

憲法の私人間効力論の根底にあるもの*

宮 下 紘***

問題設定

- I 「憲法の」私人間効力論の定立
- II 立憲主義における相剋
- III 公私区分
- IV 憲法の私人間効力論の根底にあるもの

問題設定

憲法とは、「国家という統治団体の存在を基礎づける基本法」¹⁾と一般に定義される。しかし、どの概説書を見ても、憲法の人権規定によって私人相互の関係を規律するためのいわゆる私人間効力論という項目がある。概説書の冒頭で定義されたはずの「国家という統治団体」に向けられた憲法のベクトルを、なぜ人権規定については「私人間」にも向けるのであろうか。

「国家という統治団体の存在を基礎づける基本法」という憲法の定義にこだわった場合、私人間効力という論争に関して検討すべき事柄は何なのか、ということのを再考するのが本稿の問題意識にある。別の言い方をすれば、本稿は憲法の私人間効力論とはそもそも「何を問題としているのか」²⁾（強調原文）ということのを改めて問い直してみることを目的としている。

以下ではこの問題意識を前提に、次の点に注意を払いつつ憲法の私人間効力論

* 本稿は、2003年1月一橋大学大学院法学研究科に提出した修士論文において問題提起を行った章を基に修正、加筆したものである。

** 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

【一橋法学】（一橋大学大学院法学研究科）第3巻第2号2004年6月 ISSN 1347-0388

1) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第3版〕』（岩波書店・2002）3頁。この他、「基本的な統治制度の構造と作用を定めた法規範」（樋口陽一『憲法〔改訂版〕』（創文社・1998）2頁）、「国家の基本に関わる基本法」（佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院・1995）3頁）、などがあり、いずれの定義も私人を憲法の名宛人としていないことは明らかである。

2) 棟居快行『人権論の新構成』（信山社・1992）2頁。

とは「何を問題としているのか」についての分析、検討を行う。まず第1に、具体的な争訟を前提とした憲法訴訟論への直接的寄与を目的としているというよりは、むしろその訴訟論の背後にある理論的な背景を考える点に重きが置かれている。したがって、本稿の主張が直ちに憲法訴訟論の帰結を導くことまでも主張するものではない。第2に、本稿は人権論ではなくて、あくまで憲法上の権利を検討の対象としている³⁾。さらに、「憲法の」私人間効力論とは、単なる憲法上の権利条項のみならず、いわゆる統治に関する条項までも議論の対象としていることを意味している。第3に、本稿の題名に示されている通り、憲法の私人間効力論の根底にあるものを摘出することを目的とするが、本稿の帰結はいくつか想定しうる応答の中の1つを提示するに過ぎない点はあらかじめ断っておく。

憲法の私人間効力論とは憲法典に書かれざる事柄である⁴⁾。それは種々の事案解決を導くために学説や判例によって形成されてきた一種の法理である。このような法理に対しては、純粋な憲法典の条文解釈論とは異なり、憲法典の背後にある憲法理論が要求される。そして憲法の私人間効力論に必要とされている憲法理論が何なのか、ということ突き止めることこそまさに本稿の狙いとするところである。したがって、本稿で提示する議論は私人間効力論でしばしば議論されてきたところの従来の間接効力説であるとか直接効力説あるいは無効力説のいずれかに分類されることを予定しているものではない。本稿は、これらのいずれの説が妥当であるのか、ということを検討するのではなくそれぞれの説の根底にある

- 3) 「人権」と「憲法上の権利」の違いについては、石川健治「人権論の視座転換」ジュリスト1222号(2002)2頁を参照。憲法上の権利という観点に着目をして私人間効力論を論じたものとして、藤井樹也「『権利』の発想転換」(成文堂・1998)第3章、中山茂樹「私人間効力について」西南学院大学法学論集33巻4号(2001)95頁以下、が参考になる。
- 4) その意味で本稿は、奥平康弘の次の指摘を真摯に受け止めている。「実際のところ、思想・良心の自由(19条)、信教の自由(20条1項)、表現の自由(21条1項)、また学問の自由(23条)にしる法の下の平等(14条1項)にしる、基本権諸規定の多くは、もっぱら国家に向けられた規範であることを示唆する、なんの明文上の手掛かりも与えていない。間接適用説・無関係説が所与の前提としていること—憲法はもっぱら国家に向けられた規範であるという理解—は、憲法のテキストによってではなくて、論者たちの解釈によって構成されているものなのである。」(強調原文)(奥平康弘『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』(有斐閣・1993)77頁)。この指摘は、直接効力説にも妥当すると考えられる。そして、各論者たちは自らの「解釈」を支える憲法理論を探究しなければならないと考えている。

もの、あるいはそれぞれの説の根底に必要となるであろうものを明るみに出そうとするものである。

I 「憲法の」私人間効力論の定立

1 「憲法の」「私人間」「効力」論の問題点

憲法上の(人権の)私人間効力論に関する支配的な見解によれば、原則間接効力説、一部の条文については直接効力説あるいは無効力説、純然たる事実行為についてはステイト・アクションの法理を採用している。これほどまでに複合的に説を組み合わせた見解がどれほど一貫しているかは疑わしい⁵⁾。そもそもそれぞれの説が憲法の私人間効力の問題について共通の前提に立った上で議論をしているのか検討が必要である。そこで、「憲法の」「私人間」「効力」論について、(1)「憲法の」という議論の対象射程、(2)「私人間」という主体、そして(3)「効力」ないし「適用」の効果、という3つの前提を今一度問い直してみることにしたい。

(1) 「憲法の」

第1に、「憲法の」という観点からは従来の支配的な見解の不整合性を指摘できる。支配的な見解によれば一部の条文のみは私人に対しても直接効力を有するものと解される。その例が、15条4項(秘密投票の保障)、18条(奴隷的拘束・苦役からの自由)、28条(労働基本権)などである。これらの規定は当然に直接効力を有すると考えられているようであるが、論者によって列挙する条文が異なっている。論者によっては、自由主義的民主政治の要件と認められる19条(思想・良心の自由)、20条1項(信教の自由)、23条(学問の自由)のみの直接効力説を

5) 伝統的な間接効力説、直接効力説、無効力説の区別の意味に疑問を呈するものとして、有倉遼吉「精神的自由権と私人相互関係」法学セミナー増刊『思想・信仰と現代』(日本評論社・1977)82頁以下、山内敏弘・古川純『憲法の現状と展望〔新版〕』(北樹出版・1996)105頁〔山内敏弘執筆〕、藤井・前掲注3)230頁、を参照。芦部信喜も「直接適用か間接適用かを二者択一で割り切ってはならない」(強調原文)と述べている(芦部・前掲注1)110頁)。また、私人間効力論に関する伝統的な学説分析については、君塚正臣「第三者効力論の新世紀(一)(二・完)」関西法学49巻5号(1999)124頁以下、49巻6号(2000)105頁以下、憲法の私人間効力論の前提を問い直すものとして、松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法」阪大法学53巻3・4号(2003)269頁以下、がそれぞれ参考になる。

