

Title	岡田順太君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.7 (2018. 7) ,p.120- 136
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180728-0120">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180728-0120</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

政治思想学会研究奨励賞(二〇一三年)を、第三章の原型となった論文で日本イギリス哲学会奨励賞(二〇一五年)を受賞している。また、第四章のもととなった論文は英文で執筆され、海外の有名ジャーナル(“From Kent to Japan: The Reception History of Robert Filmer as a Straw Man.” *Journal of Political Ideologies*, vol. 20, no. 3, 2015, pp. 284-303)に掲載された。さらに、二〇一三年に来日したフィルマー研究の世界的権威・クッティカ博士からも、古田君の報告と論文が頗る高い評価を得たことを付言しておきたい。

以上より、審査員一同は、古田拓也君の本論文を博士(法学)(慶應義塾大学)の学位を授与するにふさわしいと判断し、その旨をここに報告する次第である。

二〇一六年九月八日

主査	慶應義塾大学法学部教授	堤林 剣
副査	慶應義塾大学法学部教授	萩原 能久
副査	慶應義塾大学法学部教授	山岡 龍一
副査	慶應義塾大学法学部教授	山岡 龍一

## 岡田順太君学位請求論文審査報告

### 一 はじめ

岡田順太君より提出された学位請求論文は、『関係性の憲法理論—現代市民社会と結社の自由』(丸善プラネット、A5判、二六三頁、二〇一五年三月一〇日刊行)という著書(以下、本論文という。)である。そこに収録されている論稿は、岡田君(以下、筆者という。)が慶應義塾大学大学院法学研究科に入学して以来、一貫して研究対象として取り上げて追究してきた結社の自由に関する研究成果である。その内容には、博士課程在学中に『法学政治学論究』に発表した論文をはじめ、大学の教員として奉職後に所属大学(東北文化学園大学及び白鷗大学)の紀要・叢書に発表した論文、研究書・学会誌に掲載した論文などで著した成果も含まれている。しかしながら、本論文は決して単なる論文集ではなく、全体として統一的な問題意識と構想のもとで再構成して執筆された単一の論文である。

本論文の目的は、「関係性」の意義に着目し、従来の憲

法学説とは異なる観点から結社の自由に関する憲法理論の再構築を行うことにある。筆者によれば、これまで「結社の自由」に関する憲法論は、とかく他の人権を実現するための「手段」的人権としての意義に着目しがちであり、それ自体が有する人権としての「本質」について正当な評価がなされてこなかったきらいがある。そのため、「関係性」という視点が人権論において欠落し、「結社の自由」が有する多様な場面への適用可能性を裏付ける理論が發展してこなかったといえる。この点、同じ憲法二一条において保障される表現の自由に関する理論が、様々な展開を見せていることと対照的である。そこで、本論文においては、アメリカ判例法理と社会関係資本 (social capital) 論を手がかりに、従来の憲法理論を再検討し、結社の自由に関する憲法理論の「常識」の見直しを行なっている。

## 二 本論文の構成

本論文の構成は、次のとおりである。

まえがき

第一部 結社の自由論の展開と限界

I 結社をめぐる憲法理論

1 わが国の学説状況

2 法人の人権論をめぐる判例・学説状況

3 民商法の議論と法人の人権

4 結社の自由の理論的展開

5 結社の自由概念の再構築とその展望

II 結社の自由の本質的価値―親交の自由をめぐる

1 アメリカにおける結社の自由

2 結社の自由の法理の進展

3 親交の自由の憲法的位置づけ

4 小括

III 大震災における「絆」と人権論

1 はじめに

2 大震災と「絆」―人権論の不在

3 「自律した個人」像の拡張

4 関係性と人権論の構造

5 「絆」による社会統合と憲法理論

第二部 結社の自由の新地平―社会関係資本と関係性の

再分配

IV 新たな分析の視点―社会関係資本・序説

1 はじめに

2 社会関係資本論

- 3 憲法学への示唆
- 4 小括
- V 社会関係資本論の憲法的意義
  - 1 はじめに
  - 2 関係性に着目する法理論
  - 3 社会関係資本本論とその課題
  - 4 社会関係資本と憲法学
  - 5 考察
- VI 格差社会・憲法・社会関係資本
  - 1 はじめに
  - 2 憲法・社会関係資本―パットナムの社会関係資本論
  - 3 格差社会・社会関係資本―実践的理論としての社会関係資本論
  - 4 格差社会・憲法―財の再分配の正当化理由と社会関係資本
  - 5 考察
- VII 国家による関係性の再分配―CLS判決を題材に
  - 1 はじめに
  - 2 CLS判決
  - 3 考察
- 3 憲法と社会関係資本
- 4 小括
- VIII 法の下の平等と格差社会―関係性による社会統合・序説
  - 1 はじめに
  - 2 法の下での「平等」の変遷
  - 3 格差社会と司法的救済の限界
  - 4 社会統合と目的プログラム
  - 5 政治哲学における平等
  - 6 憲法学に与える示唆
  - 7 小括
- IX 「絆」と政教分離原則の壁―宗教団体を活用した社会政策の功罪
  - 1 はじめに
  - 2 ブッシュ政権における信仰・地域団体支援政策
  - 3 受刑者の社会復帰と信仰・地域団体の関与
  - 4 政府助成と政教分離原則の判断基準
  - 5 オバマ政権におけるFBNP政策と変革
  - 6 小括
- X 関係性の法的規律と治安・秩序
  - 1 はじめに

