教授会自治論」が説かれてきた。しかし、これには法律上の根拠も判例上の根拠もなく、憲法23条（学問の自由）からの論理的導出も十分ではない。堀口が直接の批判対象とする学説こそ、高柳信一『学問の自由』である¹³。

次に、石川健治の見解を見てみよう。石川は、「市民的自由としての

⁸ 石川健治『自由と特権の距離：カール・シュミット「制度体保障」論・再考 [増補版]』（日本評論社，2007年）。

⁹ 栗島智明「ドイツにおける近年の大学改革と学問の自由——『学問マネジメント』の憲法適合性をめぐって——」法学政治学論究103号（2014年）233頁以下、同「大学の自治の制度的保障に関する一考察——ドイツにおける学問の自由の制度的理解の誕生と変容——」法学政治学論究106号（2015年）101頁以下。

¹⁰ 他には、守矢健一「『学問の自由』の制度的考察を始めるために」UP 2005年3月号20頁以下、同「『学問の自由』に係る日本の憲法解釈論の性格を巡って」大阪市立大学法学雑誌54巻1号（2007年）376頁以下などがある。

¹¹ 羽田貴史・松田浩・宮田由紀夫編『学問の自由の国際比較：歴史・制度・課題』（岩波書店，2022年）、羽田貴史・広渡清吾・水島朝穂・宮田由紀夫・栗島智明『危機の中の学問の自由：世界の動向と日本の課題』（岩波書店，2022年）。

¹² 羽田ほか『学問の自由の国際比較』・前掲注（11）308-310頁（羽田・松田・宮田執筆）、羽田ほか『危機の中の学問の自由』・前掲注（11）4頁（羽田貴史執筆）、52-54頁（栗島智明執筆）。

¹³ 詳細については、堀口悟郎「『教授会自治』と『教授の独立』」法学政治学論究103号（2014年）35頁以下、同「学問の自由と中央集権」憲法理論研究会編『対話と憲法理論』（敬文堂，2015年）61頁以下参照。

表現の自由（憲法21条）の平面から、大学論を組み立て直そう」とした高柳説を、「この考え方は、あくまで身分的特権の論理を一切介さずに、しかし、大学ないし大学人の特権を弁証しようとするもの」と評する¹⁴。また、制度体保障論に立脚する石川からすれば、高柳説は「憲法23条を、初発の段階で無効化してしまう企てであり、その後の大学論議において、大学の立場を著しく弱くする効果をもったことは、否定できない」という評価となる¹⁵。

他の近時の主要な議論に目を向けても¹⁶、高柳説を取り上げるのが恒例となっている。肯定的であれ否定的であれ、現状日本国憲法23条の議論において高柳説は一つの焦点と言っても過言ではない。

その高柳説について、ここで簡単に触れておこう。本来ならば、主著である『学問の自由』を扱うべきだが、同書の検討・分析は本稿の目的そのものに関わるため、ここでは取り上げない。その代わりに、『基本法コンメンタール 新版 憲法』の高柳の手による記述を参照することとしよう¹⁷。

高柳は、憲法23条の趣旨を次のように解する。すなわち、同条が保障する学問研究（の自由）とは、自然・社会法則の認識やそれらに伴う人間の福祉等の向上という点で「役に立つ」側面と、現在の認識や既存の体制・基本的価値観を疑い、絶えず変革を求める真理探求行為である点で「危険な」側面を有する。こうした危険な側面を抑圧し制約しようとする国家・社会に対し、学問研究を保障するのが23条の趣旨である、と¹⁸。

¹⁴ 石川健治「制度的保障論批判」現代思想2015年11月号（特集 大学の終焉：人文学の消失）119頁。

¹⁵ 石川・前掲注（14）120頁。

¹⁶ いくつかの例として、中富公一「学問の自由と大学の自治の原点と現点」全国憲法問題研究会『憲法問題30号』（三省堂、2019年）23頁以下、堀口悟郎「学問と統治」片桐直人・岡田順太・松尾陽編『憲法のこれから』（日本評論社、2017年）126頁以下。守矢・前掲注（10）。

¹⁷ 高柳信一「第23条」有倉遼吉編『基本法コンメンタール 新版 憲法』（日本評論社、1977年）102-108頁。

¹⁸ 高柳・前掲注（17）102頁参照。

その保障内容は、①個人（市民）の学問研究の自由、②研究教育機関における教員研究者の教育研究の自由、③大学の自治である。このうち、①は市民として一般に保障される（19条や21条の「学問研究面における特殊的現象形態」）ため、23条の保障の主眼は②と③にある¹⁹。

まず①に関して、何故思想・良心の自由や表現の自由といった市民的自由とは別個に学問の自由を保障したか、が問題となり得る。この点については、宮沢俊義²⁰や『註解日本国憲法』²¹、ドイツにおける議論を踏まえた上で、英米においては元来「学問の自由」の保障という発想はなかったものの、19世紀後半（四半期以降）は産業家・実業家理事による大学管理体制の下で、被傭者としての大学教員が理事機関からの干渉を受けずに研究・教育を遂行するために、「学問の自由」が提唱されていった流れが確認される²²。これを承けて、「学問の自由の保障は、一般の市民的自由以上の高度の自由の保障を内容とするものとするのは問題」とされる²³。

すなわち、23条の必要性は、研究手段から分離された研究者が、使用者にあたる機関設置者・管理者の諸権能（業務命令権、懲戒・解雇権）から、研究・教育業務の遂行を守ること求められる。研究者の持つ市民的自由（思想の自由、思想の表現・交換の自由）を研究教育機関内部に貫徹させ、回復させることに同条の意義がある²⁴。

こうした23条の内容として、①個人の学問研究の自由、②大学教員の教育研究の自由（指揮監督からの自由、懲戒権からの自由、身分保障）、③大学の自治（教員人事の自主決定権、研究教育内容・方法・対象の自主決定権、財政自治権、大学の自治・学生の自治）が挙げられている²⁵。

これらの内容で注目すべき箇所は、次の二点である。

第一点。個人の学問研究の自由においては、権力による特定の学説の

¹⁹ 高柳・前掲注（17）102頁。

²⁰ 宮沢俊義『憲法学Ⅱ 新版』（有斐閣、1971年）395頁以下。

²¹ 法学協会編『註解日本国憲法』（有斐閣、1953年）445頁以下。

²² 高柳・前掲注（17）102-103頁参照。

²³ 高柳・前掲注（17）103頁。

²⁴ 高柳・前掲注（17）103頁。

²⁵ 高柳・前掲注（17）103-105頁。

禁圧（天皇機関説事件）や学説の表現に対する刑罰（森戸事件）は許されないとされる一方で、これらの結果は23条の保障をまたず、思想の自由（19条）や表現の自由（21条）の保障によって当然もたらされる、とされている²⁶。

