

# 基本権の私人間効力・再論

小

山

剛

- 一 保護義務論的構成
  - 1 基本権保護義務
  - 2 保護義務的構成
- 二 背景および意義
- 三 1 間接適用のわかりにくさ
  - 2 契約法と不法行為法
- 四 1 無効力説
  - 2 基本構造
- 四 2 高橋説の位相
  - 2 基本構造
- 四 3 保護義務批判
  - 2 内容
- 四 4 山本敬三の保護義務論的構成
  - 2 内容
  - 3 もう一つの保護義務論的構成
  - 4 その他の批判について
- 五 むすびにかえて

憲法の保障する基本権は、私人間の法関係に対していかなる意義を持つのか。この問題は、わが国でも「基本権の私人間効力（第三者効力）」として精力的に議論された。<sup>(1)</sup>論争は、通説に加え判例も間接適用説を採ったことにより、ひとまず決着したが、一九九〇年前後に再燃する。<sup>(3)</sup>私は、この時期に、国家の基本権保護義務論を援用した私人間効力問題の再構成を試みた。<sup>(4)</sup>議論は、その後も終息するところを知らず、学説間の乖離は、ますます大きくなっている。<sup>(5)</sup>本稿では、その中から高橋和之の提唱する無効力説と、山本敬三の保護義務論を取り上げ、その特徴を整理するとともに、私見を再度提示し、さらなる批判を仰ぐ機会を得ることにしたい。

## 一 保護義務論的構成

まず、私人間効力問題の保護義務論的構成について、その要点をまとめておきたい。

### 1 基本権保護義務

(a) 国家の基本権保護義務とは、他の私人による侵害から各人の基本権法益を保護すべき、国家の作為義務のことである。そのリーディング・ケースとなつた一九七五年の第一次墮胎判決では、刑法二二八条の墮胎罪規定を緩和し、妊娠初期の中絶を原則として不处罚としたことの合憲性が問題となつた。連邦憲法裁判所は、次のように説示して、この刑法改正が基本法二条二項（生命・身体を害されない権利）、一条一項（人間の尊厳）に違反するとした。「国の保護義務は包括的である。これは、——もとより自明のことであるが——生成途上の生命に対する国自身の直接的侵害を禁止するだけではなく、国に対して、この生命を保護し、促進することを命じる。こ

れはとくに、この生命を他者による違法な侵害から擁護すべきことを意味する。法秩序の各分野は、それぞれの固有の任務に応じて、この要請の実現に努めなければならない。

(b) 国家が憲法上、そのような義務を負うことの根拠については、主として国家の論理に依拠する説明と、主として基本権の論理に依拠する説明とがある。前者では、国家の正当性の根拠、市民の服従・平穏義務と国家の暴力行使独占などがキー・ワードとなり、国家目的の文脈で保護義務が語られる。<sup>(10)</sup> 後者では、基本権の二重の性格を前提に、「基本権の客観法的側面の中心に位置する概念」<sup>(11)</sup>として、保護義務という基本権の法的作用が基礎づけられる。詳論する余裕はないが、前者と後者の範囲は一致するとは限らない。国家の憲法上の作為義務としての保護義務は、基本権の論理に従つて、かつ、その枠内で構想すべきであり、国家目的については、――それを具体化した明文の規定がない限り――国家が正当に追求しうる規制目的として観念するのが適切である。<sup>(12)</sup>

(c) では、保護義務の承認により何が変わるのであるのか。重要なのは、従来の基本権問題が国家と個人の二極間の関係として構成されたのに対し、基本権保護義務は国家、加害者たる私人、被害者たる私人の三極間の関係として構成されることである。これにより、国家には基本権の「敵」に加えて「擁護者」としての役割が与えられる。基本権は、国家の措置の上限だけではなく、必要的下限も画することになる。過剰な侵害が違憲となるのと同様に、憲法が要請する最低限の保護を下回ることも違憲となる。

## 2 保護義務的構成

### (1) 私人間効力論と保護義務論

第一次墮胎判決がリーディング・ケースであつたことから知れるように、基本権保護義務は、出自においては基本権と私法の関係を対象としたものではない。また、この判決で立法者の保護義務違反が問われたように、保

護義務は、第一次的には立法者の義務である。そのため、基本権保護義務論と私人間効力論との間には、一見、直接的な関係はないと思われるかもしだい。事実、一九七五年の第一次墮胎判決の後も、判例においてはしばらくの間、保護義務と私人間効力問題との間に接点はなかった。一方、学説では、一九八〇年代中ごろから保護義務と私人間効力の共通性が指摘され、保護義務論を基礎に私人間効力論を再構成する議論が活発になつた。連邦憲法裁判所は、後述のように、一九九〇年の代理商決定において私人間効力と保護義務とを明示的に結びつけた。

わが国では、間接適用説が通説として確立する段階ではドイツの判例・学説が参照された一方で、その後のドイツ基本権論の展開に対してもむしろ否定的な評価が支配的なこともあつて<sup>(14)</sup>が、保護義務は私人間効力とは別の議論だという理解が強い。しかし、①私人間効力が問題となる事例についても上述の法的三極関係の一場面として説明できること、②保護義務は立法者だけではなく、国の三権のすべてについて成立することからすれば、私人間効力問題を司法権（民事裁判権）による保護義務履行の問題として再構成するのは理にかなつたことである。

## (2) 判例

(a) 間接適用のリードィング・ケースとして知られているのが、一九五八年のリユート判決である。この判決では、映画ボイコットを呼びかけたりユート氏の行為が民法典八二六条の不法行為に当たるかどうかが問題となつた。民事裁判所は不法行為に当たるとしたが、連邦憲法裁判所は、大要、次のように説示してこれを破棄した。<sup>(15)</sup>

① 基本権が第一次的に防御権であることに疑いはないが、基本法は価値中立的秩序ではなく、基本権の章条において「客観的価値秩序」を定立している。この価値体系は、憲法上の基本決定として、法のすべての領域に妥当する。基本権の客観規範としての法内容は、私法においても、私法規定を媒介として展開される。新しく制定される法が基本権の価値体系に合致しなければならないように、旧来の法も、基本権の価値体系に調和しなければならない。価値体系か

ら、旧来の法に固有の憲法的内容が与えられ、それが旧来の法の解釈を決定する。公序の一部をなし、私人の意思形成を排除する強行法は、憲法の影響にとくに直面する。また、裁判においては、人間の行動の評価を「善良な風俗」のよくな民事法以外の尺度や、法以外の尺度に求めている一般条項が、基本権の民事法への「突破口」となる。

(2) ポイコットは多義的な概念であり、すべてのポイコットが良俗違反となるわけではないため、具体的な関連においてその行為が「良俗に反する」かどうかを判断しなければならない。民法典八二六条の「善良な風俗」は、純粋な道徳性から導き出される不变の原理ではなく、一定の範囲で法的な命令・禁止の影響を受ける。したがって、「何が社会的に命じられ、また何が禁止されているのかを個別事例において探求すべき裁判官は、……憲法の基本権の章条に見い出される基本的価値決定や社会的秩序原理をよりどころとしなければならない。裁判官は、……この価値秩序の枠内で、基本法五条一項一文の基本権〔意見表明の自由——小山〕と、この基本権の行使を制限する権利・法益とを衡量しなければならない」。

(b) リュート判決は、確かに重要ではあるが、リーディング・ケースゆえの未成熟も免れていない。このため、比較的最近の判例の言い回しを紹介しておきたい。

連邦憲法裁判所は、ある判決において憲法上の人格権には情報自己決定権が含まれていることを確認した後、リュート判決を引用して以下のように説示している。<sup>(18)</sup>

「一般的人格権は国家による直接の侵害から保護されるだけではない。一般的人格権は、客観規範として、私法においてもその法的内実 (Rechtsgehalt) を展開し、客観規範としての性質において私法規定の解釈・適用に対して照射する。裁判官は、憲法の要請として、個別事例における民事法規定の適用によつて基本権が影響を受けるか否かを審査しなければならない。もし影響を受ける場合には、裁判官はその規定を基本権の光の中で (im Lichte der Grundrechte) 解釈し、適用しなければならない〔リュートほかを引用〕。この規準に違背し、私法に対する憲法の影響を看過し

た判決を下した場合には、裁判官は、（客観規範としての）基本権規範の内容の看過により客観憲法に違反しただけではなく、公権力の担い手として、判決により市民の基本権にも違反したことになる「リユートを引用」）。

(c) 一九九〇年の代理商決定<sup>(19)</sup>は、代理商契約の中で約束された過酷な競業避止特約の有効性が争われた事例である。連邦憲法裁判所は、この条項を有効とした専門裁判所判決を破棄したが、その中で、保護義務を援用し、次のように説いている。

自由な社会モデルの構造要素である私的自治に基づき、契約当事者は、自らの責任において自分たちの法的関係を形成する。国家は、私的自治の枠内においてなされた規律を、原則として尊重しなければならない。しかし、契約内容の尊重だけをもつてしては、競業避止を命じる判決を正当化することはできない。私的自治は自己決定の原則に依拠しており、自由な自己決定のための諸条件が現実に存在することを前提とする。当事者の一方が、契約内容を事実上、一方的に決定できるほど強い立場にある場合、他の当事者にとって、これは他者決定にほかならない。当事者の力関係に不均衡がある場合、契約法という手段をもつてしては、利益の適正な調整を保障することはできない。このような事情の下で基本権上の地位が処分されようとしている場合、国家は、基本権保護 (Grundrechtschutz) を確保するために、調整的に介入しなければならない。

(d) 保護義務論的構成は、次に、無収入・無資力の当時二一歳の娘と銀行との間で結ばれた連帯保証契約の有効性が問題となつた一九九三年の連帯保証決定<sup>(20)</sup>でも採られている。原審の連邦通常裁判所は、「成年は成年」「契約は契約」であるとしてこの契約を有効であるとした。しかし、連邦憲法裁判所は、本件では民事裁判所に、契約の内容を審査する義務があるとした。「はたして、またどの程度、両契約当事者は契約の締結および内容について実際に自由に決定することができたのか」を検討しなかつたために、民事裁判所は、「基本権的に保障された私的自治を看過した」とされたのである。

