

Title	私法関係における基本権の保護： 基本権の私人間効力と国の保護義務
Sub Title	Grundrechtsschutz in den Privatrechtsbeziehungen : Die Drittwirkung und die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte
Author	小山, 剛(Koyama, Go)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.8 (1992. 8) ,p.23- 82
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19920828-0023

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

私法関係における基本権の保護

——基本権の私人間効力と国の保護義務——

小 山 剛

- 一、はじめに
- 二、間接適用説と保護義務
- 三、事例——競争禁止決定
- 四、私法の定立と基本権
- 五、私法の解釈・適用と基本権
- 六、総括的考察

一、はじめに

憲法の保障する基本的人権が、国家のみならず、他の私人による侵害の危険にもさらされていることは、わが国の憲法学においても周知の事実である。私人による人権侵犯の態様はさまざまであるが、このうち、とくに私法の解釈・適用に対する基本権の作用の有無及び手法をめぐる問題については、「基本権の私人間効力(第三者効力)」という

題目のもとにかねてより議論され、すでに多くの学説、判例の蓄積がある。⁽¹⁾

有力な学説には、ドイツ法に依拠した直接適用説と間接適用説、アメリカの判例法理に基づくステイト・アクションの理論があるが、⁽²⁾ 伝統的な自由権、平等権に関するかぎり、間接適用説が通説であるとされている。⁽³⁾ 最高裁の三菱樹脂事件判決はかの判例もまた、「限りなく無効力説に近い」との評価があるとはいえ、基本的に間接適用説にたつものであると解されている。⁽⁴⁾

このように、間接適用説をもってわが国の判例・通説であるとみなしてさしつかえないが、他方で間接適用説は、問題なしとされてきたわけではない。

(1) 例えばまず、間接適用説の有効性に関して、①間接適用説は契約法領域を念頭においた理論であり、事実行為に基づく人権侵犯に対しては、十分に(より正確には、理論に忠実に)対処することができない、②間接適用説は私的自治の尊重から出発するため、価値充填の振幅次第で、然るべき救済が行われない恐れを常に内在した理論である、との批判がある。⁽⁵⁾

(2) 次に、右の疑問をさておいても、間接適用説の内容自体が、十分に明確であるとはいいがたい。私人による人権侵犯にいかなる理論構成をもって対処すべきかは、論者の人権観、基本権理解がもっとも直截にあらわれる領域であるため、⁽⁶⁾ 間接適用説に対して加えられてきた批判のすべてが、間接適用説に内在する問題点の指摘として有意義なものであるとはいえない。しかし、少なくとも、次の諸点は、間接適用説の理論としての明確性、可視性に直接にかかわるものであるということが許されよう。⁽⁷⁾

① ドイツの間接適用説が依拠する客観的価値秩序、価値体系としての基本権等の概念が明確性に欠ける。これは、ドイツの学説・判例に固有の問題ではなく、わが国においても、「憲法の本質」等の概念が、特段の説明もないうまに用いられている例がある。⁽⁸⁾

② さらに、間接適用説の内実が、論者によって必ずしも同一ではない。ことに、代表的論者であるデュリーッヒの説は、きわめて懐がふかく、その趣旨を正しく理解すること自体、きわめて困難な作業であるといわざるをえない。

③ 間接適用説は私的自治の尊重、私法の独自性を強調するため、私法に対する基本権の作用の特殊な面ばかりが強調されてしまい、例えば隣人保護的な行政法の解釈・適用に対する作用との共通点が見えてこない。このため私人間効力が、基本権解釈論においてきわめて特殊な位置を占めた問題に対するきわめて特殊な処方箋であるとの印象を免れない。

④ 契約の自由を立論の中心におくかぎり、理論自体からは、契約外的侵害に対する処方箋が見えてこない。逆に契約外的侵害に対しても有効な理論であるならば、なぜ契約の自由を中心にすえねばならないのかが不明である。

⑤ 間接適用説は立法の第一次的責任を強調するが、他方で民事立法と基本権との関係、民事の立法と裁判との関係が十分に説明されているとはいえない。

⑥ 最後に、わが国の私人間効力論争自体が、『適用』ないし『効力』という概念の不明確さに集約される問題説定の曖昧さ⁹⁾に思わされてきたこともまた、私人間効力論議一般のみならず、間接適用説をも分かり難くしてきた一因であるといえよう。

本稿は、右の諸点を念頭におき、基本権の私人間効力を「国の基本権保護義務 (Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates)」の一局面であると解する立場から、間接適用説の理論としての合理性を再検討しようとするものである。

間接適用説は、ドイツにおいても判例・通説であるが、周知のように、学説ではデュリーッヒの一連の著作、判例では連邦憲法裁判所のリュート判決が、その形成に大きく寄与した。しかし、ドイツにおいても、私人間効力の問題は完全な解決をみたさされているわけではなく、むしろ逆に、「判例の積み重ねにもかかわらず、連邦憲法裁判所は、

私法と基本権との関係についての堅固な構想をいまだ見いだしてはいなかった」とされてきたのである。⁽¹⁰⁾ 基本権保護義務は、基本権の客観的意味内容の一つとしてドイツの判例・学説において確立しているのみならず、まさに私人間効力との関連においても、近時の学説において、とみに注目されているものである。連邦憲法裁判所もまた、最近の決定（以下、「競争禁止決定」と呼ぶ。後述三参照⁽¹¹⁾）のなかで、保護義務を明示的に援用して、私人間効力を論じるにいたったのである。

たしかに私人間効力の手法は、各国の憲法制度上の諸条件による制約をうけて展開されたものである。例えば、アメリカのステイト・アクションの理論に関しては、それがアメリカ合衆国憲法の採用する連邦制の制約のもとに展開された理論であることが指摘されている。⁽¹²⁾ また、ドイツの私人間効力論についても、民事裁判所の判決に対する憲法異議の申立制度を前提とした、ドイツ固有の問題が付随していることが指摘されている。⁽¹³⁾ すなわち、憲法裁判所は、連邦通常裁判所、連邦労働裁判所の上級審なのではない。このため、①民事裁判所の判決の内容について連邦憲法裁判所が審査する範囲はおのずと限定されたものとならざるをえず、⁽¹⁴⁾ ②さらに、現行法によれば、憲法異議の申立により連邦憲法裁判所の救済を求めるには、民事裁判所の判決が、申立人の主観的権利としての基本権を侵害するものであることを主張することが必要である（基本法九三条一項四a号、連邦憲法裁判所法九〇条一項）。保護義務は、この後者の点についても、従来の疑問に答えるに適した理論であり、それが、私人間効力との関連における保護義務の普及の推進力の一つとなったことは確かであろう。しかし、当該問題との関連における保護義務の意義は、異議申立ての要件の問題にとどまるものではない。保護義務は、私法関係に対する基本権の実体的作用をより明快に、また、より広い関連のなかで構成するうえでも、まさに適切な理論なのである。

このような理由により、わたくしは、同じく間接適用説を通説とするわが国においても、保護義務との関連についての検討がなされるべき時期にきていると思わざるをえないのである。⁽¹⁵⁾

もちろん、本稿は、間接適用説がはらむ問題のすべてに解答を与えようとするものではない。保護義務を軸に、私法の定立及び解釈・適用に対する基本権の作用を検討することによって、間接適用説それ自体の内実の明確化と、隣接問題との位置関係のよりの確な把握のための端緒を得ることを、本稿の第一の課題とする。

(1) 比較的初期における重要な研究成果として、まず昭和三八年公法学会(公法研究二六号所収)における芦部信喜「人権保障規定の私人間における効力」(同「現代人権論」[一九七四]再録)、田口精一「私人相互の関係における人権の保障」、阿部照哉「私人間における基本権の効力」(同「基本的人権の法理」[一九七六]再録)、竹内重年「私法関係における基本権の限界と侵害」、稲田陽一「自由権の国民相互間における効力について」の各報告を参照。

(2) 学説の状況及び各説の概要につき、芦部信喜「私人間における人権の保障」芦部編『憲法Ⅱ人権(1)』三九頁以下(一九七八)、上原治編『体系憲法事典』一一〇頁以下、二八四頁以下(田口、阿部、芦部執筆)(一九六八)、佐藤幸治「私人間における基本権の効力」阿部編『憲法・判例と学説』六五頁以下(一九七六)参照。

(3) 少なくとも古典的自由権、平等権に関するかぎり間接適用説がわが国の通説であることの指摘として、さしあたり芦部(前掲注2)四九頁、田口「私人相互間の法律関係と人権規定」有倉還暦『体系・憲法判例研究Ⅱ』六四頁(一九七四)、中村睦男「人権と私法関係」芦部/池田/杉原編『演習 憲法』一五九頁(一九八四)を参照。

(4) 最高裁および下級審判例の概観として、芦部(前掲注2)四九頁以下、田口(前掲注3)六八頁以下、佐藤(前掲注2)八一頁以下参照。

(5) 例えば三並俊克「基本権の第三者効力——西ドイツにおける直接効力説の検討とデューリッヒ学説に対する批判的検討を中心に——」立命館法学一六・一一七・一一八号五三八頁以下(一九七四)を参照。

(6) 戦後のドイツ基本権解釈論における顕著な功績であると同時に最大の論争点の一つは、いわゆる基本権の客観的・価値決定的意味内容の承認・活用であるが、そのリーディング・ケースであったのが、連邦憲法裁判所のリュート判決である。

(7) 間接適用説に疑問を呈する比較的最近の文献のうち重要であるのは、三並(前掲注5)、木村俊夫『基本権の意味変化』について(1)八幡大学論集三五卷一四四七頁以下(一九八四)、棟居快行「私人間適用問題の複眼的考察(上)(中)(下)」神戸法学三八卷三三五九頁、四〇卷三三六九七頁、四二卷二四四一頁(一九八八・九〇・九二)である。三並論文は、原則規範説型の直接適用説の立場から、また、木村論文は、シュヴァーベの直接適用説の立場から、ドイツの文献を活用して、間

接適用説に批判を加える。棟居論文は、従来の議論の噛みあいの悪さを指摘しつつ、間接適用説に対しても批判を加えるものである。

(8) その例を、判例から一つあげておく。名古屋地判昭四五・八・二六判時六一三九一頁では、結婚退職の慣習が「憲法第一四条、第二三条、第二四条の精神に違反するから、結局民法第九〇条に違反し無効である」とされている。また、類似の概念として、「憲法の人権を保障する精神」（福岡地決昭三六・二・一五労働民集例一二巻一号六三頁）等がある。

(9) 棟居（前掲注7）（上）五六八頁。

(10) G. Hermes, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlaget, NJW 1990, 1764.

(11) BVerfGE 81, 242.

(12) 木下智史「私人間における人権保障と裁判所」神戸学院法学一八巻一・二号一四九頁（一九九〇）。

(13) 棟居（前掲注7）（下）四六三頁。

(14) 棟居・前掲（下）の強調するところである。判例では、例えば BVerfGE 42, 143(148); 54, 129(135) を参照。ただし、わたくしは、私人間効力問題に関して、この観点を過度に強調することに疑問を感じる。その理由は、連邦憲法裁判所が超上級審ではない、という事情は、何も民事裁判権、労働裁判権との関係においてだけでなく、刑事裁判権、行政裁判権との関係においても等しく認められることだからである。確かに、リユート判決では、基本権の間接適用（照射効）と、連邦憲法裁判所／最上級民事裁判所の権限配分問題とが、同じテーブルの上で論じられている（BVerfGE 7, 198(207)）。しかし、わたくしは、右の理由から、むしろリユート判決はかの判例における論述自体に、本来別個の問題を結合しているのではないかと、この疑問を覚える。

(15) すなわち、客観的憲法原理に違反した民事判決が、なぜ同時に、申立人の主観的権利としての基本権をも侵害したことになるのか、という疑問である。保護義務論を援用するならば、この疑問は、①民事裁判官は申立人の基本権を保護すべき義務をおつていた、②この義務に対応するかたちで、申立人は、民事裁判官に対して、自己の基本権法益の保護を求める請求権（保護請求権）を有していた、③このため民事裁判官は、自己に課せられた保護義務に違反すると同時に、申立人の保護請求権をも侵害したのだ、という説明が可能となる。

(16) 保護義務と私人間効力の関係に着目したわが国の文献として、小山剛「西ドイツにおける国の基本権保護義務」法学研究六三巻七号六五頁以下（一九九〇）、棟居（前掲注7）（下）がある。

二、間接適用説と保護義務

1 間接適用説

(1) 要点

本論に先立ち、間接適用説の要点を簡単に確認しておきたい。論者のニュアンスの相違を捨象し、単純化するならば、その主張は、次の諸点にまとめることが許されよう。⁽¹⁷⁾

① 憲法の基本権規定は、特定の基本権についての例外をさて置けば、私人相互間の法律関係に直接に適用されるものではない。これは、間接的に、すなわち価値充填が可能であり、価値充填を必要とする私法の一般条項等の規定を通じてなされる。私法上の紛争は、私法規定を適用して解決される。「たとえ通常裁判所が基本権により保障された私人の地位を相互に限界づけ……一般条項を解釈する際に基本権に関係づけて論証したとしても、同裁判所が適用するのはあくまでも私法なのである」⁽¹⁸⁾。

② 私人は、私人相互の関係において、基本権の拘束をうけるものではない（私人は基本権の名宛人ではない）。また、憲法の保障する基本権は、公法上の権利であり、各人は、直接基本権を援用して、私法上の義務を回避することはできない。基本権には、「对国家性に対応するような『第三者対向性 (Drittergerichtetheit)』は存在しない」⁽¹⁹⁾。

③ 民事裁判官は、たしかに公権力の主体として基本権に拘束される（基本法一条三項）。しかしこれは、私人間の実体的法律関係への基本権の作用とは、別個の問題である。民事裁判官の基本権への拘束は、法律の枠内において、とくに価値充填の要がある一般条項等の解釈・適用を通じて、間接的になされるにすぎない。

(2) 間接適用説の「間接」性

では、間接適用説の「間接」性はどこに示されるのか。右の諸点を明確にするために、直接適用説との対比によつ

て、間接適用説の理論的特徴を確認することにした⁽²⁰⁾。

(a) ドイツの直接適用説には、大別して、①憲法観念の本質的転換に力点を置く説と、②私人の侵害を国家に帰責(zurechnen)することによって、憲法の直接適用を導く説の二類型がある。当初からの見解は、ニッパードイにより理論化され、ライスナーにより批判的に継承・展開された①の類型である⁽²¹⁾。周知のようにこの説は、連邦憲法裁判所の判例法理とはならず、また、憲法学説でも、いくつかの例外を度外視すれば、賛同を得ていない。しかし、学説史的にみれば、この説には、なお看過できない意義がある。

直接適用説に対する間接適用説の批判は、民法法関係に対する基本権の作用の「方法」に関してのものであり、その理論的前提に関してのものではなかった。むしろシュテルンは、まさに直接適用説が、国家からの自由のみを念頭においた従前の一元的基本権理解を打破することにより「間接的第三者効力論に初めて道を拓いた」と評する⁽²²⁾。すなわち、両説は、民法法への基本権の作用をそもそも肯定する憲法理論上の根拠に関しては、広範な一致が認められるのである。

直接適用説の出発点は、「憲法は人間のすべての社会生活の基本になるとする憲法観念の本質的な転換⁽²⁴⁾」にある。しかしこれは、この説に固有の観念ではない。たとえばデュリーヒもまた、基本法一条に着目して、人間の尊厳の「我々の法秩序にとつての、最高次の構成原理」としての性格、人間の尊厳の「全方向性」をもって、私人間効力の出発点としていたためである⁽²⁵⁾。ただし、間接適用説は、ここから基本権の直接的適用を導くことをせず、周知のように私法原理の独自性の必要を強調して、基本権の間接適用を要請するにとどまった。

