

Title	西ドイツにおける国の基本権保護義務
Sub Title	Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates in der BRep. Deutschland
Author	小山, 剛(Koyama, Go)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.7 (1990. 7) ,p.54- 78
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900728-0054">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900728-0054</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

研究ノート

西ドイツにおける国の基本権保護義務

小山剛

一 はじめに

二 保護義務論の成立と発展

(一) 保護義務論の端緒

(二) 連邦憲法裁判所の保護義務判例

三 保護義務の構造

(一) 保護義務の法的構造

(二) 保護義務の実現

(三) 保護義務の二面性

四 結 び

(一) 本稿のまとめ

(二) 残された基本問題

一 はじめに

わが国においても夙に知られているように、西ドイツ連邦憲法裁判所は、基本権には、伝統的な「防禦権」としての側面にくわえて、「客観法的側面」<sup>(1)</sup>または「価値決定的側面」<sup>(2)</sup>があることを繰り返し強調してきた。同裁判所は、「防禦権による救済には該当しないが、他方で基本法における基本権の重要性に鑑みるならば、基本権に基づく保護を拒絶できないと考えられる場合に」、基本権の客観法的側面をいわずに<sup>(3)</sup>、自由権的基本権規定から防禦権以外の各種の法的作用を導出してきたのである。本稿で考察する「国の基本権保護義務」Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates もまた、このような法的

作用の一つにはかならない。

国の基本権保護義務(以下、保護義務とよぶ)は、簡潔に言えば、「基本権は、国に対して、第三者による侵害から各人の基本権法益を保護するために、積極的措置をとることを命じる」という考え方をその内容とする<sup>(4)</sup>。基本権のこのような法的作用は、連邦憲法裁判所の堕胎判決<sup>(5)</sup>(一九七五年二月二十五日)を契機に注目された。同裁判所は、その後とくに基本法二条二項(生命、身体の不可侵性)との関連において、繰り返し保護義務を援用しており、このため「保護義務は、『同裁判所の』判例において、すでに確立された考え方である」と理解されている<sup>(6)</sup>。

憲法の保障する基本的人権は、国家との関係においてのみならず、他の市民との関係においても常に侵害の危険に直面しており、このため国の不作為・不介入が、ただちに各人の最大限の自由を意味するものではない<sup>(7)</sup>。基本権の第三者効力論<sup>(8)</sup>、環境権<sup>(9)</sup>、民事法における人格権<sup>(10)</sup>の発展、行政の介入義務の理論<sup>(11)</sup>の展開はその一例であるが、これらの場合、立法者、行政庁、裁判所に求められているのは、表現の自由、営業の自由等に依拠した私人の活動を一方的に尊重することではなく、当該活動によって侵害を受ける他の私人を救済するために、必要な介入をおこなうことである。

基本権の実効的保障のためには、このように、国が①各人の基本権を尊重すること、②必要に応じてその権限を適正に行使し、私人相互の基本権の衝突を調整すること、が必要であるが、

この後者の側面は、わが国では近時とくに行政法において強調されている。

すなわち、国の規制権限は、一連の公害、薬害、食品事故が示すように、必ずしも常に適切に行使されているわけではなく、その結果わが国でも、行政の権限不行使の結果生じた各種の事故に対して、多数の国家賠償請求訴訟が提起された<sup>(12)</sup>。これに関連して、行政法学においては、行政の「危険管理責任」<sup>(13)</sup>、「危険防止責任」<sup>(14)</sup>が論じられ、行政法関係の二面関係の把握から行政・被規制者・受益者の三面関係の理解への転換の必要が指摘されており、また、国家賠償請求訴訟による事後的救済のみならず、不作為の違法確認訴訟、および無名抗告訴訟としての義務づけ訴訟による、事前の救済の可能性が検討されている<sup>(15)</sup>。

これらの議論において救済が試みられているのは、生命・健康等、きわめて重要な憲法法益であり、これらの法益の保護にかかわる諸問題は、憲法学にとっても無関係ではあり得ない。

西ドイツにおける基本権保護義務論は、私人の活動に起因する基本権侵害(より正確には、「基本権によって保護された法益」<sup>(17)</sup>)に対する侵害の解決をその課題としている。これは、①上記の介入が必要な場合に、国、とくに立法者、行政庁の裁量権を、要保護者の基本権を根拠に収縮する点にその実践的意義があるが、また同時に、②国が法の各分野で行っている各種の危険防禦的介入を、「基本権保護」という視点から有機的に把握し、また、その基本権との関係を解明するための理論でもあるとされる<sup>(18)</sup>。

この意味において、保護義務という理論構成は、わが国においても、次の理由からこれを検討すべき意義があると思われる。

① 上述のように、わが国の行政法学においては、行政の危険管理（防止）責任、行政法の三面的理解が提唱され、反射的利益論、行政便宜主義論を修正するための理論として活用されている。基本権保護義務論は、基本権解釈論の立場から、これらの理論に対して、憲法に基づく、国の保護義務というより大きな関連のなかで、憲法上の裏付けをあたえることが期待される。

② 社会生活における人権の衝突は、行政法に限らず、民法、刑法等、法の各分野においてその解決が期待されている。またこれは、法の解釈・適用の段階に対してのみならず、まず第一に、立法者に対して向けられた要請である。保護義務という概念の下に、法の各分野において、また、国の各機関によって行われるべき各種の危険防禦的介入を総括し、これを隣接概念と比較検討することは、国の各種の介入の背後にある一般法理を明らかにし、その法的性格を基本権に関する一般理論の次元において分析・分類するうえで、有益であると思われる。

③ かつてフォルストホッフが給付国家論、比例原則論との関連において注意を喚起したように、行政法理論の憲法論への転換に際しては、たしかに慎重な態度が求められる。とくに国の介入義務は、他面で国の過度の介入を惹起する恐れがあるだけに、なおさらのことである。しかし、他方において、基本権の実効的保障のためには国の介入が必要不可欠であること、ま

た実際に、このような介入が日常的に行われていることに鑑みれば、国の保護義務を憲法論の対象として構成し、その帰結について検討することは、国家からの自由という基本権の第一次の側面の確実な保障のためにも必要なことであると考え、ここに取り上げる次第である。

最後に、本稿における考察の範囲であるが、保護義務という「新しい」概念<sup>(20)</sup>が提起する問題はもとより多岐にわたる。上記の諸点に対する保護義務論の意義を評価するためには、憲法に基づく保護義務の内容と範囲、その法的構造、憲法条文上・理念史上の根拠、保護権 (Recht auf Schutz) 成立の可能性とその要件、等を包括的に検討することが必要であるが、本稿「研究ノート」では、その前提的考察として、保護義務論の成立と発展、およびその法的構造の要点に検討の範囲を限定したい。

## 二 保護義務論の成立と発展

### (一) 保護義務論の端緒

基本権保護という法的作用が確立する契機となったのは、既述のように連邦憲法裁判所の墮胎罪判決である。しかし、国は第三者による侵害から各人の基本権法益を保護しなければならぬ、という考え方は、もとより同判決に始まるものではない。墮胎罪判決の以前にも、特定の法益、または特定の問題状況についてではあるが、保護義務の観念を認めることができる。こ

のため、まずはじめに、一般的保護義務論に先行し、いわばその土壌となった端緒を、そのいくつかの例について振り返りた<sup>(21)</sup>い。

## 1 外交的保護

外国人が滞在国においてその権利を侵害された場合、外国人の本国は、外交的保護権を行使することが国際慣習法上認められている。もとよりこれは、国家自身の国際法上の権利であり、これによって国は、在外自国民の保護の義務を負うものではないが、他方で国際法は、国内法が国にこのような保護の義務を課すことを禁じる趣旨ではないと解されている。<sup>(22)</sup>

このため、外交的保護「義務」の有無は、もっぱら国内法上の問題となるが、ドイツにおいては、すでにパウエル教会憲法一八九条が、「あらゆる在外ドイツ国民は、ドイツ帝国の保護の下にある」と謳っていた。同じく、一八七一年ライヒ憲法三条六項、一九一九年ワイマル憲法一二条二項は、すべてのドイツ国民が外国との関係においてライヒによる保護を受ける請求権を有すると定める。西ドイツ基本法にはこれらに対応する規定がないが、以上の「憲法伝統」に基づき、学説は、すでに五〇年代から、西ドイツ政府の外交的保護の義務について議論し、国籍について定める基本法一六条一項、および基本法一条一項を根拠に、これを肯定してきた。<sup>(23)</sup>

## 2 人間の尊厳の保護

基本法は、一条一項一文において人間の尊厳の不可侵性を謳

い、続いて「人間の尊厳を尊重し、かつ保護すること」をすべての国家権力に義務づけている(第二文)。連邦憲法裁判所は、すでに一九五一年の判決において、この条項が「国に『保護』のための積極的作為を義務づける」ものであり、国に対して、「たとえば辱め、汚名、迫害、排斥といった、他者による人間の尊厳攻撃に対する保護」を義務づける趣旨であると判示している。同じく学説においても、例えばデューリッヒは、同項から、国による侵害の禁止、および国に人間の尊厳の尊重を求める権利と並んで、「人間の尊厳尊重の要求が(私人であれ、社会集団であれ、外国であれ)国以外のものによって侵害された場合に、これを防禦するための積極的措置を国に求める権利」を導出する。つづく基本法二条二項の註釈において、デューリッヒはこれを墮胎罪について具体化し、「……国は胎児の生命を私人の侵害から防禦しなければならぬ(保護義務)。刑法二一八条が存在しないという。この場合、国は、——憲法的観点からすれば——この種の規定を制定しなければならないであろう」と述べている。

