



Title	基本権の私人間効力と日本国憲法
Author(s)	松本, 和彦
Citation	阪大法学. 2003, 53(3,4), p. 269-296
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55335
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

基本権の私人間効力と日本国憲法

松 本 和 彦

はじめに

- 一 私人間効力論の前提の再検討
 - 二 私人間効力論の再構成
- おわりに

はじめに

憲法上の権利が国家と私人の間だけでなく、私人間の関係にも効力を及ぼすかという問題は、私人間効力論（あるいは第三者効力論）の表題の下で論じられてきた。その共通認識は、憲法上の権利が国家を拘束するものであることを前提に、それが国家にしか及ばないとすれば、私人間での人権侵害状況に対して憲法が無力となりかねないから、無効力と決めつけるのではなく、憲法上の権利にも何らかの私人間効力があることを認めた上で、結論において妥当な解決を求めようとするところにあった。これについて、通説を代表する芦部信喜は「いわゆる間接効力説を中心に据えながら、問題をすべて直接効力か間接効力かの二者択一で割り切らないで、人権を侵害する私的行為の性質上の相違にに応じて、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試みる必要とが必要である、という立場^①」を採用し、「ドイツ流の私人間効力論を主たる参考にしつつ、「アメリカのステイト

・アクションに関する判例法理」(特に国家同視説)や「私的統治」の理論⁽¹⁾ 国家類似説をも取り込んだ、柔軟で具体的妥当性を旨とした解釈理論を考案した。⁽²⁾ そして、こうした理解が多く論者に共有されるところとなった。⁽³⁾

また判例も、いわゆる三菱樹脂事件最高裁判決において、「憲法上の基本権保障規定をそのまま私人相互間の関係についても適用ないしは類推適用すべきものとする⁽⁴⁾ことは、決して当をえた解釈ということではできない」としつつも、「場合によっては、私的自治に対する一般の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って、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⁽⁵⁾方途も存する」と述べ、学説ほど積極的に盛り込まない法的構成ではなかったものの、「個人の基本的な自由や平等を極めて重要な法益として尊重すべきことは当然である」とした。以後の最高裁判決は、細かい憲法論を展開するより、妥当な結論を導く法律論の体裁が得られるのなら、それで十分と考えているかのようになり、それが私人間効力論であるということも、憲法上の自由が問題になっていることも明示しないまま、実質的な私人間効力論を扱うことが多くなった。⁽⁵⁾ 結論の妥当性の追求で満足し(本当に妥当だったかどうかには異論がある)、憲法論としての私人間効力論を細部まで詰める作業を放棄している点で、学説と判例は同一の傾向を示していたといえよう。⁽⁶⁾

ところが、この傾向は九〇年代以降、少なくとも学説に関する限り、当てはまらなくなった。棟居快行の問題提起をきっかけに、私人間効力論の再考をテーマにした論考が相次いで公表され、新しい憲法論としての私人間効力論が続々と現れてきたからである。⁽⁸⁾ それは、たとえば、「人権論の原理と新展開」と題したジュリスト誌の特集に収められた二五本の論考のうち、七本が何らかの形で私人間効力論を扱っている点にもうかがえる。⁽¹⁰⁾ さらに最近では「憲法上の人権」の効力は私人間には及ばない—人権の第三者効力論における「無効力説」の再評価」という刺

激的なタイトルを持つ論考まで現れ、議論はますます深化の様相を呈している。

近時の議論の特色は、通説的見解が曖昧なままにしてきた憲法論の細部を明らかにしようとするとところにある。本稿もまた、これらの議論と基調を同じくしている。すなわち本稿は、通説的見解の憲法論としての理論構成は十分・不明確であって、再構成する必要があるとの認識から出発する。その上で、近時の議論から学びつつ、独自の視点も交えて私人間効力論の再構成を試みる。ただしその際、これまで当然のように用いられてきたドイツ由来の無効力説、直接効力説、間接効力説という三区分に依拠せずに議論を進める。これは決して従来の議論を無視したいからではなくて、三区分によらなくても過去の蓄積を踏まえた理論展開は十分に可能と考えているためである。また、本稿はドイツ流の私人間効力論を大いに参考にして⁽¹²⁾いるが、ドイツのそれは実際のところ必ずしもこの三区分を前提にしてい⁽¹³⁾ないと理解している。以下では、直接効力説か、間接効力説か、それとも無効力説か、といった問題設定を行わない私人間効力論を展開したい。

一 私人間効力論の前提の再検討

(1) 人権と憲法

人権とは、人が人であるというだけで当然に享有しうる生来の権利である。⁽¹³⁾それは憲法によってはじめて認められた権利ではない。自然法によって根拠づけられる自然権というべきかどうかについては異論があるが、実定法を超越する普遍的権利だということには合意があり、その意味で自然的・道徳的権利である。⁽¹⁴⁾

その人権の属性が对国家性であるといえ⁽¹⁵⁾ば、まず違和感が生じるはずである。前国家的権利ともいわれる人権が、どうして对国家性になるのか、不可解だからである。人権はそもそも国家の存在しない自然状態においても観

念できる。実際、オーソドックスな社会契約論は、自然状態にある個人が相互に社会契約を結んで国家（政府）を創設する理由を人権の保全のためだと説明している。人権をもって対国家的権利だとする、憲法論においてしばしば語られる命題は決して自明ではない。

いわゆる国際人権の場合、人権の名宛人は自国だけでなく、国家は国家でも、外国も含んでいるし（たとえば、人権問題としての「拉致問題」）、さらに団体や集団、個人も人権侵害を引き起こすと考えられている。また、国内人権であっても、最近廃案となった人権擁護法案に見られるように、主として私人間の侵害行為を念頭に置いて人権が観念されることも多い。

それにもかかわらず、人権が対国家的権利であるといわれるのは、そこで言及される人権が「憲法上の権利」と同視されているからである。⁽¹⁵⁾ 周知のように、憲法上の権利は多かれ少なかれ人権思想を背景に実定化されている。日本国憲法も例外ではない。憲法上の権利のすべてが人権である必要はないし、また憲法上の権利の中には人権でないものも含まれるというのが通説だが、⁽¹⁶⁾ 「基本的人権」という言葉を日本国憲法が採用している（一一一条及び九七条）ことから明らかのように、実際のところ、人権と憲法上の権利は重なっている。⁽¹⁷⁾ したがって、憲法上の権利の多くは人権であると推定されるが、他方、その権利は憲法に取り込まれた権利であるがゆえの「条件づけ」を伴っている。その「条件づけ」の一つが権利の対国家的性である。

では、なぜ憲法上の権利は対国家的性を条件づけられているのだろうか。その根拠はどこにあるのだろうか。この点、憲法の文言から直ちに権利の対国家的性を根拠づけることはできない。⁽¹⁸⁾ 「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」とあっても、誰が「これを侵してはならない」のか明らかでないし、「学問の自由は、これを保障する」とあっても、誰が誰の学問の自由を保障するのか書かれていない。このことは他国の憲法についても多かれ少

