

# 「自由」を軋ませる「基本権の私人間適用」

西 村 枝 美

## 一 憲法解釈問題 対 法律解釈問題

### 1 議論の来し方

#### (1) 棟居の提案

憲法上の権利<sup>(1)</sup>の私人間適用問題について、自身基本権保護義務という視点からこの問題の再構成を行っている小山剛は、「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>(2)</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」と述べる。<sup>(3)</sup>

この「再燃」のきっかけ<sup>(3)</sup>としてあげられる棟居快行による論文<sup>(4)</sup>は以下のような指摘をする。すなわち、この問題領域の「問題」は、「それ自体の観念的性格にあるのではない。むしろ、問題がはたして、何を問題としているのか、という出発点が曖昧ないし多義的であった」ことにあるとする。<sup>(5)</sup> そのうえで、① 誰が私人間で人権規定を適用するか、という適用の権限の問題、② 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

「自由」を軋ませる「基本権の私人間適用」

観的範囲の問題、③ 私人間で適用される人権規定はどのような実体的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、④ 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論じるべきことを提案している。<sup>(6)</sup> この、棟居の提案は、「議論の目的はあくまで具体的事件の具体的解決にあるはず」なのに、「諸学説が実益を欠いてきた」ことを軌道修正させるためになされたはずであった。<sup>(7)</sup>

しかし、学説は、必ずしも「具体的事件の具体的解決」のための議論をする方向には進んでいないように思われる。むしろ、通説とされる間接適用説が実は多様なものを含んでいることの自覚から、これに替わる理論構成に労力が傾注され、目の付け所の違いを競う対立なき「乖離」が生じている。<sup>(8)</sup>

棟居の提案は、なお有効である。

(2) 法律の留保状態の当然さ

ただ、棟居の提案通りに学説が進んでいかないのにも理由があると思われる。もちろんこの評価は性急であるかもしれない。というのはこの提案は、個別事例ごとに議論を展開していくよう求める主張でもあるため、個々の事例での蓄積を待って、それらに共通する要素を抽出し体系化するという時間のかかる作業が必要だからである。また、既に一定の体系化に成功した法令審査の基準を応用することで、「具体的解決」に向けた基準を模索する試みも存在する。<sup>(9)</sup> とはいえ、おそらく、こうした作業や試みが憲法訴訟論のそのように活発な議論を誘発する方向にはつながらず、いくまい。憲法上の価値を民事法解釈に及ぼす、という価値の一元化の試みは、憲法価値の「相対化」を必然的に伴うことと、そもそもこの領域が「基本権訴訟」的領域ではないことが、この推測の理由である。

棟居は、憲法上の権利の私人間適用問題とは別に、憲法訴訟論の領域で「基本権訴訟」の提案を行っている。<sup>(10)</sup> 憲法

訴訟論の領域では、付随的違憲審査制を採用する日本において、法律に間借りする形になっている状態を脱する必要がある。基本権を実効的に救済するために、訴訟要件、本案審理、判決の過程を憲法訴訟という視点から再構築しなければならぬ。そして、憲法上の権利の私人間適用問題における棟居の先の提案も、こうした基本権訴訟の構築の視点を応用したものに思われる。この印象が正しいとすれば、そもそもそうした視点の応用の妥当性が検討されてよいと思われる。確かに憲法訴訟においては上位規範である憲法と下位規範である法律との適合性を問題としているのだから、実際の裁判において下位規範である法律に留保された状態は問題であるので、訴訟要件においても、本案審理においても、憲法の視点から独自の理論が築かれるのは支持すべきである。一方、仮に、憲法上の権利の私人間適用問題において同じことが必要だとしたら、何のために下位の法律を制定したのか不明である（もともと、国家機関である裁判を利用する際の民訴法上の手続に対しては、実効的権利保障を求める憲法三二条との整合性は別途問題となりうる）。

それとも、この問題領域が、法律の存在を無にするものではなく、単に、法律の解釈にあたって憲法の趣旨をふまえて解釈せよ、という要請であると要約できるものであるとすれば、多様な利害調整を必要とするが故に個別に法律を制定してきたことからすれば、大まかすぎる基準は基準として機能しないことが予想され、個別法律の場面に応じた「憲法の趣旨」が必要になるはずである。<sup>11)</sup>

ところがそうなってくると、「憲法価値の相対化」は必然的に発生する。人間であるというだけで持つ、という、超国家的、超歴史的「人権」とのつながりを持つ「憲法上の権利」<sup>12)</sup>は、一定の要件事実が存在した場合、特定の法的効果が発生する、という、その状態に「権利」性を見いだす民事法上の発想とずれがある。精神的自由という基本権

法益に関わるものであっても、法律の要件を無視して請求の認否を判断すれば、法律学が、その対局に位置づけてきたお白州裁きと同次元になりかねない（そもそも、市民相互の価値衝突については、いかなる価値を優先すべきか、またその根拠は何か、について議論は尽くされていない<sup>(13)</sup>）。

具体的事件解決のための理論構成を考えれば考えるほど、法律の要件解釈に溶けていき、「憲法上の権利」なる要素は、私人がどういふ利害を有しているのか、という事例固有の事実に呑み込まれていく。

この理由が当たっているかどうかは議論の余地があるが、現在「再燃」している学説が今いる場所は、「再燃」させた論文の誘導先と一致していないことだけは確かである。

## 2 議論の行く末

### (1) 無適用説の「再」登場

「具体的事件の具体的解決」にも向かわず、学説間の「乖離」が広がる中、解決しなければならぬ論点の一つある。すでに先ほど述べたように、憲法上の権利の私人間適用問題が対象としている領域は、上位規範たる憲法と下位規範たる法律の抵触が問われている領域ではなく、そうした抵触の存在しない、憲法に適合した法律の解釈の問題である。憲法価値充填について判決と異なる見解をとる場合、その「異なり具合」が一領域にとどまらず、法律解釈全体について妥当するような共通性を持ったものとして抽出、体系化できるものだったとしても、それが「憲法」問題として構成される必要性があるのだろうか。

この論点を提起しているのが、憲法上の権利の私人間適用問題を法律解釈問題としてとらえるいくつかの学説<sup>(14)</sup>の存

在である。

この学説は、通説に位置づけられる間接適用説的立場と対比すれば、無適用説とまとめることが可能である。従来、この無適用説が憲法学の中で持たれてきたイメージは、市民による「人権侵害」問題を切り捨てる、という憲法的価値実現を目指すべき視点からすればおよそあり得ないものであったと思われる。現に、高橋和之がこの説の再評価を主張するまでは、各説の紹介をするにあたって、特に検討されることなく「今日これを支持する学説はほとんど見られない」とすまされることが多かった。

とはいえ、この無適用説の再登場は、従来の間接適用説の通説としての地位を揺るがすことはできていないように見受けられる。間接適用との対比で言及しなければならぬ説が一つ増えただけ、という位置づけしか、なお与えられていない、というといひすぎだろうか。たとえば、松原光宏は、この領域に関わる諸学説を、「あくまで私法の問題」とするものと、「憲法解釈の問題」とするものとに整理する<sup>(17)</sup>。そのうえで、従来の間接適用説すべてを後者に組み込むのではなく、①「私法型間接適用説」と②「憲法型間接適用説」に細分化し、芦部信喜を①に分類し、この①を「無適用説と結びつきうる見解」、つまり「あくまで私法の問題」と見る立場と分類する。憲法ではなく、自然権を間接適用する高橋説もこの類型に分類される。そして、この「あくまで私法の問題」と見る立場については、「現代の法システム全体にとって、基本権の重要性がすでに否定しがたいものになっていることにかんがみれば、選択は困難」とするのである<sup>(19)</sup>。そして、この間接適用説の細分化に対しては、小山剛も「重要なポイントをついている」として、「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、むしろ従来説の不確かさを廃して純化された見解である」と述べている<sup>(20)</sup>。

(2) 無適用という「新」説登場

しかし、本来、無適用説は、従来の通説判例と根本から対立する主張なのである。松原の行った、「法律解釈問題」と見るか「憲法解釈問題」と見るか、という整理は、おそらく、「乖離」していく諸学説を分類する最も重要な軸であろう。ただ無適用説の評価にあたって注意すべきは、高橋が、人権を超近代的な「現代的」観念と近代立憲主義的観念とに区別し、後者への回帰・純化を説いている点である。<sup>(21)</sup>ここで「現代的人権観」に分類されているのは、間接適用説であり、基本権保護義務論である。それは、基本権保護義務論の主張者である小山が、高橋の主張を自説への批判として受容していることから明らかである。<sup>(22)</sup>この関連で、間接適用説に与しながら、芦部信喜が、基本権保護義務論に対しては「原理としての基本権」という従来の基本権理解とは隔たるものを呼び込むことになる警戒感から、批判的であったことが想起されるべきである。<sup>(23)</sup>

むろん、小山が「現代的人権観念」に対する伝統的人権観にたつ側からの抵抗という問題が改めて提起されていることを受信できていないはず<sup>(24)</sup>はない。しかし、近代的人権観への純化の必要性を主張する高橋に対して、小山は、「重要な指摘」としつつも、以下のように切り返す。すなわち、すでに憲法学は伝統的人権観念の修正の不可避性を認めたく<sup>(25)</sup>えて、「修正の中身を問題としてきたのではなからうか」、そして「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<sup>(26)</sup>」と。ここに、両者に相容れないものがあることがはっきりと示されている。無適用説は、伝統的人権観念、もとい近代的人権観念の修正を認めていない。<sup>(27)</sup>

加えて、無適用説は、「憲法上の権利の私人間適用」という枠組みそれ自体に批判の矢を向けている。小山のよう

に、「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過ぎない」として、基本権保護義務論と無適用説とをともに破綻なく並び立つ説として併記するには、まだ早い。

