

第三者効力論の新世紀（二・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るのか——

君 塚 正 臣

目 次

- はじめに
- 一 新直接効力説の見解
 - 二 新間接効力説の見解
 - 三 ステイト・アクション理論もしくは新無効力説の見解（以上、前号）
 - 四 その他の見解（以下、本号）
 - (一) 木下智史説
 - (二) 松原光宏説
 - (三) 棟居快行説
 - (四) 戸松秀典説
 - (五) 総括
 - 五 自説の展開
- おわりに

四 その他の見解

最後に採り上げる学説群は、これまでの分類からはわかりにくいものである。或いは分類しかねるものである。その意味では、これまでの「通説」の性格を共有するものと言えなくもない。だが、これまでと違う点は、なおそれが一説に収斂していない点であろう。そこで、この節ではこれまでと構成を変えて、各説を紹介した上で、コメントを付し、最後に総括するということにしたいと思う。

(一) 木下智史説

木下智史は、以前に、直接効力説か間接効力説かという二者択一的思考を採らない学説が有力になりつつあるという認識の下、アメリカのステイト・アクション理論の導入を図るに際して出されていた様々な疑問を解き、「日本の私人間効力論との接点を明らかにする」ことは「バーガー・コート以降連邦最高裁のステイト・アクション判断の『後退』が顕著」な今、重要性が「高まっていると思われる」と述べていた。⁽¹⁷⁹⁾ 人種差別の解消というアメリカ独特の問題も抱えつつも、現代国家に共通して見られる「公」と「私」の融合と交錯が、同理論の拡大と混迷の背景にはあると指摘していたのである。⁽¹⁸⁰⁾ そして、「ステイト・アクション判断の理解としては、『州との関わり合い』を強調する論者はむしろ少数であり、多くの論者はステイト・アクション判断を私人間における諸利益の衡量としてみる見解をとっている」⁽¹⁸¹⁾ が、このような二つの立場の対立は「連邦制に関する議論を除けば、直接効力説と間接効力説の対立という形を取りながら国で議論されているところとほとんど変わらない」⁽¹⁸²⁾ と述べ、ドイツ法的手法とアメリカ法的

手法の違いを超えて、議論を進めようと試みたのである。

木下は、日本で練り広げられている、直接効力説と間接効力説の論争に果たして意味があるかを論じていく。そして、両説の対立の意味は、「憲法上の人権規定の対国家性という観念を維持する必要があるか」、「当事者の合意に基づく、権利・自由の制限が許されるという私人間関係に特有の問題、あるいは私的自治の保護をどう評価するか」、「私人関係の秩序形成権能にあつての立法の役割と裁判所の関係をどのように評価するのか」の三点であることとめたのである⁽¹⁸⁾。そして、最高裁判決を批判的に考察して、実際に第三者効力論がどのような機能を負ってきたかを考察していったのである。

木下は、三菱樹脂事件⁽¹⁸⁾での最高裁は、間接効力説を採用しながら、「私的自治と思想の自由との『適切な調整』を図ろうとした形跡はな」く、「ここでの間接効力説は、憲法上の人権規定に基づく主張をひとまず遮断し、実質的判断をすべて法律解釈のレベルに委ねる機能しか果たしていない」と断罪する⁽¹⁸⁾。そして、憲法の定める経済的自由などから私人間における契約の自由を直接導き出したようにも読めることと併せれば、「私人間効力論は、思想の自由・平等保護違反の主張を遮断する一方、企業側の利益を『契約締結の自由』という大きな価値に包含させることによって、一方的に優先させる役割を果たした⁽¹⁹⁾」として、最高裁の考え方の再考を始めるのである。様々の事例を検討した上で、木下が到達した思いは、「三菱樹脂事件最高裁判決で採用されたのは、間接効力説ではなく、無効力説⁽¹⁹⁾ではないかとの疑いがつのるばかり⁽¹⁸⁾」というものであった。そのほか、百里基地訴訟⁽¹⁹⁾に見られるように、憲法上の規定内容を私法上の価値秩序の中で相対化する機能を有することもあり、またノンフィクション「逆転」事件⁽¹⁹⁾のように、人権の衝突が問題になりながら私人間効力論が全く登場しない例もあるというのである。とどのつまり、こ

のような不規則な判例群は「間接効力説という一つの法理論」「の破綻」を示し、特に本来人権救済的に主張された理論が寧ろ逆に働いていることが多いことは疑問であり、「私人間において対立する利益の調整という期待された機能を果たしているとはいえない」と最高裁を批判するのである。⁽¹⁹⁷⁾

そこで、これに代わる理論の再構成を木下は試みる。奥平説、藤井説を検討するが、そのような直接効力説的なアプローチは「十分魅力を感じながらも」採用しないとの結論に達している。⁽¹⁹⁸⁾次に、小山剛説、山本敬三説を検討の後、棟居快行説を検討していく。⁽¹⁹⁹⁾その上で、これらの試みが「私人間紛争において両当事者の権利・利益がいかに対抗しているかを明らかにしようとする点」において、自身と「問題意識を同じくしている」とする。⁽¹⁹⁶⁾しかしこれらの学説は「これまでの私人間効力論の、憲法上の人権規定の『効力』や『適用』を抽象的観念的に論ずる傾向を依然として引きずって」おり、「その射程の限定が必要」だと言う。⁽¹⁹⁶⁾そしてその「固有の問題領域は、裁判所が法解釈によって私人間の法的紛争を解決する場合であ」り、その際に「国家・侵害者・被侵害者という三者の相互関係によって理解する『三面モデル』」が有効であるとす。⁽¹⁹⁷⁾もしそうだとすると、三菱樹脂事件以外の多くの最高裁判決が私人間効力論に触れることなく両当事者の利益衡量を行った点は、寧ろ正当なものではなかったかとも述べている。⁽¹⁹⁸⁾

結局、憲法の对国家性はなおも重要であり、その対私人性は明文規定があるときに限られると言う。⁽¹⁹⁹⁾そして「私的自治」の根拠は憲法に求められねばならないが、事実行為による侵害と契約に基づく侵害とはその意味が異なるという。⁽²⁰⁰⁾山本敬三説に注目しつつも、「事実行為による人権侵害が問題となっている場合には、『私的自治』の原則が問題となら」ず、「人権侵害が契約に基づく場合」こそ、『私的自治』の原則が重要な意味をもってくる。「契約の拘束力」という問題が考慮に入れられる」と述べるのである。⁽²⁰¹⁾その結果、「私的自治」という名の下に漠然と語られてきた内

容をその事案に応じて腑分けしていくならば、間接効力説の枠組みによらなくても、『私的自治』の原則を無視することにはならないはずである⁽²⁰⁾とする。

最後に木下は、従来の間接効力説が私人間の問題についての第一次的責任が議会にあるとしてきたことに疑問を抱く。奥平説に依拠しながら、民法九〇条、七〇九条が非常に抽象的な規定であることを想起すれば、立法がなければ調整がつかないというのは「単なる神話」であると論ずる⁽²⁰⁾。また藤井説の妥当性を指摘し、法律がないから憲法上の権利がないことにはならないとも述べる。そして、そのような場合に裁判所が両当事者の憲法上の権利益の衡量を行うことは、決して裁判所の権限の肥大化をもたらすものではなく、判断過程の透明化が図られれば、裁判所の権限の適正な行使になるのだということ述べるのである⁽²⁰⁾。裁判所はその際に、一方当事者を勝たせ、他方を負けさせるため、憲法上の権利侵害を論じることができるとするのである⁽²⁰⁾。

木下には、私人間効力論の体系的結論を理論的に導き出すのではなく、裁判上それが果たした機能こそが検討課題だという問題意識が強いようであり、近時の諸説とやや傾向を異にする。「立派な」最高裁ならば、三菱樹脂事件などの結論は逆であったという結論は既にあるのだと思われる。そのためか同説は、直接効力説的なアプローチを否定しながらも、実は憲法の決定力を強く認めたい意欲に満ちているように思われる。それは、憲法学の立場から最高裁を厳しく批判し、「誤った」憲法解釈がなされるなら私法上の利益衡量の方がましであるという姿勢、明文規定ならば憲法条文に対私人性を認めるという主張、そして法律がなくても憲法上の権利は考え得るとする見解に見え隠れする。それはやはり最高裁の現状を考慮した、非常に実践的結論だったようにも思われる。

