

題名：ドイツにおける基本権保護義務

<論文の要旨>

今回の論文はドイツにおける国の基本権保護義務(Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates)を研究対象としている。基本権保護義務とは、「国に対して、第三者による侵害からの各人に基本権法益を保護するために積極的措置を取る」という考え方をその内容とするものである。

保護義務論にはこれまでの人権論とは違った点がある。すなわち、これまでの自由権論での「国家=人権の侵害者」という視点から、「国家=人権の擁護者」へとその役柄が正反対である点である。この特色を生かしてどのような議論ができるのかを見いだそうとすることが今回の論文のテーマである。

まず、ドイツにおける判例・学説が保護義務論をいかにあつかっているかを概観して行くことになる。歴史的に見ると、保護義務論が1950年代からその端緒を表わしていて、その延長線上に1975年に出された堕胎罪判決を初めとする保護義務判例が存在するという事実遭遇する。また、学説においては、法的三極構造(国家-侵害者-犠牲者)というモデルを用いて保護義務論を明確にとらえようとする試みがある。私もこのモデルに依拠して保護義務の構造を検討している。さらに、隣接概念である防御権・給付権との比較によって、保護義務の独自性を証明している。

論文の中心である保護義務論の有効性についてであるが、それは、保護義務論が第三者効の議論を明確化できるという点に見いだすことができるのである。特に、間接的適用説の理論のあいまいさを国家の市民に対する保護という視点からとらえることで問題をすっきりしたものにしていく。そして、直接的適用説において懸念されていた私的自治への国家の不当な介入についても、保護義務論においては、私的自治を保護の対象とし、私的自治の前提である自己決定を侵害する他者決定があつて初めて国家は介入ができるという形で克服を図っている。

しかし、保護義務論は理論構成のユニークさゆえに多くの危険性有するものも事実である。特に外交・防衛問題に関しては、広範囲な裁量権が国家機関に委ねられており、これでは保護義務が単なるプログラム規定にまでなりさがりかねない。他方、理論上「保護」という面が強調されすぎて、国家規制の過度の侵害が行われたり、規制の大義名分を作ってしまうのではないかと危惧されるのである。

このような、保護義務論にいえる懐疑について、問題領域ないしは理論上の限定・明確化をおこなうことで弱点の克服をはかる努力を試みている。これにより保護義務論の有効性を損なわないようにしている。

題名：ドイツにおける基本権保護義務

目次

序章

第1章 初期（墮胎罪判決以前）の保護義務論

- 1 連邦憲法裁判所の判例
- 2 Dürig による保護義務論
- 3 警察介入請求権
- 4 外交的保護

第2章 墮胎罪判決と保護義務論の判例での定着

- 1 墮胎罪判決
- 2 シュライヤー氏事件
- 3 原発に関する判例
- 4 環境・健康問題に関する判例

第3章 外交・防衛問題における保護義務論

- 1 外交的保護義務
- 2 防衛政策

第4章 保護義務の構造

- 1 保護義務の前提・内容・範囲
- 2 防御権と保護義務との関係
- 3 給付権と保護義務との関係
- 4 第三者効と保護義務との関係

第5章 保護義務論に対する懐疑

- 1 基本権機能の逆転
- 2 国家による保護義務濫用の可能性
- 3 国家機関の裁量権
- 4 一般的（全体的）利益と保護義務
- 5 国民による国家依存の危険性

むすび

序章

今回の論文はドイツにおける国の基本権保護義務(Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates)を研究対象としていく。基本権保護義務とは、「国に対して、第三者による侵害からの各人に基本権法益を保護するために積極的措置を取る」という考え方をその内容とするものである。これは1975年にドイツ連邦憲法裁判所での墮胎罪判決(BVerfGE 39,1)が先例となって確立された基本権の法的作用であり、以後の諸判例からしてすでに確立された考えである。他方、学説レベルにおいては、Josef Isenseeの論文Das Grundrecht auf Sicherheitを発端として保護義務論が活発化していったとされる。

基本権とは第一に国家に向けられた防御権であるといえる。防御権は、国家における私人の自由を構成する。また、国家の権力を制限し、権力の濫用を阻止するのを助ける。このような基本権の消極的機能は西洋立憲国家においては異論のないところである⁽¹⁾。基本権理論上、基本権の理解は防御権にとどまることはなく、むしろ基本権の機能拡大が行われている。給付権や第三者効の例を見れば明らかであろう。

これらの基本権機能と並んで「基本権保護義務」が1980年代から新たに取り上げられるようになってきた⁽²⁾。そこでは、基本権上保護された法益(たとえば、生命、健康、自由、名誉、財産等)が「第三者」によって侵害されたまたは危険にさらされた場合に対し、国家に法的に要請されている行動が問題となる。

例を挙げてみると、誘拐犯による殺害の脅迫、他者に危害を及ぼす施設(原子力発電所等)の操業、外国において自国民が国際法違反の行為を受けたケースが考えられる。ここでいう「第三者」とは非常に包括的な存在である。それは、私人であったり、他の国家であったり、集団あるいは(社会的)権力であったりする。共通する事項はこれらが基本法における基本権の名宛人ではないということである。また、国家による保護様式も、刑法、不法行為法、手続法の制定・適用、行政行為、事実行為と多様なものとなっている。

ここでは、典型的な基本権の防御機能、すなわち国家が行動を取り止めるあるいは行わないことによってでは危険にさらされた個々人は救済されえないのである。むしろ、立法・行政・司法の三権力がそれぞれの役割に応じて行動することが要求されるのである。人権を実効的に保障するには、国家からの侵害を防ぐだけでは物足りないといえ、逆に国家以外の法的主体からの人権侵害についても何らかの措置が講じられなければならないのである。

保護義務が問われる問題状況においては、国家-侵害者-犠牲者という3つの主体が存在し、この三つどもえの関係を法的三極構造と呼び、保護義務の一般的なメルクマールとする学説がある⁽³⁾。このような法的三極関係に類似した理論として刑法・行政法において保護義務論の端緒あるいは類似の理論ともなるべき理論が存在する。たとえば、「行政の危険管理責任」「危険防止責任」

に関する議論や警察介入請求権の議論がそれにあたると思われる。また、外交保護権の領域、防衛問題の領域においても上記の法的三極関係が当てはまるといえる。

ここまでの概観を眺めていると保護義務論はあらゆる問題を解くカギとなってくれそうで非常に便利そうに見え、それならすぐにでも日本にもこの理論を導入していこうと考えてしまいそうである。しかし、保護義務論の特殊性を考慮していかないととんでもないことになってしまうのである。というのも、先に述べたように伝統的人権観とは異なっている（それどころか180度展開したもの）、すなわち、保護義務論は国家に人権侵害を行った「第三者」に対し人権の制限を積極的に行なわすことをその内容としているからである。結局のところ、国家は侵害を受けたものに対しては人権の擁護者として善人ズラをする一方、侵害者とされた方には、依然として人権の侵害者であり続けるのである。また、保護義務の内容は侵害者によって大きく異なるのも事実である。殺人行為や企業による公害規制などは刑法規範の制定といった程度で保護義務は貫徹されるであろうが、外国からの侵害となると徴兵制の設定、各種兵器の購入というふうには、侵害をされるまたはされそうなものも多大な人権の制限をこうむることになるのである。従って、対外国・国際機関に関する保護義務論については、侵害者としての外国・国際機関の特殊性を考慮したうえで論じていかねばならない。

