

Title	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
Sub Title	The possibility of the structural change of freedom in constitutional theory : an essay on a republican constitutional theory (2)
Author	山元, 一(Yamamoto, Hajime)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2009
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.13 (2009. 3) ,p.83- 109
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090325-0083

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

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

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——

山 元 一

はじめに

- I 人権効力論をめぐる議論状況
 - 1 芦部信喜——間接適用説における〈国家の影〉
 - (1) 間接適用説の支配
 - (2) 芦部説における〈国家の影〉
 - 2 高橋和之 vs 奥平康弘——人権効力論議と〈Narrativeとしての近代立憲主義〉
 - (1) 〈Narrativeとしての近代立憲主義〉
 - (2) 高橋和之の無適用説
 - (3) 奥平康弘の間接適用説批判／直接適用説
 - (4) 〈司法的救済を受けるべき憲法上の権利〉——高橋和之 vs 奥平康弘
- II 市民社会の法構造とその変容——フランスの場合
 - 1 〈Narrativeとしての近代フランス市民社会像〉をめぐる
 - (1) 「憲法上の権利」としての「国家からの自由」としての人権？
 - (2) フランスにおける私人間効力論の不可能性——Michel Troperの所説
 - (3) 「全法体系の根本法」としての民法典——水林彪の所説
 - 2 人権効力論議とフランス法
 - (1) フランス市民社会の法構造
 - (2) フランス法における「憲法上の人権」〔以上、長谷部恭男＝中島徹編『(仮題)憲法理論の最先端』（日本評論社、2008年4月刊行予定）所収〕
- III 憲法理論における自由の意義と構造〔以下、本号〕
 - 1 「無色透明の『自由』」をめぐる
 - (1) 市民社会における自由の構造——西村枝美の所説
 - (2) 奥平の制度的思考における自由
 - 2 Isaiah Berlin vs Philip Pettit——共和主義的自由へ
 - (1) 「消極的自由」vs「積極的自由」——Isaiah Berlinによる設問化
 - (2) 憲法理論としての「恣意的支配からの自由」観念の可能性
- IV 人権効力論議からのいくつかの帰結
 - 1 日本の憲法解釈論にとっての自由——三つの選択肢から二つへ？
 - 2 共和主義憲法理論構想の課題

Ⅲ 憲法理論における自由の意義と構造

1 「無色透明の『自由』」をめぐる

（1）市民社会における自由の構造——西村枝美の所説

無適用説を擁護する見地から、憲法理論上の自由の法的構造のあり方に注目し、それを、民事法上の権利との異質性を際立たせて、憲法上の権利を「対国家の防禦権」としての純粋性を維持することに重要な意義を見出す最近の興味深い論稿として、西村枝美のもの⁶³⁾がある。西村の主張も、高橋と同様に、憲法規範と民事法規範を峻別することを基本におく。ただ、高橋においては、近代国家が創出される際の憲法と民法の役割分担が峻別論のポイントだったのに対して、西村が注目するのは、憲法上の自由権と民事法的権利における権利の法的構造の差異である。すなわち、彼女によれば、本来、憲法が個人に保障する「対国家の防禦権」である精神的自由や経済的自由は、民事法上の諸権利とは根本的に異なった「無色透明の『自由』」（石川健治）⁶⁴⁾であることによって特徴づけられているはずのものであった。西村は、そのような自由の下で、「市民は寄り合って自由に交流して豊かな人間関係を築いている。対国家の防禦権というとき、その豊かな状態を、国家との関係では隠している。そして、この豊かな交流に権利義務関係を見いだし、規律してきたのが民事法である」⁶⁵⁾は

63) 西村枝美「『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〕1頁以下。

64) 西村が参照するのは、石川の次の議論である。Huberのように、「憲法上の権利条項が法制度を構成しようとする」のは異例の企てであるはずである。なぜなら、「民法の場合は、客観法としての法制度が先行して、そのもとで主観法としての法関係が繰り広げられたが、憲法上の自由権は、何か実質的な内容をもつ客観法が先行しての、いわば色のついた主観法ではなく、国家による規制の免除（強調原文）によって生ずる無色透明の『自由』でしかなかったから、実は、憲法の権利については、民法上の権利のアナロジーで、法制度を観念することが、そもそも不可能であった」からである。石川健治『自由と特権の距離（増補版）』（日本評論社、2007年）200-201頁。

65) 西村・前掲注（63）25頁。

ずだ、という。西村によれば、憲法上の権利はこのような法的社会像に奉仕するものとして観念されなければならない。ところが、ひとたび私人間における人権効力論という問題設定がなされ、そのような問題設定に対して肯定的な態度を取ってしまうと、裁判の場で援用される精神的自由の保護の名の下になされる憲法上の要求は、「裁判所という国家機関」によって行われる「調停」の結果になってしまう。このように、「裁判所に、一方の法益を憲法上保護されるべきものとして発言させることは、多数決の結果にたがを嵌める立憲主義の構想では説明できない」、はずであるとする⁶⁶⁾。また、たとえ間接的にであれ私人間効力を認める立場は、例えば、民事法上の権利のアナロジーで精神的自由の「所有」を目指す「法命題を取りそろえることを望む」⁶⁷⁾ ことに必然的に帰着してしまう⁶⁸⁾、という。

（2）奥平の制度的思考における自由

この点、〈近代立憲主義のNarrative〉の拘束から自由な地点を確保している奥平にとって「無色透明の自由」なる自由観は決して理論上の障害とならないことは当然である。実際、奥平は、概説書風の著作である『憲法Ⅲ』（1993年）において、「個人・権利・制度」という章を設け、「『権利』にとって『制度』

66) このような西村の見地は、憲法の本質を、「条件プログラム」にもとめる西原の見地と基本的に同質であろう。参照、西原博史「立憲主義において国家を縛るもの」藤田＝高橋編『樋口陽一先生古稀記念・憲法論集』（創文社、2004年）575頁以下、この点に関連して、長谷部恭男は、私人間効力の懸念すべき点を、裁判所による人権条項の*ad hoc*な介入によって「法の支配」に由来する私人の「予測可能性」の保障を損ないかねない点にあるという。しかし、長谷部によれば、「法の支配」を幾分犠牲にしてしまうこのような事態は、実は、直接適用説による解決によっても無適用説による民法の一般原則等による解決においても生じうるのであり、重要な相違はない、と反論する。

67) 西村・前掲注（63）28頁。

68) ここで批判の対象とされるのは、ドイツの基本権ドグマティークの議論を背景にして、「峻別思考」と「非分別思考」の両者を極端であるとして退ける「非峻別・分別思考」の人権理解を展開しようとする小山剛の主張である。参照、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、2004年）298頁以下。

がもつ意味」「『権利』——主観と客観の接点たることの意義」等の節において、「対国家の防禦権」の観念を踏み越えた理論を提示した。奥平によれば、精神的自由においても、「制度とのつき合いが相当に密接であることあるいは密接になりつつあること」に注意を向けるべきであり、「憲法全体の構造から見れば、諸個人のこの権利は、社会を成り立たしめ発展させ、国家をはたらかしめ、その軌道を修正させ、憲法が掲げる国家目標の実現に向かわせるという、客観的な目的＝制度的な目的ともつながっている」と、いう⁶⁹⁾。そうであるから、「憲法は、国家統治の根幹になる基本制度を構築しながら、入念に考慮して、いくつかの『基本権』を選抜し、それらをそれぞれが対応する制度の端々にきちんとはめ込んでいる。そうすることによって、本来の目的に即した諸制度の運用を確保し、よって、諸個人の人間的な価値を満足させつつ、共生の世界を構築している」⁷⁰⁾。ここで奥平の念頭にある制度は、決して憲法の明文に規定されている制度だけではない。社会学的関心によって成り立つメディアをはじめとして、私的イニシアチブによって形成されるものでありながら国家による著しい特権付与が行われている政党なども一括して「制度」として把握され、憲法的考察の対象とされる。奥平によってこのような思考の具体的な帰結として提示されるのは、例えば、報道の自由が「表現の自由の制度的な理解」の一環として示される「取材活動をおこなう報道機関を、国民のいわゆる知る権利の担い手として『制度的に理解』すること」によって、取材源秘匿等に対して通常の比較衡量より高いレベルの保護が与えられるべきであるという⁷¹⁾。

