

はじめに

「私人間効力の見出し語の下、私法主体間の法律関係に基本権が影響を及ぼすかどうか、どんな方法で影響を及ぼすかどうかという問題」(1)は、「憲法学者の目でみても深く考えるといろいろ疑問の出ってくる種類のもの」(2)という難しい性格をもつ。かつて、戦後東大系憲法学のオピニオンリーダーであった宮沢俊義は、私人間効力論で次の様に述べた。

キリスト教信者が同じ信者だけを自分の使用人としてやとうことは、彼の自由である—中略—だれも、そう考える。ところが一流の大会社が一致してキリスト教徒だけをやとうこと—中略—という、この場合は、前の場合とちがって、どうもよくないという気がする。では、いったいどこにちがいがあるか。こうなると問題は、なかなか難しい(3)。

何故私人間効力論は「なかなか難しい」のか。それは、私人間効力論では、「国家对市民関係 (Staat-Buerger-Relation) ではなく、市民対市民関係 (Buerger-Buerger-Relation) 即ち二人の基本権保持者の関係」が問題になり、一方当事者の人権の私人間効力が認められるという事は、「同時に一方の私法主体の基本権上の自由の侵害という事を意味する」(4)結果になるからである。

この問題に対し憲法学会では、日本公法学会『公法研究』26号を出発点として、芦部信喜『現代人権論』、阿部照哉『基本的人権の法理』、鶴飼信成『司法審査と人権の法理—その比較憲法史的研究—』等の著名な論文が発表されているが、理論構成がしっかり固まっていない状況にあると思われる(5)。そこでこの論点についての、わたくしなりの理論構成を試みたのが、本論文である。わたくしは、本稿において直接効力説を支持した。そして従来の直接効力説対間接効力説という対立軸を超えて、「如何なる人権が、如何なるコンテクストにおいて、私人間効力を認められる(認められない)のか」という実質論を検討する事を主張した。ただ本稿は理論上不十分な点も多いと思われる。かつて三ヶ月章が『民事訴訟法』において、「厳しい再批判を通じて筆者自身が鍛えられたという念願に励まされて」(6)出版した、と述べたことがあるが、わたくしも三ヶ月と同様の心持ちで本稿を公表する。

(1) v. Mangolt-Klein-Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, S. 131.

(2) 内野正幸「人権の私人間適用」アーティクル121号 (1996年) 68頁。

(3) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』新版 (有斐閣、1971年) 117-118頁。

(4) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, SS. 1512-1513 (1988) .

(5) 私人間効力論の「問題提起についていまだ意見が一致していないという事が、この問題領域に対しての独特の状態である」というSchwabeの弁を参照せよ。ドイツでも状況は同じである。Juergen Schwabe, Grundkurs Staatsrecht, S. 110 (5. Aufl. 1995) .

(6) 三ヶ月章『民事訴訟法』 (有斐閣、1959年) はしがき。

第一章 学説分析

I 私人間効力論の前提(1)

1 概説

私人間効力論は、第三者効力論 (Drittwirkung, third party effect) と呼ばれ、ドイツ、アメリカを中心に議論されてきたが、日本の私人間効力論は議論の前提が異なるドイツ、アメリカ両国の議論を持ち込んでおり、この点を整理する必要がある。結論を要約すれば、ドイツ理論が、公法私法二元論 (以下二元論とする) を前提とするのに対し、アメリカ理論は、判例法を前提とする。そして日本の多くの学説が依拠しているのは、前者である(2)。

2 ドイツ理論の前提 “二元論” (3)

憲法=公法、民法=私法 (二元論) という事を前提に、憲法の規律対象を公権力とし、民法の規律対象を私人とする。故に私人による人権侵害は、民法の規律対象 (憲法の規律対象ではない) とするのがドイツ理論の議論の前提である。前述の通り、日本もこの前提が大きく影響している。それは間接効力説の論者が自説の理由付けとして、「伝統的理論 (二元論) に忠実な法曹実務にも受け入れられやすい」(4)と説明する事からも、ある程度証明されよう。

3 アメリカ理論の前提 “判例法理”

アメリカでは修正条項が、state actionのみを対象にするという事が、Civil Rights Cases (5)以来定着している。この事件で連邦最高裁は、修正14条について「禁止されているのは、ある特定の性質をもつ州 (state) の行為である。個人的権利についての個人的侵害という事は、同修正条項が扱う事項ではない」(6)、と判示した。そこで私人による人権侵害を救済するには、private actionをstate actionとみなして理論構成しないと憲法上の議論にのらない。その際に、「争い得る “state action” を構成し、そして私人への憲法上の基準の賦課を正当化するのに十分な高度の関与、援助、促進が存在するかどうか決定されなければならない」(7)とされている。又「公権力が私的行為にどの程度かかり合い (involvement) をもっているか否か、また私的行為がどの程度公権力の行使に準ずるような公的性質ないし機能をもっているか否か」(8)という点の論証も必要とされている。

4 評価

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」日本の憲法学会では、Paul Laband (1838-1918) の様な「成文法を論理的操作によって秩序づける」(9) 法実証主義 (その最たるものが二元論) は否定されている。全面否定とまではいかなくても、法解釈において「論理のみ」にこだわらないという点は、東学派の歴史的憲法論を見れば分かる様に、一致している。だがドイツ法、日本法の理論の内特に間接効力説は、前述した (I 2) 「二元論」の論理的操作に固執する点があるという事を、ここでまず指摘しておく。この点は後の学説分析で説明する。さらに日本の最近の有力な立場とも言える、「間接効力説+state actionの理論」という安易な比較法の、解釈論への取り込みは「非常に危険」である(10)。その何よりも証拠がstate actionの訳に現れていると思われる。この点はstate actionの箇所でも説明する。

(1) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、1981年) 361-366頁参照。

(2) 「私人間効力の問題では、大幅にドイツの模範 (Vorbild) に従っている」と日本の私人間効力論を評したSternの弁を参照。Stern, a. a. 0, S. 1537.

(3) 芦部は注(1)の中で「ドイツ法では人権の沿革もしくは性質等の差異に着目し」、間接適用か直接適用かが争われてきたという点を指摘する(同書361頁)。確かにv. Mangolt-Klein-Stark, a. a. 0., S136は、「基本権は、市民の自由を公権力が侵害する傾向があるという歴史的な経験への特別な憲法的な回答」という事を指摘しているし、又 Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, S. 110 (7. Aufl. 1990) が、「この事(基本権は国家に対する市民の防御権であるという事)は、基本権のイデーの精神史的経過 (geistesgeschichtliche Vorgaenge) 並びに個々の国家の憲法において基本権の受容 (Aufnahme) という結果になった歴史上の経過から生じている」と指摘している事から考えると、芦部の指摘は妥当なものと思うが、わたくしは二元論が、日本法ではいまだに私人間効力論の前提となっている点を特に指摘しておく。尚 Schmidt-Bleibtreu/Klein, a. a. 0., S. 110における () 内の説明は、わたくしが補った。

(4) 芦部信喜『現代人権論』(有斐閣、1974年) 68頁。尚 () 内筆者。

(5) Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883) .

(6) id. at 13. 尚 () 内筆者。

(7) David S. Elkind, State action: theories for applying constitutional restrictions to private activity, Colum. L. Rev. 660 (1974) .

(8) 芦部・現代的展開361頁。

(9) 芦部信喜『憲法学 I 憲法総論』(有斐閣、1992年) 7頁。

(10) この点については、田中英夫『英米法のことば』(有斐閣、1986年) 26-27頁。

II 私人間効力論の沿革

1 防御権としての人権

伝統的学説は、人権を、市民と公権力との間で保障される「防御権 Abwehrrechte, defensive rights) 」としていた(1)。それを支える根拠となったのが、①自由主義の国家論と②法実証主義、国家法人説である。

① 自由主義の国家論 近代市民革命以後、西側諸国で支配的だった国家観は、積極的、建設的な仕事は市民社会の「自律 (Privatautonomie, private autonomy) に委ねられ、国家の任務を消極的、夜警的なものに限定する「夜警国家 (night-watch state) 観」であった(2)。この国家観は、「国家の干渉を排除し経済社会の自律性を尊重することによって資本主義の興隆を促進した自由主義の経済思想の普及と相伴う関係にあった」(3)。Sternは、自由主義の国家論をベースにした法律学、経済学と私人間効力論の関係について以下の様に説明している。

基本権の効力拡張 (Wirkungserweiterung) の意図の基礎をなす実際上の所見は19世紀産業革命以来の発展の為に容易に否定された。この時代に崩壊した、伝統的経済秩序及び社会秩序は、社会関係における支配的権力として、競争、市場、資本を自由に据え付けた。Th. Hobbes, J. Locke, Montesquieu, J. J. Rousseauらの偉大な政治学及び国法学上の思考に基づき、18世紀の純粋経済学及び政治経済学の主張者も又、一中略一特にA. Smith, D. Richard, J. S. MillそしてF. Listの立場を採用した(4)。

A. Smith等の立場が、法律学と結び付き、そしてこれら理論の影響を受けて、国家と社会は「分離」され、国民の権利自由は、市民社会への国家の介入に対する防御権と理解され、「国家からの自由」がとりわけ重視されたのである(5)。

② 法実証主義、国家法人説 人権=防御権という事の2つ目の背景としては、法実証主義とそれに伴い主張された「国家法人説」が挙げられる。これらの理論の下で、人権は「国家に対しどのような地位を国民は占めるか」(6) という観点から理論構成された。

例えばGeorg Jelinek (1851-1911) は、基本権を、権利主体たる国民が、国家に対して有する「公権 (oeffentliche Rechte) 」として構成した(7)。日本でも「地位論」的人権分類がかつてなされていた。Jelinekの様に、基本権=対国家的公権と構成すると、反対解釈として基本権は私人に対する効力を持ち得ないという事になる。以上の様にして基本権=国家に対する防御権という理論が作られてきたのである。

2 防御権としての人権概念の修正

以上の「防御権」としての人権の観念は、後に修正を迫られた。その理由は、①「人権は公権力だけでなく、私人とくに私的団体によってより多く、より広範に脅かされるという新しい自体が生じ、それに対応して、人権規定の効力を私人相互の行為にも及ぼす必要性が増大してきた」(9) という事、②全法秩序の基本原則としての人権の観念の登

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
場(10)、という2点である。

- (1) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）279-280頁。例えばCarl Schmitt, Verfassungslehre, S.164 (6. Aufl. 1983)は、「固有の意味における基本権は、自由な個人々の不可欠な権利であり、詳しく言うと、自由な個人々が国家に対して有する権利である」と言っている。
- (2) 芦部・憲法学Ⅱ62頁。
- (3) 芦部・憲法学Ⅱ62頁。
- (4) Stern, a. a. O., S.1588.
- (5) 芦部・憲法学Ⅱ62頁。尚市民社会と国家については、見よ。内田貴『民法Ⅱ』第2版（東大出版会、1999年）13-14頁。本文での「国家と社会が分離され」という意味は、内田の教科書の図にある様に、この両者が対立関係にあり、「⇔」の様な関係にあったという事である。
- (6) 芦部・憲法学Ⅱ63頁。
- (7) 芦部・憲法学Ⅱ66-67頁参照。
- (8) 芦部・憲法学Ⅱ74-75頁参照。
- (9) 芦部・憲法学Ⅱ280頁。
- (10) 芦部・人権論51-53頁参照。

3 社会的権力による人権侵害

「資本主義の高度化に伴い、社会の中に、多かれ少なかれ、国家類似の組織を有し国家類似の機能を行行使する巨大な団体（企業、労働組合、経済団体など）が数多く生まれ、このような『社会的権力』によって、それに何らかの形で従属する多数国民の人権が侵害される危険性と可能性が著しく増大した」（1）。

実際私人間効力の事案を概観すると、これらの「巨大な団体」が、一方当事者として登場してくる事が多い(2)。そこでこれらの「巨大な団体」による人権侵害を放置しておく訳にもいかず、結果として人権の私人間効力が要求される様になった。

4 全法秩序としての人権の観念

以上の人権の私人間効力の必要性という状況を前提に、「法秩序の単一性（Einheit der Rechtsordnung）」(3)という視点から、諸学説は、私人間効力を何らかの形で肯定するに至る。特に戦後の人権論の研究の結果、この視点から人権は、一私法が規律する市民社会をも含めた一全法秩序に対しても主張できる性格を持つと考える学説が有力となった。(4)

この立場は、Ruenferによる「基本権は、それが法の全ての領域、故に私法の領域においても又注意を払われるならば、基本権に与えようとする効力を展開し得る法秩序全体に対する原則規範なのである」(5)という主張や、Fueberによる、基本権が公法、私法の「両者のおお屋根のような」憲法原則だという主張にも現れ、そして1958年のドイツのリュート判決でも確認された(6)。

ただ実を言うと、元々近代人権宣言において、憲法（人権）は私法と無関係であると考えられていた訳ではない(7)。Sternは、1789年人権宣言が、私法における自由及び平等の貫徹性を問題としており、それは特権なしでの新しい私法秩序及び社会秩序の一般的なプログラムでもあったと主張している(8)。

又ここで述べてきた事は「自然法思想の再生」とも密接に関係する。人権が自然法と結び付き、それが超実定的な権利であるという認識は、「人間人格の価値を基本原理とする人権があらゆる法秩序の基準」(9)である事を要請するからである。又浦部法穂が言う様に、「人権というものを一中略一人間の尊厳の基本にかかわる権利としてとらえるならば、そのような権利に対する侵害は、国家権力によるものであれ、私人によるものであれ、そのあいだに差異はなく、ともに許されるものではない」(10)と解されるからである。

1) 芦部・憲法学Ⅱ281頁。尚Duerigは、「公的官庁の頭に浮かぶより、今日をはるかに強力且つ根本的に個人の自由を侵害する、諸集団、諸権力、諸関係が、国家統治権の上下に存在している」。「(現実から隔たり、故に不平を言われる)われわれの憲法条項は、概して“個人—国家”という伝統的な個人主義的アンチテーゼに固執している。故にわれわれの基本権条項も又、超人的な形成物(ueberindividuelles Gebilde)の多くを無視している」と言っている。Guenter Durig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Walter Schmidt Glaeser-Peter Haerberle (Hrsg.), Gesammelte Schriften 1952-1983, SS.223-224 (1984)。

2) この点は私人間効力の事案を分析すれば分かる事である。事案分析について、田口精一『基本権の理論』（信山社、1996年）302-305頁参照。わたくしが、芦部信喜＝戸松秀典編『判例体系憲法』第2期版（第一法規）の「私人間における人権」の箇所を調べただけでも、判例に上がった1番多くの事案は「労使関係」で、一方当事者は企業という事が多い。又Stern, a. a. O., SS.1526-1527は、私人間効力論の具体例として、雇用者に対する雇用義務、意見表明の自由及び良心への干渉の許容範囲の問題、独身条項(Zaelibatsklauseln) —被用者の婚姻及び妊娠の場合における雇用者の労働関係終了という事に基づく協定—の可否等を挙げる。一方Schwabe, a. a. O., S.110は、肉養殖業者が生産したホルモンが汚染された肉に対する、消費者による会社に対し損害を与えるボイコットのアピールをしない様にするという当該業者の要求の可否等を挙げる。私人間効力の事案が以上の様になっている事には注意を要する。

3) Wolfgang Ruenfer, Grundrechtsadressaten, in: Josef Isensee-Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S.552 (1992)。

4) 芦部・憲法学Ⅱ、63-64頁参照。

- 5) Ruenfer, a. a. O., S. 552.
- 6) 芦部・人権論52頁。Lueth-Urteil, BVferGE 7, 198.
- 7) 芦部・憲法学Ⅱ、63-64頁参照。例えば「お互いに、他に対してはキリスト教的忍耐、愛情及び慈悲を果たすことはすべての人の義務である」（ヴァージニア権利章典16項）とか、「自由は他人を害しない全てをなし得る事に存する」（フランス人権宣言第4条）という近代人権宣言の文言からは、憲法（人権）が私法秩序と無関係であって良いという趣旨を読み取る事はできない。下線筆者。
- 8) Stern, a. a. O., SS. 1515-1516.
- 9) 芦部・人権論52頁。
- 10) 浦部法穂『憲法学教室Ⅰ』（日本評論社、1988年）75-76頁。

5 人権＝防衛権概念修正への他の理由

人権＝防衛権という概念が修正を迫られた理由としては、以上で述べた2つの他、私人間の人権侵害行為が「アメリカの人種差別問題に典型的に象徴されているとおり、一中略一質的にも極めて重要な政治的・社会的意味をもつ」という事と、「社会生活における人権の確保と実現に努力する責務を国家が負わねばならなくなったこと（社会国家論の登場）」（1）等があげられるだろう。
社会国家という側面を特に重視した場合、恐らく、「国の人権保護義務の理論」（2）という事が提唱されよう（この点は私見）。

Ⅲ 私人間効力論における学説

これから私人間効力論における諸学説を分析していく。これまでドイツや日本で主張された学説には、無効力説（以下第1説とする）、直接効力説（以下第2説とする）、間接効力説（以下第3説とする）の3つがある（3）。ここで注意しておきたい事は、以上の諸学説は、「人権規定が私人間に適用されるしかた」（4）について言っているに過ぎない、という事である（第1説は私人間効力否認論なのだから別である）。

これらの学説は、以下の2点で対立している（5）。

①憲法規範の名宛人 憲法が、規律の相手として「誰を拘束することを目標とする法規であるのか」。

②二元論対全法秩序の基礎法としての憲法 憲法が「あくまでも公法であると言う立憲主義伝統の公法観念」という事を根拠としてこの問題を解決すべきか、憲法が「公法、私法の区別をこえて、その全体を包括するさらに高度の国法秩序全般に関する基本原理」である、という立場を取るのか。

Ⅳ 無効力説

1 内容

Wolfgang Ruenferは次の様に言う。

伝統的学説によれば、基本権は、国家権力の前にいる個人を、保護すべきものであった。そして、基本権は、市民相互関係に対しては意義を持たなかった。この結果私法は基本権により影響を及ぼされなかった。この見解が、19世紀末及びヴァイマル憲法の時代では、通例であった（6）。

ここで出て来た「伝統的学説」というのが、第1説である。端的に言えば第1説は、憲法規範が私人間に対して「無関係」（7）であるとする。

私人間効力を否定する第1説が存在する一方、ヴァイマル憲法には私人間効力を規定していた条文があった。例えば表現の自由（Meinungsfreiheit）は、「いかなる労働関係または雇傭関係も、ドイツ人がこの権利を行使することをさまたげてはならない」（第118条1項）（8）、と規定されていた。

この条文の「いかなる」という文言から、表現の自由の、労働関係における私人間効力が導き出され得る。しかしこの様な人権は、「基本権の名に値しない」とされたり、「例外として厳格解釈」し、他の基本権にまで私人間効力を一般化すべきでない（Richard Thoma, 1874-1957）とされた（9）。あくまで第1説は、基本権は私人間に及ばないという前提条件をつらぬいていた。

2 論拠

二元論、正確には「公法／私法の峻別論」（10）である。憲法＝公法、民法＝私法という前提によれば、民法が規律の対象とする私人間の紛争に憲法が関係する事がないというのは、当然の結論となる（11）。又阿部照哉は、ドイツにおける私人間効力論の説明において、基本法第1条3項、第19条4項の存在が、第1説の根拠になると説明している（12）。

- 1) 芦部・人権論49-51頁参照。
- 2) 芦部信喜『憲法』新版（有斐閣、1997年）111頁注参照。
- 3) state actionの理論は、アメリカ判例法上の理論なので、第2章の判例評釈の箇所に説明を譲る。
- 4) 大須賀明編『憲法』（青林書院、1996年）97頁（戸波江二執筆）。
- 5) 田口・基本権266頁参照。

- 6) Ruenfer, a. a. O., S. 550. この説の特徴は、佐々木惣一による次の説明によく表れている。「自由権と私人相互の関係。自由権は臣民の国家に対する関係に於いて在す。私人に対する関係の問題に非ず」。佐々木惣一『日本憲法要論』（金刺芳流堂、1933年）267頁（この教科書は旧憲法に関するものだが、佐々木は新憲法下でも立場は変えていない）。
- 7) 田口・基本権267頁。無効力説という名前は、正確には田口の様に「無関係説」とするのが適切であろう。けだしこの説は、「公法関係」、「私法関係」という法的規制の対象（関係）で割り切った結論を出すからである。
- 8) 高木八尺＝末延三次＝宮沢俊義編『人権宣言集』（岩波文庫、1957年）203頁（山田晟執筆）。尚同条項の他に団結の自由（第159条2項）も私人間効力を規定していた。Ruenfer, a. a. O., S. 550.
- 9) 阿部照哉『基本的人権の法理』（有斐閣、1976年）80-81頁。
- 10) 阪本昌成『憲法Ⅱ』（成文堂、1993年）222頁。
- 11) 田口・基本権267-268頁。
- 12) 阿部・基本的人権82頁。

Art. 1 Abs. 3 GG: Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht .

Art. 19 Abs. 4 Satz. 1: Wird jemand durch die oeffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm Rechtsweg offen.