主張するもの⁶⁾、制度的保障(23条、29条1項)および原則規範(18条)といったもののみをその対象とする見解⁷⁾、などがあり決して一様ではない。さらに、これとは反対にそもそも私人間効力論を論じる必要がないものとして、17条(国及び公共団体の賠償責任)、25条(国民の生存権)、26条1項(教育を受ける権利)、40条(刑事補償)などがしばしば挙げられる⁸⁾。しかし、本当にこれらの一部の条文のみを私人間に直接の効力を有する条文と効力の及ばない条文であると区別することができるのだろうか。少なくとも先に定義された憲法の定義あるいは憲法典の体系性を考慮に入れたとき、このような条文解釈と折り合いがつかの疑問を禁じえない。

(2) 「私人間」

第2に、「私人間」という前提について。憲法は原則「公人」を拘束する、という共通認識があったが、それに対して憲法は「私人」をも拘束するのか、というのがそもそもの出発点であった。しかし、今日この「公人」と「私人」をどれほど厳密に区別しうるかは疑問である。さらに、憲法の私人間効力論でいう「私人間」とは、誰を指しているのか⁹⁾。個人と個人を想定しているのか、集団と個人を想定しているのか、それとも集団と集団を想定しているのか、必ずしも明らかにされていない。伝統的にはある種の権力を有している集団と個人という「私人間」を想定してきたと考えられうるが、個人間あるいは集団間が当事者となった場合の問題は「私人間」効力論の問題となりえないのだろうか。また、「社会的権力」に対する警戒心が憲法の私人間効力論に拍車をかけたともいえるが、「社会的権力」といっても企業や労働組合はもちろんのこと、政党、大学、さらには強制加入団体等、多様な形態と性格があり、それらを一括して議論するのはあまりにラフではないか¹⁰⁾。想定されている「私人間」という主体によって各論者の見解が異なってくる可能性は否めない。

6) 田上穰治『憲法要説〔新版〕』(白桃書房・1958) 64頁。

7) 橋本公亘『日本国憲法』(有斐閣・1980) 172頁。

8) 橋本・前掲注7) 169頁。「基本権規定の中には、国家に対する国民の権利のみを保障し、その本質上、第三者効力を論ずる余地がまったくないものがある」(強調引用者)。

9) 長谷部恭男『憲法〔第3版〕』(新世社・2004) 139頁。

(3) 「効力」ないし「適用」

第3に、私人間効力といった場合の「効力」ないし「適用」とは一体何を意味しているのか¹¹⁾。民法などの要件と効果を原則とする規定とは異なり、憲法上の権利条項は一定の方向に結論を導く複数の原理が互いに衝突することは珍しくない。そのため、ここでの「効力」ないし「適用」とは私法条項の「効力」ないし「適用」とは異なる意味を持つことになろう¹²⁾。また、どの人権規定を「適用」するのかの選択によって、正反対の結論がもたらされる。例えば、企業が思想や性別によって従業員を差別する場合、平等原則や精神的自由に関する規定を「適用」するのであれば従業員に、経済的自由に関する規定を「適用」するのであれば企業に、それぞれ有利な結論が導かれうるであろう¹³⁾。「効力」ないし「適用」の効果をより厳密に定義しなければ結局のところ結論はどちらにでも転んでしまうことになる。

かくして、「憲法の」「私人間」「効力」論は前提において各概念が多義的に理解されてきた経緯があるように思われる。

2 「憲法の」私人間効力論の定立——憲法の最高法規性

今見てきたとおり、憲法の私人間効力論は必ずしも共通の前提に立たずに議論が行われてきたおそれがある。にもかかわらず、様々な説を複合的に組み合わせ間接効力説を柱としつつ直接効力説や無効力説、時にはステイト・アクションの法理の援用するなどして通説は形成されてきた。複合的な説の組み合わせが支配的になってきた原因を端的に述べるのであれば、憲法の私人間効力論について提言を行ってきた論者の多くは何よりもまず結論の妥当性に着目していたからであ

-
- 10) この点については、三並敏克「企業と人権」ジュリスト1244号(2003)129頁以下；同「企業社会と人権の私人間効力論」京都学園法学30・31号(2000)19頁以下、が参考になる。三並が述べるとおり、「社会的権力」という社会的事実を憲法解釈の中にどのように取り組むかということは実に大きな問題である。しかし、本稿ではこのような事実に対する提言を行っているのではなく、憲法の私人間効力論の根底にある理論的背景を検討することを目的としている。
- 11) 松井茂記「憲法と新しいリバータリアニズム」ジュリスト884号(1987)53頁。
- 12) 長谷部・前掲注9)。
- 13) 戸波江二・松井茂記・安念潤司・長谷部恭男『憲法(2)』(有斐閣・1992)54頁〔安念潤司執筆〕。

ろう。そもそも憲法の（人権規定の）私人間効力論は、社会的権力による人権侵害からも、国民の憲法上の権利を保護する必要があるのではないか、という極めて現実的な要請に応えるために生じたものである。この現実的要請に応えるため、とにかく結論の妥当性がそが何よりも重視され、そのため原則となる間接効力説が抱えている不都合な部分については他の説で補完をするという発想が強く、結論を支える正当化理由はさほど重視がされてこなかったように思われる。

しかし、私人間効力論にも理論的背景が決していなかった。それは、憲法の価値が実定法秩序の最高の価値であり、公法・私法を包括した全法秩序の基本原則であって、すべての法領域に妥当すべきものであるから、憲法の人権規定は私人による人権侵害に対しても何らかの形で適用されなければならない、というものである¹⁴⁾。このことは憲法98条の憲法の最高法規性を意味していると考えることができよう。そして、この憲法の最高法規性がそが憲法の私人間効力論の根底にあるものを考える際において決定的に重要な役割を果たしているのではないかと思われる。つまり、私人間の争いについて憲法が一種の「効力」を持つことということは、憲法が国の最高法規であるということの帰結に過ぎない、と考える¹⁵⁾。

憲法の最高法規性を強調しつつ私人間効力論の再構成を行った君塚正臣によれば、憲法の私人間効力論は通例の憲法と法令との関係に関する1つの事例として処理しうる。要約すれば次のようなことになる。私人間に生じた権利の争いを直接解決する法規がない場合、また存在する規定に従った解決がかえって不合理である場合、私法の一般条項によって解決するということになる。そして、この私法の一般条項そしてその他のいかなる法律も憲法の定める手続きに従い、国会で制定される。それらの法律は憲法に適合的なものであることが予定されている