無適用説が、憲法上の権利の私人間適用問題に対して提起している論点を明らかにすることにしよう。

## 二 学説の整理

憲法上の権利の私人間適用問題に関わる学説について、そもそもこの領域が何を問題としている領域かについて合意がとれていない、という棟居の指摘があることはすでに述べたとおりである。各説の違いを浮かび上がらせるためには具体的事例に沿うことが有効であると思われるので、二つの事例を設定しよう。<sup>(28)</sup>

事例 A として、ある市民が別の市民に向けてなした発言に対して名誉毀損を争いたい場合を、事例 B として、ある市民が企業から内定をもらったが、採用前に、無届けデモで指導的役割を果たして現行犯逮捕され後起訴猶予処分となったという経歴があったことを理由に内定を取消されたことを争いたい場合である。

事例 A について、名誉という法益に対していかなる保護が与えられるか、と考えたときに、民法学ならば、民法七〇九条の要件を満たせば、損害賠償や場合によっては七二三条により「名誉を回復するのに適当な処分」を裁判所が命じることにより保護を図る、と返答するだろう。また、刑法学ならば、刑法二三〇条一項の構成要件に該当し、二三〇条の二により規定された不処罰事由がなければ、その毀損の程度に応じて二三〇条一項に規定された刑罰の範囲内て刑を科すことによる保護を図っていると返答するだろう。事例 B については、こうした理由で内定を取消す行為

をなしたことが企業に対する行政処分の対象となることを規定した法律はなく、また、犯罪行為として処罰する法律もない。つまりなんらかの規制を企業に課すことで、内定取消しを抑止する形にはなっていない。<sup>(30)</sup> また、おそらく、内定取消しを受けた市民がもっとも求めたいことを体现する争い方は、従業員としての地位確認を求める民事訴訟である。しかし、判例によれば、<sup>(31)</sup> 内定は解雇権留保付きの契約であると考えられており、この請求は認められない。事例Aと異なり、事例Bにおいて侵害された「利益」には、現行法上、何らかの法的保護が与えられることはない。<sup>(32)</sup> さて、これらの事例で侵害されていると主張されている「法益」保護について、憲法はどう貢献すると返答するのだろうか。

### 1 無適用説の応答

無適用説にとつては、問いの立て方〔「法益」にいかなる保護が与えられるのか〕自体、すでに基本権保護義務的発想に足を踏み入れており、結論誘導的な立論の仕方と映るであろう。憲法上の権利は対国家の防禦権である。いずれの事例も法律解釈問題である。事例Aで問題になっている利益（名誉）も、事例Bで問題になっている利益（思想の自由、従業員としての地位）も、対国家との関係で問題になっているわけではないからである。事例Aで、それが関係するのは、市民に侵害されている「名誉」ではなく、名誉毀損を理由に、刑事責任、民事責任を問われようとしている表現行為の方である。名誉は対国家との関係では問題になっていない。よって、事例Aについては、「憲法の果たしている役割」なるものになおコメントを求められるとすれば、無適用説なら、こう答えるであろう。名誉という法益を護るため、市民の表現行為を行政機関が事前にチェックする法律を作ったならば、憲法二一条二項で禁止さ



れる検閲に当たるため違憲であるが、名誉を毀損する表現行為について、事後的に規制する方法は一定要件を満たす場合については合憲であるといえ、現行法上の事後規制のあり方は憲法に違反するものではない。したがって、憲法は現行法の状態が合憲であると判断した時点で役割を終えており、憲法上の権利の私人間適用問題として、市民同士のトラブルにおいて発動される対市民にむけられた「人権侵害」問題の法律解釈に再び呼び出されるという思考はとらないのである。

おそらく、事例Aについては、無適用説に与しない学説も、名誉という法益に法律上保護が及んでいるため、憲法の私人間適用問題と必ずしも位置づけていないかもしれない。<sup>(33)(34)(35)</sup>一方、事例Bについては、基本権法益である思想に関わるものであるにもかかわらず、現行法上何らかの保護の手がさしのべられることはない。抽象的には、無適用説は、保障の欠落があったとしても、その欠落を埋めるために、憲法上の権利を民事事件に援用する方向には進まず、法律の欠落が立法の不作為問題に当たるかどうかに<sup>(36)</sup>ついて問題にする。そしてそれが問題にならない事例であれば、対国家の憲法の登場する余地はもう無い。<sup>(37)</sup>

ただし、無適用説でも、この現状を疑問視するならば、民法九〇条なり、民法一条三項<sup>(38)</sup>なりを利用することを主張するので、理論構成は異なるもの。実際の結論は基本権保護義務論と変わらないことが考えられる（この点をもって、どちらでもかまわない、とするのは危険である。冒頭で述べたように、それぞれの拠って立つ憲法観からして、この理論構成の違いは譲れない一点である）。

なお、少なくとも思想を理由とした内定取消について何ら規制が存在しない状態は違憲なのではないか、という立論をした場合、それはすでに無適用説の枠から基本権保護義務論の世界に足を踏み入れていることになる。憲法一九

条は国家に対し、防禦権としてのみ機能すると解するのが無適用説である。この立論において、国家は思想の自由を護るために乗り出す役割を与えられている。立法の不作為問題はこうした自由権の領域ではそもそも発生しないのである。

## 2 市民間の「法律上の争訟」に憲法の適用を認めるもの

無適用説からすれば、事例A、事例Bで侵害されていると主張されている利益は、ともに国家によって侵害されているものではないため、国に対する防禦権と考えられているはずの名誉や思想の自由という憲法上の権利の問題ではない。

しかし、以下で見る立場は、対国家の防禦権としての枠を超え、市民により引き起こされた「人権」侵害問題を憲法問題としてとらえることを選択している。いずれも「対国家の防禦権」という憲法上の権利を「間接適用」するという、通説の曖昧さを乗り越える理論構成の試みである。これらが、どういう意味で、対国家の防禦権としての憲法から「踏み出している」のか見てみよう。

なお、以下の項目を見れば明らかのように、検討対象となる説のうち、通常ならあげるはずの説の一つが故意に対象から外されている。それは憲法が国家のみならず、市民も拘束することを主張する説である（基本権保護義務論者のように、あくまで基本権は対国家であるとした上で、基本権とは区別された基本権法益の問題として区別する、ということをしなない）。これについて検討するということは、憲法上の権利の私人間適用問題の枠を超え、「憲法とは何か」について論じることになるため、本稿では項目だてしなかった。<sup>(39)</sup>

また、ステイト・アクションの理論<sup>(40)</sup>についても独立の項目を設けていない。複数の要素を内包するこの理論については、本節(1)および三一での検討がそれに対応していると考えたためである<sup>(41)</sup>。

(1) 裁判所という国家権力への着目

憲法上の権利の対国家性ということから、その「国家」に裁判所が含まれるため、市民同士のトラブルを扱う裁判所は当然に憲法上の権利に拘束されているという主張はどうか。裁判により敗訴判決うけ、それを受忍させることに「対国家の防禦権」性を見いだす思考もこの類型に属する<sup>(42)</sup>。

対国家の「防禦権」という視点を堅持するならば、市民同士のトラブルに裁判所が下した判決に対して、対国家の防禦権が発動する可能性はある。たとえば、謝罪広告を命じる判決が憲法一九条との関係で合憲性を問われたり、あの発言が相手の名誉を毀損するとしても、この発言に裁判所が損害賠償などを命じるとしたらそれは憲法二二条一項の侵害であると主張したりする場合<sup>(44)</sup>である。これらの例からわかるとおり、市民同士のトラブルに憲法上の権利が適用される（市民が市民に対して「おまえのしていることは人権侵害だ」という主張を憲法上の権利によって裁判所が認める）ことと、国家機関である裁判所がなした処分が憲法上の権利を侵害する可能性を問われることは区別されなければならない。憲法上の権利を後者の枠を超えて、前者にまで「応用」することは、「対国家の防禦権」という憲法上の権利の本来の枠をはみ出すことになる<sup>(45)</sup>。

以上に述べたことを繰り返すことにはなるが、木下智史の構成を見てみよう。木下自身、裁判所が私人間の民事紛争を判断する場合は、他の国家権力による憲法上の権利侵害と同視できないことを認めているが<sup>(46)</sup>、なお、「憲法上の人権規定に対国家的拘束力しか認めない場合でも、私人関係に人権規定の効力を及ぼすことは不可能ではない」と述

べる。つまり、「国家機関である裁判所が憲法の拘束を受けるのは当然のことであり、裁判所は対立する私人双方の権利をできる限り尊重する義務を負う」<sup>(48)</sup>ものであり、「私人間の紛争において裁判所が一方の当事者を勝訴させる場合、当然のことながら、敗訴当事者の利益は損なわれる」<sup>(49)</sup>というのである。

しかしこの主張は、市民の行為が何らかの民法上の要件に当たるかどうか問題になる場合と、その要件が満たされた場合生じる効果の問題になる場合とが混同されている。市民同士のトラブルにおいて相手を「人権侵害だ」と主張する際、それが民法上の要件を充たしているかどうか裁判所が判断する際に、憲法上の権利が関与するののか、という問題がまずある。その結果敗訴判決を受忍させられる場合、これをもって「私がやったことは確かに「人権」侵害（これを①とする）かもしれないが、裁判所から敗訴判決を下されることは「人権」侵害（これを②とする）だ」と主張することはあり得る。①と②とは「人権」侵害主体が異なる。①の場面が、本来の憲法上の権利の私人間適用問題である。②はこれとは独立に観念しうる問題であり、これは裁判所という国家権力に向けられた防禦権の行使であるから、無適用説の立場であっても憲法上の権利を当然適用しうる。木下の主張はこの二つの要素を区別していない。したがって、先の木下の引用部分で、はからずも「私人双方の権利をできるだけ尊重する義務を負う」と述べているように、裁判所の役割は、侵害者としての国家権力から、私人とのトラブルの調整役に変更されている。急いで言葉を継がなければなるまいが、この調整役自体が問題なのではなく、この機能が存在する側面をもって「対国家の防禦権」としての憲法上の権利を市民同士のトラブルに持ち出すことは（木下の言うように）「不可能ではない」ということはできない、ということである。