これでは保護義務によって国家以外のすべての主体が人権の制限をこうむりかねない、本来持つ保護義務の意味どころか人権保障の意味がなくなってしまういかねない。その根源は、保護義務論が、特定の基本権、特定の法領域に限定されない、一般的・包括的な理論であることと、保護手段の行使による人権侵害の可能性が高い（これも手段そのものの限定がなされていないゆえに生ずる）ことにあると思われる。それゆえに薬の部分も毒の部分も共々に飲み込んでしまう可能性が高いのである。しかし、従来の理論との視点の違いにはなにかしら惹かれるものがあるのも事実である。

たしかに、日本でも基本権保護義務を研究対象とした論文が登場してきている⁽³⁾。その論文の中には、基本権保護義務論を肯定的に評価するものもある。たとえば、日本において保護義務の問題領域は憲法学上、基本権の第三者効の問題領域として扱われているが、基本権保護義務の議論はこの問題にたいして異なった視点からの再検討を迫ってくれるものであるとしたり、基本権の実効的保障のためには国家の介入が必要不可欠であって、実際に国家の介入が頻繁におこなわれている現代においては、国の保護義務を憲法論の対象として構成し論じることが結局基本権の国家からの自由という側面をより一層確実に保障するものであるとしている。

わたしは、初めに保護義務論の端緒となった判例・学説を見ていき、保護義務論が1950年代から論じられている事実から、保護義務論がけっして湧いて出てきたような議論ではなしに、基本権論の発展の延長上にある議論であるということの証明としたい（第1章）。判例レベルにおいて、墮胎罪判決を

中心として、連邦憲法裁判所の諸判例の経過を概観し、保護義務という用語をどのように取り扱っているのか、つまり、誰の法益に対してどのような義務があるのか、その根拠条文は何かなどを各判決の背景をとらえつつ、言及して行くことにする（第2章）。

さらに、外交問題・防衛問題における保護義務論の特殊性について言及をおこない当該領域において保護義務を論じるべきではないことを述べ、保護義務論の問題範囲の限定化を提唱したい（第3章）。

理論レベルでは、まずは保護義務の構造について概観していきたい。そこでは、保護義務のメルクマールとしての法的三面構造について述べ、保護義務の内容および実効方法がどのようなものであるかを学説に沿って概説する。さらに、保護義務とその他の権利（防御権・社会権）との異同、基本権の第三者効の議論との関係を述べて行く。ここではとくに基本権の第三者効の問題とされる領域における保護義務論の有用性について論じていきたい（第4章）。

その一方、基本権の保護義務において理論上において想起されるべき「影」の部分、すなわち、国家に積極的な措置（それも刑事訴追が中心となる）を要求するという特性から生じる、国民の国家に対する過剰依存、国家の暴走（たとえば、基本権保護義務から基本権侵害義務への転化）の危険性への懸念を示し、これらを防止するための対策を案出することにある（第5章）。

最後のむすびとして、保護義務論が第三者効の問題領域で限定されることで有効性が一層増加し、さらに保護義務論の「影」の部分の無害化にも役立つということをも述べたい。今回の論文の目的は、あまりにも包括的すぎて不明瞭である保護義務の内容と範囲ならびにその実行方法についての明確化・限定を行うことにある。そうすることにより保護義務論は受け入れられやすいものとなる。

第1章 初期（墮胎罪判決以前）の保護義務論

基本権保護義務が確立する契機となったのは1975年2月25日に連邦憲法裁判所で下された墮胎罪判決（BverfGE 39,1）であるとされている。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ないという考え方は、この判決によりはじめて始まったものではないのである。というのも、墮胎罪判決以前にも特定の法益、または特定の問題状況ではあるが保護義務の観念を認めることができるからである。まず初めに、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いくつかの例について取り上げることとなる。ドイツにおける基本権保護義務論の歴史的な流れを見ていき、基本権の発展の延長上にこの議論があるということの証明としたい。とくに1および2の説明においてそれが顕著に現れているといえよう。

1 判例における保護義務

① 人間の尊厳の保護

連邦憲法裁判所は、遺族援助に関する1951年の判決（BverfGE 1,97）において、基本法1条1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している⁽⁴⁾。また、社会国家原理とのかねあいをもつ基本法2条2項1文に関連して、再三衝突し合う諸利害の受け入れられるような調整、ヒトラーによる統治の結果、窮地に陥らされたすべての人々に受け入れられるような生活条件の確立への努力といった、社会に対して積極的作為をする国家義務について言及している⁽⁵⁾。

保護義務の根拠を基本法1条1項に求める見解は、保護義務論の端緒のひとつである。基本法1条1項2文が国家に人間の尊厳の侵害禁止を命じ（尊重義務）、各人に防御権を付与するだけでなく、さらに国に対して、人間の尊厳が国家以外の主体によって侵害された場合にこれを防御すべき積極的措置を義務づけることについては、判例・学説上異論がないとされている。

なお、人間の尊厳保護義務論は、我が国においてもすでに初期に取り入れられている。田口教授は、人間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及ぼすものであり、この場合に国家は・・・他人の尊厳を侵害するような行為を放置すべきではなく、国家は一般にすべてのもの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おう」と述べ、さらに警察権の法的根拠とその限界を人間の尊厳保護義務に求めている⁽⁶⁾。

この段階ですでに国家の一般的保護義務が憲法上自明のものとされたともいえない⁽⁷⁾。

② その他の判決

助産婦決定(Hebammenbeschluss)において、連邦憲法裁判所は、「(助産婦に定年制を設けることによって)職業の作業資格を剥奪することから十分な可能性で生じる危険に対し、包括的かつ実行的な予防措置をとる、立法者の一定の義務」を確立している⁽⁸⁾。さらに、「国家は安定した貨幣・財政制度について配慮する義務を負う」ともされている⁽⁹⁾。

1973年の大学判決(BverfGE 35,79)は、学問の自由(基本法5条3項)という価値決定から、学問の自由の理念の実現のため積極的に協力すべき国家の義務、具体的には、自由な学問の保護・育成のために人的・財政的・組織的手段を整備すべき国家の義務と既存の公的制度の分野において自由な学問活動の基本権が侵害されることの内容適切な組織上の義務を導き出している。

2 Dürig による保護義務論

明文上、言及されていないことではあるが、連邦憲法裁判所は後に述べることになる1975年以降の墮胎罪判決以後の保護義務判決が学問的準備作業に基づいているということが出来る⁽¹⁰⁾。

