

私人間における人権保障をめぐる 学問と実践の狭間

木 下 智 史

- 1 播磨信義の憲法教育と三菱樹脂高野事件
- 2 憲法学における私人間における人権保障の理論
- 3 民法学における私人間における人権保障の理論
- 4 私人間における人権保障論考察のための視点
- 5 私人間における人権問題の実践的解決に向けて
むすびにかえて

1 播磨信義の憲法教育と三菱樹脂高野事件

播磨信義がとりくんだ憲法教育の代表的実践例として、三菱樹脂高野事件の記録『石流れ木の葉沈む日々に』（高野不当解雇撤回対策会議編 労働旬報社 1977年）を扱ったものがある。播磨は、学生たちにこの記録を読ませ、感想レポートを書かせ、数人のグループでお互いのレポートを読み合うよう求める。レポートのなかで何人かの学生が述べた、「高野さんの話を聞きたい」という声がしだいに受講生の間に広がり、ついには高野達男氏を山口に呼んで「憲法学受講生」を主催者とする講演会の開催に至る。さらに、『石流れ木の葉沈む日々に』が絶版となろうとしていることを知った播磨は、自ら残部を買い取り、学生たちにも本の寄贈を呼びかけて、後々の学生がこの本を利用できるように「高野文庫」を作るとともに、高野氏とも連絡をとって、出版社に働きかけ、

(1)
ついに絶版を断念させる。

これらのエピソードは、憲法に関する具体的事例についての学習を通じて、学生たちが主体的に学ぶ姿勢を身につけていった実践例として、憲法教育にたずさわる者全員がくみ取るべき多くの教訓にあふれている。『石流れ木の葉沈む日々に』を用いた教育実践が大きな成果を生んだのは、播磨のエネルギーな教育姿勢によるところももちろん大きいですが、やはり三菱樹脂高野事件そのものがもつインパクトが大きいからであろう。大学に学ぶ学生たちの多くにとって、就職は最大の関心事であって、そこで学生時代の活動歴を調査され、思想・信条について入社試験の際に質問されるということは大きな衝撃を与える。播磨が『石流れ木の葉沈む日々に』を「抜群」の憲法教育教材と考えたのは、「人権の侵害された当事者がどのように苦しみ、悩んだか、そして、多くの人々の連帯、団結、そういうことを一度は共感し、我が身をその場において考えることが必要である」との思いからであった。

他方で、播磨は、三菱樹脂事件を素材にして語られるであろう、大学の憲法の講義の内容については批判的である。すなわち、伝統的な法学部の教育においては、「間接適用説か、直接適用説あるいはアメリカのステート・アクションの理論だとかを教えて、そして、いまの最高裁の判例はこういうことで、それで学者の通説はそれに批判的であるということ話はしますが、高野さんがどれだけ苦しみ、悩んだか、そして三菱がどれだけひどいことをしたのか、その中でどれだけ多くの人々が連帯、団結したのか、を教えない」ことになってしまうと言う（以上の引用は、三菱樹脂高野事件復讐20周年記念集会における播磨の講演記録による⁽²⁾）。

たしかに、三菱樹脂事件判決を素材として、「人権規定の私人間効力」の問題を講義するとき、ある種のもどかしさを感じるのは播磨だけではないだろう。もちろん、芦部信喜をはじめ多くの憲法研究者が最高裁の私人間効力論のありようを批判し、様々な理論的提言を行ってきた。し

かし、学生たちにとっては事件の事実関係がもつ切実さに比べて、憲法学説として語られる人権の私人間効力論は、具体的事例解決にとっての学説対立の意義すら定かでなく、かなり「わかりにくい」議論であることは否めない。そこには、単に理論的であるが故の「難しさ」以上の問題が含まれているように思われる。

筆者も、三菱樹脂事件で問題となったような、企業内での労働者の人権問題が日本における憲法学上の重要な課題であるとの認識を播磨と共有し、これまで人権の私人間効力に関する論稿をいくつか発表してきた⁽³⁾。三菱樹脂事件最高裁判決以降の裁判例を検討した結果えられたのは、判決の中で憲法上の人権規定の私人間効力論が語られる場合、それは憲法上の人権規定に基づく一方当事者の権利主張を遮断する効果しかもないが、他方で、裁判所は出版物によるプライバシー侵害の事例のように、あえて人権の私人間効力論をもちださず、民法709条などの条文解釈のなかで、実質的に両当事者の人権の衡量を行っている、との考察であった。すなわち、三菱樹脂事件最高裁判決や昭和女子大事件最高裁判決に典型的なように、少なくとも裁判上は、憲法上の人権規定の私人間効力論が持ち出されることが、対立する当事者の人権の具体的な衡量という作業を妨げているといえることができる。これでは、三菱樹脂事件の事実関係を学んで興味をかき立てられた学生が、憲法学説としての人権の私人間効力論の説明に失望を感じるのも無理ないことのように思われる。

しかし、この間における私人間効力論に関する議論の進展はめざましく、実際には、すでに従来の私人間効力論を越える地平が切りひらかれつつある。問題は、教室や裁判実務において、すでに乗り越えられたはずの私人間効力論がいまだに判断枠組みとして用いられていることなのではないか。これが本稿執筆の動機である。

本稿は、播磨があえて踏み込まなかった私人間効力に関する学説のあり方に焦点をあて、なぜ、私人間効力論が現実との斬り結びが希薄な

「浮世離れした」議論になってしまったのか、そして、ここ10年の学説の蓄積によってそうした状況がいかに克服されたかを検証し、その成果を実践に生かす可能性をさぐってみることとしたい。

- (1) 播磨信義『憲法をいかす努力<戦後山口の憲法>』247頁以下（1987年 四季出版）、同「続・私の憲法教育の一コマ」播磨編『続・憲法をいかす努力<平和と自由と平等を守る人々の記録>』9頁以下（1988年 四季出版）。
- (2) 播磨信義さんを偲ぶ会編『憲法をいかす努力 播磨信義さんを偲ぶ』13頁（非売品 2003年）所収。
- (3) 拙稿「私人間における人権保障と裁判所——ステート・アクション論に関する覚書」神戸学院法学18巻1・2号79頁以下（1987年）、同「私人間における人権保障と裁判所・再考——私人間効力論を越えて」『現代立憲主義と司法権（佐藤幸治先生還暦記念）』205頁以下（青林書院 1998年）。

2 憲法学における私人間の人権保障理論

(1) 原型の形成

現在はどの憲法の教科書も「人権規定の私人間における効力」の問題に一定のスペースをあてるようになってきているが、日本国憲法制定後しばらくは、この問題についての憲法学の関心は希薄であった。そこでは、憲法の規定する基本的人権が国家に対して向けられたものであることが疑われることはなく、私人間の関係において効力を有するか否かについてほとんど論ぜられることがなかった⁽¹⁾。こうした中であって、例外的にこの問題をとりあげたのは、私人間において「何等の合理的理由なしに不当に権利や自由を侵害すること」が公序良俗違反の問題を生ずること、憲法上規定された人権規定のなかには「それ自体が私人間のものとしての性質をもつもの」があることを指摘した法学協会『注解日本国憲法』と、アメリカのステイト・アクション論について紹介し、「司法執行の理論」を応用しようと試みた⁽²⁾、鶴飼信成であった⁽³⁾。

最高裁では、1950年代はじめに、社内の共産党支部の発行する機関紙

が会社の不正を告発したことについての懲戒解雇を認めた東急電鉄事件⁽⁴⁾（最大判1951年4月4日民集5巻5号2141頁）、採用時における政治活動禁止の効力を認めた十勝女子高校事件判決（最判1952年2月22日民集6巻2号258頁）が下されていた。最高裁も憲法上の権利が「私法関係上の義務によって制限を受ける」ことを当然視するなど問題の本質を十分理解していたとはいえなかったが、それに対する憲法学からの応答も、あるものは、判決が憲法の人権規定について、「原則としては私人による自由の侵害に対する保障をも含むものであるという見解」に立つものと非難⁽⁵⁾し、あるものは、憲法上の人権保障が、公法上の特別権力関係と同様に、私人相互間においても妥当しない、と解する⁽⁶⁾など、その認識に大きなズレがみられた⁽⁷⁾。

こうした状況を大きく進展させたのは、「人権保障規定の法的性格」を大会テーマとして取り上げた第28回公法学会（1963年）であった。なかでも、芦部信喜による「人権保障規定の私人間における効力」と題する総会報告は、ドイツの第三者効力論とアメリカのステイト・アクション論を結合させうえて、日本の解釈学説として間接効力説を軸にこの問題を解決していく方向性を示したものとして、その後の私人間効力論のスタンダードをなすものとなった⁽⁸⁾。この学会で私人間効力論について論じた報告者のうち、明確に直接効力論を支持したのは、稲田陽一のみであり⁽⁹⁾、無効力説、直接効力説、間接効力説という学説の対立状況のなかで、間接効力説が選択されるという構図はこの段階で確定していたとい⁽¹⁰⁾ってよい。

もっとも、この三学説の鼎立状況は、無効力説を採る者がいなくなったも⁽¹¹⁾とで、実際には誰も主張していない、仮想上の「直接効力説」を相手に、「間接効力説」の優位性を主張するにすぎないものであった。日本において直接効力説に分類されている論者は、憲法の人権規定すべて⁽¹²⁾について、公権力と国民との関係とまったく同様の効力を私人間においても認めるとい⁽¹²⁾う主張はしていない。日本における直接効力説の代表的

論者とされる稲田陽一ですら、「生命・健康の権利及び……思想・良心の権利等」の「基本権の本質的内容」に限定して法律行為を無効とする効力をもたせているにすぎない⁽¹³⁾。確かに稲田は、思想・良心の自由に「絶対的価値」を認めるが、それもすべての私人に対してではなく、「社会的権力」に対してのみである。「自然法原則直接効力説」に分類される田上穰治も、「自由主義的民主政治の要件」（具体的には憲法18条、19条、20条、23条）に限定して「直接効力」を認め、私人間の契約を無効とする効力を認めるにすぎない⁽¹⁴⁾。「客観的法規範直接効力説」に分類される橋本公旦も、選挙の自由、労働基本権と、自由権、法の下の平等、制度的保障の規定などの「客観的法規範」について、「社会的権力」との関係などに限定して、私法上の行為を無効とする効力を認めるにすぎない⁽¹⁵⁾。

逆に、間接効力説を主張する論者も、必ずと言っていいほど、例外的に私人間における「直接的効力」を有する条文があることを承認する。これは、間接効力が直接効力かは人権規定の文言のあり方や、人権規定の内容に左右されるものであって、間接効力説が人権規定の本質に内在するといえるほどまでの強い根拠に基づくものではないことを示すものである。間接効力説の論者が直接効力説に対して投げかけてきた、権利が義務に転化するなどの批判が、奴隷的拘束の禁止や婚姻における平等、労働基本権の保障にはなぜあてはまらないのかについて、間接効力説の論者が十分な説明をしてきたとはいえない。