このような奥平の制度論的な所説に対しては、すでに石川健治によって制度概念があまりに広範な内容を包含しており明確な観念として成立しておらず、また、このような思考は「共同体形成に於けるcritical moralityの積極的な位置付け」によって基礎づけられているのであるから「奥平学説から共同体主義への距離は近い」との批判的論評がなされている（石川は、逆説的に、「制度学派

69) 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）93-94頁。

70) 奥平・前掲注（69）100頁。

71) 奥平・前掲注（69）201-202頁。

憲法学にとって最低限度必要な手続は、『制度』概念の節約的使用である」、という。)⁷²⁾。

確かに、奥平において、総論のレベルにおいて展開された制度的思考が人権論として具体的にどのような帰結をもたらすかについて必ずしも明確ではなく、憲法典内在的な自由の読み解きなのかそれとも憲法典から外に踏み出した踏み出た社会諸現象と憲法との架橋なのかも不明確なところがある。そうであるがゆえに、憲法上の権利としての自由に如何なる本格的な思考転換を迫るものなのか、その全貌は明らかではない。しかし、少なくともここで本稿が指摘しうるのは、憲法理論の想定する自由のプロトタイプを「対国家の防禦権」に純化する途を選択せず、奥平とともに、精神的自由権について、『『国家からの自由』の性格だけを浮き彫りにしてきたのは、たぶん19世紀的な国法学の伝統にしたがってのうえのことで、それはある種の歴史的な限定つきのものだった』⁷³⁾ といおうとした場合には、西村が執着する『『無色透明』の自由』に取って代わることのできる、一定の自由に対する実質的意味充填作業が要請されざるを得ない、ということであろうと思われる。

そこで以下では、憲法理論上の自由の構築作業にとりかってみよう。

2 Isaiah Berlin vs Philip Pettit——共和主義的自由へ

(1) 「消極的自由」vs「積極的自由」——Isaiah Berlinによる設問化

憲法理論上の自由の実質的意味充填作業をおこなおうとする場合に、逆説的な仕方では手がかりを提供してくれるのが、アメリカ憲法において判例・学説上蓄積されてきたステイト・アクションの法理を検討の素材としつつ、人権効力論をめぐる議論を検討した榎透の最近の研究である榎透の著作『憲法の現代的意義』である⁷⁴⁾。そこにおける同法理に対する分析視角は、——本稿の関心と共通して——憲法の拘束の名宛人を何に措定するか、という論点に向けられている。榎が自らの拠って立つ憲法理論における自由を論ずる際の基礎づけの役

72) 参照、石川・前掲注（64）259-260頁。

73) 奥平・前掲注（69）94頁。

74) 榎透『憲法の現代的意義』（花書院、2008年）。

割を果たしているが、現代政治理論の「自由」論議にとっての起点となっている、「消極的自由」と「積極的自由」という「二つの自由概念」をめぐる Isaiah Berlinの——あまりにもよく知られた——分析枠組⁷⁵⁾である。Berlinによれば、「強者の自由は弱者の死」⁷⁶⁾をもたらしうるという自明的な真理にもかかわらず、あえて「消極的自由」に踏みとどまらなければならない。「消極的自由」は、「主体——一個人あるいは個人の集団——が、いかなる他人からも干渉をうけずに、自分のしたいことをし、自分のありたいものであることを放任されている、あるいは放任されるべき範囲はどのようなものであるか」を問題とするのに対し、「積極的自由」は、「あるひとがあれよりもこれをするこ、あれよりもこれであること、を決定できる統制ないし根拠はなんであるか、まただれであるか」を問題にするものである⁷⁷⁾。Berlinは、自由の定義として前者が選べられなければならないと考えるが、その理由は、後者の観念の下では、人々は自由の名の下に実際には他者によって自由の具体的内容についての定義を委ねてしまうことになるため、「道徳の規範秩序に合致した行為をすること」を強制されてしまうのであり、現代社会が「多元主義的な社会」を求めているとすれば、「積極的自由」観念は、全くそれと相反する社会像に辿りついてしまうからである⁷⁸⁾。

（2）憲法理論としての「恣意的支配からの自由」観念の可能性

（1）で見たように、現代日本憲法学における人権効力論議の重要な論点が、自由の理解をめぐる、「消極的自由」かそれとも「積極的自由」か、という仕方で設問化されてきた政治理論上のテーマの憲法領域における各論的表出のうちの一つであることは明らかである。そうであるとすれば、本稿の問題意

75) 本稿は、この部分の叙述につき、小田川大典「共和主義と自由」『岡山大学法学会雑誌』54巻4号〔2005年〕39頁以下、大森秀臣「バーリンの呪縛を超えて」『岡山大学法学会雑誌』57巻1号〔2007年〕95頁以下の大きな示唆を受けている。

76) アイザiah・バーリン（小川晃一他訳）『自由論』（みすず書房、1971年）308頁。

77) バーリン・前掲注（76）303-304頁、大森・前掲注（75）98頁。

78) 大森・前掲注（75）98頁。齋藤純一『自由』（岩波書店、2005年）26頁以下。

識からすると、〈近代立憲主義のNarrative〉の拘束から自らを解放した上で、「消極的自由」に代わる全方位的射程を備えた別の選択肢を模索することが基本的課題として浮上してくる。ここで本稿が注目したいのは、Pocockによる共和主義ルネッサンスを直接の起源とするリベラリズム批判の理論動向の中から生まれ⁷⁹⁾——自己統制的な共同体への参加の契機を強調する「ネオ・アテネ派」ではなく、MachiaveliからHarringtonを経由する「ネオ・ローマ派」の系譜に属する——Philip Pettit の共和主義的自由観念である。彼は、〈「消極的自由」かそれとも「積極的自由」か〉という二元的対立図式を克服することを目指して、自らの支持する共和主義思想と自由を次のように関係づける⁸⁰⁾。

「要するに、共和主義とは、第一に自由についての理論であり、第二に統治のあり方についての理論である。共和主義は、自由を、〈恣意的支配のない状態〉——いかなる支配者を持たない生活を享受することだと見なす。そして、共和主義は、そのような自由の価値を根拠として、国家はなにをなさなければならないかということと、国家とはどのように規制されなければならないかということの両方について、一つの考え方を導き出す。つまり、共和主義は、国家の実体と憲法原理の両方についての理論を構築するための一つの土台を提供する

79) 但し、Pocockは、Pettitの自由観に対して批判的であるという。参照、小田川・前掲注（75）62頁。小田川は、さらに、共同体主義的色彩の強いCharles Taylorの見地からすれば、「外的障害」ばかりではなく「内的障害」からも脅かされる人間の自由において、「内的障害」を克服するには、自らの動機について、他者の視点からの推察を取り入れつつ、理性的判断力を行使しなければならない。このようなテイラーの立場からすれば、それが『干渉』であれ『恣意的支配』であれ、専ら何ものかの欠如として自由をネガティブに定義することは説得的であるとは言い難い」。同論文69頁

80) Pettitに言及する邦語研究として、参照、谷澤正嗣「現代リベラリズムにおける立憲主義とデモクラシー」飯島昇蔵＝川岸令和編『憲法と政治思想の対話』（新評論、2002年）294頁以下、神原和宏「共和主義における自由の概念について」『三島淑臣教授古稀祝賀・自由と正義の法理念』（成文堂、2003年）91頁以下、があり、特に憲法研究者によるものとして、駒村圭吾「共和主義ルネッサンス立憲主義の死か生か」井上達夫編『岩波講座憲法1 立憲主義の哲学的問題地平』（岩波講座、2007年）139頁以下、がある。

