

憲法上の人格権と私法上の人格権

上 村 都 (新潟大学)

一 はじめに

憲法上の人格権と私法上の人格権は、いかなる関係に立つのか。この問いに対してまず思いつく答えは、前者は国家対個人の垂直関係において妥当し、後者は私人相互の水平関係において妥当するというものである。そして、両者の規律対象が異なることからすれば、その内容が（少なくとも本質的部分において）一致するかどうかは、事実上の問題であって（憲）法的に要請されることではない。

しかし、憲法上の権利に何らかの私人間効力が認められるとなると、両者のきれいな分離は不可能となる。そして、両者の関係、とりわけ、憲法上の人格権がどの限りで私法上の人格権の内容を規定し、私人間の紛争において憲法上の人格権がどこまで私法上の評価に介入するのかという問題は、それぞれの論者が前提とする私人間効力論と結びつく。通説であるとされる間接適用説は、一般的な理解に従えば、《憲法上の人格権と私法上の人格権の二元性を外見上は堅持したうえで、不法行為法の解釈・適用に際して憲法の精神の顧慮を求めることにより、実質的には両者の同一化を志向する》ことになろう。しかし、事はそれほど簡単ではない。

間接適用説に対して、現在では、その構造や基礎付け自体についても、基本権保護義務論⁽¹⁾や憲法の最高法規性⁽²⁾を援用した再構成論があり、何が間接適用説かという理解自体が揺らいでいるように思われる。加えて、近代立憲主義の理念という新たな基礎付けによって無効力説を再評価する見解⁽³⁾もきわめて有力である。本稿では、「間接適用説」の種々の類型を概観したのちに（後述、二）、最近の私人間効力論議、特に無効力説と保護義務論の対立を簡単に整理したうえで、憲法上の人格権と私法上の人格権の関係について、試論を述べることにしたい（後述、三）。

二 間接適用

間接適用説は、実際のところ、1つの学説と呼ぶほどの確固とした同質

性を備えているわけではない。以下では、①なぜ私法に対して憲法が関与するのかという、間接適用のそもそもの根拠、②「間接適用」という適用の仕方を、どのような構造として描くのかという、間接適用の技術的構成、③憲法による関与あるいは私法の修正をどの範囲で要求するかという、「価値充填の振幅」、の3点について、それぞれ2つの異なる見解を対置する。

1 2種の基礎付け

間接適用説の原型として、わが国でも、常にデューリッヒの学説と連邦憲法裁判所のリユート判決が引用される(4)。しかし、これら2つの基礎付けの間には、無視できない差異がある(5)。

(1) リユート判決——客観的価値秩序

リユート判決では、リユート氏による映画のボイコットの呼びかけが民法典826条の不法行為に当たるかが争われた。連邦憲法裁判所は、「基本権がもっぱら国家に対して向けられたものである、というテーゼ」も、「基本権……が、私法関係においてもあらゆる者に対抗して妥当する、という見解」も、いずれも極端な見解であるとしてこれを排し(BVerfGE 7, 198, 204)、次のように説示した。

「基本権は、国家に対する市民の防禦権」であるが、「基本法は、価値中立的秩序ではなく、基本権の章条において客観的価値秩序もまた定立した。『社会共同体の内部における自己の核心を人格の自由な発展とその尊厳に見出すこの価値体系は、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、行政および裁判は価値体系から指針と衝撃を受け取る』。『それゆえ、価値決定は、民法にも当然に影響を及ぼすのである。民事法上の規定は、価値決定と矛盾するものであってはならず、その精神のなかで解釈されなければならない』(E 7, 198 204 f.)。

(2) デューリッヒ——人間の尊厳保護義務

これに対して、デューリッヒは、私人間効力という問いを、「裁判権は基本法1条1項2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為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」(6)として定式化した。

人間の尊厳は、「全方向性」を有する(Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 16.)。基本法1条1項2文(7)は、国家に対して、「尊重」と並んで明文でその「保護」を義務付けている。「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、防御されるべきことが帰結される」(Art 1. Abs. III Rdnr. 131.)。