2 結社の自由の憲法学的位置づけ

3 結社と治安・秩序

4 「安全・安心」施策とその批判・懸念

5 結社の自由における社会関係資本と治安・秩序

6 小括

#### 第4部 総括

XI 関係性の憲法理論—結社の自由の過去・現在・未来

1 結社の自由の近代的意義—個人の解放と関係性の封印

2 結社の自由の新たな地平—人権論の視点から

3 現代社会における結社の自由—関係性の再分配の視点から

4 憲法学にとっての社会関係資本論の意義

5 おわりに

あとがき

### 三 本論文の概要

本論文の概要は次のとおりである。

三つの章から構成される第1部「結社の自由論の展開と限界」では、結社の自由の本質を再検討すべく、日本の憲

法理論状況の分析をしつつ、アメリカ憲法判例から導き出される理論的展開の可能性とその「挫折」について論じる。そして、その「挫折」というものが、人権論の思考形態に内在する構造的な問題に起因することを、東日本大震災を契機としてその価値が見直されている「絆」を題材に考察する。

第1章「結社をめぐる憲法理論」では、結社の自由が、従来学説において主に他の人権の手段的意義を有するものとして位置づけられていることに触れた上で、いわゆる「法人（団体）の人権」論との関係について言及し、それが本来的に結社の自由の一領域として扱われるべきことを示す。まず、従来の憲法学説を概観するなかで、結社の自由の意義について、消極的結社の自由（結社を構成しない自由）が不可欠の要素となる点を指摘しつつ、団体とその構成員との権利・利益の矛盾調整をいかに行っていくかという現代的課題について、消極的結社の自由の観点を加味した考察をすべきであるとする。そのうえで、アメリカの民商法学説を参照しながら八幡製鉄事件最高裁判決を再検討し、民商法上の「法人の目的」論と憲法上の「法人の人権」論が密接不可分であり、その理論的統合の道筋を松田二郎裁判官の個別意見に見出した上で、これを結社の自由

の問題として考察する枠組みを提示する。それによると、結社の自由には、個人の「交際の自由」とそこから生じる「結社体の自由」という二つの次元が存在し、例えば、強制加入団体に関係する問題について、まずは後者との関係で「目的の範囲内」かどうかを検討される。その際、本来の目的から拡張された目的の範囲を「社会的役割」と「構成員の権利保護」の観点から確定することが判例理論と整合的であるという。その上で、「交際の自由」の側面からの検討の余地を近畿税理士会事件を題材に検討する。判決では、両当事者ともに法的主張が認容されておらず、これを「法人の人権」論による法人対個人という構図で説明することは難しいと述べる。そこで、会費納入行為という「交際」の場となる「関係性」が抽象的か具体的かという法的意義を検討し、「消極的結社の自由」の観点から部分的離脱の自由の可能性を見出すことを提唱する。そのようなにして結社の自由を再構成するために、関係性に着目した理論の構築と結社の憲法的価値の本質を明確にする必要があることを指摘する。そこで、より個人主義的結社観に親和的なアメリカの理論の検討を次章において行う。

第二章「結社の自由の本質的価値―親交の自由をめぐる―」では、第一章での検討手法が人間の関係性全般に應用

可能なものであるとの認識のもと、家族やそれに類似する関係性をも「結社」と位置付けるアメリカ憲法判例の紹介・分析を行う。アメリカ合衆国憲法には、結社の自由に関する明文規定は存在しないが、一九五八年の NAACP 判決 (NAACP v. Alabama, 357 U.S. 419 (1958)) 以降、結社の自由は大胆かつ精緻な憲法理論上の発展を遂げていると評する。特にマイノリティーや女性への差別を肯定する団体に対する公権力による是正措置が結社の自由の枠組みで論じられるが、そのリーディングケースとなった一九八四年の Roberts 判決 (Roberts v. United States Jaycees, 468 U.S. 609 (1984)) を取り上げ、そこで示された、親交の自由 (freedom of intimate association) と表現的結社の自由 (freedom of expressive association) と二種類による憲法的保護について検討する。そして、親交の自由にはまさに結社の自由固有の価値を見出すことができるとする。また、これを純理論的にとらえれば、従来の家族の枠には合致しないが、血縁関係にない者や同性同士の者により営まれる「家族的機能を有する人間関係」を保護する役割を果たす法理となると指摘する。しかしながら、一九八六年の Bowers 判決 (Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986)) でも、その判例変更を