第二点。一般市民が自らの市民的自由を行使して不人気な見解を述べれば、（例えば顧客を失うという経済的な）しっぺ返しを甘受しなければならないのに対し、大学教員は身分保障によって、それを何ら受けずに好きに物を言えることが、市民社会の通常のルールに反する「過度の特権」と受け取られやすい。しかし、「教員研究者は、思想を表明することを専門職能上の業務としており、職責上思想を表明しない自由をもたない」。研究者が真理と信ずることを表明したことで、研究手段を奪われるというしっぺ返しを受けるのを容認するならば、専門職能の遂行が不可能となってしまう。それ故、研究者の身分保障は過度の特権ではなく、「教育研究という専門職能が……存在しうるための最低不可欠の必要条件」とされる²⁷。

以上、高柳説について瞥見した。次款からは、今日における同説への評価について見ていこう。

第2款 学説における高柳説の扱い（1）：原点として

高柳説に対する現在の憲法学界の扱いは、（実質的な修正や変容を伴う部分、再解釈や読み替えはあるものの）概ね肯定的に踏襲されている、と評価できる。以下、代表的な見解を取り上げていく。

最初に、常本照樹による2005年の日本公法学会の総会報告を取り上げる²⁸。同報告は、大学組織のモデルには同僚制・官僚制・法人制・企業制の4つが存在することを指摘し、世界的な「大学改革」の潮流の中で大学が固有の役割を果たすためには、同僚制の組織文化の維持が重要であること、他方で社会の要求に柔軟に対応しうる法人制の文化やステー

²⁶ 高柳・前掲注（17）102頁。

²⁷ 高柳・前掲注（17）104頁。

²⁸ 常本照樹「大学の自治と学問の自由の現代的課題」公法研究68号（2006年）1頁以下。

クホルダーを重視する企業制の文化が、制度的な平衡器として機能することが必要である、と論じた²⁹。

同報告は、従来想定されてきた①個人としての教員－国、②大学－国の二面的関係では大学内部の権力関係が問題とされていないことから、今後の憲法23条の適用対象は③教員－大学管理機関（学長・教授会）、④教授会－学長も加えた四面的関係を前提とすべき、と主張する³⁰。その上で、常本は、高柳説を「通説的見解によっては必ずしも適切に把握することができない雇用者としての大学法人と教員との関係をカバーしうるものであり、法人化後の国公立大学および私立大学にも、ともに適用しうる学問の自由の基本的分析枠組を提供している」、と高く評価する³¹。

次に、「高柳テーゼを引き継いで現在の状況に生かそうと」試みる松田浩の見解を取り上げる³²。松田によると、「学問の自由は内外の歴史において、大学の教員研究者と大学という組織体そのものに特別な保護を与えることが当然の前提とされてきたが、その趣旨と根拠について学説・判例では代表的な二つの立場が存在する」という³³。

まず憲法23条に関する初期の通説・判例は、ドイツ型の *akademische Freiheit* 概念をモデルとし、「学問の高尚性と学者・研究者のエリート性に根拠を求める特権説」であり、宮沢俊義、『注解日本国憲法』、東大ポポロ事件最高裁判決³⁴が代表例とされる³⁵。その特質は、①教授の自由の狭隘性、②学問と政治の峻別論、③国公立・私立区分論、④学生＝管理客体論にまとめられる³⁶。

²⁹ 常本・前掲注（28）1-7頁。

³⁰ 常本・前掲注（28）8頁。

³¹ 常本・前掲注（28）9-10頁、引用は10頁。

³² 加藤一彦・阪口正二郎・只野雅人編著『フォーカス憲法』（北樹出版、2020年）147頁（松田浩執筆）。

³³ 杉原泰雄編『新版体系憲法辞典』（青林書院、2008年）544頁（松田浩執筆）。

³⁴ 最大判昭和38年5月22日刑集17巻4号370頁。

³⁵ 杉原・前掲注（33）544頁（松田浩執筆）。

³⁶ それぞれ、「①教授（教育）の自由……は大学（高等教育機関）においてのみ認められ、教育の本質上、下級学校に至るにつれて、制限されること（教授の

こうした特権説に対する最も包括的な批判こそ、「市民的自由説（高柳信一）」であった³⁷。「ア・プリオリな学者・研究者のエリート性の承認を拒絶するこの説は、19世紀末以降のアメリカにおける academic freedom 概念をモデルとする歴史理論とともに構築されたが、解釈論上も特権説を批判する重大な帰結を導いている」³⁸。松田によれば、その特質は①教育の自由の拡大、②学問と政治の峻別否定、③国公立・私立一元論、④全構成員自治論である³⁹。

ドイツモデルとアメリカモデルとを対置させ、前者の代表を『註解日本国憲法』に、後者の代表を高柳説とした上で、アメリカモデル（＝高柳説）を採用する松田の基本的立場は現在も変わることがない⁴⁰。

自由の狭隘性）、②学問の自由は学問的見解にのみ認められるのであって、実際政策的見解には必ずしも及ばないこと（学問と政治の峻別論）、③憲法23条の名宛人は公権力であり、国公立の研究機関の教師研究者に保護を与えるものであって、私立機関においてはその設立目的に照らして内部における研究教育に一定の制約を加えることがありうること（国公立・私立区分論）、④大学の自治は、人事の自治の他に施設・学生管理の自治を認めるが、ここで学生は管理客体としてのみ扱われていること（学生＝管理客体論）」と説明される（杉原・前掲注（33）544頁（松田浩執筆））。

³⁷ 杉原・前掲注（33）544頁（松田浩執筆）。

³⁸ 杉原・前掲注（33）545頁（松田浩執筆）。

³⁹ それぞれ、「①教員研究者の専門職能（profession）として必要な自由として学問の自由が捉え直されるため、本質上専門職能であることに差異のないすべての教育機関の教員に、教授＝教育の自由が保障されるべきこと（教育の自由の拡大）、②体制批判の自由を含む市民的自由の一環として学問の自由が位置づけられるため、教師研究者の政治的表現の自由と学問の自由の垣根が相対化されること（学問と政治の峻別否定）、③大学を射程とする憲法23条の名宛人は、一般権力主体としての政府ではなく、大学設置者・管理権者とされるため、国公立大学のみならず私立大学の設置者も直接憲法上の名宛人となること（国公立・私立一元論）、④教師と学生との間の無形の精神的交渉というプロセスの自由（＝機能的自由）を大学の自治の本質要素として捉え、学生は単なる管理客体ではなく一定の自由と自治の主体性が認められるべきこと（全構成員自治論）」とされる（杉原・前掲注（33）545頁（松田浩執筆））。

