

論文

人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論

－ 最近のわが国の学説動向 －

三 並 敏 克

- Ⅰ. はじめに 本稿テーマの意味と考察範囲
- Ⅱ. 無効力説を再評価する見解とその問題点
- Ⅲ. 「国家の基本権保護義務論」と「人権の私人間効力論」
- Ⅳ. 「企業権力からの自由」説批判に対する反論
- V. 結びに代えて 裁判官の裁量問題

Ⅰ. はじめに 本稿テーマの意味と考察範囲

人権の私人間効力論のパラダイムには、私人間効力肯定説はもちろんのこと、無効力説も含まれる。その場合に、「私人間」ないし「私人相互の関係」というふうに一般化して語られているので、必ずしも「社会的権力からの個人の保護」という現代的要請に限定されて語られているわけではない。そこにいう「人権」も、「人権」一般を指すのではなく、人格権・自由権・平等権を念頭に置いて語れた言葉だと言えよう。三菱樹脂事件最高裁判決¹⁾が「自由権的基本権」、芦部信喜も「主として伝統的な自由権及び平等権」²⁾とほぼ同旨の表現しているが、自由権については、厳密に言えば、人身の自由の多くがもっぱらの国家志向的基本権であることから、筆者と同じく、人身の自由の一部と精神的自由や経済的自由がそこでいう「自由権」の対象として念頭に置かれているのであろう。これに反して、上村貞美は、平等権を留保して自由権に限定して言えば、と断わった上で、「人身の自由と財産の自由は、…法律によって人権の保障が具体化されており、公権力による侵害はもとより私人による侵害の場合でも、法律による保障によって救済されうるような構造になっているから、憲法解釈によって私人間に適用されるか否かを問題にする必要がない」³⁾と決めつけるのである。しかし、この見解に対しては、いかなる人権が私人間効力をもつかは、各人権の内容・機能・性質のみから帰結されるのであるから、むしろ人身の自由の一部や経済的自由も、法律による保障の有無を問う前に、私人間効力論の対象となる人権であるか否かを問題しておく必要がある、との反論が成り立とう。加えて、実際に裁判の上で私人間効力が争われてきた（或いは争われしかるべきであったところの）人権も、そうした人権が挙げられてきたことを付言しておく⁴⁾。

また、「人権の私人間効力」という用語は、憲法学では一般的な用語法になってはいるが、

そこでいう「私人間効力」という用語も、人権観や人権法的性格の理解の相違と相俟って、実は多様な意味合いで語れてきた。一方で、文字通りの意味で、つまり「私人」(「第三者」)に対する効力 「私人間」効力 の意味で語る論者がある。無力説をはじめ、実は多くの学者が今日でも意識的・無意識的に暗黙の前提としている用語法であり、最高裁も先の三菱樹脂事件最高裁判決を代表に一貫してそうした用語法をとってきた⁵⁾。それ故、私人も人権の名宛人であることを指す言葉として語られてきたわけである。しかし他方で、芦部信喜をはじめとする幾多の私人間効力肯定論者の如く、このテーマに非常に大きな関心を抱いて積極的に理論構成を試みてきた論者の中には、前者とは異なった意味合いで、つまり、人権規定の「私法領域に対してもつ効力」(言わば人権の「私法的効力」)という意味で語られてきた。実は百里基地事件最高裁判決⁶⁾も、先の三菱樹脂事件最高裁判決を継承しつつもそれとの整合性の問題を残しながら、人権規定は「国の基本的な法秩序を宣言した規定であるから、憲法より下位の法形式によるすべての法規の解釈適用に当たって、その指導原理となりうるものである」と判示していたのであった。かつての下級新判例の中にも、ほんのわずかではあるが、そうした趣旨の判示を述べた判決もあるのである⁷⁾。それ故、この用語法の下においては、私人間における人権保障を実現・具体化した法律が存在しないし不十分な場合に、こうした人権の「私法的効力」でもって国家が私人による人権侵害問題を処理するのであるから、人権規定の名宛人は依然として国家であることを指す言葉として語られていることに注意を要しよう。いずれにしても、かように両極に分れた用語法が今日に至るまでずっと採られてきており、その点を十分に留意しておかないと、議論が思わぬ誤解と無用の混乱に陥りかねないのである。そしてまた、これまでに、後で触れる如く、しばしば的外れの論争が繰り返されてきたが、その原因の一端はどうもそのあたりにありそうである、というのが筆者の目下の正直な感想でもある。

かように、私人間効力の用語法においては、未だ一致を見ない状況にあるわけであるが、それに加えて、これまでのこのテーマに関する諸学説に関心をもって研究してきた筆者の検討結果を先取りして言えば、無効力説の立場に立つと、企業による人権侵害が日本の企業の内外に蔓延しているという今日的状況 筆者流に言えば、企業ないし会社が国民の大多数を支配している社会、企業が中心になって重くなり過ぎている社会(会社本位主義社会)、利潤・成長・経済効率を至上価値とする社会、一口で言えば、「企業社会」であるという今日的状況

をどうも放任・黙認する理論となり得なりがちなこと、また、今日の間接効力説(芦部説を再構成する説も含めて)も、私的自治の原則に大きな比重を置き、社会的権力の実事認定の困難さを理由に、社会的権力による人権侵害が 第一次的には立法者の課題であるとしつつ、立法が不備な場合には 等閑視されがちとなることから、「人権を企業社会変革の武器に」するための有効な理論的武器ではなかったこと、従来の直接効力説(これは文字通りの直接適用説を指し、筆者の言う間接適用説を前提とした直接効力説)ではないことに注意)も、極端な人権観を採っていたこともさることながら、社会的権力をもろに論拠に挙げることから、逆に社会的権力の実事認定の困難性に直面するなど説得力のある有効な理論的武器とはなり得なかったこと、という指摘もできるのである。そして、筆者が、近時、「企業権力からの自由」

説（後述）や「直接効力説の再構成」を繰返し提唱してきた⁸⁾のも、そうした背景的理由からにはほかならない。

以上、要するに、私人間効力論は、無効力説も含めて語ると、法律による人権保障が実現・具体化されていない場合には、民法を中心とする私法がいかなる意味での「人権」をいかに保障しているか、という問題を射程にして論じられたものと見るができるわけである。

それに対して、近時、人権は国家を名宛人とするが、人権の被侵害者の保護を国家に求め、国家が人権を保護する義務があるとする「国家の基本権保護義務論」（単に基本権保護義務論或いは保護義務論とも呼称）が説かれており、これが私人、つまり一般国民を拘束する議論であるとする、人権は「国家からの自由」であると捉える立場からは到底承服できない見解なのではないか。この疑問に対して、保護義務論者である戸波江二は、保護義務論は「むしろ国家に人権を積極的に保護する義務を課するというもの」であるし、「国家が人権保護のために人権侵害者の侵害行為を規制するというもので、直接に〔人権規定を国民の行為規範にするという意味での 筆者補遺〕義務を課すると構成するものでは必ずしもない」のであるから、「保護義務論に対する誤解」であると反論する⁹⁾。だが、果たして誤解と言い切れるかは、「保護義務論」に対する綿密な検討からその答えが明らかとなる。それにも増して、戸波江二が「私人間効力論に基本権保護義務論が採用される」¹⁰⁾と述べ、小山剛が「私人間効力の保護義務的再構成」とか「基本権の私人間効力は国の基本権保護義務の一局面」と述べている¹¹⁾点に着目すると、両者の言うように基本権保護義務論が私人間効力論と理論構造の共通性をもつ関係にあるものと言えるかどうかが即座に問題となる。本稿テーマを掲げたゆえんでもある。

もとより、考察の順序・対象としては、まずもって、私人間効力肯定説の対極にある無効力説なるものの理論的成否が問われなければならない。そこで、高橋和之により強力に試みられてきた無効力説の再評価を取り上げて、その内在的批判を試みておくことから始めよう。この批判が成功すると、当然、従来私人間効力肯定学説に立ち入って検討することになるわけであるが、ここでそれぞれの学説の中味や理論的難点について逐一言及する余裕はないので、無効力説の検討の所で同時にそうした作業も試みておく。次に、「国家の基本権保護義務論」の検討に入っていくが、その理論内容の内在的批判的検討はもとよりのこと、基本権保護義務論は「私人間効力論を超えた立論」であるのか、それとも私人間効力論に持ち込む必要があると言える理論であるのか、をも検討する。結論を先取りして言えば、筆者は、私人間効力論の所であえてこの保護義務論を説く必要は些かもなく、むしろ有害なのではないかとも考えたりしているので、こうした点を是非とも本稿で明らかにしておきたい。更に、戸波江二により、「保護義務論の批判論」として筆者の「企業権力からの自由」説が取り上げられて、その内在的批判が試みられているので、この機会に筆者の方から反論を試みておく。最後に、以上の検討を通して帰結されることでもあるが、私人間効力論とのかかわりで保護義務論が述べられる場合にも、その射程はいずれにしても人権の裁判的保障に限定されるのあるから、裁判官の裁量に歯止めをかける理論として一体どちらのどんな理論がより最適な理論なのかを「結びに代えて」述べておくこととしよう。それがまた本稿の究極的な狙いでもある。

・無効力説を再評価する見解とその問題点

1 . 無効力説を再評価する高橋見解

最近、高橋和之は、一連の論文や研究会報告・講演会で、憲法観・人権観という根っこの所から、「人権の第三者効力におけ『無効力説』の再評価」というポレミックな問題提起とそのための理論構築を精力的に試みている¹²⁾。高橋和之が無効力説体を再評価するに至ったのは、要するに、「近代人権論を正しく理解すれば、近代的な理論枠組みによっても私人間の人権保障に欠けることはない¹³⁾と彼が考えていたからであるが、以下はその説明である（但し、筆者なりにまとめた）。

