

「指導原理」・客観法・憲法上の権利

篠原永明

目次

- I はじめに
- II 現状の確認：「指導原理」としての憲法上保障された自由
- III 自由保障の「私益」保護＝境界設定モデルと「指導原理」実現モデル
- IV 基本権規定の規範内容を捉える観点
- V 基本権規定の客観法としての内容
- VI 憲法上の権利としての基本権
- VII おわりに

I はじめに

信教の自由や表現の自由等、法制度がなくともその対象が差し当たり観念可能な、自然的自由を保障した規定（以下、「自然的自由保障型基本権規定」という）は、なぜ、国家に対し憲法上保障された自由の侵害を禁止し、個人の対国家防衛権を保障したものと解されるのか。我が国の通説的議論がこのことを自明視してきたということは疑いないが、我が国の通説的議論における憲法上保障された自由の取扱いを前提にする限り、それは決して自明のことではない。というのも、我が国の議論においては、憲法上保障された自由は、国家権力によっても実現されるべき

「価値」、ないし、共同体における秩序形成の「指導原理」⁽¹⁾として従来論じられてきたからである(Ⅱ)。しかし、憲法上保障された自由が「価値」ないし秩序形成の「指導原理」であるとすれば、それは、国家だけでなく私人によっても実現が妨げられうるものであるし、私人だけでなく国家によっても実現されうるものでもある。そうすると、こうした「価値」ないし秩序形成の「指導原理」を実現する上で、個人等、社会

(1) 用語法については本文で改めて述べるが(Ⅱ)、国家を名宛人とする基本権規範とは一応区別され、共同体において実現されるべき「価値」として憲法上位置づけられた「人権」、基本権保護義務論にいう「基本権法益」のように、法律の制定や法律の解釈・適用の次元にも反映されるべきものとして扱われる憲法上保障された自由の性格を、本稿では主として、「指導原理」という用語で論じる。これらの議論においては、憲法上保障された自由は、憲法のレベルで何か内容の詰まったものが掲げられているというのではなく、憲法の構築するプロセスの中で、社会の諸力や国家の活動を通じて実現が目指されるべきものとして位置づけられている。こうしたことからすれば、「価値」というよりも、共同体における秩序形成の「指導原理」という語を用いた方が、憲法レベルでの内容の抽象性と、憲法の構築するプロセスの中で実現されるものという性格を表す上で適切ではないかと思われる。

こうした憲法上保障された自由の性格は、ドイツでは「基本権の客観的価値秩序の側面」あるいは「客観的原理」と論じられているものに対応する。そこで「客観的価値」あるいは「客観的原理」と言われているのも、憲法の構築するプロセスの中で、社会の諸力や国家の活動を通じて実現が目指されるべきものという程度のものである。いわゆる「基本権の客観的価値秩序の側面」の議論についての筆者の理解としては、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。なお、ここでは筆者は、共同体における秩序形成の「指導原理」としての憲法上保障された自由を、「憲法原理としての自由」と呼んでいる。また、ここでいう共同体は、主として Konrad Hesse の「共同体 (Gemeinwesen)」概念に依拠し、権力的・政治的決定に関わる「組織された人間の作用の統一体」である「国家」と、それ以外の作用としての「社会」の区分を前提に、両者を包含した全体という意味で用いている。Hesse の「共同体 (Gemeinwesen)」概念についての筆者の理解としては、拙稿・法学論叢175巻6号88-90頁を参照。

の諸力と国家との様々な関係が観念されうることになり、「価値」ないし「指導原理」を掲げる基本権規定が、何故、国家に対し自由の侵害を禁止し、個人の対国家防御権を保障した規範としてのみ捉えられるのか⁽²⁾、いやそれどころか、そもそも何故、国家に対し自由の侵害を禁止し、個人の対国家防御権を保障した規範と解されなければならないのかさえ、疑問視されることになる⁽³⁾。

それでは、憲法上保障された自由の「価値」ないし秩序形成の「指導原理」としての性格を肯定する場合（Ⅲ）、自然的自由保障型基本権規定の規範内容は如何なるものとなるのか、換言すれば、自然的自由保障型基本権規定から国家に対する如何なる義務が導出されるのか（Ⅳ・Ⅴ）。そこでは、憲法上の権利としての基本権はどのように捉えられてくるの⁽⁴⁾

(2) 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)147-148頁も参照。

(3) 憲法は、国家にこそ「価値」ないし「指導原理」の実現を要請していると考えるのであれば、基本権規定からは「国家は自由を実現しなければならない」という作為義務がまずもって導出されるべきことになる。この場合、自由の侵害という観点はこの作為義務の不履行の一要素へと解消されうるのであり、そうであれば、基本権規定が対国家防御権を保障したものであるとも、当然には言えなくなる。

(4) この点に関して、従来の議論は「一定の自由・利益が憲法レベルで保障されているという漠然たる水準に止まり、その自由・利益が国家を義務づける『憲法上の権利』であるという自覚的な徹底の試みが登場したのは、実は最近のこと」であるという指摘がされている(宍戸常寿「『憲法上の権利』の解釈枠組み」安西文雄他『憲法学の現代的論点 第2版』[有斐閣、2009年]253-254頁)。「権利」の意義や機能について、従来の憲法学は真剣に議論してこなかったという指摘である。この指摘に引き付けて言えば、本稿は、憲法上の権利の意義や機能を問う試みの一つでもある。但し、この指摘にいう「自由・利益」とは個人の自由・利益のことを指すと思われるが、その限りで、個人の自由・利益からではなく、秩序形成の「指導原理」の想定から議論をはじめめる本稿は、「その自由・利益が国家を義務づける『憲法上の権利』であるという自覚的な徹底の試み」と完全に合致するわけではない。

か(Ⅵ)。我が国の議論は、その批判にかかわらず⁽⁵⁾、「基本権の客観的価値秩序」の側面を承認する戦後ドイツの基本権論と同じ軌道に載っていることは、既に指摘されているところである。本稿では、憲法上保障された自由を「客観的価値」あるいは「客観的原理」として位置づけた上で自覚的に基本権論を発展させてきた戦後ドイツの議論を参考にしつつ⁽⁷⁾、簡単ながらこれらの問いについて検討することにした。

Ⅱ 現状の確認：「指導原理」としての憲法上保障された自由

とはいえ、まずは議論の前提として、我が国で憲法上保障された自由が、国家権力によっても実現されるべき「価値」、共同体における秩序形成の「指導原理」として論じられてきたという点につき、敷衍しておこう。基本権の総論において、憲法上保障された自由のこうした取扱いがみられるのは、とりわけ私人間効力の議論(1.)と「公共の福祉」の議論である(2.)。

1. 私人間効力論

たとえば、いわゆる私人間効力論の通説とされた間接適用説(ないし間接効力説)においては、私法の一般条項を「人権規定の趣旨」を取り込んで解釈する手法が探求されてきた。間接適用説の理論構成の不明確さはしばしば指摘される⁽⁹⁾ところであるが、この議論の狙いが、国家を名

(5) 例えば、芦部信喜『宗教・人権・憲法学』(有斐閣、1999年)229-234頁を参照。

(6) 櫻井・前掲注(2)146-154頁、とりわけ152頁の注(21)の他、西原博史『自律と保護』(成文堂、2009年)170-173頁を参照。

(7) ドイツの用語法については、前掲注(1)を参照。

(8) いわゆる間接適用説については、まずは、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法第6版』(岩波書店、2015年)112頁を参照。

(9) すなわち、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(甲南法学'16)57-1・2-148(148)

宛人とする基本権規範の背後に、私人間でも妥当する「価値」を想定し、それを国家の手によって私人間でも実現させようとする点にあることは疑いない。近年では、「基本権保護義務」論の観点から、より精緻な理論構成が試みられている⁽¹⁰⁾が、そこでは、私人間でも実現されるべき「価値」に関して、「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」⁽¹¹⁾、などと論じられている。この「基本権法益」なるものは憲法上の法益とされるが、基本権保護義務論の代表的な論者である小山剛によれば、それは、基本権規定の規範内容——

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」というが（芦部・前掲注〔8〕112頁）、「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、「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問題点が指摘されている（小山剛「基本権の私人間効力・再論」法学研究78巻5号〔2005年〕46-47頁を参照）。

- (10) 「基本権保護義務」についての筆者の簡単な整理として、拙稿『『基本権保護義務』の成否についての若干の検討』甲南法学56巻1・2号（2016年）33頁以下。また、我が国での「基本権保護義務」論については、その注（2）の各文献を参照。
- (11) 間接適用説の前掲注（9）で述べた各問題点に関し、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、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（小山・前掲注〔9〕41頁・47頁を参照）。
- (12) 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）279-280頁を参照。
- (13) 小山・前掲注（9）62頁、同『基本権の内容形成』（尚学社、2004年）239-242頁を参照。そこでは、Alexyの議論に依拠し、「基本権法益」とは、ドイツ基本権論でいうところの「基本権の客観的価値秩序の側面」と同義とされている。基本権法益という観点については、更に、同『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）1頁・10-11頁の注（3）の他、松本和彦「基本的人権の保障と憲法の役割」

ここで小山が議論の出発点に置くのは対国家防御権である——⁽¹⁴⁾から、規範の名宛人、その行為態様、権利の主体を抽象化したものである。これは要するに、憲法上保障された自由そのものである。基本権規範の背後に法益として存在する「自由」を、私人間の関係において実現させることが、国家の義務であるというのである。

以上に対し、「近代以降の立憲主義の憲法観・人権観」の堅持を主張し、

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）36頁も参照。松本和彦は、「基本権法益とは、憲法上の権利規定によって保護されている様々な自由、行為、利益をいう。……基本権法益は客観的価値だから全方向的である。したがって、国家だけでなく私人によっても（誰からも）侵害される。」と論じている。

(14) 「基本権とは対国家防御権である」ということを議論の出発点に置き、それを基礎に「基本権法益」、すなわち本稿で言う「価値」ないし「指導原理」の次元を承認した上で、保護義務等、「自由の侵害禁止」とそれに対応する対国家防御権の保障を超えた基本権規定の規範内容の成否を論じるのは、議論の歴史的・漸進的な発展の描写という点では正しい。ドイツにおいても、戦後当初は、基本権規定は、国家に対し憲法上保障された自由の侵害を禁止し、個人の対国家防御権を保障したものであると、基本権規定の規範内容を限定して捉えようという立場が一般的であった（拙稿・前掲注〔1〕法学論叢175巻6号76-77頁を参照）。その後、それに加えて Lüth 判決が「基本権の客観的価値秩序の側面」を承認したことを受け（BVerfGE 7, 198 [204f.]）、「自由の侵害禁止」とそれに対応する対国家防御権の保障を基本権規定の第一次的な規範内容として維持しつつ、それを超えた規範内容が導出されていったということは周知の通りである。