裁判所という国家権力の関与という要素だけでは「憲法上の権利を市民間のトラブルに適用する」ことを説明する

ことはできない。市民同士のトラブルに憲法をなお持ち出すとすれば、以下で述べる説どれかの立場のように、「対国家の防禦権」という言葉そのものに手を加えることにまでに突き進まなければならぬ。つまり、ここに分類される立場は、以下で述べる説のいずれかに吸収されるはずのものである。

(2) 下位規範の合憲的解釈問題と見る立場

憲法上の権利の私人間適用問題を、民法などの下位規範の一般条項の合憲的解釈の問題ととらえる立場がある。<sup>(50)</sup> この主張を展開する君塚正臣は、憲法上の権利を、市民を直接拘束する方向に解釈を展開する立場はとることはできないとした上で、「<sup>(51)</sup>対国家の防禦権」性を維持しつつ、私人間に適用するために、憲法の上位規範性に着目するのである。

無適用説にとっては、先に述べたように、憲法の登場は下位規範との適合性（これには現存する法律、および法律の欠落ともを含む）の場面しかあり得ない。ただ、具体的事件との関係を想定した場合、合憲解釈が必要になるほど解釈余地を残した規定の仕方をしている場合や、憲法との抵触が発生することを想定していないような場合には、法律と憲法との抵触そのものを問題にすることで事案の解決を図るのではなく、法令の合憲解釈や適用違憲の方法で解決する場合がある。たとえば、公民館の使用許可を規定する法律上、使用を許可しない場合には「正当な理由」が必要であるといった規定の仕方をしていた場合や、ビラ配布や建物へのメッセージのペイントなどの「表現」行為が、住居侵入罪や建造物損壊罪の構成要件に該当してしまう場合である。これらの場合、法律の憲法適合性を問うたり、憲法上の権利については適用除外を明記する法律の不存在を問題にしたりしても、事案解決に直接つながらないため、上位規範たる憲法と下位規範たる法律との関係ではなく、下位規範たる法律とそれにより規整された行為との間の関

係であるにもかかわらず、同時に上位規範が介入してきている。

君塚説はこの思考を憲法上の権利の私人間適用問題に応用しようというのである。

次款でとりあげる基本権保護義務論は、たとえば、本章冒頭の事例Bにおいて思想の自由が問題になっている、と見ても、憲法一九条の問題そのものではないため、思想の自由という「基本権法益」の問題と見る。そして、こうした基本権法益が国との関係では防禦ではなく、保護として問題になっていることを明示している。他方、君塚説は、こうした違いを、下位規範の解釈問題と視点を変えることで乗り越えることが可能と見て、さらに法令審査の基準である二重の基準を「貫徹」できるとみる。

しかし、合憲解釈は、刑事事件や行政事件のように国家権力の発動を規律した法律には当然のように使えるが、民事事件にも使えるのだろうか。というのは、従来、憲法は对国家の権利として機能してきたため、対市民との関係を規律する「基準」を含んでいないと解されてきたことがこの私人間適用問題の出発点だったと思われるからである。したがって、この説は、「对国家の防禦権」という枠の変更を前提としている。

さらにここで法令の審査基準の考え方を「貫徹」するとすれば、二つのことが問題になる。一つは、そうした基準をとる根拠である。法令審査に際しての二重の基準論の根拠は、経済的自由と精神的自由を保障する際の議会と裁判所の役割分担と裁判所の審査能力があげられる。<sup>(53)</sup> 精神的自由を規制する法律を裁判所が厳格審査するのは、その法律をつくる民主過程の正常な機能を阻害する危険が極めて高いからである。表現の自由に対する事前抑制を原則禁止し、表現内容規制を表現内容中立規制より厳格に審査するのは、内容中立規制より内容規制の方が自由に行われるべき表現行為、それによる個々人の思想の形成を国家によりゆがめられる危険が高いからである。表現内容中立規制に分類

できるかに見えても、実質的に特定の表現行為を抑圧しているようなら厳格審査しなければならないのはそのためである。<sup>(54)</sup> ここには国家の保護がなければ自由な精神活動ができない、という要素は全くない。したがって、私人による自由侵害についても二重の基準を採用するというのであれば、別の理由付けが必要である。二つ目の問題点は、一点目と重なるものではあるが、憲法を私人に適用することを認めることは二重の基準論の前提と矛盾しないか、ということである。憲法上の価値を護ることにこの説が主眼をおいているため、国家の位置づけの変化を明示していない。自由への侵害を防禦する、という機能は同じであるが、侵害者が異なっている点をあえて捨象する形になっている。ここに、市民同士のトラブルにも二重の基準論が「貫徹」するとすれば、精神的自由に介入することを厳格に牽制された国家が、一転して、自身がはねのけられたのと同じ「厳格さ」でもって保護者として介入してくる構図の奇妙さが生じる。「精神的自由」が国家の保護無くしては成り立たない、ということ憲法自身が認めることは法令審査の基準の前提（思想の自由市場は国家による調整を否定する）を掘り崩すものである。

### (3) 基本権保護義務論

憲法上の権利である「思想の自由」や「表現の自由」が对国家の防禦権である、という近代主義の前提を維持するならば、前掲した(1)の立場は、裁判所という機関の関与への着目だけでは、憲法上の権利が適用される理論として不完全であり、問題となる「憲法上の権利」がやはり機能を変質させていることを認めた上での理論構成が何らかの形で付加されなければならず、(2)の立場も、上位規範という要素だけでは下位規範解釈への憲法価値の放射の必要性を説明できない。その「上位規範」はそもそも私人間の利害衝突についての規範を内包していないからである。

したがって、「憲法上の権利の私人間適用」問題を、「憲法解釈」と見る説のうち、おそらくもっとも安定した枠組

みを提示しているのが、基本権保護義務論ではないかと思われる。<sup>(55)</sup>

基本権保護義務論は憲法上の権利が对国家の防禦権であることは決して変更しない。したがって、憲法上の権利の私人間適用問題が、国家との関係で防禦ではなく、保護の問題であることを自覚している。よって、問題となつてい利益が、国家によって侵害されているのではない以上、「憲法上の権利」の問題ではなく、それとは別の利益(これを基本権保護義務論者は「基本権法益」と呼ぶ)であることも自覚している(これがなお「憲法」問題であるのは、憲法が主観的権利のみならず、客観的側面をも併せ持つと解しているからである)。

それでも、基本権保護義務論に警戒感もたれるのは、ひとたびこの「国家に対する防禦」という枠を超え、基本権法益を護るといふ理由で、「憲法上の権利」を使うことを許容すれば、「憲法問題」とされるものは一挙に拡大変質する可能性を持つことになるからであろう。これは、基本権保護義務論者である小山自身が出している例であるが、たとえば、現在出版物については再販売価格維持制度が採用されている。<sup>(56)</sup>これを廃止することは、表現の自由の侵害だろうか。合憲か、それとも違憲か。というより、そもそも「憲法問題」にしているのだろうか。つまり、これは立法政策の問題に過ぎず、廃止された状態が表現の自由を侵害するものだった場合に限って国に対する防禦権が発動する、というのが表現の自由を「对国家の防禦権」と解している見方のはずである。合憲と答えるか、違憲と答えるか、という問題ではなく、そもそも「憲法問題」ととらえること自体、表現の自由が法律によって内容形成されていることを認めてしまう。生存権といった、法律による基本権の内容形成を必要とすると考えられている領域に親和的と考えられているであろう「法制度後退禁止の法理」<sup>(57)</sup>が、「精神的自由の領域では自由がベースライン」<sup>(58)</sup>と考えられている領域で発生することを認めることになる。



この再販売価格維持制度の存在自体が精神的自由の侵害かどうか、ではなく、その制度がなくなることが、精神的自由の侵害かどうかで問題になる構図は、「自由がベースライン」であることを前提にくまれてきた、法令審査の基準をはじめとする憲法学のスタンスに改変を迫るものである。

もっとも、小山剛は次のように区分することで自身の立場を従来の流れに整合させる。法律が憲法上の権利と敵対的ではなく、親和的である、というのは、すべての権利に妥当するとまでは主張していない、精神的自由のような自然的自由については、「法律による基本権の内容形成」ということは生じない。法律による憲法価値の実現がなされるのは、憲法上の権利のうち、財産権や、婚姻の自由といった法制度（契約制度や私有財産制度、婚姻制度）を法律によって具体化する必要のあるものについてである、と。つまり、すべての基本権が法律と親和的であるとは主張していないのである。

小山の言葉を使えば、小山は、峻別思考（憲法上の権利と法律・法制度とを対立的に捉える立場）にも、非分別思考（法律による基本権の実現強調。基本権について法律による内容形成必要）にも立たず、第三の道、すなわち、非峻別・分別思考を採用（ドイツの連邦憲法裁判所のように、对国家の防禦権が基本権の第一の内実。一方、基本権保護義務や、国家に対する給付請求権、組織・手続を通じた基本権の保障は法律による内容形成必要）するのである。<sup>(59)</sup>

この基本権保護義務論については、章を改めて検討することにした。

### 三 もたらされる軋み

社会領域における「人権」侵害問題こそが、憲法の私人間適用という領域を憲法学に発生させた要因である。無適

用説が高橋の登場まで憲法学内で支持されなかった理由も、おそらく、この説の採用が「人権」侵害問題の切り捨てとイコールになると考えられたからであろう。リーディングケースとされる三菱樹脂事件は、ある企業がその経営方針として特定思想の持ち主を採用しないと決めていた、というだけではなく(当然これがこの会社に限定された事例でも問題はあるが)、以前より社会にある思想調査、思想差別に抵抗がない傾向から生じた問題としてとらえるとすれば、<sup>(60)</sup>問題はより広がりをもった深刻なものとして把握することができよう。憲法上の権利の私人間適用問題が「憲法の間接適用」といった理論構成の不明確さに目をつぶってまで維持されるのは、この議論が、「市民同士のトラブル」という表現から想起されるような「対等であることを前提とできる当事者間の紛争」に憲法が引き出されるというおよそ必然性の不明なものではなく、企業といった、国家権力ではないにしろ、個人では太刀打ちできない社会的権力に立ち向かう、という構図に、憲法上の権利が発動する領域と同じ緊迫感を伴わせ、かつそれが(不幸にも)持続されているからに違いない。<sup>(61)</sup>

