

基本的人権の私人間効力論の再構成をめぐって

堀 内 健 志

[目次]

1 序

2 最近の学説の動向

3 人権の対国家性

4 国家の基本権保護義務

5 結びに代えて

《補論》

1 序

数年前（平成13年当時）ゼミ生が卒業論文で、「プライバシーと表現の自由」というテーマを扱ったが、読んでみると、「基本的人権の私人間効力」をめぐる直接効力説、間接効力説という学説の展開をしていたのである。待てよ。少なくとも稿者の憲法の授業ではこのテーマに関してそのような形で説明したことはない。誰かがそのように書いているのだらうと思った。その後、交通事故死女児の逸失利益の算定方法につき男女平等原理を適用する際にやはりこの原理の私人間効力論が展開されていることがわかった。¹

少なくとも従来のが国の憲法書では、基本的人権の私人間効力論は多くの場合、まず契約の自由が妥当する「私人・私人」間において契約関係（私的自治）が成り立っているが、その内容が人権保障などの視点からみてあまりにも不適切と思われる場合に直接憲法ではなく、とくに民法90条の公序良俗規定を持ち出してその契約内容が違法であるとするようなことが想定され、その構造をどのように説明するのかということが考えられてきたように思われるのである。

ところが、うえに挙げたケースでは、私法上の契約関係（私的自治）は初めから存せず法律行為をなす「契約の自由」を語る場所がない。従ってまた、民法90条を適用する余地も存しないのである。

これらは、従来の「基本的人権の私人間効力」の問題ではないのではないか。例えば信書開披罪（刑法133条）などで他人の私的秘密に介入したある私人に対する刑事事件においては、直接国家権力が私人に対して権利侵害が行われたものではないが、かといってこれに「私的自由」を前提とし

てその上に公序良俗規定を持ち出して考えるなどといった必要はないだろう。この分野は、いわゆる罪刑法定主義の下刑罰は必ずあらかじめ法律で定めておかなくてはならないことになっているから、その規定の適用が吟味されることになる。² また、例えば労働雇用契約が締結されていてもその内容が労働基準法に違反する場合には当然違法なものとされ、ここでは人権の間接的効力を持ち出すまでもない。

従って、「私的自由」が存しない法関係においては、それが直接「私人・国家」の関係ではない場合であってもいつもいつも「基本的人権の私人間効力」論を展開するには及ばないとするのが従来の立論ではなかったであろうか。³

そして、その根拠としてやはりその背景には「公法・私法」関係の区別を前提とする近代立憲主義理論があるのではないかとと思われるのである。

小嶋教授によれば、「憲法典が国家権力の濫用から被治者をまもるために国家統治のあり方を規制するものであることは、その個人権の保障も、原則として公権力に対する制約にすぎないことを意味する。」「これを逆にいえば、私人の行為には原則として違憲がなく、違憲は公権力の行為に限られるということ」、「このことは、私人間の関係における法律関係は、社会秩序の設定者・維持者としての国家が、立法をもっておこなうべきことを意味する。」⁴

かかる原則的な認識は重要であり、近時、このような立論が改めて提示されてもいるので、のちにまた立ち返って検討することにしよう。

ただ、ここでは本稿がそのような私人間の法関係と公権力・私人間の法関係をとを区別することをば、絶対的かつ概念必然的と考えているわけではないということをあらかじめ断っておく必要があるだろう。

確かに、私法関係においては契約当事者の自律的な法内容の定立を特徴とするが、公法関係においても、例えば民主的な法定立には国民ないしその代表者の同意が必要とされる。いずれも法規範の創設方法に共通点が存しうるのである。⁵ うえに述べた憲法上の人権を侵害する公権力の行為は一方的でかつ拘束力を有する国家行為が考えられているのである。

2 最近の学説の動向

さて、いま見たとき従来の「基本的人権の私人間効力」論とは異なり、最近の新しい学説は、このような私法関係を前提とすることから超越しているごとくである。刑事法関係、例えば財物を盗まれたものと犯人との関係（窃盗罪、刑法235条）では、財産権の侵害といってもこの場合国家権力による憲法上の財産権の侵害ではないので、民法上の所有権侵害ということになるが、両当事者間に契約関係は存しない。が、これも法構造的には形式的には「私人・私人」間の法関係と言えなくはない。ここにも「基本的人権の私人間効力」論が展開されると言うのであろうか。

最近の論者は、さすがにそうは言わない。そうではなく、かかる「私人・私人」間の法関係において、広く国家の基本権保護義務というものを引っ張ってきて、被害者の保護法益を守る義務が生じるという言い方をするのである。

冒頭に挙げた憲法上の「プライバシーと表現の自由」の問題では、一方であるモデル小説を出版したいという、憲法上の表現の自由を行使しようとする。これに対して、国家権力が弾圧する場合には明らかに表現の自由を主張する私人の側の人権侵害という違憲問題が生ずる。が、ここでそのような小説が出版されれば、モデルとなった他方の私人のプライバシーが侵害されるという場合には、この権利は国家権力による侵害ではないので、憲法上の人権侵害ではないことになる。かかる権利法益をどのようにして保護しうるのであるのか。

ここで、「基本的人権の私人間効力」論が語られなくもない。が、ここで人権と権利法益との区別に意を払い憲法上の人権の衝突ではないとして、プライバシーの権利を国家の基本権保護義務というものを持ち込んで保護しようとするのが、近年の有力学説である。そして、構成の仕方によっては、従来の狭い「基本的人権の私人間効力」論をやめて、「私人・私人」間の法関係で生じる諸問題を全て広義の「基本権の私人間効力」論として再構成する方向も打ち出される勢いである。

そこで、以下においてこうした近年の学説動向をもう少しフォローし、若干の検討を試みることにしたい。

3 人権の対国家性

近年では、唯一、前述の小嶋教授が主張される、「私人の行為には原則として違憲がなく、違憲は公権力の行為に限られる」というごとき立場にやや近い見解を表明されるのは、高橋和之教授の「無効力説」論である。⁶

高橋教授によれば、

「ここで無適用説とは、『憲法上の人権』規定を私人間には適用しないという説をいう。…無効力説にも2つを区別できることが明らかとなった。1つは、フランス革命期に確立された人権理論であり、そこでは私人間における人権（自然権）の調整は法律によりなされるものとされていた。いま1つは、ドイツの公権理論を基礎に置くものであり、⁷そこでは私人間における公権の衝突は理論上は想定されておらず、事実上の衝突が法律により調整されることになる。」⁸

そして、「フランス・モデルで考えれば、人権衝突を調整するための枠組みは民法典のなかにすでに規定されていたのである。たとえば民法90条であり、709条であり、その解釈を『個人の尊厳に』適合するように行えば足りる。そこに憲法の人権規定を、間接にせよ直接にせよ、及ぼす必要などなかったのである」⁹とされている。

しかも、かかる立場は、つぎのような近代立憲主義の憲法観に基づくものであると言う。

「憲法は、社会の基本価値を保障・実現していく手段として国家を創設する文書（instrument）であり、そのために国家が保護すべき人権を列記し、そのための活動を行う国家機関の組織・権限と手続を定めるものである。要するに、憲法とは、国家が人権保障を展開する法的なプロセスを規定するものである。ゆえに、憲法の、そして憲法上の人権の、名宛人は国家であり、私人間の法関係を規律するものではない。これが、近代以降の立憲主義の憲法観・人権観であり、もし憲法規定を私人間に直接あるいは間接に適用することを欲するならば、それにより立憲主義がどのように、

