



Title	憲法解釈における基本権保護義務論
Author(s)	海野, 敦史
Citation	長崎大学経済学部研究年報, 26, pp.55-99; 2010
Issue Date	2010-06-30
URL	http://hdl.handle.net/10069/24469
Right	

This document is downloaded at: 2019-04-23T12:51:07Z

憲法解釈における基本権保護義務論

海 野 敦 史

Abstract

This paper examines the possibility of the introduction of “ theories for the obligation of protection of fundamental rights ” in constitutional discussions and interpretations in Japan. As the theories originate from fundamental rights under the Bohn Fundamental Law of Germany, they might not necessarily be adaptable to interpretations of fundamental rights of Japan’s Constitutional Law. Given the important need to arrive at some objective aspects of fundamental rights, it would be fair to note that these theories are effective in their reconstruction of the functions of fundamental rights. It is reasonably assumed that the need for an “ obligation of protection ” of a public authority has increased recently particularly in this era of “ risk society ” in Japan, where people face a number of situations where there is little protection of the legal benefits arising from fundamental rights. Nevertheless, care needs to be taken that the obligation is not too strict, therefore avoiding excessive intervention by public authorities in issues of fundamental rights. Thus, this obligation should, in principle, be applicable under the following conditions; 1) person is facing or will face an infringement of their legal benefits under some fundamental rights , 2) the obligation and their corresponding subjective rights are clearly identified in law , 3) the protective measures taken by public authorities are necessary to ensure “ individual respect ” as stipulated in Article 13 of the constitution.

Keywords: fundamental rights, obligation of protection of fundamental rights, dual feature of fundamental rights, individual respect, Japan’s Constitutional Law

1 序 論

近年の我が国においては、児童売春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（平成11年法律52号）、ストーカー行為等の規制等に関する法律（平成12年法律81号）、インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律（平成15年法律83号）等の例を挙げるまでもなく、日本国憲法（以下「憲法」という）における基本権¹の保障や法律上保護されるべき権利・利益の擁護等をその目的として掲げながら²、公権力又はそれに準じた存

在が国民生活に実質的に「介入」するための根拠を与えることとなる立法措置³が増加している。その背景には、さまざまな技術革新等を通じて基本権に基づく法益（以下「基本権法益⁴」という）が侵害される「リスク」が高まったために、基本権の保障という国家の役割に関して、単に「国家からの自由」（いわゆる「防御権⁵」）を保障すれば十分という状況ではなく、「国家による自由」を確保していく必要性が日常生活のあらゆる局面において増大したという事情があると思われる。仮に基本権の役割が国家による侵害を禁止する防御権的な側面のみにとどまるとすれ

ば、前述の立法措置の憲法との適合性は説明が困難になる。なぜなら、その場合においては、公権力による「介入」を排除することこそが目的となるのであって、公権力の「介入」を根拠づける立法は基本権の侵害となり得るからである。したがって、このような立法措置を憲法上「正当化」するためには、「防御権」中心型の思考から脱却し、基本権を新たに捉え直す必要があると思われる。その際に参考になると思われるのが、ドイツ連邦共和国基本法（以下「基本法」という）上の基本権に関する議論である⁶。とりわけ、基本権法益を他者による侵害から国家が保護する義務を定位した基本権保護義務論の基本的な考え方は我が国の憲法解釈論においても参考とすべき要素が多いと考えられる。

そこで本稿においては、基本法上の基本権保護義務論とその背景としての基本権に対する根本的な考え方の概要を整理しつつ、我が国の憲法解釈論に基本権保護義務論を援用しようとする場合、どのような論理的帰結が導出され得るかということについて、考察を加えることとしたい。本稿の構成としては、まず、基本権保護義務論の前提として、ドイツにおいて一般に捉えられている基本権の構造に触れ（第2節）、そこに主観的・防御権的次元と客観的・規範的次元があることを確認する。次いで、基本権の客観的次元として把握されるべき具体的内容を明らかにするために、基本権の客観法的側面を捉えた制度的保障論（第3節）、制度的基本権論（第4節）、「原理としての基本権」論（第5節）の概要について説明するとともに、基本権の客観法的側面を積極的に承認することに対して懸念を示す「基本権の規範的内容をめぐる理論」に関する学説（第6節）の概要や基本権の客観法的側面を前提とした国家論としての保障国家論（第7節）についても言及する。そし

て、それらを踏まえて基本権の客観的次元とはどのような機能を有しているのかということについて総括し、その憲法解釈論における妥当性を評価したうえで、基本権保護義務論がそこにどのように定位されるのかということ考察する（第8節）。その後、基本権の客観法的側面から定位され得るドイツの基本権保護義務論について説明し（第9節）、その憲法解釈論への援用可能性について、憲法・基本法間の相違を踏まえつつ、検討する（第10節）。これらの検討に基づき、基本権保護義務論の憲法解釈論への導入可能性について、結論を導くこととする（第11節）。以上の分析及び考察を通じて、ドイツの基本権論を踏まえた基本権保護義務論をめぐる議論の位置づけとその焦点を明らかにするとともに、我が国の憲法解釈論における「国家による自由」の確保のあり方を説明づけるための一手法として、基本権保護義務論がどのような形で有効となるのかということをはき彫りにすることが、本稿の目的である。

2 基本権の二重構造

ドイツにおいて基本権保護義務論が登場した背景には、基本権の防御権的側面と客観法的側面という二重構造に対する認識があった。その嚆矢となったのは、基本権の私人間効力に関する間接効力説の先例⁷とされるリュート判決（1958年）である。それによれば、基本権は、一次的には公権力による侵害から個人の自由領域を保障するための防御権であることに疑いはないが、基本法はおよそ価値中立的な秩序ではなく、客観的な価値秩序をも定立するものであり、このような価値秩序は法のすべての領域において妥当するとされた⁸。すなわち、基本権には「国家からの自由」という防御権としての側面のほかに客観

的価値秩序が内在していることが明示された。これは、基本権が一次的には主観的権利としての防御権であることは否定されないものの、防御権としての範囲を超える場合においても、当該客観的価値秩序がすべての法領域において効力を有することをその含意としている⁹。同時に、この判決が、個別の基本権に対して「客観的規範及び価値体系」(客観的価値秩序)という性質を付与する契機となったことも指摘されている¹⁰。そして、この「客観的規範及び価値体系」については、主観的権利と区別される客観法としての基本権の性質であると捉えられている¹¹。

この基本権の客観的原則規範の観念を前提として展開された代表的な判例が、墮胎罪の規定の合憲性をめぐる判決(1975年)であった。それによれば、立法権に課せられた胎児を刑法上保護すべき義務は基本法2条2項一文の「生命への権利」に含まれるとされ¹²、基本権保護義務が客観的価値秩序として定礎された。ここでも、基本権の防御権としての側面を超える理解が定式化された。

ここでまず問題となるのは、基本権がなぜ一次的には防御権として位置づけられるのかということである。この点について、ドイツの伝統的な学説は、基本権が「前国家的かつ超国家的権利」として国家に先立って存在するものであることを前提としつつ、そのような権利に対して国家は原理的に予測可能な範囲内でしか介入することが認められないことから、基本権の実体は「法益」ではなく「自由」の領域であり、このような自由を国家の介入から保護することが基本権の役割となる旨を指摘している¹³。同時に、個人の自由と国家の介入との関係が「配分原理」及び「組織原理」により把握される。配分原理とは、「個人の自由の領域が国家以前に与えられたものとして前提され、しかもこの領域への国

家の侵入の権能は原理的に限定されているのに対して、個人の自由は原理的に無限定である」とする考え方である。また、組織原理とは、「国家の権力は分割され、画定されたもろもろの権限の体系において把捉される」とする考え方である¹⁴。すなわち、原理的に無限定の個人の自由に対する原理的に限定された国家の機能という理解は、当該自由への「介入」(すなわち基本権の制約)については例外として、予見可能な前提と内容の範囲内で現れることを根拠づける¹⁵。それゆえ、基本権は、一次的には「国家からの自由」の保障すなわち防御権として構成することとなるのである。そのような防御権的自由が適切に保障され、国家の不当な介入が排除されるためには、「介入」に関する以下の三段階の審査手続が必要であるとされる¹⁶。

第一に、基本法の解釈を通じて、基本権の保護領域が画定される。個人の行為や利益等が基本権としての保護を受けるべきものと判定されれば、当該保護領域の射程内にある基本権法益として、国家による制約に対して一応の優位性を主張することが可能となる。第二に、国家(公権力)による基本権に対する制約の有無が判断される。すなわち、基本権の保護領域への介入行為について、正当化の対象とされるべき国家行為(公権力の行使)として確定される。第三に、確定された介入行為が基本法の趣旨にかんがみ妥当なものであるかどうか、すなわち介入行為が法律の根拠を有しているかどうかということや、介入行為が基本権に対する制約目的や制約手段に照らして正当化されるかどうかということが判断される¹⁷。このように、ドイツにおいては、防御権はそれに違反しないか否かに関する統制が一定の審査手順を踏んで行われる点にその特徴がある¹⁸。

次に、基本権の二重構造を前提とした場合、

客観法としての基本権の性質ないし基本権の客観法的側面とは、どのような内実を伴うものなのだろうか。その核心に迫るために、以下においては、これまで基本権の客観法的側面を捉えようとしてきた代表的な学説として、制度的保障論、制度的基本権論、「原理としての基本権」論を順次挙げながら、その概要に基づき検討を行う。併せて、基本権の客観法的側面の捉え方に対して慎重な考え方を示す「基本権の規範的内容をめぐる理論」や基本権の客観法的側面を前提とする国家論の一例として保障国家論についても取り上げ、基本権の客観法的側面について多角的な考察を加えることとする。

3 制度的保障論

基本権の客観法的側面を捉えた先駆的な学説の一つが、シュミットにより提唱された制度的保障論である。これは、基本権を前国家的な自由権と解しつつ、それには一定の「制度」¹⁹を客観的に保障する規定が含まれていると解する理論であり、基本権の客観法的側面を個人の自由とは区別された「制度」と定位することがその大きな特徴である²⁰。これは基本権と制度との一定の結びつきを認めつつ、憲法上の規律²¹を通じて一定の制度（現に客観的に存在する制度）に特別の保護を与えるものである。制度的保障は、立法権に対して制度の存立を保障することから、立法権は憲法上保障された制度を廃止することは許されないものとされる²²。このような保障の構造は、自由権の構造と異質なものであるということが前提とされている²³。すなわち、「制度的保障」に各人の主観的権利が結びついている場合においても、制度は限定されたものであって、基本権の内容そのものとなるのではないとされる²⁴。制度的保障は、「国

家の内部のみに存し、原理的に無限定な自由の領域という観念に立脚するものではなく、法的に承認されたひとつの制度に関わる」ものである²⁵。その背景には、自由は主として個人的な利益のために保障されるのに対し、「制度としての基本権」は一般的な利益のためにも保障されるとする思想があり、「制度」が自由ないし個人権の対抗概念として定位されていると考えられる²⁶。このように、制度的保障論においては、制度は原則として自由と区別されるが、制度が個人の自由の保護ないし強化に奉仕する「連結的・補充的保障」の役割を果たすこと²⁷、そして制度の核心を立法権による侵害から保護することが制度的保障論の本質であることが指摘されている²⁸。したがって、保障の本質は積極的な秩序づけを行うものではなく、侵害不作為という防御権的な性質として定位される²⁹。

一方、制度的保障には主観的権利を伴うものとそれを伴わないものがあり、制度を通じて主観的権利が保障されることはあり得るが、その場合の権利は「憲法律上の権利」³⁰にすぎず、原理的に無限定な自由の領域を有する個人を前提とする「真正の基本権」ではないとされる³¹。なぜなら、「真正の基本権」は法律から生じるのではなく、法律に先立ち存在する前国家的なものだからである³²。

もっとも、ここでいう「制度」をどのように捉えるかということについては、慎重な検討が必要となる。我が国の憲法論において通用している「シュミット流」³³の制度的保障論は、ドイツにおける制度的保障論とは著しく異なる内容が語られていると指摘する学説もある³⁴。それによれば、私法上の法制度（Institut）と公法上の制度体（Institution）とを区別することなく、制度的保障論は「私法的な制度の保障と、公法的な制度（制度的ないし機能的に国家組織に直接または間接に

組み込まれた制度)の保障との両者を含む³⁵とすることは誤謬であって、両者は異なるものを保障するものであるとされる³⁶。公法上の制度体の典型は職業官僚制度であるが³⁷、これは市民的法治国家の考え方からは剥離する身分的中間団体(組織体ないし制度体としての職業官僚制度)をあえて基本法がその保障の射程範囲内に取り込んだものであり³⁸、我が国の憲法では天皇制のみがこれに該当するとされる³⁹。

4 制度的基本権論

ヘーベルレにより提唱された制度的基本権論は、基本権の内実について、「国家からの自由」だけでは完結せず、法律により形成される特定の生活領域における客観的な秩序の保障を伴うものであることを主張する理論である。これによれば、基本権とは、各人の基本権の保障(防御権的側面)だけでなく、すべての個人が現実的にそれを享有することのできる「状態」をも保障するものであるとされる⁴⁰。換言すれば、基本権は、単に主観的に援用される権利としてのみならず、全法秩序に浸透する客観的な制度としても存在することになる⁴¹。そのため、現実的な自由を阻害する立法が禁止されると同時に、現実的な自由の保障に際して必要となる立法が立法権に課された義務と捉えられる⁴²。その結果として、制度的基本権論は、立法権に対し、基本権を制限することを可能とする権能はもとより、基本権を形成する権能をも広範に付与することとなる⁴³。

基本権の保障のために必要となる立法において、国家による給付が求められる場合には、基本権は社会国家原理と結びつき、給付請求権(配分参加請求権⁴⁴)へと転化することとなる⁴⁵。すなわち、基本権は国家に対する積

極的な給付請求権としても定位され、国家には基本権的自由を実現するための社会的前提を形成することが義務づけられるとされる⁴⁶。換言すれば、基本権は、その「能動的地位を通して社会国家的な配分参加の側面を展開する」ということになる⁴⁷。基本権を給付請求権として定位することの根底には、平等原則の再解釈が横たわっている。すなわち、従前は法適用の平等と法定立の平等とを含意していた基本法3条1項⁴⁸の平等原則⁴⁹は、社会国家原理と結びつくことにより、機会⁵⁰の均等を含意するよう変化したとされる⁵¹。そのうえで、多様な経済的・社会的状況によって生じる法的格差を国家が是正することが義務づけられるという解釈が導出されるようになったのである⁵²。そして、制度的基本権論によれば、今日の国家は、各人が現実にかつ平等に自由を行使することができるようにするための前提及び条件の創設を任務とする「給付国家」⁵³として特徴づけられるという。したがって、給付国家においては、給付に関する規範の総体が制度としての基本権を支えることとなるため⁵⁴、「給付法律」が多ければ多いほど、基本権の保障範囲は広がることとなるという⁵⁵。

給付国家における基本権の実効化という観点からは、公的制度が、「社会国家における基本権の現実の一部であり、同時に、給付国家的な一定の要件が定式化されて示されていなければならない」ということの例証」として定位される⁵⁶。公的制度は、一定の条件の下で、社会的⁵⁷基本権の実現を支えるが、それは当該基本権の実現のためには防御権的側面が配分参加的側面と均衡するような制度の充実を必要とするからであるとされる⁵⁸。その結果、前述のとおり、給付国家における基本権の「保護領域」は必然的に拡大されることとなる⁵⁹。

もっとも、給付請求権には財政上の限界があることから、制度的基本権論においては、基本権の手続的保障についても主張される。すなわち、「手続法的な給付留保」などの「手続的な基本権の具体化」を経て基本権はその実質的な意義を有することとなるものとされる⁶⁰。給付国家においては、基本権に基づく利益のための個人・集団の参加を確保するために実効的な手続上の保護が与えられなければならない⁶¹、「自由の手続法的側面（基本権としてのデュー・プロセス、手続的配分参加）」が基本権の帰結として導かれることとなる⁶²。論者によってはこれを更に敷衍し、国家による給付の決定過程への参加をも要請する参政権的な側面をも内包しているとする見方も示されている⁶³。他方、制度的基本権論においては、「基本権」と「基本権上の利益」とが区別され⁶⁴、後者については裁判上の保護という事後的なものだけでは足りず、非裁判的な手続において適切に保護されるものであるとされる⁶⁵。ここに、「基本権上の利益」ないし基本権法益を積極的に「保護」するための基本権保護義務論の考え方に通じる思想を読み取ることができると思われる。

制度的基本権論は、個人の自由が制度の存在と不可分の関係にあり、基本権そのものが制度の保障に関する規範を含意していると解したという点において、前国家的な自由権のみを基本権と定位しながらそれを「制度」と区別した制度的保障論と異なる⁶⁶。また、基本権的自由と法秩序との結びつきを指摘し、立法権に基本権を制限するだけでなく基本権の制度的前提を創設する役割を付与しながら、基本権の内容形成機能を広範に認めたとする点に、その斬新性を見出すことができる⁶⁷。それは、制度的基本権論を通じて、「基本権と規律事項が競合するが基本権侵害的ではない法律があること、また、基本権的

自由が法制度による裏づけに依存している場合が思いのほか多いこと」が多くの論者の共通理解となったとする評価⁶⁸にも裏づけられる。しかし、このような制度的基本権論には以下のとおりさまざまな批判があり、通説的地位を獲得するには至らなかった。

第一に、基本権に非常に広範な内容形成機能を認める結果、各人の基本権を制限する法律をも内容形成のための法律として定位され、基本権の制限と内容形成との区別が相対化するという批判である⁶⁹。すなわち、「基本権の内容を確定し、形成する（だけの）法律は、基本権制限的な法律から区別され、法治国的配分原理より派生する、立法者の規制権限に対する厳格な制約を免れる」こととなる結果、「法律が行為自由に枠をはめ、制限を加えるのも、自由に対する『侵害』ではないとされる」可能性が生じる⁷⁰。第二に、各人の自己決定の自由が基本権の客観的な秩序により「評価」されることとなる結果、基本権が自己決定の自由に対する介入のための原理として機能することとなるとする批判である⁷¹。すなわち、制度的基本権論の考え方に基づく限り、「個人的自由は『制度的に保障された生活関係、基本権の制度的側面ならびにこの側面を充実させる規範複合体』を必要」とすることになるとともに、「個人的自由に『制度としての自由が先行する』」こととなる⁷²。第三に、社会国家原理と結びついた基本権が配分参加請求権へと転化することについては、必然的に立法者による具体化を必要とし、これを基本権と承認すればその規範的な性質が曖昧になるとする批判である⁷³。

5 「原理としての基本権」論

アレクシーによって提唱された「原理としての基本権」論は、基本権の主観的次元と客

観的次元について、以下の3つの枠組みに基づき定位することをその本質としている。第一に、基本権規範を拘束的基本権規範と非拘束的基本権規範とに峻別することである⁷⁴。前者は規範に対する違反が連邦憲法裁判所によって認定され得るものとして、後者は規範に対する違反が連邦憲法裁判所によって認定され得ないものとして、それぞれ定義される。そして、基本法1条3項の「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権、裁判を拘束する」という規定より、基本権の規定は連邦憲法裁判所による統制が可能であると解されることから、基本権の客観的次元には、拘束的基本権規範のみが含まれるとされる⁷⁵。

第二に、基本権規範について、主観的権利を与える規範と名宛人に対して客観的な義務づけのみを行う規範とに峻別することである⁷⁶。「客観的な義務づけのみを行う」場合とは、「基本権規範の基礎づける義務が何らかの権利主体との関係で成立するのではない場合、すなわち、主観的権利というかたちでの基本権を付与するものではない場合」を指すものとされる⁷⁷。すなわち、基本権の客観的次元とは、主観的権利という形での権利を一切付与しない規範のみを含む概念として定位されることとなる。

