

Title	「私人間効力」を論ずることの意義
Sub Title	Drittwirkung der Grundrechte?
Author	小山, 剛(Koyama, Go)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2009
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.1 (2009. 1) ,p.197- 210
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20090128-0197

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.

「私人間効力」を論ずることの意義

小 山 剛

基本権の私人間効力。森征一先生の卒業論文のテーマである。私人間効力は、最近の憲法学でも、様々な立場からの議論が続いている。その一方で、「憲法の私人間効力」論は、およそその役割を終えた」とする見解（君塚⁽¹⁾）も主張されている。

私人間効力論は、その役割を終えたのだろうか。

1 私人間効力論は、すでにかなり以前から、その役割を終えていたとも言える。

(a) 私人間効力として論じられてきた諸問題を憲法的に構成するにあたり、「私人間効力」あるいは「第三者効力」という論を展開することの意義については、すでに様々な論者が否定的な診断を下している。例えば、ヘルメス⁽²⁾は、「間接的第三者効力という一見独立した旗の下で航行しているように見えるが、実は他の保護手段（たとえば隣人保護的な行政法）と比べて、特段の特異性を有しているわけではない」としており、カナリス⁽³⁾は、「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べきであるとしている。すでにシユヴァーベ⁽⁴⁾が一九七一年に公刊した著書は、“Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte”と題するもので

あり、「いわゆる (sogenannte)」が付いていることからわかるように、私人間効力という問題設定自体に否定的であった。

ここで注目されるのは、私人間効力論の独自性の否定が、異なる基本権理論の陣営から唱えられていることである。ヘルメスとカナリスは、周知のように、基本権保護義務論から、私人間効力問題を再構成する。シュヴァーベは、帰責 (Zurechnung) の理論から、私人の侵害を国家の侵害へと読み替えることにより、憲法上の権利の直接適用を導く。

(b) このことからわかるように、私人間効力論に独自の意義を認めるか否かは学説分類の指標にさえならず、いわんや、独自性の否定によつて論争が終わるわけではない。独自性にこだわらなければならぬとすれば、それは、基本権の名宛人の第三者への拡張を主張する、直接適用説をとる論者だけである。⁽⁵⁾ 上述の基本権保護義務論、帰責の理論、さらに、無適用説は、私人間効力をより一般的な法理へと解消するものであるため、——それぞれ意図するところは異なるが——それぞれの一般的法理の応用として私人間効力問題を再定位すればよいのである。

では、君塚はどのような意味で「およそその役割を終えた」と主張しているのだろうか。彼の見解は、単純化すれば、私法規定の憲法適合性と民事判決の憲法適合性との間には質的差異がない、私法規定の解釈・適用と行政法・刑事法規定の解釈適用との間には差異がない、とするものであり、これに従うと、憲法が上位法であることと、憲法尊重擁護義務だけで説明が済むことになる。果たして、そのように単純な問題なのか。

2 君塚の見解は、私人間効力問題の法的構成にかかわる部分と、対立する権利・自由等の調整にかかわる部分から成り立っているが、以下では、前者のみを取り上げる。⁽⁶⁾

(a) 君塚の結論は、私人間効力の問題は「私人間紛争における裁判所による憲法の下位法令である私法の一般条項の合憲限定（もしくは拡張）解釈のこと」⁽⁷⁾であり、「通常の憲法解釈の延長にあるものだった」⁽⁸⁾というものである。

君塚はまず、私人間効力とは、被侵害者が裁判所という国家権力に対して、「憲法解釈によって侵害者の自由を制限するように求める場面の問題」であると整理し⁽⁹⁾、①憲法は国民同士を規律するものと読み、国民が他者に対する憲法尊重擁護義務を背負うかのごとき解釈は日本国憲法の解釈としてとりえないとして直接適用説を否定し、②「私法分野であれば、私人の行為を、裁判所が憲法の力を借りて覆せないとする理解は、憲法が法律の上位規範であるという基本構造を崩すものであり、憲法八一条を無視する結果となるため、採用できない」として、無効力説を否定する。無効力説は、「理論的に排除されるべきである」⁽¹⁰⁾とされている（傍点——小山）。