また、間接効力説が、民法90条などの私法規定に憲法上の「人権規定の趣旨」を読み込むことができるとする根拠は、「人権規定が全法秩序の最高の価値秩序」であることや、「人権規定が全法秩序の基本原則」であることにあるとされており⁽¹⁶⁾、「現代の民主的憲法はたんに制度としての国家の枠組みでなく、国民の全生活にわたる客観的秩序であり、憲法の定立する法原則は社会生活のあらゆる領域において全面的に尊重され実現されるべきだという新しい憲法観に立脚する⁽¹⁷⁾」とされる直接効力

説と、実際にはその憲法観において大差がない。この点で、やはり憲法の人権規定を「国家・社会を通ずる価値体系」ととらえた有倉遼吉が、直接効力説と間接効力説を区別する必要性はなく、「憲法適用説」の名称の下に両説を包含して考えるのが妥当であると主張したのもっともといえる⁽¹⁸⁾。

結局、多くの論者が間接効力説を「通説」として扱ってきたのは、芦部による直接効力説批判、とりわけ自由を対私人に対する義務に転化させる危険、私的自治の否定につながる点の指摘がひろく受け入れられた結果であろう。確かに、直接効力説の論者の主張には、私人間の紛争において、両当事者の人権の衝突が問題となることを十分認識せず、一方の人権主張の「直接効力」のみを念頭において論ずる傾向があった点は否めない。これでは、私人間紛争における妥当な解決を導くことは不可能である。もっとも、直接効力説に分類される論者の主張がすべてこうした問題傾向を蒙っていたわけではない。ドイツのニッパードは、私法関係における人権規定の効力を私的自治の原則との関係で「相対化」することを認めており、これによれば、芦部も認めるとおり、必ずしも私的自治の原則を否定することにはならない⁽¹⁹⁾。この点は、日本においても、中村睦男によって、「直接適用といっても、一方当事者の人権を一方的に保障するために憲法が適用されることはありえないのであり、また、私的自治の原則や契約自由の原則自身も、一の憲法上の原則ないし権利として保障されているものであるから、直接適用説といってもそれらの原則が軽視されるというわけのものではない」と指摘される⁽²⁰⁾ところである。

そもそも「直接効力（適用）」と「間接効力（適用）」という言葉の意味があいまいなまま各論者によって使われてきたことに、学説の対立を不明瞭にする最大の原因があったといえよう⁽²¹⁾。「憲法が私人関係を直接拘束する」とか「私法規定を媒介にして適用される」というような説明も、図式的なイメージ以上のものではない。たとえば、表現行為によっ

てプライバシーが侵害された場合のように、実質的な判断が憲法上の権利どうしの衡量に基づいて行われた場合でも、不法行為の根拠規定として形式的に民法709条が援用されたとすれば、それは間接効力説が採用されたとされる。ところが、直接効力論者のなかにも私法規定を媒介することを承認する立場がある⁽²²⁾。他方で、君塚正臣が指摘するように、憲法18条に直接効力が認められるとしても、奴隷契約を無効とするのは直接的には、労働基準法、人身保護法、民法90条などであって、間接効力説がわざわざ18条の直接効力なるものをもちだす必然性はない⁽²³⁾。要するに、私人間の紛争解決に直接適用される法は何かという点は、両説の本質的な違いを示すものではないように思われる。

(2) 「とりあえずの妥協」の問題性

間接効力説と直接効力説との対抗が実質的意味をもたないことはすでに多くの論者の指摘するところとなった。ここから、人権規定が私人間において効力をもつことを前提としつつ、人権の性質、私的関係の性格などを考慮にいれたケース・バイ・ケースの判断をなすべきであるとの主張がなされることになる。たとえば、初宿正典は、「基本権侵害を主張する原告に救済が与えられる場合に、判決理由中に憲法が言及されるか民法が言及されるかの違いであって、直接効力説を採った場合と間接効力説を採った場合とで、救済の実質的内容が異なるわけではない」と述べ⁽²⁴⁾、浦部法穂も、「私人の行為が直接憲法によって違法とされるのか、それとも関係の私法規定を媒介にして人権規定の効力が及び直接にはその私法規定によって違法とされるのか、ということは、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」と斬って捨てる⁽²⁵⁾。ここから、直接効力か間接効力かの対立はさておいて、個別的判断へ向かうべきとの主張が多くみられるようになる⁽²⁶⁾。

人権規定の私人間効力論に関する学説の対立の不毛さを批判し、重要

なのは具体的な紛争の解決であると説く論者の主張には頷ける点多々あるが、いくつかの疑問もある。

第1に、そこでは「憲法上の人権規定がなぜ私人関係においても効力をもつのか」という根本問題は素通りされてしまっている。多くの論者が「憲法の本質」の項で述べる、「憲法とは国家の基本的な組織・作用を定める法である」との説明と、「憲法の人権規定が私人間の関係にも効力を有する」との命題との論理的な架橋ができない限り、「人権規定の私人間における効力」を前提とした具体的判断も不可能なはずである。

第2に、これまでの日本の判例の動向をみると、私法規定の解釈のなかで実質的に憲法上の人権規定の趣旨が読み込まれているならばよいとはいえない。多くの判決においては、「人格権」という概念のなかに、憲法上の人権が実質的に読み込まれてはいるが、そこにはプライバシー、環境権、生命・健康にかかわる権利、名誉権など多様な権利主張が含まれている。私人間の紛争において、当事者の主張する権利の内容がどのようなものかが明確にされず、「人格権」といった包括的な概念のもとに判断されるならば、その判断過程の透明化は望めない。

第3に、私人間の紛争においては、ケース・バイ・ケースの判断が必要とされるといいながら、実際にどのような要素をどのように考慮して判断がなされるべきなのかが明らかにされないことも多い。今日多くの論者によって直接効力説が否定され、間接効力説が選択されている理由は、同説が当事者の利益衡量判断を可能にする点にあったはずである。ところが、具体的衡量の必要性を指摘した時点で、思考が停止しているかのような説明も多い。これでは、私人間効力論が三菱樹脂事件をはじめとする、実際の事件の解決に役立たなかったと批判されてもやむをえないだろう。

(3) 私人間効力論の再構成の到達点

私人間効力論の理論的な停滞状況に転換をもたらしたのは、棟居快行

の問題提起であった。⁽²⁷⁾棟居は、これまでの直接効力説と間接効力説の対立のあり方を厳しく批判し、私人間効力論において、「だれが」「いかにして」人権規定を適用するかという手続の問題と、「どこで」「何を」適用するかという実体の問題を区別することを提唱し、従来の学説対立がどこですれ違っていたかを明快に腑分けしてみせた。棟居の問題提起の最大の功績は、私人間効力が問題とされる場面が、「国家－被侵害者－侵害者」の三面関係においてとらえられるべきことを提示した点にある。⁽²⁸⁾これにより、従来あいまいであった直接効力説と間接効力説の対立点を、憲法上の人権規定の名宛人（人権規定により拘束を受ける者）が国家なのか、市民相互間かという形でとらえ直すべきことが明らかになった。

棟居は、この三面関係に基づいて、私人間効力論が問題となっている場を、国家が侵害者・被侵害者の双方に自由の行使を許容している状態とみる。⁽²⁹⁾そこにおいて、私人双方の自由が衝突する場合の判断基準として、棟居が提唱するのが、「権利」と「自由」の区別である。棟居は、「自由」について、国家が自由の行使・不行使を許容しているにすぎないので、第三者による侵害に対して国家に保護を請求しうるものではないとしつつ、自由権の本質的部分は、「権利」であり、国家に対する不作為請求とともに権利保護請求が認められるとする。⁽³⁰⁾したがって、「自由」と「自由」が衝突しても国家が救済に乗り出すことはないが、「権利」と「自由」が衝突する場合には、国家は「権利」侵害の救済を行わなければならない。そして、「権利」どうしの衝突の場合には、立法者による調整を尊重しつつ、憲法的価値衡量によって決することとなる、⁽³¹⁾とされる。

棟居による「再構成」の試みを受けて、私人間効力に関する議論は、再び活発化した。山本敬三の整理に従えば、⁽³²⁾これらの議論は、人権規定の名宛人をどのようにとらえるかによって、(a) 人権規定対市民的拘束力を認める立場と (b) 人権規定をあくまでも国家のみを拘束するも

のとらえる立場に分かれる。そして、後者は、人権規定を、国家に對するどのような性格の規範とみるかについて、(b1) 国家が人権を侵害してはならないことを保障したものととらえる「防御権的構成」、(b2) 国家に、個人の人権を他人による侵害から保護すべき義務を課したものとみる「保護義務的構成」がある。さらに、(a) (b) とは位相をやや異にし、(c) 憲法の最高法規性を根拠に、国家法である私法の解釈にあたって、憲法の人権規定の拘束力が及ぶと論ずる立場もある。

(a) (b) (c) それぞれの立場とも、憲法の人権規定が私人関係に効力を有すると認める点では共通しているが、その道筋には大きな隔りがある。とはいえ、これらの対立は、かつての直接効力、間接効力という対立よりは、その対立点が明快である点で、数段優れているといえるであろう。

- (1) 美濃部達吉『日本国憲法原論』161頁以下(有斐閣 1948年)参照。
佐々木惣一は、社会生活において人が自分の意思を主張しうる「自然権としての基本的人権」という概念を認めるが、それを国家が法の対象とすることによって、「法的権利としての基本的人権」が成立するとの理解に立つ。ここから、憲法の定める「法的権利としての基本的人権」は「國民の國家に對する権利」ということになる。佐々木惣一『改訂 日本国憲法論』391-92頁(1952年 有斐閣)。佐々木はその独自の「存在権」について、國民と他の私人との生活関係においても主張しうるが、「國民の存在権」は「他の私人との関係において存在を害されないよう努力することを、國家に要求すること」、すなわち、あくまでも國家に對する請求権としてとらえられている(402頁)。戦後の私人間効力論の学説について網羅的に検討した業績として、君塚正臣「伝統的第三者効力論・再考(1)」関西法学論集49巻5号114頁以下、「同(2・完)」関西大学法学論集49巻6号45頁以下(2000年)参照。
- (2) 法学協会『註解 日本国憲法上巻』299頁(有斐閣 1953年)参照。
- (3) 鶴飼信成『憲法』82-83頁(岩波書店 1956年)、同『憲法』78頁(弘文堂 1954年)参照。
- (4) 芦部信喜は、1952年に、東急電鉄事件についての評釈(判例研究5巻1号98頁[1955年])を発表した当時、『註解日本国憲法』が私人間効力の問題に触れた「唯一と言ってもよい状況だった」と述懐している(芦部信喜「人権論50年を回想して」公法研究59号1頁以下、5頁[1997年])。

