「基本権保護義務」の成否についての若干の検討

篠　原　永　明

目　次

序章
第１章　我が国における保護義務の論じられ方
　第１節　保護義務論の狙い
　第２節　保護義務の実現
　第３節　保護義務の根拠
　第４節　保護義務に対する批判
第２章　憲法論としての保護義務の成否
　第１節　保護義務を語る上での二つの関門
　第２節　「価値」としての基本権上の自由
　第３節　実定憲法上の法的義務としての保護義務
終章　「自由」の保護の論じ方

序章

「自由」が、社会における現実の状態であろうとするのであれば、「自由」の実現は国家に依存する。各種の法律により、いかに我々の諸利益・諸活動が「自由」の名において調整・確保されているか、想像してみればよい。防御権としての基本権の機能を強調し、基本権論としては国家に疑いの目を向けようとも、それは「自由」を実現する国家の必要性を前提にした議論である、ということを否定する論者はいまい。この

国家の必要性を前提に、防御権としての基本権の機能は、国家権力の濫用を防止するための装置として論じられてきた。しかし、1970年代になって、防御権としての基本権の機能の背後に隠れていた、この当然の前提に改めて光を当て[(1)]、「自由」を実現する国家活動について基本権論上の位置づけを与える議論が登場する。いわゆる基本権保護義務論[(2)]――正確

（1）　近代国家成立以降の自由と安全を巡る歴史を追い、連邦憲法裁判所による保護義務の導出を「法治国憲法の新たな側面を暴き出したのではなく、忘れられていた側面をあらわにしたに過ぎない」と評価するのが、我が国でも著名な保護義務論者である、Josef Isensee である。Vgl. Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 33.

（2）　我が国での保護義務に関する論考も膨大な数にのぼる。本稿執筆に当たり特に参考にしたものとして、以下の論考を挙げておく。まず、我が国での保護義務論の先駆者たる民法学の山本敬三と憲法学の小山剛の論考を挙げる必要があろう（以下、番号を付した文献については、山本・前掲注［2］①…頁というように引用する）。山本敬三のものとして、①山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）（二・完）」法学論叢133巻4号（1993年）1頁以下・法学論叢133巻5号（1993年）1頁以下、②同『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）193頁以下、③同「基本権の保護と私法の役割」公法研究65号（2003年）100頁以下、④同「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』（有斐閣、2004年）3頁以下、⑤同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究第5号（2008年）77頁以下、⑥同「基本法による権利の保障と不法行為法の再構成」企業と法創造第7巻3号（2011年）70頁以下。小山剛のものとして、①小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）、②同「基本権の私人間効力・再論」法学研究78巻5号（2005年）39頁以下、③同「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、④同「『私人間効力』を論ずることの意義」法学研究82巻1号（2009年）197頁以下、⑤同「憲法上の権利か『自然権』か」法律時報82巻5号（2010年）56頁以下。この他、筆者が主として参考にしたものとして、①戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざまで」法律時報68巻6号（1996年）126頁以下、②同「人権の現代的展開と保護義務論」樋口陽一他編『日独憲法学の創造力上巻』（信山社、2003年）699頁以下、①鈴木隆「ドイツにおける国家任務としての保護（一）（二・完）」早稲田大学大学院法研論集81号（1997年）185頁以下・82号（1997年）163頁以下、②同「ドイツにおける私法関係と基本権保護義務」法学新報120巻1・2号（2013年）

には基本権法益保護義務論と言われる(3)――である。

保護義務論は、周知のようにドイツ由来の議論である(4)。1958年の Lüth

257頁以下、①松原光宏「私人間効力論再考（一）（二・完）」法学新報106巻３・４号（2000年）１頁以下・法学新報106巻11・12号（2000年）63頁以下、②同「保護義務論のベーシック」戸波江二編『企業の憲法的基礎』（日本評論社、2010年）125頁以下、③同「私人間における権利の保障」小山剛・駒村圭吾編『論点探究憲法第２版』（弘文堂、2013年）89頁以下、①松本和彦「基本権の私人間効力と日本国憲法」阪大法学53巻３・４号（2003年）269頁以下、②同「基本的人権の保障と憲法の役割」西原博史編『岩波講座憲法２人権論の新展開』（岩波書店、2007年）23頁以下、③同「基本権保護義務と不法行為法制度」企業と法創造７巻３号（2011年）90頁以下、④同「基本権の私人間効力」ジュリスト1424号（2011年）56頁以下、①玉蟲由樹「日本国憲法における基本権保護義務論の可能性」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』（敬文堂、2008年）161頁以下、②同「『環境権』の権利構造」福岡大学法学論叢58巻４号（2014年）１頁以下、③同「人権と国家権力」法律時報86巻５号（2014年）29頁以下、工藤達朗『憲法学研究』（尚学社、2009年）103頁以下、桑原勇進『環境法の基礎理論』（有斐閣、2013年）62頁以下・120頁以下。

（３） すなわち、松本和彦によれば、「基本権はあくまでも対国家的権利であるから、私人間に直接作用するものではない。加害私人によって侵害されるのは、基本権ではなく、被害私人の基本権法益である」、というのである（松本・前掲注［２］①279–280頁、更には②36–37頁を参照）。この他、「基本権法益」という視点については、小山・前掲注（２）①１頁・10－11頁の注（３）、②62頁を参照。そこでは「基本権法益」とは、「基本権の客観的価値秩序の側面」と同義とされている。また、小山は別の個所で、「基本権の客観法的側面とは、防御権としての基本権に『三重の抽象化』を施したものにほかならない」とも述べており（小山・前掲注［２］①196頁）、「基本権の客観法的側面」も同義と理解しているようであるが、以下の Alexy の分析（第２章第３節）で述べるように、「客観的価値秩序の側面」と「客観法」は区別して論じられるべきものであろう。

（４） 基本権保護義務が確立したのは、1975年の第一次堕胎判決であった（BVerfGE 39,1 [41f.]）。本稿執筆にあたって特に参考にしたドイツ文献として、Isensee (Anm. 1) の他、Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, §191 ; Eckart Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633ff. ; Rainer Wahl / Johannes

判決において、連邦憲法裁判所は、基本権の章全体が客観的価値秩序の側面を含むことを承認した(5)。基本権が含む「価値」とは、基本権上の自由それ自体をいうと考えられるが、戦後のドイツでは、憲法上の自由保障の意味を、この「価値」としての自由の実現を目指すものと理解し、基本権規定から防御権を超える作用を導出してきた(6)。基本権保護義務もその一つである。ドイツにおける教科書的な定義によれば(7)、基本権保護義務とは、他の私人や他の国家等による侵害から基本権上保護された法益を保護する国家の義務を意味する。主として(8)、国家・加害者たる私人・被害者たる私人の三極関係を念頭に議論が組み立てられており(9)、基

Masing, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553ff. ; Hans Hugo Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl 1994, S. 489ff. ; Christian Calliess, Schutzpflichten, in : D. Marten/ H.-J.Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band II, 2006, §44.

（5） BVerfGE 7, 198 (204f.).

（6） ここで「価値」というのは、筆者の理解するところでは、国家と社会における秩序形成の指導原理という程度の意味である。筆者の用語法では「憲法原理としての自由」と、これを呼んでいる。先述の「基本権法益」の他、全方位性をもったものとして論じられる「人権」も――それが憲法上受容されたものと論じられる限りで――「価値」としての基本権上の自由、「憲法原理としての自由」と同義であろう。筆者の「基本権の客観的価値秩序の側面」の議論の理解としては、拙稿「国家による自由の秩序の実現（一）（二）（三・完）」法学論叢175巻６号（2014年）66頁以下・法学論叢176巻４号（2015年）76頁以下・法学論叢177巻３号（2015年）70頁以下を参照していただきたい。いわゆる「基本権の客観的価値秩序の側面」を巡るドイツの議論の展開については、本稿では、保護義務の検討に必要な限りで言及するにとどめる。

（7） Vgl. Gerrit Manssen, Staatsrecht II, 12. Aufl., 2015, Rn.50. この他、もはや古典であるが、Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 350.

（8） 例えば、安全という国家目的を重視して保護義務を根拠付ける Isensee は、契約関係における弱者保護、自然災害からの保護の問題を本来的な基本権保護義務の問題としては捉えていない。Vgl. Isensee (Anm. 4), Rn. 192, 196–199, 206–207.

本権上保護された法益に対し国家は憲法の命じる最低限度を下回らない保護措置を講じる必要があるとされる。そして、保護義務の違反については、いわゆる「過少保護禁止」の統制に服することになる。(10)

この保護義務論については、1990年代あたりから我が国でも積極的に論じられてきた。しかし、このある意味で当たり前の前提に光を当て直した議論が我が国でも浸透していったのかというと、そうではない。「国家による自由」を我が国で強調することの不適切性(11)、保護義務、及び、その前提とされる基本権の客観的価値秩序の側面を受容することでの憲法観の変化(12)、立法が「価値」の実現と理解されることによってもたらされる「立法権に対する立憲的コントロールの手段」の放棄(13)など、「強い違和感や抵抗感の表明が公然となされている点が、ドイツと異なる日本の学説環境であ(14)」り、保護義務は未だ定着していない。

（9） 三極関係については、vgl. Isensee (Anm. 1), S. 34–37 ; Wahl / Masing (Anm. 4), S. 556–557 ; Calliess (Anm. 4), Rn. 18–19.

(10) 過少保護禁止の統制については、vgl. Calliess (Anm. 4), Rn. 6, 30–31 ; Manssen (Anm. 7), Rn. 52–53.

(11) 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999年）229–234頁を参照。

(12) ドイツ型の私人間効力論に対し、高橋和之が展開する批判である。この点に関する高橋の論考としては以下のものを参照。①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1245号（2003年）137頁以下、②同「人権の私人間効力論」高見勝利他編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）1頁以下、③同「現代人権論の基本構造」ジュリスト1288号（2005年）110頁以下、④同「私人間効力論再訪」ジュリスト1372号（2009年）148頁以下、⑤同「私人間効力論とは何の問題で、何が問題か」法律時報82巻5号（2010年）59頁以下、⑥同「人権規定の『私人間適用』と『第三者効力』」法律時報84巻5号（2012年）86頁以下。

(13) 「立法権に対する立憲的コントロールの手段」の放棄という観点につき、①西原博史『自律と保護』（成文堂、2009）175–183頁、②同「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」西原博史編『立法学のフロンティア2　立法システムの再構築』（ナカニシヤ出版、2014年）19–21頁を参照。

(14) 石川健治「隠蔽と顕示」法学教室337号（2008年）41頁。

我が国では、国家に対し自由の侵害を禁止し防御権を保障するものとして、従来その規範内容[15]が論じられてきた基本権規定については[16]、「自由」の実現は国家に依存するという当たり前のことを、およそ憲法論・基本権論として語る余地はないのか。「違和感や抵抗感」は的を射たものではなく、我が国でもドイツと同じ次元で保護義務論を展開しうるのか。あるいは、その中間の道を模索すべきであるのか。我が国における保護義務論を整理し（第１章）、ドイツの議論と比較しつつ、国家による「自由」の保護を基本権論として語ることの可否を検討し（第２章）、それが語れるとすれば、我が国で「自由」の保護を語る場合のその方向性を示すこと（終章）。これが本稿の課題である。

第１章　我が国における保護義務の論じられ方

そこでまずは、我が国における保護義務論を簡単に整理することにしよう。我が国における保護義務論も一枚岩ではないが、国家による「自由」の保護を基本権論として論じることの可否について検討するという本稿の関心からすれば、保護義務論の狙いとその実現手法に関連付けつつ、十分な論拠が提示されているかがまずは検証されるべきであろう。それゆえ、以下では、どのような狙いから保護義務の利用が論じられているのか（第１節）、いかなる国家機関がどのように保護義務を実現する