すなわち、Dürig は1958年においてすでに基本法1条ならびに2条2項についてのコンメンタールの中で基本権に基づく国家の保護義務に関する基本的な解説をおこなっていたのである。彼の出発点は、価値体系の基礎である基本法1条1項にあった。基本法1条1項2文に基づく保護義務は尊厳⁽¹¹⁾のみならず、その他のすべての基本権の本質的あるいは人権の内容⁽¹²⁾にもあてはまる。というのも、それらが基本法1条1項という総体的な根本的規定の表出物あるいは具体化されたものであるからである⁽¹³⁾。

たしかにDürig は基本法1条1項2文からも、2文によるその他の基本権への「浸透作用」からも個々人が新たなあるいは追加的な規則の公布を求める権利を導出していない⁽¹⁴⁾。しかし、私人相互間の関係を規定する規則は保護義務の基準に基づいて解釈されるべきであるとしている。このような方法で、基本法1条1項1文は今日受け入れられている学説であるいわゆる間接的第三者効説に貢献しているのである。

Dürig は基本法2条2項1文の注釈においてはもっぱら墮胎罪を定めた刑法218条廃止を差し止めるよう主張している。墮胎罪に関する具体的な保護義務の内容として、「・・・国は胎児の生命を私人の侵害から保護しなければならない(保護義務)。刑法218条が存在しないとしよう。この場合、国は、一憲法的視点からすれば一この種の規定を制定しなければならないであろう。」といている。また、基本法2条2項3文の注釈において、立法者が私人侵害をやめさせることができるが、それは本質的内容の限界を侵しかねないと警戒している⁽¹⁵⁾。

連邦行政裁判所は、Dürig の基本的な解釈に同調し、そこから基本法2条2項1文にもとづいた国家による予防接種を通じて「感染からの防御を求める」という「積極的権利」の根拠としている⁽¹⁶⁾。

3 および 4 の理論については、一般的保護義務と比べてかなり特殊な問題領域であり、保護義務論と同じ次元の議論として論ずるのはいささか問題があるものの、法的三極構造と同じような法的関係（国家－被害者－侵害者）のうえにたって問題を理解しているという点から紹介をさせてもらうことにする。

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、またこれをもっとも強調している法分野のひとつである。

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見られるように、従来、もっぱら警察権行使により規制を受けるものの視点から考察されてきた。このような視点の一側面を修正し、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」(BVerwGE11,95)をリーディングケースとする警察介入請求権の理論がある。

警察法には、周知のように警察公共の原則、警察補充性の原理、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う考え方は、これらの原則を緩和し、警察介入の義務、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ひとつとして援用された。(17)

4 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て場合、外国人の本国は、外交的保護権を行使することが認められている。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、在外外国人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している(18)。

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、すでにパウル教会憲法189条が、「あらゆる在外ドイツ国民はドイツ帝国の保護のもとにある」とうたっていた。同じく、1871年ライヒ憲法3条6項、1919年ワイマール憲法112条2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。ドイツ基本法にはこれらに対応する規定はないが、以上の「憲法伝統」(19)に基づき、学説は、50年代から、西ドイツ政府の外交的保護義務について議論し、国籍について定める基本法16条1項、および基本法1条1項を根拠にこれを肯定してきた(20)。

第2章 保護義務論の判例レベルでの定着

一 墮胎罪判決を初めとする生命・健康問題での判例一

第1章においては、保護義務論の端緒となる判例・学説を見てきたが、これだけでは保護義務論を活発なものにするだけの原動力はなかった。というのも、判例においては単に国民を保護する義務が強調され、「第三者からの違法な侵害にたいする保護」という保護義務論の核心にせまった議論が初期に行われていたわけではなかった。そして、学説においてもDürig説は保護義務と第三者効力の関係に着目していたにもかかわらずこれ以上の深化を見なかった。

しかし、1975年の墮胎罪判決は「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極めて大きな意義がある」⁽²¹⁾のものであり、当該判決によって国の基本権保護義務という法的作用が確立された。それ以後判例では墮胎罪判決の引用が保護義務を論ずるにあたって必ずといってよいほどなされており、この判決をリーディングケースととらえてもさしつかえはない。

他方、学説レベルにおいてもIsenseeの論文Das Grundrecht auf Sicherheitを発端として保護義務論が活発化していったということについては、後の章で述べていくことにする。

1 墮胎罪判決

一般的・包括的保護義務論確立のリーディングケースである墮胎罪判決（1975年2月25日判決）の検討を行う。

墮胎罪判決（BVerfGE39,1）

<事実の概要>

当該判決は、刑法218条を緩和し、受胎後12週間以内の妊娠中絶を原則として刑罰的禁止から除外したことにたいする合憲性が問われた客観的規範統制である。

1974年第5次刑法改正法により改正される以前の刑法218条規定は、人工妊娠中絶の一律の処罰を予定していた。この旧規定に対しては、特殊事情を一切考慮しない点について強い異論があり、妊娠中絶に関する刑罰権の根拠と合理性をめぐって、今世紀初頭より、法学者の間で激しい論争が継続していたとされる。

74年法の審議においても、期限モデルか適応モデルか⁽²²⁾、また、適応モデルの場合の適応事由の広狭について、各種の提案が出されたが⁽²³⁾、結局、連邦議会は、大要、次の内容の期限モデルを採択した。それによれば、受胎後13日以降の中絶は自由刑または財産刑に処せられるという原則をうたったうえで（218条）、受胎後12週間以内の中絶を不処罰(straflos)する（218条a）。この場合、妊婦は、医師または権限ある助言機関において妊婦、母

親、子供に対する公的・私的援助についての助言（218条c1項1号）、医師による医学的助言（同項2号）を受けなければならない⁽²⁴⁾。

これに対し、連邦議会ならびに州議会の議員が基本法93条1項2号、連邦憲法裁判所構成法13条6号に基づいて抽象的規範統制をおこなった。

連邦憲法裁判所はその基本法2条2項、基本法1条1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。74年改正刑法の期限モデルを違憲とし、適応モデルの採用を命じた。

<保護義務の内容>

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後、国の保護義務について述べている。

「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2条2項1文から直接導出される。この義務は、さらに、基本法1条1項2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1条1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を義務づけられているかは、それゆえ基本権規範の客観的内容からただちに明らかとなる(41～42)。」

「国の保護義務は包括的である。これは一もとより自明のことであるが一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とどまらず国に対して、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。人間の生命は、詳細な根拠づけはなされるべくもないが、基本法秩序において最高価値なのである。；生命は人間の尊厳の重要な基礎であり、他のすべての基本権の前提なのである(42)。」としている。ここにおいて、胎児を含むあらゆるすべての人間の生命を保護すべき国家の義務の根拠を基本権が化体している基本法の客観的価値秩序あるいはそれと同義の基本権規範の客観的内容から導き出し、国家の保護義務の思想を打ち出している。また、この段階では条文の根拠を基本法2条2項1文とそれに関連した基本法1条1項2文に求めている。

誰の誰に対する保護義務であるのかについては、胎児と妊婦が他に類を見ない特殊な結合関係にあるとしつつも、「生成しつつある生命に保護をおこなう国家の義務は、原則的に母親に対して（gegenüber）も生じる義務であるとしている(42)。」とする。