ここで両説を比べた場合、間接適用説の「間接」たるゆえんは、就中、私人を基本権の名宛人とは解さない点にある⁽²⁶⁾。間接適用説において、基本権の名宛人は、基本法一条三項に明記された「すべての国家権力」だけである。間接適用説にたてば、基本権が命じる侵害不作為の名宛人は国家機関だけであり、私人の私権侵害に対して、基本権（防禦

権)をもって対抗することはできないのである。

(b) 直接適用説の第二の類型は、シュヴァーベによって提唱された。シュヴァーベ説と間接適用説との際立った相違は、民事裁判官の基本権に対する拘束をどう解するかにある。

シュヴァーベ⁽²⁷⁾は、すべての国家権力の基本権への拘束をうたう基本法一条三項⁽²⁸⁾からだちに、私法関係における人権問題に対する解答を導きだす。シュヴァーベが重視するのは、私法もまた、基本権に拘束された国家によって定立され、貫徹・保護されるということである。私人の請求権に基づく自由の制約の場合であっても、かかる制約が認められるのは、実は国家の法がこれを許容し、また、具体的事件において裁判所がこれを認容したからにはほかならない。私的人権侵害の背後には、常に国家の命令・禁止がある。私人による侵害に対して国家が中立的であることはありえず、むしろ国家は、積極的・消極的にこれに手を貸しているのとされる。このため、私人の人権侵害は、国家に帰責して、国家(立法、裁判)による基本権侵害へと転化する。この基本権侵害は、当然のことであるが、防禦権の問題として処理される。

すなわち、この説からは、国家が関与しない私人間の人権侵害問題は存在せず、すべての人権侵害が、国の基本権侵害であるとされるのである。第三者効力を「私人もまた基本権の名宛人であるか」の問題と解すならば、この説は、第三者効力概念自体を否定する⁽²⁹⁾。この点で第一の類型と異なる。他方、基本権の適用のしかたに着目すれば、この説は、すべての人権侵害を民事立法者、民事裁判官による侵害と読みかえ、これらに対して基本権(防禦権)の直接適用を唱える点において、直接適用説なのである。

もとより、間接適用説もまた、民事裁判権をもって国家権力の一つと解し、それゆえ基本法一条三項による基本権への拘束を承認する点ではかわりがない。相違は、拘束の意味と範囲にある。連邦憲法裁判所のある判決⁽³⁰⁾によれば、「民事の」裁判官の基本権への拘束は、……直接的なものではなく、基本法が基本権の章条において同時に客観秩序

を定立し、これが憲法上の基本決定として法のすべての領域に妥当し、それゆえ、私法に対しても影響を及ぼすかぎりににおいて顧慮されるにすぎない」とされる。これは、リユート判決以来の立場であり、リユート判決では、「裁判官は、適用すべき実体的民事法規定が既述の方法（一般条項を介した間接適用）で基本権の影響をうけるかどうかを審査すべきことを憲法上命じられる。もしこれに該当する場合には、裁判官は、民法規定の解釈・適用の際に、ここから生じる私法の修正を顧慮しなければならない。まさにこのことが、民事裁判官の基本権への拘束（基本法一条三項）の主旨なのである」と述べられていた。

ここから明らかのように、民事裁判権の基本権（正確には、実体的基本権）への拘束は、直接的（unmittelbar）なものではない。³²これは、「間接的」ないしは、「法律によって媒介された」拘束である。たしかに基本法一条三項は、民事裁判権の基本権への拘束を命じる。しかし、ここから逆に、私人の実体的法律関係に対して基本権がもつ作用を推論することはできない。これは、独自に解決されるべき問題であり、逆にこの先行問題から、民事裁判官の実体的基本権に対する拘束の範囲が定まることになる。「裁判所は基本権に配慮しなければならないが、それは基本権が妥当するかぎりにおいてである。基本権は、裁判所が裁断するがゆえに妥当するのではない」というデーリングの命題は、これを端的に述べる。

従って、シュヴァーベ説との関係において、間接適用説が「間接」たる第一の特徴は、実体的基本権への民事裁判官の拘束が間接的であるという点に認められる。

(c) 以上を要約すれば、間接適用説の間接性は、次の二点に示される。

- ① 私人は基本権の名宛人ではない。
 - ② 民事裁判官の実体的基本権への拘束は間接的である。
- 右の二点ゆえに、間接適用説は、

③ 私人間効力問題に対して、防禦権としての基本権を直接に適用することはできない、と解する。以下においては、ひとまず右の三点を、従来の間接適用説の理論的特性であると仮定した上で、論をすすめることにしたい。

2 基本権保護義務

国の基本権保護義務は、一九七五年の堕胎罪判決⁽³⁵⁾が先例となつて確立された基本権の法的作用である。これは、簡潔にいえば、「基本権は、国に対して、第三者による侵害から各人の基本権法益を保護するために積極的措置をとることを命じる」ことをその骨子とする⁽³⁶⁾。保護義務は、連邦憲法裁判所においては「確立した判例」⁽³⁷⁾であるとされ、学説においては、理論自体が広く支持されると同時に、多様な個別的問題との関連で、具体的な議論が行なわれている⁽³⁸⁾。

保護義務は、特定の基本権、特定の法領域に限定されない、一般的・包括的な理論である。また、この義務は、国の三権のすべてについて成立する。このため、保護義務が対処すべき問題は多様であるが、そこには、一つの共通した構造を認めることができる。それは、基本権法益に対する侵害が、国家ではなく、私人（正確には、広く第三者）によつて惹起されるということである⁽³⁹⁾。逆に国家は、要保護者—侵害者—国家の三者関係（これは、法的三極関係と呼ばれる）において——私人間効力の場面と同じく——私的侵害をこうむる要保護者の基本権法益を、擁護する役割が期待されるのである⁽⁴⁰⁾。

3 保護義務と私人間効力

すでに以上のことから、保護義務の対象とする事案の構造が、私人間効力のそれときわめて近いものであることが

看取されよう。両者はともに、等しく基本権主体である私人による他の私人の基本権法益への侵害、これに対する国の機関の対処、その際の基本権の意義及び作用のしくみを関心の対象としているのである。

(1) 学説の動向

しかし、このような共通点にもかかわらず、学説は、保護義務と私人間効力との関連に、常に十分な注意を払ってきたわけではなかった⁽⁴¹⁾。

確かにデュリッヒは、保護義務と第三者効力の関係に着目し、間接適用説の出発点を、基本法一条一項に規定された人間の尊厳が有する「われわれの法秩序の最高次の構成原理」としての意義、および、同項二文に規定された国の人間の尊厳「保護義務」に求めている⁽⁴²⁾。デュリッヒは、これらが民事法に対して無関係ではありえないことを指摘し、以下のように述べている。「憲法が、個々の基本権によってこのような価値の保護 (Wertschutz) をもっとも実効的に実定法上実現しようとしているのであれば、このことから、基本権によって国家権力との関係で保護されている価値が、個々の私人、または社会集団によって侵害された場合においてもまた、防禦されるべきことが帰結される⁽⁴³⁾。デュリッヒの私人間効力論は、「……裁判権は基本法一条一項二文によって課せられた国の保護義務を、基本権に違背する第三者の行態を不法であると取り扱うことによって、履行すべきではないか、という憲法上のきわめて真摯な問題⁽⁴⁴⁾」という問題意識を基底に有していたのである⁽⁴⁵⁾。

しかしこの端緒は、学説においてはこれ以上の深化をみなかった。連邦憲法裁判所の私人間効力判例においても、保護義務は、顧慮されずにきたのである⁽⁴⁶⁾。

連邦憲法裁判所の判例における基本権保護義務は、主として刑事法、行政法の領域における立法不作为について展開されてきた。さらに、第三者効力論議が、そもそも「私人もまた基本権の名宛人であるのか」を問うものであったのに対して、保護義務論は、私的人権侵犯を、当初から国の義務及び要保護者の国に対する権利の問題（すなわち、国

家と市民の関係」として構成してきた。おそらくこれらが、保護義務と私人間効力がきわめて近い問題を扱いつつも、「問題の提起のしかたが異なる⁽⁴⁷⁾」として区別された理由のひとつであるのかもしれない⁽⁴⁸⁾。しかし学説では、一九八四年に発表されたカナーリスおよびノヴァーク⁽⁵⁰⁾の詳細な論文がひとつの引きがねとなり、保護義務にひきつけて私人間効力論を把握する例が、次第に顕著となった。

例えばバドゥーラは、両者の関連を「この本質上、必然的である」とみなし、「……基本権の保護命令としての作用は、他の法領域と同様に、私法においても帰結 (Folgerung) があり、基本権が私法主体の行動に影響を及ぼすための基礎をなす⁽⁵¹⁾」と述べる。きわめて明確に、ヘルデゲンは、「いわゆる基本権の間接的第三者効力は基本権に基づく保護義務の一つの特殊なケース⁽⁵²⁾であるという。さらにガルヴァスは、基本権総論の概説書に「私人間効力」という節をとくに設けることをせず、「基本権における第三者」という包括的な題目のもとで、およそ第三者の行為に起因する基本権侵害の救済の一例として私人間効力に言及している⁽⁵⁴⁾。

この他にも、保護義務と私人間効力の関連を強調する論者は、枚挙にいとまがない⁽⁵⁵⁾。

(2) 共通の理論構造

このように、現在では、私人間効力と保護義務という「内容の上で関連するものを、概念のうえで関係づける⁽⁵⁶⁾」見解がきわめて有力であると解してさしつかえないと思われる。両概念の連関が多くの論者の共通理解となった背景には、既述の問題構造の共通性に加えて、さらに理論構造の共通性があることが指摘されねばならない。

間接適用説によれば、憲法が定立した基本権法益は、私人相互間においても尊重されねばならない。しかし、この説の放棄しえない前提によれば、基本権の名宛人は国の各権だけであり、基本権が他の私人に対して、直接に尊重・不可侵の義務を課すことはない(前述1)。他方で保護義務論もまた、基本権法益が第三者によって侵害されてはならないが、しかし私人は、基本権の名宛人ではないという前提から出発する(基本権法益の全方向性と基本権の対国家性⁽⁵⁷⁾)。

この前提によれば、国家の侵害不作為に向けられた防禦権では、私人の侵害に対処することはできない。この問題を解決するためには、防禦権とは別個の法的作用を觀念することが必要となる。それが保護義務である。

保護義務は、第三者の侵害から各人の基本権法益を保護すべき国の義務を觀念することによって、基本権の名宛人を拡張せずに、私的人権侵害の解決をはかる。基本権の名宛人を私人に拡張するニッパードイ説とは異なり、保護義務論は、基本権が直接には国家と市民の関係を規律する法であるという前提を堅持した上で、国家と市民との間に、基本権尊重関係と並んで基本権保護関係を設定することによって、基本権に基づく救済の対象を私人の侵害にまで拡張しようとするのである。⁽⁵⁸⁾

また、基本権保護義務は、基本権の客観的・価値決定的側面から導き出される法的作用である。これは、基本権の照射効 (Ausstrahlungswirkung) を手法とする間接適用説とおなじことであり、またここに、シュヴァーベ説と異なり、私人による基本権侵害を防禦権では解決できないとの認識が示されている。

このように、間接適用説と保護義務論とは、単に解決すべき問題の構造ばかりではなく、その理論的構造においても共通性を有している。このため、両概念の接合にさいしては、特段の解釈論上の撞着ないしは障害は生じないと解すことができる。

(3) 相互関係

そこで問題となるのは、保護義務と私人間効力の相互の関係である。この点についてノヴァークは、「……『第三者効力』は、国の保護義務という、より広範な問題領域の一部であり、私法の適用、就中、私的自治に基づく法形成を評価する際に生じる問題」である。⁽⁵⁹⁾ という。

保護義務が、すべての法領域において、また、すべての国家権力について問題になる法的作用であることに鑑みれば、ノヴァークの理解は適切であるといえよう。⁽⁶⁰⁾ シュテルンもまた、同じ趣旨から、私人間効力を基本権保護義務と

いう一般的問題の「下位事例 (Untertall)」に位置づけている⁽⁶¹⁾。

基本権保護義務に基づき、立法、行政、司法の各権は、その職務に依じて第三者による基本権(法益)侵害に対処すべきことを命じられる。これは、民法法についても変わるものではない。民法法を制定し、解釈・適用する立法者、裁判官には、保護義務の実現が課せられる。「とくに立法者、または代わって裁判官は、十分な保護規定を制定することによって、私的自治から生ずる基本権危胎に対処しなければならない」とされるのである⁽⁶²⁾。

このような理解に基づく私人間効力論へのアプローチは、私法学では、とくにカナーリスによって精力的に展開された。カナーリスは、保護義務こそが、「私法主体の活動に対する基本権の『間接的』影響を説明し、『照射効』という不確かな説に、より確固たる理論的土台を与えるための『失われた環 (Missing link)』である⁽⁶³⁾」とさえいう。また公法学では、とくにシュテルンが、「まさに基本権の保護命令作用こそが、私法秩序における基本権の作用に関する問題を基本権の本質および内容に即して解決するための、もっともすっきりとした解釈学上の手がかりなのである⁽⁶⁴⁾」と強調し、間接適用説の再構成を試みている。

このような学説の状況のもとで下されたのが、連邦憲法裁判所の競業禁止決定であり、同決定は、ただちに学説の関心を集めるところとなったのである。

(17) ドイツの学説の概要を紹介する文献は、枚挙にいとまがない。以下の諸点について、さしあたり三並「基本権の第三者効力(1)」立命館法学九六号一四八頁以下(一九七二)及び前注(一)、後注(21)の諸文献を参照。

(18) BVerfGE 42, 143 (148). また「すび」7, 198 (205 f.).

(19) BVerfGE 66, 116 (135f.).

