

# 人権の私人間効力論における 「実体」問題の解決に向けて

井 上 智 陽

(法学専攻 法政リサーチ・コース)

## 目 次

はじめに

第1章 人権の私人間効力論の展開

第1節 従来の私人間効力論

第2節 現在の私人間効力論

第1項 新無効力説

第2項 新間接効力説の保護義務的構成

第2章 「実体」問題の解決に関する学説の展開と試論

第1節 人権の私人間効力論における「入り口」問題・「実体」問題

第2節 「実体」問題の解決に関する学説

第1項 有倉遼吉説

第2項 棟居快行説

第3項 全法秩序の最高規範説

第3節 「実体」問題の解決に関する試論

第1項 試 論

第2項 三菱樹脂事件へのあてはめ

おわりに

## はじめに

憲法に規定された人権は、伝統的な憲法観によれば、対国家的な防御権であり、私人間関係ではなく国家・国民関係を規律するものである。しかし、資本主義の進展に伴い貧富の差が拡大すると、大工場、巨大企業、有力な私的団体といった国家類似の社会的権力が私人の人権を事実上脅かすようになっていった。その解決のためには第一次的には立法や行政による

活動が望まれるとしても、それがなされない時、憲法および司法は無力となるのか。そのような問題意識から、ドイツを中心に、社会的権力による「人権侵害」を憲法上の問題と捉えるべきかどうか、という人権の私人間効力論が盛んに議論されるようになった<sup>1)</sup>。つまり、人権の私人間効力論とは、『憲法の人権規定は、私人間にも効力を有するのか。効力を有するならば、それはいかにして、またどの程度まで有するのか』<sup>2)</sup>ということである。

そして、木下智史によれば、前述した人権の私人間効力論は、人権主張のための「入り口」問題と、私人間においていかなる権利がどのように衡量されるべきかという「実体」問題に分類され、私人間における人権問題の解決に向けては後者の「実体」問題に着目する必要があるという<sup>3)</sup>。なぜなら、衡量の枠組みを示し、「実体」問題を解決しなければ、裁判官は一般条項の解釈にあたって、立法から授権された広範な裁量によって、私人間において侵害されている人権がどのように衡量されたかを不透明にすることが可能だからである。衡量が不透明であれば、その衡量が適切に行われたかの判断も不可能であろう。そのため、私人間効力論は、裁判官が一般条項を解釈しなければならない場合において、衡量の枠組みを具体的に示す必要があった。

しかし、私人間効力における従来の学説は、「入り口」問題に焦点をあてたものがほとんどであり、「実体」問題は棚上げにされてきたといっただろう。

よって、本稿では、人権の私人間効力論における「実体」問題の解決に向けて、まず、第1章で従来の私人間効力論および現在の私人間効力論を確認する。次に、第2章では、私人間における人権問題の解決にあたっては、「実体」問題を検討することこそが必要であるとし、「実体」問題の解決に関する学説の展開を確認した後、それを踏まえ上で、試論を提起する。そして、最後に、私人間における人権問題のリーディングケースとされる三菱樹脂事件を取り上げ、当該事件において最高裁はどのような判決を下

すべきであったかを、試論に基づいて結論付ける。

## 第1章 人権の私人間効力論の展開

### 第1節 従来の私人間効力論<sup>4)</sup>

木下によれば、「無効力説，直接効力説，間接効力説という学説の対立状況の中で，間接効力説が選択されるという構図<sup>5)</sup>は第28回公法学会（1963年）以降確定したという<sup>6)</sup>。では，なぜ，無効力説，直接効力説は当を得ず，その折衷説である間接効力説が妥当であるとされたのか。

無効力説とは，人権の対国家性を重視し，私人間における人権問題は私的自治を基調とする私法の解釈によるべきであり，私人間には憲法の効力が及ばないとする学説である。対して，直接効力説は公私にかかわらず強大な権力を抑制することこそが憲法の役割であるとし，社会的権力による人権侵害に対し，国家権力による人権侵害と同様に憲法の効力が及ぶとする学説である。しかし，前者は人権の対国家性を重視し，国家類似の社会的権力による人権侵害を問題に取り上げることができないため，後者は私人間関係においても憲法上の人権規定が国家のそれと同様の効力が及んでしまうため，学説では妥当ではないとされた<sup>7)</sup>。

そこで，日本の私人間効力論は，直接効力説と無効力説を折衷した間接効力説が通説となっていったのである。間接効力説の代表的論者である芦部信喜<sup>8)</sup>は，第二次大戦後，憲法の人権規定は，「社会生活の基本的な価値秩序，したがって公法・私法を包括した全法秩序の基本原則，を定めたものであることを意味する<sup>9)</sup>」ようになったため，人権の対国家性を貫徹するのは妥当ではないとし，私人間に対して当然に直接効力を有する規定は別にして，それ以外の人権規定については，その趣旨を一般条項に充填し，民法90条などの私法の一般条項を解釈することで，間接的に私人間の行為を規律すべきであると主張する<sup>10)</sup>。この立場によると，私人間における人権の効力は，国家・国民関係とは異なるものとして相対化される結果，

裁判官による人権価値の導入の度合いには「振幅」が生まれるため、裁判官に大きな裁量を認めることとなる。しかし、芦部はその振幅は柔軟な解決を可能にするため、むしろ間接効力説の長所であるとし、問題の本質は、人権の効力の相対化の限度と利益調整のための衡量の基準を準則化することだとしている<sup>11)</sup>。

## 第2節 現在の私人間効力論

上述したように、従来の私人間効力論では間接効力説が妥当な見解であると考えられてきた。しかし、このような状況に変化をもたらしたのが、私人間における人権の間接効力という問題設定そのものが不明確であるとした棟居快行の問題提起<sup>12)</sup>である。この問題提起を機に、私人間効力論は「百家争鳴」<sup>13)</sup>と呼んで差し支えない状況となり、高橋和之などによって新無効力説、藤井樹也・三並敏克などによって新直接効力説、小山剛・山本敬三などによって新間接効力説がそれぞれ展開され、その他にも木下によって司法的執行の理論、君塚正臣によって全法秩序の最高規範説、松井茂記によってステイト・アクション論が主張された<sup>14)</sup>。

そこで、以下では、現在の私人間効力論において盛んに議論され、その中心にあると目される新無効力説、新間接効力説の保護義務的構成を取り上げることで、現在の私人間効力論の状況について概観していく<sup>15)</sup>。

### 第1項 新無効力説

憲法上の人権規定は対国家的な防御権であるとの立場を徹底し、従来、顧みられなかった無効力説を再評価したのが高橋<sup>16)</sup>である。高橋によれば、人権は自然権として超実定法的権利と観念されており、実定法に取り込まれた人権は、当該実定法の特質に拘束される。つまり、憲法に取り込まれた超実定法的権利は「憲法上の人権」となり、憲法の特質である対国家性に拘束される。一方で、私法に取り込まれた超実定法的権利は「私法上の人権」となり、私人間を規整する私法の特質に拘束されるのである。

そのため前者の「憲法上の人権」は、私人間には及ばないが、後者の「私法上の人権」は、私人間で実現されるべき権利となるとした。例えば、新無効力説をとれば、「個人の尊厳」は、憲法と民法の背後に措定された統一的価値原理であるものの、最高規範としての憲法に導入された場合と、下位規範の民法に流入された場合とでは性格を異にすることになる<sup>17)</sup>。

従来、無効力説が退けられてきたのは、前述したように、社会的権力による人権侵害に対処できないという批判を回避できなかったからである。しかし、新無効力説は、私人間で侵害されているのは「憲法上の人権」ではなく「私法上の人権」と考えるため、無効力説によってでも社会的権力による人権侵害に対処できると主張する。よって、高橋は、私人間の自然権の調整はまず法律によってなされるものの、それが不十分である場合、裁判官によって「私法上の人権」が私法の一般条項に適合的に充填されることで、私人の救済が可能であるとした<sup>18)</sup>。ただ、高橋による無効力説の再評価は、憲法と法律の関係、憲法上の権利と私法上の権利・自由との関係を改めて問い直す契機となった一方で、日本の法体系の背後にある「道徳的哲学的価値」の存在をどのように確認するのか、といった問題点が指摘されている<sup>19)</sup>。

## 第2項 新間接効力説の保護義務的構成

ドイツでは基本権が、伝統的な主観的権利の側面とともに、国家権力を拘束しうる客観法的な側面も持つことが広く認められている。その議論の中心となっているのが、国家の基本権保護義務論である。小山および山本などはその基本権保護義務論を用い、間接効力説の再構成を試みる。小山は、自由権的基本権の内実を、国家の侵害に対抗する防御権だとしつつも、全方位性を持つ基本権「法益」は私人の不法な行為によっても侵犯されると主張する<sup>20)</sup>。そのため、国家には「各人の基本権法益を第三者による侵害から保護する義務」があるとし、立法、司法、行政のそれぞれに対して、その権限の範囲内で加害者の行為を規制させることによって、被害者の保