## 3 警察介入請求権

刑法とならんで、警察法・秩序法は、保護義務との関係を比較的早く意識し、また現在、これを最も強調している法分野の一つである。すでにみた刑法による基本権法益の保護は、墮胎罪判決以前においては、おもに理論的関心から検討されたにすぎず、実際上の問題との関連は希薄であった。<sup>(28)</sup>これに対して警

察法(いわゆる行政警察)と保護義務との関連は、警察介入請求権の基礎づけという、より具体的な実務上の関心から生じたものである。

警察権と基本権との関係は、警察法上の比例原則の展開にみられるように、従来、もっぱら警察権行使により規制を受ける者の基本権との関連において、警察による基本権制約とその限界という視点から考察されてきた。<sup>(29)</sup> このような視点の一面性を修正し、これに要保護者の基本権という視点を加える重要な契機となったのが、連邦行政裁判所の「帯鋸判決」をリーディング・ケースとする警察介入請求権の理論である。この判決、および理論については、すでにわが国でも詳しい紹介がある。

警察法には、周知のように警察公共の原則、警察の補充性の原理、警察便宜主義があり、これらが上記の請求権の理論的障害となることは明らかである。基本権は国に対して第三者による侵害からの保護を命ずるといふ考え方は、これらの原則を緩和し、警察の介入の義務、また、これを求める請求権を根拠づけるための理論的手がかりの一つとして援用された。<sup>(30)</sup>

## (二) 連邦憲法裁判所の保護義務判例

一般的・包括的保護義務論の確立は、連邦憲法裁判所の裁判にその多くを負っている。このため次に、そのリーディング・ケースである墮胎罪判決、およびその後の主要な保護義務判例を概観する。

### 1 墮胎罪判決(一九七五年二月二五日判決)

刑法二一八条を緩和し、受胎後一二週間以内の妊娠中絶を原則として刑法的禁止から除外したことの合憲性が問われた客観的規範統制において、連邦憲法裁判所は、その基本法二条二項、基本法一条一項違反の事実を認め、立法者に墮胎罪規定の厳格化を義務づけた。裁判所は、胎児が憲法による保護を享受する独立の法益であることを認めたのち、国の保護義務について次のように述べている。<sup>(33)</sup>

「あらゆる人間生命を保護すべき国の義務は、それゆえただちに基本法二条二項一文から直接導出される。この義務は、さらに、基本法一条一項二文の明文の規定からも生ずる。その理由は、生成しつつある生命もまた、基本法一条一項が人間の尊厳に与えた保護を受けるためである。……はたして、またどの範囲で、国が憲法上このような生命の保護に義務づけられているのかは、それゆえ基本権規範の客観的内容からただちに明かとなる。」

「国の保護義務は包括的である。これは、——もとより自明のことであるが——生成しつつある生命に対する国自身の直接の侵害を禁止するに留まらず、国に対して、この生命を保護し、促進することを命じるのである。これはとくに、胎児の生命を他者による違法な侵害から擁護すべきことを意味する。法秩序の各分野は、それぞれの特別な任務に応じて、この要請の実現に努めなければならない。国に課せられた保護の義務は、問題の法益が、基本法の価値秩序においてより上位を占めるものであればあるほど、より真剣に受け止められる必要がある。」

同裁判所の基本権裁判における墮胎罪判決の位置づけについて

ては、評価が別れている。一方でイーゼンゼーは、基本法の基本権規定が国家からの自由の確保を主眼に構成されることを理由に、本判決を「衝撃的」であるとみなしているが、他方、シュテルンは、本判決が同裁判所の基本権判例の発展の延長線上にあると解している。<sup>36)</sup>

本判決は、もとより何らの理論的・実践的背景もなしに唐突に生じたものではなく、その背後には基本権の客観法的側面を援用し、人権の対立の調整を試みた一連の判例が存在することはいうまでもない。とはいえ、本判決が「保護義務に関連する諸問題を初めて根本的に論じたことにより、保護義務の理論にとってきわめて大きな意義がある」<sup>37)</sup>ことには争いの余地がなく、この意味において本判決を保護義務のリーディング・ケースとみなすことができよう。

## 2 その後の保護義務判例

保護義務は、続いて、誘拐犯からの保護、潜在的危険性を有する施設、騒音等の環境問題、外国による攻撃からの保護、性病からの保護について問題となった。法益侵害の原因の拡大に平行して、保護の対象となる法益もまた、生命から身体の不可侵性、財産権にまで拡張され、さらに、義務の名宛人として、立法者の他に政府、行政庁、裁判所が登場した。

### (1) シュライヤー事件

シュライヤー氏誘拐・処刑予告事件に関連して、連邦憲法裁判所は、二つの決定において保護義務に言及している。一

九七七年一月一六日の決定(シュライヤー決定)、および七八年八月一日の決定(接触遮断決定)<sup>40)</sup>である。前者は、シュライヤー氏とその代理人が連邦政府・関係州政府を相手どり、誘拐犯の要求(既決・未決囚一名の釈放)の承諾を義務づける仮命令を求めた事案である。裁判所は、墮胎罪判決をほぼ文言どおりに引用して、同氏の生命を保護すべき国の義務の存在を認めたが、①国の保護義務は同氏に対してだけではなく、市民全体に対しても生じること、②裁判所が国に対して特定の保護措置を命じるならば、以後の国の対応はテロリストにとって予測可能となり、結果として市民に対する国の実効的な保護が不可能になることを理由に、請求を退けた。

後者は、誘拐事件直後に改正された裁判所構成法施行法に基づき、上記の囚人相互および外部との一切の接触を遮断した措置に対して、当該囚人がその基本権違反を主張した事案である。本件では、生命保護義務は、当該措置を正当化し、違憲の主張を退けるための論拠として援用された。

### (2) 原発の安全性と保護義務

次に保護義務が問われたのは、原子力発電所の安全性に関する一九七八年八月八日の決定(カルカール決定、七九年二月二〇日の決定(ミュールハイム・ケルリッヒ決定)においてである。前者では、高速増殖炉型原子力発電所の建設認可との関係で、核エネルギーの平和利用およびその危険の防護に関する法律(以下原子力法とよぶ)七条の認可基準が保護義務を充足するかどうか

が審査された<sup>(44)</sup>。後者においては、原発認可の実体的要件に加えて、手続的要件もまた保護義務の具体化であるという前提の下に、本件で争われた認可が原子力法の定める認可手続に違反し、その違反が憲法上の保護義務を侵害するほど重要なものであったかどうか<sup>(45)</sup>が審査された。すなわち、前者においては、原子力法上の実体的認可要件との関係で立法者の保護義務が問われ、後者では、手続的要件の解釈・適用に関して、行政庁、およびこれを追認した裁判所の保護義務違反が問われたのである。これら二つの決定では、裁判所は保護義務の根拠の重点を基本法二条二項一文の客観法的側面に移行している。まずカルカール決定においては、基本法一条一項は、保護義務が明記されている条文として、例示的に援用されているにすぎず、ミュールハイム・ケルリッヒ決定では、基本法一条一項はもはや全く言及されていない。裁判所は、その後の判例においても、保護義務をもつばら二条二項一文の客観法的側面から導出しており、このため、基本法一条一項は「保護義務の一般的根拠としての性格を失った<sup>(46)</sup>」とされている。カルカール決定では、保護義務の根拠および範囲につき、裁判所は以下のように述べている。<sup>(47)</sup>

当裁判所の確立した判例によれば、基本権の保障は、公権力に對抗する防禦権を各人に付与することに留まるものではない。これは同時に、法秩序のすべての領域に妥当し、立法、行政、裁判の指針となるべき、憲法の客観的価値決定でもあるのである〔引用略〕。このことがきわめて端的に示されているのが、人間の尊厳の保護を

全国家権力に義務つけた基本法一条二項二文である。ここから生ずる憲法上の保護義務は、基本権侵害の危険をも阻止するような形で法秩序が形成されるべきことを命じる。はたして、いつ、そしていかなる内容の立法が憲法上命じられるのかは、発生しうる危険の性質、切迫性、程度、憲法上の保護法益の性質および重要性、並びにどのような法的規制がすでに存在するのにかよって決まるのである。……〔核エネルギーの平和利用によって生じうる〕帰結の性質およびその重大性に鑑みるならば、仮に危険発生の蓋然性がきわめて低い場合であっても、保護義務は、立法者に対して具体的に発動する。

(3) 環境・健康問題と保護義務

一九八一年一月一四日の決定<sup>(48)</sup>〔航空機騒音決定〕では、航空機騒音が空港周辺住民に与える健康侵害からの保護が問題となった。裁判所は、基本法二条二項一文の規定する身体の不可侵性が、身体的疾病だけではなく、精神的疾病をも含むと解したが、関連法規の改正を行わなかった州立法者の不作為は、保護義務の明白な違反にはあたらないと判断した。保護義務の具体化にあたり民主的立法者の判断を最大限に尊重する「明白な違反<sup>(49)</sup>」という審査基準は、その後の判例においても踏襲されている。

さらに環境問題については、予備審査委員会<sup>(50)</sup>〔Vorprüfungs-ausschuss〕の決定であるが、八三年九月一四日決定がある。これは、大気汚染に対する立法不作為が問われた事案であるが、本件では、基本法二条二項一文の他に、二条一項、一四条一項一文からも保護義務が成立し得ることが示唆されている。

また、健康の保護に関しては、さらにエイズを性病法上の法定性病に指定することを立法者に命じる仮命令が求められた憲法異議の訴に対して、これを却下した八七年七月二十八日の決定がある。