(3) デューリッヒにとっての人間の尊厳

以上の引用だけからでは、リュートとデューリッヒの差異は言葉の差異にとどまるように見えるかもしれない。しかし、デューリッヒが人間の尊厳をどのように性格づけたかをみるならば、リュートとの差異は明瞭となるろう。

デューリッヒにとり、基本法1条1項の人間の尊厳は基本権ではない。それは、「われわれの法秩序にとっての最高次の構成原理」である (Abs. I Rdnr. 4. Art 1. Abs. III Rdnrn. 102, 131.)。さらに、人間の尊厳とは、法はただそれを受容しただけの、「社会・倫理的尊重請求」であった (Art 1. Abs. III Rdnrn. 102, 131.)。デューリッヒは、人間の尊厳を、「Ich-Du (わたし-あなた) 関係において個人的な尊重請求として存在し、また、第三者および社会との関係において、社会・倫理的尊重請求として、すでに存在していたもの」(Art 1. Abs. I Rdnr. 2.) と説明している。この倫理的尊重請求は、基本法1条1項2文によって国家の尊重義務として明確化され、「それと同時に、従来の個人的・社会倫理的領域においても法化された」。「国家に対して向けられた尊重請求には、……尊重請求が非国家的領域から攻撃された場合には、国家に対して防御のための積極的行為を求める尊重請求も含まれることになる」(Art 1. Abs. I Rdnr. 3.)。

以上のように、リュート判決は、基本権の二重の性格（防御権と価値決定ないしは客観法としての基本権）を基礎に間接適用説を構成し、デューリッヒは、それ自体は基本権ではない、人間の尊厳から間接適用を基礎づけている。ベッケンフェルデは、次のように指摘している。「デューリッヒにとっては、人間の尊厳尊重の帰結としての法道徳の統一性が重要であった。まさにそれのみだったのであり、それ以上は問題ではなかった」(8)。「デューリッヒは、基本権に二重の性格を与えることを認めず、国家に向けられた自由権という単一の性格だけをもつことに固執した。照射効をもつ中心的価値規範は、デューリッヒにとっては基本法1条1項、すなわち人間の尊厳尊重命令だけであった」(9)。

この限りで、デューリッヒの見解に最も近いのは、わが国では高橋説であるといえるかもしれない。この点については後述する。

2 2種の「構成」

私法規定の解釈・適用に対する基本権の作用は、ドイツでは、「照射効 (Ausstrahlungswirkung)」と呼ばれてきた。しかし、この言葉は、比較的最近では、刑法や行政法規の解釈・適用に対しても用いられるようになってきている。また、これとは別に、照射効による価値充填という構成に代わって、判例・学説では、基本権保護義務という説明がされるようになった。

(1) 基本権の照射効

リュート判決は、基本権が私法の一般条項へと価値充填するさまを、「照射効」という言葉で表現している。

「客観的規範としての基本権の法内容は、この法領域を直接に支配する規定を媒介として私法においても展開される。新しく制定される法が基本権上の価値体系に合致しなければならないように、旧来の法も内容上この価値体系に合わせて調整される。つまり、この価値体系から旧来の法に、固有の憲法的内実が付与される。固有の憲法的内実とは、今後、既存の法の解釈を決定づけるものである。そのような基本法の影響を及ぼされる民事上の権利の行態規範から生ずる権利・義務についての私人間の争訟は、実体的にも、訴訟的にも、民事法上の争訟のままである。解釈適用されるのは、民事法である」(10)。公序の一部をなし、私人の意思形成を排除する強行法は、憲法の影響にとくに直面する。また、裁判においては、人間の行動の評価を「善良の風俗」のような民事法以外の尺度や、法以外の尺度に求めている一般条項が、基本権の民事法への「突破口」となる (E 7, 198 206)。

