HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	憲法は私法をどこまで縛るのか ： 憲法の優位と私法の独自性
Author(s)	小山, 剛
Citation	新世代法政策学研究, 11, 23-41
Issue Date	2011-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45690
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP011_002.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

憲法は私法をどこまで縛るのか
――憲法の優位と私法の独自性

小　山　　剛

1　憲法と私法の交錯

憲法と私法ですが、この２つがまったく別の法領域であるとしますと、抵触・矛盾の関係は生じないことになります。瀬川先生の報告書にも書いていますように、基本的には憲法の方が私法の領域に侵食していき、その結果、憲法と私法との衝突が生ずるようになった。その場合に、やはり憲法は取りあえず国の最高法規ですから、憲法が優位する、ということはいえるでしょう。

他方で私法も、独自性・自律性が非常に強い法秩序であることは確かなわけです。従って、本来国家と国民の垂直関係で妥当したはずの憲法の論理が、どこまでこの私法の論理を修正し、あるいは私法の独自性を縛る、あるいは枠ではめるのかが問題になるわけです。

ところで、この憲法と私法のぶつかり方には、いくつかのタイプがあり、区別が必要です。まず、衝突の次元として、憲法と私法規定それ自体の関係が問題となり、典型的には私法規定自体の合憲性が争われる場合と、私人間効力のように、私法規定の解釈・適用に対する憲法の関与が問題となる場合とに分けることができます。これとは別に、憲法論としては、防御権の問題なのか、平等の問題なのか、保護義務の問題なのか、といった具合に、規準となる憲法上の権利の作用に応じた区別が必要となります。以下、レジュメに従ってお話します。

私法規定それ自体との関係として最初に挙げたのは、防御権、つまり、「国家の介入からの自由」が規準となる場合です。この防御権と私法規定

のぶつかりとして、例えば証券取引法、消費者契約法についての最高裁判例がありましたが、再婚禁止期間も、憲法24条の婚姻の自由に対する制限と考えますと、防御権の問題として構成することができます。次に、平等と私法ですと、非嫡出子の法定相続分差別、再婚禁止期間などなどが典型となります。

他方、「民法上の規定あるいは民法上の基本原則が基本権と同化」した場合というのは、森林法事件を念頭に置いたものです。これは、民法の基本原則である単独所有というものが、憲法29条の財産権の中身としていわば取り込まれて、森林法の規定が結局、形の上では憲法29条ですけれども、実質的にはこの民法の基本原則に照らして、必要性、合理性がないために違憲になったという事例です。

最後に、憲法と私法規定の解釈・適用ですが、いわゆる私人間効力の問題として、多くの事例があるのはご存知のとおりです。

２　防御権・保護義務・内容形成

２－１　防御権

確認も含めて、まず防御権が、いわゆる自由権的基本権の第１の内実であることについてお話しいたします。

リュート判決というのは、私人間効力のリーディングケースになった、1958年のドイツ連邦憲法裁判所の判例です。この中で連邦憲法裁判所は、《疑いなく基本権は、第一義的には各人の自由な空間を公権力による侵害から保護するためのものである》と明言しています。基本権は国家に対抗する市民の防御権であり、このことは基本権理念の精神史的発展からも、各国憲法に基本権が導入されるに至った歴史的経緯からも明らかであるといっております。

最高裁の三菱樹脂事件判決も、同じような言い回しをしています。憲法19条、14条の規定は、その他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して、個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もっぱら国または公共団体と個人との関係を規律すると。このことは、基本的人権なる観念の成立および発展の歴史的沿革に徴し、かつ憲法における基本的規定の形式、内容にかんがみても明らかであると。

この防御権の名宛人ですが、当然に国の三権を拘束することになります。三権を拘束するということは、国会が制定する以上、私法の規定についても直接に防御権違反が問われうることになります。また、民事裁判所の判決も、国の三権を拘束する以上は、防御権に違反しないかどうかが問題となりうるわけです。

防御権との関係で民事裁判所の判決が問題になる場面というのは、いわゆる私人間効力という名の下に議論されてきた場面とは違いまして、例えば名誉毀損で差止めの請求があり、裁判所が差止めを認めてしまい、それによって表現の自由が制限されたという場合がこれに当たります。単純に表現の自由の防御権的側面が問題となるわけで、私人間効力が念頭に置いているような場面とは違うということです。

国の三権を拘束するということは、別の言い方をしますと、私人は拘束しないということでもあります。私人は名宛人ではないということですから、ステイトアクションまたは直接適用説を採らない限りは、私人を相手取って防御権としての基本権を主張することはできないことになります。

