

私人間効力論における憲法と立憲主義

榎 透

- I 出発点
 - 1 立憲主義
 - 2 私人間効力論
 - 3 長谷部による高橋説評
- II 高橋和之の無適用説
 - 1 間接適用説の問題点
 - 2 高橋による無適用説の再興
- III 長谷部恭男の私人間効力論
 - 1 私人の予測可能性の犠牲
 - 2 憲法上の権利条項の性格と私人間効力論
- IV 憲法・立憲主義・私人間効力論
 - 1 対公権力性へのこだわり
 - 2 再び立憲主義
 - 3 道徳と人権

I 出発点

1 立憲主義

立憲主義とは、国家権力を制限すべきである、換言すれば、憲法に基づいて統治をすべきであるという考え方である¹⁾。それ自体は中世にも存在

1) 立憲主義については、多くの文献があるが、佐藤幸治『立憲主義について 成立過程と現代』（左右社、2015年）をあげておく。立憲主義の簡単な説明としては、拙稿「近代立憲主義」君塚正臣編『高校から大学への憲法』（法律文化社、2009年）19頁以下。

立憲主義は権力制限という意味では共通点があるが、詳細に言えば、①政治権力を制限し、正義を実現する思想（広義）、②国家権力を憲法によって制限し、それ

したが、特に国家権力を制限して国民の自由・権利を保障する考え方は、近代の産物であり、近代立憲主義ともよばれる。憲法（立憲の意味の憲法）は、近代立憲主義に基づき、何よりも個人を大切に考え（個人の尊重）、国家が恣意的に私的領域へ介入することを抑止し、国民の自由・権利を保障するための法である。

近代立憲主義は、この世の中には様々な人、様々な考え方が存在することから、それらが共存できるように、「みんな」が関わる公的な領域と、個人の生き方に関わる私的な領域とに分けた上で、公的な領域については、理性的な議論を通じて多様な価値から必要な施策にまとめることが必要となる。そして、それが適切に行われるように、法による公権力の統制が行われる。これに対して、私的領域については各人の判断に委ねられる。憲法も、このような世界観を前提にしている。

2 私人間効力論

憲法が国家権力を制限する法であるとすれば、私的な権力を制限する役割を憲法は担うのであろうか。現代社会は、大企業やマスメディアといった私人による人権侵害が多く、これらの侵害に対する被害者の救済が求められていることも事実であろう。このような問題に対応すべく登場したのが、いわゆる私人間効力論である。これは、憲法上の人権規定が私人間にも適用されるかどうか、また適用されるとしたらどのような形で適用されるか、あるいは憲法上の人権規定が私人間にも効力を及ぼすかどうか、また及ぼすとしたらどのようにして効力を及ぼすのかという問題を論じるものである。

によって国民の権利・自由を確保しようとする思想（狭義）、③②に基づき、それを実効的に担保するために、特に違憲立法審査の制度・機関を設けるべきであるという思想（最狭義）があり、憲法学では②の意味で使用することが多い。南野森「立憲主義」同編『憲法学の世界』（日本評論社、2013年）4-5頁。

学説の伝統的な整理によれば、憲法上の人権規定は私人間に適用されないと考える無適用説（無効力説）と、適用されると考える適用説とに分かれる。さらに後者は、私法の一般条項を媒介にする間接適用説（間接効力説）と、憲法上の人権規定が直接私人間にも適用される直接適用説（直接効力説）とに分かれる。この分野における膨大な研究業績からして、戦後憲法学はこの問題を重要な課題として取り組んできた²⁾。

いずれの学説も、憲法が国家権力を制限する法であることは共通している。しかし、憲法がそれ以上の役割を担うか否かという点では、国家権力に対する制限に限定する無適用説と、憲法の射程を私的権力にまで拡張する直接適用説とでは、正反対の対応が採られる。間接適用説は、民法90条等の私法の一般条項を解釈・適用する際に、憲法の趣旨や価値を反映させることで、私人間の人権保障の実現を図るものであって、憲法観の転換は無いことになっている。