さらに、女性の人格発展権（基本法2条1項）と胎児の生命保護との利益較量をおこなっている。「この母子関係について、親子関係ならびにそれに伴う義務を決定するという女性の人格発展権（ここでは妊娠中絶の是非）・・・もたしかに胎児の生命保護とならんで承認・保護されうるものである。しかし、

この権利は無制限に保障されるものではない—それは他者の権利、合憲の規定、不文の道德律により制限される—(43)。「胎児の生命保護と妊婦の妊娠中絶との調整は不可能であり・・・2つの憲法法益を、憲法に価値秩序の中核である人間の尊厳との関連で検討する必要がある(43)」としている。そこで、基本法1条1項に照らせば、胎児の生命保護は妊婦の自己決定より上位におかれるべきであり、特定の期限を付して女性の自己決定権に優位を与える思考は基本法の価値秩序に適合しないとしている(43~44)。

保護義務の内容・具体化については「国家がいかに生成しつつある生命の実効的保護を果たすかはまず第一に立法者により決定される。彼らはいかなる保護手段が実効的生命保護を保障するにあたって合目的かつ要請されたものであるかについて判定するのである(44)。」として、立法裁量を認めている。

<判例の評価・評釈>

「国の保護義務は包括的である」という表現は、一見、基本権保障の限定を不可能にしてしまうかのように見える。しかし、これは単に基本権保障は国家侵害の禁止のみならず私人による侵害防止の要請をも含むという新たな解釈を導くものである。この表現は保護義務の範囲を言及しているわけではなく、むしろ、「包括的」基本権保障と従来からの国家侵害からの防御という保障の限定とを対比させるという形で国家の保護義務を根拠づけるものであるといえよう(25)。

また、「この生命を保護し、促進することを命じる」という表現につき、この「促進」義務という文言が狭義の意味での国家給付を示していて、独自の意味合いがなくなっているように見える。しかし、この判決の中心部分は生命あるいは健康といった法益を「他者による違法な侵害から擁護する」という具体的な要請に合ったのである。結局この文言は、通常はこれまでほかの義務は他者からの侵害にたいする保護要請としては認識されておらず、そのために一般的な保護あるいは促進義務の一部分を示したものである(26)。

憲法裁判所の基本権裁判における当該判決の位置付けについては評価が別れており、ひとつはこれまでの基本権判例の延長線上にあるものと位置付ける見解(27)、他方は基本法の基本権規定が国家からの自由を主眼に置かれていることから「衝撃的」と見ると見る見解(28)である。この両見解を検討することによって当判決の意義、たとえば基本権理解の変遷の有無についての解釈が異なったものになる。わたしとしてはたしかに活発化はしなかったものの、第1章で検討をした初期の保護義務論や判例を見るかぎりには、「衝撃的」な判例であるとはいい難く思われる。

墮胎罪判決以後の保護義務判例を概観することで、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地位を占めているという事実を明らかにしていくことにする。

2 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2つの決定（シュライヤー決定1977年10月16日・接触遮断決定78年8月1日）において保護義務に言及している。

シュライヤー決定（BVerfGE46,160）

<事実の概要>

申請人（シュライヤー氏）は、1977年9月5日に彼の護衛人を殺されたたうえテロリストにより誘拐された。それ以来テロリストの支配下にある。誘拐者は連邦議会および連邦刑事局に対し、シュライヤー氏の開放は指定の要求の実現にかかっている、この要求が通らない場合はシュライヤー氏を「処刑する」と脅迫した。誘拐犯の要求は、未決囚ならびに帰結囚のテロリスト11名の実名を挙げたうえで、彼らを釈放し、連邦共和国からの出国を認めるという内容であった。

シュライヤー氏の法定代理人は、誘拐者の要求を聞き届けるために、連邦議会および連邦刑事局に義務づけられてしかるべき仮命令の公布を求めた。しかし、その提案は拒否された。

<保護義務の内容>

「基本法1条1項2文とむすびついた基本法2条2項1文は、国家にあらゆる人間の生命を保護することを義務づけている」とし、墮胎罪判決と同じように国家の保護義務の根拠を基本法2条2項1文と基本法1条1項2文に求めている。また、生命の最高価値性についても墮胎罪判決を踏襲し、シュライヤー氏の生命保護義務を認めている(164)。

保護義務の効果的な保護手段は、国家機関がそれぞれの責任に応じて決定するものであって、今回はテロリストによる誘拐が特殊なケースであることを考慮したうえで決定されなければならないとする。保護手段の決定に際して、「基本法は個人に対しての保護義務のみならず市民全体に対しての保護義務をも負う」とし、このような状況では国家の対応がテロリストによって事前に察知されるということから、「基本法2条2項1文を通じて効果的保護をおこなうという任務とは看過できない矛盾関係にある」としながらも、「国家は当該市民に対して効果的な保護はできない」とした。

ここで問題とされるのは、シュライヤー決定において「市民全体」に対する保護義務という考えは、具体的な事例の場合に「個人」の保護が後退してしまうという根拠づけとなっていることである(29)。

接触遮断決定

<事実の概要>（BVerfGE49,24）

申立人1・3・5はテロリスト活動、すなわち刑法129ならびに129a条違反の疑いで、勾留中の囚人である。申立人2・4・6は申立人1・3・5

の私選弁護人としての資格を持っている。シュライヤー氏がテロリストに誘拐されたのにもない、1977年9月30日に連邦参議院の同意をえて連邦議会により可決された裁判所構成法執行法の改正についての法律が1977年10月22日に執行された。当該法律の第1章は、裁判所構成法執行法31～38条に相当するものであり、囚人とその弁護人との間の接触を禁止することができる条件が規定されていた。

連邦法務大臣は10月2日に現在誘拐されその所在が知れぬシュライヤー氏を危難から防御せんとして、裁判所構成法執行法31・32条に基づいて特定の囚人相互間の接触ならびに弁護人との文面および口頭の交流も含めた外部との一切の遮断を決定した。申立人1・3・5は決定に基づき接触禁止を実名名指しで命じられた囚人であった。また、10月13日に連邦通常裁判所の決定では、裁判所構成法執行法35条に基づき10月2日になされた連邦法務大臣の決定は申立人1・3・5に関するかぎりではあるが有効であるとしている。

彼らの憲法異議は、10月2日の連邦法務大臣の決定、それを有効とした10月13日の連邦通常裁判所の決定、部分的にはあるが接触禁止期間中の個々の措置に対しておこなわれた。憲法異議は一部は棄却、一部は却下された。

<保護義務の内容>

保護義務の根拠については、墮胎罪判決およびシュライヤー決定を引用している。すなわち、人間の生命が憲法秩序のうちで最高地位を占めること、基本法1条1項2文に関連した2条2項1文から包括的かつ上記の最高価値から解せられる国家の保護義務が生じること、それはとくに他者からの違法な侵害からの保護に対して生ずることを述べている。

