

ステイト・アクションの法理にみる「自由」

榎, 透
九州大学大学院比較社会文化学府

<https://doi.org/10.15017/4494458>

出版情報：比較社会文化研究. 5, pp.1-13, 1999-03. 九州大学大学院比較社会文化研究科
バージョン：
権利関係：



ステイト・アクションの法理にみる「自由」

榎 透

はじめに

憲法に規定される人権の名宛人は、伝統的に公権力であると考えられてきた。すなわち、人権とは公権力による個人への恣意的な介入を排除するために規定されたもの、つまり「国家からの自由」を意味するものであった。この「国家からの自由」を中心に人権論を構築する考えは、資本主義の高度の発達による国家の役割の増大に伴って一定の修正が施されたが、現在の憲法学においてもなお通説である⁽¹⁾。

しかし、近年、「国家からの自由」を中心として人権論を構築することに疑問を呈し、人権論の再構築を試みる見解が現れている。この新たな見解は、統一した理論こそまだ提示していないが、伝統的人権観・自由観では現代社会を捉えられないので憲法を通常の法と同様に我々の生活に意味あるものとして捉え、したがって、私人間の利益調整において法律がない場合は憲法に直接意味を持たせるべきだということである⁽²⁾。この新たな憲法観・人権観・自由観は、国家が被侵害者の実質的自由を確保すること、すなわち、憲法に規定される人権が「国家からの自由」を意味するだけではなく、私人、主として私的権力・社会的権力による人権侵害を国家が排除するものとして理解する。この新たな見解では人権の対国家性は変質する恐れが生じる。

したがって、現代の人権論を考察するに際して、憲法上の「自由」の変質について検討することは不可避の理論的な課題であるといえる。本稿では、この課題を考察する上で、私人間効力の問題を採り上げる。なぜならば、この私人間効力論は、まさに憲法における「自由」観の差異により学説の対立が現れる分野であり、学説の差異を検討することで「自由」観に関する論点が浮き上がる分野であると考えられるからである。

日本の憲法学の私人間効力論は、主として、ドイツの第三者効力(Drittwirkung)の議論を取り入れて、直接適用説(直接効力説)と間接適用説(間接効力説)が対立してきた。前者は、憲法に規定される人権は「社会」の領域にも妥当するという憲法観を前提として、憲法に国家のみを拘束するという明示の規定が存在する場合を除いて、私人

間においても直接適用されるという見解である⁽³⁾。後者は、憲法上の基本的人権は国家に対する防禦権であると観念する憲法観を前提として、憲法に私人間にも適用されるという明示の規定が存在する場合を除いて、私法の一般条項に憲法の趣旨を反映させることで、私人間の人権保障の実現を図るという見解である⁽⁴⁾。私人間効力論における現在の学説の到達点は、基本的には間接適用説の立場に立ったうえで、『直接効力か間接効力か』の二者択一で割り切らず、権利・自由を侵害する私的行為の性質に応じて、個々具体的に多様な角度から、人権保障の精神を実現するような法的構成をこころみる」というものである⁽⁵⁾。もっとも、直接適用説と間接適用説の差異はないと考える論者や、両説の差異は本質的でないと指摘する論者も多く存在する⁽⁶⁾。

また、日本の私人間効力論では、アメリカ法で発達したステイト・アクション(State Action)の法理も参照されてきた。例えば、芦部信喜は、ステイト・アクションの法理を類型化したうえで、日本においても私人による人権侵害行為が事実行為である場合には同法理の考え方が使用できると説いた⁽⁷⁾。鶴飼信成は、私人による差別行為から被侵害者を救済するためにステイト・アクションの日本への導入を唱えた⁽⁸⁾。また、木下智史は、バーガー・コートにおけるステイト・アクション判断とその時期の主要な学説を素材としてステイト・アクションの本質について検討している⁽⁹⁾。

ステイト・アクションに関する日本の研究は、日本の私人間効力論に示唆を与えうる法理論であるにもかかわらず⁽¹⁰⁾、上に示した論文を除いてはほとんど存在しない。ステイト・アクションの法理を素材として憲法の射程や「自由」の意義を考察した論文についても同様である。そこで、本稿では、ステイト・アクションの法理を素材として「自由」— 憲法に規定される「自由」とそれにより確保される個人の「自由」— に関する憲法学の理論状況の一端を明らかにしたい。まずはステイト・アクションの法理の概略を見ることから始める。

(1) 多くの文献があるが、例えば、芦部信喜『憲法学II 人権総論』(有斐閣, 1994年) 61～64頁。

- (2) 例えば、第63回日本公法学会第1部会(1998年10月11日、於成城大学)の質疑・応答における佐藤幸治の発言。また、問題の指摘として、市川正人「書評 芦部信喜『憲法学II 人権総論』(有斐閣、1994年)」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』(成文堂、1994年)219頁。
- (3) 田上稜治『新版 憲法要説』(白桃書房、1963年)63～66頁、稲田陽一『憲法と私法の接点』(成文堂、1970年)、同『続・憲法と私法の接点』(成文堂、1975年)、同「人権の私人間適用」『法律時報』49巻7号(1977年)34頁以下、抱喜久雄「私人間における基本的人権保障の方法についての一考察」『法と政治』27巻3・4号(1976年)209頁以下、三並敏克「基本権の第三者効力」『立命館法学』116・117・118号(1974年)513頁以下、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』343号(1983年)3頁以下、橋本公巨『日本国憲法〔改訂版〕』(有斐閣、1988年)155頁以下。なお、奥平康弘『憲法III 憲法が保障する権利』(有斐閣、1993年)77頁は、「憲法はもっぱら国家に向けられた規範であるという理解一は、憲法のテキストによってではなくて、論者たちの解釈によって構成されているもの」とし、憲法上の権利が私人に対しても向けられているとしている。
- (4) 例えば、間接適用説を採る学説として、法学協会編『註解日本国憲法 上巻』(有斐閣、1953年)299頁、宮沢俊義『憲法II〔新版〕』(有斐閣、1974年)250頁、小林直樹『〔新版〕憲法講義 上』(東京大学出版会、1980年)307頁、芦部・前掲書注(1)294～313頁、阪本昌成『憲法理論II』(成文堂、1993年)223～227頁など。最高裁判所は、三菱樹脂事件(最大判昭和48年12月12日[民集27巻11号1536頁])で間接適用説を採用したとされる。
- (5) 芦部・前掲書注(1)290頁。
- (6) 直接適用説と間接適用説の差異はないと考える論者は、例えば、川井健「判批・特定の住居で宗教活動をしなない約束と憲法第二〇条第一項」『民商法雑誌』57巻6号(1968年)936頁以下、同「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頁以下、有倉遼吉「精神的自由権と私人相互関係」『法学セミナー増刊 思想・信仰と現代』(1977年)86～89頁、中村睦男「私人間における人権の保障」同『社会権の解釈』(有斐閣、1983年)324頁。また、両説の差異は本質的な問題ではないとするものに、例えば、浦部法穂『〔新版〕憲法学教室I』(日本評論社、1994年)81～83頁、長谷部恭男「国家権力の限界と人権」樋口陽一編『講座 憲法学3』(日本評論社、1994年)60～61頁、同『憲法』(新世社、1996年)138～139頁、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』(青林書院、1995年)438頁。
- なお、1980年代以降、私人間効力論の新たな理論構成が見られるようになった。例えば、木村俊夫「シュワーベの基本権効力理論」『九大学法』40号(1980年)1頁以下、松井茂記「憲法と新しいリバータリアニズム」『ジュリスト』884号(1987年)48頁以下、棟居快行「私人間適用」同『人権論の新構成』(信山社、1992年)1頁以下、中野雅紀「第三者による侵害に対する基本権保護」『大学院研究年報・法学研究科篇(中央大学)』22号(1992年)1頁以下、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)」『法学論叢』133巻4号(1993年)1頁以下・5号1頁以下、同「憲法と民法の関係ードイツ法の視点」『法学教室』171号(1994年)44頁以下、君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論再考」『東海大学文明研究所紀要』17号(1997年)11頁以下、藤井樹也「私人による憲法上の『権利』の侵害?」同『権利』の発想転換』(成文堂、1998年)155頁以下、小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年)。
- (7) 芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」『私人間における基本的人権の保障』同『現代人権論』(有斐閣、1974年)3頁以下、同「私人間における人権の効力」『私的団体に対する人権規定の効力』同『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、1981年)