どの程度変容を受けるかを慎重に見極める作業が必要となろう。」¹⁰

それにもかかわらず、今日「憲法適用説」がさかんに主張される現状については、次のように見ている。

「現代においては、重大な人権侵害が私人間で頻発しており、これに対処しえないような人権理論では、人権の最大限の保障を課題とする憲法学の使命を果たすことはできない。何らかの形で私人間にも人権規定の効力を及ぼしうる理論構成が必要ではないか。」¹¹

とは言っても、伝統学説が「あっさり」と放棄される」ことには、問題点が多いというのである。

公法と私法の区別を前提として、個人的公権を国家・国民の関係に限定するドイツの伝統的枠組みのもとで、私法上の関係にかかる公法上の権利を設定することは困難である。この枠組みのもと、ドイツ基本法の保障する基本権を公法・私法の両者に通底する原理として設定するために、直接効力説にせよ、間接効力説にせよドイツのいわゆる第三者効力論は、主観的権利を超える何らかの客観的価値を設定せざるを得ない。

しかし、例えばわが国の間接的効力説において、「憲法上の人権が对国家権利であるとすれば、民法90条の公序良俗を媒介することによって、それがなぜ対私人的権利に転化するのかの説明はない。」¹² 逆に言えば、これを今村教授の含意として言われるように「もし私人間においては人権の効力はないというなら、その侵害ということもありえず、したがって公序違反もありえないはず」という、本稿冒頭引用の小嶋教授の説明通りの道理となるはずである。が、そこにこの間接効力説は「憲法上の人権が、実は私人間においても何らかの効力をもつものだということを、こっそり前提にしている」ということになる。

ドイツの客観的価値論は「私法の一般規定」に主観的権利としての基本権を読み込む前に、「読み込むべき基本権を」「全方位的な」「私人間においても効力を有するものへと転換」する必要によるものである。

ただ、ここには理論上の疑問が潜んでいる。すなわち、この価値が「自然権」的なものであるならば、フランス革命期の理論（各領域を究極的に規律する道德哲学的人権価値に根拠づけられる）と同じということになるが、実定法的価値として位置づけられるときには、これが、「全方位性をもつ実定法的価値というなら、なぜ私人間に直接適用されないのであろうか。」

しかも、かかる構成においては「憲法は全方位的な基本権（客観的な法的価値）と对国家権利な具体的基本権の両者を自己の内部にもつことになり、憲法あるいは基本権規定の性格を曖昧化させることになった。」近代的立憲主義の権力を拘束する憲法・人権観でなく、国民を拘束するそれへと転化するモメントが秘められている。¹³

そしてまた、この基本権の客観的な法的価値と具体的な对国家権利との関連について、高橋教授はつぎのように述べている。

「基本権が『第1次的には』对国家権利であるとすれば、そこに具体化されている客観的価値秩序も对国家権利なものと考えべきではないであろうか。客観的価値を对国家権利な（主観的）基本権から導出しようとする限り、对国家性をいかにして突破できるのか。それが可能と考えるのは、実は客観的価値秩序のほうこそ第一次的なものと考えているからではないのであろうか。『憲法の

根本的決断としてすべての領域の法に妥当する。客観的価値体系がまず措定され、对国家的な主観的基本権がそこから導出されると考えれば、あるいは、同じことだが、对国家的基本権の背後には全方位的な性格の客観的価値体系の存在が想定されており、憲法はそれをも法的価値として承認していると考えれば、一応の説明はつく。しかし、この場合には、やはりそこに憲法観・人権観の転換を見ないわけにはいかないであろう。」¹⁴

この結論を簡単には認めないとするのが、高橋教授の立場である。

「日本国憲法にも15条4項（投票の秘密）・18条（奴隷的拘束の禁止）・28条（労働基本権）等々、それらを直接適用することに関して学説上ほとんど異論の見られない規定が存する」が、それらは、「必ずしも直接適用を予定したものではなく、むしろ立法者にその規定を実施するための法律制定を義務づけたものと読むことも十分可能と考えるのである。」

そして、この法律制定を怠った場合に、第三者効力論を必要とするというのは、「私人間の人権保障という問題を、ドイツ公権論的な枠組みで捉えたために生じた仮象問題にすぎなかったのではないか」と言う。¹⁵

ところで、上述の客観的価値秩序との関連では、新正幸教授によるつぎのような「客観法・主観法」の認識からくる批判があるので見ておくことにしたい。¹⁶

まず、「人権規定・基本権規定」については、「自然権ないし道徳的権利であれ、実定法上の権利であれ、およそ『権利』なるものが、客観的法—自然法ないし道徳理論であれ、実定法であれ—の主観的現象形態であるとすれば、それは「何らかの客観的法を個人の側から主観化し、その主観化された現象形態を捉えて、それを憲法典において条文化したものと考えられる。」¹⁷

しかし、上述のごとき「ドイツの通説・判例」で言われる「客観的価値秩序」はこれとは同じものではなかった。

「基本権規定は、何よりもまず、国家に対する国民の『防禦権』として、国民の主観的権利を保障するものであるが、しかし、単にそれだけではなく、同時にそれは、『客観的価値秩序』『憲法上の基本決定』として、客観的原理を含むものとして捉えられ、そのような解釈を媒介して、そこから、『防禦権』を超えた機能が引き出される。例えば、基本権の照射効（Ausstrahlungswirkung）や国家の基本権保護義務、分与（配分）請求権（Teilhaberechte）ないし狭義の給付請求権等である。…『組織と手続を求める権利』もこれに属する。」¹⁸

そこでは、この「客観的法」の主観的現象形態の条文化たる「基本権規定」それ自体の二面として、「主観的権利」と「客観的価値秩序」とが対置されていた。が、ここでは、「客観的法」と国民の側から主観化し、条文化された「基本権規定」そのものが区別されているのである。

そして、ドイツでみられる、「憲法上の自由権規定」から、その客観法的側面として、「狭義の給付請求権」などが導出しうるか、導出しうるとすれば、いかなる程度において導出しうるかというような形で論議されていることは、「まことに奇妙なことのようと思われる」とされる。

「なぜなら、基本権規定が、もともと一定の『客観的法』を国民の側から主観化し、その主観的現象形態において法典化し、条文化したものであるとすれば、それが条文化されていないならば、その基にある『客観的法』に遡って、何らかの筋道を経て、その主観化がはかられるべきは当然の

ことだからである。自由権規定から、内容の異なる、むしろ不作為から作為へと全く逆転する内容の社会権を導出することが、論理的に可能であろうか。もともと主観的現象形態たる権利を条文化した基本権規定を『主観的側面』と『客観的側面』に分けるとは、そもそもどういう意味をもちうるか。結局は、同じことを言い換えているにすぎないか、もしそうでなければ、望む結論を密かに先取りしてそこから結論が引き出されたように見せかけるトリックにすぎないのではないか。もし、基本権の『客観的側面』に何らかの意義があるとすれば、その基になっている本来の『客観的法』から引き出されたものに他ならないのではなからうか。この意味において、ドイツの『基本権の主観的・客観的二面論』はかなり歪んだ、いびつな理論であるといわざるをえない。」¹⁹