ここで問題となるのは、国家の保護義務が人権制約の正当化に貢献している点にある。結局、国家の生命保護義務は、囚人に対する措置を正当化し、違憲の主張を退けるための論拠として援用されている。すなわち、「裁判所構成法施行法改正法はこれらの国家保護義務を達成している。当法律は－裁判所構成法施行法31条1項の条文に明記されているとうりに－保護義務に従って、基本権構造においてまさに特別の高位に位置する身体の不可侵ならびに個人の自由（基本法2条2項1文・2文）という基本権保護を目的とする(53)。」としており、「危険にさらされた個人の生命ならびに自由の保護を裁判所構成法施行法31条の要件下にあることから『囚人相互間ならびに外部との接触を遮断』することで現実化しようとする試みは、当該囚人に制限をもたらしめ、・・・接触禁止命令は、個々のケースの状況によっては囚人の基本権に対し深刻な侵害を与えうる」として各基本権の侵害について審査したものの、当法律は基本権と両立しうるものであるとした。

3 原発の安全性と保護義務

原子力発電所の安全性に関して1978年8月8日の決定（カルカール決定）、79年12月20日の決定（ミュルハイム・ケルリッヒ決定）がある。

カルカール決定 (BVerfGE49, 89)

<事実の概要>

高速増殖炉型原子力発電所の建設認可に関する判決である。原告は原発設立予定地のおよそ1キロで農業を営んでいて、行政裁判所に対し建設許可取り消しの訴えを起し、そこでは訴えが根拠のないものとして却下された。ミュンスターの上級裁判所は控訴手続を停止し、基本法100条1項に基づき連邦憲法裁判所に原子力法7条(30)がいわゆる高速増殖炉型原子力発電所の建設認可を行う範囲で基本法に適合するかどうかについて判断を求めたという具体的規範統制である。

<保護義務の内容>

保護義務の根拠について、これまでの保護義務判例を援用した形をとっている。すなわち、「連邦憲法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対する個々人の主観的防御権を含んでいるのみならず、同時に法秩序の全領域に妥当し、立法・行政・裁判の指針となる憲法の客観的価値決定でもある。・・・このことは人間の尊厳を尊重し保護することをあらゆる国家権力の義務としている基本法1条1項2文においてももっとも明瞭に示されている。このことから、基本権侵害の危険を実効的に防止しうる法的規制を講じることが命じる憲法上の保護義務が生じる。(141)」というふうに保護義務と基本法2条2項1文における基本権の客観法的内容との関連を強調している。

保護義務の内容としては、「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、ならびにどのような法的規制がすでに存在するかによって決まるのである。(141)」としており、本件については、「(核エネルギーの平和的利用によって生じる)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 of 蓋然性が極めて低い場合であっても、保護義務は、立法者に対しても具体的に発動する。(141)」と述べている。

技術的な危険に対する保護義務について、連邦憲法裁判所は保護義務の範囲の限界について以下のように述べている。「保護義務に照らし合わせて、それによって技術施設の許可ならびに操業によって生じうるかもしれない基本権侵害に対し絶対的な安全をもたらすわけではないが、規制を立法者に要請することは、人間の認識可能性の限界を見誤ったり、時として国家による技術使用のあらゆる許可が退けられるということになるかもしれない。社会的秩序を具現化するにあたり、そのかぎりにおいては実際的な判断力に基づく評価で満足しなければならない(143)。「生命、健康、財産物件に対する侵害に関していえば、立法者は原子力法1条2号ならびに7条2項に書きとめられた最前の危険防御と危険回避の原則という形で基準を設定した、その基準では経済ならびに技術の見地にたって『实际的に』かような侵害事が生ずるのが不可能であると判断したときのみ許可を与えるのである。実際的な判断能力を超える

不確実性は人間の認識能力の限界のうちその根源がある。この不確実性は避けられないものであって、上記のかぎりにおいて社会的に妥当な負担でありうるのである(143)。」というふうに、保護義務の範囲は人間の認識能力の限界をもとに設定されているのである。

ミュルハイム-ケルリッヒ決定 (BVerfGE53,30)

<事実の概要>

原告は、ミュルハイム-ケルリッヒ原子力発電所からおよそ7 Kmのところ
に居住している。彼の憲法異議はコブレンツ上級行政裁判所の判決に対して
おこなわれたものである。その判決においては、所轄の州省庁が第一次部分許
可の枠内でおこなった、そして施設の大部分の建設にかかわる箇所の第7番目
の許可通知の即時実行が追認された。当該原子力発電所はライン河に隣接して
おり、さらにその近くには連邦国有鉄道の幹線がある。またその周辺5 Kmの
範囲にはおよそ8万人が居住している。

第一次部分許可は1975年におこなわれた。そこではまずもって、申請書
類についての説明や審議の召還が実行され、ならびに鑑定意見がなされた。当
該許可は、原子力発電所による安全報告書にもとづく説明に従って与えられた
。この許可で、施設の全面的建設が認められた。その次の段階の許可において
は、原子力発電所の操業許可が依然として問題として残されたままとなった。
その許可において、即座に操業が可能であるとされたが、いまだに工事の執行
はできないままであった。結局は、許可官庁の書面による許可が与えられてか
ら安全技術上重要な構造箇所の設立が初めて可能となるのである。そして、事
実上の鑑定人としてのラインラント技術監査協会 (Technischen Überwachungs
-Verein)の態度表明がそのつど許可官庁に提出されるのである。

その後、ラインラント技術監査協会の意見に従って多くの許可通知が出され
た。しかし、これらの許可通知は最初に説明された、そして審議において討議
された資料で予定されていた建築方式とは異なった建築命令にもとづくもので
あった。この建築様式変更に対する安全技術上ならびに法的な評価については
争いがあった。

一方は以下のように主張している。すなわち、当初に説明をおこなった資料
ならびに第一次部分許可で許可されたいわゆるコンパクト建築様式に限定され
るとする。コンパクト建築様式によって航空機の墜落、それによる爆風、とい
った外部からの影響をよりよく保護し、またコンパクトであればあるほど地震
に対しても効果的に保護ができる。これらの許可通知は安全水準にかかわるも
のであり、新たな形式的許可手続を要する根本的な変更である。彼らは、第
一次部分許可でなされた鑑定意見をよりどころとし、それに基づき地震ならびに
その他の影響に対する安全対策を講じている一連の諸命令に基礎をおくのであ
る。しかし、この建築様式の変更は全体的に安全水準の改善につながるもので
あるとの反論がなされている。

この憲法異議においては、原発認可に実体的要件に加えて、手続的要件もま

た保護義務の一具体化であるという前提のもとに、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が審査された。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争われたのである。

<保護義務の内容>

憲法異議申立人による基本法2条2項の侵害の主張は、原子力発電所の操業に伴う生命ならびに健康に対する危険が、現行の建築基準からは生じえないということから、基本権保持者の現在かつ直接の侵害は生じないとして却下している(31)。