- (5) 久保田きぬ子・判例百選（ジュリスト200号）116頁（1960年）。
- (6) 雄川一郎・法学協会雑誌72巻3号110-11頁（1955年）。佐藤功は、私人間効力の問題を、特別権力関係論と区別すべきことを強調する（行政判例百選34頁〔1962年〕）。
- (7) 芦部信喜・憲法判例百選〔第一版〕11頁（1963年）。このようにいわば自発的に人権制限を受け入れた事例について、「特定の場所における一定の活動の制約を自ら甘受するだけのもの」で、そもそも人権の私人間効力を論ずる必要もないとの理解もある（川井健「憲法における人権保障規定の私法的効力」判例時報724号12頁〔1974年〕、同「特定の住居で宗教活動をしない約束と憲法20条第1項」民商法雑誌57巻6号936頁以下、944頁〔1968年〕）。しかし、契約である以上、一旦は当事者が人権制約的内容に合意しているのは当然であり、それを「人権の自発的放棄」だとして私人間効力の問題とならないとすると、私法上の契約による人権制限を争うことはほとんどできなくなる。公序良俗規定は、当事者が合意した法律行為であっても、その内容に重大な問題がある場合には、その法的効力を否定するところに本質がある。その意味で、「人権の自発的放棄」とされてきた事例は、私法上の契約内容における人権制限がどこまで許されるのかという問題を孕んでいたものであり、実際には、もっとも典型的な私人間効力の問題ともいいうる。
- (8) 芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」公法研究26号19頁以下（1964年）（芦部『現代人権論』1頁以下〔有斐閣 1974年〕）。芦部の私人間効力論についての業績について、その内容と批判説との応答を整理したものととして、青柳幸一「人権の私人間効力論——芦部説と批判説」、『芦部憲法学と私人間効力論』青柳『人権・社会・国家』13頁以下（尚学社 2002年）参照。
- (9) 稲田陽一「自由権の国民相互間における効力について」公法研究26号74頁以下（1964年）。
- (10) 第28回公法学会の総会報告を、芦部信喜とともに担当した森順次は、「間接的効力説とでも呼ばるべきものが、いわゆる通説であるといえるであろう」と述べている。森順次「人権保障規定の法的性格」公法研究26号1頁以下、16頁（1964年）。
- (11) 三並敏克「企業と人権」ジュリスト1244号129頁以下、133頁（2003年）。
- (12) 以下の分類、学説名は芦部信喜による。芦部信喜「私人間における人権の保障」芦部編『憲法Ⅱ 人権Ⅰ』70-73頁（有斐閣 1978年）参照。
- (13) 稲田陽一『憲法と私法との接点』25頁（成文堂 1970年）。
- (14) 田上穰治『新版 憲法要説』75頁（白桃書房 1963年）、同『憲法撮要』90頁（有信堂 1963年）。

私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間

- (15) 橋本公巨『日本国憲法』171頁（有斐閣 1980年）。
- (16) 芦部信喜『憲法 [第3版]』（岩波書店 2002年）では、「人権は、……公法・私法を包括した法秩序の基本原則であって、すべての法領域に妥当すべきものである」（106頁）（傍点、芦部）と述べられている。
- (17) 阿部照哉「私法関係と人権」樋口編『憲法の基本判例』17頁（有斐閣 1985年）。
- (18) 有倉遼吉「精神的自由権と私人相互関係」法学セミナー増刊『思想・信仰と現代』82頁以下、86頁（1977年）。
- (19) 芦部・前掲注（12）68頁（私法関係における「人権の相対化」を認める後期ニッパードイ説については、私的自治の原則を危険に陥らせるかどうか問題もある、とする）。
- (20) 中村睦男『憲法30講 [新版]』51頁（青林書院 1999年）。
- (21) 拙稿「私人間における人権保障と裁判所・再考——私人間効力論を越えて」『現代立憲主義と司法権（佐藤幸治先生還暦記念）』205頁以下、213頁（青林書院 1998年）、戸波＝松井＝安念＝長谷部『憲法（2）人権』54頁 [安念潤司執筆]（有斐閣Sシリーズ 1992年）、松井茂記「憲法と新しいリバータリアニズム——『国家』、『社会』、そして『憲法』の射程」ジュリスト884号48頁以下、53頁（1987年）。
- (22) 三並・前掲注（11）136頁。ドイツの直接効力説の論者が私法規定の媒介を説いている点について、三並「私人間における人権保障の理論」京都学園法学2003年1号1頁以下、131頁参照。
- (23) 君塚正臣「伝統的第三者効力論・再考（2）・完」前掲注（1）64頁。
- (24) 初宿正典『憲法2 基本権 [第2版]』105頁（有斐閣 2001年）。
- (25) 浦部法穂『全訂 憲法学教室』70頁（日本評論社 2000年）。
- (26) 野中・中村・高橋・高見『憲法I [第3版]』233－34頁（中村睦男執筆）（有斐閣 2001年）。
- (27) 棟居快行『人権論の再構成』1頁以下（信山社 1992年）。
- (28) 棟居・前掲注（27）書76－81頁。
- (29) 棟居・前掲注（27）書106－107頁。
- (30) 棟居・前掲注（27）書91－92頁。
- (31) 棟居・前掲注（27）書92－98頁。
- (32) 山本敬三「基本権の保護と私法の役割」公法研究65号100頁以下、103－105頁（2003年）。

3 民法学における私人間の人権保障理論

(1) 民法学と憲法

従来の「私人間効力論」の問題点は、公法と私法の交錯する領域でありながら、他の法分野、とりわけ私人間の法律問題を扱う民法学との協同がほとんど行われてこなかったところにある。それでは、民法学は、私人間の人権保障の問題をいかに扱ってきたのだろうか。

民法学においては、公法に対する私法の自律性が暗黙のうちに前提されてきたためか、私法上の関係において憲法がいかなる効力を有するかという問題が意識されることがほとんどなかった。民法の教科書のなかで憲法について言及されること自体稀であり、民法上の権利や原則の憲法上の位置づけが論じられることもなかったといってよい。民法は、ローマ法以来の「市民社会の基本法」として位置づけられ、あたかも時代や体制を超えた法原理を体現するものであるかのように観念されがちであったように思われる。大日本帝国憲法から日本国憲法への転換すら、その転換に伴いいくつかの重要な民法改正がなされたにもかかわらず、民法の性格理解に大きな変化をもたらさなかった。

民法90条の公序良俗に関する理解も例外ではない。そこでは、大審院判例が当然のように「判例」として扱われ、法律行為の無効原因である「公序良俗」違反の事例について、「個人の尊厳に反するもの」「婚姻の秩序に反するもの」「社会生活の秩序に反するもの」「勤労の精神に反するもの」「犯罪防止に反するもの」「強行法規に反するもの」「営業の自由、労働の自由、勤労者の権利を害するもの」「権利の自由に反するもの」「等価交換原則に反するもの」「経済秩序に反するもの」といった分類がなされるだけで、なぜそれらが法律行為を無効とする効果をもつのかについての原理的考察がなされることはなかった。⁽¹⁾

(2) 「協同体主義」を通じての憲法の受容

多くの民法学者が、憲法と民法、より一般的には公法と私法との関係について明確な見解を示さないなか、早くから憲法と民法についての統合的理解を明らかにしていたのが我妻栄であった。我妻は、日本国憲法について、「主権が国民に在り、その運用が国民の総意に基づいてなされるものとすれば、国家と個人との対立は止揚されるべきである。国家と個人は有機的に結合された全と個との関係となるべきである」との「協同体主義」に立脚しているものと理解し、民法上の私的自治の原則・契約の自由についても、「人の天賦の自然権が要求する点にあるのではなく、個人の幸福と社会の向上発展の原動力として尊重されなければならない」ととらえる⁽³⁾。ここから、民法90条の公序良俗規定も、「個人意思の自治に対する例外的制限を規定したものではなく」、「国家社会の一般的利益」の尊重という「法律の全体系を支配する理念」を表したものと理解される⁽⁴⁾。

個人の契約の自由をあらかじめ「全体のため」という目的の枠内でしか認めない我妻の理論は、結果として、「協同体」としての国家の「理念」を個人の自由につねに優先させることになる。我妻は、「協同体国家の理念」がいかに確定されるのかについて、「一面、従来の判例及びこれに対する学者及び社会一般の批評を仔細に観察し、他面、活眼を開いて、当代の社会思想と社会制度とを観察し、もって、具体的決定を誤らないように努めなければならない」と、憲法内在的ではなく、判例や社会意識から導き出そうとしている。こうして、我妻の理論は、判例・学説・社会の「常識」に表れた「秩序」を個人の自由に対して優先させる結果につながることとなる。民法を憲法のなかに位置づけていた我妻が、三菱樹脂事件において、いとも簡単に「企業が社員ないし従業員を採用するに当たっては、相手方の思想、信条、性別、社会的身分などを考慮し、自分の企業経営に適当な者を採用する自由を有することは疑いない⁽⁶⁾」と言い切ってしまうのは、個人の自由を、我妻が考えるところ

の「国家の理念」の枠内でしか認めない発想に由来しているのである。

我妻とは対照的に、三菱樹脂事件最高裁判決を厳しく批判した民法学者として、川井健を挙げることができる。川井は、公法と私法とを分離して論ずることを批判し、「公法と私法の分離は、人権保障が問われる場合には、問題とすべきではなく、憲法理念と私法の一般条項とは同一内容であるべき」と論じた。⁽⁷⁾ 我妻が、既存の判例や社会意識に基づいて「憲法の理念」を探った結果、会社の契約締結の自由を個人の思想信条の自由に優先させてしまったのに対し、川井は、「憲法の理念」を日本国憲法の定める人権保障ととらえ、それが私法をも拘束する「公序」を形成している⁽⁸⁾ととらえた。しかし、川井にあっても憲法と民法との関係、とりわけ憲法の人権保障がなぜ私法をも拘束する「公序」を形成するの⁽⁹⁾かという点に関しての説明はかならずしも明確ではない。

(3) 憲法と民法の関係への関心の高まり

憲法と民法との統合をはかるこれまでの立場は、いずれも憲法の秩序を「公序」として、民法解釈のなかに取りこもうとした。これに対し、私法関係において問題となる権利の憲法上の根拠を問うことにより憲法と民法との統合をはかろうとするのが、山本敬三である。山本は、ドイツにおける基本権保護義務論の成果に学びつつ、私的自治の憲法上の根拠を探ることを通じて、人権の私人間効力の問題の新たな地平を切り拓いた。山本は、私法の特質である私的自治の原則の根拠も、最高法規である憲法に求められねばならず、日本国憲法においては、憲法13条の定める幸福追求権に含まれる「自分の生活空間を主体的に形成する自由」⁽⁹⁾が私的自治の保障の根拠にほかならないとする。私的自治が憲法上の自由に根拠をもつ以上、それを制限する「公序良俗」規範も憲法上の根拠を必要とする。ここで山本は、国家が自ら個人の基本権を侵害してはならないだけでなく、第三者による基本権侵害から個人を保護する義務を負うとの、「国家の基本権保護義務」を援用し、国家機関である裁判所