その理由として挙げられているのが、「私法の規定を裁判所が違憲と判断できる」ということである。裁判所は、私法規定を違憲無効と判断することができる。司法も刑事法や行政法と同じく憲法の下位法令であるためである。民法九〇条等の私法の一般条項もまた、法律である以上、憲法よりも下位であるが、その包括性・一般性ゆえに、それら一般条項が法令違憲となることはない。ここで生じる要請は、一般条項もまた違憲的に適用されるはならないという、ごく一般的なことである⁽¹¹⁾。

(b) 結局のところ、「最高法規性と違憲審査制度」を有する憲法のもとでは私法規定もまた違憲審査の対象となること、私人間効力とは、この場合に法令それ自体を違憲とするのではなく、行政法や刑事法について行われている合憲限定解釈と同様の憲法適合的解釈を私法規定に施すことによって、私法規定の違憲的適用を排除するというものである。

ところで、この限りでは、基本権保護義務論（あるいは、およそ間接適用説一般）をとる場合と、実質的には異

なる主張を含むものではない。間接適用の手法は、方法論的にみれば、いわゆる憲法適合的解釈の要請にほかならない。⁽¹²⁾ 裁判官が、法律の解釈・適用に際して憲法、特に基本権に配慮し、憲法適合的、基本権適合的に解釈しなければならぬのは当然のことであり、問題は、何が基本権適合的な解釈なのか（換言すれば、基本権は法解釈に対して何を要請するのか）である。保護義務論は、ここで防御権に加えて国（民事裁判官）の基本権保護義務を援用する。しかし、君塚は、「この結論〔君塚の結論——小山〕は、小山説のように、ドイツ流の基本権保護義務を承認することなしにも導き出せるし、また、なしとすべきである」とする。⁽¹³⁾ しかし、君塚の主張は、保護義務（という言葉を用いるかどうかはともかくとして）を観念することなしに成り立ちうるのだろうか。

3 私人間効力は、憲法の最高法規性および国の三権の基本権への拘束を確認するだけで基礎づけうるものではない。

(a) もともと、間接適用説は、裁判権もまた国家権力の一つであり、それゆえ、基本法一条三項により基本権に拘束されると解してきた。しかし、このことは、おそらく無効力説を含むすべての学説が共有する前提であるにとどまろう。各説の相違は、拘束の意味と範囲にある。

リユート判決は、「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——小山〕で基本権の影響をうける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拘束（基本法一条三項）の趣旨なのである」と説示していた。⁽¹⁴⁾ ポイントとなるのは、下線部分である。また、別の判決では、「民事」⁽¹⁵⁾ 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限りにおいて顧慮されるにすぎない」と説示されている。

要するに、デーリングの表現を借りれば、「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限りにおいてである。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」⁽¹⁶⁾。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、この規定から、私人の実体的法律関係に対して基本権が持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と性格が定まることになる。無効力説を前提とすれば、民事裁判官が拘束を受ける範囲は限られようし、直接適用説をとれば、(いかなる直接適用説をとるかにより範囲は異なるが)⁽¹⁷⁾基本権は当然に民事裁判権を拘束する。

(b) 同様のことは、違憲審査制を持つ憲法のもとで無効力説は論理必然的に排除されるのか、という論点にも当てはまる。

民法七三三条(女性の再婚禁止期間)や九〇〇条四号ただし書き(非嫡出子の法定相続分差別)が憲法一四一条一項に違反するかどうかについては争いがあるが、これらの規定が憲法を規準に違憲となりうることについては争いがない⁽¹⁸⁾。対立が生じるのは、九〇〇条四号ただし書きについていえば、一定不変の形態がない相続制度の具体化に際して立法者に認められる広い裁量の余地を強調するか、それとも、非嫡出子差別であることを強調するかどうかであり、任意規定であることは論点となりえても、およそ私法規定は憲法の拘束を受けないという主張は成り立たないであろう。ドイツでは、「民事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持つのではない。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持つにとどまるのである」⁽¹⁹⁾とする見解もないわけではないが、通説は、民事の立法が、公法、刑事法の立法と同じく、基本権に直接に拘束されると解している⁽²⁰⁾。