護の実現を図る。ただ、国家に被害者を保護する義務があるといっても、国家と加害者の間には既知の防御権が成立するため、国家は、被害者との関係では基本権の保護者となり、作為＝「過少保護の禁止」が求められる一方で、加害者との関係では基本権の侵害者であるため、不作為＝「過剰介入の禁止」が求められることになる<sup>21)</sup>。基本権保護義務論におけるこのような法関係は、法的三極関係（国家S・被侵害私人A・侵害私人Bという三主体間の法関係）と定義されており、小山は、そのような法関係のなかで、「国は、基本権の潜在的加害者に加えて、基本権の保護者という、新たな性格を獲得」<sup>22)</sup> することができる<sup>23)</sup>と述べる。

従来の間接効力説の問題点としては、「一旦私的自治を理由として基本権の直接的な妥当を否定しておきながら、私法規範の解釈・適用の際に、それを間接的にであれ考慮するというのは矛盾ではないか」<sup>23)</sup>ということが指摘されていた。しかし、基本権保護義務論によって間接効力説を再構成すれば、このような問題は解消されるという<sup>24)</sup>。すなわち、従来の間接効力説において論じられてきたことは、実は、私法の憲法適合的解釈の一場面に過ぎなかったというものである<sup>25)</sup>。基本権保護義務論によって間接効力説を再構成すると、国家Sと被侵害私人Aとの関係では過少保護の禁止が、侵害私人Bとの関係では過剰介入の禁止が妥当するため、第一次的に保護義務と防御権の調整を担う立法者、第二次的に調整を担う裁判官もまた、具体的事件の解決に際して、両者の比例的調整を行わなければならないことになる<sup>26)</sup>。このように、従来の間接効力説において論じられてきたことは、基本権保護義務論によれば、実は、私法の憲法適合的解釈の一場面に過ぎなかったといえるのである。

## 第2章 「実体」問題の解決に関する学説の展開と試論

### 第1節 人権の私人間効力論における「入り口」問題・「実体」問題

これまで、従来の私人間効力論および現在の私人間効力論について述べ

てきた。棟居の問題提起以降、私人間効力論は活況を呈し、その議論の中心として新無効力説、新間接効力説の保護義務的構成が語られるようになった。これらの学説は、上述してきたように、憲法上の人権規定は国家にしか及ばないのか、私人間にも及ぶのかについて論理的に説明し、従来、指摘されていた問題点を克服したことは高く評価できる。

ただ、その一方で新無効力説、新間接効力説の保護義務的構成は、ともに衡量の枠組みを具体的に構築するまでには至っていないと思われる。例えば、新無効力説は、前述のように、憲法上の人権規定の対国家性を貫徹するために、私人間で侵害されているのは「憲法上の人権」ではなく「私法上の人権」と考え、私人間における人権問題が発生した際、裁判官が「私法上の人権」を私法の一般条項に適合的に充填することで私人の救済を可能とする<sup>27)</sup>。しかし、「私法上の人権」を私法の一般条項に充填するといっても、その効力の及ぶ先は私人間であるため、国家・国民関係に適用される「憲法上の人権」とは異なり、「私法上の人権」の効力は相対化される結果、裁判官がどちらか一方の「私法上の人権」を全く考慮しないような判決を下す恐れがあるのではないか。そうであれば、「私法上の人権」が私法の一般条項にどの程度充填されるかという基準を具体的に示す必要があるものの、新無効力説はこれを示していない。高橋は、「人権衝突を調整するための枠組みは民法典のなかにすでに規定されていた」<sup>28)</sup>のであり、私人間における人権問題については、「たとえば民法90条であり、709条であり、その解釈を『個人の尊厳』に適合するように行えば足りる」<sup>29)</sup>とするが、これでは不十分ではないだろうか。

この点につき、新間接効力説の保護義務的構成は、前述のように、保護義務を前述の法的三極関係において適用するため、国家Sは、被侵害私人Aとの関係では保護義務によって作為＝過少保護の禁止が、侵害私人Bとの関係では防御権によって不作為＝過剰介入の禁止が求められることになる<sup>30)</sup>。つまり、新間接効力説の保護義務的構成においては、私人間における人権問題の対処を試みる際、過剰介入の禁止と過少保護の禁止によって、

一般条項の解釈の枠付けが可能となる。これにより、新間接効力説の保護義務的構成は、どちらか一方の基本権を全く考慮しないような一般条項の解釈を防ぐことが可能となるため、新無効力説よりも評価ができる。ただ、一般条項の解釈の枠付けが可能となるといっても、新間接効力説の保護義務的構成は、衡量の具体的な枠組みについては示していないと思われる。そうであれば、裁判官が一般条項の解釈の際に、依然として、どのような権利をどのように衡量しているのか、という点で、不透明性が残るといわざるを得ない。

この点につき、松本和彦は、「衡量の問題に正面から取り組んだほとんど唯一の存在」<sup>31)</sup>として、新間接効力説の保護義務的構成に分類される山本の名前を挙げている<sup>32)</sup>。しかし、山本が衡量の具体的な枠組みを示したとまではいえない。

その前提として、まず、山本の権利間の衡量がどのようなものであるかを説明しておくこととする。山本は、権利間の衡量につき、侵害私人Bによって被侵害私人Aの基本権が侵害された場合において、国家Sに対する被侵害私人Aの保護請求権が認められるかどうか、そしてその保護によって侵害私人Bの基本権が過度に侵害されないかどうか、という命題として構成されると主張する<sup>33)</sup>。

すなわち、被侵害私人Aが自己の保護請求権を基礎付けるためには、自己の基本権を支える憲法原理の侵害がいかに重大であるか、および、侵害私人Bの基本権を支える憲法原理を充足することはいかに重要ではないかを論証しなければならない<sup>34)</sup>。そして、被侵害私人Aがこうした論証に成功し、侵害私人Bが有効な反論を提出できなかった時に、被侵害私人Aの保護請求権が認められることになるという<sup>35)</sup>。

その場合の被侵害私人Aの論証責任は、山本によれば、「リベラリズムを基調とし、私的自治と自己決定権を最大限尊重する方向で」<sup>36)</sup>設定されるべきであり、「例えば、契約の場合でも、それを貫徹することによって、生命・身体・性的及び家族的結合、思想、信条、信仰、表現、芸術、集会、



結社、さらに場合によっては職業選択、居住、あるいは生活上きわめて重要な意味を持つ財産のような基本的な自由で重大な侵害が生じ、現在および将来の生き方に決定的な影響が及ぶ場合<sup>37)</sup>には、論証責任を果たすことなく、被侵害私人Aの保護請求権を認め、「何らかの形で契約の拘束力からの解放を」<sup>38)</sup>侵害私人Bの基本権を侵害しない程度に認めるべきであるという。

その「何らかの形」として、山本は、例えば、私人A・B間において、契約による侵害が発生した場合、被侵害私人Aの国家Sの保護手段としては、侵害私人Bの基本権を過度に侵害しないように、強制執行の排除、自由な撤回権・解除権と信頼利益の賠償、公序良俗違反による契約の全部無効ではなく、一部無効の可能性について展開している<sup>39)</sup>。

ここまで、山本の権利間の衡量について概観してきた。山本は権利間の衡量につき、過少保護の禁止と過剰介入の禁止を前提に論証責任ルールを設定し、被侵害私人Aの、「基本的な自由で重大な侵害が生じ、現在および将来の生き方に決定的な影響が及ぶ場合」<sup>40)</sup>には、論証責任を果たすことなく、被侵害私人Aの保護請求権を認める一方で、侵害私人Bの基本権に対しても過度に侵害しないように、被侵害私人Aの国家Sの保護手段として、契約の全部無効ではなく、一部無効の可能性について展開したことは高く評価できる。

しかし、山本が衡量の具体的な枠組みを示した、とまではいえないだろう。というのは、山本は、この権利間の衡量につき、侵害私人Bによって被侵害私人Aの基本権が侵害された場合において、国家Sに対する被侵害私人Aの保護請求権が認められるかどうか、そしてその保護によって侵害私人Bの基本権が過度に侵害されないかどうかという裁判過程によって実現されていくと主張するが<sup>41)</sup>、その裁判過程において、いかなる権利がどのように衡量されているのか、という判断過程がはっきりしていないからである。それでは、結局のところ、一般条項の解釈に過少保護の禁止と過剰介入の禁止を枠付けたに過ぎないのではないか。そうであれば、山本の

権利間の衡量には不透明性が残り、依然として、裁判官に広範な裁量の余地があるといわざるを得ない。

山本が衡量の具体的な枠組みを構築することを避けるのは、「原理の間に抽象的な絶対的優先関係を認めてしまうと、衡量の余地はなくな」<sup>42)</sup>ることを危惧している他、「そもそもさまざまな原理の間に抽象的な序列をつけること自体」<sup>43)</sup>に疑問を持っているからである。筆者も、現実の事件の持つ多様性に鑑みると、裁判官に衡量の余地を残すことで、ケースバイケースの対応を試みる方が、私人間における人権問題の解決に資すると考える。しかし、原理の間における優先関係も絶対的ではなく、相対的なものに留めれば、裁判官に衡量の余地を残すことができる他、原理の間に抽象的な序列をつけることも、少なくとも精神的自由と経済的自由の間では可能ではないか。よって、山本説を全面的には支持することはできない。