私法とのかかわりを確認しておきますと、防御権は国民の権利、自由を過剰に制限する私法規定を違憲として排除する。平等原則でいきますと、平等原則に反した私法規定を違憲として排除する。保護義務は、具体的な訴訟の場面で、被害者Ｘの請求を認容して、加害者Ｙの権利、自由を過剰に制約する民事裁判所の判決を、違憲として排除する。先ほどお話ししたような例です。

この防御権違反の審査については、ドイツでは３段階審査と呼ばれる審査手順が確立しています。これはどういうものかというと、①例えば21条の表現の自由であれ、22条の職業の自由であれ、ある憲法上の権利が、そもそも何を保障範囲としているのか、②その保障範囲に対してどのような制限が加えられているのか、③その制限は正当化できるのかという、３段階で審査するという手順です。この、制限が正当化できるのかというところで、比例原則を使って審査するというのが基本的な図式になっています。

この防御権が問題となる場合には、いわゆる立法裁量、あるいは少なくとも広い立法裁量は、基本的には生じないということになってくると思います。

２－２　基本権保護義務

次に、基本権保護義務についてです。基本権保護義務の特徴は、「法的３極関係」であるとされます。先ほどお話しした防御権ですと、国があって私人があってという垂直の、２つの主体の対立という構成をとるわけですが、保護義務の事案では、国と私人Ａ、私人Ｂという、３つの主体が登場するという違いがあります。そして私人Ａと私人Ｂは、片方が加害者、片方が被害者という関係になります。

1975年のドイツ連邦憲法裁判所の第１次堕胎判決で問題になったのは、人工妊娠中絶ですが、この場合には加害者として想定されているのが、中絶を行う妊婦です。被害者として想定されているのが胎児だということになります。あるいは名誉毀損ですと、加害者が例えばマスコミであって、被害者がそれによって報道被害を受けた人となります。

国はここでどういう義務を負うかといいますと、加害者との関係では、先ほどお話しした防御権の関係が成立します。妊婦に自己決定権があるとすれば、それを過剰に制限してはならないことになりますし、マスメディアの表現の自由を過剰に制限してはならないということです。

これと並行して、被害者と国との関係を考えなければなりませんが、ここで登場するのが保護義務です。保護義務はこの場合に、国に対して作為義務を課します。つまり、被害者、例えば胎児や報道被害者に対して、国は最低限度の保護を与える義務を負うということです。これも立法レベルですと、その被害者を保護する立法を制定せよという、立法義務になってきますし、民事訴訟ですと、一般条項の解釈・適用を通じて、適切に被害者の保護を図れという、そういった要請として出てまいります。

この保護義務の根拠ですが、これは実のところよく分かりません。先述の第１次堕胎判決が保護義務のリーディングケースなのですが、そこでは、「あらゆる人間、生命を保護すべき国の義務は、それ故ただちに［ドイツ］基本法２条２項１文から直接に導き出される」と説示されています。この２条２項１文は、生命の不可侵を保障するものですが、これは、もともとは自由権で、国が生命を奪ってはならないという規定です。この規定から、保護義務が当然に導き出されるわけではないのです。この、「それ故」というのは「何ゆえ」なのかですが、それを示す文章が見当たらないのです。従って、要はまったく実質的な説明をせずに、「それ故」という言葉で保護義務を導き出してしまっていることになります。

この判決は、続いて、「保護義務はさらに基本法１条１項２文の明文の規定からも生ずる」と説いています。１条１項は、人間の尊厳です。１条１項１文で、「人間の尊厳は不可侵である」とうたっていて、次の第２文で、「これを尊重し保護することは、すべての国家権力の義務である」としています。この２文には、「尊重し保護する」、の「保護」という言葉がありますので、それでとりあえずこの保護という言葉に引っ掛けて、基本権保護義務を導き出していると言うことができるかもしれません。

ところで、日本国憲法の13条には「保護」という言葉が入っていませんので、どうするのかという問題が生ずるんですけれども、今日は深入りしないようにしたいと思います。ちなみに、ドイツのベッケンフェルデという、著名な憲法学者で、かつ憲法裁判所の判事だった方がいらっしゃいますが、ベッケンフェルデ教授に日本国憲法のドイツ語訳を見せて、ここから保護義務が出てくるかと聞いたら、しばらく考えた後、これは無理だとおっしゃいました。要は、ドイツの場合には保護という言葉があるけど、日本国憲法には最大限に尊重する、としか書いていないということです。

次に保護義務の名宛人ですが、防御権と同じく、国の三権になります。従って、立法との関係であれば立法義務という形になりますし、行政との関係では、特に警察介入請求権という言葉で知られるかもしれませんが、もう少し一般化すると、規制権限行使義務や行政介入請求権の話となります。また、私法規定の解釈・適用に際しても、当然民事裁判所を拘束することになります。