⁴⁰ ただし、只野雅人・松田浩編『現代憲法入門』（法律文化社、2019年）256-257頁（松田浩執筆）における記述を見ると、見解の変遷も窺える。

高柳説に対する松田の評価は、「この市民的自由説は、細部に疑問の

松田は、『現代憲法入門』の「大学の自由と自治」の項目において、まず始めに東大ポポロ事件最高裁判決を持ち出す。すなわち、「憲法23条は学問の自由を保障しているが、最高裁はこれを2種に分け、一方で広くすべての国民の①学問的研究の自由と②研究結果発表の自由を保障するとともに、他方で『大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とする』ことから、特に大学におけるこれらの自由を保障しており、これは『一般の場合よりもある程度で広く認められる』とする。後者は、憲法論としての大学の本質規定から、23条に基づいて大学に『特権』を認めていると解される。そして、……③研究結果の教授(教育)の自由が保障され、また、これらの自由を保障するため『伝統的に④大学の自治が認められる』(同256頁)。

そして、「この『特権』論を基礎づける学説には2つの系統がある」。「第1は、大学人が『選ばれた人』であることを根拠に教授団(=制度体)の身分的特権として把握するドイツ型の説……で、ポポロ事件判決もこれを下敷きにしていると解される」(同256頁)。「第2は、学者でない素人(理事会)が設置管理する大学において、被備者にすぎない学者=専門職能(profession)がもつべき職務遂行の自律権として把握するアメリカ型の説」、すなわち高柳説である(同256-257頁)。

後者の説によれば、「大学は(公立私立を問わず)専門的学問のために捧げられた公共信託の財産であり、研究教育の内容・方法等についての判断権を専門職能に留保することによって、初めてその真理探求機能を十全に発揮できる。大学はパブリック・フォーラムのように一般私人の公共討議に開かれた『場』ではないが、政府(および私有)財産の管理権行使が学問コミュニケーションのために掣肘されるという点で、ここにも公共的な『場』の論理を見出すことができる(第2説が、第1説やポポロ事件判決のいう大学の自治の内容……に加えて、教員団を主体とする『研究教育の内容・方法等の自主決定権(個々の学問ディシプリンの内部では、内容上の主題・見解規制や固有の手続を遵守させることが必要不可欠になる)』と『財政自主権(ひものつかない研究費を請求する権利)』を特に認めるのは、以上の論理の帰結である)。2004年以降の国公立大学法人化によってアメリカ型を模した大学管理方式が一般化したことからすれば、ポポロ事件判決の趣旨を第2説によって読み替えていくのが妥当だろう」、と松田は論じる(同257頁、傍点原文ママ)。

ドイツモデル(『註解日本国憲法』とポポロ事件判決)とアメリカモデル(高柳説)を対置させつつ、後者を採用する基本姿勢は変わらないものの、以下の三点から見解が変遷しているのもまた確かである。

第一に、まず記述と考察上両方ともに、ポポロ事件の判示から出発している。

余地はあるものの、基本的には日本国憲法の普遍的人権観念に適合した卓抜な理論構成と評すべきだろう」という言明の通り、極めて高い⁴¹。高柳説に対する肯定的な評価の好例である。

その他にも、どのような点を評価するかは論者によるが、高柳説に好意的な論者は少なくない。例えば、高柳が大学の自治の中に財政自治権を含めていたことの先駆性を評価する見解⁴²である。こうした在りようは、中富公一の指摘するように高柳説が日本国憲法23条の一つの「原点」と昇華されていることの証左であろう⁴³。

それどころか、高柳説は「学問の自由」以外の領域でも、参照されることがある。その代表例が、高柳説をジャーナリストの職責としての「放

ポポロ事件判決を高柳説によって「読み替え」る選択肢を提示する点で、両者の垣根が相対化されている。

第二に、括弧つきではあるものの、憲法23条が大学に特権を認める規定であるとされ、ドイツモデル（『註解日本国憲法』と制度体保障説）にせよ、アメリカモデル（高柳説）にせよ、ともに大学の特権を基礎づける議論であると把握されている。

第三に、高柳説に対して、「大学……公共信託的財産」という説明を行い、「個々の学問ディシプリン内部では、内容上の主題・見解規制や固有の手續を遵守させることが必要不可欠となる」と述べる。

これらの点、特に第三点に鑑みると、上記見解は後述する長谷部恭男の見解に限りなく接近している、と評価すべきであろう。なお、第一点と第二点からは、かつての特権説と市民的自由説の違いが相対的なものと位置づけられていることが窺える。この点については、かつて守矢・前掲注(10)が指摘したように、『註解日本国憲法』と高柳説はともにプロフェッショナルリズムの地平に立っている点で共通している、と見做すべきだろう。

⁴¹ 杉原・前掲注(33) 545頁(松田浩執筆)。

⁴² 一例として、永山茂樹「大学の自治論の形成と課題」浦田一郎先生古稀記念『憲法思想と発展』（信山社、2017年）405頁以下。

これ以外にも高柳の先駆性として、英米において大学の学生入学決定権がアカデミック・フリーダムの構成要素とされていることに早くから着目していた点（高柳・前掲注(1) 81頁注5）、主に教員研究者の専門職能的自由の独善と頽廃を防止するために学問研究共同体・大学内部における学生の参与を求めていること（同130頁以下、高柳・前掲注(17) 106-107頁）が挙げられよう。

⁴³ 中富公一「学問の自由と大学の自治の原点と現点」・前掲注(16) 23頁以下参照。

送の自由」の領域において援用する西土彰一郎の議論である⁴⁴。この事實は、高柳説のポテンシャルが「学問の自由」論を越える可能性を示唆する。もっとも、西土はジャーナリストの職責としての「放送の自由」を語る文脈で、高柳説を引き合いに出している。このことから明らかな通り、西土の議論において高柳説は一種の職責論として位置づけられている。

このような見方は、高柳自ら「学問研究が、研究手段から切り離された研究者によって、一の専門職能（profession）として行われる」⁴⁵ことを前提としていることからすれば、決して不当な見方ではない。それどころか高柳は、しばしば「職責」⁴⁶や「専門職能」⁴⁷、「専門職能的自由」⁴⁸という表現を用いており、コンメンタールにおいては「教員研究者は、思想を表明することを専門職能上の業務としており、職責上思想を表明しない自由をもたない」⁴⁹とまで言い切る。