行した二〇〇三年の Lawrence 判決 (Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)) でも親交の自由には触れておらず、もはや連邦最高裁はこの概念に「何の思い入れも有していないようである」との評価も見られる。筆者は、それが何故なのかをさらに追究する。そこで親交の自由の理論的提唱者であるケネス・カースト (Kenneth L. Karst) の論文をみると、親交の自由を理解する上で、特に注意を要するのが親密性 (intimacy) の理解であるという。それは、親密な関係性を特定の間同士が「共有」するところに重要な意義が存在し、無条件に人格的価値を共有しあうことが目的化しているという。そして、親交の自由が保障する家族類似の関係性における価値観の多様性こそが、市民社会の多様な価値観の苗床になり、民主的な政治過程を活性化すると考えられると述べる。その意味で、修正一条が親交の自由の憲法上の根拠としてふさわしいはずであるが、Bowers 判決は、親交の自由の価値を十分理解しないまま、私事性 (privacy) の問題として扱ったため、プライバシー権ないし自己決定権では把握できない憲法的利益を自己決定権のサブカテゴリに追いやることで、親交の自由を「抹消」してしまったと指摘する。さらに、それは、権利・利益を権利主体たる個人に還元しようとするバイアス

が強すぎて、自己決定権の文脈でとらえることに拘泥した婦結であると評する。そうした人権論に潜む「歪み」と関係性の憲法的価値についての検討を次章に委ねる。

第三章「大震災における『絆』と人権論」では、関係性に対する適切な評価を妨げる何らかの思考が存在し、現実の人間生活と合致しない理論が作られてしまっていることを、「絆」の観点を踏まえて論じている。東日本大震災の復興にあたって政府の復興構想会議の報告書は、人権よりもむしろ地域の「絆」に期待する論調で書かれていた。筆者は「絆」という抽象的な言葉によって集団の都合に個人の利益が埋没しかねない懸念を同報告書から読み取りつつ、人権論が見落としがちな、個人単位での権利利益以外の要素が個人の尊厳の実現に資する可能性を見出そうとする。そのために、憲法が想定する個人像をめぐる議論を振り返りつつ、いわゆる「弱い個人」であったとしても、関係性の中において共助的に生活がなれることが見落とされていると指摘する。ただ、今般の大震災で想起された「絆」には、従来の憲法学が想定する「結社」のような関係性とは異なるものが含まれており、その意義を肯定することは容易ならざる課題を抱え込むと評する。すなわち、「絆」には個人の自由意思と無関係に生じる関係性という「不純物」が

含まれており、近代的な「強い個人」を再び前近代の中間団体の「暗黒時代」に引き戻す危険が拭えないという。そこで、町内会費への寄附金上乘せ決議を無効とした裁判例（大阪高判平成一九年八月二四日判時一九九二号七二頁）などを示しつつ、「司法判断は関係性を断ち切ることが得意なのである」と評し、「これは、結社の自由にあつて、消極的結社の自由（結社を構成しない自由）が近代市民革命期の課題であつたことから、憲法学的には『当然』といえは当然の判断」であると述べる。もつとも、解雇権濫用の法理における期待権のように当事者の関係性から生じる法的利益について触れ、結社からの自由を重視する「憲法学にとって、この『関係性』の扱いは非常に困難な問題をはらむ」と指摘する。これを克服すべく、結社からの自由を論じる際に、関係性のなかで「協同」する個人をより詳細に分析することが憲法学の課題であるとする。というのも、現実問題として、地縁や血縁など自己の意思によらない関係性にも一定の価値があり、ある種の財として機能することがあるからだという。その上で、従来の議論が「個人勘定 (account) 主義」ともいふべき、権利享有主体性の枠から出ない思考方法に陥るために、関係性の意義を的確にとらえがたいものにしてしまうと警鐘を鳴らす。そして、

この立場の問題点は、個人勘定主義の実現が目的化してしまい、結社の自由の独自の意義を「結社しない自由」に封じ込める点にあるという。筆者としては、結社の自由を「人間交際の自由を含む条文として位置付け、個人の尊厳の理念の下で、幸福追求権と結社の自由の意義が統合的に理論構築されることが望まれる」と述べる。

四つの章から構成される第2部「結社の自由の新地平——社会関係資本と関係性の再分配」では、第1部で示した問題意識に基礎を置きつつ、社会関係資本論の観点から結社に含まれる関係性の意義に光をあて、結社の自由の地平を広げている。