上述ドイツの理論に対する新教授の批判は、以上のごとくある。その依って立つ論理構造は全く異なるけれども、自由権規定から、直ちに客観的価値秩序を導出することに対する疑問が提示されているという点では、高橋教授と異ならない。ただ、その場合新教授にあっては、「それが条文化されていないならば、その基にある『客観的法』に遡って、何らかの筋道を経て、その主観化がはかられるべきは当然のことだ」とされていて、その「基本権の具体化過程が段階構造をなし、階層性を有する」という「実定法の固有法則性」を強調することに力点が置かれている。²⁰ 基本権が「私人・国家」の間で妥当するのみでなく「私人・私人」の間でも効力を有する客観的価値秩序であると解すべきかどうかという、立憲理論上の問題に対する解答が準備されているわけではない。高橋教授にあっては、「对国家的基本権の背後には全方位的な性格の客観的価値体系の存在が想定されており、憲法はそれをも法的価値として承認している」とする考えには、「憲法観・人権観の転換を見ないわけにはいかない」とされていたのである。

ちなみに、高橋教授の言われる「对国家的基本権」という言葉について、一つ感想を述べるならば、つぎのごとくである。すなわち、「憲法上の人権が对国家の権利である」という場合にこれが「自由権」「防禦権」を意味するものと直ちに考えられてよいかどうかである。確かに、この権利に対しては、もっと広く「防禦権」を超えた機能が引き出される。例えば、基本権の照射効（Ausstrahlungswirkung）や国家の基本権保護義務、分与（配分）請求権（Teilhaberechte）ないし狭義の給付請求権等」を含みうる客観的価値秩序が対置されている。

けれども、「对国家的基本権」とは、「国家・私人」の法関係が成立するという程の意味で、ここには、「自由権」のみならず「参政権」や「国務請求権」（ここには給付権なども含まれる）をも包括しうる諸法関係が入り、これと「私人・私人」の法関係が区別されるというのが、その正しい理解ではなからうか。つまり、「自由権」か「社会国家原理」かという区別の問題ではないのである。両者の区別がともすると混乱して用いられているごとくである。基本権が对国家の性格を有するという内容とその内容として何らかの給付権的な国務請求権が認められるということとは直ちに矛盾するものではない。また、これを含むことが近代憲法と相容れないということにもならないだろうと思われる。²¹

さて、最後に近時有力になっている国家の基本権保護義務論について、これはすぐ後にまた詳しく検討するとして、ここで高橋教授の指摘を見ておくことにする。

即ち、この理論によれば、私人Aが私人Bの基本権を侵害したときには、国家はBを保護する義

務を負う。そこで国家はAによる侵害行為を阻止し、あるいは賠償を命ずる。が、その際、Aも基本権を主張し、Aの基本権の尊重義務とBの基本権保護義務が調整される。ここで、「基本権」としても「基本権の対国家性を前提とすれば、BがAに対して基本権をもつことはありえない。」「基本権法益」と言うとしてもそれは「憲法上のものではない」という問題はあるが、その両義務ともどちらも「国家との関係の問題であり、伝統的な対国家性の枠内にとどまっている」ことを指摘している。²²

このことを確認したうえで、つぎに、そうした近年の学説について見ていくことにしたい。

4 国家の基本権保護義務

国家による基本権保護義務論について、ドイツの学説・判例の影響を受けつつ、わが国において代表的研究を發表されているのが小山剛教授である。²³

小山教授の基本権保護義務論は、従来の「私人間効力論」をあっさり克服してまうという大胆な側面とその質的理解における慎重な側面とを併せ持っているという特徴があるように見える。

即ち、ドイツの判例・通説によれば、「基本権保護義務は、公法、刑事法のみならず、およそ私人による基本権法益侵害が問題となりうるすべての領域において、また、法の定立のみならず、解釈・適用の段階においても成立する。」それ故、「基本権の私人間効力として論じられてきた既知の問題についても意味のある法理である。」²⁴

その適用範囲は、本稿冒頭で意識してきたとき「私人・私人」の「契約関係」がない法関係に及ぶことはもちろんのこと、さらに従来の「契約関係」を前提としてきた「基本権の私人間効力」論をもその中に納め込む程のものである。

その保護義務の構造は、「国の憲法上の作為義務」として、「国・要保護者・侵害者という三者から構成される、法的三極関係」を特徴とする。

その目的は、生命・健康その他の基本権法益を、第三者による侵害から防禦することで、国は、基本権の「敵」から、基本権の「敵」+「擁護者」へと、役割を転換するという。この点で、国の不作為を求める消極的権利である防禦権から区別される。が、「法的三極関係および既存の法益の防護を特徴とする」ので社会権とも違う別個の形象であるとされる。²⁵

「私人間効力論の保護義務論的構成は、ドイツでは、判例・通説となっている。」「基本権保護義務論と（私人間効力論における＝堀内注）間接適用説とは、私的人権侵犯という問題構造に加えて、理論的前提においても通底している。保護義務論は、基本権法益が第三者によって侵害されてはならないが、私人は基本権の名宛人ではないことを出発点とするのである（基本権法益の全方向性と基本権の対国家性）。私的人権侵犯問題を憲法問題として構成する鍵は、基本権の名宛人の拡張でも、私人の行為の国家への帰責でもなく、第三者の侵害から各人基本権法益を保護すべき国の義務である。」²⁶

従って、かかる保護義務論の立場からすると、本稿冒頭で問題設定したとき基本権の私人間効力論に近代憲法上の特別の意義を見出して、強調するには当たらないという帰結がもたらされるこ

とになるう。

曰く、「基本権の私人間効力は、方法論的には、私法規定の基本権適合的解釈にほかならない。そのため、私人間効力の問題を過度に特殊化すること、私人間効力の対象を特定の私法規定（たとえば公序良俗条項）に限定するのも適切ではない。」²⁷

ただ、その一方ではこの基本権保護義務は、「国家による後見的な保護の強制や、理性的な自己決定の強制は、いずれも否定される。」なぜならば、「各人の自己決定ないし自律の保障を内実とする基本権の客観法的側面から基礎づけられる」ものであるからである。

また、「私人相互間の私法関係に対する基本権を根拠とした介入は、自己決定を前提としつつ、自己決定の『尊重』に加えて自己決定の『保護』をはかるものであり、また、その限りで基本権保護義務によって正当化される。」しかも、ここで、「客観的原則規範としての基本権は、自由を『自由そのもの』と理解する点において、制度的基本権理論や基本権の価値理論と異なり、自由主義的・法治国的基本権理論の理解を承継している。」「その保障を国家との関係に限定せず、第三者との関係にまで拡張する点で、従来の基本権と異なるにすぎない」のだという。

かくて、小山教授のいう「基本権保護義務」は、「基本権保護のための理論であると同時に、防禦権保障のための理論」でもあり、国家の過度の介入を招く危険を阻止しようとする点に、もう一つの特徴がある。