1789年の人権宣言における自然権は、1791年憲法に取り込まれ具体化されたこと、つまり「憲法上の人権」となったことにより、（人である以上誰もがもち、誰に対しても主張しうる権利たる）自然権としての性格を失ったわけではないから、91年憲法第1篇の（憲法上の）権利規定は誰に対する命令か、ということが依然として問われることになるが、「憲法の基本的な性格が、国家を組織化することにあるとすれば、憲法規範の名宛人は国家と考えるのが素直な解釈であり、ゆえに『憲法上の人権』の名宛人も、国家（国家権力の行使者）ということになる。すなわち、憲法は国家に対して国民の『憲法上の人権』を保障しよう命じているのである¹⁴⁾。そのことにより、「憲法上の人権」は国家に対してのみ主張し得るものとなる。この理解においては、「憲法上の人権」が適用されるのは国家と市民の関係においてであり、国民と国民の関係（私人間の関係）においては適用されないし（無適用説）。しかも、国家と市民との関係においては、「憲法上の人権」をいわゆる防禦権のみと捉えるので、私人間において効力をもつ余地を持たない（無効力説）と云うのである。

他方、実定憲法化された後も存続する自然権は、私人間において効力をもち、従って私人間における自然権衝突の可能性も存続しているが、91年憲法前文第3パラグラフ（フランス人権宣言4条を想起させる規定）に見られる如く、憲法は同時にまた、私人間における自然権保障をいかなる「法的过程」を通じて行うかを定めたものなのであって、それは私人間の自然権保障が法律による権利・義務の明確化を通じて実現されるという構想であると見て取るわけである。すなわち、自然権が私人間において主張しうる権利となるためには、私人間に適用される法律により実定化されなければならない、つまり「私法上の人権」ということにならないのである。「その場合に法律の中心を成すのは、刑法と民法（狭義の市民法）であり、刑法が刑罰をもって担保すべき最重要の自然権（生命・身体の権利が典型例）の保障を受け持ち、民法は刑罰を科すまでもない性格の権利につき、あるいは強行規定として、あるいは任意規定として、紛争解決基準を設定し、かくして自然権を保障する内容の社会秩序を実定法秩序として確立するので」、「刑法と民法は市民社会の法（広義の市民法）と称された」わけである¹⁵⁾。

「近代以降の人権論においては、実定法秩序の役割は、個人の尊厳という道德哲学上の基本価値に根拠をもつ人権価値を、法の仕組みを駆使して保障することに置かれている。この実

定法秩序は様々な形式の法からなる階層秩序として存在している。そして、各法形式はそれが法秩序において占める位置により性格を規定されており、各法形式の特性が人権保障のあり方を限定する¹⁶⁾とした上で、自然権思想を採らない高橋も、「自然権」に代えてこの「道徳哲学的な人権価値」を、実定法秩序が実現すべき目標或いは実定法秩序を支える道徳哲学であると考えるので、自然権保障の場合と同様、実定法秩序における各法形式の特性が、人権保障のあり方を限定するとみるわけである。「たとえば、憲法という法形式は、法秩序の頂点にあって法秩序全体の法プロセスを設定しており、名宛人を国家とするために、そこで保障された人権（人権価値が実定憲法化された現在の「憲法上の人権」 筆者補遺）は国家を一方の当事者とする法関係のみに適用される¹⁷⁾（無適用説）という如くである。「これに対して、法律の規制対象は法律自身が決めるのであり、ある法律が私人間を規律するものならば、その法律が保障する『人権』（人権価値が実定化された『私法上の人権』 筆者補遺）は私人間に適用されるのである。三菱樹脂判決が確立した判例理論も、かかる論理にたっており、厳密には間接適用説ではなく無適用説の立場というべきであろう。それにより私人間の人権保障が十分に実現されていないとすれば、それは理論の責任というよりは、民法90条や709条の解釈適用の仕方の問題である。重要なのは、民法を道徳哲学的な人権価値をよりよく実現する方向で運用するための解釈・適用理論を私法学と共同して構築していくことにあると思われる¹⁸⁾と述べている（後で触れるように、ここに高橋の見解（無適用説・無効力説）の帰結と特徴が見て取れる）。

2. 高橋説に対する疑問（内在的批判）

（1）現代の「憲法上の人権」を近代人権理論からの理解だけで済ますことの問題性

上記 では、フランス人権宣言や91年憲法を引き合いに出して、憲法規範の名宛人は国家であるとか、憲法は国家権力に対する制限規範であるとか、「憲法上の人権」の名宛人は国家であるとか、憲法は国家に対し国民の「憲法上の人権」を保障しよう命じている、といったことが説明されているわけであるが、これらは、言うまでも、近代立憲主義の憲法観や人権観を説明したものであり、今日においも、中核となるべき憲法観・人権観である、と筆者も考えている。2005年4月に提出された憲法調査会報告書が憲法の役割として「国家目標の設定や国民の行為規範としての役割」を書いているのを目の当たりにすると、なおのことそういった感を強くする¹⁹⁾。かくして、高橋のように、憲法規範の名宛人は国家であるとの理由から、また、上記 の如く、実定法化された「人権」は、実定法秩序の段階構造とセグメント構造の下で、それぞれ固有の実定法の論理により拘束を受けるとのことから、私人間の人権保障が、「憲法上の人権」との回路から完全に切断されて、もっぱら立法府に委ねるという形で、法律による人権保障方式を説く近代的な理論的枠組み（フランスの人権保障方式²⁰⁾ プラス上記 ）が固執され、しかも、この理論的枠組みによっても「私人間の人権保障保に欠けることはない」と考えることとも相俟って、「憲法上の人権」を国家に対するもの（ドイツ流に言えば、主観的権利としての基本権は国家に対する市民の防禦権（Abwehrrechte）である とのみ捉えることで、「憲法上の人権」の無適用説・無効力説が帰結されることになるわけである。つまり、ここでは、

人権が「私人間」に適用されと説く直接適用説を実は暗黙の論敵としてしながら、無適用説が説かれているわけである。実際、無効力論者の高橋は、「直接適用説は、理念的には、人権規定が私人間にも直接妥当すると主張する」²¹⁾説であるというふうに説明している。三菱樹脂最高裁判決もそうであるが、今日のドイツでも、ごく少数だが、カナーリスのように、自己の論敵としての直接的第三者効力説とはそのような説だと解している者もあるのである²²⁾。

この直接適用説に従うと、「国家からの自由」という人権の本質的な観念は変容を避けられず、「人権」が国民の行為規範（国民にこうせよと命ずる規範）或いは「国民の義務」（私法上の義務規定）に転化してしまうことになり、ゆえに契約法や不法行為法の破壊が余儀なくされる（契約法も不法行為法も、広く憲法に取って替わられるという意味で「私法の憲法化」が危惧される）という深刻な理論的問題を抱えることになるので、日独共に、こうした私人効力論を実際に自説として主張する論者は殆ど無い²³⁾。それ故、この直接適用説との関連では、高橋のように、もっぱら近代的人権理論で済ますことの正当性だけが強調されることになるわけである。

これに反して、今日、日独で一致して説かれている間接適用説に従うと、事情は一変する。ドイツの「基本権の第三者効力」（Drittwirkung der Grundrechte）という用語は、既述の少数説の用語法（「第三者」効力）を除けば、「基本権（自由権）の規範内容を具体化する立法を待たずに、人権規定が私法領域においても効力」とか、「人権の規範内容を私法の一般条項を媒介とするとしないとを問わず、私法に転用すること」²⁴⁾というリスナーの定義に倣って語られているのが一般的スタイルで、要するに「間接適用」ということで大方の一致をみていた。わが国も、現在では、「間接適用説」で一致をみている。実際、「日本国憲法の人権規定を権利濫用の禁止（民法1条）、公序良俗違反（民法90条）や不法行為（民法709条）などの民法の条文を介して、間接的に適用することができる」と考える立場（間接適用説）が最も一般的である²⁵⁾と評されもしている。この説は、人権規定の名宛人は原則的には²⁶⁾国家であるということを持続した上で、「憲法上の人権と私法規範の関係」に射程を限定して、上記の如く私法の一般規定を媒介して、間接的に適用するとする考え方である。それ故、それはまた、無効力説が自己の論敵として暗黙の前提とした、国民を人権規範の名宛人とする「私人間」効力論とは全く性質を異にする理論なのである。但し、その間接適用説も、芦部説²⁷⁾のように、人権規定の法的性格に着目して、人権規定が「全法秩序の最高の価値秩序」とか「全法秩序の基本原則」と説く論者もあれば、先の百里基地事件最高裁判決のように、客観的原則規範を示唆する判決もあるし、或いはまた、下級審判例などにおいて、「憲法を初めとする法の理念」²⁸⁾、「法の根本原理」、「憲法...条の精神」²⁹⁾、「憲法...条の趣旨」³⁰⁾、「憲法の...各条を承ける民法90条」³¹⁾と判示されているように、人権規定の法的性格についての説示を回避するような判決も時たまあるのであって、必ずしもその説く所が一致しているわけではないのである。だが、いずれにしても、間接適用説は、憲法規範の名宛人・「憲法上の人権」の名宛人が国家であると説くことに実はもう一つの意味があること悟らせる説でもあるわけであるから、この説に立つ限り、高橋のように近代人権論の理論的枠組みだけで済ますことで果たしてよいのか、という疑念が

