慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	陰画としての国家
Sub Title	Der stillschweigende Staat
Author	小山, 剛(Koyama, Go)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2007
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.80, No.12 (2007. 12) ,p.143- 172
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	加藤久雄教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20071228-0143

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.

陰画としての国家

小山　剛

一　はじめに
二　国法学者大会報告
　1　国家目的論の復権
　2　国家目的の概念
　3　国家目的論の意義
　4　問いの所在
三　理論的問題――国家目的と憲法
　1　国家目的論の存立余地
　2　立憲国家における国家目的論
四　実践的問題――国家目的論と基本権論
　1　安全と保護義務
　2　基本権論の再構成？
五　むすびにかえて

一　はじめに

ドイツに「国家なき国法学」という言葉があるが[1]、日本の憲法学においても、国家は、「敵役」であったとされる[2]。憲法が国家に関わる基礎法である以上、憲法学も、国家に言及しないわけにはいかない。しかし、比較的最近の教科書等を見る限り、一部の例外[3]を除けば、イェリネックの三要素説（および国家法人説）の紹介にとどまるものが多い[4]。そして、この社会学的国家概念が、その後の本論において活用されることはない。「国家」は、挨拶をしておくべき概念ではあるが、それ以上のものではない。

(a)　もちろん、そのような配役は、理由があってのことである。

およそ近代的意味の憲法は、第一義的には国家権力に制限を加える制限規範であり、憲法が最高法規であることの実質的根拠は自由の基礎法としての特性に存するとされる[5]。

日本国憲法の条文に即しても、生命・自由・財産を保護法益とする憲法一三条、二九条等は、ひとまずは自由権的基本権として国家に侵害不作為を命じるだけであり[6]、基本権制限条項も、概括的に「公共の福祉」をうたうにとどまる[7]。憲法第四章以下は、三権の組織化を定めるだけであり、立法権や行政権に対して、具体的な課題を与えるわけではない。

確かに、内的平和や社会福祉の実現、さらに現在では、環境保護といった一連の重要な課題が存在することは否定できない。しかし、例えば憲法二五条のような明文の規定がない限り、それらは専ら政治の課題であって憲法および憲法学の対象ではない、とする見解は成り立ちうる[8]。基本権的自由は、国家の介入が原則として禁止される領域であること、従って、国家の介入は原則に対する例外であり、正当化の強制に服することを確認しておけば足りる[9]。国家および国家の任務は、それが国民の権利・自由に対する侵害として現れる場合にのみ憲法およ

び憲法学と接点を持つ。国家は、基本権に対する侵害をいかに正当化しうるかという文脈で、裏側から、いわば陰画として描かれる。

このようにみれば、三要素説で不都合を感じなかったのは、憲法学の論証において国家を積極的に定義する必要がなかったためであり、害のない定義[10]を一つ与えておけばこと足りたためであるのかもしれない。

(b) 一方、ドイツの憲法学では、特に一九八〇年代中葉以降、国家を陽画として考察する論考が増えてきた。それを象徴するのが、「国家目的（Staatszweck[e]）[11]」論の再登場である。そして、日本においても、同様の傾向を確認することができる。[12]

もちろん、これに対しては、「国家目的論の国家、あるいは一般国家学の国家は民主的立憲国家と同じなのか[13]」、という根本的な疑問も提起されている。本稿は、①国家目的は憲法とどのような関係に立つのか、②そもそも、国家目的をテーマ化することに、特に基本権論との関係でいかなる意義ないし実益があるのか、という関心から、一九八九年国法学者大会報告の概要を要約し（二）、立憲国家における国家目的論の存立余地（三）[14]、国家目的論と基本権論との関係（四）について、若干の考察を行う。

二　国法学者大会報告

1　国家目的論の復権

国家論回避の傾向があったことは、戦後のドイツ国法学者大会についても指摘されている。[15]その意味で、「国家目的」を総会テーマとした一九八九年の国法学者大会は、画期的であった。

この大会では、クリストフ・リンクとゲオルク・レスが報告に立った。[16]両者の基本的な理解には、目次が与え

る第一印象とは異なり、大きな隔たりはない。すなわち、両者とも、ドイツ連邦共和国という具体的国家について、国家目的を探求した。また、国家目的獲得の方法として、現行憲法である基本法という枠を超えて、近代国家ないしは近代立憲主義の共通要素の抽出が試みられた。[17]

基本的な国家目的であるとされたのは、三つないし四つの古典的目的である。リンクは、「政治的支配が被治者の福祉（Wohl）に対して責務を負い、治者の福祉に対してではないことは、国家という統治団体についての省察それ自体と同じだけ古いことである」とする。公共の福祉が、国家権力を正当化し、同時にこれに限界を画する、最も一般的な国家目的である。[18] 立憲国家は、公共の福祉に対する責務を負う。そのような公共の福祉の具体化としてリンクは、①市民の安全、②福利、③自由、をあげる。一方、レスは、次の国家目的を掲げる。[19] ①安全、②自由、③社会国家目標、④統合目的。そして、「安全」は、「公共の福祉の最も古い具体化」（リンク）、「歴史的に第一義的な国家目的」（レス）[20] であると位置づけられている。

以下では、個々の国家目的の具体的内容論には立ち入らず、国家目的の概念および国家目的論の現代的意義について、両者の見解を見ることにしたい。

2　国家目的の概念

国家目的とは何か。国家目標（Staatsziel）等の隣接概念と、どのように区別されるのか。国家目標は実定法上のものであり、国家目的は国家ないしは法秩序の正当化論であるとすれば、両者の棲み分けは簡単である。しかし、時空を超越する普遍的国家目的を探求するのではない限り、国家目的もまた、基本法という具体的憲法を前提とせざるを得ない。実際、比較的最近の文献でも国家目的が国家目標と同義語として用いられるなど、不統一が指摘されている。[21]

国法学者大会の両報告者は、国家目的と国家目標等の類似概念について、次のような仕分けを行った。

リンクは、国家目的を、「国家活動を正当化し、国家活動を限界付ける不変のもの（Konstante）は何か」という問いの意味で用いるとし、その具体化として国家目標を（例えば、福祉（Wohlfahrt）という国家目的を部分的に具体化したものとしての社会国家原理）、さらに、国家目標の実現の方式（Modalität）という意味で国家任務を用いている。[22] レスは、「国家目的、国家目標、国家任務は相互に関連するが、区別されなければならない」[23]とし、国家目的は「国家の„Finalität“、国家の„Wozu“、そして国家の個々の„Funktionen“を問うものであり、それとともに、国家の外延そして限界を問うもの」であるとしている。国家目標は、「国家目的からいくつかの局面を特に強調し、または限定し、あるいは再統一命令のように憲法に固有の指令を付け加えるもの」、国家任務は、「それが比較的具体的である場合には……抽象的な国家目標を詳細にする手段となりうる」。