(4) 外国による侵害からの保護  
保護義務は、最後に外国による侵害からの保護についても認められている。まず、外交的保護に関する問題としては、ルドルフ・ヘスの早期釈放のための外交的折衝の義務づけを求めて提起された事案に対する決定がある。

また、外交・防衛政策の領域では、核弾頭装着ミサイルの国内配備に対する連邦政府の同意が問題となった一九八三年一月一六日の決定<sup>(53)</sup>、化学兵器の配備に関する八七年一〇月二九日決定<sup>(54)</sup>がある。前者は、上記ミサイルの配備が結果としてソヴェト連邦による西ドイツ攻撃の蓋然性を高めるのではないか、という懸念に基づき、連邦政府の保護義務違反が主張された事例である。

後者においては、米軍によるドイツ国内における化学兵器の貯蔵、移動、および将来におけるその使用が、周辺住民の生命に脅威を与えているという認識に基づき、化学兵器の貯蔵に同意し、さらにこれを容認しつづけ、撤去のための配慮を行っていないこと、十分な危険防止措置をとっていないこと、等を理由に、連邦政府の基本法二条二項一文違反が主張された。裁判所は、そのうちの不作為に関する部分につき、比較的長文にわた

って保護義務違反を審査したが、外交・防衛領域の特殊性を理由に政府にきわめて広範な判断の余地を認め、違憲の主張を退けている。なお、本件決定には、「マールレンホルツ(Mahrenholz)判事執筆の反対意見が付されている」<sup>(55)</sup>。

以上の概観から、保護義務が連邦憲法裁判所の基本権判例において確固たる位置を占めていることが明らかになったと思われる。現時点でもっとも新しい保護義務判例である化学兵器貯蔵に関する決定において、裁判所は、端的に次のように述べている。「基本法二条二項一文が防禦権を付与するだけではなく、同時に客観法的価値決定でもあり、これが法秩序のすべての領域に妥当し、また憲法上の保護義務を根拠づけることは、当裁判所の両方の裁判部の確立した判例である」<sup>(56)</sup>。

### 三 保護義務の構造

#### (一) 保護義務の法的構造

以上の判例が示すように、保護義務は、多種多様な問題をその対象としうる。国の保護義務は、古典的な殺傷に対する保護から、環境汚染、原子力の平和利用、特定の兵器の配備に付随して生じうる危険からの保護に及び、その義務づけは、国の三権のすべてに及ぶ。また、保護義務は、生命・身体に不可侵性を定めた基本法二条二項について、とくに重要な実践的意味をもつが、保護義務の理論は、特定の基本権にその適用が限定さ

れるものではない。<sup>(59)</sup>

ところで、西ドイツの憲法学説においては、連邦憲法裁判所の基本権判例に関して、個別の判決における具体的結論に対する評価の以前に、同裁判所の基本権理解そのものをめぐる評価の対立があった。すなわち、同裁判所の基本権裁判の背後にある「基本権（理解）の変遷」<sup>(60)</sup>の可否をめぐる見解の相違であり、このことは、わが国でも基本権理解の「新傾向」と「旧傾向」との対立として知られている。<sup>(61)</sup>

これに対して、保護義務に対する学説の対応は、このような対立の例外をなしているように思われる。国の保護義務は、国家と社会の分離を堅持する論者、連邦憲法裁判所による基本権の客観的側面の援用に批判的な論者によっても、論理必然的に否定されているわけではないためである。<sup>(62)</sup>

判例におけるその展開と軌を一にして、保護義務は、学説においても刑法、警察・秩序法、環境法、原子力法、薬品・食品の安全管理、消費者・労働者保護など、危険防禦、危険予防に関わるさまざまな問題領域・法領域について、その関連が指摘されている。<sup>(63)</sup>また、一九八九年ドイツ国法学者大会では、憲法部門で「立憲国家における国家目的」が、行政法部門では「科学技術の発展の行政法による克服」がそのテーマに選ばれたが、前者では国家目的論との関連で、後者では原子力、遺伝子工学等が惹起する危険との関連で、国家の基本権保護の義務が論じられた。<sup>(64)</sup>

## 1 一般的メルクマール

保護義務が対象とする多様な問題状況に共通するのは、基本権法益に対する侵害、またはその危険が、基本法の基本権規定に拘束されたドイツ連邦共和国（以下では、たんに国とよぶ）以外の主体によって惹起されること、および、国は不作為ではなく、これらの侵害・危険から基本権法益を防禦するための適切な作為が求められていること、の二点である。これらは同時に、講学上の保護義務概念を構成する際のメルクマールでもある。<sup>(65)</sup>保護義務は国の作為義務であり、その目的は、第三者による基本権侵害、またはその危険に対する防禦である。さらに、保護義務が問われる問題状況においては、国、要保護者、および彼の法益を侵害し、またはこれを脅かす第三者という三つの主体が登場する。このことは、学説により「法的三極」*Rechtsdreieck* と呼ばれており、保護義務の重要な特徴の一つであると指摘されている。<sup>(66)</sup>これに付随して、国は、基本権の潜在的侵害者から保護者へと、その役割を転換する。<sup>(67)</sup>

## 2 法的三極関係

法的三極関係、および国の役割の転換は、連邦憲法裁判所による保護義務の定義のなかにも端的に現れている。堕胎罪判決において述べられた保護義務の定義は、その保護法益を一般化するならば、次のものになる。「保護義務は、国自身が基本権法益を侵害することを禁じるのみならず、これを保護し、促進すること、とくに、他者による違法な侵害からこれを防護すべ

きことを命じる。」

ここで「他者」としては、国および要保護者を除く社会のあらゆる構成員が考慮され得る<sup>(70)</sup>。これは、通常の殺傷事件におけるように、ひとりまたは複数の私人の場合もあれば、とくに基本権の第三者効力においてしばしば問題になるように、社会集団の場合もある。また、他者は、上記の例のようにその特定が比較的容易な場合もあれば、例えば公害問題において顕著なように、健康侵害が、時間的・場所的に離れた複数の主体の活動の複合的作用に起因する場合も少なくない。他者は、さらに外国または国際機関の場合もある。

他方で学説上争いがあるのは、保護義務が上記の場合の他に洪水、津波、地震等の自然災害<sup>(71)</sup>、さらに、自殺に典型的な基本権主体自身による侵害・危胎からの保護にまで及ぶかどうか、という問題である。これらの場合には、法的三権関係は成立せず、「他者による侵害」という上記の定義の枠を越えることにならう。

法的三権関係が保護義務に不可欠のメルクマールなのか、それとも典型事例の説明に過ぎないのか、という問題は、一方において定義の問題であるが、他方で、もとより保護義務の根拠にも直接関連する問題であり、これに簡単に答えることはできない。しかし、仮に保護義務を広く解し、——他者の侵害であれ、自然災害であれ、基本権主体自身による侵害であれ——国家による侵害以外のおよそすべての法益侵害を保護義務の問題

であると解したとしても<sup>(74)</sup>、他の私人による侵害の場合と、自然災害による場合、自己危胎の場合とでは、保護義務の具体的適用にあたって考慮すべき事情もまた、おのずから大きく異なるざるをえないであろう。このため本稿では、この問題についての結論を保留しつつ、以下においては、上述の法的三権関係が成立する保護義務の典型の場合を念頭に、論を進めることにしたい。

## (二) 保護義務の実現

### 1 立法者による実現

保護義務の名宛人は、全国家権力である。基本法一条三項に基づき、保護義務は、国の三権のすべてにその実現を命じるが、他方でその義務付けの趣旨は、三権ごとに異なり得る。すなわち、立法、行政、司法の各権は、憲法上配分されたそれぞれの任務に応じて、基本権保護に務めなければならない。立法者に対しては、保護義務は、特定の内容の法律を制定し、維持し、または保護義務に適合するようにこれを改正すべきことを命じ<sup>(75)</sup>る。

具体的には、まず一定の刑法上の規定、たとえば生命、身体、財産、名誉の保護に関する規定が保護義務の必然的な具体化であると解される場合、立法者は、これらの規定を、等しく実効性のある代替措置なしに削除することが禁止される<sup>(76)</sup>。墮胎罪判決は、刑法二一八条が緩和された結果生じた法状態が保護義務

に違反する、と評価された例であるが、これに対して一部の学説は、保護法規の制定自体は保護義務の要請であるが、その削除はもはや保護義務違反の問題ではなく、ひとたび獲得された法的地位に対する立法者の積極的侵害であり、防禦権違反の問題として構成されるべきである、と解しており、法改正にともなう既存の法的地位の喪失の問題をどのように理論構成すべきかについては、争いがある。<sup>(78)</sup>

立法者の保護義務違反が問われる場合の多くは、立法者がならぬ立法措置もとらない場合、または立法の内容が不十分な場合である。この場合、保護義務は、立法者に、必要な法律の制定、または改正を命じる。<sup>(79)</sup> この意味における立法不作為は、前章の判例が示すように、とくに環境法・原子力法の分野で問題となったが、裁判所が立法不作為の保護義務違反を認めたと例は存在しない。その理由は、基本権保護義務もまた、基本権の客観的側面に基づく他の法的作用と同じく、内容の明確さを欠き、このため多くの場合、まずその具体化を必要とするが、<sup>(80)</sup> 他方で法律の留保に基づき保護義務の「第一の名宛人」である立法者には、保護義務の具体化にあたり広範な裁量の余地が認められるためである。<sup>(82)</sup>

保護義務の具体化に際して立法者に認められる裁量の余地は、まず①具体的保護手段の選択について生じる。手段選択に関する判断の余地は、さらに②相互に抵触する私人の憲法上の地位の「衡量」、また、③ある法的手段の採用・不採用の結果生じ