このように、新無効力説、新間接効力説の保護義務的構成は、ともに衡量の枠組みを具体的に構築するまでには至っていないのである。ただ、これは両説に特有の問題ではなく、ほとんどの私人間効力論においても衡量の具体的な枠組みは示されなかったように思える。

例えば、木下は、私人間における人権問題の解決に向けては、「実体」問題に着目する必要があると指摘したものの、結局は、その必要性を指摘するに留まっている<sup>44)</sup>。また、日本に私人間効力を論ずる土壌はないと指摘した西村枝美についても同様である。西村は、三菱樹脂事件最高裁判決を取り上げ、以下のように述べる。日本では個人の自由や平等が「国または公共団体の統治行動」の場合と「私人相互の関係」の場合とで、前者においては「侵されることのない権利」として、後者においては、「社会的に許容しうる一定の限界を超える場合にのみ」保障される権利として、保障のあり方が区別されているだけで、「憲法上の権利は対国家」という私人間効力論の前提となる枠組みは存在しない<sup>45)</sup>。そして西村は、「憲法を私人間へ適用するための理論構成問題を經由することなく、現存する法律との関係で権利主体相互の権利調整を適切に行うよう、いかなる場合に権

利侵害となるのかという要件を論じることこそがふさわしい<sup>46)</sup>と結ぶが、結局は、衡量の枠組みの必要性を指摘するに留まっている。このように、木下、西村はともに、衡量の枠組みの必要性については強調しているものの、肝心の衡量の具体的な枠組みについては述べていないのである。

では、なぜ私人間効力論のほとんどが、衡量の具体的な枠組みについて示さなかったのか。1993年時点ではあるが、山本は、「憲法学の方は私法の一般条項に任せればそれで仕事が終わったと考え、民法学の方はそれを自分の仕事と考えていないため、具体的に相互の基本権がいかに関量されるべきかという決定的な問題を誰も明らかにしていないという結果になっている<sup>47)</sup>と述べている。

ただ、それでも私人間効力論のなかには、衡量の具体的な枠組みを構築したと思われる学説がいくつか存在する。以下では、前述した木下の分類に従って、私人間効力論のなかでも、憲法上の人権規定が私人間に及ぶかどうかという論点に重きを置いた学説を、「入り口」問題の解決に関する学説とし、いかなる権利がどのように衡量されるのか、という論点に重きを置いた学説を、「実体」問題の解決に関する学説と分類する。そして、管見の限りではあるが、「実体」問題の解決に資すると判断した学説の展開を確認することで、私人間における人権問題の解決の糸口を探っていくこととしたい。

## 第2節 「実体」問題の解決に関する学説

### 第1項 有倉遼吉説<sup>48)</sup>

有倉遼吉は、憲法の解釈上、国家に対する関係においてのみ保障されていると解される人権を除き、「憲法第三章の人権規定が、国家・社会を通ずる価値体系を示すものである以上、原則的にはすべて私人間に適用がある<sup>49)</sup>という立場をとる。このような立場をとるならば、私人間の権利自由の衝突の調整の問題が生じるが、有倉は当該問題に対しては権利間の衡量を、「異種の人権間の衝突の調整の場合」と「同種の人権間の衝突の場

合」の二つに区別することで、その対処を試みる。

まず、異種の人権の場合には、「人権の憲法的価値によって、一方の人権の優越的地位を認めるべき」<sup>50)</sup>とし、精神的自由への侵害、表現の自由と契約の自由との衝突、社会的基本権と経済的自由（職業選択の自由、財産的自由および雇傭契約の自由）との衝突についてそれぞれ衡量を試みる。

思想・良心の自由、信教の自由、学問の自由といった精神的自由は、民主政治の基礎であり、何より人間としての尊厳を示すものとして、個人の尊厳（憲法13条）の中核を担うため、絶対的なものとみる<sup>51)</sup>。したがって、これらの精神的自由を侵害する者は、人権間の調整原理を持ちだすまでもなく違憲違法の対象となる。

表現の自由については、「民主政治の根幹をなすものであるから、他の人権に対し相対的優位を占めるべきものである」<sup>52)</sup>とし、契約の自由によって制限されるものの、その制限の範囲は狭いと評する。

社会的基本権については、「資本主義の弊害から社会的弱者を護るため、資本主義の法律的支柱をなす職業選択の自由、財産的自由および雇傭契約の自由を制限するためのものであることをおもえば、両者の衝突の場合には、原則として社会的基本権が優越するというべきである」<sup>53)</sup>とする。

次に、同種の自由・権利の衝突の場合には、有倉は、「両者が社会的・経済的に対等の立場にあるかどうかを基準にして決すべきであろう」<sup>54)</sup>とし、対等である場合にまで、契約の自由や私的自治を排除する必要はないと述べる。憲法の私人間効力を認めなければならないのは、社会的・経済的弱者を強者から護る必要があるからであり、対等である両者間の契約の自由までも否定することは適当ではない<sup>55)</sup>。

以上のように、有倉は憲法の私人間効力によって生じる権利間の衡量に関してその基準を示したが、その基準は抽象的かつ原則的にとどまるゆえ、具体的事案に適用する場合には、個々の事情に応じて調整する必要があるとしている<sup>56)</sup>。有倉説は、権利間の衡量につき、「異種の人権間の衝突の調整の場合」と「同種の人権間の衝突の場合」の二つに区別した上で、前

者については、精神的自由への侵害、表現の自由と契約の自由との衝突、社会的 기본權と經濟的自由との衝突の衡量を試みた点で、不透明なままであった裁判官の一般条項の解釈に、可視化をもたらす具体的な衡量の枠組みを示しているといえ、高く評価ができる。

ただ、有倉説に対しては、根森健から以下のような疑問が示されている。すなわち、有倉は精神的自由一般を絶対視する根拠を個人の尊嚴（憲法13条）に求めるが、なぜ、精神的自由の一部を担う表現の自由については、その根拠を民主政治に求め、契約の自由に対し相対的優位に立つに留めたのか、ということである<sup>57)</sup>。この点について有倉はその理由を示していないが、筆者も、根森の指摘するように、「表現の自由については、投票箱への少数者の意見の反映の保障と、表現の自由の『自己実現』という『個人の尊嚴（人間の尊嚴）』を支える人格的自律に奉仕する点に根拠を求めるのがよりよい<sup>58)</sup>」と考える。

また、その他、有倉説については、衡量の基準に、「個々の事情に応じて調整する」手段を反映させていないため、依然として裁判官の判断に不透明性が残ってしまうことも指摘できるだろう。

よって、有倉説を全面的には支持することはできないが、試論を構築するにあたって、有用な示唆も得られた。一つ目は、表現の自由も他の精神的自由一般と同様に、その根拠を個人の尊嚴（憲法13条）に求めること、二つ目は、裁判官の判断にさらなる可視化をもたらすために、「個々の事情に応じて調整する」ことを一定程度、衡量の枠組みに反映しなければならないことである。試論を構築するにあたっては上記の二点を念頭に置くこととしたい。

## 第2項 棟居快行説<sup>59)</sup>

木下によれば、棟居は、裁判官による衡量を排し、私人間における対立を「権利」と「自由」の優劣に関する判断枠組みによって処理を試みたという<sup>60)</sup>。

そのために、棟居は、まず、(1)「だれが私人間で人権規定を適用しうるのか、という適用権限の問題」<sup>61)</sup>については、裁判官が「人権それ自体を一つの法として、私人間に適用できる」<sup>62)</sup>ことを確認する。

次に、(2)「人権規定はそもそもいかなる当事者の中で妥当するのか、という当事者の主観的範囲の問題」<sup>63)</sup>については、「国家が侵害者・被侵害者の双方に自由を認め、その任意の(不)行使を各人に許容している事態を、私人間での許容規範の並存(抵触ではない)とみればよい」<sup>64)</sup>とし、私人間適用の「場」を残存させる。

次に、(3)「私人間で適用される人権規定はどのような実体内容を有するものと解されるべきか、という実体法理の問題」<sup>65)</sup>については、棟居は、人権規定を「権利」と「自由」に分け、単なる「自由」と「権利」が対抗した場合は「権利」が優先されるが、これに対し、「権利」同士が衝突した場合、裁判官は自らが法規範の創造者や原理の審判官となることを極力回避すべきであるため、「立法者の憲法的価値衡量にそのまま従うべき」<sup>66)</sup>とする。なお、「自由」と「自由」が衝突した場合、「憲法は両私人の『自由』の優劣に関して自らは関与せず、それをもっぱら市場における自由競争に委ねている」<sup>67)</sup>という。