第4章「新たな分析の視点——社会関係資本・序説」では、結社の自由概念の理論的再構築に向けて、近年、政治学・経済学等の分野で注目されている社会関係資本 (social capital) 論を紹介する。筆者は、「結社の自由」の内に、行き過ぎた個人主義に対して警鐘を鳴らす共同体主義的な批判を解決する糸口が隠されていると考えており、これを示す一助として学際的分析が欠かせないと述べる。特に、わが国においては、「結社の自由が他の人権的手段的な位置付けで理解され、結社の自由独自の価値についての検討

及び理解が不十分である」旨を指摘し、そうした「結社に対する哲学の貧困」を克服すべく、従来の法学の枠組みを超えた原理的・学際的な検討が必要であると主張する。そこで社会関係資本を取り上げるのであるが、これは、一九八〇年代に社会学の分野で発達した概念で、人間の作る社会的組織の中に存在する信頼や互酬性、人的ネットワークを要素とし、経済学における方法論的個人主義のみからは説明できないような現象の説明を目的としているという。すなわち、資本主義という場合の資本（経済的資本）や個人に属する能力などの資本（人的資本）と区別される、第三の「資本」概念であり、近年、世界銀行や内閣府などが調査報告書を出すなど、関心が非常に高まっているという。とりわけ、ロバート・パットナム (Robert D. Putnam) の社会関係資本論は、財産や能力と区別される関係性が個人にとって有益な要素であることを可視化し、また、それが民主主義社会にも影響を与えることを示しており、憲法学にも大きな示唆を与えているという。例えば、家族を社会関係資本の一つと位置付け、他の関係性と同列に並べることは、アメリカの連邦最高裁が *Roberts* 判決で述べた思考の枠組みと共通しており、また、トクヴィル (Alexis de Tocqueville) をはじめとする結社の重要性に関する論

調に、実証的裏付けを与える意義があると筆者は述べる。それだけでなく、リベラリズムと共同体主義との論争を実証的に架橋するための政治理論となりうるインパクトを秘めている点を見過ごしてはならないともいう。その上で、結社の要素として自発性は重要ではなく、「私」のベールで覆いがちな家族という思考形態を解消し、あらゆる関係性を「一つの物差し」の上に置くことを提案する。そして、結社の自由の本質を個人の「交際（交流）の自由」ととらえ、その関係性に照らして保障すべき法的利益を導き出すことが適切であることを示す。そして、近代憲法と両立するかたちで個人や社会に意義ある関係性を抽出する方法に関して、さらなる考察を次章につなげる。

第V章「社会関係資本論の憲法的意義」では、まず関係性に着目した法理論として大江洋の「関係的権利論」と内田貴の「関係的契約理論」を紹介する。しかしながら、筆者はこれらの学説に一定の評価を与えながらも、「どこまでを『関係性』として読み込み、権利の枠内にいれていくか」という限界設定の問題が存することを示す。そこで筆者は、「関係性」を客観的に認識しうる現実的な基準や指標として、社会関係資本論が有効であると述べる。その上で、社会関係資本概念を明らかにすべくナン・リン (Nan

[in] の理論を紹介する。関係性に着目した選択がいかに「合理的」であるかという、従来の経済理論が見落としてきた点を指摘しつつ、社会構造の構築に関わるリンの理論の展開について紹介し、筆者は「このように、リンの社会関係資本論は、関係性を捨象する理論や思想を浮かび上がらせて、その非現実性を批判し、理論的再構築を迫る意義を有している」と評し、既述の関係性に着目した法理論との共通性を指摘する。ちなみに、リンの理論は社会関係資本を個人財と構成しており、公共財の観点から分析するバットナムとの整合性が問題となるが、これを理解する前提として社会関係資本の「架橋型 (bridging)」と「結束型 (bonding)」の区分を挙げる。それらは、リンが言うところの行為者が有していない資源を手に入れるための「道具的行為」と行為者が既に有している資源を維持するための「表出的行為」とにそれぞれ対応しているというのが筆者の理解である。リンは、「行き過ぎた道具的行為が、集団の同一性と連帯を損ね、また、行き過ぎた表出的行為が、社会の分断・固定化を進め、階層意識と階層間対立を促す危険性を指摘」し、それらの「相関的な割合と強度」が社会の安定性と変革性の原動力になると述べており、筆者は、そこにバットナムの理論との接合点を見出している。

筆者は、社会関係資本論にも課題が多いとするが、バットナムの主張するように「この問題に名前を付けること」に意義があると考えられ、「社会関係資本論を規範論として昇華 (消化) していくことが法学の課題である」と述べる。以上の考察を踏まえて、社会関係資本論を結社の自由の理論と照合する作業を行うのであるが、再び Roberts 判決を取り上げて、「親交の自由」と「表現的結社の自由」を結束型社会関係資本として位置付け、「家族類似の小規模な関係性やメッセージ性の強い価値観で結ばれた関係性については、健全な民主主義の前提となる多様な価値観を保護するために、また、自己実現の観点からも、公権力による介入が憲法上禁止されることになる」と主張する。また、架橋型社会関係資本の観点から、Roberts 判決を「正会員としての『関係性』を男性だけで独占させず、女性にも『再分配』したものととらえることが可能なのではないか」とし、富の再分配のように、関係性の「偏り」を是正して多様な価値観を結びつけることが、現代国家の役割として結社の自由の要請するところであるとの説を展開している。そして、従来の学説のように「自由意思や任意性ではなく、社会関係資本を基準として結社・関係性の機能を評価することが、新たな結社の自由の理論を構築することになる