(20) なお、わたくしは、直接/間接という単純な仕分けが、適切なものであると考えているわけではない(後述六参照)。以下の記述は、この点を留意した上での準備作業である。

- (21) ニッパードイ説およびライスナー説の概要については、木村俊夫「基本権の第三者効力」理論の再検討」九大法学三四号三八頁以下(一九七七)、三並「基本権の第三者効力」(前掲注5)五二二頁以下、とくにライスナーについて、中山勲「人権保障規定の私人間に対する効力」阪大法学五五号七三頁以下(一九六五)を参照。なお、この類型の直接適用説にあっても、その内容論拠は一定しない。また、ニッパードイ自身、途中でその結論、論拠に改説があったが、本稿では立ち入らない。
- (22) ドイツおよびわが国の文献を含めて、三並「基本権の第三者効力」(前掲注5)五二二頁以下を参照。なお、同論文は、原則規範説に基づく直接的第三者効力の立場にたつ(五三五頁ほか)。近時のドイツの学説では、A. Bieckmann, *Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte*, DVBl. 1988, 938 ff. が、この類型の直接適用説をとる。
- (23) K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, 1988, S. 1552.
- (24) 田口「人権と私法関係」ジュリ六三八号二六〇頁(一九七七)。連邦労働裁判所判例では、BAGE 1, 185 (193)を参照。
- (25) ドイツの私人間効力論議の重要な手がかりであった人間の尊厳条項の解釈については、田口「ボン憲法における人間の尊厳」法学研究三三卷一二号(一九六〇)参照。
- (26) 三並(前掲注17)一五五頁、C.-W. Canaris, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, Jus 1989, 161 (161 ff.)等を参照。これとは異なる直接適用説の理解として、R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 490 参照。アレクシーは、私人相互間における「憲法なくしては生じないような権利・義務の成立に帰着する点において、すべての第三者効力は、直接的第三者効力であるとみなすことができる」とう。詳細な解説として、木村「シュワベの基本権効力理論」九大法学四〇号(一九八〇)がある。なお、同論文六三頁は「シュワーン説とアメリカの国家援助の理論、特権または権限付与の理論、司法的執行の理論」また、わが国の鶴飼説との近似性を指摘する。シュワーンとアメリカの判例法理との類似性の指摘として、さらにK. Stern, (前掲注23) S. 1522 FN 51, 1549 FN 229; G. Lübbe-Wolff, *Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, 1988, S. 171; I. v. Münch, in: v. Münch, GG-Komm., 3. Aufl., 1985, Vorb. Rdnr. 33 参照。シュワーン説の問題点について、木村「基本権の意味変化」(前掲注7)四六頁。また、基本権保護義務との関連であるが、小山「ドイツ基本権解釈論における国の保護義務」法学政治学論究七号五一頁以下(一九九〇)を参照。また、司法的執行理論の問題点の指摘として、さしあたり声部(前注1)『現代人権論』四〇頁以下参照。
- (28) この論拠は、かつてニッパードイによっても、基本権の絶対的第三者効力(旧説)の論拠として主張されたことがある。Nipperdey, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, RdA 1950, 121 (125) は、一条三項によって裁判権が基本権に拘

- 束される以上、裁判官は基本権に反する契約等を違法とみなす義務がある。もしかかる行為を是認したならば、裁判自体の一条三項違反が成立する」としていた。ただしこの論拠は「のちにヒンバーマイ自身によって放棄された。Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: *Bettermann/Nipperdey*, HGR VI/2, S. 740 f. FN 36 参照。
- (26) このたもこの説は「第三者効力概念否定説とも呼ばれる。木村「再検討」(前掲注21)三八頁。
- (27) BVerfGE 73, 261 (269)。
- (28) BVerfGE 7, 198 (205)。[「木村小山」による補充。
- (29) G. *Dürig*, Grundrechte und Privatrechtsprechung, in: FS Nawiascky, 1956, S. 156 (157 f.); *ders.*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 1 Abs. III Rdnr. 119 ff.
- なお、間接適用説も「民事裁判官の基本権への拘束を認めないわけではない。しかしそれは、本文中で述べるように、法的争訟の当事者で適用されるべき私法規定がいかなる程度・範囲で基本権の影響を受けるのかとは、全く別個のことからである」とした。Dürig, FS Nawiascky, S. 158; *Hermes*, NJW 1990 S. 1764 参照。なお、手続的基本権違反が問われた判例の総覧として P. Krause, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, Teil III, JZ 1984, 834 f.
- (30) *Stern*, (前掲注28) S. 1578, 1582。なか国は「木村「再検討」(前掲注21)五七頁が、的確でも間接適用の実体を「媒介」よりの表現で説明している。
- (31) K. *Doehring*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1984, S. 209。
- (32) BVerfGE 39, 1. 紹介と解説として「宮澤浩一「西ドイツ連邦憲法裁判所の随胎罪規定違憲判決について」シヨリ五八七号八三頁以下参照。
- (33) 保護義務論の全般につき小山(前掲注16)五四頁以下参照。
- (34) BVerfGE 77, 170 (214)。
- (35) 小山(前掲注27)六九頁注(8)参照。
- (36) 小山(前掲注27)六二頁以下参照。
- (37) *Stern*, (前掲注28) S. 946。
- (38) シヨリの評述として A. *Bleckmann*, Staatsrecht II, Die Grundrechte, 3. Aufl., 1989, S. 285; W. *Rüfner*, Drittwirkung der Grundrechte, in: *Gedächtnisschrift für W. Martens*, 1987, S. 215 (216) N. 8 参照。
- (39) *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 1 Abs. III Rdnr. 102, 131; *ders.*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR

Bd. 81 (1956), S. 117 (123 f.).

- (33) *Dürig*, in: *Mauoz/Dürig*, Art. 1 Abs. III Rdnr. 131.
- (34) *Dürig*, in: *Mauoz/Dürig*, Art. 1 Abs. III Rdnr. 102.
- (35) *von Hoffmann* の「基本法一条項の人間の尊厳保護義務に着目しつつは」 H. C. *Nipperdey*, RdA 1950, 121 (125).
- (36) なお「これ以前にも」 BVerfGE 52, 131 (168) が「堕胎罪判決を引用して、医師の医療責任に関連して「基本法二条一項二条二項の基本権が、立法者に対して、これらの憲法規定に含まれる法益を、民事賠償法を通じて擁護すべきことを命じるか否か」と述べた例はある。しかし裁判所は「本件についてはこの問題に答える必要がない」として、具体的検討をせよとされた。
- (37) *コンニール・ンヤ* 阿部照哉ほか訳『西ドイツ憲法綱要』一八一・一八二頁(一九八三)。
- (38) R. *Nowak*, Zur Drittwirkung der Grundrechte, EuGRZ 1984, 133 (139) の指摘をたよ。
- (39) C.-W. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, S. 201 ff.
- (40) *Nowak*, (拙稿49) EuGRZ 1984, 133 ff.
- (41) *Badura*, Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates im Arbeitsrecht, in: *Festschrift für Molitor*, 1988, S. 1 (9). *von Dürig*, *ders.*, *Festschrift für Eichenberger*, 1982, S. 481 ff.
- (42) M. *Herdegen*, Objektives Recht und subjektive Rechte, in: *Heckmann/Messerschmidt* (Hrsg.), *Gegenwartsfragen des öffentlichen Rechts*, 1988, S. 161 (176).
- (43) H.-U. *Gallwas*, Grundrechte, 1985, S. 62 ff.
- (44) また進だ「をまて初期に」 J.-P. *Müller* は「広義の第三者効力」という概念をもちいて、これを「私法上の問題であれ」刑法「警察法の問題であれ」私人相互間のものも含む社会的関係を包含するもの」と定義づけた。 J.-P. *Müller*, Die Grundrechte der Verfassung und Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, 1964, S. 345 ff.
- (45) *Alexy*, (拙稿48) S. 483, 487 f.; *Krause*, (拙稿48) Teil I, JZ 1984, 656 (663) m. FN 95; Chr. *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl., 1985, Art. 1, Rdnr. 198; H. D. *Jarras*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AcR Bd. 110 (1985), S. 363 (378) FN 77; *ders.*, in: *Jarras/Pieroth*, Grundgesetz für die BRD/Deutschland, 2. Aufl., 1992, S. 13; *Steinberg-Winkelmann*, Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung, 1986, S. 164 FN 68; F. *Kirchhof*, Private Rechtssetzung, 1987,

- S. 522 ff.; *Rüfner*, (註釋注④) S. 215 (216) FN 8; G. *Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 201; *Bleckmann*, (註釋注⑤) DVBl. 1988, 938 (939); K. *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 29, 40 f.; E. *Klein*, Grundrechte Hehe Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 (1639 f.); P. *Lerche*, Zur Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, insbesondere an das Grundrecht der Berufsfreiheit, in: Festschrift für Steindorf, 1990, S. 897 (903); R. *Mackeyranq*, Ehreenschutz im Verfassungsstaat, 1990, S. 193 ff, 207 ff.; J. *Pietzcker*, Drittwirkung—Schutzpflicht—Eingriff, Festschrift für Dürig, 1990, S. 345 ff.; *Pietzcker/Schlömk*, Grundrechte Staatsrecht II, 7. Aufl., 1991, Rdnr. 212; M. *Bender*, Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen, 1991, S. 388 f.; U. *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Hab. Köln, 1992 (im Druck), § 2 I-III.
- (95) *Nowak*, EuGRZ 1984, 133 (139).
- (97) 基本権と基本権法益なごは基本権が保護する自由の區別のごとく D. *Murswicz*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 95; *Pietzcker*, (前掲注⑤) S. 345 (352) 参照。
- (98) *Gallwas*, (註釋注⑥) S. 63.
- (99) *Nowak*, EuGRZ 1984, 133(139).
- (100) 同前 *Herdegen*, (註釋注⑥) S. 161 (176).
- (101) *Stern*, (前掲注⑥) S. 1560.
- (102) *Canaris*, AcP 184, 201 (227).
- (103) *Canaris*, Jus 1989, 161 (163).
- (104) *Stern*, (前掲注⑥) S. 1572.

三、事例——競争禁止決定

こゝで具体的事例を見ることにしたい。連邦憲法裁判所第一部一九九〇年二月七日の競争禁止決定 (BVerfGE 81 242) がそれである。決定主旨 (Leitsätze) は、左の二点にまとめられている。

- 1 基本法一二条一項は、立法者に対して、とくに当事者の力関係のおよその均衡が欠けている場合に、契約による制約から職

業の自由を保護するために民法法において予防措置を講ずることを命じることがある。

2 商法九〇条a二項二文における競争禁止に対する休業補償の一般的な排除は、…基本法二二条一項に適合しない。

本件は、商代理契約における競争禁止条項及び関連規定である商法九〇条a二項二文の合憲性に関するものであり、私人間の契約による職業の自由（基本法二二条一項）の制限という、私人間効力が議論される典型的局面の一つが問題になった事例である。

なお、商法九〇条a二項二文は、決定に先立ちすずに法改正がなされていることを付言しておく。

1 事実の概要

申立人は代理商であり、第一審の原告である酒類製造・販売業者（以下「本人」という）の代理商として従事していた。代理商契約には、競争禁止条項があり、それによれば、代理商の責に帰すべき重大な事由により本人が契約を解除した場合、代理商は二年間、あらゆる競争活動を禁じられ、この競争禁止に対して、一切の補償がなされないものとされていた。

一九五三年改正のドイツ商法九〇条a一項は、代理商契約における競争禁止の合意に、一定の規制を加えている。強行法である同項は、競争禁止が二年を限度とすること（二文）、適正な補償が支払われるべきこと（三文）等を定めるが、同時に任意法である同条二項二文は、一項三文の例外を認め、「本人が、代理商の責に帰すべき重大な理由により契約を解除する場合、代理商は補償請求権を有しない」と規定する。本件契約の競争禁止条項は、この規定をふまえて合意されたものである。

本件申立人は、代理商契約を解約せぬまま、競争活動を開始した。本人は契約をただちに解除し、同時に州裁判所に競争の差止めを求めて出訴した。第一審では本人の敗訴、損害賠償の訴えを追加した州高等裁判所では、差止めを

含む訴えのすべてが認容された。バイエルン最高裁判所は強制執行の仮の停止を命じたが、連邦通常裁判所は、決定をもって州高裁判決に基づく仮執行を許容し、さらにつづく判決で、本件申立人の上告を退けた。州高等裁判所および連邦通常裁判所の判決等に対して基本法一条、二条、一二条、一四条の基本権に対する侵害等を理由に提起されたのが本件である。

2 判旨

連邦憲法裁判所は、①州高等裁判所、連邦通常裁判所の判決に対する憲法異議の申立は許容される、②申立の直接の対象は申立人に対する補償なき競争禁止であるが、間接的には商法九〇条 a 二項二文に対する異議申立であるとして、③商法九〇条 a 二項二文の基本法一二条一項違反、連邦通常裁判所及び州高等裁判所判決の基本法一二条一項違反の事実を確認し、競争不作為を命じる部分につきこれらを破棄、事実を州高等裁判所に差し戻した。以下では、決定理由 C の論述から、基本権論の要点を抽出する。C では、「憲法異議の訴えは申立人に競争の不実行を命じる判決に対して提起された部分につき理由がある。問題の判決は、そのかぎりで申立人の基本法一二条一項の基本権を侵害する。……商法九〇条 a 二項二文の例外規定は、競争禁止を無制約に許す点において基本法一二条一項に違反する。州高等裁判所はこの問題を看過し、連邦通常裁判所は、不当にもこの問題を未解決のままとした」とした上で、その理由が I から III に分けて論述されている。なお、「」内の見出しは、筆者が付したものである。

I 〔私的自治と基本権保護〕

1 〔民事判決による基本権制約〕

「問題の判決は、申立人の職業の自由（二条一項）を制約する。これらの判決は、憲法上の審査に服さねばならないが、その理由は、裁判もまた、すべての国家権力と同様に、基本権に拘束されるためである（基本法一条三項）。」

「申立人の職業の自由は、問題の判決によって、職業選択の自由に対する侵害にはほ等しいまでに制約された。競争の不実行を命じる判決により、申立人は、その生存の基盤にかかわるまでに、職業活動を禁じられた。……」

2 「基本権制約の法的根拠。私的自治」

とはいえ、「職業に対するこの広範な制約の第一次的な (primary) 法的根拠は国家の行為にあるのではない。むしろ申立人自身が、契約によりこの義務に合意したのである。このような法律行為による自己拘束は、……同時に個人的自由の行使でもある。」

職業活動の自由は、社会における自己の発展のためだけでなく、生存の基盤を確保するためのものでもある。その際、一定期間の拘束が必要であるが、これは、民法では、契約により行なわれる。「契約により両当事者は、自己の職業上の行動の自由を相互に制約する……。自由な社会モデルの構造要素である私的自治に基づき、契約当事者は、自らの責任において自分たちの法的関係を形成する。……国家は、私的自治の枠内においてなされた規律を、原則として尊重しなければならない。問題の判決もまた、正当にもこの端緒から出発している。」

3 「私的自治の限界、保護義務に基づく立法的・司法的介入」

しかし、契約内容の尊重だけをもってしては競争禁止を命じる判決を正当化することはできない。「私的自治は、現行の法律の枠内においてのみ認められ、他方で法律は、基本権に拘束される。基本法は、価値中立的秩序ではなく、基本権の章条の中で、客観的価値決定をおこなった。この価値決定は、法のすべての領域に、すなわち、民法に対しても妥当する。いかなる民法規定も、基本法の諸原理に違反してはならない。これはとくに、強行法を含み、したがって私的自治に制約を加えるような私法規定に当てはまる。」

このような制約が必要な理由は、「私的自治が自己決定の原則に依拠しており、自由な自己決定のための諸条件が現実に存在することを前提とする」ためである。当事者の一方が契約内容を事実上一方的に決定できるほど強い立場

にある場合、他の当事者にとって、これは他者決定 (Fremdbestimmung) にはかならない。当事者の力関係に不均衡がある場合、契約法という手法をもってしては利益の適正な調整を保障することはできない。このような事情のもとで基本権上の地位が処分されようとしている場合、国家は、基本権保護 (Grundrechtsschutz) を確保するために、調整的に介入しなければならない。「社会的・経済的不均衡に対抗する法規定は、基本権の客観的基本決定を実現し、そして同時に、基本法の社会国家原理を実現する」。

とはいえ、憲法からただちに、不均衡がどの段階で介入を要するほど重大になるのかの基準を取り出すことはできない。必要な保護規定が依拠すべきメルクマールは、典型的に把握できにすぎず、「その際、立法者には、とくに広い判断の余地、形成の余地が認められる」とはいえ立法者は、明らかに誤った展開を見逃してはならず、また、当事者の一方の保護のためにする制約が、他の当事者の契約自由に対する侵害であることも顧慮しなければならない。「立法者は、競合する基本権上の地位をとともに考慮する必要がある。そのかぎりでは、立法者は広い形成の自由を有するのである」。

さらに、「立法者が特定の生活領域、特定の契約形式 (Vertragsform) について特段の強行法を制定していない場合であっても、とくに民法一三八条、二四二条、三一五条のように過度の禁止として作用する民事法上の一般条項が補充的に介入する。まさにこの一般条項の具体化及び適用に際して、基本権が尊重されねばならない。憲法の保護委託 (Schutzauftrag) は、契約の対等性が阻害されている場合に私法を手段として基本権の客観的価値決定の妥当をたすけ、この任務を多様な方法で実現すべき裁判官に向けられる」。