決定理由では、①「各人が自己の意思に従い法的関係を形成することは一般的行為自由の一部である。基本法二条一項は、私的自治を『法的生活における各人の自己決定』として保障する」とされ、②「契約当事者の一方の構造的劣位が認識でき、契約が劣位者に尋常ではない負担をもたらすような類型の事案においては、私法秩序は、これに対処し、修正を可能ならしめなければならない。この要請は、私的自治の基本権的保障（基本法二条一項）と、社会國家原理（基本法二〇条一項、二八条一項）から生じる」と説示されている。

(e) リュートから連帯保証決定にいたる私人間効力判例は、二〇〇一年の夫婦（財産）契約判決において一つの中間総括を見た。<sup>(21)</sup> 本件で問題となつたのは、妊娠中の女性がパートナーとの間で結んだ夫婦（財産）契約である。この契約では、離婚した場合の養育費等について、夫に極めて有利な取り決めがなされていた。

連邦憲法裁判所は、リュートほかを援用し、「私法関係においては憲法上の価値決定としての基本権の効力は、そのつどの法分野を直接に支配する諸規定、従つて、とりわけ民事法上的一般条項を媒介として展開される」とした。次に、第二次墮胎判決ほかの保護義務判例を援用し、「国家は、その限りにおいて各人の基本権を保護し、他者による侵害からこれを守らなければならない。裁判所には、法の解釈と適用によってこの基本権上の保護を与え、個別事例においてこれを具体化することが課せられている」としている。

判決は、続いて①代理商決定を引用して、私的自治が「各人の自己決定のための条件が現実にも存在すること」を前提としていると説き、②連帯保証決定を引用して、きわめて一方的な契約上の負担と顕著な交渉力の不平等から「契約関係において一方の当事者が契約内容を事実上、一方的に決定できる」ことが見てとれる場合には、法は、自己決定が他者決定に転化しないように介入しなければならないとした。

## 二 背景および意義

では、私人間効力問題を保護義務から構成することに、どのような意義があるのか。

### 1 間接適用のわかりにくさ

(a) しばしば指摘されるように、間接適用説には、価値充填の振幅という問題がある。「間接適用」というだけでは、いかなる場合に、いかなる価値をどの程度積極的に読み込むべきかについて、具体的な指標は与えられない。換言すれば、通説の合意は、間接適用という読み込みの「作法」の次元のものであり、価値充填の程度についての合意を含むものではない。

この点をさておいても、間接適用という「作法」自体も決してわかりやすいものではない。<sup>(22)</sup> 直接適用説、無効力説はその構造が比較的明快である。しかし、「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九〇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・適用することによつて、間接的に私人間の行為を規律」<sup>(23)</sup> する、あるいは「人権価値を導入・充填して」私法の一般条項を解釈するとは、どのようなことなのか。また、いかなる憲法上の根拠に基づいてそのような解釈が要請されるのか。

同じ疑問は、判例にも当てはまる。「私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用」による解決を要請する三菱樹脂事件判決、女子若年定年制が「民法九〇条の規定により無効であると解するのが相当である（憲法一四条一項、民法一条ノ二参照）」とする日産自動車事件判決<sup>(24)</sup>、結婚退職の慣習が「憲法第一四条、第一二条、第二四条の精神に違反するから、結局民法第九〇条に違反し無効である」とする下級審のある裁判例<sup>(25)</sup>、「憲法の人権を保障する精神」を援用する別の裁判例など、いずれも感覚

的には理解できるが、その思考過程は明らかではない。

(b) 同様のわかりにくさは、ドイツにおいても意識されていたようである。保護義務こそが「私法主体の活動に対する基本権の『間接的』影響を解明し、『照射効』<sup>(29)</sup>という不確かな説に、確固たる理論的土台を与えるための『ミッシング・リング』である」という指摘や、「まさに基本権の保護命令作用こそが、私法秩序における基本権の作用に関する問題を、基本権の本質および内容に即して解決するための、もつともすつきりとした解釈学上の手がかりである」<sup>(30)</sup>との指摘は、間接適用説のわかりにくさの裏返しであろう。

もつとも、ドイツの間接適用説（ドイツでは基本権の「照射効」<sup>(31)</sup>と呼ばれる）は、対国家的公権としての基本権そのものではなく、「客観的価値秩序」としての基本権というワン・クッシュョンを明示的に囁ませるため、「憲法の「人権を保障する精神」などよりは、分かりやすい構造である。防衛権としての基本権ではなく、全方向性を有する「客観的価値秩序」としての基本権を前提に置けば、それが私法の解釈・適用をも制御するのは理解できないことではない。つまり、国民の権利・自由を制限する刑法や行政法の解釈・適用に際して防衛権としての基本権が顧慮されなければならないのと同じように、私法の解釈・適用に際しては、「客観的価値秩序」としての基本権が顧慮されなければならない。ここに保護義務という概念と法的三極関係という図式を持ち込めば、次のように言うことができる。私法の解釈・適用において「客観的価値秩序」としての基本権がかかるにもかかわらずこれを看過すれば、裁判所は、被害者である私人との関係において成立する保護義務の履行を怠ったことになる。

## 2 契約法と不法行為法

(a) このような説明は、とくに不法行為法の領域によく当てはまろう。表現による名誉毀損やプライバシー侵

害が問題となる場合、加害者・被害者はいずれも基本権の主体である。前者は表現の自由、後者は人格権といふ。基本権を持つが、それらはいずれも対国家的権利であって、私人間において直接に対峙しあう性質のものではない。だが、前者の表現の自由は、裁判所が彼の表現行為を制約する場合に、直接的なかかわりを持つ。表現の自由は、民事裁判所による不法行為との評価に対抗し、過剰な制限に対しては、それを防護権違反として排除しよう。後者の人格権は、憲法上の権利である限り、定義上、私人間において侵害されることはない。だが、対国家的権利としての人格権から「客観的価値秩序」としての人格的利益を取り出せば、それは全方向性を持つため、私人によつても害されうる。私法の解釈・適用に際して「客観的価値秩序」としての人格的利益を考慮せよといふ要請は、裁判所はこの場合に基本権保護義務を履行せよ、という要請として記述される。

(b) 一方、契約法の領域については、若干の留保が必要である。契約関係において加害者・被害者がいるのか、という問題があるためである。

上述の連帯保証決定に対しても、イーゼンゼーは次のような疑問を投げかける。<sup>(33)</sup> 連帯保証決定では、銀行が詐欺や恐喝を働いたと非難されているのではない。銀行は加害者ではなく、保証人は被害者ではない。「もし本件で危険を論じることができるとすれば、それは保証人自身から発し、保証人自身に向けられた危険である。自己の行為能力に基づき認められた契約自由のリスクについて、彼女には対応する力がなかつただけである」。基本権保護義務は、基本権主体に対して、自分自身からの保護を与えるものではない。

この指摘は、確かに重要である。しかし、そこから、契約法領域への保護義務論の全面的な排除を帰結すべきではなく、むしろ基本権保護義務に基づく介入の要件の問題としてこれを考へるべきであろう。この点、連邦憲法裁判所は、上述の代理商決定から夫婦（財産）契約判決にいたる判例の中で、両当事者の構造的不均衡に、一貫して言及している。

夫婦（財産）契約判決に戻れば、その要件は次のように整理される。<sup>(34)</sup> ①未婚の妊婦がパートナーと結婚するかどうかという選択に立たされた場合、通常、女性の方が交渉力において劣位にあるため、夫婦（財産）契約締結時に妊娠していたという事情は、「契約について比較的厳格な内容統制を行うべき、契約上の非対等の状況証拠」となる。②加えて、契約が妊婦に一方的な負担を課し、彼女の利益について何ら適切な考慮がなされていないよう、契約内容が未婚妊婦の劣位の現れである場合には、保護の必要性が明らかとなる。このように、同判決は、当事者間の交渉力の不均衡が推測される「類型」（本件の場合には、未婚の妊婦であること）と、実際の契約内容の二つから、基本権保護義務適用の前提である他者による侵害の存在を認定したものであると読むことができるのであり、保護義務論が「私人間適用という——小山）言葉の單なる置き換えにすぎない」<sup>(35)</sup> とする批判もまた当たらないことになる。

### 三 無効力説

#### 1 基本構造

(a) 高橋は、議論の出発点を「理念としての人権」と「実定法化された人権」の区別に置く。前者は、「実定法に理論上先行する理念」あるいは「超実定法的」<sup>(36)</sup> 理念であり、誰に対しても主張しうる全方位性を持つ。国家は、まさに私人間における自然権の衝突を解決し、その調和的保障を実現するためには設定さ

れた。<sup>(38)</sup> 自然権は、実定法秩序が実現すべき目標であり、憲法は、「国家に対して、自然権を『憲法上の権利』<sup>(39)</sup>として明確化してその保障義務を課し、その義務の遂行に際して従うべき法的プロセスを規定した」と理解される。後者の「実定法化された人権」は、憲法上の権利だけを指すのではない。実定法システムは、「分節的な構造」を持つ。横軸的にはそれぞれ固有の任務と論理を有する法の諸領域が形成され、縦軸的には法形式の区別が設定される。理念としての人権は、「どの法領域にいかなる法形式で実定法化されたかに従い、その法領域・法形式の固有の論理と効力位置を受け取る」。<sup>(40)</sup> 人権の実定法化は憲法の専売特許ではない。民法もまた人権の実定法化を行つており、「民法上の人権」をも語りうるのである。憲法上の人権と民法上の人権は、それぞれ異なる論理に従つて、理念としての人権の実現につとめることになる。

(b) では、憲法上の人権は、憲法において実定法化されたことにより、いかなる論理による縛りを受けたのか。憲法が国家を名宛人とする以上、憲法上の人権は国家を当事者に含まない法関係には適用されない。間接適用説は、一種の憲法適合的解釈という構造をとるが、「憲法上の人権が国家を名宛人とするという『憲法の論理』を受け入れる以上、私人を拘束することはできない道理であるから、たとえ法律自体は私人を名宛人としていても、その法律の合憲解釈によつて憲法上の人権の名宛人を私人に転換することはできない」。<sup>(41)</sup> これをするためには、「憲法の論理」を修正し、憲法をしてあらゆる個人を名宛人とする「社会の根本規範」と捉えなおす——つまり、近代立憲主義の憲法観・人権観をラディカルに転換する必要がある。

高橋が提唱するのは、これとは対極にある、「憲法上の人権」と「理念としての人権」との明確な区別による近代立憲主義の純化である。<sup>(42)</sup> つまり、前実定法的人権は確実に保障されるために実定法化されるが、この実定法化に伴つて全方位性という属性を失い、各法領域の固有の論理に服する。憲法は国家を名宛人とする規範であるから、憲法で実定法化された人権の効力は私人間には及ばない。他方、民法は、民法固有の論理に従つて私人間