表現こそ違え、両者の仕分けには、実質面での顕著な相違はない。両者とも、国家目的を国家目標・国家任務から質的に区別する。さらに、両者は、次の点でも一致している。すなわち、リンクによれば、国家目的は、時間を超越しすべての国家に妥当する目的ではないが、自由な立憲国家の自己理解を刻印するものである。[24] レスによれば、「国家目的は近代国家の典型的な通常装備であるという出自において、憲法に含まれるその他の国家目標から区別される」。[25] 民主的立憲国家においては、憲法が国家像を終局的に確定しているとの推定が働くため、「憲法上の合法性（Legalität）の拡張は、近代国家の疑いの余地のない諸要素に立ち戻ってのみ、行うことができる」。[26]

抽象的国家の普遍的目的ではなく、「自由な立憲国家」または「近代国家」の自己理解に、実定憲法を超える国家目的の所在を求めているのである。

3　国家目的論の意義

では、国家目的論に、どのような意義が期待されるのか。

(a)　レスは、近代国家の国家目的の考察には、立憲国家においてもなお、①公共の福祉（Gemeinwohl）の探求、②国家任務論、③基本権理論という三つの領域において結びつきがあるとする。①まず、公共の福祉は、単なる部分的利益の集合ではなく、人間の尊厳、自由、社会正義といった基本価値を指向するものでなければならない。[27] ②国家任務との関わりでは、国家目的の考察は、専属的国家任務と競合的国家任務、義務的国家任務と任意的国家任務の区別に対して意味を持つ。ポストの民営化等の問題も、ハイエクやフリードマンなどの純粋に経済学的な理論から答えうるものではなく、人間像・国家像を指向した国家目的の考察がなければならない。[28] ③自由が基本権の問題となったことによって、目的による国家権力の拘束の問題は、基本権解釈、特に、基本権の制限へと移行する。そうなると、国家が追求すべき具体的目的と、国家に制限を加える（国家を内容上拘束する）目的の両方が、基本権から獲得されることになり、これとは別に国家目的を観念するのは無駄なように見える。しかし、基本権に国家目的という次元を背負わせるのは、基本権にとり過剰な負担であり、国家目的を独自の形象として復活させることにより、基本権を正当化作用の負担から解放することができる。[29]

(b)　リンクは、国家目的論の意義を、一般国家学と国法学に対する意義に分け、次のように説明する。①まず、記述の学であり、規範的な学ではない一般国家学との関係では、国家目的は、近代立憲国家の放棄し得ない核心的作用を形成し、政治秩序の特定のあり方の原形を刻印する。国家任務には numerus clausus がないが、原形の変更を欲しない限り、国家任務はこの核心的作用に整合しなければならず、国家任務実現の態様は核心的作用と抵触してはならない。[30] ②国法学との関係では、立憲国家の原形を刻印する核心的作用は実定憲法中に見出すことができるため、メタ憲法的公準を憲法的地位に引き上げる必要はない。「国家目的がなし得るのは、国家目標

という中間的な省察の次元において、不変なるものを変わり得る物から区別すること以上でも以下でもない」。基本的国家目的は、その憲法上の実定化の程度に応じて立法者を拘束し、衡量および解釈の助けとして行政、司法の領域でも作用する。国家目的は、国家目標とともに、国家の活動に指針を与える規準という機能を持つ。[31]

4　問いの所在

国法学者大会報告およびシンポジウムの議論の対象は、各論まで含めれば多岐に及ぶが、[32] それ以前に、なぜ国家目的という古い概念にここで光が当たるのかが問われなければならない。

(a)　ドイツ国法学者大会は、一九八九年の前、一九七九年に「国家任務としての環境保護」、[33] その後の二〇〇二年には「自由と安全」を総会テーマの一つとした。[34] 一九八七年に刊行が始まった、イーゼンゼー／キルヒホフ編の „Handbuch des Staatsrechts“ は、単に書名のみならず、編者の基本的関心において、「国家」論の復権を志向している。[35] 学位論文や教授資格請求論文を見ても、基本権保護義務、環境保護、種々の「安全」、民営化等に関連して、国家論的考察に紙幅が割かれている。[36]

「国家目的」への関心は、一過性の現象ではない。その背景には、社会国家という伝統的課題に加え、科学・技術の発展がもたらす負の帰結の緩和、組織犯罪等からの市民生活の安全確保があった。さらに、法秩序のグローバル化、経済的効率を指向した民営化への対抗など、国家が国家であることの意味を問い直す契機は枚挙にいとまがない。[37] 総じて言えば、国家に規制を加えることが主目的の一つであった古典的国家目的論とは逆に、国家の放棄し得ない職域を画すること、国家に不作為ではなく、動因を与えることが、現在の国家目的論への期待であると思われる。

さらに、学問的関心の振り子という点からは、連邦憲法裁判所実証主義と言われるほど解釈学が優位していた

ドイツ憲法学[38]において、憲法理論への揺り戻しがあったのかもしれない。

(b) しかしながら、国家目的論が一九世紀ドイツ国法学において放逐されたことには、然るべき理由があったはずである。民主的立憲主義国家の誕生により、あるいは、憲法学の法律学化により、国家目的論は、存立の基盤を奪われたか（後述三）、無用の長物と化したのではなかったのか（後述四）。

三　理論的問題——国家目的と憲法

まず、国家目的という問いは成立しうるのか。

1　国家目的論の存立余地

一般的な説明によれば、一九世紀ドイツ国法学における古典的国家目的論の消滅には、次のような要因があった[39]。①およそ抽象的に国家を観念し、これに等しく妥当する目的を観念すること自体の無理または無意味。②国家の自己目的論、国家の自己拘束論、法実証主義など、国家目的論を窒息させる観念の支配。③国民主権および民主主義。④成文憲法典の制定。

確かに、時空を超越する普遍的国家目的の探求は、およそ学問的に成り立つのかだけではなく、その意義も疑わしい。これについては、全称命題としての国家目的ではなく、一定の性質を備えた国家のみに妥当する、特称命題としての国家目的に照準を合わせるのが、現在の国家目的論肯定説の共通認識であろう。

基本法という現行憲法に接続した国家目的論であるならば、国家は自己目的か、という問いに対する答えも、基本法の条文または成立過程から与えられることになる。よく知られているように、ヘレン・キムゼー草案一条

は、「国家は人間のために存在するのであり、国家のために人間が存在するのではない」と規定していた。この文言は、基本法には採用されなかったが、その趣旨は現在の一条に受け継がれている。[40] そうであれば、国家はそれ自体として正当化される自己目的なのではなく、まさに人間（の尊厳）に奉仕すべき存在として肯定されることになる。誰が公共の福祉を具体化するのかという問題[41]にも、次のように答えが与えられることになる。立憲国家の憲法は国民主権全能・全面的な目的設定権能に制限を加える。[42] 国家によるいかなる目的の追求も許容する形式的な公共の福祉に対して、国家目的論は実質的に操舵ないし限定を加えるのであり、実質的な公共の福祉の理解は、民主制に反するものではない。拒絶されなければならないのは、公共の福祉の内容そして国家任務を単なる憲法の執行として基本法から導出しようとする、厳格な実質的理解だけである。[43]