このように考えるならば、どのようにして「自由」と「権利」を確証するのが、重要となってくるであろう。この点につき、棟居は、憲法による精神的自由の保障とは、行為能力としての精神的自由の行使機能であるため、単なる「自由」であり、契約によって制限されるとする<sup>68)</sup>。しかし、その自由権の本質保障部分には、「当該利益の侵害が万人に対し禁止されるとともに、その保護を国家に請求しうるという『保護請求権』が備わっている」<sup>69)</sup>ため、私人間において一切の表現活動が不可能になるなどの本質保障の部分に対する侵害の場合、単なる「自由」は「権利」に昇華するという<sup>70)</sup>。ただ、これに対し、契約自由については契約を妨げられないという「自由」だけでなく、契約の具体的成果に対する「権利」=保護請求権までも含まれる。そのため、社員が社内報に公然と経営方針を批判する

記事を執筆し解雇された場合のように、単なる「自由」である表現の自由と「権利」としての契約の自由が対抗した場合には「権利」が優先されることになるのである<sup>71)</sup>。

最後に、(4)「私人間での人権侵害に対して、人権規定はどのような救済を与えるのか、という救済方法の問題」について、棟居は、「基本権訴訟」を提唱し、「人権をそれ自体訴権性を有する執行可能な権利として構成」<sup>72)</sup> することで、救済を図ろうとしている。

このように、棟居説は、裁判官による衡量を排し、私人間における対立を「権利」と「自由」の優劣に関する判断枠組みによって処理を試みたといえる。これは、いわば衡量の形式的な処理を裁判官に求めるものであり、ブラックボックスと化していた裁判官の一般条項の解釈に可視化をもたらす点では評価ができる。高作正博によれば、このような棟居説は、裁判所をなるべく価値創造の法廷とせず、裁判官に問題を形式的に処理させる意図があるとも受けとれるという<sup>73)</sup>。

ただ、裁判官の衡量を排すということに関連して、棟居説にはいくつかの批判がなされている。棟居説は、憲法上の権利規定の意味内容として、ある権利については私人間における許容規範のみが認められ、他の権利については、許容規範のみならず、その保護請求権まで認められるとする根拠が不明確であること<sup>74)</sup>、また、「自由」の本質保障部分は保護請求権に転化すると根拠も不明確であること<sup>75)</sup> が指摘されている。このように、「権利」と「自由」それぞれの認定をどう行うかが不明確であるとすれば、裁判官のかなり自由な法創造を黙認することになるため、裁判官に問題を形式的に処理させるという棟居説の意図は、「実は尻抜けを許す恐れもある」<sup>76)</sup> ともいわれる。

また、棟居説は、上述のように「権利」同士が衝突した場合、裁判官は、「立法者の憲法的価値衡量にそのまま従うべき」<sup>77)</sup> とするが、裁判官が果たして機械的に結論を導き出させるかは疑問であり、この点についても、裁判官に問題を形式的に処理させることはできないのではないか。

よって、棟居説を全面的には支持することはできないが、試論を構築するにあたって有用な示唆も得られた。すなわち、衡量の俎上に載せる権利の性質を明確にしなければ、私人間における人権問題が生じた際の裁判官の一般条項の解釈に、なおも不透明性が残るということである。棟居説にいう「権利」や「自由」といった不明確なものではなく、「精神的自由」や「経済的自由」と定義し、権利の性質を明確にしなければならない。試論を構築するにあたっては、この示唆を念頭に置くこととしたい。

### 第3項 全法秩序の最高規範説<sup>78)</sup>

「人権の私人間効力論」という問題設定をそもそも否定し、憲法の最高法規性に注目したのが、君塚である。君塚は、憲法の最高法規性と違憲審査制、そして裁判官が私法の規定に対して憲法的評価を下すことができることからすれば、私法も憲法の下位法である以上、違憲なら無効であり、一般条項も法令違憲はあり得ず、合憲解釈される、と主張する<sup>79)</sup>。

例えば、思想を根拠として自由な解雇を認める立法が原因で紛争が発生した場合、それは精神的自由侵害行為を許容する法律であるため、裁判官は合憲限定解釈をすることが求められる。これはその抽象度が極大化した一般条項でも同様であり、解雇自由の結論を導くような解釈は憲法上許されず、当該一般条項は合憲限定解釈される、とする<sup>80)</sup>。

つまり、私人間効力とは、問題となる法律の規定が私法の一般条項である場合に、裁判官がそれを侵害私人の関係および被侵害私人との関係において人権侵害とならないように、憲法適合的に解釈することに過ぎないというのである。

そして君塚は上記を踏まえた上で、全法秩序の最高規範説をとれば、「憲法条文による例外もなく、社会的権力概念も保護義務論も不要である。そこでは二重の基準論などの憲法の一般的な法理が普通に生きるものであり、事実行為、国際私法の問題も同様に解決できる筈である」<sup>81)</sup>と主張する。

このように、全法秩序の最高規範説は、二重の基準論といった憲法の一



般的な法理を用いることで、衡量の枠組みを示した点では評価ができる。

しかし、衡量の枠組みに二重の基準論を用いることにつき、木下は、「本来、人権を制約する立法に対する違憲審査のあり方との関係で編みだされた『二重の基準』を私人関係における権利同士の衝突を調整する基準として用いることができるのか疑問があるし、『権利の強さ』だけで、私人間の人権衝突の妥当な調整が貫徹できるとも思われない」<sup>82)</sup>と批判している。筆者もこのような木下の批判は当を得ていると考える。なぜなら、「権利の強さ」だけで私人間における人権問題を解決しようとした場合、個々の事情が考慮されずに、当事者一方の人権が過度に侵害されてしまう危険性が生じるからである。それを防ぐためには、当事者双方の基本権を過度に侵害しないような介入の枠組みを具体的に示す必要がある。この点、全法秩序の最高規範説は、私人間における人権問題が生じた際は、憲法の一般的な法理によることを示すばかりであり、介入の枠組みを具体的に示したとまではいえない、と思われる。

よって、全法秩序の最高規範説を全面的には支持することはできないが、試論を構築するにあたって有用な示唆も得られた。すなわち、私人間における人権問題の妥当な調整を導くためには、「権利の強さ」だけではなく、裁判官に裁量の余地を残し、当事者一方の人権を過剰に侵害しないような衡量の枠組みを構築しなければならないことである。試論を構築するにあたっては、この示唆を念頭に置くこととしたい。

### 第3節 「実体」問題の解決に関する試論

#### 第1項 試 論

ここまで、「実体」問題の解決に関する学説を概観し、その問題点を確認してきたが、同時に試論を構築するにあたって有用な示唆も得られた。よって、以下では、上述した示唆を踏まえた上で、「実体」問題の解決を図るための試論を構築することとしたい。

(1) 「入り口」問題の解決に関する本稿の立場

まず、前提として、「入り口」問題の解決に関する立場の違いは、基本的に憲法上の人権規定の対国家性を重視するかどうかという「象徴的差異」<sup>83)</sup>に過ぎないを考える。なぜなら、長谷部恭男の論考<sup>84)</sup>に準拠した榎透によれば、憲法上の人権も、私法の一般条項も、その解釈適用にあたっては、同根の実定法外の道徳原理を参照しているからである<sup>85)</sup>。よって、人権の私人間効力論が辿る道筋は、結局のところ「実体」問題までは同じであるといえる。

ただ、「入り口」問題の解決に関する立場の違いは、衡量の枠付けには影響してくる。例えば、新間接効力説の保護義務的構成をとれば、前述のように、私人間紛争は国家S・被侵害私人A・侵害私人Bという法的三極関係で描かれる。そのため、裁判官が私法の一般条項を解釈する際には、被侵害私人Aとの関係では保護義務により過少保護の禁止が、侵害私人Bとの関係では過剰介入の禁止が妥当することになる。この衡量の枠付けは、新間接効力説の保護義務的構成をとることでしかできない。

このように、「入り口」問題の解決に関する学説の違いは、基本的に上述の「象徴的差異」<sup>86)</sup>に過ぎないものの、上記の通り、衡量の枠付けに関しては決定的な違いが生じる。これを明らかにしたことが、「入り口」問題が論じられてきた成果であった。

つまり、私人間効力論は、「入り口」問題から、「実体」問題をどのようにして解決するかに重点を移すべきであるといえよう。この点、「入り口」問題の解決に関する立場において、新間接効力説の保護義務的構成をとれば、過少保護の禁止と過剰介入の禁止によって衡量を枠付けることが可能となるため、私人間における人権問題が生じた際、当事者一方の基本権を全く考慮しないような一般条項の解釈を防ぐことができる。これは「実体」問題を解決するにあたって有用である。よって、以下では、新間接効力説の保護義務的構成を前提に、衡量の枠組みを構築することとする。

(2) 「実体」問題の解決に関する本稿の立場

木下も指摘するように、「実体」問題を解決するには、「私人間紛争を類型化し、その類型ごとに考慮しなければならない事情を、対立する当事者相互の権利の性質に加味して衡量することが重要である」<sup>87)</sup>。そのため、以下では、私人間における人権問題を類型化し、その類型ごとに「どのような権利」を「どのように衡量」するべきかを示し、「実体」問題の解決を図る。