(2) 保護義務

連邦憲法裁判所が私人間効力問題に対して基本権保護義務論を援用するようになるのは、1990年代に入ってからである。代理商決定において、連邦憲法裁判所は、私的自治は自己決定の原理に依拠しており、したがって、自由な自己決定のための条件が現実存在することを前提としているとし、両当事者の力におよその均衡が欠けた状態で「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」(BVerfGE 81, 242 [254 f.]) と説示した。

基本権保護義務とは、国家と、加害者である私人 A、被害者である私人 B からなる、いわゆる法的三極関係の中で生じる国の作為義務である。その法的三極関係の中で、国家は、私人 A との関係では防御権、私人 B

との関係では保護義務によって拘束される。そして、このように考えれば、間接適用（照射効）は、Aとの関係において防御権にかかわる部分と、Bとの関係において保護義務にかかわる部分とに解体されることになる(11)。別の言い方をすると、間接適用の正体は私法規定の基本権適合的解釈であると指摘される(12)が、民事裁判所は、Aとの関係では防御権としての基本権（たとえば、表現の自由）に、Bとの関係では、保護義務としての基本権（たとえば、人格権）に拘束される(13)。

以上のように、保護義務論による私人間効力問題の再構成は、「私人である第三者もまた基本権の名宛人か」、という私人間効力（第三者効力）論議のそもそもの問題設定とは、関心が異なる。基本権の名宛人は国家であるという対国家性を前提としたうえで、基本権が国家に何を要求するのか、それは不作為か作為か、という問題の立て方をすることになる。このような問題設定それ自体から生じるいくつかの帰結については、後述する（後述、二3(2)）。

3 2種の衡量

私人Aの報道により人格権が侵害されたとして、私人Bが損害賠償を求めて出訴したとする。この事件を解決するのは憲法か民法か。形式的には、もちろん民法である。では、実質的にはどちらなのか。

この問いに対しても、2つの答えがありうる。しかし、それは、上述した2種の構成と必然的に結びついたものではない。さらに、この問いに対する答えは、ドイツでは、憲法と私法秩序の関係という実体的問題のほか、憲法裁判所と民事裁判所の権限関係という、機能法的な問題にも結びついている。したがって、以下で行う対置は、理論的にありうる2つの可能性という意味にとどまる。

(1) 最適化

1つの見解は、私人相互の関係において相互に衝突しうるAとBの基本権ないしは基本権法益の最適化を図らなければならないとするものである(14)。

批判的な観点からであるが、ベッケンフェルデは、基本権保護義務や基本権の照射効において用いられる比例原則が、警察法上の比例原則とは構造の異なるものとなることを指摘し、これを「適切な比例性 (Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit)」と呼んだ(15)。ベッケンフェルデは、通常の狭義の比例原則では、衡量の基準が「侵害により達成される目的

に対して、「侵害が不均衡」か否かであるのに対して、私人間効力で用いられる衡量では、「適切な均衡性あるいは実践的整合性」であると指摘する(16)。この構造転換の原因を、ベッケンフェルデは、基本権を主張する私人と基本権を援用できない国との垂直関係として構成される防禦権と、私人が基本権主体として相互に対峙する水平関係を特徴とする照射効・保護義務との法的構造の相違に求めている(17)。

(2) 上限／下限

もう1つの見解は、防禦権と保護義務に求められる過剰侵害禁止と過少保護の禁止の間には、一定の空間が残る、とするものである。防禦権は、国家からの自由を保障するものであるため、基本権に対する国家の過剰な制限とならないことを要請する。他方、保護義務は、国家に一定の作為義務を課すものであるため、基本権に対する国家の過少な保護とならないことを要請する。つまり、憲法は私法秩序に対して、過剰侵害禁止、過少保護禁止によって、とりうる結論の上限および下限を示している。逆の言い方をすれば、憲法は私法秩序に対して、上限と下限を画すのみであるため、したがって、そこには一定の空間ないし余地が残る。この空間が、民事の立法者の裁量の余地であり、民事裁判所の裁量の余地となる。私法の独自性は、この範囲で発揮されることになる。