(15)　「規範」という概念も多義的であるが、本稿で「基本権規定の規範内容」という場合には、「法規範」、それも主として、裁判所がそれに依拠して違憲と判断することを可能にする「裁判規範」という限定的な意味で用いている。

(16)　本稿では、立法に依存せずに観念可能な「自然的自由」を対象にする基本権を念頭に議論を行う。保障の対象がそもそも法律に依存する基本権についての内容形成の問題は検討の外に置く。基本権の内容形成論については、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、2004年）がまず参照されるべきである（内容形成の諸類型については、同111–148頁を参照）。内容形成論についての筆者の暫定的な考察については、拙稿「立法者による基本権の保護の対象の決定（一）（二・完）」自治研究91巻３号（2015年）108頁以下・自治研究91巻４号（2015年）104頁以下。

ことが想定されているのか（第２節）、そのために保護義務がどのように根拠付けられているのか（第３節）、という３つの点に着目しつつ、我が国の議論の整理を行うことにしよう。また合わせて、保護義務についての我が国における批判論も簡単に見ておこう（第４節）。

第１節　保護義務論の狙い

１．法律の解釈・適用に憲法上の要請を及ぼす基盤の提供

周知のように我が国で保護義務について語られるのは、専ら「基本権の私人間効力」の基礎付けとしてである。私人間効力論の通説とされてきた「間接適用説」は、「法律の概括的条項、とくに、公序良俗に反する法律行為は無効であると定める民法90条のような私法の一般条項を、憲法の趣旨をとり込んで解釈・適用する[17]」というが、㋐「いかなる憲法上の根拠に基づいてそのような解釈が要請されるのか」、更には、㋑「いかなる価値をどの程度積極的に読み込むべきか」が明らかではない、という問題が指摘されていた[18]。これに対し、保護義務を観念することにより、国家・加害者たる私人・被害者たる私人の三極関係において、基本権上の法益を保護する国家の役割が基本権の要請として捉えられる（㋐）とともに、「過少保護禁止」によって私法の解釈・適用における保護の下限を憲法から直接設定することが可能になり（㋑）、私人間効力を説明する理論を提供できるというのである[19]。

また、根を同じくするものであるが、行政法の解釈・適用においても保護義務は語られている。例えば泉南アスベスト訴訟のような[20]、規制権

（17）　芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法第六版』（岩波書店、2015年）112頁。

（18）　小山・前掲注（２）②46–47頁を参照。この他、山本・前掲注（２）①法学論叢133巻４号３－５頁・11–13頁・②198–199頁・③102頁・④７頁・⑤89頁を参照。

（19）　小山・前掲注（２）②41頁・47頁を参照。この他、山本・前掲注（２）①法学論叢133巻４号17–19頁・②201–202頁・④13–15頁、松本・前掲注（２）④57–58頁、戸波・前掲注（２）①127頁などを参照。

限の不行使を理由にした国家賠償訴訟といった文脈で、加害者たる私人による侵害から被害者たる私人を保護する行政庁の作為義務を基礎付けるため[21]、あるいは、小田急高架化訴訟のような[22]、許可処分取消訴訟において、行政庁の許可を受けた私人の活動から被害を受ける第三者の原告適格を基礎付けるため[23]、保護義務を援用することが検討されているところである。保護義務を承認することで、「基本権解釈論の次元から、行政の危険管理（防止）責任、行政法の三面的理解に憲法上の基礎を与える」ことができる[24]、あるいは、「国家賠償又は取消訴訟の救済法的機能の拡充に憲法上の裏付けを提供する役割が期待できる[25]」という。

以上のように、我が国で保護義務について語られるのは、主として、

---

(20)　最判平成26年10月９日民集68巻８号799頁以下。

(21)　松本和彦「泉南アスベスト事件最高裁判決の意義と問題点」法律時報87巻２号（2015年）95頁。この他、小山・前掲注（２）①４－５頁、亘理格「参入規制緩和と生命・健康そして生存権」法学教室335号（2008年）43頁、山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣、2012年）569-572頁を参照。もっとも、論者の間で保護義務の役割についての期待に温度差があり、例えば、行政法学者の亘理格はこの文脈での保護義務の役割について、「この面での基本権保護義務論の役割は、規制権限の不行使による国家賠償責任について判例・学説上既に確立した解決策を、理論的に補強するという程度の役割であり、解釈論上の解決策を新たに提供するものではない」としている（43頁、更には44-45頁も参照）。

(22)　最判平成17年12月７日民集59巻10号2645頁以下。

(23)　亘理・前掲注（21）44頁を参照。但し、ここでも亘理は、「根拠法規が明示的に掲げる公共の利益とは別に憲法レベルの要請として国家の基本権保護義務を対置することができるならば、根拠法規上の個別的保護利益の代役として原告適格を根拠づける役割を期待することが可能となる」と述べる一方で、ここで保護義務の果たす救済機能は、「従来から、個々の根拠法規や関係規定及び関連法令の諸規定までも視野に取り込んだ法解釈論的営為を通して、曲がりなりにも実現されてきたものである」と評価している（同44-45頁を参照）。この他、小田急高架化訴訟の藤田補足意見の分析としてではあるが、原告適格の基礎付けで基本権保護義務の援用について言及するものとして、山本・前掲注（21）453-454頁を参照。

(24)　小山・前掲注（２）①５頁。

(25)　亘理・前掲注（21）44頁。

法律の解釈・適用の次元に憲法上の要請を及ぼす基盤を提供し、あるいは更に、そこで達成されるべき保護の下限を憲法から直接設定するという狙いをもってである。

2．立法への指針提供、立法の統制、立法の欠缺の補充

しかし、保護義務論の狙いは以上のことにとどまるのではない。むしろ、後述の「保護義務の実現」にも関わることであるが、その本来の効用は基本権上の自由を保護する法律の整備を促すことにある。例えば、保護義務を観念することで、「立法の指針として、第三者保護的な行政法秩序の形成に動因を与える[(26)]」ことができるという、立法指針としての機能が指摘されている。また、国家賠償訴訟において、立法不作為の違憲性を基礎付ける根拠としても、保護義務は利用できるとされる[(27)]。更には、必要な保護立法が欠けている場合でも――「極めて限定された領域の中で振る舞う限りにおいては[(28)]」という限定付きではあるが――裁判所等が保護のために直接介入を行う名義として、保護義務を利用することを認める論者もいる[(29)]。

(26)　小山・前掲注（２）①５頁。

(27)　小山・前掲注（２）①４頁、亘理・前掲注（21）43-44頁を参照。なお、亘理はこの文脈でも、保護義務の機能について前掲注（23）のような評価を加えているが、ここでの保護義務の役割は、規制権限不行使の違法性や原告適格の基礎付けの場合とは異なる重要な機能を果たしているというべきであろう。というのも、立法不作為を違憲とする場合は、法律上の義務ではなく憲法上の立法義務が前提になるが、選挙権や生存権といった制度的権利とは異なり、「自然的自由」を対象とする基本権の場合は、そもそも、防御権の側面を超えて、そこで保障された自由を保護する立法義務が存在するか否かが問われているからである。

(28)　松本・前掲注（２）④63頁。

(29)　松本・前掲注（２）③96-97頁・④63-64頁、山本・前掲注（２）③108頁・④13頁を参照。保護義務を直接介入の名義とすることについては、三極関係において保護義務は他者の基本権への介入と組みになりうるので、「法律の留保」との関係で重大な問題があると指摘されているところである（石川・前掲注［14］44-45

第２節　保護義務の実現

１．第一次的名宛人としての立法者

では、この保護義務がどのように実現されるものと論じられているかを次にみていこう。まず、保護義務の第一次的名宛人は立法者であるとされる(30)。その根拠としては、憲法は保護のための手段を特定しておらず、その実現は「立法者による手段の選択・具体化」を待たなければならないこと、及び、（保護義務において主として三極関係を想定した上で）保護措置は侵害者たる私人との関係では権利・自由の制限を意味することが挙げられている(31)。まずは立法者に対し、「一定の条件を満たした法律を制定し、維持し、さらに、保護義務に適合するようにこれを修正すべきこと(32)」が命じられる。そして、立法者が保護のための法律を制定したことを前提に、「行政と司法は立法の枠内で義務を履行することになる(33)」。

なるほど、基本権上の自由は実現されるべき「価値」であり、これを実現すべく法律を制定することが憲法上期待・許容されている、そして立法者が法律を制定した場合には、その立法者の具体的決定に従い、あるいは一般条項や不確定概念が用いられている場合も、「価値」の実現が命じられていると推定して(34)、行政と裁判所は法律を解釈・適用する、と

頁、小山・前掲注［２］②63–65頁・68頁を参照）。更にドイツの議論として、vgl. Wahl / Masing (Anm. 4), S. 557–560.

(30)　小山・前掲注（２）①51–55頁・②63–65頁、山本・前掲注（２）①法学論叢144巻４号17–18頁・③108–109頁・④13–14頁、松本・前掲注（２）①284–286頁・③96–97頁・④62–63頁を参照。

(31)　小山・前掲注（２）①51–52頁を参照。なお、松本・前掲注（２）①284頁も参照。

(32)　小山・前掲注（２）①52頁。

(33)　松本・前掲注（２）①284–285頁。この他、特に小山・前掲注（２）①51–52頁（また、特に行政権に関して55頁）・②63–65頁を参照。

(34)　例えば民法90条などの一般条項につき、保護が必要なあらゆる場合を想定し具体的法律を制定することはおよそ不可能なので、「補充的に一般条項を定めてお

いうのであれば、保護義務論は我が国にとってそれほど奇異な議論ではなかろう。また、保護義務をこのレベルにとどめうるのであれば、保護義務を承認することは、多様な利益を調整し、いかなる規律を行うかを決定するのは立法者の役割であり、行政と裁判所はその結果制定された法律を解釈・適用するという、従来的な法の実現プロセスに変更を迫るものではない。あくまで、このプロセスに対し憲法から一定の指針を提供したに過ぎない(35)。

もっとも、基本権上の自由をこのような全方位的「価値」として捉えることは、憲法上の自由保障に「国家からの自由」の保障を超えた意義を認めることになる。それゆえ、後述のように、憲法観の変容をもたらす、あるいは、我が国では「国家からの自由」の保障にこだわるべきという批判がされるところであり、この自由保障の意義の変化の射程について検討を要することは言うまでもない。

2．立法者に対する統制

しかし、保護義務を承認することの意義はこれにとどまらない。法律がない場合でも裁判所が保護のために介入を行う名義となるという議論にまでは至らずとも、保護義務を承認する論者は、少なくとも裁判所が立法不作為を違憲と判断することが可能になることを認めている(36)。我が

いて、万一のときはそれを適用してもらうのが合理的だと立法者は考えるだろう」とし、「一般条項は、万一に備えて立法者が用意した基本権法益保護のための手段という側面を有する」という議論がこれに該当しよう（松本・前掲注［2］①286頁を参照）。

(35)　但しこの場合には、立法の次元や法律の解釈・適用の次元で達成されなければならない保護の下限――それを下回る場合には違憲になるという意味での下限――は、基本権規定からは直接的には設定できないことになる。

(36)　とりわけ、小山・前掲注（2）③87頁、松本・前掲注（2）①284-286頁・④62-63頁、戸波・前掲注（2）②738-739頁、松原・前掲注（2）②143-145頁を参照。