当然湧き上がってくる。その結果、高橋説に対しては、近代的人権理論を固執する余り人権をただ防禦権のみと理解するのは狭きに失するとの評価が下されよう。加えて、近代人権論によりさえすれば私人間の人権保障に欠けることないとする高橋の理解（誤信？）に対して、法律による保障方式や無効力説・無適用説だけでもってしては、現代社会において私人間の保障は十分に実現されていない、という冷厳な現状（企業社会は人権番外地の温床という今日的状況）のあることが逆に指摘できる。裁判においても、三菱樹脂事件最高判決はじめ私人間効力に関するこれまでの無数の消極的判例の存在はいみじくもそのこのことを物語る。

他方、間接適用説の場合には、人権は、第一次的には、国家に対する市民の防禦権であると捉えると同時に、客観的価値秩序oder/und客観的原則規範として私法規範に対する効力（私法的効力）をもつと捉える学説（いわば人権の私法的効力論）であることから、それは近代人権論にプラスして説かれる人権理論（いわば現代的人権理論）であり、従来の直接効力説が採る極端な人権観・人権理論を回避する人権理論であると言うことができる。と同時に、それは、当然のことながら、近代人権理論で済ますことの問題性を端的に突くことになる。その一例は、高橋の次の如き学説整理にも顕著に見て取れる。

すなわち、高橋和之は、「間接適用説（間接効力説ともいう）」³²⁾と表現する如く、「間接適用説」＝「間接効力説」との片面的理解の下に、有倉説³³⁾（「間接適用説」の下に「直接効力説」を主張）が論拠とした今村説（『公序』を『公序』たらしめる力は、民法90条の規定自体のうちにあるのではない³⁴⁾）として言わば「私法規定を媒介とする直接効力説」を主張を、「間接適用説批判」の説であると誤解したり、或いはまた、間接効力説は人権規定が「横の関係」（「私人間の関係」）を規律する力を持つことを説いていない学説であるのに、横の関係を規律する「公序」の中にかしにて読み込み得るか、疑問であり、その学説自体が背理であると批判したりしているのがそれである。確かに、その批判は、私人間効力の特定の用語法（「私人間効力」）を前提にして初めてそうした批判が成り立つことは否定しないが、しかしながら、「間接効力説」は、近代的人権観のみに固執したり或いは人権の文字通の「私人間」効力を暗黙の前提にしたりする説ではなくて、その効力論として、「人権規定の私法的効力」が説かれている理論であることを考えると、逆に、高橋の先の批判は的外れの批判と評さざるを得ない。

（２）実定法化された人権を「人権価値」と捉えることの問題性とそこから「防禦権」のみを帰結することの問題瀬

上記 では、高橋も、自らが自然権論論者でないことから、近代以降の人権理論に倣って、現在の「憲法上の人権」は「実定法秩序を支える道徳哲学的な人権価値」（その意味での「自然権」）が実定憲法化されたものと捉えている。これは、松井茂記が自ら説く「プロセス的的人権観」の対極にあって、現在の通説と位置づけられている「実体的価値の基本的人権観」³⁵⁾を説いたものと言えそうである。また、人権は「全法領域に拘束力をもつ価値決断」と捉える「人権の価値理論」に接近していく人権理解であるようにも見える。だが、これに対しては、かように人権を「人権価値」と語る限り、そこで何が主張されるのか、その中味が不明確であるばかりか、「価値主張は原則として恣意的なものである」³⁶⁾ことを考えると、それ

を実定法次元での人権理論・人権解釈に持ち込むことには疑問が残ると言わざるを得ない。その点はさておき、ここでは、高橋が、「憲法上の人権」を実定憲法化された「人権価値」と捉えながら、「防禦権」に限定して解したことに對して、内在的批判を試みておこう。

言うまでもなく、価値は不可分であるし、上位価値は一切の下位価値に対して無条件に貫徹される、というのが価値思考の論理である。それ故、人権が「人権価値」と捉えられる限り、誰に対しても主張され、どんな法領域にも及ばされるものである筈である。

この点で、高橋は、上記 において、こうした「人権価値」が実定法化されることにより、つまり「憲法上の人権」になることにより、各実定法の性格や論理により限定を受ける、憲法規範の名宛人が国家であると捉えるのが素直な解釈であると述べて、「そこで保障された人権は国家を一方の当事者とする法関係のみに適用される」³⁷⁾と帰結する。この点は、人権価値的解釈を別にすれば、筆者も全く同意見である。だが、高橋説において問題なのは、憲法規範の名宛人論から、「憲法上の人権」は「防禦権」のみだということしか帰結されていないことであるし、その反面で、民法を中心とする私法の自律性・独自性が「憲法上の人権」から全く切断されて一人歩きするのを容認していることである。そうしたことが必ずしも名宛人論からの論理必然的な帰結ではないことは、既に繰り返し指摘してきた。いわんや高橋も人権を「人権価値」と捉え立場に与しているのであるから、近代立憲主義の憲法観・人権観の現代の変容、すなわち、人権は「防禦権」(「国家からの自由」)であるという人権観を基本に据えながら、それにプラスして多様な意味合いで説かれている今日の現代的人権観に踏み込む余地もあったわけである。しかるに、高橋自身は、近代的人権理論そのものを純粋に貫徹するという理論的態度のゆえにか、或いは上記 の如く近代人権理論の枠組みによっても民法を中心とする私法の所で私人間の人権保障に欠けることはないという理論的確信(誤信?)のゆえにか、逆に、「なぜ憲法観・人権観を変える危険を侵してまで新しい理論を形成しなければならないのであろう」³⁸⁾と反問する形で、自己の採る人権観の正統性を暗に強調している。もっとも、この反問も上記 での彼の理論的確信が成り立ち得て初めて出し得るものであるから、次項でこれの検討を試みよう。

(3) 法律による保障を欠く場合でも、私人間のあらゆる人権侵害は「私法の解釈問題」として処理することで十分対応でき、ゆえに近代的な憲法観・人権観を固持すべしと説くことの問題性

上記 では、無効力説においても、私人間において主張し得る「人権価値」は法律による権利・義務の明確化を通じて実現されるとか、「人権価値」が私人間において主張し得る実定法の権利 「私法上の人権」 となるために、私人間に適用される法律により実定法化されなければならない、と述べられているわけだが、同時に、高橋は、「もし法律が私人間における人権侵害に迅速・的確に対応しないで放置した場合、この無効力説では困ることになる」³⁹⁾と「法律による人権保障」次元での欠陥が理屈のうえであることを自認する。しかし、その場合でも、「現実には、私人間のあらゆる人権侵害に對処しうる法律が、我が国には存在するのである。民法は90条と709条がそれである。私人間における『人権、道徳的価値』の保障は、

個人の尊厳を保障する方向での（民法1条ノ2参照）、民法をはじめとする私法の解釈問題にすぎない。それで十分対応できる」⁴⁰⁾と云うのである。だが、このような法的理解が果たして成り立ち得るのであろうか。憲法規範ないし「憲法上の人権」と全く切断されて、私法の自律性が前面に出る中で、私人間における「人権価値」——それ自体も中味が不明なものであるが——は、その内容形成が立法（法律の制定）に全面的に委ねられる、という近代的な理論的枠組みを説く一方で、そうした法律が存在しないときに、どうして民法90条や709条だけでもって私人間のあらゆる人権侵害に十分対処できる、と断言できるのであろうか。それも、高橋のように、憲法問題にリンクする何の法論理・説明もなしに、ただ「私法の解釈問題にすぎない」と言い切ってしまうと、そこには私人間における内容不明の「人権価値」が何の拘束力もなく存在するだけで、「憲法上の人権」が解釈基準となることが全く埒外に置かれてしまうことになる。その上、「私法解釈の問題」の処理で十分対応してない場合は、「理論の責任」というより「解釈適用の仕方の問題」だと開き直るのであるから、なおのこと「私人間のあらゆる人権侵害」に果たして対処できるのか非常に心配となる。このように見てくると、無効力説は近代立憲主義の憲法観・人権観を純化・徹底化して説く余り、その意図に反して社会的権力による人権侵害を黙認する法的構成ともなりかねず、その意味では、筆者には無効力説に「理論の責任」があると思われるのではないのである。その上、高橋の場合、基本権保護義務論が私人間効力論に持ち込まれていることを意識してのことであろうか、それともそれが無効力説に対する強力な論敵であると見なしてのことであろうか、基本権保護義務論をも徹底的に批判することにより、間接的に自説の無効力説の理論的妥当性の論証を図っているのも、筆者には大変気になるところである（後述参照）。

・「国家の基本権保護義務論」と「人権の私人間効力論」

1. 「国家の基本権保護義務論」の概要

戸波江二の分析によれば、『『国家からの自由』、『個人の人権』を中心に据える人権理論に対して、最近の人権問題の実際は異なった様相を呈している。というのも、『国家からの自由』にふさわしい問題もなお数多くみられるものの、たとえば、表現の自由と名誉・プライバシー、団体の政治活動と構成員の思想の自由、情報公開と知る権利、選挙権をはじめとする外国人の人権、科学技術の統制など、「国家からの自由」を超えた人権問題が数多く発生していることが注目される。このような人権問題の変化と多様化に有効に対処していくためには、単に『国家からの自由』の論理のみでは不十分であり、より事案に即した綿密な人権理論を構築していくことが求められているからである。その際に大きな意味をもつのが、『国家による自由』ないし『国家による人権保障』の考え方であり、とくに注目されるのがドイツ基本権理論のいう『国の基本権保護義務』の理論である」⁴¹⁾し、「保護義務論は、基本的に日本の現在および将来の人権論に重要な理論的・実践的寄与をなす理論であると思われる」⁴²⁾ものなのである。そこで、彼自身も、「国家が人権保護のためにさまざまな施策を行うこと、そしてまた、その