第三に、基本権規範について、ルールと原理とに峻別することである⁷⁸。ルールとは、「所定の前提条件が充足された場合に何かを確定的に命令し、禁止または許容し、何かを確定的に授権する規範」ないし「確定的命令」として、原理とは「あるものが実際の・法的な可能性の範囲内で最大限に実現されるべきことを命じる規範」ないし「最適化命令」として、それぞれ定義される⁷⁹。「最適化命令」としての原理の性質は、いわゆる比例原則⁸⁰を含意し、ある原理の非実現性の程度が高け

れば高いほど、他の原理の実現の重要性が増すこととなるとされる⁸¹。そして、ルールと原理との区別は、基本権の主観的次元と客観的次元との区別に中立的であり、主観的権利を与える規範も国家に対して客観的な義務づけのみを行う規範もともに原理としての性質を有するとされる⁸²。

一方、「原理としての基本権」論は、基本法5条1項⁸³が「全法秩序の客観原理としての表現の自由」を規定したものであるとしつつ「そこでは主観的要素と客観的要素とが相互に浸透し、補強しあう」と説いている判例⁸⁴に基づき、「全法秩序の客観原理としての表現の自由が客観的要素、主観的要素の双方を内包している」と解している⁸⁵。別の判例⁸⁶が、「基本法2条2項一文は主観的防禦権を保障するだけでなく、同時に憲法の客観的価値決定を呈示しているものであり、これは、法秩序のすべての領域に妥当し、憲法上の保護義務の根拠となる（中略）。この保護義務が侵害されるならば、それは同時に基本法2条2項一文の基本権に対する侵害なのである」⁸⁷としていることも、この考え方を裏づけているとされる。そこで、どのようにして客観的要素が主観的要素を内包するのかということが問題となるが、その解答への筋道として、「三重の抽象化」と称される考え方が提示されている⁸⁸。

三重の抽象化とは、基本権の全法秩序への照射（客観原理化）にとって障害となり得る特殊性を排除するために、権利の主体（権利者）、名宛人（義務者）及び客体の態様を抽象化することをいう。これにより、例えば国民の国家に対する表現の自由への侵害禁止（不作為）として構成された権利から、単なる表現の自由という内容の命令が生じるとされる⁸⁹。換言すれば、表現の自由がまずは客観的な原理として捉えられ、これが防禦権と

しての表現の自由に具体化されることとなる。このようにして得られた原理は「根本原理」と称される⁹⁰。このような抽象化の過程を経ることにより、基本権の客観的次元が主観的次元を包含することが可能となる。

次に問題となるのが、基本権規範の主観的基礎づけと客観的基礎づけとの峻別である。例えば、基本権に適合的な立法権の義務をもつば客観的に（社会全体の利益のみを考慮して）根拠づけた場合には、その基本権から導かれる命令は、単なる客観的性質を有するにとどまる。これに対し、基本権に適合的な立法権の義務に主観的な（個人の利益を考慮した）根拠づけが行われたにもかかわらず、客観的な規範のみが承認されることもあり得るとされる。その理由の一つとして、「基本権」と「基本権上の利益」とを区別する制度的基本権論が援用されつつ、「基本権上の利益」を保護するための権利に関しては、客観的な規範のみが承認されることで十分であり、その主観的な性質については基本権の反射的利益が存在するにすぎないとする論理構成が指摘されている⁹¹。

他方、基本権の主観的次元と客観的次元との関係については、「国家に課せられた拘束力のあるすべての基本権上の義務には、それが確定的性格であるか一応の性格であるかにかかわらず、主観的権利としての基本権が原則として対応する」という「主観化テーゼ」が妥当するとされる⁹²。このテーゼが妥当する根拠として、基本権の目的・根拠は個人の保護であって、客観的秩序ではないということ、原理（最適化命令）としての性質を有する基本権は、可能な限り高い水準で実現されることを要求するため、「主観的権利を承認することは、同一の内容のたんなる客観的義務を定立する場合に比較して、より高い程度の実現を意味する」ということが指摘されて

いる⁹³。これに加え、憲法裁判権の機能的限界に対する反証による根拠も提示されている。すなわち、一般に主観化テーゼに異議を唱える者は、仮に包括的な基本権の主観化が認められるとすれば、連邦憲法裁判所の権限が不当に膨張することになるのではないかと懸念するが、そもそも立法権の決定権限と連邦憲法裁判所の審査権限とを明確に区別することのできる原則の提示は困難であることから、基本権原理と立法者の決定権限という形式的原理との比較衡量が必要となるものとされる。その際、基本権上の義務を主観化したとしても、連邦憲法裁判所の審査権限を強化することにはならないとされる⁹⁴。更に、客観的な基本権上の義務の直接の対象が社会全体の利益である場合、「他者の主観的権利の確保を求める権利が問題となるのではなく、客観的な基本権上の命令・禁止の主観化が問われ」ることとなるとされる⁹⁵。したがって、主観化テーゼに基づく主観的権利の承認は、他者の主観的権利に不当に関与することとなるものではなく、他者の活動の制御とも関係する国家の義務が主観化されるにすぎないこととなる⁹⁶。このとき、「主観化の限界」が明らかになるとされる。なぜなら、「客観的理由が非基本権的な主観的理由とあいまって、各人の基本権それ自体より多くを要求する部分については、もはや主観的権利を主張することはできない」からである⁹⁷。

このように、「原理としての基本権」論においては、最適化命令として定位される原理が潜在的に全法秩序となる可能性を秘めている以上、基本権の主観的次元も客観的次元もいったん原理（根本原理）に還元され、それが一定の論証を経ることにより両次元が具体化することとなるとされる。このような考え方については、基本権の防御権的側面と客観法的内実とを排斥させ合うことなく両立させ

るための整理を行ったものとして、学説上の評価が高い⁹⁸。これに対し、客観的な規範としての基本権については、潜在的に全法秩序となる原理としての性質を有することとなるが、その限界に関する実質的な判断基準が不明確であるとする批判もある⁹⁹。

6 基本権の規範的内容をめぐる理論

以上の客観的な規範としての基本権を積極的に位置づける諸理論に対し、防御権としての主観的内容を基本権の理念の出発点に据える学説も提示されている。ベッケンフェルデによる基本権理論（以下、便宜上、「基本権の規範的内容をめぐる理論」という）がその代表例であり、その中では、国家の権限を限定的に捉える前述の「配分原理」を踏まえ、基本権が一次的には前国家的な個人の権利であることが念頭におかれている¹⁰⁰。そのうえで、基本権の客観法的側面（客観的価値秩序）が防御権としての基本権と同じように裁判手続によって争うことができるのかどうかを問題視する¹⁰¹。客観的原則規範が主観的権利としての基本権から完全に分離して理解される場合には、当該客観的原則規範の内容の侵害を憲法異議の申立てそれ自体によって争うことはできないが、「具体的規範統制のための裁判官の呈示は、客観的な憲法侵害のみに制限されており、したがって、客観法的基本権内容もそこに包含される」と解するのが通説であるとされる¹⁰²。また、基本権の侵害をめぐる憲法異議の申立てが適切に行われた場合には、その審査の範囲が争点となる行為以外の事柄に関する憲法上の規定との適合性に関する検討にまで拡大され、その中には基本権の客観的原則規範も含まれるという¹⁰³。したがって、基本法2条1項の保護領域への介入行為については、間接的に基本権の客観法的

側面との適合性に関する判断を裁判所に求めることが可能となるとされる¹⁰⁴。これにより、主観的権利の内容と客観法的側面との関連づけの問題が生じることとなり¹⁰⁵、主観的権利の確固たる地位が揺らぐこととなることが指摘されている。この主観的権利の内容と客観法的側面との関係について、判例は明確な回答を示していないが、以下の3つの考え方に分類されるという¹⁰⁶。

第一に、主観的権利の内容に対する客観法的側面の併存関係と独自性を前提とする考え方である¹⁰⁷。すなわち、客観法的側面について、制度的保障を超えたすべての法領域にとつての規範を認めるものである。第二に、客観法的側面が主観的権利としての自由を客観化し、変質させるとする考え方である¹⁰⁸。すなわち、主観的権利としての自由が客観的自由原理として保護されるべき基本権法益となり、他の法益と関連づけられ、それらと比較衡量されなければならない客体となるものである。第三に、主観的権利としての自由をよりどころとして客観法的側面の内容を決定し、客観法的側面の限界をそこから画定しようとする考え方である¹⁰⁹。これによれば、客観法的側面は主観的権利としての基本権の効力を強化するとされる。しかし、主観的権利としての自由を客観的効力の次元へと置き換えることが、個人的自由の地位の一方的な拡張につながることに對する懸念も指摘されている¹¹⁰。

主観的権利の内容と客観法的側面との関連づけの問題を通じて、主観的権利と客観法的側面との調整や客観的原則規範相互間の調整を比例原則に基づく比較衡量によって行う必要性が生じる結果、いくつかの問題点が顕在化することも示されている¹¹¹。第一に、基本権から呼び出される客観的原則規範は、全方位的でありながらその範囲・強度が不確定で

あるため、「原理としての基本権」論のいう「原理」としての性質を有する。したがって、基本権が「原理」としての性質を強化するにつれて、方向性及び基本的原則のみが確定されそれら以外は未確定である客観的原則規範が基本法上の地位を有する形で創造的に充填され¹¹²、基本権の適用が「解釈」¹¹³から「具体化」¹¹⁴へと変質することとなるとされる。換言すれば、基本権に客観法的側面を認める限り、「原理」としての性質を認めることとなるため、「比較衡量」が必要となる結果、基本権の「解釈」が「具体化」という一種の立法行為に変貌し、「具体化」されたものがただちに基本法として妥当することになるということである¹¹⁵。

第二に、原理規範としての客観的価値秩序が国家権力に対する任務規範となり、このような形で基本法に吸収された国家任務が立法権を通じてではなく司法権によって判断・確定され得るものとなるとされる¹¹⁶。すなわち、基本権に「原理」としての客観法的内容が認められることにより、国家がどのような目的を追求すべきであるかということが、基本権上のあらゆる領域に関連する「行為委託」として成立し、それが政治的意思形成過程とは独立して、主観的権利として請求可能なものとなるということである¹¹⁷。

第三に、基本権の客観法的側面が認められる結果として、立法権による法形成機能が本来の「法の定立」から「具体化」へと「格下げ」される一方、司法権による法形成機能が法の解釈・適用から法の創造・具体化へと「格上げ」され、裁判所が議会よりも優越的な地位を占めることとなってしまふとされる¹¹⁸。換言すれば、基本権が「原理」としての性質をもつことにより、「立法国家」から「司法国家」への移行が生じ¹¹⁹、「憲法裁判国家」¹²⁰への道を歩むこととなるものとされ

る。

これらの問題点に対し、基本権の規範的内容をめぐる理論は、いわゆる「憲法裁判国家」への道を回避するためには、「基本権は、国家権力に対する主観的自由権に『すぎない』のであり、同時に法のすべての領域に関する（拘束的な）客観的原則規範ではありえない」ということも堅持しなければならない」と指摘している。これに加え、法について「価値」をもって基礎づけることについて、価値思考は価値の認識や価値秩序の基礎づけなどにおいて理知性を欠いており、それが法の基礎に援用される場合、主観的な価値に基づく法の解釈・適用等が行われることとなることから、疑問視している^{121 122}。以上の考え方を要約すれば、基本権の客観法的側面とは、法を客観的な「価値」をもって定礎する営みを基本とし、基本権の全法秩序に対する照射効、基本権の私人間効力、行為委託、基本権保護義務の形成という形で具体化する¹²³、「価値」の判断には比較衡量が不可避であることから、前述の「立法国家」から「司法国家」への移行を惹起することとなるということにある。これを前提としつつ、「基本権の主観的自由権への縮減」を図るか、それとも「基本権の客観的原則作用の堅持とその展開」を図るかの「二者択一」の問題設定が求められることとなる¹²⁴。これを敷衍すれば、結局のところ、「法秩序を形成する権限をもつのは議会か憲法裁判所か」という「二者択一」になる^{125 126}。

しかし、基本権の規範的内容をめぐる理論は、基本権の客観的価値秩序としての性質を根底から否定するものではなく、主観的権利としての自由をよりどころとして客観的価値秩序の内容が決定され、それが個人の自由の保障に向けられた効力を強化する作用を及ぼすということについては肯定的に捉えられて

いる¹²⁷。実際、基本権の規範的内容をめぐる理論においては、基本権は主観的内容にとどまるものではなく、一方では「対国家的自由権」であると同時に、他方では「客観的原則規範・価値決定」であるとされている¹²⁸。基本権が客観的原則規範となるということは、基本権が「全方向的な、すなわち、法のすべての領域に妥当し、法のすべての領域へと作用する、法秩序形成のための客観原理」となるということをその含意としている¹²⁹。その結果、基本権は、立法権や司法権に対する「内容形成の委託」として作用し、基本権保護義務が「基本権の体系上の基本概念」となるとされる。すなわち、基本権における自由の領域は、「法益または客観的な自由の原理」となり、国家においてはその保護・実現を自由の制約を通じて行うことが要請されることとなるから、基本権から「作為義務と作為命令」が生じることとなるとされる¹³⁰。

また、自由権的基本権から区別される社会権的基本権を捉え、後者を否定するののもこの理論の特徴である。すなわち、自由権的基本権が国家の行為に拘束と限界を課すのに対し、社会権的自由権は所与の自由の保障ではないため、国家による積極的な能動的行為を必要とするとされる¹³¹。したがって、立法権により具体的にその内容が形成される以前に、社会権的基本権が基本法に基づき直接訴求可能な具体的請求権としての効力を有することはなく、立法権及び行政権が、社会的な基本権に含まれる行為委託を遂行するよう義務づけられるにとどまるということになる¹³²。これは、社会権的基本権を基本法上の明文の規定により定式化するのではなく、自由権的基本権に社会給付的側面を認めようとする場合においても、同様であるとされる¹³³。すなわち、自由権的基本権が社会給付請求権を含むものとして理解されるときも、それらの

請求権が裁判上訴求可能なものとなるためには、それに関する立法措置が必要となるということである¹³⁴。それゆえ、社会的な基本権が基本法上の基本権としての地位を獲得するためには、立法権及び行政権を名宛人として客観法的な義務づけを行う「行為委託」が必要になるとされる。そして、行為委託を実現するための方法、範囲及び態様については裁量に委ねられているが、行為委託の遂行に関する国家の不作为等に対して、個人は防御請求権を有するとされる¹³⁵。

一方、基本権の規範的内容をめぐる理論においては、それまでのドイツにおける基本権の解釈を導く基本権理論の体系化が試みられた。そして、基本権の規範的内容については、防御権としての基本権を解釈する際に定礎される基本権理論に応じて決まると指摘されている¹³⁶。具体的には、基本権理論は、自由主義的（市民的・法治国的）基本権理論、制度的基本権理論、基本権の価値理論、民主主義的・機能的基本権理論、社会国家的な基本権理論の5種類の理論に分類されている¹³⁷。

第一に、自由主義的基本権理論については、制度的保障論がその典型として念頭におかれており、「配分原理」に定礎される基本権は、個人及び社会の自由の領域を国家による侵害から防御するためのものであるとされる¹³⁸。前国家的な各人の自由に対する介入に関する国家の権限は原理的に限定されており、自由は国家に先行して存在するものとして理解される¹³⁹。

第二に、制度的基本権理論については、自由を「制度」であるとみなしつつ、制度は特定の理念に適合的な内容形成を必要とし、それを許容するものであるとされる¹⁴⁰。そして、基本権の一次的な性質を対国家的な防御権と捉えずに、基本権により保護されるべき生活

領域の客観的な秩序原理であると捉えるものであるとされる¹⁴¹。すなわち、個人的な自由は、「制度的に保障された生活関係，基本権の制度的側面ならびにこの側面を充実させる規範複合体」を必要とし，このような規範複合体は個人的な自由に対して「指針と尺度，確実性と安全性，内容と任務」を与えると考えられる¹⁴²。

第三に，基本権の価値理論については，「国家それ自体の社会的存在が恒常的な統合事象，つまり経験・文化・価値共同体への統合事象であるのと同様に，基本権もまた，この事象の決定的な構成的要因として現れるのであり，国家生成の要素および手段」¹⁴³であるとするメントの「統合理論」¹⁴⁴が念頭におかれ，基本権については，制度的基本権論の場合と同様に，一次的には主観的権利ではなく客観的な規範としての性質を有するとされる¹⁴⁵。

第四に，民主主義的・機能的な基本権論についても，制度的基本権論と同様に，基本権が保障する自由を「何かのための自由」として捉えるものとされる¹⁴⁶。自由の保障は民主的な政治過程を確保するための手段として定位され，自由の内容と射程は当該自由が奉仕すべき機能により定まるとされる¹⁴⁷。

第五に，社会国家的な基本権論については，基本権を単に防御権的性質を有するものとは捉えずに，同時に国家に対する給付請求権を成立させるものとして捉えるものとされる¹⁴⁸。基本権の保障の内実は現実的自由であり，これには以下の点が含まれているという。すなわち，まず，個々の基本権を根拠として，「基本権的自由の実現に不可欠な社会的な前提を創設すべき国の義務」が生じるということ，そしてそのような国の給付を求める基本権的請求権や基本権的自由の実現に奉仕する国家的制度への参加を求める請求権が生

じるということである¹⁴⁹。

7 保障国家論

基本権そのもののあり方に関してではないが，基本権の客観的次元の存在を前提として近年のドイツにおいて展開されている理論の一例として，ツィーコウなどにより提唱されている「保障国家論」が挙げられる。これは「公共の福祉と公的任務の実行に対する責任の分配」¹⁵⁰を問うことに対する帰結として，「公共の福祉の実現の最適化」¹⁵¹の観点から，「国家の保障責任を手段として確保すること」¹⁵²を導く考え方である。そもそも保障国家とは，「具体的な公共の福祉に対する責任を堅持するが，自らの手による，すなわち直接の任務実行のための手段を放棄した国家」のことであり，「公共の福祉」の具体化について，国家の独占はなく，公権力という主体と私的な主体とが協働して行われることを前提としている¹⁵³。その中で，「社会の部分システム」¹⁵⁴としての国家が，基本法によって設定された法的枠組みの中で公的任務の実行について保障することに対する一定の責任が定位される。このうち，「実行責任」については，国家自身による公的任務の実現を意味し，国家が自ら当該任務を履行することを前提に，単独に国家に帰属する。これに対し，「保障責任」については，国家が独占的に公的任務を履行するのではなく，私人との協働を前提としながら（又は国家の設定する基準に従いながら）国家による一定のコントロールの下で履行される場合において，国家が監視責任及び規制責任を負うというものである。更に，「捕捉責任」については，社会ないし私人によって公的任務が履行される場合において，国家はその実行責任を負わないが，期待された成果が達成されなかったときにお

ける事後的なコントロールを展開する国家の責任を定位するものである¹⁵⁵。

この考え方の下では、基本権は国家に対する主観的な防御権にとどまることはなく、客観法的側面を有することとなる。すなわち、「基本権の防御権的側面が、個人の社会的相互作用空間を実効的に保護するのに十分でなければ、このために、国家の積極的な作用が必要である」¹⁵⁶ということになる。このような保障国家論の理念は、基本権及びそれに内在する客観的価値秩序の保障のあり方について新たな視座を提供するとともに、基本権の保障に対する国家の責任を具体化するという意味において、基本権保護義務論を側面から支える機能を有していると考えられる。同時に、基本権の保障も「公共の福祉」ないし「公的任務」の一部であることにかんがみると、基本権の保障の具体化を求められる主体は、もはや国家だけではないということ、仮にそこに基本権保護義務が生じる場合には当該義務を実際に履行する責任主体が問われているということを示唆しているように思われる。