のである。」⁸¹⁾

このような考え方に基づいて、Pettitは、その主著『共和主義——ひとつの自由と統治の理論——』⁸²⁾において、Benjamin Constantによって古典的に定式化された、あの二つの自由の区別——「古代人の自由」と「近代人の自由」——という図式化の克服を企図し、Max Weberの社会学における分析の中心概念であった「支配」概念を再び呼び起こす。従来のリベラリズムが「不干渉としての自由（freedom as non-interference）」を、また従来の共和主義が「自己支配としての自由（freedom as self-mastery）」を、自由として観念することを通じて理論構築をしてきたのに対して、共和主義による真正の自由観念として「恣意的支配からの自由（freedom as non-domination）」なる自由観念を提出する⁸³⁾。このような考え方に立脚するとき、従来の共和主義的傾向を帯びた議論における「自由」が多元主義の社会像と根本的に対立してきたのを回避し、自由主義が標榜してきた「無価値の中立主義（no-value neutralism）」に対抗する「分かち合われた価値の中立主義（shared-value neutralism）」に立脚することができる、とされる。

より具体的にいえば、Pettitの共和主義者としての関心は、歴史上多くの共和主義者が希求してきた政治体における民主的意思形成という課題にはない。そうではなくて、「恣意的支配」の廃絶が掲げるべき究極の政治的理想となる。

81) Philip Pettit, Republicanism, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (<http://plato.stanford.edu/archives/spr2003/entries/republicanism/>) 小田川・前掲注 (75) 59-60頁の邦訳に従う。

82) Philip Pettit, *Republicanism: A theory of freedom and government*, Oxford University Press, 1997, 'Republican political theory', in Andrew Vincent (ed.), *Political theory: Tradition and diversity*, Cambridge University Press, 1997.

83) 小田川の整理によれば、「恣意的支配からの自由」は、次のような内実を有する。「『干渉interference』が実際にされて初めて存在するのに対し、恣意的支配は、①誰かが何かをなそうとしているときに、②恣意的な根拠に基づいて、③それに干渉する能力を別の誰かがもっていることによって発生する。干渉は恣意的支配の必要条件ではないし、恣意的支配も干渉の必要条件ではない。圧倒的な影響力を特定の個人が持っていれば、実際に干渉がなされてなくとも恣意的支配は存在することになる」。小田川・前掲注 (75) 59頁。

他者に対する「恣意的支配」は実際に行使するかと否とにかかわらず生じる。したがって、公権力による*imperium*による支配も、私的権力による*dominium*による支配も自らその射程に収まる⁸⁴⁾。また、「恣意的支配からの自由」は、人々が相互に平等の力をもつか、人々が相互の間で恣意的な支配／被支配関係が成立するのを阻止しうる法制度を整備することによって確保される。「法の支配（*empire-of-law*）」と権力の分散がそのための必須の条件である。「恣意的な支配」は、実際にそのような支配のための行動を起こすと否とにかかわらず、そのような能力を有する限り存在しうる。その結果、例えば、「自己検閲」を強いられている状況も、「恣意的な支配」の下にあることを意味する⁸⁵⁾。法と自由は相互排他的な観念ではなく、お互いを構成する要素である。合法的で理に適った「支配」は、社会にとって重要な利益である。国家による多種多様な再配分政策の実施や社会的経済的弱者保護政策も、「恣意的な支配から自由」の実現として位置づけることができる。したがって、自然的法的文化的障壁を除去するために、非恣意的な仕方でも干渉することは、むしろ、「恣意的支配からの自由」の観念そのものが求めているものである。ここでは、人々がおおよそ他者から「恣意的支配」から免れることが自由の意義なのであるから、「『無色透明』の自由」たる「対国家の防禦権」とそれ以外の権利を峻別する思考は、原理的に拒否されている。また、人的な支配だけでなく、非必然的な自然的社会的条件の欠如も、「恣意的支配」の内実を構成しうる。このような考え方をする論者が自ら

84) ちなみに、フランス1789年人権宣言及び1791年憲法の創出した規範的世界において、例えば「表現の自由」などに対する権利侵害が国家公権力によるものであるか私人によるものであるかについて、まさに相対的な意味しか持っていなかったことについては、参照、水林彪「近代憲法の本源的性格」戒能＝榎澤編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』（日本評論社、2008年）39-40頁。

85) Philip Pettit, *A theory of freedom*, Polity, 2001, p. 138. さらに、Pettitの提出する具体例によれば、国家が妊娠をした女性に対して人工妊娠中絶を一律に禁止すれば、それは彼女たちの利益や理想と一致する干渉とはいえず、それと同時に、彼女たちを家族や共同体による他の形態における支配にさらすことになる、という。Philip Pettit, *Reworking Sandel's republicanism*, in A. L. Allen & M. C. Regan, Jr. (edited by), *Debating democracy's discontent*, Oxford University Press, 1998, p. 57.

を「ネオ・ローマ派」と称するのは、ローマにおいて、自由人と奴隷の区別において、「恣意的支配」の下にあるときに後者だと判断されたことに由来している。

共和主義は、多数派民主主義を留保の余地なく支持すると考えられる傾向があるが、Pettitの考え方はそうではない。彼の「恣意的支配からの自由」は、「反多数派条件（The counter-majoritarian condition）」を課す。彼によれば、立憲主義に基づく多数派による恣意的支配の阻止は、「恣意的支配からの自由」ととっては重大な関心であり、共和主義は、立法府に対する枠付けを求める。このような関心から、Pettitは、例えば、女性や少数民族を優遇する立法議員選出方法に好意的な態度を示すなど、国内の種々様々な集団のアイデンティティから発せられる「声」を拾い上げる——多文化主義政策に親和的な——「非排除的共和国（inclusive republic）」の構想⁸⁶⁾を示すのである。Pettitは、社会を構成する諸個人の「生の選好」を手放しで重視することは、弱者が強者の餌食になりかねないとするアメリカ憲法学者Cass Sunsteinの利益集団多元主義批判⁸⁷⁾に共鳴している。

もとより、Pettitの議論は政治理論としての主張であり、所与の実定法の存在を前提とする憲法理論としての主張ではない。しかし、ひとたび憲法理論の基礎にあるべき自由をこのような「恣意的支配からの自由」と定式化とすると、私人間の人権効力の問題は、「対国家の防禦権」には解消されない、〈司法的救済を受けるべき憲法上の権利〉の土俵上で吟味すべきものとして論ずることができるようになろう。このような考え方は、奥平が、間接適用説に向けて放った、「通説は近代に特有な仕方、『公』と『私』の峻別を前提としているが、それそのものに特有な問題性があるこれの領域で論ぜられはじめている現今、この『公・私』二項対立問題にどのように対処することになるだろうか」⁸⁸⁾との疑問に対して、人権論の次元でひとまず「公」「私」区分を原理的に撤廃

86) cf. Pettit, *supra* note (82), p. 190.

87) cf. Cass Sunstein, *The partial constitution*, Harvard University Press, 1993, p. 25.

88) 奥平康弘『『人権総論』について』『公法研究』59号〔1997年〕95頁。

しつつ、憲法の問題として法的処理のあり方を再構築するという道筋と合流していくことができるであろう⁸⁹⁾。

IV 人権効力論議からのいくつかの帰結

1 日本の憲法解釈論にとっての自由——三つの選択肢から二つへ？

Ⅲにおいてささやかなデッサンをしたように、人権の本質を対国家防御権たる性質に求めず、支配のあり方として、*imperium*と*dominium*の両者を射程に収めた上で、憲法の求める自由の意味を「恣意的な支配からの自由」においた議論を展開しようとすることは、憲法解釈論の次元でどのような意味を持ちうるのであろうか。周知の通り、三菱樹脂事件・最高裁判決（1973年12月12日大法院判決（民集27巻11号1536頁））は、「憲法の右各規定（憲法19条および14条を指す）は、同法第三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。このことは、基本的人権なる観念の成立および発展の歴史的沿革に徴し、かつ、憲法における基本権規定の形式、内容にかながみても明らかである」、と断定した。本稿の立場からすれば、この説示が引き合いに出す人権の「成立および発展の歴史的沿革」からみて、本当に私人間の直接適用を排除するものであるかは疑わしいし、その規定の「形式、内容」に鑑みてもやはり同様の疑問を提示することが可能であろう。しかしながら、有権解釈は〈Narrativeとしての近代立憲主義〉に著しく好意的な態度を示しており、将来の憲法改正によって、現行ポルトガル憲法18条1項のように、「権利、自由、保障に関する憲法規定は、公共団体と私的団体の双方に直接適用することが可能であり、それらを拘束する」という趣