国で論じられる保護義務も、ドイツと同様、その名に違わず、実定憲法上の法的義務として観念されている。保護義務の承認により、立法の次元において――更には、立法者のみならず他の国家機関をも保護義務は名宛人とするため、二次的には法律の解釈・適用の次元においても――達成されなければならない、基本権上の自由の保護の下限――それを下回る場合には違憲になるという意味での下限――が基本権規定から直接的に設定され、その達成について、違憲審査権を行使する裁判所の統制に服することになる。確かに、過少保護禁止の統制においては、立法者の裁量を尊重することから、「裁判所が立法不作為を違憲と判断できるのは、原則として、明白な違反の場合に限られる[37]」と言われるが、それでも裁判所は「立法不作為を違憲と判断できる」ようになることが決定的に重要である。

これは、上述のプロセスに大きな変更をもたらす。基本権上の自由を実現されるべき「価値」として想定したとしても、基本権規定の規範内容は、国家に対し自由の侵害を禁止し防御権を保障することにある、ということが堅持されるのであれば、この「価値」を積極的に実現するため、いかなる規律を行うのか決定するのは、あくまで立法者の役割である。違憲審査権を行使する裁判所に対しては、その際に超えてはならない――「過剰禁止」という意味での――上限を守るという役割しか与えられない。しかし、保護義務の承認によって立法不作為の違憲確認が可能となることで、裁判所に対しても、基本権上の自由という「価値」を積極的に実現するためのフォーラムとしての役割が与えられることになる。そして、立法者に対しては立法にあたって超えてはならない上限の他に、「過少保護禁止」によって、達成しなければならない下限も設定されることになり、立法者の決定の余地は狭められることになる[38]。ここに、

(37)　小山・前掲注（2）③87頁。

(38)　保護義務に否定的な論者ではないが、この立法者の決定の余地の縮減に明示

基本権上の自由という「価値」をどのように実現していくかは、専ら立法者の決定に委ねられているのか、あるいは裁判所にも一定の積極的役割を認めるのかという、「価値」実現のプロセスについての選択の問題が登場する[39]。この意味で、松原光宏が正しく指摘しているように、「基本権保護義務論とは……現実の民主制に対する一定の不信を既に背景的論拠として組み込んでいる理論である、とも評しうる[40]」。

第3節　保護義務の根拠

それでは、このような保護義務はどのように根拠付けられているのだろうか。ドイツにおいては、判例上、「人間の尊厳」の保護を明文で義務付けている基本法1条1項や基本権の客観的価値秩序の側面が保護義務の根拠として援用されてきたが、近年では「保護義務は、その根拠を基本法1条1項に持つ[41]」と、前者が根拠として強調されている[42]。また、学

的に言及するものとして、玉蟲・前掲注（2）①164–165頁・③35–36頁を参照。

(39)　関連して、基本権論と統治機構論の分断傾向に対する批判的な検討として、石川健治「『基本的人権』の主観性と客観性」西原博史編『岩波講座憲法2人権論の新展開』（岩波書店、2007年）9–12頁を参照。

(40)　松原・前掲注（2）②135頁。更には、同143–145頁も参照。

(41)　BVerfGE 88, 203 (251).

(42)　基本法1条1項と基本権の客観的価値秩序の側面の何れを重視するかについての、判例の理由付けの変遷は概ね以下のようにまとめられよう。

保護義務を初めて明確に定式化した第一次堕胎判決においては、「全ての人間の生命を保護する国家の義務は、それゆえ、基本法2条2項1文から直接導出される。さらにその上、基本法1条1項2文の明文規定からも、この義務は生じる」というかたちで、保護義務が根拠付けられた。その上で、「基本権規範は……憲法上の基本決定として全ての法領域に妥当し、立法・行政・裁判に指針と刺激を与える、客観的価値秩序も定めて」おり、「胎児の生命の保護が、憲法によって国家に義務付けられているか否か、またどの範囲で義務付けられるかは、基本権規範の客観法的内容から導きだされる」と述べられている（BVerfGE 39, 1 [41f.]）。ここでは、保護義務の直接的な根拠としては、基本法2条2項1文という個別の

説上はしばしば、判例の理由付けでは保護義務の射程・限界が不明確であるとして、「補足的に安全という国家目的から、基本権保護義務が根拠付けられている」[(43)]。

基本権規定の客観的価値秩序の側面が強調されている。「さらにその上」とされていることから、人間の尊厳への尊重と保護を国家に義務付ける基本法１条１項２文については、追加的・補足的に言及がされたにとどまると考えられる（原子力施設のリスクからの市民の保護が問題になった、1978年の Kalkar 決定も様である。BVerfGE 49, 89 [141f.]）。その後、1979年の Mülheim Kärlich 判決（BVerfGE 53, 30[57]）以降、しばらく、保護義務の根拠として、基本法１条１項には言及がされていない。

しかし、1993年の第二次堕胎判決においては、個別の基本権規定の客観的価値秩序の側面に加え、基本法１条１項が再度持ち出された。すなわち、「この（生命についての：筆者注）保護義務は、その根拠を基本法１条１項に持つ。基本法１条１項は、国家に対し、明示的に、人間の尊厳に注意を払い、保護することを義務付けている。保護義務の対象と……程度は、基本法２条２項によって詳細に決定される」というのである（BVerfGE 88, 203 [251]）。ここでは、むしろ基本法１条１項が保護義務の根拠として前面に押し出されている。また、2006年の航空安全法違憲判決も、生命についての保護義務に関し、第二次堕胎判決を援用し、その根拠は基本法１条１項２文にあるとしている（BVerfGE 115, 118 [152]）。

連邦憲法裁判所における保護義務の根拠付けの変化については、Vgl. Calliess (Anm. 4), Rn. 5 ; Klaus Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in : Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 2011, §185, Rn. 87–88.

(43)　Vgl. Calliess (Anm. 4), Rn. 8–9.　学説状況については、vgl. auch, Rn. 1–3. ドイツにおいては、保護を命じた明文規定が存在し、保護義務の存在それ自体は学説の大部分も承認しているため、連邦憲法裁判所の理由付けの不十分さを「補足」するために国家目的等に関連付けての議論がされているという点が、ここでは重要である。

例えば、Isensee は、判例の理由付けに対し以下のような批判を行っている。まず、基本権の客観的価値秩序の側面は、保護義務の根拠付けのためにはあまりに抽象的かつ曖昧であり、「価値秩序を援用することは、保護義務の潜在的な可能性を示しはするが、保護義務が実際に効力を有するということを示すものではな

これに対し、基本法１条１項のような明文で「保護」を謳う規定がない我が国では、ドイツとは状況が異なる。保護義務の根拠については、このドイツの議論を参考にしつつ、もっぱら、基本権の客観的価値秩序の側面を主たる根拠とするか、国家目的を主たる根拠とするかが争われている。(44)

い」という。また、基本法１条１項を根拠とすることに関しても、裁判所が保護義務を肯定した諸利益と人間の尊厳との関連が不明確であり、論拠にはなるが根拠付けとして不十分であると述べている（vgl. ders. [Anm. 4], Rn. 169–173）。その上で、国家目的としての安全を Kant の基本権理解に結びつけることで、保護義務を根拠付けている（vgl. ders. [Anm. 4], Rn. 181–184）。それ以外にも、判例の理由付けの不十分さを指摘し、安全という国家目的による補足を行うものとして、vgl. auch E. Klein (Anm. 4), S. 1635–1636.

(44)　この他、「公共の福祉」を保護義務の根拠とする見解もある。玉蟲・前掲注（２）①166–168頁・②22–25頁・③35–36頁、工藤・前掲注（２）116頁を参照（戸波江二も保護義務の根拠について論じている部分で、「公共の福祉」を挙げているが、そこで強調されているのは「人権制限の正当化」にとどまっているので、実定憲法上の法的義務としての保護義務の根拠として「公共の福祉」を論じているのではないと思われる。戸波・前掲注［２］②733–734頁・745頁の注［73］を参照）。

しかし、「公共の福祉」は従来、基本権制約を正当化する原理と捉えられてきたものである。「公共の福祉」の内容として他者加害禁止が含まれることから、ある者の基本権制約が正当化される結果として、他者の「自由」の保護が達成されるということは当然にありうる。また、名誉毀損罪による表現の自由と名誉権の調整など、ある者の基本権制約によって、他者の「自由」が実現される場合があるというのも確かである。だが、そこから、「公共の福祉」は基本権上の自由の保護を国家に義務付けていると考えることには、相当な飛躍がある（小山・前掲注［２］①178–179頁も参照）。そうではなく、例えば、「公共の福祉」の内容とされるもののうち他者加害禁止に焦点を当て、「他者加害的な人権行使について、国家がそれを制約してもしなくても、それは政治的な裁量問題であり、憲法上の問題を生じないとするのは、全体的な人権保障のシステムを損なう」（玉蟲・前掲注［２］③35頁）と論じるのであれば、そこでは憲法上の自由保障の意義が問われているのであり、以下で論じる基本権論からの根拠付けに議論は解消されることになろう。

1．基本権の客観的価値秩序の側面に依拠した議論

第一に、主として基本権の客観的価値秩序の側面に依拠して保護義務を導出しようとする見解である。我が国での保護義務の代表的論者である小山剛の立場がここに属する。小山は、保護義務は基本権の「客観的原則規範としての側面から導かれる[45]」という。ここで、基本権の「客観的原則規範としての側面」とは、小山によれば、「防御権としての基本権に抽象化を施すことによって獲得されたもの」であり、「基本権法益」や「基本権の価値決定」と同義であるという[46]。この「抽象化」とは、原理としての基本権論で有名な Robert Alexy の議論[47]に依拠したものであるが、基本権規定の規範内容から①権利主体・②名宛人・③対象の態様についての抽象化を意味する[48]。この抽象化によって、「基本権は、国家に対抗する個人の防御権への固定から解放され、基本権保護義務を含む多様な法的作用を展開する柔軟性、可塑性を獲得する」という[49]。

また、松原光宏も「基本権の価値決定」を保護義務の根拠としている。その際に松原も Alexy に依拠して議論を組み立てるのであるが、松原が「基本権の価値決定」の内実として挙げるのは、上述の「抽象化」論で獲得されるものではなく、最適化命令としての「原理」論[50]である。「原理」とは、「事実的可能性と法的可能性との関連において、可能な限り高度にあるものが実現されることを命じる規範」を意味するが[51]、「私人によ

（45）　小山・前掲注（２）②61頁。

（46）　小山・前掲注（２）②62頁を参照。

（47）　Vgl. Robert Alexy, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, Der Staat 29, 1990, S. 56–59.　小山剛訳「主観的権利及び客観規範としての基本権（一）」名城法学43巻４号（1994年）187–189頁。以下、外国語文献について、参照した邦訳文献がある場合にはその該当頁数を掲載しているが、訳文は若干変更している。

（48）　小山・前掲注（２）①196–197頁・②62頁を参照。

（49）　小山・前掲注（２）①196頁。更には②62頁も参照。

（50）　Vgl. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 75–77.