8 基本権の客観法的側面

以上の多様な議論から演繹されることは、基本法上の基本権には、主観法的側面（いわゆる防御権的な主観的権利）に加え、客観法的側面（客観的原則規範）が内在しているということである。もとより基本権は、個人の尊厳ないし自己決定の自由に定礎され、それを実効的に保障する防御権の機能の上に他の機能が付加されるものである。したがって、基本権に客観法的側面を認めることの一次的な意義は、基本権の主観的権利としての妥当性を強化するとともに¹⁵⁷、付加的に防御権としての側面を超えた作用¹⁵⁸を導くことにあると解される。現に、ドイツの多くの学説にお

いては、基本権の客観法的側面と主観的権利としての側面とが区別されていることは既述のとおりであり、双方の次元が関係する場合には後者に有利となるような推定を作用させることが主張されている¹⁵⁹。

もっとも、ここでいう客観法的側面ないし客観的原則規範は、主観法的側面ないし主観的権利から完全に離脱して独自に存するものではなく、主観的権利との連関において観念されるべきものであると考えられる¹⁶⁰。すなわち、基本法の客観法的側面は、防御権を含めた基本権の多様な機能を基礎づける役割を果たしているといえる。これを前提として、前述の各学説を踏まえつつ、基本法の客観法的側面に定礎される基本権の多様な機能とは何か、ひいては基本法の客観法的側面とは具体的にどのようなことを意味するのかということについて考察すると、以下の特徴が浮き彫りになる。

第一に、基本権の客観法的側面が主観的権利との連関において観念されるべきものであることの論理的帰結として、客観法的側面の一次的な機能は、国家による侵害からの防御を通じて得られる自由及び平等を保護することであるということである。これは基本権の防御権的側面にほぼ呼応した考え方である¹⁶¹。自由と制度との「分離」を主張した制度的保障論においてさえも、制度的保障の自由権に対する「連結的・補充的」な関係が指摘されているということからも明らかとおり、基本権の客観法的側面については、それが基本権そのものに内在するものである以上、まずはその防御権（自由権）としての側面と結びつき、それを補完するものでなければならぬのである。

第二に、基本権の機能が国家による侵害からの防御に限定されている限りにおいては、自由を享受できる国民のみが基本権を享有す

ることができるにとどまることから、基本権の客観法的側面には防御権的側面を超えた機能が存在する¹⁶²。この「機能」については、具体的には主に以下の各点が挙げられる。

まず、基本権には、その防御権的側面と客観法的側面とを結びつける基礎として、社会的機能が具備されているということである。すなわち、基本権から、国家に対して積極的な給付を求める請求権（制度的基本権論のいう給付請求権）が認められるということである。換言すれば、基本権の客観法的側面を根拠としつつ防御権的側面が給付請求権と解釈されることにより、国家による助成に対する請求権や財・機会等の適切な配分に対する請求権が演繹される¹⁶³。これは、基本権そのものが主観的な給付請求権として機能することを必ずしも含意するものではなく、基本権の主観的権利としての意義と結びつきながら、既存の制度や手続きに対する参加ないし配分参加を求めることを正当化するものである¹⁶⁴。もっとも、基本法においては、我が国の憲法25条に相当する生存権が明文化されておらず、学説・判例上、社会国家原理を規定する基本法20条1項¹⁶⁵や28条1項¹⁶⁶から社会的基本権を演繹することについても否定されている¹⁶⁷ため、防御権としての基本権それ自体を給付請求権と再解釈することにより、その社会的機能の実現を志向する道も主張されている¹⁶⁸。

また、個人が自由を自ら確保することが難しい現代社会においては、国家は自由に対する介入を行う以前に、その自由の条件・前提を構築すると同時に、それを保護・保障していく必要があると考えられる。それゆえ、基本権における自由に対する配慮は私人間の関係を規律する私法の分野においても要求され、基本権における客観法的規範が私法を含めたすべての法秩序を支配することにより、

すなわち私法の規律が基本権に照らして審査されることにより、当該自由の実現が求められる¹⁶⁹。

更に、自由の条件・前提となる制度や手続きを国家が整備するに当たっては、基本権の客観法的機能がそれに対して一定の指針を提供する¹⁷⁰。換言すれば、「客観法」の構成要素としての法命題が、より包括的な規範の統合体としての法制度及び法手続の一部を構成し、これらの法制度及び法手続きが法体系を構成することとなる¹⁷¹。実際、1970年代以降のドイツにおける多くの判例においては、国家の法制度・法手続が、「客観的原理としての基本権に照らして」審査されている¹⁷²。

同時に、基本権により命じられた客観的原則規範は、国家に自由を保護する義務（以下「保護義務」という）を課すこと（基本法1条1項参照）に結びつく¹⁷³。この保護義務を履行するための具体的な保護措置については、立法権に裁量の余地があるが、基本権の客観法的機能が法制度の形成に対して一定の指針を提供することから、それに基づき実効的に履行することが要請される¹⁷⁴。この保護義務こそが、次節以降において詳述する基本権保護義務であるが、これについては一部の学説から「基本権の客観法的側面の中心に位置する概念」という評価が与えられている¹⁷⁵。

もっとも、基本権の規範的内容をめぐる理論より示唆されるとおり、ドイツの一部の学説においては、このような多様化した基本権の客観法的側面に対して懐疑的な見解を示し、基本権を原則として主観的権利として把握する必要性に固執しようとする傾向もみられた。この考え方は、基本権の客観法的側面を承認し、それを法のすべての領域にとっての規範として定位しようとする、基本権の具体性が相対化され、基本権効力の拡張を招くことから、憲法構造の変容を伴うこととな

るという主張に基づくものである。しかしながら、多くの学説が主張するとおり、基本権の客観法的側面を承認することは、基本権の一次的な役割としての防御権的・主観法的側面を否定することにはならない。しかも、例えば基本権保護義務の一次的な主体を立法権と位置づけるように、基本権の客観的原則規範による「内容形成」の究極的な権能が立法権に存するものと定位していれば、前述の「憲法裁判国家」への道を迂回することが可能であると思われる。

以上のような基本権の客観法的側面については、我が国の憲法上の基本権についても、おおむね妥当であると思われる。まず、いわゆる給付請求権については、憲法25条により保障される生存権がそれ自体として認めており、生活保護法（昭和25年法律144号）をはじめとする「給付法律」によりその保障範囲は具体化されていると解される。憲法26条1項における教育を受ける権利についても、国家の給付義務に対応する給付請求権と定位することができる。いわゆる「新しい人権」としてのプライバシーの権利（憲法13条）や知る権利（憲法21条1項）などについても、一定の範囲で給付請求権としての性質を有していると考えられる。また、近年では、「給付」の概念を拡大し、例えば憲法21条1項で保障される表現の自由の行使としての表現活動に従事するための「場所」の提供を公権力に求めることについて、憲法25条をその受け皿と解すべきであるとする見解なども提示されている¹⁷⁶。これらの「給付請求権」については、一定の範囲で憲法上の主観的権利を構成すると同時に、すべての法領域にとつての客観的原則規範となり、当該主観的権利を保護・促進すべきであるとする価値秩序を生みだしていると考えられる。

また、自由・権利の条件・前提としての国

家による法制度・法手続の整備が必要と考えられる基本権も少なくない。憲法24条1項の婚姻の自由や憲法29条1項の財産権の保障はその典型例であり、これらの基本権はいずれも立法措置による法制度・法手続の具体化を前提としている（憲法24条2項、憲法29条2項）。憲法32条の裁判を受ける権利についても、憲法上の「裁判」ないし「裁判を受ける」という客観的規範としての命題が法制度・法手続の整備に対して一定の指針を提供していると考えられ、また現代社会においては、憲法21条2項後段の通信の秘密不可侵についても、同様の定位が可能であろう。そして、これらの法制度・法手続は、個人の自由・権利から独立して存在するものではなく、当該自由・権利を支え、補完するものである。同時に、これらの法制度・法手続の整備は国家に課せられた基本権上の義務と解することもでき、「原理としての基本権」論のいう「主観化テーゼ」の考え方に基づくならば、当該義務に対応する主観的権利としての基本権が存在することとなる。

これらに加え、基本権として保障されている自由について、それを客観化（基本権法益化）し、他の基本権法益と関係づけることについても、そのような考え方が憲法解釈論において暗黙のうちにすでに採り入れられているものと思われる。例えば、憲法21条1項の表現の自由に関する基本権的自由（主観的自由）が客観的自由へと一般化され、他の基本権である憲法29条1項の財産権等と比較衡量される結果、判例において、防衛庁の宿舎に自衛隊のイラク派遣に反対する内容のピラを配布する目的で無断で立ち入ることについては、「たとえ表現の自由の行使のためとはいえ、このような場所に管理権者の意思に反して立ち入ることは、管理権者の管理権（中略）を侵害する」¹⁷⁷ものとして、制限さ

れることとなる。この判決の適否に関する議論は別として、このような基本権法益間の比較衡量は、基本権的自由が客観的原則規範の中に溶け込み、その規範構造において相対化された結果であると解することができる。

このように考えると、憲法上の基本権においては、生存権等の「給付請求権」に加え、婚姻の自由で代表される「立法措置による法制度・法手続の具体化を前提とするもの」について、すべての法領域に妥当するものとして、主観的権利を支える客観的原則規範が形成されるとともに、基本権において保障される自由それ自身が客観化され、他の基本権法益との比較衡量の対象となっているといえる。そして、このような客観的原則規範ないし基本権の客観法的側面は、公権力に対して侵害の禁止を含意するだけでなく、当該規範に沿って積極的に保護法益を確保すること（又はそのための環境を整備すること）を義務づけることとなるものと解される。この義務づけは、国会に一定の作為を求めるものであるが、それには基本権法益の保護のために必要な行政上の措置（給付）を求める場合と、基本権法益の保護のために必要な立法措置を求める場合の双方が含まれる¹⁷⁸。

以下に続く節において検討する基本権保護義務論は、以上のような基本権の客観法的側面を前提として、換言すれば防御権を「主役」としつつ客観法的規範がそれを補充するという基本権の二重構造を前提として、生まれたものであるといえる。なぜなら、基本権保護義務については、その究極の目的は「基本権の保障」という防御権的なものであり、そこで保護されるべき「基本権法益」とは客観法的規範にほかならず、それら両者をいわば仲立ちする役割を果たしていると考えられるからである。

9 ドイツにおける基本権保護義務論

そもそも基本権保護義務論とは、基本法上保障された基本権に基づく法益について、国家が、私人その他の非公権力である主体による侵害から安全に保護する基本法上の義務を負っていると解するものである。基本権保護義務論の位置づけについては、防御権との関係、制度的基本権論において論じられた給付請求権との関係などをめぐって議論の混乱があったが、防御権及び狭義の給付請求権と区別された形で基本権保護義務論が定位されて以来、それが通説的地位を獲得したといえる¹⁷⁹。

(1) 基本権保護義務の根拠

まず問題となるのが、基本権保護義務は何を根拠に導き出されるかということである。この点については、さまざまな考え方が提示されているが、ここではあるドイツの有力な学説において示された考え方¹⁸⁰による分類に基づき、当該根拠の選択肢を整理したい。

第一に、基本権保護義務を基本法の規定そのものから導出する考え方である。すなわち、基本法1条1項の「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の義務である」とする規定や、同法6条1項の「婚姻及び家族は、国家的秩序により特別な保護を受ける」とする規定のように、基本法が明示的に「保護」を義務づけている場合には、基本権保護義務及びそれに対応する主観的権利が生じるとするものである¹⁸¹。この考え方によれば、「保護」が明文の規定において義務づけられていない場合に、「人間の尊厳」概念を経由して基本権保護義務を基礎づけることが必要となるが、「人間の尊厳」を享受するための基礎となることが明らかな生命に関する権利につい

ては格別、その他の基本権については困難を伴い得ることとなる¹⁸²。

第二に、そもそも基本権には第三者による侵害から国民を保護すべき客観法的な国家の任務が含意されているとする考え方である¹⁸³。この考え方によれば、あらゆる基本権について基本権保護義務を導くことは可能となるが、これに必ずしも常に主観的権利が対応するものではなく、主観的権利については別途の根拠が必要となる。

第三に、前述の「国家の任務」を基本権に内在するものと捉えるのではなく、国家の基本的作用として捉える考え方である。すなわち、基本権における法益を第三者による侵害から保護することは、国家の存立基盤であり、根源的な自明の作用であるとする¹⁸⁴。その理由として、このような基本的作用が失われれば、国家はやがて内戦に直面したり無政府状態となったりすることが見込まれるということが指摘されている^{185 186}。この考え方に対しては、国家の基本的作用から導かれるとされる基本権保護義務とそれに対応する主観的権利は、それらを保障する法律が欠けている限り、基本法の次元では直接的に保障され得ないとする批判がある¹⁸⁷。

第四に、基本権保護義務の根拠を基本法1条1項であるとしつつ、その対象及び程度は基本法2条2項の規定により詳細に画定されるとするかつての判例¹⁸⁸の考え方である。この考え方によれば、基本法2条2項の「生命」は同法1条1項の「尊厳」の前提となるものではなく、他の基本権をも包含するものと解釈すべきであるとされる。その結果、「人間の尊厳」は、「基本権により保障された他の法益を保護するための媒介項」¹⁸⁹としての役割を果たすこととなり、基本権保護義務に対応する主観的権利を生み出すこととなる。この考え方は、基本法1条1項において「保護」

に言及されていることの意義を相対化すると考えられる。すなわち、基本法1条1項については、基本法79条3項の「この基本法の変更によって、連邦の諸ラントへの編成、立法に際しての諸ラントの原則的協働、又は第1条及び第20条に記録された基本原則に抵触することは、許されない」とする規定により、基本法改正からも保護されていることから、拡大解釈は認められないものであるにもかかわらず、なぜあらゆる基本権の保護が基本法1条1項から導かれるのか、明確な説明に欠けるものとされる¹⁹⁰。

第五に、「人間の尊厳」を媒介することなく、基本法2条2項に内在する客観的原則規範からすべての法領域に妥当する基本権保護義務を導出することができるとする判例の新たな考え方である¹⁹¹。この考え方に対しては、当該客観的原則規範が主観的権利としての側面とは別に存在するとすれば、なぜそこから再び主観的権利を導く基本権保護義務が生じるのかということが十分に説明されていないとの批判がある¹⁹²。

第六に、基本権の主観的権利としての側面である防御権作用の一部として、基本権保護義務が生じるとする考え方である。これによれば、基本権を第三者による侵害から保護しない国家は「侵害」を行っているに等しく、それゆえ基本権を「侵害」しないためにその第三者による侵害から保護する必要があるとされる。すなわち、基本権保護義務は防御権的基本権を「補完」する関係にあるということになる¹⁹³。しかし、この論理によれば、国家が第三者に対して禁止していないことを他の者は受忍しなければならないということになるが、公法において特別な侵害禁止義務が課されていないとしても、私法（ドイツ民法823条1項）においては一般的非侵害義務が妥当すると解されることから、第三者には受忍義

務は生じないとする批判がある¹⁹⁴。また、そもそも国家が適切な防御を施さないことと国家による「侵害」とは同一視できないとする批判もある¹⁹⁵。更に、第三者による侵害から保護を求める権利の射程範囲については、基本法1条1項のように保護が義務づけられている場合を除けば、明確に示されていないとの指摘がある¹⁹⁶。

以上のような多様な考え方とその問題点を踏まえ、基本権の客観法的側面から導出される「国家の任務」として、すべての基本権に対する基本権保護義務を導き出しつつ、「人間の尊厳」条項によってそれに対応する主観的権利としての保護請求権が成立する範囲を画定すべきであるとする考え方が有力に主張されている¹⁹⁷。このような考え方の下では、基本権保護義務に関する連邦憲法裁判所への訴えは、「人間の尊厳」の保護が適切に行われていない場合のみ許容されることとなる。一方、基本権保護義務それ自体を「人間の尊厳」条項を通じてのみ導かれるものと定位し、防御権としての基本権の枠組みを基本とする考え方も存在する¹⁹⁸。

(2) 基本権保護義務の構造

ドイツにおいて基本権保護義務は、一般に「法的三極関係」の中で把握される¹⁹⁹。すなわち、防御権においては国家と基本権の主体としての私人との二者関係が問題となるのに対し、基本権保護義務においては国家と基本権法益の侵害者である「加害者」及びその侵害に伴う要保護者である「被害者」とが存在することとなる。基本権保護義務の履行は、被害者との関係では基本権法益の保護をその含意とするが、加害者との関係では基本権の制限等をその含意とすることから、多くの場合において、基本権保護義務と防御権との衝突を招来することとなる²⁰⁰。

基本権保護義務の主体については、基本法1条1項との関係から、「国家権力」であると解する説が有力であるが²⁰¹、そのうち一次的な名宛人は立法権であると解されている²⁰²。すなわち、任意の国家権力が基本権法益の保護のためにどのような措置を講じてもよいのではなく、法律による根拠を必要とし、当該法律に基づく国家の「介入」のための機能は、基本権に適合するように解釈される必要がある²⁰³。

基本権保護義務が発生する要件として一般に指摘されているのは、以下の各点である。第一に、私人が基本権法益を侵害し、又はそのような侵害の危険性のあることが条件となるということである²⁰⁴。すなわち、基本法に照らして否定されるべき侵害が、基本法に基づき防御される。その前提として、いかなる基本権の主体も他者の基本権法益を侵害してはならないという加害禁止の原理(加害原理)が存在している²⁰⁵。もっとも、侵害の主体として外国の国家権力、自然災害、自己危殆などが含まれるかどうかについては議論があるが、通説的見解はこれを否定的に捉え、基本権保護義務が発生する要件から除外している²⁰⁶。ここでいう「侵害の危険性」は、客観的に存在する危険であることが必要であり、主観的な想像上の危険ないし不安では不十分であるとされる²⁰⁷。

第二に、前述のとおり、防御権とは異なり、原則として「法律による媒介」を必要とするということである²⁰⁸。その理由として、保護義務の履行のために講ずる措置の多くは、第三者(加害者)の基本権を制限するということが指摘されている²⁰⁹。したがって、基本権保護義務に対応する主観的権利としての保護請求権についても、法律による媒介が必要となり、そのような法律上の規律が妥当している場合においては、基本権法益の私人間効力

を通じて基本権保護義務が実効的となるとされる²¹⁰。もっとも、基本権法益に対して現在の危険が差し迫り、法律による授權を待っているだけでは適切な保護が困難であると認められる場合には、必ずしもこの限りではなく、憲法上の基本権保護義務自体を根拠として当該義務を履行することが認められると解されている²¹¹。

第三に、国民が自分自身の責任で自らの安全を確保することができず、かつ国民に対して自らの権利を自ら保護し必要な場合には裁判所に訴求することを期待することができない場合に限られるということである²¹²。

基本権保護義務の履行の意義は、基本権法益の保護という客観的必要性を満たすと同時に、基本権法益の主体の主観的保護請求権に応えるところにあると解されている²¹³。そして、当該義務は、危険予防の前段階における基本権の安全にまで及ぶとされる²¹⁴。国家権力は、義務の履行のために適切かつ十分な手段を講じなければならないが²¹⁵、当該履行の程度については、常に絶対的安全を確保することはそもそも困難であることから、「可能な限り」の履行にとどまるとされる。すなわち、国家が、その諸制度を通じて、「絶対的安全」ではなく、全体としての安全が保障される状態を実現することがその任務であると解されている²¹⁶。

