

神戸大学大学院法学研究会
「六甲台論集」法学政治学篇第43巻第3号（平成9年3月）抜刷

基本権保護義務とその概念の拡大

山崎 栄一

基本権保護義務とその概念の拡大

山崎 栄一

はじめに

- 第1章 保護義務概念の多様性
- 第2章 保護義務概念の実務上の拡大
- 第3章 保護義務と客観法的内容
- 第4章 保護義務の限界
- 第5章 保護義務の審査方法

むすび

はじめに

自由権とは、第一に国家に向けられた防御権であるといえる。防御権は、国家における私人の自由を構成する。また、国家の権力を制限し、権力の乱用を阻止するのを助ける。このような基本権の消極的機能は西洋立憲国家においては異論のないところである⁽¹⁾。このような国家観は、国家がなにもしなければ、すなわち国家権力の干渉のないところに自由が存在するという考え方を基礎とする古典的な国家観であった。

しかし、現代国家においては貧富の差の拡大、国民間での支配-被支配関係の顕著化、技術革新による新たな危険の存在によって、むしろ国家権力が手をさしのべることによって初

(1) H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat (1974); v. Mangoldt-Klein-Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. (1985), Art 1 Rdnr. 110ff. 戸部信善『憲法学Ⅱ人権総論』有斐閣(1994年)246・289頁参照。

めて国民が現実的な自由を手に入れることができるという、いわば国家観の逆転現象が生じている。

この、国家による現実的自由の給付という考えは、Häberle の唱えた「制度的基本権理解⁽²⁾」によって理論的な基盤をえたように思われる。その一端として今回の論文で取り上げようとするのが国の基本権保護義務 (Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates) である⁽³⁾。

ここでいう保護義務とは、多様なものであって最大公約数的に言えば、「国家は、基本権法益の侵害に対して積極的な作為をもって保護をする義務がある」という意味をもつ。本稿では、広大な問題領域をカバーするためにも広い定義から出発することとする。当初は、保護義務の対象は生命・健康といった重大な法益に対する国家の保護措置が問題となったが、近時、社会国家原理との関係を深め、法益の重大性のみならず社会的・経済的弱者の侵害からの保護を意識している。社会国家原理の下では、社会的・経済的弱者に対しては、主に金

(2) 制度的基本権と保護義務論との関連性については別の機会に取り上げたいと思う。Häberle の制度的基本権については、P. Häberle, Wesensgehaltgarantie der Grundrechte des Art. 19 Abs. 2 GG, 1. Aufl. (1962), 3. Aufl. (1983). 日本における Häberle に関する文献として、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向 (二)」自治研究54巻8号 (1987年) 91頁、青柳幸一「西ドイツにおける基本権の多元的機能 (二)」慶応大学法学研究55巻5号 (1982年) 27頁、ベッケンフェルデ/森秀樹訳「基本権理論と基本権解釈」名古屋大学法政論集129号 (1990年) 367頁、中島茂樹「ドイツにおける『制度的』基本権理論と『制度的』法思考」室井暹磨「現代行政法の理論」203頁 (1991年)、P. ヘーベルレ/井上典之編訳「基本権論」信山社 (1993年)、赤坂正浩「制度保障と人権」長谷部恭男編著「リーディングス現代の憲法」日本評論社 (1995年)、また小山教授は保護義務論と制度的基本権理論との関連について懐疑的である、小山剛「制度的基本権理論、その後」ジュリスト No. 1089 (1996年) 65頁以下参照。

(3) ドイツにおける主要な文献として、E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III / 1 (1988), S. 931-953; D. Murswiek, Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985); G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit (1987); G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, (1987); R. Alexy, Theorieder Grundrechte (1985), S. 410-428; J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983); J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (1992); C. Starck, Praxis der Verfassungsauslegung (1994), S. 46ff. 等がある。

日本における文献として、小山剛「西ドイツにおける国の基本権保護義務」慶応義塾大学法学研究 63巻7号 (1990年) 54頁以下小山第一論文、同「ドイツ基本権解釈論における国の保護義務」法学政治学論究第7号 (1990年12月) 41頁以下小山第二論文、同「国の『基本権保護義務』」憲法理論研究会編「人権保障と現代国家」(1995年) 敬文堂51頁以下小山第三論文、山本敬三「憲法と民法の関係—ドイツ法の視点」法学教室 No17 (1994年12月) 144頁以下、阿部照哉「ドイツ憲法裁判の限界」覚道古希「現代違憲審査論」法律文化社 (1996年) 171頁以下を参照。

銭的給付によってその自由権の前提の拡大を図ろうとした。これに基本権法益に対する侵害保護を目的とする保護義務論を関連づけることにより、さらに現実的な自由が付与されることとなったといえる⁽⁴⁾。

本稿では、連邦憲法裁判所の判例の発展をとらえつつ、従来の通説的説明である「国家以外の第三者による侵害からの保護」という定義から意識的に距離を置きながら⁽⁵⁾、ドイツにおける議論の一端を筆者なりに整理を試みてみようとするものである。

第1章 保護義務概念の多様性について

保護義務という概念は非常に多様性に富んだものである。それを具体的に示すべく、まず国家にはいかなる保護義務が課せられているのかを概観していくことにする。

第1節 保護義務論の概観

本稿はドイツにおける国の基本権保護義務 (Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates) を研究対象としている。

この概念は、1975年のドイツ連邦憲法裁判所において下された第一次墮胎罪判決 (BVerfGE 39, 1) が先例となって確立された基本権の法的作用であり、以後判例上定着している。当初は、基本権上保護された法益(たとえば、生命、健康、自由、名誉、財産等)が国家以外の「第三者」によって侵害された、または危険にさらされた場合に対し、何が国家に対して法的に要請されるのが問題となっていた。すなわち、基本権保護義務とは、保護義務論の日本におけるパイオニア的存在である小山剛教授によれば、「国が、第三者による侵害から各人に基本権法益を保護するために積極的措置をとることを命じる」という考え方をその内容とするものであった⁽⁶⁾。

この概念は、基本権の客観法的内容の拡充過程の一環と考えられ、第三者効の議論⁽⁷⁾より

(4) 後に述べるが、保護義務論は社会的・経済的弱者の保護に限定され、社会国家原理と同一な概念となるわけではない。社会国家原理はむしろ保護義務論の副次的な手段であるといえることができる。

(5) これは、侵害者が私人に限られないということと、侵害主体から被侵害者の法益・地位へと議論の焦点が移行しているという2つの意味において従来の定義より距離を置くものである。

(6) 前掲小山第一論文 Fn 3、55頁参照。

(7) R. Alexy, Fn 3, S. 411. Alexyは、保護義務論の適用範囲を第三者効の範囲に限定している。

も適用範囲が広い⁽⁸⁾。例を挙げてみると、誘拐犯による殺害の脅迫、他者に危害を及ぼす施設（原子力発電所等）の操業、外国において自国民が国際法違反の行為を受けたケースが考えられる。ここでいう「第三者」とは非常に包括的な存在である。それは、私人であったり、外国の国家⁽⁹⁾であったり、個人ではなく集団あるいは（社会的）権力であったりする。時間的には生存者のみならず、胎児の生命保護から死者の人間の尊厳に到るまで保護される⁽¹⁰⁾。

それ以上に、「第三者」という概念にとらわれずに国家に基本権法益の保護が要求される場合もある。たとえば、自然災害⁽¹¹⁾や自己危難⁽¹²⁾に対する保護も保護義務の役割の一つとしてとらえる見解もある。さらに1994年10月27日に行われた基本法の改正で、20a条⁽¹³⁾が新

(8) 棟居教授は、保護義務論と第三者効の関係について、「裁判所が私人間適用すべきだという結論を国家（即ち裁判所）の「保護義務」によって帰結するのは、いうまでもなく言葉の置き換えにすぎない（「適用すべきか」と「保護義務があるか」とに、問題の立て方としての相違はない）。また、そもそも誰と誰の間で何を保護すべきかが問題であるのに、保護義務論は「何を」の問いをはぐらかしている。」と述べられている。棟居快行「3人権の私人間効力（三菱樹脂事件）」法学教室増刊樋口陽一・野中俊彦編『憲法の基本判例』有斐閣（1996年）17頁以下参照。

(9) G. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Bd. I, Art. 1 Rdn 2. (1958); J. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht in: Isensee/Kifchhof, Handbuch des Staatsrecht V (1992), § 111 Rn 121.

外国による侵害は、「国家以外の第三者」という点では保護義務の対象となりうる。しかし、私人による侵害とは性質・救済方法が大きく異なる。Isenseeは、外国による侵害については、その危険の種類・対処方法について一概にはいえず、ケースごとに分けて分析する必要を説いている。彼は、以下のような分類を行っている。①対外政策ならび対ヨーロッパ共同体政策を通じての基本権保護、②外交的保護、③軍事的保護、④国内的危険（外国・国際機関の支援を得た国内テロ活動など）からの保護、⑤外国において人権侵害的迫害を受けた外国人の保護、⑥国内的差別待遇の解消。

(10) J. Dietlein, Fn 3, S. 124ff.

(11) それに対し、以下の文献においては、保護義務を発動させる要因としての危険が、自然的危害も含んだ警察法上の公共の安全に対する危険と同様に解釈されている。たとえば、G. Robbers, Fn 3, S. 124, 127, 192.; K. Stern, Fn 3, S. 735f.; J. Dietlein, Fn 3, S. 102ff.; W. Sass, Art. 14GG und das Entschädigungserfordernis (1992), S. 403.

(12) 自己危難（たとえば冒険行為・ハンスト・自殺）を保護義務の発動要因として含める文献として、G. Robbers, Fn 3, S. 220ff.; K. Stern, Fn 3, S. 736.

(13) 基本法20a条は、「国家は、将来の世代に対する責任という点からも、立法により憲法に適合する秩序の枠内で、また、執行権と裁判とにより法律および法の基準に従って、自然的生活基盤を保護する」という条文である。この条文の邦訳は、ミハエル・クレップファー 高橋明男/訳「国家目標としての環境保護—基本法新二〇条のaについて—」阪大法学第46巻第3号（1996年）405頁以下、小林考輔/監訳「21世紀の憲法」三省堂（1996年）を参考にした。

たに設定され、自然的生活基盤の保護が義務づけられるに至っている⁽¹⁴⁾。

また、国家による保護様式も、間接的第三者効の1つの典型例である不法行為法による救済のみならず、刑法、手続法の制定・適用といったように私法・公法双方を駆使し、行政行為・事実行為もそこに含まれる。ということは、単に「第三者」の基本権を制約すれば保護義務が貫徹されたわけではないのである。私人間効力論の問題以外にも、基本権の客観法的側面が問題となる場合において保護義務論が用いられるようになり、特に注目されるのは、最近の判例においては、制度的保障や社会国家といった視点から一般的な保護義務を実現するといったケースの出現である。

第2節 保護義務の条文上の根拠

(1) 基本法1条1項2文⁽¹⁵⁾〔人間の尊厳の尊重・保護義務〕

条文を素直に読んでいくと、基本権の文理それ自体保護義務論の根拠とされうる⁽¹⁶⁾。すなわち1条1項〔人間の尊厳条項〕は、国家と社会における個々人の地位を基本的に描写した、根本規範として他の基本権規範の解釈に影響を及ぼす最上位の構成原理として強調されている⁽¹⁷⁾。

Gallwasの指摘するとおり、それに続く2文に書かれている「尊重義務 (sie zu achten)」は、国家に人間の尊厳を侵害しないよう命じているのに対し、「保護義務 (sie zu schützen)」

(14) 環境の保護義務をめぐる議論については、Jarass/Pieroth, Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 3. /1995, Art. 20a; Sachs. Grundgesetz-Kommentar (1996), Art. 20aGG; R. Steinberg, Verfassungsrechtlicher Umweltschutz durch Grundrechte und Staatszielbestimmung, NJW 1996, S. 1987. 日本の文献としては、浅川千尋「西ドイツにおける国家目標規定「環境保護」をめぐる最近の議論について—国家目標規定としての社会的基権論の一断面—」版大法学第40巻第2号(1990年)445頁以下参照。

(15) 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、保護することが、すべての国家権力の責務である」という条文である。以下の条文は樋口・吉田編「解説世界憲法集」第3版(1994年)を参照した。

(16) 井上教授は、「たしかに一条一項には前述の通り二条以下の基本権を補充・強化する機能が認められるといっても、はたしてどこまで一条一項二文によって国家の基本権保護義務を根拠づけることができるのか」という問題を提起している。井上典之「いわゆる「人間の尊厳」について—その具体的規範内容と現代的課題についての概観—」版大法学第43巻第2・3号(1993年)630頁以下参照。

(17) P. Häberle, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland (1975), Rechtstheorie (1980), S. 399; K. Stern, Menschenwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, FSf. H. U. Scupin (1983), S. 627.