2　立憲国家における国家目的論

このように、現在の国家目的論は、かつての国家目的論の単純な復活ではない。国家目的論の憲法学化といえる変態を経た再登場である。

しかし、もし国家目的が、憲法に先行するのであれば、憲法の意義は、実体として先行する国家に対して国家目的論が課したしばりを具体化・可視化する（あるいは、若干のオリジナリティーをそれに付け加える）だけでしかない。憲法の規定は、単に確認的か、先行する国家目的の具体化となる。反対に、憲法のみが国家に具体的な像を与えると考えるのであれば、憲法に先行して固有の目的を持つ国家という実体を観念することはできない。国家を構成（verfassen）する憲法が、同時に国家に正当性を与え、その活動の限界を定めるためである。

(1)　憲法と国家

国家と憲法との関係、という基本問題は、国法学者大会シンポジウムにおいて、リンクに対するハンス・マイ

ヤーの批判の中で提起された。

(a) シンポジウムにおいてイーゼンゼーは、今回の総会テーマは「国家」という新しいパラダイムへの転換を引き起こすものであり、「憲法という地平を超えて、国家を見ることを強いるのである」と発言した。[44] この発言に対してリンクは、国家目的は国家自体を問いの対象とするものであり、憲法を問いの対象とするものではない、と同調した。[45]

マイヤーの批判は、次のものである。[46]「イーゼンゼーは憲法の上位にある国家目的、つまり、憲法の彼岸にある国家の目的を語ろうとした。しかし、あなたは、……立憲国家の国家目的について語ることに重きを置いていたのではないか。そうであれば、あなたは、本来、イーゼンゼーに同意することは全くできなかったのではないか」。

この批判は、バルトルスペルガーによって引き継がれた。彼は、リンク（およびレス）が国家目的を基本権から成立させたにもかかわらず、国家目的の確定を憲法の前の段階で行おうとしたイーゼンゼーに同意するのは理解できない、と発言した。[47]

(b) これらの批判に対して、まずレスが応答した。[48] レスは、例えば欧州人権規約の背後ないしは同規約の中で形成されているような、「近代国家および立憲国家の一つの像（Bild）が存在する」とし、この像を前憲法的と呼ぶのは、規範的立場からもあまりに視野が偏狭であるとする。例えば人権規約のような国際憲法を取り上げることによって、自分たちの国家ないしは立憲性（Verfaßtheit）への機能的推論ができるような国家像を獲得することができる。近代西欧立憲国家には、完全な価値同質性はないとしても、価値に結びついた共通項がある。

(c) リンク自身は、この問いが「果たして自ら目的を設定する国家が存在するのか、それとも、憲法のみが国家目標を確定するのか。『国家』そのものが存在するのか、それとも、国家は憲法とともに、あるいは憲法を通

じて初めて現実性を獲得するのか」という問題であるとし、この「本来の、そしてまさしく論争的な問題」に対して、次のように答える。[49]

レスが国際法を例にとり説明したことを、歴史からも導き出すことができる。私は、具体的な国家の外観（Erscheinungsbild）が憲法によって構成されることを否認するものではないが、国家と憲法を区別する。私は、国家は実在すると考えている。それゆえ、――バルトルスペルガーによって誤解されたが――私は、国家目的を基本権のみから推論するのではない。「自由の保障」という国家目的は、民主的立憲国家にとって本質的なものであり、基本権がこの国家目的の具体化であることから、基本権の第一次的内実である防御作用が帰結される。ただし、私は、憲法上実定化された基本権から、国家目的を導出するものではない。国家目的は、憲法に先行するものであり、憲法を通じて具体化され、整形される。「国家目的が規範的拘束性を獲得するのは、憲法を通じてのみである。さもなければ、……イデオロギーであるとの疑惑を払拭できないであろう」。

(2) 検　討

(a) その後の国家目的論の援用において、この問いがどれだけ自覚的に深められたかは疑わしい。例えば、カリースによる国家目的の意義、憲法との関係についての論述は、リンクとレスの引用にほぼ尽きている。[50]

この問題について比較的詳細な説明をしているヴァイスは、次のように述べている。近代立憲国家の原形は、すべての国家権力が憲法において構成（konstituieren）されていることにより刻印されている。[51] 従って、国家の意義および本質の表明である国家目的もまた、明示的または黙示的に、憲法中に碇着しているものでなければならない。ドイツ連邦共和国の国家目的論は、基本法を離れてはならない。憲法は国家の活動に限界を画するだけではなく、あらゆる国家権力の正当化の源泉でもある。憲法で具体化された公共の福祉である国家目的に立ち返ることを通じて、憲法は、国家任務の源泉ともなる。

(b) このように、国家目的を憲法中に再発見することによって前憲法的国家目的と憲法の架橋を行うのは、お

そらくは、現代の国家目的論の一般的な傾向であろう。モノグラフィーを執筆する場合、典型的には、国家目的論の歴史的考察をまず行い、次に、基本法にその国家目的が見出せる（あるいは、基本法がその国家目的を前提としている）と述べ、最後に、具体的解釈論を展開する、という手順が踏まれることになる。

これが、二項対立的問題設定を回避する第三の道であるかどうか、リンクが「本来の、そしてまさしく論争的」と呼んだ問題がこの説明によって解消されたのかどうかは、しかしながら、疑わしい。前憲法的なものとして国家目的を探求する限り、同一物を憲法中に見出すかどうかは、評価の問題にほかならない。特に、「憲法秩序の不文の要素」[52]や「憲法の前提」[53]として実定憲法への架橋が行われるならば、憲法を出発点とする憲法論との乖離は顕著となろう。

ただし、ここで注意しておかなければならないのは、憲法学の手法として見た場合、それが必ずしも違和感を醸し出すわけではないことである。上述の議論で「憲法」という言葉が用いられる場合、そこで念頭に置かれているのは、形式的意味の憲法である。一方、特称命題としての国家目的論は、憲法の分類における「近代的意味の憲法（立憲的意味の憲法）」論と本質において変わるものではない[54]。従って、《近代国家および立憲国家の像》を前憲法的と呼ぶのは視野が偏狭であるとするレスの主張と、準拠国（負の準拠国を含む）を定めて[55]判例・学説の継受を行うという日本の憲法学の発想には、通底するものがある。相違は、国家像としてそれを語るか、憲法像として語るかに過ぎない。

四　実践的問題——国家目的論と基本権論

国家目的論が超然性を喪失し、実定憲法にその存立基盤を求めるようになればなるほど、国家目的論の意義は、

自立的には説明できず、憲法学にとっての意義および必要性から説明されるようになる。国家目的を論述することにより、憲法（学）の体系的理解に資するところがあるのか、さらに、体系的理解のための説明概念を超えて、憲法解釈という実践的課題に対する新たな論拠を提供し得るのか、という問いである。

