

クリスティアン・シュタルクの憲法構想について  
——ドイツ再統一に関する諸論稿を基礎として(二)——

菟原 明

目次

はじめに

- 一 基本権論(以上、本誌第四卷第一号)  
中間的考察—保護義務論(以上、本号)
- 二 人間の尊厳論
- 三 憲法の優位と連邦憲法裁判所
- 四 憲法国家論
- 五 憲法解釈論  
おわりに

中間的考察—保護義務論

一 問題提起 「本稿(一)」<sup>(1)</sup>およびドイツ新連邦州の憲法を比較研究した彼の著書(Die Verfassungen der neuen deutschen Länder. Eine vergleichende Untersuchung, C. F. Müller Juristischer Verl., 1994)<sup>(2)</sup>に基づいて彼の憲法構想を展開した「本稿(一)補論」<sup>(3)</sup>において、クリスティアン・シュタルクの基本権構想の概要は、明らかにされ得たかと

クリスティアン・シュタルクの憲法構想について

思われる<sup>(4)</sup>。ここで、今一度それを簡単に確認し、次の課題に移ることとする。彼の基本権構想とは、大要以下のような基本骨子に基づくといえる<sup>(4)</sup>。①基本法の保障する基本権は、古典的基本権すなわち防禦権を意味し、基本権の配分請求権的読み変えは、原則的に許容されないこと（例外…基本法第一条第一項に由来する最低限生活保障および同第七条第四項の私立学校規定）、したがって、この主張からは、（新）連邦各州が、その憲法に基本権を導入することや、国家目標もしくは社会的根本権を導入することに対して、②基本法の保障する基本権は、州のすべての公権力をも拘束するが故に、その憲法に基本権カタログを新規に採用する必要性は殊更でないこと、また③いわゆる古典的基本権（＝防禦権）と国家目標もしくは社会的根本権とは明確に区別されねばならないこと、が帰結すると同時に、④基本法施行後に発生した新たな基本権問題（例…データ保護等）は、連邦憲法裁判所の裁判例の蓄積とその進展過程において、基本法の保障する基本権の拡充や比例性原理の適用を通じて、その保障がカバーされるが故に、これらの新種の基本権を新連邦州憲法に採用することは不要である、とする骨子である<sup>(5)</sup>。このような基本権観を支える基本法の予定する彼の理解する人間像、基本法の前提となる民主的憲法国家の予定する彼の理解する人間像とは、「神学的個人主義（theologischer Individualismus）」に基づく人間像である。彼はいう、「民主的憲法国家が前提とする人間像とは、自由でかつ自己の責任で行為する状況にある人間像である。ヨーロッパ文化の本質的な要因は、神の前での個人の責任のうちに聖書的神学的出発点を有する人間としての個人（menschliche Person）の地位である。この神学的個人主義は、人間主義（Humanismus）、宗教改革および啓蒙を通じて、世俗化の過程に服したのであり、この世俗化の過程から、ヨーロッパの歴史とヨーロッパの法とを決定的に特質づけることとなった個人の法的地位は由来することとなった<sup>(6)</sup>」、と。

ところで、彼が、社会的根本権を否認する論拠の一つとして指摘するのは、社会的根本権は、このような民主的憲法国家を脅かすことにならざるを得ない、ということである。そして、彼は、その兆候を、基本法の予定する前述の市民

の自己責任を蚕食する社会国家の発展のうちに、つまりは現時のドイツ連邦予算の歳出の大部分が社会的調整のためにあてられているという社会国家の発展のうちに、それと同時に、基本法は、古典的基本権を保障するという点に、看取る<sup>(7)</sup>。このような彼の構想は、両院合同憲法委員会でのこの問題の審議<sup>(8)</sup>における、社会的基本権の基本法への導入賛成論に対する反対論と、その思考論理の展開の上で通底しているといひ得る<sup>(9)</sup>。したがって、シュタルクの基本権構想をより良く理解するために、比較検討の材料として、ここで簡単にでもこれに触れておくことが有益であろう。これにつき、U・ペンスキは、この反対論を七点に総括する<sup>(10)</sup>。彼の総括によると、①基本法は、一般的社会国家原理を別とすれば、当初から単なるプログラム規定とかアッピール規定を放棄しており、「直接適用可能で、執行可能な権利法 (Rechts-gesetz)」としての憲法」を意味する、②このプログラム規定とかアッピール規定とかは、議会から「最重要な形成責務」を、すなわち、「国家活動のガイドラインを確定し、これを共同体の需要の変化に適合させる」という責務を、奪い取ることとなると同時に、議会の「権威の喪失」に寄与することとなろう、これとともに、③国家責務の配慮の優先性と範囲に関する決定は、「裁判可能性の領域に」移され、これによって、「権力バランスの重大な重点移動」が惹起されることとなろう、④社会的国家目標を憲法に採用することで、その都度の社会的状況と関連して、この社会的国家目標の法的序列やその具体化につき、ほとんど解決不可能な問題が発生することとなろう、⑤このような規定にあっては、「憲法条文と憲法現実間の乖離」が生じ、これは、相当に「政治嫌悪 (Politikverdrossenheit)」に寄与するはずである、⑥国家を社会的に義務づけることは、社会国家原理を通じて既に十分に定着をみている、⑦単純立法者を通じて国内法化される (umsetzen)、国際条約や協定から社会的義務が生じることとなる、というものである。ついでながら参考のために、いささか長くなるが、ここで両院合同憲法委員会による国家目標規定の定義につき引用しておく。それは、「国家目標規定とは、国家の活動に特定の責務を―事態に即して限定される目標を―継続して顧慮し、履行することを

指図する法的に拘束する効果をもつ憲法規範である。それは、国家活動の特定のプログラムの見取り図を描き、そして、これによって国家が活動するための、また法律やその外の法規定を解釈するための方針または指針となる。通常の場合、国家目標規定は立法者に向けられているが、これによって、この規範が、執行部と裁判のための解釈方針でもあることが排除されるわけではない。：国家目標規定は、どのような方法でまたどの時点で、立法者は、自己に敵命されている国家責務を法律を通じて履行するか、そして、それに際して、たとえばまた公的給付を求める個人の請求権または第三者に対する個人の請求権が成立するとされるのか、を立法者の政治的形成の自由に委ねる」、というものである。以上のことから、「国家目標規定は、単に立法者にのみ向けられているにすぎない立法委託や、特定の分野で活動することを、立法者に対し単に督励するにすぎないプログラム規定そして訴求可能な、個人の法的地位を創設する社会的 기본権とは区別される。」<sup>(11)</sup>

さて、本稿では、シュタルクの「人間の尊厳」論を検討するに先立って、彼の大要以上のような基本権論と「人間の尊厳」論を結合する中間的考察として、国家の「基本権の保護義務 (grundrechtliche Schutzpflicht)」に関する彼の思考を検討することとする。その理由は、彼の国家の基本権の保護義務論に対する思考態度を通じて、本論(一)で展開した彼の基本権論が、どのように具体化されているのか、換言すれば、彼の基本法の基本権Ⅱ古典的基本権Ⅱ防禦権という理解からすれば、とりわけ近年ますます問題となっているように思われる国家の基本権保護義務は、どのように解されることとなるのか、という点にある。さらにまた、その理由は、国家の保護義務論を基礎づける規定とされる基本法第一条第一項「人間の尊厳は、不可侵である。これを尊重し、保護することは、すべての国家権力の義務である」に関し、彼の「人間の尊厳」理解を窺い知ること、次稿での解明対象でもある彼の「人間の尊厳」論にも直接接続していく、という点にある。断るまでもなく、この基本権の保護義務の問題を扱うに際して、その重点は、この問題領域

それ自体を検討することにあるのではなく、シュタルクの憲法構想において、この問題領域が、どのような位置を占めているかを確定することにある。

## 註

(1) 本誌第四卷第一号九一頁以下。

(2) クリスティアン・シュタルクの本書に対する書誌学上の① U. Berlit, Wilhelm Kanther, Die neuen Landesverfassungen im Lichte der Bundesverfassung, Diss. jur. Köln 1993. Christian Starck, Die Verfassungen der neuen deutschen Länder. Eine vergleichende Untersuchung, Heidelberg (C. F. Müller) 1994, 60 S., DM 34,-, in: Kritische Justiz, Jg., 28, 1995, S. 269-279. ② T. Friedlich, Christian Starck: Die Verfassungen der neuen deutschen Länder. Eine vergleichende Untersuchung, Heidelberg Forum Bd. 89, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994, 60 S., DM 34,-, in: AöR Bd. 120, Heft 4, 1995, S. 666f. など。シュタルクの本書は英訳を伴ったドイツ版。Vgl. Christian Starck, The Constitution of the New German Länder and their Origin: A Comparative Analysis, with an English translation of the Constitution of Mecklenburg-Western Pomerania, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995. なお、新連邦州は、ドイツ再統一後、州の国家の特質を組織的に形成する第一段階を以て憲法制定という第二段階を経て、現在新たに組織された憲法裁判所の判決と平行して、憲法の解釈と憲法の注釈という第三段階に入っているとのこと。M. Kilian/H. Malinka, Die Verfassungen der neuen Bundesländer im Spiegel der Kommentarliteratur, in: DÖV, 49 Jg., 1996, S. 265ff. など。また、連邦国家性と関連して、連邦と州また欧州連合との問題につき、統一条約第五条の基礎となった「一九九〇年七月五日の州首相の合同決議」に対応して、両院合同憲法委員会の審議・報告等を分析する彼の最近の論稿「Die Bundesstaatlichkeit und die gemeinsame Verfassungskommission, in: J. Goydke, D. Rauschnig, R. Robra, H.-L. Schreiber, Ch. Wulff (Hrsg.), Vertrauen in den Rechtsstaat. Beiträge zur deutschen Einheit. Festschrift für Walter Remmers, 1995, S. 159ff. など。この「一九九〇年七月五日の決議」による「Die Eckpunkte der Bundesländer für den Föderalismus im vereinten Deutschland」については、vgl. Zeitschrift für Parlamentsfragen, Heft 3/90, S. 461-463; 合同憲法委員会の審議・報告等については、Recht und Politik, 1994, 4, S. 194ff. など。