るであろう事態の「予測」に不可分に結びついている。もとより立法者は、基本権制約立法の場合においても、相互に対立する憲法上の要請を衡量し、また、当該措置が立法目的の実現のために有効な手段であるかどうかを判断しなければならぬ。このため②・③自体は、保護義務に固有の問題ではなく、たとえ程度の相違が認められるにせよ、防禦権の場合にも当然に生じる問題であるが、これに対して①は、保護義務の法的構造、すなわち保護義務が作為義務であることから、必然的に派生する問題である。<sup>(84)</sup>

基本権によって国に課せられる保護義務は、その法的作用からみれば、まず第一に危険防禦・妨害防禦義務である。第三者による侵害からの保護は、通常、複数の手段によってこれを実現することができるが、<sup>(85)</sup> 他方で憲法は、保護のための特定の方法をあらかじめ規定してはいない。このため、保護義務の実現のありかたは多様であり、また、さまざまな法分野がその実現のために利用され得る。<sup>(86)</sup> 防禦権の場合には、国は、基本権法益を侵害するあらゆる種類の行為が禁止されており、基本権の命令の内容はこの意味において明確であるが、これに対して保護義務は、基本権法益の保護に仕えるあらゆる作為を国に命じるものではない。むしろ国は、各種の保護手段のうちのどれか一つを採用すれば足り、<sup>(87)</sup> また、原則として、このうちのどれか一つを選択することもできるのである。

連邦憲法裁判所もまた、堕胎罪判決において「国が……実効

的な保護の義務をいかにして履行すべきかについては、まず第一に立法者がこれを決定すべきである。立法者は、生命を実効的に保護するためにはいかなる措置が有効であり、また必要であるかについて判断しなければならぬ<sup>(88)</sup>。と述べ、立法者、およびその都度の担当国家機関の第一次的判断権を尊重している。

他方で、立法者の裁量の余地は、無制約ではない。すでに上記の引用から、立法者が少なくとも何らかの保護措置をとらねばならないことが読みとれるが、裁判所は、続いて「生命保護手段の選択の自由は、生命を実効的に保護できる手段が他に存在しないという特殊な事情の下では、ある特定の手段の選択へと収斂することがある」と述べ、立法不作為が憲法の命じる最小限の保護を下回ってはならないことを指摘する。このことは、学説によって「過少な保護の禁止」(Untermalverbot)と呼ばれている<sup>(91)</sup>。

## 2 行政権・司法権と保護義務

立法者は、保護義務の第一の名宛人であるが、他方で保護義務は、立法者が保護の具体的要件についてまで法律で詳細に定めることを求めるものではない。すでに警察法、民事法にその例があるように、立法者は、あるいは一般条項を用いることがあり、また、たとえば原子力法のように技術の進化が急速な領域については、立法者は必然的に不確定法概念を多用せざるをえず<sup>(92)</sup>、また、そのほか法律が行政権に一定の裁量の余地を与えることは少なくない。これらの場合、保護義務遵守の要請の重

点は、法律を解釈し、適用する行政庁・裁判所に向けられる。

「行政権に裁量を与えられている場合、行政権は基本権に適合するようにこれを行使しなければならない<sup>(93)</sup>」。行政裁量に対する基本権の拘束について述べたシュタルクの命題は、基本権の保護義務的側面についてもそのままあてはまる。基本権に適合した法律解釈の一環として、行政庁は、憲法の命じる保護義務の趣旨にそくして、法律を解釈しなければならないのである。

このため例えば、警察法上の一般条項は保護義務を具体化した規定であり、憲法上の保護義務は、警察による一般条項の解釈、裁量の行使に指針をあたえたと解され<sup>(94)</sup>、すでに述べた警察介入請求権についても、基本権保護義務は、唯一の根拠ではないにせよ、その根拠のうちの一つであることが明確に認識されるようになった<sup>(95)(96)</sup>。

最後に裁判権は、他の国家機関が保護義務を遵守したかどうかについて審査するが、立法不作為については連邦憲法裁判所が、行政権については行政裁判所が、まずこの任務を担当する。

## 3 基本権の第三者効力と保護義務

以上のように、保護義務論は、従来おもに立法・行政の不作為との関係で展開されてきたが、最近、保護義務は、基本権の第三者効力とも関連性があることが指摘されている。

周知のように、西ドイツにおける第三者効力論の判例・通説は、いわゆる間接適用説であるが、すでにデューリッヒは、一九五八年、間接適用説の理論上の出発点を、人間の尊厳の「わ

れわれの法秩序の最高次の構成原理」としての意義、および国の人間の尊厳「保護義務」に求めている。<sup>(88)</sup> デューリッヒは、これらが民法法に対しても無関係ではありえないことを指摘し、次のように述べる。「憲法が、個々の基本権によってこのような価値の保護(Wertschutz)をもっとも実効的に実定法上実現しようとしているのであれば、このことから、基本権によって国家権力との関係で保護されている価値が、個々の私人、または社会集団によって侵害された場合においても、また、防禦されるべきことが帰結される。」<sup>(89)</sup>

しかし、この端緒は、その後しばらく顧慮されなかった。保護義務論の代表的論者の一人であるイーゼンゼーは、逆に保護義務は「基本権の第三者効力とは何の関係もない」と述べている。<sup>(90)</sup> 保護義務と第三者効力の関係が明確に意識され、理論的に検討される嚆矢となったのは、一九八四年に相次いで発表された民法学者カナーリス<sup>(91)</sup>、オーストリアの憲法学者ノヴァーク<sup>(92)</sup>の論文である。二つの論文に共通するのは、第三者効力の問題を、基本権保護、すなわち他者による侵害からの基本権法益の保護という、より大きな問題の一部分と考え、これを保護義務というより大きな連関のなかで基礎づけようと試みた点である。<sup>(93)</sup> この見解の要点は、「内容において関連するものを概念のうえでも関係づける」ことであるが、このような考え方は、その後だけに有力になりつつある。例えばクラウゼ、ヘルメスは、民法法における第三者効力が行政法における第三者保護と共通

した問題を提起することを強調し、また、ガルヴァースは、一九八五年に刊行された基本権総論の教科書で「第三者効力」という項目を設けず、この問題を「基本権関係における第三者」という表題の下に、法的三極関係と国の基本権保護義務の問題の一例として、刑法による保護、警察法による保護と一緒に取り扱っている。<sup>(94)</sup> さらにシュテルンは、「第三者効力の問題は、基本権の一般的作用である国の基本権保護義務の低位事例(Unterfall)となった」と述べ、「まさに基本権の保護命令作用(Schutzbehaftung)こそが、私法秩序における基本権の作用に関する問題を、基本権の本質および内容に即して解決するための、『もっともすっきりした』解釈学上の手がかりなのである」と述べている。<sup>(95)</sup>

### (三) 保護義務の二面性

#### 1 保護と自由の撞着

国の基本権保護義務が問題になる典型的事例は、既述のように、等しく基本権主体である私人が他の私人の基本権法益を侵害する場合である。この場合、国による保護義務の履行は、要保護者との関係では基本権法益の擁護を意味するが、別の私人との関係では、自由の制約となって現れる。すでに堕胎罪判決では、胎児の生命の保護と妊婦の自己決定との相克が明らかになったが、保護義務と自由権との撞着は、例えば生命・健康の保護と事業者の営業の自由の対立、人格権の保護と表現の自由

の対立のように、人権の衝突に基づく法的三極関係が認められずすべての場合に問題となり得よう。

また、続くシュライヤー決定では、シュライヤー氏の生命の保護に「市民全体に対する保護義務」が対置され、保護義務とうしが対峙し得ることが示された。さらに、接触遮断決定では、堕胎罪判決とは逆の形で保護義務と自由権との撞着が示された。既述のように、本件では、シュライヤー氏の生命保護の義務は、問題の接触遮断措置を憲法上正当化し、防禦権違反の主張を退けるための論拠として採用されたのである。

以上のように、保護義務論は、必ずしも常にあるひとの基本権上の地位の強化に仕えるとは限らない。その理由は、保護の実現は他面で自由の制約をとめない、ある法律、またはそれに基づく措置が保護義務の具体化である場合、保護義務は、逆にもう一方の当事者に対する制約を、憲法上正当化するための「法的な大義名分」としての役割をはたす可能性すらあるためである。<sup>(116)</sup>

このことからただちに、保護義務論の濫用の危険が明らかにならう。法的三極関係、および保護義務という視点は、とくに警察法において明かなように、従来もっぱら基本権と国との對抗関係として捉えられていた視点の一面性を修正し、私人の侵害を受け、国の介入措置によって救済される者の基本権法益をも視野に収めることによって、基本権—警察の関係の多元化、警察法の保護法益の明確化に資するものであった。<sup>(117)</sup>しかし他方

で、「保護」という視点の強調が、結果として第三者の基本権を制約するための新たな根拠を生みだし、または、従来、法治国の理論によって厳格に規制されていた、基本権制約の要件を緩和する危険があることもまた、看過されてはならないのである。<sup>(118)</sup>

## 2 法的三極関係における基本権の保障

もとより、上記のことは、ただちに保護義務という理論構成の否定につながるものではない。保護義務論は、国が第三者の基本権を制約する際に、要保護者の基本権をあわせて考慮することを求めるにすぎず、これが国の介入によって制約を受ける者の基本権の軽視につながってはならないことは言うまでもない。<sup>(119)</sup> 法的三極関係という図式は、基本権をめぐる個人と国家との関係を考察する際に、従来の「侵害」関係に「保護」関係を追加するものであり、前者を排除するものでは決してない。換言すれば、保護関係だけではなく、侵害関係があわせて考慮されるがゆえに、「三」極関係が成立するのである。