における人権の実現を行う。

## 2 高橋説の位相

まず、高橋説は無効力説に分類されるべきなのかという問題がある。換言すれば、芦部説や三菱樹脂事件判決などのように異なるのか、という問題である。

(a) わが国では、私人間効力をめぐる学説は①無効力説、②間接適用説、③直接適用説の三説に分類されるが（ステイト・アクションはここでは度外視する）、「憲法適用説」という主張があるように、三説の間では②と③が相対的に近く、①のみが異質であるという受け止め方が一般的であろう。<sup>(13)</sup>ところが、松原光宏は、間接適用説を②—1「私法型間接適用説」と②—2「憲法型間接適用説」に細分することにより、このような一般的的理解に一石を投じた。<sup>(14)</sup>

それによれば、私法型間接適用説とは、自然権の承認による等、何らかの基礎に基づき、裁判官による一般条項解釈を通じ、「私法が前提としている自由・平等」の私人相互間における実現を要請する見解である。また、憲法型間接適用説とは、基本権に「価値としての側面」を承認し、「私法が前提とする自由・平等」ではなく、「基本権価値としての自由・平等」の私人間における実現を要請する見解を指す。保護義務論的構成は、後者の類型に属する。

松原の論述において興味深いのは、①の無効力説と②—1の私法型間接適用説が基本的には同根の主張であるとされ、また、従来は典型的な間接適用説であるとみなされてきた芦部説が、私法型間接適用説に分類されていることである。そして、高橋説についても、松原はこの類型に属するとしている。<sup>(15)</sup>

(b) この分類は、重要なポイントをついていると思われる。そのような視点から「民法九〇条のような私法の

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」すべきだという三菱樹脂事件判決の説示を読み返すと、そこに憲法型間接適用説への決定という強い意図が込められているかどうかには疑問の余地がある。また、「民法九〇条の規定により無効であると解するのが相当である（憲法一四条一項、民法一条ノ二参照）」という日産自動車事件判決の説示は、憲法上の公序と民法上の公序が一致したといふ結果を示すのみであり、前者が後者の内容を規定しなければならないという論理的・規範的関係を示したわけではないと解することができよう。<sup>(46)</sup>

このように考えると、高橋説は、従来の判例・通説と根本から対立するものではなく、むしろ従来说の不確さを排して純化された見解であると位置づけることも可能となる。

(c) さて、このような高橋説は成り立つのであろうか。論理的に成り立つかどうかと問われれば、答えは「成り立つであろう」というほかない。およそ学説において長い間通説とされてきた見解というものは、繰り返し推敲を受けているはずであり、一〇〇年前の通説であれ、五〇年前の通説であれ、論理的に破綻しているといふことはめったにないのである。それは、高橋が依拠する近代憲法の論理（あるいはフランス法の論理）にも当てはまろう。もちろん、各國における現実の近代憲法がこの理念に忠実であったのかを問うことはできようし、日本国憲法が近代憲法の論理に忠実に従っているのかどうかも、論証を要することである。また、たとえ日本国憲法が近代憲法の嫡出子であるとしても、それが、近代憲法の論理を超えた一切の解釈を排除するという強い意味を当然に含意するのかどうかは別の問題である。

とはいえ、高橋説に破綻がないとしても、それは成り立ちうる唯一の見解というわけではなく、成り立ちうる諸見解のうちの一つにすぎないと思われる。

そのため、次に、「巧みな説明に見えるが、しかし、いくつかの疑問」があるとする、保護義務論批判の部分<sup>(47)</sup>

に目を転じることにしたい。

まず、保護義務および保護義務論的構成に対する批判の要点を抜書きしたい。

#### 四 保護義務批判

##### 1 内 容

——基本権の対国家性を前提にする限り、私人Yにより侵害される私人Xの基本権とは何かが問題になる。また、基本権という表現を避けて「基本権的法益」と呼ぶ場合、今度は「基本権的法益」の素性が問題になる。高橋によれば、これが「憲法上の法益でないことだけは確かである。では法律レベルの法益なのか。法律レベルのものとすれば、なぜ国家が憲法上の保護義務を負うのか。この法益を自然権的なものと捉えれば……誰に対しても主張しうるし、また、国家が保護義務を負うのも当然である。しかし、国家の保護義務論が自然権思想の論理を基礎としているかどうかは、今のところ明らかではない。<sup>(18)</sup>」——以下、批判①として引用。

——派生して、次のような問題が生ずる。山本敬三は「日本国憲法のもとでは、私人間における権利の保護もまさに憲法の要請するところであり、これを……基本権の効力にふくめる理由がある」としているが、これでは直接適用説と違いがないのではないか。であれば、直接適用の方が議論としてすつきりしている。<sup>(19)</sup>——以下、批判②として引用。

——直接適用説との異同という問題に対しても、「主観的権利としてではなく、基本権規定の『客観的要素』として」憲法は私人間に基本権を保障しており、この点が直接適用説と異なるのだ、という応答が予想されるが、

これは、「同一の条文に異なる『機能』を果たさせるというよりは、異なる『意味』を担わせているもののように思われる」。<sup>(50)</sup>——以下、批判③として引用。

——「基本権を『国家からの自由』に限定するのであれば、それは突きつめると、国家不要論に行き着くはずである」(山本敬三)という批判は失当である。必要があつて国家を設立せざるを得ないからこそ「国家からの自由」も同時に要請されるわけであり、「憲法上の人権を『国家からの自由』に限定するなら国家不要論となる」というのは、いわば逆立ちした議論である。<sup>(51)</sup>——以下、批判④として引用。

——保護義務を負う「国家」とは、具体的に誰なのか。「司法権が中心的に考えられていることには疑いない」が、「国家の保護義務から直ちに司法権による保護を導出するのは、相当の飛躍」である。「憲法が、『基本権的法益』の保護を法律により行うと規定しているならば、それも保護義務の果たし方としては十分可能なのであり、裁判所が法律の不存在や欠缺を理由に『基本権的法益』侵害の救済を否定したからといって、保護義務違反ということにはならない」。憲法は、「国家が引き受ける保護義務をどのように遂行するかを定めているのであり」、「保護義務違反を言うためには、まず国家の保護義務を司法権も独自に負うのだと」ということ、憲法がそれを要求しているということを、前提とするのではなくて、論証する必要がある。<sup>(52)</sup>——以下、批判⑤として引用。

——保護義務論的構成には、「責任の転嫁」という問題がある。つまり、YによるXの人格権侵害を考えた場合、『XのYに対する請求は法的根拠を欠くから棄却する』→『Xは国家に対して、保護義務を果たさなかつたことの国賠責任を追求する』というのが筋であり、保護義務を根拠にXの請求を認容するのは、何の法的責任もないYへの責任転嫁である。また、契約による基本権侵害を考えた場合、XはYに対して憲法上の職業選択の自由を援用して公序良俗違反という自己の主張を根拠づけることはできない。それでも裁判所が保護義務違反を免れるためにXの請求を認容するならば、その結果、無垢のYが国家の責任逃れの犠牲者となり、被害を受けるこ

となる。——以下、批判⑥として引用。

——保護義務論的構成をとれば、裁判所は第三者としてではなく、当事者として紛争に登場する。その当事者が自己の紛争を裁定するというのは、裁判の根本原則、ひいては法の支配の原理に違反する。<sup>(54)</sup>——以下、批判⑦として引用。

——近代的な人権観念が十分に定着していない日本で「超近代的な『現代的』人権観念を持ち込むことは、論者の意図に反して、近代的観念の不十分さを補完するのではなく、伝統的観念を補強することになりかねない」。<sup>(55)</sup>——以下、批判⑧として引用。

## 2 山本敬三の保護義務論的構成

### (1) 山本説の特徴

高橋が保護義務論的構成に対し加えた批判は、保護義務論一般に対して向けられたもののほかに、保護義務についての特定の理解、あるいは保護義務論と結びつきうる特定の主張をあて先としたものがあるよう見受けられる。保護義務論は、その基礎づけについても内容・帰結についても一枚岩ではない。基本権の古典的作用である防御権についてさえ種々の理解がありうることからすれば、新しい作用である保護義務について種々の理解があるのは自然であろう。高橋が繰り返し引用している山本敬三の議論には、保護義務の基礎づけや防御権・保護義務の調整について、当然のことながら、私見とは異なる主張が含まれている。山本は、主にカナーリスとアレクシーに依拠して議論を組み立てているが、山本説の特徴として指摘できるのは、次の点であろう。<sup>(56)</sup>

①まず、山本説は、基本権それ自体に防御権および保護義務という二重の内実を認め、保護義務についても客観的価値決定への迂回を前提としていない。②第一に、山本説は、私法上の権利・利益と憲法上の権利・利益の

間に量的・質的な差異があるとは考えていないようと思われる。③第三に、山本説が採る権利間衡量モデルは、立法者や民事裁判所などのそのつどの機関に、狭い判断余地しか残さないという傾向を持つ。

だが、このモデルでは、特徴①とかかわって、高橋がこだわるところの『なぜ対国家的防衛権が対私人の権利へと変異するのか』という疑問が相変わらず残ることになろう。また、特徴②③にかかわって、民法問題の多くが基本権問題として構成され、基本権解釈によつて決定されてしまうのだろうか、という素朴な疑問を呼び起すことになろう。つまり、少なくとも不法行為に関する限り、私人間の権利・利益の衝突のすべてが民事裁判所に対する防衛権と保護義務の問題として再構成され、基本権相互の衡量として解決されうるのではないか、という疑問である。

## (2) 保護義務の基礎づけ

(a) 特徴①については、山本が基本権保護義務を国家論的に基礎づけていることも関係しよう。まず、山本は、客観的価値決定による基礎づけに対し、次の二つの問題を指摘する。<sup>59)</sup> ①基本権保護義務を認めれば、組織・手続の整備や給付権など、基本権の客観法的側面に含まれるものすべてを認めることになるという誤解を招きやすくなる。②基本権の客観法的側面によつて基本権保護義務を基礎づけることは、単なる論点の先取りにすぎない。基本権の客観法ないし原理としての側面は、自明であるかのように前提とされ、論証されないことが多い。こうして山本は、「むしろ、国家が基本権保護義務を負うことは、国家の存立目的から基礎づけられるべきだらう」とする。<sup>60)</sup>