3 評価

第1説を支える論理的連関は、法実証主義→二元論→私人間効力の否定というものである。論理を一瞥すると、第1説は非常に一貫している様に思われる。しかしわたくしは、以下の理由からこの論理的連関自体既に破綻していると思う。

① 法実証主義→私人間効力の否定という結論の正当性 第1説は大前提である法実証主義から、私人間効力否定という結論を導き出す。しかしわたくしは、これはおかしいと思う。
ここでもう一度、法実証主義的に日本国憲法の人権規定を見てほしい。第3章の人権規定には、「公権力は…する権利を侵してはならない」と書かれてあるだろうか。もしそうであれば、法実証主義的な第1説が成り立つ余地が出てくるが、その様な規定は見受けられない。例えば第19条には、「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」と規定されているが、これを法実証主義的に読めば、「誰もが思想良心の自由を侵害してはならない」と読み取れ、「国家が侵害してはならない」とは読み取れない等である（1）。ところが法実証主義的第1説は、憲法第19条を「国家が侵害してはならない」と読み取る。ここで第1説は、「国家が」という言葉を勝手に付け加えてしまっているが、これは法実証主義的立場とは相いれない。この段階で第1説を支える論理的連関は、既に崩壊しているのである。

② 二元論の正当性 第1説は「憲法＝公法」という命題から、直ちに私人間効力を否定するが、実は、この命題の元になっている二元論自体の正当性が問題なのである。Sternは次の様に言う。

ある国家における現行の法規範の全体は、私法及び公法に割り当てられる。だがこれら法領域の区別は、確かな区別標準が定められる事なく、進歩した法文化（Rechtskultur）である大陸法秩序において発達した（2）。

実は日本でも区別標準自体定説がないまま、二元論はこれまで学説上通用して来たのである（3）。つまり憲法＝公法の証明はできないのである。従って憲法＝公法という事を前提としている第1説は、問題を抱える事になる。

又仮に憲法＝公法であるとしても、第1説の様にそこから直ちに、私人間効力否定という結論を引き出して良いか。団藤重光は、二元論より「問題となっている当の法領域じたいの性格を突きつめることによって端的にそこに支配する原理を見出すことの方がはるかに重要」（4）と主張し、又松阪佐一も「予め公法関係か私法関係かを決めて、公法または私法の規定を全面的に適用すべきでなく、公法・私法の区別に捉われないで、その問題となっている各事項に最もふさわしい規定を適用すべき」（5）として、二元論からの法律問題の演繹的解決に反対する。わたくしも同様に、「公法／私法の峻別論」のみからの問題の解決というのは、あまりにDogmatikであり、問題であると思う。

前述した様に（Ⅱ4）、全法秩序にわたり効力を及ぼすものとして、憲法及び人権を 考えるわたくしの立場からは、「公法・私法の区別に捉われ」ず、私人間を「支配する原理」としての憲法という事を考えるので、第1説は支持できない。

元々この説は、「私法秩序における基本権の効力を、ただ欄外（Rand）において識別していた」（6）という状況下の学説である。故に、私的人権侵害行為からの保護が要請されている状況下にあっては、最早「今日では時代遅れ」（7）と言える。ドイツでも「今日私法は基本権により影響されないものである」という解釈は、最早主張されていない」（8）のである。

更に、「憲法特に基本権は、私法に対する基準をも又含み、そして私法に影響を与える。元々私法学の分野において主張された、私法のバランスの言及によって、この事を拒絶する学説は時代遅れである。現代の私法学は、この（基本権の）作用に対して、憲法学と同様に開かれた状況にある」（9）という指摘をも併せて考えると、最早われわれは、第1説を採用する段階にはいないのである。

V 国の人権保護義務の理論

1 概説

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」

私人間効力論が難しいという事は、はしがきで述べた通りだが、その理由の1つとして「国の人権保護義務の理論」があげられる。前述の様に(11)、日本法の議論はドイツ法の議論を大前提としている。だがドイツの議論と日本の議論は、かなり状況が異なる。例えば、第3説を採用するSternは、私法関係にける基本権の効力を論じる際の、4つのポイントをあげている(10)。

- ① 基本権は、私法立法者及びその者から公布された規範に対してどのような効力を発揮するか。
- ② 基本法における明確な命令によって、他方の私法主体に対して、その主体を拘束し、この事から直接的な法律上の結果を引き出し得る様に異議を唱えるという、基本権又は基本権類似の権利、基本権付与資格が存在するか。
- ③ 明確な基本権条項上の命令という場合を超えて、私法主体相互の法的交流、即ち法律行為又はその他の行為の上に、基本権規範から出てくる作用は存在するか。
- ④ 同等又は少なくとも類似の拘束力を用いて、類推又は何らかの方法で根拠付けられた対国家的基本権を、社会的、経済的又は団体的権力に対して、持ちだし異議を唱え得るか。

以上の4つのポイントの内、②では「元々私人間効力を持つ基本権条項があるか」、又④では「社会的権力に対する基本権の類推適用」が問題となっていると思われる。そして元来私人間効力論で議論されてきた事は③である。③ではSternが言う様に、「私法主体の私的法律関係での基本権の効力、即ち実際の結果における、基本権への私的行為の拘束が問題となっている」(11)。これらの事は日本の議論でも出てくる。

しかし、①は私人行為の基本権への拘束が問題となっているのではなく、国家行為の基本権への拘束が問題となっている。この①は「国の人権保護義務の理論」としてドイツ法で議論されている事であり、日本の議論ではあまり出てこないが故に分かりにくいものを持っている。ドイツ法の議論は、この国の人権保護義務の理論に必ず触れられているので、以下簡単ながら検討を加える。

- 1) 奥平康弘『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』(有斐閣、1993年)78頁参照。実は本文で述べた点は、ドイツの第1説にもあてはまる。前述した様に(IV2)ドイツの第1説は、基本法第1条3項を根拠とするが、同条項は、「以下の基本権は、一中略—立法、執行権、裁判を拘束する」と規定されているだけであり、基本権が、この三権「のみ」を拘束するとは規定されていない。ここでも第1説は、法実証主義的立場とは反対に、勝手に言葉を付け加えているのである。
- 2) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd .1, S.5 (1984) .
- 3) 公法、私法の区別基準に関する学説は諸説ある。この点については、まず法律関係の対象となっている「利益」(公法=公益の保護を目的とする法)で区別する説がある。一方法律関係の「対象」(公法=上下関係を定める法)で区別する説がある。しかし前説は、憲法が公益を追求する法と考える点が問題である。ただし、日本国憲法の「根本規範(Grundnorm)」は、個人の尊厳を定めた第13条と考えられるべきであり、この視点からはむしろ憲法は私益を追求するものでなければならないからである。一方後説は、仮に公権力を「上」、国民を「下」とするならば、「上下」の捉え方が逆ではないかという疑問が生ずる。以上の学説の他に、我妻栄による、国民としての生活関係即ち国家の構成、組織及び統治権の運用等に関する法=公法とする説(我妻栄=有泉亨、川井健補訂『民法1』新版〔一粒社、1995年〕18頁)がある。この説は、人類としての生活関係(財産、身分)についての法を私法に分類するが、財産、身分関係が憲法と無関係な筈がない(憲法第24条、29条参照)のであり、やはり問題を抱えるのである。以上の様に、区別基準に関する諸学説は余りに決定的な欠点がある。以上につき、松阪佐一『民法提要総則』第3版増補(有斐閣、1981年)3-6頁参照。
- 4) 団藤重光『法学の基礎』初版増補(有斐閣、1996年)93頁。
- 5) 松阪・提要総則5-6頁。
- 6) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd .3/1, S.1515 (1988) .
- 7) 深瀬忠一「私法関係と基本的人権—三菱樹脂事件」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』第3版(有斐閣、1994年)23頁。
- 8) Ruenfer, a. a. O., S. 551.
- 9) Stern, a. a. O., S. 1561. 尚()内筆者。
- 10) Stern, a. a. O., S. 1563.
- 11) Stern, a. a. O., S. 1563.

2 ドイツ公法理論の変遷(1)

ドイツでは1960年代中葉以降、公法理論が新傾向に向かっていると言われる。その新傾向は、簡単に言えば伝統的な「国家からの自由」のアプローチを下にした立場、というよりむしろ「国家による自由」のアプローチを下にした理論である。ただこの事自体は驚く事でもない。ただし、勿論日本の憲法学会でも、憲法の社会国家的側面を無視してきた訳ではないからである。ただそれでも伝統的学説は、「近代法から現代法へ変化し進化してきた憲法の歴史的意義を近代法の原則を原点を置いて理論化し、それを憲法問題を解釈する際の柱とすることが重要」(2)としてきたのである。これに対して新傾向は、「現代法へ変化」してきた事を、憲法論で特に重視するものである。

例えばPeter Haerberle (1934-)は、現代における「給付国家」制を前面に出し、これとの対称物が「市民的な秩序国家及び侵害国家」(3)であるとする。Haerberleの言う「給付国家」としての性格は、「現代法的傾向」を持つものであり、他方「侵害国家」というのは、「近代法的傾向」を持つものと思われる。Haerberleの立場は、まさに「現代法への変化」を重視する傾向を持つ。そしてHaerberleは、給付国家の目標である「基本権の実効化は、自由から義務の転化や、消極的地位(status negativus)との『訣別(Verabschiedung)』を意味するわけではなく、基本権との関係での国家の保護義務を意味する」(4)と主張する。

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
そして給付国家の内容として、「完全雇用のための配慮」や「教育・職業教育の準備」等を指摘する。確かにこの様な社会権の側面での人権保護義務があるというのは、当然とも言える。ただ更にHaerberleは、「マスコミへの配慮」を指摘する（5）のである。これはかなり日本とは議論が異なっている、という印象を受ける。

3 保護義務論台頭の背景及び私人間効力論との関係

この新傾向の対等の背景は、社会国家観の重視も理由にあげられると思うが、基本法の条文（第1条）の影響が大きいのではないか。

これまで国家は人権を侵害しない「不作為義務」を負う、という点を中心に理論構成してきたのが、伝統的憲法理論である。国家を出来る限り危険視する前提で、これまで憲法学は理論構成をしてきた。しかし基本法第1条において、三権全てが「基本権に拘束され」（第1条3項）、その基本権の最上位にある「個人の尊厳（Die Würde des Menschen）を尊重かつ保護する事は国家権力全ての義務」（第1条1項2文）（6）であるとされた場合、社会権のみならず自由権の実現において、国家を危険視するのではなく、逆に国家のウエイトを高めていく理論が登場するのは必然とも言える。
その故「国の人権保護義務」論が、登場するのはもっともな事であり、私人間で人権が侵害されている場合、その救済の為の義務が国家にあるという事になりやすい。こうして私人の行為への基本権の拘束力が問題となる筈の私人間効力論において、国家行為への基本権の拘束力が話題になるのである。

Sternは以下の様に主張する。

実定法上広範囲に作用する基本権理解（Grundrechtsverständnis）への新しい手掛かりは、特に基本法第1条1項2文によって表明されてきている。そして、もしこれに従い、個人の尊厳は、不可侵であるばかりでなく、保護されねばならないのであれば、この下でただ非国家的権力からの保護（der Schutz vor nichtsstaatlichen Mächten）が趣旨を汲んで理解され得る（7）。

1) Peter Haerberle『基本権論』井上典之編訳（信山社、1993年）192-193頁参照。

2) 芦部信喜『司法のありかたと人権』（東大出版会UP選書、1983年）124頁。尚芦部によれば、本文に出てくる芦部の様な立場は、ドイツでは少数とされる。見よ。芦部信喜『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999年）232頁。

3) Haerberle・基本権論23頁。

4) Haerberle・基本権論26頁注（53）。

5) Haerberle・基本権論24-25頁注（46）。

6) Art.1 Abs.1 Satz.2 GG: Sie zu achten und zu schuetzen ist Verflchtung aller staatlichen Gewalt . 尚“Sie”は、同条同項1文の、“Die Würde des Menschen”を指す。

7) Stern, a. a. O., S. 1529.

4 評価

① 概説 日本の第3説とドイツの第3説は、現状ではかなり異なった理論になっている。日本法で言う第3説は、第3説+state actionの理論という形態を取る場合が多い。第3説もstate actionの理論も、元々国家から自由である私的領域を守る、という事が大前提となっており、そこに矛盾は見られない。一方ドイツ法に言う第3説は、第3説+国の人権保護義務の理論という形態を取る場合が多い様に思われる。

この場合大前提にずれが生じている。それは、第3説が「国家から自由である私的領域を守る—国家からの自由—」事を前提とするのに対し、国の人権保護義務の理論は、逆に「国家による私的領域の保護—国家による自由—」を前提としているからである。結果同じ第3説と言っても、そこに何を付加したか（日本ではstate actionの理論、ドイツでは国の人権保護義務の理論）によって、前述の様にならざるが生じているのである。わたくしはこの状況を目の当たりにして、かなり戸惑いを覚えている。

ただ基本法第1条という条文は、日本国憲法第13条に内容が近く、ドイツの議論もかなり参考になる筈である。とは言っても従来私人間効力論では、第13条の、「（基本的人権が）立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」という文言から、人権保護義務を引き出すという様な事がなかった為、ドイツの議論は注意して扱っていかねばならない。

② 国の人権保護義務の理論の問題点 戸波江二は以下の様に主張する。

憲法が国家に対して人権を尊重すべき義務を課していると解するならば、国家は、社会内での私人による人権侵害行為を除去し、一般市民の人権を確保すべき義務を負っているとさえみることもできる（1）。

しかし、この主張に対しては、次の事が問題となろう。

- i 国の人権保護義務という事が、人権一般に認められるべきか。
- ii 人権保護義務を負うのは、三権の全てか、三権の内特定の機関か。

まず i についてだが、人権保護義務が社会権に認められるのは、権利の性質上当然である。ただ社会権は、私人間効力の事例で問題となるのは僅かだから、考察外として良い。しかし自由権について、国の人権保護義務が認められるか。

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」

これに対してわたくしは否定的である。国の人権保護義務と試みてきたところで、「如何なる人権保護義務が、如何なるコンテキストにおいて、国家に対して発生するのか」という実質論を検討しなければ意味がない。しかもこの事は一厳密な研究を要するが、実際には、私人間効力論が必要となる「如何なる人権が、如何なるコンテキストにおいて、私人間効力を認められる（認められない）のか」という実質論（後述）と、かなり重なる様に思われる。その為、どの位人権保護義務論を採用するメリットがあるかは疑問である。

更に、ii 人権保護義務を負うのは三権のどこなのか。仮に立法権、特に行政権の人権保護義務を、憲法論で前面に押し出すと、かなり危険な場合も有り得ると思う。元々「国家からの自由」すら達成できていない日本の現状において、それを飛び越え「国家による自由」を主張するのは問題である。もし人権保護義務を前面に出すと、反論権を立法化する事も易々と是認されるのではないか。この点でわたくしは人権保護義務を強調する見解を疑問視する芦部信喜の立場を是とする（2）。

但し芦部は、保護義務を裁判実務で扱う事も疑問視するが、わたくしは、司法の保護義務は、認めても良いと思う（これは事の性質上当然とも言える）。一方立法、行政の保護義務（特に自由権の保護義務）は疑問視している。但し、国の人権保護義務の理論についての理解は、更なる研究を要する為、国（司法）の人権保護義務の理論の採用には、現時点では疑問を留保する。

VI 直接効力説（die Lehre von der unmittelbaren Theorie）

1 概説

民法、労働法学者であったHans Carl Nipperdey（1985-1968）や、憲法学ではWalter Leisner（1931-）、Friedrich Klein（1908-1974）等によって主張された説である（3）。

この説の特徴は、「基本権は、強制的に私人の下の法律関係でも又、即ちまず法律に基づく事なく、そしていつもの様に解釈上何らかの中間措置を組み込む（Zwischenschritte）がなくても、拘束力を持ち得る」（4）という主張をする事に存する。そしてドイツでは「学説の一部及び連邦労働裁判所が、私法関係へのいくつかの基本権の直接効力説を採用した」（5）という状況があった。

但し第2説は、奥平康弘の指摘の通り、「すべての基本権規定が一文脈のいかんを問わずただちに、かつ機械的に適用され」、私人の人権侵害行為全てが「たちどころに憲法違反になる」という事を主張すると、「極端な形で受けとめられがち」（6）であるが、この様な第2説は通常主張されていない。このイメージは誤解であると思う。「この直接適用説というラベルもいい加減で問題が多い」（7）という奥平の問題提起を是としよう。われわれはまず第2説への「予断排除」からスタートしなければならない。

1) 大須賀編・憲法97頁（戸波江二執筆）。

2) 芦部・宗教230頁。芦部は、「どの問題を考える場合でも、防御権としての人権論を原則ないし基本に置かないと、日本の伝統と戦後の憲法状況の下では、人権に不当な国家権力の介入を招く恐れが大きくなるのではないか、国の人権保護義務に言う『国』の実体を具体的に問う姿勢を欠いてはならないのではないかと問題提起をしている。わたくしの本文の主張も同趣旨である。

3) 芦部・憲法学Ⅱ284頁。

4) Stern, a. a. O., S. 1538.

5) v. Mangolt-Klein-Starck, a. a. O., S. 132. 連邦労働裁判所は、1955年1月18日の判決で第2説を採用している。一方連邦最高裁判所は、1954年と1958年に人格権（Persönlichkeitsrecht）の直接効力を認めた。

「基本法第1条及び第2条は、直接、原則ただ個人の自由且つ自己責任的な自己決定（Selbststimmung）の支配下（unterstehen）にある、内的人格領域を保護する。この領域を保護し、その領域に権限なしに侵入させない事は基本権自体から生じる法的要請である」（BGHZ 13, 334）。Stern, a. a. O., SS. 1525-1526.

尚Sternは、「労働裁判所判決は、根本的には労働関係を私的特別権力関係として構成し、それにより基本権適用への橋を架けた」と指摘する。そしてSternは、「労働裁判所判決は、実際決してMachtgedankenを分析してはいない。判決はそれを所与のものとして単純に想定した」と批判している。Sternは「直接効力説の主張により部分的に引き出された（私的権力と）国家権力との対比は間違っている」。「（何故なら）基本権上の保護を作用させるのは、逃れられない服従、強制、権力独占という国家の特別な統治手段」であるからだ。「私法においてそれらは存在しないし、「それらはイデオロギーの霧の中でぼやけてしまう」、と連邦労働裁判所の様な、社会的権力や私的権力（soziale Macht u. private Gewalt）による理論構成に批判的である。Stern, a. a. O., SS. 1591-1592. 尚（ ）内筆者。

6) 奥平・憲法Ⅲ78頁。

7) 奥平・憲法Ⅲ78頁。

2 論拠

わたくしは、はしがきにある通り第2説を支持している。そして、その論拠は「全法秩序としての人権（憲法）」（前述Ⅱ4参照）に求める事ができると思う（1）。国の最高法規である憲法（第81条）は、全法秩序を統括するものである。この憲法は、全法秩序を包み込むもの（2）と理解され、憲法内の人権規定は、「全法秩序に対する原則規範の機能を有する」（3）。そして、憲法という外枠で覆われた法秩序内部で存在している私法秩序は、憲法の枠を破る事は許されない。この結果、もし私法秩序において人権侵害行為が発生したら、憲法という枠を破ったが故に、その場合は端的に憲法を適用すれば良い。

3 Nipperdey説

ドイツ私人間効力論は、「同一労働における男女の平等賃金（Lohnleichheit）に関して、（基本権の法律効果の拡張）の影響力が、基本法第3条に与えられるかという問題」からスタートした。そして、それについて「特にH. C.

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
Nipperdeyが、私法における基本権の直接効力のテーゼを主張した（4）という背景がある。そこで以下このNipperdey説を取り上げる事にしたい。

Nipperdeyはその論文“Die Würde des Menschen”（5）において、以下の様に主張する。

A 第1条1項（個人の尊厳）は、憲法規範の中で、“高次のランクの規範”、“超実定法的規範”、“基礎的な基本権”である（S.2）。

B 法とは、Savignyが制度（6）第1巻332頁で言っている様に、その規則を実行する事によってではなく、個人人の意志に本来備わっている力の自由な展開を保障する事により、道徳（Sittlichkeit）に使える（S.10）。

C 全ての法は、道徳的に全ての個人の人に本来備わっている自由の為に存在する（Savigny [S.10]）。

この3つの内B及びCは、第2条1項（7）の内容をなす。同条同項が保障する「人格の自由な発展」の内容として、私人間の法律関係を形成する自由も又保障されている。しかしそれはあくまで同条同項にある様に、「憲法適合的秩序に反しない限り」においてのものである。その一方でNipperdeyは、第1条1項の個人の尊厳を基本法の根本規範として、考えている様に思われる（A参照）。結果として、人格の自由な発展も第1条1項に反しない限りで認められる事になる。ただし第1条1項に反する人格の自由な行使は、根本規範違反＝「憲法適合的秩序」違反となるからである。ここで私人間効力論の接点が生ずる事になる。

そしてNipperdeyは、私人間効力論を「個人の尊厳」を中心に、考えていたと思われる。Nipperdeyは以下の様に言う。

D 個人の尊厳は、不可侵であるべきである。即ち国家権力ばかりでなく、一中略一社会的権力に対しても又、不可侵であるべきである（S.20）。

E 第1条1項の法規は、全ての者に対する絶対的保護、あらゆる侵害に対する一般的保護を意味する（S.21）。

そして彼は具体的に私人間効力論において以下の事を主張した（SS.19-20）。

F 元々私的関係を明確に拘束する基本権がある（第9条3項2文〔団結権制限の違法化〕）等）。

G 一方間接効力を前提とした基本権もある（第8条〔集会の権利〕等）。Gに該当する基本権は、第1に私的関係に対して定められたものではなく、「言葉の狭義における公権力のみを拘束する」。そしてこれらの基本権はBGB第138条、第826条、場合によっては第823条2項によって間接効力が是認される。

H しかし現代憲法において、自由の領域を国家から保障する事に係わる基本権原則や憲法原則ばかりでなく、個人人又は市民に彼らの法律関係において、別の人に対する「社会的地位（staats socials）」を保障する基本権条項（男女同一労働同一賃金〔第3条〕・意見表明の自由〔第5条〕・競争の自由（第2条2項））も存在する。ここでは強制力（zwingende Wirkung）により、他の権利主体との関係において一定の法的地位が付与される。

I 第1条1項は、国家権力に対する自由の地位（防御権）の基本権であり、私法関係における社会的地位の基本権でもある。

Nipperdeyは、Hの部分のみ基本権の直接効力を是認する。そしてNipperdeyは、J第1条1項が、主観的公権及び私権を構成する事を認める（S.11）ので、私的人権侵害行為は、「憲法の規範に照らして違憲か否か判断されるが一中略一違憲の法律行為（契約）が無効とされたり、法律行為以外の行為（たとえば人格権侵害）が損害賠償の対象とされるのは、すべて民法の規定による」（8）事になる。

1) Nipperdeyは、社会国家性も第2説の根拠になるとしている。Hans Carl Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: Franz L. Neuman-Hans Carl Nipperdey-Ulrich Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. 2, S. 20 (1954). 尚Duerigも「基本法の社会的決定（第20条、28条）は、当初から消極的、古典的自由概念を社会的な拘束を負う自由により変えた」という事は認めている（しかしDuerigは第2説を採用していない）。Duerig, a. a. 0, S. 224. 一方連邦労働裁判所判決（BAGE 1, 185）は、「基本法及び他の法律の解釈に対し、根本的な意義を持つ基本法の社会国家への規範的認識は、権利主体相互の紛争に対し、自由且つ社会的な共同社会に必要な基本権諸規定の直接的な私的効力を是認する」と判示した。Duerigと同じ認識を連邦労働裁判所は有していたにも拘わらず、採用した結論がまるで逆なのである。Bodo Pieroth-Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht 1, S. 49 (4. Aufl. 1988)。

Art. 20 Abs. 1 GG: Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat .

Art. 28 Abs. 1 Satz. 1 GG: Die verfassungsmässige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen .

2) よく国内法秩序をピラミッドの様に図式化する事がある。そしてこのピラミッドの頂点に憲法を置き、以下に私法秩序を描くという事がなされるが、これだと憲法と私法が別個に対置される点で、若干問題がある。ただし私人間効力を是認する事は、ある程度「私法の憲法化」を是認する、即ち憲法と私法の言わば「混同」を認める様なものだからである。正確に図式するならば、ピラミッド全体を描く輪郭を憲法とし、その中に私法秩序をいれるのが妥当である。

3) v. Mangoldt-Klein-Starck, a. a. 0, S. 132.

4) Stern, a. a. 0., S. 1524. 尚（ ）内筆者。この事情があったから、労働法学者であったNipperdeyの説が、憲法学の土壌にのったと言えよう。ドイツの私人間効力論の発端は日本法と相通じる点で一興味を覚えるものがある（このあたりが、人種問題が私人間効力論において多数を占めるアメリカと異なる点である）。

5) Nipperdey, a. a. O. 尚以下の本文のS.はこの論文のS.を指し、条文は基本法の条文を指す。尚()内筆者。

6) Nipperdeyの論文にはSystemとしか記されていないが、恐らくFriedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bde. 8 (1840-49) の第2巻の事と思われる。

7) Art. 2 Abs. 1 GG: Jeder hat das recht auf die freie Entfaltung seiner Persoenlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen das Sittengesetz oder die verfassungsmæssige Ordnung verstosst.