以下では、後者について、基本権解釈、特に基本権保護義務論に対する意義を例に検証したい。

1　安全と保護義務

基本権解釈に対する国家目的論の実践的貢献が期待されるテーマの一つが、基本権保護義務論である。ドイツでは、一九七五年の第一次堕胎判決[56]によって、国家の基本権保護義務論が確立した。連邦憲法裁判所は、基本法二条二項一文（生命）と一条一項（人間の尊厳）から保護義務を基礎づけたが、学説では、当初から、保護義務は国家目的との関連の下に置かれていた[57]。

以下ではまず、国家目的としての安全と保護義務論との連関を取り上げることにしたい。

(1)　国家目的援用説

(a)　保護義務論の代表的論者の一人であるイーゼンゼーは、近代国家成立以降における国家目的・国家正当化根拠の歴史を、次の三段階に区分する[58]。

第一は「権力独占的近代国家」の段階、または「ホッブズ的段階」である。ここでは、市民相互間の平和的共存の確保が国家の正当性の根拠、国家の目的であるとされた。この第一段階は、次に、「自由主義の段階」に移行する。これは、絶対主義近代国家の「法治国家」への移行を特徴とする。この段階では、各人の自由を国家権力の濫用から防御すること、すなわち、国家からの自由の確保に重点が置かれる。こうして確立した自由主義的・市民的法治国家は、最後に、第三段階において、「社会的法治国家」へと移行する。この段階では、国家は

「社会的安全」についても責任を持つ。その際、次なる段階への移行は、前段階の否定ではない。社会国家が法治国家を否定したのではなく、法治国家に新しい目的をつけ加えたように、法治国家は近代国家の安全保障作用を否定したのではない。これを前提としつつ、国家権力の濫用を防止するために成立したのが法治国家なのである。

第一次堕胎判決を契機に確立した保護義務は、イーゼンゼーの認識によれば、新しい観念ではなく、実はきわめて古典的な観念なのであり、連邦憲法裁判所による基本権の保護作用の強調は、「法治国的憲法に新たな内容を付け加えたものではなく、その忘れられていた側面をまさに蘇生させたもの」[59]にほかならないと評価される。

彼の三段階発展論に対しては、歴史的事実の描写ではなく、思想史上の大雑把な傾向を示すにすぎないという指摘があるが[60]、本稿との関連で確認しておきたいのは、近代国家の目的が「安全」であり、現代の社会的法治国家においてもそれは放棄されていない、ということから、安全が基本法の国家でも承認されること、そして、安全（および第一次堕胎判決の保護義務論）は、社会国家とは別の地層に属する古典的作用だ[61]、という形で立論が進行していることである。

(b) わが国の学説では、保護義務自体に対して評価が対立しているが、肯定説の内部でも、その基礎づけが分かれている。

国家論的基礎づけの可能性を詳細に検討する鈴木隆[62]のほか、公共の福祉に保護義務の憲法上の根拠を求める工藤達朗[63]、ドイツ流の保護義務論を拒否しつつ国家の防衛線設営義務を肯定する長谷部恭男[64]もまた、国家目的論の系列に属しよう。山本敬三は、「基本権を『国家からの自由』に限定するのであれば、それは突きつめると、国家不要論に行き着くはずである。……国家に存立意義を認めるのであれば、少なくとも個人の基本権を他人による侵害から保護することは、国家の最低限の任務に属するというべき」[65]であるとし、国家論的基礎づけを支持す

る。

(2) 国家目的援用不用説

これに対して、メラースは、国家の正当性の根拠としての国家目的論は憲法解釈学的にも必要がないとし、基本権保護義務との関連で、次のように述べる。

安全という国家目的が一九世紀に至るまで国家論の対象であり、国家による安全の保障が生命・健康に対する今日の基本権保護義務の先駆として理解できるとしても、基本権保護義務を導出するために国家理論的論証が必要なわけではない。[66] 基本権保護義務に関する文献は、理念史の概略を描写するが、その一部は、理念史に規範的な論証を求めていない。純粋に歴史的な考察が解釈学的な論証を与えているのは、ムースヴィーク[67]の見解のように、安全という国家目的（または暴力独占）から私的暴力の原則的禁止が導かれ、私的暴力禁止が基本権保護義務を基礎づける、という流れをとるものである。しかし、メラースは、この基礎づけでは国家の保護措置を求める主観的権利の問題に答えることができないとする。国家目的は、市民の安全が保護に値する法益であることを推論させるが、主観的権利の „ob“ および „wie“ の問題には、何も答えない。

メラースの結論は、国家目的が主観的請求権を基礎づけ得ないことは国家目的の歴史的拘束性だけからではなく、基本法の基本権についての機能の転換からも明らかだ、というものである。異なる主体の法的地位を考慮に入れることが必要な多主体間の法関係に関わる具体的な法的問題は、国家秩序の目的としての一般的安全の参照を大雑把に求めても、捉えうるものではない。基本権保護義務にとって、国家目的論との関連は、歴史的痕跡をたどるという理念史的意味に限られるのであり、解釈学上の結びつきは存在しない。[68]

(3) 検　討

(a) 保護義務を国家目的によって基礎づけるかどうかは、保護義務をどのように観念するかに関わる問題であ

る。

基本権保護義務に関する文献は、導入部において歴史的考察を行うのが通例である。[69] しかし、国家の本性を題材としたこの導入部に与えられる実質的意義は、一様ではない。イーゼンゼーにおいては、当然のことながら、歴史的考察は単なる導入部ではなく、保護義務論そのものである。ムースヴィークにとっては、基本法二〇条一項こそが保護義務の根拠となるが、その理由は、次のものである。「しばしば看過されていることであるが、ドイツ連邦共和国は連邦国家、社会国家であるだけではない。これはまさにひとつの国家でもある。このことは、憲法の形態を規定する要素ではないが、憲法自身の前提なのである」。[70] つまり、憲法の前提としての国家を経由することによって、政治哲学・国家学の文脈から、基本法という具体的な憲法秩序の話への転換が遂行される。

他方、基本権保護義務を基本権論として基礎づける見解にあっては、導入部は、導入以上でも以下でもない。「個人的自律の包括的保障という意味における基本権の機能」を重視するヘルメス[71]の見解が、その代表例である。連邦憲法裁判所の第一次堕胎判決がそうであったように、国家論に全く立ち入らずに基本権保護義務を基礎づけることができるのである。この場合、保護義務の根拠となり、保護義務の内容を決定するのは、保護義務の対象を狭く捉える見解にあっては基本法一条一項の人間の尊厳条項であり、広く捉える見解にあっては、それに加えて、基本権の客観法的側面である。[72]