こうした高柳理解を突き詰めたのが、長谷部恭男の見解である。長谷部は早くから『学問の自由』は大学を典型とする高等研究教育機関のメンバーに認められる憲法上の特権であり、人が生まれながらにして持つ人権ではない⁵⁰と主張し、こうした特権を認める根拠を「学問の自由の象徴的意義」、すなわち「研究者には……自律的個人のモデルを示すことが期待されて」いることに求める論者であった⁵¹。近年の長谷部は、高柳説もこの種の議論に位置づけている⁵²。

最後に、本郷隆の議論も挙げるべきだろう。本郷は、学校教育法にい

⁴⁴ 西土彰一郎「言論の自由と情報統制——放送制度のゆくえ——」『憲法問題 第30号』・前掲注（16）56-57頁参照。

⁴⁵ 高柳・前掲注（1）61頁。

⁴⁶ 例えば、高柳・前掲注（1）128頁。

⁴⁷ 例えば、高柳・前掲注（1）130頁。

⁴⁸ 例えば、高柳・前掲注（1）131頁以下。

⁴⁹ 高柳・前掲注（17）104頁。

⁵⁰ 長谷部恭男『憲法の理性 増補新装版』（東京大学出版会、2016年）158頁（初出2004年）。

⁵¹ 長谷部恭男『Interactive 憲法』（有斐閣、2006年）206頁。

⁵² 長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）国民の権利義務（1）§§10～24』（有斐閣、2017年）482頁（長谷部恭男執筆）。

う大学（形式的意味の大学）と、「学問的コミュニケーションの保障」の要請の強さから憲法上自治が認められる大学（実質的意味の大学）を対置させ、後者への接近度を「大学性」と表現し、その高低に応じて大学の自治の強弱を考えるべきと主張する⁵³。

その本郷は、大学の自治の根拠として最終的には高柳説を採用している⁵⁴。すなわち、大学の自治の根拠論を検討する中で、制度的保障論（芦部信喜・種谷春洋）、功利主義（長谷部恭男）、職責論（蟻川恒正）、機能的自由論（高柳信一）を挙げた上で⁵⁵、高柳の機能的自由論を基礎に、「大学の自治」を「大学における学問的コミュニケーションの保障」と捉えたのである⁵⁶。この本郷の議論で何よりも注目すべきなのは、「大学性」への接近度合いに応じて大学の自治の強弱が変化するという議論と、大学の自治の根拠として高柳説を採用することが、矛盾なく結びついていくという点である。

第3款 学説における高柳説の扱い（2）：批判対象として

先に挙げた堀口悟郎や石川健治の議論に顕著であるが、いわゆる「大学改革」の進展と軌を一にする形で、高柳説とその理論的帰結に対しては肯定的評価と同時に根本的な批判も投げかけられるようになった。

例えば、先述したように常本照樹は高柳説に好意的な評価を下す論者であるが、同時に高柳説それ自体の限界も率直に指摘している。すなわち、合衆国憲法と異なり日本国憲法が23条で学問の自由を明文で保障し

⁵³ 本郷隆「大学の自治に関する試論——社会・正当性・構造——」東大ローレビュー第7号（2012年）85-87頁参照。本稿では取り上げなかったが、市民的自由や特権ではなく、職責としての「学問の自由」を主張するのが蟻川恒正である：蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法 1 現代国家と法』（岩波書店、1991年）191頁以下、同「国立大学法人論」ジュリスト1222号（2002年）60頁以下。

⁵⁴ 本郷・前掲注（53）80頁。

⁵⁵ 本郷・前掲注（53）75頁以下参照。各論者の議論を、本郷の考えるような意味においてそれぞれ別種の根拠論とまで理解できるかは、筆者も疑問なしとはいえないものの本稿ではこの問題には立ち入らない。

⁵⁶ 本郷・前掲注（53）80頁参照。

ていることに鑑みれば、高柳説の「学問の自由の保障内容を、雇用関係に基づく拘束からの自由に限り、それ以外の研究の自由や発表の自由を思想の自由や表現の自由などの市民的自由に解消し、研究者といえども同僚市民と異なった手厚い自由を保障されるべきではないとする考え方については、なお検討の余地がある」、と⁵⁷。表現の自由（21条）と学問の自由（23条）が適用される状況の違いとして、常本は次のような例を挙げる。「例えば、直截的な性的表現物であって21条の保障から外れるようなものであっても、医学研究に用いられる場合には許容されうるとしたら、それは23条の保障があるからと考えるのが自然ではないであろうか」⁵⁸。これは、高柳説が憲法19条や21条に対する23条固有の意義をほとんど認めていないことに対する批判である。

高柳は、個人の学問研究の自由自体は19条や21条の領分と見做している⁵⁹。それ故、議論の方向性は、財政自治権にしろ、学生の自治にしろ、学問研究共同体や大学の自治という制度論へ向けられる。裏を返せば、高柳説が度々強調する「教員研究者の専門職能的自由」⁶⁰を法学的に見た場合、それらは思想の自由や表現の自由に回収される自由である⁶¹。

あるいは次のような問題もある。高柳は、「教員研究者の真理探求の自由」と「思想の自由市場」論を結びつけ⁶²、研究者の真理探求の自由は、大学という法的環境の中に入り込んだ思想の自由とする⁶³。

しかしながら、学問の自由と思想の自由市場論を結びつけることに對しては、他ならぬ長谷部説による批判が今日つとによく知られている⁶⁴。

⁵⁷ 常本・前掲注（28）10頁。

⁵⁸ 常本・前掲注（28）10頁。

⁵⁹ 高柳・前掲注（17）102頁。

⁶⁰ 高柳・前掲注（28）131頁。

⁶¹ なお、守矢「『学問の自由』の制度的考察を始めるために」・前掲注（10）25頁以下、同「『学問の自由』に係る日本の憲法解釈論の性格を巡って」・前掲（10）390頁以下は、『註解日本国憲法』も同じ立場であると見做す。