り基本権法益が侵害された場合、当該基本権に含まれる原理に基づいて、その最適化への要請ゆえ、……国の基本権保護義務が生じ得る」という[52]。更に松原は、「道徳的人権論」なるものも、価値決定の内実として持ち出す。すなわち、全方位性をもつ理念としての道徳的人権は「法的編入を受け、憲法レベルの法的妥当性を獲得し、専ら国家権力のみを拘束する実定法上の権利＝基本権へと姿を変える」。しかし、道徳的人権が基本権として実定法化されても、「基本権は依然として道徳的妥当性を保持しつづける」のであり、「道徳的人権の特徴である普遍的性格の補償が求められる」ことから、保護義務が根拠付けられるというのである[53]。

2．国家目的に依拠した議論

第二に、保護義務の根拠を国家の存立目的に求める立場がある。特に有名なのは山本敬三の議論であろう。山本は「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き着く」と述べる。その上で、「国家の存在意義を認めるのであれば、少なくとも個人の基本権を他人による侵害から保護することは、国家の最低限の任務に属するというべき」であるとして、保護義務を根拠付けようとする[54]。この他、松本和彦も「根拠づけられなければならないのは国家の義務であるから、近代的意味の憲法が想定する国家の存立目的から出発するのが妥当である」として、国家目的からの根拠付けを支持している[55]。

また、国家目的を主要な根拠として掲げる論者は、基本権の客観的価値秩序の側面を主たる根拠とする見解に対し、以下のような批判を行っ

(51) Alexy (Anm. 47), S. 54. 邦訳184頁。Vgl. auch Alexy (Anm. 50), S. 75.
(52) 松原・前掲注（２）③97–98頁、更に②135–136頁も参照。
(53) 松原・前掲注（２）②133–135頁・143–145頁を参照。
(54) 山本・前掲注（２）③107–108頁・④10–11頁の他、①法学論叢133巻４号17頁・⑤90頁・⑥70–71頁も参照。
(55) 松本・前掲注（２）①280–282頁。

ている。例えば、山本敬三は、「基本権の客観法的側面によって基本権保護義務を基礎づけることは、単なる論点の先取りにすぎ」ず、「そもそも客観法ないし原理としての側面があることが基礎づけられなければならないはずである」と批判を行う[56]。上述の「抽象化」についても、山本は、「基本権には客観法的側面があることを規範構造的に説明しようとする試み」と位置づけつつ、「そもそもそのような抽象化をおこなうことがどうして正当化されるか」が問われなければならないという[57]。また、松本和彦は、「価値というのは客観的であるだけに国家だけでなく、私人も義務の主体にしかねない[58]」という批判を行っている。

3．簡単な検討

以上、我が国での主要な根拠論を見てきたが、何れが主要な論拠たりうるかという理論的対立が論者の間に本当に存在するのかは、実際には疑わしい。「国家目的」を主要な論拠として強調する見解も、「国家目的」というレトリックの背後で、実際には、「個人の基本権を他人による侵害から保護することは、国家の最低限の任務に属する」というかたちで、基本権ないし基本権上の自由を、いつの間にか実現すべき「価値」に変容させている。すなわち、国家論を基盤にしながら、結局は、防御権を超える内実を持つ基本権論へ帰着しているのである[59]。

---

(56)　山本・前掲注（2）④9頁を参照。

(57)　山本・前掲注（2）④10頁を参照。

(58)　松本･前掲注（2）①281-282頁を参照。但し松本は国家目的を主たる論拠としつつ、その不備を「近代的意味の憲法の観念を破壊しない限度で、基本権法益の重要性を考慮に入れた客観法アプローチにより補強すべきである」と論じている。

(59)　この点に関しては、小山剛が山本敬三の批判に応答する中で、「山本説においても防御権とは異なる何らかの内実を基本権から読み取る必要がある。」と指摘しているところである（小山・前掲注［2］②57頁を参照）。

また、やはり、「国家目的」は保護義務の直接の論拠とはなり得ないだろう。「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き着く」という山本敬三の議論については、「『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。必要があっ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。」という高橋和之の批判が当てはまる(60)。また、国家に対し自由の侵害を禁止し防御権を保障することに基本権規定の規範内容を限定したからと言って、他者の侵害から個人を保護するという目標が達成されないということにはならない。立法者が保護のための立法を行い、裁判所は、立法者の決定が防御権という枠に違反していないかを審査するというだけである。実定憲法上の法的義務として保護義務を論じるためには、なぜ保護を基本権の問題として語る必要があるのか、そして、防御権という枠の下で立法者の決定に委ねられていた領域に、なぜ裁判所が統制を及ぼすことができるようになったのかということまで論証が必要となる。国家目的を指摘するだけではこの答えは与えられないのであり、やはり基本権論として正面から保護義務を基礎付ける必要があろう(61)。それゆえ、以下では基本権論による根拠付けを前提にして、

(60)　高橋・前掲注（12）③112頁の注（18）。小山・前掲注（２）②56–57頁も高橋のこの批判に賛同する。

(61)　我が国で、国家目的を基本権保護義務の根拠とする代表的論者として紹介されている Isensee も、国家目的のみによって基本権保護義務を根拠付けているわけではない。

Isensee によれば、基本権とは、Kant のいうところの、「ある者の恣意を他者の恣意と自由の一般法に従って両立可能にする諸条件の総体」という意味の権利である。国家は権力独占ゆえに、基本権上の自由の調整者として、基本権上の自由が他者の自由と両立しうることを保障する。しかし、基本権が防御権に限られる

議論を進めることにしよう。

第 4 節　保護義務に対する批判

以上確認してきた保護義務論については周知のように、我が国では様々な批判がされている。先に検討した点と重なる部分もあるが、整理のため、この批判論もここで簡単に確認しておこう。

1．基本権の客観的価値秩序の側面の承認に対する批判

第一に、保護義務の前提として、基本権の客観的価値秩序の側面を承認することで、伝統的な自由保障の意義や憲法観・人権観に修正を迫ることになるという批判がある。

まず、あまりに有名な批判であるが、芦部信喜による「防禦権としての人権論を原則ないし基本に置かないと、……人権に不当な国家権力の

とすると、基本権は第三者からの危険に対する保護を提供し得ず、基本権はもっぱら加害者のために機能することになってしまう。それゆえ、基本権ドグマティクは、保護義務によって犠牲者の地位も捉え、両者の憲法上の自由の調整をもたらす場合にのみ、バランスを達成できるという（ders. [Anm. 4], Rn. 174–180）。また、Isensee は、Hobbes や Locke による近代国家の構想のように、安全の保障は近代国家の不可欠の基礎をなすという。安全という全体的な状態は基本権行使の前提である（ders. [Anm. 4], Rn. 181–184）。もっとも、このような国家目的としての安全は公的な安全である。しかし、基本権保護義務によって、この公的な安全という超個人的な国家目的に、個人的な意味も付け加わることになる。基本権保護義務によって、上述の二つの観点は結び付けられる。安全は、市民相互間における基本権上の法益の不可侵性を意味することになり、国家は個々の市民のためにも安全を保障することになる、という（ders. [Anm. 4], Rn. 185–189）。

このように Isensee は、国家目的としての安全と、個々人間の恣意・自由の調整の要請を結びつけることで、基本権論として慎重に保護義務を根拠付けているのであり、国家目的のみから保護義務を根拠付けているのではない。

この他、安全という国家目的を援用するだけでは、基本権保護義務を根拠付けたことにはならず、基本権へと接合することが必要であると論じるものとして、vgl. E. Klein (Anm. 4), S. 1635–1636.

介入を招く恐れが大きくなるのではないか」という批判がここに属する。芦部は、基本権の客観的価値秩序の側面を強調するドイツの議論を「国家は国民の基本権を実現するためにあらゆることをなすべき積極的な義務を負うという国家観に連なる」ものと考え、「保護義務の範囲や程度は、保護義務論の前提をなす客観的原理とともに、そもそも限定することがきわめて難しい」ので、「日本の憲法政治や裁判実務との関連では疑問がもたれる」と批判する(62)。但し、芦部は、基本権の私人間効力を肯定し、保護義務についても「特定の類型の権利については国の保護義務を一定限度認めなければならない状況になった」と述べており(63)、その批判に拘わらず、「体系的な選択の問題」においてはドイツの支配的な基本権論にコミットしてしまっていると指摘されている(64)。

より徹底して、自由保障の意義を「国家からの自由」に限定するのが、西原博史である。西原は、基本権の客観的価値秩序の側面を承認し、その実現として立法を捉える場合、「必然的に、立法によって実現されたものが遡って憲法規範の中に組み込まれること」になり、「立法権に対する立憲的コントロールの手段を手放すことを意味する」ことになると批判を行う(65)。それゆえ、西原は、「国家と社会の二元性にこだわり続け、国家の介入を原理的に排除する私的領域の存在に固執する、ある意味であまり現代的とは言いかねる立場にしがみつく以外に、様々な様式で個人を取り巻く現代国家に対して個人が自らの自律性に対する承認を迫るための道筋は確保できない」と結論付ける(66)。

また、基本権の私人間効力論に関し、無適用説の再評価を行った高橋

(62) 芦部・前掲注（11）229–234頁を参照。
(63) 芦部・前掲注（11）230頁を参照。
(64) 西原・前掲注（13）①170–172頁を参照
(65) 西原・前掲注（13）②20頁、更に①180–182頁を参照。
(66) 西原・前掲注（13）①171頁。

和之は、「近代以降の立憲主義の憲法観・人権観」の堅持を主張する。高橋のいう「近代以降の立憲主義の憲法観･人権観」によれば、「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」り、「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」。私人間の関係の規律は､立法者に委ねられている[67]。また確かに、憲法は道徳的価値としての人権（「自然権」）にコミットしているが、あくまでそのような「価値」は憲法の外部で基礎付けられるに過ぎない[68]。これに対し、基本権保護義務およびその前提としての客観的価値秩序としての基本権理解は、憲法の内部で全方位的な――従って私人も名宛人とする――価値秩序を定立することになるが､「これにより、立憲主義的な憲法観・人権観から大きく一歩踏み出す」と批判をする[69]。

2．実定憲法上の法的義務としての保護義務の導出に対する批判

第二に、裁判所に立法不作為違憲の統制を可能とし、あるいは、法律がない場合でさえ介入を可能とする、実定憲法上の法的義務として保護義務を導出することの可否が問われている。

例えば高橋和之は、国家が保護義務――高橋の場合は、あくまで道徳

(67)　高橋･前掲注（12）①144-146頁を参照。この他、高橋の無適用説及び「近代以降の立憲主義の憲法観・人権観」については、②２－５頁・③113-117頁・119-121頁・④157-158頁・⑥89-91頁なども参照。

(68)　この点は､小山剛との対談で高橋が強調している点でもある｡「小山さんが整理されたように、その基本権的法益なるものの位置づけにつき、実定憲法の中で位置づけるか、外で位置づけるか。私の場合は外で位置づける、小山さんの場合は中で位置づけるという違いになります。そして、中で位置づけるということは、憲法観の修正を意味するのです」（高橋・前掲注［12］⑤63頁）。

(69)　高橋･前掲注（12）①144頁、更にドイツ流の間接適用説や基本権保護義務論への批判として①142-143頁をまずは参照。この他、③121-124頁・④155-157頁・⑤88-91頁でもドイツ流の議論への批判が展開されている。

的価値としての人権（「自然権」）に対する保護義務であるが――を負うとしても、そこから「直ちに司法権による保護を導出するのは、相当の飛躍と言わざるをえない」と批判を行う。「憲法は、国家が引き受ける保護義務をどのように遂行するかを定めているのであり、その憲法の解釈として、司法権の権限を導出する必要がある」というのである(70)。この批判は主として、法律上の定めなくして裁判所が保護のために介入を行ってよいという見解に向けられたものと考えられる(71)が、裁判所が立法不作為違憲の判断をできるという「実定憲法上の効力を持つものとして保護義務を認めるという解釈」が何故できるのか(72)、ということにもこの批判の射程は及ぶであろう。

また、基本権の客観的価値秩序の側面を承認し保護義務を認めることに対し、「条件プログラムから目的プログラムへの質的転換」をもたらすと批判を行っていた西原博史(73)も、近年ではドイツの保護義務論を「条件