(3) 本誌第四卷第二号一三九頁以下。

クリスティアン・シュタルクの憲法構想について

- (4) Vgl. Ch. Starck, Die Verfassungsauslegung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (HdbStR), Bd. VII, C. F. Müller 1992, § 164, Rn. 33ff. (S. 213ff.); ders., Constitutional Interpretation, in: Ch. Starck (Hrsg.), Studies in German Constitutionalism, Nomos Verlagsgesellschaft 1995, S. 59ff.; ders., Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. II, C. F. Müller 1987, § 29, Rn. 14-28.
- (5) なお、将来の州憲法が規定すべき興味ある基本権草案を提示しつつあるのは、たゞぞ、vgl. J. Fuchs, Grundrechte: Der Stellwert und die Ausgestaltung von Landesverfassungsrechtlichen Grundrechten, in: J. Fuchs (Hrsg.), Landesverfassungsrecht im Umbruch, Deutscher Kommunal-Verlag 1994, S. 305ff.
- (6) Vgl. Christian Starck, Der demokratische Rechtsstaat als europäisches Erbe, Anfechtung und Gefahren gegenwärtiger Entwicklungen, in: Neue Zürcher Zeitung v. 1. 11. 1995, S. 28. 本論説は「民主的憲法国家(=基本法の予定する国家の形態)の国家目的である平和、自由および社会的調整(社会的正義)からなる「三角形」論を前提に、「この民主的憲法国家を脅かすもの」として、現時のドイツにおける社会国家の発展を挙げる。なお、三島憲一著『文化とレイシズム 統一ドイツの知的風土』(岩波書店、一九九六年)五七頁は「同紙を「外国の観察者として、中立的」と評する。また、この「世俗化された神学的個人主義」に関連して、vgl. Ch. Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, J. C. B. Mohr 1995, Vierter Teil, 3. Kapitel: Die historischen Quellen der modernen Religionsfreiheit, S. 376ff. は「国法上の自由構想の聖書の・神学的源泉から人間の個人の自由という観念が生じたのであり、キリスト教的な一神論的な文化をもたない、中国、日本またインドではこのような観念は発展しなかった」と指摘する(S. 376); ders., § 164, Die Verfassungsauslegung, HdbStR, 1992, Bd. VII, Rn. 10.; ders., Getrennt marschieren, vereint siegen, in: Rheinischer Merkur 12. Juli 1996, Nr. 28, S. 17でも、同一の指摘を行なうとともに、本論説では「民主的憲法国家の同一性を規定するメルクマールとして、過去という泉から流れ出ている四つの水脈すなわち国家と教会との分離、権力分割、人権とその保護そして社会的委託を挙げるが、これらは、聖書や古典古代に根元をもつキリスト教のうちにその萌芽をもつと主張することで、民主的憲法国家の成立・発展にとってキリスト教の果たした決定的重要性を強調する。基本法の予定する人間像をめぐる哲学的、法律学的、神学的議論と、vgl. J. Kraetzer (Hrsg.), Das Menschenbild des Grundgesetzes. Philosophische, juristische und theologische Aspekte, Guardini Stiftung, Berlin 1996.
- (7) Vgl. Ch. Starck (Anm. 4), aaO. 彼は「このような危険は、「基本法の改正と新たな東部ドイツの州憲法とに関する審議は、公論とマスメディアの大部分において社会権(soziale Rechte)または社会的公約の採用という人受けのよいテーマに関心を見出してきた」という点にはっきりと現れている」という。このような現況に対して彼が強調するのは、「民主的憲法国家の諸制度の協働は、共通契約性の限界内で自由を、また、人間の自己責任の枠内での社会的調整を保障する。これらの明瞭かつ単純な認識が、憲法国家

の諸制度を理解し、また、これらの制度に相応する憲法規範を解釈する真摯な法律学的努力の基礎にある」ということである。

- (8) Vgl. H. Roggenmann, Fragen und Wege zur Rechtseinheit in Deutschland, Berlin Verlag Arno Spitz GmbH 1995, S. 103ff. だが、合同憲法委員会とその後の議論とが、ドイツ全体の憲法を新たにしよう要請に正当化を認めているかどうかにつき、疑義があるといわれるをえない」とと評価し、「このドイツ全体の憲法の基礎としては、ただ基本法が考慮されていたにすぎない」ということは本質的に争いがなかった」という。また、ドイツ再統一実現後の憲法改革を、合同憲法委員会での憲法改革論議を中心にして論ずる H.-L. Batt, Die Grundgesetzreform nach der deutschen Einheit, Akteure, politischer Prozeß und Ergebnisse, Leske + Budrich, Opladen 1996 を見よ。

- (9) Vgl. Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucks. 12/6000, S. 77, S. 80f., 5. 11. 1993. 本報告の入手については、上藤達朗中央大学助教授のお手を煩わせた。記して感謝いたします。

- (10) Vgl. U. Penski, Zur Frage der Aufnahme sozialer Grundsätze in das Grundgesetz, in: Recht und Politik, 1995, 3, S. 153. だが、vgl. H. H. Klein, Kontinuität des Grundgesetzes und seine Änderung im Zuge der Wiedervereinigung, in: HdbStR VIII, C. F. Müller 1995, § 198, Rn. 58ff, insbes. 69ff.

- (11) 合同憲法委員会は、社会的国家目標の領域ではいかなる勧告も行なっていない。その報告「Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucks. 12/6000, 5. 11. 1993, S. 77」で「国家目標規定を『Der Bundesminister des Innern und der Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, 1983, Rz. 7』での定義に基づき、それと同一の定義を採用している。それとともども、国家目標規定とその他の類似する概念との区別等も行なっている。一九八三年の専門家委員会報告の入手につき、石村修専修大学教授の尽力を得た。記して感謝いたします」とも、同委員会の構成員でもある E.・ドミンガー、石村修訳「ドイツ連邦共和国における環境権」(専修法学第五〇号三一九頁以下)も参照。環境保護は、国家目的論として、これまで全然問題とされてはこなかったが、国家の正当性は、国家がこの責務を十分に果たすことにかかっている」という問題意識の下で、「環境保護と国家の正当性との関連性」を論じている。D. Murswiek, Umweltschutz als Staatszweck, Die ökologischen Legitimitätsgrundlagen des Staates, Economica Verlag 1995; ders., in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, C. H. Beck 1995, Art. 20a GG Rn. 12-21.; ders., Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG), in: NVwZ, 15 Jg., 1996, S. 222ff.; ders., Ein Schritt in Richtung auf ein ökologisches Recht, Zum, Wasserfennig-Beschluß des BVerfG, in: NVwZ, 15. Jg., 1996, S. 417ff.; A. Uhle, Das Staatsziel, Umweltschutz und das Sozialstaatsprinzip im verfassungsrechtlichen Vergleich, in: Jus 2/1996, S. 96ff.; M. Kloepfer, Umweltschutz als Verfassungsrecht: Zum neuen Art. 20a GG, in: DVBl 2/1996, S. 73ff. 「国家目標」という概念が、近年憲法政治や憲法上の議論をめぐって、重要な機能を果たしていることを指摘するのは、vgl. W. Thiele,

Soziale Staatsziele, in: Die Personalvertretung, 1995, 11, S. 485ff.

(21) Vgl. H. Dreier, Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgelalte, in: Jura 1994 Heft. 10, S. 512.

## 二 基本権の保護義務について

一はじめに シュタルクのこの問題領域に関する論稿としては、①いわゆる第二次墮胎判決と称される、一九九三年五月二八日の連邦憲法裁判所判決を対象とする „Der verfassungsrechtliche Schutz des ungeborenen Lebens“<sup>(1)</sup>および②彼が、一九九三年一月二五日に、連邦憲法裁判所裁判官を前にして行なった講演を元として、その第一次稿に基づき、カール・エーベルハルト・ハイン(彼のドクター・ファーターは、シュタルクである)と徹底的な討議を経て作成された連邦憲法裁判所判決を批判的に検討する „Grundrechtliche Schutzpflichten“<sup>(2)</sup>とを挙げることができる。論稿②は、その表題からも明らかのように、基本権の保護義務論を正面から論じたものである。したがって、以下では、この論稿②を基礎に、彼のこの問題領域に関する思考構造をみていくこととする。

二 定義と論点 基本権の保護義務とは、シュタルクによれば、「判決や学説によれば、とりわけその市民の健康、自由、所有権およびその外の法益や、憲法上承認された制度を保護する国家の義務」<sup>(3)</sup>と定義される。その主要な論点は、基本法の保障する基本権が、国家に対する市民の防禦権の性格を基調とすることから、<sup>(4)</sup>国家以外の基本権侵害者つまり第三者による基本権侵害に対して、国家は基本権保護の措置をとることが義務づけられる、<sup>(5)</sup>ということから生じる。たとえば、考えられ得るそのようないくつかの論点を挙げれば、基本権の保護義務もしくは国家の保護義務は、<sup>(6)</sup>基本法上どのような根拠づけられるのか、<sup>(7)</sup>その保護対象とは何か、その名宛人とは誰か、第三者とは誰を包摂する概念か、保護義務は国家の活動を義務づけることからすれば、それは、給付請求権または社会的<sup>(8)</sup>基本権とどう区別されるのか、



等々である。とりわけ、J・イゼンゼーがいうように、「基本権の保護義務論を特徴づける、国家―被害者―加害者と  
いう基本権の三極関係において、被害者には基本権上の積極的地位すなわち保護を求める権利が帰属し、加害者には消  
極的地位すなわち侵害防禦を求める権利が帰属する」ということからすれば、基本権の保護義務の問題性は、第三者に  
よる基本権侵害に対する国家の作為義務を要求する、<sup>(9)</sup>という特質をもつこととなる。そこから、いわゆる「基本権の第  
三者効力」論という問題領域は、この基本権の保護義務の問題性と現象的には構造上の類似性をもつが故に、<sup>(10)</sup>基本権の  
第三者効力論は、この問題領域の重要な部分として新たな展開を見るにいたっているといえよう〔後述(六)〕<sup>(11)</sup>。

三 基本権の保護義務の限定 問題性は、以上のように、基本権の防御権的性格を超えて、国家の作為を要求する点  
に現れてくる。この作為義務は、その名宛人との関連でいえば、①連邦と州の議会立法者に対しては保護法律の規律責  
務として、②執行部に対してはこの保護法律(裁量の行使を含む)を執行する義務として、③裁判所にとっては、立法  
部や執行部の当該作為や不作為を(憲法―)裁判上審査するための、また、民事事件の裁判所による裁決のための基準  
として現れてくるが、<sup>(12)</sup>シュタルクは、この基本権の保護義務を首肯する根拠を、国家の保護義務が、基本権と関連させ  
られ、そして、基本権のうちにその場を得たという点に、すなわち、「ドイツの法学と法実践の基本権中心主義  
(Grundrechtszentriertheit)」<sup>(13)</sup>のうちに求める。

とはいえ彼は、この保護義務には、「基本権の(grundrechtlich)」という形容詞が附されていることから、この形容  
詞が保護義務を基本権と関連づけるに際して、一定の限定を劃することともなるという。具体的には、①基本権は、国  
家に尊重だけではなく、明文で保護をも要求するかぎりにおいて、基本権上の保護請求権、すなわち、憲法レベルでの  
主観的権利が、既に基本法の文言から生じる、②これとは異なり、①以外の基本権の客観法的側面が、憲法上の保護義  
務を獲得するために利用されるばあいには、厳密には―明文で確定された基本権上の保護義務との相違を保持するため