しかし、本文で論じるように、憲法の構築するプロセスの中で達成されるべき目標としての、「価値」ないし「指導原理」の次元が一旦承認されれば、憲法上の自由保障のモデルは変容することになる。そして、このことによって、議論の発展史という点では「価値」ないし「指導原理」を生み出す母胎であったところの「自由の侵害禁止」とそれに対応する対国家防御権の保障という基本権規定の規範内容の成否は当然視され得ないことになる（Iも参照）。それ故、憲法上の自由保障のモデルを変容させるのであれば、今度は「価値」ないし「指導原理」の次元を出発点にして、「自由の侵害禁止」とそれに対応する対国家防御権の保障も含め、特定の基本権規定の規範内容の導出に至るまでの議論の枠組みを改めて検討しなければならない。これが本稿の課題である。

無適用説を再評価したとされているのが、高橋和之である。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」⁽¹⁵⁾。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、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。これに対し、「基本権保護義務」やその基礎をなす基本権の客観的価値秩序という理解によれば、対国家関係だけでなく私人間でも妥当する「価値」を憲法は含んでいることになる。しかし、「これにより、立憲主義的な憲法観・人権観から大きく一步踏み出す」というのである⁽¹⁶⁾。もともと、高橋として「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（私人間で妥当する「人権」の具体的内容：筆者注）を考えていく」ことは積極的に肯定しており⁽¹⁷⁾、思考方法において「間接効力説との実質的差異はほとんどない」と指摘されている⁽¹⁸⁾。以下の「公共の福祉」の議論も考えれば、対国家関係だけでなく私人間でも妥当する、実現されるべき「価値」を憲法は含んでいると認めた方がむしろ素直なように思われ、高橋自身が「憲法観の修正」を免れているのかは、かなり疑わしい。

(15) 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）144-146頁を参照。

(16) 高橋・前掲注（15）142-143頁・144頁を参照。更に、「基本権法益」という考えに対しても、小山剛との対談の中で、「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。……中で位置づけるということは、憲法観の修正を意味する」、と批判を行っている（高橋和之「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〕63頁を参照）。

(17) 高橋和之「私人間効力論再訪」ジュリスト1372号（2009年）157頁を参照。

(18) 長谷部恭男『続・Interactive 憲法』（有斐閣、2011年）20頁の注（27）。

2. 「公共の福祉」論

「公共の福祉」論は、「人権相互のあいだの矛盾・衝突を調整する原理としての実質的公平の原理」と定義した宮沢俊義の議論など、従来、直接的には人権制約原理として、いわば基本権の側の視点から論じられてきたものである。しかし、このことと裏表の関係として含意されているのは、基本権との関係での射程の限定があるにせよ、国家の活動は「公共の福祉」に適うものである場合に初めて許容されるということ、すなわち、国家の活動の正当化（とその限界）であった。⁽¹⁹⁾

例えば、宮沢は、上述の「公共の福祉」の理解の前提として、「民主主義的な考え方の下では、……『人間』が至上であるから、人権は、何よりも高い価値をみとめられる。人権に対抗できる価値というものは、そこにはあり得ない。ここでは、国家そのものすら人権に奉仕するために存在するとされる。」と論じており、⁽²⁰⁾ここで言う「人権」には、単なる個人の利益を超えた、国家権力によっても実現されるべき「価値」としての性格が与えられている。宮沢によれば、この「人権」の実現こそが、国家の存立目的に他ならない。それ故、「人権」の実現、「人権」相互の調整が「公共の福祉」の内実をなし、たとえ個人の基本権を制約するような国家の活動であっても、そのための国家の活動が正当化されることになる。⁽²¹⁾

この宮沢説に対して、人権制約の根拠を他の「人権」に限ることを批判する高橋和之は、「公共の福祉」を「『すべての個人』を等しく個人として尊重するために必要となる施策内容を意味する」と解し、その類型

(19) 宮沢俊義『憲法Ⅱ 新版』（有斐閣、1974年）228-240頁、同『日本國憲法』（日本評論社、1955年）198-206頁を参照。

(20) 西村裕一「人権なき人権条項論」木村草太・西村裕一『憲法学再入門』（有斐閣、2014年）116-118頁を参照。

(21) 宮沢・前掲注(19)『憲法Ⅱ 新版』230頁。

として、①「人権と人権の衝突を調整する措置」、②「他人の人権を侵害する行為を禁止する措置」、③「他人の利益のために人権を制限する措置」、④「本人の利益のために本人の人権を制限する措置」⁽²²⁾を挙げている。こうした高橋の議論は、「公共の福祉」をなお人権制約原理と位置づけるものであるが、⁽²³⁾これも逆から見れば、類型①ないし④の限りで基本権を制約する国家行為をも正当化するという議論である。そしてとりわけ、憲法上の要請として類型①が議会に対する統制としても機能する、換言すれば、裁判所が憲法を基準にして、議会の決定が類型①に適用か否かを判断できるというのであるから、そこでいう——憲法上の権利とは区別された——私人間で衝突しうる「人権」は、憲法上の位置づけを持ったものでなければならない。それ故、結局のところ、前述の私人間効力での議論にもかかわらず、高橋説においても、国家権力によっても実現されるべき「価値」として、「人権」は憲法に取り込まれていることになる。

以上に対し、「個人の人権の限界」の問題と切り離し、「公共の福祉」を「国家権力の正当性の限界」の問題として正面から論じるのが長谷部恭男である。⁽²⁴⁾この長谷部説においては、「公共の福祉という根拠に基づく国家の権威要求をくつがえす『切り札』」としての性格が人権に与えられる一方、⁽²⁵⁾表現の自由や営業の自由など、憲法上保障された自由の多くは、

(22) 高橋和之「すべての国民を『個人として尊重』する意味」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革上巻』(有斐閣、2001年)292-299頁、同『立憲主義と日本国憲法 第3版』(有斐閣、2013年)115-123頁を参照。

(23) 高橋・前掲注(22)「すべての国民を『個人として尊重』する意味」292-297頁を参照。

(24) 長谷部恭男『憲法の理性 増補新装版』(東京大学出版会、2016年)68-69頁を参照。

(25) 長谷部・前掲注(24)77-79頁を参照。したがって、この「切り札」としての人権は、本稿で扱う「価値」ないし「指導原理」としての「人権」ではない。

「社会の利益を増大させる公共財としての性格を有」するものへと再構成されている。⁽²⁶⁾これらの自由に関わる国家の活動は、社会全体の利益を低下させるものか否か、すなわち、公共の福祉という「国家権力の内在的制約を逸脱している」⁽²⁷⁾か否かが問われることになる。

3. 小括

これらの議論において、「人権」ないし憲法上保障された自由は、国家権力によっても実現されるべき「価値」として位置づけられているのであり、⁽²⁸⁾純粋な「私益」ではありえない。あるいは、憲法のレベルで何か内容の詰まったものが掲げられているというのではなく、法律の制定や解釈・適用を通じて、しかも様々な形態での実現が憲法上予定されているということからすれば、憲法上保障された自由は共同体における秩序形成の「指導原理」であるといった方が適切であろう。以下では、憲法上保障された自由を共同体における秩序形成の「指導原理」として位置づけ、社会の諸力の活動だけでなく国家の活動も通じて、現実の状態としてそれを実現していくことを狙いとする自由保障のあり方を、自由保障の「指導原理」実現モデルと呼ぶことにしよう。

なお、ドイツの基本権論との関係で別稿でも検討したところであるが、⁽²⁹⁾共同体における秩序形成の「指導原理」としての憲法上保障された自由についての筆者の理解を、以下の議論のため、ここで簡単にまとめてお

(26) 長谷部・前掲注(24)73-75頁を参照。

(27) 長谷部・前掲注(24)75-77頁を参照。

(28) 本稿で“純粋な「私益」”という場合には、国家が手を付けるべきでないものとして承認された、その意味で国家権力が実現を目指すべき利益とは消極的にしか関連付けられない、「私」の関心事でしかない利益を指している。

(29) 自由保障の「指導原理」実現モデルに対応するドイツの基本権論の整理としては、拙稿・前掲注(1)法学論叢176巻4号96-101頁・法学論叢177巻3号79-83頁を参照。そこでは、①配分原理の変容、②憲法の課題の変化、③自由保障の意

こう。まず、この「指導原理」としての憲法上保障された自由の性格について述べると、「指導原理」それ自体は法規範ではなく、憲法の構築するプロセスの中で達成されるべき目標にとどまる。このように「指導原理」の次元と法規範の次元とが区別されることで、法律の解釈・適用に憲法の趣旨を及ぼすための基礎が得られる一方、「基本権規定の名宛人は国家に限られ、基本権規定それ自体は私人を直接規律するものではない」という思考を維持することも可能となる。次いで、「指導原理」と基本権規定の規範内容との関係について言えば、「指導原理」としての憲法上保障された自由（規範の目標）に、「指導原理」の実現に関わる行為者（規範の名宛人）とその行為態様（義務の内容）、あるいは更に、対応する権利とその主体が付加されることによって初めて、ある規範内容が観念可能となる。逆に言えば、基本権規定の規範内容とは、この「指導原理」としての憲法上保障された自由を実現するための一側面として、しかも、あくまで一側面に過ぎないものとして、行為者やその行為態様等を憲法の次元で具体化したものである（自然的自由保障型基本権規定の規範内容の確定に関しては、特にⅣ・Ⅴ）。

味の変化（「境界設定」から現実的自由という「状態の実現」へ）、④基本権の客観的価値秩序の側面（憲法原理としての自由）の受容により、憲法上保障された自由と国家の活動、とりわけ立法を必ずしも対立的に把握する必要はなくなり、「憲法原理としての自由」を特定のベクトルで具体化したものとしての基本権規定から、「自由の侵害禁止」を超えた国家の義務が導出される可能性が開かれることになったと、戦後ドイツの基本権論を描写した。

- (30) 「一側面に過ぎないもの」というのは、自然的自由保障型基本権規定は極めて簡潔かつ抽象的な規定振りであり、実現されるべき状態、あるいは「指導原理」を実現するプロセスについて、基本権規定が具体的に特定し尽くしているとは考えがたく、むしろ、法律の制定や解釈・適用を通じて、様々な形態での実現が憲法上予定されていると考えられることによる。