う」と述べ、「まだまだ克服すべき難題があるにせよ、社会関係資本という新たな切り口を得ることは、憲法学にとって有意義なことなのである」と評し、より具体的な課題をもとにした次章以降の検討につなげる。

第VI章「格差社会・憲法・社会関係資本」では、いわゆる格差問題について、従来の議論の方法に問題点を見出しつつ、憲法学が社会関係資本論に依拠することで得られる視座について検討している。まず、前提として、憲法と社会関係資本との関係について、ウィル・キムリッカ（Wil Kymlicka）のバットナム評を加えつつ、前章での主張を簡潔に振り返る。次に、途上国支援やまちづくりの指針として社会関係資本論が用いられている実例を紹介し、格差社会を論ずるにあたっての社会関係資本論の意義についての分析を加える。そして、筆者は、格差社会について、「単に貧困状態や所得格差という経済状況における悲惨さや不公正を問題とするものではなく、「社会構成員の紐帯意識が損なわれることによる」「分断社会（divided society）」こそが、憲法学の危惧すべき本質的問題であると指摘する。その上で、格差社会への一つの対応策として注目されるベーシックインカムを紹介しつつ、その思考方法に欠点があると述べる。すなわち、ベーシックインカム

は、それが個人「勘定」における取引的合理性の追求という思考枠組みに依拠しており、関係性を捨象した非現実的な理論や思想に行き着かざるをえないと断ずる。そして、格差社会を克服し、社会統合を果たす上でも、取引的合理性のみならず関係的合理性をも含めた両面的アプローチが必要であるとも主張する。そこで、アマルティア・セン（Amartya Sen）の潜在能力理論に触れ、「このように潜在能力の視点は、公共的討議に不可欠なものといえるわけであるが、公共的討議において、先述のような個人勘定の取引的合理性に拘泥する議論が展開されるとしたら、潜在能力の把握も非常に歪んだ形で行われるであろうことを危惧せざるをえない」とし、「個人勘定の取引的合理性の思考枠組みに依拠するかぎり、結局、方法的個人主義に基づく自己責任論に向かわざるを得ないのでなかろうか」と述べる。そして、「関係性を踏まえた互酬性理論の構築を目指すことも、格差社会への対処法として重要な道筋を示すことになる」とし、「憲法学もその例外ではない」と主張する。さらに、センのいう潜在能力を憲法原理に照らして再解釈し、憲法一三条前段の個人の尊厳原理（個人主義）から、「その時々の選択の尊重のみならず、その選択可能性を確保すること」（原文ママ）も要求されるとの理

解を示す。これを憲法の想定する個人像と結びつけ、潜在能力(＝選択可能性)の「具体化は各人に帰属する経済的・人的・社会関係資本の量に左右される。本人に投影される光を各資本とすれば、そこから生じる陰影がいわゆる『個人像』の違いとなる」とする。これにより、自由意思や任意の選択を基本構造とする幸福追求だけでは把握しきれない関係性の豊かさの重要性や財産・能力・関係性という各財のバランスが不可欠であることが明らかにされる。同時に、現代国家の役割としての富の再分配機能が、関係性という財についてもあてはまること、さらに、そのため私人間への介入が憲法的に許容されることが示される。このように、社会関係資本論は、憲法学が直面する問題への「気づき」を与え、人権論の体系に「若干の修正」を迫る契機となると述べる。

第七章「国家による関係性の再分配—C L S 判決を題材に」では、既述の国家による再分配機能について、再び結社の自由の考察に立ち戻りつつアメリカの憲法判例である二〇一〇年の C L S 判決 (Christian Legal Society v. Martinez, 561 U.S. 661 (2010)) を題材として検討を加えよう。学生の宗教団体である C L S (Christian Legal Society) が非キリスト者や同性愛者を会員にしない方針