8) 芦部・憲法学Ⅱ287頁。ドイツの第2説は、この点後述する様に名前は同一だが日本の第2説と異なる。前者は裁判規範として「民法」を用いる事になろうが、後者は「憲法」が裁判規範となる。ただJの様な内容を第2説に取り込むと、第3説と異なる面が一部出てくる。その為第2説と第3説の差は相対的だと言われる事になってしまう。この点につき、見よ。芦部・憲法学Ⅱ312-313頁。

4 Nipperdey説の評価及び批判

① 評価 Nipperdeyは、基本法第1条1項に根本規範(及び主観的私権)としての性格を持たせ(VI 3 A D E J)、同条項が社会的地位をも規律する基本権たる事を承認した(VI 3 I)。結果として社会的地位を形成する自由(基本法第2条1項)を、基本法第1条1項の制約下におき、私人間効力への突破口を開いた点は、十分に評価できると思う。

この点、以下のSternの評価を妥当としよう。

直接効力説は、基本権が一般に私権としての効力を発揮するという事について根拠をもたず事により、直接効力は、憲法を貫徹する権利の総体(Gesamtheit)としての基本権の承認及び法秩序全体における基本権の実効性への、重要な寄与を成し遂げた。この事は私法秩序にとって一般に、その秩序のこれまで施錠されていた領域における、基本権上の議論の型の最初の入場(Einzug)を意味するのである(1)。

② 批判 i 基本法第1条3項との整合性 Sternは次の様に批判する。

第2説は、私法秩序における基本権の浸透(Einbruch)の際に度がすぎた事をしている—中略—。(第2説は)基本法第1条3項の明確な実定法上の三権の結び付き(Bindungstrias)をあたかもわきへ押しやり、更には基本権制度全体の発達史を無視している(2)。

まず、第1の批判から検討する。確かにSternの言う様に、基本法第1条3項は三権を拘束すると規定する。よってNipperdeyの様に、社会的地位を保障する基本権が私人をも拘束する(VI 3 H)というのは、明文の規定に反するとも言える。しかし前述(VI 3 注1)した様に、同条同項は、「三権を拘束する」と規定するだけで、別に「三権のみ」を拘束するとは規定していない。基本権が私人をも拘束するかどうかについて、同条同項は何も言っていない。そこで条文の文言それ自体は、批判として決め手にならないと思われる。

一方第2の批判は、基本権は元々对国家規範という事を前提に発展してきた、という事に主眼があると思われる。しかしNipperdeyは、「法治国家におけるこの(国家権力に対する個人の消極的地位及び自由の地位に関する歴史的、古典的)基本権概念が、極めて重要な意義を持ち、そして基本法及び諸ドイツラント憲法典において決定的役割を演じているという事は、疑いない(3)」と述べており、基本権の発達史を無視しているのではなく、一応は前提としている点は、注意されねばならない。

ii 私的自治との関係 Sternは更に次の様に批判する。

個人の自由な自己責任及び権利主体の平等秩序のEthosによるところの私法は生きている。この存在それ自体、基本権上の自由の次元という特別なもの(Stueck)である。そしてこの事は私法秩序における基本権の効力によって掘り崩されてはならないのである。私法とは本質的部分において、私的自治に基づくのである(4)。

Sternは、Nipperdeyの主張する「強制力」(VI 3 H)を基本権に認めると、自由な私的法律関係の形成が阻害されると言うのであろう。又Duerigが、私法上の紛争に対し、憲法上の命令としての競争の自由を、強制力を持って引き出す事は、自由への強制につながる(5)、自由な意見表明の自由と傾向企業との関係を考慮にいれていない(6)、と批判するのも、私的自治という事を根拠にしていると思われる。

確かに通常私人間の人権調整は、私的自治に任されるべきである。だから外見上人権侵害と見られ得る状況も是認されねばならないし、そこに憲法が介入すると、Sternの言う様に、私的自治が「掘り崩される」場合が生じる。しかし第2説も、私的私法関係における基本権の相対化を無視しているのではないから(7)、あまり正当な批判とは思われない。

又私人間効力論は、社会的権力と自然人との間の人権問題が争われてきた。この法律関係において、私的自治のEthosと言ってみたところで、自然人にとっては内容空虚な空文句に過ぎない。私人間効力論は、単純な私的自治の調整機能が働かないからこそ、法律問題として登場してきた。にも拘わらず私的自治を主張する事は、議論を振り出しに戻す様で支持し得ない。

iii 社会国家論を下にした直接効力の理由付けの妥当性 Nipperdeyは社会国家という事も、基本権の直接効力を基礎付けると考えている様だが、これは正当とは思われない。社会国家的条項から社会権とは異質の自由権の直接効力を引き出すのは、芦部の言う様に「おそらく困難とみるべきであろう(8)。

iv 間接効力を認める基本権と直接効力を認める基本権の区別の妥当性 直接効力を認める「社会的地位」を保障する基本権と、間接効力を認める基本権を理路整然と区別し得るか、(9)という事である。

わたくしは、これは難しいのではないかと解する。何故なら私人間効力論において、元々基本権は、「社会的地位」において関係で問題となるのであり、Nipperdey説で間接効力しか認められないとされた人権も、社会的地位との関係で捉えられ得るからである。

例えば集会の権利は(基本法第8条1項)、Nipperdeyによれば対国家的規範とされるが、社会的地位との関係で考えられる場合もあると思われる。例えばある団体の万博開催反対集会に対して反対派がそれを封じ込めるという様な

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」

場合（10）、集会の権利を社会的地位との関係で捉える事は可能である。

以上の様に、間接効力しか認められない人権も、社会的地位との関係で捉えられ得る以上、これらの人権についても直接効力を是認するのが理論的に一貫している様に思われる。この点Niipperdey説は妥当性を欠く様に思われる。

- 1) Stern, a. a. O., S. 1553.
- 2) Stern, a. a. O., S. 1553. 尚（ ）内筆者。
- 3) Niipperdey, a. a. O., S. 19. 尚（ ）内筆者。
- 4) Stern, a. a. O., S. 1554.
- 5) Duerig, a. a. O., S. 225.
- 6) Duerig, a. a. O., S. 227.
- 7) Niipperdeyも基本権の相対化を認めるのであり、全く私的自治を無視しているとは思われない。芦部信喜編『憲法Ⅱ人権（1）』（有斐閣、1978年）68頁参照（芦部執筆）。
- 8) 芦部・人権論13-14頁。
- 9) Niipperdeyが言う、直接効力が認められる「社会的地位を保障する基本権」と、間接効力が認められる基本権の区別がはっきりしない理由は、「社会的地位」の内容が明らかでないという事にあるのではないか、と思われる。この点は後日の研究に譲る。
- 10) Art. 8 Abs. 1 GG: Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.

日本における直接効力説（1）

自然法原理直接効力説 「自然法原理」を含む人権（第19条、第20条、第23条）と、「自由主義的民主政治の要件」と認められる人権を、「憲法の指導原理の要請」と捉え、それらについて直接効力を認める説（田上謙治）。

客観的法規範直接効力説 「諸種の自由権」（第19条、第20条、第21条、第22条）や「法の下での平等」（第14条）は、社会生活においても尊重されるべき「客観的法規範」としての意味を持つ。この他に「制度的保障」（第23条、第24条、第29条等）と「原則規範」（第18条等）も、前述の客観的法規範と捉え、以上の「客観的法規範」の直接効力を、「社会的権力」（大企業と被用者、労働組合と組合員、医師会と医師）に対して認める説（橋本公巨）（2）。

社会的第三者効力説 思想、良心の自由の様な「基本権の本質的内容」は絶対不可侵なものだから、国民相互間においても、主観的公権として成立し、それを侵す法律行為は民法を媒介せずに、無効になるとする。更に人権の侵害者が「国家権力に匹敵する経済力ないし社会的権力」をもって現れる場合にも、人権規定が直接適用されるという説（稲田陽一）。

日本の直接効力説の検討及び批判

自然法原理直接効力説 「直接適用されるのは、具体的に例示された3カ条の人権のような内心の自由に限定されるのか、それとも『自由主義的民主政治の要件』に当然入ると考えられる表現の自由も含むのか」（3）という芦部信喜の批判がある。表現の自由は、「報道の自由対プライバシーの権利」というコンテキストにおいて、当然私人間効力論として問題になる事が予想される。故に田上が、この点につき不文明なままにしているのは問題である。

客観的法規範直接効力説、社会的第三者効力説 両説の言う「社会的権力」の概念が不明確であり、故に「アメリカの私的政府または私的統治（private government）の理論（巨大な私的団体の国家類似性とか、その機能の統治的ないし公的性格を強調して、憲法の直接適用を主張する見解）と同じように、具体的に適用するには厳格な要件を付すことが必要」（4）と、芦部は批判する。

確かに芦部の批判は一面当たっていると言わざるを得ない。この点、如何なる私人が社会的権力と認定されるのか、又私人の如何なる性質を根拠に社会的権力性を認定するのか、という事について更に理論構成が必要とされよう。但し、私人間効力が是認される場合を、一方当事者が「社会的権力」に該当する場合、と仮に定式化しておく事それ自体はやむをえないと思われる。けだし、私人間効力論では、当事者双方が人権享有主体であるが故に、人権価値の比較や、事案の個別具体的状況等を審査せねばならず、事案解決の為の「単純な公式」—社会的権力性を認定する為の公式—を組み立てる事は、かなり難しいからである（5）。その為、「とりあえず社会的権力という言葉を用いること自体は、許されて良いのではないか。社会的権力とか、私的統治という言葉の次元の問題（6）よりも、「客観的法規範としての基本権がいかなる場合に私人間にも及ぶか、ということの方がたいせつ」である（7）。その結果「社会的権力」の実体が明らかになれば問題はない。

直接効力説に対するその他の批判の検討

以上の様な個別的な批判も存在するが、それにもまして第2説に対しては批判が強い。わたくしは、第2説を採用する以上、これらの批判に答えなければならない。芦部信喜による批判（8）芦部は、「人権規定の直接適用を認めると、市民社会の原則である私的自治の原則が広く害され、私人間の行為が大幅に憲法によって規律される」（9）と批判し、私人間効力の法的処理は、「第1次的には立法者の課題」（10）であると主張する。更に芦部は、人権は元々国家からの自由を主眼としたものであり、「そこに人権の本質的指標があることの意義が、あいまいにされてはならない」、複合的権利（知る権利）の直接効力を認めると、「かえって国家権力による人権制約の可能性が生じ」、「たとえ、国民の知る権利を報道機関と市民との関係に直接適用すれば、国民の権利が拡張される（つまり、アクセス権ないし反論権が認められる）反面、報道機関の報道の自由（編集権）が不当に制約されるおそれもある」（11）等の理由から、第2説を批判する。

私的自治との関係 私的自治という点からの第2説批判は、ドイツと同様に日本においてもなされている。芦部は以下の様に言う。

国家権力による規制ならば人権侵害として違憲であるような権利・自由の制限でも、それが当事者相互の自由な意思決定にもとづくものであれば許される場合もありうる。—中略—そういう法律関係を設定する自由もまた憲法で保障された基本権である（12）。

芦部の言う様に、自由な意思決定によって、私的法律関係において人権制約を作り出す事は、可能か。言い換えると「自己の人権の放棄（制約）」は是認され得るか。この点については、難しいものがあるが是認して良い。ただし、わたくしは、日本国憲法の根本規範に「個人の尊厳」（第13条）を設定し、人権の処分権限も最終的には個人の意思によらしめる事が、根本規範としての個人の尊厳に最も合致すると考えるからである（13）。仮に第2説が、本人は自己の人権の制約（放棄）に同意しているにも拘わらず、強制力を持った基本権の介入を認めるのであれば、それは、私的自治の侵になる。又、本人が制約（放棄）を望んでいるにも拘わらず、それでも尚直接効力を認めるのは、逆に制約（放棄）を望んでいる者に対しても人権侵害となる。確かに、この様な事は妥当とは言えない。以上の様に、当事者双方の自由意思によって、私的法律関係が形成されればそれにこした事はない。第2説においてこの私的自治を尊重せねばならない事は、言うを待たない。しかし以上の一般論は、私人間効力論においては「待った」をかけられねばならない。ただし私人間効力論では、通常想定される対等当事者間の自由な意思による私人間の調整原理即ち私的自治が、紛争当事者間に存在する圧倒的な力の優劣の差の故に、機能しないからである。もう一度良く考えてほしい。何故私人間効力論は登場したのだろうか。私人間効力論は、対等当事者の自由意思によって人権を制約するのではなく、強力な当事者一方が、弱い地位にある他方当事者の人権を侵害する事例が発生した為に、登場したのである。芦部の様に、私人間効力論において「（私的自治が）現代においてもなお市民社会の基本原則として妥当しており、当事者の合意、契約の自由は原則として最大限に尊重されねばならない」（14）と主張する事は、一般論としては是認できる。しかしその言い回しを私人間効力論においてなす事は、芦部本人が言う様に「はなはだしい矛盾を犯している」（15）のである。私的自治という点からの第2説批判に対しては、以下の奥平康弘の主張が妥当であろう。

「私的自治」ということによって具体的に何を意味するのかという点にいささか警戒的でなければならないが（巨大かつ有力な、しかも私的というレッテルをはられるところの法人の支配が、この観念の中にすっぽりおさまってしまうことの問題性に注意されたい）、われわれの日常生活のなかに憲法がもろに入ってきて、一挙手一投足に制約を課するのだとしたら、元も子もないことになる。ある人間の自由は、きわめてしばしば他人の自由と調整をつけなければ成立しない。そしてその調整は、当該私人間の自主決定＝自治に任せられている。そのことを、憲法規範は前提としてしているだろう。それはしかし、かならずしも私的自治に任せっぱなしであって、そこでは憲法規範は出てくる幕は無いのだ、ということの意味しないだろう（16）。

立法措置論 芦部による、私人間の問題解決はまず「立法措置」に任せるべきだという批判は、妥当でない。ただし私人間効力論では、立法措置がない（若しくは不十分である）が故に、私人間の法律問題に対してわざわざ憲法レベルで議論する必要があるからである。もし私人間の法律関係について、的確な立法措置があれば、私人間効力論という憲法レベルの議論はいらぬのである。私人間効力論は、立法措置がない（不十分だ）から憲法レベルで議論されるのであり、それに対して芦部の様に「まずは立法措置」というのは、私人間効力の回避に外ならない。この点、憲法上私人間効力論の解決を放棄する第1説が、立法措置解決という主張をするのは論理的に一貫している。しかし憲法規範を直接援用するのではないにしろ、私人間効力論に対して憲法のアプローチを否定しない（芦部の様な）第3説が、立法措置解決という事を主張するのは、論理的に一貫しない嫌がある。人権の本質論 次に芦部は、第2説が人権の性質を「国家からの自由」から「国家による自由」へと変質させるという批判をしている。元々憲法は、自由権即ち「国家からの自由」を中心にして構成されている。確かに芦部の言う様に「人権の本質的指標」を見誤ってはならない。わたくしも、その事自体は間違っていないと思う。しかし私人間効力論は、「国家からの自由」中心の保障体系という事に対するアンチテーゼとしての性格を持っている事に注意せねばならない。阿部照哉が言う様に、私人間効力論では「いまやそのこと（国家からの自由という伝統的人権観念）自体が問い直されている」（17）のである。「問い直されている」対象を問い直す事なく、再び国家からの自由を強調する芦部の主張は、わたくしには「問をもって問いに答えている」様に思われる。その点が妥当でないと思われる。だ芦部の批判は、わたくしも分からないものではない。芦部は「国家による自由」の強調が、国家権力の介入の端緒となる危険性—それは国家権力を制限する憲法概念とは相いれない—を指摘しているからである。しかし、人権の直接効力を認めるか否かのイニシアティブは、立法権でも行政権でもなく、「司法権」に握られている事に注意すべきである。確かに「行政権」に最終決定権があるなら、芦部の批判も一理あるが、わたくしは、司法に対してはある程度の信頼は与えても良いのではないかと解する（18）。

複合的権利の問題 この点は芦部の主張を注意して読む必要がある。芦部は、「国民の知る権利を報道機関と市民との関係に直接適用すれば」と説明しているが、第2説で知る権利を直接適用をする見解は、実際どれくらい存在するのか。わたくしは第2説を是とするが、知る権利や反論権の直接効力は認めない。しかも第2説は、前述の通り人権全ての機械的な直接効力を認める説ではなく、人権の相対化は当然の前提となっている。あたかも芦部は、第2説が、知る権利や反論権の直接効力を認める説であるという様な、誤解を招く様な説明をしているが、これは問題である。樋口陽一が指摘する様に、マスメディアに対する反論権の事案は「私人＝出版社に、他の私人の言論活動の場を提供させる」（19）というものであり、伝統的な私人間効力の類型である、「伝統的な国家による介入を、私人にもさせない」という類型とかなり異なるし、そもそも国家に対してすら反論権を主張できるか疑わしいという状況がある。第2説を取っても、伝統的な自由権の直接効力と、請求権的（社会権的）側面の直接効力は分けて考える必要がある。

樋口は以下の様に指摘する。

かりに、憲法21条の私人間効力につき直接効力説をとるところまで積極的に解したとしても、国家に対する関係で導き出すことのできる限度以上のものを、私人間の関係で導き出すことはできないはずだというほかならう（20）

わたくしはこの指摘を是としたいと思う。第2説＝知る権利、反論権直接効力肯定説ではない。わたくしは知る権利や反論権は、請求内容、範囲が不明確であり、マスメディアの報道の自由の利益も当然考慮されるべき要素と考えるので、反論権等の私人間効力には否定的である。仮に反論権等の直接効力を認めるとしても、かなり高度且つ慎重な考慮が要求されるであろう。

阿部照哉による批判(21) 阿部は、憲法の規定が義務規定に転化する、人権保障の抽象的な一般原理から、いつどの様な具体的義務が引き出されるか、憲法の条文からは直ちに予測できない、裁判官の裁量権を余りに広く認めてしまう、といった問題を指摘する。義務規定への転化の問題 この阿部批判は確かに説得力があり、真摯に受け入れなければならない。ただし憲法は、専断的な権力を制限して、広く国民の権利を保障する法(立憲的意味の憲法)(22)であり、権力を制限する義務を課す事はできても、国民の権利を保障する法から国民の義務は引き出せないからである。ただ憲法の人権規定には全く義務的性質がない、と言うのであれば疑問である。元々私人に対しても、人権行使の反射的効果として「相手方の権利を侵害しない限度において人権を行使し得る」という程度の義務的な側面は出てくるのではないか。特に第2説はこの点、憲法上の義務となる内容を更に突き詰める必要がある様に思われる。いわば国の人権保護義務論ではなく、「私人の人権保護義務論」と言うべきものを検討する必要がある。この点第3説はあくまでも義務は「民法」から引き出されるので、問題は無い。以上の点は憲法総論との関係で難しいものを含むので、疑問を留保する。

予測可能性の問題 この点は憲法第13条の解釈論との関係で問題である。従前同条は、「国民の権利の包括的な宣言であり、その意味で抽象的な内容をもつ規定」だから、「法令その他の国家行為が直接本条に違反して無効となることは少ない」(23)と解釈された。即ち第13条は具体的権利性を有せず、単なる「基本権を総称」したものだ。しかし後に具体的権利性を肯定する説が登場したのである。そしてこの具体的権利性の1つとしてプライバシーの権利が主張され、権利の裏返しとして憲法第13条という超抽象的な条文から、とても「条文からは直ちに予測できない」プライバシー保護義務を引き出した「宴の後事件」判決(東京地判昭和39年9月28日民集15巻9号2317頁)を、程度の差はあれ憲法学会は支持してこなかったか。以上の点を考慮すれば、第13条よりは抽象度の低い他の憲法条文の、直接効力を否定する理由はない。これに対し第3説は、プライバシーの権利といった人格権は「民法第709条」を媒介にする一同条が憲法の抽象性を和らげる一で問題はないと再批判しそうであるが、この点は以下の奥平の批判が傾聴に値する。

(表現の自由等の規定だけではどうにもいかず、より具体的な人格権規定が調整をつけるという第3説に対し)だがちょっと待ってほしい。乱麻を解きほぐすものとして引き合いに出されたところの肝心の民法709条は次に示すように、これ以上抽象的な規定はないのではないかと考えられるくらい抽象的な文言で綴られている(24)。第3説も、結局抽象的な条文—公序良俗(民法第90条)でも同じ—を下に、条文上からは、とても読み取る事のできない具体的義務を引き出す結果になっている。つまり阿部のこの点についての第2説批判は、同時に第3説批判にもなるのである。この点から第2説のみに対する批判としては妥当でない。裁判官の裁量 この点は第3説でも、一般条項を媒介にする以上、裁判官の裁量で私人間効力が認められ、人権価値導入の触れ幅が大きくなる(逆もある)と指摘されている(25)様に、かなり裁判官の裁量によるところが実際は大きいのである。この為裁判官の裁量の問題は、第2説のみの問題ではなく、第3説の問題でもあり、第2説のみに対する批判としては妥当でない。

- 1) 以下本文の学説説明は、芦部・憲法学Ⅱ284-285頁を参考にした。
- 2) 橋本公巨『日本国憲法』(有斐閣、1980年)126-131、170-172頁。
- 3) 芦部・憲法学Ⅱ285頁。
- 4) 芦部・憲法学Ⅱ285-287頁参照。
- 5) Sternが、「社会的権力に対する基本権の効力は、私人間効力論の最も困難且つ様々な議論を呼ぶ領域に属する」と評する様に、この社会的権力という言葉は分かりにくい。Stern, a. a. O., S. 1586. ただ芦部の言う私的統治の理論を取れば、議論が簡単になるというものでもない。アメリカ連邦最高裁も、Burton v. Wilmington Parking Authority (365 U.S. 715, 722 [1961]) 法廷意見で、「平等保護条項の下で州の責任を承認する為の正確なフォーミュラを形作り、適用する事は、当裁判所が試みていない不可能な作業である」と述べている位である。
- 6) Burton v. Wilmington Parking Authority (365 U.S. 715, 722 [1961]) も、「諸事実を精査(sift)し、良く考える(weigh)事によってのみ、私的行為における州の不明確な関与が、州の真の重要性に帰責される」としている。社会的権力とか私的統治という言葉の次元で争っていると、「イデオロギー上の遊び場(ideologischer Tummelplatz)」に行き着きやすくなる事には注意されたい。Stern, a. a. O., S. 1586.
- 7) 橋本・憲法171頁。
- 8) 本文で取り上げた、芦部による第2説批判については、芦部・人権論58-64頁、憲法学Ⅱ287-290頁、憲法109-111頁参照。
- 9) 芦部・憲法109-110頁。
- 10) 芦部・人権論62頁。同旨、阪本・憲法2、224頁。尚芦部は本文の主張について、Durig説を参考にしていると思われる。Durigは、「国家に対し向けられる一般的自由権(基本法第2条1項)に対する基本法の主要決定は、基本法第3条に対する優先順位(Vorrang)をも又有りし、そして平等な私法秩序で存在している民事法の流通、交換的正義の下、国家行為には不可欠である基本法諸条項から、国家により妨げられない外れ得る自由をも概念上含んでいる」。そして「この自由は以下の事を意味する」。不平等に取り扱われ得る民事上適法な自由、個々の自由を利用しない民事上適法な自由(例えば一定の見解しか表明しない義務を負う傾向企業における個別労働関係)、他者を不平等に扱う民事上適法な自由、契約上基本的自由を放棄する事を受け入れる民事上適法な自由が存在するという事であ

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
る、と主張している。Durig, a. a. O., SS. 216-218.