ような人権保護のための施策の実施を国家に促す理論を構築していくことは、現代の人権問題を解明し、人権を実質的に保障していくという観点からはきわめて重要である⁴³⁾と考へて、ドイツの基本権保護義務論を日本の人権論・人権解釈論に積極的に導入することを提唱する。しかし同時に、彼は、その導入に当たって、「保護義務の論理をドイツとでの保護義務論よりも広くとらえおくことが有効である」として、その理由を次の如く述べている⁴⁴⁾。

日本の人権理論では、保護義務論に類似した「国家による自由」の観念は、より広く捉えられていることである。すなわち、「国家が社会権の保障のための措置をとること、国家が私人間での人保障となるための措置をとること、国家が人権の衝突の調整を行うこと、国家が人権（自由権）の行使の前提となる制度を設け、提供すること、国家が人権保障の実効的保障のための諸施策を講ずること、などが含まれる」⁴⁵⁾と云うのである。かように、日本の「国家による自由」論では、〔後述の〕ドイツの保護義務論のように三極構造は前提とされておらず、「国家と個人の二極構造における人権保護を含めて議論されており、また、国家による人権の積極的保障という視点も広く射程に入れられている」⁴⁶⁾ので、保護義務論も広く捉えることが有用である、と考えるからである。それに対して、ドイツの基本権保護義務論は、国家の任務（基本法1条1項の「人間の尊厳」の尊重保護義務）から基本権保護義務を導き出す学説（イーゼンゼー説⁴⁷⁾）と基本権の客観的側面（客観的価値規範oder/und客観的原則規範）から保護義務を根拠づける学説（今日の支配的学説で、連邦憲法裁判所判例の見解）との対立はあるものの、基本権三極関係（「国家 基本権侵害者 基本権被侵害者」）の下で、国の義務として基本権保護（正確に言えば「基本権法益の保護」）⁴⁸⁾を導き出し、それによって立法者および裁判所に基本権保護の具体化と配慮を命ずることにその解釈論的特徴をもち、理論化に当たっては防禦権以上のものを内部に見出すがゆえに、且つまた、基本法（憲法）に社会権の明文規定を持たない下で展開されてきたドイツでの特殊な基本権理論の状況とも相俟って、保護義務論の射程範囲も限定された理論であることにその理論的特質をもつ⁴⁹⁾ので、例えば、このドイツの保護義務論の日本の人権論への導入を提唱している小山剛が、阪神淡路大震災の被災者に対する国の救済措置に関して、保護義務論は本来三極構造に基づくため、被災者の救済を含むことができないと説いたり⁴⁹⁾、或いは「基本権保護義務は、自由権から生ずる積極的地位の法関係ではあるが、社会権的ではない」⁵⁰⁾として、保護義務と社会権との関係を遮断したり、或いはまた、より徹底して、民法学者の山本敬三が、「ここでいう『保護』とは、あくまでも侵害からの保護という限定された意味にとどまる」⁵¹⁾と述べて、自由権的基本権から生ずる配分・参加求権（給付請求権）を保護義務論からは完全に遮断し、その意味ではドイツの保護義務論の射程をより一層限定したりしている如くである。そこで、戸波は、先に見た日本の「国家による自由」論では、「むしろ、『国家からの自由』=防禦権を超えた基本権保障の積極的機能を是認する『基本権の客観的原則規範』の議論を参考にして、国家が人権を侵害しないために国家の不作为を要求するという本来の人権の機能を超えた作用、つまり、国家が人権保障のために積極的活動を行うことを要求するという論理として、保護義務論を導入すべきである」⁵²⁾と言わば「広義の保護義務論」を提唱するのである。

2. 「広義の保護義務論」の憲法上の論拠とその問題点

もちろんその際、戸波江二は、自説の保護義務論の理論的根拠と実際上の根拠を挙げている。前者の理論的根拠では、①人間の尊厳の保障と②社会権の採用及び社会国家原理の導入が、憲法上の論拠として挙げられ、③私人間効力論の展開、④「公共の福祉」論（とりわけ他者加害の禁止という人権制約原理）、⑤人権保障の多様化・実質化・社会的弱者保護思想（現代人権の保障が「強い個人」の自由の保障から「弱い個人」の保障へと重点を移した人権理論の導入の不可避性）が、保護義務論の有力な理論的根拠となる、と云うのである⁵³。後者の実際上の根拠では、立法次元で、ここ数年においても、人権保護立法が質量ともに増大した（男女雇用機会均等法、労働基準法の改正、NPO法、情報公開法、男女共同参画社会基本法、ストーカー行為規制法、児童虐待防止法、児童・買春・ポルノ禁止法、ドメスティックバイオレンス法、犯罪被害者保護法、ヒトクローン規制法、プロバイダー責任制限法、出会い系サイト規制法、個人情報保護法、人権擁護法案など）如く、「保護義務の思想が事実のレベルですでに浸透してきている」ことが挙げられており、裁判次元においても、私人間効力に関する一連の判決、労働法関係での労働者を保護した判決、狭義の保護義務に関する名誉・プライバシー訴訟、少年法61条をめぐる訴訟、広義の保護義務に関する一連の判例（表現の由権に基づく請求権的・アクセス的権的解釈や社会権に基づく生活保護者の尊厳と生活の配慮、自己決定の尊重）において、「国家からの自由」を超えた積極的保障を人権のなかに見出した判決、つまり「保護義務の論理」を採用したと見て取れる判決（或いは逆に、判決姿勢がネガティブな「環境権訴訟」にも保護義務の論理を応用できること）があると言うのである⁵⁴。だが以上のような実務上の根拠は、もとより、保護義務論の根拠として持ち出す前に、立法次元では、人権の内容・性質・機能の観点から、当該法律が果たして人権を本当に実現・具体化したものかどうかをまずもって批判的に検討しておくことが肝要となろうし、また、裁判次元では、その法律による人権侵害が争われるわけであるから、人権を違憲審査基準にして果たして人権の裁判的救済が本当に図られた判決かどうかをまずもって批判的に検討しておくことが肝要となろう。もちろん、これとても、保護義務論の説くように、「人権の積極解釈」が理論上成立する、とするならば、話は別である。その意味では、保護義務論の主張の決め手はその理論的根拠（上記の①～⑤）に尽きると言っても過言でないのである。

しかしながら、上記①の論拠に対しては、自由権につき国家の基本権保護義務を説くためには、憲法13条の前段の「個人の尊重」の原理を挙げるだけでは不十分で、ドイツ基本法1条1項後段の如き規定（人間の尊厳を保護するのは、国家権力の義務である、という規定）が要るのではないか、という疑問が残る。上記②の論拠に対しては、確かに、社会権の保障や社会国家の原理がこの領域の保護義務論に極めて重要な論拠となることは否定しないが、その社会権を日本国憲法が明記しているのであるから、そこに果たして保護義務論を導入する必要があるのか、という疑念が生ずるし、むしろこれまでの社会権論の更なる展開で事足りるのではないかと思われるし、逆に、「国家の社会権保護義務」を説くことにより、国民の社会権の権利としての法的性格が希薄になりはしないかを恐れる。上記③の論拠に対しては、私人効力肯定

論が通説的状况の中で、敢えて保護義務論をそこに持ち込む必要があるのか、という素朴な疑問が生じる。というよりはむしろ、そもそも保護義務論が私人間効力論に採用されるものなかが問題になる。この点は項を改めて検討する。上記④の論拠に対しては、公共の福祉が「人権の一般的な制約根拠」となるもので、それ自体としては人権制約の正当化事由ではない（むしろ正当化事由は各人権の性質に応じて引き出される）と解されているのが今日の支配的見解であるのに、人権侵害者に対する人権制限を「正当化する機能」をもつ保護義務論の論拠になぜ公共の福祉論が挙げられているのか、理解し難いところである。上記⑤の論拠に対しては、それは積極的に人権を保障していく義務を国家に課す人権理論・人権解釈が必要となる現代の人権問題状況を語ったのであって、その対応は社会権論、私人間効力論、法律によると人権保障論、公共の福祉論など独自の理論的展開を経てきているわけであるから、どうしても保護義務論でなければ対応できない、というものでないのではないか。

以上は、戸波の掲げる憲法上の論拠に対して、筆者なりに一方的な批判を述べてきたわけであるが、より重要なのは、戸波自身が「保護義務論の導入にあたっての問題点」として、①「国家からの自由」という人権の本質に矛盾しないか、②内容・帰結が不明確ではないか、③国家の人権保護義務の履行が人権侵害をもたらさないか、という3点を挙げている⁵⁵⁾ことである。もちろん、彼自身、いずれにしても、これら三点は保護義務論の成否を決する、と見てか、正面から反論を試みている。その上、戸波の如く、保護義務論が私人間効力論に採用されるものであるとしたら、上記三点の問題点は私人間効力論にもそのまま当てはまることになるので、同時にその反論としての意味をもつ。だが、保護義務論が私人間効力論に採用されるものでないとしたら、両者にはどんな違いがあるのか、私人間効力論は上記三点の問題に耐え得る理論なのかが、即座に問題となる。これを次項で眺めておこう。