を定めることが、宗教及び性的指向による差別を容認しているとして、大学当局から登録団体の申請を拒否されたことについて、連邦最高裁は大学当局の行為に違憲性がないことを示しているが、この点について、二〇〇〇年の Dale 判決 (Boy Scouts of America v. Dale, 530 U.S. 640 (2000)) との整合性が問題となるという。筆者は、「Dale 判決で表現的結社のメッセージを変質させるような国家の介入は憲法上許されないと判示されたのに対して、それが州立大学における便宜供与を受ける資格である登録学生団体として認められないという場面においては、表現的結社の自由の法理が及ばないことを示した」と、本判決の意義を述べる。その上で、宗教的結社はその特性上、他の結社と異なる扱いが不可欠であるとの反対意見を取り上げ、これに親和的な学説を紹介しつつも、ケント・グリーナワルト (Kent Greenawald) らの説に依拠し、大学当局の方針が「観点中立」である限りにおいて許容されると分析する。もともと、「法廷意見は、違憲な条件の法理の文脈よりもむしろ限定されたパブリックフォーラムの法理の文脈」で Rosenberger 判決 (Rosenberger v. Rector and Visitors Univ. of Va., 515 U.S. 819 (1995)) を扱った C L S 判決の理由付けとして用いている」と指摘しつつ、本件

のようなソフトな規制は問題を見えにくくさせるとともに、「国家にリベラルな方式でフォーラムと私的言論とを再構築させ、リベラルでない行為をする権利を放棄するよう求める」ものであり、「観点中立なようであり、実際はリベラルな価値に立脚した」観点の強制であると断ずる。しかしながら、筆者の立場はそうした国家の姿をむしろ容認しつつ、その正当化根拠を現代国家の役割としての「関係性の再分配」に求めるのである。すなわち、「偏在する関係性を、国家が直接的に介入することは、Dueの判決のように憲法違反となるが、CLS判決のように助成の条件として全入方針という、開かれた結社の組成を増進し、異なる価値観の結びつきを促進することは、現代国家の機能として許容される」と両判決の整合的理解を示し、それが「結局、近代特有の消極的結社の自由を維持しつつ、結社の自由の根底にある『交際の自由』を促進し、結社の自由の保障を活性化させることにつながる」と述べる。このように、関係性の再分配による架橋型社会関係資本の増加を現代国家の役割として描き出している。

三つの章から構成される第3部「現代社会における関係性の保障と社会統合」では、上記の考察を踏まえて、現代

社会における実践的な課題について検討する。第1部及び第2部の考察においては、結社の自由の本質的価値を考える際の阻害要因を明らかにし、その保障対象たる関係性について考慮すべき要素を示した。また、社会関係資本論から個人レベルでの結社の自由の本質的意義を明らかにするとともに、社会レベルにおいて福祉国家的要請からの国家による関係性の再分配機能を果たすことが、現代社会においては重要な意義を有するとの観点から結社の自由を再定位することを試みた。それらをもとに、法が有する社会統合機能を念頭に置きながら、関係性の意義をいかに位置づけるのか具体的諸課題を取り上げつつ検討している。

第Ⅳ章「法の下での平等と格差社会—関係性による社会統合・序説」では、現代の格差社会の問題を関係性の観点から分析している。

第Ⅴ章「『絆』と政教分離原則の壁—宗教団体を活用した社会政策の功罪」では、近時のアメリカ歴代政権が採用する関係性を活用した政策を紹介している。

第Ⅹ章「関係性の法的規律と治安・秩序」では、日本における治安・秩序分野での施策について、関係性の観点から再評価をし、政策立案において関係性の要素を考慮することが有用であることを示している。

第4部「総括」は一つの章で構成され、第XI章「関係性の憲法理論」結社の自由の過去・現在・未来」において、第1部から第3部で示した議論を振り返りつつ、関係性についての憲法理論が有する課題と展望について総括している。ここでは、砂川空知太訴訟最高裁判決について、結社の自由の観点からの再解釈も試みられている。筆者によれば、政教分離原則違反状態を解消する方法に関して、「当事者の主張がない事柄について、釈明権の不行使の違法を理由に原審判断を破棄差戻したことが本判決の特徴の一つである」とし、近藤崇晴裁判官の補足意見に触れつつ、これが「地域の集会場と不可分の関係にある宗教施設を撤去することに、氏子集団に不可欠な活動拠点を失わせるという点において、宗教的結社の自由の保障に主眼が置かれていた」（原文ママ）と指摘する。そこで、「長年にわたって地縁団体と一体として、また、特定の場所から不可分の存在として活動する氏子集団の宗教的結社としての要素を考慮したことが、最高裁の判決に影響を与える『磁場』として働いたと見ることができないのではないだろうか」との解釈を示し、「一般的に定立された規範に対し、個別的に関係性を救済する論法として結社の自由はその機能を發揮しうる」と述べる。また、近時の風営法ダンス営

業規制事件を取り上げ、集会の自由の観点からクラブという場が有する憲法的価値を分析し、風営法による規制が違憲となる可能性を示しつつ、「集会・結社・表現の各自由について、それぞれ独自の意義を持ちながら個人の活動と民主政の向上に寄与する人権として再評価するとともに、それらの人権を規定する二二条の体系的統合的な解釈論を構築することが今後の課題となろう」と述べる。

