

「憲法と民法」問題の憲法学的考察

愛敬 浩二

- 一 本稿の課題
- 二 民法学における議論状況——その憲法学的考察
- 三 山本敬三「憲法と民法」論の憲法学的検討
- 四 高橋和之「無適用説の再評価」とフランス・モデル
- 五 裁判官の良心・立憲主義・個人の尊厳
- 六 結びに代えて

一 本稿の課題

憲法の私人間効力の問題が基本論点であった点において、憲法学は従来から、「憲法と民法」という問題に対して一定の関心を持ってきたといえる。他方、民法学の側では従来、「憲法と民法」という問題にほとんど関心を示してこなかったといわれる。¹¹⁾たとえば、憲法学者の君塚正臣は、「民法学における憲法の存在感のなさは際立ち、

特に最高法規であるという認識は殆ど稀薄であるかのように映る」と評している。⁽²⁾ この「民法学における憲法の稀薄さ」について、民法学者の山本敬三は、「私法というのは完成度の高い独自の自律的存在であって、政治哲学と密接に結びついた憲法のような抽象度の高い法律を見なくてもやって行けるという信念」が民法学者の側にあったのではないかと推測している。⁽³⁾

しかし、近年、この状況は劇的に変化した。「憲法と民法」という問題への関心は、憲法学と民法学の双方において急速に高まっている。たとえば、主要な法律雑誌がそれぞれ、「憲法と民法」をテーマとする特集を組んだことなどは、その理論動向を反映したものと見えるだろう。また、憲法や民法の基本事項を学習者向けに解説する書物においても、「憲法と民法」という項目が取り上げられるようになってきている。⁽⁴⁾ 最近では、憲法学と民法学の諸学説を渉獵した上で、憲法と民法の関係について詳細な分析を加えるモノグラフィも公刊された。⁽⁵⁾ 山元一と小粥太郎は、「最近、『憲法と民法』の関係は、憲法学界および民法学界の双方において、極めて重要な理論的テーマとして意識されるようになってきた」と述べるが、的確な評価といえよう。⁽⁷⁾

広渡清吾によれば、「いまや、活性化する憲法と民法の関係をめぐる議論が民法典の側に提起している問題は、まさに民法典の抽象性・形式性を根本的に揺り動かすダイナミズムをもつもの」である。⁽⁸⁾ では、「活性化する憲法と民法の関係をめぐる議論」が、憲法学の側に提起する問題は何か。この点について若干の考察を行うことが本稿の課題である。

二 民法学における議論状況——その憲法学的考察

「憲法と民法」という問題が学問上の「市民権」を得る上で、決定的な役割を果たしたのが山本敬三であることに異論を唱える者はいないだろう。⁹⁾ 山本はドイツの基本権保護義務論を参考にしつつ、憲法の私人間効力の問題を民法学の観点から整理し、「憲法と民法」の関係について憲法優位の立場からの体系化を行った。この山本の問題提起は、星野英一や大村敦志のフランス・モデルに基づく「並立論」（国家の基本法が憲法、社会の基本法が民法という考え方）の主張を活性化させた。¹⁰⁾ 星野と大村が提示したフランス・モデルは、憲法学の分野においては、高橋和之の「無適用説の再評価」という試みに知的養分を与える一方、基礎法学の分野では、水林彪による民法と憲法の「本源的性格」の再評価に基づく公法・私法二元論の根底的批判という問題提起を引き出している。¹¹⁾

以上のとおり、民法学の側から提起された「憲法と民法」という問題設定の射程は、単に憲法の私人間効力という法解釈論上の問題にとどまらず、基礎法学者の関心を誘うだけの原理論上の問題にまで広く（深く？）及んでいる。ならば、「憲法と民法」という問題は、憲法理論のレベルでも重要な問題提起を行っているはずである。そこで、本節では、「憲法と民法」という問題に関する民法学の議論状況を、憲法学の立場から整理・評価してみたい。やや図式的になるが、山本説と星野・大村説の特徴（差異）を明らかにしておこう。¹²⁾

山本は、ドイツの基本権保護義務論を参考にしながら、国家は個人の基本権を他人による侵害から保護する義務を負うとした上で、私法も「基本権を保障する憲法システムの中の一つの手段」として位置づけられると論ずる。¹³⁾ また、憲法と民法の関係について、明快に憲法優位の立場を取っている点も、山本説の特徴である。また、山本は、憲法一三条が「個人の尊重」を憲法の基本原理としていることに注目して、日本国憲法は、「リベラリズムの思想」

を採用していると理解する。そのため、ドイツの保護義務論の枠組みを借用しつつも、私人間へのパターンナリスティックな国家介入を容認する根拠にもなりうる「基本権の客観法的側面」の全てを認める必要はないと論ずる。憲法制定の事実を重視する点も、山本説の特徴である。その際、日本国憲法が「人権思想滅失の時代」を背景として、その「再生」を図ろうとしたとする佐藤幸治の学説への共感が示される。そして、「人権思想滅失の時代」を同様に経験した日独の共通性から、フランス・モデルに基づく並立説に対する自説の優位性を論ずる。⁹⁵⁾

他方、星野と大村は、フランス民法典(コード・シヴィル。一八〇四年)が人権宣言を実現する法律として理解されてきた点を重視し、民法を「社会の基本法」と呼んで、「国家の基本法」である憲法と並立的な地位に置く。両者とも、論理的には憲法の優位性を承認するが、実質・内容の面では、民法の下で蓄積されてきた基本原理が、憲法の基本権解釈を拘束する面があることを強調する。よって、私人間における人権の保障は、民法解釈によって確保すべきものとされる。大村が強調するのは、「民法は知的な伝統に支えられた秩序」であること、すなわち、民法秩序の改良のためになされた何世紀にも渡る、立法者・法曹・学者の思索・経験・努力の総体が民法であるということである。このように論じることで大村が強調するのは、立法政策と法解釈の両方の場面における法曹の「専門知」の重要性である。⁹⁶⁾ この視点は、立憲主義を機能させる上での「特権的身分集団Ⅱコオルとしての司法」の重要性を指摘する樋口陽一の議論と相通ずるところがある。実際、樋口は、大村の定式化を借りつつ、「専門知というフィルターを通過して濾過された『社会通念』」という考え方がもっと広く共有されるべきと論じている。⁹⁷⁾

ところで、「民法・民法学の本分は、日々の個別の問題(訴訟となった紛争には限らない)の解決を通じて、少しずつではあるが、あるべき社会を構成していく(憲法と比べた場合の相対的な)具体性にある」と論じる大村は、「民法に対する国民意識」の変遷を重視し、「戦後民主主義によって育てられた世代」を担い手とする一九七〇年代

の住民運動・消費者運動は、「公益性・公共性をめぐる異議申立て」であったことを強調する。以上のとおり、大村は日本国憲法制定の意義を無視するわけではないが、その価値が市民社会に浸透していくことの必要性和、その過程において民法・民法学が果たす役割を重視する。他方、山本は、住民運動や消費者運動の場面（広中俊雄のいう「外郭秩序」）での市民のイニシアティブによる秩序形成を可能にするためには、その根拠となる「権利」が予め憲法上の基本権として認められていることが必要であると主張する。このような山本の「権利観」は、「実定憲法一元論」と呼ぶべき特徴を有しているし、方法的には、「法律実証主義・クリアカット・体系指向」という特色を帯びているといえるだろう。

なお、「実定法の外にある価値や社会事実を、実定法へと繋ぐ回路」を重視する大村のスタンスは、非嫡出子差別が不合理か否かは「社会の親子観・婚姻観」に依存するから、「一对の男女の継続的關係は等しく婚姻として扱われるべきだと考える（あるいはそう考えられるようになりつつある）社会において初めて、認知された非嫡出子は嫡出子と同等に扱われるべき」というように、違憲審査の場面での憲法上の権利の主張を相対化させる場合がある点にも注意が必要である。「三」以下の叙述から推測可能と考えるが、憲法と民法の關係に関する諸説の中で、私は大村説に魅力を感じ、様々な示唆を受けてもいる。だからこそ、全体の論旨の流れからすると、やや寄り道の観はあるが、大村説のように憲法と民法を「並立的」に理解する議論の問題点を、ここで検討しておきたい。