このような「客観的原則規範としての基本権」のなかに、防禦権と保護義務を統合する立論は、現実調和的であり（一方では過剰侵害禁止、他方では過少保護禁止が妥当する）魅力的ではあるが、ただ、その両者は従来の人権の分類・体系論において、さらにはまたそれらの人権により国家との対応が消極的側面・積極的側面という異なる対応をもたらすことになるという違憲審査基準論で放棄しがたい重要なポイントとなりうる区別であったことを考えると、²⁸ 言われるように「有機的な連関を回復」させることはそう簡単ではないのではなかろうか。

いずれにしても、しかし、小山教授の「客観的原則規範」論は、上述したとき「近代的立憲主義の権力を拘束する憲法・人権観」から大きくはみだすことなく、また「社会国家的給付権」論とも異なる、内容的には極めて慎重な立場であったことになる。

これに対して、戸波江二教授は、ドイツとは異なり、わが国では「日本国憲法」が社会権を明文としてうたっている以上、国家の基本権保護義務の内容に「社会権」を当然含めて考えるべきであり、この「客観的原則規範」をもって広範な「私人・私人」の法関係に及ぼして構成するべきだと主張される。²⁹

「日本国憲法が人権カタログに社会権を取り入れている以上、日本国憲法の基本権理論は社会権をも取り込むものでなければならない。」³⁰

「社会権の保障は、国民とくに社会的・経済的弱者の生活の保障のための積極的措置をとることを国に対して要求しており、また、社会権はその権利の性質上国家の積極的行為に依存した後国家的権利であるので、『保護義務』の範疇に含めることが適当である。」³¹

その理由として、さらには「ドイツでは、社会権と保護義務論という保護請求権とは、厳密に区別されるべきことが強調されている」³² が、「日本の『国家による自由』論では、ドイツ保護義務論

のように三極構造は前提とされておらず、国家と個人の二極構造における人権の保護を含めて議論されており、また、国家による人権の積極的保障という視点も広く射程に入れられている。そこで、ドイツの本来の意味での保護義務論、つまりいわば狭義の保護義務論にこだわらず、むしろ、『国家からの自由』＝防御権を超えた基本権保障の積極的機能を是認する『基本権の客観的原則規範』の議論を参考にして、国家が人権を侵害しないために国家の不作为を要求するという本来の人権の機能を超えた作用、つまり、国家が人権保障のために積極的活動を行うことを要求するという論理として、保護義務論を導入すべきである」という。³³

ここでは、「基本権の客観的原則規範」が、防御権を超えた、「国家が人権の保護のために積極的な措置をとる義務」を「すべて含む概括的な概念」として構成されることになる。³⁴

ドイツの「通説・判例の地位を占め…、近時の日本の有力説も」承認している「基本権保護義務論」の立場に立ち、「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」と松本和彦教授は言う。³⁵ そこでは、基本権保護義務論はまさに私人間効力論を中心的に展開される。そして、そこでの私人間効力論はもちろん本稿冒頭で設定された私法上の契約関係（私的自治）を前提とするものではもはやない。広義の「私人・私人」間の法関係ということである。従って、ここでは「私人間効力論」の概念が異なっているとも言い得よう。

さらには、結論として次のように結ばれている。

「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だ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。」³⁶

かかる結論は、伝統的理解から見るとき、どのように受けとめればよいのだろうか。基本権はあくまでも私人間には適用されないという限りでは、いわゆる無効力説に立っていると解せられる。ということは、すでに見てきた伝統学説と基本的構造は変わらないということになる。しかし、その後「基本権法益」と言葉を言い換えて保護義務論が展開されている。そして、その中に伝統的私人間効力論が埋没している。形を変えた直接効力説となっている。

私人間効力論をこのように基本権保護義務論の視座で再構成する場合に、従来の私人間効力論とその外部の諸問題とを一緒にたして良いものかどうか吟味する必要がある。

まず、国家権力によらない私人による私人に対する刑事法上の犯罪は刑法の適用を受ける。が、ここに国家の保護義務論を当てはめ得るわけではないけれども、特段の意味を持つわけではない。刑法規範じしんの違憲性が問題になり得るだけである。

この点については、松本教授も次のように述べられるところがある。

「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」刑法230条の2の「場面で私人

間効力論が話題になることはない。」³⁷「…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。」³⁸

また、私法でも労働基準法などの強行法規については、合意に基づく労働協約といえどもこれに違反し得ず、基準法じしんの違憲性が問題になり得るだけである。

従って、私人間効力論を基本権保護義務論の視座から再構成するとしても、うえのごとき「私人・私人」間の法関係においては、ことさらに国家の保護義務を持ち出すまでもないことが多い。

他方、かかる法律規定が存せず、契約の自由が妥当する領域では、民法90条の公序良俗規定などの一般条項により、法律行為が無効とされ得る。山本敬三教授は、公序良俗論の再構成に当たり、保護義務論を導入されるが、その議論は私的自治の制度化としての契約の自由が設定される場面を中心に展開されているのである。³⁹ これは内容的に違憲でない限り、ある程度の選択の余地が認められることが前提とされる。

しかし、このような意味での契約関係においては、逆にむしろ論者によってはこの領域に基本権保護義務論を適用することを否定する立場も存し得る（ドイツのヨーゼフ・イーゼンゼー）。⁴⁰

これらのことを勘案してみると、まず、例えば、一般に表現の自由とプライバシーの権利が衝突するとされる問題でも私人間の法関係が設定され得るが、かかる問題は表現の自由の限界論、そして民法709条の不法行為による損害賠償請求として論じられる。これをあえて、私法上の契約の自由の原則（私的自治）が原則として妥当するところで、そこに制約原理としての公序良俗の原理が持ち込まれて基本的人権の第三者効力論が構成される問題と同じレベルで取り扱うには及ばないのではないか。しかし、基本権の保護義務論は、ここに両者に屋根をかぶせて、全体として一つの構造のなかで捉えようとするものである。この全体を私人間効力論というのか、或いは従来どおりはこの後者のみ私人間効力論として扱うかという違いがあることになるう。

5 結びに代えて

最後に、以上の考察の締めくくりとして、一、二点確認して結びに代えることにする。

第一点は、いましがた論じたこととの関連である。それは、基本権保護義務論の採用によって、基本権法益間の調整、比較衡量が確かに図式化されるという効用があった。即ち、

「両当事者間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（防御権）。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（防御権侵害）。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るう。」⁴¹

このような図式で基本権法益が調整されるということであるが、これはさながらR・アレクシーの衡量法則に倣うもののようである。⁴² しかし、ここで終わって良いのだろうか。つまり、そこでは、国家の保護義務と防御権とがいわば並列に位置づけられて比較衡量されているが、そこでいわ

ゆる保護義務ないし保護権、そして社会権をも含む広義での給付権と防御権の関連、また、これらと民主的立法との関連など、単に全体をうえのような図式で展望するのみではなく、それらの諸法益の重要度を計っていく基準についてもさらに示唆することが必要であり、R・アレクシーの基本権理論はそこまで考えた「第三者効力論」を意図したものであった。⁴³