つまり、過剰侵害禁止は、必要な限度を超えた基本権侵害を禁止するものであり、過少保護禁止は、何らかの保護を国に命じるだけで、どのような手段によって保護を実現するかについて示すものではない。したがって、過剰侵害禁止は、国家の措置の上限を画し、過少保護禁止は国家の措置の下限を画すものでしかない。この上限と下限との間の空間が、立法者や民事裁判所の裁量の余地だとするのである(18)(後述、三2(2))。

憲法上の上限と下限との間の空間は、ドイツにおいても、比較的最近まではあまり強調されてこなかった。しかし、ポツシャーや、後述するルッフフェルトの教授資格請求論文のように、2000年以降に刊行された著作には、明らかな転機が認められる(19)(20)。

さらに、連邦憲法裁判所による介入の限度については、次のような興味深い主張もある。ハーガーは、民事の立法者が基本権の内実を比較的詳細に法律へと置換した場合には、憲法裁判所の審査は法律上の規定が憲法に合致するかどうかの審査のみに限定されるべきであるとし、また、民事裁判所が一般条項を用いて衡量を行う場合には、憲法裁判所は、「何が原理的に衡量の重要な規準となるのか」を示すにとどめるべきだとする(21)。

後者は、行政法における裁量権行使の判断過程審査に類似しており、興味深い。

三 憲法上の人格権と私法上の人格権

以上の整理を踏まえて、わが国における最近の私人間効力論争および憲法上の人格権と私法上の人格権との関係について、若干の考察を行うことにしたい。

1 最近の私人間効力論争について

(1) 無効力説

無効力説を自認する高橋教授は、基本権の私人間効力を否定し、かわって「法道徳の統一」を要請しているが、デューリッヒが目指したのも、まさに「法道徳の統一」であった。高橋説は、私法も、実定法を支える前実定法的な価値原理としての「個人の尊厳」を私人間の関係において実現する手段であり、私法の解釈も個人の尊厳を実現する方向でなされなければならないとする。民法2条の謳う「個人の尊厳」も同趣旨であり、結局、「民法も憲法も同じ価値原理にコミットして規定されている」とされる(22)。デューリッヒにとっての人間の尊厳は、基本権ではなく、第一次的には倫理的請求であった。この点でも、個人の尊厳を自然権的なものとして捉え、その効力の全方向性を認める高橋説と非常に近い(23)。デューリッヒは、基本権の対国家性を堅持したのであり、間接適用が生じるのは、憲法上の権利としての基本権とは別の次元に本籍のある人間の尊厳が、個別の基本権の中に取り込まれた(実現された)限りにおいてである。

高橋説を無効力説と呼ぶかどうか、また、(リユートとは異なり)デューリッヒ説を間接適用説と呼ぶかどうかは、何を指標に学説を分類するかの問題であり、基本的発想において両者が近いことは確認できよう。

(2) 保護義務論的再構成

基本権の私人間効力を肯定するためには、単に憲法の最高法規性を指摘するだけではならず、何らかの意味で国家の関与義務があることを前提とせざるを得ない。しかし、連邦憲法裁判所型の、基本権の二重の性格論を前提とした、あるいは、基本権と基本権法益の区別を前提とした包括的な保護義務論が必要不可欠であるかどうかは疑わしい。上述のように、デューリッヒは、基本権一般ではなく、それ自体は基本権ではない人間の尊厳のみに保護義務を認めた。私人間効力問題において上限と下限の区別を否

認し、すべてを憲法価値の衡量によって決定するという極端な解釈をとらず、明らかに憲法の精神に反する民事判決のみを排除するという立場をとれば、人間の尊厳のみに保護義務を認めれば足りるはずである。個人の尊重をうたう憲法13条前段に、「われわれの法秩序にとっての最高次の構成原理」、全方向性を持つ「社会・倫理的尊重要求」としての性格を求め、その限りで保護義務を承認することも、ありうる選択肢であろう。