14) 芦部・前掲注1) 106頁。

15) 君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論再考」東海大学文明研究所紀要17号(1997) 18頁。また、「憲法が全法秩序に妥当すべき価値を定めたものだという前提」から憲法の私人間効力論を主張する市川正人の立場もほぼ同じ指摘であると思われる(市川正人「憲法論のあり方についての覚え書き」立命館法学271-2号上巻(2000) 686頁)。もっとも、私法規範が国家法であるという点はあまり強調されていないところが君塚の立場と若干異なる。

はずである。とすれば、そもそも私法の一般条項もその他の法律も、憲法の最高法規性により憲法の「効力」が全く及ばないと言うことはできないと思われる。

しかし、それでも現実には不合理な帰結が生じる場合はどうすればよいか。不当な帰結が生じるのであれば民主主義の原理に基づき立法行為に期待すべきである。にもかかわらず、立法行為がないため全く根拠となりうる条文が存在せず、唯一の手掛かりとなるのが憲法の条文であった場合については、立法不作為の問題を論じればよいのではないか¹⁶⁾。この君塚の議論は憲法が想定する統治構造からも次のように補強されていると思われる。つまり、国会の立法を無視して裁判所が憲法を直接適用すれば、権力分立制の趣旨に背理することになるであろう。仮に裁判所が国会の立法を待たずに憲法の条文を援用し具体的な解決を導くことが許されるのであれば、民主的正当性を有していない「裁判官主導の社会秩序形成」¹⁷⁾を意味することになる。したがって、権力分立制の下では憲法41条が定める国会の（憲法の最高法規性に資する）立法行為を第一次的には尊重することが私人間効力論においても必要であろう。さらに、私人間の権利侵害についての実際の争訟においては憲法81条が定める司法審査制を理由に裁判所が違憲な解釈をすることは想定されていない。ある民法の条文を用いると憲法上「おかしな」結論が生じるのであれば、何らかの意味でその条文は違憲であると論ずればよかつたのである。私人の紛争は民法を援用すれば万事が解決する、という意識は憲法81条の下では通用しない。私法の一般規定すらも解釈によっては違憲となりうることを忘れてはならない¹⁸⁾。

-
- 16) 君塚・前掲注15) 19頁。あるいは、立法者が憲法の要請する法律制定義務を怠ったという事態は、私人間の人権保障という問題を、ドイツ公権論的な枠組みで捉えたために生じた仮象問題に過ぎなかったのではないかと、という指摘もある（高橋和之『「憲法上の人権」の効力は私人間に及ばない』ジュリスト1245号（2003）146頁）。
- 17) 樋口陽一編『ホーンブック憲法〔改訂版〕』（北樹出版・2000）170頁〔石川健治執筆〕。同様の指摘として、山本敬三『憲法と民法の関係』法学教室171号（1994）49頁。また、棟居も「だれが適用するのか」ということを私人間効力論では重要であると指摘する（棟居・前掲注2）63頁）。
- 18) たとえば、民法1条ノ2は民法の解釈原理を規定している。家族に関する法規範をこの規定に基づいて解釈しても「なお憲法24条に反する場合には、その規定は違憲とされることになる」（大村敦志『家族法〔第2版〕』（有斐閣・2002）347頁）。

以上のように考えれば、憲法の私人間効力論問題は特殊な事例として考える必要もなく、憲法の最高法規性を基礎に、司法審査制あるいは権力分立制のディテールを考えればよい。この主張が正しければ、憲法の私人間効力論とは、憲法と法令の関係の問題であり、この憲法と法令の関係こそを考える必要があったことを意味している¹⁹⁾。そして、ここで特に検討すべき法令とは三菱樹脂事件において最高裁が明示した「私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等」²⁰⁾であろう。そこで、憲法と民法——とりわけ議論の蓄積のある民法90条——との関係について考えてみることにしたい。

II 立憲主義における相剋

1 山本敬三の問題提起

憲法の私人間効力論とは、憲法と法令との関係についての一事例として考える立場からは憲法ととくに民法の一般条項との関係が問題として取り上げられるべきであった。しかし、この私人間効力論については「憲法学の方は私法の一般条項に任せればそれで仕事が終わったと考え、民法学の方はそれを自分の仕事だと考えていないため、…決定的な問題を誰も明らかにしていないという結果になっている」²¹⁾。この問題点を克服するため、憲法と民法(90条)の関係を問うことを出発点として憲法の私人間効力論に取り組んできたのが民法学を本業とする山本敬三である。山本の主張の根底にあるものは、民法典も国会で定められた法律であって、「民法には、憲法を出発点としながら、それに尽くされない独自性がある」²²⁾という「穏健な憲法中心主義」²³⁾の意識である。この「穏健な憲法中心主義」の意識は、すでに述べた憲法の最高法規性によって憲法の私人間効力論を考

19) 君塚・前掲注15) 20頁。

20) 民集27巻11号1544頁。

21) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)」法学論叢133巻4号(1993)5頁。憲法学の観点から公序良俗論の検討を行ったものとして、君塚正臣「民法学における『公序良俗』論の憲法学的検討」行動科学研究50号(1998)63頁、参照。

22) 山本敬三「憲法システムにおける私法の役割」法律時報76巻2号(2004)67頁。

23) 山本・前掲注17) 49頁；同「基本権の保護と私法の役割」公法研究第65号(有斐閣・2003)109頁。

える立場と決して矛盾するものではない。その上で、山本は権利濫用や不法行為などにおいてもしばしば用いられるという「公序良俗」という観念に着目をして憲法と民法90条の関係について考えている。

ここでは、山本の議論の過程における私的自治・契約自由と公序良俗の関係に焦点を絞り、それを憲法の私人間効力論に引きつけて検討する。まず山本は憲法の私人間効力論に関して次のような問題を提起する。判例・通説が採るとされる間接効力説がいったん憲法の直接的な効力を否定しておきながら、私法規範の解釈・適用の際に、それを間接的にであれ考慮するのは矛盾ではないか。なぜ私的自治を貫徹しない、あるいは貫徹できないのか。実はここに重大な問題が隠されている²⁴⁾。

山本によれば、憲法の人権規範が私人間の関係にどのような形で作用するかという構成問題の最終決定は、私的自治の位置づけを検討して初めて可能になると考えている²⁵⁾。そこで、山本は私的自治を「自分の生活空間を主体的に形成する自由」²⁶⁾と定義し、このように理解された私的自治を憲法13条によって基礎づけている。山本によれば、憲法13条が保障しているのは「『幸福追求』の権利であり、何が『幸福』かを自分で決めること、そしてその『幸福』を結果として享受することではなく、その達成を自分で追求していくことが、基本権として保障されているのである。これはまさに、個人個人が自己のアイデンティティーを求めつつ、みずから『善い』と信ずる生き方を等しく追求できることが何よりもまず保障されねばならないという考え方、つまりリベラリズムの思想にほかならない」²⁷⁾。そして、私的自治すなわち「『自分の生活空間を主体的に形成する自由』が、このリベラリズムの思想から要請されることはもはやいうまでもない」²⁸⁾と述べている。その上で、山本は契約自由を、制度的行為としての契約に関する私