Ⅲ 自由保障の「私益」保護＝境界設定モデルと「指導原理」実現モデル

1. 自由保障の「私益」保護＝境界設定モデル

以上確認してきた自由保障の「指導原理」実現モデルに対しては、しかし、「基本権の体系は、純粋な権利の体系であることをやめて、『義務の体系』へと変わってしまう」という指摘がされている。⁽³¹⁾確かに、憲法上保障された自由が、共同体における秩序形成の「指導原理」として位置づけられている以上、理念としては社会の側・個人の側にもその実現に配慮すべきことが憲法上要請される、という議論は避けられない。憲法上保障された自由を実現するという理由で国家による規制が正当化され、例えば、「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という文法は認めざるを得ないであろう。

このように、とりわけ法律によって「自由」を実現するという思考に対しては、「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」になってしまうという懸念、⁽³²⁾あるいは、「裁判所が目的プログラム化された憲法を振り回し、そのことによって、本来の民主政理解においては立法府に留保されているはずの指導的規範設定についての権限を篡奪すること」⁽³³⁾になってしまうという懸念が表明されている。⁽³⁴⁾

(31) 櫻井・前掲注(2) 148-151頁、更に、工藤達朗『憲法の勉強』(尚学社、1999年) 135-136頁を参照。

(32) 西原博史「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。更には、同・前掲注(6) 173-183頁も参照。

(33) 西原・前掲注(32) 24-25頁を参照。但し、議会と裁判所の関係という点で、この批判は先の「立法権に対する立憲的コントロールの手段」の放棄という批判と矛盾しうる。

そして、このような論者にとっては、「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」とし、ドイツにおける「基本権の客観的価値秩序の側面」の議論に対する批判説に依拠しつつ、伝統的な自由保障ないし基本権の理解への回帰が唱えられている⁽³⁵⁾。

ここで自由保障の「指導原理」実現モデルに対置される、「国家と社会の二元性」に基づく伝統的な自由保障ないし基本権の理解とは、19世紀的な法治国家の理解に起源を持つとされる。それは本来的には、君主制を背景に、君主に体现されるような所与の統一体としての国家とは切り離され、自律的に運営される社会の領域に委ねられた問題として、憲法上保障された自由を理解するものである。そこでは、憲法上の自由保障の意義は、まさにこの自由の領域を国家による侵害から保護する「国家から自由な領域」の保障にあり、基本権とは对国家防衛権であるという⁽³⁷⁾のである。なるほど、憲法上保障された自由は、国家が手を付けるべき

(34) こうした西原の批判は、自由保障の「指導原理」実現モデルを採用した場合の1つの可能性ではあるが、あくまで1つの極端な可能性を想定したものであり、必ずしも当たっていないことにつき、以下のIVを参照。

(35) 西原・前掲注(6)170-173頁、更には173-183頁を参照。なお、西原は、とりわけErnst-Wolfgang Böckenfördeの議論にも依拠しつつ本文のような批判を行っているが、基本権の客観的価値秩序の側面を承認するKonrad Hesseのような議論と、Böckenfördeの議論が、西原の言うように「国家と社会の二元性にこだわり続け」るか否かという「体系的な選択の問題」(西原・前掲注[6]171頁)というほど根本的に異なるものであるかは極めて疑わしい。国家と社会の関係の把握、社会国家による自由保障の意義の修正など、両者には共通する点が多く見られる。詳しくは、拙稿・前掲注(1)法学論叢176巻4号96-102頁を参照。

(36) Vgl. Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 1. Aufl., 1964, S. 34.

(37) 基本権の問題等、憲法の法治国家的な構成要素は、「国家に対する一連の制約

でないものとして承認された、純粹な「私益」の問題なのであれば、その保障は国家に対する不作為を命じる以外にあり得ないだろう。そこで個人が主張しうる権利とは、この「私益」を国家から守るための防御権でしかない、というのはわかりやすい論理である。このような自由保障の理解からすれば、私人間効力論であれ、「公共の福祉」論であれ、憲法上保障された自由を現実の状態として実現することを国家の関心事として論じることはできないというのが一貫した帰結であろう。こうした自由保障の理解は、自由保障の「私益」保護モデル、ないし、境界設定モデルと呼ぶことができよう。

と統制、すなわち、市民の自由の保障と国家権力の相対化の保障の体系のみを含むもの」であり、「統制されるべき国家それ自体は、この体系の中では前提にされている」として、ワイマール憲法下において、この伝統的理解を維持した Carl Schmitt の「配分原理」——「個人の自由の領域は国家に先立ち与えられたものとして前提にされ、つまりは、個人の自由は原理的には限定されていない一方、この領域へ介入する国家の権限は原理的に限定されている」という考え——は、我が国でも有名であろう。Vgl. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 126-128, 200-202. 尾吹善人訳『憲法理論』（創文社、1972年）159-161頁・248-250頁。

戦後においても、社会国家の規範性を否定し、法治国家の高度の形式性を理由に、この伝統的な自由保障ないし基本権の理解を維持しようとしたのが Ernst Forsthoff である (vgl. Forsthoff [Anm. 36], S. 34, 36-37, 38-49)。更には、Böckenförde のいう「自由主義的基本権理論」においても、このような伝統的理解は論じられている。Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in : ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 119-124. 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）282-286頁。但し、Böckenförde は、基本法の下において、社会国家原理による自由保障の意義の変化——すなわち「現実的自由」という状態の実現——を認めており、「国家から自由な領域」の保障という境界設定としての自由保障の理解を放棄している。Böckenförde は、伝統的な自由保障ないし基本権の理解を貫徹しているわけではない (vgl. aaO, S. 143-145. 邦訳300-301頁)。

2. 自由保障の「指導原理」実現モデルの成立可能性

以上の自由保障の「私益」保護＝境界設定モデルは、憲法上保障された自由を国家が実現するという文法を含みえないということから、「私益」保護＝境界設定モデルと「指導原理」実現モデルは二者択一の関係に立つ。このモデルの選択に関して、少なくとも前世紀後半の我が国においては、その実質はともかくとして、「私益」保護＝境界設定モデルが理想とされていたことは疑い⁽³⁸⁾なからう。また、今日でも、西原のように「私益」保護＝境界設定モデルへの純化を志向する見解も主張されている。それでは、自由保障の「指導原理」実現モデルを放棄し、「私益」保護＝境界設定モデルを採用すべきかと言えば、現行憲法上、必ずしもそうは言えないであろう。

まず、憲法上の自由保障の意味が「国家から自由な領域」の保障、国家と社会の「境界設定」に尽きるとすれば、人間の「自由」や「自律的

(38) ドイツの通説的な基本権論を、「人権を法秩序全体の最高の客観的な原理として捉え、国家はこの原理を具体化し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」に立ち「国家による自由」を強調するものであると評価した上で、「伝統的・古典的な『国家からの自由』の思想」の方を、「ドイツとは伝統も国家観も、憲法規定ないし憲法状況も異なるわが国においては、すぐれて現代的な人権理論とみるべきである」と論じる芦部信喜の議論が典型的であろう（芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』〔有斐閣、1994年〕82-86頁を参照）。1996年の公法学会においても、芦部は、「防禦権としての人権論を原則ないし基本に置かないと、日本の伝統と戦後の憲法状況の下では、人権に不当な国家権力の介入を招く恐れが大きくなるのではないかと論じ、「国家からの自由」を強調している（芦部・前掲注〔5〕229-232頁を参照）。

もっとも、芦部は、伝統的な「私益」保護＝境界設定モデルを維持しているわけではない。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、「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いうことは、既に指摘されている通りである（西原・前掲注〔6〕170-173頁を参照）。

生」といったものが国家の活動に依存していることを憲法上の自由保障は問題にすることができないことになってしまうが、社会国家であることを掲げる憲法秩序の下でこの立場が貫徹しうるのかという疑問がある⁽³⁹⁾。「人間の自由と生存を確保するためには、国家が、従来市民の自律にゆだねられていた市民生活の領域に一定の限度まで積極的に介入し、社会的・経済的弱者の救済にむけて努力しなければならなくなった」という御馴染みの議論は、上述の⁽⁴⁰⁾、「国家とは切り離され、自律的に運営される社会」という想定を修正し、「自由」であれ、あるいはその基礎とされる「個人の尊重」や「人格的自律」であれ、そういった利益を、純粋な「私益」から、国家権力によっても実現されるべき「価値」、共同体における秩序形成の「指導原理」へと憲法上変容させるロジックではなかったのか。

また、現在の民主制の下で、国家を我々のものとして構築・運営すると議論する場合には、やはり、自由保障の「指導原理」実現モデルの意義を否定できないであろう。国家を「所与の統一体」と捉えるのではなく、我々のものとして構築し運営すると論じる以上、構成員を纏め上げるためには、コンセンサスのある、最低限のあるべき秩序の構想、達成

(39) Vgl. Konrad Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: ders., *Ausgewählte Schriften*, 1984, S. 105-108. 更には、我が国で「新傾向」・「旧傾向」という対立軸（差し当たり、栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究38号〔1976年〕76頁以下を参照）の下、Hesseら「新傾向」と対比される、「旧傾向」の Böckenförde や Hans Hugo Klein などにあっても、社会国家原理を基本法が受容したことから、憲法上の自由保障の意義が、「現実的自由」という状態の実現を目指すものに変化し、国家にも自由を実現するための一定の役割が期待されるようになったということを承認している。前掲注（37）の Böckenförde の議論の他、vgl. Hans Hugo Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1972, S. 53-59.

(40) 芦部・前掲注（8）16頁。

(41) III-1. を参照。

されるべき共同の目標の設定が不可欠であろう。⁽⁴²⁾ その際に、憲法上保障された自由は所詮「私益」に過ぎず、我々が運営する国家が関心を払うべき対象ではないという消極的な論証をするのであればともかく、⁽⁴³⁾ それ⁽⁴³⁾が極めて重要な利益として承認されたが故に、国家といえどもそれを侵害してはならないと論じるのであれば、憲法上保障された自由が、あるべき秩序の構想、達成されるべき共同の目標の中身をなさないという議論の方がむしろ理解しがたい。

以上の各点を踏まえれば、我々はやはり、憲法のフィルターを通した以上、憲法上保障された自由は——たとえその由来が「私益」であったとしても——共同体における秩序形成の「指導原理」になっているということ⁽⁴³⁾を正面から受け止め、そうした足場から「基本権」という風景を眺めなければなるまい。議論の漸進的な発展ということからすれば、伝統的な「私益」保護＝境界設定モデルの枠組みに、憲法上保障された自由を実現する国家の活動の承認を接ぎ木して議論が発展してきたということは確かであろう。しかし、現時点から見れば、自由保障のモデルが転換している以上、議論の枠組みを改めて検討してみる必要がある。

3. 「指導原理」実現モデルの帰結

以上のように、自由保障の「指導原理」実現モデルを採用することは、憲

(42) Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 5–15, 290–299 ; ders., Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in : ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 308–309.