ただ、社会領域での人権侵害を何とかやめさせなければならぬ、ということと、その方法として憲法を援用するということは区別されなければならない。なぜ、無適用説のように、民法法解釈によって対応する、という応答では足りないのか。社会領域における「人権」侵害が憲法でもって対応されなければならない理由が問われる。

社会領域における人権侵害に憲法が援用されるべきという応答は、次の三つの疑問に答えなければならぬ。

### 1 法律解釈という手法の柔軟さ

一つは、民法法領域での法律解釈の方法と齟齬を来しはしないか、ということである。こういうと、直ちに「法律

待ち」との批判が起こるのである。<sup>(62)</sup>しかし、この上位規範らしからぬ下位規範への気遣いは、「法律待ち」といった類の消極的な姿勢の正当化を狙っているものではない。憲法上の権利の私人間適用問題の対象が、現在の法律では妥当な解決が図れないトラブルへの対処法、という形で捉えることが許されるなら、これは「法の欠缺」問題として川来から論じられてきたテーマである。<sup>(63)</sup>そしてこの問題への応答は、論者によって多様ではあるが、少なくとも「上位規範の援用」といった平板なものではなかったはずである。

また、憲法が特に援用されることのないまま、かといって、「法律待ち」をすることなく、裁判所が、積極的に、特別法を生かしながら判例を形成していった領域は多くある。雇傭関係という生活基盤と密接に関わる領域での労働法の充実<sup>(64)</sup>、雇傭とは違い継続的關係はないものの日々の生活に深く関連する消費者法の発展<sup>(65)</sup>、また個別の契約關係はないものの生活環境でつながる地域の住人全体に関わる環境法の問題<sup>(66)</sup>などである。

基本権法益であるか否かにとらわれず広く法解釈が展開され、時代の要請に応え続けている、という理解が間違っていないとすれば、民事事件のうち、「人権」侵害問題を「憲法上の権利の私人間適用問題」としてくり出すことは、問題を明示すると同時に、問題を抽象化する危険性がある。法律の合憲性問題という、自分だけでなく、一般性抽象性をもった規範の効力に対する判断や、行政処分という公益性をもったものに対する判断についてはこうした抽象化がなじむかもしれない。しかし双方の利害調整的側面の強い民事事件における「権利」は、債権を想起すれば直ちにわかるように、当事者の意思によって発生するものだし、不法行為により生じる損害賠償という債権も、条文に「他人の権利又は法律上保護される利益」と規定されるように<sup>(67)</sup>、公益性の高い「権利」の保護というより、損害賠償を認めるに値するほどの利益が何らかの形で発生していることしか求められていない。<sup>(68)</sup>この当事者間でのみ発生す

る民事上の「権利」性は、自己の意思とは関わりなく人間である以上当然に付与されている「人權」とは明らかに質が違ふし、「公共財としての権利」や「切り札としての権利」といった公益性を持つが故に認められるという性格や個人の自律を護るが故に保障されなければならないという性格<sup>(69)</sup>も欠いている。

つまり、民事法領域において培われてきた衡平性を体现する手法をもってすれば、憲法上の権利を稀釈するよりも「適切」な解決にたどりつけるのではないだろうか。

それでも憲法一九条のような精神的自由に関わる法益には、とくに、国家による侵害のみから防禦されるだけでは実質的に、その人間であるというだけで当然に有するという人權の「固有性」<sup>(70)</sup>を護ったとはいえないという反論があるかもしれない。これについては、次のような疑問でもって切り返そう。

## 2 精神的自由と私法上の法制度

繰り返し述べるように、憲法上の権利は对国家の防禦権である。私法上の法主体間の権利義務関係を規律するルールではない。それでも、精神的自由に関わる基本権法益については、財産権分野よりも、「憲法上の権利の私人間適用」問題が発生すると憲法学は探知してしまうように思われる。これはなぜだろうか。それに対する答えとして、本稿は、以下のように述べる。すなわち、それは、そもそも精神的自由という基本権法益に関わる法命題が未整備だから(法制度がないから)である。

さきほど、小山剛は、(国家に対する権利としての文脈ではあるが)法制度が存在する権利と法制度が存在しない自然的自由とを区分していた。ここで私法上の話としてではあるが、精神的自由という法律の規制になじまない

考えられている領域について、それと抵触するかにみえることを述べているので、直ちにこの意味を説明しなればなるまい。

「法制度」は、何らかの実体を伴った「制度」ではない。法制度を、「特定の生活関係に相応する法命題の総体」と定義しておこう<sup>(71)</sup>。民法の所有権に関わる一連の条項が集まって法制度としての所有権が体现されている、というのがその例である<sup>(72)</sup>。「一定の要件事実があれば、次のような効果を発生する」といった法命題に取り巻かれることで、物を所有する、という状態は護られている。

市民同士の権利義務関係を規律するルールである民法を眺めると、契約という法制度や所有権という法制度が存在する。ここで憲法学が先程来関心を寄せている精神的自由に関わる基本権法益については、不法行為という事実行為を扱う領域で「人格権」として近時認められるようになった法益として登場するものが目につくだろう。ただ、「人格権」というネーミングが体现しているように、人格に関わる利益の集合体であるこの権利が、人間であるというだけで当然に「有する」一連の人権を想起させるならば、法律行為に分類される物権との扱いと対比されてしかるべきだろう。つまり、人である以上、「所有」すべきものとして名誉や、プライバシー、その他各種精神的自由を考えるならば、土地や自動車のように目に見える物を所有する論理が応用できるはずである。物権は、当事者同士でのみ発生する債権と異なり、対世効を持つものであり、明文で規定されていなくとも、返還請求権、妨害排除請求権、妨害予防請求権という物権的請求権をいわば標準装備されている<sup>(73)</sup>。一方、たとえば、名誉は、その侵害を回復するための装置を当然には確立しておらず、民法七二三条の「適当なる処分」解釈にゆだねられることになるし、プライバシーも、情報化社会においてこれを護るために標準装備されるべきルールの全貌はまだつかみきれておらず、たとえ

ば個人情報保護法などで個別に法律を制定することで対応されている状態である。また、思想の自由を「所有」する状態を保障するためには、どういうルールが標準装備されるべきだろうか。そういう視点に立ったならば、「人格権」に対する侵害は事実行為かもしれないが、「人格権」それ自体がどういう権利であるか、ということとは物権のように、一大領域を確立してよい権利である。前述の、「精神的自由については法制度がない」ことを指摘したのはこの意味である。<sup>(74)</sup>

民法法の領域で、人である以上当然に「所有」すべきこの精神的自由という基本権法益を護る一連の客観法(法命題、法制度)が、「物」に対する所有権に比して未整備であるが故に、いわば、とぼちちりを憲法が受けているのではないだろうか。

この領域で発生した問題に対して、応急措置として、憲法上の権利を類推適用することで対抗してよいか。「憲法上の権利の私人間適用問題」はそういう問題である。市民同士のルールが確立していないからこそ生じてしまっている問題への対処方法の問題である。社会で生じる「人権」侵害が、例外事例ならば、そうした既存の条文を類推適用するという応急措置は許されるかもしれない。しかし、一つくりだせるほどの体系性を持つかどうかは先の課題として、人である以上当然に「所有」すべき「物」人間としての尊厳」にまつわるルールが市民同士の関係で必要ならば、奇妙な接ぎ木をせずに、民法法としてルールを形成すべきである。

しかし、論者によっては、なお、社会における人権侵害の深刻さをもって、憲法上の権利を応急措置的に使うだけの理由があると主張するかもしれない(「応急措置」という表現も、民法法上の自律性を前提としているため、すでに一つの判断をしまつてしまっているという意味で、価値中立的ではない。憲法上の権利を適用する、という立場なら、

これを、基本権の価値を私人間にも放射することで、価値の一元化を図ると表現するだろう。こうした主張は、次の批判に答えなければなるまい。

それは、私人間の紛争に憲法を適用する、ということが、「対国家の防禦権」という根幹を軋ませないだろうか、ということである。

### 3 基本権Ⅱ法制度という視点

#### (1) 客観法という装置

何度も繰り返すように、思想の自由や表現の自由は、対国家の防禦権である。「私人による侵害からの保護」という要素はない。この足枷が、すべての問題の発生点である。

ドイツにおいて、この要素をどのように基本権に取り込んだのか。

ドイツでは、基本権を、法制度の性格も併せて持つと見る手法を採用した。<sup>(76)</sup>つまり、民法で物を所有する状態が、法命題、その総体としての法制度によって護られているように、基本権それ自体も、「然るの要件事実があれば、斯様な効果を発生する」というルールの集合体Ⅱ法制度そのものとみることが可能である。その、基本権という法制度が抱え込んでいる法命題の一つに、第三者からの保護を書き込んである、と見るのである。

もつとも、石川健治は、基本権を民事法の視点を応用して法制度と見ることは、民法も憲法も「同じく法典なのだから特に珍しい企てではないように見えるが、そうではない」という。<sup>(76)</sup>「民法の場合は、客観法としての法制度が先行してそのもとで主観法としての法関係が繰り広げられたが、憲法上の自由権は、何か実質的な内容を持つ客観法が

先行しての、いわば色のついた主観法ではなく、国家により規制の免除、よって生ずる無色透明の「自由」でしかなかったから、実は、憲法上の権利については、民法上の権利のアナロジーで、法制度を観念することが、そもそも不可能であった<sup>(77)</sup>。

確かに自由を護るたぐさんの法命題が法律によって具体化される、とみると、民事法では当然のこの「具体化」が、憲法上の権利に限っては、基本権が法律により内容形成されることになり、下位規範である法律に留保されてしまう状態になる。