は、人間の尊厳が別の方面からも侵害されないように国家が擁護すべきであるということを示している⁽¹⁸⁾。そして、国家以外の第三者に人間の尊厳が侵害されるという場合には、国家に対して「予防的・修復的な」保護が義務づけられるのである⁽¹⁹⁾。人間の尊厳の保護は、私法・刑法・行政法といったあらゆるジャンルを駆使した法的禁止ならびに制裁を通じて達成される。Starck は基本法 1 条 1 項 2 文を客観法的内容である保護義務から主観的保護請求権を生じさせる「媒体手段 (Vehikel)」とする⁽²⁰⁾。ただ、文理的に解釈してしまうと保護義務の根拠それ自身が 1 条 1 項 2 文と 6 条に限定されてしまうこととなり、人間の尊厳とはあまり関わりのない基本権については保護されなくなるという批判がある。基本権全体を保護する一般的保護義務を導き出すためには、さらなる根拠が必要とされるのである。

(2) 基本法 1 条 3 項⁽²¹⁾ [国家に対する基本権拘束]

この条文で述べられている「基本権」とはどのような意味であろうか。仮に、連邦憲法裁判所が Lüth 判決において、基本権とは「国家に対する市民の防御権である⁽²²⁾」と述べたように基本法 1 条 3 項における基本権を防御権という意味に限定するとすると、当条文は保護義務の根拠たりえないこととなる。しかし、確かに基本権はまず防御権であって対国家的な相対的権利であるが、基本権で保護されている法益は絶対的なものであって誰からも侵害されるものではない⁽²³⁾。

このような法益は、同じく Lüth 判決で述べられた「客観的価値秩序」あるいは基本権の客観法的内容という形で個々の基本権の条文より導き出されるのである。基本権で保護され

(18) H.-U. Gallwas, Grundrechte (1985), S. 3. Gallwas はここで国家のディレンマが生じることになる。すなわち、一方に保護を与えすぎると他方の尊重義務を侵害することとなるし、他方を尊重しすぎると一方の保護義務を侵害することとなると述べる。同書 S. 64. しかし、そういったディレンマが生じるかどうかについては保護義務の審査基準を論じる際に考えていきたい。

(19) H. C. Nipperdey, Die Würde des Menschen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg), Die Grundrechte, Bd. II (1954), S. 28.

(20) この見解では、基本法 1 条 1 項 2 文が客観法的内容保護義務の主観的権利化の根拠付けにとって中心的な役割を果たしている、6 条については基本権の中では例外的に認められているにすぎないとする。C. Starck, Fn 3, S. 70, 75. なお、Starck 説の概要については、青柳幸一「環境権と司法的救済」公法研究 58 号 (1996 年) 108 頁以下参照。

(21) 基本法 1 条 3 項は、「以下の基本権は、直接に適用される法として立法、執行権及び裁判を拘束する」という条文である。

(22) BVerfGE 7, 198 (205).

(23) D. Murswiek, Fn 3, S. 94 ff.

た法益も基本法1条3項にある基本権の内容としてとらえれば、この法益もまた国家を直接拘束することとなる。ゆえに、基本権法益全体を保護する一般的保護義務は、1条3項から導き出すことが出来る⁽²⁴⁾。

保護義務が基本法1条1項2文に基づいた人間の尊厳および各基本権条項の尊厳的部分のみならず基本権全体を保護するのであれば、当規定は保護義務の問題に際しても考慮されねばならない。ここで問題となるのは立法をいかにして基本権によって拘束せしめるかである。基本法1条3項は、結局立法者に対しては保護義務を実現できるような法秩序の構築を命じているのである。そして立法者による保護義務の実現を担保しているのは連邦憲法裁判所である。しかし、保護義務の内容は多様でその実現方法も様々であるがゆえに、その不明瞭性は逃れられない。それにもかかわらず連邦憲法裁判所が判断を下せるのかという問題がある。そのために基本法1条3項を保護義務の根拠条文として認めない見解もある⁽²⁵⁾。保護義務に関する審査基準については別の章で論じることとする。

第3節 保護義務と国家機関

基本法1条3項が保護義務の根拠条文であるとすれば、各国家機関（立法・執行・司法）はいかなる保護義務が課せられているのか。立法権・行政権・司法機関は、互いの機能に応じた適切かつ十分な保護実現手段を有する。これらは、基本法20条2項⁽²⁶⁾から見出される権力分立システムによって守備範囲を分割されているゆえに個別的な検討が必要となる⁽²⁷⁾。

1. 立法

保護義務は原則として法律を媒介して初めて実現化されるものであるから、後に述べるように、保護義務の内容・手段決定には立法者に第一次的な判断権が与えられている。

立法機関は私法ならびに公法領域において実定・手続法を法益の保護のために制定することとなる。それによって、相対する隣人間や環境保護をめぐる利害の調整、危害からの防御のための警察・秩序的防衛手段、私法上の不作為・損害賠償請求、刑法・秩序法違反を通じての制裁、制度の構築・撤廃などがもたらされるのである。

(24) K. Stern, Fn 3, S. 948.

(25) C. Starck, Fn 3, S. 74f., 83.

(26) 基本法20条2項は、「すべての国家権力は、国民（Volk）に由来する。国家権力は、選挙及び投票において国民により、かつ、立法・執行権及び裁判の個別の諸機関を通じて行使される」という条文である。

(27) J. Isensee, Fn 9, § 111 Rn 139; J. Dietlein, Fn 3, S. 70ff.

2. 行政

立法者により一次的な判断が行われたのちに、行政機関による保護義務の実現となる。司法機関とは違って積極的なアクションを求められる。

執行機関は法律に基づいた権限の範囲内で保護義務に関する規範を効果的に実行することが要求されているのである。実行に関して重要なのは、利害関係を明らかにし、利害衝突を清算し、法益の保護を行う上で適正な行政手続がとられなければならないということである。立法者が保護義務の内容を法律で決定するにせよ、詳細な点や、専門知識を必要とする分野では、実際のところ執行機関に法律の解釈・適用についての裁量を与えることとなる。

司法機関との権限配分の兼ね合いからして「警察公共の原則 (Prinzip der Öffentlichkeit)」という制約が生じる⁽²⁸⁾。すなわち、「民事上の法律関係不干涉の原則」のために警察権の限界が存在する⁽²⁹⁾。さらに、警察機関は司法機関の本来の権限を侵すことは許されず、その活動は、あくまでも司法機関の活動の及ばない場面についての副次的なもの (いわゆる副次性・補充性の原則 Subsidiaritätsprinzip) に限られるのである⁽³⁰⁾。日本においても、警察官にその職責上一定の場合には個人の生命身体等の保護のため介入すべき義務のあることを判示する最高裁判例も登場するようになった⁽³¹⁾。

3. 司法

司法機関は私法上の法律関係においては基本権保護を通常の民事上の手続に従って実行する。強制執行手続を背景にした当事者の権利の貫徹、不法行為に基づく損害賠償請求の容認などが保護義務の実現の一手法といえよう。

私法上の被害者の保護に関して、司法機関 (通常裁判所) が保護義務を実現していない

(28) O. Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. (1924), S. 217; F.-L. Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. (1989), S. 46ff. 田上穰治「警察法」有斐閣 (1983年) 67頁以下、高橋明男「西ドイツにおける警察的個人保護—警察介入請求権をめぐる学説と判例—(一)」阪大法学139号(1986年) 123頁以下参照。ここでいう警察とは、広い意味での秩序維持のための行政活動を指す。

(29) 田中二郎、新版行政法下巻全訂第二版 (1983年) 58頁以下参照。

(30) 藤田宙靖「92 民事不介入」ジュリスト増刊成田頼明編「行政法の争点(新版)」有斐閣 (1990年) 240頁以下参照。また、副次性・補充性の原則 Subsidiaritätsprinzip については、J. Isensee, Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht III (1987), § 57 Rn 165; K. Vogel/W. Martens, Gefahrenabwehr (1986), S. 238f.; V. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht (1991), Rn 77, 276. を参照のこと。

(31) 最判昭和57・1・19民集36巻1号19頁 最判昭和59・3・23民集38巻5号475頁。また、警察介入請求権と基本権保護義務との関連については、高橋明男「西ドイツにおける警察的個人保護—警察介入請求権をめぐる学説と判例—(二)」阪大法学140号 (1986年) 155頁以下参照。

場合もありうる。Gallwas は2通りの非実現パターンが存在するとしている⁽³²⁾。すなわち、基本権保持者（被侵害者）が私法上の請求権の名宛人として作為、受忍、不作為を義務づけられた場合、そして、基本権保持者（被侵害者）の私法上の請求権が拒否され、第三者からの侵害から防御できなくなるというパターンである。ここで、連邦憲法裁判所は通常裁判所が保護義務を実現しているかを審査することとなる。

また、権力分立システムにおける相互チェック作用として、司法機関は他の国家機関が保護義務を遵守したかどうかについて審査する。たしかに、保護義務の内容決定は第一に立法機関によってなされるものであるが、司法機関は、当該法律が果たして保護要請を満たしているのか、逆に、保護の過剰によって不要な人権侵害がなされていないかをチェックしなければならない。また、立法不作為についても審査する。行政機関にも、法律の解釈・適用について裁量が認められているが、現に行政機関が基本権に適合するように行っているかどうかについてもチェックされねばならない⁽³³⁾。立法機関の保護義務の遂行状況については連邦憲法裁判所が、そして、行政機関の保護義務の遂行状況については行政裁判所が、まず担当することとなる⁽³⁴⁾。

第4節 初期の保護義務論の様相

ここで、保護義務が取り上げられざるを得ない事例とはいったい何なのであろうか。これを分析することにより、保護義務という概念の必要性ならびに独自性が見いだされることとなる。まず、保護義務が問題とされるケースとしては、当初は生命・健康といった基本権上重大な法益をめぐる問題が取り上げられた。

基本法2条2項1文⁽³⁵⁾〔生命・身体の不可侵〕に基づく保護義務

連邦憲法裁判所は、保護義務を論じるにあたり基本法2条2項1文を援用している。他の基本権と比べて、なぜ生命・健康に対する権利を特に保護の対象とするのか。果たして先に述べた1条1項2文との間には、いかなる関係があるのであろうか。

理論上は、基本法1条1項2文から出発した保護義務論であるが、保護義務の及ぶ「人間の尊厳」とは何かということがまさに問題となる。第一に、基本権すべてが最終的には人間の尊厳に帰するといっても、明らかに人間の尊厳に含まれるものとして2条2項1文が保障する生命・身体の不可侵というものを挙げることができる。

(32) H.-U. Gallwas, Fn 18, S. 65.

(33) v. Mangoldt-Klein-Stark, Fn 1, Art. 1 Rdnr. 142.