保護義務については、まず、これまでの保護義務判例の引用をしている。憲法審査基準として生命ならびに身体の不可侵を保障する基本法2条2項を考慮しつつ、「周知の解釈に従えば、この基本権は国家侵害に対する主観的防御権を保障するだけではない。むしろ、それ以上に言及されている法益を保護し促進し、とくにその他の方面からの違法な侵害から保護をするという基本権の客観的内容に基づく国家機関の義務を導くのである。このまず第一に墮胎罪判決から発展した解釈は、原子力法規定について憲法判断をおこなったカルカール決定において援用され(58)」ているとし、保護義務の発動要件については、「核エネルギーの平和的利用によって生じる存在しうる危険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極めて低い場合であっても、保護義務は、立法者に対しても具体的に発動する。(58)」とカルカールと同じことを述べている。

本件における保護義務の実行方法については、「このような保護義務は国家が原子力エネルギーの経済的使用を事前の国家による許可に依存させ、そのような許可の付与を詳細に規定された実体法あるいは手続法上の要件にかからしめるという方法で遂行されるのである。この許可規制が・・・第三者から保護するためには適切な手段なのである。(58)」としている。

今回の場合、どのようなときに基本権侵害ととられるかについては、「そのような侵害は、許可官庁が国家が基本法2条2項で言及されている法益を保護する義務を達成するために設定されたこのような手続規定を尊重しないときに考慮されるのである(65～66)」としている。

ここで問題としなければならないのは、シュライヤー決定の時は「個人」に対する保護義務VS「市民全体」に対する保護義務という構図で結局「市民全体」という全体的利益に個人の法益が負けてしまったのと同じように、ここでは、一般的利益という観点を用いて個々人の権利がないがしろにされているきらいがあるのである。裁判所は「同様に、国家は一般的見地を考慮したうえで、一方危険にさらされた市民の基本権地位と、他方創業者との調整を行うという形でもっとも容易に保護を充足できる。原子力発電所はその具体的で異常な潜在的危険性にもかかわらずエネルギー供給という一般的利益のもとで許可さ

れる。(57～58)」というのである。その後で、それゆえに国家は危険に対し共同責任を負い、実体法あるいは手続法上の規則の憲法的評価については国家による侵害立法と同じように厳格な基準で取り組まなければならないとしているが、どうも引っかかる部分である。

4 環境健康問題と保護義務

1981年1月14日の決定(航空機騒音決定)では、飛行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。

航空機騒音決定 (BVerfGE56,54)

<事実の概要>

憲法異議申立人たちは、Düsseldorf-Lohausen 空港の北東部に住居を持っている。彼らの主張によれば、国家機関は飛行場の操業によって起こる騒音被害にたいし効果的な対処をおこなうという憲法上の義務を不行使により怠っているということである。彼らは連邦憲法裁判所が具体的措置を命じるのではなく、むしろ判決で基本権侵害を認めさらに国家機関に基本権侵害を排除するための限定的暫定期間を設定することを望んでいた。しかし、判決において関連法規に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され、この憲法異議は却下された(32)。

<保護義務の内容>

この判決においては、まず、墮胎罪判決・シュライヤー判決・原子力発電所に関する2判決といったこれまでの保護義務判決の基本部分を引用している。しかし、保護義務の根拠をもっぱら基本法2条2項のみに求めていて基本法1条1項とのかかわりについてはもはやまったく言及していない(73)。

保護義務の範囲については、「これまでは身体の不可侵を明文上定めた基本法2条2項に基づく保護義務がはたして生物-生理学的観点に限定されるのかあるいは心的-精神的領域、すなわち精神的健康にまで及ぶのか、あるいはさらに社会的健全性をも含むのかについての新たな問いには十分な明確化をしてこなかった(73-74)。」としたうえで、「身体の不可侵」という概念が精神的健康ならびに社会的健全性をも含むとしている(76)。

保護義務の審査基準として、すでにこれまでに他の判例において標準的見解として国家機関に基本権で具体化された基本決定の「明白な侵害」があったかどうかについて審査してきた(BVerfGE 33,303 大学定数判決など)としたうえで、本決定において「明白な侵害」という審査基準で保護義務を論じている。すなわち、「再三の妥協を要する本決定においては、権力分立の原則ならびに国民により直接に正当化された立法者の責任のもとでの民主性原理に従い、最高度の重要性をもつ法益が危険にさらされることがないゆえに審査は限定的なものにとどまりうるのである(81)。」「このような審査基準にからして立法者は健康に危害を及ぼす飛行機騒音から国民を保護するという義務が、法改正

の不作为によって明白に侵害されたとはいえない(82)。」とし、憲法異議を却下しているのである(33)。

結局、連邦憲法裁判所は立法者に「明白な侵害」という審査基準に基づいて立法者の判断を最大限に尊重するという姿勢をとっている。そして本決定では、「最高度の重要性をもつ法益が危険にさらされているのではない(81)」ことを理由に当基準の採用を正当化している。

以上のように、保護義務という法的作用は連邦憲法裁判所において定着を見たといってよい。これらの諸判決において、問題といえることは①保護義務に関する国家機関の裁量権、②一般的利益と保護義務との関係、③保護義務による人権制限の正当化などが挙げられるが、それらは後の章で論じていくこととする。

第3章 外交・防衛問題における保護義務論

外交・防衛問題における保護義務論については、第2章には言及せず新たに章を設定したうえで論じていこうを思う。というのも、この問題領域においてはこれまでの生命・健康についての諸判例とは異なった特殊性を有しているからである。その特殊性としては以下のようなことが考えられよう。

①ここで想定されている侵害者が外国または国家機関であり、その侵害に対する保護手段が強力になってしまう。国内の侵害者に対してはせいぜい強力であるとはいえ、刑法・警察法を根拠にした保護というものが関の山である。この場合考えられるのは軍事力を背景にした保護が一番強力な手段となろう。かような保護手段が本当に「個々人の権利」を保護するための手段といえるかは疑問である。どちらかといえば「国家の権利」を保護するだけではないだろうか。

②もともと外交・防衛問題においては立法者の裁量が通常の場合よりも広大なものであること。後に述べることではあるが、保護義務を論じるまたは主張できる前提として国民が国家をそれなりにコントロールできなければならないのである。国民による直接のコントロールがとりにくいこのようなケースにおいては保護義務論を主張したところで立法者あるいは国家の都合のいい保護義務が押しきられてしまうであろう。こういう領域で保護義務を論じるのは自分の首を絞めて下さいと言わんばかりのこととなる。

③実際、連邦憲法裁判所の判例において徴兵制の正当化のために保護義務が援用されている。これは兵役拒否に関する判例である（BVerfGE 48,127）が、ここでは一般的徴兵制度正当化の根拠として、外国軍からの「国家的保護」とそれに貢献するための「国民の義務」との歴史的関連性をとりあげたうえで、これが「個人的保護請求権」と対応しているというのである。すなわち、この保護請求権は基本権保護を保障してくれる憲法秩序の安寧に貢献するという市民の公共体に対する義務と対応するというのである⁽³⁴⁾。たしかに国家なくして国民の第三者からの保護はないだろうけれども、徴兵という国民の犠牲を前提とするような保護義務論がはたして個人の権利を真に保護する理論であるのかについては疑問を持たざるをえない。