この間接適用説によれば、私人間に適用するものは、憲法上の人権規定ではなく、あくまでも法律上の規定である。これは、憲法上の規定が私人間に適用できるとしても、それは間接的に適用できるに過ぎないことを意味する。そして間接的に「適用」というのは、私法の一般条項に憲法上の人権規定の趣旨や価値を反映させることに尽きる。このように理解すれば、無適用説は私人間の問題に私法の一般条項を適用して解決する場合でも、当該条項に憲法上の人権規定の趣旨等を反映することさえも認めないものと言える。

3 長谷部による高橋説評

間接適用説と無適用説との間には差異が存在するというのが、大方の理解であろう。憲法学説の中で長い間忘却されていた無適用説を復活させた

2) 学説の分布を俯瞰できるものとして、君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008年）。

高橋和之も、論文『『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない——人権の第三者効力論における「無効力説」の再評価³⁾』の中で、従来の通説とも言える間接適用説と自説とを区別していた。

しかし、長谷部恭男はこうした理解に対して以下のように述べる。

彼〔高橋和之〕の立場と間接効力説との実質的差異はほとんどない。残るのは……公権力の統制手段としての憲法の性格をどこまで強調するかという象徴的差異となろう⁴⁾。

無適用説と間接適用説、直接適用説という3つの説は、憲法が何らかの形で私人間に影響を及ぼすという観点からは、直接適用説と間接適用説がその特徴を共有し、無適用説が2つの適用説と区別される（無適用説／間接適用説、直接適用説）。実際に、直接適用説と間接適用説は具体的事件を解決する上で差異が無いと考え、法技術的な問題と捉える学説が存在する。これまで、私人間効力論における学説の中で、間接適用説と直接適用説の差異は無いという見解は多かった⁵⁾。これに対して、長谷部は間接適用説と無適用説との間に実質的な差異がほとんど無いと言う。そこで本稿では、私人間効力論に関する高橋説と長谷部を概観して、私人間効力論における高橋説と長谷部説の共通点と相違点を検討し、両説の特徴を見てみよう。

3) 高橋・ジュリスト1245号（2003年）137頁以下。

4) 長谷部恭男『続・Interactive 憲法』（有斐閣、2011年）20頁の注27）。

5) 今村成和『人権と裁判』（北海道大学出版会、1973年）70頁、中村睦男『社会権の解釈』（有斐閣、1983年）324頁など、多くの文献がある。

II 高橋和之の無適用説

1 間接適用説の問題点

高橋和之が唱える無適用説の特徴を見る前に、日本の私人間効力論の「通説」化⁶⁾に寄与した芦部信喜の見解を見ていこう。

芦部は、憲法の対公権力性を維持する一方、憲法上の人権規定における私人間効力を肯定する。彼は私人間効力論を推進した「最大の理論的支柱」として、3つの事柄を指摘する。①「社会的権力」による人権侵害の存在、②全法秩序の基本原則としての人権の観念、すなわち、第2次世界大戦後「人権規定が社会生活の基本的な価値秩序、したがって公法・私法を包括した全法秩序の基本原則、を定めた」こと、③伝統的人権観念の歴史性、すなわち「国家に対する防禦権＝人権」という図式の歴史性をあげる。③については、18世紀人権宣言が「全法秩序の総括的な原則を宣明し、全法秩序に対して妥当性を要求するものであった」と説明する⁷⁾。

その上で、「公法（公権）と私法（私権）との二元性と私的自治の原則を尊重しながら、人権規定の効力拡張の要請を充たす法的構成をこころみる」こと、また「人権にとって最も恐るべき侵害者はなお国家権力だからである。とくに、価値観が多元化した現代国家においては、政権の座にある多数者の恣意から少数者の権利・自由を擁護するため、人権の対国家権力性（防禦権）の本質的意味はその重要性を増した」と言えることから、直接適用説ではなく、間接適用説を採用すべきである⁸⁾と考える。

6) 芦部が示した到達点は、基本的に間接適用説の立場に立った上で、「『直接適用説か間接適用説か』の二者択一で割り切らず、権利・自由や人権を侵害する私的行為の性質に応じて、個々具体的に多様な角度から、人権保障の精神を実現するような法的構成をこころみる」というものである。芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）290頁。