しかし、ここでもやはり、無効力説と違憲審査制は、共存しうる。(たとえ任意規定であれ) 法律自体が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一と定めるのと、私人 A が遺言により非嫡出子 B の相続分を嫡出子 C の相続分の二分の一と指定するのでは、質的に異なる。立法者は基本権の名宛人であり、基本権によって直接に拘束されるが、私人 A は、基本権の拘束を受けないためである。そして、私人 A が基本権による拘束を受けられない以上、この事案には基本権が妥当せず、したがって、民事裁判官は基本権を顧慮しなくてよい、という結論が生じうる。(c) 仮に、私人間効力問題は私法規定の合憲限定(拡張)解釈であるとしても(このこと自体は私見²¹も強調してきたことである)、無効力説が論理必然的に排除されることにはならない。無効力説においても、民事裁判所が契約内容に介入し、あるいは、名誉毀損訴訟において表現者の自由に制約を加えるのは、単純な防御権の事例として、憲法問題となる余地があるためである。

最高裁の三菱樹脂事件判決²²の説示には、二つのポイントがある。その第一は、次のものである。

① 私人間において事実上の支配関係が存在する場合においても、それは単なる社会的事実としての力の優劣の關係にすぎず、権力の法的独占の上に立つて行なわれる国や公共団体の支配とは性質が異なるため、これに「憲法の基本権保障規定の適用ないしは類推適用」を認めることはできない。

② 私的支配関係において個人の自由・平等に対する具体的な侵害やそのおそれがある場合には、「これに対する立法措置によってその是正を図ることが可能であるし、また、場合によっては、私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存する」。

周知のように、これは、直接適用説を否定し（説示①）、間接適用説をとった（と読める、あるいは、読まれてきた）個所である（説示②）。しかし、続いて、最高裁は次のように説いている。

③憲法は、思想、信条の自由や法の下の平等と同時に、「二二条、二九条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇備するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、……原則として自由にこれを決定することができるのであって、企業が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもって雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法と」したり、直ちに民法上の不法行為とすることはできない。

問題となるのは、第二のポイント、すなわち、説示③が、間接適用説を前提としなければ成り立たないのかどうかである。おそらく、説示③は、無効力説とも、「新」間接適用説を含むあらゆる間接適用説とも、理屈としては接合するであろう。⁽²³⁾なぜなら、本件は、（雇い入れであるとすれば）企業者の契約自由に対して裁判所が干渉を加える事案だからである。

(d) このように考えると、君塚説には、欠落している部分（あるいは、明示されていない前提）があることになる。刑法二〇〇条が違憲となったのと同様、民法九〇〇条四号ただし書きも憲法判断の対象となる、私法規定が法令違憲となりうる以上、裁判所は（可能であれば）合憲限定（拡張）解釈を施すことができる、この合憲限定（拡張）解釈こそ基本権の間接適用に他ならない、という論理は、事柄の半分しか説明していない。

民事の名譽毀損訴訟において裁判所が、Yに対して損害賠償を命じたとする。この民事判決は、Yの憲法上の

権利としての表現の自由に対して制限を加えたことになるか。制限を加えたことになるであろう。この裁判と、刑事事件において裁判所が Y を刑法二三〇条違反で有罪とする裁判との間には、その限りで差異がない。民事裁判所が、Y (企業者) が「労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求めること」を違法とすれば、その判決は、Y の契約自由を制限したことになる。裁判所は、民事であれ刑事であれ、国家からの自由としての Y の防御権に拘束されることに変わりはない。