1 外交的保護義務

ヘス事件（BVerfGE 55,349）

<事実の概要>

1849年に生まれた申立人（ルドルフ＝ヘス）はニュルンベルグの国際軍事法廷で平和に対する罪で終身刑に処せられた。1947年7月にベルリン－シュパンダウの連合国防務所に護送され、それ以来そこで拘留されている。1966年10月1日に最後の同囚が釈放されてからは、申立人が唯一の囚人となった。連合国防務所の出費に関しては、西側占領軍各国がベルリンにおける

駐留費であると主張しているのでドイツ連邦共和国の負担となっている。1977年6月に申立人はケルン行政裁判所でドイツ連邦共和国に対する訴えをおこした。そこで彼は自分の即時釈放のために一定の外交措置を講ずるドイツ連邦共和国の義務の存在を宣告することを求めた。行政裁判所はその訴えを棄却した。ミュンスター上級行政裁判所は上訴を却下した。そしてそれに対する上告が認められた。

申立人は憲法異議において、大要として以下の申請を行った。(1) 4つの拘禁諸国に対しあらゆる適切な公的措置をとる。特に国際連合に対し、国連総会において4つの拘禁諸国に対し申立人の即時釈放を命じるようにただちに提案することをドイツ連邦共和国に命じる。(2) 1979年12月21日の1980年会計年度についての連邦予算案確認に関する法律が、ベルリン-シュパンダウ連合軍事情務所の運営ならびに維持に対する支出を承認するかぎりにおいて無効であることの確認。(3) 連邦行政裁判所を通じての行政上級裁判所の判決に対する上告において従来口頭弁論の期間を設けなかったことは、司法的権利救済を求める基本権を侵害していることの確認。この憲法異議は一部棄却、一部却下された。

<保護義務の内容>

連邦憲法裁判所は、申立人が行政裁判手続においておこなった要求、すなわちドイツ連邦共和国が特定の表明ならびに作為をおこなう義務を宣告することを拒否したうえで、「上級行政裁判所は憲法異議申立人の基本権を侵害していない。上級行政裁判所はドイツ連邦共和国の国家機関、とくに連邦議会に憲法に基づいてドイツ国籍保持者ならびにその利益を外国から保護する義務を課しているということにつき誤認していなかった。上級行政裁判所の解釈はさらに以下の通りに的確に示される。すなわち、連邦議会は対外的保護の是非および方法についての問題に広範な裁量を与えられているということ、したがって行政裁判所は連邦議会の作為ならびに不作為について裁量の欠けている場合に審査が限定されるということである。この解釈は連邦憲法裁判所の解釈に相当するものである。それによれば、特に対外政策領域においては政治的行為に適した国家機関という点で他の国家機関と同じく連邦議会は一般的に広範な政治的裁量が認められるのである。(364-365)」として、広範な裁量を認めているのである。

2 防衛政策

防衛政策の領域において、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1983年12月16日の決定、化学兵器の配備に関する87年10月29日決定がある。

核弾頭ミサイル (BVerfGE 66,39)

<事実の概要>

申立人は、1979年12月12日におこなわれたNATO各国の外務・国防大臣によるブリュッセル決定に基づいたドイツ連邦共和国領内への核弾頭装備済の中距離核兵器パーシングII型ならびに巡航ミサイルの配置についての連邦議会の承認、および当該兵器の配備全体に関して憲法異議を行った。

同時に、申立人は連邦議会の決定およびミサイル配備を憲法異議の判決まで停止する仮命令の公布を求めた。しかし公布の提案は却下されている。

<保護義務の内容>

申立人は、上記のミサイル配備が結果としてソビエ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を示していた。すなわち、「新兵器の配備については生命保護の措置としての正当性が認められる余地はない」と主張する。

今回の生命・身体に対する侵害の危険性について当該危険が切迫したものではなく、『迫りつつある』侵害ではあるが考慮しうるとして、「憲法異議申立人の提起した状況のもとでは、(核ミサイルの配置が)生命ならびに身体に不可侵に権利が相当のかつ直接の侵害とはなりえない。(59)」「基本法2条2項1文で保障された法益の『間接的』脅威はドイツ連邦共和国に設置された兵器によってではなく、むしろNATO諸国の核兵器能力に属さない第三諸国によって生じるのである。(60)」としている。これでは迫りつつある侵害の責任の所在を否定しているかのようである。

本件の場合の侵害危険性につき、「危険の決定的原因を考えるにあたり、一般的国際政治情勢と変化しつつある政治および軍事関係に関連して、外国の諸判断が重要になってくるのである。(59)」としたうえで、連邦憲法裁判所は、政治的判断を要する場合には所轄の国家機関に判断を委ねることとし、「このようなことは、対外外交—防衛政策の領域においていかなる方法で基本権に関する国の客観法上の保護義務を充足するかの問題にも当てはまることである。(61)」として広範な裁量権を認めている。

化学兵器 (NJW 1988,1651)

<事実の概要>

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続け、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2条2項1文違反が主張された。

<保護義務の内容>

「基本法2条2項1文が防御権を付与するだけでなく、同時に客観法的価値決定でもあり、これが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」として、保護義務が連邦憲法裁判所において確定した法的作用であることを表明している。

今回の問題の特殊性について、「立法者は執行権と同じように保護義務の達成に関し、広範な判断、評価、具体化領域が与えられる、これにはたとえば競合しあう公的ならびに私的利益を配慮する領域にも妥当する。」として一般的な裁量権の存在を述べた後で、外交・防衛領域の特殊性を理由に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ってまったく不適切であるか、まったく不十分であることが明白な場合」に限り、認められるとしている。

以上のように、外交・防衛領域において非常に広範な裁量権を国家機関に委ねているのである。しかしながら、この領域では人権の中で最高位をしめる生命が脅かされる場合が多数を占めるのであって、ここでは国際政治をも考慮にいった政治的判断と個々人の生命が衝突しているのである。

化学兵器についての判決には、Mahrenholz判事の反対意見が付されている。彼の主張によれば、政府にきわめ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の退けているが、生命という保護法益の重要性、危険の性質・影響範囲に鑑みれば、より厳格な基準に基づき審査がなされなければならないとしている。しかし、戦争といった非常事態においては国家の保護義務が依然として生じるのであって、彼の反対意見も非常事態における住民の保護をもらばら米軍の手に委ね、自らはなんらの準備もしていない点について基本法2条2項1文に違反するといっただけなのである。

以上のことを見ていくと、保護義務が外交・防衛問題の領域で上記のように扱われるならばこの領域では保護義務を用いるべきではないという結論に達することになる。仮にどうしても包括的に保護義務を論じるのであれば、日本国憲法第9条を前提とした理論をしなければならぬということになる。その場合、わたしの考える本来の保護義務とは、いかにして外国の侵害を防ぐかにあるのではなく、人権の前提である「平和」をいかにして維持・存続させていくことにあるのである。

