

憲法における「私人間効力」の日米英比較研究
- 「私人間無適用・水平的効力」という立場の意義-

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2019-07-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 平松, 直登 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/20236

明治大学大学院法学研究科
2018年度
博士学位請求論文

憲法における「私人間効力」の日米英比較研究

——「私人間無適用・水平的効力」という立場の意義——

Comparative Study on Horizontal Effect of Constitutional Rights
between Japan, the U.S. and the U.K.

学位請求者 公法学専攻

平 松 直 登

◇目 次

序 章	1 頁
1 問題の所在	1 頁
2 本論文の構成	5 頁
第1章 アメリカ——〈憲法上の権利条項＝私人間無適用〉という立場の意義	8 頁
第1節 〈憲法上の権利条項＝私人間無適用〉という立場の基礎	8 頁
1 〈憲法上の権利条項＝私人間無適用〉という立場	8 頁
2 垂直的な〔vertical〕立場と「水平的〔horizontal〕効力」	10 頁
3 小 括	12 頁
第2節 ステイト・アクション概念の源流	12 頁
1 Civil Rights Cases までの流れ	12 頁
2 ステイト・アクション概念の源流	22 頁
3 Civil Rights Cases の再検討	26 頁
4 小 括	29 頁
第3節 ステイト・アクション法理の展開	31 頁
1 ステイト・アクション法理とその分類	31 頁
2 1940～1960 年代におけるステイト・アクション法理	35 頁
3 1970 年代以降におけるステイト・アクション法理	40 頁
4 小 括	47 頁
第4節 ステイト・アクション法理と「水平的効力」	48 頁
1 ステイト・アクション法理における理論上の混乱	48 頁
2 ステイト・アクション法理の再構成論	55 頁
3 ステイト・アクション法理と「水平的効力」	59 頁
4 小 括	65 頁
第5節 本章のまとめ	66 頁
第2章 イギリス——〈人権規定＝私人間無適用〉という立場の現代的展開	68 頁
第1節 1998 年人権法の基本構造	68 頁
1 1998 年人権法における垂直的〔vertical〕アプローチ	68 頁
2 1998 年人権法における「議会」と「裁判所」	71 頁
3 小 括	75 頁
第2節 1998 年人権法における“public authority”概念	77 頁
1 1998 年人権法における“core public authority”	77 頁
2 1998 年人権法における“hybrid public authority”	80 頁

3 小 括	90 頁
第3節 <「公的機関」としての裁判所>の意義	92 頁
1 1998年人権法における「水平的効力」の諸相	92 頁
2 <「公的機関」としての裁判所>と「水平的効力」	97 頁
3 小 括	108 頁
第4節 私法の「条約適合的解釈」	109 頁
1 1998年人権法上の「条約適合的解釈」の意義と限界	109 頁
2 私法の「条約適合的解釈」	116 頁
3 小 括	120 頁
第5節 本章のまとめ	121 頁
第3章 日本——憲法の「私人間効力」論の再構成	123 頁
第1節 従来の学説における「私人間効力」の論じ方	123 頁
1 従来の学説	123 頁
2 諸学説の検討	131 頁
3 小 括	135 頁
第2節 判例における「私人間効力」の論じ方	136 頁
1 三菱樹脂事件最高裁判決	136 頁
2 判例における「私人間効力」の論じ方	139 頁
3 小 括	143 頁
第3節 「私人間無適用・水平的効力」という立場	145 頁
1 近時の「私人間効力」に関する再構成論	145 頁
2 「私人間効力」論の整理のための新たな視角	150 頁
3 「私人間効力」論の存在意義	156 頁
4 小 括	166 頁
第4節 本章のまとめ	168 頁
終 章	170 頁
参考文献一覧	173 頁

注 記

- 本論文では敬称はすべて略させていただいた。
- 引用文中における「……」は筆者による省略を示している。
- 引用文中における〔 〕内は筆者による補いを示している。
- 漢数字は、成句や固有名詞等に使われているものを除いて算用数字に改めている。

序 章

1 問題の所在

(1) 従来「私人間効力」論

通常、我が国では、「私人間における人権の保障と限界」といった項目の下に、憲法における「私人間効力」に関する議論が紹介・検討されている¹⁾。この「私人間効力」論は、『『社会的権力』による人権侵害からも、国民の人権を保護する必要があるのではないか〔傍点原文〕』という問題関心を出発点に置き²⁾、「全法秩序の基本原則としての人権の観念」や「伝統的人権観念の歴史性」といった「人権観念の考え方の転換」を理論的支柱として展開されてきた³⁾。従来通説的見解の論者として挙げられる芦部信喜は、以下のように主張している。

「人権の本質が、……国家権力に対する市民の防禦権であるとか、人権と私権との間に理論的な関係が存在しないという理由によって、直ちに人権保障規定の私人間における効力を全面的に否定することはできない。国家に対抗し統治者を制約する手段と考えられた自由の理念は、かつての地歩を失い、ある場合には国家の干渉と統治者の活動が自由の保障手段として大きな意義をもつに至ったし、さらに、かつてはもっぱら公権力による侵害の脅威の下にあった個人の自由は、国家だけでなく、とくに社会的権力（soziale Mächte）によって、より多くより広汎に脅かされるという新しい事態が現出しているからである。このように、20世紀の社会的環境が近代的な人権の宣言された18世紀末のそれと様相を全く異にしていること、ここにそれに適応する新しい人権理論への強い要請が生ずる最大の理由があろう。〔傍点原文〕」⁴⁾

端的に言えば、資本主義の高度化に伴って「社会的権力」による「人権侵害」が問題となったが、現実の議会は利害対立が激しいことから私人間の人権保障に適切な法律の不存在という事態が生じることとなり、「人権規定の私人間への適用が憲法で明記されておらず、さらに、立法によって具体化されていない場合に、憲法解釈による人権規定の適用の有無が問題となる」⁵⁾として「私人間効力」論は展開されてきたのである。

従来通説的見解は、「間接適用説がドイツ公法学の多数説で、しかもそれが日本国憲法の解釈論においても妥当だと解される」とした上で⁶⁾、間接適用説では「純然たる事実行為に基づく私的な人権侵害行為が憲法による抑制の範囲外におかれてしまう」ので「事実行為による人権侵害を憲法問題として救済する手法として、アメリカ憲法判例で確立した国家

1) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）110頁以下。

2) 芦部・前掲注1）111頁。

3) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）281-282頁。

4) 芦部信喜『現代人権論』（有斐閣、1974年）4頁。

5) 野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）249頁〔中村睦男執筆〕。

6) 芦部・前掲注4）9頁。

同視説と呼ぶことのできる解釈理論が、参照に値する」と主張している⁷⁾。前者の間接適用説は、「規定の趣旨・目的ないし法文から直接的な私法的効力をもつ人権規定を除き、その他の人権（自由権ないし平等権）については、法律の概括的条項、とくに、公序良俗に反する法律行為は無効であると定める民法 90 条のような私法の一般条項を、憲法の趣旨をとり込んで解釈・適用することによって、間接的に私人間の行為を規律しようとする見解」⁸⁾である。後者のステイト・アクション法理に関しては、「アメリカでは、人権規定の直接適用か間接適用か、という観点からではなく、人権は対国家権力的なものという伝統的観念を前提としたうえで、具体的な私的行為による人権侵害を、①それに国家権力（州または連邦）が、②公共施設等の国有財産の貸与、③財政・免税措置等の援助、④特権または特別の権限の付与等を通じて、もしくは、⑤司法の介入により積極的に実現することを通じて、『きわめて重要な程度にまでかかわり合いになった』場合、または、⑥当該私的行為の主体が高度に公的な（純粋に、または排他的に統治的な）機能行使する団体である場合に、国家権力による侵害と同視して、憲法をそれに適用する理論が、20 世紀になってから、多数の判例の積み重ねによって確立することになった」という説明がなされている⁹⁾。

上記の理論構成は、特定の人権規定が私人間にも直接効力を有するという直接適用説を否定するものであるが、その「直接適用」の意味について以下のように補足的な説明がなされている。

「憲法 15 条 4 項・18 条・28 条などのように、個々の人権規定の趣旨、目的ないし法文からして、直接適用される人権があることに注意する必要がある。その意味で、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。また、特定の事件に実定法規を適用するうえで当事者の憲法上の権利を論じ、衡量しなければならない場合もある（たとえば、プライバシーの権利や名誉権の侵害を理由として一定の表現行為の差止め請求を行うケース）。このような場合は、私人間の紛争に人権規定が直接適用されるような形になっても、いわゆる直接適用説そのものではない。〔傍点原文〕」¹⁰⁾

(2) 問題の所在

従来の「私人間効力」論は、①国民における「人権」意識との関係、②戦後憲法学における「憲法尊重擁護義務」（憲法 99 条）との関係、③「私人間効力」論の射程、という 3 つの観点から再構成の必要があると考えられる。

①国民における「人権」意識に関しては、第一に、国民の想定する「憲法上の権利」とは何かが問題となる。2013 年の NHK 放送文化研究所「日本人の意識」調査では、「憲法によって、国民の義務ではなく権利とされていると思うもの」を「思っていることを世間に発表する」・「税金を納める」・「目上の人に従う」・「道路の右側を歩く」・「人間らしい暮らしをする」・「労働組合をつくる」という選択肢の中から選ぶという設問において、「認知度が最も

7) 芦部・前掲注 3) 314 頁。

8) 芦部・前掲注 1) 112 頁。

9) 芦部・前掲注 3) 314 頁。

10) 芦部・前掲注 1) 116 頁。

高いのは《生存権》で、当初〔1973年〕から70%と高く、83年以降は75%以上の人が正しく認識している。《表現の自由》は73年時点でも49%と半数にとどまっていたが、その後徐々に減り、13年は36%になっている。《団結権》はさらに少なく、73年の39%から13年には22%まで減少している」と分析されている¹¹⁾。また、正解である3つのみを選んだ人の割合は、「73年の時点でも18%だったが、徐々に減少して98年には11%になった。それ以降は常に10%前後であり、13年の結果でも10%と、権利についての知識は低い状態が続いている」とされている¹²⁾。第二に、国民の想定する「人権侵害」の内容と主体が問題となる。2017年10月の内閣府「人権擁護に関する世論調査」では、自分の人権が侵害された経験があるかについて「ある」と答えた者(15.9%)にその内容を尋ねたところ、「あらぬ噂、他人からの悪口、かげ口」を挙げた者の割合が51.6%と最も高く、「職場での嫌がらせ」(26.2%)、「名誉・信用のき損、侮辱」(21.1%)、「学校でのいじめ」(21.1%)、「プライバシーの侵害」(19.4%)等の順となっている¹³⁾。実際の人権侵犯事件に関しても、法務省「人権侵犯事件統計」では、2017年度に法務省の人権擁護機関が新規に救済手続を開始した人権侵犯事件数は19,533件であり、そのうち、公務員等の職務執行に関する人権侵犯事件数が5,051件であるのに対し、私人等に関する人権侵犯事件数は14,482件とされている¹⁴⁾。

上記から、国民は、「憲法上の権利」を自由権(防御権)と捉える意識は薄く、「人権侵犯」の内容と主体に関しても、「公権力」というよりも「私人」による広い意味での「人格権」侵害を想定しているようである。この点については、「憲法学における人権論は、政治思想としての『人権』論と、『憲法上の権利』論とは、当初は啓蒙の観点から、戦略的に(vielleicht!)混同し」てきており、「たとえば、私人間において『人間の尊厳』を損なう差別的な行為が行われれば、それは当事者にとっては紛れもなく『人権』侵害として実感されるはずなのに、『人権は元来『国家からの自由』である』というプロ側の固定観念が、それを『人権』論として構成することをしばしば妨げる」という指摘¹⁵⁾が興味深い。「憲法の論理が普遍的人権の確立にとって障害になるときもある(外国人や難民の人権問題はその一例である)」と考えれば¹⁶⁾、領域区分として「人権」と「憲法上の権利」には一定の区別がなされる必要があろう。そして、その必要性が認められるとすれば、「私人間効力」論は、憲法学において両者の区別を積極的に提示する議論として再構成されなければならないこととなる。

②戦後憲法学における「憲法尊重擁護義務」(憲法99条)に関しては、「国民」の憲法尊

11) NHK放送文化研究所編『現代日本人の意識構造〔第8版〕』(NHK出版、2015年)86-87頁。

12) NHK放送文化研究所編・前掲注11)86-89頁。

13) 内閣府大臣官房政府広報室「人権擁護に関する世論調査(平成29年10月調査)」(<https://survey.gov-online.go.jp/h29/h29-jinken/index.html>, 2018年9月19日最終閲覧)。

14) 法務省「人権侵犯事件統計(2017年)」(<https://www.e-stat.go.jp/stat-search/files?page=1&layout=datalist&toukei=00250010&year=20170>, 2018年9月19日最終閲覧)。

15) 石川健治「人権論の視座転換——あるいは『身分』の構造転換」ジュリスト1222号(2002年)2-3頁。

16) 松本和彦「基本的人権の保障と憲法の役割」『岩波講座 憲法2』(岩波書店、2007年)44頁。

重擁護義務が問題となる。たとえば、宮沢俊義は、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」と規定する憲法 99 条について、「本条は、国民は憲法を尊重し、擁護する義務を負わないという趣旨を含むものではなく、国民のそうした義務は、当然のこととして前提されていると見るべきである」と主張している¹⁷⁾。これに対して、樋口陽一は「憲法尊重擁護義務」を以下のように解している。

「もともと、憲法 99 条は、公務員の憲法尊重擁護義務について述べているのであり、義務の名宛人の列挙のなかに、国民は含まれていない。近代的・立憲的意味の憲法の眼目は、国家権力を抑制し国民諸個人の自由を確保しようとするところにあつたのであり、そうした見地からすれば、国家の権力機構を構成し憲法を直接間接に運用する任務にあたる公務員に対し、国民の側から要求されるのが、憲法の尊重擁護義務の本質なのであつた。憲法が 99 条で国民の憲法尊重擁護義務に言及することなく、基本的人権についての総則的規定である 12 条で『この憲法が国民に保障する自由及び権利』を『国民の不断の努力によつて』『保持』すべきことを定めるにとどめているのは、そのことの反映である。」¹⁸⁾

しかし、従来の「私人間効力」論の状況を鑑みれば、「憲法学が憲法の対公権力性に対して必ずしもこだわりを持ってこなかった」と評されている¹⁹⁾。たとえば、従来の通説的見解は憲法 15 条 4 項・18 条・28 条を私人間にも直接適用される規定と解しているが²⁰⁾、直接適用説を否定しながらも個々の人権規定の（「法文」以外の）「趣旨」や「目的」から直接適用が認められるとしている点には疑義が呈されよう。「憲法とは統治権力である公権力を拘束する法であり、憲法によって公権力を拘束しなければならないという思想」である「立憲主義」²¹⁾という観点からすれば、「私人間効力」論において〈憲法上の人権規定＝私人間無適用〉という立場は再検討される必要がある。

③「私人間効力」論の射程に関しては、「憲法と私人間における人権の保障」の問題と（従来議論されてきた）「私人間効力」論の射程は同一のものではなく、後者は前者の一部にすぎないことが問題となる。広く前者を解明する鍵としては、「私人間紛争の解決のために、裁判所は、いかなる方式で憲法上の価値を導入しているか、また、導入すべきか、という観点」からの分析²²⁾が注目される。まず、我が国の判例の実状に照らせば、「① 憲法の人権保障規定の趣旨を具体的に実現した法律の規定についての違反を主張するとき」、「② 私人間の紛争に適用される法律の規定が憲法違反だと主張されるとき」、「③ 民法 709 条の不法行為責任を問う訴訟で、両当事者の権利や利益が人権保障に関連づけられるとき」、「④

17) 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978年）820頁。併せて、法学協会編『註解日本国憲法 下巻』（有斐閣、1954年）1496頁参照。

18) 樋口陽一『憲法 I』（青林書院、1998年）399頁。

19) 榎透「国民の憲法尊重擁護義務と私人間効力論——憲法学は『国民の憲法尊重擁護義務』への改正を批判できるか——」専修大学法学研究所紀要 38号（2013年）24頁。

20) 芦部・前掲注 1) 116頁。

21) 蟻川恒正「立憲主義のゲーム」ジュリスト 1289号（2005年）74頁。

22) 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）206頁以下。

③の場合において、名誉侵害を理由に損害賠償を提起すると共に、被告に表現行為……を差し止めるよう裁判所に求めるとき、「⑤ 民法 90 条の公序良俗違反の主張をする訴訟で、当事者の権利や利益が人権保障に関連づけられるとき」、「⑥ 国が当事者の一方であるときでも、私的行為と同等だとされるとき」、という私人間訴訟における「多様な場面」の存在が指摘される²³⁾。その上で、従来の「直接適用説・間接適用説は、憲法規定への依拠の仕方を、それも限られた訴訟形態にのみ焦点をあてて語っている」と評されており²⁴⁾、「憲法と私人間における人権の保障」の問題を広くカバーする議論として「私人間効力」論は再構成されなければならないと考えられる。

2 本論文の構成

(1) 従来の「私人間効力」論における特殊ドイツ的磁場？

従来の「私人間効力」論において、最も問題とされてきたのは「社会的権力からの自由」というものである²⁵⁾。たしかに、我が国における「私人間効力」論のリーディング・ケースとされる三菱樹脂事件最高裁判決²⁶⁾の事案は、「社会的権力（大企業）」が関係するものであった。さらに、駒村圭吾は以下のように主張している。

「わが国で私人間効力の論点が浮上した際に、社会的権力への対処という実践的側面がこの論点への関心を高めたことは間違いない。が、社会的権力論はかかる実践的関心として重要であっただけではない。公法私法二元論を前提にしつつも、その区分を相対化し、現代的補正をかけるとしたら、社会的権力という視角は重要な理論的媒介になりうる。社会的権力論は、近代法の基礎概念を制御する理論的役割も演じているのである。いずれにせよ、社会的権力という問題関心を出発点に置いて私人間効力論を考えることには意味がある。」²⁷⁾

しかし、論理必然的に「私人間効力」の問題と「社会的権力からの自由」が結びつくわけではない。「憲法の人権保障規定を私人間の法律関係にも妥当せしめようとする……考え方は、アメリカでは主として黒人に対する私的差別の排除が出発点となっているのであるが、ドイツでは『社会国家』の原理の導入が契機となって」おり²⁸⁾、「アメリカでは、全くの私企業がいくら巨大でも、それだけでは憲法問題は発生しなかった」ことからすれば「日本の法学界は、戦後になっても大陸法の影響が強く、私人間効力論でもドイツ流の解決が模索された」とも捉えられる²⁹⁾。

23) 戸松・前掲注 22) 213-214 頁。

24) 戸松・前掲注 22) 214 頁。また、西村枝美「土壌なき憲法の私人間適用問題」公法研究 66 号（2004 年）269 頁は、「日本の判例においては、日本国憲法においてふさわしい解釈とは間接適用説か、無効力説か、ということを問うための前提を欠いている状況にある」と評している。

25) 木村草太＝西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣，2014 年）180 頁 [西村裕一執筆]。

26) 最大判昭和 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁。

27) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社，2013 年）321 頁。

28) 森順次「私人間の法律関係における基本的人権の保障」清宮四郎＝佐藤功編『憲法講座 第 2 巻』（有斐閣，1963 年）64 頁。

29) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論 上巻』（法律文化社，2018 年）506 頁。

また、従来の通説的見解の論者によれば、ドイツにおける 1958 年の L \ddot{u} th 判決（連邦憲法裁判所）³⁰⁾の解釈は「わが国の多数説すなわち民法 90 条を媒介として憲法が間接的に適用されると解する説と理論構成をほぼ同じくするもの」であると解されている³¹⁾。L \ddot{u} th 判決の事案は、ハンブルク州広報室長である Erich L \ddot{u} th がナチス期にユダヤ人迫害映画の製作にあっていた映画監督の Veit Harlan をドイツ映画週間の開催の挨拶において批判し、Harlan の映画へのボイコットを公衆に呼びかけたのに対して、新作の映画会社・配給会社はボイコットの呼びかけに対する不作為の仮処分を申請し、ハンブルク地裁が当該仮処分を容認したことから、L \ddot{u} th は連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを提起した、というものである。「第三者効力 [Drittwirkung]」論のリーディング・ケースとされる本判決では、「善良な風俗に反する方法で、故意に他人に損害を与えた者は、これによって生じた損害を賠償する義務を負う」と規定する「一般条項」(BGB826 条) が民主主義社会における意見表明の自由(基本法 5 条)の有する特別な意義を斟酌して解釈され、原審判決は破棄されている。本判決の事案は「社会的権力」に関係するものではなく、問題となっているのは契約関係ではなく不法行為の領域における「一般条項」の解釈である。従来の通説的見解はこの 2 点を捨象しているのではないだろうか。そして、「リユート判決が提起しているのは私人間効力の問題かと言えば、日本人もアメリカ人もそうは考えない。国家機関たる裁判所の行為によって私人の表現活動が制約されているのですから、どう見ても典型的な憲法問題です」という指摘もなされている³²⁾。さらに、ドイツ連邦憲法裁判所の権限という観点から、林知更は以下のように日独を比較している。

「1951 年の創設以来、ドイツ連邦憲法裁判所は 1950 年代を通して、政治部門を含め他の国家機関との関係で自己の地位をいかに確立するかに腐心することになる。私人間効力という問題は、連邦通常裁判所など私人間の争点を扱う法律審の判断を憲法裁がどこまで審査しうるかという、裁判所間の権限問題と密接に関連する。」「日本における私人間効力論が置かれた文脈は、これとは全く異なる。アメリカ型の付随的違憲審査制を採用し、法律上の争訟を裁定する裁判所が事案の解決に必要な限度で憲法判断を行う仕組みの下では、裁判所はドイツ連邦憲法裁判所のように、自らの権限を確保するために事案を憲法問題へと構成する必要には迫られていない。」³³⁾

上記からすれば、我が国の「私人間効力」論を再検討する上で、ドイツとは異なる視点からの研究が必要となろう。

(2) 本論文の構成

「憲法の私人間適用という問題は、日本独自の問題ではなく、西欧で形成され、日本がそ

30) BVerfGE 7, 198. 本判決に関する邦語文献として、木村俊夫「判批」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) 157 頁。

31) 芦部・前掲注 4) 16 頁。

32) 松本和彦=藤井樹也=長谷部恭男=大沢秀介=川岸令和=宋戸常寿「座談会 日本国憲法研究 第 12 回・私人間効力」ジュリスト 1424 号(2011 年) 73 頁【長谷部恭男発言】。

33) 林知更「論拠としての『近代』——三菱樹脂事件」駒村圭吾編『テキストとしての判決』(有斐閣, 2016 年) 124-125 頁。

れを導入した立憲主義の基本的観念から生じた問題であり、その正確な意味を理解するには、この問題に関する西欧の議論を参照することは必要不可欠な前提的作業である」という指摘³⁴⁾は重く受け止められるべきである。我が国においては、「比較憲法的には『無適用説』こそが現代人権論においても原則ではないのか、という疑問が生じたとしても不思議ではなかろう。少なくとも、『適用説』は例外的であり、そうだとすれば、その特殊な思考様式の由来を意識化し、その上で日本で追求すべき論理を再考してもよいように思われる」とし、近代立憲主義の人権思想（フランス革命期の論理）をモデルとした「無効力説」が有力に主張されている³⁵⁾。本論文は、近代立憲主義の論理から導かれる〈憲法上の人権規定＝私人間無適用〉という立場の現代的意義を探究することを目的として、アメリカ合衆国の議論（第1章）とイギリスの議論（第2章）を検討した上で、日本における「私人間効力」論の再検討（第3章）を行うものである。まず、アメリカは、比較憲法的観点から〈憲法上の権利条項は、国家－国民の關係に適用される〉という垂直的な〔vertical〕立場に最も親和的であるとされている³⁶⁾。「私人間無適用」という土壤の有する意義を明らかにするためには、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉という要件が現在までにどの程度堅持され、私人間において「水平的効力」は生じないという確固たる結論が導かれてきたのか否か、というステイト・アクション法理（＝「ステイト・アクションの要件に対する例外」の判例法理）の問題を検討することが必要であると考えられる。次に、イギリスでは、当時のブレア首相の下での「憲法改革」の柱の一つとして、「権利を国内に持ち帰る〔bring rights home〕」³⁷⁾ことを目的として制定された「憲法的文書〔constitutional instrument〕」と評される³⁸⁾1998年人権法〔Human Rights Act 1998〕において、「公的機関〔public authority〕が条約上の権利に適合しない方法で行為することは違法である」（第6条1項）という文面上第一次的に〈人権法の名宛人は「公的機関」である〉という垂直的アプローチ〔vertical approach〕が20世紀末に採用されている。「私人間無適用」という立場の現代的意義を明らかにするためには、（我が国の「私人間効力」論において参照されてこなかった）「立憲主義の母国」と説明されるイギリスの人権法施行後の議論に目を向けることが必要であると考えられる。最後に、アメリカおよびイギリスの研究を通じて、我が国における「私人間効力」論を再構成することが本論文の主題である。

34) 高橋和之「人権規定の『私人間適用』と『第三者効力』」法律時報 84 卷 5 号（2012 年）86 頁脚注 1。

35) 高橋和之「『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」ジュリスト 1245 号（2003 年）137 頁。

36) Murray Hunt, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act*, 1998 PUBLIC LAW 423, 427 (1998).

37) Home Office, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (Cm. 3782, 1997).

38) See J. Wadham, H. Mountfield, E. Prochaska and R. Desai, *Blackstone's Guide to The Human Rights Act 1998* (7th ed., Oxford University Press, 2015) pp.9-12.

第1章 アメリカ——〈憲法上の権利条項＝私人間無適用〉という立場の意義

第1節 〈憲法上の権利条項＝私人間無適用〉という立場の基礎

1 〈憲法上の権利条項＝私人間無適用〉という立場

(1) ステイト・アクションと私的行為の二分法

合衆国憲法の条文に目を向けると、修正1条は「連邦議会は、……言論または出版の自由を制限する法律……を制定してはならない」¹⁾と規定しており、修正14条1節は「いかなる州も法の適正な過程（due process of law）によらずに、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない。また、その管轄内にある何人に対しても法の平等の保護を拒んではならない」²⁾と規定している。全体を見ても、合衆国憲法の規定は、「連邦議会」や「州」に向けられており、基本的に私人に向けられているものは見受けられない。

ステイト・アクション概念に密接に関連するのは、南北戦争の成果として合衆国憲法に追加されることとなった、南北戦争修正条項〔Civil War Amendments〕と呼ばれる条項（修正13条・修正14条・修正15条）の一つである修正14条である。修正14条は、第1節で、「いかなる州も……してはならない〔No State shall〕」と規定しており、第5節で、連邦議会が有する立法権限は「本条の諸規定」の実施としている。このことから、〈修正14条5節の下で、連邦議会は立法を通じて私的行為に対して修正14条1節を実施することはできず、ステイト・アクションに対して修正14条1節を実施できるのみである〉というテーゼが問題となったのである。これに対して、連邦最高裁が明確な答えを出した判決こそ1883年のCivil Rights Cases³⁾である。

本事案で問題となったのは、1875年の市民的権利に関する法律〔Civil Rights Act of 1875〕⁴⁾の合憲性である。当該法律の第1条は、「合衆国の管轄権内の何人も、宿泊施設〔inns〕、陸上・水上の公共輸送機関、劇場その他の公共娯楽施設の宿泊サービス、利用、便益、特権の完全かつ平等に享受する権利がある」と規定するものであり、第2条は、人種、肌の色および従前の奴隷状態に基づいた当該私的人種差別行為に対する刑事罰と、被害者から当該差別を行った者に対する損害賠償請求を認めるものであった。

法廷意見を執筆したBradley判事は、修正14条の射程に関して、以下のように明確に判示した。

-
- 1) 初宿正典＝辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第4版〕』（三省堂、2017年）86頁〔野坂泰司訳〕。
 - 2) 初宿＝辻村編・前掲注1）88頁〔野坂泰司訳〕。
 - 3) 109 U.S. 3 (1883). 邦語文献として、松平光央「判批」田中英夫編『英米判例百選』（有斐閣、1964年）104-105頁、藤倉皓一郎「判批」伊藤正己＝堀部政男＝外間寛＝高橋一修＝田宮裕編『英米判例百選Ⅰ公法』（有斐閣、1978年）130-131頁、同「判批」藤倉皓一郎＝木下毅＝高橋一修＝樋口範雄編『英米判例百選〔第3版〕』（有斐閣、1996年）38-39頁、勝田卓也「判批」樋口範雄＝柿嶋美子＝浅香吉幹＝岩田太編『アメリカ法判例百選』（有斐閣、2012年）50-51頁。
 - 4) An Act to protect all citizens in their civil and legal rights, ch. 114, 18 Stat. 335 (1875). なお、“civil rights”という語は、「公民権」と訳されることが多いが、選挙権等の「公民としての権利」を内容とするものでは本来ないことから、“civil rights”を「市民的権利」と訳すこととする。この点につき、田中英夫『英米法のことば』（有斐閣、1986年）36頁以下参照。

「修正 14 条 1 節……は性質上禁止的なもの〔prohibitory〕であって、州を抑制するためのものである……。」「特定の性質を有する州の行為こそが禁じられる。個人による個々の権利侵害はこの修正条項の主題ではない。」「法律、慣習〔customs〕、または司法手続・執行手続という形で……州の権威〔authority〕によって何ら支えられていない個人の不当な行為は、単なる不法行為または個人の犯罪である、……何らかの形で州によって是認されておらず州の権威の下でなされていないならば、〔被害者の〕権利は完全に有効なままであって、救済のための州法に訴えることで擁護されると推定され得る。」⁵⁾

そして、修正 14 条 5 節における連邦議会の権限に関しては、修正 14 条は「私人の権利の規制のための地方自治体法典〔code of municipal law〕を創設する権限を連邦議会に与えるものではなく、当該修正条項において列挙された基本的権利〔fundamental rights〕を破壊する活動である、州法の運用、州の公務員の執行行為ないし司法行為に対する救済策〔modes of redress〕を提供する権限を与えるものである」⁶⁾から、「連邦議会の一般的〔general〕立法権限」は否定され、修正 14 条に基づく「連邦議会によるあらゆる立法は……必ず性質上矯正的なもの〔corrective〕でなければならない」と判示された⁷⁾。結論として、1875 年の市民的権利に関する法律の当該規定は、修正 14 条に反する州の行為を矯正する規定となっておらず、修正 14 条の連邦議会の立法権限を逸脱するものであるとされた。

後の連邦最高裁は、上記の法廷意見の判示に対して、「この修正条項〔修正 14 条〕の下での審査に服する、州による権利剥奪〔abridgement〕と、『どんなに差別的で不当なものであっても』、修正 14 条が障壁〔shield〕を与えない私的行為の間の……本質的な二分法〔essential dichotomy〕を確立した」との評価を与えている⁸⁾。

(2) ステイト・アクションの要件

Civil Rights Cases において示された、修正 14 条によって規律される「州の行為」と修正 14 条によって規律されない「私人の行為」の区分は、現在においても判例として確立している⁹⁾。ただし、次の 2 点に留意する必要がある。第一に、「合衆国憲法はあらゆるレベルの政府——連邦、州、および地方政府——そしてあらゆるレベルの政府の公務員の行為に適用される」¹⁰⁾という点である。すなわち、Civil Rights Cases で問題となったような文字通りの「州の行為」のみが合衆国憲法に服することとなるわけではない¹¹⁾。第二に、「合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない」というステイト・アクションの要件は、修正 13 条にはあてはまらないという点である¹²⁾。こ

5) *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 10-11, 17.

6) *Id.* at 11.

7) *Id.* at 18.

8) *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 349 (1974) (quoting *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 13 (1948)).

9) *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 621-625 (2000).

10) ERWIN CHEMERINSKY, *CONSTITUTIONAL LAW* 533 (5th ed. 2015).

11) See LAURENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1688 n.2 (2d ed. 1988).

12) See, e.g., Alexander Tsesis, *Furthering American Freedom: Civil Rights & The Thirteenth*

の点に関しては、**Civil Rights Cases** の法廷意見においても、「当該修正条項〔修正 13 条〕は、奴隷制を創設ないし支持するような州法の単なる禁止ではなく、奴隷または意に反する苦役は合衆国のあらゆる地域において存在してはならないという絶対的な宣言である」と判示されている¹³⁾。もっとも、「修正 13 条は奴隷にすること〔enslavement〕を罰する政府の公務員への命令と解釈されなければならない、そうでなければ奴隷にされない権利は無意味なものとなるであろう」という指摘¹⁴⁾も正当であって、合衆国憲法が政府に向けられるものであることの意義に変わりはない。

「ステイト・アクション」と「私人の行為」の性質に関して重要であるのは、「〔ステイト・アクションの〕原則の設けている区分は、私的な諸個人は自身の利益を追求するように行う資格のある本人〔principals〕である一方で、政府の意思決定者はその職務が市民の利益を促進することである代理人〔agents〕である、というテーゼに依拠するものである」という指摘¹⁵⁾である。このことを前提とすれば、政府に委任された権力の行使に関する合衆国憲法の諸規定は、政府と私人（「代理人」と「本人」）の関係を規律するものである、という結論が導かれることとなろう¹⁶⁾。

2 垂直的な〔vertical〕立場と「水平的〔horizontal〕効力」

(1) アメリカ合衆国の立場に関する評価

多くの法体系において憲法規範は国民ではなく国家（公権力）に向けられるものとなっている。たとえば、ドイツ連邦共和国基本法 1 条 3 項は「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権、裁判を拘束する」¹⁷⁾と規定しており、1998 年イギリス人権法 6 条 1 項は「公的機関〔public authority〕が条約上の権利に適合しない方法で行為することは違法である」と規定している。我が国の三菱樹脂事件最高裁判決¹⁸⁾においても、「憲法の右各規定〔憲法 19 条・14 条〕は、同法第 3 章のその他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつばら国または公共団体と個人との関係を規律するものである」と判示されている。そして、比較憲法の観点からは、〈憲法上の権利条項は、国家－国民の関係に適用される〉という垂直的な〔vertical〕立場に最も親和的であるのはアメリカ合衆国である、との評価が存在している。

たとえば、**Murray Hunt** は次のようにアメリカの立場を分析している。

「垂直的な立場に与する専門家たち〔verticalists〕によって好まれる立場に最も近い法

Amendment, 45 B. C. L. REV. 307, 311 (2004).

13) *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 20.

14) GEOFFREY R. STONE, LOUIS MICHAEL SEIDMAN, CASS R. SUNSTEIN, MARK V. TUSHNET & PAMELA S. KARLAN, *CONSTITUTIONAL LAW* 1529 (8th ed. 2018).

15) Lillian BeVier & John Harrison, *The State Action Principle and Its Critics*, 96 VA. L. REV. 1767, 1785 (2010).

16) *See id.* at 1793-1803.

17) 高橋和之編『新版 世界憲法集〔第 2 版〕』（岩波書店、2012 年）169 頁〔石川健治訳〕。

18) 最大判昭和 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁。

域はアメリカ合衆国である。周知のように、合衆国憲法はきちんと権利章典における憲法上の保護が適用されるには『ステイト・アクション』が存在することを要求している。合衆国憲法のテキスト自身がそのような保護は州または連邦政府の活動にのみ適用されるということを明らかにしており、憲法上の権利が私的当事者間の訴訟において依拠されるとき、裁判所は、保護されている権利を侵害したと主張される私的当事者の活動が政府と十分に関わり合っていて憲法の適用されるステイト・アクションを構成するかを判断しなければならない、ということを経典最高裁は明らかにしてきた。¹⁹⁾

また、Mattias Kumm と Victor Ferreres Comella も、「アメリカにおけるステイト・アクション法理は、カナダやドイツにおける間接的効力ないし『間接的第三者効力 [mittelbare Drittwirkung]』とはかなり異なる形式をとってきた [強調原文] とし²⁰⁾、私人間訴訟において憲法上の権利を衡量するアプローチを拒否するものであると分析している²¹⁾。

(2) Stephen Gardbaum による「適用」と「効力」の区分

〈憲法上の権利条項は、国家－国民の関係に適用される〉という垂直的な立場の意義については、Stephen Gardbaum の分析が注目される。Gardbaum は、「憲法上の権利の範囲という一般的な問題に関する分析上かつ実践上の複雑さは、……垂直的効力と水平的効力間の外形上簡単で単純な分岐によって誤って伝えられている」と主張する²²⁾。正確に言えば、「私的行為者は憲法上の義務に服しないという基本的な概念を遵守する」垂直的な立場を前提としても、①「憲法上の権利は公法にのみ適用され、私法には適用されない」とする「強い垂直的効力 [strong vertical effect]」の立場、②コモン・ローを除いた「私法が間接的に憲法上の権利に服するのみであり、直接的に規律されコントロールされるものではない」とする「弱い間接的水平的効力 [weak indirect horizontal effect]」の立場、③「あらゆる私法を含めたあらゆる法は、直接的に憲法上の権利に服し、私人間訴訟において争われ得るものである」とする「強い間接的水平的効力 [strong indirect horizontal effect]」の立場、という（少なくとも）3つの立場が存在することとなる²³⁾。すなわち、垂直的な立場を前提としても、「垂直的効力」のみが生じるのではなく、「弱い間接的水平的効力」が「憲法上の価値に一致するように…… [私法] を解釈・適用・発展する際に、憲法上の価値を考慮するという裁判所の権限ないし義務を通じて生じ」得るし、「強い間接的水平的効力」が「違憲の法に依拠しようとするのが政府であるか他の個人であるかにかかわらず、憲法上の権利が

19) Murray Hunt, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act*, 1998 PUBLIC LAW 423, 427 (1998).

20) Mattias Kumm & Victor Ferreres Comella, *What Is So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect*, in *THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM* 267 (András Sajó & Renáta Uitz eds., 2005).

21) *Id.* at 276.

22) Stephen Gardbaum, *The Structure and Scope of Constitutional Rights*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 392 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011).

23) Stephen Gardbaum, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, 102 MICH. L. REV. 387, 435-436 (2003).

完全に個人を保護する」ことで生じ得るのである²⁴⁾。アメリカの立場も、Gardbaum によれば、上記の3つの立場の中で「あらゆる法は合衆国憲法に服する」という「強い間接的水平的効力」の立場に分類されている²⁵⁾。

3 小 括

現在においても、「憲法上の権利」条項の名宛人に関するアメリカの立場の基礎とされるのは、修正14条によって「特定の性質を有する州の行為こそが禁じられる」一方で「個人による個々の権利侵害はこの修正条項の主題ではない」とした1883年のCivil Rights Casesである。ただし、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉というステイト・アクションの要件について注意すべき点は、Civil Rights Casesで問題となったような文字通りの「州の行為」だけでなく「(連邦および州)政府の行為」が合衆国憲法に服することとなるのであり、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉というステイト・アクションの要件は修正13条にはあてはまらないとされている、ということである。

アメリカの立場に関しては、比較憲法の観点から、〈憲法上の権利条項は、国家—国民の関係に適用される〉という垂直的な〔vertical〕立場に最も親和的であるのはアメリカ合衆国である、との評価が存在している。これに対して、Gardbaumは、憲法が「[政府]にのみ義務を課す」ということは、憲法上の権利が私的行為者間の法関係に影響を与えるかを決定するものではない」としている²⁶⁾。たしかに、「私人間無適用」の立場は論理必然的に「無効力(垂直的効力=水平的効力の否定)」と結びつくものではないであろう。問題となるのは、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はなく、憲法上の価値は一切影響を及ぼさない〉という(正確にいえば)「私人間無適用・無効力」の立場と〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」の立場のどちらにアメリカの立場が位置づけられるかである。

第2節 ステイト・アクション概念の源流

1 Civil Rights Cases までの流れ

(1) はじめに

アメリカ合衆国の立場の基礎にあるのは、修正14条によって「特定の性質を有する州の行為〔State action〕こそが禁じられる」一方で、「個人による個々の権利侵害はこの修正条項の主題ではない」とした1883年のCivil Rights Casesである²⁷⁾。この連邦最高裁判決の法廷意見・反対意見は、後のステイト・アクション法理²⁸⁾における判断の基礎となる考え方

24) *Id.* at 436.

25) *Id.* at 421.

26) *Id.* at 435.

27) Civil Rights Cases, 109 U.S. 3, 11 (1883).

28) 邦語文献として、芦部信喜『現代人権論』(有斐閣, 1974年)23頁以下, 同『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣, 1981年)361頁以下, 同『憲法学Ⅱ』(有斐閣, 1994年)314頁以下, 木下智史『人権

が示唆されている点でも注目すべきものとなっている²⁹⁾。だが、我が国の憲法学の領域においては、国有財産の理論・国家援助の理論・特権付与の理論・司法的執行の理論・統治機能の理論というような「原則に対する例外」の議論がなされてきた一方で、「原則」を詳細に検討するものは少なかったように思われる³⁰⁾。以下では、Civil Rights Cases までの流れを概観し、1883年のCivil Rights Cases 自体を再検討した上で、〈憲法上の権利条項は、国家—国民の関係に適用される〉という垂直的な〔vertical〕立場が含意すること（含意しないこと）を明らかとしたい。

(2) 南北戦争修正条項〔Civil War Amendments〕の誕生

奴隷制の存在とその廃止をめぐる争われた南北戦争（1861～65年）は、最終的に北部の勝利に終わる。その後、南北戦争の成果として、南北戦争修正条項〔Civil War Amendments〕と呼ばれる条項（修正13条・修正14条・修正15条）が合衆国憲法に追加されることとなった。まず、1865年1月31日に奴隷制の廃止を確固たるものとする憲法改正案が両院を通過し、1865年12月18日に合衆国憲法の一部となったものが修正13条である³¹⁾。

しかし、多くの南部諸州（旧奴隷州）の暫定政府は「黒人法〔Black Codes〕」と呼ばれる立法を制定し始める³²⁾。「黒人法」は黒人の自由を制限して彼らを可能な限り従前の奴隷状態に戻すものであり、このような立法の「中心にあったのは、黒人の労働力を安定させ、プランテーションの労働から離れる経済的な選択肢を制限する企てであった」と言われている³³⁾。さらに、南部では、「黒人法」よりも、「従前の奴隷の基本的権利を侵害する最も多くの行為にコミットしていた」「私的な白人地主による虐待〔abuses〕〔強調原文〕」が問題であったという指摘³⁴⁾もなされている。このような南部の状況に対応するために、第39連邦議会は1866年の市民的権利に関する法律〔Civil Rights Act of 1866〕を制定した。1866年の市民的権利に関する法律は、第1条で「合衆国において出生し外国の権力に服していない

総論の再検討』（日本評論社、2007年）83頁以下、榎透『憲法の現代的意義』（花書院、2008年）15頁以下、君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008年）102頁以下、宮下紘「ステイト・アクション法理の理論構造」一橋法学7巻2号（2008年）247頁以下、樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2011年）559頁以下、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第8版〕』（有斐閣、2018年）216頁以下。

29) この点を論じるものとして、G. Sidney Buchanan, *A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility* (pt. 1), 34 Hous. L. Rev. 333, 340-363 (1997).

30) 「原則」を検討するものとして、藤井樹也「Civil Rights Acts の誕生——鳥瞰的考察——」三重大学法経論叢13巻1号（1995年）103頁以下（後に、同『「権利」の発想転換』（成文堂、1998年）に所収）。

31) 修正13条の制定過程を扱った邦語文献として、勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』（有斐閣、2011年）57頁以下、松澤幸太郎『近代国家と市民権・市民的権利』（信山社、2016年）45頁以下、小池洋平「合衆国憲法修正第13条の奴隷制の廃止が意味するもの」ソシオサイエンス21号（2015年）124頁以下、同「修正第13条の制定と『再建』の論理——第38回連邦議会における共和政保障条項の位置づけを素材として——」ソシオサイエンス22号（2016年）36頁以下。

32) 「黒人法〔Black Codes〕」に関しては、THEODORE BRANTNER WILSON, *THE BLACK CODES OF THE SOUTH* (1965); 邦語文献として、辻内鏡人『アメリカの奴隷制と自由主義』（東京大学出版会、1997年）149頁以下、参照。

33) ERIC FONER, *RECONSTRUCTION* 199 (1988).

34) John Hope Franklin, *The Civil Rights Act of 1866 Revisited*, 41 HASTINGS L. J. 1135, 1141 (1990).

者は、課税対象でないインディアンを除いて、すべて合衆国市民〔citizens〕である旨をここに宣言する。このような市民は、人種や肌の色を問わず、当事者が適法に有罪宣告を受けた犯罪の処罰である場合を除いて、奴隷ないしは意に反する苦役という従前の状況と無関係に、合衆国のすべての州および準州において、白人の市民が享受するのと等しく、契約を締結しそれを実施する権利、訴訟を提起し、その当事者となり、証拠を提出する権利、物的および人的財産〔real and personal property〕を相続、購入、賃貸、売却、保有、譲渡する権利、および身体と財産の安全のためすべての法と手続の完全かつ等しい便益を受ける権利を有する、そして、それに反するいかなる法、制定法、命令、規則または慣習にかかわらず、同等の処罰、苦痛や不利益〔penalties〕にのみ服するものとする」と規定し、同法が保障する権利を「法……または慣習の外観の下で〔under color of law ... or custom〕」侵害した者の処罰（第2条）等を規定するものであった³⁵⁾。

問題となったのは、連邦議会が1866年の市民的権利に関する法律を制定する権限を有しているかであった。当該法案を提案したLyman Trumbullは「〔修正13条〕は合衆国におけるすべての者が自由であることを宣言した。本法案はこの宣言を実現し合衆国内のすべての者に現実的な〔practical〕自由を確保するためのものである」³⁶⁾と述べて、修正13条を憲法上の根拠とした。しかし、「修正13条は、……個々の奴隷の身分から単に奴隷を自由にするために設けられた。第2節はその〔連邦政府の権限の〕範囲を拡大するよりも制限したものである」という理解が存在しており³⁷⁾、修正13条は1866年の市民的権利に関する法律の立法根拠として不十分であるという主張もなされた³⁸⁾。注目すべきは、多くの共和党議員が連邦議会の当該立法権限を是認する中で、John A. Binghamが当該立法は州の職分を違憲に侵害するものであるとして連邦議会の立法権限を否認したことである³⁹⁾。Binghamは、法案の趣旨には賛成したものの、当該立法権限を連邦議会が有するとするには新たな修正条項が必要であると考え、修正14条の起草における中心人物となっていく。その後、1868年7月に修正14条は合衆国憲法の一部となり⁴⁰⁾、1870年3月に黒人の選挙権に関する修正15条が合衆国憲法の一部となった⁴¹⁾。

(3) ステイト・アクション概念に関する連邦議会での議論

南北戦争修正条項の文言に共通して存在しているのは、「連邦議会は」「適当な立法

35) An Act to protect all Persons in the United States in their Civil Rights, and furnish the Means of their Vindication, ch. 31, 14 Stat. 27 (1866).

36) CONG. GLOBE, 39th Cong., 1st Sess. 474 (1866).

37) JACOBUS TENBROEK, EQUAL UNDER LAW 201 (1965).

38) See FRANK J. SCATURRO, THE SUPREME COURT'S RETREAT FROM RECONSTRUCTION 77 (2000).

39) CONG. GLOBE, 39th Cong., 1st Sess. 1291-92 (1866); see MICHAEL KENT CURTIS, NO STATE SHALL ABRIDGE 81-83 (1986).

40) 修正14条の制定過程を扱った邦語文献として、田中英夫『デュー・プロセス』（東京大学出版会、1987年）117頁以下、戸松秀典『平等原則と司法審査』（有斐閣、1990年）9頁以下、木村草太『平等なき平等条項論』（東京大学出版会、2008年）65頁以下、勝田・前掲注31）80頁以下、松澤・前掲注31）66頁以下。

41) 修正15条の制定過程を扱った邦語文献として、小原豊志「再建期アメリカ合衆国における黒人選挙権——合衆国憲法修正第15条の成立過程を中心に——」山口大学文学会誌49巻（1999年）91頁以下、勝田・前掲注31）100頁以下、松澤・前掲注31）147頁以下。

[appropriate legislation]によって」各修正条項の規定を「実施する権限[power to enforce]を有する」という部分である(修正13条2節・修正14条5節・修正15条2節)。この中でステイト・アクション概念に密接に関連するのは修正14条5節⁴²⁾である。修正14条は、第1節で、「いかなる州も……してはならない[No State shall]」と規定しており、第5節で、連邦議会が有する立法権限は「本条の諸規定」の実施としている。このことから、〈修正14条5節の下で、連邦議会は立法を通じて私的行為に対して修正14条1節を実施することはできず、ステイト・アクションに対して修正14条1節を実施できるのみである〉というテーゼが問題となった。換言すれば、〈連邦議会が立法を通じて私的行為を規制するのは州・私人への「介入」であり、合衆国憲法によって付与されているのは(修正14条1節に反するような)ステイト・アクションを規制する立法権限に限定される〉というテーゼが問題となったのである。

修正14条は、第1節で「合衆国において出生しまたは帰化し、その管轄権に服するすべての人は、合衆国およびその居住する州の市民である。いかなる州も合衆国市民の特権または免除を制限する法律を制定しまたは執行してはならない。いかなる州も法の適正な過程(due process of law)によらずに、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない。また、その管轄内にある何人に対しても法の平等な保護を拒んではならない」⁴³⁾と規定している。今日までの修正14条の議論は主にこの第1節をめぐってなされてきた。合衆国においては、「原意[original intent]」を憲法解釈において重視する立場⁴⁴⁾の台頭もあって、修正14条の「原意」に関する膨大な研究が存在している。もっとも、修正14条の起草当時に議論の中心となっていたのは、第2節(議員数の配分と黒人市民に投票権を与えない場合の取扱いを規定するもの)や第3節(叛乱に加担した者の公職追放を規定するもの)の方であった⁴⁵⁾。

修正14条におけるステイト・アクション概念については、1870年以降に連邦議会が私

42) 修正14条5節の立法権限を扱った邦語文献として、木南敦「合衆国憲法修正一四条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——」佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配 上巻』(成文堂, 2008年)131頁以下。

43) 初宿=辻村編・前掲注1)88頁[野坂泰司訳]。

44) アメリカにおける原意主義[originalism]を扱った邦語文献として、野坂泰司「アメリカ憲法理論の現代的課題」ジュリスト臨時増刊『憲法と憲法原理』(有斐閣, 1987年)78頁以下、同「憲法解釈における原意主義(上)・(下)」ジュリスト926号(1989年)61頁以下・同927号(1989年)81頁以下、同「テキストと意図——アメリカにおける原意主義—非原意主義論争の意義について——」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)731頁以下、同「原意主義論争と司法審査制——最近のアメリカにおける理論状況について」ジュリスト1037号(1994年)46頁以下、猪股弘貴『憲法論の再構築』(信山社, 2000年)、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社, 2001年)33頁以下、大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成』(日本評論社, 2010年)、浅野博宣「アメリカ——ジャック・バルキンの原意主義」辻村みよ子=長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社, 2011年)229頁以下、大林啓吾「時をかける憲法——憲法解釈論から憲法構築論の地平へ——」帝京法学28巻1号(2012年)91頁以下。

45) ROBERT J. HARRIS, THE QUEST FOR EQUALITY 35 (1960); JUDITH A. BAER, EQUALITY UNDER THE CONSTITUTION 74 (1983); EARL M. MALTZ, CIVIL RIGHTS, THE CONSTITUTION, AND CONGRESS, 1863-1869, at 93 (1990).

的行為を直接的に規律する法律を制定していく中で議論がなされている⁴⁶⁾。そこでは、主として以下の2つの立場が主張された。

まず一つは、共和党急進派の立場であり、修正14条に関する州の不作為を確認したときにはいつでも連邦議会が立法を通じて私的行為を規制し得る、というものである。たとえば、**Oliver Morton** は以下のように述べている。

「州が特定の階級の人々に法の平等な保護を確保するのを怠るならば、これはまさしくそのような保護を拒むことに相当する。……合衆国憲法の趣旨は、すべての者が法の平等な保護を受けるものとするところである。これ〔修正14条〕は、性質上、積極的〔affirmative〕規定であって、単に州の権限に関する消極的〔negative〕規定ではない。」
「合衆国政府は諸個人〔individuals〕にのみ影響を及ぼすことができる。合衆国政府は州の立法府がある法律を通すのを妨げることはできず、ある法律を通すのを強いることもできない。当該修正条項〔修正14条〕の効果が、単に合衆国が州に否定の回答〔negative〕を出すことであるならば、その効果は非常にわずかなものであり、……事実上、適当な立法によって修正条項を実施する権限を連邦議会に与えるという最後の節〔第5節〕を無にするであろう。」⁴⁷⁾

また、**John Pool** も以下のように述べている。

「州は、不作為〔omission〕という行為、州の市民が力を用いて同市民から彼らの権利を奪うのを妨げないということによって〔法の平等な保護を〕拒んではならない。」「州に影響を及ぼして法律を通すことを妨げ得る立法は存在しない。法の執行において州の個々の市民に影響を及ぼし得るのみである。したがって、あらゆる適当な立法において、州ではなく市民に影響を及ぼすべきである。」「私の判断では、この主題についての最も厳重な立法を通すことは連邦議会の義務である。」⁴⁸⁾

もう一つは、民主党の立場であり、修正14条5節の下で連邦議会は（厳格に）ステイト・アクションを規制し得るのみである、というものである。たとえば、**Eugene Casserly** は、修正14条は「州の行為に対処するものである、州憲法および州法に対処するものである、そして言うなれば、……修正条項における禁止に反する州法ないし州憲法の外観の下で〔under color of a State law or constitution〕行為する州の公務員〔officer of the State〕に対処するものである〔傍点筆者〕」と述べている⁴⁹⁾。注記すべきは、この立場によれば、連邦議会は修正14条を根拠として私的行為を規律する法律を一切制定し得ないと結論づけられることである。具体的に言えば、1866年の市民的権利に関する法律を再制定した部分を含む、1870年の実施法〔**Enforcement Act of 1870**〕⁵⁰⁾の規定はすべて無効とされるおそ

46) 連邦議会における議論に関しては、MALTZ, *supra* note 45, at 102-106; SCATURRO, *supra* note 38, at 85-109; Wilson R. Huhn, *The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice*, 34 HOFSTRA L. REV. 1379, 1428-1441 (2006) を参考とした。

47) CONG. GLOBE, 42d Cong., 1st Sess. app. 251 (1871).

48) CONG. GLOBE, 41st Cong., 2d Sess. 3611 (1870).

49) CONG. GLOBE, 41st Cong., 2d Sess. app. 473 (1870).

50) An Act to enforce the Right of Citizens of the United States to vote in the several States of the

れがあるということである⁵¹⁾。

以下では、両者の立場と修正 14 条の「原意」の関係を検討してみたい。まず、「修正 14 条に賛成した連邦議会のメンバーは、この修正条項は基本的権利を侵す私的行為に向けられる立法を制定する権限を連邦議会に付与するものであると考えていた、ということが立法の歴史からの抗うことのできない結論である」という主張がなされている⁵²⁾。その根拠として、1870 年以降に連邦議会は私的行為を直接的に規律する法律を制定していくが、そのメンバーの多くは修正 14 条の制定時における議員でもあったという事実が挙げられている。しかし、「第 5 節の範囲をめぐる議論は、[連邦政府がある程度関与するという] 新しいモデルを、修正 14 条によって典型とされる旧来の州を中心とした再建 [Reconstruction] の枠組みに適合させる企てと考えられ得る」との評価⁵³⁾も存在する。たしかに、いかなる限定も加えることなしに、修正 14 条に関する州の不作为を確認したときにはいつでも連邦議会が立法を通じて私的行為を規制し得る、という連邦と州の関係を劇的に変動させるような立場を修正 14 条の制定者が採っていたとは考え難い。他方で、民主党の立場によれば、私的行為を規律する側面を有する 1866 年の市民的権利に関する法律までも（論理的には）違憲となるおそれがあり、当該立法の合憲性に関する疑いを取り除くという修正 14 条の趣旨⁵⁴⁾が反故にされることとなる。このように考えれば、修正 14 条の「原意」は両者の「中庸」にあると想定される。

(4) Civil Rights Cases 以前の巡回裁判所の判断

Civil Rights Cases 以前の連邦巡回裁判所においてステイト・アクション概念に関連する議論がなされたものとしては、①United States v. Hall⁵⁵⁾、②United States v. Cruikshank 巡回裁判所判決⁵⁶⁾、が挙げられる⁵⁷⁾。

①United States v. Hall の事案は、1870 年の実施法の第 6 条（「合衆国憲法ないし連邦法によって付与・保障された権利または特権の市民による自由な行使および享受を妨げる意図をもって」、複数の者が共謀すること等の禁止を定める規定）に基づき、被告人（白人）が（黒人の）言論の自由および集会の自由を侵害する共同謀議の訴因で起訴されたというものである。後（1880 年）に連邦最高裁判事となる Woods 判事は、「[南北戦争修正条項の追加以前に] 連邦議会は、言論およびプレス of 自由、宗教の自由な行使 [free exercise of religion]、または平和的に集会する権利について州の人々を法によって保護する権限を有するものではなかった」が、「修正 14 条は提起された問題にきわめて重要な関連 [vital

Union, and for other Purposes, ch. 114, 16 Stat. 140 (1870).

51) See CONG. GLOBE, 41st Cong., 2d Sess. app. 355 (1870) (William T. Hamilton).

52) Huhn, *supra* note 46, at 1441.

53) MALTZ, *supra* note 45, at 104.

54) 修正 14 条の起草者意思を最も狭く解する見解は、実体的射程を 1866 年の市民的権利に関する法律の内容と同一であるとする。RAOUL BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY 22-36 (1977).

55) 26 F. Cas. 79 (C.C.S.D. Ala. 1871) (No. 15,282).

56) 25 F. Cas. 707 (C.C.D. La. 1874) (No. 14,897).

57) 1873 年までの巡回裁判所における議論に関しては、ROBERT J. KACZOROWSKI, THE POLITICS OF JUDICIAL INTERPRETATION 1-20 (1985); PAMELA BRANDWEIN, RETHINKING THE JUDICIAL SETTLEMENT OF RECONSTRUCTION 45-55 (2011); 勝田・前掲注 31) 122 頁以下。

bearing] を有している」とし⁵⁸⁾、以下のように判示した。

「連邦議会は、適当な立法によって、合衆国市民の基本的権利 [fundamental rights] を敵意ある [unfriendly] または不十分な州の立法から保護する権限を有する、なぜなら修正 14 条は市民の特権を奪うこととなる法の制定行為または執行行為を禁ずるだけでなく、州が管轄権内の何人に対しても法の平等な保護を拒むことも禁じているからである。[法の平等な保護を] 拒むことは作為 [action] だけでなく不作為 [inaction] を含んでおり、そして法の平等な保護を拒むことは、保護のための法律を通すことの不作為だけでなく、保護することの不作為を含んでいる。……市民の基本的権利 [fundamental rights] の侵害から保護し、州の立法と同様に、州の不作為 [inaction] または無能力 [incompetency] からの適切な保護を確保するために、当該修正条項は連邦議会に適当な立法によって諸規定を実施する権限を付与している。」⁵⁹⁾

本判決は、ステイト・アクション概念をステイト・インアクション⁶⁰⁾に拡張し、ステイト・インアクションに関しても「法の平等な保護を拒むことは、保護のための法律を通すことの不作為だけでなく、保護することの不作為を含んでいる」と最広義に定義づけるものである。もっとも、ステイト・アクション概念は維持されており、連邦議会が有するのは「市民の基本的権利 [fundamental rights]」の侵害から保護する権限とされている。興味深いことに、Woods 判事が執筆した本判決は、Civil Rights Cases で法廷意見を執筆した Bradley 判事による助言から示唆を受けているとされている⁶¹⁾。このことからすれば、本判決と Civil Rights Cases の間には何らかの連関があると考えられよう。

②United States v. Cruikshank 巡回裁判所判決の事案は、ルイジアナ州での選挙の結果をめぐって白人グループ (Ku Klux Klan) が黒人側の占拠した裁判所に攻撃を加えたというものであり、「すべての再建における個々の殺戮行為のうちで最も血に染まったもの」⁶²⁾とされている。本事案においては、白人グループの中のごく一部が 1870 年の実施法に基づいて起訴されたことから、「当該立法は、直接諸個人の行為に影響を及ぼし、通常の州の立法に取って代わるような、性質上地方自治体のもの [municipal] である」⁶³⁾としてその合憲性が争われた。この点につき、Bradley 判事は以下のように判示した。

「[憲法によって付与・保障された権利または特権の] 実施の態様ないし目的にとって適当な立法は、議論される権利の性質によって決まるものである。……ある権利および

58) *Hall*, 26 F. Cas. at 81.

59) *Id.*

60) ステイト・インアクションに関しては、併せて、内田真利子「アメリカ合衆国憲法第一四修正デュープロセス条項における『ステイト・インアクション』法理の憲法的考察(一)～(三・完)——DeShaney 事件連邦最高裁判所判決を基軸として——」早稲田大学大学院法研論集 70 号 (1994 年) 55 頁以下・同 73 号 (1995 年) 1 頁以下・同 74 号 (1995 年) 27 頁以下、小林伸一「『政府に対し保護を請求する権利』・『政府の保護義務』と合衆国憲法第 14 修正デュー・プロセス条項——合衆国連邦裁判所の関連判決とそれを支える理論——」清和法学研究 4 巻 2 号 (1997 年) 153 頁以下、参照。

61) *See KACZOROWSKI, supra note 57, at 14-16; BRANDWEIN, supra note 57, at 48.*

62) *FONER, supra note 33, at 530.*

63) *Cruikshank*, 25 F. Cas. at 708-709.

特権が、単に州または合衆国が侵害してはならないまたは奪ってはならないという宣言によって合衆国憲法内で保障されているとき、そのようなものは憲法によって創設または付与されたものではなく、憲法はそれらが……害されないように保障するのみである、と直ちに理解される。……このような保障の実施のために立法する……連邦議会の権限は、州の範囲内の通常の犯罪〔ordinary crime〕の抑止のために法を通すことにまで拡張されない。……実施の義務および権限は、州が課された義務に従うのを怠るまたは課された禁止に反するときから端緒を得る。」⁶⁴⁾

ここでは、「州または合衆国が侵害してはならないまたは奪ってはならないという宣言」がなされている規定を実施する連邦議会の立法権限が認められるには、何らかのステイト・アクションの存在（「州が課された義務に従うのを怠るまたは課された禁止に反する」こと）が必要とされている。しかしこの射程は修正 14 条に限定されるものと考えられる。このことは本判決も暗黙のうちに前提としており、「〔修正 15 条の文言は〕形式上消極的なもの〔negative〕であり、一見して、州が規定に反するまでは連邦議会が果たすべき義務はないというルールによって明らかに規定されているが、実質上、以前には存在しなかった積極的権利〔positive right〕を付与するものである」⁶⁵⁾と判示されている⁶⁶⁾。したがって、本判決における Bradley 判事の考えによれば、修正 14 条上の「生命、自由、または財産」に関する権利の保障を実施する連邦法の制定にはステイト・アクションの存在が要求されることとなる。

(5) Civil Rights Cases 以前の連邦最高裁判決

Civil Rights Cases 以前に、連邦最高裁においてステイト・アクション概念に関連する議論がなされたものとしては、①United States v. Cruikshank⁶⁷⁾、②Virginia v. Rives⁶⁸⁾、③United States v. Harris⁶⁹⁾、が挙げられる。

①United States v. Cruikshank は、基本的に、前述の巡回裁判所判決における Bradley 判事の判断に従うものであった。法廷意見を執筆した Waite 判事は以下のように判示した。

「修正 14 条は、州が法の適正な過程〔due process of law〕によらずに何人からも生命、自由、または財産を奪うことを禁ずるものであるが、これは……ある市民の権利を付加するものではない。これは、社会のメンバーとしてあらゆる市民に付随している基本的権利〔fundamental rights〕に関しての州によるあらゆる侵害に対する追加的な〔additional〕保障を提供するのみである。」「修正 14 条は、州がその管轄権内の何人

64) *Id.* at 710.

65) *Id.* at 712.

66) したがって、Bradley 判事は修正 15 条にはステイト・アクションの要件が課されないとする。ただし、「人種の争い〔war of race〕が……合衆国政府の管轄権に服するものである」から、連邦議会が制定できるのは、単なる黒人の投票権侵害を罰する立法一般ではなく、「権利が侵害される当事者の人種、肌の色または従前の奴隷状態という動機」でなされる投票権侵害を罰する立法に限定される。*Id.* at 713-714.

67) 92 U.S. 542 (1876).

68) 100 U.S. 313 (1880).

69) 106 U.S. 629 (1883).

に対しても法の平等な保護を拒むことを禁ずるものであるが、この規定は……ある市民が合衆国憲法の下で他者に対して有する権利を加えるものではない。〔法の平等な保護の〕義務は元来州に負わされていたものであり、依然としてそのままである。合衆国に向けられる唯一の義務は、州が権利を否定していないのを確かめることである。……連邦政府の権限はこの保障の実施に限定される。」⁷⁰⁾

ここでも、修正 14 条に基づいて連邦議会の立法権限が認められるには何らかのステート・アクションの存在が必要となることが（明確とは言えないものの）確認されている。しかし、実質的に結論を左右したのは、私人による権利侵害が人種や肌の色に基づいてなされたことが訴因において明確にされていないという点であった⁷¹⁾。

②Virginia v. Rives の事案は、ヴァージニア州で白人を殺害したために起訴された黒人の被告人が、加害者が黒人であって被害者が白人であることから「排他的に白色人種で構成された陪審の前では公平な審理が行われ得ない」⁷²⁾として、連邦法（第 641 条）に基づいて州裁判所から連邦裁判所に事件を移送するように求めたことに始まる。法廷意見を執筆した Strong 判事は以下のように判示した。

「合衆国憲法修正 14 条の諸規定は……すべて排他的に州の行為〔State action〕に言及しており、私的な諸個人のいかなる行為にも言及するものでない。州こそがその管轄権内の何人に対しても法の平等な保護を拒むのを禁じられるのであり、その結果、黒人の者が白人の者と等しく享受することとなる市民的権利〔civil rights〕を部分的に列挙する、当該修正条項に基づいて作られた制定法は、そのような権利の州による侵害からの保護のために設けられている。第 641 節もまた州の行為からの保護のために設けられており、そのためにのみ設けられている。」「この修正条項の禁止は、法の平等な保護を拒む州のあらゆる行為に及ぶものである、……〔連邦議会は〕州の立法府、執行府、または司法部のいずれかによってこの禁止が無視されるときにはいつでも、修正 14 条 5 節に基づき、それを実施し得る。」⁷³⁾

そして、「第 641 条は『州の司法裁判所において、平等な市民的権利〔civil rights〕を否定され、実現し得ない』者にのみ移送の権利を認める」⁷⁴⁾ものであり、さらに「審理前に限って事件の移送を認めるもので、審理の開始された後に認めるものではない」⁷⁵⁾。したがって、審理前に何らかの州の行為によって市民的権利が否定されていることが移送の要件であり、ヴァージニア州憲法や州法は陪審員の選定に際して人種等に基づく差別を行うものではないとして、移送の請求は斥けられた。

ここでは、「合衆国憲法修正 14 条の諸規定は……すべて排他的に州の行為〔State action〕に言及しており、私的な諸個人のいかなる行為にも言及するものでない」と明確に判示され

70) *Cruikshank*, 92 U.S. at 554-555.

71) *Id.* at 554-557.

72) *Rives*, 100 U.S. at 315.

73) *Id.* at 318.

74) *Id.* at 321.

75) *Id.* at 319.

ている。

③ *United States v. Harris* の事案では、あらゆる者の法の平等な保護または特権もしくは免責を剥奪する目的で共同謀議を行うことを処罰の対象とする 1871 年の *Ku Klux Klan* 法⁷⁶⁾の第 2 条をうけついで連邦法(第 5519 条)が問題となった。法廷意見を執筆した *Woods* 判事は以下のように判示した。

修正 14 条に関し、「第 1 節の文言から完全にはっきりしているのは、この規定の目的も州の行為に制約を加えることであつたということである。」「州がこの諸規定の違反を犯しておらず、……それどころか、立法府によって制定され、司法部によって解釈され、行政部によって執行される州法がすべての者の権利を承認し保護しているとき、当該修正条項は何らの義務も課すものではなく連邦議会に何らの権限を与えるものでもない。」「第 5519 条……は、州が合衆国市民の特権ないし免責を剥奪する、法の適正な過程によらずに何人からも生命、自由、もしくは財産を奪う、または何人に対しても法の平等な保護を拒む、という事例にのみ効力を生じるものであると限定されていない。本条は、どんなに州がその義務を果たし得たとしても適用される。」「したがって、州法または公務員によるその執行に言及することなしに、検討中の本条は排他的に私人の行為に向けられているので、この意見において、本条が合衆国憲法修正 14 条のあらゆる条項によって正当化されないということは明らかである。」⁷⁷⁾

さらに、第 5519 条は、白人から白人に対する(人種等に関係のない)法の平等な保護を剥奪する目的での共同謀議をも適用範囲に含むものであつて、「[修正 13 条]が、州および合衆国の行為だけでなく、私的な諸個人の行為にも向けられるものであるとしても、検討中の本条は当該修正条項の諸規定の範囲にある事例も範囲にない事例もカバーしている」⁷⁸⁾ことから、修正 13 条によつても正当化されなかつた。

ここでは、*United States v. Cruikshank* や *Virginia v. Rives* といった先例が引用されており⁷⁹⁾、一連の連邦最高裁判決の延長線上に本判決があることが示されている。

(6) 小 括

南北戦争修正条項の「実施権限 [enforcement power]」(修正 13 条 2 節・修正 14 条 5 節・修正 15 条 2 節)の中でステイト・アクション概念に密接に関連するのは修正 14 条 5 節であつた。修正 14 条は第 1 節で「いかなる州も……してはならない [No State shall]」と規定していることから、(修正 14 条 5 節の下で、連邦議会は立法を通じて私的行為に対して修正 14 条 1 節を実施することはできず、ステイト・アクションに対して修正 14 条 1 節を実施できるのみである)というテーゼが問題となった。

まず、連邦議会においては、大きく分けて、(修正 14 条に関する州の不作为を確認したと

76) An Act to enforce the Provisions of the Fourteenth Amendment to the Constitution of the United States and for other Purposes, ch. 22, 17 Stat. 13 (1871).

77) *Harris*, 106 U.S. at 638-640.

78) *Id.* at 641.

79) *Id.* at 638-639.

きにはいつでも連邦議会が立法を通じて私的行為を規制し得る」という立場（共和党急進派）と、〈修正 14 条 5 節の下で連邦議会は（厳格に）ステイト・アクションを規制し得るのみである〉という立場（民主党）があった。しかし、両者は共にラディカルな立場であり、修正 14 条の「原意」は両者の「中庸」にあると想定される。

次に、Civil Rights Cases 以前の巡回裁判所の判断を概観した。判決が下された事情からすれば Civil Rights Cases と本判決の間にも何らかの連関があると考えられる、①United States v. Hall では、ステイト・アクション概念がステイト・インアクション（最広義）にまで拡張された。もっとも、ステイト・アクション概念は維持されており、連邦議会が有するのは「市民の基本的権利 [fundamental rights]」の侵害から保護する権限とされた。②United States v. Cruikshank 巡回裁判所判決では、修正 14 条に含まれている権利の保障を実施する連邦法の制定にはステイト・アクションの存在（「州が課された義務に従うのを怠るまたは課された禁止に反する」⁸⁰⁾）が要求されることとなる、とされた。

最後に、Civil Rights Cases 以前の連邦最高裁判決を概観した。①United States v. Cruikshank では、修正 14 条に基づいて連邦議会の立法権限が認められるには何らかのステイト・アクションの存在が必要となることが（明確とは言えないものの）確認された。しかし、本判決において実質的に重視されたのは、私人による権利侵害が人種や肌の色に基づいてなされたことが訴因において明確にされていないという点であった。②Virginia v. Rives では、「合衆国憲法修正 14 条の諸規定は……すべて排他的に州の行為 [State action] に言及しており、私的な諸個人のいかなる行為にも言及するものでない」⁸¹⁾と明確に判示された。Civil Rights Cases と同年に下された③United States v. Harris では、ステイト・アクション概念に関する United States v. Cruikshank や Virginia v. Rives といった先例が引用され、一連の連邦最高裁判決の延長線上に本判決があることが示された。

上記の Civil Rights Cases 以前の巡回裁判所の判断や Civil Rights Cases 以前の連邦最高裁判決において議論されてきた問題に対して、連邦最高裁が明確な答えを出した判決こそ 1883 年の Civil Rights Cases である。以下では、ステイト・アクション概念の源流とされる Civil Rights Cases を検討していきたい。

2 ステイト・アクション概念の源流

(1) Civil Rights Cases の概要

本事案で問題となったのは、1875 年の市民的権利に関する法律 [Civil Rights Act of 1875]⁸²⁾の第 1 条および第 2 条の規定である。この第 1 条は、「合衆国の管轄権内の何人も、宿泊施設 [inns]、陸上・水上の公共輸送機関、劇場その他の公共娯楽施設の宿泊サービス、利用、便益、特権の完全かつ平等に享受する権利がある」と規定するものであり、第 2 条は、人種、肌の色および従前の奴隷状態に基づいた当該私的人種差別行為に対する刑事罰と、被

80) *Cruikshank*, 25 F. Cas. at 710.

81) *Rives*, 100 U.S. at 318.

82) An Act to protect all citizens in their civil and legal rights, ch. 114, 18 Stat. 335 (1875).

害者から当該差別を行った者に対する損害賠償請求を認めるものであった。当該法律の制定から7年後、連邦最高裁において、カンザス州・カリフォルニア州・ミズーリ州・ニューヨーク州・テネシー州での公共施設における私的人種差別に対して当該規定が適用された5つの事件（5つのうち4つは刑事事件）は併合審理されることとなった。「すべてのケースにおける主要かつ重要な問題が当該法律の合憲性であることは明らかであり⁸³⁾、1875年の市民的権利に関する法律の当該規定が「実施条項〔enforcement clause〕」（修正13条2節・修正14条5節）によって正当化されるか、が争点となった。

(2) Civil Rights Cases における法廷意見 (Bradley 判事)

第一に、法廷意見を執筆した Bradley 判事は、修正14条の射程に関して、以下のように明確に判示した。

「修正14条1節……は性質上禁止的なもの〔prohibitory〕であって、州を抑制するためのものである……。」「特定の性質を有する州の行為〔State action〕こそが禁じられる。個人による個々の権利侵害はこの修正条項〔修正14条〕の主題ではない。」「法律、慣習〔customs〕、または司法手続・執行手続という形で……州の権威〔authority〕によって何ら支えられていない個人の不当な行為は、単なる不法行為または個人の犯罪である、……何らかの形で州によって是認されておらず州の権威の下でなされていないならば、〔被害者の〕権利は完全に有効なままであって、救済のための州法に訴えることで擁護されると推定され得る。」⁸⁴⁾

後の連邦最高裁は、この部分に対して、「この修正条項〔修正14条〕の下での審査に服する、州による権利剥奪〔abridgement〕と、『どんなに差別的で不当なものであっても』、修正14条が障壁〔shield〕を与えない私的行為の間の……本質的な二分法〔essential dichotomy〕を確立した」との評価を与えている⁸⁵⁾。

第二に、修正14条5節における連邦議会の権限に関しては、以下のように判示された。

修正14条5節に規定されているのは「禁止を実施することである。禁じられた州法と州の行為の効力を正す適当な立法を採択することであり、したがってそのようなものを完全に無効で、侵害のない〔null, void, and innocuous〕ものとするものである。……これ〔修正14条〕は私人の権利の規制のための地方自治体法典〔code of municipal law〕を創設する権限を連邦議会に与えるものではなく、当該修正条項において列挙された基本的権利〔fundamental rights〕を破壊する活動である、州法の運用、州の公務員の執行行為ないし司法行為に対する救済策〔modes of redress〕を提供する権限を与えるものである。」⁸⁶⁾

ここでは、「連邦議会の一般的〔general〕立法権限」が否定された上で、修正14条に基づ

83) *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 8.