(3) 本質性理論

基本権保護義務が発生する要件として、法律の根拠が必要とされると解されていること背景には、ドイツにおいて通説的地位を得ていると思われる「法律の留保」原則とその現代的形態²¹⁷としての本質性理論がある。法律の留保とは、基本権の保護領域に対する国家の介入行為について、法律によるか又は法律に基づいて行わなければならないとするこ

とである²¹⁸。元来、法律の留保原則は、19世紀における立憲君主制の下で一般的な法原則として成立した議会と君主との妥協の産物であり、自由・財産の領域に関する介入行為についてのみ、法律の根拠を必要とするとするものであった²¹⁹。これは、基本法上の明文の規定を持たない「一般的意味の法律の留保」として継受されているが、これとは別に、「立法は合憲的秩序に、執行権及び裁判は法律及び法に拘束されている」と規定する基本法20条3項から導かれると一般に解されている「基本権上の法律の留保」の考え方が存在する²²⁰。「基本権上の法律の留保」については、基本権の制約の場合だけでなく、基本権の具体化や規律の場合においても法律の根拠を要求することとなるものであるため、その射程は自由・財産の領域に関する介入行為に限定されない²²¹。

他方、自由・財産の領域に関する介入行為に限定されていた「一般的意味の法律の留保」についても、自由・財産の領域以外の活動領域に関する介入行為に対しても適用範囲を拡大する方向性が判例で示され²²²、やがてそれが一つの判例理論となった。これが、「国家におけるすべての本質的決定は議会に留保され、議会は本質的事項に関する限り、行政に委ねることなく自ら決定するよう義務づけられる」とする本質性理論の考え方²²³である。すなわち、本質性理論によれば、国民に関わる国家の行為については、それが自由・財産の領域であるかどうか、また介入行為であるかどうかにかかわらず、基本権の行使にとって本質的な事項である限りにおいて、法律に留保されることとなる²²⁴。この位置づけは、判例²²⁵の「基本権に関連する領域では、『本質的』とは、通常は『基本権の実現にとって本質的』ということの意味する」²²⁶との判示によって明確化された。また、法律の留保に

関する規定を有する基本権であれ、それ以外の基本権であれ、その制約等については、それが本質的な事項である限りにおいて、法律による根拠が必要であると解されている²²⁷。

このように、法律の留保原則が本質性理論によって把握されるようになる中で、「本質的な事項」に関する「立法者の自己決定義務」が問われるようになった²²⁸。これは、基本権に関わる国家の行為の前提・状況・結果に関する本質的な決定は、立法権により行われなければならない、行政権に委ねられてはならないということその含意とする²²⁹。他方、「本質的な事項」の範囲が問題となるが、決定の本質性については、基本権に与える影響の強度によって判断されると解する学説が有力である²³⁰。当該強度の具体的な判断に関しては、個別の審査に委ねられているのが現状である。

この本質性理論を基本権保護義務論に援用して考えると、基本権保護義務が発生する場合というのは、基本権法益が侵害され又はその危殆化に直面しているときであるため、保護義務の履行により、「被害者」の基本権法益を「救済」する一方で、「加害者」の基本権を制約することとなり得る。よって、この場合、基本権に与える影響の強度が極めて高いものであるといえる。したがって、本質性理論が適用される限りにおいて、基本権保護義務は法律の根拠に基づくことを要するものとなると解される。

10 我が国への基本権保護義務論の基本的な考え方の導入可能性

基本権保護義務論の基本的な考え方は、我が国の憲法解釈論においてもその相当部分が導入可能であると考えられる²³¹。なぜなら、「個人の尊重」の原理に立脚しつつ、基本権

について「立法その他の国政」において「最大の尊重」が求められる憲法の基本理念（憲法13条）は、国家権力に対して「人間の尊厳」と基本権の保護を図ることを求める基本法の基本理念と共通性が高いからである²³²。しかしながら、同時に、我が国とドイツとは憲法典の条文そのものもそれを取り巻くさまざまな事情も異なることから、必ずしもドイツの議論にすべて即したものである必要はないと思われる。そこで、本節では、我が国の憲法解釈論に関する議論として、憲法上の基本権保護義務の根拠は何か、憲法上の基本権保護義務の主体は何か、基本権保護義務が発生する場合はどのような場合か、基本権保護義務がなぜ妥当するのか、基本権保護義務からそれに対応した主観的権利を導くことができるのか、基本権保護義務論に関して我が国の憲法解釈論とドイツの議論とはどのような相違が生じるのか、憲法解釈論における基本権保護義務論はどのような課題を抱えているのかということについて、若干の考察を加えることとする。

(1) 基本権保護義務論の根拠

まず、我が国の憲法解釈において、保護義務の根拠はどこに求めればよいのであろうか。ある学説によれば、我が国の憲法における基本権保護義務の根拠については、ドイツの議論を踏まえ、(ア)人間の尊厳アプローチ（基本法1条1項に倣い、憲法13条の「個人の尊重」に基本権侵害禁止義務と基本権法益保護義務の双方を読み込む考え方）、(イ)国家目的・国家任務論的アプローチ（国家の存立目的に基本権保護義務を読み込む考え方）、(ウ)客観法的アプローチ（基本権法益の客観的な価値としての側面から基本権保護義務を導く考え方）が考えられ、(イ)を主軸としつつ(ウ)により補強されるべきであるとされ

る²³³。思うに、これらの論拠は必ずしも相互に矛盾するものではないが、法解釈論の観点からは、明確な条文上の根拠が求められるため、(ア)の考え方が妥当であろう。すなわち、「個人の尊重」の原理を実現するためには、私人を含む他者による基本権の侵害があった場合に、国による保護が必要となると解しつつ、保護義務及びそれに対応する主観的権利の根拠を憲法13条に求め、保護義務の対象となる基本権法益は、憲法13条の「個人の尊重」の原理の確保にとって不可欠なものに限るべきであると解することが妥当であると思われる。

基本法1条1項においては、「人間の尊厳」の不可侵が前提となっているが、これは「人間の尊厳」という規範を侵してはならないこと、すなわち侵害不作為を規定したものであると解され、その限りにおいては、保護義務のような作為を含意するものではない。それゆえ、「これを尊重し、かつ、保護すること」を国家の義務として別途明示する必要があったものと思われる。これに対し、憲法13条の「個人の尊重」については、「すべての国民が個人として尊重されること」の確保を公権力に求めている規定と解され、それ自体において、国家に対する作為義務を含意していると考えられる。なぜなら、さまざまな基本権法益が容易に侵害される危険性と常に隣合せの現代社会²³⁴においては、「国民の基本権を侵害しない」という防御権的不作為のみでは、個人の尊重の原理を全うすることは困難であり、それを適切に確保するためには、国家が基本権法益の侵害及びその危殆化から国民を積極的に守ることが必要となると考えられるからである。逆に言えば、「尊重」という作為が義務づけられることによって、必然的に保護義務が発生し得るからこそ、憲法はあえて基本法のような「保護」という語を義務と

して明示する必要がなかったとも考えられるのである。

このように定礎される基本権保護義務を前提とすると、国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられず（憲法11条）、個人として尊重される以上、その限りにおいて、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」に関する法益について、それが他者による侵害（の可能性）に現に直面し、また直面しようとしているときには、原則として、国家（公権力）に対して保護を求める権利を憲法13条に基づき有しているということになる。なぜなら、「個人の尊重」の原理については、その目的が各人の法益の保護ないし基本権の保障にほかならず、単なる憲法上の客観的原則規範にとどまるものではないうえに、憲法上の根幹的な原理として可能な限り高い水準で実現されることが求められるものであると解される²³⁵からであるが、この点については後述する。したがって、憲法13条は、公権力による基本権法益の保護義務及び一定の条件の下でそれに対応する主観的権利が認められることを含意した規定であると解すべきである²³⁶。

(2) 基本権保護義務の主体

次に、基本権保護義務の主体についてであるが、我が国の憲法において、憲法上の権利の「最大の尊重」（13条）を必要とするのは「立法その他の国政の上」である。したがって、憲法13条に基本権法益の保護義務を含意させる限り、当該義務の主体は、一次的には立法権を中心とする国家権力であると解される。

もっとも、前述の保障国家論が示唆するとおり、「国政」においては、基本権法益の「保護」に直接関与するのが国家ではなく、国家による一定の統制・規制に服する私企業

等（これを広義における公権力²³⁷ということもできよう）であることが少なくない。例えば、憲法26条1項の「教育を受ける権利」に関する基本権法益は、公立学校のみならず、私立学校によっても「保護」される。その場合、法律に基づき国家の意を受けた私企業等が、基本権法益の保護のための「実務」に従事することも考えられ、その限りにおいて、当該私企業等も保護義務の二次的な主体となり得ると解される。ただし、たとえ「保護」の直接の実施主体が私企業等である場合においても、それは立法措置に基づくものである必要があることから、当該立法の主体である国家（立法権）が保護義務の主体から外れることはあり得ないと解される。

(3) 基本権保護義務の発生要件

基本権保護義務の発生要件については、前述のドイツにおける基本的な考え方が、法律による行政の原理や私的自治の原則が念頭におかれているという点でおおむね支持できるが、我が国の憲法においては、これに憲法13条の理念を加味し、以下のように解すべきであろう。すなわち、(ア)保護義務及びそれに対応する主観的権利（基本権法益）が立法を通じて実現可能な義務及び権利又は法益として特定されていると認められる場合、(イ)他者（原則として私人であるが、後述のとおり「国家からの自由」を広範に解する我が国の憲法解釈論の下では、私人以外の自然災害等も含めてよいと思われる）による権利又は法益の「侵害」が現に発生し、又は高度の蓋然性をもって発生する危険性が客観的に認められる場合、(ウ)保護義務の根拠となる「個人の尊重」の原理に照らして保護が必要であると認められる場合の3つの場合をすべて満たすことが、基本権保護義務とそれに対応する主観的権利が憲法上認められる要件となると

考える。なお、基本権保護義務は、国家権力（公権力）の積極的保護行為に対して根拠を与えるが、そのためにどのような手段を用いるべきかまでについては定めておらず、国家権力の裁量（立法権による具体化）に委ねられているものと解される²³⁸。

これらのうち、(ア)の要件については、基本権の制約に対する法律の留保を認めている基本法と異なり、それを認めていない我が国の憲法の下で、なぜ立法上の根拠を必要とするのかという疑問が提起されるかもしれない。この疑問は、「法律の留保」をどのように捉えるかの問題に帰着すると思われるが、もとより(ア)の要件は、法律によりさえすれば自由に保護義務を定立し、それに応じた基本権の制約を認めるというものではなく、また基本権の保障を法律に依存せしめることを示唆するものでもない。むしろ、基本法1条3項のような規定を有しない我が国の憲法の下でも、立法は基本権により拘束されると解される²³⁹。なぜなら、立法その他の国政における基本権の「最大の尊重」（憲法13条）をうたう憲法が、その条規に反する立法を無効としている（憲法98条1項）からである。これを前提とする限りにおいて、我が国の基本権にも、国民の権利を制限したり義務や負担を課したりする場合など、「公共の福祉」に基づき権力的行為形式が用いられる場合には法律の根拠が必要となる²⁴⁰という意味においての「法律の留保」²⁴¹であれば、それは憲法上妥当すると考えられる²⁴²。そもそも基本権保護義務の履行は、国民（加害者）の基本権を制限する可能性を前提とするものであるから、それには法律の根拠が必要となり、同時に当該義務に対応する主観的権利についても、一定の法律の根拠が必要となる。すなわち、ここでいう法律の根拠とは、当該権利・義務が立法措置を通じて一定程度特定されて

いるものと認められることである²⁴³。

また、(イ)の要件については、侵害の有無にかかわらず、社会権のないし給付請求権的な権利に対する義務も含めて基本権保護義務を捉えようとする考え方もある²⁴⁴が、そもそも基本権保護義務は、それが過度に適用されると国家の過剰介入を招く可能性を有するものであるから、その射程範囲は現実の侵害及びその客観的危険に対する保護に限定する必要があると思われる。逆にいえば、国家以外の他者による侵害とは無縁の基本権（例えば憲法17条の賠償請求権）については、基本権保護義務及びそれに対応した主観的権利は問題とならないと解される。このような基本権保護義務及びそれに対応した主観的権利の前提として具体的な侵害又はその危殆化を必要とする考え方は、我が国の訴訟制度においては抽象的違憲審査が認められておらず、違憲審査が行われるのは国民の具体的な権利が侵害・制限される場合に限定されているということからも、妥当すると考えられる²⁴⁵。

(4) 基本権保護義務の発生理由

基本権保護義務が我が国の憲法において妥当すると解される理由については、以下の3点に関して、ドイツにおける議論を一定の範囲で受容できる素地があるからであるといえる。第一に、我が国の人権保障制約原理においては、立法措置を通じた基本権の制約が、自由を制限するばかりではなく、自由の前提を創設する機能を有していることを示唆していると考えられるからである。このような自由の前提となる法秩序を創設することは、基本権保護義務の保護対象となる客観的価値秩序の創設にほかならない。第二に、我が国の基本権の領域においては、公権力に対する「防御権」のみならず、私人等による「侵害」からの保護が確保されない限り、実質的な保

障が得られないと考えられる権利もあると考えられるからである。情報通信技術の発展を背景とする高度情報通信ネットワーク社会²⁴⁶における通信の秘密不可侵は、電気通信事業者や一部の一般私人が技術的に常に通信の内容を知得し得る環境におかれているという意味において、その代表例の一つといえよう。第三に、「リスク社会」²⁴⁷と言われる今日において、基本権の中には基本権法益の侵害に対する不確実なリスクを常に抱えているものがあり、その場合、事前予防の観点からそのようなリスクを国家がコントロールすることが必要となるからである。環境汚染に基づく生命・健康への被害に対する危険は、被害発生の予見が困難であるという意味において、ここでいうリスクの一例であるということができよう。このようなリスクの制御については、従来の公法上の理論、すなわち現実の侵害に対する「危険性が証明されるまでは安全と考える防御権の発想」²⁴⁸に基づく限り、適切な対応が困難な部分が大きく、基本権保護義務論の考え方に依拠せざるを得ないと思われる²⁴⁹。

以上より、我が国の憲法解釈論においても、基本権保護義務論の基本的考え方が採用し得ると考えられるが、より重要なのは、基本権保護義務そのものではなく、当該義務に対応する主観的権利である。なぜなら、人権保障制約原理による内在的制約は、権利と義務との対立に基づく制約として把握されるものではなく、基本権同士の衝突に内在する制約として捉えられるからである。このとき、基本権保護義務から導かれる主観的権利は、憲法上の客観的次元を構成する規範的権利であるといえる。したがって、人権保障制約原理において、基本権保護義務は、そのような内在的制約を形成する規範的権利を演繹するための手がかりにすぎないのである。

(5) 基本権保護義務に対応する主観的権利

それでは、一般に、基本権保護義務からそれに対応する主観的権利が常に導かれるのであろうか。この点については、ドイツにおいても学説上の争いがあるが、多数説は、基本権の個人主義的な性質（基本権は一次的には個人の権利であるということ）を根拠に、保護の必要性に対応した保護を求める請求権を与えられているものと解しており²⁵⁰、連邦憲法裁判所も傍論においてこれを認めている²⁵¹。また、前述の「原理としての基本権」論のように、基本権に内在する客観的価値秩序には、当該秩序がより高いレベル（最適化）で実現することを期する原理としての性質があることから、単なる客観的義務の定立にとどまらず、主観的権利を承認する必要があるということその根拠の一つに挙げる考え方もある²⁵²。

このような基本的考え方は、おおむね我が国の憲法における議論にも妥当すると思われる。なぜなら、憲法は、「個人の尊重」を基本理念として掲げつつ、自由権をはじめとする憲法上の権利に対する「最大の尊重」（「原理としての基本権」論にいう「最適化」に近似する概念であるものとして把握可能であろう）を必要とするものとし（憲法13条）、公権力に憲法尊重擁護義務を課している（憲法99条）からである。もっとも、基本権保護義務から導かれる主観的権利については、立法により実現可能な権利として一定程度特定されている必要があり、その限りにおいて成立するものであると解される。なぜなら、当該主観的権利の行使が、国家による保護義務の履行と連動し、結果的に他者の基本権法益を制限することになり得るからである。したがって、前述の基本権保護義務の発生要件を満たす場合には、当該義務に対応する規範的な「基本権法益の保護を求める権利」が、憲法

上国民に保障されているものと解すべきである。

このように、基本権保護義務が「法律による媒介」を通じて特定されていると認められる場合にそれに対応する主観的権利が保障されているとする解釈を前提としたとき、国民は法律上の義務規定を援用して主観的権利を行使すればよく、「憲法上の保護請求権を直接根拠にすることは必要ではなくなる」とする考え方もある²⁵³。これによれば、「私人は、民事法上の請求権、私法的・公法的相隣関係法上の請求権、警察法・秩序法の枠内での権限を通じて、その保護利益を十分に実現することができる」とされる²⁵⁴。しかし、基本権保護義務を具体化する法律の規定は、社会秩序の維持や公共的利益の増進を目的としていることが少なくなく、必ずしも個人の基本権法益の保護を直接の目的とはしていない場合がある。そのような場合には、基本権保護義務は法律から導かれるとしても、それに対応する主観的権利として、「憲法上の保護請求権」を直接援用することも必要になることがあると思われる。このとき、基本権保護義務に関して講じられる具体的な措置については、法の枠内で国家の裁量に委ねられていると解されることから、「主観的権利の内容は客観的國家任務の内容ほどには広くない」²⁵⁵ということになる。すなわち、必ずしも採り得るすべての保護措置に対応した具体的な主観的権利が認められるものではなく、当該裁量の適切な行使と認められる範囲内での保護措置に関する保護請求権が認められるにとどまると解される。なお、当該裁量が適切であるか否かについては、「個人の尊重」の原理を確保するために必要不可欠と認められるかどうかに応じて、個別に判断される必要があろう。

(6) 基本権保護義務論に関する我が国の憲法解釈論とドイツの議論との相違

我が国の憲法解釈論において、基本権保護義務論の考え方が基本的に採用可能であるとしても、憲法と基本法とはそれぞれ異なるものであるから、ドイツにおける基本権保護義務論がそのまま憲法に導入されるものではない。すなわち、基本権保護義務論の考え方の源泉がドイツの基本権論にあるとしても、我が国の憲法解釈に当たり、必ずしもドイツにおける議論にすべからず忠実になる必要はない。例えば、ドイツにおいて想定されない基本権保護義務が、我が国の憲法解釈論上妥当することは十分にあり得る。したがって、憲法と基本法との相違にかんがみ、基本権保護義務論の考え方を憲法解釈に導入する場合に、具体的にどのような点において大きな相違が生じることとなるのかについて、精査する必要がある。その相違については、以下の4点に要約することができよう。

「人間の尊厳」の不可侵と「個人の尊重」と相違

第一に、ドイツにおける基本権保護義務は、基本法上、「人間の尊厳」の不可侵に対して課されていると解されるのに対し、我が国の憲法においては、前述のとおり、「個人の尊重」の原理に基づき課されるものであると解されるということである。ここで問題となるのが、「人間の尊厳」の不可侵と「個人の尊重」とはどのように異なるのかということである。以下にこの点に関する主な学説について概観する。

まず、A説は、「人間」とは「人格」を有するものであるのに対し、「個人」とは人間性の存在を前提としつつも、一定の「個性」を有するものであると主張する²⁵⁶。また、「尊厳」とは、人間の人格としての価値であり、すべての人間に平等に具備され、侵すこ