このため、近時の諸説でよく引き合いに出される三面構造を用いていることに、やや唐突な印象を覚える。もし、

木下説を額面通り捉えれば、基本的に私人間効力の問題は私的自治の問題であり、それによって解決可能なのであるから、裁判所は私法の解釈によって判断を下させばよいだけのことであり、国家もしくは憲法の大々的な登場はあり得ない。裁判所は比較衡量により結論を下すだけである。⁽²⁰⁾もしこれを国家の登場と言うのであれば、あらゆる裁判は三面構造であるということになり、私人間効力論独自の問題設定は消散してしまふのであろう。また、この立場からは、私人間効力の問題は実は私法解釈の問題だと突き放せばよいだけの筈であり、憲法学説としての木下説の一種の粘りはよくわからない。仮に筆者の推理のように、木下説が直接効力説的なものを憲法に予定しているのであれば、被害者は侵害者に対して直接憲法上の権利を主張することになるのであるから、やはり三面構造にはならないのではなからうか。もし、小山と同様の意味で間接効力説に立ったと解すると、民法九〇条は常に憲法の評価を受け、国家が保護義務を有するケースか否かは常に憲法解釈の問題である筈である。しかし木下説における三菱樹脂事件以外の最高裁の判断に対する評価がそうならない上、事実行為は検討対象外としており、そう解されているようなものもない。木下説の姿勢には、寧ろ従来の通説より直接効力説シフトの学説の議論に近いものを覚えるものである。木下説は最終的な結論の途上にあるようであり、不明の点も多いようである。

(二) 松原光宏説

次に松原光宏説を検討してみる。松原は、以前から、従来の学説が利益衡量問題への関心が希薄であったことなどを問題にしていた。⁽²⁰⁾そして私人間効力を巡る学説史を鳥瞰し、そのような従来の学説の時期を三期に区分し、現在を第四期と認定する。⁽²⁰⁾その上で、第二・第三期の声部説などが、ドイツの間接効力説を重要な比較法的手掛かりとして

いながら、ドイツの極めて有力な潮流となっている、間接効力を基本権の客観的価値、ないしは国の基本権保護義務として理解する立場に日本の通説的見解が否定的、もしくは慎重であったことに疑問符を付けるのである⁽²⁰⁾。そしてそれは、芦部説が、それまでの無効力説にも共通する、「公序良俗条項解釈を通じた権利・自由の保障システムを、新たな自由や平等も含めることにより、内容的に拡張するにとどまった⁽²¹⁾」ものであり、「基本権をできるかぎり『国家に対する公権』・『防禦権』として理解しようとする基礎理論・背景理論によって、つよく方向づけられていたと理解するのが自然であ⁽²²⁾」ったからだと分析するのである。そこで、これまでの間接効力概念に依拠した研究の在り方は修正せねばならないと断じており⁽²³⁾、再検討の手始めに松原はあえて直接効力説に再び光を当てているのである⁽²⁴⁾。

そして問題の、従来の間接効力説に論を進める。日本でそれが定着している間に「ドイツの基本権解釈学は、「国の基本権保護義務論、原則規範としての基本権理解、私法の定立あるいは民事裁判所による私法の解釈・適用に対する基本権（防禦権）の拘束力など、私人間効力にかかわる主要な概念について、一般法理論の研究成果を吸収しつつ、おおくの理論的蓄積をかさねてきた⁽²⁵⁾」として、ドイツの学説・判例を紹介する⁽²⁶⁾。そして、それと日本における従来の間接効力説を比べれば、やはり日本の「通説によって継受されたものが、ドイツ法理論というより、伝統的な民事法実務であったという」指摘は、「内容的な側面からも、補強される⁽²⁷⁾」とする。しかし、「基本権保護義務論と私人間効力論とのむすびつきは、以上のようにドイツ法では支配的論理であり、前者によって後者は再構成を受けて⁽²⁸⁾」おり、特に「なにゆえ民事裁判官が、私法の解釈のさいに基本権価値の意味充填をおこなうのか」という問題に「すぐれた理由があたえられる⁽²⁹⁾」などの利点があると言う⁽³⁰⁾。よって、この理論に従って日本でも私人間効力論の再構築を試みようとするならば、「基本権保護義務を基礎づけること」、「民事裁判官の私法解釈には憲法上の義務がむすびついてお

り、民事裁判所がいわゆる三極関係にあることをあきらかにする」こと、「保護義務違反の条件の解明」をすること、「私法の解釈・適用に対する基本権（防禦権）の拘束力についての検討」をすることが必要であるとまとめたのである。⁽²⁰⁾要するに、これまでの日本の通説ではなく、近時のドイツの学説こそが、これからの日本の学説形成のために研究されるべきだと述べているのである。

松原は、以上の考察を経て、基本権保護義務論を基礎に私人間効力論を再構成する方法の検討に入る。ここでまず、相互に接近傾向があるとされる従来の直接効力説と間接効力説の違いを押さえた上で、その両者との自説の違いを説明する。従来の間接効力説との違いについては、もし「ごく例外的な場合にかぎり義務違反が生じるにすぎないとされるなら、その法的実践性を大幅に喪失」し、「実質的レヴェルにおいては、従来の間接効力説との相違はあいまいになるであろう」が、「形式的レヴェルにおいてみれば、」第一に「なぜ『意味充填』が必要となるのかについて、その理由を呈示できること」、第二に「民事裁判所による、私法規定の基本権適合的解釈の任務を呈示できること」、第三に「裁判所が利用すべき、基本権保護に寄与しうる、一般条項をはじめとする民事法律・解釈学説についての説明・分類を提供すること」、第四に「私人間効力論を、国家（民事裁判所）―個人の法的問題として把握できること」を「その理論的価値として」考えている。⁽²¹⁾

次に従来の直接効力説と自説の違いについて、松原は以下のように述べる。確かに自説は、「一定の条項について例外的な直接効力を承認するなら、そのかぎり直接効力説へと接近する」が、「私人による基本権法益の侵害に対しては、（右の例外をのぞくと）防禦権の適用をみとめないで、」直接効力説とは区別される。⁽²²⁾また、利益衡量は直接効力説のように「憲法レヴェルに位置する」ことはなく、「憲法上の義務（場合によっては権利）にむすびついてはい

るものの、私法解釈レヴェルのものである」とする点や、「公法・私法の峻別の点でも」、「私法上の行為を私法規定に拠ることなく無効とする」直接効力説とは異なるとも述べている。⁽²³⁾

以上の点に注意しつつ、松原は、従来の何れの説とも異なる自説の輪郭を提示することになるのである。まず、基本権保護義務を基礎づけるが、その条文上の根拠については、日本国憲法一三条の前段の「個人の尊重」をどう解するか、などが論点になるだろうと述べる。次に、私法による保護に関しては、その第一次的任務は立法者であり、二次的には民事裁判官が定立された私法を基本権適合的に解釈・適用する方式によってなすということになり、これによりいわゆる私人間効力論の問題は「国家（民事裁判所）—個人の法的問題として把握される」ことになると主張している。そして、原則規範たる「原理としての基本権」に反する私法の定立・解釈・適用による保護が基本権保護義務違反となるのではないか、とも予言する。直接効力を認める条文はあり得るが、この基本権は日本国憲法上どれであるかが問題になるのだ、と付け加えてもいる。⁽²⁴⁾

松原は、従来の諸説、特に通説は必ずしもドイツの枠組とも異なる学説であったという鋭い指摘の後、最終的に、私人間効力の問題が国家による侵害者私人の権利制限の問題だとする点は、やはり比較的新しい理解に立っていると思われる。松原はここでドイツの基本権保護義務論を参考にしたのである。よって、その立場に対しては、同様に基本権保護義務論に立つ小山への批判と共通の批判があり得るかもしれない。即ち、基本権保護義務が持つ理論的な問題点への批判、日本国憲法上それが導き出せるかという批判が、松原説にも当てはまろう。それらにどう回答するかが注目される。

但し、小山が自らの説を、従来の意味とは異なるが、徹底して間接効力説であるとしたことと比べれば、松原の立

場はなお明らかになっていない。憲法論として比較衡量を避けようとする点は、藤井が分析しているように、従来の憲法学説を引き継いだもののようにも感じられるし、条文によっては直接効力があるとすると従来の通説と同様のように見える。このことは、規定の仕方によっては無効力の条文もあるかもしれないことを内包しないだろうか。以上のような、保護義務論の帰結とは必ずしも言えない点についても果たして説得的な展開がなされるか、なお不明である。松原説が小山説とどのように違うのか、結論において異なるケースはあるのか、学説としてどのように分類してよいかなどは、現時点ではまだわからないと言えよう。特に、同じ基本権保護義務論に立ちながら、小山説と異なる結論に達したのが何故かについて、更なる論の展開を待ちたいように思われる。

(三) 棟居快行説

さて、新傾向の端緒となった棟居説をいよいよ採り上げることとする。棟居はまずそれまでの学説動向を要約し、「一方で間接適用説が支持されながら、他方で、このような一般理論は具体的事例の解決にさして有益でない、と解かれる傾向にある」とし、しかしそれは、「憲法上の人権規定が私人間の人権侵犯事件に具体的に適用可能な法規範であるか否か、をめぐる」⁽²⁶⁾「当初の議論の地平からそれてしまった」⁽²⁷⁾のだとの確に指摘している。そして、問題の出発点そのものが「曖昧ないし多義的であった」として、論点整理を試みるのである。そして、第一に「だれが私人間で人権規定を適用しうるのか、という適用権限の問題」、第二に「人権規定はそもそもいかなる当事者の間で妥当するのか、という当事者の主観的範囲の問題」、第三に「私人間で適用される人権規定はどのような実体内容を有するものと解されるべきか、という実体法理の問題」、第四に「私人間での人権侵害に対して、人権規定はどのような救