しかし、憲法自身から出てくるなら、法命題によって一定の状態が護られている、という「法的自由」の側面は問題ない。<sup>(78)</sup> 実際には、日本の憲法学は、憲法上の権利のこうした二重の性格（主観的権利に加え客観法的側面も有すること）をすでに認めている。ただ、一つの条項が質の異なる複数の機能を併せ持つことに、特に説明装置を必要と考えてこなかったため、客観法部分がそれとして括り出されてこなかっただけである。<sup>(79)</sup> つまり、憲法上の権利が自由権的側面のみならず、社会権的側面<sup>(80)</sup>を、また、公的制団体帰属ゆえの法的地位保障の側面<sup>(81)</sup>をも併せ持つことが特に問題視されてこなかった。たとえば、表現の自由が、对国家の防禦権に加えて、社会権的側面をも持つ「知る権利」を抱え込むことを認め、社会権条項全般が自由権的側面も持つことを認め（文字通り主客が逆転しているが）、「学問の自由」という自由権を保障した条文に「大学の自治」という制度をも抱え込ませている。

とはいえ、憲法上の権利を法制度とも見ても法律に留保された状態につながるということが実質的に担保される装置があるのか、なお理解できていないため、この点については態度を留保する。しかし、仮に基本権を法制度と見たとしても、次の点だけは間違いなく主張できるものと思われる。



(2) 法命題に第三者からの保護を加えることから生じるもの

憲法上の権利が抱える法命題に、さらに、第三者からの防禦を権利保障の法命題に加えることは、国家の欠如から生まれる「無色透明の『自由』」を護ることをベースに構成されている憲法上の権利の根幹を軋ませるのではないか。というのは、「無色透明の『自由』」が、何らかの調停を必要とする人々の活動であることを露呈してしまうからである。「無色透明の『自由』」というとき、その自由さは、ポツンと国家の前に立ちすくむ個人の規制から免れた安堵であるかのようにみえるが、実は、市民は寄り合つて自由に交流して豊かな人間関係を築いている。对国家の防禦権というとき、その豊かな状態を、国家との関係では隠している。そして、この豊かな交流に権利義務関係を見いだし、規律してきたのが民法法であるといえる。

確かに市民の衝突は調停を必要とする。しかし、その調停が最終的に裁判所という国家機関によってなされることと、憲法上の権利を援用して一方当事者の主張を認めることは次元の異なる話である。対立する当事者の一方を勝訴させることは、国家が一方をひいきしたと見えるかもしれないが、これは法律解釈上は「ひいき」ではない。だが、憲法上の権利保護を理由とした勝訴はどうだろうか。

裁判所に、一方の法益を憲法上保護されるべきものとして発言させることは、多数決の結果にたがを嵌める立憲主義の構想では説明できないように思われる。法令を憲法適合的な審査する場合ですら、価値の優劣を審査基準の直接の根拠とはしていない。<sup>(83)</sup>

たとえば、リユート判決が<sup>(84)</sup>、ナチスの監督の映画をボイコットするよう呼びかけた事件であることを思い起こすべきである。この発言を、連邦憲法裁判所が「基本権」の名の下に庇いに出てきたのである。日本においては、二の冒

頭であげた事例Aの形態で問題になる。一見名譽と表現の自由という異なる基本権法益の調整問題であるが、實質は、表現の自由と表現の自由の対立である。一方当事者の表現は、一定要件を充たした場合には、名譽毀損に当たり規制されることになる。裁判所は相対立する利害の紛争であるから、何らかの判決を出せば、結果的に裁判所がいずれかの立場を「ひいき」したように見えるのはやむを得ない。これが本当の「ひいき」ではないのが法律解釈というオブラートのなせる技である。ところが、この事例が生み出した装置は、ドイツの訴訟制度の文脈から切り離されて抽象化されれば、市民の一方の行為を、憲法の名をもって保護しにくるものであり、価値中立的な判断を下す裁判所という顔を捨てたる装置である。

憲法学は国家が活動する際にも、たとえば、特定の活動が望ましい、という価値判断が混じることに「違憲性」を見いだしてきたはずである。国家による給付が行われる際に、その行為は価値中立性が求められるとしてきたはずである。たとえば、芸術活動に助成金を出す場合、表現の内容に着目し、それを望ましいものとして、もしくは、不適切なものとして、給付することは表現の自由から許されない、としてきたのではなかったか。<sup>(85)</sup> 目的効果基準、特に、一般人がどういう印象を受けたか、というメッセージ性を考慮するエンドースメントテストにも、弾圧のみならず、推奨に関わる政府の言論に対する警戒感があったのではなかったか。<sup>(86)</sup> 人々の発言が実は愚かしいものであっても、逆に、すばらしいものであっても、そういう状態全体に「自由」という網をかぶせて抽象化することにより、市民の行為の愚かしさ、ないしは望ましさを国家に委ねること自体を拒否してきたはずである。

ところが、「憲法上の権利の私人間適用」という枠組みは、一方の発言について、「自由主義的民主制に貢献するもの」などといった判定をなす装置を、裁判所に与える隙を、作ることになる。行政機関には許されないレトリックが、

裁判所にはなぜ許されるのであろうか。

どの表現が傾聴するに値するかは、市民が選ぶことであり、国家は、市民の行為に対しては、ただ、(憲法上の権利を規制していない、合憲とされた) 法律の要件を充たした場合のみ、表現を規制し、その要件を充たさなければ、規制しない、という形でのみ、関与することになっているのではなかったのか。

(3) 小山剛の非峻別・分別思考について

小山は「自然的自由」と法律による内容形成が必要な基本権を区分した<sup>(87)</sup>。しかし、基本権が国家との関係で自由を護る際に一定の法制度を選択していることと、市民同士の関係を規律する私法上、どのような法制度が存在しているのか、というのは区別されるべきである。先ほど述べたように、財産権などが法制度を必要とするということをもって、法律が基本権の内容形成をしていると見る視点は、いつの間にか、对国家の基本権と、市民同士の基本権法益とを同視している。財産権や婚姻制度が規律しているのは市民同士の権利義務関係である。これらの法制度は、基本権法益には関わっても、基本権そのものではない。对国家の防禦権としてのみ基本権を定義する姿勢を維持するならば、基本権はなお、市民同士の法律関係に介入する法律に対する防禦としてしか機能していかない。法制度がない故に自然的自由にみえる精神的自由が、それでも对国家の防禦権を主張できることを想起すべきである。民事上の法制度の束(何よりそれ以外の、法的視点では把握できない様々な要素)によって支えられた自由という身分をひとたび認めた以上<sup>(88)</sup>、そこからの国家の退去を要求する、その部分だけが、憲法上の自由権が管轄するエリアである。

他方、「憲法上の権利の私人間適用」問題が実質的に求めるのは、市民同士のルールの形成である。精神的自由に関わる基本権法益を護るため、あるいは所有権並みの法制度が標準装備されるべきことを目指す。経済的自由や精神

的自由、どちらの基本権法益も、市民同士の関係では何らかの法命題を必要としていることを認めるならば、それが整ったとき現れるのは、精神的自由の基本権法益の具体的内容が、所有権のように法律によって内容形成されている姿かもしれない。

おそらく、小山の非峻別・分別思考は、現在「精神的自由」を「所有」していることについての法命題が欠如していること、そしてそれを望ましいと思っていることから成り立っている。しかし、繰り返すが、「憲法上の権利の私人間適用」問題は、その法命題を取りそろえることを望むものである。また、財産権との対比からすれば、精神的自由も「私的所有」を否定できないという一定の法制度（蛇足であるがこれは、核心さえ保障されれば法律による制限も違憲とはならない「制度体」ではなく、その核心を護るために必要な法命題を創出する「法制度」である）を憲法自身が選択していることと見ることも可能である。基本権保護義務を憲法問題とすることにより、自動的に小山の前から第三の道は消え、実質上、非分別思考に取り込まれていくことにはしなないだろうか。

(4) 「自由」という地位

従来、憲法学は、精神的自由、経済的自由、ともに国家との関係では、どちらも「無色透明の『自由』」を保障される<sup>(89)</sup>としてきたはずなのではないか。もっとも、この実質的に既得権保護にしかない状態に対しては、たとえば憲法二九条二項がそうであるように、法律による「是正」<sup>(90)</sup>が認められることを憲法自身が認めている場合はある。とはいえ、自由の「無色透明さ」への国家の介入の防禦、という構図は、すべての基本権に共通である。国家の存在の欠如が生み出している「自由」の内容が何か、について、国家に定義させることすら拒んできたのではないか。<sup>(91)</sup>

国家が国民に対して認めた地位のうち、「自由」という消極的地位だけは、その中身が国家から覆い隠されており、

実は豊かな内実をもったその領域から、刑事処分や行政処分の対象として名指しで引きずり出されてきたときや、その領域でのトラブルを解決するために自ら出てきたときなどに、国家から「自由」という地位を認められている当然の効果として、「自由」は「防禦権」に転換する。この国家に対峙している（させられている）状態は、裁判所の利用といった、積極的地位というまた別の側面も併せ持つ。特に民事事件のため、自らこの積極的地位を活用することにした場合、刑事処分の場合のような、「自由」から不本意ながら引きずり出されたことに対する抵抗としての自由権、という構図は、前面に出てこないものの、判決は事後的な強制力として発動するのである。再び、自由な領域に戻るときに、覆い被さってくるのである。やはり自ら裁判所を利用する民事事件の場合でも、国家から「自由」への帰路を恣意的に狭められないようにする緊迫感は常に内包している。民事の領域で自由が国家に対する防禦権として主張されなければならないのはこの瞬間だ。判決やその根拠となった法律自体の合憲性を問わなければならない。

国家が市民の自由を保護する義務を有しているとしても、国家目標規定が別途あるならともかく、憲法上の権利の命令としてそのための政策が発動されるわけではなく、憲法上の権利はあくまで保護のために頭をひねる国家にたがを嵌める装置である。<sup>(92)</sup>