なかれ当てはまる。だから憲法のテキストのありようを重視する藤井樹也は「日本国憲法にいう『権利』が『国家』だけにむけられていると解釈する根拠はとほしい⁽¹⁹⁾」と主張し、権利の対国家性という想定自体を否定するのである。しかし藤井も認めるように、憲法のテキスト解釈は、憲法の個々の文言から一直線に内容を獲得するといった機械的な営みではなく、憲法に関する法律家共同体の共通理解を前提とし、「憲法の文言、歴史、構造」を論拠として引き合いに出しながら、全体的に整合性のとれた意味内容を構成していく作業である⁽²¹⁾。個々のテキストもバラバラに理解するのではなく、相互の体系的連関に留意し、憲法全体をどのように捉えるかに関する見解⁽²²⁾憲法観に照らし合わせて、その意味内容を構成していくことが必要となる。憲法上の権利のテキストを解釈する場合も同様である。憲法上の権利を対国家的権利とみなせるのも、テキストをそのように意味づける憲法観があり、その観念に適合的な「憲法の文言、歴史、構造」が提示できるからである。

では、権利の対国家性はいかなる憲法観に支えられているのであろうか。それは一言でいうと、近代的意味の憲法（立憲の意味の憲法）の観念である。この観念の下では、個人が自己の人権を保全するため、社会契約を結んで最高かつ最強の権力⁽²³⁾主権（⁽²⁴⁾憲法制定権力）を創出し、それを通じて国家という権力装置を創設し、自らその統治下に入るといった想定がなされている。しかし、国家の支配を受け入れるだけでは、国家の人権侵害行為に対して無力なため、国家権力を統制するための仕組みを同時に創出することになる。それが権力分立の技術であり、違憲審査の制度であり、権利章典の規定である⁽²⁵⁾。つまり、国家権力の創出と統制を同時に実現しようとしたのが、近代的意味の憲法の観念であった。

憲法上の権利は国家権力を統制するため憲法上に実定化されたものである。だから対国家的権利なのである。近代的意味の憲法は国家の統治機構に権限を与え、その権限を統制する。その統制のための一手段が憲法上の権利な

のである。⁽²³⁾そして日本国憲法も近代的意味の憲法である。その文言、歴史、構造も、国家権力の創出と統制という近代的意味の憲法の課題と適合的である。⁽²⁴⁾確かに日本国憲法には私人を直接規律したと思われるような規定も見られないではない。しかし、後述するように、このことをもって憲法観の全面転換が図られたと受け取られるべきではない。⁽²⁵⁾日本国憲法はあくまでも国家を規律する国家の基本法であり、⁽²⁶⁾その権利規定も国家に向けられたものである。それゆえ、憲法上の権利はまず国家を拘束するという私人間効力論の前提は変更する必要がない。

(2) 人権と基本権

人権は自然状態においても妥当する前国家的で普遍的な権利であるが、憲法上の権利は国家権力を統制するため憲法に取り込まれた実定的権利である。既に述べたように、憲法上の権利は人権思想を背景に構想されたものだから、その規定の大半が人権の性質を持っている。たとえば、信教の自由や表現の自由は古典的な人権である。しかし、国家権力を統制するために実定化された権利が人権でなければならない必然性はないから、⁽²⁷⁾憲法上の権利のすべてが人権ではないし、逆に必ずしも人権のすべてが憲法上の権利になっているわけでもない。また、憲法上の権利には、権利の対国家性のように、憲法に取り込まれた権利であるがゆえの「条件づけ」があるから、憲法自身によって権利の範囲や性格に限定が加えられる場合がある一方で、裁判所による違憲審査のごとき憲法の用意した諸制度によって支えられることで、現実社会において実効性を確保する仕組みがある。⁽²⁸⁾つまり、憲法上の権利は、人権思想を背景にしても、それとは区別して考察されなければならない独自の権利なのである。

人権と憲法上の権利を区別し、法律学上は専ら後者をとり上げて考察の対象とするのがドイツである。すなわち、ドイツでは通常、人権 (Menschenrechte) とは別に、実定憲法上の権利として基本権 (Grundrechte) の概念が用いられる。⁽²⁹⁾その理由はおそらく、実定憲法の枠に収まらず、場合によっては、実定憲法の枠を突き破りかねない

人権よりも、実定憲法の一部を構成し、実定憲法の仕組みに調和している基本権の方が、法律学的な取扱いに馴染みやすいし、裁判をはじめとする各種の保障制度とも直接連結するからであろう。

日本でも、人権と区別して基本権の概念を用いる論者が少なくない。たとえば、佐藤幸治は「憲法の保障する各種権利・自由」を「便宜上『基本権』と呼ぶことにする⁽³⁰⁾」といい、初宿正典も権利が「憲法に明文上ないし解釈上の十分な根拠を有する場合は、これを総称して『基本権』と呼ぶこと⁽³¹⁾」する⁽³²⁾という。もちろん、こうした言い回しに対しては、「そのような特殊ドイツ的概念をあえて用いる必要性はない⁽³³⁾」とする批判もある。その場合も、人権と憲法上の権利の区別自体は「当然のこと」とし、ただドイツ的な基本権概念を持ち出すことに抵抗を感じているだけということもある。そのような論者は、奥平康弘が用いた「憲法が保障する権利⁽³⁴⁾」といったような表現に好意を示すようである⁽³⁵⁾。

しかし、本稿は「憲法が保障する権利」とか「憲法上の権利」といった即物的で説明調の用語よりも、簡潔で、既に一般に定着した感のある「基本権」概念に依拠する方が便宜であるとの思いから、あえて基本権という用語にこだわることにする⁽³⁶⁾。そして以下の叙述においても、基本権の表記で統一する。とはいえ、重要なのは表記法それ自体ではなく、検討の対象を何に定めるかである。私人間効力論において実際に問題となっているのは、自然的・道徳的権利としての人権ではなく、実定的・制度的権利としての憲法上の権利（＝基本権）である。したがって検討の対象は基本権である。こういう受け止め方をすることによって、私人間効力論が憲法解釈の問題であるということが明確になると思う。これまで漠然と「人権の私人間効力」といわれてきたが、本稿では自覚的に「基本権の私人間効力」について語ることにしたい。

二 私人間効力論の再構成

(1) 基本権制約と公共の福祉

三菱樹脂事件最高裁判決は、私人間における基本権問題の解決について、次のように述べている。基本権規定の定める「個人の自由や平等は、国や公共団体の統治行動に対する関係においてこそ、侵されることのない権利として保障されるべき性質のものであるけれども、私人間の関係においては、各人の有する自由と平等の権利自体が具体的場合に相互に矛盾、対立する可能性があり、このような場合におけるその対立の調整は、近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える場合のみ、法がこれに介入しその間の調整をはかるという建前がとられている」のだと。

右の説示は、私人間における対立調整の仕方に関する従来の基本的な考え方を示すものである。私人間において各人の自由と平等の権利が矛盾・対立することは当然に予想される事態である。社会秩序を維持するためには、こうした矛盾・対立は適切に調整される必要がある。その調整は原則として私的自治に委ねられる。しかし、「一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える場合」は、公平の見地から、国家が立法措置を通じた介入を行い、両者の調整を図るといのである。これは宮沢俊義のいう公共の福祉に関する「内在的制約説」と異ならない。⁽³⁷⁾