さらに第二点は、「防禦権」と「対国家性」とに関するものである。人権の分類・体系上「防禦権」は「国家のpositivな行為についての権利」である給付権に対置する「negativな、国家の侵害行為を阻止する権利」であるとされる。前者には、「第三者が侵害することを国家が阻止することについての権利」である「保護権」と狭義の給付権である「社会権」とが含まれる。「社会権」は「個人が十分な財政的手段をさえ用立て、かつ市場で十分な供給が存するなら私的に有しうであろうところのものについての国家に対する個人の権利」である。⁴⁴ そうすると、国家の基本権保護義務というのは、原則としてうえの「保護権」に対応するものということになる（従って、「社会権」に対応するものとは言えない）。他方、かかる「防禦権」と「憲法上の基本的人権」が「対国家性」を有するということは、確かに、憲法思想史上は自然法の影響下で人権の前国家的性格（配分原理）を言い表すべくそう語られたのであり、また人権の国家権力の侵害からの防禦こそがその本質的内容であるとされたことは否定できないけれども、しかしおそらく同じものではないのではないだろうか。後者の「対国家性」と言っているのは、今日の実定法学上は「国家・私人」の法関係というふうに置き換えることが可能なものではないだろうか。今日の「防禦権」はいわゆる「自然的自由」そのものではなくこれが「国家に対して侵害しないことを要求する権利」として、つまり広義の「国務請求権」を含んだ実定法上の権利として理解すべきものであろう。⁴⁵ さきの「保護権」や「社会権」が国家への「国務請求権」であるとして、「防禦権」にも国家に対して侵害を阻止することを求める権利としての「国務請求権」の側面が認められるならば、結局これらいずれも「国家・私人」の実定法的法関係のなかに含めて考えることは可能であろう。そして、但し、それらのなかにそれぞれ相互間に相違点があり、その違いに十分配慮して、憲法論、特に「立法」「違憲審査制」と「人権」保障のあり方が組み込まれる必要がある。⁴⁶ その際に、「私的自由」の保障と「国家権力の介入」との接合断面が再び浮かび上がることがないかどうか。この辺の吟味はまた別の機会にすることとしてひとまず筆を擱く。^{47 48}

《補論》基本的人権の私人間効力論と国の基本権保護義務論の位置

1 まず、本論（「基本的人権の私人間効力論の再構成をめぐる」）以後の状況と稿者の所見を簡単にフォローしておこう。

(1) 基本的人権の私人間効力の問題を国の（基本権）保護義務の視点からグローバルに再構成する学説など、ドイツの学説の影響もあって、広く展開されるようになっていて注目される（この問題についての必読書は、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）である。さらに、戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務」樋口ほか『日独憲法学の創造力上巻』（信山社、2003年）699頁以下など参照）。

(2) 但し、刑法規範などの法律によって規制される行為でその適用を受けるのは、もちろん、こ

こに民法上の公序良俗の原理などを持ち込む余地はない。

(3)また、例えば、表現の自由とプライバシーの権利の関係でも私人間の法関係が設定されうるが、かかる問題は、表現の自由の限界論、そして民法709条不法行為による損害賠償請求として論じられるので、これをあえて私法上の契約の自由の原則（私的自治）が原則として妥当しそこに公序良俗の原理などが問われる基本的人権の第三者効力の問題として構成する問題と同じレベルで取り扱うには及ばないであろう。

(4)山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）は、私的自治の制度化としての契約の自由が設定される場面を中心に展開されているが、この場面での保護義務論を肯認される（「基本権の保護と私法の役割」公法研究65号（2003年）100頁以下も参照）。

(5)これに対しては、このような「法律行為の領域にまで基本権保護義務を適用することはできない」とする立場が、ドイツのイーゼンゼ（Josef Isensee）に認められるようである（『保護義務としての基本権』ドイツ憲法判例研究会編訳（信山社、2003年）241頁、337頁参照）。

(6)「保護義務」の語が、自由＋広義の国務請求権＝自由権と構成されるこの面での国の義務にも及ぶ程に広範なものとならないか、またかかる理論上の用語とわが国実定法論上の民法90条の活用との関連については、なお、拙見は流動的であるが、伝統的な基本的人権の私人間効力論と現在主張されている保護義務説のいう保護義務の守備範囲を（純粋な「基本権」から区別される「基本権法益」論としては全体を後者の保護義務論でカバーしつつ、前者の「私人間の契約（私的自治）への民法適用論」を）一応区別して議論できるのではないかという感想を持っている。

(7)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保護義務を適切に位置づけようとする憲法論として、松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法」阪大法学53巻3・4号（2003年）891頁以下が有益である。

(8)最近の文献としては、憲法・民法へと実定法化された人権の「分節的な構造」を展開して、憲法の私人間無効力説を基礎づける高橋和之「現代人権論の基本構造」『ジュリスト』1288号（有斐閣、2005年4月）110頁以下が注目されるほか、三並敏克「私人間における人権保障の理論」（法律文化社、2005年）、西村枝美「土壌なき憲法の私人間適用問題」『公法研究』66号（有斐閣、2004年）265頁以下などがある。

2そして、その後小山剛「基本権の私人間効力・再論」『法学研究』78巻5号（2005年5月）が加わった。

さらに、Piero/Schlink, Grundrechte Staatsrecht 21., neu bearbeitete Auflage 2005、ボード・ピエロート／ベルンハルト・シュリンク（永田・松本・倉田訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社、2001年）、Zippelius/Wuertenberger, Deutsches Staatsrecht 31. Auflage 2005そして、Andras Sajó & Renata Uity, The constitution in private relations: expanding constitutionalism 2005なども参照した。

3以下においては、すでに述べてきたところと重複があるかもしれないが改めてここに若干の所見を追加しておくことにしたい。

(1)まず、「基本的人権の第三者効力」という場合に、その前提として憲法上の人権規定が原則として「国家・私人」の法関係にのみ宛てられていて、「私人・私人」の法関係においては直接適用

されないという、「法関係」、法規範の「名宛人」についての理解があること言うまでもない。

けれども、これらの概念については、注意を払うべき点が含まれている。第一に、そもそも、法規範の「名宛人」とはなにか。いま例えば、「表現の自由はこれを保障する」という人権規定があるとして、この規範は解釈上はすべての人間（解釈上、国民のみならず何人）にも保障される。そして、国家はこの自由を侵害してはならない。この法規範は、かかる意味において国家に宛てられているが、同時に国民さらには人間に対しても宛てられている。人権と称される所以である。もっと言えば、国家の任務を具体的に遂行する役人に対しても、また何人もその人権を侵害してよいという規範はどこからも生じないであろう。このように考えれば、法規範の「名宛人」というのは、いわば怪物のようなものになる。

第二に、「法関係」というものも、これは法規範によって規定される内容に関するものであり、例えば、「国家・私人」、「私人・私人」の法関係はそれぞれ全く異なる法関係として説明されるが、しかし具体的な法規範、例えば憲法典上のある人権条項が専ら「国家・私人」の法関係のみに効力があるものとなすのかどうかは、必ずしも明確であるとは言えず、解釈に委ねられる部分が少なくないだろう。また、両法関係にもまたがっているという場合も存しうる（例えば、憲法18条の「何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない」という規定は国家権力がそのような拘束をしてはならないということのみならず、そのような状況が私人間に存する場合に、そこから解放するように努めなくてはならないという意味をも含むと解されている）。さらに後述のごとく、どこまで、つまり、その法規範の射程、直近の目的は何かということ限定して議論をせざるを得ないということも出てくる。