市民同士の交流のルールは、その交流全体をとにかく国家から護る装置とは別に構想されるべきである。<sup>(93)</sup>

#### 四 無適用説の問題提起

憲法上の権利の私人間適用問題について諸説主張される中、これが対立ではなくて、「乖離」と表現されるべき状態であるのは、各学説を整理する軸が一つにならず、多様化しているためであろう。こうなると、相互に議論がかみ

合わない。そんな中、何か一つ対立軸をもうけるとすれば、憲法上の権利の私人間適用問題を憲法解釈問題とするか、法律解釈問題とするか、の線である。後者に分類されるのが無適用説であり、前者に分類されるのが、それ以外の説である。この対立軸が何を巡る違いなのか、について認識されたうえで、前者が選り取られてきたのだろうか。

法律解釈問題と見る説は、従来の類型でいうところの、直接適用説、間接適用説と並列されるべきものではない。

憲法上の権利の私人間適用問題は、特定の憲法観に立つが故に発生する「問題」であり、別の憲法観に立てば、これは憲法解釈の対象とすべき問題ではなく、法律の解釈問題に過ぎないのである。もちろん、憲法上明文規定があれば、例外的に市民に憲法が適用される可能性はなお残るが、これは日本国憲法がたまたまそういう規定を備えているが故に発生する個別条文解釈の問題となり、近代主義を採用した憲法の解釈として人権総論部分で取り上げるべき事項ではない。

しかも、この特定の憲法観（国家が保護者として立ち振る舞うことを憲法の要請と認める立場）を採用するのか、それともこれとは別の憲法観に立つのか（国家が保護者として立ち振る舞うことなどを監視する役割としてのみ憲法を位置づける立場）は、等価な選択肢ではない。

前者の道は、無色透明なはずの「自由」が、調整を必要とする「困った」状態であることを露呈し、しかも、この「困った」状態に、「憲法上の望ましき」というコードで国家がのりこんでくることを許容し、「思想の自由市場」に代表される「自由」を攪乱しかねない。

よって、この「困った」状態へ対処する、市民同士のルールを確立しつづける構想と、この状態全体を「自由」というオブラートでくるみ、とにかく国家から護る構想は、区別されるべきである。

憲法上の権利の私人間適用問題を、法律解釈問題と見る立場は、この「憲法上の権利の私人間適用」という項目を人権総論から削除することを主張するものである。

(1) 本稿の検討においては、統治機構の部分の規定が私人間の紛争に適用されるか、という問題を対象としていない。国家からの自由を規定する基本権が、国家からの自由以外の要素を含むことの問題性を論じる部分に限定されている。なお、日本国憲法の規定からすれば、第三章冒頭に掲げられた「国民の権利」と表現すべきかもしれないが、「憲法上の権利」の用語を使用した。また、基本権保護義務論の領域では、「基本権」と表現されることが一般的であると思われるため、これを論じる部分においてはその用法にならっている。題名がそうなのもその意である。

(2) 小山剛「基本権の私人間効力・再論」法学研究七八巻五号(二〇〇五年)四〇頁。

(3) この議論の「活性化」の起点として棟居に言及するものに、小山・前掲注(2)七二頁脚注3、山本敬三「基本権保護と私法の役割」公法研究六五号(二〇〇三年)一〇二頁、卷美矢紀「私人間効力の理論的意味」安西文雄他著「憲法学の現代的論点」(有斐閣、二〇〇六年)一三二六頁、木下智史「人権総論の再検討」(日本評論社、二〇〇七年)三三三頁。

(4) 棟居快行「人権論の新構成」(信山社、一九九二年)一頁以下。

(5) 棟居・前掲注(4)二頁。

(6) 棟居・前掲注(4)六二頁。

(7) 参照、棟居・前掲注(4)二頁。

(8) これを実感させるのは各説を整理する軸が一元化しにくいことである。たとえば、やはりこの論争の一翼を担っている山本敬三の整理は、規範の名宛人を基礎にした再構成と規範の階層構造を基礎とした再構成にまず分類し、前者については名宛人を市民とする説(さらに市民を拘束する理由として憲法が名宛人を国家に限定していない「権利」規範であるとする説と、共生規範であるとする説とに分かれる)と国家とする説(さらに防禦権的構成と保護義務的構成に区分される)にさらに分離し、後者については、憲法が国家法の最高規範であることを理由とするものと、全法秩序の最高法規であることを理由とするものに分ける。山本・前掲注(3)一〇二頁以下。

(9) 比例原則と過小保護禁止の法理という基準を私人間の紛争にも用いることを主張する基本権保護義務論を支持する論者と

「自由」を軋ませる「基本権の私人間適用」

して、山本敬三『公序良俗の再構成』(有斐閣、二〇〇〇年)二〇九頁以下、小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、一九九八年)八四頁以下。ほかに、憲法訴訟と同じく、二重の基準論が妥当するとする、君塚正臣「第三者効力論の新世紀」(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るのか」関西大学法学論集五〇巻六号(二〇〇一年)一二七頁以下(以下「新世紀」と引用)、同「法律行為と憲法の第三者効力論——日本の憲法学が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(二〇〇三年)三七七頁以下(以下「法律行為」と引用)、同「不法行為における女子の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・完)」横浜国立大学エコノミア五四巻一号(二〇〇三年)九頁以下、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)」横浜国際経済法学一二巻一号三九頁以下、一二巻二号四一頁以下(二〇〇三〜四年)(以下これを「表現による不法行為」と引用)。

(10) 棟居・前掲注(4)二八五頁以下。

(11) なお、この領域の事例を分類する際に、憲法訴訟論における法令審査基準のように、憲法上の権利ごとに類型化するとすれば、これはそれ自体説明を要するだろう。というのは、重要な法益である精神的自由に関わることであったとしても、労働法のような継続的關係を前提とした領域と、日常生活で単発的に発生する「侵害」に損害賠償請求権という債権発生を認める不法行為領域とでは緊迫度の違いが予想され、市民同士の対立する利益調整の基準が異なる可能性があるからである。ここで用いられる「精神的自由」という法益は、法律の憲法適合性審査のように、ひとたびそうした法律ができれば、日本の統治権に服する領域すべてに適用することになることをふまえ、付随的違憲審査制の中で、自分の具体的状況でもってあぶり出す、その法律の「違憲性」への疑義をあらわすことで体现される「公益」性とは明らかに異なるように思われる。

(12) 人権に関して、「もともと何らかの法的その他の制度的規範に先立って、それとは独立に存在するという意味で、本来的に道徳的権利と理解するのが妥当」とする、田中成明『法理学講義』(有斐閣、一九九四年)二六四頁。

(13) たとえば、棟居も、自身の提示する論点のうち、「何を適用するのか」を論じる領域において、権利と自由の区別を提示するが(前掲注(4)九一〜九九頁、一〇七〜一〇頁)、何が権利で、何が自由かについて議論が分かれることが予想され、結局は個別の法律領域ごとの事例蓄積を待たないと全体像が見えてこないと思われる。

(14) 小嶋和司『憲法概説』(信山社、二〇〇四年)一六一頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』一〇〇〜一〇二頁、星野英



一「民法」財産法」(放送大学教育振興会、一九九四年)五、五二頁、大村敦志「大きな公共性から小さな公共性へ——『憲法と民法』から出発して」法律時報七六卷二号(二〇〇四年)七一頁以下、西村枝美「土壌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。こうした視点に立つ理由は様々であり、上位規範としての機能や歴史性をその理由としている場合もあれば、民法と公法の役割の違いを理由としているもの、日本において憲法を私人間に適用するよう主張することが学説の意図するような効果を持たないことを理由とするものもある。

(15) 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」ジュリスト一二四五号(二〇〇三年)一三七頁以下、同「人権の私人間効力論」高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』(有斐閣、二〇〇四年)一頁以下、同「現代人権論の基本構造」ジュリスト一二八八号(二〇〇五年)一一〇頁以下、同「人権論のパラダイム——私人間効力論を中心にして」憲法問題一七号(二〇〇六年)三六頁以下。

(16) たとえば、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利「憲法I」(第四版)〔有斐閣、二〇〇六年〕〔中村睦男執筆部分〕二四三頁。

(17) 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』(弘文堂、二〇〇五年)八八頁。

(18) 松原・前掲注(17)八七頁。

(19) 松原・前掲注(17)八八頁。

(20) 小山・前掲注(2)五一、五二頁。

(21) 高橋・前掲注(15)「現代人権論の基本構造」一一〇、一一七頁。

(22) 小山・前掲注(2)「再論」五五頁。

(23) 芦部信喜「宗教・人権・憲法学」(有斐閣、一九九九年)二二九―二三二頁。

(24) これは小山が高橋の批判に答える中で、ドイツにおける基本権の二重の性格論に話をつなげていることから伺える。小山・前掲注(2)六九―六七頁。また、基本権保護義務論を選択することは憲法上の権利の私人間適用問題に限らず、憲法解釈全般にわたってある一つの憲法観を選択したことも意味する。基本権保護義務論が選択した憲法観が描き出されている、小山剛「基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現」(尚学社、二〇〇四年)。また、栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究三八号(一九七六年)七六頁以下も参照。