(43) 勿論、憲法上保障された自由に関して、およそ国家による調整が不要といえる程度に、憲法レベルで他の利益との調整が済んでおり、民主的に運営される国家であってもそれに手を付けるべきではない、純粋な「私益」としての明確な輪郭をもっているという解釈が可能であるならば、今日でもなお、自由保障の「私益」保護＝境界設定モデルは維持可能であろう。しかし、極めて抽象的な憲法の規定振りからすると、このような明確な線引きは困難と思われる。

論 説

法上保障された自由という「指導原理」の実現に関わる国家の活動も憲法上許容されるということの意味する。すなわち、社会の諸力と並び、「指導原理」の実現に関わる国家の権限が、憲法上認められることになるのである。そして、自然的自由保障型基本権規定は極めて簡潔かつ抽象的な規定振りであり、実現されるべき状態、あるいは「指導原理」を実現するプロセスについて具体的に特定し尽くしているとは考えがたい以上、むしろ原則として、憲法第4章以下の統治機構の定めにおいて各国家機関に割り当てられた作用の中で、「指導原理」を様々な形で実現していくことが予定されていると考えられよう。すなわち、「指導原理」を実現すべく、まずは民主的正統性という点で優位に立つ議会が様々な利益を調整し法律を制定する。そして議会が法律を制定した場合には、その具体的決定に従い、あるいは一般条項や不確定概念が用いられている場合も、「指導原理」の実現が要請されているとして、行政機関と裁判所は法律を解釈・適用するということになる。

また、「指導原理」実現モデルを採用する場合、憲法上保障された自由に関わる社会の諸力の活動は、もはや「私益」の追求としてのみ把握されるのではない。憲法上保障された自由に関わる社会の諸力の活動は、確かに「私益」を追求したものでもありうるということは否定されないが、「指導原理」の実現を目標とする憲法の見地からすれば、そうした社会の諸力の活動は、それ自体が「指導原理」の実現としても評価され、あるいは少なくとも、既存の秩序のあり方に対する批判の契機として捉えられることになる。「指導原理」実現モデルは、憲法上保障された自由を共同体における秩序形成の「指導原理」として位置づけ、現実の状態としてそれを実現していくことを狙いとする自由保障モデルであるため、憲法上保障された自由に関わる社会の諸力の活動は、その動機如何を問わず、共同体の秩序形成へと不可避的に関連付けられるのである。

IV 基本権規定の規範内容を捉える観点

1. 承前

それでは、自由保障の「指導原理」実現モデルを採用したとして、自然的自由保障型基本権規定の規範内容はどのように考えられるべきであろうか。自然的自由保障型基本権規定は極めて簡潔かつ抽象的な規定振りであるため、そこで定められているのは、あくまで「指導原理」を実現するプロセスの一側面に過ぎないとしても、憲法レベルでの重要な決定として、基本権規定が、「指導原理」の実現に関わる行為者とその行為態様、あるいは更に、対応する権利とその主体をどのように具体化しているのかが検討されなければならない⁽⁴⁴⁾。

また、ここで即座に、個人に対して如何なる憲法上の権利が認められるべきかと、個人の側に定位した問いかけをしてしまうと、「指導原理」の実現に関わる国家の活動は副次的にしか問われないものになってしまう憾みがある。憲法上保障された自由が秩序形成の「指導原理」として位置づけられるのであれば、それを実現することとの関係で多様な国家の行為態様が問題になり得るので、やはり、「指導原理」を実現するために国家権力を名宛人にする規範たる憲法が国家に何を命令・禁止しているか、まずは国家の側に定位して、その義務が真正面から問われなければならないだろう。名宛人が遵守しなければならない特定の規律を含む法命題の集積を「客観法」と呼ぶが⁽⁴⁵⁾、まずは基本権規定の客観法としての内容が探求されなければならないということである。もとより、基本権規定の規範内容をこのような統治機構に関する問題としても捉えるこ

(44) 詳細については、II-3. 及び III-3. を参照。

(45) こうした「客観法」の定義については、vgl. etwa, Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2016, Rn. 394 ; Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, §8, Rn. 2-3.

とは、自由保障の「私益」保護＝境界設定モデルの下においても当然に問題にされるべきことである。⁽⁴⁶⁾しかし、自由保障の「指導原理」実現モデルを採用する場合には、一層自覚的にこれが論じられなければならない。それ故、憲法上の権利については、基本権規定の客観法としての内容を検討した後に、客観法との関係においてその成立を改めて論じることとしよう（VI）。

では、如何なる観点の下で自然的自由保障型基本権規定の客観法としての内容が確定されるべきであろうか。憲法上保障された自由を秩序形成の「指導原理」——ドイツの用語法では「客観的価値秩序」あるいは「客観的原理」——として位置づけ、基本権規定の客観法としての内容についての議論を自覚的に発展させてきた戦後のドイツ基本権論を参考にすれば、以下の点に注目することが肝要であろう。

(46) 関連して、憲法の権利条項は、まずもって「統治機構の権限配分に関する規定」と捉えられるのではなく、「統治機構論とは隔絶した問題領域として扱われてきた」と、従来の基本権論を批判するものとして、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。

(47) なお、本文で述べた、「主観的公権」と対置されて論じられる「客観法」と、ドイツの基本権論にいう「基本権の客観法的側面」の議論は厳密には合致していない(vgl. etwa, Johannes Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 159-162)。「客観法」と「主観的権利」を巡る議論は、以下でも述べるように（VI）、客観法の存在を前提にして、如何なる条件の下で個人の権利が承認されるのかという問題を解明することに主眼がある。これに対し「基本権の客観法的側面」を巡る議論は、いわゆる「基本権の客観的価値秩序の側面」という、規範を超えた次元も含めるかたちで展開され、あるいは、防御権とその客観法としての定式化である「自由の侵害禁止」とは異なる基本権作用に関して展開されている(vgl. etwa, Hans D. Jarass, Die Grundrechte : Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen, in : Peter Badura / Horst Dreier [Hrsg.], Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II , 2001, S. 39-46. 土屋武訳「基本権：防御権と客観的原則規範」松原光宏編『現代ドイツ・ヨーロッパ基本権論』[中央大学出版部、2011年] 109-118頁)。とはいえ、「基本権の

2. 観点①——国家と社会の権限関係

第一に、例えば、Peter Häberle の「制度的基本権論」に対し向けられた批判に見られるように、秩序形成の「指導原理」としての憲法上保障された自由の実現に関わる、個人等、社会の諸力の権限と、国家の権限が認められたとして、何れが第一次的なものか、両者の関係を問うという観点である。

わが国でも既に多くの紹介がなされているところであるが⁽⁴⁸⁾、Häberle の「制度的基本権論」は、「現実的自由」を実現するための規範複合体を創設する議会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一例外関係にあるものと評価すべきではないと主張する⁽⁴⁹⁾。更に Häberle は、個人の自由とはこの規範複合体を前提とし、それに規定されながら展開されるものであると論じており⁽⁵⁰⁾、Häberle の議論は、この規範複合体の中で実現された自由な状態を、個人が享受しうる自由の内容にしてしまうという含みを持っている⁽⁵¹⁾。この「制度的基本権論」に対

客観法的側面」の議論は、その大部分において、個人の主観的権利の成否を留保しつつ、憲法上保障された自由との関係で、「自由の侵害禁止」を超えた如何なる義務が成立するかを問うているのであり、前者の「客観法」の観念と大幅に関連するのは確かである (vgl. Masing, aaO, S. 162-163)。以下では、「基本権の客観法的側面」の議論を参考にしつつも、本文で述べた「客観法」という意味での、基本権規定の客観法としての内容について取り扱う。

(48) 我が国で Häberle の「制度的基本権論」を紹介した文献として、例えば、小山・前掲注 (13) 『基本権の内容形成』45-77頁、赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』(信山社、2008年) 183-241頁・243-262頁を参照。

(49) Vgl. Peter Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz, 3. Aufl., 1983, S. 195-196.

(50) Vgl. Häberle (Anm. 49), S. 96-104.

(51) この Häberle の構想に対しては、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、規範複合体の中で実現された現実的自由それ自体を憲法上保障された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. 39], S. 60-64)。

しては、国家（とりわけ規範複合体を制定する議会）に社会の諸力が対抗する可能性が、自由保障の問題から失われてしまうという批判が展開されてきた。⁽⁵²⁾ ドイツにおいても、国家権力を自由の擁護者として無条件に信頼するのは危険であるとし、「国家は憲法上保障された自由を侵害してはならない」という不作為義務（以下、単に「自由の侵害禁止」という）を自然的自由保障型基本権規定の第一次的な客観法としての内容に据えるべきとする立場が、やはり有力である。⁽⁵³⁾

「自由の侵害禁止」を自然的自由保障型基本権規定の第一次的な客観法としての内容とするのであれば、憲法上保障された自由を如何に実現するかは、まずもって社会の諸力のイニシアチブに委ねられることとなる。⁽⁵⁴⁾ もっとも、憲法上保障された自由を秩序形成の「指導原理」として位置づけ、その実現を国家にも期待すると論じる以上、「自由の侵害禁止」という不作為義務に違反しない限りで、そして政治過程が動く限りで、国家が憲法上保障された自由を実現することは許容される。社会の諸力にその実現が独占されるわけではない。

3. 観点②——議会と裁判所の役割分担

第二に、憲法上保障された自由を秩序形成の「指導原理」として掲げることから、国家もその実現に携わるとして、各国家機関、とりわけ議会と裁判所にどのような役割が与えられているのか、国家機関相互の関係を問うという観点である。

Ernst-Wolfgang Böckenförde が、「指導原理」としての憲法上保障さ

(52) 上述の Klein の他、vgl. auch, Böckenförde (Anm. 37), S. 124-129. 邦訳 286-289頁。

(53) Vgl. Böckenförde (Anm. 37), S. 143. 邦訳299-300頁。H. Klein (Anm. 39), S. 57-59 ; Hesse (Anm. 42) Grundzüge, Rn. 287.