では、同じことは、X の請求を棄却した場合に、X との関係においてもいえるのであろうか。X の請求を棄却した民事判決は、Y の表現の自由、契約自由を制限しなかった(尊重した)というだけであり、X の防御権としての基本権を制限したことにはならない。基本権の内実が防御権に尽きるとすれば、民事裁判所は、X の基本権には拘束されない。換言すれば、裁判所は X との関係では、合憲限定(拡張)解釈を求められるものではない。このような帰結を回避し、X との関係においても民事裁判所に合憲限定(拡張)解釈を求めらるのであれば、X の基本権について、防御権を超えた内実を付与せざるを得ない。

(e) 立法者が刑法二三〇条の二を削除すれば、憲法に違反する可能性が生じる。表現の自由という憲法上の防御権に対して、過剰な制限を加えるためである。では、刑法二三〇条自体を削除した場合にはどうか。防御権としての基本権を前提とする限り、憲法違反の問題は生じない。立法者は、個人的名誉を刑法によって保護することができる。しかし、それは、刑法によって保護しても憲法二一条に違反しないというだけのことであり、刑法によって保護すべき憲法上の義務がある、という意味ではない。Y の基本権を制限しうるかという問題と、X を保護すべき憲法上の義務があるのかという問題は、まったく別である。

刑法二三〇条の削除も憲法問題となりうると考えるのであれば、ここでも防御権を超えた基本権の内実を想定せざるを得ない。

4 その内実とは、基本権保護義務に他ならない。しかし、君塚は、保護義務論を援用すべきではないと言う。

(a) 保護義務論に対する君塚の批判は、次のものである。⁽²⁴⁾①保護義務の内容はいまいであり、保護の上限・下限が画定できるのか疑問である。②(私見に対してではないが)リベラリズムはそもそも定義できるのが問題となる。また、私権の調整原理として私的自治、憲法二三条に多くを頼っていることに加え、その前提とする一般的自由説という一三条理解にも疑問がある。③基本権保護義務は、「国家による自由への干渉と脅威になる危険性を有して」おり、日本国憲法の解釈論として承認されるかにも疑問がある。自由の本質を変質させてしまうという直接適用説批判は、「小山説にも向けられる結果にもなろう」。日本国憲法から保護義務が発生するというメカニズムは、まだ明らかになっていない。防御権侵害であるのか保護義務違反であるのか、峻別困難なことも多い。④基本権保護義務を援用しなくとも、「小山説・山本説は成り立ちえないとも限らない」。

(b) これらの批判には、後述のように保護義務についての若干の誤解が含まれているようにも感じられるが、見過ごされがちな点についての有益な指摘も含んでいる。契約関係において保護義務は何を保護するのか、という問題である。

堕胎判決においては胎児の生命が保護され、原子力発電所や空港との関連では、周辺住民の生命・健康が保護の対象であった。⁽²⁶⁾不法行為法の事案でも、何が保護義務によって保護されるのかは明白である。表現の自由の制限によって保護されるのは被害者の名誉・プライバシー等の人格権であり、営業の自由の制限によって保護されるのは、たとえば生命・健康である。しかし、契約関係に対して保護義務を適用するに際しては、それは契約自由か、それともそのつどの基本権か、という問題が生じる。⁽²⁷⁾①生命・健康等と異なり、私的自治は法制度によって構成された自由であるため、自然的自由の保護ではあり得ず、②法制度によって構成された自由の保護という

理解についても、契約自由の保護が契約自由の制限を要請するという、奇妙な帰結がもたらされる。③従って、契約によって処分される基本権法益が、保護の客体であると解されることになる。