⁶² 高柳・前掲注（1）118-121頁。

⁶³ 高柳・前掲注（1）121頁参照。

⁶⁴ 長谷部・前掲注（52）484頁。別の文献では、次のような説明がなされている：「罪刑法定主義の廃棄を主張する研究者が刑法の教授職を得られなかったから

その眼目は、表現の自由は内容に基づく規制が許されないのに対し、学問の自由（学術活動）はむしろ内容に関する規制があつて成立する、という認識である。なぜならば教員への評価は、彼の研究内容や見解に基づいてなされ、研究活動も「当該学問分野の伝統に基づく実験・観察・論証等の規律に即した研究であり、公表であつてはじめて、研究活動として認められ」、「科学的な真理は、自由市場での競争の結果として得られる多数決では発見され得ない」ためである⁶⁵。

ここまでは、高柳説に対して比較的肯定的な論者からなされた批判である。しかし、近年の高柳説に対する代表的な批判としては、先に見た石川と堀口の批判が存在する。

特に、堀口の見解は、我が国の憲法学においてある種自明のものとされてきた「大学の自治＝教授会自治」論を相対化するだけではなく、教授会自治論の負の側面について指摘する点でも重要である⁶⁶。堀口が、高柳説における大学の自治論を、「各大学の自治」の枠内で認められているに過ぎない「専門職能自治」⁶⁷と評していることは、高柳説が依拠する前提を考える上で見過ごせない。

あるいは、栗島智明が示唆するように、そもそも高柳説を（特権説に対置されるという意味での）市民的自由説と位置づけること自体が、本当に自明のものなのかという問題もある⁶⁸。栗島の指摘に従えば、やはり今日「市民的自由説」対「特権説」という図式には慎重な見方を取る必要があろう。

といて、見解に基づく不当な差別であるとは通常考えられないであろう」（長谷部恭男『憲法 第8版』（新世社、2022年）240頁）。

⁶⁵ 長谷部・前掲注（52）484頁。

⁶⁶ この点については、堀口『「教授会自治」と「教授の独立」』・前掲注（13）58頁参照。

⁶⁷ 堀口「学問の自由と『中央集権』」・前掲注（13）71頁。

⁶⁸ 栗島智明「大学の自治・学問の自由」山本龍彦・横大道聡編『憲法学の現在地』（日本評論社、2020年）220頁注2。栗島は、23条が市民的自由を教育研究機関内部に貫徹させる時点で、それは「単なる」市民的自由ではなく、結局は23条によって研究者に認められる特殊な権利ということになること。それを「高度な自由」とか「特権」と呼ぶかは言葉の定義の問題であるが、高柳も一般市民と研究者を同列に扱っていない、と指摘する（同上）。

第4款 多様な「読み」あるいは「散在」？

ここまで見てきたように、高柳の議論は現在でも23条に関する先行研究として頻繁に引用され続け、概ね肯定的な評価を下される傾向にあると言える。確かに近年では有力な批判が登場しているものの、裏を返せば、それは高柳説に対する憲法学界での評価が23条解釈におけるある種の「通説」として扱われる域に達しているためである、と言っても過言ではない。しかしながら、ここまでで既に示唆されていたように、各論者によって高柳説をどのような観点で理解し評価しているかは相当程度異なっていることは、見過ごしてはならない。

例えば、一方で、松田のように高柳説を特権説と対置される市民的自由説として理解する論者がいれば、他方で、長谷部のように高柳説を「学問の自由＝憲法上の特権」の流れに位置づける論者もいる。あるいは、本郷のように基本的には高柳説（機能的自由論）に立脚しつつも、従来からするとラディカルな（ように見える）議論を展開する論者もいる。

ともすると、これらは各論者の関心や注目する点の違いに過ぎないとも受け取れる。しかし、筆者は必ずしもそれに尽きないと考える。すなわち、高柳説はその研究動機や参照した文献といった多様な背景・文脈から成り立つことに加え、高柳本人の前提や記述それ自体が解釈の分かれるものであった。こうした理由から、高柳説が多様な解釈を可能とする学説である一方で、高柳説に対する理解が散在してしまっているのではないだろうか。それ故に、学生自治論や「市民的自由」説に象徴される反特権・反帝国大学的な高柳像が存在する一方で、彼自身がプロフェッションナリズムの前提を有するため、専門職能論（プロフェッション論^{69）}の色彩が常に議論につきまとう⁷⁰。

⁶⁹ 松田浩「プロフェッション論の自律—中間団体の居場所—」全国憲法問題研究会編『憲法問題 第24号』（三省堂、2013年）43頁以下。

⁷⁰ その意味で、高柳説を「この考え方は、あくまで身分的特権の論理を一切介さずに、しかし、大学ないし大学人の特権を弁証しようとするもの」と評する石川・前掲注（14）119頁の指摘は正鵠を射る。

また関連して、守矢「『学問の自由』に係る日本の憲法解釈論の性格を巡って」・前掲注（10）が、一方で『註解日本国憲法』の記述の背景には「大学教授が一種の精神的特権階級であるという認識が³」（同396頁）あり、他方で高柳説

確かに学説の受容のされ方が多様であることは、必ずしも否定されるべきことではないかもしれない。しかし、ここまで本稿が明らかにしたように、現状の高柳説の学説における位置づけは散在化している。少なくとも、散在化の理由を解明することなしには、今後も高柳説を「原点」として扱うことが困難となるだろう。

こうした状況を解きほぐすには、いくつかの観点から同説を内在的に分析することを試みる必要があるだろう。しかしながら、管見の限り、高柳説を内在的に分析する本格的な研究は未だ存在しない。

この点、既に見たように先行研究では、石川、堀口、栗島らによる高柳説批判がなされているが、彼らの議論は高柳が依拠していた英米法ではなく、主としてドイツやフランスといった他国の議論や日本における議論(と再解釈)に依拠した批判である。また英米法という点では、常本、松田、長谷部らの議論が挙げられるが、彼らも高柳説に対する批判や再解釈・再検討はするものの、「高柳説が依拠していたアカデミック・フリーダムの議論とは一体何だったのか」という立場には立脚していない。

折しも、近年では高柳もその当事者であるところの「戦後憲法学」が学界の研究対象となっている⁷¹。また他分野を見ても、近刊の天野郁夫『新制大学の時代』⁷²や寺崎昌男『日本大学史』⁷³のように戦後を対象とした大学史研究が登場し、1960年代そして学生という存在をどう扱うか(どう位置づけるか)という問題が意識され始めている⁷⁴。憲法学にとっても、「戦後憲法学」の紛れもない一員であり⁷⁵、大学管理法案や大学紛争・

が「ロマンティックに」市民に対する「学者の精神的優位性」を語るものである(同401頁)と見做していたことは、両者がプロフェッショナリズムという共通の地平に立つ議論であることを指摘する議論として、注目される。