このように理解された法的三極関係の基礎にあるのは、ある私人と他の私人の基本権法益の衝突である。基本法二条一項が人格の自由な発展の権利の限界の一つとして「他人の権利」を挙げ、五条二項が表現の自由の限界の一つとして名譽の保護を挙げていることから看取できるように、ある人の基本権の行使は、しばしば他の市民の基本権に種々の影響を与えらるるとともに、憲法は他の市民のかかる法益の享受を犠牲にしてまでも、人格の発展の権利、表現の自由の絶対無制約な行使を容認するもの

ではない。<sup>(117)</sup> 同様の法理は、さらに条文上は何の留保もなしに保障されている基本権についてもあてはまる。<sup>(118)</sup> すなわち、これらの権利といえども、その行使が外部に対して作用をもち、他者の基本権、または憲法上保障されたその他の法益を侵害する場合には、絶対無制限ではありえず、「憲法に内在した制約」に服するのである。<sup>(119)</sup>

国による保護義務の履行は、他面でたしかに自由の制約をとまなうが、保護義務は、国に新たな規制の根拠を付与するものではない。保護義務は、上記の内在的限界を逾越した基本権行使の結果、他の私人の基本権法益が侵害の危険に直面している場合に、国の介入によって内在的制約を顕在化することを求めるものであり、その限度をこえた自由の規制を正当化するものではない。保護義務論は、国が憲法上介入を許されている場合に、その法的「許容」(Dürfen)を特定の場合に「必要」(Müssen)に転換する理論であり、防禦権との関係で国がそもそも介入の権限を有しないところでは、保護義務による義務づけもまた終わるのである。<sup>(120)</sup>

### 3 過少な保護の禁止と過度の侵害の禁止

このため重要であるのは、保護義務が有する二つの側面、すなわち侵害的側面と給付的側面とを調整するための基準を明らかにすることである。連邦憲法裁判所は、この点について「……立法者は、基本法の価値秩序を尺度に、法治国的比例原則を顧慮して、相互に対立する基本価値・自由の領域を衡量すること

により、この場合に生ずる紛争を解決しなければならない」と説示し、相互に対立する基本権法益を、比例原則に従い調整すべきことを明らかにした。<sup>(121)</sup> このため、たとえ保護のための立法であっても、それが他の私人の自由を過度に制約するものであってはならず、立法者は、常に他の私人の防禦権としての基本権に配慮しつつ、比例原則の要請の枠内で、保護義務を実現すべきことになる。

この意味において、保護義務実現に関する立法者の裁量の余地は、一方において前述の過少な保護の禁止原則 (Untermassverbot) によって画されるときにも、他方において比例原則<sup>(122)</sup>、すなわち過度の侵害禁止の原則 (Übermassverbot) によって画される。すなわち立法者は、これら二つの原則の枠内で、憲法によって課された基本権尊重義務 (Achtungspflicht) と保護義務 (Schutzpflicht) とを調整することによって、人権の衝突を解決しなければならないのである。<sup>(123)</sup>

## 四 結 び

### (一) 本稿のまとめ

以上の考察から、国の基本権保護義務が国の作為を求める法的義務であり、その目的は生命・健康その他の基本権法益の第三者による侵害からの防禦であること、および、保護義務は、国の各機関が有する裁量の余地を、要保護者の基本権を根拠に

収縮する作用を営むことが明らかになったと思われる。「保護」という観点の強調は、他面で国の過度の介入を惹起する危険をともなうが、このような危険は、法的三極関係を念頭におくことよって回避することができる。

保護義務という考え方は、それ以前の端緒をさておけば、まず墮胎罪判決を契機に注目された。科学技術の発展にともなう社会共同生活における各種の危険の増大にともない、保護義務という用語、およびその考え方は、その後短期間のうちに、判例・学説上、広く承認されるに至った。保護義務は、基本権一般について認められるべき法的作用の一つとして、すでに確立された考え方であることができる。このため、西ドイツ国法学における保護義務に関する議論の重点は、そもそも基本権からこのような法的作用を導出することができるのか、という<sup>(17)</sup>の問題から、具体的問題を解決するために、憲法上の保護義務からいかなる基準、いかなる救済方法を導き出すことができるのかという、保護義務の具体的適用の問題に移行しているように思われる。

## (二) 残された基本問題

このように保護義務論は広く受容され、関心の重点はその「応用問題」に移りつつある。しかしその反面で、保護義務という概念それ自体に関する基本的な問題について、理解の一致が成立しているわけではない。それはとくに、保護義務と他の

隣接概念との理論的關係について認められる。

既述のように、連邦憲法裁判所は、保護義務を、国家自身による基本権法益の侵害を禁止するのみならず、これを保護し、促進すること、とくに他者による違法な侵害からこれを保護すべきことを命じるものであると定義している(前出墮胎罪判決)。

しかしこの定義に対しては、二つの点でその曖昧さが指摘されている。まず第一に、この定義によれば、国自身による侵害の禁止もまた保護義務の内容となりかねないこと、第二に、この定義は、「保護」と「促進」とを同列に並べており、保護義務と促進義務とを区別していないこと、の二点である。

保護義務と侵害禁止義務・促進義務との関係は、必ずしも簡単な問題ではない。まず促進義務(社会権)との関係では、基本法は、一条一項の他に、六条一項・四項においても特定の法益の「保護」を条文上国に義務づけているが、このうち六条四項は社会国家的性格の規定であると解されている。<sup>(18)</sup>さらに、連邦憲法裁判所もまた、基本法六条・七条から国の保護・促進義務を導出したいくつかの判例において、その根拠の一つを社会国家原理に求めている。また、学説においても、保護義務が作為義務であることに着目し、これを社会権と表裏の關係と解する見解がある。<sup>(19)</sup>

次に、侵害禁止義務(防禦権)との関係では、学説上、保護義務が危険防禦義務であることを強調し、保護義務を防禦権の付随的作用であるとみなす見解、<sup>(20)</sup>また、保護義務が対処すべき問

題もまた、実は防禦権の理論の枠内で解決が可能であり、このため保護義務という理論構成は、原則として不要であると解する見解がある。さらに判例においても、防禦権によって解決が可能な事案であるにもかかわらず、保護義務が援用された例が<sup>(13)</sup>あり、保護義務と防禦権との境界線は、必ずしも明確ではない。保護義務と社会的給付権との関係をどのように解するかは、保護義務を社会国家への移行の産物と解するか、それともこれを、近代国家または自由主義的法治国の枠内で捉えるかという、国家学・国家目的論の次元にまでさかのぼる問題であろう。<sup>(14)</sup>これに対して、保護義務と防禦権との関係は、第三者による侵害からの保護を、法律学においてどのような構造のものとして理論構成すべきかという、より法技術的な問題であると思われる。いづれにせよ、これらとともに、①保護義務の法的構造・法的特性を明確にする上で、詳細な検討が不可欠であるとともに、さらに②保護義務という理論構成の意義または独自性、③保護義務の憲法上・理念史上の根拠にも直接に関連する問題であるが、その検討は別稿に譲り、ここでは問題の所在の指摘によって稿を閉じたい。

(1) BVerfGE 6, 55 (71, 72); 7, 198(204 f.). 以後、確立した判例による。

(2) H. D. Jarass, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AoR Bd. 110 (1985), S. 363 ff. (365).

(3) 個々の法的作用については、H. D. Jarass (Fuhrn. 2), S. 374 ff.; A. Bleckmann, Staatsrecht II, 3. Aufl. (1989), S. 197 ff. を参照。邦訳では、クラウス・シナナル／田口精一訳「基本権体系の理念と要素(一・二・完)」法研六〇巻四号一九頁・五号二六頁を参照。

(4) たとえば R. Alezry, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 410; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/1 (1989), S. 931; E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633 を参照。

(5) BVerfGE 39, 1. なお、本件の紹介として、宮沢浩一「西ドイツ連邦憲法裁判所の墮胎罪規定違憲判決について」ジュリ五八七号八三頁以下参照。

(6) K. Stern (Fuhrn. 4), S. 943.

(7) キルヒホフは、端的に以下のように述べている。「国家が自ら自由を侵害しない自由尊重国家であるからといって、ただちに自由を意味するのではない。自由は、自由のために活動する国家、すなわち、その秩序と保護とによって人間相互間の自由を容易ならしめる国家に初めて可能なのである」(P. Kirchhof, Sicherungsauftrag und Handlungsvollmacht der Polizei, DÖV 1976, S. 499)。