にも、国家のたんなる責務で満足されなければならず、これには市民のいかなる権利も対応しない、③しかし、また、「基本権の」という形容詞は、客観法上の義務状況を主観法的に補完するための基礎と理解されるが、そのときでも、主観的権利として基本権の「第一次の意味」が、忘れられたわけではない<sup>(14)</sup>、ということである。この三点のうちに、シユタルクのこの問題に対する根本的な思考形態が顕著にみてとれよう。それは、原則は、基本権の保護義務につき基本法上の明文規定性が要求されるということ、基本権の客観的側面からの論拠づけは国家責務であるということ、さらに、主観的権利としての基本権の第一次の意味の強調、であり、基本権の保護義務論に対し、きわめて厳格な文理解釈を採ることを宣言するとともに、基本権の主観的権利性、防禦権としての性格を強調することで、基本権の客観法的理解<sup>(15)</sup>にとりわけ連邦憲法裁判所のそれに対質しようとする姿勢である。それというのも、連邦憲法裁判所は、その四〇年を越える歴史のなかで、根本的な国家構造規定、国家目標規定また基本権に関し、基礎的な諸判決を下してきたが、「このような原則的諸判決は、憲法発展の動態的な過程にとって、少なくとも基本法第七九条第二項による形式的な憲法改正と同じほど重要であることを立証した。さらに、基本権の事例では、力強い変遷過程は、ほとんどもっぱら憲法裁判所の支配的な解釈の方途で実現されてきた、といわざるを得ないであろう<sup>(16)</sup>」、といわれるように、連邦憲法裁判所こそが、その判決を通じて、このような基本権の客観法的理解に多大な貢献をしてきたからである。

四 憲法国家の構造論 上述の彼の立論を支える論拠は、ヨーロッパ諸国家（フランス、ドイツ、イギリス）における近代憲法国家（Verfassungsstaat）の発展過程から抽出される、一つの共通する理論的基礎に基づいている<sup>(17)</sup>。それは、権利の保障と権力分割を媒介とする自由保護の強力な優位（典型的には、フランス人権宣言第一六条）の思想と、その後の憲法国家の発展における（今世紀ドイツにみられるような）規範統制の権限をもつ特別な憲法裁判所の導入である。これを敷衍するのが、「初期の基本権カタログでは、安全の局面が含まれていたとしても、だが、初期の基本権

カタログは、その先頭にあるのが一七八九年のフランスの宣言であるが、裁判所で貫徹可能な主観的権利を含んではいなかった。そこに挙げられた権利は、ひっくり返して自由保障としてと同じく安全保障として、一般的な国家目的に仕えるプログラム規定のレベルにあった。せいぜいのところ、法律に起草された権利は、行政に対して裁判所で貫徹可能とされたにすぎない。したがって、基本権が、古典的防禦権として国家に対する主観的権利を意味するかぎり、基本権は、(憲法―) 裁判所の法律の評価のための基準として役立つということとは、広範な革新と看做さねばならない<sup>(18)</sup>、という一文である。

ところで、この彼の立論を支える論拠の意味連関は、次のように再構成することができよう。①権力分割は、最高国家諸機関の創設、責務と管轄権および手続きを憲法上規範化することで、抑制と均衡とを可能とし、自由を実効的に保障することに狙いを定める。とはいえ、憲法国家の理論からすれば、国家組織にあつては、平和維持や平和擁護のために、権力分割と権力結合とを正しく組み合わせることが肝要である。②権利の保障については、憲法国家において形成されたのは、古典的基本権すなわち国家に対する人および市民の防禦権であった。「この防禦権は、自由の共通契約性と国家内部における平和確保のために、制限され得るしまた制限されねばならない。これは、通常、国家の立法を通じて行なわれるが、この立法は、この目的のために特別に憲法上規定された基本権制約もしくは安全を保障するといふ、多くの基本権カタログでは安全を求める権利として定式化されている原初的国家目的 (Urstaatszweck) に依拠することができる<sup>(19)</sup>。」この権利の保障は、立法自体が権利を唯一保障すると考えられたことから、行政が法律を正しく、平等に適用しているかどうかを独立の裁判所を通じて審査させることで、確保されると想定されてもいた。③自由の保障にとって、①および②は憲法国家の主要標識であると同時に、卓れて彫琢された手段でもある。しかし他方で、自由の保障は、これとは別の国家目的である国内の安全Ⅱ平和の保護と社会的調整とから、その意義と程度 (Sinn und

MaB)を得るのであり、<sup>(20)</sup>それ故に、これらの国家目的との関連でも考察されねばならない(IIいわゆる国家目的の三角形論<sup>(21)</sup>)。④憲法上保護される権利の保障は、行政のみならず、立法者に対しても保護される。ヨーロッパにおける憲法国家の発展の成果の一つが、法律の憲法適合性、すなわち、基本権適合性の憲法裁判所による統制、審査である。<sup>(22)</sup>裁判所は、ある法律が共通福利(Gemeinwohl)を適切、必要かつ期待可能な手段で保護しているかどうか—いわゆる「比例性原理」(これについては、後述する)を充足しているかどうか—を審査することによって、その法律が古典的主観的自由権を侵害し同時に憲法に違反しているか、または、憲法適合的な手段で保護しているかどうか、を決定するのである。それに際し、問題となるのは、憲法裁判所と議会間の組織法的、手続法的に構築されている機能配分を遵守することである。<sup>(23)</sup>

五 基本法テキスト上の保護義務 以上のような、シュタルクの憲法国家の構理解からは、すなわち、基本法の予定する憲法国家構造からすれば、既述したように、国家の不作为ではなく、積極的な活動を要請する基本権保護義務は、必然的に基本法の予定する基本権構造には適合しない、との結論が容易に導かれよう。そうであるからこそ彼は、基権の保護義務につき、「慎重な態度がとられるべきであり、基本法のテキストを超えて伸張すべきでもない」〔前記(三)参照〕、むしろ、国家の保護義務は、それを、明示的に規範化している場合を別とすれば、通常は憲法の前提である「国家責務(Staatsaufgabe)」のカテゴリーに属する、<sup>(24)</sup>と主張するのである。ちなみに、シュタルクは、基本法の下で、基本権の保護義務が明示的にか類推的に(singemäß)に問題となる条項として、以下の基本権を挙げる。それを、要約すれば、①人間の尊厳保護—第一条第一項の基本権における人間の尊厳保護に対するすべての国家権力の義務、②青少年保護—(a)第五条第二項の、コミュニケーションの自由の限界としての青少年保護、(b)第一条第二項の、青少年を放置から保護するための移転の自由の制限、(c)第一三条第二項の、危険に曝されている青少年保護のための住居の不可

侵に対する侵害、③個人の名誉権—第五条第二項の、コミュニケーションの自由を制約する、第三者による名誉侵害に対する個人の名誉権の国家による保護、④国内の安全保護—(a)第八条第一項の、「平和的にかつ武器を携行せず」集会する権利の保障、(b)第九条第二項の、結社の自由、(c)第一条第二項の、移転の自由および(d)第一三条第三項の、住居の不可侵、等の規定に附された制限諸規定に見られる国内の安全保護、⑤婚姻と家族—(a)第六条第一項の、婚姻と家族に対する国家秩序の特別な保護、(b)第六条第二項の、親の教育権の濫用から子どもを保護すべき国家の監督官庁の義務、(c)第六条第四項の、すべての母の、共同社会の保護と配慮とを求め(25)る請求権、である。

六 連邦憲法裁判所判決に現れた保護義務とその根拠づけ このような彼の基本法の基本権理解の論理構成からすれば、連邦憲法裁判所がこれまで基本権の保護義務の問題領域に該当するものとして扱ってきた諸事例は、どのように根拠づけられることとなるのであろうか。彼は、連邦憲法裁判所によるこれらの諸事例を、①第二条第二項第一文—人の生命、胎児の生命、人の健康、②第二条第二項第二文—人身の自由、③第二条第一項—人格権、④第五条第三項—学問、研究および教授の自由、⑤第六条第一項—婚姻と家族、⑥第六条第一項第二文—子ども、⑦第六条第四項—母、⑧第一条第二項第一項—職業の自由、⑨第一四條第一項—所有権、⑩外国に対するドイツ国籍保有者の保護、という一〇の領域に分ち、それぞれに該当する事例を挙げる。(26)そこにみられる連邦憲法裁判所の根拠づけの問題を彼は、(a)第一に、「委託としての保護義務」、(b)その第二は、「保護義務に対応する主観的権利」、(c)そして最後に、第二の「保護義務に対応する主観的権利」との関連で、革新または再発見(もつとも、彼は、再発見という言い方を正しくないという)(27)の最初の事例としての一九五六年のリュート判決を引き金とする「基本権の第三者効力」という、三点に整理し、論述する。それを、詳述すれば以下の内容である。

(a)「委託としての保護義務」に関して彼は、人間の尊厳を媒介するか、あるいは、これを媒介することなく基本権の

保護義務を導出するか、さらに、この両者を結合するか、という方法で、連邦憲法裁判所は論拠づけを行なっている。具体的には、たとえば、①人の生命を保護するという国家の義務を最初に導き出した第一次墮胎判決は、「したがって、一切の人の生命を保護するという国家の義務は、直接既に基本法第二条第二項第一文から導き出すことができ」[BVerfGE 39, 1 (41)]と判示することで、一方で基本法第二条第二項第一文から生命の保護を論拠づけたが、他方で「さらに、一切の人の生命を保護するという国家の義務は、基本法第一条第一項第二文の明文規定からも生じる。何故なら、発育中の生命は、基本法第一条第一項が人間の尊厳に認める保護にまた与るからである。人の生命が存在するところ、その生命に人間の尊厳が帰属する」[BVerfGE 39, 1 (41)]と判示することで、人間の尊厳をも媒介するという「複線的」根拠づけをとっている<sup>(29)</sup>。しかし、これよりもより厳密かつより大胆な根拠づけも行なわれており、そのうち、②より厳密な根拠づけの例は、ある基本権が「尊厳保護を含むかぎり」、国家の基本権保護義務は存在するといふものである。③より大胆な例は、架け橋としての「人間の尊厳を必要とせず」<sup>(30)</sup>、一切の基本権を顧慮して、基本権保護義務が形成され得る<sup>(31)</sup>、とするものである。

(b) 「保護義務に対応する主観的権利」で問題とされるのが、「保護義務の導出と根拠づけとに密接に関連するのは、この保護義務が純粹に客観法的国家責務であるのか、あるいは、この保護義務には、おそらくは客観法的保護義務の範囲の背後にとどまっている主観的権利が対応しているのか、という問題である」<sup>(32)</sup>。これについては、①前述したように〔前記(三)参照〕、基本権のまたは基本権と同一の権利の保護義務が、明文で基本権のテキストに取り入れられたかぎりでは、保護を求める主観的権利は存在する。さらに、②保護を求める主観的権利が確認されるかぎりでは、その由来が問題となる。連邦憲法裁判所は、これを、法秩序の全領域に妥当する基本権に潜在する客観法的価値決断から推論している。しかし、問題となるのは、③連邦憲法裁判所によって行なわれた、安全および国内平和を保護するという客観法的