まず、私人間における人権問題は、①「私的な基本権侵害が法律行為に基づく場合」と②「私的な基本権侵害が事実に基づく場合」に分類することができる。これは私的自治への配慮が必要かどうかによる分類であり、①については私的自治を考慮し、②については考慮しない<sup>88)</sup>。一般に、近代私法は個人の私法上の法律関係を自己の意思によって自由に形成することを認めており、私人間における人権問題といえども、法律行為については、私的自治を考慮する必要があるが、その意思を必要としない事実行為にまで、私的自治を考慮する必要はないのである<sup>89)</sup>。

では、私人間における人権問題のなかでも、①「私的な基本権侵害が法律行為に基づく場合」、当事者のどのような権利がどのように衡量されるのだろうか。ここで、「どのような権利」が衡量されるかを明確にするために、①を有倉の分類<sup>90)</sup>を参考に、(a)「異種の基本権間における衝突の場合」と(b)「同種の基本権間における衝突の場合」に分類する。基本権は精神的自由と経済的自由に大別することができるため、(a)の類型は具体的には精神的自由と経済的自由が衝突した場合であり、(b)の類型は精神的自由同士および経済的自由同士が衝突した場合である。

このように、「どのような権利」が衡量されるかは、(a)と(b)の類型では異なる。そうであれば、「どのように衡量」するかも(a)と(b)の間では必然的に異なってくるであろう。

まず、(a)「異種の基本権間における衝突の場合」、例えば、被侵害私人Aの精神的自由と侵害私人Bの経済的自由が衝突した場合、裁判官はA・

Bの権利につき、「どのように衡量」するべきだろうか。この時、裁判官は、有倉の指摘<sup>91)</sup>するように、精神的自由は個人の尊厳（憲法13条）の中核を担うため、経済的自由に優先されるといった権利の性質によってA・Bの優先関係を判断すべきである。従来の裁判官の一般条項の解釈は不透明であり、ブラックボックスと化していたが、このように権利の性質といった客観的な衡量の基準を設けることで、裁判官の一般条項の解釈に可視化をもたらすことができるからである。しかし、権利の性質よってのみ、A・Bの優先関係を確定するとすれば、一方の基本権に対し、過度な侵害を与える危険性が生じる。そのため、権利の性質によってA・Bの優先関係を判断する際、それは確定ではなく推定レベルに留まらなければならない（以下、「権利の性質による推定」という）。裁判官が、その裁量により、権利主体の社会的・経済的立場の対等性、権利侵害の程度・態様、私的自治への配慮、過少保護の禁止と過剰介入の禁止といった考慮事項から、その推定を覆すほどの事情が存在すると判断すれば、精神的自由と経済的自由の衝突といえど、経済的自由が優先されることになる（以下、「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」という）。よって、被侵害私人Aの精神的自由と侵害私人Bの経済的自由が衝突した場合、侵害私人Bの法律行為に基づく基本権侵害は違法と推定される（「権利の性質による推定」）。ただ、裁判官は考慮事項に基づき、その推定を覆すことができる（「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」）。

ただ、(a)「異種の基本権間における衝突の場合」、私的自治に対して特別な配慮が必要となる場合がある。それは、契約が締結された後に、精神的自由と経済的自由たる契約の自由が衝突した場合である。例えば、A・B間で契約が締結された後、被侵害私人Aの精神的自由が侵害私人Bの契約の自由によって侵害されたとする。この場合、山本も指摘するように、被侵害私人Aはいったんは契約に同意しているのであり、それにもかかわらず、「後になって〔被侵害私人〕Aがこの契約の遵守を拒否すると、この契約を前提として形成されている、ないしは形成される予定の〔侵害私

人] Bの生活が害されることに」(括弧内筆者)<sup>92)</sup> になってしまうだろう。そのため、契約が締結された後に、精神的自由と経済的自由たる契約の自由が衝突した場合には、私的自治に対して特別な配慮が必要となるのである。

そこで、以下では、A・B間で契約が締結された後に、精神的自由と経済的自由たる契約の自由の衝突が顕現化した場合につき、山本の分類<sup>93)</sup>を参考に、(a)を(a)-1「決定侵害型」、(a)-2「自己拘束型」に分けて衡量の枠組みを示していく。

(a)-1「決定侵害型」<sup>94)</sup>は、A・B間における契約締結時に被害私人Aの自己決定権に侵害があった。つまり、詐欺・強迫のように、被害私人Aの意思決定に侵害私人Bの不当な干渉が加えられた結果、A・B間で契約が締結された場合の類型である。この場合でも、被害私人Aが当該契約に同意し続ける限りは問題とならない。問題となるのは、被害私人Aが当該契約の拘束力から逃れたいと考えている場合である。その場合、当該契約において、侵害私人Bは不当な干渉によって被害私人Aと契約を締結したのだから、私的自治に対して特別な配慮は必要ないだろう。そのため、「権利の性質による推定」および「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」は(a)と同じように機能する。

ただ、情報の不提供という単なる不作為のように、侵害私人Bの被害私人Aに対する干渉の程度が不当とまではいえない場合がある<sup>95)</sup>。そのような場合に被害私人Aが優先されるとなると、A・Bの契約を前提に生活を形成するないしは形成される予定の侵害私人Bに対して、過剰な侵害を与えることになる。そのため、上記のような場合、私的自治に対して特別な配慮が必要となる。例えば、侵害私人Bが契約に必要な情報を提供しないまま、被害私人Aと契約を締結した後に、Aの精神的自由とBの契約の自由が衝突したとする。この場合、侵害私人Bは不当とまでは言えない干渉によって被害私人Aと契約を締結しているため、私的自治に対しては特別な配慮が必要となる。よって、被害私人Aの精神的自由が侵害

私人Bの契約の自由に侵害されていたとしても、原則的に違法ではないと推定され、被侵害私人Aは救済されない。ただし、裁判官は考慮事項に基づきその推定を覆すことができる（「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」）。

もう一方の(a)-2「自己拘束型」<sup>96)</sup>は、A・B間の契約締結時に被侵害私人Aの自己決定権に侵害はなかった、つまり、被侵害私人Aが侵害私人Bとの契約の締結に自由に同意した場合である。この場合においても、契約の拘束力によって被侵害私人Aの精神的自由が侵害されていたとしても、それにAが同意し続ける限り、問題とならない。何を善しとするかは憲法13条（幸福追求権）で保障されているからである<sup>97)</sup>。また、この場合、被侵害私人A自身が意思決定に侵害を与えられることなく、自由に契約に同意した結果として、侵害私人Bは生活設計を立てるに至った。よって、被侵害私人Aの精神的自由が侵害されていたとしても、広範な私的自治が認められ、原則的に契約の拘束力は維持されるため、後に基本権侵害を理由に、Aの保護を国家に対して求めたとしても救済されない。

しかし、被侵害私人Aの精神的自由のなかでも「基礎的な価値」が侵害されている場合は別である。前述したように、(a)-2では、広範な私的自治が認められているため、契約の拘束力によって被侵害私人Aの精神的自由が侵害されていたとしても、原則的にAは救済されない。しかし、契約の拘束力によって、精神的自由のなかでも被侵害私人Aの基礎的な価値が侵害されている場合はその限りではない。前述のように、何を善しとするかは憲法13条（幸福追求権）によって保障されているものの、その基礎的な価値が侵害されたとすれば、何を善しとするか、という行為自体をとれなくなるからである。例えば、精神的自由そのものではないが、臓器提供契約などがそれにあたる。よって、契約の拘束力によって、精神的自由のなかでも基礎的な価値が侵害されている場合に限って、侵害私人Bによる法律行為に基づく基本権侵害は違法と推定され、被侵害私人Aは救済される。ただし、裁判官は考慮事項に基づきその推定を覆すことができる

（「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」）。特に、(a)－2の場合、被侵害私人Aは意思決定に侵害を加えられることなく、侵害私人Bと契約を締結しているため、前述のように、広範な私的自治が認められる。よって、私的自治に対しては特別な配慮が必要となるため、裁判官が被侵害私人Aを救済する際には、契約の一部無効といった救済方法を探るべきである。

以上が(a)「異種の基本権間における衝突の場合」における衡量の枠組みである。なお、私的自治に対して特別な配慮が必要となる場合は、(a)－1、(a)－2の類型のように、A・B間で契約がいったんは締結された場合である<sup>98)</sup>。このような場合に、被侵害私人Aが優先されるとなれば、前述したように、A・Bの契約を前提に、「形成されている、ないしは形成される予定の〔侵害私人〕Bの生活が害されることに」（括弧内筆者）<sup>99)</sup>なるからである。つまり、精神的自由と契約の自由が衝突した場合でも、私的自治の特別な配慮が必要な場合は、契約が締結された後であり、契約締結前に精神的自由と契約の自由が衝突した場合にまで、私的自治の特別な配慮は必要ない。