24) 山本・前掲注21) 13頁。

25) 山本・前掲注21) 19頁。

26) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣・2000) 23頁。一方、星野英一は「私的自治の原則」は意思の内容(契約自由の原則)とは区別される「意思の存在に関する原則」(強調原文)と説明されている(星野英一『民法概論Ⅰ』(良書普及会・1971) 171頁; 同『民法論集第7巻』(有斐閣・1989) 117頁、参照)。

27) 山本・前掲注26) 24頁。

28) 山本・前掲注26) 24頁、69頁。

的自治の制度化として位置づけ、これもまた憲法13条により要請される自由（基本権）であることを確認している。

では、どのような理由があれば裁判所は憲法上の自由である契約自由を制限できるのか。ここで登場するのが、民法90条の公序良俗規定である。「つまり、この公序良俗規範をとおして、国家は憲法上の自由である契約自由を制限しているのである」²⁹⁾。ここで、「私的自治・契約自由と公序良俗規範とは、必然的に抵触関係に立つ」³⁰⁾ことが明らかとなる。最も好意的に受け止められてきた間接効力説も私法的一般条項を媒介することを指摘するにとどまっていたが、山本はその媒介の過程で直面する問題を指摘している。以上のように憲法13条による私的自治の基礎づけを行った上で、私的自治・契約自由と公序良俗の関係を問い直した点で、山本の視点は閉塞感のあった憲法の私人間効力論、さらには憲法学そのものに極めて新鮮な視点を提供したと思われる。憲法価値の私人間関係への導入を、「社会意識」へのいわば「丸投げ」によって答を出すことは背理といわなければならない³¹⁾。山本のこの問題提起は憲法学にとっても重く受け止めるべき事柄であろう。

2 憲法学における私的自治

では、山本が提供した私的自治・契約自由と公序良俗の二項対立の問題を憲法学の立場からより立ち入って考えてみるとどのようなことが言えるであろうか。少なくとも、憲法の私人間効力論を考える上で、私的自治というキーワードを無視することはできないであろう。なぜなら、直接効力論に対しては私的自治の侵害という問題点が常に挙げられるからである。しかし、かくいう論者たちも私的

29) 山本・前掲注26) 35頁。山本によれば、私的自治と契約自由は異なるものであるが、「契約制度は、個人が共働して私的自治を実現していくうえで不可欠な、いわば私的自治を支援する制度にほかならない」(同24頁)。もっとも、本来であれば契約自由の原則がもつ消極面と積極面に分けた上で契約自由の原則と憲法との関係という問題設定をすべきであろう。この点については、中田裕康「契約自由の原則」法学教室171号(1994)29頁以下、が参考になる。

30) 山本・前掲注26) 10頁。

31) 樋口陽一「憲法・民法・『社会意識』」栗城壽夫先生古希記念『日独憲法学の創造力上巻』(信山社・2003)138頁。

自治の原則が絶対であるとまでは言っていないようである³²⁾。また、「私的自治」といっても相当に性格が異なるものであり、ひとまとめに「私的自治」という名の下に憲法の私人間効力論を論じることはできないというべきである³³⁾。では憲法学で論じられてきたところの「私的自治」とはどのようなものだったのだろうか。そこでは2つのレベルの「私的自治」が用いられてきたように思われる。

第1の「私的自治」とは山本が定義したものである。山本の主張する私的自治は、憲法学にとって決して奇異な概念であるわけではない³⁴⁾。山本が定義した私的自治の概念、すなわち「自分の生活空間を主体的に形成する自由」を憲法学における自己決定権ないし人格的自律権の延長上にあるものとして議論する余地は十分に残されている。例えば、佐藤幸治は、「対私人関係にあつては人格的自律権の相互尊重と自律権の延長としての私的自治の原則が基本的な考慮要素とされなければならない³⁵⁾」ということを述べている。いわゆる自己決定ないし人格的自律さらにはプライバシーの権利概念は何らかの私的自治を前提として初めてその意味を持つと考えられてきたのである。これらの権利概念は、用語論の問題ではあるが、より厳密に言うならば社会経済生活に関わるような「私的自治」というよりはむしろ「個人的」な領域という意味での私的自治が確保されていることが必要である³⁶⁾。このように「私的自治」という概念は憲法学においても決して無縁な概念ではなかったはずである。山本の「自分の生活空間を主体的に形成する自由」である私的自治は憲法学で言うところの自己決定権ないし人格的自律権と重ね合わせることができる。とすれば、山本の憲法の「私人」間効力におけ

32) 芦部・前掲注1) 106頁。

33) この点に関しては、木下智史「私人間における人権保障と裁判所・再考」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』（青林書院・1999）237頁、小山剛「私的自治と人権」ジュリスト1244号（2003）83頁以下、を参照。

34) もっとも、この山本の私的自治の概念に対しては、「私的自治の原則を、法律関係の形成に限定せず、『市民の生活空間に関して禁止や命令が行われない包括的な自由』と捉えても、包括的であればあるほど内容が多様となり、多様な内容のすべてを絶対的に保障される権利と位置づけることはできなくなる」という批判がある（青柳幸一『人権・社会・国家』（尚学社・2002）43頁）。

35) 佐藤・前掲注1) 438頁。

36) 阪本昌成「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学（3）権利の保障 [1]』（日本評論社・1994）233頁。

る「私人」とは、あくまで「自分」であり個人を前提に論旨の構成が行われている³⁷⁾。

ところが、私的自治が自己決定権ないし人格的自律権を結び付けられたときとは異なり、それが「営業の自由」、「財産権」あるいは「契約の自由」を連想させるとき、この第2の「私的自治」は論争を誘発するものとなる。例えば棟居快行は私人間効力論で問題となる私的自治について次のように述べている。「私的自治がそれ自体として自由（権）といえるかについては、疑う余地があろう。すなわち、私的自治ないしその同義語としての契約自由は、憲法上は営業の自由および財産権保障に基礎を置くこととなる。…私的自治ないし契約自由は、憲法上は自由（権）として保護されているわけではなく、制度としての営業の自由ないし財産権保障によって反射的に保護されているにすぎないとみる余地がでてこよう³⁸⁾。あるいは、樋口陽一も「私人間」における集団の存在を警戒しつつ、思想の自由や平等が近代市民社会でどのような原則的形態をとるかの検討はされてこなかった一方で、私人間で伝統的に承認されてきた財産権については「私法原理の憲法化」がおこなわれてきたことを指摘している³⁹⁾。また、「契約の自由」が私的自治の盾となったとき、「統治の最も少ない統治こそ最良である」というキャッチ・フレーズの下、レッセ・フェール期に象徴される自由市場に社会が支配されていくことを意味し、この点については憲法学でも議論されてきた。この