「自由」を軋ませる「基本権の私人間適用」

- (25) 小山・前掲注(2)六九頁。
- (26) 小山・前掲注(2)五二頁。
- (27) 高橋は、近代的觀念が日本に十分定着していないことを理由としている。高橋・前掲注(15)「現代人權論の基本構造」一〇頁。もちろん、前掲注(15)において、「無適用説」としてまとめた各学説がこれと同じ理由でこの立場をとっているとは限らない。
- (28) 小山・前掲注(2)五二頁。
- (29) 二つ事例を挙げよ、といわれると、取り上げられるべき事例は、事実行為と法律行為の二つであるべきである。また、憲法上の権利の私人間適用問題においてよく登場するフレイズに、「憲法上の権利を一般条項を媒介に間接適用する」という趣旨のものがあるため、民法七〇九条の事例と、法律行為の有効要件の一つとして君臨している民法九〇条の事例(正確に言えば、九〇条の事例になりうるのではないか、と問題になりそうな事例)を取り上げることにした。なお、本文で取り上げられる事例は、参考とした最高裁判決が、憲法の私人間適用問題においてリーディングケースとされる三菱樹脂最高裁判決を、引用したことがない事例と引用したことがある事例、という区別も実はある。この引用の有無を疑問視するとしたら、まずは、最高裁が想定する憲法の私人間適用問題の射程が異なっているがゆえにそうみえるのだ、と考えるべきである。
- (30) ただし、取消せうとする際には行政指導という形で、その回避のために、行政が関与する体制にはなっている。菅野和夫『労働法(第七版修正版)』(弘文堂、二〇〇六年)一二七頁。
- (31) 参照、最判昭和五五・五・三〇民集三四卷三号四六四頁。
- (32) ただし、使用者の恣意的な内定取消しや、信義則上の説明義務違反に対しては、債務不履行(誠実義務違反)または不法行為(期待権侵害)に基づく損害賠償が認められる場合があることについては、菅野・前掲注(30)一二六頁。
- (33) この種の事例において三菱樹脂事件最高裁判決が引用されないのは、憲法を「呼び出す」ことをしなくても法律解釈で対応できると訴訟当事者から判断されているため、憲法の私人間適用として当事者が争ってこない、つまり憲法の私人間適用問題と分類されていないことをあらわすものであろう。とはいえ、この事例でも、現在の七〇九条の要件が、刑事責任発生の要件と一体化して、表現行為をした側にその内容が真実であることを立証する責任が課されているため、表現者にとって、なお民事責任を問われる可能性が高いと判断する場合があるかもしれない。よって、この要件を、たとえば、「現実の悪意」

説を採用するよう主張する際に、自分のやっていることが憲法上の権利の行使なのだ、と根拠づければ、法律解釈問題ではなく、憲法の私人間適用問題に組み入れられることになる。

- (34) しかし、基本権保護義務論ならば、この状態を、次のように表現するであろう。名誉という基本権法益を保護する必要がある一方で、表現の自由も基本権法益であるため、両者の調整が必要である。その調整を体现したのが、現行法によって規定された方法である、と。

- (35) これに関して、民法七二三条の「適当な処分」の解釈を憲法上の権利の私人間適用問題として扱うものがあるが（君塚・前掲注（9）「表現による不法行為（1）」（四一頁以下）、市民の行為が「人権」侵害に当たるかどうかについて判断する部分だけが、「憲法上の権利の私人間適用問題」のはずであり、名誉毀損という要件を充たした市民の行為について、どういふ「処分」を裁判所という国家机关が下すのか、それが憲法との関係で「表現の自由」を侵害しないか、という問題は、まさに对国家の権利である憲法の主戦場であり、憲法上の権利の私人間適用問題ではないと思われる。

- (36) 高橋・前掲注（15）「現代人権論の基本構造」一一三頁、西村・前掲注（14）二六六―二六七頁。

- (37) ただし、現在、「立法の不作為」という言葉が示すとおり、国家賠償法に基づく立法府の不作為を非難する形態を想定していることが多い。国賠は公務員の過失が要件となっている。つまり、立法行為をしなかった国会議員の過失の認定が必要となるため、直接、法律の無い状態自体の違憲性を問う構造になっていない。法律の欠如そのものを直接争える訴訟方法を考案、提示すべきである。なお、手がかりとして、東京地判平一六・三・二四判時一八五二号三頁以下、最大判平一七・九・二四民集五九卷七号二〇八七頁。

- (38) この「権利濫用」規定は、以前、現行法上予告期間以外特に歯止めのない解雇の領域で、さらに解雇理由として正当な事由を求めるために判例法上用いられた。

- (39) なお、長谷部恭男は別の文脈では次のように述べている。「適切な新説は（実定法の解釈学説であろうとする限り）、問題の解決に際して、従来の法理の具体的結論や各種の法源の総入れ替えを要求してはならず、むしろその大部分を引き継ぐとともに、それに対する新たな見方を提示することで、全体の相貌を、より説得力を持つ方向に転換するものでなければならぬ」（長谷部恭男「憲法の理性」（東京大学出版会、二〇〇六年）一〇二頁）。

- (40) 芦部信喜「現代人権論」（有斐閣、一九七四年）一三三頁以下、同「憲法訴訟の現代的展開」（有斐閣、一九八一年）三六一―「自由」を軋ませる「基本権の私人間適用」

頁以下、木下・前掲注(3)六九頁以下など参照。

(41) 近年、行政の民営化やアウトソーシングをうけて従来の行政的機能を私人が担う場面が登場していることや、国家活動が多機能化してきていることを受けて、憲法の適用の有無という視点だけではなく、そうした領域における制御のあり方全体が別途検討されねばならないだろう。参照、米丸恒治『私人による行政——その法的統制の比較研究——』（日本評論社、一九九九年）。なお、これに関連して、指定確認検査機関がした建築確認に対する損害賠償の主体に行政庁がなることを認めた、最判平一七・六・二四判時一九〇四号六九頁。

(42) 木村俊夫「シュワーベの基本権効力理論」九大法学四〇号（一九八〇年）一頁以下。

(43) これについての判断は、最大判昭三一・七・四民集一〇巻七号七八五頁。

(44) ノンフィクション「逆転」事件においてこのような主張がなされている。最判平六・二・八民集四八巻二号一四九頁。

(45) 同様の指摘を行う、三並敏克『私人間における人権保障の理論』（法律文化社、二〇〇五年）二六〇―二六一頁。

(46) 木下・前掲注(3)四七頁。

(47) 木下・前掲注(3)五〇頁。

(48) 木下・前掲注(3)五〇頁。

(49) 木下・前掲注(3)五一頁。

(50) 君塚・前掲注(9)「新世紀」二二七頁以下。また、これを受けて展開される、君塚・前掲注(9)の一連の論文も参照。

(51) 君塚・前掲注(9)「新世紀」二二七頁。

(52) 君塚・前掲注(9)「法律行為」三七八頁、同・前掲注(9)「新世紀」一三〇―一三二頁。

(53) 芹部信喜「高橋和之補訂」『憲法（第四版）』（岩波書店、二〇〇七年）一八一―一八二頁。

(54) 芹部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（1）（増補版）』（有斐閣、二〇〇〇年）四〇四―四〇七頁。

(55) 基本権保護義務論を支持するものに、すでに本文中で指摘しているように、小山・前掲注(2)、および前掲注(9)。他にも、戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざままで——私人間効力論の新たな展開」法律時報六八巻六号（一九九六年）一二六頁以下、松原光宏「私人間効力論再考——最近までのドイツ法理論を参考に（二）（二・完）」法学新報一〇六巻三・四号一頁以下、一一・一二号六三頁以下（二〇〇〇年）、同・前掲注(17)八九頁以下、松本和彦「基本権の私人間効力

と日本国憲法」阪大法学五三卷三・四号（二〇〇三年）二六九頁以下。また、山本敬三もここに類型化されるのが通常である。ただ、山本の関心は「憲法上の権利の私人間適用問題」に限定されてはいない。「憲法の私人間適用」問題における憲法の論理構成問題は、突き詰めると、「对国家の防禦権である憲法を私人間にも適用するためには、従来にはない機能が付加されていること」に、敏感であるが故に発生する。しかし、山本は、私的自治が成り立つために、人が自己決定できることがまず保障されていることが必要であるということから、憲法二三条に着目し、さらに「憲法システムにおける民法の役割」といった大きな視野に立っているため、憲法の機能変質を伴うことには関心を持っていない。山本・前掲注(3)一〇六頁以下、および同論文一一頁の脚注2においてあげられている文献参照。その後のものとしては、同「憲法システムにおける私法の役割」法律時報七六卷二号（二〇〇四年）五九頁以下。

(56) この例と思考方法については、小山・前掲注(24)二二頁以下を参照。

(57) もっとも、財産権が何らかの法制度を憲法上保障していると考えるのが一般的であるのに対し、憲法二五条が「法制度」そのものを保障しているかどうかは、議論がはじまったばかりといえよう。財産権については、石川健治「財産権①②」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法』（弘文堂、二〇〇五年）二〇〇頁以下、生存権については、松本和彦「生存権」前掲『論点探求憲法』二二三頁以下。また、一般的には、長谷部恭男「国家による自由」ジュリスト一二四四号（二〇〇三年）三一頁以下、内野正幸「憲法解釈の論理と体系」（日本評論社、一九九一年）一五四頁以下、三七五頁以下、井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く』（日本評論社、二〇〇四年）（小山剛・内野正幸対談部分）一三九頁以下。さらに、この背景に潜む領域については、石川健治「自由と特権の距離——カール・シュミット「制度体保障」論・再考」（日本評論社、一九九九年）（以下「自由と特権」として引用）、小山・前掲注(24)。