- 361頁以下、同編『憲法II 人権(1)』(有斐閣、1978年)39頁以下[芦部信喜執筆]。
- (8) 鶴飼信成『憲法』(岩波書店、1956年)82～83頁、同「人権保障の私人間における効力」同『司法審査と人権の法理』(有斐閣、1984年)183頁以下。
- (9) 木下智史「私人間における人権保障と裁判所」『神戸学院法学』18巻1・2号(1987年)79頁以下。なお、ステイト・インアクションについて考察したものに、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)」『早稲田大学大学院法研論集』70号(1994年)55頁以下、73号(1995年)1頁以下、74号(1995年)27頁以下。
- (10) ステイト・アクションの法理は日本の私人間効力の議論とは異なるものと理解する見解に、奥平康弘「基本的人権としての思想・信条の自由の法的性格と意義」『労働法律旬報』727号(1970年)17頁、同『憲法裁判の可能性』(岩波書店、1995年)210頁の注(64)、尾吹善人『憲法(学説判例事典I)』(東出版、1970年)188～189頁、田中英夫「State Action—州の行為」同『英米法のこぼれ』(有斐閣、1986年)20～27頁、木下・前掲書注(9)148～149頁、藤井・前掲書注(6)170～171、212頁。

1. ステイト・アクションの法理序説⁽¹⁾

(1) ステイト・アクションの登場の背景と議論の現況

アメリカでは、独立以来、奴隷制度の存廃が南部と北部の対立点であった。そして、この対立は、ドレッド・スコット事件(Dred Scott Case [Scott v. Sandford])を契機として、武力衝突に発展した⁽²⁾。いわゆる南北戦争である。この南北戦争で奴隷制廃止を唱える北部が勝利を収めたので、戦争の後、社会に根深く存在する奴隷制度や黒人差別の問題を解決するために、連邦憲法に第13修正(奴隷または意に反する苦役の禁止)、第14修正(市民権、特権または免除、デュープロセス、法の平等保護)、第15修正(黒人の選挙権)の各条項が付加され、さらに公民権法(Civil Rights Acts)が制定されるなどの種々の法的措置が採られた⁽³⁾。

ステイト・アクションの法理は、こうした種々の措置が採られた後、連邦最高裁判所により生み出された。1883年のCivil Rights Casesがこの法理の起源とされる⁽⁴⁾。この法理は、巨大な私的権力の出現や積極国家・福祉国家観の出現などの背景とともに⁽⁵⁾、人種差別の積極的な排除を目的とした「社会内部の差別を憲法違反として理論構成」したものである⁽⁶⁾。それゆえ、この法理は主に平等規定を伴う人種差別の事例で発展し拡大した。州や私人による人種差別撤廃への抵抗に対し、また立法がなされていない領域を埋めるために、裁判所は私的行為に州の重大な関わり合い(involverment)があるということで、あるいは私的行為に公的な性格や機能(public function)があるということで、当初は字義どおり州の行為にのみ限定して適用されたステイト・アクションの限界を私的行為に拡大した⁽⁷⁾。ここ

で暫定的に示しておく、ステイト・アクションの法理とは、私的行為に州の重大な関わり合いがある場合、あるいは私的行為に公的な性格や機能がある場合に、私人の行為を政府の行為ないし州の行為と見なし、その行為が憲法に拘束されるという法理論のことである。

こうしたステイト・アクション判断の拡大傾向はヴィンソン・コートおよびウォーレン・コートで見られたが、バーガー・コート以降の判断は後退・縮小傾向にある。そして、現在、後退期に出されたステイト・アクション判断とウォーレン・コート以前の判断との整合性が問題となっている⁽⁸⁾。近年のアメリカの学者によるステイト・アクションに関する論文は、連邦最高裁判所によるステイト・アクション判断の混乱・混迷状況を批判し、かつステイト・アクションの統一判断の指針となるような新たなアプローチを提唱するものが多い。この新たなアプローチは、まさに群雄割拠といっても過言ではないくらい多くの種類が存在し、すべてを網羅し検討を加えることは不可能、あるいは可能であったとしても本稿の目的からは生産的ではない。ここでは、そうした多くのアプローチが、ステイト・アクションの法理を維持したまま新たな枠組みを考えるものと、事実上ステイト・アクションの法理を否定するものとがあり、ステイト・アクションの目的・本質に関する議論はこうした判例批判と新アプローチの提唱のなかで触れられていることを指摘するにとどめる。

(2) ステイト・アクションの目的・本質

ステイト・アクションの法理の目的・本質は、「個人の自律」「連邦制」「権力分立」のいずれかあるいはそれらの組み合わせであると考えられている。ステイト・アクションの法理の目的・本質を「個人の自律」の観点から以下の通り大きく3つに分類する。なお、本稿では、「目的」と「本質」を互換的に使用する⁽⁹⁾。

①「個人の自律」をステイト・アクションの法理の目的と理解する。

ステイト・アクションの法理は、個人の行為が憲法上の人権規定の拘束を受けるほどに「国家的」になるのはいつであるのかという観点から出発する。つまりステイト・アクションの法理は「国家的」な行為の範囲を画定し、個人の自律的領域を確保する理論である。

②ステイト・アクションの法理を「個人の自律」に関係ないものとして理解する。

裁判所によるステイト・アクション判断は統一的な判断をしているとはいえず「個人の自律」に資する理論とはいえない。それゆえ、ステイト・アクションの法理の再構成が試みられるが、その中には実質的に「個人の自律」とは無関係に再構成する見解がある。

③「個人の自律」を確保するためにステイト・アクションの法理を否定する。

ステイト・アクションの法理では「個人の自律」（および「連邦制」「権力分立」）という目的を達成することはできず、私人間の人権調整の問題を解決する理論として不適当であるので、ステイト・アクションの法理の廃止を主張する。

本稿の目的はステイト・アクションの法理を素材として、「自由」に関する憲法学の理論状況の一端を明らかにすることである。そのため、2ではステイト・アクションの法理が「個人の自律」「自由」に資する法理であると理解する論者の見解（①の立場）を整理し、3では従来のステイト・アクションの法理は「個人の自律」「自由」に資する法理ではないと理解する論者の見解（②と③の立場）を整理する。そして4で、ステイト・アクションの法理を巡る論争に現れた「自由」に関する論点を整理しその検討を試みる。なお本稿では、裁判所によるステイト・アクション判断については検討しないことにする。

- (1) 本稿で扱うステイト・アクションには、Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943) 以来発達したアンチトラスト・ステイト・アクションの法理 (Antitrust State Action Doctrine) やステイト・アクション・イミュニティの法理 (State Action Immunity Doctrine) は含まない。これらの法理もしばしばステイト・アクション (State Action Doctrine) と表示されるが、そこで問題とされるのは州際通商条項であり、私人間の人権調整の問題ではない。
- (2) 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). この事件で連邦最高裁は、北緯36度30分以北の地域における奴隷所有を禁止する旨を定めた1820年ミズーリー互譲法を連邦憲法第5修正の適正手続条項に違反するとして、奴隷制度を是認した。この事件に関する邦語文献として、早川武夫「デュー・プロセス-黒人の地位」『英米判例百選Ⅰ 公法』(有斐閣, 1978年) 128-129頁、田中英夫『英米法総論 上』(東京大学出版会, 1980年) 281-282頁、長内了「Dred Scott Case [Scott v. Sandford] - 奴隷制と合衆国最高裁」『英米判例百選 [第三版]』(有斐閣, 1996年) 54-55頁、大河原真美『裁判からみたアメリカ社会』(明石書店, 1998年) 17-70頁。
- (3) 南北戦争までの奴隷制を巡る南部と北部の対立、奴隷制の存廃に関する法的な問題、およびいわゆる南北修正については、数多くの文献が存在するが、さしあたり、M・L・ベネディクト (常本照樹訳)『アメリカ憲法史』(北海道大学図書刊行会, 1994年) 81-111頁、長田豊臣「南北戦争と再統一」有賀貞・大下尚一編『新版 概説アメリカ史』(有斐閣, 1990年) 82-106頁、田中・前掲書注(2)277-282頁を参照。南北戦争後1870年代までの公民権法については、藤井樹也『「権利」の発想転換』(成文堂, 1998年) 162-164頁。
- (4) 109 U.S. 3(1883). この事件で連邦最高裁は、交通機関、ホテル、劇場や宿屋などにおける人種を理由とする差別的取り扱いの禁止を定めた1875年制定の公民権法が、直接私人の行為を禁止しているために連邦憲法第10修正に違反すると判示した。なお、藤井・前掲書注(3)170頁は、ステイト・アクション要件はCivil Rights Casesよりも前に成立していたと指摘する。また、L.

TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1693 n.6 (2d ed. 1988) で、トライブは Civil Rights Cases より前にも複数の事案でステイト・アクション要件について詳細ではないが論じられていたと指摘する。

- (5) Schneider, *State Action—Making Sense Out of Chaos—An Historical Approach*, 37 U. FLA. L. REV. 737, 739-740 (1985). Phillips, *The Inevitable Incoherence of Modern State Action Doctrine*, 28 ST. LOUIS U. L. J. 683, 725-733 (1984).
- (6) 江橋崇「国民国家の基本概念」『岩波講座 現代の法 1 現代国家と法』(岩波書店, 1997年)13頁。なお, 参照, Esper, *Some Thoughts on the Puzzle of State Action*, 68 S. CAL. L. REV. 663, 665-668 (1995). Civil Rights Cases 以後の20世紀の判例, 例えば, Nixon v. Herndon (273 U.S. 536 [1927]), Nixon v. Condon (286 U.S. 73 [1932]), Smith v. Allwright (321 U.S. 649 [1944]), Shelley v. Kraemer (334 U.S. 1 [1948]), Terry v. Adams (345 U.S. 461 [1953]), Burton v. Wilmington Parking Authority (365 U.S. 715 [1961]), Reitman v. Mulkey (387 U.S. 369 [1967]), Evans v. Newton (382 U.S. 296 [1966]), Evans v. Abney (396 U.S. 435 [1970]), Moose Lodge No. 107 v. Irvis (407 U.S. 163 [1972]) を見てわかるように, ステイト・アクションの法理は現実に対応している人種差別に対応するための法理論であったことを確認できる。
- (7) Burke & Reber, *State Action, Congressional Power and Creditors' Rights: An Essay on the Fourteenth Amendment*, 46 S. CAL. L. REV. 1003, 1009-1010 (1973). なお同旨のものとして, G. GUNTHER, INDIVIDUAL RIGHTS IN CONSTITUTIONAL LAW 560 (5th ed. 1992). 木下智史「私人間における人権保障と裁判所」『神戸学院法学』18巻1・2号(1987年)115~117頁。
- (8) バーガー・コート以降のステイト・アクション判断の後退・縮小傾向につき, 例えば, Schneider, supra note (5), at 741-743. Esper, supra note (6), at 664-665. Burke & Reber, supra note (7), at 1110. Nolte, *State Action After Jackson v. Metropolitan Edison Co.: Analytical Framework for a Restrictive Doctrine*, 81 DICK. L. REV. 315, 317 (1977). 木下・前掲注(7)115~117頁。これらの文献によると「後退」の一つの理由として, 差別に対する立法が整備されステイト・アクションの法理のさらなる拡大の必要性が少なくなったこと, またステイト・アクションの判断が適正手続などの人種差別以外の問題においてなされるようになったことが指摘されている。
- (9) 「目的」「本質」の他に, 論者により「基礎理論」「意義」などとされることもある。

2. ステイト・アクションの法理と「個人の自律」

(1) 連邦制

2ではステイト・アクションと「個人の自律」の関係について検討するが, その前に「個人の自律」と同様にステイト・アクションの目的とされる「連邦制」「権力分立」について簡単に検討する。それは, ステイト・アクションの法理の目的を「個人の自律」に求める論者の多くが, 「連邦制」・「権力分立」をもこの法理の目的であると考えているからである。まず, 「連邦制」について検討する。

アメリカ合衆国は連邦制を採用している国であり, それに合致した法構造を備えている。ステイト・アクションの法理は「私人の行為をコントロールする連邦政府の権限を

制限する」こと⁽¹⁾, 連邦制という重要な制度的利益を保護する理論である⁽²⁾。連邦最高裁が Peterson v. City of Greenville で, 憲法上の人権規定の私人間適用は自由を蹂躪する危険があることを指摘した上で「ステイト・アクションの概念に固有なものは連邦制という価値であり, それは連邦の権力が重要な手段を持つべきではなく, …地方当局の機関に適切に残されるべき私的権利の領域がある」と述べているように⁽³⁾, ステイト・アクションの法理によって, 私人を規制する法律を制定する連邦議会の権限は連邦憲法に列挙された領域に限定され, 州は私人の行為を直接制御することのできる一般的な法律制定権を持つことを保障される。したがって, 有効な議会制定法がなく, ある私的行為が州に帰属させられるかどうかを決定しなければならないときには, 裁判所は連邦制の原理に敏感になるべきであり, 州の主権を第14修正による私的行為の精査を通して侵害することを自制すべきであると考えられている。ただし, ステイト・アクション要件は, 私的行為に関する基本的な法律を制定するという州の主要な責任に連邦裁判所が過度に介入することを防ぐだけでなく, 市民の取り扱いに関する一般的な法律の制定において州に対しても最小限の明確な基準を課しているのである⁽⁴⁾。

(2) 権力分立

次に「権力分立」について検討する。ステイト・アクションの法理がその目的とする権力分立は2つある。第一に, 連邦制の問題と重なることであるが, 連邦と州との間にある権限の配分の問題である。ステイト・アクションの法理は, 連邦裁判所が憲法の規定により私人の活動を直接規律することを認めず, 私人の活動を規律することは州に留保されるものとする。第二に, 執行権・立法権と司法権の間にある権限の配分の問題である。ステイト・アクションの法理は, 憲法が執行・立法機関に委ねた権限を司法機関が乱用することを防止する。すなわち, 私的行為を規律することは主として代表部門である議会が担うのであって, 裁判所は立法の指導がないところで私的行為を評価してはならないのである。つまり, ステイト・アクションの法理は, 裁判所が私的行為の問題に介入する前に, 立法機関がその領域において活動することを保障する⁽⁵⁾。実際に「連邦最高裁判所は, 市民の自由の保護を拡大するための主要な責任が, 第14修正の下でのステイト・アクション法理の拡張を通して裁判官に存在するのではなく, 立法権の執行によって議会に存在する, という重要な制度的な判断をしてきたと思われる」⁽⁶⁾。

(3) 個人の自律(1)一人権の対公権力性

ステイト・アクションの法理の目的は, 「連邦制」や「権

力分立」だけではなく「個人の自律」にも求められる。ステイト・アクションの法理の基礎を「個人の自律」に求める見解の背後にある考えは、第一に、憲法の人権規定は専断的な政府の行為から個人を守ることである。すなわち、私人による人権侵害行為をステイト・アクションとの関わりで論ずるのは、単に連邦憲法の文言が「州」や「議会」を名宛人としているからではなく、憲法が「公」と「私」の区別、すなわち公的行為と私的行為の区別をし、かつ憲法の人権規定が連邦政府と州政府の行為である公的行為のみを制限するという考え方が存在するからである。

憲法の規定が公権力のみを制限するという考え方が存在するのは、第一に、憲法が公権力を強大な人権侵害をしようとする存在であると考えからである。公権力による人権侵害と私的権力・社会的権力による人権侵害との間には質的な差異がある。つまり、公権力は私的権力に比べてマイノリティの権利やプライバシーのような「非常に多様な憲法的価値を強大にそして潜在的に破壊する」存在である。したがって、憲法は政府の強大さに縛りをかけるための規範として存在するのである⁽⁷⁾。第二に、憲法が政府に「模範としての政府 (Government as Exemplar)」という役割を与えるからである。人々は自分の立場が政府により承認されると自己の人種的あるいは性的な見解の正当性に疑問を感じなくなる傾向があると考えられる。こうした傾向から理解できるように、政府の偏見が人々に与える強大な影響は、いかなる種類の私的行為も匹敵しない。それゆえ「模範としての政府」という考え方が登場し、この考えが憲法に規定される人権の対公権力性を正当化するのである⁽⁸⁾。

ステイト・アクションの法理の目的は、上で述べたような対公権力という人権規定の性質を反映し、私人による人権侵害行為からの防禦ではなく、専断的な公権力の権力行使から個人を防禦することにあると理解することができる⁽⁹⁾。ステイト・アクションの目的をこのように理解する立場からは、問題となる人権侵害行為における侵害者と州との関わり合いや人権侵害行為の公的性格・機能というステイト・アクションの伝統的な判断方法が「基本的に」維持されることになる。伝統的なステイト・アクション判断は、種々の要件を伴うが、公的機能を持つ私人の行為、公権力の補助や許認可を受けている私人による人権侵害行為および州に利益をもたらす私人の行為などを、憲法の制約に服すべき「公権力の行為」の範囲にあると考えるのである。

実際、連邦最高裁は1883年の Civil Rights Cases において、連邦憲法第14修正はそれに規定されている州の行為を禁止しているのであって、私人による侵害を対象とするものではないと判示した⁽¹⁰⁾。それ以来、裁判所はステイト・アクション判断に際し、例えば「第14修正はどんなに差別的あるいは悪い行為であっても、単なる私人の行為に対し

て防禦するものではない」⁽¹¹⁾、「憲法により保護される多くの権利は、政府による侵害に対してのみ保護される」⁽¹²⁾、「第1修正が政府による表現の自由の侵害を禁止するということは、根本的なことである」⁽¹³⁾、州による侵害と私人による侵害とは区別され州は公的領域に属す権力であるゆえに憲法の制約に服す⁽¹⁴⁾、などと表明して、人権の対公権力性を確認し憲法規範の制約を受ける「公権力の行為」を画定してきたといえる。

(4) 個人の自律(2)―個人の自由の維持

ステイト・アクションの基礎を「個人の自律」に求める見解の背後にある考えは、第二に、政府の活動を制限する根本的な理由ともいえるが、多様な価値観を有する私人による、私的な関係の構築を促進することである。憲法はその禁止する領域から私的行為を除くことで、私人により多くの活動の自由を保障し、個人の自律、個人の尊厳および多元主義のような根本的な自由の価値を促進する。したがって、制定法の下で最小限の制限に服する場合を除いては、私人は他の私人との関係を構築するに際しては多くの手段を有する⁽¹⁵⁾。そうでなければ、「憲法上の権利を侵害するというおそれが、過度に私的行為を抑制することになる」⁽¹⁶⁾。