(2)つぎに、近代憲法典上の人権規定が、対国家権力抑制を意図したものであり、従って「国家・私人」の法関係において効力を有するという立論についてである。憲法典上の人権が歴史上とくに国家権力による抑制をはねのけて勝ち取られてきたものという意味において、原則として対国家権力との関係で意味を持ってきたことは事実であり、また、市民生活上の私的自律が重要な保護法益として確保されるべきことも自由主義憲法上認められなくてはなるまい。

が、このことは実定憲法上の「国家・私人」間の法関係がいわゆる防御権のみであるということの意味するわけでないこと看過してはなるまい。今日、個人権の分類・体系としては、実定法上、国家を前提として「国家・私人」間の諸々の法関係が分類されうる。国家・国民の全体意思を決定することに参加する参政権、その形成された意思に服する関係には決定されたこと以上に国家が干渉することを排除する防御権、その形成された事柄を自分にも保障・適用し国家の保護を求める国務請求権、この中には19世紀にすでに確立した第三者からの侵害に対する救済としての裁判請求権のごとき自由国家的国務請求権ととくに20世紀以降に認められる生存権、社会権、諸々の給付権のごとき経済的諸事情が許せば有しうるものを国家に求める社会国家的国務請求権が含まれる。これらは、いずれも「国家・私人」間の法関係の一態様であり、対国家的関係を持つものである。

(3)第三者に選挙権を侵害された場合（例えば、投票の秘密を暴露）や非嫡出子の相続権をめぐる民事法上の紛争、父親を殺した娘の刑事事件などにおいて、直接は「国家・市民」間の事件ではなく「私人・私人」間の法関係として通常みられるいくつかのケースをいまいし考えてみたい。い

ずれも、刑事・民事の裁判で争われるということで国家・司法権が判断することになり、その限りで「国家・私人」の法関係に関わらざるをえない。一般的にはしかしこれらの問題は、無効力説の立場では、対国家権力の問題ではないとして憲法典上の人権の適用は無いとされる法関係である。

しかし、第一のケースでは、直接には公職選挙法227条で侵害者は刑事罰に問われるが、背後には憲法15条4項の保障理由がある。第二のケースでは、直接には民法上の紛争であるがこれにかかる法定相続分の差別、不平等の違憲性が問題となる。第三のケースでは、直接には刑事事件であるが、尊属殺重罰規定の合憲性が争われ、違憲判決を経て、すでに法改正がなされたこと周知のところである。いわゆる付随的違憲審査制のもとでは、刑事・民事事件の係争中にその解決のために必要であれば、違憲審査権が行使されることになる。

(4)従って、わが国の実定法上、第三者からの侵害に対して国務請求権としての裁判請求権が認められていて、その中に違憲審査権の行使が織り込まれるという意味において、そこには国家に対する保護権が前提とされていることになる。

かくて、人権は、「国家」からの干渉を排除することを求める「自由権（防御権）」であるのみならず、第三者からの侵害からも保護されねばならぬ（保護権）ということになる。国家的司法権には、民事・刑事上の個別法律について、憲法適合的な解釈と違憲性の審査が求められるのである。

(5)もちろん、私人の任意に任せられている市民生活上の「自由領域」、「私的自律」は、憲法上も尊重されなくてはならない。そこでは、「公序良俗」などの一般条項が指針となる。

けれども、かかる「自由領域」、「私的自律」を尊重していることの前提条件が崩れる場合には、憲法原理が間接的に反映されることになる。すなわち、「私的自律」に任せておくことが「人間の尊厳」を維持できない状態である場合や経済的に事実的な当事者の「対称Symmetrie」（対等）関係を保持できない場合には、国家的国務請求権（保護権）が出勤することになる。これらがいわゆる客観的価値論を必要とするのかどうか、むしろ端的に主観的権利（個人権の分類・体系中の国務請求権）として説明できるのではないかと考えられる。

(6)かかる構想に対しては、無効力説に立つ故小嶋和司教授の立場（小嶋和司『憲法概説』（信山社、平成16年）158頁以下）からは、つぎのような批判が浴びせられ得よう。

第一に、基本的人権が「国家・私人」間においてのみ適用されるとの立場からは、「私人」からの「人権」「侵害」ということは、あり得ないことになる。「私人・私人」間においては、民法上の「信義則」「公序良俗」「不法行為」などの原則により解決されるべきものとなる。

この立場に対しては、すでに上に述べたごとく、近代憲法上の人権は対国家権力に対して向けられたものであることは、その通りであるが、今日の実定憲法上、「国家・私人」間の法関係、すなわち個人権には、いわゆる「防御権」のみに留まるのではなくして、参政権や国務請求権もそこに含まれる。人権の対国家性ということとそれがすべて「防御権」であるということとは同じではない。例えば、第三者からの侵害に対しては裁判請求権が用意されている。私人間の紛争に国家・司法権は立ち入らざるを得ない。

第二に、この司法権が私人間の紛争において、そのいずれかの当事者の主張・利益を支持することとは、他方の当事者と「国家・私人」の関係に立つこととは別だと説明されておられる。確かに、

紛争じしんは「私人・私人」間においてのものであるから、国家権力が侵害者・当事者ではなかった。

けれども、憲法上保障されているある人権の国家による侵害と同様の形態での阻止がなされる場合やその阻止行為が自ら憲法上の権利主張として行われる場合に、その紛争への司法権の判断は結局は「国家・私人」間の憲法判断を行ったという意味を持つことになるのではなからうか（Vgl., Pieroth/Schlink, a.a.O.S.47.）。

第三に、しかし、小嶋教授が指摘されるように、憲法98条1項が、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」といい、「国務に関する」との限定や、憲法81条が、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定するが、この「処分」の箇所の公定英訳文は“official act”となっていて、私的行為を含むものとなっていないことについて、疑問が残ることになる。

もっとも、違憲審査権が、民事・刑事法上の「法律」の解釈を通じて、合憲的に運用されるように機能することのなかに、裁判請求権の射程の包括性を読みとることは不可能ではないのではなからうか。

第四に、同様にかようにして、もともと「私人・私人」間の法関係であったものを裁判的救済という形で「国家・私人」の法関係をそこに読み込むことは、「法理のスリカ工」があると小嶋教授が批判され、看過できない（小嶋・前掲書160頁）。

ここには、前述したごとく、法規範の名宛人の複合性が潜んでいると理解されないだろうか。つまり、確かに元来「私人・私人」間を規律する法規範が実体法的に設定されている。けれども、その法規範が、例えばスポーツの一つルールが選手間で守られるべく定められているとしても、双方でそれへの違反が問題となった場合には、審判がそのいずれの主張が正当であるかを判定する。この場合、このルールじしんもはや単に「私人・私人」間のみに宛てられるのではなくして、「審判・私人」間においても宛てられていると考えるのと同じように、訴訟法上の「国家的司法権・私人」間における法規範としても通用せざるを得なくなる。この場合、当事者の任意に委ねられる私的自律に当たる部分も究極的にその問題とされる「法規範」の内容じしんの解釈に帰することになると言うほかないだろう。

また、下級審判決を不服として上級審で争うものは、元になる法関係なのか、或いは原審判決を書いた国家と当事者との間の法関係なのかといった問題もあろう。が、ここでは確言は保留したい。