「一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える」か否かの判断とは、どういうときに公共の福祉が損なわれるかの判断であって、その決定は立法者に留保される（立法裁量）。立法者が社会的許容限度を超える侵害であると判断した場合は、法律によって一方の基本権を制約することができるが、その場

合は、基本権制約が必要かつ合理的な規制であるということが論証されなければならない。⁽³⁸⁾ この論証の過程において、一方の私人の権利は国家の制約を受ける基本権として登場し、他方の私人の権利は基本権制約を正当化する「公共の福祉」の内容となつて現れるのである。「公共の福祉」は基本権制約を許容する。しかし、それを義務づけるわけではない。ここでは便宜主義が妥当する。

典型例を一つあげるとすれば、刑法二三〇条の二である。そこでは名誉権と表現の自由の矛盾・対立の調整法が定められている。⁽³⁹⁾ すなわち、立法者は名誉をもつて公共の福祉をなすと評価し、刑法上の保護法益として規定する一方で、処罰を免除する要件を定めて、表現の自由は過度の負担をかけないよう配慮したと考えられる。この場面で私人間効力論が話題になることはない。ここでの憲法論は、名誉保護（＝公共の福祉）のための表現の自由規制が合憲か否かという形で構成されるからである。⁽⁴⁰⁾ もし名誉保護のための規制が表現の自由を過度に制約していると論証されれば、その規制は違憲無効との判定を受けることになるだろう。

(2) 防御権と基本権保護義務

右の議論では、表現の自由だけが基本権保障の対象になつていくのように見える。表現の自由が国家の規制によつて過度に制約されていないか。もしされているとすれば、表現の自由は国家の規制を排除できる。なぜなら、基本権としての表現の自由が国家に対して侵害禁止義務を課しているからである。基本権が国家に対して侵害禁止義務を課している、別の言い方をすると、基本権は国家に対する防御権である、という命題は、国家権力を統制する手段としての基本権という観念から容易に根拠づけられよう。権力装置としての国家は、正当な権限を超えて個人の基本権を侵害する潜在的危険性を常に秘めている。だからこそ憲法は基本権を実定化し、それを保障する制度的仕組みを定めたと考えられるのである。したがつて基本権は何よりもまず防御権でなければならぬ。

そうすると対抗する名誉権についてはどう考えたらよいのであろうか。従来の考え方では、名誉を保護するか否かは立法者の裁量に委ねられている。立法裁量であれば、それは政治的決定の問題であって、憲法論にはならない。名誉が私人の表現行為によって毀損されたとしても、それを法的に保護するか否かは政治的のみ決まることで、憲法の登場する余地はない。しかし、それでよいのだろうか。

この点について、名誉の保護もまた国家に課せられた憲法上の義務だととして、憲法論の俎上に載せようとするのが基本権保護義務論である。それによると、基本権は国家に対して侵害禁止義務（＝防御権）だけでなく、保護義務も課しているとされる。基本権保護義務論は、もともとドイツの議論であり、かの地では通説・判例の地位を占めているものだが、近時の日本の有力説も、この基本権保護義務を承認し、それによって私人間効力論を再構成しようとしている。⁽⁴¹⁾ 本稿もまた、私人間効力論の再構成には基本権保護義務の承認が不可欠であるとする立場にたつ。これを日本国憲法の解釈論として根拠づけ、内容の明確化を図り、批判的見解に対して応接することが、私人間効力論を発展させるキーポイントだと考えるからである。

その場合、まず私人間効力論の法律関係を、加害者としての私人、被害者としての私人、そして介入者／保護者としての国家の三面関係だと理解しなければならない。次に、加害者としての私人を防御権としての基本権の主体と捉えて、介入者としての国家と対峙させる。同時に、被害者としての私人を保護請求権としての基本権の主体と捉えて、保護者としての国家と対峙させる。先ほどの例でいうと、名誉を毀損する私人（表現の自由の主体）、名誉を毀損された私人（名誉権の主体）、表現の自由を制約し、名誉を保護する国家の三面関係である。つまり、私人間の対立という構図に介入者／保護者としての国家を介在させることで、対国家的権利としての基本権に法的位置づけを与えるのである。この図式では、同じ国家の行為が加害者の側から見れば介入行為となり、被害者の側か

ら見れば保護行為となる。加害者・被害者双方の基本権を俎上に載せることで、国家の介入行為＝保護行為が統制されるための枠組みができていくのである。

(3) 基本権法益という視点

ところで私人間の対立というとき、加害私人と被害私人の基本権が衝突しているとか、加害私人によって被害私人の基本権が侵害されると述べるのは正確さを欠いている。基本権はあくまでも対国家的権利であるから、私人間に直接作用するものではない。加害私人によって侵害されるのは、基本権ではなく、被害私人の基本権法益である。

基本権法益とは、基本権によって保護される様々な自由、行為、利益を意味する。基本権は、防御権であろうと、保護請求権であろうと、国家権力の統制にだけ向けられている。これに対して、基本権法益は全方向的である。基本権法益という用語もドイツに由来する。ドイツでは基本権 (Grundrechte) と基本権法益 (Grundrechtsgüter) が概念上区別されている。⁽⁴²⁾ たとえば、生命権の基本権法益は生命である。この生命権が防御権として機能するとき、国家に対して生命を侵害しないよう求める権利となり、保護請求権として機能するとき、国家に対して(他者の侵害から)生命を保護するよう求める権利となるわけである。ちなみに、一つの基本権に含まれる基本権法益の集合体が基本権の保護領域 (grundrechtlicher Schutzbereich) になる。⁽⁴³⁾

最近では日本でも基本権法益という捉え方がされるようになってきた。⁽⁴⁴⁾ この視点は重要であると思われる。基本権法益は全方向的であるから、国家によっても、私人によっても侵害される。国家が侵害する場合、個人は防御権としての基本権を引き合いに出して、国家の介入行為を排除できる。私人が侵害する場合、個人は基本権保護義務を引き合いに出して、国家の保護行為を要求できる。このように理解すると、基本権保護義務という表現もミスリ

ーディングであり、正しくは基本権法益保護義務であろう（ただし、本稿では慣例にならって基本権保護義務という用語を使う）。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。⁽⁴⁵⁾ その所在は基本権規定の解釈によって確認される。基本権規定を離れたところに基本権法益は存在しない。

ただ、基本権規定から直ちに、保護義務の対象となる基本権法益が確定できるわけではない。どれが保護義務の対象となる基本権法益なのかは、基本権規定の解釈によって判断するほかないが、おそらくすべての基本権法益を保護義務の対象にするのは無理であろう。このことは基本権保護義務の範囲に関わる難問である。⁽⁴⁶⁾