⁷¹ 出口雄一・鈴木敦編『戦後憲法学の群像』(弘文堂, 2021年)。この他、宍戸常寿・石川健治・清水真人・毛利透「『座談会』憲法学の75年」論究ジュリスト36号(2021年)423頁など。

⁷² 天野郁夫『新制大学の時代』(名古屋大学出版会, 2019年)。

⁷³ 寺崎昌男『日本大学史』(東京大学出版会, 2020年)。

⁷⁴ 五島敦子・戸村理・羽田貴史・原圭寛・天野郁夫・寺崎昌男「書評 天野郁夫・高等教育史と寺崎昌男・大学史を読む」大学史研究30号(2021年)272-273頁。

⁷⁵ 樋口陽一「『自ら好んで戦いにくい戦場を選ぶような議論』をすることにつ

学生叛乱に揺れた時代に「学問の自由」を論じた高柳の議論を内在的に分析することは、喫緊の課題であろう⁷⁶。

それは大きく次の三つの観点からなされるべきである。第一に、高柳が「学問の自由」を研究するまでに至る経緯と、彼が生きた「戦後」とりわけ1960～70年代の時代状況や環境の洞察。第二に、高柳が頻繁に用いた市民的自由と「学問の自由」の二つの自由論の解説。第三に、高柳が研究を行う上で参照した（当時の）アメリカのアカデミック・フリーダム（academic freedom）の議論の解明。この三つを乗り越えることは、今後高柳説を取り扱う上で避けては通れない。

以上の理由から、本稿は高柳説の内在的分析を試みる。次に、本稿の目的を達成するための具体的な分析方法と、構成を述べる。

第2節 本稿の分析手法・構成

第1款 本稿の分析方法

先に述べたように、本稿は高柳説を内在的に分析することを目的とする。ここでいう「内在的」とは、次の三つの観点によるものである。

第一に、高柳が「学問の自由」を研究するまでに至る経緯と、彼が生きた「戦後」とりわけ1960～70年代の時代状況・環境。

第二に、高柳が頻繁に用いた市民的自由と「学問の自由」の二つの自由論。

第三に、高柳が研究を行う上で参照した（当時の）アメリカのアカデミック・フリーダム（academic freedom）の議論。

いて」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』（三省堂、2015年）4頁参照。「戦後憲法学」について、ここでは以下の文献を挙げるにとどめる：出口雄一・鈴木敦「『戦後憲法学』とは何か」同『戦後憲法学の群像』・前掲注（71）1-15頁（とりわけ1-7頁参照）、石川健治「アプレ・ゲール、アヴァン・ゲール——コードとしての『戦後』」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、2011頁）1-17頁、辻村みよ子・長谷部恭男・西原博史・中島徹「座談会 憲法理論の再創造」同505-529頁。

⁷⁶ 本稿執筆時点では、堀口悟郎「学問の自由論の金字塔——卓越した理論家・高柳信一が遺したもの」季刊教育法212号（2022年）84-88頁がある。

この三つの観点からの分析のために、筆者は次の方法を採用することとした。まず①主著『学問の自由』を再読し、他の業績との関連性を見出す。次に、②高柳が依拠したアメリカのアカデミック・フリーダムの内実を明らかにする。そして、③高柳の「学問の自由」論が同時代において有していた意義（1960～70年代の他の公法学者や大学人の議論との共通点・相違点など）を探究する。

①については、はじめに高柳が研究者としての人生を歩むまでの道程、研究対象を「学問の自由」とするまでの経緯を明らかにする。その上で、本稿は、1960年代末に東京大学社会科学研究所から刊行された論文集『基本的人権』に収められた高柳の二つの論文、「近代国家における基本的人権」⁷⁷と、「学問の自由と大学の自治」⁷⁸に着目する（後者は、後に『学問の自由』に収録される⁷⁹）。この両者を結びつけるものこそ、いわゆる思想の自由市場論であった。

②については、高柳が著作の中で最も引用・言及の頻度が高い文献を手掛かりに考察する。それは、Richard Hofstadter & Walter P. Metzger の“The Development of Academic Freedom in the United States”⁸⁰と、Robert M. MacIver による“Academic Freedom in Our Time”⁸¹である。この二冊は、アメリカがマッカーシズムの渦中にあった中、当時のColumbia 大学内に設けられた「アメリカにおけるアカデミック・フリー

⁷⁷ 高柳信一「近代国家における人権」東京大学社会科学研究所編『基本的人権 1 総論』（東京大学出版会、1968年）。

⁷⁸ 高柳信一「学問の自由と大学の自治」東京大学社会科学研究所編『基本的人権 4 各論 I』（東京大学出版会、1968年）。

⁷⁹ 高柳・前掲注（1）43頁以下。

⁸⁰ RICHARD HOFSTADTER & WALTER P. METZGER, THE DEVELOPMENT OF ACADEMIC FREEDOM IN THE UNITED STATES (Columbia University Press, 1955). 邦訳として、R. ホフスタッター（著）、井門富二夫・藤田文子（訳）『学問の自由の歴史 I カレッジの時代』（東京大学出版会、1980年）、W. P. メツガー（著）、新川健三郎・岩野一郎（訳）『学問の自由の歴史 II ユニバーシティの時代』（東京大学出版会、1980年）がある。

⁸¹ ROBERT M. MACIVER, ACADEMIC FREEDOM IN OUR TIME (Columbia University Press, 1955).

ダム研究委員会 (American Academic Freedom Project)』の成果である。その企画メンバーの中には、当時の日本とも縁深い公法学者 Walter Gellhorn も加わっていた⁸²。

高柳がこの本を頻繁に引用する理由は、明言されていないものの推測はできる。『学問の自由』巻末のあとがきによれば、高柳は1957年から Columbia 大学ロースクールでの在外研究に赴き、そこで前述の Walter Gellhorn の指導を受けている。高柳は、在外研究中、Gellhorn から「文献・判例・資料等について適切な助言」だけでなく、「これに関する研究者、アメリカ大学教授協会 (AAUP) の指導的理論家、教育行政官僚等との面接に関し積極的に紹介の労をとる」等の助力を受けた、という⁸³。定期的にマッカーシズムの傷跡が未だ色濃く残る1950年代後半、アカデミック・フリーダムに関する研究委員会が設けられていた Columbia 大学に在外研究に赴いた高柳が、当の委員会のメンバーであった Gellhorn を通じ委員会の研究成果に目を通したことが推定できる。