#### 四 本論文の評価

以上、本論文の構成と各章の概要について見てきた。このことを踏まえ、以下では、本論文の意義と問題点について述べる。

本論文の意義として、何よりも、これまで憲法学説における扱いが必ずしも大きくない領域である結社の自由について、体系的かつ先駆的な検討を行ったことを指摘したい。従来とは異なる視点から、結社の自由の性質や意義に光を当て、その再検討を試みており、近時の業績として注目される井上武史『結社の自由の法理』（信山社、二〇一四年）とともに、筆者の業績は憲法学説に多大な貢献をしていると言えよう。そして、それは結社の自由以外の領域の再検討を迫るものでもある。例えば、「法人の人権論」が結社

の自由の問題であるとの論理的道筋を具体的に示したことが挙げられる(第I章)。八幡製鉄事件最高裁判決の個別意見で指摘された権限逾越の法理を足がかりに、民商法上の「法人の目的の範圍論」と憲法上の「法人の人權論」を融合的に解釈する必要性を指摘し、強制加入団体に關する各種判例を整合的に理解する道筋を示すなかで、關係性からの部分的離脱の自由を「消極的結社の自由」として浮かび上がらせ、結社の自由の領域に法人の人權の論点を取り込む解釈手法は、非常に説得的であり、実践的でもある。

また、そのような解釈を突破口にして、結社の自由の本質的意義を探ろうとする野心的な探究こそが、本論文の真骨頂であると言える。結社概念に家族を含めた「關係性」を読み込むべく、アメリカ最高裁の判例に言及し、「親交の自由」の法理を紹介するが、単なる判例の紹介にとどまらず、その法理に「何の思い入れも有してない」判例を批判し、その背景に人權論特有の思考の「癖」があることを指摘して、再び親交の自由に焦点を当てようとするなど、結社の自由の新たな地平を見出した功績は大きい。

そして、そうした考察にあたり、社会関係資本論に依拠した学際的考察を行い、従来と全く異なる結社の自由の姿を描き出しているのが、本論文の第二の意義である。関係

性からの解放によって個人を生んだ近代のパラダイムに対して、その死角を可視化する説明概念として社会関係資本に着目したことは画期的である(同種の評価として佐藤幸治『現代国家と人權』(有斐閣、二〇〇八年)一三七頁。)。しかも、単純にそれを憲法論に移植するのではなく、架橋型と結束型とに分類して、個人主義と整合するように理論構築に努めた点は評価に値する。特に、中間団体否認の法理に対する再検討を迫る意義は大きく、憲法学説に与えるインパクトは決して小さいものではない。

第三に、自ら構築した理論を実践にも結びつけて応用を試みている点にも本論文の意義がある。特に第3部に見られるように、格差社会や治安・秩序といった現代的課題に対して、法の社会統合機能から關係性を不可欠の考慮要素とし、その際に結社の自由に関する理論を用いようとする手法は斬新と言えよう。これらの点については、筆者の実践経験が強く反映しているものと思われる。第VIII章の貧困・格差社会の考察は、筆者が大学院生時代に指導教授の指導の下、参議院議員の国会事務所勤務した際に培った問題意識を基礎としており、その際、「憲法は『政治の法』(小林節・園田康博『全訂憲法』(南窓社、二〇〇〇年)一一頁)であること念頭に置きながら直面する政治課

題に臨む手法を会得したようである。そうした視座は、文化庁の派遣でアメリカ現地調査を行った結果を反映した第Ⅹ章、警察庁との研究会での報告を元にした第Ⅹ章にも貫かれている(文化庁編『海外の宗教事情に関する調査報告書』(文化庁、二〇〇八年) 一八五―二三一頁(駒村圭吾ほか執筆)、大沢秀介編『フラット化社会における自由と安全』(尚学社、二〇一四年) 二二―二三三五頁参照)。

このように、本論文は、結社の自由の本質及び現代的意義について高い水準でまとめあげ、学際的実践的考察を踏まえた新たな理論の可能性を憲法学に示唆しており、筆者の学問的能力の高さを示すものである。ただし、本論文については、少なくとも次の三つの問題点ないし課題を指摘することができる。

まず第一に、筆者は結社の自由がもつばら他の人権の「道具的人権と位置付け」られたと評するが、結社の自由についての独自の意義を探究する学説自体は従来から存在しており、それが筆者の問題意識を明らかにするためのレトリックであったとしても、筆者とは評価を異にする憲法研究者は少なからず存在するように思われる。この点は、「独自の意義」に対する問題意識の差異の反映であるとも言えようが、念のため付言しておきたい。関連して、第Ⅰ