7) 同上281-282頁。

芦部が採用した間接適用説は、憲法の人権規定を全方位に妥当する「社会生活の基本的な価値秩序」と捉えていることから、私人間に憲法上の人権規定の間接適用ができると考えているが、このことと憲法が対公権力の性格を持つ法であることとの関係が不明確である。なぜ対公権力の性格を持つ憲法上の人権規定が、どのような理屈によって当該規定の価値や趣旨を私法の一般条項に充填できるのか、という点についての説明が不十分である。高橋もこの点について、日本の間接適用説は「対国家的性格を有する人権が、そのまま私法の一般規定（民法90条）の意味内容を充填するという構成が採られたのである。しかし、憲法上の人権が対国家的権利であるとすれば、民法90条の公序良俗を媒介することによって、それがなぜ対私人的権利に転化するのかの説明はない」と述べている⁹⁾。

2 高橋による無適用説の再興

間接適用説が基本的に通説となった後、憲法上の人権が私人間には及ばないとする無適用説は克服された学説であると思われていた。しかし、フランス革命期の人権思想をモデルとして無適用説を復活させたのが、先に示した高橋の論文¹⁰⁾であった。

彼によれば、フランス革命期の人権思想をモデルとした無適用説は次のように説明される。1789年フランス人権宣言は近代自然思想を基礎とした

8) 同上289頁。芦部は、日本の間接適用説が、ドイツの学説・判例、特にデューリッヒ説の影響を受けているとした上で、デューリッヒが「国家権力に対する防禦権としての人権という伝統的観念と、『憲法の基本権体系に対する私法の原則的な独自性と自律性』を保持することの必要性を強調し、公法（基本権）・私法（私権）の二元主義の立場を採りつつ両分野の『法道徳』における統一を確保しようとして、間接効力説を説いたと説明している。同295頁。

9) 高橋・前掲注3)141頁。

10) 高橋・前掲注3)。この論文のほかにも、高橋には、「私人間効力論再訪」ジュリスト1372号（2009年）148頁以下、「人権の私人間効力論」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）1頁以下などがある。

ものであることから、論理上「対国家的権利」ということはあり得ず、誰に対しても主張できる権利である。人権宣言は「憲法ではなく、これから制定しようとする憲法が依拠すべき原理を定めたもの」である。そして憲法、例えば1791年憲法は、人権宣言と前文に続けて、様々な権利を「自然的・市民的権利」として保障し、「これにより、自然権は『憲法上の権利』に変換された」。しかも、権利間の衝突を想定し、それを法律で調整するというのは、人権宣言4条で想定していたものを、91年憲法が憲法化したのである¹¹⁾。

このように、自然権は「すべての個人が誰に対しても主張しうる」ものとして持っている。その自然権を守る目的で国家が設立された。ゆえに国家は人権を保護・尊重する義務を引き受ける。この目的のために憲法が作られることから、「憲法上の人権」の名宛人は国家となる。他方、「私人間における自然権の衝突の調整、すなわち自然権の保護は法律により行う」。「法律が自然権の調整を行うという観念であるから、法律の解釈に自然権思想が事実上反映したであろうことは当然推測される」¹²⁾。

そして、高橋によれば、国家権力を制限する近代立憲主義の論理を維持・貫徹する立場から、間接適用説は「対国家性」を前提とする憲法観と両立しない。それは、間接適用説が私法の一般条項に憲法価値を読み込む作業において、「憲法上の人権が、実は私人間においても何らかの効力をもつのだということを、こっそり前提にしている」からである¹³⁾。

そして、私人間の具体的事案において、私法の一般条項に価値充填される人権とは、「憲法上の人権」ではなく、自然権である。ゆえに憲法上の人権規定は私人間に及ばないのである。その上で、高橋は次のように言う。

11) 高橋・前掲注3)137-139頁。

12) 同上139頁。

13) 同上142頁。

フランス・モデルによれば、憲法を頂点におく日本の実定法システムは、自然権的価値としての人権を保障するメカニズムを確立しているのであり、私人間における人権保障は民法を中心とする私法によりなされる。ゆえに、私法の解釈は人権価値に適合的になされねばならない。ただし、ここで人権価値に適合的に解釈するというのは、憲法の想定する実定的な人権価値に適合的に解釈ということ……では、必ずしもない。解釈基準となるのは自然権的な人権価値であり、「憲法上の権利」としての人権価値ではないのである。……裁判所が〔民法〕90条解釈の基準にするのは、当然自然権としての人権のはずである¹⁴⁾。