憲法と民法との緊張關係が顕在化するのとは、とりわけ家族法の領域である。近代私法の典型とされてきたフランス民法典の家長中心の家族制度は、「個人の尊厳」を家族秩序内にまで及ぼそうとする日本国憲法との間で緊張關係にある。そして、憲法に家族保護条項がないからこそ、民法学説のレベルで「公序としての家族」を描き出す必要も生ずるが、しかし、事実婚の法的保護や同性カップルの法的承認等が要求されるとき（それも憲法一三条や一

四条を根拠にして要求されるとき)、民法学が描き出した「公序としての家族」の合憲性が問われることになる。このような形で、憲法と民法の緊張関係が実際に顕在化したのは、非嫡出子相続分差別の問題においてであった。民法九〇〇条四号但書前段は、非嫡出子の法定相続分を嫡出子の二分の一としているが、同規定が憲法一四条に違反するかが争われた事件において、裁判所が同規定を違憲無効と判断すると(東京高決一九九三・六・二三判時一四六五号五五頁)、一部の民法学者から厳しい批判が投げかけられた。²⁸⁾

たとえば、加藤一郎は立法論として相続分差別の廃止に賛成するとしながらも、「非嫡出子の処遇については、一九世紀以来、歴史的にも社会的にも複雑な経過をたどってきているので、これを憲法違反と一刀両断できめてしまふのには躊躇を感じる」と述べる。²⁹⁾水野紀子も、遺産分割の問題の複雑さを強調し、立法政策の議論ではなく、「違憲だから無効」という形で問題が処理されることに強い抵抗感を示す。³⁰⁾大村も、単純婚外子(XY)の法律婚からAが生まれ、この婚姻の解消後、XZの事実婚から生まれたB)については、相続分が半分であるのは不当なので、立法論としては相続分を対等にすることは十分に考えうるが、重婚的婚外子(XY)の法律婚が解消する前に、XZの事実婚から生まれた子)の場合、嫡出子・非嫡出子の相続分を平等化すると、婚姻の正統性が大きく揺さぶられることになるので、立法論としても民法九〇〇条四号但書を存続させるべきと論じている。³¹⁾

民法学者のこれらの議論には、歴史的に形成されてきた私法上の制度をいきなり廃止に追い込む、違憲審査制への違和感が表明されているといっただろう。³²⁾ただし、ここで確認しておきたいのは、実定法学の立場から憲法と民法の関係を論ずる以上、原則として、現在の裁判制度を前提にした議論を優先すべきという点である。³³⁾日本の違憲審査制はアメリカ型の付随的審査制であると理解されており、実務も一応、その理解に従って運用されている。よって、①全ての裁判所が憲法と民法の両方を解釈・適用できること、②既存の法律(民法典も当然含む)の規定

についてもその違憲性が問題となること、の二点が前提にされるべきである。また、立法的解決のほうが望ましいからといって、違憲の疑いの強い規定を無理に合憲と解釈すると、それは立法的解決をも妨害する恐れがある点にも注意が必要である。⁸⁵⁾

三 山本敬三「憲法と民法」論の憲法学的検討

基本権保護義務論を援用しつつ、私人間効力論について積極的に発言する山本敬三の学説は、憲法学の観点から「憲法と民法」という問題を考える場合、第一に取り上げるべき学説といえよう。ところで、山本説に対して、「非常に硬質の論理的体系」であり、「内在的批判は難しい」との評価がある。⁸⁶⁾ただし、憲法学の観点からみると、いくつかの疑問を感じないわけではない。そこで、本節では、以下の考察が「外在的批判」にとどまることを覚悟しつつ、若干の検討を試みたい。

第一に問題にしたいのは、リベラリズムの理解である。山本は、「日本国憲法はその一三条を通じて、リベラリズムの思想の採用を宣言していると理解することができる」と述べるが、そこでいう「リベラリズムの思想」とは、「個人個人が自己のアイデンティティーを求めつつ、みずから『善い』と信ずる生き方を等しく追求できることが何よりもまず保障されねばならないという考え方」であると論ずる。⁸⁷⁾しかし、リベラリズムがあたかも「知的パラダイム」であるかのように君臨する現在、「日本国憲法はリベラリズムの思想を採用している」という前提から、何か具体的な解釈論上の帰結を導き出すことができるのだろうか。⁸⁸⁾たとえば、「自由と福祉」の理解をめぐる井

上達夫と齋藤純一は鋭く対立するが、山本の「リベリズムの思想」の定義によれば、齋藤の立場もリベリズムに含まれるものと解される。⁴⁰⁾ 他方、もし齋藤の議論が「リベリズムの思想」に含まれないとすれば、その実質的理由が説明されるべきであろう。

山本は「リベリズムの思想」を日本国憲法の基本原理に措定する上で、佐藤幸治の憲法二三条論に依拠するが、「あらかじめ追求してよい、『幸福』の範囲が客観的に画されてしまっているならば、それはリベリズムの思想とは相いれない」と論じて、幸福追求権の解釈の場面では、佐藤の「人格的利益説」を斥け、「一般的自由説」を支持する。⁴¹⁾ しかし、山本のこの立場は整合的なのだろうか。⁴²⁾ もちろん、論理的には整合可能である。しかし、この場合、人格的利益説に対する佐藤の問題関心の多くが失われることになるのではないか。佐藤によれば、「現実世界の人間」は単に「選好を自由に追求するだけの存在」ではなく、「所与の条件の下で、ときにはその条件と闘いながら、幾つかの選択肢の中から自己により価値があると考えるものを選びとりつつ、自己の生を紡ぎ出していく」存在である。そして、佐藤はジョゼフ・ラズの「卓越主義的リベリズム」への共感を率直に語る。このような佐藤の「リベリズム」理解が、「人格的自律権」論に基づく統治機構論（そして統治機構改革論）と密接に関わっている点にも注目しておこう。⁴³⁾ ともあれ、佐藤の擁護するリベリズムの内容と山本の擁護するそれとの間には重大な差異がある可能性もあり、もしこの理解が妥当ならば、佐藤説との関係においてさえ、山本説は「リベリズムの多義性」という問題に直面することになるろう。

「リベリズムの多義性」という問題との関係では、山本の擁護するリベリズムとリバタリアニズムとの関係も問題となるろう。もちろん、山本説においては、国家介入が全て否定的に評価されるわけではなく、「国家による自由」が志向されている点で、リバタリアニズム志向とはいえないとする吉田克己の評価は妥当であろう。⁴⁴⁾ しかし、

山本が、基本権保護義務の問題を「他人による侵害からの保護」の問題に限定し、福祉国家的な給付権の問題をそこから除外するのを見ると、山本の「リベラリズムの思想」は、「グローバル資本主義の猛威に対する対抗戦略として、何を提示しうるのか」という大村敦志の疑問を私も共有する。⁴⁰⁾

第二に問題にしたいのは、基本権保護義務論の援用の当否である。山本は、「他人による侵害からの保護」という意味での基本権保護義務を否定するならば、「殺人や窃盗、暴行、放火など、個人が他人によって基本権が侵害されるのを国家は傍観してよいことになる」とか、「基本権を『国家からの自由』に限定するのであれば、それは究極的には国家不要論に行く着くことになる」と論ずる。⁴¹⁾しかし、木下智史も指摘するとおり、人権規定を「国家からの自由」と捉えた自由主義国家の下でも、国家は不要とは考えられてこなかった。⁴²⁾もちろん、自由主義国家でさえ、民法や刑法によって「他人による侵害からの保護」を提供してきた以上、「夜警国家」においても保護義務論を論ずることは可能なのかもしれない。しかし、そのような議論をすることにどんな意味があるのか、私には判然としない。高橋和之も、「『国家からの自由』は国家の存在を前提にした観念であり、国家がなくなれば存在し得ない。必要があつて国家を設立せざるを得ないからこそ、『国家からの自由』も同時に要請されたのである。ゆえに、憲法上の人権を『国家からの自由』に限定するなら国家不要論となる、というのは、いわば逆立ちした議論である」と批判している。⁴³⁾