37) 山本にとっての「憲法の」とは「穏健な憲法中心主義」を基礎としており条文ごとの個別解釈を志向するものとは思えない。また、「効力」とは保護義務を基軸に考えていると思われる（山本・前掲注21）199-202頁、同・前掲注23）106頁）。ここで、保護義務論と本稿の関係について一言触れるならば、本稿のアプローチと同じく保護義務論も条文ごとの個別の解釈論ではなく、条文の背後にあり憲法の体系性を勘案した憲法理論を提示するものである。その上で、保護義務論が注目しているベースラインの1つに、「作為」と「不作為」の区別がある（小山剛『基本権保護の法理』（成文堂・1998）156-7頁）。これは、現時点で筆者も私人間効力論の根底にあるものの1つと考える。それと同時に、保護義務論を論ずる場合にも、「私的自治」の概念は幾度となく登場しているのであって、保護義務論においても「私的自治」の基礎づけについては無視することができないと考えている。

38) 棟居・前掲注2）67-8頁。

39) 樋口陽一「憲法規範の私人間適用と、私法規範の『憲法化』」憲法理論研究会叢書9『立憲主義とデモクラシー』（敬文堂・2001）25頁；同「『からの自由』をあらためて考える」法律時報73巻10号（2001）93頁。

ように、第2の意味での「私的自治」とは、22条や29条などの経済的自由とリンクのある概念であった。

この第2の私的自治の立場は必ずしも山本が憲法の私人間効力論にいう「私人(間)」＝「自分」であるとは限らない。むしろ「営業の自由」からは「私人間」における当事者に集団、会社や企業などの存在が容易に想起される。通常憲法学における私人間効力論と言った場合の「私人間」とは社会権力を有している集団をとくに問題としてきたのであって、そこで論じられてきた私的自治もまた「契約の自由」ないしは「営業の自由」を想定していたと考えられる。山本は「自分の生活空間を主体的に形成する自由」としての私的自治を憲法13条に求めているが、決してそれが唯一の私的自治のヴァージョンではない。憲法学において私的自治は「契約の自由」ないし「営業の自由」にも根拠を求めうるかが議論されてきたのである。

ここで注目すべきことは、2つの私的自治はいずれもリベラリズムの思想に帰着しうる、ということである。前者が「リベラリズムの思想」に根拠を置いているのは山本の議論ですでに確認をした。また、後者についても契約の自由がアメリカで議論されたとき、レッセ・フェール型のリベラリズムの思想が源流となっていることがしばしば指摘される⁴⁰⁾。この2つのリベラリズムは相当性格を異にしているものであり、これらをひとくりに同じ類のリベラリズムとして論じることは適切ではない。とすれば、憲法の私人間効力論の糸口として山本がリベラリズムを根拠に憲法上の私的自治について言及をしているが、それがどのような性格なのかということさらには立ち入って検討する必要があるだろう。

3 善き生と憲法の価値——リベラルな立憲主義における逆説

山本のリベラリズムとは、「個人個人が自己のアイデンティティーを求めつつ、みずから『善い』と信ずる生き方を等しく追求できることが何よりもまず保障さ

40) あるいは、「営業の自由」論争については、「日本の憲法学におけるオールド・リベラリズムの序幕を告げる事件」とであると指摘されている(石川健治「営業の自由とその規制」高橋和之・大石真編『憲法の争点〔第3版〕』(有斐閣・1999)129頁)。もっとも、「オールド・リベラリズム」とはドイツ特有の中間派を意味しており、これまたレッセ・フェール型のリベラリズムとは異なりそうである。

れねばならないという考え方」であった。そして何が善き生かは各人に委ねられるが、「どのような『善き生』の構想であれ、それを追求するためにはどうしてもなくてはならない基礎的な価値が存在する」⁴¹⁾ことを山本は確認する。ではその基礎的な価値とは一体何であろうか。山本によれば「生命・身体・健康の保障や人間の尊厳、自己決定権など」を例にあげて、『善き生』の構想を追求しようとするいとなみをそもそも可能にする基盤⁴²⁾という。「そのような基盤を破壊するような行為だけは——そうした行為が『善い』ことだと信ずるものに対しても——許すわけにはいかない」⁴³⁾と述べている。確かにこのような基盤が必要とされるのは山本が根拠を置く憲法13条、すなわち「生命、自由及び幸福追求」の価値に資するものと評価でき、ごく自然な帰結であろう。

しかし、この山本の立場については憲法の私人間効力論の観点からは次のような問題を提起しうる。憲法13条は「『善き生』の構想を追求しようとするいとなみをそもそも可能にする基盤」を保障するため私人に直接の効力をもつものといえるのか。仮にそういえるのであれば、なぜ憲法13条が私人に対しても直接効力を有するのか。私人に対しても効力が及ぶということは憲法13条のみに対して言えることなのだろうか。

さらに問題は続く。仮に「『善き生』の構想を追求しようとするいとなみをそもそも可能にする基盤」は維持しながらも、私的空間における「善き生」の追求それ自体が反立憲主義的なものであったらどうだろうか。つまり、各自は自らの「善き生」が憲法の価値に背理するものであってもそれを追求することができるのだろうか。あるいは憲法の価値はそのような反立憲主義的な「善き生」の追求をも禁止できるものなのか。ある種の差別をすることを善いと信じる人の生き方——差別をすることによって何らかの利益を得ることが期待できると考える生き方——は憲法14条によって覆されてしまうのだろうか。ある種の差別をすることによって「善き生」を追求しうると考える人同士がその差別に関する何らかの契約を結ぶことは公序良俗規範を根拠に許されないのか⁴⁴⁾。あるいは別の例をあげ

41) 山本・前掲注26) 69頁。

42) 山本・前掲注26) 69頁。

43) 山本・前掲注26) 69頁。

るならば、その人の善き生の追求を可能にする基盤を破壊しないという前提の下で、短期的な奴隷を「善き生」とする生き方はどうなるのか。私人に対しても当然のごとく直接的な効力を有していると考えられてきた憲法18条を根拠にそのような奴隷を「善き生」とする生き方に基づく契約まで否定されるのだろうか⁴⁴⁾。仮に否定されるのであれば、なぜそのようなことが言えるのか。直感的にはいずれの例に対しても好意を抱く人は少ないと考えられる。しかしながら、あえてこのような例をあげたのは、憲法14条は間接効力が及ぶにとどまるのに対して憲法18条は直接効力が及ぶとする支配的見解の理論的正統性をここでは問い直しているからである。両者は、なぜ異なる理由が付与されるのか。さらに、このようなことは憲法上の権利条項のみに限らず、たとえば憲法9条に関連して絶対平和主義と「善き生」の緊張関係についても同様のことが指摘できるであろう⁴⁶⁾。