(70)　高橋・前掲注（12）①143頁、更には、⑤64頁を参照。

(71)　高橋・前掲注（12）⑤64頁を参照。そこでは以下のように述べられている。すなわち、「自然権を保護する実定法上の義務が国家にあることを認める」としても、それは国家の義務である。「裁判所は……法律を適用するという義務を負っているのであり、国家の保護義務をそのままるごと引き受けているわけではない。……法律がない場合には、立法不作為違憲確認しかできないのではないか」というのである。

(72)　高橋・前掲注（12）⑤64頁を参照。

(73)　西原・前掲注（13）①173–183頁・②19–25頁を参照。ここでの西原の批判は、基本権の客観的価値秩序の側面に Alexy の最適化命令を結び付けて展開された、立法国家から裁判国家への転換という Böckenförde の批判を踏まえたものである（Ernst Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznorm, in : ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 159ff.）。この西原の批判は、根本的には基本権の客観的価値秩序の側面を受容することそのものに向けられたものである。しかし、この点については、戦後ドイツにおける基本権の客観的価値秩序論との関係で別稿において検討したので、ここでは深入りはしない。ドイツにおける基本権の客観的価値秩序としての理解が、直ちに西原の言う危険をもたらすものではないことにつき、拙稿・前掲注（６）法学論叢176巻４号96–101頁・法学論叢

プログラムとしての憲法規範の内容を特定しようとする営為」という評価を示すようになったとはいえ[74]、尚、我が国での保護義務論の受容については、「日本国憲法の基本権規定が保護義務を導出可能なほど私人間における意義を特定しているとは思えない」と「実定憲法解釈論レヴェル」での批判を行っている[75]。

第2章　憲法論としての保護義務の成否

第1節　保護義務を語る上での二つの関門

さて、以上の整理を踏まえ、我が国では「自由」の保護について、基本権論として如何なる次元で語りうるのか、検討していこう。基本権上の自由は実現されるべき「価値」であり、少なくとも、これが立法指針、あるいは法律の解釈指針として機能するとすれば、憲法上の自由保障の意義は、「国家からの自由」の保障に限られないものとなるし、憲法の射程は、その「価値」としての次元においては私人間にも及ぶことになる。このような基本権上の「価値」の想定が、そもそも何故認められるのかが、保護義務に対する批判論のみならず、保護義務論者の中からも問われているところである。そして、我が国の保護義務論がこの問いへの解答を十分に行ってきたとは、確かに言い難い。まずは、価値秩序論や保護義務の母国であるドイツの議論も参考にしつつ、この「価値」を想定することの意義を確認すべきであろう（第2節）。

また、保護義務の基礎たる客観的価値秩序の側面が承認可能としても、裁判所に立法不作為違憲の判断を可能にし、あるいは更に、法律上の根拠がなくとも保護のために直接介入を行うことを可能とするためには、実定憲法上の法的義務として保護義務が根拠付けられる必要がある。国

177巻3号71-77頁、79-83頁を参照。

(74)　西原・前掲注（13）②21-23頁を参照。

(75)　西原・前掲注（13）②24頁の注（10）を参照。

家に対し自由の侵害を禁止し防御権を保障することに基本権規定の規範内容を限定する、という思考の下では、立法者が自由を積極的に実現する立法を行い、裁判所は法律の解釈・適用を行う、あるいは立法者の決定が防御権という枠に違反していないかを審査するというかたちで価値実現が図られていた。このプロセスを変更し、基本権上の自由の実現について、裁判所にも積極的な役割を与え、その限りで立法者の決定の余地を狭めることを認める、実定憲法上の根拠が第二に問われている（第３節）。

第２節　「価値」としての基本権上の自由

１．ドイツにおける「基本権の客観的価値秩序の側面」の展開

⑴自由保障の意味の変容

前述のように、1958年の Lüth 判決において、連邦憲法裁判所は、基本権の章全体が客観的価値秩序の側面を含むことを承認した。「社会共同体の内部で自由に展開される人間の人格性とその尊厳に中心を見出す、この価値体系は、憲法上の基本決定として、あらゆる法領域に妥当しなければなら」ず、「立法・行政・裁判は、そこから指針と刺激を受け取る」というのである(76)。その後、批判を受けつつも、基本権上の自由は実現されるべき「価値」であるという理解、あるいは憲法上の自由保障の意義はそのような「価値」の実現を目指すものであるという理解は、広く受容されていったといってよい。

このような自由保障の意義の変化の背景をなしたのが、自由保障の意義を、もっぱら国家と社会の「境界設定」、「国家からの自由」の保障とする19世紀的な「配分原理」を支えていた、所与の統一体としての国家と政治的な決定から切り離された自律的社会という前提の喪失である。既に別稿で確認したところであるが(77)、我が国では「新傾向」対「旧傾向」、

(76)　BVerfGE 7, 198 (204f.).

あるいはSmend学派対Schmitt学派という対立軸の下紹介されてきた戦後ドイツの基本権論において[78]、実際には、この19世紀的な「配分原理」との決別という視点は広く共有されている。以下ではまず、19世紀的な「配分原理」との決別をもたらした社会認識・国家認識の変化が、どのように先の自由保障の意味の変化をもたらしたのか、確認しておこう。

⑵社会の自律性の喪失

19世紀的な「配分原理」との決別をもたらした認識として、第一に、社会の自律性の喪失があげられる。これは我が国でも馴染みの認識であるが、現代の産業社会においては、財や情報の格差から社会的権力が不平等に分配される程度において、社会は自律的に利益の調和をもたらすことができず、自由で自律的な生活形成を国家に依存するようになったという、いわゆる社会国家化である[79]。

しかし、憲法上の自由保障の意味が「国家からの自由」の保障、国家と社会の「境界設定」に尽きるとすれば、自由で自律的な生活形成が国家活動に依存していることを問題にできず、自由保障は自由を実現する国家活動と関連付けられないことになってしまう[80]。そこで、変化した自

(77)　特に、拙稿・前掲注（６）法学論叢176巻４号96−101頁を参照。

(78)　例えば、栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究38号（1976年）76頁以下、藤田宙靖『行政法の基礎理論上巻』（有斐閣、2009年）80頁以下、工藤・前掲注（２）263頁以下などを参照。

(79)　Vgl. Konrad Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in：ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 290−291 ; Ernst Wolfgang Böckenförde, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in : ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 146−149.　樺島博志訳「憲法構造の中の社会権的基本権」初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、1999年）311−315頁。

(80)　Vgl. Konrad Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in：ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 105−108.

由の問題状況に鑑み、憲法上保障された自由は、国家からの自由な「領域」に過ぎないのではなく、実現されるべき「価値」であり、憲法の自由保障の意義は、「現実的自由（reale Freiheit）」という「状態」の実現を目指すものでなければならない、という考えが登場するようになった(81)。

⑶「所与の統一体としての国家」の自明性の喪失

第二に、より重要な認識として、君主制の崩壊の後、国家が所与の統一体として存在することがもはや自明視できなくなったということがあげられる。我が国で「新傾向」・「旧傾向」などと対立的に捉えられてきた論者も、Hermann Heller の国家学に依拠し(82)、国家を、人間の行為と作用の組織連関として動態的に捉えているという点では共通している(83)。

⑻ Vgl. Hesse (Anm. 79), S. 290–291 ; ders. (Anm. 80), S. 105–108. また、いわゆる「旧傾向」に分類されてきた論者で、憲法上の自由保障の意義を「現実的自由」の保障にあるとし、「国家からの自由」の他、「政治的自己決定、社会的参加、社会的権力からの国家による保護の請求権」といった基本権上の自由の次元について検討を加える論者として、vgl. Hans Hugo Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 53–59. その上で H. Klein は、国家からの自由の脅威が存在しないというのは幻想であるし基本法の意図とも相容れないとして、「民主的な法治国家における自由は、今なお（！）、可能な限り（！）、国家からの自由である」、と述べている（aaO, S. 58）。更には、「自由主義的基本権理論」を自由保障の中核とし、基本権の防御権としての作用を堅持する Böckenförde も、「境界設定を行う法的な自由保障は、基本権上の自由を現実的自由として保障するには不十分であることが明らかになった」と指摘し、「社会国家委託」の採用によって「基本権上の自由の必要な社会的諸前提を創設し維持することに対する責任が国家に課されることとなった」と、憲法上の自由保障の意義の修正について論じている（vgl. Ernst Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in : ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 136–137, 143–145. 小山剛訳「基本権理論と基本権解釈」初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』［風行社、1999年］295、300–301頁）。

⑻ Vgl. Hermann Heller, Staatslehre, 6. Aufl., 1983, S. 259–269. 安世舟訳『国家学』（未來社、1971年）331–343頁。

このように理解される国家は、権力的決定を担うものとして、「社会」とは作用として区分されるものの、「社会」と永続的な相互関係に立つ[84]。そして、この相互関係は、とりわけ民主主義国家においては、原理的に設定されることになる。民主主義国家の存立は可能な限り多くの市民のコンセンサスを得ることに依存するので、国家は自律的な生活形成の諸前提の確保を意識せざるを得ず、社会に影響を与える必要性に直面する、というのである[85]。

このような国家の動態的把握においては、市民のコンセンサスを確保し、政治的統一をいかにして達成するかという課題も、憲法の課題として引き受けられるようになる。こうした関心の下で、コンセンサスが得られる共通の基本的価値として基本権上の自由を位置づけることにより、基本権規定にも政治的統一を達成する役割を担うことを期待するKonrad Hesseのような議論が登場した[86]。もちろん、基本権に政治的統一における機能も期待する論者の間でも、その期待には濃淡がある[87]が、

（83）　我が国では「新傾向」「旧傾向」という対立軸の下紹介されていた論者であるHesseやBöckenfördeも、Hellerの国家論を下敷きにしている。Vgl. Konrad Hesse, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in：ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S.48–49；ders. (Anm. 7), Rn. 4, 5–15；Ernst Wolfgang Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in：ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 219–225. 樺島博志訳「現代の民主制的社会国家における国家と社会の区別の意義」初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社、1999年）69–76頁。

（84）　Vgl. Hesse (Anm. 83), S. 48–49；Böckenförde (Anm. 83), S. 219–221, 222–223.　邦訳70–72、73–74頁。

（85）　Vgl. Hesse (Anm. 83), S. 52–54.　この他、国家の力が社会の中で形成されるコンセンサスに依存することについては、vgl. Böckenförde (Anm. 83), S. 222–223.　邦訳73–74頁。

（86）　Vgl. Hesse (Anm. 79), S. 308–309.

（87）　例えば、Hesseは政治的統一との関連で、コンセンサスある実現されるべき

少なくとも、「国家が個人に対し自由を保障すればするほど、個人は自らが暮らす国家に一層忠誠を尽くすようになるという限りで、基本権は国家を統合するように作用し得る（し作用すべきである(88)）」、とは言えよう。

⑷小括

以上、戦後ドイツにおいては、自由で自律的な生活形成を国家に依存せざるを得なくなったという社会の側の事情と、可能な限り多くの市民

価値を掲げ、その価値との関連で国家権力を創設・正当化するという基本権の機能の他に、基本権の、民主主義秩序の基本的要素としての「自由で開かれた政治プロセスの保障」という機能を指摘する（Hesse [Anm. 79], S. 308–309）。これに対し、H. Klein は、基本権に対し、政治プロセスの自由と公開性を保障することで政治的統一を実現する可能性を創設するという課題を与える解釈を、自由の特権化・任務化をもたらすと批判し、基本権上の自由はまずは「国家からの自由」であるべきことを主張する（ders. [Anm. 81], S. 43–47）。しかし、H. Klein も、本文で述べるような限りで、基本権が果たす統合機能は認めている。基本権上の自由を政治プロセスの保障という機能を担うものと位置付けることに対する批判としては、vgl. auch Böckenförde (Anm. 81), S. 133–136. 邦訳292–294頁。

以上に対し、Böckenförde は、法治国家的自由ないし基本権保障の問題は、国家と社会の作用としての区分にあるということを強調し、政治的統一の達成をその課題としては論じていない（vgl. ders., Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in : ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 168–169. 樺島博志訳「法治国家概念の成立と変遷」初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』［風行社、1999年］51–52頁）。もっとも、Böckenförde も、国家が存続するには社会のコンセンサスを獲得する必要があり、そのために国家は社会に影響力を及ぼす必要に直面するとし、作用として区分される国家と社会の相互の影響力の行使の確定が憲法の課題となることは認めている（vgl. ders. [Anm. 83], S. 222–225. 邦訳73–76頁）。このような立場に対して、Hesse は、現代における自由を巡る状況に鑑みると、国家と社会を作用として区分するというだけでは不十分であり、区分にとどまらない国家と社会の相互関係の適切な規律を基本権論の課題としても引き受ける必要がある、と反論している（vgl. ders. [Anm. 83], S. 52–57）。

(88) H. Klein (Anm. 81), S. 47.