また、宮澤俊昭は、山本の論理構造は民法的思考枠組のみに主導されており、憲法的思考枠組への顧慮が弱いと述べているが、同感である。⁴⁴⁾たとえば、山本は、代表的な保護義務論批判者である西原博史の議論を取り上げ、防禦権としての基本権の保障が相対化されることを危惧する西原の問題意識をよく理解できるとしながらも、議論の範囲を裁判所による私人間の紛争解決の問題に限定することで、西原の批判を斥ける。⁴⁵⁾しかし、山本も参照した論

文の注において西原は、「山本が民法学上の問題関心から出発するために他の私人以外の者による侵害を考えなくしてよいのに対して、憲法学の問題設定では、たとえば他国や自然災害などといった『他者』による侵害に対して全く無関心でいられるかどうかは深刻な問題となる」と述べていたことに注意を促したい。たとえば、「個人の自由・安全」を国家の保護義務の対象として積極的に位置付け直すことで、従来の警察法理の根本的な転換を促す「安全の中の自由」論が有力に主張されるに至っている。⁶⁴このような議論への対応は民法学の課題ではないのかもしれない。しかし、憲法学にとっては決して看過しえない問題である。

保護義務論の援用との関係でも改めて確認しておきたいのは、「憲法と民法」の問題を考える際には、現在の裁判制度を前提にした議論を優先すべきという点である。この文脈では、①全ての裁判所が憲法と民法の両方を解釈・適用できることを前提にして、議論の是非を判断すべき、ということができよう。この問題関心との関係で、保護義務論の特徴である「法的三極関係」という論理構成の第一次的な機能は、ドイツ連邦憲法裁判所で適用される裁判基準の法源（憲法典）との論理整合性を示すことにあるとする中村哲也の指摘が重要である。⁶⁵そして、「個人間の請求権の有無をめぐる争いが国家の保護義務を介して判断されるという構成は『迂回路』という性格を否めない」と中村は論ずるが、日本には①という前提条件がある以上、そのような「迂回路」が本当に必要なかが問われることになる。⁶⁶

ただし、中村の問題提起は、憲法保障制度の差異という問題に解消されるべきものではない。中村は、「ドイツで基本権の私人間効力として対処されている問題は、論理構成の平面に限れば、わが国では民法第二条によって解決されているといえる。迂回路は本道が存在すれば不要である」とした上で、「この本道を現実のものとするのは諸個人の価値意識の積み重ねである。民法解釈学は、民法第二条の要請に応じた作業によってそのような法形成に

参加することができる」と論ずる。そして、民法学者は実践者として、「個人の尊厳が様々な場でネオリベリズムとナショナリズムによって挟撃されるなかで、市民であり主権者である法形成主体の一員として、それら憲法上の価値の実現のための法解釈そしてそれと整合的な行動が求められている」と結論する⁵⁶。

「市民であり主権者である」憲法学者の一人として、私は中村の主張に心から共感するが、他方、憲法の私人間効力の問題を民法二条の解釈問題へと解消する中村の立場は、高橋和之による「無適用説の再評価」と論理構造を同じくする。そこで、次節では、「憲法と民法」に関する議論状況を意識しつつ、高橋の議論を検討してみたい。

四 高橋和之「無適用説の再評価」とフランス・モデル

高橋和之は、憲法の私人間効力に関する従来の議論はドイツ学説の圧倒的影響下にあったとした上で、「近代立憲主義の典型的論理を確立したフランス革命期の人権思想をモデルに、私人間効力論の無意識の前提を意識化しようとする」試みとして、「無適用説の再評価」という問題提起を行った。高橋の説明によれば、フランス人権宣言（一七八九年）は近代自然法思想を基礎にしており、ここでは自然権は社会構成員相互間で主張できるものと観念されていた。人権宣言の原理に基づいて制定されたフランス民法典は、「革命が確立した新しい社会の私人間関係を規制する基本法」として観念されていたのであり、よって、私人間における自然権の衝突の調整は法律によって行うというのが、フランスの人権保障の考え方であるとされる⁵⁷。

高橋はこのフランス・モデルの人権保障論に依拠しつつ、国家を名宛人として「自然権」を法定法化したものが

「憲法上の権利」だから、「憲法上の権利」は私人間には及ばないとする一方、私人間における「自然権」の保障は法律の役割なので、そのような役割を果たす法律が存在しない場合、裁判所は私人間の自然権侵害を救済することは許されないと論ずる。しかし、現実には、そのような法律は存在するのであり、その最も重要なものが、民法九〇条と七〇九条である。このような民法の一般条項は、私人間の自然権調整の権限を裁判官に委任したものと理解できるが、それは「憲法上の権利」を私人間に適用することとは異なるとされる。そして、「私法の一般法たる民法が、明示的に『個人の尊厳』という、憲法と同一の道徳哲学的価値にコミットしているのであり（民二条参照）、民法九〇条や七〇九条の解釈もこの価値に依拠して行うべきことを理解すれば、私人間における人権問題の大部分は民法解釈として解決できるはずであり、『憲法上の人権』の適用を必要とする場面はほとんど想定できない」と高橋は論ずる。⁸⁹

高橋の「無適用説」に対しては、たとえば、山本敬三は、高橋説が妥当するためには自然権の内容についてのコンセンサスが必要なのではないか、民法典が自然権を保護するための法律規定をすでに十分に定めているとみるのは楽観的に過ぎるのではないかと批判する⁹⁰。また、木下智史は、「日本の法体系の背後にある『道徳哲学的価値』の存在をどのように確証するのかという問題のほか、私法上の権利と憲法上の権利とを切断して理解することの不可能さを払拭できない」と批判している⁹¹。山本と木下の両者が問題視する「自然権の内容をいかに確証するのか」という問題はもちろん重要であるが、ここで検討したいのは、木下が示した第二の疑問、すなわち、私法上の権利と憲法上の権利を切断するのはなぜか、という問題のほうである。

二つの権利を切断するのがフランス・モデルの唯一の理解の仕方であれば、高橋は改めてその是非について論ずる必要はないのかもしれない。しかし、フランス・モデルの理解は一樣ではない。たとえば、樋口陽一は、フラン

スで基本権規定の私人間効力の問題に関心が低かったのは、私人が憲法上の基本権によって義務付けられることをフランスの理論が一般に困難なしに承認してきたからであることを指摘する。⁶⁵⁾ この指摘は、「憲法と民法」という問題を憲法学の観点から考える場合、特に重要である。「憲法と民法」の関係に関する民法学の議論状況を論理的に整理すれば、山本説を「憲法優位一元説」、大村説を「憲法・民法並立説」と呼ぶことができよう。そして、この論理的整理のレベルでは、高橋説は大村説のほうに近いといえるだろう。しかし、このような論理的整理に満足するならば、大村説の核心にある問題提起を看過することになりかねない。すなわち、「民法の再編成は公事であった」という問題提起である。⁶⁶⁾

「フランス革命期における民法の再編成は公事であった」という大村の問題提起は、「近代民法の本源的性格」を論ずる水林彪のフランス民法典理解と接合する。水林は、フランス民法典における *droits civils* は、「対個人的権利」であると同時に、「対国家的権利」でもあった事実注意到を促す。水林によれば、「民法典成立時代のフランスでは、……憲法は統治機構について規定するだけの法に特化し、*droits civils* の保障については、対個人的次元のみならず、対国家的次元についても、民法典の中に規定された」のである。⁶⁷⁾ 他方、フランス人権宣言とそれを冒頭に据えて編纂された一七九一年憲法は、水林によれば、*société civile* の基本法であった。すなわち、「近代憲法の本源的形態」としての人権宣言と九一年憲法において、「国家」と「社会」は二元的・対立的に観念されていないということである。だからこそ水林は、高橋が「公法・私法二元論」の原型を人権宣言と九一年憲法に求める点を批判する。⁶⁸⁾

フランス・モデルに対する高橋と水林（そして大村）の理解のいずれが妥当かについて、私は判断する能力を持たない。⁶⁹⁾ しかし、ここで指摘しておきたいのは、大村や水林の議論と比べて、高橋説の特徴は、「コード・シヴィ