II Ⅱ 略

III 「基本権上の地位の比例的調整」

本件で問題の競争禁止に対する補償請求権の全面的排除は、基本法一二条一項に合致しない。

1 「経済的に従属的地位にある者の保護と立法者の形成の余地」

出発点となるのは、立法者の評価（Einschätzung）であるが、それによれば、代理商の多くは経済的に従属的な立場にあり、本人との関係において自由に交渉できる立場になく、契約締結に際して、しばしば競争禁止の合意を強制される危険がある。このような認識は妥当（vertretbar）であり、立法者の評価優先権（Einschätzungsprioritative）の枠内にあるといえる。

このため立法者は、代理商の競争禁止に関する法を、一方で本人の利益擁護に十分な余地を残し、他方で代理商側の交渉力の弱さが調整されるように規定すべき任務をおう。立法者の広範な形成の余地は、二つの側面から限界づけられるが、その理由は、本人、代理商の双方について、基本権の保護する地位が問題となるためである。「自由の制約も、自由の保護も、この相互関係のなかで、比例性を欠くことになってはならない。」

2 「一般的な解決の禁止」

(a) 商法九〇条 a は競争禁止の場合の補償を法律をもって命じる。これは、双方の契約の自由に過度に介入することなく、相対抗する利益を調整するに適した手段である。

(b) 同条 a 二項二文の例外規定は、問題となる事例の多様性に鑑みれば、職業の自由を正しく顧慮しているとはいえない。……

その都度の利害関係の特殊性を正しく評価するためには、柔軟な一般条項の導入、細分化された規定の制定等、各種の解決策がある。これに対して、代理商の責に帰すべき解約のあらゆる場合について無差別に、また、最長期間である二年間の競争禁止についても補償を全面的に排除するのは、「本人がこうむる競争法上の不利益に対処するに必要（erforderlich）な制裁であるとはいえない。この制裁は、その深刻な効果ゆえに、代理商に受忍させることはできない。制裁は、その一般性ゆえに、比例性を欠いて作用する。」

3 決定の意義と問題点

(1) 評釈における評価

本件に対しては、すでにカナリス⁽⁶⁵⁾、ヘルメス⁽⁶⁶⁾、シュヴァーベ⁽⁶⁷⁾、ヴィーデマン⁽⁶⁸⁾、ヒルグルーバー⁽⁶⁹⁾ほかによる評釈及び解説がある。本件における私人間効力論の最大の意義は、既述のように、私人間効力と国の基本権保護義務との連関を指摘した点にあるが、決定理由を詳細に見れば、一部に基本権の直接適用を示唆する記述も認められる。以下では、これらの二点を中心に、評釈をみることにする。

(a) まずヘルメスは、本件決定が①間接適用説と保護義務とを関連づけたこと、②従来議論で不明確であった立法による保護と裁判による保護との関係が明確となり、立法者の責務が強調されたことを肯定的に評価する。他方ヘルメスは、③国家、基本権主体及び第三者の関係について、決定の基本権解釈論が、理論的な一貫性に欠けるきらいがあることを指摘する⁽⁷¹⁾。

一貫性の欠如は、判旨に直接適用説を示唆する記述と保護義務論とが混在していることを指摘したものである。理由Cの冒頭で、問題の判決は申立人の職業の自由を制約する、裁判もまたすべての国家権力と同様に基本権に拘束されるために、これらの判決は違憲審査に服する、という記述があるが、ヘルメスによれば、これは、間接適用説ではなく、むしろシュヴァーベの直接適用説を連想させる。しかし裁判所は、つづいて「制約の第一次的な法的根拠」は国家の行為ではなく、申立人自身の契約による合意にあると述べ、結局、間接適用説および保護義務論にたち戻っている。ヘルメスは、帰責の理論と保護義務論とを相互に排斥しあう理論であるにとらえ、保護義務に関連づけた間接適用説を支持している。このため、冒頭の論述及びそこで行われた基本法一条三項の解釈を、従来の判例を逸脱した「驚くべきもの」⁽⁷²⁾であると批判する。

裁判所が保護義務論に加担しているのか、それとも帰責の理論に加担しているのか、不分明である、という指摘は、

ザックス⁽⁷⁶⁾によってもなされている。

(b) これとは逆に、シュヴァーベは、連邦憲法裁判所が「民事裁判所による基本権侵害」という冒頭の論述及びそこで示された基本法一条三項の理解を徹底せずに、客観的基本決定としての基本権及び保護義務を援用した点を批判する。すなわち、裁判所がいうように、もし「問題の判決が申立人の基本権を侵害した」のであれば、これは防禦権の枠内で処理できる問題であり、あえて「曖昧模糊とした」客観法的意味内容及びこれと不即不離の関係にある保護義務を援用する必要は認められない⁽⁷⁷⁾。

同時にシュヴァーベは、通説に対しても批判を向ける。シュテルンに代表される通説は、法律行為においては法律の命令、国の行為ではなく、当事者の自律的決断が貫徹されるにすぎない点を重視する。連邦憲法裁判所もまた、本件における職業の自由制約の「第一次的な」法的根拠は国家の行為にあるのではないとしている。シュヴァーベは、しかしここで、二つの問いを提起する。①「第一次的」に国家の侵害ではない、ということとは、「二次的には」国家の侵害であるのか。そうであれば、なぜ国家による職業の自由に対する二次的障害に、防禦権の法理で対処することはできないのか。②仮に私人による自由侵害行為のすべてを立法者に帰責できないとしても、本件で問題の商法九〇条 a のように、国家がきわめて具体的な規定をもって自由の侵害を許している場合にも、これを立法者の責任とみることは（したがって防禦権の問題とすることは）できないのか⁽⁷⁷⁾。

総じてシュヴァーベ評釈は、ヘルメスと同じく判旨に論理の撞着を認めつつ、ヘルメスとは正反対の立場からこれを批判したものであるとすることができる。

(c) カナーリスは、本件は結論においても、結論にいたる理由の本質的部分においても、十分な説得力があるとする⁽⁷⁸⁾。

カナーリスによれば、本件では①私人間の法律行為である競業禁止の合意に対する基本権の作用、②私法規範（商

法九〇条⁸²二項二文の合憲性という、二つの問題が含まれている。これらは、いずれも基本権と私法との関係に関する主要問題であるが、両者は、解釈学上、明確に区別される必要がある。その理由は、前者に関しては、基本権が直接には妥当しないのに対して、後者では、基本法一条三項により基本権に直接に拘束される立法者の行為が問題となるためである（後述四、五）。この点に関して判旨は、適切な区別を行っている⁸³とされる。

次に、保護義務の援用について、カナリスは、保護義務が法律行為のみならず、ある私法主体の他の私法主体に対する行為一般に対する基本権の作用を解釈学的に説明するに適した考え方であるとした上で、本件に、「解釈学上、ひとつの進展をもたらすもの⁸⁴」であるとの評価を与えている。

(d) ヒルグルーバー及びヴィーデマンは、契約法領域における私人間効力に関する判旨に、基本的に賛成する。

ヒルグルーバーによれば、①間接適用説には欠陥がある。基本法一条三項を根拠に、民事裁判権もまた基本権に直接に拘束されねばならない⁸⁵。しかし、②この拘束は、侵害禁止と保護命令の二つの側面において認められる⁸⁶。③契約当事者間に均衡関係が欠け、一方が他に対して圧倒的に強い立場にある場合、保護義務に基づき、民事立法者及び民事裁判官の介入が要請される⁸⁷。ヒルグルーバーは、判旨が以上の諸点のすべてについて、的確な理論構成をとっていると評価する。

ヴィーデマンは、本件でなされた、憲法の客観的基本決定を私法においても実現すべき「裁判官に対する憲法の保護委託」への言及が、時機を得たことであると述べ、⁸⁸本件を「裁判官による契約の内容審査についての模範的（*leitend*）な判決」であると総括する⁸⁹。

なお、ヴィーデマンは、私人間効力に関する裁判所の理論構成が、引用はなされていないとはいえ、カナリスに依拠したものであると指摘している⁹⁰。

(2) 考察の手がかり

以上を要約すれば、ヘルメス、カナリス、ヴィーデマン、ヒルグルーパーが、決定理由における保護義務への言及に着目し、これを肯定的に評価する。逆にシュヴァーベは、基本権の客観法的次元及び保護義務論の採用が不要であるとして、これを批判する。

次に、決定の論旨に論理の撞着を認めるのは、ヘルメス、ザックス及びシュヴァーベである。他の評者は、この点について特段の疑問を提起していない。逆にヒルグルーパーは、連邦憲法裁判所が従来の間接適用説の欠陥をこの点において修正したのだと肯定的に解している。

以上のことから、私人間効力の理論的側面に関するかぎり、右に見た評者を三つのグループに分けることが許されよう。第一はヘルメスであり、彼は、従来の間接適用説の内容（上述二）をかえることなく、保護義務によるその理論的基礎づけをおこなう。第二はシュヴァーベであるが、彼は、すでに見たように、独自の帰責の理論に基づき、私人による人権侵害を、国家による侵害の問題として再構成し、防禦権の法理によってこれに対処しようとする。従って、評積の内容も、帰責の理論の趣旨に即したものとなっている。第三のグループは、ヒルグルーパー及び彼の依拠するカナリスによって代表される。カナリスは、保護義務を援用する点においてヘルメスと軌を一にするが、他方で基本法一条三項の解釈に関するかぎり、シュヴァーベと同じく、民事立法権はもとより、民事裁判権についても、基本権の直接的拘束を唱えるのである。

以上の整理から、競業禁止決定の意義及び問題点の所在、そして、保護義務をとる論者においても、具体的論点についての一致が成立していないこと、が明らかになった。私法関係に対する基本権の作用は、間接的なものにとどまるのか。保護義務と関連づけることによって、間接適用説のメルクマール（前述二）は修正を余儀なくされるのか否か。とくに、民事裁判権に対する基本権の拘束をどう解すべきであるのか。また、ここからいかなる解釈論上の帰結を導出できるのか。私的人権侵犯について、防禦権はどのかがりて連関性を有するのか。連邦憲法裁判所は、本件に

おいて判例法理の変更を試みたのか。

競争禁止決定は、保護義務に言及することによって、最近の学説の成果を撰取した。上述(10)においてみたように、保護義務を援用した私人間効力論は、学説の大きな潮流となっている。しかし、右の評釈が示すように、具体的事例に即して観察することによって、論者間の相違もまた浮き彫りにされる。仮にシュヴァーベを度外視しても、ヘルメスとカナリスの間の見解の相違は、決して些細なものではない。このため、上述(10)における一般的確認は、さらに詳細な検討を要するのである。以下では、私法の定立と私法の解釈・適用とに問題の局面を分けた上で、私人間効力問題に対する保護義務論の意義についての検討を続けることにしたい。その際、論者間の共通点を確認することはもちろんであるが、論者間の相違点についても、これを意識的に呈示することにした。

- (9) C.-W. *Canaris*, Anmerkung. AP (Hueck/Nipperdey/Diez, Nachschlagwerk des BAG, Arbeitsrechtliche Praxis) Nr. 65 zu Art. 12 GG, Bl. 458 ff.
- (9) G. *Hermes*, (雑稿) NJW 1990, 1764 ff.
- (9) J. *Schwabe*, Anmerkung. DVBl. 1990, 477 ff.
- (9) H. *Wiedemann*, Anmerkung. JZ 1990, 695 ff.
- (9) Chr. *Hilgruber*, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht—zugleich: Anmerkung zu BVerfG NJW 1990, 1469, AcP Bd 191 (1991), S. 69 ff.
- (9) M. *Sacks*, Rechtsprechungsübersicht, Jus 1990, 930 ff.; *Schwerdiner*, Anmerkung, EZA § 90a HGB Nr. 1; *Preis*, Grundfragen (雑稿) § 2 I.
- (7) *Hermes*, NJW 1990, 1764 (1765, 1767).
- (7) *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 71 ff., 79 ff.
- (7) *Hermes*, NJW 1990, 1764 (1766).
- (7) *Sachs*, Jus 1990, 930 (931).
- (9) *Schwabe*, DVBl. 1990, 477 (477, 478 ff.).

- (76) *Schwabe*, DVBl. 1990, 477 (478).
- (77) *Schwabe*, DVBl. 1990, 477 (478) FN 4.
- (78) *Canaris*, aAO, Bl. 458.
- (79) *Canaris*, aAO, Bl. 458.
- (80) *Canaris*, aAO, Bl. 458.
- (81) *Hilgruber*, AcP 191, S. 69 (71).
- (82) *Hilgruber*, AcP 191, S. 69 (71 f.).
- (83) *Hilgruber*, AcP 191, S. 69 (77 f.).
- (84) *Wielmann*, JZ 1990, 695.
- (85) *Wielmann*, JZ 1990, 695 (697). S. 695 では、「契約の内容審査に関する書物に新たな一章をひらくもの」であるという。
- (86) *Wielmann*, JZ 1990, 695 (696).

四、私法の定立と基本権

1 憲法と私法の評価の齟齬

基本権の私人間効力の問題が顕在化するのには、私人相互間の紛争について、憲法が行なう評価と私法の関連規定が行なう評価との間に、齟齬が認められる場合である。⁽⁸⁷⁾ もちろん、この場合、私法における評価の方が、より人権尊重の趣旨に合致しているのであれば、問題は無い。評価の齟齬が逆の形で生じた場合、間接適用説によれば、既述のように、基本権規定の効力は私人間に直接に及ぶものではなく、事件の解決にあたって適用されるのは、あくまで私法規定である。ただし、その際、憲法による基本権保障の趣旨に適合するように私法規定、とくに一般条項を解釈することにより、評価の齟齬の解消がはかられるべきであるとされる。

しかし、評価の齟齬を惹起する私法規定がきわめて具体的であり、当該規定の解釈による修正、一般条項を援用し

た修正が不可能である場合、間接適用説の手法では、憲法に適合した結論を得ることはできない。競争禁止決定で問題となった商法九〇条 a 二項二文は、まさにそのような規定の一例である。⁽⁸⁸⁾ この規定を前提とするかぎり、民事裁判所は、問題の競争禁止の合意を有効とせざるをえない。ここに、間接適用説の限界があるとともに、従来、さしあたり考察の対象から外れてきた私法規定⁽⁸⁹⁾それ自体（及び私法の定立）と基本権との関係を問う必要が生じるのである。

2 私法規定の基本権への拘束

まず、いかなる私法規定も基本権に矛盾・抵触してはならないことについては、判例・学説ともに異論がない。すでにリユート判決では、「いかなる民事法規定も〔基本権の〕価値体系に矛盾してはならない」と述べられている。⁽⁹⁰⁾

問題は、この場合の立法者に対する基本権の拘束が、直接的であるのか、それとも間接的であるのかである。

(a) 間接適用説が私法の独自性を強調するものであることに鑑みれば、私法規定の解釈・適用のみならず、立法についても、基本権拘束を間接的と解する見解のあるであろうことが推測される。事実、コップ⁽⁹¹⁾は、「民法法の領域における法の定立に対して、基本権それ自体が意味をもつものではない。ただ、基本権の背後にあり、基本権のなかに認識することができる一般的基本決定が意味をもつにとどまる」と述べる。また、これほど明確ではないが、デューリッヒは、「基本権の私法への間接的影響⁽⁹²⁾」という表現を用いており、狭義の私人間効力の問題と私法規定それ自体の問題とを明確に区別することなく、基本権の間接的作用を概括的に説いている。⁽⁹³⁾

(b) これに対して、カナリス、シュテルン及びその他の論者（カナリスは、これを通説であるという）は、民事の立法が、公法、刑法の立法と同じく、基本権に直接に拘束されると解する。⁽⁹⁴⁾