(b) 国家論から基礎づける限り、基本権そのものか、客観的価値決定かという次元の区別への関心が二次的となるのも、理解できることではない。国家論的基礎づけ自体はドイツにおいても有力な見解であり、ここで論評することは控えるが、山本による保護義務の国家論的基礎づけが説得的かどうかは疑わしい。山本は、「基本

権を『国家からの自由』に限定するのであれば、それは笑きつめると、国家不要論に行き着くはずである。……国家に存立意義を認めるのであれば、少なくとも個人の基本権を他人による侵害から保護することは、国家の最低限の任務に属するというべき』であるとする。<sup>(62)</sup>しかし、この基礎づけについては、高橋の批判④が妥当しよう。これとは別に、仮に保護義務を国家論の文脈で理解・構成する場合であっても、両次元の区別は不要とはならないはずである。第三者によつて侵犯され、また、国家が保護しうるのは、防護権としての「○○の自由」ではない。<sup>(63)</sup>また、被害者Xが国家に対し保護請求権を持つとしても、加害者YがXの保護請求権を侵害するということもありえないためである。

もつとも、山本自身、最近の論文においても「基本権の価値」という言葉は用いており、「『私法規定を解釈し適用する際に、基本権の価値を考慮しなければならない』のは、国家が憲法上基本権保護義務を負い、立法・裁判を通じてそれを実現しなければならないからだ」と述べている。<sup>(64)</sup>そうであれば、山本説においても防護権とは異なる何らかの内実を基本権から読み取る必要がある。つまり、基本権が防護権と同時に「基本権の価値」を保障していることは、山本説においても論証を要することである。その論証は、基本権論による保護義務基礎づけの場合の論証と、結局は同じだけの困難を免れるものではないであろう。

### (3) 憲法問題と民法問題

(a) 上述の特徴③の背後には、アレクシの原理間衡量モデルがある。<sup>(65)</sup>アレクシは、基本権を「原理」と性格づける。<sup>(66)</sup>原理は、確定的命令を属性とするルールとは異なり、最適化命令(Optimierungsgebot)という性格を持つ。「原理は、あるものが実際的・法的な可能性の範囲内で最大限に実現されるべき」とを命じる規範である。このことは、原理がさまざまの程度で充足されうること、また、充足されるべき程度が、実際的可能性に加えて法的可能性に依存していることを意味している」。二つの原理が衝突した場合、両原理は、比例原則による

調整を通じて最大限の実現が図られる。このような原理間衡量モデルは、当然のことながら、採りうる結論を狭い範囲に縮減する。

このような縮減は、防御権については理解しうることであろう。しかし、保護義務についてまで、《①複数の手段が保護義務の実現に奉仕するのであれば、保護義務をもつとも良く実現する手段が選択されなければならず、②他の手段が同じ程度に保護義務を実現でき、しかも他の原理を制約する程度が低いならば、その手段こそが確定的に要請される》という観点から審査すべきなのだろうか。<sup>(69)</sup> 保護義務については、《国家が全体として実効的な保護措置を採つたかどうか》だけを審査すべきではなかろうか。<sup>(70)</sup> ここでアレクシーは、基本権という実体的原理のほかに、民主的立法者の決定権という「形式的原理」を持ち出すことにより、原理間衡量のもたらしうる峻厳な帰結を回避しようとする。<sup>(71)</sup> つまり、アレクシーの原理間衡量は、相互に衝突する基本権という実体的原理間の衡量では終わらず、形式的原理との衡量をも要求する。しかし、これによつて、原理Ⅱ最適化命令としての基本権という命題自体が、他の原理との衡量が可能であり、他の原理との衡量を必要とする一原理になつてしまふという問題が生じる。<sup>(72)</sup>

(b) この特徴③に特徴②が加わるとすれば、少なくとも不法行為については、およそあらゆる私人間の紛争を基本権問題へと再構成することが、理論的には不可能ではなくなる。

この特徴②も、憲法学説にその基礎を求めることができる。戸波江二の一般的自由説がそれである。周知のように戸波は、人格的利益説を批判して、およそあらゆる自己決定に憲法一二三條による一応の保障を与え、それを規制する国家に、規制の必要性・合理性の説明を要求する。<sup>(73)</sup> もちろん、ここまでとはとくに問題というわけではない。一般的自由説は、ドイツにおいては確立した判例・通説であるし、わが国にも多くの支持者がいる。<sup>(74)</sup> ところが、戸波説は、それに加えて国家との関係で成立する一般的自由による保障を私人間の関係にも転用できる――

つまり、私人間効力を持つ——と解している。<sup>(76)</sup>しかし、一般的自由説をとる場合でも、『およそ国家が個人の自由を制約する場合には適切な理由がなければならない』、あるいは『およそ国家の活動は比例原則、平等原則を遵守して行われなければならない』<sup>(77)</sup>という客観憲法上の要請の反射として一般的自由を觀念する者にとつては、一般的自由の私人間効力は、自明なことではない。

#### (4) 小括

以上のところから生ずる山本説に対する疑問は、①およそあらゆる私人間の紛争を保護義務および防衛権の問題として再構成することはできないのではないか、②再構成が可能な場合においても、保護義務・防衛権間の衝量という憲法論によつて常に結論を得られるわけではないのではないか、③むしろ直接適用説の再構成として保護義務論的構成を行つてゐるのではないか、というものである。

換言すれば、戸波説を前提としない限り、私人間における権利・利益の侵害の中には、憲法とは実質的にもかかわりのないものが少なからず含まれるのではないか。国家のXに対する保護義務は、自立的に存在するのではなく、XY間で基本権法益にかかる侵犯があると確認されてはじめて成立すると考えるべきであろう。また、保護義務・防衛権が登場する場合でも、過少保護禁止および過剰侵害禁止は採りうる結論の枠を設定するだけであり、その中から特定の結論を獲得するのは、民法固有の作法に従つた民法解釈にゆだねられたことではないのか。

山本説が直接適用説に親和的であるとの印象は、「個人Xの基本権が他人Yから侵害されているときには、国家はXの基本権をYによる侵害から保護しなければならない」<sup>(78)</sup>との定義や、司法権も国家権力であるがゆえに直ちに基本権の拘束を受けるとの理解<sup>(79)</sup>、さらに、上述のよう憲法上の権利・利益と私法上の権利・利益との間に質的にも量的にも区別を見出していないところから生ずるものである。最後の点についてのみ補足すれば<sup>(80)</sup>、確かに

にプライバシーや名誉などの新しい人権については、その人権の最初の生成段階から複合的性格が承認され、あるいは生成過程で複合的性格が付与されてきた。また、一般に、憲法と民法とで名誉や古典的プライバシーの範囲が自動的に私法上の人格権の保障範囲になるというのも違うし、私法上の人格権を憲法がそのまま承認すべきだというのも違う。もちろん、範囲の一致は偶然ではない。名誉権について民法学が刑法学を参照し、憲法学が刑・民法学を参照するのは自然なことである。そして、特段の支障がない限り、他の分野において確立した定義を参照して自分野の概念の定義づけを行うのも自然なことであろう。<sup>(1)</sup> また、権利の複合的性格という前者の問題についても、新しい人権については①防御権、②背後にある客観的価値決定、③保護義務なし作為請求権としての作用が、同時かつ平行して確立したと見ることができる。当初から複合的性格を持つ人権についても、論理的には、三種の次元の区別が可能であり、必要であると思われる。

なお、保護義務論的構成と直接適用説は、論理的には両立しないものではない（要は、保護義務の理解いかんである）。また、直接適用説型の保護義務論的構成であっても、構造の明確化に資するところはある。ただし、構造は明確化されても実体における問題点は解消されないため、かつて間接適用説によって加えられた批判をそのまま背負い込むのではないかという疑問が残る。

### 3 もう一つの保護義務論的構成

したがって、山本の議論を前提とする限り、高橋の批判には同意できる部分も多い。具体的には、上述の批判②の前半、批判④、批判⑤である。しかし、山本説はむしろ独自性の強い見解であり、これとは別の保護義務論的構成があることも明らかであろう。

そこで、もう一つの保護義務論的構成を見ることによって、批判①に答え、批判⑤について若干の補足をすることにしたい。

### (1) 保護義務の根拠

まず、保護義務は基本権から直接ではなく、客観的原則規範としての側面から導かれる。

(a) 基本権の第一の内実は、国家に対抗する防御権である。防御権は、物権のアナロジーで説明されることがあるが、あらゆる方向からの侵害に対抗するものではなく、隣人の侵害に対する排除請求を含むものではない。保護義務（あるいは何らかの私人間効力）は、したがって、防御権から基礎づけうるものではない。

ここでドイツの判例・学説が持ち出すのが、価値決定、客観的原則規範などと呼ばれる基本権の側面である。この側面は、確かに分かりにくい。それは、ドイツ人自身も認めていることであり、ヤラスは、次のような感想を述べている。いくつかの国家においてはドイツの議論のような基本権理解が承認されているが、「他の国では、たとえ活氣ある基本権文化を誇る国でも、このコンセプトを紹介し、理解してもらうのは非常に困難である」。<sup>(82)</sup>

この基本権の第二の側面は、まず用語面でも混乱していた。アレクシによれば、リュート判決だけでも「客観的価値秩序」、「価値体系」、「憲法上の基本決定」、「客観規範としての基本権」、「指針」および「衝撃」などの表現が用いられている。他の判例にまで広げれば、「価値決定的原則規範」、「客観法的価値決定」、「構成原理」、「基本原理」、「指導規範」、「基準となる規範」、「要請 (Postula)」などの表現がある。おそらく、基本権の第二の側面は、呼び方が不統一なだけではなく、内容の理解についても混乱があつたと思われる。例えば、リュート判決を素直に読めば、同判決は個々の基本権ではなく、基本権の章条それ自体の価値決定を語っていると理解できよう。一方、その後の判例の展開を見れば、個々の基本権が価値決定なしし客観的原則規範としての性格を持つものとされている。<sup>(84)</sup>