(58) 参照、長谷部恭男『Interactive 憲法』（有斐閣、二〇〇六年）二九頁。

(59) 小山・前掲注(24)二九八頁以下。

(60) この点を強く指摘する奥平康弘「『人権総論』について」公法研究五九号（一九九七年）八五頁。

(61) 憲法上の権利の私人間適用問題を企業からの私人の人権保障問題とする、三並・前掲注(45)。

(62) 最高裁や通説を「法律の強調」「法律待ち」と批判する、奥平康弘「憲法Ⅲ憲法が保障する権利」（有斐閣、一九九三年）八一頁以下。

「自由」を軋ませる「基本権の私人間適用」

- (63) 原島重義『法的判断とは何か』(創文社、二〇〇二年)、平井宜雄『法律学基礎論覚書』(有斐閣、一九八九年)、同『統・法律学基礎論覚書』(有斐閣、一九九一年)、広中俊雄『民法解釈に関する十二講』(有斐閣、一九九七年)、山本敬三『法的思考の構造と特質——自己理解の現況と課題——』(岩波講座現代の法15現代法学の思想と方法)(岩波書店、一九九七年) 二二一頁以下、広渡清吾『法的判断の構図——法の解釈・適用とは何か——』(東大社会科学研究五五巻二号(二〇〇四年) 一—三頁以下など参照。
- (64) この領域では判例の存在が労働者の地位を護る一翼を担ってきたことが強く意識されている。たとえば、菅野・前掲注(30)九頁、小西國友『労働法の基礎』(日本評論社、一九九三年) 五頁。
- (65) 大村敦志『契約法から消費者法へ』(東京大学出版会、一九九九年)、同『生活民法入門』(東京大学出版会、二〇〇三年) 六五頁以下など参照。
- (66) 公害訴訟における因果関係の認定問題、快適な生活環境にたいする侵害とされる利益の拡大(積極的侵害から景観利益といたった消極的生活妨害まで広く民法七〇九条の保護対象となりうること)などが指摘できよう。内田貴『民法Ⅱ』(第二版)』(東京大学出版会、二〇〇七年) 三二六頁以下および三四六頁など参照。
- (67) 七〇九条にあった「権利侵害」要件が要件として限定を持たず過失要件に吸収されていたのは周知のことであるが、二〇〇四年に民法典が現代語化された際に付加された「法律上保護される利益」が「単なる確認にとどまるのかその域を超えて理論的な含意を持ちうるのかについては慎重に見守る必要がある」とする、大村敦志『基本民法Ⅱ』(第二版)』(有斐閣、二〇〇五年) 一九一頁。
- (68) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、一九九四年) 三二—四頁参照。
- (69) 憲法上の権利のこれらの性格については、長谷部恭男『憲法』(第三版)』(新世社、二〇〇四年) 一一七頁以下。
- (70) 人権の観念については、芦部・前掲注(68) 四七頁以下。
- (71) 石川・前掲注(57)「自由と特権」三四、四四頁。法制度については、児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』(九州大学出版会、一九八八年) 一一九頁以下(特に一九九—一六〇頁、および一九一—一九二頁)(以下「古典的私的自治論」と引用)、同「サウイニーの『法制度論』——理論と実践の架橋」二九頁以下、デイーター・ネル(青井秀夫・西村重雄訳)「サウイニーの『生きた直観』」法学四五巻六号(一九八二年) 八二頁以下、笹

倉秀夫『近代ドイツの国家と法学』（東京大学出版会、一九七九年）二七三頁以下、耳野健二『サヴィニーの法思考——ドイツ近代法学における体系の概念』（未来社、一九九八年）一九九頁以下。なお、本稿では特に区別しないが、児玉寛は、サヴィニーの法命題 *Rechtssatz* について、これは「法制度から新たに取り出される法を指し、法制度からの抽象によってすでに顕在化している *Rechtsregel* と対置されている」と、注意を喚起する（『古典的私的自治論』一九五頁脚注8）。

(72) こう表現すると、法制度は、単なる制定された膨大な条項を類型化したもののように誤解されるかもしれない。児玉の表現を借りれば、「たとえば、所有権という法制度についての表象は、物を使用できること、収益できること、処分できること、等々といった多様なものでありうる。にもかかわらず、それらの表象に共通する最大公約数としての核を觀念することができ……この核の周辺に暈として広がる様々な規範があつてはじめて所有権制度が成り立っている」ということは仮に明文規定を欠いていたとしても、所有という「本質」から、暈の部分に位置する規範が解釈によって産出される（児玉・前掲注(71)「古典的私的自治論」一六〇頁。「解釈」については同書一五七―一五八頁）。また、児玉は、「従来から様々に論じられてきたサヴィニーの法制度概念は、立法によって実験的に導入されたものを別にすれば、民族法において自省的に産出されたものとそれを前提として学問によって形態化つまり概念化されたものとに分けて考察する必要がある。前者を『原基としての法制度』と呼べば、学問の使命は、原基としての法制度を概念化すること、ならびに、概念化された法制度のもとで様々な法を産出することにある」と述べる。児玉・前掲注(71)「古典的私的自治論」一五九頁。

サヴィニー研究者である原島は、ガタマーを引きつつ、規則 *Regel* といつても、すべての個別事例をその中に包含する、汲み尽くす、そんな規則なんておよそあり得ず、規則の適用というのは常に、規定的判断（包摂）ではなく、「反省 *Reflexion*」的判断であるかもしれない、という（原島・前掲注(71)一九四―一九五頁。「反省」については、同書一六〇頁以下）。

(73) 「これを認めないと、所有権があるといつても余り意味がなくなる」というのが、当然の前提と解される理由である。内田貴『民法Ⅰ（第三版）』（東京大学出版会、二〇〇五年）三六一頁。

(74) なお、サヴィニーの、「自身の人格に対する権利」についての見解は、Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S. 335-337.（小橋一郎訳『現代ローマ法体系第一巻』（成文堂、一九九三年）三〇〇―三〇一頁）。

「自由」を軋ませる「基本権の私人間適用」

- (75) 石川・前掲注(57)「自由と特権」二〇六頁、二〇八頁。以下の議論の整理は、「法制度」理解の混乱、不十分さを指摘した石川健治に依拠している。
- (76) 石川・前掲注(57)「自由と特権」二〇〇頁。
- (77) 石川・前掲注(57)「自由と特権」二〇〇～二〇一頁。
- (78) 石川・前掲注(57)「自由と特権」二〇八頁参照。
- (79) この著書の中でもっとも引用されることの多い部分の一つである「日本では、実は、客観法の観念が定着していない」と指摘は、石川・前掲注(57)「自由と特権」二二九頁。
- (80) 芦部・前掲注(68)八三頁。
- (81) 石川・前掲注(57)「自由と特権」一一四頁以下。
- (82) 芦部・前掲注(54)二六二頁。
- (83) とはいえ、芦部・前掲注(68)二二三頁も参照。
- (84) この判決の紹介については、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第二版〕』(信山社、二〇〇三年)〔木村俊夫執筆部分〕一五七頁以下。
- (85) 蟻川恒正「政府と言論」ジュリスト二二四四号(二〇〇三年)九一頁以下、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」法律時報七四卷一号(二〇〇二年)三〇頁以下、奥平康弘「福祉国家における表現の不自由」法律時報六〇巻二号(一九八八年)七五頁以下、高橋・前掲注(14)一九〇頁以下、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法』(弘文堂、二〇〇五年)一六八頁以下など。
- (86) 芦部・前掲注(54)一七二頁以下、小泉良幸「信教の自由と政教分離」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法』(弘文堂、二〇〇五年)一三八頁以下など。
- (87) さらに、加えて、石川・前掲注(57)「自由と特権」一一四頁以下の、「公法上の制度体」と「私法上の法制度」の区別と、小山の主張を対比すべきである。
- (88) 石川健治「承認と自己拘束——流動する国家像・市民像と憲法学」『現代の法—現代国家と法』(岩波書店、一九九七年)三一頁以下。



(89) これに関連して、森林法共有分割制限規定違憲事件をどう読み解くかは興味深いテーマとなる。この読解については、安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味——森林法違憲判決の再検討」長谷部恭男編著『リーディングス現代の憲法』(日本評論社、一九九五年)二三七頁以下、石川・前掲注(57)「財産権①」二二一～二二三頁。

(90) 憲法二九条一項と三項に対する、二項の位置づけについては、石川・前掲注(57)「財産権②」二二四頁以下。

(91) なお、石川健治はこうした「不意の侵入者」としてのみ観念されている国家像の変化により、こうしたモデルに変更が起ころうすることを否定はしていない。石川健治「人権論の視座転換——あるいは「身分」の構造転換」ジュリスト一二三二号(二〇〇二年)九頁。

(92) 基本権保護義務論の憲法的基礎付けについては、小山・前掲注(9)一七〇頁以下。

(93) これに関連して、非合理的な判断をする自由がある私人と、「国家権力の行使は合理的に行わなければならない」という(単一の)命題を扱う基本権の理論の区別をほのめかし、「基本権条項は、「人権」を確認したものであるでも客観的価値(人類普遍の原理)を体现したものでなく、消極的権限規定に過ぎない、という古くて魅力のない見解」こそが、「美ならざるが故に真」であるかもしれない」と述べる、櫻井智章「基本権論の思考構造(一)(二・完)」法学論叢一五五卷三号一〇九頁以下、六号九四頁以下(二〇〇四年)、引用部分は六号一一五頁。

(94) この「明文規定」という表現も解釈余地を残すものではあるが、従来、「直接適用される」と考えられてきた条文が候補としてあげられることになる。憲法二八条が、民法九〇条解釈において「参照」されることもこの文脈で説明可能かもしれない。また、それならば、同じく民法九〇条解釈に際して判決文中「参照」されることがある憲法一四条も、この「直接適用」される部類に含めるべきなのかもしれない。なお、被差別者の二級市民性の構造的再生産を阻止するため、市民的地位の平等を基底的原理とする憲法を直接適用することを主張する、巻・前掲注(3)二二二頁。この主張に対して、本稿で述べたことをくりかえすなら、構造的再生産を見いだす鋭敏さと、憲法条文の適用によってそれを止めさせることとは区別されるべきである。

(95) この「明文で規定」という縛りは、憲法一三条の包括的権利性格を認めた瞬間、つまり、その「包括性」が明文規定のない防禦権にとどまらず、国家に対する請求権をも含めるとすれば、あつという間に、「原理としての基本権」を認める憲法親に転化する。そういう意味で、憲法一三条の位置づけは、鍵となる。この条文解釈について主導的役割を担った一人であ

「自由」を軋ませる「基本権の私人間適用」

る佐藤幸治が、自由権のみならず、手続権、社会権などもこの条文が受ける「受け皿」の対象に含めていることから、一般的自由説対人格的自律説、という自由権の範囲を中心に論じられた観の強いこの条文の位置づけは、意外に論争の火種をまきだもっている。佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、一九九五年）四四九頁。