（４）基本権保護義務の根拠と批判

ドイツとは違って、日本では基本権保護義務を承認することに消極的な意見が強いようである。⁽⁴⁷⁾ 新奇の見解に対する単なるアレルギー反応だとすれば、一笑に付すことも可能であろうが、おそらくそうではあるまい。基本権保護義務の承認を得るためには、その憲法上の根拠を今一度、精査しなければならない。この点、小山剛の分析によると、ドイツにおける保護義務の基礎づけ論には、①人間の尊厳アプローチ、②国家目的論アプローチ、③客観法アプローチの三種が認められるという。⁽⁴⁸⁾

このうち人間の尊厳アプローチについては、「保護」という言葉を明示するドイツ連邦共和国基本法一条一項の人間の尊厳条項⁽⁴⁹⁾と異なり、同じ規定を持たない日本国憲法上で、そのまま採用することはできない。しかし、憲法一三条の定める「個人として尊重される」、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」という文言は、保護義務の条文上の根拠と読めないでもない。確かに、それは「尊重」を謳うのみで、「保護」という言葉を用いていない⁽⁵⁰⁾し、「尊重」は国家の基本権侵害禁止義務の根拠と解すべきものであるが、⁽⁵¹⁾「尊重」に基本権侵害禁止義務と基本権保護義務の双方を読み込むことも不可能ではないと思う。もつともドイツでも、基本権保護義務の根拠

として人間の尊厳条項を重視する見解はそれほど多くない。

国家目的論アプローチは、保護義務の根拠を国家の存立目的に求める考え方である。日本では、山本敬三の見解がこれに相当する。山本は「基本権保護義務を否定するならば、殺人や窃盗、暴行、放火など、個人が他人によって基本権が侵害されるのを国家は傍観してよいことになる。はたしてそれで国家を認めた意味があるのだろうか」と問いかけ、「国家に存在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ふべきだろう」と述べる。⁽⁵²⁾確かに、近代の意味の憲法の観念は、個人が自己の人権を保全するために国家を創設したと想定している。この想定は基本権法益の保護を国家の義務とする見方と調和する。しかし、国家目的論アプローチでは、山本の例示する「殺人や窃盗、暴行、放火など」の不法行為に対して、国家の基本権保護義務を向けることはできても、山本が精力的に取り組む公序良俗違反の契約への適用となると、人身売買の無効など、限られた場面でしか使えないかと思われる。たとえば、交渉力格差、情報格差の大きい「構造的不均衡」状態にある当事者間の契約の場面で、劣位にある当事者の保護のために国家が介入する余地はほとんどないのではないか。⁽⁵³⁾ここでいう保護のための介入とは、国家に許容された行為をいうにとどまらず、国家に義務づけられた行為を指すだけに注意を要するところである。

最後の客観法アプローチは難解である。これは基本権の客観法的側面から保護義務を導く考え方である。しかし、基本権の客観法的側面とは何かが問題である。思うに、それは基本権法益の価値としての側面である。基本権法益はそれ自身が価値であって、国家の保護を要求する客観的原理と考えるのである。基本権法益は、生命であれ、自由であれ、名誉であれ、そのものが保護されるべき価値であろう。ただ、価値というのは客観的であるだけに国家だけでなく、私人も義務の主体にしかねない。客観的な価値は国家に限らず、すべての人に対して保護を要求する

ようにも思われる。基本権法益の全方向性という性格を考えれば、このような帰結も十分考えられる。しかし、それでは国家の基本権保護義務ではなく、万人の基本権保護義務となってしまう。このような帰結は近代的意味の憲法の観念に反しよう。

結局、人間の尊厳アプローチは別として、基本権保護義務の根拠は国家目的論アプローチと客観法アプローチの双方に求めるのが妥当だと思われる。もちろん、両者の問題点に目をつぶって単純に掛け合わせれば、それぞれの難点も雲散霧消すると考えることはできない。したがって、両者の不備を補い合えるようなアプローチがとられなければならない。私見によれば、基本権保護義務の主たる根拠は国家目的論アプローチに求められる⁽⁵⁴⁾。根拠づけられなければならないのは国家の義務であるから、近代的意味の憲法が想定する国家の存立目的から出発するのが妥当である。そして、国家目的論アプローチの不備は、近代的意味の憲法の観念を破壊しない限度で、基本権法益の重要性を考慮に入れた客観法アプローチにより補強すべきである⁽⁵⁵⁾。

(5) 国家に帰責される私人の行為

加害私人—国家—被害私人という三面関係に、防御権と基本権保護義務の二つの基本権機能を組み込んで理論構成する見解に対して、加害私人の行為を国家の行為とみなすことで、三面関係を国家—私人の伝統的な二面関係に還元し、防御権としての基本権だけを使って問題に対処しようとする見解がある。それがドイツにおけるシュヴァーベ (J.Schwabe) 説、ムルスヴィーク (D.Murzwiek) 説であり、またアメリカにおける国家類似説、国家同視説 (ステイト・アクション理論) である。

シュヴァーベ⁽⁵⁶⁾ ムルスヴィーク説は、法的に禁止されていないことは、すべて国家によって許容されており、かつ他の人にはそれを受忍する義務が課せられているという前提から立論する。それゆえ、加害私人の行為を国家が

禁止しなければ、国家はそれを許容し、他の私人に受忍を義務づけたことになるという。ここに加害私人の行為を国家に帰責する要因を見てとり、被害私人の防御権を對抗させるのである。

国家同視説（ステイト・アクション理論）も私人の行為を国家のそれと同視できるか否かを問うて、同視可能な加害私人の行為を国家に帰責する点で、シュヴァーベールムスヴィーク説と似た帰結を導いている。芦部信喜によると、同説は「具体的な私的行為による人権侵害を、①それに国家権力（州または連邦）が、②公共施設等の国有財産の貸与、③財政・免税措置等の援助、④特権または特別の権限の付与等を通じて、もしくは、⑤司法の介入により積極的に実現することを通じて、『きわめて重要な程度にまでかわり合いになった』場合、または、⑥当該私的行為の主体が高度に公的な（純粋に、または排他的に統制的な）機能行使する団体である場合に、国家権力による侵害と同視して、憲法をそれに適用する理論⁽⁵⁷⁾」であるとされる。また、国家類似説については「国家類似の組織をもち巨大な力を行使する団体を私的政府ないし私的統治（private government）という概念で捉え、その行為に憲法を直接適用すべきだと主張する学説である⁽⁵⁸⁾」という。

以上の見解はいずれも、国家・対・被害私人の図式で構成されている。このうち国家類似説については、三菱樹脂事件最高裁判決もいうように、国家と国家類似団体は「一方が権力の法的独占の上に立って行われるものであるのに対し、他方はこのような裏付けないしは基礎を欠く単なる社会的事実としての力の優劣の關係にすぎず、その間に画然たる性質上の区別が存する」のだから、直ちに同一視すべきではないと思う。むしろこういう場合こそ、防御権と基本権保護義務の二つを用いた理論構成の可能性を考えるべきである。また、シュヴァーベールムスヴィーク説についても、法的禁止の不存在や受忍義務の賦課という点から、直ちに私的行為の国家への帰責を導き出すのは飛躍であるとする批判が当てはまる⁽⁵⁹⁾。ここはやはり基本権保護義務を介在させなければ説明がつかないので