他方で、保護義務は私人を拘束するものではありません。これはどういうことかといいますと、保護義務は国と被害者との間の法関係であり、加害者・被害者間の法関係ではないということです。

私法とのかかわりですが、被害者Ｘに過剰に受忍を強いる私法規定が存在する場合に、これを違憲として排除する、あるいは、被害者Ｘを保護する規定が存在しない場合に、その規定の立法義務という形で表れることになります。もっとも、一般条項がありますので、後者すなわち立法不作為による違憲が実際に問題となる場面は、ほとんどないといってよいでしょう。実際には、私人間効力、特に一般条項の解釈・適用の問題となり、被害者Ｘの請求を棄却して加害者Ｙの権利・自由を優位させた民事判決の保

護義務違反が問われることになるでしょう。

今申し上げた保護義務という構成は、不法行為法にはわりとすんなりとはまる説明ですけれども、契約法にも応用可能かどうかについては、ドイツでも若干議論があります。ただし通説、さらに連邦憲法裁判所は、契約法の領域にも保護義務を援用しております。

この保護義務違反の審査手法は、防御権の場合とは顕著に異なります。立法義務の場合ですと、必要最小限度の保護を提供したかどうかという、下限だけが審査されます。そして、例外的に厳格な審査密度が採られたこともないわけではありませんが、通常は、明らかな立法不作為、あるいは明らかに不十分な水準の立法の場合に限って違憲にするという、「明白の原則」という緩やかな審査密度が採られます。別の言い方をしますと、立法府の裁量が非常に広く認められているということです。

２－３　基本権の制限と内容形成

次に、「基本権の制限と内容形成」に進みます。憲法21条は表現の自由を保障し、22条は職業の自由を保障しておりますが、何がここで保障される「表現」であり、何が「職業」なのかは、憲法の次元で定まります。もちろん、ある行為が「表現」の自由に含まれるのかについて対立する場合もありますが、いずれにせよ、下位の法規範である法律や命令を参照して表現の自由の保障範囲が決まるのではありません。法律は、憲法が保障するある一定の行為または利益に対して、制限を加えるという関係になるわけです。

例えば、刑法230条は憲法上の表現の自由に制限を加えるのであり、刑法230条から憲法上の表現の自由が定まるのではない。弁護士や薬剤師になるには試験に合格して資格を取得しなければなりませんが、憲法が保障するのは単に資格をとる自由ではなく、必要性・合理性のない資格制度からの自由も保障に含まれます。法律は、本来憲法が保障している部分を切り詰めていくといいますか、カットしていくという関係になります。

ところが、一部の憲法上の権利については、憲法からだけでは保障の対象がそもそも明らかにならないと言うことができそうです。その典型は29条が保障する財産権です。29条１項の財産権の保障には、２つの意味があるといわれており、その１つは、各人が持っている個別具体的な財産権で

す。では、その個別具体的な財産権とは何なのかいうと、これは憲法29条からだけは明らかになるものではありません。21条の表現の自由が何を保障するかは憲法の次元で定まるけれども、財産権の場合には、民法その他の私法上の規定、さらには公法上の規定も含めて、これらの法規範の結果として各人に帰属するもの、それが29条１項の個別具体的な財産権だと言わざるを得ないわけです。

そうしますと、この場合には民法をはじめとする法律は、29条１項の財産権を制限しているというよりも、29条１項の保障する、各人に帰属する具体的な財産権とは何なのかを、初めて定義しているといいますか、つくり出しているという関係に立つことになります。

先ほどお話しした防御権は、憲法の次元ですでに存在する、何かあるものが侵害された場合にしか意味を持たない。しかし財産権については、その「何かあるもの」が、民法等々によって初めて生ずるわけですから、そのような民法等々の規定を、憲法上の財産権に対する侵害ととらえることはできないということになります。このような考え方は、比較的最近のドイツでは、「内容形成」という言葉で説明されています。内容形成とは、中身をつくり出す、あるいは中身をつくり上げていくという、ドイツ語だとアウスゲシュタルトゥング（Ausgestaltung）という言葉です。ゲラーマンという学者によりますと、内容形成という特徴が見られる権利として、所有権のほかに婚姻、契約、団結の自由などが例として挙げられております。見れば分かりますように、そのうちのいくつかは、日本でも制度的保障、または法制度保障という言葉で呼ばれてきた権利です。

先ほどの防御権の場合ですと、原則は自由であり、例外的に法律による制限が許されるという、原則と例外の関係を観念することができます。自由が原則であって制限は例外として許されるという以上、制限の目的は正当でなければならず、手段は目的達成のために合理的かつ必要でなければならない。従って、比例原則で審査される。ところが、ただいま挙げました内容形成が当てはまる憲法上の権利については、そのような原則、例外の関係がそもそも観念できないわけです。