(8) 基本権の第三者効力については、まず公法研究二六巻における森・芦部・田口・阿部・稲田、竹内報告を参照。

(9) 憲法上の環境権論の近時の動向について竹中勲「憲法上の環境権の法的性格と救済方法(上)」判時二二六七号一七一頁以下参照。

(10) 五十嵐清「人格権論」(一九八九)、斎藤博「人格権法の研究」(一九七九)、同「人格価値の保護と民法」(昭六二)。

(11) 行政警察の介入義務に関する文献は枚挙にいとまがない。さしあたり、高橋明男「西ドイツにおける警察的個人保護(一)」阪法一

- 三九号一二〇・一二二頁に挙げられた各文献を参照。
- (12) 判例について、阿部泰隆『国家補償法』(一九八八)一七八頁以下、田村悦一「裁量のゼロへの収縮論について——判例の展開と課題」立命館法学一九八八年五・六号八一六頁以下を参照。
- (13) 遠藤博也『行政法Ⅱ(各論)』(昭五二)一四七頁。
- (14) 阿部泰隆『行政の危険防止責任(上)(下)』判時八八三号一七七頁、八八六号一二五頁。
- (15) 原田尚彦『行政責任と国民の権利』(昭五四)一六二頁、阿部泰隆『行政の危険管理責任その後(一)』判時一〇〇一四一頁、同(前出注12)一八〇頁。および下山英二『健康権と国の法的責任』(昭五四)も参照。
- (16) この関連において義務づけ訴訟に肯定的な論者として、原田(前出注15)、阿部泰隆『義務づけ訴訟論』、『公法の理論下Ⅱ』(昭五二)二二〇五頁以下、同『義務づけ訴訟論再考』、『公法の課題』(昭六〇)一頁以下参照。
- (17) D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), S. 95.
- (18) J. Isensee, Recht auf Sicherheit (1983), S. 44.
- (19) 基本権の第三者効力の承認、「新しい人権」の登場等とともに、自由権と社会権との区分論を批判し、人権体系論の再構築の必要を説く文献として、およびあたり池田政章「人権・総論」法時臨増『憲法三〇〇年の理論と展望』七頁、覚道豊治「基本的人権の類別と体系」大石喜寿『日本国憲法の再検討』(一九八〇)二五九頁、奥平康弘「人権体系及び内容の変容」シニリ臨増『日本国憲法三〇年の軌跡と展望』二四四頁、前田徹生「人権体系における自由権・社会権の区分論の意義と限界」佐藤功古稀『日本国憲法の理論』(一九八六)一四三頁を参照。
- (20) 保護義務に関する最初のモノグラフィイは、一九八三年に出版されたイーゼンセーの前掲書(注18)である。また、「保護義務」概念が教科書等に登場する経過については、E. Klein (FuBn. 4), S. 1633 in und bei Fn. 9-13を参照。
- (21) 本稿は、検討の対象を現行の基本法に限定するが、明らかに近代憲法思想史をさかのぼるならば、国家の安全保持の義務は、すでに近代国家理論の成立当初から、国家権力の正当化事由として認められてきた(ホッンス)。この義務は、その後も国家の第一の目的として、またときには唯一の目的として、国家目的論において自明のこととして承認され、また基本権との関係でも、例えばロッター(V. Rottek, in: Rotteck/Welcker, Staats-Lexikon, 2. Aufl. 1847, Bd. V, S. 186)や、すでに一八四七年に法律による自由の保護の必要を述べている。なお、国家・国家目的論における国の対内的・対外的安全保持の義務については、J. Isensee (FuBn. 18), S. 3 ff.; G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 145 ff.; G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 27 ff.を参照。また、基本法にみよる保護義務論の端緒については、K. Stern (FuBn. 4), S. 934 ff., 938 ff.を参照。
- (22) A. Randelzhofer, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG-Kommentar (Stand 1989), Art. 16, Rdnr. 36 f. m. w. N.
- (23) A. Randelzhofer, aO, Rdnr. 61.
- (24) A. Randelzhofer, ebd. 61. 初期の文献として W. K. Geel, Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht, ZaöRV, 1956/57, S. 510 ff. 及び G. J. Klein, Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht, DÖV 1977, 704 ff. 参照。

- (25) BVerfGE 1, 97 (104).
- (26) G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG-Komm. (1958), Rdnr. 2 zu Art. 1 Abs. 1; ders., AöR Bd. 81 (1956), S. 123 f.   
 なお、人間の尊厳保護義務論は、わが国になじみず、初期でとりいられている。田口教授は、人間の尊厳に対する侵害禁止を絶対的禁止と解し、これが「国家権力に対してだけでなく、一般個人の生活関係においても当然に各個人の行為に対して法的拘束力をおよびすものであり、この場合に国家は……他人の尊厳を害するやうな行為を放置するべきではなく、国家は一般にすべての者の人間の尊厳を保護するために、このような侵害行為を排除すべき義務をもち」(田口精一「ボン基本法における人間の尊厳について」法研三三巻一三号一九五頁)と述べ、その警察権の法的根拠その限界を、人間の尊厳保護義務に求めようとする。
- (27) G. Dürig, in Maunz/Dürig (FuBn. 26), Rdnr. 22 zu Art. 2 Abs. 2 (強調は原著者による)。
- (28) G. Hermes (FuBn. 21), S. 60.
- (29) A. Bleckmann (FuBn. 3), S. 281.
- (30) BVerfGE 11, 95. 同判例の紹介として、保木本一郎「フュンツにおける職業警察の展開(III)」社会科学研究二〇巻二号一三三頁、原田(前出注15)六四頁参照。
- (31) フュンツにおける警察介入請求権の成立については、高橋(前出注11)の詳細な紹介・分析を参照(わが国の関連文献も挙げられている)。
- (32) 例えザンツェンブロー (M. Kloepfer, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 6 ff., 19 f.) は、憲法学の立場から、警察介入請求権と基本権保護との結びつきを「事態保全的な基本権前提条件の保護」として観念的に指摘して

- よう。ただし初期の大戦でユル W. Henke, Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei, DVBl 1964, 649 (652 ff.); G. Buschinger, Der Anspruch auf polizeiliches Einschreiten aus verfassungsrechtlicher Sicht, DÖV 1965, S. 374 (376 f.) 参照。
- (33) BVerfGE 39, 1 (41 ff.)
- (34) 「それゆえ」がこの文脈を受けようのかは明かではない。しかし、それと引用部分の直前には、保護義務の根拠を示唆する叙述が存在する。J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 231 Fn. 48 参照。
- (35) J. Ipsen (FuBn. 18), S. 27 und f.
- (36) K. Stern (FuBn. 4), S. 938-942 参照。
- (37) K. Stern (FuBn. 4), S. 939.
- (38) なお、本判決には、ノットマン・ノットキマン・ケルマンの同判書による反対意見がある。BVerfGE 39, 1 (68 ff.)。その要旨は、本来、国からの自由を確保すべき自由権規定から、刑と自由に対する最大の侵害である「刑罰」制定の義務が導出されたら、自由権侵害の防止が(単純に) E. Stein, StaatsR 10, Aufg., S. 207 f. に同面の批判がある。しかし、保護義務という思考それ自体ではなく、「刑罰」による手受の導出に方向づけられた批判である。解を採りうる(同判書の見解に対する批判を合して M. Kretzschmar, JZ 1975, 222; K. Stern (FuBn. 4), S. 942 参照)。
- なお、オーストリア憲法裁判所は、本件と同様の事案において、一八六七年のオーストリア人権カタログがその成立の時期から不明らかならぬ限り、国家の侵害に対する防禦を基礎とするものではないとして、保護義務論を否定しようとする (VfSlg. 7400/1974 = EUGRZ 1975, 74)。

- (39) BVerfGE 46, 160 (164 f.).
- (40) BVerfGE 49, 24 (53).
- (41) ミリーゲ<sup>44)</sup>の関連で「先例の拘束力」を指摘する。M. Kriele, *ESJ Grundrechte*, 1985, S. 371.
- (42) BVerfGE 49, 89.
- (43) BVerfGE 53, 30.
- (44) 本件では、保護義務に先行する問題として、法律の留保の意義とその限界が重要な争点となった。これについては、大橋洋一「法律の留保の現代的課題——本質性理論 (Wesentlichkeitstheorie) を中心として」国家学会雑誌九八巻三・四号七六頁参照。
- (45) 手続と基本権につき、富塚祥夫「実体的基本権の手続的機能——西ドイツ基本権論の新局面(上)」都法二七巻一号二四二頁参照。
- (46) K. Stern (FuBn. 4), S. 943.
- (47) BVerfGE 49, 89 (141 f.) *zu* 53, 30 (57) 参照。
- (48) BVerfGE 56, 54 (73 f.).
- (49) 明白な違反の基準は、本決定では、「最高度の重要性を持つ法律が危険に曝されているのではなら」ことを理由に正当化されている (S. 81)。
- (50) BVerfG (Vorprüfungsausschub) Beschl. = NJW 1983, 2931 f.
- (51) EuGRZ 1987, 353 f.
- (52) BVerfGE 55, 349 (362 f., 364).
- (53) BVerfGE 66, 39 (61).
- (54) NJW 1988, 1651 f.
- (55) a.o., S. 1653, 1654.
- (56) 国の保護義務違反は、国が何の安全措置もとらない場合、またはそれが「保護目的の実現にとりまことに不適切であるか、ま

たぐ不十分であることが明白な場合」に限り、認められるとされる (S. 1653)。

- (57) a.o., S. 1658 f. その要旨は以下のとおりである。法廷意見は、政府をわらわて広範な判断の余地を認め、不作為による基本権侵害の主張を却けているが、生命という保護法益の重要性、危険の性質・影響範囲等に鑑みれば、より厳格な基準に基づき審査がなされねばならない(本稿注49参照)。連邦政府は、非常事態における住民の保護をもつば米軍の手に委ね、自らはなんらの準備もしていないことをめぐり、基本法二条二項一文の保護義務に違反する。
- (58) a.o., S. 1653.
- (59) K. Stern (FuBn. 4), S. 944 n. w. N. in FuBn. 264
- (60) E. Friesenhahn, *Der Wandel des Grundrechtsverständnisses*, in: *Verhandlungen des 50. DJT, Bd. II* (1974), S. G 1 f.; H. Rupp, *AöR Bd. 101* (1976), S. 161 f.
- (61) 栗城寿夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究三八号七六頁、河波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(一—五)」自治研究五四巻七号八二頁・八号九一頁・九号六七頁・一〇号七一頁・一一号一一頁、青柳幸一「西ドイツにおける基本権の多元的機能(一—三)」法政五五巻四号一三三頁・五号一七頁・六号四九頁参照。
- (62) *zu* 50 *zu* 17 Grundrechte im demokratischen Staat, 1972 © 著者 H. H. Klein <sup>45)</sup> 腹胎罪訴訟に関する一人ひとりの責任 (M. Kriele, *JZ* 1975, 222, Fn. 2 参照)。彼が *zu* 50 連邦憲法裁判所判事として、最近の保護義務判決 (BVerfGE 76, 1, 49 f.) の主任裁判官を務めている。また、ムースマーターは、自由主義的基本権理解に立脚しつつ、防禦権に基づく保護義務論を積極的に展開する (D. Marswiesek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, a.o. (FuBn. 17))。