84) *Id.* at 10-11, 17.

85) *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 349 (1974) (quoting *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 13 (1948)).

86) *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 11.

く「連邦議会によるあらゆる立法は……必ず性質上矯正的なもの〔corrective〕でなければならない」とされている⁸⁷⁾。結論として、1875年の市民的権利に関する法律の当該規定は、修正14条に反する州の行為を矯正する規定となっておらず、修正14条の連邦議会の立法権限を逸脱するものであると判断された。そして、当該規定が修正14条5節の「適当な立法」であるとされるならば、連邦議会の権限が際限なく拡大する事態が生じ、州または人民に留保された権限を規定する修正10条に反することとなるとされた。

第三に、修正13条に関しては、「連邦議会に合衆国におけるあらゆる奴隷制の印およびそれに付随するもの〔badges and incidents of slavery〕を廃止する必要かつ適切なすべての法を制定する権限を付与して」おり⁸⁸⁾、その限りで、連邦議会は「諸個人の行為に影響を与える、直接的かつ優先的な〔direct and primary〕」法律を制定する権限を付与されている⁸⁹⁾、と判示された。しかし、「修正13条は、人種、階級、または肌の色を顧慮するものではなく、奴隷制を顧慮するものである」⁹⁰⁾ので、当該規定が禁止する私的人種差別行為は「奴隷制の印」ではないとの判断がなされた。

上記から、Bradley判事の法廷意見は、1875年の市民的権利に関する法律の当該規定は修正13条および修正14条の連邦議会の立法権限を逸脱するものであって無効である、と結論づけた。

(3) Civil Rights Cases における反対意見 (Harlan 判事)

これに対し、Harlan判事のみが反対意見を執筆して、1875年の市民的権利に関する法律の当該規定を合憲とした。Harlan判事の反対意見は、修正13条が広汎な射程を有することから当該立法を合憲と判断した後、修正14条5節における連邦議会の権限は「修正条項における『本条〔修正14条〕の諸規定』を実施することである、それは単に禁止的な性格のものだけではなく、当該修正条項における、積極的なものと禁止的なものを含む諸規定——あらゆる諸規定——を実施することである」から⁹¹⁾、「この修正条項〔修正14条〕が当該諸規定に対して敵意のある州法および州の手續の禁止から全面的に成り立っているという前提は、その文言によって認められない」とした⁹²⁾。具体的に言えば、「市民的権利〔civil rights〕に関して、差別から免れる」というアメリカ人民の新しい憲法上の権利が修正14条によって創設されたことから、連邦議会は修正14条5節に基づいてこの積極的な権利を実施する権限を付与されていると結論づけた。また、法廷意見のように修正14条の射程が州の行為に限定されるとしても、その結論は支持し得ないとする。なぜなら、基本的には「ある者が他の者との社会的関係を容認するかまたは維持するかどうかは政府と関係のない問題である」けれども、「鉄道会社、宿泊施設の管理人、および公共娯楽施設の責任者は州の代理人〔agents〕または機関〔instrumentalities〕であ」って、「彼らは公衆に対する義務

87) *Id.* at 18.

88) *Id.* at 20.

89) *Id.* at 23.

90) *Id.* at 24.

91) *Id.* at 46 (Harlan, J., dissenting).

92) *Id.* (Harlan, J., dissenting).

を課されており、その責務および機能に関して、政府の規制に従わねばならない」からである⁹³⁾。こうして、Harlan 判事の反対意見は、このような機関による人種差別行為は州による人種差別行為と見ることができるので、修正 14 条に基づいて連邦議会はこのような私人を直接的に規律し得る、と結論づけた。

(4) 小 括

第一に、Bradley 判事の法廷意見は、修正 14 条によって「特定の性質を有する州の行為 [State action] こそが禁じられる」一方で「個人による個々の権利侵害はこの修正条項の主題ではない」と判示し⁹⁴⁾、ここに〈合衆国憲法は私的行為者ではなく政府を名宛人にする〉というステイト・アクションの要件が確立された。現在、ステイト・アクションの要件は（修正 13 条を除く）合衆国憲法各条項に課されるものとなっており、「合衆国憲法はあらゆるレベルの政府——連邦、州、および地方政府——そしてあらゆるレベルの政府の公務員の行為に適用される」⁹⁵⁾のであって、文字通りの“State action [州の行為]”のみに合衆国憲法が適用されるのではない⁹⁶⁾。第二に、修正 14 条 5 節に基づいて連邦議회가制定し得るのは、矯正的 [corrective] 立法であって一般的 [general] 立法ではない、と判示された。具体的には、「当該修正条項において列挙された基本的権利 [fundamental rights] を破壊する活動」⁹⁷⁾に該当する州の行為を矯正する立法であるとされている。第三に、修正 13 条の下で、連邦議회는「奴隷制の印およびそれに付随するもの [badges and incidents of slavery⁹⁸⁾]」を廃止するために必要な「直接的かつ優先的な」立法を行う権限を付与されている、と判示された。ここでは、修正 13 条にはステイト・アクションの要件が課されないことが示されており、現在においてもそのように解されている⁹⁹⁾。

これに対して、Harlan 判事の反対意見は、修正 14 条 5 節に基づいて連邦議회가制定し得るのは修正 14 条に反する州の行為を矯正する立法のみであるとする法廷意見を斥け、「州の代理人」や「[公共施設の] 機能」というような語を用いてステイト・アクションの要件を緩和するものであった。ここから、Bradley 判事の法廷意見が（「私 [private]」）と区別される）「公 [public]」をまさにその行為主体の性質からカテゴリーカルに判断しているのに対して、Harlan 判事の反対意見は「公」を行為主体の果たす社会的機能から判断していることが理解できる。なお、後のステイト・アクション法理において「公的機能 [public function]」を果たす私人の行為には合衆国憲法が適用されるとされたが、現在の判例は「公的機能」を「伝統的かつ排他的に州に留保された」機能と解しており¹⁰⁰⁾、Harlan 判事の反対意見よりも Bradley 判事の法廷意見の理解に近いものとなっている。

93) *Id.* at 58-59 (Harlan, J., dissenting).

94) *Id.* at 11.

95) CHEMERINSKY, *supra* note 10, at 533.

96) TRIBE, *supra* note 11, at 1688 n.2.

97) *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 11.

98) この語については、*see* Jack M. Balkin, *The Reconstruction Power*, 85 N.Y.U. L. REV. 1801, 1817 n.64 (2010).

99) *See, e.g.*, Tsesis, *supra* note 12, at 311 & n.9.

100) *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 352 (1974).

3 Civil Rights Cases の再検討

(1) Pamela Brandwein の見解

Civil Rights Cases における法廷意見は、すでに見てきた修正 14 条の「原意」・Civil Rights Cases 以前の巡回裁判所の判断・Civil Rights Cases 以前の連邦最高裁判決と整合的に理解できるものであろうか？ この問いに対して一つの回答を与えるのが、Pamela Brandwein の見解である。

まず、Brandwein は、〈1875 年の市民的権利に関する法律の公共施設規定は私的行為 [private action] を規制しており、私的行為は修正 14 条の範囲外であるから、連邦最高裁は当該規定を無効とした〉という従来の Civil Rights Cases の理解に対して、「公共施設規定を無効とする連邦最高裁の根拠は誤解されてきており、そしてこの判決はこれまで認識されてきたよりも市民的権利 [civil rights] に関する広汎な連邦の保護を認めていると主張する」¹⁰¹⁾。この主張は、Bradley 判事の法廷意見が、私的行為を規律する側面を有する 1866 年の市民的権利に関する法律を修正 14 条に基づいて合憲・有効であるとした点から正当化され得るものである¹⁰²⁾。

Bradley 判事の法廷意見は、「この法律 [1866 年の市民的権利に関する法律] は、明らかに性質上矯正的なものであり、特定の不当な行為を是認するような、州法や州の手續、および法の力を有する慣習を減殺し、それに対する救済を供給することを意図している」と判示した¹⁰³⁾。この「特定の不当な行為」の例としては、脅迫、殺人、財産権・契約の権利・裁判における諸権利の侵害等が挙げられた¹⁰⁴⁾。Brandwein は、ここで連邦による規制に服すると例示された権利侵害が「基本的権利 [fundamental rights]」とされる「市民的権利 [civil rights]」の侵害であることに着目する。「市民的権利 [civil rights]」は、「白人と同じ基準で『自由な労働者 [free laborers]』として黒人が張り合うのに必要不可欠であると [多数派である] 共和党穏健派が考えた諸権利」であり、「財産権、契約の権利、訴権、法廷で証言する権利、他者と同一の刑罰に服する権利、および身体的暴力からの保護の権利」を指している¹⁰⁵⁾。上記のものが 19 世紀の概念である「諸権利の階層 [hierarchy of rights]」¹⁰⁶⁾においてまさに基礎にあると考えられた権利である。

では、Civil Rights Cases で問題となった「公共施設へのアクセスの権利」は当時どのように捉えられていたのだろうか？ Brandwein は、「Charles Sumner のような共和党急進

101) Pamela Brandwein, *The Civil Rights Cases and the Lost Language of State Neglect, in THE SUPREME COURT AND AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT* 275 (Ronald Kahn & Ken I. Kersch eds., 2006).

102) 修正 14 条の制定以前の *United States v. Rhodes*, 27 F. Cas. 785 (C.C.D. Ky. 1866) (No. 16,151) において、Swayne 判事は、1866 年の市民的権利に関する法律が規定する内容が (“political rights [政治的権利]” 等と区別される) “civil rights [市民的権利]” に限定されている限りにおいて「当該立法の合憲性についての疑いはない」と判示した。 *Id.* at 794.

103) *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 16.

104) *Id.* at 17.

105) Brandwein, *supra* note 101, at 282.

106) *Id.*

派が公共施設への権利を市民的権利〔civil rights〕とみなした一方で、他の共和黨員はそれを『社会的権利〔social rights〕』とみなしていたとする¹⁰⁷⁾。そして、Civil Rights Cases においては、(共和党急進派以外の者と同様に) Bradley 判事の法廷意見が「公共施設へのアクセスの権利」は「社会的権利〔social rights〕」であると黙示的に示唆した一方で¹⁰⁸⁾、Harlan 判事の反対意見は「1875 年の法律によって連邦議会が保障し保護しようとした権利は、法的権利であって、社会的権利〔social rights〕ではない」¹⁰⁹⁾と判示した¹¹⁰⁾。この捉え方の違いが見落とされてはならず、重要なのは「Bradley が公共施設への権利に対する軽蔑を表す一方で、『核となる〔core〕』市民的権利〔civil rights〕にコミットしたままであった」¹¹¹⁾点である。Bradley 判事の法廷意見は、「公共施設へのアクセスの権利」を(連邦による規制に服しない)「社会的権利〔social rights〕」とする点で共和党急進派と意見を異にし、私的行為を規律する側面を有する連邦法(=1866 年の市民的権利に関する法律)を修正 14 条に基づいて合憲・有効であるとする点で民主党の立場とは異なっていた。つまり、「中道〔middle path〕」・「穏健派〔centrist〕」の立場であったのである。

Brandwein は以下のように主張する。Waite Court (1874~88 年) の判事たちは、修正 14 条に基づく私的行為の連邦による規制を、(i)『『市民的権利〔civil rights〕』に対する私的な権利侵害のみが影響を及ぼされ得る』もので、(ii)「この私的な権利侵害が被害者の人種『を根拠として〔on account of〕』動機づけられたものでなければならず、(iii)「このような権利侵害を矯正する州の不作为が連邦の介入のために『基礎に置かれるもの〔predicate〕』でなければならない」、という条件の下に是認してきた¹¹²⁾。これこそが(論者の言う)「ステイト・ネグレクト〔state neglect〕理論(州が救済を提供する義務を履行しないときまでは、私的な諸個人の連邦による規制は存在しない)」の概略である¹¹³⁾。

(2) 検 討

修正 14 条に基づく私的行為の連邦による規制には、(i)「基本的権利〔fundamental rights〕」・「市民的権利〔civil rights〕」に対する私的な権利侵害、(ii)私的な権利侵害が被害者の人種「を根拠として〔on account of〕」動機づけられたこと、(iii)このような権利侵害を矯正する州の不作为という「基礎に置かれるもの〔predicate〕」、が要求された。このように Waite Court の判事たちの考えを捉える Brandwein の説明は、Civil Rights Cases 以前の巡回裁判所の判断・Civil Rights Cases 以前の連邦最高裁判決・Civil Rights Cases という一連の統合的な理解を可能とする。前述の Civil Rights Cases 以前の巡回裁判所の判断・Civil Rights Cases 以前の連邦最高裁判決においては、(i)「基本的権利〔fundamental

107) *Id.* at 283. 詳細は、BRANDWEIN, *supra* note 57, at 60-86.

108) *See Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 19, 22.

109) *Id.* at 59 (Harlan, J., dissenting).

110) Harlan 判事は、後の連邦最高裁判決においても「市民的権利〔civil rights〕」を広く解している。

Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 555 (1896) (Harlan, J., dissenting).

111) Brandwein, *supra* note 101, at 285.

112) *Id.* at 276-277.

113) *Id.* at 286.

rights]」や「市民的権利 [civil rights]」という語が見受けられ、(ii)被害者の人種等を動機としてなされた私的な権利侵害であるか否かが重視されていた（特に *United States v. Cruikshank*）。そして、(iii)修正 14 条に基づいて連邦議会の立法権限が認められるには何らかのステイト・アクションの存在が必要となるとされてきたものの、*United States v. Hall* でステイト・アクション概念がステイト・インアクション（最広義）にまで拡張された後に〈アクション＝作為（不作為を含まない）〉という限定が明確にされたわけではなかった。

では、*Brandwein* の説明を手掛かりとして *Civil Rights Cases* を検討していきたい。まず、*Civil Rights Cases* に対しては、その狭い連邦議会の権限の解釈によって、州に基本的権利の保護の問題は委ねられ、南部における人種差別は放置されることとなったという評価¹¹⁴⁾が存在する。さらには、*Civil Rights Cases* を起源とする「ステイト・アクション法理は修正 14 条を促進するよりも弱体化させるように形成されたものであるだけでなく、人種差別というイデオロギーに基づいて動機づけられたこの法理は連邦最高裁によって巧みに作り上げられた」という評価¹¹⁵⁾もある。しかし、*Civil Rights Cases* における *Bradley* 判事の法廷意見は、当時の「中道」・「穏健派」の立場であった。その上、*Civil Rights Cases* 以前の巡回裁判所の判断・*Civil Rights Cases* 以前の連邦最高裁判決・*Civil Rights Cases* は、修正 14 条の「原意」にもある程度沿うものであったと考えられる。なぜなら、修正 14 条に基づく私的行為の連邦による規制に ((i)~(iii)のような) 条件を付する点で〈修正 14 条に関する州の不作為を確認したときにはいつでも連邦議会が立法を通じて私的行為を規制し得る〉という立場（共和党急進派）と意見を異にし、私的行為を規律する側面を有する 1866 年の市民的権利に関する法律を修正 14 条に基づいて合憲・有効であるとする点で〈修正 14 条 5 節の下で連邦議会は（厳格に）ステイト・アクションを規制し得るのみである〉という民主党の立場とは異なっており、それはまさに両者の「中庸」に位置すると考えられるからである。したがって、*Civil Rights Cases* に対する否定的評価は、少なくとも当時の状況を適切に把握した上でなされたものではないように思われる。

また、*Civil Rights Cases* における *Bradley* 判事の法廷意見は、「何らかの形で州によって是認されておらず州の権威の下でなされていないならば、[被害者の] 権利は完全に有効なままであって、救済のための州法に訴えることで擁護されると推定され得る」とした¹¹⁶⁾。ここでは、州は積極的作為（＝「救済のための州法」およびその執行）によってその市民を保護する存在とされている。*Civil Rights Cases* 以前の巡回裁判所の判断・*Civil Rights Cases* 以前の連邦最高裁判決においても、州には積極的作為（保護）義務が課されていると判断されていた。このことと修正 14 条に基づく私的行為の連邦による規制が一定の条件の下で是認されるという *Brandwein* の説明から、州による第一次的な積極的作為（保護）義

114) Eugene Gressman, *The Unhappy History of Civil Rights Legislation*, 50 MICH. L. REV. 1323, 1342 (1952).

115) Francisco M. Ugarte, *Reconstruction Redux: Rehnquist, Morrison, and the Civil Rights Cases*, 41 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 481, 504 (2006).

116) *Civil Rights Cases*, 109 U.S. at 17.

務の履行を前提とした上で、一定のその不履行に対して連邦が第二次的な義務の履行をなす、という構造を見出すこともあながち間違いとは言えないであろう。

4 小 括

南北戦争修正条項の「実施権限 [enforcement power]」（修正 13 条 2 節・修正 14 条 5 節・修正 15 条 2 節）の中でステイト・アクション概念に密接に関連するのは修正 14 条 5 節であった。修正 14 条は第 1 節で「いかなる州も……してはならない [No State shall]」と規定していることから、〈修正 14 条 5 節の下で、連邦議会は立法を通じて私的行為に対して修正 14 条 1 節を実施することはできず、ステイト・アクションに対して修正 14 条 1 節を実施できるのみである〉というテーゼが問題となる。

まず、連邦議会においては、大きく分けて、〈修正 14 条に関する州の不作為を確認したときにはいつでも連邦議会は立法を通じて私的行為を規制し得る〉という立場（共和党急進派）と、〈修正 14 条 5 節の下で連邦議会は（厳格に）ステイト・アクションを規制し得るのみである〉という立場（民主党）があった。しかし、両者は共にラディカルな立場であり、修正 14 条の「原意」は両者の「中庸」にあると想定される。

次に、Civil Rights Cases 以前の巡回裁判所の判断においては、①ステイト・アクション概念がステイト・インアクション（最広義）にまで拡張され、連邦議会は「市民の基本的権利 [fundamental rights]」の侵害から保護する権限を有するとされており（United States v. Hall）、②修正 14 条に含まれている権利の保障を実施する連邦法の制定にはステイト・アクションの存在（「州が課された義務に従うのを怠るまたは課された禁止に反する」こと）が要求されることとなるとされている（United States v. Cruikshank 巡回裁判所判決）。

さらに、Civil Rights Cases 以前の連邦最高裁判決においては、①修正 14 条に基づいて連邦議会の立法権限が認められるには何らかのステイト・アクションの存在が必要となることが（明確とは言えないものの）確認され（United States v. Cruikshank）、その後、②「合衆国憲法修正 14 条の諸規定は……すべて排他的に州の行為 [State action] に言及しており、私的な諸個人のいかなる行為にも言及するものでない」と明確に判示されている（Virginia v. Rives）。また、③United States v. Harris では、ステイト・アクション概念に関する United States v. Cruikshank や Virginia v. Rives といった先例が引用され、一連の連邦最高裁判決の延長線上に本判決があることが示されている。

上記の Civil Rights Cases 以前の巡回裁判所の判断や Civil Rights Cases 以前の連邦最高裁判決において議論されてきた問題に対して、連邦最高裁が明確な答えを出した判決こそ 1883 年の Civil Rights Cases である。Bradley 判事の法廷意見は、修正 14 条によって「特定の性質を有する州の行為 [State action] こそが禁じられる」一方で「個人による個々の権利侵害はこの修正条項の主題ではない」と判示し、ここに〈合衆国憲法は私的行為者ではなく政府を名宛人にする〉というステイト・アクションの要件は確立されることとなる。これに対して、Harlan 判事の反対意見は、修正 14 条 5 節に基づいて連邦議회가制定し得

るのは修正 14 条に反する州の行為を矯正する立法のみであるとする法廷意見を斥け、「州の代理人」や「[公共施設の] 機能」というような語を用いてステイト・アクションの要件を緩和するものであった。

問題となるのは、**Civil Rights Cases** が、修正 14 条の「原意」・**Civil Rights Cases** 以前の巡回裁判所の判断・**Civil Rights Cases** 以前の連邦最高裁判決と整合的に理解できるものであるか否かである。**Brandwein** の説明によれば、**Waite Court** の判事たちの考えは、修正 14 条に基づく私的行為の連邦による規制の条件として、(i)「基本的権利 [fundamental rights]」・「市民的権利 [civil rights]」に対する私的な権利侵害、(ii)私的な権利侵害が被害者の人種「を根拠として [on account of]」動機づけられたこと、(iii)このような権利侵害を矯正する州の不作为という「基礎に置かれるもの [predicate]」、の 3つを要求するものである。この説明から、**Civil Rights Cases** における法廷意見は、修正 14 条に基づく私的行為の連邦による規制に ((i)~(iii)のような) 条件を付する点で〈修正 14 条に関する州の不作为を確認したときにはいつでも連邦議会が立法を通じて私的行為を規制し得る〉という立場 (共和党急進派) と意見を異にし、私的行為を規律する側面を有する 1866 年の市民的権利に関する法律を修正 14 条に基づいて合憲・有効であるとする点で〈修正 14 条 5 節の下で連邦議会は (厳格に) ステイト・アクションを規制し得るのみである〉という民主党の立場とは異なっていた、と正確に理解されることとなる。それはまさに両者の「中庸」に位置すると考えられ、修正 14 条の「原意」にもある程度沿うものであったと考えられよう。

〈修正 14 条 5 節の下で、連邦議会は立法を通じて私的行為に対して修正 14 条 1 節を実施することはできず、ステイト・アクションに対して修正 14 条 1 節を実施できるのみである〉というテーゼにとって重要であるのは、**Civil Rights Cases** における **Bradley** 判事の法廷意見が、州を、積極的作為 (=「救済のための州法」およびその執行) によってその市民を保護する存在としていることである。**Civil Rights Cases** 以前の巡回裁判所の判断・**Civil Rights Cases** 以前の連邦最高裁判決においても、州には積極的作為 (保護) 義務が課されていると判断されていた。このことと修正 14 条に基づく私的行為の連邦による規制が一定の条件の下で是認されるという **Brandwein** の説明から、州による第一次的な積極的作為 (保護) 義務の履行を前提とした上で、一定のその不履行に対して連邦が第二次的な義務の履行をなす、という構造を見出すこともあながち間違いとは言えないであろう。

Civil Rights Cases で示された連邦議会の立法権限に関する解釈は、1964 年の市民的権利に関する法律 [Civil Rights Act of 1964] の制定にも影響を及ぼしている。公の場所での人種差別を禁止する 1964 年の市民的権利に関する法律の制定において、連邦議会は州際通商条項を根拠とする立法権限を行使した¹¹⁷⁾。その理由としては、修正 14 条を根拠とすれば **Civil Rights Cases** の解釈によって違憲とされるおそれがあり、州際通商条項を根拠とする

117) 詳細は、木南敦『通商条項と合衆国憲法』(東京大学出版会、1995年)198頁以下参照。

方が「より安全な道 [safer route]」であるとの議論があった、ということが挙げられる¹¹⁸⁾。その後、*United States v. Morrison*¹¹⁹⁾においてその解釈が再び援用され、21世紀ともなっても *Civil Rights Cases* は重要判例であり続けている。

〈修正14条5節に基づき、連邦議会が「立法」によって私的行為を規制し得るか〉という問いに否定的に答える *Civil Rights Cases* は、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はなく、憲法上の価値は一切影響を及ぼさない〉という（正確に言えば）「私人間無適用・無効力」の立場を基本的には採用するものである。公の場所での人種差別を禁止する1964年の市民的権利に関する法律が修正14条（憲法上の人権規定）ではなく州際通商条項に基づいて制定されたことも、「私人間無適用・無効力」がアメリカの立場であることを強く示唆している。もっとも、（連邦法以外の）州法や契約等を通じて、憲法上の人権価値を私人間に及ぼすという手法は否定されるものではなく¹²⁰⁾、「私人間無適用・無効力」という立場は「連邦制」という固有の概念に基礎を置いていると考えられる。この点からすれば、垂直的な立場に最も親和的であるのはアメリカ合衆国である、との比較憲法的観点からの評価が正当であるようにも思われる。しかし、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉という要件が現在までにどの程度堅持され、私人間において「水平的効力」は生じないという確固たる結論が導かれてきたのか否か、についてはさらなる検討が必要となる。

第3節 ステイト・アクション法理の展開

1 ステイト・アクション法理とその分類

(1) はじめに

周知のように、アメリカの立場は、合衆国憲法修正14条によって「特定の性質を有する州の行為 [State action] こそが禁じられる。個人による個々の権利侵害はこの修正条項の主題ではない」¹²¹⁾というステイト・アクションの要件を基礎に置いている。その一方、我が国においては、「アメリカでは、人権規定の直接適用か間接適用か、という観点からではなく、人権は対国家権力的なものという伝統的観念を前提としたうえで、具体的な私的行為による人権侵害を、①それに国家権力（州または連邦）が、④公共施設等の国有財産の貸与、⑤財政・免税措置等の援助、⑥特権または特別の権限の付与等を通じて、もしくは、⑦司法の介入により積極的に実現することを通じて、『きわめて重要な程度にまでかわり合いになった』場合、または、②当該私的行為の主体が高度に公的な（純粋に、または排他的に統治的な）機能行使する団体である場合に、国家権力による侵害と同視して、憲法をそれに適用する理論が、20世紀になってから、多数の判例の積み重ねによって確立することにな

118) Balkin, *supra* note 98, at, 1803.

119) 529 U.S. 598 (2000).

120) See Martha Minow, *Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Service Human Needs*, 52 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 145, 165 (2017).

121) *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 11 (1883).

った」という説明がなされている¹²²⁾。さらに、上記のステイト・アクション法理¹²³⁾を参照して「私人または私的団体の純然たる事実行為に基づく人権侵害を憲法によって直接規律する道筋をできる限り広く認める解釈論を試みる」というドイツの間接効力説とアメリカのステイト・アクション法理の統合説は通説的見解とされてきた¹²⁴⁾。ここで注意すべきは、この見解が、「純然たる私人の事実行為による人権侵害の救済に参考になるのではないかと考えたステイト・アクションの判例は、主として 1960 年代までの判例」であるとし¹²⁵⁾、考察対象を「アメリカ法にとって異例の時代」と評される Warren Court¹²⁶⁾までのステイト・アクションの要件を大幅に緩和した判例に限定している点である。しかしながら、「アメリカの state action 法理は、決して state action の存在を広く認めて合衆国憲法を直接適用する範囲を拡げるための法理ではな」¹²⁷⁾、我が国で「国有財産の理論」・「国家援助の理論」・「特権付与の理論」・「司法的執行の理論」・「統治機能の理論」と整理されてきたものは、正確に言えば「ステイト・アクションの要件に対する例外 [exceptions]」¹²⁸⁾である点は再確認されるべきであろう。

(2) ステイト・アクションの要件の存在理由¹²⁹⁾

Civil Rights Cases において示された、修正 14 条によって規律される「州の行為」と修正 14 条によって規律されない「私人の行為」の区分は、現在においても判例として確立している¹³⁰⁾。では、なぜ合衆国憲法において〈合衆国憲法は、(修正 13 条を除いて) ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉というステイト・アクションの要件が必要となるのだろうか？ 連邦最高裁による回答は、『ステイト・アクション』の要件を注意深く固守することは、連邦法および連邦裁判所の権限の範囲を制限することによって、個人の自由の領域を維持する¹³¹⁾というものである。ここから導かれるのは、①個人の自律(私的領域の維持)、②連邦制(連邦政府/州政府)、③権力分立(議会/裁判所)、というステイト・アクションの要件の存在理由である¹³²⁾。

まず、①個人の自律(私的領域の維持)という観点からすれば、「合衆国憲法の大きな目的の一つは、制定法と判例法の制約のみを条件として、自身の好きなように私的関係を構築

122) 芦部・前掲注 28)『憲法学Ⅱ』314 頁。

123) 主要な邦語文献として、脚注 28 参照。

124) 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』(有斐閣, 1999 年) 225 頁。

125) 芦部・前掲注 124) 227 頁。

126) 奥平康弘『「表現の自由」を求めて』(岩波書店, 1999 年) 233 頁。

127) 樋口・前掲注 28) 572 頁。

128) CHEMERINSKY, *supra* note 10, at 535.

129) この点については、ジェームズ・E・ハーゲット(渡辺賢訳)「アメリカ憲法における State Action 法理の展開」北大法学論集 35 巻 6 号(1985 年) 747 頁以下、安部圭介「州憲法の現代的意義(四)——ウォーレン・コート後のアメリカにおける人権保障の新しいあり方——」法学協会雑誌 121 巻 8 号(2004 年) 1084 頁以下、木下・前掲注 28) 142 頁以下、榎・前掲注 28) 66 頁以下、宮下・前掲注 28) 270 頁以下、樋口・前掲注 28) 554 頁以下、に詳しい。

130) United States v. Morrison, 529 U.S. 598, 621-625 (2000).

131) Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U.S. 922, 936 (1982).

132) See TRIBE, *supra* note 11, at 1691.

するのを市民に許容することであり¹³³⁾、ステイト・アクションの要件は、個人の自由な領域に介入する可能性のある「資源に関する主張を憲法化するのを避け、代わりに、配分および再配分の問題を憲法ではない法に残しておくものである〔強調原文〕」¹³⁴⁾と考えられる。次に、②連邦制（連邦政府／州政府）という観点からすれば、ステイト・アクションの要件は「州政府と連邦政府の間の起草者によって注意深く生み出された権力バランスを修正 14 条が破壊するのを防ぐのに必要であり¹³⁵⁾、「修正 14 条の適用をステイト・アクションに制限することによって、連邦最高裁は、日常の事柄において諸個人を規律する基本的な実定法を展開する州の第一次的〔primary〕責任に過度な介入をすることなく、市民の取扱いにおける一定の最小限の基準の州による遵守を確保している」¹³⁶⁾と説明される。最後に、③権力分立（議会／裁判所）という観点に関していえば、ステイト・アクションの要件の厳格化は、正確には、修正 14 条において「第一に、憲法上の権利侵害に対する私的な諸個人の責任を拡張する裁判官の権限を弱め、……第二に、連邦法を覆す司法上の権限を強化する」という二重の意味を有している¹³⁷⁾。前者の意味については、「民主的プロセスが強力なままである限り、人民は強力な私的利益を規制する能力を有しており、連邦最高裁に憲法解釈であらゆることを片づけてもらう必要はない」という説明もなされている¹³⁸⁾。

(3) ステイト・アクション法理とその分類

ステイト・アクションの要件の存在は、主として、①個人の自律（私的領域の維持）、②連邦制（連邦政府／州政府）、③権力分立（議会／裁判所）、という観点から正当化されることとなる。しかし、「ステイト・アクション」と「私人の行為」の区分という「自明の理〔truisms〕さえも、常に完璧に正しいものではない」¹³⁹⁾。Civil Rights Cases にも含まれる、「私法と公法の区別、『個人主義〔individualism〕』、法解釈における形式主義へのコミットメント」という 3 つの要素に基づく「古典的法思想〔classical legal thought〕」の時代（1850～1914 年）¹⁴⁰⁾には、ステイト・アクションの要件は厳格に維持されてきた。その後、1930 年代となり、「リーガル・リアリズムの台頭とニュー・ディール以後の広い範囲の社会・経済立法の通過とともに、州の権威によって支えられていない『私的な権利侵害』の存在は主張するのがより困難とな」る¹⁴¹⁾。端的に言えば、1937 年の「ニュー・ディール憲法革命が公私区分をずたずた〔in tatters〕にした」のである¹⁴²⁾。結果として、「1940 年代、

133) Edmonson v. Leesville Concrete Co., 500 U.S. 614, 619 (1991).

134) BeVier & Harrison, *supra* note 15, at 1822.

135) *Morrison*, 529 U.S. at 620.

136) William M. Burke & David J. Reber, *State Action, Congressional Power and Creditors' Rights: An Essay on the Fourteenth Amendment* (pt. 1), 46 S. CAL. L. REV. 1003, 1015-1016 (1973).

137) *Developments in the Law - State Action and the Public/Private Distinction*, 123 HARV. L. REV. 1248, 1264 (2010).

138) Huhn, *supra* note 46, at 1397.

139) *Hudgens v. National Labor Relations Board*, 424 U.S. 507, 513 (1976).

140) Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT* 25 (David M. Trubek & Alvaro Santos eds., 2006).

141) Note: NFIB v. Sebelius and the Individualization of the State Action Doctrine, 127 HARV. L. REV. 1174, 1177 (2014).

142) LOUIS MICHAEL SEIDMAN & MARK V. TUSHNET, REMNANTS OF BELIEF 67 (1996). この点について

1950年代、1960年代の偉大なステイト・アクションのケース」¹⁴³⁾と称される一連の連邦最高裁判決によって、ステイト・アクションの要件は、主として私的な人種差別に関する領域で大幅に緩和されることとなる。しかしながら、「1940～1969年のリーディング・ケースにおいて常にステイト・アクションを認める連邦最高裁から、続く20年の間における多くのステイト・アクションの主張の拒否への劇的な変化」が生じる¹⁴⁴⁾。この点については、「現在の限定されたステイト・アクションの観念を招いた人物がただ一人いるとすれば、それは Rehnquist [連邦最高裁判事] である」とも評されている¹⁴⁵⁾。以下では、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉という要件が現在までにどの程度堅持されてきたのか、について連邦最高裁の主要な判例から検討していくこととする。

「ステイト・アクション法理」の分類に関しては、2001年の **Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association**¹⁴⁶⁾が注目される。まず、Souter 判事の法廷意見は、「先例は修正14条の審査に服するステイト・アクションとそうではない（しかしながら異論を招きそうである）私的行為の間に線を描こうとして」おり、「ステイト・アクションは、『州と争われている行為の間に密接な関連性 [close nexus]』が存在し、外形上私的な行為が『州自身の行為であると正当にみなされ得る』場合に（のみ）認められ得る」と判示する¹⁴⁷⁾。具体的には、従来の判例上、以下の6つの場合、すなわち、(A)私人の行為が州による「強制的な権力 [coercive power]」の行使に起因する場合、(B)私人が州から「明示であれ黙示であれ、十分な奨励 [significant encouragement]」を与えられている場合、(C)私人が「州との共同行為の意図的な参加者 [willful participant] または州の代理人 [agents]」として行為する場合、(D)私人が「州の機関 [agency]」によってコントロールされる場合、(E)私人が州から「公的機能 [public function]」を委任された場合、(F)私人が「政府の政策と関わり合う [entwined]」場合ないし政府が「私的団体の運営またはコントロールに関わり合う [entwined]」場合、にステイト・アクションの存在が認められてきたとする¹⁴⁸⁾。

これに対して、Thomas 判事の反対意見は、先例は「単なる『関わり合い [entwinement]』に基づいてステイト・アクションを認めてきていない」とし、「[私的な] 団体が、公的機能

は、宮下紘「ステイト・アクション法理における公私区分 (1)・(2・完)」一橋法学5巻3号(2006年)961頁以下・同6巻1号(2007年)157頁以下、参照。

143) David A. Strauss, *State Action after the Civil Rights Era*, 10 CONST. COMMENT. 409 (1993).

144) Terri Peretti, *Constructing the State Action Doctrine, 1940-1990*, 35 LAW & SOC. INQUIRY 273, 281 (2010).

145) David J. Barron, *Privatizing the Constitution: State Action and Beyond*, in THE REHNQUIST LEGACY 346 (Craig M. Bradley ed., 2006).

146) 531 U.S. 288 (2001). 邦語文献として、安部圭介「判批」ジュリスト1207号(2001年)156-158頁、木下智史「判批」アメリカ法2002-1(2002年)151-156頁、藤井樹也「判批」憲法訴訟研究会＝戸松秀典編『続・アメリカ憲法判例』(有斐閣、2014年)492-501頁。

147) *Brentwood*, 531 U.S. at 295 (quoting *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345, 351 (1974)).

148) *Id.* at 296.

を果たした場合、政府によって創設・強制・奨励された場合、政府との共生の関係〔*symbiotic relationship*〕において行為した場合にのみ、ステイト・アクションを構成している」と判示する¹⁴⁹⁾。そして、「多数意見は『関わり合い〔*entwinement*〕』を一切定義づけていないので、この判示の及ぶ範囲は明らかでない」としている¹⁵⁰⁾。

本判決における法廷意見と反対意見を総合すれば、ステイト・アクション法理は、(i)「公的機能」の例外、(ii)政府による創設・強制・奨励の例外、(iii)「共生の関係」の例外、(iv)「関わり合い〔*entwinement*〕」の例外、に分類することができよう。実際にはそれぞれの例外が別個独立に存在するわけではなく、その関係も明らかとなっているわけではないが、以下では、ステイト・アクション法理を、この分類に基づき、「1940～1960年代（ステイト・アクション法理の誕生から Warren Court 期〔1953～1969年〕まで）」と「1970年代以降」に時期を分けて概観していくこととする。

2 1940～1960年代におけるステイト・アクション法理

(1) 「公的機能」の例外

この時期の「公的機能」の例外としては、第一に、主としてテキサス州における予備選挙への修正14条・修正15条（黒人の選挙権）の適用をめぐる「白人の予備選挙の事例〔*White Primary cases*〕」¹⁵¹⁾が挙げられる。連邦最高裁は、1920～30年代において、「いかなる場合にも、黒人はテキサス州において催される民主党予備選挙に参加する資格を有するものではない」というテキサス州法の規定を違憲とし¹⁵²⁾、政党の州執行委員会が予備選挙における投票資格の有無を決定すると改正したテキサス州法の規定も違憲としたが¹⁵³⁾、州の党大会を開催して予備選挙からの黒人排除を決定したことが争われた *Grovey v. Townsend*¹⁵⁴⁾ では、政党内の選挙である予備選挙に修正条項の適用を認めなかった。しかし、1944年の *Smith v. Allwright*¹⁵⁵⁾において、*Grovey* 判決は判例変更された。Reed 判事の法廷意見は、「予備選挙は法律によって選挙機構の不可欠の部分〔*integral part*〕とされている」という *United States v. Classic* における判示¹⁵⁶⁾を援用し、この部分が *Grovey* 判決に影響するのは「選挙制度における予備選挙の位置の承認が、予備選挙の投票資格を定める権限の州から政党への委任は政党の行為を州の行為とし得る州の機能〔*state function*〕の委任である、

149) *Id.* at 305 (Thomas, J., dissenting).

150) *Id.* at 314 (Thomas, J., dissenting). 本判決の法廷意見は、判例上、私的行為の政府による奨励を見出す場合に用いられてきた「深い関わり合い〔*entanglement*〕」ではなく「関わり合い

〔*entwinement*〕」を用いている。See CHEMERINSKY, *supra* note 10, at 551-552.

151) 詳しくは、落合俊行『アメリカ政党の憲法学的研究』（法律文化社、1996年）1頁以下、高橋和之「アメリカの予備選挙制度と政党の法的地位研究序説——予備選挙の投票資格規制とステイト・アクション法理——」法律論叢 83巻2＝3号（2011年）263頁以下、参照。

152) *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536 (1927).

153) *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73 (1932).

154) 295 U.S. 45 (1935).

155) 321 U.S. 649 (1944). 邦語文献として、堀部政男「判批」田中編・前掲注 3) 114-115頁。

156) 313 U.S. 299, 318 (1941).

ということを明らかとするからである」とする¹⁵⁷⁾。そして、「本選挙の投票用紙への登載を要求する政党候補者の選出のための制定法上の制度は、これらの立法の指示に従うことが要求される政党を、予備選挙の参加者を決定する限りにおいて州の機関〔agency〕とするものである」と判示し¹⁵⁸⁾、政党の予備選挙からの黒人排除に対する修正 15 条違反の主張が認められた。さらに、Jaybird Democratic Association というテキサス州の政治団体によって催される予備選挙に先立つ（事実上の政党候補者を決する）選挙からの黒人排除が争われた 1953 年の **Terry v. Adams**¹⁵⁹⁾において、（法廷意見を形成することはできなかったが）当該選挙からの黒人排除に対する修正 15 条違反の主張も認められた。

第二に、会社町〔company town〕の事例が挙げられる。1946 年の **Marsh v. Alabama**¹⁶⁰⁾の事案は、Gulf という造船業者によって所有されたアラバマ州 Chickasaw という会社町〔company town〕の街頭において、許可なく宗教的文書を配布しようとしたエホバの証人の信者が、退去の要求にも応じなかったために不法侵害として訴追された、というものである。Black 判事の法廷意見は、「所有者は、自身の利益のために、財産を一般公衆の利用に供すればするほど、彼の権利はそれを使用する人々の憲法上の権利……によって制限されるようになる」とし、「〔公衆に開放されている〕施設は主として公衆に恩恵を与えるために建設・運営され、その運営は本質的に公的機能〔public function〕であるから、州の規制に服することとなる」とした¹⁶¹⁾。その上で、「Chickasaw という町は、その他のいかなる町とも異なる機能を果たしているものではない」ので「会社によって任命された支配人は、憲法上の保障の目的と矛盾なく人々のプレスおよび信教の自由を制限することはできない」と指摘し¹⁶²⁾、「財産という所有者の憲法上の権利と、プレスおよび信教の自由を享受する人々の憲法上の権利を衡量するとき、……後者が優越的地位を占める」と結論づけた¹⁶³⁾。

第三に、会社町以外の私有地に関する事例が挙げられる。白人のみが使用できることを要求する Augustus Bacon 上院議員の遺言による信託によってジョージア州 Macon に創設された（市が受託者であった）公園の運営が争われた 1966 年の **Evans v. Newton**¹⁶⁴⁾において、Douglas 判事の法廷意見は、「自治体によるコントロール〔municipal control〕の伝統が堅く確立されてきた場合に、単なる受託者の交代がただちに当該公園を公的なものから私的なものに変えるとは司法的に確知し得ない」と判示した¹⁶⁵⁾。すなわち、「まさにこのような性格の私的な公園によって与えられるサービスは本質的に自治体のものである」¹⁶⁶⁾、

157) *Smith*, 321 U.S. at 660.

158) *Id.* at 663.

159) 345 U.S. 461 (1953).

160) 326 U.S. 501 (1946). 邦語文献として、芦部信喜『人権と議会政』（有斐閣、1996年）587-591頁。

161) *Marsh*, 326 U.S. at 506.

162) *Id.* at 508.

163) *Id.* at 509.

164) 382 U.S. 296 (1966). 邦語文献として、芦部信喜「判批」アメリカ法 1967-1（1967年）130-135頁。

165) *Newton*, 382 U.S. at 301.

166) *Id.*

警察署や消防署に近い「当該公園の公的性格は、州法の下で現在誰が所有権を有するかにかかわらず、修正 14 条の命令に服する公的組織とみなされることを要する」と結論づけた¹⁶⁷⁾。その後、私的なショッピング・センターにおける労働組合による平和的なピケ活動への制約が争われた 1968 年の **Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza**¹⁶⁸⁾ では、Marshall 判事の法廷意見が、「明白に、本件でのショッピング・センターは、Marsh 判決に関係している Chickasaw という商業地域と機能的に同等のもの〔functional equivalent〕である」とし¹⁶⁹⁾、ピケ活動に対する差止命令は修正 1 条に違反するものであると判示した¹⁷⁰⁾。

(2) 政府による創設・強制・奨励の例外

この時期の政府による創設・強制・奨励の例外として、第一に、政府による運営の事例が挙げられる。遺言者の意思で「貧困である白人男子の孤児」のための学校として創設された Girard 大学による黒人の入学拒否が争われた 1957 年の **Pennsylvania v. Board of Directors of City Trusts**¹⁷¹⁾では、「Girard 大学を運営する委員会は、ペンシルベニアの州の機関〔agency〕である。したがって、委員会が受託者として行為していたとしても、〔黒人の受験者〕の入学を拒否したこと……は、州による差別であった。このような差別は修正 14 条によって禁じられる」と判示された¹⁷²⁾。

第二に、司法的執行・法執行の事例が挙げられる。とりわけ論争の対象となってきたのは、1948 年の **Shelley v. Kraemer**¹⁷³⁾である。本事案は、ある地域の土地所有者が白人以外の人種の者には土地の売却・賃貸を行わない旨の制限的約款〔restrictive covenant〕を結んでいたところ、約款の当事者である土地所有者の一部が黒人に土地を売却したため、他の土地所有者が黒人の土地占有を差止め、その権原を譲渡人または裁判所が指定する別の者に帰属させる判決を求めて出訴した、というものである。州最高裁が当該制限的約款は有効であるとしたのに対して、連邦最高裁は原判決を破棄した。Vinson 判事の法廷意見は、修正 14 条が適用されるのは「州の行為」であるという先例が確立されていることを確認した上で、「州裁判所および公的資格における司法職員の行為は修正 14 条の意味における州の行為であるとみなされることとなる」と判示した¹⁷⁴⁾。そして、「完全な州の権力という鎧〔panoply〕によって支えられた、州裁判所の積極的な介入がなければ、……〔黒人〕は制約なしに問題

167) *Id.* at 302.

168) 391 U.S. 308 (1968).

169) *Id.* at 318.

170) これに対して、本判決における Black 判事の反対意見は、「Marsh 判決は、道路、路地、下水道、商店、住居その他の町を構成するのに資するものを完備した、会社所有の町というかなり特殊な状況を扱ったものであった」と指摘している (*id.* at 330 (Black, J., dissenting))。

171) 353 U.S. 230 (1957).

172) *Id.* at 231.

173) 334 U.S. 1 (1948). 邦語文献として、芦部・前掲注 160) 582-586 頁、寺尾美子「判批」藤倉＝木下＝高橋＝樋口編・前掲注 3) 60-61 頁、宮下紘「判批」樋口＝柿嶋＝浅香＝岩田編・前掲注 3) 52-53 頁。

174) *Shelley*, 334 U.S. at 14.

となっている財産を自由に占有していたであろう」とし¹⁷⁵⁾、「州は、政府の完全なる強制的な権力〔*coercive power*〕を個人に利用可能とし、……〔黒人〕が取得しようとし、金銭的にも取得可能であった、譲渡人の売ろうとしている土地において、人種または肌の色に基づいて財産権の享受を否定した」のであって¹⁷⁶⁾、「州裁判所の行為は受忍できないものである」と結論づけた¹⁷⁷⁾。さらに、*Shelley* 判決の射程は、1953年の **Barrows v. Jackson**¹⁷⁸⁾において、人種制限的約款に関する損害賠償請求訴訟にも及ぶものとされた。

第三に、政府による免許付与・規制の事例が挙げられる。1952年の **Public Utilities Commission v. Pollak**¹⁷⁹⁾では、連邦議会からコロンビア特別区における路面電車・バス事業の特権を付与され、コロンビア特別区の公益事業委員会による規制を受けていた **Capital Transit** という私的な公益事業会社が車内で行ったラジオ放送に修正1条・修正5条（デュー・プロセス）は適用されるか、が問題となった。*Burton* 判事の法廷意見は、原審の認定を前提とすれば、「連邦政府とラジオ・サービスの間の十分に密接な関係〔*sufficiently close relation*〕の下では、当該修正条項を考慮することを必要とする」と判示した¹⁸⁰⁾。ただし、「十分に密接な関係」が認められるのは、「単に **Capital Transit** が連邦議会の権威〔*authority*〕の下でコロンビア特別区の路上における公益事業を運営しているという事実

に依拠するものではなく、「そのような連邦政府の授権を理由に、**Capital Transit** が現在コロンビア特別区における路面電車およびバス輸送の実質的独占権を享受しているという事実

に依拠するものでもない」¹⁸¹⁾。むしろ、「**Capital Transit** は、連邦議会によって権限を付与された機関であるコロンビア特別区の公益事業委員会の規制的監督〔*regulatory supervision*〕の下で事業を運営して」おり、「とりわけ、当該機関が、ラジオ番組に対する抗議に基づいて調査を命じ、公式の公開聴聞の後、公共の安全、快適さおよび便宜はそれによって損なわれなかったという理由で調査を片づけるのを命じた、という事実

に依拠するものである」とした¹⁸²⁾。もっとも、修正1条・修正5条違反の主張は斥けられている。

第四に、差別を奨励するイニシアティブの事例として、1967年の **Reitman v. Mulkey**¹⁸³⁾が挙げられる。*White* 判事の法廷意見は、不動産取引における人種差別を禁止する州法を廃止するためになされたカリフォルニア州のイニシアティブによって、自己の不動産における売却・賃貸の自由という権利を州の機関は否定・制限し得ないという規定が州憲法に設けられたことに関し、州憲法の規定は、文面上人種差別に中立的なものとなっているが、その

175) *Id.* at 19.

176) *Id.*

177) なお、コロンビア特別区における同様の事例が争われた *Shelley* 判決と同日に言い渡された判決では、「公序良俗〔*public policy*〕」に反するために人種制限的約款は無効とされている (*Hurd v. Hodge*, 334 U.S. 24 (1948))。

178) 346 U.S. 249 (1953).

179) 343 U.S. 451 (1952).

180) *Id.* at 462.

181) *Id.*

182) *Id.*

183) 387 U.S. 369 (1967). 邦語文献として、田中英夫「判批」アメリカ法 1968-2 (1968年) 298-303頁。

目的・効果・歴史的社会的事実の観点から判断すれば「修正 14 条に違反して、私的な人種差別を奨励し〔encourage〕、州をこのような差別に十分にに関わり合わせる〔significantly involve〕ものである」と判示した¹⁸⁴⁾。その理由については、「人種を理由として差別する権利を含む、差別する権利は、州の基本憲章において現在具体化され、立法・執行・司法という州政府のあらゆるレベルにおける規制から免れている。人種差別を行う人々は、もはや単に個々の選択に依拠する必要はない。現在、彼らは、明示された憲法上の権威〔authority〕を援用し得る」からである、としている¹⁸⁵⁾。

(3) 「共生の関係」の例外

「共生の関係」の例外に関する判例は、1961 年の **Burton v. Wilmington Parking Authority**¹⁸⁶⁾ である。本事案では、デラウェア州の Wilmington 駐車当局の所有する敷地内にある **Eagle Coffee Shoppe** という私的なレストランがもっぱら黒人という理由のみでサービスの提供を拒否したことに修正 14 条は適用されるか、が問題となった。Clark 判事の法廷意見は、『個人による権利侵害はこの修正条項の主題ではない』ということ……、そして個人の権利を剥奪する私的行為は、十分な程度まで州が何らかの現われ方〔manifestations〕でそれに関わり合うこととなったと認められない限り、平等保護条項に反するものではないということ……は明らかである」とした¹⁸⁷⁾。その上で、「平等保護条項の下での州の責任を認定するための正確な公式を形成・適用することは『不可能な任務』であり、『当裁判所がいまだかつて試みたことがない』ものである。……事実を精査し状況を衡量すること〔sifting facts and weighing circumstances〕によってのみ、私的行為における不明瞭な州の関わり合いはその真の意味を帰され得る」と判示した¹⁸⁸⁾。本事案においては、土地と建物が公的に所有されていること、州とレストランが物理的・財政的に統合していること、建物の維持費が公的な資金で賄われていること等が考慮され、「州は **Eagle** との相互依存〔interdependence〕の立場に深く入り込んでしまったので、争われている〔人種差別〕活動における共同関係者〔joint participant〕とみなされなければならない、そのために、当該行為は修正 14 条の範囲外に属するほどに『純粹に私的なもの』であったとは考えられない」と判断された¹⁸⁹⁾。

その後、「共生の関係」という文言が用いられた **Moose Lodge** 判決では、「本件では、**Burton** 判決において存在した貸貸人と借借人との共生の関係〔symbiotic relationship〕に匹敵するようなものは存在しない、そこでは、私的な借借人は州によって創設された駐車当局によって所有された建物内で開業することで利益を得ており、そして駐車当局は公的的目的のために建設された建物の一部を **Eagle** レストランのオーナーのような営利を目的とする借借人に都合よく貸貸することによって駐車スペースを提供するという主要な公的目

184) *Reitman*, 387 U.S. at 376.

185) *Id.* at 377.

186) 365 U.S. 715 (1961).

187) *Id.* at 722 (quoting *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 11 (1883)).

188) *Id.* (quoting *Kotch v. Board of River Port Pilot Commissioners*, 330 U.S. 552, 556 (1947)).

189) *Id.* at 725.

的を果たすことが可能となっていた」と説明されている¹⁹⁰⁾。

(4) 小 括

1940～1960年代の一連の連邦最高裁判決によって、ステイト・アクションの要件は、主として人種差別に関する領域で大幅に緩和されることとなった。

まず、(i)「公的機能」の例外は、白人の予備選挙の事例、会社町の事例、公園の事例 (Newton 判決)、私的なショッピング・センターの事例 (Logan Valley 判決)、において認められている。ここでは、Civil Rights Cases における Harlan 判事の反対意見のように、「私 [private]」と区別される)「公 [public]」が、まさにその行為主体の性質からカテゴリーカルに判断されるのではなく、行為主体の果たす社会的機能から広く判断されていることが理解できる。

次に、(ii)政府による創設・強制・奨励の例外は、政府による運営の事例、人種制限的約款に関する司法的執行の事例、政府による免許付与・規制の事例 (Pollak 判決)、差別を奨励するイニシアティブの事例、において認められている。もともと、Shelley 判決と Pollak 判決の射程は明らかではなく、ここでは、潜在的にかなり多くの私的行為を合衆国憲法に服さしめるのを可能とするような論理の萌芽が見受けられる。

最後に、(iii)「共生の関係」の例外のリーディング・ケースでは「事実を精査し状況を衡量すること [sifting facts and weighing circumstances] によってのみ、私的行為における不明瞭な州の関わり合いはその真の意味を帰され得る」と判示されており¹⁹¹⁾、Moose Lodge 判決が明らかにしたように、「共生の関係」の例外は Burton 判決の「事実」に依存するものであると理解できよう。

3 1970年代以降におけるステイト・アクション法理

(1) 「公的機能」の例外

この時期の「公的機能」の例外としては、私的なショッピング・センターの事例がその射程を考える上で興味深いものとなっている。1972年の **Lloyd Corp. v. Tanner**¹⁹²⁾は、私的なショッピング・センターで平和的にベトナム戦争反対の文書を配布することにつき、Logan Valley 判決とは異なり、表現がショッピング・センターの業務に直接関連するものではなく、他に表現活動を行う適切な場所が存在しないという状況にないことを理由に修正1条による保護を受けるものではないとした。さらに、1976年の **Hudgens v. National Labor Relations Board**¹⁹³⁾では、Logan Valley 判決は Lloyd 判決によって実質的に破棄されており、私的なショッピング・センターにおける労働組合によるピケ活動は修正1条の保護を受けるものではないとされた。Stewart 判事の法廷意見は、「巨大で施設が完備された [self-contained] ショッピング・センターが、Logan Valley 判決が判示したように自治体

190) Moose Lodge No. 107 v. Irvis, 407 U.S. 163, 175 (1972).

191) *Burton*, 365 U.S. at 722.

192) 407 U.S. 551 (1972).

193) 424 U.S. 507 (1976).

と機能的に同等のものであるならば、修正1条および修正14条は内容に基づくセンター内での言論のコントロールを許さないであろう」とする¹⁹⁴⁾。そして、修正1条の趣旨は政府が表現のメッセージ・思想・主題・内容に基づいて規制することを許さないものであって、「Lloyd のケースにおける……〔抗議者〕がベトナム戦争に関するビラを配布するためにショッピング・センターに入る修正1条の権利を有しないとすれば、本事案のピケ隊は……ストライキを公然のものとする目的でショッピング・センターに入る修正1条の権利を有するものではなかった」と判示した¹⁹⁵⁾。結果として、私的なショッピング・センターの事例に修正1条は表現内容に関係なく適用されないこととなった。

さらに、現在の「公的機能」の例外の射程に関しては、ステイト・アクションの要件の厳格化を推進した Rehnquist 判事が法廷意見を執筆した「Rehnquist 三部作〔Trilogy〕」¹⁹⁶⁾のうち2つが関係している。まず、1974年の **Jackson v. Metropolitan Edison Co.**¹⁹⁷⁾は、「公的機能」の例外における現在の判例である。本事案では、私的な公益事業体（州から免許を受けた唯一の電力会社）が電力供給サービスを打ち切る前に告知と聴聞〔notice and hearing〕を与えないことに修正14条は適用されるか、が問題となった。Rehnquist 判事の法廷意見は、「ステイト・アクションは伝統的かつ排他的に州に留保された権限の私的団体による行使において存在する」と判示した¹⁹⁸⁾。そして、「ペンシルベニア州法は、サービスを提供する義務を規制の下にある公益事業体に課す一方で、そのような義務を州には課してはいない」のであり¹⁹⁹⁾、当該電力供給サービスは「公的機能」に該当しないとされた。次に、1978年の **Flagg Brothers, Inc. v. Brooks**²⁰⁰⁾では、倉庫業者の自力執行を認めている統一商法典の規定に基づいて先取特権を行使して保管料滞納者の物品を売却する行為に修正14条は適用されるか、が問題となった。Rehnquist 判事の法廷意見は、Jackson 判決を確認した上で、「多くの機能が伝統的に政府によって果たされてきた一方で、『排他的に州に留保されてきた』ものはほとんどない」と判示した²⁰¹⁾。その数少ないケースが白人の予備選挙の事例と会社町の事例であって、「債権者と債務者は、選挙されて公職に就こうとする人や Chickasaw において文書を配布するのを望んだエホバの証人のメンバーが有するよりも、歴史的にかなり広い利用可能な選択肢を有してきている」とした²⁰²⁾。注目されるのは、「教育、消防・警察、および徴税」はその数少ない「公的機能」とされる余地がある、と（傍

194) *Id.* at 520.

195) *Id.* at 520-521.

196) Thomas D. Rowe, Jr., *The Emerging Threshold Approach to State Action Determinations: Trying to Make Sense of Flagg Brothers, Inc. v. Brooks*, 69 GEO. L. J. 745, 748 (1981). 「Rehnquist 三部作」とは、Moose Lodge 判決・Jackson 判決・Flagg Brothers 判決を意味する。

197) 419 U.S. 345 (1974). 邦語文献として、畑博行「判批」アメリカ法 1976-2 (1976年) 255-259頁。

198) *Jackson*, 419 U.S. at 352.

199) *Id.* at 353.

200) 436 U.S. 149 (1978).

201) *Id.* at 158.

202) *Id.* at 162.

論部分で) 示唆されていることである²⁰³⁾。後の連邦最高裁は、学校不適応の高校生に対する「教育」について「伝統的かつ排他的に州に留保された」機能であるとしなかったが²⁰⁴⁾、陪審制度における諸手続は「政府の伝統的機能」であるとした²⁰⁵⁾。

(2) 政府による創設・強制・奨励の例外

この時期の政府による創設・強制・奨励の例外としては、第一に、政府による法人設立・コントロールの事例が挙げられる。1995年の **Lebron v. National Railroad Passenger Corp.**²⁰⁶⁾では、ニューヨーク市の Pennsylvania 駅の巨大広告ボードに政治的メッセージを含む広告を掲示しようとしたのに対して、全国鉄道旅客公社 Amtrak がその掲示を拒否したことに修正1条が適用されるか、が問題となった。Scalia 判事の法廷意見は、「州または連邦政府が、合衆国憲法において課されている最も厳粛な義務を、単に法人の形態をとるという手段に訴えることで回避し得るということはあり得」ず、「政府によって創設されコントロールされる法人は……政府それ自体の一部である」と判示した²⁰⁷⁾。また、Amtrak が合衆国政府の機関とされることはないという連邦法の規定に関しては、「連邦議会は、その行為によって影響を受ける市民の憲法上の権利を消滅させる目的で、政府の法主体としての Amtrak の地位の最終決定を行うものではない」²⁰⁸⁾、連邦議会が法律でどのように規定したとしても政府の行為であれば合衆国憲法の規定によって規律されなければならないと強調している。そして、「本件のように、政府目的の促進のために、政府が個別法によって法人を設立し、政府自身の常設機関が当該法人の取締役の大部分を任命し続けている場合、当該法人は修正1条の意味における政府の一部である」と結論づけた²⁰⁹⁾。

第二に、司法的執行・法執行の事例が挙げられる。まず、Shelley 判決の射程は、1970年の **Evans v. Abney**²¹⁰⁾において限定を加えられた。前述の **Evans v. Newton** の後、州裁判所がジョージア州法の規定に従って当該土地を委託者の相続人に返還すると決定したこと²¹¹⁾について、Black 判事の法廷意見は、Shelley 判決が「黒人に対する私的な差別案を積極的に執行する州の司法行為を違憲とした」のに対し、本事案の州裁判所の決定は「公園自体を廃止することによって公園における黒人に対するあらゆる差別を除去するものであり、公

203) *Id.* at 163.

204) *Rendell-Baker v. Kohn*, 457 U.S. 830, 842 (1982).

205) *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614, 624-628 (1991). これに対して、本判決における O'Connor 判事の反対意見は、私人による理由不要の陪審員忌避の利用は「伝統的な公的機能」を果たすものでも「排他的に州の特権とされた機能」を果たすものでもない、としている (*id.* at 638-641 (O'Connor, J., dissenting))。

206) 513 U.S. 374 (1995).

207) *Id.* at 397.

208) *Id.* at 392.

209) *Id.* at 400.

210) 396 U.S. 435 (1970).

211) なお、種々の事情により公益信託が終了するような状態となった場合に、委託者の当時の意思に限りなく近い公益的な意図の実現が図られるようにして信託の存続を図るというシー・プレ [Cy pres] 法理と、人種差別・性差別にあたるような指示を含む公益信託へのその適用については、樋口範雄『アメリカ信託法ノート I』(弘文堂、2000年) 275頁以下参照。

園の終了は白人・黒人の市民に等しく共有される損失であった」との区別を行った²¹²⁾。そして、「当裁判所の責任……は、合衆国憲法と土地法をありのままに解釈・執行することであり、〔各判事〕自身の個人的な好みに基づいて社会政策を立法する〔legislate〕ことではな」く²¹³⁾、州裁判所による人種中立的な州法の執行に修正 14 条違反の問題は生じないと結論づけた。

このほかに問題となったのは、「判決前の差押手続〔prejudgment attachment〕」と「理由不要の陪審員忌避〔peremptory challenge〕」である。まず、判決前の差押手続に関する事例としては、代金支払請求に基づき州裁判所書記官によって発行された仮差押令状とそれに基づく郡執行官による差押手続を利用した債権者の財産差押行為に修正 14 条は適用されるかが争われた 1982 年の **Lugar v. Edmondson Oil Co.**²¹⁴⁾が挙げられる。White 判事の法廷意見は、ステイト・アクションの要件は「州、州の機関ないし公務員に、正当には自身に帰責され得ない行為に対する責任を負わせるのを回避するものでもある」とし²¹⁵⁾、『『正当な帰責』の問題に対する 2 つの要素から成るアプローチ』が存在すると判示した²¹⁶⁾。このアプローチは、「第一に、権利剥奪〔deprivation〕が、州により創設されたある権利・特権の行使、または州や州が責任を負うべき者により課された行為規範によってもたらされなければならず、第二に、権利剥奪の責任を負わされる当事者は、州の行為者と正当にみなされ得る者でなければならない」というものである²¹⁷⁾。本事案においては、州法が判決前の差押手続を規定していることから第一の要素を充たし、州の公務員と債権者は「共同関係〔joint participation〕」にあることから第二の要素も充たすとされた²¹⁸⁾。次に、理由不要の陪審員忌避に関しては、**Batson v. Kentucky**²¹⁹⁾において検察官による人種差別的利用は違憲とされていたが、1991 年の **Edmonson v. Leesville Concrete Co.**²²⁰⁾において、純粋な私人間訴訟にも **Batson** 判決が援用されることとなる。**Kennedy** 判事の法廷意見は、**Lugar** 判決のアプローチを用いて、「連邦地方裁判所における被告による理由不要の陪審員忌避の行使は、ステイト・アクションという振舞いによるものであった」と判示した²²¹⁾。その際に、第二の要素の考慮事項としては、「行為者が政府の援助および恩恵に依存する程度……、行為者が伝統的な政府の機能を果たしているかどうか……、もたらされる権利侵害

212) *Abney*, 396 U.S. at 445.

213) *Id.* at 447.

214) 457 U.S. 922 (1982). 邦語文献として、木下智史「判批」判例タイムズ 508 号 (1983 年) 25-27 頁。

215) *Lugar*, 457 U.S. at 936.

216) *Id.* at 937.

217) *Id.*

218) このアプローチによれば、**Flagg Brothers** 判決の事案は、第一の要素を統一商法典の規定が存在することから充たすが、第二の要素を州の公務員と債権者のような「共同関係」が認められない（債権者に自力執行を認める規定となっている）ことから充たさないこととなる。

219) 476 U.S. 79 (1986). なお、本判決の射程は性差別的利用にも及ぶとされている (**J.E.B. v. Alabama**, 511 U.S. 127 (1994)).

220) 500 U.S. 614 (1991). 邦語文献として、紙谷雅子「判批」アメリカ法 1992-2 (1992 年) 323-328 頁、藤田浩「判批」広島経済大学研究論集 15 卷 3 号 (1992 年) 105-130 頁。

221) *Edmonson*, 500 U.S. at 622.

が、政府の権威に付随するものによって他にはないような方法で一層重いものとされたか」が挙げられている²²²⁾。さらに、1992年の **Georgia v. McCollum**²²³⁾では、刑事被告人による理由不要の陪審員忌避の利用について、「刑事訴訟における陪審員の選定は他にはないような憲法上強制される政府機能を果たしていることから、[Edmonson 判決と] 同じ結論が刑事訴訟のコンテキストにおいて一層力強くあてはまる」と判示された²²⁴⁾。

第三に、政府による免許付与・規制の事例が挙げられるが、Pollak 判決の射程は明らかではない。私的クラブが黒人へのアルコール提供を拒否したことが争われた 1972 年の **Moose Lodge No. 107 v. Irvis**²²⁵⁾において、Rehnquist 判事の法廷意見は、「私的団体がいやしくも州から何らかの利益またはサービスを受けていたり、どのような程度であれ州の規制に服しているならば、このような私的団体による差別が平等保護条項に違反する、とは……連邦最高裁は決して判示してきていない」とした²²⁶⁾。そして、「差別の奨励が私的なものである場合、差別的行為が憲法上の禁止の範囲内となるためには、州が『忌々しい差別と十分に関わり合っただけ [significantly involved]』なければならない……ということ为先例は示唆している」とする²²⁷⁾。政府による規制に関しては、「この種の規制がある事項についてどれほど細目にわたるものであっても、このことが人種差別を促進・奨励するとは決して言い得ない」とした²²⁸⁾。さらに、前述の Jackson 判決における Rehnquist 判事の法廷意見は、「ある事業が州の規制に服しているという単なる事実、それ自体によって当該行為を修正 14 条の意味における州の行為に変えるものではない。……規制が広汎かつ細目にわたっているという事実も、……そのように変えるものではない」ということを明らかにしている²²⁹⁾。その後も、United States Olympic Committee (USOC) が私的団体に「ゲイ・オリンピック [Gay Olympic]」という文言を使用させないことに修正 5 条は適用されるかが争われた 1987 年の **San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee**²³⁰⁾において、Powell 判事の法廷意見は、「連邦議会が法人の特許状を付与していた事実が USOC を政府の機関に変えるものではない」と判示した²³¹⁾。また、保険業者は治療の合理性・必要性に疑義のある場合に医療費の支払を留保できると改正されたペンシルベニア州労災補償法の下での措置に修正 14 条は適用されるかが争われた 1999 年の

222) *Id.* at 621-622.

223) 505 U.S. 42 (1992). 邦語文献として、橋本裕蔵「判批」比較法雑誌 26 卷 3 号 (1992 年) 48-62 頁、紙谷雅子「判批」アメリカ法 1993-2 (1993 年) 310-316 頁、藤田浩「判批」広島経済大学研究論集 16 卷 2 号 (1993 年) 79-101 頁、遠藤比呂通「判批」憲法訴訟研究会＝芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、1998 年) 228-234 頁。

224) *McCollum*, 505 U.S. at 52.

225) 407 U.S. 163 (1972). 邦語文献として、酒井吉栄「判批」伊藤＝堀部＝外間＝高橋＝田宮編・前掲注 3) 132-133 頁、太田裕之「判批」藤倉＝木下＝高橋＝樋口編・前掲注 3) 64-65 頁。

226) *Moose Lodge*, 407 U.S. at 173.

227) *Id.* (quoting *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369, 380 (1967)).

228) *Id.* at 176-177.

229) *Jackson*, 419 U.S. at 350.

230) 483 U.S. 522 (1987). 邦語文献として、志田陽子「判批」谷口洋幸＝齊藤笑美子＝大島梨沙編『性的マイノリティ判例解説』(信山社、2011 年) 95-99 頁。

231) *S.F. Arts & Athletics, Inc.*, 483 U.S. at 543.

American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan²³²⁾においても、Rehnquist 判事の法廷意見は、「州の単なる是認または黙認という状態で私的団体によってなされた行為はステイト・アクションではな」く²³³⁾、州が審査の間は保険業者に支払留保を認めていることについては、先例において「単なる不当な行為に対する救済の利用可能性が、たとえ当該救済の私的利用が重要な公益に仕える場合であっても、州をこれに責任があるとするほど十分に私的な活動を奨励しているとは、決して判示してきていない」とした²³⁴⁾。

第四に、政府からの財政援助の事例も挙げられるが、それを基礎としてステイト・アクションの存在が認められたケースは存在しない。たとえば、1982年の **Blum v. Yaretsky**²³⁵⁾では、「高度看護施設 [skilled nursing facility]」から「保健医療施設 [health related facility]」に患者を移すという政府から財政援助を受けていたナーシング・ホームの決定に修正 14 条は適用されなかった。Rehnquist 判事の法廷意見は、「州が強制的な権力 [coercive power] を行使し、または、明示であれ黙示であれ、十分な奨励 [significant encouragement] を与えたのでその選択が法的に州の選択であるとみなされなければならないという場合にのみ、州は私的な決定に規範的に責任を負うものとされ得る」とし²³⁶⁾、政府による影響が存在しない医師の専門的な基準に従ってなされた当該決定はステイト・アクションではないと結論づけた。1982年の **Rendell-Baker v. Kohn**²³⁷⁾においても、予算の 90%以上が州の公的な資金で賄われている私立学校の（理事長の方針に反対した）教員の解雇に修正 1 条等の規定は適用されなかった。Burger 判事の法廷意見は、Blum 判決を援用した上で、「学校の公的な資金の受領は解雇決定を州の行為とするものではな」く²³⁸⁾、「ナーシング・ホーム同様、学校は、政府のために道路・橋・ダム・船または潜水艦を造る契約に主としてその事業が依存している多くの私法人と基本的に異なる。そのような私的な契約当事者の行為は、公的契約を履行する際の十分あるいはさらに全面的な関与 [engagement] を理由として政府の行為とはならない」と判示した²³⁹⁾。

(3) 「関わり合い [entwinement]」の例外

「関わり合い [entwinement]」の例外に関する判例としては、**Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association**²⁴⁰⁾が挙げられる。本事案では、州内の高校間のスポーツを規律するためにテネシー州法によって設立された、非営利の法人である Tennessee Secondary School Athletic Association による加盟校への処分修正 1 条・修正 14 条は適用されるか、が問題となった。Souter 判事の法廷意見は、「一律にステイト・ア

232) 526 U.S. 40 (1999). 邦語文献として、福岡久美子「判批」阪大法学 50 巻 4 号 (2000 年) 673-692 頁、君塚正臣「判批」憲法訴訟研究会＝戸松編・前掲注 146) 484-491 頁。

233) *Sullivan*, 526 U.S. at 52.

234) *Id.* at 53.

235) 457 U.S. 991 (1982).

236) *Id.* at 1004.

237) 457 U.S. 830 (1982).

238) *Id.* at 840.

239) *Id.* at 840-841.

240) 531 U.S. 288 (2001).

クションを認定するための必要条件として機能し得る事実は存在しないし、いかなる状況も絶対的に十分であるものではない」とした上で²⁴¹⁾、本事案に即した判断によれば、「当該連盟の名目上私的な性格は、その構成や活動における公的組織および公務員の広汎な関わり合い〔*pervasive entwinement*〕によって押さえ込まれ、憲法上の基準を適用することの不当さを主張する実質的理由は存在しない」と判示した²⁴²⁾。その根拠として、①公立学校が加盟校の84%を占めていること、②学校間スポーツが公教育において重要な役割を演じていること、③公立学校が当該連盟を財政的に支えていること、④州の教育委員会委員が当該連盟の運営・規則制定のメンバーであること、⑤当該連盟の職員は州の年金制度に加入可能であること等が挙げられ、「これら事実が他の〔ステイト・アクション法理の〕基準においては重要なものとされないと指摘することによって、ステイト・アクションという結論は左右されない」と結論づけた²⁴³⁾。なお、本事案は下級審から実体判断のやり直しがなされ、連邦最高裁における実体判断では、当該処分は修正1条・修正14条に反するものではないとされた²⁴⁴⁾。

(4) 小 括

1970年代以降の一連の連邦最高裁判決によって、ステイト・アクションの要件は厳格化(=1940～1960年代におけるステイト・アクション法理の射程は限定)されることとなった。

まず、(i)「公的機能」の例外に関しては、私的なショッピング・センターの事例に修正1条は表現内容に関係なく適用されないこととなり(Hudgens判決)、その射程が限定されている。〈「公的機能」=「伝統的かつ排他的に州に留保された」機能〉という現在の判例の立場(Jackson判決)からすれば、1940～1960年代においては「公〔*public*〕」が行為主体の果たす社会的機能から広く判断されていたが、1970年代以降には、政府(公権力)が有するのと質的に等しい私人の権力行使には合衆国憲法が適用されなければならないという考えが「公的機能」の例外に反映されている。

次に、(ii)政府による創設・強制・奨励の例外は、政府による法人設立・コントロールの事例、州の公務員が関与する判決前の差押手続の事例、理由不要の陪審員忌避の事例、において認められている。政府による法人設立・コントロールの事例では、単に法人の形態をとることで政府は合衆国憲法による拘束を回避できないとされており、合衆国憲法の名宛人は「政府〔*state*〕」であるという「立憲主義」の視点が強調されている。そして、私的団体が、政府から免許を付与されていること、政府の広汎な規制に服していること、政府から財政援助を受けていること等の単なる事実は、それ自体によって私的行為をステイト・アクションとするものではないと判断されている。結果として、潜在的にかなり多くの私的行為を合衆国憲法に服さしめるのを可能とするような1940～1960年代における論理は、連邦最

241) *Id.* at 295.

242) *Id.* at 298.

243) *Id.* at 303.

244) *Tennessee Secondary School Athletic Association v. Brentwood Academy*, 551 U.S. 291 (2007).

高裁によって積極的に発展・活用されることはなかった。

最後に、(iv)「関わり合い〔*entwinement*〕」の例外に関する判例である *Brentwood* 判決においては、本事案における種々の「事実が他の〔ステイト・アクション法理の〕基準においては重要なものとされないと指摘することによって、ステイト・アクションという結論は左右されない」と判示されており²⁴⁵⁾、その他の例外を再整理した上で本件の「事実」を総合的に判断することが要求されている。

4 小 括

現在においても、「憲法上の権利」条項の名宛人に関するアメリカの立場の基礎とされるのは、修正 14 条によって「特定の性質を有する州の行為こそが禁じられる」一方で「個人による個々の権利侵害はこの修正条項の主題ではない」とした 1883 年の *Civil Rights Cases* である。ここで提示された、〈合衆国憲法は、(修正 13 条を除いて) ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉というステイト・アクションの要件の存在は、主として、①個人の自律 (私的領域の維持)、②連邦制 (連邦政府／州政府)、③権力分立 (議会／裁判所)、という観点から正当化されることとなる。

ここで問題となるのは、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉という要件が現在までにどの程度堅持され、私人間において「水平的効力」は生じないという確固たる結論が導かれてきたのか否か、である。

上記では、連邦最高裁の主要な判例を素材として、ステイト・アクション法理 (ステイト・アクションの要件に対する「例外」の判例法理) を「1940～1960 年代」と「1970 年代以降」に時期を分けて概観してきたが、前者ではすべてのケースでステイト・アクションの存在が認められたのに対して、後者ではステイト・アクションの要件を厳格化 (=前者におけるステイト・アクション法理の射程を限定) する方向に変化したことが理解できよう。だが、全体を通じて、ステイト・アクションの要件に関する判断のなされたケースは「私人間訴訟」に限定されていない点には注意を要する。〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉というステイト・アクションの要件はそれほどまでに真摯に検討されるべき対象とされ、1940～1960 年代においてさえも *Civil Rights Cases* は判例変更されなかったのである。

首尾一貫した立場が連邦最高裁によって採られているかには疑問があるが、まず、(i)「公的機能」の例外が現在まで認められてきたのは、白人の予備選挙の事例、会社町の事例、公園の事例 (*Newton* 判決)、陪審制度における諸手続に関する事例、においてである。〈「公的機能」=「伝統的かつ排他的に州に留保された」機能〉という現在の判例の立場からすれば、政府 (公権力) が有するのと質的に等しい私人の権力行使には合衆国憲法が適用されなければならないという考えが背景にあるように推察される。会社町の事例はまさにその典型であり、その他の事例は人種差別に関連するものであった。

245) *Brentwood*, 531 U.S. at 303.