ここでさらに根本的な問題に直面せざるを得ない。それは、憲法の価値あるいは憲法の価値を媒介する公序良俗規範を公共的価値として措置した上で、その価値が私的自治としての「自分の生活空間を主体的に形成する自由」を縛る機能を

-
- 44) 山本によれば、このような契約に対しては、①契約そのものは有効としたうえで、強制執行を排除したり、契約不履行による損害賠償の範囲をたとえば信頼利益にかぎるといった方法、②契約そのものを無効とする方法、がある。公序良俗規範は、まさに②の保護法を可能にするものである(山本・前掲注26) 203頁)。
- 45) 宮沢俊義は、奴隷制や人身売買制についても、民法という「公の秩序」に反する行為と見るべきであるという従来の間接効力説の立場を採っていると思われる。ここで、問題は「私的自治の範囲内に属し、『公の秩序』に反する」と述べられている「私」と「公」の関係である。宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』(有斐閣・1971) 250頁。少なくとも判例及び民法学の通説は、たとえ当事者の「善き生」に資するものであっても、配偶者のあるものの婚姻予約や愛人契約、芸娼妓契約などは人倫に反するとして「公序良俗」違反とされてきた(山本敬三『民法講義Ⅰ総則』(有斐閣・2001) 232頁)。しかし、契約時の当事者と将来の当事者とは重要な意味において別人といえるような長期的な奴隷は禁止しえても、短期的な自己奴隷化を禁止する正当化理由がないと主張する議論もある(森村進『自由はどこまで可能か』(講談社現代新書・2001) 55頁)。
- 46) 長谷部は、公私区分をする立憲主義のプロジェクトと、「ある特定の『善き生』の観念を貫くために、結果に関わりなく絶対平和主義をとるべきだという立場とは容易には整合しないはずである」ことを指摘する。長谷部恭男「平和主義と立憲主義」ジュリスト1260号(2004) 62頁；同「平和主義の原理的考察」全国憲法研究会編『憲法問題10』(三省堂・1999) 62頁。絶対的平和主義が「善き生」の観念とは容易には整合しないという立場からすれば、絶対的軍事主義ないし武装平和主義についても同じことが言えよう。

果たすのだろうか、ということが問われている⁴⁷⁾。よりここでの問題を端的に述べるならば、憲法の条項が持つ価値は「善き生」を公定しうるのか、ということの問題としている。もし私人の「善き生」の追求が憲法の価値に支配されてしまうのであれば、多元的な私的空間は本当に保障されるのだろうか。私的空間における私人の行為に対しても憲法の価値に照らして行動すべきであると要求することが、通約不可能な価値観が共存する多元社会を想定するリベラルたちの本旨と果たして整合しうるのか。この意味において、「善き生」の追求を本質とするリベラリズムと憲法の価値を宣言している立憲主義との間には緊張関係がある。山本は「善き生」の概念を憲法13条から導き出したものの、その「善き生」の概念が憲法のその他の条項と矛盾する時、「善き生」と憲法の条項は逆説の関係に立つ。山本が提示したリベラリズムを前提にすると、憲法の私人間効力論は立憲主義の逆説の中に存在することとなる。そして、山本の問題提起はリベラルな立憲主義の下における「公」と「私」の関係への問いに発展していく。

Ⅲ 公私区分

1 リベラリズムの公私区分

「善き生」の追求を本質とするリベラリズムと立憲主義との間にある緊張関係は、本稿が出発点においた憲法の私人間効力論と決して無関係なことではない。なぜなら、広く支持されてきた間接効力説の最後の拠り所である「公序」の射程は憲法価値によって決められ、そしてその「公序」の射程の及ばないところが「善き生」の追求をできる「私的自治」を意味しているからである。つまり、伝統的に理解されてきた憲法の私人間効力論は、リベラリズムを基礎とした場合、善き生を追求するための「私的自治」とそれを規制しうる「公序」との究極的対立関係へと行き着いた。

47) この問題提起は、樋口陽一の「私的自治 v. 憲法価値」という二項対立と本質的には軌を一にしていると思われる（樋口陽一『国法学』（有斐閣・2004）115頁）。また、「自由」の概念に着目しつつパーリンの価値多元論と憲法の私人間効力論を結びつけた上で、筆者のこの問題意識を共有するものとして、榎透「人権規定を私人間に直接適用しないことの意味」比較社会文化研究7号（2000）1頁以下、が参考になる。

とすれば、ここでは「私的自治を重視しつつ、それを可能にする公共的な枠組みが憲法によって確保されていると見る点で、まさにリベラリズムの系統につながる」⁴⁸⁾という山本の主張に向き合う必要がある。この点、山本自身は「政治哲学におけるきわめて深刻な価値ないし評価をめぐる対立の渦中に多かれ少なかれ巻き込まれる」⁴⁹⁾と述べ、リベラリズムがなぜ、またどのように公私区分を行うのか、というところまでの立ち入った説明はいまだに行っていないようである。

しかし、憲法学ではリベラル・デモクラシーの観点から政治哲学を駆使して公と私の関係の検討がなされてきた。その先駆者ともいえる長谷部恭男は、立憲主義のプロジェクトを次のようにまとめている。公的領域と私的領域とを区分し、前者ではすべての市民が社会全体の利益について理性的に審議・決定するとともに、予め定められたルールに従って各自がそれぞれの利益最大化を求める行動を自由に認め、他方で各人の「善き生」の実現はそれぞれの私的領域に委ね、かつ限定することでこの世の平和を維持するのが近代立憲主義のプロジェクトである⁵⁰⁾。そのため一定の公私区分が必要となる。また、リベラリズムの憲法理論を擁護する阪口正二郎も、「リベラリズムがなす公私区分とは、諸個人がそれぞれの包括的な善の構想にコミットして自由に生きることが可能な空間を私的空間とし、そうした諸個人が互いを自由で平等な存在と認めて平和的に協働する空間を公的空間とする、というものである」⁵¹⁾と定義し、その必要性を説く。あるいは、井上達夫も公共的価値と非公共的価値とを区別する価値の世界を「構造化」し、私的領域と公共的領域との間での「相互的関与転換」を主張する⁵²⁾。また、自らをラディカル・リベラリストと呼称する阪本昌成は「公的部門」と「私的部門」の区分を前提に、中間領域としての「独立部門」の必要性を説いている⁵³⁾。

48) 山本・前掲注26) 208頁脚注17。

49) 山本・前掲注21) 4頁。

50) 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店・1999) 第1章；同「民主主義国家は生きる意味を教えない」紙谷雅子編『日本国憲法を読み直す』(日本経済新聞社・2000) 50頁。

51) 阪口正二郎「リベラリズムと討議民主政」公法研究65号(有斐閣・2003) 120頁；同「アメリカ憲法学における民主主義論の動向と立憲主義の動揺」全国憲法研究会編『憲法問題13』(三省堂・2002) 118頁、を参照。