も基本権保護義務を負う以上、私法規定を解釈するにあたっては、両当事者の基本権について、過小保護の禁止と過剰介入の禁止という原則に従わなくてはならず、双方の基本権を衡量して解決を導かなくてはならないとした。⁽¹⁰⁾ こうして、ある契約が公序良俗違反であるとして裁判所に持ち込まれた場合、裁判所は公序良俗違反かどうかの判断のなかで、当事者の基本権どうしの衝突を調整することになる。山本の分析によって、憲法上の人権規定がなぜ私法関係において効力をもち、当事者の人権主張がどのように衡量されるべきかの道筋、「私人間適用の基本構成」が確立されたのである。

憲法と民法との関係について民法研究者が意識的に論じるようになったきっかけとなったのは、山本の業績のほか、星野英一の一連の業績によるところが大きい。山本がどちらかといえば民法の上位法として憲法を位置づける（「憲法中心主義」）のに対し、星野は、フランス法に示唆を得つつ、「国家のコンスティテューション」としての憲法と、「社会のコンスティテューション（構成原理）」としての民法とにおいて、そこで保護されている実質的な価値は共通のものが多いと認識に立って、「憲法、民法その他全ての法律を超える自由・平等といった原理があり、それが全法律の指導原理である」との見方をとる。⁽¹¹⁾ 星野は、私法上の「人格権」のなかに「肉体的・精神的自由や人間の平等」が含まれるとするが、私法関係においても、自由・平等といった価値が尊重されなければならないのは、民法に憲法の価値が読み込まれるというよりは、憲法や民法といった実定法に先立つ価値として法体系のなかに埋め込まれているからということになる。⁽¹²⁾ 星野の立場によれば（星野が明確に論じているわけではないが）、人間の基本的な自由・平等は民法のなかにも組み込まれているはずだから、憲法学が私人間効力論として論じてきた問題は、別に憲法の人権規定を民法の一般条項に読み込むといった作業を経ることなく、通常の民法解釈のなかで処理されることとなろう。

「社会のコンスティテューション」論を発展させつつある、大村敦志

の著作も憲法学にとって示唆に富む。⁽¹³⁾大村は、憲法と民法との規範関係を重視する山本と異なり、私的自治を掣肘する「公序」を、社会のなかから生みだされる「契約正義」としてとらえようとする。憲法に比べてはるかに長い歴史をもつ民法学の蓄積を重視する大村は、民法学のなかで形成されてきた規範意識が「憲法を照らし出すという側面」に注意を促す。⁽¹⁴⁾思えば、私人間効力論の問題点は、憲法上の権利と私法上の権利をまったく次元の異なるものとして切断するところにあった。大村の示唆は、従来の公法・私法の二元論的思考に対して根本的な反省を迫るものとなる。

(4) 市民社会論という視座

民法学は単に憲法上の人権規定を私法関係にどのように適用するかという技術論にとどまらず、憲法と民法の関係、国家と市民社会の関係という大きな視野に立った業績を積み重ねつつある。吉田克己は、民法学の古典的パラダイムの転換を主張する諸理論の背景に、現代における市民社会の構造的変容、法的空間の移動と拡大があり、それにともなって、民法が、《市場における商品交換を媒介する法》から《市場における商品交換とともに生活世界における人格的關係をも媒介する法》へとその対象を変容させてきた、とみる。⁽¹⁵⁾民法の課題を解釈論の枠内にとどめず、国家と市民社会の關係の社会科学的分析をふまえて論証しようとする吉田の主張は、ともすれば解釈技術の狭い枠内での思考にふけりがちな最近の憲法学に対しても、重要な視座を与えてくれる。本稿で扱う私人間における人権問題が、民法学において関心を引くようになったのは、まさに民法学が「生活世界における人格的關係」をもその対象とせざるをえなくなったところから生じているといえよう。

さらに、「現代民法学の法的戦略」を探る吉田は、法が機能する「場」に応じた法の役割を、〈国家－社会－個人〉の緊張関係の中でとらえるという視角を提示する。すなわち、民法の機能を、個人の自律的法形成

である私的自治をどこまで認め、国家による市民社会への介入をどのような場面でどこまで容認するかという角度から検証しようとする。憲法学で論じられてきた私人間効力論の本質は、単に私人間関係に憲法の人権規定が適用されるかどうかという技術論にとどまるものではない。レッセフェールの経済政策を背景にした公法・私法の二元的関係が維持しえなくなった現代国家において、個人の自律的な関係に国家がどの程度介入しうるかという現代国家に特有の問題の一つの局面であることが忘れられてはならない。現代国家においては、一方で自由な個人の結合関係への国家介入が否定される一方で、経済的な格差の拡大によってもたらされる個人の自律性の喪失を回復するための国家介入が要請される。また、近年、社会学・政治学で多く論じられているように、個人の自発的意思に基づく多様な自発的団体の存在と活動こそが民主主義社会のありようにとって重要な意味をもっている。こうした多面的な機能と性格を有する「市民社会」について、吉田は、「市民社会 α 」(ブルジョワ社会あるいは市場経済社会としての市民社会)、「市民社会 β 」(政治共同体としての市民社会)、「市民社会 γ 」(自由な意思に基づく非国家的・非経済的な結合関係としての市民社会)に分類して、それぞれの「市民社会」概念が、国家、市場経済、そして両者の中間にある「公共圏」の現実のあり方⁽¹⁶⁾についての批判原理を提供するとの構想を示している。これについては、既に、森英樹が、吉田の市民社会概念に応答して、『自発的・自律的結社』が動態的なネットワークを織りなしつつ公権力を編成・運用・改廃していく憲法的な論理と構造⁽¹⁷⁾をさぐることを憲法学の課題として提起しているところである。私人間効力論を考える上でも、現代市民社会において国家による介入と個人間の自律的な関係の維持とのバランスをいかにはかるのかという視点は極めて重要であるように思われる。

(1) 川島武宜編『注釈民法(3)』60-84頁(高津幸一執筆)(有斐閣1976年)。

- (2) 我妻栄『新憲法と基本的人権』220頁(国立書院 1948年), 同『民法研究Ⅷ』246頁(有斐閣 1970年)。
- (3) 我妻栄『改訂 民法大意上巻』167頁(岩波書店 1950年)。我妻は、「私法的自治も亦国家的秩序の枠の中にあつて、国家の産業の向上発展に資する限りに於いて、その存在を是認せらるべきもの」と述べ、戦時下の経済統制法制を容認する。
- (4) 我妻栄『新訂 民法総則』270頁以下(岩波書店 1965年)。
- (5) 我妻・前掲注(4)書272頁。
- (6) 我妻栄意見書。労働判例189号28頁(1974年)参照。
- (7) 川井健「憲法における人権保障規定の私法的効力」判例時報724号12頁以下, 13頁(1974年)。
- (8) 憲法秩序を「公序」の中に位置づける論者としては、川井のほか米倉明「法律行為(21)」法学教室64号42頁以下, 「法律行為(29)」72号60頁(1986年), 石田穰『民法総則』302頁(悠々社 1992年)(人の尊厳を「憲法上の基本的価値の一つ」と位置づける)参照。
- (9) 山本敬三『公序良俗論の再構成』24-25頁(有斐閣 2000年)。
- (10) 山本・前掲注(9)書64-65頁。
- (11) <対談>星野英一・樋口陽一「社会の基本法と国家の基本法」ジュリスト1192号2頁以下, 9頁(2001年)。
- (12) 星野英一『民法-財産法』15頁(放送大学教育振興会 1994年), 同『民法のすすめ』142-44頁(岩波新書 1998年), <インタビュー>星野英一「民法と憲法 民法から出発して」法学教室171号6頁以下, 9頁(1994年)。
- (13) 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76巻2号71頁以下(2004年)。
- (14) 大村敦志「書評 山本敬三『公序良俗論の再構成』を味わう——『公序の未来』または民主主義の再定位と民法・民法学の役割」民商法雑誌125巻2号102頁以下, 128頁(2001年)参照。
- (15) 吉田克己『現代市民社会と民法学』3頁(日本評論社 1999年)。
- (16) 吉田・前掲注(15)書107-11頁。
- (17) 森英樹「憲法と公共・公共性・公共圏——序論的考察」森編『市民的公共圏形成の可能性』2頁以下, 8頁(日本評論社 2002年)。

4 私人間における人権保障論考察のための視点

2, 3 でみたように, 人権規定の私人間効力についての学説は, 三菱

樹脂事件最高裁判決後の停滞期を脱し、ここ10年でかなり活発に業績が公表されてきている。しかも、この業績のなかには、すでにみたように、憲法学だけからではなく、民法学からのきわめて重要な問題提起が含まれている。憲法学からも、これまでほとんど憲法学の問題とはとらえられてこなかった他法の領域の問題について、私人間効力論の応用を試みる論稿も出されている⁽¹⁾。こうした近年の私人間効力についての議論の蓄積のなかで、従来の憲法学説の対立においては必ずしも十分認識されていなかった点が明らかにされ、この問題の実践的解決に向けての土台が形成されつつあるように思われる。以下にそれらを箇条書き的に列挙してみよう。

(1) 直接効力説か間接効力説かの対立からの脱却

すでに多くの論者によって論じられているように、これまでの直接効力説と間接効力説の対立は、相互にすれ違っており、その対立点の所在も明確でない⁽²⁾。私人間効力論として扱われてきた問題のより根本的な対立が、憲法の人権規定に対国家的拘束力のみを認めるか、対市民的拘束力を認めるかという点であることも共通認識となりつつある⁽³⁾。最近の教科書の中には、自らが直接効力説、間接効力説のいずれに属するかという枠組み自体を拒否するものもある⁽⁴⁾。私人間の関係に憲法が適用されるのか私法が適用されるのが根本的な対立ではない以上、自らの学説を無理に直接効力、間接効力の枠組みの中に押し込める必要はないし、学習者を混乱させないためにも、直接効力説、間接効力説の対立は過去のものとして扱った方がよいと思われる。

(2) 私人間における人権問題の特質

従来の形式的・硬直的な公法・私法の二元論は、各法分野で克服されつつあり、両法関係を隔てる実質的な違いは何なのかが個別具体的に問われつつある。私人間効力論においても、こうしたアプローチが応用さ