89) 本稿の方向性とは異なるが、従来のリベラリズムの公私分離論を、Frank MichelmanやJürgen Habermasの思考に示唆を得つつ、「徳性—陶冶型共和主義」と区別される「審議—参加型共和主義」の名の下に批判・克服しようとする議論を提出するものとして、参照、大森秀臣『共和主義の法理論』（勁草書房、2006年）。

旨の条項が挿入される事態が生ずれば別であるが⁹⁰⁾、現行憲法典の人権規定のあり方を前提とする限り、少なくとも直接適用説への転換の可能性はないであろう。したがって、自由の構造転換を有権解釈に向かって主張しても、現にある判例法理を揺さぶることそのものは不可能事である。

このような状況を前提として、同判決の次の判示——「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」を、間接適用説として受け止めるか理解するか無適用説と受け止めるかが、高橋と従来通説的思考の対立点であった。

このような状況の中で、無適用説は、判例法理にも整合的な一つの〈法構造イメージ〉に立っており、人権効力論議における一つの選択肢として、高橋和之による問題提起以降、この論点を突っ込んだ研究対象とする論者の中ではこの立場を支持すると見られる者が目につくようになってきた⁹¹⁾。これに対して、間接適用説については、理論的な不透明性ないし曖昧性と解釈論的不安定性の中で、二つの選択肢がこれまで示されてきた。一つ目は、理論的な不透明性ないし曖昧性を実定法解釈をめぐる思考の宿命と考えて、いわばそこに開き直す途である。樋口陽一は、ほかならぬまさにこの論点に関して、「“Jurisprudenz” の、prudentialにふさわしい『賢慮』が求められる」⁹²⁾ と強調し、いわば中庸の思想にもとづく解決策を示唆する⁹³⁾。長谷部恭男は恐らく樋口と同

90) ‘The constitutional provisions relating to rights, freedoms and guarantees shall be directly applicable to, and binding on, both public and private bodies’. ポルトガル政府のHPの英訳憲法による http://www.portugal.gov.pt/Portal/EN/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p03.htm

質のprudentiaの見地から、この論点について私人の側からの「予測可能性」の問題を取り上げながら、結論的には、「判例・通説が間接適用説をとるのであれば、あえてそれに異を唱えるまでもない」⁹⁴⁾、として間接適用説への支持を表明する。その際注目されるのは、長谷部が、「国家は、憲法が国家の侵害から保護する私人の利益を、立法や司法を通じて、私人間においても保護すべき責務を一般的に負っていると考えざるを得ない」、といい、ドイツ憲法における国家基本権義務論の基本的発想を、「国家の積極的保護義務」という形において実質的に承認しているようにみえることである⁹⁵⁾。そしてこのような主張は、二つ目の選択肢である、小山剛に代表されるような、ドイツ憲法における国家基本権保護義務論による間接適用説の立て直し戦略と共通の方向を向いていくことになる。すなわち、間接適用説を第三者たる私人の「基本権法益」

91) 例えば、西原博史「保護の論理と自由の論理」同編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』（2007年、岩波書店）307頁は、高橋の議論と恐らく同一の見地に立ち、「この点で超実定的なものによる直接の拘束に陥らない理論枠組を探るならば、それは、憲法（学）と民法（学）の相互独立性を強調しつつ、各法分野の中に実定条文を包括する法原理的な層があることに着目し、各法分野において基本原理を把握する際に法分野間の相互参照が求められているとする限りでの——上位規範からの演繹ではない、各法分野に属する条文からの帰納によって見出される——『法道徳の一致』が要請される、といった次元のものであろう。」と主張する。そのほか、榎・前掲注（74）、西村・前掲注（63）、齊藤芳浩「私人間効力論の考察」佐藤幸治他編『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）、参照。

92) 樋口陽一『国法学 人権原論〔補訂〕』（有斐閣、2007年）114頁

93) そして、樋口は、そのような発想の延長線上で、解釈学説としては、国家基本権保護義務論を積極的に受容している。参照、樋口陽一「憲法・民法90条・『社会意識』」『栗城寿夫古稀・日独憲法学の創造力（上）』（信山社、2003年）150頁。ただし、ここでいう樋口のprudentiaは、両極の思想を足して二で割るという思考にもとづくものではなくて、究極的には、人権観念そのものが内在的に保っている「緊張」の外部的な表現の一形態であると位置づけられている。ここでいう「緊張」とは、「人権には自己決定という決定の仕方と人間の尊厳という実質内容、入れ物と中身が緊張を保ちながら共存していた」（樋口陽一「人間の尊厳 vs 人権？」『民法研究』4号（2004年）52頁）ことを意味している。

94) 長谷部恭男『憲法（第4版）』（新世社、2008年）138頁。

95) 参照、長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）131-132頁。

の保護を国家基本権義務論に理論枠組によって鍛錬し、間接適用説に安定的な憲法解釈論⁹⁶⁾を提供しようとする見地はかなり接近していくことになる。

他方、最近、巻美矢紀⁹⁷⁾は、アメリカ憲法判例法理において、限定的な仕方方で直接適用が認められるべき類型に関する法理であるところの「ステイト・アクション法理は、人種（強調原文）にもとづく差別（強調原文）の問題に関して承認されることが多い」とし、Cass Sunsteinの「反カースト原理」を参照しつつ、「憲法上の人権は原則として私人間には及ばないが、公私の連続性の観点から、私人間における差別が二級市民性を構造的に再生産する場合には、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」とする、間接適用説を基調とする一部修正説たる、限定的な直接適用説の見地を明らかにしている⁹⁸⁾。

ここにおいて、以上のような様々なヴァリエーションを伴いながら間接適用説を支持しようとする近時の動向に対して本稿が逆説的に共鳴するのは、無適

96) ドイツの民法解釈論に詳しい中村哲也は、直接適用説や従来の間接適用説と比較した場合、「基本権保護義務論の論理構成」においては、「憲法裁判所の裁判規準の論理的整合性を提示するとともに、裁判規準の細分化を可能にして内容的な明確性の確保をはかるという解釈論上の任務にとつての適合性が高いものとなった」、と指摘する。また、中村によれば、かかる理論が、対国家の問題と対社会の問題についての「分離・峻別論」は否定するものの、同理論は、「国家を一方当事者とする規範を個人間に妥当する規範とは別な原理の基づくことを表現している。この方法的特色は、個々の『基本権』が民法上の権利と異なる性質をもつのかという具体的検討を経ずに、一括して基本権と民法上の権利が異なる世界に置かれることに現れる。これは国家が個人間の規範の形成要因には直接に制約されない場に置かれることを意味する」、とし、このような点において、「国家と社会の二元論を基礎としている」という。中村哲也「憲法の視点からの民法？」林ほか編『法の生成と民法の体系』（創文社、2006年）532-533頁。

97) 巻美矢紀「私人間効力の理論的意味」安西ほか『憲法学の現代的論点』（有斐閣、2006年）233頁以下、特に245頁以下。

98) 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）も、「『人権を企業社会変革の武器に』するための人権理論」（362頁）の構築という鮮明な問題意識に基づいて、限定的な領域における直接適用説を志向し、「基本的には、個人が社会的権力と対抗する場合に、個人の当該基本権規定が優越的効力をもって及ぶ」、と考えるべきであるとし、それを「直接的第三者効力説」（400頁）と命名している。

用説から間接適用説に向けられている次のような批判である。すなわち、従来の憲法観・人権観の転換を退け、〈憲法がもっぱら国家と国民との間の法的関係を規律する法規範である〉ことに執着しようとする立場は、本来、精神的自由及び経済的自由において、「自由の『無色透明さ』への国家の介入の防禦、という構図は」、「共通」しているはずであり、「国家の存在の欠如が生み出している『自由』の内容が何か、について、国家に定義させることすら拒んできたではないか」（西村枝美）、と⁹⁹⁾。