のコンセンサスを獲得し政治的統一を達成する必要があるという国家の側の事情の折り合うところで、基本権上の自由を実現されるべき「価値」とする議論が登場し、受容されていったと考えられる。基本権上の自由が「価値」と位置づけられることで、第一に、「立法・行政・裁判は、そこから指針と刺激を受け取る」というように、基本権上の自由を国家活動に対する指針として機能させることが可能になる。また、この「価値」の下で、作用として区分される国家と社会の関係を規律し、政治的統一を達成するのが憲法の課題なのであるから、なるほど、基本権規定の規範内容を、国家に対し自由の侵害を禁止し防御権を保障することに限定する必然性は失われる。この「価値」を実現するために、憲法は国家と社会にどのような権限を割り当てており、国家に何を命令・許容・禁止しているか[89]、更には、憲法は各国家機関――とりわけ立法者と裁判所――にどのような役割を与え、どのように「価値」実現のプロセスを構築しているのか[90]、という観点から基本権規定を解釈することも可能かつ必

(89)　とりわけ、Hesse においてこの点は強調されている（vgl. ders. [Anm. 83], S. 50–51, 55–56）。

(90)　今日、ドイツにおける基本権論は、立法者と連邦憲法裁判所の関係をどう構築するかが主軸となっているように思われる。「基本権の客観的価値秩序の側面」に Alexy のいう最適化命令を結び付け、立法国家から裁判国家への権力構造の変化がもたらされると批判し、防御権一元論への回帰を主張した Böckenförde の議論は我が国でも有名である（vgl. ders. [Anm. 73], S. 185–191）。但し、後述のように、「基本権の客観的価値秩序の側面」に直ちに最適化命令という規範内容を結びつけることが Alexy の意図するところかは疑わしい。

　また、防御権を超える基本権作用を承認する論者においても、保護義務等、防護権を超える基本権作用に最適化命令を及ぼすことに対しては、立法者の実質的な決定の余地を奪うことになるとして批判が強い（vgl. Martin Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S.70–71 ; Sebastian Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 120–121）。その上で、例えば、「憲法裁判権による立法の機能領域・任務領域への干渉を防止するためには、どのような条件の下で内容形成を行う規範制定が問題になりうるのか、そして、どのような具

要となる。国家権力の抑制・制限だけでなく、基本権上の自由を実現するためにどのように国家権力を運用するかということにまで、基本権を捉える視野を広げた点に[91]、「基本権の客観的価値秩序の側面」の議論の最大の意義がある。

2．我が国の議論との関係

このような「基本権の客観的価値秩序の側面」の議論に対しては、我が国では、「基本権の客観的価値秩序の側面」を承認すると、防御権としての基本権の機能が損なわれるという抵抗感が強いように見受けられる。しかし、以上のような自由保障の意義の変容を承認したからといって、直ちに、基本権規定の規範内容は原則的には、国家に対し自由の侵害を禁止し防御権を保障することにある、という理解が損なわれることにはならない[92]。あくまで、国家と社会の多様な関係設定、「価値」実現のプロセスの多様な選択肢が基本権論としても現れてくる、というだけである。そして、民主主義の下においても自由は依然として国家に脅かされるということは、ドイツでも多くの論者が認めるところである[93]。「価値」とし

体的な基本権上の決定にその規範制定が服するのかが明確でなければならない」というように（vgl. Gellermann, aaO, S. 79–80.　なお、Gellermann のいう「内容形成」とは、保護義務等も含む非常に広い概念である。拙稿・前掲注［16］自治研究91巻３号119–120頁を参照）、学説が国家の積極的義務の射程や基準を明確化することで「裁判国家化」に対処するとして、議論が展開されている。

(91)　重要かつ魅力的なのは、このことは、国家権力の抑制という観点を放棄し、国家権力の運用という観点へと移行することを意味するのではない、ということである。後述のように前者の観点を含んだ形で後者の観点がドイツでは議論されている。

(92)　但し、基本権規定の規範内容は、国家に対し自由の侵害を禁止し防御権を保障することにある、ということを自明視できなくなるのは確かである。

(93)　Vgl. Hesse (Anm. 7), Rn. 287 ; ders. (Anm. 83), S. 54; H. Klein (Anm. 81), S. 57–59.

ての基本権上の自由を実現するために、基本権規定はまずもって、国家に対し自由の侵害を禁止しているとされ、基本権の第一次的意味は防御権にあるとされている(94)。また、このことは見方を変えれば、自由の実現は第一次的には社会の権限であることを意味している。この点でも、「価値」の積極的実現を二次的に国家が引き受けるとしても、それは主として立法者の役割であり、違憲審査権を行使する裁判所にはその際に超えてはならない上限を守るという消極面を担当させ、もって社会の第一次的権限を維持するというかたちで、防御権の意義はなお確保される。

確かに、基本権上の自由は実現されるべき「価値」であり、憲法の自由保障の意義はこの「価値」の実現を目指すことにあるということを承認すれば、たとえ、基本権規定の規範内容は、国家に対し自由の侵害を禁止し防御権を保障することにあるとしたとしても、防御権という枠に違反しない限りで国家には基本権上の自由を実現することが憲法上期待ないし許容されている、という議論に途を開くことにはなる(95)。しかし、

(94)　基本権の第一次的意味が防御権にあるという理解が否定されるのは、国家を自由の擁護者として無条件に信頼し、基本権規定の意味はまずもって「価値」の実現を国家に義務付けることにあると解釈する場合である。「現実的自由」を実現するため、規範複合体を創設する立法者の義務を基本権規定の第一次的要請とし、基本権と法律を原則―例外関係にあるものと評価すべきではないとして、この途を採用したのが、「制度的基本権論」で有名な Peter Häberle である（vgl. ders., Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz, 3. Aufl., 1983, S. 195–196）。この Häberle の制度的基本権論に対しては、H. Klein が、現実的自由の保障を目指すという点は評価しつつも、現実的自由それ自体を基本権上の自由の内実としてしまった点に誤りがあると批判を行っている（vgl. ders. [Anm. 81], S. 60–64）。

(95)　この点に関連して、基本権上の自由を「価値」として理解すると、基本権の体系は、純粋な「権利の体系」であることをやめ、「義務の体系」へと変化してしまうという指摘がある（とくに櫻井智章「法治国家の『形式性の論理』（二・完）」法学論叢152巻４号［2003年］147–151頁を参照。その他、「義務」化については前述の通り松本和彦が批判的に言及している）。憲法上の「権利」保障の意義にも関

これも決して、我が国で馴染みのない議論ではない。基本権制約原理としての「公共の福祉」の最低限として、「人権相互の矛盾・衝突の調整」が含まれるという解釈がされるが、かような解釈は、憲法は全方位性を持つ「価値」として「人権」を受容しており、その実現を国家に期待・許容している、と考えなければ成り立たない。

このように憲法が全方位性を持つ「価値」を含んでいるということを承認することに対しては、「近代以降の立憲主義の憲法観・人権観」に反するという、高橋和之の批判があることも既に述べた。しかし、高橋も、

わる指摘である。確かに、基本権上の自由を、国家権力を通じても実現されるべき客観的「価値」として想定し、これを実現するプロセスを憲法によって構築したと論じる以上は――基本権規定から直ちに、「自由を侵害してはならない」という個人の法的義務が導出されることになるわけではないが――、理念としては社会の側・個人の側にも基本権上の自由の実現に配慮すべきことが要請されている、という議論は避けられない。それゆえに、基本権上の自由を調整するという理由で国家による規制が正当化され、自由を侵害してはならないという法律上の義務が個人に課されることになる。しかし、理念上は個人にも基本権上の自由の実現への配慮が要請される、という限りでの「義務」化――これを「義務」というのが適切かという問題はあるが――は、本文で述べるように、実際には我が国の憲法学の前提とされてきたものである。また、これを避けようとすれば、基本権上の自由の実現を国家の関心事としても論じることを、およそ憲法論から排除する必要があるが、「自由」や「自律的生」というものが国家に依存していることを認め、しかもその国家を我々のものとして構築・運営するという、現代の民主的な社会国家の下では、この排除を徹底することは極めて困難であろう。そうであるとすれば、本文で述べたように、客観的「価値」、国家と社会における秩序形成の指導原理として基本権上の自由を位置づけた上で、それを実現するため国家と社会にどのような権限が割り当てられているのか、更には各国家機関にどのような役割が与えられているのか、という統治に関する問題を、基本権規定の解釈の問題として、まずは一層自覚的に論じる必要があるのではなかろうか（関連して、石川・前掲注［39］9-12頁を参照）。その上で改めて、基本権が「権利」として保障されていることの意味は何か、憲法上の「権利」保障の意義を問わなくてはならないであろう。しかし、本稿ではこの点についての詳細な検討を行う余裕はなく、今後の課題とせざるを得ない。

前憲法的に存在する「道徳哲学的価値」である「理念としての人権」に憲法はコミットしており――但し、「それを表現する憲法上の規定（憲法上の人権規定）は、憲法の論理に限定されて、国家のみを名宛人にする」[96]という――、この「価値」を実現するために、「憲法は国家の諸権力を創設し、その組織と手続を定める」と議論を展開しており[97]、実現されるべき全方位的な「価値」の下での国家権力の構築・正当化を憲法の問題として引き受けている。その際に、実現されるべき「価値」は前国家的な由来を持つとしても、憲法制定後にあっては憲法の条文、とくに基本権規定を介してその「価値」を認識するというのであれば[98]、憲法は全方位的な「価値」を含んでいると認めた方が素直なように思われる。この場合でも「価値」の次元と、実定憲法上の権利・義務という意味での「規範」の次元を区別すれば、基本権上の自由は「価値」として全方位性を持つが、基本権規定（高橋のいう「憲法上の人権規定」）の「規範」内容は、国家を名宛人にしていると議論しうる。

実際、上述の「公共の福祉」論の他、社会契約論的な国家構築の議論等、基本権上の自由を実現するという名目で国家権力の構築・正当化を図る議論は、我が国でもしばしば目にするところである。以上のように考えてくると、基本権上の自由を「価値」とする議論は、従来論じられているほど我が国にとって奇異なものではなく、むしろ無自覚に承認していた前提を可視化するものといえるだろう。

---

(96)　高橋・前掲注（12）③117頁。

(97)　高橋・前掲注（12）①146頁・③116–117頁を参照。

(98)　私人間効力の問題についても、憲法に全方位的な「価値」が含まれているということを否定するものの、高橋は「憲法上の人権を参考にしながら、私人間関係の特質を考慮して必要な修正を加えて具体的内容を考えていく」ことを認めている（高橋・前掲注［12］④157–158頁）。