したがって、裁判官が私法の一般規定の解釈をする際に利用する人権とは、自然権である¹⁵⁾。

高橋が「自然権」に注目するのは、「実定法システムが実定法を論理的に超える性質をもつ価値の実現のための手段であるという」論理構造である。憲法が目的とする「個人の尊重」は、「憲法を超える価値であり、憲法を道徳哲学的に根拠づける価値である」。しかし、憲法13条はこの価値が社会の構成原理として採用されたものとして推測させるものであるが、憲法上の規定であることから国家を法的に拘束するに過ぎない。私法も民法1条の2で「個人の尊厳」を規定し、同様の道徳哲学的価値を私人間においても実現することにしたものであると理解される¹⁶⁾。つまり、「個人

14) 同上144-145頁。なお、高橋は無適用説にもフランス革命期の人権理論とドイツ公権論に基礎を置く2種類のものがあると指摘する。彼によれば、前者は私人間における人権衝突の存在が想定されていることから一般条項の解釈適用の際にその調整を図ることができるのに対して、後者は私人間における公権の衝突が理論上は想定されていないことから、一般条項に読み込む人権が存在せず、そのため私人にも何らかの効力を及ぼさう「法的価値」を定立する必要があったとして、両者の違いを説明する。

15) 同上141-142頁。

16) 同上145-146頁。

の尊重」という原理が憲法と民法の背後に指定され、その原理が国民対国家の領域では憲法に、また、私人間の領域では私法に導入されたものと理解するのである。

Ⅲ 長谷部恭男の私人間効力論

1 私人の予測可能性の犠牲

次に、長谷部の私人間効力論について見ていこう。長谷部は人権規定の私人間効力論を「法の支配」の射程の問題として理解する。ただし、彼の言う「法の支配」は、憲法学で通常指摘される法による権力の統制という意味ではない。それは、「法が公示され明確であること、不可能な行動を要求しないこと、法が遡及せず事後立法が禁止されること……、個別の法が一般的抽象的な法に基づいて定立されること、独立した裁判所による適法性審査へのアクセスが保障されていることなど、一国の法秩序において、法が法として機能するための条件、言い換えれば人が法に従いうるための最低限の条件となる要請である」¹⁷⁾。そして、「法の支配」の下で重要なことは、各人が行動する上で予測可能性が保障されていることであって、彼は次のように指摘する。

私人間効力論の最大の問題は、……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介入し、法律行為の効力を否定したり自由な行動領域を狭めたりすることが妥当か否かという問題である。……

既存の私法秩序を前提とする私人の法的行為の効力……の判定に際して、憲法上の権利条項を考慮に入れることは、それだけ私人の予測可能

17) 長谷部恭男『憲法 [第6版]』(新世社, 2014年) 127-128頁。

性を損なうことになる[が、これを犠牲にしても]私人間での権利保障を促進すべき場面は当然ありうる。

もし、それを基本的に肯定するのであれば、それを憲法規定の直接的な適用の結果として説明するか、それとも民法90条をはじめとする私法上の一般条項の解釈適用として処理するかは、実はさほど重要ではない¹⁸⁾。

以上のように、長谷部によれば、人権規定の私人間効力論の問題は、私人の予測可能性を犠牲にしても権利保障を促進されるべき場面であるか否かという問題に変換される。そうであれば、私人の行為に介入するのが、私法の一般条項であろうが、憲法上の権利規定であろうが、それはさほど重要な問題ではない。ゆえに、その意味で間接適用説と直接適用説の対立は重要性を持たない。

2 憲法上の権利条項の性格と私人間効力論

長谷部によると、法に従って行動する私人が、人権保障という理由によって、自らの行動の予測可能性を阻害されうるのは、憲法上の権利規定が他の法律上の規定と異なり、「法の支配」の要請とは衝突する性格を持つものだからである。

日本国憲法の基本権条項が、具体の事案の結論を明確に指示するような準則(rule)じゃなくて、原理(principle)だっていうこと、……クリアーな実定法だけに基づいて事案を解決すると人々の基本的な自由や平等を害することになるから、そういった場合には、法外の社会的道徳を勘案して解決策を探れっていっている条項だっていうことは……みんな同