(b) この第一の側面をどのように理解すべきかについては、他の箇所で述べたことがあるため、本稿では深入りを控える。「基本権的法益」が「憲法上の法益でないことだけは確かにある」とする批判①に直接にかかる部分だけを述べれば、基本権法益 (grundrechtliche Rechtsgüter) 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と同義語として私は理解している。この側面は、防衛権であつたはずの基本権が、何の断りもなしに突然変異したものではない。また、「基本権の二重の性格」という表現が想起させるような、防衛権と並んで基本権に最初から備わっているもの、というわけでもない。これは、防衛権と並列的というよりは、防衛権としての基本権に抽象化を施すことによって獲得されたものである。例えば、防衛権としての人格権は、『X』が国家に対し侵害不作為を請求する権利<sup>(85)</sup>と記述することができる。ここで言う抽象化は、「X」、「国家に対して」、「侵害不作為」という三点について行われる。つまり、防衛権としての人格権から、『人格権は要請される』という命題を獲得するわけである。この命題は、防衛権の頸木から逃れ、全方位性を獲得するとともに、国家に対する不作為請求だけでなく、作為請求あるいは国家の作為義務へと具体化しうる。

(c) このような説明に対しても、技巧的にすぎないかとの批判が予想される。確かに技巧的である。これを公法私法二元論の囚われと見るか、近代憲法の論理に忠実であつたことの証しと見るかは別として、ドイツ基本権論が、基本権の対国家性という問題を真摯に受け止めていたことは確かであろう。要は、憲法上の人権を国家が直接に関与する法関係に限定する論者にとっては、このような技巧は論外である。<sup>(86)</sup> 一方、基本権による救済の対象を拡張しようとする論者は、技巧を承知で、防衛権から客観的原則規範を抽出するのである。

## (2) 保護義務論と直接適用説

以上のことからわかるように、保護義務論的構成と直接適用説は、基本権規定から防衛権以外の何物かを読み取るという点で、前提を共有している。旧稿からの抜粋をお許しいただきたい。<sup>(91)</sup>

直接適用説を間接適用説が批判したのは、第一に民事法関係へと基本権が作用する「方法」についてであり、直接適用説の基本権理解については、むしろ一定の評価を与えていた。シュテルンは、まさに直接適用説が国家からの自由のためを念頭においた従前の一元的基本権理解を打破することにより、「間接的第三者効力論に初めて道を開いた」と評している。直接適用説と（少なくともドイツの）間接適用説とは、民事法への基本権の作用をそもそも肯定する憲法理論上の根拠に関しては、通底した部分を認めることがある。

ただし、このことをもって、直接適用説と間接適用説（および保護義務論的構成）との差異が過小評価されではならない。直接効力説に対して、①市民社会の基本原則たる私的自治が広く害される恐れがあり、②人権の本質的指標である「国家からの自由」が見失われる恐れのある等の問題が指摘されてきたのは、理由のないことではない。<sup>(92)</sup>確かに、直接適用説と間接適用説の区別の実益については、①私人XYともに基本権を享有しているため直接適用説においても基本権が相互に打ち消しあうこと、②直接適用説も適切な私法規定が存在する場合にはそれを用いること、などの理由から、実益に乏しいとする見解もある。<sup>(93)</sup>しかし、直接適用説は、基本権の名宛人を私人に拡張する点で基本権理解の転換の程度がきわめて大きい。また、直接適用説では、私人間の紛争が基本的には基本権相互の衡量・調整によって解決されてしまい、関連する私法上の規定があつてもなくとも、同じ結論となることが暗黙の前提になつてているのではないかと思われる。これでは、立法の意義はきわめて低いものとなつてしまおう。

### (3) 立法権と保護義務

基本権保護義務は、立法者を基本権執行機関に位置づけるものではない。また、保護義務論的構成は、あらゆる私法上の権利・利益を憲法上の権利に翻訳し、あるいはその逆を行つものではない。

(a) 基本権保護義務の名宛人は、すべての国家権力である。基本法一条三項により、保護義務は、国の三権の

すべてを拘束する。しかし、その義務づけの趣旨は、三権ごとに異なる。立法、行政、裁判の各権は、憲法上配分されたそれぞれの固有の機能に応じて、また、その範囲でのみ、基本権保護の実現を課せられる。<sup>(94)</sup>

基本権保護義務の第一の名宛人は、立法者である。<sup>(95)</sup> 憲法は、国に対しても実効的な保護を命じるのみであり、その手段は、立法によってはじめて具体化される。憲法が設定した国家目標をどのようなプロセスで実現すべきかは、基本法の初期に、社会国家と法治国家の関係をめぐり議論された、決着ずみの問題である。基本権保護義務についても、そのプロセスは変わるものではない。加えて、基本権保護の実現は、加害者の権利・自由の制限を伴う。基本権保護は、その侵害的側面ゆえにも、法律を必要とする。

同じことは、私法についても当てはまる。高橋の批判とは逆に、基本権保護義務論は、立法の第一次的責務を重視し、これが解釈・適用の余地を残す場合に、裁判官による保護義務履行を要請する。間接適用説と直接適用説の論争においては、「具体的立法をまたずに、予測しえない範囲の義務が裁判官の口を通じて、憲法から直接引き出されることの危険」（阿部照哉）<sup>(96)</sup> が指摘されてきた。田口精一もまた、「議会による法律の制定が必要の第一条件」であり、法律の制定を待たずに憲法を直接に適用・執行するのは、憲法の立憲主義・法治主義の原則に違反する、と指摘していた。<sup>(97)</sup> 私が想定する保護義務論的構成は、この点において間接適用説の基本認識を修正するものではない。<sup>(98)</sup>

(b) 立法者が負う保護義務は、単なる政治的責務ではなく、憲法上の義務である。そのため、保護義務は、立法者に対しても保護の必要的下限を満たした法律を制定し、これを維持し、事情の変化等の場合にその修正を命じる。<sup>(99)</sup> しかし、この場合にも立法者は、単なる基本権の執行者へと転落するのではない。連邦憲法裁判所の第一次墮胎判決は、「国が……実効的な保護の義務をいかにして履行すべきかについては、第一に立法者がこれを決定すべきである。立法者は、生命を実効的に保護するためにはいかなる措置が有効であり、また必要であるかに

ついて判断しなければならない」と説示している。また、別の判例では、より詳細に次のように説示されている。  
明白性の統制への限定は「国の積極的保護義務・作為義務を、能動的立法措置によつていかに実現するかの問題が、通常、きわめて複雑な問題であるために要請される。事実関係、具体的目的設定とそれらのプライオリティ、考へうる手段・方法の適性についての評価によつて、さまざまな解決策が可能となる。決定には、しばしば妥協を要するが、権力分立原則と民主制原理からすれば、その責任は国民によつて直接に正当化された立法者にある。連邦憲法裁判所は、最高次の法益が問題となつてゐるのではない限り、原則として限られた範囲でこれを審査するにとどまる」。<sup>(10)</sup>

(c) このように、基本権保護義務を具体化する立法は、まさに創造的である。このような立法が介在する以上、基本権法益の衡量によつて私人間における権利・利益の衝突をすべて解決しようと考へるのは誤りである。また、裁判官は、その法律の解釈・適用に際して保護義務（および防御権）に拘束されるが、だからといって、彼が下すべき判決の結論が、基本権の衡量によつて一義的に決定されるわけではない。保護義務論的構成は、価値充填の上限および下限を設定することにより、振幅の余地を縮減する。しかし、余地は残るのである。保護義務論的構成が念頭におく間接適用とは、形式的にも実質的にも、民法に代えて憲法の解釈によつて事案を解決することではない。

#### 4 その他の批判について

最後に、その他の批判について、簡単に私見を述べておくことにしたい。

##### (1) 保護義務論的構成と「転嫁」

まず、高橋の批判には、無効力説を前提とした上でのみ成り立つものが含まれているように思われる。批判⑥、

すなわち、保護義務論的構成の「責任の転嫁」という指摘は、不法行為の場面でも、契約の場面でも、無効力説が前提にされている。確かに、法律上の規定がまったく存在しない世界で憲法上の理由から不意打ち判決が下るとなれば、敗者はたまたものではない。しかし、民法には、契約については民法九〇条という一般条項があり、不法行為については七〇九条が一般的加害禁止を宣言している。間接適用説を前提とすれば、判決理由中で憲法条文が参照され、その照射として当事者の一方が望まない民法の解釈・適用が行われるのは、むしろ当然であり、転嫁でもなんでもない。

それでも転嫁があるというのであれば、高橋説でも転嫁の問題は生じうる。XY間での競業避止契約を例にしよう。①法律中に、最長一〇年間・無補償の競業避止を認める規定があつた場合、②反対に、一切の競業避止契約を認めない旨の規定がある場合、基本権の内実を防護権に限定する見解に立っても、これらの規定の少なくともどちらか（あるいは両方）は違憲となるのであろう。①の規定の場合には、保護義務違反の立法という構成もありうるが、すなおに考えれば、Yの職業の自由を過度に制限する立法として、防護権違反として構成できよう。②の規定については、Yを一方的に保護する結果、Xに対して過度の制限を加えると構成することができる。①の場合には、法律上の規定を信頼して一〇年間の競業避止を期待したXにとって、また、②の場合には、いかなる場合にも競業避止義務またはこれに代わる債務を負わないとしたYにとって、予期せぬ判決が下ることになる。これらの場合、国は敗者側に対して一切の裁判費用を補填し、違憲判決の結果として生じた出捐のすべてを弁済しない限り、責任転嫁となるのであろうか。立法者がなまじ詳細な規定を作るとそれが違憲となつた場合に責任転嫁問題が生じ、一般条項への逃避を行えばそのような非難は生じないというのも理解に苦しむ。

- (a) (2) 司法権が「保護義務を負う」ことの意味
- 司法権が保護義務を負うことは自明ではなく論証を要することである、という批判⑤については、批判の

趣旨を正確に理解できているか、自信がない。おそらくこれは、『およそ司法権が基本権に拘束されることはない』という意味ではなかろう（さもなければ、基本法一条三項は違憲の憲法条文ということになる）。『基本権は、裁判所が裁断するがゆえに当然に妥当するのではない』という趣旨であろうか。そうであれば、この点は、保護義務論的構成をとる論者の間でも理解が分かれるところであるが、私は以下のようなシユテルンの見解が基本的に妥当であると考えている。<sup>(四)</sup>