次に、(ii)政府による創設・強制・奨励の例外が認められてきたのは、政府による法人設立・コントロールの事例、政府による運営の事例、人種制限的約款に関する司法的執行の事例 (Shelley 判決)、州の公務員が関与する判決前の差押手続の事例、理由不要の陪審員忌避の事例、政府による免許付与・規制の事例 (Pollak 判決のみ)、差別を奨励するイニシアティブの事例、においてである。政府による法人設立・コントロールの事例では、単に法人の形態をとることで政府は合衆国憲法による拘束を回避できないとされており、合衆国憲法の名宛人は「政府 [state]」であるという「立憲主義」の視点が強調されている。もっとも、Shelley 判決と Pollak 判決の射程は明らかではなく、その他の事例は、州の公務員が関与する判決前の差押手続の事例を除いて人種差別に関連するものであった。そして、私的団体が、政府から免許を付与されていること、政府の広汎な規制に服していること、政府から財政援助を受けていること等の単なる事実は、それ自体によって私的行為をステイト・アクションとするものではないとされている。

(iii)「共生の関係」の例外のリーディング・ケースも人種差別に関連するものであり、(iv)「関わり合い [entwinement]」の例外に関しては、(ii)や(iii)の例外における初期の先例を反映するものであるという理解も可能であろう²⁴⁶⁾。

上記のように展開されてきたステイト・アクション法理をめぐっては様々な問題が提起されている。以下では、ステイト・アクション法理の理論的な分析を行った上で、私人間における人権保障のあり方という観点からステイト・アクション法理と「水平的効力」の問題を検討する。

第4節 ステイト・アクション法理と「水平的効力」

1 ステイト・アクション法理における理論上の混乱

(1) ステイト・アクション法理に対する評価

ステイト・アクション法理に対しては、多くの論者が想定しているよりも混乱したものであるとする評価²⁴⁷⁾もあるが、「法理の明確性の欠如を理由に批判が多く存在している」²⁴⁸⁾。たとえば、Charles L. Black は、当該法理を「湿気の多い反響している洞窟における懐中電灯なしでの出口捜索のような感じがする」「ひどく崩壊した概念上の領域 [conceptual disaster area]」と呼び²⁴⁹⁾、その後多くの論者がこのフレーズを引用してきた²⁵⁰⁾。現在においても、ステイト・アクション法理は「アメリカ判例において最も複雑かつ一致を見ない法理の一つ」である²⁵¹⁾。結果として、「私的当事者はどんな行為が憲法上の制約に服する

246) See JOHN E. NOWAK & RONALD D. ROTUNDA, CONSTITUTIONAL LAW 632 (8th ed. 2010).

247) See LAURENCE H. TRIBE, CONSTITUTIONAL CHOICES 248 (1985).

248) Emily Chiang, *No State Actor Left Behind: Rethinking Section 1983 Liability in the Context of Disciplinary Alternative Schools and Beyond*, 60 BUFF. L. REV. 615, 643 (2012).

249) Charles L. Black, Jr., *Foreword "State Action", Equal Protection, and California's Proposition 13*, 81 HARV. L. REV. 69, 95 (1967).

250) See, e.g., Henry J. Friendly, *The Public-Private Penumbra – Fourteen Years Later*, 130 U. PA. L. REV. 1289, 1290 (1982).

251) *Developments in the Law*, *supra* note 137, at 1250.

のかを知らないままであり、裁判所は適切なステイト・アクションの基準について十分に理解していないという完全なる混乱に緩やかに陥っている」と評されている²⁵²⁾。

では、ステイト・アクション法理における理論上の混乱はどのような特徴を有するものであろうか？ この点については「曖昧性 [vagueness]」・「複雑性 [complexity]」・「一貫性の欠如 [incoherence]」という3つの特徴が指摘されている²⁵³⁾。

(2) ステイト・アクション法理における「曖昧性」

ステイト・アクション法理における「曖昧性」は、上記の種々の例外(=(i)「公的機能」の例外、(ii)政府による創設・強制・奨励の例外、(iii)「共生の関係」の例外、(iv)「関わり合い [entwinement]」の例外)と当該事案の「事実」の関係から生じている。「ステイト・アクション法理に関して、その混乱の最も絶えず言及される指標の一つは、事実が法を支配する——その判断が一般に適用可能な法的ルールよりも当該事案に特有の事実 [facts] に基づいて行われる、ということである」²⁵⁴⁾。「ステイト・アクション法理の事実集約的 [fact-intensive] 適用」²⁵⁵⁾の典型例とされるのは、「事実を精査し状況を衡量すること [sifting facts and weighing circumstances] によってのみ、私的行為における不明瞭な州の関わり合いはその真の意味を帰され得る」²⁵⁶⁾と判示した **Burton** 判決である。「共生の関係」の例外に関する判例である **Burton** 判決の法廷意見のアプローチは、「わいせつ性を判断するための **Stewart** 判事の有名な『それを見ればそうだと分かる [I know it when I see it]』基準とは異なるものであり²⁵⁷⁾、後の連邦最高裁も「[**Burton** 判決の] ケースにおいて体现された『共同関係』テスト」を「曖昧なもの」と判断している²⁵⁸⁾。しかしながら、連邦最高裁は、ステイト・アクションの判断を「ある状況において連邦最高裁が直面する必然的に事実拘束された [fact-bound] 審査」と認めており²⁵⁹⁾、**Brentwood** 判決においては「一律にステイト・アクションを認定するための必要条件として機能し得る事実は存在しないし、いかなる状況も絶対的に十分であるものではない」としている²⁶⁰⁾。

ステイト・アクション法理の適用において当該事案の「事実」が重視されるとすれば、「どの事実が真に問題となるのか、どれほど問題になるのか、なぜ問題になるのか、ということが明らかでない」²⁶¹⁾ということは深刻な問題となり得るであろう。なぜなら、ステイト・アクション法理の基本的な枠組み(各種の例外それ自体)が共有されていたとしても、結論

252) Julie K. Brown, *Less is More: Decluttering the State Action Doctrine*, 73 MO. L. REV. 561, 581 (2008).

253) Christopher W. Schmidt, *On Doctrinal Confusion: The Case of the State Action Doctrine*, 2016 BYU L. REV. 575, 582 (2016).

254) *Id.* at 593.

255) *Id.* at 594.

256) *Burton*, 365 U.S. at 722.

257) Paul Brest, *State Action and Liberal Theory: A Casenote on Flagg Brothers v. Brooks*, 130 U. PA. L. REV. 1296, 1325 (1982) (quoting *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart, J., concurring)).

258) *Sullivan*, 526 U.S. at 57.

259) *Lugar*, 457 U.S. at 939.

260) *Brentwood*, 531 U.S. at 295.

261) Christian Turner, *State Action Problems*, 65 FLA. L. REV. 281, 290 (2013).

がケース・バイ・ケースの判断となる可能性が高まるからである²⁶²⁾。實際上、連邦最高裁が上記の種々の例外を適用する際に採用してきたアプローチは、「当該当事者が州の行為者であるかを判断するために……様々な特定のテストを別個に援用・適用するというステイト・アクションの分析に対する『ルール志向的 [rule-oriented]』アプローチ」と「諸状況の総合判断 [totality of the circumstances]」アプローチの2つに分類することが可能である²⁶³⁾。

前者のアプローチを採用してきた代表的な人物と考えられるのは **Rehnquist** 判事である。たとえば、法廷意見を執筆した **Jackson** 判決において、**Rehnquist** 判事は、(i)「公的機能」の例外に関して、「ステイト・アクションは伝統的かつ排他的に州に留保された権限の私的団体による行使において存在する」とした上で²⁶⁴⁾、当該電力供給サービスは「公的機能」に該当しないと判示し、(ii)政府による創設・強制・奨励の例外に関しては、①「ある事業が州の規制に服しているという単なる事実は、それ自体によって当該行為を修正 14 条の意味における州の行為に変えるものではない。……規制が広汎かつ細目にわたっているという事実も、……そのように変えるものではない」²⁶⁵⁾、②仮に州が「独占的地位 [monopoly status]」を付与・保障していたとしても、「当該事実は…… [電力供給] サービスの打ち切りが修正 14 条の意味における『ステイト・アクション』であるかを考慮する際に決定的なものではない」²⁶⁶⁾、③電力供給サービスの打ち切りの要請に対する州の公益事業委員会の承認は、サービスの打ち切りを積極的・主体的に命じるものではなく、「当該公益事業体によって主導され、[州の] 委員会によって承認された行為を『ステイト・アクション』に変えるものではない」²⁶⁷⁾、と判示し、(iii)「共生の関係」の例外に関しては、**Burton** 判決における事案のように州から当該公益事業体が施設を賃貸しているという事実は存在せず、「状況における相違は法における相違を招来する」²⁶⁸⁾と判示している。これに対して、**Jackson** 判決における **Douglas** 判事の反対意見は、「ステイト・アクションのケースにおいて方向を決定づける問いは、ただ一つの事実ないし関係が十分な程度の州の関わり合いを示しているかではなく、すべての関連する要素の総体が州の責任を認定させるものであるかである」とし、個々のテストを「順次に [seriatim]」判断していくアプローチの先例性に疑義を呈している²⁶⁹⁾。当時において、**Rehnquist** 判事の「ルール志向的アプローチ」は、連邦最高裁のそれまでのアプローチと比較して「新しい分析手法」であると評された²⁷⁰⁾。

後者のアプローチは、**Burton** 判決を典型とするものであり、換言すれば「なされた行為

262) Schmidt, *supra* note 253, at 596-597.

263) See Huhn, *supra* note 46, at 1391.

264) *Jackson*, 419 U.S. at 352.

265) *Id.* at 350.

266) *Id.* at 351-352.

267) *Id.* at 357.

268) *Id.* at 358.

269) *Id.* at 360 (Douglas, J., dissenting).

270) Emily Calhoun, *The Thirteenth and Fourteenth Amendments: Constitutional Authority for Federal Legislation against Private Sex Discrimination*, 61 MINN. L. REV. 313, 338 (1977).

に関する総合的な状況における現実的で細心の注意を要する〔delicate〕州の関わり合いの評価」²⁷¹⁾である。このアプローチは、Rehnquist 判事が法廷意見を執筆したステイト・アクション法理に関する判例においては採用されてこなかったが、2001年の「関わり合い」の例外に関する判例である Brentwood 判決の法廷意見において再び採用されることとなった。そこでは、本事案における種々の「事実が他の〔ステイト・アクション法理の〕基準においては重要なものとされないと指摘することによって、ステイト・アクションという結論は左右されない」と判示されている²⁷²⁾。ステイト・アクション法理の一つに数えられる「関わり合い」の例外は「諸状況の総合判断」アプローチそれ自体であるとも推察されよう。

Rehnquist 判事の「ルール志向的アプローチ」はステイト・アクション法理における「曖昧性」を解消しようとするものとして評価できるが、Brentwood 判決において優勢となった「諸状況の総合判断」アプローチの「曖昧性」は、現在において「柔軟性」という長所とされているようにも思われる。注意すべきは、「ステイト・アクション法理を再定式化する Rehnquist の業績は比較的確固たるものとされたままである」²⁷³⁾ということである。ステイト・アクション法理における「公的機能」の例外について、〈「公的機能」＝「伝統的かつ排他的に州に留保された」機能〉と再定式化した上で、白人の予備選挙の事例や会社町の事例に事実上その射程を限定したことに代表される、ステイト・アクションの要件を厳格化（ステイト・アクション法理の射程を限定）した Rehnquist 判事の「法理」も同様に存在し続けており、その一定の「明確性」は「硬直性」という短所とされている²⁷⁴⁾。

(3) ステイト・アクション法理における「複雑性」

ステイト・アクション法理における「複雑性」は、「公私区分」という問題と密接に関連している。端的にいえば、「ステイト・アクション法理の行う基本的任務——あらゆる憲法上の保護が適用される公的領域とそれが適用されない私的領域を区分すること——は、分析上の複雑性に満ちている」ということである²⁷⁵⁾。もっとも、1940年代にステイト・アクション法理が誕生する以前には、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉という要件は字義通りのものであり、当該行為がステイト・アクションであるかの判断は容易いものであった。しかし、ステイト・アクション法理における「州の責任」の認定はかなりの難題であり²⁷⁶⁾、政府による創設・強制・奨励の例外や「共生の関係」の例外のようなケースでは、直接的に「私人」ではなく「政府〔state〕」の責任が追及されるべきであるとも考えられる²⁷⁷⁾。また、1937年の「ニュー・ディール憲法革命」が「州の責任」の性質に関しての概念を新たなものとしたことも「複雑性」を増す一因となっている。

271) *Blum*, 457 U.S. at 1013 (Brennan, J., dissenting).

272) *Brentwood*, 531 U.S. at 303.

273) Barron, *supra* note 145, at 358.

274) See, e.g., Gillian E. Metzger, *Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise, in* GOVERNMENT BY CONTRACT 293-297 (Jody Freeman & Martha Minow eds., 2009).

275) Schmidt, *supra* note 253, at 596-597.

276) *Id.* at 598.

277) Turner, *supra* note 261, at 288.

「ニュー・ディール憲法革命」の後も「連邦最高裁は、分離された公的領域と私的領域の境界を示し続けている」が²⁷⁸⁾、Louis Michael Seidman と Mark V. Tushnet は、「[ステイト・アクションの判断における] 混乱は、ずさんな推論や原理に基づかない法理の操作の産物ではない。これはリーガル・リアリストとニュー・ディールから継承した法文化における憲法についての考え方の基本的な困難に起因するものである」と分析している²⁷⁹⁾。ニュー・ディール以後、従来「自由」と考えられてきた領域に対して、政府は社会・経済立法等によって「介入」を行うという選択肢を得ることとなった。その結果、「州と当該行為を訴えられた私的行為者の間の多少の関係ないし責任を認定すること」は簡単となったが、「州の責任に関するどんな実例が、要求される十分さ〔significance〕を有すると考えられるか〔強調原文〕」はかなりの難題となったのである²⁸⁰⁾。さらに、その議論は「作為〔action〕」と「不作為〔inaction〕」の区分にも及ぶこととなる。

言葉としての「ステイト・アクション」は、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉という前者に着目した意味とは異なるもう一つの意味を有している。それは、〈合衆国憲法は政府の不作為〔inaction〕ではなく作為〔action〕を禁止するものである〉という後者に着目した意味である。合衆国憲法は、「消極的権利〔negative rights〕」を規定するのみであり、政府による不当な行為＝作為〔action〕からアメリカ人民を保護するものであって、その不作為〔inaction〕に対して保護を与えるものではないとされている²⁸¹⁾。この点に関する判例として挙げられるのが、1989年の *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*²⁸²⁾である。Rehnquist 判事の法廷意見は、「デュー・プロセス条項における文言それ自体は、市民の生命、自由、および財産を私的行為者による侵害から保護することを州に要求するものではなく、「この文言が〔州によらない〕他の手段を通じて当該利益が侵害されないように保障する積極的義務〔affirmative obligation〕を州に課すものである、と正当には拡張され得ない」と判示した²⁸³⁾。そして、「一定の限られた状況において、合衆国憲法が特定の個人に関するケアと保護の積極的義務を州に課しているということは確かである」²⁸⁴⁾が、それは「州がある者を監護下に置いて本人の意に反して拘束する場合に、合衆国憲法は州にこの人物の安全と一般福祉に対する一定の責任を引き受ける相応の義務を課す」というようなものである²⁸⁵⁾。本事案において、ウィスコンシン州の社会福祉事務所は父親による虐待の事実を

278) Louis Michael Seidman, *Public Principle and Private Choice: The Uneasy Case for a Boundary Maintenance Theory of Constitutional Law*, 96 YALE L. J. 1006, 1007 (1987).

279) SEIDMAN & TUSHNET, *supra* note 142, at 71.

280) Schmidt, *supra* note 253, at 599.

281) See Robin West, *Response to State Action and a New Birth of Freedom*, 92 GEO. L. REV. 819, 823-824 (2004).

282) 489 U.S. 189 (1989). 本判決の翻訳として、浦田賢治監修＝内田真利子訳「デシェイニ対ウィンエペイゴウ・カウンティ社会福祉局事件判決」早稲田法学 70 巻 2 号 (1994 年) 266 頁以下。

283) *DeShaney*, 489 U.S. at 195.

284) *Id.* at 198.

285) *Id.* at 199-200. 具体的には、被拘禁者や強制入院させられた患者に対する州の積極的（保護）義務が想定されている。

知りながら児童を公的な保護施設に引き取るといった措置を行わなかっただけであり、州の管理下で虐待が行われたわけではない。また、その父親は州の行為者でもないことから、州と個人の間には「特別な関係 [special relationship]」は認められず、州が児童を保護する義務を負うことはないとした²⁸⁶⁾。基本的に、州の積極的義務の問題は、連邦憲法の関心事ではなく州の判断に委ねられているというのが連邦最高裁の考えであり、修正 14 条が提供するものではない「警察署が……より良い警備が防いだかもしれない犯罪に対して財政的に責任を負うとされるシステム」を州法の下で構築することは妨げられないという判示²⁸⁷⁾もそのことを示すものであろう。ステイト・アクション法理との関係でいえば、**Flagg Brothers** 判決において、連邦最高裁は「州の不作為 [inaction] を『承認 [authorization]』ないし『奨励 [encouragement]』とみなすという単純な手法によって先例が私的行為に修正 14 条の制約を課すのを認めている、という見解を明らかに拒否してきた」としている²⁸⁸⁾。しかしながら、連邦最高裁は、近隣のリンゴ園に病気を移すおそれがあることを理由にヒマラヤ杉の伐採を認めた州法が正当な補償なく私有財産を公用収用することとなるかという修正 5 条の問題が争われた 1928 年の **Miller v. Schoene**²⁸⁹⁾において、「仮に、現在の州法を制定する代わりに、州が何もしないことによって州内のリンゴ園に対する重大な侵害を許容した [permitted] としても、それはそれにもかかわらず一つの選択であっただろう」と判示している²⁹⁰⁾。したがって、政府は「作為 [action] によってヒマラヤ杉の木を壊滅させることも不作為 [inaction] によってリンゴの木を壊滅させることもなし得る」のである²⁹¹⁾。そうだとすれば、「作為」と「不作為」の区分それ自体も疑わしいものとなっており、結果的に、当該行為がステイト・アクションであるかの判断はますます複雑なものとなってきていると考えられる。

(4) ステイト・アクション法理における「一貫性の欠如」

論理的に言えば、ステイト・アクション法理は当該行為が合衆国憲法の適用される「ステイト・アクション」であるか否かを決定する「入口 [threshold] 審査」として機能しており、「ステイト・アクションの問題は……実体と……分離可能な入口問題を提起するものであり、争われている私的行為の価値と原告によって主張される権利の価値を衡量するのは不適當である」²⁹²⁾。その一方で、「争われた行為の公私の性質決定を実体的な憲法規範の適用と別個の入口審査とみなすことによって、ステイト・アクション法理は……ステイト・アクションの実例を憲法上の審査から不当に保護している」のではないか、という疑義も呈されることとなる²⁹³⁾。

286) *See id.* at 197-202.

287) *Town of Castle Rock v. Gonzales*, 545 U.S. 748, 768-769 (2005).

288) *Flagg Brothers*, 436 U.S. at 164-165.

289) 276 U.S. 272 (1928).

290) *Id.* at 279.

291) *SEIDMAN & TUSHNET*, *supra* note 142, at 66.

292) Gary C. Leedes, *State Action Limitations on Courts and Congressional Power*, 60 N.C. L. REV. 747, 750 (1981).

293) Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367, 1446 (2003).

實際上、ステイト・アクション法理に関連する判例を分析すると、「憲法上保護された強力な私的な対抗利益が存在する場合や当該事案が人種差別の主張を伴わない場合には、連邦最高裁がステイト・アクションを認定する可能性は低い」と結論づけられている²⁹⁴⁾。先に見たように、(i)「公的機能」の例外が認められた事例(＝白人の予備選挙の事例、公園の事例(Newton 判決)、陪審制度における諸手続に関する事例)、(ii)政府による創設・強制・奨励の例外が認められた事例(＝政府による運営の事例、人種制限的約款に関する司法的執行の事例(Shelley 判決)、理由不要の陪審員忌避の事例、差別を奨励するイニシアティブの事例)、(iii)「共生の関係」の例外のリーディング・ケースは、いずれも人種差別に関連するものであった。このことからすれば、ステイト・アクション法理は私人間訴訟において主張される憲法上の権利の内容によって別個に運用されてきた、とも推察される²⁹⁵⁾。また、連邦最高裁はステイト・アクションの問題を「入口問題」と常に捉えてきたわけではなく、「1960年代後半、連邦最高裁の構成は変化し始め、実体的な文脈への言及が諸判事の意見から消滅した」という分析もなされている²⁹⁶⁾。

(5) 小 括

ステイト・アクション法理における理論上の混乱に関しては、「曖昧性」・「複雑性」・「一貫性の欠如」という3つの特徴が指摘されている。

第一に、「曖昧性」という観点からは、「ステイト・アクション法理の事実集約的〔*fact-intensive*〕適用」が問題となる。ステイト・アクション法理の適用において当該事案の「事実」が重視されれば、ステイト・アクション法理の基本的な枠組み(各種の例外それ自体)が共有されていたとしても、結論がケース・バイ・ケースの判断となる可能性は高まることとなろう。実際にも、連邦最高裁は、(i)「公的機能」の例外、(ii)政府による創設・強制・奨励の例外、(iii)「共生の関係」の例外、(iv)「関わり合い」の例外といった例外を適用する際に、「ルール志向的アプローチ」と「諸状況の総合判断」アプローチという2つの異なるアプローチを採用してきたと考えられる。前者のアプローチは、上記の種々の例外を「順次に〔*seriatim*〕」判断していく(Rehnquist 判事によって採用された)ものであり、後者のアプローチは、Burton 判決を典型とし、2001年の「関わり合い」の例外に関する判例である Brentwood 判決の法廷意見において再び採用されることとなったものである。Rehnquist 判事の「ルール志向的アプローチ」はステイト・アクション法理における「曖昧性」を解消しようとするものとして評価できるが、一定の「明確性」を志向する Rehnquist 判事のステイト・アクション法理の「再定式化」自体は「硬直性」という短所を有していると捉えられている。その一方で、「諸状況の総合判断」アプローチは Brentwood 判決において優勢となり、現在においてその「曖昧性」は「柔軟性」という長所とも捉えられている。

第二に、「複雑性」という観点からは、「ニュー・ディール憲法革命」の後に混迷を極める

294) Peretti, *supra* note 144, at 276.

295) Schmidt, *supra* note 253, at 600.

296) Michael L. Wells, *Identifying State Actors in Constitutional Litigation: Reviving the Role of Substantive Context*, 26 CARDOZO L. REV. 99, 106 (2004).

こととなった「公私区分」とステイト・アクション法理の関係性が問題となる。ニュー・デール以後、従来「自由」と考えられてきた領域に対して、政府は社会・経済立法等によって「介入」を行うという選択肢を得ることとなり、政府と私的行為者の間に一定の関係ないし責任を認定すること自体は簡単となった。しかし、そのような政府の責任がステイト・アクションを認定するのに十分なもの〔significant〕であるかを判断するのはかなり難しくなったのである。さらに、連邦最高裁は「州の不作为〔inaction〕を『承認〔authorization〕』ないし『奨励〔encouragement〕』とみなすという単純な手法によって先例が私的行為に修正 14 条の制約を課すのを認めている、という見解を明らかに拒否してきた」と判示しているが²⁹⁷⁾、「作為」と「不作为」の区分それ自体も疑わしいものとなっており、結果的に、当該行為がステイト・アクションであるかの判断はますます複雑なものとなってきていると考えられる。

第三に、「一貫性の欠如」という観点からは、ステイト・アクション法理は、当該行為が合衆国憲法の適用される「ステイト・アクション」であるか否かを決定する単なる「入口審査」として機能しているのか、実際には「実体判断」を伴うような形で展開されてきたのか、が問題となる。一定程度の「曖昧性」と「複雑性」は法理論に共通する特徴であり²⁹⁸⁾、ステイト・アクション法理が「法理」とされる限りにおいて、最大の問題は「一貫性の欠如」である。以下では、ステイト・アクション法理の「一貫性の欠如」という問題に対して、理論家が提唱してきたステイト・アクション法理の再構成論を概観していくこととする。

2 ステイト・アクション法理の再構成論

(1) Erwin Chemerinsky の見解

「一貫性」のあるステイト・アクション法理の再構成論として広く注目を集めてきた見解の一つとして、Erwin Chemerinsky の「ステイト・アクションの要件廃止論」が挙げられる。

Chemerinsky は、すでに多くの論者によって「ステイト・アクション概念は決して合理的ないし一貫して適用され得ない」と判断されてきており、ステイト・アクション概念については再検討する必要があるとする²⁹⁹⁾。その上で、「不可避の結論は、〔ステイト・アクション〕法理はアメリカ法から追放されるべきである、というものである」と主張する³⁰⁰⁾。理由としては、ステイト・アクションの要件の存在理由とされてきた「個人の自律の領域を維持すること」および「州の主権の領域を維持すること」という目的にとって、ステイト・アクションの要件は「逆効果〔counterproductive〕」であることが挙げられる³⁰¹⁾。

まず、Chemerinsky は、「我々は、ある者の憲法上の権利を侵害する自由が支持されると

297) *Flagg Brothers*, 436 U.S. at 164-165.

298) Schmidt, *supra* note 253, at 605.

299) Erwin Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 Nw. U. L. REV. 503, 505 (1985).

300) *Id.* at 550.

301) *Id.* at 535-536.

きには必ず、被害者の自由が犠牲にされているということを思い起こさなければならない」と主張する³⁰²⁾。「個人の自律の領域の維持」に関しては、「ステイト・アクション概念は、問題となっている競合する権利を完全に無視し、もっぱら行為者の固有の性質〔identity〕に基づいて選択を行うものであり³⁰³⁾、「真の目的が個人の自由を保護することであるならば、ステイト・アクションの審査を完全に消去し、個々の事案において、侵害者と被害者のどちらの自由が支持されるべきかを直接的に問うことが賢明である」と結論づけられる³⁰⁴⁾。このように、両当事者の競合する権利に着目するアプローチは個人の自由の保障を最大化するものであるが、私的な人種差別の場合のように「ステイト・アクションが存在すると判断する際に、裁判所はすでに一定の衡量を行って」おり、「当該衡量は裁判所によって隠蔽され、ステイト・アクションが存在するかという問題の背後に隠されている」のが現状である³⁰⁵⁾。Chemerinskyによれば、このようなプロセスを顕在化する「衡量」モデルによって競合する利益を明確化し、それに関する他の事例にも適用可能なルールを形成していくことが、個人の自律の領域を最もよく保障する手法であるとされている。次に、「州の主権の領域の維持」に関しては、「ステイト・アクションの要件を州の主権を保護する手法とみなすことは、憲法上州の機関に留保された領域が存在するという誤った前提に基づくものであり、「州の権利が個人の権利よりも重要であること——南北戦争以来、一貫して拒否されている前提」に基づくものである³⁰⁶⁾。現在においては、連邦議会は州際通商条項によって人種差別に対処する法律を制定する権限を有しており、「私的な権利侵害の防止は州に排他的に委ねられているものではない」との批判がなされている³⁰⁷⁾。

上記の Chemerinsky の見解は、「合衆国憲法は社会道徳の法典とみなされる」という前提³⁰⁸⁾から、連邦議会・州議会・州裁判所による「他の救済が存在しない場合には、連邦裁判所は保護を提供するということが不可欠である」とし³⁰⁹⁾、実体審査において「当該行動に対する十分にやむにやまれぬ正当化がない場合には、憲法上の権利に含まれる価値も私的行為を制限する権利として承認されるべきである」と主張するものである³¹⁰⁾。もっとも、「憲法上の原理を私的行為に適用することは、あらゆる個人の行為が政府に要求されるのと同じ基準を充たさなければならない、ということの意味するものではない」³¹¹⁾、政府とは異なり「個人は結社の自由ないしプライバシーを自身の行為を正当化するために主張し得る」という点はますます重要性を有することとなる³¹²⁾。また、「いつか公私区分がますます不明瞭なものとなって批判の対象とされるとき、何が区分の基礎となるべきか、何

302) *Id.* at 536.

303) *Id.* at 537.

304) *Id.* at 537.

305) *Id.* at 540.

306) *Id.* at 544.

307) *Id.* at 545.

308) *Id.* at 550.

309) *Id.*

310) *Id.* at 507.

311) *Id.* at 537.

312) *Id.* at 506.

がそれぞれの領域の内容とされるべきかを考慮することが必要となる。私は、ステイト・アクションの要件の廃止によってその分析が大きく改善されることとなると信じている」としており³¹³⁾、「ステイト・アクション概念を廃止することは、公的領域と私的領域の区分を消去するものではなく、「公的活動と私的活動を区分する境界としてのステイト・アクションを消去すること」である点にも留意すべきである³¹⁴⁾。

(2) Cass R. Sunstein の見解

「一貫性」のあるステイト・アクション法理の再構成論として広く注目を集めてきたもう一つの見解として挙げられるのが、Cass R. Sunstein の「ステイト・アクション遍在論」である。

Sunstein の見解は、「ステイト・アクションは常に存在している」³¹⁵⁾というものである。Sunstein は、まず、「合衆国憲法は、政府の行為に適用されるのみであって私人の行為には適用されない」という理解を前提とする「いわゆるステイト・アクション法理はアメリカ立憲主義の基盤である」とする³¹⁶⁾。そして、「理論的にいえば、法的テストは、政府の公務員が問題となっている行為に関わり合っているかによって左右され得る」こととなる³¹⁷⁾。しかし、政府の公務員は絶えず種々の法を執行しており、「背後に存在する州の公務員の関わり合いが『ステイト・アクション』を生じさせるのに十分なものであるならば、全体のカテゴリーは途方もなく広汎なものとなるであろう」とし³¹⁸⁾、「事実上、裁判所は、政府の公務員が争われている問題に関わり合っているかを問うことによってステイト・アクションの事例を解決しているのではない」と分析する³¹⁹⁾。正確にいえば、「[ステイト・アクション]法理は、まったく『アクション [action]』に関するものでなく、むしろ [status quo の] 中立性 [neutrality] という概念に基礎を置くものである」³²⁰⁾。したがって、ステイト・アクション法理では、ニュー・ディール以前において「自然 [natural]」または「前政治的 [pre-political]」とみなされてきたような「既存の [富や資源の] 配分およびコモン・ローが、介入 [intervention] を評価する基準を提供する」こととなる³²¹⁾。このような理解によれば、中立的なベースラインからの離脱がステイト・アクションを構成し、「コモン・ローにおいて認められた利益の保護はステイト・アクションではない一方で、その他の利益の保護はそれのようにはみなされない」という結論が導かれる³²²⁾。たとえば、住宅に関連する人種差別を禁止する州法はステイト・アクションである一方で、当該州法の廃止は単にコモン・ロー上のベースラインに戻すだけのものであるからステイト・アクションではないと判断され

313) *Id.* at 557.

314) *Id.* at 538-539.

315) Cass R. Sunstein, *State Action is Always Present*, 3 CHI. J. INT'L L. 465, 469 (2002).

316) CASS R. SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION* 71 (1993).

317) *Id.* at 72.

318) *Id.*

319) *Id.*

320) *Id.*

321) *Id.* at 75.

322) *Id.* at 74.

る。

しかしながら、Sunsteinは、「現状中立性〔status quo neutrality〕は、まさに、所有権を含めた我々の権利が法の創造物〔creations of law〕であるという事実を見落としている限りにおいて、誤りである」とする³²³⁾。もっとも、このことは「公的行為と私的行為の境界が存在しないということでも、私的行為が憲法上制限されるということでもない」³²⁴⁾。

「ステイト・アクション法理は、**関連する事案において問題となっている**ステイト・アクションが、関連のある合衆国憲法の規定に違反するかの審査を要するものである〔強調原文〕から、「州が何をなしたかを同定し、それを原告の援用した憲法上の規定の下で評価することは常に必要である」³²⁵⁾。Sunsteinによれば、私人の行為の背後に援用・執行可能な財産や契約に関する法が存在する限りにおいて「**ステイト・アクションは常に存在しており、真の問題は実体を伴うものである**〔強調原文〕」から³²⁶⁾、たとえば、Shelley 判決の事案は、「ステイト・アクションについての困難な問題ではな」く（＝裁判所による人種制限的約款の執行はステイト・アクションそのものである）、「平等保護条項の趣旨についての困難な問題である」と理解されることとなる³²⁷⁾。

上記の Sunstein の見解は、「ステイト・アクションの問題に関する多くの議論……は、州が係争中の取り決め〔arrangements〕において存在しているという点を無視していることから、混乱しているように思われる」というものである³²⁸⁾。ただし、「自身の見解は、『あらゆることがステイト・アクションである』ということや、通常の人々の決定が憲法上の制約に服するということを主張するものではない」と注意喚起されている点には留意すべきである³²⁹⁾。すなわち、「合意に至った私的な人々の決定は完全にステイト・アクションではない」という前提は崩されていないのである³³⁰⁾。

(3) 検 討

ステイト・アクション法理の「一貫性の欠如」という問題に対して、理論家の提唱してきたステイト・アクション法理の再構成論として広く注目を集めてきた見解が、Chemerinsky の「ステイト・アクションの要件廃止論」と Sunstein の「ステイト・アクション遍在論」である。

まず、Chemerinsky の見解は、その存在理由とされる「個人の自律の領域の維持」と「州の主権の領域の維持」という目的にとって、ステイト・アクションの要件は不必要かつ有害なものであるから、廃止されるべきであるというものである。その代わりに、実際に連邦最高裁も採用してきたと考えられる実体判断のプロセスを顕在化する「衡量」モデルによって両当事者の競合する権利・利益を明確化し、それに関する他の事例にも適用可能なルールを

323) *Id.* at 4.

324) *Id.* at 159.

325) *Id.* at 159-160.

326) Sunstein, *supra* note 315, at 467.

327) SUNSTEIN, *supra* note 316, at 160.

328) Sunstein, *supra* note 315, at 467.

329) SUNSTEIN, *supra* note 316, at 160.

330) *Id.* at 161.

形成していくことが、個人の自律の領域を最もよく保障する手法とされている。しかし、「衡量」モデル自体は多くの論者によって支持されてきたものであるが³³¹⁾、合衆国憲法を政府の行為を制約する法典というよりも「社会道徳の法典」とであると定義するこの見解に対しては、合衆国憲法が私的行為を制約するものとされれば、「自由の擁護者としてのその立場を維持するというよりも、多くの者にとって……規制手段となり、他者の憲法上の権利に関する司法によってなされた境界設定に自身の行為が違反する可能性を恐れて、民衆が絶えず肩越しに見るのを強いられる厄介なもの〔annoyance〕となる」という懸念が表明されている³³²⁾。

次に、Sunstein の見解は、私人の行為の背後に援用・執行可能な財産や契約に関する法が存在する限りにおいて「ステイト・アクションは常に存在している」というものである。換言すれば、「ニュー・ディールが真剣に考えられるならば、ステイト・アクションの要件が難解かつ一貫性のないものであるということではなく、政府の〔創設した〕ルールが、財産、契約および不法行為に関する権利行使の背後に存在しているということになり³³³⁾、当該ルールに依拠する私的行為にはステイト・アクションが遍在していると主張するものである。この見解に対しては、Shelley 判決の分析において「背後に存在する執行される州法の合憲性ではなく、裁判所による人種制限的約款の執行がステイト・アクションであるか……という伝統的な問題に焦点を当てている」としてその論理一貫性に疑義が呈されている³³⁴⁾。

ステイト・アクション法理の「一貫性の欠如」という問題に対して「一貫性」のある形で再構成を行ったと評価し得る両者の見解は、いずれも連邦最高裁（連邦裁判所）に私人間訴訟における憲法上の実体判断を行う権限を肯定するものであるが、なぜ「裁判所」が「衡量」を行うこととなるのかという理由を明確に説明するものではない。「ステイト・アクション法理の物語は……連邦最高裁と連邦裁判所の組織構築の物語の一部であり³³⁵⁾、「裁判所」という組織の性質および権限という観点から、連邦最高裁（連邦裁判所）が私人間訴訟において憲法上の実体判断を行うこととなるか否かは別途検討されなければならない。

3 ステイト・アクション法理と「水平的効力」

(1) Shelley 判決再訪

「裁判所」という組織の性質および権限という観点から、連邦最高裁（連邦裁判所）が私

331) See, e.g., William W. Van Alstyne & Kenneth L. Karst, *State Action*, 14 STAN. L. REV. 3 (1961); Louis Henkin, *Shelley v. Kraemer: Notes for a Revised Opinion*, 110 U. PA. L. REV. 473 (1962); Robert J. Glennon, Jr., & John E. Nowak, *A Functional Analysis of the Fourteenth Amendment "State Action" Requirement*, 1976 SUP. CT. REV. 221 (1976). See also Turner, *supra* note 261, at 319-321.

332) William P. Marshall, *Diluting Constitutional Rights: Rethinking "Rethinking State Action"*, 80 NW. U. L. REV. 558, 569-570 (1985).

333) SUNSTEIN, *supra* note 316, at 204.

334) Gardbaum, *supra* note 23, at 416.

335) Jud Mathews, *State Action Doctrine and the Logic of Constitutional Containment*, 2017 U. III. L. REV. 655, 664-665 (2017).

人間訴訟において憲法上の実体判断を行うこととなるか否かに関して最も問題となるのは、*Shelley* 判決において示された〈「州裁判所および公的資格における司法職員の行為は修正 14 条の意味における州の行為であるとみなされることとなる」³³⁶⁾＝裁判所の行為はステイト・アクションである〉というテーゼである。人種制限的約款に関する司法的執行の事例である *Shelley* 判決は、現在までその射程が明示的に拡張される兆しはなく³³⁷⁾、「文句なく正しい」が「答えよりも多くの疑問を提起している」と評されている³³⁸⁾。その結果、*Shelley* 判決は「裁判所によって踏襲されるよりも多くはロー・レビューの論文において議論されてきており³³⁹⁾、その正当化根拠が議論の対象となってきた。*Shelley* 判決の正当化根拠としては、裁判所による両当事者の憲法上の権利の衡量アプローチを提示したものであるとする見解と「人種差別」事案に射程を限定する見解が主張されている。

前者の論者である Robert J. Glennon と John E. Nowak は、「連邦最高裁は、競合する個々の私的権利によって促進または制限される価値を衡量することによってステイト・アクションの事例を判断している」と主張する³⁴⁰⁾。すなわち、實際上、連邦最高裁は「特定の権利に加えらるる損害および主張される権利の価値と争われた非政府的行為の価値を衡量するプロセス」³⁴¹⁾を採用してきており、ステイト・アクションであるか否かの結論は当該衡量によって導かれたものであると考えられる。Glennon と Nowak によれば、*Shelley* 判決の事案では「連邦最高裁は、人種的少数者のメンバーに財産を売りたいという現所有者の願望や少数者の人種のメンバーに加えらるる制限的約款による損害よりも、財産の前所有者の利益を優越させるように州が財産権を規定し得るかという判断を強いられ」³⁴²⁾、それに消極的な結論を下したのが *Shelley* 判決であると分析される。

それに対して、後者の代表的な論者である Laurence H. Tribe は、「連邦最高裁は、州裁判所が約款を実際に執行したという事実で、……ステイト・アクションを認定したように見える、しかしながら論理一貫させれば、そのような理由づけは、個人が後に潜在的な司法的執行の保護を求めるときにはほとんどいつでも、私的な取り決めを憲法上の基準に服さしめるのを個人に要求することとなる」と推論する³⁴³⁾。他方で、*Shelley* 判決に対する従来の批判は、「『州の行為者』の審査を強調することによって最初から失敗しており、そのことで州裁判所が州の機関であるかという入口問題を裁判所が修正 14 条に違反したかという実体審査と混同している」ものである³⁴⁴⁾。Tribe によれば、*Shelley* 判決の事案において、「人種差別的な約款を無効とすることの州裁判所による拒絶は……まさに州の法的命令を合衆

336) *Shelley*, 334 U.S. at 14.

337) *See* BeVier & Harrison, *supra* note 15, at 1801.

338) Van Alstyne & Karst, *supra* note 331, at 44.

339) Steven R. Swanson, *Discriminatory Charitable Trusts: Time for a Legislative Solution*, 48 U. PITT. L. REV. 153, 177 (1986).

340) Glennon & Nowak, *supra* note 331, at 226-227.

341) *Id.* at 259.

342) *Id.* at 239.

343) TRIBE, *supra* note 11, at 1697.

344) TRIBE, *supra* note 247, at 259.

国連邦最高裁の法廷に提起するのに必要とされる明白な州の行為〔overt state act〕であった」のであり³⁴⁵⁾、「Shelley 判決における真の『ステイト・アクション』は、人種差別的な州の政策の典型である——ミズーリ州の文面上差別的な一連のコモン・ローおよび制定法であった」と理解されることとなる³⁴⁶⁾。また、下級審³⁴⁷⁾においても、たとえば、「州裁判所が、法によって強制されるのではなく許容される行為をなす私人の権利を執行するケース」において「ステイト・アクションは、Shelley 判決……の理論が適用可能であるときに限って認定されており、この理論は人種差別に関係する事案に限定されてきた」と判示されている³⁴⁸⁾。

Shelley 判決の正当化根拠に関しては、裁判所による両当事者の憲法上の権利の衡量アプローチを提示したものであるとする見解は、なぜ Shelley 判決においてのみ〈裁判所の行為はステイト・アクションである〉という論理が全面的に承認されたのかという理由を積極的に提示するものではなく、「Shelley 判決の射程は、人種差別のコンテキストの外では定義されていないままである」³⁴⁹⁾という「人種差別」事案に射程を限定する見解が妥当であろう。だが、〈裁判所の行為はステイト・アクションである〉という論理は、連邦最高裁によって Shelley 判決を明示的に引用することなしに採用され続けてきたという可能性を排除することはできない。以下では、〈裁判所の行為はステイト・アクションである〉という論理について検討していくこととする。

(2) 〈裁判所の行為＝ステイト・アクション〉という論理

契約法・不法行為法・財産法の各領域において、連邦最高裁が（ステイト・アクションの要件について詳細に検討することなく）〈裁判所の行為はステイト・アクションである〉という論理を採用した判決の存在が確認される³⁵⁰⁾。

まず、契約法の領域では、取材源を秘匿するという約束の下で情報を提供された新聞社による情報提供者の実名報道が州法上の「約束的禁反言〔promissory estoppel〕」³⁵¹⁾に違反するかが争われた *Cohen v. Cowles Media Co.*³⁵²⁾において、「法的義務が……〔州〕裁判所の職務上の権力を通して執行されることとなる」ということは「修正 14 条の意味における『ステイト・アクション』を構成するのには十分である」と判示されている³⁵³⁾。もともと、実

345) *Id.* at 260.

346) *Id.*

347) *See* Mark D. Rosen, *Was Shelley v. Kraemer Incorrectly Decided? Some New Answers*, 95 CAL. L. REV. 451, 458-470 (2007).

348) *Parks v. "Mr. Ford"*, 556 F.2d 132, 135-36 n.6a (3d Cir. 1977).

349) *United Egg Producers v. Standard Brands, Inc.*, 44 F.3d 940, 943 (11th Cir. 1995).

350) *See* Daniel J. Solove & Neil M. Richards, *Rethinking Free Speech and Civil Liability*, 109 COLUM. L. REV. 1650 (2009).

351) 「約束的禁反言」とは、「約因 (consideration) のない約束で、もし約束者が受約者が約束を守るであろうという合理的期待をもつべきでかつ受約者が実際にも約束を守ったとするならば、その約束に拘束力を与えなければ生ずる不正義を避けるために、その約束は拘束力を与えられるべきでありしかるべき救済策を認められるべきであるという法理」をいう（小山貞夫編『英米法律語辞典』（研究社、2011年）883頁）。

352) 501 U.S. 663 (1991).

353) *Id.* at 668.

体の問題として、「修正1条は〔「約束手続」のような一般的に適用される〕法理のプレスに対する適用を禁じるものではない」とされている³⁵⁴⁾。

次に、不法行為法の領域では、新聞に掲載された虚偽の記載がある意見広告によって名誉を毀損されたとして公安委員が提起した著名な名誉毀損訴訟である *New York Times Co. v. Sullivan*³⁵⁵⁾において、以下のように判示されている。

「『修正14条は州の行為に対して向けられるものであって私的行為に向けられるものではない』という〔命題が第一の問題となる〕。この命題は当該事案にはあてはまらない。本件は私的当事者間の民事訴訟であるが、……〔州〕裁判所は、憲法上の言論とプレスの自由に対して無効な制約を課していると上告人が主張する州の法準則を適用した。法が民事訴訟において適用されたことや、制定法によって補完されているけれどもコモン・ローのみが適用されたことは問題ではない。……判断基準は、州の権力が用いられた形式ではなく、形式が何であれ、そのような権力が実際に行使されたか否かである。」³⁵⁶⁾

最後に、財産法の領域で興味深いのは、近時の「司法による収用〔judicial taking〕」³⁵⁷⁾に関する *Stop the Beach Renourishment, Inc. v. Florida Dept. of Environmental Protection*³⁵⁸⁾である。本事例は、ハリケーンで浸食された海岸の復元を目的とする州による埋立事業が臨海権（臨海地に対する自然堆積を受ける権利および直接所有地から海岸に接する権利）を奪う正当な補償のない収用に該当するかが争われたものであり、Scalia 判事の相対多数意見は以下のように判示している。

「収用条項……は、特定の部門や機関の行為に向けられたものではない。これは単に行為に関係するものである……。正当な補償なしに私有財産を収用する州の権力の存在しない範囲が収用行為をなす統治機関によって変化する、と述べることに条文上の正当性は存在しない。……収用条項が立法府の決定によって行うのを禁じていることを、州は裁判所の決定で行い得るというのは不条理である。」「司法機関によってなされる収用は特別な扱いを受ける資格があるという立場を支持する先例はなく、実際にはその逆である。」「収用条項は、州が正当な対価を支払うことなしに私有財産を収用するのを禁止しており、どの部門が収用を行った機関であるかは問題ではない。……州が物理的に財産を収用したり、規制によって財産的価値を破壊した場合と同様に、仮に立法府または裁判所が一度確立された〔established〕私有財産の権利をもはや存在しないと

354) *Id.* at 670.

355) 376 U.S. 254 (1964).

356) *Id.* at 265.

357) 「司法による収用」に関する邦語文献として、飯田稔「財産権規制と司法——司法による収用 (Judicial Takings) をめぐって——」明海大学不動産学部論集1号(1993年)1頁以下、永松正則「司法による収用——STOP THE BEACH RENOURISHMENT, INC. v. FLORIDA DEPARTMENT OF ENVIRONMENTAL PROTECTION (560 U.S. ____ (2010), 130 S. Ct. 2592)」島大法学56巻4号(2013年)121頁以下、米谷壽代「アメリカ環境規制に伴う収用補償理論の展開」静岡大学法政研究19巻2号(2015年)49頁以下。

358) 560 U.S. 702 (2010).

宣言した場合には、当該財産は収用されたこととなる〔強調原文〕³⁵⁹⁾。

上記では、裁判所の判決による財産権の侵害が「収用」に該当するかという意味での「司法による収用」の可能性について肯定的な判断がなされている。これに対しては、「相対多数意見の論理が、財産権をめぐる紛争において広く一連の個人の権利を衡量するという Shelley 判決の暗黙の約束〔implicit promise〕を復活させ得る（必然的に復活させなければならぬ）ものである、と論じるのはナイーブであろう」とも指摘されている³⁶⁰⁾。しかし、「Shelley v. Kraemer を起源とする司法の行為＝ステイト・アクションという理論……を受け入れることなしに連邦最高裁が司法による収用を承認し得るとは考えられない」³⁶¹⁾。

(3) ステイト・アクション法理と「水平的効力」

比較憲法の観点からすれば、〈裁判所が憲法上の人権規定によって拘束される〉という論理は一定の「水平的効力〔horizontal effect〕」を生じさせるものであると考えられている³⁶²⁾。上記のように〈裁判所の行為はステイト・アクションである〉という論理が Shelley 判決を明示的に引用することなしに採用され続けてきたことからすれば、「ステイト・アクション法理と水平的効力是对立概念とみなされるべきではない」³⁶³⁾と捉える余地は十分にある。その点から興味深いのは、「あらゆる法は合衆国憲法に服する」という「強い間接的水平的効力〔strong indirect horizontal effect〕」の立場にアメリカを分類する Stephen Gardbaum の見解である³⁶⁴⁾。

Gardbaum は、最高法規条項³⁶⁵⁾が「あらゆる法を、完全に、直接的かつ平等に合衆国憲法に服さしめることとなる——そこには契約法、財産法、雇用法、不法侵害法および遺言法を含んでいる——ので、私的行為者間の訴訟において援用される法の合憲性が争われている場合には、現在存在しているケース・バイ・ケースの基準によって解決されるステイト・アクションという本案と区別された入口問題は存在すべきではない」と主張する³⁶⁶⁾。ただし、「民事訴訟において問題となっている法を合衆国憲法に服さしめるということは、違憲の法は無効または執行不能であるから私的行為者はそれに依拠することができないということの意味するのみであり、「私的行為者が民事訴訟において違憲の法に依拠し得ないとしても、行為者の私的な地位は……政府はなし得ないが個人はなし得るその他の多くの行

359) *Id.* at 713-715.

360) Nestor M. Davidson, *Judicial Takings and State Action: Rereading Shelley after Stop the Beach Renourishment*, 6 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 75, 78 (2011).

361) Shelley Ross Saxe, *Judicial State Action: Shelley v. Kraemer, State Action, and Judicial Takings*, 21 WIDENER L.J. 847, 871 (2012).

362) See Mark Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, 1 INT'L J. CONST. L. 79 (2003).

363) Colm O'Connell & Manfred Stelzer, *Horizontal Effect/State Action*, in ROUTLEDGE HANDBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW 186 (Mark Tushnet, Thomas Fleiner & Cheryl Saunders eds., 2013).

364) Gardbaum, *supra* note 23, at 421.

365) 合衆国憲法6条2項は、「この憲法、これに準拠して制定される合衆国の法律、および合衆国の権限に基づいて締結されまた将来締結されるすべての条約は、国の最高法規である。各州の裁判官は、各州の憲法または法律中に反対の定めある場合といえども、これに拘束される」と規定している（初宿＝辻村編・前掲注1）85頁【野坂泰司訳】）。

366) Gardbaum, *supra* note 23, at 391.

為も存在しているので、重要なままである」³⁶⁷⁾。たとえば、文面上中立的な「一般的ルールが人種制限的約款という特定の状況に適用される場合、……重要な問題は、当該法の差別的効果ではなく、申立人が証明しなければならない事実の一つが購入しようとする者の人種である限りにおいて、その適用は必然的に執行を行う裁判所に対して人種を意識した〔race-conscious〕行為への従事を要求するということであり、結果として、そのような文面上中立的な法の適用は違憲（当該人種制限的約款は執行不能）であると判断されることとなる³⁶⁸⁾。

Gardbaum の見解は、最高法規条項に着目し、連邦最高裁（連邦裁判所）が私人間訴訟において憲法上の実体判断を行うこととなる理由を積極的に提示するものとして評価できる。重要であるのは、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉というような垂直的な立場と「（憲法上の人権規定が私人に憲法上の義務を直接的に課すものではない）間接的水平的効力」は矛盾するものではないという点である³⁶⁹⁾。

(4) 検 討

「あらゆる法は合衆国憲法に服する」という「強い間接的水平的効力」の立場にアメリカを分類する Gardbaum は、連邦最高裁（連邦裁判所）が私人間訴訟において憲法上の実体判断を行うこととなる理由として、最高法規条項および「裁判所」が合衆国憲法によって拘束される組織であることを挙げている。この主張はそれ自体として正当なものであるが、さらなる補強が必要であると考えられる。David A. Strauss によれば、「特定の宗教……、民族……、人種に属する少数者……を対象とする制定法の審査」では「より厳格な司法審査」が要求され得ることを示唆する *Carolene Products* 判決の論理³⁷⁰⁾は、「裁判所が立法府よりも人種差別の問題への対処にはより適している」ということを正当化するものであり、ステイト・アクション法理の解釈にも反映されるべきものであると理解されている³⁷¹⁾。また、Mark Tushnet は、「司法部が切り離され孤立した少数者〔discrete and insular minorities〕を保護する特別に正当な理由を有しているならば、そのような保護は作為同様に不作為にも拡張されなければならない、……積極的な政府の行為同様に、文面上『中立的な』背景にある権利〔background entitlement〕の政府による執行にも拡張されなければならないこととなる」としている³⁷²⁾。（Gardbaum が指摘した）最高法規条項および「裁判所」が合衆国憲法によって拘束される組織であることに加えて、修正 14 条の平等保護条項が一定の私的な人種差別を防ぐ「積極的（保護）義務」を課していることから、政府による当該義務の不履行に対して連邦最高裁（連邦裁判所）が私人間訴訟において憲法上の実体判断を積極的に行う権限も認められることとなろう。

367) *Id.* at 433.

368) *Id.* at 449.

369) *See* Gardbaum, *supra* note 22, at 395.

370) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

371) Strauss, *supra* note 143, at 413.

372) MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS* 193-194 (2008).

4 小 括

ステイト・アクション法理における理論上の混乱に関しては、「曖昧性」・「複雑性」・「一貫性の欠如」という3つの特徴が挙げられる。「曖昧性」という観点から問題となるのは「ステイト・アクション法理の事実集約的〔fact-intensive〕適用」であり、「複雑性」という観点から問題となるのは「ニュー・ディール憲法革命」の後に混迷を極めることとなった「公私区分」とステイト・アクション法理の関係性である。だが、ステイト・アクション法理における最大の問題は「一貫性の欠如」であると考えられ、**Chemerinsky** の「ステイト・アクションの要件廃止論」と **Sunstein** の「ステイト・アクション遍在論」が「一貫性」のあるステイト・アクション法理の再構成論として広く注目を集めてきた。両者の見解は、いずれも連邦最高裁（連邦裁判所）に私人間訴訟における憲法上の実体判断を行う権限を肯定するものであるが、なぜ「裁判所」が「衡量」を行うこととなるのかという理由を明確に説明するものではないと考えられる。

「裁判所」という組織の性質および権限という観点から、連邦最高裁（連邦裁判所）が私人間訴訟において憲法上の実体判断を行うこととなるか否かに関して最も問題となるのは、**Shelley** 判決において示された〈裁判所の行為はステイト・アクションである〉というテーゼである。**Shelley** 判決の射程それ自体は「人種差別」事案に限定されようが、〈裁判所の行為はステイト・アクションである〉という論理は、連邦最高裁によって **Shelley** 判決を明示的に引用することなしに契約法・不法行為法・財産法の各領域で採用され続けてきている。上記からすれば、比較憲法上、〈裁判所が憲法上の人権規定によって拘束される〉という論理は一定の「水平的効力」を生じさせるものであると考えられており、ステイト・アクション法理と「水平的効力」が完全に矛盾するものではないと捉える余地は十分にあるということとなる。そこで注目されるのが、「あらゆる法は合衆国憲法に服する」という「強い間接的水平的効力」の立場にアメリカを分類する **Gardbaum** の見解である。この見解は、最高法規条項に着目し、「裁判所」が合衆国憲法によって拘束される組織であるという観点から、連邦最高裁（連邦裁判所）が私人間訴訟において憲法上の実体判断を行うこととなる理由を積極的に提示するものとして評価できよう。重要であるのは、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉というような垂直的な立場と「（憲法上の人権規定が私人に憲法上の義務を直接的に課すものではない）間接的水平的効力」は矛盾するものではないという点である。もっとも、「裁判所」という組織の権限という観点から、連邦最高裁（連邦裁判所）が私人間訴訟において憲法上の実体判断を行うこととなる理由についてはさらなる補強が必要であり、**Carolene Products** 判決の論理をステイト・アクション法理の解釈に反映する **Strauss** の見解が注目される。そして、**Tushnet** が指摘するように、修正 14 条の平等保護条項が一定の私的な人種差別を防ぐ「積極的（保護）義務」を課しているとすれば、政府による当該義務の不履行に対して連邦最高裁（連邦裁判所）が私人間訴訟において憲法上の実体判断を積極的に行う権限も認められる

こととなる。上記の論理は、ステイト・アクション法理における種々の例外が認められた事例の多くがいずれも人種差別に関連するものであったという連邦最高裁の判例にも適合するものであると考えられる。

第5節 本章のまとめ

現在においても、「憲法上の権利」条項の名宛人に関するアメリカの立場の基礎とされるのは、修正14条によって「特定の性質を有する州の行為こそが禁じられる」一方で「個人による個々の権利侵害はこの修正条項の主題ではない」とした1883年のCivil Rights Casesである。アメリカの立場に関しては、比較憲法の観点から、〈憲法上の権利条項は、国家－国民の關係に適用される〉という垂直的な〔vertical〕立場に最も親和的であるのはアメリカ合衆国である、との評価が存在している。「私人間無適用」の立場は論理必然的に「無効力（垂直的効力＝水平的効力の否定）」と結びつくものではなく、問題となるのは、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はなく、憲法上の価値は一切影響を及ぼさない〉という（正確に言えば）「私人間無適用・無効力」の立場と〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」の立場のどちらにアメリカの立場が位置づけられるかである。

〈修正14条5節に基づき、連邦議会が「立法」によって私的行為を規制し得るか〉という問いに否定的に答えるCivil Rights Casesは、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はなく、憲法上の価値は一切影響を及ぼさない〉という「私人間無適用・無効力」の立場を基本的には採用するものである。もっとも、（連邦法以外の）州法や契約等を通じて、憲法上の人権価値を私人間に及ぼすという手法は否定されるものではなく、「私人間無適用・無効力」という立場は「連邦制」という固有の概念に基礎を置いていると考えられる。そして、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉という要件が現在までにどの程度堅持され、私人間において「水平的効力」は生じないという確固たる結論が導かれてきたのか否か、についてはさらなる検討が必要となる。

連邦最高裁の主要な判例を素材として、ステイト・アクションの要件に対する「例外」の判例法理である「ステイト・アクション法理（＝(i)「公的機能」の例外、(ii)政府による創設・強制・奨励の例外、(iii)「共生の關係」の例外、(iv)「関わり合い〔entwinement〕」の例外）」を「1940～1960年代」と「1970年代以降」に時期を分けて概観すると、前者ではすべてのケースでステイト・アクションの存在が認められたのに対して、後者ではステイト・アクションの要件を厳格化（＝1940～1960年代におけるステイト・アクション法理の射程を限定）する方向に変化したことが理解できる。また、ステイト・アクションの存在が認められた事例の多くはいずれも人種差別に関連するものであった。

ステイト・アクション法理における理論上の混乱に関する最大の問題は「一貫性の欠如」であるが、ChemerinskyやSunsteinの提唱する「一貫性」のあるステイト・アクション法理の再構成論は、連邦最高裁（連邦裁判所）が私人間訴訟において憲法上の実体判断を行う

こととなる理由の考察が十分とはいえないものであった。そこで、「裁判所」という組織の性質および権限に目を向けると、**Shelley** 判決において示された〈裁判所の行為はステイト・アクションである〉というテーゼは、實際上、連邦最高裁によって契約法・不法行為法・財産法の各領域で採用され続けてきている。〈裁判所が憲法上の人権規定によって拘束される〉という論理は一定の「水平的効力」を生じさせるものであるという比較憲法的視点からの理解によれば、ステイト・アクション法理と「水平的効力」は両者矛盾するものとはならないこととなる。

上記の検討から、アメリカ合衆国では、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉という要件は現在まで堅持されてきたが、ステイト・アクション法理によって私人間において「水平的効力」は生じないという確固たる結論が導かれてきたわけではないことが理解できる（限定的な「私人間無適用・水平的効力」の立場）。後者に関しては、**Gardbaum・Strauss・Tushnet** の諸見解を総合すれば、最高法規条項によって「裁判所」が合衆国憲法に拘束され、修正 14 条の平等保護条項が一定の私的な人種差別を防ぐ「積極的（保護）義務」を課すものであることから、連邦最高裁が私人間訴訟において憲法上の実体判断を積極的に行うこととなり、結果として「間接的水平的効力」は生じることとなる、という連邦最高裁の判例に整合的なステイト・アクション法理の再構成が可能である。

第2章 イギリス——〈人権規定＝私人間無適用〉という立場の現代的展開

第1節 1998年人権法の基本構造

1 1998年人権法における垂直的〔vertical〕アプローチ

(1) 1998年人権法6条

「立憲主義の母国」¹⁾すなわち「自分の前に出来あがったモデルをもたなかった」²⁾と説明されるイギリスにおける人権保障のあり方については、従来、「議会主権〔Parliamentary Sovereignty〕」という憲法原理の下での固有性・独自性が強調されてきた³⁾。たしかに、「議会主権」の伝統と並んで、①成文憲法典の不存在／自然権を基礎とした「抽象的な成文の形式の権利宣言」⁴⁾の不存在、②イギリス国内では「人権」よりも〈自由とは、自由全体から議会制定法やコモン・ロー上の法的制約の総計を引き算した「残余のもの〔residual〕」である〉という「市民的自由〔civil liberties〕」の考え方が採られてきたこと⁵⁾、はイギリスにおける人権保障のあり方の固有性・独自性を示すものであろう。このような従来のイギリスの人権保障の枠組みに一定の変化をもたらしたのが、1998年人権法〔Human Rights Act 1998, 以下「人権法」と記す〕の制定である。

1997年、政権に復帰した労働党は、ブレア首相の下で「憲法改革」の実行に着手した。その柱の一つが「権利を国内に持ち帰る〔bring rights home〕」⁶⁾ことを目的とした人権法の制定であった⁷⁾。人権法は「欧州人権条約〔European Convention on Human Rights〕」の下で保障された権利および自由に付加的効果〔further effect〕を与えるものであり、「2000年、人権法は施行され……、イギリス法が認めるだけの『憲法的〔constitutional〕』地位を有するものである」という合意がある」とも説明されている⁸⁾。

人権法の特徴としては、①「『国会主権』の原則と両立するように起草された」点、②「人権条約上の保障する基本権のすべてではなく、選択して大部分を受容している」点、③「人権法がもたらす『公的機関』による人権侵害の防止と救済を行う立法であり、私人間の人権侵害にいかなる法的効果を及ぼすかを定めていない点」、が挙げられる⁹⁾。③の特徴について、問題となるのは人権法6条1項・3項・5項の次のような規定である。

1) 芦部信喜『憲法学Ⅰ』（有斐閣、1992年）33頁。

2) 樋口陽一『比較憲法〔全訂第3版〕』（青林書院、1992年）52頁。

3) たとえば、奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）11頁以下参照。

4) 伊藤正己『法の支配』（有斐閣、1954年）137頁。

5) 詳細は、倉持孝司『イギリスにおける市民的自由の法構造』（日本評論社、2001年）21頁以下参照。

6) Home Office, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (Cm. 3782, 1997).

7) 1998年人権法に関しては、江島晶子『人権保障の新局面』（日本評論社、2002年）223頁以下に詳しい。イギリスにおける人権保障を扱う近時の文献として、木下和朗「イギリスにおける人権保障」岡山大学法学会雑誌 67 卷 1 号（2017年）142頁以下。

8) H. Fenwick, R. Masterman and G. Phillipson, “The Human Rights Act in Contemporary Context” in H. Fenwick, G. Phillipson and R. Masterman (eds.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act* (Cambridge University Press, 2007) p.1. なお、我が国においては、1998年人権法は「イギリス憲法典」とも称されている（田島裕訳著『イギリス憲法典』（信山社、2001年））。

9) 中村民雄「欧州人権条約のイギリスのコモン・ロー憲法原則への影響——『法の支配』の変・不変——」早稲田法学 87 卷 3 号（2012年）669-670頁。

第6条1項 公的機関〔public authority〕が条約上の権利に適合しない方法で行為することは違法である。

第6条3項 本条において、「公的機関」は以下のものを含む。

(a)裁判所または審判所

(b)誰でも一定のその職務〔functions〕が公的性質を有する職務である者ただし、国会または国会の手續に関連する職務を行使する者は含まない。

第6条5項 特定の行為に関し、その行為〔act〕の性質が私的なものであるならば第3項bのみを理由として当人は公的機関とならない。

第6条1項にあるように、「第一に、人権法は条約上の権利に『垂直的〔vertical〕』効力を生じさせる、すなわち国家および公的団体による権利侵害から市民の権利を保護するように設計されている」¹⁰⁾。換言すれば、イギリスは、文面上第一次的に〈人権法の名宛人は「公的機関」である〉という垂直的アプローチ〔vertical approach〕を20世紀末に採用したのである。もっとも、私人間における人権保障の問題が一切対象外とされたわけではない。

(2) 1998年人権法における垂直的〔vertical〕アプローチ

垂直的アプローチを採用した人権法においても、以下のような諸規定から種々の「水平的効力」が生じ得ると考えられている¹¹⁾。

① 人権法3条1項は、「そうすることが可能な〔possible〕限り、第一次立法および従位立法〔subordinate legislation〕は、条約上の権利と適合するように解釈され、効力が付与されなければならない」と規定しており、「公的機関を規律する立法と私的な諸個人を規律する立法の間の区別をするものではない」¹²⁾。当該規定によって「私的な諸個人間に適用される制定法〔statutes〕が、可能な場合にはいつでも条約上の権利を実施する解釈義務に服さしめられる」こと¹³⁾（＝私法の「条約適合的解釈」）から生じるのが「制定法上の水平性〔statutory horizontality〕」¹⁴⁾である。

② 人権法6条1項に基づいて「公的機関に対して、原告を害する行為をなす第三者への措置の不作为に対する権利主張がなされるとき」¹⁵⁾、換言すれば「権利の概念が、当該権利を保護する国家に課せられた積極的義務〔positive duties〕を通じて、他者の行為する権能〔power〕を制限するとき」¹⁶⁾には、「媒介的水平性〔intermediate horizontality〕」¹⁷⁾が生じることとなる。

③ 人権法6条3項aは、「裁判所または審判所」が「公的機関」に含まれることを明示

10) S. Grosz, J. Beatson and P. Duffy, *Human Rights* (Sweet & Maxwell, 2000) p.59.

11) See e.g., A. L. Young, "Mapping Horizontal Effect" in D. Hoffman (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law* (Cambridge University Press, 2011) pp.21-22.

12) *X v Y*[2004] EWCA Civ 662; [2004] I.C.R. 1634 at [57] (Lord Mummery).

13) I. Leigh, "Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?" (1999) 48 I.C.L.Q. 57, p.75.

14) Young, *supra* note 11, p.21.

15) Leigh, *supra* note 13, p.86.

16) A. L. Young, "Horizontality and the Human Rights Act 1998" in K. S. Ziegler (ed.), *Human Rights and Private Law* (Hart Publishing, 2007) p.38.

17) Leigh, *supra* note 13, p.75; Young, *supra* note 11, p.21.

している。当該規定の下で、「条約上の権利がコモン・ローに活気を与え、コモン・ローの潜在的な修正を引き起こし、そのことが私的な諸個人に義務を創設して条約上の権利を擁護し得る」ことから「**間接的水平性** [indirect horizontality]」が生じる¹⁸⁾。さらに進んで、「明白な制定法は優先されねばならないという制約のみを条件として、条約上の権利を保護するようにコモン・ローを改変することによって適当な権利および救済の創設 [=新しい訴訟原因の創設] を裁判所に命ずる」ことから「**完全ないし直接的水平性** [full or direct horizontality]」が生じると考える余地もある¹⁹⁾。

このような「**実体的水平性** [substantive horizontality]」に加えて、「公的機関としての裁判所が、事案の処理ないし裁判所命令の付与に際して手続自体を規制する固有ないし法令上の権限を行使し、当該裁判所命令によって拘束される私的な諸個人に義務を創設するときには、**手続上の水平性** [Procedural horizontality] が生じ [強調原文]」²⁰⁾、「裁判所が自身の裁量の権限を行使して救済を付与するとき、そこでもやはり当該救済が条約上の権利に反することがないのを確保しなければならない」ことから「**救済上の水平性** [Remedial horizontality]」が生じることとなる²¹⁾²²⁾。

④ **人権法 6 条 3 項 b** は、「誰でも一定のその職務 [functions] が公的性質を有する職務である者」も「公的機関」に含まれると規定し、「公的機関」概念を拡張することによって一定の私人 (私的団体) を人権法に直接的に服さしめ得るものとなっている。このような「拡張された公的機関の定義を通しての……公的機関の義務の下で」生じるのが、「**公的責務による水平性** [public liability horizontality]」である²³⁾。

⑤ **人権法 12 条** が「裁判所に、出版の差止命令を認めるか否かを決するときには表現の自由という条約上の権利に特別の配慮を払うのを要求している」ことから生じるのが、「**救済上の水平性**」である²⁴⁾。

このように、〈人権法の名宛人は「公的機関」である〉という垂直的アプローチを前提としても、人権法によって生じ得る「水平的効力」は多面的な様相を呈している。上記のうち、とりわけ議論を呼んできたのは、③ (主として「間接的水平性」と「完全ないし直接的水平性」が対立する)「裁判所」が「公的機関」とされることによって生じ得る「水平的効力」、④「公的性質を有する職務」を履行する一定の私人 (私的団体) が人権法に直接的に服さしめられることによって生じる「水平的効力」、という 2 つの問題である。それに加えて、とりわけ裁判所が関係し得る「水平的効力」として挙げられるのは、①私法の「条約適合的解釈」から生じる「水平的効力」である。

18) Young, *supra* note 11, p.20.

19) Leigh, *supra* note 13, p.86. Leigh 自身は、人権法の下において、「完全ないし直接的水平性」は「テキストに関する説明の問題としても原理上も」認められないと主張している。 *Ibid.* p.75.

20) Young, *supra* note 11, p.22.

21) *Ibid.*

22) もっとも、「救済上の水平性」と「実体的水平性」の厳格な区分に対しては疑問も呈されている。

See T. Raphael, "The Problem of Horizontal Effect" [2000] E.H.R.L.R. 493, p.497.

23) Leigh, *supra* note 13, p.86.

24) Young, *supra* note 11, p.21.

以下では、人権法における「水平的効力」の検討に入る前に、人権法における「議会」と「裁判所」の関係を確認しておくこととする。

2 1998年人権法における「議会」と「裁判所」

(1) 人権法における立法の条約適合性確保手段

人権法上、立法の条約適合性確保のために、以下のような規定が用意されている。

まず、人権法3条1項は、「そうすることが可能な〔possible〕限り、第一次立法および従位立法〔subordinate legislation〕は、条約上の権利と適合するように解釈され、効力が付与されなければならない」と規定する。そして、第3条2項は、「本条は——(a)いつ制定されたものであろうとも第一次立法および従位立法に適用され、(b)いかなる不適合な第一次立法の効力、継続的な運用または執行にも影響を与えない、そして(c) (廃止の可能性とは無関係に) 第一次立法が不適合性の除去を妨げるならば、いかなる不適合な従位立法の効力、継続的な運用または執行にも影響を与えない」と規定している。

次に、人権法4条1項および2項は、「第一次立法の規定が条約上の権利と適合するかどうかを裁判所が決するあらゆる訴訟手続において」、「裁判所が当該規定は条約上の権利と不適合であると確証するときには、不適合宣言を行うことができる」と規定する。そして、第4条3項および4項は、「第一次立法によって付与された権限の行使において制定された、従位立法の規定が条約上の権利と適合するかどうかを裁判所が決するあらゆる訴訟手続において」、「(a)当該規定は条約上の権利と不適合であること、そして(b) (廃止の可能性とは無関係に) 関連する第一次立法が不適合性の除去を妨げること——を裁判所が確証するときには、不適合宣言を行うことができる」と規定している。ただし、第4条6項では、「本条の下での宣言（「不適合宣言〔a declaration of incompatibility〕」）は——(a)これが言い渡されたことに関係する規定の効力、継続的な運用または執行にも影響を与えない、そして(b)当該訴訟手続の当事者を拘束するものではない」と規定されている。換言すれば、不適合宣言がなされたとしても、条約上の権利と適合しない当該規定は無効とならず、訴訟当事者も救済されることはない。もっとも、不適合宣言がなされた後に、国务大臣〔Minister of the Crown〕は「命令〔order〕によって、不適合性を除去するために必要であると思料する立法の修正〔amendments〕をすることができる」（第10条1項および2項）。

上記の「条約適合的解釈」と「不適合宣言」の判断プロセスに関連し得る、人権法2条1項aは、「欧州人権裁判所の判決、決定、宣言または勧告的意見」を「条約上の権利と関係して生じた問題を決する裁判所または審判所は考慮しなければならない」と規定しているが、欧州人権裁判所の判決に当該裁判所が「追従する〔follow〕」ことを要求するものではない²⁵⁾。

「条約適合的解釈」と「不適合宣言」が事後的な立法の条約適合性確保手段であるのに対して、事前の立法の条約適合性確保手段としては「適合声明〔statement of compatibility〕」

25) See *R v Horncastle* [2009] UKSC 14; [2010] 2 A.C. 373 at [11] (Lord Phillips).

が用意されている。人権法 19 条 1 項は、「議会の各院において法案を担当する国務大臣は、法案の第二読会の前に、以下のことをなさねばならない——(a)大臣の見解によれば、法案の規定が条約上の権利と適合するという趣旨の声明（「適合声明」）を行うこと、または(b)大臣は適合声明をなし得ないが、政府はそれにもかかわらず法案が当院を通過するのを希望するという趣旨の声明を行うこと」と規定している。

(2) 人権法と議会主権

人権法に関しては、「憲法的文書〔constitutional instrument〕」と評され²⁶⁾、「イギリス法が認めるだけの『憲法的〔constitutional〕』地位を有するものであるという合意がある」とも説明されている²⁷⁾。その根拠としては、「憲法的性質を有する制定法〔constitutional statute〕は、(a)ある程度、一般的・包括的な方法で市民と国家間の法関係を決定し、または(b)現在、我々が基本的な憲法上の権利とみなすであろうものの範囲を拡大ないし縮小するものである」という要件を人権法が充たすものであることが挙げられる²⁸⁾。

しかし、「議会は人権法を制定したが、いつでもこれを廃止する権限を有して」おり、「人権法は裁判所に制定法を解釈するかなりの自由を与えるものであるが、それを不適用ないし無効とする権限を与えていない」²⁹⁾。人権法上、条約上の権利と適合しない制定法であっても裁判所によって無効とされず（第 4 条）、法案を担当する国務大臣が「適合声明」をなし得ないような条約上の権利と適合しない可能性を含む法案であっても議会は可決・成立させ得ることとなっている（第 19 条 1 項 b）。当該規定に現れているように、人権法の目的は「議会主権〔parliamentary sovereignty〕を侵害することなしに人権保障を最大限にする〔傍点筆者〕」ことである³⁰⁾。換言すれば、「人権法のかなり慎重な構造は、人権を重要なものと評価すると同時に、それに関する司法の見解が議会によって覆されるのを認めるものである」³¹⁾。

周知のように、「議会に関する法的思考および政治的思考に顕著な影響を与えてきた」³²⁾、A. V. Dicey による「議会主権」の説明は以下のようなものである。

「議会〔Parliament〕とは、……女王、貴族院および庶民院を意味する。これらの合同して行為する 3 つの機関が、『議会における国王〔Queen in Parliament〕』と適切に叙述され得るものであり、議会を構成する。」「議会主権〔Parliamentary sovereignty〕の原則は、以下のこと、すなわち、このように定義される議会が、イギリス憲法の下で、いかなる法をも制定または廃止する権利を有すること、さらに、いかなる人も機関もイ

26) See J. Wadham, H. Mountfield, E. Prochaska and R. Desai, *Blackstone's Guide to The Human Rights Act 1998* (7th ed., Oxford University Press, 2015) pp.9-12.