とが認められないものであるのに対し、「尊重」とは、原則として保護しなければならないが、すべてのものが同程度に保護されるものではなく、例外も生じ得るものであるとする²⁵⁷。これに加え、かつての「家」制度とナチス独裁政権下での虐殺という日独間の歴史的事実の相違を背景に、「人間の尊厳」は「国家権力」に対置する意味での「人格主義」の立場を採用したものであるのに対し、「個人の尊重」は「個人主義」の立場を採用したものであるとする²⁵⁸。

B説は、各個人に共通する人間性の存在を拒否しては「基本的人権」という規範概念を導出することが困難であることを主張しつつ、「個人の尊重」は「個人の尊厳」ないし「人間の尊厳」と同趣旨のものと解すべきであることを説く。これによれば、「個人」とは個人性ないし個性という意味ではなく、「人格」の観念との結びつきの中で把握されるべきものであるとされる。したがって、「個人の尊重」とは、一人ひとりが人格性を有していることから尊厳なる存在であるということになる²⁵⁹。

C説は、B説と同様の立場に立ちながら、「人間の尊厳」も「個人の尊重」も、「国家に対する個人の優越」という点において同じ内容であり、「個人」は人格と結びつけて解釈されるべきであると主張する²⁶⁰。もっとも、憲法上の「個人の尊重」については、ドイツ流の人格主義²⁶¹とはイデオロギーの点において本質的な差異があり、「人格主義」ではなく「個人主義」の立場に立っているとする²⁶²。

D説は、「人間」と「個人」に込められている意味が根本的に異なるものであり、「人間の尊厳」と「個人の尊重」とは区別されるべきことを説く。すなわち、「人間」の概念が一定の人間観による基本権主体の規範的評価を伴うのに対して、「個人」の概念は必然

的に多様性を含意し、そこでは統一的な人間観を構築することは不可能であるとする。したがって、「個人の尊重」については、「人間の尊厳」と同趣旨のものとして理解されるべきではなく、「個人」という主体規定の独自の意義が認められなければならないとされる²⁶³。

E説は、D説を更に敷衍させ、「人間の尊厳」と「個人の尊重」とは完全に別概念であることを説く。すなわち、「人間の尊厳」とは「人間に共通する道徳的な価値」であり、そのような人格主義は「共同体拘束性」を伴うが、「個人の尊重」とは「人間の尊重」を超えて各人の属性の個性・多様性を配慮することであるという。よって、「個人の尊重」における人間存在の価値は、人間共通の特性ではなく、その個性にあるとされる²⁶⁴。

思うに、「人間の尊厳」と「個人の尊重」とを比較したとき、A説やC説において主張されるような「人格主義」か「個人主義」かという対立軸²⁶⁵と、D説やE説において示唆される「人間の統一性・共通性」を重視するか「各人の個性・多様性」を重視するかという対立軸とがあり、両者は重複する部分もあるが、区別されなければならない。すなわち、「個人の尊重」の本質が「各人の個性・多様性」にあるとしても、それは必ずしも「人格主義」を否定するものではなく、また「人間の尊厳」の本質が「人間の統一性・共通性」にあるとしても、それは常に「人格主義」と同値であるということの意味するものではないということである。換言すれば、人間の社会との結びつきを重視しつつ、その範囲内で「各人の個性・多様性」を確保することは可能である。そして、憲法13条における「個人の尊重」とは、まさに一定の「人格」としての人間の価値を前提としつつ、統一的な人間観に拘束されない「各人の個性・多

様性」を確保することを意図した規定であると解される。「個人の尊重」について、一定の「人格」としての価値を前提とするのは、憲法上の基本権という価値的な規範概念の中に、「個人」を「人格」との結びつきにおいて理解することが含意され、「個人の尊重」は各基本権の「共通基盤」となっていると解されるからであり、また、「各人の個性・多様性」の確保を本質的内容と考えるのは、「人間」との対比における「個人」の概念の個性に加え、それを「尊重」ということが、各人の個々の行動や意思を何よりも重視することを示唆していると解されるからである。換言すれば、「個人の尊重」とは、各人の有する人格的個性の個性・多様性を重んじ、各人が「人格」を保持する範囲内で自己決定の自由を有していることを意味するものであると考えられる²⁶⁶。これに対し、「人間の尊厳」については、「人格」という基本的水準以上の特定の価値観を伴うことが想定されている規範構造となっているものと思われる、場合によっては「尊厳」の名の下に個別の人間の権利・利益が否定される可能性をばらんだ概念であると考えられる。

また、「人間の尊厳」については、基本法1条1項上の権利性を肯定する立場²⁶⁷からは、独自の保護領域を有すると解する余地があるのに対し、「個人の尊重」については、基本権全体の規範的指導理念ないし「原理」であると考えられることから、個々の具体的な問題に直接適用するための独自の保護領域を有するものと解することは困難であると思われる²⁶⁸。換言すれば、個々の基本権条項においては、「個人の尊重」は自明の原理として前提されているのであって、それを憲法問題の解決に当たって単独で直接示そうとする必要はなく、個々の基本権の射程範囲や解釈上の問題の解決に際して、その背後にある客

観的規範として必要に応じて援用すべきものであると解される²⁶⁹。

このように、「人間の尊厳」と「個人の尊重」との間には本質的な概念の差異がある以上、基本権保護義務が「人間の尊厳」の不可侵に対して課されているドイツと、「個人の尊重」の原理に照らして保護が必要であると認められる場合に基本権保護義務が発生する我が国とでは、必然的に基本権保護義務の射程範囲も異なるものとなる。「人間の尊厳」は、基本権法益の保護を統一的な人間観や「尊厳」の名の下に否定する根拠となる余地を残しているのに対し、「個人の尊重」は各人の人格的個性を幅広く最大限重視することをその規範としているため、「人間の尊厳」を基準とする基本法上の基本権保護義務の射程よりも、「個人の尊重」を基準とする憲法上の基本権保護義務の射程の方が、その本質においてより広範であるということが出来る。したがって、ドイツにおいて認められていない基本権保護義務が我が国において認められる余地があると解されることには、合理的な理由があるといえるのである。

「国家による自由」の観念の相違

我が国の基本権理論においては、ドイツにおける議論に比べ、「国家による自由」の観念が私人による基本権法益の侵害に関する場合に必ずしも限定されず、より広範に捉えられている²⁷⁰。まず、個別の基本権についていえば、既述のとおり憲法25条1項は生存権を保障し²⁷¹、同条2項はそれを前提として「さらにより広い社会国家的視野から国の責務を規定」²⁷²しているが、基本法にはこれらに相当する規定は存在しない²⁷³。また、基本権保護義務論に代表されるように、ドイツにおける「国家による自由」は前述のとおり「法的三極関係」が前提とされているが、我が国の場合は必ずしもこの限りではない。一部の学

説が指摘するとおり、婚姻の自由や契約の自由などの「国家による制度の設営を前提とする権利」については、当該制度の内容について当然に広範な立法裁量が認められているわけではなく、「社会で共有されている制度イメージ」に基づく共通理解によってそれが限定されている²⁷⁴ため、これらを「国家による自由」として定位することが可能である。また、マスメディアの表現の自由を定礎するための「公共財としての自由な表現空間を確保すべき国家の義務」も指摘されている²⁷⁵が、これも「国家による自由」として定位され得る考え方である。

以上のような「国家による自由」に対する考え方の相違にかんがみると、我が国における基本権保護義務の発生要件については、私人からの侵害の場合に限定される必要はなく、自然災害や外国政府による侵害の場合など、侵害の主体をより広範に捉えることが可能であると思われる。基本権保護義務及びそれに対応する主観的権利が認められるのが「私人」ではなく「他者」による侵害の場合であったとしたのも、このような理由に基づくものである。

私人間にも妥当すると解される基本権の存在

我が国の憲法においては、公権力に対する禁止を一次的な目的としながら、私人間においても直接の効力が及ぶと解される規定（以下「私人間直接効力規定」という）がいくつか存在する。例えば、憲法18条の奴隷的拘束及び苦役からの自由については、規定の沿革・趣旨から、私人間にも直接妥当すると解するのが多数説である²⁷⁶。基本法では、その12条2項に「何人も、伝統的で一般的な、すべての人に平等に義務付けられる公的な勤務の枠内にある場合を除き、特定の労働を強制されない」という規定があるが、憲法18条に

直接相当する規定は存在しない²⁷⁷。また、憲法27条3項の児童酷使の禁止についても、原則として基本権の間接的な私人間効力しか認めない立場においても、私人間直接効力規定であると解されている²⁷⁸。基本法では、これに直接相当する規定についても存在しない。更に、憲法15条4項後段の選挙人の公私の無責任についても、選挙人は国家機関のみならず私人からも責任を問われないものとして、私人間に直接の効力が及ぶものと解されている²⁷⁹。基本法はその38条1項²⁸⁰において秘密選挙を保障しているが、憲法15条4項後段に直接相当する規定は有しない。これらの憲法「独自」の私人間直接効力規定については、公権力が自ら禁止される事柄を行わないことはもとより、これらの権利・自由に対する私人による侵害又はその危殆化が生じた場合に、公権力が適切な保護措置を講じない限り、その実効的な保障が担保されないものであると解される。

また、必ずしも私人間に直接受当する基本権であるとはいえないが、私人による実質的な「侵害」の危険性のあるものも存在する。憲法21条2項後段の通信の秘密不可侵がその代表例であることは前述のとおりである。また、憲法15条4項前段の投票の秘密不可侵についても、公権力のみならず私人による「侵害」から保護されることがその実効的な保障のためには必要である。もっとも、この点については、基本法10条1項²⁸¹においても「信書の秘密」や「郵便及び電気通信の秘密」が保障され、基本法38条1項において「秘密選挙」が規定されるなど、日独間の状況は酷似している。

これらの憲法上の基本権は、いわば「国家（公権力）による保護を前提とした権利」であるといえることができる。したがって、基本権保護義務が権利自体に内在しており、あえ

て「個人の尊重」の原理に依拠するまでもなく、他者による侵害又はその危殆化が生じた場合には、国家は当然に適切な保護措置とることが求められると解される。基本法に比べてこのような権利をより多く規定する憲法は、その限りにおいて、基本権保護義務論を受容する素地が相対的に広いものと考えることができよう。

基本権の制約事由

憲法解釈論における基本権の制約原理は、ドイツの基本法解釈論の場合と比べ、基本権保護義務論の受容により適格的であると考えられる。基本法上の基本権の「制約」については、一般に、前述の「三段階の審査手続」を前提として行われる。まず、第一段階の基本権の保護領域を画定する局面において、当該保護領域に含まれない自由・利益等を排除する作業が行われる。これは、一般には基本権の制約として定位されていないが²⁸²、この過程を通じて、我が国の憲法解釈論でいうところの「制約」が実質的に行われるものとみることができる²⁸³。次いで、国家による基本権への制約の有無が判断される第二段階を経て、第三段階の当該制約の正当化が判断される局面に至る。ここでは、内在説と外在説の考え方の対立がある。内在説とは、基本権の保護領域に関する議論と基本権制約の正当化に関する議論とを区別せず、基本権とは本質的に制限されてはならない権利であると解する考え方である²⁸⁴。その理由として、基本権の内容は最初から確定しており、それから外れた「基本権の行使」なるものは、そもそも保護領域内にある基本権の行使とは認められないからであるということが指摘されている²⁸⁵。基本法19条2項が「基本権は、いかなる場合であっても、その本質的内容において侵害されてはならない」と規定するものこの考え方に即したものであるとみることが可能

であろう²⁸⁶。これに対し、外在説とは、基本法解釈によって基本権の保護領域が画定されても、それは「一応の保護」の領域を画定したにすぎず、その領域内の基本権法益が最終的に保護されるか否かは、対抗利益との衡量を経て初めて決定するとする考え方である²⁸⁷。もっとも、両者の区別は必ずしも排斥し合うものではなく、基本権の保護領域を画定する段階で、除外される利益の有無を確認し、基本権制約の正当化を検討する段階で、基本権法益と対抗利益との比較衡量を行い、最終的な保護又は制約の可否を決定すればよいとする考え方もある²⁸⁸。

一方、憲法における基本権の制約に関する原理については、憲法12条及び13条の趣旨に照らし、内在説のような「基本権とは制限されてはならない権利である」とする考え方は一般にとられておらず、むしろ基本権の制約根拠としての「公共の福祉」をめぐる解釈論として展開されてきた。「公共の福祉」をめぐる解釈にはさまざまな考え方があるが²⁸⁹、基本権の内在的制約については、加害禁止の原理（加害原理）に基づき定立する見解が有力である。これは、基本権が個人の尊厳と平等を前提として形成されていることを踏まえたうえで、具体的には以下の3つの理念を基本権の限界と考えるものである²⁹⁰。第一に、基本権の行使が他人の生命や健康を害するものであってはならない。なぜなら、生命や健康は憲法13条における「個人の尊重」の確保にとって必要不可欠であるからである。第二に、個人としての尊厳を傷つけてはならない。生命や健康を害さなくても、他人の尊厳を傷つけてはならないことは当然の法理である。第三に、他人の正当な基本権の行使を妨げるような行為をしてはならない。これは、基本権同士が衝突する場合には、適切な相互調整が必要となるということをその含意としてい

る。

以上に基づき基本法と憲法における基本権制約に関する考え方をそれぞれ比較すると、基本権の限界として、対抗利益との衡量・調整が念頭におかれているという点においては共通するが、基本法においては、基本権が原則として侵害されないということを前提としつつ、その限界について保護領域論を中心に画することが意図されているのに対し、憲法においては、加害禁止の原理に基づく内在的制約が主に念頭におかれているという相違があるといえる²⁹¹。保護領域論においては、排除される自由・利益については基本権保護義務を考慮する余地がないが、加害禁止の原理に基づく内在的制約においては、基本権の行使が他の基本権の行使を妨げることがないように取り計らうことを公権力に対して暗黙裡に要請していると解される。なぜなら、加害禁止の原理の要請に基づき、基本権の行使が他人の生命や健康を害さないようにすることや、個人としての尊厳を傷つけないようにすることは、公権力による積極的な関与（保護措置）なしには適切に保障することが困難であるからである。もとより、加害禁止の原理はそれ自体において基本権保護義務の根拠となるものではないが、基本権保護義務の発生が他者による権利の侵害を前提としていることから、基本権保護義務の成立を「支援」するものである。すなわち、憲法においては、内在的制約の考え方そのものに基本権保護義務に関する要請を内包しているといえる。換言すれば、基本権保護義務又はそれに対応する主観的権利の行使が憲法12条及び13条の「公共の福祉」に溶け込むことにより、基本権の制約根拠となり得るのである²⁹²。その意味において、憲法に関しては、基本法よりも基本権保護義務の援用されるべき余地（機会）が広いといえることができるのである。

現に、我が国においては、すでに多くの判例において、基本権保護義務に基づく基本権の制約と同様の論理が事実上用いられているとみることできる²⁹³。例えば、北方ジャーナル事件判決²⁹⁴において、「表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき」には、裁判所の仮処分による事前差止めが例外的に許される旨が判示されているが、これはまさに「個人の名誉の保護」という人格権の基本権の保護に関する義務を国家が適切に果たすために、「表現の自由」という基本権に対する制約を許容したものであると解することが可能である。もとより同判決は、基本権保護義務の存在を認めているわけではないが、「言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法13条）と表現の自由の保障（同21条）とが衝突し、その調整を要することとなる」としており、当該調整の中に基本権保護義務の履行ないし人格権の保護を求める権利の行使への対応が含まれると解することができよう。また、基本権保護義務を明示的に肯定したわけではないが、その存在を示唆したものと解することのできる判例も存在する。例えば、投票制度に関する立法不作為について、「国会議員の立法行為又は立法不作為は、その立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」には例外的に違法となるとした判例²⁹⁵は、一定の場合には作為義務としての立法義務が認められることを示唆したものであると思われる。同判例は、「国が国民の選挙権の行使を可能に

するための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合」には「憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反する」²⁹⁶とも述べており、当該作為義務が基本権（選挙権）を保護するための憲法上の義務であることも示唆している。そのうえで、「国には、選挙の公正の確保に留意しつつ、その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務がある」²⁹⁷と判示しているが、これは国民の選挙権に関する基本権保護義務の存在を確認的に示唆したものと解釈することも可能であろう²⁹⁸。

以上の4点より、我が国の憲法解釈論における基本権保護義務論の有意性が明らかになったと思われる。基本権の二重構造が認められると解される我が国の憲法においても、基本権保護義務論の考え方が一定の範囲で認容されるべきである。

(7) 基本権保護義務論の課題

基本権保護義務論は有用な考え方ではあるが、以下のとおり、同時にその適用の枠組みにはいくつかの課題が残されている。第一に、基本権保護義務が問題となる場合の多くは、国家の不作為がその対象となることから、講じるべき保護措置の妥当性を的確に判断することが容易ではないということである²⁹⁹。すなわち、可能な保護措置が複数考えられる中で、どの措置をどの程度講じれば義務を履行したことになるのかということについて、客観的な基準に基づき的確に判断することが難しく、評価者の主観的な比較衡量に委ねられざるを得ないこととなる。第二に、具体的な基本権法益の侵害が顕在化していない段階（又は抽象的な危険の発生にとどまる段階）において、国家にどのような基本権保護義務が課せられるのかを判断することが困難であ

るということである。行政法の学説においては、「国民の生命・健康に対する重大な危険がある程度具体的に予見されるのに、それが『切迫』したり、『容易に』知りうるときでなければ行政は無為にすごしてよいとするのはどうみてもいきすぎで、行政としてはそれなりに調査検討し、危険の蓋然性のあるときはそれなりに対処をする義務がある」という主張³⁰⁰や「基本権保護義務は、危険が生じた段階ではじめてその排除のために作用するのではなく、リスクに対する配慮（危険予防）の領域でも保護義務は作用する」³⁰¹という主張も有力である。具体的な法益侵害の危険化や現実の侵害を予見することが困難な加害行為が数多く存在し得る現代のリスク社会の下では、高い蓋然性をもって具体化することが見込まれる抽象的な危険が存在する時点で、その危険を防止し、被害を回避するために必要と認められる措置を適切に講じることが求められると思われる。その際の具体的な措置については、個別の判断に委ねざるを得ないであろうが、前述のとおり「個人の尊重」の原理を最大限に保障することがその一応の判断基準となる。第三に、行政権との関係において基本権保護義務を過度に認めることは、いわば行政法上の「危害責任防止の法理」³⁰²の濫用になりかねず、その結果としての行政の過剰介入を助長するおそれ、ひいては法律による行政の原理に背反するおそれがあるということである。したがって、義務の認定には慎重な判断が必要となる。国家の不作為が憲法違反であると判断されるような義務づけの範囲に関する判断は、あくまで必要最小限度の措置を講じているかという点（過小保護禁止の法理³⁰³）に着目しつつ行われるべきであろう。

以上を総合すると、基本権保護義務論は、前述のとおり、基本権法益が立法を通じて実

現可能なものとして特定されている場合において、他者によるその「侵害」又はその危険化が生じたときに、「個人の尊重」の原理に照らして公権力による保護が必要不可欠であると認められる範囲内において、限定的に援用していくことが妥当であると解される。なお、個別の基本権における基本権保護義務論の具体的な援用のあり方については、別途の課題としたい。