次に、(b)「同種の基本権間における衝突の場合」、例えば、被侵害私人Aの精神的自由と侵害私人Bの精神的自由が衝突した場合、裁判官はA・Bの権利につき、「どのように衡量」するべきだろうか。この時、「同種の基本権間における衝突」であるがゆえに、「権利の性質による推定」は機能しない。そのため、(b)の場合、裁判官は、人権は個人の権利であり、その主体は本来人間でなければならないため、自然人は法人に優先するという権利主体の性質によってA・Bの優先関係を推定しなければならない（以下、「権利主体の性質による推定」という）。よって、被侵害私人Aが自然人であり、侵害私人Bが法人であった場合、原則的にBの法律行為に基づく基本権侵害は違法と推定され、Aは救済される。ただし、裁判官は考慮事項に基づきその推定を覆すことができる（「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」）。なお、(b)の場合においては、権利主体までも同種であれば、依然として当事者の優先関係を確定することは困難である。その場合

は、推定否定に用いた考慮事項を裁判官が検討することで、A・Bの優先関係は確定される。

ここまで、①「私的な基本権侵害が法律行為に基づく場合」における衡量の枠組みを示してきた。「どのような権利」が衡量されるかを明確化するために、①を(a)「異種の基本権間における衝突の場合」と(b)「同種の基本権間における衝突の場合」に分け、それぞれ、権利が「どのように衡量」されるかを述べていった。そして、(a)のなかには、私的自治に対して特別な配慮が必要な場合があるとし、(a)をさらに(a)-1「決定侵害型」と(a)-2「自己拘束型」に分類した。

では、私人間における人権問題のなかでも、②「私的な基本権侵害が事実行為に基づく場合」、当事者のどのような権利がどのように衡量されるのだろうか。この時、基本権侵害は事実行為であるから、前述の通り、私的自治への配慮は必要ない。それを念頭に、①と同様に、②を(a)「異種の基本権間における衝突の場合」と(b)「同種の基本権間における衝突の場合」に分けて衡量の枠組みを示していく。

まずは、(a)「異種の基本権間における衝突の場合」、例えば、侵害私人Bの経済的自由が被侵害私人Aの精神的自由を侵害した場合、裁判官はA・Bの権利につき、「どのように衡量」するべきだろうか。この時、①の(a)と同様に、一般条項を解釈するにあたっては、「権利の性質による推定」および「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」が機能する。よって、侵害私人Bの事実行為に基づく基本権侵害は違法と推定され、被侵害私人Aは救済される（「権利の性質による推定」）。ただし、裁判官は考慮事項に基づきその推定を覆すことができる（「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」）。もっとも、(a)は②「私的な基本権侵害が事実行為に基づく場合」であるため、私的自治が及ばないことには留意が必要である。そのため、裁判官の考慮事項に私的自治への配慮はなく、また、(a)-1・(a)-2のように、私的自治に対して特別な配慮をする必要もない。

次に、(b)「同種の基本権間における衝突の場合」、例えば、被侵害私人



Aの精神的自由と侵害私人Bの精神的自由が衝突した場合、裁判官はA・Bの権利につき、「どのように衡量」するべきだろうか。この時、①の(b)と同様に、一般条項を解釈するにあたっては、「権利主体の性質による推定」および「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」が機能する。よって、被侵害私人Aが自然人、侵害私人Bが法人である場合、Bの事実行為に基づく基本権侵害は違法と推定され、Aは救済される（「権利主体の性質による推定」）。ただし、裁判官は考慮事項に基づきその推定を覆すことができる（「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」）。もっとも、(b)は②「私的な基本権侵害が事実行為に基づく場合」であるため、私的自治が及ばないことには留意が必要である。そのため、裁判官の考慮事項に私的自治への配慮はない。なお、この(b)の場合においては、権利主体までも同種であれば、依然として当事者の優先関係を確定することは困難である。その場合は、前述したように、推定否定に用いた考慮事項を裁判官が検討することで、A・Bの優先関係は確定される。

ここまで、②「私的な基本権侵害が事実行為に基づく場合」における衡量の枠組みを示してきた。「どのような権利」が衡量されるかを明確化するために、②を(a)「異種の基本権間における衝突の場合」と(b)「同種の基本権間における衝突の場合」に分け、それぞれ、権利が「どのように衡量」されるかを述べていった。

以上が試論の全体像である。この試論が実際にどのように運用され、応用できるかを私人間における人権問題のリーディングケースとされる三菱樹脂事件を取り上げることで検証していく。三菱樹脂事件最高裁判決は不透明なまま衡量がされており、その結論も学説の批判的となっている。試論を用いて三菱樹脂事件を検討することで、本来、最高裁がとるべきであった結論を示したい。

## 第2項 三菱樹脂事件へのあてはめ

### (1) 事実の概要

Xは大学卒業後、Yに管理職要員として3ヵ月の試用期間を設けて採用された。しかし、Yの主張によると、その満了直前、Xが採用試験時に、学生運動歴についての質問に秘匿ないし虚偽回答をしていたことが調査によって発覚し（以下、Yの主張に基づき、Xの秘匿ないし虚偽回答があったものとして考察する）、その結果、YはXに対して本採用拒否告知をしたため、Xは本採用拒否の効力を争って、雇用契約上の権利を有することの確認を求めた。

### (2) 最高裁の判断

最高裁は、Yは、「いかなる者を雇入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由に決定」可能であり、Xの採否決定にあたって、Xの思想・信条を調査すること、そのために、Xの思想・信条に関連する事項について質問をすることも許されるとしたが、一方で、最高裁は、Xに対する本採用の拒否は、「留保解約権の行使、すなわち雇入れ後における解雇にあたり、これを通常の雇入れの拒否の場合と同視することはできない」と判断した。そして、本件雇用契約は、試用期間中にYがXの管理職要員としての適格性を欠くと判断した時は、解約できる旨の特約上の解約権が留保されていたのであるから、最高裁は、留保解約権の行使にあたっては、通常の解雇よりも、「広い範囲における解雇の自由が認められてしかるべき」とした。しかし、最高裁は、留保解約権の行使にあたっては、同時に、「客観的に合理的な理由が存し社会通念上相当として是認されうる場合にのみ許されるものと解するのが相当である」とし、原判決は、Yの留保解約権の行使が相当であるかの審理が尽くされていないため、破棄を免れないとして、本件を原審に差し戻した。

(3) 試論に基づく検討

このような三菱樹脂事件につき、最高裁は私法の一般条項をどのように解釈した上で、当事者の優先関係を確定しなければならなかったのか。以下、試論に基づきながら示していく。

本件の私人間における人権問題としては、二つの論点を設定されているといえよう。すなわち、㊦「思想・信条を理由とした雇入れ拒否は許されるのか」および㊧「思想・信条を理由とした本採用拒否は許されるのか」ということである。なお、㊧について、最高裁は判断を下していないが、本来、どのような判断を下すべきであったかを、試論に基づきながら検討したい。

まず、㊦「思想・信条を理由とした雇入れ拒否は許されるのか」という論点から検討していく。これはXの思想・信条の自由とYの契約の自由が衝突している場合であるため、試論に基づけば、㊠「私的な基本権侵害が法律行為に基づく場合」のなかでも、(a)「異種の基本権間における衝突の場合」に分類される。そして、この㊦の場合、両者は雇用契約締結前に衝突しており、X・Yはともに当該雇用契約を前提に生活設計をしていないため、私的自治に対する特別な配慮は必要ない。よって、㊦の私人間における人権問題は、㊠の(a)の類型であり、Yの契約の自由によるXの思想・信条の自由への侵害は原則的に違法と推定されるため、Xは救済される（「権利の性質による推定」）。

しかし、その推定を覆すほどの理由があれば必ずしもXは救済されない（「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」）。まず、権利主体の社会的・経済的立場については、大企業たるYはXよりも優越的な立場にある。次に、権利侵害の程度・態様については、㊦は雇用契約締結前であるため、X・Yともに権利侵害が著しいとはいえない。最後に、私的自治については、YはXの管理職要員としての適格性を図る上で、特にXの思想・信条を重視する必要はないため、私的自治に対して配慮する必要もない。

よって、Yに対する違法の推定を覆すほどの理由があるとはいえず、思

想・信条を理由とした雇入れ拒否は許されないとの結論が導かれる。ただ、YにXの雇入れを認めさせると、過少保護の禁止と過剰介入の禁止の見地から、Yの防御権を過剰に侵害する恐れがある。Yに雇入れを強制すると、契約の自由の本質を侵害しかねないからである。そのため、思想・信条を理由とした雇入れ拒否は許されないものの、Xの全面的な救済とはならず、損害賠償といった一部救済にならざるを得ない。