27) Fenwick, Masterman and Phillipson, *supra* note 8, p.1.

28) *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin); [2002] 3 W.L.R. 247 at [62] (Lord Laws). See also R. Clayton, "Developing Principles for Human Rights" [2002] E.H.R.L.R. 175, pp.194-195.

29) J. Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty* (Cambridge University Press, 2010) p.299.

30) *Hansard*, HL Vol.582 col.1229 (November 3, 1997).

31) C. Gearty, *Can Human Rights Survive?* (Cambridge University Press, 2006) p.97.

32) A. Bradley, "The Sovereignty of Parliament—Form or Substance?" in J. Jowell and D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution* (7th ed., Oxford University Press, 2011) p.38.

ギリスの法によって議会の立法を覆したり排除する権利を有するとは認められないこと、まさしくこのことを意味するに他ならない。」「法 [law] とは、……『裁判所によって強制されるルール』と定義され得る。」³³⁾

もつとも、Dicey によれば、「議会は最高の立法者であるが、議会が法制定者としてその意思を表明した瞬間から、この意思は、国の裁判官によりそれに対して施される解釈に服するものとな」り³⁴⁾、「裁判所は、解釈過程で、制定法の運用を間接的に制限またはことによると拡大し得る」こととなる³⁵⁾³⁶⁾。

人権法案と同時に提示された白書においても、「議会主権とは、議会は自身の選択するあらゆる事項についていかなる法をも制定する資格を有し、裁判所は議会の可決したいかなる法の効力をも疑い得ない、ということの意味する」とされている³⁷⁾。しかし、人権法の「実体と形式、実践と原理の区別」に着目すれば、「憲法の法的局面の問題としては、議会は主権者であろうが、憲法の実践の問題としては、議会は司法に重大な権限を移転した」と判断される³⁸⁾。まず、「[人権法] 第3条の過剰使用 [over-use] は、議会の主権に対して多大な制限となる人権法に至ることとなろう [強調原文]」³⁹⁾。また、人権法4条は、「裁判所を——……Dicey が適切な司法の役割からの逸脱と考えた、勧告を行う [advisory] という馴染みのない立場に置くものである」⁴⁰⁾。このことから、人権法は「通常、法的ではない政治の領域から幅広い問題に対する統制を取り去る可能性を秘めた、無制限に等しい司法積極主義 [judicial activism] を認めるものである」と主張される一方⁴¹⁾、理論上は、「裁判所が本質的価値の保障に関する役割を任せられ」、「その核心的価値が危機にさらされているとき、このような価値の司法による保障は、憲法上の枠組みにおいて司法に任せられた正当かつ本質的な役割の行使であって、積極主義の現れではない」と考えられる⁴²⁾。議会主権を維持した上での最大限の人権保障を目的とする人権法において存在するのは、「憲法的文書としての人権法を実施する裁判所と過度な司法積極主義の非難を避ける裁判所という明らかな

33) A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed., Macmillan, 1959) pp.39-40 (原著第8版の邦訳として、A・V・ダイシー (伊藤正己=田島裕訳)『憲法序説』(学陽書房, 1983年))。

34) Dicey, *supra* note 33, p.413.

35) A. V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (2nd ed., Macmillan, 1914) p.488 (邦訳として、A・V・ダイシー (清水金二郎訳=菊池勇夫監修)『法律と世論』(法律文化社, 1972年))。

36) 「議会主権」の下で「議会制民主主義」を重視する見解 (Ivor Jennings) とは異なり、「議会」とともに「裁判所」の役割も重視する Dicey の立場は、「1990年代以後の司法審査の活性化や1998年人権法の制定という新しい憲法現象を支持する [傍点原文]」結論を導き易いものとなっている (愛敬浩二『立憲主義の復権と憲法理論』(日本評論社, 2012年) 56-57頁)。

37) Home Office, *supra* note 6, at [2.13].

38) K. D. Ewing, “The Human Rights Act and Parliamentary Democracy” (1999) 62 M.L.R. 79, p.92.

39) A. Tomkins, “The Rule of Law in Blair’s Britain” (2007) 26 U. Queensland L.J. 255, p.267.

40) T. Hickman, *Public Law after the Human Rights Act* (Hart Publishing, 2010) p.82.

41) T. Campbell, “Incorporation through Interpretation” in T. Campbell, K. D. Ewing and A. Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights* (Oxford University Press, 2001) p.81.

42) M. Cohn, “Judicial Activism in the House of Lords: a Composite Constitutionalist Approach” [2007] P.L. 95, p.109.

緊張状態」⁴³⁾である。

(3) 「対話 [dialogue] 論」による把握

「選挙で選ばれた議会と選挙で選ばれていない裁判所のどちらが、どのような法が民主政において存在すべきかを決する際に**最終決定権** [final say] を有するか [強調原文]」⁴⁴⁾？この問題に対して、従来のイギリスは、議会主権を理由として端的に「議会である」という結論を導き出してきた。現在においてもこの結論自体は変わらないものの、Stephen Gardbaumによれば、近年、議会主権の伝統が根強く残るイギリスやコモンウェルス諸国は、「議会主権」を固持する従来の伝統的なモデルとも「(強い) 違憲審査制」を有する国々のモデルとも異なる「コモンウェルスの新しい立憲主義モデル [The new Commonwealth model of constitutionalism]」を提示してきている⁴⁵⁾。「この新しいモデルによる今までにない第三のアプローチは、——必ずしも立法府に憲法上の制約を課すものではないが——権利章典の制定、そして、立法における権利の司法的および政治的審査という2つのメカニズムを通じての執行、を必要とするものであるが、最後の言葉 [final word] に関する法的権限は、裁判所よりも政治的に責任を負い得る統治部門 [politically accountable branch of government] のものとなっている [強調原文]」⁴⁶⁾。注目すべきは、「この新しいモデルは、立法府と裁判所を、二者択一で排他的というよりも共同ないし補充的に権利を保護および促進するものとみなし……、司法による立法審査の権限を司法優越主義 [judicial supremacy] ……と切り離している」⁴⁷⁾点である。

上記のモデルにおける「立法府」と「裁判所」の新たな関係を把握するための鍵として提示されてきたのが、「対話 [dialogue]」という概念である。1997年、カナダの憲法学者である Peter W. Hoggらは、「司法の判決が、立法府によって、覆され、修正され、回避されること [reversal, modification, or avoidance] が可能である場合には、裁判所とそのような権限を有する立法府の間関係を対話 [dialogue] と捉えるのが有意義である」という考え方を提唱した⁴⁸⁾。近年、このような「対話論」は、人権法によってもたらされた「議会」と「裁判所」の新たな関係を把握するためにも用いられている⁴⁹⁾。論者の一人である Alison

43) R. Clayton, “Judicial deference and “democratic dialogue”: the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998” [2004] P.L. 33, p.34.

44) F. Klug, “Judicial Deference Under the Human Rights Act 1998” [2003] E.H.R.L.R. 125, p.126.

45) S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2013) pp.1-2.

46) *Ibid.* p.2.

47) *Ibid.*

48) P. W. Hogg and A. A. Bushell, “The *Charter* Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing after All)” (1997) 35 *Osgoode Hall L. J.* 75, p.79. カナダにおける「対話論」に関する邦語文献として、佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌 54 巻 1 号 (2007 年) 15 頁以下、高木康一「カナダ憲法学における『対話』理論—司法審査をめぐる議会と裁判所の関係—」専修法学論集 101 号 (2007 年) 51 頁以下。

49) See e.g., A. L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act* (Hart Publishing, 2009) pp.115-143; Clayton, *supra* note 43, p.33; T. R. Hickman, “Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998” [2005] P.L. 306; D. Nicol, “Law and Politics after the Human Rights Act” [2006] P.L. 722. イギリスにおける「対話論」に関する邦語文献として、岩切大地「イギリス人権法における議会と裁判所との憲法的対話」法政論叢 44 巻 2 号 (2008

L. Young は、「人権法は人権保障に関する民主的対話モデルとして支持され得る」とする⁵⁰⁾。「民主的対話モデル」とは、「人権に関連する立法の適合性についての権威ある決定的な考慮を行う最終的な資格を裁判所に与えない人権保障」すなわち「立法府が人権に関連する立法の適合性についての司法判断に応答するのを可能とする法的な人権保障」と定義されるものである⁵¹⁾。Young によれば、以下のような理由で人権法が「民主的対話モデル」を提示するものとして正当化される。

「[人権法] 第3条および第4条の下でなされる司法の判決は、立法府によって、『覆され、修正され、回避されること』が可能である。司法が第3条で解釈した手法に反対するとき、立法府は自身の見解の優位を確保するために立法を行う機会を有する。司法が第4条の下で権限を行使するとき、条約上の権利との不適合が宣言されたとしても、当該立法は存在し続け、法的効力を有し、強制力を有している。そのとき、立法府は立法する機会を有し、当該立法を条約適合的なものとするのを望むであろうが、条約適合性を確保するために要求される修正に関する裁判所の結論に反対する自由を有している。〔強調原文〕」⁵²⁾

そして、Young は、「民主的対話モデル」を、①「(司法と立法府間の) 機関相互的なもの〔inter-institutional〕」であり、②「司法と立法府の相互作用のための法的メカニズム〔強調原文〕」であって、③司法判断に対する立法府による応答を前提としない(裁判所による議会への)「敬讓〔deference〕」とは異なり、④「民主政を傷つけない権利保護を提供するという——特定の目的」を有する点で「会話〔conversation〕としての対話」ではなく「熟議〔deliberation〕としての対話」を要求するものである、と特徴づけている⁵³⁾。

上記の「対話論」によれば、議会は人権法3条の下でなされる司法判断を覆す機会を有するものであるから、以下のような懸念は生じないこととなろう。

「[人権法] 第3条への強い依存は民主的プロセスを周縁に迫いやる結果となる。第3条が用いられるならば、たとえ立法規定が骨抜きにされたとしても、議会は——第4条の手続の下で——当該規定を改正するように要求されないこととなろう。この全体のプロセスは司法の手中にあるままである。」⁵⁴⁾

3 小 括

イギリスは、文面上第一次的に〈人権法の名宛人は「公的機関」である〉という垂直的ア

年) 112 頁以下、同「イギリス人権法における議会主権と憲法的対話」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』(敬文堂、2009年) 101 頁以下、上田健介「人権法による『法』と『政治』の関係の受容——不適合宣言・適合解釈・対話理論」川崎政司=大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望』(尚学社、2016年) 151 頁以下。

50) Young, *supra* note 49, p.25. See A. L. Young, *Democratic Dialogue and the Constitution* (Oxford University Press, 2017) pp.211-254.

51) Young, *supra* note 49, pp.25-26.

52) *Ibid.* p.116.

53) *Ibid.* pp.117-118.

54) H. Fenwick, *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights* (5th ed., Routledge, 2017) p.156.

アプローチ〔vertical approach〕を20世紀末に採用しているが、私人間における人権保障の問題が一切対象外とされたわけではない。〈人権法の名宛人は「公的機関」である〉という垂直的アプローチを前提としても、人権法によって生じ得る「水平的効力」は多面的な様相を呈している。上記のうち、とりわけ議論を呼んできたのは、「公的性質を有する職務」を履行する一定の私人（私的団体）が人権法に直接的に服さしめられることによって生じる「水平的効力」（第6条3項b）と（主として「間接的水平性」と「完全ないし直接的水平性」が対立する）「裁判所」が「公的機関」とされることによって生じ得る「水平的効力」（第6条3項a）、という2つの問題である。それに加えて、とりわけ裁判所が関係し得る「水平的効力」として挙げられるのは、私法の「条約適合的解釈」から生じる「水平的効力」である。Youngによれば「民主的対話モデル」を提示する人権法において積極的な第3条の活用が許容されるとしても、人権法3条における「条約適合的解釈」の意義と限界に関する詳細な検討は別途必要となろう。

〈人権法の名宛人は「公的機関」である〉という垂直的アプローチに関して、問題となるのは、人権法における“public authority”概念である。人権法制定の際、大法官は、「我々は、まず第一に、この〔人権法案上の〕規定は公的機関にのみ適用されるべきものであって、……私的な諸個人には適用されるべきでない」と決意した⁵⁵⁾との説明を行っている。そして、「公的機関」の定義に関しては以下のように述べている。

「人権法案を展開する中で、我々は第6条において公的機関の広範にわたる〔wide-ranging〕定義を選択した。我々はこれに対応する広い責務を創設した。これは、議会主権を維持する本法案の枠組みの範囲内で、国家〔state〕による権力濫用に対して諸個人の権利にとってできるだけ多くの保護を提供したいためである。」⁵⁶⁾

また、当時の内務大臣も「公的機関」に関する議論の中で以下のように述べている。

「我々は国家〔state〕の現実的かつ現代的な定義を求めており、それはこれに対応した人権侵害に対する広い保護を提供するためである。したがって、人権法案の下での責務は中央・地方政府や警察——国家を構成するものに関するミニマリストの見解を象徴する組織——といった狭いカテゴリーを越えるものであろう。」⁵⁷⁾

このように、人権法の制定過程においては、「公的機関」が伝統的に「国家」と考えられてきたもののみ限定されない旨の説明がなされている。人権法6条3項bは「公的性質を有する職務」を履行する者も「公的機関」に含まれると規定しており、第6条は伝統的な「国家」という基礎の上に「functionalな覆い〔overlay〕」⁵⁸⁾を付加する重層的な構造を有するものと理解できる。したがって、人権法6条上の「公的機関」は、“core (standard/obvious/pure/true) public authority”, “hybrid (functional) public authority”, 裁判所・審

55) *Hansard*, HL Vol.582 cols.1231-1232 (November 3, 1997).

56) *Hansard*, HL Vol.583 col.808 (November 24, 1997).

57) *Hansard*, HC Vol.314 col.406 (June 17, 1998).

58) P. Cane, “Church, State and Human Rights: Are Parish Councils Public Authorities?” (2004) 120 L.Q.R. 41, p.45.

判所，という3つのタイプに分類可能となる⁵⁹⁾。以下では，(裁判所以外の)“core public authority”と“hybrid public authority”に関して検討していくこととする。

第2節 1998年人権法における“public authority”概念⁶⁰⁾

1 1998年人権法における“core public authority”

(1) 定義

人権法6条1項は，「公的機関〔public authority〕が条約上の権利に適合しない方法で行為することは違法である」と規定する。もっとも，人権法6条3項は““public authority” means—”ではなく““public authority” includes—”と規定しており，人権法は「公的機関」に該当するものの網羅的な定義をしていない⁶¹⁾。その理由としては，「公的機関の性質を明らかに有するために言及する必要がない一定の団体が存在する」⁶²⁾ことが挙げられる。このような団体が「‘core’ public authority，すなわち〔人権法〕第6条3項に関係なく第6条の範囲内にある機関」⁶³⁾である。「人権法の下で，この性質の団体は，自身がなすすべてにおいて条約上の権利と適合するように行うことが命じられる」⁶⁴⁾。また，欧州人権条約34条（および人権法7条7項）の規定⁶⁵⁾を根拠として，「‘core’ public authority であることの一つの帰結……は，当該団体はそれ自身で条約上の権利を享受しないということである」とされている⁶⁶⁾。

(2) 該当機関とその判断手法

人権法案と同時に提示された白書では，「公的機関」として，「中央政府（行政機関を含む），地方政府，警察」等が挙げられている⁶⁷⁾。また，判例上，core public authority に該当する「最も明らかな例は，政府部局〔government departments〕，地方公共団体，警察および軍

59) R. Clayton and H. Tomlinson, *The Law of Human Rights* (2nd ed., Oxford University Press, 2009) p.232.

60) 本節に関連する先行研究として，北島周作『行政上の主体と行政法』（弘文堂，2018年）198頁以下。特に人権合同委員会報告書の検討を行うものとして，榊原秀訓「イギリスにおける行政サービス提供主体の多様化に伴う基本理念の変容と法的対応」南山法学 33巻3＝4号（2010年）147頁以下。

61) 対照的に，2000年情報自由法では，情報請求の対象となる「公的機関〔public authority〕」が別表に掲げられている（Freedom of Information Act 2000, s.3 and Sch.1）。

62) *R. (on the application of Quark Fishing Ltd) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No.2)* [2005] UKHL 57; [2006] 1 A.C. 529 at [85] (Lord Hope).

63) *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank* [2003] UKHL 37; [2004] 1 A.C. 546 at [8] (Lord Nicholls). See H. Woolf, J. Jowell, C. Donnelly and I. Hare, *De Smith’s Judicial Review* (8th ed., Sweet & Maxwell, 2018) p.153.

64) *Aston Cantlow*, *supra* note 63, at [7] (Lord Nicholls).

65) 欧州人権条約34条は「裁判所は，この条約又はこの条約の議定書に定める権利がいずれかの締約国によって侵害されたと主張する個人，非政府団体又は個人の集団からの申立てを受理することができる」（岩沢雄司編集代表『国際条約集〔2018年版〕』（有斐閣，2018年）365頁）と規定しており，人権法7条7項は「本条の適用上，訴訟手続がその行為に関して欧州人権裁判所で提起されたならば条約34条の趣旨に照らして被害者〔victim〕であろう場合に限って，当人は違法な行為の被害者である」と規定する。

66) *Aston Cantlow*, *supra* note 63, at [8] (Lord Nicholls). See *ibid.* at [47] (Lord Hope); at [87] (Lord Hobhouse).

67) Home Office, *supra* note 6, at [2.2].

隊である」とされている⁶⁸⁾。

では、**core public authority** か否かの判断はどのようにしてなされるのであろうか？ この点につき貴族院が判断を行ったのが **Aston Cantlow** 判決であり、イギリス国教会の再建・修理を管轄する教区教会協議会〔**Parochial Church Council**〕=PCCが問題とされた。まず、**Lord Nicholls** と **Lord Hope** は、組織の性質が「政府的〔**governmental**〕」⁶⁹⁾であることに着目する。ここでは、人権法の立法趣旨が欧州人権裁判所で得られたであろう権利侵害に対する救済を国内で提供する（「権利を国内に持ち帰る」）ことであるから、ストラスブールでイギリスがその行為の責任を負うこととなる政府団体は **core public authority** であり得ると示唆されている⁷⁰⁾。そして、より具体的な判断要素に関しては、**Lord Nicholls** が以下のように判示している。

「その性質が政府的である団体としての組織の直観的な分類の背後には、特別な権限〔**special powers**〕、民主的アカウンタビリティ〔**democratic accountability**〕、全体または部分的な公的な資金提供、公益のためにのみ行為する義務、そして制定法上の構成〔**statutory constitution**〕のような要素が見出される」⁷¹⁾。

一方、**Lord Hobhouse** と **Lord Rodger** は、組織の全体的な職務の性質が「政府的」であることに着目している⁷²⁾。上記から、**Aston Cantlow** 判決においては、**core public authority** か否かの判断手法に関して、前者の「組織の性質」に着目する **institutional** なものと、後者の「組織の全体的な職務の性質」に着目する **functional** なものが併存していると理解できる⁷³⁾。後者に関して言えば、人権法6条3項bに関わりなく第6条の範囲内にあるとされる **core public authority** の判断手法として **functional** な要素を重点的に考慮する根拠は乏しいようにも思われる。また、伝統的な「国家」のカテゴリーに属しない団体を条約上の権利を一切享受し得ないものとするには問題があり、**core public authority** か否かの判断手法としては、「ハードエッジな事実基準〔**factual criteria**〕」⁷⁴⁾である **institutional** なものが優れていると評価できる。両者の判断手法に違いはあったものの、貴族院は全員一致でPCCを **core public authority** でないと判断した。

(3) 職務・行為に関する公私区分

人権法6条3項bは「一定のその職務が公的性質を有する職務である者」も「公的機関」に含まれる（=“**hybrid public authority**”）としているが、第6条5項は「特定の行為に関し、その行為の性質が私的なものであるならば第3項bのみを理由として当人は公的機関とならない」と規定する。上記の規定から明らかなように、「職務」と「行為」は区別され

68) *Aston Cantlow*, *supra* note 63, at [7] (Lord Nicholls). See *YL v Birmingham City Council* [2007] UKHL 27; [2008] 1 A.C. 95 at [91] (Lord Mance).

69) *Aston Cantlow*, *supra* note 63, at [7] (Lord Nicholls); at [47] (Lord Hope).

70) J. Beatson, S. Grosz, T. Hickman and R. Singh, *Human Rights* (Sweet & Maxwell, 2008) p.343.

71) *Aston Cantlow*, *supra* note 63, at [7] (Lord Nicholls).

72) *Ibid.* at [88] (Lord Hobhouse); at [166] (Lord Rodger).

73) P. Cane, “Accountability and the Public/Private Distinction” in N. Bamforth and P. Leyland (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution* (Hart Publishing, 2003) p.252.

74) *Ibid.* p.254.

ており、「多数の異なる行為〔acts〕が単一の職務〔function〕の履行において関係し得る」こととなる⁷⁵⁾。反対に、人権法によって「core public authority は第6条1項により関連する行為の性質が何であれその行為のすべてについて拘束され、したがって core public authority の私的行為・職務と公的行為・職務の間の区別をする必要はない」⁷⁶⁾。しかし、hybrid public authority の議論においては、core public authority 自身が担ってきたサービスの提供を民間委託した〔contract out〕場合に、受託者たる私的団体の履行する当該職務の性質が問題となる。その限りにおいて、〈core public authority の職務がすべて「公的性質を有する職務」(人権法6条3項b)であるか〉については議論の余地がある。

人権法制定の際、core (obvious) public authority に関して、大法官は「あらゆるその行為が第6条に服さしめられる」⁷⁷⁾と述べるにとどまっている。一方、当時の内務大臣は「あらゆるその職務が公的なものである」⁷⁸⁾としている。貴族院判決⁷⁹⁾および学説⁸⁰⁾においても、〈core public authority の職務はすべて公的なものである〉と理解するものは見受けられる。通常用語法で、公的な履行主体によってなされる職務が「公的職務」と称されているのも事実である。この点につき、注目すべきは Dawn Oliver の以下のような見解である。

「あらゆる core public authority のすべての職務が『公的性質を有する職務』であるならば、人権法は極めて簡単に公的性質を有するあらゆる職務の行使に適用され得るとして、人権法6条において公的機関とその一定の職務が公的性質を有する団体との間の区別をする必要はなかったであろう。……人権法第6条1項の下では、私的な職務または活動を遂行する場合であっても standard public authority は条約上の権利を尊重するように義務づけられる。第6条1項の義務は、ある職務が公的性質を有するものであるという区分によって決まるものではない。」⁸¹⁾

人権法の解釈として、この見解は一定の説得力を有するものである。結論としては、「core public authority の職務を『公的性質を有する』とみなすことは……誤導的なものである」という評価⁸²⁾が正鵠を射るものであろう。むしろ、core public authority の職務・行為は性質上公的なものであっても私的なものであっても関係なく人権法に拘束されるという点にこそ人権法の真価があるとも考えられる⁸³⁾。

(4) 小 括

人権法6条1項は、「公的機関〔public authority〕が条約上の権利に適合しない方法で行為することは違法である」と規定する。もっとも、人権法6条3項は「公的機関」に含まれ

75) *YL, supra* note 68, at [130] (Lord Neuberger).

76) *Ibid.* at [131] (Lord Neuberger).

77) *Hansard*, HL Vol.583 col.811 (November 24, 1997).

78) *Hansard*, HC Vol.314 col.409 (June 17, 1998).

79) See e.g., *Aston Cantlow, supra* note 63, at [41] (Lord Hope).

80) See e.g., J. Landau, “Functional Public Authorities after *YL*” [2007] P.L. 630, pp.630-631.

81) D. Oliver, “Functions of a Public Nature under the Human Rights Act” [2004] P.L. 329, p.338.

82) *YL, supra* note 68, at [141] (Lord Neuberger).

83) See J. Mclean, “Public Function Tests: Bringing Back the State” in D. Dyzenhaus, M. Hunt and G. Huscroft (eds.), *A Simple Common Lawyer* (Hart Publishing, 2009) p.196.

るものを規定するのみであって、人権法においては、性質上明らかに「公的機関」である団体の存在が前提とされている。このような団体が“core public authority”である。その例としては、中央・地方政府の機関や警察といったものが挙げられる。Core public authority は、自身のなすすべての行為が条約上の権利に適合するように義務づけられ、自身で条約上の権利を享受し得ないとされる。

Core public authority か否かの判断において、Aston Cantlow 判決は、主として「政府的 [governmental]」性質に焦点を合わせるものであった。だが、判断手法として、「組織の性質」に着目する institutional なもの (Lord Nicholls・Lord Hope) と、「組織の全体的な職務の性質」に着目する functional なもの (Lord Hobhouse・Lord Rodger) が併存した。

①人権法 6 条 3 項 b に関わりなく第 6 条の範囲内にあるとされる core public authority の判断において functional な要素を重点的に考慮する根拠は乏しいこと、②伝統的な「国家」のカテゴリーに属しない団体を条約上の権利を一切享受し得ない core public authority とすることには問題があることを鑑みれば、従来「国家」概念を前提とする institutional な判断手法が正当であろう。また、Lord Nicholls の提示する具体的な判断要素は注目に値する。とりわけ「民主的アカウンタビリティ [democratic accountability]」という要素は core public authority に固有のものであると理解される⁸⁴⁾。このような理解は、国家機関であるが民主的に責任を負うものでない「裁判所または審判所」を「公的機関」に含むと明示する人権法 6 条 3 項 a の規定とも整合的である⁸⁵⁾。

人権法によって「core public authority は第 6 条 1 項により関連する行為の性質が何であれその行為のすべてについて拘束され、したがって core public authority の私的行為・職務と公的行為・職務の間の区別をする必要はない」⁸⁶⁾。しかし、hybrid public authority の議論においては、core public authority 自身が担ってきたサービスの提供を民間委託した場合に、受託者たる私的団体の履行する当該職務の性質が問題となる。その限りにおいて、〈core public authority の職務がすべて「公的性質を有する職務」(人権法 6 条 3 項 b) であるか〉については議論の余地がある。この点につき、人権法制定の際の内務大臣の説明や貴族院判決・学説の一部では、〈core public authority の職務はすべて公的なものである〉との理解が見受けられた。しかし、(Oliver が指摘するように) 人権法の規定の仕方からすれば、むしろ core public authority の職務・行為は性質上公的なものであっても私的なものであっても関係なく人権法に拘束されるという点が強調されるべきであろう。

2 1998 年人権法における “hybrid public authority”

(1) 問題の所在——「公的性質を有する職務」

84) K. Markus, “What is Public Power: The Courts’ Approach to the Public Authority Definition Under the Human Rights Act” in J. Jowell and J. Cooper (eds.), *Delivering Rights* (Hart Publishing, 2003) p.81.

85) See D. Oliver, “The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions under the Human Rights Act” [2000] P.L. 476, p.483.

86) *YL, supra* note 68, at [131] (Lord Neuberger).

サッチャー政権の誕生後に生じた、「民営化〔privatisation〕、外部委託および PFI の下でのプロジェクトのような政策を通じた多くの伝統的な政府的職務の分割〔hiving-off〕は、伝統的に理解されてきた公私区分に関するブレをもたらしてきた」⁸⁷⁾。たしかに、1979 年以降、私的団体は従来国家によってなされてきた種々の職務に関与することとなり、その現象は「国家の空洞化〔hollowing out〕」⁸⁸⁾とも表現されている。公的セクターの縮小および民間セクターの拡大によってもたらされ得る問題としては、国家が担ってきた一定の職務を履行する私的団体による「人権侵害」が挙げられる⁸⁹⁾。1998 年に制定された人権法は、第 6 条 3 項 b で「一定のその職務が公的性質を有する職務である者」も「公的機関」に含まれると規定し、**core public authority** に該当しないが「公的性質を有する職務」と「それ以外の（私的）職務」の両者を行う“**hybrid public authority**”をその適用対象とした。当該規定は、私人による「人権侵害」の問題に対する一定の解決策となり得るものと考えられる。そして、「特定の行為に関し、その行為の性質が私的なものであるならば第 3 項 b のみを理由として当人は公的機関とならない」との規定（人権法 6 条 5 項）は、私人の行為に対する人権法の過度な拘束を防ぐ歯止めとして機能し得るものである。

では、**hybrid public authority** か否かの判断はどのようにしてなされるのであろうか？そもそも〈何が「公的性質を有する職務」（人権法 6 条 3 項 b）に該当するか〉は「人権法が何ら指針を与えていない問題である」⁹⁰⁾。さらに、履行される職務の性質を検討する際には「公私区分は政府と非政府の間ではなく社会・コミュニティと個人の間存する」のであり、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断は「価値判断〔value judgements〕」に基づくものとなり得る⁹¹⁾。以下では、控訴院判決（**Poplar Housing** 判決、**Leonard Cheshire** 判決）および貴族院判決（**Aston Cantlow** 判決、**YL** 判決）を概観した後に、主要な学説を紹介した上で、**hybrid public authority** か否かの判断の中核をなす「公的性質を有する職務」であるか否かの判断に関して検討を加えていくこととする。

(2) **Poplar Housing** 判決（控訴院）

Poplar Housing 判決の事案は、1996 年住宅法〔**Housing Act 1996**〕の下で一定のホームレスに対して住宅提供義務を負う地方公共団体（**Tower Hamlets**）の住宅ストックを移転するために創設された住宅協会〔**housing association**〕の **Poplar Housing** が（居住者は住宅提供を受ける資格を失ったと判断して）占有回復のための手続を開始したのに対し、居住者が人権法を通じて適用される欧州人権条約 8 条の権利（私生活および家族生活が尊重される権利）を主張したというものである。

87) S. Palmer, “Public, Private and the Human Rights Act 1998: An Ideological Divide” (2007) 66 C.L.J. 559.

88) R. A. W. Rhodes, “The Hollowing Out of the State: The Changing Nature of the Public Service in Britain” (1994) 65 Pol. Q. 138.

89) 和田武士「外部委託されたサービス利用者の権利救済の実態——英国人権法によるチャリティ活動規制の課題」都市問題 108 巻 6 号（2017 年）113 頁以下参照。

90) Ewing, *supra* note 38, p.90.

91) Cane, *supra* note 73, p.254.

Lord Woolf 首席裁判官は、hybrid public authority に関連する問題には「緩やかな解釈〔generous interpretation〕」⁹²⁾がなされねばならないとしながらも、以下のように述べている。

「そうでなければ公的団体が履行義務を負ったであろう活動のある団体が行っているという事実は、そのような履行が必然的に公的職務であることを意味し得ない。公的団体は自身の公的義務を履行するために私的団体のサービスを利用し得る。〔人権法〕第6条は、私的団体がそのようなサービスを提供するとすればこの職務の性質は必然的に公的なものである、というように適用されるべきではない。」⁹³⁾

その上で、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断に関しては、以下のように判示する。

「そうでなければ私的なものであろう行為を公的なものとし得るものは、当該行為に公的な性質または印を押し付ける特徴ないしその組合せである。行動に対する制定法上の権限〔Statutory authority〕は少なくとも当該行為を公的なものと特徴づけるのを促進し得るものであり、公的機関である他の団体によって行使される職務に対するコントロールの程度も同様である。私的な性質を有し得る行為が公的団体の活動に密接に組み入れられて〔enmeshed〕いればいるほど、その行為は公的なものとなりがちである。」⁹⁴⁾

結論としては、当該住宅協会は地方公共団体の住宅ストックを移転するために創設されたものであって、移転以前から居住者であった者に対する行為は地方公共団体の指示に服すること等が考慮され、「本事案で、……住宅を提供し占有回復を求めるに際して、住宅協会の活動は公的職務の履行を必ずしも伴うものではなかったが、Poplar の役割は Tower Hamlets のそれと密接に融合されている〔assimilated〕ので Poplar は公的であって私的ではない職務を履行していた」との判断がなされている⁹⁵⁾。

上記のように、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断において重視されたのは、「履行される職務の性質」というよりも「組織の性質や core public authority との間の関係性」であった。この判断手法は、学説上、「institutional - relational アプローチ」⁹⁶⁾または「融合〔assimilation〕ないし関連性〔nexus〕に基づくテスト」⁹⁷⁾と称されている。

また、「行動に対する制定法上の権限」や「職務に対する core public authority によるコントロールの程度」も「公的性質を有する職務」であるか否かの判断要素とされている。「行動に対する制定法上の権限」の存在は、従来、司法審査〔judicial review〕の対象となる条

92) *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd v Donoghue* [2001] EWCA Civ 595; [2002] Q.B. 48 at [58].

93) *Ibid.*

94) *Ibid.* at [65]. ただし、ここでは「職務」と「行為」の区別が曖昧となっている。

95) *Ibid.* at [66].

96) Landau, *supra* note 80, pp.632-633.

97) C. M. Donnelly, “Leonard Cheshire Again and Beyond: Private Contractors, Contract and section 6(3)(b) of the Human Rights Act” [2005] P.L. 785, p.801.

件とされてきたものである。本判決は、「人権法6条は、……司法審査に服する団体および活動を同定する際に裁判所によって展開されてきたアプローチによる影響を明らかに受けている」と明示している⁹⁸⁾⁹⁹⁾。

(3) Leonard Cheshire 判決（控訴院）

Leonard Cheshire 判決の事案は、1948年国民扶助法〔National Assistance Act 1948〕の下で一定の住宅提供またはその手配等の義務を負う地方公共団体との契約に基づいて障害者に住宅提供をしている Leonard Cheshire Foundation=LCF がケア・ホームの閉所決定を行ったのに対し、居住者が人権法を通じて適用される欧州人権条約8条の権利（私生活および家族生活が尊重される権利）を主張したというものである。

Lord Woolf 首席裁判官は、Poplar Housing 判決を踏襲した上で、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断に関して以下のように判示する。

「LCF が大きく成長している [large and flourishing] 組織であるという事実はその活動の性質を私的なものから公的なものへと変えるものではない。……私的団体の活動における公的な資金提供の程度は履行される職務の性質にたしかに関連するけれども、それ自体で職務が公的なものか私的なものを決定するものではない。……LCF の職務または LCF 自身に公的な特色 [public flavour] が存在する他の証拠は存在しない。LFC は地方公共団体に代わる地位にはない。1948年国民扶助法……は地方公共団体の行為に制定法上の権限を付与しているが、LCF に何らの権限を付与するものでもない。LCF は……職務を履行する際に制定法上の権限を行使してはいない。……LCF が何らの公的職務を履行するものでもないことは明らかである」¹⁰⁰⁾。

上記のように、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断においては、「組織の職務または組織自身の性質」が考慮されている。本判決の判断手法は Poplar Housing 判決のアプ

98) *Poplar Housing, supra* note 92, at [65].

99) 「制定法上の権限の行使」は、従来、司法審査 [judicial review] の対象となる条件とされてきたものである。この条件は、伝統的な「権限踰越 [ultra vires] 原則」(詳細は、深澤龍一郎『裁量統制の法理と展開』(信人社, 2013年) 157頁以下参照)に基づく司法審査が(当該行為が議会によって付与された制定法上の権限の範囲に適合しているか否か)の審査であったという性格に由来している。もっとも、司法審査の対象範囲に関する裁判所のアプローチは、1986年の Datafin 判決 (*R. v Panel on Take-overs and Mergers Ex p. Datafin Plc* [1987] Q.B. 815) において『『権力の淵源 [source of the power]』テスト』から『職務の性質 [nature of the function]』テスト』へと変容を遂げたと理解されている (see M. Hunt, “Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom” in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law* (Hart Publishing, 1997) p.29)。Datafin 判決以後に裁判所によって展開されたアプローチは民事訴訟手続規則 [Civil Procedure Rules] の 54.1(2)(a)(ii)に反映されており、そこでは、司法審査請求は「公的職務 [public function] の行使に関連する決定、作為・不作為」の適法性審査の請求を意味する、と規定されている。たしかに、民事訴訟手続規則上の「公的職務 [public function]」と人権法上の「公的性質を有する職務 [functions of a public nature]」(第6条3項 b) という用語は類似しているが、両者の内容は同一のものではないことに注意すべきである (see *YL, supra* note 68, at [12] (Lord Bingham))。なお、Datafin 判決を含むイギリスにおける司法審査の対象範囲の議論については、岡村周一「イギリスにおける司法審査申請の排他性(六)——『公法』と『私法』の一側面——」法学論叢 127 巻 3 号 (1990年) 1頁以下、北島・前掲注 60) 97頁以下、に詳しい。

100) *R (on the application of Heather) v Leonard Cheshire Foundation* [2002] EWCA Civ 366; [2002] 2 All E.R. 936 at [35].

ローチと同一であると明示されているものの¹⁰¹⁾、実際には「組織の性質や core public authority との関係性」を詳細に検討するものではなかった。

また、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断要素に関しては、まず「組織の大小」をその要素とすることが明確に否定されている。他方で、Lord Woolf は、〈公的団体が住宅提供に関する義務を負う者に対して実際に住宅を提供しているという理由で「下宿屋〔lodging house〕や小規模な私的ナーシング・ホーム」が hybrid public authority とされるのは不適當である〉と示唆している¹⁰²⁾。したがって、Lord Woolf は「職務に対する公的な資金提供」を「公的性質を有する職務」であるか否かの判断にとって決定的な要素とみなすことも否定せざるを得なかった、と推測される。そして、Poplar Housing 判決と同様に「制定法上の権限」を行使する職務が「公的な特色が存在する」ものとされている。

(4) Aston Cantlow 判決（貴族院）

Aston Cantlow 判決の事案は、イギリス国教会の再建・修理を管轄する教区教会協議会＝PCC が lay rector に教会内陣〔chancel〕の修繕費用の支払義務を執行する旨の通知をしたのに対し、土地所有者が人権法を通じて適用される欧州人権条約第一議定書 1 条の権利（財産権）を主張したというものである。貴族院は 4 対 1 で PCC を hybrid public authority ではないとした。

多数意見を構成する Lord Nicholls は、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断に関して、以下のように判示する。

「では、ある職務が〔人権法 6 条 3 項 b の〕趣旨に照らして公的なものであるかを決する際に用いられる試金石〔touchstone〕は何であろうか？ 全般的に適用し得る単一のテストは明らかに存在しない。……考慮される要素は、当該職務を実行するにおいて、団体が公的に資金提供されている、制定法上の権限を行使している、中央政府ないし地方公共団体の代わりをしている、または公共サービス〔public service〕を提供している程度を含んでいる。」もっとも、「重要なのは、申立がなされた……協議会による特定の行為が公的職務の履行と対比される私的な行為であるかどうかである。」¹⁰³⁾

同じく多数意見を構成する Lord Hope は、「ある者が履行している職務こそが……“hybrid” public authority か否かの問題を決定するものである」と述べている¹⁰⁴⁾。しかし、実際には PCC の職務が「公的性質を有する職務」であるかを明示的に同定することなしに、PCC の行為は私的なものであるから〔人権法〕第 6 条 5 項が適用され、当該行為に関して PCC は第 6 条 1 項における公的機関ではない¹⁰⁵⁾と判断している。

上記の多数意見は、〈履行される職務が「公的性質を有する職務」であるか〉という人権法 6 条 3 項 b の問題を〈問題となる「特定の行為」が「私的なもの」であるか〉という人権

101) *Ibid.*

102) See *ibid.* at [25].

103) *Aston Cantlow, supra note 63, at [12] and [16].*

104) *Ibid.* at [41].

105) *Ibid.* at [64].

法6条5項の問題に集約しているようである¹⁰⁶⁾。ただし、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断においては、**Poplar Housing** 判決に一切言及せず、「履行される職務の性質」への着目を支持するものであった。

また、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断要素に関して、**Lord Nicholls** は、「職務に対する公的な資金提供」、「職務に対する制定法上の権限」、「**core public authority** に代わる職務の提供」および「職務の公共サービス性」といった要素を挙げている。しかし、**Lord Nicholls** の立場においていずれの要素が重視されるかは明らかとされなかった。

(5) YL 判決（貴族院）

YL 判決は、現在の **hybrid public authority** の問題に関するリーディング・ケースとされるものである。この事案は、1948年国民扶助法の下で一定の住宅提供またはその手配等の義務を負う地方公共団体との契約に基づき住宅提供をしている **Southern Cross** が居住者（84歳のアルツハイマー病を患った女性である YL）に施設からの退去を通告したのに対して、YL が人権法を通じて適用される欧州人権条約8条の権利（私生活および家族生活が尊重される権利）を主張したというものである。貴族院は3対2で **Southern Cross** を **hybrid public authority** ではないとした。

多数意見を構成する **Lord Mance** は、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断に関して、以下のように判示する。

人権法6条3項 b が関連する「あらゆる事例において、最終的な焦点は職務の性質に合わせられねばならない……。 **Poplar Housing** 判決……における、地方公共団体と **Poplar Housing** との密接な歴史上・組織上の融合 [assimilation] を明らかに第6条3項 b の適用に賛成する決定的な要素として配置することは、私の考えでは、**Poplar Housing** の履行していた職務ないし役割に関係していなかったとの反論を受けやすいものである。」「私の考えでは、1948年〔国民扶助〕法の現在の形式に焦点を合わせることが適当である。……現在の法は、ケアおよび住宅の手配を行う制定法上の義務を有する地方公共団体と、ケアおよび住宅の手配を行う地方公共団体の義務を履行するために商業ベースで地方公共団体と契約してサービスを提供する民間企業を明らかに区別している。」「私は、その手配 [arrangement] とは対照的に、自身で手配できない人々のためのケアおよび住宅の実際の提供 [actual provision] を本質的な政府的職務であるとはみなさない。」「ケアおよび住宅を提供する際に、**Southern Cross** は私的な利益を追求する会社として行為している。……**Southern Cross** の事業の背後にある私的および商業的な動機 [motivation] は、……**Southern Cross** を公的性質を有する職務を伴う者とみなすのに反対の向きを示す。」¹⁰⁷⁾

同じく多数意見を構成する **Lord Scott** は、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断に関して、以下のように判示する。

106) See **Beatson, Grosz, Hickman and Singh**, *supra* note 70, p.350.

107) *YL*, *supra* note 68, at [105], [114], [115] and [116].

「Southern Cross は社会的に有益な営利ビジネスを行う会社である。……〔Southern Cross〕は、公的な資金提供を受けておらず、特別な制定法上の権限を享受しておらず、自由に居住者を受け入れ拒絶し得る（当然、差別禁止立法には服する……）……」。

「Southern Cross によって請求され地方公共団体ないし保健局によって支払われる料金はサービスに対して請求され支払われている。……Southern Cross が公的に資金提供されていると称することは言葉の誤用であって誤導的なものである。」「制定法上の権限の行使または制定法上の義務の履行において、自身で実行してきた職務の地方公共団体によるすべての民間委託〔contracting out〕が、契約当事者を〔人権法〕第6条3項bの趣旨に照らして hybrid public authority と変えるならば、これはどこで終わるのだろうか？」「私的所有のケア・ホームでなされた活動の性質と地方公共団体所有のケア・ホームでなされる活動の性質を単純に比較することは十分なものではありません。個人であれ団体であれ、当事者がその活動を行っている根拠〔reason〕も確かめることが必要である。……Southern Cross の所有するような、私的所有のケア・ホームの職務の性質は、……普通の私的所有の学校ないし私的所有の病院のそれと〔人権法〕第6条の趣旨に照らして異なるものではなく……，地方公共団体のケア・ホームの職務とは本質的に異なるように思われる。」¹⁰⁸⁾

これに対して、少数意見を構成する Lord Bingham は、Aston Cantlow 判決で Lord Nicholls が提示した判断要素を参照した上で、①過去60年間にわたって困窮者・高齢者・障害者のような人々へのケアおよび住宅の提供を確保するのは「国家の究極的な責務」であったこと¹⁰⁹⁾、②「レジデンシャル・ケアの提供は制定法……によるかなり詳細なコントロールの対象である」こと¹¹⁰⁾、③レジデンシャル・ケアを受ける者の大多数は公的な資金によって助成されていること¹¹¹⁾等を指摘し、人権法の立法趣旨に照らして本事案には第6条3項bの適用があるとしている。

同じく少数意見を構成する Baroness Hale は、「職務を履行する団体の性質よりも、履行される職務の性質こそが〔人権法〕第6条3項bの下では重要であるというのが共通基盤である」と判示した上で¹¹²⁾、「公的性質を有する職務」の判断要素として、①職務の履行を確保する国家の責務の存在¹¹³⁾、②職務内容の公益性¹¹⁴⁾、③職務に対する公的な資金提供¹¹⁵⁾、④職務が制定法上の強制力の行使を伴うものであること¹¹⁶⁾、⑤職務と欧州人権条約に示されている基本的価値との関連性¹¹⁷⁾、を挙げている。

108) *Ibid.* at [26], [27], [30] and [31].

109) *Ibid.* at [15].

110) *Ibid.* at [17].

111) *Ibid.* at [18].

112) *Ibid.* at [61].

113) *Ibid.* at [66].

114) *Ibid.* at [67].

115) *Ibid.* at [68].

116) *Ibid.* at [69].

117) *Ibid.* at [71].

上記のように、本判決の多数意見と少数意見は、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断においては「履行される職務の性質」に着目する点で共通している。すなわち、貴族院は基本的に「組織の性質や core public authority との関係性」を重視する Poplar Housing 判決のような判断手法に否定的な立場を採っている、と理解し得よう。そして、上記の多数意見は、「組織が当該職務を履行する動機・根拠」に着目する、学説上「動機に関する [motivational] アプローチ」¹¹⁸⁾と称される判断手法も提示している。

また、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断要素に関して、Lord Scott (多数意見) は、「(サービス提供の対価としての費用以外の) 職務に対する公的な資金提供」、「職務に対する特別な制定法上の権限」といった要素を挙げている。Baroness Hale (少数意見) も種々の要素を挙げているが、特に「制定法上の強制力 [coercive powers] の行使ないし潜在的な行使は、公的職務であるのに賛成する強力な考慮事項である」としている¹¹⁹⁾。

(6) 主要な学説

学説においては、「公的性質を有する職務」を広く認める見解と狭く限定する見解が主張されている。以下では、前者に分類される Paul Craig の見解と、「裁判所に影響を与えてきた」¹²⁰⁾という後者に分類される Dawn Oliver の見解をみていくことにする¹²¹⁾。

まず、Craig は、「[人権法] 第 6 条 3 項 b は Aston Cantlow 判決のような民間委託 [contracting out] の存在しない事例にも、YL 判決のような民間委託が存在する事例にも適用可能であり得る」と指摘する¹²²⁾。前者の場合、「名目上の私的団体が人権法に服すべきであるかを決めるのに用いられ得る単一の基準は存在しない」ので (Aston Cantlow 判決で Lord Nicholls が提示したような) 種々の判断要素に基づいて〈履行される職務が「公的性質を有する職務」(人権法 6 条 3 項 b) であるか〉を判断するのが適当であるが¹²³⁾、Craig は、後者の場合にはそうではないと主張する。たとえば、上記の控訴院判決では、Lord Woolf 首席裁判官が、「そうでなければ公的団体が履行義務を負ったであろう活動がある団体が行っているという事実は、同一の活動が私的なサービス提供者によって引き受けられるときにそのような実行が必然的に公的職務であることを意味し得ない」という「大前提 [major premise]」を定立している¹²⁴⁾。しかし、「原理の問題として、この大前提は反直観的であり、「公的団体内で [in house] 行われたときに公的職務であるならば、民間委託された [contracted out] ときも等しくそうなるべきである」¹²⁵⁾。したがって、Craig の見解によれば、「条約上の権利の利用可能性が、どのような手法での職務の履行を core public

118) Landau, *supra* note 80, p.636.

119) YL, *supra* note 68, at [70]. See *ibid.* at [166]-[167] (Lord Neuberger).

120) Woolf, Jowell, Donnelly and Hare, *supra* note 63, p.158.

121) 両者はそれぞれの見解の代表的論者とされており (e.g. Donnelly, *supra* note 97, p.800), 北島・前掲注 60) 202 頁以下でも両者の見解が紹介・分析されている。

122) P. Craig, *Administrative Law* (8th ed., Sweet & Maxwell, 2016) p.602.

123) *Ibid.*

124) P. Craig, "Contracting out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review" (2002) 118 L.Q.R. 551, p.556.

125) *Ibid.*

authority が選択するかに応じた偶発的な発生〔incidence〕に依存するのは……正当ではあり得ない」¹²⁶⁾のであって、民間委託の前後で当該職務の性質は変化せず、民間委託によって履行される職務は「公的性質を有する職務」とされるべきものとなる。

これに対して、まず、Oliver は、「地方公共団体の対処する人々に対する人権法上の義務は自身の行うことが公的ないし私的な性質を有する職務であるかによって決まるものではない以上、ある職務が公的な性質を有するか私的な性質を有するかの分類がどうして職務の性質ではなく institutional かつ relational な問題によって決まるべきであるかを理解するのは困難である」と Poplar Housing 判決を批判する¹²⁷⁾。また、Craig の〈民間委託の前後で履行される職務の性質は変化し得ない〉という問題意識をある程度共有しつつも、「公的機関のなすすべてのことが公的性質を有する職務というわけではない」と主張する¹²⁸⁾。そして、「公的性質を有する職務」は「通常私的団体が行使するのは違法となるであろう、他者に対する特別に法的に権限を与えられた強制力〔coercion〕や権限の行使を含む私的団体による活動のみ」である、と限定する¹²⁹⁾。この見解によれば、受刑者を拘禁する民間刑務所や患者を拘束する私立の精神病院等が hybrid public authority とされ得ることとなる¹³⁰⁾。Oliver は、「公的性質を有する職務」に関する広い解釈は「政治的に中立なプロセスによらずに、国家の境界を前進させ、市民社会〔civil society〕の境界を後退させるものであろう」とし¹³¹⁾、「他者に対して影響力のある私的団体の責任は個々の立法やコモン・ロー理論の発展によって最もよく展開され得る」とする¹³²⁾。したがって、Oliver の見解によれば、「私的団体によって実際に履行される職務（特別な権限ないし強制力の行使を含むものを除く）に『公的な』ラベルを押し付けるといふ人為的なこと」は回避されるべきであり、議会制定法またはコモン・ローの発展による私人間の人権保障こそが適当なものであるとされる¹³³⁾。

(7) 検 討

まず、hybrid public authority か否かの判断の中核をなす「公的性質を有する職務」であるか否かの判断において、Poplar Housing 判決（控訴院）は「組織の性質や core public authority との間の関係性」を重視するものであった。しかし、人権法6条3項bの文言からして「履行される職務の性質」への着目は不可欠である。その意味で、Aston Cantlow 判決（貴族院）が Poplar Housing 判決に一切言及せず、YL 判決（貴族院）が「公的性質を

126) Craig, *supra* note 122, p.602.

127) Oliver, *supra* note 81, p.331.

128) *Ibid.* p.340.

129) *Ibid.* p.330. この内容は、*R (on the application of A) v Partnerships in Care Ltd* [2002] EWHC 529 (Admin); [2002] 1 W.L.R. 2610 および *R (on the application of Beer (trading as Hammer Trout Farm)) v Hampshire Farmers Markets Ltd* [2003] EWCA Civ 1056; [2004] 1 W.L.R. 233 において採用されたアプローチから影響を受けている。*Ibid.* pp.336-337.

130) See *ibid.* p.345.

131) Oliver, *supra* note 85, p.477.

132) Oliver, *supra* note 81, p.350.

133) D. Oliver, "What, If Any, Public-Private Divides Exist in English Law" in M. Ruffert (ed.), *The Public-Private Law Divide* (BIICL, 2009) p.16.

有する職務」であるか否かの判断において「履行される職務の性質」に着目しているのは評価し得るものである。もっとも、YL 判決の多数意見には、「組織が当該職務を履行する動機・根拠」に着目するアプローチも存在した。だが、①「あまりに安易に慈善団体が人権法に服するというデメリットを有する」こと¹³⁴⁾、②〈営利を目的として行われている場合には、民間刑務所の運営等も「公的性質を有する職務」に該当しない〉という人権法6条3項bの規定を形骸化する結果が生じ得ること¹³⁵⁾、から適当なものとは考え難い。したがって、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断においては、端的に「履行される職務の性質」に焦点が合わせられるべきであろう。なお、人権法6条3項bの解釈において、ⓧ国家が条約上の権利を保護する積極的義務を負う者に対する他者による権利侵害（国家の積極的義務違反）およびⓎ国家権限の委譲という2つのカテゴリーの欧州人権裁判所の判例が関連するとの見解¹³⁶⁾もある。しかし、ⓧに関しては、たとえば刑務所で同房者を殺害した者が **public authority** となるかは問題とならず¹³⁷⁾、どこまで人権法の解釈指針たり得るかには疑問がある。Ⓨに関しても、条約の性質上 **institutional** な要素を考慮するものであり、「履行される職務の性質」に焦点を合わせる人権法の解釈指針としての有用性には疑問が呈されることとなろう¹³⁸⁾。

また、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断において、控訴院および貴族院は、Ⓐ職務に対する制定法上の権限、Ⓑ職務に対する公的な資金提供、Ⓒ職務に対する **core public authority** によるコントロールの程度、Ⓓ職務の公共サービス性（職務内容の公益性）、Ⓔ**core public authority** に代わる職務の提供、Ⓕ職務と欧州人権条約に示されている基本的価値との関連性、等の諸要素を挙げてきた。しかしながら、どの要素が決定的なものであるかは明らかとなっていない。学説においては、**Craig** が、民間委託の存在する事例ではその前後で当該職務の性質は変化せず、民間委託によって履行される職務は「公的性質を有する職務」とされるべきであると主張している。これに対して、**Oliver** は、「公的性質を有する職務」を「通常私的団体が行使するのは違法となるであろう、他者に対する特別に法的に権限を与えられた強制力〔**coercion**〕や権限の行使を含む私的団体による活動のみ」に限定している¹³⁹⁾。たしかに、「私的団体が公的性質を有する職務を履行していない限り、公的機関の義務と私的団体の義務の間に区別が存在すべきであるということは、人権法における慎重な政策〔**deliberate policy**〕であった」ことを前提とすれば¹⁴⁰⁾、民間委託の前後での「人

134) Landau, *supra* note 80, p.636.

135) A. Williams, “Public authorities: what is a hybrid public authority under the HRA?” in D. Hoffman (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law* (Cambridge University Press, 2011) pp.51-52.

136) *YL*, *supra* note 68, at [92] (Lord Mance).

137) H. Quane, “The Strasbourg Jurisprudence and the Meaning of a ‘Public Authority’ under the Human Rights Act” [2006] P.L. 106, p.108.

138) See A. Williams, “*YL v Birmingham City Council*: Contracting out and “functions of a public nature”” [2008] E.H.R.L.R. 524, pp.526-528.

139) Oliver, *supra* note 81, p.330.

140) *Ibid.* p.339.

権保障の格差〔gap〕¹⁴¹⁾の問題がすべて人権法6条3項bによって解決されるべきものであるかには疑問がある。Oliver の見解は、職務の履行において通常では制定法またはコモン・ロー上違法となる強制力・権限を行使し得る私人（私的団体）を人権法という特別な拘束に服さしめることで被害者の救済を図りつつも、人権法の適用範囲の限定によって私人に対する過度な制約を防いでいる点で、人権法の解釈として優れたものであると評価し得よう¹⁴²⁾。

3 小 括

人権法6条1項は、「公的機関〔public authority〕が条約上の権利に適合しない方法で行為することは違法である」と規定する。もっとも、人権法6条3項は「公的機関」に含まれるものを規定するのみであって、人権法においては、性質上明らかに「公的機関」である団体の存在が前提とされている。このような団体が“core public authority”である。その例としては、中央・地方政府の機関や警察といったものが挙げられる。〈core public authority の職務がすべて「公的性質を有する職務」(人権法6条3項 b)であるか〉については、人権法制定の際の内務大臣の説明や貴族院判決・学説の一部では、〈core public authority の職務はすべて公的なものである〉との理解が見受けられた。しかし、(Oliver が指摘するように)人権法の規定の仕方からすれば、むしろ core public authority の職務・行為は性質上公的なものであっても私的なものであっても関係なく人権法に拘束されるという点が強調されるべきであろう。

人権法6条3項bは、core public authority に該当しないが「公的性質を有する職務」を行う“hybrid public authority”を人権法の適用対象としており、民間委託等によって国家が担ってきた一定の職務を履行することとなった私的団体による「人権侵害」の問題にも対処し得る規定となっている。もっとも、人権法6条5項は、「特定の行為に関し、その行為の性質が私的なものであるならば第3項 b のみを理由として当人は公的機関とならない」と規定している。

まず、hybrid public authority か否かの判断の中核をなす「公的性質を有する職務」であるか否かの判断において、Poplar Housing 判決（控訴院）は「組織の性質や core public authority との関係性」を重視するものであった。しかし、人権法6条3項bの文言からして「履行される職務の性質」への着目は不可欠である。その意味で、Aston Cantlow 判決（貴族院）が Poplar Housing 判決に一切言及せず、YL 判決（貴族院）が「公的性質を有する職務」であるか否かの判断において「履行される職務の性質」に着目しているのは評価し得るものである。

また、「公的性質を有する職務」であるか否かの判断において、控訴院および貴族院は、

141) S. Palmer, “Public functions and private services: A gap in human rights protection” (2008) 6 I.J.C.L. 585, p.587.

142) 北島周作「行政法における主体・活動・規範（六・完）」国家学会雑誌 122 卷 11=12 号（2009 年）1479 頁。

㊤職務に対する制定法上の権限, ㊦職務に対する公的な資金提供, ㊧職務に対する core public authority によるコントロールの程度, ㊨職務の公共サービス性(職務内容の公益性), ㊩core public authority に代わる職務の提供, ㊪職務と欧州人権条約に示されている基本的価値との関連性, 等の諸要素を挙げてきた。しかしながら, どの要素が決定的なものであるかは明らかとなっていない。学説においては, Craig が, 民間委託の存在する事例ではその前後で当該職務の性質は変化せず, 民間委託によって履行される職務は「公的性質を有する職務」とされるべきであると主張している。これに対して, Oliver は, 「公的性質を有する職務」を「通常私的団体が行使するのは違法となるであろう, 他者に対する特別に法的に権限を与えられた強制力 [coercion] や権限の行使を含む私的団体による活動のみ」に限定している。Oliver の見解は, 職務の履行において通常では制定法またはコモン・ロー上違法となる強制力・権限を行使し得る私人(私的団体)を人権法という特別な拘束に服さしめることで被害者の救済を図りつつも, 人権法の適用範囲の限定によって私人に対する過度な制約を防いでいる点で, 人権法の解釈として優れたものであると評価し得よう。

YL 判決において, 多数意見を構成した Lord Neuberger は, 賛否両論ある民間委託に関連する事項は「立法問題」であるとしている¹⁴³⁾。そして, YL 判決の後に制定された 2008 年保健およびソーシャル・ケア法 [Health and Social Care Act 2008] 145 条 1 項(現在の 2014 年ケア法 [Care Act 2014] 73 条)は, 制定法の下で住宅の手配等の義務を負う公的団体との契約に基づき看護ケアまたはパーソナル・ケアを行う住宅を提供している者は人権法 6 条 3 項 b の適用上「公的性質を有する職務」を履行しているものとみなすと規定し, YL 判決の結論を事実上覆している。ただし, 上記の法制定に際して「議会は [人権法] 第 6 条の適用に関する広汎な課題について何も述べておらず, その課題は未だに裁判所に残されており, 貴族院の多数意見のアプローチによって拘束され続けるであろう」と言われている¹⁴⁴⁾。この規定について, 「公的性質を有する職務」を狭く限定しつつ議会制定法による私人間の人権保障を是認する Dawn Oliver は, 「国家によって代金が支払われているケア・ホームの居住者にまで不動産保有の安定 [security of tenure] を広げる決定が議会によってなされたことは適当である」と一定の評価をしている¹⁴⁵⁾。〈修正 14 条 5 節に基づき, 連邦議会が「立法」によって私的行為を規制し得るか〉という問いに否定的に答えてきたアメリカ合衆国とは異なり, 上記からイギリスは〈私人間の人権は法律によって保障される〉という立場を現在でも採用していることが理解されよう。私人間において人権を実効的に保障する方法の一つとして提示される「立法による方法」¹⁴⁶⁾は, 近代立憲主義の「本来の論理」から導かれるとされているが¹⁴⁷⁾, 「立憲主義の母国」同様に現在の我が国においても採用されるべきものであると考えられる。

143) YL, *supra* note 68, at [152].

144) Lord Pannick, “Functions of a Public Nature” [2009] J.R. 109, p.110.

145) D. Oliver, “Human Rights and the Private Sphere” (2008) 1 UCL Hum. Rts. Rev. 8, p.14.

146) 芦部信喜「私人間における人権の保障」同編『憲法Ⅱ』(有斐閣, 1978年) 45頁。

147) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』(有斐閣, 2017年) 107-109頁参照。

第3節 〈「公的機関」としての裁判所〉の意義¹⁴⁸⁾

1 1998年人権法における「水平的効力」の諸相

(1) 1998年人権法制定過程における議論

人権法6条上の「公的機関」は，“core (standard/ obvious/pure/true) public authority”，“hybrid (functional) public authority”，裁判所・審判所，という3つのタイプに分類が可能であり，特に裁判所が「公的機関」に含まれる（人権法6条3項a）ことによって生じ得る人権法における（「条約上の権利」の）「水平的効力 [horizontal effect]」の問題については，人権法が私法（コモン・ロー）に与える影響との関連で種々の議論がなされている。

裁判所が「公的機関」に含まれる（人権法6条3項a）ことによって生じ得る「水平的効力」に係る，人権法制定過程での注目すべき議論としては，(i)人権法の名宛人に関する議論，(ii)Lord Wakehamによって提出された人権法案6条の修正案〔Amendment〕に対する議論，(iii)「公的機関」としての裁判所の役割に関する議論，が挙げられる。

第一に，人権法の名宛人に関する議論において，大法官は以下のように述べている。

「我々は，まず第一に，この〔人権法案上の〕規定は公的機関にのみ適用されるべきものであって，……私的な諸個人には適用されるべきでない」と決意した。……加えて，権利侵害を主張する人々にとってできるだけ多くの保護を提供するために，狭い範囲というよりも広い範囲の公的機関〔public authorities〕に人権法案を適用させるべきであると決意した。」「第6条は，政府部局〔government departments〕や警察のような明らかな公的機関だけでなく，他の点ではそうでないが一定の事項において公的である団体にも適用されるように設計されている。……結局，第6条は公的職務を有しない団体に何らの責務も課すものではない。」¹⁴⁹⁾

一方，当時の内務大臣も，「我々は，条約上の権利はかなり広範に『国家 [state]』と表現され得るものを含めた訴訟において利用可能となるべきであるが，私的な諸個人間の訴訟においては直接的に司法判断に適する〔justiciable〕ものでないと決意した」と述べている¹⁵⁰⁾。上記から，人権法制定過程において，〈人権法の名宛人は，私人ではなく「公的機関」である〉という垂直的アプローチが前提とされていることが理解できる。

第二に注目すべきは，当時のプレス苦情処理委員会〔Press Complaints Commission〕¹⁵¹⁾の長であった Lord Wakeham によって提出された人権法案6条の修正案に対する議論である。この修正案は，第6条1項は「公的機関が裁判所または審判所であり，訴訟当事者がい

148) 本節に関連する先行研究として，平誠一「イギリス1998年人権法の水平的効力——プライバシー保護に関する判例・学説の分析を通して——」久留米大学大学院比較文化研究論集17号（2005年）143頁以下，同「イギリスにおけるプライバシー保護の現状——1998年人権法施行から10年を経て——」久留米大学法学65号（2011年）180頁以下。

149) *Hansard*, HL Vol.582 cols.1231-1232 (November 3, 1997).

150) *Hansard*, HC Vol.314 col.406 (June 17, 1998).

151) 詳細は，ジョン・ミドルトン『報道被害者の法的・倫理的救済論』（有斐閣，2010年）225頁以下参照。

かなる公的機関も含むものでない場合には」適用されない、と規定するものであった¹⁵²⁾。

Lord Wakeham は、この修正案を提出した理由について以下のように述べている。

「条約を実施してコモン・ローを発展させる公的機関としての裁判所の役割を理由として、……問題が生じるように私には思われる。これに関する私の理解によれば、個人と公的機関の間の紛争についてだけでなく、私的な諸個人間の紛争においても裁判所が条約を用いることが可能となるであろう。」「条約の編入は私的な紛争において利用可能な救済を拡大するのに用いられるべきではない。」「私の修正案はプライバシーに関するコモン・ローの発展を止めることを目指すものである。」¹⁵³⁾

この修正案に対し、大法官は、「我々は……原理の問題として、裁判所が他の公的機関を含んだケースにおいてだけでなく諸個人間のケースの判断においてコモン・ローを発展させる場合にも条約と適合するように行為する義務〔duty〕を有することは正しいと考えている」と回答している¹⁵⁴⁾。すなわち、「諸個人間のケースから完全に条約の考慮を排除する」という考えは「正当と認められ得る〔justifiable〕」ものでも「実行可能な〔practicable〕」ものでもないとされている¹⁵⁵⁾。上記から、人権法制定過程において、人権法における条約上の権利が垂直的効力のみを有するという厳格な立場も否定されていることが理解できる。

第三に注目すべきは、「公的機関」としての裁判所の役割に関する議論における大法官の以下のような見解である。

「私の見解では、条約上の権利が不適合な立法によって侵害されている場合でも、立法——たとえば、プライバシー立法——の不存在を理由として条約上の権利が保護されていないままとなっている場合でも、コモン・ローを通じた立法を行うこと〔legislating〕によって当該不履行を救済するように裁判所は義務づけられない。私の見解では、裁判所は、立法者として行為し得ず、コモン・ロー自体が新しい権利または救済を発展させることを可能としていない限り、条約上の権利侵害に対する新しい救済を付与し得ない。裁判所が、トレスパス〔trespass〕、ニューサンス〔nuisance〕、著作権、信頼〔confidence〕等の既存の国内法の原理に依拠することによってコモン・ローを適応および発展させ、コモン・ロー上のプライバシー権を創設し得ることとなるであろうというのが正しい見方であると私は考える。……裁判所は、今日行っているようにコモン・ローを発展させる場合に条約を考慮し得るし、……そうすべきであるというのが正しい。」¹⁵⁶⁾

さらに、大法官は、「我々は本法案において条約上の権利の侵害に対する救済を提供する体系を提示してきており、これに付加する必要があるとは考えていない」とし、欧州人権条約 1 条（締約国の権利保障責任）および 13 条（効果的な救済を受ける権利）の人権法への編

152) *Hansard*, HL Vol.583 col.771 (November 24, 1997).

153) *Ibid.* cols.771-772.

154) *Ibid.* col.783.

155) *Ibid.*

156) *Ibid.* col.785.

入は「望ましいものではない〔undesirable〕」としている¹⁵⁷⁾。人権法における欧州人権条約13条の編入の否定に関しては、「司法による法創造〔law-making〕の範囲を適切に制限し、議会のきわめて重要な役割を正しく認識するものである」と評されている¹⁵⁸⁾。「司法の自制〔restraint〕の一般的な趣旨は、……権力分立の観点から言えば、立法者として行為することは第一に議会の憲法上の職務であるという認識である」¹⁵⁹⁾から、「議会主権」の枠組みを維持する形で制定された人権法において、裁判所が既存の法（法の不存在も含む）によって生じる条約上の権利侵害に対して新しい救済をあらゆるケースで付与し得る、という立場は採り得ないと考えられる。その意味において、大法官の上記の見解は人権法の解釈として正当なものであると評価し得よう。

このように、人権法制定過程において、(i)〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という垂直的アプローチが前提とされており、他方で、(ii)人権法における条約上の権利が垂直的効力のみを有するという厳格な立場も否定されている。そして、(iii)「公的機関」としての裁判所はあらゆるケースで既存の法（法の不存在も含む）によって生じる条約上の権利侵害に対して新しい救済を付与し得ない、というのが人権法制定過程における大法官の見解であった。この見解は、欧州人権条約13条の編入が否定され、「議会主権」の枠組みを維持する形で制定された人権法の解釈としては正当なものと評価し得よう。上記の人権法制定過程における議論からは、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人間無適用の立場を前提として、「公的機関」としての裁判所（第6条3項a）が私人間訴訟においても人権法に拘束されることによって（救済に関する制約はありつつも）一定の「水平的効力」は生じ得るという結論が導き出される。

(2) 1998年人権法における「水平的効力」の諸相

そもそも、人権法の下で生じ得る「水平的効力」にはどのようなタイプのものがあるだろうか？ この「水平的効力」の潜在的なタイプについて詳細な分類を行ったのが Ian Leigh である。Leigh によれば、人権法の下で生じ得る「水平的効力」は、①「直接的な制定法上の水平性〔direct statutory horizontality〕」（人権法3条1項）、②「公的責務による水平性〔public liability horizontality〕」（人権法6条3項b）、③「媒介的水平性〔intermediate horizontality〕」（人権法6条1項）、④「救済上の水平性〔remedial horizontality〕」、⑤「間接的水平性〔indirect horizontality〕」、⑥「完全ないし直接的水平性〔full or direct horizontality〕」、の6つのタイプに分類される¹⁶⁰⁾。このうち、とりわけ裁判所が関係し得る「水平的効力」は、①および②～⑥の水平的効力である。

①「直接的な制定法上の水平性」とは、「私的な諸個人間に適用される制定法〔statutes〕

157) *Hansard*, HL Vol.583 col.475 (November 18, 1997).

158) *Hickman*, *supra* note 49, p.333.

159) R. Masterman, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution* (Cambridge University Press, 2011) p.182.

160) Leigh, *supra* note 13, p.75. ただし、Leigh 自身は、人権法の下において、①～⑤までの水平的効力は認められる一方で、⑥「完全ないし直接的水平性」は「テキストに関する説明の問題としても原理上も」認められないと主張している。 *Ibid.*

が、可能な場合にはいつでも条約上の権利を実施する解釈上の義務に服さしめられる」ことから生じる水平的効力をいう¹⁶¹⁾。その根拠となる人権法3条1項は、「そうすることが可能な限り、第一次立法および従位立法〔subordinate legislation〕は、条約上の権利と適合するように解釈され、効力が付与されなければならない」と規定するものである。「〔人権法〕第3条は、公的機関を規律する立法と私的な諸個人を規律する立法の間の区別をするものではな」^く¹⁶²⁾、裁判所が私人間に適用される制定法の解釈を行う際に「〔条約上の〕権利を……導入する解釈によって制定法上の義務を修正ないし拡張することが可能となる」¹⁶³⁾。「制定法上の水平性」が生じたケースとしては、Mendoza 判決（貴族院）¹⁶⁴⁾が挙げられる。本判決の事案は、同性愛者である被告（Mendoza）が、同居していた法定賃借権〔statutory tenancy〕保有者であるパートナーの死亡後に原告から立ち退きを求められたのに対して、1977年家賃法〔Rent Act 1977〕附則1の第2条に基づいて法定賃借権の承継を主張したというものである。当該規定は「配偶者〔spouse〕」に法定賃借権の承継を認めるものであり、第2項では「本条の適用上、原賃借人とともに彼ないし彼女の妻または夫〔wife or husband〕として生活していた者は、原賃借人の配偶者として取り扱われる」と規定されていた。貴族院は、4対1で欧州人権条約8条（私生活および家族生活が尊重される権利）および14条（差別の禁止）の権利と適合するように1977年家賃法の当該規定を解釈し（人権法3条1項）、元の法定賃借権保有者と同性愛関係にあった者を「配偶者」に含むものとした¹⁶⁵⁾。多数意見を構成する Lord Steyn は、「当該制定法における『彼ないし彼女の妻または夫として』を『あたかも〔as if they were〕彼の妻または夫として』という意味に解釈した〔強調原文〕」控訴院の条約適合的解釈を支持する、と判示している¹⁶⁶⁾。人権法施行以前の Fitzpatrick 判決（貴族院）¹⁶⁷⁾が当該規定の「配偶者」には原賃借人と同性愛関係にあった者を含まないと判断していたことと比較すれば、「2000年の人権法施行以来、判例は極めてラディカルに発展してきた」と評価し得る¹⁶⁸⁾。このように、私人間に適用される制定法の条約適合的解釈（人権法3条1項）は、同性愛者である被告を当該制定法上の「配偶者」として取り扱う義務を私人である原告に課して、被告の条約上の権利を保護するものであり、本件において「制定法上の水平性」が生じていることが理解されよう。

④「救済上の水平性」とは、「民事訴訟において裁量的権限を行使する裁判官は、裁判所

161) *Ibid.* もっとも「直接的」という表現は正確ではない。

162) *X v Y* [2004] EWCA Civ 662; [2004] I.C.R. 1634 at [57] (Lord Mummery).

163) Leigh, *supra* note 13, p.76.

164) *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30; [2004] 2 A.C. 557. 本件に関しては、岩切大地「イギリス貴族院判決にみる条約適合的解釈と議会意思」法学政治学論究 65号（2005年）116-122頁に詳しい。

165) *Mendoza*, *supra* note 164, at [35] and [36] (Lord Nicholls); at [51] (Lord Steyn); at [129] (Lord Rodger); [144] and [145] (Baroness Hale). 一方、Lord Millett は、1977年家賃法の当該規定を条約上の権利に反するものとしながらも (*ibid.* at [55]), 本件において条約適合的解釈は不可能であるとした。

166) *Ibid.* at [51].

167) *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd* [1999] 4 All E.R. 705.

168) D. Oliver, "Human Rights Act and the Private Sphere" in D. Oliver and J. Fedtke (eds.), *Human Rights and the Private Sphere* (Routledge-Cavendish, 2007) p.76.

が〔人権法〕第6条3項aの下で公的機関とみなされているので、条約上の権利に適合するようにその行使をしなければならない」ことから生じる水平的効力をいう¹⁶⁹⁾。そして、「救済上の水平性の原理は、連邦最高裁が人種を理由とした差別を行う制限的約款〔restrictive covenants〕を執行する差止命令の付与を憲法上の権利に反するとして拒否した、**Shelley v Kraemer**における合衆国最高裁の判断によって例証されている〔強調原文〕」という説明もなされている¹⁷⁰⁾。これと対比されるものとして、「実体的水平性〔substantive horizontality〕」が存在する¹⁷¹⁾。「救済上の水平性は、権利の違反または法的拘束力のある義務に従わないことに対する適当な救済の判断において、条約上の権利を考慮することを裁判所に要求するものである」が、「実体的水平性は、原告および被告の権利・義務の性質に関する判断において、条約上の権利を考慮することを裁判所に要求するものである」¹⁷²⁾。人権法においては、欧州人権条約10条（表現の自由）の権利行使に影響を与え得る救済（審理前の出版差止命令）に関する第12条3項が「救済上の水平性」のみを生じさせ得るのに対して、第6条1項および3項aは「救済上の水平性」と「実体的水平性」の両者を生じさせ得るものとなる¹⁷³⁾。

◎「間接的水平性」とは、「条約は、私的当事者間にコモン・ローが適用されるときにコモン・ロー全般の発展において重要な役割を果たすべきである」ことから生じる水平的効力をいう¹⁷⁴⁾。たしかに「人権法はコモン・ローにおける条約上の問題に対するアプローチを形式上変えるものではないが、〔条約の〕編入後の状況の変化は存在し得る」こととなる¹⁷⁵⁾。

④「完全ないし直接的水平性」とは、「明白な制定法は優先されねばならないという制約のみを条件として、条約上の権利を保護するようにコモン・ローを改変することによって適当な権利および救済の創設〔=新しい訴訟原因の創設〕を裁判所に命ずる」ことから生じる水平的効力をいう¹⁷⁶⁾。

「人権法上の難点は、私法ないしコモン・ローに対する人権法の影響の問題について沈黙していることである〔強調原文〕」¹⁷⁷⁾。この点について議論となっているのは、◎「間接的水平性」と④「完全ないし直接的水平性」である。◎「間接的水平性」はさらに「強い〔strong〕間接的水平性」と「弱い〔weak〕間接的水平性」に分類される¹⁷⁸⁾。概して、「強い間接的水平性は、欧州人権裁判所によって解釈されるように、条約上の権利〔rights〕と適合する方

169) Leigh, *supra* note 13, p.75.