その第一の手がかりは、ドイツにおいては、基本法一条三項が立法、執行、裁判の各種の基本権に対する直接の拘束をうたっていることである。⁽⁹⁵⁾ 基本法一条三項の文言を重視するならば、民法法に限って立法行為を基本権による直

接的拘束から除外するためには、限定解釈を正当化するに足る、特別な理由がなければならぬ。ここで問題となるのが、私法の特殊性・独自性が、基本法一条三項の原則を修正するかどうかである。

私法の特殊性は、それが等しく基本権主体である私人相互間の関係を規律する法であること、とくに契約法領域では、それ自体基本権が保障するところの私的自治の舞台である点に求められるが、この観点は、私法について直接的な基本権拘束の例外を認めるかどうかという段階では、理由とはならないとされる⁽⁹⁶⁾。私人の利益の競合及び調整は、何も私法に固有の課題ではなく、例えば警察法（危険防禦法）、刑法等においても、同種の課題が生じうるためである⁽⁹⁷⁾。私法の特殊性は、確かに、私法規定に対する基本権の作用を説明する際に、看過されてはならないものであるが、しかしそれは、①基本権のいかなる法的作用が関連性を有するのか（防禦権か保護義務か）、②立法者に認められるべき裁量（形成）の余地はどうか、という次元で考慮されるにとどまることにならう。私法規定により基本権が制約される可能性が存在し、また、現に少なからぬ私法規定が基本権制約的に作用することに鑑みれば、はたして制約が公法に基づくのか、それとも私法に基づくのかの間に、本質的な相違は認められないとされるのである⁽⁹⁸⁾。

私法の制定も基本権の名宛人である立法権の発動であるという論拠は、一見、形式的であるが、実はこれは、ニッパードイの直接適用説に対する批判と表裏の関係にある。すなわち、基本法一条三項のうたう「基本権の对国家性」の観念を押し進めていけば、私法規定の定立もまた当然に、基本権により直接に拘束されるべきことになるのである。⁽⁹⁹⁾

(c) このため、この説にたてば、私法への基本権の作用を分析する際には、基本権の名宛人である国家機関の活動成果に対する基本権の作用と、基本権の直接の拘束を受けない私人の活動に対する作用とが、意識的に区別される必要がある（前述三三(1)(c)）。後者とは異なり、前者は、「基本権の对国家性」の枠内で処理できる問題である。基本権による直接の支配から除外されるのは私法主体であり、私法それ自体ではない。私法規定及びその制定は、基本権に直接に拘束され、基本権に照らして審査されることになる。

3 防禦権と保護義務

ただし、この説は、私法規定の基本権適合性に関する問題のすべてが防禦権によって解決できるものであるとは考
えていない。「基本権の対国家性」の問題であるという認識は、ただちに防禦権の問題であるという結論につながる
ものではない(この点において、シュヴァーベ説と異なる)⁽¹⁰⁰⁾。

そこで、次に問題となるのは、立法者が①だれの基本権の、②いかなる法的作用に拘束されるのかである。

(a) 私法においては、それによって規律される当事者の双方が基本権主体であり、したがって、当事者の双方が国
家との関係において基本権を主張することができる。この意味において私法規定は、両当事者の基本権領域を相互に
境界画定するものであり、私法規定は、両当事者の基本権に適合する内容でなければならぬ。結論からいえば、私
法規定の基本権適合性の判断は、両当事者の基本権に照らし、「基本権の各種の法的作用を結合する」ことによつて
初めて、可能となる⁽¹⁰¹⁾。

(b) ここで問題となる法的作用のひとつは、いうまでもなく防禦権である。ある私人の基本権(法益)を法律自体が
過度に制約する場合、公法、刑法のみならず、私法についてもまた、これを当該基本権に対する国家自身の侵害と受
けとめ、自由権の第一の内実である防禦権によってこれに対抗すべきことになる。

他のひとつは、既述の基本権保護義務である。すなわち、立法者は、私法秩序の形成に際して、ある私人が他の私
人による侵害に無防備に曝されることがないように配慮すべきことが要請される。保護義務のリーディング・ケース
となった墮胎罪判決において、連邦憲法裁判所は、墮胎による侵害から胎児を保護すべき立法者の義務の存在を指摘
し、さらにこの義務が、刑法に墮胎罪規定を(再度)設けることによって実現されるべきであると⁽¹⁰²⁾した。刑法は、他方
で各人の自由に対して、侵害的 성격がもっとも顕著な法律である。このような刑法についてさえ、基本権保護の観点
から立法義務が生じるのであれば、第三者に対する侵害的性格が刑法に比して希薄な私法について、この種の義務を

認めることに、憲法解釈論上の障害は存在しない。そしてこのような認識は、判例では、競争禁止決定において初めて正面から検討され、貫徹されたのである。

(c) 実体的にみた場合、防禦権と保護義務とは二律背反の関係にある。契約関係において一方の私人の基本権法益保護のためにする介入は、他の私人との関係において、彼の自由に対する侵害としてあらわれる⁽⁴⁰⁾。それは、契約法の領域においても、契約外の領域においても、同じことである。基本権法益調整の任にあたる国家機関は、このため、相互に対立する基本権法益の比例性になつた衡量が必要となる。換言すれば、競争禁止決定が適切に指摘するように、立法者の形成（裁量）の余地は、両当事者の基本権上の地位によって、「自由に対する制約」及び「自由の保護」という二つの側面から画されるのである⁽⁴⁰⁾。

4 保護義務違反と防禦権違反

右の実体的側面とは別個の問題として浮上するのは、具体的・技術的に、いかなる私法規定を保護義務違反として理論構成し、いかなる規定を防禦権違反とするかである。この点については、保護義務論をとる論者の間でも、見解が別れるところである。

競争禁止決定は、防禦権違反と保護義務違反の境界問題についての好例を提供する。同決定で問題となつた商法九〇条a二項二文（旧規定、以下同じ）は、商代理人と企業との関係が対等ではないことに鑑みて、商代理人を保護するために契約の自由を修正した同法九〇条aについて、さらにその例外を認める。すなわち、同法九〇条aは、基本法一二条の職業の自由から生ずる保護義務の具体化であるのに対して、同条二項二文は、特定の場合について、この保護が及ぶことを妨げる関係にある。

事案を全体としてみた場合、問題となっているのは、社会的強者による侵害からの弱者である商代理人の基本権法

益の擁護の強化であり、これは、保護義務の問題に他ならない。

しかし、いわばミクロに、九〇条 a 二項二文という具体的規定の存在及び作用に着目すれば、これを防禦権違反の問題と解す余地がでてくる。カナリスは、前述のように、①私法主体に対する基本権の非拘束と、②国が制定した私法自体の基本権への直接的拘束との区別から出発する。この区別は、基本権解釈論上、防禦権違反と保護義務違反の区別につながる。すなわち、契約関係における基本権法益に対する侵害が、私法主体の活動に起因する場合、問題となるのは国の保護義務違反であり、国が定立した私法規定に起因する場合、問題となるのは防禦権違反である⁽¹⁰⁶⁾。本件は、一見、前者の事例であるが、後者の私法規定には、カナリスによれば、強行法ばかりではなく、商法九〇条 a 二項二文のごとき任意法も含まれる⁽¹⁰⁷⁾。従って、カナリスの立場からは、商法九〇条 a 二項二文が商代理人の職業の自由を、まさに「直接に侵害」したと解すべきであり、本件は防禦権違反として構成されることになる。

これに対して、ヘルメスは、本件における職業の自由に対する制約が①国家が命じたものではなく、また、②国家の行為に設権的 (konstitutiv) な意味において依拠してなされたものではないことを理由に、本件を国による侵害ではなく、私人の侵害⁽¹⁰⁸⁾ 保護義務の問題であると解している。

右の二つの見解は、いずれも、私人の行為と国家の行為の区別という適切な前提から出発したものであるが、しかしここで、私人の行為と国家の行為との区別が、実はそれほど容易ではないことが明かになる⁽¹⁰⁹⁾。すなわち、ヘルメスにあっては、保護義務違反として処理すべき場合が比較的に広いのに対して、カナリスにあっては、防禦権違反(すなわち、国による侵害)として理論構成されるべき場合が比較的に広いのである。なお、同種の問題は、私法の解釈・適用の次元においても生じるが、それについては後に言及することにした(後述五三)。

5 他者決定と保護義務

右の問題についての相違をさて置き、保護義務論をとる論者の間で見解の一致が認められるのは、契約法領域において、保護義務が、当事者の対等関係が欠如しており、私的自治が実は他者決定である場合にとくに実践的意味をもつということである⁽¹¹⁾。

(a) 契約法領域において、当事者の一方の自由に制約が加えられる場合、その法的原因は、①国家の法秩序、②本人の自己拘束、③他の契約当事者、という三つの可能性に分けて考えることができる。第一の場合には、既述のところから、防禦権の法理が適用される。次に、制約が自己拘束に基づく場合であるが、このような自己危胎の場合に対して、基本権は、原則としていかなる法的救済も与えないと解する見解が有力である⁽¹²⁾。契約が両当事者の自由な同意によって成立したのであれば、契約に基づく自由の制約は、保護義務を援用して回避することはできない。この場合に保護義務が問題になるとすれば、それは、当事者の一方が契約上の義務を履行しなかった場合である。ヒルグラーは、「契約法の領域では、国家は、原則として契約上の請求権を裁判において確認し、貫徹することによって、保護義務を履行する⁽¹³⁾」という。すなわち、私的自治を尊重し、契約内容の遵守を強制させることこそが、債権者との関係における保護義務の実現につながるとされるのである。

(b) これとは事情がまったく異なるのが、本件で判断の基礎におかれた③の場合である。契約に基づく自由の制約が憲法問題とならないためには、両契約当事者について、自由な自己決定のための前提条件が実際に備わっていないなくてはならない。形式的には自発的な合意であっても、実際には当事者の一方が圧倒的に優位な立場にあり、契約が事実上「他者決定」である場合には、かような契約の履行の請求は、相手の自由に対する正当化されえない制約となる。

競争禁止決定において、連邦憲法裁判所は、私的自治の尊重が基本権尊重にほかならないことを指摘すると同時に、私的自治の存立条件を指摘して、私的自治が自己決定の原理に立脚するものであることを強調する⁽¹⁴⁾。契約による自由

の制約を、私的自治の成果として国家が尊重すれば足りるのは、契約が自由な自己決定の結果である場合に限られるのであり、当事者の対等関係が欠如している場面において基本権上の地位が処分される場合、逆に国家は、「基本権保護を確保するために、調整的に介入しなければならぬ」とされるのである。

すなわち、ここにおいて、「契約の両当事者は、基本権上の三極関係における自分たちの『役割』をいわば転換する⁽¹⁶⁾」。他者決定は、保護義務論が問題にするところの、基本権法益に対する「第三者による侵害」に他ならない。基本権は、私的自治の尊重、契約の履行の強制を命じることを止め、逆に、強行法をもって、他者決定に保護的に介入することを命じるのである⁽¹⁷⁾。これらの場合において、何らの立法もなされない場合、または立法はなされても、その内容が不十分である場合、裁判官によるその補正が不可能であるならば、——ドイツにおいては——立法不作為の保護義務違反が問われることになる⁽¹⁸⁾。

6 小括

(a) 以上をひとまず総括すれば、

- ① 私法規定それ自体は、基本法一条三項により、基本権に直接に拘束される。
- ② 基本権の拘束は、当該規定によって影響を受ける両当事者の基本権との関係において成立する。一方のためにする保護的介入は他方との関係においては侵害である。立法者は、原則として広範な形成(裁量)の余地を有するが、この形成の余地は、両当事者に対する保護義務及び侵害不作為義務によって画される。
- ③ ただし、具体的にいかなる私法規定が防禦権違反として構成され、いかなる場合に保護義務違反として構成されるべきかについては、争いがある。

④ 立法者の保護義務は、契約法領域においては、契約締結に際して当事者の力量に大きな格差があり、自己決定

がその実、他者決定である場合に、とくに顧慮されねばならない。この場合、保護義務は立法者に対して、強行法、一般条項の導入等を通じた然るべき立法措置をとることを命じることがある。

(b) 右のことは、契約外の領域における私人による侵害に対しても、必要な修正を加えた上で妥当することであると解される。この点については、のちに再度触れることとした。

- (87) *Rüfner*, *Drittwirkung* (前掲注14) S. 215 (217).
- (88) *Canaris*, (前掲注5) Bl. 458 (459); *Hermes*, (前掲注10) NJW 1990, 1764 (1767).
- (89) *Hesse*, *VerfR und PrivR* (前掲注5) S. 27 の指摘をよみ。
これは、わが国の憲法学説でもそのままだてはまることが多い。例えば豊田悦夫「基本権の第三者効力」『世界各国の憲法制度』一五七頁(一九六六)で明記された考察範囲の限定を参照。
- (90) *BVerfGE* 7, 198 (205).
- (91) *F. O. Kopp*, *Fiskalgehung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts*, *Festschrift für Wilburg*, 1975, S. 141 (149).
- (92) *Dürig*, in: *Maunz/Dürig* Art. 3 Abs. 1 Rdnr. 510 (1973). わが国でも、たとえは芦部教授は、「……人権規定が私法関係を直接拘束する効力をもち、これを直ちに意味するわけではない」(『憲法Ⅱ人権(1)』「前掲注2」四三頁)と述べる。
- (93) *Canaris*, *AcP* Bd. 184, S. 201 (210) は、「ネーリッヒが私法の定立との関係でも「間接的拘束」説でたとえ理解する。ネーリッヒは、この直ちに「ネーリッヒが私法規定を自己の基本権への直接的拘束を否定する趣旨であると即断する」ようにしたが、今なべての誤解を招かすよう表現せざるべし」*Stern*, *StaatsR* III/1 (前掲注5) S. 1566 f.
- (94) *Canaris*, *AcP* Bd. 184, S. 201 (212); *ders.*, *Verstöße gegen das Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht*, *JZ* 1987, 993; *Novak*, *EuGRZ* 1984, 133 (136); *Stern*, *aaO*, S. 1563 f., 1578 f.; *Hesse*, *VerfR und PrivR* (前掲注5), S. 27 FN 42; *Bleckmann*, *Die Grundrechte* (前掲注4) § 10 V 7a; *Gallows*, *Grundrechte* (前掲注5) S. 65 f.; *Badurra*, *Staatsrecht*, 1986, Rdnr. C 21; *Lübbe-Wolff*, (前掲注5) S. 164; *Pretzker*, (前掲注5) S. 345 (350); *Lerche*, *FS Steindorf* (前掲注5) S. 897 (905) FN 30; *Krawuse*, (前掲注5) Teil I, *JZ* 1984, 656 (657).
- (95) *Canaris*, *AcP* 184, S. 201 (212); *ders.*, *JuS* 1989, 161; *Stern*, *aaO*, S. 1563, 1565 f.