(b) 上述の山本敬三は、基本権の客観法的側面からの保護義務の基礎づけに対して、①基本権保護義務を認めれば、組織・手続の整備や給付権など、基本権の客観法的側面に含まれるものをすべて認めることになるという誤解を招きやすくなる、②基本権の客観法的側面によって基本権保護義務を基礎づけることは、単なる論点の先取りにすぎず、基本権の客観法ないし原理としての側面は、自明であるかのように前提とされ、論証されないことが多い、という二つの問題点を指摘する。[73] こうして山本は、「むしろ、国家が基本権保護義務を負うことは、

国家の存立目的から基礎づけられるべきだろう」とする。[74]

しかし、基本権保護義務の基礎づけを国家論に求めるべきか、基本権論に求めるべきかは、どちらが支持されやすいかの問題ではない。[75] また、保護義務の国家論による基礎づけ[76]と基本権論による基礎づけ[77]とを別々に行い、両者を同格として並べて「国家の保護義務は不可分である。国の基本権的保護義務と並んで抽象的な国の保護義務が存在するのではない。むしろ、二つの義務は同一物である」[78]、と説くのも、あまりに素朴に過ぎる。

(c) すでにシュタルクは、国家目的、国家の任務としての安全と、基本権の要請としての保護義務との間に、質的断絶があることを強く認識していた。[79] エンデルス[80]は、個人の権利の保護（権利目的）と公益の客観的な保障（安全目的）との間に、根本的な差異があるとし、公益の保障を求める請求権が認容されたとすれば、この根本的な差異が失われることになると指摘する。

つまり、基礎づけの問題（したがって、国家目的論が基本権解釈学に有用かどうか）は、どのように保護義務を構想するかに関わる。それは、国家の保護義務なのか、基本権保護義務なのか。前者の場合、基本権的自由は、専ら保護の対象として登場する（より正確には、保護の対象の一つとして登場しうる）にすぎない。保護義務の範囲、従って、これにより正当化される国家の介入の要件と程度は、負の歴史も背負った[81]国家目的論によって支配されるのである。

2 基本権論の再構成？

(1) 基本権の国家任務化？

以上とは、やや位相を異にする問題として、人間の尊厳条項および基本権それ自体を国家目的・国家任務の対象であるとすることにより、基本権論にどのような帰結がもたらされるか、という問題がある。

(a) ヴァイスは、それぞれの概念の登場の歴史から、国家目的、国家目標、国家任務はそれぞれ異なる来歴を持っており、後のものが前のものから導出されるといったカスケードの関係にあるのではないとする。[82] 彼によれば、国家目的論には、次の意義がある。①国家目的論と国家任務との間には、国家目的についての様々な考え方が国家の活動の範囲に対して影響を与えるという、一定の結びつきがある。理念史的に示されるように、国家目的は、国家任務論の不可欠の前提である。国家の意義およびあり方について考えることなく国家任務を論じるべきではない。[83] ②実質的規準を伴う国家目的論は、国家任務を公的任務から区別するためにも不可欠である。[84]

ヴァイスの本来の関心は、書名が示すように民営化の限界であるが、その前段階として、「基本権の国家任務としての内実」について、次のような考察を行っている。

(b) 既述のように（上述三2）、ヴァイスは、「ドイツ連邦共和国の国家目的論は、基本法を離れてはならない」とする。基本法においては、「すべての国家権力は、人間の尊厳を尊重し、保護する義務を負う」とうたう基本法一条一項が、「あらゆる客観法の最高次の構成原理」である。[85] 個人の権利に対する侵害として正当化されるのは、それ自体が個人の自由に基礎を置く場合だけである。自由と安全の関係は、自由が安全に優越するというものである。なぜなら、安全は、自由権から帰着する法益だけであり、自由に対して、奉仕する関係に立つためである。人間の尊厳への信奉とは、自律的で自己決定的、自己責任的な生き方への信奉である。[86] 人間の尊厳という国家目的は、基本権の中で具体化される。基本権は、国家目的を転換し、人間の尊厳に対する国家の義務（Verpflichtung）を具体的な姿にする。[87]

そこから導き出される彼のテーゼは、次のものである。「基本権は、国家の任務規範であり、しかも、原則として、基本権のみが国家の任務規範である」。[88]

(c) このテーゼは、二つの主張を含んでいる。

まず、社会国家原理（基本法二〇条）、環境国家条項（二〇a条）等は、国家任務ではない。[89] 国家目標規定は、国家構造規定・権限規定と同様、国家任務ではなく、他の規範により確定された国家任務の履行手段を用意するものである。法治国家なくして自由な国家は観念し得ないという限りで、基本法二〇条、二八条一項一文の規定は、単に宣言的である。社会国家による再配分は、自由権を保障するための手段である。自由の保護は、自然的生活基盤の保全を要請する。国家に課せられた任務（Aufgabe）とその履行手段を区別するならば、官署や裁判所の設置について定める憲法規定もまた、任務それ自体を定めるのではなく、任務の履行のために必要な手段を国家に与える規定である。

第二に、基本権は、任務規範として、国家に保障（Gewährleistung）義務ないし保障責任を課す。[90] ①この保障義務は、直接的給付義務や達成責任（Erfüllungsverantwortung）とは異なる観念である。国家は、むしろ、そのような直接的給付および達成責任を控えなければならない。②（彼は、保障義務のおそらく同義語として保護委託（Schutzauftrag）という言葉を用いるが）国家の保護委託は包括的である。[91] この保護委託は、伝統的意味における防御権と従来の意味における保護義務に尽きるものではない。保護委託は、自由の行使のための法的・事実的・経済的前提条件を創設する、基本権の種々の作用――給付権やタイルハーベ・レヒテの概念で表されてきたもの――を含む。基本権は、国家の組織を内容形成する規準であるばかりではなく、社会秩序を国家が内容形成するための規準でもある。③防御権的次元と保護義務的次元との間には、根本的差異は存在しない。[92]

(2) 検　討

(a) 社会国家原理、環境国家条項等は手段であって国家任務そのものではない、との主張は、半ば国家任務の定義の問題であるため、以下では立ち入らない。また、基本権に関する彼の包括的保障責任論は、防御権が基本権の第一次的内実であり、保護義務は法的三極関係を前提とすると考えてきた従来の学説と対比して、先祖がえ

りの感があるが、その点の是非の検討も、本稿の課題ではない。[93]

まず、国家目的論の必要性という点では、この主張は、国家目的から始めないと立論できないわけではないことを指摘できる。周知のように、ヘーベルレは、あらゆる基本権的自由を立法による内容形成の対象とした。[94] 基本権の保障が基本権理念の実現の保障であるならば、社会の領域においてそのために必要な法秩序を形成することを、基本権は要請する。また、戸波江二も、「人権概念を『国家からの自由』に収斂させず、より広く根底的な人権概念を設定すること」が適切であるとし、[95]「国家の人権を積極的に保障すべき義務」として保護義務論を社会権論と統合すべきであるとする。[96] つまり、包括的保障義務についても、保護義務の広い捉え方についても、国家論を援用しなければ立論できないわけではない。