18) 同上128-129頁。

意してること、しかも、そうした事案の解決の仕方が「法の支配」の要請とは衝突しうることも、これまたみんな分かっていることよね¹⁹⁾。

このように、日本国憲法上の権利規定が「法外の社会的道徳を勘案して解決策を探れていっている条項」というのは、同規定が準則ではなく原理であることに基づく。all or nothing という形で明確な解答を与える準則と異なり、原理は一定の方向性を示すに過ぎない。それは「どうすべきか明確に指示する実定法というよりは、その社会で広く受け入れられている道徳というべきもの」である。ただし、ここで言う「道徳」とは「個人としていかに生きるのが『善い生き方』かっていうレベルの道徳じゃなくて、人と人の関係を律する社会的道徳」のことである²⁰⁾。

間接適用説とは……「憲法の精神が間接的に効力を及ぼす」とするもので……、概括条項の解釈適用にあたって憲法の精神の勘案を求めるものではあっても、憲法の規定の「適用」を求めるものではなかった。憲法上の権利規定は、具体的事案の解決にあたって実定法外の道徳の領域の参照を求める。民法90条等の私法上の概括条項の解釈適用にあたって、実定法外の道徳原理が参照される点に変わりはない……。間接適用説が描いているのは、私法上の概括条項の解釈適用にあたって参照される道徳原理は、憲法上の権利規定が参照を促す道徳原理と同根のものであり、したがって、憲法上の権利に関する理論や先例は十分に参考に値するという事態である²¹⁾。

このように長谷部説は、私人間における憲法上の権利規定の間接適用に言

19) 長谷部・前掲注4)17頁。なお、傍線は榎による。

20) 同上14-15頁。

21) 長谷部・前掲注17)133-134頁。なお、傍線は榎による。

う「適用」について、憲法上の権利規定の趣旨や価値の「充填」という言葉を使わずに、「参考」という言葉を用いる。「充填」と「参考」の異同は詳らかではないが、どちらも私法の一般条項の解釈適用に対して、憲法上の権利規定が何らかの形で影響を及ぼすものであることから、両者は概ね同様の効果を持つものと本稿では理解しておく²²⁾。「参考」にされるのは、憲法上の権利に関する「理論」や「先例」である。そして、このような「参考」が可能なものとなるのは、実定法外で参照される道徳原理が、憲法でも私法でも同根のものであることに求められる。

このような理解に基づくと、私人間効力論が問題とするような具体的事案において、憲法上の権利規定を適用して解決するのも、私法上の概括条項を適用して解決するのも、結局のところ、実定法外の道徳原理に参照を求めることになるので、両者に違いは無い。それゆえ、長谷部は、私人間効力論をめぐる学説の争いに必ずしも大きな意味を見出さないのである。

22) 男子孫入会権事件（最判2006年3月17日民集60巻3号773頁）を参照されたい。

これは、ある林野の入会権を有していた部落住民の女子孫である原告らが、当該入会地を公有財産等として管理・処分等を行う被告に対し、被告の正会員の資格を当該部落住民の男子孫に限るとした会則規定（本件慣習のうち入会権者の資格を世帯主及び男子孫に限り、A部落民以外の男性と結婚した女子孫は離婚して旧姓に復しない限り資格を認めないとする部分）は、専ら性別のみを理由とする不合理な差別を定めたもので、憲法14条1項、民法1条の2に違反し、同法90条により無効であると訴えた事案である。最高裁は、本件慣習のうち、男子孫要件は、何ら合理性を有さず、専ら女子であることのみを理由として女子を男子と差別したものというべきであり、民法90条の規定により無効であると解するのが相当であると判断した。ただし、最高裁は「男女の本質的平等を定める日本国憲法の基本的理念に照らし、入会権を別異に取り扱うべき合理的理由を見いだすことはできないから、……男子孫要件による女子孫に対する差別を正当化することはできない」としている。種々の解説によると、この箇所は間接適用説の立場であると説明される（松並重雄・最高裁判所判例解説民事篇平成18年度395頁、佐々木雅寿「入会権者の資格要件と平等原則」ジュリスト1332号（平成18年度重要判例解説）13頁など）。