シユテルンは、民事裁判権の場合、「基本法一条三項による基本権への拘束は、裁判が高権行為であり、それ自体として基本権に拘束された国家活動であるという理由から生じるのではない」とする。つまり、裁判官は判決を下し公権力を行使するがゆえに基本権に拘束されるのではなく、「判決を下す際に基準となる規範が基本権に対する配慮を要求する限りにおいて」基本権に拘束される。民事の立法者と異なり、民事裁判所は、基本権の名宛人ではない私人相互間の法的関係に対する基本権の作用如何という、私人間効力の固有の問題に直面する。この点で民事裁判権は、行政裁判権とも異なる。行政裁判権は、基本権が執行権に対し行為規範として妥当するがゆえに基本権に直接に拘束されるためである。

つまり、民事裁判権に対する基本権拘束は、個々の事例ごとに判断される。「裁判官は、憲法の要請として、個別事例における民事法規定の適用によって基本権が影響を受けるか否かを審査しなければならない。もし影響を受ける場合には、裁判官はその規定を基本権の光の中で解釈し、適用しなければならない」という連邦憲法裁判所の上述の説示も、このような趣旨で理解されよう。保護義務がかかわりを持つのも、その限りにおいてである。

このように考えれば、『裁判所は第三者としてではなく、当事者として紛争にかかることになり、その当事者が自己の紛争を裁定するというのは裁判の根本原則に違反する』、という批判<sup>(7)</sup>に対しても、『はじめに保護義

務ありき》ではない、と答えることができよう。

(b) あるいは、批判⑤の力点は「国家の保護義務を司法権も独自に負う」ことにあるのであろうか。「独自に」が「法律とは無関係に」という意味であれば、そもそも私見においても、司法権はそのような義務を負わない。一方、「立法者と同じ内容の保護義務を司法権も」という意味であれば、司法権は立法者と違う形で保護義務を負う、としか答えようがない。憲法は、裁判官の法律への拘束を命じている（明文の規定として基本法二二〇条三項、九七条一項）。このため、立法者が保護義務を立法という形式で直接に実現するのとは異なり、民事裁判官は、まず法律に拘束され、法律の基本権適合的解釈という形でこれを実現する。この法律による媒介を看過するならば、私見においても、裁判官の法律への拘束を無視したことになり、法治主義の前提とする権力分立に反することになる。<sup>(14)</sup>

### (3) 「現代的」人権観念

(a) 批判③では、「主観的権利としてではなく、基本権規定の『客観的要素』として」私人間に基本権を保障するのは、「同一の条文に異なる『機能』を果たさせるというよりは、異なる『意味』を担わせているもののように思われる」と述べられている。この批判は、漠としているが、本質にかかる問題の提起を含んでいるのであろう。はつきりとは分からぬが、おそらくこれは、保護義務論が単なる機能の追加ではなく、基本権理解そのものの転換を伴っていることを指摘し、そのことを前提に、批判⑧——近代的人権観念が十分に定着していな日本で「超近代的な『現代的』人権観念を持ち込むことは、論者の意図に反して、近代的観念の不十分さを補完するのではなく、伝統的観念を補強することになりかねない」——が述べられているのであろう。

このような指摘は、新しいものではない。芦部は、制度的基本権理論に対しても「新しい理論では、権力からの自由という伝統的な人権の思想が後退し、基本権を実効的に保障するための制度……を国は立法によって具体化

し、自由の内容を形成する義務があること、あるいは、国民はそれを国に対して要求する権利……があることが強調される」と指摘し<sup>(15)</sup>、保護義務論に対しても、「防御権としての人権論を原則ないし基本におかないと、日本の伝統と戦後の憲法状況の下では、人権に不当な国家権力の介入を招くおそれが大きくなる」なり、「とくに日本の憲法政治や裁判実務との関連では疑問が持たれる」との批判を加えている<sup>(16)</sup>。異なるのは、高橋においては近代的・人権観への回帰が徹底して要請されている点である。つまり、「防御権としての人権論を原則ないし基本に」おぐだけでは足らず、防御権としての人権論への限定こそが求められることになろう。

(b) 重要な指摘であるが、この批判⑧に答えるのが難しいこともわかるう。

まず、「現代的」人権観念という言葉 자체が、「国家による自由」などと同じく、むしろ感覚に訴えるものである。とくに、高橋説にあつては、近代か現代か、という二項対立で問題が提起されるため、高橋説は種々の現代人権論の間に質的な差異を見出す視点を持たない。一方、私見は、基本権の二重の性格論や、私人間効力を肯定する論法には種々のものがあり、それらを一括りに論じるべきではなく、伝統的人権観念に対する変容のあり方を具体的に考察すべきだと考える。上述のように、直接適用説だけではなく、間接適用説もまた、対国家的・防御権という観念の修正を前提としている。高橋は、「背景の異なる議論を日本に持ち込むことにより、日本における議論の前提（憲法観・人権観）が知らないうちに変更されることへの警告」を言うが、人権観の「変更」はともかく「修正」は秘密でもなんでもない。私見に限らず、近年の私人間効力肯定論の多くは、修正が不可避であることを認めたうえで、修正の中身を問題としてきたのではなかろうか。

話をドイツに戻すと、基本権の（二重の）性格論は、ワイマール憲法の時代から「基本権理解の変遷」や「意味変化」といった言葉と結びついて議論されてきた経緯がある<sup>(17)</sup>。また、客観的原則規範をもつて「意味」の変化というのであれば、確かに保護義務という機能の追加は意味の変化を前提としている。しかし、機能の追加をも

たらしいうる意味変化には、濃淡がある。大まかに言えば、比較的最近のドイツ基本権論は、——ヘーベルレの制度的基本権理論とは自覚的に距離を置きつつ——基本権の対国家性・第一次的内実としての防衛権という大枠を維持した上で、基本権の作用の多元性に道を開くことに努めてきた。<sup>(10)</sup>もちろん、その軌跡が最初から無理な企て、あるいは単に「意味」変化を覆い隠す作業であったのかどうかについては、異なる評価があり得よう。ドイツにおいても、伝統的な基本権理解に立ち戻るべきだという議論はある。<sup>(11)</sup>また、わが国のドイツ憲法研究者の間でも、「近代人権」が確立する前に「現代人権」を持ち込むこと、あるいは国家と社会の分離を経験していない国での相対化を説くことに対する、適切な疑問が提起されている。<sup>(12)</sup>しかし、(ドイツで言えばリュート判決とエルフエス判決の前の時代に戻ることではなく)これらの見解との対話を通じて、あるべき「現代」人権觀を模索することが重要なのではなかろうか。

## 五 むすびにかえて

私は、私人間効力として議論されてきた問題に対する解答としては、①国家に対抗する防衛権という人権觀を堅持した無効力説、②それらの根本的な転換を伴う直接適用説、③保護義務に結びついた照射効、のいずれも論理的な破綻なしに成り立ちうると考えている。九〇年代はじめに保護義務論的再構成を提唱したとき、私の主たる関心は、間接適用説をとる限り保護義務論を前提とせざるを得ない——あるいは、保護義務から説き起こすことによって、間接適用という作用をわかりやすく説明できるのではないか、というものであった。高橋もまた、間接適用説に対する疑問を繰り返し明らかにしており、その限りでは私見と基本的な問題意識を共有しているのではないかと思われる。また、高橋説と私見との相違は、人権ないし基本権法益を超実定法的自然権と見るか、

実定憲法上の防御権から抽出されたものと考へるかであり、その後の論理の展開には、むしろ共通する部分も少くない（もちろん、出発点の相違から生ずる溝は埋め難いものであるが）。

繰り返しになるが、私は、憲法上の基本権法益からスタートすることにより、私法の立法や解釈・適用にも憲法のコントロールは及ぶと考へる。しかし、立法は基本権の執行ではない。また、私人間の紛争のすべてを保護義務の問題として再構成できるわけでもない。さらに、保護義務の問題として再構成できる（照射効または間接適用が肯定される）場合であつても、それは、形式的にのみ私法規定を用い、実質的には憲法の権利間衡量で解決するというわけではない（もちろん、憲法論から一義的な結論が定まる場合もある）。

民法がおよそ恣意的な法秩序であればともかく、民法典それ自体が正義を希求するものである限り、法律の真摯な解釈が憲法の価値判断と乖離することはまれであろう。また、憲法の価値判断に反する判決に対しても、多くの場合、憲法を援用せずとも、「これは法律の正しい解釈ではない」という批判を加えることができよう。しかしながら、憲法と民法において公序が常に合致するとは限らず、あるいは、公序が合致する場合でも裁判官が民法の公序を読み誤り、その結果、憲法上の公序にも違背する場合がありうるとすれば、憲法から民法への照射という道具立てを用意しておく必要があるというのが私の考へである。

私自身はそのような構成をとらないが——わが国において企業からの自由という主張・構成がある。それは、それなりの社会的背景があるからであろう。<sup>(13)</sup> そのような社会的背景の下で、被害者に対して自立的で自律的な法体系である私法および民事裁判の将来への期待を説き、そのための犠牲の甘受を説得することが憲法および憲法学の任務なのであろうか。ドイツでは、相変わらず民事裁判所の判決に対して多数の憲法異議が申し立てられ、そのうちの何件かは異議に理由ありとされている。ともすると、このような民事裁判所判決が連邦憲法裁判所によって破棄された事例に目が向きがちであるが、実際には、その何倍もの憲法異議が棄却または却下されている。

そして、民事裁判所の段階で確定した訴訟は、その何倍もあると思われる。民事裁判所は、民事法の専門裁判所であるがゆえに事例を適切に解決した場合が多かろうが、基本権の顧慮が義務づけられ、これを怠れば違憲として判決を破棄される可能性があり、したがって、憲法に敏感にならざるを得ないことからも、適切な事例の処理をもたらした場合が少くないのではないか。基本権保護義務論的構成（あるいは、それに限らず基本権の私人間適用を肯定する見解）は、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。<sup>(14)</sup>これを通じて間接的・一般的に、また、基本権の顧慮を怠つた判決を破棄することによって直接的・個別的に、私人間について妥当する私法の解釈・適用を制御することの意義は、なお大きいのではないだろうか。<sup>(15)</sup>

(1) ここでは、一九六三年公法学会（公法研究二六号）における芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」（同『現代人権論』「一九七四年」所収）、田口精一「私人相互の関係における人権の保障」（同『基本権の理論』「一九九七年」所収）、阿部照哉「私人間における基本権の効力」（同『基本的人権の法理』「一九七六年」所収）の各報告のみを挙げておく。なお、以下において引用は、それぞれの著者の単著から行う。