ルの思想」への執着があまり（ほとんど？）みられない点である。「コード・シヴィルの思想」への着目は、民法が提示する社会構成原理の内容を把握するために、近代社会成立当初の民法の理念を探究するという問題意識に基づくものと理解される。⁸⁰ ならば、高橋説のように、私法上の権利と憲法上の権利を論理的に切断してしまえば、このような探求も困難になるだろう。

他方、高橋の問題関心は、「民法の理念」の探求ではなく、彼の理解するところの「立憲主義の論理」を守ることにあるように思われる。たとえば、高橋はこう論じている。「憲法とは、国家が人権保障を展開する法的なプロセスを規定するものである。ゆえに、憲法の、そして憲法上の人権の、名宛人は国家であり、私人間の法関係を規律するものではない。これが、近代以降の立憲主義の憲法観・人権観であり、もし憲法規定を私人間に直接あるいは間接に適用することを欲するならば、それにより立憲主義がどのように、どの程度変容を受けるかを慎重に見極める作業が必要となるう」、「私がここで提案したいのは、日本においては特殊ドイツ的な行き方に安易に与する前に、立憲主義の論理を貫徹する努力をしてみるべきではないかということである」⁸¹。

そのためなのか、自説への批判に対する高橋の応答は、自説の思考枠組に基づく形式的・論理的な性格のものが少なくない。たとえば、高橋が「民法条文を憲法的価値に適合するように解釈せよ」というのは、「民法を合憲解釈せよ」というのと同じであり、「無適用説」とは違うのではないかと君塚正臣が批判したところ、高橋は、君塚のいう「憲法的価値」とは「個人の尊厳」を指すものと解されるが、憲法も民法も超実定法的価値としての「個人の尊厳」に帰依しているのであり、民法を解釈する際の「個人の尊厳」は、民法が帰依している価値であり、「憲法的」価値ではないと応答する。⁸² また、立法者意思の観点から、民法条文に「個人の尊厳」が書き込まれたのは（一条ノ二。現在は二条）、まさに憲法改正に対処するものであったと山本敬三が批判したところ、高橋は、憲法が

私人間でも効力を持つと立法者が考えていたなら、「日本国憲法の大原則＝個人の尊厳」を民法に規定する必要はなかったはずであり、立法者も高橋と同様に「無適用説」を取っていたと理解できると応答する。⁸⁴

高橋によるこれらの応答は、高橋説の議論枠組を前提にすれば、いずれも論理的に成り立ちうる議論である。しかし、高橋の応答に欠けているのは、樋口陽一の次の論述に示されるような、憲法と民法の「実質価値」に関する歴史認識ではないだろうか。⁸⁵長文になるが、全て引用したい。

「フランス革命期には、旧体制との断絶を強調する文脈で、人権宣言＝憲法の実質価値が高く謳われた。その意味で、憲法価値の基本性が先行したといえる。その後はしかし、一八〇四年民法典の実質価値の基本性がフランス近代法を特徴づける。まさしく、『憲法は変わるが、民法は継続する』。くわえて、憲法典の交替ということだけでは、この国で近代憲法のあり方が定着する第三・第四共和制期には、『憲法』とは、議会の優位を確保する統治機構を意味したのであって、その意味で、価値中立的な枠組にはかならなかったのである。そして今日、あらためて一七八九年宣言の掲げる基本権が『憲法ブロック』の一部としての裁判規範性を承認され、憲法と民法の間で、実質価値の相互還流の形が成立するようになった。（原文改行）日本の場合、帝国憲法下の初期正統学派は憲法価値——くわえて、さし当りは法規範外のものだったはずの教育勅語——の基本性を強調し、民法の世界をそれによって統御しようとした（『民法出デテ忠孝滅ブ』。憲法をできるだけ価値中立的な統治の枠組として解説しようとした立憲学派がおし進めていった方向が挫折に追いこまれた（天皇機関説事件）末の破局をうけて、あらためて、日本国憲法の掲げる『人類普遍の原理』の価値基本性が強調されなければならなかった。民法一条ノ二が必要とされたのは、それゆえであった」⁸⁶。

三菱樹脂事件において最高裁は、①企業に思想・信条を理由とした雇入れ拒否の自由がある以上、②思想・信条

の調査も違法とはいえないと判示した（最大判一九七三・一二・一二判時七二四号二二頁）。しかし、「個人の尊厳」という価値を重視する立場からみれば、①と②の間には、「以上」という言葉では決して接続できない決定的な断絶があるというべきであろう。今村成和が述べるとおり、面接を受ける学生は、「率直に答える自由を、客観的に奪われている」。なぜなら、学生運動・政治運動の経験を正直に答えれば、「直ちに自己に不利な結論に短絡」されることが明らかな状況下での質問だからである。学生は嘘をつかざるをえないが、嘘をつけば、厳しく非難される。個人をこのような状況に追いつ込む行為は、「個人の尊厳」の蹂躪ではないのか。

このような内容の最高裁判決が「判例」とされているにもかかわらず、高橋が、「私人間における人権問題の大部分は民法解釈として解決できるはずであり、『憲法上の人権』の適用を必要とする場面はほとんど想定できない」と論ずるのであれば、⁸⁵⁾「高橋の議論を見ていると、三菱樹脂事件においては民法九〇条によっても思想・信条という個人の尊厳や人格的価値がまったく尊重されていないという問題があるという認識が欠けている」とする批判も、あながち不当とはいえないように思われる。⁸⁶⁾もちろん高橋は、自分は憲法解釈の論理構成を問題にしているのであり、三菱樹脂事件最高裁判決の結論を支持しているわけではないと応答するだろう。前述した批判を念頭に置いた記述ではないが、同判決が確立した判例理論も「無適用説」であるとした上で高橋は、「それにより私人間の人権保障が十分に実現されていないとすれば、それは理論の責任というよりは、民法九〇条や七〇九条の解釈適用の仕方の問題である。重要なのは、民法を道徳哲学的な人権価値をよりよく実現する方向で運用するための解釈・適用理論を私法学と共同して構築していくことにあると思われる」と述べている。⁸⁷⁾このようにみえてくると、「非常に硬質の論理的体系」であり、「内在的批判は難しい」との評価は、高橋説にこそ妥当するのかもしれない。⁸⁸⁾

五 裁判官の良心・立憲主義・個人の尊厳

蟻川恒正は、アメリカの法思考における「宗教の私事化＝公的討議からの宗教的要素の排除」を問題視する一群の憲法理論家（New Religionists）の議論を検討する論稿において、「憲法と民法」という問題との関係で、たいへん興味深い問題提起をしている。

憲法七六条三項の定める「裁判官の良心」とは、裁判官個人の主観的良心ではなく、客観的良心（裁判官としての良心）であるとして一般に説明される⁸⁰。しかし、個人はそんなに容易く「良心」を使い分けることができるのか。真摯な信仰を持つ裁判官の場合は特にそうである。蟻川によれば、このような裁判官のとりうる対応は三つある。第一は、裁判官の良心を縛るのは憲法であって宗教ではないという立場である（ウィリアム・H・ブレナン判事）。第二は、裁判官の良心を縛るのは憲法であり、それに従うことができないう場合、辞職すべきとする立場である（アントニン・スカリア判事）。そして、第三の立場は、「憲法と道徳の二つの要請が衝突する例外的場合……に限りてであれば、個人の道徳的確信に従うことも、憲法に従うとして表明された commitment の合理的解釈の範囲内として許容されうる」とする立場である（サンフォード・レヴィンソン）。第三の立場において裁判官は、「憲法支持の宣誓手続」を行うが、その手続は、「憲法への忠誠の表明を強制するのみで、宗教的議論の抑制に関しては、これを専ら候補者の自己規律に委ねる」。だからこそ、裁判官は、「憲法に従う」という自己の言葉に拘束されつつ、道徳規範の命令と憲法の命令との調整を自らの責任で行うことになる。蟻川によれば、そこでは「自己の言葉に如何にして責任をとるかについての誠実な葛藤が演じられているはずである」⁸¹。