2 2つの人格権の関係

(1) 価値充填

三菱樹脂事件判決が価値充填に消極的だったこともあり、わが国の憲法学説では、より一層の価値充填を求める議論が支配的であり、「下限」あるいは上限と下限の「空間」を強調した議論が、長らく行われてこなかった印象がある。あるいはむしろ、これまでの議論では、そもそも上限と下限との間に隙間は存在しないと考えていたのかもしれない。もし隙間が存在しないとすれば、《憲法上の人格権と私法上の人格権の二元性を外見上は堅持したうえで、不法行為法の解釈・適用に際して憲法の精神の顧慮を求めることにより、実質的には両者の同一化を志向する》という冒頭の命題が確認されて終わることになる。

しかし、上述のように、ドイツでは近年、上限と下限の「空間」を強調する議論が盛んであり、また、最近のわが国の学説でも、憲法の決定力の限界が強調されるようになってきている⁽²⁴⁾。このような立場からすれば、憲法上の人格権と私法上の人格権の守備範囲を問うことに、意義と実益が生じよう。

(2) 私法上の人格権の独自性

ヤーラスは、憲法上の人格権と私法上の人格権の差異を強調する。同じだとすると、直接適用を認めることになる、と指摘したうえで、次のように差異を整理する。①憲法上の一般的人格権は、憲法上の地位を有しているため、立法者は、限られた範囲でしかそれを制限してはならない。他方、私法上の一般的人格権は、法律レベルのものであるため、立法者に広い裁量が認められる。ただし、前者も私法による制限に服し、後者（私法）も、立法者は憲法に反するほどその内容を切り詰めることができないため、差異は相対化する。②憲法は、一般に、立法者に対して、広狭の相違があるにせよ、枠を呈示するにすぎない。憲法は、人格権保護が民法や刑法においてどのように実現されるべきかを、立法者に委ねている。「私法

上の人格権の具体的な姿は、したがって、憲法上許容しうる選択肢のひとつにすぎない」(25)(26)。

同様に私法学者のルッフェルトは、憲法上の人格権と民法上の人格権が、裁判実務においてしばしば混同されており、とくに、二つの権利が同じ名前で呼ばれているために、「一般的人格権には、憲法上の論拠をもつ『全方向性をもった武器』に変わる危険」があると危惧する(27)。そのため、「憲法と私法における人格権保護の理解にとって、憲法上と私法上の一般的人格権の区別が不可欠である」として、両者の区別を強調するのである。

ルッフェルトによれば、「憲法上あらかじめ規定されているのは、一般的人格権を私的關係においても保護するという、基本法1条1項と結びついた2条1項の任務だけである。この任務は、すべてを包括するものではなく、憲法上、過少保護禁止の限界を画すだけであり、この枠内でのみ憲法的統制が可能となる」(28)。この限界の内側は、私法の固有の領域として残されることになる。

(3) むすびにかえて

ルッフェルトが指摘するように、憲法上の人格権と民法上の人格権とを混同する裁判例が少なくない、ということは、わが国の裁判や学説にもあてはまるかもしれない。ヤーラスは、区別を強調する一方で、「2つの種類的人格権は、しばしば類似し、ときにはまったく同じ結果となる」(29)と述べ、このため憲法上の人格権と私法上の人格権の区別が看過されても、実害がない場合も多いと認めている。加えて、ドイツと異なり日本では、憲法裁判所と民事裁判所の権限配分という問題も生じないため、区別の意識はなおさら希薄であったかもしれない。しかし、デューリッヒに立ち戻れば、間接適用説は、そもそも私法関係に対する憲法の過剰を意識的に排除した説であり、それによって憲法の本来の性格を堅持するとともに、私人および、私法の立法者、民事裁判所にしかるべき独自性を残すことを強調した説であった。彼の人間の尊厳保護義務論は、その基礎付けにおいても、今日言われているいわゆるドイツ流の包括的保護義務論とは異質のものであった。憲法上の人格権と私法上の人格権の関係については、冒頭で述べたように、論者の私人間効力ごとに異なる解答がありうるが、報告者は、デューリッヒに立ち戻ることによって憲法と私法の適切な関係が見えてくるのではないかと考える。