国家責務を、憲法レベルでの一束の主観的権利へと「価値転換 (Umwertung)」することである。これは、立法と裁判との関係からみれば、権力分割の憲法体制全体に広範に影響を及ぼす「革新 (Neuerung)」を意味することとなる。このような「革新」は、立法に対して、保護義務に対応する裁判所で貫徹可能な主観的権利が問題となるかぎりで存在するが、もともと基本法では、このような「革新」は予定されていなかったためであり、これは、基本法の「基本権中心主義」に起因する。この端緒となった事例が、かの基本権の第三者効力に関する一九五六年のリュート判決であった。<sup>(33)</sup> 本判決では、連邦憲法裁判所への上訴のために、憲法レベルでの主観的権利の侵害——主観的権利の対応——が必要なことから、客観法の主観的権利へ向けての「突然変異 (Mutation)」が持ち出されたのであった。<sup>(34)</sup>

(c) 基本権の第三者効力と基本権の保護義務との関係が問われるのは、憲法の規定を直接援用し得る直接的第三者効力ではなく、「一般的に把握された民事法が、その解釈余白 (Auslegungsmarge) の枠内で、決定的な基本権上の評価が注ぎ込み得るように解釈される」とする基本権の間接的第三者効力である。それは、裁判官による法律の保護適合的解釈が問題となる保護義務論の適用事例として現れる。換言すれば、基本権の間接的第三者効力では、基本権の保護義務は、まず第一に立法者に要請されており、第二に、それを、裁判官は、法律の解釈と適用に際して考慮しなければならぬ、ということである。そうであれば、間接的第三者効力とは、「立法を通じて媒介される根本的価値決断の影響を民事法へ及ぼすことを意味するが、この根本的価値決断は、基本権のうちにも現れているだけでなく、まさしくこの価値決断は、特別な保護義務のための基礎でもある。<sup>(35)</sup>」

七 連邦憲法裁判所の保護方法の審査 彼は、基本権の保護義務に関する連邦憲法裁判所の判決における審査方法につき、その特徴を大要以下のように指摘する。連邦憲法裁判所は、立法者の保護義務の履行につき、立法者の広範な裁量余地を承認することで、妥協を必要とする決断は立法者の責任に属し、最高度に重要な法益が危険に曝されているの

ではないかぎり、保護義務の履行は、通例限定的に審査され得るにすぎない（司法抑制）。ただ、原子力発電所の異例な潜在的危険性や、特別高度な法益の保護が問題となった第二次墮胎判決では、審査に際し厳格な基準を適用している<sup>(36)</sup>。また、保護義務の論拠づけについても、立法者に活動余地を認め、その保護計画に従おうとしている。とりわけ、このことは、「連邦憲法裁判所は、憲法上要求される保護が、刑法上、責任法上または行政法上実現されねばならないかどうか、という規準を策定してはいない<sup>(37)</sup>」、という点に見て取れるのである、と。

八 裁判批判の前提的判断基準と連邦憲法裁判所の保護構想 シュタルクは、基本権から保護義務を導出するための「教義学的に円滑な途（der dogmatisch glatte Weg）」として、二つの途を挙げる。それは、以下の二つである。

① 保護義務は、(a) 基本法第一条第二項第二文から導出される<sup>(38)</sup>。しかし、ただ狭義における尊厳保護としてのみ、主観法的に対応する保護義務が導出されるにすぎない。また、保護義務は、(b) 第六条から導出される。

② 保護義務は、基本権一般から、すなわち、主観法的に理解された防禦性格の外に、基本権保障に挙げられた法益を、私人の側からの攻撃に対しても保護する国家責務が含まれる、客観法的性格を有する基本権一般から導出される。もっとも、この客観法的性格には、主観法的保護請求権は対応してはいない。

このような二つの途を基準に、連邦憲法裁判所の裁判実務をみれば、それは、この二つの基準を超える二つの構想を示している、と彼はいう。① 第一のそれは、尊厳保護を拡張的に媒介とする「媒体構想（Venikel-Konzept）」である。これは、人間の尊厳を、また別の基本権として保護される法益を保護するための媒体として利用するとともに、保護を求める主観的権利を作動させるという構想である<sup>(39)</sup>。② 第二のそれは、「突然変異（Mutation）」と特徴づけられる構想である。かく名づけられるその理由は、人間の尊厳保護を顧慮することなく、詳細な根拠づけもせず、客観法的な価値決断を主観法的請求権に転換することにある<sup>(40)</sup>。



シュタルクは、この二つの構想につき、まず「媒体構想」に対しては、何故、すべての保護義務の根拠が基本法第一条第一項に、その対象がその都度の基本権におかれるべきなのか、基本法第一条第一項で保護が問題となるにしても、何故、同条項における保護思想は、何はともあれ、憲法改正除外条項であり、したがって、最小限と理解されねばならない同条項において、かくも生産的であるべきなのか、の説明・立証の欠如を批判する。つぎに、「突然変異」については、何故、基本権の主観的権利としてのその第一次的意味の外に並存する基本権の客観法的側面から、今また主観的権利が帰結するべきなのか、連邦憲法裁判所は、これを論証する義務を負う、と論駁する。以上の批判から引き出された結論とは、結局は、「二つの悪しき論証は、一緒にしたところで、一の悪しき論証よりもより良いわけではない。むしろ、これらの論証は、一緒にしたとしても、論拠づけのとりわけ印象深い弱点を示している」、<sup>(41)</sup>ということである。

九 裁判を教義学的に円滑な途へ縮減すること 以上の連邦憲法裁判所の裁判実務に対し、シュタルクは、「まず第一に、連邦憲法裁判所は、将来、拡張的な主観的法的解決を固持しようとするのか、あるいは、——基本法のテキストに——より密着して——保護を求める主観的権利を、人間の尊厳ないしは基本権の尊厳核心に関連してのみ容認するが、しかし、それ以外では、憲法レベルではどのような主観的権利も対応しない、単なる客観法的国家責務で満足しようとするのか、を決定しなければならぬであろう」、と問いを投げかけ、前記八の教義学的に円滑な途を採用すべきとする<sup>(42)</sup>。彼がその論拠として挙げるのは、基本法のテキスト、体系、成立史、である。すなわち、①テキスト——狭義の人間の尊厳および第六条を度外視すれば、保護を求める（主観的）権利を基本法は規定してはいない、②体系——立法をも拘束する「直接適用される法としての」基本権の特質は、古典的防禦権のスリムなカタログを条件づけており、とりわけ比例性原理において用いられているような、（憲法——）裁判所による規範統制および法律学的論証になじむ審査諸概念を条件づけている、③成立史——憲法制定議会評議会では、古典的基本権カタログが創設されるべきである、という見解が強く支配

していた、と。ここでも彼は、基本法の規定、その文言等を厳格に捉えようとする姿勢を貫徹し、「平和と安全とを求め基本権は、憲法レベルではその構造からして既に、社会的給付請求権とまさしく同様に、古典的基本権と同一の直接的な方法で保障されはしない。古典的基本権に対する侵害は、形式的には法律の留保<sup>(43)</sup>の下にあり、そして、内容的には比例性原理の下にある」と述べることで、いわゆる平和—自由—社会的調整という国家目的の三角形論を基礎に、基本法の保障する古典的基本権における基本権保護の問題は、まず法律（＝立法者）に負うことを強調する。

一〇 裁判を円滑な途へ縮減することの帰結 以上のように、シュタルクは、連邦憲法裁判所が、円滑な途に裁判を縮減することを、すなわち、前述したように、保護を求める主観的権利を、ただ人間の尊厳保障という狭い枠組みのみ容認し、それ以外の点に関しては、単なる国家の保護義務から出発することに自らを限定することを、妥当とする。そこから帰結するのは、まず第一に、憲法異議は、尊厳保護が欠けているかまたは不十分であると主張されるときにだけ、許容されるにすぎないということ、第二に、規範統制手続きの枠内では、基本権の客観法的側面から導出される保護義務は、(a)憲法レベルで既に具体的な委託を含んでいるか、(b)単なるプログラム規定を含むにすぎないか、を区別することにより、プログラム規定は、憲法裁判所にとって、立法者の違憲の不作为を確定するには適切な基準たり得ないとして排除されること、である。かようにして、第三の帰結である「議会の復権」が生じる。それは、連邦憲法裁判所が、基本法第一条第一項の狭い枠内でのみ、保護を求める主観的権利を容認し、単純なプログラム規定を超える立法の客観法的保護委託の妥当性をいっそう厳格に理由づけるとき、すなわち、それ以外の保護義務に関わる事例では連邦憲法裁判所が口をはさまないとき、議会は、政治的形成の比較的大きな活動余地を取り戻すこととなり、したがって、古典的基本権の枠内での社会の形成に対する自己の責任を果たし得る、ということである。<sup>(44)</sup>ここでも、シュタルクの保護義務に関わる構想は、基本権の保障する基本権＝古典的基本権を軸にして、国家の積極的な行為を要求する事例は、基

本権の保護義務また給付請求権もそうだが、第一次的には原則的に立法者の形成活動に委託されており、裁判所の関与すべき事項ではないとする、彼の基本権構想が貫かれている、というべきであらう。K・E・ハインも、「立法者は、基本権と憲法秩序へ拘束される枠内で（基本法第一条第三項、第二〇条第三項）保護義務だけではなく、多くの責務を履行しなければならぬ。くわえて、立法者は、自己の主導で、憲法に適合する目的を追求する可能性をもたねばならない。これに際して、限界のある予算資源に鑑みて優先性を決める必要性がある。この優先性の決定は、議会における本来的意義での政治行動の領域に属する。立法者ないしその時々多数派は、ここでも総じて政治的に行動するため、余地を必要とする<sup>(45)</sup>」、というとき、シュタルクと同様な発想を採っているとい得よう。

一一 保護の方法と憲法裁判所による統制 狭義学上円滑な途をとるか（シュタルクの立場）、それを超える構成をとるか（連邦憲法裁判所の立場）は別としても、保護義務の「存在（*das*）」については、一致がみられる。しかし、保護義務の存在が承認されるとしても、保護の「方法（*Wie*）」に対する憲法上の要請については種々の見解が対立している、といわれるように、次に問われるのは、保護の方法の問題である。というのも、「憲法上の保護義務においては、まったく決定的な問題はその実効性であることからすれば、方法（*Wie*）は存在（*das*）に遡及する」からである。さらには、保護の方法を統制する憲法上の基準をどのように構成するかが、すなわち、審査基準の設定が問われるであらう<sup>(46)</sup>。

まず第一に、保護の方法に対する判断基準として、シュタルクは以下の諸基準を提起する。①保護の方法は、保護の存在を一般的に見て幻想と化してはならない、②立法者は、最適の保護を保障することを憲法上義務づけられてはいない、③保護は、保護義務を履行するにつき、第三者を侵害するためには法律の基礎を必要とするとする、法治国家の基準を顧慮しなければならない、④保護を行なう立法者は、比例性原理に拘束されるし、また、第三者の侵害に対する保