IV 憲法・立憲主義・私人間効力論

1 対公権力性へのこだわり

直接適用説，間接適用説，そして無適用説に差異が無いと理解することが正しければ，それは私人間の具体的問題を解決するのに適切な私法上の規定が存在しない場合に，民法をはじめとする私法の一般条項を経由しようと，憲法の人権規定を適用しようと，差異が無いということである。しかし，この場合でも，憲法をどのような法と考えるかで，違いが生じる。この点で，直接適用説は私的権力をも制約する憲法観に転換する。間接適用説は，憲法が私的自治内の調整を図る役割を持つものであるが，憲法の対公権力性を維持する。

高橋の説く無適用説は，私人間の問題を解決する上で具体的な法律上の規定が無い場合に，憲法上の権利規定ではなく，私法の一般条項を適用する。しかも，その一般条項に価値を読み込む際の人権は，憲法上のそれではなく，実定法外の自然権である。彼は対公権力という憲法観を前提としているという間接適用説に対して，それを貫徹していないと批判する。

これに対して，同様の場合において，憲法上の規定または私法の一般条項の解釈適用の際に実定法外の道徳原理を参照し，ゆえに憲法の先例や理論を参考可能とする長谷部は，I 3で見たように，「彼 [高橋和之] の立場と間接効力説との実質的差異はほとんどない」とする²³⁾。両者は，間接適用説に対する態度を異にするものの，私人間の具体的事案を解決する上で，自然権や道徳といった実定法外のものを参照することに共通点を見出せる。

そうすると，高橋説と長谷部説の相違点は何であろうか。長谷部によれ

23) 長谷部・前掲注4)20頁の注27)。

ば、無適用説と間接適用説について、「残るのは……公権力の統制手段としての憲法の性格をどこまで強調するかという象徴的差異」²⁴⁾ということになる。この点、長谷部は少なくとも実体面では直接適用説、間接適用説、無適用説に差異を見出さないことから、公権力のみを縛るという憲法典の性格を重視していない。ゆえに高橋説と長谷部説についても、「公権力としての憲法」にどこまでこだわるのか、憲法の役割をどのように考えるか、という点に相違点があると言えよう。

対公権力性という憲法観をどの程度重視するかは、日本社会における国家の存在をどう見るかという点に関係する。国家を、現在でもなお国民の人権を侵害する脅威の存在というのを強調するか、それとも、国民の人権を保護し安全・安心を保障するための存在というのを強調するかによって、憲法に求める役割も変わるであろう²⁵⁾。

2 再び立憲主義

それでは、何のために対公権力性を強調するのだろうか。この点については、長谷部が言及する立憲主義に注目したい。彼によれば、憲法は（近代）立憲主義という目的を実現するために作られた手段である²⁶⁾。彼は私

24) 同上。

25) 国家観の変貌については、横田耕一「日本の憲法状況と憲法学」流経法学10巻1号（2010年）14-15頁。この点に関する私の認識は、拙著『憲法の現代的意義——アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに——』（比較社会文化叢書Ⅱ）（花書院、2008年）177-181頁。なお、芦部信喜はかつて公法学会の50年記念講演において、国の基本権保護義務論に対する危惧を表明する文脈であるが、「どの問題を考える場合でも、防禦権としての人権論を原則ないし基本に置かないと、日本の伝統と戦後の憲法状況の下では、人権に不当な国家権力の介入を招く恐れが大きくなるのではないかと述べた。芦部信喜『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999年）230頁。これは現在でも人権論を考える際の重要な指標とするべきである。

26) 例えば、長谷部恭男『憲法の imagination』（羽鳥書店、2010年）173-174頁。それゆえ長谷部は、立憲主義に反する憲法典の解釈は採られるべきではないと言う。その代表的な例は、自衛隊の憲法9条適合性を巡る議論である。通説は、自衛隊が

人間効力を論じる文脈で、立憲主義について次のように説明している。

長谷部恭男は、立憲主義という観念は法による公権力の統制にとどまるものではなく、憲法を超えて社会全体に妥当する政治道徳としての側面を持つとの立場をとる。……他方で、高橋教授は、立憲主義の要点は、あくまで法による公権力の統制にあると考えており、彼が無効力説を提唱する前提にもこうした「立憲主義」理解がある。ただ、……憲法による公権力の統制も、あくまで、憲法の指示に基づく道徳的配慮による公権力の統制だということになり、それを「法の支配」として理解することが妥当か否かについては、疑問の余地が残ることになる²⁷⁾。