170) Clayton and Tomlinson, *supra* note 59, p.273.

171) See A. L. Young, “Remedial and substantive horizontality: the common law and *Douglas v. Hello! Ltd*” [2002] P.L. 232.

172) Young, *supra* note 16, p.38.

173) *Ibid.* もっとも、「救済上の水平性」と「実体的水平性」の厳格な区別に対しては疑問も呈されている。See Raphael, *supra* note 22, p.497.

174) Leigh, *supra* note 13, p.75.

175) *Ibid.* pp.82-83.

176) *Ibid.* p.86.

177) Clayton and Tomlinson, *supra* note 59, p.268.

178) See G. Phillipson, “The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law: a Bang or a Whimper?” (1999) 62 M.L.R. 824.

法でコモン・ローを解釈する義務〔duty〕の下に裁判所を置くものである」のに対し、「弱い間接的水平性は、条約上の権利を下支えする価値〔values〕と適合する方法でコモン・ローを発展させる権限〔power〕を裁判所に与えるものである」¹⁷⁹⁾。

(3) 小 括

裁判所が「公的機関」に含まれる（人権法6条3項a）ことによって生じ得る「水平的効力」に関係する、人権法制定過程での注目すべき議論としては、(i)人権法の名宛人に関する議論、(ii)Lord Wakehamによって提出された人権法案6条の修正案〔Amendment〕に対する議論、(iii)「公的機関」としての裁判所の役割に関する議論、が挙げられる。結論として、(i)〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という垂直的アプローチが前提とされており、他方で、(ii)人権法における条約上の権利が垂直的効力のみを有するという厳格な立場も否定されている。そして、(iii)「公的機関」としての裁判所はあらゆるケースで既存の法（法の不存在も含む）によって生じる条約上の権利侵害に対して新しい救済を付与し得ない、というのが人権法制定過程における大法官の見解であった。上記の人権法制定過程における議論からは、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人間無適用の立場を前提として、「公的機関」としての裁判所（第6条3項a）が私人間訴訟においても人権法に拘束されることによって（救済に関する制約はありつつも）一定の「水平的効力」は生じ得るという結論が導き出される。

Leighの分析によれば、人権法の下では種々の「水平的効力」が生じ得るものとされている。以下では、主として「間接的水平的効力」と「完全ないし直接的水平的効力」の見解が対立する、〈「公的機関」としての裁判所（人権法6条1項および3項a）と人権法における「水平的効力」の問題を検討していくこととする。

2 〈「公的機関」としての裁判所〉と「水平的効力」

(1) 初期の学説

〈「公的機関」としての裁判所〉と人権法における「水平的効力」の問題に関する初期の学説としては、Richard Buxtonの見解、H. W. R. Wadeの見解、Murray Huntの見解、Gavin Phillipsonの見解、が挙げられる。

(i) Richard Buxtonの見解

Richard Buxtonの見解は、「人権法はイギリス私法のルールにおいて何らかの異なる変化を意図するものでも創設するものでもない」¹⁸⁰⁾という（端的にいえば）「水平的効力完全否定説」である。まず、前提として、「欧州人権条約によって創設された権利は、政府に対してのみの権利ないし公法上のエマナチオン〔emanations〕であって、他の市民に対する権利ではない」ことは疑いがない¹⁸¹⁾。そして、「欧州人権条約において規定されているような権利が人権法の下での『条約上の権利』となると、その内容は移転の過程の中で変化さ

179) Young, *supra* note 171, p.235.

180) R. Buxton, "The Human Rights Act and Private Law" (2000) 116 L.Q.R. 48, p.57.

181) *Ibid.* p.50.

れ得なかった〔強調原文〕ことから、Buxton は「条約上の権利も……公的団体に対してのみ主張可能であるに違いない」と結論づけている¹⁸²⁾。Buxton の見解によれば、第 6 条 1 項および 3 項 a は「裁判所は公的団体に対する適当な救済を与えずにおくべきでないということのみを意味する」こととなる¹⁸³⁾。

もっとも、この見解は Buxton 自身によって後に否定されたと見ることも可能である。McKennitt 判決（控訴院）¹⁸⁴⁾において、彼は、「1998 年人権法の第 6 条の下で、公的機関としての裁判所は、『条約上の権利に適合しない方法で』行為しないことを要求されている。裁判所は、信頼違反に対する旧来の訴訟に〔条約〕第 8 条および 10 条が保障する権利を取り込むこと〔absorbing〕によってこの要求を達成し得る」という A v B 判決（控訴院）における Lord Woolf の判示¹⁸⁵⁾を肯定的に引用している¹⁸⁶⁾。この部分において、人権法の下での一定程度の「水平的効力」が承認されている。さらに驚くべきことに、彼は、「現在、〔欧州人権条約 8 条および 10 条の〕規定は、単に説得力のあるまたはパラレルな効力を有するだけでなく、Lord Woolf の述べるように、イギリスの裁判所が執行しなければならない国内の不法行為〔tort〕のまさにその内容である」とまで述べている¹⁸⁷⁾。ここにおいて、Buxton は「水平的効力完全否定説」を放棄したとも考えられよう¹⁸⁸⁾。

(ii) H. W. R. Wade の見解

H. W. R. Wade の見解は、人権法の主たる規定は「その文言において制限のないものであるから、当該規定は公的機関に対する主張と同様に私的当事者に対する主張においても適用される」¹⁸⁹⁾、という「完全な水平的効力説」である。まず、Wade は、人権法 6 条を以下のように解釈する。

「第 6 条 1 項は、明示的に規定された公的機関としての裁判所はすべての関連する条約上の権利と一致するように判決を下さなければならない、ということの意味する。本法案は『国の機関による効果的な救済を受ける』ことを要求する条約 13 条を実施するものを含んでいないが、裁判所はストラスブールの実務と一致する救済を与える十分な権能としての第 6 条 1 項における（条約上の権利と不適合に行為しない）法定義務をたしかに負うことになるだろう。」¹⁹⁰⁾

したがって、人権法の名宛人を制限し得る、人権法における『公的機関』の定義は必要がないであろう——より現実的には、この定義は問題とならないであろう」と評されることと

182) *Ibid.* pp.51-52.

183) *Ibid.* p.57.

184) *McKennitt v Ash* [2006] EWCA Civ 1714; [2008] Q.B. 73.

185) *A v B plc* [2002] EWCA Civ 337; [2003] Q.B. 195 at [4].

186) *McKennitt*, *supra* note 184, at [10].

187) *Ibid.* at [11].

188) See N. A. Moreham, “Privacy and Horizontality: Relegating the Common Law” (2007) 123 L.Q.R. 373.

189) H. W. R. Wade, “Horizons of Horizontality” (2000) 116 L.Q.R. 217, p.220.

190) Sir W. Wade, “The United Kingdom’s Bill of Rights” in J. Beatson, C. Forsyth and I. Hare (eds.), *Constitutional Reform in the United Kingdom* (Hart Publishing, 1998) p.63.

なる¹⁹¹⁾。

また、Wade の見解は、以下にあるように「水平的効力に関する問題設定否定説」と呼び得るものでもある。

「原告は事案における事実を主張し、事実が証明されたならば彼に与えられるどんな救済をも主張し得る。彼はその事実が条約上の権利侵害を示していると主張し、裁判所がそれを認めるならば、裁判所は第 6 条に従って権利を実施するより他ない。このことが直接的ないし間接的効力と呼ばれるか、新しい訴訟原因というものであるか否かは、言葉の問題であって明瞭な違いはないように思われる。」¹⁹²⁾

(iii) Murray Hunt の見解¹⁹³⁾

Murray Hunt は、人権法下のイギリスにおいて「最もあり得る立場は、条約はあらゆる法に適用されるものとみなされ、したがって私的当事者間の訴訟において潜在的に関係するものとみなされるものであろうが、**直接的**水平的効力にまでは至らないであろう、なぜなら条約上の権利の違反に関して諸個人に対する何らの新しい私的な訴訟原因をも付与するものではないからである〔強調原文〕」と主張する¹⁹⁴⁾。すなわち、Hunt の見解は、条約上の権利の「あらゆる法への適用」という「強い間接的水平的効力説」である。

Hunt は、比較法的観点から、人権規定の「水平的効力」の問題に対するアプローチを以下のように分析する。

「選択の余地は、人権に関する法は国家と個人の関係に**のみ**係わるものであることとなる、いわゆる『垂直的』アプローチと、人権規範は私的な諸個人および団体間関係**もまた**規律することとなる、いわゆる『水平的』アプローチに存在するように思われる。しかし、綿密な調査において、あり得る立場の範囲がこの 2 つの理論的スペクトルの間にも存在することが明らかとなる。〔強調原文〕」¹⁹⁵⁾

まず、「人権保障に対する垂直的アプローチの支持者は、一般に、国家と個人間の法関係にその適用を限定するのを正当化する古典的リベラリズムの政治哲学の何らかの説明を採用する」¹⁹⁶⁾。つまり、垂直的アプローチによれば、「厳格な公私区分」が前提とされ、「諸個人が自身の善の構想を自由に追求する私的領域の最大化は、社会の法的・政治的な取り決め〔arrangements〕の究極的なゴールとみなされ、その命令〔imperative〕は、基本的権利を保障する法は公権力の行使にのみ適用されると指示するものである」とされる¹⁹⁷⁾。一方、「基本的権利の規範の適用可能性に関して対抗する水平的アプローチは、主として、法自体が国家の構成物であるから国家は**あらゆる**法関係を構成するという洞察に基礎を置い

191) *Ibid.* p.64.

192) Wade, *supra* note 189, p.222.

193) 木下智史「私人間効力論の意義」戸波江二編『企業の憲法的基礎』（日本評論社、2010年）108-113頁は、コモン・ロー諸国における人権規定の水平効論として、Murray Hunt の見解と Stephan Gardbaum の見解を紹介している。

194) M. Hunt, “The ‘Horizontal Effect’ of the Human Rights Act” [1998] P.L. 423, pp.441-442.

195) *Ibid.* p.423.

196) *Ibid.* p.424.

197) *Ibid.*

ている〔強調原文〕¹⁹⁸⁾。つまり、水平的アプローチによれば、「人権に関する法の範囲を限定するために説得力のない公私区分を維持しようとする代わりに、あらゆるタイプの法関係を規律する、法律やコモン・ロー等のあらゆる法〔all law〕が、基本的権利との適合性の審査に服さしめられるということが単に認められるべきである」こととなる¹⁹⁹⁾。そして、「水平的なスペクトルの極地……では、私的当事者は、単に主張される基本的権利の違反に基づいて一方の私的当事者に対して訴訟を提起する権利を与えられる」²⁰⁰⁾。Hunt は、垂直的アプローチの極地としてアメリカ合衆国の立場を挙げ²⁰¹⁾、水平的アプローチの極地（＝「直接的水平的効力」の立場）としてアイルランドの立場を挙げている²⁰²⁾。

ただし、Hunt は、垂直的アプローチと水平的アプローチの両極の間に、「間接的水平的効力」の立場と「あらゆる法への適用」の立場の存在を主張する。

前者の「間接的水平的効力」の立場としては、カナダと南アフリカ（1993年暫定憲法）の立場が挙げられる。たとえば、カナダの最高裁は、Dolphin Delivery 判決において「私的当事者『A』がコモン・ローに依拠する私的当事者『B』を訴えており、訴訟を根拠づけるのに何らの政府の行為も依拠されていない場合には、憲章〔Charter＝権利及び自由に関するカナダ憲章〕は適用されない〔強調原文〕」と判断した一方で²⁰³⁾、Hill 判決において「憲章の価値〔Charter values〕は、……裁判所が必要であると思うコモン・ローの修正に対してガイドラインを提供するであろう〔強調原文〕」としている²⁰⁴⁾。これらの判決から、彼は、「憲章の権利と憲章の価値の区別は、カナダ最高裁によって、政府行為のケース……と純粋に私的なケース……の間の意義ある区別を維持するのに決定的なものとみなされた〔強調原文〕」とし²⁰⁵⁾、カナダの立場を「間接的水平的効力」の立場に分類する。

後者の「あらゆる法への適用」の立場としては、「法に訴えることが存在するまで（存在しない限り）、私的な諸個人は、基本的権利および自由に関する限り、まさしく彼らの好むように私的な事柄を自由に行って構わない。……しかし、誰も法を援用して自身の偏狭な行為を執行し保護し得ない」という南アフリカ憲法裁判所の Du Plessis 判決における Kriegler 判事の反対意見²⁰⁶⁾が紹介されている。この立場によれば、「私的な関係は法によって規律されていない限りにおいて邪魔されないままであるが、ひとたび法がその関係の規律に関わり合いをもつと、その関係は純粋に私的な性質を喪失し、当該関係を規律する立法者・法の執行者・法の解釈および適用者としての国家は、憲法上の基本的権利を擁護・保障するような方法で……行為する義務がある」とされる²⁰⁷⁾。

198) *Ibid.*

199) *Ibid.* p.425.

200) *Ibid.*

201) *Ibid.* p.427.

202) *Ibid.* p.428.

203) *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at 603.

204) *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 97.

205) Hunt, *supra* note 194, p.432.

206) *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC) at para. 135.

207) Hunt, *supra* note 194, pp.434-435.

最後に、Hunt は、イギリスにおける「[人権]法の適当な解釈は、Du Plessis 判決における Kriegler 判事の反対意見と同様に、間接的水平的効力と直接的水平的効力の間に存在する、条約上の権利に関する立場に達するというものである。すなわち、私的な関係を規律するコモン・ローも含めたあらゆる法に条約を適用させるものである」と結論づける²⁰⁸⁾。この結論は次のようにして導かれている。①人権法のテキストおよび人権法制定過程での議論を参照すれば、「**直接的**水平的適用が意図されていないことは明白である〔強調原文〕」し²⁰⁹⁾、「垂直的効力」のみを有するという立場も否定される²¹⁰⁾。②「[人権法]第6条1項において条約と適合するように行為する義務に服さしめられる公的機関の定義に裁判所と審判所が含まれたことは、人権法下での条約上の権利の水平性にとって非常に重要であ」って²¹¹⁾、当該規定が存在する以上、「人権法が施行されるとき、裁判所は、民事訴訟においてコモン・ローを解釈する際に、単に条約を『考慮する』権限を有するのでも、条約上の『価値〔values〕』を考慮に入れる義務を有するでもないであろう」²¹²⁾。「むしろ、裁判所は条約上の権利〔rights〕と適合するように行為する明白な義務の下にある。時として、この義務は、その適合性を達成するためにコモン・ローを積極的に修正ないし発展させるのを疑いなく要求するであろう」²¹³⁾。したがって、「すでに存在し私的な関係を規律する法は、条約との適合性を達成するために解釈、適用、必要であれば発展させられなければならない。しかし、訴訟原因が存在せず適用される法が存在しない場合、裁判所は新しい訴訟原因を創り出し得ない」こととなる²¹⁴⁾。Hunt は、この意味において、「『あらゆる法への適用』と完全な水平性との間になされる意義ある区別が存在する」と強調している²¹⁵⁾。

(iv) Gavin Phillipson の見解

Gavin Phillipson の見解は、「私的なコモン・ロー訴訟において条約上の権利を援用しようとする原告は、問題となる権利に単に依拠し得ず、既存のコモン・ローの訴訟原因における請求に基づかなければならない。すなわち、自身の請求を支持するものとして関連する条約上の権利を援用し得る」²¹⁶⁾という「(弱い)間接的水平的効力説」である。

Phillipson は、「(弱い)間接的水平的効力説」を採用する根拠として、①人権法において「条約上の権利を明らかに編入しなかったこと」、②人権法における「[条約]第1条および13条の欠落」、③「[コモン・ローの]発展が依存する、条約上の権利〔rights〕と既存の不法行為との一致が実際上難しいこと」、を挙げている²¹⁷⁾。

①人権法において条約上の権利を明らかに編入しなかったことに関しては、人権法制定

208) *Ibid.* p.438.

209) *Ibid.*

210) *See ibid.* p.440.

211) *Ibid.* p.439.

212) *Ibid.* p.441.

213) *Ibid.*

214) *Ibid.* p.442.

215) *Ibid.*

216) Phillipson, *supra* note 178, p.847.

217) *Ibid.* p.848.

過程における大法官の以下の説明が紹介される。

「これ〔人権法案〕は、公的機関に条約上の権利と適合するような方法で行為する要求を課すものであり、そうしない場合の司法的救済の付与を規定している。」「しかしながら、条約上の権利は、それ自体で我々の実体的な国内法の一部とはならない。」²¹⁸⁾

この説明から、Phillipson は、「条約上の権利は国内法の一部とされなかったので、原告は私的団体に対するそのような権利を有するものではない」とし²¹⁹⁾、「完全ないし直接的水平的効力」の立場を否定する。また、「人権法がその〔条約上の〕権利自体を国内法に編入するものでないとするれば、公的機関に対して行使されるときのような明らかな権原〔entitlements〕というよりも、私的領域においてはせいぜい法的価値ないし原理〔values and principles〕となり得るものであるのは明らかである」としている²²⁰⁾。

②人権法における欧州人権条約 1 条および 13 条の欠落に関して、Phillipson は、まず、「欧州人権条約 1 条の排除は、人権法は完全なる〔条約の〕編入の達成が意図されており——裁判所を通じて——実行者にかかわらず条約上の侵害を防止ないし救済するという国家に結果として生じる一般的義務を設置するためのものである、という主張を無力化する」と述べる²²¹⁾。また、人権法における「〔条約〕第 13 条を公的機関のみに対処する条項〔＝人権法 8 条〕に変換したこと、および私的な権利侵害のケースにおいても〔条約 13 条が〕利用可能であることを示す文言の除去は、裁判所は既存の訴訟原因を巧みに扱って私的な権利侵害に対する救済を試みて提供する義務を有する、という主張を維持し難いものとする」と述べている²²²⁾。

③コモン・ローの発展による条約上の「権利」と既存の不法行為との一致の難しさに関しては、以下のように説明されている。まず、間接的水平的効力に関する「『強い』アプローチは、……裁判所に既存の法と条約上の権利との適合性を確保する絶対的義務〔absolute duty〕を課すものであり、裁判官は条約上の権利をルール〔rules〕として扱わねばならず、条約上の権利の関連する条項において明示された例外〔exceptions〕のみが、主たる権利に優越するのを認められ得る」²²³⁾。「この Hunt モデルの下では、裁判所は、関連する現在の不法行為に関するルールおよびそれを下支えする価値をただ無視しなければならず、自動的にあらゆる既存のルールを条約上の関連条項が要求するものと全く一致するように変化させねばならないであろう」²²⁴⁾。Phillipson は、「このようなアプローチはコモン・ローの『発展』として説明され得ない」と批判し²²⁵⁾、既存の法に内在するような「条約にな

218) *Hansard*, HL Vol.583 col.508 (November 18, 1997).

219) Phillipson, *supra* note 178, p.836.

220) *Ibid.* p.837.

221) *Ibid.* p.836.

222) *Ibid.* p.838.

223) *Ibid.* pp.832-833. なお、引用中の「『ルール〔Rules〕』は、適用されたならば関連する問題を自動的に決定する規範を意味している」。 *Ibid.* p.831.

224) *Ibid.* p.839.

225) *Ibid.*

い他の要素が主たる権利に優越する余地がある」²²⁶⁾立場を採用する。

上記から、「全体として人権法のより妥当な解釈は、その水平性は弱いレベルにあるというものである。すなわち、裁判所はコモン・ローの発展や適用において条約上の権利に提示された価値〔values〕を考慮する義務を負うこととなろう」と結論づけられる²²⁷⁾。

(v) 小 括

2000年までに主張された(「公的機関」としての裁判所)と人権法における「水平的効力」の問題に関する初期の学説は、以上のとおりである。

第一に、人権法における条約上の権利は垂直的効力のみ有するという Buxton の「水平的効力完全否定説」は、自身によって後に否定されていることから分かるように「無理な推論〔non sequitur〕」²²⁸⁾と考えられる。そもそも、「Sir Richard〔Buxton〕は彼の論文において〔人権法〕第3条を議論していない」²²⁹⁾、すなわち私人間に適用される制定法の条約適合的解釈によって生じ得る上述の「制定法上の水平性」を見落としている、との批判がなされている。また、人権法制定過程での Lord Wakeham によって提出された人権法案6条の修正案に対する議論も考慮すれば、人権法の解釈として「水平的効力完全否定説」は採り得ないものであろう²³⁰⁾。

第二に、Wade の「完全な水平的効力説」は、学界から一定の支持を得ている²³¹⁾。しかし、「完全な水平的効力」と新しい私的な訴訟原因の創設は「〔人権法〕第6条、7条、および8条によってなされる、条約上の権利に反する公法上の違法行為〔wrongdoing〕と条約上の権利が関係し得る他の事例の間の慎重な区別を無意味なものとする」こととなる、と批判されている²³²⁾。たしかに、人権法上の「公的機関」の定義を不必要とする Wade の見解は、人権法の解釈の枠を超えるものであろう。逆にいえば、人権法の制定において「完全な水平的効力」を認めるような「第6条の広い解釈……が意図されていたならば、立案は明らかに拙い〔clumsy〕ものである」²³³⁾。そして、「私的当事者間の条約上の権利を保護する……新しい訴訟原因の創設は、裁判所にその適切な役割の外に出て議会の後釜に座るのを要求するものと……みなされるであろう」²³⁴⁾。また、Wade の見解は「条約の水平的適用において裁判所に柔軟性〔flexibility〕を認めないものであ」って、「私的な人権法訴訟による置き換えでコモン・ローに関する全領域〔swathes〕に脅威を与えるというとりわけ過激な方法で

226) *Ibid.* p.833.

227) *Ibid.* p.843.

228) Wade, *supra* note 189, p.218.

229) N. Bamforth, “The True “Horizontal Effect” of the Human Rights Act 1998” (2001) 117 L.Q.R. 34, p.37.

230) See G. Phillipson and A. Williams, “Horizontal Effect and the Constitutional Constraint” (2011) 74 M.L.R. 878, pp.880-881.

231) See e.g., D. Beylveeld and S. D. Pattinson, “Horizontal Applicability and Horizontal Effect” (2002) 118 L.Q.R. 623, p.646 n.110; J. Morgan, “Privacy, Confidence and Horizontal Effect: “Hello” Trouble” (2003) 62 C.L.J. 444, p.467.

232) A. Lester and D. Pannick, “The Impact of the Human Rights Act on Private Law: The Knight’s Move” (2000) 116 L.Q.R. 380, p.383.

233) Leigh, *supra* note 13, p.84.

234) Beatson, Grosz, Hickman and Singh, *supra* note 70, p.376.

この適用を要求するものであろう〔強調原文〕とも判断されている²³⁵⁾。したがって、私法の独立性の維持という観点を重視すれば、「完全な水平的効力説」は採り得ないものとなるう。

第三に、Hunt の見解と Phillipson の見解は、ともに「間接的水平的効力説」に分類されるものであった。とりわけ Hunt の見解は支持を得ており²³⁶⁾、学界における「コンセンサスが『間接的水平的効力』の考えの周辺で見出されたように思われたとき、〔「水平的効力」に関する〕議論は終わった」と評されている²³⁷⁾。

(2) Campbell 判決（貴族院）

では、〈「公的機関」としての裁判所〉と人権法における「水平的効力」の問題は、実際の訴訟においてどのように扱われたであろうか？ この問題が扱われた多くの訴訟は、欧州人権条約 8 条と 10 条の影響が争われたメディアによるプライバシー侵害訴訟である。もっとも、イギリスでは包括的なプライバシー侵害という訴訟原因は認められておらず²³⁸⁾、当該訴訟においては「信頼違反〔breach of confidence〕」という訴訟原因が重要な役割を果たしている²³⁹⁾。

人権法とプライバシーに関するリーディング・ケースとされているのは、Campbell 判決（貴族院）²⁴⁰⁾である。本判決の事案は、スーパー・モデルである Naomi Campbell が、デイリー・ミラー紙に、①Campbell が麻薬依存症であること、②彼女がその治療を受けていること、③彼女がナルコティクス・アノニマス〔Narcotics Anonymous〕で治療を受けていること、④その治療の詳細、⑤彼女がその集いの会場から出てきたところを密かに撮影した数枚の写真、を含む記事を掲載されたことに対して、（主として）信頼違反に基づく損害賠償を請求したというものである。貴族院は、具体的事案に対する判断において、3 対 2 で

235) G. Phillipson, “Clarity Postponed: Horizontal Effect after *Campbell*” in H. Fenwick, G. Phillipson and R. Masterman (eds.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act* (Cambridge University Press, 2007) p.152.

236) See e.g., Lester and Pannick, *supra* note 232, p.381; J. Beatson and S. Grosz, “Horizontality: A Footnote” (2000) 116 L.Q.R. 385, pp.385-386.

237) T. D.C. Bennett, “Horizontality’s New Horizons—Re-examining Horizontal Effect: Privacy, Defamation and the Human Rights Act—Part 1” [2010] Ent. L.R. 96.

238) See R. Wacks, “Why there will never be an English common law privacy tort” in A. T. Kenyon and M. Richardson (eds.), *New Dimensions in Privacy Law* (Cambridge University Press, 2006) p.154.

239) 従来型の信頼違反の 4 要件は「第一に、内密なもの〔confidential〕である情報が存在しなければならない。第二に、原告は、被告が当該情報を利用または公開しない義務を負っていることを証明しなければならない。第三に、原告は、被告が上記の義務に反して当該情報を利用または公開したことないし利用または公開しようとしていることを証明しなければならない。第四に、（最も明らかに、公の利益〔public interest〕のためのものであることに基づく）公開の正当化が被告に認められていなければならない。」というものであるが、現在では「〔信頼〕関係を保護する」というよりも広く「情報自体を保護する」ように要件が修正されている（T. Aplin, L. Bently, P. Johnson and S. Malynicz, *Gurry on Breach of Confidence* (2nd ed., Oxford University Press, 2012) pp.3-4）。「信頼違反」という訴訟原因に関しては、石井夏生利『個人情報保護法の理念と現代的課題』（勁草書房、2008年）67頁以下、内藤り「私生活上の事実の保護における秘密保持の法理の活用——イギリス私法上のプライバシー保護の一展開」国家学会雑誌 122 巻 1 = 2 号（2009年）221頁以下、参照。

240) *Campbell v MGN Ltd* [2004] UKHL 22; [2004] 2 A.C. 457. 本件に関しては、石井・前掲注 239) 94-102 頁、ミドルトン・前掲注 151) 196-208 頁、に詳しい。

Campbell の請求を認めた。以下では、本判決における〈「公的機関」としての裁判所〉と人権法における「水平的効力」の問題に関する部分に注目していくこととする。

多数意見を構成する Baroness Hale は、「1998 年人権法は私人間にいかなる新しい訴訟原因も創設するものではない。しかし、適用可能な関連する訴訟原因が存在するならば、公的機関としての裁判所は両当事者の条約上の権利と適合するように行為しなければならない」と判示する²⁴¹⁾。そして、「1998 年人権法の第 6 条の下で、公的機関としての裁判所は、『条約上の権利に適合しない方法で』行わないことを要求されている。裁判所は、信頼違反に対する旧来の訴訟に〔条約〕第 8 条および 10 条が保障する権利を取り込むことによってこの要求を達成し得る」という *A v B* 判決（控訴院）における Lord Woolf の判示²⁴²⁾を肯定的に引用している²⁴³⁾。また、「プライバシー侵害」という不法行為に関しては、「我々の法は、たとえそれを望んだとしても、包括的なプライバシー侵害という不法行為を展開し得ない。しかし、既存の救済が利用可能な場合には、裁判所は当事者の競合する条約上の権利を衡量し得るだけでなく衡量しなければならない」と述べている²⁴⁴⁾。

同じく多数意見を構成する Lord Hope は、「条約上の権利に適合しない方法で行わない……1998 年人権法 6 条 1 項の下での公的機関としての裁判所の義務」²⁴⁵⁾の存在を認め、「新しい幅と力が、これらの規定〔=人権法を通じて適用される欧州人権条約 8 条および 10 条〕によって信頼違反に対する訴訟に与えられる」と判示している²⁴⁶⁾。なお、同じく多数意見を構成する Lord Carswell は、Lord Hope と Baroness Hale の意見に同調している²⁴⁷⁾。

これに対して、少数意見を構成する Lord Nicholls は、以下のように判示する。

「〔条約〕第 8 条および 10 条において記されている価値〔values〕は今や信頼違反に対する訴訟原因の一部であると認めるときが訪れた。〔*A v B* 判決（控訴院）において〕Lord Woolf が述べたように、裁判所は、この訴訟原因に〔条約〕第 8 条および 10 条によって保障される権利を取り込むことによってこの結果を達成し得た……。さらに、その趣旨から、これらの価値は全般的な適用に属している。〔条約〕第 8 条および 10 条に具体化される価値は、個人と公的機関の間の紛争におけるのと同様に、諸個人間ないし個人と新聞社のような非政府団体の間の紛争においても適用可能である。」「1998 年人権法の第 6 条によって裁判所に課される義務が実務および手続の問題と対比される実体法の問題に拡張されるか否かを判断する必要はない。〔条約〕第 8 条および 10 条を下支えする価値は個人と公的機関の間の紛争に制限されない、と認めることで十分である。」²⁴⁸⁾

また、「信頼違反」という不法行為に関して、現在の用語法では、個人の私生活についての

241) *Campbell, supra* note 240, at [132].

242) *A v B, supra* note 185, at [4].

243) *Campbell, supra* note 240, at [132].

244) *Ibid.* at [133].

245) *Ibid.* at [114].

246) *Ibid.* at [86]. See *ibid.* at [105] and [106].

247) *Ibid.* at [161].

248) *Ibid.* at [17] and [18].

情報は「内密なもの〔confidential〕」というよりも「プライベート〔private〕」と表現されており、「この不法行為の本質は、現在、私的情報の濫用〔misuse of private information〕とよりよく要約されるものである」としている²⁴⁹⁾。

同じく少数意見を構成する Lord Hoffman は、以下のように判示している。

「現在、〔条約〕第8条と同等のものがイギリス法の一部として制定されたけれども、私人または私的な会社に対するプライバシーの保護と直接的に関係するものではない。1998年人権法の第6条により、これは公的機関に対してのみプライバシーを保障するものである。」「人権に関する法がなしたことは、私的情報を人間の自律および尊厳〔human autonomy and dignity〕の側面として保護に値するものと同定したことである。……私は、正当化されない私的情報の公表に関し、国家に対して保護されるのに比べて私的な個人に対しては保護されない、と主張する理論的根拠を見出し得ない。」「このような発展の結果は、信頼違反に対する訴訟が正当化されない私的情報の公表に対する救済として用いられるときの訴訟の重心〔centre of gravity〕の移動であった。……内密な私的情報や営業秘密などに適用可能な信頼義務に基づく訴訟原因に代わって、これは人間の自律および尊厳の保護——自己の私生活に関する情報伝達をコントロールする権利および他の人々を評価および尊重する権利に焦点を当てるものである。」²⁵⁰⁾

Lord Hoffman は「本事案の重要性は、全員一致で、法はプライバシー権と表現の自由の権利の間の衡量を行うべきである、という発展途上の一般原理の宣言にある」と判示しているが²⁵¹⁾、多数意見と少数意見で理論構成は異なっている。まず、多数意見を構成する Baroness Hale の判示は、人権法に基づく新しい私的な訴訟原因の創設を否定するが、私的当事者間の「条約上の権利」を衡量する裁判所の義務を認めるという「強い間接的水平的効力説」に近いものである。同じく多数意見を構成する Lord Hope の判示も、明示的ではないが同様の立場を採るものと考えられる²⁵²⁾。一方、少数意見を構成する Lord Nicholls の判示は、人権法における「水平的効力」の問題に正面から対処せず、私人間訴訟への「条約上の権利」というよりも「条約上の権利を下支えする価値」の適用を主張するものであった。これに対しては、A v B 判決（控訴院）における Lord Woolf の人権法6条に関する判示を引用しながら、人権法における「水平的効力」の問題を棚上げしており、「なぜ〔条約〕第8条および10条を下支えする価値が私法において適用されるべきであるか〔強調原文〕」について何ら説明していない²⁵³⁾、と批判し得よう。同じく少数意見を構成する Lord Hoffman の判示は、一見して Buxton に類似した理論を展開しているが、特定の「条約上の権利ないし価値」ではない「人間の自律および尊厳」という道徳的価値に適合するように「信頼違反」という訴訟原因を発展させている。その上で、Lord Hoffman は「プレスの中

249) *Ibid.* at [14].

250) *Ibid.* at [49], [50] and [51].

251) *Ibid.* at [36].

252) See H. Fenwick and G. Phillipson, *Media Freedom under the Human Rights Act* (Oxford University Press, 2006) pp.135-137.

253) Phillipson, *supra* note 235, p.162.

由と個人情報保護する個人の「コモン・ロー」上の権利の間の関係を考慮する〔傍点筆者〕とし²⁵⁴⁾、ストラスブールの判例を参照しつつ両者の衡量を行っている。したがって、少数意見はともに人権法における「水平的効力」の問題を回避するものであり、「プライバシー権と表現の自由の権利の間の衡量」に関する理論構成は多数意見と少数意見で異なっていることが理解できる。

(3) 検討

〔「公的機関」としての裁判所〕と人権法における「水平的効力」の問題に関しては、上記のように種々の学説が存在し、Campbell 判決（貴族院）の多数意見は一定の見解を提示しているものの、少数意見はともに人権法における「水平的効力」の問題を回避するものであった。では、人権法の解釈としてはいずれの見解が正当なものであろうか？

まず、人権法における「条約上の権利」は垂直的効力のみ有するという Buxton の「水平的効力完全否定説」は、制定法（私法）の条約適合的解釈（人権法 3 条 1 項）の可能性や人権法制定過程での Lord Wakeham によって提出された人権法案 6 条の修正案に対する議論も考慮すれば、採り得ないものであろう。

次に、Wade の「完全な水平的効力説」は、人権法上の「公的機関」の定義を不必要とする点で、人権法の解釈の枠を超えるものであろう。もっとも、近時、「完全な水平的効力説」を支持する立場から、「信頼違反」という不法行為の本質を「私的情報の濫用」として Campbell 判決における Lord Nicholls（少数意見）の判示が、「裁判所が新しい訴訟原因を創設した〔強調原文〕」ケースとして評価されている²⁵⁵⁾。しかし、この判示は既存の訴訟原因である「信頼違反」を発展させたものと考えるのが正当であらう。また、仮にその評価が正しいとしても、少なくとも Lord Nicholls は新しい私的な訴訟原因の創設と人権法との関係を明らかにしていない点には注目すべきである²⁵⁶⁾。

そして、Hunt の見解と Phillipson の見解は、ともに「間接的水平的効力説」に分類され得るものであった。とりわけ前者の「強い間接的水平的効力説」は、Campbell 判決の多数意見によっても支持されている。注目すべきは、後者の「(弱い) 間接的水平的効力説」の論者である Phillipson と Alexander Williams の共著論文において、『『権利』と『価値』の実際の区別はほとんどない……、なぜなら、實際上、水平的に適用可能な条約上の権利は、人権法の下ではいずれにせよ原理ないし価値として——つまり、ハードエッジな権利というよりも判決を行うための理由〔reasons〕として——作用するように思われる〔強調原文〕』とされている点である²⁵⁷⁾。したがって、「条約上の権利」（特に欧州人権条約 8 条～11 条）が「ルール」ではなく「原理」としての側面を有することを前提とすれば、Hunt の見解と「(弱い) 間接的水平的効力説」はある程度整合的に理解することができる。結論として、

254) Campbell, *supra* note 240, at [55].

255) Bennett, *supra* note 237, p.102.

256) See J. Wright, "A Damp Squib? The Impact of Section 6 HRA on the Common Law: Horizontal Effect and Beyond" [2014] P.L. 289, p.294.

257) Phillipson and Williams, *supra* note 230, p.901.

〈人権法に基づく新しい私的な訴訟原因は創設されないが、裁判所は私的当事者の「条約上の権利」と適合する方法であらゆる私法（制定法，コモン・ロー）を解釈する義務に服する〉という「（強い）間接的水平的効力説」は、人権法上の新しい私的な訴訟原因を認めない点で〈私人は、人権法ではなくあくまで既存の法に服する〉という前提を維持しつつも、裁判所による既存の法の条約適合的解釈を通じて私人間の「人権侵害」の問題を解決可能としており、人権法の解釈として優れたものであると評価し得よう。正確に記述すれば、この立場は、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人間無適用の立場を前提として、「公的機関」としての裁判所が私人間訴訟においても人権法に拘束される（＝裁判所－被害者／裁判所－加害者間に「条約上の権利」が適用された上で、既存の法を条約適合的に解釈する義務に服さしめられる）ことによって私人間に「間接的水平的効力」は生じ得る、というものである。付言すれば、裁判所が既存の法と適合させる被害者側の「条約上の権利」の内実は、防御権に尽きるものではなく、「私的当事者間に積極的な国家の介入を要求する」²⁵⁸⁾ものである必要があろう。

3 小 括

裁判所が「公的機関」に含まれる（人権法6条3項a）ことによって生じ得る「水平的効力」に関係する、人権法制定過程での注目すべき議論としては、(i)人権法の名宛人に関する議論、(ii)Lord Wakehamによって提出された人権法案6条の修正案〔Amendment〕に対する議論、(iii)「公的機関」としての裁判所の役割に関する議論、が挙げられる。結論として、(i)〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という垂直的アプローチが前提とされており、他方で、(ii)人権法における条約上の権利が垂直的効力のみを有するという厳格な立場も否定されている。そして、(iii)「公的機関」としての裁判所はあらゆるケースで既存の法（法の不存在も含む）によって生じる条約上の権利侵害に対して新しい救済を付与し得ない、というのが人権法制定過程における大法官の見解であった。上記の人権法制定過程における議論からは、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人間無適用の立場を前提として、「公的機関」としての裁判所（第6条3項a）が私人間訴訟においても人権法に拘束されることによって（救済に関する制約はありつつも）一定の「水平的効力」は生じ得るという結論が導き出される。

〈「公的機関」としての裁判所〉と人権法における「水平的効力」の問題に関しては、上記のように種々の学説が存在し、Campbell判決（貴族院）の多数意見は一定の見解を提示しているものの、少数意見はともに人権法における「水平的効力」の問題を回避するものであった。

Huntの見解である「（強い）間接的水平的効力説」は、多数説を構成し、Campbell判決の多数意見によっても支持されている。〈人権法に基づく新しい私的な訴訟原因は創設されないが、裁判所は私的当事者の「条約上の権利」と適合する方法であらゆる私法を解釈する

258) *Ibid.* p.886.

義務に服する」という「(強い) 間接的水平的効力説」は、人権法上の新しい私的な訴訟原因を認めない点で〈私人は、人権法ではなくあくまで既存の法に服する〉という前提を維持しつつも、裁判所による既存の法の条約適合的な解釈を通じて私人間の「人権侵害」の問題を解決可能としており、人権法の解釈として優れたものであると評価し得る。

第4節 私法の「条約適合的解釈」

1 1998年人権法上の「条約適合的解釈」の意義と限界

(1) 人権法における「条約適合的解釈」の意義

人権法上、事後的な立法の条約適合性確保手段として、「条約適合的解釈」(人権法3条)と「不適合宣言」(人権法4条)が用意されている。人権法施行以前においては、「条約と合致する意味と合致しない意味を有しているという点で曖昧である〔ambiguous〕国内法上の規定を解釈する際には、議会は条約と合致する立法……を意図したものと裁判所は推定する」とされ²⁵⁹⁾、「裏口からの国内法化」が否定されてきた²⁶⁰⁾。これに対して、人権法の施行後は〈文言上曖昧性を有しない制定法であっても条約上の権利と適合するように解釈される〉こととなり、人権法3条の下での裁判所の義務は「強力な解釈義務」とされる。そして、人権法3条の「条約適合的解釈」が不可能である場合には、人権法4条の「不適合宣言」が出されることとなる。ただし、「議会主権とは、議会は自身の選択するあらゆる事項についていかなる法をも制定する資格を有し、裁判所は議会の可決したいかなる法の効力をも疑い得ない、ということの意味する」のであり²⁶¹⁾、不適合宣言がなされたとしても、条約上の権利と適合しない当該規定は無効とならず、訴訟当事者も救済されることはない(人権法4条6項)。なお、不適合宣言がなされた後に、国務大臣〔Minister of the Crown〕は「命令〔order〕によって、不適合性を除去するために必要であると思料する立法の修正〔amendments〕をすることができる」(人権法10条1項および2項)とされている²⁶²⁾。

人権法3条の「条約適合的解釈」を行うに際しては、第一に「裁判官は、立法が条約上の権利に一見して〔prima facie〕適合するかどうかを確認しなければならない〔強調原文〕」とされる²⁶³⁾。厳密に言えば、「『一見した〔apparent〕不適合性』という語は、通常の制定法解釈原則の適用において、当該規定と条約上の権利の間の文言上の一見した不適合性ないし当該規定の背後に存する意図から生じる不適合性は存在するが、〔人権法〕第3条の効

259) *R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Brind* [1991] 1 A.C. 696 at 747-748 (Lord Bridge).

260) 江島・前掲注7) 112頁以下参照。

261) Home Office, *supra* note 6, at [2.13].

262) 江島晶子「イギリス憲法の『現代化』とヨーロッパ人権条約——多層的人権保障システムの観点から——」倉持孝司＝松井幸夫＝元山健編『憲法の『現代化』』(敬文堂、2016年)305頁によれば、2014年12月時点では、「確定した20件の〔不適合宣言の〕うち12件は議会法(第一次立法)によって救済され、3件は人権法10条に基づく救済命令によって救済され、4件は不適合宣言が出された時点ですでに立法的救済が完了していて、1件は不適合性をいかに救済するかの検討中である」。

263) A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act* (Cambridge University Press, 2009) p.23.

果はまだ考慮されていない，ということを示すものである」²⁶⁴⁾。このように，人権法3条の「条約適合的解釈」は従来の解釈手法とは異なるものであって，「〔人権法〕第3条は……，裁判所に議会意思を覆す資格を与える，重要な憲法上の端緒を提示するものである」と考えられる²⁶⁵⁾。以下では，人権法制定過程における議論および初期の判例における議論を概観していくこととする。

(2) 人権法制定過程における「条約適合的解釈」に関する議論²⁶⁶⁾

第一に，人権法案と同時に提示された白書では，「条約適合的解釈」が以下のように説明されている。

「これ〔＝「条約適合的解釈」〕は，裁判所が立法規定における曖昧性を解決する際に条約を考慮するのを可能とする現在のルールを遙かに超えるものである。裁判所は，立法自体がそうするのが不可能であるほどに明白に条約と不適合でない限り，条約上の権利を支持するように解釈するのを要求されるであろう。」「この『解釈のルール』は過去の立法にも将来の立法にも適用されることとなる。立法規定の意味に影響を与えるという点で，裁判所は，従来の解釈によって拘束されることはない。条約上の権利を考慮に入れた，新しい判例法の体系を形成することが可能となるであろう。」²⁶⁷⁾

第二に，大法官は，人権法案3条は「制定法を——一つは条約と適合し，もう一つはそうではない——二通りに解釈するのが可能であるならば，裁判所は常に適合的な解釈を選択する，ということを確認するであろう」，と説明する²⁶⁸⁾。また，人権法案3条と4条の関係に関しては，「我々は，裁判所には，立法の文言が許容する限りで条約上の権利と整合する立法の解釈を見出すように努力し，最終手段〔last resort〕としてのみ，立法は単に条約上の権利と不適合であるという結論を下すようにしてもらいたい」と述べている²⁶⁹⁾。さらに，大法官は，「裁判所は本法案の下で第一次立法を無効とすることはないが，〔人権法案3条における〕制定法解釈の原則が強力な代替手段である」とし，「提起される事案の99%で，司法による不適合宣言の必要はないであろう」と自身の見解を述べている²⁷⁰⁾。なお，大法官の Lord Irvine が1997年12月16日に行った講演での以下のような発言が，人権法案の審議において Lord Lester によって紹介されている²⁷¹⁾。

「人権法は，裁判所に『そうすることが可能な〔possible〕限り……』条約上の権利と適合するように立法を解釈し，効力を付与するように要求している。これは，……現在のルールを遙かに超えるものである。曖昧性を見出す必要はなくなるであろう。反対に，裁判所は，立法自体がそうするのが不可能であるほどに明白に条約と不適合でない限

264) Beatson, Grosz, Hickman and Singh, *supra* note 70, p.473.

265) Clayton and Tomlinson, *supra* note 59, p.176.

266) この部分に関しては，岩切大地「イギリスの一九九八年人権法と制定法解釈——人権法制定過程を中心に——」法学政治学論究 61号（2004年）393頁以下に詳しい。

267) Home Office, *supra* note 6, at [2.7] and [2.8].

268) *Hansard*, HL Vol.582 col.1230 (November 3, 1997).

269) *Hansard*, HL Vol.583 col.535 (November 18, 1997).

270) *Hansard*, HL Vol.585 col.840 (February 5, 1998).

271) *Hansard*, HL Vol.584 cols.1291-1292 (January 19, 1998).

り、条約上の権利を支持するように立法を解釈するのを要求されるであろう。議会が条約上の権利に反する意図がなかったことは、議会における記録〔Parliamentary history〕、とりわけ人権法によって要求される大臣の適合声明から明らかとなるはずである。」「この特定のアプローチが革新的なものである一方で、裁判所を助けることとなるいくつかの先例が存在する。EC法に関する事案において、解釈手法が、文言の意味の歪曲〔straining〕または存在しない文言の読み込み〔reading in〕を必要とするとしても、国内法をEC法と適合させるためには用いられ得る、ということを我々の裁判所はすでに示している。」²⁷²⁾

第三に、当時の内務大臣は、人権法案3条は「裁判所が現在条約に関連する立法を解釈している手法から先に進ませるものである」と説明している²⁷³⁾。また、「我々は、ほぼすべての事案において、裁判所が条約に適合するように立法を解釈できらるうと想定している」とし²⁷⁴⁾、人権法案3条と4条の関係に関しては、「我々は、裁判所には、立法の明白な文言が許容する限りで条約上の権利と整合する立法の解釈を見出すように努力し、最終手段としてのみ、立法は単に条約上の権利と不適合であるという結論を下すようにしてもらいたい」と述べている²⁷⁵⁾。

注目すべきは、人権法案3条から「可能〔possible〕」という文言を除去して「合理的〔reasonable〕」という文言を挿入する修正案に対する議論である。この修正案に対して、大法官は以下のように回答している。

「『可能〔possible〕』という文言は、単に裁判所に議会意思と整合する解釈を見出すように求めるのに我々の考案できる最も明瞭な手段である……。他方で、『合理的〔reasonable〕』は評価を伴う〔evaluative〕基準であり、修正案の提出者は基準が何であり得るかにして何らの指針も我々に与えていない。」「当修正案に抵抗する際に言う必要があるのは、我々は、そのことを達成するのが不可能であるときを除いて制定法の文言に従って可能であるときにはいつでも、条約と整合する意味を有するように裁判所に制定法を解釈してもらいたい、ということである。」²⁷⁶⁾

また、当時の内務大臣も以下のように述べている。

「〔修正案によって〕想定できる結果……は、裁判所が現状の第3条の条件下よりも立法解釈の道を進まない、ということである。」「疑義が生じるのを避けるために、現状の第3条を適用する際、裁判所は文言の意味を曲解して〔contort〕現実にはあり得ない〔implausible〕または信じ難い〔incredible〕意味を生み出すべきである、というのは我々の意図ではない、と私は主張する。」「我々がまさに『合理的〔reasonable〕』という文言を用いたならば、我々は主観的テストを創設したであろう。『可能〔possible〕』

272) Lord Irvine, “The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights” [1998] P.L. 221, pp.227-228.

273) *Hansard*, HC Vol.313 col.423 (June 3, 1998).

274) *Hansard*, HC Vol.306 col.778 (February 16, 1998).

275) *Hansard*, HC Vol.313 cols.421-422 (June 3, 1998).

276) *Hansard*, HL Vol.583 col.535 (November 18, 1997).

は異なるものである。『可能な解釈とは何か？ 一連の文言と可能な諸解釈に目を向けてみよう』。²⁷⁷⁾

上記から、人権法制定過程において、〈人権法3条の「条約適合的解釈」は従来の解釈手法とは異なるものである〉と想定されていることが理解できる。たとえば、白書や（講演における）大法官の発言にあるように、「条約と合致する意味と合致しない意味を有しているという点で曖昧である〔ambiguous〕国内法上の規定を解釈する際には、議会は条約と合致する立法……を意図したものと裁判所は推定する」という先例²⁷⁸⁾と異なり、〈文言上曖昧性を有しない制定法であっても条約上の権利と適合するように解釈される〉こととなる。また、「条約適合的解釈」の限界に関しては、〈明白に条約上の権利と適合しない制定法上の文言が存在する場合には、「条約適合的解釈」は不可能である〉と想定されていることが理解できる。しかし、その他の「条約適合的解釈」の限界に関しては、（講演における）大法官の発言と当時の内務大臣の主張の間に対立があるように見受けられる。前者は「文言の意味の歪曲または存在しない文言の読み込み」も認められると示唆するのに対し²⁷⁹⁾、後者は「文言の意味を曲解して、現実にはあり得ないまたは信じ難い意味を生み出す」ことを認めていない。以上のような人権法制定過程における議論は、後の判例にも影響を及ぼしている。

(3) 初期の判例における「条約適合的解釈」に関する議論²⁸⁰⁾

イギリスにおいては、（当然批判もあるが）「制定法解釈における最高の目的は立法者が意図したことを発見することである」との主張²⁸¹⁾もなされているように、制定法を解釈する際に「議会意思〔the intention of Parliament〕」は重要な役割を果たしてきている²⁸²⁾。一方、たとえば、Lord Lester は、裁判所は人権法の下での「条約適合的解釈」においては「立法意思を確かめること」よりも「立法の効果」を念頭に置くこととなる、と主張する²⁸³⁾。では、「条約適合的解釈」においては「議会意思という要〔lynchpin〕」²⁸⁴⁾はどうなるのであろうか？ さらに、「立法が（人権法に含まれているような）広く評価を伴う〔evaluative〕文言で起草されるときには、その解釈に関する議論は、文言の意味だけによって決まるのではなく、司法の役割の領域や限界についての評価を伴う判断や、特定のケースで公正さ

277) *Hansard*, HC Vol.313 cols.421-423 (June 3, 1998).

278) *Brind*, *supra* note 259, at 747-748 (Lord Bridge).

279) 文言の「読み込み〔reading in〕」という手法は、文言の「限定解釈〔reading down〕」と比較して、「通常、EU法および人権法のコンテキストの外で裁判所が享受する、解釈の限定的な役割とは抵触する」と考えられている (P. Sales, “A Comparison of the Principle of Legality and Section 3 of the Human Rights Act 1998” (2009) 125 L.Q.R. 598, p.611)。

280) この部分に関しては、江島晶子「イギリス『憲法改革』における1998年人権法——議会主権と法の支配の新しい関係——」松井幸夫編『変化するイギリス憲法』（敬文堂、2005年）171頁以下、岩切・前掲注164）99頁以下、深澤・前掲注99）317頁以下、に詳しい。

281) O. Jones, *Bennion on Statutory Interpretation* (6th ed., LexisNexis, 2013) p.478. See R. Ekins, “The Intention of Parliament” [2010] P.L. 709.

282) See J. Bell and G. Engle, *Cross Statutory Interpretation* (3rd ed., Butterworth, 1995) pp.23-31.

283) Lord Lester, “The Art of the Possible – Interpreting Statutes under the Human Rights Act” [1998] E.H.R.L.R. 665, p.674.

284) G. Marshall, “The lynchpin of parliamentary intention: lost, stolen, or strained?” [2003] P.L. 236.

〔fairness〕が要求するものについての実体的（道徳的，政治的および法的）判断によって決まることとなる」と考えられる²⁸⁵⁾。「議会」と「裁判所」の関係や司法の役割等の議論も影響を及ぼす人権法3条の「条約適合的解釈」の意義および限界に関して，注目されるのは，*R v A* 判決（貴族院）²⁸⁶⁾における，Lord Steynによる「よりラディカルなアプローチ」とLord Hopeによる「より慎重なアプローチ」である²⁸⁷⁾。

R v A 判決の事案において問題となったのは，「強姦被害者保護〔rape-shield〕」条項として知られる1999年少年司法および刑事証拠法〔Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999，以下「1999年法」と記す〕41条である。1999年法41条1項は「公判において性犯罪に問われている場合は，裁判所の許可があるときを除いて，告訴人〔complainant〕の性的行動に関して，被告人またはその代理人によって，(a)いかなる証拠も提出され得ない，そして(b)反対尋問においていかなる尋問もなされ得ない」と規定するものであり，同条3項には例外としてそれが許容される場合が列挙されていた。本事案の強姦罪で訴追された被告人は，告訴人との間の過去約3週間にわたる合意による性的関係の存在を主張し，証拠提出・反対尋問の許可を申請したが，第一審裁判所によって拒否されたため，上訴した。貴族院は全員一致で被告人の訴えを認めたが，1999年法41条と欧州人権条約6条の権利（公正な裁判を受ける権利）との適合性の判断手法についてLord SteynとLord Hopeの間で意見が分かれている。

まず，Lord Steynは，「私の見解では，〔1999年法〕第41条3項……の目的的解释という通常的手法は，告訴人と被告人の間の過去の性的経歴に関連する限りで，全体として解釈される第41条に関する過度広汎性の問題を解決できない」とし，「当該制定法は望ましい目的を追求するものであるが，採用された手段は立法の過剰〔legislative overkill〕に値する」とする²⁸⁸⁾。これに対して，「1998年〔人権〕法3条の下での解釈義務は強力なものであ」って，第3条は「文言が2つの異なる意味を有するという意味で文言に曖昧性が存在しないとしても適用される」こととなる²⁸⁹⁾。そして，Lord Steynは，「条約適合的解釈」の意義と限界に関して以下のように判示する。

「〔人権法〕第3条に反映された議会意思に基づけば，言語学的には歪曲された〔strained〕と思われ得る解釈を採用することが時として必要となるであろう。用いられる手法は，明瞭な文言の限定解釈〔reading down〕だけでなく規定の推論〔implication of provisions〕も含まれる。不適合宣言は最終手段である。そうする〔=条約上の権利と適合的に解釈する〕のが明白に不可能でない限り，避けられなければならない。条約上の権利に対する**明白な制限が文言上述**べられている場合に，そのような不可能は生

285) Kavanagh, *supra* note 263, p.30.

286) *R v A (No.2)* [2001] UKHL 25; [2002] 1 A.C. 45.

287) D. Rose and C. Weir, "Interpretation and Incompatibility: Striking the Balance" in J. Jowell and J. Cooper (eds.), *Delivering Rights* (Hart Publishing, 2003) pp.46-47.

288) *R v A*, *supra* note 286, at [43].

289) *Ibid.* at [44].

じる。〔強調原文〕²⁹⁰⁾

Lord Steynによれば、本事案では、「〔人権法〕第3条の下、〔1999年法〕第41条とりわけ41条3項……を、条約6条における公正な裁判を確保するように要求される証拠および尋問は許容できないものとして扱われてはならないという黙示の規定〔implied provision〕に服すると解釈することが……可能であ」って、この解釈によれば「〔1999年法41条の〕過剰な領域は、1998年〔人権〕法3条に反映された議会意思に基づいて縮減されることとなる」²⁹¹⁾。

これに対して、Lord Hopeも、「〔人権法〕第3条が規定する解釈ルールは、従来の制定法解釈のいかなるルールとも異なるものである」とし、「曖昧性ないし不合理性〔absurdity〕を同定する必要は存在しない」とする²⁹²⁾。しかし、「条約適合的解釈」の意義と限界に関して以下のように判示している。

「〔人権法3条における解釈の〕ルールは単に解釈のルールである。裁判官たちを立法者として行為する資格を与えるものではない。……〔条約〕適合性は可能な限りにおいてのみ達成されることとなる。明らかなことに、立法を適合的なものとするのに与えられなければならないであろう意味と明白に矛盾する規定を立法が含んでいるとき、これは不可能なものとなろう。必然的推論〔necessary implication〕によってそうなるときにも、私には同じ結果が生じなければならないように思われる、なぜなら、このことも明白な議会意思を同定する手段だからである。」²⁹³⁾

Lord Hopeによれば、「本条〔=1999年法41条〕の要点は、議会における議論の過程で明らかにされたように、第一審裁判官に従来与えられていた裁量の広さを理由に生じたと考えられる害悪〔mischief〕に対処することであった」ので、「私には、明白な議会意思と矛盾することなしに、裁判所が……〔現行の規定〕によって認められるよりも広い裁量の行使を可能とするであろう規定を読み込む〔read in〕ことは可能でないように思われる」と判断される²⁹⁴⁾。

以上のように、R v A判決において、Lord SteynとLord Hopeの両者は、〈人権法3条の「条約適合的解釈」は従来の解釈手法とは異なるものである〉とし、〈文言上曖昧性を有しない制定法であっても条約上の権利と適合するように解釈される〉ことを判示している。しかし、「条約適合的解釈」の限界に関しては意見が分かれている。Lord Steynは、人権法制定過程における「議会意思」を根拠として、〈明白に条約上の権利と適合しない制定法上の文言が存在する場合には、「条約適合的解釈」は不可能である〉と判示し、「言語学的には歪曲された〔strained〕と思われ得る解釈」も許容している。これに対して、Lord Hopeは、「解釈と立法」の区別を強調し、〈「明白な議会意思」に反する場合には、「条約適合的解釈」

290) *Ibid.*

291) *Ibid.* at [45].

292) *Ibid.* at [108].

293) *Ibid.*

294) *Ibid.* at [109].

は不可能である)としている。「明白な議会意思」は、明白に条約上の権利と適合しない制定法上の文言からだけでなく、制定法の「全体の構造」²⁹⁵⁾から導かれる「必然的推論〔necessary implication〕」によっても同定される。つまり、「推論される意味〔implied meaning〕」が、文言上述べられていないとしても、条約と必然的に不適合である」²⁹⁶⁾場合には、「条約適合的解釈」は不可能である、と結論づけられる。

両者の対立を読み解く際には、**Re S**判決（貴族院）²⁹⁷⁾における Lord Nicholls の以下の判示が注目される。

「人権法は第一次立法の改正を議会に留保している。この方法によって、人権法は議会主権を保持しようとしている。人権法は憲法上の境界を維持している。制定法の解釈は裁判所に適した事項である。制定法の制定および制定法の改正は議会に適した事項である。」「ある法の基本的特徴〔fundamental feature〕から実質的に逸脱する意味は、解釈と改正の境界をおそらく越えたものである……。この逸脱が、裁判所が評価する能力を有しない重要な実務上の〔practical〕影響を有する場合には、特にそうである。このようなケースにおいて、コンテクストの全体的な背景は、解釈過程の正当な使用によって制定法の規定を条約に従ったものとする余地を残さないであろう。条約上の権利に対する制限が明白な文言で述べられていないとしても、この境界線は越えられ得る。

〔**R v A**判決における〕 Lord Steyn の意見……は、文言上の条約上の権利に対する明白な制限が条約と適合しない解釈が生じ得る唯一の状況である、ということの意味するものと読まれてはならない。」²⁹⁸⁾

この後、Lord Steyn が **Anderson**判決（貴族院）²⁹⁹⁾において「〔人権法〕第3条1項は、提示される解釈が、明白な制定法上の文言に反するときまたは推論によれば必然的に制定法によって否定されるときには利用され得ない」と判示し³⁰⁰⁾、上記の「条約適合的解釈」の限界に関する Lord Hope との対立は解消された。両者の対立の解消後、「条約適合的解釈」の限界に関する議論においては、**Re S**判決における Lord Nicholls の判示が重要な役割を果たしていくこととなる。

(4) 小 括

当該規定の「一見した〔apparent〕条約不適合性」が確認された上で行われる「文面上判断」である「条約適合的解釈」に関しては、まず、人権法制定過程において、〈人権法3条の「条約適合的解釈」は従来の解釈手法とは異なるものである〉と想定され、〈文言上曖昧性を有しない制定法であっても条約上の権利と適合するように解釈される〉と理解されていた。また、「条約適合的解釈」の限界に関しては、〈明白に条約上の権利と適合しない制定

295) *Ibid.*

296) A. Kavanagh, "The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998" (2004) 24 O.J.L.S. 259, pp.277-278.

297) *Re S (Minors) (Care Order: Implementation of Care Plan)* [2002] UKHL 10; [2002] 2 A.C. 291.

298) *Ibid.* at [39] and [40].

299) *R (on the application of Anderson) v Secretary of State for the Home Department* [2002] UKHL 46; [2003] 1 A.C. 837.

300) *Ibid.* at [59].

法上の文言が存在する場合には、「条約適合的解釈」は不可能である」と想定されていた。しかし、その他の「条約適合的解釈」の限界に関しては、(講演における)大法官の発言が「文言の意味の歪曲または存在しない文言の読み込み」も認められると示唆していたのに対して、当時の内務大臣の主張は「文言の意味を曲解して、現実にはあり得ないまたは信じ難い意味を生み出す」ことを認めていなかった。

次に、人権法3条の「条約適合的解釈」の意義および限界に関する初期の判例である、*R v A* 判決においては Lord Steyn と Lord Hope の見解が対立していた。Lord Steyn と Lord Hope の両者は、人権法制定過程の議論と同様、(人権法3条の「条約適合的解釈」は従来の解釈手法とは異なるものである)とし、(文言上曖昧性を有しない制定法であっても条約上の権利と適合するように解釈される)と判示した。しかし、「条約適合的解釈」の限界に関しては意見が分かれた。Lord Steyn は、人権法制定過程における「議会意思」を根拠として、(明白に条約上の権利と適合しない制定法上の文言が存在する場合には、「条約適合的解釈」は不可能である)と判示し、「言語学的には歪曲されたと認め得る解釈」も許容した。これに対して、Lord Hope は、「解釈と立法」の区別を強調し、(「明白な議会意思」に反する場合には、「条約適合的解釈」は不可能である)とした。すなわち、明白に条約上の権利と適合しない制定法上の文言が存在する場合だけでなく、制定法の「全体の構造」から推論される意味が必然的に条約上の権利と適合しない場合にも「条約適合的解釈」は不可能である、と結論づけられた。この対立は、Lord Steyn が *Anderson* 判決において Lord Hope とほぼ同様の考えを示したことによって解消された。

以下では、人権法3条の「条約適合的解釈」の意義および限界に関するリーディング・ケースとされている、*Mendoza* 判決(貴族院)を検討していくこととする。*Mendoza* 判決は、私法の「条約適合的解釈」の事案であり、「制定法上の水平的効力」が生じたケースでもある。

2 私法の「条約適合的解釈」

(1) *Mendoza* (貴族院) 判決³⁰¹⁾

Mendoza 判決の事案は、同性愛者である被告 (*Mendoza*) が、同居していた法定賃借権 [statutory tenancy] 保有者であるパートナーの死亡後に原告から立ち退きを求められたのに対して、1977年家賃法 [Rent Act 1977] 附則1の第2条に基づいて法定賃借権の承継を主張したというものである。当該規定は「配偶者 [spouse]」に法定賃借権の承継を認めるものであり、1988年に追加された第2項では「本条の適用上、原賃借人とともに彼ないし彼女の妻または夫 [wife or husband] として生活していた者は、原賃借人の配偶者として取り扱われる」と規定されていた。貴族院は、4対1で欧州人権条約8条(私生活および家族生活が尊重される権利)および14条(差別の禁止)の権利と適合するように1977年家賃法の当該規定を解釈し、元の法定賃借権保有者と同性愛関係にあった者を「配偶者」に

301) *Mendoza, supra* note 164. 本件に関しては、岩切・前掲注164)116-122頁に詳しい。

含むものとした³⁰²⁾。

多数意見を構成する Lord Nicholls は、まず、「1977 年家賃法附則 1 の第 2 条は、人権法 3 条を考慮に入れずに解釈すれば、〔条約〕 8 条と関わり合う 14 条の下での彼の条約上の権利を侵害するものである」とし³⁰³⁾、人権法 3 条の「条約適合的解釈」の意義に関して以下のように判示する。

「〔人権法〕 第 3 条によって定められた解釈義務は通常のものでない広汎な性質を有するものである。第 3 条は、裁判所に立法がそうでなければ有する曖昧でない意味から離れるように要求し得るものである。……第 3 条は、裁判所に……立法意思から離れること、すなわち立法を制定した議会意思から離れることを要求し得るものである。」「〔上記から、〕 第 3 条の運用が、検討される制定法上の規定における議会の起草者によって採用された特定の形式の文言に決定的に依存すべきである、という議会意思を想定することは不可能なものとなる。このようなことは第 3 条の運用を意味の抽選〔semantic lottery〕のようなものとするであろう。」「このことから、避けることのできないように思われる結論は、検討される文言が条約に従った意味と整合しないという単なる事実は、それ自体で第 3 条の下での条約に従った解釈を不可能なものとするものではない、ということである。第 3 条は、文言が限定的ないし拡張的に解釈されるのを可能とするものである。……条約に従ったものとするために、裁判所に制定された立法の意味を変更する文言を読み込む〔read in〕ようにも要求するものである。」³⁰⁴⁾

そして、人権法 3 条の「条約適合的解釈」の限界に関しては、以下のように判示している。

「議会が、……この拡大した解釈職務を担当する際に裁判所は立法の基本的特徴〔fundamental feature〕と整合しない意味を採用すべきである、と意図したことはあり得ない。……第 3 条の適用によって取り入れられる意味は、解釈される立法の基礎をなす要旨〔underlying thrust〕と適合するものでなければならない。……議会が、第 3 条は裁判所に自身が能力を有しない決定を行うことを要求すべきである、と意図したことはあり得ない。ある規定を条約に従ったものとするいくつかの方法が存在することがあり、その選択は立法的熟慮〔legislative deliberation〕を必要とする問題を含んでいることがある。」³⁰⁵⁾

結論として、「彼ないし彼女の妻または夫としてともに生活していた〔未婚〕カップルの生存者に対する〔1977 年家賃法附則 1 の〕第 2 条下での不動産保有の安定〔security of tenure〕に関する 1988 年の拡張の基礎をなす社会政策〔social policy〕は、密接かつ安定的な関係においてともに生活していた同性愛カップルの生存者にも等しく適用可能である」³⁰⁶⁾から、1977 年家賃法の当該規定の「条約適合的解釈」は可能であるとした。

302) *Mendoza, supra* note 164, at [35] and [36] (Lord Nicholls); at [51] (Lord Steyn); at [129] (Lord Rodger); [144] and [145] (Baroness Hale).

303) *Ibid.* at [24].

304) *Ibid.* at [30], [31] and [32].

305) *Ibid.* at [33].

306) *Ibid.* at [35].

多数意見を構成する Lord Steyn は、「1998 年〔人権〕法の下では、第 3 条に基づく解釈権限の行使が主要な救済措置〔remedial measure〕であり、不適合宣言を行うことは最終手段である」と判示し³⁰⁷⁾、「議会の採用した救済の体系」である人権法 3 条の下での「裁判所の義務は(可能ならば)条約上の権利と最もよく一致する意味を見出すように努力することである」と強調する³⁰⁸⁾。また、「議会は、〔人権法〕第 3 条 1 項の下での裁判所による解釈に反対するとき、立法を改正して明白に不適合性を復活させることで自由に解釈を覆すことができる」とし³⁰⁹⁾、人権法 3 条の積極的な活用を殊更に問題視する必要はないことを示唆している。結論として、人権法 3 条を適用して「当該制定法における『彼ないし彼女の妻または夫として』を『**あたかも**〔as if they were〕彼の妻または夫として』という意味に解釈した〔強調原文〕控訴院の条約適合的解釈を支持する、と判示した³¹⁰⁾。

多数意見を構成する Lord Rodger は、Re S 判決における Lord Nicholls の判示を引用して「強力な解釈と〔立法の〕改正の境界がどこに存在するかを抽象的に決することは簡単ではない」とした上で³¹¹⁾、「立法が条約上の権利と適合するように解釈されることを確保するのに適当な文言を裁判所は推論によって補充することが可能である」と判示する³¹²⁾。しかし、「条約上の権利を用いて当該立法の体系ないしその諸規定によって明らかとされる本質的原理〔essential principles〕と整合しない文言を読み込むことは、いかなる解釈の形態も包含するものではない」とする³¹³⁾。結論として、①1988 年に「配偶者」の概念に未婚の(異性愛)カップルの生存者も含める立法がすでになされており、同性愛関係にあった者を「配偶者」に含む解釈は「家賃法の主要原理〔cardinal principle〕と矛盾することはない」こと、②「提示された解釈が、貴族院が評価する立場にない広汎な実務上の〔practical〕影響を引き起こすと恐れる理由は存在しない」こと、を根拠として「条約適合的解釈」は可能であると判示された³¹⁴⁾。

一方、少数意見を構成する Lord Millett は、1977 年家賃法の当該規定を条約上の権利に反するものとしながらも³¹⁵⁾、本件において「条約適合的解釈」は不可能であるとした。Lord Millett は、「私の見解では、〔人権法〕第 3 条は、裁判所に、立法の体系における基本的特徴〔fundamental feature〕と整合しない文言を補充する資格を与えるものではない」とし、「裁判所の役割は排他的に解釈に関わるものである」と判示する³¹⁶⁾。結論として、①1977 年家賃法の当該規定が対象とする「関係の本質的特徴〔essential feature〕は異性愛の人々との間の公然たる〔open〕関係である」こと³¹⁷⁾、②「〔提起される〕多くの問題は、議会に任

307) *Ibid.* at [39].

308) *Ibid.* at [46].

309) *Ibid.* at [43].

310) *Ibid.* at [51].

311) *Ibid.* at [112].

312) *Ibid.* at [121].

313) *Ibid.*

314) *Ibid.* at [128].

315) *Ibid.* at [55].

316) *Ibid.* at [68].

317) *Ibid.* at [78].

せられるべき本質的に社会政策の問題である」こと³¹⁸⁾等を根拠として「条約適合的解釈」は不可能であると判示した。

(2) 検討

人権法施行以前の *Fitzpatrick* 判決(貴族院)³¹⁹⁾が 1977 年家賃法の当該規定の「配偶者」には原賃借人と同性愛関係にあった者を含まないと判断していたことと比較すれば、「2000 年の人権法施行以来、判例は極めてラディカルに発展してきた」と評価し得る³²⁰⁾。その推進力となった人権法 3 条の下での裁判所の義務について、*Mendoza* 判決は「強力な解釈義務」であると同定するものであった。また、多数意見を構成する Lord Nicholls によれば、「現在では、〔人権法〕第 3 条は、解釈される立法における曖昧性の存在に依存するものではないと一般に受け入れられている」とされる³²¹⁾。このことから、「〔人権法〕第 3 条は…、裁判所に議会意思を覆す資格を与える、重要な憲法上の端緒を提示するものである」と考えられる³²²⁾。

人権法 3 条の「条約適合的解釈」の限界に関して、本判決で最も重要であるのは、多数意見を構成する Lord Nicholls の判示である。第一に、Lord Nicholls によれば、「検討される文言が条約に従った意味と整合しないという単なる事実は、それ自体で〔人権法〕第 3 条の下での条約に従った解釈を不可能なものとするものではない」。人権法 3 条の「条約適合的解釈」の限界を判断する際に重要となるのは、「文言において明らかにされている概念〔concept〕」³²³⁾である。したがって、〈条約上の権利を用いて文言に読み込まれる意味が解釈される立法の「基本的特徴」と適合するものではない場合には、「条約適合的解釈」は不可能である〉とされる。第二に、Lord Nicholls によれば、〈裁判所が能力を有しない「立法的熟慮」を必要とする判断を行うこととなる場合には、「条約適合的解釈」は不可能である〉とされている。「条約適合的解釈」の限界の背景に存在するのは「強力な解釈と〔立法の〕改正の境界」(Lord Rodger)³²⁴⁾であり、Lord Nicholls は、「条約適合的解釈」を、「意味の抽選」を禁止するほどの「強力な解釈」としつつも、2つの限界を設定することで「〔立法の〕改正」にまでは至らないものとしている。上記の「条約適合的解釈」の2つの限界は、本判決の多数意見・少数意見で広く共有されることとなっている³²⁵⁾。

重要であるのは、私法である 1977 年家賃法附則 1 の第 2 条の「条約適合的解釈」が、同

318) *Ibid.* at [101].

319) *Fitzpatrick*, *supra* note 167.

320) D. Oliver, *supra* note 168, p.76.

321) *Mendoza*, *supra* note 164, at [29].

322) Clayton and Tomlinson, *supra* note 59, p.176.

323) *Mendoza*, *supra* note 164, at [31].

324) この点につき、Aileen Kavanagh は、「裁判官は『立法でなく解釈』をなすべきであるというスローガンの真の意味を理解する鍵は、これが法創造権限と法適用権限の分立に言及するものではなく、立法府の法創造権限と司法の法創造権限の分立に言及するものであるということである〔強調原文〕」と主張している (Kavanagh, *supra* note 263, p.35)。

325) なお、*Mendoza* 判決で問題となった規定は「彼ないし彼女の妻または夫として [as]」というものであり、「として [as]」のような「評価を伴う文言」の存在が、人権法 3 条の「(強力な) 条約適合的解釈」を可能なものとしたという分析もなされている。See J. van Zyl Smit, “The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after *Ghaidan v Godin-Mendoza*” (2007) 70 M.L.R. 294.

性愛者である被告を当該制定法上の「配偶者」として取り扱う義務を私人である原告に課して、被告の条約上の権利を保護するものであり、「制定法上の水平的効力」を生じさせていることである。しかし、本判決は、この点につき特段の判断を示していない。では、この「沈黙」はどのようなことを意味するのであろうか？

3 小 括

X v Y 判決（控訴院）³²⁶⁾においては、「〔人権法〕第3条は、公的機関を規律する立法と私的な諸個人を規律する立法の間の区別をするものではない」と明示され³²⁷⁾、「〔人権法〕第3条によって課される解釈義務は、公的機関と諸個人の間にも適用される立法においてと同様に、私的当事者間にも適用される立法においても同程度に適用される」との見解³²⁸⁾も提示されている。一方、Mendoza 判決は、「条約適合的解釈」の対象が私法である点について特段の判断を示していない³²⁹⁾。本判決に対しては、「条約上の権利と適合するように行う義務を私的当事者へ拡張することの意義が直接的にコメントされなかった」との指摘³³⁰⁾がなされている。

Mendoza 判決が「制定法上の水平的効力」という問題に自覚的でなかったとされる点に関しては、「信頼違反〔breach of confidence〕の関係するケースへの過度な注目〔*over-attention*〕がより平凡な形態の水平性〔＝「制定法上の水平的効力」〕の無視に至らせた」と分析されている³³¹⁾。しかし、両者の間に決定的な差異があると考えられる余地もある。両者の相違点として考えられるのは、〈「公的機関」としての裁判所（人権法6条1項および3項a）と人権法における「水平的効力」が問題とされるケース（＝「信頼違反の関係するケース」）と異なり、「制定法（私法）の条約適合性」が問題とされるケース（＝Mendoza 判決）においては、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人無適用の立場が揺るがされるおそれがないことである。すなわち、前者では、人権法上の新しい私的な訴訟原因が認められることによって〈私人の行為が人権法における「条約上の権利」に反し得る＝人権法の名宛人は私人である〉ことが肯定される可能性があり、判例・学説においては、その可能性を排除する見解である、〈人権法に基づく新しい私的な訴訟原因は創設されないが、裁判所は私的当事者の「条約上の権利」と適合する方法であらゆる私法を解釈する義務に服する〉という「（強い）間接的水平的効力説」が支持されている。後者では、「（制定法上の）水平的効力」が生じ得るとしても、直接的に制定法（私法）の条約適合性が争われている限りにおいて、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉と

326) X v Y, *supra* note 12.