護は、通例第三者の基本権を制限することから、そこで顧慮される比例性原理は、保護の構成にも作用する、というものである。①—③の判断基準は、彼のこれまでの論述からも明きらかであろう。①での基準は、狭義学上の円滑な途から、②については、保護の方法決定は、立法者の形成の自由に原則として任されるとすることから、また、③については、基本法の法治国家性理解から、説明され得るであろう。最後の保護の判断基準である④比例性原理について、保護義務との関連でそれがどのような意味をもつのか、が検討されねばならない。

一二 過度の侵害禁止と過少保護の禁止 国家による基本権侵害に対しては、その侵害が正しい基準を超えるものであつてはならないとする「過度の侵害禁止 (Übermaßverbot)」もしくは比例性原理が妥当するとすれば、これに対して、国家による基本権保護にあつては、その保護は正しい基準を下回るものであつてはならないとする「過少保護の禁止 (Unterraßverbot)」が問題となる。<sup>(47)</sup>「市民の基本権に対する国家の侵害が、憲法に適合するかの統制にとって、適切性 (Geignetheit)、必要性 (Erforderlichkeit) および狭義における比例性 (Verhältnismäßigkeit i. e. S.) という下位原理を伴う、比例性原理もしくは過度の侵害禁止は、裁判の事後執行可能な結果に帰着する合理的な審査基準であることを実証してきた<sup>(48)</sup>」が、シュタルクは、この過度の侵害禁止は、いかにして保護義務の方法のための基準として有益ならしめられるかを、具体的には、第二次墮胎判決で連邦憲法裁判所により、過度の侵害禁止の相補的概念として、J・イゼンゼーにならぬ採用された過少保護の禁止という新たな概念との関係<sup>(49)</sup>を、問う。すなわち、彼は、この関係を、「憲法上の保護義務が妥当するところでは、保護される法益と、この保護のために制限される自由とが対抗する。過度の侵害禁止と過少保護の禁止とは、関連しあう。このことは、どのように観念されねばならないのか？立法者は、両側面から挾撃され、その形成裁量を広範にわたり制限されるのか？もしそうであるとすれば、自由が制限されることが少なければ少ないほど、それ故に、過度の侵害禁止が厳格に解されれば解されるほど、ますます立法者は、保護するに十

分ではない、それ故に、過少保護の禁止に違反するという、危険に陥る。しかも、立法者が過少保護の禁止に違反したくないことを理由に、より多く保護すればするほど、ますます彼は、自由を制限し、そして、過度の侵害禁止に違反する危険に陥る<sup>(50)</sup>、と位置づけ、両者の教義学上の関係を、解明しようとする。それを彼は、以下のように命題的に提示している<sup>(51)</sup>。①まず第一に、保護すべき法益に関していえば、基本権の一切の制限は、保護に値する法益が存在するということを要求する。保護義務の事例では、法益の保護は、憲法上要請される。②立法者によって選択された手段は、保護のために適切 (*geeignet*) でなければならぬ。不適切な手段は、自由の保護を顧慮すれば、過度の侵害禁止にただ違反するだけではない。その理由は、自由は、ある法益が保護されずとも制限されるからである。この理由からして、それはまた、国家の保護義務にとって十分ではない、それ故に、過少保護の禁止に違反する (その理由は、立法者が保護義務を履行していないからである—以下括弧書きは、*„Verfassungsrechtlicher Schutz des ungeborenen Lebens“* からの補足である)<sup>(52)</sup>。③基本権侵害は、必要 (*erforderlich*) でなければならぬ。すなわち、立法者は、もっとも緩やかで (*mildest*)、なお実効的な手段で満足しなければならぬ。そこから、自由の負担につき過度は放棄されねばならないということが、保護のために生じる (この意味での必要な侵害は、定義上過少保護の禁止をも満たす。国家は、関連する基本権を顧慮して、国家が保護すべき法益のために必要であるとして行なわねばならないことだけを行ない得るにすぎない)。④狭義の比例性または基本権侵害の期待可能性は、保護がもはや期待可能ではない侵害を引き起こすところに、それ故に、当該法益の保護が、自由の侵害をもちや正当化しないところに、限界を見出す、ということを意味する (自己の基本権の適切に必要な制限による個人の負担は、保護すべき法益にとっての利益と合理的関係になければならない。基本権の担い手に対する期待不可能な要求が行なわれてはならない。それは故に、期待不可能性の認定、したがって、過度の侵害禁止に対する違反の認定は、過少保護の禁止と衝突することにはならない。その理由は、過少保護

の禁止は、基本権侵害の期待可能性を顧慮するまでもなく、適用されてはならないからである<sup>(53)</sup>。以上のそれぞれの命題から帰結することは、シュタルクにとって、第二次墮胎判決で導入された過少保護の禁止の問題は、過度の侵害禁止すなわち広義の比例性原理の問題として処理可能であり、殊更に過少保護の禁止という新たな概念を提起する必要性はない、ということである。要するに、「過少保護の禁止は、基本権侵害を要求する憲法上の保護義務が存在するときに現れる過度の侵害禁止の一形式に外ならず、憲法上の保護義務という概念を超えて、それ以上に何か新しいことを意味するわけではない<sup>(54)</sup>」、ということに帰着する。

一三 思考論理の対比 このような彼の思考過程は、K・E・ハインと同様な問題意識の線上にある。あるいは、逆にシュタルクの問題意識をハインが、過少保護の問題に関連して発展させた、というべきか<sup>(55)</sup>。それ故に、上記のシュタルクの構想を知るうえで、一方で、ハインのこの問題に対する対応を簡単にでも展望しておくことが有益であろう。また、他方で、ハインの論稿に批判的に対質しているJ・ディートラインの註(47)の論稿に目をやることで、シュタルクの思考過程は、いっそ明確になるであろう。

ハインは、第二次墮胎判決にいう「過少保護の禁止」という概念と関連して、立法者は、過度の侵害禁止と過少保護の禁止の間で挾撃されているか、との問題提起を行なう。これに対し彼は、「過少保護の禁止からは、過度の侵害禁止から生じないものは何事も帰結しない。立法活動の最少限基準と最高基準との間には、すなわち、下限と上限の間には、いかなる懸隔も存在しない。むしろ、両限界は、重なり合う」のであり、したがって、「侵害を受ける者の観点からは、許容される最高基準の問いとして、保護を求める者の視座からは最少限要求の問いとして現れることは、広義の比例性原理に基づき同一の解決を通じて解答される」、と回答することで、過度の侵害禁止によれば、「最高度」に必要なことは、同時に過少保護の禁止からすれば、「最少限度」に必要なことであり、過度の侵害禁止は、過少保護の禁止の要請

をそれ自体包含しているが故に、したがって、過少保護の禁止は、独自の法的形態としてはなんらの存在資格をもたない、との結論を導き出した。

この過度の侵害禁止と過少保護の禁止を同置するハイン（シュタルクも同様）の見解に批判的に対質して、J・ディートラインは、過少保護の禁止は、履行された立法委託を、履行されなかった立法委託から分離する有効な基準を媒介し得るか（これに対して、彼は否定的である）、を問う論稿のなかで、過度の侵害禁止と過少保護の禁止の構造的相違を、過度の侵害禁止は、その規範的な関連対象を、基本権としての防禦権の条件プログラム（Konditionalprogramm = Wenn-Dann Schema）のうちに見出すが、一方、過少保護の禁止の関連対象は、目的—プログラム化された立法委託（final-programmierter Gesetzgebungsauftrag）のうちにあるという点に看取するとともに、過少保護の禁止は、立法部の履行義務に対する具体的な立法委託を通じて定式化される程度（Maß）を規定するための補助手段である、と捉える。その上で、憲法上の立法委託に関しては、いわゆる「目的プログラム（Finalprogramm）」は、規律名宛人に先与されている目標優先をできるかぎり追求し、また、この目標にその行為を調整することを義務づけており、立法委託のこの目的構想の論理においては、プログラムの実施、とりわけ手段の選択と同じく発生する目標の衝突と手段の衝突の解決は、原則的に立法者の形成裁量に任されている、という。したがって、憲法上の立法委託の基本構造は、立法委託から派生する過少保護の禁止を通じて、廃棄されも変更されもしない。それ故に、過少保護の禁止は、それに独自の意味を与えようとするかぎり、不可避的に目的プログラムの取るに足らない規律密度（たとえば、明白性審査）に服するにすぎず、直接過少保護の禁止に還元されるような新種の判断基準は問題とはならない。過少保護の禁止の内容に関する連邦憲法裁判所の乏しい論述も、これと同一の傾向を示しており、結局は、過少保護の禁止は、現在の形では、履行された立法委託と履行されなかった立法委託とを区別する状況にはほとんどない、と結論づけた。しかし、こ

れと同時に彼は、その教義学的発展可能性の期待を、新連邦州の諸憲法に採用された国家目標規定を規範化するに際しての、その立法委託の司法適合性の問題のうちに看取しようとした。

以上のように、J・ディートラインは、現在連邦憲法裁判所という過少保護の禁止は、立法委託に関しほとんどその活躍の場をもたないが、新連邦州の国家目標規定のうちに、その活路を見出す可能性を期待できるという。彼は、シュタルクやハインの過度の侵害禁止（＝比例性原則）と過少保護の禁止の同置論に対し、過度の侵害禁止＝条件プログラム、過少保護の禁止＝目的プログラムという両者の相違点を挙げることで批判するが、ここには、根本的な基本権に対する認識の相違がある、というべきであろう。それは、シュタルクを例にとれば、彼は、前述したようにこの問題に關しても基本法の保障する基本権を想定している。したがって、彼にとって、基本権保護義務の領域でも、国家―被害者―加害者という人的三極関係を必然的な与件とすることなく、保護義務を自然災害までも含ませるディートラインのいうような、立法委託の問題は原則として発生しはしないであろう（円滑な途での基準を除く）。何故なら、彼は、基本法が問題とするのは、古典的基本権であるからであり、州レベルでは、基本法とは別様な新種の基本権を構想する必要性はない、と考へてもいるからである。かりに立法委託の問題が発生するとしても、それは、憲法レベルの問題ではなく、具体化に際しての法律レベルの問題でしかなく、その際、法律が十分な具体化を履行しているかどうかにつき、殊更に過少保護の禁止を持ち出す必要性はない。<sup>(56)</sup>（主観的権利の対応しない）立法委託の問題が発生するのは、国家目標規定（例・居住の権利、労働の権利あるいは自然的な生活基盤の保護）や給付請求権＝社会的な基本権であり、このレベルではじめて立法委託は十分に法律上履行されているかどうか問われる。したがって、このレベルでは、立法に際しての過少保護の禁止、いいかえれば、立法委託の不十分な履行が問題となるし、立法者の形成活動の余地に対する憲法裁判所の審査も働く（もつとも、構成要件、予測は困難）。そうであればこそ、ディートラインは、この過少保護の禁