この二冊は、高柳の著作の中で引用頻度が最も多い（筆者が数えた限りで合計74回に昇る）。高柳説は、しばしば機能的自由説⁸⁴とも呼ばれるが、この機能的自由という言葉も MacIver の著作からの借用のようである⁸⁵。もっとも、これだけでは、検討する理由としてはやや薄弱なことは否めない。しかし、高柳がその著作の中で次のような記述をしていることに着目したい。

「……このような〔筆者注：民主主義や市民的自由を擁護する立場の人間から生ずる、アカデミック・フリーダムに対する強固な〕懷疑や反感は、主として特殊アメリカの精神風土の下で明瞭な形をとらしめられることが多いことは、注意されなければならない。……この問題がアメリカ社会に根強く存在している反知性主義

⁸² 「解説」『学問の自由の歴史Ⅱ』・前掲注(80)693頁以下(井門富二夫執筆)参照。

⁸³ 高柳・前掲注(1)372頁。

⁸⁴ 「学者の身分の特権ではなくて、学問研究共同体における真理探求のプロセスの自由を保障する『機能的自由』」(高柳・前掲注(1)41頁)。

⁸⁵ 高柳・前掲注(1)42頁注11参照：See, MacIver, *supra* note 81, p.10.

(anti-intellectualism) と関係があることは否定できない。……しかし、そのような背景の下にうちだされてくる命題自身には、アメリカ的特殊性を超える『学問の自由』一般にかかわる問題性が含まれていると筆者は考えている」⁸⁶。

ここでは、“The Development of Academic Freedom in the United State”の一方の著者である Richard Hofstadter の『アメリカの反知性主義』が引かれている⁸⁷。高柳は、「学問の自由を広汎な国民一般の市民的自由の基盤の上に正しく構成しなおす」⁸⁸ことを目的としていた。日本においても、アメリカにおいても、学問の自由が民主主義や市民的自由と敵対的なものと捉えられがちな傾向があるため、学問の自由の正当性を弁証する必要がある、という高柳の問題意識。それを繋ぐものが、Hofstadter だったのではないだろうか。

ところで、Hofstadter & Metzger は刊行から間もなく本国で評判となっており⁸⁹、日本においても寺崎昌男が、博士論文の執筆と審査を体験した1960年代末を振り返って、様々な点で「大きな影響を受けた」と回想している⁹⁰。既に1960年代末において日本でも高い評価を受けていた同書を、高柳はいち早く議論に取り入れて「学問の自由」を論じていたことは見過ごされるべきではなく、それと双壁をなす MacIver の著作にも少なからず依拠していることは、重視してもよいだろう。

以上の理由から、本稿は高柳が参照し（そして再構成し）たアメリカのアカデミック・フリーダムを解明するために、上記の書籍を中心に据えることとする。これらに書かれている内容と高柳説の内容を照らし合わせることで、両者の共通点・相違点が明らかとなり、高柳が依拠・参

⁸⁶ 高柳・前掲注（1）57頁注4。

⁸⁷ Richard Hofstadter, ANTI-INTELLECTUALISM IN AMERICA LIFE (Vintage Books, 1962): 邦訳として、リチャード・ホーフスタッター（著）、田村哲夫（訳）『アメリカの反知性主義』（みすず書房、2003年）。

⁸⁸ 高柳・前掲注（1）47頁。

⁸⁹ 「解説」『学問の自由の歴史Ⅱ ユニバーシティの時代』・前掲注（80）694頁（井門富二夫執筆）。

⁹⁰ 寺崎昌男『大学研究の60年』（評論社、2021年）75頁。

照したアメリカの議論→高柳による再構成→日本国憲法23条の解釈論という一連の流れを追体験することができるだろう。

無論、高柳は英米の多くの文献を引用しており、決して上記の二冊のみから議論を組み立てているわけではない。そのため、他の文献との照らし合わせ・突き合わせを行い、分析の精度を上げる必要があるだろう。

③については、1960年代前半の大学管理法案、60年代末からの大学紛争・学生叛乱の時期の「学問の自由」や「大学の自治」に関する研究者・大学人の言説を用いる。高柳にとっては上の世代にあたる宮沢俊義や田中耕太郎、森戸辰男らの議論、同世代にあたる小林直樹、永井道雄らの議論、後続世代にあたる樋口陽一、石井紫郎らの議論との比較から、今日高柳説と呼ばれる学説が同時代の言論空間においていかなる意義を有していたのか、そして高柳本人の意図はどこにあったのかを明らかにすることを試みる。

第2款 本稿の構成

以上を踏まえ、本稿は次のような構成を採用する。

まず、第1章では高柳の研究者人生のうち初期のキャリアを確認した上で、論文「近代国家における基本的人権」を扱う。当該論文は、真理探究行為と思想の自由競争の原理の結びつきを掲げる点で、高柳の「学問の自由」論と明確に関連しており、高柳説を内面的に見る上で欠くことはできない⁹¹。

続く第2章では、主著『学問の自由』を取り上げて、高柳説が念頭に置いていた事象、主張とその根拠、論理展開と構造の解剖を行う。ここまでの議論を踏まえ、高柳説とその意義について、一度まとめることとする。

第3章は、Hofstadter & Metzgerを中心とした叙述を行う。同書がどのような観点の下で、いかなる事実を取り上げてアメリカのアカデミック・フリーダムの生成と発展の歴史を描いたのか、そして高柳説にどの部分が継承・継受され、逆にどの部分が捨象・切断されたかを明らかにする。

⁹¹ 高柳・前掲注(77) 126-127頁参照。併せて、高柳・前掲注(78) 438-448頁参照：高柳・前掲注(1) 119-129頁参照。

かとする。

第4章では、MacIverの著作ならびに比較的時期の近い著作を扱う。ここでは、主にマッカーズム期のアメリカ社会を念頭に置くMacIverの議論と高柳説の内容を突き合わせることで、高柳説への継承・切断を明らかとする。その後、第3章での作業と併せて、高柳が日本国憲法23条を解釈するための論拠として提示した「アカデミック・フリーダム」と、Hofstadter & Metzger および MacIver を含めた当時のアメリカの知識人・大学人たちが描き、捉えていた理念との共通点・相違点を考察する。

以上の作業を踏まえ、第5章では再び日本に戻る。ここでは、1960年代から70年代にかけての「学問の自由」に関する言説と高柳の議論を比較参照することで、高柳説がいかなる学説であったのかを、第1章から第4章までとは異なる角度から解明することを試みる。高柳説を、大学管理法案（1960年代前半）や大学紛争・学生叛乱（1960年代末～70年代）という当時の時代状況・環境、事象を通して見ることで、同説が現実に対してどのように向き合ったのかが提示される。