済を与えうるのか、という救済方法の問題」に分けて議論を進めようとするのである。⁽²⁷⁾

第一の点について棟居は、「もっぱら裁判官による」ことを前提にしているかのように見える諸学説は「このような適用権限の所在を明示せず、一般的観点からのみ論じ」てきたと述べている。⁽²⁸⁾ところが少なくとも「間接効力説は、同説が民法九〇条を媒介項とすべきことを主張する以上、適用主体として当然に裁判官のみを想定しているはず」だが、通説には誤解があると指摘する。⁽²⁹⁾裁判所の判決を侵害行政と同一視し、第一次適用権限を立法者に専属させるもと解してきた傾向があるというのである。⁽³⁰⁾これに対して「直接適用説は、そもそも適用主体の問題を意識していない」と言え、両説の対立は第一次的な適用主体が誰であるかという点にあるのだと述べるのである。⁽³¹⁾

この点について棟居は、直接適用説が自由の本質を変質させてしまう点、民主的立法が裁判所で容易に無視されることになる点に批判があることを検討し、⁽³²⁾それについて直接適用説がなんとか解答可能に見えるのに対して、間接適用説が「裁判所が私的自治の侵害者として、私人間適用を行う」という提示する筈の解答に対する対応を十分行っていないと論じるのである。⁽³³⁾

第二の場面の問題については、「直接適用説は侵害主体が国家権力であると社会的権力であるとを区別せず、また侵害態様が契約的侵害と事実的侵害であるとを区別」しないの⁽³⁴⁾に対して、「間接効力説は」「少なくとも法的には対等な契約当事者による契約的侵害に対して、民法九〇条を媒介とする間接適用を唱える」のであるから、両説は「想定する私人間適用の『場面』がズレている」と指摘するのである。⁽³⁵⁾

これについて、「直接適用説が社会的権力による事実的侵害、間接適用説が対等の私人間での契約的侵害、という棲み分けをはかる並存説が安易に考えられる」のであるが、「私人間適用は」「国法による基本権侵害のみ」という学

説などを考えることで深められるべき問題であったと、棟居は述べている。⁽²³⁸⁾

更に第三の、内容に関しては、棟居はドイツと日本とを分けて分析し、ドイツにおける両説の違いは、「私人間『適用』の内容として、間接適用説は『価値体系』を、これに対して直接適用説は、『実定的権利』を想定していること」と、「間接適用説」が「私的自治を価値としてイデオロギー的に把握」するのに対して「直接適用説は私的自治を、もっぱら当事者間のレヴェルで一方向的に実定基本権規定自身が認めた侵害権限Ⅱ契約自由として」「侵害者側の主観的権利として、脱イデオロギー的にとらえ」ている点にあるとする。⁽²³⁹⁾

ドイツの間接適用説と比べると芦部信喜説は、念頭に置かれているのが個別条項であること、「価値・請求権二分論」を明示的に採用していないこと、「对国家防衛権としての人權」という歴史的淵源をその根拠として援用していること、私的自治の原則の解釈上の根拠がもう一つはっきりしないなどの点で異なり、「個別具体的基本権と、基本権としての私的自治との事例ごとの衡量を、私人間適用の『内容』としている」としている⁽²⁴¹⁾と棟居は述べている。次に直接適用説と呼ばれるものの中で「客観的法規範直接効力説」と呼ばれるものは様々の点で問題があり、残る、「間接適用説に対するブルジョア・イデオロギー批判」を主眼とする「公法的・社会法的第三者効力説」も、個別的基本権をやはり適用対象に含むものであるとする。⁽²⁴³⁾この結果、直接・間接効力説は共に「個別的基本権と基本権としての私的自治(契約自由)を憲法レヴェルで対抗させる、という点ではむしろ近接し」、⁽²⁴⁴⁾かえって「両説の本質的対立点がかうかびあがり難くなっていたと棟居は分析するのである。⁽²⁴⁵⁾

自由権についても、その本質保障部分については、「当該利益の侵害が万人に対し禁止されるとともに、その保護を国家に請求しようという『保護請求権』が備わっている」ということは言えると棟居は述べる。そして、契約的侵

害のケースでは、国家は、自由を許容する不作為義務と権利保護をせねばならないという作為義務の義務の間に挟まれることになる。⁽²⁴⁷⁾そこで、裁判官は権利対自由が争われているケースでは、「保護請求権が付加されているという規範形式のみにもとづいて、『権利』の側に軍配をあげるべき」ことになると言う。⁽²⁴⁸⁾これに対して権利対権利の場合は問題であるが、裁判官は「自らが法規範の創造者や原理の審判官となることを極力回避すべきであ」り、「立法者の憲法的価値衡量にそのまま従うべきであ」とまとめている。⁽²⁴⁹⁾また、非契約的・事後的侵害の場面でも、同様の処理が可能であるとしている。⁽²⁵⁰⁾そしてこのように考えると、これまで論じてきた主体や場面の問題も視野に入れることができることも主張しているのである。⁽²⁵¹⁾

第四の救済方法の点では、本来両説の対立は「司法的救済のレヴェルで」「憲法上の基本権に実体権かつ訴権としての自己回復力・自己貫徹力を認める立場（直接適用説）と認めない立場（間接適用説）」との対立を、意味するはずであるにも拘わらず、「両説ともに民事上の実体権ないし実体法をベースとしたうえで、そこから訴権なり救済法理を引き出すというアプローチをとって」おり、「そのかぎりでも両説は、自覚的に有意義な対立を示しているわけではない」と指摘する。⁽²⁵²⁾そして、憲法裁判所制度を有さない日本では、それが超上級審化しないためにドイツで間接効力説が唱えられた事情は差し引いて考えざるを得ず、また、憲法異議に代わる実効的人権救済方法を考慮せねばならなかったにも拘わらず、それらの点は日本で意識されていないと批判した。⁽²⁵³⁾

棟居は、これまでの議論から「控え目に見積もっても間接適用説の直接適用説に対する決定的なアドヴァンテージを見いだすことはでき」ず、寧ろ「直接効力説の最後の障害は、人権を実体権として私人による侵害行為の違憲無効や妨害排除を訴求しうるかという、テクニカルな課題のみである」とすら述べる。⁽²⁵⁴⁾そこで棟居は、「人権をそれ自体

訴権性を有する執行可能な権利として構成」する「基本権訴訟」を提唱するのである。⁽²⁸⁾ 直接効力説とは「真正基本権訴訟」までも認める立場、間接効力説とは、このうちせいぜい「不真正基本権訴訟」しか認めないものと言ひ換えられるとも述べている。⁽²⁹⁾

以上のような問題意識の下、私人間効力論の再構成を行った棟居は、この問題が大きくクローズアップされた三菱樹脂事件にそれを適用しながら、その立場を明確にしていく。まず主体の問題としては、裁判所が「人権それ自体を一つの法として、私人間に適用できる」⁽³⁰⁾ことを確認する。次に適用の問題としては、「国家が侵害者・被侵害者の双方に自由を認め、その任意の（不）行使を各人に許容している事態を、私人間での許容規範の並存（抵触ではない）とみればよ」く、「私人対私人という三角形の底辺を舞台に生じている」問題を、決して「単純に国家対市民の関係に戻」せばよいとも考えていない。⁽³¹⁾ 内容の問題としては、前述のように「権利」か「自由」かで議論を分け、方法の点では基本権訴訟を再度提唱しているのである。⁽³²⁾

棟居の立場は、直接効力説か間接効力説かで割り切ることが難しい。その立場の評価が難しいことは、従来の通説が、それらを内包しながら、場面場面で使い分けをしていたことも異なる。寧ろ、これまで見てきたように、間接効力説を基調とする通説には厳しい論評が目立っているのである。棟居説は、まさにそれまでの論争をより深めて、果たしてその区分が意味があったのか、論争そのものの土俵が何であったのかを問うような根元的な問題提起を出発点としており、そのためにそれまでの学説分類の枠組が使用不能になっている、と言うべきなのであろう。そして、だからこそ棟居説は、第三者効力論の論争の中で時代を画するものであったと言うに相応しかったのである。国家を含む三面構造という理解は、基本的に、これまで紹介した多くの新傾向の学説の中に引き継がれていると言えよう。

しかも、実体の解決に拘泥していた従来の学説を超えて、手続法の欠缺を指摘したことは、私人間効力論争に新たな地平を開き、行政事件訴訟法が必ずしも裁判を受ける権利を十分保障していないとされるような問題とつながる、新鮮で大きな憲法問題を提起したものと言うべきであろう。