止が機能するのは新連邦州の憲法レベルであろう、といひ得るのである。何故なら、そこでは、このような国家目標規定や給付請求権<sup>57</sup>社会的基本権の類が見出されるからである。とすれば、彼のいう過少保護の禁止の問題領域は、基本権の保護義務の問題領域を既に超えており、この点でシュタルクやハインの問題意識とは必ずしもかみあつてはいないといふべきである。(過少保護の禁止の自立化の傾向)。

一四 立法者の不作為と保護義務 シュタルクは、この問題につき、①個人の法益を保護するために、第三者の権利を侵害する法律があるばあいに、その保護が十分であるかどうかの審査は、比例性原理の諸基準に従つて行なわれ得るが、しかしその場合でも、連邦憲法裁判所は、自ら積極的に、どのような方法で保護され得るかを述べてはならず、②法律が欠けているときには、保護の方法は審査され得ない、という。この法律の不存在のばあいには、立法者は、侵害を通じてまたはそれとは別の措置を通じて、保護するかどうか、どのような方法でか、を決定しなければならず、連邦憲法裁判所には、保護義務の規律を立法者に容認する以外、何も残されてはいない、すなわち、まずは法律ありき、である。

一五 保護義務論総括 連邦憲法裁判所の裁判批判の展開のなかから、シュタルクは、以下の結論を得た。①保護請求権は、基本法第一条第三項に反して、直接適用される権利ではあり得ない。それは、立法を前提とする。②法律上の保護が、第三者の基本権に対する侵害と結びつけられているとき、保護が実効的であるかどうかを認定するために、審査基準として比例性原理が用いられ得る。③第三者の基本権を侵害することなく、保護が行なわれるかぎりにおいて、保護の実効性は、比例性原理とは別の方法で認定されねばならないであろう。④立法者が一切の保護を懈怠しているとしても、憲法裁判所は、自ら保護規律を公布したり、一定の保護規律の公布を義務づけられ得ることなく、この懈怠を認定し、異議申立てをすることに自己制限しなければならない。⑤一般的な法律上の規律が適用されるかぎりで、保護

義務は、いわゆる基本権の間接的第三者効力を通じて、実効化され得る。このために、連邦憲法裁判所が責任を負うのは、(a)保護の形成を顧慮して立法者の政治的裁量を、判決実践や判決の理由づけにおいて維持すること、(b)硬い防禦権と軟らかい保護義務との間の構造的相違を、防禦権の直接的適用の浸食を予防するために自覚し続けること、である。<sup>(58)</sup> シュタルクの保護義務に関する論述またそこから得られた結論を、彼の基本権構想との関連で捉え直すならば、この問題においてもまた、彼は、基本法の保障する基本権を、その文言、体系また成立史からして、厳格に古典的基本権と捉えることに立脚し、基本権の客観法的理解に対し批判的立場を採るなかで、そこから解を求める姿勢が顕著に見て取れる。このような彼の立場は、国家による侵害からの防禦を目的とする古典的基本権から、一定の国家の作為義務を導出する保護義務論に対して（また、国家目標規定、給付請求権、社会的基本権のような国家の積極的な行為を要求する諸規定に対しても同様）、また、保護義務の基本法上の存在の確定に対しても厳格な立場に行き着くのは必然であろう。と同時に、このような厳格な立場は、保護の方法に関しても、基本的にそれを立法者の裁量事項と捉えることとなる。換言すれば、連邦憲法裁判所による保護の方法の審査に関していえば、それは、構成要件評価や予測に際しての不確実性からしても、一定度の予測不可能さを示しており、審査判断基準も、比例性原理の諸基準と比較すれば明らかのように、まだ厳格には練り上げられていないのであり、そうであれば、この保護の方法からしても、国家の保護義務は厳格に解されるべきである、ということが結論づけられるであろう。

## 註

(一) Vgl. Ch. Starck, JZ 1933, S. 816ff.; jetzt in: Praxis der Verfassungsauslegung, Nomos Verl., 1944, S. 85ff.; ders., Abtreibung auf Grund Gewissenentscheidung?, in: JZ, 48. Jg., 1993, S. 31f.

(2) Vgl. Ch. Starck, in: Praxis der Verfassungsauslegung, S. 46ff.

(3) Ch. Starck, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 46 (以下では、本書からの①および②の両論稿を引用するに際し、これらの論稿を収録する本書の頁数のみを示すこととする)。基本権の保護義務につき、vgl. H. H. Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht, in: DVBl 9/1994, S. 490 は、基本権の「客観的内容」につき、最終的に基本権上保護される法益を国家が保護するという国家の義務が現れたところ、この義務で問題となるのはとくに、「第三者によるこの法益の侵害または脅迫からの保護である」という。また、vgl. F. Dirnberger, Grundrechtliche Schutzpflicht und Gestaltungsspielraum, in: DVBl 13/1992, S. 879. この問題領域につき、小山剛の一連の研究業績を見よ。たとえば、小山剛「国の『基本権保護義務』」(憲法理論研究会編『人権保障と現代国家憲法理論叢書③』敬文堂、一九九五年)五一頁以下、また、六一頁注1掲載論稿参照。

(4) たとえば、vgl. BVerfGE 7, 198 は、「基本権は、まず第一に市民の国家に対する防禦権である。しかし、また、基本法の基本権諸規定のうちには、憲法上の根本的決断として法のすべての領域に妥当する客観的価値秩序も体现されている」という。U. Wesel, Die Hitter der Verfassung. Das Bundesverfassungsgericht: seine Geschichte, seine Leistungen und seine Krisen, Eichborn 1996, S. 25, 28ff, 50f, 67ff. は、この基本権を価値体系と捉えるリユート判決こそ、全法領域に基本権を通底させる契機となったのであり、この価値体系の全法領域への展開こそ連邦憲法裁判所の最重要な諸業績のうちの一つである、と評価する。その理由として彼は、民事法や刑事法を扱う通常の裁判所や民事法、刑事法の教授達は、人権、社会国家命令、法治国家につき考えるところがなく、ドイツ国法学もその多数はまたその権威の点では保守的に型どられており、そこには、ファンズムにまで遡る師弟という人的結びつきがみられるだけでなく、市民と国家間の緊張領域では、個人に反対し、国家理性のために決断しているといえるが、これを阻止したのが連邦憲法裁判所であった、ということに求める。なお、著者は、(90年代の)連邦憲法裁判所の危機解決の一方策として、連邦議会選出裁判官8名を議会委員会ではなく、全議員の参加の下で選出することを提案する。同判決につき、木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効力―リユート判決―」ドイツ憲法判例研究会編・編集代表栗城壽夫・戸波江二・根森健『ドイツの憲法判例』(信山社、一九九六年)一二六頁以下参照。ドイツ連邦憲法裁判所の判例を概観するに利便なのは、D. Grimm u. P. Kirchhof (Hrsg.), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Studienauswahl 1 u. 2, J. C. B. Mohr 1993 である。

(5) J. Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Duncker & Humblot 1992, S. 34f. また、彼は、「保護承認(Schutzgewährung)を求める主観的権利をめぐる議論における諸々の難しさの大部分は、『基本権の客観的内容』の点に存するのであり、つまりは、基本権の保護義務の構成要件が、その客観的刻印において、それ故に、具体的個別事例におけるその形態において、けっして確定的に解明されてはいない、という点に存する。基本権の保護義務の教義学は、総じていえばようやく緒にいたばかりである。したがって、基本権の保護義務をめぐる議論を、保護承認を求める主観的権利についての問いにだけ限定すること

は、性急にすぎよう。この間は、今日確かに最も爆発力をもち、また、もっとも争われている問いではあるが」(S. 19)と注意を喚起する。

- (6) J. Isensee, Das Grundrechte als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HdbStR., Bd. V, C. F. Müller Verl., 1992, §111, Rn. 3 v. 「『国家の』保護義務と同じく、『基本権の』保護義務につき語られるが、これは、同義語である。『国家の』保護義務は義務の名宛人を、『基本権の』保護義務は保護の対象と法的根拠とに狙いを定める」という。また、vgl. J. Dietlein, aO., S. 64f. ディートラインは、「国家の基本権保護義務の外に(強調は、著者)抽象的な国家の保護義務があるわけではない。むしろ、二つの義務は、同一(強調は、著者)である。この一致の点に、基本権の保護義務を教義学上確保するための本質的な鍵が存する」という(S. 65)。

- (7) 連邦憲法裁判所は、「国家の保護義務を、基本権の客観的内容から導出しており、国家の保護義務の憲法上の根拠づけを、既存の国家哲学に関連づけず、基本法の基本権カタログに拠っている」というのは、vgl. J. Dietlein, aO., S. 17f. また、W. Köck, Risikovorsorge als Staatsaufgabe, in: AöR., Bd. 121, 1996, S. 14は、「周知のように、基本権カタログは、主観的次元と客観的次元とに分かたれる。後者をもって、基本権は、同時に価値秩序を創設し、『客観的秩序の根本要素』を表し、国家にとって行為委託である、ということが意図されている」という。基本権の保護義務に関連する連邦憲法裁判所の判決例につき、vgl. M. Sachs, Vorbemerkungen zur Abschnitt I Rn. 22, Anm. 42, Grundgesetz-Kommentar, 1996; G. Manssen, Staatsrecht I. Grundrechtsdogmatik, Verl., Vahlen 1995, Rn. 49ff.

- (8) J. Isensee, aO., Rn. 5.