この蟻川論文に示唆を受けた小粥太郎は、「蟻川の裁判官は、アプリアリに法秩序に従うべきものとされている

のでもなく、法秩序と個人的信念が衝突する場合には単純に辞職すべきものとされているのではない」と整理した上で、「法秩序に従っていさえすれば個人的な責任を問われることがないという通念に反して、漫然と法秩序に従って判断をしたことについて個人責任を問われる可能性があるという峻烈な帰結」が示唆されていることに注意を促す。⁸⁴⁾そして、裁判官が必要以上に法律の文言や判例に拘束されており、それは一般条項を用いる判断の局面においても同様であるとの認識を示した小粥は、「裁判官は、法による拘束の根拠を考え抜いた上で、判例・法律から自由になるべき場合がある」ことを強調する。⁸⁵⁾山本敬三や高橋和之の学説が展開されたのは、私人間効力論という民法の一般条項の解釈と密接に関わる問題であった。ならば、小粥の問題提起は、本稿のこれまでの考察と深く関係するものといえるだろう。しかし、私にとって小粥の議論がとりわけ興味深いのは、第三の立場を擁護する蟻川論文の目的は「樋口陽一の憲法学の核心部分を批判するところにあるとみられる」と慧眼にも指摘しているからである。⁸⁶⁾

小粥は、個人としては死刑廃止論者でありながら、裁判官としては死刑判決を是認していた団藤重光における「客観的な法秩序と個人の良心との葛藤」に注目し、その際、「裁判官の辞職の自由」によってこの葛藤を解消する立場として、樋口の学説に言及する。⁸⁷⁾確かに、樋口は、客観的良心説に立ちつつ、「彼の主観的良心は、裁判官としての良心に席をゆずらなければならぬのであり、最終的にそれをしないことを選ぶものは、裁判官を辞職する自由をもっている」と述べている。⁸⁸⁾そのため、小粥は、樋口の議論を前述の第二の立場（スカリア判事）と同一しているものと解されるが、樋口自身は、「辞職することができ」ということと、「辞職すべきだ」ということとの間の「大きな違い」を強調していた事実にも注意を促したい。⁸⁹⁾

『比較のなかの日本国憲法』という約三〇年前の著作において樋口は、司法反動後の司法研修所の教育の異様さ

とそれに迎合する一部の修習生への幻滅を語った後、「内容証明郵便による青法協あて脱会届の写しを当局に提出することまでもうけ入れた若者たちがかりに首尾よく任官したとしたら、そのような裁判官は、もはや『抑圧』をうけた『被害者』とは到底いえないはずだ、と考えざるをえない。酷にすぎるいかたのように見えるかもしれないが、裁判官という職業の重大性を考えるなら、あえてそれを選ぼうという若者達には、『Noblesse oblige』という、本当の意味でのエリート倫理を私は求めたいのである」と論じていた。⁹⁰私の理解では、「裁判官は辞職することができるといふ樋口の議論の基底には、裁判官という職業に『Noblesse oblige』を過酷なほどに要求する樋口の（あえていえば倫理的な）立場がある。また、小粥が参照した論文の別の場所で、樋口が「辞職する自由」に言及するのは、「悪法」を適用した裁判官が後になって、「制定法が私を拘束していたから」と弁明することを許さない文脈においてである。⁹¹ならば、樋口説は、「客観的な法秩序と個人の良心との葛藤」を「解消する」議論としてではなく、「漫然と法秩序に従って判断をしたことについて個人責任を問われる可能性がある」という峻烈な帰結」を示唆する議論としても、理解することが可能なのではないか。

しかし、以上に示した私の理解では、小粥（そして蟻川）による樋口説批判が憲法学に対して持ちうるインパクトを過小評価することになるのかもしれない。小粥は「峻烈な帰結」を示唆する蟻川の議論は、裁判官についても、①「国家に対する個人の抗命義務」を観念することであり、②「彼を主体的な人格の担い手として扱ふこと、彼に個人としての尊厳あるいは人間としての尊厳を認めること」であると理解する。⁹²蟻川論文の意図の解読として、この小粥の理解は正しい。蟻川は同論文の末尾において、憲法九九条の憲法尊重擁護義務を立憲主義原理の核であるとする「日本の正統的憲法学」は、「公務員がこの義務を遵守することの困難を主題化したことがない」と批判し、その主題の欠如は、レヴィンソンの憲法理論の中に蟻川が見出した、「私的領域と公的領域の間に存在する

〈通過〉という固有の問題圏」の否定と無関係ではないと論じている。そして、蟻川は公務員の「自我の葛藤」を憲法理論の視野から捨象するならば、「立憲主義は、いつか全る緊張から解き放たれ、自らの対立物に転化する危険を持つ」と警鐘を鳴らす⁸³。この結論部分は確かに、小粥のいうとおり、「樋口陽一の憲法学の核心部分」への批判を含んでいるように思われる。そして、この「批判」は、現代日本の憲法理論と憲法実践に対して重要な問題提起を行うものといえる。しかし、現在の私には、蟻川の問題提起の意味を総体として検討する用意はない。そこで、本稿では、「裁判官の良心」に関する小粥の問題提起との関係で、若干の考察をすにとどめたい。

公務員個人の損害賠償責任を認めるべきとする広中俊雄の議論の核心は、公務員の個人責任を認めることが、「彼を主体的な人格の担い手として扱うこと、彼に個人としての尊厳あるいは人間としての尊厳を認めることにな」という視点」にあると読み取った蟻川は、広中がそこで問うていたのは、「自由」の問題であったと論ずる。憲法学の局面で考えれば、公務員が個人責任を「主体的な人格の担い手」として負うためには、公務員についても「国家の命令に抗する自由」を承認しなければならない。蟻川によれば、これは「語の本質的な意味で、憲法の自由というべきものである」。そして、公務員の個人責任に関する広中論文から読み取るべきものは、「民事責任法の基礎にある『自由』が、同時に、国家の違法な権力行使に対する抗命の法理の基礎でもある、という、通常は看過されがちな、論理の隠れた連関である」⁸⁴。

優れた洞察であるが、次のような疑問も感じる。公務員の「自我の葛藤」を「立憲主義原理の核」とする議論は、国家賠償請求が可能な事案においても公務員個人の賠償責任を認めるという形で、(確定的な判例と強固な通説を覆す必要があるとはいえ) 制度化可能である。他方、裁判官の「自我の葛藤」を制度化することは可能だろうか。「国家の命令に抗する自由」を行使せず、漫然と既存の判例に従って、個人の尊厳への重大な侵害を放置する判決

を書いた裁判官の責任を問う制度を、私たちは構想しうるのだろうか。この問題に対して、最高裁判所裁判官の国民審査（憲法七九条二項）を持ち出すのは、蟻川の問題提起の矮小化というべきである。結局のところ、裁判官における「自我の葛藤」の問題は主題化できるけれども、それを法的に担保する方途はないように思われる。もしこの理解が妥当ならば、必要以上に判例・法律に縛られがちな裁判官が、目前の事件の適切な解決のために「判例・法律から自由になるべき場合がある」と論ずるためには、「辞職する自由」を論ずることで裁判官の《Noblesse obligée》を強調する樋口説のほうが、実際上は有意義であるとの評価もありうるように思われる。⁹⁵

六 結びに代えて

本稿はもともと、樋口陽一先生から頂戴した「宿題」に一応の応答をすることを目的として構想された。その「宿題」とは、「憲法と民法」問題における樋口の立場は、樋口憲法学の核心である「個人と国家の二極構造モデル」と緊張関係にあるのではないか、という問題である。

私がある論文において、「社会の基本法としての民法」という星野英一・大村敦志の問題提起への賛同を通じて、樋口は中間団体の存在を肯定的に捉える「公共圏論」を「裏口から」導入しているのではないかとの問題提起をしたところ、⁹⁶樋口は、「家族という中間団体の民法による正統化は、二極構造モデルにとつての異物の承認というべきものであった」とする一方、「民法の存在を想定すること、一八〇四年法典一三四条一項の言い方によれば契約が当事者間での法規範をつくるということ、従って、当事者の意思によって公共圏をとり結ぶ可能性を確保する