こうした考えを詳細に考察しているのがシュヴァルツシルト (Schwarzscild) である。彼はイギリスの哲学者アイザiah・バーリン (Isaiah Berlin) の見解である価値多元論 (value pluralism) を引き、多様な価値を調和させる方法を提示するような究極的な原理・理性的な法は存在しないと理解する。そのうえで、この価値多元論はステイト・アクションの法理を支え、その法理の擁護者によって常に示されるよりも明らかな正当性を与えていると指摘する⁽¹⁷⁾。その理由を彼は次のように述べる。

ステイト・アクションの法理を批判する論者は、憲法上の諸価値は優れているので、憲法規範は私的領域においても適用されるべきであると主張する。しかし、価値多元論者は第14修正の価値と、私人にとって優れているとされる価値が必ず一致することを否定する。政府は互いに衝突している複数の目的を追求することはできないし、そのために政府が統治しなければならない価値は憲法により規定される。しかし、私人および私的な制度は多様であり、決して一人・一つではない。価値多元論が正しいとするならば、ステイト・アクションの法理は政府のみが憲法に拘束されていることを意味し、私的領域については憲法的な価値に従うことを要求する制定法が存在しない限り、私人は自己の選択した価値にしたがって行動する自由があると考えられる。そして「人々が価値を自由に選択するという私的領域の存在は、様々なそして競合する価値が追求されること

を保障する」。もし私的領域が廃止されるならば、公的に採用された価値が私人間においても追求されることになる。ステイト・アクションの法理はこうした危険を回避する。私人に対して憲法的な価値に従うことを要求する制定法が存在しないかぎり、私人は様々な、そして競合する価値にしたがって行動する自由があることをステイト・アクションが保障する⁽¹⁸⁾。

連邦最高裁も、理由不要の陪審員忌避 (peremptory challenge) により、黒人を排除した私人の行為がステイト・アクションに当たるかどうか争われた *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.* で、「憲法における個人の自由と平等条項の保障は、私的存在に対しては適用されない」と人権の対公権力性に言及したうえで、「憲法の一つの大きな目的は、市民が自分の私的な関係を自由に構築できることにある」と指摘している⁽¹⁹⁾。

このように、ステイト・アクションの法理は、憲法規範という「公権力の行為」の概念・範囲を画定することにより、個人の自律的な領域を確保しつつ、私人による人権侵害に対して被害者の救済をも確保する法的技術である。そして、ステイト・アクションの法理を維持する理由は、「もし、憲法の諸規定が、個々の市民の間の権利義務を直接規定する、という作用を有するものであるとすれば、個人の自由…という原理が侵害され、統治構造全体の調和が崩れる」からである⁽²⁰⁾。

(5) 「個人の自律」と「連邦制」・「権力分立」の関係

ここでは、ステイト・アクションの「個人の自律」「連邦制」「権力分立」という目的は、相互に結びつきがあると指摘する見解をとりあげる⁽²¹⁾。

例えば、*Lugar v. Edmondson Oil Co.* 連邦最高裁判決の次の一節は3つの目的の関係を見事に説明している。「ステイト・アクションの要件を注意深く守ることは、連邦法と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ことである」⁽²²⁾。つまり、連邦裁判所により私人の人権侵害行為がステイト・アクションと判断された場合には、その領域では、人権侵害をしたとされる個人の自由が抑制され、また州は憲法上の制約が存在することになるので自由に活動することができない。反対に、私人の人権侵害行為がステイト・アクションと判断されなかった場合には、その領域において、人権を侵害したと訴えられた個人の自由が確保されるとともに、州は憲法上の制約が無いことになるので自由に活動することができる。このように「個人の自律」と「連邦制」・「権力分立」との関係を理解するのである。

また、3つの基礎理論が結びついてステイト・アクションの法理を支えているということに関しては、ハーゲット

の見解が興味深い。ハーゲットは、ステイト・アクションの法理を支える基礎理論として「個人の自由」「単純多数決ルール」「連邦政府と州政府との間の権限配分、連邦政府は憲法により列挙された権限のみを有すること、三権の分立、及び政府のある種の活動が憲法により明示的に禁止されたこと」という意味での「制限政府」の3つをあげたうえで、ステイト・アクションについて以下のように説明する。各個人は「個人の自由」を有するが、一方で政府が各個人を規律する法を執行することは社会契約により正当化される。社会契約により正当化される政府とは、法定立権者が選挙過程により選出され、特別多数決が少数者に拒否権を認めることになるがゆえに「単純多数決ルール」を採用する代表民主主義政府のことである。さらに憲法は多数者の独裁を防ぐために「制限政府」という原理を作り出した。この「制限政府」に関する憲法の規定を議会の単純多数では修正できないようにするため、特別多数による修正規定を設ける必要があった。この特別多数による修正は、憲法の諸規定が個人に対して直接に作用しないことで正当化される。つまり、憲法の諸規定は個人に対して直接その効力を及ぼすものではなく、ただ政府の権限を制約するものであるとすることによって、個人の自由の保護に資するものとなる。この3つの原理は、憲法の諸規定が政府に対してのみ適用されるものであって初めて相互に調和するように把握できる⁽²³⁾。

ハーゲットは、このように述べて、「連邦制」や「権力分立」といった「制限政府」の原理が「個人の自由」およびハーゲットの言うところの「単純多数決のルール」を支えており、こうした原理間の調和は人権の対公権力性を維持することで、かつ私人の行為を制約する法律の制定を裁判所ではなく多数決手続をとる議会にゆだねることで確保されると主張しているのである。

(6) 小 括

アメリカの多くの論者がステイト・アクションの法理の目的に「個人の自律」の確保をあげ、かつ連邦最高裁もステイト・アクション判断に際し「個人の自律」の確保について言及している。そこでは、ステイト・アクションが理論上個人の自由を最大化する法理であることが示され、また「個人の自律」「連邦制」「権力分立」は相互に関連していることが指摘される。したがって、ステイト・アクションの法理には「連邦制」の維持という目的だけではなく「個人の自律」の確保という目的があるといえよう。つまり、ステイト・アクションの法理を肯定する多くの論者や連邦最高裁の考えによると、この法理は、連邦法と連邦裁判所から州の自律的な領域を確保するための理論であり、それと同時に、憲法の人権規定が「国家からの自由」であるこ

とを維持することで個人の自律的領域を確保しつつ、私人間の人権調整の問題を解決するための理論である⁽²⁴⁾。

- (1) Leedes, *State Action Limitations on Courts and Congressional Power*, 60 N. C. L. REV. 747, 747 (1982).
- (2) Jakosa, *Parsing Public from Private: The Failure of Differential State Action Analysis*, 19 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 193, 228-229 (1984). Burke & Reber, *State Action, Congressional Power and Creditors' Rights: An Essay on the Fourteenth Amendment*, 46 S. CAL. L. REV. 1003, 1012 (1973). Nolte, *State Action After Jackson v. Metropolitan Edison Co.: Analytical Framework for a Restrictive Doctrine*, 81 DICK. L. REV. 315, 344 (1977). L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 1691 (2d ed. 1988). Topol, *Union Shops, State Action, and the National Labor Relations Act*, 101 YALE L. J. 1135, 1143 (1992). Barak-Erez, *A State Action Doctrine for an Age of Privatization*, 45 SYRACUSE L. REV. 1169, 1185 (1995). Westerman, *The Promise of State Constitutionalism: Can It Be Fulfilled in Sheff v. O'Neill?*, 23 HASTINGS CONSTITUTIONAL L. Q. 351, 383 (1996). Buchanan, *A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility*, 34 HOUSTON L. REV. 333, 339 (1997).
- (3) 373 U.S. 244, 250 (1963).
- (4) Burke & Reber, supra note (2), at 1014-1016.
- (5) Jakosa, supra note (2), at 225-226. Burke & Reber, supra note (2), at 1017. L. TRIBE, supra note (2), at 1691. Strickland, *The State Action Doctrine and the Rehnquist Court*, 18 HASTINGS CONSTITUTIONAL L. Q. 587, 595-596, 660-661 (1991). Topol, supra note (2), at 1144.
- (6) Burke & Reber, supra note (2), at 1012.
- (7) Jakosa, supra note (2), at 222-224.
- (8) Id. at 224-225.
- (9) Id. at 207. Burke & Reber, supra note (2), at 1013. Strickland, supra note (5), at 591-595. Barak-Erez, supra note (2), at 1171. Mintz, *Analyzing the OPTN Under the State Action Doctrine—Can UNOS's Organ Allocation Criteria Survive Strict Scrutiny?*, 28 COLUM. J. L. & SOC. PROB. 339, 356-357 (1995). Buchanan, supra note (2), at 339-340. J・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)747-748頁。なお, Schneider, *State Action—Making Sense Out of Chaos—An Historical Approach*, 37 U. FLA. L. REV. 737, 737 (1985) は, ステイト・アクションの法理の目的を連邦制の維持と「一定の活動がその性格上憲法の枠内で行われるべきとの公衆の期待の充足」としている。
- (10) 109 U.S. 3, 11-15 (1883).
- (11) Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1, 13 (1948).
- (12) Lugar v. Edmondson Oil Co., 457 U.S. 922, 936 (1982).
- (13) Rendell-Baker v. Kohn, 457 U.S. 830, 837 (1982).
- (14) Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345, 349 (1974).
- (15) Jakosa, supra note (2), at 207. Burke & Reber, supra note (2), at 1016-1017. なお, Esper, *Some Thoughts on the Puzzle of State Action*, 68 S. CAL. L. REV. 663, 668 (1995). Krotoszynski, *Back to the Briarpatch: An Argument in favor of Constitutional Meta-Analysis in State Action Determinations*, 94 MICH. L. REV. 302, 335 (1995). Barak-Erez, supra note (2), at 1185. また, Nolte, supra note (2), at 343 は, ステイト・アクション