第３節　実定憲法上の法的義務としての保護義務

以上のように、基本権上の自由は実現されるべき「価値」であるということを承認し、憲法上の自由保障の意味変化を肯定する基盤があるとしても、我が国の憲法の下で、実定憲法上の法的義務として、すなわち、裁判所に立法不作為違憲の統制を――更には、法律がない場合に保護のための直接的介入を――可能にするものとして保護義務を導出することは可能であろうか。基本権規定の規範内容は原則的には、国家に対して自由の侵害を禁止し防御権を保障することにある、という理解が堅持されるべきであれば、従来防御権を保障したものとしてその規範内容が論じられてきた基本権規定については、そこから防御権に加え、保護義務も導出できるという根拠が積極的に示されなければならない。

先に確認したように、基本権論から保護義務を基礎付ける小山も松原も、Alexy の議論に依拠して保護義務の導出を論じているが、両者で根拠として持ち出す観点が異なっている。そこで、以下では Alexy の議論を確認しつつ、検討を進めることにしよう。

１．「根本原理」と「原理」

⑴「抽象化」と「根本原理」

まず、小山が言及する、Alexy のいう「抽象化」という観点から検討していこう。上述のように、ここでいう「抽象化」とは、基本権規定の規範内容から①権利主体・②名宛人・③対象の態様を抽象化することである。Alexy はこの「抽象化」によって獲得されるものを「根本原理（Grundprinzipien）」と呼び、これが「基本権の客観的価値秩序の側面」の内実であるという[(99)]。例えば、防御権としての表現の自由を例にとれば、その規範内容は「市民が、国家に対し、表現の自由に対する侵害行為をやめることを請求できる」というものである。ここから権利主体（市民）・

(99)　Vgl. Alexy (Anm. 47), S. 56–59.　邦訳187–189頁。

名宛人（国家）・対象の態様（侵害行為をやめること）を除くと、「表現の自由」という単なる「為されるべきもの（Gesolltsein）」が残る。これが「根本原理」である。

Alexy によれば、この「根本原理」は、「主観的権利としての性質を持つものであれ、客観法的な性質を持つものであれ、任意の具体的な基本権上の諸要請を解釈学上根拠づける出発点として用いることができる」に過ぎない(100)。「根本原理」は、いわゆる主観的権利と客観法の区別に対し中立的である。このような「根本原理」は、「きわめて内容のない解釈学上の定式であるが、その助けによって、基本法の基本権規定に、防御権を超えた基本権の意味内容が付与される(101)」。

要するに、「抽象化」とは、「根本原理」、すなわち実現されるべき「価値」としての基本権上の自由を確認するための技巧に過ぎない。確かに上述の自由保障の意味の変容を承認すれば、「根本原理」に立ち戻ることで、例えば「表現の自由は、これを保障する」という条文について、憲法は「表現の自由」の実現を目指しているのであるが、そのために国家に基本権上何が要請されているのか、「これを保障する」とはいかなる意味かという思考が可能になる。しかし、「根本原理」それ自体が保護義務の根拠となるわけではない(102)。自由を保護するよう国家を客観的に義務付ける規範が解釈によって導出できることは、別途、根拠を必要とする。

（100） Vgl. Alexy (Anm. 47), S. 57–58.　邦訳187–188頁。

（101） Vgl. Alexy (Anm. 47), S. 58–59.　邦訳189頁。

（102） Vgl. Alexy (Anm. 47), S. 58–59.　邦訳188–189頁。この他、Isensee が「価値秩序を援用することは、保護義務の潜在的な可能性を示しはするが、保護義務が実際に効力を有するということを示すものではない」と指摘している（vgl. ders. [Anm. 4], Rn. 169）。根本原理は「防御権の頸木から逃れ、全方位性を獲得するとともに、国家に対する不作為請求だけではなく、作為請求あるいは国家の作為義務へと具体化しうる」と小山は述べているが（小山・前掲注［2］②62頁を参照）、実定憲法上の法的義務として保護義務を論じるためには、「国家の作為義務へと具体化」している、ということが示されなければならない。

⑵最適化命令としての「原理」

以上に対し、「原理」とは、松原のいうように、「事実的可能性と法的可能性との関連において、可能な限り高度にあるものが実現されることを命じる規範」である。しかし、Alexy は「主観的権利を付与する規範も、国家を客観的に義務付けるに過ぎない規範も原理としての性格を持ち得る」と論じていることからして、この「原理」というのは、上述の「根本原理」の具体化といえる、主観的権利を与える基本権規範や国家を客観的に義務付ける基本権規範に付与されるべき規範の性質であると思われる(103)。そうであるとすれば、「原理」論は保護義務の規範の性質についての議論であり、「根拠」ではないだろう。

また、松原のいうように、基本権は、あらゆるベクトルで基本権法益の最適化を求める規範であり、私人によってそれが侵害された場合に国家に対し最大限の実現を義務付ける――それゆえ、裁判所による比例原則の統制に服する――という、その一現象形式が保護義務であるという理解が、Alexy の理解として適切であるとしよう。しかし、その場合には、何故、あらゆるベクトルで最大限の実現を国家に命じる規範的性格が基本権に認められるのか、ということが今度は基礎付けられなければならない。また、このような基本権の理解は、立法者の決定の余地を広範に裁判所が奪うことになるという、重大な問題を孕んでいる(104)。

2.「道徳的人権論」という観点

では、松原のいう「道徳的人権論」という観点はどうであろうか。この道徳的人権というのは、憲法制定以後にあっては、基本権の客観的価

(103) Vgl. Alexy (Anm. 47), S. 54–56. 邦訳184–186頁。とりわけ、保護義務について、vgl. Alexy (Anm. 50), S. 420–428.

(104) この問題については前掲注（90）の議論の他、小山・前掲注（16）243–247頁、拙稿・前掲注（６）法学論叢177巻３号86–91頁を参照。

値秩序の側面（Alexy のいう「根本原理」）に対応するものと推察される。では、「道徳的人権の特徴である普遍的性格の補償が求められる」ことから、直ちに、実定憲法上の法的義務としての保護義務が根拠付けられるといえるであろうか。

やはりこれも困難というべきであろう。松原が批判として正しくも想定しているように(105)、「道徳的人権の普遍的性格の補償については、……民主的決定プロセスに委ね、ただ議会の法律によってのみ果たされるべきである」という反論が成り立ち得る。そして、基本権規定の規範内容は原則的には、国家に対し自由の侵害を禁止し防御権を保障することにある、という理解を重視するのであれば、この反論の方が素直な立場であろう。「現実の民主制に対する一定の不信」から、防御の側面を超えて、自由の保護についても裁判所に一定の役割が憲法上要請されているといえる論拠はどこにあるのであろうか。基本権規定の原則的な規範内容についての上述の理解がそもそも誤りである、という大上段の議論を回避するとすれば、防御権という枠の下では立法者の決定に委ねられる領域に、裁判所が統制を及ぼすことも必要であるという決定を憲法が行っているという根拠が示されなければならない。

3．条文上の端緒の欠如

そうであるとすれば、日本国憲法とは異なり、基本権の章の冒頭に基本法１条１項という人間の尊厳を保護する国家の法的義務を明示した規定が基本法にはある、ということは、保護義務の導出にとって決定的に重要な違いであろう。条文が解釈の出発点である以上、明文規定の存在は単純であるが強力な論拠となる。「これ（人間の尊厳：筆者注）を尊重し保護することは、すべての国家権力の義務である。」とし、「尊重」と並び「保護」を義務として明文化する中に、防御権に加え、基本権上の

（105）　松原・前掲注（２）②135頁を参照。

自由を保護する法的義務の承認が見出されるのであり(106)、この明文規定をもってようやく、実定憲法上の法的義務としての保護義務を承認するというかたちでの「価値」実現のプロセスを採用したということが根拠付けられる。かような明文規定を持たない日本国憲法の下では(107)、ドイツのように基本権の一般論として、実定憲法上の法的義務としての保護義務について語ることは、困難であると言わざるを得ないだろう。

終章　「自由」の保護の論じ方

1．承前

以上見てきたように、我が国でも、基本権上の自由を実現されるべき「価値」として捉え、「立法・行政・裁判は、そこから指針と刺激を受け取る」という議論は可能であろう。①憲法は立法者に「価値」として把握された基本権上の自由の保護を期待・許容している、そして、②立法者が法律を制定した場合には、その具体的決定に従い、あるいは一般条

(106)　例えばSternは「保護義務の規範的な端緒は、基本法1条1項2文である」と述べている（ders. [Anm. 42], Rn. 86）。この他、保護義務の根拠として基本法1条1項の明文規定に言及するものとして、vgl. Manssen (Anm. 7), Rn. 50；H. Klein (Anm. 4), S. 492–493.　前述のように、Isenseeも基本法1条1項が根拠の一つであることは否定していない（前掲注［43］を参照）。

(107)　「人間の尊厳」と「個人の尊重」の意味の重なり合いを指摘し、基本法1条1項同様、憲法13条が保護義務の根拠になるという見解があるが（戸波・前掲注［2］②731頁、更に桑原・前掲注［2］124–125頁も参照）、実定憲法上の法的義務としての保護義務を導出する上で重要なのは、基本法1条1項の「人間の尊厳」という文言ではなく、第二次堕胎判決が強調するように「保護」という文言であろう（前掲注［42］を参照）。「個人の尊重」、あるいはそこから帰結される人間の自律的生の実現が憲法上かかげられた国家の目標であったとしても、本文で述べたように、それを実現するために憲法はどのようなプロセスを構築しているのかが、基本権の問題としても問われなければならない。「人間の尊厳」と「個人の尊重」の意味の重なり合いを指摘するだけでは、保護義務の根拠付けとして不十分である。

項や不確定概念が用いられている場合でも、憲法上の「価値」の実現が命じられていると推定して、行政と裁判所は具体的な事件で法律を解釈･適用するのである。この意味で、基本権上の自由を「立法指針」、あるいは法律の「解釈指針」として機能させるというかたちで、基本権論を展開することはできよう。

他方で、実定憲法上の法的義務として保護義務を導出するという場合、日本国憲法の下では、基本法１条１項のような保護も命じる明文規定を欠くという、条文上の決定的な違いがある。実定憲法上の法的義務――少なくとも、裁判所に立法不作為違憲の統制を可能にする規範――として保護義務を承認することが、基本権規定の原則的な規範内容、すなわち防御権という枠の下で想定される､「価値」実現のプロセスを修正するものであるだけに、この修正を認める条文上の端緒がないというのは、日本国憲法の下で保護義務の導出を否定する決定的な理由となろう。この条文上の違いを踏まえる限り、日本国憲法の下では、実定憲法上の法的義務としての保護義務は導出できない、それゆえ、立法の次元（更には法律の解釈・適用の次元）において達成されるべき保護の下限を、基本権規定から直接的に設定することもできない、とするのが素直な解釈であろう。

確かに、自由保障の意味の変化を承認する以上、基本権規定の規範内容は防御権の保障に限られない、という可能性は留保される。だが、我が国で保護義務を論じる狙いが、主として法律の解釈・適用の次元に憲法上の要請を及ぼす基盤の提供にあるというのであれば、上述の条文上の違いを超えてまで、実定憲法上の法的義務としての保護義務の導出を考え、従来的な「価値」実現のプロセスに変更をせまるよりも、まずは、基本権の背後には全方位的な「価値」があるということを受け止め、従来のプロセスの中で「価値」を実現する方策の検討を行うことが、課題というべきではないだろうか。そこで最後に、今後の課題の設定という