はないだろうか。ただし、このようにいうことは、加害私人の行為の国家への帰責は不可能ということではない。国家と私人が「きわめて重要な程度にまでかかわり合いになった」場合は、私人の行為をもって国家の行為とみなさざるをえないこともある⁽⁶⁰⁾。その意味で国家同視説にも存立の余地がある。しかし、それは若部のいうように「純然たる事実行為」に基本権の効力を及ぼしたいがためではない。「純然たる事実行為」であっても、防御権と基本権保護義務の二つを用いた理論構成は可能である。

私人間効力論は防御権と基本権保護義務によって再構成できる。ただ、だからといって、私人間の対立が問題になつてゐる場面のすべてをそのように構成せよ、というわけではない。特に、基本権保護義務を受けて何らかの立法が行われている場合は（先述の刑法二三〇条の二がその例である）、たとえ私人間の対立が表面に現れていようと、その保護義務実現立法とそれによって制約される基本権の対抗図式で捉えるべきである⁽⁶²⁾。この場合は、保護義務的構成でも防御権的構成でもどちらでも構成可能であるが、基本権保護義務の法技術より、防御権のそれの方がはるかに単純で扱いやすいというだけでなく、立法者の側に論証責任を課して、その擁護する利益の正当性を論証させる方が、公平かつ合理的だからである。

(6) 立法と司法

基本権保護義務は国家の義務である。したがつて、基本権法益を保護する義務は、立法、行政、司法の三者に課せられる。しかし、それは三者に対して同じく配分されているわけではない。保護義務の履行は第一次的に立法の任務なのである。その理由は、小山剛によると、保護のための手段は通常複数あるから、どれかを選択しなければならぬこと、及び、被害私人の保護は同時に加害私人の基本権の制約にあたるから、その手段は法律の根柢を持たなければならぬこと⁽⁶³⁾の二つだとされる。いずれも立法者の任務と位置づけるのにふさわしい理由である。行政

と司法は立法の枠内で義務を履行することになる。

もつとも、基本権保護義務を承認するか否かにかかわらずなく、私人間における権利調整は法律の仕事であり、立法者の任務である。これまで理解されてきた⁽⁶⁴⁾。基本権保護義務の承認は、この理解に変更を迫るものではない。しかし、第二次的とはいえず、司法もまた基本権保護義務を負っていることは認めなければならない。だとすると、立法の第一次的義務と司法の第二次的義務がいかなる関係に立つのかを明らかにしておかなければならないだろう。司法も基本権保護義務を負うことには警戒する向きもあるようである⁽⁶⁵⁾。それゆえ、立法と司法の権限分配のあり方も含めて、二つの保護義務の履行方法の違いには注意を払う必要があるだろう。

では、二つの保護義務の履行方法はどのように違うのだろうか。まず第一次的義務は、私人間の基本権法益を規律する法律の制定を要求する。法律が全くなければ（そのような事態は現実には想定できないが）、司法は立法不作為を問題にすることはできても、独自に基本権法益の調整を行うことはできない。その意味で「立法の位置づけは二次的な問題⁽⁶⁶⁾」ではない。先に述べたように、基本権法益を保護する手段は複数あるのが普通なのだから、そのうちのどれを選ぶのか、立法者が判断しなければならぬ。司法はあくまでも立法者の選択の枠内で、基本権法益の規律を行うことになる。もし万一、侵害が重大かつ切迫していて、保護の手段が一つしかないのであれば、立法者に判断の余地はないから、司法が直ちにその手段を講じてよいだろうが、そのような事態はほとんど考えられない。

問題は、憲法が私人間の規律を直接指示していると解釈される場合と、法律が私人間の規律を一般条項でしか扱っていないと解釈される場合である。これらの場合は、立法の第一次的義務が意味をなさない、別言すると、司法による基本権法益の独自調整だけが意味を持つように思われるからである。

まず前者であるが、通説によると、基本権の中には私人間に直接効力を及ぼすものがあり、具体的に憲法一五条四項の投票の秘密、一八条の奴隷的拘束・苦役からの自由、二七条三項の児童酷使の禁止、二八条の労働基本権が挙げられている。⁽⁶⁷⁾確かに規定ぶりから見ても（とりわけ憲法一五条四項）、直接効力を認めるのに何の障害もないように見える。しかし、これらの基本権についても、実際には法律による規律が用意されている。⁽⁶⁸⁾たとえば、一五条四項に対しては公職選挙法、一八条に対しては人身保護法、二七条三項に対しては労働基準法、二八条に対しては労働基準法、労働組合法などである。したがって、直接効力をいう実益は乏しい。理論的に考えても、これらの基本権は立法者に対して基本権保護義務を課したと読むことができる。立法者が十分に義務を履行しない場合、すなわち右の法律では十分に義務が果たせない場合に限って、これらの基本権は司法の第二次的保護義務の対象になる。⁽⁶⁹⁾

これに対して、法律があってもそれが一般条項（たとえば、民法九〇条や七〇九条）ではないのなら、そこに明確に調整された規律は認められないから、立法の第一次的義務も履行されたとはいえないのではないか。⁽⁶⁹⁾確かにこの疑問はもつともである。しかし、一般条項もまた基本権法益の保護手段だといふべきである。⁽⁷⁰⁾基本権法益の保護が必要になるあらゆる場面を想定し、すべてについて具体的な法律を定めることは実際上不可能である。⁽⁷¹⁾だとすれば、補充的に一般条項を定めておいて、万一のときはそれを適用してもらおうのが合理的だと立法者は考えるだろう。一般条項は、万一に備えて立法者が用意した基本権法益保護のための手段という側面を有するのである。それに一般条項は開かれた構成要件からなるとはいえず、全く空虚な規定ではない。たとえば、民法九〇条は法律行為を無効にするという効果を持つし、民法七〇九条は不法行為に対して損害賠償責任を課すという効果を持っている。司法はそのような土俵の上で自らの義務を履行することになるのである。

(7) 衡量問題

司法による基本権法益の調整は法律の規律の下で行われる。その法律が一般条項である場合は、司法に対する法律の規律力は弱くなる。しかし、司法も基本権保護義務の履行主体である以上、一般条項の下でも、基本権法益の調整を行わなければならない。すなわち、相対立する基本権法益の衡量が行われなければならないのである。従来の私人間効力論においても、利益衡量の必要性は十分に意識されていた⁷²⁾。ところが、その利益衡量のあり方については、一般条項を合憲的に適用せよ、基本権適合的に解釈せよ、憲法の精神を尊重せよ、基本権の価値を斟酌せよ、とか、あるいはせいぜい権利の性質や事案の具体的事情を踏まえよ、としかいわれなかった。利益衡量の憲法論の精度は著しく低かったのである。

そういう中であって、衡量の問題に正面から取り組んだほとんど唯一の存在が民法学者の山本敬三であった。山本は「憲法学の方は私法の一般条項に任せればそれで仕事が終わったと考え、民法学の方はそれを自分の仕事だと考えていないため、具体的に相互の基本権がいかに関量されるべきかという決定的な問題を誰も明らかにしていない⁷³⁾」と述べて、この衡量問題の重要性に目を向けるよう促し、自ら憲法構造の解明に乗り出している。