Art. 3 Abs. 1 GG: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

1 1) 芦部・憲法学Ⅱ 289-290頁。

1 2) 芦部・人権論62-63頁。

1 3) わたくしの立場に対しては、人権の処分権限を、あたかも民事上の所有権の如く広く認めるのはまずいのではないかという批判が有り得る。わたくしの見解では、最高価値として具体化された人権の価値を低下させかねないからである。但し理論的には本文の様な結論が是認されるべきである。尚、基本権の本質的内容は放棄できないとする立場もある。稲田陽一「自由権の国民相互間の関係について」(1964年)公法26号79-80頁参照。

1 4) 芦部・憲法110頁。尚()内筆者。

1 5) 芦部・人権論62頁。

1 6) 奥平・憲法2、80-81頁。

1 7) 阿部照哉「私法関係と人権」樋口陽一編『憲法の基本判例』初版(有斐閣、1985年)15頁。

1 8) この点は、わたくしが先に「国の人権保護義務」の説明において、司法の人権保護義務を積極的に解した事と関係している。

1 9) 樋口陽一『司法の積極性と消極性』(勁草書房、1978年)134頁。

2 0) 樋口・司法135頁。

2 1) 阿部・基本的人権104頁。

2 2) 芦部・憲法5頁。

2 3) 法学協会『注解日本国憲法』(有斐閣、1953年)339頁。

2 4) 奥平・憲法Ⅲ81-82頁参照。尚()内筆者。

2 5) 芦部・憲法学Ⅱ312頁参照。

VII 間接効力説 (die Lehre von der mittelbaren Theorie)

1 概説

① ドイツ Guenter Duerig (1920-)等によって主張され、通説の地位を占めた。第3説を採用した著名判例として、リュート判決(Lueth-Urteil, BVerfGE 7, 198) (1)がある。

② 日本 『注解日本国憲法』(1953年) (2)により戦後初めて第3説が提唱され、後に通説となった。そしてこの説は、私人間効力論のリーディングケースである「三菱樹脂事件」(最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁) (3)で採用され、実務上定着していった。

③ 内容 後に見る様に、第3説の中でも色々なヴァリエーションがあるが、第3説は、共通項として、第2説と異なり私人間効力の際に憲法を援用するのではなく、憲法の「趣旨を法律の概括的な条項または文言、とくに一中略一般法の一般条項を解釈・適用する際に取り込むことによって、私人間の行為を間接的に憲法により規律しようとする」(4)という点に特徴を持つ。但し近時の第3説が、state actionの理論と組み合わせられて主張されているという点は、注意を要する(5)。

1) リュート判決 基本法第5条「意見表明の自由 (Meinungsaeusserungsfreiheit)」についての私人間効力の可否が争われた事案。Hamburg州広報室長Erich Lueth事務次官(x)は、1950年9月20日「ドイツ映画週間」の開催にあたり、プレスクラブ会長としての挨拶の中で、映画配給会社と映画製作会社に対し、Veit Harlan(z)をドイツ映画の代表者として取り上げる事に警告を発した。ただしzは第三帝国時代、ユダヤ人迫害映画の監督兼脚本家だったからである。xが警告を発した正にその時、zの脚本、監督で、「永遠の恋人(Unsterbliche Geliebte)」を製作した映画会社(y)は、xに釈明を求めた。これに対しxは新聞紙上で公開質問状の形を取り、zが映画界に再登場するのはドイツの国際的評価を破壊するとしてボイコットを訴えた。そしてこのボイコットの呼びかけに対し、yと映画配給会社が、Hamburg地裁から、映画館主と映画配給会社に前記映画をプログラムに組まない事及び観客にこの映画を見に行かない事、以上2点の扇動を事を禁ずる仮処分を得た事に端を発するのが、この事件である。木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効力—リュート判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社、1996年)126頁参照。

本件において、連邦憲法裁判所は、以下の様に判示した。1基本権は、第1に国家に対する市民の防御権である。しかし基本法の基本権規定には、法の領域全てに対する、憲法上の根本決定と見做されている客観的価値秩序が又体现されている。2基本権の内容は、私法の諸規定を通じて間接的に、民法において発展する。その内容は、特に強制的性質の規定を把握し、そして、一般条項により、特に裁判官にとって実現可能なものである。3民事裁判官は、もし民法への基本権の作用を見誤れば、その判決によって基本権を侵害する事があり得る。当裁判所は民事裁判所判決を、一般的な法の誤りによるのではなく、ただ基本権のその様な侵害により再審査する。4実際民事法の諸規定は、基本法第5条2項の意味における「一般的法律」であり得る。そしてその民事法の規定が意見表明の自由の基本権を制限する。5「一般的法律」は、自由民主的國家に対する、自由な意見表明の基本権についての特別な重要性の視点において、解釈されねばならない。6基本法第5条は、そういうものとして単なる意見を保障するばかりでなく、意見表明を通じた精神的作用をも保障する。7ボイコットへの扇動を含む意見表明の自由は、BGB第826条の意味にお

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
る良俗に必然的に反するものではない。この意見表明は、事例全ての考察において、意見表明の自由によって憲法上
正当化され得る(BVerfGE 7, 198)。Hamburgラント裁判所判決(1951年11月22日)は、原告人(x-筆者注-)の基
本権を、基本法第5条1項の観点から侵害するものであり故に破棄される。事件はHamburgラント裁判所に差戻される
(BVerfGE 7, 198 [199])。

尚前述の様に、ドイツでは連邦労働裁判所、連邦最高裁判所が第2説を採用し(VI 1注3)、一方連邦憲法裁判所
は第3説を採用する。但し連邦労働裁判所も近時は第3説を採用する様である。「連邦労働裁判所は(連邦憲法裁判
所)に反して、初代長官Nipperdeyの影響の下、第1に直接効力説の線で手を打った。そしてそこから、後に用心深く
離れ、結果近時同様に間接効力説の方向へと変わった」。Stern, a. a. O., S. 1548. 尚()内筆者。

2) 法協・註解299頁。

3) 但し三菱樹脂事件判決が、第3説を採用したのか、第1説を採用したのかは争いがある。わたくしは、三菱樹脂
事件判決の採用する立場を、表見的第3説(実質的第1説)と解している。この点については判例評釈で触れる。

4) 芦部・憲法学Ⅱ283頁。

5) 例えば芦部・憲法学Ⅱ314-327頁、伊藤正巳『憲法』初版(弘文堂、1982年)32頁、浦部・教室Ⅰ78-81頁、佐藤
幸治『憲法』第3版(青林書院、1995年)438頁等。

2 Duerig説

Duerigは、Nipperdeyの指導の下、伝統的基本権解釈に反してますます多くの勢力を集めている学説や、最近連邦労
働裁判所判決においてその最初の表現を得た学説を、体系的観点におけるその破壊的装置(Zerstoerungswerk)の故
に疑わしい(1)と評して、第2説を批判する。

ただNipperdeyと同じくDuerigも、基本法第1条1項が私法への基本権の作用 に対する本質的出発点である(Stern
(2))、という認識を持っていた。では何故同じ認識があったにも拘わらず、NipperdeyとDuerigの間には「ずれ」
が生じたのか。

① 自由>平等という認識 「ずれ」理由の要因として、Duerigが、基本法は平等(第3条1項)よりも自由(第
2条1項)を重く見ている、と考えている(3)という点があげられる。その結果、自由に設定された民事法秩序、
私的自治を形成する自由が重視され(4)、私法秩序への強制力を持った基本権の直接的介入には否定的な立場が生
ずる。

Duerigは以下の様に言う。

基本法の意味に忠実に、個人の尊厳、そしてその根本決定形態及び自由から、我々の法秩序を演繹し、尊重しよう
とする人は、基本法の有効性の下で、憲法上の基本権制度に向かい合う、民事法の基本的な自律性及び独自法則性
(die Eigenstaendigkeit und Eigengesetzlichkeit des Zivilrecht)をしっかりとつかまなければならない(5)。

② 当事者=共に基本権保持者であるという認識 Duerigには、私人間効力論における当事者双方が、共に基本権
保持者であるという認識があった。これがNipperdeyとの「ずれ」を生じさせた第2の要因である(6)。この「ず
れ」を前提に、
Duerigは次の事を主張した。

第三者指向性(Drittrichtung)の場面での基本権の絶対的効力は、個人自治及び自己責任の為に基本権により相対化
される。一中略一第三者方向からの侵害の防御への規範的手段は、私法の価値充填可能な、価値充填を必要とする一
般条項(wertausfuellungsfaehige und wertausfuellungsbedaeftige Genaralklauseln)なのである。その適用
を通じた過程は、一中略一私人の処分の自由についての基本法上の承認に基づき、法理論上且つ法体系上不可欠な私
法の独自性を一方では守り、他方法道徳における、勿論必要である法全体の単一性を守る(6)。

1) Duerig, a. a. O., S. 222.

2) Stern, a. a. O., S. 1544.

3) Duerig, a. a. O., SS. 216-217.

4) Duerig, a. a. O., SS. 217-218.

5) Duerig, a. a. O., S. 221.

6) Stern, a. a. O., S. 1545. Sternは、Nipperdeyにも本文の「認識」はあったが、Nipperdeyはその重要性を考慮し
なかった、と評している。

7) Duerig, a. a. O., S. 233.

3 日本における初期の間接効力説

① 『註解日本国憲法』説 前述の通り、日本で最初に人権の私人間効力を主張したのは『註解日本国憲法』であ
る。註解は、1「一般的には、憲法上の権利は、国家に対する人民の権利という性質をもつから」、私人間には「当
然に妥当」せず、従って人権を制限する契約も可能だとする。ただ、2憲法が人権を承認した事は、「それらの権利
が不当に侵されないことを以て国家の公の秩序を構成することを意味すると考えられるから」、合理的理由のない人
権制限は、「公序良俗違反」を構成する事があり得る(1)していた。

この註解の立場は、私人間効力論のベーシックフレームを提示したに過ぎない。第3説を「主張」した点は評価で
きるものの、公序良俗違反となり得る場合がどの様な事例かは、註解の説明では不明確なままであった。

② 宮沢俊義説 註解に次いで、私人間効力論を積極的に展開したのは、宮沢俊義である。宮沢は、1「具体的法
律関係の性質や」、私人間における「制約の内容ないし程度を総合的に見て、そこでの表見的な人権侵害行為に合理的
理由があるかどうかを判断した上」で、私人間効力を決するとする。そして合理的理由を欠く場合の例として、2
「人間性」の尊重と矛盾する様な制約、3勤労者の生活の根底を危うくする制約、4生まれを理由として不利益を与

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—
える私人の行為、5 Shelly v. Kraemerにおける「制限協定」等をあげる（2）。

1) 註解・299頁。

2) 宮沢・憲法Ⅱ249-250頁。

4 芦部信喜説（1）

芦部信喜は、宮沢説1の点について、判例に応じて以下の1-3の3つに分類し、第3説の内容を進化させたと評価できよう。

① 私的な人権侵害が法律行為に基づく場合 これが私人間効力論の最も典型的な形態だが、芦部は、この場合「民法90条が適用されるが、その際、憲法は『公の秩序』という一般条項の意味を充填する作用を果たす」事によって、私的行為を規制する、と主張する。そしてDuerigの様に、芦部は「人権規定の私人間における効力は私的自治の原則などによって相対化され」、「それぞれの私法関係の特殊性に応じて許容しうる人権規定相対化の程度ないし範囲をケース・バイ・ケースに明らかにし、権利の性質および事案の具体的事情を踏まえたうえで、個別的に適切な解決」を見いだす、としている。この類型1に該当する事案として、芦部は、三菱樹脂事件や「日中旅行社事件」（大阪地判昭和44年12月26日労民集20巻6号1806頁）をあげる。

② 私的な人権侵害行為は事実行為に基づくが、その行為自体が法令の概括的条項又は文言を根拠として行われた場合 類型②の解決プロセスも①と同様である（法令の概括的条項又は文言に憲法価値を充填する）。そして芦部は、類型①と②では「微妙な利益衡量を要する」と主張する。この類型②にあてはまる事案としては、「異教徒埋葬依頼拒否事件」（最判昭和36年6月21日判時341号19頁）がある。

③ 私的な人権侵害が純然たる事実上行為に基づく場合 芦部は、この類型について「憲法問題として処理することは困難」とするが、民法第709条への意味充填により第3説の趣旨は生かせると主張する。だがそれにも限界があり（2）、そこでstate actionの理論を用いるとする。類型3にあてはまるのが、前述の「宴の後事件」である。芦部の説いた第3説は、私的自治重視論であり、この点は基本的に、Duerig説と異ならない様に思われる（3）。但し芦部は、第3説を採用する理由の1つとして、「（第3説が）伝統的な法理論（二元論）に対して比較的忠実な法曹実務にも受け入れられ易い」（4）という事をあげ、実務誘導を視野に入れている点は、傾聴に値する。

1) 以下の芦部説については、芦部・憲法学Ⅱ296-301頁参照。

2) 芦部は、「公権としての基本権は直ちに民法709条にいう『権利』ではなく、行為の違法性を証明することの困難な場合もある」（芦部・憲法学Ⅱ314頁）から、本文の様に、民法第709条による救済は限界があるとする。わたくしは、この法実証主義的人権構成—地位論—で用いられる「公権」による理論構成が、通用するか疑問に思う。芦部は、民法で救済するのは私権、憲法で救済するのは公権であるという事を前提としているのだと思うが、これは一わたくしが再三批判してきた—二元論に基づくものである点は注意されたい。芦部による、民法第709条による救済は限界がある、という点については更に後述する。

3) ただこの点に関しては、芦部の「私の説いた間接効力説は、確かにデューリック教授の説いた間接効力説とは、その論理構造に若干異なるものがあるかと思いますが。私的自治の原則の根拠や位置づけに関する考え方にも違いがあるでしょう」という発言に注意せよ。芦部・宗教229頁参照。この芦部の指摘に関しては更なるDuerig説の検討を要しよう。

4) 芦部・憲法学Ⅱ289頁。尚（ ）内筆者。

5 浦部法穂説

浦部の立場は、「憲法効力説」（1）と呼ばれる。この説の特徴は、「直接と間接効力説の区別の重要性を認めず、具体的私法関係にできるかぎり憲法の人権保障の趣旨を及ぼそうとする」（2）点にある。ただこの説の論者としては、奥平康弘、浦部法穂、棟居快行等の名前があげられているが、奥平は第2説を前提とする（3）のに対し、浦部はあくまで第3説を前提とする点で、この憲法効力説内部でも細かく学説は分かれる。

浦部は、Duerigや芦部と異なり、理論的側面から第3説を根拠付けない。浦部は、第2説対第3説の議論を、「それほど本質的な問題ではなく、法的な理論構成としてどちらが美しいかという程度の問題でしかない」（4）と評価する。ただ浦部の「美的感覚」からすれば、第3説の方が「美しい」とされる。ただし「たとえその私人の行為を憲法違反だと言っても、損害賠償の請求は民法709条によらざるをえない」（5）からである。

芦部説と浦部説の差異は、芦部が「『直接効力説か間接効力説か』の二者択一で割り切るべきでない（が）—中略—決して両説の区別一般まで否定」（6）すべきでないという前提から、あくまで第3説を固持したのに対して、浦部は第3説を主張するものの、それは「美的感覚」という次元からの結論に過ぎないという事にある。

1) 深瀬忠一による学説名である。

2) 深瀬忠一「私法関係と基本的人権」百選Ⅰ23頁。

3) 奥平・憲法Ⅲ78頁。

4) 浦部・教室Ⅰ82頁。

5) 浦部・教室Ⅰ82頁。

6) 芦部・憲法学Ⅱ313頁。尚（ ）内筆者。

6 間接効力説の検討及び批判

① 間接効力説全体に対する批判

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」

i 二元論の固執と一般条項の関係 第3説は、理論的には第1説と第2説の折衷説である。第3説は、私人間効力は否定しないが(=第2説)、二元論の前提(=第1説)がある為、私法の一般条項を適用する。この点、奥平康弘は以下の様に言う。

憲法20条1項は「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する」とあって、素朴な解釈からすれば、誰による信教の自由の侵害も、憲法により禁ぜられている、ということになるのだが、じつはそうではなくて、公権力による侵害しか憲法は守ってくれないのだ、と通説から諫められる運命にある(1)。

何故奥平は、通説(第3説)から諫められるのか。その理由は、通説に残存する二元論に存する。通説は、「私人間の人権が問題となっている以上、公権力と国民の間を規律する公法は適用できず、私人間を規律する私法を適用する」と、奥平が取る第2説を諫めるのである。

ここでよく考えてみよう。恐らく第3説に対して市民の憲法感覚は、「ちょっと待ってほしい。私人間効力論で問題となっているのは、憲法の人権規定である。にも拘わらず、何故われわれは端的に憲法を適用してはいけないのか」という反論をする筈である。

芦部信喜は、かつて「憲法学者の『憲法解釈』と市民の『憲法感覚』(これも憲法解釈ではあるが)をぶっつけ合わせてみることも、必要である」(2)と主張していた。わたくしは、第3説が二元論の故に市民の憲法感覚と、大きく隔たりを生じさせていると思う。この点は問題である。勿論わたくしは、学者の法律(憲法)解釈と市民の法律(憲法)感覚が、常に一致する必要がある、とは思わない。例えば通常、市民の法律感覚は、重大犯罪の場合、犯罪結果の重大性のみを重視しがちであり、責任無能力で罪を逃れるのはおかしいという議論になりがちである(近時の少年犯罪に対する国民の反応もこれに近い)。だからといって市民の法律感覚に合わせる為に、学者が解釈上、犯罪阻却事由から「責任無能力」を削ってしまう、というのはおかしい。憲法(法律)の核心部分を守る為に、憲法学者の憲法解釈が、憲法感覚とずれる必要が、場合によっては必要となろう。

しかし第3説を一部支える二元論というのは、学説が守らねばならない「核心部分」と言えるか。二元論に何らかのメリットがあれば、守らねばならない「核心部分」とも言えるが、その様なメリットは見当たらないし、先の第1説批判で述べた通り、二元論自体が妥当性を欠くのである。それにも拘わらず、やはり第3説は一般条項を用いるのが妥当であると言うのであろう。しかし解釈論で一般条項を使うのは待ってほしい。この点、米倉明は以下の様に言う。

一般条項をどうしても援用せざるを得ない場合もあるけれど、できることなら、もっと具体的な規定を援用すること(たとえば類推適用すること)を心がけるべきである。それをしないで、もっぱら一般条項に頼るのでは一中略一せつかく多数の規定が用意されていることが無意味になる。一般条項を用いることは、法律論(法律構成)の放棄だからに思わなければならない(まさに放棄そのものなのである)(3)。

実は米倉が言った事は、法学部学生でも知っている、言わば“common sense in law”である。米倉は、先程の説明に続いて「具体的な規定を援用したエレガントな法律論」(4)を試みるべきとする。何故われわれは、「もっと具体的な規定—憲法の人権規定—を援用すること(類推適用すること)を心がけて「エレガントな法律論」を展開してはいけないのか。何故第3説の様にわざわざ一般条項を用いて、「法律論(法律構成)の放棄」をしなければならないのか。

この第3説と二元論の関係については、以下の奥平の指摘を妥当としよう。

この説は、そもそも総じて憲法規範はもっぱら国家に向けられているという伝統的な理解を所与の前提としたうえで、しかもなお、基本権規定が私人間へと浸透する余地を認めようと一きつい表現ではあるが一ことば的につつま合わせをしているだけではないか(5)。

ii 人権価値充填の振れ幅の問題 第3説は、私法の一般条項に憲法価値を充填する際に、裁判官の人権価値充填についての理解によって、結論に振幅が出るという問題がある。一般条項は、「その適用において適用者(裁判官)の広範な裁量が予定」(6)されているが故に、この様な振幅が生じるのは、当然の事なのである。阿部照哉は以下の様に説明する。

間接適用が全く適用を認めないのと同じことになる場合もある。これは人権規定によって保障された価値を何でもかんでも全て公序良俗の内容とみなさない場合である(7)。

阿部のこの主張とは逆の場合も有り得る。それは「何でもかんでも全て公序良俗の内容とみなす」場合である。第3説は、阿部が指摘する様な場合においては、實際上第1説と異なる事なく、阿部の指摘と逆の場合は(人権規定の相対化を認めない)第2説と異ならない。第3説を「振り子」にたとえると、この「振り子」は、第1説に傾く場合もあれば第2説に傾く場合もあり、問題と言わざるを得ない(8)。この点芦部は、人権価値の充填解釈の「振幅が大きいことそれ自体は、人権規定の効力をそれぞれの私法関係の特質に応じて相対化しつつ弾力的に拡張することをも可能にする点で、むしろ長所であると言うこともできる」(9)と主張するが、果たしてそうか。わたくしは、事案解決で大きい振幅が生ずる事は、法的安定性の要請を充たさず、「長所」とは言い過ぎであると思う(10)。

ただこの振幅の問題は、第3説ばかりでなく、第2説でも人権の相対化を前提する以上、生じ得る共通の問題である。そこで芦部が指摘する様に、私人間効力論では「私的自治の原則によって相対化される限度および対立する利益を調整する場合の衡量の基準をどう考えるか—中略—それを準則化することが必要」(11)であろう。その方向に議論をもっていけないと、第2説か第3説かという「非本質的な本質論による議論の混乱」(12)が生じてしまうであろう。

② 芦部説の問題点

i state actionの理論との関係 芦部説の問題点は、芦部自身が以下の様に説明している。

純然たる事実行為による人権侵害について、「民法709条による救済手段にも限界があるので、憲法問題として救済を図るにはステイト・アクションの理論が参照に値する」という類の書き方では、ミスリーディングであるかも知れません(13)。

芦部説の問題点は、a)純然たる事実行為に対して、民法第709条により救済する場合、限界があるのか、b)その故にstate actionの理論を持ち出す必要があるか、という2点である。

a) 例えば民法第90条は、公序良俗違反の「法律行為」を無効とするのだから、純然たる事実行為に対しては適用

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」

できない。だが第709の解釈は、同条に言う(法的)権利侵害を違法性に置き換え、それを「被侵害利益と侵害行為の態様」との相関関係で判断する、「相関関係説」(我妻栄)によるのが主流である(14)。この説によると一違法性があれば良いのだから(15)一事実行為も救済できる。故に第3説と民法上の相関関係説を結び付ければ、事実行為の救済に対して、民法第709条は限界をもたない。

b) そしてこの結果、救済手段にも限界があるという理由で、state actionの理論を持ち出す必要がなくなるのである。この為芦部説では、state actionが何故に必要とされるのかという批判が一比較法研究の重要性は認めるが生じるであろう。

ii 実務誘導との関係 芦部が、実務誘導を意図して第3説の理由付けを展開している点は、先にわたくしが述べた通り傾聴に値する。確かに前田雅英が、「学説は判例に使ってもらえなければ意味はない。平野(龍一)先生は、判例を批判している様に見えても、必ず継ぎ手は出している」(16)と、かつて司法試験受験生に対する講演会で述べた様に、学説が判例を批判ばかりしていて実務を動かさない、というのは問題である。しかし問題なのは、芦部の第3説と、芦部の裁判実務に対する「戦前の法実証主義の法律思想が極めて強(い)」(17)という批判との整合性である。第3説が、法実証主義の一面を残しているのは、二元論に固執している点から考えても明白であり、この第3説の方向で実務誘導を図るとするのは、芦部の法実証主義的実務への批判と矛盾してはいないであろうか。

③ 浦部説の問題点

浦部による、救済面を意図したアプローチからの第3説というのは、実際かなり説得力があるという点は、わたくしも認める。ただ「問題点」という程のものではないが、浦部の美的感覚は、救済法(損害賠償)との関係で第3説を採用しているが、実際の判決で「違法判決」と言うよりは、「違憲判決」とした方がインパクトがあるのではなからうか。社会一般への波及効果という点で第2説の方が良いのではないか。この浦部の指摘については、現段階では疑問を留保する。