たしかに、私人をも拘束することを受け入れた憲法観に立ち、決して無色ではない権利論の構築することが、奥平がまさに取り組もうとした課題であった、と考えられる。本稿の立場からすると、このような批判を真正面から受け止める限り、人権効力論をめぐる無適用説、間接適用説、直接適用説という三つの選択肢は、無適用説と直接適用説という二つの選択肢へと整頓されることが理論的に要請されるように思われる¹⁰⁰⁾。本稿の立場からすると、高橋における無適用説はフランス市民社会の法構造に参照させるかぎりで法思想史の実相に照らして説得力を有しないが、無適用説そのものとしては、〈Narrativeとしての近代立憲主義〉というひとつの憲法観・人権観への自己の信念に由来するピュアな思想的帰依に基づく選択肢として、しかも理論的透明性の高い選択肢として自ら所説の存在価値を示すことができよう¹⁰¹⁾。

そして、これに対抗するべき解釈論上の実践的選択におけるオルタナティブは、直接適用説を退ける間接適用説ではなく、人権規定の射程をひとまず全法的なものであることを出発点とし、憲法理論として、*imperium*と*dominium*の区別の本質的なレベルでの相対性をいさぎよく認め、憲法による私人の拘束を承認し、ケース・バイ・ケースの検討という枠組みにおいて、国家に対して私人の私人による人権侵害に対して、その救済を法的に積極的に義務づける直接適用説ではなかろうか、と思われる¹⁰²⁾。このような思考は、ドイツ憲法理論を

99) 西村・前掲注(63)28頁。巻の主張については、西村・同論文41頁は、「構造的再生産を見いだす鋭敏さと憲法条文の適用によってそれを止めさせることとは区別されるべきである」、と批判する。

バックボーンとしつつ、「憲法はひろく国家における社会的共同生活全体をその本来的守備範囲とし、国家の権力的作用とともに私人相互間の社会的行為をもその規制対象とする」（栗城壽夫）という憲法観¹⁰³⁾へのコミットメントを意味する。その上で、可能な一つの選択肢は、そのような本質上の相対性は、基

100) 佐藤幸治も同様に、現在の人権効力論議においては、無適用説、間接適用説、直接適用説という三説の対立図式よりも、「およそ憲法（したがってその人権規定）の名宛人はあくまでも国家であり、国家のみを拘束するものと解するか（A説）、それとも、憲法（したがってその人権規定）は国家を拘束するのみならず、国民相互間にも妥当性を持つと解するか（B説）を明確な対立軸として、その上で、『人権規範』を国民相互の關係に妥当せしめる方途を考えるというところに、最近の議論の特徴があるように思われる」、とする。佐藤はB説への傾きを示しつつ、「まず、芦部信喜はじめ多くの論者と同様、憲法の人権規定を無条件に（強調原文）私人相互間に妥当せしめることは社会の全体主義化に通ずるという当初から抱いていた危惧は今も少しも変わっていないことを強調しておきたい」、といい、また法教育振興の文脈では、「生徒同士の『いじめ』が人権問題の根幹にあることを具体的に理解させる」べきである、との提言をしている。参照、佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）152頁以下。前者で示された警戒感については、現実に存在する直接適用説においてそのような危惧をうみだすどのような実質的根拠があるのか必ずしも明らかではなく、学説批判というよりも著しい抽象レベルの警句の次元にとどまっているように思われる。他方、佐藤による後者の指摘は、あえて〈教師による生徒の抑圧や支配〉ではなく、生徒同士の關係を問題としているだけに、本稿の採用する基本認識である〈憲法論における*imperium*と*dominium*の区別の本質的相対性〉に、コミットしているものとして受け止めることができる。そして、そもそも、佐藤の「人格的自律権」説は、「憲法の保障する『基本的人権』は一人ひとりの人間が尊厳をもった存在として生きていく上で最も大事な事柄であること」（同書155頁）をその核心的内容であるとされるのであるから、その憲法射程論において本質的に公私峻別否定論に根ざしている。参照、同書145-147頁。

101) この点、人権効力論にかかわる二つの労作、君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008年）および木下智史『人権総論の再検討』（日本評論社、2007年）は、本稿の関心の憲法理論における自由の構造転換にかかわる問題を主要なテーマとしていない点で、関心対象を異にしている。本稿の問題意識からは、西村・前掲注（63）11頁以下（木下への批判）、14頁以下（君塚への批判）に共感する。

102) このような考え方は、加盟国の最終的法的決定をヨーロッパ人権条約に照らして条約適合性を判断するヨーロッパ人権裁判所の人権規定から生じる国家の積極的義務の理論と一致する。cf. Heike Kreiger, Comment, in Georg Nolte, *European and US constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005, p. 181 et s., 小畑郁「国際人権規約の私人間適用」『国際人権』14号〔2003年〕51頁以下。

本権に対立する利益をそれと遮断させる意味でなくして「基本権法益」＝「基本権」と観念すれば具体的技術的憲法解釈論のレベルにおいて、さしあたり安定的な解釈論を提供できるのであれば、あるいは国家基本権保護義務の構成を退けるものではない、とも考えられる。さらに、例えば、〈Narrativeとしての近代フランス市民社会像〉からは全く自由な立場にあるフランス憲法院が1982年7月27日判決¹⁰⁴⁾で示したように、客観的な公序としての「表現の自由」の実現のための「社会文化的表現の諸潮流の多元性の保持」に向けての上からの介入を、憲法ないし人権の名のもとに正当化することが可能となりその制度設計は立法政策に委ねることができよう（フランス憲法院は、本判決において、そのような仕方で構成される憲法的公序概念に「憲法的価値を有する諸目的（objectifs de valeur constitutionnelle）」という名称を与え、「社会文化的表現の諸潮流の多元性の保持」をそのひとつとして位置づける。）。そして、このような思考は、ヨーロッパ人権裁判所が、例えば集会の自由に関して、「真正で実効的な平和的集会の自由は、国単に国家の不干渉の義務に還元されうることとはできず、個人間の関係の領域においてさえ積極的な措置を要求する」¹⁰⁵⁾、とする考え方に接続していくであろう（ここでもやはり、裁判機関が立法府に具体的な措置を命ずることを常に義務付けられることを意味するわけではない。）。

2 共和主義憲法理論構想の課題

従来の戦後の立憲主義的憲法学が多かれ少なかれ前提にしてきた〈Narrativeとしての近代立憲主義〉から自らを解放し、共和主義思想に立脚した憲法理論を構想しようとする見地に立とうする場合、以下の二つのことがらが点検すべき論点として浮上してくる。一つ目は、現在の日本の憲法学における一般的言説として〈Narrativeとしての近代立憲主義〉の通用・流布にもかかわらず、実は、すでに本稿が念頭に共和主義的思考は、憲法上の様々な論点を通じてか

103) 栗城壽夫「憲法の現実化と裁判所」『ジュリスト』942号〔1989年〕51頁。

104) Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982.

105) Platteform ‘Ärzte für das Leben’ v. Austria, 139 Eur. Ct. H. R. (ser. A) (1988), para. 32.