11 結 論

ドイツの基本権理論、とりわけ「基本権の二重構造」が共通理解となったことから生まれた基本権保護義務論は、我が国の憲法解釈において、その基本的な考え方が認容されるべきものである。なぜなら、憲法上の基本権の保障を脅かすさまざまな危険やリスクが日常生活を取り巻く今日の社会において、基本権の保護のための国家の「介入」を許容する立法措置が増加傾向にあることから明らかなどおり、もはや防御権的な「国家からの自由」を保障するのみでは基本権法益を適切に保護することは困難であり、基本権保障に関わる国家の積極的な作為を求めるためには、それを正当化するための新たな理論の枠組みを必要とするからである。もっとも、その基本権保護義務の適用の射程に関しては、公権力の「過剰介入」を助長することがないように、限定的に捉えるべきである。ただし、基本権保護義務及びそれに対応する主観的権利を具体的にどの程度の範囲で認めていくかということについては、一律の判断基準を設けることにはなじまないと思われる。したがって、当該範囲については、基本権保護義務の根拠である憲法13条の「個人の尊重」の原理に照らし、個別の基本権条項ごとにその趣旨を勘案しながら慎重に検討していくことが、今後

の課題となろう。

注

- 1 本稿においては、実定憲法上の権利を便宜上「基本権」と称することとする。なお、ドイツ連邦共和国基本法においては、その1条2項においてのみ「人権」の呼称が用いられ、他の個所においては「基本権」の呼称が使用されている。
- 2 児童売春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律については、その1条において、「児童の権利を擁護すること」がその目的とされ、ストーカー行為等の規制等に関する法律については、その1条において、「個人の身体、自由及び名誉に対する危害の発生を防止し、あわせて国民の生活の安全と平穏に資すること」がその目的とされ、インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律については、その1条において、「児童買春その他の犯罪から児童を保護し、もって児童の健全な育成に資すること」がその目的とされている。
- 3 例えば、児童売春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律については、その4条～11条において、児童売春等の行為をした者に対し刑罰を科すこととしているとともに、その16条において、「児童買春の相手方となったこと、児童ポルノに描写されたこと等により心身に有害な影響を受けた児童について専門的知識に基づく保護を適切に行うこと」やそのための「必要な体制の整備に努める」ことなどが国及び地方公共団体の責務とされている。ストーカー行為等の規制等に関する法律については、その4条及び5条において、警察当局が、つきまとい等の行為を行った者に対し、一定の条件の下で、警告又は禁止命令等を行うことができることとされている。インターネット異性紹介事業を利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律については、その6条において、インターネット異性紹介事業を利用した一定の誘引行為が禁止され、その13条において、インターネット異性紹介事業者の違反行為に対して警察当局が必要な指示をすることができることとされている。
- 4 一般に本稿で扱う基本権保護義務論においては、国家による保護の対象は「基本権」ではなく「基本権法益」とであるとされる(小山・法理221頁, 渋谷・

憲法130頁, 卷・私人間効力263頁参照)。これは、憲法ないし基本権の対国家性を前提とする以上、私人による基本権の侵害は原則として起り得ないと考えることによるものである。本稿においては、同様の視点に立脚しつつも、より広義に、「憲法の基本権規定上保護されるべき法益(憲法の基本権規定の要請から導き出されるさまざまな価値、自由、行為、利益等)」を「基本権法益」と定位する。

- 5 「防御権(Abwehrrechte)」とは、ドイツの基本権論において用いられる用語であり、我が国の憲法論でいう自由権ないし自由権的基本権に相当する。松本・基本権保障12頁。なお、防御権はしばしば「防禦権」とも表記されるが、本稿においては便宜上「防御権」と表記することとする。
- 6 憲法と基本法とでは、基本権(人権)の規定に関して同一ではないことはもとより、国家論や憲法解釈の方法論についても一定の差異が見られるが、個人の自由な領域を防御権的観点から確保するということのみでは基本権の十分な保障は困難となっているという状況については共通している。また、もとより我が国の憲法論はドイツの基本権論の影響を大きく受けていることには疑いがなく、「後進資本主義国として近代化を体験し、現在では先進資本主義国として現代化を体験している」(青柳・個人77頁)点においても共通性が高い。したがって、ドイツの議論を参考とすることには、一定の意義があると考えられる。
- 7 芦部・憲法学 281-282頁参照。
- 8 BVerfGE7, 198。ドイツ憲法判例研究会編・憲法判例157-161頁。
- 9 アレクシー・主観的権利187頁。
- 10 ベッケンフェルデ・現在354-356頁。
- 11 シュリンク・原理250頁。
- 12 BVerfGE39, 1。ドイツ憲法判例研究会編・憲法判例67-72頁。
- 13 シュミット・憲法理論203頁。
- 14 シュミット・憲法理論159頁。
- 15 シュミット・憲法理論218頁。
- 16 松本・基本権保障18頁。
- 17 松本・基本権保障64-65頁。
- 18 小山・内容形成81頁。
- 19 制度的保障論における「制度」とは、ワイマール憲法制定以前から存在する伝統的な法規範の複合体

- が念頭におかれているものであり、基本法がこれらの存置を認めたものと解されている。赤坂・制度保障32頁。
- 20 前国家的な個人主義的自由権としての基本権は、国家の不介入のみを要請するものであるため、他の権利の保障や制度保障とは異質なものであるとする思想がその根底にある。赤坂・制度保障34頁参照。
- 21 制度的保障論はワイマール憲法の解釈論として提示されたものであるため、ここでは便宜上、「憲法」上の規律と表記することとする。なお、制度的保障論に関する説明以外の部分において、本稿における「憲法」とは、日本国憲法を指すことは前述のとおりである。
- 22 シュミット・憲法理論212頁。
- 23 シュミットの制度的保障論を継受した我が国の憲法論においても、制度的保障と基本権（権利）とは異質なものであるという理解が一般的である。この考え方の下では、ある憲法規定が「制度的保障」の規定であるとされることにより、権利賦与規定ではないということになる（奥平・憲法 101頁参照）。これが、「制度的保障のためにかえって個人の人権保障が弱まる」（辻村・憲法152頁）という考え方にも結びつく。しかし、憲法3章の諸規定は、「制度保障規定であると同時に、権利賦与規定でもある」とする考え方も有力である（奥平・憲法 98頁）。この考え方は、憲法36条を例示し、これが公務員による拷問及び残虐な刑罰を禁止し、適正な公権力の確立・保持という制度目的に奉仕する客観法であることを認める一方、個人が規範違反の公務員の暴力行為に対する「権利」を有することの根拠規定にもなるとしている。すなわち、「『権利』は、個人にとってそれ自体が目的であると同時に、客観的には『制度』が『よき制度』であるために必要不可欠な公共性を担う大事なコンセプトなのである」とされる（奥平・憲法 98頁）。管見も、基本権における個人の権利の保障と制度の保障とは相互不可分の関係にあり、制度の保障は権利の保障に奉仕することを目的とするものであることが要請されるものと解する。なぜなら、「憲法上の人権規定には、一定の制度を通じて具体化されなければ、現実に一般市民がそれを行使用することができない場合がある」（赤坂・理論71頁）と考えられるからである。その限りにおいて、権利と制度との関係についての捉え方に関しては、後述する制度的基本権論の考え方（個人の権利が制度の存在と不可分の関係にあることを基本とする考え方）に接近する。
- 24 シュミット・憲法理論212頁。
- 25 シュミット・憲法理論212頁。
- 26 小山・内容形成55頁。
- 27 青柳・個人101-102頁。
- 28 芦部・憲法学 88頁。シュミットにより制度的保障論が提示された後の我が国及びドイツの主要な学説は、制度的保障を通じて憲法・基本法が保障しようとするのは制度の核心部分であり、当該核心部分に変更を加えるような立法が禁止される（周辺部分に変更を加える立法は許容される）ものと理解した。
- 29 小山・内容形成48頁。
- 30 制度的保障論においては、「憲法」と「憲法律」とが区別されている。「憲法」とは、「憲法制定権力の一箇の行為によって成立する」ものであり、この行為は「存続が前提されている政治的統一体の形式と態様を組織する」とされる（シュミット・憲法理論28頁）。これに対し、「憲法律」とは、「憲法に基づいてはじめて効力をもち、憲法を前提する」ものであるとされる（シュミット・憲法理論29頁）。したがって、この考え方によれば、憲法は不可侵であるが、憲法律は非常事態の措置に伴い効力が停止されることがあり得る。憲法の改正とは、憲法律の改正を意味するのであって、憲法の実体を構成する基礎的な政治的決定が議会によっていつでも除去・改変されることを意味するものではない。また、憲法は一連の基本権を保障しているが、基本権の保障に関する憲法律による規律（及び法律による規律）により、保障された基本権が相当程度に制約されることはあり得ることとなる（シュミット・憲法理論33-35頁）。
- 31 シュミット・憲法理論215-216頁。
- 32 シュミット・憲法理論214頁。
- 33 芦部・憲法学 90頁。
- 34 石川・距離74-75頁。
- 35 芦部・憲法学 87頁。
- 36 石川・距離74-75頁。
- 37 石川・距離14-28頁。
- 38 石川・距離20頁・58頁。同書（20頁）は、「民主制への『国体』変更と、ドイツに固有の歴史と存在意義を有する官僚層 - 理論的には破砕されるべき閉

- 鎖的な身分的団体 - の憲法的編入とを、自家撞着に陥ることなく承認するための枠組として、制度的保障論が構成されている」と指摘している。
- 39 石川・距離236頁。なお、この点に関する詳細については、本稿では立ち入らない。
- 40 畑尻・批判149頁。
- 41 石川・距離206頁。
- 42 小山・制度的基本権論66頁。
- 43 青柳・個人134頁。
- 44 「ヘーベルレ・基本権論113頁・119頁」によれば、基本権の配分参加的性質は、基本法において原則的に主観的な請求権となり得るものではなく、社会国家原理や基本法3条と連携した個別の基本権から生じる行為委託にすぎないが、基本権は「国家の給付保障に対する統制的反応」として給付請求権となり得るとされる。
- 45 ヘーベルレ・基本権論113頁。小山・制度的基本権論66頁。この点に関し、ヘーベルレは、基本法は「国家と社会を互いに関係づける給付法の組織形式・手続のための枠組みを構成する（ヘーベルレ・基本権論23頁）」と述べている。
- 46 畑尻・批判149頁。
- 47 ヘーベルレ・基本権論113頁。
- 48 基本法3条1項は、「すべて人間は、法律の前に平等である」と規定している。なお、基本法の和訳については、高橋編・憲法集166-272頁による（以下同様）。
- 49 「ヘーベルレ・基本権論94頁」によれば、平等原則は、基本権に保障された最低水準を求める請求権を根拠づけるとされる。
- 50 「ヘーベルレ・基本権論85頁」によれば、ここでいう「機会」とは、「基本権上の自由が、義務となることなく、個人々人にとって可能となるべきである、ということの意味する」とされる。
- 51 「ヘーベルレ・基本権論85頁」は、「国家の事実行為は、平等原則の社会国家的形式としての平等な取扱いの原則を通して、基本権上の自由の給付国家特有の具体化である法的な配分参加請求権のための接続点になる」と述べている。
- 52 青柳・個人110-111頁。もっとも、ここでいう社会国家原理の法的性格については学説上の争いがあり、同書によれば、「法原則としての目標決定」と解し、国家の目標設定として、又は社会秩序の形成のための行為委託を含むものとして定位するのが通説であるとされる。ただし、社会国家原理は、給付請求権（配分参加請求権）のための権原をそれ自体において提供するものではなく、立法者による具体的規範化を必要とするものであるとされる。
- 53 ヘーベルレ・基本権論22-38頁。
- 54 青柳・個人112頁。
- 55 ヘーベルレ・基本権論19頁。青柳・個人112頁。
- 56 ヘーベルレ・基本権論118頁。
- 57 社会的基本権の概念については、ヘーベルレ・基本権論80-89頁参照。
- 58 ヘーベルレ・基本権論118頁。
- 59 例えば、租税は、基本法14条（財産権〔所有権及び相続権〕の保障）に対する制約としての位置づけから、政治目的を達成するための手段として再構成され、租税による社会国家的活動が「基本権の現実」にもなり得ることが指摘されている。ヘーベルレ・基本権論132-133頁参照。
- 60 ヘーベルレ・基本権論74-75頁。
- 61 ヘーベルレ・基本権論136頁。
- 62 ヘーベルレ・基本権論153-154頁。
- 63 栗城・変遷99頁。
- 64 「ヘーベルレ・基本権論158頁」によれば、「基本権」とは主観的な請求権として司法判断の適合性を問い得る実体的な内容を伴うものであり、「基本権上の利益」とは事実上基本権との関連性があるが必ずしも司法判断にはなじまないものを意味するとされる。
- 65 ヘーベルレ・基本権論158頁。
- 66 赤坂・制度保障32頁。
- 67 小山・内容形成57-60頁。
- 68 小山・法制度83頁。
- 69 小山・制度的基本権論66頁。なお、「石川・距離208頁」は、「基本権制約的な法律は、実は、基本権の内容を形成する規範ということになる」旨を指摘している。
- 70 ベッケンフェルデ・基本権解釈287頁。
- 71 小山・制度的基本権論66頁。浜田・制度概念524頁。
- 72 ベッケンフェルデ・基本権解釈286頁。
- 73 青柳・個人68頁。ベッケンフェルデ・基本権解釈301頁。
- 74 アレクシー・主観的権利182頁。

- 75 アレクシー・主観的権利-182-183頁。
- 76 アレクシー・主観的権利-183頁。
- 77 アレクシー・主観的権利-184頁。
- 78 アレクシー・主観的権利-184頁。
- 79 アレクシー・主観的権利-184頁。
- 80 比例原則とは、一般に目的と手段との関係を問う原則として定位され、措置は必要最小限でなければならないとする「必要性の原則」、必要な限度を超える措置が講じられてはならないとする「適合性の原則」、目的と手段とが不釣り合いであってはならないとする「均衡性の原則」ないし「狭義の比例原則」から構成される。須藤・比例原則18頁、川上・比例原則18頁、松本・基本権保障59-63頁参照。
- 81 アレクシー・主観的権利-185頁。
- 82 アレクシー・主観的権利-186頁。
- 83 基本法5条1項は、「何人も、言語、文書及び図画によって、自己の意見を自由に表明し流布させる権利、並びに一般にアクセス可能な情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由、並びに放送及び映画による報道の自由は、これを保障する。検閲は、これを行わない。」と規定する。
- 84 第三次及び第五次放送判決（BVerfGE57, 295; BVerfGE74, 297）による。ドイツ憲法判例研究会編・憲法判例172-177頁。
- 85 アレクシー・主観的権利-187頁。
- 86 ニーダーザクセン統合大学法臨時法判決（BVerfGE77, 170）による。
- 87 基本法2条2項は、「何人も、生命への権利及び身体への無瑕性への権利を有する。人身の自由は、不可侵である。これらの権利への侵害が許されるのは、法律の根拠に基づく場合に限られる」と規定する。
- 88 アレクシー・主観的権利-187頁。
- 89 アレクシー・主観的権利-188頁。
- 90 アレクシー・主観的権利-188頁。
- 91 アレクシー・主観的権利-190頁。
- 92 アレクシー・主観的権利二321頁。
- 93 アレクシー・主観的権利二322頁。
- 94 アレクシー・主観的権利二323-324頁。なぜなら、基本権上の義務が確定的に存在する場合には、その充足は連邦憲法裁判所によって審査され得るものであり、当該義務の主観化は、「審査の手續に憲法異議という一つの手続を追加するだけである」(アレクシー・主観的権利二324頁)からである。
- 95 アレクシー・主観的権利二327頁。
- 96 アレクシー・主観的権利二326-327頁。
- 97 アレクシー・主観的権利二328頁。
- 98 例えば、「アレクシー・主観的権利二337頁」における「訳者あとがき」においては、「アレクシー説は、基本権の客観法的内容について、おそらく現時点でもっとも合理的な説明を提供する学説の一つ」であるとされている。また、「中野・基本権303頁」においても、「アレクシーの提案は、基本権の客観的次元の議論が『憲法的価値』を含め極めて錯綜していることに鑑みると、原理論の導入により一つの法体系モデルにおいて両次元の整理をおこなっている点で高く評価できよう」とされている。
- 99 ベッケンフェルデ・現在370頁。同論文は、「客観的原則規範としての基本権は、あらゆる方向および法領域へ、まさに法主体間における水平方向にもその作用を広げるが、その広がりや強さについてそれ自体は未決定である」とする。
- 100 西原・位相204頁。ベッケンフェルデは、シュミットの理論において示された「原理的に無限定の個人の自由に対する原理的に限定された国家の機能」という配分原理に基づく自由主義的基本権理論を指導原理とする旨を示している(ベッケンフェルデ・基本権解釈300頁)。ただし、継続的な自由は法的に確定された自由としてのみ可能であるとし、「秩序づけの決定機関」としての国家の必要性を認めるため、必ずしも自由の前国家性に固執しているわけではないと評されている。青柳・個人65頁。
- 101 ベッケンフェルデ・現在364頁。
- 102 ベッケンフェルデ・現在365頁。
- 103 ベッケンフェルデ・現在365頁。
- 104 ベッケンフェルデ・現在365頁。
- 105 栗城・基本権論101頁。
- 106 ベッケンフェルデ・現在368頁。
- 107 ベッケンフェルデ・現在368頁。
- 108 ベッケンフェルデ・現在369頁。
- 109 ベッケンフェルデ・現在369頁。
- 110 ベッケンフェルデ・現在370頁。
- 111 栗城・基本権論101-103頁参照。
- 112 ベッケンフェルデ・現在372-373頁。栗城・基本権論101頁。
- 113 「ベッケンフェルデ・現在373頁」によれば、

「解釈」とは、「それにより、できる限り完全なもの」とされ、特殊化され、その限りで内容的にも豊かなものとされる、前もって与えられた何かあるものの内容と意義を突き止めることであるとされる。すなわち、「解釈」とは、所与の規範の内容・意義の探求であり、立法行為の性質を伴わない点において、後述の「具体化」と区別される。

- 114 「ベッケンフェルデ・現在373頁」によれば、「具体化」とは、「その他の点では未決定であり、まず第一に執行可能な規範へと決定（Ver-bestimmung）することが必要な、その方向あるいは原理だけが確定された何かあるものを（創造的に）充填すること」であるとされる。すなわち、「具体化」とは、一種の立法行為であり、「解釈を超えた法創造的事象」（ベッケンフェルデ・現在373頁）である。
- 115 松原・多元的理解－111頁。
- 116 ベッケンフェルデ・現在373-375頁。栗城・基本権論102頁。
- 117 ベッケンフェルデ・現在374頁。
- 118 ベッケンフェルデ・現在375-376頁。栗城・基本権論102頁。この点について、「ベッケンフェルデ・現在376頁」は、「連邦憲法裁判所は、原則規範の適用に際して、それが未決定であることから、自ら具体化を行ない、まさにこの具体化がそこで憲法的地位を獲得し、立法者を再び拘束する」と述べている。
- 119 松原・多元的理解－112頁。
- 120 渡辺・意義39頁。
- 121 松原・多元的理解－117頁。
- 122 判例においても、「価値体系」の理論が解釈学的に非生産的であると疑問視され、次第に「価値」の語が影を潜め（宍戸・動態222頁）、「客観的価値秩序」が「客観法的内容」という語に置き換わっていったということが指摘されている。「イゼンゼー・保護義務135頁」によれば、1970年代以降、「連邦憲法裁判所は、保護義務判例の核心部分がすでに確固たるものとなったことに鑑みて、『客観的価値秩序』を引き合いに出すこともやめ、代わりに保護義務の『客観法的内容』に言及している」とされる。
- 123 ベッケンフェルデ・現在357頁。
- 124 渡辺・意義11-12頁。
- 125 渡辺・意義12頁。
- 126 この点に関連し、「ベッケンフェルデ・正当性195-196頁」は、基本権は広範性・内容の不特定性