こと、これらのことがらは、諸個人と近代国家の二極構造モデルとはまったく適合的に——『裏口から』入れるまでもなく——成り立つはずである」との応答をした。⁸⁷⁾確かに、論理的にいえば、そうなのである。しかし、樋口がここで言及している「民法」は、大村や水林彪が擁護した「コード・シヴィルの思想」の核心を相対化した「民法」になってはいないだろうか。私の印象では、先の引用において語られている「民法」は、山本敬三の「憲法と民法」観のほうと、より整合的であるように思われるのだが。⁸⁸⁾

以上のような問題関心に基づいて、民法学における「憲法と民法」問題の議論状況を憲法学の観点から整理し、「社会の基本法としての民法」という理解への共感は、樋口憲法学の「二極構造モデル」を相対化させることを明らかにして、積年の「宿題」を果たそうと当初は目論んでいたのだが、結局、「宿題」に手を付ける前に力尽きてしまった。よって、毎度のことではあるが、「宿題」の提出は他日を期すほかない。

注

- (1) 山本敬三「憲法と民法の關係」法学教室一七二号（一九九四年）四四頁。木下智史『人権総論の再検討』（日本評論社、二〇〇七年）二五—二六頁も参照。
- (2) 君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、二〇〇八年）三八頁。ただし、君塚は、私人間効力の問題における従来の憲法学説が、民法学説の水準を十分に吸収してこなかった点を批判する。また、木下・前掲注(1)二五頁も、憲法学における議論のされ方が、私人間効力問題における憲法学と民法学の協同を妨げる一因であったことを認めている。
- (3) 山本敬三「現代社会におけるリベリズムと私的自治(一)」法学論叢一三三卷四号（一九九三年）五頁。
- (4) ①法学教室一七二号（一九九四年）は「民法と憲法」と題する特集を組んだ。同特集の特徴は、「民法から出発して」（星野・

後掲注(9)の副題)、憲法と民法が交差する諸論点を検討した点にある。そのためか、憲法学者は一人も参加していない。②法律時報七六卷二号(二〇〇四年)は「シンポジウム・憲法と民法」と題する特集を組んだ。同特集の特徴は基礎法学者の比重が高いことと、憲法学者(樋口陽一)が参加したことであろう。そのため、法学教室の特集と比較すると、やや基礎理論への志向が強い。③法学セミナー六四六号(二〇〇八年)は「憲法と民法——対立か協同か、両者の関係を問い直す」と題する特集を組んだ。同特集の特徴は、「憲法と民法」という問題が学界レベルで「市民権」を獲得したことを前提にしつつ、学習者にとっても有用なテーマであるとしている点である。なお、星野英一と樋口陽一の対談「社会の基本法と国家の基本法」がジュリスト一一九二号(二〇〇一年)に掲載されており、主要法律雑誌のほとんどが、「憲法と民法」というテーマを何らかの形で取り上げているとすることができる。

- (5) 山本敬三「民法と他領域(1) 憲法」内田貴ほか編『民法の争点』(有斐閣、二〇〇七年)八頁、愛敬浩二「憲法と私法」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、二〇〇八年)八〇頁。
 - (6) 宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論』(勁草書房、二〇〇八年)。
 - (7) 山元一・小粥太郎「企画趣旨」法学セミナー六四六号(二〇〇八年)一一頁。
 - (8) 広渡清吾「憲法と民法」法律時報七六卷二号(二〇〇四年)九〇頁。
 - (9) たとえば、木下・前掲注(1)二八頁、星野英一「民法と憲法」法学教室一七一号(一九九四年)八頁、大村敦志「大きな公共性から小さな公共性へ」法律時報七六卷二号(二〇〇四年)七一頁における評価を参照。
 - (10) 大村敦志は、「社会構成原理としての民法」という自らの図式が、山本の問題提起に対する応答であることを自認している。大村・前掲注(9)七一頁。
 - (11) 高橋和之と水林彪の議論の検討は、「四」で行う。
- (12) 山本説と星野・大村説を簡潔に整理・論評した記述として参照、宮澤・前掲注(6)一一〜五一頁。

- (13) 山本敬三「基本権の保護と私法の役割」公法研究六五号(二〇〇三年)一〇四〜一〇六頁。
- (14) 山本敬三「憲法システムにおける私法の役割」法律時報七六卷二号(二〇〇四年)六三頁。
- (15) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)」法学論叢一三三卷五号(一九九三年)五頁、山本・前掲注(13)一〇七頁。
- (16) 山本・前掲注(1)五〇頁。山本はまた、「体制決定に関しても、やはり現実に人々を選び取り、承認するものをできるかぎり尊重するという立場のほうが望ましい」と論じて、憲法制定行為(主権者意思の発動)を重視する立場を取る。山本・前掲注(14)六四頁。なお、「人権思想の滅失」という表現については、佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院、一九九五年)三九〇〜三九一頁を参照。
- (17) 大村敦志「山本敬三『公序良俗論の再構成』を味わう」民商法雑誌一二五卷二号(二〇〇一年)一二四頁以下、星野・樋口前掲注(4)三頁以下の星野発言。
- (18) 大村敦志「民法と憲法の関係」法学教室一七一号(一九九四年)五二頁以下。
- (19) 樋口陽一『憲法 近代知の復権へ』(東京大学出版会、二〇〇二年)一三六頁以下。
- (20) 樋口陽一「憲法と民法」法律時報七六卷二号(二〇〇四年)九二頁。大村の定式は、大村・前掲注(9)七三頁を参照。
- (21) 大村・前掲注(9)七三〜七四頁、大村敦志「民法と民法典を考える」民法研究一卷(一九九六年)六九〜七〇頁。
- (22) 山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究五号(二〇〇八年)一二七〜一三〇頁。「外郭秩序」に関しては、広中俊雄『新版民法綱要 第一卷 総論』(創文社、二〇〇六年)三〜三二頁。広中説によれば、「財貨秩序」の外郭秩序として「競争秩序」が、「人格秩序」の外郭秩序として「生活利益秩序」を観念できる。
- (23) 広渡清吾「市民社会論の法学的意義」戒能通厚・糊澤能生編『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』(日本評論社、二〇〇八年)六五頁。

- (24) 大村・前掲注(17)一二一～一二三頁。
- (25) 同上論文・一二四頁。
- (26) 大村敦志『消費者・家族と法』（東京大学出版会、一九九九年）三〇一頁。
- (27) 辻村みよ子『ジュンダーと人権』（日本評論社、二〇〇八年）二二八頁以下、樋口陽一『国法学 人権総論（補訂）』（有斐閣、二〇〇七年）一四五～一四八頁、吉田克己『憲法と民法』法律時報七六卷二号（二〇〇四年）五一～五二頁。
- (28) この点については、水野紀子「比較法的にみた現在の日本民法——家族法」広中俊雄・星野英一編『民法典の百年Ⅰ』（有斐閣、一九九八年）六五一頁以下、同著「団体としての家族」ジュリスト一二二六号（一九九八年）七二頁以下を参照。日本国憲法に対する水野のアンビバレントな立場が実感を込めて記された記述として参照、同著「中川理論——身分法学の体系と身分行為論——」に関する一考察『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』（信山社、一九九八年）二九九～三〇〇頁。なお、水野説の特徴と位置付けについては、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、一九九九年）六八～七一頁を参照。
- (29) 民法学者の中にも、違憲論に立つ論者は少なくないので、この問題について「憲法学と民法学の相克」を語るのは正確ではない。たとえば、米倉明「非嫡出子の法定相続分差別は違憲か」法学セミナー四九〇号（一九九五年）四頁以下、二宮周平「非嫡出子の平等化」石川稔ほか編『家族法改正への課題』（日本加除出版、一九九三年）三四五頁以下、棚村政行「嫡出子と非嫡出子の平等化」ジュリスト一三三六号（二〇〇七年）二六頁以下を参照。ただし、ここでの関心は、「公序としての家族」という視点を重視する論者が、違憲審査制への異議とさえ解釈できる発言をしている点にある。そこに「憲法と民法の相克」を私は読み取りたい。
- (30) 加藤一郎「非嫡出子の相続分について」ジュリスト一〇四二号（一九九四年）六二頁。
- (31) 石川稔ほか座談会「非嫡出子の法的地位をめぐって」ジュリスト一〇三二号（一九九三年）四六頁以下の水野発言を参照。水野も立法論としては、平等化に賛成する。水野紀子「事実婚の法的保護」石川ほか編・前掲注(28)八五頁。しかし、相続分差