なり憲法学の思考に浸透しているのではないか、ということである。そして二つ目は、そのような確認作業を経た上で、新たにどのような課題がありうるのか、という点である。

まず、一つ目の論点についていえば、1970年代の日本憲法学において、リベラリズム的色彩を最も前面に押し出す最も美しい体系をもった憲法理論を提出したのは、樋口陽一であった。基本的に、Weber = Kelsenの方法論に依拠しつつその時代の戦後日本社会の言説空間における〈かけがえのない個人〉という憲法価値の宣揚は、右派保守勢力から執拗に繰り返される復古主義的憲法論と、労働者階級の団結による日本の社会主義を展望していた護憲陣営の動員部隊にとっての当然の階級闘争論的教条との双方に対するプロテストの憲法思想として眩く輝く美しい光条を発していた。護憲陣営内部において展開された国民主権概念をめぐる論争の中で、人間集団における「少数者支配の鉄則」を前提に〈権力に対抗する人権の観念〉の今日的重要性を説いていた樋口の主張¹⁰⁶⁾が、同時代的には戦後日本憲法学における「英米的なデモクラシー観」へのあからさまなコミットメントと受け止められ¹⁰⁷⁾のも当然なことであった。ところが、1980年代半ば以降の樋口は、現存社会主義の崩壊を観察しつつ、〈トクヴィル＝アメリカ型社会像〉（＝民主主義）と〈ルソー＝ジャコバン型社会像〉（＝共和主義）の二者択一図式を押し出すようになり、明示的に後者の選択を説に至ったのであるから、少なくとも外形的に観察する限りリベラリズム的憲法学から転回は自明的であった。この時点に至ると、主要な対抗者はもはや復古主義的憲法論や暗黙にせよ階級闘争を前提とする憲法論ではなくなり、改めて「個人主義的憲法学」¹⁰⁸⁾の名の下で、多文化主義論を筆頭とする社会的弱者の地位強化を主眼とする各種の法的主張や市場万能論的な市場社会論へのアンチテーゼを高く掲げていくことになったのであった。そして、以前のリベラリズム

106) 樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1973年）302-303頁。

107) 高見勝利「国民主権」〔初出1985年〕『宮沢俊義の憲法学史的研究』（有斐閣、2000年）350頁。

108) 参照、樋口陽一『近代憲法学にとっての論理と価値』（日本評論社、1994年）176頁以下。

的思考は、「職業身分特権集団」論へと引き継がれる一方で、「闘う民主制」及び「憲法忠誠」制度がビルトインされている（西）ドイツ・ボン基本法体制の憲法実践に対する評価も変容していき¹⁰⁹⁾、もはや国家基本権保護義務論をそれと重ね合わせる視点は採用されず、一つのかたちにおける法的賢慮としてむしろ積極的な評価を受けているようにさえみえる¹¹⁰⁾。そして、本稿が焦点を当ててきた憲法上の自由については、Pettitと同様に自由主義にとっての自由観の範型であるはずのホブズ流の「不干渉としての自由」観¹¹¹⁾を拒否した上で、端的にいて本質的に〈政治的観念としての自由〉を強調し、「感性的な自由」に對置される「規範創造的自由」へのコミットメントが語られる。そして、その内実とはいえば、「拘束の欠如」に對置される「理性的な自己決定」とされるのである。このようにして、（強度の自律性を享受する「職業身分特権集団」によって一定の緩和措置の施された）個人国家二極の對立型憲法論の¹¹²⁾下で個人からなる国民（市民）共同体の「理性的自己決定」が想定可能とされ、主権国家の主体的意思決定の存立可能性にアクセントを置いた共和主義国家像へと導かれていく。そして、この時点に至り、樋口は、なお「近代立憲主義」を標榜しつつも、〈Narrativeとしての近代立憲主義〉であれ〈Narrativeとしての近代フランス市民社会像〉であれ、そのようなNarrativeを少しも共有し

109) 参照、樋口・前掲注（108）226頁以下。

110) 樋口の見解は、例えば、「ドイツの国家保護義務論は、やはりドイツ特有の、つまり『たたかう民主制（憲法忠誠）』と通底する、私流の言い方をさせてもらおうと、『管理された（規制された・秩序づけられた）自由』論を前提にして初めて採用しうるもののように思える」との見解〔根森健『『国家の基本権保護義務論』とは何か？』憲法理論研究会編『憲法理論叢書16 憲法変動と改憲論の諸相』（敬文堂、2008年）154頁〕と対照的である。

111) 但し、自由主義の系列に属する思想における自由が、「不干渉としての自由」に解消されるのではなく、様々な自由観が共存する思想であったことに注意を促す論説として、cf. Charles Larmore, *Liberal and republican conceptions*, in D. Weinstock & Ch. Nadeau (eds.), *Republicanism: History, theory and practice*, Frank Cass, 2004, p. 96 et s.

112) 参照、大沢秀介『アメリカの政治と憲法』（芦書房、1992年）96頁以下。功利主義批判としての共和主義憲法理論は、「政治を単に個人の欲求をみたすためのものととらえるのではなく、それら欲求の是非を判断するために必要な情報、多様な見解をもたらし場として認識」することを提唱するものだ、という。大沢、同書・105頁。

てはいない。

このようにしてみると、1970年代に最もリベラルな場所に位置していた論者の一人であった樋口は、その後むしろ著しい共和主義的転回を示していくことになったといつてよいであろう¹¹³⁾。一個の共和主義憲法理論として樋口の憲法理論を見た場合の特徴は、恐らく、①その共和主義的志向にもかかわらず、政治的参加やそれに対する公民的義務が強調されないこと、②「近代憲法学」の名の下に集権的国家像が前提とされた上で、様々な状況に置かれている各個人のありようが捨象され、国民（市民）共同体という政治的ユニットを独占的排他的理性的決定主体と考え、そこに自由を位置づける点において、古典的な国家公民的社会像へコミットメントしていること、③②の主張にもかかわらず共和主義思想と矛盾緊張をもたらす性質を有する「職業身分特権集団」に異例の積極的処遇を与えていること、④経済的自由の規制については積極的な反面、表現の自由に対する国家介入についてはかなり警戒的であること、にあると考えられる。

本稿では深く立ち入る余裕がないが、例えば、長谷部恭男もまた、例えば「社会的多元性の育成」や『政治過程における』利益集団政治による弊害除去」等のアメリカにおける共和主義憲法理論が寄せる統治のあり方に関する関心に対応する理論を展開している。すなわち、「憲法上の権利」における「人権」と区別されるべき——「公共財の性質としての性格ゆえに保障される」「公共の

113) 1970年代国民主権論争における樋口のもっとも重要な理論的対立者であり、「大革命後欧州大陸で支配的となったデモクラシー観」（高見・前掲注（107））350頁に立っていると指摘された杉原は、その後、むしろその地方自治論——「充実した地方自治」——のアンクルから、アメリカ型デモクラシー観を一身で表現するトクヴィルの地方自治観にかなり高い評価を与えていくのであり、見事に、両者の理論的軌跡は交差してゆく。参照、杉原泰雄『地方自治の憲法論』（勁草書房、2002年）73頁。卓越した憲法理論は、アングロ・サクソンの民主主義観といい大陸型民主主義観といつてカテゴライズしてみても、その双方の要素を自らのうちに包蔵しており、それぞれの憲法理論は、歴史的現実的諸条件を有するある時点において、あえて特定の要素を強調しているにすぎないことをはっきりと示している。したがって、学説史的な位置づけを行おうとする者にとっては、ある時点において、いかなる要素を強調しているかを〈跡付ける〉ことができるのみである。

福祉に基づく権利」という形で定式化し、国家が関心を寄せることが妥当と判断される各種の政策課題について一定の範囲内で憲法上の権利・義務として語る憲法理論を構築している。しかもその際、長谷部は、樋口とは異なり、表現の自由と営業の自由の論じ方に原理的な差異を設けず、横断的に、「基本的人権としての個人的自由の不可欠の如何をなす部分」と「公共の福祉の観点からする政策的選択の結果として保障され、ときには社会の構成員に強制される部分」を区分し¹¹⁴⁾、その結果、表現の自由についても、「自由な表現活動がもたらす社会一般の利益」に照らした「豊かで多様な情報が行き渡る空間を提供すべき国家の義務」を真正面から肯定している。

もとよりこれらの二つの所説は、本稿が考えるような支配についての *imperium* と *dominium* の本質的相対性を前提とする議論ではない。しかし、これまで述べてきたように、現在の日本憲法学に通用・流布している〈Narrativeとしての近代立憲主義〉や〈Narrativeとしての近代フランス市民社会像〉から自由に憲法理論を構想しようとする見地に立つならば、かかる本質的相対性を前提として共和主義憲法理論を構築する余地が、現在の日本の憲法理論のフォーラムに存在しているではなかろうか。このような問題意識に立った上で、先に見た樋口の憲法理論における共和主義的傾向の主張を手掛りにしつつ、今後の課題について考えてみると、以下の通りとなろう。

①' → 〈公なるもの〉への個の埋没を称揚することは現代社会のあり方と全く相容れないとしても、例えば裁判員制度を素材として、政治的参加や公事に対する参加義務を、個人の尊重を国政の最大の目的として掲げる憲法と調和しう