(54) Vgl. Böckenförde (Anm. 37), S. 123-124. 邦訳285-286頁。

れた自由に、Robert Alexy のいう「最適化命令」としての「原理」⁽⁵⁵⁾論を直接結び付け⁽⁵⁶⁾、「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い批判を行い、防御権一元論への回帰を主張したことは、⁽⁵⁷⁾我が国でも知られている。⁽⁵⁸⁾無論、ドイツにおいては、保護義務等、「自由の侵害禁止」以外の客観法としての内容も承認する議論がなお有力である。しかし、そのような論者においても、「自由の侵害禁止」を超えた客観法としての内容に「最適化命令」を及ぼすことについては、議会の実質的な決定の余地を憲法裁判所が奪うことになるとして批判が強い。⁽⁵⁹⁾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、どのような具体的な基本権上の決定要素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、⁽⁶⁰⁾

(55) 最適化命令としての原理とは、Alexyによれば、「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。Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 75 ; ders., *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, *Der Staat* 29, 1990, S. 54. 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）184頁。

(56) 但し、「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。Alexyは、基本権規定の規範内容に「抽象化」を施したものを、「原理」と区別して「根本原理」と呼び、この「根本原理」が「基本権の客観的価値秩序の側面」の内実であると論じている。Vgl. Alexy (Anm. 55), *Der Staat* 29, S. 56-59. 邦訳187-189頁。

(57) Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, in : ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 185-199.

(58) 例えば、栗城壽夫「最近のドイツの基本権論について」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（敬文堂、1994年）101-103頁を参照。

(59) Vgl. Martin Gellermann, *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande*, 2000, S. 70-71 ; Sebastian Lenz, *Vorbehaltlose Freiheitsrechte*, 2006, S. 120-121.

(60) Gellermann (Anm. 59), S. 79-80. なお、ここでGellermannのいう「内容

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。

なるほど、裁判所の違憲審査権が認められる憲法秩序の下では、基本権規定からある客観法を導出することは、その適合性についての違憲審査の可能性が開かれる結果、その限りで、民主的正統性を有する議会の判断に対し、違憲審査権をもつ裁判所の判断の優位を認めることを意味する。ここに、憲法上保障された自由という「指導原理」の実現を国家にも期待するとして、その実現について、どこまで議会の判断を優位させ、どこから、そしてどのように裁判所の判断を優位させるのかという選択の問題が生じる。

4. 小括

総じてみれば、戦後ドイツの基本権論においては、憲法上保障された自由を秩序形成の「指導原理」として位置づけた上で、様々な主体——ここでは、社会の諸力と国家権力、国家権力の中でも特に議会と裁判所が問題になっている——によるその具体化を認めつつ、あるべき「自由」の実現を1つの主体に独占させてしまうことがないよう、如何に相互の適切な関係を形成するかが問われているとあってよい。要するに、基本権規定の客観法としての内容の確定は、憲法上保障された自由の実現に関わる様々な主体の相互連関プロセスの中での、ある主体の決定を他の主体の決定に優位させる場面の割当ての問題である。

こうした自由保障の「指導原理」実現モデルを採用することに対しては、上述のように、議会によって決定されたところが基本権の保護の対象とされることになってしまう、あるいは、議会が決定すべき政治的問

形成」とは、保護義務等も含む非常に広い概念である（拙稿「立法者による基本権の保護の対象の決定（一）」自治研究91巻3号119-120頁を参照）。

(61) III-1.を参照。

題に対する裁判所の介入が阻止できなくなってしまうという旨の批判がされている。しかし、このような批判は、自由保障の「指導原理」実現モデルを採用した場合の1つの可能性ではあるが、あくまで1つの極端な可能性を想定したものであり、必ずしも当たっていない。

そして、以上のドイツの議論に学ぶとすれば、基本権規定の客観法としての内容を確定する際には、「指導原理」としての憲法上保障された自由を実現するために、憲法は国家と社会に其々どのような権限を割り当てており、更には、各国家機関——とりわけ議会と裁判所——にどのような役割を与え、憲法上保障された自由を実現するプロセスを構築しているのかという観点から基本権規定が解釈されなければならない、ということになる。その結果はドイツにおけるそれとは異なるということは当然にあり得る。

V 基本権規定の客観法としての内容

1. 承前

それでは、自然的自由保障型基本権規定の客観法としての内容はどのように考えられるべきであろうか。もちろん、上述の議論からすれば、客観法としての内容は憲法第3章の個別の条文ごとに白地から確定していくのが筋というべきかもしれない。しかし、多様な可能性に途を開くからこそ、個別の検討を行う際の導きの糸として、考え方の基本的な方向性を示しておくことにも意味があるだろう。そこで、上述の二つの観点到に照らして、以下では自然的自由保障型基本権規定の基本に置かれるべき客観法としての内容について検討することにしよう。

また、憲法上保障された自由を秩序形成の「指導原理」に据えたとして、そこから直ちに「国家はあらゆるベクトルで自由を最大化しなければならない」という法的義務を導出するとすると、所詮は国家機関に過ぎず、しかも民主的正統性という点で議会にはるかに劣る裁判所に、憲

法上保障された自由の実現に関する決定を大幅に委譲してしまうことになる。いわゆる「裁判国家」化である。これを回避するとすれば、少なくともも作為義務と不作為義務を区分し、国家の活動のベクトルごとに分節化した考察が必要であろう。

2. 客観法としての内容の確定①——国家と社会の権限関係という観点から

(1) 不作為義務

まず、自由保障の「指導原理」実現モデルを採用することから、上述のように、国家の側にも社会の諸力の側にも、憲法上保障された自由の実現に携わるという権限自体は認められることになる。それ故、国家と社会の権限関係という観点から自然的自由保障型基本権規定の客観法としての内容を捉えるとすれば、問題は何れを第一次的な権限の担い手と考えるのか、その優劣にあるということになろう。

こうした観点からして、「自然的自由」の出発点をなすところの、個人等、社会の諸力の活動を通じて、まずは憲法上保障された自由の実現が目指されるべきと考えるのであれば、「自由の侵害禁止」という不作為義務が、自然的自由保障型基本権規定の原則的な客観法としての内容とされなければならない⁽⁶³⁾。この「自由の侵害禁止」という客観法としての内容を、社会の諸力の活動を意識して定式化し直せば、「国家は自由に関わ

(62) Ⅲ-3.を参照。

(63) 自由主義的基本権理論の説明の中においてであるが、この構成においては憲法上保障された自由の実現は、個人等、社会の諸力のイニシアチブに委ねられ、社会の諸力の権限とされることになるという指摘につき、前掲注(54)の Böckenförde の議論を参照。確かに、憲法上保障された自由を秩序形成の「指導原理」として位置づける場合には、国家はその実現に無関心ではいられない。だが、そうであっても、この構成においては、憲法上保障された自由の実現は社会の諸力のイニシアチブにまずは委ねられるということに変わりはない。

る社会の諸力の活動を侵害してはならない」ということになろう。こうして、原則として国家による制約を受けることなく、まずは社会の諸力が、憲法上保障された自由に関わる活動を通じて、共同体の秩序形成に携わることになる⁽⁶⁴⁾。社会の諸力には、国家に優位するかたちで、憲法上保障された自由を実現する主体性が認められるのである。この場合、国家にも憲法上保障された自由を実現することが許容されるとしても、それは、社会の諸力の活動を不必要に妨げない限りで国家権力を発動することが許容されるというに過ぎない。

(2) 作為義務

以上の不作為義務の他に、「指導原理」としての憲法上保障された自由を実現することの許容を超えて、それを積極的に実現する国家の作為義務を自然的自由保障型基本権規定から導出することが可能か否かも当然に問われ得る。しかし、国家と社会の権限配分という点では、上述の許容規範の承認によって決定がなされているのであり、この問題はむしろ、

(64) Hesse のいう、防御権に対応した、基本権の「積極的側面」もこの趣旨で捉えられるであろう。Hesse によれば、「憲法は基本権において保障された自由を現実化するために基本権を保障する」のであり、「この自由の現実化において初めて、……憲法によって構成された、共同体の自由な秩序は生命を獲得する」。それ故、基本権は、「自由にかつ自己責任をもって、自己の生を形成し、共同体の業務に協働すべき市民の地位も規範化している」と考えられるのであるが、こう解した場合に、「そのような『積極的自由』から自由を特定の方法で行使する義務が導出され、その結果、それ以外のやり方での自由の行使はもはや基本権によって保護されないことになるというのであれば、言うまでもなく、この『積極的自由』は誤解されている」と、Hesse はいう。というのも、「憲法にとって基本権の内容を積極的に実現することが重要であるとしても、この実現を行う自由もまた憲法にとって重要であるところ、この自由は選択肢が存在する場合のみ与えられるからである」。Hesse においても、まずは社会の諸力の自由な実践を通じて、憲法上保障された自由の実現が目指されることになる (vgl. Hesse [Ann. 42] Grundzüge, Rn. 288)。

国家機関内部、とりわけ議会と裁判所の役割分担という観点から検討されるべき問題であろう。

3. 客観法としての内容の確定②——議会と裁判所の役割分担という観点から

(1) 不作為義務

まずは社会の諸力の活動を通じて憲法上保障された自由の実現が目指されるべきと考える場合に、「自由に関わる社会の諸力の活動を侵害してはならない」ということを自然的自由保障型基本権規定の第一次的な客観法としての内容にすることは、議会と裁判所の役割という点からしても、積極的に評価できよう。

先述のように、憲法上保障された自由を秩序形成の「指導原理」とするならば、まずもって議会が様々な利益を調整し、憲法上保障された自由を実現する法律を制定することは許容される。しかし、その際には、ある憲法上保障された自由を実現するための法律が、他の憲法上保障された自由に関わる社会の諸力の活動を制限するということが起こり得る（刑法230条の名誉毀損罪による表現活動の制約を考えてみよ）。この場合、「自由に関わる社会の諸力の活動を侵害してはならない」という規範に違反している限りで、違憲審査権を行使する裁判所によって議会の決定は覆され、憲法上保障された自由の実現を追求する社会の諸力の活動余地が確保されることになる。こうした構成の下では、しかし、自然的自由保障型基本権規定に関しては、憲法上保障された自由を実現するための国家権力の発動は、依然として、民主的な政治過程での決定に委ねられたままである。違憲審査権を行使する裁判所は、議会に対し、あくまで不作為を求めるといえる⁽⁶⁵⁾というに過ぎない。上述の「指導原理」を実現するプロセスへの変更は、この限りにとどまる。政治過程が動い

(65) III-3.を参照。

ていないにもかかわらず、自然的自由保障型基本権規定を根拠に、憲法上保障された自由を実現するために国家権力の発動を認める法律を制定するよう、裁判所が議会を積極的に義務付けるということはできない。

他方で、この消極面を裁判所に担当させる必要性は高い。確かに、議会は社会の諸力の権限にも配慮し、常に適切な法律を制定すると信頼できるというのであれば問題ないであろう。しかし、議会への絶対的信頼は、違憲審査制を採用する憲法とは相容れ⁽⁶⁶⁾ない。それ故、社会の諸力を憲法上保障された自由の実現に関わるアクターとして承認するのであれば、一方で、憲法上保障された自由を実現するための積極的な決定は、民主的正統性に優れる議会が担うべきだとしても、他方で、社会の諸力の権限を守るという消極面において、政治から距離をとる裁判所に議会を統制する役割を与えることには、批判の契機の外部化という点で合理性がある。