別の是正について考慮すべき事情が多数あるとしても、まず相続分を平等化した上で、配偶者の利益保護等の問題に取り組まよいのではないか(米倉・前掲注②一一頁)。違憲判決は非嫡出子差別を禁止するだけなので、配偶者の相続分を増加させ、直系卑属の相続分を平等にするという法改正(石川ほか・前掲座談会・四七頁の水野発言)を何ら妨害するものではない。

(32) 大村敦志『家族法(第二版補訂版)』(有斐閣、二〇〇四年)一九一―一九四頁。大村説は、重婚的婚外子については立法論としても民法九〇〇条四号但書前段を維持すべきとの立場なので、前掲注③に示した、同規定をまず違憲無効とした上で必要な立法的対応をすればよいという議論は通用しない。ただし、大村の挙げる考慮事情によって、同規定の合憲性が担保しうるのかは疑問である。たとえば、木村草太『平等なき平等条項論』(東京大学出版会、二〇〇八年)二〇四―二〇九頁で展開される違憲論を参照。

(33) 加藤一郎は、民法九〇〇条四号但書前段が裁判で違憲無効とされれば、憲法制定時から同規定は無効だったことになるから、一九四七年五月三日以降に開始した相続(非嫡出子を含むもの)はすべて無効となり、やり直しが必要になると論じていた。加藤・前掲注③六七頁。

(34) 「原則として」という言葉を入れたのは、穴戸常寿「司法のプラグマティック」法学教室三二二号(二〇〇七年)二四頁以下に示されるような新しい憲法訴訟方法の提言を、当然に斥ける趣旨ではないことを明らかにするためである。

(35) フランスでは、①と②の両方の前提が欠けていることを、大村自身も指摘している。大村・前掲注④五四頁。

(36) 周知のとおり、最高裁は、民法九〇〇条四号但書前段は法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものであって、その立憲理由には合理的根拠があり、相続分差別も立法目的との関係で著しく不合理とはいえないとして、本件規定を合憲とした(最大決一九九五・七・五民集四九卷七号一七八九頁)。同決定の直後、違憲判決を出すに相応しい事案であるにもかかわらず、最高裁が合憲判断をしたのは、法制審議会における民法改正作業が大きく影響しているとの推測が示された(右近健男「非嫡出子相続分規定大法廷判決を読む」法学教室一八三号(一九九五年)二七頁)。実際、一九九六年の法制審議会による民法改

正案要綱は、相続分差別の撤廃を含んでいた。しかし、同要綱は現在もなお、法案として国会に提出されるに至っていない。この点、立法裁量への司法の自己抑制といった権限配分的な観点からではなく、法内容に対する実体的評価に踏み込んで同規定を合憲とした最高裁決定は、法改正作業に対して強力な「冷水効果」を及ぼしうるとした論評が当時あった。石川健治「判批」法学協会雑誌一一四卷一二号（一九九七年）一五四四頁以下。卓見であったというべきだろう。

37) 小粥太郎『民法の世界』（商事法務、二〇〇七年）一四頁。ただし、小粥自身は山本説に必ずしも好意的ではなく、従来の民法学の蓄積を更新していくやり方を是とする。同書・一五頁。

38) 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、二〇〇〇年）二四～二五頁。

39) この問題について、とりあえず参照、愛敬浩一「リベリズム法理論の現在」民主主義科学者協会法律部会編『改憲・改革と法』（日本評論社、二〇〇八年）三八頁以下。君塚・前掲注(2)二〇三頁も、「山本説には、リベリズムはそもそも定義できるものか、という問題があるう」と批判する。

40) この点については、樋口陽一ほか『対論 憲法を／憲法からラディカルに考える』（法律文化社、二〇〇八年）一八二頁以下、の井上と齋藤の「対論」を参照。

41) 愛敬・前掲注(39)四一～四二頁で、齋藤の議論がリベリズムの問題関心を共有していることを指摘しておいた。

42) 山本・前掲注(38)二六頁。

43) 佐藤自身もこの点について、若干の違和感を持っているものと解される。佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、二〇〇八年）一五七頁の注■。

44) 同上書・八五～八六、一〇五～一三三頁。関連して、「保護義務的構成」について佐藤が、日本の体質の「お上」依存傾向との関係で消極的に評価している点も指摘しておこう。同上書・一五〇頁。なお、ラズの「卓越主義的リベリズム」に共感する佐藤説の現代リベリズムにおける位置を測定する上で、玉木秀敏「自律の価値と卓越主義的リベリズム」田中成明編

- 『現代法の展望』（有斐閣、二〇〇四年）二八三頁以下が参考になる。
- (45) 吉田・前掲注⑳二〇頁。
- (46) 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」田中編・前掲注(4)八〇九頁。
- (47) 大村・前掲注(17)一三〇頁。もしかしたら、このような問題への対応は、憲法学や社会法学の課題であるとの回答が用意されているのかもしれない。
- (48) 山本・前掲注⑳二〇一頁。
- (49) 木下・前掲注(1)三八頁。ちなみに、既存の国家は全て正統性を持たないと断ずる「哲学的アナーキズム」の論者(A. John Simmons)によれば、「他人による侵害からの保護」を国家の役割として容認する。愛敬浩二「社会契約は立憲主義にとってなお生ける理念か」井上達夫編『岩波講座 憲法1 立憲主義の哲学的問題地平』（岩波書店、二〇〇七年）三六〇―三八頁を参照。
- (50) 高橋和之「現代人権論の基本構造」ジュリスト二二八号（二〇〇五年）一二二頁の注(8)。
- (51) 宮澤・前掲注(6)四〇頁の注(8)。
- (52) 山本・前掲注(2)九一―九二頁。
- (53) 西原博史「保護の論理と自由の論理」同編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』（岩波書店、二〇〇七年）三〇七頁の注(13)。
- (54) 白藤博行『安全の中の自由』論と警察行政法』公法研究六九号（二〇〇七年）四五頁以下。「安全の中の自由」論の例として参照、磯部力『安全の中の自由』の法理と警察法理論』警察政策七卷（二〇〇五年）、ペーター・J・テッティンガー（小山剛訳）『安全の中の自由』警察学論集五五卷一―二号（二〇〇二年）。
- (55) 中村哲也「憲法の視点からの民法？」広中俊雄先生傘寿記念論集『法の生成と民法の体系』（創文社、二〇〇六年）五二七頁。

(56) 同上論文・五三四～五三五頁。なお、保護義務論が示した「法的三極関係」の構図は、私人間効力の問題を講学上説明する際には一定の有用性があることを私も認める。愛敬浩二「私人間における人権保障」木下智史ほか編著『事例研究 憲法』（日本評論社、二〇〇八年）一〇～一一頁を参照。しかし、「裁判所の判決作用において、当事者双方の主張している利益を十分考慮することは、具体的紛争の第三者的裁定機関として当然の作用であり、基本権保護義務を承認しなければ導き出せないとは思われない。私人間の紛争において、裁判所が当事者の権利について、過剰保護と過少保護が禁止されるということは、結局は、裁判所に十分な利益衡量を行うべきことを要請しているにすぎない」（木下・前掲注(1)四八～四九頁）と考えられるから、講学上の有用性だけでは、保護義務論の援用の是非を判断することはできないのではないか。

(57) 中村・前掲注(5)五三五～五三七頁。

(58) 高橋和之『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない」ジュリスト一二四五号（二〇〇三年）一三七～一三九頁。