- (9) Vgl. H. Dreier, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgelten, Hennis und Zinkeisen 1993, S. 47は、「今日では、客観的的基本権内容をめぐる議論のまわしを中心となっているのは、基本権の保護義務論である。主観的・防衛的防禦請求権の保護方向とは逆に、保護思想は、国家に、私的な第三者による個々の市民の権利領域に対する侵害または干渉から彼を保護し、積極的な措置をとることで法益侵害を回避することを要求する」という。

- (10) もともと、J. Isensee, Das Grundrechte auf Sicherheit, Walter de Gruyter 1983, S. 35ff. は、「基本権の保護関連と侵害関連という構想は、基本権の第三者効力論とは何の関係もない。第三者効力は、直接的か間接的な私人間での基本権の効力を意味する。…これとは異なり、基本権の二重効果は、もっぱら国家に方向づけられている。侵害受益者の積極的地位は国家に向けられており、また、侵害負担者の消極的地位も国家に向けられている。この両者の間の私法関係は、無関係なままにとどまる」として、基本権の第三者効力と基本権の保護義務論との関係性を否認する。これに対して、Ch. Starck, aO., S. 69は、「基本権の保護義務と、基本権の第三者効力との内部的結びつきをイゼンゼーは、誤解している。何故なら、彼は、第三者効力を文字通り、私人間の基本権効力と理解し

ているからである。しかし、まさしく、基本権の間接的第三者効力は、「正しく理解すれば——ただ、私人相互の関係を規律する民事法が、基本権に表れている評価を顧慮しななければならないことを意味するにすぎない」と批判す。

- (11) Vgl. C. W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, in: Archiv für civilistische Praxis (AcP), 184 Hft 3, S. 225ff. カナリスの本稿に対しては、J. Schwabe, Grundrechte und Privatrecht, in: AcP 185 Hft 1, S. 1ff. も見よ。この問題領域に関してまた、彼の基本権教義学については、vgl. J. Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, Wilhelm Goldmann Verl., 1971; ders., Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977. カナリスの法学方法論については、vgl. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2., überarbeitete Aufl., Duncker & Humblot 1983; 同著、木村弘之亮代表訳『法学における体系思考と体系概念——価値判断法学とレトリック法学の懸け橋』（慶應義塾大学出版会、一九九六年）; ders., Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2., überarbeitete Aufl., Duncker & Humblot 1983; ders., Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, in: JZ, 48. Jg, 1993, S. 377ff.; S. Oeter, Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, in: AöR. Bd. 119, 1994, S. 529ff.; M. Albers, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem, in: DVBl. 1996, 5, S. 233ff. 以下は、「国の基本権保護義務と自己決定のはなままで——私人間効力論の新たな展開」（法律時報六八巻六号）一一二六頁以下。

- (12) Ch. Starck, S. 46. この保護義務の名宛人による現れ方の相違につき、詳細は、vgl. J. Dietlein, aaO., S. 70ff.; G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, Nomos Verl., 1987, S. 121ff. insbes. S. 125 以下。彼は、「保護の保障は、国家の給付である。保護の保障は、積極的活動を前提とする。保護は、非常に多様な行為を通じて行なわれる。立法を通じて、裁判官の活動を通じてまた行政官庁の活動を通じて、規範設定の形態で、裁判官の判決の形態でまたは行政行為や事実行為を通じてである」という。

- (13) Ch. Starck, S. 47 u. S. 65; ders., §164, Die Verfassungsauslegung, HdbStR., 1992, Bd. VII, Rn. 34 以下。D・クベールを批判するなかで、「基本権は、基本権を規範統制の基準として適用する憲法裁判権を（機能法的に）顧慮すれば、基本権の保護領域と基本権の制約とが区別され、基本権制約に比例性原理が適用され、そして、基本権の自由主義的國家の機能以外のものが例外的にのみ容認されるにすぎず、これを容認するために十分に明瞭な解釈の拠り所が明きらかとなるときに、一般に想定されているよりも明瞭である」ということが示され得るであろう」と説く。

- (14) Ch. Starck, S. 46f. 彼は、③に関連する連邦憲法裁判所判決として、BVerfGE 50, 290 (337); 77, 170 (214); 79, 174 (201f.) を挙げる。最初の判決につき、栗城壽夫「所有権の規制と立法者の予測——共同決定判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』二四五頁以下参照。

- (15) Vgl. H. Dreier (Anm. 7), S. 21ff, 41ff.; Bernd Jeand'Heur, Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen, Zur Erweiterung der Grundrechtsfunktionen und deren Auswirkungen auf

die Grundrechtsdogmatik, in: JZ. 50. Jg. 1995, S. 161ff.; T. Vesting, Von liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus-Elemente und Perspektiven einer pluralen Theorie der Grundrechte-, in: C. Grabenwarter, S. Hammer, A. Pelzl, E. Schulev-Steindl, E. Wiederin (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, Boorberg 1994, S. 13.; 坂城壽夫「最近のドイツの基本権論について―基本権の客観的内容をめぐる議論について―」(憲法理論研究会編『憲法理論研究叢書』人権理論の新发展)「敬文堂」一九九四年「九三頁以下」参照。

- (19) Vgl. H. Dreier, Menschenwürdegarantie und Schwangerschaftsabbruch, in: DÖV 1995, H. 24, S. 1036.
- (17) この点については憲法国家の歴史的發展過程を、それぞれが国家を異なる方法で構成していることを示す。これは、vgl. Ch. Starck, aaO., S. 47-54; ders., Der Schutz der Grundrechte durch den Verfassungsrat in Frankreich, in: AöR. Bd. 113, 1988, S. 632ff.; ders., Die Französische Revolution und das deutsche Staatsrecht, in: JZ. 44. Jg. 1989, S. 601ff.; ders., Entwicklung der Grundrechte in Deutschland, in: U. Immenga(Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Göttingen 1980, S. 89ff.; ders., Die Grundrechte des Grundgesetzes, Jus 21. Jg. 1981, S. 237ff.; ders., Eine Verfassung für das Vereinigte Königreich?, in: AöR. Bd. 119, 1994, S. 627ff.
- (18) Ch. Starck, aaO., S. 77.
- (16) Ch. Starck, aaO., S. 52f.
- (20) Vgl. J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, S. 19. 以下、彼は「基本権としての自由は、それが、安全のうえに基礎づけられなければならない価値を認められなければならない」という。国家目的としての平和の問題については、vgl. Ch. Starck, Bändigung des Krieges und Frieden in der Lehre der Politik und des Völkerrechts der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, in: Politik, Philosophie, Praxis. Festschrift für W. Hennis zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1988 S. 56ff.
- (21) シュタルクの憲法構想の根底にあるこの国家目的の関連性については、「本稿(一)」一七頁以下註五一、また、「(一)補論」一五七頁以下参照。
- (22) Ch. Starck, aaO., S. 54. 「ヨーロッパでは、裁判所による法律統制の導入は、第一次的には防禦権である基本権カタログと手に手を携えて歩んでいった(一九四九―一九五一年の西ドイツ)か、または、憲法裁判所の規範統制は、明文の憲法規範を通じて、基準としての古典的防禦権に限定された(例:ポルトガル憲法、スペイン憲法)」。
- (23) Vgl. Ch. Starck, § 29 Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: HdbStR., 1987, Bd. II, Rn. 24.; ders., § 164, Die Verfassungsauslegung, HdbStR., 1992, Bd. VII, Rn. 39-42. また、議会議制立法国家の憲法裁判所的国家への変遷という問題については、vgl. Bernd Jeand'Heur (Anm. 15), S. 161ff. S. 167.

- (24) Ch. Starck, aO., S. 56f.
- (25) Ch. Starck, aO., S. 56.
- (26) シュタルクは、それぞれにつき以下の諸事例を挙げる。すなわち、①(a) 刑事法との関連で―終身自由刑に関して、 BVerfGE 45, 187 (本判決につき、日笠完治「終身自由刑と人間の尊厳―終身自由刑判決」); 64, 261; 接見交通の禁止に関して、 BVerfGE 46, 1; 49, 24, 53, 56; テロ攻撃に関して、 BVerfGE 46, 160 (本決定につき、青柳幸一「人間の尊厳と国家の保護義務―シュライヤー決定」); 『ドイツの憲法判例』(二二頁); (g) 人の生命と健康との関連で―医事責任法に関して、 BVerfGE 52, 131; 執行法に関して、 BVerfGE 52, 214; 84, 345; BVerfGE, NJW 1991, S. 3207; 夜間就業の制限に関して、 BVerfGE 85, 191; 87, 363; テクノロジーの発展の結果に関して、原子力発電につき、 BVerfGE 49, 89 (高田敏「高速増殖炉型原発の設置を許可する原子力法の合憲性―カルカー決定」); 『ドイツの憲法判例』(二九五頁、これにつきまた、村上淳一著「現代法の透視図」[東京大学出版会、一九九六年]四三頁以下も見よ); 53, 30; 77, 170; 空港騒音につき、 BVerfGE 56, 54 (本決定につき、松本和彦「身体の不可侵の権利と立法者の改善義務―航空機騒音決定」); 『ドイツの憲法判例』(五五頁); 58, 89; 79, 174; 化学兵器の貯蔵につき、 BVerfGE 77, 170; 大気汚染につき、 BVerfGE 14, 9. 1983-1 BvR 920/83; BayVBl. 1984, S. 14; 妊娠中絶(生命保護)につき、 BVerfGE 39, 1 (本判決につき、嶋崎健太郎「胎児の生命と妊婦の自己決定―第一次堕胎判決」); 『ドイツの憲法判例』(四九頁); 42, 46; 49, 24; 86, 390; 88, 203 (本判決につき、小山剛「刑法の堕胎罪規定を改正した妊婦及び家族扶助法の合憲性(第二次堕胎判決)」自治研究七〇巻第四号(二七頁)); ② BVerfGE 49, 304; ③ BVerfGE 35, 202 (本判決につき、小山剛「放送による犯罪報道と人格権―レーン・マン判決」); 『ドイツの憲法判例』(一四一頁); 65, 1 (本判決につき、平松毅「自己情報決定権と国勢調査―一部違憲判決」); 『ドイツの憲法判例』(四二頁、なお、本判決を詳細に検討するのは、松本和彦「基本権の保障と論証作法(一)―(四)」[阪大法學第四五巻第一号五三頁、第二号九五頁、第五号七五頁、第六号一五五頁]); ④ BVerfGE 35, 79; (本判決につき、阿部照哉「学問の自由と大学の自治―大学判決」); 『ドイツの憲法判例』(一五五頁); 43, 242; 47, 327; 51, 369; 55, 37; 66, 155; 67, 202; ⑤ BVerfGE 6, 55 (本決定につき、小林博志「夫婦合算課税と婚姻・家族の保護―夫婦合算課税違憲決定」); 『ドイツの憲法判例』(一六〇頁); 24, 104; 55, 114; 87, 1; ⑥ BVerfGE 24, 119; 72, 155; ⑦ BVerfGE 32, 273; 52, 357; 55, 154; 84, 133; 85, 167; ⑧ BVerfGE 81, 242; 84, 212; ⑨ BVerfGE 7, 230; 14, 263; 71, 230; 89, 1; ⑩ BVerfGE 6, 290; 40, 141; 41, 126; 55, 349; 66, 39; 77, 170, びやん。
- (27) Ch. Starck, aO., S. 64. ㊦「再発見」につき、vgl. J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 33.
- (28) 保護義務論と関連して、本判決および第二次堕胎判決に対する論稿は多数がある。㊧㊨㊩ vgl. W. Holzthüter, Konkretisierung und Bedeutungswandel der Menschenwürdenorm des Artikels 1 Absatz 1 des Grundgesetzes, Dissertations Druck Darmstadt 1989, S. 48ff.; T. G. Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des

Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Duncker & Humblot 1990, S. 62ff.; O. Depenheuer (Hrsg.), G. Roellecke, Aufgeklärter Positivismus. Ausgewählte Schriften zu den Voraussetzungen des Verfassungsstaates, C. F. Müller Verl., 1995, S. 241ff. 小山剛「妊娠中絶立法と基本権（胎児生命）保護義務—ドイツ「妊婦及び家族扶助法」をめぐる憲法論を素材に—」(名城法学第四三巻第一・二合併号、一九九三年)一三七頁以下、同「連邦憲法裁判所第二次墮胎判決における保護義務論の展開(一)」(名城法学第四三巻第三号、一九九三年)八五頁以下参照。

(29) これは、「基本法第一条第二項第二文と関連して、第二条第二項第一文は、一切の生命を保護することを国家に義務づける」(BVerfGE 46, 160, 164ff.; 49, 24, 53)とも表現されることがある。

(30) Ch. Starck, aAO, S. 63 は「国防義務に関する諸判決 (BVerfGE 38, 154, 167; 48, 127, 161; 69, 1, 22) がその例であるという。これらの判決では、国家が承認し、保護する基本権として、人間の尊厳、生命、自由及び所有権が挙げられる。

(31) Ch. Starck, aAO, S. 63 は「この例として、代理商の競争禁止に関する判決 (BVerfGE 81, 242, 254ff.) を挙げる。

(32) Ch. Starck, aAO, S. 64.