(2) 作為義務

では、自然的自由保障型基本権規定から、「自由の侵害禁止」に加え、憲法上保障された自由を積極的に実現する作為義務を導出することは可能であろうか。ここでは、そのような作為義務の中核として我が国でも論じられている、「国家は、私人等による侵害から、憲法上保障された自由を保護しなければならない」という実定憲法上の法的義務、すなわち「基本権保護義務」の議論を参考に、国家の作為義務の成否について検討することにしよう。

まず、ここで、「基本権保護義務」の実現について簡単に確認しておこう。「基本権保護義務」を認める場合であっても、通常、その第一次的名

(66) 例えば、防御権の必要性を説く文脈ではあるが、Hesseは「民主的支配といえども、権力濫用の誘惑に服してしまう、人間の人間に対する支配である」と指摘している (vgl. Hesse[Ann. 42] Grundzüge, Rn. 287)。

宛人は議会であるとされる。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、その実現は議会による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「自由」の制限を意味することが挙げられている⁽⁶⁷⁾。まずは議会に対し、「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」が命じられ、議会が保護のための法律を制定したことを前提に、⁽⁶⁸⁾行政機関と裁判所はこの法律の枠内で義務を履行することになる。

この、実定憲法上の法的義務としての「基本権保護義務」を承認することは、しかし、「指導原理」としての憲法上保障された自由を実現する、上述のプロセスに⁽⁶⁹⁾大きな変更をもたらす。すなわち、「基本権保護義務」を承認する場合は、例えば立法不作為の違憲確認が可能となる等、裁判所に対しても、憲法上保障された自由を実現するため如何なる規律を行うかを決定する役割が与えられる。しかも、違憲審査の対象とされる限りで、裁判所の判断が議会の判断に最終的に優位することになり、議会の判断余地は狭められることになる⁽⁷⁰⁾。それ故、実定憲法上の法的義務としての「基本権保護義務」を根拠づけるためには、国家にも憲法上保障

(67) 小山・前掲注(13)『基本権保護の法理』51-52頁を参照。

(68) 小山・前掲注(13)『基本権保護の法理』51-52頁（また、特に行政権に関して55頁）・前掲注(9)63-65頁、松本・前掲注(12)284-285頁を参照。

(69) Ⅲ-3.を参照。

(70) 基本権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的に言及するものとして、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）164-165頁、同「人権と国家権力」法律時報86巻5号（2014年）35-36頁を参照。この点に関して、松原光宏の「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」という指摘は正当であろう（松原光宏「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〕135頁）。

された自由の実現が許容されているということを超え、保護の一定水準につき、議会の判断に裁判所の判断を優位させるという決定を憲法が行っているということまで、論証が必要となろう。

この「基本権保護義務」の根拠付けに関して、ドイツにおいては、判例上、「人間の尊厳」の「尊重」と並び、その「保護」も明文で義務付けている基本法1条1項が根拠として強調されており⁽⁷¹⁾、学説上はしばしば、安全という国家目的から論証の補強がされている⁽⁷²⁾。これに対し、基本法1条1項のような明文で「保護」を謳う規定を持たない我が国では、ドイツとはそもそも出発点が異なる。実定憲法上の法的義務として「基本権保護義務」を承認することが、上述の「指導原理」の実現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であれば、日本国憲法の下では一般論としては、⁽⁷³⁾実定憲法上の法的義務としての「基本権保護義務」は、自然的自由保障型基本権規定から

(71) BVerfGE 88, 203 (251) ; 115, 118 (152). 詳しくは、拙稿・前掲注(10)45頁の注(42)を参照。

(72) Vgl. Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 2011, §191, Rn. 169-173, 181-184 ; Christian Callies, Schutzpflichten, in : D. Marten/ H.-J.Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band II, 2006, §44, Rn. 8-9 ; Eckart Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1635-1636. 詳しくは、拙稿・前掲注(10)46頁の注(43)を参照。

(73) 「一般論としては」というのは、自由保障の「指導原理」実現モデルを採用し、憲法上保障された自由を実現するために国家に何が命じられているのかという観点から基本権規範の内容を確定するという思考を採用する以上、筆者の議論は「基本権保護義務」を原理的に排除するものではないことによる。個別の基本権規定において例外の論証は当然に考えられる。また、「自由の侵害禁止」が自然的自由保障型基本権規定の原則的な規範内容であるという理解をそもそも否定するという方向性も当然にあり得よう。とはいえ、まずは「自由の侵害禁止」のみを自然的自由保障型基本権規定の客観法としての内容に据えた場合の「指導原理」の実現プロセスの中で、その実現手法を検討することが筋であろう。

は導出できない、とするのが素直な解釈であろう。⁽⁷⁴⁾

VI 憲法上の権利としての基本権

1. 承前

ここまでは、基本権規定の規範内容を、まずもって、憲法上保障された自由の実現に関わる様々な主体の相互連関プロセスの構築の問題として捉える必要があるとし、憲法上の権利の問題を一旦脇に置き、国家の側に定位して、憲法上保障された自由を実現する上での国家の義務（客観法）を論じてきた。ここで、「指導原理」実現モデルを採用した場合の、自然的自由保障型基本権規定の規範内容を検討するという本稿の課題からすれば、以上の客観法としての内容の確認を経て最後に、憲法上の権利としての「基本権」について論じる必要があろう。すなわち、自然的自由保障型基本権規定の客観法としての内容が、差し当たり以上に捉えられるとして、この客観法との関係で主観的権利はどのようにして成立し、どのような機能をもつのか、客観法と主観的権利の関係が問われなければならない。⁽⁷⁵⁾これは、ドイツにおいて「主観的公権 (Subjektiv-öffentliche Rechte)」論として議論されている問題である。我が国では行政法学における「原告適格」論の中に流れ込んでいる議論であるが、本来は実体的権利に関わるものであり、憲法上の権利としての基本権を考える上でも妥当する議論である。ドイツの基本権論でも、基本権規定の客観法としての内容が拡張したことを受けて、「自由の侵害禁止」以外

(74) 以上の議論について、詳しくは、拙稿・前掲注(10) 42-52頁・56-71頁を参照。

(75) 我が国でも既に指摘されているところであるが、客観法に対応して常に主観的公権が成立するとは限らない。石川・前掲注(46) 9-12頁の他、宍戸・前掲注(4) 236-239頁・253-255頁、小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』(尚学社、2016年) 147-148頁を参照。

の客観法としての内容に対応した主観的権利が成立するの否か、議論がされている⁽⁷⁶⁾。以下では、まずドイツにおける「主観的公権」論を簡単に概観するところから議論をはじめよう。

2. ドイツにおける「主観的公権」論

主観的公権は、今日一般に、個人を国家活動の客体とみなすのではなく、自律的主体として承認する法秩序の中核的構成要素であると言われる。主観的公権が認められることにより、個人は国家権力に対し法規範の遵守を求める能力を獲得し、法主体として国家権力と向き合うことになる⁽⁷⁷⁾。こうした主観的公権の成否に関する議論として、以下では、「個人の利益」に着目する伝統的理解と、それに対する近年の批判的見解を概観しよう。

(1) 伝統的理解：主観的権利の基礎＝「個人の利益」

19世紀末のドイツにおいて、Georg Jellinekは、私法の理論構成に⁽⁷⁸⁾

(76) Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III-1, 1988, S. 978-994. 井上典之他編訳『ドイツ憲法Ⅱ基本権編』(信山社、2009年) 119-134頁 [宮地基訳] ; Alexy (Anm. 55), Der Staat 29, S. 60-68. 小山剛訳「主観的権利及び客観規範としての基本権 (二)」名城法学44巻1号 (1994年) 321-329頁 ; Jarass (Anm. 47), S. 46-51. 邦訳118-122頁。

(77) Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Kommentierung von Art. 19 Abs. 4 (2014), in : Maunz / Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Rn. 117 ; Arno Scherzberg, Subjektiv-öffentliche Rechte, in : Dirk Ehlers / Hermann Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, §12, Rn. 6-7 ; Maurer (Anm. 45), §8, Rn. 4.

(78) 国家による個人の地位の承認と国家の自己拘束という Jellinek の議論は我が国でも有名である。例えば、石川健治「人権論の視座転換」ジュリスト1222号 (2002年) 5-8頁を参照。Jellinek の議論については、更に、山本隆司『行政上の主観法と法関係』(有斐閣、2000年) 117-130頁を参照。

⁽⁷⁹⁾ 倣い、「財や利益に向けられた、法秩序によって承認され保護された人間の意思の力」、あるいは「個人の利益のために法規範を作動させる能力」⁽⁸¹⁾と、主観的権利を定義した。Jellinekによれば、「意思の力」は主観的権利の形式的要素であるのに対し、個人の「財と利益」がその実質的な要素である。⁽⁸²⁾その後、20世紀初頭、Ottmar Bühlerの「保護規範説」によるドグマティックの形成を経て、⁽⁸³⁾主観的公権については、今日でも一般に、「客観法によって個人に与えられた、自らの利益を追求するために国家に対し一定の行為態様を要求しうる法的力」などと定義がされており、⁽⁸⁴⁾

(79) Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., 1905, S. 41-53.

(80) Jellinek (Anm. 79), S. 44.

(81) Jellinek (Anm. 79), S. 51.

(82) Vgl. Jellinek (Anm. 79), S. 45. 他方で、Jellinekは、「個人の利益」を保護するものではないが、法秩序が個人等に対し法的力を与えている場合につき、「形式的な主観的権利」というカテゴリーも認めている。しかし、こうした例外の承認が、実務上、「憂慮すべき結果」をもたらす——例えば、「近代国家において、通常、法秩序を保護するために適任の国家機関に与えられた能力が、個人の手中に収められてしまうことになる」とJellinekは指摘する——と、危惧感を表明している (vgl. Jellinek, aaO, S. 70-72)。Jellinekが主観的公権の基礎として「個人の利益」を重視していることは疑いない。

こうしたJellinekの見解に対して、Johannes Masingは、主観的公権の基礎を「個人の利益」に見出すことには、主観的公権を私益の保護のための道具立てに限定することで、君主制の下では専ら君主と政府によって担われるべき公益を個人が主張し、国家機関による公的任務形成と法の実現に対して影響を与えることを可能な限り防止するという政治的な意義があったことを指摘する (vgl. Masing [Anm. 47], S. 62-73)。

(83) Vgl. Ottmar Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtssprechung*, 1914, S. 21, 224. Bühlerの議論に関する邦語文献としては、差し当たり、山本・前掲注(78)141-150頁、神橋一彦『行政訴訟と権利論(新装版)』(信山社、2008年)109-118頁を参照。

(84) Maurer (Anm. 45), §8, Rn. 2. Vgl. auch, Schmidt-Aßmann (Anm. 77), Rn. 118-119, 136.