3 . 保護義務論は私人間効力論？

(1) 狭義の保護義務論にいう「基本権法益」と私人間効力論にいう「人権」

狭義の保護義務論は、「基本権」(主観的権利)それ自体ではなくて、「基本権法益」を国家が第三者による危殆化から保護しなければならないと説く理論である。この「基本権法益」は、小山剛による呼称であるが、ドイツでも実際、「基本権が保護する法益」・「基本権によって保護された法益」・「基本権的法益(Grundrechtsgüter)」という言い回しが保護義務論者に見られる⁵⁶⁾。小山が「基本権法益」と称したのは、彼が「基本権」(主観的権利としての基本権)を対国家的権利と捉え、「このため、私人間で侵害されうるのは、基本権と極めて密接な関係にあるが、対国家的権利としての基本権それ自体ではない『何かあるもの』であるということになる」⁵⁷⁾と考えたからであるが、ドイツの場合もこうしたことが共通理解となっていたからであろう。他方、私人間効力論は、人権の「私人間」効力論を論外とすると、国家を名宛人とする「基本権の客観的側面」(客観的価値規範odey/und客観的原則規範)が「私法規範に対してもつ効力」(広義の基本権の私法的効力)として説かれる理論である。従って、両理論者は次元を異にする理論であると言えるのである。この点で、高橋和之が基本権法益を「憲法上の

法益でないことはだけは確かである」⁵⁸⁾と言っているのは、「憲法上の人権」(主観的基本権)を防禦権とのみ捉える彼の立場から当然の帰結であるにしても、「基本権の二重の性格」を多かれ少なかれ認める多くの論者の立場からも、私人による侵害の惹起が想定された「基本権法益」なるものを、国家を名宛人とする「基本権の客観的側面」(客観的価値規範/客観的原則規範)からは直接的に導き出すことができない、とするのが当然の帰結と思われることから、高橋の言うように「憲法上の法益でないことだけは確かである」。それにもかかわらず、なぜ狭義の保護義務論は、基本権の客観的側面を論拠にしながらか(それ故また、私人間効力論との共通性を挙げながら)あくまで「基本権法益」を国家が第三者による危殆化から保護する理論構成だとして、「基本権法益」を「憲法上の法益」であるかの如く説いているのか、理解し難いところである。このように見てくると、「基本権法益」の素性は依然として不明であると言うほかない。

(2) 基本権の客観法的側面は保護義務論の論拠となる程の内容のものか、それとも私人間効力論(間接効力説)の論拠となるにとどまるものか

戸波の場合は、社会権も含む「広義の保護義務論」が主張されるせいか、狭義の保護義務論の如き「基本権法益」という言い回しはなく、基本権それ自体について国の保護義務論が説かれている。私人間効力論との関係については、「基本権法益」を別にすれば、狭義の保護義務論の理解の仕方と変わるところはない。戸波によれば、三菱樹脂事件最高裁判決は、筆者や高橋和之の如く無効力説を採用した判決だと理解するのではなく、「私人間の人権侵害に対しては、……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正な運用によって……適切な調整も図る方途も存する」と判示しているのは、「裁判所が私法法規の解釈・適用によって救済を図っていくことが考慮されている」、つまり、間接適用説、それも間接効力説が採られている判決であり、「この構造は、保護義務論の基本構造に類似する」と言われる⁵⁹⁾。というのも、保護義務論は「『国家からの自由』=防禦権を超えた基本権積極的機能を是認する『基本権の客観的原則規範』の議論を参考にして」(既述)説かれたものだと言っているからである。だが、これに対しては、「基本権の客観的原則規範」としての性格・効力は、もっぱら国家を名宛人するものであって、上位法である基本権規範の私法規範に対する法的効果(規範的効力)を指すのであるから、私人間効力論(間接適用説、それも間接効力説)の論拠にはなり得ても、私人による他の私人の基本権侵害に対して国家に基本権を積極的に保護する義務を直接に(法律の媒介なしに)課すことまでの論拠に挙げるのは土台無理なのではないか、という批判が成り立とうし、その意味では、私人間効力論(間接適用説)と保護義務論は次元を異にした理論と言わざるを得ないのである。

もっとも、基本権を「客観原則規範」とともに「客観的価値秩序」と捉える場合(ドイツの通説・判例、わが国では芦部に代表される間接効力説)には、両者の法的性格が私人間効力論の論拠となるばかりでなく、後者の客観的価値秩序が、一見するところ、保護義務論の論拠ともなりそうであるので、しばしば保護義務論者のように、私人間効力論との基本構造における類似性が指摘されることになるのである。それ故、両理論の関係に対する先の理解(次元を異

にした理論であるとの理解)は「客観的原則規範」を前提にして初めて成り立つ論法であることに十分注意を要しよう。それにしても、ここでの如く「客観的価値秩序」を論拠に挙げることに対しては、「価値秩序」或いは「価値体系」という表現形式で何が主張されるのか、その中味が不明確であるばかり、価値主張は原則として恣意的なものであることを考えると、そもそも人権を価値理論的解釈すること自体に対して根源的な疑問が拭えないのであるから、筆者にはそれ自体が不可解な論拠に思えてならないのである。それはさておき、仮にそれが保護義務論の論拠になるとしたら、芦部信喜が指摘する如く、「保護義務の範囲や程度は保護義務の前提をなす客観的原理とともに、そもそも限定することは難しい」ため、「とくに日本の憲法政治や裁判実務との関連では疑問がもたれる」ことになるう⁶⁰⁾。もっとも、芦部に対しても、「客観的価値秩序」を自説の間接効力説の論拠にしているわけであるから、保護義務論と事情が変わるわけではない。だが芦部自身、この点については、保護義務論との対比で、間接効力説こそが「国家の介入をできるだけ合理的な枠に限定するための解釈を模索した」(「私的自治の優位」・「人権価値の意味充填解釈」・「社会的権力の人権論導入への消極姿勢」などを配慮した 筆者補遺)見解であると自評して⁶¹⁾、保護義務論との相違を際立たせている。がしかし、翻って、それ以外の私人間効力論との対比で、間接効力説が芦部の如く自評できる学説であるかは、もちろん検討を要する問題として残ろう(後述の(3)と参照)。

(3) 司法権の基本権被拘束性(客観的原理としての基本権に拘束されること)から導出されるのは基本権保護義務か、それとも私人間効力か?

高橋の指摘する如く、保護義務論のように国家の保護義務から直ちに司法権による保護を導出するのは、相当に論理の飛躍があると言わざるを得ない⁶²⁾。憲法は、国家が引き受ける保護義務をどのように遂行すると定めているのであろうか。いずれにしても、司法権による保護を導出するには、その憲法の解釈として、そうした司法権の権限を導出する必要がある。ところがドイツ基本法1条3項(立法・行政・司法が「直接妥当する法として基本権に拘束される」)或いは日本国憲法13条の「生命、自由及び幸福追求権は、……立法その他国政の上で、最大の尊重」といった規定は、司法権は基本権が現に持っている内容でもって公権力を拘束する(換言すれば、基本権が現にもっている内容を立法・行政・司法がそれぞれ実現する権限をもつ)と言っているだけで、基本権の内容自体については何も述べていないのであるから、多様な基本権解釈により、実際、「基本権」は主観的権利の意味では「防禦権」のみであるとか、或いは自由権の配分請求権的解釈をも含めて解される一方で、「客観的秩序原理oder/und客観的原則規範」の意味では、それを論拠に第三者効力論や保護義務論などの人権解釈論が出されてきた⁶³⁾。しかも、既に述べたように、客観的原則規範の場合は、保護義務論の論拠とはなり得ないことを考えると、上記の憲法条項自体から、国家の保護義務を司法権もまた独自に負うことを明示的に要求している、と単純に帰結することには躊躇を覚えざるを得ないのである。保護命令機能の実現は本質的には通常法律の任務であることを考えると、まさに高橋の指摘の如く、「裁判所が法律の不存在や欠缺を理由に『基本権的法益』を侵害したからといって、保護義務違反と言うことにはならない」のであって、むしろ「保護義務違反を言うためには、まず国家

の保護義務を司法権も独自に負うのだということ、憲法がそれを要求しているということ、前提するのではなくて、論証する必要があるのである」⁶⁴）。その論証が基本権の「客観原則規範」によってもその規範的効力や内容限定困難性から不可能であること、また、「客観的価値秩序」によっても人権を価値理論的解釈すること自体の問題性（価値内容限定の困難性・恣意性）から困難であることは、既に繰り返し指摘してきた。

それに反して、「裁判官の基本権被拘束性」にいうところ「基本権」が「私法領域に対してもつ効力」（私法的効力）を指すものであることを論証することは、基本権の「客観的側面」を否定する立場に立たない限り、容易なことである。筆者は、基本権を第一次的には防禦権と捉えるが、同時にまた「原則規範」でもあると捉えるので、なおのことそう言えるわけであるが、その私法的効力の中味の理解になると、原則規範自体の中味身が抽象的なものであることから、今村説にいうような「直接効力」を指すものと考えておらず、むしろ芦部説にいう「間接効力」にとどまるものと考えている。つまり、裁判官が私法法規の解釈・適用の際に原則規範の私法的効力（間接効力）でもって拘束されるにとどまると捉えており、こうした前提の下でのみ、基本権に拘束される裁判官は初めて、私法の解釈・適用を誤って私法主体の一方か他方の基本権を侵害した、と人は見ることができるのである。ここに、原則規範が十分に私人間効力論の根拠になるゆえんがある。