その上であえて指摘すべき点を挙げるとすれば、まず、これほどまでに分析的な棟居説が、なお明快な総論的解答を示していない点であろう。棟居理論を実際に適用したときどうなるかが、ここまでではよくわからないのである。「核心領域」や「本質的内容」などの意味が未確定的だとの批評もある⁽²⁰⁾。他方、三菱樹脂事件への適用の中で棟居が示した解答は極めて明快であり、「複雑な『基準』はほとんど結論そのもの」⁽²¹⁾だとする指摘もある。この批判は、棟居説は棟居自身にしか運用できず、裁判所で適切に用いられることは難しい、というようにも解せる。そして棟居説の言うように、裁判官の比較衡量を禁じて結論を拘束することが、果たして憲法解釈からどこまで可能なかは疑問でもある⁽²²⁾。加えて、棟居が言うところの「自由」の問題とは、憲法が保障していないものというに等しく、そもそもそこに憲法問題が発生しない筈であり、問題は棟居説の言う「権利」同士の衝突の場面に限定すべきだったのでないか、との疑問が生じよう⁽²³⁾。では、「権利」同士の衝突の場面で果たして裁判官は自動的な結論を引き出せるのか、そのためには人権の序列化がなされねばならないのか、或いは別の形での人権と場面等の詳細な分類がなされていないか、なおも不明な点なのである。

棟居は、裁判所による利益衡量を排し、「権利」と「自由」の優劣に関する判断枠組で判断しようとしている。これは、裁判所をなるべく価値創造の法廷とせず、問題を形式的に処理させようとする意図なのであろう⁽²⁴⁾。しかしその点に関しては、ある権利が私人間における許容規範のみが認められ、他の権利についてはそれ以外にも保護請求権が

認められる根拠、そして「自由」の本質保障部分が保護請求権に転化することの根拠はさほど明快ではないという批判もある。「権利」と「自由」というそれぞれの認定をどう行うのが棟居説では定まらないため、この点に裁判官によるかなり自由な法創造的な活動を黙認し、実は尻抜けを許しているという感触もなくはない。また、「権利」と「自由」の優劣でことを決着させることは結局、私的自治の否定にならないか、疑問も残る。また、通常の契約が憲法上は経済的自由の問題として考えられるため、憲法と無関係の「自由」が問題になることはそうあり得ないことを考えると、実際にはほぼ毎度、「権利」同士の難しい衡量に頭を悩ますことになりそうである。これを「立法者の憲法的価値衡量にそのまま従うべき」と言い切ってしまうえば、逆に憲法の存在価値が希薄になるというジレンマを感じざるを得ないのである。果たして憲法論として、通常の場面とは異なるような、そのような言質を残してしまつてよいのか、不安を感じざるを得ない。藤井の度重なる指摘は当たつていよう。この点も、棟居説の全体像がなお焦点を結ばないところから来る、疑問として提示されると言い得るであらう。

棟居は最後に基本権訴訟について議論を展開する。「訴訟法の留保」が現在も続いており、訴訟要件・訴訟類型が専ら実定訴訟法に限定されてしまったため、憲法上の権利が侵害されても救済されないケースがあることを指摘している。しかし続けて、「個別具体的基本権および『裁判を受ける権利』の憲法解釈を通じて、出訴適格および判決形式のあり方が得られるはず」であり、憲法自身が訴訟類型を補填したり、全く新しい訴訟類型を主観訴訟の一つとして創造する力を有しているのだと提言するのである。

この議論は、前述のように新しく鋭い指摘であり、この限りにおいて反論の余地はない。法律の一般原則を用いて、具体的法規定の空白を憲法原則が埋めるという構造は、手続法でも変わらないはずだということは、原理的にはその

通りだと言わざるを得ないからである。しかし、この議論は発展していけば、実体的権利の担保のための十分な手続がなければ、それは憲法違反の状態であるというところにもまで進むであろう。では、結論として、新奇な訴訟手続や全く新しい行政審判機関の設立を引き出すことは可能かという点になると、若干の躊躇もある。精神的自由などに関して、ときにはそこまでの要請が生まれることがあるとしても、それが請求権的権利となることもあって、一般的には救済法の整備は立法裁量が広いと考えざるを得ない面もあろうし、憲法七七条の最高裁の規則制定権の解釈問題も考慮せねばならないであろう。その点で、この議論が有効に働く場面は限られていることは指摘せざるを得ないであろう。また、私人間で憲法上の手続的権利が侵害されているか、それに類する法的評価を下さなければならぬ場面は、結社の自由やそれに伴う内部自治の前に、限定的にならざるを得ないかということも付言しておくのである。⁽²⁷⁾

(四) 戸松秀典説

戸松秀典は憲法訴訟論を論じる中で、私人間紛争における憲法問題を採り上げ、これまでの私人間効力論からの脱却をやはり提唱している。この文脈で明らかのように、戸松は、私人間効力の問題を裁判所での問題である、またはそれがこの問題の核心であると解しているように思われる。他の説が人権総論か憲法総論の問題として第三者効力論を論じ出しているのと比べ、戸松の問題意識は明らかに異なっていると言えよう。

戸松は、従来の無効力説のように、憲法規定は私人間については無関係であるという主張は「非現実的であり、また、人権保障規定の中には私人間の関係にも及んだ定めがあるから適切とはいえない」として無効力説的立場を切り

捨てながら、かといって「従来の学説のように、直接か間接かという見方でよいものか、疑問」であると論じ始めている⁽²⁷³⁾。私人間訴訟において、裁判所が憲法的価値の具体的実現を図ることはよく見られる。また、共有物の分割や遺産分割⁽²⁷⁴⁾の申立において、裁判所の介入が避けられず、ときには法務大臣の意見陳述がなされることもあり、このときは国は私人間紛争への関わりを深めることになる⁽²⁷⁵⁾。そして、国が私人として行為した事例や、国等に対する損害賠償請求の事例でも、最高裁は憲法上の争点をどう処理するかについて、私人間訴訟の場合と共通性のある対応を採っており、そこでもまた憲法価値の実現の様相がある⁽²⁷⁶⁾と言っているのである⁽²⁷⁷⁾。

そうした考察を経て戸松は、以下のような多様な場面が指摘できるため、直接効力か間接効力かという見方はやはり狭すぎると断じる。第一に、「憲法の人権保障規定の趣旨を具体的に実現した法律の規定についての違反を主張するとき」には、憲法の規定と法律の「規定の内容は同じであるから、明らかに、直接・間接適用を問題にする実益がない⁽²⁷⁸⁾」。第二に、「私人間の紛争に適用される法律の規定が憲法違反だと主張されるとき」は、「裁判所は、直接適用・間接適用を問題にすることなく、憲法判断を加え⁽²⁷⁹⁾」ればよい。第三に、契約違反などではなく、「不法行為責任を問う訴訟で、両当事者の権利や利益が人権保障に関連づけられるとき」には、「裁判所は、」両当事者の憲法上の権利・利益の「どちらを保護すべきかを判断しているが、そこに直接適用・間接適用の議論を展開していない⁽²⁸⁰⁾」。そしてその際に差止めを裁判所に求めたときも、それを認めるか否かの判断について同様である⁽²⁸¹⁾。そして、それ以外に民法九〇条が登場する事例や、国が当事者の一方であるときがあるのであり、私人間訴訟において憲法規定に関わる主張がされる場合は様々でありかつ裁判所の対応もまちまちだと総括する⁽²⁸²⁾。

そこで、最高裁はまず「私人間紛争に対して、それが司法判断可能な紛争か否かを選別する」のだと戸松は述べる⁽²⁸³⁾。

即ち、日本の司法審査制度が付随的審査制である以上、事件争訟性のないものは裁判所が採り上げ得ないことのほか、憲法解釈上発生する裁量や自律、内部行為、それに統治行為論等により限界が自ずと存在することになるのである。⁽²⁸⁾ それをクリアして、上述のように多様な事例において行われる司法審査が「一見して、何か一定の、あるいは、共通した裁判法理を適用して行われる筋合いのものでないことは明らかである」として、一刀両断的解法を否定するのである。⁽²⁹⁾ しかし、「純粹な、といつてよい私人間の紛争であつても、法秩序の面では必ず憲法秩序の下にある」ことは確実なので、「そこで適用される法令の合憲性が問われ、裁判所がその争点に加えずして解決できないと考えたときは、憲法論議が展開された裁判になる」のだと言ふ。⁽³⁰⁾ こうなると、憲法事案となるかは、当事者が主張するか否か、裁判所がそれを論じる必要があると判断したか否かの問題にならう。つまり、直接効力か間接効力かはア・プリオリな問題ではないことにならう。そのためか、従来の議論が「ドイツの第三者効力論やアメリカの州行為（ステイト・アクション）論に依拠して論議されることがあつた」が、「日本国憲法の憲法秩序を語るここでの目的との関連で、これらの論議を借りる必要はない」として、これまでの議論の転換を求めているのである。⁽³¹⁾ 比較法によつて解法を探索してきた日本の憲法学にとつて、それはやや衝撃的なまとめにも見えなくはなかつた。

戸松にとつては、棟居が言うところの「だれが私人間で人権規定を適用しうるのか」は自明のように思われる。少なくとも、裁判所の外でそれが議論される可能性について、著書の性格もあつて、全く論じていないのである。そして、憲法規定と法律規定の関係から分析を進め、憲法が一定の結論を暗示しているにも拘わらず、法律には具体的な規定がない場合だけが裁判所において私人間効力論として問題になっている、と焦点を絞っているようである。確かに、法律の条文が違憲であれば裁判所はそう判断すればよく、合憲ならそのまま適用するだけである。憲法が何らの