主観的公権の基礎は依然として、「個人の利益」に置かれているようである。⁽⁸⁵⁾ 我が国においても基本権の重要な要素として、「個人の利益」の保護を觀念する立場が、おそらくは一般的であろう。⁽⁸⁶⁾

この、Bühler に端を発する「保護規範説」によれば、主観的公権がある法規定から導出されるための要件は、①その法規定が客観的な行為義務を定めていること、②その客観的な行為義務が、公益のためのみならず、「個人の利益」を保護するためにも定められていること、③義務者に対し規範によって保護された利益を実現することを要求できる法的力が個人に認められていること、であるという。⁽⁸⁷⁾ もっとも、戦後、Otto Bachof の影響の下、その利益を保護することが法規範によって意図されている者に対しては、それを実現するための法的力を付与しないままにしてはならないという見解が普及したことで、要件③は形骸化し、要件②が主観的公権の成立にとって決定的な要件とされているようである。⁽⁸⁹⁾

(2) 批判的見解：「個人の利益」からの解放

この伝統的な見解に対しては、今日、例えば、(ア) 伝統的な保護規範説は公益と私益の区分を前提にしているが、公益と私益は連続的に捉えられるのであり、両者を厳格に区分することは困難であるという観点、⁽⁹⁰⁾

(85) 主観的公権を巡る議論の展開についての概略として、vgl. Masing (Anm. 47), S. 56-128 ; Ulrich Ramsauer, Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte, AöR 111, 1986, S. 503-505 ; ders., Die Dogmatik der subjektiven öffentlichen Rechte, JuS 2012, S. 770-771.

(86) 例えば、穴戸・前掲注(4) 236-237頁を参照。

(87) Bühler の他、vgl. etwa, Ramsauer (Anm. 85), AöR 111, 1986, S. 503-505, 509-513 ; Maurer (Anm. 45), §8, Rn. 8-9.

(88) Vgl. Otto Bachof, Reflexwirkungen und subjective Rechte im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 299-303.

(89) Vgl. Ramsauer (Anm. 85), JuS 2012, S. 771.

(90) Vgl. Scherzberg (Anm. 77), Rn. 4, 9. 公益と私益の連続性については、

あるいは、(イ)専ら公益や第三者の利益を実現するために——すなわち、「個人の利益」を観念できない場合にも——個人等に権限が与えられる場合もあり、これも「権利」として把握すべきであるという観点から、⁽⁹¹⁾「個人の利益」も保護するものか否かという評価は主観的公権の決定的指標たりえないと批判がされ、主観的公権の定義や保護規範説の修正が論じられている。⁽⁹²⁾こうした批判の延長で、Arno Scherzbergのように、主観的公権の意義を、客観的義務の履行の統制それ自体に見出し、規範執行を求める「法力的割当て」という指標が主観的公権の成立にとって決定的であるという見解も主張されている。⁽⁹³⁾

この Scherzberg の見解によれば、主観的公権が成立する条件は以下の

vgl. auch, Johannes Masing, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in : Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann / Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., 2012, §7, Rn. 21-32.

もっとも、伝統的な見解においても、公益と私益を厳格に区分することは困難であるという点は自覚されているところである。Vgl. etwa, Jellinek (Anm. 79), S. 71-72 ; Bachof (Anm. 88), S. 290-291.

(91) Vgl. Scherzberg (Anm. 77), Rn. 4, 9 ; Masing (Anm. 90), Rn. 102-104, 106-107, 115.

(92) Vgl. Scherzberg (Anm. 77), Rn. 4, 11. その他、Masing も、「個人の利益」を保護しているということからは、もはや主観的公権は定義できないという。その上で、「個人の利益」に資するものを主観的公権の「プロトタイプ」としつつも、「規範がその目的を達成するために、市民を共同の利益の代弁者として承認している場合」にも主観的公権が与えられるというように、その概念の射程を拡張し、保護規範説を修正すべきことを説く。Vgl. Masing (Anm. 90), Rn. 102-105, 106-107, 115. 我が国における、こうした批判的見解の紹介と分析としては、山本隆司「集团的消費者利益とその実現主体・実現手法」千葉恵美子他編『集团的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014年）224頁の脚注（22）及び225頁の脚注（27）、同「客観法と主観的権利」長谷部恭男編『岩波講座現代法の動態 1 法の生成／創設』（2014年）30-31頁、同「団体訴訟に関するコメント」論究ジュリスト12号（2015年）158-159頁を参照。

(93) Vgl. Scherzberg (Anm. 77), Rn. 4, 11.

ように再構成される。⁽⁹⁴⁾すなわち、①規範が、特定の法益・利益の保護を規律目標として追求していること、②その規範が、客観的な法拘束（と行政内部でのその確保）⁽⁹⁵⁾を超えた、この規律目標の実現を命令していること、③その規範が、必然的には限定されない一定範囲の名宛人に、そのために必要な法的力を割り当てていること、である。

(3)簡単な検討

確かに、公益と私益の連続性という観点は、今日、もはや否定できないであろう。「指導原理」実現モデルに立つ場合には、憲法の自由保障の議論としても、この観点を意識せざるを得ない。公益と私益の連続性を前提にして、なお主観的公権の意義を「個人の利益」の保護に見出す立場に立つのであれば、第一次的には社会全体の利益の実現を目的とすると考えられる国家の行為義務との関係で、問題になりうる利益をどのように構造化し、当該規範が保護する「個人の利益」をどのように切り出す⁽⁹⁶⁾のか、ということの検討が必要になる。⁽⁹⁷⁾また、この立場からは、専ら

(94) Vgl. Scherzberg (Anm. 77), Rn. 11.

(95) Scherzberg は、専ら行政法上の主観的公権の成立を論じているため、この要件②において、「行政内部でのその確保」という要素も挙げている。しかし、本稿では憲法の次元での主観的権利の成否を問題にしているので、客観法上の義務の名宛人は行政機関に限られない。それ故、ここでは、この要素は差し当たり括弧に括っておく。

(96) 山本・前掲注 (92)「客観法と主観的権利」39-41頁の他、特に消費者法の領域での「利益」に関する議論であるが、山本・前掲注 (92)「集団的消費者利益とその実現主体・実現手法」223-228頁、原田大樹『公共制度設計の基礎理論』（弘文堂、2014年）283-288頁の分析が参考になる。

(97) 主観的公権の基礎を「個人の利益」に置きつつ、公益と私益の連続性という観点を踏まえた上で、保護規範説には利益の多様性を受け止める柔軟性があると評価するのが、Eberhard Schmidt-Aßmannである（vgl. ders. [Anm. 77], Rn. 117a-117b, 130）。批判説に対する Schmidt-Aßmann の議論については、山本・前掲注 (92)「集団的消費者利益とその実現主体・実現手法」225頁の（注27）、同・

公益や第三者の利益を実現するために個人等に権限を与えることを承認する場合、それをどのように位置づけるのかも問題となる。⁽⁹⁸⁾

他方、主観的公権の定義を「個人の利益」から解放し、その意義を客観法上の義務の履行統制それ自体に見出す場合、一方で、専ら公益や第三者の利益を実現するために個人等に権限が与えられる場合にも主観的公権の成立を肯定し、他方で、ある法規範が「個人の利益」を保護している場合でも主観的公権の成立は否定するという議論も成り立ち得ることになる。しかし、「法的力の割当て」が条文上明らかとはいえない場合、では何を基準にして「法的力の割当て」の有無を判断すべきか、という問題は残る。例えば、「個人の利益」が保護されていると言える場合には主観的公権の成立を推定し、⁽⁹⁹⁾その他の場合には明文の規定がなければ主観的公権の成立を否定するというのであれば、主観的公権の概念は拡張

前掲注 (92)「団体訴訟に関するコメント」159頁も参照。

Schmidt-Aßmann は、「今日の理解によれば、保護規範説とは、法命題の主観的権利としての内容を推論する、方法論と規則についての規準の総称」であり、「その下に纏められる方法論と規則の規準は、閉じたものではなく発展に開かれている」という。規範の保護目的は、証明可能な規範制定者の意思のみから導出されるわけではなく、規範それ自体に加え、規範を取り囲む規範構造や、その制度的な枠組み条件も踏まえて柔軟に解釈されることになる (vgl. ders. [Anm. 77], Rn. 128-130)。Bühler らの保護規範説と Schmidt-Aßmann の保護規範説との比較については、差し当たり、vgl. Hartmut Bauer, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, AöR 113 (1988), S. 587-592. また、Schmidt-Aßmann の見解についての邦語文献としては、山本・前掲注 (78) 242-259頁 (特に250-255頁)、神橋・前掲注 (83) 135-162頁 (特に157-162頁) を参照。

(98) Jellinek が、こうした、「個人の利益」を保護するものではないが、法秩序が個人等に対し法的力を与えている場合につき、「形式的な主観的権利」というカテゴリーも認めていたことにつき、前掲注 (82) を参照。また、従来のな保護規範説が法秩序におけるこうした個人等の権限を十分に考慮していない点を指摘する我が国の議論として、団体訴訟との関係での議論であるが、山本・前掲注 (92)「団体訴訟に関するコメント」160-161頁も参照。

(99) 単純法律上の主観的公権の導出を念頭に置いた議論であるが、vgl. etwa, (山南法学'16) 57-1・2-182 (182)

しつつも、主観的公権の導出において問題になる実際の思考過程においては、伝統的理解とほとんど変わらないことになろう。

3. 基本権を捉える視点

主観的公権の意義を「個人の利益」の保護に見出すか、あるいは客観法上の義務の履行の統制と捉えるか等、ドイツでの議論を詳細に分析する余裕はないが、以上概観したところから、ここでは以下の二点を確認しておくことが重要であろう。第一に、主観的公権の成立について言えば、主観的公権は、国家に義務を課す客観法の存在を前提にし、「個人の利益」を保護するという目的、あるいは法的力の割当てという指標を媒介として、その客観法上の義務の履行と個人とが規範的に結び付けられる場合に成立するということである。そして、第二に、以上の構造からして、主観的公権の基礎を「個人の利益」に見出すか否かにかかわらず、客観法上の義務の履行を統制するものとして、主観的公権は機能するということである。⁽¹⁰⁰⁾ 基本権に関して言えば、上述の基本権規定の客観法としての内容を前提にし、その客観法上の義務の履行と個人とが規範的に結び付けられる場合に、憲法上の権利としての基本権は成立することになる。そして、個人は基本権の行使を通して、国家権力に対し課された客観法上の義務の履行を統制する過程に組み込まれるのである。⁽¹⁰¹⁾

なお、客観法の存在を前提にして、客観法上の義務の履行に個人が規範的に結び付けられる場合に主観的公権が成立するという思考、及び、「個人の利益」を保護し、あるいは客観法上の義務の履行を統制すると

Masing (Anm. 90), Rn. 100, 107, 115.