(34) 前掲小山第一論文Fn 3、65頁。

(35) 基本法2条2項1文は、「各人は、生命への権利及び身体を害されない権利を有する」という条文である。

連邦憲法裁判所は、第一次墮胎罪判決⁽³⁶⁾において、「あらゆる人間生命を保護すべき国家の義務は、それゆえただちに基本法2条2項1文から直接導出される。この義務は、さらに、基本法1条1項2文の明文の規定からも生ずる。その理由は、生成しつつある生命もまた、基本法1条1項が人間の尊厳に与えた保護を受けるためである。…はたして、またどの範囲で、国が憲法上このような生命の保護を義務づけられているかは、それゆえ基本権規範の客観法的内容からして明らかなのである⁽³⁷⁾」として保護義務が客観法的内容から導出されるとした。

この第一次墮胎罪判決においては母親の人格の自由な発展に対する権利（基本法2条1項）と胎児の生命権とが衝突していたのである。そもそも、侵害が発生したという以前にど

(36) BVerfGE 39, 1. この判決については、嶋崎健太郎「胎児の生命と妊婦の自己決定—第一次墮胎罪判決—」ドイツ憲法判例研究会編「ドイツの憲法判例」信山社（1996年）49頁以下、小山剛「妊娠中絶立法と基本権（胎児生命）保護義務—ドイツ「妊婦および家族扶助法」をめぐる憲法論を素材に—」名城法学43巻1・2合併号（1993年）137頁以下を参照。ドイツにおける中絶刑法の変遷および改正論議についてはBVerfGE 39, 1 (6 ff.)を参照。刑法218条の邦訳として、中谷珠子「妊娠中絶に対する法的規制のあり方—特に西ドイツにおける法改正をめぐる諸見解を参考にして—」日本医事法学会編「医事法叢書5・医療と生命」（1986年）。この判決の概要は、上記小山論文にしたがった。この判決の概要は次の通りである。

当該判決は、刑法218条を緩和し、受胎後12週間以内の妊娠中絶を原則として刑法による禁止から除外したことの合憲性が争われた抽象的規範統制訴訟である。

1974年第5次刑法改正の審議において、中絶を原則として禁止した上で、受胎後の一定の期限（たとえば12週間）以内に行われた中絶について、禁止の例外を認めるといいうゆる期限モデル（Fristenregelung, Fristenmodell）と、中絶を原則として禁止した上で、特定の特殊事情（たとえば母胎の健康、強姦による妊娠）が存在する場合にその例外を認めるといいうゆる適応モデル（Indikationsregelung, Indikationsmodell）の両者が提示され、また適応モデルの場合の適応事由の広狭について、各種の提案がなされた。結局、激しい論争の上連邦議会は、大要、次の内容の期限モデルを採択した。それによれば、受胎後13日以降の中絶は自由刑または財産刑に処せられるという原則をうたったうえで（218条）、受胎後12週間以内の中絶は不処罰（straflos）とされる（218条a）。この場合、妊婦は、医師または権限ある助言機関において妊婦、母親、子供に対する公的・私的援助についての助言（218条c1項1号）、医師による医学的助言（同項2号）を受けなければならない。

これに対し、州政府（Baden-Württemberg州）が74年改正刑法の執行に先立ち、同法218a条の執行停止の仮命令を受けて連邦憲法裁判所に提訴、同裁判所はそれを受けて同法の執行を停止した。同時に他の4州（Saarland, Bayern, Schleswig-Holstein, Rheinland-Pfalz州）ならびにCDU/CSU所属の連邦議会議員が基本法93条1項2号、連邦憲法裁判所法（BVerfGG）13条6号に基づいて抽象的規範統制訴訟を提起した。

連邦憲法裁判所は上記改正後の刑法218条の基本法2条2項ならびに基本法1条1項に違反するとし、立法者に右墮胎罪規定の厳格化を義務づけた。すなわち、74年改正刑法の期限モデルを違法とし、適応モデルの採用を命じた。

(37) BVerfGE 39, 1 (41-42).

ちらの権利・自由を重要視するかについての法益の比較衡量がまず必要になる。両私人が対等な当事者であるとしても、前に述べたように人間の尊厳と生命・健康という法益は相手方の他の法益に対して当然に優先されるべきであり、生命・健康に対しては保護義務が発動される⁽³⁸⁾。

航空機騒音決定⁽³⁹⁾において、「これまでは身体の不可侵を明文上定めた基本法2条2項に基づく保護義務が果たして生物-生理学的観点に限定されるのか、あるいは心的-精神的領域、すなわち精神的健康にまで及ぶのか、あるいは社会的健全性をも含むのかについての新たな問いには十分明確化をしてこなかった⁽⁴⁰⁾」とした上で、「身体の不可侵」という概念が精神的健康ならびに社会的健全性をも含むとしている⁽⁴¹⁾。

しかし、Mülheim-Kärlich 決定⁽⁴²⁾において、もはや基本法1条1項2文と関連づけること

(38) 棟居教授は、生命・健康についてのみ保護義務を認めようとしている。棟居快行「幸福追求権について」ジュリストNo.1089(1996年)179頁以下参照。

(39) BVerfGE 56, 54. 松本和彦「身体の不可侵の権利と立法者の改善義務-航空機騒音決定-」Fn 36、「ドイツの憲法判例」55頁以下参照。

この判決の概要は次の通りである。

憲法異議申立人たちは、Düsseldorf-Lohausen 空港の北東部に住居を持っている。彼らの主張によれば、国家機関は飛行場の操業によって起こる騒音被害にたいし、効果的な対処を行うという憲法上の義務を不行使により怠っているということである。申立人たちは、連邦憲法裁判所が具体的措置を命じるのではなく、むしろ、判決で基本権侵害を認め、さらに国家機関に基本権侵害を排除するための限定的暫定期間が設定されることを望んでいた。しかし、判決においては関連法規に改正を行わなかった州立法者の不作為は、保護義務の明白な違反にはあたらないと判断され、この憲法異議は却下された。

(40) BVerfGE 56, 54 (73-74).

(41) BVerfGE 56, 54 (76).

(42) BVerfGE 53, 30. この判例については、笹田英司「基本権の実効的保護(二)-西独基本法一九条四項の解釈論を手がかりとして」九州大学法政論集第53巻3号(1987年)435頁以下参照。

この判決の概要は次の通りである。

申立人は、Mülheim-Kärlich 原子力発電所からおよそ7キロのところに住居している。申立人の憲法異議はKoblenz 上級行政裁判所の判決に対して行われたものである。その判決においては、所轄の州省庁第一次部分許可の枠内で行われた、施設の大部分の建設に関わる許可通知であるところの第七次解除決定の即時実行が追認された。

この憲法異議においては、原発認可に実体的要件に加えて、手続的要件もまた保護義務の一具現化であるという前提の下に、本件で争われた認可(第七次解除決定)が原子力法の定める認可手続に違反し、その違反が憲法上の保護義務を侵害するほど重要なものであったかが審査された。手続的要件の解釈・適用に関して、行政庁およびこれを追認した裁判所の保護義務違反が争われたのである。

申立人は、基本法1条2項および19条4項が侵害されたと主張した。しかし、連邦憲法裁判所は原子力発電所の操業に伴う生命ならびに健康に対する危険が、現行の建築基準からは生じ得ないということから、基本権保持者の現在かつ直接の侵害は生じないとして棄却している。

なしに2条2項1文の客観法的内容から直接保護義務を導き出すに至った⁽⁴³⁾。また、化学兵器に関する決定⁽⁴⁴⁾においては、2条2項1文の客観法的内容から保護義務を導出した上で、その客観法的内容から主観的権利を導き出した⁽⁴⁵⁾。それゆえ、基本法1条1項2文と基本法6条のみを保護義務の根拠とする文理的な解釈はもはや連邦憲法裁判所の論理には妥当していないといえるのである。

第2章 保護義務論の拡大

第1節 連邦憲法裁判所における解釈の拡大

前述のように、保護義務論は連邦憲法裁判所において生命・身体の健康といった重大な法益をめぐって展開された。しかし、それ以外のケースにおいては保護される法益の重要性よりも、保護されるべき主体からして、保護義務が取り上げられることとなったのである。その例として、ここでは私立学校の財政援助をめぐる判決と保護義務の第三者効の適用事例とされている代理商決定を取り上げることとする。そして、両判決に現れた保護義務の社会国家原理との関連をも検討していきたいと思う。

第1項 私立学校の援助と保護義務

1987年4月4日に連邦憲法裁判所によって下された、私立学校の財政援助をめぐる基本法7条4項⁽⁴⁶⁾違反が問われた判決⁽⁴⁷⁾において、保護義務と社会国家原理との密接な関わり

(43) BVerfGE 53, 30 (57).

(44) BVerfGE 77, 170 (NJW 1988, 1651ff.). この判決の概要は次の通りである。

米軍によるドイツ国内における化学兵器の貯蔵、移動、および将来におけるその使用が、周辺住民の生命に脅威を与えているという認識に基づき、化学兵器の貯蔵に同意し、さらにこれを容認し続け、撤去のための配慮を行っていないこと、十分な危険防止措置をとっていないこと、等を理由に連邦政府の基本法2条2項1文違反が主張された。

(45) BVerfGE 77, 170 (214f.). Starckは、これを「突然変異 (Mutation)」として基本法1条1項2文を媒介しなかったことに対して批判を加えている。C. Starck, Fn 3, S. 72f.; 前掲青柳論文Fn 20, 108頁参照。

(46) 基本法7条4項は、「私立学校を設立する権利は、これを保障する。公立学校の代用として私立学校には国の認可を必要とし、かつ、ラントの法律に服する。この認可は、私立学校がその教授目的及び設備ならびにその教員の学問的素養において公立学校に劣らず、かつ、両親の財産状態に応じた生徒の差別が助長されない場合にこれを与えるものとする。認可は、教員の経済的及び法的地位が十分に確保されない場合にはこれを拒絶しなければならない」という条文である。

(47) BVerfGE 75, 40. この判決の概要は次の通りである。

ハンブルグ州私立学校18条は、代用学校に対して就学義務のある生徒の分のみ財政援助を認めている。

が浮き彫りにされた。

当判決において連邦憲法裁判所は、基本法7条4項は、ラントに対して「私立学校を公立学校と同様に促進し、その存立(Bestand)を保護することを義務づけている⁽⁴⁸⁾」としている。基本法7条4項1文の私立学校設立の権利を自由権ととらえ、その自由保障の意味を国家による学校独占の排除=教育における多元主義の保障とし、ただ3文および4文による認可要件の存在から当該自由権の特殊性を認めたと、自由確保のための国家の憲法上の保護・助成義務を導き出しているのである⁽⁴⁹⁾。連邦憲法裁判所は、保護・助成義務を当事者の基本権である7条4項から導き出す一方、他方では社会国家原理からも導き出している⁽⁵⁰⁾。基本法7条4項1文における私立学校の設立の権利は、国家による金銭的給付を前提としたものである。よって、私立学校の存立の保護は基本権の制約によって達成されるのではなく、金銭的給付をもってなされる。

従来考えられてきた保護義務概念との違いがこの判決で浮き彫りにされたことは疑いないであろう。すなわち、国家の財政援助によって実現される保護義務と社会国家原理との関連性が示唆されており、「ここでの国家の保護・助成義務は、基本権としての自由権保障との関係で展開されているにすぎないが、その内容としては社会国家原理に基づく積極目的的作用としての側面を本質的に持っていると考えられる⁽⁵¹⁾」ということである。社会国家原理としての作用を持っているという点で、小山教授が述べられた前述の定義⁽⁵²⁾とは性格において異なりを見せているのである。この判決では、経済的に困窮した私立学校の担い手に対し、要するに社会的・経済的弱者に対し金銭的な援助をもってして保護義務の実現を図ろうというものである。

また、同法20条3項は、代用学校には、公立学校の生徒一人当たりにかかる費用の25パーセント分が支給されることとなっていた。しかし、宗派学校ならびに世界観学校については、公立学校の生徒一人当たりにかかる費用の77パーセント分が支給され、それらの学校の生徒が教職に従事する場合には82パーセント分が支給されることとなっていた。これらの条文の合憲性をめぐって、連邦行政裁判所から移送された。この結果、18条と20条3項ともに、法律の前の平等を唱えた基本法3条1項と結びつけた基本法7条4項に違反するとされた。

この判決の評価については、M. Fund, Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte?, FS Zeidler, Bd. 2 (1987), S. 1445ff. を参照のこと。

(48) BVerfGE 75, 40 (62).