その際、山本はアレクシー (R. Alexy) にならって、衡量法則に従うべきだと主張する⁷⁴⁾。衡量法則とは「Aの基本権に対する制約の程度が大きければ大きいほど、Bの基本権を保護することの重要性が大きくなければならないというものである」。両当事者の基本権法益を衡量する裁判官には相矛盾する義務が課せられている。すなわち、被害私人の基本権法益は保護を要求し(基本権保護義務)、加害私人の基本権法益は不介入を要求する(防衛権)。それゆえ、一方の基本権法益への介入を控えれば、他方の基本権法益に保護が与えられなくなるが(保護義務違反)、逆に一方の基本権法益を厚く保護すれば、他方の基本権法益に過度の負担を課すことになる(防衛権侵害)。

結局、一方の基本権法益への介入を正当化しながら、他方の基本権法益の保護を図ることになろう。ここにはなお解決すべき問題が残っているが、⁽⁷⁵⁾基本的にはこの方向性で基本権法益の衡量を行うべきだと思われる。

おわりに

本稿は私人間効力論を仮象問題として扱ってきたのかもしれない。基本権が私人間にも効力を及ぼすかという問題設定に対して、基本権は私人間には直接作用せず、ただ国家に対して一方の私人を保護し、他方の私人に過度の負担をかけないよう義務づけるだけと答えているからである。しかし、私人間効力論がこれまで論じてきたのは、結局、このようなものだったのではないか。従来の議論は基本権保護義務のマイナス面を警戒するあまり、私人間における基本権法益の衝突とそれを調整する国家の義務を適切に位置づける憲法論を提供できていなかったように思われるのである。今後は、一方の私人の基本権法益をいかにして保護するのか、同時に、他方の私人の基本権法益をいかにして制約するのか、という表裏の問題に議論を集中させる必要があるように思う。

(1) 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』二二五頁(有斐閣・一九九九年)。

(2) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』二七九頁以下(有斐閣・一九九四年) 参照。

(3) たとえば、佐藤幸治『憲法(第三版)』四三八頁(青林書院・一九九五年)は「基本的人権は歴史的には元来対公権力との関係で構想されたものであり、私人間の人権保護の第一次的任務は原則として国会にあることは前提としながらも、私人間に適用されることが想定されている。明示的または含意的に人権規定が存することからもうかがわれるように、その前提に機械的にとらわれるべきではなく、場合によってはアメリカ的な私的統治説が妥当する可能性も含めて、基本的人権の侵害が問題となる私法的関係の性質や事情に即して、法律の解釈などを通じて調和のある合理的解決

がはかられるべきものと解される」と述べる。また、中村睦男『憲法30講「新版」』五一頁（青林書院・一九九九年）も「憲法が私人間に適用されることを前提にして、直接適用説と間接適用説の区別を相対的に捉え、具体的問題の解決にあたっては、第一に、当該私法関係がどのような性質のものであるか（対等か事実上の不平等が存在するか、団体と個人の関係では、団体の性格や権限がどのようなものであるか）ということが、第二には、いかなる性質の人権が保障され、いかなる性質の人権が制約を受けるか（内面的精神的自由権か、外面的精神的自由権か、経済的自由権か）、といった問題の検討が必要になる」という。

(4) 最大判昭和四八年一月二日民集二七卷一〇号一五三六頁。

(5) 当初は昭和女子大事件（最判昭和四九年七月一九日民集二八卷五号七九〇頁）やベトナム反戦プレート事件（最判昭和五二年二月一三日民集三一巻七号九七四頁）のように、三菱樹脂事件を引用し、私人間効力論が問題になっていることを明示した判決が出たのであるが、その後、男女別定年制を違法とした日産自動車事件（最判昭和五六年三月二四日民集三五巻二号三〇〇頁）のように「性別のみによる不合理な差別を定めたものとして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（憲法一四一条一項、民法一条ノ二参照）」と簡潔に判示したもののや、会社が共産党員またはその同調者たる従業員を監視し孤立させるなどの行為を違法とした関西電力事件（最判平成七年九月五日判時一五四六号一一五頁）のように、会社の行為は「職場における自由な人間関係を形成する自由を不当に侵害するとともに、その名誉を毀損するものであり、また、……そのプライバシーを侵害するもの」なので不法行為を構成すると述べる、憲法に全く言及しない判決も現れるようになった。

(6) 藤井樹也『権利の発想転換』一五六頁（成文堂・一九九八年）によると、「学説上、無効力説ははじめから問題外だと考えられ、人権規定が私人間でなんらかの効力をもっていることを当然の前提とした」結果、「なんらかの効力があるという点では合意が成立している以上、このような細部の議論には実益がないと考えられるようになった」とされる。また、君塚正臣「伝統的第三者効力論」再考（二・完）「関大法学論集四九巻六号六八頁（二〇〇〇年）も「憲法学界が結果指向であったことは否めない」とし、「その証拠に通説が様々な説を混合したものになっていった」ということを指摘する。

(7) 棟居快行『人権論の新構成』一頁以下（信山社・一九九二年）（初出）「私人間適用問題の複眼的考察（上・中・下）」

神戸法学雑誌三八卷三号五五九頁（一九八八年）、四〇卷三号六九七頁（一九九〇年）、四一卷二号四五一頁（一九九一年）。

(8) 近時の議論動向については、「比較的最近の学説を採り上げて考察する」君塚正臣「第三者効力論の新世紀（一）（二）（完）」関大法学論集五〇巻五号二二五頁（二〇〇〇年）、五〇巻六号一〇五頁（二〇〇一年）参照。なお、本稿脱稿後学説状況を広範かつ子細に分析した三並敏克「私人間における人権保障の理論」京都学園法学二〇〇三年一号一頁（二〇〇三年）に接した。

(9) 特集「人権論の原理と新展開」ジュリスト二二四四号（二〇〇三年）。

(10) 石川健治「人格と権利」二四頁、高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」六九頁、小山剛「私的自治と人権」八三頁、西谷敏「勤労権と立法者の労働条件基準法定義務」二二三頁、三並敏克「企業と人権」二二九頁、山本敬三「憲法による私法制度の保障とその意義」一三八頁、拙稿「ドイツ基本権論の現状と課題」一八八頁。

(11) 高橋和之「『憲法上の人権』の効力は私人間には及ばない」ジュリスト二二四五号一三七頁（二〇〇三年）。

(12) 中山勲先生は「人権保障規定の私人間に対する効力」阪大法学五五号六六頁（一九六五年）、「基本権の第三者効力論再考」阪大法学一四一・一四二号二七五頁（一九八七年）など、これまでドイツの私人間効力論に焦点を当てた一連の論考を公表してこられた。本稿は、先生から受けた学恩に報いるにはあまりに拙いものであるが、ドイツの議論も踏まえた日本国憲法の解釈論を展開することで、先生が取り組んでこられた私人間効力論にささやかな貢献をなすことを意図している。