の法理が憲法的価値から自由な私的領域を保持するという目的を持ちつつも, こうした目的が「法理拡大の敵」になると指摘する。

- (16) Topol, supra note (2), at 1143. また, 同旨のものとして Esper, supra note (15), at 668.
- (17) Schwarzschild, *Value Pluralism and the Constitution: In Defense of the State Action Doctrine*, 1988 SUP. CT. REV. 129, 130-132.
- (18) Id. at 134-137.
- (19) 500 U.S. 614, 619 (1991).
- (20) ハーゲット・前掲注(9)750頁。
- (21) ステイト・アクション法理の3つの目的の関係について言及するものに, 本文で引用したものを除くと, 例えば Schneider, supra note (9). Buchanan, supra note (2), at 339 など。
- (22) 457 U.S. at 936. なお, 同趣旨の判決として National Collegiate Athletic Ass'n. v. Tarkanian, 488 U.S. 179, 191 (1988).
- (23) ハーゲット・前掲注(9)748-750頁。
- (24) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣, 1981年)365-366頁は, state action は government action と同義に用いられ, 「憲法の拘束を受ける公権力行為の意味を定めることによって, 公権力が私人に対して義務を課することを制約する機能を営むもの」として判例法上発展してきたと説明している。なお, 「個人の自律」の確保がステイト・アクションの法理の目的であるかどうかということ, 裁判所において「個人の自律」に資する判断がなされているかどうかということは, 別の問題である。本稿では, 裁判所が「個人の自律」に資する判断を実際に行っているかどうかという問題は残されたことになる。

3. ステイト・アクション批判

(1) ステイト・アクション批判(1)

ステイト・アクションの法理の基礎を「個人の自律」もしくは「連邦制」・「権力分立」に求める見解には種々の批判がある。ステイト・アクションの基礎を「個人の自律」に求める見解に対する批判は, 「裁判所によるステイト・アクション判断は個人の自律を確保するものとはなっていない」とか「何故ステート・アクション要件という形で個人の自律を保護する必要があるのか」といったものが存在する⁽¹⁾。これらの批判は(4)で検討するステイト・アクションの否定論にまで結びつくことも考えられるが, ステイト・アクションの目的を「連邦制」と「権力分立」にのみ求める見解をも生じさせることになる⁽²⁾。

一方, ステイト・アクションの基礎を「連邦制」に求める見解に対する批判は, 連邦制の強調が州内での人権侵害に対する救済を妨げているというものである⁽³⁾。例えば, シュナイダー (Schneider) は連邦制のみを主要な関心とするステイト・アクション判断は誤った結論を導く可能性があるとし, 裁判所がステイト・アクション判断に際し公衆の期待の充足の妥当性と重要性を認識しないことによって, 州が憲法上の制約を逃れることが可能になると指摘する⁽⁴⁾。また, ヤックル (Yackle) は裁判所のステイト・アクション

ン判断の目的が、裁判所以外の他の機関、とりわけ州の立法機関の有する私人間の問題を解決する権限を尊重するために個人の自由を縮減するものであるとすれば、望ましい答えを期待する理由はほとんどないと述べる⁽⁵⁾。これらの批判は「連邦制」の強調に対する批判であり、「連邦制」をステイト・アクションの法理の目的からはずすことまでを主張しているとはいえないであろう。

(2) ステイト・アクション批判(2)―「公」「私」二分論に依存することに対する批判

次に、裁判所によるステイト・アクション判断について、多くの学者から出されている批判を検討する。それらの批判は大きく分けて、ステイト・アクションの法理が「公」「私」二分論に依存しているという批判と裁判所によるステイト・アクション判断が一貫していないという批判の2つである。

ステイト・アクションの法理は、Jackson v. Metropolitan Edison Co.連邦最高裁判決が示すように、「公」的領域と「私」的領域の区別および憲法が「公」的領域を制限する規範であることを前提とし、州は公的領域に属す権力であるがゆえに憲法の制約に服するという論理構造を有する⁽⁶⁾。したがって、ステイト・アクションの法理は「公」「私」二分論に立脚したうえで憲法の制約に服さない「私」的領域を想定していることになる。

批判の第一は、「公」と「私」の区別が曖昧になっているにもかかわらず、ステイト・アクションの法理が「公」「私」二分論に依存しているという批判である。「公」「私」の区別に固執するステイト・アクション判断を批判する学説は、ホロヴィツ (Horowitz) やブラック (Black) をはじめ数多く存在する⁽⁷⁾。例えば、批判的法学⁽⁸⁾の支持者であるケネディ (Kennedy) は、完全に「公」「私」の区別はできず、また「公」「私」の間に実質的 (substantive) な差異は存在しないので、ステイト・アクションの法理では何も決まらず、それゆえ裁判所は当事者の利益衡量を行えばよいと主張する⁽⁹⁾。また、同じく批判的法学の支持者であるブレスト (Brest) も「ステイト・アクションは、ある行為は州に属し、別のある行為は私人たる行為者に属すということによって、公私の区別を維持しようとする試みである」が、実は「公」「私」の区別を破壊し、ステイト・アクションの法理の目的とされる「個人の自律」を失なわせるものであり、またステイト・アクション判断を裁判所の裁量に委ねてしまっていると主張する⁽¹⁰⁾。そして、ブレストによると、ステイト・アクションの法理は、権力の乱用を防ぐために、そして個人の自律と連邦主義の価値を守るためには不完全な代物であり、連邦あるいは司法権力から市民を防御するためにはめったに使われず、消費者、少数者そして他の相

対的に力のない市民の主張に対して企業の自律を保護するために使用されてきた。このように述べて、ブレストは「公」「私」二分論に依存するステイト・アクションの法理のイデオロギー性を批判している⁽¹¹⁾。

ケネディやブレストの立場からは、ステイト・アクションの法理は「公」「私」の区別を前提としているが、その前提によってはステイト・アクション判断を決定することはできず、したがって「個人の自律」を確保するものとはならないと評価されることになる。

(3) ステイト・アクション批判(3)―一貫性の欠如に対する批判

ステイト・アクション批判の第二は、ステイト・アクション判断が「一貫していない」「意味のない法理」⁽¹²⁾、「変幻自在な概念」⁽¹³⁾、「概念的にどうにもならない領域 (conceptual disaster area)」⁽¹⁴⁾などと評されるほど混乱しており、私人が別の私人に対して行ったある人権侵害行為に、ステイト・アクションの法理が適用されるかどうかの予測をたてることが困難であるという指摘である。つまり、現在のステイト・アクションの法理では、「個人の自律」の確立と「連邦制」の維持というこの法理の目的を貫徹できないという批判である。こうしたステイト・アクション批判は、統一的判断の指針となるように新たなアプローチを提唱するということに結びついている⁽¹⁵⁾。これは、ステイト・アクションの法理を維持したまま新たな枠組みを考える論者と⁽¹⁶⁾、ステイト・アクション要件自体は維持するとしてもステイト・アクションの法理が想定する「自由」を実質的に変えてしまう分析枠組みを提示する論者とに分かれる。

後者のアプローチのなかには、「私人の行為はすべてステイト・アクション」として考えるアプローチが存在する。例えば、ホロヴィツは、「州が私人間の取引に法的な結論を与えるときは、常にステイト・アクションが存在する」と考える。そして、具体的事案の判断に際してはステイト・アクションの存否ではなく、憲法的なステイト・アクションと非憲法的なステイト・アクションとの区別をするために、特定のステイト・アクションが個人に及ぼす効果を事例ごとに精査されるべきであると主張する⁽¹⁷⁾。

また、グレンノン (Glennon) とノヴァーク (Nowak) は、「裁判所は衝突する権利により促進あるいは制限されるそれぞれの価値の衡量によってステイト・アクションを判断する」ことを主張する⁽¹⁸⁾。彼らは、第14修正は「州が『行動』したかではなく、州が各人の保障された権利を『剥奪』したかどうかについて裁判官が決定することを求める」ものと理解するので、裁判においては州が憲法上の権利を「剥奪」したかどうかの問題となる⁽¹⁹⁾。そして、州は現状を変えるよう行動をする場合と現状を甘受する場合とを選択