4最後に、私法の社会化、或いは社会の国家化ということについて触れておきたい（なお、Barkhuysen, Tom/Lindenbergh, Siewert D., Constitutionalisation of Private Law. Vol.2, 2005.12という文献もある（紀伊国屋カタログNo.568-B, 1011）がまだ入手していない）。というのは、従来、例えば女性の結婚退職制や若年退職制などといって基本的人権の私人間効力論の問題とされてきたものが、その後男女雇用機会均等法等の法整備によって、今日ではこの個別法律に従って問題が処理されるようになっている。従って、ここであえて私的自治に対する国家の基本権保護義務を持ち出す必要は乏しくなっている。もちろん、かかる個別法律の内容的違憲性ということはある。このよう

に、個別法律の増大によって、純粹に私的自治に委ねられる領域は確実に減少しているということがある。同様に、人種、国籍を理由とする公衆浴場利用の拒否、さらにはエイズ、ハンセン病患者等を理由とするホテル等の利用拒否に対してこの私的経営者の営業の自由に優先させる法的諸施策において、私的自治（自由）の領域は確実に縮減していると言えよう。ただ、かといってこの私的自由の領域が全く認められない社会は、しかし、これはもはや近代立憲主義国家であり留まるのかという根本的な問題に突き当たるといことも看過してはなるまい。

[註]

- 1 君塚正臣「交通事故死女兒の逸失利益の算定方法と男女平等」ジュリスト臨時増刊1224号『平成13年度重要判例解説』（有斐閣、2002年）10-11頁。
- 2 このことについては、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会、1987年）159頁。
- 3 但し、わが国学説のかかる理解が「さまざまな矛盾をはら」んでいるとする痛烈な批判が提示されている。「その最たるものは、わが国の最高裁が非契約的侵害の事例において私人間効力という法的形象を用いないことについて学説が極めて無頓着であり、自己の学説である間接適用説の出発点の一つがリユート判決であったことにまったく想いを馳せないことである」と言う（ドイツ憲法判例研究会編訳『保護義務としての基本権』（信山社、2003年）366頁の小山剛解説）。事実がそうであるならばわが国の従来の通説の大きな落ち度としか言いようがないだろう。
が、この判決については、ニッパダイが批判するところの「公権力の担い手としての裁判判決によって基本権を侵害するという法的構成」も織り込まれているごとくである（木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効力」『ドイツの憲法判例』（信山社、1996年）126頁以下）。この問題については、後にも言及したい。
- 4 小嶋・前掲書158-9頁。
- 5 「公法と私法」についてのこの法本質的な分析については、とりあえずH・ケルゼン（清宮四郎訳）『一般国家学』（岩波書店、1971年）145、136頁以下参照。
- 6 高橋和之「『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」ジュリスト1245号（2003年6月）137頁以下。
- 7 「ドイツ国法学は国家と社会の分離を理論の前提に置き、公法と私法を峻別したから、公権の公法性が強調され、私人関係におけるその無適用が一層強調・純化されることになった」という（高橋・前掲140頁）。
- 8 高橋・前掲144頁。
- 9 高橋・前掲146頁。憲法が「個人としての尊重」を規定するほかに、戦後改正の民法1条の2が「個人の尊厳」を規定していることが喚起される（145頁）。
- 10 高橋・前掲146頁。教授が、「憲法」をこのように、国家が保護すべき人権を列記し、「国家機関の組織・権限と手続を定めるもの」とされていることは、拙見とも共通する注目すべき発言である。
- 11 高橋・前掲137頁。
- 12 高橋・前掲141頁。
- 13 高橋・前掲142頁。
- 14 高橋・前掲143頁。
- 15 高橋・前掲145-6頁。
- 16 新正幸「基本権具体化の階層性について」関東学園大学法学紀要18号（1999年）168頁以下。
- 17 ここで言う客観法については、つぎのように詳述している。「憲法学上、一般に『自由権』といわれているものは、厳密に言えば、『国家の不作為義務に相関する自由権』と『国家の無権限に相関する自由権』に区別される。通例、『自由権』といわれる場合に念頭におかれているのは前者であるが、後者は、それから区別して、『憲法的免

除権。ないし『憲法的無服従権』といわれるべきものである。この区別に即していえば、それを定めている規範は、前者にあっては、国家が国民に対して一定の行為を命令または禁止するところの『行為規範』（命令・禁止規範）の不存在、即ち『許容規範』とそれを法的に保障する規範の一体であり、後者にあっては、国家が国民の法的位置の創設（変更）を規律する『権限規範』の不存在、即ち『免除（無服従）規範』とそれを法的に保障する規範の一体であるとみられるが、客観法とは、このような規範の客観的な定式化ではなからうか。そうだとすれば、『自由権』といわれるものは、このような客観法を国民の側から主観化したものに他ならないことになる（169頁）。もっとも、新教授の場合、かかる「行為規範」と「権限規範」との区別を法的絶対的区別とされるのかどうかは、なお吟味を要しよう。なお、この規範的分析については、とりえず堀内「人権の法理論的分析」『公法の思想と制度』菅野喜八郎先生古稀記念論文集（信山社、1999年）3頁以下参照。また、ここで問題の「主観化された客観法」と「権利」、そして「法的義務」をめぐるケルゼン学説についての詳細な検討については、神橋一彦『行政訴訟と権利論』（信山社、2003年）の特に第二部197-299頁を参照。

18 新・前掲169-70頁。

19 新・前掲171頁。

20 新・前掲172頁。

21 少なくとも、拙見の「個人権の分類」は「国家・個人」間の「法関係」の諸相としてそのように展開される（堀内『憲法 [改訂新版]』（信山社、2000年）85頁以下、堀内『行政法』（信山社、1996年）87-8頁など参照）。

22 高橋・前掲143頁。

23 小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）。

24 小山・前掲書317頁。

25 小山・前掲書318頁。かかる「保護権」と「社会権」との関係、相違については、堀内『続立憲理論の主要問題』（信山社、1997年）第1編第2章「現代人権論の構造」53頁、堀内・憲法改訂新版前掲書86頁など。

26 小山・前掲書319頁。

27 小山・前掲書320頁。

28 この視点から論じたものとして、堀内「人権の法理論的分析」菅野喜八郎先生古稀記念論文集『公法の思想と制度』（信山社、1999年）3頁以下。

29 戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」『日独憲法学の創造力上巻』栗城寿夫先生古稀記念（信山社、2003年）699頁以下。

30 戸波・前掲745頁。

31 戸波・前掲732頁。

32 戸波・前掲730頁。

33 戸波・前掲729頁。

34 戸波・前掲723、727頁。

35 松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法」『阪大法学』53巻3・4号（2003年11月）279頁。

36 松本・前掲288頁。

37 松本・前掲277頁。

38 松本・前掲284頁。

39 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）。

40 ドイツ憲法判例研究会編訳・保護義務としての基本権前掲書241、337頁。

41 松本・前掲287-8頁。

42 山本敬三教授の立場として、松本・前掲289頁。R.Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985の特に衡量法則（Abwägungsgesetz）につきS.146。なお、堀内・憲法改訂新版前掲書（信山社、2000年）135頁も参照。