- (9) *Canaris, AcP* 184, S. 201 (212); *Stern, aO*, S. 1563; *Hesse, VerfR und PrivR* (前掲注5) S. 27.
- (10) *Rufner*, (前掲社4) S. 217 (221); *Canaris, AcP* 184, S. 201 (212); *ders.*, *Jus* 1989, (161) 163.
- (11) *Canaris, AcP* 184, S. 201 (213); *ders.*, *Jus* 1989, 161 (163); *Stern, aO*, S. 1567. 40以下 *Krause*, (前掲注8) Teil I, *JZ* 1984, 656 (662) 44. 私法に公法の代替可能性を指摘する。
- (12) *Canaris, JZ* 1987, 993; *ders.*, *Jus* 1989, 161.
- (13) *Canaris, Erwiderng, AcP* 185 (1985), S. 9 ff.; *ders.*, *JZ* 1987, 993 FN 5.
- (14) *Stern, aO*, S. 1579; *Canaris, AcP* 184, S. 201 (215).
- (15) *Canaris, AcP* 184, S. 201 (208); *ders.*, *Jus* 1989, 161; *Stern, aO*, S. 1565.
- (16) この判決に「*宮澤* (前掲注5) 参照」。
- (17) *Robbers, Sicherheit* (前掲注5) S. 203; *Lübbe-Wolff, Grundrechte* (前掲注2) S. 167 f.; *Badura, FS Mollat* (前掲注15) S. 1 (18); *R. Wahl/J. Masing, Schutz durch Eingriff, JZ* 1990, S. 553 ff.; *Gallwas*, (前掲注3) S. 64; *Stern, aO*, S. 1513, 1570; 小山 (前掲注16) 六六頁以下。
- (18) この場合、まず念頭におかれるのは、異なる基本権主体の間関係であるが、二律背反関係は、異主体間に限られるものではない。例えば、「民法上の行為能力を二五才以上に引き上げるならば、自由に対する過度の制約であり、逆に極端に低い年齢に引き下げるならば、それは自由に対する保護が不足していることになる」(*Canaris, JZ* 1987, 993 [995]) ということがあろう。
- (19) *Canaris, AcP* 184, S. 201 (228); *Gallwas*, (前掲注3) S. 64.
- (20) *Canaris, AcP* 184, S. 201 (214 f.).
- (21) *Canaris*, (前掲注5) Bl. 459.
- (22) *Hermes*, (前掲注2) *NJW* 1990, 1764 (1766, 1767); *Wiedemann*, (前掲注8) *JZ* 1990, 695.
- (23) この区別の困難さは、カナリスの構想に対して夙にシュヴァーヘが指摘していた問題点である。シュヴァーヘは、例えば「最後に一年については国とは無関係な私人の侵害(従って、保護義務の問題)となるのか」という疑問を提起していた(*Schwabe, AcP* 185, 1 ff.)。なお、商法九〇条a に関していえば、二年をこえる合意は同条三項により無効となるため、このような問題は生じないが、シュヴァーヘの批判は、一般的な意味をもつてあろう。

- (11) Hesse, Verfr und PrivR (前掲註5) S. 37 f.; Ekk. Klein, NJW 1989, 1633 (1640).
- (12) Hermes, NJW 1990, 1764 (1766); Hillgruber, (前掲註②) AcP 191, S. 74 (74, 85); Ekk. Klein, (前掲註5) NJW 1989, 1633 (1640). なお、これとは異なる見解として、Widemann, (前掲註⑧) JZ 1990, 685 (687); Conaris, (前掲註5) Bl. 459. 本件決定主旨では、「*unverhältnismäßig*」という表現がもちいられており、保護義務に基づく救済は不均衡の場合だけに限定されることが示唆される (BVerfGE 81, 242 [242])。また、Murswiek, Staatliche Verantwortung (前掲註5) S. 126 は、例外的に介入が許される場合があることを指摘する。
- (13) Hillgruber, (前掲註②) AcP 191, S. 74.
- (14) BVerfGE 81, 242 (254 f.).
- (15) BVerfGE 81, 242 (255).
- (16) Hillgruber, AcP 191, S. 74 (75).
- (17) Hermes, NJW 1990, 1764 (1767); Hillgruber, AcP 191, S. 74 (76).
- (18) ただし、立法不作為による保護義務違反が裁判所によって認定されるのは、ドイツにおいても例外的な場合に限りてうる。立法者に広範な裁量・形成の余地が与えられるべき理由にどこで立ち入ることはできないが (例えば、Stern, Staatar III/1 [前掲註23] S. 991, 1285 f., 1316 等を参照)、実際に連邦憲法裁判所が立法者の保護義務違反を認定した過去の例としては、一九七五年の堕胎罪判決があるにすぎない。しかしこの場合の立法不作為は、それまで刑法に存在した堕胎罪規定を緩和した結果として生じたものであり、純然たる立法不作為とは異なるものである。競業禁止決定において商法九〇条 a 二項二文が存在する結果生じた保護の空白状態もまた、純然たる立法不作為とは異なるように思われる。

五、私法の解釈・適用と基本権

1 立法による保護と裁判による保護

- (a) 私法関係における基本権法益の保護のためにする介入は、立法による場合と裁判による場合とがある。このうち、立法者に第一次的責務が課せられることについては、間接適用説をとるわが国の論者の間で見解の一致が認めら

れる。たとえば田口教授は、「議会による法律の制定が必要な第一条件」であり、これは、間接適用説の主旨でもある。他方、法律の制定をまずに憲法を直接に適用・執行するのは、憲法の立憲主義・法治主義の原則に違反するものである、と指摘する⁽¹¹⁹⁾。同じく阿部教授は、「具体的立法をまずに、予測しえない範囲の義務が裁判官の口を通じて、憲法から直接引き出されることの危険」に注意を喚起しており、⁽¹²⁰⁾ 芦部教授は、「一般的にいえば……むしろ第一次的には立法者の課題だと考えるべき」であるとする。

このように、私人間の人権の衝突の調整を第一次的に立法に求めるのは、間接適用説の主旨であるとともに、法治主義の命じるところであるが、これは、保護義務の観点からも変わるものではない。保護義務としての基本権は、基本法一条三項に基づき、国の各機関を直接に拘束する法である。しかしこれは、行政権、裁判権が、具体的立法を待たずに直接に保護義務を実現すべきことを求めるものではない。その理由は、保護義務が、国の各権に対して、実質的にも、形式的にも、新たな権限を付与するものではないためである。法的三極関係において、保護のために介入は、他方で第三者の基本権の制約を意味する。保護義務実現は、第三者の基本権に対する過度の侵害を許すものでなければ、法治主義からの安易な逸脱を許すものでもない。保護義務はただ、各権が、憲法、法律上付与された権限を適正に行使用することを求めるにすぎない。従って、保護義務に依拠したドイツの学説も、私法関係における保護義務実現の第一次的責務を、個別の事例ごとに裁断する裁判所ではなく、立法に課すのである。⁽¹²¹⁾ 私的人権侵犯に対する基本権の作用としては、このため、保護義務の見地からも、原則として間接適用説が適当であるということになる。⁽¹²²⁾

(b) しかし、多数の私人間効力判例の存在が示すように、立法者の責務を強調するだけでは問題の解決とはならない。その理由のひとつは、立法がしばしば後手にまわることであるが、他の理由として、私法規定に要求される明確性の程度が相対的に低いことが挙げられよう。

私法にあっても、十分に明確かつ詳細な規定を制定することは可能である。また、法治主義が要請する私法秩序の

信頼性、予測可能性の確保に鑑みれば、そのような規定の制定が必要な場合もあろう。⁽¹²⁴⁾ 他方で、基本権法益の限界づけを行なう法律に要求される明確性は、法分野ごとに異なる。とくに刑法では、周知のように明確性が厳格に要求されるが、私法規定については、——憲法学説からも批判のない——従来の実践をみるならば、明確性の要求は比較的に緩やかであり、少なくとも一般条項を排除する趣旨ではない。⁽¹²⁵⁾ さらにいえば、柔軟な一般条項の導入は、憲法上許容されるのみならず、望ましいとされる場合があることも否定できない。私法関係を詳細かつ具体的な規定をもってあらかじめ規律することは、不可能であるのみならず、憲法上も疑義があるためである。連邦憲法裁判所もまた、競争禁止決定において、具体的規定の制定と一般条項の導入とを、優先順位を付さずに並記している。⁽¹²⁶⁾

なお、このような一般条項であっても、法律の制定を待たない裁判所による憲法の直接的執行とは、質的相違があるというべきであらう。⁽¹²⁷⁾

ここに、立法者に第一次的責任が課せられる一方で、具体的な救済の担い手として、保護義務実現の重要な部分が、裁判官に委ねられることになる。⁽¹²⁸⁾

2 間接適用説と保護義務

(a) 基本権の間接適用の典型は、法律中に一般条項がおかれている場合である。この場合に裁判官は、一般条項を適切に解釈することによって、基本権に適合した結論を導かねばならない。この法理は、リユート判決では「照射効 (Ausstrahlungswirkung)」と呼ばれ、大要、次のように理由づけられていた。⁽¹²⁹⁾

基本権は第一に国家に対する市民の防禦権であるが、同時に基本法は、基本権の章条のなかでひとつの客観的価値秩序をうち立てた。この価値体系は、憲法上の基本決定として、法のあらゆる領域に妥当する。立法、行政及び裁判は、ここから指針及び衝撃を受け取る。この価値体系は、民事法に対しても当然に影響を及ぼす。民事法のいかなる規定も、この価値体系に矛盾して

はならず、すべての規定は、この価値体系の精神において解釈されねばならない。客観規範としての基本権の法的内容は、私法においては、この法領域を直接に支配する規定を媒介として展開される。裁判においては、基本権による影響は、とくに民法八二六条のような「一般条項」を通じて実現される。一般条項は、いわば基本権の民法法への「侵入箇所(Eintruchstellen)」である。

(b) 次に、競争禁止決定では、この法理は、大要、以下のように説明されている。⁽¹³⁾

立法者が特段の強行法を制定していない場合、とくに過度の禁止として作用する民法上的一般条項が補充的に意味をもつ。まさにこの一般条項の具体化および適用に際して、基本権が顧慮されねばならない。憲法の保護委託は、契約の対等性が阻害されている場合に私法を手段として基本権の客観的基本決定の妥当を助け、この任務を多様な方法で実現すべき裁判官に向けられる。

これによれば、一般条項を活用した契約関係への介入は、裁判官の保護委託(保護義務)に基づいてなされるにはかからない。確かに同決定でも、基本権の客観的基本決定に言及がなされている。しかしこれは、私法の解釈・適用に干渉すべき実体的内容とでもいうべきものであって、その法的根拠として言及されているのではない。憲法上の(基本権解釈論上の)根拠とされているのは、裁判官の基本権保護義務である。

(c) このように、保護義務を介在させることによって、私人間効力は、裁判所の義務という切り口から考察されることになる。国家機関としての裁判所が両当事者の基本権法益に関与するありかたとして、理論的には、次の二つの場合を考慮することができる。⁽¹⁴⁾

第一は、裁判所が一方の当事者の基本権法益に対する然るべき配慮を怠った結果、判決が彼の基本権法益に対する侵害を惹起する場合である。これは、当該私人からみれば、防禦権違反である。

第二は、裁判所が一方の当事者の基本権法益に対する然るべき配慮を怠った結果、彼の基本権法益に対する他の当

事者の侵害を看過した場合である。これは、私人間効力論が念頭においてきた場面であるが、この場合に裁判官がかかる私的侵害を看過してはならず、憲法による基本権保障の趣旨に適合するように関連私法規定を解釈しなければならないとされるのは、防禦権の要請ではない。

私法上の紛争においては、当事者の双方が基本権の主体であり、かつ、基本権の名宛人ではない。従って、基本権の对国家性という前提を堅持するかぎり、私的人権侵害は、ただちに基本権の問題とはなり得ない。私人が侵害しうるのは、正確には、基本権ではなく、その背後にある基本権法益とも呼ぶべきものである。また、シュヴァーベの帰責の理論を採用しないかぎり、私人の侵害を国家の侵害と読みかえることもできない。このため、国家の侵害に対抗する権利である防禦権によっては、かかる私的侵害を禁止することも、裁判官に対して、その排除を義務づけることもできない（前述二②）。ここに、要保護者と裁判官との間に、防禦権とは別個の基本権保護義務を設定する意義と必要がある。

(d) このように考えるならば、連邦憲法裁判所が基本権の客観的価値秩序またはこれに類する観念を用いる理由もまた明かとなる。ヤラスが指摘するように、同裁判所は、「防禦権による救済には該当しないが……他方で、基本権に基づく救済を拒絶できないと考える場合に」、この観念を援用する。右の第二の場合には、防禦権の問題として処理することができない場合であり、①問題をいったん、全方向性を有する基本権法益に対する私的侵害に還元し、②しかるのちに、基本権の名宛人である国家に、防禦権とは違うかたちで再び関連づけて、基本権の問題として構成しなおすことが必要となる。こうして獲得された基本権の法的作用が、保護義務なのである。

照射効（間接適用説）に対しては、すでに言及したように批判があるが、民事裁判官の基本権保護義務から説明することによって、照射効は、従来の説明に比して、はるかに明確な輪郭線をもつといえよう。このため、例えばシュタイン・バイス・ヴィンケルマンのように間接適用説に批判的な論者にあっても、保護義務論と結びついた間接適用説は、

決して従来の批判説が考えているほど不明瞭なものではない、との評価がなされていることが注目される。⁽¹³⁾

3 民事裁判権と基本権

競争禁止決定は、間接適用説に保護義務という理論的基盤を与えたが、他方で、新たな疑問も突きつけている。それは、民事裁判官の実体的基本権に対する拘束のありかたをめぐる問題である(前述三三(2))。

(a) さきに整理したように、間接適用説によれば、民事裁判官は基本権に間接的に拘束されるにすぎない。「裁判所は基本権に配慮しなければならないが、それは基本権が妥当するかぎりにおいてである。基本権は、裁判所が裁断するがゆえに妥当するのではない」とされるのである。

これに対して、カナリスは、従来の判例・通説を批判して、基本法一条三項において裁判権が明記されている以上、民事裁判権についても基本権が直接に拘束する⁽¹⁴⁾という。また、競争禁止決定は、「問題の判決は申立人の職業の自由を制約する。これらの判決は、憲法上の審査に服さねばならないが、その理由は、裁判もまたすべての国家権力と同様に、基本権に拘束されるためである(一条三項)」と述べているが、ここで示された基本法一条三項の解釈は、従来の判例法理と異なる解釈であるとみることもできる。事実、ヒルグラーバーは、引用の部分を民事裁判権に対する基本権の直接的拘束の意味に読んだうえで、従来の間接適用説の欠陥を補正するものであるとの肯定的評価を与えている。⁽¹⁵⁾

他方、等しく保護義務から間接適用説を説明し、また、基本法一条三項を熟知しているシュテルンは、従来の判例・通説と同じく、民事裁判権は基本権に間接的に拘束されるにすぎないと⁽¹⁶⁾する。同じくヘルメスは、保護義務がこの点において従来の間接適用説を修正するものであるとは解しておらず、逆に決定理由の上記引用部分を、直接適用説的であるとして批判している(上述三三(1))。ほかに、保護義務論をとりつつ、間接的拘束の見解にたつ論者は少なく

ない。⁽¹³⁾

(b) いずれにせよ、出発点となるのは基本法一条三項であるので、次に、この点についての両説の主張をみることにする。

① カナーリスは、基本法一条三項が裁判権を明記している以上、民事裁判権についても、基本権が直接に拘束するという。私法の立法について述べたことは、裁判についても原則としてあてはまる。裁判所もまた、判決に際して法律の解釈または継続形成によって規範を定立するが、このような規範は、直接に基本権に照らして審査されねばならない。私法の特殊性を根拠とした一条三項の修正は、立法の場合と同じく、認めることができない。⁽¹³⁾

② これに対してシュテルンは、民事裁判権の場合、「基本法一条三項による基本権への拘束は、裁判が高権行為であり、それ自体として基本権に拘束された国家活動である、という理由から生じるのではない」という。⁽¹⁴⁾ デーリングと同趣旨であるが、シュテルンによれば、裁判官は、判決を下し公権力を行使するがゆえに基本権に拘束されるのではなく、「判決を下す際に基準となる規範が基本権に対する配慮を要求するかぎりにおいて」基本権に拘束されるにすぎない。⁽¹⁴⁾ 民事の立法者と異なり、民事裁判所は、私人間効力の固有の問題性、すなわち、基本権の名宛人ではない私人相互間の法的関係に対する基本権の作用如何の問題に直面する。⁽¹⁵⁾ この点で民事裁判権は、行政裁判権とも異なる。⁽¹⁶⁾ 民事裁判権に対する基本権拘束の有無は、シュテルンの場合には、あらかじめ一律に判断できるものではなく、個々の事例、個々の適用私法規定ごとに判断されることにならう。⁽¹⁴⁾