(2) 最大判昭四八・一二・一二民集二七卷一一号一五三六頁。なお、この判決をどう読むかについては、本文で後述のように議論の余地がある。

(3) 論争再燃のさきがけとなつたのが、一九八八年から九年に発表された棟居快行「私人間適用問題の複眼的考察」（同『人権論の新構成』（一九九二年）一頁以下である。

(4) 小山剛「基本権保護の法理」（一九九八年）二六頁、二二二頁以下（初出一九九〇・九二年）。

(5) 私人間効力をめぐる主な文献は、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』（ユリスト一二四五号（二〇〇三年）一三七頁以下、一三八頁脚注1に網羅的に挙げられている。その後の研究として、三並敏克『私人間における人権保障の理論』（二〇〇五年）、西村枝美『土壤なき憲法の私人間適用問題』（公法研究六六号（二〇〇四年）二六五頁以下、上村貞美『現代フランス人権論』（二〇〇五年）一頁以下、君塚正臣『法律行為と憲法の第三者効力論』——日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考

えていくべきか（1）関西大学法学論集五二巻四・五号二三八五頁以下（二〇〇三年）、同「不法行為における女児逸失利益と憲法の第三者効力論」——日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えていくべきか（2）横浜国立大学エコノミア五四巻一号九頁以下（二〇〇三年）、同「表現による不法行為と憲法の第三者効力論（1）（2・完）」——日本の憲法学は憲法の私人間効力をどのように考えていくべきか（3の1）（3の2）横浜国際経済法学一巻一号三九頁以下、一二巻二号四一頁以下（二〇〇三年）、松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法」阪大法学五三巻三・四号（二〇〇三年）八九一頁以下、木下智「私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間」神戸学院法学三四巻一号（二〇〇四年）八三頁以下、松原光宏「私人間における権利の保障」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法』（二〇〇五年）八二頁以下がある。

（6）本稿では、主として、高橋（前掲注5）ジユリスト一二四五号二三七頁以下、同「人権の私人間効力論」高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法の再検討』（二〇〇四年）一頁以下、同「現代人権論の基礎構造」ジユリスト一二八八号（二〇〇五年）一一〇頁を参照した。

（7）基本権の私人間効力に関する山本敬三の論考は、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』（二〇〇四年）三頁以下、四二頁脚注2において網羅的に挙げられている。本稿では、同論文のほか、同『公序良俗論の再構成』（二〇〇〇年）、同『現代社会におけるリベラリズムと私的自治——私法関係における憲法原理の衝突（1）（2）』京都大学法学論叢一三三巻四号一頁以下、五号一頁以下（一九九三年）、同『基本法としての民法』ジユリスト一二二六号（一九九八年）二六一頁、同『基本権の保護と私法の役割』公法研究六五号一〇〇頁（二〇〇三年）、同『不法行為法学の再検討と新たな展望——権利論の視点から』法学論叢一五四巻四・五・六号（二〇〇四年）二九二頁以下、を主に参照した。

（8）なお、三並（前掲注5）書には、私見に対する多くの重要な批判が含まれている。同書の指摘については、別に検討する機会を得たいが、ここでは、二点だけを指摘しておく。①まず、三並は、私人間効力は「人権（というより人権規定）の名宛人を国家のみならず私人にもというのが問題の核心であつたはず」であるのに、いつの間にか保護義務論のような理論までもが「人権の私人間効力説」として語られているのは不思議なことだと言う（同書一五二頁）。その上で三並は、私見のように「基本権保護義務論を私人間効力論の『再構成』として唱えていることには、

……大きな疑問があると言うほかない」とする(同書一六五頁)。しかし、私の理解では、間接適用という言葉は、比較的最近では私人が基本権の間接的な名宛人であるという意味ではなく、基本権の作用の仕方を指して用いられるのが一般的ではなかろうか。」のことに於て H. D. Jarass, Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 35 (41) を参照。

②第一に、三並の私見に対する批判には、芦部説や高橋説を援用する箇所がある。同書一九〇頁以下、二六八頁以下を参照。しかし、高橋説や芦部説のどりからも、三並説型の直接適用説を支持する材料は出でないと思われる。高橋による保護義務論のみを名宛人とした批判をさておけば、人権觀や国家の役割に関わる両者の批判(むしろこちらが根本的な批判である)は、むしろ三並にも向けられていると考えるべきであろう。

- (9) BVerfGE 39, 1 = ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』[第二版] (110011年) 六七頁(嶋崎健太郎)。
- (10) 工藤達朗『憲法の勉強』(一九九九年) 一頁以下。
- (11) E-W・ベッケンフェルデ(鈴木秀美訳)「基本法制定四十周年を経た基本権解釈の現在」ベッケンフェルデ(初宿正典編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』(一九九九年)三六二頁。
- (12) 例えば国家目標規定という形式が考えられる。詳しくは、小山剛『基本権の内容形成』(1100四年)二六二頁以下を参照。
- (13) 詳しくは、小山(前掲注4)一七〇頁以下、一九二頁以下を参照。なお、石村修「憲法改正論の主旨と人権」全憲法研究会編『憲法改正問題』(1100五年)一四頁(一八頁以下)は、国家目的と保護義務の安易な結合を戒める一方、「人権の体系から導く」保護義務についてはこれを肯定している。
- (14) 代表的な見解として、芦部(前掲注1)九頁は、「間接効力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」とする一方、同『宗教・人権・憲法学』(一九九九年)二二九頁以下では、「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いか」としている。

- (15) ,)のよるな再構成に対する三並 (前掲注5) 一七二頁、二六七頁以下の批判については、前注(8)を参照。
- (16) 「善良の風俗に反する方法で他人に故意に損害を与えた者は、その損害を賠償しなければならない」との規定。
- (17) BVerfGE 7, 198 =ドイツ憲法判例研究会編 (前掲注9) 一五七頁〔木村俊夫〕。
- (18) BVerfGE 84, 192 (194f.)
- (19) BVerfGE 81, 242 =ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』(一九九九年) 一四一頁〔押久保倫男〕。
- (20) BVerfGE 89, 214 =ニイツ憲法判例研究会編 (前掲注19) 三〇六頁〔國分典子〕。さらに、小山 (前掲注4) 一〇九頁を参照。
- (21) BVerfGE 103, 89 =古野豊秋「契約の自由とその限界」自治研究八〇巻五号 (1994年) 一四六頁。さらに、小山 (前掲注12) 一四八頁以下も参照。
- (22) 小山 (前掲注4) 二二三頁、山本 (前掲注7) 公法研究六五号一〇一頁を参照。
- (23) 芦部信喜「憲法〔第三版〕」(1991年) 一〇七頁。
- (24) 芦部信喜「憲法学II 人権総論」(一九九四年) 三一一頁。
- (25) 最大判昭四八・一二・一二民集二七巻二一号一五三六頁。
- (26) 最判昭五六・三・一四民集三五巻二号三〇〇頁。
- (27) 名古屋地判昭四五・八・二六判時六二三号九二頁。
- (28) 福岡地決昭三六・二・一五労働民集例一二巻二号六三頁。
- (29) C.-W. Canaris, JuS 1989, 161 (163).
- (30) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 1572.
- (31) G. Hermes, Grundrechtschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?, NJW 1990, 1764 は、「判例の積み重ねにもかかわらず、連邦憲法裁判所は、私法と基本権との関係について、堅固な構想をいまだ見いだしていないなかつた」と指摘する。
- (32) 小山 (前掲注12) 八九頁以下。

- (33) 以下につき、J・イーゼンゼー（小山剛訳）「契約自由と基本権」同（栗城壽夫ほか編訳）『保護義務としての基本権』（二〇〇三年）三三二二頁以下を参照。
- (34) 詳しくは、小山（前掲注12）一六〇頁以下を参照。
- (35) なお、山本は、自己拘束の限界として、「自己決定侵害がある場合」と「自己決定侵害がない場合」の二類型を区別している。山本（前掲注7）公法研究六五号一〇九頁以下、同（前掲注7）「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」一七頁以下など。侵害の存在および保護の必要を、前者は両当事者の力の不均衡、後者は契約内容から基礎づけるものである。実際には、一方的な契約内容と力の不均衡は、後者が前者の原因として同時に生じることが多いであろう。
- (36) 棟居快行「人権の私人効力（三菱樹脂事件）」法学教室増刊『憲法の基本判例（第二版）』（一九九六年）一四頁以下（一七頁）。
- (37) 高橋（前掲注6）ジュリスト一二八八号一一四頁。
- (38) 高橋（前掲注6）「人権の私人間効力論」四頁。
- (39) 高橋（前掲注6）「人権の私人間効力論」五頁。
- (40) 高橋（前掲注6）ジュリスト一二八八号一二六頁。
- (41) 高橋（前掲注6）ジュリスト一二八八号一二七頁。
- (42) 高橋（前掲注6）ジュリスト一二八八号一一七頁。
- (43) たとえば、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』（一九七七年）八六頁。
- (44) 松原（前掲注5）八六頁以下。
- (45) 松原（前掲注5）八八頁脚注22。
- (46) これら判決を無適用説と解するものとして、小嶋和司『憲法概観』（一九八七年）一五九頁以下がある。
- (47) 高橋（前掲注5）ジュリスト一二四五号一四三頁。
- (48) 高橋（前掲注5）ジュリスト一二四五号一四三頁。さらに、同（前掲注6）ジュリスト一二八八号一二三頁も參