によって特徴づけられる「原理」としての規律の側面を有していることから、その「解釈は、所与のものの内容や意味の確定を越えて、ただ指針や原理に従って何らかの形で定められたものを創造を兼ねて充足する方向に向かう」とする。このように内容形成される基本権に対し、基本法の改正を行う立法者は、「その気になれば逆らうことができる」とされる。その理由として、憲法の改正は憲法裁判権をも拘束するということが指摘されている。ところが、「憲法の解釈は、その個々の規律の解釈ばかりではなく、憲法の基本的理解についての決定をも含む」ものであり、当該理解の確定によって「憲法の効力や射程の範囲、そしてそれとともに憲法裁判権の範囲も決定される」こととなる。「憲法の基本的理解は、制定法上の憲法の改正によって指令されるのではなく、常に、憲法の解釈だけによって決定される」ことから、憲法裁判権に対して、「憲法の改正を行なう立法者も立ち向かうことはできない」となるとされる。その場合、「憲法裁判権が憲法の支配者となることがどのようにして回避されるのであろうか」という問題提起が行われている。すなわち、ベッケンフェルデの考え方からは、基本権の二重構造を肯定する限りにおいて、「原理」としての客観的法規範により形成される基本権保護義務論等を通じて、憲法裁判権の限界を画定することが困難となるため、それを画定するためには、基本権の中心的な性質を主観的自由権であると捉えざるを得ないということが示唆される。なお、宍戸・動態233-234頁参照。

- 127 栗城・基本権論102-103頁。
- 128 ベッケンフェルデ・諸問題401頁。
- 129 ベッケンフェルデ・諸問題401頁。
- 130 ベッケンフェルデ・諸問題402頁。このように、ベッケンフェルデの議論においては、基本権の客観法的側面に対して慎重な理解が示されつつも、それが否定されてはいない。これは、ベッケンフェルデが提示した「ベッケンフェルデ・基本権解釈279-310頁」における議論と「ベッケンフェルデ・現在345-397頁」における議論との間には相当の隔たりがあり、それらを「架橋」するために「ベッケンフェルデ・諸問題398-403頁」における議論が提示されたことによるものであると思われる。結果的に、「ベッケンフェルデ・諸問題398-403頁」において、

- 基本権の二重構造が認められ、基本権保護義務論が原理的に受容されたものと考えられる。なお、この点に関連して、戸波・保護義務論728頁参照。
- 131 ベッケンフェルデ・社会権的基本権316頁。
- 132 ベッケンフェルデ・社会権的基本権319頁。ただし、立法権及び行政権の継続的実務によって、基本法のレベルにおいて社会権的基本権を基礎とする一定の請求権が成立することはあり得るとされる。
- 133 ベッケンフェルデ・社会権的基本権319-320頁。その理由として、第一に、社会給付保障の範囲に関して自由権的基本権の中には何の基準も含まれていないこと、第二に、複数の給付請求権間の優先順位に関して自由権的基本権自体には何の基準も定められていないこと、第三に、給付請求権のための国家の財源保障について自由権的基本権は何ら定めていないことが指摘されている。
- 134 ベッケンフェルデ・社会権的基本権320頁。
- 135 ベッケンフェルデ・社会権的基本権322-323頁。
- 136 ベッケンフェルデ・諸問題400頁。
- 137 ベッケンフェルデ・諸問題399頁。
- 138 ベッケンフェルデ・基本権解釈282頁。小山・内容形成36頁。
- 139 小山・内容形成36頁。
- 140 ベッケンフェルデ・諸問題399頁。
- 141 小山・内容形成37頁。
- 142 ベッケンフェルデ・基本権解釈286頁。
- 143 ベッケンフェルデ・基本権解釈289頁。
- 144 スメントの統合理論においては、基本権は、ドイツ人が国家へと統合する際に国民同士を結びつけるための共通の価値体系・文化体系を規範化するものであり、そのような特定の体系を宣言する意義を有するものとされる。青柳・個人50頁。
- 145 ベッケンフェルデ・基本権解釈289-290頁。
- 146 ベッケンフェルデ・基本権解釈293頁。
- 147 ベッケンフェルデ・基本権解釈293頁。
- 148 ベッケンフェルデ・基本権解釈295頁。
- 149 ベッケンフェルデ・基本権解釈295頁。
- 150 ツィーコウ・具体化183頁。
- 151 ツィーコウ・具体化189頁。
- 152 ツィーコウ・具体化189頁。
- 153 ツィーコウ・具体化188頁。
- 154 ツィーコウ・具体化187頁。
- 155 ツィーコウ・具体化191頁。ツィーコー・公私協働論93頁。なお、実行責任、保障責任及び捕捉責任の間では、相互に重複があり得るとされる。
- 156 ツィーコウ・具体化187頁。
- 157 ベッケンフェルデ・諸問題401頁。
- 158 その作用としては、本稿の主題である基本権保護義務のほか、例えば基本権の照射効、私人間効力、行為委託などが挙げられている。ベッケンフェルデ・現在357頁。
- 159 井上・基本権279頁。
- 160 「石川・客観性7頁・9頁」は、「客観法の成立以降、主観法は、それとの連関において観念される」としつつ、「客観法が主観法の創造者ではないにしても、素材（Stoff）としての主観法に形姿（Gestalt）を賦与するのは客観法である」と指摘している。
- 161 Hesse, S. 124f.。井上・基本権273-274頁。
- 162 Richter & Schuppert, S. 20.。井上・基本権274頁。
- 163 シュリンク・原理254頁。
- 164 井上・基本権275頁。
- 165 基本法20条1項は、「ドイツ連邦共和国は、民主的で社会的な連邦国家である」と規定している。
- 166 基本法20条1項一文は、「ラントの合憲的秩序とは、この基本法の意味における、共和的、民主的及び社会的な法治国の諸原則に、適合していなくてはならない」と規定している。
- 167 青柳・個人109頁。
- 168 青柳・個人110頁。前述のとおり、そのような見解の根底にあるのは、平等原則の再解釈や社会国家原理である。
- 169 シュリンク・原理251頁。
- 170 シュリンク・原理251-252頁。同論文によれば、基本権をもっぱら主観的権利として捉える思想は、「制度・手続がかかわる国家の内部領域を、国家と市民の外部関係を規律する基本権とは関係ないものとしていた」とされる。
- 171 石川・客観性7頁。
- 172 シュリンク・原理252頁。
- 173 シュリンク・原理253頁。
- 174 井上・基本権275頁。
- 175 ベッケンフェルデ・現在361頁。
- 176 中林・給付278頁。
- 177 最判平成20年4月11日刑集62巻5号1217頁。

- 178 斎藤・法的性格432頁参照。
- 179 小山・解説239-240頁。
- 180 シュタルク・基本権保護義務204-211頁。
- 181 シュタルク・基本権保護義務204頁。
- 182 シュタルク・基本権保護義務204頁。
- 183 シュタルク・基本権保護義務204頁。
- 184 ドイツの有力な学説の一つ(イーゼンゼー・保護義務136-137頁)は、国家目的としての安全に基本権保護義務の根拠を求めている。その理由として、国家目的としての安全は、近代国家の存立目的であると同時に、基本権の保障の前提条件を構成するものであるから、基本法の本質的要素として基本法上に明記されるまでもなく効力を有するものであることが指摘されている。栗城・基本権論99頁参照。
- 185 シュタルク・基本権保護義務208頁。
- 186 「樋口・国法学113頁」によれば、基本権保護義務を「端的に立憲国家の国家目的論から説きおこす」イーゼンゼーは、「保護義務・防禦権・社会権の三つが、その順序でピラミッドを積み上げているという図式」を描いているという。
- 187 シュタルク・基本権保護義務209頁。
- 188 BVerfGE88, 203。ドイツ憲法判例研究会編・憲法判例II 61-66頁。
- 189 シュタルク・基本権保護義務205頁。
- 190 シュタルク・基本権保護義務205頁。
- 191 BVerfGE77, 170; BVerfGE77, 381; BVerfGE79, 174。
- 192 シュタルク・基本権保護義務206頁。
- 193 シュタルク・基本権保護義務206頁。
- 194 シュタルク・基本権保護義務206頁。
- 195 シュタルク・基本権保護義務206頁。
- 196 シュタルク・基本権保護義務207頁。
- 197 シュタルク・基本権保護義務209-210頁。
- 198 小山・法理182頁。ベッケンフェルデ・現在380頁参照。
- 199 小山・法理60頁。
- 200 小山・法理60頁。なお、基本権に内在する客観的価値秩序を定位する考え方は、国家以外に私人においても基本権法益の侵害が生じ得ることを裏づける。なぜなら、基本権が对国家(公権力)的な権利であるのに対し、基本権法益は基本権に定礎された全方位的な規範であると考えられるからである。
- 201 イーゼンゼー・保護義務184-185頁。これによれば、「保護義務の名宛人は国家組織である」とされ、「基本法1条3項が定めている、基本権による国家権力の包括的拘束は、保護義務についても妥当する」とされる。
- 202 「イーゼンゼー・保護義務187頁」は、「保護義務は、憲法上の根拠を有するといえども、法律に依拠する必要がある」としつつ、「保護義務の法的効果を定めるのは立法府の義務である」としている。また、「シュタルク・基本権保護義務201頁」も「基本権保護義務は第一次的には立法者に語りかける」としている。
- 203 イーゼンゼー・保護義務185-186頁。
- 204 イーゼンゼー・保護義務147-148頁。その背景には、私的自治の原則を重視する思想があると考えられる。「栗城・基本権論100頁」は、イーゼンゼーの学説について、「私的自治を極めて重視する立場をとり、私的自治の成果に第三者効が及ぶのを防ぎつつ、私的自治の成果が私的实力によって侵害されるのを保護義務を発動して国家の実力によって禁圧しようとする」ことを意図したものである旨を指摘する。
- 205 イーゼンゼー・保護義務152頁。同書によれば、加害禁止の原理は、「それ自体について理由づけを要しない」とともに、「基本権保護義務が妥当することを基礎づけるものではない」とされる。
- 206 イーゼンゼー・保護義務158-171頁。外国の国家権力については、「ドイツの憲法秩序の彼岸で活動し、したがって憲法秩序によって構成された基本権上の保護法益を尊重することを義務づけられてはいない」(イーゼンゼー・保護義務167頁)ことが、自然災害については、帰責可能な侵害が欠けており、「違法性」を有しないことが、自己危殆については、「基本権的自由には、第三者または公共が巻き添えにされない限りにおいて、自分自身がリスクを負い、損害を覚悟する可能性も含まれている」(イーゼンゼー・保護義務159頁)ことが、それぞれ理由として指摘されている。
- 207 イーゼンゼー・保護義務183頁。
- 208 イーゼンゼー・保護義務187-188頁。判例も、基本権保護義務は法治国家の諸原則の枠内で実現されるべきことを示している(BVerfGE115, 320)。
- 209 シュタルク・基本権保護義務212頁。それゆえ、保護義務を履行する立法権は比例原則に拘束される

- と解されている。
- 210 シュタルク・基本権保護義務215頁。
- 211 この場合においても、「法律による媒介」が不要となるのみであって、衝突する基本権法益の比較衡量の問題は残る。イーゼンゼー・保護義務194-195頁。BVerfGE46, 160。ドイツ憲法判例研究会編・憲法判例31-34頁。
- 212 これは「補完性原理」といわれる。イーゼンゼー・保護義務180頁。
- 213 もっとも、保護義務が法律により適切に具体化されている限りにおいて、国民は憲法上の主観的保護請求権を直接援用する必要はなくなり、一次的には法律上の権利の行使を通じて、その保護法益の実現することが可能となる。イーゼンゼー・保護義務207頁参照。
- 214 イーゼンゼー・保護義務179頁。これによれば、他人の権利を侵害する動機を生み出さないようにするための法的・社会的な生活秩序の確立にまで基本権保護義務は及びることとなる。
- 215 イーゼンゼー・保護義務182-183頁。
- 216 イーゼンゼー・保護義務182-183頁。
- 217 松本・基本権保障45頁。
- 218 松本・基本権保障34頁。
- 219 松本・基本権保障35頁。
- 220 松本・基本権保障40頁。基本法が基本権による立法権の拘束を明示したことにより、基本法上の規定に法律の留保が示される場合であっても、留保される法律については、たとえ基本権を一定の範囲で制約するものであったとしても、基本権を侵害するものであってはならないというルールが確立することとなった。このように法律の内容が基本権に拘束されることの意義として、当該法律が正当な目的を達成するためのものとなることを確保するとともに、その正当な目的を達成するための手段も適切なものでなければならないということ、すなわち当該法律が比例原則に適合的でなければならないということを明確化することが指摘されている。すなわち、基本権に対する法律の留保は、基本権による立法権の拘束を前提とする限り、基本権を無力化せず、むしろ基本権の保障を強化することに資すると考えられる。松本・留保372-373頁参照。
- 221 松本・基本権保障40頁。
- 222 BVerfGE40, 237。この判例においては、「市民に直接かかわるすべての原則的な問題の決定は、法律によって行われなければならない」とされた。
- 223 松本・基本権保障42頁。
- 224 松本・基本権保障42頁。
- 225 BVerfGE47, 46。ドイツ憲法判例研究会編・憲法判例242-247頁。
- 226 ドイツ憲法判例研究会編・憲法判例244頁。
- 227 松本・基本権保障47頁。
- 228 松本・基本権保障49頁。
- 229 松本・基本権保障49頁。
- 230 松本・基本権保障49頁。
- 231 基本権の「保護」に関する明示の規定を有しない我が国の憲法の下では、「基本権保護義務」は、正確には「基本権法益保護義務」と称すべきものであると考えられるが、本稿においてはその厳密な使い分けに拘泥しないこととする。
- 232 なお、学説には、ドイツの議論は基本権保護義務違反を連邦憲法裁判所が確認できる仕組みを前提としていることから、憲法裁判所を有しない我が国の統治体制に照らし、基本権保護義務論の我が国への導入に懐疑的な見解もある（西原・困惑82頁）。しかし、人権保障や裁判制度のあり方にかかわらず、人権問題の救済は最終的には権限のある終審裁判所によって決められる点においては我が国とドイツとは共通しており（戸波・基本権保護義務128頁）、裁判制度の相違を理由に基本権保護義務論の受容を否定するのは妥当ではないと思われる。
- 233 小山・法理174-176頁。松本・私人間効力902-904頁
- 234 例えば、情報通信技術の発展により、インターネット上における表現活動により容易に他人の人格権（名誉、プライバシー等）に関する法益が侵害され得ることは、このような社会の様相を物語るものであるといえる。
- 235 なぜなら、憲法13条後段は、「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」について、「最大の尊重を必要とする」（傍点は筆者による）ことを定めているが、これは翻って同条前段の「個人として尊重される」ことについて、最大限の水準で実現されるべきことを含意しているものと解されるからである。
- 236 学説にも、憲法13条から国家権力による基本権の保護の要請を導き出すことを示唆するものがあ

- る。例えば、「浦部・教室50-51頁」は、憲法13条を根拠として、「人権の法的性格としては、裁判上のみならず立法・行政を含めた国政全般において実現・保護されるべき権利であるというところに、その本質的な属性が見出されると指摘している。また、「三島・確実性上52頁」は、「憲法13条後段は、国家に対して人権の保障を最大限の任務を課している」が、「この任務は国家が人権を侵害しないという消極的なことだけでは全うしえない」としつつ、「同条項は、国家に対して人権を保障する措置を積極的に講じることも要求していると解すべきである」としている。
- 237 「公権力」の意義については、国家賠償法（昭和22年法律125号）上の「公権力の行使」の概念をめぐる議論が参考となる。これについては、塩野・行政法 275-282頁参照。また、公権力の観念を命令・強制といった意味での実体的な把握の必要性を説くものとして、岡田・観念190-219頁参照。
- 238 小山・基本権166頁。
- 239 松本・留保376-377頁。
- 240 岡田・観念227頁。
- 241 松本・留保377-380頁参照。
- 242 憲法13条、憲法31条参照。もっとも、このような意味での「法律の留保」について、「法律による行政の原理」と同義に捉える考え方もある。「岡田・観念241頁」によれば、「本来『法律の執行』を担うはずの行政権が、行政主体概念を媒介にして、いつのまにか法律によって授權された行政活動を担う法主体として、したがって公権力の担い手として理解されるにいたり、基本的人権を担保する原理であったはずの『法律の留保』原理が『法律による行政』の原理へと変質させられてしまった」とされる。
- 243 我が国の学説においても、基本権保護義務の前提としての立法措置を要求するものは少なくない。例えば、「宍戸・法秩序47頁」は、「保護義務を人権条項から導くことが承認されとしても、その義務の履行は（中略）、まず国会の立法に課された課題である」と述べている。基本権保護義務が法律の根拠に基づき履行されるということは、基本権法益を侵害する「加害者」の防御権が「許容」する範囲内で保護が実現するという含意としている。
- 244 戸波・保護義務論730頁。
- 245 青木・立法義務74頁参照。
- 246 高度情報通信ネットワーク社会形成基本法（平成12年法律144号）1条・2条参照。
- 247 リスク社会の概要については、長谷部・境界95-114頁、中山・自己決定254-261頁参照。
- 248 石川・隠蔽47頁。
- 249 「宍戸・法秩序47頁」は、「基本権保護義務論の真価の一つは、こうした『リスク』を国家の妨害排除の形で、法秩序において操作可能な形に変換することにある」と説いている。
- 250 イーゼンゼー・保護義務206-208頁。
- 251 BVerfGE77, 381, BVerfGE79, 174。これに対し、「基本権や基本権同等の権利の保護が基本権条文に明示的に入っている場合には、主観的な保護請求権が成立する」が、それを越えて主観的権利が認められるためには明確な理由づけが必要であるとしつつ、基本権に内在する客観的価値秩序に基礎づけられた国家の保護義務に主観的権利が対応するとする判例の考え方について、明確な理由づけがなされていないとして批判する考え方もある（シュタルク・基本権保護義務199頁）。
- 252 アレクシー・主観的権利二322頁。
- 253 イーゼンゼー・保護義務207頁。
- 254 イーゼンゼー・保護義務207頁。
- 255 イーゼンゼー・保護義務207頁。
- 256 ヨンパルト・解釈上14-16頁。
- 257 ヨンパルト・解釈上16-19頁。
- 258 ヨンパルト・解釈下18頁。
- 259 佐藤・憲法444-445頁。樋口=佐藤=中村=浦部・注釈257-258頁。
- 260 青柳・個人35頁。
- 261 「青柳・個人37頁・73頁」によれば、ドイツ流の「人格主義」とは、啓蒙絶対主義に代表される国家と国民に関するドイツの把握であり、人間が社会と関係づけられ、社会に拘束されていると把握するものであるとされる。
- 262 青柳・個人38頁。
- 263 押久保・個人の尊重16-19頁。
- 264 阪本・理論 136-141頁。
- 265 「樋口=佐藤=中村=浦部・注釈262頁」によれば、個人と社会との関係を基本的に緊張関係として捉えるのが個人主義であり、両者の間の何らかの有機的關係ないし融合を前提として考えるのが人格主義で