(33) BVerfGE 7, 198 (206f.). Vgl. Ch. Starck, aAO, S. 65 は「本判决につき」「この判決で問題となったのは、たしかに立法者の保護義務ではなく、ただ裁判官による法律の解釈でしかなかった。しかし、実質的には第三者の攻撃を防禦する国家の保護義務が問題だったのであり、しばしば忘れられていることだが、この保護義務には、当時既に保護を頼みとする憲法異議提起者の主観的権利が対応していた」と保護義務論の観点からの再構成を示唆する。

(34) Vgl. Ch. Starck, Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte, in: W. Heyde/Ch. Starck, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, Verl., C. H. Beck 1990, S. 26; jetzt in: Praxis der Verfassungsauslegung, S. 36ff. 47. 「基本権の客観法的側面を媒介して、基本権の私法への影響を根拠づけようとする試みは余りにも広範にすぎ、また、考えられる結果からしても余りにも不精確である。それ故に、基本権の客観法的側面を媒介にしても、それ以外の方法に基づいても、私法関係における基本権の類推適用は正当化され得ない」という。

(35) Ch. Starck, aAO, S. 66ff.

(36) BVerfGE 53, 30, 58: BVerfGE 88, 203, 254.

(37) Ch. Starck, aAO, S. 69f. は「この点、連邦憲法裁判所は、審査深度 (Nachprüfungstief) につき、一定の柔軟性を示していることを指摘したうえで、その例外として、第一次墮胎判決での、最後の手段としての刑法の投入 (BVerfGE 39, 146ff.)、自由の剝奪に関する判決での民事法上の責任法の介入 (BVerfGE 49, 304, 323) を挙げる。

(38) Ch. Starck, aAO, S. 86 は、「人間の尊厳を保護する国家の義務は、基本法第一条第一項に明文により規定されている。それ故に、



このために特別な法教義学的理由づけは必要ない。基本法第一条第一項はじめから、同条項は、国家に対して、古典的基本権と同じように不作為を命じているだけでなく、すなわち、国家の活動に限界を劃する（＝人間の尊厳の尊重）だけではなく、国家にまた人間の尊厳を保護するという、しかも、第三者の侵害からも保護するという積極的な責務をも課している、というように考えられている」という。

- (39) この例としてシュタルクは、BVerfGE 88, 203, 205 を挙げる。「この（生命の）保護義務は、その根拠を基本法第一条第一項にもち、同項は、国家に明文で人間の尊厳を尊重し、保護することを義務づけている。その対象と、—その対象から—人間の尊厳の程度とが、基本法第二条第二項を通じて、詳細に規定される。」彼は、この判示では、生命は、尊厳の前提として活用されているのではなく、基本法第二条第二項に替えて、別の基本権も投入され得る、というように定式化される、と論ずる。また、vgl. H. Dreier, Menschenwürdegarantie und Schwangerschaftsabbruch, in: DÖV 48. Jg, 1995. ドライアーは、本稿で、連邦憲法裁判所は、その第一次、第二次随胎判決では、人間の尊厳に関し、もっぱら担い手論という人的保護領域に終始し、人間の尊厳の内容と本質、保護法益または機能等の事物的保護領域は議論の中心にはなかったことを前提に、「人間の尊厳の担い手が存在するということが、自動的に人間の尊厳原則が適用されることとなるのではない。生命は、—基本法第一条第一項が適用されるための必要条件ではあるが、十分条件ではない。これとは違って、連邦憲法裁判所は、導出不可能かつ説明不可能なやり方で、尊厳保障（基本法第一条第一項）と生命保護（基本法第二条第二項）とを同一視した。だが、人間の尊厳は、人間の生命の保護とは同一でもなければ、基本法第二条第二項の侵害は、基本法第一条第一項の侵害とも同一でもない。したがって、人間の尊厳保障と生命保護とは、連結してはいない」(S. 1037) といふ、「妊娠中絶の規律に関する憲法上の議論を、基本法第一条第一項の重荷から解放し、基本法第二条第二項の基礎に基づいて、堅固な、段階づけられた解決を追求することである」(S. 1040) と提言する。
- (40) この例としてシュタルクは、BVerfGE 77, 170, 214ff.; 77, 381, 402f.; 79, 174, 201f. を挙げる。これらの判決を彼は、第二条第二項に含まれる客観的価値決断から、憲法上の保護義務を法秩序の全領域のために導出し、そして、いとも簡単に、その無視が、利害関係人によって憲法異議をもって主張され得るし、また、第二条第二項第一文からその基本権の侵害が争われ得ると主張していると批判する。
- (41) Ch. Starck, aaO., S. 73. シュタルクと同じく理由づけの欠損を指摘する、vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, S. 945. 連邦憲法裁判所の以上の途の難点を避ける思考方法として、たとえばムアースヴィークの説く「防禦権」の途の論評に「vgl. Ch. Starck, aaO., S. 73f.
- (42) Ch. Starck, aaO., S. 74ff.
- (43) Vgl. M. Sachs, Die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte des Grundgesetzes, in: Jus 1995, S. 693ff.

- (44) Ch. Starck, aO., S. 77ff.
- (45) K.-E. Hain, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot?, In: DVBl Jg. 108, S.1993, S. 984.
- (46) Ch. Starck, aO., S. 79f., 87.
- (47) ハルビツ J. Dietlein, Das Untermaßverbot, in: Zeitschrift für Gesetzgebung, 1995, 2, S. 133 の表現によれば、「立法者は、いわば、二側面から、基本権上の正当化強制を課されている：すなわち、一方で、過少保護の禁止の保持を援用し得る利益を受くべき者の側から、しかし他方で、過度の侵害禁止の保持を自ら援用し得る必要な規律を通じて負担を課される者の側から、である。」Übermaßverbot および Untermaßverbot の訳語については、クラウス・シュテルン、小山剛訳「過度の侵害禁止（比例原則）と衡量命令（一）（二・完）」（名城法学第四卷第二号一五三頁以下、同誌第四四卷第三号一二五頁以下参照）による訳語である「過度の侵害禁止」、「過少保護の禁止」に従う。同「基本権保障における過少保護禁止の原則」（法学研究第六十八巻第十二号五二七頁以下）も参照。
- (48) シュタルクは、過度の侵害禁止と比例性原理を同義として用いているところだが、B. Remmert, Verfassungs- und Verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbot, C. F. Müller 1995, S. 244 これを区別して「過度の侵害禁止」を「比例性」という概念を二重に使用することを避けるために、国家行為の適切性、必要性および（狭義の）比例性という要請のための上位概念として用いている。
- (49) BVerfGE 88, 203 (254) は、「保護の態様と範囲を個別的に決定するのは、立法者の責務である。憲法は、目標としてのこの保護を規定するが、その形成を個別的に規定してはいない。ともかく、立法者が遵守しなければならないのは、過少保護の禁止（この概念は、念のため、vgl. Isensee in: Handbuch des Staatsrechts, Band V, 1992, §111 Rdmrn. 165f.）である；そのかぎりでは、立法者は、憲法裁判所の統制に服する」と説く。
- (50) Vgl. Ch. Starck, aO., S. 88, S. 81. シュタルクと同様な指摘をするのは、たとえば、vgl. E. Denninger, Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, in: H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel, H. Meyer, H. Simon (Hrsg.), Festschrift für E. G. Mahrenholz, Nomos Verlag, 1994, S. 569.
- (51) Ch. Starck, aO., S. 88f, S. 81f.
- (52) シュタルクは、このばあいに、ある手段が適切かつ必要であるかどうかを審査されねばならない、すなわち構成要件（＝事実）が評価され、また、予測が行なわれねばならないが、この構成要件評価と予測に際しての困難さ、不確実さは、立法者の形成の自由のために働くのであり、この立法者の自由は、保護の観点の下でも、侵害の観点の下でまったく同様な範囲に及ぶ、という。これに

のちまた' vgl. F. Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: M. Schröder, W. Löwer, U. Fabio, T. v. Danwitz (Hrsg.), Freiheit, Verantwortung, Kompetenz, Carl Heymanns Verl., 1994, S. 53ff.

(53) 比例性原理のちまた' vgl. R. K. Albrecht, Zumutbarkeit als Verfassungsmaßstab. Der eigenständige Gehalt des Zumutbarkeitsgedankens in Abgrenzung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Duncker & Humboldt 1995, 65ff.

(54) K.-E. Hain, aO., S. 984.

(55) K.-E. Hain, aO., S. 983. また' 彼は' 「立法者は' 保護目的を追求するに際して' 広義の比例性原理の枠内でも独自の評価余地' 価値判断余地および形成余地を自由に処理し' また' それらの諸々の余地が' 常に憲法上の統制密度を制限することは' 広く認められてはいる」(S. 984) とし' 共同決定判決 (BVerfGE 50, 290 (332)) ; それと' 前掲栗城評釈参照) が既に' 衝突状況に於いて過少保護の禁止が独自の意義をもつことと反対に' とうてい' ハインと同様な立場をとるとされるのは' K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, §84, S. 813f, [小山訳 (一) 一九八頁以下]。それと' 同' vgl. J. Dietlein, aO., (Anm. 10), S. 132.

(56) 比例性原理が警察法と由来をめぐり' 同' vgl. Ch. Gusy, Polizeirecht, J. C. B. Mohr 1993, S. 194ff.; F. Ossenbühl, Maßhalten mit dem Übermaßverbot, in: Freiheit, Verantwortung, Kompetenz (Anm. 52), S. 442.

(57) Vgl. J. Dietlein, Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer, Verlag Vahlen 1993, 121ff.

(58) Ch. Starck, aO., S. 83f.

【一九九六年七月一五日脱稿】

追記

K・E・ハインは' „Das Untermaßverbot in der Kontroverse,“ in: ZG, 1996, 1, S. 75ff. 及び' ト・デアートライン註(47)論文による' (過度の侵害禁止と過少保護の禁止とを同置する) ハインの「同置理論」批判に対する反批判を行なっている。基本権の保護義務論につき' 最近年の論稿として' vgl. P. Uhrub, Zur Dogmatik der grundrechtlichen der Schutzpflichten, Duncker & Humblot 1996.

【一九九六年九月一二日】