照。

- (49) 高橋（前掲注6）ジュリスト一二八八号一二二頁脚注17。
- (50) 高橋（前掲注6）ジュリスト一二八八号一二二頁脚注17。
- (51) 高橋（前掲注6）ジュリスト一二八八号一二二頁脚注18。
- (52) 高橋（前掲注5）ジュリスト一二四五号一四三頁。
- (53) 高橋（前掲注6）ジュリスト一二八八号一二二頁以下。
- (54) 高橋（前掲注6）ジュリスト一二八八号一二二頁脚注22。
- (55) 高橋（前掲注6）ジュリスト一二八八号一二〇頁。
- (56) もちろん、彼らの議論をそのまま引き写しているという意味ではない。とくに「基本権支援義務」は、カナーリスにはない独自の拡張部分である。山本（前掲注7）ジュリスト一二二六号二六三頁以下を参照。
- (57) 以下では、前注(7)で挙げた文献のほか、本文で述べる特徴②、とくに戸波説との関連につき、山本教授が早稲田大学二一世紀COE「企業法制と法創造」において本年五月二日に行った報告「基本権の保護と不法行為法の役割」および質疑を参考している。活字になる以前のものを前提とすることはルール違反であるが、お許しを請いたい。
- (58) なお、公序良俗については、山本自身、「政策実現型公序良俗」と「基本権保護型公序良俗」を区別している（山本「前掲注7」『公序良俗論の再構成』六一頁以下）。
- (59) 山本（前掲注7）「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」一〇頁。
- (60) 山本（前掲注7）「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」一〇頁。
- (61) 小山（前掲注4）「一七五頁以下を参照。また、より詳しくは、鈴木隆「ドイツにおける保護義務の基礎——国家理論を援用する見解について」早稲田大学大学院法研論集七六号八五頁（一九九六年）、同「ドイツにおける国家任務としての保護——二つの見解の比較検討を通じて（1）（2）」早稲田大学大学院法研論集八一号一八五頁、八二号一六三頁（一九九七年）を参照。
- (62) 山本（前掲注7）「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」一〇頁。
- (63) ただし、他の法分野から見れば、わが国の憲法学が国家悪から議論を組み立て、国家が果たしている役割を正当

に評価していない、との印象があることも確かであろう。長尾龍一『憲法問題入門』(一九九七年)三七頁以下ほかを参照。

(64) これが認められるのは、XがYによる保護請求権の行使それ 자체を妨害した場合に限られよう。

(65) 山本(前掲注7)「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」八頁。

(66) 国家目的論を援用するだけでは、なぜ憲法上の基本権と国家目的が結びつくのか、という部分が抜け落ちることになる。また、山本が避けようとする「基本権法益」、「客観的原則規範」などの言葉と山本の言う「基本権の価値」とが、どのように異なるのかも不明である(おそらくは同じものであろう)。

(67) 山本(前掲注7)『公序良俗論の再構成』一二七頁脚注24ほか。

(68) 以下については、R・アレクシー(小山剛訳)「主観的権利及び客観法としての基本権」名城法学四三巻四号一七九頁以下、四四巻一号三二一頁以下(一九九四年)、小山(前掲注12)七四頁以下、二四〇頁以下を参照。なお、アレクシーに関しては、松原光宏「基本権の多元的理義をめぐって(一)～(四)」中央大学法学新報一〇三巻六号九五頁、七号七五頁、八号六一頁、九号四五頁(一九九七年)も参照。

(69) ドイツにおける、アレクシーを下敷きとしたこのようない主張については、小山(前掲注12)二四三頁以下を参照。

(70) ドイツの判例・通説の立場である。小山(前掲注12)二三八頁。

(71) 簡単には小山(前掲注12)二四四頁以下、詳しくは、宍戸常寿「憲法裁判権の動態」国家学会雑誌一一七巻二四号三三八頁以下(二〇〇四年)を参照。

(72) ドイツにおけるそのような指摘につき、小山(前掲注12)二四六頁以下を参照。

(73) 前注(57)で断つたように、この特徴②、ことに戸波説との結びつきは、山本教授の口頭報告に依拠している。

(74) 戸波江二「自己決定権の意義と射程」樋口陽一ほか編『現代立憲主義の展開 芦部信喜先生古稀祝賀 上』(一九九三年)三二五頁以下。

(75) 戸波(前掲注74)論文のほか、小山剛「一般的行為自由説をめぐる諸問題」『法と正義』編集委員会編『法と正義』(一九九三年)六七三頁以下、丸山敦裕「包括的基本権条項から導かれる権利の射程——一般的行為自由の保障とその外縁」阪大法学四八巻六号一五四一頁(一九九九年)、宮地基「人格の自由な発展の権利——その憲法裁判に

おける機能について』明治学院論叢六八五号四九頁（二〇〇二年）を参照。

- (76) 井上典之ほか編『憲法学説に聞く』（二〇〇四年）一七頁以下（戸波江二／小山剛）。
- (77) 松本和彦「基本権の『保護領域』」小山・駒村編（前掲注5）九四頁以下（一〇三頁）、櫻井智章「基本権論の思考構造（一）」京都大学法学論叢一五五巻三号一二六頁（二〇〇四年）。
- (78) 山本（前掲注7）「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」八頁。
- (79) 山本（前掲注7）公法研究六五号一〇八頁。
- (80) 司法権も国家権力であるがゆえに自動的に基本権の拘束を受けるか、という問題については、後注(102)および注に対応する本文を参照。
- (81) もちろん、これは、下位法による上位法の定義という逆転の問題とは別の話である。
- (82) *Janzss*, (前掲注8) S. 36. この記述では、アメリカが念頭に置かれている。
- (83) アレクシー（前掲注68）名城法学四三巻四号一八二頁。
- (84) この辺の議論については、ベッケンフェルデ（前掲注11）三四四頁以下を参照。
- (85) 小山（前掲注12）八九頁以下。
- (86) すでに松本（前掲注5）二八〇頁は、高橋のこの批判に対して、「基本権法益は基本権の法益であるから、実定憲法に定礎された法益である」と指摘している。この指摘に対して高橋は、「私の意図としては、保護義務論を日本に導入する場合の問題点を指摘したつもりであった。……私がいいたかったことは、背景の異なる議論を日本に持ち込むことにより、日本における議論の前提（憲法観・人権観）が知らないうちに変更されることへの警告である」と述べている。そうであれば、基本権法益に対する批判は、後に検討する批判⑧に吸収されることになろう。
- (87) 「基本権法益に対する国家の保護委託」という表現を用いるものとして、*Stevn*, (前掲注30) S. 931がある。
- (88) アレクシーの説明である。小山（前掲注12）七四頁以下、一四〇頁以下を参照。
- (89) 高橋（前掲注5）・ジュリスト一四五号一四二頁は、ドイツ公権論の特殊性を指摘する。
- (90) 小山「訳者あとがき」名城法学四四巻一号三三八頁以下を参照。
- (91) 小山（前掲注4）二二七頁。ただし、脚注を省略し、一部の表現を修正している。

- (92) 芦部 (前掲注 23) 一〇九頁以下、同 (前掲注 24) 二八七頁以下。
- (93) 芦部 (前掲注 25) 三一一頁以下。
- (94) R. Wahl/J. Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553 (559).
- (95) 小山 (前掲注 4) 五一頁以下。ドイツにおいて確立した考え方である。
- (96) 阿部 (前掲注 1) 八九頁。
- (97) 田口 (前掲注 1) 二九四頁。
- (98) 小山 (前掲注 4) では、まず私法の定立と保護義務を扱い (1111五頁以下)、次に私法の解釈・適用と保護義務を論じて (11111頁以下)。
- (99) J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 40; G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 263 ff.; Stern, (前掲注 30) S. 950, 1316 を参照。
- (100) BVerfGE 39, 1 (44).
- (101) BVerfGE 56, 54 (81) = ニイツ憲法判例研究会編 (前掲注 9) 七八頁 (松本和彦)。
- (102) 本文で述べる理解とは異なり、カナーリスは、従来の判例・通説を批判して、基本法一条三項に裁判権が明記されている以上、民事裁判権についても基本権が直接に拘束すると言う。裁判所は、判決において法律の解釈や継続形成を通じて規範を定立するが、そのような規範は、直接に基本権に照らして審査されねばならない。私法の特殊性を理由とした基本法一条三項の修正は、私法の立法についての場合と同じく、認めることができない。つまり、私法の立法と民事裁判とに、本質的な差異はないとする見解である。C.-W. Canaris, (前掲注 29) Jus 1989, 161 (161 f.) を参照。なお、推測であるが、おそらく山本敬三はこのように答えるのではないかと思われる。
- (103) K. Stern, (前掲注 30) S. 1486 ほか。詳しくは、小山 (前掲注 4) 二四八頁以下を参照。
- (104) 小山 (前掲注 4) 二四九頁。
- (105) 芦部 (前掲注 24) 八九頁。
- (106) 芦部 (前掲注 14) 『宗教・人権・憲法学』 1111〇頁。
- (107) E. R. Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, AÖR Bd. 62 (= Bd. 23 n. F.), 1933, S. 1. ページーに關

- する詳細な研究として、菟原明『変革期の基本権論』—E. R. フーバー研究（一九九一年）がある。また、戦後  
のもうひとつ、E. Friesenthal, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: Verhandlungen des 50.  
DIT, Bd. II, 1974, S. G 1 ff, H. H. Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, AÖR Bd. 101, 1976, S. 165 ff. が、  
基本権（理解）の変遷という表題を用いている。
- (108) 小山（前掲注12）七〇頁以下、一〇六頁以下。
- (109) ベッケンフェルデ（前掲注11）三四五頁以下、櫻井（前掲注77）「基本権論の思考構造（一・完）」法学論叢一五  
五卷六号一二三頁以下。
- (110) この関連では、工藤達朗「憲法学における『國家』と『社会』」中央大学法学新報九一巻八—一〇号（一九八五年）二二七頁以下が参考されるべしであろう。
- (111) もつとも、松原のいうように、間接適用説には私法型間接適用説と憲法型間接適用説の二類型があるということになると、前者の類型は(1)の無適用説に吸収され、後者の類型は(3)の保護義務論的再構成に吸収されるのである。
- (112) 「新しく制定される法が基本権の価値体系に合致しなければならない」のように、旧来の法も、基本権の価値体系に調和しなければならない」というリュート判決の説示を(1)でも引くことにしたい。もつとも、解釈の余地がなければ、そのような法は違憲とされるほかないが。
- (113) 三並（前掲注5）書および同書四二八頁以下の資料。
- (114) 毛利透「『法治国家』から『法の支配』へ——ドイツ憲法裁判の機能変化についての一仮説」京都大学法学論叢一五六卷五・六号三三〇頁以下（三三八頁以下）（一〇〇五年）。なお、毛利は、否定的なニュアンスでこの問題を紹介・分析している。
- (115) 関連して、高橋説のように構成すると、上告の間口が狭くなるのではないかという疑問も生ずる。また、これとは全く別に、(1)フランスの公的自由論(*liberté publiques*)も特殊な議論であり、最近有力に唱えられつつある基本権論(*droits fondamentaux*)の下では私人間効力肯定説も成り立つ余地があるのではないか、(2)さらに、歐州人権条約や歐州基本権憲章による地域的人権保障との関連で、フランス流の無効力説も再考を余儀なくされるのではないか、という疑問もある。ただし、これらはフランス法を知らない者の素朴な印象にすぎないが。