(59) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、二〇〇五年）一〇〇～一〇一頁。

(60) 山本・前掲注(4)一二頁、四八頁の注(2)。

(61) 木下・前掲注(1)四一頁。

(62) 樋口陽一「憲法・民法九〇条・『社会意識』」栗城壽夫先生古稀記念論集『日独憲法学の創造・上巻』（信山社、二〇〇三年）一四八～一五〇頁。

(63) 大村・前掲注(2)三二～三三頁。大村によれば、『私法と政治権力の分離』は、『私法と政治権力の相互依存』を新たな形式のもとで可能にした市民的公共圏の成立によって初めて実現されたのである（三二頁）。また、大村は、「ナポレオン法典は、高等法院と教会というアンシャン・レジーム下の二大権力の手から近代国家の手へと司法法を奪取した」ことを指摘する。同上論文・九一頁。

(64) 水林彪「近代民法の本源的性格」民法研究五号（二〇〇八年）九～一〇頁。水林は同論文の末尾で、「憲法と民法」の問題

に關する大村の一連の業績は、「部分的な引用・言及ではかえって不適切なほどに、本拙稿と広くかかわっている」と述べている。同上論文・七五頁。

(65) 水林彪「近代憲法の本源的性格」戒能・糊澤編・前掲注②二二頁以下。

(66) 同上論文・三七頁。君塚・前掲注(2)一七九頁も、高橋説は厳格な公法・私法二分論の弊害を引きずっていると批判する。山本・前掲注(4)六九頁の注(3)も、高橋説の主眼は憲法と民法の分離にあり、民法を社会の基本法とみる発想は乏しいと評している。なお、この問題に対する高橋自身の応答として参照、高橋和之「私人間効力論再訪」ジュリスト一三七二号(二〇〇九年)一六〇頁の注(6)。

(67) 卷美矢紀は、高橋説を星野英一のフランス・モデルを近代立憲主義の論理として憲法学の側から展開したものと評価する。同著「私人間効力の理論的意味」安西文雄ほか共著『憲法学の現代的論点』(有斐閣、二〇〇六年)二三九頁。松原光宏も、高橋説を「フランス法の伝統に根ざすものである」と評する。同著「私人間における権利の保障」小山剛・駒村圭吾編『論点探求 憲法』(弘文堂、二〇〇五年)八八頁。他方、フランス憲法の専門家である山元一は、水林の論文に依拠しつつ、高橋説における近代市民社会の法構造に関する歴史認識には「歪み」があると批判する。同著「〈法構造イメージ〉における憲法と民法」法学セミナー六四六号(二〇〇八年)一四頁。ただし、水林の評価によれば、星野英一はドイツ法的な「公法・私法二元論」を維持していると解されるので(水林・前掲注④六五〜六六頁)、巻と山元の評価は必ずしも矛盾するわけではないのかもしれない。

(68) 大村・前掲注②の論文は「思想としての民法」を擁護するための「護民宣言」とさえ読める論稿であり、水林・前掲注④の論文の副題は「全法体系の根本法としての Code civil」である。

(69) 吉田・前掲注⑦五四頁。

(70) 高橋・前掲注⑧一四四、一四六頁。

- (71) 君塚・前掲注(2)一七八頁。
- (72) 高橋・前掲注(50)二六頁の注(25)。
- (73) 山本・前掲注(46)四八頁の注(22)。
- (74) 高橋・前掲注(50)二〇頁の注(13)。
- (75) 「三」の末尾の問題提起との関係でいえば、この歴史認識が弱い点において、論理構造の類似性にもかかわらず、中村哲也の問題提起と高橋説との間には重大な違いがあると私は考える。
- (76) 樋口・前掲注(20)九四頁。
- (77) 今村成和「思想調査は企業的自由か」ジュリスト五五三号（一九七四年）五四頁。
- (78) 高橋・前掲注(59)一〇一頁。
- (79) 和田肇『人権保障と労働法』（日本評論社、二〇〇八年）二七頁。萬井隆令『判例』についての一試論（龍谷法学四〇巻一）号（二〇〇七年）七二頁以下は、労働法学の立場から、三菱樹脂事件最高裁判決以後の立法・判例を詳細に分析した上で、同判決はもはや「判例」ではないと結論する。憲法学の観点からも、興味深い問題提起といえよう。
- (80) 高橋和之「人権の私人間効力論」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、二〇〇四年）一八〜一九頁。ただし、高橋のいう「共同」において、憲法学者が果たすべき役割は何なのか必ずしも判然としない。ちなみに、山元・前掲注(67)一六頁の注(16)とそれに対応する本文（一五頁）は、高橋説に依拠した場合に憲法学者が取りうる対応を二つ示し、それぞれ批判的に検討している。
- (81) 小粥太郎が山本敬三の理論を評した際の表現を借用した。小粥・前掲注(67)一四頁。
- (82) たとえば、宮沢俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）六〇五〜六〇六頁、清宮四郎『憲法Ⅰ（第三版）』（有斐閣、一九七九年）三五七〜三五八頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第四版』（岩波書店、二〇〇七年）

- 三四〇頁、樋口陽一ほか共著『注解法律学全集4 憲法IV』（青林書院、二〇〇四年）二八〇～二九頁。
- 83) 蟻川恒正「〈通過〉の思想家 サンフォード・レヴィンソンの憲法理論」樋口陽一先生古稀記念論集『憲法論集』（創文社、二〇〇四年）六八九頁以下。特に七二〇～七二九頁。
- 84) 小粥・前掲注37)二三三頁。
- 85) 小粥太郎「裁判官の良心」法学七二卷五号（二〇〇七年）四〇八、二二頁。同論文は小粥太郎『民法学の行方』（商事法務、二〇〇八年）一四九頁以下に再録されている。
- 86) 小粥・前掲注37)二二二頁。
- 87) 同上書・二二二頁。
- 88) 樋口陽一「憲法と裁判官」樋口陽一・栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、一九八八年）五八頁。
- 89) 同上論文・五七頁。
- 90) 樋口陽一『比較のなかの日本国憲法』（岩波新書、一九七九年）一八五～一八七頁。
- 91) 樋口・前掲注88)五六頁。
- 92) 小粥・前掲注37)二三三頁。①と②は共に、蟻川の議論からの引用である。①は、蟻川恒正『憲法的思惟』（創文社、一九九四年）一九八～一九九頁。②は、蟻川・後掲注94)が引用する広中俊雄「盗聴警察官の個人責任を考える視点」『広中俊雄著作集8』（創文社、二〇〇四年）の一節である。
- 93) 蟻川・前掲注83)七三三、七四六頁の注■。
- 94) 蟻川恒正「自由をめぐる憲法と民法」法学セミナー六四六号（二〇〇八年）四二頁以下。
- 95) もちろん、樋口の議論も所詮は精神論に過ぎないのかもしれない。しかし、「日の丸・君が代」を前にして「起立・斉唱」しても、「内心の自由」は侵害されないという議論がまかり通る社会においては（この点については、愛敬浩二『改憲問題』

〔ちくま新書、二〇〇六年〕二二二頁以下を参照)、少なくとも公務員の「自我の葛藤」の制度化が困難な領域では、「自我の葛藤」の存在を前提にした議論よりも、その不在を告発する問題構成のほうが有意義であるとはいえまいか。

96) 愛敬浩一「立憲主義における市民と公共圏」憲法問題一四号(二〇〇三年)一〇一〜一〇二頁。

97) 樋口・前掲注20九四頁。なお、僅かな紙幅の中で、私のプリミティブな疑問に対して丁寧な応答を下さった樋口陽一先生のご厚意に、この場を借りてお礼を申し上げます。

98) 実際、山本は「一般的自由説」的な権利観を擁護する文脈で、広中と大村の議論を「人格主義」的な「人間の尊厳」論として斥ける一方、「決定主体としての個人の尊重を出発点におく考え方」として、樋口の議論に好意的な言及をする。山本・前掲注21一三二〜一三三頁の注■。「人格的利益説」に立ち、「citizenの可能性」を論ずる樋口の立場は、ここでの山本の議論の文脈においては、広中や大村の立場とさほど違うわけではないと私自身は考えるが、他方、「民法の存在を認めることは、二極構造と整合的である」とする樋口の論じ方は、山本の評価を許すものであるように思われる。