52) 井上達夫『他者への自由』(創文社・1999) 101、140頁。

53) 阪本昌成「国家は何をなすべきか」ジュリスト1133号(1998) 53頁。

いずれにしてもこれらの論者の公私区分に関する主張は、憲法の私人間効力論における私的自治と公序の究極的対立の回避可能性を秘めている。しかしながら、これらの公私区分論が具体的な憲法の私人間効力論の場面においてどのように応用されているのかは現時点では分からない。例えば、長谷部は私人間効力論について「判例・通説が間接適用説をとるのであれば、あえてそれに異を唱えるまでもない⁵⁴⁾と述べるにとどまっている。先の議論を斟酌すれば、この長谷部の「私人間適用に関する議論は、リベラリズムの立場からの必然的帰結というものではないであろう⁵⁵⁾という評価がなされている。「公的領域と私的領域を区分する」という立憲主義のプロジェクトが憲法の私人間効力論とどのように影響を及ぼしうるのか、ということはいまだ開かれた課題であろう。

2 公私区分の多重性

ここまで議論してきた公私区分論とは、リベラリズムの思想に基づくものであった。しかし、そもそも公私区分という発想それ自体がリベラリズムの特権であるとも思われぬ。また、リベラリズムがなす公私区分自体にも批判はある。たとえば、家族を私秘性の領域として脱政治化する公私区分の立場に対して異議を唱えているのはフェミニズムである⁵⁶⁾。あるいはプリユラリズムの思想に立つ

54) 長谷部・前掲注9) 141頁。長谷部は、「人権規定の私人間効力論の問題は、『法の支配』の射程の問題」として理解し、「法の支配の要請を満たした既存の法秩序を前提として成り立っている私人の行動に、国家が『人権』条項違反を理由にアドホックに、かつ事後的に介入し、法律行為の効力を否定することが妥当か否かという問題」と定義をしている。そして、「私人間適用が問題とされる場合、通常、一方の当事者は強大な社会的権力を有する株式会社、大学、労働組合等の法人」を想定している。この点で、長谷部の「人権規定の私人間効力」の問題意識は山本のそれに比べて「私人間」という観点から若干異なるところがあることに注意しなければならない(長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法学(3) 権利の保障 [1]』(日本評論社・1994) 60-1頁、参照)。

55) 渡辺康行「憲法の役割についての考え方」横田耕一・高見勝利編『ブリッジブック憲法』(信山社・2002) 31頁。

56) フェミニズムの公私区分批判の紹介については、中山道子『近代個人主義と憲法学』(東京大学出版会・2000)、が参考になる。フェミニズムの公私区分批判に対するリベラリズムの応答については、井上達夫『普遍の再生』(岩波書店・2003) 227-8頁、渡辺・前掲注55) 36-7頁、が参考になる。注意しなければならないことは、フェミニズムが批判している公私区分とリベラリズムのそれは必ずしも同一ではない、ということである。

松井茂記は、「何が公共的空間なのか、実は政治的な決定である」⁵⁷⁾と考えている。「私的な領域」それ自体を否定してはいないが、「政治から離れた『私的な領域』がアプリアリに保障されている必要はない」⁵⁸⁾と述べる。このように各論者がよって立つところの憲法理論は公私のベースラインの観点からも違いが生じていることが理解できる⁵⁹⁾。とすれば、どのような公私区分が憲法上議論されるのか、そして憲法の私人間効力論にどのように公私区分の議論が貢献しうるのかということが考えられなければならない。問題は何が「公的領域と私的領域を区分」するベースラインとなるか、ということになる。

この点、樋口が公私の関係について次の3つのあり得るベースラインを提起している⁶⁰⁾。

第1に、警察、交通、環境、財政、軍事、国際貢献など、さしあたって「公共」のイメージそのものが前面に出て来る領域であり、そこでは、そういった「公共」の内容を、さしあたり憲法理念を基準としてまず問いきると同時に、「私」による限定を加えてゆくことが問題となる。

第2に、「公共」と「私」がまさに綱引きをする領域である。教育、家庭、土地、報道の領域、政党。それぞれ、経済的自由、精神的自由によってまもられる

57) 松井茂記「プロセス的司法審査理論再論」佐藤幸治先生還暦記念『現代国家と司法権』（青林書院・1998）81頁。

58) 松井・前掲注57) 88頁脚注19。

59) 本稿で焦点を当ててきた憲法理論の他にも、市民的公共性ないし市民的公共圏をいかに位置づけるのか、ということも公私区分と密接に関係すると思われる。この点については、愛敬浩二「リベラリズム憲法学における『公共』」森英樹編『市民的公共圏の可能性』（日本評論社・2003）58頁以下、森英樹「憲法における公共性」法律時報63巻11号（1991）12頁以下、同「『憲法と公共性』再論」法律時報72巻1号（2000）137頁以下、本秀紀「『市民的公共圏』と憲法学・序説」法律時報73巻1号（2001）62頁以下、浦田一郎「憲法は公共性の基準になるか」法律時報63巻1号（1991）44頁以下、を参照。

60) 樋口陽一『近代国民国家の憲法構造』（東京大学出版会・1994）191-2頁。また、藤井樹也も同様の指摘を行っている。公私区分が想定している場面が多様であり、①個人のプライバシー領域を「私的領域」という場合、②個人の自己決定事項を「私事」という場合、③個人間の合意の自由を「私的自治」という場合、④経済的な取引作用を「私経済作用」という場合などが想定される。その上で、藤井の採る解釈学的アプローチからは、抽象的に公私区分の是非を論じるのではなく、この概念枠組みと具体的な場面との関連をつねに想定しながらその是非を論じる必要がある、という指摘がなされている（藤井・前掲注3）252-3頁）。

べき「私」の領域であるとともに、「公共」と深くかかわっている。

第3に、「私」そのものでありながら、深いところで「公共」とかかわらざるをえない領域。自己決定権、私事の自律的決定の問題。ここでは、何にもまして「私」の領域に根ざす自己決定権が、「公共」そのものを基礎づけるものとなっていると同時に、それ自体「公共」に吸いとられるかとられないかの、きわどい均衡の上に位置づけられて、重要な役割を託されている。

憲法における公と私の問題として以上の3点があげられる。もっとも、ここで注意しなければならないことは、それぞれのレベルの公私の区分が独立に争点となっているというわけではない、ということである。樋口の論考の題名（「日本国憲法下の公と私」（強調引用者））が的確に示しているとおりに、3段階に分けられた公私区分は憲法の体系性の中で整合的に論じることが要求されている。