以上は、保護義務論は私人間効力論か、という問題視角から、保護義務論を内在的に批判的検討を試みてきた。この検討が当を得たものであるかどうかは読者の判断をまつほかない。ただ、最近、戸波は、私人間効力論として筆者が提唱している「企業権力からの自由」説を「保護義務論に対す批判論」（？）として取り上げ、何よりも、「企業権力からの自由」説それ自体に対して痛烈な内在的批判が加えられているので、これに反論することが同時に上記の内在的批判の補強論証ともなるから、これを次項で述べておく。

・「企業権力からの自由」説批判に対する反論

1. 「企業権力からの自由」説に対する批判

筆者の提唱する「企業権力からの自由」説に対して、戸波の批判は次の如くである。すなわち、「保護義務論に対する批判のうち、保護義務論を誤解しているものも少なくない。たとえば、三並敏克は、『企業からの自由』という人権を導入することを提言して、その『立法的・行政的・裁判的実現』を説く一方で、ドイツの基本権保護義務論が『国家論・憲法論・人権論』の過剰の例とし、『国の基本権保護義務の名の下に企業本位の政治・行政の推進が図られ、その程度・範囲が限定困難な基本権保護義務を裁判官の裁量に委ねることになりはしないか』と批判する。しかし、まず、ここで提示された『企業からの自由』はまさに保護義務論の論理と同じものではないかという疑問が生ずる。そして、保護義務を果たす立法が企業本位の立法を行うと批判するのであれば、なぜ『企業からの自由』を実現する立法は企業本位の立法を行わないことになるのか、保護義務の内容を裁判官裁量に委ねることが危険であるならば、なぜ

『「企業権力からの自由」は、終局的には、裁判にその実現の拠りどころを求める』ことができるのか、まったく不明である。『企業権力からの自由』は誰によってどのように守られるのか、その論理構造はドイツの保護義務論と同じものでないか、それにもかかわらずなぜ保護義務論が否定されるのか、理解しがたいところである⁶⁵⁾。「もっとも、ここでの三並敏克への批判の意図は、『企業からの自由』を保護義務論によって根拠づけることにあるのではない。そもそも『企業からの自由』がどのような人権であり、どの憲法条項から導き出されるかは、三並の論述から不明である。保護義務論は、何らかの人権規定について、国家の保護義務ないし積極的保障義務を導き出す論理であって、何らかの憲法上の人権が前提されていないところには出番がない。『企業からの自由』が憲法上の人権として成立するかどうかは、三並の提言にもかかわらずなお未解決のままである」と大変手厳しく批判する⁶⁶⁾。

以上のうち、「企業力からの自由」説に対する戸波の内在的批判は、自説に内包するある意味での核心的な問題点を指摘したものとして、或いは自説の説明不足を痛感せしめるものとして、筆者も真摯に受けとめ、それに対しては真正面から、できる限りの反論を試みておこう。それがまた人権理論の更なる展開に結び付けば幸いである。とまれ、戸波の上記批判は以下の3点に集約できようから、それらに絞って逐一反論しておこう。

2. 筆者からの反論

(1) 「企業権力からの自由」は人権理論次元での道具概念

筆者が提唱している「企業権力からの自由」という概念は、樋口陽一の「社会的権力からの自由」⁶⁷⁾のテーゼに示唆を受けたものであり、「国家からの自由」・「国家による自由」・「国家への自由」といった今日の人権観なり、一般的人権理論なりの次元において語るこの道具概念である。ただ、樋口の場合、「自由」は、何か「からの自由」、妨害排除の防禦権を指すものとして留保しておいた上で、様々の社会諸権力に対する関係での妨害排除を国家に求める、それ故、「社会権力からの自由」を国家的介入によってでも確保する（社会からの国家による自由を確保する）、ということなのであって、ちなみに1901年結社法（フランス）は「結社する・個人の・国家からの自由」を認めたという意味で、依然として防禦権なのであって、積極的給付を求めるものではない、と説明している⁶⁸⁾ように、それは法律による人権保障次元で防禦権を指すものであることは明らかである。従って、法律による人権保障が存在ないし欠缺の場合には、文字通りの「社会的権力からの自由」（いわば社会的権力に対抗する個人の自由）が主張されているわけではなく、これを「国家的介入（裁判）によってでも確保」の問題としては、どうも間接効力説の枠組みで対応されているようである。

これに比して、筆者のいう「企業権力からの自由」は、その表現からして、私人をも自由権規定の名宛人とする人権概念であるかの如く受けとめられようから、筆者がこれまで繰り返し消極的評価を下してきた人権の「私人間」効力論を再び採用することになってしまい、それは背理なのでは、との批判がもろに跳ね返ってこよう。だが、現代社の人権状況（人権侵害の温床＝企業社会）を目の当たりにして、人権理論を観念論にしないためにも、「国家権力からの

自由」という近代立憲主義の人権観を基本に据える一方で、その根源に自由は本来「権力からの自由である」との哲学的原理があること、「社会的権力からの自由」の論拠となる個人の尊重の原理の宣明（憲法13条）や社会国家の原理の採用（憲法前文など）が見て取れること、更には「社会的権力」の判定基準を設定するのが困難なことなどから、少なくとも「企業権力からの自由」概念を憲法次元での道具概念として語ることは許されるのでないか。しかも、私人間効力論というパラダイムの中では、「私人間」という一般的な関係でなくて、「企業権力と個人」というある程度限定された関係に絞って、「企業権力からの自由」を主張するものであるから、その限りでは、私人一般をも憲法規範の名宛人にする憲法論・人権論（今回の憲法調査会報告書において見られた見解でもあるが、従来の「人権の『私人間』効力」論はまさにその典型例と言ってよい）が憲法秩序・私法秩序の崩壊に導くのでは対照的に、そうした危惧を避けることを意図して説かれた自由概念である、ということにも留意されたい。かくして、「憲法上の人権（自由権）」は、第三者効力の生ずる余地のない自由権を除いて、この「企業権力からの自由」概念に基づいて解釈されることになる。がしかし、その際、筆者も、憲法の論理や特性の面から、自由権は主観的権利としてはもっぱら「防禦権」と捉えており、公権・私権の二元的権利体系や、私法の独自性・自律性（私的自治の原則）を前提的理解に据えているので、自由権が同時に「私人に対する主観的人権」、「自由権は公権であると同時に私権」といったかつての直接適用説のような捉え方に与することは到底できないわけであるから、この自由概念を裁判次元で原則規範としての人権規定の私法的効力を語る際に持ち込む、というふうに概念使用の射程を限定することによって、裁判官の裁量の余地を狭める道具概念としても機能させるべきものと考えている。

この点で、戸波はどうも、筆者のいう「企業権力からの自由」を個別的人権の一つと曲解しているようで、だからこそ、そもそも「企業権力からの自由」が「憲法上の人権」として成立するかどうかは、三並の論述から不明である、と批判するわけであるが、上記から明らかな如く、この批判は的外れの批判と言うほかない。

（２）「企業権力からの自由」説と保護義務論の論理上の差異

私は、保護義務論の場合には、客観法的側面を論拠にして説かれるため、国の保護義務の程度・範囲が限定困難となることから、保護義務を果たす立法はますます企業本位の立法を行う余地が残されることになり（企業国家への変質可能性、国家的介入の過剰を容認する憲法論・人権論への変質可能性）、それだけ裁判官の裁量に委ねる危険も大きくなる理論（裁判官国家への変質可能性）であると理解しており、その意味で、保護義務論は「国家論・憲法論・人権論の過剰」をもたらす理論の一例に挙げることができるものだと理解しているのに対して、「企業権力からの自由」説の場合には、自由権規定について「企業権力からの自由」を実現するような形で自由権に関する立法が行われれば、国会は企業本位の立法を行う余地がなくなる筈であるとか、そうした立法が不十分なし不存在の場合には、私人による自由権侵害の問題は「企業権力からの自由」概念に基づく自由権が原則規範としての私法的効力の所にリンクされて裁判的保障が実現される筈だ、という筋道を指摘した理論なのである。もちろん、

「企業権力からの自由」説は、実際の立法や裁判が広い立法裁量・司法裁量の下で企業本位の立法・判決を行っている、というわが国の政治状況・憲法状況があるからこそ、企業権力による人権侵害に対抗するための人権理論として構築されたものである。

以上のように、両者の論理構造は表面的にはともかくも内容的に同じものであるとは到底言えないのであるが、既に指摘してきたように、或いは次に見るように、何よりも大きな相違は、裁判官の裁量をめぐる論理に現われる。この点を「結びに代えて」述べておく。

V . 結びに代えて 裁判官の裁量問題

1 . 保護義務論に見る裁判官の裁量問題

小山や戸波は保護義務論の論拠を「基本権の客観法側面」(広義の基本権) 手放しにではなく、防禦権を第一義に据えながら慎重にこれを語る小山と、むしろこれを積極的に参考とする戸波との間に姿勢の相違はあるが⁶⁹⁾のに対して、基本権保護義務を説く山本敬三(民法学者)が自説と「基本権の客観的側面」との区別を際立たせる論法を採っている⁷⁰⁾。そのせいであろうか。山本は、「基本権の客観的側面」から切断して、「基本権保護義務論」(保護権的構成論)を説く。いずれも国家の積極的関与を認める点で変わりはないが、ここでは、本人の意図に反して結果的に国家(裁判官)に広い裁量を容認することになる山本説を眺めておこう。