意味も込めて、その方策について幾つか観点を指摘することにしよう。

2．法律の解釈・適用の次元――「憲法志向解釈」

実定憲法上の法的義務としての保護義務が観念できないとすれば、基本権から直接的に法律の解釈・適用において達成されなければならない保護の下限――それを下回る場合は違憲になるという意味での下限――を設定することはできない(108)。それゆえ、個別法律の解釈の問題として保護の水準を導き出すことが必要になる。そこで、憲法論としては、法律の解釈・適用の次元においては、基本権上の自由を解釈指針として機能させ、「価値」に親和的に個別法律を解釈していくこと、すなわち、「憲法志向解釈（verfassungsorientierte Auslegung(109)）」という解釈手法が、まずは検討されるべきであろう(110)。

既に我が国でも議論されているところであるが、例えば第三者の原告

(108) 保護義務はあくまで法律の解釈･適用に際して達成されるべき保護の下限を設定するに過ぎない。保護義務は法解釈の「振幅の余地を縮減」しはするが、一義的な解釈を提供するものではない（小山･前掲注［2］②65頁を参照）。それゆえ、仮に保護義務を承認したとしても、三極関係において、防御権と保護義務から生じる上限と下限の間で行われる法律の解釈・適用に、なお憲法から導きの糸を与えようとするならば、基本権の客観的価値秩序の側面の解釈指針としての機能が検討されなければならない。

(109) Horst Dreier によれば、「憲法志向解釈」とは「憲法上の諸原理、特に基本権保障の意味と重要性を包括的に考慮し、その作用の程度を可能な限り高める」法解釈のことであり、いわゆる「憲法適合的解釈（verfassungskonforme Auslegung）」とは区別される。「憲法適合的解釈」においては、憲法の規範内容に違反する特定の解釈を排除し、消極的に憲法違反を回避することが問題となる。これに対し、「憲法志向解釈」においては、とりわけ、立法･行政･裁判に指針と刺激を与える、基本権の客観的価値秩序の側面を背景に、憲法に親和的な解釈を促進するという積極的な側面が問題になるという。Vgl. Horst Dreier, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung?, Die Verwaltung 36, 2003, S. 111–112.

(110) 「憲法志向解釈」及び「憲法適合的解釈」の概念分析・整理については、原

適格について、「保護規範説の枠内でいわば基本権保護を読み込む手法」[111]などが「憲法志向解釈」の一例と言えよう。また、規制権限不行使の文脈で行政の作為義務を基礎付ける上で、被侵害利益の考慮において、「価値」としての基本権上の自由を考慮するというのも同様である[112]。「価値」としての基本権上の自由の性質、解釈指針としての機能を精査し、憲法学の側からも個別法律の解釈、構造の分析を行い、あるいは判例を検討することが、法律の解釈・適用の次元における課題であろう。

3．立法の次元

保護の水準の決定が個別法律の解釈の問題となる以上、保護を実効的に行うためには、個別法律の「質」を高めることも必要になる。立法の次元では、差し当たり裁判所が立法不作為違憲の統制を行い基本権上の自由を保護する法律の整備を促すことはできないとしても[113]、立法過程それ自体に目を向け、その中で基本権上の自由を立法指針として機能させ、

島啓之「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察（二・完）」阪大法学64巻6号（2015年）260–266頁が詳しい。

（111）　神橋一彦「原告適格論における憲法論の可能性」法学教室383号（2012年）93頁。更に、同「原告適格論と憲法の視点」立教法学82号（2011年）249–255頁の他、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（弘文堂、2009年）104–107頁も参照。

（112）　例えば松本和彦は、前掲注（21）の亘理の見解を批判しつつ、「泉南アスベスト事件のように、長期間に及ぶ行政過程全体に対して動態的な判断過程審査を行う必要がある場合は、基本権法益の『重み』によって根拠法令の解釈が方向づけられるような見方をしなければならないのであり、ここに基本権保護義務の援用の場が一つある」とする（松本・前掲注［21］95頁）が、保護義務を持ち出さずとも、基本権上の自由の解釈指針としての機能を検討することで、このような「見方」は可能になるのではなかろうか。また、ここで保護義務を援用することで、どの程度までこの「見方」が誘導されるのかは松本の議論から必ずしも明らかではないが、積極的な解釈の方向づけを狙いとしているのであれば、前掲注（108）で述べたように、それは基本権上の自由の解釈指針としての機能に期待すべき問題であろう。

あるいは抽象的な指針を具体化していく方策を検討することが考えられる。例えば、消費者法の領域では、当初は規律密度の低い法律を定め、基準の具体化は省令に委ね、後に省令の定めの一部を法律の要件とすることが行われる(114)。また、民法90条（公序良俗）や民法95条（錯誤）・民法96条（詐欺）等に関する判例の積み重ねを見て(115)、例えば消費者契約法のように、より消費者保護に適した民事法の制定が行われている(116)。これらは、法律よりも下位の次元で指針の具体化が実験的・問題発見的に行

（113） 但し、保護義務を否定した場合でも、基本権上の自由を保護する法律が整備され、発展していくに応じて、「平等原則」を介して裁判所が立法者に対し統制を行い、制度の平準化がなされる可能性が増すということはありうる。

（114） 例えば、特定商取引法（旧・訪問販売法）における、訪問販売についての「故意の事実不告知」の規制が挙げられよう。特定商取引法の前身である訪問販売法において、昭和63年改正で、事業者の不当勧誘行為規制として、主務大臣の指示・業務停止命令といった行政処分の規定が制定された当時、訪問販売に関しては「故意の事実不告知」は通商産業省令によって規制対象とされていた（昭和63年改正にかかる訪問販売法５条の３第２号､同法施行規則６条の２第２号)。しかし、その後、平成７年12月の産業構造審議会答申において「通商産業省令で定められている指示命令の対象行為を可能な限り法律において明確化すべき」との指摘がされたことを踏まえ、故意の事実不告知がある程度確定した不当行為の類型であると考えられたことから、平成８年改正において、法律で「故意の事実不告知」が規定されることとなった（平成８年改正の訪問販売法５条の３第２号)。以上につき、通商産業省産業政策局消費経済課編『平成９年度版訪問販売等に関する法律の解説』（通商産業調査会出版部、1997年）108頁を参照。なお、産業構造審議会でこの旨の指摘がされたのは、直接には連鎖販売取引に関する規制についてである（平成７年12月の産業構造審議会答申については、『平成９年度版訪問販売等に関する法律の解説』515頁を参照)。

（115） 消費者契約法の立案過程で参考にされた裁判例については、例えば、経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『消費者契約法（仮称）の具体的内容について』（大蔵省印刷局、1998年）79–85頁、88–93頁を参照。

（116） なお、消費者取消権の整備などは、まずは「契約自由」の内容形成の問題として論じられるべきであろう（拙稿･前掲注［16］自治研究91巻４号104–111頁を参照)。しかし、内容形成の場合も、まずは立法指針を充たした法律の整備が求め

われ、その結果が法律へとフィードバックされていると捉えることができないだろうか。あるいは更に、行政規制と民事法の相互参照を行い、規律密度を高め、行政規制と消費者取消権の要件を接合させるという現象もみられる(117)。行政規制も民事法も、「価値」としての基本権上の自由を実現する道具立てでもあるとすれば、必ずしも相互の関連性が明らかに

られるので、立法過程の分析は不可欠である。度重なる改正を経て発展してきた消費者法の立法過程は、憲法上の立法指針を充たす法律の整備を考える上で、検討すべき素材に満ちていると思われる。

(117)　特に注目されるべきは、平成16年の特定商取引法改正であろう。多少長くなるが、ここでその経緯と内容を紹介しておこう。

平成14年度において、販売目的を隠して消費者にアプローチし、巧妙・執拗・欺瞞的な勧誘を行う点検商法等での消費者トラブルが増加し、勧誘を行う中で「商品を買わなければならない切迫した必要性があると思わせるような虚偽の事実・事情を説いて、契約締結に結び付けてしまうこと」、「重要事項について、販売業者等が故意に事実を告げない」ことが問題点として指摘されていたことを受け、平成16年２月の産業構造審議会消費経済部会・割賦販売部会報告書において、訪問販売等における不実告知・故意の事実不告知に関する規制の強化が求められた（改正の背景と、平成16年２月の報告書については、経済産業省商務情報政策局消費経済部消費経済政策課編『平成16年度版特定商取引に関する法律の解説』［経済産業調査会、2004年］596-600頁、602頁を参照）。また、民法の詐欺（民法96条）は「二重の故意」が要件となり、消費者契約法の消費者取消権においては、立案担当者の解説によれば、その範囲を画する「重要事項」は契約客体の内容・取引条件に限定され（消費者庁消費者制度課編『逐条解説消費者契約法第２版補訂版』［商事法務、2015年］142-148頁を参照）、「不利益事実の不告知」の場合には事業者の先行行為が要求されるため、民法や消費者契約法の規定では契約を取り消せない場合も多く、消費者の救済が困難な状況にあった。これらの問題状況を踏まえ、平成16年２月の報告書において、「特定商取引の対象である各取引類型は、……消費者、個人がトラブルに陥るおそれが相対的に高い」ところ、各取引類型に対応した既存の行政規制に「加えて、同法が、公正な取引ルールを設定し、消費者・個人と事業者の間のトラブルを防止し、その救済を容易にする等の機能を強化するため、行政規制と一体で、各取引類型の特性を踏まえた適切な民事ルールを整備することが必要である」との指摘がされた（『平成16年度版特定商取引に関する法律の解説』600-601頁）。

されないまま並存する行政規制と民事法を結びつけ、相互参照の可能性を高める紐帯、相互参照による法発展を促す契機として「価値」を利用することも考えられるのではないだろうか。こういった立法過程を分析し、「価値」の実現という観点からその意義を検証していくことも、今後の課題となろう。

以上を受けて、平成16年特定商取引法改正において、まず、不実告知禁止等の対象事項が列挙され、要件の明確化が図られることになった（訪問販売については、平成16年改正の特定商取引法６条１項２項）。訪問販売の規定を見てみると、改正前は告知事項の定めが「顧客又は購入者若しくは役務の提供を受ける者の判断に影響を及ぼすこととなる重要なものにつき」となっていたのに対し、６条１項１号から７号まで７つの事項が告知事項として列挙されている。このうち、６号において「顧客が当該売買契約又は当該役務提供契約の締結を必要とする事情に関する事項」が告知事項として掲げられている。また、上述の改正前の定めに対応して、７号は「前各号に掲げるもののほか、当該売買契約又は当該役務提供契約に関する事項であつて、顧客又は購入者若しくは役務の提供を受ける者の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの」と規定され、「契約内容のみならず当該契約に関連ある事項」を広く対象とする受け皿条項として位置づけられている。この禁止行為の列挙については、「消費者保護の観点から、規制の実効性を高めるため、可能な限りこれを具体的に列挙し、構成要件の明確化を図ることとした」と説明がされている（『平成16年度版特定商取引に関する法律の解説』60頁を参照）。そして、この規制に対応させる形で、不実告知・故意の事実不告知の場合の消費者取消権が導入された（訪問販売については、平成16年改正の特定商取引法９条の２）。その結果、民法や消費者契約法では取り消せない場合であっても、契約を取り消すことができるようになった。不実告知については、６条１項６号・７号の事項も含むとされ、契約客体の内容・取引条件に関するものに対象が限定されていない。また、故意の事実不告知についても先行行為が不要である点で、消費者契約法よりも取消しが認められる範囲は広くなっている（以上につき、山本敬三『民法講義Ⅰ総則第三版』［有斐閣、2011年］292-293頁も参照）。