(49) 井上典之「ドイツ憲法判例研究(46)私立学校の自由と国家の保護・助成義務」自治研究第72巻第10号(1996年)130頁参照。

(50) BVerfGE 75, 40 (65); Richter/Schuppert, Casebook Verfassungsrecht, 2. Aufl. (1991), S. 217 ff.

(51) 前掲井上論文Fn 49, 132頁参照。

(52) Fn 6, 「国が、第三者による侵害から各人に基本権法益を保護するために積極的措置をとることを命じる」という定義。ここでいう積極的措置とは、侵害者に対する基本権の制約を念頭に置いており、社会国家的な給付までは含まれていない。

また、「制度としての私立学校の存立が明白に危ぶまれた場合に国家に関する保護義務によって行動義務が発動される⁽⁵³⁾」という様に保護義務の対象が単に基本権で保護された法益のみならず、憲法上保障された制度もまた含まれていることも明らかとなっている。

保護義務論は、当初「国家以外の第三者」からの侵害に対して国家が私人に保護を与えることについての理論であった。また、侵害主体として第一に問題となるのは私人であった。ここで、保護義務のメルクマルとなるのが法的三極構造といわれるものであった。これは、保護義務論では、国家に、「保護」という機能を追加したことにより、国家—規制される国民という二面的な人権関係の把握から、国家 (Staat) —侵害者 (Störer) —被侵害者 (Opfer) という三面的な人権関係の把握がなされるという点に特色がみられる⁽⁵⁴⁾とするものである。しかし、本判決においては侵害主体が想定されていなかったかように見える。ここで、法的三極構造にあくまでも固執するのであれば、侵害とは国家の財政援助が十分に受けられない私立学校の経営が市場メカニズムによって破綻し、廃校に追い込まれることという意味であろう。そうすると、侵害者とは不特定多数のその他の私立学校となろう。しかし、私立学校を保護する財政援助に関する法律の合憲性の審査の際には、これらの侵害者が合憲性の判断の材料たりえるかは疑問のあるところである。そうすると、当判決においては法的三極構造は実質の意味を失い、むしろ形骸化しているのではないか。

第2項 代理商決定

要約ではあるが⁵、代理商決定⁽⁵⁵⁾において連邦憲法裁判所は、私的自治の尊重を挙げた上

(53) BVerfGE 75, 40 (67).

(54) J. Isensee, Fn 3, S. 34ff. 侵害者 (Störer)、被侵害者 (Opfer) は以下同じ。

(55) BVerfGE 81, 242. 代理商決定については、小山剛「私法関係における基本権の保護—基本権の私人間効力と国の保護義務—」法学研究65巻8号(1992年)41頁以下、戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざま—私人間効力論の新たな展開」法律時報1996年5月号126頁以下を参照。事実の概要、判旨は小山論文にしたがった。

この判決の概要は次の通りである。

申立人は、代理商であり第一審の原告である酒類製造・販売業者(以下「本人」という)の代理商として従事していた。代理商契約には、競争避止条項がありそれは1953年改正のドイツ商法90条a1項の規定をふまえて合意されたものである。

本件申立人は、代理商契約を解約せぬまま、競争活動を開始した。本人は契約をただちに解約し、同時に州裁判所に競争の差止めを求めて出訴した第一審では本人の敗訴、損害賠償の訴えを追加した州高等裁判所では、差止めを含むすべてが認容された。バイエルン最高裁判所は強行執行の仮の停止を命じたが、連邦通常裁判所は、決定をもって州高裁判決に基づく仮執行を許容し、さらにつづく判決で、本件申立人の上告を退けた。州高等裁判所および連邦通常裁判所の判決等に対して基本法1条、2条、12条、14条の基本権に対する侵害等を理由に提起された。

連邦憲法裁判所は、申立の直接の対象は申立人に対する保障なき競争避止であるが、間接的には商法90条a2項2文に対する異議申立であるとしたうえで、商法90条a2項2文に基本法12条1項違反、連邦通常裁判所および州高等裁判所判決の基本法12条1項違反の事実を確認し、競合不作為を命じている部分につきこれらを破棄、事案を州高等裁判所に差し戻した。

で、私的自治が自己決定の原則に依拠しており、当事者の一方が契約内容を事実上一方的に決定できるほどの強い立場にある場合、他の当事者にとってこれは私的自治の前提を覆す他者決定 (Fremdbestimmung) に他ならないとする。そして、このような事情の下で基本権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として私法領域への介入を正当化している。

実は、代理商決定において、連邦憲法裁判所は保護義務という用語を用いていない。しかし、代理商決定の判決を私人間の法律関係において保護義務論が導入された事例として注目する学説が圧倒的である。彼らは判決文の中で出てきた「憲法上の保護委託 (Schutzauftrag der Verfassung) ⁽⁵⁶⁾」という言葉を保護義務と同様に扱ったうえで、当決定を私的自治に関して保護義務論を用いたリーディングケースであるとする⁽⁵⁷⁾。

しかし、Isensee は、通説とは異なった見解をしている。すなわち、Isensee は代理商決定が保護義務論のリーディングケースではないとする。Isensee は、代理商決定の評価として、憲法上の保護委託と司法機関の保護義務との関連はないものとしている。というのも、代理商決定の判決文には憲法上の保護委託 (Schutzauftrag der Verfassung) という言葉を用いているのみであって、保護義務という文言は使われていないからである。その上で、彼は、代理商決定において連邦憲法裁判所は当事件を基本権保護義務の対象として取り扱ったのではなく、むしろ社会国家的な予防的保護 (Schutzvorkehrungen des Sozialstaates) の問題として取り扱ったものなのだと考えているのである⁽⁵⁸⁾。彼によると、代理商決定における他者決定とは、代理商と販売業者間の社会的・経済的不平等の下で代理商の基本権行使の前提がそもそも欠けていたゆえに生じたものであり、保護義務のメルクマルたる法益の侵害にあたらぬというのである。しかし、この代理商決定に対する Isensee の解釈はあまりにも文理的な解釈であり妥当性を欠いている。

代理商決定の判決文で、社会的・経済的不平等の存在のために契約法的手段によっては利益の適切な調整ができない場合に「このような状況の下で基本権上保護された地位が処分されようとしているとき、基本権保護を確保するため、国家は調整的に介入しなければならない。社会的・経済的不均衡に対抗する法決定は、ここで基本権の客観的基本決定を実現し、同時に基本法の社会国家原理を実現する⁽⁵⁹⁾」という箇所は保護義務と社会国家原理との関

(56) BVerfGE 81, 242 (256).

(57) C. W. Canaris, AP 1990, Art. 12GG Nr. 65 Bl. 458 (459, 460); G. Hermes, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage?, in: NJW 1990, S. 1764 (1765ff.); C. Hillgruber, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht, in: AcP 191 (1991), S. 69 (73f., 75ff.); W. Hofling, Vertragsfreiheit (1991), S. 55ff. 小山教授もまた保護委託と保護義務が同概念であることを前提として議論されている。前掲小山論文 Fn 55, 65頁参照。

(58) J. Isensee, Fn 9, § 111 Rn 130.

(59) BVerfGE 81, 242 (255).

連を示唆するものとしてとらえることができる。そうすると、社会国家的な「予防的保護」をも、保護義務の一要素としてとらえられるであろう。したがって、代理商決定は、相手方である販売業者の基本権を制約することで、裁判上は商法の就業禁止規定を違憲とすることで、社会的・経済的弱者たる代理商に対する保護義務を実現したということになるのである⁽⁶⁰⁾。

第2節 保護の意味

ここで、保護義務でいう「保護」とは一体どういう意味を持つものだったのであるか。一般的に保護とは、何らかの原因において弱者の地位に立たされている者に対する措置であるということができる。これを保護義務判例における問題を事実面からとらえてみると、保護義務でいう「保護」とはまさに弱者に対する保護であったということが出来るのである。たとえば、墮胎罪判決においては、保護を要する者は、権力能力の有無も議論となるような胎児であった。また、私立学校の援助に関する判例では、私立学校の設立という自由権によって基礎づけられた制度的保障が問題となったものの、保護を要する者とは私立学校の担い手であった。また、この判例では、裁判上あまり表舞台には立たなかったものの、立法に代表を送り込むことのできない青少年（生徒）が保護を要する者であったのである。代理商決定では、保護の対象は経済的弱者たる代理商であった。公害・原発関連の判例では、公害を

(60) 日本においても、小売市場判決（最判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁）で、「憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定している」として弱者保護を目的とする規制が認められている。しかし、ここでいう積極的規制とは弱者保護に限定して行われるのではなく、「社会経済の均衡ある発展」をはかる経済政策の一環としての積極的規制をも含むとしている。当判決は、保護義務の観点で見れば法的三極構造をなしている。そこで立法府は小売商にとっては積極的規制という効果が間接的な保護手段をとった。しかし、本来ならば、社会国家的な視点に立てば、小売商を保護するには金銭的給付をもってして弱者保護を実現する方が効果が直接的である。しかも、自由権の規制を招かないという点でも金銭的給付の方が優れている。当判決を見れば、積極的規制というのは弱者保護を目的としつつも、広範な立法裁量を認めているゆえに不必要な自由権制約を招きかねないのではなからうか。浦部教授も、積極的規制においても規制対象と社会権の実現ないし弱者保護との間にも合理的関連性が要求され、厳格な合理性の基準で審査されるべきであるとする。浦部法穂〔新版〕憲法学教室Ⅰ〕日本評論社（1994年）115頁参照。

ここに日本における規制を中心にして社会国家の実現を図ろうとする「ゆがんだ社会国家像」が浮かび上がるのである。棟居教授も日本において「判例は、営業の自由の場面では、弱書の生存権を引合いに出して規制を正当化するのに、生存権それ自体の裁判規範性を極めて弱いものとしてしか認めない」として、日本的福祉国家のゆがみを指摘している。棟居快行「生存権の具体的権利性」長谷部恭男編著『リーディングス現代の憲法』日本評論社（1995年）169頁、同「規制緩和の憲法論」法律時報68巻6号（1996年）137頁以下を参照。

及ばず施設の近隣住民であった。

保護義務が問題となった判例にはいわゆる社会的・経済的弱者の保護が争点となった判決が多いこと、保護義務の実現手段が侵害者に対する基本権の制約のみならず、被侵害者に対する給付を含むものであることからして、保護義務は社会国家的な側面との接点が多いと考えられる。

確かに、保護義務論の典型例である私人による侵害についてもっとも困難な点は、被侵害者・侵害者双方とも人権の享有主体ということである。逆に、両者間が社会的権力を背景とした支配-被支配の関係にある場合、被支配者がより侵害されやすい地位にあるために両者間の基本権衡量のバランスが被支配者の方に有利に傾き、その者を救済するために保護義務が発動されやすいということになる。

第3節 社会国家原理と保護義務

では、なぜ社会国家原理と保護義務との間においてここまでにも機能的な類似性が見られるのであろうか。それは、両者は目的において相違点があるが、その実現手段については多くの共通点が見られるからである。

社会国家原理においては社会的・経済的弱者の自由の前提条件を拡大することが目的であり、保護義務においては理論上は法治国家的な概念⁽⁶¹⁾であり強者-弱者を問わずあらゆる基本権保持者にふりかかる侵害を排除することを目的とする。この目的の違いについては、多くの保護義務論者は肯定している⁽⁶²⁾。保護義務の実現手段としては、刑法の制定がもっとも国民にとっての侵害的手段であるが、そのほかにはソフトな実現手段⁽⁶³⁾として社会政策・財政的援助や国家教育といった実現方法も存在しうるのである⁽⁶⁴⁾。また、国民に対する情報提供・啓蒙活動も実現手段にあたる。すなわち、保護義務の実現手段は基本権の制約に限定されないのであって、社会国家的な積極的給付をも含めた多彩な実現手段が用意されているのである。同様に両者とも積極的給付を実現手段とすることについても広い同意が得られている。

保護義務と社会国家的促進義務とは目的は異なれど、実現手段という点で互いに接点を有

(61) J. Isensee, Fn 9, § 111 Rn 132.