加えて、基本法二〇条三項、九七条一項は、裁判官の法律への拘束を命じており、立法者が保護義務を立法というかたちで直接に実現するのに対して、民事裁判官は、まず法律に拘束され、法律の基本権適合的解釈というかたちで保護義務を実現する。換言すれば、法律に「媒介されて(Mediatarsart)」これをおこなう。⁽¹⁶⁾ この法律による媒介を看過するならば、それは裁判官の法律への拘束の命令を無視し、法治主義の権力分立原則を脅かすことになる。⁽¹⁶⁾

(c) 他方で、カナリス及びシュテルンの私人間効力論が、その基本構造において一致することは明らかである。両説ともに、基本権の名宛人である国家の活動と基本権の名宛人ではない私人の活動との区別から出発する。両説は、基本権の名宛人の拡張をも、帰責の理論をも否定する。基本権法益に対する侵害が他の私人によって惹起される場合、関連性を有するのは防禦権ではなく、保護義務である。保護義務の実現は、第一次的には立法の責務である。民事裁判官による保護義務の実現は、シュテルンにあってはカナリスにあっては、原則として法律の枠内において行なわれる。

ここで、基本法一条三項の「拘束」の意味を確認しておく必要がある。シュテルンは、基本権が民事裁判所の「判断基準 (Beurteilungsmassstab)」であるかどうかの問題として拘束性を論じている。⁽¹⁰⁾「拘束」をこの意味で用いるかぎり、カナリスもまた、これを間接的と解すことに異存はないであろう。カナリスの見解も、「基本権の作用のしかた」に着目すれば、カナリス自身が認めるように、間接的作用論であるにはかならない。⁽¹⁰⁾他方でシュテルンも、民事裁判官による法の継続形成については、基本権の直接的拘束を承認する。⁽¹⁰⁾それにもかかわらず、両者の相違を単なる用語法相違、説明のしかたの相違として片付けるのは適切ではないように思われる。

(d) 基本法一条三項についての理解から生ずる実質的な相違は、具体的には、防禦権の守備範囲の問題として浮上する。

基本法一条三項を根拠に民事裁判権の基本権への直接的拘束を導出するのは、シュヴァーベが強調したことであった(前述二(2)(b))。カナリスは、私法関係においても、すべての国家机关が基本権に直接的に拘束されるという点について、シュヴァーベの見解を明示的に取り入れた。⁽¹⁰⁾他方でカナリスは、シュヴァーベとは異なり、基本法一条三項によって私人間効力の問題が最終的に解決されるとはせず、国の基本権保護義務を援用するのである。この意味においてカナリス説(及びおそらくは、競争禁止決定の判旨)は、シュテルン等に代表される通説を、シュヴァーベの

方向に修正した修正説であるといふことができる（このような見解を、なお「間接適用説」と呼ぶかどうかは、カナリス自身によれば、「好みの問題」であるとされる⁽¹⁰⁾）。そして、この修正は、「保護義務か防禦権か」という問いについて、次のような具体的なかたちであらわれる。

リユート判決は、間接適用がなされた代表的判例であるが、カナリスによれば、リユート事件は、本来、防禦権の問題であるという。本件で問題となった民事裁判所判決（ボイコット呼びかけの差止め請求を認めた判決）が、民法法の解釈を誤った結果、リユート氏の表現の自由を侵害したのであり、連邦憲法裁判所は、この侵害に対して、防禦権としての基本権をもって対処すべきであった、とするのである⁽¹⁰⁾。他方、民事裁判所が、本来、差止め等の請求を認めるべきであったのにこれを認めず、その結果、当人の自由、名誉等に対する私人の侵害を看過した場合（例えばブリックフニア事件⁽¹⁰⁾）には、連邦憲法裁判所は、防禦権違反ではなく、民事裁判所の保護義務違反の有無を審査すべきであるとされる⁽¹⁰⁾。通説によれば、右の事件はともに、間接適用（したがって、保護義務）の問題であり、シュヴァーベの立場からは、右の事件はともに防禦権の事例であることになろう⁽¹⁰⁾。

このように、カナリスの論述をみるかぎり、修正説は、防禦権で処理できる領域を伸張し、それに応じて、固有の私人間効力問題の領域を狭める傾向にある⁽¹⁰⁾。そして、どちらの理論構成をとるか（防禦権か保護義務か）を論ずる実益は、カナリスによれば、連邦憲法裁判所による民事裁判所判決に対する審査の厳格性の相違にあるとされるのである⁽¹⁰⁾。

(e) 本稿では、右の問題にこれ以上立ち入る必要はないであろう。基本法一条三項と民事裁判権の関係は、従来の議論においても看過されてきたわけではない。しかし、カナリス説の登場によって、ここに改めて、従来の議論（ニッバーダイ、シュヴァーベの主張とこれらに対する間接適用説からの反論）に比して、より深化された内容のもとに、一条三項の解釈が判例・学説に課せられたといふことができよう。

競争禁止決定がこの点について判例変更を行なったのか否かについては、判断を控えたい。しかし、わたくしは、少なくとも、連邦憲法裁判所が競争禁止決定において、周到かつ意図的に判例変更を行ったのだと即断することはできないと考える。連邦憲法裁判所の判決理由は、周知のように、諸説のコンセンサスの産物であることが少なくない。競争禁止決定の判旨が妥協の産物であるのか、それとも首尾一貫した論旨（正しいか否かともかくとして）の展開であったのかについては、なお、慎重な見極めが必要であろう。

いずれにせよ、確認しておきたいのは、まず①基本権の名宛人である国家機関の活動と、そうではない私人相互間の関係との区別が肝要であること、②保護義務が固有の私人間効力問題を解明する鍵であること、である。さらに、③右のことは、契約的侵害であるか契約外的侵害であるかを問わず、あてはまる。この最後の点については、次に簡単な補足をおきたい。

4 契約外的侵害と間接適用説

(a) 間接適用説は、①基本権が全法秩序に対して意味のあるものであること（従って、私法も基本権と無関係な法領域ではないこと）を強調する一方で、②基本権が私法の独自性をそこなう形で私法に介入することに反対する。この意味において間接適用説は、基本権についての従来の理解及び私法の構造に対して「革命」を迫るものではなく、「改革的な発展」をもたらす説である、⁽¹⁸⁵⁾「私法上の一般条項をクッションとして公権としての基本権のもつきびしさを緩和し、人権を保障した憲法の精神を私法関係に流入せしめる」説である⁽¹⁸⁶⁾と理解され、支持されていった。

確かに契約的侵害は、このような間接適用説の主張を簡潔に把握するに適した領域である。契約的侵害が問題となる場合に、私的自治が、基本権による救済の第一の障壁として登場することも周知のとおりである。私的自治、契約

自由の原則に対して、事実、間接適用説は、きわめて大きな注意を払ってきた。それは、デューリッヒの、「基本法二条一項の自由権は、国家によって妨げられることなく、対等の私人間において基本権から乖離する自由を内包する⁽⁸⁾」という言葉に、集約された形で示されている。

私的自治の本質論及びその変遷については、とうていこの小稿の枠内で取り扱うことはできない。しかし、ここで改めて問わねばならないのは、間接適用説が私的自治を前提として初めて成り立つ理論なのかどうか、ということである。

(b) 基本権の適用が間接的である決定的な理由は、私人が当該侵害に自発的に同意したと擬制されるためであろうか。もしそうであれば、このような擬制がそもそもできない契約外的侵害についてまで間接適用を主張するのは理由がないことになろうし、また、契約的侵害であっても、多くの場合においてそのような擬制は実体から乖離した空虚なものであり、理論の基礎におくのは適切でない、ということもできよう。

しかし、すでに繰り返し述べてきたところから明らかなように、私人間に対する基本権の作用が間接的であるとされる主たる理由は二つあり、その第一は、私的人権侵犯を惹起する私人が「基本権の主体であり、名宛人ではない」ことに集約されるのである。侵害の主体が、基本権の名宛人ではないがゆえに、私的人権侵犯は、防禦権によってこれを排除することはできず、保護義務に依拠することが必要となる。私人間効力論における私的自治論の要点は、先デューリッヒのことばにあるように、当事者間で締結された契約が、それ自体、国家が原則として尊重すべき自由の行使の結果であるという点にある。従来の間接適用説において、私的自治がことさらに強調されてきたのは、まさに私的自治が、「基本権の主体であり、名宛人ではない」という事情を端的に示す（さらにこれを、人権侵犯を主張する者についても自由の行使の結果であるとして補強することもできる）場合であるからに他ならない、とみるならば、決して不当なことではない。重要であるのは、私的自治が、「両当事者が基本権の主体であり、名宛人ではない」場合の一事

例であり、そのすべてではない、ということである。この点についてデューリッヒは、基本法三条一項の注釈のなかで次のように述べている。「契約外的領域においても、われわれは、まさに、いずれも基本権を援用することができ二人の私法主体が相互に対峙しているのだ、という無視すべからざる事実⁽⁹⁸⁾に直面するのである。このような事情は、市民と国家との関係においては存在しないものであり、契約外の法関係においても、基本権の意味が「国家との関係における場合とは」質的に異なるものであることを正当化するのである」。

このように、契約外的侵害にあっても、侵害の主体が私人である以上、防禦権としての基本権が直接に適用できない事情が、等しく存在するのである。逆に、もし契約外的侵害においては要保護者の同意が擬制できないことをもって、基本権の直接適用が説かれるとすれば、それは、明らかな論理の飛躍であるといわざるをえない。

(c) 右のことから、続いて、間接適用の第二の根拠が生じる。すなわちこれは、私的人権侵犯救済のための介入であつても、第三者に対しては基本権の制約としてあらわれるということであり、そうである以上、かかる介入は、法律に根拠をおかなくてはならない、とするものである。

この関連で、「……本来問題とされている実体的利益状況が、『侵害行為たる裁判判決』対『自由としての私的自治』という、二次的観点からの再構成を蒙った結果、右裁判判決が侵害行政と同視されてしま⁽⁹⁹⁾い、結局、本来の実体的利益状況を見誤った「侵害留保」の発想にほかならないとの批判がある」。

私人間効力が受益的側面を有することは確かである。しかし、その反面で、これが侵害的側面を有することもまた看過されてはならない(四三、五一(1))。基本権主体である私人が相互に対峙し、国にその調整が求められているおよそすべての場合において、国は、両当事者の(従って、侵害を受けたと主張する側だけではなく、その相手方についても)基本権上の地位に配慮しなければならない。それは、契約法においても、不法行為法においても、隣人保護的性格をあわせもつ行政法、刑法においても、同じことである。たとえ保護義務実現のためであつても、たとえば行政法において、

国家の侵害行為からの自由の確保を目的に、従って、侵害行為の発動の規制のために構築された法治国の諸原則から目を離してよいということにはならないのと同じく、⁽¹¹⁹⁾民事法においても、法治主義の要請である立法の第一次的責務が、契約的侵害であるか、契約外的侵害であるかを問わず、原則として堅持されなければならないと思われる。基本権保護義務及び法的三極関係は、たしかに憲法においても、行政法においても、要保護者と国家との関係を述べるために持ちだされた観念である。しかしこれは、三角形の他の一辺である国家と私的侵害者との関係においても基本権が問題となることを、十分に自覚した上での主張でなければならない。⁽¹²⁰⁾

(d) さらに付言すれば、そもそも保護義務論は、契約法に即して構想された理論ではない。ドイツにおけるその成立の経緯をみれば明白なように、保護義務論は、墮胎、テロリストによる要人誘拐といった、事実行為に基づく侵害からの保護を対象としていたのである。⁽¹²¹⁾したがって、保護義務論からすれば、保護義務という理論構成は、契約外的侵害のみならず、契約的侵害についても、また、有効な理論なのである、ということさえできるであろう。

競争禁止決定は、契約的侵害に対して保護義務が援用された事例であるが、右のことは、同決定の判旨からも読み取ることができる。すなわち、同決定では、私的自治ゆえに保護義務の援用がなされたわけではない。そこでは、私的自治は、むしろ保護義務による介入が原則として許されない、いわば保護義務の禁猟区としての位置づけがなされている。保護義務に基づく介入が正当化され、さらには要請されるのは、私的自治の存立の条件が崩れ、実質的には、自己決定の装いのもとに「他者決定」が行なわれている場合である。ここでいう他者決定は、——契約外的侵害についてむしろ顕著な——第三者による侵害の一例である。そして、まさにかかる侵害の排除を命じることこそが、保護義務の内実なのである。

(119) 田口（前掲注3）七八頁。

(120) 阿部（前掲注1）同『基本的人権の法理』八九頁。

- (121) 声部 (前掲注1) 同『現代人権論』六三頁。
- (122) *Stern*, StaatsR III/1 (前掲注32) S. 1578; *Hesse*, VerFR und PrivR (前掲注15) S. 27 m. w. N.; *Canaris*, AcP 184, S. 201 (227); *Hermes*, (前掲注10) NJW 1990, 1764 (1767); *Badura*, FS Mollitor (前掲注15) S. 1 (5, 12, 16 f.); *Lübbe-Wolff*, (前掲注27) S. 153 f.; *Jarras*, (前掲注15) AöR Bd. 110, S. 363 (377); *Ekk. Klein*, (前掲注15) NJW 1989, 1633 (1640); *Krause*, (前掲注32) Teil I, JZ 1984, 656 (659 f.); *F. Kirchhof*, *Private Rechtssetzung* (前掲注15) S. 525.
- (123) 他方、保護義務論者が例外なく間接適用説を支持するものではない。例として *Bleckmann*, (前掲注32) DVBl. 1988, 938 ff.; 棟居 (前掲注1) (下) を参照。
- (124) *Hesse*, VerFR und PrivR, (前掲注15) S. 25. *Krause*, (前掲注32) Teil I, JZ 1984, 656 (660) 44 「本法秩序の信頼性より測可能性は私的自治の土壌をなすものではない」とする。
- (125) *Pietzcker*, (前掲注15) S. 351; *Krause*, (前掲注32) Teil I, JZ 1984, 656 (661); *Hesse*, VerFR und PrivR, (前掲注15) S. 28. 殊例として、*BVerfGE* 59, 104, 114ff. を参照。
- (126) *BVerfGE* 81, 242 (262).
- (127) *Hesse*, VerFR und PrivR (前掲注15) S. 28. 44 45 棟居 (前掲注1) (下) 四七七頁は、「公平良俗のより一般的な概念をめぐって法律上の根拠とみるのは、間接適用説が前提とするところの法律の留保原則であるものではないとする。しかし、私見では、この批判は、他の法領域における法律の留保の内実をそのまま私法に適用する点にあって、失当であるところをなすべき。判例では *Beshl. des BVerfG*, EuGRZ 1991, 380 を参照 (要点的にこうして、本稿の後注173参照)。
- (128) *Jarras*, (前掲注15) AöR Bd. 110, 363 (377); *Pietzcker*, (前掲注15) S. 345 (351).
- (129) *BVerfGE* 7, 198 (205 f.). 44 45 リーダー判決に於いてこの学説の影響が認められるのかどうかについては、ヤンケマン博士が、興味深い紹介を行っている。E.-W. *Böckenförde*, *Grundrechte als Grundsatznormen*, Der Staat 1990, S. 1 (5).
- (130) *BVerfGE* 81, 242 (255 f.) = 決定理由 C I 3.
- (131) *Galloos*, *Grundrechte* (前掲注15) S. 65; *Alezgy*, *Theorie* (前掲注15) S. 484 ff. 参照。
- (132) *Jarras*, (前掲注15) AöR Bd. 110, S. 363 (365).
- (133) *Steinbeiß-Winkelmann*, *Grundrechtliche Freiheit* (前掲注15) S. 155 N 51.
- (134) *Canaris*, Jus 1989, 161 (162).
- (135) *Canaris*, Jus 1989, 161 (161, 162).