結論では、本稿の内容をまとめた上で、今後高柳説をいかなる学説として扱うべきかを論じる。予め、筆者の見解を述べれば、次の如くである。すなわち、近年の学説は、旧くは特権説とされた『註解日本国憲法』などの議論と高柳説との共通性・連続性を重視する傾向にある。この点、確かに先端科学技術の発展に関する記述を見れば、結局の所、高柳本人も現実の次元では一般市民と専門研究者の間の差異を認めていた面はあると思われる⁹²。

しかしその上で、筆者は、個人の「学問の自由」に限って言えば、高柳は23条の内容に19条や21条を超えるものを観念していなかった、または極力それを排除しようとした（その意味で、常本説の理解が妥当である）、と主張する。

すなわち、高柳にとって23条とは、大学という「学問研究共同体内部」に思想の自由な交易の原理（市民的自由）を貫徹しうる条件確保のため

⁹² 高柳・前掲注(17) 104頁参照。しかし、その場合でも今日における「学問研究」の中には、19条の保障内容と重複するかは疑問に思えるものも多いことに留意する必要がある（この点、栗島・前掲注(68) 221頁参照）。

の規定であり⁹³、その「条件」に該当するのが大学の自治であり、その当時の現代的課題が財政自治権や大学における学生という問題であった。高柳の狙いは、日本国憲法に「学問の自由」と思想・表現の自由が両立していることを正統化し、1960年代以降は絶えず攻撃されていた大学（ひいては教授会自治）の正統性を弁証することにあった。その根拠に彼が用いたのがアメリカの議論であり、そこから彼が導いたアカデミック・フリーダムとは、「理事会に対する専門職としての教員」像＝専門職能（profession）論であった。この専門職能（profession）論は、市民的自由を大学という法的环境の内側に妥当させ⁹⁴、持ち込むための理屈付けとして機能する。

高柳は、日本国憲法下での23条それ自体の正統性と大学・教授会自治の正統性に専門職能（profession）論を用いたが、この議論は制度論としての23条の内容には係っても、自由権としての23条の内容そのものには係らなかった（そしてこれが、かつての特権説と市民的自由説の対立要因であり、今日の長谷部説のような高柳解釈が可能となる所以である）。

しかし、高柳説が依拠した「アメリカのアカデミック・フリーダム」とは、他ならぬ彼自身による再構成を経て、我が国の憲法学に紹介されたものである。現実のアメリカで認識されていたはずのドイツからの影響と、その後の「教授の自由（Lehrfreiheit）」の受容、「学習の自由（Lernfreiheit）」の切断という一連の現象から、「学習の自由」の切断を削ぎ落とし、「学外言論」のような（我が国からすれば）特異な論点⁹⁵を

⁹³ 高柳・前掲注（1）40頁。

⁹⁴ 高柳・前掲注（1）121頁。

⁹⁵ この問題について、盛永悠太「『学外言論（extramural speech）』と学問の自由：専門と無関係な市民としての大学教員の言論は、学問の自由の行使といえるか」北大法政ジャーナル25号（2018年）61頁以下の参照を乞う。

旧稿に関連して、“extramural speech”をどう訳すかという問題についての現時点での筆者の考えを述べておきたい。この言葉は、アメリカの Matthew Finkin と Robert C. Post が共著の中で主張したもので、「学者としての専門的知識や所属機関のいずれにも無関係な市民としての立場で教員団（faculty）によりなされた言論であり、典型的には公的関心事についての言論」を意味する（MATTHEW FINKIN & ROBERT C. POST, FOR THE COMMON GOOD: PRINCIPLES OF

捨象して描かれたアカデミック・フリーダムが、継受された。このため、高柳の見たアメリカをそのまま受容することには注意を要する。

以上が、本稿筆者の高柳説に対する理解である。しかしながら、公法学者の高柳信一の学説を理解する上で、もう一つ見過ごされてはならない論点がある。それは、1960年代から70年代にかけての「大学改革」や大学紛争・学生叛乱という現実に対峙した知識人としての高柳の姿である。知識人の役割が多様化し、「学問の自由」と政治的行為の垣根や限界も問われる今日において、あくまでも「学問の自由」の歴史と理論をもって改革や政治の論理に対抗しようとした高柳の実践をどのように評価すべきか。最後に、この問題についての試論を提示したい。

【付記】

筆者は、2022年6月30日に北海道大学より博士（法学）の学位を授与された。本稿は、博士論文に大幅な加筆修正を加えたものである。

AMERICAN ACADEMIC FREEDOM (Yale University Press, New Haven & London, 2009), p. 127)。

この定義は、学者や研究者の専門分野（および所属機関の政策や学内行政）との関係の有無が要件となっている。そのため、例えば「領域外言論」、「適性外言論」という訳語の方が適切と思われるかもしれない。しかし、次の二つの理由から筆者はそうした訳語を採用することに否定的である。第一に、Finkin と Post が著作の中で所属機関の政策や学内行政に関する言論として、“intramural speech” という類型も挙げている (*Id.* at pp. 113-126)。第二に、Finkin や Post の議論と、彼らが根拠として挙げる全米大学教授協会 (AAUP) の声明や各時代の議論における“extramural”という言葉の意味内容の相違には注意を要すべきと思われること。以上の理由から、本稿においても“extramural speech”は「学外言論」と表記することとした。

執筆者紹介（掲載順）

齊 藤 正 彰 北海道大学大学院法学研究科教授
辻 康 夫 北海道大学大学院法学研究科教授
鈴 木 繁 元 北海道大学大学院法学研究科助教
盛 永 悠 太 北海道大学大学院法学研究科助教

令和5年1月23日 印 刷
令和5年1月30日 発 行

編 集 人 岸 本 太 樹
発 行 人 北海道大学大学院法学研究科長
尾 崎 一 郎
印 刷 北海道大学生協同組合
情報サービス部
札幌市北区北8条西8丁目
TEL 011(747)8886
発 行 所 北海道大学大学院法学研究科
札幌市北区北9条西7丁目
TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948
ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 73 January 2023 No. 5

CONTENTS

ARTICLES

State Redress Act and Legislative Omission	Masaaki SAITO	1
Methods and justifications of language preservation policies: with a focus on Quebec and North American Indigenous communities (1)	Yasuo TSUJI	23
Law and Politics on Judicial Supremacy (1)	Shigemoto SUZUKI	51
“Academic Freedom” in Japan and United States (1): Revisiting SHINICHI TAKAYANAGI, ACADEMIC FREEDOM	Yuta MORINAGA	77

[]...Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan