



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第74巻 第1号 全1冊
Citation	北大法学論集, 74(1)
Issue Date	2023-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/89446
Type	journal
File Information	lawreview_74_1_all.pdf



北大法学論集

第 74 卷 第 1 号

論 説

- 規制目的二分論の二分論 齊 藤 正 彰 1
- 言語保全政策の手法と正当化（2・完）
—— 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（2）
—— アメリカにおける議論を手掛かりとして ——
..... 鈴 木 繁 元 53
- 公権の現代化（5）
—— EU環境法における「個人の権利」とそのドイツ行政法に対する
影響を手がかりとして —— 谷 遼 大 164[1]

判 例 研 究

- 民事判例研究 吉田 邦彦・戴 孟達・袁 傑 91

雑 報

- 北海道大学法学会記事 123

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 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)
 権左 武 志 (政 治 思 想 史)
 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 一 (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)
 山下 竜 一 (行 政 法)
 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)
 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)
 鈴木 敦 (憲 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-ロッパ政治史)
 中山 一 郎 (知 的 財 産 法)
 西村 裕 一 (憲 法)
 根本 尚 德 (民 法)
 野田 耕 志 (商 法)
 ハズハ・ブラスラブ (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)
 権左 武 志 (政 治 思 想 史)
 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)
 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

鈴木 繁 元 (憲 法)
 盛永 悠 太 (憲 法)
 林 償 紘 (刑 法)
 郎 晴 (比 較 法)

規制目的二分論の二分論

齊 藤 正 彰

問題の所在

職業の自由さらには経済的自由についての判例の理解として、消極規制と積極規制¹によって違憲審査の厳格度が異なるとする規制目的二分論が提唱されてきた。憲法学説は、最高裁の小売市場判決（最大判昭47・11・22刑集26巻9号586頁）および薬事法判決（最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁）を手がかりに、二重の基準論を大枠として、さらに違憲審査基準を精密化することを狙ったのである。ところが、その後の判例は、規制目的二分論では説明が難しいとされ、近年は、規制目的二分論への疑問・批判が強まっている。しかし、規制目的二分論に否定的態度を示す学説は、何を・どこまで否定・批判するものであろうか。

I 判 例

初期の判例は、規制の目的に一定の合理性があれば当該規制を合憲としていたが、次第に規制手段についても審査するようになっていたところ²、小売市場判決は、「公企業の特徴を持たない営業行為に対する許可制の合憲性が争われたのは本件が初めて」³とされ、「積極目的の経済規

¹ 消極目的規制・積極目的規制、消極的規制・積極的規制ともいわれる。

² 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〈第5版〉』（有斐閣・2012年）473頁〔高見勝利〕。

³ 常本照樹「社会経済政策としてなされる営業規制——小売市場判決」別ジュ

制について、目的・手段審査の枠組を採用することを表明したことは、特筆に値する⁴と評価される。小売市場判決は、「個人の経済活動に対する法的規制」には消極規制のみならず積極規制が許されるとし、積極規制については、裁判所は立法府の裁量的判断を尊重し、「当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合」に限って違憲とすることができるとした。これに対して、薬事法判決は、職業の規制を要求する社会的理由ないし目的も、積極的なものから消極的なものに至るまでであるとしたうえで、「消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限……によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」としたものと受けとめられて、高く評価された。そのような理解には批判⁵もあったが、「積極目的規制→明白性の原則、消極目的規制→厳格な合理性の基準という規制目的二分論は、職業活動の自由も含む職業の自由事案一般、さらには、財産権も含む経済的自由一般にまで妥当する判例法理として理解されるようになっていった⁶」のである。

ところが、今日、「規制目的二分論によるだけでは、判例の全体像を整合的に説明できないことも、次第に明らかになってきた⁷」といわれる。

第1に、財産権に関する森林法判決（最大判昭62・4・22民集41巻3号408頁）は、薬事法判決を引用しながらも、規制目的が消極・積極のいずれであるかは明言せず、立法事実を比較的厳格に審査して、違憲と判断した。小売市場判決とも薬事法判決とも異なる厳格度で審査した判

り『憲法判例百選 I 〈第7版〉』（2019年）197頁。

⁴ 高橋和之『人権研究2経済活動の自由および社会権』（有斐閣・2022年）32頁。小売市場判決は、規制の立法目的に「一応の合理性」があると判断している。

⁵ 代表的なものとして、戸波江二「職業の自由」別冊法教『憲法の基本問題』（1988年）242頁以下、棟居快行『人権論の新構成』（信山社・1992年）223-224頁、260頁。反論として、藤井俊夫『経済規制と違憲審査』（成文堂・1996年）25頁以下。

⁶ 木下昌彦「職業の自由事案における憲法判断の枠組み——平成4年酒類販売免許制判決調査官解説を読む」法時91巻5号（2019年）77頁。「むしろ、調査官によっても積極的に受容されるに至っていた」（同頁）。

⁷ 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権』（日本評論社・2016年）332頁 [六戸常寿]。

決の出現によって、学説は動揺した⁸。

第2に、公衆浴場法の適正配置規制と規制目的二分論の関係が問題となる。最大判昭30・1・26刑集9巻1号89頁は、規制を消極目的と捉えているようにみえるが、簡単に合憲としていた。これは、規制目的二分論が形成される以前の判断であるためと理解された。ところが、最判平元・1・20刑集43巻1号1頁は、「公衆浴場の経営が困難な状況にある今日」においては積極目的の規制であるとして、明白の原則によって合憲と判断したため、規制目的二分論は規制目的の恣意的な操作・選択を許すものではないかとの疑念が強まった。他方で、最判平元・3・7判時1308号111頁は、消極規制と積極規制の双方に関わるような言及があるが、両方が併存する場合と捉えたのか、規制目的二分論とは異なる思考によるものかは、必ずしも明確でない。

第3に、酒類販売免許制に関する酒税法判決（最判平4・12・15民集46巻9号2829頁）は、薬事法判決とサラリーマン税金訴訟判決（最大判昭60・3・27民集39巻2号247頁）を引用して、「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的のための……規制」については、「著しく不合理なものでない限り」憲法に違反しないと⁹。さらに、園部逸夫補足意見が、括弧書きにおいて消極目的・積極目的と異なる財政目的の規制に付言している¹⁰。しかも、本判決の調査官解説が、学説の「単

⁸ 芦部信喜「憲法判例の動向と「二重の基準」の理論」和田英夫教授古稀記念論集『戦後憲法学の展開』（日本評論社・1988年）274頁以下参照。「いわば二分論的思考の両極を削り取って、財産権の制限をめぐる問題を「比較考量」という一般的な秤にのせようとする趣旨」（佐藤幸治「森林法共有林分割制限違憲判決と違憲審査基準」法セ392号（1987年）17頁）とする説明にも、「その真意を正しく理解するのにかなりの困難を覚える」（芦部・同論文277頁）との批判がある。

⁹ 法改正による実質的自由化までの間、複数の最高裁判決において合憲の判断が維持された。戸松秀典『憲法』（弘文堂・2015年）325頁参照。

¹⁰ なお、園部逸夫「経済規制立法に関する違憲審査覚書」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）206頁は、「司法審査の範囲は、規制の目的による区別よりも当該規制の立法事実の確実な把握の可能性によって左右される」とする理由として、「実際の法的規制」には消極目的と積極目的の「混合形態」が多いことを挙げていた。

純な二分論」を批判したことも注目された¹¹。

第4に、その後の最高裁判例には、消極規制か積極規制か（あるいは、そのどちらでもないのか）という点には触れずに結論を出している例が散見されるようになった。隣接業務を行う司法書士以外の者に対する登記業務の規制が争われた司法書士法判決（最判平12・2・8刑集54巻2号1頁）は、規制目的に言及していない。財産権に関する証券取引法判決（最判平14・2・13民集56巻2号331頁）は、森林法判決の一般論から積極的・消極的の語を削って引用している。また、製造たばこ販売業の許可制と適正配置規制をめぐる、たばこ事業法判決（最判平5・6・25訟月40巻5号1089頁）や、農業共済組合への当然加入制に関する農業災害補償法判決（最判平17・4・26判時1898号54頁）は、小売市場判決を引用しているが、問題となった規制が消極目的か積極目的かには言及していない。

II 学説

規制目的二分論と判例の乖離が大きくなっているとみた憲法学説は、新たな説明を模索するようになった。小売市場判決と薬事法判決の対比から規制目的二分論を導くのではなく、薬事法判決が示した比較衡量と立法裁量に関する一般論を重視すべきことが説かれた。そうしたなかで、薬事法判決が示した「立法裁量の統制基準……は、どうみても「二分論」ではない。「比例原則」であろう」¹²と論ずる学説が注目されるようになった。この学説は、「立法裁量に対する裁判所の統制の密度を左右するのは、具体的な規制の目的・対象・方法等の性質・内容に照らして抽出される、「事の性質」如何だ」¹³として、「最高裁の各判例を、それが「事の

¹¹ 綿引万里子・最判解民事篇平成4年度583頁。

¹² 石川健治「30年越しの問い——判例に整合的なドグマティックとは」法教332号（2008年）61頁。この学説は、従来の憲法学説の「杜撰」「怠惰」「惰性」（LS憲法研究会編『プロセス演習憲法〈第4版〉』（信山社・2011年）309-310頁〔石川健治〕）を指弾する。

¹³ LS憲法研究会編・前掲書（註12）311頁〔石川〕。また、薬事法判決は、「人格権を第一位におく」点で、そもそも「アメリカ流「二重の基準」論を奉ずる学説の立場とは大きく異なっている」という（石川健治「薬事法違憲判決」別ジュ

性質」をどのように把握したかに着目して読み直す」ことを提唱する。なぜなら、「比例原則が厳格に適用されるか否かは、専らこの点で決まっているはずだから」である¹⁴。

薬事法判決のいう「事の性質上」とは、「その性質上、社会的相互関連性が大きい」職業について判決が縷々述べてきたことをまとめて述べたもので、それ自体は特段の意義を有するものではないともみられるが¹⁵、判例の読み直しを提唱する学説は、比例原則の「具体的適用のあり方は、「事の性質」によってさまざまに変化し、統制密度を高めたり低めたりする」¹⁶という。この学説は、「事の性質」を論ずる部分は「森林法判決

り・前掲書(註3)199頁)。ただし、小売市場判決の調査官解説は、ドイツ連邦憲法裁判所判決の「比例原則」はアメリカのLRA基準と「同趣旨のもの」としており(田崎文夫・最判解刑事篇昭和47年度299頁)、薬事法判決の調査官解説も、ドイツの薬局判決における「その目的が他のより侵害性の少い手段によって達成されない場合」という基準はLRA基準と「同趣旨のもの」としている(富澤達・最判解民事篇昭和50年度214頁註7)。石川健治＝山本龍彦＝泉徳治「〈座談会〉「十字路」の風景——最高裁のなかのドイツとアメリカ」同編『憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ』(弘文堂・2019年)390-395頁参照。

¹⁴ 石川・前掲論文(註12)61頁。なお、小売市場判決で出された積極目的という論理は、薬事法判決の採用した「人格アプローチ」による厳しい審査で日本の許認可行政が軒並み違憲となることを回避するために案出されたものとする説明(同62頁)が「判例に整合的なドグマティック」であるのかには疑問がある。

¹⁵ 薬事法判決の「合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうる」という部分が森林法判決に「あえて付加されなかったのも、その趣旨はすでに、規制の合憲性を決めるに当たって「規制の目的、必要性、内容」等を「比較考量」すべきだという先にあげた説示の中に、当然に含まれているからだ」と解することもできよう(芦部・前掲論文(註8)273頁)とされる。

¹⁶ LS憲法研究会編・前掲書(註12)313頁[石川]。「規制目的による「二分論」も、森林法判決で変更されたのではなく、それが用いられるかどうかは、「事の性質」次第」であって、「「事の性質」次第では、財産権についても用いられる可能性は否定されていない」(同頁[石川])とされる。こうした「薬事法違憲判決と森林法違憲判決の注意深い読み直しは、経済活動規制の判例法理の理解を劇的に転換させる」として、「経済的自由規制の合憲性審査は、二分論のような機械的なものではなく、「事の性質」を分析する複雑な法的思考を要求する」ものであるのに、「従来の学説は、アメリカ流の審査基準の導入を急ぐあまり、

には明示的には出てこないが、そこでの裁量統制のあり方を理解する上で、決定的に重要である」として、「森林法判決において、裁量統制を厳格化させた「事の性質」とは、……法制度としての「共有」についての理解」であるとする¹⁷。

薬事法判決に関して、「ドイツでは、職業遂行の自由の制限、職業選択の自由の主観的制限、職業選択の自由の客観的制限の順に、正当化に要求される審査密度が深まるとの考え (Drei Stufen Theorie) があり、本判決もそれに近い発想をとっていたと見ることもできる」¹⁸とされる。ドイツ連邦憲法裁判所の薬局判決¹⁹が「最高裁判決になんらかの影響を与えたことも推測できるし、当時の判例批評も少しでも本格的なものは、この判例に言及」していた²⁰。薬事法判決における「ドイツの判例理論の

……判例をアメリカ流の審査基準に無理矢理合わせて、複雑な法的思考を切り捨ててしまった」と批判する見解もある (巻美矢紀「経済活動規制の判例法理再考」ジュリ1356号 (2008年) 35-36頁)。しかし、「事の性質」論によって「内在するドグマティックを探る作業」(石川健治「夢は捻り難く、道は極め難し——「憲法的論証」をめぐる幾つかの試行について」法教340号 (2009年) 56頁) は、「統制密度」の指標を明らかにするものであろうか。「人格アプローチ」と呼ばれるものも、「人格」が「憲法上の原理」ないし「判例法理の基底的原理」である (巻・同論文37-39頁) というに収斂するならば、具体的な議論としては、「職業選択の自由」と「職業活動の自由」の区別の論点に吸収されるのではなかろうか。¹⁷ LS 憲法研究会編・前掲書 (註12) 311頁 [石川]。ただし、憲法学説は、最高裁の判決文から「消極」「積極」の文言が消えたことをめぐって、規制目的二分論の趨勢を論じていたはずである。

¹⁸ 渡辺ほか・前掲書 (註7) 336頁 [穴戸]。なお、連邦憲法裁判所の段階理論の内容とその変容について、赤坂正浩「職業の自由の規制と段階理論」志林120巻1号 (2022年) 152頁以下。

¹⁹ BVerfGE 7, 377。なお、小売市場判決の調査官解説も、この薬局判決に論及している (田崎・前掲判解 (註13) 299-300頁)。

²⁰ 野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性——薬局判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第2版)』(信山社・2003年) 274頁、長谷部恭男編『論究憲法——憲法の過去から未来へ』(有斐閣・2017年) 104頁 [松本哲治]。憲法学説は、すでに薬事法判決の直後の段階——森林法判決が示される以前——において、ドイツの段階理論に論及していたのである (覚道豊治「判批」民商74巻2号 (1976年) 128-129頁、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣・1981年)

影響を重視する立場²¹といわれる学説は、薬事法判決では「ドイツの憲法判例（薬局判決）で採用された段階理論（Stufentheorie）を下敷きにして、判決が書かれている²²」であり、「同判決の規制目的二分論では不十分なので、ドイツの薬局判決に倣って段階理論を加味すべきである、との評があるが、段階理論は既にビルトインされているのであるから、これは全く的はずれな意見だ²³とする。

「今日では、……規制目的のみならず規制の態様等も考慮した比例原

284頁以下〔初出は1975年〕参照。

²¹ 木下昌彦編集代表『精読憲法判例——人権編』（弘文堂・2018年）462頁〔片桐直人〕。

²² 石川・前掲論文（註13）200頁。薬事法判決の調査官解説が、新設薬局について「隣接薬局の経済的基盤を毀損しないことが認められる場合」というバイエルン薬事法の定める許可条件を前提に、ドイツの段階理論にいう「主観的条件」とは「予め知らされたところにより職業希望者が自ら充足の可能性を判断しうる」もの、「客観的条件」とは「職業希望者の力の及ばないところで充足の有無が判断されるような条件」（富澤・前掲判解（註13）209頁。覚道豊治「薬局開設拒否事件」別ジュリ『ドイツ判例百選』（1969年）66頁参照）と理解していたとすれば、小売市場判決や薬事法判決の事案では許可の判断を明確化するために具体的な距離基準が設定されていたことに留意すべきかもしれない。実際に、小売市場判決の被告人らは、許可基準内規の距離制限によって許可の見通しがなことが分かっていたので、許可申請も出さず無許可のまま小売市場を開設したのである。それゆえ、「距離制限のような客観的条件であれば、本人の選択次第で乗り越えることは可能」（長谷部恭男『憲法の円環』（岩波書店・2013年）168頁）ともいわれる。

²³ 石川・前掲論文（註12）63頁。ただし、「規制目的による規制方式の類型化には……限界があるので、……規制態様による類型化の考え方……を加味する」（芦部・前掲書（註20）301頁）とされるのは、職業の自由の「規制方式の類型化」によって「憲法判断のあり方に相違を認める考え方」としては、「規制目的による区別」と「規制の態様による区別」の「いずれに重点をおいて考えるかに帰着する」ところ、「規制態様による区別」を中心とする考え方には与せず、それを「規制目的による区別の不備を補う類型として用いるならば、きわめて有用」とみるスタンスを示したもの（芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣・1994年）367-369頁、407頁）とも考えられる。

則的な理解が有力となってきている]²⁴とされるが、「規制の目的を重要な一つの指標としつつ、それだけではなく、いかなる行為がどのように規制の対象とされているかなど、規制の態様をも考えあわせる必要がある」とことは、規制目的二分論を維持する見解においても論じられている²⁵。他方、「規制目的により審査基準の厳格度を変えるというアプローチを否定する……結果「裸の利益衡量論」に戻ってしまった」²⁶との懸念も示される。

他方、「近年の最高裁判決において、小売市場事件判決は必ずしも積極目的規制についての先例として参照されているのではなく、営業の自由に対する制約を合理的なものとする事例で広く参照されており、「最高裁は、……薬局開設距離制限事件判決の判例としての位置づけを低下させているように見える」とする指摘²⁷もある。そこで、「近年の諸判例は、従来の憲法学の予想と異なり、薬事法判決ではなく小売市場判決を一つの標準型として定着させようとしている」²⁸との見立てもある。

Ⅲ 検 討

1 規制目的二分論の意義

たしかに、当初は、小売市場判決と薬事法判決の「二つの判決は、要するに、積極目的の規制については「明白性の原則」によって、消極目

²⁴ 曾我部真裕「職業の自由」法教496号（2022年）61頁。

²⁵ 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第7版〉』（岩波書店・2019年）237頁。

²⁶ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第5版〉』（有斐閣・2020年）285頁。また、「段階理論の二者択一的な適用」は、硬直的・機械的な二分論と同様に不合理な結果を招くとされる（高見勝利「薬局開設の距離制限と職業選択の自由——薬事法違憲判決」大須賀明ほか編『憲法判例の研究』（敬文堂・1982年）426-427頁）。

²⁷ 木下智史「営業の自由をめぐる実践と理論の課題」判時臨増『憲法訴訟の実践と理論』（2019年）128頁、135頁。宍戸常寿＝曾我部真裕編『判例プラクティス憲法〈第3版〉』（信山社・2022年）248頁〔尾形健〕。

²⁸ 大野悠介「『自由な経済活動に起因する弊害』と憲法22条1項」慶應ロー 41号（2018年）91頁。

的の規制については「厳格な合理性の基準」によって臨むことを示した²⁹との理解であったかもしれない。しかし、今日では、そのような「捉え方はややミスリーディングなところがあり、内在的制約に関する審査のあり方を基本として、政策的制約（いわゆる積極規制）については、一般に緩やかな審査で臨むというように解するのが適切³⁰とされている。

「経済規制に対する違憲審査基準の準則化の重要な枠組みを提供するものと捉えてこの二分論を維持」するもののうち、「規制態様考慮型目的二分論」は6つの類型に図式化されるとする説明もある。しかし、同時に、「さまざまな事由を考慮に入れ目的二分論に修正を加えるのであれば、合理性の基準を基本としつつ、さまざまな事情を考慮してその適用の仕方を調整するというのと変わらないし、むしろその方が適切」とされる³¹。

しかし、「[合理性の基準]一本で各種の事件を処理することになれば、立法事実論を強調しても、実際には立法府の裁量を強調する「明白性の原則」として運用されがちになる可能性が生じる」とされ、「それをチェックする」ためには「審査のあり方を準則化することが必要」であって、「二分論の基本思想を立法事実の検証過程の中に解消してしまっよいか」が問題とされてきたところである³²。

規制対象が同じ人権であっても規制目的によって違憲審査の厳格度が異なるとする規制目的二分論は、人権の論理からは基礎づけることができず、裁判所の能力によって説明されるものである³³。しかし、違憲審査の厳格度と裁判所の能力の限界の関係は、二重の基準論の機能論的な根拠として学説が論じていたことに通じる。

規制目的二分論には「二重の基準論を背景とし、違憲審査のあり方を

²⁹ 佐藤・前掲論文（註8）16頁。

³⁰ 佐藤幸治『日本国憲法論〈第2版〉』（成文堂・2020年）338頁。

³¹ 市川正人『基本講義憲法〈第2版〉』（新世社・2022年）166-167頁。

³² 芦部・前掲論文（註8）278頁。直接の批判対象である戸波・前掲論文（註5）245頁も参照。

³³ 高橋・前掲書（註4）34-35頁、同・前掲書（註26）283頁。

できるだけ客観化しようとする狙い」³⁴があり、そのことに「メリットがある」と考えるならば、二分論の維持を試みることにはなお意義がある³⁵とされる。「経済的自由の規制については、内在的制約に相当する消極規制と政策的制約に相当する積極規制とに判例は区別」³⁶したとみることとは、公共の福祉に関する「学説の流れの延長上にある」³⁷と考えられる。内在的制約・政策的制約に対応する消極規制・積極規制の分類は違憲審査の厳格度を「大別」³⁸するための「目安」であるとすれば、「判決文中で、積極目的とか消極目的とかの文言を用いているかが問題の本質ではない」ともいえる³⁹。

立法事実の把握可能性が違憲審査の厳格度を定める要素であるとの考え方を述べた酒税法判決の園部補足意見とそれを敷衍する調査官解説については、「実は規制目的二分論を完全に否定したわけではなく、規制目的が裁判所による立法事実の把握の可能性と連関し得ることを認めている」⁴⁰との考察が注目される。そうであれば、「財政目的は積極目的の

³⁴ 佐藤・前掲論文(註8)17頁。

³⁵ 笹田栄司編『Law Practice 憲法〈第3版〉』(商事法務・2022年)100頁[常本照樹]。「最近の判例において、例えば目的効果基準や目的二分論に基づく審査に代えて「総合考慮」に依る傾向が強くなっている」ことから、「学界におけるドイツ型比例原則の主張や最高裁での……「総合考慮」の興隆をみるとき、あらためて日本国憲法のもとの違憲審査権の制度的特質を踏まえて違憲審査権行使のあり方を考える必要がある」(同157-158頁[常本])とされる。

³⁶ 佐藤幸治ほか『ファンダメンタル憲法』(有斐閣・1994年)62頁[佐藤]。同・前掲書(註30)336頁も同旨。また、高橋・前掲書(註4)26頁註21参照。

³⁷ 芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタル憲法』(日本評論社・2011年)201頁[棟居快行]。この点では規制目的二分論が「体系的な説得力を持っていることは否定できない」(工藤達朗「経済的自由の違憲審査基準——財産権の場合と職業の自由の場合」法教123号(1990年)41頁)とされる。

³⁸ 芦部・前掲書(註20)301頁。

³⁹ 笹田編・前掲書(註35)101頁[常本]。

⁴⁰ 木下・前掲論文(註6)79頁。「立法事実の把握可能性を指針とすることは、単に不明確というだけでなく、従前の判例の区別としても成功しているとはいえない」(同80頁)。長谷部恭男「判批」法協111巻9号(1994年)1425頁も参照。

中に位置づけ、領域を限定した上でその下位分類とするのがよい⁴¹と解される。

また、「消極目的を厳密に定義し、それ以外は積極目的とすることになれば、いずれかに振り分けることが可能であり、それでも両方の性格を持つ事例が存在するというなら、それぞれの目的に関して審査すれば済む⁴²とされる。「一つの規制が複数の目的を追求する場合であっても、主目的と副次的目的を区別できる場合には主目的に着目して審査密度を考えればよい⁴³のである⁴⁴。

2 規制目的二分論の総論と各論

規制目的二分論を提唱した従来の学説は、違憲審査基準の類型化ないし体系化を急ぎ過ぎたのかもしれない⁴⁵。他方で、規制目的二分論に対

⁴¹ 高橋・前掲書(註4)48頁。なお、租税関連の規制の違憲審査に関して、土井真一「酒類製造免許制と酒をつくる権利——どぶろく裁判」別ジュリ『憲法判例百選Ⅰ(第5版)』(2007年)53頁。

⁴² 高橋・前掲書(註4)40頁。

⁴³ 棟居快行ほか編『判例トレーニング憲法』(信山社・2018年)131頁[小山剛]。これに対して、駒村圭吾「宿泊拒否の禁止とホスピタリティの公法学——憲法22条の審査枠組みと規制目的二分論の居場所」法教334号(2008年)36頁(ただし、同38頁)。「賢明な立法者」の問題(小山剛「経済的自由の限界」小山剛=駒村圭吾編『論点探究憲法(第2版)』(弘文堂・2013年)219頁)について、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣・1994年)239頁参照。

⁴⁴ 「目的審査のスクリーニング機能はしばしば等閑視され、……ややもすれば消極規制目的以外はすべて積極規制とされ」、「ほとんどの立法でかえって手段審査基準が緩むかのような逆動的な様相を呈することにもなりうる」と批判して、その観点から「積極規制を本来の弱者保護目的に限定してゆけば、規制二分論の正当性は蘇りうる」とする見解(芹沢ほか編・前掲書(註37)204頁[棟居])もある。積極規制の範囲を社会権規定に根拠を有するものに限定すべきことは、早くから主張されている(浦部法穂「財産権制限の法理」公法51号(1989年)94-99頁参照)。しかし、それは、憲法上の人権の制約根拠を他者の人権に限定することと同様の困難に直面するのではなからうか。

⁴⁵ なお、薬事法判決の事案の原告が株式会社なのは周知のとおりである。憲法学説が人権享有主体性について従来の「法人の人権」論を維持しようとする

する批判には、それを「単純な二分論」と措定して難じるものが散見される。しかし、そこで批判されるような「単純な二分論」は、学説上もすでに克服されているはずである。そうすると、規制目的二分論に否定的態度を示す見解が、何を・どこまで否定するものであるかは明確でないことになる⁴⁶。

小売市場判決および薬事法判決において論及される消極・積極の区分には、3つの議論があると解される。

第1に、〈経済活動の自由には、消極規制だけでなく積極規制も許される〉ということである。「消極的目的と積極的目的の区別は、すでに行政法学において……行われていたもの」が、「違憲審査の基準に関連して導入された」といわれる⁴⁷。そして「美濃部達吉門下の秀俊」⁴⁸も、同様に規制目的二分論の「祖型」⁴⁹を示していたとされる。

第2に、〈経済活動の自由の規制は、消極規制から積極規制まで多様であり、具体的な規制措置の決定には立法裁量が認められる〉ことである。薬事法判決のいう「積極的なものから……消極的なものに至るまで千差万別」とは、「各種各様の形」をとる規制措置の選択については立法裁量が認められ、合憲性の判断も一律にはできないとの趣旨とすれば、規制目的の「二分論」と衝突するものではない。「積極的なものから……消極的なものに至るまで」といっても、それは規制の種類に「多様なバ

なら、薬事法判決の説示との関係を整理することが求められよう。齊藤正彰「法人の人権」論の消失点」北法73巻6号(2023年)1頁以下参照。

⁴⁶ 「規制目的のみにより審査基準の厳格度を決定する二分論は、規制目的を合憲性判断の決定的要素とするもので、法的分析の本来の複雑な思考を遮断する硬直的なもの」(安西文雄ほか『憲法学読本(第3版)』(有斐閣・2018年)185頁[巻美矢紀])と批判するのは、規制目的二分論が「歪曲化、戯画化して批判され、簡単に退けられている」(巻美矢紀「私人間効力論の理論的意味」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点(第2版)』(有斐閣・2009年)261頁)ことにならないであろうか。「目的二分論の従来の教科書的説明も、目的だけが決定的だと述べてきたわけではない」(松本哲治「経済的活動の自由を規制する立法の違憲審査基準」論ジュリ1号(2012年)60頁)。

⁴⁷ 高橋・前掲書(註4)31頁、31-32頁註28。なお、藤井・前掲書(註5)42頁参照。

⁴⁸ 宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開(第2版)』(日本評論社・2014年)17頁。

⁴⁹ 常本・前掲論文(註3)197頁。

リエーション]⁵⁰があるという趣旨であって、「グラデーションの両極」⁵¹を考えているわけではないと解される⁵²。森林法判決も、ここまでは論理を共有している。証券取引法判決が消極・積極の語を削って引用したのは、規制に「種々の態様」すなわち「多様なバリエーション」がある旨を的確に表現するためではなかろうか。

第3に、〈違憲審査の厳格度は、消極規制と積極規制とで異なる〉ことである。これは、内在的制約（消極規制）と政策的制約（積極規制）とで「裁判所の審査能力ないし「機能論的（権限分配論的）」観点」⁵³から違憲審査の厳格度に違いがあるという総論的な考察である。つまり、経済規制には、伝統的な「警察比例の原則」が要求される領域と、立法府の政策判断が尊重される領域があるということであって、「種々の具体的規制の違憲審査のあり方を一元的に説明」⁵⁴するものではない。そして、小売市場判決における明白の原則や、薬事法判決における厳格な合理性の審査は、それぞれの事案に応じた各論的な基準と位置づけられる。

3 開業規制と遂行規制

薬事法判決は、「単なる職業活動の内容及び態様に対する規制」に比して「狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課する」ことは

⁵⁰ 前田徹生「経済的自由規制立法の違憲審査基準と最高裁判所——小売判決と薬事法判決の再検証」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力（上）』（信山社・2003年）631頁。

⁵¹ 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社・2011年）146頁。両目的の併存はありうるとしても、消極と積極の間とは、いかなるものであろうか。

⁵² 審査の厳格度を考える段階では、規制目的が「積極的なものと消極的なものに分けられること自体は承認している」（高橋・前掲書（註4）37頁）。その段階では「二者択一的表現」（前田・前掲論文（註50）632頁）がなされているのであり、「規制目的を積極目的と消極目的に二分するという発想はうかがえない」（野坂泰司『憲法基本判例を読み直す〈第2版〉』（有斐閣・2019年）291-292頁）とまではいえない。

⁵³ 佐藤・前掲書（註30）338頁。

⁵⁴ LS 憲法研究会編・前掲書（註12）265頁 [小山剛]。

「強力な制限」であるとしており、「職業遂行に対する規制と職業選択そのものに対する規制の質的区別」⁵⁵を行っている。そうであれば、「同じ消極目的であっても、職業へ新たに参入することの制限（職業選択の自由そのものの制限）は営業行為（選択した職業遂行の自由）に対する制限よりも一般に厳しく審査されるべき」⁵⁶ことになると考えられる。

薬事法判決は、薬局ないし医薬品の一般販売業の開業を一般的に規制する薬事法⁵⁷をめぐって、「職業の許可制」を「法定の条件をみたし、許可を与えられた者のみにその職業の遂行を許し、それ以外の者に対してはこれを禁止するもの」と定義する。この「職業の許可制」は、「職業活動の内容及び態様に対する規制」ではなく、「狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもの」であり、「職業の自由に対する強力な制限」であるがゆえに、その合憲性を肯定しうるためには原則として「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であることが必要とされる⁵⁸。そして、狭義の職業選択の自由の規制である「職業の許可制」、すなわち開業規制が消極目的である場合には、「よりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」とされる⁵⁹。

これに対して、小売市場判決で問題となった規制は、小売市場の開業を一般的に規制しているわけではない。大阪・京都・兵庫等の関西地区

⁵⁵ 小山・前掲論文（註43）216頁。

⁵⁶ 芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註25）227-228頁。芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』（有斐閣・1981年）73-74頁〔中村睦男〕、同『論点憲法教室』（有斐閣・1990年）190-191頁、佐藤幸治『憲法〈第3版〉』（青林書院・1995年）559頁、同・前掲書（註30）338頁も同旨。

⁵⁷ 立法の経過について、中村睦男＝常本照樹『憲法裁判50年』（悠々社・1997年）253-255頁〔常本〕。

⁵⁸ これを「既に小売市場判決が明らかにした立場にすぎない」のであって、「〔職業〕本質論を受けた許可制論としてはいかにも弱すぎる」（石川・前掲論文（註13）200頁）とすることには、疑問がある。

⁵⁹ かつては、「このことは本判決の判文上相当明瞭であると思われるものの、一般にそのような読み方はされていない」（野坂・前掲書（註52）290頁註27〔初出は2006年〕）と指摘された。なお、小嶋和司『憲法学講話』（有斐閣・1982年）182頁参照。

を中心に全国42市を政令で指定し、「所定形態の小売市場のみを規制の対象としているにすぎない」のであり、小売市場の開業は可能であって、「過当競争による弊害が特に顕著と認められる場合についてのみ、これを規制する」ものである⁶⁰。「小売市場の許可規制」は、薬事法判決のいう「職業の許可制」とは異なり、狭義の職業選択の自由そのものの規制ではなく、特定の事業形態での職業活動を制限するものと解されるのである。その意味で、小売市場判決は、学説のいう「職業遂行の自由」に属するものとしての「営業の自由」に言及していると説明することもできる。

ところで、「許可制の条件として、営業方法に対する制約が課されることもある」⁶¹が、従来、学説は、この場合を狭義の職業選択の自由の規制と解してきたものとみられる。しかし、「営業場所の距離制限」は、「職業活動の行われる時・場所・方法等、職業遂行の場面に着目して規制」するものと位置づけられる⁶²。薬事法判決も、「薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない」としている。そのうえで、最高裁は、「薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあつては、……特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうる」として、「開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有する」と解し⁶³、上告人が専らその合憲性を争って

⁶⁰ 国会でも、参考人から、このような規制方法では「容易に脱法行為によって市場の開設ができる」との批判があった。31回国会衆・商工委会議録11号5頁(1959年2月5日)。

⁶¹ 木下編・前掲書(註21)461頁[片桐]。

⁶² 初宿正典『憲法2基本権(第3版)』(成文堂・2010年)344頁。横大道聡編著『憲法判例の射程(第2版)』(弘文堂・2020年)188頁[赤坂幸一]も同旨。

⁶³ 「ドイツ基本法12条1項は、文字どおりには、法律による規制を職業遂行にしか認めないように読める。しかし、薬局判決は、このような解釈をとらず、職業選択それ自体についても法律による規制は可能だとして、12条1項の基本権を職業の選択と遂行の双方を保護すると同時に、双方の規制を可能にするという意味で「単一の基本権」と理解した」(赤坂・前掲論文(註18)150頁)とされる。これに対して、薬事法判決は、職業選択の自由のみを明文で規定する憲法22条

いた適正配置規制について詳細な審査をしたのである⁶⁴。

4 職業の選択・遂行と消極規制・積極規制

「『二重の基準』の理論……は裁判所のとるべき姿勢ないしスタンスを原則的に表現した名称であり、具体的事件の解決にあたっては、個別の審査基準が用いられる」⁶⁵という思考に倣って、消極規制と積極規制とで違憲審査の厳格度は異なるという総論的なスタンスの下で、職業の自由に対する法律による規制について、狭義の職業選択の自由そのものの規制（開業規制）と職業活動の自由の規制（遂行規制）の相違に応じて、

が「狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含している」と解して、職業遂行の自由を保障に取り込みつつ、選択の自由と遂行の自由の質的区別は維持している。薬事法判決は、段階理論のアプローチとは「審査方法を異にする」（高見・前掲論文（註26）417頁）と評価される。ドイツの薬局判決と薬事法判決は、〈職業遂行の自由に対する厳しい規制は職業選択の自由を制約することにもなる〉という思考において共通するかもしれないが、違憲審査に際して規制態様を考慮に入れる意味が異なっていると考えられる。「本人の能力に関係しない条件、すなわち本人の力ではいかんともなし得ないような要件（たとえば競争制限的規制）による制限である場合には、薬局距離制限事件の最高裁判決のように、厳格にその合理性を審査する必要がある」（芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註25）237頁）との記述には、「きわめて皮相な読み方」（石川・前掲論文（註13）200頁）との断定を許さないものがあるかもしれない。

⁶⁴ 「法的性質としては営業活動の態様に対する規制」であっても、「実質的には強力な制約となりうる場合」に関して、棟居ほか編・前掲書（註43）130頁〔小山〕、横大道編著・前掲書（註62）188-189頁〔赤坂〕。職業の把握について、赤坂・前掲書（註51）137頁も参照。

⁶⁵ 笹田編・前掲書（註35）153頁〔常本〕。なお、公衆浴場法の規制については、薬事法判決も示唆しているとされるように、かねて特許企業的規制として「公衆浴場業の公共性と企業の特异性に求める論拠は十分説得力があり、支持者を増やしつつある」（芦部編・前掲書（註56）67頁〔中村〕）と指摘されてきたものであって、別途の考察を要するであろう。公衆浴場については、「地方自治法は、民営のそれが確保されない場合には、公営で確保すべきことを予定している」とも指摘される（小嶋・前掲書（註59）176頁）。

判例の違憲審査のあり方を整理することができるかもしれない⁶⁶。もちろん、これらの要素だけで違憲審査の厳格度についての4分類の体系が確立されるのではなく、個々の事案を検討するための「大枠」ないし「目安」を設定するものである。

判例では、狭義の職業選択の自由を制約する「職業の許可制」（開業規制）については、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であることが求められる。そして、薬事法判決は、【消極目的の開業規制】の場合には「より緩やかな規制によっては目的を十分に達成することができない」ことを要するとした。

【積極目的の開業規制】に関するのが、酒税法判決とみられる。そこではやはり「職業の許可制」として「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であることが求められる一方、手段審査においては「著しく不合理」かが問題とされている⁶⁷。

開業そのものが許されないのではなく、職業活動が規制される場合（遂行規制）については、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であることは求められていない。そして、【積極目的の遂行規制】の場合は、規制措置が「合理的」なものであるかが問われる⁶⁸。司法書士法が一律に非司法書士による登記申請業務を禁止し、弁護士や公認会計士等には例

⁶⁶ ここでいう開業規制は、許可規制一般のうち、狭義の職業選択の自由に対する制約を指している。つまり、開業規制と遂行規制は、制約される人権に対応する区別であって、「権利侵害態様の軽微性」（村山健太郎「農業災害補償法の当然加入制と職業の自由」法教306号（2006年）別冊付録〔判セレ2005〕11頁）を直截に問題とするものではない。それゆえ、規制の「態様に応じて審査の厳格さを変えるという議論」は「審査基準論として見る限りは論理が逆転している」との批判（長谷部・前掲書（註22）169頁）が直ちに当てはまるものではないと考えられる。

⁶⁷ 「規制の強度に着目して審査密度を上げるべき場合であっても、裁判所の審査能力の観点から、緩やかな審査にとどめるべき場合」（横大道編著・前掲書（註62）190頁〔赤坂〕）との説明も、同旨をいうものかもしれない。

⁶⁸ 「職業を行うことじたいを制限するものではないため、消極的・警察的目的の場合であっても、より広範な制約が可能」であり、「立法目的と規制手段との関係についても、両者の間に合理的関連性があればよい」（芦部編・前掲書（註56）76頁〔中村〕）とされる。野坂・前掲書（註52）291頁註29も参照。

外を認めるものの、行政書士には目的・種類を問わず登記に関する業務を行わせないことについて争われた司法書士法判決が、これに該当すると考えられる⁶⁹。要指導医薬品のネット販売規制に関する薬機法判決(最判令3・3・18民集75巻3号552頁)も、「本件各規定は、職業選択の自由そのものに制限を加えるものであるとはいえず、職業活動の内容及び態様に対する規制にとどまる」と位置づけ、薬事法判決で示された「比較衡量的枠組み」の厳格度を高めずに「一般的判断枠組み」として用いているとみられる⁷⁰。この判決は、薬事法判決と小売市場判決を引用しているが、いずれも違憲審査の厳格度の決定に関わる箇所ではない。

【積極目的の遂行規制】の場合に、規制措置が「著しく不合理であることが明白」かを問題としたのが小売市場判決である。小売市場判決と酒税法判決の「明白」の語の有無の相違については、「立法裁量の範囲が積極目的の場合より若干狭いことを表現している」のかもしれないが、「具体的にどのような場合が違いとして想定されているのかが示されないと、言葉の遊戯に終わろう」との疑念が示される⁷¹。しかし、両判決は、同じ積極規制であっても、開業規制(職業選択の自由の規制)と遂行規制(職業活動の自由の規制)とで違憲審査の厳格度が異なることを示すものと解される。

なお、小売市場判決は「個人の経済活動に対する法的規制」を対象としており、そこに遂行規制である「小売市場の許可規制」も含まれる。

⁶⁹ 司法書士法判決の調査官解説は、規制目的二分論に基づいて本件規制を消極目的と解したうえで、資格制度であるため「職業の許可制」よりも「合憲性の判断基準は……ゆるやかであることが許される」と説明する。この説明に注目する学説もあるが(松本・前掲論文(註46)61頁、長谷部編・前掲書(註20)105頁[松本]、宍戸常寿=林知更編『総点検日本国憲法の70年』(岩波書店・2018年)162頁[松本哲治]。小山・前掲論文(註43)216頁註7参照)、「本件規制の対象は、資格制においてその遂行が認められる業務のあり方をめぐる事項」(宍戸=曾我部編・前掲書(註27)256頁[尾形])であって、「業務の集中の方法」の選択について調査官解説が説明するような立法裁量が認められるのは、職業活動の自由の制限であるからではなからうか。

⁷⁰ 宍戸=曾我部編・前掲書(註27)256頁[尾形]。

⁷¹ 高橋・前掲書(註4)47頁。

小売市場判決を引用するたばこ事業法判決も、小売商がたばこ販売を取り扱うこと（営業品目）の許可規制に関するもので、積極目的の遂行規制に分類しうる。西陣ネクタイ訴訟判決は、立法国賠⁷²であることを考慮する必要があるが、積極目的での輸入規制という遂行規制であり、小売市場判決を考慮したものと解される。すでに開設された病院に対する保険医療機関の指定拒否処分事件判決（最判平17・9・8訟月52巻4号1194頁）については、「職業遂行の自由の制限」であって、「積極目的規制であることも加味しながら緩やかに正当化を認めた」ものとしても、当該処分が「実質的な病院開設の拒否すなわち職業選択の自由の制限……に当たりうることからすると、より立ち入った手段審査が必要であった」⁷³との指摘がある。風俗案内所の営業区域・表示物の条例による規制（最判平28・12・15判時2328号24頁）も積極目的の遂行規制と解されるが、法律の違憲審査ではないことを考慮する必要があるかもしれない。

特定石油製品の輸入事業の登録制度についての特石法判決（最判平8・3・28訟月43巻4号1207頁）は、積極目的の遂行規制である輸入事業の許可規制について、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」であって、「著しく不合理であることが明白」であるとは認められず、それは小売市場判決の趣旨に徴して明らかであるとした⁷⁴。特石法の当該規制については、参入規制（競争制限的規制）となりうることを加味して、目的審査の厳格度を高めた可能性がある。

農業災害補償法の当然加入制は、「職業の遂行それ自体を禁止するも

⁷² 齊藤正彰「立法国賠における逸脱型と懈怠型」北法73巻5号（2023年）1頁以下参照。

⁷³ 渡辺ほか・前掲書（註7）337頁〔宍戸〕。

⁷⁴ 「従来は、「重要な公共の利益」の基準が採られる場合、……「著しく不合理であることが明白」でない基準はあまりみられなかった」し、また、「従来は、積極目的規制で「著しく不合理であることが明白」でないことを求める場合、許可制であったとしても「重要な公共の利益」の基準への言及がなされない傾向が見受けられた」（伊藤健「あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律19条の憲法適合性」新・判例解説 Watch 31号（2022年）17頁、18頁註5および註8）ことが指摘される。

のではなく、職業活動に付随して、その規模等に応じて一定の負担を課するという態様の規制」であるが、農業災害補償法判決は、「個人の経済活動に対する法的規制」のうち積極目的の遂行規制を扱っていた小売市場判決を先例として引用している。農業災害補償法判決が、立法当時は「重要な公共の利益に資するものであって、その必要性和合理性を有していた」としているのは、食管法による厳しい規制を前提に、考慮のスタンスを述べたものかもしれない。

5 あはき師法判決と新たな可能性

専門学校の設置者が「あん摩マツサージ指圧師、はり師、きゆう師等に関する法律」に基づき、あん摩マツサージ指圧師の養成施設としての認定を申請したところ、視覚障害者以外の者を養成する施設の新規認定や生徒の定員増を制限する規定により、認定しない処分を受けた事案において、あはき師法判決（最判令4・2・7民集76巻2号101頁）は、「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」として薬事法判決を参照指示し、「本件規定について、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることについての立法府の判断が、その政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるということとはできない」とし、以上は小売市場判決の趣旨に徴して明らかとした。

この判決の説明として、「本件規定が「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置」か否かという実体的基準と、それについての立法府の判断が「著しく不合理であることが明白」か否かという手続的基準に分析することができる」⁷⁵との評釈がある。これは、従来、(a)立法目的の審査と(b)目的達成手段の審査と理解されていたのを、(a)実体的基準

⁷⁵ 伊藤・前掲論文（註74）17頁。

と(b)手続的基準と読み替えるものと解される⁷⁶。しかし、裁判所が(a)実体的基準レベルで「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」か否かの評価・判断をしても、結局は(b)手続的基準レベルで明白の原則によって規律されるのならば、(a)実体的基準の意義に疑問が生じないであろうか。

あはき師法判決は、直接的には、あん摩マッサージ指圧師の養成施設等の設置者の職業活動の自由を制約する【積極目的の遂行規制】と捉えることのできる事案について、目的審査の厳格度を高めて、「重要な公共の利益のために必要かつ合理的」であることを要求したものと解される⁷⁷。これは、本件規制が、間接的には、「養成施設等において教育又は養成を受けることにより、免許を受けてあん摩、マッサージ又は指圧を業としようとする視覚障害者以外の者」の狭義の職業選択の自由を制約するものとみたことが関わっているのではなかろうか。

ところで、あはき師法判決は、手段審査において明白の原則を採用しながら、立法事実について「ある程度具体的な検討を加えている」⁷⁸ものである。「積極規制といっても様々な背景をもつ種々の内容のものが考えられるところであって、裁判所として踏み込んで判断すべき場合がありえよう」⁷⁹とされており、積極規制においても開業規制と遂行規制を区別すべきことは前述のとおりである。さらに、あはき師法判決は、積

⁷⁶ ①伊藤・前掲論文(註74)18頁註2が参照指示する②松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準(1)」民商113巻4=5号(1996年)743頁および③曾我部・前掲論文(註24)62-63頁、④が別の論点に関して引用する⑤木下・前掲論文(註6)78頁註9の理解する⑥千葉勝美・最判解民事篇平成4年度241頁の内容と、⑦そのものの記述を比較したときに、⑧～⑩の共通性は、必ずしも分明ではない。

⁷⁷ 学説においては、「個々の積極目的の具体的定立の点で広い立法裁量が要請されるとしても、だからといって規制手段の選択も同様に広い立法裁量に委ねられねばならない、とは言えない」(棟居・前掲書(註5)223-224頁)として、手段審査の厳格度を高めるべきと論じられることがある。それに対して、最高裁は、目的審査の厳格度を高める方法を探っているものと解される。

⁷⁸ 匿名コメント・判時2529号(2022年)7頁。

⁷⁹ 佐藤・前掲書(註30)338頁。藤井・前掲書(註5)58-60頁、高橋・前掲書(註4)50-51頁も参照。

極規制の場合に一律に「立法事実の認定能力」を否定することは「裁判所の審査権を制限しすぎるのではないか」との疑問⁸⁰への応答になるかもしれない。

*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。

⁸⁰ 高橋・前掲書（註4）35頁。

言語保全政策の手法と正当化（2・完）

—— 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
(以上、第73巻第5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 言語保全・復興を正当化する諸アプローチ (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

ここまで扱ったケベックの事例においては、マイノリティ言語が、社会生活の全体を包括的にカバーしている。これに対して、本章でとりあげるのは、マイノリティ言語の使用領域が縮小し、包括的支配を失っている場合である。すなわち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、その他の領域では別の有力言語が用いられているのである。この場合、マイノリティ言語は、コミュニケーションの道具としての有用性を低下させているが、このような言語の保全は、どうすれば可能なのであろうか。

本章が検討の素材とするのは、北米の先住民言語の保全・復興の実践である。北米には先住民の共同体が多数存在し、その構成や文化のあり方は様々であるが、このうちで本章がとりあげるのは、都市部に近く、

人口規模も小さく、同化の圧力を受けやすいコミュニティである¹。これらのコミュニティでは、生活の多くの領域を英語が支配しているが、一部の社会領域では先住民言語の使用が維持され、固有の世界観・社会規範・文化実践の基盤となっている場合がある。ここでとりあげるモーホク族のコミュニティは都市部に近接し、英語が支配する困難な状況にありつつも、伝統言語の復興に成功している。その事情を検討することで、効果的な言語復興の手法、必要な政策、言語復興の意味について、知見を得ることが期待できるのである。

1. 先住民言語の復興の背景

事例の検討に先立って、北米先住民の言語復興をとりまく歴史的・政治的背景を概観しておきたい²。ヨーロッパ人が北米大陸に入植を開始した当初、ヨーロッパ人は先住民との交渉のためにヨーロッパ系言語のみならず、先住民の諸言語を積極的に活用した。交易の拠点では様々な言語が用いられ、宣教師はしばしば先住民言語を利用して布教をおこなった。ところが19世紀になると、ヨーロッパ系植民者は軍事的優位を確立し、先住民から土地を奪い、教育を通じた先住民の支配を企てるようになる。同化政策が本格化し、先住民言語は抑圧の対象となってゆく。同化の推進のために各地に作られた寄宿学校では、先住民の子供たちに対して、英語（ないしはフランス語）とキリスト教信仰が教え込まれ、先住民言語の使用が禁止された。一般の全日制学校でも同様の教育が推進された。これによって、先住民の文化・言語は、大きな打撃を受けたのである。

同化政策に対する疑問は、20世紀の早い時期から表明された。アメリカでは1920年代から、先住民の劣悪な生活状況が認識され、同化教育の

¹ 北米では約200の先住民言語が使用されていると推定される (McCarty 2013, p. 9)。これらの中には、ナヴァホ語のように10万以上の話者を持つものもあるが、大半の言語は話者数が数百人から数千人程度の小規模のものである (ibid., 38)。また、先住民のコミュニティには、大都市近郊に存在するものも、都市から数百キロはなれて孤立したものまで様々である。

² 先住民言語をめぐる政策の変遷については、以下を参照。McCarty (2013) ch.3; McCarty (2016); 内田 (2008) ch.4.

機能不全が問題視される。これに対応するために先住民コミュニティの再建と自治の回復も検討されたが、その改革は一進一退を繰り返し、定着しなかった。アメリカにおいて同化政策からの転換を決定づけたのは、1960年代以降に強まる先住民の権利獲得の流れである。黒人差別の克服をめざす公民権運動は、北米の先住民にも大きな刺激を与え、レッドパワーを掲げる権利獲得運動を生み出すが、この運動は、伝統文化や言語の復興を目標のひとつに掲げたのである。

この動きをうけて、アメリカでは1968年にバイリンガル教育法が制定され、公立学校でマイノリティ言語を用いて授業を行うことが可能になった。当初、このようなバイリンガル教育は、英語能力の不十分な生徒に対する過渡的措置の性格が強かったが、徐々に、マイノリティ言語の維持が、その目的に加えられるようになる(内田2008 pp.192-193)。なかでも先住民言語に対しては特別な配慮が行われ、「アメリカ先住民言語法」(1990年)が、先住民が自らの言語を使用し発展させる権利を明記し、連邦・州政府がこれを支援すべきことを規定した。これにより先住民言語を用いての学校運営・授業が可能になり、また先住民言語の話者が教育活動に参加できるように、教員資格が緩和された。2004年には「エスター・マルチネス先住民言語保全法」が制定され、先住民言語の保全への財政支援の制度が整えられる(McIvor & McCarty 2017, p.424)。チャーター・スクールの制度も、先住民言語・文化を重視する教育を行うために活用されるようになった(ibid., p.423)。これら一連の改革によって同化政策が転換され、学校における先住民言語の使用が、是認されるようになるのである。

カナダにおいても、同時期に同化政策からの転換がおこる。連邦政府は1969年に、先住民の主流社会への同化・統合を強力に推進するために、先住民(インディアン)の特別な地位の撤廃と、統合支援の強化の方針を表明する(Cairns 2000; Freiders 2011)。しかしこれに対して先住民から強い反対の声が上がり、政府は同化政策からの転換を余儀なくされるのである。1973年には、連邦最高裁が、先住権にもとづく土地への権利を認め、これをうけて、政府は土地への権利をめぐる先住民との交渉を始める。以後の政策は、先住民の自治権を強化し、伝統文化を支援するものとなる。1972年に、全国インディアン協会(National Indian Brotherhood)

は、「先住民による先住民教育」を公表し、先住民の価値観とニーズにしたがった教育を求める。これをうけて、二言語教育が徐々に行われるようになる。1990年代以降は、寄宿学校における非人道的な処遇や、同化政策によるコミュニティ破壊の実情が検証されるなかで、先住民が文化・言語を復興する権利と、主流社会がそれを支援する義務についての認識が強まってゆく（McCarty 2016, pp. 24-25）。カナダ各地で政府の支援や大学・研究機関の協力を得て、言語復興が進められてゆく。2019年には、先住民言語の復興をうたう「先住民言語法 Indigenous Languages Act」が制定された。

2. 効果的な言語復興の手法について

以上のように、アメリカおよびカナダにおいて、先住民の言語は、いまや保全・復興すべきものとなり、そのために一定の支援策も行われるようになった。しかしながら、これによって先住民言語がただちに活力を取り戻すわけではない。むしろ20世紀末以降、同化の圧力は増し、先住民言語の危機は深まっている（Hinton 2001, p.4; Hinton 2010, p. 36）。すなわち先住民と主流社会との経済的・文化的統合が進むなかで、主流社会の文化が先住民コミュニティに浸透している。コミュニティのなかで英語の使用が増え、先住民言語の使用が減少し、英語を第一言語とする若者や子供の比率が増加する。このような状況のなかで、伝統言語を次世代に継承することがいっそう困難になっているのである。

先住民言語の使用を増加させ、言語を復興するためにはどのようにすればよいであろうか。英語の圧倒的な支配下において、単なるシンボリックな政策は効果を持たないことが多い。たとえば、当該の先住民言語を、複数の公用語のひとつに指定することで、その言語の象徴的な地位を上げようとする政策は、それだけでは言語使用を増加させる効果が少ない³。言語復興のためには、より直接に話者を増やす政策が必要である。先住民言語は、移民などの「ヘリテージ言語」と異なり、外部から新たな話者を移住させることができないから、話者を増やすためには、コミュ

³ この点はカナダのノースウェスト準州やヌナブット準州で行われた改革について指摘されている（Government of Canada 2005, p. v）。

ニティ内部で新たな話者を育てることが必要である。流ちょうな話者を育てるために最も有効な手法とされるのが、言語に集中的に触れさせる「イマージョン教育」である。とくに低年齢期の子供を対象としたイマージョン教育は「言語の巣 language nest」と呼ばれ、最も効果的な手法と認識されている (McIvor & Parker 2016)⁴。

この手法が必要になるのは、先住民コミュニティの多くが、日常生活の中で伝統言語を伝承する機能を大幅に低下させているためである (Hinton 2001)。多くの先住民コミュニティにおいて、生活の諸領域は英語によって運営されており、先住民言語の使用機会が減少している。大人たちにとって、先住民言語よりも、英語の方が使いやすい言語である。子供もマスメディアやポップ・カルチャーを通じて、英語に頻繁に接触する。この結果、子供は英語を自然に身につけ、先住民言語よりも運用能力が向上する。このような状況においては、家庭内や近隣の会話も、英語で行われるのが自然である。子供に対して、家庭内や近隣社会において、先住民言語を使わせるためには、相当の覚悟を必要とする。

こうして家庭や近隣社会の言語教育の能力が低下するなかで、これらに代わって中心的な役割を期待されるのが学校である (Hinton 2010, p. 38)。学校においては、一定の規律のもとに自覚的に言語を学習させることが可能だからである。

学校が先住民言語を教える場合、その強度には様々なレベルのものがある⁵。第一のレベルは、学校が正規教科のひとつとして先住民言語を教

⁴ 先住民言語の子供へのイマージョン教育は、1980年代初頭にマオリが成果をあげ、ハワイにも導入された。カナダにおいては、モーホクとシスワップが最初に導入した (McIvor & Parker 2016, p. 25)。なお、後述のように、徹底したイマージョン教育を実施するのは難しく、大人向けの言語教育プログラムなどの中には、イマージョンの名称が冠されていても、実際には英語を排除できず、完全なイマージョンとは呼べないものもある (Richards & Maracle 2002, pp. 378-379)。

⁵ 北米の先住民コミュニティの形態は多様であり、主流社会からの地理的隔絶に助けられて、伝統言語が維持されている事例も存在する。例えばカナダの北部地域にはこのようなコミュニティが相当数存在する。これらの地域では生徒たちの第一言語は先住民言語であり、学校においては、この伝統言語を活用し

えるものである。このような授業は、一定程度の会話力を涵養するとともに、その言語にたいするプライドを回復させ、学習意欲を高める点で意義がある（Hinton 2001, p.7）。しかしながら、これだけでは、生活の中での実用にはつながらず、その効果は限定的である。その次のレベルは、教育の一部を先住民言語で行う「バイリンガル教育」である（ibid., pp.7-8）。この手法には、クラスの中で、当該言語が実用されるメリットがあるが、クラスの外まで言語使用が広がらない場合が多い。第三のレベルは、教育課程のすべてを先住民言語で行う「イマージョン教育」であり、これが流ちょうな話者を育てる最善の方法と考えられている（Hinton 2001, pp.8-9; Hinton 2010, p.39）。なお、これらのいずれによる場合でも、先住民言語の教育の実施のためには、カリキュラムの再編、教員の養成、教材開発などが必要であり、少なからぬ人員と資源の投入が必要とされる（Hinton 2001, pp.10-12）。後述するモーホク族の言語復興は、子供への「イマージョン教育」を中核的な要素とし、これに様々な諸政策を組み合わせる形で行われている。

3. モーホク族の言語復興

モーホク族は北米大陸の北東部に居住する集団であり、数万の人口を持つ。そのコミュニティは、アメリカ＝カナダ国境の両側の、数箇の保留地に存在する。モーホク族は、存続の危機にある伝統言語を⁶、効果的に復興させてきたことで知られている。ここでは、言語復興の拠点のひとつ、アクウェサスネのモーホク・コミュニティをとりあげ、言語復興の実践例を検討したい。アクウェサスネのコミュニティはアメリカ・カ

ながら、徐々に英語の使用を学ぶ手法がとられる。他方、英語が支配的なコミュニティにおいては、入学後に先住民言語を習得させるために、イマージョン教育や、二言語教育が必要になる。現在では、第一の類型は減少し、第二の類型が多数になっており、本稿では、第二の類型について考察する（McIvor & McCarty 2017, p.425）

⁶ Pentangelo (2020) は、モーホク語の話者人口を3800人と推定する。内訳は、アクウェサスネのコミュニティ内の話者が3000人、カナワケ600人、カネサタケ60人、シックス・ネーションズ87人、ワタ50人、タイエンディナガ2人としている。

ナダ国境にまたがる保留地のうえに存在し、全体の人口は約12000人である⁷。都市部とも近く、コミュニティ内の日常会話は英語で行われており、先住民言語の流ちょうな話者は少ない⁸ (White 2015, pp.105-106)。このような小規模なコミュニティが、英語の圧倒的な圧力のもとで、モーホク語の復興を行っており、その成果が他のコミュニティから広く注目されている⁹。

モーホク族は、1960年代以降の権利獲得運動（「レッドパワー」）を担った集団のひとつである。この運動はヨーロッパ系植民者の抑圧的支配に抵抗し、対等な地位や自己決定権の獲得をめざしたものであるが、これはしばしば各コミュニティ内の改革の運動と連動した。すなわち、ヨーロッパ系の支配構造に組み込まれた現存の統治組織を改革し、コミュニティの価値観と伝統に沿った統治組織を構築することがめざされたのである。アクウェサスネにおいても、モーホク族の伝統にもとづく社会規範を再興し、言語を復興し、拡大家族を基礎にしたボトムアップの統治組織を再建することがめざされた (White 2015, pp. 50-54)。このような運動のなかで、教育は改革の焦点となり、ヨーロッパ系に押し付けられた教育をあらため、自らの手に教育の権利を取り戻すことが目指された¹⁰。このような運動によって1979年に作られたのが、アクウェサスネ・

⁷ 人口の正確な把握は困難であるが、ここではアルフレッド (Alfred 2014, p.143) にしたがった。

⁸ アクウェサスネにおけるモーホク語の話者数は、公式な統計がないが、Pentangelo (2020) は3800人と推定する。なお話者数については、過去に、別々の個人がおこなった以下のような推計がある。①5000人 (1995年の推計)、②700人 (2004年の推計)、③1200人 (2014年の推計) (White 2015, p. 106)。

⁹ モーホクはカナダではじめてイマージョン教育を導入したことで知られる。言語復興の実践は、アクウェサスネのほか、カナワケのコミュニティでも精力的に行われている。カナダ政府のタスクフォースもこれらの成果を高く評価している (Government of Canada 2005, pp. 87-88)。先住民コミュニティの再建を支援するハーバード大学の研究プロジェクトは、2005年に、AFSが25年にわたる活動を通じて、モーホクのアイデンティティと社会を支えてきたことを顕彰している (The Harvard Project on American Indian Economic Development, *Honoring Nations: 2005 Honoree*)。

¹⁰ このような変革の動きは、アメリカ・カナダの規範にしたがう旧来の部族

フリーダム・スクール（以下、AFS）であり、今日までモーホク語復興の中心拠点になっている。

AFSの最も重要な目標は、子供たちにモーホクの文化と、モーホク語の流ちょうな運用能力を身につけさせることである。モーホクの子供たちの第一言語は英語であるが、これを前提に、第二言語としてモーホク語を習得させることをめざしている。英語の圧力の中で、この目標を達成するために、AFSは幼稚園レベルから中学校のレベルまで、完全なイマージョン教育を実践している。すなわち学校内のすべての局面において、英語を排除しモーホク語で活動を行うのである。

一般に「イマージョン環境」の維持は容易なことではない。教員にとっても、生徒にとっても、先住民言語よりも、英語を話す方が容易であるから、規律がゆるむと、すぐに英語の会話が始まり、イマージョン環境は崩壊してしまう (McIvor & Parker 2016, p. 27)。このためイマージョン環境の維持のためには、関係者一同の強いコミットメントが不可欠なのである。たとえば、教員相互も生徒の前では、英語を使わずに先住民言語で会話をする必要がある。校内の掲示物からも、英語の単語を消去し、これを先住民言語の表現に置き換える配慮が必要である (ibid., p. 28)。このようにして AFS では高い規律が維持され、英語の発話がなされた場合でも、生徒たちがすみやかにモーホク語に戻る雰囲気 が保たれているのである (White 2015, pp. 118-120)。

先住民言語のイマージョン教育において、教員の負担はきわめて大きい。教員は生徒に対してモーホク語を聞かせ続けなければならない。英語で質問を受けた場合でも、モーホク語で話し続ける必要がある (McIvor & Parker 2016, p.28)。また AFS の教員は、すべての教科をモーホク語で教えるために、一般の教科書をモーホク語に翻訳するなど、多大な準備を行っている (White 2015, pp.93-95)。教員がこのような負担を引き受けるのは、言語・文化復興への強いコミットメントがあるため

政府との対抗関係を生み出し、コミュニティを二分する対立に発展する。アクウェサスネでは、両者がバリケード越しににらみあう膠着状態が1979年から1982年まで続いた。この後、両者の妥協が成立し、AFS はそのまま存続することになった (White 2015, pp.47-59)。

である。教員と親たちは、このようなコミットメントを共有し、学校外の社会生活の中でも結びついている。この信頼関係のゆえに、親たちは子供たちを AFS に送るのである (White 2015, p. 93)。

親たちも AFS の運営に大きな役割をはたしている。北米の先住民コミュニティが学校を運営する形態には、いくつかの種類があるが、AFS では、親たちが直接に学校運営に参加する点の特徴である¹¹。また、親たちは労力の提供によって AFS の運営を支えている。AFS は、主流の教育システムの外側に作られたコミュニティ独自の組織であり、自主的な運営を維持するために、アメリカ・カナダ政府の認可も補助金も受け入れていない。このため財政事情は慢性的に苦しい (White 2015, pp. 64-69)。教員の給料は通常の公立学校の水準を大きく下回り、有給の事務スタッフを雇う財力も限られる。これを補うため、多くの仕事が親たちの無償の協力によって行われている。建物の建築・修理や、事務作業の多くは、親たちのボランティアによって行われる。また親たちは AFS の資金集めのための、様々なイベントの開催を担うのである。

子供たちの言語学習のうえでも、親たちに求められる役割は大きい。子供の学習意欲を維持するためには、親が学校の授業に協力したり、学校の行事を企画したり、あるいは親自身がモーホク語の授業を受たりすることが重要である¹²。家庭においても、モーホク語の使用機会を増やすことが重要である (McIvor & McCarty 2017, p.433)。実際のところ、AFS のイマージョン教育を受ける生徒であっても、家庭内でモーホク語を使わない場合には、流ちょうな運用能力を身につけられないことが多い (White 2015, pp.113-114)。コミュニティや家族の励ましがあって初めて、子供の言語習得の意欲が持続するのである。

AFS はモーホク語教員の養成にも大きな役割を果たしている。AFS

¹¹ これらは①部族政府が学校を運営するもの、②学校を管轄する教育委員会に先住民コミュニティの代表が参加するもの、③親が学校の運営に参加するもの、に分けられる (White 2015, p.9)。

¹² 世界各地のイマージョンのプログラムの中には、親が言語学習のクラスに参加することを義務化して成果をあげているものもある (McIvor & Parker 2016, p.30)。

の卒業生の中には、高校や大学（いずれもコミュニティ外に存在）を卒業した後、AFSの教員や、近隣の学校のモーホク語教員として働く者が何人も存在する（White 2015, p.117）。また AFS は近年、公的助成を得て、モーホク語教員の訓練プログラムを提供している（ibid., pp.120-121）。

AFS の卒業生の中には、自らの子弟にモーホク語を熱心に教える親も多い（ibid. pp. 106-107）。その中には、子供たちに第一言語としてモーホク語を教える者もいる。これらの親たちは、子供が一定年齢になれば AFS に送り、流ちょうな能力を身につけさせる。このようにコミュニティには、AFS を中心に、モーホク語の継承に強くコミットする人びとが存在し、彼らを中心にモーホク語継承のシステムが機能しているのである。

4. 言語教育の多様な制度

アクウェサスネのコミュニティにおいて、自分の子供を AFS に送る家庭の数はかぎられている¹³。AFS は公的助成を受けないため、他の学校に比して施設が貧弱であり、また親は学校運営に多大な協力をする必要があるために負担が大きい。また先住民言語教育の必要を理解しつつも、これが将来の進学等に不利に働くことを危惧する親も存在する。後述のように、二言語教育は生徒の学業成績を向上させる傾向があるが、同化主義の時代に植えつけられたイデオロギーはまだ残存しているのである（White 2015, pp.107-109）。

もっとも AFS 以外の学校においても、生徒は一定のモーホク語教育を受けることができる。アクウェサスネには AFS の他に、4つの公立小中学校があるが、そのうち一つは、モーホク・コミュニティが教育委員会・ニューヨーク州と契約して運営するもので、近年ではイマージョン教育も実施している。その費用がニューヨーク州から支給されるため財政的に安定し、学校の設備も整っている（ibid., p.75）。もっとも、公的支援の代償として、学校はアメリカおよびニューヨーク州の諸規制に

¹³ 今日、AFS に在籍する生徒数は学校全体で75名程度である（McCarty 2021, p.935）。

従わざるを得ず、教育の自由度は制約され、言語教育の成果においては AFS に劣ることになる。その他の公立学校においては、モーホクの言語や文化についての若干の授業が提供されるものの、その程度は限定的である。

さらにアクウェサスネや近隣のモーホク・コミュニティにおいては、大人に対するモーホク語学習の様々なプログラムも提供されている (White 2015, pp.120-121; Gomashie 2019; Maracle 2002; Richards & Maracle 2002)。

このようにアクウェサスネにおいて、人々は様々なレベルで言語や文化のリテラシーを身につける。流ちょうな運用能力を身につける者も、断片的な知識にとどまる者もいるが、これらの教育実践は全体として、先住民言語の価値についての認識を高め、コミュニティ全体の言語復興を支える効果があると考えられる。これら多様な仕組みが組み合わせり、モーホク語の話者は、減少から増加への転じているのである (White 2015, pp. 106-107; Pentangelo 2020, p.4)¹⁴。

5. 教育実践を可能にする環境

アクウェサスネの言語教育の実践は、様々な条件の整備を前提としている。第一に、マイノリティ言語の振興のためには、コミュニケーション媒体としての有用性を高めるための「標準化」が必要である。文法や語彙が統一されることで、その言語を用いたコミュニケーションが容易になり、使用が促進されるからである。モーホク語の場合、この作業は比較的早い時期から行われてきた。18世紀にジェズイットの宣教師が聖書のモーホク語訳を作った。ジェズイットは11文字から成るアルファベットを作ったが、1970年代にモーホクの教育者が、これに発音符を加

¹⁴ アクウェサスネとならんで、カナワケのコミュニティにおいても、モーホク語の教育が熱心に行われてきた。カナワケでは、1970年代に言語使用の衰退が認識され、1979年に幼稚園前の幼児向けのイマージョン教育が試行され、これが年長の児童に拡大されていった。1984年までには、幼稚園前、幼稚園、1学年までイマージョン教育が提供されるようになる。その後、イマージョン教育は3学年まで拡大し、これと並んで、4-6学年に対してはモーホク語と英語を半々ずつ使用する教育が提供されるようになった (Jacobs 1998 p.117-119)。

えて「正書法」を作った。1990年代には、8つの保留地すべてから教育者、エルダー、言語学者が集まり、書き言葉の統一形式を作った（White 2015, pp. 105-106）。発音の違いや若干の語彙の違いは方言としてのこるものの、文書体レベルでの標準化はほぼ完成したのである（Pentangelo 2020）。

第二に、先住民言語の教育においては、教員の養成・訓練が切実な課題であり、そのために手厚い支援が必要になる。前述のように、先住民言語の教育において、教員の負担は極めて大きい。教材が十分に整っていないため、授業の準備に多大な労力を要求される。また、イマージョン教育においては、教員は終始、先住民言語で良質な文章を話し続ける必要がある（McIvor & Parker 2016, p.28）。他方で、流ちょうな話者が減少し、その多くは高い年齢層に集中しているから、現役世代の教員をリクルートすることが難しい。このため、授業運営のためには、高齢の話者の協力を得ながら、あわせて、若い世代の教員を育てる必要がある。この状況において、大学などの研究・教育機関の役割は大きい。北米の諸大学は、政府の助成を受けながら、各地の先住民コミュニティに対して、教員養成や教材作成における支援を行ってきた。モーホク語についても、近隣の諸大学がこのような支援を行ってきたのである¹⁵。

第三に財源の確保が重要である。前述のように、この問題をめぐっては、依然として大きな問題が存在している。先住民言語による教育を行う場合、コミュニティは、公的財源へのアクセスと、教育の自由度の確保の間のジレンマに直面する（McIvor & Parker 2016, p.30）。政府からの助成を受けるためには、教育の内容やスタッフの資格などについて、様々な規制を受け入れなければならない、理想的な教育実践が妨げられる危険がある。例えば、政府は助成の条件として、学校が所定の学歴や資格を持つ教員を一定数そろえることを要求する。しかしながら、イマージョン教育において最も重要なのは、先住民言語の運用能力と、それを

¹⁵ ケベック大学は、カナワケの教育委員会とカナダ政府インディアン省の打診をうけて、1972年に先住民言語の教員の養成プログラムを開始した。カナワケからは当初5名がこれに参加した。のちに、このプログラムの修了者は、教育学士の過程に進めるようになった（Jacobs 1998, p.117-118）。

子供に伝える熱意であり、学歴や資格ではない。上述のように、AFSにおける教員の負担は重く、熱意の低い者には務まらない。熱意の低いスタッフが混ざれば、学校のイマージョン環境は容易に壊れてしまう。このような要請は、政府が求める教員像とは大きく乖離する。言語能力と熱意をそなえ、かつ、政府の要求する資格を持つ者を探すことは著しく困難である。ここで、政府の要求を優先するならば、適切な人材を雇用することができなくなるのである¹⁶。

公的財源に依拠しない AFS の財政は苦しい。発足当初、スタッフは無給のボランティアであったし、現在でも賃金は低い。このため教員の入れ替わりも激しい。建物の建築や修理、事務作業の多くは、ボランティアによって行われている。資金集めのためのイベントが頻繁に開かれ、親たちはこの運営を担っている。公立学校に比べて、学校の施設や教育資材などが不十分である (White 2015, pp. 64-72)。もっとも、近年では、AFS のイマージョン教育の提供に対して、カナダ政府から一定の助成が得られるようになった。AFS は、それが教育内容への制約を伴わないことを確かめて、これを受け入れている。このほか、各種財団の助成などを獲得するように努力しており、これが一定程度の安定をもたらしている。

現在の米国において、先住民言語教育への公的財政支援をめぐるのは、二つの異なる力学が存在する。第一に、近年は、新自由主義的な改革の中で、学校運営を自由化する動きがある。米国においては、先住民言語の教育を実施する学校の設置形態は様々であり、先住民を管轄する行政機関が運営するもの、先住民コミュニティが政府や教育委員会との契約によって実施するものなどがある。近年広がりつつあるパブリック・チャーター・スクールの制度も、学校運営の自由度を高め、これを用いて先住民言語教育を行う試みも存在する。このように学校運営の形態が多様化し、自由度が拡大すれば、公教育の枠組みの中で、先住民言語教育を展開する余地が拡大する (McCarty 2013, p. 29; McCarty 2016, p.22)。

他方で新自由主義的改革が、標準的な学力の向上を要求し、これが先

¹⁶ AFS の教員は、流ちょうなモーホク語の能力を重視して採用されるが、大学の学位を持たない者も多い (White 2015, pp. 96-97)。

住民言語教育を圧迫する傾向も存在する。アメリカでは全国の生徒の学力を向上させるとの理念のもとに、連邦レベルでESEA法およびNCLB法が制定され、公的助成を受ける学校は定型的な学力テストにおいて、一定の成績を取めることが要求される。この目標を実現するために、学校は英語中心の授業に時間を割かざるをえず、先住民言語の学習が削られる弊害が生じているのである（McCarty 2016, pp.21-22; McIvor & McCarty 2017, p. 432）。このように公的財源へのアクセスは、依然として先住民言語教育の展開にとっての課題となっているのである¹⁷。

6. 共同体の文化生活にとっての言語の重要性

つぎに、先住民にとっての言語復興の意義を検討したい。多くの先住民集団にとって、伝統言語は高い価値を持つが、これは伝統言語が、先住民の世界観、宗教、社会関係を成り立たせると考えられているためである。

先住民は西洋近代とは異なる独特の世界観を持つ。人間は万物に対して、適切な関係を取り結ぶことが必要であるが、その関係は多面的であり、道具的・規範的・審美的・情緒的な要素の融合によって成り立っている。たとえば、先住民の伝統医療（medicine）は、医学的治療、カウンセリング、儀礼などの要素を含みつつ患者に働きかける（辻 2018）。また狩猟や漁業などの実践的知識も、技術的ノウハウにとどまらず、自然に配慮する規範を含むものである。

先住民言語は、こうした独特の世界観や知識を表現しうる媒体である。その「語り」においては、世界の記述と、情緒的・規範的言明が融合し、人間が、他者や世界に対してとるべき態度が表現される（Government of Canada 2005, pp.23-24）。人間と自然や諸霊との関係に作用する宗教儀礼も、これを表現しうる言語で行われなければならない。先住民集団と、彼らの「土地」との特別の関係も、固有の言語を用いた「物語り」によって開示される（ibid., pp.23-24）。これらの語りを西洋言語に翻訳し

¹⁷ イマージョン教育の効果は広く認識されているが、これを効果的に実践している先住民コミュニティはわずかである。すなわち、情報、教員養成、資金確保の壁に阻まれて、実施に至らない集団が多いのである（McIvor 2016, p.26）。

ようとするれば、本質的な要素が失われるのである¹⁸。このように先住民の文化生活にとって固有言語はきわめて重要なのである。

アクウェサスネの近年の事例に即して、文化生活と伝統言語の密接な結合を見てみよう¹⁹。アクウェサスネは、1955年以降、大企業の工場が排出した有害物質による深刻な公害を経験する²⁰。河川や土地が汚染され、漁業や農業など伝統的な生業が困難になった。こうした環境破壊に対して、アメリカの「自然環境破壊調査 (NRDA)」制度を利用した救済が行われたが、この交渉の中で、アクウェサスネのコミュニティは、環境への被害に加えて、文化への損害を強調し、企業に対して、文化復興への経済的支援を要求した。

モーホク族の政治学者アルフレッドは、この経緯を次のように説明する。環境汚染が起る前、アクウェサスネの人々は、河川や土地と結びついて自足的な生活を営んでいた。主たる生業は、漁業、農業、園芸で

¹⁸ 西洋言語が、その文法構造上、先住民の思想を表現できないかどうかは明らかでない。しかしながら、西洋言語がこれを表現するためには、これに適した語彙や表現方法を発達させる必要があることは確かであり、これは西洋言語を大きく変容させると考えられる。しかもその作業は、当事者が、その言語を用いた文化実践を行う中で、はじめてなしうることである。このような作業は、きわめて難しく、長い時間を要すると考えられる。したがって、実際には、先住民言語の消失は、その文化を大きく損傷することになると考えられる (Fishman 1991, pp.20-24)。

¹⁹ 以下の議論は Alfred (2014) に依拠する。アルフレッドは、モーホク族の政治学者であり、この事例において、アクウェサスネのコミュニティの相談役を務めた。

²⁰ 環境汚染は、ゼネラル・モーターズとアメリカ・アルミニウム社が、1955年以降、PCBs、PAHs、シアン化物、フッ化物、重金属などを排出したために起こった。NRDA のプロセスでは、公益を代表する諸組織 (アクウェサスネのトライブ、アメリカ海洋大気庁、合衆国魚類野生生物局、ニューヨーク州) が、両企業と交渉した。汚染による損害として、①環境への被害、②釣りなど娯楽滑動の妨げ、③自然を介した文化実践への被害、が認定され、それぞれの被害を軽減するための事業が行われることになった。このうち③は、NRDA の本来想定していた「被害」の概念を拡大して認定されたものであり、文化復興事業はこれに対処するものとして構想された (Natural Resource Trustees of the St. Lawrence River Environment. 2013.; Alfred 2014)。

あり、これに加えて、狩猟や手芸から副次的な収入を得ていた。彼らはまた、その地の植物や動物を用いて、伝統医療も実践していた。ここで重要なのは、これらの活動が、固有の文化において、重要な意味を与えられていたことである（Alfred 2014, p.136-137）。すなわち、河川・土地との交流から食物を得ること、家族のために健康な食物を提供すること、自然環境・動植物を適切に扱い保護すること、などは、彼らの文化において高い価値を持つ。これらの活動を導く実践的知識は、単なる技術的ノウハウのみならず、その道徳的意味を開示する。こうした知は伝統言語によって表現される。

環境汚染が起こったことで、これらの実践が急速に衰退した。その土地からとれた魚・動物・植物は、食用に適さなくなり、伝統医療に必要な植物は採取できなくなった。ここで重要なのは、これらの実践の衰退とともに、そこに具体化されている文化が失われることである。これらの生業の実践を媒介する知識は、生業が衰退することで使われなくなり、次世代に継承されなくなる（Alfred 2014, pp. 136-137）。これにともなう言語も衰退する。伝統言語の表現が持つ複雑で深い意味は、文化実践の中ではじめて現実性を持っていたからである（Alfred 2014, pp. 142）。ひるがえって、言語が失われれば、これによって表現されていた知識も失われ、それに媒介された実践も困難になる。このように、文化の消滅の危機が迫っていたのである。

このような認識にもとづいて、企業との和解において、文化の復興に焦点をあてた「アクウェサスネ文化再生事業（Akwasasne Cultural Restoration）」の実施が合意される。この事業の中核のひとつは、伝統的技能・知識の伝承のプログラムである。伝統的技能を持つメンターが、それぞれ弟子 apprentice をとり、数年かけて伝統的生業や文化実践の技能と知識を伝授する²¹。ここで、とくに重視されるのが、伝統言語の

²¹ これは師匠・メンターがそれぞれの弟子に知識を伝える先住民の伝統的な教育手法によるものである。このプログラムは5年をかけて実施され、8人が師匠として、16人の若者を教育する。教育はフルタイムで行われ、参加者には手当が支払われる。プログラムを終了した弟子は、次には師匠として活躍することを期待される（Natural Resource Trustees of the St. Lawrence River

習得である (Alfred 2014, pp. 142-143)。伝統的な知識の継承に、言語が不可欠という想定が共有されており、プログラム参加者は、流ちょうな言語能力の獲得をめざすのである。

もちろん、モーホクは、科学技術や近代産業の展開を全面的に拒否するわけではない。しかし彼らは土地と結びついた伝統を守りながら、新しい環境に適応する途を模索している。かつての生業が再び生活の中心になることは難しいとしても、これを補助的な収入源にしたり、自家消費の目的で実践したりすることはできる (Alfred 2014, p.144)。このような実践を通じて、土地と結びつき、自然に対して責任をはたすという、伝統的な世界観とそのための知恵を維持することが可能と考えられるのである。伝統言語の復興は、このような文化生活の維持のために不可欠なのである。

7. 先住民言語の復興政策の規範的正当化

以上のような先住民言語の復興のプロジェクトを、全体社会が支援すべき理由は、どこにあるのだろうか。この点を考えるにあたり、はじめに確認すべきは、先住民言語がはたす公共的機能である。アメリカやカナダの現行制度は、ほとんどが英語 (フランス語) によって運営されており、先住民言語を用いてアクセスできるものはほとんど存在しない。このような社会構造のもとでは、人々は英語に習熟することを余儀なくされ、先住民言語は、第二言語として存続するしかない。それはコミュニティ内部においてすら通用力が低く、使用される活動領域も限定される。このように、使用領域が限定されるため、我々は先住民言語の公共的意義を過小評価する危険がある。しかしながら、上述のように、先住民言語はコミュニティの文化生活の不可欠な基盤として、あるいは自治を支える公共文化の不可欠の基盤として機能している場合が多い。しかも、その保全を個々人の自発的努力によって行うことは不可能であることが多く、保全のためには社会がこれを支援する必要が生じる。この点は、コミュニタリアン系多文化主義の主張に沿って以下のように議論することができよう。

Environment. 2013. ch.9, pp.3-4)。

（1）デニス・レオムは、文化的共同体における共同生活に参加する個人のニーズを重視し、その条件として、それぞれの言語共同体が、自らを再生産できることが必要と考える（辻 2022, pp.315-321）。その際に彼女が念頭においたのは、社会の諸領域を包括的におおむマイノリティ言語であった。この基準に照らせば、アクウェサスネのような先住民の共同体において、先住民言語の支配する領域は狭いから、言語保全のニーズは小さいように見える。

しかしながら、先住民言語が共同体生活にはたす役割は、より実質的に評価されるべきだろう。アクウェサスネのコミュニティは、宗教、社会生活、自然環境の管理などの領域において、世界観や社会的・文化的規範を共有し、充実した共同体生活を営んでいる。宗教儀礼を通して開示されるコミュニティの歴史や伝統は、諸領域の活動を方向づける。伝統言語は、これらの活動を構成する実践的知識の媒体となっており、規範や知識の存続の不可欠の条件である。このように考えれば、言語の喪失が、充実した共同体生活に与える損害は大きい。文化的共同体の維持を根拠にするレオムの基準に照らせば、モーホク語の保全のニーズは高いと考えられる。

（2）ライナー・バウベックは、共同体が自治に必要な文化的基盤を維持するために共通の言語を保全する政策をとりうることを主張する（辻 2022 pp.326-329）。先住民言語の復興の政策は、この観点からも正当化することが可能であろう。先住民のコミュニティの多くは、共通の歴史と社会規範を共有し、制度的にも保留地などを拠点とした自治を行う政治単位である。彼らの歴史意識や社会規範は、ストーリーの形で伝承され、伝統的言語は継承に重要な役割を果たしている。このため、先住民コミュニティの多くは、自治の文化的基盤を維持するために、言語を保全する正当なニーズを持つと考えられる。

実際のところ、近年では、先住民や政策担当者の中に、自治の機能の改善のために、固有文化の復興が必要と考える傾向が強まっている²²。過去の植民地主義的な統治と同化政策は、先住民社会の伝統的な統治構

²² この点については、別稿の議論を参照いただければ幸いである（辻 2019, pp.382-388）。

造と社会規範を解体し、この結果、統治の機能不全に苦しむコミュニティが多い。すなわち、党派対立、汚職、縁故主義が蔓延し、民主的統治が機能しないのである。このような状況を改善するために、伝統的な規範を再生する主張が有力になっている。たとえば先住民の法学者ジョン・ボロウズは、コミュニティの伝統に根ざす規範意識の復興を主張する。彼によれば、統治の改善のためには、先住民の伝統・価値観によって、アカウントビリティの観念を基礎づける必要がある。彼はこのような観点から、宗教儀礼の実践を重視する。儀礼の場において、世界観や規範秩序が開示され、構成員の果たすべき義務が示される。言語はその実践において不可欠の要素である。このように、先住民にとって、民主的統治を改善するために、伝統言語の復興が必要な場合は多いと考えられる。

つぎに、先住民言語の復興が、コミュニティのメンバーの個人的利益と衝突する可能性について考えてみたい。個々のメンバーは、充実した共同体生活に参加する利益とともに、個人的目標を追求する利益を持っている。そこで言語復興の実践においては、これらの利益の間のバランスをとる必要がある。

第一に、先住民言語の学習が、子供の学業を圧迫し、経済的成功などの個人的利益の実現を妨げないかが問題になる。実際のところ、親たちの中には、先住民言語の学習に時間を費やすことで、英語の習得が遅れたり、学業成績が低下したりすることを懸念する者も多い。

この点については、実践例が蓄積されるなかで、懸念が払拭されつつある。一般に、バイリンガル教育やイマージョン教育には、生徒の学業成績を改善する効果が認められている。モーホクの実践についてもこれが当てはまり、イマージョン教育を受けた生徒の学力は、そうでない生徒よりも高く、AFSの卒業生は、進学先の高校においても、すぐれた学業成績をあげることが多い(White 2015, p.117)。このような現象には、いくつかの原因が考えられている。第一に、二言語に習熟することは、子供のシンボル操作の能力を向上させることで、一般的な認知能力を改善し、これによって学業成績を向上させると考えられる(Hinton 2001, p. 17)。これに加えて、先住民言語による教育が、家庭を巻き込む形で行われることが指摘される。すなわち、親が子供の教育に深くコミットす

ることで、子供の教育への配慮が増し、学業成績が向上すると考えられる（White 2015, pp. 69-72）。

主流言語学習における遅れも、実際にはほとんど生じない。子供は、日常的に主流言語を使って生活しているので、その潜在的な能力は高い。このため、先住民言語のイマージョン教育を受ける生徒も、主流言語の学習を開始すれば、すみやかにその運用能力を向上させ、遅れを取り戻せるのである（Hinton 2000, p.13; White 2015, p.117）。

学業上の改善に加えて、他のメリットも指摘される。マイノリティに対する偏見が根強い社会において、文化や言語の習得は、文化への誇りを生み、コミュニティへの帰属意識を強め、自己肯定感を育てる効果が大きい。これによって、子供が幸福な人生をおくれる可能性が増加する。以上のように、子供の利益に関する限り、先住民言語の学習と、個人的利益の追求の間に、深刻なジレンマが生じない場合が多いのである

第二、コミュニティによる言語復興が、コミュニティのメンバーの生き方の幅を、制約する可能性について考えてみたい。はじめに指摘できるのは、先住民言語の保全それ自体によって、人生の選択肢が制約される危険は小さいということである。先住民言語の復興は、人々がこれを第二言語として習得し、バイリンガルな話者になることをめざしている。すなわち、英語（フランス語）を用いた活動を抑制するのではなく、先住民言語によって新たな領域へのアクセスを可能にすることが目標である。また、前述のように、先住民言語の学習が、英語学習に対する妨げにもなることも少ない。したがって、この意味では英語を使った生き方の選択肢を制約する危険は少ないと考えられる²³。

もっとも、先住民言語の復興は、より一般的な文化復興の一環であり、この点をめぐる対立からは逃れられない。先住民言語は、先住民の伝統的世界観や価値観と結びついており、これらの価値観の解釈や評価をめぐっては、コミュニティ内に意見の対立も存在しうる。主流派社会との適切な距離の取り方や、現存国家に対する帰属意識・忠誠についても、

²³ さらにいえば、第二言語の習得の程度は、学習者の意欲に左右されるので、その一律の強制を行うことは現実には難しい。実際のところ、モーホクにおいても、モーホク語の学習の程度は、家庭や個人によってさまざまなのである。

様々な態度がありうる。このような意見の相違の中で、「共同体生活の維持」のために全員が共有すべき価値の範囲は、アプリアリに判断することが難しい。パウベックやテイラーの指摘するように、それは、それぞれの先住民集団が、熟議を通じて決定すべき問題と考えられる²⁴。

第3章 言語保全・復興を正当化する諸アプローチ

本稿では、ケベックおよび北米先住民の実践にそくして、言語保全・復興の意義と手法を検討してきた。その知見をふまえて、ここで言語保全・復興を正当化するための、諸アプローチの有効性をまとめておきたい。

1 「文化アプローチ」

文化アプローチは、マイノリティ集団の文化的ニーズを主題化し、その充足のために文化・コミュニティを支援する考え方である。文化アプローチは、リベラル系と、コミュニタリアン系の二つのタイプに大別される。

(1) キムリッカ(初期)やパッテンに代表されるリベラル系のアプローチは、「個人の選択」を基本的な価値として、これを根拠に個人が選択するマイノリティ言語の保全を基礎づける。自由民主主義の社会において「個人の選択」は重要な価値であり、これにうたえて言語保全政策の一部を基礎づけることは可能である。しかしながら、別稿で論じたとおり、その論理には限界があり、現実の政策実践を正当化するだけの力を持たない(辻 2021)。

(2) より有望なのは、「言語の公共的機能」を重視するコミュニタリアン

²⁴ アクウェサスネの場合、親たちは、子供の通う学校を選択できるから、モーホク言語の学習を強要されるわけではない。また、コミュニティにはカトリックの強い伝統があり、AFSの親たちやスタッフの中にすら、伝統的宗教ではなく、カトリック教会に所属し続けるものもあり、その限りでは、信仰の自由の抑圧の危険は大きくないと考えられる(White 2015, pp. 144-146)。もっとも、モーホクのコミュニティにおいては、コミュニティの構成員資格などをめぐって論争が存在するので、問題は複雑であるが、本稿では立ち入らない。

ン系のアプローチである。本稿はこのアプローチをとり、「ケベックのフランス語」と、「北米の先住民言語」をめぐる二つの異なるタイプの言語保全・振興の実践が、いずれも共同体主義的、公共的性格を持つことを示してきた。

すなわち第一に、保全・振興の対象となっている言語は、公共生活の不可欠の媒体となっており、そのゆえに高い価値を与えられている。ケベックにおいて、フランス語は全ての社会領域において、州民の活動を媒介する役割を与えられている。それは共同生活の不可欠の媒体として、ケベックが守るべき共通善と位置づけられ、政治的アイデンティティの焦点ともなっている。先住民言語も、その使用領域は限定されているものの、固有の世界観を開示する媒体となり、公共生活に不可欠な規範を再生産する機能をはたしている。このためコミュニティの文化生活、社会生活の再生のために、伝統言語の復興が重視されるのである。

第二に、マイノリティ言語の保全は、個人の選択の集積によっては実現せず、言語共同体の集合的行為を通じてのみ可能になる。二つの事例のいずれにおいても、支配的言語（英語）の圧力に抗して、マイノリティ言語の使用を維持するために、①公的な制度・政策による支援と、②一般メンバーのコミットメントの両者が必要であった。ケベックのフランス語は、公的な制度・政策によって手厚く保護されている。連邦と州政府のフランス語振興政策によって、フランス語の地位が引き上げられ、標準化の作業と、言語習得の促進が行われている。これと同時に、人々のコミットメントが必要であり、その基盤の模索が行われている。

先住民言語はすでに使用領域が縮小しており、これを子供に習得させるには、AFSに見られるように、家族および地域コミュニティの一致したコミットメントが不可欠である。他の学校における先住民言語の教育も拡大している。さらに、大学をはじめとする研究・教育機関や、財団などの支援、政府による資金援助なども重要な役割を果たしている。これら多層のコミュニティが支援することで、言語復興の事業が可能になるのである。

これら二つのタイプのいずれにおいても、マイノリティ言語が、共同体の文化的・社会的・政治的生活を維持するために不可欠と考えられる場合には、社会がマイノリティ言語を保全・振興する強い理由が存在する

のである。

他方、共同体の公共生活のニーズは、共同体構成員が持つ他のニーズと衝突しうるから、これらのニーズによって言語復興の要請が制約される。第一に、構成員が、個人的に追及する目標、とくに学歴を通じた経済的上昇との潜在的な対立が存在しうる。マイノリティの中には経済的上昇のために、子弟に英語で教育を受けさせたいという願望が存在している。もっとも、この点については、マイノリティ言語の習得が知力の向上に寄与し、学業成績を向上させることも多いため、深刻な対立が起こるとは限らない。

第二に、複数の共同体生活の間の競合が存在する。人間は、重層的に存在する複数の共同生活に参加し、帰属意識をもっている。ケベックにおいては、英語系や先住民など、長い歴史を持つ内部マイノリティのコミュニティが存在する。彼らはフランス語を用いたケベック単位の公共生活に加えて、英語や先住民言語を用いて、それぞれの地域共同体での公共生活を営んでいる。また、すべてのケベック州民は、カナダを単位とする国家共同体の構成員でもあり、ケベックに加えて、カナダに対する強い帰属意識を持つ者も少なくない。

以上のような、共同体生活の並存のなかで、ケベックがフランス語の地位向上のために英語や先住民言語の使用を抑制すれば、彼らの公共生活が妨げられることになる。また、言語使用の背後に存在する歴史意識、帰属意識、忠誠心などは、しばしば相互に衝突しうる。この点は、ケベックについて検討したが、同様の問題は先住民のコミュニティにおいても生じうる。

多くの論者の指摘するように、言語保全政策の実施に当たっては、これら個人的な目標の追求や、競合する公共生活のニーズとの、調整を行う必要がある。その具体的手法は、ア priori に定式化することが難しく、共同体の熟議にゆだねられるべき問題である。

(3) 多様性の価値の称揚

文化アプローチには、このほかに、「文化の多様性」の価値を根拠に、マイノリティ文化の保全・復興を基礎づける有力な議論が存在する。この議論はビクター・パレクやチャールズ・テイラーなどコミュニタリアン

系多文化主義の理論家により、しばしば援用される。

パレクによれば、「文化の多様性」を擁護する議論には、リベラル系のものもある。そのひとつは、「文化の多様性」が、我々が追求できる多様な選択肢をもたらし、我々の自由を拡大するというものである。また、ジョン・スチュアート・ミルが提示したように、多様な文化間の競争を通じて、真理が発見されるという主張もある。パレクによれば、これらの議論には一定の説得力があるが、その程度は限定される。異なる文化が新たな選択肢を開示しても、我々にはその実践を取り入れられないことが多い。また、異なる文化の提示する主張の間に、真理をめぐる競争が起こらないことも多い。このように、多様性のもたらす実利的利益が、常に存在するとは限らないのである。

これに対してパレク自身が重視するのは、異なる文化との接触が、人間の道徳的な視野を広げるという点である (Parekh 2006, pp.165-168)。異なる文化は、異なる価値・目標を提示し、また異なる道徳的能力を涵養する。たしかに、異質な文化や実践を、我々が直ちに取り入れられないことは多く、その意味では、直接の実用性が限られる。しかしながら、他の文化に触れることは、我々の文化の限界や特殊性に気づかせ、それについての理解を深める助けになる。また、我々の想像力を拡大し、文化の変容の可能性に気づかせてくれる。たとえば先住民の文化実践を、我々が直接に採用できないことは多いが、その文化に触れることは、人間と自然の関係について、様々な可能性を示唆してくれるのである。これが「多様性」のもたらす最大の利益である。

チャールズ・テイラーも同様の議論を行っている。彼は、文化によって「善の観念」が多様であることを強調する。人間はつねに価値の対立やジレンマの中にあり、道徳的問いに対する答えをもとめて模索を続ける存在である。しかも、ひとつの地点から実現できる視野や価値は限られているから、よりよいビジョンを得るために、他の文化から学ぶ必要がある²⁵。このような観点からは、ひとつの社会の中に異なる文化を持

²⁵ テイラーは他の文化から学ぶこととの重要性を以下のように述べる。「多様な性格や気質を持つ多数の人間に、長期間にわたって意味の地平を与えてきた諸文化は・・・たとえ我々が嫌悪し拒否すべきものを多く含む場合ですら、我々

つ複数のコミュニティが繁榮し、それらの間に持続的な交流が行われることには大きな価値がある。このようにしてマイノリティ言語の保全・復興政策の正当化にあたり、「文化の多様性」の価値は有力な根拠になりうるのである²⁶。

2 「コミュニティ再建アプローチ」「支配・抑圧アプローチ」

マイノリティ言語の復興政策は、マイノリティ言語・文化の固有の価値ではなく、他のニーズを実現する手段として基礎づけられる場合も存在する。

(1)「コミュニティ再建アプローチ」は社会病理を克服する目的のために、マイノリティの文化とコミュニティの復興を主張するものである(辻2018; 辻2019)。「後期近代」においては、格差の拡大が進行し、とりわけ社会の周縁部におかれたマイノリティ集団には深刻な社会病理が生じやすい。すなわち、失業、貧困、犯罪、薬物・アルコール中毒、家庭内暴力、若年妊娠、教育の崩壊、精神病などが、負の循環を形成する。このような困難に対処するためには、コミュニティの人間関係や、規範秩序の再建が必要であり、そのための資源として、伝統文化の復興が要請されるのである。北米先住民コミュニティの多くは、このような社会

の賞賛と尊重に値するものをほとんど確実に含むと想定することが理にかなっている。……我々がこの仮定を受け入れるために唯一必要なものは、人類の物語の全体に占める我々の位置が限られたものであるという感覚である。」(Taylor 1994, 邦訳 p.100-101)。また、テイラーはキリスト教思想を論じる中で、異なる位置から神に接近する者が学びあう「相互補完性」の観念を強調するが、これは宗教にとどまらず、彼の思想全体に当てはまる考え方である(辻 2009)。²⁶ 消滅危機言語(その多くは先住民言語である)の保全・復興を正当化するために、次のような議論がなされることが多い(Hinton 2001, pp. 4-5; May 2011, ch.1)。①言語学の立場からは、言語それ自体の価値を強調する議論が行われる。言語を生み出し操る人間の能力はきわめて複雑であり、それを解明するためには、多様な言語使用を素材にする必要がある。この観点からは、言語の消滅は、人間の生み出した貴重な創造物が消失することを意味する。②第二に、先住民言語が消失することで、自然と共生する知恵が失われることを強調する議論がある。これらを根拠とする保全・復興の擁護論も、「文化の多様性」を称揚する議論として位置づけることができる。

病理を抱えており、その克服のために文化復興が必要な場合、その一環としてマイノリティ言語の復興政策が正当化される見込みが高い。

（2）「支配・抑圧アプローチ」はマイノリティ集団と主流派集団の間の支配・抑圧の関係を是正するために、マイノリティの文化・コミュニティを支援するものである。このアプローチにおいて、マイノリティ言語の復興政策は、マイノリティ集団への、不当な支配・抑圧の改善策と位置づけられる。すなわち、マイノリティ集団は、自己決定を奪われて主流派に支配され、自己実現のための機会や資源を制約される。社会の諸制度が主流派の文化にしたがって構築され、主流派の文化実践が公的に支援される。他方でマイノリティの文化は劣等なものと定義され、その実践が抑圧され、文化の継承は妨げられる。またマイノリティ文化は、当該集団の「劣等性」の根拠として、集団間の不平等の正当化のために用いられることになる。

このような支配・抑圧の関係を是正する過程で、文化復興は重要な役割を果たすことが多い。すなわち、固有の文化に内在する価値を再発見することは、集団に貼り付られた「劣等性の表象」を払拭し、自尊心を回復する助けになる。また、集団が自己決定の権力を取り戻し、文化的にも自らの価値観を定義するなかで、自らの文化的伝統を手がかりにすることは多い。このように、不平等を克服し、文化的自己決定を回復するなかで、言語復興は、重要な役割を果たしうるのである。

以上のように、言語復興には、いくつかの正当化が可能であるが、リベラルの議論を除けば、いずれのアプローチも、言語復興の集団的な性格の諸側面をとらえている。すなわち良好な共同体生活や民主的統治は、共同体が全体として享受する共通善である。また、「文化的多様性の価値」にもとづく議論も、複数の文化的共同体が相互に学びあう点が重要である。「コミュニティ再建」、「支配・抑圧の是正」などのニーズも集団単位ではじめて実現できる。このように、リベラル流の個人主義をはなれて視野を広げるならば、マイノリティ言語の振興政策が強い根拠を獲得できる場合は少なくないと思われる。

参照文献

- 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 2013. *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* (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* (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 Kahnawa:ke." 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." 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 Harvard Project on American Indian Economic Development. 2005. *Honoring Nations: 2005 Honoree*.
- 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. *Pense 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". 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, pp.90-110.

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 (2007): 249-265.

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: 402-381.

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: 262-1.

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, pp. 369-396.

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 (2021): 57-89.

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 (2022): 55-89.

司法の優越をめぐる法と政治（2）

—— 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 (以上、73巻5号)
- 第1章：アメリカにおける司法の優越
- 第1節：司法の優越の根拠としてのマーベリ判決
- 第2節：司法の優越をめぐる党派対立
- 第3節：連邦最高裁の「垂直な」優越
- 第4節：奴隷制をめぐる攻防
- 第5節：南北戦争後における司法の優越
- 第1款：再建期における連邦最高裁の権威の利用
- 第2款：連邦最高裁の後援者
- 第6節：司法の優越を取り巻く政治と社会 (以上、本号)
- 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

第1章：アメリカにおける司法の優越

第1節：司法の優越の根拠としてのマーベリ判決

アメリカにおける司法の優越は、しばしばマーベリ判決と結びつけて語られる。「今日において、もっとも洗練され、輝かしく、そして野心

的な司法審査の法理の正当化根拠の一つ」であり、「アメリカ、そして世界において、アメリカの立憲主義の要であり、今日の連邦最高裁において繰り返し行使される司法審査の広範な権限の基盤とみなされる」¹マーベリ判決は、合衆国憲法において明文化されていない司法審査を判例法上確立した判決として、アメリカのみならず我が国においても、ほぼ例外なく取り上げられてきた。それと同時に、同判決における「最も印象的な」²一節でもある、「何が法であるかを語るのは、断固として司法部の職分であり、責務である」³という部分は、アメリカにおける司法の優越の根拠として、これまで度々引用されてきた。連邦最高裁もまた、1958年の *Cooper v. Aaron*⁴以降、いずれもマーベリ判決の文言を引用しつつ、憲法を解釈する最終的な権限が連邦最高裁自身にあることを示してきた⁵。とりわけ、直近のレーンキスト・コートとロバーツ・コートは、司法の優越を主張する傾向が特に強いとも評される⁶。そして、上記のクーパー判決こそ、アメリカにおける司法の優越にとっての金字塔的な判決として位置づけられてきた。すなわち連邦最高裁は、同判決において、マーベリ判決を引用しつつ、憲法を解釈する責務が連邦最高裁のみであることを宣言したのである。それが、以下の部分である。

憲法第6条は、憲法典を「この国の最高法規」とする。1803年、マーシャル首席判事は、全員一致の法廷のために、かの有名な *Marbury v. Madison* において、憲法典は「国家の基本的かつ至高の法」であると

¹ Robert J. Reinstein & Mark C. Rahdert, *Reconstructing Marbury*, 57 ARK. L. REV. 729, 730-731 (2005).

² Rachel E. Barkow, *More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, 102 COLUM. L. REV. 237, 239 (2002).

³ 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

⁴ 358 U.S. 1 (1958).

⁵ 大林啓吾「政治問題の法理のゆくえ」法学研究87巻2号（2014年）230頁。

⁶ Mark A. Graber, *Judicial Supremacy Revisited: Independent Constitutional Authority in American Constitutional Law and Practice*, 58 WM. & MARY L. REV. 1549, 1553 (2017).

言及しつつ、「何が法であるかを語るのは、断固として司法部の職分であり、責務である」と宣明したのである。この判決は、憲法を詳説するにおいては連邦司法部こそが最高であるという基本的な原理を宣明したものであり、この原理は、我々の憲法制度の恒久的かつ不可欠な特徴として、当連邦最高裁及び国家によって尊重されてきたのである。⁷

しかしながら、上記のような、マーベリ判決を司法の優越の根拠とする議論に対しては、憲法学界から多くの批判が寄せられている。それら批判によれば、クーパー判決が司法の優越を宣明する過程で引用したマーベリ判決は、そもそも連邦最高裁の最終的な憲法解釈権限を宣明したのではないとされる。その代表的論者たるポウルセン (Michael Stokes Paulsen) は、マーベリ判決におけるマーシャルの論理は、司法の優越を基礎付けるものではなく、むしろ成文憲法が「優越的で至高点法 (superior paramount law)」であることを根拠づけるものであったことを主張する⁸。また、クレイマー (Larry D. Kramer) も、「何が法であるかを語るのは、断固として司法部の職分であり、責務である」という部分は、「憲法が何を意味するかを宣言するのは、裁判所のみ職務である」や「憲法が意味するところを語るのは、他にもない、裁判所の職務である」ということを宣明したのではないとして、マーベリ判決を司法の優越の根拠とすることには批判的な立場を採用する⁹。さらに彼は、歴史を振り返れば、「マーベリ判決後、司法の優越は快く受け入れ

⁷ 358 U.S. at 18.

⁸ ポウルセンは、ザ・フェデラリスト第78編におけるハミルトン (Alexander Hamilton) の立場も、司法の優越を示唆するものではないとする。Michael Stokes Paulsen, *The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is*, 83 GEO L.J. 217, 245 (1994). さらに彼は、マーベリ判決やザ・フェデラリストは司法の優越を基礎付けるものではなく、むしろ、三権における同格的な憲法解釈権限の論拠となり得ることを指摘している。

⁹ Larry D. Kramer, *Marbury and the Retreat from Judicial Supremacy*, 20 CONST. COMMENTARY 205, 214 (2003).

られてはいなかった¹⁰として、マーベリ判決以来、司法の優越が常にアメリカにおいて尊重されてきたという連邦最高裁の見解を批判する¹¹。

しかし、上記の諸批判にあるように、連邦最高裁が司法の優越の象徴的存在としてマーベリ判決を引用することに「実証的な根拠がない」¹²のであれば、「我々の歴史の中で、ほとんどのアメリカ人は、連邦最高裁を憲法の究極の解釈者と見なしてきた」¹³と評されるまでに、広く一般的に承認されるようになった司法の優越は、どのような過程を経てアメリカにおいて受容されたのであろうか。

この点について、クレイマーは、再建期からプログレッシブ期にかけて、アメリカにおける司法の優越の受容に関する転換期が訪れたことを示唆する¹⁴。また、司法の自己抑制論の源流であり、「アメリカの法学研

¹⁰ LARRY D. KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW 221 (2004).

¹¹ また、勝田卓也は、「マーベリ判決は、判決が下されてからおよそ一世紀後に、判決を政治的に利用しようとした人々によって神話化されたものなのである。」と指摘する。勝田卓也「マーベリ判決の神話」法学新報119巻9・10号（2013年）151頁。本稿では、マーベリ判決の意義を問い直す作業は行わない。しかしながら、同判決が、いかなる部門が憲法解釈における最終的な権威を保持するかという憲法学の一大論点に大きな影響力を有するものであること、また、同判決が司法の優越を宣明したものではないという理解が、アメリカにおいて有力に説かれているという現状を、ここでは確認しておく。なお、背景の政治的状況を含め、マーベリ判決の意義を問い直す試み、またそのようなアメリカの議論を紹介する邦語文献として、勝田による上記論稿のほか、松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991年）7頁以下、山本龍彦＝大林啓吾「司法審査論の新地平（一）——法原理機関説へのレクイエム？」桐蔭法学12巻1号（2005年）119頁以下、岸野薫「マーベリ判決における法と政治の相剋（一）（二・完）」法学論叢159巻2号（2006年）63頁以下、同159巻4号（2006年）55頁以下、原口佳誠「マーシャル・コートと法の支配 違憲審査制と最高裁判所の原型」戒能通弘編『法の支配のヒストリー』（ナカニシヤ出版、2018年）125頁以下なども参照。

¹² 勝田・前掲注11）190頁。

¹³ H. Jefferson Powell, *Enslaved to Judicial Supremacy?*, 106 HARV. L. REV. 1197, 1197 (1993).

¹⁴ Larry D. Kramer, *Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint*, 100

究において極めて重要な著作¹⁵でもある「アメリカにおける憲法法理の起源と範囲」¹⁶を1893年に著したセイヤー (James B. Thayer) の主たる関心事は、「憲法を解釈する主たる権限は裁判所の外にあり、法令を違憲とする司法権は、せいぜい二次的なチェックに過ぎないことを再確認すること」¹⁷であり、とりわけ、立法部における憲法を解釈する権限にスポットライトを当てることでもあった¹⁸。すなわちセイヤーは、当時における司法の優越を認識したうえで¹⁹、同格な部門に対する司法部の敬讓を要求し、積極的な司法審査を批判するのである²⁰。さらに、フリードマン (Barry Friedman) は、ポピュリスト・プログレッシブ期までに、司法の優越は文化的規範として広く受容されるようになったことを指摘している²¹。

上記論者の指摘によるならば、司法の優越は、少なくとも19世紀末には、アメリカにおいて広く受容されるに至ったと考えられる。しかしながら、同時代における司法審査や司法部の独立の議論の伸長に比して、司法の優越の受容とその維持について明確に理論化した研究は、さほど多くはない²²。そこで本章では、司法の優越に関する通史的な著作を主たる素材としつつ、連邦最高裁とその憲法解釈が、裁判所外のアクター

CALIF. L. REV. 621, 627 (2012).

¹⁵ ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH; THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 35 (1962).

¹⁶ James B. Thayer, *Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893).

¹⁷ Kramer, *supra* note 14, at 628.

¹⁸ See, Edward G. White, *Revisiting James Bradley Thayer*, 88 NW. U. L. Rev. 48, 76-77 (1993).

¹⁹ Thayer, *supra* note 16, at 152.

²⁰ 阪口正二郎は、ポピュリズム憲法学においては、司法の優越を攻撃する文脈でセイヤーの司法審査論が参照されていることを指摘する。阪口正二郎「セイヤーの司法の自己抑制論再考」聖学院大学総合研究所紀要51号(2012年)36頁。

²¹ Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, 91 GEO. L.J. 1, 49 (2002).

²² Barry Friedman & Erin F. Delaney, *Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy*, 111 COLUM. L. REV. 1137, 1143 (2011).

によってどのように扱われ、受容されてきたのかに着目することで、建国初期から19世紀末に至るまでの司法の優越の様相について描き出すことを試みる。

第2節：司法の優越をめぐる党派対立

アメリカにおける司法の優越を語るうえでは、建国初期における連邦派と共和派の政治闘争を見逃すことはできない。

連邦最高裁の憲法解釈が最終的であり、他部門を拘束するものであるとする主張は、1790年代半ばには、アメリカにおいて表出していた²³。すなわち、当時の共和派は、裁判所による憲法解釈は議会や執行部の憲法解釈に優越するものではなく、全ての部門の憲法解釈は、憲法の最終的解釈権限を有する「共同体の意思」に従属すると主張していた²⁴。これに対して連邦派は、憲法の最終的な解釈権限が裁判所に委ねられていることを主張するようになっていた²⁵。連邦派においては、裁判所こそが、議会や執行部、あるいは人民が「最大の愚行と不条理」²⁶を犯すことを防ぐ機関として想定されていたのである。この連邦派における司法の優越の支持の背景にあったのは、多数派の暴政に対する危惧であった。そのため、憲法解釈を、特定の派閥の影響力から離れて組織されている裁判所に委ねることは、「最も危険な敵から人民を救うため、人民自身を救うため」²⁷に憲法が意図したことでであると主張したのである²⁸。

²³ Kramer, *supra* note 9, at 206.

²⁴ Kramer, *supra* note 10, at 135-136.

²⁵ クレイマーによれば、1790年代の終わりまでに、司法の優越は連邦派における規範の一部となっていた。 *Id.* at 135.

²⁶ 11 ANNALS OF CONG. 83 (1802).

²⁷ *Id.* at 77.

²⁸ クレイマーによれば、多数派の暴政に対する危惧は、当時の連邦派における思想の重要な要素であったものの、司法審査と関連付けて強調されることはなかった。この点に着目したのが、ケント (James Kent) であった。憲法の守護者として裁判所を据える彼の着想は、1790年代終盤までに、連邦派の政治家や判事等に広まることとなった。Kramer, *supra* note 10, at 134-135.

司法の優越をめぐる連邦派と共和派の対立は、1800年に行われた大統領選挙で、一つの転換点を迎える。「第二のアメリカ革命」²⁹とも称される、アメリカ史上初めての政権交代は、連邦最高裁と政治部門における権力構図をも一変させるものであった。それと同時に、共和派の勝利は、司法の優越を否定する見解に軍配が上がったことを意味していた。すなわち、アメリカの人民は、選挙において、憲法に関する共和派の理解を選択したのである³⁰。

これに対し、1800年の選挙によって権力の座から追われることとなった連邦派にとって、共和派に対抗するための最後の希望となったのが、司法部であった。新大統領の就任は翌年の3月であったが、連邦派のアダムズ大統領 (John Adams) はそれまでの在任期間を利用して、できる限りの連邦裁判所裁判官を任命することで、連邦派側の勢力を司法部に根付かせることを試みた。アダムズの下で国務長官の職にあったマーシャルを連邦最高裁の首席裁判官に任命するとともに、連邦裁判所のポストを拡充、またワシントン特別区を組織する法律を制定し、治安判事の職を新設する等の施策は、そのような試みの例として挙げることができる。共和派にとってみれば、「極めて党派的で利己的な」³¹、レーム・ダック・セッションにおける連邦派による裁判官任命こそ、後に司法の優越の論拠として引用されることとなる、マーベリ判決を生み出す要因でもあった。すなわち、こうした連邦派の党略に基づく行動によって治安判事に任命される予定であったマーベリが、任命状の発行を求めて提訴したのが、同判決の端緒でもあった。

連邦派による、一連の党略に基づいた行動に対し、ジェファソン (Thomas Jefferson) をはじめとする共和派が反感を抱いたことはいうまでもない。とりわけ、ジェファソンによる司法の優越に対する批判的見解は、現在においてもディパートメンタリズムの代表的事例として取

²⁹ Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 N.Y.U. L. REV. 333, 356 (1998).

³⁰ Kramer, *supra* note 10, at 138.

³¹ 勝田・前掲注11) 154頁。

り上げられる³²。ジェファソンは大統領就任後に、1798年に制定された煽動法に基づく訴追を停止し、アダムズ政権下で有罪となった者の恩赦を進めたが、一連の自身の行為を憲法上正当化するべく、以下のように述べた。

煽動法の有効性を判断するのは、裁判官に委ねられているとあなたは考えているようである。しかし憲法のいかなる規定も、執行部が裁判官について決定する権限を付与していないのと同様に、裁判官が執行部について決定する権限を付与してはいない。両者は、それぞれに与えられた領分において、対等に独立している。……裁判官に、自身の領分だけでなく、立法部と執行部の領分においても、何が違憲であるか、あるいは何が合憲であるかを決定する権限を付与するという意見は、司法部を専制的な部門にするものである。³³

このようなジェファソンの見解は、「民主主義を平定するための唯一の防波堤」³⁴として司法部を想定していた連邦派に対する、痛烈な批判と評価することができる。ジェファソンの発想は、三権は憲法解釈において対等であり、各々の領域においては各部門独自の最終的な憲法解釈権限が認められるべきであるとするものであった³⁵。

連邦司法部をめぐる連邦派と共和派の対立については、マーベリ判決以後も終結することはなかった³⁶。すなわち、連邦派の裁判官の行動の背後には、人民から権限を奪うための策謀が見え隠れしており³⁷、他方において共和派は、司法部が憲法解釈において優越的地位を占めること

³² Paulsen, *supra* note 8, at 255-257.

³³ Letter from Thomas Jefferson to Mrs. John Adams (Sept. 11, 1804) *in* 11 THE WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON 49, 50-51 (1907).

³⁴ Friedman, *supra* note 29, at 358.

³⁵ 参照、田中英夫『アメリカ法の歴史 上』（東京大学出版会、1968年）215-216頁。

³⁶ Larry D. Kramer, *When Lawyers Do History*, 72 GEO. WASH. L. REV. 387, 418-419 (2003).

³⁷ Friedman, *supra* note 29, at 358.

に危機感を覚え、その芽を摘み取ろうとしていた³⁸。ネルソン(William E. Nelson)が指摘するように、共和派は「人民の意思にもとづいて問題を解決することを模索」し、連邦派は「確定した法の原理に基づいて問題を解決しようとしていた」³⁹のである。

当時における、連邦司法部をめぐる連邦派と共和派の衝突事例の一つとして、チェイス(Samuel Chase)の弾劾を挙げることができる。共和派は、連邦最高裁の裁判官の地位にありつつも、政治的・党派的な言動の多かったチェイスにつき、弾劾を試みた。上院において弾劾訴追は棄却されたものの、共和派によるチェイス解任の試みは、司法部に対する大胆かつ直接的な攻撃の一つでもあった⁴⁰。それと同時に、連邦派の判事の党派的な活動は、人民の意思に対する反多数者主義的な行動であるとする共和派による批判を招くものでもあった⁴¹。

また、マーシャル・コートの「汚点」⁴²とも評される、アーロン・バー(Aaron Bar)が叛逆罪に問われた事件も、司法部を舞台とした連邦派と共和派の党派的対立の一つとして挙げられる⁴³。この事件は、かつて自身のもとで副大統領の地位にあったバーを、ジェファソンが南西部の州独立運動と結びつけて有罪にしようとしたことに端を発する。結果として、バーは無罪であり釈放されるとした判断が下された。しかし、同判決で争点となったバーの行為が、叛逆に相当するかについてのマーシャ

³⁸ 例えば、ガイルズ(William B. Giles)は、連邦派の見解とはすなわち、「すべての公的機関が人民に対して責任を負うという、憲法の基本原理を破壊することに直結する」ものであり、「政府のすべての部門に対する最終的な検閲と統制の権限を有し、国民に対して責任を有しない、恒久的な部門を設立する」ことであると批判する。11 ANNALS OF CONG. 602 (1802).

³⁹ William E. Nelson, *The Eighteenth-Century Background of John Marshall's Constitutional Jurisprudence*, 76 MICH. L REV. 893, 928-929 (1978).

⁴⁰ 参照、田中・前掲注35) 192-193頁。

⁴¹ Friedman, *supra* note 29, at 363-368.

⁴² EDWARD S. CORWIN, JOHN MARSHALL AND THE CONSTITUTION; A CHRONICLE OF THE SUPREME COURT 111 (1919).

⁴³ United States v. Burr, 25 F. Cas. 30 (CCD Va. 1807).

ルの判断は、党派的な色彩の濃いものであったと評される⁴⁴。例えばガイルズは、このようなマーシャルの判断を評して曰く、「このテーマに関する司法部の意見は、政治的な日差しの中で掲げられたときにその色を変える、絹のようなものだと私は学んだ。」⁴⁵と痛烈に批判した。そして、連邦派が、同判決を裁判官の独立した権限を防護するものであるとして歓迎する一方で、共和派は司法部における党派の行動に対する批判を強めていったのである。

この時代における連邦司法部は、政治的危機が発生する度に批判にさらされていた。フリードマンは、一連の連邦司法部に対する批判を、ジェファソニアン・デモクラシーとも称される、人民の意思を重要視する政治思想と関連付けて論じる。それによれば、1800年の選挙における共和派の勝利は、「民主制の勝利であり、政治における人民の関与の時代の絶頂」⁴⁶であった。人民による政治参加の帰結として、選挙によって権力を握った共和派は、人民の意思を持ち出すことによって、連邦最高裁を従属させようとしたのである。そこにおいては、憲法を解釈する最終的権威を終身制の裁判官に委ねることは、共和制の性質と矛盾し、それを否定するものであると捉えられていた。

司法の優越に対する不信は、ジェファソンの見解において顕著である。彼は当初、司法部の手による法的な抑制機能を重視する書簡をマディソン（James Madison）に送付するなどしていたが⁴⁷、事態が進展するにつれて、司法部に対する猛烈な不信感を抱くようになった。すなわち彼は、憲法の入念なバランスを損なう無責任な工兵部隊であると司法部を批判し⁴⁸、警戒感を露わにしたのである。彼の議論の焦点にあったのが、連

⁴⁴ 参照、田中・前掲注35）198-199頁。

⁴⁵ Letter from Joseph Story to Samuel P.P. Fay (Feb. 13,1808), in 1 LIFE AND LETTERS OF JOSEPH STORY, ASSOCIATE JUSTICE OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, AND DANE PROFESSOR OF LAW AT HARVARD UNIVERSITY 157, 159 (1851).

⁴⁶ Friedman *supra* note 29, at 371.

⁴⁷ *Id.* at 373.

⁴⁸ Letter From Thomas Jefferson to Thomas Ritchie (Dec. 25, 1820) in 15 THE WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON 295, 297 (1907);

邦最高裁が下した憲法解釈が連邦の他部門や州政府など、事件の当事者を超えた各部門をどこまで拘束することができるのかということであった。

(裁判官はすべての憲法問題の最終的な裁定者であるという見解に対し) 憲法は、そのような単一の法廷を設置していない。それは、いかなる部門の手に委ねようとも、時間と党派の腐敗によって、その構成員が専制君主になることを知っているからである。⁴⁹

ジェファソンはこのように述べ、司法部における党派性、そしてそれに対する民主的な統制の不在等にかんがみ、憲法解釈における最終的な権限を司法部に託すことは認められないとする。そしてその代替手段として、前述のように、三権における同格的な憲法解釈権限を主張するのである。すなわち、当時の共和派にとっての懸念は、司法審査 (judicial review) の存在ではなく、その拘束力の及ぶ範囲の問題 (judicial supremacy) であったともいえよう⁵⁰。

建国期における連邦司法部をめぐる闘争において特徴的であったのは、司法部における高度な政治性であった。それゆえに、憲法の解釈が党派的な偏見なしに行われるという確信は全く存在しなかった。チェイスの弾劾やアーロン・バーをめぐる裁判においては、問題の性質上、共和派が許容できる範囲を超えた権限が、連邦派の牙城たる司法部に付与される危険性があった。そして、ジェファソニアン・デモクラシーという「ポピュリストの時代」⁵¹においては、とりわけ共和派において、党派性を有する裁判官が憲法解釈の最終的権限を握ることは、警戒の対象となっていたのである。

第3節：連邦最高裁の「垂直な」優越

⁴⁹ Letter from Thomas Jefferson to William Charles Jarvis (Sept. 28, 1820) in 15 WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON 276, 277 (1907).

⁵⁰ Friedman *supra* note 29, at 375.

⁵¹ *Id.* at 381.

マーベリ判決において違憲判断を下した連邦最高裁は、ドレッド・スコット判決に至るまでの数十年間、連邦法に対する違憲判断を下すことはなく、また、アメリカを分断しかねない政治的に重要な問題の裁定を求められることもほとんどなかった⁵²。この時代の連邦最高裁において中心的に取り上げられていた問題は、連邦と州の権限争いという、合衆国における権力の「縦の分割」⁵³に関するものであった。かかる問題領域において、当時の連邦最高裁は、「連邦政府と各州政府の間の調整を計る機関として」⁵⁴の役割を担っていたのである。

それでは、州法の領域における連邦最高裁の動向は、どのようなものであったのだろうか。前述の通り、連邦最高裁は、ドレッド・スコット判決に至るまで連邦法に対する違憲判決は下さなかったのに対して、州法については積極的に判断を重ねていった。すなわち、連邦政府の権限の強化と州権の抑制を図るべく、連邦最高裁は、とりわけ連邦議会の権限の範囲に関する著名な判断を、次々と下していくこととなる。

最も著名な事例としては、*McCulloch v. Maryland* を挙げるができる⁵⁵。この事例は、メリーランド州が、連邦議会によって設置された合衆国銀行に州税を課そうとしたことに端を発する。同判決においては、連邦議会に合衆国銀行の設立権限があるのか、そして、州が合衆国銀行に課税することができるか否かが問題となった。法廷意見は、合衆国憲法第1条8節18項が連邦議会の権限を列挙した上で、列挙された権限および憲法により合衆国政府またはその部門もしくは公務員に付与された他

⁵² グレーバー (Mark A. Graber) は、南北戦争前の連邦最高裁においては、連邦の管轄権や土地に関する問題といった政治的な論争がほぼ生じないような争点についての判断がほとんどであり、それゆえに、政治的にはそれほど重要な存在とはみなされなかったことを指摘する。Mark A. Graber, *Naked Land Transfers and American Constitutional Development*, 53 VAND. L. REV. 71, 116-117 (2000).

⁵³ 岸野薫「アンテベラム期における経済規制と裁判所の役割」毛利透ほか編『初宿正典先生古稀祝賀 比較憲法学の現状と展望』（成文堂、2018年）58頁。

⁵⁴ 西村裕三「アメリカの司法審査制に関する一考察（一）——その歴史的発展過程と機能的分析——」*広島法学* 3巻1号（1979年）103頁。

⁵⁵ 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

のすべての権限を行使するために、必要かつ適切なすべての法律を制定する権限を連邦議会に付与していることを足がかりとしつつ、連邦議会の権限は合衆国憲法において明示的に付与されたものに限られず、憲法によって連邦政府が設立された目的に照らして黙示的にも付与されると判断することで、連邦議会が規制しうる領域を広く解した。そして、メリーランド州による合衆国銀行に対する課税につき、本件において州による課税を有効とするならば、それは連邦を至高とする代わりに州を至高とする結果を招来することとなり、連邦の全ての活動に対する州による課税を可能にするものであり、合衆国憲法に反する、と判示した。すなわち、「課税する権限は、破壊する権限を含む。破壊する権限は想像する権限を破るものであり、これを無意味なものとするのである」⁵⁶と。

連邦議会の州際通商権限についての著名な先例としては、1824年の *Gibbons v. Ogden*⁵⁷ を挙げることができる。ニューヨーク州議会はリビングストン (Robert R. Livingston) とフルトン (Robert Fulton) に、州の領域内における蒸気船の運航の独占権を付与する法律を制定した。二人から独占権を譲り受けたオグデン (Aaron Ogden) が、ギボンズ (Thomas Gibbons) が開始した船舶の運航の差し止めを求めたというのが、本事案の経緯である。法廷意見は、連邦の州際通商に関する規制権限は、各州の境界線のみならず州内にも及ぶとして、最終的には連邦議会の州際通商規制の権限を広く認め、ニューヨーク州法は無効であると判示した。

このような、連邦最高裁における連邦政府の権限拡大を企図する動きに対し、当時の連邦最高裁を評する言説の中には、州の権限について判断する連邦最高裁の権威性を否定するものが散見される⁵⁸。そしてそれは、この時期激しい対立を巻き起こしていた州権に関する論争にも関連するものでもある。当時、連邦の統治に対する州の主権の存在を主張する論者の中心にあったのは、「協約理論 (compact theory)」であった。

⁵⁶ *Id.* at 431.

⁵⁷ 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824).

⁵⁸ *See*, 1 CHARLES WARREN, THE SUPREME COURT IN UNITED STATES HISTORY, 1789-1835 660 (2d ed. 1926).

すなわち、州権を重視する論者は、州は合衆国憲法の協約の当事者であるとする理論を採用し、この協約によって創りだされた連邦司法部によっては、州の行為は判断されえないとした。つまり、同理論によれば、連邦司法部は州と連邦政府に紛争が生じた場合の中立的な裁定者とはなりえないのである。

上記のような立場を採用する論者として、当時上院議員であったヘイン（Robert Y. Hayne）が挙げられる。彼は、憲法とは主権を有する独立した州間の協約であること、そして、州が締結した協約に反しているかどうかを最終的に決定するような、州の上位に位置する法廷は存在し得ないことを主張する⁵⁹。すなわちヘインは、協約理論に依拠しつつ、州の主権について判断する連邦最高裁の權威性を否定したのであった。合衆国憲法を州の協約とみなす考え方に立脚する論者にとって、中央政府の一部門にすぎない連邦最高裁を、合衆国憲法という協約を創出した各当事者よりも高位に位置づけることは誤りであった。同様の考え方は、当時の有力な州権論者であった⁶⁰、カルフーン（John C. Calhoun）の見解においても見て取ることができる⁶¹。

これに対して、連邦司法部を擁護する見解はどのようなものであったか。例えばウェブスタ（Daniel Webster）は、アメリカ史上もっとも有名な論争の一つであるヘインとウェブスタによる1830年の論争において、連邦司法部を擁護する。すなわちウェブスタは、合衆国憲法第6条の最高法規条項と司法権を付与する合衆国憲法第3条を併せて考えれば、問題は解決すると主張するのである。それによれば、合衆国憲法第6条は、合衆国憲法および法律が至高の存在であることを宣言したものであり、また、誰がこのような合衆国の憲法および法律と州法の抵触を判断するかについては、第3条がその役割を連邦司法部に委ねているとする。この二つの合衆国憲法の規定こそが連邦制の要であり、これらが

⁵⁹ Friedman, *supra* note 29, at 393-394.

⁶⁰ 岸野薫「南北戦争・再建期における「ひとつの人民」の形成に関する覚書」曾我部真裕＝赤坂幸一編『大石真先生還暦記念 憲法改革の理念と展開 下巻』（信山社、2012年）849頁。

⁶¹ 参照、田中・前掲注35）324-341頁。

あってこそ憲法なのであり、もしこれら規定がなければ、それは単に「邦による連合 (Confederacy)」であると、ウェブスタは主張する⁶²。このようなウェブスタによる理論は、「人民の意思たる憲法により、連邦政府の権限に関する解釈権は連邦最高裁に委ねられて」⁶³いることを示すものであり、協約理論に対置するものとして位置づけることができる。

連邦最高裁の判断に対する州の反抗的な姿勢が顕著であった事例としては、ジョージア州に関連する二つの判決が挙げられる。一つ目は、1831年の *Cherokee Nation v. Georgia* である⁶⁴。この事例は、チェロキー族がチェロキー・ネーションの設立を宣言したことに端を発する。このチェロキー・ネーションの領土の大半が属するジョージア州は、チェロキー族の土地についての主権を主張する法律を制定していた。同事例においてジョージア州は、チェロキー族の一人を、他のチェロキー族を殺害した罪で、州法に基づき州裁判所に起訴し、チェロキー族に対する主権を主張した。連邦最高裁がこの事件を管轄すると、州はこれに反抗して、逮捕されていたチェロキー族のコーン・タッセル (Corn Tassels) を処刑した。その後、連邦最高裁は、チェロキー・ネーションとして連邦司法部に救済を求めることはできないと判断することとなる⁶⁵。

二つ目の事例は、1832年の *Worcester v. Georgia* である⁶⁶。この事例は、チェロキー族が居住する区域においては、白人は州所定の居住許可を得る必要があるとする州法に反し、区域内にとどまっていた二人のキリスト教宣教師が州警察によって逮捕されたことに端を発する⁶⁷。宣教師らは、州法の無効を主張して提訴した。連邦最高裁は、ジョージア州裁判所による有罪判決を破棄し、チェロキー族に関する連邦政府の司法管轄権は排他的であり、州にはチェロキー族の領域に影響を及ぼすような立法をなす権限はないと判断し、州法は無効であると判断した。この

⁶² ウェブスタが提唱する理論について、田中・前掲注35) 330-332頁を参照。

⁶³ 岸野・前掲注60) 851頁。

⁶⁴ 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831).

⁶⁵ *Id.* at 16-18; *See*, 1 Warren, *supra* note 58, at 745-751.

⁶⁶ 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

⁶⁷ 1 Warren, *supra* note 58, at 753.

ような連邦最高裁の判断に対しては、後述のジャクソン大統領（Andrew Jackson）による反発のみならず、ジョージア州においても、判決を拒絶することについての明確な意思表示が見られた⁶⁸。すなわち、ジョージア州政府は、判決を執行しないことで、連邦最高裁に抵抗したのである。双方の事例において、ジョージア州は連邦最高裁の判決に反抗し、その権威性を否定するという挙に出た⁶⁹。1830年代初頭の、ジョージア州と連邦司法部の間に勃発した論争は、州と連邦という縦の関係において司法部の権威性が問題となった——すなわち、連邦最高裁の決定を州が遵守しないという状況が生じた——象徴的な事例であった。

翻って、連邦最高裁による決定を執行すべき、連邦の執行部の態度はどうであったか。当時のジャクソン大統領による連邦最高裁の判決に対する拒否や不執行が、アメリカ憲法学において、司法の優越を否定する代表的な事例としての位置づけを獲得していることは言を俟たない⁷⁰。その中でも、上記のウースター判決後に、ジャクソンが「ジョン・マーシャルが判決を下した。今、彼にそれを執行してもらおう。」⁷¹と発言したとされるエピソードは、彼が連邦最高裁による判決についての不執行を宣言したものとして著名であり、歴代の大統領による司法の優越の否定事例の代表格として位置づけられる。ただし、ジョージア州をめぐる闘争におけるジャクソンの態度を評価するに際しては、当時の連邦執行部が連邦最高裁の判決を実施する能力を有していたのか否かという点に留意する必要がある⁷²。すなわち、当時未だ不安定であった連邦制の下で、ジョージア州の事例において連邦が州に介入することは、連邦を危機に陥れる可能性を秘めるものであり、それゆえに、ジャクソンが現実的に判決を執行することは困難であった可能性が考えられる⁷³。

⁶⁸ *Id.* at 753-754; *See*, Michael J. Klarman, *How Great were the Great Marshall Court Decisions*, 87 VA. L. REV. 1111, 1175-1176 (2001).

⁶⁹ Friedman, *supra* note 29, at 395-396.

⁷⁰ *See*, Kramer, *supra* note 10, at 106-07, 171-72, 183, 189.

⁷¹ 1 Warren, *supra* note 58, at 759.

⁷² Friedman, *supra* note 29, at 400.

⁷³ 当時の民主党員の多くは、チェロキーに関する訴訟そのものがジャクソンの政敵による策略であると考えていたようである。1 Warren, *supra* note 58, at

このような可能性を考慮すると、上記で紹介したジャクソンのエピソードは、当時の連邦制の維持に鑑みて現実的に困難であった判決の執行を、「政治部門に丸投げされてはたまらない」⁷⁴という彼の立場を表すものともいえよう。つまり1830年代初期の段階において、大統領がジョージア州に対して、連邦最高裁の決定に従うよう強制しないことには、合理的な理由が存在したとも評価することができるのである⁷⁵。

ジャクソンによる、司法の優越に反対する最も有名なメッセージは、合衆国銀行に関するものであろう。すなわち、著名なマッカロック判決では、合衆国銀行の設立を認めた連邦法が合憲とされ、連邦議会が国立銀行を設立する権限が認められた。その後の連邦議会による合衆国銀行の再認可の機会に、ジャクソンは拒否権を発動したのであるが、彼は、拒否権に付随する以下のメッセージにおいて、憲法の最終的な解釈権限が連邦最高裁にあることを否定している。

連邦最高裁の意見が、この法案の根拠となっているものの全領域を包含していたとしても、その意見は政府の対等な部門を統制するべきではない。議会、大統領、連邦最高裁は、それぞれが憲法に関する独自の見解に基づいて行動しなければならない……裁判官の意見が連邦議会に対して権威をもつものでないことは、連邦議会の意見が裁判官に対し権威をもつものではないことと同様であるし、この点において、大統領は双方から独立している。それゆえに、連邦議会や大統領が、自身の資格において行動している際に、連邦最高裁の権威がそれを統制することは許容されないのであり、連邦最高裁はその理由づけの力に値するほどの影響力のみが認められるべきなのである。⁷⁶

735, 760.

⁷⁴ 山本 = 大林・前掲注11) 138頁。

⁷⁵ Klarman, *supra* note 68, at 1176.

⁷⁶ Andrew Jackson, Veto Message (July 10, 1832) in 2 JAMES D. RICHARDSON, A COMPILATION OF THE MESSAGES AND PAPERS OF THE PRESIDENTS 576, 582 (1905).

このようなジャクソンの立場は、司法の優越を否定し、三権における同格の憲法解釈権限を主張するものと解されてきた。しかし、ジャクソンにおける司法の優越に対する否定的立場は、複雑な性質を有するものでもあった⁷⁷。すなわち、連邦制を維持する局面において窮地に陥ったとき、ジャクソンは連邦最高裁を支持する側にも回っていたのである。上記で挙げたジョージア州の事例においても、当時未だ不安定であった連邦制の下、連邦政府が積極的な介入を断行することは、連邦制度そのものを危機に陥れる可能性を有するものでもあった。

ジャクソンが、連邦最高裁に対する態度を使い分けることを余儀なくされた理由は、彼が、「実施拒否（nullification）」に強硬に反対していたことに求めることができる。とりわけ南部のサウスカロライナ州における危機は、連邦最高裁を取り巻く政治的状況を大きく変容させるものであった。1828年、当時のアダムス大統領の政権下において成立した関税法は、主として軽工業を、産業の進んだヨーロッパから保護するために、高関税を導入するものであった。しかしながら、主たる収入源を綿花とする南部は、ほとんどその恩恵の対象とはならないものであった。このような高関税は、ジャクソン政権下における1832年の関税法改正においても残存し、南部の人々の不満もまた、依然として残存することとなった。その結果、1832年のサウスカロライナ州民大会では、連邦法が州において効力を有するためには州の同意が必要であること、連邦法による関税の徴収は州を拘束するものではないこと、そして場合によっては、サウスカロライナ州が連邦から離脱することもあり得る旨が宣言されることとなる⁷⁸。

このようなサウスカロライナ州の状況に対し、ジャクソンは、実施拒否と連邦からの離脱は合衆国憲法に反するものであり、また、同州に連邦法を遵守させるべく、軍事力を行使する準備がある旨を表明した⁷⁹。司法の優越の観点から注目すべきは、ジャクソンにおける実施拒否に反対する宣言が、連邦最高裁の役割を強く擁護していた点であろう。すな

⁷⁷ Friedman, *supra* note 29, at 398.

⁷⁸ Friedman & Delaney, *supra* note 22, at 1156.

⁷⁹ Friedman, *supra* note 29, at 403.

わち、実施拒否の合憲性を否定して連邦の永続性を宣言した際、ジャクソンは、連邦最高裁を憲法の意味についての最終的な裁定者とみなしたのである⁸⁰。すなわち彼は、「合衆国憲法は、司法権が連邦の制定法に基づいて発生する事件にまで及ぶこと、そのような法律、憲法、そして条約は州憲法や州法に優位することを宣言している。」⁸¹と表明した。さらに明瞭にジャクソンの連邦最高裁に対する評価が表明されているのは、1837年の辞任演説において「違憲または圧迫的な法が連邦議会を通過することは間違いないが……それらが司法部の権威の及ぶ範囲内であれば、救済策は容易かつ平和的である……」⁸²と述べている部分であろう。

1832年に訪れた連邦の危機において、連邦最高裁が憲法の意味の最終的な決定者としての役割を果たすことは、サウスカロライナ州による実施拒否の試みに否定的な人々にとっては、最善の手段のように思われた⁸³。すなわち、彼らは、「憲法上の問題を司法判断に委ねることによってのみ、平和及び連邦の統一は保たれる」⁸⁴と考えたのである。ジャクソン自身も、完全に協約理論を否定していたわけではなく、合衆国銀行を巡る論争においては、連邦政府に権力が集中することに否定的な立場を採用していた。それにもかかわらず、連邦に訪れた危機を目の前にして、彼は州に対する「垂直な」司法の優越を支持せざるをえなかったのである⁸⁵。連邦最高裁にしてみれば、サウスカロライナ州における実施

⁸⁰ Klarman, *supra* note 68, at 1179.

⁸¹ Andrew Jackson, Proclamation (Dec. 10, 1832) in 2 JAMES D. RICHARDSON, A COMPILATION OF THE MESSAGES AND PAPERS OF THE PRESIDENTS 640, 647 (1905).

⁸² Andrew Jackson, Farewell Address (Mar. 4, 1837) in 3 JAMES D. RICHARDSON, COMPILATION OF THE MESSAGES AND PAPERS OF THE PRESIDENTS 292, 297 (1905).

⁸³ See, 1 Warren, *supra* note 58, at 775-776.

⁸⁴ *Id.* at 775-776.

⁸⁵ See, Friedman & Delaney, *supra* note 22, at 1155-1157. また大統領のみならず連邦議会も、憲法の意味を決定する最終的な裁定者として連邦最高裁を据えるようになり、実際に、連邦議会はその後、連邦司法部の管轄権を拡大することとなる。Klarman, *supra* note 68, at 1179-1180.

拒否と連邦からの離脱宣言は、連邦最高裁の権威性を高める機会でもあったとも解することができる。すなわち、クラーマン（Michael J. Klarman）が述べるように、連邦最高裁は実施拒否に関する論争の「大きな勝者」⁸⁶となり、政治部門は、憲法の意味についての最終的な決定者としての連邦最高裁を歓迎することとなったのである。

第4節：奴隷制をめぐる攻防

ドレッド・スコット判決⁸⁷は、「連邦最高裁史上における最も残虐な行い」⁸⁸というアイスグルーバー（Christopher L. Eisgruber）の評価の通り、アメリカ史上における連邦最高裁の大きな過ちの一つとして位置づけられる。同判決における連邦最高裁が、少なくともいくつかの重要な点において、憲法解釈をほとんど議論の余地もなく誤っていたことは、多くの人々が同意するところである⁸⁹。それと同時に同判決は、奴隷制というアメリカを二分する論争に司法部が乗り出し、その最終的解決に失敗した事例でもある⁹⁰。

まず、ドレッド・スコット判決が下される前の連邦最高裁を取り巻く政治的状況から概観する。ウォーレン（Charles Warren）によれば、1848年から49年において、連邦最高裁は人民からの信頼という点において、その頂点に達していた⁹¹。また、1844年の大統領選挙で民主党が勝利したことも、トーニー（Roger B. Taney）率いる連邦最高裁の追い風

⁸⁶ Klarman, *supra* note 68, at 1180.

⁸⁷ 60 U.S. (19 How.)393 (1857).

⁸⁸ Christopher L. Eisgruber, *Dred Again: Originalism's Forgotten Past*, 10 CONST. COMMENT. 37, 41 (1993).

⁸⁹ Michael Stokes Paulsen, *Lincoln and Judicial Authority*, 83 NOTRE DAME L. REV. 1227, 1228 (2008).

⁹⁰ LOUIS MICHAEL SEIDMAN, *OUR UNSETTLED CONSTITUTION; A NEW DEFFENSE OF CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* 96 (2001).

⁹¹ 2 CHARLES WARREN, *THE SUPREME COURT IN UNITED STATES HISTORY 1836-1918* 206 (2d ed. 1926).

となった。すなわち、「最高裁判所が政治的部門（立法部・執行部）と同じ社会観と政治的信条を有するという事態が、相当期間継続」⁹²したのが、1840年代後半の政治的・社会的状況であった。この時期における、連邦最高裁を取り巻く政治的状況を、ウォーレンは以下のように記述する。すなわち、「首席裁判官のトーニーに対する古い党派的な理由による反感はほとんど消え、スワードのような激的な反奴隷の上院議員でさえ、トーニーに対し「司法部の長官としてのあなたに対し、アメリカの人民と同様に、高い敬意を抱いている」とする手紙を送付している。議会の連邦最高裁に対する攻撃はほとんど完全に終わり、マーシャルが首席裁判官だった時代の最後の20年において形成された、連邦最高裁の最も重要な管轄権をなくするという企図は、今や忘れ去られ断念されたかのように見えた。」⁹³と。しかしながら、奴隷制は、連邦最高裁を再び党派的な論争に関わらせるトピックであった。

奴隷制は、南北における政治的な対立を激化させるおそれがあるという意味において、連邦議会にとっては厄介な問題でもあった。それゆえに、連邦の政治指導者たちは、彼ら自身が一定の立場を表明する必要のない場——すなわち連邦司法部——に奴隷制の解決を委ねることを志向するようになる⁹⁴。この点につき、グレーバー (Mark A. Graber) は、当時の連邦の政治指導者が、奴隷制に関する問題の解決を、連邦最高裁に委ねることを意図していた点に着目する。それによれば、19世紀半ばのアメリカにおいては、米墨戦争によって獲得した領土における奴隷制の扱いをめぐる論争が勃発していた。そして、奴隷制に関する政治的対立の激化に伴い、連邦の政治指導者は、奴隷問題について解決する権限は政治部門には存しないと主張することで、この党派的な衝突に、連邦の政治部門として介入することを回避しようとした⁹⁵。すなわち連邦の政

⁹² 田中・前掲注35) 447頁。

⁹³ 2 Warren, *supra* note 91, at 206.

⁹⁴ Keith E. Whittington, *The Road Not Taken: Dred Scott, Judicial Authority, and Political Questions*, 63 J. POL. 365, 377 (2001).

⁹⁵ Mark A. Graber, *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, 7 STUD. AM. POL. DEV. 35, 47 (1993).

治部門は、奴隷制は憲法問題として、連邦最高裁において決着されなければならないという立場を採用したのである⁹⁶。例えば、オレゴン、カリフォルニア、ニューメキシコの各テリトリに関する、上院の特別委員会による1848年の報告書は、連邦議会に対し、メキシコから割譲される領土には奴隷制を認めないことを領土割譲に必要な費用支出の条件とする附属条項(Wilmot Proviso)の通過を拒否することを要請し、代わりに、奴隷問題に関する連邦司法部の審査を容易にするような立法をなすことを主張していた⁹⁷。このような連邦の政治部門の企図により、連邦司法部は「反奴隷制と奴隷制、そして人民主権の政治を選択することに責任を有する国家機関」⁹⁸とされたのであった。また、1857年に大統領に就任したブキャナン (James Buchanan) は、その就任演説において、奴隷制は司法的な問題であって、合衆国最高裁判所に正当に帰属する問題であると宣言している⁹⁹。さらに、他の連邦における有力な政治指導者たちも、奴隷制に関する司法判断を受容する旨をドレッド・スコット判決の直前まで表明していたのである¹⁰⁰。

このような状況下、連邦最高裁は、司法の権威に危機をもたらすこととなる¹⁰¹、ドレッド・スコット判決へと突き進むことになる。マーベリ判決以来の連邦法に対する違憲判決であり、奴隷制という政治問題に踏み込んだ同判決は、その帰結として、南北における政治的対立の激化を招くこととなった。同判決が南部諸州の離脱の直接的な要因となったか否かについては様々な評価が成立しうるが、少なくとも連邦最高裁は、

⁹⁶ 参照、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）66-68頁、また勝田卓也は、「本来政治的な問題であるはず」の奴隷制につき、政治的問題として決着をつけることが困難である状況下において、「政治家が、政治的問題を法的問題の形で扱い、最高裁の判断を招いた部分がある」と述べる。勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』（有斐閣、2011年）43頁。

⁹⁷ Graber, *supra* note 95, at 47-48.

⁹⁸ *Id.* at 48.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Paulsen, *supra* note 89, at 1227.

奴隷問題を最終的に解決することはできなかつたのである。ここにおいて、同判決と司法の優越との関係で注目すべきは、リンカーン (Abraham Lincoln) による判決批判である。すなわち、憲法を解釈する連邦最高裁の権限に対するリンカーンの批判は、後にディパートメントリズムの典型例としても広く引用されることとなる¹⁰²。

リンカーンは、自身の大統領就任演説において、憲法を解釈する連邦最高裁の権限に触れつつ、ドレッド・スコット判決を明確に批判する。

率直な市民は、人民の全体に影響を与える重要な問題について、政府の政策が連邦最高裁の判決によって不可逆的に固定されたのならば……人民は自らの統治者であることをやめ、その限りにおいて、実際上自らの政府を、あの高位の裁判所に手渡すこととなるであろう。¹⁰³

このようにリンカーンは宣言し、ドレッド・スコット判決に反対する立場を表明した。ただし彼は、司法部の判決の個別的効力までを否定することはなく、あくまでその一般的な効力につき、否定的な見解を示していたことには留意する必要がある。すなわち彼は、人民や連邦議会、大統領を拘束するような「政治的ルールとして」¹⁰⁴ドレッド・スコット判決を受容することには反対していたのである。換言するならば、リンカーンはこの判決の当事者に対する拘束力を認めた一方で、連邦最高裁の判決は、将来の事例において人民を拘束することはできないと表明したのであった。リンカーンの立場は、連邦最高裁による違憲審査権限は尊重するものの、連邦最高裁の判断が、その党派性や公衆の司法に対する信頼、政治部門における着実な慣習等に照らし、先例としての価値を有しないと評価される場合、「場合によっては先例としての価値を有し

¹⁰² Edwin III Meese, *Law of the Constitution*, 61 TUL. L. REV. 979 (1987).

¹⁰³ 4 THE COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN 268 (R. Basler ed., 1953).

¹⁰⁴ 3 THE COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN 255 (R. Basler ed., 1953).

ないと判断することも許される」¹⁰⁵というものであった¹⁰⁶。このような評価軸からすると、ドレッド・スコット判決は国家の法として未だ受容はされないし、「政治的ルールとして」強制力を有するものではないとリンカーンは主張したのである¹⁰⁷。

ただし、ドレッド・スコット判決が下された当時の連邦最高裁の権威性は、連邦の政治部門にとっても無視できないレベルであったことには留意する必要がある。フリードマンによれば、同判決が下された当時において、連邦最高裁の役割はアメリカにおける民主制の基盤となりつつあった¹⁰⁸。つまりアメリカにおいて、連邦最高裁の判決に対する「徹底した反抗は、次第に許容されなくなっていった」¹⁰⁹。それゆえ、ドレッド・スコット判決に対する多くの批判については、同判決におけるミズーリ互譲法を違憲とした部分は「傍論」であり、議会に対する拘束力はないと主張するなど¹¹⁰、憲法問題を決定する最高裁判所の一般的な権威を攻撃することなく、判決の効果を最小限に抑えようとした面も指摘することができる¹¹¹。

このような状況において、ドレッド・スコット判決に反対の立場をとる人々の困難は、以下のスワード上院議員の言明においても見て取ることができる。

¹⁰⁵ 大沢秀介『アメリカの司法と政治』（成文堂、2016年）109頁。

¹⁰⁶ 2 THE COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN 401 (R. Basler ed., 1953).

¹⁰⁷ DON E. FEHRENBACHER, THE DRED SCOTT CASE: ITS SIGNIFICANCE IN AMERICAN LAW AND POLITICS 442-443 (1978). この点においてリンカーンは、自らの見解と、奴隷制問題における司法の優越を強調するダグラス上院議員 (Stephen A. Douglas) の見解を区別する。Friedman, *supra* note 29, at 426.

¹⁰⁸ Friedman, *supra* note 29, at 431.

¹⁰⁹ BARRY FRIEDMAN, THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION 119 (2009).

¹¹⁰ See, Feherenbacher, *supra* note 107, at 439.

¹¹¹ Friedman, *supra* note 109, at 113. フリードマンは、こうした判決に対する反応こそが、アメリカにおける司法の権威の高まりの証左であると述べる。

連邦最高裁判所は、一人の人間が他の人間を所有することができるということ、そして偽りで悪質な財産の不可侵性を保障しなければならないという原理を受け入れるように、アメリカの人々に命じようとしている。アメリカの人々は、これほどまでに憲法に反し、これほどまでに忌まわしい原理を受け入れることはできないし、これからも受け入れないであろう……裁判所を後退させよう。裁判所が後退するかどうかにかかわらず、我々は裁判所を再編成し、それによって裁判所の政治的感情や慣習を改革し、憲法や法の性質と調和させなければならない。そうすることにより、我々は、我々自身の正当な権威を取り戻すだけでなく、市民や国家自体のかけがえのない多くの権利がその公平性とその知恵に依存しているがゆえに、その高位の法廷自体を本来あるべき地位に回復させることができるであろう。¹¹²

つまりスワードは、ドレッド・スコット判決に対してどのように反応すべきかという問題につき、連邦最高裁の権威に真っ向から反対するのではなく、その構成自体を再編するという解決策を提案しているのである¹¹³。リンカーンにしても、連邦最高裁の判決の個別事例における拘束力は認めた上で、ドレッド・スコット判決が「政治的ルールとして」受容されることを拒否していた¹¹⁴。その上で、彼が望んだことは、ドレッド・スコット判決を覆すような裁判官を指名するであろう大統領を、人民が選出することであった。すなわちリンカーンは、ジェファソンのように司法の優越に直接抵抗することなく、政治部門や人民を通じた正当な経路によって、判決が覆されることを望んでいたとも解することができる。連邦最高裁の権威が無視できないレベルになっていたからこそ、ドレッド・スコット判決に反対する人々は、連邦最高裁の再編成等の方策によって、司法部の権威との直接対決を避けつつ、判例変更の途を探し出す必

¹¹² CONG. GLOBE, 35th Cong., 1st Sess. 943 (1858).

¹¹³ See, Friedman, *supra* note 29, at 429-430.

¹¹⁴ フェーレンバッハは、リンカーンが司法の優越の完全な受容も否定もせず、このような立場を採用したことにつき、「洗練されたリアリズム」と評する。Feherenbacher, *supra* note 107, at 442.

要があることを理解し始めていたということもまた、指摘することができよう。

第5節：南北戦争後における司法の優越

第1款：再建期における連邦最高裁の権威の利用

4年にわたって続き、南北両陣営に多くの戦死者を出した南北戦争は、アメリカの政治・社会を大きく変容させる出来事であったが、それは連邦最高裁も例外ではなかった。南北戦争前、連邦最高裁がマーベリ判決とドレッド・スコット判決という二つの事例において連邦法を違憲と判断していたのに対し、戦後における連邦最高裁は、これまでにない頻度で違憲判決を下すようになった¹¹⁵。

在任中に判事の過半を任命する機会を得たリンカーンによって大幅に再構成された連邦最高裁¹¹⁶による南北戦争後の二つの判断は、連邦最高裁が果たして、戦後の再建政策を支持しているのかにつき、連邦議会に疑念を持たせるものであった¹¹⁷。すなわち、軍事法廷の合憲性が問題となった *Ex parte Milligan*¹¹⁸において、連邦最高裁は、戦時中であっても敵による現実の侵略という事態がなく、通常裁判所が開廷されている場合において、軍法会議は民間人を審理することはできないし、連邦議会にはそのような軍法会議についての憲法上の権限は存しないと判断した。また、忠誠宣誓規定が問題となった *Ex parte Garland*¹¹⁹では、戦時中に連邦議会が定めた、特定の職業に就任する際に宣誓を要求する制定法につき、連邦最高裁は違憲判断を下した。軍事法廷の合憲性に関連する一つ目の判決は、当時連邦議会によって練られていた、再建過程にお

¹¹⁵ ROBERT H. JACKSON, *THE STRUGGLE FOR JUDICIAL SUPREMACY* 40 (1949).

¹¹⁶ 田中英夫『英米法研究2 デュー・プロセス』（東京大学出版会、1987年）134頁。

¹¹⁷ Friedman & Delaney, *supra* note 22, at 1157.

¹¹⁸ 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).

¹¹⁹ 71 U.S. (4 Wall.) 333 (1866). なお当該連邦法における忠誠宣誓の対象は、1865年に弁護士や裁判官に拡大された。本件は、弁護士であるガーランドが忠誠宣誓を拒絶したことに端を発する。

ける軍の使用計画に大きな打撃を与えるものとして認識された¹²⁰。また、戦時中に定められた忠誠宣誓規定に関する二つ目の判決についても、連邦議会の再建政策を阻害するものとして、とりわけ共和党の急進派からの激しい非難の対象となった¹²¹。それゆえに、これら二つの判決は、「第二・第三のドレッド・スコット判決」¹²²とも称されるものであったが、この後の事例においては、連邦最高裁は議会との全面的な対立を避けるべく、再建法の是非について判断することは回避するようになっていく¹²³。例えば、連邦議会が係争中の事件に関する管轄権を裁判所から奪う法案を成立させ、Ex parte McCardle¹²⁴において、連邦最高裁が管轄権なしとして上告を却下し、再建に関する制定法の合憲性判断を避けたことは、当時の連邦最高裁と議会の力関係を象徴する一例として挙げられる¹²⁵。

他方、連邦議会は、再建期における政治的抗争の裁定者として、連邦最高裁を利用することを企図していた。ここでは、第14修正の制定過程

¹²⁰ 2 Warren, *supra* note 91, at 423. また、連邦議会にとって、発展途上の議会再建計画に合致した方法で文民による統治が実現されるまで、軍政を維持することが不可欠であったとする指摘が注目される。Id. at 418-419.

¹²¹ 特に、南部諸州の連邦への復帰に際し、連邦に関する問題へ参画する権限回復の条件を定義する上で、忠誠宣誓は極めて重要であった。Friedman, *supra* note 21, at 8.

¹²² David P. Currie, *Constitution in the Supreme Court: Civil War and Reconstruction, 1865-1873*, 51 U. CHI. L. REV. 131, 144 (1984).

¹²³ ROBERT A. BURT, THE CONSTITUTION IN CONFLICT 205 (1992). 田中・前掲注116) 132-149頁。

¹²⁴ 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1869). この事件は、扇動的な記事を掲載したという理由で、ミシシッピ州の軍当局によって投獄されたマッカドールが、再建法は違憲であることを主張して、人身保護請求を行ったことに端を発する。

¹²⁵ フリードマンは、人民の主権を行使する唯一の主体としての議会の優位性を説くステイブンス下院議員 (Thaddeus Stevens) の言葉を引用しつつ、再建期が「議会の優越 (legislative supremacy)」の時代であったことを強調する。Friedman, *supra* note 21, at 18. これに対し、ドレッド・スコット判決における連邦最高裁の失敗は、司法部の権威に大きな傷を負わせるものであった。2 Warren, *supra* note 91, at 316.

における議論と、1877年における大統領選挙を巡る危機に着目する。

連邦最高裁の権威に対する議会の態度はいかに表明されているかにつき、第14修正の制定過程の議論は注目に値する¹²⁶。再建期の連邦議会で圧倒的な多数を占めていた共和党は、南北戦争前における、リンカーンとダグラスの論争やリンカーン大統領就任演説でのドレッド・スコット判決への抵抗の表明に代表されるように、司法の優越に対する反対をスローガンの一つとしていた。それゆえ、第14修正の制定過程における議論が、憲法解釈における連邦最高裁の権威を裏付けるものであったことは、共和党にとっては皮肉なことでもあった。ビングラム (John A. Bingham) によって起草され、下院に提出された改正案は、「合衆国議会は、それぞれの州の市民に他の各州の市民が有するすべての特権及び免除を保障するために必要かつ適切な法律を制定する権限を有する……」¹²⁷という内容であった。この改正案は新たな権限を連邦議会に付与するものであったが¹²⁸、同案は撤回される¹²⁹。1866年4月に改めて提出された第14修正1節の修正案は、「南北戦争の戦場において勝ち取った

¹²⁶ 第14修正の制定過程については、田中・前掲注116) 117-131頁のほか、松澤幸太郎「合衆国憲法修正第一四條の原意——市民権との関連で——」筑波法政30号(2001年)93頁以下、君島東彦「アメリカ合衆国憲法第一四修正の意味——「合衆国・州・個人」構造と人権保護——」早稲田法学会誌43号(1993年)101頁以下、木南敦「合衆国憲法修正一四條五項に基づく議会の立法——裁判所の憲法、議会の憲法、人民の憲法——」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集(上)』(成文堂、2008年)131頁以下などを参照。

¹²⁷ CONG. GLOBE, 39th Cong., 1st Sess. 1034 (1866).

¹²⁸ David P. Currie, *The Reconstruction Congress*, 75 U. CHI. L. REV. 383, 400 (2008).

¹²⁹ その背景としてバート (Robert A. Burt) が指摘するのは、将来、連邦議会における勢力図が変化した際、制定法によって共和党の当時における勝利が覆されることに対する危機感の存在である。こうした懸念により、連邦議会は、その目線を連邦最高裁へと向けることとなる。Burt, *supra* note 123, at 207. また、スティーブンスやホチキス下院議員 (Giles Hotchkiss) は、上記修正案につき、南部州によって市民の権利が奪われる可能性について懸念を表明し、それらは憲法に明確に組み込まれるべきことを主張していた。CONG. GLOBE, 39th Cong., 1st Sess. 1095, 2459 (1866).

原理についての、州と連邦議会双方からの防護者」¹³⁰として、明確に連邦最高裁を想定するものであった。そのような意図は、後に大統領となるガーフィールド (James A. Garfield) による、政治的抗争から距離を置いた連邦最高裁による判断を重視する演説からも読み取ることができる¹³¹。

もちろん、ドレッド・スコット判決がもたらした惨劇を彼らは忘れたわけではなかった。しかし、南北戦争の傷が未だ癒えない最中、「政治的な対立を超越したいという願望は、その実現不可能性に対する現実的な理解よりも強かった」¹³²のである。すなわち、当時の連邦最高裁には、政治的対立を解決するための超越的存在として役割が期待されていたといえよう。

このように、再建期における憲法修正条項の制定過程においては、将来における連邦最高裁の役割が強調されていたのである¹³³。しかしながら、第14修正の起草者は、無条件に連邦最高裁の権威に依拠することを表明していたわけではなかった。それはピングラムにおける、連邦最高裁が議会の多数派に反するような判断を下すことへの懸念を表明した言明からも見て取ることができる¹³⁴。さらに彼は、連邦司法部における管轄権を剥奪するという手段が、連邦最高裁を統制するのに十分でなければ、司法部自体の廃止といった、より強い手段が考えられると論じてい

¹³⁰ Burt, *supra* note 123, at 207.

¹³¹ CONG. GLOBE, 39th Cong., 1st Sess. 2462 (1866).

¹³² Burt, *supra* note 123, at 208.

¹³³ ホワイト (G. Edward White) も、第14修正の文言は、州議会の権限に対する制限として、特に裁判所の解釈を必要とするものであり、再建条項の起草者たちが、司法部に憲法の守護者としての役割を期待していたことを示すものであることを指摘する。Edward G. White, *The Constitutional Journey of Marbury v. Madison*, 89 VA. L. REV. 1463, 1516 (2003).

¹³⁴ 「裁判所における当初の管轄権は……憲法によって制限されなければならない……もし、議会の構成員が、連邦最高裁の不当な介入を少しでも危惧するのであれば……すべての事例における上訴管轄権を一挙に撤廃」という言明である。CONG. GLOBE, 39th Cong., 2d Sess. 502 (1867).

た¹³⁵。

将来の連邦議会において、現在の共和党の勝利が覆されることを防ぐべく、憲法解釈における連邦最高裁の権威性を承認したすぐ後に、憲法修正案の主だった起草者が、上記のような司法部に対する懸念を表明したことは、まさに司法部の権威に対する「両義性」¹³⁶と評価することができるものであった。例えばドレッド・スコット判決の再来とも危惧された、前述の *Ex parte Milligan* は、南部諸州の立法部が第14修正の批准に参加する資格について連邦最高裁が疑義を呈する可能性を、ペンガムたちに示唆するものでもあった¹³⁷。また、*Ex parte McCordle* の前に奪われた連邦最高裁の管轄権は、当初は連邦裁判所を使って再建を支援しようとする試みとして付与されたものであったことも、当時の連邦議会が司法の優越に対する態度を政治的な文脈によって使い分けていたことを示すものであろう¹³⁸。

司法の優越との関係で言及するべきもう一つの事例が、「1877年の妥協（*The Compromise of 1877*）」と呼ばれる、大統領の選任をめぐる危機である¹³⁹。共和党のヘイズ（Rutherford B. Hayes）と民主党のティルドン（Samuel J. Tilden）の間で争われた1876年の大統領選挙は、一般投票においてはティルドンの獲得した票数が多かったものの、4つの州（フロリダ、サウスカロライナ、ルイジアナ、オレゴン）からの選挙人票の扱いが問題となった。対応を協議するべく、連邦議会に選挙委員会が組織されることとなった。問題はその構成であるが、15人のメンバーのう

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Burt, *supra* note 123, at 208.

¹³⁷ See, ERIC FONER, RECONSTRUCTION: AMERICA'S UNFINISHED REVOLUTION, 1863-1877 272 (1988).

¹³⁸ Friedman, *supra* note 21, at 46. 管轄権のはく奪に関する議論において、ある民主党議員は共和党に対して、1867年の制定法は「あなた方自身が創りだした必要性から生じたのだ」と述べる。CONG. GLOBE, 40th Cong., 2d Sess. 2167 (1868) (statement of Democratic Rep. Woodward).

¹³⁹ 「1877年の妥協」については、岡山裕「アメリカ合衆国大統領選挙危機にみる法と政治の交錯：1876-1877年の事例を中心に」アメリカ法2001-II号（2001年）309頁以下が詳しい。

ち5人は上院、5人は下院とされ、残りの5人のメンバーは連邦最高裁から選出されるとした。さらに、連邦最高裁からのメンバーは、それぞれ任命時の大統領の政党に応じて2名ずつが選出され、この4人が5人目のメンバーを選出するといった措置が取られた。こうしたプロセスを経て、5人目の連邦最高裁からのメンバーとして選出されたのが、当時「最も民主党の信頼を集めていた」¹⁴⁰ブラッドリー (Joseph P. Bradley) であった。

このようにして組織された選挙委員会では、あらゆる論争的な問題について党派に沿った投票行動が行われ、ブラッドリーも共和党と歩調を合わせる傾向にあった。4つの州についての表決では、いずれも8対7で共和党のヘイズの勝利と判断された。こうしてヘイズは、連邦最高裁の判事によって直接的に選出された大統領という、アメリカの歴史上においても特異な地位を占めることとなったのである。ただし、問題はここで解決することはなかった。結果に不満を有する民主党側は、ヘイズの選出を認める見返りを求め、ここに大統領就任の承認と引き換えに南部からの連邦軍の撤退、南部の交通網の回復等を約する「1877年の妥協」が生まれたのであった。

司法の優越との関係で注目すべきは、ブラッドリーの党派的な行動に対する評価である。彼の投票行動は、すぐに激しい非難にさらされることとなった。彼自身は、自らの行動が党派的な思考に基づくものではなかったと弁明するが¹⁴¹、1876年当時の危機においては、最高裁判事を含む委員のメンバーが党派的に行動することは織り込み済みでもあった¹⁴²。それは、彼の起用はそもそも、二大政党のいずれからも距離を置いていると見られていたデイヴィス (David Davis) の選挙委員就任拒否に伴う代替的手段であったことから伺える¹⁴³。それにもかかわらず、大統領選任をめぐる党派的对立の危機において、連邦最高裁判事こそが、

¹⁴⁰ 岡山・前掲注139) 319頁。

¹⁴¹ Burt, *supra* note 123, at 222.

¹⁴² 岡山・前掲注139) 323頁。

¹⁴³ デイヴィスの選挙委員就任拒否とブラッドリーの任命の経緯については、岡山・前掲注139) 317-320頁を参照。

かかる危機の平和的解決に適任であると、当時考えられていたのである。

バートは、この1876年から1877年にかけての危機は、司法の優越にとって重要な出来事であったと指摘する。すなわち、連邦最高裁こそが、党派的・政治的な衝突の頂点に立つという信念が、この時期に生じていたとする¹⁴⁴。南北戦争という惨禍を経験したアメリカにおいて、民主党の一党支配が確立しつつあり、かつ、党派的な対立が激化する南部の各州が係争地となった危機について、その平和的解決は連邦最高裁に委ねられたのである¹⁴⁵。

第2款：連邦最高裁の後援者

メイグス (William M. Meigs) は、1885年の論文において、司法の優

¹⁴⁴ Burt, *supra* note 123, at 223.

¹⁴⁵ 連邦最高裁が大統領選任に関与するという状況は、ブッシュ (George W. Bush) とゴア (Albert A. Gore Jr.) によって争われた2000年の大統領選挙において再び現れることとなる。フロリダ州の票の再集計が問題となった Bush v. Gore (531 U.S. 98 (2000)) におけるブライヤー (Stephen Breyer) による反対意見は、1876年の危機を参照しつつ、以下のように述べる。「もちろん大統領の選出は国家の基盤的な重要事項である。しかしその重要性は政治的なものであり、法的なものではない。また、当裁判所は、選挙の結果を左右するような、本筋から離れた法的紛争を不必要に解決しようとする誘惑に抵抗すべきである。」(531 U.S. at 153.) そして、1877年における大統領選任過程への連邦最高裁の関与と、本件におけるフロリダの投票結果の再集計という問題を対比させたのち、「結局のところ、このような高度に政治的な問題について、判断が割れるという外形は、連邦最高裁それ自体にある公的な信頼を弱めるリスクを抱える。この信頼は公的な宝である。それは何年もかけてゆっくりと築き上げられたものであり、その中には南北戦争や人種隔離という悲劇もあった。それは基本的自由や法の支配それ自体を防護するための絶え間ない努力という極めて重要な要素である。……我らは、自傷行為——連邦最高裁だけでなく国家をも傷つける——のリスクを有しているのである。」(531 U.S. at 157-158.) すなわちブライヤーは、ブラッドリーが党派的理由で非難を浴びたことを挙げたうえで、本件における連邦最高裁は同じ轍を踏むべきではないとして、反対を表明したのである。ブライヤーが指摘するところの、連邦最高裁に対する「公的な信頼」こそが司法の優越の脆弱性と深く関連するものであると本論文は捉えるが、詳しくは第4章において論じることとする。

越について以下のように述べる。すなわち、「A と B の間の訴訟における裁判所の判決が、すべての人びとと、政府のすべての部門について、憲法に関する大きな問題を最終的かつ永久的に解決するという考えは、ほとんど不条理としか思えない」¹⁴⁶と。しかし彼は司法の優越が「一般的に受容された見解」¹⁴⁷であり、司法の優越に反対を唱えるような議論は、ほとんど耳を傾けてもらえないであろうことを指摘する¹⁴⁸。アメリカにおける司法の優越の広範な受容という現象は、様々な要素に起因しうが¹⁴⁹、フリードマンが着目するのが、1870年代から1890年代にかけての、「金メッキ時代 (the Gilded Age)」とも称される時代における、連邦司法部に対する産業界の支持という現象である。すなわち、同時代における連邦最高裁は、「権力を有する人々の需要に応える判決を下すことで、舞台の中心に立つことができた」¹⁵⁰のであった。彼によれば、同時代こそが、今日における司法の優越が定着する転換期でもあった。

南北戦争後の重工業・金融の発展に伴い、アメリカ経済は急速な成長を遂げることとなる。そして、このような経済成長の本格化は、全国的な市場の拡大や、産業構造の変革をもたらすものであった。このような状況にあって、州政府は、資本の自由な流れを妨げたり州間貿易を制限するなど、州民の利益を保護するための政策を実施していくこととなる。これに対して産業界側は、州の干渉を受けない全国的に統合された国内市場を求めている¹⁵¹。それゆえに、各州によって異なる規制や、州による保護主義的な規制は、とりわけ鉄道会社をはじめとする産業界においては大きな障壁となっていたのである。

Munn v. Illinois¹⁵²は、そのような州と産業界の対立の最中において下

¹⁴⁶ William M. Meigs, *The Relation of the Judiciary to the Constitution*, 19 AM. L. REV. 177, 198 (1885).

¹⁴⁷ *Id.* at 191.

¹⁴⁸ 19世紀後半における司法部の権威の高まりについては、バートも同様の指摘をしている。Burt, *supra* note 123, at 237.

¹⁴⁹ Kramer, *supra* note 14, at 628.

¹⁵⁰ Friedman, *supra* note 109, at 137.

¹⁵¹ Friedman & Delaney, *supra* note 22, at 1159.

¹⁵² 94 U.S. 113 (1877).

された判決である。グレインジャー運動と呼ばれる、1870年代アメリカ中西部で発生した農民運動は、鉄道運賃や揚穀機の使用料の規制などを州政府に求めるものであり、このような運動の最中における立法の一つが、本判決において問題となったシカゴ市の穀物倉庫の保管料規制を定めたイリノイ州法であった。結論から言うならば、連邦最高裁は州の経済規制立法につき合憲と判断した。すなわち連邦最高裁は、州法に基づく経済規制については、「立法部による権限濫用からの保護のためには、人民は裁判所ではなく投票所に向くべきである」¹⁵³として、公共の利益に影響する事業については、当然に州による規制を受けるものとする立場を採用したのである¹⁵⁴。

マン判決における連邦最高裁のこのような態度は、産業界側の意向とは正反対のものであった。すなわち同判決は、州の規制に対処するために連邦最高裁を陣営に引き入れることができるか否かについて、産業界に疑念を抱かせるものであった¹⁵⁵。彼らは、連邦最高裁判事に、産業界にとって都合のよい裁判官が選任されることを望み¹⁵⁶、当時上院と大統領職において優勢な地位を占めていた共和党との結びつきを強めていった。そのような動きの一つとして、ガーフィールド大統領によるマシューズ判事 (Stanley Matthews) の指名がある。マシューズ判事の就任は最終的に承認されたとはいえ、一度は上院において鉄道業界との緊密な関係性ゆえに拒否されたことは、当時における産業界の影響力を示す一例であろう¹⁵⁷。

ガーフィールドが大統領に就任して数年後、連邦最高裁は企業の利益

¹⁵³ *Id.* at 134.

¹⁵⁴ 西村・前掲注54) 105頁、常本照樹「[経済・社会立法]と司法審査(一)——アメリカにおける「合理性の基準」に関する一考察——」北大法学論集35巻1号(1984年)30頁。

¹⁵⁵ Friedman, *supra* note 109, at 155.

¹⁵⁶ See, Howard Gillman, *How Political Parties Can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891*, 96 AM. POL. SCI. REV. 511, 513 (2002).

¹⁵⁷ See, 2 Warren, *supra* note 91, at 623 n.l.

と財産を守るべく、経済規制に関する州法を無効にしていった¹⁵⁸。Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois¹⁵⁹では、州の境を超える鉄道の運賃規制に関するイリノイ州法が問題となったが、連邦最高裁は同規制が州際通商条項に反し違憲であると判断した。連邦最高裁は、このような規制は全国的な規制がふさわしいのであり、合衆国議会において制定されるべきであるとして、以下のように判示した。すなわち、州際通商について、鉄道会社に重い罰則を強いる規定を、イリノイ州を含むいくつかの州を通過する長距離輸送に適用するのは明らかに不当であり、このような不当性は、「連邦議会は、すべての州および鉄道会社の利益を広く見渡し、公正かつ公平な規制を定めるのに適しているがゆえに、州際通商を規制する権限を連邦議会に委ねるといふ憲法条項の価値を示すものである」¹⁶⁰と。また、Chicago, Milwaukee and St. Paul Railway Company v. Minnesota¹⁶¹では、行政委員会に鉄道運賃等を決定する最終的権限を付与したミネソタ州法の合憲性が争われた。連邦最高裁は、「鉄道会社による輸送料金の妥当性の問題は……極めて司法的な審査対象となる問題なのであり、その決定にはデュー・プロセスについての判断を要する」¹⁶²として、結論として州法は違憲であると判断した。つまり、行政委員会による鉄道運賃の決定についても司法審査の対象となることを同判決は示したものであり、この点につき、公共の利益に影響する事業についての運賃規制は州の立法部の判断が尊重されるとしたマン判決は覆されたとも評価しうるものである¹⁶³。

ここにおいて産業界は、共和党及び連邦最高裁との結びつきを利用することによって、目的を達することとなった¹⁶⁴。そして、19世紀後半における連邦最高裁の権威の高まりは、州の規制から産業界の利益を保護するために要請されたものであったとも解することができる。連邦最高

¹⁵⁸ Friedman, *supra* note 109, at 160.

¹⁵⁹ 118 U.S. 557 (1886).

¹⁶⁰ *Id.* at 576-577.

¹⁶¹ 134 U.S. 418 (1890).

¹⁶² *Id.* at 458.

¹⁶³ 西村・前掲注54) 106頁。

¹⁶⁴ Friedman & Delaney, *supra* note 22, at 1162.

裁の側から見ると、政治的な支持者の需要に合致した判決を下すことにより、アメリカ社会における権威性を高めることに成功したとも評価しうる。すなわち、この時期における連邦最高裁ほど、「強力な同盟者を有する民主制下の裁判所は存在しなかった」¹⁶⁵のである¹⁶⁶。

第6節：司法の優越を取り巻く政治と社会

本章では、建国初期から19世紀末にかけての連邦最高裁、連邦の政治部門、州政府などの動向の検討を通じて、司法の優越がアメリカにおいて台頭する過程を素描した。本章の内容をまとめると、以下のようになる。第2節で検討したジェファソン政権下においては、連邦派と共和派の対立が激烈であり、当時の連邦最高裁が党派的な偏見なしに憲法解釈をするという確信は全くなかった。それゆえに、連邦最高裁が憲法解釈において優越性を有することは、その党派性ゆえに危険視されていた。第3節ではジャクソンが大統領であった時代における、連邦と州の対立関係と連邦司法部の役割に着目した。それによれば、当時の連邦最高裁は、州法に対して積極的に判断を下し、連邦議会の権限の範囲を画定するような著名な判断を次々と生み出していった。このような状況にあっ

¹⁶⁵ Miguel Schor, *Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY* 93 (Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., 2018).

¹⁶⁶ 産業界による連邦司法部を利用した利益の増大に付随して、同時代の連邦司法部は、管轄権の拡大によりその権限が強化されていた。すなわち、連邦議会は Judiciary and Removal Act of 1875によって、連邦司法部の管轄権を大幅に拡大した。このような連邦議会の動向の背景には、連邦司法部への企業側のアクセスを確保する意図も隠されていた。連邦議会と歩調を合わせるように、連邦最高裁は、州における管轄権を制限し、連邦司法部の管轄権を拡大するような判断を下すようになる。例えば、著名な *Santa Clara County v. Southern Pac. Railroad* (118 U.S. 394(1886)) では、第14修正の保護する対象には法人も含まれるという判断が下され、あらゆる憲法上の権利の保障の可能性が、企業に対して開かれることとなった。連邦司法部の管轄権拡大と、それと歩調を合わせた連邦最高裁の判断の帰結として、連邦司法部に係属する事件数は飛躍的に増大することとなったのである。See, Friedman, *supra* note 109, at 160-166.

て、とりわけ州の権限を重視する立場からは、憲法解釈における連邦最高裁の優越性を否定するような動きも見られた。連邦と州の対立関係の渦中において、ディパートメンタリズムの典型例として引用されるジャクソンによる司法の優越に対する否定的見解は、複雑性を有するものであった。すなわち彼は、合衆国銀行の再認可時に、司法の優越を拒否するメッセージを発する一方で、当時未だ脆弱であった連邦制を維持するためには、州に対する連邦最高裁の優越性を援用せざるを得ない状況に置かれていたのである。連邦最高裁の立場から見ると、サウスカロライナ州における危機に代表される連邦と州の対立は、憲法の意味を決定する最終的な裁定者としての司法部を浮上させるものでもあった。第4節ではドレッド・スコット判決と、同判決前後の連邦司法部をめぐる政治的抗争を分析した。リンカーンがドレッド・スコット判決に反対の立場をとっていたことは著名であるが、このころまでに連邦最高裁がアメリカの統治過程における役割を増大させていたため、彼は司法の優越への直接的な抵抗を避けたとも解することができることを指摘した。第5節では、南北戦争後、裁判所外のアクターが、司法の優越との関係で重要な役割を果たしたことを指摘した。第14修正の制定過程の議論においては、連邦最高裁こそが政治的対立を超越した判断を下すべき機関であるとされた。また、「1877年の妥協」において、党派的・政治的な対立が頂点に達したとき、その解決は連邦最高裁に委ねられた。まさに「複雑な統治システムによって生じる紛争のアンパイア」¹⁶⁷としての役割が、この時代の連邦最高裁には託されたのであった。当時急速に発展しつつあった産業界との結びつきも考慮すると、19世紀後半における司法の優越の様相を分析する際には、裁判所外のアクターと連邦最高裁の同盟関係という要素が注目に値する。

本章では、「司法の優越の世界」¹⁶⁸としてのアメリカの基盤が築かれていく様相を、建国初期から19世紀後半に至るまでの、司法の優越が焦点となった各事例を検討することによって析出することを試みた。もちろん、司法の優越が、政治部門や人民に対して、いつ、どの程度定着した

¹⁶⁷ 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）162頁。

¹⁶⁸ Friedman & Delaney, *supra* note 22, at 1138.

のかを定量的に計測することは困難を極める作業ではある。しかしながら、少なくともマーベリ判決によって、司法の優越がアメリカにおいて確立したという記述——すなわち、「連邦司法部こそが最高であるという基本的な原理」が「憲法制度の恒久的かつ不可欠な特徴として、当連邦最高裁及び国家によって尊重されてきた」¹⁶⁹というクーパー判決における言明——は、アメリカの憲法政治の歴史から見るに、不正確な記述を含むものである。そして、司法の優越のアメリカにおける受容という現象においては、連邦制度内在的な、州と連邦政府の間の対立状況における連邦最高裁の役割、そして、政治部門や産業界といった「剣も財布もない」司法部を後押しする勢力の存在もまた、無視することはできないのである。

¹⁶⁹ 358 U.S. at 18.

民事判例研究

吉田邦彦 = 戴孟達 = 袁傑

建設アスベスト最高裁の総合的考察——建材メーカーの責任に重きを置きつつ* (最判(第1小法廷)令和3年5月17日民集75巻5号1359頁)
(平成30年(受)1447号～1449号、1451号、1452号、一部破棄自判・一部破棄差し戻し・一部棄却)

*本稿は、北大民事法研究会(民法理論研究会共催)で報告したものである(2023年1月20日開催)(司会は、野田耕志教授)。年度末の多忙な時期において、参加の上ご教示下さったすべての方にお礼申し上げます。特に積極的に発言された、西内康人准教授(京都大学)、林誠司教授や藤原正則教授、佐藤亮平院生(北海道大学)などには、記して謝意を表したい。

I. 事案の概要

本件の原告ら(以下 X_1 ら)は、主に神奈川県内において建設作業に従事し、石綿粉じんにはく露したことにより、石綿肺、肺癌等の石綿関連疾患に罹患したと主張する者又はその承継人である。

本件は、 X_1 らが、被告国(以下 Y_1)に対し、建設作業従事者が石綿含有建材から生ずる石綿粉塵に曝露することを防止するために被告国(Y_1)が労働安全衛生法(以下「安衛法」という)に基づく規制権限を行使しなかったことが違法であるなどと主張して、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求めるとともに、過去に石綿含有建材を製造、販売したとして国土交通省及び経済産業省が構築した「石綿含有建材データベース」に登録されている建材メーカー(又は過去に登録されていた企業である)44社(以下 Y_2 ら)に対し、 Y_2 らが石綿含有

建材から生ずる粉じんにはく露すると石綿関連疾患に罹患する危険があること等を表示することなく石綿含有建材を製造販売したことにより X₁らが上記疾患に罹患したと主張して、不法行為に基づく損害賠償を求める事案である。

確定された事実関係及び関係法令は、以下の通りである。

(1) 石綿及び石綿含有建材の概要

石綿は繊維性、抗張力、耐熱性等にその特長を有しており、建材等に広く使用されてきた。日本の年間石綿輸入量は、高度経済成長期に急増し、平成元年以降は減少を続け、平成18年以降はゼロとなった。輸入された石綿の約7割は建設現場で使用された。

(2) 建設作業における石綿粉塵の発散

木造建物の建築工事において、石綿含有の建材を切断したり、混和剤を加えたり、ボードに穴を開けたり、保温材を取付けたりする際に、石綿粉じんが発散する恐れがあった。鉄骨造建物の建築工事においても、上記の他、吹付作業の際に、また、吹き付けられた石綿等を配線や配管のために削る際にも、石綿粉塵が発散することがあった。建物の増改築工事や解体工事においても、発散することがあった。

自らが行った作業により発散した石綿粉じんに直接的に曝露するほか、他の者が行った作業によって発散した石綿粉じんに間接的に曝露することもある。

(3) 防塵マスクの着用状況

昭和60年頃の建設現場では、吹付工や一部のはつり工を除き、大半の労働者は防塵マスクを着用しておらず、昭和50年頃も同様であった。

(4) 石綿関連疾患の概要

石綿関連疾患には、石綿肺、肺癌、中皮腫、びまん性胸膜肥厚等がある。石綿肺は、石綿粉塵を大量に吸入することによって発生する、じん肺の一種である。肺癌は、石綿粉塵の曝露量と肺癌の発生率との間には、直線的な量反応関係が認められる。中皮腫は、胸腔、腹腔等において体腔表面を覆う中皮細胞から発生する腫瘍であり、すべて悪性である。中皮腫のほとんどは、石綿粉塵に曝露したことを原因とするものであり、肺癌より低濃度のばく露によっても発症し得ることが判明している。中皮腫について確立した治療法はなく、現時点では、その予後は極めて不良であると言われている。石綿肺、肺癌及び中皮腫は、いずれも潜伏期間が長い。びまん性胸膜肥厚は、胸膜が厚みを帯び、肺の

弾力性が低下して呼吸機能が悪化する病変である。

(5) 建設業労働者の塵肺症及びじん肺合併症発生件数等

昭和45年度には77件であったが、昭和52年度に516件に達した。その後、平成15年度に至るまで、多い年度では700件を超え、少ない年度でも200件を下回することはなかった。平成17年度以降、建設業労働者の石綿関連疾患の発生件数は、同年度が299件、平成18年度が1105件であり、平成19年度から平成26年度までは500件台又は600件台で推移した。

(6) 昭和46年の石綿取扱い事業場の監督指導結果

じん肺の有所見者率は、全体では6.5%、業種別では、製造業6.6%、建設業3.5%、鉱業0%であった。

(7) 大工を主たる職業とする X_1 らが稼働する建設現場への建材の到着等

多数の建材メーカーは、昭和50年4月1日以降、石綿含有建材を製造販売する際に、石綿関連疾患を発症する危険があること、その危険を回避するために適切な防塵マスクを着用する必要があること等を当該建材に表示する義務を負っていたにもかかわらず、その義務を履行していなかった。

「本件ボード三種」(石綿含有スレートボード・フレキシブル板、石綿含有スレートボード・平板及び石綿含有ケイ酸カルシウム板第一種)は、一般的に、大工が直接取扱う機会の多い建材であり、大工を主たる職種とする X_1 も、本件ボード三種を直接取扱っていた。本件ボード三種のうち、 Y_2 が製造販売していたものは、いずれも昭和50年4月から平成4年までの間に、同等回数にわたり、本件 X_1 らが稼働する建設現場に到達して用いられていた。

本件 X_1 らは、建設現場で石綿粉塵に曝露し、石綿関連疾患に罹患した。本件 X_1 らの曝露量のうち、半分程度は、自分以外の者が行った作業によって発散した石綿粉塵に間接的に曝露したことによるものであり、その余りは、自分で石綿含有建材を取り扱ったことによって発散した石綿粉塵に直接的に曝露したことによる物であった。

また、本件 X_1 らが石綿含有建材を直接取扱ったことによる曝露量のうち、三分の二程度は、昭和50年4月から平成4年までの間に、本件ボード三種を取り扱ったことによるものであった。

したがって、本件 X_1 らが昭和50年4月から平成4年までの間に本件ボード三種を直接取扱ったことによる石綿粉塵の暴露量は、各自の石綿粉塵の暴露量全体のうち3分の1程度であった。

Ⅱ. 第1審判決（横浜地判平成24年5月25日 請求棄却）

主文：X₁らの請求をいずれも棄却する。訴訟費用はX₁らの負担とする。

1. Y₁に対する国家賠償請求について

X₁の国家賠償請求について、地裁は概ね以下の通り判断した。

建材に着目してみると、石綿のがん原性が明らかとなった時点では特化則によってこれを原則的に禁止し、解体作業については、石綿含有建材を使用した建築物の解体が予想される時期には、その粉じんに対し注意するよう指導がされたにもかかわらず、Y₁において、建築作業に特化した対策の指導はされてこなかったが、もっとも、建築作業であっても、安衛法関係の法規の適用はあり、Y₁が規制を行っていたことは確かである。したがって、Y₁の対応の違法性という面では、医学的知見の集積状況と相まって、X₁が主張する昭和50年までの時点で、石綿含有建材を利用した構造であるからといって、耐火構造の指定をしたことは違法といえない。石綿の製造禁止に関する昭和62年の状況に照らすと、このことは昭和62年であっても同様であったと考えられる。

2. Y₂らに対する不法行為に基づく損害賠償請求について

(1) 民法719条1項前段の共同不法行為について

民法719条1項前段は、数人が共同不法行為によって他人に損害を加えたとき、共同行為者は、各自連帯して、被害者に生じた損害を賠償する責任を負うとの規定である。各行為者の行為に関連共同性があることの他に、それぞれ個別に不法行為の要件を備えることを要件とする立場に立つときは、X₁は、因果関係について、個別具体的に主張、立証することをしないのであるから、同項前段の共同不法行為が成立しない。

個別的な因果関係の主張立証は不要であり、①各人の行為の関連共同性と②共同行為と損害発生との間の因果関係があれば足りるとの立場に立ったとしても、Y₂らの行為に関連共同性を認めることはできない。

719条1項前段の共同不法行為の成立を認めるときは、共同行為者各人が全損害についての賠償責任を負い、かつ、個別的因果関係の不存在による減免責を許さないものであるから、「強い関連共同性」が必要である。共同不法行為の存在理由を、被害者の救済に置くとしても、共同行為者の側にも責任を生じさせるだけの帰責性が必要である。関連共同性が認められるためには、客観的な

関連共同関係があれば足り、複数の行為が共同の原因となって一個の損害を引き起こした場合で、その複数の行為が社会観念上全体として一個の行為と評価することができれば足りると解するのが相当である。

X_1 は、 Y_2 らの行為を社会観念上全体として一個の行為と評価することができる事情として、汚染源と損害の一体不可分性、危険回避のための一体的行為、利益共同体としての一体性、業界団体を通じての一体性、国の産業保護育成政策を通じての一体性を主張したが、地裁はこれら全部を認めなかった。

(2) 民法719条1項後段の共同不法行為について

民法719条1項後段は、共同行為者のうちの誰かの行為が損害を発生させたことは明らかであるが、実際にいずれの者がその損害を加えたかは不明であるという場合に、行為者全員が連帯責任を負う旨を定めたものである。

①石綿含有建材データベースに石綿含有建材の製造メーカーとして登録されている会社は、 Y_2 以外にも少なくとも40社以上はある上、廃業してしまった会社もあることを考慮すると、 Y_2 以外にも、各原告の石綿関連疾患発症の原因となった石綿含有建材を製造等した可能性のある者がいるということになる。 X_1 は、共同行為者とされる者以外に疑いをかけることのできる者はいないという程度までの立証ができない。

② Y_2 らの石綿含有建材の製造の種類、時期、数量、主な販売先等は異なり、一方で、各原告又は被相続人の職種、就労時期、就労場所、就労態様は異なる。そうであれば、各原告又は被相続人の損害を発生させる可能性の程度は、各被告ごとに大きく変わり得る。それらを捨象して、石綿含有建材を製造等した企業であれば、どの原告又は被相続人に対しても、いわば等価値にその損害を発生させる可能性があるとはいふことができない。従って、 X_1 の主張では、択一的競合関係にある共同行為者の範囲を画していないと言わざるを得ない。

③各原告又は各被告企業に着目する時は、ある原告について、共同行為者を特定することができない。 X_1 は、原告又は被相続人ごとの被告企業の限定を敢えて行ってこなかったものである。

以上の原因で、地裁は X_1 が Y_2 らに対する不法行為に基づく損害賠償請求を支持しなかった。

Ⅲ. 控訴審判決（東京高判平成29年10月27日判タ1444号137頁 一部取消し、一部棄却）

1. Y₁に対する国家賠償請求について

（1）労働者に対する責任

昭和55年12月31日以前、Y₁は、当時建設現場における石綿粉じんの実態を把握しておらず、石綿粉じんにはばく露することにより、広範かつ重大な危険が生じていると認識していなかった。このような認識状況を前提にすると、昭和50年の特化則の改正により、当面取り得る対策を講ずるなどしたY₁の判断には、相応の合理性が認められる。この理由で、高裁は、昭和55年12月31日以前のY₁の安衛法に基づく規制権限の不行使は、許容される限度を超えて著しく不合理なものとはいえず、国家賠償法1条1項の適用上違法ということとはできないと判断した。

高裁は、Y₁の安衛法に基づく規制権限の不行使は、労働者との関係において、昭和56年1月1日以降、国家賠償法1条1項の適用上違法であり、その後も、平成7年3月31日までの間、上記の違法な状態は継続していたと判断した。

平成7年に安衛令、安衛則及び特化則の改正により、昭和56年1月1日以降継続していたY₁の安衛法に基づく規制権限の不行使による違法な状態は、解消されたというべきであり、平成7年4月1日以降、Y₁の規制権限の不行使を国家賠償法1条1項の適用上違法ということとはできないと高裁が判示した。

（2）労働者以外の者に対する責任

高裁は、安衛法22条、57条及び59条に基づく規制権限の保護の対象者は、安衛法2条2号において定義された労働者であり、Y₁は、当該労働者と認められない者との関係では、上記規制権限を行使する職務上の法的義務を負担せず、当該労働者と認められない一人親方等との関係では、Y₁の上記規制権限の不行使は違法とはならず、Y₁は規制権限の不行使による責任を負わないと判断した。

2. Y₂らに対する不法行為に基づく損害賠償請求について

（1）民法719条1項後段の要件に対する判断

民法719条1項後段は、因果関係以外の不法行為の要件を備えた複数の加害者が、いずれも、そのみで権利、法益侵害の結果を惹起しうる行為を行ったが、いずれの行為によって損害が発生したか不明である場合に、因果関係の立

証責任を加害者側に転換して、各人が自らの行為と損害との間に因果関係が存在しないことを証明しない限り、加害者らに連帯して損害賠償責任を負わせる趣旨の規定であると解される。このように、同項後段が因果関係の立証責任を転換し、これを推定する規定を設けたのは、被害者の権利又は法律上保護される利益の侵害を発生させる具体的な危険を惹起する行為をした者がある場合、経験則上それだけで行為と損害との間の因果関係を推定し得るにもかかわらず、たまたま他に同等の危険を生じさせる加害行為をした者がいる場合には、相互に因果関係の推定を妨げ合い、いずれについても被害者による因果関係の証明が不十分となり得る事態が生じることから、被害者を救済する必要があるとともに、加害者側にも権利、法益侵害の具体的な危険を惹起させたという事情が備わるため、推定を認めても必ずしも責任主義に反することとならないからであると解される。そうすると、同項後段が適用されるためには、各加害者の行為が、経験則上、そのみで生じた損害との間の因果関係を推定し得る程度に具体的な危険を惹起させる行為であることを主張、立証する必要があると解される。そして、Y₂らの製造、販売した建材が出荷されても、X₁らが作業をする建築現場に到達しなければ、X₁らとの関係で、Y₂らの行為が具体的な損害発生危険を惹起したとはいえない。

民法719条1項後段の趣旨は上記のとおりであり、被害者が特定した複数の加害者以外には加害者となり得る者が存在しないことを同項後段の適用の要件であると解することは相当ではない。なぜなら、被害者が特定した加害者の行為と同等の危険性を有する行為をした第三者が存在することが明らかとなっても、これにより直ちに因果関係の推定の基礎が崩れるとは言えないからである。

X₁らの主要曝露建材に基づく主張について（予備的主張2）

X₁らは、被災者ごとに、直接取扱い建材の中から、日常的に取り扱う石綿粉じん曝露の主要な原因となった建材の種類を主要曝露建材として絞り込み、主要曝露建材に当たる製品を製造・販売した企業のうち市場占有率（マーケットシェア）が概ね10%以上の企業を共同行為者として特定した上で、製品販売期間と就労期間の重複及び各被災者の現場数から、これらの企業が製造・販売した主要曝露建材に当たる製品は、いずれも相当回数、各被災者に到達した高度の蓋然性があると主張する。

高裁は以下の通り判断した。「主要曝露建材として特定した建材が、各被災

者の職種、作業内容、作業歴、建材の製造期間などからみて、現場において通常使用する建材であることの裏付けがあり、主要曝露建材を製造、販売した企業のマーケットシェアに一応の根拠が認められ、被災者が作業した現場数が多数である場合には、これらに基づく確率計算に依拠して、建材の到達とその頻度を推定することも、合理性があるというべきである。」「他に加害者となり得る者が存在することが明らかな状況にあるから、損害全体との関係で同項後段を類推適用して、主要曝露建材の製造・販売元として特定された Y_2 らに、被災者の損害全体について連帯責任を負わせることはできず、被災者の全体的な曝露量との関係で、主要曝露建材を製造・販売した企業らの集团的寄与度を定め、これに応じた割合的責任の範囲内で、民法719条1項後段を適用して、連帯責任を負担させるのが相当である。」

(2) 中皮腫に罹患した大工らに対する Y_2 らの責任

中皮腫は石綿粉じんの少量のばく露によっても発症し得るとされているところ、被害者の石綿粉じんへのばく露に関わった加害者が多数存在し得る状況において、加害者として特定された者が、他に加害行為を行った者が多数存在し、これらの者の加害行為を原因とする石綿粉じんへのばく露の方が、自らの加害行為を原因とする石綿粉じんへのばく露よりもばく露量大きいことを証明したとしても、民法719条1項後段の推定を覆せないとする、明らかに衡平を失するというべきである。

そこで本件被災大工らに係る石綿粉じんのばく露量全体との関係で、本件ボード三種を製造販売した企業らの集团的寄与度を定め、これに応じた割合的責任の範囲内で、同項後段を適用して、 Y_2 らに連帯責任を負担させるのが相当である。

Y_2 ら内の3社（ボード三種を製造販売した企業ら）は、民法719条1項後段の適用により、主要曝露建材からの曝露の集团的寄与度である3分の1に応じた割合的責任の範囲内で連帯責任を負うこととするのが相当である。

(3) 中皮腫以外の石綿関連疾患に罹患した大工らに対する Y_2 らの責任

加害者として特定された複数の者の行為がいずれもそのみで他人の権利又は法律上保護される利益を侵害する結果を惹起し得るものでない場合には、全ての加害者が特定され、他に加害者が存在しないことが立証されなければ、損害全体についての因果関係の推定の基礎が欠け、民法719条1項後段を類推適用する前提を欠くものと解される。

中皮腫以外の石綿関連疾患については、Y₂らの製造販売した本件ボード三種が建設現場に到達したことは認められるものの、他に加害者となり得る者が存在することも明らかであるから、Y₂らは、同項後段の類推適用によって損害賠償責任を負うということとはできない。もっとも、Y₂らは、民法709条に基づき、各被告の損害発生に対する寄与度に応じた割合による分割責任を負うと解するのが相当である。

Ⅳ. 上告審判決

<判決の概要>

本判決は、以下の点で原審と異なる判断をした。

一 Y₁（国）に対する国家賠償請求について

まず、国の責任において、国の規制権限の不行使が国家賠償法1条1項の適用上違法である状態の期間及び対象範囲が拡大された。①違法である状態の始期について、原審はそれを昭和56年1月1日の時点としたのに対して、本判決は、それを昭和50年10月1日の時点と判示した。②違法である状態の終期について、原審はそれを平成7年3月31日の時点としたのに対して、本判決は、それを平成16年9月30日の時点と解した。③対象範囲について、原審はそれを安衛法2条2号において定義された労働者に限定したのに対して、本判決は、当該労働者に該当しない建設作業従事者（いわゆる一人親方及び個人事業主等）との関係でも規制権限の不行使による責任を負うべきであるとした。

二 Y₂ら（建材メーカー）に対する不法行為に基づく損害賠償請求について

また、建材メーカーらの責任において、①中皮腫にり患した本件被災大工らについて、原審は民法719条1項後段を適用して、建材メーカーらの集団的寄与度を大工らの各損害の3分の1に定めて、建材メーカーらとその範囲で連帯して損害賠償責任を負うとした。それに対して、本判決は、その結論を認めながら、解釈適用では同項後段の「適用」を否定し、「類推適用」とした。②中皮腫以外の石綿関連疾患にり患した本件被災大工らについて、原審は民法709条に基づき、建材メーカーらが各自の損害発生に対する寄与度に応じた割合による分割責任を負うとした。それに対して、本判決は、建材メーカーらが中皮腫にり患した本件被災大工らの場合と同様に、民法719条1項後段の類推適用に

より、大工らの各損害の3分の1の範囲で連帯して損害賠償責任を負うと判断した。③一旦使用された石綿含有建材に後から作業をする者について、原審は建材メーカーらがその者らに対して警告表示義務を負わないとしたのに対して、本判決はそれらに対しても警告表示義務を負担するとした。④被告太平洋セメントと被告ノザワについて、本判決は事実レベルで、経験則違反、採証法則違反、審理不尽の違法（この点は被告ノザワについてのみ）があると判断し、原判決を破棄した。

以下では、建材メーカーらの責任における民法719条1項後段問題に関する①②を取り上げる。

<判旨>（建材メーカーらの責任における上記①と②に関して）

一 719条1項後段の適用の否定

本判決は、まず719条1項後段の趣旨について、「民法719条1項…同項後段は、複数の者がいずれも被害者の損害をそのみで惹起し得る行為を行い、そのうちのいずれの者の行為によって損害が生じたのかが不明である場合に、被害者の保護を図るため、公益的観点から、因果関係の立証責任を転換して、上記の行為を行った者らが自らの行為と損害との間に因果関係が存在しないことを立証しない限り、上記の者らに連帯して損害の全部について賠償責任を負わせる趣旨の規定であると解される。…」

そして、719条1項後段の文言を解釈して、「…同項後段は、その文言からすると、被害者によって特定された複数の行為者の中に真に被害者に損害を加えた者が含まれている場合に適用されると解するのが自然である。仮に、上記の複数の行為者のほかに被害者の損害をそのみで惹起し得る行為をした者が存在する場合にまで、同項後段を適用して上記の複数の行為者のみに損害賠償責任を負わせることとすれば、実際には被害者に損害を加えていない者らだけに損害賠償責任を負わせることとなりかねず、相当ではないというべきである。…」

以上の趣旨と条文文言の解釈に基づき、本判決は、719条1項後段の適用要件について、次のように判示した。「…以上によれば、被害者によって特定された複数の行為者のほかに被害者の損害をそのみで惹起し得る行為をした者が存在しないことは、民法719条1項後段の適用の要件であると解するのが相当である。…」

そして、それを本件に当てはめて、本件において719条1項後段の適用を否定した。「…原審は、これと異なる見解に立って、被害者によって特定された複数の行為者のほかに被害者の損害をそれのみで惹起し得る行為をした者が存在しないことの主張立証がされていないにもかかわらず、中皮腫に罹患した本件被災大工らに係る損害賠償請求について、民法719条1項後段を適用して、Y₂らが、上記の本件被災大工らの損害の3分の1について、連帯して損害賠償責任を負うとしているが、原審のこの判断には、同項後段の解釈適用を誤った違法がある。…」

二 719条1項後段の類推適用の肯定

本判決は、上記通りに本件について719条1項後段の適用を否定したが、本件の事実関係に次のように着目した。「…Y₂らを含む多数の建材メーカーは、石綿含有建材を製造販売する際に、当該建材が石綿を含有しており、当該建材から生ずる粉じんを吸入すると石綿肺、肺がん、中皮腫等の重篤な石綿関連疾患を発症する危険があること等を当該建材に表示する義務を負っていたにもかかわらず、その義務を履行していなかったのであり、…」 「…また、中皮腫に罹患した本件 X₁らは、本件ボード三種を直接取り扱っており、本件ボード三種のうち Y₂らが製造販売したものが、上記の本件被災大工らが稼働する建設現場に相当回数にわたり到達して用いられていたというのである。…」 「…上記の本件 X₁らは、建設現場において、複数の建材メーカーが製造販売した石綿含有建材を取り扱うことなどにより、累積的に石綿粉じんにはく露しているが、このことは、これらの建材メーカーにとって想定し得た事態というべきである。…」 「…また、上記の本件 X₁らが本件ボード三種を直接取り扱ったことによる石綿粉じんのばく露量は、各自の石綿粉じんのばく露量全体のうち3分の1程度であったが、」 「上記の本件 X₁らの中皮腫の発症について、被告 Y₂らが個別にどの程度の影響を与えたのかは明らかでない。…」

以上の本件の事実関係に基づき、本判決は、719条1項後段の類推適用を肯定した。その理由として、「…本件においては、被害者保護の見地から、上記の同項後段が適用される場合との均衡を図って、同項後段の類推適用により、因果関係の立証責任が転換されると解するのが相当である。…」と判示した。

しかも、本判決は以下の事情を考慮して、建材メーカーらの責任範囲を寄与度の範囲で限定した。「…もともと、本件においては、本件 X₁らが本件ボード

三種を直接取り扱ったことによる石綿粉じんのばく露量は、各自の石綿粉じんのばく露量全体の一部にとどまるという事情があるから、Y₂らは、こうした事情等を考慮して定まるその行為の損害の発生に対する寄与度に応じた範囲で損害賠償責任を負うというべきである。以上によれば、Y₂らは、民法719条1項後段の類推適用により、中皮腫にり患した本件被災大工らの各損害の3分の1について、連帯して損害賠償責任を負うと解するのが相当である。…」

三 中皮腫以外の石綿関連疾患にり患した本件被災大工らについて

なお、本判決は、上記の論理と結論が、中皮腫にり患した大工らだけでなく、中皮腫以外の石綿関連疾患にり患した本件被災大工らについてもカバーできるとした。「…前記の事実関係等によれば、…等の諸事情があることも、中皮腫にり患した本件被災大工らの場合と同様である。そうすると、Y₂らは、中皮腫以外の石綿関連疾患にり患した本件被災大工らに対しても、中皮腫にり患した本件被災大工らに対するのと同様の損害賠償責任を負うと解するのが相当である。…」

そして、原審によるマーケットシェアに基づく分割責任に関する判断を次のように否定した。「…上記のマーケットシェアが、上記の本件 X₁らの石綿関連疾患の発症に与えた影響の程度にそのまま反映されるものとはいい難く、Y₂らがその発症に個別にどの程度の影響を与えたのかは明らかでないというべきである。以上によれば、Y₂らは、民法719条1項後段の類推適用により、中皮腫以外の石綿関連疾患にり患した本件被災大工らの各損害の3分の1について、連帯して損害賠償責任を負うと解するのが相当である。」

V. 評釈（その1）（袁評釈）民法719条1項後段問題

本判決は、民法719条1項後段（以下「同項後段という」）の趣旨、効果及びその適用要件の一部を明確にした上、類推適用を認めた初めての最高裁判決である。以下では、「一」で同項後段の趣旨・機能を検討し、「二」でその適用要件を検討し、「三」でその類推適用を検討する。

1. 719条1項後段の趣旨・機能

共同不法行為責任に関する719条の趣旨は、被害者救済の強化、すなわち分割責任の原則の排除に求められ¹、その存在意義は「関連共同性」要件に着目し、

(事実的)因果関係がなくとも、全額の賠償責任を認めるところにある²。このことは、各加害者に、各人の行為との相当因果関係を越えた全損害を賠償させることを意味する。しかし、条文自体は極めて不備なものであると評価され、学説や裁判例によってその理論的再構成がなされてきた³。次では、その中で、同項後段の意義(すなわち、どのような場合に、何のための規定なのか)とその機能・効果に関する議論を整理する。

(1) 従来の議論

伝統的通説は、同項後段でいう「共同不法行為」とは、意思的関与がない客観的関連共同の共同不法行為であるとする⁴。また、「関連共同性」が緊密か否かによって共同不法行為を類型化し、719条1項前段は因果関係の擬制規定として「強い関連共同性」がある場合を対応し、同項後段は因果関係の推定規定として「弱い客観的関連」がある場合を対応するとする見解も見られる⁵。さらに、同項後段は「関連共同性」がなくても、全く偶然に原因が競合しているにすぎない場合をも対応できる説⁶がある一方、同項後段は何らかの「客観的な関連性」が必要のため、そのような場合は類推適用すべきであるとする説もある⁷。

なお、同項後段の効果について、この規定は、複数の共同不法行為者のうち誰の行為によって当該損害を発生させたのかわからないような場合(いわゆる「択一的競合」)のものとし、それを因果関係の推定規定とする見解が一般的である⁸。

(2) 本判決の判断

本判決は、判旨「一」とおり、①同項後段の適用場合を「複数の者がいずれも被害者の損害をそれのみで惹起し得る行為を行い、そのうちのいずれの者の行為によって損害が生じたのかが不明である場合」とした上、②その趣旨を「被害者の保護を図るため、公益的観点から」とし、③その効果を因果関係の推定であると初めて明確に判示した。

2. 719条1項後段の適用要件

同項後段を適用するためには、「被害者によって特定された複数の行為者のほかに被害者の損害をそれのみで惹起し得る行為をした者が存在しないこと」(以下「他原因者不存在」という)の要否は従来から議論されている⁹。例えば、本件原審は「…第三者が存在することが明らかとなっても、これにより、直ちに因果関係の推定の基礎が崩れるとはいえない」とし、「他原因者不存在」が要

件ではないとした。

それに対して、本判決は、「他原因者不存在」を不要とする原審の判断を否定し、判旨「一」とおり、「他原因者不存在」が同項後段の適用要件であると明確に判示した。その理由付けとして、実際には被害者に損害を加えていない者らの方に損害賠償責任を負わせることのリスクへの警戒が示された。中野前調査官の解説によれば、これは通説の立場に立ったものである¹⁰。

3. 719条1項後段の類推適用

以上のことを本件に当てはめて、本判決は、「他原因者不存在」の要件が立証されていないから同項後段の直接適用を否定した。そこで、本件のような、複数の行為が競合して損害が発生した場合、719条1項後段の直接適用ができないときの処理について、同項後段の類推適用を認める余地がある見解と、単に709条の単独不法行為が競合しているにすぎない見解が分けられる¹¹。

原審と本判決ともに前者の立場に立っているが、原審は結論において本件の類推適用を否定したのは、「他原因者不存在」を類推適用の要件とし、本件では当該要件が満たされないためであろう。それに対して、本判決は、最高裁として初めて同項後段の類推適用を明らかに肯定し、その重要な意義が多く指摘されている。

(1) 類推適用の肯定

① 本判決の論理

本判決は、判旨「二」とおり、同項後段の類推適用を肯定する際に、建材メーカーらが危険表示義務を履行しなかったことのほかに、本件の以下の事情をあげた。①大工らは本件ボード三種を直接取り扱っており+そのうち建材メーカーらが製造販売したものが大工らが稼働する建設現場に相当回数にわたり到達して用いられていたこと、②建材メーカーらは、大工らが累積的に石綿粉じんにはく露していることを想定し得たこと、③大工らが本件ボード三種を直接取り扱ったことによる石綿粉じんのばく露量は、各自の石綿粉じんのばく露量全体のうち3分の1程度であったが、中皮腫の発症について、建材メーカーらが個別にどの程度の影響を与えたのかは明らかでないこと。このように、本件での①～③の事情を考慮した上で、「被害者保護の見地から、上記の同項後段が適用される場合との均衡を図って」を理由として、同項後段の類推適用により、因果関係の立証責任が転換されると解するのが相当であると判断した。そ

の結果として、建材メーカーらが大工らの各損害の3分の1について、連帯して損害賠償責任を負うと解した。

② 類推適用の要件について

本判決において、類推適用の要件が明確されず、上記の①～③の事情を考慮することにとどまっている。中野前調査官の解説によれば、本判決は本件の事情の下での事例判断であり、類推適用が認められる要件について法理を示したものである¹²。

その中で、類推適用の効果である連帯責任を正当化するために、弱い関連共同性の要否という問題についても明確ではない。中野前調査官解説は、弱い関連共同性論に依拠しないで結果発生への寄与に着目して類推適用を肯定する見解からも、弱い関連共同性論のように行為の関連性に着目して類推適用を肯定する見解からも、本件の結論を説明することもできると指摘した¹³。大塚直判批は、加害者らの不法行為が競合しているというだけで連帯債務を認めることは困難であり、弱い関連共同性、つまり集団について何らかのまとまりのある関係を必要とすると考えられる。そして本件で考慮された事情②(建材メーカーらは、大工らが累積的に石綿粉じんにばく露していることを想定し得たこと)は、弱い関連共同性に近いと解する¹⁴。それに対して、瀬川信久判批は、本判決にあるのは「弱い関連共同性がある集団」ではなく、「(シェアによる到達が認められた)因果関係の証明負担軽減のために構成された企業集団」であると、その連帯責任も(集団化による)因果関係の証明負担の軽減とそれを軽減した場合の責任であり、主観的共同、客観的共同等の実体法的な責任根拠に基づく前段の責任とは別物であると指摘した¹⁵。

(2) 集団的寄与度による責任範囲の限定

① 本判決の論理

本判決は、同項後段の類推適用を認めながら、判旨「二」とおりに、建材メーカーらを一つの集団として、この集団による粉塵曝露量は大工らが各自の石綿粉じんの曝露量全体の一部にとどまるという事情があるから、「こうした事情等を考慮して」、損害の発生に対す集団的寄与度を損害の3分の1と定め、建材メーカーらの連帯責任を当該寄与度に応じた範囲で限定した。中野前調査官解説によれば、このような寄与度減責は、上記の事情を含めて諸般事情を総合考慮して定まったものとみることが可能である¹⁶が、それを認めるための根拠が特に示されていないことも指摘される¹⁷。

② 「他原因者不存在」要件との関係

「3(1)②」で述べたように、本判決は同項後段の類推適用のための要件を明らかにしていない。もっとも、「他原因者不存在」という直接適用の場合の要件について、類推適用の場合には不要としたことが明確である。

この点について、同要件は集团的寄与度責任の集团的寄与度の証明によって置き換えていることが指摘されている¹⁸。さらに、石橋秀起は、「集团的寄与度は特定された複数の行為者が責任を負うべき割合において確定されるべきものであり、特定された複数の行為者の行為は、当該割合についての責任を成立させるのに十分なものでなければならない」として、集团的寄与度を同項後段の類推適用の要件として位置付けるのが妥当であると主張している¹⁹。他方、このことの機能として、同項後段の類推適用の下での集团的寄与度責任では、加害者である建材メーカーらは他原因者の存在を理由として免責することができなくなったと思われる²⁰。

③ 集团的寄与度責任の算定

本判決は、建材メーカーらの集团的寄与度責任を大工らの各損害の3分の1という数値として算定した。しかし、(被告とされていない)他のメーカーの存在によって、本件特定された建材メーカーらによる石綿粉塵曝露量は、事実上3分の1より少ない可能性があることが中野前調査官に指摘されている。中野前調査官解説によれば、これは妥当な結論を導くために諸般の事情を総合考慮して裁量的に判断するものと解するのであれば、建材メーカーらによる(事実上真の)粉塵曝露量の割合とその責任の割合が一致しなくても特に問題はない²¹。しかも、本判決は、中皮腫以外の石綿関連疾患の場合において、原審によるマーケットシェアに基づく分割責任を否定する際に、「マーケットシェアが、…発症に与えた影響の程度にそのまま反映されるものとはいい難く…発症に個別にどの程度の影響を与えたのかは明らかでないというべきである。」としたことから、本件の寄与度は事実上の寄与度ではないと考えられる。

なお、このような誤差を伴う、法的評価を伴った規範的判断²²の正当性・公平性の根拠について、多くの見解はそれを、建材メーカーらは大工らが累積的に石綿粉塵に曝露していることを想定し得たこと²³(つまり「他の行為者の存在の認識」²⁴、または「他者による同様の行為との因果関係の絡まりの認識可能性」²⁵)に求めるとしている。

-
- ¹ 吉田邦彦『不法行為等講義録』（信山社、2008年）179頁。
- ² 吉田・前掲注1）181頁。
- ³ 近江幸治『民法講義 VI 事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（成文堂、2018年）245-246頁参照。
- ⁴ 加藤一郎『不法行為（法律学全集）』（有斐閣、1957〔増補版1974〕）211頁。
- ⁵ 淡路剛久『公害賠償の理論〔増補版〕』（有斐閣、1978）126頁以下。
- ⁶ 幾代通〔徳本伸一補訂〕『不法行為法』（有斐閣、1993）229頁。
- ⁷ 近江・前掲注3）258頁。
- ⁸ 近江・前掲注3）254頁。
- ⁹ 中野琢郎「判解」ジュリスト1562号（2021年）90-91頁参照。
- ¹⁰ 中野・前掲注9）91頁。
- ¹¹ 近江・前掲注3）258頁。同旨、中野・前掲注9）91頁、大塚直「判批」論究ジュリスト37号（2021年）185頁。
- ¹² 中野・前掲注9）92頁。
- ¹³ 中野・前掲注9）92頁。
- ¹⁴ 大塚・前掲注11）187頁。さらに、石橋秀起「建設アスベスト訴訟における建材メーカーの集团的寄与度に応じた連帯責任」立命館法学399=400合併号（2021年）22頁では、他行為者の存在と加害作用の集積について認識ないしは認識可能性をもって「弱い関連共同性」を観念することが十分可能であるとする。
- ¹⁵ 瀬川信久「判批」現代消費者法53号（2021年）76-81頁参照。
- ¹⁶ 中野・前掲注9）93頁。
- ¹⁷ 大塚・前掲注11）186頁。
- ¹⁸ 大塚・前掲注11）186頁。
- ¹⁹ 石橋・前掲注14）14-15頁参照。
- ²⁰ 瀬川・前掲注15）80頁参照、林誠司「判批」令和3年度重要判例解説1570号（2022年）73頁参照。
- ²¹ 中野・前掲注9）93頁。
- ²² 石橋・前掲注14）16頁。
- ²³ 中野・前掲注9）93頁。同旨、大塚・前掲注11）186頁、石橋・前掲注13）16頁、林・前掲注20）73頁。
- ²⁴ 渡邊知行「建設アスベスト訴訟における建材メーカーの賠償範囲」成蹊法学第97号（2022年）111頁。
- ²⁵ 瀬川信久「加害者不明型共同不法行為における因果関係の証明と寄与度責任—じん肺・薬害・大気汚染訴訟と建設アスベスト訴訟」環境法研究第4号（2016年）51-52頁では、これを各被告に要求される帰責性と解する。47頁では、そのほか寄与割合の誤差を対応するものとして、被告が自己の真の寄与度を下回る賠償責任しか負っていない

い可能性があること、損害・寄与度の「控え目の算定」があげられた。

VI. 評釈（その2）（吉田評釈）（確率論的）因果関係論と民法解釈方法論上の意義を中心として

1. はじめに——建設アスベスト問題の特性

目下判例集のかんりの分量で扱われている「建設アスベスト問題」の特質を考えると、第1に、クボタのような大工場の事例¹ではなく、建設アスベスト事例では、各建築請負会社での建設作業の問題であり、その場合には、請負企業に責任追及できない。その代わりに重要となるのは、国賠責任が重要になり、その意味で、泉南アスベスト事例に近い。

第2に、それと併せて、建材メーカーの責任が問われている。しかしここでは、被災者の石綿被害との因果関係が複雑であり、共同不法行為責任といっても、関連共同性は希薄で、立証も困難であるというハードルに直面することになる。

第3に、被害者の数は多く（全国的に組織された原告は約1000名であり、実際には1万人以上とされる²）、集団的判断が求められて、その意味では、故平井博士が析出された「政策志向型不法行為訴訟」³の典型例であろう。

2. 本判決の位置づけ

令和3年（2021年）5月17日には、「建設アスベスト訴訟」に関する4つの最高裁判決が出された（神奈川県訴訟第1陣（本件）以外に、東京訴訟第1陣、京都訴訟第1陣、大阪訴訟第1陣）が、その中でも、本稿で中心的に扱うのは、比較的積極的な判断が下された判決である（深山卓也裁判長にかかるもの）。

すなわちここでは、国賠法1条に関する判断と民法719条1項後段に関する判断が下されて（ここでは後者を中心的に扱う）、最高裁として、従来には見られなかった事案について、民法719条1項後段の類推適用として、初めて、部分的・割合的ではあるが、因果関係を認め、（メーカー業者の）連帯責任を認めている。そしてそれは、因果関係判断に関する解釈方法論上の問題を提起していると考えよう。

3. 国賠法上の判断と給付金法

本稿の力点を民法719条の方に置くので、ここでは国賠1条の判断について

は、付随的に扱うに止める⁴が、留意すべき第1は、国賠1条の違法性に関する積極的判断である。すなわち、昭和50年10月〔安衛（労働安全衛生）法施行令・規則の改正（石綿などが、安衛法57条の表示義務の対象となる）、特化則（特定化学物質等障害予防規則）の改正時（石綿などの人体への作用の揭示義務）〕から平成16年9月末〔平成15年10月の安衛令改正の施行により、石綿含有の円筒、セメント板、化粧スレート等の製品で、石綿重量が1%超のものを安衛法55条の製造禁止の有害物にしたとき〕までの間、国（厚生大臣（厚労大臣））は、規制権限不行使の違法性があったとする⁵（これに対して、原審では、違法なのは、昭和56年1月から平成7年3月末までとしていた）。なおその具体的中身として、適切な防塵マスク着用、石綿関連疾患を発症する危険の表示の指導監督をしなかったのは、著しく合理性を欠き、国賠1条1項の適用上違法であるとされた。

第2に、一人親方（個人事業主）であっても、安衛法2条2号の労働者でなくとも、同法57条の注意表示義務は、物の危険性に着目した規制として保護されるとした。この点、原審では、否定されていた（否定するものが少なからずあった）のを、ここでも被害者保護的に一步を進めたのである。

他方で第3に、賠償額は、実損害の3分の1である（これは多くの建設アスベストの裁判例と同じである。2分の1とするのは、大阪訴訟第1陣控訴審（大阪高判平成30年9月20日判時2404号240頁くらいである。この点、泉南アスベスト訴訟（最判平成26年10月9日民集68巻8号799頁）では、2分の1とされている）。原審のこの判断（2170頁）は、維持されているのである。島村教授の批判⁶については、私も同意見である。福島原賠訴訟では特にこの点は、問題とされ、東電と同額だとするものも下級審では見られた。

なお、国賠責任に関連しては、令和3（2021）年2月に組織された「与党建設アスベスト対象プロジェクトチーム」は、同年5月17日に「統一和解基準」を提案し、翌5月18日に原告団・弁護団と国との間で「基本合意書」を取り交わし、6月9日に「特定石綿被害建設業務労働者等に対する給付金等の支給に関する法律」（令和3年法律74号。施行令和4年1月19日）が制定された。しかしそこでは、給付金は、損害の2分の1を前提としており、屋外工は除かれ、建設メーカーが出捐するメカニズムになっておらず、公健法（公害健康被害補償法）などとは異なる。

4. 719条1項後段の判断の意義

そこで次に目下一番民法学上焦点が集まり、錯綜している、建材メーカーの責任を見よう。

第1に、結論的に、メーカーの3分の1の寄与度による連帯責任を認めたところは、最高裁として初めての事例判断である。しかも3分の1という数字は「ざっくりした」裁量的判断であり、それ自体は、統計的因果関係判断とは、異質である⁷。後述する「法解釈」と「法政策」との異質性を強調される内田教授との類似性も看取できて、解釈方法論的に興味深い（深山裁判長と内田教授とは、「債権法改正」などを通じて、法務省で旧知の間柄であり、それによる相互の影響関係も推測される）。3分の1が出てくる根拠は、「Y₂らによるボード三種（石綿含有スレートボード・フレキシブル板、石綿含有スレートボード・平板及び石綿含有ケイ酸カルシウム板）は、相当回数建設現場に到達していて、Xの曝露量の3分の2程度は、昭和50年4月から平成4年までに、本件ボード三種によっている。その内、半分は自分以外のものの作業によるもので、その残りは自分の建材取扱いで曝露されたもので、直接のものは3分の1になる」というわけである（民集75巻5号1389-1390頁参照）。繰り返すが、その「ざっくりぶり」は印象的である（しかも間接的曝露の場合にはなぜ除外されるのかについて、十分な説明もない）。しかしこうした「胸三寸的な」打ち出し方（「丸め込み」となると、——そして「法解釈論」に徹するとなると——いわゆる「反論可能性」もなくなるだろうから、これでよいのかという異論も出るだろう（吉田）。

なお学説は、従来民法719条に関しては、全額責任へのこだわりが強く（特に平井教授は、民法709条の独立的不法行為でもそうだとされた）、この点で、その後の見解の寄与度責任を認める立場（幾代教授、淡路教授。また能見教授の改説⁸）との間には、緊張関係があった⁹。これとの比較でも、本判決はかなり分割責任（寄与度責任）の方向に、シフトしてきたことが分かるが、（本来共同不法行為とされたものとの）類型的相違は無視できないだろう（しかし、平成13年最判（最判平成13年3月13日民集55巻2号328頁）は、交通事故と医療事故の競合という事例で、いわゆる「関連共同性」はないが、不可分一体の結果ということから全額責任を認めていた）。

第2に、民法719条なので、「関連共同性」との関係が問題になるが、本判決では明示的ではない。この点で「弱い関連共同性」を要求しつつ、大気汚染事

例（「強い関連共同性」事案である四日市ぜんそく事例（津地判四日市支部判昭和47年7月24日判時672号30頁）（もっともその用語に見方によって混乱があり、まだ熟成されていない¹⁰）、さらには、「弱い関連共同性」の都市型大気汚染事例（大阪地判平成3年3月29日判時1383号22頁（西淀川大気汚染事例）など）との延長線上に、本件を位置づける見解が有力である（大塚教授、吉村教授）¹¹。吉村教授の場合には、流通に置いたことが「市場媒介型」の「弱い関連共同性」を認められる¹²。建設アスベスト訴訟について、多くの論考をものされる両教授なので、軽々に扱うことはできないが、通常の「関連共同性」で、物理的近接性を問題する大気汚染事例と本件とは類型を異にして、「関連共同性」があまりない事例にまで719条1項後段は拡張されてきているとすることが自然であろう（同旨、瀬川教授¹³）。もしこれをも「関連共同性」に取り込むならば、もはや用法の問題ということになる。ともかく中野調査官も言われるように、「関連共同性」の有無は、決め手となっていない論点である¹⁴。

第3に、「他原因者（第三者）不存在要件」である。すなわち、「そのみ（第三者）で損害を惹起しうる者がいない」ことが民法719条1項後段の要件だとされて（原審はこの点は、不要としていた（2124頁参照）、これは「通説」に従ったとされる（反対されるのは、松本克美教授、内田貴教授である）¹⁵。本判決はこれにより、本件に対する「類推適用」という妙なことになっている（事案が、同条項の本来の事案（択一的競合）からかなり離れてきているという理由なら、「類推適用」はわかるが）。本件でもそうであるように、最も蓋然性が高いものから順に被告メーカー企業とされるのが通常であろうから、このような妙な第三者要件を要求する実際上の必要性は低いと思われる（私はそうしたプラグマティズムから、松本教授らの少数説に左袒する¹⁶）。大塚教授は、必要と考えないと、「無辜の者だけを集めて、全額連帯を負わせることになる」などと反論されるが¹⁷、加害行為の原因惹起の危険性などを要件とすればすむことであり、あまり非現実的な理由を説くのは、生産的ではないだろう。

第4に、因果関係の立証困難という建設アスベスト紛争の課題への克服として、立証困難の問題打開への展開が判例上見られて、その打開策としての確率論¹⁸が、同日の最高裁（東京訴訟第1陣）（最判平成3年5月17日民集75巻6号2303頁）（深山卓也裁判長）で積極的に受け止められていることとの関係である（同判決では、それを受け入れ、「建材のシェアが高いほど、建設現場の数が多いいほど、石綿含有建材の到達事実が認められる蓋然性が高くなることは、経験

則に明らかである」とし(民集75巻6号2310-2311頁)、「確率計算を立証に考慮できないとするのは、著しく合理性を欠く」と述べて(同2311-2312頁)、これを考慮しない原審は、経験則・採証法則に反する違法があるとした。

これとの関係で、 Y_2 (A&A マテリアル)、 Y_3 (ニチアス(株))、 Y_4 (MMK(株))のマーケットシェアは、各々30%、10%、10%とされていることから(原審)(原審は、中皮腫に関しては、主要曝露建材の製造企業の集团的寄与度は3分の1とし、民法719条1項後段適用で、3分の1の連帯責任とし(2160-61頁)、それ以外の石綿疾患については、709条によりマーケットシェアの3分の1[故に、各々10%、3%、3%]の責任を認めていた(2148-49頁、2156-57頁))、その因果確率は、3分の1よりも高くなるはずだとの疑問も生じうるが、これについては、説を分けて論じたい。

5. (課題その1) 統計的(確率的)因果関係判断と内田教授の反論の方法論的捉え方

既に論じたように、建設アスベスト裁判例は、立証上の難点から当初は因果関係を否定していたが、一部1審で認容例が出て(京都地判平成28年1月29日判タ1428号101頁(京都訴訟1陣))、永野厚郎裁判官が示唆した確率論(確率的因果関係論)は影響して、控訴審では積極的判断が相次いだ(東高判平成29年前出(神奈川訴訟1陣)を皮切りに、大阪訴訟1陣(大阪高判平成30年9月20日判時2404号240頁)(どちらもシェア10%以上の事例)、神奈川訴訟2陣(東京高判令和2年8月28日判時2468=2469合併号15頁)(以上では、到達の事実を肯定する)、京都訴訟大阪高判平成30年8月31日判時2404号4頁(本件では、到達事実の相当程度以上の可能性があるとする。シェアが、20~25%の事例))。そして、このようなやり方は、被災者(被害者)弁護士も採用するものであるが、最高裁(前述)(東京訴訟1陣)は、その確率計算は、経験則を補完・補強するとした。

ところが、内田貴特命教授(早稲田大学)は、これを批判される。加害行為はバラバラの過失行為であり、「原因物質の集合」は観念できない。「心証が10%しか得られない事象が10回重なっても、決して100%にはならない。」「(確率論の嚆矢の)京都地判は、シェア10%の建材について、建設作業現場を年間10回経験する作業従事者は、1年に1回は石綿粉塵曝露を受けていると、…占有率を確率と同視しており、無理な推論である」そして「解釈論である限り

…民法が設定する規範による拘束」という枠組みが必要だとされる¹⁹。この内田教授の法解釈方法論的批判をどう理解したらよいのだろうか。同教授の確率論批判を詳細に反批判される大塚教授などには、この方法論的な問題意識を共有されていないと思われる²⁰ので、少しく述べておきたい。

このような「法解釈」と「法政策」の思考様式の相違は、——平井博士がキャラブレイジ教授の「法と経済学」流の「蓋然的因果関係」を提案されている²¹のに対して、——もう30年も前に、私自身平井博士の「目的＝手段的思考様式」と「法＝正義思考様式（義務論的思考様式）」の峻別を逆用することで、それを批判したことがあった²²。（この点、森田修教授は、同博士は、吉田の批判を受けて、「蓋然的因果関係」の構想を断念したと推測する²³。）

しかし、第2次法解釈論争の一断面である問題意識を延長させた「法解釈」と「法政策」の区分論——そしてそれは、過般の内田論文に反映していることは、懐かしいものである——は、謙虚に受け止めなければならない問題意識だが、これだけでは、行き詰まる（というか、『法と経済学』の成果ないシリアリズム法学の思考様式をあまりにも減殺してしまう）と、私自身はまもなく気づき意識的に法政策論に踏み出しており（例えば、1990年代半ばの代理母論などは、その例である。そしてキャラブレイジ教授の最近著を訳出してからは益々そうである²⁴）、「蓋然的因果関係」などの装置もあっても悪くないと考えている。つまり思考様式の相違に留意しながらも、「法政策」「法解釈」の双方ともに、必要であるという問題意識である。（こういう事情を意識されずに、米村教授は私を批判された²⁵が、2000年代半ば過ぎの段階で、そこに誤解があることをお返事している²⁶。）

本問題に戻って考えると、確かに内田教授は、「法解釈」に引き籠もっておられる感じもなくはないが、「法政策」の意義も否定されない²⁷ので、実質的に私と同じなのかも知れない（そのトーンは弱い感じを受けるが）。建設アスベストの場合、大量の集団的現象として起きており、「個別的因果関係」だけを見ても、埒はあかない。因果関係が複雑な場合には、それに執着しても、解明がなされない（まさにヒュームの原理である）。一方で、個別の被災者からは、「矯正的正義」としては、100%救済を受けたいであろう。しかし他方で、集団的・事前的な「法制度デザイン」として何らかの検証方法を探らなければならぬだろう。そして個別的因果関係を見ても、どうにもならないから（被災者側から見れば、事実的因果関係はあるのだから、矯正的正義から損害

賠償を受けたいが、どのメーカー企業の石綿からかは分からないということになり、賠償を得られなければ、不正義との不満が残るわけである）、このような統計的手法を用いて、集団的・制度的設計をするのである。

その工夫の一つとして、建設アスベスト訴訟で奏功していると評価される「確率計算」である（前述）。二つめに、アメリカにおいて DES（更年期障害治療合成女性ホルモン〔ジェスチルベストロール〕。流産の防止の目的などで用いられたが、膣癌・子宮癌などを発症させた。しかし10年以上の潜伏期間があり、DESの製造者は200～300に及ぶという点で、アスベストとも類似性がある）事件などで展開されてきた「市場占有率の責任（market share liability）」法理であり、同「確率計算」よりも集団的に統計的処理として分割的な因果関係（ないし責任）が認定される（渡邊教授らの研究がある）²⁸。アスベスト訴訟はアメリカでは混迷しているからあまり使われていないが、学ぶべきものであろう（すなわち、渡邊論文によると、大方の判例は「市場占有率の分割責任」法理を否定した理由として、DESに比べて危険性の程度に多様性があり、市場シェアの確定及び製造者の特定に困難を伴うところにあるようだが²⁹、「建設アスベスト」の場合には、状況が限定されていて、同日の談ではなく、同法理の導入の可能性はあるのではないか。

さらに考えると、「疫学的因果関係」もまさしくこの困難に対処するための手法であることに、思いを致す必要があるが、わが環境法学は何故か、水俣病などで、この法理の正確な摂取ができていなかったことに批判的なメスを入れる³⁰のが、一貫した理論的立場と言うべきであろう（この点で、大塚教授が、建設アスベスト訴訟の流れについて、「集団対集団」から「複層的競合的不法行為」として、個別的判断を重視される³¹のは、もし「疫学的因果関係」については、個別的因果関係に拘り、それに消極的な立場に繋げる趣旨ならば、理論的な一貫性のなさが批判されるべきである。集団的であろうが、個別的であろうが、このような統計的手法は推進されるべきであろうからである）。

ところで、このような確率的（統計的）因果関係判断と裁量的な因果関係判断との関係をどう考えるか、という問題がある。深山コートの立場は、両判決をつなぎ合わせると、『「確率計算」を推定根拠として補強することを認めながら（東京訴訟1陣）、他方で、裁量的な3分の1という判断を行った（神奈川訴訟1陣）』ということであるが、両者一貫させるためには、やはり摺り合わせ作業をして、「確率判断」の方に近づけることになるのではないか。

6. (課題その2) 屋外労働者の救済論

ところで、国賠法の判断としても、建材メーカーの責任判断としても、屋外労働者は、救済から漏れたというのが、同日の「京都訴訟1陣」(判時2498号52頁)及び「大阪訴訟1陣」(判時2500号49頁)の判断であるが、責任を一部認めたとあるように、論理必然的なものではない。

被災者にとっては、事実的因果関係はあるわけであるし、「矯正的正義」の点からも、同じ職場で働いていた労働者相互の「社会的不公平」という点で、事後的に納得できないところがあるだろう。これをどのように線引きに説得力を持たせるかは、難問であろうが、「事前的判断」で、何処かで線引きがなされたということであろうし、建材メーカーの義務射程(当該表示義務、防塵マスク着用義務のコストとの関係での制度設計)として、裁量的判断がなされたとすれば、それをできるだけ実証化するキャラブレイジ理論的な「蓋然的因果関係」と表裏をなすものと言えるであろう。

7. (課題その3) 「法と経済学」との関係

上記の考察から、思考様式として「法解釈論」としては、事後的な因果関係判断(裁量的判断)であるが、建設アスベスト問題においては、因果関係の複雑さ及びかなり大量の集団的判断が問われているので、統計的処理が集団的にも個別的にも求められ、事前的考察としての「法と経済学」も参考になると思われる。

共同不法行為一般として、「法と経済学」的考察でも、蓋然性からの分割賠償(リッツ教授)や全額賠償説の分担にかかる運営コスト、フリーライド的な事故抑止コストの低減(エプスティン教授)等からの「分割責任」の余地があるとされ、示唆的であることをかつて紹介しているが³²、近時、イスラエルの研究者(ポラット教授ら)が『不確実性の下での不法行為法』なる著作を発表していて、今回の問題に参考になる³³。すなわち、そこでは、「立証上の困難による過小賠償問題」への対処として、——潜在的加害者への問題として、解決の事前のインセンティブ(損害軽減のインセンティブ、因果関係・過失を特定するインセンティブ)と事後的に証拠を出させるインセンティブをもたらすために——「証拠上の損害」(evidential damage)概念(西内准教授は、「情報損害」と訳されるが、私には、意識より直訳の方がわかりやすいと思われるこうした)を肯定し、「最安価費用回避者」抽出の判断になるとする³⁴。そして、本件に参

考となる「寄与度が分からない場合」について、確率に応じての損害を説き³⁵、原因力の閾値を求めつつも、キャラブレイジ教授流の「最安価費用回避者」抽出の判断として、加害者範囲の特定性は緩める方向で判断されているのである。本稿の方向性と共通する枠組を示すものとして、留意しておきたい。

8. (追記) 中野判決など——確率計算と裁量的責任判断との関係・再考

中野琢郎最高裁調査官(当時)は、目下札幌地裁民事3部部长をされている。札幌では、「札幌民事実務研究会」という裁判官・弁護士と大学との交流研究会がある機縁で、本件についても、多少の意見交換をしている。中野裁判官は学生時代に、内田貴教授の授業も聴講されているようで、本稿で推察した影響力は否定できず、その後の解説でも裁量的判断である旨繰り返される³⁶。しかし、同日東京訴訟1陣最判がある限り、確率統計などとの連携については考えていかざるを得ないだろうが、この点で同裁判官が出された札幌地判令和4年4月28日(未公表)³⁷では、到達の「確率計算」からシェア10%でも到達確率は8~9割として、相当使用されたことは一応推認できるとしつつも(原文118~119頁)、結構煩瑣な個別的認定から、建材メーカーの3割ないし5割の分割責任を認められていて、5割、8割は超えないとされ、責任期間と曝露量からの責任割合を確定され(原文180頁以下)、本判決の単純な3分の1よりも進化させているようである。しかし、「確率計算」と「裁量的寄与度責任」との関係をおのうに捉えてよいのか、やはり疑問も残るだろう。

そして、このような「個別的確率計算」と、ヨリ集団的な「市場占有率による責任」との関係も考えなければいけないだろう。確率計算は容易とは言え、「建設アスベスト」訴訟のように、被災者が膨大になる場合には、個別的計算だけでは、あまりに煩瑣となり、場合によっては立証が容易ではないこともありうる。その際には、アメリカの「市場占有率」責任のように、被害者の立証責任を転換し、マーケットシェアを推認するなどの集団的扱い³⁸も顧みられてよいだろう(なお、アメリカ判例で採られる「分割責任」がよいか、それとも本判決が採用した「(寄与度)連帯責任」のいずれがよいかの問題にはここでは立ち入らない)。

そしてゆくゆくは、建材メーカーを含めたヨリ総合的・集団的な救済システムの構築(前記給付金システムの刷新版)が実現されるべきであろう。このような集団的な不法行為の救済としては、本判決で積極的な方向性で示された以

上、司法だけでは過重であることにも留意されるべきであろう。

¹ これを経緯に草したものとして、吉田邦彦「日本のアスベスト被害補償の問題点と解決の方途——とくにアメリカ法との比較から」NBL829号、830号（2006）同・多文化時代と所有・居住福祉・補償問題（民法理論研究3巻）（有斐閣、2006）597頁以下参照。

² 吉村良一「建設アスベスト訴訟最高裁判決の検討」末川民法法研究9号（2022）74頁注3参照。

³ さしあたり、平井宜雄・現代不法行為理論の一展望（一粒社、1980）66頁以下〔平井宜雄著作集Ⅱ・不法行為法理論の諸相（有斐閣、2011）155頁以下〕参照。

⁴ 詳細は、島村論文（島村健「建設アスベスト訴訟上告審判決の意義——行政法の観点から」論究ジュリスト37号（2021）174頁以下）などによられたい。その他例えば、下山憲治「建設アスベスト訴訟における国家賠償責任」一橋法学18巻2号（2019）343頁以下。

⁵ 中野琢郎・ジュリスト1562号（2021）89頁では、「従来の最高裁判決にはない本判決の特色」とする。

⁶ 島村・前掲（注4）181頁では、国の責任が間接的と言うことはそれを宣言する理由にはならないと批判する。

⁷ 中野・前掲（注5）93頁、94頁（諸般の事情から寄与度を定めたとされ、裁量的判断とする）参照。

⁸ 幾代通（徳本伸一補訂）・不法行為法（筑摩書房、1993）（初出、1977）223頁、淡路剛久・ジュリスト898号（1987）94頁（同・公害賠償の理論（有斐閣、1978）127頁、131頁、144頁と比較せよ）、能見善久「共同不法行為に関する基礎的考察（8・完）」法協102巻12号（1985）2191頁（原則は、全額責任で、例外的に「寄与度が著しく小さい場合」に、減額の余地を認める）。また古くは、故川井健教授の主張があった（法時34巻11号（1962）など）。

⁹ 詳しくは、吉田邦彦・不法行為等講義録（信山社、2008）185-186頁参照。

¹⁰ 吉田・前掲書（注9）182-183頁参照。

¹¹ 例えば、大塚直・論究ジュリスト37号（2021）182頁、同・私判り65号（2022）51頁、吉村・前掲（注2）83頁。

なお、加害者不明の不法行為で、集团的寄与度責任を連帯債務とするために、「弱い関連共同性」を要求するとされるのは、淡路・前掲書（注7）（1978）126頁以下、前田達明・不法行為帰責論（創文社、1978）207頁、幾代通・民法研究ノート（有斐閣、1986）233頁等であるが、これらの論者が建設メーカー事例との関係で説かれているわけではない。

¹² 吉村良一・政策形成訴訟における理論と実務——福島原発事故賠償訴訟・アスベ

ト訴訟を中心に（日本評論社、2021）404-405頁。同「『市場媒介型』被害における共同不法行為論」立命館法学344号（2012）212頁以下、とくに244頁以下も参照。同・不法行為法（6版）（有斐閣、2022）273-274頁、281頁以下も参照。

¹³ 瀬川信久・現代消費者法53号（2021）77頁、80頁（「『弱い関連共同性』ある集団」ではなく、「シェアによる到達が認められた集団」だとされる）。

¹⁴ なお、共同不法行為論の日米の比較法的考察（後掲注33参照）から、本判決に関心を寄せる西内康人准教授は、冒頭研究会で、「関連共同性」の議論にエネルギーを割く近時の議論への疑問を出されたことも興味深く、評釈者と共通するものがあり、ここに記しておきたい。

¹⁵ この要件を必要とする見解として、幾代・前掲書（注8）228頁、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為（下）（青林書院、1988）794頁、潮見佳男・不法行為法Ⅱ（2版）（信山社、2011）219頁、前田陽一・債権各論Ⅱ不法行為法（3版）（弘文堂、2017）145頁など。不要とするのは、松本克美「侵害行為者の特定と共同不法行為責任の成否」立命館法学333=334号（2010）2838頁以下、とくに2855頁以下、内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（上）」NBL1086号（2016）8頁以下。

¹⁶ 林誠司教授は、その本件解説（令和3年度重要判例解説「民法-7」（2022））では明示的ではないが、冒頭記載の研究会では、このような私見に賛同された。

¹⁷ 大塚直「建設アスベスト訴訟に関する大阪高裁二判決と今後の課題」判時2404号（2019）308頁、同・前掲（注11）（2022）50頁など。

¹⁸ 建材メーカーのマーケットシェアが、R%として、当該建設工がN回もの建材現場で仕事した場合、その確率は、 $1 - (1 - R/100)^N$ になるとするもので、神奈川第1陣訴訟の控訴審（東京高判平成29年10月27日判タ1444号137頁）の永野厚郎裁判官により提示されたとされる。これは東京訴訟第1陣の最高裁の宮崎朋紀調査官によっても言及されている（ジュリスト1562号（2021）97頁参照。従って、建材のシェアが10%の場合、被災者の現場数が、20カ所、30カ所の場合には、各々約88%、96%になるとする（同頁））。

¹⁹ 内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書（続）（下）」NBL1087号（2016）25-26頁及び26頁の注53など参照。

²⁰ 例えば、大塚直「共同不法行為・競合的不法行為論と建設アスベスト訴訟判決について」（加藤（雅）古稀）21世紀民事法学の挑戦（下）（信山社、2018）623頁以下、とくに、628頁以下（20頁以上に及ぶ）。因みに内田NBL論文が、建設アスベスト訴訟の被告企業の意見書に由来する（という私の知らない）事情も記載されるが（623-624頁参照）、私はそのような「色眼鏡」をかけずに、純粋学術論文として受け止め、共鳴するところが——疑問とともに——あったことを付記しておきたい。

²¹ 平井宜雄・前掲書（注3）（1980）216頁以下、とくに218頁〔前掲（注3）平井宜雄著作集Ⅱ（2011）246頁以下に所収（もともと、「追記」256頁には、「クラブレイジ理論が現在でも維持されるべきか疑問であり、したがってそれに立脚した構想も改めなければならない」とされる）〕。

²² 吉田邦彦「法的思考・実践的推論と不法行為『訴訟』」同・民法解釈と揺れ動く所有論（民法理論研究1巻）（有斐閣、2000）241頁参照（初出、ジュリスト997号～999号（1992））。

²³ 森田修「『損害賠償法の理論』の文脈」（平井追悼）瀬川信久ほか編・民事責任法のフロンティア（有斐閣、2019）14頁。

²⁴ GUIDO CALABRESI, THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION (Yale U.P., 2016) [グイド・キャラブレージ著・吉田邦彦訳・法と経済学の未来——改革と回顧論考（弘文堂、2021）]参照。とくに、「訳者あとがき」185頁以下。

²⁵ 米村滋人「法的評価としての因果関係と不法行為法の目的（1）（2・完）——現代型不法行為訴訟における責任範囲拡大を契機とする因果関係概念の理論的再検討」法協122巻4号、5号（2005）。とくに、「（2・完）」5号847頁以下。同教授への期待としては、このような問題意識を継続させた続編をもっと書いて欲しいと言うことである。

²⁶ 吉田・前掲書（注9）40-42頁参照。

²⁷ 内田・前掲（注19）26頁。

²⁸ これについては、渡邊知行「『加害者不明の共同不法行為』について（1）～（3）」名大法政論集140号、144号、145号（1992～1993）。さらに、瀬川信久「加害者不明型共同不法行為における因果関係の証明と寄与度責任——じん肺・薬害・大気汚染訴訟と建設アスベスト訴訟」環境法研究4号（2016）も参照。

²⁹ 渡邊・前掲（注28）「（3）」名大法政論集145号（1993）477頁以下参照。

³⁰ この点については、吉田邦彦「カナダ水俣病の実態の衝撃と日本の救済実績との比較・課題」瀬川ほか・前掲書（注23）55頁以下、とくに76頁以下参照。また、諫早訴訟との関係については、同「諫早訴訟の総合的考察（後編）」自由と正義74巻4号（2023）も参照。

³¹ 大塚・前掲（注17）（2019）304頁、同・前掲（注11）（2022）49頁参照。吉村・前掲（注2）73頁が、こうした図式的把握に留保を付されているのは、示唆的である。

³² 吉田・前掲書（注9）185-186頁。そこで引用したのは、Mario Rizzo & Frank Arnold, *Causal Apportionment in the Law of Torts: An Economic Theory*, 80 COLUM. L. REV. 1399 (1980); do., *Apportionment: Reply to the Critics*, 15 J. LEGAL STUD. 219 (1986); William Landes & Richard Posner, *Joint and Multiple Tort Feasors: An Economic Analysis*, 9 J. LEGAL STUD. 517 (1980); RICHARD EPSTEIN, *CASES AND MATERIALS ON TORTS* (Little Brown, 1990) である。

³³ ARIEL PORAT & ALEX STEIN, *TORT LIABILITY UNDER UNCERTAINTY* (Oxford U.P., 2001) 160-206。本論文を紹介されているのは、西内康人准教授（同准教授の「共同不法行為の法と経済学」と題する北大民事法研究会での報告（2022年10月21日））（「同名論文」（上）（中）（下）NBL1235～1237号（2023））。とくに「（下）」参照）である。もっとも、その手法は、「法と経済学」というよりも、総合派であり、その中の一つとして「法と

経済学」の共有財産を用いているという感じである。彼らのオリジナルは、不確実性を「証拠損害」として反映させているところであろう。

³⁴ *Id.* at 180.

³⁵ *Id.* at 130.

³⁶ 法曹時報74巻4号（2022）の評釈885頁でも、「妥当な結論を導く諸般の事情を総合考慮して裁量的に判断する」とされる。なお、「ボード三種からの直接の石綿粉塵の曝露量は3分の1より少なかったかも知れないが、建材メーカーの連帯責任の割合は、それと一致していなくともよいとする」（同頁）のは、確率計算を意識されるからだろうか。

³⁷ 私は、全国建設アスベスト弁護団事務局長の伊藤明子弁護士のご厚意により、閲読している。

³⁸ 例えば、渡邊・前掲（注28）「(2)」名大法政論集144号（1992）472頁以下がこうしたアメリカ判例の状況を紹介する。

（あとがき）

本判例研究は、Ⅰ～Ⅲは戴、Ⅳ・Ⅴは袁、Ⅵは吉田が執筆した。評釈者の独立性を重視して、ⅤⅥは別個独立に構想・執筆している。それでも自ずと方向性は共通するものがあると考えている。更なる読者諸賢のご教示を賜れば、幸いである。

（評釈類）

本判決については、以下の評釈類が存在する。袁評釈・吉田評釈の注で触れられたものとの重複を厭わずに、さらにまとめて掲げさせていただく（敬称略）。
法セ 808-132 山岡航、ジュリ 1570-190 井村真己（臨増・令3重判解）、ジュリ 1570-72 林誠司（臨増・令3重判解）、ジュリ 1570-52 大脇成昭（臨増・令3重判解）、法セ増・新判例解説 Watch 30-291 春田吉備彦、法時 93-13-266 北岡大介、訟月 67-11-1537 入江純一、季刊労働者の権利 343-2 佃俊彦（ほか）（特集）、論究ジュリ 37-190 小畑史子、論究ジュリ 37-182 大塚直、論究ジュリ 37-174 島村健、ひろば 74-11-56 中野琢郎、法教 494-65 桑原勇進、労旬 1993-11 村松昭夫・鎌田幸夫・谷真介、労旬 1993-6 小林邦子、法時 93-11-64 石橋秀起、労経速 2455-2 山崎隆、季労 274-234 鎌田耕一、法教 492-129 山城一真、法教 492-128 中原茂樹、ジュリ 1562-84 中野琢郎、季刊労働者の権利 341-63 水口洋介、法民 559-40 水口洋介、ジュリ 1560-4 小西康之、民主法律時報 575-1 遠地靖志、月刊廃北法74(1・120)120

棄物 47-10-72 芝田麻里、季労 279-54 北岡大介、判時 2526-116 (判評
763-2) 北村和生、法時・別・私判リ 65-45 大塚直、経営法曹 212-28 尾
畑亜紀子、現代消費者法 53-72 瀬川信久、曹時 74-4-75 中野琢郎。

北海道大学法学会記事

○2022年12月22日午後3時より

「経済グローバル化の政治的帰結：政治学（法学）とデータ科学の接合」

報告者 土 井 翔 平

出席者 45名（現地16名／Zoom 29名）

1. はじめに

国境を越えた経済活動の深化と拡大（経済グローバル化）は国家間あるいは国内の政治にどのような帰結をもたらすのかという問いは、国際関係論において中心的な課題の一つである。自由な経済活動は効率的な資源配分をもたらし、社会の厚生を拡大するという見方からすれば、国家は経済グローバル化に相互利益を見出し、国際関係は安定的・友好的なものになると考えられる。一方で、一見すると自由な経済活動にも権力関係が潜んでいるという立場からすれば、必ずしも経済グローバル化が好ましい影響を国家間に与えるとは限らない。

このような経済グローバル化がもたらす政治的帰結に関して、データ科学の手法を用いて分析を行った。具体的には、(1) 経済的相互依存と安全保障の関係、(2) 株式ネットワークにおけるパワー、(3) 株式ネットワークにおける責任の3点について考察した。また、政治学におけるデータ科学の分析手法の法学への応用可能性についても若干の検討を行った。

2. 経済的相互依存と安全保障の交錯

国際関係論において国家同士が経済的交流（例えば、貿易、投資、金融など）を通じて互いに影響を及ぼしあっている状況を経済的相互依存と呼ぶ。この経済的相互依存が安全保障、とりわけ戦争と平和に与える効果については、長らく論争的となっていた。国家が経済的相互依存に共通の利益を見出すのであれば、平和を促進すると考えられるが、経済的相互依存を通じて国力を伸長さ

せたり、権力行使の手段として用いたりできるのであれば、対立を助長するかもしれない。

多くの統計的分析では経済的相互依存と平和の間に正の相関関係を発見してきたが、現実においてはアメリカと中国のデカップリングのように経済的相互依存が対立を深める事象も観察される。したがって、経済的相互依存には共通利益と権力の二面性があると仮定して議論するべきではないだろうか。そして、経済的相互依存が平和に与える影響は非線形であると想定して統計分析を行ったところ、経済的相互依存が中程度である場合に最も紛争の発生リスクが高まることを明らかにした。

3. 株式ネットワークにおけるパワー

これまでの国際関係論において経済的相互依存は二国間の経済関係と捉えられてきた。しかし、この見方は現実を単純化したもので、実際に経済的相互依存を構成するのは個人や企業の経済活動であり、そして蜘蛛の巣のようにネットワークとして張り巡らされている。近年のビッグデータの蓄積によって、より解像度の高い経済的相互依存の理解が可能となってきた。

そこでデータとしての包括性の高い株式保有データを利活用して、株式ネットワークにおけるパワーの実態を明らかにする。株式ネットワークにおける間接的な支配関係も考慮した影響力の指標を提案し、2020年の全世界の株式データに適用したところ、中国政府が単一の株主としては最大の影響力を有していること、影響力の大きな株主の上位をアメリカの大手金融機関が占めていることを明らかにした。企業と同一の平面で「株主としての国家」の影響力を把握することに成功した。

4. 株主ネットワークにおける責任

株式には株主としてのパワーだけでなく、責任も伴っていることが認識されつつある。ESG投資という言葉は人口に膾炙しており、それらの実現に向けて国家、企業、国際機関が取り組んでいる。しかし、株式ネットワークの観点からすると、直接の投資先だけでなく、間接的な投資が行われていないかも検証しなければならない。

前節と同様のデータと分析手法を用いて、軍事企業（日本とアメリカが輸出規制対象としているもの）と環境問題企業（そのように報道されたもの）への投資を明らかにした。その結果、日本やアメリカで販売されている金融商品（例えばETFなど）の80～90%はこれらの企業に間接的に接続していることが明

らかとなった。金融緩和策の一環でETFを大量に購入している日銀も例外ではなく、直接株式を保有していれば環境問題企業に対して働きかけができる余地があることも判明した。

おわりに

本報告ではデータ科学を駆使して、経済グローバル化には正負の二つの側面があり、無条件に政治的に望ましい帰結をもたらすとは限らないことを明らかにしてきた。

付言すると、ここで用いた分析ツールは法学にも応用できる可能性があるのではないかと考える。法律や判例は引用関係があり、これはネットワーク分析の手法によって分析されてきた。また、法律や判例はテキスト・データでもあり、(本報告では用いていないが)テキスト分析・自然言語処理によって分析されてきた。特に、近年の自然言語処理の発展には目覚ましいものがあり、文脈などを考慮した解析も可能になりつつある。もちろんデータ科学は万能の手法ではないが、法律・判例のネットワーク分析やテキスト分析にはまだ多くの余地があると思われ、法の経験的な分析において政治学と法学が協働できるのではないかと考えている。

公権の現代化（五）

—— EU 環境法における「個人の権利」と
そのドイツ行政法に対する影響を手がかりとして ——

谷
遼
大

目次

序章

第一節…問題意識

第二節…本稿の手法と構成

（以上、七二巻六号）

第一章・EU環境法における個人の権利の生成

第一節・個人の権利の基層

第一款・EU法の直接効果——一九六三年 van Gend & Loos 事件

第二款・指令の直接効果——一九七四年 van Duyn 事件

第三款・構成国の国家責任——一九九一年 Francovich 事件

第四款・検討——個人の権利の機能化

第二節・一九九〇年代の判例における個人の権利

第一款・一九九一年地下水判決

第二款・一九九一年大気質判決 I——TA Luft 判決

第三款・一九九一年大気質判決 II

第四款・一九九一年表層水判決

第五款・一九九六年貝類水域判決

第六款・検討

第三節・一九九〇年代の法務官意見における個人の権利

第一款・法務官 van Gerven——地下水判決

第二款・法務官 Mischo——二つの大気質判決

第三款・法務官 Jacobs——表層水判決と貝類水域判決

第四節・小括

第二章・EU環境法における個人の権利の展開

第一節・自然保護の利益——ヨーロッパザルガイ漁判決

第二節・大気質に関する判例

第一款・二〇〇八年 Janeck 判決

第二款・二〇一一年 Stichting Natuur en Milieu 判決

(以上、七三卷一号)

第三款：二〇一四年 Client Earth 判決

第四款：整理

第三節：オーフス条約に関する判例

第一款：二〇一一年 Slowakischer Braubär 判決

第二款：二〇一六年 Slowakischer Braubär II 判決

第三款：二〇一七年 Protect 判決

第四節：中間総括

第一款：個人の利益

第二款：利害関係

第三章：公権のヨーロッパ化

第一節：行政裁判所法四二条二項と公権

第二節：訴訟的解決策

第三節：実体法的解決策

第四節：立法論的解決策

第一款：特別規定の創設

第二款：行政裁判所法四二条二項の削除

第五節：判例

第一款：連邦行政裁判所第七法廷判決（二〇一三年）

第二款：バイエルン上級行政裁判所判決（二〇一六年）

第三款：検討

第六節：小括

第四章：行政裁判権の機能と限界——行政裁判権の正統化と団体訴訟をめぐる考察

第一節：主観的権利保護

（以上、七三卷四号）

（以上、七三卷六号）

- 第一款…主観的権利保護の構想
- 第二款…主観的権利保護の構想の帰結
- 第二節…裁判権の民主的正統化
 - 第一款…Böckenfördeの民主的正統化論
 - 第二款…裁判権の民主的正統化の問題点
 - 第三節…個別的正統化の構想
 - 第一款…Christoph Möllers
 - 第二款…Klaus Ferdinand Gärditz
 - 第三款…Klaus Rennert
 - 第四款…整理
 - 第四節…客観化による正統化の不足?
 - 第一款…正統化の不足
 - 第二款…団体訴訟の正統化
 - 第三款…検討
 - 第五節…小括
- 第五章…公権の現代化

終章

(以上、本号)

第四章…行政裁判権の機能と限界——行政裁判権の正統化と団体訴訟をめぐる考察

第一章および第二章では、一九九〇年代から近年までの判例を題材にEU法における個人の権利の認定基準につき検

討を行った。EU法上の「個人の権利」は、ドイツの「公権」概念よりも明らかに緩やかな基準によって、しかも法の実効性などといったドイツには馴染みのない要素をも加味した上で、認定されている。これにより、従来のドイツ行政法的な理解によれば到底権利性を承認しがたいケースであったとしても、ドイツの国内裁判所が権利性を認めなければならぬという場合が生じうるのであった。また、第三章では、ドイツ行政法学が、こうしたドイツ法とEU法の構想との間にある差異を、実際にどのような解決策によって埋め合わせようとしているのか、そのアプローチについていくつかの分類を示しつつ、確認した。

本章、そしてそれに続く第五章が問題として取り上げるのは、EU法の影響を踏まえた上で、ドイツの行政裁判権の機能と限界を再確認すること、そしてドイツの伝統的な「公権」の概念を再検討することである。以下では、これまでの検討を踏まえつつ、次のような問いを設定する。EU法上の個人の権利は、「権利の機能化」または「個人の道具化」といった傾向を有しているが、こうした権利の理解を、ドイツの法秩序においても通用しうる、一般的な議論として提示することは果たして可能なのだろうか（第五章）。また、ヨーロッパ司法裁判所の判決によってドイツ国内において導入が加速し一般化しつつある（公益的）「団体訴訟」制度、すなわち、主観的権利に基づかない「客観的な訴権」は、主観的な構想を採用するドイツの法秩序との関係において、どのように位置づけられるのか、そして、何らかの問題を生じさせないのであろうか（第四章）。

まず、第四章においては、この（環境）団体訴訟を一つの議論の題材とすることにより、ドイツの行政裁判権の機能と限界について、批判的に検討する。また、その検討にあたっては、行政裁判権の正統化という規範的な観点を手がかりとした分析を行うことにする。

第一節…主観的権利保護

第一款…主観的権利保護の構想

まずは、ドイツの行政法学の一般的特性について理解することを出発点とするべく、ドイツ行政法の構想について確認する。一般に、ドイツ行政法学は、公権力による権利侵害に対して出訴の途を保障する基本法一九条四項を根拠に、「主観的権利保護 (subjektiver Rechtsschutz)」の構想を採用しているものと理解されている。⁽¹⁾ この構想を特徴づけるのは、原告適格に関するドイツ行政裁判所法四二条二項と、本案審理に関する一一三条一項および五項である。すなわち、これらはいずれも、その要件として、自らの権利の侵害またはその可能性を要求しているのである。こうした背景から、ドイツの行政訴訟や行政裁判権の基礎は、古くから「公権 (subjektives öffentliches Recht)」の概念に見出されている。⁽²⁾ この公権の概念は、法治国の象徴として、現在に至るまで行政法総論と行政訴訟論の両方において、極めて重要な概念としての位置を確立してきた。ドイツ連邦行政裁判所の長官を務めた Klaus Renner は、こうしたドイツの行政裁判権の特徴について、次のように説明する。

「ドイツにおいて行政裁判権に対して主要な任務として提示されているのは、市民のその権利を国家による高権的な力から保護することである。行政裁判権はこれに向けられ、このために創設されるのである。行政裁判権は、そのつどの原告の主観的権利に焦点を当て、そこに深く入り込むのであるが、しかし他事を考慮の外に置くのである」。⁽³⁾

第二款…主観的権利保護の構想の帰結

このようにして主観的権利保護の構想を採用することは、行政訴訟の制度設計や法解釈にあたって、理論上で一定の帰結をもたらしてきた。まず、行政訴訟における原告適格は、原則として自らの主観的権利を侵害されたと主張する者に認められることになる。他方で、それ以外の者の訴権については、この構想によって根拠付けられるわけでもなければ排除されるわけでもない⁽⁴⁾とされ、他の根拠を必要とすることになる。また、主観的権利を有する者は、その権利を自らの意思によって自由に用いることができる(自由処分原則)。したがって、その権利を有する者は、必ずしも訴えを提起しなければならぬわけではなく、また、訴えを提起した後であってもそれを取り下げることが許される⁽⁵⁾。そして、行政裁判権は、争訟を裁定することで「法的平和(Rechtfrieden)」を保つことを目的としているのであるから、それは実効的な権利保護という見地から、実際上でも当事者間の争訟を解決しうるものでなければならぬ⁽⁶⁾。最後に、判決効の範囲は、原則として争訟当事者に限られるものとされ、第三者にまで判決効を拡大するためにはその訴訟に關与していることが前提となる⁽⁷⁾。こうした主観的権利保護の構想がもたらす帰結は、ドイツと対比的に参照されるフランス行政法の「客観法的統制(objective Rechtskontrolle)」の構想との違いを際立たせている。

以上のような特徴を有する主観的権利保護の構想に基づけば、ドイツの行政訴訟においては原告の主観的権利を保護することがまず問題とされなければならないのであって、それとともに、フランスの行政訴訟にみられる「適法性の統制」という視点や、ヨーロッパ司法裁判所の判例の検討を通じて読み取られた「市民の動員を通じた法の貫徹」という視点は、背後に退くことになる。ただし、ドイツにおいても適法性の統制が行政訴訟の果たしている一つの重要な機能であること自体は否定されるべきではない。したがって、適法性の統制は、行政訴訟の主要な目的ではないが、しかし「歓迎すべき附随的効果」とでも理解されるべきであろう⁽⁸⁾。こうして、適法性の統制を主たる目的とする訴訟、日本でいうところの客観訴訟は、主観的権利保護の構想においては排除こそされないものの、体系的な観点からみると例外的な位

置にあるとともに、そもそもその憲法上の許容性すらも議論の対象とされてきたわけである。⁽⁹⁾

既に確認してきたように、ヨーロッパ司法裁判所は、その判例を通じて、特に環境法という領域においてドイツの行政訴訟における狭い原告適格に対する変化を要求してきた。EU法の影響とともにドイツには現行の法律、特に行政裁判所法四二条二項の解釈の枠内では対応し切れない領域が生じることとなり、その対応策として「団体訴訟(Verbandsklage)」などといった救済手段が発展しつつある⁽¹⁰⁾。紆余曲折を経て施行されている現行のドイツの環境団体訴訟では、原告の主観的権利の侵害の主張は訴訟要件から外されており、こうした近年の動向からすれば、ドイツの訴訟システムは一部において主観的権利保護から客観法的統制へと移行しつつあるとみることができよう。このように、ヨーロッパ法の圧力は、間違いなくドイツの法秩序に対して大きな変動をもたらしており、伝統的なドイツの構想の柔軟性、対応能力、そして限界が問われている。

ここで一つ問題となるのは、こうしたドイツの主観的権利保護の体系において、行政裁判権に原告の権利を離れた統制機能が認められるべきなのか、認められるとすればいかなる限界が設定されるべきなのかという点である。ヨーロッパ法がドイツ法に及ぼす影響を踏まえながら、現行の行政法システムの発展可能性と限界が考察される必要がある。以下では、とりわけ「行政裁判権の正統化」という規範的な視点を一つの手がかりとしながら、この点について検討を行うことにしたい。

第二節…裁判権の民主的正統化

行政訴訟や行政裁判権の機能を拡大・変容させることに対して疑問を投げかけうるのが、「裁判権の正統化」という

[8]

論点である。裁判権も国家権力の一つである以上、その国家権力を裏付けるための正統化が必要である。ここで問題となるのは、裁判権の正統化が、裁判で保護されるべき個人の権利と結びついているのかどうかである。つまり、本稿の関心に即していえば、行政訴訟に個人の権利の保護を度外視した法の貫徹という機能を認めようとするとき、果たして行政裁判権は正統化されているといえるのかという問題が提起されることになる。

この点、公法学においては行政の正統化については議論が活発に行われてきた一方で、裁判権の正統化⁽¹²⁾についてはそれほど議論が進んでいないようにみえる。⁽¹⁴⁾したがって、まずはこれについて、Ernst-Wolfgang Böckenfördeの「民主的正統化論」を出発点として、その理解を概観的に確認する。そしてその上で、彼の理論が裁判権の正統化との関係において抱えていた問題点を明らかにすることにした。

第一款：Böckenfördeの民主的正統化論

国家権力の正統化をめぐることは、主に行政の正統化という文脈において、ドイツ基本法二〇条二項「あらゆる国家権力は国民 (Volk) に由来する」の解釈問題である。「民主的正統化 (demokratische Legitimation)」を中心に、議論が積み重ねられてきた。ドイツの公法学においては、数多くの先行研究が示す通り、一九九〇年代に連邦憲法裁判所によって、Böckenfördeの「民主的正統化に関する定式が受け入れられた」⁽¹⁵⁾これによれば、一般に民主的正統化は、①機能的・制度的正統化、②人的正統化、③事後的・内容的正統化という三つの正統化手段を通じて得られるものとされ、これらの正統化手段の相互作用から基本法の要求する必要な正統化水準を満たしているかが判断されることとなる。⁽¹⁶⁾

ただし、①機能的・制度的正統化は、憲法制定者が三権をそれぞれに固有の機能・機関ごとに構成したことを根拠と

するものであり、それによると「それぞれの権力は、すでに憲法制定者としての国民を通じて、抽象的に正統化されて⁽¹⁷⁾いる」と説明される。そして、この機能的・制度的正統化は、国民から国家権力への具体的・永続的な帰責の連関の確立に寄与するものではないため、単独で必要な正統化をもたらすことはできず、他の正統化手段と代替的な関係にもなるとされている。したがって、基本法上で必要な民主的正統化の水準に達しているかを判断するにあたっては、憲法による正統化である機能的・制度的正統化を除き、人的正統化と事項的・内容的正統化が主要な手段として位置づけられることとなる。⁽¹⁸⁾

なお、②人的正統化は、国家的な事項を委託される個々の職務担当者から正統化主体である国民に帰することのできる「途切れることのない正統化の連鎖」が保たれることによって生ずる形式面に着目した正統化手段である。⁽¹⁹⁾それに対して、③事項的・内容的正統化は、議会制定法への拘束と民主的責任という二つの要素から成る、実体的な正統化手段である。前者は、国民による選挙を通じて直接に正統化された議会に立法権が保障され、そして国会によって議決された法律に他の全ての国家機関が拘束されることによるものである。そして後者は、定期的に行われる選挙を通じて国民の代表が国民によって承認されることによるものであり、国民に対して議会が責任を負い、議会に対して政府が責任を負うという責任関係の中に存在する。ここでは、政府や大臣は自らの行為について責任を負うのみならず、所管下にある下位の行政庁や機関に対して指揮・監督権を行使することで、これらの責任も引き受けることになる。⁽²⁰⁾

こうしたBöckenfördeの構想は、特に人的正統化について、その妥当性が疑問視される領域があることから、根強い批判に晒されてきた。⁽²¹⁾しかしながら、上記の二つの正統化手段は、現在においてもなお、民主的正統化をめぐる議論において重要な位置を占めているといつてよいだろう。

第二款・裁判権の民主的正統化の問題点

一 裁判官の独立

しかしながら、このような民主的正統化の構想は、裁判官の独立という特有の事情が存在することから、裁判権との関係においては説得力に欠く部分があると認識されなければならない。まず、裁判官は、その身分的な保障が存在することから、一度任命さえされてしまえば、原則として選挙によってそれぞれの裁判官の任免に影響が及ぶことはない。また、裁判官の任期は、一般に選挙の周期よりも長く、ドイツでは場合によっては終身裁判官とされている場合も少なくない。それに対して、行政権の領域についてみてみると、数年ごとに行われる選挙を通じて必ず人的正統化が「更新」されることになるため、裁判権と行政権における人的正統化について、両者において得られる正統化を同一視することに対する疑義が生じることになる。また、裁判官の独立の原則からすると、それぞれの裁判官はその職務の遂行にあたって、上級機関による指揮・監督権に拘束されることもない。したがって、事項的・内容的正統化との関係においても、正統化は不十分なのではないかと指摘されることになる。⁽²²⁾ こうして、Böckenfördeの民主的正統化の構想は、裁判権の正統化を考える上では、相当な困難を抱えることになる。

二 Böckenförde の主張

これについて、Böckenfördeは、かつて次のような主張を行っていた。すなわち、確かに裁判官は行政とは違い、民主的責任を負わず、そして上級機関の指示からの自由も認められている。しかし他方で、裁判官は行政よりも厳格に法律に拘束されなければならないため、それを通じて、事項的・内容的な観点から十分に正統化されることになるという。

つまり、彼は、裁判官の独立による正統化の不足を「法律への拘束」という観点に着目することで補おうとしたわけである。しかしながら、こうした彼の説明は、前述のような批判を免れるものではないであろう⁽²³⁾。

その後の裁判権の正統化をめぐる議論に目を向けると、主に Bockenförde の民主的正統化のモデルを土台としながら議論が展開されてきた。例えば、人的正統化の必要性を緩和する⁽²⁴⁾、他の要素を加味することにより正統化の補償を認めるなど⁽²⁵⁾、学説は彼のモデルを修正することに苦心してきた。

第三節・個別的正統化の構想

これまで確認してきたように、裁判権の正統化を論じる上でもまた、民主的正統化という観点は少なからず注目を集めていたのである。しかし他方で、裁判権の正統化について、民主的正統化とは異なる観点から正統化を構成しようとする見解も近年有力に主張されつつある。その一つとして挙げられるのが、個人の自由や権利を正統化と結びつけることにより、民主的正統化ではなく「個別的正統化」と呼ばれる、選挙や議会を経由しない正統化のルートを示しようとするものである。ここでは、このような傾向を有する学説の中から、Christoph Möllers、Klaus Ferdinand Gärditz、そして Klaus Rennert による裁判権の正統化をめぐる議論の一部を紹介・検討する⁽²⁶⁾。

第一款：Christoph Möllers

まず初めに取り上げるのは、Christoph Möllers による裁判権の正統化に関する見解である。Möllers は、日本

でもよく知られているように、その教授資格論文の中で、民主的正統化と並んで「個別的・正統化 (individuelle Legitimation)」というモデルを提示した。⁽²⁷⁾ この個別的・正統化の構想は、行政裁判権の正統化を論じる上でも有益な視座をもたらしうると考えられることから、まずは彼の見解について確認しておきたい。

Möllers は、基本法一条一項の人間の尊厳に依拠しながら、個人の自己決定を国家権力の正統化の基礎として位置づけることを構想する。その上で、彼は、選挙や議会を経由する集合的・民主的な自己決定を通じて実現される「民主的正統化」と、個別的な自己決定を通じて実現される「個別的・正統化」という二つの正統化のモデルを対置的に提示するのである。⁽²⁹⁾ 最終的に、この個別的・正統化というモデルは、裁判権の正統化の観点において、「原告の要求 (Anliegen) を裁判所の正当化の中心に位置づける」⁽³⁰⁾ものであるとされる。

この個別的・正統化の構想は、個人の主観的権利の保護や貫徹と結びつけて論じられることになる。Möllers は、次のように説明する。

「個別的・正統化をもたすのは、公的な支配が個別的自己決定を可能としたり保護することによって自らを正当化する手続のメカニズムである。このためには、国家が自由の分配に関する実体的なルールを定めるだけでは、つまり、貫徹のメカニズムを制度化することなく財産権や他の主観的権利が内容形成されるのでは、不十分である。このことは、個別的自己決定と主観的権利の関係から明らかになる。すなわち、主観的権利は、例えば財産そのもののように資格の範囲を定義することで、あらゆる人の、あるいは少なくとも多くの人の個別的自己決定を保護する一般・的・な・ルールなのである。主観的権利がなければ、個別的・正統化は存在しない。契約の履行を求める権利やこの請求権の国家による貫徹を求める個人の請求権のような私的な権利もまた、ここでいう意味での主観的権利に属する。しかし同時に、一般的なルールとしての主観的権利は、法秩序全体における自由の分配の表れである。一般的な自由の保証の射程は、潜在的に

あらゆる人間に関係する」(強調は原文³¹)。

また、この Möllers の個別的正統化の構想は、裁判権との関係においては、次のように具体化されることになる。すなわち、彼によると、裁判所は「自らの発議 (Initiative) によって決定を下すのではなく、原告を待ち、当事者の発議によって動いている³²」という特有の性質を有している。原告の発議がなければ、裁判所の決定もまた存在しない³³。彼はこの原告の要求に意義を見出すのであり、裁判所は「この要求を『受け取る (annehmen)』ことによって正当化される³⁴」と理解するのである。こうした理解の意味するところは、裁判所は、原告の発議に基づいて、一般的な問題ではなく特殊具体的な事例問題を取り扱うのであり、その裁判手続を通じて、決定の対象を人的、時間的、そして空間的に個別化した上で、判決を下す³⁵ということである。こうして、原告の要求を出発点とした裁判上の決定は、個人の自己決定の概念を中心に置く Möllers の正統化の構想と接続的に理解することができる³⁶というのである。

第二款：Klaus Ferdinand Garditz

次に取り上げるのは、Klaus Ferdinand Garditz の行政裁判権の正統化に関する見解である。Garditz もまた、Möllers の個別的正統化の構想に依拠しながら、行政訴訟を個人の自由や権利を保障するためのものであると強力に主張している。なお、彼の見解については後により詳細に取り扱うため、ここではその概観を示すにとどまる。

Garditz によると、裁判官が議会制定法に拘束されることが依然として裁判権の正統化の基盤にとどまるとしても、それだけで正統化を根拠付けることはできない。その正統化の必要性は、裁判権の行使もまた法定立を含んでいること、つまり単なる法の認識プロセスにとどまるものではないことによると³⁷いう。この点、確かに、現行法を具体化・個別化

し、法に拘束されながら独自の見解を構成するという点においては、行政と裁判所の間にも共通性が認められる一方で、行政による法の適用のもとでは行政は議会に対して責任を負っているものであり（民主的責任）、それを通じて行政の正統化は強められているというのである。⁽³⁸⁾したがって、こうした民主的責任を何ら負担していない裁判所には、さらなる正統化の必要が生じているのである。

こうした問題を提起しつつ、彼は「個別的な自由の発展は、支配の民主的・集合的な正統化と同等に扱われる正統化のルールである⁽³⁹⁾」とし、Möllersと同様に、集合的・民主的自己決定と個別的自己決定という二つの正統化を観念する。⁽⁴⁰⁾この関係において、裁判制度は、次のように説明される。

「個別的な自由に根差す自己決定の二つのレーン⁽⁴¹⁾は、相互に競合の中に足を踏み入れるが、しかし相互に絡み合うこともある。というのは、個別的自己決定は、それを実現可能とするための制度を必要としているからである。裁判による権利保護は、その意味で、個別的な自由の利益の、つまり個人の権利の貫徹に資するのであり、このことは「…」民主的な過半数の利益から個別的自己決定を防御するために、まさに「…」直接的な政治的影響力の行使から制度上で保護された機関(Institution)を要求する。まさにそのために裁判所は独立しており、人的・法的な任命行為から離れ、そして民主的責任から切り離されるのである。したがって、正統性は独立と無縁ではないのである。裁判所が訴訟に関与する市民を手助けし、『その権利』を得させる限りにおいて——つまり、裁判所が事例に関して法を定立することによって法拘束を個別化し具体化する限りにおいて、裁判所は個別的にも正統化されるのであり、それは法律への拘束によってだけでは描写することのできない、法創造へと突き出た部分を正当化するのである⁽⁴²⁾」。

こうした説明が端的に示すように、Garditzもまた、個人の自由や権利を保護し実現するための制度として裁判所を位置づけるとともに、裁判所の正統化の根拠を、民主的正統化ではなく、個人の個別的な自己決定に求めたのである。

第三款：Klaus Rennett

最後に、Klaus Rennettの行政裁判権の正統化に関する見解について取り上げる。彼もまた個別的な正統化の構想に理解を示すとともに、特に行政裁判権の性質を踏まえた指摘を行っている。

一 原告の正統化

まず、彼は、裁判所の正統化とは別に、原告適格にそもそも正統化が必要であることを指摘している。なぜなら、行政訴訟は、公共善の推定を有する行政の活動を妨げうるものであるとともに、多くのケースにおいて、第三者（例えば事業主体）の自由権の侵害を意味するからである。⁽⁴²⁾しかし他方で、ドイツの主観的権利保護の体系においては、そもそもこの原告の正統化という点が問題になることはほとんどない。なぜなら、主観的権利保護の体系においては、原告は訴訟において必然的に自身の権利利益との関連性を主張しなければならないのであり、それをもって十分な正統化が得られているからである。ここから導き出されるのは、公衆を代表する形で、特定の人物または団体が訴訟を提起するようなケース、すなわち、原告自らの公権という基準点が存在しないようなケースにおける、正統性に対する疑念である。なぜなら、こうしたケースにおいては、原告は、民主的に選出された国家機関による公共善理解に反するような、いわば少数派の公共善理解に立脚することもあるからである。⁽⁴³⁾

二 裁判所の正統化

Rennettはこれに続いて、裁判所それ自体の正統化について言及する。彼によると、裁判所は最終的な拘束力を持つ

決定を下す力を有しているが、その正統性は、「裁判所が政治的に行動する立法・統治・行政の国家機能の領域へのあらゆる干渉を自制する場合にのみ」⁽⁴⁴⁾認められなければならない。そして、裁判権においても、特に公共善の対象を委託されることになる行政裁判権には、「政治化」あるいは「政治的な道具化」してしまう危険があることから、その「中立性 (Neutralität)」や「受動性 (Passivität)」が保たれることが重要であるとの認識を示す⁽⁴⁶⁾。そしてまた、主観的権利保護の構想の正統化能力は、「もはや個人の訴えに基づいて個々のケースが判断されるのではなく、客観的な事情が潜在的な一般的効力をもって判断されうるときに、疑問視されるといっているのである」⁽⁴⁷⁾。

第四款・整理

これまで個別的な正統化の構想に依拠するものと思われる三人の論者らの見解を確認してきた。ここで取り上げることができたのは彼らの見解の一部にすぎないが、切り口や説明は異なっているものの、裁判所の正統化に関する根本的な認識においては共通しているものと思われる。最後に、彼らの見解を簡潔に整理しておきたい。

彼らは、個人の自由に根差した自己決定を正統化の基礎に置くことを出発点としている。その上で、集合的・民主的な自己決定に基づく民主的正統化と、個別的な自己決定に基づく個別的な正統化という二つのルートを観念する。ここで問題となる裁判権は、行政や立法とは異なり、選挙や議会を通じて十分に正統化されているわけではなく、さらにいえば民主的な正統性や適法性の推定を有した行政決定を覆しうる力さえ行使するのである。したがって、裁判の領域は、明らかに行政の領域とは異なった性質を有しているのであり、裁判権の正統化について行政の正統化の局面と同様に民主的正統化というルートが当てはまると考えるのには、やはり困難な点があると認めざるを得ない。そこで、次のよう

な構想が提示されることになる。すなわち、行政裁判権は、民主的には正統化されているがしかし違法な行政決定による侵害から個人の権利を保護するために、その行政決定を取り消し変更できるのであって、ここで保護されるべき個人の自由や権利が正統化をもたらすのである。裁判官の独立もまた、こうして個人の権利を保護するという機能に対応して制度化されたものと理解される。ただし、その意味では確かに正統化と無縁ではないものの、裁判官が独立していることそれ自体が正統化の基礎を成すわけではない。三人の見解に依拠するならば、裁判所の正統化は、「裁判所が原告の要求を『受け取る』限りにおいて」(Mollers)、「裁判所が訴訟に関与する市民を手助けし、『その権利』を得させる限りにおいて」(Garditz)、「裁判所が政治的に行動する立法、統治、行政の国家機能のあらゆる領域への干渉を自制する場合にのみ」(Rennert)、「得られるべきなのであって、個人の権利を保護するためにこれらを保障するのが、裁判の手続や組織なのである。こうして、行政訴訟は、個人の自由に基づく基礎構造を有しているとともに、その原告の権利の保護に焦点を合わせるものと理解されるのである。

第四節…客観化による正統化の不足？

このように、裁判権の正統化という観点からみると、裁判官の独立という点から民主的正統化を通じてその正統化を根拠付けるのが難しい以上は、これまで確認してきた、個人の自己決定が国家権力の正統化の基礎を成し、集合的な(民主的)正統化と並ぶ個別的な正統化というルートを新たに観念しようとする主張には、一定の説得力が認められるものと思われる。⁽⁴⁸⁾

次に検討するのは、このような構想を採用した論者が、行政裁判権の機能や限界について、どのような結論に至って

いるかという点である。ここでは特に、裁判権の正統化に対して懐疑的な視線を向ける Garditz の議論を題材としながら、特に「団体訴訟」、すなわち「客観的な訴権」の正統化の問題を取り上げ、主観的権利保護の体系における団体訴訟の導入可能性とその規範的条件について、特に批判的に検討していくことにしたい。

第一款…正統化の不足

ドイツの行政訴訟法は、ヨーロッパ法の影響下において、部分的に客観化しつつある。環境団体訴訟は「超個別的権利保護 (überindividueller Rechtsschutz)」⁽⁴⁹⁾とも呼ばれ、その典型例であるとともに、その理論的な位置づけが問題とされるべきである。すなわち、先ほど確認した個別的正統化の構想に依拠するとすれば、連合法上の個人の権利をドイツにおける実体的な主観的権利として承認すること、または、主観的権利から離れた——公益的 (altruistisch) な——団体訴訟制度の創設によって客観的な訴権を導入することは、ドイツの主観的な法秩序との関係において緊張を生ぜしめる可能性がある。なぜなら、裁判所の正統化が個人の権利を保護することと結びついているのであれば、伝統的な意味での公権からかけ離れた機能的・形式的な権利に基づく訴訟や、⁽⁵⁰⁾伝統的な意味での公権をもはや前提としていない公益的団体訴訟は、個別的な正統化のための前提条件を欠いているようにもみえるのであり、その正統化が疑われかねないからである。この点について Garditz は、次のように述べる。

「訴訟における個人の自己決定の帰結としての裁判権の正統化は、訴権が、もはや個別的自由の利益の派生物なのではなく、法の貫徹に向けた公共利益を促進するために道具的に投入される媒体となるところで、挫折する。正統化の問題は、訴権が訴訟上で実体的な自由権から切り離されるところ、または、(訴えを可能にする目的で) 主観的権利が個

別化可能な自由の基盤なしに構成されるところのどちらかで生じるのである」⁽⁵¹⁾。

第二款…団体訴訟の正統化

以下では、こうした裁判権の正統化の問題が生じうる具体的な領域として、(環境) 団体訴訟を取り上げ、検討を加えることにしたい。⁽⁵²⁾

まず、一般に、実体法上の違法を主張して団体が提訴する団体訴訟については、私益的団体訴訟 (egoistische Verbandsklage) と公益的団体訴訟 (altruistische Verbandsklage) という区別がなされなければならない。一般に、前者は、団体の構成員の主観的権利の侵害を主張して団体が訴訟を提起するものであり、⁽⁵³⁾ 後者は、主観的権利の侵害から離れ、純粹に行政活動の違法を主張して団体が訴訟を提起するものである⁽⁵⁴⁾と説明される。⁽⁵⁵⁾ ここで正統化が問題となるのは、後者の、主観的権利の保護ではなく客観法的統制に資する公益的団体訴訟である。⁽⁵⁷⁾

一 団体訴訟の許容性

既に確認した通り、ドイツの基本法一九条四項は主観的権利保護の体系を採用しているものの、主観的権利から離れた客観的な訴権を排除しているわけではない。すなわち、基本法一九条四項の趣旨は、主観的権利が侵害された場合の裁判による権利保護を最低限保障することにある。⁽⁵⁸⁾ したがって、それを越える団体訴訟の創設については、団体訴訟を導入することでいわゆる「訴訟の洪水」が生じ、原告の主観的権利を保護するという裁判所の任務に支障が出る⁽⁵⁹⁾といったことがない限り、立法者による法律上の形成に委ねられるものと解される。⁽⁶⁰⁾ 問題は、その立法者による法律上の形成

にあたっての、規範的な条件を導き出すことにある。

繰り返しにはなるが、行政裁判所法四二条二項は「法律に別段の定めがない限り、原告が行政行為またはその拒否ないし不作為によって自らの権利を侵害されると主張する場合にのみ、訴えは許容される」(傍点訳者)と規定している。個別の法律を通じて認められた団体の訴権は、一般にこの四二条二項前段の開放条項を通じて、法律の別段の定めとして処理されることになる⁽⁶¹⁾。このように、行政裁判所法の規定からしても、公益的団体訴訟の導入は認められているのである。

また、法解釈の観点からすれば、この行政裁判所法四二条二項における開放条項は、連邦の立法者にのみならず、ラントの立法者にさえ客観的な訴権の創設を認めるものと理解されている⁽⁶²⁾。この点、Garditzは、この開放条項に批判的である。なぜなら、彼は、行政裁判所法四二条二項の開放条項を通じてラント法上の公益的団体訴訟が多く導入されることになれば、ドイツ全体における個人権保護の体系決定を無効化しかねないことを危惧しているからである。このような理解から、Garditzは、行政裁判所法四二条二項の開放条項は、ドイツにおける権利保護の全体としての首尾一貫性や一体性の利益という点において削除されるべきであったと指摘し、そうでないにしても、ラント法の貫徹に限定されるべきであったとするのである⁽⁶³⁾。

こうした見地からGarditzが槍玉にあげているのが、既にいくつかのラントにおいて導入されている、動物保護法上の団体訴訟 (tierschutzrechtliche Verbandsklage) である⁽⁶⁴⁾。この動物保護法上の団体訴訟は、学術的な目的で行われる動物実験の領域において、特に問題視されることになる。なぜなら、動物保護団体に訴権を付与することは、第三者(とりわけ研究者)の基本権(基本法五条三項一文目による学問の自由⁽⁶⁵⁾)を訴訟のリスクに晒すとともに、訴訟による時間的なロスをも生じさせるからである⁽⁶⁷⁾。こうして、彼からすれば、現在ラントにおいて導入されている動物保護団体訴

訟は、「行き過ぎ (Exzesse)」であると理解される⁽⁸⁸⁾。そしてまた、こうした第三者の自由に対するリスクを踏まえて、新たに団体訴訟の導入を検討する際には、特に、団体に訴権を付与することによって影響が及びうる第三者の基本権との関係性を考慮することが要求されるのである⁽⁸⁹⁾。

二 環境団体訴訟とその特殊性

そして、ドイツの公益的団体訴訟を論ずる上で避けて通ることができないのが、環境団体訴訟である。ドイツにおいて環境団体訴訟を定める法律としては連邦自然保護法 (Bundesnaturschutzgesetz: BNatSchG) 六四条や環境・法的救済法 (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz: UmwRG) などがあり、訴訟権限を認める認証評価にあたっては、行政庁 (特に連邦環境省) の広範な裁量の下で、ふさわしい資質・能力を有する環境保護団体にのみ認証を与えるという極めて厳格な審査がなされている⁽⁷⁰⁾。

環境法という領域に団体訴訟が求められる理由の一つとして、環境法上の規範によって保護される利益を個別的な利益として認定するのが困難であるケースが多いことがある。すなわち、環境法で問題となる法規定は、自然保護や種の保全などに関する純粹に公益的な——つまり、保護規範説からすれば、行政裁判所法四二条二項後段の意味での「権利」を付与していると認めるのには不十分な——利益に資するものであることが少なくない。そのため、環境法においては、しばしば「執行の欠缺」⁽⁷¹⁾あるいは「原告の不在」⁽⁷²⁾と呼ばれるような状況が生じうるのである。このようなケースでは、違法な行政活動に対して裁判による統制が及ばないため、これに関する法的な統制を補う必要があるとの考慮の下で、環境団体訴訟を導入する必要性が説かれてきたのである⁽⁷³⁾。

Garditzによれば、団体訴訟は、こうして個人による自己決定という基盤なしに主観的権利を過剰に拡大することの

代案として現れることになる。⁽⁷⁴⁾ こうした観点から彼は、団体訴訟というアプローチの利点を、次のように述べている。すなわち、「この解決策の魅力は、換言すれば、客観法の貫徹がまさに民衆原告に委ねられるのではなく、少なくとも民主的に確立され、認証手続によって責任を課された、専門的な基準に従って限定可能なアクターに委ねられるという点にある」⁽⁷⁵⁾。

他方で、環境法は、このように団体訴訟が必要とされる典型的な領域であるとされる一方で、こうした「執行の欠缺」や「原告の不在」をしばしば生じさせる、その構造上の特殊性にも注意が払われなければならない。この点、Garditzは、団体訴訟は「一般的な実体的問題に対する回答ではなく、構造に内在する環境法の特殊性に対する回答なのである」⁽⁷⁶⁾と述べている。こうした彼の指摘は、環境法という法領域の特殊性を強調するとともに、環境法以外の領域にまで団体訴訟をめぐる議論を安易に広げるべきではないことを示唆している。⁽⁷⁷⁾ 彼に言わせれば、あくまでも、「環境法は、行政上の権利保護の客観化のための矛盾なものではなく、一般的な構造原理の出発点とはなりえない、非典型的な特殊な布置 (atypische Sonderkonstellation) なのである」⁽⁷⁸⁾。

三 権力分立の視点

また、Garditzは、権力分立の観点にも注目し、団体訴訟を導入する上で生じうる問題を指摘する。彼は、「裁判所は権利保護機関なのであって、法の監督庁ではない」⁽⁷⁹⁾との認識の下で、「権力分立を確保する裁判の固有性は、中立的でかつ独立した争訟裁定機関としての裁判所に、発議権が認められないことにある」⁽⁸⁰⁾と指摘する。しかしながら、訴権を客観化することは、争訟の裁定を越えた、紛争の解決という任務を、訴訟の領域に移動させることになりかねないという。このような場合、裁判所は、部分的には行政による法適用の共同形成者になるとともに、裁判所の独立によつ

て確保されていた行政との距離は失われ、行政の協働者に移行する。「独立して距離を取った司法の固有の能力は、手続的・組織的に離散した公共善の創造のために、危険に晒される」というのである。Gertinの理解からすれば、団体訴訟のような客観化された訴権に基づく行政の統制を目的とした行政訴訟は、本来は行政手続において行政が構成しなければならぬ公共善を、——実質的に「後置された行政手続」ともいふべき——行政訴訟において、裁判官が構成するという帰結をもたらしかねない。団体訴訟は、行政手続と行政訴訟、そして行政と裁判所の任務の境界を、このようにぼやけさせてしまう危険を有している。

また、彼はこうした観点からすれば、行政手続における排除規定は必要なものであると指摘する。すなわち、「行政と、行政が——民主的に正統化された——自己の権限に基づいて応答しえない新たな論拠とが衝突することを防ぐために、行政手続に関与していないアクターの異議申立権は、原則として存在してはならない」⁽⁸⁴⁾。そして、このことは団体訴訟における排除規定にも同様には当てはまるという。すなわち、「団体訴訟のもとでの排除規定(場合によっては連邦自然保護法六四条二項と結びつく、環境・法的救済法二条三項)⁽⁸⁵⁾は、正当化されなければならないだけでなく、行政の民主的な面での自己責任の利益においては、要請されてさえないのである。実体的排除は、紛争の段階的・分業的な分層化に資するとともに、行政手続の固有の能力を、決定過程を包括的に裁判所の責任の下で新たに展開していくことから守るのである」⁽⁸⁶⁾。このように、行政手続と団体訴訟における排除規定は、行政と裁判所の役割と責任を明確に区分することにも寄与しているのである。したがって、彼は、こうしたドイツ行政法にみられる排除規定は、EU法との関係で許容される範囲においては、維持されなければならないとするのである。⁽⁸⁷⁾

四 結論

こうした主観的権利保護の構想から導かれる行政裁判権の機能や限界を踏まえ、Garditz は、団体訴訟のモデルの一般化は阻止されるべきであるとの主張を提示し、警鐘を鳴らす。彼の構想によると、団体訴訟は、あくまでも主観的権利保護の構想の例外にとどまらなければならないのであり、超個別的権利保護を体系的に拡充しようとする試みもまた、拒絶されなければならない⁽⁸⁸⁾。そして、主観的権利保護の補完として団体訴訟を導入するとしても、あくまでも制度の中心にあるのは個人権保護であり、それが押しやられてしまうようなことはあってはならないのである。それゆえ、団体訴訟の導入が正当化されるためには必要であるのは、個人が主張して貫徹することのできる主観的権利が存在しないこと、そしてそれに加えて、客観的な異議申立訴訟を通じて対処可能な、構造上の執行の欠缺が生じていることであると指摘される⁽⁸⁹⁾。

このようにみると、Garditz は団体訴訟について全面的な否定論には立たないものの、やはり極めて慎重な立場にあるということができよう⁽⁹⁰⁾。彼は、主観的権利から離れた公益的団体訴訟を、環境団体訴訟のような必要最小限の領域にのみ、あくまでも「例外」として認めようとしたわけである。こうして、彼は、最終的には「封じ込め政策」という言葉を用いて、団体訴訟という制度がドイツの行政訴訟の基礎構造に及ぼす影響を最小限に抑えるべきだと主張したのであった。

「客観的な異議申立の作用（団体訴訟、民衆訴訟、そして利害関係者訴訟）に関しては、個別的利益と一般的利益との緊張関係の間にある、行政訴訟の個人的・自由主義的な規範構造を侵食から保護するために、封じ込め政策（Politik des Containment）が推奨される⁽⁹¹⁾」。

第三款・検討

これまで、個別的自己決定に基づく正統化を観念する論者らの見解を取り上げ、裁判権の正統化をめぐる議論を紹介するとともに、裁判権の正統化の観点から団体訴訟の拡大について批判的な立場を採る Garditz の見解を詳細に確認した。Garditz が団体訴訟の拡大に懐疑的であったように、主観的権利保護の体系において客観的な訴権を創設する上では、考慮しなければならない事項が数多く存在している。これについて、Garditz の所説は、特に多くの懸念点に言及しながら、公益的団体訴訟をあくまでも例外として位置づけながら、その導入にあたって考慮すべきいくつかの指針を提示していた。こうした彼の厳格な構想⁹²⁾は、団体訴訟の導入にあまり積極的とはいえないがたい日本の客観訴訟をめぐる議論にも通ずる点があるように思われる。⁹³⁾

確かに、公益的団体訴訟という制度は、これまで前提とされてきた個人の権利と結びつく行政訴訟とは異質であるとともに、行政と行政裁判権の関係を部分的に変容させかねないというリスクを内在している。しかしながら、ここで指摘しておきたいのは、団体訴訟の拡大に慎重な Garditz でさえも、ドイツにおいて（EU法との関係はさておくとして）環境団体訴訟を廃止すべきとは考えていないのである。むしろ彼は、深刻な執行の欠缺が生じている環境法という領域の特殊性を認識しつつ、このような例外的な領域においては、主観的権利保護システムを補完するものとして団体訴訟を導入することを許容しているのである。

また、Rennett にあっても、主観的権利保護の体系の柔軟性を指摘しつつ、特定分野においては、公益的団体訴訟を通じて客観法的統制を行うことよって被害者訴訟の「補完」を行うべきであるとし、それを通じて被害者訴訟による原告適格の間隙は十分に埋め合わせられるとしている。⁹⁴⁾それゆえに、彼は、その間隙を埋める目的で被害者訴訟を「監視者的に」再解釈する、つまり公権の概念それ自体を無理に拡大する必要はないと主張するのである。⁹⁵⁾むしろ、Rennett においても、ここで公益的団体訴訟の具体例として想定されているのは、環境団体訴訟である。このように、

公権の概念それ自体の拡大または変容に警鐘を鳴らす論者にあっても、環境団体訴訟の創設は、主観的権利保護の体系を客観的統制によって補完するものとして、例外としてではあるが認める必要性を認識しているのである。むしろ、E U法の影響を受け止めつつ、公権の概念に手を出すことを防ぐためには、環境団体訴訟については容認せざるを得ないのである。

確かに、環境団体訴訟をはじめとする客観訴訟の導入をめぐって、多かれ少なかれ憲法上の疑義が生じうるとの懸念は避けられない。しかしながら、他の法領域における導入の拡大については留保が必要であるものの、少なくとも「環境団体訴訟」を導入することは、日本においても特段の問題を生じさせないものと認識されるべきであろう。その根拠は、客観訴訟の憲法上の許容性をめぐる議論に求められるとともに、構造上の問題を抱えた環境法という領域の特殊性に求められることになろう。

また、日本において環境団体訴訟を導入するにあたって懸念点となるのは、行政事件訴訟法九条の原告適格との関係であろう。一般に、団体訴訟は、「法律上の利益」の解釈の枠内で原告適格を拡大することの限界を認識した上で、主観訴訟を補うための客観訴訟として構想される⁽⁹⁶⁾。環境団体訴訟によって、環境法上の執行の欠缺という問題が部分的に解決される一方で、現実的な面からすれば、これまで通用してきた狭い原告適格を固定化してしまいかねないという別のリスクがあることも否定できない。加えて、環境保護団体は、その訴権の行使が義務ではなく自由である以上、必ずしも立法者の想定しているような局面において訴訟を提起するとも限らないのである⁽⁹⁷⁾。

以上のような懸念はあるものの、しかしながら、環境団体訴訟を仮に導入するとして、団体訴訟を法体系との関係でどのように位置づけるのかは、また別の問題である。少なくとも環境団体訴訟についていえば、それを導入することによって、体系的・理論的な観点から、主観訴訟の原告適格の判断における柔軟性や発展可能性が失われるとは考えられ

ない。さしあたり、現在の日本において環境法という領域の特殊性を承認することは、「主観訴訟を補完する団体訴訟」という定式化を防止することにも、役立てられるべきであろう。今後の議論の発展とともに、団体訴訟や超個別的権利保護のモデルが一般化されていくことも、現時点においては決して排除されるべきではない。

第五節・小括

本章においては、ヨーロッパ化を通じて客観化しつつあるドイツの行政訴訟の現状を踏まえ、個別的正統化という構想と Gardin の所説を手がかりとしながら、行政裁判権の正統化が危機に晒されつつあること、そしてそこから行政裁判権の果たすべき機能と限界について、検討を加えた。Gardin によると、行政訴訟の基礎構造を支えるのは個人の自由なのであり、それを保護することこそが行政裁判権の任務なのである。こうした彼の考え方は、裁判所と行政の厳格な役割分担や適切な距離の確保とも結びつき、公益的団体訴訟の導入に対して極めて慎重な姿勢を要請する。こうして、団体訴訟は、環境法のような特殊性の認められる領域に、例外的にのみ投入されるべきものと理解されるわけである。

このような理解は、主観的権利保護の体系を維持しつつ、しかしながらその体系の不備を公益的団体訴訟という客観的な統制手法によって補おうとする思考を体現している。さらにその背後にあるのは、公益的団体訴訟で手打ちにしようという発想、すなわち、ドイツの行政法の根幹を支える「公権」の概念それ自体が侵食されてしまうことに対する危惧なのである。

もつとも、裁判権の正統化という観点や個別的な正統化という構想は、客観訴訟や団体訴訟の許容性をめぐる議論に対して、必ずしも新しい革新的な結論を提示するものではない。しかしながら、この個別的な正統化、つまり正統化の基礎

を個人の自己決定に求めるという着眼点は、行政裁判権の機能と限界について重大な問いを投げかけるとともに、これまで分散的に取り上げられてきたようにもみえる団体訴訟の許容性とその条件をめぐる議論に対して、一定の立法論的・法政策的な方向性を提供しようといふことができる。

日本においても、さしあたり環境法に、さらにいえば自然保護法などに限定して、環境団体訴訟を導入することには、問題は生じないものと思われる。そして、日本において現行の行政事件訴訟法における原告適格の要件を維持した上で、環境法の執行の欠缺を解消するために環境団体訴訟の創設を考へるとき⁽⁴⁸⁾、ここで紹介された Garditz の公益的団体訴訟に対して抑制的な見解もまた、理論的な見地から、大いなる示唆に富むものといえよう。

- (1) 基本法一九条四項に関する包括的な先行研究として、ここでは、笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、一九九三年）一五三頁以下のみを挙げておく。
- (2) Vgl. Klaus Rennert, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit?, DVBl. 2015, 793 (793f.).
- (3) Rennert, DVBl. 2015, 793 (793f.).
- (4) Rennert, DVBl. 2015, 793 (794); Sabine Schlacke, in: Garditz (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl. 2018, Nach § 42 (Übersichtlicher Rechtsschutz) Rn. 3, かつした帰結は、具体的には、既に第三章で言及したドイツ行政裁判所法四二条二項にみられる。本稿の第三章第一節も参照。
- (5) Rennert, DVBl. 2015, 793 (794).
- (6) Rennert, DVBl. 2015, 793 (794). なお、仮の権利保護は、こうした見地から主観的権利保護の体系上に居場所を見出すもふさわしい。
- (7) Rennert, DVBl. 2015, 793 (794f.).
- (8) Annette Guckelberger, Deutsches Verwaltungsprozessrecht unter unionsrechtlichen Anpassungsdruck, 2016, S. 46;

- Remert, DVBl. 2015, 793 (793). この点、日本では古くから主観訴訟と客観訴訟を区別し、主観訴訟を個人の権利利益の保護を目的とする訴訟、客観訴訟を公益の保護を目的とする訴訟として一般に整理・理解してきた。ただし、前者が行政の適法性確保を目的としていないといえるのかに対しては疑義も呈されているところである。この点について、村上裕章「客観訴訟と憲法」同『行政訴訟の解釈理論』（弘文堂、二〇一九年）五三頁の註（一）を参照。
- (9) 我が国においても、特に司法権の概念との関係において、客観訴訟の憲法上の許容性に關する議論が古くから活発に行われてきた。本稿との関係では、註(93)も参照。
- (10) ただし、ドイツにおいて団体訴訟という制度自体は、EU法に対応する目的で法制化される以前からも存在しており、その際には主観訴訟的な構成を採っていた。
- (11) Friedrich Schoch, Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts, *Juridica International* 2014, 102 (114).
- (12) 行政の正統化に關するドイツの議論を取り扱う先行研究として、日野田浩行「行政の民主的・正統化に關する憲法的考察の展開とその構造」行政法研究一四卷(二〇一六年)二五頁以下、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』(法律文化社、二〇一七年)等のほか、拙稿「ドイツ公法学における参加論の歴史的展開(一)」(三・完)「北大法学論集(北海道大学)七〇卷二号(二〇一九年)七九頁以下、七〇卷三号(二〇一九年)一頁以下、七〇卷五号(二〇二〇年)三三頁以下も参照。
- (13) 近年の裁判権の正統化に關するドイツの議論を取り扱う数少ない先行研究として、北村幸也「裁判と法律のあいだ」(成文堂、二〇二〇年)一九三頁以下、山本隆司「ガバナンスと正統化」社会科学研究(東京大学)六九卷二号(二〇一八年)六四頁以下がある。
- (14) 参照、北村・前掲註(13)二〇一頁の註(23)。ドイツ連邦憲法裁判所の権限の正当化という文脈で、クリストフ・メラース「連邦憲法裁判所の合法性・正統性・正統化」鈴木秀美ほか監訳『越境する司法』(風行社、二〇一四年)二四九頁。
- (15) BVerfGE 83, 37, 83, 60, 93, 37.
- (16) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 23.
- (17) Andreas Volkühle/Anna-Bettina Kaiser, Demokratische Legitimation, *JuS* 2009, 803 (804). なお、制度的・機能的な民

主的正統化については、Böckenfördeの民主的正統化論が一九九〇年代に連邦憲法裁判所に受け入れられる前にすでに、一九七八年のカルカー決定において既に示されていた。すなわち、BVerfGE 49, 89 (25):「立法権、執行権、裁判権の諸機関は、その制度的および機能的な民主的正統化を、基本法二〇条二項において下された憲法制定者の決定から得ている」。

この点については、拙稿・前掲註(12)「ドイツ公法学における参加論の歴史的發展(二)」一六頁の註(12)も参照。

(18) 拙稿・前掲註(12)「ドイツ公法学における参加論の歴史的發展(二)」六頁以下。

(19) 拙稿・前掲註(12)「ドイツ公法学における参加論の歴史的發展(二)」七頁。

(20) 拙稿・前掲註(12)「ドイツ公法学における参加論の歴史的發展(二)」七頁以下。

(21) その例として、機能的自治行政の正統化をめぐる問題がある。ドイツの議論を紹介する論文として、日野田浩行「民主制原理と機能的自治」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開(上)』(信山社、二〇一二年)三二―三頁以下、門脇美恵「ドイツ疾病保険における保険者自治の民主的正統化(四・完)」法政論集(名古屋大学)二五二号(二〇一三年)一五六頁以下、齋藤誠「自治・分権と現代行政法」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座I』(日本評論社、二〇一六年)二九三頁以下、山本隆司「機能的自治の法構造」総務省編『地方自治法施行七〇周年記念自治論文集』(ぎょうせい、二〇一七年)二一五頁以下を参照。

(22) 裁判の民主的正統化の文脈におけるBöckenfördeの理論の問題点については、北村・前掲註(13)二〇九頁以下を参照。

(23) 北村・前掲註(13)二〇九頁以下。なお、管見の限り、以下で検討する見解も含め、現在のドイツの学説において「法律への拘束」のみで裁判官の正統化が十分であるとする見解はほとんどみられていない。

(24) Axel Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, 2006 は、実体的な事項的・内容的正統化により重点を置き、形式的な人的正統化の比重を事実上で引き下げる民主的正統化のモデル(「コントロールモデル」)を提示している。彼の学説の日本における紹介として、山本・前掲註(13)六七頁の註(67)、北村・前掲註(13)二一九頁以下を参照。

(25) Andreas Volkkuhl/Gernot Sydow, *Die demokratische Legitimation des Richters*, JZ 2002, 673 (680ff) は、民主的正統化の不足を補償する要素として、裁判の公開や利害関係者の参加などといった裁判上の手続に言及する。

(26) ただし、彼らの見解は、あくまでも裁判権の正統化の基礎を個人の自由や権利(の保護)に求めたという点で一致して

いるにすぎず、行政訴訟をめぐる個別の論点については意見を異にする点も当然みられる。

(27) Christoph Möllers, *Gewaltenteilung*, 2005. ただし、彼の教授資格論文は裁判権の正統化について論じることを主たる関心としたものではないため、本稿ではこの教授資格論文ではなく、個別的正統化の構想から裁判権の正統化を根拠付けようとした、後に公表された彼の論文を主に参照する。Möllersの個別的正統化について紹介するものとしては、裁判権の正統化を直接の題材とするものではないが、高橋・前掲註(12) 四四頁以下、田代・前掲註(12) 六四頁以下を、また、裁判権の正統化の文脈においては、山本・前掲註(13) 六七頁以下を参照。

(28) したがって、個別的正統化のみならず、民主的な自己決定を通じた民主的正統化もまた、個人の人格性や個人による意思形成を前提としたものとして理解される。

(29) 参照、田代・前掲註(12) 六四頁、山本・前掲註(13) 六七頁以下。

(30) Christoph Möllers, *Individuelle Legitimation: Wie rechtfertigen sich Gerichte?*, in: Geis/Nullmeier/Daase (Hrsg.), *Der Aufstieg der Legititätspolitik*, 2012, S. 398 (403).

(31) Christoph Möllers, *Die drei Gewalten*, 2008, S. 76.

(32) Möllers, aa.O. (Fn. 30), S. 401.

(33) Möllers, aa.O. (Fn. 30), S. 401.

(34) Möllers, aa.O. (Fn. 30), S. 401f.

(35) Vgl. Möllers, aa.O. (Fn. 30), S. 401f.

(36) Möllers, aa.O. (Fn. 30), S. 403.

(37) Vgl. Klaus Ferdinand Gärditz, *Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts*, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, D 31f. 「裁判権の行使もまた——主として事案に関わるもので、それゆえ法律の形式に内在する——(具体的・個別的な)法定立を含んでいるのであって、したがって単なる法認識の過程なのではない。裁判手続の本質的な固有の能力は、まさに、決定に関する事情を訴訟法のフィルターを通じて構成することにある」。

(38) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 32f.

- (39) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 33.
- (40) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 33.
- (41) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 33f.
- (42) Rennert, DVBl. 2015, 793 (799).
- (43) Rennert, DVBl. 2015, 793 (800).
- (44) Rennert, DVBl. 2015, 793 (800).
- (45) Klaus Rennert, Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2015, 529 (538).
- (46) Rennert, DVBl. 2015, 793 (800); vgl. auch dens., JZ 2015, 529 (536, 538).
- (47) Rennert, DVBl. 2015, 793 (800).
- (48) なお、近年の民主的正統化論も、個別的正統化の構想まで認めるかどうかはともかくとして、個人の自己決定を正統化の基礎として承認する傾向にある。その代表的なものとして、Hans-Heinrich Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Albmann/Volkühle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 6.
- (49) それをタイトルとする包括的研究として、Sabine Schlacke, Überindividueller Rechtsschutz, 2008.
- (50) なお、Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 31は、「公権は個別的自己決定に基づくものである」としており、公権は個別的自己決定と結びつくものと理解する。
- (51) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 34.
- (52) ドイツにおける環境団体訴訟制度について取り扱うものとして、土田伸也「ドイツ環境法における団体訴訟の近年の動向 (一) (二)」比較法雑誌三五巻一号 (二〇〇一年) 一〇五頁以下、三五巻二号 (二〇〇一年) 八九頁以下、大久保規子「ドイツ環境法における団体訴訟」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 (下)』(有斐閣、二〇〇一年) 三五頁以下、同「ドイツにおける環境団体訴訟の強化」季刊行政管理研究一〇五号 (二〇〇四年) 三頁以下、同「ドイツにおける環境・法的救済法の成立 (一) (二)」阪大法学 (大阪大学) 五七巻二号 (二〇〇七年) 二〇三頁以下、五八巻二号 (二〇〇八年) 二七九頁以下、同「環境アセスメント指令と環境団体訴訟」甲南法学 (甲南大学) 五一巻四号 (二〇一一年) 六五頁以下、

同「混迷するドイツの環境団体訴訟」新世代法政策学研究（北海道大学）二〇号（二〇一三年）二二七頁以下、同「環境分野の司法アクセスとオース条約」松本和彦編『日独公法学の挑戦』（日本評論社、二〇一四年）二九七頁以下、同「保護規範説を超えて」滝井繁男先生追悼論集『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』（日本評論社、二〇一七年）四七四頁以下、小澤久仁男「ドイツ連邦自然保護法上の団体訴訟」立教大学大学院法学研究（立教大学）三九号（二〇〇九年）五一頁以下、同「環境法における団体訴訟の行方」香川大学法学会編『現代における法と政治の探求』（成文堂、二〇一二年）五一頁以下などを参照。

(53) Rainer Wahl/Peter Schütz, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Abs. 2 Rn. 234.

(54) Wahl/Schütz, aa.O. (Fn. 53), § 42 Abs. 2 Rn. 235.

(55) なお、ドイツには「団体被害者訴訟（Verbandsverletzungsklage）」という概念もあるが、WahlとSchützによるコメントールの記述によれば、これは本来的な意味での団体訴訟ではないと説明されている。すなわち、団体被害者訴訟とは、団体が団体自らの権利の侵害を主張して訴訟を提起するものであり、これは行政裁判所法四二条一項後段の枠内で処理される。したがって、これは、四二条二項前段のいう法律の別段の定めに基づくいわゆる客観訴訟ではなく、主観的権利に基づく訴訟である（Wahl/Schütz, aa.O. (Fn. 53), § 42 Abs. 2 Rn. 230）。日本でも「私益的団体訴訟」と「団体被害者訴訟」の区別については、このコメントールと同様の定義・説明が紹介されることが多く、さしあたり本稿もこれに依拠しておく。しかしながら、最近のドイツではこれらの概念について、統一的な用語法が確立されていないとも指摘されているため、両概念についていえば、必ずしもこれらの定義が当てはまるとは限らない点に注意が必要である。このような指摘を行う最近の文献として、Guckelberger, aa.O. (Fn. 8), S. 74f.がある。また例えば、Gardtitz, aa.O. (Fn. 37), D. 41は、私益的団体訴訟と団体被害者訴訟という概念を、ほぼ同義のものとして用いている。この点、実際の観点からすれば、団体訴訟は主観的権利に関係するか否か、または、公益的団体訴訟に該当するか否かという点での区別が重要なのであって、その内部における細分化はあまり問題にならな。

(56) Wahl/Schütz, aa.O. (Fn. 53), § 42 Abs. 2 Rn. 235.

(57) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 34.

(58) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42. Eberhard Schmidt-Albmann, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 9.

依拠する島村健「環境団体訴訟の正統性について」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、二〇二二年）五一―八頁の註（34）も参照。

(59) なお、現在の環境団体訴訟制度は、連邦自然保護庁による極めて厳格な審査の下で訴権が認められる団体を決定しているため、団体訴訟に慎重な立場から懸念されていた「訴訟の洪水」と呼ばれるような現象は生じていないものとされる。この点については、Schlacke, aa.O. (Fn. 49), S. 226, 497.

(60) したがって、連合法上の基準によって課される義務を除き、団体訴訟の導入が義務付けられることはないと理解されてくる。この点については、Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42.

(61) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42f.

(62) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42f.; Schlacke, aa.O. (Fn. 4), Nach § 42 (Überindividueller Rechtsschutz) Rn. 7.

(63) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42f., 102.

(64) ドイツにおいて動物保護団体訴訟を導入した実績のあるラントは、ブレーメン（二〇〇七年）、ハンブルク（二〇一三年）、ノルトライン・ヴェストファーレン（二〇一三年）、ザールラント（二〇一三年）、ラインハルト・プファルツ（二〇一四年）、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン（二〇一四年）、バーデン・ヴュルテンベルク（二〇一五年）、ニーダーザクセン（二〇一七年）、そしてベルリン（二〇二〇年）の九ラントとなっている。ドイツにあるラントの合計数が一六であることから分かるように、ラント法上の動物保護団体訴訟は二〇一〇年代以降、急速に導入が進んでいる。ただし、この内のノルトライン・ヴェストファーレンは、二〇一八年に関連するラント法の延長を行わず、制度を廃止した。ラントにおける動物保護団体訴訟の導入状況については、下記のドイツ動物保護連盟の団体訴訟に関するページも参照（最終閲覧：二〇二三年一月二一日）。
<https://www.tierschutzbund.de/information/hintergrund/recht/verbandsklage/>

(65) ドイツの基本法五条三項一文目は、「芸術と科学、そして研究と教育は、自由である」と規定する。

(66) この点については、von Gerditz, aa.O. (Fn. 37), D 43. 「基本法五条三項一文目によって保護された学問上の方法決定は、感情的で非科学的な特殊利益と対立する中でしか下されえなご」。

(67) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 46f., 102.

(68) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 42.

- (69) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 102.
- (70) 岸本太樹「環境団体訴訟の法制化」法律時報九一巻一一号(二〇一九年)五四頁以下。岸本教授は、ドイツ連邦自然保護庁の Oliver Hendrischke にドイツの環境団体訴訟制度についてヒアリング調査を行っている。それによると、実際の団体の認証評価の運用においては、任務遂行能力要件について、「団体の組織及び財政的基盤(構成員の人数や事務局体制)行政手続に参加し、訴訟を遂行するに必要なかつ十分な組織、財政力、人的能力」専門性を備えているか、組織の運営が民主的かつ公正に行われているか)を細かく総合的にみている」ことが指摘されている。連邦自然保護法および環境・法的救済法の認証要件については、山本隆司「団体訴訟に関するコメント」論究ジュリスト二二号(二〇一五年)一六一頁以下も参照。こうした認証評価にあたっての厳格な審査の影響もあってか、環境団体訴訟の原告勝訴率は一般の行政訴訟と比べて高くなっている(山本・同論文・一六一頁)。
- (71) Vgl. Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel/Andreas Volkühle, Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, § 2 Rn. 2. 特にならば環境法における執行の欠缺にのみ Matthias Ruffert, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1996, S. 5ff.; Bernhard Wegener, Rechte des Einzelnen, 1998, S. 17ff.; Ulrike Giera, Individualrechte im europäischen Umweltrecht, 2015, S. 29ff.
- (72) 岸本・前掲註(70)五一頁以下。
- (73) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 43f.
- (74) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 45.
- (75) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 45.
- (76) Klaus Ferdinand Gärditz, Europäisierter Umweltschutz als Laboratorium des Verwaltungsprozessrechts: Entwicklungspfade zwischen Prozessualisierung, Objektivierung und Subjektivierung, EurUP 2015, 196 (204); vgl. auch dens., aa.O. (Fn. 37), D 44.
- (77) Vgl. auch Rennert, DVBl. 2015, 793 (800).
- (78) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 46.
- (79) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 36.

- (80) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37.
- (81) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37.
- (82) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37.
- (83) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 36f. の点については、Renner, DVBl. 2015, 793 (800): 「行政訴訟がこうした特色を受け入れるようになると、それに応じて、行政訴訟と行政手続の区別が失われる。裁判所は、もはや逐一の事後審査だけではなく、第二の包括的な公共善の定式化をも職務とするのである。そして、裁判官は、事後的な判決者から、先取りのな社会形成者にさえなる。さらに、裁判官は、その正統化の根拠を越えるのである。その決定は、もはや争訟事項における判決であるのみならず、実体的な行政活動なのである」。
- (84) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37.
- (85) この環境団体訴訟における排除効を定めた当時の環境・法的救済法二条三項は、二〇一五年にヨーロッパ司法裁判所に よってオース条約に違反すると判断されたため、二〇一七年に同規定は廃止された。EuGH, Rs. C-137/14, EU:C:2015:683 (Kommission/Deutschland), の判決については、大久保規子「ドイツにおける環境団体訴訟の動向分析」阪大法学(大阪大学)七二巻三―四号(二〇二二年)四七頁以下、小澤久仁男「ドイツ環境法における実体的排除効の終焉と新たな展開」西椋章先生・中川義朗先生・海老澤俊郎先生喜寿記念『行政手続・行政救済法の展開』(信山社、二〇一九年)五三九頁以下、岸本・前掲註(70)五五頁の註(16)も参照。団体訴訟における実体的排除効が認められなくなることによって、行政手続に参加するインセンティブが失われ、その価値が引き下げられるという指摘もなされているところである。例えば、Claudio Franzius, Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts, UPR 2016, 281 (286).
- (86) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37f.
- (87) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 37f.
- (88) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 45f, 102.
- (89) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 44ff., 102. Gärditzによると、個人保護的な規範がそこに存在しないということだけでは、団体訴訟の導入は正当化されないという。
- (90) Gärditz, aa.O. (Fn. 37), D 46.

(91) Garditz, aa.O. (Fn. 37), D 53.

(92) 例えは Sabine Schlaacke は、団体訴訟の正統化は法律によって客観的な訴権が創設されることをもって十分であると理解するべきであり (aa.O. (Fn. 49), S. 501) Garditz の主張する客観的な訴権が生ぜしめうる正統化の不足を問題視していない。また Möllers は「立法者には個人の訴権と公共善の保護との間に新たな関係を構築することが認められるとしており、「したがって公益訴訟は、それが裁判所自身によって広く発議される場合にのみ疑わしいものとなる」と、その限界を線引きする (Christoph Möllers, The Three Branches, 144-146 (2013))。これは、彼が裁判所の正統化が「原告の要求」により行われるとしていたことと一致するといえる。

(93) この点、近時の日本における客観訴訟の憲法上の限界に関する議論の到達点ともいえるのが、村上・前掲註(8)五三頁以下である。村上教授は、日本における公法学者らの学説を整理した上で、客観訴訟の憲法上の限界に関する「暫定的な見解」として、①客観訴訟の必要性が認められること(現実には紛争が存在し、かつ、主観訴訟を通じた解決が困難であること)、②三権分立が実質的に損なわれないこと、③客観訴訟の創設が国民の権利保護という裁判所の任務を妨げないこと、④適切な訴訟当事者が選定されること、⑤法的な判断基準が存在するものであること(裁判所に政治的な判断を求めないこと)、⑥裁判所の判断に終局性が認められることの六点を提示する。以上の村上教授の見解は、客観訴訟の憲法上の限界、すなわち客観訴訟の創設がなされるべきではない局面について論じたものであるといえるが、他方で、団体訴訟の創設が要請される局面について論じた数少ない論文が、島村・前掲註(58)五一三頁以下頁以下である。島村教授は、まず環境団体訴訟の憲法上の許容性については、制度設計の上でいくつか考慮しなければならない点はあるものの、日本においてはドイツと同様に、比較的限定された範囲で公益的団体訴訟を創設することに憲法上の問題はなとの認識を示す。その上で、客観訴訟または環境団体訴訟に対して提示される規範的な(憲法上の)「疑義は、それが些細な懸念であつても、憲法上の価値と関わるものである以上、客観訴訟の導入が規範的な(あるいは憲法上の)支えのない単なる政策論であつたならば、リスクを冒してまで団体訴訟を導入するべきではない、という結論が導かれかねない」との懸念を示し、環境団体訴訟を規範的な観点から積極的に正統化する必要性を説く。島村教授の見解において、特に注目されるのは、環境法において問題となる利益の性質に着目した部分であろう。島村教授は、「環境利益という集合化された利益を適切に表現させ、その価値の重みに応じて行政決定に反映させるためには、通常の民主政の過程と、主観的権利・利益の司法的

保護のシステムのみでは、構造的に不十分であり、また、「良好な自然的生存基盤を享受するという将来世代の利益は、民主政の過程において過少代表されるおそれが大きい」という問題を指摘した上で、次のように指摘する。「このような問題に関し、われわれの法秩序は、良好な自然的生活基盤を将来世代のために維持することを命じている。これは、民主的正統性を有する立法者が、民主政の過程が抱える構造的問題を矯正するためのいわばメタ決定を予め行っているものと理解できる。そのようなプログラムの方向づけに加えて、さらに、具体的な事案の処理に際しても、とりわけ行政法規に定められた処分要件が衡量に開かれている場合には、自らの手足を喰う蝟のごとき社会的決定が下されぬよう組織的の手当てがなされていなければならない」。以上の認識を前提としながら、「環境公益訴訟を導入することによって、このような領域においていったん具体的に作動し始めた民主政の過程から距離を隔てた、独立かつ中立的な機構としての裁判所による行政統制が可能となる」とし、こうして環境公益訴訟の導入が規範的に正統化される（法的に要請される）との結論を導き出している。

(94) Klaus Rennert, Referat, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2017, N 127 (128ff.).

(95) Rennert, a.O. (Fn. 94), N 133. 公権の概念を拡大するために持ち出される「監視者の権利」の概念については、第五章を参照。

(96) 参照、島村・前掲註(58) 五一三頁以下。

(97) 参照、岸本・前掲註(70) 五六頁。

(98) 日本においても、特に近年、団体訴訟の具体的な制度設計をめぐる議論が活発に行われている。環境団体訴訟の制度設計に関する近年の重要な業績として、岸本・前掲註(70) 五一頁以下、島村健「環境法における団体訴訟」論究ジュリス ト一二号(二〇一五年) 一一九頁以下、巨理格「環境公益訴訟」環境法政策学会誌二二号(二〇一九年) 五七頁以下がある。

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
谷遼大 獨協大学法学部特任助手
吉田邦彦 北海道大学大学院法学研究科特任教授
南京師範大学兼職教授
戴孟達 北海道大学大学院法学研究科修士課程
袁傑 北海道大学大学院法学研究科修士課程
土井翔平 北海道大学公共政策学連携研究部准教授

令和5年5月30日 印刷
令和5年5月31日 発行

編集人 會澤 恒
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. 74 May 2023 No. 1

CONTENTS

ARTICLES

- Constitutionality of the Regulation of the Freedom to Choose
One's Occupation Masaaki SAITO 1
- Methods and justifications of language preservation policies:
with a focus on Quebec and North American Indigenous communities (2)
..... Yasuo TSUJI 23
- Law and Politics on Judicial Supremacy (2)
..... Shigemoto SUZUKI 53
- Die Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts (5):
Rechte Einzelner im EU-Umweltrecht und ihre Auswirkungen auf das
deutsche Verwaltungsrecht Ryota TANI 164 [1]

CASE NOTE

- Note on Civil Law Case
..... Kunihiko YOSHIDA and Dai Mengda and Yuan Jie 91

[]...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