日本の憲法学説も、29条１項の財産権について、個人の具体的な財産権に加えて、制度的保障または法制度保障を含むと説明してきました。制度の核心領域を侵さなければよいという、非常に緩やかな基準を立ててきた

わけです。内容形成という発想とは異なるのかもしれませんが、この説明には、財産権や婚姻の自由については、先ほどの原則、例外関係、防御権的な図式が成り立たないということが、暗黙に含意されていたのだと思います。

この内容形成という言葉自体は、連邦憲法裁判所の判例では種々の意味で用いられておりますが、先ほど言話ししたような意味での講学上の意味での内容形成論が確立したのは、それほど古いことではありません。ただ、同じ趣旨のことは別の表現で、かなり前からいわれています。比例原則について教授資格請求論文を書いたペーター・レルヒェという著名な憲法学者がおりますが、彼は、基本権と法律の関係をいくつかの類型に分類して、防御権が妥当する基本権制限的規範とは別に、基本権をプレーゲン（prägen）する規範という類型を立てました。プレーゲンとはコインを鋳造するという、そういうときに使う、鋳造という言葉がありますが、基本権を鋳造する規範といった意味のカテゴリーを立てて、そうした違いを明確に意識しておりました。

内容形成と私法とのかかわりですが、典型的には財産権のような権利につき、私法上の法制度はどうあるべきかという、法制度形成の指針を提供し、同時にその限界を指示することになると思います。

従って、憲法の優位と私法の独自性の関係ということで言えば、防御権の場合には単純であるが内容形成になると、憲法が私法の中身を取り込む形となるため、そう単純な形ではない、複雑なものとなります。

3　若干の憲法判例の読み解き

3－1　非嫡出子法定相続分差別

いくつかの憲法判例を取り上げますが、非嫡出子の法定相続分差別は、平成７年の大法廷のものです。この事案について、「実体的な基本権はない」、「憲法上の原形もない」、嫡出子、非嫡出子の差別ですから、「平等原則は関連する」という仕分けをしておきました。

この「実体的基本権がない」というのはどういう意味かといいますと、被相続人からしますと、財産権の処分の最終段階なわけですから、29条１項の保障が及ぶことになると言えるでしょう。しかし、相続人については、

そもそも基本的には、憲法29条の保障範囲に含まれないと言うこともできると思います。つまり、あるじが亡くなり、宙に浮いた財産をどうやって配分するのが合理的かというだけの問題であって、実体的な基本権は観念し得ないか、し得たとしても、ずいぶん技法的な形で観念することになるのではないかと思います。

次の、「憲法上の原形なし」というのは何かといいますと、相続制度の形態には歴史的、社会的に見て種々のものがあり、典型的な、あるいは普遍的な相続の仕組みなのかというのは存在しないということです。したがって憲法上も、これがあるべき相続の仕組みだということを観念することはできないという、そういう意味です。

憲法上の原形がないわけですから、最高裁は、広い立法裁量を認めることになります。現在の相続制度は家族をどうやってとらえるのか、あるいは婚姻ないし親子関係に対する民法などの規律、そういったものを離れて定めることはできないわけで、そういった種々のことを考慮しながら立法府が決めていきなさいということです。

これを前振りとして、次に、わが国における婚姻ないし親子関係についての具体的規律――民法739条等々を引っ張ってきているわけです。法律婚を採っていること、そして一夫一妻制を採用していること。民法が採用するこれらの制度は憲法に違反するものではないと。これは要するに、相続の仕組みを考えるに当たって、立法府は、憲法上何も原形がないわけですから、いわばこの真っ白な紙に自由に絵を描くことができるわけです。ただし、そのときに当然、日本で家族関係はどうやって規律されているものかというのは、念頭に置きながらやっていくことになるでしょうから、この白い紙の中のどこかに１カ所、基点になるような点をぽんと打つわけです。それが民法の定めている法律婚主義や一夫一妻制ということになります。続いて、その最初に打った基点から、法律婚主義の中に入ってくるものと、外に出るものの間の境界線を引いていくわけです。法律婚主義を前提にして、そこから相続の仕組みを考えていくと、法律婚主義の中にいる人と外にはみ出てしまう人が出てくるわけです。非嫡出子は法律婚主義の外にはみ出てしまう人なわけです。ですから理屈の上では、法律婚主義の中にいる人同士の間で差別が生ずるのはおかしいけれども、法律婚の中にいる人と外にいる人の間で差別が生ずるのは当たり前だということに