れるべきである。国家と私人の関係と、私人間の関係との決定的な違いは、浦部法穂が「私人相互の関係であれば、どちらの権利・自由を重視するかという一種の利益衡量抜きに当然に憲法違反という結論を帰結するわけにはいかない」と指摘する⁽⁵⁾ように、国家は人権享有の主体となりえないが、私人間関係においては、対立する当事者がともになんらかの権利を享有しており（ここでは「法人の人権享有主体性」についての問題点は暫く措く）、一方の人権主張を常に優先させるわけにはいかないことである。私人間の人権保障において双方の利益衡量が必要とされるという認識も、現在ではほとんどの論者に共有⁽⁶⁾されている。

（3） 憲法の最高法規性と私法規定

私人間における人権保障における固有の問題が両当事者の権利・利益の衡量であるとする、次に問題となるのが、そこで衡量される権利ははたして憲法上の権利か私法上の権利かということである。この点、従来ともすれば伝統的な公法・私法二元論の影響か、私法上の権利と憲法上の権利が切斷して論じられる傾向もあった。

私人間における憲法上の人権規定の効力について、これまでの学説を丹念に整理する作業を進めてきた君塚正臣が注目したのは、憲法の最高法規性であった。従来とかくその独自性、自律性が当然視されてきた私法規定もまた国家法なのであり、最高法規である憲法の規定に反する規定は無効となる。その規定が、公序良俗規定などの一般条項である場合には、裁判所の解釈・適用も憲法の拘束を受けることから、一種の「合憲限定解釈」として憲法の趣旨が私法関係に持ちこまれ、裁判官の利益衡量過程を拘束することになる。君塚は、こうして裁判官による私法規定の解釈に憲法の拘束を及ぼそうと考案⁽⁷⁾した。先に紹介した山本敬三も、「私法もまた国家法の側面を有している」のであって、「国家法としての私法が憲法による拘束からまぬがれると考えることはできないはずである。同じことは、国家機関である裁判所がおこなう裁判という行為に

もあてはまる。したがって、少なくとも国家がかかわるかぎり、私法関係においてもやはり憲法が妥当する⁽⁸⁾」と述べ、憲法の最高法規性に着眼している点で君塚と共鳴し合う点が多いといえよう。この点の認識は、他の論者においてかならずしも一般的であるとはいえないが、従来の私人間効力論が、間接効力説にせよ直接効力説にせよとらわれてきた、公法・私法の二元的発想を克服するには重要な視点であると思われる。

憲法を私法も含めた全法体系の最高法規に位置づけることは、当然、私法上の権利・原則の憲法上の根拠をさぐることになる。山本敬三が、従来、憲法上の人権規定と対立的にとらえられてきた「私的自治の原則」そのものの憲法上の根拠をさぐり、それを憲法13条の幸福追求権に根拠づけたことも、この視点の重要な成果である⁽⁹⁾。

(4) 憲法上の人権規定の名宛人

憲法上の人権規定の名宛人を、対国家に限定するか、対市民的拘束力を認めるかが私人間効力論の本質的対立点であることはすでに述べた。

この点に関して、筆者は前稿でも論じたように、憲法の人権規定に対市民的拘束力を認めることは難しいし、その必要性もないと考えている⁽¹⁰⁾。憲法の人権規定のテキストにおいて、人権規定の名宛人が国家に限定されていないというだけでは、憲法規定の根本的性格を改変するにはあまりにも論拠が弱いといわざるをえない。また、人権の基礎にある価値が対公権力、対市民を問わず妥当すべきものであることは認められるとしても、そこからストレートに、その価値を実定化した憲法規定が対市民的効力をもつと論ずることはできない。

他方、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。この点で重要なのは、3で論じた憲法の最高規範性と、私人間の人権保障が問題となるのは、裁判所が私人間の紛争を解決しようとしている場面であるということである。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かぎり尊重する義務を負う。このように考えれば、わざわざ憲法上の人権規定に対市民的拘束力を認めなくても、私人間紛争に憲法上の人権規定の効力を及ぼすことは可能となる。筆者が前稿で提示したのは以上のような考え方であった。⁽¹¹⁾

これに対して、三並敏克は、筆者の見解を「司法的執行の理論」であると位置づけた上で、「私人による人権侵害行為を『是認した』裁判所の司法処分……自体を違憲の国家行為と言い得るためには、まず、第一に、『私人による人権侵害』という観念自体が成り立ち得ること（人権が私人間にも及ぶ効力をもつこと）が主張されなければならないし、第二に、私人間効力をもつその人権に裁判官は拘束されるということが主張されなければならないのに、司法的執行の理論のように、人権が私人間に及ばないという前提の下では、私的人権侵害行為を『是認した』司法処分という説明自体に大きな論理的矛盾が生じてくる」と批判する。⁽¹²⁾しかし、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、敗訴側の当事者の利益は損なわれる。裁判の結果として敗訴者側が被る損害は、裁判に至らない過程で被った事実上の損害とは性格が異なり、一定の法的効果が付与される。その法的効果の付与こそが裁判所という国家機関の作為の産物である。民事訴訟において損害賠償請求や差止請求を認容する場合、裁判所が敗訴当事者の財産を失わせたり、ある行為を禁止するなど裁判所の作為はもっとも直接的に現れるが、請求を棄却する場合、すなわち、裁判所が一方当事者の行為を是認する場合であっても、敗訴当事者の権利制限に公権力の力をもって既判力などの法的効果を付与することになるという点で、裁判所の作為が加えられることは否定できないように思われる。法律行為についての訴訟においても、その無効を宣言する場合などがもっとも裁判所の作為が直接的にみえやすいケースであるが、確認訴訟のような場合であっても、請求を認容する場合、棄却する場合、それぞれに裁判所の作為を見

出すことができよう。裁判所のこうした作為は公権力の行使であり、当然、憲法の人権規定の拘束を受けるのである。したがって、裁判所という国家機関が私人間の紛争について裁判作用を営む際に憲法の人権規定に拘束されると説くために、憲法の人権規定が対市民的拘束力をもつことを前提とする必要はないと思われる。

また、三並は、小嶋和司の叙述を引きながら、『法そのものは有効だが、裁判所が強行することは違憲ということであるが、そのような法が存しうるとは考えがたい』⁽¹³⁾、と言わなければならない」とも批判する。そもそも筆者の立場は、適用された私法規定の違憲性を問題としているのではなく、裁判所の判決作用が憲法の人権規定に拘束されるということだけを述べているだけであるので、この批判は当たらないように思われる。また、小嶋の批判は、合憲とされている法律を裁判所が執行することを違憲と評価する司法的執行の理論を批判したものであるが、法律そのものは違憲とまではいえないが、裁判所の解釈運用次第で違憲となる場合があることは、合憲限定解釈や、適用違憲の事例で明らかにされたところである。したがって、「有効」な法律を裁判所が解釈適用することが一方当事者の権利に対する重大な侵害となる場合、その判決作用が違憲と判断されることは十分あり得ると思われる。

(5) 私人間効力論が問題となる場面の設定

直接効力説か間接効力説との対立においてすれ違っていた点の一つに、私人間効力論が問題となる場面をいかなるものととらえるかという問題がある。直接効力説がどちらかといえば、憲法の人権規定の適用主体の問題を明確には意識せず⁽¹⁴⁾、漠然と、私人同士が法的関係をもつ場面一般を想定していた（すなわち、直接的効力を認められた人権規定が行為規範として機能する場面を想定していた）のに対し、間接効力説は裁判の場での私人間紛争を主に念頭に置いていた（すなわち、適用された人権規定が裁判規範として機能する場面を想定していた）ように思われる。

筆者の立場は、私人間効力論の問題とされるべき場面は、棟居のいう三面構造の機能する場面、すなわち私人間の紛争が裁判所に持ちこまれた場合に限定されるというものである。⁽¹⁵⁾後に述べるように、憲法上の人権規定を具体化する一次的任務を負うのは立法府であり、私法規定は、立法府による私人間での利益調整の結果と見ることができる。私人間効力論でもっぱら争われてきたのは、私人間の法的紛争に憲法上の人権規定が効力を及ぼすかどうかであり、立法府が法律を通じて行った私人間の利益調整をどのように評価するかは私人間効力論の本来の射程からはずれる。

私人間効力論の問題となる場面を、裁判所による私人間の紛争処理に限定することによって、憲法上の人権規定に対市民的効力を認めずとも、前述のとおり、裁判所という国家機関が憲法上の人権規定に拘束されるという原則から、私人間紛争に人権規定の効力を及ぼすことができるのである。ここで、私人間の紛争において、裁判所が一方当事者勝訴の判決を下すことが、はたして国家への帰責をもたらすのかという疑問が提起される。山本敬三は、「もともと帰責とは、単にしなかったというだけではなく、なすべきことをしなかった場合にはじめて認められるものである。侵害者の侵害行為が国家に帰責されるのも、そこで国家がなすべきことをおこたったからである」と述べて、国家への帰責が認められるためには国家の作為義務が前提となることから、憲法上の人権規定について、「国家は個人の基本権を他人による侵害から保護しなければならない」という基本権保護義務が組み込まれているとの構成をとる。⁽¹⁶⁾

山本と筆者の見解の相違は、「基本権保護」なり、「防衛権」という言葉の内容として何をイメージするのかという違いに基づいているように思われるが、裁判所の判決作用において、当事者双方の主張している利益を十分考慮することは、具体的紛争の第三者的裁定機関として当然の作用であり、基本権保護義務を承認しなければ導き出せないとは思われない。私人間の紛争において、裁判所が当事者の権利について、過剰介

入と過小保護が禁止されるということは、結局は、十分な利益衡量を行うべきことを要請しているにすぎない。当事者の主張する利益は対私人に対しては私法上の利益かもしれないが、その利益の内容が憲法上の権利の内容と重なる場合（多くの場合、両者は重なりうる）、その利益を裁判所が不十分にしか衡量しない場合、国家機関たる裁判所が一方当事者の憲法上の権利を侵害したとみなしうるというのが、筆者の立場である。

そもそも、基本権保護義務論については、とりわけその内容の限定性について疑問を未だ払拭しえない。⁽¹⁷⁾山本は、基本権保護義務の内容が不明確であるとの疑問に対して、基本権保護義務の内容はけっして漠然としたものではなく、「あくまでも侵害からの保護という限定された意味であり、人権保護を理由としたパターンリスティックな介入になることはない」と反論する。⁽¹⁸⁾しかし、基本権保護義務についての、そうした限定が可能となる根拠は明らかではないし、ドイツにおいて、この議論が出されてきた文脈からも逸脱するのではあるまいか。「個人情報保護」を名目に、報道の自由の制限が行われたように、人権保護が人権侵害に転化する例は多くみられる。国家に憲法上、基本権保護義務があることを承認すれば、裁判所による憲法解釈を通じて、過剰な保護＝他の権利の過剰な制約が導き出される危険性も高いといわなければならない。⁽¹⁹⁾