- (1) 小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）。
- (2) 君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008年）。
- (3) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、2005年）。
- (4) 芦部信喜『現代人権論』（有斐閣、1974年）、同『憲法Ⅱ人権(1)』（有斐閣、1978年）、同『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、1994年）、同『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999年）などを参照。
- (5) 両者の区別の必要性は、ベッケンフェルデにより提唱された。小山剛「基本法下におけるドイツ基本権論の展開」比較憲法研究10号41頁（1998年）、青柳幸一『人権・社会・国家』31頁以下（尚学社、2002年）を参照。
- (6) G. Dürig, in: Maunz/ Dürig, Kommentar, Art 1. Abs. III Rdnr. 102. 以下、デュリッヒの引用箇所は、本文中で、括弧書きで表記する。
- (7) 基本法1条1項は、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することが、すべての国家権力に義務づけられている」と規定する。
- (8) E-W・ベッケンフェルデ（鈴木秀美訳）「基本法制定40周年を経た基本権解釈の現在」ベッケンフェルデ（初宿正典編訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、1999年）360頁。
- (9) ベッケンフェルデ（前掲注・8）359頁。
- (10) BVerfGE 7, 198 (S. 205 f.) その際、区別されなければならないのは、基本権の権限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」。小山（前掲注・1）237頁。
- (11) 小山（前掲注・1）46頁以下。
- (12) K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 342 f. 同様の理解として、R. Herzog, in: Maunz/Dürig, Kommentar, Art. 5 I II Rdnr. 264も参照。
- (13) 防御権と保護義務は、互いに排斥しあうものではなく、両立する。両者の区別は、カナリスによれば、他者による基本権侵害の場合、保護義務の問題となり、私法規定による侵害の場合、防御権の問題となる（C.-W. Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161, 168.）。ハーガーも同旨（後述）。

カナリスやハーガーは、プリンクヒュア事件を、基本権の保護作用が機能した事例とする。本件は、ある出版社が、プリンクヒュア誌のボイコットを呼びかけたため、これに対してプリンクヒュアが損害賠償請求を民事裁判所に求めた事件であるが、民事裁判所はこれを棄却した。そのため、プリンクヒュアは、ボイコットの呼びかけに対する損害賠償を認めなかったことは自己の意見表明の自由を侵害するとして憲法異議を提起した。この訴えは認められた。本件において、プリンクヒュア誌が被った侵害は、私法規定によるものではなく、他者によるものであり、第三者による基本権侵害を防護する保護義務的思考と整合的であると考えられる。また、ハーガーは、仮に、民事裁判所がプリンクヒュア誌の訴えを認めた場合には、「シュプリンガーの憲法異議の枠内で、彼の基本法5条の基本権の防御作用が用いられる」と述べ、ある事件が、防御権的な構成となるのか、それとも保護義務的な構成になるのかは、加害者、被害者のどちらが憲法異議を申し立てたかに依存するとする（Günter Hager, Von der Konstitutionalisierung