なります。

要は法律婚主義を出発点にして、内と外を区別するわけですから、これは結局、非嫡出子は全然縁もゆかりもない、隣の子供とまったく同じ、そういう扱いとなります。最高裁は、900条４号ただし書きは嫡出子の立場を尊重するとともに、非嫡出子の立場にも配慮して、要するに２分の１の法定相続分をあげることによって、非嫡出子を保護しようとしたものであると説示しています。この説示は、法律婚主義を基点にした内と外の区別からのみ説明できることであり、非嫡出子は、嫡出子と同額ではなく、ゼロがベースラインであり、それではかわいそうだということで２分の１をあげたという、それがこの決定の論理だということになります。

３－２　選挙運動の便益の較差（参考）

民法からは離れますが、憲法上の原形がないことを理由とした緩やかな審査は、選挙制度についても見ることができます。衆議院・参議院の一票の較差、衆議院小選挙区選挙での選挙運動の便益の較差、重複立候補が候補者届出政党の候補者しか認められていないことなど、最高裁の多数意見は、先ほどの非嫡出子法定相続分差別と同じ枠組みで審査をしています。

すなわち、代表民主制の下における選挙制度には論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけではなく、従って、選挙の仕組みをどうするかは、国会の広い裁量に委ねられている。次に、選挙の仕組みを考えるに当たって、国会は白い紙に何か基準になる点を打つわけですが、今回の場合には人物本位ではなくて政策本位、政党本位の選挙制度である。政策本位、政党本位の選挙制度は、国会が正当に考慮し得る政策的目的ないしは理由によるものなのだから合憲であると。これは先ほど言った、法律婚主義は憲法24条に反しないという説示に対応する部分です。そして、候補者と並んで候補者届出政党にも選挙運動を認めることが是認される以上、それに属する候補者と属しない候補者の間に差が生ずるのは当たり前のことである。政策本位、政党本位で選挙の仕組みを考える以上、その中に入る人と、外に出る人と、同じ候補者でも２種類の候補者が出てくるのは当たり前の帰結で、両者の間で差異が生ずるのはやむを得ないところであると。差異が生ずるのは当たり前だという前提で審査するわけですから、よほどひどくない限りは合憲という、緩やかな審査になるということです。

３－３　国籍法違憲判決（参考）

この関連で注目されるのは、国籍法違憲判決です。これもまた、基本的には同じような話です。国籍取得の要件について、憲法10条は何の実質的基準も指示していません。これをどう定めるかは、それぞれの歴史的事情等々を考慮して、立法府のが決めるべきことである。ただ、国籍法違憲判決が前の２つの判決と違うのは、次の点です。①国籍が重要な法的地位であること、かつ、②国籍を取得できるかどうかが、父母の婚姻という、本人の意思とか努力ではいかんともし難い事柄に結び付けられていること。この２点を指摘して、法の下の平等について、比較的厳格な審査が必要だとしているのです。その合理性を慎重に審査する、という言い回しだったと思います。

こうして見てきますと、2010年４月に大法廷に回付された非嫡出子法定相続分差別についても、憲法上の原形がないことを理由とした広い立法裁量とは別の理屈が採られる可能性が出てきます。平成７年の段階では、中島裁判官らの反対意見にとどまっていた理屈です。ただ、そのためには、国籍法違憲判決をさらに一歩、前進させなければなりません。先ほどお話したように、国籍法違憲判決は、合理性について慎重な審査をする前提として、①②の２つの要件を挙げました。非嫡出子法定相続分差別については、②の要件は当然に充足しますが、①は充足されないことになるでしょう。14条１項後段の意義について、もう一歩踏み込む必要があるわけです。

３－４　森林法違憲判決

話は変わりまして、森林法違憲判決で問題となったのは、いわゆる基本権の内容形成論です。先ほどお話した表現の自由がいわば自然的自由、自然的権利であるのに対して、所有権、さらに財産権一般については、憲法がそれを確認すれば済むような、法秩序に先行する自然的権利というものは観念しがたい。財産権あるいは所有権の形態は、国や時代によってさまざまです。この前、ある人から聞いた話ですと、トンガとかフィジーなどの太平洋島嶼国には、基本的には個人所有の土地はないそうです。財産権、所有権の、一定不変の形態はないわけです。

森林法違憲判決の特徴は、そのような29条について、①森林法が民法256

条１項の分割請求権を否定するという話をして、②次に、分割請求権の意義を説くとともに、単独所有は原則的所有形態だという話をして、③分割請求権を否定することは憲法上財産権の制限に該当する、と進んでまいります。そして、ご存知のように、合理性、必要性がない制限だから違憲となったわけです。