(100) Vgl. Scherzberg (Anm. 77), Rn. 6.

(101) 松本・前掲注 (13) 42-43頁の、「憲法上の権利は、国民個人のイニシャティヴで国家権力を統制できるようにするために、憲法により個人に与えられたものである。」という議論も、この意味で捉えられよう。

いう主観的公権の性質や機能に関する限り、自由保障の「私益」保護＝境界設定モデルを採用するか「指導原理」実現モデルを採用するかにかかわらず変化はない。「指導原理」実現モデルを採用した場合に基本権規定の規範内容の議論として変化があるとすれば、第一に基本権規定の客観法としての内容の多様性——「自由の侵害禁止」に限られない——であり、第二に、それに対応して成立しうる主観的公権の多様性が承認されるということである。

4. 基本権の導出

以上を踏まえ、自然的自由保障型基本権規定の客観法としての内容に対応した憲法上の権利としての基本権の成否について、最後に簡単に検討することとしよう。

(1) 对国家防御権

まず、「自由の侵害禁止」という不作為義務に対応して、国家に不作為を求める憲法上の権利、すなわち对国家防御権が成立することは、問題ないであろう。憲法上保障された自由に関わる、個人等、社会の諸力の活動を意識して、「国家は自由に関わる社会の諸力の活動を侵害してはならない」と定式化するのであれば、「個人の利益」という観点からは、社会の諸力の主体的活動の承認という点で、「個人の利益」も保護されているということは明白であろう。あるいは「法力的の割当て」という点でも、憲法11条・12条・13条が「国民」、憲法20条や22条などにおいては「何人も」と名宛人を示し、国家に不作為を要請する規範との関係で権利を保障するとしているのであるから、客観法に対応して、不作為義務の履行を求める法力的を割り当てていると解するのが素直であろう。こうして、秩序形成の「指導原理」という憲法上保障された自由の性格付けから出発し、「自由の侵害禁止」という客観法としての内容の確認を経（甲南法学'16）57-1・2-184（184）

て、それに対応する主観的公権が導出される過程を検討した結果、ようやく我々は対国家防御権の導出へと至ったわけである。

但し、我が国ではドイツのような憲法裁判制度を採用しておらず、また、「自由の侵害禁止」に関しては、例えば、取消訴訟や刑事訴訟において、処分等の根拠規定の合憲性を争うために客観法の違反を主張すれば、少なくとも最終的な防波堤は与えられることになる⁽¹⁰²⁾。その意味で、現行の制度を前提とする限り、「自由の侵害禁止」に関しては、それに対応する主観的権利としての基本権の成否を問う必要性は乏しいと言えるかもしれない⁽¹⁰³⁾。

(2) 作為請求権？

他方、仮に「基本権保護義務」をはじめとする作為義務の成立を認めたとして、対応する憲法上の権利を基本権規定から導出することについては、議論の余地があろう。既に述べたように、作為義務の第一次的な名宛人たる議会が、保護のための法律をまずは制定し、行政機関と裁判所は、この法律の枠内で義務を履行するとされることが予定されている。それ故、まず検討されるべきは、義務の第一次の名宛人に鑑み、例えば、「議会は、私人等による侵害から、憲法上保障された自由を保護するための法律を制定しなければならない」という客観法に対応した、立法義務の履行を求める憲法上の権利が観念できるか、ということである。お

(102) 最終的には、既存の実定訴訟制度を介するのではない「直接的な『憲法上の権利』の救済の余地」を志向するという議論ではあるが、宍戸・戸掲注（4）252-253頁も参照。

(103) 一般的行為自由に関する議論であるが、松本和彦「基本権の保護領域」小山剛他編『論点探究憲法 第2版』（弘文堂、2013年）113-114頁の、「ドイツの憲法裁判（憲法異議の訴え）と違って、日本の司法審査においては、国家行為に対する法治国家的拘束（客観法）を主観法に転換しなければならない必要性はさしあたり存在しない。」という議論も、この意味で捉えられよう。

そらく、こうした憲法上の権利の成否は、先の対国家防衛権の成否以上に意味を持つであろう。というのも、作為義務が問題になる場合は、必要な法律が制定されていないということこそが問題であるところ、必要な法律が制定されていない場合に、例えば、立法不作為の違憲確認を求める公法上の当事者訴訟を提起することが可能であるというためには、その前提として、立法義務の履行を求める憲法上の権利がなければならぬ⁽¹⁰⁴⁾と考えられるからである。

この点、「個人の利益」に主観的公権の基礎を置く見解からすれば、国家（とりわけ議会）の作為義務に対応する憲法上の権利が観念できるか否かは、当該客観法上の義務が、社会全体の利益のためのみならず、「個人の利益」の保護をも目指したものであるか否かに依存する⁽¹⁰⁵⁾。生存権の権利性を巡る議論とパラレルに考えられるであろうが、憲法上はあくま⁽¹⁰⁶⁾

(104) 興津征雄「憲法訴訟としての公法上の当事者訴訟（確認訴訟）」曾我部真裕他編『憲法論点教室』（日本評論社、2012年）178-180頁の他、宍戸・前掲注（4）253-255頁も参照。

(105) ドイツの基本権論においては、憲法上保障された自由を保護・支援することを国家に義務付ける客観法としての内容は、個人の利益のためにもなるということは否定しがたいとして、「自由の侵害禁止」以外の基本権規定の客観法としての内容に対応する主観的権利の成立を一般的に認めようとする議論も展開されている（vgl. etwa, Jarass [Anm. 47], S. 48-49. 邦訳121頁）。しかし、そうした客観法上の義務は、あくまで社会全体の利益のために憲法上保障された自由の保護・支援を義務付けているに過ぎず、個人はその結果、反射的に利益を受けるに過ぎないという構成も十分にあり得るところである。「自由の侵害禁止」を超えた基本権規定の客観法としての内容に対応する主観的権利の成立を一般的に認めることは困難であろう。例えば、Klaus Sternは、伝統的な保護規範説に依拠しつつ、「自由の侵害禁止」以外の基本権規定の客観法としての内容については、「条文の文言、精神的な発展、あるいは基本権規定を憲法に取り入れることになった歴史的経緯からしても、対応する主観的権利が保障されているとは、容易には推定され得ない」と論じている（vgl. Stern [Anm. 76], S. 978-979, 987-988. 邦訳120-121、127-128頁）。

(106) 宍戸・前掲注（4）253-255頁の他、芹沢斉他編『新基本法コンメンタール（甲南法学'16）57-1・2-186（186）

で、社会全体の利益のために「自由」を保護する立法を行う義務があるに過ぎず、刑法等の法律が制定された結果、個人も反射的に利益を受けるに過ぎないというのであれば、「個人の利益」の保護という観点からは、客観法に対応した憲法上の権利が存在するというのは困難である⁽¹⁰⁷⁾。これに対し、主観的公権の意義を客観法上の義務の履行統制それ自体に見出し、「法的力の割当て」という指標を重視する立場からすれば、この場合でも議会の義務履行を統制する契機を社会の諸力に与えるべく、政策的に憲法上の権利が承認されていると解釈することも可能であろう⁽¹⁰⁸⁾。

VII おわりに

以上、自然的自由保障型基本権規定について、秩序形成の「指導原理」としての憲法上保障された自由の性格から、基本権規定の客観法としての内容の確認を経て、憲法上の権利としての基本権がどのように成立し機能するかを素描してきた。本稿で筆者が描いてきたのは、憲法上保障された自由を共同体における秩序形成の「指導原理」として正面から認

憲法』（日本評論社、2011年）216-220頁〔尾形健執筆〕を参照。

(107) 勿論、この場合でも、例えば、議会が「基本権保護義務」を履行した結果、すなわち、「自由」を保護すべく、他の国家機関や私人に特定の行為態様を義務付ける法律を議会が制定した結果、その行為義務に対応した法律上の権利も成立する——法律上の権利が成立しないかたちで保護法律を定めることも可能である——ということは問題ない。法律上、主観的権利が成立するのであれば、その権利を争う訴訟の中で、根拠となる保護法律が客観法上の義務たる「基本権保護義務」に違反していないか否かも争うことができよう。

(108) 例えば、「国家の活動を制約する規範が客観法でしかないのであれば、その規範は単なる紙の上のものに過ぎないものになる危険がある」ので、対応する主観的権利も認めるべきであるという Hans D. Jarass の議論は、客観的義務の履行の統制手段としての主観的権利の割当てに着目するものであり、この文脈にこそ位置づけられるべきものであろう (vgl. Jarass [Ann. 47], S. 48. 邦訳120頁)。更には、vgl. Alexy (Ann. 55), Der Staat 29, S. 61-62. 邦訳・前掲注 (76) 322-323頁。

論 説

めた場合における、その実現に関わる様々な主体の相互連関プロセスの中での、各主体の役割や、憲法上の権利としての基本権の位置づけ、働きについての風景画である。

こうした自由保障の「指導原理」実現モデルに対する我が国での懸念にかかわらず、社会の諸力と国家の関係、国家機関の中でも議会と裁判所の役割に鑑みれば、自然的自由保障型基本権規範の客観法としての内容は、依然として、「自由の侵害禁止」であり、それに対応して対国家防衛権が成立するという解釈は可能であり、筆者も基本的にはこうした解釈を維持すべきであると考えている。その意味で、筆者の議論は、自然的自由保障型基本権規定の規範内容に関して、結論としては、新たな何かを付け加えるものではない。

しかし、自由保障の「指導原理」実現モデルを採用する結果、憲法上保障された自由に関わる社会の諸力の活動は、もはや「私益」の追求としてのみ把握されることはない。社会の諸力の活動は、その動機如何を問わず、「指導原理」の実現に密接に関わるものとして把握されることになり、国家と並び——いやそれどころか「自由の侵害禁止」が原則的な客観法としての内容とされることで、「指導原理」の実現に関しては国家に優位する形で——社会の諸力は、共同体の秩序形成に関わる主体として、憲法上位置づけられることになる。とすれば、社会の諸力の活動と国家の活動とが如何に関連しあいながら、「指導原理」が実現されていくのか、その動態を記述していくことが次の課題となろう。本稿はそのための布石である。

(付記)

本稿は、平成28年6月11日に大阪大学で行われた Staatsrecht 研究会における研究報告の報告原稿に加筆し、修正を加えたものである。