次に、④「思想・信条を理由とした本採用拒否は許されるのか」という論点について検討していく。これは、採用試験時におけるXの秘匿ないし虚偽回答に基づき、YがXに対して本採用拒否の告知を行ったことにより、Xの思想・信条の自由とYの契約の自由が衝突している場合であるため、試論に基づけば、①「私的な基本権侵害が法律行為に基づく場合」のなかでも、(a)「異種の基本権間における衝突の場合」に分類される。ただ、この④は⑦とは異なり、両者は雇用契約が締結された後に衝突しており、X・Yはともに当該雇用契約を前提に生活設計をしているため、私的自治に対する特別な配慮が必要となる。そして、④については、採用試験時においてXが秘匿ないし虚偽回答という干渉を行ったことによって、YがXと雇用契約を締結してしまったと解釈できる。つまり、Yの契約の自由がXの思想・信条の自由によって侵害されたのである。よって、④における私人間における人権問題は、①の(a)のなかでも、(a)-1「決定侵害型」である。問題は、採用試験時におけるXの秘匿ないし虚偽回答が、雇用契約締結にあたって、Yへの不当な干渉となったといえるかどうかである。この点、確かにYは、Xの秘匿ないし虚偽回答によって、Xの思想・信条について誤認したといえる。しかし、Xの秘匿ないし虚偽回答がYの意思決定に不当とまでいえる程度の干渉を与えたことにはならない。管理職要員としての適格性を図る上で、Xの思想・信条は関係ないからである。

よって、④は(a)-1のなかでも不当な干渉とまではいえない場合に該当するため、私的自治への特別な配慮は依然として必要であり、Yの契約の自由がXの思想・信条によって侵害されたとしても、原則的に違法ではな

いと推定され、Yは救済されない。

しかし、その推定を覆すほどの理由があればYの救済可能性は残る（「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」）。まず、権利主体の社会的・経済的立場の対等性について、大企業たるYはXよりも優越的な立場にある。次に、権利侵害の程度・態様について、確かにYはXの秘匿ないし虚偽回答によりXの思想・信条につき誤認し、雇用契約を締結したが、前述したように、Yが管理職要員としての適格性を図る上でXの思想・信条を確かめることは不必要であるため、XによるYへの権利侵害は甚大とまではいえない。対して、XはYの本採用拒否によって労働者たる地位を失うため、YによるXへの権利侵害は著しい。最後に、私的自治については前述したように、④は雇用契約締結後の場合であるため、私的自治に対しては特別な配慮が必要である。

よって、Xに対する違法ではないという推定を覆すほどの理由があるとはいえず、思想・信条を理由とした本採用拒否は許されないと結論が導かれる。また、過少保護の禁止と過剰介入の禁止の見地からいっても、YにXの本採用を認めさせとしても、Yの防御権を過剰に侵害することにはならない。X・Yの雇用契約はすでに締結されていたからである。そのため、YではなくXが全面的に救済され、Xは雇用契約上の権利を有することになる。

ここまで、三菱樹脂事件の私人間における人権問題としては二つの論点が設定されているとし、それぞれ検討してきた。⑦「思想・信条を理由とした雇入れ拒否は許されるのか」については、X・Y間で雇用契約が締結される前であるため、試論によれば、①「私的な基本権侵害が法律行為に基づく場合」のなかでも、(a)「異種の基本権間における衝突の場合」であるととした。よって、⑦の場合、「権利の性質による推定」により、Xは救済されると推定され、その推定は、「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」を経たとしても、覆ることはなく、思想・信条を理由とした雇入れ拒否は許されないが、過少保護の禁止と過剰介入の禁止から、Xの全面的な救済

とはならず、一部救済が妥当であるとした。

対して、④「思想・信条を理由とした本採用拒否は許されるのか」については、X・Y間で雇用契約が締結された後であるため、試論によれば、④の(a)のなかでも、(a)-1「決定侵害型」であり、Xの秘匿ないし虚偽回答は不当な干渉とまではいえないため、私的自治に対して特別な配慮がされるとした。よって、④の場合、Yは救済されないと推定され、その推定は、「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」を経たとしても、覆ることはなく、思想・信条を理由とした本採用拒否は許されない。過少保護の禁止と過剰介入の禁止の見地から検討したとしても、同様であり、YではなくXが全面的に救済されることになる。

以上のように、最高裁は、思想・信条を理由とした雇入れ拒否および本採用拒否は許されないものと判断すべきであったのである。

## おわりに

私人間における人権問題を解決するには、木下の指摘するように、いかなる権利がどのように衡量されるかという「実体」問題に着目し<sup>100)</sup>、衡量の具体的な枠組みを構築することでその解決を図らなければならなかったが、従来の私人間効力論および現在の私人間効力論を確認した限り、そのほとんどが、人権主張のための「入り口」問題の検討に終始してきたといっていよう。現在の私人間効力論を代表する新無効力説、新間接効力説の保護義務の構成であっても、衡量の具体的な枠組みを構築するまでには至っていなかったのである。

しかし、私人間における人権問題を解決するには、「実体」問題を解決しなければならない。衡量の具体的な枠組みを示し、「実体」問題を解決しなければ、裁判官は一般条項の解釈にあたって、立法から授けられた広範な裁量によって、私人間において侵害されている人権がどのように衡量されたかを不透明にすることが可能である。衡量が不透明であれば、その

衡量が適切に行われたかの判断も不可能であろう。

本稿は、以上のような問題意識から、管見の限りではあるが、「実体」問題の解決に関する学説の展開を確認した後、衡量の具体的な枠組みの構築を試み、試論においては、新聞接効力説の保護義務的構成を前提に、私人間における人権問題を類型化し、その類型ごとに「どのような権利」を「どのように衡量」するべきかを示した。

具体的には、まず、私的自治の有無を基準に、私人間における人権問題を①「私的な基本権侵害が法律行為に基づく場合」と②「私的な基本権侵害が事実行為に基づく場合」に分類した。次に、「どのような権利」を衡量するかを明確にするため、①を(a)「異種の基本権間における衝突の場合」と(b)「同種の基本権間における衝突の場合」に、②も同様に(a)と(b)に分類した。そして、(a)の類型については、精神的自由は経済的自由に優先するという「権利の性質による推定」および「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」、(b)の類型については、自然人は法人に優先するという「権利主体の性質による推定」および「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」を経ることで、私人間における人権問題の妥当な解決を目指した。ただ、契約締結後に、精神的自由と契約の自由が衝突した場合、私的自治に対して特別な配慮が必要となるため、①の(a)の類型については、さらに(a)-1「決定侵害型」、(a)-2「自己拘束型」に分類し、そのなかで「権利の性質による推定」および「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」などを経ることで私人間における人権問題の妥当な解決を目指した。

そして、試論を三菱樹脂事件に適用することで、本来、最高裁がとるべきであった結論を示した。具体的には、本件では、私人間における人権問題の論点としては、㉞「思想・信条を理由とした雇入れ拒否は許されるのか」および㉟「思想・信条を理由とした本採用拒否は許されるのか」という二点が設定されているとし、それぞれの論点につき、最高裁がとるべき結論を述べた。

まず、㉞については、雇用契約締結前にXの思想・信条の自由がYの契

約の自由に侵害されていると解され、試論においては①の(a)に分類される。そのため、「権利の性質による推定」によってXが救済されると推定され、その推定は「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」によっても覆らなかった。よって、⑦に対しては、最高裁は、思想・信条を理由とした雇入れ拒否は許されないと判断すべきであったと結論付けたが、過少保護の禁止と過剰介入の禁止の見地に立てば、Xを全面的に救済することはYの防御権を過剰に侵害することになるため、Xの救済は、損害賠償といった一部救済にならざるを得ないとした。

次に、④については、Yの契約の自由がXの思想・信条の自由に基づく不当とまではいえない干渉によって侵害された結果、雇用契約が締結されたと解され、試論においては①の(a)のなかでも(a)-1に分類される。そのため、私的自治に対して特別な配慮が必要となり、Yは救済されないと推定され、その推定は「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」によっても覆らなかった。よって、④に対しては、最高裁は、思想・信条を理由とした本採用拒否は許されず、また、過少保護の禁止と過剰介入の禁止の見地に立ったとしても、Yの防御権を過剰に侵害することにはならないため、Xには雇用契約上の権利を有すると判断すべきであったと結論付けた。

本稿の試論は、「実体」問題の解決に向けて、裁判官の衡量において不透明性を排した上で、裁判官に裁量の余地を残すことに主眼があった。そのために、衡量の枠組みを構築するにあたって、「権利の性質による推定」・「権利主体の性質による推定」と「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」に段階を分けたのである。

私人間効力論における「実体」問題の解決に向けて、本稿の試論は、その方向性の一端でも示すことができたのではないかと思われるが、私人間における人権問題の更なる類型化、基本権が精神的自由と経済的自由に大別されるといってもプライバシー権などについてはどのように衡量すべきか、三菱樹脂事件以外の判例への適用、などについては検討が及ばなかった。これらの点については今後の課題とさせていただきたい。