しかし、所有権もまた時代あるいは国によって、さまざまでありうるとすれば、先ほどお話しした相続や選挙制度のように話が進んだほうが自然です。そうはならずに、民法をいわば憲法上の所有権のひな形とした。具体的には、単独所有を憲法上の所有権の内実とした、そのような構造になっているわけです。これをどう説明するか、あるいはどう評価するかについては、ご存じのように、いろいろな意見があるところですが、いわゆる内容形成論には後ほど立ち戻ることにして、以下ではまず、残りの判例をざっと見ておくことにします。

３－５　三菱樹脂事件判決ほか

次の三菱樹脂事件判決、それからもう１つ、入会地事件判決は、いずれも私人間効力に絡む判例です。

三菱樹脂事件判決は間接適用説を採ったことで知られていますが、最近では、無効力説的な読み方もされています。この判決は、２つの文脈で憲法上の権利・自由に言及しています。１つは、憲法19条、14条は私人間を直接規律するものではないというところ。もう１つが、憲法は22条、29条において、企業者に対して経済活動の自由、契約締結の自由を与えているというところです。このうち、企業者の契約締結の自由については、憲法を直接に援用しているように読めます。公序良俗違反を理由として企業者の契約締結の自由を制限するということは、先ほど言った図式でいいますと、民事裁判所と企業者の間の防御権の関係として構成できるわけだから、これは通常の、国による人権の制限の場面だと考えることができるわけです。もっとも、調査官解説は、間接適用説の当てはめのような趣旨で書いていたと記憶しておりますので、最高裁がどのような意図だったのかはわかりません。

いずれにせよ、三菱樹脂事件最高裁判決の主眼は、直接適用説を排除することにあったのではないでしょうか。つまり、原審の東京高裁は、直接

適用説を採ったと読むことができます。人の思想、信条は身体同様本来自由であるべきものである。その自由は憲法19条の保障するところだから、一方が他方より優越した地位にある場合には、その意に反してみだりにこれを侵してならないことは明白である。思想・信条と優越した地位のどちらに重きを置いているのかはわかりませんが、少なくとも19条プラス、一方が他方に優越した地位という場合には、直接的な帰結が生じるという構成です。

ですから、この原審の構成を否定する必要があって、国と個人の関係と、事実上の優越関係とは質的に異なる等の説示を長々とした。そして、原審の構成を否定したからといって、積極的に間接適用説を採用したかどうかは定かではない。そのようなところでしょうか。

おそらく、これまでの最高裁判例で、最も間接適用説らしいのは、沖縄の入会地についての男女平等の事件です。これは入会権者の資格を男子孫に限り、女子孫を排除した慣習について、もっぱら女子であることのみを理由として、女子と男子を差別したと、性別のみを理由とした不合理な差別として、民法90条により無効であるといっているわけです。日産自動車事件などは、もちろん間接適用説とも読めますが、別の読み方もあり得ると思います。ただ、高橋和之教授は、法律時報の2010年の５月号の中で、入会地事件判決についても無効力説という読み方ができるとおっしゃっています。

４　防御権と保護義務の境界

次に、防御権と保護義務の境界、あるいは法制度保障論と基本権内容形成論の関係という、理論的な問題に触れたいと思います。

はじめに、防御権と保護義務の境界についてです。一般的、抽象的な話をしますと、防御権と保護義務は、何かを促進するという積極目的ではなく、すでにあるものを守る、いわば防御的といいますか、消極的な目的であるというところは共通していると思います。一方、両者の違いは、加害者が国なのか、それとも別の私人なのか、それに伴って国に課されるのが侵害してはならないという不作為義務なのか、それとも保護しろという作為義務なのかという違いになって表れるわけです。

私人間効力との関係でいいますと、原審で加害者Ｙが負けた場合には、次にＹは、原審の防御権違反を主張する。この場合には保護義務は、いや、あなたの基本権を制限したのは被害者の名誉を保護するためですという、基本権制限の正当化の文脈で登場することになります。逆に原審で被害者Ｘが負けた場合には、Ｘが保護義務違反を主張することになります。防御権は、いや、あなたが負けたのはＹに表現の自由があるためであるという、保護義務不履行を正当化する文脈で出てくることになります。

このように分けますと、三菱樹脂事件最高裁判決の事案は、形としては前者ですので、厳密に言えば、私人間効力を論ずるまでもなく、防御権としての22条、29条だけを言っておけば済んだ事案なのかもしれません。同じことは、ドイツのリュート判決にも当てはまります。

５　法制度保障論と基本権の内容形成論

次に、法制度保障と基本権の内容形成との関係です。憲法29条１項の財産権には、制度的保障または法制度保障としての側面があるということはすでにお話ししました。では、その法制度保障とは何なのかが問題となるわけです。