他方、保護義務の存在を明示するに否定する見解も一部、保護義務論が対処する問題をまた基本権の防禦権的作用として理解することは可能とするニヤトニー (J. Schaub, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 213 ff.)。また「基本法1条1項は防禦権以上の自由の保障をなす」とするリッター (H. Ritter, „Judicial restraint“ auf deutsch, DuR 1978, S. 42 ff.) の見解を參照。

- (63) 詳細は、G. Hermes (FuBn. 21), S. 6-35 m. w. N. 參照。  
 (64) ヲリビザ、国法学者大会で先行して発表された以下の論文を著して參べ。H. Bethge, DVBl. 1989, 841 ff.; H. P. Bull, NVwZ 1989, 801 ff.; W. Bruggner, NJW 1989, 2425 ff.; Chr. Degenhart, NJW 1989, 2435 ff.; R. Pitschas, DÖV 1989, 785 ff.; M. Romerlitsch, DVBl. 1989, 851 ff.

(65) 基本法は「一条一項、二条一項、四項で特定の法益の「保護」を明文で国に命じているが、本稿で扱う「講学上の」保護義務は、その明文以外の条項の解釈に直接結びつておられる。」  
 (66) R. Alexy (FuBn. 4), S. 420 ff.; H.-U. Gallwas, Grundrechte, 1985, S. 22; G. Robbers (FuBn. 21), S. 125; K. Stern (FuBn. 4), S. 945.

(67) 「基本権としての国家権力の課せられる保護義務は、その法的作用からみれば、まず第一に危険防禦・妨害排除義務である。」(K. Stern (FuBn. 4), S. 949; D. Murswiek (FuBn. 17), S. 101, 113 ff. 參照)。「その明文以外に、國の憲法上の義務である」としては、既に保護義務とは別個の制度として扱っておられる。」

- (68) J. Iemsee (FuBn. 18), S. 34 f.; H.-U. Gallwas (FuBn. 66), S. 63; G. Hermes (FuBn. 21), S. 204 ff.; R. Alexy (FuBn. 4), S. 410 ff.; K. Stern (FuBn. 4), S. 946.

- (69) K. Stern (FuBn. 4), S. 946.  
 (70) 以下は、G. Hermes (FuBn. 21), S. 37 f. 參照。  
 (71) 自然災害としての保護義務の成立を肯定する見解も一部、M. Sachs, in: K. Stern, StaatsR der BRp. Dtschld., Bd. III/1, S. 735 ff.; G. Robbers (FuBn. 21), S. 124, 127 を參照。

他方、ヤンクス (G. Hermes (FuBn. 21), S. 231 f.) は、これを社会國家の問題として、保護義務との関連を否定する。また、トランナーは、保護權 (Recht auf Schutz) は「対等の地位にある主体相互間の関係として特定の内容の法秩序を形成し、適用するのを求める憲法上の權利」と定義し、保護義務論を対抗三權關係の概念に限定しようとする (aaO, S. 411)。

- (72) 以下は、特定の民衆も一部、G. Robbers (FuBn. 21), S. 220 ff.; M. Sachs (FuBn. 71), S. 736 參照。精神衛生法に於ける自衛のための保護として、BayVerfGH, Entsch. v. 16. 12. 1988 (=NJW 1989, 1790) 參照。他方、自己命脈を保護義務の対象から除外する見解も一部、G. Hermes (FuBn. 21), S. 228 ff. 參照。

(73) 例えば保護義務の根拠や國家の權力抑止、そのうち対抗する市民の救済義務を求める民衆 (D. Murswiek (FuBn. 17), S. 91 ff., 99 ff.) に従えば、その市民の受忍が問題とならないうち自然災害に起因する侵害については、國の保護義務が成立する余地がなくなるとも、この点については、G. Robbers (FuBn. 21), S. 127 參照。

- (74) この点については、M. Sachs (FuBn. 71), S. 733 f. 參照。  
 (75) G. Hermes (FuBn. 21), S. 268 ff.; K. Stern (FuBn. 4), S. 950, 1316 m. w. N. 參照。  
 (76) H.-U. Gallwas (FuBn. 66), S. 69, RdNr. 6, 4, 1.; D. Murswiek (FuBn. 17), S. 119 f. FuBn. 61, 62; G. Hermes (FuBn. 21), S. 38 f.; K. Stern (FuBn. 4), S. 949.

- (77) G. Lübbe-Wolff, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1968, S. 136 ff. 参照。リチャード・マクナルドは、この関連で「基本権を促進し、保護する法律の存続の基本権に基づく保障」というカテゴリーを用いている。ザックスもまた、ある刑法規定が保護義務の必然的な要請であると解される場合、従来の保護を下回るような法改正は必然的に防禦権に違反する」と述べる (M. Sachs <FuBn. 71>, S. 668)。
- (78) 法改正にともなう既存の法的地位の喪失を作為義務違反と解すべきか、それとも不作為義務違反(防禦権違反)と解すべきかは、保護義務に固有の問題ではなく、かつてわが国においても、在宅投票制度の廃止に関連して問題となっていた。立法不作為に関するわが国の文献も含めて、芦部・高橋(編)『憲法判例百選II』(第二版)三九二頁(長尾一敏執筆)参照。
- (79) シュイナーは、一九七八年、基本法一条三項が立法者不作為だけではなく、あらゆる積極的な基本権に合致した法律の制定を命令している。「過半二〇年間における発展の際立った特徴であり、また、今日ではこれを争うのがもうない」と述べている。U. Scheuner, Staatstheorie und Staatsrecht, in: Gesamtheite Schriften, 1978, S. 743 参照。
- (80) H. D. Jarrass (FuBn. 2), S. 366, 395; K. Stern (FuBn. 4), S. 921.
- (81) J. Isensee (FuBn. 18), S. 44; G. Hermes (FuBn. 21), S. 207 ff.; H. D. Jarrass (FuBn. 2), S. 384; K. Stern (FuBn. 4), S. 942, 951 参照。
- (82) K. Stern (FuBn. 4), S. 950; M. Sachs (FuBn. 71), S. 737; D. Grimm, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis, recht 1988, S. 49; R. Alexy (FuBn. 4), S. 421 ff.; G. Hermes (FuBn. 21), S. 199 ff.
- (83) R. Alexy (FuBn. 4), S. 426, 427 ff. 参照。他方、シマヤン + (G. F. Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassunginterpretation, 1980) は、防禦権の場合の衡量と保護義務の場合の衡量との間には、たんに程度の相違ではなく、質的な相違があるとする。
- シマヤン + は、防禦権のように自由と公益とが対立している場合を一元的な自由の問題と呼び、保護義務のように市民の自由が相互に対立している場合を多元的な自由の問題と呼ぶが、彼は、前者の場合には憲法を基準とした評価・衡量が比較的容易であるのに対して、後者の場合は憲法自体からそのような判断の手がかりを取り出すことは困難であると結論づけている。このような二分法に対する批判として、R. Alexy (FuBn. 4), S. 424 ff.; G. Hermes (FuBn. 21), S. 200 ff. 参照。
- (84) このためフランクナー (R. Alexy <FuBn. 4>, S. 423) は、これを「構造上の余地」struktureller Spielraum と呼んでいる。
- (85) フランクナー (aaO, S. 421) は、その例として、水難救助の各種の方法を挙げてゐる。
- (86) イーガンマンは、「予防措置」であれ、抑制措置であれ、または危険防禦「であれ」、刑法「であれ」、あるいは侵害「であれ」、配属 Fürsorge 「であれ」……国のおよそあらゆる活動形態が、保護のために利用可能な」と述べている (J. Isensee <FuBn. 18>, S. 39)。
- (87) J. Isensee (FuBn. 18), S. 283; M. Sachs (FuBn. 71), S. 737 ff.; R. Alexy (FuBn. 4), S. 421 参照。
- 他方、D. Murswiek (FuBn. 17), S. 108 ff. は、国家は各種の保護手段のなかで、当該侵害行為の法的禁止をまずなごむべきだと述べている。M. Sachs はこれを批判して M. Sachs, ebd.