- 1) 奥平・憲法Ⅲ78頁。
- 2) 芦部信喜『憲法叢説1 憲法と憲法学』(信山社、1994年)125頁。
- 3) 米倉明『プレップ民法』第2版(弘文堂、1993年)221頁。
- 4) 米倉・プレップ221頁。
- 5) 奥平・憲法Ⅲ77頁。
- 6) 内田・民法I 458頁。尚()内筆者。
- 7) 阿部・基本的人権106頁。
- 8) この点は、ドイツでも問題とされてきた。ただし「基本権が、憲法的根本決定と見做されている客観的価値秩序を含む」というリュート判決判示を前提とすると、客観的価値導入の際に、人権価値充填の振れ幅問題がやはり生ずるからである。Sternが、価値体系としての基本権との基本権理論上の関連性は、不確実性をもたらすと指摘するのは、この点と関係していると思われる。Stern, a. a. O., S. 1557.
- 9) 芦部・憲法学Ⅱ312頁。
- 10) この点法理念の一つとして、法的安定性を指摘したGustav Radbruch (1878-1949)の弁を参照せよ。Radbruchは、法的安定性の為には「裁判官が個々の事件につき—たとえば、『信義誠実』とか『公序良俗』とかいった一般条項を通じて—彼自身の価値判断にたよりすぎないようにすること」、という点を指摘する。Gustav Radbruch『法学入門』碧海純一訳(東大出版会、1961年)36頁。
- 11) 芦部・憲法学Ⅱ312頁。
- 12) 浦部・教室I 83頁。
- 13) 芦部・宗教227頁。
- 14) 民法第709条を巡る議論については、内田貴『民法Ⅱ』(東大出版会、1997年)332頁以下参照。
- 15) 尚芦部は、state actionを用いる理由として、前述にある様に、民法第709条を用いる際、行為の違法性を証明する事が困難な場合もある、という事もあげている。しかし、困難だからstate actionを採用する必要があると言うのは、論理の飛躍がある様に思う。
- 16) 前田雅英『刑法(総論)私の学説』。尚これは辰巳法律研究所の講義テープであり、本文の前田の発言は、わたくしがここからまとめたものである。尚()内筆者。
- 17) 芦部信喜『人権と憲法訴訟』(有斐閣、1994年)153頁参照。

VIII 総括

1 これまでのまとめ

本稿では、まず私人間効力論が難しいものであり、学説もまとまっていないという事を述べた(はしがき)。そして、基本的人権の沿革を説明し、従来の「人権=対国家規範」という理解だけでは不十分であり、人権の効力を私人にも及ぼすべき事を主張し、その理由付けとして、①社会的権力による人権侵害の問題、②全法秩序としての憲法、という2点をあげた(Ⅱ)。

次に、第1説を検討批判した。わたくしは、第1説が、①法実証主義→私人間効力否定という結論の妥当性、②二元論の正当性、という2点から問題であるとして、採用しなかった(Ⅳ)。

そして、国の人権保護義務論を扱った。この議論については、①「如何なる人権保護義務が、如何なるコンテクス

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
トにおいて、私人間の法律関係に発生するののか」を具体的に検討しなければならず、これは「如何なる人権が、如何なるコンテキストにおいて、私人間効力を認められる（認められない）のか」という実質論とかなり重なる為、人権保護義務論を採用するメリットがあるか、②人権保護義務を負うのが、三権の内どこか、という疑問を提示した。結論的にわたくしは、「司法」の人権保護義務に好意を示したが、国の人権保護義務の理論についての理解は、更なる研究を要する為、国（司法）の人権保護義務の理論の採用には、現時点では疑問を留保した（V）。

次いで、わたくしの採用する第2説を説明した（VI）。この説の論拠として、わたくしは、憲法内の人権規定を、全法秩序に対する原則規範と設定し、憲法という外枠で覆われた法秩序内部で存在する私法秩序は、その枠を破る事は許されず、私法秩序における人権侵害行為に対しては、憲法という枠を破ったが故に、その場合は端的に憲法を適用すれば良い、という事をあげた（VI2）。そしてドイツ、日本で主張されている第2説に対する批判を検討し、再批判をした（VI4、7）。

最後に、通説である第3説を検討した。ここでは、特に第3説を一部支えている二元論的アプローチが、市民の憲法感覚とずれているという事をあげ、批判をした（VII6）。

2 伝統的私人間効力論から実質論へ

わたくしは、前述の通り第2説を採用した。勿論他の論者は、第3説を採用かもしれない。しかし問題はその先である。わたくしが第2説を採用し、他の論者は、第3説を採用したと主張する事を以て、私人間効力論は終わってしまうのか。ここでわたくし、そして他の論者が主張している事は、単に、「憲法を持ち出す」とか「憲法価値を充填した上で私法を持ち出す」という、裁判規範のレベルの話なのである。この事が、私人間効力論の肝心な部分とはとても言えないし、この事を以て、私人間効力論を終わらせてしまうのは、とんでもない事である。

私人間効力論で、一番肝心な事は、はしがきで述べた実質論、即ち「如何なる人権が、如何なるコンテキストにおいて、私人間効力を認められる（認められない）のか」という事である（1）。これを解決しないと、私人間効力論を終える事はできない。この事を論ぜず、ただ単に、第2説対第3説という事を論じても無意味なのである（2）。この点で、わたくしは、橋本公巨による、第2説対第3説という次元の対立よりも、「基本権規定がいかなる場合に私人間にも及ぶか」という「実質論」に早く移るべきであり、「直接適用か間接適用かは、むしろ、憲法解釈としては、その次の問題」（3）という主張、及び芦部信喜による、「私的自治の原則によって相対化される限度及び対立する利益を調整する場合の衡量の基準をどう考えるか—中略—それを準則化することが必要」（4）という主張は、正鵠を得ていると思う。そこで以下、この実質論へ話を進めて行く。

1) 奥平・憲法Ⅲ79頁、大須賀編・憲法98頁（戸波江二執筆）参照。第3説を採用する戸波は次の様に述べている（大須賀編・憲法98頁）。「なお、人権規定が私人間に間接的に適用されるといっても、問題はまだ解決しない。私人間での人権制限の具体的状況を考察し、当該人権制限行為が違法で許されないものであるかどうかを判断しなければならない。その際には、制限された人権が直接適用を前提としている権利—中略—かどうか、重要な人権—中略—かどうか、また、当事者間の関係に事実上の力関係の相違があるか、などの事情がとくに留意されるべきである」。戸波の「事実上の力関係の相違」についての判断は、わたくしが本文中で述べた「如何なる人権」という事、又「重要な人権」についての判断は、わたくしの「如何なる人権が」という判断にそれぞれ対応してくると思われる。

2) 同旨、浦部・教室Ⅰ82頁、奥平・憲法Ⅲ77頁。浦部は、伝統的私人間効力論を「美的感覚」の問題と評し、一方奥平は「仮像問題」とする。

3) 橋本・憲法171頁。橋本は学説の対立を二の次としているが、阪本・憲法Ⅱ225頁は、両説の違いは「決定的で重要」とであるとする。阪本は、第2説が「私的自治」に優先する「個人の尊厳」を前提とする一方、第3説はこの両者を排他的に捉えない点に、両説の決定的な差があるとする。確かに阪本のこの説明は正鵠を得ていると思う。

しかし、憲法規範の構造から考えると、「個人の尊厳」は「私的自治」に優越するものと解すべきである。わたくしは、根本規範の内容に「個人の尊厳」を設定し、Nipperdeyの様に個人の尊厳を「憲法規範内部の上級規範、超実定法的な規範（uebergesetzliche Norm）」と解し、その下に憲法秩序—ここに私的自治が含まれる—が展開されると解するので、個人の尊厳は私的自治に優越すると見る。Nipperdey, a. a. O., S. 2.

4) 芦部・憲法学Ⅱ312頁。尚芦部は、注3)の阪本と同様、第2説と第3説の違いを指摘する。芦部は「（第2説の内）私法関係における人権規定の効力の相対化を認める説の場合でも、その相対化の程度を判定する際に行われる利益衡量の基準は、公権力による制約が許される限度を判定する基準に近いものになる可能性があるもので、一般に間接効力説の場合よりも厳しくなる」という事を指摘している。この点につき、芦部・憲法学Ⅱ313頁参照。尚（ ）内筆者。では、何故この様な事になるのか。それは注3)の阪本の指摘と関係する。第2説は、私的自治を無視する訳ではないが、私的自治よりも個人の尊厳を重く見るバイアスを持つので、芦部が指摘した事が生じ得る。この点更に検討を要すると思われる。

3 実質論を必要とする事例

まずここでは、実質論を必要とする事例は、如何なる事例かを考える。けだし、実質論が要らない事例において、実質論を論じる事は非生産的だからである。まず以下のA—Cの事例を想定する。

- A 私的人権侵害について保護立法が十分な場合。
- B 私的人権侵害について保護立法があるが不十分（不明確）な場合。
- C 私的人権侵害について保護立法がない場合。

以上の内Aでは、私人間効力論の実質論は不要である。仮に労基法が、女子若年労働年制を罰則を以て禁じており、日産自動車事件（最判昭和56年3月24日民集35巻2号300頁）が起こったとする。この場合は、私人間効力論を持ち出す事なく、当該保護立法（労基法）の解釈、適用をすればよい（1）。実質論が必要となるのは、B及びCである。労基法で、女子若年労働年制が禁じられていても、罰則が無く不十分であるとか、元々女子若年労働年制について、何らの法的措置もない場合に、男子定年労働との関係で女子若年労働年制が、憲法の観点から初めて私人間問題となる。

更にB及びCにおいて主張される人権に注意する必要がある。以下では、訴訟で主張される人権を、私人間効力との関係でまとめたものである。

- 1 憲法上私人間効力が明文上是認されている人権が争われている場合。
- 2 元々私人間効力が問題とならない人権が争われている場合。
- 3 明文されていないが、性質上私人間効力を内在させていると解釈できる人権が争われている場合。

4 条文及び解釈によっても私人間効力の可否が不明確な人権が争われている場合。

まず2に該当する人権は、第32条以下で規定されている刑事手続に関する諸権利である。これらの人権は、対国家規範性のみを念頭においているから、私人間効力論を論じる必要はなく、故に実質論を議論する必要はない。「裁判を受ける権利」（第32条）の私人間効力というのは、あり得ないというの明白である。

そして1に該当する人権は、日本国憲法では第15条4項後段、基本法では第9条3項2文(2)である。これらの権利は、元々私人間効力を規定している以上、改めて私人間効力を論じる必要はない。第15条4項の私人間効力が、何故是認されるかという点、同条項は、「私的にも責任を問われない」と規定しており、この事は「選挙人の選択を理由として彼に不利益をもたらす内容の法律行為をいっさい無効とする意」（下線筆者）(3)と解されるからである。

又Sternは、後者について以下の様に言う。

私法主体は、その法律行為上の関係において相手方に対し、もし基本権規範が明確に一基本法第1条3項と異なるのだが、基本権の直接効力を命じているならば、直接に基本権を援用し得る。一中略一基本法は第9条3項2文において、団結の自由の私人間効力を引き受けている。一中略一この事は、この基本権が直接的に、私法上の法律関係においても、特に労働法上の法律関係においても、効力を有するという事を意味する。国家権力の機関ばかりでなく私法主体、特に（私法上の）団結それ自体も、義務づけられているのである。それらは第9条3項2文の直接的な受範者である。言い換えるとそれらの法律関係は基本権規範によって、直接理解される。私法上の諸規定やその解釈を通じた回り道は必要とされていない(4)（下線筆者）。

1に該当する人権が私人間で問題となっている場合、端的に、憲法上禁止されている行為の有無が判断される(5)。そしてこの人権を適用する場合、Sternが言う様に「回り道」を必要としない。つまり第3説を採用する論者でも、憲法を適用する事になる。

3に該当する人権は、労働三権である。もし労働三権が、対国家規範のみの性格しか持たないとすると、おかしな事になる。ただし私企業で働く国民の方が、公務員として勤務する国民よりも数の上で圧倒的に多く、憲法が多数の私企業で働く国民の労働三権を無視しているとは解されないからである。つまり労働三権は、憲法上の明文規定はないが、解釈上私人間効力を持つと解釈される(6)。この3に該当する人権が、私人間で争われている場合は、1と同様に、憲法上禁止されている行為の有無が判断されれば良いのであり、憲法を適用する事になる(7)。

私人間効力論における実質論が必要となるのは、実は4のみである。日本では、1から3までと、4を含めて、1つの私人間効力論という論点で論じてしまっており、それが議論の混乱の1つの要因となっていると言えよう(8)。

4に該当する権利は、適正手続条項(第31条)である。ここで、ある政党に所属する国会議員が、弁解の手続も与えられずに、政党からの除名処分を受け、それに対して、この国会議員がデュープロセス違反を理由に出訴したという事案を仮定してみよう。第31条は、文言上「刑事手続」と規定されており、私人間効力を元々予定していない2に該当しそうである。しかし同条の沿革は合衆国憲法にある事、しかもアメリカでは、例えば実際の憲法訴訟で、適正手続条項が私人間の訴訟で援用されている(9)事を考えると、日本法でも私人間効力論で援用し得ると「解釈」する事も可能である。

しかし4に該当する人権については、文言、解釈の両面を考慮しても、-3と比べて-私人間に適用できるか否かは分かりにくい。そこで以下の実質論を考慮する事が必要となる。

以上のまとめをしよう。結局、私人間効力論における実質論を論じなければならない場合は、ごくわずかなのである。実質論を論じる必要のある事例というのは、以下の様になる。

私的人権侵害について保護立法があるが、不十分(不明確)な場合、又は、私的人権侵害について保護立法がない場合において、条文及び解釈によっても私人間効力の可否が不明確な人権が争われている場合。

1) 本文の類型Aに該当する事案は、実は三菱樹脂事件である。ただし、この事件の最高裁の結論は、結局労基法を下に導き出されているからである。しかし、この事件では、華々しく私人間効力論について判示されているが、その原因については、後の判例評釈で述べる。

2) Sternは、基本法第9条3項2文の他に、「第48条1項2項も、直接的な私法上の効力を定めている」とする。Stern, a. a. O., S. 1571.

3) 宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』第2版全訂版(日本評論社、1978年)227頁。他に第15条4項の直接効力を是認する説として、芦部・憲法学Ⅱ291頁。

4) Stern, a. a. O., SS. 1570-1571. 基本法第9条3項2文は、同条同項1文を前提に私人間効力を是認していると解される。

Art. 9 Abs. 3 Satz. 1 GG: Das Recht, zur Wahrung und Foerderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden ist fuer jedermann gewaehleistet (下線筆者)。

Art. 9 Abs. 3 Satz. 2 GG: Abreden, die dieses Recht einschraenken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Massnahmen sind rechtswidrig.

5) 但しこの様に言い切って良いかは、若干疑問の余地がある。もし1に該当する人権を向けられた一方私人が、その権利を制約できる権利を有していると主張する場合、どの様にこの両権利を調整したら良いか。この場合は後述する実質論における判断基準を使う事になる(但し、日本国憲法の場合、投票上の秘密を制約できる権利を、一方私人が有するという場合は想定しにくい)。

6) 3に該当する権利の範囲は、解釈を挟むが故に、論者によって事なる事に注意されたい。

7) 労働三権の直接適用を承認するのは、芦部・憲法学Ⅱ291頁、伊藤・憲法31頁、佐藤功『日本国憲法概説』全訂第4版(学陽書房、1991年)154頁等。宮沢(芦部補訂)・全訂283頁は、第28条が「国による法律の制定をまたず、本条が保障する労働三権を原則として否定するような契約を直接に無効とする趣旨をもつ」としている。尚注5)で述べた様に、労働三権が向けられている私人の側に、労働三権を制約する正当な権利がある場合の、調整方法が問題となる。この場合も、注5)で述べたのと同様に、後述する実質論における判断基準を使う事になる。

8) 1と3を考察する場合においては、これまでの第1説から第3説までの、裁判規範をめぐる論争は、無意味であったという事が分かる。ただし1と3に該当する人権は、元々直接適用を可能にしているからである。

9) 「Jacksonは、料金不払を理由とした彼女に対するMetropolitanの電気サービス終了行為は一中略—“state action”を構成し、結果適正手続に関する修正第14条の保障の違反により、彼女から財産を奪った、と主張している」。Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345, 348-349 (1974)。尚このJacksonの主張は、本件では否定されている。 und fuer alle Berufe

4 実質論（私人間効力判定基準）

では、以上の認識を下に、どの様に実質論（私人間効力判定基準）を考えていくべきか。これについて長尾龍一は、「力関係」、「関連性」、「差別の性格」を判断基準として用いる事を主張する。長尾は、「力関係」については「社会的有力者（たとえば、企業、特に大企業）がそうでない者にする差別は、厳しい評価を受ける」とし、「関連性」については「政党や宗教団体の機関が、信者だけを採用し、離反者を排除するのは、団体の目的と差別事項との関連性があるが、普通の営利企業がそうするのは関連性が乏しいから厳しく評価される」とし、「差別の性格」については、人種差別や部落差別を「格別に許しがたい」と主張している（1）。長尾の以上の指摘は、確かに正鵠を得ているが疑問もある。わたくしの実質論を以下展開しながら、長尾説も検討していく。

わたくしは判定基準として、A当事者の確定、B人権価値の比較、C個別事件の具体的状況の検討、Dstate action、の4要件が必要になると考えている。

A 当事者の確定 この要件では、当該訴訟が「自然人対自然人」「自然人対法人」「法人対法人」のいずれの間で争われているか、という事が確定される。

この要件の判断は比較的容易である。ただし私人間効力論は、この対立図式の内、殆どが「自然人体法人」の図式を取るからである。言い換えると「自然人対自然人」「法人対法人」の対立図式は、私人間効力論では稀な事例なのである。「自然人対法人」という図式が確定された場合、わたくしは自然人の人権の私人間効力を認めるというバイアスをかけるべきであると思う。ただし元々「人権」という言葉は、—fundamental human rights (英)、Menschenrechte (独)、droit de l'homme (仏)にも示されている様に—その享有主体としては具体的な「ヒト」を前提としていたからである。つまり人権は、「自然人」の為のものという事を大前提とせねばならず、法人の人権は、この大前提の前では退却を余儀なくされざるを得ないと思う。

しかも私人間効力論は、社会的権力からの人権の保護という点から出発したのである。そこで、社会的権力の人権を優先させる事は、本末転倒であると言わざるを得ない。よって以上の結論が妥当とされよう。この要件は、長尾が指摘した「力関係」と密接に関係する。わたくしは、「力関係」についての長尾の指摘は、妥当でないとは思わないが、少し問題があると思う。何故なら長尾の「力関係」の説明を反対解釈すると、力のない企業—中小企業—の差別は是認しても良いと考えられる—曲解される—危険性があるからである。長尾説では、中小企業（通常の営利企業の場合）であっても信条を理由に差別する事は、「関連性」の点から許されない事になると思われるので、問題はない。わたくしは、力の関係で判断せず「法人か否か」で判断するので、当事者一方が法人であれば、大企業であろうとなかろうと、自然人優位に理論構成をするので、以上の様な危険性はない。ここでは単なる力関係で判断する事が問題である事に注意しておきたい。

B 人権価値の比較 この要件は、私人間効力論では紛争当事者は共に「基本権保持者」であるが故に、究極的には対立する人権どうしの比較で決めるしかないという事から必要とされる。場合によっては要件Aにおける、自然人優位のバイアスを逆転せざるを得ない事がある為、要件Bが必要となる。この要件Bでは、当該訴訟で、1自由権と自由権が争われているのか、2自由権と対社会権が争われているのか、又問題となっている自由権が、精神的自由権なのか経済的自由権か、又内心の自由か外面的自由権か、という事を考慮しなければならぬ（2）。

要件Bの審査では、わたくしは、精神的自由権を主張する者、特に内心の自由を主張する者を優位に扱うべきと思う。日本の私人間効力論の大半は労使関係で問題となり、大抵そこでは精神的自由権と経済的自由権が争われるから、以上の様な前提を立てても許されるだろう。

C 個別事件の具体的状況の検討 しかし類型1の内やっかいなのは、精神的自由権どうしが争われている事案、例えば報道の自由対プライバシーの権利が問題となる場合である。ただし「報道の自由」と「プライバシー」の価値を単純に比較する事はできないし、更に法人だからといって、常に法人を負かせる訳にはいかないのである。

この場合、刑法上の議論を併せて考えなければならないが、まず当該プライバシーを侵害されたとする側が、「公務員か私人か」という事を確定しなければならない。この場合プライバシーを私人が享有している場合、プライバシーの権利の私人間効力は認められやすくなる。逆に言えば、例えば国政を担当する様な国会議員のプライバシーの私人間効力は認められにくくなる。何故なら、国民の知る権利という観点から、前田雅英が指摘する様に「国民がその主権を行使するには、それを支えるだけの情報を自由に知り得る事が必要」（3）だからである。

但しプライバシーを主張する人物の観点から、一途両断には決められない場合もある。たとえ私人のプライバシーが問題となる事案でも、その私人がpublic figuresである場合（「月刊ペン事件」〔最判昭和56年4月16日刑集35巻3号85頁〕参照）、「プライバシー権の拡大の要請も存するが、社会的に多大の影響力のある人物の私行は公共の利益が及ぶと解すべき」（4）であり、この場合、報道の自由を優先させるべきであろう。

又人物からのアプローチばかりでなく、報道内容からのアプローチも考慮しなければならない。国会議員のプライバシーでも「公務員としての活動に全く関連のない私的事項は除外して考えるべき」（5）、つまりプライバシー権の私人間効力を認めるべきである。以上の様に、報道の自由対プライバシーの権利が問題となる場合は、要件Bの審査だけでは不十分である事に注意しておこう。上で見た様に、場合によっては、要件Cが必要とされる。

D state action 最後に当事者一方の行為が、state actionと認められれば、他方の私人間効力が認められやすくなる（6）。state actionについての説明は、第二部で詳しく展開するが、例えば一方私人が「公的機能」等を演じている場合、他方私人の人権の私人間効力が是認されやすくなる。

1) 長尾龍一『憲法問題入門』（ちくま新書、1997年）98-99頁。

2) 但しここでは、人権に価値序列を付ける事が妥当か否かは—二重の基準論とも関係して—問題となろう。

3) 前田雅英『刑法各論講義』第2版（東大出版会、1995年）133頁。

4) 前田・各論139頁。

5) 前田・各論140頁。

6) 前述した様に(VI 1注3)、Sternは、私的権力、社会的権力によるアプローチに批判的である。Sternの言う通り「権力」概念は国家統治の特別な属性であり、法的には私的権力という「言葉」は確かに変であるし、「強制」や「権力独占」というMerkmalは私法には存在しない。しかしこの立場を前提とすると、state actionの理論は採用されにくくなる。けだし事実的には私的権力だが、例えばそれを「公的行為」のフィルターを通す事により公的権力化する事は、私法において存在しないMerkmalを認める事になるからである。

Stern自身は社会的権力の問題について以下の事を主張する(1-5の番号は私が補った)。1私的権力による人権侵害については、立法措置で対処すべき。2元々私的権力による人権侵害の例は、始めは私法上の限界に出くわした現象であり、それらは特別法やBGB第138条で対処すべき。3又国家は特別法や、新しい規定に基づく判決により弊害を除去し得る(例えば競争制限禁止法〔das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen〕

第25-27条等は、経済上の権力についてかなりコントロールを与えている)。4基本権と社会的権力というのは複雑な複合体であり、その複合体は、基本権についての直接効力の意味において、一次元的に解決されねばならないのではない。5直接効力説の「埋葬(Begraebnis)」により、社会的権力についての基本権拘束力が表舞台から退く事は、「非運(Verhaengnis)」ではない。Stern, a. a. O., SS. 1592-1594.