327) *Ibid.* at [57] (Lord Mummery).

328) *Ibid.* at [66] (Lord Dyson).

329) Mendoza 判決の「沈黙」によって議論の対象となり得る点としては、「欧州人権条約第一議定書1条の下での家主の権利〔＝財産権〕に関する議論がなされなかった」(T. Allen, *Property and The Human Rights Act 1998* (Hart Publishing, 2005) p.243) ことも挙げられる。

330) M. Amos, *Human Rights Law* (2nd ed., Hart Publishing, 2014) p.55.

331) I. Leigh and R. Masterman, *Making Rights Real* (Hart Publishing, 2008) p.263.

いう私人間無適用の立場が揺るがされることはない。そこで重要であるのは、「議会」と「裁判所」の関係や司法の役割等の議論である。このように考えれば、人権法における「水平的効力」の問題の核心は、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人間無適用の立場を堅持するか（＝「私人間無適用・水平的効力」）否か（＝「私人間適用・水平的効力」）である、と推察される。逆にいえば、人権法3条の「条約適合的解釈」の対象から私法が除かれていない限りにおいて、そもそも「私人間無適用・無効力」の立場は採用され得ないものと考えられる。

第5節 本章のまとめ

イギリスは、文面上第一次的に〈人権法の名宛人は「公的機関」である〉という垂直的アプローチ〔vertical approach〕を20世紀末に採用しているが、私人間における人権保障の問題が一切対象外とされたわけではない。〈人権法の名宛人は「公的機関」である〉という垂直的アプローチを前提としても、人権法によって生じ得る「水平的効力」は多面的な様相を呈している。上記のうち、とりわけ議論を呼んできたのは、「公的性質を有する職務」を履行する一定の私人（私的団体）が人権法に直接的に服さしめられることによって生じる「水平的効力」（第6条3項b）と（主として「間接的水平性」と「完全ないし直接的水平性」が対立する）「裁判所」が「公的機関」とされることによって生じ得る「水平的効力」（第6条3項a）、という2つの問題である。それに加えて、とりわけ裁判所が関係し得る「水平的効力」として挙げられるのは、私法の「条約適合的解釈」から生じる「水平的効力」である。

人権法6条1項は、「公的機関〔public authority〕が条約上の権利に適合しない方法で行うことは違法である」と規定する。もっとも、人権法6条3項は「公的機関」に含まれるものを規定するのみであって、人権法においては、性質上明らかに「公的機関」である団体の存在が前提とされている。このような団体が“core public authority”である。その例としては、中央・地方政府の機関や警察といったものが挙げられる。〈core public authorityの職務がすべて「公的性質を有する職務」（人権法6条3項b）であるか）については、(Oliverが指摘するように)人権法の規定の仕方からすれば、むしろcore public authorityの職務・行為は性質上公的なものであっても私的なものであっても関係なく人権法に拘束されるという点が強調されるべきである。

人権法6条3項bは、core public authorityに該当しないが「公的性質を有する職務」を行う“hybrid public authority”を人権法の適用対象としており、民間委託等によって国家が担ってきた一定の職務を履行することとなった私的団体による「人権侵害」の問題にも対処し得る規定となっている。Hybrid public authorityか否かの判断において、「公的性質を有する職務」を「通常私的団体が行使するのは違法となるであろう、他者に対する特別に法的に権限を与えられた強制力〔coercion〕や権限の行使を含む私的団体による活動のみ」に限定するOliverの見解は、職務の履行において通常では制定法またはコモン・ロー上違法と

なる強制力・権限を行使し得る私人（私的団体）を人権法という特別な拘束に服さしめることで被害者の救済を図りつつも、人権法の適用範囲の限定によって私人に対する過度な制約を防いでいる点で、人権法の解釈として優れたものであると評価し得る。

（明示的に「公的機関」の概念拡張を提示する第6条3項b上の）「公的性質を有する職務」に関するリーディング・ケースであるYL判決（民間委託事例）では、私的団体を人権法の適用対象（hybrid public authority）とするのに消極的であったが、その後この結論を事実上覆す立法がなされており、〈修正14条5節に基づき、連邦議会が「立法」によって私的行為を規制し得るか〉という問いに否定的に答えてきたアメリカ合衆国とは異なり、イギリスは〈私人間の人権は法律によって保障される〉という立場を現在でも採用していることが理解される。

〈「公的機関」としての裁判所〉と人権法における「水平的効力」の問題に関しては、上記のように種々の学説が存在し、Campbell判決（貴族院）の多数意見は一定の見解を提示しているものの、少数意見はともに人権法における「水平的効力」の問題を回避するものであった。Huntの見解である「（強い）間接的水平的効力説」は、多数説を構成し、Campbell判決の多数意見によっても支持されている。〈人権法に基づく新しい私的な訴訟原因は創設されないが、裁判所は私的当事者の「条約上の権利」と適合する方法であらゆる私法を解釈する義務に服する〉という「（強い）間接的水平的効力説」は、人権法上の新しい私的な訴訟原因を認めない点で〈私人は、人権法ではなくあくまで既存の法に服する〉という前提を維持しつつも、裁判所による既存の法の条約適合的な解釈を通じて私人間の「人権侵害」の問題を解決可能としており、人権法の解釈として優れたものであると評価し得る。

イギリスにおいては、（一見して不適合である私法の「条約適合的解釈」によって生じる）「**制定法上の水平性**」³³²と（「裁判所」が「公的機関」とされることによって生じ得る）「**間接的水平性**」・「**完全ないし直接的水平性**」は別個のものと捉えられており、（前者よりも後者で議論を呼んできた）人権法における「水平的効力」の問題の核心は、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人間無適用の立場を堅持するか（＝「私人間無適用・水平的効力」）否か（＝「私人間適用・水平的効力」）である。そもそも人権法3条の「条約適合的解釈」の対象から私法が除かれていない限りにおいて「私人間無適用・無効力」の立場は採用され得ないと考えられる。

332) 問題となる私法（制定法）にそもそも「一見した条約不適合性」が確認されない場合には、「制定法上の水平性」が生じる余地はないこととなろう。See *McDonald v McDonald* [2016] UKSC 28; [2016] 3 W.L.R. 45.

第3章 日本——憲法の「私人間効力」論の再構成

第1節 従来の学説における「私人間効力」の論じ方

1 従来の学説

(1) 「近代」と憲法における「私人間効力」の問題

歴史的に、憲法は国家—国民間で適用されるものであって（タテの関係）、私人間のヨコの関係は「法律」による規律に委ねられている、と理解されてきた。その理由としては、①憲法が授権規範であると同時に制限規範として構想されたこと、②個人の人權への脅威が過去においては政府から与えられたこと、③近代社会では実力装置を政府が独占し、その暴走の危険性を考慮すれば、将来的に政府が最も恐るべき存在であること、④近代市民革命において政府と個人の間が存在した社会の諸権力（中間団体）が解体され、近代的意味の憲法において社会的権力を想定する必要がなかったこと、が挙げられる¹⁾。③に関しては、「社会活動の主体間関係で、ある主体が他の主体をして、それがなければしなかつたであろうような事柄をさせる（不作為を含めて）とき、それを『影響力』と呼び、『ある集団の成員によって正統なものとして承認されている影響力』を、『権力』と呼ぶ（デュヴェルジェ）」とすれば、「そのような『権力』が『国家』の手に集中するのが、近代社会の特質である」と説明される²⁾。また、④は、「フランス革命は、国家と個人のあいだに介在する一切の『中間集団』を、いったん徹底的に解体していった。1789年宣言のカタログに結社の自由が出てこないのは偶然でなく、その時点で現に存在していた集団、すなわち身分制にもとづく結合を解体して、自由な諸個人を析出してゆくことこそが、革命の中心課題とされていたのであった」という説明³⁾によって理解され得るものである。

樋口陽一は、「近代」と憲法における「私人間効力」の問題について、以下のように説明している。

「一般になじんだ図式によれば、近代法は、私法と公法の二元構成から成り、憲法は、国民私人と国家の公権力との関係を規律する規範として、説明される。その際、19世紀型の憲法は、立法府を中心にした公権力の組織という手続的枠組を定めることを眼目とし、実体的価値については中立的態度をとる、という構図をえがいていた（憲法の価値中立性と議会中心主義）。それに対し、第2次大戦後の憲法は、憲法自身が基本価値へのコミットメントを掲げるという傾向を持つ（典型として戦後（西）ドイツ基本法）。違憲審査制が採用されると相まって、それまでもっぱら公権力と私人の間に適用されるものとして扱われてきた基本権条項の効果を、国民私人間の関係にどこまで及ぼすべきか、また及ぼすことができるかが、問題とされるようになる。」⁴⁾

そして、「違憲審査制という制度上の枠組が一般化していくなかで、基本権の私人間効力と

1) 渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（有斐閣、2017年）142頁。

2) 樋口陽一『憲法I』（青林書院、1998年）9頁。

3) 樋口陽一『国法学〔補訂〕』（有斐閣、2007年）9頁。

4) 樋口・前掲注3) 115-116頁。

いう主題が論ぜられるとき、その議論は、本来公権力に対する関係で想定されてきた基本権保障の効果を、どのようにして私人間にまで引きおろしてくるか、という座標設定のうえでおこなわれることとなる。ドイツでの第三者効力論（Drittwirkung）、アメリカでの State action 論がそうである」とされている⁵⁾。我が国の学説は、両者の議論に大きく影響を受けたものであったが、特に前者のドイツにおける第三者効力〔Drittwirkung〕論の枠組み⁶⁾によって種々の見解が主張されてきた。

(2) 無適用（効力）説

従来の無適用（効力）説は、佐々木惣一に代表される「自由権は國家に對する関係において存する権利である。私人相互間において存する権利ではない」とする見解であり⁷⁾、「明治憲法以来の支配的な学説であった」と評されるものである⁸⁾。この見解によれば、私人間に直接適用されると解されることが多い憲法 15 条 4 項の「選挙人は、その選択に関し公的にも私的にも責任を問はれない」という文言についても、「憲法が『私的にも責任を問はれない』ということは、決して私的關係そのものを規定するのではなく、私的關係に關する國家の態度を規定する」、すなわち「國家は、私的關係において右の責任を問われるような、ことの生ぜざるよう、法律その他の國家的行爲を爲さねばならぬ」ことを規定するものである、と解される⁹⁾。

佐々木惣一の見解に関して注目されるのは、以下のような「国民の存在権」という概念である。

「憲法では、國民が生來の人間として獨立して行動する、獨立的立場を尊重し、國民をして右の獨立的立場を維持せしめるよう努力することを、國家の任務とする。そして、國民は、國家に對して右の立場を主張することを得る、ものとする。……同條〔憲法 13 条〕に、『國民が個人として尊重される。』というのは、國民が前述の獨立的の立場において、人間としての存在を認められ、國家に對して、その存在を主張し得ることを定めるのである。これを稱して國民の存在権という。」「右の如き人間の個人としての存在ということは、國民と國家との生活關係において考えられるが、それのみでなく、國民と他の私人との生活關係においても考えられる。……國民は他の私人との關係においても、人間としての存在を主張し得る。併し、その私人に對して主張することは、それ自身で、ここにいう存在権ではない。他の私人との關係において存在を害せられないよう

5) 樋口・前掲注 3) 120-121 頁。

6) 林知更「論拠としての『近代』——三菱樹脂事件」駒村圭吾編『テキストとしての判決』（有斐閣、2016 年）109 頁以下参照。ドイツにおける第三者効力〔Drittwirkung〕論については、西村枝美「憲法の私人間効力の射程（1）～（8）」関西大学法学論集 62 卷 2 号（2012 年）159 頁以下・同 62 卷 3 号（2012 年）125 頁以下・同 62 卷 6 号（2013 年）167 頁以下・同 63 卷 1 号（2013 年）98 頁以下・同 63 卷 2 号（2013 年）50 頁以下・同 63 卷 6 号（2014 年）73 頁以下・同 65 卷 5 号（2016 年）194 頁以下・同 65 卷 6 号（2016 年）86 頁以下、に詳しい。

7) 佐々木惣一『改訂日本國憲法論』（有斐閣、1952 年）422 頁。

8) 芦部信喜「私人間における人権の保障」同編『憲法Ⅱ』（有斐閣、1978 年）48 頁。

9) 佐々木・前掲注 7) 457 頁。

努力することを、國家に要求することが、國民の存在權である。」¹⁰⁾

石川健治は、佐々木惣一の「國民の存在權」について以下のように述べている。

佐々木惣一が「『人間の生活する立場』に視点をおき直した結果、かつての『公権論』の主題だった『國家と國民の關係』のみならず、『私人と私人の關係』における支配・從屬關係までが13条論の射程に捉えられるようになった。しかも、國民の『生來の人間として獨立して行動する、独自の立場』を、私人間關係においても『尊重』するとともに、それが『維持』されるよう『努力』することを、『國家の任務』として義務付けたのは画期的な論旨である。これは、統一後のドイツで一般化した、『國家の基本權保護義務』論にほかならないからである。」¹¹⁾

上記からすれば、佐々木惣一の見解を、純粹に「無適用（効力）説」に分類すること自体に疑問が生じることとなろう。

(3) 直接適用（効力）説

従來の直接適用（効力）説は、ある種の人權規定（古典的な自由權ないし平等權あるいは制度的保障）が私人間にも直接効力を有する（直接適用される）と主張する見解、と定義される¹²⁾。直接適用説は、ドイツではNipperdey・Leisner等が主張し、我が國において主張されたものは、④公法的・社会法的第三者効力説、⑤自然法原則直接適用説、⑥客觀的法規範直接適用説、に整理される¹³⁾。

④公法的・社会法的第三者効力説は、「基本權は、國家權力を拘束するに止まらず、國家構成の基礎であり、自由・平等は國家における基本価値である」とした上で¹⁴⁾、「私人間効力」の問題について、「そこでは客觀的法規としてではなく、主觀的權利としての基本權が、直接第三者に対抗しうることにならねばならないが、私見によれば、それはまず自由・平等の立場において國民主權を構成する國民相互の間の基本的人權の相互不可侵性すなわち基本權のいわゆる核心領域の絶対不可侵において、主觀的公權として成立するが、さらに基本權の侵害者が単なる被侵害者と對等の立場にある私人ではなく、國家權力に匹敵する經濟力ないし社会的權力をもってあらわれる場合、基本權規定を類推適用して、それらの權力に対する私人の不可侵の權利が成立するであろう〔傍点原文〕」¹⁵⁾とする見解である。この見解によれば、思想・良心の自由等が問題となる前者（公法的第三者効力）は「不法行為を含めて私的自治による、あるいは裁判官の判断による利益均衡になじまぬ絶対領域〔傍点原文〕」¹⁶⁾に係わるものであるから、それに対する侵害は憲法の直接適用によって結論が出されることとなる。一方で、後者（社会法的第三者効力）においては、民法の条文（民法 90

10) 佐々木・前掲注 7) 401-402 頁。

11) 石川健治『『存在權』の誕生』學燈 114 卷 4 号（2017 年）37-38 頁。

12) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣，1994 年）283 頁。

13) この分類は、芦部・前掲注 8) 70 頁以下に拠るものである。

14) 稲田陽一『憲法と私法の接点』（成文堂，1970 年）35 頁。

15) 稲田・前掲注 14) 197 頁。

16) 稲田・前掲注 14) 40 頁。

条・91条・709条)を用いて結論が出されることとなる¹⁷⁾。

⑥自然法原則直接適用説は、「人権のなかには、人民相互の関係においても、政府との関係におけると同様に尊重されることが、自由主義的民主政治の要件と認められるものがある」とし、憲法18条・19条・20条を挙げた上で、それらが「ひとり国家に対する関係のみならず、人民相互の関係においても認めらるべきことが、新憲法の指導原理の要請である。したがって、このような人権の保障に反する人民相互の契約は違法である」とする見解である¹⁸⁾。しかし、その後、論者は「自由権の保障が国家に対する関係のみならず人民相互の関係においても効力があるかは、それが人間の尊厳を侵害するか否かにより決定される。いわゆる第三者に対する効力(Drittwirkung)を広く認めることは、人民相互の関係の少なくとも一方の当事者の私的自治の範囲を侵害することになるから、自由権の本質に反する」と述べており¹⁹⁾、⑥説は消滅したと考えることも可能である。

⑦客観的法規範直接適用説は、「私人間効力」の問題は、「(A)いかなる基本権規定が、(B)いかなる法律関係について、(C)いかなる程度で、私人間の関係に及ぶのか、が考察されなければならない」と主張する²⁰⁾。まず、(i)自由権規定(憲法19条・20条・21条・22条)や法の下での平等(憲法14条)は「社会生活においても尊重されるべき客観的法規範」としての意味を有するものであり、「ある種の法律関係」すなわち「強大な社会的権力ないし社会的勢力」と「個人」の関係にのみ及ぶとされ、具体的には「大企業と被傭者、労働組合と組合員、医師会と医師、私立大学と学生、経済団体と一企業などの関係について、第三者効力の問題が生ずると考える」としている²¹⁾。また、(ii)制度的保障(憲法23条の大学の自治・29条1項の私有財産制)や原則規範(憲法18条)は「憲法の客観的法規範であり、同時に、憲法以外の法の制度的保障または憲法以外の法の領域の最高の法規範としての二重の性格をもっている」ものであり、「その法的効力は、憲法より下位にある法規範が制度的保障または原則規範に矛盾するとき、これを無効ならしめる」ことに加えて「制度的保障やじゅうぶん具体的な原則規範に明らかに反する行為については、ある種の法律関係……にのみ限定せず、広く私人間の関係」においても「憲法上許されざるものとして無効ということができる」としている²²⁾。

(4) 間接適用(効力)説

従来の間接適用(効力)説は、「人権は、戦後の憲法では、個人尊厳の原理を軸に自然権思想を背景として実定化されたもので、その価値は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

17) 詳細は、稲田陽一「人権の私人間の適用」法律時報49巻7号(1977年)34頁以下参照。

18) 田上穰治『憲法要説』(白桃書房、1955年)75頁。

19) 田上穰治『日本国憲法原論』(青林書院新社、1980年)98頁。

20) 橋本公巨『日本国憲法〔改訂版〕』(有斐閣、1988年)164頁。

21) 橋本・前掲注20)165-167頁。

22) 橋本・前掲注20)167-168頁。

ない〔傍点原文〕とした上で²³⁾、「規定の趣旨・目的から直接的な私法的効力をもつ人権規定を除き、その他の人権（自由権ないし平等権）については、その趣旨を法律の概括的な条項または文言、とくに公序良俗に反する法律行為は無効である旨定める民法 90 条のような私法の一般条項を解釈・適用する際に取り込むことによって、私人間の行為を間接的に憲法により規律しようとする見解」である²⁴⁾。その利点としては、①「人権の対国家権力性という伝統的な観念の本質を維持」できること、②「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が望ましい」こと、③「単なる法律上の権利紛争を直接憲法上の人権問題として争う可能性を防いだり、伝統的な法理論に対して比較的忠実な法曹実務にも受け入れられ易い、という実的な効用も大きい」こと、等が挙げられている²⁵⁾。

この見解は我が国の通説とされる立場であるが²⁶⁾、その枠組みはドイツで Dürig によって提示されたものであり、基本権の私法に対する「照射効〔Ausstrahlungswirkung〕」と呼ばれる法理を採用した 1958 年の Lüth 判決も以下のように判示している²⁷⁾。

「疑いなく、基本権は第一次的に公権力の侵害から個々人の自由な領域を保護するために規定されている、すなわち基本権は国家に対する市民の防御権〔Abwehrrechte〕である。」「しかし同時に、基本法は価値中立的な秩序であろうとせず……、基本権の章において客観的価値秩序〔objektive Wertordnung〕を築いたこと、まさにこの点で基本権の妥当力の原理的強化が現れているということもまた正しい……。社会的共同体内部で自由に発展される人間の人格およびその尊厳がその中心に存在する、この価値体系〔Wertsystem〕は、憲法上の基本決定としてあらゆる法領域に妥当しなければならない、つまり立法、行政および裁判はここから指針と刺激〔Richtlinien und Impulse〕を受け取ることとなる。そうしてこの価値体系は当然に民事法にも影響を与える、いかなる民事法上の規定もこの価値体系と矛盾してはならず、すべての規定はこの価値体系の精神において解釈されなければならない。」「客観規範としての基本権の法的内容は、その法領域を直接支配している規定を媒介とすることによって私法において展開される。……基本権に影響された民事法の行態規範〔Verhaltensnormen〕から生じる権利義務に関する私人間の争訟は、実体上も手続上も依然として民事訴訟である。その解釈が公法である憲法に従わなければならないとしても、解釈・適用されるのは民事法である。」「裁判において、このような〔基本権による〕影響の現実化は、BGB826 条のような、とりわけ『一般条項〔Generalklauseln〕』によってなされる……。なぜなら、

23) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第 6 版〕』（岩波書店、2015 年）111 頁。

24) 芦部・前掲注 12) 283 頁。

25) 芦部・前掲注 12) 288-289 頁。

26) 芦部信喜『現代人権論』（有斐閣、1974 年）8 頁。伊藤正己『憲法〔第 3 版〕』（弘文堂、1995 年）28 頁以下、佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第 5 版〕』（学陽書房、1996 年）155 頁以下、渋谷・前掲注 1) 133 頁以下、長谷部恭男『憲法〔第 7 版〕』（新世社、2018 年）127 頁以下。

27) Dürig の見解と Lüth 判決の差異については、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、2004 年）89 頁以下参照。

何をこの社会的命令がその都度の個々の事案において要求しているかについての決定の際には、国民が精神的・文化的発展のある時点において到達し憲法に据えた、価値観念の総体からまず出発されねばならない。それゆえ、正当にも一般条項は民事法への基本権の『突破口 [Einbruchstellen]』と呼ばれたのである……。」「裁判官は、憲法の命令により、自身によって適用され得る実体的な民法上の規定が上記の方法で基本権の影響を受けているか否かを審査しなければならない、このことが正しいとすれば、裁判官は当該規定の解釈・適用の際にそこから生じる私法の修正を顧慮しなければならない。これが民事裁判官も基本権に拘束されることの意味である（基本法1条3項）。」²⁸⁾

さらに、従来の通説的見解の論者として挙げられる芦部信喜によれば、人権侵害行為は、(i)「法律行為に基づくもの」、(ii)「事実行為に基づくが、その事実行為自体が法令（学則等も含む）の概括的な条項・文言を根拠としているもの」、(iii)「純然たる事実行為に基づくもの」、に分類される²⁹⁾。(i)・(ii)の場合には、一般条項（民法90条等）や概括的な条項に憲法による意味充填が行われることとなり、「人権規定の私人間における効力は私的自治の原則などによって相対化され、憲法上の内容がそのまま私人相互の關係に適用されることはありえないので、個々の事件を適切に解決するには、それぞれの私法關係の特殊性に応じて許容しうる人権規定相対化の程度ないし範囲をケース・バイ・ケースに明らかにし、権利の性質および事案の具体的事情を踏まえたうえで、個別的に適切な解決を見いだしてゆかなければならない」とされる³⁰⁾。一方、(iii)の場合には、「憲法問題として処理することは困難というほかないが、不法行為法の問題として扱えば、民法709条の解釈に際し人権価値による意味充填を行うことができる」としつつも³¹⁾、それにも限界があるとして、「憲法論として考えるうえで参考になるのが、アメリカの判例で採用されている『国家行為』(state action)の理論である」とされている³²⁾。

(5) 憲法適用説

憲法適用説は、「無効力説と他の両説は、これを峻別する必要があるが、直接効力説と間接効力説は区別する必要はなく、現状況下においては、憲法適用説の名称の下に両説を包括して差し支えないようにおもわれる」とする見解である³³⁾。

憲法適用説の論者である有倉遼吉は、「憲法第3章の人権規定が、国家・社会を通ずる価値体系を示すものである以上、原則的にすべての私人間に適用があるものというべきであろう」とした上で、「私人間の権利自由の衝突の調整の問題」に焦点を合わせている³⁴⁾。こ

28) BVerfGE 7, 198 (204 ff.). 邦語文献として、木村俊夫「判批」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）157-161頁。

29) 芦部・前掲注23) 116-117頁。

30) 芦部・前掲注12) 296頁。

31) 芦部・前掲注12) 300頁。

32) 芦部・前掲注23) 117頁。

33) 有倉遼吉「精神的自由権と私人相互關係」法学セミナー増刊『思想・信仰と現代』（日本評論社、1977年）86頁。

34) 有倉・前掲注33) 88頁。

の点については、(i)「思想・良心の自由、信教の自由、学問の自由（表現に至らない限り）などの精神的自由は、絶対的なものである」（「これを侵害する者は、人権間の調整原理を持ちだすまでもなく違憲違法となる」）、(ii)「表現の自由は、民主政治の根幹をなすものであるから、他の人権に対し相対的優位を占めるべきものである」、(iii)「社会的基本権は、資本主義の弊害から社会的弱者を護るため、資本主義の法律的支柱をなす職業選択の自由、財産的自由および雇傭契約の自由を制限するためのものであることをおもえば、両者の衝突の場合には、原則として社会的基本権が優越するというべきである」、(iv)「同種の自由・権利の衝突の場合には、両者が社会的・経済的に対等の立場にあるかどうかを基準にして決すべきであろう」（「対等である場合にまで契約の自由や私的自治を排除する必要はない」）、と主張されている³⁵⁾。

中村睦男も、「少なくとも憲法解釈論のレベルにおいて直接適用説と間接適用説を区別する意味に関し疑問をもっている」とし、「憲法が私人間に適用されることを前提にして、直接適用説と間接適用説の区別を相対的に捉え、具体的問題の解決にあたっては、第一に、当該私法関係がどのような性質のものであるか（対等か事実上の不平等が存在するか、団体と個人の関係では、団体の性格や権限がどのようなものであるか）ということが、第二には、いかなる性質の人権が保障され、いかなる性質の人権が制約を受けるか（内面的精神的自由権か、外面的精神的自由権か、経済的自由か）、といった問題の検討が必要になる」としている³⁶⁾。

また、「私人間の人権侵犯が『公序』に反するのは、まさにそれが、憲法による人権の保障に抵触するからであろう」とし、『公序』を『公序』たらしめる力は、民法 90 条の規定自体のうちにあるのではないとすれば「これを間接適用と呼ぶのも余り意味のあることではないのであって、民法 90 条の規定は、人権侵犯に該当する法律行為を『無効』たらしめるための媒介項として、法律技術的に援用されるに止まる」とする見解も主張されている³⁷⁾。

(6) ステイト・アクション理論

ステイト・アクション理論は、アメリカにおける判例法理であり³⁸⁾、我が国においては、「人権は対国家権力的なものという伝統的観念を前提としたうえで、具体的な私法行為による人権侵害を、①それに国家権力（州または連邦）が、④公共施設等の国有財産の貸与、⑤財政・免税措置等の援助、⑥特権または特別の権限の付与等を通じて、もしくは、⑦司法の介入により積極的に実現することを通じて、『きわめて重要な程度にまでかわり合いに

35) 有倉・前掲注 33) 88 頁。

36) 中村睦男『憲法 30 講 [新版]』（青林書院，1999 年）50-51 頁。

37) 今村成和『人権と裁判』（北海道大学図書刊行会，1973 年）70 頁。ほぼ同様の理解を示すものとして、川井健「憲法における人権保障規定の私法的効力」判例時報 724 号（1974 年）13 頁。

38) 木村俊夫「シュワーベの基本権効力理論」九大法学 40 号（1980 年）63 頁は、ドイツの Schwabe の見解を分析し、「基本権を対国家公権と規定し、私人の法的行為と国家的法的行為の関係性のなかに基本権の直接的効力を承認するこのシュワーベの方法は、アメリカの判例によって形成された『国家援助の理論』、『特権または権限付与の理論』、『司法的執行の理論』などに共通点を有することは注目し値する」としている。

なった』場合、または、②当該私的行為の主体が高度に公的な（純粹に、または排他的に統治的な）機能行使する団体である場合に、国家権力による侵害と同視して、憲法をそれに適用する理論」と紹介され³⁹⁾、④国有財産の理論、⑤国家援助の理論、⑥特権付与の理論、⑦司法的執行の理論、⑧統治機能の理論、と類型化されている⁴⁰⁾。

ステイト・アクション理論を支持する松井茂記は、「政府の行為といえないものについては、日本国憲法は及ばず⁴¹⁾、「憲法が適用されるのは、『政府』の行為に限られると考えるべきであり、憲法上の権利の私人間適用ないし第三者効力といった枠組み自体を放棄すべきである」と主張する⁴²⁾。ただし、ステイト・アクション理論を参考とし、「私人の行為が政府によって義務づけられたり奨励したりされている場合や、その私人が政府と深い結びつきや独特の公的な役割を果たしている場合などには、それを『政府』の行為と同視して憲法の適用が認められよう」と主張している⁴³⁾。

また、ステイト・アクション理論（とりわけ「司法的執行の理論」）の論者とされる鶴飼信成は、「憲法が直接には私的關係に適用されないという立場から出発しながら、究極的には国家行為の範囲を妥当な限り広く解釈することによって、現代の当面する最も大きな課題、経済的不平等の問題の解決策を模索することが、今日の急務ではないかと思う」としている⁴⁴⁾。具体的には、「シェリー対クレマー事件は、①私人間の契約による差別を裁判所が執行する判決をすることは、国家行為による差別である、としたものであるが、国家が平等を実現しなければならないのに、②判決によってこれを妨げる場合や、③不作為によって平等保障義務を妨げている場合も、同じように、国家行為による不平等な差別行為といえるかが問題」とされねばならず、「それは当然、日本国憲法 13 条・25 条と結びついて考えられなければならない」と主張されている⁴⁵⁾。

前述のとおり、ステイト・アクション理論は、間接適用（効力）説の論者によって「事実行為による人権侵害」の救済手法として参照されているが、最晩年の芦部信喜は、(i)「民法 709 条について学説の言う相関関係説を採れば、違法な権利侵害を救済できる範囲は拡大」することから「『民法 709 条による救済手段にも限界があるので、憲法問題として救済を図るにはステイト・アクションの理論が参照に値する』という類の書き方では、ミスリーディングであるかも知れ」ない、(ii)「純然たる私人の事実行為による人権侵害の救済に参考になるのではないかと考えたステイト・アクションの判例は、主として 1960 年代までの判例」を意味する、との限定を加えている⁴⁶⁾。

39) 芦部・前掲注 12) 314 頁。

40) 芦部・前掲注 12) 316 頁以下。

41) 松井茂記『日本国憲法〔第 3 版〕』（有斐閣、2007 年）57 頁。

42) 松井・前掲注 41) 331 頁。

43) 松井・前掲注 41) 58 頁。

44) 鶴飼信成『司法審査と人権の法理』（有斐閣、1984 年）214 頁。

45) 鶴飼・前掲注 44) 212-213 頁。

46) 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999 年）226-227 頁。

2 諸学説の検討

(1) 無適用（効力）説

従来の無適用（効力）説は、「法理論上は成立しうるし、むしろ正確」と評価できるが、「現代の憲法が国民の生活と結びつくものであるという意識の高まるなかで、これを無関係とすることは、憲法秩序が社会生活と隔離され、とくに私人による人権侵害が重大な状況になったり、新しい人権が社会の実態から生まれてくるとき、憲法に対する無力感を生むし、適切な立法措置を欠くときに、憲法の予定する秩序が崩れるおそれ大きい」と批判されている⁴⁷⁾。この点からすれば、無適用（効力）説は、結果的妥当性の観点（弱者救済手法の不存在）から否定された見解と評することができるが、その論者とされてきた「佐々木であっても、すでに明治・大正期の判決例により、人身の自由をはじめとする自由権について承認されていた、民法 90 条＝公序良俗条項解釈を通じた権利保障の可能性までも否定するとはおもえない」と指摘されている⁴⁸⁾。したがって、無適用（効力）説によっても、私法上の問題として結論の妥当性を図ることは十分に可能であり、弱者救済手法の不存在という問題は論理必然的なものではないと解するのが相当であろう。

また、無適用（効力）説の検討に際して注目すべきは、「私法の一般条項である『権利濫用の禁止』（民法 1 条 3 項）、『公序良俗違反の法律行為の無効』（民法 90 条）等々の援用によって適正な対処をしようとする」見解は、『間接適用説』と述べられることがあるが、この呼称は、法理上正当でない」という小嶋和司の指摘である⁴⁹⁾。要するに、この間接適用説と呼ばれる見解は、「事案をあくまで私法の問題として適当な取扱いをしようという基本的立場のもので、憲法的保障を私法の一般条項を経由して間接に適用しようというものではない。『間接適用説』なる語は、論理の基本構造の把握を誤っている」と評価されている⁵⁰⁾。

(2) 直接適用（効力）説

従来の直接適用（効力）説は、前述のとおり、全面的な憲法の「直接適用」を主張するものではなく、何らかの留保付きの直接適用説である⁵¹⁾。この点につき、②公法的・社会法的第三者効力説の論者は、「これまで、私のような直接適用説に対する批判のなかには、私の主張してない、むしろ自分たちが無意識にもっている素朴な直接適用説を、私の説として、やっきになって攻撃し、私を批判したつもりになっているようなものもみかける」と指摘する⁵²⁾。たとえば、「私的自治の原則ないし『私法の独立性と自己法則性』がおびやかされるのではないか」という直接適用説への批判⁵³⁾に対しては、「そもそも人権享有の主体となり

47) 伊藤・前掲注 26) 31 頁。

48) 松原光宏「私人間効力論再考（一）——最近までのドイツ法理論を参考に——」法学新報 106 卷 3 = 4 号（2000 年）7 頁。なお、この明治・大正期の判決例については、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣，2000 年）123 頁以下参照。

49) 小嶋和司『憲法概説』（信山社，2004 年）161 頁。

50) 小嶋・前掲注 49) 161 頁脚注 4。

51) 近時のシンプルな直接適用説として、岩間昭道『憲法綱要』（尚学社，2011 年）48 頁以下。

52) 稲田・前掲注 17) 35 頁。

53) 芦部・前掲注 26) 62 頁。

えない国家と国民の関係とは異なり、相対立する両当事者それぞれが人権享有の主体である私人間においては、直接適用といっても、一方当事者の人権を一方的に保障するために憲法が適用されることはありえないのであり、また、私的自治の原則や契約自由の原則自身も、一の憲法上の原則ないし権利として保障されているものであるから、直接適用説といってもそれらの原則が軽視されるというわけのものではない」との反論⁵⁴⁾が論理的には可能である。「間接適用説を奉ずる日本の憲法学通説は、しばしば私法学者以上に、『私的自治』に対する強いコミットメントを表明しているのであるが、〔戦後西ドイツという政治空間で発せられた〕セールス・トークを鵜呑みにして、これを受け売りしてきたきらいがないわけではない」⁵⁵⁾。

また、◎客観的法規範直接適用説は、「制度的保障やじゅうぶん具体的な原則規範に明らかに反する行為」を直接違憲無効とする点で間接適用説とは一線を画するが、自由権規定や法の下での平等が「社会生活においても尊重されるべき客観的法規範」としての意味を有する点とは間接適用説と相違ないものである⁵⁶⁾。

直接適用説に対する批判として重要であるのは、「国家権力に対抗する自由（国家からの自由）の観念の本質を弱め、場合によると変質せしめる結果を招くおそれもある」というものである⁵⁷⁾。しかし、「国家からの自由」という観点が重要であることは明らかであるが、日本国憲法には社会権規定も存在しており、首尾一貫されるべきは憲法の名宛人（名宛人は国家である点）ではなかろうか。直接適用説に対する正当な批判は、〈憲法は、国家－国民の関係に適用される〉という「垂直的な〔vertical〕立場」が維持できなくなる、というものであろう。だが、私人間においても「憲法 15 条 4 項・18 条・28 条などのように、個々の人権規定の趣旨、目的……からして、直接適用される人権があることに注意する必要がある。その意味で、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〔傍点原文〕」とする従来の通説的見解⁵⁸⁾に対しても、この批判はあてはまるように思われる⁵⁹⁾。憲法上の権利が、対国家的な「権利」というよりも、（関連する法律が存在しないという状況において）私人間における「法的義務」に転化することには問題があろう。

(3) 間接適用（効力）説

従来の間接適用（効力）説に関しては、「直接適用説と間接適用説とは、想定する私人間

54) 中村・前掲注 36) 51 頁。

55) 石川健治「隠蔽と顕示——高まる内圧と消えない疑惑」法学教室 337 号（2008 年）44 頁。

56) 棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992 年）35 頁。

57) 芦部・前掲注 23) 289-290 頁。

58) 芦部・前掲注 23) 116 頁。

59) もっとも、憲法において「私人間に直接適用される」と明文で規定されている場合や、このような憲法上の規定が「私人間に直接適用される」ものであるとしか解釈できないものであるならば、例外とされることも許容されよう。しかし、後者に分類されることが多い憲法 18 条に関しても、「憲法の基本権が私人相互の関係においても保障されるような立法を整備することが国家の義務とされている」と解せば「私人間に直接適用される」と言う必要はない、と主張されている（圓藤真一『憲法と政党』（ミネルヴァ書房、1977 年）47 頁）。上記のすべての条項について「私人間に直接適用される」と唱える必要はないとするものとして、高橋和之『『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』ジュリスト 1245 号（2003 年）145-146 頁。

適用の『場面』がズレている。前者は社会的強者の弱者に対する事実的侵害に対する議論であり、後者は契約の対等当事者間での契約的侵害に対する議論である」とされ⁶⁰⁾、「この理論自体からは、契約外的侵害に対する処方箋が見えてこない」と指摘されている⁶¹⁾。また、契約的侵害についても、「間接適用説は、私法では私的自治の原則が妥当しているので、基本権の価値を考慮するとしても、それと私的自治との比較衡量がおこなわれることになる以上、直接適用説のようにならないと考えているのだろう」が、「単に比較衡量にゆだねるといっただけでは、私的自治が尊重されるとはかぎらず、「私的自治の尊重を確保するためには、比較衡量を枠づける必要がある」のに「間接適用説は、その手がかりをまったく提示できていない」と批判されている⁶²⁾。

間接適用説に対する批判として最も重要であるのは、「国家を名宛人とする憲法上の人権をなぜ私人間を規律する法律規定に読み込むことができるのか。この点についての明瞭な説明は、間接適用説からはなされていない」というものである⁶³⁾。間接適用説の論者である芦部信喜は、「人権は、戦後の憲法では、個人尊厳の原理を軸に自然権思想を背景として実定化されたもので、その価値は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〔傍点原文〕」⁶⁴⁾としながら、以下のようにも述べている。

「ドイツの間接効力説では、防禦権という側面よりも、1958年のリュート判決の言う『客観的な価値秩序』の側面が、デューリックの場合もそうですけれども、特に最近の通説的な見解になりますと益々強調され、それが国の基本権保護義務の考え方と結びついて、間接効力説を支える最も重要な論拠だとされています。この点が私の今までの考え方と基本的に違う点だろうと思うのです。」「もっとも、私も国の保護義務を一定の限度で、特に『国家による自由』の側面については認めますし、また、個人の尊厳性を核心的な原理とする人権規定が全法秩序の最高の価値秩序であることも、説いてまいりました。しかし、国の基本権保護義務論が、ドイツの支配的学説のような価値秩序、客観的原理に大きな比重を置く人権論と結びついて、すべての基本権について説かれる形になるのは、日本国憲法の解釈理論として適切かどうか問題があるのではなかろうか、と考えるのです。保護義務の範囲や程度は、保護義務論の前提をなす客観的原理とともに、そもそも限定することがきわめて難しいものですから、特に日本の憲法政治や裁判実務との関連では疑問がもたれるのです。」⁶⁵⁾

60) 棟居・前掲注 56) 13 頁。

61) 小山剛『基本権保護の法理』(成文堂, 1998 年) 214 頁。

62) 山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』(有斐閣, 2004 年) 7 頁。

63) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』(有斐閣, 2017 年) 111 頁。

64) 芦部・前掲注 23) 111 頁。

65) 芦部・前掲注 46) 229-230 頁。芦部説に関しては、青柳幸一『人権・社会・国家』(尚学社, 2002 年) 13 頁以下、山元一「憲法理論における自由の構造転換の可能性(1)——共和主義憲法理論のた

このような点からすれば、我が国の従来の通説的見解は、一般条項（民法 90 条等）や概括的な条項に意味充填される「価値」を「ドイツのように実定憲法の内部に組み込むのではなく、実定憲法の外部にあって憲法規定を支えている価値と観念していた」と考えられ、「実はドイツ的な間接適用説というより、フランス的な『無適用説』に近いのではなかろうか」と評されることとなる⁶⁶⁾。また、「当初の理論形成にさいし、芦部博士を代表とする通説によって継受されたものは、(デューリヒ学説・リュート判決など) 基本権保護の思想をそなえた理論ではなく、実のところ、公序良俗条項についてのわが国の伝統的な解釈論であり、後者を根幹にして間接効力が構成されてきた」とも指摘されている⁶⁷⁾。総合的に見て、芦部信喜の採用する間接適用説は、「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」としていることから「フランス的な『無適用説』」と断言することはできないが、「何らかの形」の趣旨もはっきりとしないものとなっている。

(4) 憲法適用説／ステイト・アクション理論

まず、憲法適用説に関しては、「単に直接適用説と間接適用説の理論的対立の不毛を指摘するだけではなく、より積極的な憲法価値の充填という実践的意図も有しており、傾聴に値するが、私人間効力論は単なる調整の問題ではなく、『人権論の根幹にも触れる問題点』……であることに留意する必要がある⁶⁸⁾」、直接適用（効力）説と同様に〈憲法は、国家－国民の関係に適用される〉という「垂直的な立場」が維持されないおそれがある点で問題があるように思われる。

次に、ステイト・アクション理論に対しては、「州（国家）が私人間にどの程度、どのように介入するのが適切かという問題を扱っているというよりは、連邦（連邦裁判所）が州内の問題にどの程度、どのように介入するのが適切かを中心的に扱っているという性格が強い。ゆえに、前者の問題を課題とする私人間効力論にステイト・アクション論を参照するのは適当でなかろう」との批判がなされている⁶⁹⁾。たしかに、「アメリカのステイト・アクションの法理には、アメリカ特有の連邦制という要素が絡み合っており、そこでの基準をそのままの形で日本に持ち込むことはできないのではないかと考えられる⁷⁰⁾。したがって、「同理論を日本に導入しようとする論者は、憲法＝政府（国家）の射程はどこまでかということの解釈を明らかにして、それが相対的に明確性を有することを証明するか、より『人権』救済的な結論が導けることを謳うか、両者を総合的に語るかの何れかを選択しつつ、アメリカとは別の難しさを抱えていかねばならない」とされる⁷¹⁾。

めのひとつの覚書——」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて』（日本評論社、2009年）15頁以下、参照。

66) 高橋和之「人権論のパラダイム——私人間効力論を中心にして」憲法問題 17号（2006年）43頁。

67) 松原光宏「私人間効力論再考（二・完）——最近までのドイツ法理論を参考に——」法学新報 106巻 11＝12号（2000年）86-87頁。

68) 小山剛「人権の私人間効力」杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』（青林書院、2008年）410頁。

69) 高橋・前掲注 66) 42頁。

70) 木下智史『人権総論の再検討』（日本評論社、2007年）61頁。

71) 君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008年）135-136頁。

3 小 括

従来の無適用（効力）説は、佐々木惣一に代表される見解である。しかし、論者の「国民の存在権」という概念はドイツの「基本権保護義務論」と共通する部分を有しており、佐々木惣一の見解を、純粋に「無適用（効力）説」に分類すること自体に疑問が生じ得る。また、この見解は、結果的妥当性の観点（弱者救済手法の不存在）から否定された見解とされてきたが、私法上の問題として結論の妥当性を図ることまでも否定するものではない。弱者救済手法の不存在という問題は無適用説にとって論理必然的なものではないと解するのが相当であろう。

主として、我が国の「議論は、通説化した間接効力説により、直接効力説の問題点が指摘されるという形で進展してきた」と評されている⁷²⁾。もっとも、「直接適用説は歪曲化、戯画化して批判され、簡単に退けられている」という指摘⁷³⁾は正当である。その意味で、憲法適用説は、間接適用（効力）説と直接適用（効力）説の過度な緊張関係を緩和する機能を有していたと評価できる。

従来の直接適用（効力）説に対する批判として重要であるのは、「国家からの自由」の観念を変質させるおそれがある、というものである。しかし、「国家からの自由」という観念が重要であることは明らかであるが、日本国憲法には社会権規定も存在しており、首尾一貫されるべきは憲法の名宛人（名宛人は国家である点）である。この見解に対する正当な批判は、〈憲法は、国家－国民の關係に適用される〉という「垂直的な立場」が維持できなくなる、というものである。ただし、この見解も、全面的な憲法の「直接適用」を主張するものではなく、何らかの留保付きの直接適用説であって、（少なくとも、憲法 15 条 4 項のように法文からして直接適用が予定されていると解し得る規定以外の）憲法 18 条・28 条の規定について直接適用されると解する従来の通説的見解に対しても、この批判は妥当すると考えられる。憲法上の権利が、対国家的な「権利」というよりも、（関連する法律が存在しないという状況において）私人間における「法的義務」に転化することには問題がある。

従来の間接適用（効力）説に対する批判として最も重要であるのは、〈憲法は、国家－国民の關係に適用される〉という「垂直的な立場」からすれば、私人間というヨコの関係を規律する法律規定に憲法上の権利を読み込むこととなる理由が明確ではない、というものである。さらに、我が国の従来の通説的見解は、日独の理論の相違を強調し、ドイツにおける「基本権保護義務論」の採用に慎重であったことから、實際上、フランス的な「無適用説」に近いとも解されている。総合的に見て、芦部信喜の採用する間接適用説は、「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」としていることから、フランス的な「無適用説」と断言することはできないが、「何らかの形」の趣

72) 松原光宏「私人間における権利の保障」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究 憲法〔第2版〕』（弘文堂、2013年）91頁。

73) 卷美矢紀「私人間効力の理論的意味」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）261頁以下。

旨もはっきりとしないものとなっている。

第2節 判例における「私人間効力」の論じ方

1 三菱樹脂事件最高裁判決⁷⁴⁾

(1) 事実の概要

我が国の判例における「私人間効力」の論じ方に関するリーディング・ケースとされるのは、三菱樹脂事件最高裁判決である。本判決の事案は以下のとおりである。

Xは、1963（昭和38）年、東北大学卒業と同時にY（三菱樹脂株式会社）に3か月の試用期間を設けて採用された。しかし、前年の社員採用試験の際、学生運動に従事したことや生協理事であったことについて、身上書および面接において虚偽申告（秘匿）・虚偽回答を行ったとして、試用期間の満了直前にYから本採用を拒否する旨の告知を受けた。そこで、Xは、当該措置を無効であると主張して、地位保全の仮処分を申請する（X勝訴⁷⁵⁾）とともに、雇用契約上の地位の確認等を求める訴訟を提起した。

第一審判決⁷⁶⁾は、学生運動等の秘匿の点について悪意が認められないこと等を理由に、本採用拒否を解雇権の濫用に該当し無効であるとした。原審判決⁷⁷⁾は、一方が他方より優越した地位にある場合には、憲法19条の保障する思想・信条の自由はみだりに侵されてはならず、信条によって雇用関係上差別されないことは憲法14条や労働基準法3条の定めるところであって、通常の会社では、労働者の思想・信条が直ちに事業の遂行に支障をきたすとは考えられないから、社員採用試験の際、応募者にその政治的思想・信条に関係のある事項を申告させることは公序良俗に反し許されないとして、本採用拒否を無効と判示した。これに対して、Yは、憲法19条および14条の規定は私人間の関係を直接規律するものではない等と主張して、上告した。

(2) 判旨

最高裁は以下のように判示した。

- (i) 「憲法の右各規定〔憲法19条・14条〕は、同法第3章のその他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。」
- (ii) 「個人の自由や平等は、国や公共団体の統治行動に対する関係においてこそ、侵されることのない権利として保障されるべき性質のものであるけれども、私人間の関係においては、各人の有する自由と平等の権利自体が具体的場合に相互に矛盾、対立する可能性があり、このような場合におけるその対立の調整は、近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許

74) 最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁。

75) 東京地決昭和39年4月27日判時374号60頁。

76) 東京地判昭和42年7月17日判時498号66頁。

77) 東京高判昭和43年6月12日判時523号19頁。

容しうる一定の限界を超える場合にのみ、法がこれに介入しその間の調整をはかるといふ建前がとられているのであつて、この点において国または公共団体と個人との関係の場合とはおのずから別個の観点からの考慮を必要とし、後者についての憲法上の基本権保障規定をそのまま私人相互間の関係についても適用ないしは類推適用すべきものとするのは、決して当をえた解釈ということとはできないのである。」

- (iii) 「もつとも、私人間の関係においても、相互の社会的力関係の相違から、一方が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合があり、このような場合に私的自治の名の下に優位者の支配力を無制限に認めるときは、劣位者の自由や平等を著しく侵害または制限することとなるおそれがあることは否み難いが、そのためにこのような場合に限り憲法の基本権保障規定の適用ないしは類推適用を認めるべきであるとする見解もまた、採用することはできない。」
- (iv) 「私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によつてその是正を図ることが可能であるし、また、場合によつては、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の適切な運用によつて、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである。そしてこの場合、個人の基本的な自由や平等を極めて重要な法益として尊重すべきことは当然であるが、これを絶対視することも許されず、統治行動の場合と同一の基準や観念によつてこれを律することができないことは、論をまたないところである。」
- (v) 「ところで、憲法は、思想、信条の自由や法の下での平等を保障すると同時に、他方、22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであつて、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできないのである。」
- (vi) 「企業者は、労働者の雇入れそのものについては、広い範囲の自由を有するけれども、いつたん労働者を雇い入れ、その者に雇傭関係上の一定の地位を与えた後においては、その地位を一方的に奪うことにつき、雇入れの場合のような広い範囲の自由を有するものではない。労働基準法3条は、……労働者の労働条件について信条による差別取扱を禁じているが、特定の信条を有することを解雇の理由として定めることも、右にいう労働条件に関する差別取扱として、右規定に違反するものと解される。」「このことは、法が、企業者の雇傭の自由について雇入れの段階と雇入れ後の段階との間に区別を設

け、前者については企業者の自由を広く認める反面、後者については、当該労働者の既得の地位と利益を重視して、その保護のために、一定の限度で企業者の解雇の自由に制約を課すべきであるとする態度をとっていることを示すものといえる。」

(3) 検 討

(i)では、憲法上の規定は「国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」と判示しており、直接適用（効力）説が否定されている。

(ii)では、「人権」が私人間において対立する可能性を前提としながら、近代自由社会が私的自治の原則を採用した以上は、「一方の他方に対する侵害の態様，程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える場合にのみ，法がこれに介入しその間の調整をはかるという建前がとられ」る，と判示されている。すなわち，私人間の人権問題は，原則的に私的自治に委ねられ，相互の人権が対立した際の例外的な措置が「法」であるとされている⁷⁸⁾。また，「憲法上の基本権保障規定をそのまま私人相互間の関係についても適用ないしは類推適用すべきものとすることは，決して当をえた解釈ということとはできない」としており，直接適用説は明確に排除されているが，（「類推適用」が何を示すものか不明であるものの）「適用」という用語も排除されている点が重要である。

(iii)において否定されているのは，いわゆる社会的権力説ないし国家類似説であると解される。その理由としては，事実上の私的支配関係では，「その支配力の態様，程度，規模等においてさまざまであり，どのような場合にこれを国又は公共団体の支配と同視すべきかの判定が困難であること」が挙げられる⁷⁹⁾。

(iv)では，相互の人権が対立した際の例外的な措置として，「立法措置によつてその是正を図ること」と「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の適切な運用」という2つを挙げている。「場合によつては」でつながれていることから，「一面で私的自治の原則を尊重しながら，他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し，その間の適切な調整を図る」ことは第一的に立法府によって行われる必要があり，法の「適切な運用」によって第二的に裁判所がそのような調整を行うこととなる，ということを示すものであろう。

(v)では，憲法22条・29条によって認められる「財産権の行使，営業その他広く経済活動の自由」や「契約締結の自由」を直接適用している。この点については，「最高裁の論理では，思想・信条の自由はもっぱら公権力に対する保障であって，私人間の関係と無縁のもの」とされている一方で，「憲法22条，29条のいわゆる経済活動の自由から『契約の自由』

78) もっとも，現代においては，「公序良俗は，法律の全体系を支配する理念」であり，「[民法]第90条は，個人意思の自治に対する例外的制限を規定したのではなく，法律の全体系を支配する理念がまたまその片鱗をここに示したに過ぎない，と考えられるようになっている」とされる（我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店，1965年）270-271頁）。併せて，山本・前掲注48）10頁以下参照。また，近代的契約観念に関しては，星野英一『民法論集 第6巻』（有斐閣，1986年）201頁以下に詳しい。

79) 富澤達「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和48年度（1977年）313頁。

をみちびいて」おり、「自己の論理に都合のよい場合には第三者効力を認め、その反対の場合にはこれを認めない」という恣意的な判断がなされていると批判されている⁸⁰⁾。しかし、調査官解説はこの部分を間接適用説のあてはめであるとしており⁸¹⁾、このように理解すれば、「私的自治に対する一般的制限規定」の枠内で対立する利益を調整している部分であると解される。また、国家（裁判所）が当該解雇を「無効あるいは不法行為だと解すると、それが三菱樹脂の『雇用の自由』という憲法上の人権を侵害することになる〔傍点筆者〕」のであって、「憲法は原告・被告間ではなく、被告・国家間に適用されている」と考えれば、矛盾はないとする見解も主張されている⁸²⁾。

(vi)では、雇入れの段階と雇入れ後の段階では企業者側の自由の程度が異なることを示している。重要であるのは、労働基準法における「既存の法の枠組み」を検討した上で、雇入れの段階と雇入れ後の段階を区別していることである。

もっとも、本判決が「企業者が雇傭の自由を有し、思想、信条を理由として雇入れを拒んでもこれを目して違法とすることができない以上、企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも、これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない」と判示した部分については、「企業経営に関する高度の判断力や指導力を必要とされるという点で、世界観が職業的関連性を有していた幹部要員の採用事案における判旨と理解すべきである」とされている⁸³⁾。また、荒木尚志は、「雇用維持が労働関係における重要な価値であり続けるとしても、唯一絶対的価値ではなく、他に差別禁止、プライバシー保護、職業生活における人格発展の自由といった尊重すべき新たな価値が台頭してきている今日、〔三菱樹脂事件最高裁判決の〕判旨の立場がなお支持されるべきか再検討の余地があろう。とりわけ、採用強制ができないのは当然としても、不法行為として損害賠償責任を認める余地は十分にあり得よう」と主張している⁸⁴⁾。

本判決の立場は、「直接適用否定説」であると解されるが、「適用」という用語も排除されていることから「私人間無適用」という前提を堅持するものであると理解できる。問題となるのは、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はなく、憲法上の価値は一切影響を及ぼさない〉という（正確に言えば）「私人間無適用・無効力」の立場と〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」の立場のどちらに我が国の判例の立場が位置づけられるかである。

2 判例における「私人間効力」の論じ方

(1) 憲法の直接適用を否定する文脈

80) 有倉遼吉「三菱樹脂事件最高裁判決の憲法的評価」法学セミナー220号（1974年）7頁。

81) 富澤・前掲注79)315頁。

82) 高橋和之「私人間効力論再訪」ジュリスト1372号（2009年）150頁。

83) 菅野和夫『労働法〔第11版補正版〕』（弘文堂、2017年）218-219頁脚注11。

84) 荒木尚志『労働法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）327頁。

まず、判例において「私人間効力」が論じられるのは、憲法の直接適用を否定する文脈においてである。そこでは、三菱樹脂事件最高裁判決の(i)が引用されており、当該箇所は「憲法論を遮断する」機能を有している⁸⁵⁾。

在学生の政治活動を広く制限する生活要録に基づいてなされた私立大学の退学処分が争われた昭和女子大事件最高裁判決⁸⁶⁾において、最高裁は、「憲法 19 条、21 条、23 条等のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、国又は公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障することを目的とした規定であつて、専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものでない」として三菱樹脂事件最高裁判決を引用し、「したがつて、その趣旨に徴すれば、私立学校である……大学の学則の細則としての性質をもつ……生活要録の規定について直接憲法の右基本権保障規定に違反するかどうかを論ずる余地はないものというべきである」と判示した。

新聞社が特定政党を批判する意見広告を掲載したことに対して政党側が反論文の無料掲載を要求したサンケイ新聞事件最高裁判決⁸⁷⁾においても、最高裁は、「憲法 21 条等のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、国又は地方公共団体の統治行動に対して基本的な個人の自由と平等を保障することを目的としたものであつて、私人相互の関係については、たとえ相互の力関係の相違から一方が他方に優越し事実上後者が前者の意思に服従せざるをえないようなときであつても、適用ないし類推適用されるものでない」として三菱樹脂事件最高裁判決を引用し、「私人間において、当事者の一方が情報の収集、管理、処理につき強い影響力をもつ日刊新聞紙を全国的に発行・発売する者である場合でも、憲法 21 条の規定から直接に、所論のような反論文掲載の請求権が他方の当事者に生ずるものでないことは明らかというべきである」と判示した。

上記から、最高裁の立場は、私人間訴訟において〈憲法の名宛人は「国家」である〉という「私人間無適用」の前提を堅持するものであると理解できる⁸⁸⁾。

(2) 国家の私法上の行為の事例

次に、判例において「私人間効力」が論じられたケースとして挙げられるのが、国家の私法上の行為の事例である。最高裁は、自衛隊の基地建設用地の土地売買契約に対する憲法 9 条の適用が問題となった百里基地訴訟最高裁判決⁸⁹⁾において、以下のように判示している。

「憲法 9 条は、その憲法規範として有する性格上、私法上の行為の効力を直接規律することを目的とした規定ではなく、人権規定と同様、私法上の行為に対しては直接適用さ

85) 小山剛「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選 I 〔第 6 版〕』(有斐閣, 2013 年) 25 頁参照。

86) 最判昭和 49 年 7 月 19 日民集 28 卷 5 号 790 頁。

87) 最判昭和 62 年 4 月 24 日民集 41 卷 3 号 490 頁。

88) 最判昭和 50 年 4 月 10 日判時 779 号 62 頁, 最判昭和 52 年 12 月 13 日民集 31 卷 7 号 974 頁, 最判昭和 63 年 12 月 20 日集民 155 号 507 頁, 最判平成 3 年 9 月 3 日判時 1401 号 56 頁, 最判平成 8 年 7 月 18 日判時 1599 号 53 頁, 参照。

89) 最判平成元年 6 月 20 日民集 43 卷 6 号 385 頁。

れるものではないと解するのが相当であり、……国が行政の主体としてでなく私人と対等の立場に立つて、私人との間で個々に締結する私法上の契約は、当該契約がその成立の経緯及び内容において実質的にみて公権力の発動たる行為となんら変わりがないといえるような特段の事情のない限り、憲法 9 条の直接適用を受けず、私人間の利害関係の公平な調整を目的とする私法の適用を受けるにすぎないものと解するのが相当である。〔傍点筆者〕

しかし、たとえば、差別を伴う契約を私人と国家が締結すること（＝国家の「私法上の行為」）に憲法 14 条が直接適用されないという事態を考えれば、憲法上の人権規定が国家の「私法上の行為」に直接適用されないことには問題があろう⁹⁰⁾。したがって、「私法関係か公法関係かといった区別は、……憲法の下で生じる区別と考えるべきであり、憲法の適用の有無を考える基準とすべきではなかろう。国家の行為は、私法的形態で行われようと、公法的形態で行われようと、憲法の適用を受けると考えるべきである」との批判⁹¹⁾が正当である。また、本判決の調査官解説が「民法 90 条の判断をするに当たり、憲法 9 条のいわゆる間接適用を認めた」⁹²⁾としているように、上記の立場の相対化に「私人間効力」が関係していることも忘れてはならない。「私人の私法上の行為が憲法の規律を受けないのは、私法上の行為であるからではない。私人は憲法の『名宛人』ではないからである」⁹³⁾。その意味で、〈憲法の名宛人は「国家」である（憲法は私人間には適用されない）＝私人間無適用〉と強調することの重要性は依然として高いと考えられる。

(3) 憲法 14 条における差別の事案

明示的ではないが、判例において「私人間効力」が論じられたケースとして挙げられるのが、憲法 14 条における差別の事例である。

合併に際して締結された労働協約およびその一般的拘束力によって拘束力が及ぶことになったこととなった、定年を男子満 55 歳（後に 60 歳）・女子満 50 歳（後に 55 歳）とする就業規則が争われた女子若年定年制事件最高裁判決⁹⁴⁾において、最高裁は、「上告会社の企業経営上の観点から定年年齢において女子を差別しなければならない合理的理由は認められず、「上告会社の就業規則中女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法 90 条の規定により無効であると解するのが相当である（憲法 14 条 1 項、民法 1 条ノ 2〔現 2 条〕参照）」と判示した。この点については、本判決に加わった裁判官自体が「無効の根拠は民法 90 条であるが、憲法 14 条 1 項を括弧内に引用して

90) 浦田一郎「判批」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編『憲法判例百選Ⅱ〔第 5 版〕』（有斐閣、2007 年）380-381 頁参照。

91) 高橋・前掲注 63) 115-116 頁。併せて、松井・前掲注 41) 58 頁、塩野宏『行政法Ⅰ〔第 6 版〕』（有斐閣、2015 年）34-35 頁、参照。

92) 小倉頭「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成元年度（1991 年）220 頁。

93) 高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、2017 年）143 頁。

94) 最判昭和 56 年 3 月 24 日民集 35 卷 2 号 300 頁。

いることからみて、間接適用説を採用したものと考えてよい」としており⁹⁵⁾、調査官解説も同様の理解を示している⁹⁶⁾。

A 部落における慣習およびそれに基づく会則において、(α)入会権者たる資格は一家の代表者としての世帯主 1 名のみ認められる、(β)代表者は原則として男子孫に限られ、同入会部落の部落民以外の男性と婚姻した女子孫は離婚して旧姓に復しない限り入会権者たる資格を認めない、とされていたことが争われた、入会権差別事件最高裁判決⁹⁷⁾において、最高裁は以下のように判示した。

- (α)「本件入会地の入会権が家の代表ないし世帯主としての部落民に帰属する権利として当該入会権者からその後継者に承継されてきたという歴史的沿革を有するものであることなどにかんがみると、各世帯の構成員の人数にかかわらず各世帯の代表者にのみ入会権者の地位を認めるという慣習は、入会団体の団体としての統制の維持という点からも、入会権行使における各世帯間の平等という点からも、不合理ということはできず、現在においても、本件慣習のうち、世帯主要性を公序良俗に反するものということとはできない。」
- (β)「しかしながら、本件慣習のうち、男子孫要件は、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であるべきであり、遅くとも本件で補償金の請求がされている平成 4 年以降においては、性別のみによる不合理な差別として民法 90 条の規定により無効であると解するのが相当である。その理由は、次のとおりである。」「男子孫要件は、世帯主要性とは異なり、入会団体の団体としての統制の維持という点からも、入会権の行使における各世帯間の平等という点からも、何ら合理性を有しない。このことは、A 部落民会の会則においては、会員資格は男子孫に限定されていなかったことや、被上告人と同様に杣山について入会権を有する他の入会団体では会員資格を男子孫に限定していないものもあることから明らかである。被上告人においては、……女子の入会権者の資格について一定の配慮をしているが、これによって男子孫要件による女子孫に対する差別が合理性を有するものになったということとはできない。そして、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、……本件入会地の入会権の歴史的沿革等の事情を考慮しても、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。」

本判決は「男女の本質的平等を定める日本国憲法の基本的理念」と判示している点で、「おそらく、これまでの最高裁判例で、最も間接適用説らしい」と評されているものであり⁹⁸⁾、

95) 伊藤・前掲注 26) 35 頁。

96) 時岡泰「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和 56 年度 (1986 年) 188 頁。

97) 最判平成 18 年 3 月 17 日民集 60 卷 3 号 773 頁。

98) 小山剛「憲法は私法をどこまで縛るのか——憲法の優位と私法の独自性」新世代法政策学研究 11 号 (2011 年) 35 頁。

調査官解説も同様の理解を示している⁹⁹⁾。

上記から、最高裁の立場は、少なくとも憲法 14 条における差別の事案では、一定の「水平的効力」を肯定していると解するのが相当である。

(4) 「私人間効力」の問題が論じられない領域

その一方で、判例において「私人間効力」の問題が論じられない領域も存在する。たとえば、北方ジャーナル事件最高裁判決¹⁰⁰⁾において、最高裁は、「私人間効力」の問題を論じず、「事前差止めの合憲性に関する判断に先立ち、実体法上の差止請求権の存否について考える〔傍点筆者〕」とした上で、「言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法 13 条）と表現の自由の保障（同 21 条）とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である」と判示している。また、「名誉を違法に侵害された者は、損害賠償（民法 710 条）又は名誉回復のための処分（同法 723 条）を求めることができるほか、人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である」とも判示しており、「人格権としての名誉権」の後ろに「（憲法 13 条）」と記されていないことから、三菱樹脂事件最高裁判決と同様に「直接適用否定説」の立場を黙示的に採用するものであると理解できる。したがって、北方ジャーナル事件最高裁判決は、「直接適用否定説」を黙示的に採用し、表現行為による名誉侵害の場合には〈国家（裁判所）－私人 X〉および〈国家（裁判所）－私人 Y〉というタテの関係にそれぞれ憲法 13 条と 21 条が適用される、と判示するものである。すなわち、「私人間効力」の問題は論じられていないものの、一定の「水平的効力」を肯定するものと考えることができよう。

3 小 括

我が国の判例の立場は、「直接適用否定説」であると考えられる。換言すれば、私人間訴訟において〈憲法の名宛人は「国家」である〉という「私人間無適用」の前提を堅持するものであると理解できる。また、三菱樹脂事件最高裁判決が議会の「立法」を媒介として私人間に憲法的価値を及ぼすという手段を積極的に提示していることからすれば、〈私人間の人権は法律によって保障される〉という立場が採用されている。

「直接適用否定説」の意義については、三菱樹脂事件最高裁判決の引用の有無に着目し、「前者の諸事件では、私人の定める規則や行為が憲法の人権規定に違反するとの主張が前面に打ち出されているのに反し、後者の諸事件では、そうではない（違憲の主張はあっても、実質的には私人の行為が私法上違法または無効であるとの主張がメインとなっている）」と

99) 松並重雄「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成 18 年度(上) (2009 年) 395 頁。

100) 最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 卷 4 号 872 頁。

解する見解¹⁰¹⁾が興味深い。この見解によれば、「直接適用否定説」の意義は、「私人間の訴訟において私人の行為を直接違憲とする主張がなされた場合に、『国または公共団体の統治行為』に対する保障規定である憲法の人権規定を私人の行為に対してそのまま適用して事案を解決することはできないことに注意を喚起し、ともに人権の主体である私人間における人権保障（または、その制約）のあり方を（関連する法律の解釈等を通じて）別途検討しなければならないことを確認させる点にある」ということとなる¹⁰²⁾。

もつとも、「直接適用否定説」を前提としても、（一定の「水平的効力」が肯定されるか否かという観点から）「私人間無適用・無効力」と「私人間無適用・水平的効力」という2つの立場があり得ることとなるが、憲法14条における差別の事案（女子若年定年制事件最高裁判決および入会権差別事件最高裁判決）や、表現行為による名誉侵害の場合には〈国家（裁判所）－私人 X〉および〈国家（裁判所）－私人 Y〉というタテの関係にそれぞれ憲法13条と21条が適用されるとした北方ジャーナル事件最高裁判決を前提とすれば、我が国の判例は「私人間無適用・水平的効力」の立場に分類することができよう。

「私人間無適用・水平的効力」の立場の理論構成としては、これまで検討してきたアメリカ合衆国とイギリスの議論が参考となる。

まず、アメリカでは、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉という要件は現在まで堅持されてきたが、ステイト・アクション法理によって私人間において「水平的効力」は生じないという確固たる結論が導かれてきたわけではない（限定的な「私人間無適用・水平的効力」の立場）。後者に関しては、最高法規条項によって「裁判所」が合衆国憲法に拘束され、修正14条の平等保護条項が一定の私的な人種差別を防ぐ「積極的（保護）義務」を課すものであることから、連邦最高裁が私人間訴訟において憲法上の実体判断を積極的に行うこととなり、結果として「間接的水平的効力」は生じることとなる、という連邦最高裁の判例に整合的なステイト・アクション法理の再構成が可能である、と結論づけた。日本においても、議会よりも裁判所の方が問題への対処にはより適している領域においては、国家機関である「裁判所」の憲法拘束および憲法の最高法規性を根拠として、裁判所が第二次的な積極的義務（私法を憲法適合的に解釈する義務）に服さしめられることによって、私人間に限定的な「（強い）水平的効力」が生じる結果となる、と考えられる。この論理によって、日本における女子若年定年制事件最高裁判決および入会権差別事件最高裁判決（憲法14条における差別の事案）を説明することが可能となろう。

また、イギリスでは、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人間無適用の立場を前提として、「公的機関」としての裁判所が私人間訴訟においても人権法に拘束される（＝裁判所－被害者／裁判所－加害者間に「条約上の権利」が適用された上で、既存の法を条約適合的に解釈する義務に服さしめられる）ことによって私人間に「間接

101) 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』（有斐閣、2011年）82頁。

102) 野坂・前掲注101) 83頁。

的水平的効力」は生じ得る、という「(強い) 間接的水平的効力説」が多数説を構成している。この見解は、欧州人権条約8条と10条の影響が争われたメディアによるプライバシー侵害訴訟である Campbell 判決(貴族院)の多数意見によっても支持されており、表現行為による名誉侵害の場合には〈国家(裁判所)－私人X〉および〈国家(裁判所)－私人Y〉というタテの関係にそれぞれ憲法13条と21条が適用されるとした日本の北方ジャーナル事件最高裁判決の立場と同様であると解することも可能であろう¹⁰³⁾。

問題となるのは、国家の私法上の行為の事例である百里基地訴訟最高裁判決である。そこでは〈憲法の名宛人は「国家」である〉という立場の相対化に「私人間効力」が関係しており、〈憲法の名宛人は「国家」である(憲法は私人間には適用されない)＝私人間無適用〉と強調することの重要性は依然として高いと考えられる。

第3節 「私人間無適用・水平的効力」という立場

1 近時の「私人間効力」に関する再構成論

(1) 近時の議論状況

「私人間効力」に関する最近の議論に目を向けると、まさに「百家争鳴」¹⁰⁴⁾の状況である。その理由としては、「間接適用説の確立期、我が国の学説は、間接適用・直接適用という対立の枠組み、及び間接適用という結論についてはドイツ法に忠実であったが、なぜ間接適用が認められるのかという、理論的基礎づけ自体については関心が比較的希薄であった」こと、が挙げられている¹⁰⁵⁾。以下では、新無適用(効力)説、新直接適用(効力)説、個人の尊厳と「憲法的公序」説、裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説、国家の基本権保護義務論による再構成、という主要な見解を検討することとしたい。

(2) 新無適用(効力)説

新無適用(効力)説の論者である高橋和之は、まず、「私人間効力」の議論は「ドイツ学説の圧倒的影響下にあり、アメリカのステイト・アクション論が若干参照されてはいるものの、フランスの状況はまったく視野の外に置かれ、全体としては特殊ドイツ的議論の香りが強い」と評価する¹⁰⁶⁾。その根拠としては、①「フランスには、少なくとも今までのところ、私人間にも人権の効力を認めるべきだというような議論は、人権規定が法的効力を公式に認められて以降も、管見のかぎり、無いようであるが、当然に適用されるという議論も無いところをみれば、『無適用説』を前提にしていると思われる」こと、②アメリカの議論も基

103) 山本敬三「人格権」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007年)47頁は、「立法による保護手段だけでは、基本権＝人格権の侵害を受けている者に実効的な保護をあたえたことにならない場合は、同じく国家の機関である裁判所が、立法の不備をおぎない、少なくとも最低限の保護をあたえる義務を負う。したがって、差止めを認めなければ基本権＝人格権侵害に対して保護をあたえたことにならない場合は、明文の規定がなくとも、裁判所はこれを認める憲法上の義務があることになる」とする。

104) 宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来——どこへ行くのか」長谷部恭男編『人権の射程』(法律文化社、2010年)31頁。

105) 小山・前掲注68)411頁。

106) 高橋・前掲注59)137頁。

本的に「無適用説」に分類できること、が挙げられている¹⁰⁷⁾。そして、「私がここで提案したいのは、日本においては特殊ドイツ的な行き方に安易に与する前に、立憲主義の論理を貫徹する努力をしてみるべきではないかということである」と主張する¹⁰⁸⁾。

「立憲主義の論理」(＝「フランス革命期の論理」)については、以下のように説明されている¹⁰⁹⁾。1789年人権宣言においては「自然権が社会構成員相互間で制約しあうもの、つまり相互に主張しうるものと観念されている」が、1791年憲法が人権宣言の理念を実定憲法化したことによって、「自然権は『憲法上の権利』に変換された」¹¹⁰⁾。「憲法とは、政治権力に対して目標を設定し、目的の遂行に適した組織(権力・機関)を創設する法規範である」という基本的な性格からすれば、「憲法規範の名宛人は国家と考えるのが素直であり、ゆえに、『憲法上の権利』の名宛人も、国家(国家権力の行使者)ということになる」¹¹¹⁾。「憲法は、まず立法権に対して法律が人権を侵害することのないように命令し、次いで、私人間において人権を保障する国家の義務を、刑法と民法を中心とする法律制定により履行することを予定したのである。そこでは、憲法は国家を名宛人としており、私人間への適用は想定されていない。私人間の人権(自然権)の保護・調整は法律に委ねられている」¹¹²⁾。これがまさに「立憲主義の論理」であり、「憲法の定めた、私人間における人権理念の現実化の『法のプロセス』なのである」¹¹³⁾。

高橋和之は、現代社会における私人間における人権救済については以下のように述べている。

「近代的理論においては、私人間を規整するのは法律であった。ところが、法律に全面的に信頼を置くわけにはいかないということが、近代憲法とは異なる現代憲法の問題状況のはずである。実際、もし法律が私人間における人権侵害に迅速・的確に対応しないで放置した場合、この無効力説の立場では困ることになる。たしかに、この説には、そのような欠陥が理屈のうえではある。しかし、現実には、私人間のあらゆる人権侵害に対処しうる法律規定が、我が国には存在するのである。民法90条と709条がそれである。私人間における『人権』(自然権、道徳的価値)の保障は、個人の尊厳を保障する方向での(民法1条ノ2〔現2条〕参照)、民法をはじめとする私法の解釈問題にすぎない。それで十分対応できるというのに、なぜ憲法観・人権観を変える危険を冒して

107) 高橋・前掲注59)137頁。

108) 高橋・前掲注59)144頁。

109) 「フランス革命期の論理」についての異なる理解を提示するものとして、水林彪「近代憲法の本源的な性格——société civileの基本法としての1789年人権宣言・1791年憲法」戒能通厚＝榎澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』(日本評論社、2008年)21頁以下。併せて、水林彪「近代民法の本源的な性格——全法体系の根本法としてのCode civil——」民法研究5号(2008年)1頁以下、同「憲法と民法の本源的な関係——Constitution(1789-1791)とCode civil(1804)」憲法問題21号(2010年)7頁以下、参照。

110) 高橋・前掲注59)138頁。

111) 高橋和之「人権の私人間効力論」高見勝利＝岡田信弘＝常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣、2004年)4頁。

112) 高橋・前掲注59)139頁。

113) 高橋和之「現代人権論の基本構造」ジュリスト1288号(2005年)118頁。

まで新しい理論を形成しなければならないのであろうか。」¹¹⁴⁾

上記の考え方の前提には、「理念としての人権」と「実定法化した人権」という区別が存在する¹¹⁵⁾。「実定法化した人権」には「憲法上の人権」と「民法上の人権」が存在しており、「民法上の人権」の背後には「理念としての人権」が存在している。その意味で、「私法の解釈は人権価値に適合的になされねばならない」が「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」とされる¹¹⁶⁾。そして、「個人の尊厳は、社会の構成原理としては、憲法と民法の背後に措定された統一的価値原理であり、最高規範としての憲法に導入され下位規範の民法に流入する法的価値とは性格を異にする」とし¹¹⁷⁾、「理念としての人権」を「個人の尊厳」と理解している。