(13) 宮沢俊義「憲法Ⅱ基本的人権（新版）」七七頁（有斐閣・一九七四年）。

(14) 辻村みよ子「人権の観念」高橋和之・大石眞編『憲法の争点（第三版）』五〇頁（有斐閣・一九九九年）、佐藤幸治『現代国家と司法権』四七六頁以下（有斐閣・一九八八年）、同「人権の観念」ジュリスト臨時増刊八八四号一四五頁（一九八七年）参照。

(15) 石川・前掲論文註（10）二四頁、同「人権論の視座転換」ジュリスト二二二二号二頁（二〇〇二年）。高橋・前掲論文註（10）六九頁は、国際人権と国内人権について「同一の言葉を使いながら、実はきわめて異なった内容を観念している」と述べるが、ここで国内人権とみなされているのは、実は「憲法上の人権」である。

- (16) 宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂 日本国憲法』(日本評論社・一九七八年)は、憲法一二条の定める「この憲法が国民に保障する自由及び権利」について、「その範囲は、だいたい基本的人権といわれるものと一致するが、厳密にいうと、それよりもひろい」(一九五頁)とした上で、「国または公共団体に賠償を求める権利(二七条)や、刑事補償を求める権利(四〇条)は、『この憲法が保障する自由及び権利』(二二条)に含まれることはもちろんであるが、はたして『基本的人権』に含まれるといえるかどうか、疑わしい」(一九三頁)と述べる。宮沢・前掲書註(13)二〇〇頁も同旨。
- (17) 本稿では「人権」と「基本的人権」を同義に解する。人権は「人間存在にとつて基本的な権利」を含意するから、すべての「人権」が「基本的人権」であるだろう」として、「人権」のうちに、「基本的人権」と「非基本的人権」との二種類があるわけではあるまい」とする奥平康弘『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』一九頁(有斐閣・一九九三年)の指摘に本稿は同意する。
- (18) 奥平・前掲書註(17)七七頁。
- (19) 藤井・前掲書註(6)二五三頁、二六一頁。
- (20) 藤井・前掲書註(6)五五頁以下。
- (21) 松井茂記『日本国憲法(第2版)』六五頁以下(有斐閣・二〇〇二年)、同「憲法『解釈』の意味」(阪大法学一四四号三一頁(一九八七年)参照)。
- (22) この課題について、樋口陽一『憲法Ⅰ』九頁(青林書院・一九九八年)は「権力の構成Ⅱ抑制原理としての憲法」と表現する。また、阪本昌成『憲法理論Ⅰ(補訂第三版)』四五頁(成文堂・二〇〇〇年)は、他者の強制から自己の自由を守るためには、国家の強制を要請せざるを得ない(「自由のパラドックス」)が、その状況で個人の自由を最大化するには、国家の強制を最小化するよう設計された憲法が必要になると述べている。また、長谷部恭男『憲法(第2版)』一〇頁(新世社・二〇〇一年)も参照。
- (23) 松井・前掲書註(21)四七頁は、本稿とはニュアンスを異にするものの、「憲法を、統治のプロセスを定めたものとする。この見方では、統治権限に制限を加えた権利章典は、統治のプロセスを定めた統治機構と同じ性格のものと思われる」と述べる。

- (24) 君塚・前掲論文註(8)(一)一三二頁、及び同「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一七号一六頁(一九九七年)は、日本国憲法の規定の多くが統治機構に関するものであること、憲法九八条の最高法規規定が「国務に関する」行為に向けられていること、憲法九九条の憲法尊重擁護義務が国民に課されていないことなどを考慮して、日本国憲法は「国を拘束する法規範」であると結論づけている。木下智史「私人間における人権保障と裁判所・再考」佐藤幸治先生還暦記念「現代立憲主義と司法権」二三六頁(青林書院・一九九八年)も同旨。
- (25) 樋口陽一「司法の積極性と消極性」一一頁(勁草書房・一九七八年)は、違憲審査制の文脈ではあるが、現代型憲法の特徴を「市民 *citoyen* が憲法によって国家をしばるといふよりはむしろ、国家が市民に対して憲法への忠誠を要求し、その憲法が何であるかをまさしく裁判的機関が決定し、そのようなものとしての憲法的価値の全社会過程への貫徹がはかられる、という点に」求めている。この理解の可否は別として、日本国憲法がこのような現代型憲法でないことは明白である。
- (26) それゆえ「憲法は政治的共同体 (*Gemeinwesen*) の法的基本秩序である」とするコンラート・ヘッセ/阿部照哉他訳『西ドイツ憲法綱要』一二頁(日本評論社・一九八三年)の見解は妥当ではない。松井茂記「憲法と新しいリバータリアニズム」ジュリスト臨時増刊八八四号五五頁(一九八七年)参照。
- (27) 憲法に実定化されなかった人権は、憲法改正によってあとから憲法に書き込まれるほか、権利の内実が明確化され、憲法の諸制度との親和性が確認されることを前提に、包括的権利規定の憲法解釈を通じて、憲法に受容されることもある。その際、幸福追求権を定める憲法二三条が「新しい人権」の受け皿となるという点に異論は少ない。
- (28) 奥平・前掲書註(17)二〇頁は「人権」というものは野性味ゆたかで生きのいいじゃ馬みたいなのである。これをひとびとが憲法的秩序に適合するように飼い慣らすことによって、「人権」は「憲法が保障する権利」となる。このことよって、「人権」の本性が憲法制度上發揮できることになる」と述べる。
- (29) 拙稿註(10)一八九頁。
- (30) 佐藤・前掲書註(3)三九六頁。佐藤・前掲書註(14)五一二頁。
- (31) 初宿正典「憲法と基本権(第2版)」四三頁(成文堂・二〇〇一年)。
- (32) ほかに、阪本昌成「憲法と基本権クラシック【第二版】」一頁(有信堂・二〇〇二年)、同「憲法理論Ⅱ」七四頁

- (成文堂・一九九三年) 参照。
- (33) 松井・前掲書註(21) 三〇一頁。
- (34) 奥平・前掲書註(17) 一九頁。
- (35) 辻村・前掲論文註(14) 五一頁。また、辻村みよ子『憲法』一四三頁(日本評論社・二〇〇〇年)も参照。
- (36) 拙稿「基本権の諸形相」法学教室二二七号六三頁(一九九九年)。
- (37) 宮沢・前掲書註(13) 二二八頁以下。
- (38) 拙著『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会・二〇〇一年) 参照。
- (39) 夕刊和歌山時事事件(最大判昭和四四年六月二五日刑集二三卷七号九七五頁) 参照。
- (40) 松井茂記『マス・メディア法入門(第3版)』一〇〇頁(日本評論社・二〇〇三年)。
- (41) 基本権保護義務を私人間効力論に応用する近時の議論として、小山剛『基本権保護の法理』二二二頁以下(成文堂・一九九八年)、同「私人間における権利の保障」高橋・大石・前掲書註(14) 五六頁、同・前掲論文註(10) 八七頁、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣・二〇〇〇年)、同「現代社会におけるリベリズムと私的自治(一)」(二・完)『法学論叢』一三三卷四号一頁、五号一頁(一九九三年)、同「憲法と民法の關係」法学教室二七一号四四頁(一九九四年)、同「基本法としての民法」ジュリスト一一二六号二六一頁(一九九八年)、松原光宏「人格権侵害の憲法論的構成(一)」(四)『法学新報』一〇八卷三号一九二頁(二〇〇一年)、一〇九卷四号三二頁(二〇〇二年)、一〇九卷五・六号三七七頁、七・八号七五頁(二〇〇三年)、同「私人間効力論再考(一)」(二・完)『法学新報』一〇六卷三・四号一頁、一一・一二号六三頁(二〇〇〇年)、戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざま」法律時報六八卷六号一二六頁(一九九六年)等を参照。
- (42) D.Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S.95; E.Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S.1633(1636).
- (43) 拙著・前掲註(38) 二〇四頁、二二三頁参照。
- (44) 小山・前掲書註(41) 一〇頁、二二〇頁、中山茂樹「私人間効力について」西南学院法学論集三三卷四号九九頁(二〇〇一年)、同「胎児は憲法上の権利を持つのか」法の理論一九号三八頁(二〇〇〇年)。