くどいようだがSternの言う様な、競争制限禁止法等があれば、私人間効力論は出番がないのである)。立法化がなされていけば、私人間効力論における全ての学説が「埋葬」される。けだし私人間の人権侵害救済立法固有の解釈をすればよく、そもそも学説の出番がないからである。学説の出番がない場面を想定して、第2説を批判するStern説は妥当性を欠くと言える。

第二部 判例評釈

IX 日本の判例評釈

1 概説

わたくしは先に(VIII 4)、私人間効力論における実質論の判断基準として、(1)当事者の確定、(2)人権価値の比較、(3)個別事件の具体的状況の検討、(4)state actionを提示した。そこで以下この判断基準を用いて、最高裁判例を中心に判例評釈を試みる。そして、その後残されたままになっているstate actionの理論を検討していく。

2 日本の判例理論の推理

(1) 第1期 一般的にわれわれは、私人間効力論のリーディングケースを三菱樹脂事件とするが、別に最高裁を含め、三菱樹脂事件まで、裁判上私人間効力論が問題にならなかったのではない。この第1期においても私人間効力論が判例に登場するが、ただ判例の態度は「不明確」1)だった。この第1期は、「憲法制定後一昭和30年頃まで」続いた。

(2) 第2期 この時期は、「昭和30年頃一昭和48年(三菱樹脂事件判決前)」まで続いた。この時期は、下級審判例が中心なのだが、この時期を「第2説、第3説混合期」とでも評する事ができよう。この時期は、確定した最高裁判例もないので、下級審の議論が入り乱れている状況だった。

(3) 第3期 ①最高裁 ここに該当する最高裁の判決が、三菱樹脂事件及び昭和女子大事件(最判昭和49年7月19日民集28巻5号280頁)である。この時期の最高裁は、「表見的第3説(実質的1説)」という立場を取っていたと言える。前述の様に(VII 1注3)わたくしは、日本の通説的見解である、三菱樹脂事件=第3説という捉え方に疑問を持っているため、ここでは以上のようにネーミングをした。

②下級審 三菱樹脂事件で最高裁が、一表見的であれ一第3説を判示したことを受けて、下級審は第3説の立場で固定する。三菱樹脂事件以降下級審が第2説か第3説を採用すべきかという事について、もめている状況はない様に思われる。

(4) 第4期 下級審は第3説でかたまっがが、最高裁は先に「表見的」と評した様に、名実共に第3説を採用した訳ではなかったが、第4期にいたり名実共に第3説で固まったと評価できる。この第4期に該当する判例が日産自動車事件(最判昭和56年3月24日民集35巻2号300頁)である。この事件の最高裁判示については、学会レヴェルでは、最高裁に賛同する方向で一致しており、私も判示に異論はないので、評釈は試みない2)。

1) この時期の判例については橋本・憲法174-175頁参照。橋本も「最高裁判所の判例理論は、はじめ明確を欠いていた」とする。橋本・憲法173頁。

2) 芦部信喜『憲法判例を読む』(1987年)80-81頁。

3 第1期判例(十勝女子商業事件) 1)

(1) 事実の概要 共産党員である原告原千代(以下Xとする)は、被告私立十勝女子商業高校(以下Yとする)の和裁部主任教師として、「校内では政治活動をしてはいけない」という条件の下に、雇用された。しかしXは、ぬやまひろし著『愛情の問題』(日本青年共産同盟)を生徒に売却した3)として、Yにより解雇された。

これに対しXは、校内での政治活動の事実はないのに解雇されたのであり、本件解雇は契約違反である、本件解雇は政治的意図を持った解雇であり、憲法第14条、19条及びボツダム宣言に反するとして、雇用契約解除無効確認請求及び俸給支払請求のために出訴した。Xは第1審、第2審共に敗訴した。そこでXは本件契約条件が、Xの思想の自由、信教の事由、表現の自由、政治活動の自由を制約し、憲法違反又は公序良俗違反であるとして上告した。

1) 最高裁昭和27年2月22日第2小法廷判決(昭和25年〔オ〕第7号雇用契約解除無効俸給支払請求事件、民集6巻2号258頁)。

2) この点は第1審の段階でX、Y双方の主張が食い違っていた。Xはこの条件が無く、Yはこの条件があったと主張した(民集6巻2号263-264頁)。第2審ではこの点、第1審証人の証言に基づいて、この条件があったものと認定している(民集6巻2号265頁)。

3) この点も注2)と同様食い違いがあった。Xは『愛情の問題』を休日に、学校外で売却したことはあるが、学校内での売却の事実はないと主張したのに対し、Yは校内で売却したとしている(民集6巻2号263-264頁)。この点も第2審では校内での売却の事実を認定している(民集6巻2号266頁)。

(2) 判旨 「憲法で保障された、いわゆる基本的人権も絶対的のものではなく」、①「自己の自由意思に基づく特別な公法関係上又は私法関係上の義務によって制限を受けるものであることは当裁判所の判例(昭和25年〔ク〕第141号、同26年4月4日大法院判決参照。判例集5巻5号215頁)の趣旨に徴して明らか」であり、「以上の理は」本件の場合も異なるところはない。②「しからば原告が自己の自由なる意思により校内においては政治活動をしないことを条件として被告学校に雇用されたものである以上」本件特約は有効であって、③「これをもって所論憲法または民法上の公序良俗に違反した無効のものであるということとはできない」。

(3) 実質論に基づく類型化 本件を実質論から検討する。まず「当事者の確定」については、「自然人(X)対法人(Y)」という構成をとるので、この段階ではXの権利の私人間効力が是認される。次に「人権価値の比較」については、「精神的自由権(X)対経済的自由権(Y)」という構造になる。つまりXを勝訴させる前提が妥当とされるべきである。ただ本件では「個別事件の具体的状況の検討」が必要となる。本件は高校における雇用契約が問題となっており、その為、いくらXが政治活動の自由を有するとしても、授業時間中に政治活動をする様な事は是認されるべきではない。

最後にstate actionについては、Yのstate類似性が認められる場合もあると思われる。芦部信喜は、state actionの理論を「私立大学」について適用し得るとしている¹⁾。これを下に、私立高校にもstate actionの理論は適用できないであろうか。確かに、私立大学と本件の私立高校を同一に論じてしまうのは問題である。しかし私立高校の果たす役割は、今日では相当公的になっている事、私学助成の点で公権力とつながりがある事²⁾等を考慮すれば、state actionの理論を用いる余地もあるのではなかろうか。

1) 芦部信喜『演習憲法』新版(有斐閣、1988年)35-42頁参照。芦部は、Evans v. Newton, 382 U.S. 296, 299 (1966)で判示された「公的機能論」(私人又は私的集団が、性質上権力を行使したり又は統治機能を行使する場合には、その私人又は私的集団は、州の代理人又は州の手段になり、修正第14条に服する)と、Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715, 721-726 (1961)で判示された「州と私的行為のかかわり合いの理論」(ある州が私人と共同参加者[joint participant]であった場合、この私人が人種を理由にサービスを拒絶すれば、修正第14条の平等保護条項に違反する)、という2つの理論を組み合わせれば、私立大学にstate actionの理論を適用する事も「絶対に不可能ではない」としている。

2) 但し私学助成の存在があれば、私人の行為がすぐにstate actionとみなされるというのではない。芦部・演習41頁参照。

(4) 評釈 まず問題となる点は、判示①の部分である。この①の部分は、「論理構成は不十分であり論理も不明確」¹⁾と言わざるを得ない。判示①は実は如何様にも解釈できる。この点、奥平康弘は以下の様に言う。

第1の、昭和20年台のグループに属する判例(本件もここに含まれる)は、これを読む者の側で意見がわかれる。ある者は、私人間にも基本権規定の適用があることを前提としたうえで、特殊法律関係における例外を説明したものと解す。すなわち、いわゆる直接適用説の表明だという。他の者は、いわゆる間接適用説を採ったものだという。また、ここには、どうも特別権力関係論が1枚かんでいるようにも思う²⁾。

例えば久保田きぬ子は、「本判例が、憲法第21条の保障をもって、ただちに私人による自由の侵害に対する保障をも含むとの前提のもとに、私立学校における政治活動禁止の特約を憲法上の問題として扱ったことは、基本的人権の保障の本質を誤って解したものだ³⁾と批判している。又田中二郎は本件判示を、特別権力関係論と対比して説明している⁴⁾。

わたくしは、判示①について久保田の様に、本件で最高裁が第2説を採用した、と解する事はできないと思う。けだし①はただ単に、私人間では基本権も相対化される、という一般論を述べているに過ぎないからである。この事は、第3説でも論じている事であり、第2説を採用したとは即断できない。芦部は、「そう(判示①=第2説)断定するに判旨の論理は不明確」⁵⁾としているが、この芦部の評価を是としよう。

わたくしは、判示①では、一先にも述べた様に一私人間では基本権も相対化されるという一般論が、特別権力関係との対比で述べられているに過ぎない、と思う。つまり最高裁は、「一般権力関係では基本的人権が全面的に通用する一特別権力関係でも以上の事が前提とされねばならないが、自由な意思で特別権力関係に入った以上、その関係に特有の性質により制約される(全面的に通用しない)」と、まず前提を作り上げ、それと対比させる形で私法関係について、自由な意思で(私的)特別権力関係に入った以上、その関係に特有の性質により制約される(全面的に通用しない)という事を言っているに過ぎないのである⁶⁾。そしてこの点一私人間における人権の相対効一は、当たり前の事であり、本判決は、芦部の言う様に「判例としての価値はとくに大きくない」⁷⁾と解するのが妥当であろう。

次に問題となるのは判示②の点である。ここでは、「本件特約の合理性の有無」が審査されねばならない。芦部は、本件特約について「ここでの私法関係の本来の目的からみて、すなわち学校の性質からいっても教育基本法8条2項の趣旨からいっても、決して著しく不合理なものとは言えない」⁸⁾としている。

「個別事件の具体的状況の検討」で述べた通り、確かに授業中に、政治宣伝をするような教員は問題であり、その故に解雇されるという旨の特約を結んでも、不合理とまではいえないだろう。本件の芦部評釈は、以上の事から直ちに公序良俗違反とはいえないと結論付けているが、特約の合理性の有無とは別に、「本件解雇の合理性の有無」という問題が、別に残る事に注意すべきである。判示③では、「本件特約」と「本件解雇」の両者の合理性の有無が問われるべきであるが、本件では全社の審査しかしていない点で問題である。

本件特約は、佐藤功が指摘する様に、「『政治活動』という概念は極めて漠然とした観念であり、(現にXは原審では、当該書籍の販売は『文化活動』であるとしている)不当な人権制限の根拠に拡大されるおそれもあるのである」⁹⁾という状況を引き起こす危険性をもつのであり、解雇の妥当性が厳しく審査されねばならない。

本件が問題となった時代を考えると、本件は、日本青年共産同盟発行の書籍をXは売却したが故に、安易に政治活動該当性が認定されたのではないか、という疑問を持たざるを得ない。もしXが売却した本が、ウエーバーの『職業としての政治』であつたら、同じ政治に関する本であつても、特約上の政治活動に該当するとは判断されなかつたで

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
あろう。この点わたくしは、本件判示は時代背景に流されすぎたのではないか、と思う。また学校内で販売した場合でも、授業時間内か否かで、解雇の合理性判断は異なってくると思う。本件判事は、個別事件の具体的状況の検討が足りないと言うべきである。

(5) 結論 本件判決は、まず判示①について論理上曖昧さがあり、判示③では、特約の合理性があることをもって、公序良俗違反ではないと即断し、解雇の公序良俗違反について審査が不十分である点で、著しく妥当性を欠くと思われる。

- 1) 芦部信喜「私法関係と基本的人権」我妻栄編『憲法判例百選』（有斐閣、1963年）11頁。
- 2) 奥平康弘「私人間における思想・信条の自由」ジュリ553号46頁（1974年）。尚（ ）内筆者。
- 3) 久保田きぬ子「政治活動をしないことを条件とする雇用契約と基本的人権」我妻栄編『判例百選』第2版（有斐閣、1965年）11頁。
- 4) 田中二郎『行政法上巻』全訂第2版（弘文堂、1974年）94頁注1参照。
- 5) 芦部信喜「私法関係と基本的人権」我妻編・憲法百選』11頁。尚（ ）内筆者。
- 6) 同旨、芦部信喜「私法関係と基本的人権」我妻編・憲法百選11頁。芦部は、本件判事が「自己の自由意思に基づく特別な公法関係上の義務」による人権制約の問題と同趣旨の前提に立っているとしている。
- 7) 芦部信喜「私法関係と基本的人権」我妻編・憲法百選11頁。
- 8) 芦部信喜「私法関係と基本的人権」我妻編・憲法百選13頁。
- 9) 佐藤功「特別の公法関係又は私法関係と基本的人権」我妻栄編『行政判例百選』増補版（有斐閣、1965年）35頁。

4 第2期判例

この時期は、前述したように「昭和30年頃—昭和48年（三菱樹脂事件判決前）」まで続き、「第2説、第3説」が入り乱れている状況にあった。芦部＝戸松編・体系における「直接適用されたとした事例」と、「民法90条等を媒介として間接的に適用されたとした事例」の部分に掲載されている判例を見ると、この時期第2説を採用した判例が7件、第3説を採用した判例が17件ある。以上見た様に、この時期の判例は第2説、第3説が混在していた。そこで最高裁のきちんとした、私人間効力に関する判断が望まれることになる。そしてこの状況下で次の三菱樹脂事件が登場するのである。

5 第3期判例（最高裁、三菱樹脂事件）1)

(1) 事実の概要 原告高野達男（以下Xとする）は、昭和37年被告三菱樹脂株式会社（以下Yとする）が実施した社員採用試験に合格した。そしてXは、翌年東北大学卒業後に、3ヶ月の試用期間を経てYに本採用される筈であった。しかしXは、上記試用期間終了直前に、Yから試用期間終了と共に本採用を拒否する旨の通知を受けた。このYによるXの本採用拒否をめぐって争われたのが、本件の三菱樹脂事件である。

尚Yは、Xが採用試験の再提出を求められた身上書の所定の記入欄に、虚偽の事項を記載し、又記載すべき事項を秘匿し、面接試験の際にも虚偽の回答をしたが、これらの行為は民法第96条の詐欺に該当するという理由で（民集27巻11号1539-1549頁）本採用を拒否した。尚上記秘匿事項、虚偽回答事項に関する事実は以下の通りである。

①Xが東北大学在学中、同大学川内分校学生自治会（全学連所属）に所属し、かつその中央委員の地位にあり、同自治会長らが採択した運動方針を支持し、又日米安保条約改定運動を推進していた。②昭和35年5月から同37年9月までの間、無届デモや仙台高等裁判所内における無届集会、ピケ等に参加（参加者の中には住居侵入罪による有罪判決を受けた者もいる）する等各種違法な学生運動に参加していた。Xは、この2点につきこれらの事実を記載せず、面接試験における質問に対しても、学生運動をした事はなく、これに興味もなかった旨虚偽の回答をした。又③Xは、東北大学学生生活部員として同部から手当てを受けていた事実が無いのに、月4000円を受けていた旨の虚偽の記載をし、又純然たる学外団体である生活協同組合において、昭和34年7月理事に選任され、同38年6月まで在任し、かつその組織部長の要職にあったにも係わらず、これを記載しなかった。

XはYの本採用拒否に対して、地位保全の仮処分を申請・容認されると共に本訴を提起した。第1審、第2審（東京地判昭和42年7月17日、東京高判昭和43年6月12日）共にX勝訴の判決が下った。それに対してYが上告した。

1) 最高裁昭和48年12月12日第2小法廷判決（昭和43年〔才〕第932号労働契約関係存在確認請求事件、民集27巻11号1536頁、判時724号18頁）。

(2) 判旨 【Xの秘匿、虚偽深刻と思想、心情の関係】 「労働者を雇い入れようとする企業者が、労働者に対し、その者の在学中における右のような団体（Y側上告理由における、Xが所属していたとされる団体の事—筆者注—）加入や学生運動参加の事実の有無について申告を求めていることは、①「直接その思想、信条そのものの開示を求めるものではないが」、「ことに本件において問題とされている学生運動への参加のごとき行動は」、「多くの場合、何らかの思想、信条とつながりをもってしていることを否定することができない」。②「しかし、そうであるとしても」、入社試験に際しこれらの事実についての申告が許されるか否かは、「おのずから別個に論定されるべき問題である」。

【基本的人権の本質論】 憲法の自由権規定は、③「国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的自由と平等を保障する目的に出たもので」、「私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」。④「このことは、基本的人権なる観念の成立および発展の歴史的沿革に徴し、かつ、憲法における基本権規定の形式、内容にかんがみても明らかである」。

【私人間効力論】 私人相互の権利が矛盾、対立する場合、この調整は、⑤「近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える場合にのみ、法がこれに介入しその間の調整をはかるという建前がとられているのであって」、⑥「憲法上の基本権保障

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」規定をそのまま私人相互の関係についても適用ないしは類推適用すべきものとするは、妥当ではない。又⑦「私人間の関係においても」、「一方が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるを得ない場合」があるが、「このような場合に限り憲法の基本権保障規定の適用ないしは類推適用を認めるべきであるとする見解もまた、採用することはできない」。

そして以上の様な私的支配関係において、個人の自由、平等に対する具体的な侵害や、その恐れがあり、その態様や程度が社会的に許容し得る限度を超える時は、⑧「これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能であるし、また、場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって」、適切な調整を図る事も可能である。

【思想、信条調査】「ところで、憲法は」思想、信条の自由や、法の下での平等を保障すると同時に、⑨「経済活動の自由をも基本的人権として保障している」（憲法第22条、第29条）。⑩「かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し」、雇用にあたりどのような者を採用するか、如何なる条件で雇用するかについて、⑪「法律その他による特別な制限がない限り、原則として自由これを決定することができるのであって、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもって雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とするはできない」。憲法は、前述の様に直接私人の行為を規制するものではなく、又労働基準法第3条は、⑫「雇入れ後における労働条件についての制限であって、雇入れそのものを制約する規定ではない」。又思想、信条を理由とする採用拒否は、ただちに不法行為、公序良俗違反とする事もできない。

以上の様に、⑬「企業者が雇用の自由を有し、思想、信条を理由として雇入れを拒んでもこれを目して違法とすることができない以上、企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためにその者からこれに関する事項についての申告を求め、これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない」。

【本採用拒否と労基法第3条】尚本件Xに対する採用拒否は、⑭「雇入れ後における解雇にあたる（る）」。そして本件における本採用拒否、すなわち解約権留保の行使は、⑮「解約権留保の趣旨、目的に照らして、客観的に合理的な理由が存し社会通念上相当として是認される場合にのみ許される」。そして本件において、本件秘匿行為が「あったかどうか」、又「学生運動参加の内容、態様および程度、特に違法にわたる行為があったかどうか」、又秘匿等の「動機、理由などに関する事実関係を明らかにし、これらの事実関係に照らして」、入社後の行動、態度、人物評価に及ぼす影響を検討し、「それが企業者の採否決定について有する意義と重要性を勘案し、これらを総合して上記の合理的理由の有無を判断しなければならぬ」。⑯「本件本採用拒否についての原審の判断は破棄を免れず、又解約権留保の行使について「さらに審査する必要があるので、原審に差し戻すのが相当である」（破棄差戻、全員一致）」。

(3) 実質論に基づく類型化 本件を実質論から検討する。まず当事者の確定については、「自然人(X)対法人(Y)」という構成をとるので、この段階では、Xの権利の私人間効力が是認される。

そして、人権価値の比較については、「精神的自由権(X)対経済的自由権(Y)」という構造となる。つまりXを勝訴させる前提が妥当とされるべきである。しかも入社試験は、「生存権をかけている問題」1)でもあり、Xは一極端な言い方をすれば「生か死か」という問題を抱えており、この視点からの考察も必要となる。

最後にstate actionについては、特段国家行為との結びつきがない以上、本件Yのstate該当性は、否定される事にならう。

1) 宮沢俊義=佐藤功=小林直樹「思想・信条の自由」(対談)ジュリ480号25頁(1971年)における小林直樹の発言。この小林の主張は、私も分からないではないが、前述した様に(VI 7④)における樋口陽一の主張参照)、社会権の私人間効力を認めることは困難であると思う。本文の様な、小林直樹の主張に対しては、宮沢俊義、佐藤功共に否定的な立場を示している。宮沢俊義=佐藤功=小林直樹「思想・信条の自由」(対談)ジュリ480号28頁(1971年)における、宮沢、佐藤功の発言参照。

(4) 評釈1 本件判決は非常に分かりにくい。結局本件の結論をまとめると、次の様にならう。即ち「Xに対するY本採用拒否は雇入れ後の解雇に該当し(判示⑭)、労働基準法第3条が適用される(判示⑫)。そしてこの場合の解雇(=本採用拒否)は、客観的に合理的な理由が存し社会通念上相当として是認される場合にのみ許され(判示⑮)、その点を審理させるために原審に差し戻す(判示⑯)」、という事である。

本件判決が非常に分かりにくい理由は、この結論を引き出すにあたり、何故に判示①から⑪という長い部分にわたり私人間効力論について論じたのか、ということに存する。本件の結論は、単に労基法の解釈をしたままであり、判示①から⑪までの部分は、この結論を引き出すには不要だったのではないかと思う1)。それにも拘らず、最高裁は私人間効力論に言及したが、どうしてなのか。

棟居快行は、この理由について「『直接適用説対間接適用説』という学者意見書が作り上げた争点につきあったためである」2)と説明しているが、わたくしもその様な理解をしている。

本件では、X、Y両者から学者意見書が提出されている3)。Xの側からは、有倉遼吉、今村成和、奥平康弘(以上憲法)、磯田進、松岡三郎、浅井清信(労働法)の計6名が意見書を提出し、一方Yの側では、宮沢俊義(憲法)、我妻栄、兼子一(民事法)が意見書を提出した。以上の様に、諸学者が当事者一方について意見書を出している状況においては、裁判所はそれを無視できず、結果として「『直接適用説対間接適用説』という学者意見書が作り上げた争点」に言及することになったのだと思う。

ただ最高裁が、本来事案解決に不要な私人間効力論に言及した理由は、以上の事だけでは説明がつかないと思う。もう一つの理由としては、最高裁の「憲法判断積極主義」という事を挙げ得る。樋口陽一は以下の様に言う。

現在のわが国では、司法の上層部が司法の積極性を折にふれ強調しているのに、実際の最高裁は、それが絶対に必要でない場合にも憲法判断に積極的にふみこみ、そして、圧倒的に多くの場合、合憲判断を積極的に下している4)。

。訴えの利益の喪失(皇居前広場使用不許可事件、昭和28・12・26大法廷、民集7巻13号1561頁)、あるいは訴訟承継の問題(朝日事件、昭和42・5・24大法廷、民集21巻5号1043頁)を理由として判決主文を導いたはずであり、それ以上の判断をする必要がないのに、「念のために」憲法判断を行った例など、最高裁はむしろ憲法判断に熱心なのである5)。

樋口によるこの指摘は傾聴に値する。本件判決が、結論部分とは関係のない点をかなり長く論じている理由は、棟居の「学者意見書へのつきあい」という主張と、樋口の「憲法判断積極主義」によって説明がつくのではないかとわたくしは思う。

ただ樋口が指摘した点は、憲法訴訟との関係で問題を持つ。第1に日本の違憲審査制との関係である。日本の違憲審査制(付随的違憲審査制)は、「通常の裁判所が、具体的な訴訟事件を裁判する際に、その前提として事件の解決に必要な限度で」6)違憲審査を行う。この第1の点において、本件の様に、「事件の解決に必要な限度で」憲

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」

法審査（憲法判断）をする事は、付随的違憲審査制と矛盾しないかという問題が出てくる。

第2に「事件の解決に必要なでない限度」で判断された判決部分は、「判決理由（ratio decidendi）」とされるのか、又は「傍論（obiter dictum）」とされるのか。