(62) D. Murswiek, Fn 3, S. 123ff.; J. Isensee, aaO, § 111 Rn 132; J. Dietlein, Fn 3, S. 104f.; 同様に G. Robbers, Fn 3, S. 126. 前掲小山第二論文 Fn 3, 45頁, 鈴木隆「ドイツにおける保護義務の基礎-国家理論を援用する見解について-」早大法研論集76号(1996年)99頁以下を参照。

(63) J. Isensee, aaO, § 111 Rn 140.

(64) BVerfGE 39, 1 (44f.). たとえば、墮胎罪のケースにおいては、第一に母親への教育・啓蒙・財政的援助などによって胎児の生命保護を達成することになる。刑罰による手段はむしろ最終手段である。

し、相互補完的な関係に立っているということがわかる⁽⁶⁵⁾。攻撃は最大の防御というように、基本権の促進は基本権にとっての最大の保護になるのである。ゆえに、促進義務も広義の保護義務の一内容としてとらえるべきである。

では、目的が違うということから法的作用の面でどのような違いが保護義務と促進義務との間で生じるのであろうか。前述の私立学校への財政援助に関していえば、保護義務・促進義務の実現手段はどちらも金銭的な給付であった。しかしながら、保護義務と促進義務の間には審査基準の厳格性という点において違いが見られるのである。すなわち、「制度としての私立学校の存立が明白に危ぶまれた場合に国家に関する保護義務によって行動義務が発動される⁽⁶⁶⁾」という様に、私立学校の存立が危険にさらされた場合に、普段は広範な裁量権が認められている立法府に対して、まさに義務づけを行うのが保護義務なのである。また、堕胎罪の事例からして、母親への教育や財政援助は一見もっぱら促進義務の問題であるかのように見える。しかしながら、母親への教育が明白に不十分であったり、経済的に苦境に立たされている母親に対してまったく財政的給付がなされなかった場合、胎児の生命が危難に陥るために保護義務が発動されてしかるべきである。ゆえに、普段は緩やかな審査基準に甘んじている社会国家的促進義務についても、基本権法益が危ぶまれるような事態には保護義務論を用いてより厳格な基準でもって審査されることとなる。

結局、社会国家原理すなわち促進義務と保護義務との関係は、どのようなものなのであろうか。保護義務を社会国家原理に取って代わる概念としてとらえる説、同一なものとしてみる説、並列的なものとしてみる説、あるいは、どちらか一方が上位で他方が下位の概念であるとする説が考えられよう。ここまでの論述で少なくとも目的の違いからしてまったく同一のものではないことがわかった。

筆者としては、促進義務と保護義務の関係は、連邦憲法裁判所の判決文上は、促進と保護とを並列的に言及しているものの、並列的な概念であると言うよりはむしろ、保護義務の目的を達成するための手段として促進義務があるのだと考えた方がよいのではないだろうか⁽⁶⁷⁾。というのも、後の章で述べることとなるが、国家の存在目的としてまず第一に保護義務があり、そして今日に至っては基本権法益の保護のための予防的措置として社会国家原理や促進義務が存在すると考えるからである。

(65) F. Kopp, Grundrechtliche Schutz- und Förderungspflichten der öffentlichen Hand, NJW 1994, S. 1755. Kloepfer もまた、「基本権の前提保護 (Grundrechtsvoraussetzungsschutzes)」という用語の下で語られる配慮義務は、少なくとも部分的に保護任務の現れと見ることができるとしている。M. Kloepfer, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz (1970), S. 15ff.

(66) BVerfGE 75, 40 (67).

(67) K. Stern, Fn 3, S. 949. Stern は、保護義務は (財政あるいは事後的) 促進義務を「二次的な義務」として生じさせることができるとしている。その例として、学問の自由から導出される組織義務、前述の基本法 7 条 4 項 1 文から導出される私立学校への促進義務を挙げている。

第3章 客観法的内容の中心としての保護義務

学説・判例上ともに保護義務が基本権の客観法的内容の一要素であるということについては一般に認められている。ここでは、客観法的内容の概要を述べるとともに、その中での保護義務の位置づけについて筆者なりの見解を述べたいと思う。

第1節 客観法的内容

基本権の客観法的内容への注目は、戦後の基本権解釈の中で新たな基本権内容の獲得のための重要な手法となっている。この客観法的内容については、1958年のRüth判決がその初期の理論的枠組を示している⁽⁶⁸⁾。

同判決によれば、基本法の基本権規定は二重の意味を持っている。すなわち、疑いなく、基本権は第一に、「公権力による侵害から個人の自由領域を保障するために定められたものであり、国家に対する市民の防御権 (Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat) である」とするとともに、基本権は第二に、「基本法はおよそ価値中立的な体系であろうとするものではなく、その基本権条項において客観的な価値秩序 (objektive Wertordnung) をも指向しているということ、そして、まさにそこに基本権の効力の原理的強化が表明されているということも真実である。このような価値体系 (Wertsystem) は、…憲法上の基本的決定として全法領域に適用されねばならない」として、基本権に防御権をこえた機能を認めたのである。このような客観法的内容の指摘は、Rüth判決で直接に問題となったところの、基本権の第三者効の問題をはるかに越える射程を有している。すなわち、「立法、行政、司法はそこから方向と刺激を与えられる」のである⁽⁶⁹⁾。

基本権の客観法的内容とは、国家に課せられた法的義務であるということが出来る。井上教授の分類によれば、客観法的内容については2つの内容が含まれるとされる⁽⁷⁰⁾。

第一内容は、国家権力は基本権によって保障される自由あるいは平等を侵害してはならないという客観法的内容を負っているというものである。第二内容は、現代国家においては、個人の自由は個人自身で確保することができないような社会的前提を必要としており、そのために国家は、自由への介入を行う前に当該自由の諸条件・前提を創設すると共に、それを保護・保障していかなければならないという義務を内容とするものである。第二内容でいう具体的機能とは、「私法の解釈・適用のための基準機能」「国家的制度や手続の形成についての基準機能」「保護義務」「配分参加機能」が挙げられる。この第二内容は、「基本権が自由への国家による侵害からの防御に限定されているならば、まさに自由を享受できる市

(68) R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*(1995), S. 262.

(69) BVerfGE 7, 198 (204f.).

民だけが基本権を享受しうるにすぎない」という問題性を指摘することから始まった。そして、第二内容は基本法制定当時においてすでに存在していたものではなく、むしろ Rüh 判決をきっかけにしてこの内容が連邦憲法裁判所によって発見されるようになったものである。

ここでいう第一内容とは、国家に対する不作為義務であり、第二内容とは、国家に対する作為義務である。古典的な自由権概念の下では、国家がしてはいけないことのみ視点に集中し、では逆に国家は何をしなければならぬかという視点が欠如していた。それゆえ、基本権が本来は市民全般に普及しなければならないはずなのに、一部の市民のみによって基本権が形式的に享受しうるという事態に陥ったのである。そこで、第二内容が国家は何をすべきかという問題をとりあげることで、基本権がすべての市民に実質的に享受されるようになったのである。

ここで基本権がすべての市民によって享受されるというのはどういう意味であろうか。それは第一に、基本権が外国・自然災害・自己危難といったあらゆる侵害からも保護されるということである。基本権侵害のあるところに、自由の行使はあり得ない。第二に、自由がおもに金銭的な給付により自由の行使の前提条件が促進されるということである。

保護義務は比較的新しい基本権機能であるにもかかわらず、基本権の客観法的内容の中心的役割を担っているといわれている⁽⁷¹⁾。それは、今述べたように国家に課せられた作為義務の第一次的な義務が保護義務にあることからいえることである。また、その実現手段として保護義務は自由権、配分請求権、組織的権利、社会権といった多様な機能を持ち合わせている⁽⁷²⁾ことからしても、国家の作為義務の中心を担っていると考えべきである。

前述の通り、保護義務が基本権の客観法的内容の中心概念であるとするれば、保護義務概念の周辺に位置する客観法的内容の各構成要素との関係を明らかにすることが次の作業であろう。Alexy の説くように「客観的側面の適用領域は、基本権上の給付請求権から国家の基本権保護義務や基本権に合致した手続的権利を含み、たとえば、大学、放送といった組織のあり方についての基本権的要求にまで至る⁽⁷³⁾」とされている。この中で客観法的内容と称されているものは、すでに保護義務論の内容としてとらえることができるものであり、保護義務以外の客観法的内容の要素は、単に保護義務の個別的な表現物にすぎないことになる⁽⁷⁴⁾。

(70) 井上典之「基本権の客観法的機能と主観的権利性—ドイツ基本権解釈学の粗描—」覚道古希「現代違憲審査論」法律文化社（1996年）273頁以下を参照。

(71) E. W. Böckenforde, Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. (1992), S. 173; D. Grimm, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, recht 1988, S. 41ff.; G. Robbers, Fn 3, S. 121; 同様に J. Isensee, Fn 3, S. 21ff., 33ff.

(72) G. Robbers, Fn 3, S. 126.

(73) R. Alexy, Fn 68, S. 262f.

(74) D. Grimm, Fn 71, S. 47.

ゆえに、保護義務こそ客観法的内容における中心概念であるということができるのである。

しかし、保護義務が基本権の客観的側面に含まれるからといっても、また、中心的役割を演ずるといっても、そこから何らかの具体的な保護義務の内容が示されるわけではない。この点については、審査基準のところ述べる。

第2節 国家目的としての保護義務

どのようにして、内容が不明瞭の客観法的内容から保護義務を導き出せるのであろうか。かつ、なぜ保護義務が客観的保護内容の中心概念であるのか。そのヒントとなりうるのが、国家目的論からのアプローチである⁽⁷⁵⁾。すなわち、保護義務が国家にとっての第一任務であるとすることによって、保護義務論をスムーズに基本権理論の中に導入しようというものである。

保護義務は基本法の制定によってはじめて生み出された概念ではなく、憲法史を遡れば古くから保護義務論の存在が読みとれる。それは、近代国家の政治思想における、国家目的そのものとしてとらえることができるのである。

本来考えられていた保護義務とは、基本法の創設した社会国家原理の下での国家の現代的義務づけではない。それは近代国家の成立当初からの国家目的としてとらえることができるのである。このように保護義務を国家目的としてとらえる際には、保護義務とは国家による「安全 (Sicherheit)」の確保と同一種の事柄となる⁽⁷⁶⁾。栗城教授は Isensee の保護義務論の紹介において、「保護義務においては、国家目的としての安全が第一次的なものであり、基本権との関連はゆえに二次的なものである」とか「保護義務そのものを基本的に基本権と無関係なものとしてとらえ」られるものとされている⁽⁷⁷⁾。

Herzog は国家の保護義務の由来を、現代国家が本来の正当性を平和な、とりわけ人間の生命を尊重する社会を保障する点に求めた点にあるとしている。それゆえ、保護義務の否定は「国家論ならびに国法的にあり得ない」のである⁽⁷⁸⁾。Murswiek もまた「(保護) 要請の給付がもはや出来なければ、国家は国家たることをやめたことになる」としている⁽⁷⁹⁾。Steiger

(75) 保護義務論を憲法史・国家理論より根拠づける見解として、J. Isensee, Fn 3, S. 3 ff.; ders., Fn 9, § 111 Rn 22ff.; G. Robbers, Fn 3, S. 27ff.; G. Hermes, Fn 3, S. 145ff.; 前掲小山第二論文 Fn 3, 47ならびに63頁以下参照。また、基本権の客観法的内容を離れて、国家理論を援用して保護義務論を基礎づけようとする見解として、前掲鈴木論文 Fn 62, 85頁以下参照。

(76) J. Isensee, Fn 9, § 111 Rn 22.