指示をしていない場合はそもそも憲法問題にはならないのであるから、確かに我々が私人間効力論と認識してきた領域は非常に限定的な領域であるという指摘には、納得せざるを得ないであろう。

そして、戸松は最高裁の姿勢を分析するのであるが、木下とは全く異なり、現状を前提に理論を組み立てる姿勢が非常に強いように思われる。最高裁がときに憲法問題とし、ときにそうしなかったことは、事件当事者の主張の仕方と、当該裁判官の判断によるものであり、この点の不揃いは寧ろ当然としているのである。確かに、憲法裁判をあくまでも付随的違憲審査として徹底して捉え、憲法保障としての側面を捨象して考えるならば、当事者が主張しない憲法上の論点を裁判官が職権で採り上げることは寧ろ認められないという考え方は成り立つであろう。しかし、問題はそのような主張があったときに、裁判所が憲法判断回避的な対応を裁量でできるかである。この点は、裁判を受ける権利や、司法が訴訟を拒否できないということに関わる大きな問題でもある。当事者の一方が主張する限りは、果たしてそれが憲法の発動される場面かどうかは、裁判所が必然的に判断を明らかにせねばならない事態なのではないかと思われるのである。憲法判断回避ができる場面は、憲法上定まっているのではないかとこの疑問も残されよう。もし、ケースバイケース、裁判所が必要であれば、それ次第で憲法を発動して裁判所が妥当だと思ふ結論を導けばよいとなるのであれば、法の支配の観点からも疑問が生じてしまうからである。

そうではなく、もし憲法問題になるかならないか一定のルールがあるならば、この領域は私法の一般条項と憲法規定の解釈の問題に整理され、上位法は下位法を破るという一般原則により、裁判所はその疑問を解くことが求められるのだったのかもしれないのである。非常に抽象的な条文を掛け合わせねばならないこの場面は、確かに憲法判断を避けたくならないような、難問と言わねばなるまい。しかし、そうでなければ私法の一般規定から相当程度の法創造を試

みなくてはならないだけであつて、問題はかえつて難しくなるだけだとも言えよう。後はこの難問の解法に議論が進められるべきであつた、とは言えないだろうか。戸松は、実際にどのように裁判所が対応すべきか、事例を挙げて論じてはおらず、私人間効力論としてはその説の全貌は明らかになつてはいない。

(五) 総括

自由権を対私人に対しても説くが故に、個人の自由は憲法が直接規定し、正しい国民の生き方があるかのような前提に立つ直接効力説と、自由権はあくまでも对国家的人権とするがため、個人の自由はまさに憲法自身の価値観を離れて自由なものとしてあり、自己の意思で生き方は決めればよいという方向を導く間接効力説とは、本来基本的な考え方を異にするはずであつた。しかし従来の通説的見解は、この両者を、論者によって程度の差こそあれ、使い分けてきたがために、理論的には疑問の多いものとなつていた。⁽²⁸⁾ また、従来の通説は、不法行為など事実行為の場合にはアメリカ法的手法を導入して解決を試みていた。更には、最高法規である憲法の、下位法令に対する関わり方が、下位法令が「公」の秩序という文言を置いたかどうかで決定されるときのおかしな話であり、ここでも理論的統一性を欠いていた感觸は否めなかつた。⁽²⁹⁾

ここで挙げた比較的最近の学説は、従来の学説の、ともすれば結果重視とも言われかねない理論的不整合は避けたいと思う傾向が強いように思われる。このため、これら諸学説は、決して従来の三学説の混在のような決着を求めてはいない。従来の学説を分解し、必ずしも従来の枠組に拘らない理論構成を試みたものと解される。この点は、結果として間接効力説を自認した小山説や、直接効力的解決と本稿では分類した藤井説などにも共通して言える点なので

ある。ここで採り上げた四説は相対的に中性的性格が強いというだけのことだとも言えよう。

但し、その方向性は四者四様としか形容できない。雑駁に言えば、木下は藤井に、松原は小山に近いものがあるのかもしれない。棟居もまたドイツ法的発想に立ってはいないが、それに留まらない独自性は強い。戸松は憲法訴訟論の観点から、この問題に別角度からの光を当てている。共通項を括り出すのは難しいが、国家を含む三面構造の理解と、この問題があくまでも裁判所での法解釈の問題であることに絞られつつあることは指摘できよう。

また、このような学説群を見てみると、従来 of 直接効力説のように、現行法を無視して直接憲法から救済を導き出せるとする理解は、殆ど跡形もなくなつたことが更にはつきりする。逆に、公法・私法二分論を妙に引きずり、私的自治をいきなり持ち出して、憲法の最高法規としての効力発動を遠慮する雰囲気がかれまでの学説にはややもすると見られたが、近時それは見られないことも言えよう。私法は公法学者のテリトリーではないし憲法の問題でもないというような誤解は、最早消えつつあるのであろう。あくまでも私法の一般条項に絡んだ第三者効力の問題は憲法解釈の問題であり、そこはまさに藤井が指摘したように憲法学の射程なのであるから、憲法に決定力があるのだとする共通理解は既にあるように思われる。⁽²⁰⁾ その決定力は、基本的には下位法令に対するものであつて、従来 of 直接効力説が考えていたような、侵害者個人に対するものではない筈である。議論は整理されつつある。それは憲法学界の法体系理解がある種の野性味を失いつつも精密化している、憲法学が普通の法解釈学に近いという現れなのではなからうか。最高裁に対する批判も、憲法の精神を理解していないというタイプのものから、法理論的な矛盾を突いたり一貫性のなさを批判するものが増えていくことに、それはよく現われているようにも感じられるのである。

五 自説の展開

以上、比較的最近の学説について、それを整理した上で、若干のコメントを付してきたが、最後にそれを踏まえて、多少、自説の端緒を提示しておくことにする。

近時の学説は、私人間効力の場面で国家を含む三面構造の理解をほぼ共通認識にしているが、通説に従い、憲法が社会契約によって締結された国家設立の基本法であるならば、この理解は寧ろ納得できる。憲法は国家を規律するものなのか、市民的合意の最高文書なのかはどちらかであって、その両方の性格を兼備するということは、まずあり得ない筈である。⁽²⁸⁾ 日本国憲法について、後者と理解することはやはりなかなか難しい。自由権が人権規定の多くを占め、権力分立原理を採用した日本国憲法と合致しないばかりか、新たな市民的合意によって前の合意が打ち破られると解することは、硬性憲法であることの否定にもつながろう。そこでやはり通説のように、憲法は国家の内部を規律し、そして国家と国民の間を規律するものであると言わなければならない。

よって、国家と無関係に、私人間に憲法上の権利関係があると考えすることは、この基本構造からして、原則として誤りだと言わなければならない。私人間効力の問題は、被侵害者が裁判所という国家権力に対して、憲法解釈によって侵害者の自由を制限するように求める場面の問題であらう。被告となる侵害者を勝たせるということは、事案の法律関係を裁判所が基本的にはそのまま承認することを示している。これに対し、原告の被侵害者に軍配を上げるときには、裁判所はその法律関係を何らかの意味で覆すことを示している。それが単に私法の一般条項の発動であることもあれば、当該法令の違憲判断のこともあろう。そのような場合の一つにいわゆる第三者効力の問題はカウントできる筈な

のである。⁽²⁴⁾

このことは同時に、国家権力の中でも裁判所の適用が問題なのだとする認識に賛意を示すことを含んでいる。立法府は、もし私人間の「人権」侵害を救済したければ具体的な立法に及べばよく、行政府はそれを適用すればよい。具体的な立法がなくても、包括的な権限が付与されている範囲で行政庁が救済を行うことはあろうが、その意味でも立法により権限が行政府に付与されていなければ、いかに「人権」救済が目的であるとはいえず、法治主義の建前からして行政府には法創造力を認めるわけにはいかないのである。立法府に「人権」救済法を制定する義務は、松井説が暗示するように勿論あるであろうが、その結果生じる立法の不作為に基づく憲法訴訟も、最終的には裁判所において審査されるということになろう。よって、やはり主体は限定されてよいであろう。

そうなると、従来の直接効力説も無効力説も採り得ないことになると思われる。第一に、「国権の最高機関」たる国会の立法を無視して裁判所が憲法を直接適用することは不可解であり、第二に、憲法定権者が憲法を制定した瞬間、自らの自由がなくなるかのような理解は、少なくとも日本国憲法の解釈としては採用できないので、直接効力説は否定されてよからう。⁽²⁵⁾ また、私法分野であれば裁判所によって覆せないとする理解は、憲法が法律の上位規範であるという基本構造を崩すものにほかならず、憲法八一条の意味を没却する結果になるため、採用できない。私法の規定を裁判所が違憲と判断することがあるということは、従来の枠組で言うところの無効力説的な結論はあり得ないということなのである。⁽²⁶⁾

このことを多少言い換えてみたい。本来言うまでもないことなのであるが、民法典や商法典などの私法はまた国家法なのであり、国家法としての私法が憲法の拘束から免れることはないと言わざるを得ず、そうであるならば国家が