安念潤司教授は、これまで日本の憲法学説は、29条１項の制度保障を、いわば資本主義対社会主義の代理戦争として捉えていたと指摘しています。要は、憲法改正せずに社会主義にすることができるかどうか、そのような問題の立て方をしていた。しかし、これでは森林法判決を説明することは、到底不可能である。安念教授の結論は、従って森林法判決は間違っている、というものでした。きわめて鋭い問題提起ですが、この問題提起に共感しつつも、その後の憲法学説では、いろいろな説明が模索されています。

５－１　ローマ法的所有権観念

その１つが、ローマ法的所有権概念への決断という、皆さんもよくご存じのことだと思いますが、石川健治教授の説明です。

この石川説と同じ構造の学説は、ドイツにもございまして、デペンホイヤーという学者がこの立場をとっています。彼は、立憲国家においては、

立法者に先行する自然的所有権は存在しないとします。立法者の決定なくして所有権なし、ということです。しかし、理論的に考え得る種々の所有権の具体化の中から、憲法制定者は特定のタイプの所有権をひな形として採用した。要するに、所有権にはいろいろな形態があるかもしれないけれども、憲法は特定のタイプを選択した、それは民法が採用しているところのローマ法的な所有権概念にほかならない、そういった説明です。

これはおそらくは、森林法判決の説明には最も整合的な考え方であろうと思います。ただ、私自身は、憲法制定権力の決断という説明が技巧的にすぎるのではないか、可塑性が同時に要求される所有権、さらに財産権一般の法理としては、現状固定的作用が強すぎるのではないか、という疑問をもっているほか、射程の狭さも感じています。どういうことかと言うと、要はアイゲントゥーム（Eigentum）という、財産権一般ではなくて所有権しか説明しえないのではないかということで、石川教授の解説も注意深く読むと、所有権という表現を用い、財産権一般とはしておりません。結果として、29条の中に所有権とそれ以外の種々の財産的価値ある権利が混在することになり、一体的な説明ができなくなるのだろうと思います。

５－２　基本権内容形成論

次に、基本権の内容形成論です。先ほどすでにお話ししましたように、憲法上の権利には法律に依存した権利がある。そのような権利については、まずは作為義務、つまり、そのような権利を行使・享受可能とするための規範的インフラを整備すべき、立法義務を観念しなければならないだろう。これが内容形成論の前提です。

もちろん、日本国憲法が制定された時点で、財産権についてはすでに民法の壮大な法秩序があったわけです。憲法より以前にそれなりの合理性のある法制度が出来上がっているわけですから、今度は変な方に改変してはならないという、従って不作為の義務をまず考えればよかった。伝統的な制度的保障論が、制度の核心領域を法改正から保護することに関心を集中したのは、それはそれで理解できることです。しかし、理屈として考えると、理論的にはまず作為義務を観念した上で、ひとまず合理的な立法が果たされたのちに、不合理な改変を禁止する、そういう順番ではないかと思います。財産権についても、まず何が財産権として保護されるのかの内容

形成を立法が行いなさいと、そういう順番で考えるわけです。

話は急に生存権に飛びますが、生存権については、憲法制定時点ではこれを実現する立法がなきに等しかった。ですから生存権については、まず作為義務から考えなければならず、プログラム規定説や抽象的権利説が唱えられた。財産権との差異の半分は、法律と憲法のどちらが先行したかというところから生ずる差異ではないでしょうか。

ところで、内容形成というのは目新しい言葉ですけれども、これと一番近い、日本の教科書レベルの説明ですと、野中ほか『憲法Ⅰ』の中で、29条1項の制度的保障の目的は、財産によって確保される個人の自立的な生活にあり、財産権に対する制限もこの見地から限定されるという解説をしております。高見勝利教授がお書きになったものです。これは、今お話しした内容形成論に親和的な考え方だということができます。

５－３　ベースライン論

別の説明に、ベースライン論があります。ご承知のように、長谷部恭男教授によって提起された議論です。当該社会の制度イメージに依拠する「法律家集団の共通了解」を観念することにより、国家によって設営されるべき制度の内容について、立法裁量を限定するというものです。森林法の事案は、憲法の想定する所有形態のベースラインである単独所有からの離脱をはかる立法の問題であったということになるのでしょう。

設営されるべき制度の内容についてベースラインを観念しうるとすれば、それを原形としうるのでしょうが、何がベースラインかが、それは規範的な性質のものなのか、事実上のものなのかを含めて、私はうまく観念できないでおります。