(77) 栗城壽夫「最近のドイツの基本権論について—基本権の客観法的内容をめぐる議論に即して—」; 憲法理論研究会編『人権理論の新展開』敬文堂(1994年)99頁参照。

(78) R. Herzog, Der Verfassungsauftrag zum Schutz des unborenen Lebens, JR 1969, S. 443.

(79) D. Murswiek, Fn 3, S. 125.

は、基本法 2 条 2 項 1 文〔生命身体の不可侵〕に基づく保護義務に、国内ならびに国外の危険から市民を保護するという、すでに現存し最終的に国家を正当化するような機能の「今日においては不可欠となった国法上の具体化そして明確化」を見いだした⁽⁸⁰⁾。

もっとも、ドイツの通説は、国家目的論を援用しつつも、Isensee とは異なり国家目的の達成を自己目的化して基本権を副次的とするのではなく、国家目的論が基本権を出発点として基本権作用のある一つの方法（すなわち、保護義務）に根拠または推進力を与えようとするものである⁽⁸¹⁾。

こうして保護義務には国家論上の目的論的基盤と基本法の解釈論的基盤が並立することとなり、両基盤は互いに補完的に作用しあうこととなる。すなわち、保護義務が基本法によって突然姿を現した概念ではなく、国家としてはごく当たり前の任務であることで自然に基本法解釈に取り入れられるということ、また、基本法の解釈によって保護義務が導出されることにより、保護義務が単に国家の内外における安全のために作用するだけではなく、より広く基本権全般のために作用するようになることである⁽⁸²⁾。

保護義務は国家の存在理由であるということと、現代においては保護義務が基本権に導入されているということから以下のことがいえる。基本権の客観法的内容が、国家に課せられた一般的な義務を意味するとすれば、保護義務こそ国家に課せられた第一次的な義務であって、まさに基本権の客観法的内容の中核を担っている概念であるということができるのである。

このように、保護義務は第一次的な国家の作為義務であって、そして保護義務に付随する機能が広範であること、また国家の存在目的としてとらえることができることから客観法的内容の中心的存在であるということができるのである。

第 4 章 保護義務の限界

第 1 項 一般的利益（Allgemeininteresse）と保護義務

防御権の問題において、人権を制約する論理として作用する一般的利益は、保護義務の問題においては、個人の保護を削減する論理として作用することがある。

(80) H. Steiger, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Salzwedel (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts (1982), S. 33.

(81) 前掲小山第三論文 Fn 3, 61頁の注(6)参照。

(82) 国家目的論と保護義務との関連性に懐疑的な見解としては、C. Enders, Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtliche Schutzpflicht und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatszwecken, Der Staat, 35 Band, Heft 3 (1996), S. 351ff.

Schleyer 決定⁽⁸³⁾において「基本法は個人に対しての保護義務のみならず、市民全体に対しての保護義務を負う」として、誰を保護するのかというレベルで保護義務の衝突が生じうることを認めた⁽⁸⁴⁾。ここでの市民全体に対する保護義務は一般的利益と置き換えてもよいであろう。そして、逆に接触遮断決定⁽⁸⁵⁾においては、第三者からの侵害保護を目的とする国家措置が「公共の利益」のためになるとしている⁽⁸⁶⁾。また、Mülheim-Kärlich 決定において「原子力発電所はその具体的で異常な潜在的危険性にも関わらずエネルギー供給という『一般的利益』の下で許可される。」というのである⁽⁸⁷⁾。また、防衛問題の領域でも国防という

(83) BVerfGE 46, 160. この判例については、青柳幸一「人間の尊厳と国家の保護義務—シュライヤー決定—」Fn 36、「ドイツの憲法判例」22頁以下参照。

この判決の概要は次の通りである。

申請人 (Schleyer 氏) は、1977年9月5日護衛人を殺されたうえ、テロリストにより誘拐された。それ以来テロリストの支配下にある。誘拐者は連邦議会及び連邦刑事局に対し、Schleyer 氏の解放は指定の要求の実現にかかっている、この要求が通らない場合は Schleyer 氏を「処刑する」と脅迫した。誘拐犯の要求は、未決囚ならびに既決囚のテロリスト11名を挙げたうえで、彼らを釈放し、連邦共和国からの出国を認めるという内容であった。

Schleyer 氏の法定代理人 (息子) は、誘拐者の要求を受け入れるために、連邦政府及び連邦刑事局に義務づけられるべき、仮命令 (テロリストの解放と出国) を求めた。しかし、その申立は退けられた。

(84) BVerfGE 46, 160 (165). Hermes は、このような考えは具体的事例の場合に個人の保護がなおざりにされる根拠になっていると指摘している。G.Hermes, Fn 3, S. 46.

(85) BVerfGE 49, 24.

この判決の概要は次の通りである。

申立人 1・3・5 は、テロリスト活動、すなわち刑法129条ならびに129a 条違反の疑いで、拘留中の囚人である。申立人 2・4・6 は申立人 1・3・5 の私選弁護人としての資格を持っている。Schleyer 氏がテロリストに誘拐されたのに伴い、1977年9月30日に連邦参議院の同意を得て連邦議会により可決された裁判所構成法執行法 (EGGVG) の改正法が同年10月2日に執行された。当該法律の第1章 (31~38条) に相当するものであり、囚人とその弁護人との間の接触を禁止することができる条件が規定していた。

連邦法務大臣は、10月2日付けで上記の Schleyer 氏を危難から防衛するため、改正後の裁判所構成法執行法31・32条に基づいて特定の囚人間の接触ならびに弁護人との文面および口頭の交流を含めた外部との一切の遮断を決定した。申立人 1・3・5 は決定に基づき接触禁止を名指して命じられた囚人であった。また、10月13日の連邦通常裁判所の決定 (NJW 1977, 2173=EuGRZ 1977, 436. 連邦法務大臣の決定ならびにそれに続く措置に対する異議の申請が行われた。) では、裁判所構成法執行法35条に基づき10月2日になされた連邦法務大臣の決定は申立人 1・3・5 に関する限りではあるが有効であるとしている。

彼らの憲法異議は、10月2日の連邦法務大臣の決定、それを有効とした10月13日の連邦通常裁判所の決定、部分的にはあるが接触禁止期間中の個々の措置、に対して行われた。憲法異議は一部は棄却、一部は却下された。

(86) BVerfGE 49, 24 (53).

(87) BVerfGE 53, 30 (58).

一般的利益と個人の生命が衝突しているのである。

このように保護義務の対象には市民全体の一般的利益も含まれることから、保護義務論によって当然に一部の市民が被る法益侵害が救済されるわけではない。「市民全体」vs「個人」、「エネルギー供給」vs「個人の健康」というふうには、一般的利益と個人の利益が対立する場合をどのように処理するかという困難な問題は残るのである。このような対立図式は、政治的判断が要求される問題領域において顕著に現れる。原子力・環境・外交・防衛問題は、「個人の」保護義務が必敗する分野であるといえよう。必敗が明白であるのに、保護義務をこの分野で論じてしまうと、保護義務論が単なる言葉の遊びに陥ってしまうのではなからうか。

こう考えると、保護義務論には国家、侵害者および被侵害者に加えてさらに第4の一般市民の公益というファクターが存在することとなろう。これまでの判例を見ると侵害者、被侵害者の法益以外に一般的公共の福祉を持ち出すことで、侵害者、被侵害者のいずれの法益も結果において十分に保護されていないという印象を持つ。加害者にとっては、人権制約の根拠となり、被侵害者にとっては、保護義務の限界の根拠になっているのである⁽⁸⁸⁾。

判例においては、保護義務論を持ち出してきたところで、特段にどのような法的効果があったといえるのか疑問の多いところである。しかしながら、国家がどこまで被侵害者の法益を考慮してきたかは保護義務という概念を用いて論ずる必要があると思う。とくに、被保護者の法益が一般的公共の福祉の下でないがしろにされないようにしなければならない。

第2項 保護益にあたらぬもの

保護義務においては、保護が過小になされてはならないという要請がある一方、保護が過大になされるゆえに、市民の自主性や自己決定権が侵害されてはならないという要請があるといえる。

保護が国家から与えられるのはいいが「何でも国家に頼ろう」という風潮は新たなパターンリズムを引き起こしかねない。これは、新しい人権についての懐疑論として浦部教授が述べている「お互いさま的な問題」にあたるものであるといえる⁽⁸⁹⁾。これにより、「国民の全生活領域が国家の管理の下におかれるということになりかねない」し、「その反面として、市民の自主自律的解決への努力を放棄させ、安易に公権力に依りかかるという傾向を助長することに」なる可能性がある。また、私的自治への不当な介入となろう。保護義務論でいう保護に値する法益とは人権の核心となるべき法益、すなわち基本権上保護された法益で

(88) 接触遮断決定の際にも、シュライヤー決定を踏襲して個人の保護義務ではなしに、要は市民全体の保護義務を貫徹したに他ならない。単に、一般的利益といってしまうればそれですむのに、別段、保護義務論を唱えずとも当該請求は破棄できたはずである。こうすると保護義務は国家にあたかも基本権制約の権限を付与したかのように見えてしまう。

(89) 浦部法穂「違憲審査の基準」劉草書房（1985年）161頁参照。

ある。そういった法益が危険にさらされたとしても、本来私人相互の自主的解決がなされることが望ましい領域は、保護義務の対象とはならないのである。

第3項 保護義務論の濫用の危険

国家は、被侵害者に対する国家の保護義務を根拠として侵害者の基本権を制限することを正当化しうる。すなわち、保護義務論は、国家－侵害者間においては人権の制約原理として、また、制約の正当化根拠として機能する。結局のところ、これは保護義務論が対立しあう人権の調整原理たることを示している。いわゆる他害禁止原理では「他人を侵害しない限りにおいて、人はすべてのことをなしうる」とされているが、このことは逆に、「他人を侵害する行為に対して、その人権行使を制約しうる。」ことを意味する。他方、保護義務論においては、「国家は個々人が第三者に侵害されないように保護をしなければならない」とされている。この2つの命題を並べてみると、双方ともほぼ同じ内容であるが、保護義務論の方が他害禁止原理よりも、被侵害者をそれ以上に念頭に置いているところにその特徴が見られるのである。要するに、他害禁止原理は国家－侵害者という二極関係関係にしか立っていないのに対して、保護義務論は国家－被侵害者－侵害者の三極関係を念頭においているのである。しかし、法的三極関係からしてわかるように、保護義務論は、必ずしも常にある者の基本権上の地位の強化に仕えらるゝとは限らず、国家－侵害者との関係においては侵害者に対する制約を、憲法上正当化するための「法的な大義名分」としての役割を果たしかねないのである⁽⁹⁰⁾。

Goerlichは、保護義務論を用いることにより、「基本権(Grundrechte)が知らぬ間に基本義務(Grundpflichten)に改変」されてしまうことを懸念している。ここで考えられることは、保護義務論が侵害者の基本権に対する過剰な侵害権限を国家に与えるのではないかという懸念である⁽⁹¹⁾。たとえば、13条2項⁽⁹²⁾(証拠の収集)に関して、被疑者に対する住居の不可侵という基本権に違反して入手した情報が被疑者である基本権保持者にとって不利な形で使用されたとしても、被侵害者(犯罪被害者)の基本権保護ゆえに、すなわち被侵害者に対する国家の基本権保護義務の充足のために、かような侵害も許されると考えられやすくなる⁽⁹³⁾。

(90) 前掲小山第一論文Fn 3、67頁、J. Isensee, Fn 3, S. 33.

(91) H. Goerlich, Schutzpflicht-Grundrechte-Verfahrenschutz, NJW 1981, S. 2616; ders., Nachberschutz durch Verfahrensrechte DöV 1982, S. 631 (633).