- des Zivilrechts zur Zivilisierung der Konstitutionalisierung, JuS 2006, 769, 771)。そのように考えれば、民事裁判所の法律解釈をめぐって争われたリユート判決も、本来は防衛権の問題であったと言える。なお、三菱樹脂判決に関する、高橋和之「私人間効力論再訪」ジュリスト1372号150頁（2009年）の指摘も参照。
- (14) ヘッセは、両法益の調整に際しては、最適の実効性（最適化）が求められるとし、これを「実践的整合性」の原理と呼んでいる。コンラート・ヘッセ（初宿正則・赤坂幸一訳）『ドイツ憲法の基本的特質』欄外番号72（成文堂、2006年）。
- (15) ベッケンフェルデ（前掲注・8）371頁。
- (16) ベッケンフェルデ（前掲注・8）393頁、脚注111。
- (17) エルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデ（小山剛訳）「基本権の規範的内実をめぐる諸問題」（前掲注・8）402頁では、次のように要約されている。私人相互の「自由の領域および作為義務を調整・衡量・配分するための調整原理として、比例性が用いられる。その際、比例性は、警察法上の比例性、すなわち、確固たる基準点である法律規範の目的に相関的に対応した比例性から、最適性の比例性へと変容する」。同様の見解として、*Hager*、（前掲注・13）771。
- (18) ただし、まれなケースではあるが、上限と下限とが一致する場合がある。その場合には、憲法と民法の守備範囲の区別は曖昧なものとなる。レーバッハ判決において、連邦憲法裁判所は、服役中の者の仮釈放目前に放映されようとしていた、その事件に関するドキュメンタリー・ドラマの放映差止めを認めたが、このような場合、憲法の影響は、決定的な形で私法に到達することになる。なぜならば、憲法の上限と下限が、放送の差止めを認容する、というところで一致したためである。上限と下限が一致する場合には、当然のことながら、民事裁判所の裁量の余地はなくなる。
- (19) ポッシャーは、「間接適用説のコンセプトへの基本権保護義務の新たな算入は、一義的に認識可能な手本に従って行われるのではない」（*Ralf Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, Mohr Siebeck, 2003, S. 288*）として、保護義務の援用が直ちに結論へと導くものではないことを指摘している。
- (20) 上限と下限との間に一定の枠を認める見解は、その枠を認めない見解よりも、その空間を民事裁判所の自由な領域とする点で、私法の独自性を尊重するものであると評価できる。この見解は、憲法の守備範囲を限定して、私法の独自性を尊重する、という点で、デューリッヒの見解に近い。その意味で、最近の見解というのは、デューリッヒに近づいているように、あるいは回顧しているように思われる。
- (21) *Hager*、（前掲注・13）774。
- (22) 高橋（前掲注・13）157頁、同（前掲注・3）100頁以下。デューリッヒにとつての人間の尊厳は、その尊重を求める倫理的な要求であり、基本権ではない。したがって、基本権の対国家性を堅持し、基本権の私人間適用を認めないという意味においては、無効力説に近いと思われる。
- (23) 基本法1条1項の人間の尊厳は、「超実定的」、「哲学的」、「倫理的」などといわれてきたが、そのことから見ても、人間の尊厳は、基本権ではなかったものであり、すべての基本権の基礎にある「最高次の価値」であったのである。その点からしても、個人の尊厳を自然権的なものとして捉え、その効力の全方向性を認める高橋説と非常に近い。高橋説とデューリッヒの見解の近似性を説くものとして、西原博史「保護の論理と自由の論理」『講座憲法2 人権論の新展開』所収295頁（岩波書店、2007年）。

第一部 春季研究集会

- (24) 高橋（前掲注・3）、小山（前掲注・1）、君塚（前掲注・2）などを参照。
- (25) *H.-D. Jarass*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989 Heft 14, 857, 858.
- (26) ヤーラスの見解は、立法者の裁量の余地という視点から、立法者による立法の制定は、基本権との関係では、「制限」関係、私法との関係では、「（基本権の）具体化」関係として現れることを前提としている。このような見解もまた、基本権価値の照射の「上限」と「下限」という発想を持つものであろう（*Jarass*：[前掲注・25] S. 862）。
- (27) *Matias Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, 1. Aufl. Mohr Siebeck, 2001, S. 483.
- (28) *Ruffert*,（前掲注・27）S. 484.
- (29) *Jarass*,（前掲注・25）858.

【付記】 紙幅の関係上、注は必要最低限にとどめた。なお、本稿は、平成21年度～23年度日本学術振興会科学研究費補助金（基盤研究(c)、課題番号：21530022）による研究成果の一部である。

（うえむら・みやこ）