また、山本は、人権規定を「国家からの自由」ととらえれば、究極的には国家不要論に行き着くことになる」と述べ、国家の存在意義からみて、「個人の基本権を他人による侵害から保護することは、国家の最低限の任務に属する」と述べる。⁽²⁰⁾しかし、人権規定をあくまでも「国家からの自由」ととらえた自由主義国家観のもとでも、けっして国家は不要とは考えられなかったことからみても、山本の主張には飛躍があるように思われる。

私人間効力が問題とされる場面を私人間紛争の解決を裁判所が行う場面に限定することは、私人の権利保護について十分な責任を果たせなか

った国家の責任を追求する事例も、私人間効力論の対象外とする。松井茂記は、「憲法が適用されるのは、『政府』の行為に限られると考えるべきであり、憲法上の権利の私人間適用ないし第三者効力といった枠組み自体を放棄すべきである」との立場に立つ一方、アメリカのステイト・アクション原則を参照しつつ、政府が個別の法律によって私人に一定の行為を命じた場合や法律によって私人が一定の権限を受けた場合、さらには、政府が私人の一定の行為を禁止していない＝容認している場合にも、政府の行為を憲法違反として争うことができると述べ、政府が対私人関係において市民の権利保護のために十分な措置をとるような立法措置の必要性についても論じている⁽²¹⁾。たしかに、合衆国のステイト・アクション要件論には、州・自治体の公務員の不法行為について、それが「州法の名の下に行われた」ならば、州に人権侵害の責任を帰責することによって、合衆国法典42編1983条に基づいて、連邦裁判所の管轄権を及ぼすテクニクとしての側面（いわゆる「憲法的不法行為（constitutional tort）」⁽²²⁾）もある。しかし、ステイト・アクション要件論には、私人の行為を連邦憲法上の権利侵害と構成する理論としての側面もある。したがって、ステイト・アクション要件論を政府の責任を追及する国家賠償責任の問題としてだけ扱うのは、一面的といわざるをえない。松井も、裁判所が法令・私法の一般条項の解釈を通じて、私人の人権侵害行為に対する私法上の救済を図る必要性は認めており、その「解釈」の過程に憲法上の人権規定の効力をいかに及ぼすかという私人間効力論の意義はなお残されているように思われる。

（6）私人間の人権保障にとっての立法の役割

（5）において、私人間効力の問題を、裁判所に私人間の法的紛争がもちこまれた場合に限定したが、このことは、議会が立法を通じて人権規定の趣旨を私人関係に及ぼすことが私人間における人権問題の解決にとって重要でないということではない。むしろ、近年の私人間効力論に関

私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間

する議論の蓄積のなかで得られたもう一つの視点は、私人間の権利利益の調整はまず立法を通じて行われるということが再認識されたことである。高橋和之がフランスにおける議論を参照しつつ、あえて「無効力説の再評価」を打ち出したのも、無効力説をとっても立法を通じて私人間の権利利益の調整が適切になされうること⁽²³⁾を強調するためであったと思われる。高橋は、従来の直接効力説のみならず間接効力説も、実は憲法上の人権規定について「全方位的な性格の客観的価値体系」であることを前提としており、これは「近代的な立憲主義の観念を逆転し、憲法・人権が権力をでなく、国民を拘束するものへと転化するモメントを秘めて」いると批判し、憲法の人権規定の対国家性という近代立憲主義の枠組みは維持されるべきと主張する⁽²⁴⁾。そのうえで、「憲法を頂点におく日本の実定法システムは、自然権的価値としての人権を保障する法的なメカニズムを確立しているものであり、私人間における人権保障は民法を中心とする私法によりなされる」こととなり、憲法の人権規定を、間接にせよ直接にせよ、私法関係に及ぼす必要はないと主張する⁽²⁵⁾。

私人間における人権保障は、①人権侵害行為の処罰や②民法典をはじめとする私法規定によって行われるとの指摘はこれまでもなされてきたところである⁽²⁶⁾。しかし、それでもなお、多くの論者が私人間効力の問題を論じてきたのは、私人間の人権保障は、①②の方法だけでは完結しないからである。立法による利益調整は常に明確に行われるとは限らないし、立法過程における影響力の大きい勢力に有利な利益調整がなされることも多い。こうした問題が「純粹理論上の問題」でないことは、労働現場や地域社会、家庭など多くの私人関係における人権問題が、多くの場合、憲法上の権利侵害との主張を伴いながら、裁判所にもちこまれていることから明らかなのではないだろうか。

また、私人間における人権問題は、立法による調整によって最終的な解決が図られないことも多い。いかなる法律にも解釈の幅はあり、その解釈が裁判で争われる場合、裁判所が当事者の最終的な利害関係を調整

しなければならない。私人間の紛争が裁判所に持ちこまれる場合、適用される私法規定の裁判所による解釈という作用が当然行われることとなる。とりわけ適用されるべき私法規定がきわめて抽象的な一般条項の場合、当該私法規定の解釈過程において、裁判所による両当事者の利益衡量の余地が大きくなる。私法の一般条項の解釈を通じた利益衡量の過程において、憲法の人権規定の趣旨が「読み込まれる」かどうか私人間効力論の出発点であったはずである。

高橋は、私法の解釈が人権価値に適合的になされなければならないのは、憲法の規定する人権価値に適合的に解釈すること＝合憲解釈が行われるからではなく、自然権的な人権価値を解釈基準としているにすぎないとする⁽²⁷⁾。しかし、憲法上の人権と切り離された自然権がなぜ実定法の解釈基準となるのかが明らかではないし、本稿の立場からすれば、私法規定を解釈する国家機関である裁判所が、憲法上の人権とは異なる自然権に基づいて解釈をすると構成する必然性はない。

(7) 「社会的権力」論の位置づけ

芦部信喜の私人間効力論をはじめとして、これまでの憲法学が人権規定に私人間効力を積極的に認めようとしてきた背景には、大企業等の「社会的権力」による人権侵害が深刻な状況をもたらしているとの現状認識があった。これまでの直接効力説、間接効力説の対立がアクチュアリティをもたなかった原因の一つに、私人間効力論登場の背景である「社会的権力」論を解釈論のなかに取りこむことができなかった点がある。この点、三並敏克が、現代日本において、企業の支配力がきわめて大きい「日本型企业社会」と呼ぶべき状況が現出しているとの問題意識から、対企業権力という観点を明確にした私人間効力論を展開している点が注目される⁽²⁸⁾。三並は、「社会的権力」という、多種多様な組織を含む抽象的概念では、「人権を企業社会変革の武器に」するための法戦略として有効性に乏しいことから、対象を「企業権力」に限定し、憲法上

の人権規定に私人間効力を認めて「企業権力からの自由」を実現しようとする⁽²⁹⁾。

他方で、私人間効力論から「社会的権力」論を一掃しようとする方向も打ち出されている。基本権保護義務論による私人間効力論を展開する山本敬三や小山剛は、私人関係一般を問題とし、特に「社会的権力からの自由」を問題としているわけではない⁽³⁰⁾。憲法の最高規範性を通じた私法規定の合憲解釈という手法で憲法の効力を及ぼそうとする君塚も、憲法の効力が私人関係に及ぶかどうかの問題に関しては、「いわゆる『社会的権力』論は最早前提にする必要もない⁽³¹⁾」と言い切る。

本稿の立場においても、憲法の人権規定の効力が私人関係に及ぶ過程の説明には当事者の一方が「社会的権力」かどうかという要素は入ってこない。ただし、私人間における人権保障が憲法問題として登場した歴史的背景を考える上だけでなく、現実に生起する人権侵害事例を解決する上でも、当事者の力関係は重要な要素であり、問題解決のプロセスに「社会的権力」の問題をとり入れるべきであると考えている。ここで参考となるのが、私人間紛争の特質である私的自治の保障の憲法上の根拠と、合衆国において私人による人権侵害の際に適用されたステイト・アクションの法理である。

私人間の契約が私的自治として保護されるということは、契約当事者が過去に締結した契約に拘束され、その関係を国家は尊重しなければならないということである。こうした私的自治の保護の憲法的淵源は、山本敬三に従えば、憲法13条の幸福追求権に含まれる「自らの生活関係を形成する自由」にあると考えられる。国家機関である裁判所は民法90条の公序良俗規定を解釈する際にも、この「自由」への過度の侵害とならないようにしなければならない。ただし、私的自治の名の下で個人の過去の意思決定に個人が拘束される前提には、個人の自由な意思決定がなされたことがあるはずである⁽³²⁾。これまで「社会的権力」とされてきた雇用者としての大企業との労働契約、就業規則による人権侵害が深刻なの

は、労働者にとって、人権侵害的な契約であっても雇用を確保するためにはそれを受け入れざるをえないという状況があるからである。このように意思決定の自由が制約された状況の下で交わされた契約について、国家が「法的有効性」を付与する必要性は低い。⁽³³⁾

また、国家による独占的地位の保障など、国家とつながりの深い組織が人権侵害的な契約を行う場合も同様に、相手方である個人の選択の自由は狭くなる（たとえば、地域独占を認められた公益事業者との契約など）。そこでの人権侵害は選択の自由が制約されている分深刻であり、ここでも当該契約を私的自治の名の下に国家が支持する正当性は低い。

「国家とのかかわり合い」を理由に、憲法の人権規定を私人の行為に適用させていくステイト・アクションの法理が日本の解釈論において有効性をもつことには、近時懐疑的な見方が強い。筆者も、合衆国のステイト・アクションの法理には、合衆国特有の連邦制という要素が絡み合っており、そこでの基準をそのままの形で日本に持ちこむことはできないのではないかと考えている。⁽³⁴⁾ もっとも、戦後初期の鶴飼、そして芦部など、多くの憲法研究者がこの法理に引きつけられたのは、合衆国における人種差別という人権侵害の深刻さもさることながら、日本における私人による人権侵害とのなんらかの共通点を感じ取ったからにほかならない。合衆国南部の人種差別が深刻だったのは、形式的には私人による人種差別ではあっても、地域的な独占企業であったり、州から特権的な地位を与えられたり、州から公共的な機能を委託されたり、といった状況があり、人種の少数者は事実上、人種差別的な扱いを受け入れざるをえなかったからである。合衆国におけるステイト・アクション要件の拡大は、私人による差別取扱いが州との「結びつき」によって、人種の少数者にとっては事実上拒否できないものとなっていたことと、州内の法システムによっては差別的状況を改善することが不可能なため、連邦裁判所の管轄権を付与して解決を図る必要性があったことが背景にあったと思われる。ステイト・アクション要件を積極的に拡大する連邦最高裁