(3) 新直接適用（効力）説

新直接適用（効力）説の論者である藤井樹也は、「日本国憲法にさだめられている『権利』が『国家』だけにむけられているのか『私人』にもむけられているのかという問題を、〈テキスト解釈〉の問題として把握する必要がある」とした上で¹¹⁸⁾、「日本国憲法のもとでは、憲法の明文規定からは侵害者が国家に限定されることが要請されているわけではな」と主張する¹¹⁹⁾。たとえば、アメリカのステイト・アクションの要件は、連邦制という制度を背景とし、同時に、明示的に「合衆国」や「州」を名宛人とする「憲法規定の文言を根拠に成立したと考えることができる」ことからすれば、「アメリカの判例理論の結論部分だけをそのまま輸入して、わが国の場合にも憲法上の権利が政府だけにむけられているという結論をみちびきだすことは、かならずしも妥当ではない」と解されている¹²⁰⁾。

新直接適用（効力）説は、「私人間効力」の問題においては「『私人による憲法上の『権利』の侵害』という観念が成立するのもしないのかという二者択一の問題を明確にすることが重要である」という前提¹²¹⁾から、以下のように要約される。

「①『直接効力説／間接効力説／無効力説』という伝統的な図式にかえて『効力肯定説／否定説』という概念枠組を採用し、②とくにアメリカの場合との比較をもとに、日本国憲法の権利規定の文言や違憲審査制の構造などからわが国では『私人による憲法上の『権利』の侵害』という観念が成立する場合があると理解し、③憲法の権利規定と民刑事法とが複雑な重畳構造を形成していることから、民刑事法による救済が憲法の権利規定によって要請される場合があると理解し、④民刑事法による救済が不完全な場合には直接憲法にもとづく救済が可能であると考え。」¹²²⁾

114) 高橋・前掲注 111) 17 頁。「民法 1 条ノ 2 [現 2 条]」については、山本敬三「§ 1ノ 2」谷口知平＝石田喜久夫編『新版 注釈民法（1）[改訂版]』（有斐閣，2002 年）225 頁参照。

115) 高橋・前掲注 113) 110 頁以下。

116) 高橋・前掲注 59) 144 頁。

117) 高橋・前掲注 59) 145 頁。

118) 藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂，1998 年）253 頁。

119) 藤井・前掲注 118) 261 頁。

120) 藤井・前掲注 118) 170-171 頁。

121) 藤井・前掲注 118) 230 頁。

122) 藤井・前掲注 118) 274-275 頁。

(4) 個人の尊厳と「憲法的公序」説

個人の尊厳と「憲法的公序」説の論者である宍戸常寿は、「個人の尊厳を保障する憲法 13 条は、私人間においても『妥当』(Geltung)する」と考えられ¹²³⁾、それに加えて、「個人の尊厳の要請とは別に、個人の人権条項から、私人間でも妥当する『憲法的公序』が導かれることもあ」る¹²⁴⁾、と主張する。前者については、「個人がお互いを尊重する責務を負うことは、一般に承認されているはずである」が、このことが「私人間で何を禁止し何を要求するのか」という意味は「憲法 13 条の段階ではいまだ抽象的な要請にとどまる」ために「憲法 13 条の規範内容は、私人間で『具体化』を要する」¹²⁵⁾。その「具体化」は、第一次的には立法によってなされることとなるが、「それが不十分である場合には、憲法 13 条に適合的な私法規定(一般規定に限られない)の解釈や、憲法 13 条からの直接の導出によってなされ」、「このように考えれば、価値原理規定としての憲法 13 条が私人間で妥当する限り、従来の間接効力説のように個々の人権規定について私人間効力を検討する必要はない」¹²⁶⁾。たとえば、北方ジャーナル事件最高裁判決に関しては、「本来的に国家に対してのみ適用される人権条項を、一般条項を通してしかも私的自治と調整した上で私人間に間接的に適用したというのではなく、私人相互の関係においても妥当する法源として憲法 13 条が想定されている、と見た方が素直で」ある、と解されている¹²⁷⁾。

後者に関しては、Hesse の「公共体の基本秩序」としての憲法観¹²⁸⁾を参照し、「私人間において、民主主義社会の基本的前提が侵害される場合には、——個人の尊厳の妥当とは独立の——『憲法的公序』が問題となっていると見ることができよう」とする¹²⁹⁾。また、「『自尊(self-respect)の権利』としての平等権は、……それ自体憲法上の権利であるとともに、個人の尊厳と並んで私人間にも妥当すべき『憲法的公序』であるともいえる」としている¹³⁰⁾。

(5) 裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説

裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説の論者である君塚正臣は、「私人間効力の問題とは、被侵害者が、裁判所という国家権力に対して、憲法解釈によって侵害者の自由を制限するように求める場面の問題である」と定義し¹³¹⁾、憲法の最高法規性と国家機関たる裁判所の憲法拘束から、「憲法の私人間効力の問題とは、私人間紛争における裁判所による憲法の下位法令である私法の一般条項の合憲限定(もしくは拡張)解釈のことなのである」とする¹³²⁾。そして、「『憲法の私人間効力』論は、理論化傾向を強めた憲法学界における論

123) 宍戸・前掲注 104) 40 頁。

124) 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) 104 頁。

125) 宍戸・前掲注 104) 40 頁。

126) 宍戸・前掲注 104) 40 頁。

127) 宍戸・前掲注 124) 99 頁。

128) コンラート・ヘッセ(初宿正典=赤坂幸一訳)『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂、2006 年) 14 頁以下。

129) 宍戸・前掲注 104) 44 頁。

130) 宍戸・前掲注 124) 109 頁。

131) 君塚・前掲注 71) 258 頁。

132) 君塚・前掲注 71) 262 頁。

争の十字路口にあって、華やかな理論戦が戦わされてきた魅惑的な存在であった。だが、この問題の解決に向けては、法に関する一般原則に立ち帰り、憲法総論として一貫した理論の下で結論が出されるべきである。特殊な問題に対する特殊な解法としての『憲法の私人間効力』論は、およそその役割を終えてよい」と結論づけている¹³³⁾。

木下智史も、「私人間効力論固有の問題領域は、裁判所が法解釈によって、私人間の法的紛争を解決する場合とすべきである」とし、国家・被侵害者・侵害者という「三面モデル」の下で「私人たる侵害者・被侵害者の関係は私人間の民事紛争ではあるが、その紛争が裁判所という国家機関に持ち込まれ、いずれか一方に有利な判決が下される過程では、国家権力対私人という、憲法学にとってはなじみの問題状況が顕在化する」と主張する¹³⁴⁾。そして、「憲法上の人権規定の効力が私人関係に及ぶかどうかという『人権の私人間効力』の問題は、いわば人権主張のための『入り口』問題であって、私人間における人権問題の解決のためには、『実体』問題、すなわちいかなる権利がどのように衡量されるべきかが問われなければならない」としている¹³⁵⁾。

(6) 国家の基本権保護義務論による再構成

国家の基本権保護義務論とは、「国家は被害者 X の基本権法益を、加害者 Y の侵害から保護する義務を負うとの考え方であり、法的三極関係を構造上の特徴とする」見解、をいう¹³⁶⁾。この見解は、ドイツの連邦憲法裁判所の判例の立場であり、1975年の第1次随胎判決¹³⁷⁾で確立され、「私人間効力」の問題においては、1990年の代理商決定¹³⁸⁾・1993年の連帯保証決定¹³⁹⁾・2001年の扶養請求権放棄契約判決¹⁴⁰⁾で採用されている。

前提として、「私法上の紛争においては、当事者の双方が基本権の主体であり、かつ、基本権の名宛人ではない。したがって、基本権の対国家性という前提を堅持する限り、私的人権侵犯は、ただちに基本権の問題とはなり得ない。私人が侵害しうるのは、正確には、基本権ではなく、その背後にある基本権法益と呼ぶべきものである」¹⁴¹⁾。この点は、我が国における従来の間接適用説の論者も自覚していたようである¹⁴²⁾。「基本権法益 [Grundrechtsgüter]」は、「憲法上の法益であり、基本権の価値決定ないし客観的原則規範としての側面

133) 君塚・前掲注 71) 536 頁。

134) 木下・前掲注 70) 46-47 頁。

135) 木下・前掲注 70) 62 頁。

136) 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）129-130頁。詳細は、小山・前掲注 61) 参照。

137) BVerfGE 39, 1. 邦語文献として、嶋崎健太郎「判批」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注 28) 67-72 頁。

138) BVerfGE 81, 242. 邦語文献として、押久保倫夫「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例II〔第2版〕』（信山社、2006年）265-272頁。

139) BVerfGE 89, 214. 邦語文献として、國分典子「判批」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注 138) 54-60頁。

140) BVerfGE 103, 89. 邦語文献として、古野豊秋「判批」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例III』（信山社、2008年）237-241頁。

141) 小山・前掲注 61) 246 頁。

142) 田口精一『基本権の理論』（信山社、1996年）263頁参照。

と同義語」と説明されており¹⁴³⁾、端的に言えば「基本権によって保護される様々な自由、行為、利益」である¹⁴⁴⁾。

国家の基本権保護義務論は、「法的三極関係」と呼ばれる〈加害者 P₁—国家 S—被害者（要保護者） P₂の三者関係〉において、加害者 P₁の基本権法益侵害から被害者（要保護者） P₂の基本権法益を保護すべき国家の責務を観念することにより、私人間における人権問題を解決するものである。「国家と私人とのあいだに、基本権尊重関係と並んで基本権保護関係を設定する」こととなり、〈憲法は、国家—国民の關係に適用される〉という「垂直的な立場」は堅持されることとなる¹⁴⁵⁾。この見解によれば、「防御権に対する国家の積極的介入に対しては『過剰介入の禁止』が妥当するが、……保護請求権については『少なすぎる保護の禁止』、いわば『過少保護の禁止』が妥当する」¹⁴⁶⁾という一定の枠組みを、立法府および裁判所に提供することが可能となる¹⁴⁷⁾。たとえば、民法の一般条項（90条・709条等）は、立法府の第一次的な保護義務の履行として用意した保護措置の一つであると理解されている¹⁴⁸⁾。そして、立法府によって用意された私法規定を憲法適合的に解釈・適用することで、裁判所は第二次的な保護義務の履行を行うこととなる。

2 「私人間効力」論の整理のための新たな視角

(1) 「私人間効力」論において存在し得る立場

〈憲法は、国家—国民の關係に適用される〉という「垂直的な〔vertical〕立場」を堅持する限りにおいて、採り得る立場は2つである。第一は、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はなく、憲法上の価値は一切影響を及ぼさない〉という（正確に言えば）「私人間無適用・無効力」の立場である。第二は、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」の立場である。他方で、「私人間効力」論においては、〈私人間にも、憲法上の人権規定が適用される〉という「私人間適用・水平的効力」の立場も理論上存在し得る。

まず、我が国において、立法による憲法的価値の実現を否定する見解は見受けられない。三菱樹脂事件最高裁判決は、議会の「立法」を媒介として私人間に憲法的価値を及ぼすという手段を積極的に提示しており、〈私人間の人権は法律によって保障される〉という立場を採用するものである。新無適用（効力）説の論者も、「立法措置は当然認めるといふか、私

143) 小山剛「基本権の私人間効力・再論」法学研究 78 卷 5 号（2005 年）62 頁。

144) 松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法」阪大法学 53 卷 3 = 4 号（2003 年）901 頁。

145) 小山・前掲注 61) 223 頁。

146) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）——私法関係における憲法原理の衝突——」法学論叢 133 卷 4 号（1993 年）17-18 頁。

147) 松本和彦「基本権保護義務と不法行為法制度——山本説に対する憲法学説の一反応」企業と法創造 7 卷 3 号（2011 年）97 頁は、「民主制の下において基本権法益の衡量は、第一次的には立法者によって行われる必要がある。立法者が第一次的な基本権法益の衡量を行い、何らかの基本権保護制度を創設する。そして、その制度の枠内で裁判所が第二次的な基本権保護義務を履行するという形でないと、民主制の原理が掘り崩される」こととなる、としている。

148) 山本・前掲注 48) 233 頁および 271 頁。

人間の問題を規律するのは法律だから、立法権が必要だと考えれば憲法に違反しない限り法律をつくり、それを規律しますから当然だと思います」としている¹⁴⁹⁾。したがって、立法による憲法的価値の実現という観点からすれば、(アメリカとは異なり)我が国において、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」の立場に異論はないと考えられる¹⁵⁰⁾。

問題となるのは、私人間訴訟において、いずれの立場が採用されることとなるかである。前述のように、憲法 14 条における差別の事案(女子若年定年制事件最高裁判決および入会権差別事件最高裁判決)や、表現行為による名誉侵害の場合には〈国家(裁判所)－私人 X〉および〈国家(裁判所)－私人 Y〉というタテの関係にそれぞれ憲法 13 条と 21 条が適用されるとした北方ジャーナル事件最高裁判決を前提とすれば、我が国の判例は「私人間無適用・水平的効力」の立場に分類することができよう。以下では、「私人間無適用・無効力」の立場、「私人間無適用・水平的効力」の立場、「私人間適用・水平的効力」の立場という観点から、近時の「私人間効力」に関する再構成論を検討していくこととする。

(2) 新無適用(効力)説

新無適用(効力)説は、〈憲法は、国家－国民の關係に適用される〉という「垂直的〔vertical〕な立場」を最大限堅持し、「私人間無適用・水平的効力」の立場と区別された「私人間無適用・無効力」の立場を明らかにするという点で大きな意義を有するものである。

新無適用(効力)説に対する批判としては、①「理念としての人権(自然権)」に関するもの、②私人間訴訟において「憲法上の人権」が一切解釈基準とされないことに関するもの、③「私人間無適用・無効力」という立場に関するもの、が考えられる。

①「理念としての人権(自然権)」に関しては、「日本の法体系の背後にある『道徳哲学的価値』の存在をどのように確証するのか¹⁵¹⁾、『理念としての人権』は何を根拠に、どのような内実をもってあると想定するのか〔傍点原文〕¹⁵²⁾、という批判がなされている。これに対しては、「両者〔憲法上の権利と私法上の権利〕はともに同一の『道徳的哲学的価値』により基礎づけられている。たしかに、それを同定することは、ときに困難を伴うであろう。しかし、少なくともその憲法上の表れは、我々に与えられているのであり、それを手掛かりに、同一の価値が民法等の法律においてはどう顕れる(べき)なのか、私人間關係のどのようなあり方が『個人の尊厳』の観点から最もふさわしいのか、を憲法、民法、法哲学、法史学等の協働作業として議論していくのは可能なはずであろう」と反論されている¹⁵³⁾。もっとも、その「手掛かり」が憲法とされていることには注目すべきであろう。また、〈民法上の人権〉の上位にある「理念としての人権」＝個人の尊厳という理解が必然的になされる

149) 高橋和之＝高見勝利＝宍戸常寿＝林知更＝小島慎司＝西村裕一「私人間効力論」法律時報 90 巻 4 号(2018 年) 92 頁 [高橋和之の発言]。

150) 立法による憲法的価値の実現と關係する「国家による人権保護」という觀念の位置づけに関しては、西原博史『自律と保護』(成文堂、2009 年) 183 頁以下参照。

151) 木下・前掲注 70) 41 頁。

152) 佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣、2008 年) 150-151 頁。

153) 高橋・前掲注 82) 157 頁脚注 14。

とは限らないのではないだろうか。たとえば、我妻榮は「公共の福祉のための個人的自由と全体的平等の調和が、今日の民主主義の私法原理である」としており¹⁵⁴⁾、「協同体理念」を重視する立場によれば¹⁵⁵⁾、「民法上の人権」の上位にある「理念としての人権」＝公共の福祉」と理解されることとなるのである。

②私人間訴訟において「憲法上の人権」が一切解釈基準とされないことと関係するのは、法道徳の統一という問題である。新無適用（効力）説の立場からも、「憲法と民法がバラバラに違うものが入り入れられていると考えると、実定法秩序の基礎が崩壊してしまうのではないか」という法道徳の統一に関する懸念が呈されている¹⁵⁶⁾。だが、ドイツで法道徳の統一を重視したのは間接適用説の枠組みを提示した Dürig であり¹⁵⁷⁾、Böckenförde によれば、「デューリヒにとっては、人間の尊厳尊重の帰結としての法道徳の統一性が重要であった。まさにそれのみだったのであり、それ以上は問題ではなかった」と評価されている¹⁵⁸⁾。法道徳の統一を重視するとすれば、私人間訴訟において「憲法上の人権」を一切解釈基準としない新無適用（効力）説を採用しないことが望ましいようにも思われ、「雇用差別等の現実からすれば、最近の無効力説支持論が従来の差別の正当化論（住友電工事件判決……等に見る『憲法 14 条の趣旨には反するが、公序良俗には反しない』という論理など）に理論的糧を与えるために援用されることが危惧される」という批判¹⁵⁹⁾もその意味で正当なものであろう。

③「私人間無適用・無効力」という立場に関しては、「私法の規定を裁判所が違憲と判断できる」こととの整合性が問題となる。この点について、君塚正臣は、「兄弟間の争いである森林法違憲判決でも、被告やその行為が違憲とされた（直接効力論）のではなく、違憲とされたのは森林法という法令の一部である。……また、『人権』配慮的に私法が解釈されただけ（無効力説）なのでもない。このような判決手法は（適用違憲等であっても）、要は間接効力説の別の姿なのである」と主張している¹⁶⁰⁾。たしかに、森林法違憲判決では、私人間に、憲法上の人権規定の適用はない（＝私人の行為が憲法違反とされたわけではない）が、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼしている（＝当時の森林法 186 条が憲法 29 条に違反することから、当該森林持分の分割請求権の制限がなくなり、上告人は「自由な分割請求権付きの持分の市場価格相当額を、そっくりそのまま、本判決によるボーナスとして獲得することができる」¹⁶¹⁾こととなった）と考えられる。「無効力説と違憲審査制は、共存しうる」と

154) 我妻榮『民法研究 I』（有斐閣、1966 年）42 頁。

155) 詳細は、我妻榮『民法研究 VII』（有斐閣、1970 年）89 頁以下参照。

156) 高橋和之＋「国家と憲法」研究会「討論」法律時報 82 卷 5 号（2010 年）69 頁 [高橋和之の発言]。

157) 小山剛「憲法上の権利か『自然権』か」法律時報 82 卷 5 号（2010 年）57 頁は、「高橋説がリ्यूー ト型（基本権の多元的機能型）の間接適用説でないことは確かだとしても、デューリヒとの間には、むしろ発想における共通点が際立つ」としている。

158) E. -W. バッケンフェルデ（初宿正典編訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、1999 年）360 頁 [鈴木秀美訳]。

159) 辻村みよ子『憲法〔第 6 版〕』（日本評論社、2018 年）129 頁。引用中の「住友電工事件判決」は、大阪地判平成 12 年 7 月 31 日判タ 1080 号 126 頁。

160) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論 上巻』（法律文化社、2018 年）516 頁。

161) 安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日

する見解¹⁶²⁾もあるが、日本国憲法上、「私法の規定を裁判所が違憲と判断できる」ことからすれば、「私人間無適用・無効力」という立場(=新無適用(効力)説)は完全な形で成立し得ないように思われる。端的に言えば、「憲法は国家の立法行為を制約するものだという理解を動かす」¹⁶³⁾ことなくして、成立し得ないのである。

(3) 新直接適用(効力)説

新直接適用(効力)説は、名宛人を明示する憲法規定における文言の不存在を理由として「私人による憲法上の『権利』の侵害」を肯定するものであり、〈私人間にも、憲法上の人権規定が適用される〉という「私人間適用・水平的効力」の立場に分類されよう。ただし、従来の直接適用(効力)説の問題関心とは大きく異なり¹⁶⁴⁾、「社会的権力」論に与するものでない点は注目に値する。すなわち、私人間における人権保障を強力に支持する「私人間効力」論であっても、「社会的権力」論を背景としなければならない必然性はないのである。

新直接適用(効力)説に対しては、憲法上の「自由権を対国家的権利と考えず、第一次的に他の私人の自由を縛るものと考えすることはそもそも概念矛盾であり、文言の意味からしても、それらは対国家的権利と考えられるべきである」との批判がなされている¹⁶⁵⁾。ここで思い起こされるのは、明示的に「公的機関」の概念拡張を提示する人権法6条3項b上の「公的性質を有する職務」に関するイギリスの議論である。貴族院は、私的団体を人権法の適用対象(hybrid public authority)とするのに消極的であったが、その理由は、(明文規定の存在を前提としても)私的団体を人権法に直接的に服さしめることに対する懸念であろう。そして、興味深いのは、以下の石川健治による指摘である。

「間接適用説では、実質的な社会秩序形成を、裁判官が憲法解釈の名を借りて主導的に行い得るのは、あくまで、一般条項を置いて裁判官に具体的な内容形成を委ねようとする、議会の意思が読み取れる場合に限られている。論者が自覚していると否にかかわらず、この間接適用説の有力化の背景には、社会秩序の形成が、原則的には国民代表である議会の守備範囲に属する事項であって、それを裁判官に委ねる場合にも、議会のイニシアティブが(抽象的な形であれ)ともかくも存在していることが必要だという判断があると考えなくてはなるまい。この点が、裁判官が人権を『直接』適用するという名目で、裁判官主導の社会秩序形成を常時許す結果になる直接適用説との、決定的な違いである。」¹⁶⁶⁾

ただし、従来の直接適用(効力)説だけでなく、間接適用(効力)説も憲法15条4項・18条・28条等は私人間に直接適用される規定であると解しており、その点にも疑義が呈さ

本評論社、1995年)139頁。

162) 小山剛『『私人間効力』を論ずることの意義』法学研究82巻1号(2009年)202頁。

163) 山本・前掲注48)55頁。

164) 近時の直接適用(効力)説において、「企業権力からの自由」を強調するものとして、三並敏克『私人間における人権保障の理論』(法律文化社、2005年)373頁以下。

165) 君塚・前掲注71)188頁。

166) 石川健治「自分のことは自分で決める」樋口陽一編『ホーンブック 憲法〔改訂版〕』(北樹出版、2000年)170頁。

れることとなろう。たとえば、憲法 18 条について、宮澤俊義は「私人間の法律行為であっても、人を奴隷的拘束状態におく内容を有するものは、無効とされる（民法 90 条）」と解することにどまっている¹⁶⁷⁾。また、労働法における有力説は、正当な争議行為の民事免責については憲法 28 条自体から導かれるとしながら、その他の場面では「わが国の法体系に即して構成すれば、憲法 28 条は使用者その他の関係者に対し、労働者の団結権、団体交渉権および団体行動権を尊重すべき『公の秩序』（民 90 条）を設定した」ものであって「団結権等の尊重の理念に反する行為（たとえば正当な組合活動を理由とする解雇や懲戒処分）は『公の秩序』に反するものとして無効となり（民 90 条）、または不法行為（民 709 条）の違法性を備えることとなる」と解している¹⁶⁸⁾。憲法の当該条項の私人間における直接適用について意見が分かれており、憲法の当該規定が私人間に直接適用されるという意味内容も一義的なものでない以上、憲法 15 条 4 項・18 条・28 条等は「必ずしも直接適用を予定したのではなく、むしろ立法者にその規定を実施するための法律制定を義務づけたものと読むことも十分可能」であり、「直接適用を唱えなければならない理由はどこにあるのだろうか」と主張する見解¹⁶⁹⁾が基本的には正当であるようにも思われる。もっとも、憲法において「私人間に直接適用される」と明文で規定されている場合や、このような憲法上の規定が「私人間に直接適用される」ものであるとしか解釈できないものであるならば、一定の例外とされることも許容されよう。

(4) 個人の尊厳と「憲法的公序」説

個人の尊厳と「憲法的公序」説は、「公法私法二元論を超えて、憲法上の“公序良俗”が直接市民社会に妥当するというもので、直接効力説に近い発想である（“良俗”も含むとなると道德憲法の色彩が強くなる……）。が、従来の直接効力説が人権規範の全方位性を根拠とする包括的な議論であるのに対し、憲法的公序は、個々の憲法条文を根拠に、もっと個別的に設定されるものである」¹⁷⁰⁾。「憲法的公序」としては、憲法 14 条のほかに憲法 18 条・28 条¹⁷¹⁾、憲法 23 条も挙げられており¹⁷²⁾、「憲法的公序」の内容が拡大すれば、この見解も（私人間にも、憲法上の人権規定が適用される）という「私人間適用・水平的効力」の立場に分類されることとなり、上記の新直接適用（効力）説と同じ問題点を抱えることとなろう。

個人の尊厳と「憲法的公序」説と共通性を有するものとして、「私人間における人種や性別にもとづく差別が二級市民性を構造的に再生産する場合には、民主主義の条件として、市民的地位の平等を保障する憲法 14 条が私人間にも直接及ぶ」という見解¹⁷³⁾も主張されている。憲法 14 条の特殊性に着目する点では、両者の見解は評価し得るものである。前述の

167) 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978 年）234 頁。

168) 菅野・前掲注 83) 31-32 頁。

169) 高橋・前掲注 59) 145-146 頁。

170) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2013 年）337 頁。

171) 宍戸・前掲注 124) 104 頁。

172) 宍戸・前掲注 124) 178 頁。

173) 卷・前掲注 73) 279 頁。

とおり、日本の最高裁の立場も、憲法 14 条における差別の事案では、一定の「水平的効力」を肯定するものであった（女子若年定年制事件最高裁判決・入会権差別事件最高裁判決）。だが、憲法 14 条から「水平的効力」を導出するには、当該規定を私人間に直接適用される規定であると解する選択肢しかないわけではなく、裁判所の二次的な積極的義務（私法を憲法適合的に解釈する義務）の承認という選択肢も存在するのである。

(5) 裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説

裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説は、「私人間効力論の問題となる場面を、裁判所による私人間紛争処理に限定することによって、憲法上の人権規定に対市民的効力を認めずとも、裁判所という国家機関が憲法上の人権規定に拘束されるという原則から、私人間紛争に人権規定の効力を及ぼすことができる」としていることから¹⁷⁴⁾、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」の立場に分類が可能である。この見解に対しては、「基本権の内実が防御権に尽きるとすれば、民事裁判所は、X〔原告＝被害者〕の基本権には拘束されない」のではないかと、との批判がなされている¹⁷⁵⁾。これに対しては、原告の請求棄却の場合であっても、裁判所による公権力の行使には違いないのであるから、裁判所は原告の基本権にも拘束される、という反論がなされている¹⁷⁶⁾。

裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説の「私人間効力」という問題設定に対する疑義については、別途検討を行う。

(6) 国家の基本権保護義務論による再構成

国家の基本権保護義務論に対しては、「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」の警告がなされている¹⁷⁷⁾。さらには、「保護義務論は劇薬である」との評価¹⁷⁸⁾、「国家の人権保護義務を憲法レベルの規範として承認すれば、国家が積極的に社会生活に介入することを憲法レベルで要請することにつながる。国家管理が拡大することにより、個人の自由という観点が最終的にミニマムな点まで縮小されるのではないかと」いう批判¹⁷⁹⁾、も存在する。このような批判は、法的三極関係に限定されない国家の基本権保護義務論に対するものとしては正当である。法的三極関係に限定されない国家の基本権保護義務論とは、「日本で国家の人権保護義務を語る場合、保護義務論は、より一般に、社会のさまざまな分野で人権侵害を受け、人権の欠如に苦しみ、その救済を求めている人たちに対して、国家が積極的に保護のための措置をとる義務、すなわち、『国家が人権の保護のた

174) 木下・前掲注 70) 48 頁。

175) 小山・前掲注 162) 204 頁。高橋・前掲注 82) 152 頁。

176) 木下・前掲注 70) 51 頁、君塚正臣「二重の基準論とは異質な憲法訴訟理論は成立するか——併せて私人間効力論を一部再論する」横浜国際経済法学 18 卷 1 号（2009 年）35-36 頁、同「三菱樹脂事件——復活の日なき無効力論・直接効力論」長谷部恭男編『論究憲法』（有斐閣、2017 年）95 頁。

177) 芦部・前掲注 46) 230 頁。

178) 西原・前掲注 150) 167 頁。

179) 西原博史「基本的人権と私法秩序」山内敏弘編『新現代憲法入門〔第 2 版〕』（法律文化社、2009 年）86 頁。

めに積極的な措置をとる義務』と構成することが妥当である」とする見解をいう¹⁸⁰⁾。具体的には、「たとえば第三者からの人権侵害や差別を受けている人たちばかりでなく、貧困・災害・事故などで人権の欠缺状況に陥っている人たちに対する国の人権配慮義務をも取り込むように、保護義務論を構成すべきである」と主張されている¹⁸¹⁾。保護義務論をこのように構成すれば、「不当な国家権力の介入」という事態が生じることも十分考えられる。しかし、理論上、法的三極関係を前提とする国家の基本権保護義務論ではそのようにならない。なぜなら、「基本権保護義務を履行するための国家措置には、加害私人の側から防御権（＝国家の基本権侵害禁止義務）が主張されるわけで、国家が基本権保護措置をとることができるのは、この基本権侵害禁止義務を適切に遵守する限りにおいてである」¹⁸²⁾からである。国家の基本権保護義務論による再構成の利点としては、①〈憲法は、国家－国民の関係に適用される〉という「垂直的な立場」を維持しつつ、私人間における人権問題も解決できること（「私人間無適用・水平的効力」の立場）、②「民事裁判所に対して基本権を顧慮することの動因を与える」こと¹⁸³⁾、③「保護義務論は、墮胎、テロリストによる要人誘拐といった、事実行為に基づく侵害からの保護を対象としてきた」ことから「保護義務という理論構成は、契約外的侵害のみならず、契約的侵害についてもまた有効な理論」と考えられること¹⁸⁴⁾、が挙げられる。

国家の基本権保護義務論者である松本和彦は、「保護義務論者は、そもそも基本権の私人間効力を否定しておりますから、従来の問題設定にこだわればこれは無効力説です。しかし、……保護義務論は問題設定自体を変えておりますので、自分たちのことを無効力説とみなすことはないわけです」と述べている¹⁸⁵⁾。こうした混乱は、国家の基本権保護義務論を「私人間無適用・水平的効力」の立場に分類することで解消されるのではなかろうか。また、これまで検討してきたアメリカ合衆国とイギリスの議論から、(裁判所を含む)国家の「積極的(保護)義務」は、ドイツ特有のものというわけではなく、一定の普遍性を有するものであると考えられよう¹⁸⁶⁾。

3 「私人間効力」論の存在意義

(1) 「私人間効力」という問題設定に対する疑義

ここまでの検討に加えて、我が国の判例は、女子若年定年制事件最高裁判決・入会権差別

180) 戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力 上巻』(信山社, 2003年) 723頁。

181) 戸波・前掲注 180) 729頁。

182) 松本和彦「基本権の私人間効力——基本権保護義務論の視点から」ジュリスト 1424号(2011年) 64頁。

183) 小山・前掲注 143) 72頁。

184) 小山・前掲注 61) 254頁。

185) 松本和彦＝藤井樹也＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝宍戸常寿「座談会 日本国憲法研究 第12回・私人間効力」ジュリスト 1424号(2011年) 76頁【松本和彦発言】。

186) 小山・前掲注 136) 130頁は、基本権保護義務は「日本の憲法学では十分に浸透していない考え方であるが、ドイツに加えてヨーロッパ人権裁判所でも確立した判例法理となって」いる、としている。

事件最高裁判決・北方ジャーナル事件最高裁判決を前提とすれば「私人間無適用・水平的効力」の立場に分類でき、前述のアメリカ合衆国とイギリスの議論からその理論構成も可能であるから、結論としては、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」の立場が正当であろう。だが、「私人間無適用・水平的効力」の立場に分類できる裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説は、「私人間効力」論の存在価値を否定する見解であり、「私人間無適用」という部分に意義を認めていない。以下では、裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説から疑義が呈されている「私人間効力」論の存在価値について、「合憲限定解釈」と「私人間効力」論という観点から検討していくこととする。

(2) 日本における「合憲（限定）解釈」

我が国において、「合憲（限定）解釈」とは、「文面上の憲法判断に際して、法律のある解釈を採ると違憲となるかあるいは違憲の重大な疑いが生じ、他の解釈を採れば合憲となるかあるいは少なくとも違憲の疑いは生じないという場合には、後者の解釈を採用するという解釈方法あるいは解釈結果を指す」とされる¹⁸⁷⁾。周知のように、「合憲（限定）解釈」は、「憲法判断回避の準則」であるブランダイス・ルールのとりわけ第7準則と関連づけて論じられている¹⁸⁸⁾。ブランダイス・ルールの第7準則は、「『連邦議会の法律の有効性が問題とされる場合には、たとえ合憲性について重大な疑いが提起されるとしても、連邦最高裁は、当該問題が回避され得るような制定法の解釈が十分に可能である〔fairly possible〕か否かを最初に確かめるということが基本的な原則である』』というものである¹⁸⁹⁾。我が国においては、それには「法律の違憲判断の回避」と「法律の合憲性に対する疑いの回避」という2つのタイプが含まれており、前者の「法律解釈によって違憲判断を回避する技術〔傍点原文〕」こそが「純粹の合憲解釈」とする見解が主張されている¹⁹⁰⁾。だが、「合憲（限定）解釈」という手法は、正確に言えば、憲法判断そのものを回避するものではなく「憲法判断に入りながら法令違憲を回避する技術」であり¹⁹¹⁾、その意味で「憲法判断回避の準則（法理）とは独立した検討が必要であるように思える」との指摘もなされている¹⁹²⁾。

我が国では、原則として、違憲と判断される当該規定は無効とされる（憲法 98 条 1 項）

187) 高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995年）77頁。併せて、時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』（第一法規、1996年）80頁参照。

188) たとえば、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）230頁以下。

189) Ashwander v. Tenn. Valley Auth., 297 U.S. 288, 348 (1936) (quoting Crowell v. Benson, 285 U.S. 22, 62 (1932)).

190) 芦部・前掲注 188) 302頁。なお、「〔ブランダイス・ルールのうち〕第7ルールをふまえた判断技術は、憲法判断に入りながら違憲判断を回避する技術であり、さらに、法令の解釈によってそれを合憲と判断する技術である。第7ルールには、このほかに、より広い意味において違憲判断を回避する技術、すなわち、法令の解釈によってその法令の違憲・合憲そのものにふれないでにおいても違憲判断を回避する技術も含まれている」という理解もある（樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、1988年）210頁〔栗城壽夫執筆〕）。

191) たとえば、畑尻剛「判批」長谷部恭男＝石川健治＝穴戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第6版〕』（有斐閣、2013年）425頁参照。

192) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論 下巻』（法律文化社、2018年）447頁。

のであり、「合憲（限定）解釈」が当事者救済の有無という観点から「人権保障促進型合憲限定解釈」と「立法正当化型合憲限定解釈」に分類可能であるとすれば、最高裁が積極的に採用してきたのは後者である¹⁹³⁾。過去の判例を参照すれば、「最高裁判所は、法令の合憲性を正当化することに熱心なあまり、すなわち、違憲判断を回避しようとの配慮を優先させたために、無理な解釈を生み出す結果となっているのではないだろうか」との疑義も呈されている¹⁹⁴⁾。この点で注目されるのが、「人権保障促進型合憲限定解釈」を採用したとも解し得る、堀越事件最高裁判決¹⁹⁵⁾である¹⁹⁶⁾。

(3) 堀越事件最高裁判決

堀越事件最高裁判決の事案は、社会保険庁東京社会保険事務局目黒社会保険事務所に年金審査官として勤務していた、厚生労働事務官である被告人が、平成 15 年 11 月の衆議院議員総選挙に際して、日本共産党を支持する目的をもって『しんぶん赤旗』号外等の機関紙を配布し、国家公務員法（以下「国公法」と記す）110 条 1 項 19 号・102 条 1 項、人事院規則 14-7 第 6 項 7 号・13 号が禁止する「政治的行為」をしたとして起訴された、というものである。第一審判決¹⁹⁷⁾は被告人を有罪としたが、原審判決¹⁹⁸⁾は「本件配布行為に対し、本件罰則規定を適用することは、国家公務員の政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度を超えた制約を加え、これを処罰の対象とするものといわざるを得ず、憲法 21 条 1 項及び 31 条に違反する」と判示して、（いわゆる「適用違憲」のアプローチによって）被告人を無罪とした。

本判決は、まず、「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない」と規定する、国公法 102 条 1 項の「政治的行為」について以下のような解釈を提示する。

国公法 102 条 1 項は「公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的とするものと解される」が、「他方、国民は、憲法上、表現の自由（21 条 1 項）としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的権利であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みると、上記の目的に基づく法令による公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである。」

「このような本法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう『政

193) 戸松秀典『憲法訴訟〔第 2 版〕』（有斐閣、2008 年）235 頁以下。

194) 戸松・前掲注 193) 242 頁。

195) 最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁。

196) なお、堀越事件最高裁判決と同日に下された、宇治橋事件最高裁判決（最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1722 頁）では、ほぼ同一の行為が有罪とされている。

197) 東京地判平成 18 年 6 月 29 日（LEX/DB 文献番号 25463371）。

198) 東京高判平成 22 年 3 月 29 日判タ 1340 号 105 頁。

治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。」

そして、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるかどうかは、当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である」とし、「指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位（管理職的地位）の有無、職務の内容や権限における裁量の有無」等の具体的な諸考慮要素を提示している。

次に、本件罰則規定の合憲性について、以下のように判示している。

「本件罰則規定による政治的行為に対する規制が必要かつ合理的なものとして是認されるか……は、本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」。「本件罰則規定の目的は、……公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することにあるところ、これは、議会制民主主義に基づく統治機構の仕組みを定める憲法の要請にかなう国民全体の重要な利益というべきであり、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為を禁止することは、国民全体の上記利益の保護のためであって、その規制の目的は合理的であり正当なものといえる。他方、本件罰則規定により禁止されるのは、民主主義社会において重要な意義を有する表現の自由としての政治活動の自由ではあるものの、……禁止の対象とされるものは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為に限られ、このようなおそれが認められない政治的行為や本規則が規定する行為類型以外の政治的行為が禁止されるものではないから、その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。そして、上記の解釈の下における本件罰則規定は、不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえないと解される。」

結論として、「本件配布行為は、管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地のない公務員によって、職務と全く無関係に、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく行われたものであり、公務員による行為と認識し得る態様で行われたものでもないから、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえず、「本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しない」とされた。

本判決は、第一に、国公法 102 条 1 項の「政治的行為」について、「〔国公〕法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的」・「規制される政治活動の自由の重要性」・「〔当該〕規定が刑罰法規の構成要件となること」を考慮すれば、当該規定の「政治的行為」とは「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが……実質的に認められるものを指す」という「限定解

積」を行っている。注目されるのは、猿払事件最高裁判決¹⁹⁹⁾では「公務員の政治的中立性」と判断された本件罰則規定の保護法益が「公務員の職務の遂行の政治的中立性」に絞られ、「表現の自由（〔憲法〕21条1項）としての政治活動の自由」の重要性がより強調されている点であろう²⁰⁰⁾。第二に、本件罰則規定の合憲性に関する判断を行い、上記のように「限定解釈」がなされた当該規定による規制に関して、「規制の目的は合理的であり正当なもの」であり、「その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである」と判示している。もっとも、本件罰則規定の合憲性に関する判断は、よど号ハイジャック記事抹消事件最高裁判決²⁰¹⁾の「利益衡量論」という枠組みを採用するものであるが、先行する国公法102条1項の「政治的行為」に関する判断を「事実上なぞるだけに等しい」とも考えられる²⁰²⁾。さらに、「上記の解釈の下における本件罰則規定は、不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえないと解される」という判示に関しては、国公法102条1項の「政治的行為」に関する「限定解釈」の帰結として「広汎不明確性が否定されるのは当然と思われる」²⁰³⁾。その意味で、国公法102条1項の「政治的行為」に関する「限定解釈」は、憲法学の観点から独立の検討対象となろう。

(4) 堀越事件最高裁判決における「限定解釈」の捉え方

上記の国公法102条1項の「政治的行為」に関する判断から、安易に〈堀越事件最高裁判決は「合憲限定解釈」の手法を採用した〉と理解するには困難が伴うこととなる。この点について、千葉勝美裁判官は以下のような補足意見を付している。

「本件多数意見は、……〔国公法102条1項の〕『政治的行為』とは、当該規定の文言に該当する政治的行為であって、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれがあるが、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指すという限定を付した解釈を示した。これは、いわゆる合憲限定解釈の手法、すなわち、規定の文理のままでは規制範囲が広すぎ、合憲性審査におけるいわゆる『厳格な基準』によれば必要最小限度を超えており、利益較量の結果違憲の疑いがあるため、その範囲を限定した上で結論として合憲とする手法を採用したというものではない。」「本件においては、司法部が基本法である国家公務員法の規定をいわばオーバールールとして合憲限定解釈するよりも前に、まず対象となっている本件罰則規定について、憲法の趣旨を十分に踏まえた上で立法府の真に意図しているところは何か、規制の目的はどこにあるか、公務員制度の体系的な理念、思想はどのようなものか、憲法の趣旨に沿った国家公務員のサービスの在り方をどう考えるのか等々を踏まえて、国家公務員法自体の条文の丁寧な解釈を試みるべきであり、その作業をした上で、具体的な合憲性の有無等の審査に進むべきものである」。

199) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。

200) 宍戸常寿「判批」平成25年度重要判例解説（2014年）24頁。

201) 最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁。

202) 蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む（1）」法学教室393号（2013年）87頁。

203) 岩崎邦生「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成24年度（2015年）506頁。

換言すれば、多数意見の採用する「限定解釈」は、「司法の自己抑制の観点から憲法判断の回避の準則を定めた」ブランダイス・ルールと関連づけられる「合憲限定解釈」ではなく、「憲法判断に先立ち、国家の基本法である国家公務員法の解釈を、その文理のみによることなく、国家公務員法の構造、理念及び本件罰則規定の趣旨・目的等を総合考慮した上で行うという通常の法令解釈の手法によるものである」。そもそも千葉裁判官の「合憲限定解釈」の理解は独特なものであるように思われるが²⁰⁴⁾、『合憲限定解釈』と千葉補足意見のいわゆる『基本法』解釈との違いの主なものは、解釈の対象とされる法律のうちに違憲の瑕疵や法の趣旨に反するという瑕疵を検出する（『合憲限定解釈』）か、しない（『基本法』解釈）か、の違いにある²⁰⁵⁾。

千葉裁判官の補足意見の趣旨を理解するにあたって重要となるのは、調査官解説が、「本判決の解釈は、必ずしも本件罰則規定には文言どおり解釈すると違憲の部分が存在することを前提としているものではなく、趣旨、目的、保護法益から本件罰則規定を解釈する中で、最上位規範である憲法が表現の自由としての政治活動の自由を保障していることを考慮していることからすると、法令の解釈において憲法を含む法体系に最も適合的なものを選ぶという体系的解釈としての合憲解釈、すなわち『憲法適合的解釈』に当たるとみるのが相当と思われる²⁰⁶⁾としている点である。

(5) 「憲法適合的解釈」の意義

堀越事件最高裁判決の調査官解説は、多数意見の解釈手法を「憲法適合的解釈」と説明し、「そもそも複数の解釈がある場合に、まず当該規定の文言、趣旨と体系に最も適合的なものを選ぶのが法解釈のイロハですが、場合によっては体系の中に最高法規である憲法の保護する価値も入り込むことも当然あります。それを殊更に『合憲限定解釈』と呼ぶ必要はなく、体系的解釈の一種としての合憲解釈（憲法適合的解釈）でしかありません〔傍点原文〕」という見解²⁰⁷⁾を援用している。論者によれば、我が国の「憲法適合的解釈」は、「法令の規定それ自体は合憲であると同時に、憲法論を前提とした解釈を行うことで、規定の適用に際して開かれていた解釈の余地を充填し、その適用の違法・合法を決定するもの」とされる²⁰⁸⁾。また、「憲法適合的解釈と合憲限定解釈はなるほど連続的な側面があり、従来厳密に区別さ

204) 高橋和之『『猿払』法理のゆらぎ?——『堀越訴訟』最高裁判決の意味するもの』石川正先生古稀記念論文集『経済社会と法の役割』（商事法務、2013年）48頁は、「合憲限定解釈」の前提とされる「違憲の疑い」というのは、学説（芦部信喜）によれば『利益較量』を行う前の、条文の素直な読み方から直観的に生ずる疑いを意味している」と考えられるが、千葉裁判官によれば「合憲性審査におけるいわゆる『厳格な基準』によれば必要最小限度を超えており、利益較量の結果」として生じるものとされている点を指摘する。なお、阪口正二郎「合憲解釈は司法の自己抑制の現れだと言えるのか?」阪本昌成先生古稀記念論文集『自由の法理』（成文堂、2015年）380-381頁は、「ブランダイス・ルールの第7準則は、そもそも憲法判断回避のルールと呼ぶべきかどうか疑わしい場合を含んでいるし、また『司法の自己抑制』という根拠と整合的なものかどうか疑わしい」としている。

205) 蟻川恒正「国公法二事件最高裁判決を読む（2）」法学教室 395号（2013年）96頁。

206) 岩崎・前掲注 203) 516頁。

207) 宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011年）305頁。併せて、宍戸・前掲注 124) 310頁および脚注2参照。

208) 宍戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）68頁。

れてこなかったところがある」が、「憲法適合的解釈がもともと合憲である法令の規定の意義を憲法論を踏まえて明らかにするのに対して、合憲限定解釈は、通常の解釈によるならば法令の規定が違憲の瑕疵を含むという憲法判断に至った場合に、法令の適用範囲等をより限定する解釈を採用することで、法令の規定を合憲とする裁判の方法と位置づけられる」と区別されている²⁰⁹⁾。

堀越事件最高裁判決と「憲法適合的解釈」の関係性について注目されるのは、「千葉裁判官は、……アメリカ的な憲法判断回避としての合憲限定解釈を排して、ドイツ的な体系的解釈の手法を採るべきことを宣言した」と解する見方²¹⁰⁾である。たしかに、ドイツにおいて法解釈手法の一つとされる“*verfassungskonforme Auslegung*”という語²¹¹⁾は、「憲法適合的解釈」と翻訳される²¹²⁾。ドイツでは、「一般的に、憲法適合的解釈は、憲法規範を援用しながらの法律解釈と理解されている」が²¹³⁾、「種々の現象が憲法適合的解釈という集合概念の陰に隠れている」と指摘されている²¹⁴⁾。そこで、学説上、主として「憲法適合的解釈（狭義）」と「憲法志向的解釈 [*verfassungsorientierte Auslegung*]の区分が主張されている。

「憲法適合的解釈（狭義）」は、「一方で合憲、他方で違憲という、ある規範の複数の解釈可能性が導かれる際には、違憲の判断を回避し、この方法で規範を『維持する』……種類のもので選択されなければならない」とするものである²¹⁵⁾。すなわち、「ある規範が、一方で違憲の結果を、他方で合憲の結果を導くような複数の解釈を認めている場合に、当該規範は合憲であり、憲法適合的に解釈されなければならない」²¹⁶⁾。一方で、「憲法志向的解釈」は、「解釈の余地を有する解釈可能な規範の解釈および適用に際して、……憲法の基本決定を顧慮すること」であり、たとえば「基本権の『照射効 [*Ausstrahlungswirkung*]』や『解釈を嚮導する基本権の尊重』と称されるものも顧慮すること」がなされる²¹⁷⁾。このように、

209) 宍戸・前掲注 208) 72 頁。

210) 高橋・前掲注 204) 47-48 頁。この理解の前提にあるのは、我が国で論じられた、ドイツを参照した上での「法律の合憲解釈とその限界」（阿部照哉『基本的人権の法理』（有斐閣，1976 年）218 頁以下）である。

211) Vgl. *Clemens Höpfner, Die systemkonforme Auslegung*, 2008, S.171 ff.

212) ドイツにおける「憲法適合的解釈」に関する記述は、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂，2005 年）289-292 頁、有澤知子「判決の手法」畑尻剛＝工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第 2 版〕』（中央大学出版部，2013 年）248-252 頁、原島啓之「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察（二・完）——行政法の解釈・適用における憲法の機能——」*阪大法学* 64 卷 6 号（2015 年）1788 頁以下、毛利透「ケルゼンを使って『憲法適合的解釈は憲法違反である』といえるのか」辻村みよ子＝長谷部恭男＝石川健治＝愛敬浩二編『「国家と法」の主要問題』（日本評論社，2018 年）307 頁以下、山田哲史「ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」*岡山大学法学会雑誌* 66 卷 3 = 4 号（2017 年）908 頁以下、を参考とした。

213) *Ulrike Lembke, Einheit aus Erkenntnis?*, 2009, S.24.

214) *Ebenda*, S.48.

215) *Horst Dreier, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung?*, *Die Verwaltung* 36 (2003), S.105 (110).

216) *BVerfGE* 64, 229 (242).

217) *Klaus Schlaich / Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht*, 10. Aufl., 2015, S.321. 引用中の「基本権の『照射効』」という表現は、周知のように、ドイツにおける「第三者効力」論のリーディング・ケースである、1958 年の *Lüth* 判決（連邦憲法裁判所）で用いられたものである（*BVerfGE* 7, 198 (207)）。

「憲法志向的解釈を用いることによって、とりわけ一般条項〔Generalklauseln〕や不確定法概念に関する通常法律の解釈および適用の枠内では憲法の基本決定が尊重されなくてはならない〔強調原文〕こととなり²¹⁸⁾、「〔連邦〕憲法裁判所の基本権ドグマティクに関する今日の状況によれば、行政法的なものにせよ、刑事法的ないし私法的性質なものにせよ、ほとんどすべての……法関係は基本権関係として再形成され得る」²¹⁹⁾。上記から、「〔狭義の〕『憲法適合的解釈』の場合には、法律の違憲判断の回避や当該規範の効力の維持、あるいは違憲の解釈可能性の排除が目的とされていた」のに対し、「憲法志向的解釈の場合には、規範の維持ではなく、基本権保障の程度を可能な限り高めることが念頭に置かれている」と理解される²²⁰⁾。したがって、ドイツにおける「憲法適合的解釈（狭義）」と「憲法志向的解釈」の区分からすれば、我が国の「憲法適合的解釈」は後者に分類されよう²²¹⁾。

では、堀越事件最高裁判決はどのような解釈の手法を採用したのか？ 我が国の「合憲限定解釈」と「憲法適合的解釈」の区別が相対的なものであることは否定し難く²²²⁾、千葉裁判官が本判決における「合憲限定解釈」の不採用を殊更に強調する点に何らかの問題があるとしても²²³⁾、本判決の手法それ自体は「合憲限定解釈」というよりも「憲法適合的解釈」を採用するものと解される²²⁴⁾。ただし、「合憲限定解釈」と「私人間効力」論という観点から重要なのは、ドイツにおける「憲法志向的解釈」が「第三者効力〔Drittwirkung〕」論（基本権の「照射効」、私法の一般条項の憲法志向的解釈）と関連している点である。

(6) 「合憲限定解釈」と「私人間効力」論

我が国においては、「ある国家行為が憲法に違反しているか否か（憲法によって許容されているか否か）」ということを究明するだけでなく、憲法の趣旨・精神により適合するような法解釈……の提示も憲法学の課題である〔傍点原文〕という主張がなされてきた²²⁵⁾。論者によれば、「そのように解釈しなければ法令が違憲となるということを前提とする解釈」で

218) Höpfner, a.a.O. (Anm.211), S.179.

219) Matthias Jestaedt, Verfassungsgerichtsbarkeit und Konstitutionalisierung des Verwaltungsrechts: Eine deutsche Perspektive, in: Johannes Masing / Olivier Jouanjan (Hrsg.) Verfassungsgerichtsbarkeit (2011), S.45.

220) 原島・前掲注 212) 1790 頁。

221) 毛利・前掲注 212) 309 頁。

222) 山田哲史「『憲法適合的解釈』をめぐる覚書——比較法研究のための予備的考察——」帝京法学 29 卷 2 号 (2015 年) 291-292 頁は、「『通常的解釈』……を加えた場合、さしあたり違憲の問題は生じそうにないが、憲法を用いて法令の意味内容を補充的に明らかにしようとするのが『憲法適合的解釈』である一方、他方で違憲の瑕疵が生じうるのでその解消をややアクロバットな手段を使ってでも行うのが『合憲限定解釈』と整理することが出来よう」とした上で、「最終的に『合憲限定解釈』とは、『憲法適合的解釈』のうち、事後的にそれを見直したとき、実際上の違憲判断を伴い、その問題を払拭すべく、多少の『無理』を行ったものをさすという説明が出来るように思われる」とする。

223) 蟻川・前掲注 205) 90 頁以下参照。

224) 本判決の手法を「憲法適合解釈」と理解するものとして、駒村圭吾「さらば、香城解説!?!——平成二四年国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 下』(有斐閣, 2013 年) 428 頁脚注 5。併せて、宍戸常寿=曾我部真裕=山本龍彦編『憲法学のゆくえ』(2016 年) 43-45 頁 [宍戸常寿発言] 参照。

225) 市川正人「憲法論のあり方についての覚え書き——憲法の趣旨・精神の援用をめぐる——」立命館法学 271=272 号上巻 (2001 年) 677 頁。

ある「合憲限定解釈」とは区別される²²⁶⁾、「法律について可能ないくつかの解釈の中で憲法
の精神に照らして望ましいものを採用するという手法」である「憲法の趣旨・精神を活かし
た法律解釈」の一つが、「私人間効力」論における「間接適用（効力）説」と理解されてい
る²²⁷⁾。この理解は、「合憲限定解釈」と「憲法適合的解釈」の区別を前提とすれば、後者に
「私人間効力」論を分類するものである。

これに対して、「私人間効力の問題とは、被侵害者が、裁判所という国家権力に対して、
憲法解釈によって侵害者の自由を制限するように求める場面の問題である」と定義し²²⁸⁾、
憲法の最高法規性と国家機関である「裁判所」の憲法拘束から、「憲法の私人間効力の問題
とは、私人間紛争における裁判所による憲法の下位法令である私法の一般条項の合憲限定
（もしくは拡張）解釈のことなのである」とする見解も主張されている²²⁹⁾。論者によれば、
「私人間効力」の問題は以下のように処理される。

「いわゆる私法の一般条項とは、……総則的規定の最たるものである。だが、それも私
法であり、法律の一条文であることには変わりはない。一般条項を特殊なものとする
必要はなく、その抽象性・包括性が究極まで拡大したものと考えれば足りる。つまり、
民法 90 条や 1 条、709 条といった条文が違憲であることも、あくまでも理論上は考え
られる。しかし、このような条項が法令違憲となることは殆ど考えられず、合憲限定解
釈や適用違憲の手法が専ら用いられる場面だと考えられる。裁判所は、他の法律の条文
と同様、一般条項についても、憲法に反する解釈を行い、また憲法に反するような適用
を行ってはならない、ということである。」²³⁰⁾

ここでは、「私人間効力」の問題とは、私法の一般条項（民法 90 条、1 条、709 条）の「違
憲性（ないし違憲の重大な疑い）」を確証した上で文面上判断や適用上判断を行う場面の問
題である」とされている。このような見解は「一般規定の合憲解釈・適用説」と称されてい
る²³¹⁾。

(7) 検 討

前述のように、イギリスにおいては、（私法の「条約適合的解釈」によって生じる）「**制定
法上の水平性**」と（「裁判所」が「公的機関」とされることによって生じ得る）「**間接的水平
性**」・「**完全ないし直接的水平性**」は別個のものと捉えられている。我が国においても、〈私
法である当該規定の「違憲性（ないし違憲の重大な疑い）」が確証された上で行われる「文
面上判断」によって生じる「水平的効力」〉と〈国家機関である「裁判所」の憲法拘束およ
び憲法の最高法規性から生じ得る「水平的効力」〉の区別は主張可能であろう。両者の区別

226) 市川・前掲注 225) 695 頁脚注 9。

227) 市川・前掲注 225) 681 頁。

228) 君塚・前掲注 71) 258 頁。

229) 君塚・前掲注 71) 262 頁。

230) 君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論・再論——諸学説を検討し、『新間接効力説』もしくは『憲法の最高法規性重視説』への批判に答えて、憲法の私人間効力論を考え直す——」企業と法創造 4 卷 1 号（2007 年）76 頁。

231) 高橋・前掲注 63) 112-113 頁。

を前提とする限りにおいて、私法の一般条項の「合憲限定解釈」という捉え方で憲法における「私人間効力」論の終焉を唱える²³²⁾、「一般規定の合憲解釈・適用説」は成立し得ないように思われる。たしかに、「違憲性（ないし違憲の重大な疑い）」が確証され得る私法の規定の存在は、私法の規定が違憲とされた最高裁諸判決・決定からも明らかである。しかし、私法の一般条項（民法 90 条，1 条，709 条等）の「違憲性（ないし違憲の重大な疑い）」が確証されるとは考えられず²³³⁾、「一般規定の合憲解釈・適用説」による解決は、理論上、端的に〈私法の一般条項は合憲である（憲法に反しない）〉との結論を裁判所が下すことに集約可能である²³⁴⁾。

さらに、イギリスの **Mendoza** 判決は「条約適合的解釈」の対象が私法である点について特段の判断を示すものではなかったが、その理由は、「制定法上の水平的効力」が生じ得るとしても、直接的に制定法（私法）の条約適合性が争われている限りにおいて、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人間無適用の立場が揺るがされることはないからであると推察される。その意味で、真に「私人間効力」の問題が私法の一般条項の「合憲限定解釈」のみによって解決可能であるとすれば、「特殊な問題に対する特殊な解法としての『憲法の私人間効力』論は、およそその役割を終えてよい」であろう²³⁵⁾。しかし、一方で、イギリスの〈「公的機関」としての裁判所（人権法 6 条 1 項および 3 項 a）と「水平的効力」が問題とされるケースにおいては、人権法上の新しい私的な訴訟原因が認められることによって〈私人の行為が人権法における「条約上の権利」に反し得る＝人権法の名宛人は私人である〉ことが肯定される可能性が生じるため、種々の議論がなされている。この点につき、判例・学説においては、その可能性を排除する見解である、〈人権法に基づく新しい私的な訴訟原因は創設されないが、裁判所は私的当事者の「条約上の権利」と適合する方法であらゆる私法を解釈する義務に服する〉という「（強い）間接的水平的効力説」が支持されている。この立場は、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人間無適用の立場を前提として、「公的機関」としての裁判所が私人間訴訟においても人権法に拘束される（＝裁判所－被害者／裁判所－加害者間に「条約上の権利」が適用された上で、既存の法を条約適合的に解釈する義務に服さしめられる）ことによって私人間に「間接的水平的効力」は生じ得る、というものである。付言すれば、裁判所が既存の法と適合させる被害者側の「条約上の権利」の内実は、防御権に尽きるものではなく、「私的当事者間に積極的な国家の介入を要求する」²³⁶⁾ものである必要があり、その理論構成は国家

232) 君塚・前掲注 71) 536 頁参照。

233) この趣旨は、当然ながら、私法の一般条項は違憲審査の対象から外れるというものではない。

234) 「一般規定の合憲解釈・適用説」による解決に関しては、君塚・前掲注 71) 265 頁が、「一般的に国家には人権保護義務があると考えて、そこから全てを解決しようとするのは、究極的には個別的人権条項の存在価値を没却させることにも繋がり、賛同できないものである」とし、憲法上の権利の内実を防御権に尽きるとしている点にも留意すべきである。憲法上の権利の内実が防御権に尽きるとすれば、「憲法に反しない」ことが要求されるのは裁判所－加害者間の関係に限られ、裁判所－被害者間の関係に憲法が適用される余地はないと考えられる。

235) 君塚・前掲注 71) 536 頁。

236) G. Phillipson and A. Williams, “Horizontal Effect and the Constitutional Constraint” (2011) 74

の基本権保護義務論による再構成と類似することとなる。もちろん、我が国の「一般規定の合憲解釈・適用説」の論者自身は「合憲限定解釈」と「憲法適合的解釈」の区別をしておらず、当該見解の内実は私法の一般条項の「(合憲限定解釈ではなく) 憲法適合的解釈」によって憲法の「私人間効力」の問題を解決するものである、と解する余地もある。だが、そのように解するとすれば、(直接的に私法の当該規定の合憲性が争われている場合には問題とされない)〈憲法の名宛人は、私人ではなく「国家」である〉という私人間無適用の立場を堅持するか否かの議論としての「私人間効力」論は依然として固有の存在価値を有する、という結論が導かれることとなろう。

4 小 括

近時の「私人間効力」に関する再構成論としては、新無適用(効力)説、新直接適用(効力)説、個人の尊厳と「憲法的公序」説、裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説、国家の基本権保護義務論による再構成、という見解が主要なものとして挙げられる。上記の見解について、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はなく、憲法上の価値は一切影響を及ぼさない〉という「私人間無適用・無効力」の立場、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」立場、〈私人間にも、憲法上の人権規定が適用される〉という「私人間適用・水平的効力」の立場、という「私人間効力」論の整理のための新たな視角から検討を行うこととした。前二者は、〈憲法は、国家—国民の関係に適用される〉という「垂直的な〔vertical〕立場」を堅持する立場である。

まず、立法による憲法的価値の実現という観点からすれば、(アメリカとは異なり)我が国において、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」の立場を否定する見解は見受けられない。現実にも、たとえば、三菱樹脂事件最高裁判決において「憲法は……22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができる」と判示されたが、上記の『法律その他による特別の制限』が、……〔三菱樹脂事件最高裁〕判決以後に、様々な労働政策によって増加し発展している」と理解されている²³⁷⁾。具体的には、三菱樹脂事件最高裁判決後、「採用差別を明示的に禁止する法律や、一定の場合に採用を強制する法律が現れ、採用の自由に対する法律上の制限は徐々に増加している。採用差別禁止型の規制としては、性差別を禁止する男女雇用機会均等法5条・6条、年齢差別を禁止する雇用対策法10条、障害者差別を禁止する障害者雇用促進法

M.L.R. 878, p.886.

237) 菅野・前掲注83) 214-215頁。

34 条がある」とされている²³⁸⁾。

問題となるのは、私人間訴訟において、いずれの立場が採用されることとなるかである。まず、新無適用（効力）説は「**私人間無適用・無効力**」の立場に分類されるのに対して、新直接適用（効力）説は「**私人間適用・水平的効力**」の立場に分類されることとなる（個人の尊厳と「憲法的公序」説も、「憲法的公序」の内容が拡大すればこの立場に分類されよう）。そして、裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説および国家の基本権保護義務論による再構成はいずれも「**私人間無適用・水平的効力**」の立場に分類され得ることとなる。まず、「**私人間無適用・無効力**」の立場は、①「理念としての人権（自然権）」の理解、②法道徳の統一、③「私法の規定を裁判所が違憲と判断できる」こととの整合性、という点から問題がある。次に、イギリスの人権法上の明文規定から導かれる **hybrid public authority** の議論の背景に存在した私人を憲法に直接的に服さしめることに対する懸念は、憲法上の規定の私人間における直接適用について意見が分かれている日本ではより一層強いものとなるから、「**私人間適用・水平的効力**」の立場も採用し難い。前述のように、我が国の判例は、女子若年定年制事件最高裁判決・入会権差別事件最高裁判決・北方ジャーナル事件最高裁判決を前提とすれば「**私人間無適用・水平的効力**」の立場に分類でき、これまで検討してきたアメリカ合衆国とイギリスの議論からその理論構成も可能であるから、結論としては、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「**私人間無適用・水平的効力**」の立場が正当であろう。しかし、裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説は、「私人間効力」論の存在価値を否定する見解であり、「私人間無適用」という部分に意義を認めておらず、「私人間効力」論の存在価値について、「合憲限定解釈」と「私人間効力」論という観点から検討した。

結論は、堀越事件最高裁判決（特に千葉勝美裁判官の補足意見）を端緒としてなされた「合憲限定解釈」と「憲法適合的解釈」の議論（およびドイツの「憲法適合的解釈（狭義）」と「憲法志向的解釈」の区分）を参考とすれば、我が国においても、〈私法である当該規定の「違憲性（ないし違憲の重大な疑い）」が確証された上で行われる「文面上判断」によって生じる「水平的効力」〉と〈国家機関である「裁判所」の憲法拘束および憲法の最高法規性から生じ得る「水平的効力」〉の区別は主張可能であり、後者に関して〈憲法の名宛人は、私人ではなく「国家」である〉という私人間無適用の立場を堅持するか否かの（「近代）立憲主義」の核心にも関わる）議論としての「私人間効力」論は固有の存在価値を有する、というものである。

私法である当該規定の「違憲性（ないし違憲の重大な疑い）」が確証された上で行われる「文面上判断」によって「水平的効力」が生じるということは、私法の規定が法令違憲とされる場合にも「水平的効力」が生じることを意味する。「私法の規定を裁判所が違憲と判断

238) 河野奈月「労働関係における個人情報利用と保護——米仏における採用を巡る情報収集規制を中心に（一）」法学協会雑誌 133 巻 12 号（2016 年）1867 頁。

できる以上、従来の無効力説的な結論はあり得ない」という指摘²³⁹⁾に関していえば、「私法の規定を裁判所が違憲と判断できる」点から採用され得ないのは「**私人間無適用・無効力**」の立場であることに注意が必要である。イギリスの議論を参考とすれば、〈憲法の名宛人は、私人ではなく「国家」である〉という私人間無適用の立場を堅持しても種々の「水平的効力」は生じ得るのであり、我が国の「私人間効力」論の主たる問題点もまた、〈憲法の名宛人は、私人ではなく「国家」である〉という私人間無適用の立場を堅持するか(=「私人間無適用・水平的効力」)否か(=「私人間適用・水平的効力」)である、と考えられよう(本論文の立場は、結論として「**私人間無適用・水平的効力**」の立場を採用するものである)。

第4節 本章のまとめ

主として、我が国の従来の議論は、従来の通説的見解である間接適用(効力)説により、直接適用(効力)説の問題点が過度に強調されるという形で進展してきた。従来の直接適用(効力)説に対する正当な批判は、〈憲法は、国家—国民の關係に適用される〉という「垂直的な立場」が維持できなくなる、というものであり、憲法上の権利が、対国家的な「権利」というよりも(関連する法律が存在しないという状況において)私人間における「法的義務」に転化することには大きな問題がある。また、従来の間接適用(効力)説には、〈憲法は、国家—国民の關係に適用される〉という「垂直的な立場」からすれば、私人間というヨコの關係を規律する法律規定に憲法上の権利を読み込むこととなる理由が明確ではない、という問題点が存在していた。

我が国の判例の立場は、私人間訴訟において〈憲法の名宛人は「国家」である〉という「私人間無適用」の前提を堅持する「直接適用否定説」であり、憲法14条における差別の事案(女子若年定年制事件最高裁判決および入会権差別事件最高裁判決)や、表現行為による名誉侵害の場合には〈国家(裁判所)—私人X〉および〈国家(裁判所)—私人Y〉というタテの關係にそれぞれ憲法13条と21条が適用されるとした北方ジャーナル事件最高裁判決を前提とすれば、「**私人間無適用・水平的効力**」の立場に分類することができる。

問題となるのは、国家の私法上の行為の事例である百里基地訴訟最高裁判決であり、〈憲法の名宛人は「国家」である〉という立場の相対化に「私人間効力」論が用いられている。このことからすれば、〈憲法の名宛人は「国家」である(憲法は私人間には適用されない)=私人間無適用〉という点はやはり強調されなければならない。

立法による憲法的価値の実現という観点からすれば、(アメリカとは異なり)我が国において、「**私人間無適用・水平的効力**」の立場に異論はないと考えられる。

問題は、私人間訴訟において、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はなく、憲法上の価値は一切影響を及ぼさない〉という「**私人間無適用・無効力**」の立場(=新無適用(効力)説)、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「**私人間無適用・水平的効力**」の立場(=裁判所による私法の一般規定の

239) 君塚・前掲注71)260頁。

合憲解釈・適用説，国家の基本権保護義務論による再構成），〈私人間にも，憲法上の人権規定が適用される〉という「**私人間適用・水平的効力**」の立場（＝新直接適用（効力）説，個人の尊厳と「憲法的公序」説），のいずれの立場が採用されることとなるかである。①新無適用（効力）説は，〈憲法は，国家－国民の關係に適用される〉という「垂直的な立場」を最大限堅持して「私人間無適用・水平的効力」の立場との区別を明確にし，②新直接適用（効力）説は，私人間における人権保障を強力に支持する「私人間効力」論であっても「社会的権力」論を背景としなければならない必然性を否定しており，③個人の尊厳と「憲法的公序」説は，憲法 14 条の特殊性に着目する，という点からそれぞれ示唆に富んだものである。しかし，「**私人間無適用・無効力**」の立場は，①「理念としての人権（自然権）」の理解，②法道徳の統一，③「私法の規定を裁判所が違憲と判断できる」こととの整合性，という点から問題がある。また，イギリスの人権法上の明文規定から導かれる **hybrid public authority** の議論の背景に存在した私人を憲法に直接的に服さしめることに対する懸念は，憲法上の規定の私人間における直接適用について意見が分かれている日本ではより一層強いものとなるから，「**私人間適用・水平的効力**」の立場も採用し難い。女子若年定年制事件最高裁判決・入会権差別事件最高裁判決・北方ジャーナル事件最高裁判決を前提とすれば，我が国の判例は「**私人間無適用・水平的効力**」の立場に分類でき，これまで検討してきたアメリカ合衆国とイギリスの議論からその理論構成も可能である。したがって，〈私人間に，憲法上の人権規定の適用はないものの，憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「**私人間無適用・水平的効力**」の立場が正当である。

もっとも，「**私人間無適用・水平的効力**」の立場に分類される裁判所による私法の一般規定の合憲解釈・適用説は，「私人間効力」論の存在価値を否定する見解であった。この点については，厳密に言えば〈私法である当該規定の「違憲性（ないし違憲の重大な疑い）」が確証された上で行われる「文面上判断」によって生じる「水平的効力」と〈国家機関である「裁判所」の憲法拘束および憲法の最高法規性から生じ得る「水平的効力」〉の区別は主張可能であり，後者に関して（〈憲法の名宛人は，私人ではなく「国家」である〉という私人間無適用の立場を堅持するか否かという）「私人間効力」論は固有の存在価値を有しているのである。

終章

本論文は、近代立憲主義の論理から導かれる〈憲法上の人権規定＝私人間無適用〉という立場の現代的意義を探究することを目的として、アメリカ合衆国の議論とイギリスの議論を検討し、日本における「私人間効力」論の再検討を行うものであった。〈憲法は、国家－国民の關係に適用される〉という「垂直的な〔vertical〕立場」を堅持する限りにおいて、採り得る立場は、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はなく、憲法上の価値は一切影響を及ぼさない〉という（正確に言えば）「私人間無適用・無効力」の立場と〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」の立場の2つである。以下では、筆者が採用する「私人間無適用・水平的効力」の立場の意義を明らかとしたい。

まず、立法による憲法的価値の実現という観点からすれば、〈修正 14 条 5 節に基づき、連邦議会が「立法」によって私的行為を規制し得るか〉という問いに否定的に答える *Civil Rights Cases* を判例とするアメリカ合衆国は、〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はなく、憲法上の価値は一切影響を及ぼさない〉という「私人間無適用・無効力」の立場を基本的には採用するものである。しかし、イギリスは〈私人間の人権は法律によって保障される〉という立場を現在でも採用しており、日本においても〈私人間に、憲法上の人権規定の適用はないものの、憲法上の価値は何らかの影響を及ぼし得る〉という「私人間無適用・水平的効力」の立場に異論はないと考えられる。

問題となるのは、私人間訴訟において、いずれの立場が採用されることとなるかである。

「私人間無適用・無効力」の立場の理論構成は、日本の新無適用（効力）説が提示するように、私法を支える「価値」や「原理」を（憲法を介することなく）自然権や道徳哲学によって基礎づけるものである。それに対して、「私人間無適用・水平的効力」の立場の理論構成としては、これまで検討してきたアメリカ合衆国とイギリスの議論が参考となる。

まず、アメリカでは、〈合衆国憲法は、ステイト・アクションに適用されるのみであって私人の行為には適用されない〉という要件は現在まで堅持されてきたが、ステイト・アクション法理によって私人間において「水平的効力」は生じないという確固たる結論が導かれてきたわけではない（限定的な「私人間無適用・水平的効力」の立場）。後者に関しては、最高法規条項によって「裁判所」が合衆国憲法に拘束され、修正 14 条の平等保護条項が一定の私的な人種差別を防ぐ「積極的（保護）義務」を課すものであることから、連邦最高裁が私人間訴訟において憲法上の実体判断を積極的に行うこととなり、結果として「間接的水平的効力」は生じることとなる、という連邦最高裁の判例に整合的なステイト・アクション法理の再構成が可能である。日本においても、議会よりも裁判所の方が問題への対処にはより適している領域においては、国家機関である「裁判所」の憲法拘束および憲法の最高法規性を根拠として、裁判所が第二次的な積極的義務（私法を憲法適合的に解釈する義務）に服さしめられることによって、私人間に限定的な「（強い）水平的効力」が生じる結果となる、

と考えられる。この論理によって、日本における女子若年定年制事件最高裁判決および入会権差別事件最高裁判決（憲法 14 条における差別の事案）を説明することが可能となろう。

また、イギリスでは、〈人権法の名宛人は、私人ではなく「公的機関」である〉という私人間無適用の立場を前提として、「公的機関」としての裁判所が私人間訴訟においても人権法に拘束される（＝裁判所－被害者／裁判所－加害者間に「条約上の権利」が適用された上で、既存の法を条約適合的に解釈する義務に服さしめられる）ことによって私人間に「間接的水平的効力」は生じ得る、という「（強い）間接的水平的効力説」が多数説を構成している。この見解は、欧州人権条約 8 条と 10 条の影響が争われたメディアによるプライバシー侵害訴訟である **Campbell** 判決（貴族院）の多数意見によっても支持されており、表現行為による名誉侵害の場合には〈国家（裁判所）－私人 X〉および〈国家（裁判所）－私人 Y〉というタテの関係にそれぞれ憲法 13 条と 21 条が適用されるとした日本の北方ジャーナル事件最高裁判決の立場と同様であると解することも可能であろう。

そして、堀越事件最高裁判決（特に千葉勝美裁判官の補足意見）を端緒としてなされた「合憲限定解釈」と「憲法適合的解釈」の議論を参考とすれば、日本においても、〈私法である当該規定の「違憲性（ないし違憲の重大な疑い）」が確証された上で行われる「文面上判断」によって生じる「水平的効力」〉と〈国家機関である「裁判所」の憲法拘束および憲法の最高法規性から生じ得る「水平的効力」〉の区別は主張可能である。後者に関して〈憲法の名宛人は、私人ではなく「国家」である〉という私人間無適用の立場を堅持するか否かの（「近代）立憲主義」の核心にも関わる）議論としての「私人間効力」論は固有の存在価値を有している。付言すれば、日本国憲法の下で「私法の規定を裁判所が違憲と判断できる」ことからすれば、「私人間無適用・無効力」という立場は完全な形で成立し得ないように思われる。

最後に問題となるのは、アメリカでは、政府による法人設立・コントロールの事例（**Lebron** 判決）において単に法人の形態をとることで政府は合衆国憲法による拘束を回避できないとされ、イギリスでは **core public authority** の職務・行為は性質上公的なものであっても私的なものであっても関係なく人権法に拘束されるとされているのに対して、日本の百里基地訴訟最高裁判決の論理は、私法的形態を装うことで国家が憲法の適用を免れることを可能とするものであったことである。そこでは〈憲法の名宛人は「国家」である〉という立場の相対化に「私人間効力」が関係しており、〈憲法の名宛人は「国家」である（憲法は私人間には適用されない）＝私人間無適用〉と強調することの重要性は依然として高いと考えられる。「私人間効力」論が、憲法学において「人権」と「憲法上の権利」の区別を積極的に提示する議論として再構成されなければならない理由もここにある。