もっとも、長谷部教授からの指摘がありましたように、内容形成論もそれ単独で落とし所を特定できるのかと言うと、心もとないものがあります。結局は、内容形成論を採ったうえで別に落とし所を探す――これは、作為義務全般の宿命でもあります――ということになるのでしょうが、これについてはさらに考えてゆきたいと思います。

内容形成論と長谷部教授のベースライン論の決定的な差異は、むしろ、そもそもなぜ国家に作為義務があるのかという説明にあるのかもしれません。基本権保護義務についても同じことなのですが、これには、「国家

だから」という説明と、「基本権の理屈として」という、2通りの説明がありえますが、おそらく長谷部教授は、「国家だから」という理屈で考えていると思います。国家の「制度設営義務」という理屈です。反対に、基本権内容形成論は、基本権の理屈として考えるという道筋を志向しているということができます。

６　防御権・保護義務と内容形成の境界

時間も少なくなってきましたので、先に進みます。内容形成と防御権の関係ですが、先ほど言ったように、防御権はすでにあるものが制限された場合に妥当するが、内容形成はあるものを最初につくり出すという、そういった場面で用いられます。財産権でいいますと、何が誰に帰属するのかのルールを定めるのは、基本的には内容形成の話で、防御権の話になり得るのは、内容形成された法律に従って、自分に具体的な財産権がまず帰属したうえで、それが制限され、あるいは収用された場合に限られるのが基本だということになってきます。

その先は細かい話になるので、少し飛ばさせていただいて、次の内容形成と保護義務の関係に進ませていただきます。

もともと時系列でいうと、保護義務は判例上は1970年代の半ば、学説では80年代、90年代につれて確立したものです。一方、内容形成について学位論文が書かれるようになったのは、2000年前後のことです。ですから、時間的には10年から20年ぐらいのずれがあります。最初に保護義務が出て、その後に内容形成が出てきますと、内容形成と保護義務の関係はどうなのだろうというのが、次に議論されるようになったわけです。

法律は憲法上の権利の内容と限界を一体として定めるのだから、内容形成が支配する権利については、保護義務論は登場の余地がないというテーゼが一方でございます。私自身もまだ分からないところがあるのですが、例えば詐欺とか強迫による契約の効力の否定は、内容形成ともいえるかもしれないけれども、保護義務ともいえるわけですが、保護義務の要素が強いと感じています。

関連して、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があります。それに対する答えの1つは、保護義務は契約の自由そのもの

を保護するというものです。もう１つは、契約によって第三者に侵害された基本権法益を保護するんだという説明です。消費者契約法の９条１号の合憲性が問題となった平成18年の判決――うちの慶応大学も含めて、各大学が軒並みやられたという判決――ですが、財産権に対する規制が、憲法29条２項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるかどうかは、規制の目的等々を比較考量して判断すべきだとしています。これは最近の財産権判例で常用される言い回しですが、規制の目的、必要性、内容、制限される財産権の種類、性質、制限の程度という列挙事項を逐次審査しているわけでもないので、単なる前置きにすぎないのかもしれません。それはともかく、この判決は、消費者契約法９条１号が消費者契約の解除に伴う損害賠償ないしは違約金の上限を画する規定であるとしたうえで、このような規定を定める必要性について考えると、消費者と事業者の間には、その有する情報の質および量ならびに交渉力に、格差が構造的に存在すると述べています。ですから、自由な交渉に委ねると、以上の格差から消費者の利益を不当に侵害する内容の契約が締結されるおそれがあるといっているわけです。

これは、ドイツにおける比較的最近の私人間効力判例の言い回しを連想させるものです。連邦憲法裁判所が、契約法関係に対して保護義務を持ちだすのは、交渉力の格差、しかもこれが構造的に存在する場合です。交渉力の構造的格差があって、かつ、今度は個別具体的な契約内容についてですけれども、その個別具体的な契約内容がこの構造的な格差に由来するような一方的な内容になっている場合には、基本権保護義務が発動する。私人間効力でいいますと、裁判所は契約の内容を修正し、あるいはその一部無効にしなければならないと説示しております。連邦憲法裁判所は、内容形成ではなく、保護義務の枠組みで考えているわけです。

消費者契約法に戻りますと、９条１号は、法律レベルでその構造的格差の解消を図った。その意味で、この法律は、基本権保護義務を具体化したものであるという位置づけになります。そしてこの法律によって、大学側はいったんは手にしていた授業料を返還しなければならなくなったわけですので、財産権の制約という形で裁判になったわけですが、本来の話の筋は、基本権保護義務的な法律によって消費者の財産権が構造的格差に由来する不平等な契約から保護されたというものであると思います。

ずいぶん駆け足になってしまいましたけれども、以上で報告を終わりたいと思います。ご清聴ありがとうございました。