第1の問題についてわたくしは、付随的違憲審査制にこだわりすぎる事は妥当でないと思う。この点、芦部信喜の以下の見解を妥当としよう。

「少なくとも最高裁が、その事件の重要性なり、法解釈ないし判例の統一の必要性に応じて、憲法判断を念のために付加すること自体は、まさに最高裁の政策的考慮にもとづく憲法判決の1つの方法として、場合によってはむしろ積極的に是認すべきではないか」と考える7）。

三菱樹脂事件以前は、下級審において第2説と第3説が混在していた為、本件は、特に芦部の言う、「法解釈ないし判例の統一の必要性に応じて、憲法判断を念のために付加すること」が要求されていた事案と言えよう8）。わたくしは以上の点から、本件において最高裁が、私人間効力論に言及した事自体は、問題はないと思う。

次に第2の点について考察しよう。田中英夫は以下の様に言う。

判例として尊重されるのは、その判決の対象となった具体的な事件の解決に必要なかつ十分な範囲での法律問題の判断である。このような部分をratio decidendi（判決理由）とよぶ。裁判官が判決の理由の中で述べた意見で、このレイノ・デンデンダイと関係のない部分を、傍論（dictumないしobiter dictum）とよぶ。例えば、当該事件の解決にとって必要でない法律問題について裁判官が意見を述べても、それは傍論である。その意見がいかによつてものであっても、それは後の判決において学説と同様にその内容の故に尊重されることはあっても、「先例なるが故に従われる」というものではない9）。

この田中の説明に従うと、本件判示の私人間効力論に関する部分は、「具体的な事件の解決に必要な」でなかった部分であり、傍論になると思われる10）。だが、本件判示の私人間効力に関する部分は、実務では「先例なるが故に従われ」ている。その意味では「判決理由」と捉えられて良いのではないかと思う。

1) 同旨、棟居快行「人権の私人間効力」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例』第2版（有斐閣、1966年）18頁。

2) 棟居快行「人権の私人間効力」樋口＝野中編・基本判例18頁。

3) 今回の評釈では、各学者の意見書を参考する事ができなかった。これら意見書の内容を踏まえた評釈は、将来の課題として留保しておく。

4) 樋口・司法はしがき1-2頁。この点高柳信一も同趣旨の事を述べている。高柳は、「最高裁は、司法消極主義を奨励しながら、自らは、ある意味で、かなり司法積極主義」と評している。磯田進＝小林直樹＝高柳信一＝外尾健一「三菱樹脂最高裁判決をめぐって」（座談会）ジュリ553号22頁（1974年）における高柳信一の発言。

5) 樋口・司法19頁。

6) 芦部・憲法340頁。

7) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）413頁。

8) 阿部照哉は、私人間効力に関する本件判示を「一般論としてではあるが、この問題に対処するための判断の枠組みを設定した意義は大きい」と評価している。阿部照哉「私法関係と人権」樋口・基本判例16頁。

9) 田中英夫『英米法総論下』（東大出版会、1980年）482頁。

10) 棟居は、本件における私人間効力の判示を「傍論にとどまる」としている。棟居快行「人権の私人間効力」樋口＝野中編・基本判例18頁参照。

(5) 評釈2 本件では、まず「学生運動参加の事実について申告を求める事は、直接思想の開示を求めるのではないが、何らかの思想とつながりを持つ事は否定できない。しかしそうはいつでも申告が許されるか否かは別問題」（判示①②）、という事が示された。

最高裁はこの後、一別問題だから（？）—申告を求める事は違法でない（判示③）としているが、この点は問題である。通常の営利企業の入社試験で、果たして思想の申告を求めるとは必要なのか。通常の営利企業は、入社希望者がどのような思想を持っていようと構わない筈である。高柳信一は以下の様に言う。

企業は、国民生活に必要な物を生産・販売し、ないしはそういう役務を提供して金もうけをする社会制度です。特定の思想・信条の保持ということがその存立目的と直接密接に関係しているわけではない1）。

例えば無政府主義者や共産主義者を採用すると、企業の成績が落ちるという客観的な事実があればともかく、こういった事実はない。むしろ逆に、特に企業が一般的に忌避したい左傾向の思想の持ち主が、企業に入った場合、立派に活躍するという事が言われるくらいである2）。この様な事からすると、判示①②の部分は、「学生運動参加の事実は、何らかの思想とつながりを持つから、申告は（別問題ではなく）許されない」、と端的に言うべきだった。この段階で既に最高裁は、思想、良心の自由への特別な考慮を怠っていた様に思う。

次いで【基本的人権の本質論】の部分を検討する。ここで最高裁は、「基本的人権は、その観念の成立の歴史的沿革、憲法における基本権規定の形式に照らし、国家（地方公共団体）と国民の間を規律するもので、私人相互を規律するものではない」（判示③④）と判示したが、この部分も問題である。

高柳は、基本的人権の沿革について、次の様に述べ最高裁を批判する。

近代市民社会において、人間と人間の間を律する原理が、近代以前とは根本的に変わって来て、それが基本的人権の観念に結晶して行ったという、ことからの実体を全く見逃しているように思う3）。

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」

高柳は、意思の自由等は、近代市民社会において、なによりもまず同僚市民（fellow citizens）に対する関係において、互いの自律によって保障される様になり、この市民社会の論理が、国家—国民関係に及んだと主張している（4）。この高柳の意見によれば、最高裁の言う「歴史的沿革」は、かなり問題が多いと言わざるを得ない。一方「基本権規定の形式」という事についても、日本国憲法の人権規定は、「だれによる侵害かを問わず保障を定めている」5）のであり、最高裁の様に、人権の適用領域を、公権力対国民関係の場合に固定する事は問題である。

本件最大の論点である、【私人間効力論】の部分の検討に移ろう。最高裁がこの部分で、第2説及びstate actionの理論を否定したという事は、明白である（判示⑥⑦）。では最高裁は第1説の立場を採用したのか、それとも第3説を採用したのか。この点については諸学者の見解は分かれている6）。

見解が分かれる理由は、本件を、判旨の文言（論理面）を重視して評釈するか、それとも実質面において評釈するかとの差に存すると思われる。前者の立場は、一応判旨には、「民法1条、90条—中略—の適切な運用によって」（判示⑧）私人間の調節を図る、とされているのだから、最高裁は第3説を採用したとする。

しかし最高裁判示の文言、論理をおって見たとしても、わたくしは、最高裁が第3説を採用したと言えないと思う。最高裁は、私人間効力論の力点を、「私的自治」に置いている様に思われる。私的自治の点から憲法は、市民社会に無関係と言っているのではないか。その点は、何よりもまず、私人間の調整はまず私的自治に任される（判示⑤）という事、更に人権侵害の態様、程度が、社会的に許容し得る限度を超える場合においても、「立法措置を待て」（判示⑧）という事にあらわれている。最高裁は、私人間効力を否定したがってしまっている様である。

尚一応判示⑧において、第3説へのリップサービスがなされているが、あくまでもそれは、私的自治に最大限重視したものである事に注意されたい。佐藤昭夫は以下の様に言う。

判決のいうその間接適用は、憲法における人権規定の趣旨を全国家法秩序における一般原則として私人間にも実現する技術的通路ではなくして、むしろこれを排除する「私的自治」の領域を保留してのそれである7）。

この第3説は、学説レヴェルの第3説と異なり、実質上第1説だと言われても仕方あるまい。わたくしは、先に本件最高裁判示を「表見的第3説（実質的第1説）」と評した。それは本件判示を、「民法1条、90条—中略—の適切な運用によって（判示⑧）私人間の調整を図る」という、「リップサービス」の部分重視すれば、本件を表向きは第3説と理解する事も、又、立法措置重視論及び私的自治重視論を捉えて、実質的には第1説と理解する事も可能だからである。

最高裁の私的自治重視論8）、及びそこから派生する実質的第1説は、前述した通り、非常に問題である。この点の判示は妥当ではない。有倉遼吉が主張する様に、「それにしても、（私人間効力論について）初めて出した明確な意見が無効力説であったことには驚くばかり」9）と言わざるを得ない。

1) 磯田進＝小林直樹＝高柳信一＝外尾健一「三菱樹脂最高裁判決をめぐって」（座談会）ジュリ553号26頁（1974年）における高柳信一の発言。

2) 松岡三朗「企業の自由と信条」法セミ220号15頁（1974年）参照。

3) 磯田進＝小林直樹＝高柳信一＝外尾健一「三菱樹脂最高裁判決をめぐって」（座談会）ジュリ553号24頁（1974年）における高柳信一の発言。

4) 磯田進＝小林直樹＝高柳信一＝外尾健一「三菱樹脂最高裁判決をめぐって」（座談会）ジュリ553号24-25頁（1974年）における高柳信一の発言。

5) 奥平康弘「私人間における思想・信条の自由」ジュリ553号48頁（1974年）。尚小林直樹も、「第1、人権規定の形式に即してみても、どうして私人間に適用されないのか。それぞれの条文から見ると、『何びとも』というほとんど無限定な規定をしているのがむしろ多いわけですから、形式から考えると、この判決のいうように限定的かつ固定的に考える理由は全くないはず」と批判している。磯田進＝小林直樹＝高柳信一＝外尾健一「三菱樹脂最高裁判決をめぐって」（座談会）ジュリ553号23頁（1974年）における小林直樹の発言。

6) 第3説を採用したとするのは、阿部照哉「人権規定の私法関係への適用」判時724号7頁（1974年）、田口精一「会社職員の採用と思想、信条による差別」判時724号11頁（1974年）。第1説を採用したとするのは、有倉遼吉「三菱樹脂事件最高裁判決の憲法的評価」法セミ220号3頁（1974年）、今村成和「思想調査は企業の自由か」ジュリ553号52頁（1974年）、奥平・憲法Ⅲ86頁、小林直樹『憲法講義上』新版（東大出版会、1980年）306頁。尚佐藤幸・憲法439頁は、「伝統的な無効力説の立場に近いのではないかの批判の余地を残している」としている。

7) 佐藤昭夫「思想・信条の自由と私的自治の限界」判時724号16頁（1974年）。

8) この点がある為、本件判示は「『私的自治』の横行」（奥平康弘「私人間における思想・信条の自由」ジュリ553号48頁〔1974年〕）等と批判を受けている。同旨、磯田進＝小林直樹＝高柳信一＝外尾健一「三菱樹脂最高裁判決をめぐって」（座談会）ジュリ553号29頁（1974年）における小林直樹の発言。

9) 有倉遼吉「三菱樹脂事件最高裁判決の憲法的評価」法セミ220号3頁（1974年）。尚（ ）内筆者。

（6）評釈3 ここでは【思想、信条調査】の検討をする。この部分で最高裁は、思想、信条という権利が存在する一方で、「企業は、契約締結の自由を持ち（判示⑩）、採否決定に際して思想、信条の調査をする事も可能（判示⑬）」としている。

まず第1の問題は、企業が「契約締結の自由」という人権を、私人にも向け得るとしている点である。先に最高裁は、思想、信条の自由という人権が、「私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」（判示③）とした。それにも拘わらず、判示⑬では、契約締結の自由という人権は、私人にも向け得るとされている。

最高裁は、思想、信条の私人間効力を否認する一方、契約締結の自由については直接適用しているふしが見られる。つまり、判示③と⑬は矛盾しているのである。この理解に対し、芦部は以下の様に批判している。

契約の自由は、憲法が資本主義の経済体制を前提としたうえで経済的自由権を保障している以上、その1つの支柱としてそこに含まれていると解すべきであり、またその自由は、私人相互の法律関係の設定を目的とするものである

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」から、契約自由の根拠を憲法22条・29条に求めれば、これらの規定が私人間に直接効力をもつような形になるのは当然である。したがって、判旨の一般論それ自体には論理的な矛盾があるわけではない¹⁾。

芦部の主張は、契約締結の自由が「私人相互の法律関係の設定を目的とする」とされ、契約締結の自由が私人間にも及ぶという事を、暗黙の内に前提としているが、しかし判例の前提(判示③)からすれば、契約締結の自由は、対国家的権利であるという帰結になる筈である。

元々人権＝対国家的権利という前提を立てておきながら、契約締結の自由という人権だけは、私人相互間で妥当する人権と理解せよ、と言うのは無理である。この矛盾を回避するには、思想、信条の自由にも場合によっては、私人間効力が認められるという前提が必要である。しかし判例にその前提は無い。

この点については、以下の有倉の様に理解するのが正当である。

最高裁の論理では、思想・信条の自由はもっぱら公権力に対する保障であって、私人間の関係とは無縁のものであったはずである。そうだとすれば、経済活動の自由も、もっぱら公権力により経済活動の自由が侵されないことを意味するにとどまり、少なくとも憲法が、私人間の契約の自由を保障するものではないはずである²⁾。

一方の人権は、私人間効力はないと言い、他方の人権はあると言う、最高裁の論理は、恣意的と批判されてもやむを得ないと解する。

第2に問題なのは、思想、信条の自由と、契約締結の自由の両者が、「安易に等置」³⁾され、この結果、人権価値の考慮という視点が欠落しているという点である。ここでは、特にXが有する思想、信条の自由の価値を考える必要がある。

思想、信条の自由は、内心領域に留まる限り何も害悪は生じないから、国家に対し、無条件に保障が認められるという価値を有する。そしてこの理は、私人間においても変わらない。思想、良心の自由は、誰も害しない権利であり、私人間でも、傾向企業の様な場合を除き、妥当すべきである。

ここで特定の思想の持ち主が、Yの経済活動の自由を侵害するという前提が存在すると仮定しよう。この様な前提が存在するならば、Yは契約締結の自由を行使する際に、Xの思想、信条の申告を求め得るだろう(判示⑬)。だが、前述した通り、この前提は存在しない。そして思想、信条の自由は、相手方の権利を侵害しない以上、私人は、不用意な内心領域の探索をしてはならないと考えるべきである。それでも尚、契約締結の自由に基づき思想、信条の調査が許されるという人もいる。

尾吹善人は以下の様に言う。

会社が大学卒の若者を将来の管理職候補者として採用するという事は、全面的に人物を調べて選択するという事である。生まれながらの顔つきがいかにも陰気だったり、物のいい方がぐずついたりしていれば、どんな会社でもそうでない別の人を選ぶであろう。思想・信条およびそれに基づく政治的行動にしても、会社の正当な関心事たりうる。特定の政治的党派に対する忠誠心が会社に対し期待される忠誠心を上回ることがわかりきっている人を、どうして会社が管理職候補者として採用しなければならないのだろうか⁴⁾。

この尾吹の主張はかなり問題が多い。尾吹は、会社に対して全面的に人物について調べ上げる権利があり、政治的信条もその対象になるというのであろう。この様な考え方に対しては、以下の松岡三郎の批判が妥当しよう。

夫婦関係とはちがい、労働者が売っているのは、労働力であって、それ意外(ママ)のものを売っているわけではない。私生活や思想、いわんや良心を売っているわけではない。私生活や思想まで売ってしまうと、労働者は、牛馬と同じである⁵⁾。

尾吹の以上の主張は、管理職候補者を「牛馬と同じ」く扱う事を是認するもので支持し得ない。以上の【思想・信条調査】における判示は、著しく妥当性を欠くものと言わざるを得ない。

1) 芦部・憲法学Ⅱ310頁注9。

2) 有倉遼吉「三菱樹脂事件最高裁判決の憲法的評価」法セミ220号7頁(1974年)。同旨、奥平康弘「私人間における思想・信条の自由」ジュリ553号47頁(1974年)、川井健「憲法における人権保障規定の私法的効力」判時724号13頁(1974年)。

3) 有倉遼吉「三菱樹脂事件最高裁判決の憲法的評価」法セミ220号7頁(1974年)。

4) 尾吹善人『解説憲法基本判例』81頁。この尾吹の主張に対しては、本文で述べた事に加え、「物のいい方がぐずついている」人の採用拒否ができるという事から、何故思想、信条を理由とした採用拒否という事が正当化されるのか、という批判を向け得る。尾吹の主張は、論理の飛躍が甚だしいと言わざるを得ない。

5) 松岡三郎「企業の自由と信条」法セミ220号13頁(1974年)。同旨、磯田進＝小林直樹＝高柳信一＝外尾健一「三菱樹脂最高裁判決をめぐる」(座談会)ジュリ553号32頁(1974年)における高柳信一の発言。

(7) 評釈4 最後に【本採用拒否と労基法第3条】の検討に入る。最高裁は判示⑭から⑯において、「Xに対する本採用拒否は、雇入れ後の解雇に該当し(判示⑭)、労基法第3条の適用がある(判示⑯参照)。そしてこの解雇は、客観的合理的な理由があり社会通念上相当なものに限られる(判示⑯)。そしてこの点を更に審査するため、原審に(破棄)差し戻す(判示⑯)」と言っている。

この部分の判示は、労働法とも関係するので簡潔に述べるにとどまるが、本採用拒否の場合の解雇に一定の制限を加えている点で、ある程度の評価はできよう。小林直樹が言う様に、「かなりな程度本件における高野氏の立場などについて、その身分を守る可能性を残している」¹⁾点は、妥当と言える。

ただ判示⑯の部分は問題が残る。解雇の客観的合理的理由の有無の調査については、「学生運動参加の内容、態様および程度」(判示⑯)を調べる事は許されず、あくまで業務遂行における支障の有無という点に限定して、客観的合理的理由の有無を判断せねばならない²⁾。けだし、この様な立場をとらない限り、企業による思想、信条調査は、結局無くならないからである。

1) 磯田進＝小林直樹＝高柳信一＝外尾健一「三菱樹脂最高裁判決をめぐる」(座談会)ジュリ553号36頁(1974年)における小林直樹の発言。この小林の発言について、磯田進も賛同している。

2) 同旨、磯田進＝小林直樹＝高柳信一＝外尾健一「三菱樹脂最高裁判決をめぐる」(座談会)ジュリ553号34頁

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
(1974年)における外尾健一の発言。

(8) 結論 本件最高裁判決は、理論的に見て著しく妥当性を欠くと批判せざるを得ない。その理由はこれまで述べた説明から分かると思う。
尚一話が急になる様だが一本件で結論を導くには、長い判決文の大半は実は不要だったという事は前述した(Ⅹ5(4))。例えば「思想・信条の調査は許され、これについての申告を求める事も許される(判示⑬)」という判示も、事案解決の為に本来不要であった。しかし最高裁は、おせっかい(?)な事に、この様な余計な判示を出し、余計な効果をもたらした。企業による思想、信条調査横行の是認がそれである。
今現在どこまで企業が、採用する人間の思想、信条調査をしているのかについては、わたくしは実際は良く分からない。ただ未だ尚思想、信条調査をする企業が存在する様である1)。
最高裁は、思想、信条調査を是認するのではなく、思想、信条の価値や、他害の可能性がない思想、信条の自由の性格を考えて、思想、信条調査に対して違憲(違法)の判断を出すべきであったのに、それをしなかった。そして結果として企業による思想、信条調査を是認してしまったが、これが本件最高裁判決最大の問題である2)。今後三菱樹脂事件と同種の事件が提起された場合、最高裁は、表見的第3説から実質的の第3説に態度を変えるべきである。

1) 森英樹『主権者はきみだ』新版(岩波ジュニア新書、1997年)90頁参照。

2) 長谷川政安『日本の憲法』第3版(岩波新書、1994年)201頁参照。

6 第3期判例(最高裁2、昭和女子大事件)1)

前述の三菱樹脂事件で、最高裁は表見的ながらも第3説を採用し、以後下級審は第3説の傾向で固まっていた。一方最高裁は、三菱樹脂事件以後も実質的に第3説を確立したとは言えなかった。以下昭和女子大学事件の評釈を試みるが、ここでも三菱樹脂事件同様、私人間効力論で不可欠な、人権価値の衡量(検討)が見られない。実質的の第3説が確立しなかった最大の理由は、最高裁判官が、この視点を持たなかった為であると思われる。

1) 最高裁昭和49年7月192日第三小法廷判決(昭和42年(行ツ)第59号身分確認請求事件、民集28巻5号790頁、判時749号3頁)。

(1) 事実の概要 本件原告福森恵美子、原淳子(以下Ⅹ1、Ⅹ2とする)は、被告人私立昭和女子大学(以下Ⅹとする)の生徒だった。大学在学中(3年次[昭和36年])Ⅹ2は、民主青年同盟に加入していた。一方Ⅹ1は、民主青年同盟に加入の申込をし、更に学内において無許可で政治的暴力行為防止法の制定に対する反対請願の署名運動をした。

後に上記の事が、昭和36年10月頃Ⅹの知れる事となった。Ⅹは、その生活要録6ノ6(学内外を問わず署名運動等をする場合の学生課への事前の届出、及びその指示を受ける事)、8ノ13(学外団体加入に対する補導部の許可)に基づき、上記Ⅹ1、Ⅹ2の行為をⅩの教育方針に反すると判断して、Ⅹ1、Ⅹ2らに民主青年同盟との関係を断つ様に要求し、更に事実上兩名の登校を禁止する措置を講じた。

この後昭和37年1月に、週刊誌におけるⅩの上記の措置を批判する記事中に、Ⅹ2は仮名を用いて手記を掲載した。又Ⅹ1、Ⅹ2は、都内公会堂で開催された、各大学自治会及び民主青年同盟主催の、「戦争と教育反動化に反対する討論集会」において事件の経過を述べ、更に両人は昭和37年2月9日、東京放送の番組において、大学当局の行為について発言をした。

これに対してⅩは、これら一連のⅩ1、Ⅹ2らの行為が、学則36ノ4号の退学事由(学校の秩序を乱し、その他学生の本分に反した場合)に該当すると判断し、兩名を退学処分にした。これに対してⅩ1、Ⅹ2は、身分確認の訴えを提起したが、これが本件昭和女子大事件である。

第1審(東京地判昭和38年11月20日)が、Ⅹ1、Ⅹ2の請求を認容したのに対して、第2審(東京高判昭和42年4月10日)は第1審を取り消した。そこでⅩ1、Ⅹ2は、①Ⅹ生活要録6ノ6、8ノ13の違憲性、②本件処分の違憲性(憲法第23条、第19条、第14条、第26条等)、③本件処分における適切な補導の過程經由義務違反、裁量権の濫用等を理由として上告した。

(2) 判旨【私人間効力論】Ⅹ1、Ⅹ2らの上告理由で挙げられている憲法第23条、第19条、第14条、第26条等の、①「自由権的基本権の保障規定は」、「専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものでないことは、当裁判所大法廷判決1)」「の示すところである」。従って本件Ⅹ生活要録の規定につき、②直接憲法に違反するかどうかを論じる余地はない。

【大学の性質・学関係と政治活動の自由】③「大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究を目的とする公共的な施設」である。そして大学は、④「その設置目的を達成するために必要な事項を学則等により一方的に制定し、これによって在学する学生を規律する包括的権能を有する」。⑤もとより、「右の包括的権能は無制限なものでありえず、学関係設定の目的と関連し、かつ、その内容が社会通念に照らして合理的と認められる範囲」において是認される。

そして学生の政治活動の自由も重要視されるべき法益だが、⑥「他方、学生の政治活動を学の内外を問わず全く自由に放任するときは、あるいは学生が学業を疎かにし、あるいは学内における教育及び研究の環境を乱し、本人及び他の学生に対する教育目的の達成や研究の遂行をそこなう等大学の設置目的の実現を妨げるおそれがある」。故に⑦「大学当局が、これらの政治的活動に対してなんらかの規制を加えること自体は十分にその合理性を首肯しうる」。又⑧「比較的保守的な校風を有する大学が、その教育方針に照らし学生の政治的活動はできるだけ制限するのが教育上適当であるとの見地から、学内及び学外における学生の政治的活動につきかなり広範な規律を及ぼすこととして、これをもって直ちに社会通念上学生の自由に対する不合理な制限である」とは言えない。