(b) もちろん、人権論として主張・構成する見解があることを理由に、国家目的論の援用が不要ないし誤りだと決めつけることはできない。国家目的から考えることによって、議論の簡素化に資するのであれば、国家目的論に意義が残るためである。

しかし、国家目的のリストには、大まかな一致があるとしても、各国家目的の下で何を具体的に論ずるかについてまで、理解の一致があるわけではない。[97] さらに、各国家目的間で序列のルールを構築できるかについても対立がある。[98] 基本法という憲法下の国家目的として、最大公約数を示すことはできるとしても、具体的な基本権解釈問題の指針となるような共通理解は期待できない。国家目的論は、「安全」、「福祉」と「自由」を国家目的として並べることによって、防御権とその他の基本権の内実との差異を相対化させる傾向を持ちうる。しかし、防御権が第一次的内実であるとの見解もまた、別の論者によって、同じく国家目的論から主張されているのである。[99]

基本権を国家目的・国家任務の視点から再構成することは、従来の基本権論の複雑性を縮減するものではなく、かえって、増大させる。それによって得られるのが、基本権論の従来の成果の単なる確認か、あるいは、基本権

論としては浸透しなかった主張の表装を替えた改訂版であるならば、基本権解釈において国家目的を論拠として持ち込むのは、割が合うことではない。

五　むすびにかえて

(a)　種々の理由により一九世紀ドイツ国法学から放逐された国家目的論が、一九八九年の国法学者大会に見られるように、ドイツ憲法学の考察対象として再登場した。この国家目的論は、抽象的な国家の普遍的目的を探求するものではなく、基本法という憲法によって形づくられたドイツ連邦共和国という具体的憲法を前提とする、いわば、特称命題としての国家目的論である。

国家目的論への新しい関心は、おそらくは国家に制約を加えるためにではなく、環境保護や安全、民営化などの種々の新しい課題を前に、むしろ国家に動因を与えて積極的な対応を促すことにある。このため、国家目的論は、典型的には基本権保護義務の歴史的先行形態としての近代国家・暴力独占の描写に示されるように、国家と憲法の関係、国家と人権・基本権の関係などの基本問題への関心を喚起した。しかしながら、温故知新としての回顧を超えて、国家目的論に、ある特定の憲法解釈を正当化する論拠としての意義を期待すべきかについては、冷静に考えることが必要である。国家目的の内容について最大公約数的一致を見るに過ぎないとすれば、国家目的論の援用は、議論の整理ではなく混乱要因となりかねないためである。期待できるものがあるとすれば、国家目的・国家任務論の導入を通じた、基本権論の負担の軽減だけであろう。[100]

(b)　もっとも、本稿の考察は、憲法学において国家は陰画にとどまるべきである、と結論づけるものではない。本稿の冒頭で指摘したように、日本の憲法学では、国家は、陰画としての描写で済ますことができた。[101] しかし、

今後もそれで済むかどうかは分からない。[102]

陰画としての国家は、一方で、国家の復権に直面する。他方、陰画とはいえ確かな存在感のあった国家が、次第に後退する事態に直面している。[103] 憲法を超えて国家を見るにせよ、憲法を通じて国家を見るにせよ、国家を考察する必要性は、確実に高まっている。

（1） シュテルンの著書に対するベッケンフェルデの言葉。*E.-W. Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, 1978, S. 10, Anm. 2 また、ケルゼンに対するヘラーの言葉、「国家なき国家学」（*H. Heller*, Die Krisis der Staatslehre, ASSP 55(1926), S. 289(308)）。本文で後述する一九八九年国法学者大会シンポジウムでは、イーゼンゼーが、再統一は憲法機関に向けられた憲法上の要請であるという前文解釈は連邦憲法裁判所の悪しき発明であるとのハンス・マイヤー（*H. Meyer*）の発言に対して、「国家なき国法学の典型」であるとの批判を加えた。*J. Isensee*, VVDStRL 48, 1990, S. 168. なお、一九七〇年代までのドイツにおける国家論衰退を分析・描写するものとして、林知更「国家論の時代の終焉（上）」法律時報七七巻一〇号一一三頁以下（二〇〇五年）。

（2） 工藤達朗『憲法の勉強』（一九九九年）三頁。

（3） 例外として、長谷部恭男『憲法（第三版）』（二〇〇四年）四頁、新井誠ほか『憲法学の基礎理論』（二〇〇六年）三九頁以下（高作正博）。

（4） 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第四版）』（二〇〇七年）三頁、佐藤幸治『憲法（第三版）』（一九九五年）五四頁以下など。

（5） 芦部（前掲注4）一二頁。

（6） 最大判一九七三年一二月一二日民集二七巻一一号一五三六頁＝三菱樹脂事件判決。憲法の自由権的基本権規定は、「国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつぱら国または公共団体と個人との関係を規律するもの」である。

（7） 例えば、ドイツ基本法一一条二項は、「この権利［移転の自由＝小山］は……十分な生活基盤がなく、その結果

公衆に特別の負担が生ずる場合、または、連邦もしくはラントの存立もしくは自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止するために必要な場合、伝染病の危険、自然災害もしくは特に重大な災害事故に対処するために必要な場合、少年が放置されないように保護し、もしくは犯罪行為を防止するために必要な場合にのみ、これを制限することが許される」と規定する（訳文は、高田敏／初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第五版）』（二〇〇七年）による）。

(8) 国家のそのような責務を、いかなる次元においても否定する見解は、国家を否認しない限り、成り立たないであろう。しかし、憲法上の責務であることを否認する見解は成り立つ。そのようなものとして、例えば、高橋和之「現代人権論の基本構造」ジュリスト一二八八号（二〇〇五年）一一〇頁（一二二頁脚注18）。また、国家の憲法先行性を肯定するベッケンフェルデは、周知のように、基本権論については「自由主義的基本権理論」を擁護する。

(9) 正当化の強制につき、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（二〇〇一年）一六頁以下。

(10) 反対に、害があるとして排除されたのが、国家法人説だということになろう。

(11) 単数・複数に注意を喚起するものとして、*H. P. Bull*, Staatszwecke im Verfassungsstaat, NVwZ 1989, 801 (803) を参照。それによれば、国家を拘束する実質的内容提示型の国家目的論において「国家目的」が単数形で用いられる場合、「永続的な、他のあらゆる目標観念、目的観念の上位にある一個の国家目的」を連想させる。

(12) 工藤（前掲注2）。また、長谷部恭男『憲法の理性』（二〇〇六年）四六頁以下は、国家を構成する社会契約が「そもそもこうした人の生命や財産を守るために取り交わされたものであれば、生命・財産に対する重大な危機をもたらす戦争や戦争状態を回避するために、むしろ国家という約束事を消滅させることが適切となる場合も生じうる」とする。長谷部が約束事の消滅を積極的に推奨するのではない限り、国家（あるいは、本文で後述の国家目的）の復権を確認できよう。

(13) *Ch. Möllers*, Der Staat als Argument, 2000, S. 193 FN 12.