する存在であり、前者の場合はもちろん、後者の場合でも、問題とされる侵害者である私人の行為が被侵害者の権利を制限し、かつその行為が合法的なものであれば、州がその問題とされる行為を優越的な権利として選択したと考えて、州が人権侵害行為に関わったと理解するのである⁽²⁰⁾。それゆえ、裁判では当事者の権利の優劣が争点となるのである。ここでは、私人間において州の活動が常に存在するものとしたうえで、利益衡量のアプローチがなされていることがわかる。

ホロヴィツ、グレンオンやノヴァークのように「私人の行為はすべてステイト・アクション」であるとして、あとは当事者の利益衡量を行うというアプローチを採る論者は少なからず存在する⁽²¹⁾。しかし、私的自治に委ねると想定された私人間の問題を州という公権力が常に介在すると理論構成するために、「私的自治を脅かす」とか⁽²²⁾、個人の自律を確保するというステイト・アクションの目的に適合的な理論構成であるのか、という批判にさらされることになる。こうしたアプローチの背後にある「自由」は、個人が自己の有する多様な価値観に基づき行動することができるという意味での「自由」とは異なるものである。

(4) ケメルンスキーのステイト・アクション否定論

ステイト・アクション批判のなかには、ステイト・アクションの法理の廃止を主張する見解まで登場している。ケメルンスキー (Chemerinsky) は、ステイト・アクションの目的とされる「個人の自律」の確保と「連邦制」の維持を達成するためには、ステイト・アクションの法理は必要で無いばかりか有害ですらあるので、同法理を廃止し当事者の利益の衡量を行うべきであると主張する。ここでは、ケメルンスキーが「個人の自律」について上のように主張する理由を確認する。

第一に、私人による甚大な人権侵害が存在するということである。現代においては、私人による侵害はとるにたらないものではなく「政府による侵害と同じように有害である」し破壊的である。私的な支配 (hands) における富と権力の集中により、私的な行為の効果は政府によるものと事実上区別が付かない場合もある。したがって、私的権力による重大な人権侵害には政府による侵害と同様の防禦が必要であり、裁判所がその防禦の役割を担う必要性が高まった。つまり、侵害する主体というのは二次的な関心にすぎず、「私人が憲法的な価値に重大な侵害を与えうることがポイントである」⁽²³⁾。

第二に、ステイト・アクション要件が欠如しているために人権侵害を保護できないとすることは不合理であるということである。ステイト・アクションの法理は私人の行為と州との関わりという要件を満たさなければ、人権侵害に

対する保護を生じさせない。しかし、ステイト・アクション要件が欠如しているというだけで、人権侵害を保護できないとすることは不合理である。また、裁判所において、私人による人権侵害行為にステイト・アクションが是認されたとしても、裁判所は侵害行為をやめるように命じることをせず、むしろ州に当該行為に関わらないように命じるにすぎない⁽²⁴⁾。

第三に、ステイト・アクションの法理は私人による人権侵害に対して十分な保護を与えないということである。ステイト・アクションの法理は憲法により制限されるべきではない私的な領域があると仮定するので、私人による人権侵害に対して被侵害者の自由を保護するものとなっていない。ステイト・アクションの法理は被侵害者の権利を保護せず、私人による全ての権利侵害を認める結果をもたらすことで自由の土台を崩すものである。また、自己の憲法上の権利が他人の何らかの利益により侵害される場合とはどのような場合であるのか明確にされる必要があるにもかかわらず、ステイト・アクションの法理は、その判断に際し保護される侵害者の自由の中身を明示せず、また保護される個人の自律の領域をも明確にしない⁽²⁵⁾。

第四に、ステイト・アクションの法理を廃止し、直接に価値ある権利に注意を払うことによって、自由の保護を増大できるということである。個人の自律を確保する論理にかなった方法は、私人に対しても直接に憲法の権利を持つことである。実際の判断に際しては、「私的行為に対して憲法の原理を適用することは全ての個人の行為が政府の行為と同様の基準に従わなければならないということではない」として人権規定の効力の相対化を承認するので、実際は当事者間で主張される権利の利益衡量の問題になる。裁判所は、当事者の自由を明確にし、それぞれの利益を衡量することで、そして衡量を行う際の準則を形成・蓄積することで、個人の自由を増大させることができる⁽²⁶⁾。

ケメルンスキーは、以上のように述べて、ステイト・アクションの法理は「個人の自律」の確保という目的のためには必要ではないと述べる。そして、ケメルンスキーは「権利の保護を大きく拡張するためには、私的な存在によって為される権利侵害を制限することである」とし、そのために憲法上の人権宣言を、単に政府の法典としてではなく、私人間においても侵すことのできない社会規範であるとして捉え、制定法やコモン・ローによる救済が十分でない限りは、憲法に規定される人権の適用が私人間にも拡大されるべきであると主張する⁽²⁷⁾。

(1) 木下智史「私人間における人権保障と裁判所」『神戸学院法学』18巻1・2号(1987年)127頁。

(2) Choper, *Thoughts on State Action: The "Government Func-*

- tion” and “Power Theory” Approaches, 1979 WASH. U. L. Q. 757. なお、「はじめに」の注(10)を参照。
- (3) 木下・前掲注(1)126頁。
- (4) Schneider, *The 1982 State Action Trilogy: Doctrinal Contraction, Confusion, and a Proposal for Change*, 60 NOTRE DAME L. REV. 1150, 1155 (1985).
- (5) Yackle, *The Burger Court, “State Action,” and Congressional Enforcement of the Civil War Amendments*, 27 ALA. L. REV. 479, 529 (1975).
- (6) 419 U.S. 345, 349 (1974).
- (7) Horowitz, *The Misleading Search for “State Action” under the Fourteenth Amendment*, 30 S. CAL. L. REV. 208 (1957). Black, *The Supreme Court 1966 Term—Foreword: “State Action,” Equal Protection, and California’s Proposition 13*, 81 HARV. L. REV. 69 (1967). 他には, Alstyne, *Mr. Justice Black, Constitutional Review, and the Talisman of State Action*, 1965 DUKE L. J. 219. Nerken, *A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the Civil Rights Cases and State Action Theory*, 12 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 297 (1977). Garvey, *Private Power and the Constitution*, 10 CONSTITUTIONAL COMMENTARY 311 (1993).
- もっとも、ステイト・アクション否定論者のケメリンスキーは、ステイト・アクションの廃止と公私の区別の維持は両立するとしている。そして、ケメリンスキーは「ステイト・アクションの法理について考察することは、アメリカ社会における公私の領域を分離する際に、概念の重要性のゆえに有用である」とし、公私の区分が揺らぎ激しく攻撃されているときなので、区分の基礎やそれぞれの領域の内容を考察することは必要であり「そのような分析はステイト・アクション要件を除去することによって著しく進展」と主張する (Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 NW. U. L. REV. 503, 538, 557 [1985])。
- (8) 批判的法学研究 (Critical Legal Studies) に関する邦語文献は、例えば、内田貴『契約の再生』(弘文堂, 1990年)、D・ケアリズ編 (松浦好治・松井茂記編訳)『政治としての法—批判的法学入門—』(風行社, 1991年)、和田仁孝『CLS (Critical Legal Studies) の衝撃』同『法社会学の解体と再生—ポストモダンを越えて—』(弘文堂, 1996年) など。
- (9) Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. PA. L. REV. 1349, 1353-1357 (1982).
- (10) Brest, *State Action and Liberal Theory: A Casenote on Flagg Brothers v. Brooks*, 130 U. PA. L. REV. 1296 (1982).
- (11) Id. at 1330.
- (12) Chemerinsky, supra note (7), at 556.
- (13) Lewis, *The Meaning of State Action*, 60 COLUM. L. REV. 1083, 1085 (1960).
- (14) Black, supra note (7), at 95.
- (15) これについては、木下・前掲注(1)130頁以下が詳しい。木下論文は、私を取り上げる「私人の行為はすべてステイト・アクション」であるとしてステイト・アクションの再構成を試みるアプローチの他に、L. TRIBE, *CONSTITUTIONAL CHOICES* 246 (1985) や Choper, supra note (2)のアプローチ、およびステイト・アクションを実体の問題としてではなく「入り口の問題」として理解する Leedes, *State Action Limitations on Courts and Congressional Power*, 60 N. C. L. REV. 747 (1982) ; Rowe, *The Emerging Threshold Approach to State Action Determinations: Trying to Make Sense of Flagg Brothers, Inc. v. Brooks*, 69 GEO. L. J. 745 (1981) を取り上げる。
- (16) 伝統的なステイト・アクションの法理を基本的に維持しながら