(92) 基本法13条2項は、「搜索は、裁判官によってのみ命ぜられ、危険が切迫している場合には、法律において定められたその他の機関によっても命ぜられ、かつ、その法律の定める形式によってのみ、これを行なうことが許される」という条文である。

(93) v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar Band 1 (1992), Art 13 Rn 35.

判例においても、墮胎罪判決での反対意見 (Rupp-v. Brünneck, Simon 両判事による BVerfGE 39, 1 (68, 73ff.)) において、本来、国からの自由を確保すべき自由権規定から、逆に自由に対する最大の侵害である「刑法制定義務」が導出されたことについて批判がなされている。保護義務論に従えば、本来、防衛権で考えられてきた「国家にはどのような介入が許されないか」という視点から、「国家に対してはどのような介入が要求されるか」という視点へと180度転換してしまうのである。

保護義務は確かに時としてある基本権法益を保護するために基本権を制限する国家の権能として現れることとなる⁽⁹⁴⁾。しかし、ここで問題なのは保護義務の性質を単に基本権の制限という言葉で言い切ってしまうとよいかということである⁽⁹⁵⁾。

保護義務の達成手段としては、前にも述べたように、基本権の制限にとどまらないのであって、たとえ、保護義務のファクターに基本権の制限があることを認めるにせよ、それは国家に与えられた権限の一要素としてしか評価されないのである。しかし、保護義務が基本権の制限の一つの権限として受け止めることにより、単に基本権の保護のみならず、国家からの人権保障としての基本権の尊重をも意図する概念としてとらえることが可能となるのである。

Dietlein も基本権の保護と制限との関連について、「市民を保護するという国家任務は、基本権の自由領域を尊重する国家の義務と衝突するものではなく、むしろかえって法的に国家に対して保障された自由を真に保障することを意図しているのである⁽⁹⁶⁾」としている。

第 4 項 判断能力の限界

保護義務の限界としては、特に科学技術との関連において、人間の判断能力の及ばない領域に関しては、国家の保護義務も及ばない。

人間の判断能力の限界を示す事例としては、高速増殖炉型原子力発電所の建築認可に関する Kalker I 決定⁽⁹⁷⁾の事例が役に立つ。

(94) C. Starck, Fn 3, S. 57.

(95) J. Dietlein, Fn 3, S. 67ff. J. Isensee, Fn 9, § 111 Rn 148.

(96) J. Dietlein, aaO, S. 69.

(97) BVerfGE 49, 89. この判例については、高田敏「高速増殖炉型原発の設置を許可する原子力法の合憲性」Fn 36、『ドイツの憲法判例』295頁以下参照。

この判決の概要は次の通りである。

高速増殖炉型原子力発電所の建設認可に関する判決である。原告は原発設立予定地のおよそ1キロの地点で農業を営んでいて、行政裁判所に対し建設許可取消しの訴えを起こしたが、そこでは訴えが退けられた。Münsterの上級行政裁判所は控訴手続を停止し、基本法100条1項に基づき連邦憲法裁判所に原子力法7条(原子力エネルギーの平和的利用ならびに当エネルギーの危険に対する保護について定めた条)文がいわゆる高速増殖炉型発電所の建設認可を行う範囲で基本法に適合するかどうかについて判断を求め、その結果適合すると認められたという具体的規範統制の事案である。

連邦憲法裁判所は、「保護義務に照らし合わせて、それによって技術施設の許可ならびに操業によって生じうるかもしれない基本権侵害に対し絶対的な安全をもたらすわけではないが、規制を立法者に要請するということは、人間の認識可能性の限界を見誤ったり、時として国家による技術使用のあらゆる許可が退けられるということになるかもしれない。社会的秩序を具現化するにあたり、その限りにおいては実際的な判断力に基づく評価で満足しなければならない」「生命、健康、財産に対する侵害に関していえば、立法者は原子力法1条2号ならびに7条2項に書きとめられた最善の危険防御と危険回避の原則という形で基準を設定した。その基準では経済ならびに技術の見地立って『实际的に』かような侵害事が生ずるのが不可能であると判断したときのみ許可を与えるのである。実際的な判断力を越える不確実性は人間の認識能力の限界の内にその根源がある。この不確実性は避けられないものであって、上記の限りにおいて社会的に妥当な負担なのである⁽⁹⁸⁾」

科学技術の発展とそれに伴う危険性との間には、人間の有する判断能力の限界という妥協が存在し、保護義務もその範囲内で発動せざるをえないのである。

第5章 保護義務の審査方法

第1項 保護義務の成立要件

保護義務の成立要件として、起こりうる侵害の重大性とその発生可能性との関連性が問題となる。Kalkar I 決定においては、核エネルギーの平和的利用により生じうる危険の「結果の性質およびその重大性に鑑みるならば、仮に危険発生の蓋然性がきわめて低い場合でも、保護義務は立法者に成立する」と述べている。予想される結果が重大であれば、危険発生の蓋然性が小さくとも国の保護義務が発生するというわけである。また、「はたして、いつ、そしていかなる内容の立法が憲法上命じられるかは、発生しうる危険の性質、切迫性、程度、憲法上の保護法益の性質および重要性、ならびにどのような法的規制が存在しているかによって決まるのである」とされている⁽⁹⁹⁾。保護義務の内容については、非常に多様な要素を考慮した上で決定がなされねばならないのである。

第2項 国家機関の裁量権

司法機関は、前述のように立法機関ならびに行政機関の保護義務の実現に関し判断を下すわけであるが、そのさい、問題となるのはどこまで立法機関ならびに行政機関の裁量権が認められているかである。司法機関による保護義務の実効的保障の及ぶ範囲が裁量権の存在と

(98) BVerfGE 49, 89 (143).

(99) BVerfGE 49, 89 (142).

いう形で現れているのである。

まず、保護義務は法律を媒介して初めて具体化されるものであるから、保護義務の内容・手段決定には立法者に広範な形成の自由・余地が与えられている⁽¹⁰⁰⁾。

たとえば、連邦憲法裁判所は、墮胎罪判決において、「国家がいかに生成しつつある生命の実効的保護を果たすかはまず第一に立法者により決定される⁽¹⁰¹⁾」としている。また、航空機騒音決定では、「許容可能な騒音被害の限界について信頼するに足る学問的見解が存在しないこと、そして、航空交通の国際的兼ね合いゆえに、複雑な事情が問題となる。そのような規制については立法者に相応の認知・適応裁量が与えられることを考慮しないわけにはいかない⁽¹⁰²⁾」と述べたうえで憲法異議を却下した。化学兵器に関する決定においては、「立法者は、保護義務を充足する際に…広範な判断、評価、形成の余地⁽¹⁰³⁾」が認められるとした。

また、従来の学説において⁽¹⁰⁴⁾、担当の国家機関に保護義務の実現方法について広範な裁量権が認められているといえる。しかし、実際に国民が保護を必要としても、それを実現するのは権利保持者ではない別の主体たる国家であるという点を見逃してはならない。それゆえ、国民が本当にしてほしい保護を国家機関が行うかが問題とされる。担当の国家機関に保護義務の実現の判断について、あまりにも広範な裁量権を認めることは、保護義務そして保護の対象となる基本権そのものをときおり「プログラム規定」に近いものとしてしまいかねない⁽¹⁰⁵⁾。

もっとも、墮胎罪判決において「憲法上要請された保護を実現する手段がほかに存在しないという特殊な事情の下では、立法者は生成しつつある生命の保護のために刑法上の手段が義務づけられ得る⁽¹⁰⁶⁾」として、立法者の裁量の余地が無制限でないことが示されている。学説においても、考慮に値する保護手段を「ゼロにまで」収縮することもあり得るとする説があり、ゼロにまで収縮された結果、保護手段がほかに見あたらない場合、基本法2条2項

(100) 保護義務の審査の際には、その実効手段は基本的に立法者に委ねられているが、上記の小売市場判決 (Fn 60) とその批評を見ると、積極的規制対金銭的給付という手段選択は、必ずしも完全に立法者に委ねるものではなさそうである。この判例は、日本への保護義務論導入の際に手段選択の重要性を示すリーディングケースとして取り上げられるだろう。

(101) BVerfGE 39, 1 (44).

(102) BVerfGE 56, 54 (81ff.).

(103) BVerfGE 77, 170 (214). 同様に BVerfGE 79, 174 (202). BVerfGE 88, 203 (262). しかし、このような裁量は保護義務に特有のものではなく防御権が問われるときにも言及される裁量である。

(104) 学説として、R. Alexy, Fn 3, S. 420ff.; v. Münch/Kunig, Fn 93, Art 2 Rn 56. など。

(105) R. Scholz, Verfassungsfragen zum Schutz des Nichtraucherers, DB Beilage 10/1979, S. 16; H. Soell, Umweltschutz, ein Grundrecht? NuR 1985, S. 207.

(106) BVerfGE 39, 1 (46f.). 類似のものとして BVerfGE 46, 160 (164f.).

1文に基づいて、たとえば刑法の発動を強いることができるとしている⁽¹⁰⁷⁾。

第3項 2つの基準

保護義務論では、侵害者に対して基本権を制約することで保護目的を達成する場合には、法的三面構造を意識した上で保護法律の審査基準が定められねばならない⁽¹⁰⁸⁾。すなわち、被侵害者と国家との関係においては過小な保護の禁止原則 (Untermaßverbot)⁽¹⁰⁹⁾が、侵害者と国家との関係においては過度の侵害禁止原則 (Übermaßverbot)⁽¹¹⁰⁾すなわち (広義の) 比例性原則⁽¹¹¹⁾がその基準となるのである⁽¹¹²⁾。このような審査基準を採用することで、基本権が保護義務と防御権双方を考慮した視点からとらえられることとなる。

ここでいう過度の侵害禁止原則と過小な保護の禁止原則はどのような関係にあるのであろうか。一見、双方の原則は別個のものであり、立法者は双方別個の原則を同時に果たさなければならぬという板ばさみ (Klemme) の状態に陥ってしまうのであろうか。しかしながら、両原則を支持している論者は両原則が対置した関係にあるとしている。それゆえ、立法者が板挟みに陥ることはないと考ええる。このような考えについては連邦憲法裁判所も同意を

(107) 前掲小山第一論文 Fn 3、65頁、P. Badura, Arbeit als Beruf (Art. 12 Abs 1 GG), in: FSF. W. Herschel (1982), S. 35; W. Leisner, Das Lebensrecht, in: Ders./H. Goerlich, Das Recht auf Leben (1976), S. 44ff.; J. Isensee, Fn 3, S. 40.; A. Podlech, in: Grundgesetz-Kommentar (Reiche Alternativkommentare), Bd. I (1984), Art. 2 Abs. 2 Rdn 19.

(108) 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133巻5号 (1993年) 10頁、同 Fn 3、47頁参照。

(109) C. W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 228; H. D. Jarass, Grundrechte als Wertenscheidungen bzw. objektiv rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd. 110 (1985), S. 363ff. (365); J. Isensee, Fn 9, § 111 Rn 165; V. Götz, Innerer Sicherheit, Fn 30 § 79 Rn 30f.

(110) K. Stern, Das StaatsR der BRD, Bd. I, 2. Aufl. (1984), S. 861.