山本説は、「私的自治と自己決定を第1次的ものとして、位置づける限り」、国家に対する保護請求権とそれに対応する保護義務を承認しても⁷¹⁾それ故、この保護請求権に対応した私法上の請求権を承認しても⁷²⁾特に問題が生じないとする見解である⁷³⁾ので、積極的な「保護権的構成論者」と呼べようか。しかし、国家に対する保護請求権は、国家が保護義務を果たしていないという理由で国家が基本権侵害したから、国民(被害者)にこの保護請求権を認めるという意味で説かれたものであろうから、当然、国家が基本権(自由権)を侵害したと言い得るためには、主観的権利論次元で、自由権が少なくとも「私人間」効力をもつことが前提とされていなければならない。そのことは彼の意図(私的自治の尊重)に反して、自由権の本質を根底から変質させ、私法秩序の破壊に導くことになりはしないか。また、自由権の積極的地位の実現・具体化を、立法者の任務として語るのならともかくも、山本の如く自由権の積極的地位を極力削いだ自由権(厳格に解した自由権)を保護義務論の対象であると考えている論者が、自由権を対国家的保護請求権にまで高め、更に私法上の請求権にまで転化すると説いているのは、背理ではないか。もし裁判所が「保護を求める権利」を具体化することができるということになると、「保護を求める権利」は、その限りで、裁判官に対しても、第1次的には内容形成の委託となり、司法国家ないし裁判国家への変容や基本構造の変容を惹起し、保護義務論が基本権の基本概念に成りかねない⁷²⁾。

その点、戸波や小山の保護義務論は、近代立憲主義の憲法観・人権観を基本に据える。人権保護立法(人権の保護とともに人権の制限の側面もつて制定された法律)の合憲性審査にお

いて、或いはまた、法律による人権保障が実現・具体化されていないところでは、私人Bによる私人Aの人権侵害の場合にも国家（裁判官）がAの人権を保護する義務があるとして下す判決においても、過剰規制の禁止の原則と過少保護禁止の原則が働き、裁判官により明快な判断の論理を提供する、と言われる⁷³⁾。だがしかし、は人権相互の調整の問題として国家（立法者）による人権制限（主観的権利たる人権の制限）が違憲かどうかでもろに取り上げられることになるのに反して、は一方の人権主体である私人Bが他方の人権主体である私人Aの人権を侵害したことが違憲かどうか取り上げられることになる点で、とは次元を異にする議論である。しかも、先の「明快な判断論理」が上記の場合に裁判官に提供することができるであろうか。保護義務論は、人権の「私人間」効力論を採らないのであるから、私人Aが私人Bの人権を侵害したと言い得るための法論理（人権の客観法的側面）が前提とされることになるが、保護義務論はあくまで国家を名宛人にするものであるため、裁判官が私人Aの人権の保護のために私人Bによる人権侵害行為を規制すると言うにとどまる。その場合でも、客観法的側面の内容はそもそも限定されないものであるために、裁判官の私人Aに対する保護との関係では、過少保護がなされる余地が多分にあり、その意味で、裁判官の裁量の余地を大きく容認することになろうし、加えて、上記の説明だけだと、私人Bによる侵害行為を裁判官が制限することは同時に私人Bの人権を裁判官が侵害することになるのでは、という問題が欠落してしまうので、その限りではBの人権制限に対しては過剰制限の禁止の原則が働かない。その分、裁判官の裁量の余地が広がるということになろうから、戸波のようにとを同列に論じるのは極めて問題なのではなかろうか。この裁判官の裁量の余地の問題は、日本の裁判所が違憲審査の行使に消極的で、とりわけ社会的権力による人権侵害問題に対して人権侵害と積極的判決する姿勢を示さない状況の下では、極めて深刻な問題として受けとめるべきなのではないか。

この問題は、芦部に代表される間接効力説にも、或いは原則規範論を採る筆者にも、基本権の客観的側面を説く限りでは、そのまま当てはまる。折角、芦部が「国家の介入をできるだけ合理的な枠に限定するための解釈として模索した」間接効力説（既述）も、実は、私的自治の優位 民法の完全な独自性・自律性、人権の意味充填解釈 意味解釈の振幅の大きいことを容認、社会的権力の人権論導入への消極姿勢 社会的権力による人権侵害の黙認など⁷⁴⁾、といった理論的問題を内包していることから、その例外となり得なかったのである。そこに筆者が上記の如き「企業権力からの自由」説を提唱してきたゆえんがある。

2. 「企業権力からの自由」説は裁判官の判断の客観化に焦点を当てた理論

保護義務論が裁判官の裁量に広く委ねる可能性をもつ理論であることは、繰り返し指摘してきた。他方、私人間効力論は、私的人権行為を規制する立法（＝法律の制定）は欠けないし不十分の場合（つまり法律が私人間における人権侵害に迅速・的確に対応しないで放置されている場合に）、「民事訴訟と憲法訴訟」のテーマでも必ず扱われる如く、違憲審査制の下にある裁判官による人権保障機能の次元で、それゆえ人権の裁判的保障という限られた射程領域の中で説かれてきたものであること、また、裁判官は、人権規定の有権解釈次元では最終解釈である

ことから、もし裁判官の判断に私的人権侵害問題で広範な裁量の余地を委ねることになると、それこそ人権規定は絵に書いた餅になりかねない。そこで、裁判官の判断の客観化ために、一定の判断基準を設けて裁判官の裁量の余地を少なくするような私人間効力の法的構成が望まれる。その意味では、「企業権力からの自由」説を採ると、人権侵害の判定がハッキリすることになるし、その分、裁判官の裁量の余地も少なくなることから、「裁判官の裁量に委ねる危険」を避けることができ、しかも、人権の最終的解釈者は裁判官であるわけであるから、私が「終局的には、裁判にその実現の拠り所を求めることができる」と指摘したことも、それなりに理解してもらえる筈である。しかる、これを戸波はなぜ「全く不明である」と批判するのか、こちらの方こそ不可解と言うほかない。

注

- 1) 最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁。
- 2) 芦部信喜『現代人権論』(有斐閣、1974年)62頁。
- 3) 上村貞美「私人間における人権保障」同『現代フランス人権論』(成文堂、2005年)所収13頁。
- 4) 拙稿「人権の私人間効力に関する判例 判例の概観」京都学園法学(2005年通巻47号)1頁以下参照。これは拙著『私人間における人権保障の理論』(法律文化社、2005年)423 - 444頁に掲載した「資料私人間効力に関する下級審判例の現況」と同書453頁の判例索引のうち「最高裁判例」とを併せて再度構成し直したものである。
- 5) 三菱樹脂事件最高裁判決(前掲)を踏襲した最判昭和49年7月19日民集28巻5号790頁(昭和女子大事件)、最判昭和62年4月24日民集41巻3号490頁(目黒電報電話局事件)のほか、古くは最判昭和27年2月22日民集6巻2号258頁(十勝商業高校事件)がある。
- 6) 最判平成元年6月20日民集43巻6号385頁(百里基地事件)。
- 7) ちなみに大阪地判昭和46年12月10日労民集22巻6号1163頁(三井造船結婚・出産退職性事件)は「憲法による基本的人権保障の趣旨は全法体系の根幹をなし、国家生活のみならず、社会生活関係においても根本的価値を有し、私人間においても尊重されねばならず、私人間の法律関係にも反映せしめるべきであり、私人間において自由意思に基づくものであれば基本的人権に対しいかなる不合理な制約も科し得るものではない」と判示し、基本的人権の法的性格として客観的秩序原理ないし客観的原則規範としても捉えられることを示唆している。
- 8) 拙著・前掲(注(4)のうち、『私人間における人権保障の理論』)第 部第7章、第8章参照。
- 9) 「《座談会》憲法調査報告書の検討とこれからの課題 改憲動向を注視しつつ」法律時報77巻10号(2005年)12頁(戸波発言)。
- 10) これは、ドイツの基本権に関する最新憲法判例を概観する中で述べられた表現であるが(戸波江二「概観 : 1985 ~ 1995のドイツ憲法判例の特色」(ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』(信山社、1999年)所収8頁)、その後の論文で、戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざまでの私人間効力論の新たな展開」法律時報68巻6号(1996年)126頁や、同「人権の現代的展開と保護義務論」(樋口陽一・上村貞美・戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻』(信山社、2003年)所収)733頁において、日本の人権理論としても、私人間効力論に基本権保護義務論を持ち込む必要のあることを明言している。