- (36) *Hillgruber*, (前掲注20) ACP 191, S. 69 (71 f.). 「この新学説(＝民事裁判権にたいする直接的拘束肯定説・小山補充)を連邦憲法裁判所は、本件で採つて、文言のうえでも、内容のうえでも、採取したのである」
- (37) *Stern*, StaatsR III/1 (前掲注33) S. 1578, 1582. 同前 *Rüfner*, Drittwirkung (前掲注14) S. 215 (220).
- (38) 同前 *Rüfner*, aao, S. 215 (220); *Ekk. Klein*, (前掲注15) NJW 1989 (1640).
- (39) *Canaris*, Jus 1989, 161 (162).
- (40) *Stern*, aao, S. 1486.
- (41) *Stern*, aao, S. 1486.
- (42) *Stern*, aao, S. 1563, 1577, 1582.
- (43) *Stern*, aao, S. 1481 f. 「このため、国家は行政裁判権は、基本権が執行権に依つて行われ規範として表現されるべきものである。基本権は直接拘束される。」
- (44) *Stern*, aao, S. 1486 f. 「裁判行為は、ある自己とそれ自体」ではなく、「裁判行為が、法律により確定された内容上、どの程度まで基本権規範として決定されるか」を基準と判断されるべきであること。」
- (45) *Stern*, aao, S. 1578, 1582 f. 400 ff. *Krause*, (前掲注33) Teil I, JZ 1984, 656 (659 f.) m. w. N.
- (46) *Stern*, aao, S. 1578.
- (47) *Stern*, aao, S. 1473 f.
- (48) *Canaris*, ACP 184, 201 (227 f.).
- (49) *Stern*, aao, S. 1477 f.
- (50) 「ホーンズドール」*Heinz-Jurgen Jus* 1989, 161 (162) FN 7.
- (51) *Canaris*, ACP 184, S. 201 (227 f.).
- (52) *Canaris*, Jus 1989, 161 (162, 167). なお、「リートン事件を防禦権違反の問題として構成せざるべし」とする見解は、「思うに、自由(保障)は、カナーリス」*ニホーンズドール* *Alezy*, Theorie (前掲注29) S. 486 f.; *Steinbeil-Winkelmann*, Grundrechtliche Freiheit (前掲注15) S. 157 ff.; *Pietzsch* (前掲注15) S. 345 (359) を参照。
- (53) BVerfG 25, 256.
- (54) *Canaris*, ACP 184, 201 (229); *ders.*, Jus 1989, 161 (168).
- (55) *Schwabe*, Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte, AöR Bd. 100 (1975), S. 442 (443 ff., 459 ff.).

(156) このため、カナリス説に対しては、従来の通説及びシュヴァーベ説の双方から、批判が加えられる可能性があるろう。まず問題とされるのは、防禦権の問題と固有の私人間効力問題との区別が曖昧であるという点であるが、本文で紹介したリュート、プリンクフェア事件に加えて、ここで別の例を一つ挙げておく。裁判所による契約の「補充的解釈」がなされた場合、裁判所は当該私人権侵犯に積極的に関与したといえるのかどうか。カナリス (AcP 184, 201 [216] n. FN 52) は、それが当該契約に固有の特殊性に基づいてなされた場合には消極的関与にとどまるが、問題を一般化して、典型的利害状況に基づいて行われた場合には、積極的関与であるとして、固有の私人間効力ではなく、国の侵害であるとする。民事の立法権の場合 (前述四4) と同様の問題が、より複雑なかたちで、ここにも生じるのである。

なお、カナリスは、かつてシュヴァーベが行った批判に対して、限界事例の曖昧さはあらゆるグラウンド・セオリーに付随するものである」という趣旨の反論を行っていた (Canaris, AcP 185, 9 [10] 参照)。

(157) 例として *Canaris*, Jus 1989, 161 (163)。

(158) *Stern*, StaatsR. III/1 (前掲注23) S. 1556。

(159) 阿部照哉「私法関係と基本的人権」憲法の基本判例 (三版) 七頁。

(160) *Dürig*, FS Nawiascky, (前掲注23) S. 158 f.; *ders.*, *Maunz/Dürig*, Art. 1 Abs. III Rdnr. 130。

(161) *Dürig*, in: *Maunz/Dürig* (1973), Art. 3 Abs. I Rdnr. 513. () 内は小山による補充である。

(162) 三並・基本権の第三者効力 (前掲注5) 五三九頁は、このように論を展開する。

(163) 棟居・複眼的考察 (前掲注7) (上) 五六九頁 (下) 四七二頁、四七八頁。

(164) *Chr. Enders*, *Neubegründung des öffentlich-rechtlichen Nachbarnschutzes aus der grundrechtlichen Schutzpflicht?*, *AcR* Bd. 115 (1990), 610 f.; *P. Peru*, *Freiheitserfährdung durch die Lehre von der grundrechtlichen Schutzpflichten*, *JZ* 1991, 265 f.; *Wahl/Masing*, *Schutz durch Eingriff* (前掲注10), *JZ* 1990, 553 f.

(165) ただし、わたくしは、行政法と同じ意味の法律の留保を私法に要求するものではない。後注(173)参照。

(166) 小山 (前掲注16) 五八頁以下。

六、総括的考察

(1) 以上、国の基本権保護義務が、従来、私人間効力の問題として論じられてきた私的人権侵犯に対する基本権の作用を解明する上で、有益な理論であることを縷々述べてきた。基本権の私人間効力は、国家に侵害禁止の義務を課し、国家からの自由の確保に仕えるものとされた自由権の基本権規定を手がかりに、私人による基本権侵害に対処しようとするものであるため、これを肯定するには、特別な理由づけが必要である。そして、いずれの私人間効力論をとる場合であっても、それが基本権解釈論である以上、理論自体が明確であり、また、隣接問題との整合性が確保されなければならない。私人間効力論を基本権保護義務に引き付けて考察することは、この意味において、適切なことであると思われるのである。

私人間効力については諸説の対立があるが、保護義務論からみて、原則として妥当であるのは、間接適用説である。このことは、その代表的論者であるデューリッヒが、基本法一条一項の規定する国の人間の尊厳保護義務に、夙に着目していたこと（前述二3(1)）を想起すれば、当然の結論であるともいえよう。間接適用説と保護義務は、単に対象とする問題の構造を共通にするだけではなく、その理論的側面についても、共通性を認めることができる。

さらに、右の理論の射程範囲は、契約法領域に限られるものではない。私的人権侵犯が存在する場合、それが契約的なものであるか、契約外のものであるかを問わず、①基本権の論理（基本権の対国家性、私人の基本権主体性）、②法治主義の論理の二つを理由に、立法の第一次的責務が帰結される。裁判官は、原則として法律に媒介されて、保護義務を実現すべきであるとされるのである。

(2) 本稿で試みた間接適用説の再構成は、①説明の合理化、および②間接適用説が本来有していた、豊富な内実の回復、の二点に帰着する。

(a) 説明の合理化は、さまざまな角度からこれを行なうことが可能である。本稿では、何よりもまず、私的人権侵犯について救済を求められた裁判所の義務という視点から、私人間効力の合理的説明を試みた。すなわち、従来の議論が、「第三者効力」という問題設定のしかたに象徴されるように、国家―侵害者―要保護者の法的三極関係のうち、侵害者と要保護者の関係に関心を寄せ、侵害者と要保護者との私法上の関係に対して、基本権がどのように作用するのか、を問う傾向にあった。これに対して本稿は、要保護者と国家との関係(すなわち、国家と市民の関係)に焦点を絞り、私的人権侵犯にたいする憲法関与のありかたを探ろうとしたのである。そのために持ち出された観念が国の基本権保護義務であり、また、これを援用することによって、民事立法者との関係、行政法、刑法等、他の法領域との関係についても、有機的な連関がつけられたものと考ええる。

合理化の他の視点は、間接適用説が好んで援用するところの、価値秩序、価値体系としての基本権、またはこれに類する概念にメスを入れることである。これらの概念の内実について、本稿では簡単な言及をしようとどまった(前述五2(d))。これらの概念について筆者は、別稿で簡単な検討を試みた⁽⁹⁷⁾。価値秩序またはこれに類する概念については、こんにちなお、未解決の問題が残されていることは否めない。しかしながら、私見では、①価値秩序等の概念について、これを合理的に説明しようとする注目すべき試みがなされていること、②縷々述べたように、本稿の立論が、価値秩序等の観念に直接に依拠するものではなく、直接には、その具体化された法的作用である保護義務を拠所としていること、をもって、この問題に一応の解答が与えられたものであると考える。

(b) 次に、間接適用説の「豊富な内実の回復」について、わたくしは、次のように考えている。間接適用説は、本来、「公序」説という言葉によって表現できるものではなかった。公序説という表現は、たしかに間接適用の主たる舞台の所在を示すものである。しかし、公序説という別称は、間接適用の内実を、特定の場合だけに切り詰める点において、三重の意味において不当である。

① まずこれは、契約外的侵害が間接適用説の守備範囲の外であるかのごとき印象を与える。

② 間接適用の手法は、方法的にみれば、いわゆる憲法適合的解釈の要請であるといえることができる。⁽¹⁶⁹⁾ すなわち、裁判官は、法律（及び私人間で締結された契約）の解釈に際して、憲法、就中、基本権に配慮し、憲法適合的、基本権適合的に解釈しなければならない、とするものである。私法規定の解釈に対して基本権が顧慮されるべきであるのは、一般条項についてだけではない。あえていうならば、およそ解釈の余地のあるすべての条項について、憲法への配慮が要請されるのである。⁽¹⁷⁰⁾ さらに、問題を契約的侵害に限っても、私人間の契約を「無効」とすることだけが憲法の趣旨に適合した解決法なのではない。⁽¹⁷¹⁾

③ 憲法（基本権）適合的解釈をさらに一歩すすめるならば、法の継続形成に対して、基本権の作用が肯定されることになる。間接適用説の側でも、例えばデューリッヒ⁽¹⁷²⁾は、裁判官による法の継続形成を通じて、基本権の適用に、すでに早くから言及していたのである。⁽¹⁷³⁾

私法関係に対する基本権の作用は、かりに私法の定立に対する基本権の直接的拘束を度外視したとしても、右にみたように、「間接」という字義の範囲に納まるものではない。⁽¹⁷⁴⁾ ある学説を間接適用説と呼ぶことがかりに不適切ではないとしても、次に、間接適用説という名称から逆方向に推論して、ある学説の内容を間接ということばの及ぶ範囲に限定してはならない。間接適用説の代表的論者であるデューリッヒの見解もまた、実は、字義どおりの意味の「間接」適用をこえていたのであり、いわんや、「公序説」と呼べるものではなかったのである。⁽¹⁷⁵⁾

(3) 最後に、私人間効力の問題は、基本権解釈論において、どれほどの独自性を有しているであろうか。これについてヘルメス⁽¹⁷⁶⁾は、「間接的第三者効力という一見独立した旗のもとで航行しているように見えるが、実は他の保護手段（例えば隣人保護的な行政法）と比して、特段の特異性を有しているわけではないのである」との診断をしている。

「間接適用説」という用語を、解釈学上の概念から学説史の領域へと引退させることが適切であるか否かはさておき、⁽¹⁷⁷⁾

私人相互の基本権の抵触という事態それ自体は、いわゆる行政法における三極(三面)関係、刑法による表現の自由と名誉権との調整等の場合においても等しく問題となることは確認されなければならない。保護義務は、これらの共通点を捕捉する一方で、法領域ごとの特殊性に応じた基本権保護の実現を求める柔軟性を有する理論である。本稿は、私法の領域に関してその理論的枠組みの提示を試みたにすぎず、詳細な検討はのちに譲らねばならない。しかし、以上の論述により、保護義務という視点のもとで、立法者及び裁判官の憲法上の義務という切り口から考察することが、私人間効力問題の再検討に有効なアプローチであることが示され、その結果、間接適用説についても、その再構成のための端緒が得られたものであると思われる。

(167) 小山「基本権の客観的側面をめぐる諸問題」比較法研究五三号一五二頁以下(一九九一)。

(168) とくど、小山(前掲注167)に引用のアレクシー(R. Alexy)「シハルツェンク(A. Scherzberg)」「シハテルン(K. Stern)の各文献を参照」。

(169) Stern, (前掲注27) S. 1556, 1578, 1583.

(170) カナリス(ACP 184, S. 201 [223])は、①必ずしも常に「適切な一般条項が存在するとは限らないこと」、②具体的規定が、まさに保護義務の要請として制定されている場合があること、を理由に、一般条項等に限定する見解を批判する。同旨 *Rüfener*, (前掲注41); Stern, (前掲注27) S. 1584. ただし、具体的規定については、競争禁止決定のように当該規定の合憲・違憲の問題として提起されるケースが多いであろうが。

(171) この関連では、就中、カナリスの論述を参照。 *Canaris*, ACP 184, S. 201 (232 ff.); ders., JUS 1989, 161 (164 ff.).

(172) 「価値欠缺の補充」がこれにまた。 *Dürig*, FS Nawiascky, S. 157 (179 ff.); ders., in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. III Rdnr. 133.

(173) わたくしは、法の継統形成が、本稿のとる見解の破綻を示すものであるとは考えていない。たしかに、法の継統形成においては、法解釈の場合とは異なり、民事裁判官は基本権を、より直接的なかたちで判断基準としてもちいるであろう。しかしこれは、基本権の名宛人の私人への拡張とは別の発想によって行なわれるものである。すなわち、この場合においても、基本権の名宛人は国の機関(裁判所)であり続ける。保護義務は、国の機関である民事裁判権を拘束し、裁判官は、この拘束を受

けとめて、法の継続形成と呼ばれる手法によって、私的人権侵犯に対処すべきことになる。

判例では、*Beschl. des BVerfG vom 26. Juni 1991, EuGRZ 1991, 380 (384)* を参照。そこでは、法律の留保に関する理論である本質性理論の適用範囲は国家と市民の関係が問題となる場合に限定されるとした上で、基本権主体相互間の関係については、「裁判所は、法律の定めが不十分である場合、実体的な法を、認知された法発見の手法を用いて、当該法関係の基準となる一般的な法的基盤 (*Rechtsgrundlagen*) から導出しなければならない」とされた。さらに、競争禁止決定を引用して、「このことは、ならに、たとえ憲法上の保護義務ゆえに、法律による規定が不可欠である場合にも当てはまることである」と述べられている。

(174) さらに、基本権の名宛人の拡張とは異なるかたちで、防禦権の直接適用を肯定することも、本稿の見解と矛盾するものではない。行政法学というところの私人に高権が囑託されている場合は極端な例であるが、国家の関与のありかたによっては、当該私人による私的人権侵犯が、国家の行為とみなされるべき場合があることは否定できないためである。ただしこのような場合は、もはや固有の私人間効力問題には属さないであろうが。

(175) 直接／間接という対概念は、私人間効力論議に関するかぎり、整理の利点以上に誤解を招きやすいものであるということ *ふじあーろ*。 *Rüfner*, (前掲注41) S. 215 (221); *Bender*, (前掲注55) S. 386 *も*また、この対概念の使用に注意を喚起する。

(176) *Hermes*, NJW 1990, 1764 (1768).

(177) 例えばカーナリス (*AoP* 184, 201 [228]) は、間接適用説という用語を学説史に隠遁させるべきであるとす。