(14) 国家目的論を取り上げるのは、次の理由による。国家目的論は、国家に対する拘束および正当性付与という、規範的次元を問題とする。また、国家目的論の合理的形態は、自然法を前提とした社会契約論である。国家ないしは国家目的を憲法解釈論における論拠として援用できるかという問いは、憲法学は自然法・自然権、「近代的意味の憲法」をいかなる文脈で援用し得るか、という問いと、本質において異ならない。

(15) それは、国法学者大会におけるテーマ選択のレベルに加え、テーマの処理の仕方にも顕著であったとされる。*Möllers*,（前掲注13）S. 139.

(16) *H-Ch. Link/G. Ress*, Staatszwecke im Verfassungsstaat—nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48, 1990. なお、国法学者大会の紹介として、石村修『憲法国家の実現』（二〇〇六年）七九頁以下、工藤（前掲注2）七頁以下。

(17) その際、リンクは国家目的論の歴史から論述を始め、レスは国際法、特に欧州人権条約および欧州人権裁判所の判例を頻繁に援用した。

(18) *Link*, VVDStRL 48, S. 19.

(19) *Link*, VVDStRL 48, S. 27.

(20) *Ress*, VVDStRL 48, S. 83.

(21) そのことの指摘として、*Bull*,（前掲注11）NVwZ 1989, 801(802); *Möllers*,（前掲注13）S. 193 FN 4. 例えば、*W. Brugger*, Staatszwecke im Verfassungsrecht, NJW 1989, 2425(2427) は、抽象化の程度に応じて国家目的・国家目標・国家任務の三種を区別するが、それぞれに①根本的な、第一次的国家・憲法目的ないし目標、②具体的な、二次的目的ないし目標、③具体的手段等を定める、比較的明瞭な輪郭を持つ任務規範等、という用語をあてている。

(22) *Link*, VVDStRL 48, S. 17 ff.

(23) 以下を含め、*Ress*, VVDStRL 48, S. 62.

(24) *Link*, VVDStRL 48, S. 18.

(25) *Ress*, VVDStRL 48, S. 62.

(26) *Ress*, VVDStRL 48, S. 68.

(27) *Ress*, VVDStRL 48, S. 70 f.

(28) *Ress*, VVDStRL 48, S. 72 ff. S. 75 は、homo oeconomicus は基本法の人間像ではないとする。

(29) *Ress*, VVDStRL 48, S. 75 m. FN. 83.

(30) *Link*, VVDStRL 48, S. 47.

(31) *Link*, VVDStRL 48, S. 47 f.

(32) 例えば、当時の事情からして、いわゆる市民的不服従が問題となる。連邦憲法裁判所の判例および時代背景につき、松本和彦「道路上での座りこみデモと強要罪規定の明確性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例II（第二版）』（二〇〇六年）四五二頁以下。

(33) *D. Rauschning/W. Hoppe*, Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38, 1980.

(34) *W. Brugger/Ch. Gusy*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63, 2004. 簡単な部分的紹介として、小山剛「自由・テロ・安全」大沢秀介ほか編『市民生活の自由と安全――各国のテロ対策法制』（二〇〇六年）三〇五頁以下。

(35) *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bde. I-VIII, 1. Aufl. 1987-1995. とりわけ、第一巻の序文、同じく第一巻に収められた、*Isensee*, Staat und Verfassung, HStR Bd. I, § 13 を参照。

(36) 二〇〇〇年以降のものとして、*Ch. Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001; *W. Weiss*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002; *M. Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2003; *I. Apel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005 などがある。また、それ以前の基本権保護義務に関する文献については、後注(69)を参照。

(37) メラースは、物理的暴力、国家の暴力独占という概念が、一九七〇年代のテロの登場により復活し、八〇年代・九〇年代には、国家概念が用いられた重要テーマとして法秩序の国際化と公行政の民営化・脱集権化があると指摘する。*Möllers*,（前掲注13）S. 145 f.

(38) *B. Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Der Staat 28 (1989), S. 161 (163).

(39) 以下につき、*Link*, VVDStRL 48, S. 10 ff. *Bull*,（前掲注11）NVwZ 1989, 801 (803); *Möllers*,（前掲注13）S. 194 ff.

(40) 州憲法の規定も含めて、詳しくは、*K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1 2006, S. 9 ff.

(41) さしあたり、松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究六七号（二〇〇五年）一三六頁以下。
(42) *Link*, VVDStRL 48, S. 16.
(43) *Weiss*,（前掲注36）S. 84 f.
(44) *J. Isensee*, VVDStRL 48, S. 136.
(45) *Link*, VVDStRL 48, S. 144. さらに、S. 146 も参照。
(46) *H. Meyer*, VVDStRL 48, S. 152.
(47) *R. Bartlsperger*, VVDStRL 48, S. 153.
(48) *Ress*, VVDStRL 48, S.171 f.
(49) *Link*, VVDStRL 48, S. 175.
(50) *Calliess*,（前掲注36）S. 85 ff.
(51) 以下を含め、*Weiss*,（前掲注36） S. 86 ff.
(52) *Ress*, VVDStRL 48, S. 78 f.
(53) *Isensee*,（前掲注35）Staat und Verfassung, in: HStR Bd. I; *ders*., Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: HStR Bd. V, 1992, § 115.
(54) 全称命題としての国家目的は、固有の意味の憲法に相当しよう。
(55) 準拠国について、高田篤「戦後ドイツの憲法観と日本におけるドイツ憲法研究」樋口陽一編『講座・憲法学 別巻』（一九九五年）四一頁以下、林知更「戦後憲法学と憲法理論」全国憲法研究会編『憲法問題18』（二〇〇七年）三九頁以下。
(56) BVerfGE 39, 1 ＝ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（二〇〇三年）六七頁（嶋崎健太郎）。
(57) 詳しくは、小山剛『基本権保護の法理』（一九九八年）一七五頁以下を参照。
(58) 以下について、*J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 17 ff.; *ders*.,（前掲注35）HStR Bd. I, § 13 を参照。
(59) *Isensee*,（前掲注58）, S. 33.

(60) *Bull*, (前掲注11) NVwZ 1989, 801(804). さらに、近代国家そのものの成立について、*Möllers*, (前掲注13) S. 214 ff. の指摘も参照。

(61) イーゼンゼーは、防御権、社会権的給付請求権、保護義務に対して、それぞれ「消極的地位（status negativus sine libertatis)」、「社会的積極的地位（status positivus socialis)」、「自由主義的積極的地位（status positivus libertatis)」という性格を付与する。この議論に従えば、社会的（sozial）なるものは、「経済的生活上のリスク」からの保護 *Isensee*(前掲注58), S. 33、貧困・疾病・失業といった「運命の打撃」からの保護 *ders.*, Verfassung ohne soziale Grundrechte, Der Staat 19(1980), S. 375 に限定される。

(62) 鈴木隆「ドイツにおける保護義務の基礎」早稲田大学大学院法研論集七六号八五頁（一九九六年)、同「ドイツにおける国家任務としての保護（一）（二)」早稲田大学大学院法研論集八一号一八五頁、八二号一六三頁（一九九七年)。

(63) 工藤達朗／市川正人「国家の役割と自由」浦部法穂ほか編『いま、憲法学を問う』（二〇〇一年）一九四頁以下、工藤(前掲注2)七頁以下。

(64) 長谷部(前掲注12)一三一頁。

(65) 山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明編『現代法の展望　自己決定の諸相』（二〇〇四年）三頁以下、一〇頁。

(66) 以下を含め、*Möllers*, (前掲注13) S. 207 f.