114) 参照、長谷部・前掲注（94）107頁以下。Sunsteinの放送の自由規制論と長谷部のその発想の類似性は明らかである。cf. e. g., 長谷部恭男『テレビの憲法理論』（弘文堂、1992年）157頁以下、C. R. Sunstein, Preferences and politics, 20 *Philosophy & Public Affairs* 3, 1991, pp. 28-30. Sunsteinの共和主義憲法理論に論及する憲法学における重要な論稿として、毛利透「国家意思形成の諸像と憲法理論」樋口陽一編著『講座・憲法学 第1巻 憲法と憲法学』（日本評論社、1995年）54-58頁、高橋和之「『国民主権』の諸形態」〔初出1996年〕『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣、2006年）58-63頁、がある。

るような節度ある仕方では憲法理論の中に明確に位置づける必要はないか、が問題となろう¹¹⁵⁾。

②' → (a) 現在の日本がおかれている〈グローバル化〉という問題状況の下で、国民（市民）共同体という政治単位の意義や構造を再検討する必要がある¹¹⁶⁾、また、(b) 排他的独占的な理性的決定主体であることが想定されている国民国家共同体との連関で自由を語ることの問題性を検討した上で、憲法理論上の「自由」観念について精練していくことが重要な課題となる¹¹⁷⁾。とりわけ、Pettitの自由観念をめぐることは、その観念の明晰さに対する疑問、意図的行為性を支配の条件としていることに対する疑問、実は「消極的自由」観念の中に解消可能ではないかとの疑問、Pettitの自由観念はRawls等の現在の英

115) 裁判員制度の憲法的正当化をめぐることは、土井真一が、日本国憲法の国民主権原理から国民にとっての権利性と義務性とを同時に導出していることが注目に値する。すなわち、「立憲主義的な国民主権論は、……憲法の趣旨に照らしてよりよい司法制度となるように、憲法の枠内において必要かつ合理的な参加を求められれば、それに応じるのが、国民主権に内在するところの主権者たる国民の責務でありまた権利であると解することができる」〔土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」同編『岩波講座 憲法4 変容する統治システム』（岩波書店、2007年）273頁〕、という。佐藤幸治・前掲注（100）133頁も、「国民の司法参加が『共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論』に親和的」であるという。この論点をめぐっては、「共和主義的憲法観」による正当化を志向する柳瀬昇「裁判員制度の憲法理論」『法律時報』81巻1号〔2009年〕62頁以下、が参照されるべきである。

116) この点についてのささやかな考察として、山元一「〈グローバル化〉の中の憲法学」阪口正二郎編『岩波講座 憲法5 グローバル化と憲法』（岩波書店、2007年）227頁以下、がある。これからの日本憲法学がいかなる国家像を描くべきかについては、「憲法パトリオティズム」論や「リベラル・ナショナリズム」論の論議を探訪しつつ、機会を改めて検討したい。後者の立場からの、最近の興味深い邦語稿稿として、栗田佳奈「多文化社会における『国籍』の憲法学的考察」憲法理論研究会・前掲注（110）33頁以下。

117) 石川健治は、「国家の論理」から析出される「国家構成員」と、その否定から生み出される『「市民」の論理』という二つの相反するベクトルの中で、「二つの論理」の「共演」という視座から問題状況を眺めようとする。参照、石川健治「承認と自己拘束」岩村他編『岩波講座 現代法の法1 現代国家と法』（岩波書店、1997年）56-57頁。本稿での作業をこのような文脈で位置づければ、この「二つの論理」を調和させる〈理論値上の解〉として「共和主義的自由」を設定して、それへの接近を憲法理論上の目標として設定しようとするものである。

米思想における主流はリベラルの思想と一致しているのではないか、「干渉」の可能性の低いことは「支配」状況の存在を排除しないのではないか、干渉能力ある者の存在をもって支配というには広すぎ、むしろ「支配関係」の存在を検出すべきではないかとの疑問等が寄せられており¹¹⁸⁾、それらについてさらに検討を進めるとともに、そのような問いと相覆いあうものとして、Pettit流の「非支配」と日本憲法学において大きな影響力のある観念である「自律 (autonomy)」観念¹¹⁹⁾そして「人格的自律権」観念との異同が問題となろう。

③' → 憲法理論において「職業身分特権集団」に異例の積極的処遇を与えることの問題性を点検した上で¹²⁰⁾、専門的裁量の法的ないし制度的 *contrôle* の適切な作法を開発していくこと（この意味で、フランスにおいて、「大学教授によ

118) Matthew H. Kramer, *Liberty and Domination*, in Cécile Laborde and John Maynor (edited by), *Republicanism and political theory*, Blackwell, 2008, p. 31 et s., Ian Carter, How are power and unfreedom related ?, in *ibid.*, p. 58 et s., Marilyn Friedman, Pettit's civic republicanism and male domination, in *ibid.*, p. 246 et s.

Pettitの自由観を基礎に据えつつ、それを活用しながら、「恣意的支配からの自由」、よき法と諸制度、市民的徳、市民権等の諸観念の相互依存性を強調しながら、現代の多元的社会像に対応し得る共和主義構想を提示する本稿にとって興味深い主張として、cf. John W. Maynor, *Republicanism in the modern world*, Polity, 2003, John Schwarzmantel, *Citizenship and Identity: Toward a new republic*, Routledge, 2003 がある。

119) 中島徹「憲法学における『公共財』」西原博史編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』（岩波書店、2007年）120頁以下、は、西原博史を批判する文脈で、「市場の自由」は、「個人の自律とその集積としての社会全体の利益を実現する手段」であるとし、そのコロラリーとして、憲法25条を「自律を可能にする条件への権利」として捉えることを主張している。このような自由観は、本稿が念頭に置く共和主義的自由観と通底するものと考えられる。すなわち、Christian Nadeauは、「共和主義理論における法と制度的規範は、個人の自由に政治的保障を与えるが、これらの保障は、諸制度によって直接的に授与されるわけではない。そうではなくて、それらの制度ができる限り行為者たちの自由が恣意的な根拠で制約されることを阻止する程度に応じて、前者が後者を間接的に保障することを目的とする。／このように、自由は、ここでは、それに対して実効的な法 (existing law) と介入的な制度によって与えられる保障によって定義されるのである」、という自由観と、自由（自律）のための条件に眼をむけ、自由観念を換骨奪胎し、自由の手段性・構築性を徹底的に重視する点において共鳴している。Ch. Nadeau, *Non-domination as a moral ideal*, in D. Weinstock & Ch. Nadeau, *supra note* (111), p. 123.

る大学運営の自治」に抗して、学生の大学運営参加権が制度的に承認されていることの意義が再確認されてよい）が求められるであろう。

④' →樋口は、いわゆるアクセス権をめぐるサンケイ新聞社対日本共産党事件・東京地裁判決¹²¹⁾の評釈において、二重の基準的思考をもとに、「国家の介入によって伝達力の平等を回復しようとすることにどんな危険がともなうかについて、……『リアル』な眼をむけることが必要ではないだろうか」、と指摘して、営業の自由に対する独占排除の規制の憲法上の要請と表現の自由についての情報の多様性の確保のための介入を峻別していた¹²²⁾し、最近でも基本的にこのような見解を維持しているものと思われる¹²³⁾。この点、奥平康弘の立場は著しく対照的である。奥平は、そもそも反論権制度が、「視聴者（公衆）に多面的な情報を提供することに、……力点がおかれている」ことに注意を促し、司法による意見広告に対する反論権請求の容認に対してかなり好意的な態度をとっていたのであった。このことは、奥平における自由観そのものが消極的自由に尽きない動態的な性質を帯びていることと無関係であるとは考えられない¹²⁴⁾。

但し、ごく最近の樋口の論稿では、表現の自由について、マスメディアの寡占規制や政治資金規制を言論の自由市場の「量的規制」、hate speechや歴史修

120) 筆者は、司法権をめぐる展開された樋口におけるそのような主張の包蔵する意義と問題性について、山元「『コオルとしての司法』をめぐる一考察」藤田＝高橋・前掲注（66）251頁以下、において、若干の立ち入った検討を加えたことがある。