章での法人の人権論を結社の自由の理論として還元しようとする見解は、理論的間隙を縫うように展開されているが、それは薄氷の上を歩むのと表裏の関係にある。例えば、「個人の結社の自由を認めることと法人の自由の問題とが直ちに結びつくかは疑問である」(大沢秀介「法人の人権」法学教室一九〇号(一九九六年) 二七頁)とする指摘には、必ずしも正面から応えておらず、「法人の人権論」という問題の立て方を否定するまでには至っていない。また、筆者の主張の根拠となる近畿税理士会事件についても、南九州税理士会事件を経た今日の最高裁において、同じ結論に至るかは不分明である。さらに、法人の目的の範囲を定める上で、法人の性質などの個別具体的要素を検討するという判断手法では、裁判官の判断に恣意性が生じることは避けられないようにも思われるので、明確な判例の「射程」が示されるよう期待せざるを得ない。このように、本論文では従来の憲法学説との「対話」が不十分な感は否めない。

第二に、本論文の学際的検討の特徴的要素ともいえる社会関係資本についてであるが、筆者も指摘するように概念的にまだ不明確な点が多いところに問題がある。課題を可視化するという意義においては、現状の理解で十分であるかもしれないが、筆者の指摘するように、現代国家の役

割として関係性の再分配がはかられるべきとするのであれば、(特に架橋型の) 社会関係資本について、具体的に測定し、それを増進する要素を明確にしていくことが不可避となろう。この点は、直接に憲法学が扱える領域を超えているが、それ故に理論的導入には慎重を期すべきであろう。もっとも、社会関係資本については、ミクロ(個人)レベルとマクロ(社会)レベルでの検討方法が考えられるが、ミクロの集積がマクロに結びつくのか、そうでないとしてそのズレをどのようにとらえるのかという視点は、憲法学独自の立場から示しうろと思われるが、本論文では必ずしも明確にされていない。さらに、社会関係資本の存在が可視化され、数値的に把握できるようになったとして、それが例えば町内会や自治会内の法的紛争における裁判官の判断にどのような影響を及ぼすのかも不明確である。

第三に、本論文の副題にある「現代市民社会と結社の自由」に関連するが、現代国家の役割としての関係性の再分配が、果たして法理論として位置づけられるかという疑問点を指摘しうる。筆者の言うように、関係性を断ち切ることが得意なのが法理論だとして、関係性の構築については単に政策論として解消される可能性は払拭し切れていない。「再分配」の観点からRoberts判決やCLS判決について

説明する理解は可能であるとしても、当の連邦最高裁はそのような考えを示しておらず、筆者独自の見解にとどまるのである。もちろん筆者は、社会関係資本の意義や法の統合機能、国家の現代的役割、潜在能力アプローチ、憲法の想定する個人像などに言及し、関係性の再分配を国家の役割として憲法に位置づける理論を展開している。ただ、扱っているテーマが広範なことも手伝って、論点が拡散しているくらいがあり、結社の自由に関する筆者なりの理論的整理が十分になされているとは言いがたい。直截的に言えば、従来の憲法学の基本書において、結社の自由の項目がどのような記述に変わるのか、その全体的構想を浮かび上げさせるには至っていない。本論文は、人権論の体系に大幅な書換えを迫る可能性を秘めているのであって、さらに緻密な検討が求められよう。

以上で指摘した意味において、筆者の主張は、結社の自由の新たな法理を完全に証明する段階ではなく、(学説的な意味での)「予想(conjecture)」にとどまっていると評すべき部分が多い。それに対する証明責任を、ひとり筆者に負わせるものではなく、今後の判例・実務の蓄積と学説からの不断の検討とに依拠せざるを得ない部分が多いことは確かであるが、結社の自由の新領域に先鞭を着けた者の

責務には自覚的であるべきだと思われる。

## 五 結 論

以上のような問題点が残るにせよ、それらは今後の課題といえるものであつて、本論文の有する価値をいささかも損なわせるものではない。結社の自由に「未踏の領域」を見出し、その本質的価値の探究を学際的に行つた本論文の研究成果は、極めて有意義かつ実践的意味を有するものである。

よつて審査員一同は一致して、本論文を博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与するにふさわしい業績であるとの結論に至つたことを、ここに報告する。

二〇一六年九月一五日

主査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員・博士（法学）	駒村 圭吾
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員・法学博士	大沢 秀介
副査	慶應義塾大学名誉教授 法学博士	小林 節

## 末木孝典君学位請求論文審査報告

末木孝典君が提出した博士学位請求論文「選挙干渉と立憲政治―明治二十五年・選挙干渉事件の研究」は、末木君がこれまで、『選挙学会紀要』『選挙研究』『近代日本研究』『法学政治学論究』などに掲載してきた論文を加筆・修正し、書き下ろし原稿を加えて、まとめたものである。本論文の構成および概要は、以下の通りである。

### 本論文の構成

#### 序章

- 一 研究状況
- 二 視角と構成
- 第一部 全体像
  - 第一章 第二回衆議院議員選挙における天皇・政府・内務省
  - 一 はじめに
  - 二 明治天皇と第二回総選挙