人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論（三並）

- 11) 小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）9頁。
- 12) 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（2003年）、同「人権の私人間効力論」（高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』有斐閣、2004年）所収）1頁、同「人権論のパラダイム——私人間効力論を中心にして」（全国憲法研究会報告（2005年5月14日）、早稲田大学COE研究会報告。ここでは、これらを参照して、筆者なりに要約したものを高橋の見解として紹介していること、また、彼の見解を引用する際に当たって、その文意からして許されると思われるが、「憲法上の権利」を「憲法上の人権」という表現に置き換えていることを予めおことわりしておく。
- 13) 高橋・前掲（注（12）のうち、「人権の私人間効力論」）18頁。
- 14) 高橋・前掲（注（13））4頁。
- 15) 高橋・前掲（注（13））4 - 5頁。
- 16) 高橋・前掲（注（13））18頁。
- 17) 高橋・前掲（注（13））18頁。
- 18) 高橋・前掲（注（13））18頁。
- 19) 座談会・前掲（注（9））4頁以下。
- 20) 上村 前掲（注（3））によれば、「フランスでは私人間において人権を保障するために、大部分、法律による保障という方式が作用されている」（36頁）と指摘されおり、高橋もこうした保障が念頭に置かれているのであろう。
- 21) 高橋・前掲（注（13））12頁。ここで高橋が「理念的には」と述べたのは、現実にはすべての人権につき直接適用説を主張する説が存在しないからであるが、筆者もこれを言わば「純粋直接適用説」と呼称して、「幻の学説」であることに繰返し注意を喚起してきた。
- 22) Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP Bd.18,1984,S.202.
- 23) 稲田の「公権の第三者効力」の主張は、公権・私権の二元的権利体系から、橋本の「客観的原則規範の直接適用」の主張は、その法的概念・性格から、成り立ち得ない主張であることは、拙著・前掲（注（8））283頁、285頁参照。
- 24) Walter Leisner, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S.286,S.355.
- 25) 市川正人編『プリメール憲法』（法律文化社、2004年）214頁〔吉田仁美〕。
- 26) ここで「原則的には」と述べたのは、憲法15条4項（投票の秘密）、18条（奴隷的拘束の禁止）、24条（家族生活の平等）、28条（労働基本権）などの如く、私人間への直接適用が想定されている人権規定があるからである。だが「例外」が際限なく拡大解釈されて、憲法が国民の行為規範になることを回避するためにも、翻って、これら例外をいかなる意味の「人権」ないし「人権規定」と解したらよいか、という問題の検討が依然として残ろう。実は、公権・私権という権利の二元論や、（憲法規範の名宛人は国家であるという）という憲法規範の名宛人論、（下位法に対する憲法の規範的効力を説く）原則規範論の観点を固守する立場から、この「例外」をどのように説明することができるのか、という難題に直面するからである。ここでは問題指摘にとどめておく。
- 27) 芦部信喜「人権論五〇年を回顧して」公法研究59号（1997年）13頁、9頁。
- 28) 盛岡地判昭和46年3月18日労民集22巻2号291頁（岩手県経済農協連合会女子若年定年制事件）。
- 29) 東京地判昭和41年12月20日労民集17巻6号1407頁（住友セメント結婚退職制事件）、名古屋地判昭和45年8月26日（山一証券結婚退職慣行事件）など。
- 30) 最大決昭和26年4月4日民集5巻5号214頁（東京急行懲戒解雇事件）、福岡地小倉支判昭和25年9月9日『総合判例研究叢書（1）』（有斐閣、1960年）79頁、東京高判昭和38年11月20日（昭和女子大事件）。

- 横浜地決昭和38年6月12日労民集14巻3号843頁（富士通信機懲戒解雇事件）、東京地判昭和42年4月24日判時482号35頁（富士通信機懲戒解雇事件）、盛岡地一関支部判昭和43年4月10日労民集20巻4号522頁（小野田セメント大船渡工場退職事件）、名古屋地判昭和47年4月28日判時678号97頁（名古屋放送女子若年定年制事件）、東京地判平成7年3月23日判タ874号298頁（ゴルフクラブ会員国籍差別事件）、大阪地判平成12年7月31日判判792号48頁（住友電気工業事件）、大津地判平成12年9月28日労半800号61頁（松阪鉄工所事件）など。
- 31) 大阪高判昭和29年2月20日判時28号24頁（大日本紡績事件）。
- 32) 高橋・前掲（注（13））12頁。
- 33) 有倉遼吉「精神的自由権と私人相互関係」（『思想・信仰と現代』法学セミナー増刊・総合特集シリーズ3、1977年）86 - 89頁。この点については拙稿・前掲（注（8））288 - 291頁参照。
- 34) 今村成和「政治的思想・信条による雇用上の差別の違憲性」（浅井清信ほか『思想・信条の自由』（民衆社、1973年））75 - 76頁。この引用句は、「私人間の人権侵犯が『公序』に反するのは、まさにそれが、憲法による人権の保障に抵触するからであろう」という文章に続けて表現されており、結局、人権の私人間への突入箇所として、民法90条を法律技術的に援用することを物語るものである。
- 35) 松井茂記『日本国憲法〔第2版〕』（有斐閣、2002年）頁参照。この点は三並・前掲（注（1））416頁も参照。
- 36) Gerd Roelleck, Prinzip der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung in Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß 25 Jährigen Bestehen d. Bundesverfassungsgericht, 1976, S.37 mit 83.
- 37) 高橋・前掲（注（13））18頁。なお、高橋によれば、「国家を一方の当事者とする法関係」は、公法関係だけを指すのではなく、国家を当事者とする限り、私法関係も含まれるのであり、「国家が、公法的な関係（権力的関係）を通じて行動しようと、私法的関係（契約関係）を通じて行動しようと、憲法の拘束を免れない、というのが近代憲法の論理である」（18頁）と言われるが、むしろ、国家がどちらの法関係を通じて行動しようと、それが「国家権力の行使」に当たる場合に限り、その権力行使を制限するというのが、近代憲法の論理なのではないか。また、百里基地事件最高裁判決（前掲注（6））が「憲法を公法と性格づけ、ゆえに憲法は私法関係には原則として適用されない判示した」（18頁）ものと見た上で、それに対して、「公法・私法という制度的区別は、憲法のもとで生ずるものであり、憲法自体を拘束することはできないはずである」と的を射た批判をしているが、判決自体はというと、むしろ憲法が公法・私法をおおう指導原理としての性格をもつ旨を示唆した判決とも見ることができるので、判例批評としては少し的外れの観が否めない。
- 38) 高橋・前掲（注（13））20頁。
- 39) 高橋・前掲（注（13））17頁。
- 40) 高橋・前掲（注（13））17頁。
- 41) 戸波・前掲（注（10））のうち「人権の現代的展開と保護義務論」700頁。
- 42) 戸波・前掲（注（41））700頁。
- 43) 戸波・前掲（注（41））701頁。
- 44) 戸波・前掲（注（41））729 - 730頁参照。なお712 - 717頁、717 - 728頁も参照。
- 45) 戸波・前掲（注（41））730頁。
- 46) 戸波・前掲（注（41））729頁。
- 47) ヨーゼフ・イーゼンゼー著・ドイツ憲法判例研究会編訳『保護義務としての基本権』（信山社、2003年）60 - 61頁。
- 48) 戸波・前掲（注（41））722頁、723頁。

人権の私人間効力論と国家の基本権保護義務論（三並）

- 49) 小山剛「震災と国家の責任」公法研究61号203頁（1999年）203頁。
- 50) 小山・前掲（注（11））201頁。
- 51) 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）200頁。
- 52) 戸波・前掲（注（41））729頁。
- 53) 戸波・前掲（注（41））731 - 735頁参照。
- 54) 戸波・前掲（注（41））735 - 738頁参照、738 - 739頁も参照。
- 55) 戸波・前掲（注（41））740 - 744頁。
- 56) 拙著・前掲（注（8））170頁、225頁、226頁参照。
- 57) 小山・前掲（注（11））1頁、10頁注（3）。
- 58) 高橋・前掲（注（12）のうち、「『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）」）143頁。
- 59) 戸波・前掲（注（41））732 - 733頁。
- 60) 芦部・前掲（注（27））14頁。
- 61) 芦部・前掲（注（27））16頁。
- 62) 高橋・前掲（注（58））143頁
- 63) 拙著・前掲（注（8））109 - 111頁、204 - 206頁、374 - 380頁参照。
- 64) 高橋・前掲（注（58））143頁
- 65) 戸波・前掲（注（41））743 - 744頁。
- 66) 戸波・前掲（注（41））784頁注（84）。
- 67) 樋口陽一「社会的権力と人権」芦部信喜ほか編『岩波講座 基本法法学6 権力』（岩波書店、1983年）にあっては、「社会的権力からの自由」は「精神活動の領域での、社会的権力による妨害を排除しようとするにほかならない」（347頁）と説く如く、射程範囲を限定した用語として使用。
- 68) 樋口陽一「憲法規範の私人間適用と、私法規範の『憲法化』」憲法理論研究会編『立憲主義とデモクラシー』（敬文堂、2001年）27頁注（2）、同「『からの自由』をあらためて考える（1901年結社法（フランス）100周年の機会に）」法律時報73巻10号（2001年）93頁、94頁。
- 69) 小山・前掲（注（11））165頁参照、戸波・前掲（注（41））729頁参照。
- 70) 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）200 - 201頁参照。
- 71) 山本・前掲（注（70））200頁、201頁、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）（二・完）」法学論叢133巻4号・133巻5号（1993年）〔一〕16 - 17頁、〔二〕26頁、28頁。
- 72) 拙著・前掲（注（4））188頁。この点はベッケンフェルデが、裁判は当該法律の適用・執行を防禦権で審査するにとどまると解すべきで、もし裁判所が「保護を求める権利」を具体化できるということになると、「保護を求める権利」は、その限りで、裁判官に対しても、第一次的には内容形成の委託となり、司法国家ないし裁判官国家への変容や基本権構造の変容を惹起し得る、と指摘（145頁、188頁）。
- 73) 戸波・前掲（注（41））719頁、733頁、739頁参照。
- 74) 拙著・前掲（注（8））315頁、349 - 350頁参照。

本稿を元に同一テーマで2005年9月22日に早稲田大学COE研究会にて研究報告した際、戸波江二教授や横山耕一教授などより貴重なご意見・ご批判をいただいたが、その反論は別の機会に委ねることとし、ここでは直接言及していないことをおことわりしておく。