(67) *D. Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985. 彼の見解については、小山(前掲注57)一四六頁以下。

(68) *Möllers*, (前掲注13) S. 210.

(69) 例えば、*Isensee*, (前掲注58) S. 3 ff., 17 ff.; *Murswiek*, (前掲注67) S. 102 ff.; *G. Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 145 ff.; *G. Robbers*, Sicherheit als Menschenrecht, 1987, S. 27 ff.; *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 932 f.; *Ch. Starck*, Grundrechtliche Schutzpflichten, in: ders., Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 46(47 ff, 52 ff.) など。

(70) *Murswiek*,（前掲注67）S. 103 f. 関連して、*Isensee*,（前掲注35）HStR Bd. I, § 13, Rdnr. 74 ff. も参照。

(71) *Hermes*,（前掲注69）S. 201.

(72) 小山（前掲注57）一八八頁以下、また、基本権の二重の性格について、詳しくは、小山剛『基本権の内容形成』（二〇〇四年）七八頁以下。

(73) 山本（前掲注65）九頁以下。

(74) 山本（前掲注65）一〇頁。

(75) おそらくこの点に自覚的なものとして、石村修「憲法改正論の主旨と人権」全国憲法研究会編『憲法改正問題』（二〇〇五年）一四頁（一八頁以下）。

(76) *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 21 ff.

(77) *Dietlein*,（前掲注76）S. 51 ff.

(78) *Dietlein*,（前掲注76）S. 65.

(79) *Starck*,（前掲注69）S. 46（特に、S. 64）を参照。

(80) *Ch. Enders*, Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtliche Schutzpflicht und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatszwecken, Der Staat 35(1996), 351.

(81) 栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』（一九九七年）三五八頁（三六一頁、三六六頁）によれば、一八世紀国家目的論は、初期には、「その原理としての単一性のゆえに、理論的に支配者のすべての支配に関する権限を統一的に把握することを可能ならしめ、その原理としての包括性のゆえに、実践的に支配者の支配権力の範囲を無限に拡大することを可能ならしめた」、「公共の福祉」を内容とするものであった。一八世紀中葉からは、支配者の権力を制約する側面が顕在化するようになり、一八世紀終盤には、国家目的としての公共の福祉が否定され、自由・人権が国家目的として設定されるようになったが、そこで言われている自由や人権は一般的なものではなく、特定のものに帰着していた。栗城「最近のドイツの基本権論について」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（一九九四年）九三頁以下は、この点に、イーゼンゼー型の保護義務論の問題点を見出す。

(82) 以下も含め、*Weiss*,（前掲注36）S. 81 f.

(83) *Weiss*, (前掲注36) S. 83.
(84) *Weiss*, (前掲注36) S. 85.
(85) *Weiss*, (前掲注36) S. 98.
(86) *Weiss*, (前掲注36) S. 112.
(87) *Weiss*, (前掲注36) S. 113. もとより、ヴァイスは、人間の尊厳と基本権の範囲を完全に同一と考えているわけではない (S. 115)。
(88) *Weiss*, (前掲注36) S. 114.
(89) 以下を含め、*Weiss*, (前掲注36) S. 137 ff.
(90) 以下を含め、*Weiss*, (前掲注36) S. 147 ff.
(91) 以下を含め、*Weiss*, (前掲注36) S. 156 f.
(92) *Weiss*, (前掲注36) S. 160 ff.
(93) 本文で後述する制度的基本権理論に対する私見については、小山(前掲注72)四五頁以下を参照。
(94) *P. Häberle*, Wesensgehaltgarantie der Grundrechte des Art. 19 Abs. 2 GG, 1. Aufl. 1962, 3. Aufl. 1983.
(95) 戸波江二「憲法学における社会権の権利性」国際人権一六号（二〇〇五年）六一頁以下（六四頁）。
(96) 戸波江二「人権論の現代的展開と保護義務論」樋口陽一ほか編『日独憲法学の創造力（上）』（二〇〇三年）六九九頁以下（七二九頁以下）。
(97) 本稿では立ち入らないが、すでに国法学者大会報告においても、国家目的カタログのリストの共通性とは裏腹に、各国家目的についての具体的内容の論述には差異が認められた。同国法学者大会の Begleitaufsätze も参照。
(98) 序列の構築を求める見解として、*R. Alexy*, VVDStRL 48, S. 122. それは不可能だとする見解として、*Ress*, VVDStRL 48, S. 110 f., 141 f.
(99) リンクは、「自由の保障」という国家目的が民主的立憲国家の原形を刻印する要素であり、「基本権の第一次的作用が防御権であることが、自由な国家形成の基底を築く」とする。*Link*, VVDStRL 48, S. 42 f., S. 54(LS 17).
(100) 環境保護や人間の尊厳に適った生存の保障を人権論として構成するか、国家の責務として構成するか、という問

題もこれに関連する。日本の憲法学が基本的に人権論を選好することについては、小山（前掲注72）二九五頁以下を参照。また、これとは別の主張として、本文で紹介した、リンクの見解を参照。

(101) これまで、憲法学は、いくつかの基本問題――例えば、高度に政治的な問題に対する裁判所の審査権や憲法九条と自衛隊との関係――を、国家との直面を要しない形で乗り越えてきた。統治行為ではなく憲法機関の裁量権・自律権や憲法機関相互の関係を論拠とし、また、（ドイツでも同様の議論があったが）憲法改正によらない再武装を否定する限り、国家性が登場する必要はない。

(102) 日本について、樋口陽一「撤退してゆく国家と、押し出してくる『国家』」全国憲法研究会編『憲法問題14』（二〇〇三年）一八二頁。

(103) 一方には、九・一一後のテロ対策に象徴される「国家による安全」がある。他方で、「公共性」という概念による国家と社会の分離の消失、経済的効率性を理由とした民営化、グローバル化、国家の現実の給付能力の限界等、主権的国民国家の後退がある。この意味において、二〇〇三年国法学者大学の第一テーマと第二テーマは、対をなしている。*J. Isensee*, Ausspreche, VVDStRL 63, 196 は、次のように述べている。「今日の午前、私たちは国家を焼き払った。今日の午後、国家は不死鳥のごとく灰の中から立ち上がった」。午前のテーマは „Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung“ であった。