つまり、契約関係において保護義務は、契約自由それ自体を保護するのではなく、個別の基本権法益を保護する。

(c) 君塚は、上述のように、「ドイツ流の基本権保護義務」は不要だとするが、その理由を次のように説明する。⁽²⁹⁾

「例えば、集会の自由からデモ行進を警察によって保護してもらう権利、学問の自由から国家による財政的援助を求める権利などが日本国憲法上導き出されるか否かは不明であるが、三面構造において、裁判所は、あるときに被侵害者の憲法上の権利を守るため、侵害者の自由を認めている法令を制限することになるのは避けることができないであろう。その限りにおいて、確かにある種の国家保護義務とでもいうものは発生する。だがそれは、人権各々で異なるものが発生すると説明すればよいのであって、憲法一三条などを根拠に、人権一般を根拠とするまで広げるべき性質のものではなからう。日本国憲法は、第一義的には、国会や内閣、裁判所などに対し、各基本的人権に触れないような立法・行政・司法を命じているが、それをあえて保護義務と呼ぶべきでもあるまい。特に、それは自由権については言える。一般的に国家には人権保護義務があると考えて、そこから全てを解決しようとすることは、究極的には個別的人権条項の存在価値を没却させることに繋がり、賛同できないものである」。

このようにみると、君塚は、「ある種の国家保護義務とでもいうもの」については否定的でなく、「ドイツ流の基本権保護義務」に対してだけ否定的であるのかもしれない。ただし、そこには、若干の誤解が含まれている。「憲法一三条などを根拠に、人権一般を根拠とするまで広げるべき性質のものではなからう」とする指摘、「一般

的に国家には人権保護義務があると考えて、そこから全てを解決しようとすることは、究極的には個別的人権条項の存在価値を没却させることに繋がる」との指摘は、いずれも、保護義務論の一つのバリエーションではありえても、保護義務論にとつての論理必然ではない。³⁰ 少なくとも、連邦憲法裁判所は、基本権保護義務は生じるかどうかという問題を、個々の基本権ごとに慎重に検討しているのである。³¹ 連邦憲法裁判所は、今までに特定の基本権について保護義務の成立を明示的に否定したことはなく、通説も、基本権保護義務は基本法二条二項を中心としつつも、生命・健康に限られることなく適用されると解しているだけのことであり、基本権保護義務の意義は、それぞれの基本権の性質に応じて定まることになる。

基本権保護義務は、原理的には、(防御権と同じく)およそ第三者によつて侵犯されうる基本権法益全般について成り立つ。その意味で、個別の基本権に限った解釈論ではなく、基本権の総論として論じられるべきものである。しかし、保護義務の具体的要請の内実は、個別の基本権ごとに、また、事案の特殊性を踏まえて考察されることになる。

5 以上のことから、私人相互間の法関係において基本権保護義務がいかなる場合に具体的な介入・救済の義務を民事裁判官に課すのかは、一概に答え得るものではないことが分かる。重要なのは、憲法は私人相互の紛争について特定の結論を指示するものではなく、憲法の適合した結論および論証の上限および下限を画するにすぎないということである。³³ この点について、君塚説は、私見と異なるものではないと思われる。唯一残る問題は、君塚説は、保護義務論を本当に必要としないのか、という点である。³⁴

私人間効力が特殊な問題だと考えられてきたのは、その手法の正体が合憲限定(拡張)解釈だと気付かなかつたため(だけ)ではなからう。保護義務という、もう一つの部品を発見できなかったためでもある。

- (1) 君塚正臣『憲法の私人間効力論』(二〇〇八年) 五三六頁。君塚が批判する私見については、小山剛『基本権保護の法理』(一九九八年) 二二二頁以下を参照。
- (2) G. Hermes, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?, NJW 1990, 1764(1768).
- (3) C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, S. 201(228).
- (4) J. Schubbe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971; ders., Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977. 紹介として、木村俊夫「シュワーベの基本権効力理論」九大法学四〇号(一九八〇年)。
- (5) 直接効力説の再構成を試みるものとして、三並敏克『私人間における人権保障の理論』(二〇〇五年) が注目される。なお、三並は、私人間効力は基本権保護義務の一部と捉える私見を「私人間効力説を超えた立論」と位置づける。
- (6) 「衡量」については、二重の基準をそのまま使えばよいとする。君塚(前出注1) 二六三頁など。
- (7) 君塚(前出注1) 二六二頁。
- (8) 君塚(前出注1) 二七一頁。
- (9) 以下を含め、君塚(前出注1) 二五八頁以下。
- (10) 君塚(前出注1) 二五九頁。
- (11) 君塚(前出注1) 二六〇頁以下。
- (12) K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1998, S. 1556, 1578, 1583.
- (13) 君塚(前出注1) 二六五頁。
- (14) BVerfGE 7, 198(205). ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(二〇〇三年) 一五七頁(木村俊夫) 傍点は小山。
- (15) BVerfGE 73, 261(269). ドイツ憲法判例研究会編(前出注14) 四七頁(清野幾久子)。
- (16) K. Doehring, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., 1984, S. 209.
- (17) 三並(前出注5) 三五六頁以下は、「企業権力からの自由」を切り口とする。