も、ステイト・アクションの法理を再構成する論者もいる。近年の論稿では、例えば、Krotoszynski, *Back to the Briarpatch: An Argument in favor of Constitutional Meta-Analysis in State Action Determinations*, 94 MICH. L. REV. 302, 336-337 (1995) は、ステイト・アクション判断の主な3つのテストである、排他的な政府機能のテスト (the exclusive government function test)、共生の関係テスト (the symbiotic relationship test)、関係テスト (the nexus test) を維持しつつも、連邦裁判所の用いる形式的で、かつ各要件を個別的に分析する手法を批判し、被告 (人) が3つのステイト・アクションテストを全く満たさないときには、裁判所は被告 (人) がたとえ一つのテストも完全に満たされなくても、3つのテストのそれぞれ十分な部分を満足するか考慮しなければならないとする。

- (17) Horowitz, supra note (7), at 208-209, 211, 221.
- (18) Glennon & Nowak, *A Functional Analysis of the Fourteenth Amendment “State Action” Requirement*, 1976 SUP. CT. REV. 221, 226-227. なお、木下・前掲注(1)132-133頁を参照。
- (19) Id. at 229.
- (20) Id. at 230.
- (21) Henkin, *Shelley v. Kraemer: Notes for a Revised Opinion*, 110 U. PA. L. REV. 473, 481-486 (1962). Williams, *The Twilight of State Action*, 41 TEX. L. REV. 347, 389 (1963). Note, *State Action: Theories for Applying Constitutional Restrictions to Private Activity*, 74 COLUM. L. REV. 656, 664 (1974).
- (22) 木下・前掲注(1)134頁。
- (23) Chemerinsky, supra note (7), at 510-511.
- (24) Id. at 541-542.
- (25) Id. at 539-540.
- (26) Id. at 506, 537-540.
- (27) Id. at 505-507, 550-553, 555-556. ケメリンスキーの主張に対して、マーシャル (Marshall) は、ステイト・アクションの法理を否定することでは私人による人権侵害から個人を保護することにはならないし、悪ければ権利の保護をより制限するものになると述べている (Marshall, *Diluting Constitutional Rights: Rethinking “Rethinking State Action”*, 80 NW. U. L. REV. 558, 570 [1985])。またケメリンスキーはこのマーシャルの批判に対して反論を行っている。ケメリンスキーは、両者は競合する権利がステイト・アクションの法理のような包括的なルールによって解決されるべきかどうかで意見を異にするとしたうえで、「許すことのできない基本的価値の侵害が、たんにその侵害が政府ではなく大企業というだけで我慢されるべきではない。自由と平等は公的な行為と同様に私的な行為からも保護に値する」と反論する (Chemerinsky, *More is not Less: A Rejoinder to Professor Marshall*, 80 NW. U. L. REV. 571, 576 [1985])。

4. ステイト・アクションの法理にみる「自由」

(1) 「公」と「私」

2および3で見てきたように、ステイト・アクションの法理への態度は、ステイト・アクションの法理の伝統的な判断方法を肯定する論者 (以下、「肯定論者」)、ステイト・アクションの法理を「私人の行為はすべてステイト・アクション」として再構成する論者 (以下、「再構成論者」) およびステイト・アクションの法理を否定する論者 (以下、「否定論者」) に分けられる。肯定論者と再構成論者・否定論者

のあいだでは、憲法の想定する「自由」の理解が異なっている。そこで、この4では、憲法の想定する「自由」に対する理解の相違を3点に分けて考察する⁽¹⁾。なお、連邦制および衡量アプローチに関する論点については省略する。

まず第一に、「公」と「私」の区別の問題である。肯定論者は「公」と「私」の区別を基本的に維持する。維持する理由は、①憲法を政府に対して効果的に抑制する規範と考えるからであり、②悪い私的行為者をコントロールすれば必ず良い私的行為者をもコントロールしてしまうからである。つまり、前者は憲法に規定される人権規定の対公権力性の問題であり、後者は自律的な「私」の領域を確保するという問題である⁽²⁾。これらの点については(2)(3)で検討する。

再構成論者は「公」「私」の区別に懐疑的、あるいは「公」「私」の区別に依存してステイト・アクション判断をすることに否定的であることが多い。それは「公」「私」の区別が曖昧であり、または裁判所が「公」「私」の内容を明確にすることがないために⁽³⁾、この区別ではステイト・アクション判断を決定することはできず、したがって「公」「私」の区別は「個人の自律」の確保に役立たないからである。

このように、ステイト・アクションの法理をめぐる「公」「私」の区別は、「自由」の問題と密接な関わりを持つといえる。しかし、「公」と「私」の区別の問題は、アメリカにおける「公」「私」の意味するところなど検討すべきことが多いので、本格的な検討は他日を期したい。

(2) 憲法に規定される「自由」・「人権」の性格

第二に、憲法に規定される「自由」および「人権」の性格の問題である（以下、一括して「人権」の性格として整理する）。憲法に規定される人権は、伝統的に、専断的な公権力から個人を防禦するためのもの、つまり「国家からの自由」を意味するものと理解される。肯定論者は国家を縛るというこの人権観を支持する。しかし、否定論者は公権力を縛るという人権観にこだわらず、憲法に規定される人権を、国家が私人の自由の領域に関与することによって私人による自由侵害から被侵害者を防禦するものと理解する。また、再構成論者は対公権力性という人権観を支持したとしても、「私人の行為はすべてステイト・アクション」と理解することで、憲法がすべての私的行為に入り込むことと同じことである。したがって、従来の憲法学が重視している対公権力性という人権の性格にこだわらない点で、再構成論者と否定論者の「人権」観に大きな差異はない。

「人権」の性格に関して、肯定論者と再構成論者・否定論者の間にある論点は次のように整理される。まず、①公権力による人権侵害と私的権力・社会的権力による人権侵害の間には質的な差異が存在すると評価するかどうかである。

肯定論者は、公権力は私的権力に比べて「非常に多様な憲法的価値を強大にそして潜在的に破壊する」存在であり、その破壊力はいかなる私的権力も匹敵しえないものであるから、公権力による人権侵害と私的権力による人権侵害との間には質的な差異が存在すると理解する⁽⁴⁾。それゆえ、肯定論者は公権力を効果的に抑制するために、専断的な公権力から個人を防禦するという人権観を維持すべきであると主張する。否定論者は、私人による侵害は「政府による侵害と同じように有害である」し破壊的であり、また私的な行為の効果が政府によるものと事実上区別が付かない場合があるので、私的権力による重大な人権侵害には政府による侵害と同様の防禦が必要であるとしている⁽⁵⁾。それゆえ、否定論者は公権力だけでなく私的権力にも妥当する人権を主張することになる。

②人権の名宛人を私人にまで拡張することが、憲法およびそこに規定される人権の性質を変質させるか否かということである。肯定論者は「私人間における憲法の適用は憲法を…自由の保護者としての文書から取り締まり者の文書へとその役割」を変えてしまう危険性を指摘したうえで、そのような危険性が存在することを考えると人権規定の名宛人を私人にまで拡張しない人権観の方が「個人の自由の保護者としての憲法の役割は…混乱せずに残される」ので、私人間に人権の直接適用を認めるよりもずっと良い選択肢であるとする⁽⁶⁾。反対に、否定論者は、憲法の名宛人が政府に限定されることは肯定論者の仮定にすぎない、また、政府による人権侵害と同様に有害であり破壊的である私人による甚大な人権侵害から被侵害者を効果的に救済するためには、公権力のみを縛るという人権観を放棄すべきであると主張する。

③人権の名宛人を私人にまで拡張することが、人権の効力を稀薄にするか否かということである。肯定論者は「権利が広く引き出されれば出されるほど、これらの権利が厳格に適用されることはますます困難になってしまう」⁽⁷⁾、つまり、憲法の名宛人が多ければ多いほど実際に問題となるケースでは被侵害者への保護がより少なくなる危険性が生じると指摘する⁽⁸⁾。反対に、否定論者は、ステイト・アクションの法理の廃止に由来する自由の拡張を人々は嫌うということ、そしてステイト・アクションの廃止による自由の拡張が憲法の効力と正当性を減じるということは肯定論者の仮定にすぎず、憲法が私人間にも有効に適用されることを確実にするためには、憲法の保護の厳格さを制限せざるを得ないと主張する⁽⁹⁾。

このように、どの立場の者でも憲法に規定される「自由」および「人権」が「権力」からの妨害排除という性格、つまり防禦権としての性格である点は同じである。しかし、憲法上の「自由」・「人権」の名宛人を公権力に限定するの

か、それとも私人にまで拡張するのかという点が、対公権力としての「自由」・「人権」の性格や効力について大きな差異をもたらしているといえる。

(3) 個人の「自由」・「私的自治」の性格

第三に、第二とも関連することであるが、個人の「自由」および「私的自治」の性格の問題である。すなわち、①私人による人権侵害に憲法上の権利を拡大するという假定自体が、個人の自由を拡大するものであるのか、それとも自由の抑制を促進するものであるかという問題であり、②各論者が想定していると考えられる「自由」とは何であるかという問題である。