関与する限り、私法関係においてもそこに憲法は妥当し、憲法的公序を認められることは確かであろう。⁽²⁹⁷⁾ これらの条規が裁判所によって違憲無効と判断されることは考えられる筈である。このとき違憲無効とされるのは、当事者そのものや当事者の行為ではない。当該法令である。その条規を当該事案に適用したことが違憲と判断されたときも、裁判所は当事者そのものや当事者の行為を違憲的と述べたわけではなく、当該法令の適用が止められている筈なのである。通常裁判所が行う憲法判断とは、一般的にそのようなものである。

いわゆる私人間効力の問題に、この関係を当てはめてみよう。ここで示した通常の憲法判断の方法と比べれば、直接効力説も無効力説が、極めて特殊な問題に対する特異な解決策として提示されていたかがよくわかつろう。直接効力説は法律を飛び越えて憲法が私人の行為を判断できると解していたのであるし、無効力説はそもそも法令に対して憲法が評価を下せないとしていたのである。そのような極めて例外的な手法しか用いることができないという主張をするときは、その説に相当の立証責任があると言わねばならないように思われる。そう解せざるを得ない特段の事情がない限り、原則に戻って問題を処理すべきであろう。

私人間効力の問題が通常の場合と異なるのは、憲法が問題にするのは当該私人の行為ではなく私法そのものであるというときに、そこで対象となっている私法の規定が一般条項であるということである。しかし、私法の一般条項も法律である以上、憲法の下にあるのであり、その解釈は憲法の拘束を受けることになる。⁽²⁹⁸⁾ 理論上は一般条項が法令違憲ということもあり得ることになる。しかしその包括性は事実上そのような結論が下されることを阻止している。実際に問題にされるのは、適用違憲、部分違憲などの可能性だけだということが、具体的条項の合憲性が問題となつている事例と異なる点となろう。要するに、一般条項もまた違憲的に適用されてはならない、というごく一般的な帰結

がそこにはあるだけではなかったかと思われるのである。一般条項に対して憲法がそのように関与する事例を、第三者効力論であるとか私人間効力論と呼んできたのではないかと思われるのである。

そうなると、憲法を持ち出したところで結論が明確になるわけではないことは寧ろ当然ということになる。そもそも非常に抽象的な憲法条文と私法の一般条項の連携は、法解釈における最終手段と言うべきであり、結論を予想することは難しいことは甘受すべきであろう。⁽²⁹⁾ 一般条項の適用範囲の一部を憲法が制約し、結果としてある種の結論だけを阻止することができる、というのがせいぜい言い得ることだったように思われるのである。だが、そのことは決して憲法が無効だということなどではないと言えるであろう。しかし、一般条項の適用範囲の一部を制約する根拠として憲法の包括的基本権を持ち出すとき、憲法の決定力は一層弱まらざるを得ない。⁽³⁰⁾ 最も一般的な条項の掛け合わせによる解決は、法解釈においては最終手段の最たるものと言わざるを得ないからである。よって、いわゆる私人間効力問題においても、まずは憲法のより具体的な規定が用いられるべきことが、ごく普通の法学的ルールからしても是認できることになるであろう。藤井説も特に強調するところではあったが、最終的にそこでは衡量が行われることは避けられないのかもしれない。⁽³¹⁾ 但しそれはアドホックな、裁判官の自由な、ではなく憲法準則に則った衡量である。また棟居説の主張するように、「権利」が「自由」に常に優先されるということではなく、棟居の枠組で言えば、「権利」のときは裁判官の一般条項解釈の裁量が狭まるだけという説明が成り立つことになろう。憲法上の権利が引き合いにい出され、それによって一般条項の適用範囲が狭まっても、その残余部分から考えて、例えば公序良俗に反していない私人の行為は無効とせねばならないことはないであろう。

そして、この問題が裁判所における一般的な憲法解釈の延長にあるのであれば、戸松説が指摘しかかったように、

憲法訴訟論の様々な成果は普通に妥当すると考えればよいようにも思われる。例えば、国が精神的自由を制限する事例は経済的自由を制限する事例と比べ違憲の疑いが濃いと考えられる。別の言い方をすれば、後者に比べ前者の領域では国会の立法裁量が本来的に狭いとも言える。前者の法令については、裁判所は厳格に判断せねばならないとされる。このような処理をすることにより、法的安定性に寄与しない、予測可能性が乏しいという欠点⁽³⁰⁾は、通常の憲法訴訟に準じる程度までには小さくなるであろうと考えられる。私人間効力の場面でも、一般条項は、精神的自由侵害行為を許容しないよう、より限定的に解釈されることになろう。繰り返しになるが、このことはそうであれば必ず当該行為を無効とせねばならないことは指していない。しかし、もしそのような行為を許容する立法があれば、果たしてそれは違憲か否かを考えれば、妥当な結論は導き易かろう。三菱樹脂事件を例にすれば、思想を根拠に解雇が自由でできるような法文があればやはりそれは無効であつただろう。それを許容するかのように読める法文も、最低限、それを除外するように合憲限定解釈することが求められるのであろう。そして、その抽象度が最大化した一般条項でも同様だったのである。

そのように考えると、憲法的視点からは、経済的自由同士の衝突と評価できる事案で私人間効力が議論されなかつた⁽³⁰⁾ことはごく当然ということになろう。この分野では違憲的な一般条項の適用が殆ど考えられないことになる。この分野での判例が純粹に民法の判例とされてきたのは、当事者が憲法違反を提起しなかつたことと相まって、十分に理解できることのように思われる。このような事案における裁判所による私法の一般条項の発動は、あくまでも私法内在的な理念の実現のためになされることになるのであろう⁽³⁰⁾。逆に、違憲審査基準の厳格度の高い権利同士の衝突は、一般条項の合憲的適用範囲を狭めることが考えられる。極端な場合、それはゼロ収縮することもないとは言えない。

このような両端にある両ケースを一般化して、無効力説或いは直接効力説が唱えられたのではなかったかとも思えるが、上述の通り、やはり誤解に基づくものと言えよう。両ケースともやはり、そのほかの事例と同様に、あくまでも憲法と法令の関係、上位法は下位法を破るといふ原則で処理できるのである。また、両当事者が憲法を引き合いに出さず民法の公序良俗の問題として争っているときに裁判所が憲法を持ち出して判断することは、私権の救済は当事者の請求の範囲に限定されるべきであろうから、避けられるべきであろう。仮に当事者が憲法を根拠に争っているときでも、裁判所が何れにせよ結論が同じだとして憲法判断回避の準則を適用することは、文面違憲の手法すら予定している精神的自由の問題などを除き、あり得るであろう。特に、純粹に経済的自由の問題に過ぎないときや統治行為等が憲法上の問題であるときにはそうだと言えるのかもしれない。この点で、客観的憲法規範統制を主眼とするドイツ憲法裁判所制度に基づく議論とは異なる結果になることは、やむを得ないであろう。

ところで、学説の中には、明文の規定があればその条文は直接効力を有するものがある。しかし、このような憲法理解の根本に関わる問題である以上、中途半端な規定をもってそう認定することには警戒せねばなるまい。また直接効力を認めないことよつて特段問題は生じない。憲法一八条も、奴隸的拘束を許すような法令の解釈を、憲法が厳しく禁じていると解すればよいだけのことである。^(通) 逆に、直接効力を有する明文があるとすれば、憲法理解は相当大きく変更されることを覚悟せねばならない。このため、疑わしき場合はそのような解釈を避けるのが望ましいであろう。つまり、直接効力説は、部分的にも採用する必要はなく、また回避されるべきなものである。同様に規定によつては無効力であると解する必要もないのである。

小山が結論的に間接効力説が妥当だとしていることは賛成できる。思うに、従来の間接効力説は、無効力説と直接

効力説との間で言わばカメレオンのな印象を有していた。学説によって、極めて無効力説に近い理解から、直接効力説と接近したもので大きな幅があるとされていた。⁽³⁶⁾しかし、そのような、結果が「社会的権力」に有利かどうかというような観点からの分類は理論的ではない。小山の主張する間接効力説はそのような発想とは位相を異にしている。筆者なりに、一般的に裁判所が法令の違憲を宣告する事象を第三者効力論の文脈に引きつけてあえて言うならば、それは間接効力的結論の引き出し方だったのではないか、⁽³⁷⁾ということではなからうか。小山が述べたように、この種の解決方法は決して、無効力説と直接効力説の折衷説のように考えるべきものではなく、それはより一般的な法学の中でごく普通に受け入れられる理論的な結論であった。そして或いは、「間接」効力説というネーミングが明らかに誤解であったと言うべきものだったのかもしれないのである。

但しこの結論は、小山が強く主張している点とは異なり、ドイツ流の基本権保護義務を承認せずとも導き出せること筆者には思える。⁽³⁸⁾集会もしくは表現の自由からデモ行進を警察によって保護してもらう権利、学問の自由から国家による財政的援助を求める権利などが、日本国憲法上導き出されるか否かは不明である。しかし、三面構造になる限りにおいて、裁判所は、あるときに被侵害者の憲法上の権利を守るため、侵害者の自由を認めている法令を制限することになるのは避けることができないのである。その限りにおいて、ある種の保護義務を国家が行使することは発生するとまとめたとしても然るべきではないかと思われる。それ以上の点はなお検討を要したいと思う。