- (18) 最大決平成七・七・五民集四九卷七号一七八九頁。
- (19) *F. O. Kopp, Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts, Festschrift für Wilburg, 1975, S. 141(149).*
- (20) シュテルン、カナーリスなど。詳しくは、小山(前出注1)二二六頁以下を参照。
- (21) 小山(前出注1)二五七頁以下。
- (22) 最大判昭和四八・一二・一二民集二七卷一一号一五三六頁。
- (23) もとより、理屈としてはであり、「企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも」違法ではないという点については評価が分かれよう。
- (24) 君塚(前出注1)二〇二頁以下。
- (25) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(二〇〇〇年)、同「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(一) (二・完)」京都大学法学論叢二二三卷四号一頁、五号一頁(一九九三年)が批判の対象となっている。
- (26) BverfGE 39, 1(ドイツ憲法判例研究会編「前出注14」六七頁「嶋崎健太郎」)、E88, 203(ドイツ憲法判例研究会編「ドイツの憲法判例Ⅱ(第二版)」[二〇〇六年]六一頁「小山剛」)、E56, 54(ドイツ憲法判例研究会編「前出注14」七八頁「松本和彦」)、E49, 89-Kalkar(ドイツ憲法判例研究会編「前出注14」三六九「高田敏」)。
- (27) この点に(別の関心から)言及しているのが、*M. Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 145 ff.*である。詳しくは、小山剛「基本権の内容形成」(二〇〇四年)一五八頁を参照。
- (28) この概念については、小山(前出注27)一五〇頁以下、同「人權と制度」西原博史編『岩波講座憲法』二 人權論の新展開』(二〇〇七年)六六頁以下を参照。
- (29) 君塚(前出注1)二六五頁。
- (30) ちなみに、防御権についても、比例原則が個々の基本権条項の意義およびそれぞれの基本権に付された制限条項の意義を没却するという批判があったが、実際には、そうはならなかった。
- (31) BverfG, Beschluss v. 26. 5. 1998, NJW 1998, 3264(ドイツ憲法判例研究会編「ドイツの憲法判例Ⅲ」(二〇〇八

年) 三三三頁 (清野幾久子)。

(32) K. Stern, (前出注 12) S. 943f.

(33) 契約法の分野では、私的自治が「各人の自己決定のための条件が現実にも存在すること」を前提としていると説き、さらに連帯保証決定を引用して、きわめて一方的な契約上の負担と顕著な交渉力の不平等から「契約関係において一方の当事者が契約内容を事実上、一方的に決定できる」ことが見てとれる場合には、法は、自己決定が他者決定に転化しないように介入しなければならないとした夫婦財産契約判決が参考になろう。BVerfGE 103, 89(100f.). この判決については、小山 (前出注 27) 一六〇頁以下、ドイツ憲法判例研究会編 (前出注 31) 二三七頁 (古野豊秋) 参照。

(34) 保護義務を前提とするならば、保護義務違反を防御権侵害として再構成することも (その必要性はともかく) 理論的には不可能ではない (例えば、ムースヴィークのように)。しかし保護義務を前提としない限り、君塚説には、「問題は、私人間に人権が及ぶものと憲法自体が想定しているかどうかである。憲法が私法を規律することから、人権の効力が私人間に及ぶことが自動的に出てくるわけではない」という批判 (駒村圭吾「基本権保護義務と私人間効力論・再訪——権力・自由権・公法私法二分論」法学教室三三六号「二〇〇八年」五九頁) がつきまとうことになろう。