本論文では、「私人間無適用・水平的効力」の立場を構成する裁判所の第二次的な積極的義務（私法を憲法適合的に解釈する義務）のさらなる厳密な領域の画定およびその根拠について理論的考察が不十分なところもあり、この点は今後の検討課題としたい。また、憲法における「私人間効力」に関する問題構造を規定するスキームをどのように設定するかという「構成問題」を扱っており、その構成に基づいてそれぞれの原理や価値をどのように衡量す

るかという「衡量問題」を取り扱うことができなかった¹⁾。そして、八幡製鉄事件最高裁判決²⁾・国労広島地本事件最高裁判決³⁾・南九州税理士会政治献金事件最高裁判決⁴⁾等の私人間の人権が問題となった「法人や団体とその構成員との間の法的トラブル」においては、「三菱樹脂事件判決の引用もなければ、いわゆる私人間効力の枠組みも登場しない」と分析されている⁵⁾。この点についても、「法人の人権享有主体性」に関する議論は、それ自体が大きな検討課題であるために、本論文では取り扱うことができなかった。しかしながら、議論が錯綜する憲法における「私人間効力」の問題を新たな視角から検討したことによって、今後の理論的發展に寄与できれば幸いである。

-
- 1) 「構成問題」と「衡量問題」については、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣，2000年）4頁参照。
 - 2) 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁。
 - 3) 最判昭和50年11月28日民集29巻10号1698頁。
 - 4) 最判平成8年3月19日民集50巻3号615頁。
 - 5) 榎透「神出鬼没の私人間効力——私人間効力はどのような場合に登場するのか？」大林啓吾＝柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』（成文堂，2018年）304頁。併せて、渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法I』（日本評論社，2016年）54頁以下〔宍戸常寿執筆〕参照。

参考文献一覧

邦語文献

- 愛敬浩二『立憲主義の復権と憲法理論』（日本評論社，2012年）
- 青井未帆「私人間効力——『人権』を尊重する社会をいかに築くのか」南野森編『憲法学の世界』（日本評論社，2013年）162頁
- 青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社，1996年）
- 『人権・社会・国家』（尚学社，2002年）
- 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社，2011年）
- 浅野博宣「アメリカ——ジャック・バルキンの原意主義」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社，2011年）229頁
- 芦部信喜「判批（Evans v. Newton, 382 U.S. 296 (1966))」アメリカ法 1967-1（1967年）130頁
- 『憲法訴訟の理論』（有斐閣，1973年）
- 『現代人権論』（有斐閣，1974年）
- 「私人間における人権の保障」同編『憲法Ⅱ』（有斐閣，1978年）39頁
- 『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣，1981年）
- 『司法のあり方と人権』（東京大学出版会，1983年）
- 『演習憲法〔新版〕』（有斐閣，1988年）
- 『憲法学Ⅰ』（有斐閣，1992年）
- 『憲法学Ⅱ』（有斐閣，1994年）
- 『人権と議会政』（有斐閣，1996年）
- 『宗教・人権・憲法学』（有斐閣，1999年）
- 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店，2015年）
- 落合俊行『アメリカ政党の憲法学的研究』（法律文化社，1996年）
- 安部圭介「判批（Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association, 531 U.S. 288 (2001))」ジュリスト 1207号（2001年）156頁
- 「州憲法の現代的意義（四）——ウォーレン・コート後のアメリカにおける人権保障の新しいあり方——」法学協会雑誌 121巻8号（2004年）1071頁
- 阿部照哉『基本的人権の法理』（有斐閣，1976年）
- 新井誠「私人間効力」曾我部真裕＝赤坂幸一＝新井誠＝尾形健編『憲法論点教室』（日本評論社，2012年）87頁
- 荒木尚志『労働法〔第3版〕』（有斐閣，2016年）
- 蟻川恒正「立憲主義のゲーム」ジュリスト 1289号（2005年）74頁
- 「国公法二事件最高裁判決を読む（1）・（2）」法学教室 393号（2013年）84頁・同 395号（2013年）90頁
- 「私人間関係『規律』事案の起案」法学教室 437号（2017年）88頁
- 有倉遼吉「三菱樹脂事件最高裁判決の憲法的評価」法学セミナー 220号（1974年）2頁
- 「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年）82頁

- 有澤知子「判決の手法」畑尻剛＝工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第2版〕』（中央大学出版部，2013年）226頁
- 安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社，1995年）137頁
- イーゼンゼー・ヨーゼフ（ドイツ憲法判例研究会編訳）『保護義務としての基本権』（信山社，2003年）
- 飯田稔「財産権規制と司法——司法による収用（Judicial Takings）をめぐって——」明海大学不動産学部論集1号（1993年）1頁
- イエシュテット・マティアス＝レプシウス・オリヴァー＝メラース・クリストフ＝シェーンベルガー・クリストフ（鈴木秀美＝高田篤＝棟居快行＝松本和彦監訳）『越境する司法』（風行社，2014年）
- 五十嵐清『人格権論』（一粒社，1989年）
- 『人格権法概説』（有斐閣，2003年）
- 石井夏生利『個人情報保護法の理念と現代的課題』（勁草書房，2008年）
- 石川健治「自分のことは自分で決める」樋口陽一編『ホーンブック 憲法〔改訂版〕』（北樹出版，2000年）124頁
- 「人権論の視座転換——あるいは『身分』の構造転換」ジュリスト1222号（2002年）2頁
- 「隠蔽と顕示——高まる内圧と消えない疑惑」法学教室337号（2008年）40頁
- 『『存在権』の誕生』學燈114巻4号（2017年）34頁
- 市川正人「憲法論のあり方についての覚え書き——憲法の趣旨・精神の援用をめぐって——」立命館法学271＝272号上巻（2001年）677頁
- 『憲法』（新世社，2014年）
- 伊藤正己『法の支配』（有斐閣，1954年）
- 『憲法〔第3版〕』（弘文堂，1995年）
- 稲田陽一『憲法と私法の接点』（成文堂，1970年）
- 「人権の私人間の適用」法律時報49巻7号（1977年）34頁
- 猪股弘貴『憲法論の再構築』（信山社，2000年）
- 今村成和『人権と裁判』（北海道大学図書刊行会，1973年）
- 岩切大地「イギリスの一九九八年人権法と制定法解釈——人権法制定過程を中心に——」法学政治学論究61号（2004年）393頁
- 「イギリス貴族院判決にみる条約適合的解釈と議会意思」法学政治学論究65号（2005年）99頁
- 「イギリス人権法における議会と裁判所との憲法的対話」法政論叢44巻2号（2008年）112頁
- 「イギリス人権法における議会主権と憲法的対話」憲法理論研究会編『憲法学の最先端』（敬文堂，2009年）101頁
- 岩崎邦生「判解（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）」最高裁判所判例解説刑事篇平成24年度（2015年）463頁
- 岩沢雄司編集代表『国際条約集〔2018年版〕』（有斐閣，2018年）
- 岩間昭道『憲法綱要』（尚学社，2011年）

- ヴィンデル・ペーター・A (長野史寛訳)「法的人格と人格権」民商法雑誌 154 巻 2 号
(2018 年) 247 頁
- 上田健介「人権法による『法』と『政治』の関係の受容——不適合宣言・適合解釈・対話
理論」川崎政司＝大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望』(尚学社, 2016 年) 151
頁
- 上村都「憲法上の人格権と私法上の人格権」憲法問題 21 号 (2010 年) 43 頁
- 鶴飼信成『憲法』(岩波書店, 1956 年)
——『司法審査と人権の法理』(有斐閣, 1984 年)
- 内田貴『制度的契約論』(羽鳥書店, 2010 年)
- 内田真利子「アメリカ合衆国憲法第一四修正デュープロセス条項における『ステイト・イ
ンアクション』法理の憲法的考察(一)～(三・完)——DeShaney 事件連邦最高裁
判所判決を基軸として——」早稲田大学大学院法研論集 70 号 (1994 年) 55 頁・同
73 号 (1995 年) 1 頁・同 74 号 (1995 年) 27 頁
- 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社, 1991 年)
- 浦田一郎「判批 (最判平成元年 6 月 20 日民集 43 巻 6 号 385 頁)」高橋和之＝長谷部恭男
＝石川健治編『憲法判例百選Ⅱ [第 5 版]』(有斐閣, 2007 年) 380 頁
- 浦田賢治監修＝内田真利子訳「デシェイニ対ウィンエベイゴウ・カウンティ社会福祉局事
件判決」早稲田法学 70 巻 2 号 (1994 年) 266 頁
- 浦部法穂『憲法学教室 [第 3 版]』(日本評論社, 2016 年)
- 江島晶子『人権保障の新局面』(日本評論社, 2002 年)
——「イギリス『憲法改革』における 1998 年人権法——議会主権と法の支配の申し
い関係——」松井幸夫編『変化するイギリス憲法』(敬文堂, 2005 年) 163 頁
——「イギリス憲法の『現代化』とヨーロッパ人権条約——多層的人権保障システ
ムの観点から——」倉持孝司＝松井幸夫＝元山健編『憲法の「現代化」』(敬文堂, 2016
年) 297 頁
- NHK 放送文化研究所編『現代日本人の意識構造 [第 8 版]』(NHK 出版, 2015 年)
- 榎 透『憲法の現代的意義』(花書院, 2008 年)
——「国民の憲法尊重擁護義務と私人間効力論——憲法学は『国民の憲法尊重擁護義
務』への改正を批判できるか——」専修大学法学研究所紀要 38 号 (2013 年) 1 頁
——「民営化・公私協働と憲法上の規制に関する一考察」高見勝利先生古稀記念『憲法
の基底と憲法論』(信山社, 2015 年) 669 頁
——「私人間効力論における憲法と立憲主義」専修法学論集 126 号 (2016 年) 63 頁
——「神出鬼没の私人間効力——私人間効力はどのような場合に登場するのか?」大林
啓吾＝柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』(成文堂, 2018 年) 289 頁
- 圓藤真一『憲法と政党』(ミネルヴァ書房, 1977 年)
- 遠藤比呂通「判批 (Georgia v. McCollum, 505 U.S. 42 (1992))」憲法訴訟研究会＝芦部信
喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣, 1998 年) 228 頁
——「憲法と立憲主義の相克」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 上』
(有斐閣, 2013 年) 673 頁
- 大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成』(日本評論社, 2010 年)
- 太田裕之「判批 (Moose Lodge No. 107 v. Irvis, 407 U.S. 163 (1972))」藤倉皓一郎＝木下

- 毅＝高橋一修＝樋口範雄編『英米判例百選〔第3版〕』（有斐閣，1996年）64頁
- 大塚直「人格権に基づく差止請求——他の構成による差止請求との関係を中心として——」民商法雑誌 116 卷 4＝5号（1997年）501頁
- 大津浩「私法関係における人権保障」LS 憲法研究会編『プロセス演習 憲法〔第4版〕』（信山社，2011年）537頁
- 大林啓吾「時をかける憲法——憲法解釈論から憲法構築論の地平へ——」帝京法学 28 卷 1号（2012年）91頁
- 大村敦志『法源・解釈・民法学』（有斐閣，1995年）
 ——『基本民法I〔第3版〕』（有斐閣，2007年）
 ——『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会，2009年）
 ——『不法行為判例に学ぶ』（有斐閣，2011年）
 ——「私権と *droits civils* に関する覚書」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 下』（有斐閣，2013年）3頁
- 岡村周一「イギリスにおける司法審査申請の排他性（六）——『公法』と『私法』の一側面——」法学論叢 127 卷 3号（1990年）1頁
- 奥平康弘「私人間における思想・信条の自由」ジュリスト 553号（1974年）44頁
 ——『憲法Ⅲ』（有斐閣，1993年）
 ——『憲法裁判の可能性』（岩波書店，1995年）
 ——『「表現の自由」を求めて』（岩波書店，1999年）
- 小倉頭「判解（最判平成元年6月20日民集43卷6号385頁）」最高裁判所判例解説民事篇平成元年度（1991年）208頁
- 押久保倫夫「判批（BVerfGE 81, 242）」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』（信山社，2006年）265頁
- 小原豊志「再建期アメリカ合衆国における黒人選挙権——合衆国憲法修正第15条の成立過程を中心に——」山口大学文学会志 49 卷（1999年）91頁
- 戒能通厚『イギリス憲法〔第2版〕』（信山社，2018年）
- 勝田卓也『アメリカ南部の法と連邦最高裁』（有斐閣，2011年）
 ——「判批（Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883))」樋口範雄＝柿嶋美子＝浅香吉幹＝岩田太編『アメリカ法判例百選』（有斐閣，2012年）50頁
- カナーリス クラウス＝ヴィルヘルム（山本敬三訳）「ドイツ私法に対する基本権の影響」法学論叢 142 卷 4号（1998年）1頁
- 金澤孝「日本における憲法と民法の係わり合いについて」中村民雄編『民事法の解釈適用と憲法原則』（成文堂，2018年）87頁
- 紙谷雅子「判批（Edmonson v. Leesville Concrete Co., 500 U.S. 614 (1991))」アメリカ法 1992-2（1992年）323頁
 ——「判批（Georgia v. McCollum, 505 U.S. 42 (1992))」アメリカ法 1993-2（1993年）310頁
- 川井健「憲法における人権保障規定の私法的効力」判例時報 724号（1974年）12頁
- 北島周作「行政法における主体・活動・規範（六・完）」国家学会雑誌 122 卷 11＝12号（2009年）1466頁
 ——『行政上の主体と行政法』（弘文堂，2018年）

- 木南敦『通商条項と合衆国憲法』（東京大学出版会，1995年）
——「合衆国憲法修正一四条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——」佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配 上巻』（成文堂，2008年）131頁
- 木下和朗「イギリスにおける人権保障」岡山大学法学会雑誌 67 卷 1 号（2017年）142 頁
木下智史「判批（Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U.S. 922 (1982))」判例タイムズ 508 号（1983年）25 頁
——「判批（Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association, 531 U.S. 288 (2001))」アメリカ法 2002-1（2002年）151 頁
——『人権総論の再検討』（日本評論社，2007年）
——「私人間効力論の意義」戸波江二編『企業の憲法的基礎』（日本評論社，2010年）105 頁
- 君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論・再論——諸学説を検討し、『新間接効力説』もしくは『憲法の最高法規性重視説』への批判に答えて，憲法の私人間効力論を考え直す——」企業と法創造 4 卷 1 号（2007年）75 頁
——『憲法の私人間効力論』（悠々社，2008年）
——「私人間における権利の保障」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣，2008年）66 頁
——「二重の基準論とは異質な憲法訴訟理論は成立するか——併せて私人間効力論を一部再論する」横浜国際経済法学 18 卷 1 号（2009年）17 頁
——「判批（American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan, 526 U.S. 40 (1999))」憲法訴訟研究会＝戸松秀典編『続・アメリカ憲法判例』（有斐閣，2014年）484 頁
——「三菱樹脂事件——復活の日なき無効力論・直接効力論」長谷部恭男編『論究憲法』（有斐閣，2017年）79 頁
——『司法権・憲法訴訟論 上巻』（法律文化社，2018年）
——『司法権・憲法訴訟論 下巻』（法律文化社，2018年）
- 木村草太『平等なき平等条項論』（東京大学出版会，2008年）
木村草太＝西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣，2014年）
木村俊夫『基本権の第三者効力』理論の再検討」九大法学 34 号（1977年）29 頁
——「シュワーベの基本権効力理論」九大法学 40 号（1980年）1 頁
——「判批（BVerfGE 7, 198）」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）157 頁
- 倉持孝司『イギリスにおける市民的自由の法構造』（日本評論社，2001年）
ゲルホン・ウォルター（早川武夫＝山田幸男訳）『基本的人権』（有斐閣，1959年）
小池洋平「合衆国憲法修正第 13 条の奴隷制の廃止が意味するもの」ソシオサイエンス 21 号（2015年）124 頁
——「修正第 13 条の制定と『再建』の論理——第 38 回連邦議会における共和政体保障条項の位置づけを素材として——」ソシオサイエンス 22 号（2016年）36 頁
- 河野奈月「労働関係における個人情報利用と保護——米仏における採用を巡る情報収集規制を中心に（一）」法学協会雑誌 133 卷 12 号（2016年）1859 頁。

- 國分典子「判批 (BVerfGE 89, 214)」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』(信山社, 2006年) 54頁
- 小嶋和司『憲法概説』(信山社, 2004年)
- 小林伸一『『政府に対し保護を請求する権利』・『政府の保護義務』と合衆国憲法第14修正デュー・プロセス条項——合衆国連邦裁判所の関連判決とそれを支える理論——』清和法学研究4巻2号(1997年) 153頁
- 小林直樹「最高裁判所の思想と論理」法律時報46巻2号(1974年) 72頁
- 小牧亮也『『民営化』に対する憲法的統制の可能性(1)・(2・完)——アメリカにおける民営刑事施設に関する裁判例を素材に』法政論集259号(2014年) 277頁・同261号(2015年) 225頁
- 『『民営化』に対する憲法的統制に向けての理論的考察(1)・(2・完)——アメリカにおける学説動向を手がかりに』法政論集274号(2017年) 79頁・同275号(2017年) 259頁
- 駒村圭吾「基本権保護義務と私人間効力論・再訪——権力・自由権・公法私法二分論」法学教室336号(2008年) 48頁
- 『憲法訴訟の現代的転回』(日本評論社, 2013年)
- 「さらば, 香城解説!?!——平成二四年国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相 下』(有斐閣, 2013年) 419頁
- 小山剛「ドイツ基本権解釈論における国の保護義務——社会権・防禦権と保護義務——」法学政治学論究7号(1990年) 41頁
- 「国の『基本権保護義務』」憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』(敬文堂, 1995年) 51頁
- 『基本権保護の法理』(成文堂, 1998年)
- 「私人間における権利の保障」高橋和之=大石眞編『憲法の争点〔第3版〕』(有斐閣, 1999年) 54頁
- 『基本権の内容形成』(尚学社, 2004年) 89頁
- 「基本権の私人間効力・再論」法学研究78巻5号(2005年) 39頁
- 「人権の私人間効力」杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』(青林書院, 2008年) 407頁
- 「基本権保護義務論」大石眞=石川健治編『憲法の争点』(有斐閣, 2008年) 86頁
- 『『私人間効力』を論ずることの意義』法学研究82巻1号(2009年) 197頁
- 「憲法上の権利か『自然権』か」法律時報82巻5号(2010年) 56頁
- 「憲法は私法をどこまで縛るのか——憲法の優位と私法の独自性」新世代法政策学研究11号(2011年) 23頁
- 「〔第3章〕国民の権利及び義務 総説」芹沢斉=市川正人=阪口正二郎編『新基本法コンメンタール 憲法』(日本評論社, 2011年) 69頁
- 「判批(最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁)」長谷部恭男=石川健治=安戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』(有斐閣, 2013年) 24頁
- 『『憲法上の権利』の作法〔第3版〕』(尚学社, 2016年)
- 「憲法上の権利の私人間効力」法学教室452号(2018年) 30頁

- 小山貞夫編『英米法律語辞典』（研究社，2011年）
- 齊藤笑美子「フランスにおける憲法規範の私人間適用をめぐる考察」一橋法学9巻3号（2010年）691頁
- 齊藤博『人格権法の研究』（一粒社，1979年）
- 齊藤芳浩「私人間効力論の考察」阿部照哉先生喜寿記念論文集『現代社会における国家と法』（成文堂，2007年）271頁
- 「私人間効力論に関する幾つかの問題点の検討」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開 下巻』（信山社，2012年）487頁
- 酒井吉栄「判批（Moose Lodge No. 107 v. Irvis, 407 U.S. 163 (1972))」伊藤正己＝堀部政男＝外間寛＝高橋一修＝田宮裕編『英米判例百選 I 公法』（有斐閣，1978年）132頁
- 榊原秀訓「イギリスにおける行政サービス提供主体の多様化に伴う基本理念の変容と法的対応」南山法学33巻3＝4号（2010年）123頁
- 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社，2001年）
- 「合憲解釈は司法の自己抑制の現れだと言えるのか？」阪本昌成先生古稀記念論文集『自由の法理』（成文堂，2015年）359頁
- 阪本昌成『憲法理論II』（成文堂，1993年）
- 「アメリカ」阿部照哉編『比較憲法入門』（有斐閣，1994年）95頁
- 作間忠雄「私法関係における基本的人権の保障」明治学院論叢法学研究29号（1983年）3頁
- 佐々木惣一『改訂日本國憲法論』（有斐閣，1952年）
- 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌54巻1号（2007年）15頁
- 佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第5版〕』（学陽書房，1996年）
- 佐藤幸治「私人間における基本権の効力」阿部照哉編『憲法』（日本評論社，1976年）77頁
- 『憲法〔第3版〕』（青林書院，1995年）
- 『現代国家と人権』（有斐閣，2008年）
- 『日本国憲法論』（成文堂，2011年）
- 塩野宏『行政法I〔第6版〕』（有斐閣，2015年）
- 潮見佳男『不法行為法I〔第2版〕』（信山社，2009年）
- 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂，2005年）
- 「私人間効力論の現在と未来——どこへ行くのか」長谷部恭男編『人権の射程』（法律文化社，2010年）25頁
- 『憲法 解釈論の応用と展開』（日本評論社，2011年）
- 「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣，2012年）64頁
- 「判批（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁・最判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁）」平成25年度重要判例解説（2014年）23頁
- 『憲法 解釈論の応用と展開〔第2版〕』（日本評論社，2014年）
- 「憲法適合的解釈についての比較法的検討 日本」比較法研究78号（2016年）4頁
- 宍戸常寿＝曾我部真裕＝山本龍彦編『憲法学のゆくえ』（2016年）

- 志田陽子「判批 (San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee, 483 U.S. 522 (1987))」谷口洋幸＝齊藤笑美子＝大島梨沙編『性的マイノリティ判例解説』(信山社, 2011年) 95頁
- 四宮和夫『民法総則〔第4版〕』(弘文堂, 1986年)
- 渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』(有斐閣, 2017年)
- 嶋崎健太郎「判批 (BVerfGE 39, 1)」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) 67頁
- 清水潤「コモン・ロー, 憲法, 自由(1)～(5)——19世紀後期アメリカ法理論とLochner判決——」中央ロー・ジャーナル 14巻1号(2017年) 103頁・同14巻2号(2017年) 103頁・同14巻3号(2017年) 21頁・同14巻4号(2018年) 87頁・同15巻1号(2018年) 109頁
- 下川環「アメリカにおける行政の民営化と私的デュー・プロセス論」法律論叢 79巻2＝3号(2007年) 263頁
- 初宿正典『憲法2〔第3版〕』(成文堂, 2010年)
- 初宿正典＝辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第4版〕』(三省堂, 2017年)
- シュテルン・クラウス(井上典之＝鈴木秀美＝宮地基＝棟居快行編訳)『ドイツ憲法II』(信山社, 2009年)
- 菅野和夫『労働法〔第11版補正版〕』(弘文堂, 2017年)
- 鈴木隆「ドイツにおける私法関係と基本権保護義務——基礎づけの違いの観点から——」法学新報 120巻1＝2巻(2013年) 257頁
- 平誠一「イギリス 1998年人権法の水平的効力——プライバシー保護に関する判例・学説の分析を通して——」久留米大学大学院比較文化研究論集 17号(2005年) 143頁
——「イギリスにおけるプライバシー保護の現状——1998年人権法施行から10年を経て——」久留米大学法学 65号(2011年) 180頁
- 高井裕之「憲法と医事法との関係についての覚書」佐藤幸治先生還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院, 1998年) 285頁
- 高木康一「カナダ憲法学における『対話』理論—司法審査をめぐる議会と裁判所の関係—」専修法学論集 101号(2007年) 51頁
- 高橋和之『憲法判断の方法』(有斐閣, 1995年)
——『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」ジュリスト 1245号(2003年) 137頁
——「人権の私人間効力論」高見勝利＝岡田信弘＝常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣, 2004年) 1頁
——「現代人権論の基本構造」ジュリスト 1288号(2005年) 110頁
——「人権論のパラダイム——私人間効力論を中心にして」憲法問題 17号(2006年) 36頁
——「私人間効力論再訪」ジュリスト 1372号(2009年) 148頁
——「私人間効力論とは何の問題で, 何が問題か」法律時報 82巻5号(2009年) 59頁
——「アメリカの予備選挙制度と政党の法的地位研究序説——予備選挙の投票資格規制とステイト・アクション法理——」法律論叢 83巻2＝3号(2011年) 263頁

- 「人権規定の『私人間適用』と『第三者効力』」法律時報 84 卷 5 号 (2012 年)
86 頁
- 『猿払』法理のゆらぎ? —— 『堀越訴訟』最高裁判決の意味するもの」石川正
先生古稀記念論文集『経済社会と法の役割』(商事法務, 2013 年) 37 頁
- 『立憲主義と日本国憲法〔第 4 版〕』(有斐閣, 2017 年)
- 『体系 憲法訴訟』(岩波書店, 2017 年)
- 高橋和之編『新版 世界憲法集〔第 2 版〕』(岩波書店, 2012 年)
- 高橋和之+「国家と憲法」研究会「討論」法律時報 82 卷 5 号 (2010 年) 65 頁
- 高橋和之=高見勝利=宍戸常寿=林知更=小島慎司=西村裕一「私人間効力論」法律時報
90 卷 4 号 (2018 年) 90 頁
- 高橋正明「憲法上の平等原則と私的自治——パブリック・アコモデーションにおける差別
を巡る議論を手がかりに——」帝京法学 31 卷 1 = 2 号 (2018 年) 189 頁
- 高見勝利『『憲法と私法』論におけるミッシング・リンクの再定位——立法史の視座か
ら』憲法問題 21 号 (2010 年) 18 頁
- 田上穰治『憲法要説』(白桃書房, 1955 年)
- 『憲法撮要』(有信堂, 1963 年)
- 『日本国憲法原論』(青林書院新社, 1980 年)
- 田口精一『基本権の理論』(信山社, 1996 年)
- 田島裕訳著『イギリス憲法典』(信山社, 2001 年)
- 建部雅『不法行為法における名誉概念の変遷』(有斐閣, 2014 年)
- 田中英夫「判批 (Reitman v. Mulkey, 387 U.S. 369 (1967))」アメリカ法 1968-2 (1968
年) 298 頁
- 『英米法のことば』(有斐閣, 1986 年)
- 『デュー・プロセス』(東京大学出版会, 1987 年)
- 田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会, 1991 年)
- 玉蟲由樹「日本国憲法における基本権保護義務論の可能性」憲法理論研究会編『憲法の変
動と改憲論の諸相』(敬文堂, 2008 年) 161 頁
- 千國亮介「私人間効力議論に関する覚書——憲法は私人間において無適用だが直接効力が
及ぶ」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開』(信山社, 2017 年) 349 頁
- 千葉勝美『違憲審査』(有斐閣, 2017 年)
- 辻内鏡人『アメリカの奴隷制と自由主義』(東京大学出版会, 1997 年)
- 辻村みよ子『フランス憲法と現代立憲主義の挑戦』(有信堂高文社, 2010 年)
- 『憲法〔第 6 版〕』(日本評論社, 2018 年)
- 寺尾美子「判批 (Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948))」藤倉皓一郎=木下毅=高橋一
修=樋口範雄編『英米判例百選〔第 3 版〕』(有斐閣, 1996 年) 60 頁
- 時岡泰「判解 (最判昭和 56 年 3 月 24 日民集 35 卷 2 号 300 頁)」最高裁判所判例解説民
事篇昭和 56 年度 (1986 年) 173 頁
- 時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』(第一法規, 1996 年)
- 戸波江二「人権規定の私人間効力」法学セミナー 482 号 (1995 年) 80 頁
- 「国の基本権保護義務と自己決定のはざままで——私人間効力論の新たな展開」法
律時報 68 卷 6 号 (1996 年) 126 頁

- 『憲法〔新版〕』（ぎょうせい、1998年）
- 「人権論の現代的展開と保護義務論」 栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力 上巻』（信山社、2003年）699頁
- 「憲法学から企業を分析する視角」 同編『企業の憲法的基礎』（日本評論社、2010年）1頁
- 戸波江二＝松井茂記＝安念潤司＝長谷部恭男『憲法（2）』（有斐閣、1992年）
- 戸松秀典『平等原則と司法審査』（有斐閣、1990年）
- 『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）
- 「憲法訴訟の現状分析 序論」 戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）3頁
- 『憲法』（弘文堂、2015年）
- 富澤達「判解（最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁）」最高裁判所判例解説民事篇昭和48年度（1977年）302頁
- 内閣府大臣官房政府広報室「人権擁護に関する世論調査（平成29年10月調査）」
（<https://survey.gov-online.go.jp/h29/h29-jinken/index.html>）
- 内藤るり「私生活上の事実の保護における秘密保持の法理の活用——イギリス私法上のプライバシー保護の一展開」国家学会雑誌122巻1＝2号（2009年）221頁
- 永田秀樹「基本権保護義務論の射程と可能性」森英樹編『現代憲法における安全』（日本評論社、2009年）195頁
- 中野雅紀「第三者による侵害に対する基本権保護」中央大学大学院研究年報（法学研究科篇）22号（1993年）1頁
- 永松正則「司法による収用——STOP THE BEACH RENOURISHMENT, INC. v. FLORIDA DEPARTMENT OF ENVIRONMENTAL PROTECTION (560 U. S. ____ (2010), 130 S. Ct. 2592)」島大法学56巻4号（2013年）121頁
- 中村民雄『イギリス憲法とEC法』（東京大学出版会、1993年）
- 「欧州人権条約のイギリスのコモン・ロー憲法原則への影響——『法の支配』の変・不変——」早稲田法学87巻3号（2012年）659頁
- 中村哲也『民法理論研究』（信山社、2016年）
- 中村睦男「私人相互関係と人権」清宮四郎＝佐藤功＝阿部照哉＝杉原泰雄編『新版憲法演習1〔改訂版〕』（有斐閣、1987年）146頁
- 『憲法30講〔新版〕』（青林書院、1999年）
- 中山茂樹「私人間効力について——憲法上の権利の概念の整理から」西南学院大学法学論集33巻4号（2001年）95頁
- 夏見英明「憲法と公法私法論——私人間効力論の混乱の一因——」法学研究論集47号（2017年）57頁
- 西谷敏『規制が支える自己決定』（法律文化社、2004年）
- 『労働法の基礎構造』（法律文化社、2016年）
- 西原博史「基本的人権と私法秩序」山内敏弘編『新現代憲法入門〔第2版〕』（法律文化社、2009年）83頁
- 『自律と保護』（成文堂、2009年）
- 西村枝美「土壌なき憲法の私人間適用問題」公法研究66号（2004年）265頁

- 「憲法の私人間適用という枠組みのほころび」 関西大学法学論集 56 巻 5 = 6 号 (2007 年) 1057 頁
- 『『自由』を軋ませる『基本権の私人間適用』』 関西大学法学論集 57 巻 2 号 (2007 年) 239 頁
- 「憲法の私人間効力は近代法の構成要素か」 辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社, 2011 年) 367 頁
- 「憲法の私人間効力の射程(1)～(8)」 関西大学法学論集 62 巻 2 号 (2012 年) 159 頁・同 62 巻 3 号 (2012 年) 125 頁・同 62 巻 6 号 (2013 年) 167 頁・同 63 巻 1 号 (2013 年) 98 頁・同 63 巻 2 号 (2013 年) 50 頁・同 63 巻 6 号 (2014 年) 73 頁・同 65 巻 5 号 (2016 年) 194 頁・同 65 巻 6 号 (2016 年) 86 頁
- 糠塚康江『『憲法と民法』関係論——フランス・モデルから考える』 憲法問題 21 号 (2010 年) 30 頁
- 根森健「憲法上的人格権」 公法研究 58 号 (1996 年) 66 頁
- 「〔憲法の人権規定の〕私人間効力」 法学教室 357 号 (2010 年) 36 頁
- 「三菱樹脂事件最高裁判決の再検討——企業の経済的権力の濫用と日本国憲法の人権秩序」 戸波江二編『企業の憲法的基礎』(日本評論社, 2010 年) 147 頁
- 野坂泰司「アメリカ憲法理論の現代的課題」 ジュリスト臨時増刊『憲法と憲法原理』(有斐閣, 1987 年) 78 頁
- 「憲法解釈における原意主義(上)・(下)」 ジュリスト 926 号 (1989 年) 61 頁・同 927 号 (1989 年) 81 頁
- 「テキストと意図——アメリカにおける原意主義—非原意主義論争の意義について——」 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) 731 頁
- 「原意主義論争と司法審査制——最近のアメリカにおける理論状況について」 ジュリスト 1037 号 (1994 年) 46 頁
- 『憲法基本判例を読み直す』(有斐閣, 2011 年)
- 野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法 I [第 5 版]』(有斐閣, 2012 年)
- ハーゲット・ジェームズ・E (渡辺賢訳) 「アメリカ憲法における State Action 法理の展開」 北大法学論集 35 巻 6 号 (1985 年) 747 頁
- 橋本公亘『日本国憲法 [改訂版]』(有斐閣, 1988 年)
- 橋本裕蔵「判批 (Georgia v. McCollum, 505 U.S. 42 (1992))」 比較法雑誌 26 巻 3 号 (1992 年) 48 頁
- 長谷部恭男『続・Interactive 憲法』(有斐閣, 2011 年)
- 『憲法の理性 [増補新装版]』(東京大学出版会, 2016 年)
- 「前注」 同編『注釈日本国憲法 (2)』(有斐閣, 2017 年) 1 頁
- 『憲法 [第 7 版]』(新世社, 2018 年)
- 畑尻剛「判批 (最大判昭和 44 年 4 月 2 日刑集 23 巻 5 号 305 頁)」 長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選 II [第 6 版]』(有斐閣, 2013 年) 424 頁
- 畑博行「判批 (Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974))」 アメリカ法 1976-2 (1976 年) 255 頁
- 林知更『現代憲法学の位相』(岩波書店, 2016 年)
- 「論拠としての『近代』——三菱樹脂事件」 駒村圭吾編『テキストとしての判決』

- (有斐閣, 2016年) 109頁
- 原島啓之「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察(二・完)——行政法の解釈・適用における憲法の機能——」*阪大法学* 64巻6号(2015年) 1787頁
- 原田いづみ「構造的差別解消という視点から憲法の私人間効力論を考える」*明治学院大学法科大学院ローレビュー* 9号(2008年) 49頁
- ピエロート・ボード＝シュリンク・ベルンハルト(永田秀樹＝松本和彦＝倉田原志訳)
『現代ドイツ基本権』(法律文化社, 2001年)
- 樋口範雄「憲法と民法の関係—アメリカ法の視点」*法学教室* 171号(1994年) 58頁
——『アメリカ信託法ノートI』(弘文堂, 2000年)
——『アメリカ憲法』(弘文堂, 2011年)
- 樋口陽一『比較憲法〔全訂第3版〕』(青林書院, 1992年)
——『憲法I』(青林書院, 1998年)
——『国法学〔補訂〕』(有斐閣, 2007年)
——『憲法〔第3版〕』(創文社, 2007年)
——『憲法という作為』(岩波書店, 2009年)
——『抑止力としての憲法』(岩波書店, 2017年)
- 樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』(法律文化社, 1988年)
- 平松直登「ステイト・アクション概念の源流——Civil Rights Casesを中心とした一考察——」*法学研究論集* 40号(2014年) 99頁
——「1998年人権法における“public authority”概念研究序説——人権規定の名宛人と私人間における人権保障のあり方——」*法学研究論集* 42号(2015年) 101頁
——「1998年人権法の『水平的効力』の諸相——〈『公的機関』としての裁判所〉の意義と私人間効力——」*法学研究論集* 43号(2015年) 27頁
——「1998年人権法における私法の『条約適合的解釈』——Mendoza判決を中心とした一考察——」*法学研究論集* 44号(2016年) 1頁
——「憲法における『私人間効力』をめぐる言説空間——イギリスにおける『水平的効力』の議論からの再検討——」*法学研究論集* 45号(2016年) 107頁
——「憲法における『私人間効力』論の現状分析——イギリスにおける『水平的効力』の議論を素材として——」*憲法理論研究会編『展開する立憲主義』*(敬文堂, 2017年) 133頁
——「ステイト・アクション法理と水平的効力(1)・(2・完)——合衆国憲法の権利条項の名宛人と私人間における人権保障のあり方——」*法学研究論集* 48号(2018年) 41頁・同50号(2019年) 1頁
- 広中俊雄『新版民法綱要 第1巻』(創文社, 2006年)
- 深澤龍一郎『裁量統制の法理と展開』(信山社, 2013年)
- 福岡久美子「判批(American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan, 526 U.S. 40(1999))」*阪大法学* 50巻4号(2000年) 673頁
- 藤井樹也「Civil Rights Actsの誕生——鳥瞰的考察——」*三重大学法経論叢* 13巻1号(1995年) 103頁
——『「権利」の発想転換』(成文堂, 1998年)
——「違憲性と違法性」*公法研究* 71号(2009年) 112頁

- 「判批 (Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association, 531 U.S. 288 (2001))」 憲法訴訟研究会＝戸松秀典編『続・アメリカ憲法判例』(有斐閣, 2014年) 492頁
- 藤倉皓一郎「判批 (Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883))」伊藤正己＝堀部政男＝外間寛＝高橋一修＝田宮裕編『英米判例百選 I 公法』(有斐閣, 1978年) 130頁
- 「判批 (Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883))」藤倉皓一郎＝木下毅＝高橋一修＝樋口範雄編『英米判例百選 [第3版]』(有斐閣, 1996年) 38頁
- 藤田浩「判批 (Edmonson v. Leesville Concrete Co., 500 U.S. 614 (1991))」広島経済大学研究論集 15巻3号 (1992年) 105頁
- 「判批 (Georgia v. McCollum, 505 U.S. 42 (1992))」広島経済大学研究論集 16巻2号 (1993年) 79頁
- 舟田正之「経済法序説 (4)」立教法学 94号 (2016年) 197頁
- 古野豊秋「判批 (BVerfGE 103, 89)」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社, 2008年) 237頁
- ベッケンフェルデ E.-W. (初宿正典編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』(風行社, 1999年)
- ヘッセ・コンラート (初宿正典＝赤坂幸一訳)『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂, 2006年)
- 法学協会編『註解日本国憲法 上巻』(有斐閣, 1953年)
- 『註解日本国憲法 下巻』(有斐閣, 1954年)
- 法務省「人権侵害事件統計 (2017年)」(<https://www.e-stat.go.jp/stat-search/files?page=1&layout=datalist&toukei=00250010&year=20170>)
- ホーウィッツ・モートン・J (樋口範雄訳)『現代アメリカ法の歴史』(弘文堂, 1996年)
- 星野英一『民法論集 第6巻』(有斐閣, 1986年)
- 『民法論集 第7巻』(有斐閣, 1989年)
- 『民法論集 第8巻』(有斐閣, 1996年)
- 『民法のすすめ』(岩波書店, 1998年)
- 『民法論集 第9巻』(有斐閣, 1999年)
- 『民法のもう一つの学び方 [補訂版]』(有斐閣, 2006年)
- 星野英一＝樋口陽一「社会の基本法と国家の基本法」ジュリスト 1192号 (2001年) 2頁
- 堀内健志「基本的人権の私人間効力論の再構成をめぐって」人文社会論叢 (社会科学篇) 17号 (2007年) 61頁
- 堀部政男「判批 (Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944))」田中英夫編『英米判例百選』(有斐閣, 1964年) 114頁
- 米谷壽代「アメリカ環境規制に伴う収用補償理論の展開」静岡大学法政研究 19巻2号 (2015年) 49頁
- 巻美矢紀『「憲法上の権利」の守備範囲——諸法との『協働』に向けて』法学教室 323号 (2007年) 15頁
- 「私人間効力の理論的意味」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点 [第2版]』(有斐閣, 2009年) 259頁
- 松井茂記「憲法と新しいリバータリアニズム——『国家』、『社会』,そして『憲法』の射

- 程」ジュリスト臨時増刊『憲法と憲法原理』（有斐閣，1987年）48頁
- 『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣，2007年）
- 『表現の自由と名誉毀損』（有斐閣，2013年）
- 『アメリカ憲法入門〔第8版〕』（有斐閣，2018年）
- 松澤幸太郎『近代国家と市民権・市民的権利』（信山社，2016年）
- 松平光央「判批（Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883))」田中英夫編『英米判例百選』（有斐閣，1964年）104頁
- 松並重雄「判解（最判平成18年3月17日民集60巻3号773頁）」最高裁判所判例解説
民事篇平成18年度(上)（2009年）371頁
- 松原光宏「私人間効力論再考（一）・（二・完）——最近までのドイツ法理論を参考に——」
法学新報106巻3＝4号（2000年）1頁・同106巻11＝12号（2000年）63頁
- 「保護義務論のベーシック」戸波江二編『企業の憲法的基礎』（日本評論社，
2010年）125頁
- 「私人間における権利の保障」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究 憲法〔第2版〕』（
弘文堂，2013年）89頁
- 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年）891頁
- 「基本的人権の保障と憲法の役割」『岩波講座 憲法2』（岩波書店，2007年）23
頁
- 「基本権保護義務と不法行為法制度——山本説に対する憲法学説の一反応」企業
と法創造7巻3号（2011年）90頁
- 「基本権の私人間効力——基本権保護義務論の視点から」ジュリスト1424号
（2011年）56頁
- 松本和彦＝藤井樹也＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝宍戸常寿「座談会 日本国憲法
研究 第12回・私人間効力」ジュリスト1424号（2011年）68頁
- 水林彪「近代民法の本源的性格——全法体系の根本法としての Code civil——」民法研究
5号（2008年）1頁
- 「近代憲法の本源的性格——société civile の基本法としての1789年人権宣言・
1791年憲法」戒能通厚＝糊澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』（日
本評論社，2008年）21頁
- 「憲法と民法の本源的関係——Constitution（1789-1791）と Code civil（1804）」
憲法問題21号（2010年）7頁
- ミドルトン・ジョン『報道被害者の法的・倫理的救済論』（有斐閣，2010年）
- 三並敏克『私人間における人権保障の理論』（法律文化社，2005年）
- 「人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論——最近のわが国の学説動向——」
政策科学13巻3号（2006年）181頁
- 宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論』（勁草書房，2008年）
- 「民法と憲法の関係の法的構成の整理と分析——共通の視座の構築をめざして——」
横浜法学24巻1号（2015年）153頁
- 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版再版〕』（有斐閣，1974年）
- 『憲法論集』（有斐閣，1978年）
- 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社，1978年）

- 宮下紘「憲法の私人間効力論の根底にあるもの」一橋法学3巻2号(2004年)707頁
 ——「民営化時代における憲法の射程」一橋法学3巻3号(2004年)1317頁
 ——「ステイト・アクション法理における公私区分(1)・(2・完)」一橋法学5巻3号
 (2006年)961頁・同6巻1号(2007年)157頁
 ——「ステイト・アクション法理の理論構造」一橋法学7巻2号(2008年)239頁
 ——「ステイト・アクション法理と社会権」千葉大学法学論集23巻1号(2008年)
 326頁
 ——「判批(Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948))」樋口範雄=柿嶋美子=浅香吉幹
 =岩田太編『アメリカ法判例百選』(有斐閣, 2012年)52頁
- 棟居快行『人権論の新構成』(信山社, 1992年)
 ——「私人間の憲法訴訟」戸松秀典=野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』(有斐閣,
 2012年)25頁
 ——『憲法学の可能性』(信山社, 2012年)
- 毛利透「ケルゼンを使って『憲法適合的解釈は憲法違反である』といえるのか」辻村みよ
 子=長谷部恭男=石川健治=愛敬浩二編『「国家と法」の主要問題』(日本評論社,
 2018年)307頁
- 梶岡宏成「公法と私法の再構築(1)——アメリカでのステイト・アクション法理と表現
 の自由論からの一考察——」北海道教育大学紀要(人文科学・社会科学編)64巻2号
 (2014年)13頁
- 森順次「私人間の法律関係における基本的人権の保障」清宮四郎=佐藤功編『憲法講座
 第2巻』(有斐閣, 1963年)60頁
- 森田修「§90」川島武宜=平井宜雄編『新版 注釈民法(3)』(有斐閣, 2003年)94頁
 山口いつ子「北方ジャーナル事件判決——ネット時代の名誉毀損・プライバシー侵害と
 『事前抑制』」長谷部恭男編『論究憲法』(有斐閣, 2017年)137頁
- 山田哲史『「憲法適合的解釈」をめぐる覚書——比較法研究のための予備的考察——』帝
 京法学29巻2号(2015年)277頁
 ——「ドイツにおける憲法適合的解釈の位相」岡山大学法学会雑誌66巻3=4号
 (2017年)908頁
- 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)・(二・完)——私法関係にお
 ける憲法原理の衝突——」法学論叢133巻4号(1993年)1頁・同133巻5号
 (1993年)1頁
 ——「憲法と民法の関係—ドイツ法の視点」法学教室171号(1994年)44頁
 ——「前科の公表によるプライバシー侵害と表現の自由——ノンフィクション『逆
 転』訴訟を手がかりとして——」民商法雑誌116巻4=5号(1997年)615頁
 ——「基本法としての民法」ジュリスト1126号(1998年)261頁
 ——『公序良俗論の再構成』(有斐閣, 2000年)
 ——「§1ノ2」谷口知平=石田喜久夫編『新版 注釈民法(1)〔改訂版〕』(有斐
 閣, 2002年)225頁
 ——「憲法による私法制度の保障とその意義——制度的保障論を手がかりとして」ジ
 ュリスト1244号(2003年)138頁
 ——「基本権の保護と私法の役割」公法研究65号(2003年)100頁

- 「不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から——」法学論叢 154 卷 4 = 5 = 6 号 (2004 年) 292 頁
- 「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』(有斐閣, 2004 年) 3 頁
- 「民法における公序良俗論の現況と課題」民商法雑誌 133 卷 3 号 (2005 年) 385 頁
- 「民法と他領域 (1) 憲法」内田貴=大村敦志編『民法の争点』(有斐閣, 2007 年) 8 頁
- 「人格権」内田貴=大村敦志編『民法の争点』(有斐閣, 2007 年) 44 頁
- 「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究 5 号 (2008 年) 77 頁
- 「憲法・民法関係論の展開とその意義 (1)・(2) ——民法学の視角から」法学セミナー 646 号 (2008 年) 17 頁・647 号 (2008 年) 44 頁
- 「憲法・民法関係論の展開とその意義——民法学の視角から」新世代法政策学研究 5 号 (2010 年) 1 頁
- 「基本法による権利の保障と不法行為法の再構成」企業と法創造 7 卷 3 号 (2011 年) 70 頁
- 『民法講義 I [第 3 版]』(有斐閣, 2011 年)
- 山元一「憲法理論における自由の構造転換の可能性 (1) ——共和主義憲法理論のためのひとつの覚書——」長谷部恭男=中島徹編『憲法の理論を求めて』(日本評論社, 2009 年) 13 頁
- 「憲法理論における自由の構造転換の可能性 (2・完) ——共和主義憲法理論のためのひとつの覚書——」慶應法学 13 号 (2009 年) 83 頁
- 吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社, 1999 年)
- 我妻栄『新訂 民法総則』(岩波書店, 1965 年)
- 『民法研究 I』(有斐閣, 1966 年)
- 『民法研究 VIII』(有斐閣, 1970 年)
- 『民法研究 XII』(有斐閣, 2001 年)
- 我妻栄=宮沢俊義=兼子一「意見書 (最大判昭和 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁)」労働判例 189 号 (1974 年) 28 頁
- 和田武士「外部委託されたサービス利用者の権利救済の実態——英国人権法によるチャリティ活動規制の課題」都市問題 108 卷 6 号 (2017 年) 113 頁
- 渡辺洋「憲法の私人間効力・外論——『憲法的秩序』という視角」戸波江二編『企業の憲法的基礎』(日本評論社, 2010 年) 181 頁
- 渡辺康行「私人間における信教の自由——もう一つの『イスラームのスカーフ』事件が問いかけるもの」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』(創文社, 2004 年) 117 頁
- 「団体の活動と構成員の自由——八幡製鉄事件最高裁判決の射程」戸波江二編『企業の憲法的基礎』(日本評論社, 2010 年) 79 頁
- 渡辺康行=栄戸常寿=松本和彦=工藤達朗『憲法 I』(日本評論社, 2016 年)
- 和田肇『人権保障と労働法』(日本評論社, 2008 年)
- 亘理格「参入規制緩和と生命・健康そして生存権——タクシー事業を題材に」法学教室 335 号 (2008 年) 38 頁

判例／裁判例（日本）

東京地決昭和 39 年 4 月 27 日判時 374 号 60 頁
東京地判昭和 42 年 7 月 17 日判時 498 号 66 頁
東京高判昭和 43 年 6 月 12 日判時 523 号 19 頁
最大判昭和 45 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号 625 頁
最大判昭和 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁
最判昭和 49 年 7 月 19 日民集 28 卷 5 号 790 頁
最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁
最判昭和 50 年 4 月 10 日判時 779 号 62 頁
最判昭和 50 年 11 月 28 日民集 29 卷 10 号 1698 頁
最判昭和 52 年 12 月 13 日民集 31 卷 7 号 974 頁
最判昭和 56 年 3 月 24 日民集 35 卷 2 号 300 頁
最大判昭和 58 年 6 月 22 日民集 37 卷 5 号 793 頁
最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 卷 4 号 872 頁
最判昭和 62 年 4 月 24 日民集 41 卷 3 号 490 頁
最大判昭和 63 年 6 月 1 日民集 42 卷 5 号 277 頁
最判昭和 63 年 12 月 20 日集民 155 号 507 頁
最判平成元年 6 月 20 日民集 43 卷 6 号 385 頁
最判平成 3 年 9 月 3 日判時 1401 号 56 頁
最判平成 8 年 3 月 19 日民集 50 卷 3 号 615 頁
最判平成 8 年 7 月 18 日判時 1599 号 53 頁
大阪地判平成 12 年 7 月 31 日判タ 1080 号 126 頁
最判平成 18 年 3 月 17 日民集 60 卷 3 号 773 頁
東京地判平成 18 年 6 月 29 日（LEX/DB 文献番号 25463371）
東京高判平成 22 年 3 月 29 日判タ 1340 号 105 頁
最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁
最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1722 頁

文献（アメリカ合衆国）

ACKERMAN BRUCE, WE THE PEOPLE 3 (2014)
BAER JUDITH A., EQUALITY UNDER THE CONSTITUTION (1983)
Balkin Jack M., *The Reconstruction Power*, 85 N.Y.U. L. REV. 1801 (2010)
Barron David J., *Privatizing the Constitution: State Action and Beyond*, in THE REHNQUIST LEGACY 345 (Bradley Craig M. ed., 2006)
BeVier Lillian & Harrison John, *The State Action Principle and Its Critics*, 96 VA. L. REV. 1767 (2010)
BERGER RAOUL, GOVERNMENT BY JUDICIARY (1977)
Black Charles L., *Foreword "State Action", Equal Protection, and California's Proposition 13*, 81 HARV. L. REV. 69 (1967)

- Brandwein Pamela, *The Civil Rights Cases and the Lost Language of State Neglect, in THE SUPREME COURT AND AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT* 275 (Kahn Ronald & Kersch Ken I. eds., 2006)
- *RETHINKING THE JUDICIAL SETTLEMENT OF RECONSTRUCTION* (2011)
- Brest Paul, *State Action and Liberal Theory: A Casenote on Flagg Brothers v. Brooks*, 130 U. PA. L. REV. 1296 (1982)
- Brown Julie K., *Less is More: Decluttering the State Action Doctrine*, 73 MO. L. REV. 561 (2008)
- Buchanan G. Sidney, *A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility* (pt. 1), 34 HOUS. L. REV. 333 (1997)
- Burke William M. & Reber David J., *State Action, Congressional Power and Creditors' Rights: An Essay on the Fourteenth Amendment* (pt. 1), 46 S. CAL. L. REV. 1003 (1973)
- Calhoun Emily, *The Thirteenth and Fourteenth Amendments: Constitutional Authority for Federal Legislation against Private Sex Discrimination*, 61 MINN. L. REV. 313 (1977)
- Chemersinsky Erwin, *Rethinking State Action*, 80 NW. U. L. REV. 503 (1985)
- *CONSTITUTIONAL LAW* (5th ed. 2015)
- Chiang Emily, *No State Actor Left Behind: Rethinking Section 1983 Liability in the Context of Disciplinary Alternative Schools and Beyond*, 60 BUFF. L. REV. 615 (2012)
- CURTIS MICHAEL KENT, *NO STATE SHALL ABRIDGE* (1986)
- Davidson Nestor M., *Judicial Takings and State Action: Rereading Shelley after Stop the Beach Renourishment*, 6 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 75 (2011)
- Developments in the Law - State Action and the Public/Private Distinction*, 123 HARV. L. REV. 1248 (2010)
- ELY JOHN HART, *DEMOCRACY AND DISTRUST* (1980) (邦訳として、イリイ・ジョン・H (佐藤幸治=松井茂記訳)『民主主義と司法審査』(成文堂, 1990年))
- FONER ERIC, *RECONSTRUCTION* (1988)
- Franklin John Hope, *The Civil Rights Act of 1866 Revisited*, 41 HASTINGS L. J. 1135 (1990)
- Friendly Henry J., *The Public-Private Penumbra – Fourteen Years Later*, 130 U. PA. L. REV. 1289 (1982)
- Gardbaum Stephen, *The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights*, 102 MICH. L. REV. 387 (2003)
- *The Structure and Scope of Constitutional Rights, in COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 387 (Ginsburg Tom & Dixon Rosalind eds., 2011)
- *Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far?*, in *PROPORTIONALITY* 221 (Jackson Vicki C. & Tushnet Mark

- eds., 2017)
- Glennon Robert J. & Nowak John E., *A Functional Analysis of the Fourteenth Amendment "State Action" Requirement*, 1976 SUP. CT. REV. 221 (1976)
- Gressman Eugene, *The Unhappy History of Civil Rights Legislation*, 50 MICH. L. REV. 1323 (1952)
- HARRIS ROBERT J., THE QUEST FOR EQUALITY (1960)
- Henkin Louis, *Shelley v. Kraemer: Notes for a Revised Opinion*, 110 U. PA. L. REV. 473 (1962)
- Hershkoff Helen, *Privatizing Public Rights*, in BOUNDARIES OF STATE, BOUNDARIES OF RIGHTS, 129 (Kahana Tsvi & Scolnicov Anat eds., 2016)
- Huhn Wilson R., *The State Action Doctrine and the Principle of Democratic Choice*, 34 HOFSTRA L. REV. 1379 (2006)
- Hunt Murray, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act*, 1998 PUBLIC LAW 423 (1998)
- KACZOROWSKI ROBERT J., THE POLITICS OF JUDICIAL INTERPRETATION (1985)
- Kennedy Duncan, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in THE NEW LAW AND ECONOMIC DEVELOPMENT 19 (Trubek David M. & Santos Alvaro eds., 2006)
- Kumm Mattias & Comella Victor Ferreres, *What Is So Special About Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect*, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM 241 (Sajó András & Uitz Renáta eds., 2005)
- Leedes Gary C., *State Action Limitations on Courts and Congressional Power*, 60 N.C. L. REV. 747 (1981)
- MALTZ EARL M., CIVIL RIGHTS, THE CONSTITUTION, AND CONGRESS, 1863-1869 (1990)
- Marshall William P., *Diluting Constitutional Rights: Rethinking "Rethinking State Action"*, 80 NW. U. L. REV. 558 (1985)
- Mathews Jud, *State Action Doctrine and the Logic of Constitutional Containment*, 2017 U. III. L. REV. 655 (2017)
- Metzger Gillian E., *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367 (2003)
- *Private Delegations, Due Process, and the Duty to Supervise*, in GOVERNMENT BY CONTRACT 291 (Freeman Jody & Minow Martha eds., 2009)
- Minow Martha, *Alternatives to the State Action Doctrine in the Era of Privatization, Mandatory Arbitration, and the Internet: Directing Law to Service Human Needs*, 52 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 145 (2017)
- Note: *NFIB v. Sebelius and the Individualization of the State Action Doctrine*, 127 HARV. L. REV. 1174 (2014)
- NOWAK JOHN E. & ROTUNDA RONALD D., CONSTITUTIONAL LAW (8th ed. 2010)
- O'Conneide Colm & Stelzer Manfred, *Horizontal Effect/State Action*, in ROUTLEDGE HANDBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW 177 (Tushnet Mark, Fleiner Thomas &

- Saunders Cheryl eds., 2013)
- Peretti Terri, *Constructing the State Action Doctrine, 1940-1990*, 35 LAW & SOC. INQUIRY 273 (2010)
- Rosen Mark D., *Was Shelley v. Kraemer Incorrectly Decided? Some New Answers*, 95 CAL. L. REV. 451 (2007)
- Rowe Thomas D., *The Emerging Threshold Approach to State Action Determinations: Trying to Make Sense of Flagg Brothers, Inc. v. Brooks*, 69 GEO. L. J. 745 (1981)
- Saxer Shelley Ross, *Judicial State Action: Shelley v. Kraemer, State Action, and Judicial Takings*, 21 WIDENER L.J. 847 (2012)
- SCATURRO FRANK J., THE SUPREME COURT'S RETREAT FROM RECONSTRUCTION (2000)
- Schmidt Christopher W., *On Doctrinal Confusion: The Case of the State Action Doctrine*, 2016 BYU L. REV. 575 (2016)
- Seidman Louis Michael, *Public Principle and Private Choice: The Uneasy Case for a Boundary Maintenance Theory of Constitutional Law*, 96 YALE L. J. 1006 (1987)
- SEIDMAN LOUIS MICHAEL & TUSHNET MARK V., REMNANTS OF BELIEF (1996)
- Solove Daniel J. & Richards Neil M., *Rethinking Free Speech and Civil Liability*, 109 COLUM. L. REV. 1650 (2009)
- STONE GEOFFREY R., SEIDMAN LOUIS MICHAEL, SUNSTEIN CASS R., TUSHNET MARK V. & KARLAN PAMELA S., CONSTITUTIONAL LAW (8th ed. 2018)
- Strauss David A., *State Action after the Civil Rights Era*, 10 CONST. COMMENT. 409 (1993)
- SULLIVAN KATHLEEN M. & FELDMAN NOAH, CONSTITUTIONAL LAW (19th ed. 2016)
- SUNSTEIN CASS R., THE PARTIAL CONSTITUTION (1993)
- *State Action is Always Present*, 3 CHI. J. INT'L L. 465 (2002)
- Swanson Steven R., *Discriminatory Charitable Trusts: Time for a Legislative Solution*, 48 U. PITT. L. REV. 153 (1986)
- TENBROEK JACOBUS, EQUAL UNDER LAW (1965)
- TRIBE LAURENCE H., CONSTITUTIONAL CHOICES (1985)
- AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW (2d ed. 1988)
- Tsesis Alexander, *Furthering American Freedom: Civil Rights & The Thirteenth Amendment*, 45 B. C. L. REV. 307 (2004)
- Turner Christian, *State Action Problems*, 65 FLA. L. REV. 281 (2013)
- Tushnet Mark, *The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law*, 1 INT'L J. CONST. L. 79 (2003)
- *The Relationship between Judicial Review of Legislation and the Interpretation of Non-Constitutional Law, with Reference to Third Party Effect, in THE CONSTITUTION IN PRIVATE RELATIONS: EXPANDING CONSTITUTIONALISM* 167 (Sajó András & Uitz Renáta, 2005)
- WEAK COURTS, STRONG RIGHTS (2008)
- *State Action in 2020, in THE CONSTITUTION IN 2020*, 69 (Balkin Jack M. & Siegel Reva B. eds., 2009)

Ugarte Francisco M., *Reconstruction Redux: Rehnquist, Morrison, and the Civil Rights Cases*, 41 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 481 (2006)
Van Alstyne William W. & Karst Kenneth L., *State Action*, 14 STAN. L. REV. 3 (1961)
Wells Michael L., *Identifying State Actors in Constitutional Litigation: Reviving the Role of Substantive Context*, 26 CARDOZO L. REV. 99 (2004)
West Robin, *Response to State Action and a New Birth of Freedom*, 92 GEO. L. REV. 819 (2004)
WILSON THEODORE BRANTNER, *THE BLACK CODES OF THE SOUTH* (1965)

判例／裁判例（アメリカ合衆国）

Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza, 391 U.S. 308 (1968)
American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan, 526 U.S. 40 (1999)
Ashwander v. Tenn. Valley Auth., 297 U.S. 288, 348 (1936)
Barrows v. Jackson, 346 U.S. 249 (1953)
Batson v. Kentucky, 476 U.S. 79 (1986)
Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991 (1982)
Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association, 531 U.S. 288 (2001)
Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715 (1961)
Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883)
Cohen v. Cowles Media Co., 501 U.S. 663 (1991)
DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services, 489 U.S. 189 (1989)
Edmonson v. Leesville Concrete Co., 500 U.S. 614 (1991)
Evans v. Abney, 396 U.S. 435 (1970)
Evans v. Newton, 382 U.S. 296 (1966)
Flagg Brothers, Inc. v. Brooks, 436 U.S. 149 (1978)
Georgia v. McCollum, 505 U.S. 42 (1992)
Grove v. Townsend, 295 U.S. 45 (1935)
Hudgens v. National Labor Relations Board, 424 U.S. 507 (1976)
Hurd v. Hodge, 334 U.S. 24 (1948)
J.E.B. v. Alabama, 511 U.S. 127 (1994)
Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974)
Lebron v. National Railroad Passenger Corp., 513 U.S. 374 (1995)
Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U.S. 551 (1972)
Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U.S. 922 (1982)
Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946)
Miller v. Schoene, 276 U.S. 272 (1928)
Moose Lodge No. 107 v. Irvis, 407 U.S. 163 (1972)
New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
Nixon v. Condon, 286 U.S. 73 (1932)

Nixon v. Herndon, 273 U.S. 536 (1927)
 Parks v. "Mr. Ford", 556 F.2d 132 (3d Cir. 1977)
 Pennsylvania v. Board of Directors of City Trusts, 353 U.S. 230 (1957)
 Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)
 Public Utilities Commission v. Pollak, 343 U.S. 451 (1952)
 Reitman v. Mulkey, 387 U.S. 369 (1967)
 Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830 (1982)
 San Francisco Arts & Athletics, Inc. v. United States Olympic Committee, 483 U.S. 522 (1987)
 Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948)
 Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944)
 Stop the Beach Renourishment, Inc. v. Florida Dept. of Environmental Protection, 560 U.S. 702 (2010)
 Tennessee Secondary School Athletic Association v. Brentwood Academy, 551 U.S. 291 (2007)
 Terry v. Adams, 345 U.S. 461 (1953)
 Town of Castle Rock v. Gonzales, 545 U.S. 748 (2005)
 United Egg Producers v. Standard Brands, Inc., 44 F.3d 940 (11th Cir. 1995)
 United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)
 United States v. Classic, 313 U.S. 299 (1941)
 United States v. Cruikshank, 25 F. Cas. 707 (C.C.D. La. 1874) (No. 14,897)
 United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1876)
 United States v. Hall, 26 F. Cas. 79 (C.C.S.D. Ala. 1871) (No. 15,282)
 United States v. Harris, 106 U.S. 629 (1883)
 United States v. Morrison, 529 U.S. 598 (2000)
 United States v. Rhodes, 27 F. Cas. 785 (C.C.D. Ky. 1866) (No. 16,151)
 Virginia v. Rives, 100 U.S. 313 (1880)

文献（イギリス）

Allen T., *Property and The Human Rights Act 1998* (Hart Publishing, 2005)
 Amos M., *Human Rights Law* (2nd ed., Hart Publishing, 2014)
 Aplin T., Bently L., Johnson P. and Malynicz S., *Gurry on Breach of Confidence* (2nd ed., Oxford University Press, 2012)
 Bamforth N., "The True "Horizontal Effect" of the Human Rights Act 1998" (2001) 117 L.Q.R. 34
 Beatson J. and Grosz S., "Horizontality: A Footnote" (2000) 116 L.Q.R. 385
 Beatson J., Grosz S., Hickman T. and Singh R., *Human Rights* (Sweet & Maxwell, 2008)
 Bell J. and Engle G., *Cross Statutory Interpretation* (3rd ed., Butterworth, 1995)
 Bennett T. D.C., "Horizontality's New Horizons—Re-examining Horizontal Effect:

- Privacy, Defamation and the Human Rights Act—Part 1” [2010] Ent. L.R. 96
- Beylveid D. and Pattinson S. D., “Horizontal Applicability and Horizontal Effect” (2002) 118 L.Q.R. 623
- Bradley A., “The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?” in Jowell J. and Oliver D. (eds.), *The Changing Constitution* (7th ed., Oxford University Press, 2011) p.35
- Buxton R., “The Human Rights Act and Private Law” (2000) 116 L.Q.R. 48
- Campbell T., “Incorporation through Interpretation” in Campbell T., Ewing K. D. and Tomkins A. (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights* (Oxford University Press, 2001) p.79
- Cane P., “Accountability and the Public/Private Distinction” in Bamforth N. and Leyland P. (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution* (Hart Publishing, 2003) p.247
- “Church, State and Human Rights: Are Parish Councils Public Authorities?” (2004) 120 L.Q.R. 41
- Clapham A., *Human Rights in the Private Sphere* (Oxford University Press, 1993)
- Clayton R., “Developing Principles for Human Rights” [2002] E.H.R.L.R. 175
- “Remedies for Breach of Human Rights: Does the Human Rights Act Guarantee Effective Remedies?” in Jowell J. and Cooper J. (eds.), *Delivering Rights* (Hart Publishing, 2003) p.147
- “Judicial deference and “democratic dialogue”: the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998” [2004] P.L. 33
- Clayton R. and Tomlinson H., *The Law of Human Rights* (2nd ed., Oxford University Press, 2009)
- Cohn M., “Judicial Activism in the House of Lords: a Composite Constitutionalist Approach” [2007] P.L. 95
- Craig P., “Contracting out, the Human Rights Act and the Scope of Judicial Review” (2002) 118 L.Q.R. 551
- *Administrative Law* (8th ed., Sweet & Maxwell, 2016)
- Davies A.C.L., “Public law and privatisation” in Elliott M. and Feldman D. (eds.), *The Cambridge Companion to Public Law* (Cambridge University Press, 2015) p.172
- Dicey A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed., Macmillan, 1959) (原著第8版の邦訳として, ダイシー・A・V (伊藤正己=田島裕訳)『憲法序説』(学陽書房, 1983年))
- *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (2nd ed., Macmillan, 1914) (邦訳として, ダイシー・A・V (清水金二郎訳=菊池勇夫監修)『法律と世論』(法律文化社, 1972年))
- Donnelly C. M., “*Leonard Cheshire* Again and Beyond: Private Contractors, Contract and section 6(3)(b) of the Human Rights Act” [2005] P.L. 785
- Ekins R., “The Intention of Parliament” [2010] P.L. 709
- Ewing K. D., “The Human Rights Act and Parliamentary Democracy” (1999) 62 M.L.R.

- Fenwick H., Masterman R. and Phillipson G., "The Human Rights Act in Contemporary Context" in Fenwick H., Phillipson G. and Masterman R. (eds.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act* (Cambridge University Press, 2007) p.1
- *Fenwick on Civil Liberties and Human Rights* (5th ed., Routledge, 2017)
- Fenwick H. and Phillipson G., *Media Freedom under the Human Rights Act* (Oxford University Press, 2006)
- Gardbaum S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism* (Cambridge University Press, 2013)
- Gearty C., *Can Human Rights Survive?* (Cambridge University Press, 2006)
- Goldsworthy J., *Parliamentary Sovereignty* (Cambridge University Press, 2010)
- Grosz S., Beatson J. and Duffy P., *Human Rights* (Sweet & Maxwell, 2000)
- Hickman T. R., "Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998" [2005] P.L. 306
- *Public Law after the Human Rights Act* (Hart Publishing, 2010)
- Hogg P. W. and Bushell A. A., "The *Charter* Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing after All)" (1997) 35 Osgoode Hall L. J. 75
- Home Office, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (Cm. 3782, 1997)
- Hunt M., "Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom" in Taggart M. (ed.), *The Province of Administrative Law* (Hart Publishing, 1997) p.21
- "The 'Horizontal Effect' of the Human Rights Act" [1998] P.L. 423
- Irvine Lord, "The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights" [1998] P.L. 221
- Jones O., *Bennion on Statutory Interpretation* (6th ed., LexisNexis, 2013)
- Kavanagh A., "The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998" (2004) 24 O.J.L.S. 259
- *Constitutional Review under the UK Human Rights Act* (Cambridge University Press, 2009)
- Klug F., "Judicial Deference Under the Human Rights Act 1998" [2003] E.H.R.L.R. 125
- Landau J., "Functional Public Authorities after *YL*" [2007] P.L. 630
- Leigh I., "Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?" (1999) 48 I.C.L.Q. 57
- Leigh I. and Masterman R., *Making Rights Real* (Hart Publishing, 2008)
- Lester A. and Pannick D., "The Impact of the Human Rights Act on Private Law: The Knight's Move" (2000) 116 L.Q.R. 380
- Lester Lord, "The Art of the Possible – Interpreting Statutes under the Human Rights Act" [1998] E.H.R.L.R. 665
- Markus K., "What is Public Power: The Courts' Approach to the Public Authority

- Definition Under the Human Rights Act” in Jowell J. and Cooper J. (eds.), *Delivering Rights* (Hart Publishing, 2003) p.77
- Marshall G., “The lynchpin of parliamentary intention: lost, stolen, or strained?” [2003] P.L. 236
- Masterman R., *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution* (Cambridge University Press, 2011)
- Mclean J., “Public Function Tests: Bringing Back the State” in Dyzenhaus D., Hunt M. and Huscroft G. (eds.), *A Simple Common Lawyer* (Hart Publishing, 2009) p.185
- Moreham N. A., “Privacy and Horizontality: Relegating the Common Law” (2007) 123 L.Q.R. 373
- Morgan J., “Privacy, Confidence and Horizontal Effect: “Hello” Trouble” (2003) 62 C.L.J. 444
- Nicol D., “Law and Politics after the Human Rights Act” [2006] P.L. 722
- Oliver D., *Common Values and the Public-Private Divide* (Butterworths, 1999)
- “The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions under the Human Rights Act” [2000] P.L. 476
- “Functions of a Public Nature under the Human Rights Act” [2004] P.L. 329
- “Human Rights Act and the Private Sphere” in Oliver D. and Fedtke J. (eds.), *Human Rights and the Private Sphere* (Routledge-Cavendish, 2007) p.63
- “Human Rights and the Private Sphere” (2008) 1 UCL Hum. Rts. Rev. 8
- “What, If Any, Public-Private Divides Exist in English Law” in Ruffert M. (ed.), *The Public-Private Law Divide* (BIICL, 2009) p.1
- Palmer S., “Public, Private and the Human Rights Act 1998: An Ideological Divide” (2007) 66 C.L.J. 559
- “Public functions and private services: A gap in human rights protection” (2008) 6 I.J.C.L. 585
- Pannick Lord, “Functions of a Public Nature” [2009] J.R. 109
- Phillipson G., “The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law: a Bang or a Whimper?” (1999) 62 M.L.R. 824
- “Clarity Postponed: Horizontal Effect after *Campbell*” in Fenwick H., Phillipson G. and Masterman R. (eds.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act* (Cambridge University Press, 2007) p.143
- Phillipson G. and Williams A., “Horizontal Effect and the Constitutional Constraint” (2011) 74 M.L.R. 878
- Quane H., “The Strasbourg Jurisprudence and the Meaning of a ‘Public Authority’ under the Human Rights Act” [2006] P.L. 106
- Raphael T., “The Problem of Horizontal Effect” [2000] E.H.R.L.R. 493
- Rhodes R. A. W., “The Hollowing Out of the State: The Changing Nature of the Public Service in Britain” (1994) 65 Pol. Q. 138
- Rose D. and Weir C., “Interpretation and Incompatibility: Striking the Balance” in Jowell J. and Cooper J. (eds.), *Delivering Rights* (Hart Publishing, 2003) p.37

- Sales P., “A Comparison of the Principle of Legality and Section 3 of the Human Rights Act 1998” (2009) 125 L.Q.R. 598
- Tomkins A., “The Rule of Law in Blair’s Britain” (2007) 26 U. Queensland L.J. 255
- van Zyl Smit J., “The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after *Ghaidan v Godin-Mendoza*” (2007) 70 M.L.R. 294
- Wacks R., “Why there will never be an English common law privacy tort” in Kenyon A. T. and Richardson M. (eds.), *New Dimensions in Privacy Law* (Cambridge University Press, 2006) p.154
- Wade H. W. R., “The United Kingdom’s Bill of Rights” in Beatson J., Forsyth C. and Hare I. (eds.), *Constitutional Reform in the United Kingdom* (Hart Publishing, 1998) p.61
- “Horizons of Horizontality” (2000) 116 L.Q.R. 217
- Wadham J., Mountfield H., Prochaska E. and Desai R., *Blackstone’s Guide to The Human Rights Act 1998* (7th ed., Oxford University Press, 2015)
- Williams A., “*YL v Birmingham City Council*: Contracting out and “functions of a public nature”” [2008] E.H.R.L.R. 524
- “Public authorities: what is a hybrid public authority under the HRA?” in Hoffman D. (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law* (Cambridge University Press, 2011) p.48
- Woolf H., Jowell J., Donnelly C. and Hare I., *De Smith’s Judicial Review* (8th ed., Sweet & Maxwell, 2018)
- Wright J., “A Damp Squib? The Impact of Section 6 HRA on the Common Law: Horizontal Effect and Beyond” [2014] P.L. 289
- Young A. L., “Remedial and substantive horizontality: the common law and *Douglas v Hello! Ltd*” [2002] P.L. 232
- “Horizontality and the Human Rights Act 1998” in Ziegler K. S. (ed.), *Human Rights and Private Law* (Hart Publishing, 2007) p.35
- *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act* (Hart Publishing, 2009)
- “Mapping Horizontal Effect” in Hoffman D. (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law* (Cambridge University Press, 2011) p.16
- “The Human Rights Act 1998, Horizontality and the Constitutionalisation of Private Law” in Ziegler K. S. and Huber P. M. (eds.), *Current Problems in the Protection of Human Rights* (Hart Publishing, 2013) p.69
- *Democratic Dialogue and the Constitution* (Oxford University Press, 2017)

判例／裁判例（イギリス）

- A v B plc* [2002] EWCA Civ 337; [2003] Q.B. 195
- Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank* [2003] UKHL 37; [2004] 1 A.C. 546

Campbell v MGN Ltd [2004] UKHL 22; [2004] 2 A.C. 457
Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd [1999] 4 All E.R. 705
Ghaidan v Godin-Mendoza [2004] UKHL 30; [2004] 2 A.C. 557
McDonald v McDonald [2016] UKSC 28; [2016] 3 W.L.R. 45
McKennitt v Ash [2006] EWCA Civ 1714; [2008] Q.B. 73
Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd v Donoghue [2001] EWCA Civ 595; [2002] Q.B. 48
R (on the application of A) v Partnerships in Care Ltd [2002] EWHC 529 (Admin); [2002] 1 W.L.R. 2610
R (on the application of Anderson) v Secretary of State for the Home Department [2002] UKHL 46; [2003] 1 A.C. 837
R (on the application of Beer (trading as Hammer Trout Farm)) v Hampshire Farmers Markets Ltd [2003] EWCA Civ 1056; [2004] 1 W.L.R. 233
R (on the application of Heather) v Leonard Cheshire Foundation [2002] EWCA Civ 366; [2002] 2 All E.R. 936
R v A (No.2) [2001] UKHL 25; [2002] 1 A.C. 45
R v Horncastle [2009] UKSC 14; [2010] 2 A.C. 373
R. (on the application of Quark Fishing Ltd) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (No.2) [2005] UKHL 57; [2006] 1 A.C. 529
R. v Panel on Take-overs and Mergers Ex p. Datafin Plc [1987] Q.B. 815
R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Brind [1991] 1 A.C. 696
Re S (Minors) (Care Order: Implementation of Care Plan) [2002] UKHL 10; [2002] 2 A.C. 291
Thoburn v Sunderland City Council [2002] EWHC 195 (Admin); [2002] 3 W.L.R. 247
X v Y [2004] EWCA Civ 662; [2004] I.C.R. 1634
YL v Birmingham City Council [2007] UKHL 27; [2008] 1 A.C. 95