加えて言えば、自説は「憲法の」第三者効力を論じてきたつもりであり、「人権規定の」それに限定しているわけではない。最高法規としての憲法と私法との関係は、決して選択的な関係になるわけではない。勿論自由権規定だけがここでの問題であるとの限定はできない。観念的には、社会権規定や手続的権利規定、統治機構に関する条文や、

九条すらも一般条項を含む私法の解釈に被さっていると見えると思われる。関連して言えば、棟居説が主張したように、憲法上の人権を保障すべき手続が法律等で定められていないときも、理論的には、憲法上の人権を保障するために新たな訴訟類型、救済手続を創設することは、私法、特にこの場合は訴訟法の一般的規定を足掛かりに、できると言つてよからう。但し、前述のように、その限界は認識すべきであると思われる。

以上の姿勢は、事実行為についても貫徹できることになる。民法七〇九条などに関しても、それを合憲限定的に適用すればよいだけである。不法行為的利益侵害の救済の場面でも、その私法規定を違憲的に適用することはできないと解されよう。例えば、謝罪広告の強制を思想・良心の自由を侵害する方法で行うことはできず、その分、民法七二三条は合憲限定解釈されると考えればよかつたのではないだろうか。⁽³⁰⁾このため、従来通説のように、事実行為に関するのみステイト・アクション理論を用いるという工夫は必要でなく、全般を通じてステイト・アクション理論は特に必要ないことにならう。⁽³¹⁾考えられるとすれば、当該私人の行為が、単に国法で承認されているかのように見えたという以上に、国家の援助・助長、或いは容認・黙認・故意か過失による不作為などがあるときは、その分、国家賠償等の問題が発生するということであろう。⁽³²⁾しかしこれは特にステイト・アクション理論の導入と言わなくとも、各種公害裁判等で承認されていることであり、寧ろ当然の結論と言えよう。そして、近時の諸説の殆どと同様、社会的権力論を展開する必要がないことは勿論であることも付言できる。

このような結論は法例に対しても貫徹できよう。国際私法の分野においても、一般条項とされる公序条項は合憲的に適用されねばならないのである。⁽³³⁾この条項も憲法から見て下位法令である以上、その限りにおいて同様に解されねばならない。但し、外国法を準拠法とすることを違憲とすることは、憲法の国際協調主義や国際私法の存在意義から

して、民法など実質私法の一般規定に対するときと比べて結果謙抑的であるべきこととなる⁽³³⁾。外国判決の執行に關しても同様であろうと思われる⁽³⁴⁾。基本的にある分野を特別に考える必要もないと思えるのである。

おわりに

これまでの第三者効力論の論争は、「本来の内在的連関から切断されて、きわめて特殊な問題に対する、きわめて特殊な処方箋であるという印象を与えることとなつ⁽³⁵⁾」ていた。法解釈は一般問題との連続性が意識されなければならぬのものにも拘わらず、ここでの論争は独特の空気の下でなされ、その結果、錯綜し込み入った迷宮が形成されるようになってしまつていたように思われた。

だが、この問題は、「間接的第三者効力という一見独立した旗の下で航行しているように見えるが、実は他の保護手段(たとえば隣人保護的な行政法)と比べて、特段の特異性を有しているわけではない⁽³⁶⁾」のであるという表現があるように、やはり一般的な問題として解かれなければならない。近時の学説がその傾向を強めていることは、その学説の姿こそ異なつていようとも、共通の理想がそこにあるからなのである。決着は、ある予定調和的な結論を具體的な事件の解決を目指して引き出すことによってではなく、その理論が矛盾なく一貫し、汎用性を有し、その上で結論が妥当であるかの勝負に持ち込まれようとしているのであろう。

思えば、ここに採り上げた学説の多くが、憲法総論・人権総論的な多くの問題を思考する中で、この第三者効力論に触れていることは示唆的である。藤井は、「権利」概念の明確化を図り、憲法二三条の幸福追求権の中身を考え、二五条の権利性を考察する途上でこの問題に立ち寄っている。内野は厳格憲法解釈論の立場から憲法解釈の在り方を

論じる道筋でこの問題に論及していた。松井は、プロセス法学を確立しようと執筆した憲法の体系書の中で、この問題にも当然触れ、民主主義プロセスの中で司法権の役割を固く狭く限定するという立場をこども貫いたと言えよう。棟居は、逆にこの問題を起点として、平等権の権利性やプライバシー概念、財産権をめぐる審査基準のあり方を論じ、基本権訴訟論に到達していった。まさにそれは憲法とは何かという根本問題とこの問題がかなりダイレクトに接続していることを示しているかのようなのである。⁽³¹⁷⁾ 大きな憲法学の論争の十字路に第三者効力論が位置していることを実感せざるを得ないものである。

その際、気になるのは、多くの説が国際私法等の問題を視野に納めてこなかった点である。ときに、不法行為も視野の外であった。視点は憲法の自由権規定と民法九〇条の關係に限られる必要はない。寧ろそうでないことが望ましいのである。その際、「巧妙な補助線を一本ひくことにより一見複雑な図形の問題をことのほか簡単に解決できる場合があることを想起すれば、憲法学にもこれとおなじような一面がある⁽³¹⁸⁾」とのコメントは示唆的である。まさに憲法学界に「発想転換」が求められていることは確かなのであろう。

筆者の示したささやかな見解が成り立ち得るかについても、多くの憲法原則と矛盾なく接合できるか、多くの事例に適切な結論を示し得るかなどについて、多くの批判に耐え得るかにかかっていると見えよう。その意味でも、筆者の示したところをより精密にすることともに、その理論がより一般性を有することを示すことは求められていこう。今後まず、様々な事案に理論を当てはめながらその妥当性を証明すること、そして別の論点での解釈において本稿と矛盾のない解釈を示して、間接的に本稿の方向が妥当であることを示していくことが、筆者のこれからの課題である。

(179) 木下智史「私人間における人権保障と裁判所」神戸学院法学一八卷一―二号七九頁、八〇頁（一九八七）。

(180) 同右八二頁。

(181) 同右二二〇頁。

(182) 同右一四七―一四八頁。

(183) 同右一四八頁。木下智史「米判批」判例タイムズ五〇八号二五頁（一九八三）も参照。榎前掲註(16)論文二三頁も同様の認識を示している。

(184) 木下前掲註(42)論文二二二頁。

(185) 最大判昭和四八年二月二日民集二七卷一五三六頁。

(186) 木下前掲註(42)論文二二七頁。

(187) 同右二一八頁。

(188) 同右三二二頁。但し、日産自動車事件（最判昭和五六年三月二四日民集三五卷二〇〇頁）では、「憲法の人権保障の趣旨を『読み込んでいく』という、間接効力説本来の機能が發揮され」と評している。同論文同頁。

(189) 最判平成元年六月二〇日民集四三卷六号三八五頁。

(190) 最判平成六年二月八日民集四八卷二号一四九頁。

(191) 木下前掲註(42)論文二二―二三二頁。同論文は採り上げていないが、あくまでも隊友会という私人による合祀であると判断された、自衛官合祀訴訟（最大判昭和六三年六月一日民集四二卷五号二七七頁）などもこの範疇に入れられるかもしれない。

(192) 木下前掲註(42)論文二三四頁。辻村みよ子『憲法』一七九頁（二〇〇〇）もまた、「個人の人権保障規定の適用を排除して社会的権力である法人の利益のほうを保護する傾向がある。しかし、人権保障の観点からは疑問とすべきであろう」として、一種のあるべき結論も導いている。もともと、同書一七七頁は、「理論的には、間接適用説をこえて、古典的な自由権や平等権など一定の人権規定に関しては直接適用を認めることができるような立論が求められている」し、「ステート・アクション」理論「などを援用して、社会的権力の行為を国家の行為と同視することで、憲法規定を適用して人権保障をはかる方法も有効であろう」などと述べており、辻村説が一応は間接効力説を承認しつつも、かなり直接効力説的シフトが強い