肯定論者は、憲法上の人権を「国家からの自由」とすることで、私的自治領域における個人の自律的な活動が保障されると主張する。すなわち、各個人は、憲法に書かれている権利を自由に処分したり、憲法が規定している価値に縛られずに自分の価値観に従って自由に私的な関係を構築することを保障される。したがって、肯定論者によると、私人間において憲法上の人権を直接に適用することを認めるという概念枠組み自体が、州が至る所に存在する中で自由を創出し、「各個人は政府の行為の導管（conduit）になる」危険性を生む。さらに、そのような危険性があるために、その概念の枠組み自体が憲法上の権利を自由に処分することや憲法が規定している価値に縛られないで自由に私的な関係を構築することを妨げる危険もあると考えられる⁽¹⁰⁾。

他方、否定論者は、憲法に規定される価値が私人間に直接妥当するにふさわしいものと考えている。それゆえ、否定論者は私人による人権侵害に憲法上の権利を拡大することが個人の自由を拡大すると主張し、またステイト・アクションの法理を廃止すると、存在している自由が稀薄になり個人の自律が喪失するという肯定論者からの批判を、単なる仮定にすぎないとして反対に批判する。憲法を私人間に直接適用するといっても、適用に際しては国家と個人の間を規律するときと同程度の厳しきで適用するわけではないのだから、ステイト・アクションの法理を廃止して裁判所が直接価値ある権利に注意を払うことによって自由の保護を高めることができる、と彼らは考えるのである⁽¹¹⁾。

このように、肯定論者は憲法に規定される価値に縛られずに自己の意思に従って行動する個人の「自由」を想定する。否定論者は憲法を私人間に適用されるにふさわしい価値が規定されているものと理解するので、個人の自律的領域は縮減する。つまり、否定論者は自律なき「自由」を想定する。再構成論者は私人の活動すべてにステイト・アクションが存在すると理論構成することで、州が常に介在する「自由」、つまり自律なき個人の「自由」を想定してい

る。再構成論者の見解は結果的に否定論者のそれと実質的に同じことである。否定論者・再構成論者の見解は、私人間の活動は私的自治に委ねられるという原則を脅かすものである。

(4) 小括—ステイト・アクションの法理にみる「自由」

ステイト・アクションの法理に対する是非は「自由」に対する考え方の違いによりもたらされる側面があるといえる。否定論者は、憲法が規定する「自由」の性質が防禦権であるということを承認しながらも、その名宛人を私人、殊に私的権力・社会的権力にまで拡張させる。再構成論者は人権の対公権力性を維持すると考えるにしても、実際にはすべての私人の行為に州が介在すると理解することで、人権規定の名宛人を私人にまで拡張していることと同じ結果をもたらしている。これらの立場からは憲法に規定される価値が私人間にも直接に妥当することを意味するので、仮に多種多様な価値が追求される余地を残すとしても、場合によっては憲法の価値が個人により自律的に選択された価値に優越するといったことも起こりうる。つまり、否定論者と再構成論者のいう個人の「自由」は、憲法の価値により支配されることにつながるものであり、「個人の自律」とは無縁なものといえる。

肯定論者は、憲法が規定する「自由」を公権力に対する防禦権と規定する。この防禦権としての性質は私人、殊に私的権力に対してまで及ぶものではないとする。憲法上の「自由」の名宛人を公権力に制限することにこだわるのは、同時に私的領域においては様々な価値の—それはときには憲法の規定する価値に反するものであるとしても—追求が保障されるからである。つまり、肯定論者が想定する個人の「自由」は、憲法上の「自由」を公権力からの防禦権とすることによって、私的關係においては憲法の規定する価値に反することでも個人は自律的に選択できるもの、つまり「個人の自律」と結びついたものとして理解できるのである。

このように、肯定論者と再構成論者・否定論者の「自由」観は決定的に異なっており、それは決して混同されるべきではなく、また無視されうるほど軽微なものとはいえない。従来の憲法学は、肯定論者が指摘するように、憲法の名宛人を公権力とすることで個人の自由を最大化してきた。否定論者・再構成論者の見解は、このような伝統的憲法観に異を唱えるものである。ステイト・アクションの議論を検討して言えることは、憲法上の「自由」の名宛人を公権力に限定することで「個人の自律」と結びついた個人の「自由」を想定することができる、ということである。したがって、自律的な私的領域を確保するためには人権の対公権力性を維持することが必要であると思われる。憲法が「統

制」のための文書に変質する恐れが生じることを否定できず、自律なき個人の「自由」が想定されうる以上、我々は否定論者・再構成論者の理解する「自由」観を安易に選択することはできない。

「自由」に対する分析が私の論じ方・理解の仕方ですらないことは承知している。しかし、我々はステイト・アクションの議論から、「自由」に対する見解の差異が法理論の構成の仕方に重大な差異をもたらすということ、そして憲法学において否定論者・再構成論者のいう「自由」観を採用することは適当ではないということを学べるように思われる。近年問題とされる人権論の再構築に際して、我々はステイト・アクションの教訓に十分留意する必要があるといえよう。

- (1) 4における注釈は必要最小限度にとどめることとする。2および3の該当する箇所の注釈を参照されたい。
- (2) Garvey, *Private Power and the Constitution*, 10 CONSTITUTIONAL COMMENTARY 311, 318 (1993).
- (3) Barnett, *What is "State" Action Under the Fourteenth, Fifteenth, and Nineteenth Amendments of the Constitution?*, 24 ORE. L. REV. 227, 229 (1945).
- (4) Jakosa, *Parsing Public from Private: The Failure of Differential State Action Analysis*, 19 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 193, 222-225 (1984).
- (5) Chemerinsky, *Rethinking State Action*, 80 NW. U. L. REV. 503, 510-511 (1985).
- (6) Marshall, *Diluting Constitutional Rights: Rethinking "Rethinking State Action"*, 80 NW. U. L. REV. 558, 570 (1985).
- (7) Id. at 567.
- (8) Garvey, *supra* note (2), at 315.
- (9) Chemerinsky, *More is not Less: A Rejoinder to Professor Marshall*, 80 NW. U. L. REV. 571, 576 (1985).
- (10) Marshall, *supra* note (6), at 560-561.
- (11) Chemerinsky, *supra* note (5), at 537-542.

むすびにかえて

本稿で確認されたことは、まず第一に、アメリカのステイト・アクションの法理には、「連邦制」の維持という目的だけではなく、「個人の自律」の確保という目的があると理解できることである。少なくともステイト・アクションの法理を肯定するアメリカの多くの論者のあいだでは、そのように理解されていると思われる。実際、ステイト・アクションの法理を肯定するか否定するかということは、「連邦制」の問題をのぞくと、日本の私人間効力論の直接適用説と間接適用説の対立という議論の図式と類似している。したがって、「連邦制」というアメリカ法特殊の事情を念頭に

置くことはもちろんであるが、ステイト・アクションの法理は日本の私人間効力論へ示唆を与える法理論であると考えられる。

第二に、憲法に規定される「自由」・個人の「自由」に関してである。伝統的なステイト・アクション判断を維持する立場に立つ論者は、憲法を公権力からの防禦権としての性格をもつ規範とすることで、個人の「自由」を憲法に規定される価値に縛られずに自己の意思に従って行動できるものと理解する。一方、ステイト・アクションの法理を実質的に否定する論者は、憲法に規定される価値が優れていると考えるのであるから、個人の「自由」を憲法規定に直接に制約されうるものと理解する。つまり憲法上の「自由」の名宛人を公権力に限定することで「個人の自律」と結びつけた個人の「自由」を想定できるのであるから、自律的な私的領域を確保するためには人権の対公権力性を維持することが必要である。

このことは日本の私人間効力論をはじめとする人権論にとって示唆に富むものである。日本の私人間効力論では、近年、直接適用説と間接適用説の差異は存在しないという見解を採る論者が多い。しかし、この差異がないとする見解を支持する論者は、直接適用説と同様に憲法上の「人権」「自由」観念を変えているということに無自覚である。しかしながら、人権論を考察するときには、我々はこの差異がないとする見解のように「人権」や「自由」の意味に無頓着であってはならない。

以上、ステイト・アクションの法理を素材として「自由」について考察してきた。しかしながら、残された課題も少なくない。ここでは二つほど記すことにする。第一に、ステイト・アクションの法理に関する判例を詳しく分析することである。特に、裁判所によるステイト・アクション判断が「個人の自律」に資するものであったのかどうか、また様々な論者により提唱された新アプローチによって裁判所のステイト・アクション判断はどのように評価されるのかということは、今後解明すべき課題である。第二に、「公」と「私」の区別や「自由」の問題は、ステイト・アクションの法理で論じられる以外にも考察すべき事項が存在する。それゆえ、政府が積極的な措置を講ずる場面における問題や、「自由」に関する憲法学以外の隣接学問分野の知見をふまえることが必要である。今後、こうした課題に取り組むことで「自由」についてさらなる理解を深めていきたい。

(付記) 本稿は平成10年度文部省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)による研究成果の一部である。