- (45) 高橋・前掲論文註(11)一四三頁は、この基本権法益について「憲法上の法益でないことだけは確かである」というが何かの誤解であろう。基本権法益は憲法上の法益である。
- (46) 基本権保護義務を認めるとしても、それをどの範囲で認めるかについては意見の相違がある。学説はおおむね基本権保護義務の承認自体に消極的であるが、承認する場合も「生命・健康についてのみ」といった限定を付すことが多い。棟居快行「幸福追求権について」ジュリスト一〇八九号一八四頁(一九九六年)、芦部信喜・高橋和之補訂「憲法第三版」一一一頁(岩波書店・二〇〇二年)、松井・前掲書註(21)三二七頁参照。
- (47) 芦部・前掲書註(1)二三〇頁、三並・前掲論文註(10)一三六頁参照。最近の批判論として、西原博史「『国家による人権保護』の困惑」法律時報七五卷三号八〇頁(二〇〇三年)。また、小山・前掲書註(41)八頁が基本権保護義務に対する否定的評価の理由を列挙している。
- (48) 小山・前掲書註(41)一八〇頁。
- (49) 基本法一条一項は次のように規定する。「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することが、すべての国家権力に義務づけられている」。高田敏・初宿正典編訳「ドイツ憲法集(第3版)」二一〇頁(信山社・二〇〇一年)参照。
- (50) 小山・前掲書註(41)一八四頁。
- (51) 内野正幸「憲法解釈の論点(第三版)」二四頁(日本評論社・二〇〇〇年)は、憲法二三条後段の趣旨について「国政にむかつて、私人による私人への権利侵害を禁止するよう求めたものとしてより、むしろ国家自身が私人への権利侵害を行わないよう求めたものとして読むことができよう」と述べる。
- (52) 山本・前掲書註(41)二〇一頁、同・前掲論文註(41)「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一)」一七頁、同・前掲論文註(41)「憲法と民法の関係」四八頁、同・前掲論文註(41)「基本法としての民法」二六三頁。
- (53) 本文の例はドイツ連邦憲法裁判所の連帯保証決定(BVerfGE 89,314)を参考にしている。これについては、ドイツ憲法判例研究会編「ドイツの最新憲法判例」國分典子解説三〇六頁(信山社・一九九九年)参照。ちなみにヨーゼフ・イーゼンゼー「保護義務としての基本権」三二一頁以下(信山社・二〇〇三年)は、国家目的論アプローチによって基本権保護義務を根拠づける一方、基本権保護義務を契約自由の領域に拡張することに対しては否定的である。なお、

イーゼンゼーの国家目的論については、拙稿「イーゼンゼーの防御権論」解説」同書二二二頁、小山剛「イーゼンゼーの基本権保護義務論」解説」同書二四二頁参照。

(54) 本稿とは逆に、小山・前掲書註(41)一九四頁、三一九頁は、基本権保護義務の根拠づけに際して、客観法アプローチを主軸にし、国家目的論アプローチを補強的論拠として援用する。小山は、国家論のロジックから出発すれば、時代によって変遷してきた多様な国家目的を混同して受容する危険があると指摘する。しかし、近代の意味の憲法が想定する国家観はそれほど不明確ではない。むしろ危惧すべきは、本文で指摘したような客観法アプローチの問題点の方である。

(55) 長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト二二四四号三三頁(二〇〇三年)参照。

(56) シュヴァーベールムスヴィーク説についての詳細は、小山・前掲書註(41)一四二頁以下、拙稿「防禦権としての基本権の意義と可能性」阪大法学四一巻一号二五七頁(一九九一年)参照。

(57) 芦部・前掲書註(2)三一四頁。

(58) 芦部・前掲書註(2)三〇四頁。

(59) 小山・前掲書註(41)一四四頁、一四七頁、山本・前掲論文註(41)「現代社会におけるリベリズムと私的自治(一)」一六頁参照。

(60) 小山・前掲書註(41)一五三頁。

(61) 芦部・前掲書註(2)三〇〇頁。

(62) 小山・前掲書註(41)一五四頁、松原・前掲論文註(41)「私人間効力論再考(二)」七四頁。

(63) 小山・前掲書註(41)五一頁。

(64) たとえば、田口精一「人権と私法関係」ジュリスト六三三八号二六三頁(一九七七年)いわく、「民間の社会関係における人権の対立については、まずその調整の基準・手続に関する法律の制定が必要であって、この問題は一般的には、まず立法機関の法律制定によって処理されるべき事項であるといわなければならない」。

(65) 高橋・前掲論文註(10)七五頁によると「私人間適用とは、法律がなくとも、憲法上の人権規定を援用して人権保障の役割を果たすことを認めようということであり、議会と裁判所の近代的な権限分配を変更することを意味する」と

される。このように理解するためか、高橋・前掲論文註(11)一四三頁は「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、相当の飛躍と言わざるをえない」と述べて、基本権保護義務を司法が履行しようとすることに批判的である。

(66) 木下・前掲論文註(24)二四〇頁。

(67) 芦部・前掲書註(2)二九一頁。

(68) 初宿・前掲書註(31)一〇二頁以下。高橋・前掲論文註(11)一四五頁。

(69) 奥平・前掲書註(17)八一頁。

(70) 山本・前掲書註(41)二二三頁、二七一頁。

(71) 山本・前掲書註(41)二三五頁。

(72) たとえば、芦部・前掲書註(2)二九六頁、二九八頁、藤井・前掲書註(6)二六九頁、君塚・前掲論文註(8)「第三者効力論の新世紀(二)」一三〇頁、木下・前掲論文註(24)二三五頁など。

(73) 山本・前掲論文註(41)「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)」五頁。

(74) 山本・前掲書註(41)二二一頁、同・前掲論文註(41)「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)」一七頁。

(75) 山本・前掲書註(41)二二〇頁も認めるように、過度の介入禁止を判断する基準はある程度しっかりしているのだが、保護の過少性を判断する基準の方は必ずしも明確ではない。これは基本権保護義務論の盛んなドイツでも同様である。拙稿註(10)一九四頁参照。