43 R. Alexy, a.a.O.S.475-S. 493.

44 これらの概念については、R. Alexy, a.a.O.S.395-S.472、堀内・続立憲理論の主要問題前掲書68頁以下も参照され

たい。

- 45 堀内・憲法改訂新版前掲書135頁。G・イエリネクの「積極的地位」の理解については、堀内・人権の法理論的分析前掲21頁。さらに、神橋・前掲書73,93頁も参照。山本敬三「基本権の保護義務と私法の役割」『公法研究』65号（2003年）114頁によれば、「…防禦権もまた、厳密に言えば、一定の『利益』を国家に対して侵害しないよう求める権利である。そこでも、対象となる『利益』自体を基本権と呼んでいるのではなく、国家に対してそれを侵害しないよう求める権利を基本権と呼んでいるだけである。保護義務構成は、そうした基本権の定義が狭すぎるとし、国家がその『利益』を他人による侵害から保護することまで基本権の意味のなかにふくめることを主張しているのである」という。ここでは、私のいう広義での「国務請求権」と同様の意味で「基本権」が用いられているごとくである。もっとも、ここで拙見では、狭義の「保護権」と「防禦権」との相違を軽視ないし無視することまで主張するものでないことというまでもない。

さらに、山本教授が他方で、「Xが自由に同意したのではなく、自分に不利な契約を相手Yから押しつけられたといえる場合が多い。ここではまさに、Xの自己決定権がYによって侵害されている。そうすると、このXの基本権をYによる侵害から保護するために、国家は契約に介入する必要がある。そのための手段が、詐欺や強迫にもとづく取消であり、民法九〇条の公序良俗に関する規定である。最近制定された消費者契約法の規定も、これに属する。つまり、いずれにしてもこの場合は、保護義務構成がほぼそのままあてはまる」（109頁）とされておられるが、ここまで、憲法上の基本権保護問題として含めることこそいま提示されたテーマということであろう。

- 46 国家の基本権保護義務論についての次の説明は、極めて説得力がある。「…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』という不確かな説に、より確固たる理論的土台を与えるための『失われた環 (missing link)』であるという評価」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、もっともすっきりした解釈学上の手がかりなのである」という評価が支配的となった」（ドイツ憲法判例研究会編訳・保護義務としての基本権前掲書360-1頁（小山剛解説）。そして、「…ズィンガーは、自己責任なくして自己決定は機能しないことを強調する一方で、『基本権の保護の必要性は、ドイツ民法典の形式的契約モデルが、はたして契約当事者に、実際に自己の利益を十分に防御し、自己の行為のリスクを予見的に考慮する能力があるのかを、原則として配慮していないことから成立する』と説く。彼によれば、基本権保護を採用した統制は、『弱者保護のための立法措置、典型的な不均衡状態の際の内容統制とならんで、私的自治の形式的自由概念の弱点を是正しうる、さらなる手段を提供する。』…『少なくとも明らかな誤用や、我慢できない結果の場合に保護の必要と保護義務を呼び起こすのは、自由と自己責任の概念の潜在的な脆さなのである』とされる」（363頁、前掲小山解説）。

こうした反論出来ない保護義務論の根拠は、そのまま本稿では認めるしかない。ただ、これはその論者じしん言われるように、その場合でも「基本権保護義務介入については、より厳格な基準が用いられなければならない…脅かされる基本権の種類と地位、脅かされる程度から、介入の必要性を判断すべき」ものとされている。従って、その判定は個々のケースにおいて慎重に下されなくてはならないはずであり、そこに果たしていかなる判断基準、さらには違憲審査基準があり得るのかということについての理論提供が、より積極的に提示されることが必要であろう。

- 47 近代憲法の前提として「国家・私人」を区別し、公権力と私的領域とを分けて考える構成が、伝統的「基本的人権の私人間効力論」にも影を落としていたこと、すでに見たとおりであるが、この前提で問題を必ずしもうまく解決されないでいるようにもみえた。この前提を今一度はずして考えることは出来ないか。一つは、公法・私法の区別は、これを止めて、法規範創設段階に参加・同意するかどうかによる区別として、一般化、相対化して理解すること。もう一つは、憲法を全ての法規範段階に対して授權関係の最高段階に位置づけて私法も憲法の具体化だとしてしまうこと、である。

かかる構成は、純粋法学の立場、或いはそこからヒントを得ての法内容的主張である。このような視点から、基本的人権の私人間効力論を見るならば、まず、およそ人権が「対国家性」を有するとの前提ははじめから存しない。憲法上の人権規定も、これが一つの法規範であるならば、「AはXをなすべし」という命題に置き換えられる。が、

例えば憲法23条は「学問の自由はこれを保障する」と言う。ここでこの規範は誰に宛てられているのか、すべての国民か、或いは国家権力を担う人間に対して侵害するな、保護しろということを述べているのか、或いはその両方であるのか、はっきりしない。何らかの人間に対して何らかの行態を命じている、というだけである。国家じしん究極の法規範の名宛人ではない。従って、国家・私人間の基本権の効力を問ううえのごとき問題設定じしん成り立たない。また、民法などの私法規範が憲法を具体化する下位の授權法律だとすれば、基本的人権規定に私法が適合しなくてはならないことは、はじめから自明のことである。私的自治、契約関係といっても、それは一定の範囲において、法規範定立に参加・同意することであり、一方的に命令を受けないというに過ぎない。

また、憲法規範が「私人・私人」間では適用されないとの前提も、「国家・私人」の区別が法本質的には成り立たない以上、十分に根拠があるものとはならない。

このようにしてみると、伝統的「基本的人権の私人間効力論」そのものが憲法學上問題にならないということになる。そこで、対応の仕方としては、かかる問題の設定を否定する、止めるということが一つのあり方である。或いは、法本質論としては矛盾を孕んではいるが、近代憲法學上近代から現代へという流れの中で実定法上与えられた課題として受けとめてそれに何らかの適合的な法理的説明を得ようと努めるかということである。これと同様の学問的苦悩は、公法學上の他の多くのテーマにおいても我々は突き当たってきている。いまここでは立ち入ることは出来ないが、例えば法律の一般性、「組織法・行態法」、「権利命題Rechtssatz」など。究極的には、一般法學と特別・個別法學との関係にも関わる学問論に通じる奥深い問題がそこに潜んでいることを指摘するに止めておく。

- 48 なお、近時高橋和之教授は、「憲法上の権利」は憲法が国家を名宛人とするものという近代的理解に対して、これとは異なる、「憲法を、社会の基本原則を定めるものであり、すべての社会構成員があらゆる社会関係において守るべき規範である」とする現代の変容を対置してクリアに展開しておられる。後者の理解では、かかる効力をもつ「憲法上の権利」の救済は立法府というよりも最終的に裁判官に委ねられることになるという（高橋和之「人権の私人間効力論」高見ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）5-6頁）。

この後者の現代的理解は古くR・スメントの「憲法法としての人権」の文化価値決定とその具体化にすぎない法律などとの構成に見られるものであった（R・スメントの憲法論については、堀内『ドイツ「法律」概念の研究序説』（多賀出版、1984年）275頁等参照）。

「人権規定」の具体化に際しては、民法などの民主的立法規定と個別的権利救済との調和のとれた任務分担（原則と例外）が今日的課題であると言えようが、これについてもこれ以上立ち入ることはできない。