- あるとされる。
- 266 「青柳・個人74-75頁」も、「日本国憲法においては、個別性・多様性という意味での『個人主義』を基礎とした上で、人間の理性的要素を加味することが必要である」と指摘している。
- 267 押久保・人間の尊厳51頁参照。
- 268 押久保・労働賃金制117-118頁。同論文によれば、「個人の尊重」に必要不可欠となる法益については、個別の基本権又は幸福追求権による「新しい人権」の下で保護されることとなるため、「個人の尊重」に独自の保護法益を認める必要性は乏しく、また「尊重」は例外を一切認めない絶対的なものではないから、その独自の保護領域ないし主観的権利性を認めると、当該領域が際限なく拡大するおそれがあるとされる。
- 269 押久保・労働賃金制119頁。
- 270 戸波・保護義務論729頁。
- 271 なお、基本権保護義務は、公権力に対して作為を義務づけ点においては生存権と共通するが、生存権が現状からの改善を国家に請求する権利であるのに対し、基本権保護義務に対応する主観的権利は他者によって基本権法益を侵害されないことの確保を国家に請求する。小山・基本権保護義務論86頁参照。
- 272 佐藤・憲法619頁。
- 273 ワイマール憲法とは対照的に基本法が社会権を規定しなかった理由として、基本法は暫定的性質を有するものとして生活秩序に関する明文の規律は規定しない方が望ましいと考えられたこと、予測が困難な社会の発展にかんがみ将来の社会的・経済的構造に関する規律を明示することは不適切であると考えられたことによるものであるとされる（青柳・個人109頁）。もっとも、基本法の解釈においては、憲法25条の「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」に対応する権利について、基本法1条1項の「人間の尊厳」及び20条・20a条を根拠としつつ、「給付請求権」という形での基本権として主張されている（押久保・位置づけ144頁参照）。
- 274 長谷部・自由35頁。
- 275 長谷部・自由36頁。
- 276 芦部・憲法学 292頁。なお、基本権の私人間効力については、海野・私人間効力18-20頁参照。
- 277 ただし、基本法において奴隷制が認められていないことについては異論がなく、基本法1条1項の「人間の尊厳」から帰結されるもの解されている。
- ドライバー・生命倫理72-73頁。なお、同書は「人間の尊厳は、身体的精神的不可侵性及び同一性に対するひどい侵害、即ち拷問、洗脳、重大な屈辱から人々を守る」と指摘している。
- 278 芦部・憲法学 291頁。佐藤・憲法437頁。
- 279 芦部・憲法学 291頁。佐藤・憲法437頁。
- 280 基本法10条1項は、「ドイツ連邦議会の議員は、普通選挙、直接選挙、自由選挙及び秘密選挙によって、これを選挙する。議員は全国民の代表であって、委任及び訓令に拘束されることはなく、自己の良心にのみ従う」と規定する。
- 281 基本法10条1項は、「信書の秘密並びに郵便及び電気通信の秘密は、これを侵してはならない」と規定する。
- 282 松本・基本権保障206頁。
- 283 例えば、基本法8条1項は、「すべてドイツ人は、届出又は許可なしに、平穏にかつ武器を伴わずに、集会する権利を有する」と規定する。これは、三段階の審査手続における第一段階において、「平穏ではない集会」を基本権の保護領域から排除することを意味するが、これを我が国の憲法解釈論に照らしていえば、集会の自由に対する実質的な「制約」とみることが可能であろう。なお、基本権の対象と立法の対象とが区別され、前者を「保護区域（Schutzbereich）」、後者を「規律区域（Regelungsbereich）」と呼ぶことがある（シヨラー・領域論72頁）。このとき、「平穏な集会」は保護区域に、「平穏ではない集会」は規律区域に、それぞれ該当する。
- 284 松本・基本権保障207-208頁。
- 285 松本・基本権保障208頁。
- 286 基本法19条2項に照らし、基本権は常に侵害されてはならない本質的内容を含んでいることになるが、その本質的内容とは何かということについては、「全ての基本権について、一般的・抽象的に確定することはできず、それは各基本権について個別的に確定されなければならないとされる（シヨラー・領域論71頁）。その際、比例原則を本質的内容の保障に含めることにより、個別に基本権の本質的内容の保障を認める考え方（相対的本質内容論）がある一方、基本権の本質的内容を考えられ得るあらゆる制限の後においてもなお維持されるべき規範化された領域として絶対的に定義する考え方（絶対的本質

- 内容論)もある。判例は一般に後者の立場をとっていると解されている(ショラー・領域論71-72頁)。
- 287 松本・基本権保障208頁。
- 288 松本・基本権保障210-211頁。
- 289 その詳細については、海野・制約原理76-77頁参照。
- 290 浦部・教室79頁。
- 291 学説には、例えば表現の自由の限界画定に対する我が国の裁判所の姿勢について、「ある種の表現を最初から表現の自由の保護範囲の外に置くことはせず、ともかくもいったん自由の対象とすることには寛容でありつつ、その上で、むしろ『公共の福祉』概念の操作によって表現の自由の限界を画そうとしてきた」(浜田・保障根拠114頁)と指摘するものがある。
- 292 もちろん、「公共の福祉」は基本権の制約根拠となり得ても、制約の正当化事由については個別の検討・論証が必要となる。
- 293 この点について指摘するものとして、青木・立法義務74頁参照。
- 294 最判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁。
- 295 最判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。最判平成18年7月13日判時1946号41頁。
- 296 最判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。
- 297 最判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。
- 298 いわゆる旭川学テ事件判決(最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁)において、「子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利に対応し、その充足をはかりうる立場にある者の責務に属する」とされたのも、ここでいう「充足をはかりうる立場にある者」に公立学校設置者も含まれ得ることにかんがみれば、憲法26条1項に基づく「学習をする権利」という基本権に関する保護義務の存在の一端を示唆したものであると解することができよう。
- 299 松本・課題195頁。
- 300 阿部・国家補償法190頁
- 301 桑原・危険防止責任47頁
- 302 危害防止の法理とは、危害の結果発生防止のための行政庁の権限の不行使を作為義務違反として違法と解する法理を指す。
- 303 西原・論理298頁, 小山・法理84頁参照。

参考文献:

本稿における文献の表示は、便宜上、【 】内に示した各略称によっている。

- 青木誠弘「立法不作為の違憲問題における立法義務」, 『筑波法政 47号』59-77頁(筑波法政学会, 2009年)【青木・立法義務】
- 青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』(尚学社, 1996年)【青柳・個人】
- 赤坂正浩「制度保障と人権」, 長谷部恭男編『リーディングス現代の憲法』17-37頁(日本評論社, 1995年)【赤坂・制度保障】
- 赤坂正浩「人権と制度保障の理論」, 大石眞=石川健治編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』70-71頁(有斐閣, 2008年)【赤坂・理論】
- 芦部信喜『憲法学 人権総論』(有斐閣, 1994年)【芦部・憲法学】
- 阿部泰隆『国家補償法』(有斐閣, 1988年)【阿部・国家補償法】
- ロベルト・アレクシー(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』(名城大学法学会, 1994年)【アレクシー・主観的権利一】
- ロベルト・アレクシー(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』(名城大学法学会, 1994年)【アレクシー・主観的権利二】
- ヨーゼフ・イーゼンゼー(ドイツ憲法判例研究会編訳)『保護義務としての基本権』(信山社出版, 2003年)【イーゼンゼー・保護義務】
- 石川健治『自由と特権の距離(増補版) - カール・シュミット「制度保障」論・再考』(日本評論社, 2007年)【石川・距離】
- 石川健治「『基本的人権』の主観性と客観性 - 主観憲法と客観憲法の間 - 」, 『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』3-22頁(岩波書店, 2007年)【石川・客観性】
- 石川健治「隠蔽と顕示 - 高まる内圧と消えない疑念」, 『法学教室 337号』40-49頁(有斐閣, 2008年)【石川・隠蔽】
- 井上典之「基本権の客観的機能と主観的権利性 - ドイツ基本権解釈学の粗描 - 」, 阿部照也=高田

- 敬ほか『覚道豊治先生古稀記念論集』267-292頁(法律文化社,1996年)【井上・基本権】
- 海野敦史「憲法上の通信の秘密不可侵に対する制約原理 - 高度情報通信ネットワーク社会における「通信」の意義 - 」,『情報通信学会誌 27巻4号』75-94頁(情報通信学会,2010年)【海野・制約原理】
- 海野敦史「憲法上の通信の秘密不可侵の権利性とその私人間効力」,『社会情報学研究 14巻2号』17-35頁(日本社会情報学会,2010年)【海野・私人間効力】
- 浦部法穂『憲法学教室(全訂第2版)』(日本評論社,2006年)【浦部・教室】
- 岡田雅夫『行政法学と公権力の観念』(弘文堂,2007年)【岡田・観念】
- 奥平康弘『憲法 憲法が保障する権利』(有斐閣,1993年)【奥平・憲法】
- 押久保倫夫「『人間の尊厳』は基本権か - 基本法1条1項の権利性について - 」,『兵庫教育大学研究紀要 22巻第2分冊』43-57頁(兵庫教育大学,2002年)【押久保・人間の尊厳】
- 押久保倫夫「個人の尊重:その意義と可能性」,『ジュリスト 1244号』13-23頁(有斐閣,2003年)【押久保・個人の尊重】
- 押久保倫夫「『個人の尊重』と拘禁者の労働賃金制」,樋口陽一=上村貞美=戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻 - 栗城壽夫先生古稀記念 - 』95-135頁(信山社,2003年)【押久保・労働賃金制】
- 押久保倫夫「日本国憲法における実定規範としての『人間の尊厳』の位置づけ - 条文上の根拠と『公共の福祉』としての機能 - 」,『東海法学 35号』129-158頁(東海大学,2006年)【押久保・位置づけ】
- 川上宏二郎「行政法における比例原則」,成田頼明編『ジュリスト増刊 行政法の争点(新版)』18-19頁(有斐閣,1990年)【川上・比例原則】
- 栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」,『公法研究 38号』76-111頁(日本公法学会,1976年)【栗城・変遷】
- 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<憲法理論叢書2>』93-106頁(敬文堂,1994年)【栗城・基本権論】
- 桑原勇進「いわゆる行政の危険防止責任について - 基本権保護義務の立場からの試論」,『東海法学 18号』9-52頁(東海大学法学部,1997年)【桑原・危険防止責任】
- 小山剛『基本権保護の法理』(成文堂,1998年)【小山・法理】
- 小山剛『基本権の内容形成 - 立法による憲法価値の実現』(尚学社,2004年)【小山・内容形成】
- 小山剛「制度的基本権論,その後」,『ジュリスト 1089号』65-69頁(有斐閣,1996年)【小山・制度的基本権論】
- 小山剛「基本権的自由と法制度 - 峻別思考と非分別思考のはざままで - 」,『名城法学 50巻別冊』81-110頁(名城大学法学会,2000年)【小山・法制度】
- 小山剛「基本権の内容形成」,樋口陽一=上村貞美=戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻 - 栗城壽夫先生古稀記念 - 』153-192頁(信山社,2003年)【小山・基本権】
- 小山剛「イーゼンゼーの基本権保護義務論[解説]」,ヨーゼフ・イーゼンゼー(ドイツ憲法判例研究会編訳)『保護義務としての基本権』238-244頁(信山社出版,2003年)【小山・解説】
- 小山剛「基本権保護義務論」,大石眞=石川健治編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』86-87頁(有斐閣,2008年)【小山・基本権保護義務論】
- 斎藤孝「『財産権』条項の法的性格 - 財産権を『権利』とする学説の批判的検討」,DAS研究会編『ドイツ公法理論の受容と展開 - 山下威士先生還暦記念』423-449頁(尚学社,2004年)【畑尻・批判】
- 阪本昌成『憲法理論』(成文堂,1993年)【阪本・理論】
- 佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院,1995年)【佐藤・憲法】
- 塩野宏『行政法(第4版)行政救済法』(有斐閣,2008年)【塩野・行政法】
- 穴戸常寿『憲法裁判権の動態(憲法研究叢書)』(弘文堂,2005年)【穴戸・動態】
- 穴戸常寿「法秩序における憲法」,安西文雄ほか『憲

- 法学の現代的論点(第2版)』27-54頁(有斐閣,2009年)【戸宍・法秩序】
- 渋谷秀樹『憲法 Japanese Constitutional Law』(有斐閣,2007年)【渋谷・憲法】
- クリスチャン・シュタルク(ドイツ公法研究会/小山剛訳)「基本権保護義務」,『名城法学 49巻1号』185-224頁(名城大学法学会,1999年)【シュタルク・基本権保護義務】
- C. シュミット(尾吹善人訳)『憲法理論』(創文社,1972年)【シュミット・憲法理論】
- ベルンハルト・シュリンク(高田敏=松本和彦訳)「原理としての基本権? - ドイツ基本権論の展開」,『阪大法学 42巻1号』245-270頁(大阪大学大学院法学研究科,1992年)【シュリンク・原理】
- ハインリッヒ・ショラー(嶋崎健太郎訳)「基本権論における領域論と保護区域論」,『自治研究 69巻4号』68-80頁(第一法規,1993年)【ショラー・領域論】
- 須藤陽子「比例原則」,『法学教室 237号』18-23頁(有斐閣,2000年)【須藤・比例原則】
- 高橋和之編『世界憲法集』(岩波書店,2007年)【高橋編・憲法集】
- ヤン・ツィーコウ(高橋明男訳)「国家と私人による公共の福祉の具体化」,『阪大法学 59巻1号』183-205頁(大阪大学大学院法学研究科,2009年)【ツィーコウ・具体化】
- ヤン・ツィーコー(磯村篤範訳)「ドイツにおける公私協働論の構造及び戦略」,『法律時報 81巻3号』90-93頁(日本評論社,2009年)【ツィーコー・公私協働論】
- 辻村みよ子『憲法』(日本評論社,2000年)【辻村・憲法】
- ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例I(第2版)』(信山社出版,2003年)【ドイツ憲法判例研究会編・ドイツの憲法判例】
- ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例II(第2版)』(信山社出版,2006年)【ドイツ憲法判例研究会編・ドイツの憲法判例】
- 戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざままで - 私人間効力論の新たな展開」,『法律時報 68巻6号』126-131頁(日本評論社,1996年)【戸波・基本権保護義務】
- 戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」,樋口陽一=上村貞美=戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻 - 栗城壽夫先生古稀記念 - 』699-749頁(信山社,2003年)【戸波・保護義務論】
- ホルスト・ドライヤー(押久保倫夫訳)「人間の尊厳の原理(基本法第1条1項)と生命倫理」,ドイツ憲法判例研究会編『人間・科学技術・環境 - 日独共同研究シンポジウム』69-102頁(信山社出版,1992年)【ドライヤー・生命倫理】
- 中野雅紀「何を基本権は含みうるのか - アレクシーの原理理論を中心に - 」,『法学新報 103巻2・3号』281-313頁(中央大学法学会,1997年)【中野・基本権】
- 中林暁生「給付と人権」,『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』263-282頁(岩波書店,2007年)【中林・給付】
- 中山竜一「リスク社会における法と自己決定」,田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』253-280頁(有斐閣,2004年)【中山・自己決定】
- 西原博史「基本権保護義務論の位相と『平等の法律による具体化』について」,樋口陽一=上村貞美=戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻 - 栗城壽夫先生古稀記念 - 』193-227頁(信山社,2003年)【西原・位相】
- 西原博史「『国家による人権保護』の困惑」,『法律時報 75巻3号』80-84頁(日本評論社,2003年)【西原・困惑】
- 長谷部恭男『憲法の境界』(羽鳥書店,2009年)【長谷部・境界】
- 長谷部恭男「国家による自由」,『ジュリスト1244号』31-37頁(有斐閣,2003年)【長谷部・自由】
- 畑尻剛「P・ヘーベルレの憲法論とその批判」,DAS研究会編『ドイツ公法理論の受容と展開 - 山下威士先生還暦記念』143-175頁(尚学社,2004年)【畑尻・批判】
- 浜田純一「制度概念における主観性と客観性 - 制度と基本権の構造分析序説 - 」,現代憲法研究会編『小林直樹先生還暦記念 - 現代国家と憲法の原理』485-528頁(有斐閣,1983年)【浜田・制度概念】
- 浜田純一「表現の自由の保障根拠」,大石眞=石川健治編『ジュリスト増刊 新・法学の争点シリーズ』

- ズ3 憲法の争点』114-115頁(有斐閣, 2008年)【浜田・保障根拠】
- 樋口陽一『国法学(補訂) General Theory of Fundamental Rights』(有斐閣, 2007年)【樋口・国法学】
- 樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂『注釈 日本国憲法 上巻』(青林書院新社, 1984年)【樋口=佐藤=中村=浦部・注釈】
- E・W・ベッケンフェルデ(古野豊明訳)「憲法裁判権の構造問題・組織・正当性」, E・W・ベッケンフェルデ(初宿正典編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』186-210頁(開文社出版, 1999年)【ベッケンフェルデ・正当性】
- E・W・ベッケンフェルデ(小山剛訳)「基本権理論と基本権解釈」, E・W・ベッケンフェルデ(初宿正典編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』279-310頁(開文社出版, 1999年)【ベッケンフェルデ・基本権解釈】
- E・W・ベッケンフェルデ(樺島博志訳)「憲法構造の中の社会権の基本権」, E・W・ベッケンフェルデ(初宿正典編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』311-328頁(開文社出版, 1999年)【ベッケンフェルデ・社会権の基本権】
- E・W・ベッケンフェルデ(鈴木秀美訳)「基本法制定40周年を経た基本権解釈の現在」, E・W・ベッケンフェルデ(初宿正典編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』345-397頁(開文社出版, 1999年)【ベッケンフェルデ・現在】
- E・W・ベッケンフェルデ(小山剛訳)「基本権の規範的内容をめぐる諸問題」, E・W・ベッケンフェルデ(初宿正典編訳)『現代国家と憲法・自由・民主制』398-403頁(開文社出版, 1999年)【ベッケンフェルデ・諸問題】
- 巻美矢紀「私人間効力の理論的意味」, 安西文雄ほか『憲法学の現代的論点(第2版)』259-281頁(有斐閣, 2009年)【巻・私人間効力】
- 松原光宏「基本権の多元的理解をめぐる(一) - 戦後ドイツにおけるその実践 - 」, 『法学新報』103巻6号』95-134頁(中央大学法学会, 1997年)【松原・多元的理解一】
- 松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会, 2001年)【松本・基本権保障】
- 松本和彦「ドイツ基本権論の現状と課題」, 『ジュリスト』1244号』188-195頁(有斐閣, 2003年)【松本・課題】
- 松本和彦「基本権の制約と法律の留保」, 樋口陽一=上村貞美=戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻 - 栗城壽夫先生古稀記念 - 』369-400頁(信山社, 2003年)【松本・留保】
- 三島聡「人権保障の現実性の要請と盗聴立法・上」, 『法律時報』70巻2号』50-55頁(日本評論社, 1998年)【三島・現実性上】
- ホセ・ヨンバルト「日本国憲法解釈の問題としての『個人の尊重』と『人間の尊厳』 - 尊属殺違憲判決をめぐる(上)」, 『判例タイムズ』30巻8号』8-19頁(判例タイムズ社, 1979年)【ヨンバルト・解釈上】
- ホセ・ヨンバルト「日本国憲法解釈の問題としての『個人の尊重』と『人間の尊厳』 - 尊属殺違憲判決をめぐる(下)」, 『判例タイムズ』30巻9号』13-18頁(判例タイムズ社, 1979年)【ヨンバルト・解釈下】
- 渡辺康行「憲法学における『ルール』と『原理』区分論の意義」, 樋口陽一=上村貞美=戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻 - 栗城壽夫先生古稀記念 - 』1-44頁(信山社, 2003年)【渡辺・意義】
- Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl., 1991. 【Hesse】
- Ingo Richter & Gunnar Folke Schuppert, Casebook Verfassungsrecht, 2. Aufl., 1991. 【Richter & Schuppert】