上の立憲主義は、長谷部の言う近代立憲主義のことである。そしてその下では公私が区別される。すなわち、「私的領域では、人は各自の価値観に基づいて自由に生きる。公的領域では、どんな価値観を持つ人にも共通する全体の利益を実現するため、各自の価値観を脇に置いた、理性的な審議と決定が求められる。それを支える仕組みが、権利や自由であり、権力分立であり、憲法典による権力の組織と規制である」。このように公私の

憲法9条2項によって保持が禁止される「戦力」に該当し違憲であるとする。これに対して長谷部は、次のように説明する。

「絶対平和主義に基づく9条理解は、それ自体が近代立憲主義と矛盾する。憲法典の規定は、多様な価値観の公平な共存という立憲主義の究極の目的に照らしてその意味を確定すべきであり、手段であるはずの憲法典にこだわって、それを自己目的化する解釈をとるべきではなかろう。硬直的に憲法典を解釈すれば摩滅してしまうが、その解釈はそもそも立憲主義に反している」。前出『憲法のimagination』174頁。なお、長谷部恭男「平和主義と立憲主義」『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）12-13頁も同旨。

憲法典と立憲主義を区別する立場に立つ場合において、立憲主義を憲法典に優先させるのであれば、極論すれば憲法典は必要のないものになるだろう。

27) 長谷部・前掲注4)20頁の注26)。なお、傍線は梗による。

区別を前提として、特定の生き方・人としての正しい生き方を強制することは許されないという社会のあり方を示したのが、近代立憲主義である²⁸⁾。

もっとも、こうした公私区分によって多様な価値観を持つ人びとの共存できる社会を構築することは、おそらく多くの憲法学者が承認することであろう。立憲主義の要点を公権力の統制に考える場合でも、公権力が統制されるべき理由は、公的な領域において民主主義が機能するように、また、私的な領域においては個人が善き生を追求できるように、個人の権利や自由を保障し、そのための統治機構を整えることにある。

それでは、長谷部の理解する立憲主義は、私人間効力論にどのような意味を与えるか。対公権力という点にその要を見出す立憲主義の下では、Ⅲ2で見た道徳原理の同根という理由だけで、私人間の具体的事案に憲法上の権利規定（の理論や先例）を参考にできるとは言えないであろう。対公権力性を重視した立憲主義観に基づくと、国家対私人と私人間という異なる領域を同じように扱うのは、説得力を欠く。長谷部は、対公権力にとどまらず、多様な価値観を持つ人びとが共存できる社会を作るという意味での立憲主義を採用することによって、このような論理を導出できたと思われる。

3 道徳と人権

いわゆる私人間効力論において、長谷部も高橋も実定法外のことを登場させる点に共通点がある。高橋説では、民法の一般規定の公序良俗に充填する人権価値は「個人の尊重」に根ざす、実定法を超える自然権である。すなわち、実定法上のものでない権利・自由、例えば言論・出版・宗教の自由、身体的自由、集会の自由などが私法の一般条項に充填される。また

28) 長谷部・前掲注26)『憲法の imagination』173-174頁。長谷部によれば、中世立憲主義と近代立憲主義は、価値観・世界観の多様性を前提とするか否かで区別される。

長谷部説は、私人間の具体的事案について実定法外の道徳を参照することでその解決を目指し、その際に憲法上の権利に関する理論や先例を参考にすることができる²⁹⁾と述べる。

ただし、長谷部の場合、憲法上の権利規定がそもそも法外の社会的道徳を勘案して解決策を探る条項であって、しかも、道徳とはその社会で広く受け入れられているものだと理解する²⁹⁾。これでは、その道徳が常識や社会通念といったものと、ほとんど変わらなくなる可能性が生じるのではないか。このような理解が正しいとすれば、少数者の人権が、道徳や常識、社会通念という名の多数者の論理によって、押しつぶされることもあり得る。しかし、人権が社会の多数者に抗してでも守らなければならないものだ³⁰⁾とすれば、こうした論理には疑問が残る。

(付記) 本研究はJSPS 科研費24730028の助成を受けたものある。

29) 法と道徳に関する長谷部の理解については、長谷部恭男『憲法とは何か』(岩波書店, 2006年) 132-139頁。