(111) ここで (広義の) 比例原則とは、適合性 (Geeignetheit)、必要性 (Erforderlichkeit)、狭義の比例性 (Verhältnismaßigkeit im engeren Sinne) の3つの部分からなる原則である。この原則を用いて基本権の制約の合憲性を審査するのである。用語として広義の比例性と狭義の比例性を区別するために過度の侵害禁止原則 (Übermaßverbot) という言葉が広義の比例性に置き換えられる場合がある。比例原則については、E. Stein, Staatsrecht, 14. Aufl. (1993), S. 240; K. Stern, aaO, S. 861; R. Alexy, Fn 3, S. 100ff.; M. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismaßigkeit (1985), S. 97; H. D. Jarass/B. Pieroth, Fn 14, S. 435f.; F. E. Schnapp, Die Verhältnismaßigkeit des Grundrechtseingriffs, JuS (1983), S. 850; 日本の文献としては、松本和彦「基本権の保障と制約に関する一考察 (二)」民商法雑誌111巻2号 (1994年) 238頁以下、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」『芦部信喜先生還暦記念／憲法訴訟と人権の理論』599頁 (1985年) を参照。

(112) 前掲小山第一論文 Fn 3、65ならびに68頁参照。

している⁽¹¹³⁾。

しかし、このような審査基準については批判が挙げられることとなる⁽¹¹⁴⁾。すなわち、過度の侵害禁止原則すなわち比例性原則を用いれば、過小な保護の禁止原則については独自の意味がなくなってしまうのではないかという批判である。

まず、Starck の批判にしたがって過度の侵害禁止原則と過小な保護の禁止原則の関係を詳細に捉えると以下ようになる⁽¹¹⁵⁾。

①「保護されるべき法益に関して。あらゆる基本権制約については、保護に値する法益の存在を要する。保護義務の場合、法益の保護は憲法上要請されている。」

②「立法者によって選択された手段は、保護に適合して (geeignet) いなければならない。手段が適合していない場合、法益を保護しないにもかかわらず自由を侵害しているゆえに、自由保護の観点からみて過度の侵害禁止原則に違反しているのみならず、法益が保護されないゆえに国家の保護義務を充足していない、すなわち過小な保護の禁止原則に違反しているのである。」

③「基本権介入は、必要な (erforderlich) ものでなければならない。すなわち立法者は最も穏やかでかつ効果的な手段で満足しなければならない。これによって、保護の為に生じる、自由に対するあらゆる過剰負担が防がれるのである。」

④「狭義の比例性あるいは基本権介入の要求可能性 (Zumutbarkeit) とは、保護がもはや要求不可能な介入を要請するところ、すなわち関連する法益の保護が自由の介入をもはや正当化できないところで保護の限界に達するという意味である。」

そもそも過小の保護の禁止原則とは、一体どのような意味があるのであろうか。Isensee によると保護義務を実効的 (effektiven) に実行することである⁽¹¹⁶⁾。Starck の整理の③番目にあたる比例性原則における基本権介入の必要性 (Erforderlichkeit) という要請と保護義務における効果的 (wirksam) あるいは実効的 (effektiven) な保護という要請との区別ができなくなってしまうという事態に陥る⁽¹¹⁷⁾。こうすると、普段比例性原則の審査の際に用いる「基本権制約」という用語を「保護」という言葉に置き換えれば一つの基準で事足りるのである。もはや過小の保護禁止原則、すなわち実効的な保護の要請は、Starck の整理によるところの③番目の要請に吸収されてしまい必要がなくなってしまう。そういう意味では過小の

(113) BVerfGE 88, 203 (254).

(114) C. Starck, Fn 3, S. 81f., 88f.; K-E Hain, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, DVBl. 1993, S. 982ff.

(115) C. Starck, Fn 3, S. 81f.

(116) J. Isensee, Fn 9, § 111 Rn 165.

(117) K-E. Hain, Fn 114, S. 983.

保護禁止原則は独自性を失うであろう。立法上の保護目的と保護目的のために侵害される自由権との調整は広義の比例性原則によってのみ可能である⁽¹¹⁸⁾。それゆえ、保護義務の事例においても広義の比例性原則を用いることには異論はない。というのも、国家による侵害からの保護を優先し、審査基準の段階で広義の比例性原則を実質的に一元的に用いることで、国家が基本権の尊重が保護かといった利害衝突については基本権の尊重をあらかじめ勝者としておくことで国家がジレンマに陥ることを防ぐことができるからである⁽¹¹⁹⁾。また、審査基準を実質的に広義の比例性原則に一元化しておくことで保護義務の濫用可能性といった批判も回避できるのである。

しかし、過小の保護禁止原則が完全に無意味なものになってしまうのではないのである。この原則をもう一度とらえなおしてみると、過小の保護禁止原則の内容は、一般的な表明は不可能であって、問題とされる法益のランク・種類、侵害の程度、私的自治に基づく自主的保護の可能性を考慮して決定されるものである⁽¹²⁰⁾。とすると、問題のケースに応じて保護がほとんど要請されない場合や、逆に保護法益が国家によって介入されようとしている基本権法益と同等に考慮がなされねばならない場合が生じうるのである。

本来は、被侵害者というのは保護を要する弱者的存在なのである。ゆえに、保護義務論が部分的に社会国家の要請をも含有する立場に立つのならば、過小の保護禁止原則は少なくとも過度の保護禁止と同様に厳格な基準であることが要求されるのである。また、生命・健康といった重大な法益が保護の対象となる際にも厳格な基準が採用されねばならない。

Th. Lenckner は、基本権上保護された被侵害者の法益に対する（合法性の根拠の認識をして）私人による侵害を許容するには法的な根拠を必要とし、当該法律の合憲性判断に際しても国家侵害の場合と同様に、合憲的侵害の要件と限界が考慮されねばならないとする⁽¹²¹⁾。また、同様に Mülheim-Kärlich 決定においても、「原子力発電所の許可に関する実体的ならびに手続的規定に対する憲法上の評価においては、国家の介入法律の審査と比べて同等に厳格な基準で評価がなされることが命じられる⁽¹²²⁾」としている。国家が積極的に私人の行為に許可を与えた場合も厳格な基準が採用されるべきである。

上記のように過小の保護禁止原則の独自性については批判はあるが、保護される法益についてどれだけの配慮がなされているかについては、過度の侵害禁止原則のみでは発想の視点

(118) K-E. Hain, Fn 114, S. 984.

(119) たとえば, Starck のいう④番目の要請をみると、要求可能性のある制約手段が存在しない場合には、保護法益は無視しなければならないようになる。

(120) K-E. Hain, Fn 114, S. 982.

(121) Th. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand (1965), S. 209-226; または R. Rupprecht, Polizeilicher Todesschuß und Wertordnung des Grundgesetzes, FSf. Geiger (1974), S. 780 (785).

(122) BVerfGE 53, 30 (58). 同様に BVerfGE 49, 89 (143).

が国家からの侵害に対する警戒にある以上、大きな期待は望めそうにない。それゆえ、保護法益の配慮を要請する過小の保護禁止原則の存在意義は依然として存在していると思われる。

過度の侵害禁止原則と過小な保護の禁止原則の関係をめぐる議論は、冒頭で述べたように法的三極関係を前提とした議論であって、保護義務の実現が侵害者に対する基本権介入によってなされる場合に限定される。また、侵害者に対して基本権を制約せずに、給付的措置や制度に対する保障をもってして保護目的を達成する場合には、そもそも国家による基本権介入は存在せず過度の侵害禁止ならびに比例性原則は適用されないのであるから、過小の保護禁止原則という審査基準はそういった意味においては独自性を有しているのである⁽¹²³⁾。

むすび

以上の論述を整理し、箇条書きしてみると次のようになる。

- ①保護義務論の問題領域は、第三者効の領域にとらわれない。
- ②保護義務論の問題領域は拡大の傾向にある。すなわち、侵害の対象がいわゆる私人に限定されないこと。もう一つは、侵害の対象よりもむしろ保護されるべき法益が問題とされていること。
- ③侵害の対象は、最近において重大な法益（生命・健康）に加えて、社会的・経済的弱者といった法的地位に拡大している。それとともに保護義務は社会国家原理との関連を強めている。
- ④保護義務は基本権の客観法的規範として把握した場合に、その中心的な部分を構成するである。
- ⑤保護義務は法的・実的に限界がある。
- ⑥基本権の制約の際においては過小保護の禁止原則は一般的な意味では独自性が薄らぐが、保護の対象が重大な法益である場合と保護されうる主体が社会的・経済的弱者である場合には依然として存在意義を有している。

日本での適用可能性について言及するならば、第三者効に対する適用が実際に取り上げられている⁽¹²⁴⁾。筆者はそれ以外の適用可能性について簡略ではあるが述べていきたい。

(123) K-E. Hain, Fn 114, S. 984. 過小保護の禁止の原則は、法的三極構造の際には独自の意味合いが否定されるとしている。

(124) 前掲小山第三論文 Fn 3、58頁以下、前掲戸波論文 Fn 55、126頁以下を参照。

第一に、保護義務の導入に伴って国家の基本権制約が助長されるのではないかという危機が生じる⁽¹²⁵⁾。これは、日本の憲法思想が古典的自由権の領域をいまだに脱却していないために、あたかも保護義務論の日本導入が即、基本権制約の根拠付けとしてしかとらえられないためである。だが、日本の現状を見れば、基本権制約が行われる際に何を保護するかという視点が欠けていたか、あるいは漠然としたものであったが為に制約手段が曖昧なものとなり、むしろ不要な基本権制約を招いていたのではないだろうか。保護義務論の導入により、基本権を制約する際に保護法益を明確化させることで国家権力の濫用を防ぐことができる。保護義務の導入は基本権の制約を招くのではなく、逆に基本権の制約の制約をもたらすのである。

第二に、社会国家的な給付を基本権の保護と結びつけることでより強力な法的拘束力をもたらす保護義務は、日本においては、抽象的権利説をとっていながら実質的にはプログラム規定に近い社会権を強化するという効果が期待できると思われる。

第三に、日本において人権の実効的救済が乏しいのは、人権が主観的権利であるということにこだわりすぎているのではないか。保護義務は人権の客観的側面に着目するがゆえに、保護請求権という別個の主観的権利を構築する必要は出てくるが、人権の実効的救済にプラスになるのではないかと考えられる。

保護義務論について、我が国の学者の興味深いコメントとして根森教授が「ドイツの国家の保護義務論は、やはりドイツ特有の、つまり、『たたかう民主制（憲法忠誠）』と通底する、私流の言い方をさせてもらうと、『管理された（規制された・秩序づけられた）自由論』を前提にして採用しうるもののように思える⁽¹²⁶⁾」と述べられている。こう見ると、保護義務論は反りべらるる視点に立っているのではないかという疑念を呼び起こす。筆者が本稿で取り上げた保護義務論は、弱者の自由権についてこれまでの人権観では救済しきれていなかった自由領域を自由のかけがえのなさという視点から取り上げたものなのである。重要な保護法益に対する保護義務を筆者が取り上げているのもまた、どのような地位にある人でもどのような理由であれ蹂躪されえない自由または自由の前提が存在することを提示したかったが

(125) 芦部教授は、「自由権・平等権が、それを客観的法規範と称するにせよ称しないにせよ、一律に直接的な私法的効力をもつと解すると、国家権力に対抗する自由（国家からの自由）の観念の本質を弱め、場合によると変質せしめる結果を抱くおそれもある」とし、そのおそれは「自由権・社会権の区別が相対化し、自由権も（カッコ内省略）社会権的・請求権的な側面をもつ場合があるので（カッコ内省略）、そういう複合的な性格を認めると、かえって国家権力による人権制約の可能性が生じる」ところにあるとする。これは直接的第三者効説に対する批判であるが、保護義務論についても妥当するものである。前掲芦部論文Fn 1、289頁以下参照。

(126) 根森健「憲法上的人格権一個人の尊厳保障にしめる人権としての意義と機能について」公法研究58号（1996年）77頁を参照。

ためである。こう見ると、保護義務論は極めて個人主義的な議論として取り上げることができ、日本にも適用の余地があるということになる。

保護義務論は、人権が誰からも侵害し得ない権利であるという人権の本質的側面を想起させる問題領域である。保護義務論は、過度に包括的ではあるけれどもその根底には、「自分が生活を営んでいる国家・社会は個々人の人権を尊重し、擁護してくれる共同体であってほしい」というゆずれない願いがあってしかるべきだと思うのである。

保護義務論は、国家目的を再考させるものである一方、人権の実効的救済の可能性を高めるという二重の意義を有するものである。