の判例が日本の憲法研究者の共感を呼んだのは、合衆国における人種差別こそ、まさに「社会的権力」による人権侵害の典型と映ったからにはほかならない。

以上のように考えると、これまで「社会的権力」論やステイト・アクション論の導入によってめざされてきたことは、当事者の一方が「社会的権力」とよぶべき大きな影響力を有して契約の相手方の実質的な選択の自由を奪っている場合や、国家により独占的地位を付与されている場合には、私的自治を保護する必要性は低く、紛争が裁判所にもちこまれた場合の利益衡量において、もう一方の当事者の権利を保護する必要性が高くなることであったということができよう。

- (1) この点での最大の貢献は、君塚正臣による一連の業績である。君塚正臣「民法学における『公序良俗』論の憲法学的検討」行動科学研究50号63頁以下（1998年）、同「法例（国際私法学）における『公序』論の憲法学的検討」東海大学文明研究所紀要19号39頁以下（1999年）、同「私立『大学の自治』の再検討——第三者効力と制度的保障の交点？」大阪大国際公共政策研究4巻1号129頁（1999年）、同「不法行為における女児逸失利益と憲法の第三者効力論」エコノミア（横浜国立大学経済学会）54巻1号9頁以下（2003年）、同「表現による不法行為と憲法の第三者効力論（1）・（2）完」横浜国際経済法学2巻1号39頁以下、2号41頁以下（2003年）参照。
- (2) 私人間効力を論ずる論稿の中で、直接効力説と間接効力説の対立の意義について疑問を呈するのは、もはや常識化しつつある。2（1）とそこに引用されている文献参照。
- (3) 山本敬三「基本権の保護と私法の役割」公法研究65号100頁以下、103-104頁（2003年）、君塚正臣「伝統的第三者効力論・再考（2・完）」関大法学論集49巻6号45頁以下、62頁（2000年）参照。
- (4) 浦部法穂『全訂 憲法学教室』70頁（日本評論社 2000年）（「どういう場合に私人の行為に対し憲法の人権規定の効力が及ぶのか、ということさえははっきりすれば、その効力の及び方が直接か間接かということは、はっきりいってどちらでもよい」と述べる）。
- (5) 浦部・前掲注（4）書66頁。
- (6) 中村睦男『憲法30講 [新版]』51頁（青林書院 1999年）。
- (7) 君塚正臣「第三者効力論の新世紀（2・完）」関大法学論集50巻6号

- 127-30頁(2001年)。
- (8) 山本敬三『公序良俗論の再構成』55頁(有斐閣 2000年)。
 - (9) 山本・前掲注(8)書24-25頁。
 - (10) 拙稿「私人間における人権保障と裁判所・再考」『現代立憲主義と司法権(佐藤幸治先生還暦記念)』205頁以下, 230頁(青林書院 1998年)。
 - (11) 拙稿・前掲注(10)236-39頁参照。
 - (12) 三並敏克「私人間における人権保障の理論——わが国の学説状況」京都学園法学2003年1号1頁以下, 26頁, 同「企業と人権」ジュリスト1244号129頁以下, 137頁(2003年)。
 - (13) 三並・前掲注(12)「企業と人権」137頁。小嶋の指摘は, 小嶋和司『憲法概説』160頁(良書普及会 1987年)参照。
 - (14) 棟居快行『人権論の新構成』10頁(信山社 1992年)。
 - (15) 拙稿・前掲注(10)234-35頁。
 - (16) 山本・前掲注(3)105頁。
 - (17) 「基本権保護義務」の内容が限定不可能なのではないかという点は, 多くの論者から指摘されている。芦部信喜「人権論50年を回想して」公法研究59号1頁以下, 14頁(1997年), 三並「企業と人権」前掲注(12)136頁参照。高橋和之は, 基本権保護義務論について, 私人間で侵害される「基本権的法益」の根拠はなにか, 国家の基本権保護義務から司法権が導出されるかについて疑問を呈している(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1245号137頁以下, 143頁[2003年])。ドイツにおける基本権保護義務論と私的自治との関係のとらえ方について, 小山剛「私的自治と人権」ジュリスト1244号83頁以下(2003年)参照。小山によれば, 基本権保護義務論が, 「一方的な契約上の負担と顕著な交渉力の不平等」の是正のために, 裁判所が介入することを認めるために援用されうるといふ(89頁)。
 - (18) 山本・前掲注(3)107頁。
 - (19) 日本において, とりわけこうした危険性が高いことを指摘するものとして, 西原博史「『国家による人権保護』の困惑」法律時報75巻3号80頁以下(2003年), 同「基本権保護義務論の位相と『平等の法律による具体化』について」栗城壽夫古希記念論文集『日独憲法学の創造力 上巻』193頁以下(信山社 2003年), 奥平康弘「『人権』ということばを問う」法律時報73巻2号5頁以下(2001年), 樋口陽一「『からの自由』をあらためて考える」法律時報73巻10号93頁以下(2001年)参照。また, 長谷部恭男が, 「法の支配」の観点から, 私人間効力を認めることに慎重な姿勢をとるのも, 「既存の法秩序を前提として成り立っている私人の行動

私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間

- に、国家が『人権』条項違反を理由にアドホックに介入」する危険性を感じているからである。長谷部恭男『憲法 [第2版]』140-41頁 (新世社 2001年)。
- (20) 山本・前掲注(3) 108頁。
- (21) 松井茂記『日本国憲法 [第2版]』325-26頁 (有斐閣 2002年)。
- (22) 藤井樹也「Civil Rights Actsの一断面——§1983訴訟を中心に(5・完)」三重大学法経論叢18巻1号65頁以下、80-84頁(2000年)参照。「憲法的不法行為」については、町井和朗「アメリカ合衆国における憲法的不法行為法の生成」大東法学7号31頁以下(1980年)参照。
- (23) 高橋・前掲注(17) 137頁以下参照。ただし、樋口陽一は、フランスにおける憲法と私法との関係について、歴史的に、私人間関係が「憲法」の関心の中に引き込まれていたとして、高橋とは異なる理解を示している。樋口陽一『国法学 人権原論』117-22頁(青林書院 2004年)参照。
- (24) 高橋・前掲注(17) 142-43頁。
- (25) 高橋・前掲注(17) 144頁。
- (26) たとえば、中村睦男「私人相互関係と人権」『新版憲法演習1』146頁以下、156頁(有斐閣 1980年)。
- (27) 高橋・前掲注(17) 144頁。高橋は、行政法規の解釈基準は、憲法上の人権価値であり、「私人間における自然権の調整に失敗している法律が、对国家の人権を侵害している場合に、人権侵害にならないように解釈する場合」も、憲法上の人権規定を根拠に合憲的解釈することになるとして、私人間の場合と区別する[144頁注17]。
- (28) 三並敏克「企業社会と人権の私人間効力」京都学園法学30・31号19頁以下(1999年)、三並敏克・小林武編著『企業社会と人権——「日本型」企業社会の構造と現況』(京都学園大学ビジネスサイエンス研究叢書14)(法律文化社 2001年)。
- (29) 三並「企業と人権」前掲注(12) 133-36頁。
- (30) 山本敬三は、基本権保護義務を説明する際に、「市民Aの基本権が他の市民Bによって侵害されている場合」を想定している(山本・前掲注(8) 書65頁)し、小山剛も、「私人による侵害行為の防止・除去が国に求められる場合」という際には、私人一般を指しているものと考えられる(小山剛『基本権保護の法理』4頁[成文堂 1998年])。
- (31) 君塚正臣「法律行為と憲法の第三者効力論」関西大学法学論集52巻4・5号377頁以下、415頁(2003年)。もっとも君塚においては、いわゆる「社会的権力」との契約は「契約当事者の主観的事情」としてとらえられており、「圧倒的な力関係を背景になされた契約」が公序良俗違反とされた事例を参照している(同)。

- (32) 山本敬三は、契約の拘束力について、契約自由の積極的側面として説明する（山本・前掲注（8）書30-31頁）。また、本稿の立場は、樋口陽一の指摘するとおり、憲法上保護に値する「私的自治」は、意思自由が機能する場合に限定すべきとの立場である（樋口・前掲注（23）書116頁注1）参照）。なお、社会的権力の問題を正面から扱った近年の労作として、浅野有紀『法と社会的権力——「私法」の再編成』（岩波書店 2002年）がある。浅野は、今日、私法において「社会的権力」の遍在を意識すべきとの問題意識から、その規制の方向性を「契約の自由」ではなく、「結社の自由」の再構成に求める（5頁）。
- (33) 山本敬三は、民法90条について、「当事者が法律行為、つまり契約をおこなっても、それが公序良俗に反する場合には、国家はその法的有効性を承認せず、従ってまたその強制的実現を拒否することを意味する」と説明する（山本・前掲注（8）書32頁）。
- (34) 君塚・前掲注（7）134頁、戸松秀典『憲法訴訟』207頁（有斐閣 2000年）。
- (35) 拙稿「私人間における人権保障と裁判所——ステート・アクション論に関する覚書」神戸学院法学18巻1・2号79頁以下（1987年）。

5 私人間における人権問題の実践的解決に向けて

（1）私人間における人権問題を解決するために考慮すべき要素

憲法上の人権規定の効力が私人関係に及ぶかどうかという「人権の私人間効力」の問題は、いわば人権主張のための「入り口」問題であって、私人間における人権問題の解決のためには、「実体」問題、すなわちいかなる権利がどのように衡量されるべきかが問われなければならない。

この点についても、すでに何人かの論者が興味深い試みを示している。棟居快行は、すでに触れたように、「自由」と「権利」との区別論に基づいて、対立する私人間の調整をはかろうとした⁽¹⁾。しかし、棟居のいう「権利」と「自由」の区分には、その根拠、その区分の明確性について難点を感じる⁽²⁾。また、君塚正臣は、「二重の基準」論を応用した「強い権利」と「弱い権利」との分類によって、これまで純粋に民事法上の事件とされてきたものも含めて私人間紛争の解決のための定式を提示しようとしている⁽³⁾。君塚がこの問題への「二重の基準」の導入をはかるのは、

私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間

いわゆる「私人間効力」の問題を、私法の一般条項の裁判所による解釈が憲法によって拘束されていることととらえ、裁判所は私人間においても、経済的自由侵害に比べ精神的自由の侵害をより厳格に審査しなければならないと考えるからである。ただ、本来、人権を制約する立法に対する違憲審査のあり方との関係で編みだされた「二重の基準」を私人間関係における権利どうしの衝突を調整する基準として用いることができるのか疑問があるし、「権利の強さ」だけで、私人間の人権衝突の妥当な調整が貫徹できるとも思われない。