- S. 739 参照。
- (88) BVerfGE 39, 1 (44)
- (89) BVerfGE 46, 160 (164) 以下「生命の実効的な保護の義務を国  
の各機関がそれぞれ實現すべきものとすの問題は、原則として、各  
機関が自己の責任と責任を決定すべき問題である」とする。
- (90) BVerfGE 39, 1 (46f.).
- (91) C. W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984),  
S. 228; H. D. Jarass (FuBn. 2), S. 383.
- (92) D. Rauschning, VVDStRL Heft 38 (1980), S. 199 m. w.  
N.
- (93) v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner GG, Bd. 1, 3. Aufl.  
(1985), Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 142.
- (94) G. Hermes (FuBn. 21), S. 8; A. Bleckmann (FuBn. 3), S.  
281 f.; J. Isensee (FuBn. 18), S. 52 f.; H.-U. Gullwas (FuBn.  
66), S. 69 f., Rdnr. 6, 4. 2.; G. Robbers (FuBn. 21), S. 246 f.  
m. w. N.
- (95) 高橋・前掲論文(11)・表 昭和四〇年一五五頁参照。マニ  
の憲法文獻については、本稿(注94)参照。
- (96) 行政法に対する保護義務論の意義は、裁量権収縮の他に、反射  
的利益論の克服との関連においても論じられている。以下ゆる建築  
法上の隣人訴訟と保護義務との関係について、マニウ G. Schwedl-  
Jeffer, Grundrechtlicher Drittschutz im Baurecht, NVwZ 1982,  
5 f.; G. Lütke-Wolff (FuBn. 77), S. 199 ff. (201) 参照。また、  
前者はマニウの批判として、J. Schwabe, NVwZ 1983, 533 ff. の問題  
についての判例・学説を詳細・分類したマニウ U. Ramsauer,  
AöR Bd. 111 (1986), S. 501 ff.; G. Lütke-Wolff, ebda, S. 188 ff.  
参照。
- (97) 判例・学説における第三者効力の動向について、K. Steinhil  
(FuBn. 4), S. 1509 ff. を参照。また、以下に論じているように、同書  
S. 1572 ff. 参照。
- (98) G. Dürig, in: Maunz-Dürig, GG-Komm. (1988), Art. 1 Abs.  
3 Rdnr. 131.
- (99) Ebda. (原著者による強説)
- (100) トマソン (A. Bleckmann (FuBn. 3), S. 285) 以下「保護  
義務と第三者効力とは一定の相互関係にたつてのみかかわる。判例・  
学説は、この関係を十分顧慮してつた」と指摘する。
- (101) J. Isensee (FuBn. 18), S. 35. また、マニウは「保護義務と第  
三者効力の緊密な関係を確認するが、両者は「問題の提起のしかた  
に、マニウは「排他性」を指摘する。K. Hesse, Grundzüge des Verfr  
der BRG, Dtschld., 16. Aufl. (1988), Rdnr. 351 = 既述論文の  
説「阻止不能憲法規範」一八一・一八二頁参照。
- (102) C. W. Canaris (FuBn. 91), AcP 184 (1984), S. 201 f.
- (103) R. Novak, Zur Drittwirkung der Grundrechte, in: EUGRZ  
1984, S. 133 ff.
- (104) R. Novak, aaO, S. 139; C. W. Canaris, aaO, S. 225 ff.、  
マニウは「端的に次のように述べる。『……「第三者効力」は、  
国の保護義務とどうより広範な問題領域の一部であり、私法の適用  
に関して私的自治に基づく法形成を評価する際が生じる問題である。』
- (105) R. Novak, aaO, S. 139.
- (106) 基本権保護としての観点から第三者効力の問題はマニウの  
既述として、マニウ H.-U. Gullwas (FuBn. 66), S. 64 ff.; W.  
Rüfner, Drittwirkung der Grundrechte, in: Gedächtnisschrift  
für W. Martens, 1987, S. 216 Fn. 8; P. Kruse, Die Recht-  
sprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JZ

- 1984 S. 662 f.; K. Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 40 f.; Chr. Starck (FuBn. 93), S. 135; Rahn: 198 ff.; A. Bleckmann, Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl. 1988, S. 940, 945 参照。
- (15) P. Kruse (FuBn. 106), S. 662 f.
- (16) G. Hermes (FuBn. 21), S. 205 f.
- (17) H.-U. Gullwas (FuBn. 66), S. 62 ff.
- (18) ガルマスとは逆に、マルチン・ヴァー・ニッラーは、「広義の第三者効力」という概念を用いてこれを「私法上の問題であれ、刑法・警察法上の問題であれ、私人相互間のあらゆる社会的関係を包含する」と定義する (J.-P. Müller, Die Grundrechte der Verfassung und Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, 1964, S. 160)。
- (19) K. Stern (FuBn. 4), S. 1560.
- (20) K. Stern (FuBn. 4), S. 1572.
- (21) J. Isensee (FuBn. 18), S. 33.
- (22) G. Hermes (FuBn. 21), S. 206; A. Bleckmann (FuBn. 3), S. 281.
- (23) このような傾向を示すものとして、例えばブレックマン (A. Bleckmann (FuBn. 3), S. 281) は、要保護者の基本権を考慮することにより、警察による侵害の要件が変動する可能性があるとして述べる。また、ヤラスは、憲法上羈束的な (bindend) 保護義務を実現するためであれば、法律による具体化した他者の基本権を制約することも可能であると解する (H. D. Jarass (FuBn. 2), S. 385)。
- (24) 例えばシュテルンは、保護義務が国の無制約な「侵害名義」に転化されてはならない、と強調して、ブレックマンの見解 (前注参照) の危険性を指摘する (K. Stern (FuBn. 4), S. 942; FuBn. 254)。
- また、保護義務と法律の留保との関係について、イーゼンゼーは、保護義務が法治国原理の一要素である法律の留保を止揚するものではなく、「基本権に基づく正当性は、合法性の埋合わせにはならない。生命の保護といえども、法律に基づかない侵害を正当化し得るものではない」と述べた (J. Isensee (FuBn. 18), S. 43)。同頁 G. Hermes (FuBn. 21), S. 208 参照。
- (25) 基本法二条一項の「他人の権利」について、田口精一「人格の自由な発展の基本権と他人の権利」法研三八巻六号七七頁・八五頁参照。墮胎罪につき BVerfGE 39, 1 (43) 参照。また、表現の自由の限界について Chr. Starck (FuBn. 93), S. 558 ff. として「名譽」について S. 223 ff., 567 ff. 参照。
- (26) 田口・前掲論文八三頁参照。
- (27) Chr. Starck, aaO, S. 122. また、とくに芸術の自由の限界について S. 603 ff. 参照。
- (28) G. Hermes (FuBn. 21), S. 249.
- (29) このように、国家に対抗する防禦権の保障が「基本権の第一の目的」であり、保護義務の母体である基本権の客観法的側面は、「基本権の法的作用力を強化するための」認められること (BVerfGE 7, 198, 204 ff.) からも帰結される。
- (30) 人権の衝突の場合の「調整」の必要につき、さらに田口精一「生活環境をめぐる人権の競合と調整」法研四六巻三号一六頁・同・前掲法研三八巻六号七七頁参照。
- (31) BVerfGE 39, 1 (47).
- (32) 比例原則は、国の基本権制約の合憲性を判定する基準として、判例・学説上、決定的な役割を演じている。ドイツの比例原則に關するわが国の文献では、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」(戸部 還曆「憲法訴訟と人権の理論」所収) 参照。また、最近の独語文献

- Platz, vgl. R. Alery (FuBn. 4), S. 100 f.; R. Deehring, Das Verhältnismäßigkeitsgebot, 1989; M. Ch. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985; R. Novak, Verhältnismäßigkeitsgebot und Grundrechtsschutz, in: B. Raschauer (Hrsg.), Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Festschrift f. Winkler, 1989, S. 39 ff. 参照。
- (87) 「強硬の専断禁止」は、広義の比例原則と同義語である。広義の比例原則は「三つの部分原則」のうち「強制性」(Geignetheit) 及び「Erforderlichkeit」をその要素の広義の比例原則を包括する。中野重治博士(シテトシノシ) (K. Stern, Das StaatsR der BRp. Dtschld., Bd. 1, 2. Aufl. (1984), S. 861 Fn. 610) は、眼柱は(広義の)比例原則を「強硬の専断禁止」による表現が支配的となることを。
- (88) H. D. Jorass (FuBn. 2), S. 383 f. 参照。
- (89) 本稿の「比例原則」は、A. Costard, Öffentlich-rechtliche Probleme beim Auftreten einer neuen übertragbaren Krankheit am Beispiel AIDS, 1989, insb. S. 29 ff., 77 ff.; Chr. Lawrence, Grundrechtsschutz, technischer Wandel und Generat.onverantwortung, 1989 を参照する。
- (90) M. Sachs (FuBn. 71), S. 733, FuBn. 136.
- (91) M. Sachs (FuBn. 71), S. 733 f.
- (92) Th. Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG-Komm. (Stand 1989), Art. 6 Rdnr. 42 参照。
- (93) 基本法第5条のBVerfGE 5, 55 (72); 32, 273 (279); 39, 316 (326); 40, 121 (133); 62, 323 (332); 75, 382 (392) 参照。基本法第75条のBVerfGE 75, 40 参照。
- (94) 例として H. Hofmann, Rechtsfragen der atomaren Entsor-

- gung, 1981, S. 305; R. Scholz, Nichtraucher contra Raucher, JuS 1976, S. 232 (234); W. Loschelder, Staatliche Regelungsbefugnis und Torrelanz im Immissionsschutz zwischen Privaten, ZBR 1977 337 (339); O. Seewald, Gesundheit als Grundrecht, 1982, S. 61 ff.; D. Lorenz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR Bd. VI (1989), S. 30 参照。
- (95) D. Marwies (FuBn. 17).
- (96) J. Schwabe (FuBn. 62), S. 213 f.
- (97) BVerfGE 76, 1; OVG Münster, NJW 1981, S. 701 参照。
- (98) この意味は、本國の行政法をとりこむ行政介入請求権を外國家への移行を前提とした現代行政法の顯著な特色である。理解は、見解(原田・前出注15)を、これをとりこむ現代行政法の枠内で理解し、とりこむ見解(真砂泰輔「環境保全と自治体の行政責任」(藤野隆「現代行政と法の支配」三九〇頁(注17))を、これをとりこむ見解)。