本件におけるⅩ1、Ⅹ2らの行為は、民主青年同盟に加入し(加入の申し込みをし)、学内において政治的暴力行為防止法制定に対する反対請願の署名運動をしたというものである。⑨「このような実社会の政治的社会的活動にあたる行為を理由として退学処分を行うことが、直ちに学生の学問の自由及び教育を受ける権利を侵害し公序良俗に違反するものでないことは、当裁判所大法廷判例(昭和31年(あ)第2973号同38年5月22日判決・刑集17巻4号370頁)2)の趣旨に徴して明らか」である。

【懲戒処分と裁量の関係】大学の学生に対する懲戒処分は、⑩「学内の事情に通暁し直接教育の衝にあたるものの合理的な裁量に任すのでなければ、適切な結果を期しがたい」(最高裁昭和28年(オ)第525号同29年7月30日)

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
第三小法廷判決等参照)。そして懲戒処分の方法、程度は、⑪「それぞれの学校の方針に基づく学校当局の具体的なかつ専門的・自律的判断に委ねざるをえないのであって、学則等に格別の定めのないかぎり、右補導（退学処分にあたっての反省を促すためのもの—筆者注—）の過程を経由することが特別の場合を除いては常に退学処分を行うについての学校当局の法的義務であるとまで解するのは、相当でない」。

【本件処分について】 本件処分におけるYの措置は、⑫「補導の方法と程度において、事件を重大視するあまり冷静、寛容及び忍耐を欠いたうらみがあるが」、⑬「社会通念上合理性を欠くものであるとはいいがたく、結局、本件退学処分は、懲戒権者に認められた裁量権の範囲内にあるものとして、その効力を是認すべきである」（上告棄却）。

- 1) 前述三菱樹脂事件を指す。
- 2) 東大ポポロ事件の事。

(3) 実質論に基づく類型化 本件は、十勝女子商業事件に類似している。本件も十勝女子商業事件も、学校内における自由権の私人間効力が問題となっている（但し後者は、雇用関係における事件という点で異なる）。

まず当事者の確定という事に関して、本件は「自然人（X1、X2）対法人（Y）」となっている。そして人権価値の比較について見ると、「精神的自由権（X1、X2）対私立大学の自律的権能（Y）」が問題となっている。ここで対立する両権利について、価値の高さを図る事は、一精神的自由権対経済的自由権の対立が問題となる事例と比べ難しいのではないと思われる。そこでここまでの段階では、どちらの当事者の権利の私人間効力を認めるべきかは即断できない。

本件解決のカギを握る2つのファクターは、state actionと個別事件の具体的状況の検討（本件では在学関係が問題になる）であると思われる。そこで以下この2つのファクターを中心に、本件評釈を進めていく。

(4) 評釈1 本件判示は、私人間効力論について三菱樹脂事件を単に引用するにとどまる（判示①）。そしてX1、X2らの権利については殆ど配慮を示す事なく、逆にYの包括的権能（判示④）及び懲戒処分における裁量を強調（判示⑩）している。本件判示では、大学の「部分社会」性が強調されている様に思われる1）。

まず判示①を検討する。ここで、三菱樹脂事件を前提に「人権は、私人間相互関係について直接規律しない」としている点はまだ是認し得る。問題はその後である。奥平は以下の様に言う。

「直接適用はないと言うが、では間接適用はいかん」と期待を抱かせるのであるが、直接適用はないと判示することによって、間接であろうとなんであろうと、基本権保障に関係する議論はなんら出てこない。これからあと出てくるのは、（学則等についての）憲法論議とかかわらない判旨である2）。

結局、本件判示は私人間効力論について、人権は私人間に直接適用されないと言うだけで、他では人権について何も考慮していないのである。その為本件には、「無関係説とどこが違うだろうか」3）（奥平）とか、「間接適用説的配慮のあとが見られない」4）（阿部）という批判が見受けられるが、正当であると思われる。

この批判の原因は、部分社会性の強調という事に存する。確かに大学は、高度の自律性を必要とする部分社会である。しかし私人間効力論が問題になるのは、悉く部分社会であるという事に注意しなければならない。部分社会において、「人権を侵害された」と主張する側に何らの配慮も示さないという事は、取りも直さず第1説につながるという事を意味する。

しかし学説の大半は第1説を批判し、部分社会の自律性と人権「侵害」との間のバランスを模索しているのである。本件判示①、②の部分は、今述べたバランスについて何も配慮をしておらず、失当であると言わざるを得ない。

わたくしは、本件では私人間効力が強い形で是認され得る事案であった、むしろ直接適用すら考えられ得る事案であったのではないと思う。けだし私立大学は、高度の公共的施設であり国の一機関（代理人）とみる事ができ5）且つ高度の社会的機能を果たし、又学校教育は国の認可、財政措置（私学助成）等で国家と「係わりあい」があるからである6）。これらの事柄を前提とすると、本件Yの行為をstate actionと見做し、憲法を直接適用する余地があったと思われる。わたくしは、この前提を下に大学の自律性（これも無視できない）をも考慮すべきであったと考えている。

1) 高田敏「大学在学関係と基本的人権」塩野宏＝小早川光郎編『行政判例百選I』第3版（有斐閣、1993年）40頁。高田は、本件を「最高裁は、国公立私立大学一般の『包括的権能』を承認し、部分社会論的な見解を示している」と評している。同旨、阿部照哉「私法関係と人権」樋口編・基本判例18頁。阪本・憲法II 229頁。

2) 奥平・憲法III 87頁。尚（ ）内筆者。

3) 奥平・憲法III 87頁。

4) 阿部照哉「私法関係と人権」樋口編・基本判例18頁。

5) ある私的団体を州の機関（代理人）見做し、それらを行為を憲法の規制の下におこうとする理論は、Civil Rights Cases (109 U.S. 3 [1883])におけるHarlan裁判官反対意見に見られる。藤倉皓一郎「ステイト・アクション—平等権」伊藤正巳＝堀部政男＝外間寛＝高橋一修＝田宮裕編『英米判例百選I 公法』（有斐閣、1978年）131頁参照。

6) 芦部・演習35-42頁参照。

7) 同旨、田口精一「私立大学と基本的人権」芦部＝高橋編・百選25頁。田口は、「私学経営によるものであっても、学校教育それ自体は、国家的なもので、国の認可、監督さらに国の財政援助もあるような場合には、まさに憲法の適用範囲に属する事項として、裁判所の憲法判断が、直接に認められるべきもの」としている。

(5) 評釈2 最高裁は大学の自律性（在学関係の性質）について、以下の様に判示している。即ち、国公立私立を問わず大学は、学生教育と学術研究を目的とする公共的施設であり（判示③）、その目的達成の為学則等を制定

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—

し、これにより学生を規律する包括的権能を持つ(判示④)、と判示している。

確かに、国公立私立を問わず大学が公共的な施設であるという事は、判示の通りである。その事は教基法(第6条)、私学法(第1条)に定められている通りである¹⁾。そして私立大学は、この公共性と自律性を調和しなければならない(私学法第1条参照)。

しかしこの事(特に私学の自主性)から、判示④の様に大学の「包括的権能」を導き出す事には疑問がある。本来的に国公立私立を問わず、大学の在学関係は、「契約関係」を下に考えられるべきものである。

在学関係を契約関係と解すると、この契約が規律する範囲は、「在学」即ち学内に関する事に限定される。この結果、「学外における学生の市民的自由は、一中略一般市民に対する重大な権利侵害を構成したりしない限り、原則として大学当局によって規制されるべきではない²⁾」、という結論が導き出されよう。

ところが最高裁は、「学生の政治活動を学の内外を問わず全く自由に放任するとき」は、「大学の設置目的の実現を妨げるおそれがある³⁾」(判示⑥)、これらに対する活動を規制する合理性がある(判示⑦)としたうえで、保守的校風を有する大学が、学内及び学外における学生の政治的活動につき規律を及ぼすこととしても、不合理な制限であるとは言えない(判示⑧)とした。

大学に「包括的権能」を認めるとしても、以上の様に「学外」の政治活動まで規制し得る「包括的権能」を認めるのは、明らかに行き過ぎである。判示⑥-⑧の部分は、この点失当である。

一応最高裁の様に、大学は「包括的権能」を有するという立場をとっても、それは、「在学関係設定目的との関連性」、「包括的権能の内容合理性」の2要件を充たさなければならなかった筈である(判示⑤)。しかし最高裁は、大学の校風から簡単にY学則の合理性を導いており、非常に問題である。判示⑤の「包括的権能の内容合理性」判断の段階では、X1、X2が有する政治活動の自由というファクターも当然考慮に入れられねばならない。ところが最高裁はこれに殆ど配慮を示していない。

この点については、田口精一による以下の主張が妥当である。

学生が大学における共同生活、学業への専心というような観点から、学則による拘束を受けることは当然である。しかし他面、私人としての生活の自主性もまた認められるべきもので、その限界をこえた過度の私生活への介入、干渉は学則としては過剰のものであり、生活指導というよりも、個人生活への干渉として逆に排除されるべきものである。一中略一政治活動も学内の施設、教育、研究の運営を現実妨害するものでなければ、原則として各人の自由が認められると考えることができる³⁾。

以上の点から、単なる学外の政治活動をも規制対象としているY生活要録(6ノ6、8ノ13)は、「内容合理性」の要件を充たさず、合理性を欠くものとして「逆に排除される」べきものであると思う。本件判示は、個別事件の具体的状況の検討(在学関係)の検討が、要するに不十分なのである。

- 1) 芦部・憲法学Ⅱ308頁。
- 2) 高田敏「大学在学関係と基本的人権」塩野=小早川編・行政百選Ⅰ41頁。尚()内筆者。
- 3) 田口精一「私立大学と基本的人権」芦部=高橋編・百選Ⅰ25頁。

(6) 評釈3 最後に【懲戒処分と裁量の関係】について検討する。前述した様に、わたくしは、私立大学の在学関係を契約関係と解している¹⁾。そして、在学関係における契約は、民法上の継続的契約と類似の契約であると、考えられるべきだと思う²⁾。継続的契約関係の解消という事は、「一方当事者にとって死活問題であることが少なくない³⁾」。そこで、在学関係を解消する(学生を退学させる)場合、そこで働く大学側の裁量は、自由裁量ではなく、羈束裁量として考えるべきである⁴⁾。

この他に、問題となる事は、退学処分の際して、学生に対し反省を促す為の補導を行う法的義務が存在するか(判示⑩)という事が問題になる。本判決では、この事を否定しているが、本件判示の通り、法的義務とするのは無理であろう⁵⁾。

- 1) 私立大学の在学関係を契約関係とすると、本件は当然民事事件になる。しかし本件は、行政事件とされている(行ツ)。最高裁の判示を前提にしても、行政事件になるという必然性はないが、何故本件が行政事件とされたかという事については、不文明である。
- 2) 継続的契約とは、契約に存続期間があり、その間履行が継続的になされる契約(例えば賃貸借契約)の事である。内田・民法Ⅱ81頁。但し、在学関係を民法上の契約と同視してよいかは、議論の余地がある。
- 3) 内田・民法Ⅲ83頁。
- 4) 成田瀬明は、退学処分を羈束裁量とする考えに賛同されている様である。成田瀬明「私立大学学生の在学関係とその退学処分の要件(2)」ひろば第17巻3号(1964年)25-26頁。
- 5) この点、成田瀬明も、補導処分をする事が「法的義務であり、これを経なかつたときには退学処分そのものが裁判所によつて無効とされるとまでいうのは、ややゆきすぎ」としている。成田瀬明「私立大学学生の学関係とその退学処分の要件(2)」ひろば第17巻3号(1964年)26頁。本文にある様に、わたくしもこの立場を取ったが、法的義務とする余地が全くないとは言えない。取り敢えず疑問を留保しておく。

X state actionの理論

1 state actionの理論の特色

(1) 修正条項=対「州」規範 state actionの理論が問題となる事案において、実際主張される事が多かった条項は、修正第14条1)である。この修正第14条を含め、南北戦争後に追加された条項(修正第13-15条)は、文言上州の行為を規制している²⁾。そしてこの事は、修正第14条が問題となったCivil Rights Cases(109 U.S. 3 [1883])において、次の様に確認された。

禁止されているのは、ある特定の性質をもつ州の行為である。個人的権利についての個人的侵害という事は、同修正条項が扱う事項ではない3)。

(2) state actionにおける“state”の意味 その結果、state actionの理論を用いて、私人に対して修正第14条違反を主張する場合、private actionがstate action類似の性格を有している、即ち「州」行為類似の性格を有していると言わなければならないという事になった。つまりstate actionの理論は、アメリカ独自の「州制度」を前提としている点で、日本法にはない特徴を持つのである。

よってわれわれが、state actionの理論を論ずる場合、この理論が一部「連邦制(州制度)」を前提とする独自の理論である、という事を忘れてはならないのである4)。

(3) 人種差別との関係 state actionの理論は、人種差別との関係で問題となる事が多い5)。しかし、日本の私人間効力論では、人種差別という事はそれほど問題にならない。この点が、アメリカにおける私人間効力論の大きな特徴と言える。

2 小括6)

以上見て来た様にstate actionの理論は、一部で連邦制度(州制度)を前提にし、人種差別との関係で取り上げられる事の多かった理論である。その為、state actionの理論は、日本の私人間効力論とは異なるものを持っていると言える。

そこで、state actionの議論を状況が異なる日本法の議論に持ち込む事の妥当性が問題となろう。この点についてわたくしは、安易に比較法を持ち込む事は避けられねばならないが、private actionとstate actionの限界を知る為の1つの道具として、利用する事は許されて良いのではなかろうか、と思う7)。

1) U.S. Const. amend. 14: No State shall ... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. 下線筆者。

2) 松井茂記『アメリカ憲法入門』第4版(有斐閣、2000年)123頁参照。

3) Civil Rights Cases, 109 U.S. 3, 11 (1883) .

4) この点については、田中英・ことば20-27頁参照。

5) 「近年に至るまで、“state action”理論は、修正14条の平等保護条項の下で、人種差別を申し立てる主張を通じて大幅に発達してきた」。see, David S. Elkind, State action: theories for applying constitutional restrictions to private activity, Colum. L. Rev. 657 (1974) .

6) 芦部・現代的展開364-366頁参照。

7) 本論文でわたくしは、直接効力説を前提としつつ、如何なる場合に私人間に人権を適用できるかという事を判断する際の基準の1つとして、state actionの議論を参考にしている。

3 具体的分析

以下state actionが問題となった事案を、やや素描過ぎる嫌いはあるが、検討していく。前述の通りstate actionの理論は、人種差別問題を多く抱えてきた。その為、この点についての判例から検討する。

(1) 住居問題における人種差別(Shelley v. Kreamer) 1) この問題は、「黒人と共に住むことを避ける白人の態度、近隣の住人の人種的構成の急速な変化」2)に起因している。本事件では、特定人種、特定の皮膚の色を持つ人の除外を目的とした、制限約款(restrictive covenant)の「司法的執行」の妥当性が問題となった3)。

本件で連邦最高裁は、Civil Rights Casesの原理を確認した後4)、「制限協定の目的が、その条件の自発的遵守により果たされる限り、州による行為や、修正14条の規定が破られていないという事は明確である」とした。「しかし」と続けて判例は以下の様に言う。この訴訟において、「当該協定の目的は、当該協定における制限条項の、州裁判所による司法的執行によってのみ守られたのである」5)。

この結果本件では、state actionの存在が認められ、修正14条の適用により、司法的執行を是認した原判決が破棄された。

1) Shelley v. Kreamer, 334 U.S. 1 (1948) . 尚この事件については、見よ。田中英・ことば20-27頁。

2) Thomas I. Emerson=木下毅『現代アメリカ憲法』(東大出版会、1978年)262頁参照。

3) Shelley v. Kreamer, 334 U.S. 1, 4.

4) id. at 13.

5) id. at 13-14.

(2) 会社町における事件(Marsh v. Alabama) 1) Gulf Shipbuilding Co. によって所有されている、Chickasaw(Alabama州)という会社町において、宗教的な文書を配布していたMarsh(エホバの証人の信者)に、州が刑罰を科した事の妥当性が問題となった2)事案である。

この事件で連邦最高裁は、「会社町であるという点を除けば、Chickasawは、他のあらゆるアメリカの町の特質全てを有している」3)。そして「ある所有者が、自己の利益の為にその財産を、一般的に公衆による利用に対してあける程、彼の権利はいっそう、それを利用する人達の制定法上及び憲法上の権利によって、制約される様になる」4)。「こうして、私的に所有される橋、船渡場、有料高速道路、鉄道の所有者は、ある牧場主が自己の牧場に為すのと同じくらい自由に、それらを運営し得ないのである。これらの設備は、主として公衆に利益を与える為に作られ、運

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
営されており、又、それらの運営は、本質的に公的機能であるが故に、それは州の規制に服する」5)と判示した。
そして連邦最高裁は、「この様な公的機能を有する町、公権力が所有する町いずれの場合でも、公衆は、コミュニケーションのチャンネルが自由であるという方法で、共同体が機能する事へ同等の関心を有している」とした上で、「宗教的文書を配布しようとする人を、刑事上処罰する事で(宗教文書配布の自由を奪う会社町の行為)を執行しようとする州制定法は、修正第14条を破るものである」6)、という判断を下した。

- 1) Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946).
- 2) id. at 502.
- 3) id. at 502.
- 4) id. at 506.
- 5) id. at 506.
- 6) id. at 507. 尚()内筆者。

(3) 公共施設における人種差別 (Burton v. Wilmington Parking Authority) 1) この事件は、公的に所有され、運営されていた自動車駐車場にある私的なレストランが、ニグロという理由で、上訴人への飲食物サービスを拒絶した事に端を発する。当該駐車場は公的基金により、公的な目的のために建てられ、Delaware州行政機関が所有し、運営していた。

そこで、上訴人は修正14条に基づいて、当該レストラン及び行政機関に対する宣言判決及び差止判決を求め、州裁判所に出訴した。尚Delaware州最高裁判所は、当該レストランの行為が、修正14条の意味におけるstate actionに該当しない等の理由を挙げ、救済を拒否した。これに対して上訴人が連邦最高裁判所に出訴した2)。

連邦最高裁は、Wilmington Parking Authorityが駐車場建設に際して、専門家から、駐車料金からの収入だけでは、建設コストの穴埋めには不十分であるという助言を受けていた、そこでWilmington Parking Authorityは、この穴埋めの為に、当該駐車場における商業スペースのリース契約を決めたという事を指摘している3)。

そして連邦最高裁は、本件駐車場が、「本質的な統治機能 (essential governmental functions)」を担っており、駐車場におけるリース部分が、駐車場計画においては「是非とも必要な、まさに欠く事ができない部分」4)であり、駐車場とレストランは、互いに特別の関係に立っていたのである5)と判示した。

最後に結論として連邦最高裁は、「Wilmington Parking Authorityは、州を通じてサービス拒否の当事者になったばかりでなく、受け入れられた差別行為の背後にその権力、財産、特権を配置する様に選択した」6)と述べ、本件レストランの行為を、state actionであると認めなかったDelaware州最高裁判所判決を破棄した。

- 1) Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715 (1961). 尚「公共施設 (public accommodation)」と言っても、それは「政府ないし政府機関の所有にかかるものと、私人ないし私的団体の所有にかかるもの」がある。Emerson=木下・アメリカ憲法279頁参照。ここでは勿論、後者の公共施設について検討する。
- 2) Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715.
- 3) id. at 719.
- 4) id. at 723-724.
- 5) id. at 724.
- 6) id. at 725.

4 評価

(1) state actionの事案における2つの特徴 以上ではstate actionに関する判例をごく大ざっぱに検討したが、それぞれの事件に共通した特徴が見られる。

① state actionがprivate actionに「関与」している場合 この特徴が見られるのは、Shelly v. KreamerとBurton v. Wilmington Parking Authorityである。前者は「司法行為」1)、後者は「リース契約」2)という形を取るstate actionがprivate actionに係わっていた事案であった。

② 公的機能という要素の存在 この特徴が見いだされたのは、Marsh v. Alabama 3)とBurton v. Wilmington Parking Authority 4)であった。前者では「会社町」、後者では「駐車場」の公的機能が承認された。

(2) 検討 上で述べた①の特徴を見出し、事案にアプローチするやり方は、「関連性のアプローチ (nexus approach)」と呼ばれる。これは「私的行為者に憲法上の拘束を課し、州の不関与を正当化する為に、私的行為者と州の間の接触についての十分な項目を証明しようとするものである」5)。

一方②の特徴から、事案にアプローチするやり方は、「公的機能アプローチ (public function approach)」と呼ばれる。これは「州と私的差別行為者の間の公式の接触を審査する代わりに、私的差別行為者が従事する活動の性質に焦点を当てる」6)というものである。そして、「基本的に公的機能分析は、活動が、憲法上の保障を適用する為に、十分に州と扱われるべく州に類似 (state-like) したものである」として、本質上公的機能であるところの私的事業を扱う7)とされている。

(3) 日本におけるstate actionの理論の扱い 日本の私人間効力論の事案において、state actionを取り扱ったアメリカの判例に見出される様な特徴が、一方私人に存在しているとされた場合、日本において主張されている様に、その私人のprivate actionをstate actionと見做し、憲法を直接適用する事も考えられて良いだろう。

ただわたくしは、憲法を元々直接適用しても構わないという立場に立っている。そこでわたくしは、state actionの理論を、憲法条項の直接適用の認める際の1つの判断基準として用いるべきではないかと考えている。

しかし実際問題としては、如何なる場合「関連性」や「公的機能」があるのかという事を判断するのは、かなり難

学位論文「基本的人権の私人間効力に関する法理の研究—学説分析と判例評釈—」
しいのではないかと思われる。例えば、「関連性」の判断にしても、州が私的行為を権威付けるだけで良いのか、又州が差別を承認した事が示されるべきか、助長した事が必要なのか、それとも州が私的行為者の独占行為を承認したという事が必要なのか⁸⁾、といった難しい審査が要求されるであろう。その為state actionの理論の採用については、更なる判例分析が必要になるとと思われる。

- 1) Shelly v. Kreamer, 334 U.S. 1, 13-14 (1948) .
- 2) Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715, 719 (1961) .
- 3) Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501, 506 (1946) .
- 4) Burton v. Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715, 723-724 (1961) .
- 5) Gerald Gunter, Cases and materials on individual rights in constitutional law, 606-607 (3.ed. 1981) .
- 6) id. at 607.
- 7) id. at 607.
- 8) cf. id. at 607.

あとがき

本論文は、わたくしの処女論文であり、大学入学以来研究してきた私人間効力論を扱った。しかしながら、今全体を見ると不十分な箇所が多く見受けられる。これが6年間の法学研究の集大成かと思うと、わたくしは何ともやり切れない気分になる。やはり私人間効力論は難しいのである。無論学術上の失策は、わたくしの責めに帰せられるべきであるが、研究不十分な箇所、論理がきちんとしていない箇所をどうするかは、今後の課題の1つとして、ひとまず留保しておく。

わたくしは、特にこれからの研究課題としては、以下の項目を重視していくべきと考えている。

① ドイツ私人間効力論 本稿ではNipperdey、Duerigらの学説を検討したが、現在のドイツ国法学、憲法学の状況を踏まえた、理論的考察を更に進めて行かなければならない。

② state actionの理論 本論文では若干の判例を検討したにとどまったが、更なる判例分析を進めて行くと同時に、理論的側面についても、ドイツにおける私人間効力論の研究以上に不十分であると思われるので、研究を深めて行かなければならない。

③ 私人間効力論における実質論 本論文で提示した「実質論」の判断基準は、大ざっぱすぎるとの批判を免れがたい。この点については、判例分析を中心に、実質論の判断基準をより緻密にする必要がある。

以上
The End