ことは注意せねばならないであろう。三並敏克「企業社会と人権の私人間効力論」京都学園法学一九九九年二二二号一九頁(二〇〇〇)は、直接効力説の再構成を指摘している。

(193) 木下前掲註(42)論文二二九―三三〇頁。

(194) 同右三三一―三三六頁参照。なお、山本説については、君塚前掲註(26)論文七〇―七三頁参照。同論文で採り上げた山本

論文は、同前掲註(116)書に収録された。

(195) 木下前掲註(42)論文三三三―三三四頁。

(196) 同右三三四頁。

(197) 同右三三五頁。

(198) 同右三三六頁。

(199) 同右同頁。

(200) 同右三三七頁。

(201) 同右三三八頁。

(202) 同右三三九頁。

(203) 同右同頁。奥平前掲註(9)書八一―八二頁参照。

(204) 木下前掲註(42)論文二四〇頁。藤井前掲註(4)書三二七―三三〇頁参照。

(205) 木下前掲註(42)論文二四〇頁。

(206) 同右二四五頁。

(207) 君塚前掲註(37)論文論文一四頁参照。

(208) 松原光宏「基本権の多元的理解をめぐって(四・完)」中大法学新報一〇三巻九号四五頁、八七頁(一九九七)。

(209) 松原前掲註(115)論文三二五頁。

(210) 同右五十七頁。

(211) 同右八頁。

(212) 同右九頁。

- (213) 同右一〇頁。
- (214) 同右一七頁以下。但し、直接効力論が論者によって非常に異なることも示しており、そのことは松原前掲註(96)論文九二頁で明言される。日本における直接効力説として、松原前掲註(115)論文三〇頁以下は橋本公巨と稲田陽一を挙げるが、両者の統一的説明は行っていない。榎前掲註(44)論文五頁も、各論者の個別の評価は避けているが、一般的には「私的自治」観や「自由」の意味変化という共通点はあると指摘する。
- (215) 松原前掲註(96)論文六四頁。
- (216) 同右六五―八五頁。
- (217) 同右八七頁。
- (218) 同右同頁。このほか、ここでは、「民事裁判所による、私法規定の基本権適合的解釈の任務を説くこと」、「基本権保護に寄与しうる、一般条項をはじめとする民事法律・解釈学説についての説明・分類を提供すること」、「観点の転回を呈示し、私人間効力論を、国家(民事裁判所)―個人の問題として把握すること」なども再構成の意義だということも述べられている。
- (219) 同右八八頁。
- (220) 松原は、直接効力説にも間接効力説にも分類できないアレクシー説を「このほかの見解について」という章で採り上げている。同右八八―九二頁。
- (221) 同右九五頁。
- (222) 同右九五―九六頁。
- (223) 同右九六頁。
- (224) 同右九六―九七頁。
- (225) 棟居前掲註(3)書二頁。
- (226) 同右同頁。
- (227) 同右七頁。
- (228) 同右九頁。

- (229) 同右一〇頁。
- (230) 同右一一頁。
- (231) 同右一〇頁。
- (232) 同右一一頁。
- (233) 同右六四頁。
- (234) 同右六七頁。
- (235) 同右六九頁。
- (236) 同右一二頁。
- (237) 同右一二頁。
- (238) 同右八二頁。
- (239) 同右三一頁。
- (240) 同右三三頁。
- (241) 同右三四頁。
- (242) 同右三五—三六頁参照。
- (243) 同右三六—四二頁参照。
- (244) 同右四二頁。
- (245) 同右四二—四三頁参照。
- (246) 同右九一頁。
- (247) 同右九三頁。
- (248) 同右同頁。
- (249) 同右九四頁。
- (250) 同右九六—九七頁。
- (251) 同右九九頁。

- (252) 同右四六頁。
- (253) 同右四七頁。
- (254) 同右五五―五六頁。
- (255) 同右一〇三頁。
- (256) 同右同頁。
- (257) 同右一〇四頁。
- (258) 同右一〇六頁。
- (259) 同右一〇六―一〇七頁。
- (260) 同右一〇七―一〇八頁。
- (261) 三並前掲註(19)論文四四頁。
- (262) 藤井前掲註(4)書二三九頁。
- (263) 同右同頁も同旨か。
- (264) 同右同頁は、「契約」『自由』、表現Ⅱ『自由』、両者が救済と結合する場合Ⅱ『権利』という図式を採用するべき』であると指摘している。
- (265) 高作正博「フランスにおける表現の自由の私人間適用」上智法学論集三八卷二号二三三頁、二七三頁(一九九四)。
- (266) 木下前掲註(42)論文二三三頁。
- (267) 棟居前掲註(3)書二八八頁。
- (268) 同右二九四―二九五頁。
- (269) 同右二九五―二九六頁参照。
- (270) 君塚正臣「事前抑制と教科書検定」東海大学文明研究所紀要一五号九五頁、一〇七頁(一九九五) 参照。
- (271) 同じことは、憲法の社会権規定などについても言える。君塚前掲註(1)論文(二・完) 六四頁。
- (272) 併せてこの問題は、憲法上の手続保障をどの条文で保障したものと考えるかにも関わる。通説は行政手続の保障も三一条であるという考え方に立っている。もし、三一条であるとして、三一条は刑事手続の一般原則を定めたものと解するのであ

れば、それを私人間に適用することは困難とならう。棟居の見解については、棟居快行『憲法講義案Ⅰ』（第二版）八九頁以下（一九九九）など参照。また、君塚前掲註（156）書評二四六頁も参照。

(273) 戸松前掲註（131）書一九九頁。

(274) 例えば、最大判昭和六二年四月二二日民集四一卷三号四〇八頁。

(275) 例えば、最大決平成七年七月五日民集四九卷七号一七八九頁。なお、関連事件について筆者は鑑定意見書を執筆している。東海大学文明研究所紀要一八号五三頁（一九九八）参照。

(276) 戸松前掲註（131）書一九九—二〇三頁。

(277) 同右二〇三—二〇五頁。

(278) 同右二〇五頁。

(279) 同右同頁。

(280) 同右二〇五—二〇六頁。

(281) 同右二〇六頁。

(282) 同右同頁。

(283) 同右同頁。

(284) 同右七一—七八頁参照。同書はほかに天皇に裁判権が及ぶかという論点にも触れている。同書七八頁。このほか、国際法上の限界があるように思われる。

(285) 同右二〇六頁。

(286) 同右二〇七頁。

(287) 同右同頁。

(288) 例えば、戸松秀典「書評」ジュリスト一〇五二号一七六頁（一九九四）などにそれはよく表われる。

(289) 君塚前掲註（1）論文（二・完）六二—六三頁参照。

(290) 同右六六頁。

(291) これが、憲法学界における従来の直接効力説シフトの余韻から来るものか否かはよくわからない点である。君塚前掲註

- (1) 論文(一) 一二七頁参照。
- (292) 君塚前掲註(37) 論文二五頁。
- (293) 同右同頁。
- (294) 同右二〇頁も参照。
- (295) その他、君塚前掲註(1) 論文(一) 一二七—一三四頁参照。
- (296) その他、同右一一八—一二二頁参照。
- (297) 同右二二〇頁。山本前掲註(116) 書五五頁も参照。
- (298) 君塚前掲註(37) 論文二八一—二九頁。
- (299) 同右一四頁。
- (300) ドイツとは異なり、日本の通説はこのような包括的基本権の活用には消極的である。君塚前掲註(1) 論文(二・完) 六五—六六頁参照。
- (301) 君塚前掲註(37) 論文一五頁。
- (302) この問題はこれまで、間接効力説の折衷説であるがゆえの問題点として論じられてきたように思われる。君塚前掲註(1) 論文(二) 一四二—一四四頁参照。
- (303) 君塚前掲註(37) 論文二二頁注5。
- (304) 同右一二頁。
- (305) 同右一九頁。君塚前掲註(1) 論文(二・完) 六四—六五頁も参照。
- (306) 君塚前掲註(37) 論文一五頁。
- (307) 君塚前掲註(1) 論文(二・完) 六七頁。
- (308) 君塚前掲註(37) 論文二〇頁の「予測」は若干修正されねばなるまい。
- (309) 最大判昭和三二年七月四日民集一〇巻七号七八五頁参照。具体的事実を確信している者に「謝罪」まで強制できるかは疑問のあるところであった。榎原ほか編前掲註(39) 書八七頁「君塚」。例えば、判決内容を広示し、その費用を敗訴した被告に求めるような、より制限的でない他に選択し得る方法は考えられたであろう。

- (310) 君塚前掲註(1)論文(二・完)六七頁。
- (311) ここで国の私法上の行為が当然に憲法問題となることは明らかである。中谷実編『ハイブリッド憲法』一一六頁(一九九五)「君塚正臣」。
- (312) 君塚正臣「法例(国際私法学)における『公序』論の憲法学的検討」東海大学文明研究所紀要一九号三九頁、四五頁(一九九九)。
- (313) 同右四五―四六頁。
- (314) 同右五〇頁注77。
- (315) 小山前掲註(80)書二二二頁。
- (316) G. Herzig, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?, NJW 1990, 1764 (1768), 小山前掲註(80)書二五八頁より引用。君塚前掲註(37)論文一九頁も参照。
- (317) 君塚前掲註(37)論文一二二頁。
- (318) 藤井前掲註(4)書二七五頁。

〔付記〕 本稿では敬称は全て略させて戴きました。

本研究は、平成二二年度関西大学学術研究助成基金(奨励研究)による研究成果の一部である。

また本稿は、一九九九年二月五日に奈良県新公会堂で開催された関西アメリカ公法学会(会長・阪本昌成)での、「第三者効力論の双眼的考察・序説」と題する報告に大幅に加筆・修正をなしたものである。同報告に対する多くのご意見を下さった諸先生方にこの場を借りて篤く御礼申し上げます。