- 1) 概略は、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣，1994年）279頁以下，君塚正臣「私人間における権利の保障」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣，2008年）66頁以下，宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来——どこへ行くのか」長谷部恭男編『人権の射程』（法律文化社，2010年）25頁以下，参照。
- 2) 宍戸・前掲注1）25頁。
- 3) 木下智史『人権論の再検討——私人間における人権保障と裁判所』（日本評論社，2007年）62頁以下参照。
- 4) 概略は，木下・前掲注3）3頁以下，君塚・前掲注1）66頁以下，宍戸・前掲注1）26頁以下，参照。
- 5) 木下・前掲注3）5頁。
- 6) 木下・前掲注3）4頁以下参照。
- 7) 無効力説についての問題点は，木下・前掲注3）5頁，直接効力説についての問題点は，芦部・前掲注1）287頁以下，木下・前掲注3）5頁以下，参照。
- 8) 概略は，芦部・前掲注1）294頁以下参照。
- 9) 芦部・前掲注1）281頁。
- 10) 芦部信喜『現代人権論——違憲判断の基準——』（有斐閣，1974年）49頁以下参照。なお，芦部説の要約については，宍戸・前掲注1）26頁以下を参考にしている。
- 11) 芦部・前掲注1）311頁以下参照。
- 12) 棟居快行『人権論の新構成』（信山社，1992年）2頁以下参照（なお，その初出は，同「私人間適用問題の複眼的考察（上，中，下）」神戸法学雑誌38巻3号（1988年）559頁以下，40巻3号（1990年）697頁以下，41巻2号（1991年）451頁以下）。
- 13) 宍戸・前掲注1）31頁。
- 14) 新直接効力説については，藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂，1998年），三並敏克『私人間における人権保障の理論』（法律文化社，2005年），司法的執行の理論については，木下・前掲注3），ステイト・アクション論については，松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣，2007年）が詳しい。新無効力説，新間接効力説の保護義務の構成，全法秩序の最高規範説については後述する。
- 15) 新無効力説，新間接効力説の保護義務の構成はともに，通説であった間接効力説の問題点を克服したと考えられるからである。間接効力説に対しては，後述するように，一方で私人間における憲法の直接効力を否定しておきながら，他方で間接的にでも効力が及ぶとすることは矛盾であると指摘されていた（山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）——私法関係における憲法原理の衝突——」法学論叢133巻4号（1993年）13頁参照）。しかし，新無効力説は超実定法的権利を，新間接効力説の保護義務の構成は国家の保護義務を持ち出すことにより，その矛盾の克服に成功したといえるからである。詳細については後述する。
- 16) 概略は，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1245号（2003年）144頁以下，同「私人間効力論再訪」ジュリ1372号（2009年）157頁以下，参照。
- 17) 高橋・前掲注16）（2003年）145頁参照。

- 18) 高橋・前掲注16) (2003年) 144頁以下参照。
- 19) 木下・前掲注3) 41頁参照。
- 20) 概略は、小山剛「基本権保護義務論」大石眞 = 石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008年) 86頁以下、同「基本権の私人間効力・再論」小山剛編『憲法の規範力と市民法』(信山社、2020年) 69頁以下、参照。
- 21) 小山・前掲注20) (2008年) 86頁参照。なお、ここで小山は国家による作為 = 「過少保護の禁止」、国家による不作為 = 「過剰介入の禁止」とは明示していないが、本稿では、両者は同一の概念と解して述べていく。
- 22) 小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年) 212頁。
- 23) 山本・前掲注15) 13頁。
- 24) 穴戸・前掲注1) 32頁参照。
- 25) 同上参照。
- 26) 同上参照。
- 27) 高橋・前掲注16) (2003年) 144頁以下参照。
- 28) 高橋・前掲注16) (2003年) 146頁。
- 29) 同上。
- 30) 小山・前掲注20) (2008年) 86頁参照。
- 31) 松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法・再説」小山剛編『憲法の規範力と市民法』(信山社、2020年) 147頁。
- 32) 松本の、「衡量の問題に正面から取り組んだ」という言葉が具体的に何を示しているのは定かではないものの、ここではひとまず、「衡量の枠組みを具体的に示すこと」と解しておく。
- 33) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)・完 —— 私法関係における憲法原理の衝突——」法学論叢133巻5号 (1993年) 19頁参照。
- 34) 同上参照。
- 35) 山本・前掲注33) 20頁参照。
- 36) 同上。
- 37) 山本・前掲注33) 20-21頁。
- 38) 山本・前掲注33) 21頁。
- 39) 山本・前掲注33) 21頁以下参照。
- 40) 山本・前掲注33) 21頁。
- 41) 山本・前掲注33) 19頁参照。
- 42) 山本・前掲注33) 18頁。
- 43) 同上。
- 44) 木下・前掲注3) 62頁以下参照。
- 45) 西村枝美「土壌なき憲法の私人間適用問題」公法研究66号 (2004年) 269頁参照。
- 46) 西村・前掲注45) 271-272頁。
- 47) 山本・前掲注15) 5頁。
- 48) 概略は、有倉遼吉『憲法における判例の意義』(成文堂、1979年) 325頁以下参照。

- 49) 有倉・前掲注 48) 333頁。
- 50) 同上。
- 51) 有倉・前掲注 48) 333頁以下参照。
- 52) 有倉・前掲注 48) 334頁。
- 53) 同上。
- 54) 同上。
- 55) 有倉・前掲注 48) 334頁参照。
- 56) 有倉・前掲注 48) 335頁参照。
- 57) 根森健「三菱樹脂事件最高裁判決の再検討」戸波江二編『企業の憲法的基礎 早稲田大学21世紀 COE 叢書企業社会の変容と法創造（第二巻）』（日本評論社，2010年）156頁参照。
- 58) 同上。
- 59) 本稿における棟居説の要約は，君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社，2008年）222頁以下を参考としている。
- 60) 木下・前掲注 3) 34頁。
- 61) 棟居・前掲注 12) 7頁。
- 62) 棟居・前掲注 12) 106頁。
- 63) 棟居・前掲注 12) 7頁。
- 64) 棟居・前掲注 12) 106-107頁。
- 65) 棟居・前掲注 12) 7頁。
- 66) 棟居・前掲注 12) 94頁。
- 67) 棟居・前掲注 12) 97頁。
- 68) 棟居・前掲注 12) 95頁以下参照。
- 69) 棟居・前掲注 12) 91頁。
- 70) 棟居・前掲注 12) 91頁以下参照。
- 71) 棟居・前掲注 12) 94頁参照。
- 72) 棟居・前掲注 12) 103頁。
- 73) 高作正博「フランスにおける表現の自由の私人間適用」上智法学論集38巻 2号（1994年）273頁参照。
- 74) 木下・前掲注 3) 34頁参照。
- 75) 同上参照。
- 76) 君塚・前掲注 59) 226頁。
- 77) 棟居・前掲注 12) 94頁。
- 78) 概略は，君塚・前掲注 1) 66頁以下，同・前掲注 59) 258頁以下，参照。
- 79) 君塚・前掲注 1) 67頁参照。
- 80) 君塚・前掲注 59) 263頁参照。
- 81) 君塚・前掲注 1) 67頁。
- 82) 木下・前掲注 3) 62頁。
- 83) 長谷部恭男『続・Interactive 憲法』（有斐閣，2011年）20頁注27)。

- 84) 長谷部恭男『憲法〔第6版〕』（新世社，2014年）133頁以下参照。
- 85) 榎透「私人間効力論における憲法と立憲主義」専修法学論集126号（2016年）71頁以下参照。
- 86) 長谷部・前掲注 83) 20頁注(27)。
- 87) 木下・前掲注 3) 62-63頁。
- 88) なお、この点につき、山本も私人間における人権問題を法律行為と事実行為に分け、私的自治への配慮が及ぶのは前者だけであるとしている（山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣，2000年）65頁以下参照）。
- 89) なお、この点については、中田邦博=高島英弘『新・キーワード民法』（法律文化社，2007年）116頁を参考にしている。
- 90) 有倉・前掲注 48) 333頁参照。
- 91) 有倉・前掲注 48) 333頁以下参照。
- 92) 山本・前掲注 88) 67頁。
- 93) 山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』（有斐閣，2004年）16頁以下参照。
- 94) 山本・前掲注 93) 17頁以下参照。
- 95) 情報の不提供という単なる不作為の他に、困惑惹起行為、誤認惹起行為といった作為であっても、不当な干渉にはあたらないと考えられる。ただ、不当の線引きは事例によるところが大きいため、その判断は裁判官の裁量の範囲内となる。
- 96) 山本・前掲注 93) 30頁以下参照。
- 97) 山本・前掲注 93) 35頁以下参照。
- 98) なお、この点につき、契約締結時に、被害私人Aの自己決定権に侵害はなかった、かつ、Aの精神的自由に対する契約の拘束もなかったにもかかわらず、その後、事情変更により、Aの精神的自由と侵害私人Bの契約の自由が衝突する場合は考えられる（以下、「事情変更型」とする）。そのような場合には、当該事情変更により、A・Bは新たな契約を締結する必要が生じたと捉えることができる。そのため、事情変更型は契約締結以前の問題、つまり、(a)「異種の基本権間における衝突の場合」と同視でき、(a)と同じように、「権利の性質による推定」および「考慮事項に基づく裁判官の推定否定」が機能する。
- 99) 山本・前掲注 88) 67頁。
- 100) 木下・前掲注 3) 62頁以下参照。