したがって、私人間における人権問題を実践的に解決するためには、私人間紛争を類型化し、その類型ごとに考慮しなければならない事情を、対立する当事者相互の権利の性質に加味して衡量することが重要であると思われる。この点で、山本敬三が、事実行為と法律行為を分け、私的自治への配慮が及ぶのは後者のみであって、前者においては、対立する当事者の権利同士の性質、侵害の程度・態様を考慮するだけでよいと論じている⁽⁵⁾には基本的に同意できる。また、吉田克己が論じているように⁽⁶⁾、会社が就業規則によって男女別定年制などの人権侵害を行っている場合も、就業規則は雇用者と被用者との契約ではなく、労働基準法により各雇用者に授権された権限に基づいて策定された一種の制度であると捉えれば、ここにも私的自治への配慮は及ばないと考えるべきであろう。

(2) 三菱樹脂高野事件：再訪

1で述べた要素を、三菱樹脂高野事件に当てはめるとどうなるだろうか。

①紛争の類型と私的自治への配慮の必要性

まず、三菱樹脂事件で問題となったのは、どのような紛争の類型かを確認しておこう。

同事件は、高野と三菱樹脂との間の雇用契約の効力が問題となっているのではない。高野は、3ヶ月の試用期間終了間際に告げられた本採用

拒否の効力を争って、雇用契約上の権利を有することの確認を求めた。三菱樹脂側が高野の本採用を拒否したのは、就職面接時の学生運動歴についての質問に高野が虚偽の回答をしたことが後の調査で発覚したためであるとされる。

したがって、三菱樹脂高野事件の真の争点は、「特定の思想、信条を有することを理由とする本採用の拒否は許されるか」ではなく（この点は、最高裁も「許されない」と判断した）、「違法、過激な学生運動に参与したかどうかを採用の面接において尋ねることができるか」、できるとして、そうした質問に対し、虚偽の回答をすることが、『管理職要員としての適格性を欠く』として、解約権行使の正当な理由となるか、であった。前者の問題が後者の問題の前提となっていることからして、もっとも重要な局面は、入社試験にあたって入社志望者の思想・信条にかかわる事実（学生運動への参加が思想・信条にかかわるかどうかという論点にはここではこだわらない。）について質問、調査することが許されるかであるということができよう。

入社試験の面接は、いまだ労働契約締結にいたる前の、事実上の関係であり、そこには契約関係の維持についての利益としての「私的自治」⁽⁷⁾に配慮する必要性はない。したがって、面接の場において思想・信条についての質問・調査が許されるかどうかを考える上では、会社側と入社希望者側の対立する利益の衡量を行えばよいことになる。会社側は、「雇入れの自由」=労働契約締結の自由があることを根拠に、入社希望者の思想・信条の調査をなしうると主張しており、その「自由」と入社希望者の「思想・信条の自由」「信条により差別されない権利」という利益とが対立する。すでに述べたところから明らかなように、裁判所は対立する当事者の主張を衡量するにあたって、憲法上の人権規定に拘束されるから、裁判所は、会社側の「契約締結の自由」ばかりではなく、高野の「思想の自由」「法の下での平等」をも衡量しなければならないことになる。

② 裁判所による利益衡量のあり方

会社が労働者の採用にあたって入社希望者の思想・信条まで調査できるかという問題について、原審である東京高裁（東京高判1968年6月12日労民集19巻3号791頁）は、会社が過去の学生運動歴について質問すること自体が「思想の自由」の侵害となるとして、仮に虚偽の申告をしたとしても、不利な扱いをすることができないと判示していた。東京高裁判決が重視したのは、企業が労働者を雇用する場合、「一方が他方より優越した地位にある」こと、通常の商事会社においては、「特定の政治的思想、信条を有する者を雇傭することが、その思想、信条のゆえに直ちに、事業の遂行に支障をきたすとは考えられない」ことであった。

他方、最高裁は、私企業が労働者の採否決定にあたって、労働者の思想、信条を調査すること、そのために、採用希望者から思想、信条に関連する事項について申告を求めるとも許されるとし、虚偽の申告をした者について、管理職要員としての適格性を欠くと判断して、本採用を拒否することが許される場合もありうると判断した。最高裁は、この判断を導くにあたって、私人間効力論によって、高野側の「思想・良心の自由」、「法の下での平等」に基づく主張をすべて遮断するとともに、会社側には「自己の営業のために労働者を雇用するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて」、きわめて広い自由があることを強調した。また、三菱樹脂側から提出された、我妻栄、宮沢俊義の上申書も、会社が労働者を採用するにあたって、労働者の思想・信条まで調査し、それを考慮にいれて採否を判断できることを当然視している⁽⁸⁾。

しかし、労働者の思想・信条を含む、全人格的評価をしたうえで採用を決定するという、広範な「採用の自由」というものを想定することは妥当だろうか。雇用者は、労働者の労働条件について思想、信条を理由に差別することができないということは、労働基準法3条により明らかである。採用後、労働者を評価する際に考慮することのできない事情

を、採用する際に調査したところで、本来は無意味なはずである。採用にあたって考慮しうるのは、雇用者が採用後、労働者を評価する際に必要な情報に限られるというべきである。⁽⁹⁾とすれば、三菱樹脂事件で東京高裁判決が述べたように、「通常の商事会社においては、労働者の思想信条は、労働の質に影響を与えるということとはできず、入社試験の際にも、申告を求めることができない」と解するべきではなかろうか。⁽¹⁰⁾

また、両者の利益を衡量するにあたっては、双方の力関係の違いを考慮することも必要となる。⁽¹¹⁾会社側は、思想・信条について考慮できなくなったとしても、依然として、労働者としての資質を判断するための多くの要素に基づいて選考することはできるのであり、就職先を求める労働者との力関係の差は歴然としている。とすれば、東京高裁が認めたように、思想・信条にかかわる事項についての質問に黙秘することにも不利益を課しえないというべきである。

- (1) 棟居快行『人権論の新構成』105頁以下(信山社 1992年)参照。
- (2) 拙稿「私人間における人権保障と裁判所・再考」『現代立憲主義と司法権(佐藤幸治先生還暦記念)』205頁以下, 233頁(青林書院 1998年)参照。
- (3) 君塚正臣「法律行為と憲法の第三者効力論」関西大学法学論集52巻4・5号377頁以下(2003年)参照。
- (4) 君塚正臣「第三者効力論の世紀(2・完)」関大法学論集50巻6号130-31頁(2001年)参照。
- (5) 山本敬三『公序良俗論の再構成』65-69頁(有斐閣 2000年)参照。
- (6) 吉田克己「憲法と民法——問題の位相と構造」法律時報76巻2号50頁以下, 54-55頁(2004年)参照。
- (7) 山本は、「私的自治は、いったん契約を結べばそれを前提として生活をいとむことができるということまで要請しているとみななければならない」と述べる(山本・前掲注(5)書30-31頁)。
- (8) 我妻意見書については、前述2(2)を参照。宮沢俊義も、憲法は「企業の自由」を保障し、「企業は、労働者を採用するに当って、その政治的意見の開陳を要求し、開陳された政治的意見を理由として採否を決する自由をもつ」と述べる。労働判例189号31頁(1974年)参照。花見忠は、「入社試験において応募者に『政治的思想、信条に係る事項』を

私人間における人権保障をめぐる学問と実践の狭間

問うことが公序良俗に反するという考え方の非常識さは改めて指摘するのも馬鹿らしい」とする。花見忠「思想の自由と雇用関係」ジュリスト533号62頁以下、63頁（1974年）。

- (9) もっとも、入社試験において、入社希望者の思想・信条について質問することが許されないとしても、高野の雇い入れを三菱樹脂に強制することはできないため、せいぜい思想・信条にかかわることを面接で質問したことについて、損害賠償責任が発生するにとどまると説かれる（吉田・前掲注（6）論文55頁、君塚前掲注（3）論文396-97頁）。しかし、高野ははまだ採用もされていない就職活動中に三菱樹脂に対して採用を求める訴えを提起したわけではない。労働契約締結の前提として行われる試用期間の性質について、最高裁は、解約権留保付きの労働契約と解し、本採用拒否が雇い入れ後の解雇にあたるとの原審の判断を是認している。とすれば、留保解約権の行使＝本採用拒否にあっても、労働基準法3条が適用され、思想・信条を理由とすることは許されないこととなる（調査官解説もそう解する。宮澤達「最高裁判所判例解説」法曹時報27巻1号209頁以下、220頁）。会社による思想調査も許されないとすれば、違法な調査結果に基づく留保解約権の行使も許されないことになろう（棟居・前掲注（1）書109頁参照）。
- (10) 阿部照哉「判批」民商法雑誌71巻5号139頁以下、149頁（1975年）。
- (11) 三菱樹脂事件最高裁判決は、いわゆる人権規定の私人間効力を認めるか否かについて、当事者の力関係を考慮に入れることは否定したが、「私的支配関係」において、「社会的に許容しうる限度を超える」、基本的自由や平等の侵害が発生する可能性は承認しており、立法による是正とならんで、私法の一般条項の「適切な運用」の中に、当事者の力関係を組み入れることは否定していないと解される。

むすびにかえて

以上、これまで「人権の私人間効力」といわれてきた問題について、近年の学説の成果をとりいれつつ、具体的な問題解決に役立つ法的枠組みとするにはどうしたらよいかという観点から論じてきた。従来、私人間効力に関する学説の対立として説かれてきたことがらが実際の事件の解決に役立たない原因の一つに、「対立」の意味合いの不明確さがあったこと、この問題についての学説状況は、三菱樹脂事件最高裁判決当時から格段の進歩を示しており、憲法の人権規定が私人間においても効力

を有するかという問題を乗り越えて、両当事者の利益衡量のあり方の検討への道筋が開かれつつあることが確認された。そのうえで、私人間紛争における対立する当事者の権利・利益を裁判所が衡量するというプロセスに着目すれば、基本権保護義務論によらずとも、私人間紛争において、裁判所は、憲法上の権利に基づく当事者主張を遮断することはできないとの立場を改めて確認した。

本稿を読んでも、播磨は、「相変わらず、ぐちゃぐちゃと理屈をこねくり回しているばかりで、事件関係者に勇気を与えることはできない」と嗤うかもしれない。播磨も、専門的な解釈論をやること自体を否定していたわけではなく、その重要性を十分認識していたのであろうが、多くの憲法研究者があまりにも外国法研究と解釈論にエネルギーを傾注するなか、あえて大勢とは異なるアプローチを「頑固」にまもったということなのだろう。自分のスタイルにあくまでもこだわった播磨は、他の者が彼のスタイルにいたずらに追随することを望まないだろう。むしろ彼が手を付けなかった領域でなんらかの学問的貢献をすることこそ彼の遺志に応えることになるように思われる。本稿が、私人間における人権保障についての理論と実践のギャップを埋める一助となれば幸いである。