では、ここまで分析をしてきたリベラリズムの公私区分論はどのレベルの議論に分類されるのだろうか。山本のリベラリズムの思想を基礎とする私的自治と公序良俗の関係については第3の自己決定権や私事の自律的決定に関するレベルであったように思われる。長谷部や阪口が問題としてきたリベラリズムがなす公私区分もこの第3のレベルに分類しうる⁶¹⁾。しかし、後者の議論は国家の正当性にまで及ぶ議論と通底する点において第1のレベルの議論の性格も有している。山本のリベラリズムと長谷部や阪口のリベラリズムには公私区分の観点からして若干の違いがありそうである。

そして、伝統的な憲法の私人間効力論は、第2の公共と私を綱引きをするレベルの公私区分とどうやら親密な関係にあったように思われる。このことは教育、家庭、土地、報道の領域、政党などが「社会的権力」としばしば関連するものであり、この場合の私的自治の概念は第3のレベルよりも広く捉えている。

61) もっとも、長谷部はプライバシー権論についても公私区分についても試論を展開している。それによれば、自己情報コントロール権としてのプライバシー権は、各人に、公的にかかわらない私的領域があることを前提とする。そして、具体的にどこまでが私的な生活領域であり、プライバシー権によって保護すべき情報の範囲かは、社会の慣習や通念によって決まる部分が大きく、私的領域の具体的な線引きの問題は、調整問題の一種と考えることができる。長谷部・前掲注50)第6章；同「表現媒体の変化とプライバシー」法学セミナー579号(2003)33頁、を参照。

しかし、伝統的な憲法の私人間効力論がこれらの公私の関係とどれほど自覚的に向き合ってきたかは疑問が残る。この点、先に若干ながら触れたとおり、伝統的な私人間効力論が想定していた公私のベースラインとは、公人と私人という「主体」のレベル、公法と私法という「法」のレベル、国家と社会という「領域」のレベルであったように思われる。ところが、主体・法・領域の観点からの公私のベースラインは憲法の私人間効力論にどのような帰結をもたらすのかの回答を示すのにもほとんど役に立たない。例えば、「主体」の公私区分について言えば、確かに「公人」と「私人」の区別は憲法99条の憲法擁護尊重義務の規定に対して素直であるかもしれないが、「公人」と「私人」の区別は今日相対化しつつあるように思われる⁶²⁾。また、「法」についても、「公法」と「私法」という分離が持つ便益がどれほどあるのかも甚だ疑問であるばかりでなく、民法の一般条項すらも運用によっては違憲となりうることを本稿は確認してきたのであり「聖域」なき司法審査論と「公法」「私法」の分離とは矛盾する可能性がある。さらに、この法の分離を反映した「領域」の公私区分についても、「国家」と「社会」を区分して、「憲法」が「国家」の基本法であると考えその基本姿勢は、決して超歴史的普遍的なものではなく、むしろ、極めて歴史的な特殊的概念区分だったのではないかと思われる⁶³⁾。

このような主体・法・領域の観点からではなく、とくに憲法の私人間効力論においては、「私的自治」の概念と「公序良俗」規範の公私のベースラインをどのようにして設定するか、ということが本質的には要求されている⁶⁴⁾。そして、同時にそのベースラインを基に3段階のそれぞれの公私区分をどのように憲法典の体系性の中に組み込んでいくのか、ということを考えなければならない。結局のところ、公人と私人、公法と私法、国家と社会という二分論が公私区分に妥当す

62) 憲法99条の解釈いかんによっては、憲法の「私人間」効力論のみならず、「立憲主義をめぐる型の選択の問題」にまで発展しうる（阪口正二郎「憲法尊重擁護の義務」高橋和之・大石真編『憲法の争点【第3版】』（有斐閣・1999）28-9頁）。

63) 松井・前掲注11) 55-6頁。

64) 「領域」、「主体」、「過程」の二元論ではなく、「理由」の二元論を基に公私区分の再定位を主張するものとして、井上達夫「他者に開かれた公共性」佐々木毅・金泰昌編『公共哲学5日本における公と私』（東京大学出版会・2002）148頁。また、卷美矢紀「公私区分」法学セミナー581号（2003）28頁以下、も参考になる。

るという単純な議論はもはや通用力を失ったとするならば、どのような形で公私区分を再構成し、その公私のベースラインを基に憲法の射程の問題を考えていくのかが問われている。

IV 憲法の私人間効力論の根底にあるもの

本稿では、憲法の私人間効力論の根底にあるものを追究してきた。そして、想定されうる中の1つの回答として、憲法の私人間効力の根底にあるものとは公私区分である、という帰結に至った。このことは、「私」を保護し、その観点から「公」を制約するという立憲主義の基本的な立脚点を憲法の私人間効力論の場面において問い直したことだけなのかもしれない。しかし、従来の憲法の私人間効力論は、冒頭で述べた憲法の定義にまで遡って立憲主義を問い直す作業をしてこなかったように思われる⁶⁵⁾。憲法の私人間効力論においては、外国における法理の直輸入ということがしばしば見られた。ここでも立憲主義は無視されている。国家・社会・個人をめぐるのは、アメリカ、ドイツ、フランスではそれぞれ異なる位置づけが行われ、その中で立憲主義の形が醸成されてきた。そして、伝統的な憲法の私人間効力論もその過程でそれぞれの立憲主義に準じてそれぞれ法理を形成してきたことが指摘されている。憲法の（人権規定の）私人間効力論が、「いかに憲法や人権の本質、または国家・社会・個人の関係、あるいは憲法裁判のあり方など、重要な基本的課題に連なっているか、またそれが、いかにそれぞれの国の歴史と伝統に依存するところが大きいか」⁶⁶⁾ということがここで改めて指摘されなければならない。このような、国家・社会・個人の間を問うことなしに、結論の妥当性にプライオリティーを与える議論は立憲主義の形を歪めるこ

65) 高橋和之は憲法の定義を行なった上で、次のように述べている。「憲法とは、国家が人権保障を展開する法的なプロセスを規定するものである。ゆえに、憲法の、そして憲法上の人権の、名宛人は国家であり、私人間の法関係を規律するものではない。これが、近代以降の立憲主義の憲法観・人権観であり、もし憲法規定を私人間に直接あるいは間接に適用することを欲するならば、それにより立憲主義がどのように、どの程度変容を受けるかを慎重に見極める作業が必要となろう。」高橋・前掲注16) 146頁。

66) 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』（有斐閣・1999）232頁。

67) 樋口陽一『憲法近代知の復権へ』（東京大学出版会・2002）14章。

とになってしまうであろう⁶⁷⁾。少なくとも、原則間接効力説、一部の条文については直接効力説あるいは無効力説、事実行為にはステイト・アクションの法理という複雑な見解が想定するところの日本国憲法にとっての立憲主義とはどのようなものなのかにはわかには想像できない。だからこそ、立憲主義を問い直す過程で、憲法の私人間効力論の根底にある公私区分を探求していくことが必要とされているのではなかろうか。