121) 1977年7月13日判例時報857号30頁

122) 樋口陽一「言論の自由と反論掲載請求権の関係」〔初出1978年〕『司法の積極性と消極性』（勁草書房、1978年）138頁以下。

123) 参照、樋口・前掲注（92）140頁以下。

124) 奥平康弘「言論の自由を生かす反論権」〔初出1975年〕『表現の自由Ⅱ』（有斐閣、1984年）211頁。但し、その後の奥平康弘『ジャーナリズムと法』（新世社、1997年）237頁においては、名誉毀損に対する救済手段としての反論文請求権については肯定的な評価が与えられているが、それ以外の反論文請求権については、「メディア側に『編集権』の制限を強行し、一般読者に反論権を保障することが正当化される場合があるとすれば、それがどういう場合かを、慎重に考えねばならないであろう」、と慎重論のほうに傾いた。

正主義言説の規制を「質的規制」との標識の下でとらえるという図式的整理をすることを通じて、あえていえば、人権と民主主義という価値観を共有する民主主義諸国において、表現の自由に関して、〈どの程度の「量的規制」と「質的規制」を組み合わせで行うか／行わないかは、それぞれの国の歴史・伝統・民主主義観の相違によって様々な選択肢がありうる〉、とのニュアンスを感じさせないでもない¹²⁵⁾。これに対して、本稿が共鳴する「恣意的支配からの自由」を基軸にする共和主義的憲法理論の立場からは、樋口のいう「量的規制」だけでなく、hate speech、修正主義的言説、ポルノグラフィー規制などの「質的規制」も、そのような言説が人々の抱く心情や欲望を深刻な仕方では悪質なものとしてしまう効果を有し、被害者化する諸集団に自由で平等な人格として共同体に参加する権利を否定する性質を帯びているのではないか¹²⁶⁾、ということが改めて積極的な方向で検討対象となろう。

最後に、関連して、本稿が述べてきた共和主義憲法理論との連関で、いわゆる憲法民法関係論¹²⁷⁾ に関してどのような立論が可能かが問題となる。一定程度議論が蓄積されてきている憲法民法関係論について整理を行った広渡清吾は、①実定法秩序の規範構造における関係、②歴史的経路における関係、③「社会構想」のレトリックにおける関係、という三つの論点に分節化した¹²⁸⁾ が、それに即して考えてみると、まず、②については、本稿は、フランス革命期の憲法民法の関係について、水林の論稿に依拠しつつ、〈Narrativeとしての近代フランス市民社会像〉について批判したのであった。次に、①の論点について

125) 樋口陽一「企業・市場・市民社会と国家」戒能＝棚澤・前掲注（84）45頁以下。

126) C. R. Sunstein, *supra note* (114), pp. 31-32.

127) ここにいう憲法民法関係論とは、主に民法学者の星野英一、山本敬三、大村敦志らによって触発されて蓄積されてきた、憲法と民法（ないし私法秩序）の関係にかかわる議論群をさす。例えば参照、「特集 民法と憲法」『月刊法学教室』171号〔1994年〕6頁以下、「小特集 シンポジウム・憲法と民法」『法律時報』76巻2号〔2004年〕50頁以下、星野英一＝樋口陽一「〔特別対談〕社会の基本法と国家の基本法」『ジュリスト』1192号〔2001年〕、「特集 憲法と民法」『法学セミナー』2008年10月号11頁以下。

128) 広渡清吾「《コメント》憲法と民法」『法律時報』76巻2号〔2004年〕87頁。

は、〈Narrativeとしての近代立憲主義〉から自由な立場からは、別稿においてごく簡単に検討したが¹²⁹⁾、山本敬三が精力的に主張してきたように、憲法からみた下位法を〈憲法価値具現化法〉として、いわば静態的にとらえるのではなく、「法あるところ、憲法は浸透し、法の中身を規定し充足する」（奥平康弘）¹³⁰⁾と考えることを通じて、下位法が設計・解釈・適用する様々な自律的法システムを外部から常時モニタリングする見方が浮上してくるであろう¹³¹⁾。そして、③の論点については、その山本によって、憲法民法関係論において大村敦志に代表される現代社会における民法（典）の価値の強調傾向において、その共和主義思想との関連性が的確に指摘されているところである¹³²⁾。その大村は、『「個と共同性」の双方に配慮しつつ社会のあり方を共に模索するという考え方』

129) 参照、山元一「〈法構造イメージ〉における憲法と民法」『法学セミナー』2008年10月号15-16頁。

130) 奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店、1995年）208頁。興味深いことに、違憲審査制度を有しないイギリスにおいて、まさしく私人間効力論という文脈でヨーロッパ人権条約とイギリス国内法がどのような関係にたつかについて、ある論者は、「我々の現行の法を一種の布地として扱い、その織布を通じて条約上の権利が染料のように広がること、あるいは、その織布の中にかかる権利が織り合されること」という——奥平に類似の——比喩を使用している。Murray Hunt, The “horizontal effect” of the Human rights act: moving beyond the public-private distinction, in Jeffrey Jowell QC & Jonathan Cooper (Edited by), *Understanding human rights principles*, Hart publishing, 2001, p. 176.

131) 山本敬三は、自身の考え方について「穏健な憲法中心主義」（山本敬三「憲法と民法の関係」『法学教室』171号〔1994年〕49頁）を標榜しているが、この点について、にもかかわらず、「民法の役割であるとされる基本権の内容の具体的な形成の指針になるものとして基本権体系以外の存在は示されない」、との批判が民法学者から寄せられている。宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論』（勁草書房、2008年）49頁。宮澤の憲法民法関係論については、本稿の見地からすると、近代市民社会法の形成プロセスが捨象されると同時に、そのモデルとなっている西洋社会間の種差がほとんど捨象されているがために、「近代立憲主義」及び「現代立憲主義」の捉え方が過度に図式的に思われて、「歴史的経路」の説明としてはにわかには賛同できないが、「実定法秩序の規範構造」の次元の問題としては、宮澤のいう「私法秩序」の独自性の具体的内容について興味をそそられる。参照、同書61頁以下。

132) 山本敬三「憲法・民法関係論の展開とその意義（2）」『法学セミナー』2008年11月号46-47頁。

を「民法の思想」という言葉に託して語っている¹³³⁾。「共和主義的自由主義」の名の下に、市民社会のあり方について語るアメリカの共和主義者Richard Dagger¹³⁴⁾は、「もちろん、市民社会は、国家と個人の間の緩衝装置（buffer）として奉仕することによって公共善を促進することができる」、といい、市民社会は、他者の自律の権利と自律における利益を含めた彼らの権利や利益に品格ある視線を送ると同時に、自らの共通善のために共に活動する市民の市民的責任という意味における市民性（civility）を促進しなければならない、という二つの意義において市民社会は市民的でなければならない、という。このような見地から推奨される見方は、人々が「国家や政府から距離を隔てたところにある、異質な力」としてとらえる見方ではなく、「共同の企図における彼らが一部分であるところのパートナー」としてとらえる見方である、とされる。共和主義思想にこのような表現を見出すとき、現在提出されている日本の憲法改正論において、「国家と地域社会・国民とがそれぞれに協働しながら共生する社会」という社会像を提示していたのが、自由民主党の改憲論（憲法改正草案大綱（たたき台）2004年11月17日）であったことが直ちに想倒される。だとすれば、恐らく、日本の憲法理論にアクチュアリティーをもって問われていることの核心は、このようなそれ自体豊かな内容を有する社会構想とその具体的な展開の可能性を、復古的な特定の単数の歴史や伝統の擁護を強調する人々たちに独占的に委ねてしまい、それとただただラディカルに対峙することが果たして現代日本における憲法理論構築のための望ましい選択肢なのか、ということにあると考えられる。こうして、私たちは、冒頭の西原博史による問題提起の検討へと立ち戻っていく。

〔完〕

133) 大村敦志「民法と民法典を考える」〔初出1996年〕『法典・教育・民法学』（有斐閣、1999年）112頁、さらに参照、同『民法総論』（岩波書店、2001年）155-157頁。

134) Richard Dagger, *Civic virtues: Rights, citizenship, and republican liberalism*, Oxford University Press, 1997, pp. 200-201.