第4章 保護義務の構造

これまで、1章ならびに2章で保護義務論が判例・学説で定着している事実を確認できた。しかし、保護義務論はこれまでも述べているとおりに非常に包括的な存在であるがゆえに、その内容を明確にすることが困難であることは別段に強調するまでもない。ただ、保護義務論が論じられる各問題に共通している点（これが保護義務という概念のメルクマールとなる）、保護義務の内容・範囲・実現方法などについて論じている著書・論文が多数存在しており、それを用いて保護義務論の明確化の可能性を考えていきたい。

この章で行うことは国の基本権保護義務について、その内容・範囲についての学説を述べ、さらに、隣接概念である社会権・防御権、類似の問題を扱う第三者効の議論と比較検討することでその法的構造・法的性質が学界でどのように考えられているかを概観していくことにする。

また、第3章で述べたように、保護義務論が問題にすべき範囲が限られるべきであるという観点から、どのような範囲に限定すべきなのか、それをいかなる理論のうえで行うのが妥当かについても考えていきたい。

1 保護義務の内容・範囲

保護義務はこれまでの判例・学説が示すとおりに、多種多様な問題をその対象としうる包括的な概念である。国の保護義務は古典的な殺傷行為に対する保護から、環境汚染、原子力の平和的利用、特定の兵器の配備に付随して生じる危険からの保護にまでおよび、その保護様式も刑法規範の制定・改廃、不法行為法や手続法規定の解釈・運用による保護、行政行為、事実行為にまでおよぶのである。そして、学者によって生命・身体に対する問題をとくに強調する者もいるが⁽³⁵⁾、保護義務論は特定の基本権にその適用が限定されないという考えがドイツにおいては一般的であろう。

<法的三極(Rechtsdreieck)構造>

保護義務が対象とする諸問題に共通するのは、基本権法益に対する侵害、またはその危険が国家以外の主体によって引き起こされることと、国は不作為ではなく、これらの侵害・危険に対して防御のための積極的かつ適切な作為が求められていることが挙げられる。さらに、保護義務が問われる問題状況においては、国家－侵害者－犠牲者という3つの主体が存在し、この三つどもえの関係を法的三極構造と呼び、保護義務の一般的なメルクマールとする学説がある⁽³⁶⁾。

この構造においては、国家は従来考えられてきた「人権の侵害者」という役割から「人権の擁護者」へと180度役目が転換する。そして、侵害者としては、国家・犠牲者を除くあらゆる社会の構成員が含まれる。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、侵害者は、上記の例のようにその特定が比較的容易なケースもあれば、たとえば公害問題において顕著に現れるように、健康侵害が、時間的・場所的にはな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。侵害者は外国または国際機関の場合もある。

<Alexy の定義>

Alexy は法的三面関係 (Rechts-Dreieck) モデルを用いての保護義務の明確化を試みている。

アレクシーは保護請求権を「保護請求権とは国家に同次元の法主体相互間に関する法秩序を一定の方法で形成し、適用することを求める憲法的権利である」と定義づけている⁽³⁷⁾。この定義は、明らかに権利保持者・国家・侵害者としての第三者という三相関係にたったうえで、「同次元の法主体相互間に関する法秩序」という言葉を用いている。これは、第三者効との関連を意識しているといえよう。反対に、保護義務論を包括的に論じていこうとする学者からは、この定義では、三相関係の成立しない場面（自然災害）は救済領域から排除されるといった批判があり、保護請求権を限定的にしかとらえていないとしている⁽³⁸⁾。

この批判は、法的三相関係が本当に保護義務論を論じるにあたってのメルクマールたりうるかそれとも単なる典型的な事例にすぎないのか如何について考えさせるものがあるが、保護義務論を論じていくにあたって便利な概念として用いることができるであろう。第3章で主張した通り、問題領域の限定が必要不可欠になってくるような場面に利用しうる。

<保護義務の実現>

保護義務の、名宛人は全国家権力である。基本法1条3項に基づき、保護義務は、国の三権すべてにその実現を命じるが、他方でその義務づけの趣旨は三権ごとに異なりうる。すなわち、立法、行政、司法の各種は、憲法上配分された、それぞれの任務に応じて、基本権保護に努めなければならない。

①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る⁽³⁹⁾。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制のある代替措置なしに削除することが禁止される⁽⁴⁰⁾。

立法者の保護義務違反が問われる場合の多くは、立法者がなんらの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。この意味における立法不作為は第2章の判例が示すように、特に環境健康・原子力発電所の問題領域で問われたが、裁判所が立法不作為の保護義務違反を認めた判決は存在しない。その理由は、基本権保護義務もまた、基本権の客観法的側面に基づく法的作用と同じく、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⁽⁴¹⁾。他方、法律の留保に基づき保護義務の「第一の名宛人⁽⁴²⁾」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とされている。

②保護義務は、立法者が保護の具体的要件についてまだ詳細に定めることを命じるものではなく、一般条項をもうけ、あるいは専門知識を要する分野については行政権に法律の解釈・適用を委ねることとなる。この際、「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行使しなければならない⁽⁴³⁾」のは当然である。また、裁判権は、他の国家機関が保護義務を順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。

<保護義務の根拠>

第2章において、連邦憲法裁判所が保護義務の根拠が基本法2条2項1文を初めとする条文上から導き出していることを述べてきたが、ここでは学説上唱えられている国家論的根拠について言及していく。

Herzogは、国の保護義務の由来を、現代国家が本来の正当性を原則的に平和な、とりわけ人間の生命を尊重する社会を保障することにもとめた点にあるとしている。それゆえ、保護義務の否定は「国家論ならびに国法的にありえない」のである⁽⁴⁴⁾。

Steigerは、基本法2条2項1文に基づく保護義務を、国内ならびに国外の危険から市民を保護するというすでに現存する、現代国家に結局は認められた機能を「今日においては不可欠である国法上において具現化そして明確化されたもの」であるとする⁽⁴⁵⁾。

Isenseeは国家の保護義務そのものを基本的に基本権とは無関係のものにとらえている。それは以下の点において現れている⁽⁴⁶⁾。

Isenseeは国家の保護義務をもって近代国家の初期の段階において主張され実現されたものとしてとらえている。その場合、注目されるのは一方で国家の保護義務の思想原理として自然権の放棄・服従義務の引き受けと引き替えに保護義務の引き受けが約束されたと説くホッブス等の社会契約論が挙げられ、他方で憲法レベルにおける保護義務の先例として18世紀のアメリカ・フランスの権利章典や人権宣言が挙げられていることである。すなわち、基本権にとって基本的意義を有するはずの基本権の保障のしかたが問題とされていないことである。

Isenseeは連邦憲法裁判所の判例や学説の多くが、国家の保護義務の憲法上の根拠を2条2項2文、あるいは2条2項2文と1条1項2文に求めているのに対し、それを国家目的としての安全に求めている。すなわち、国家目的としての安全は近代国家の存立目的であり、国民の基本権の保障の前提条件をなすものであり、形式的憲法の実効性の前提条件をなすものであり、そのような意味において実質的憲法の本質的構成要素をなすものであり、それゆえ、形式憲法に明記されるまでもなく憲法的効力を持ち、保護義務の憲法上の根拠たりう

るとされているのである。このように国家目的としての安全によって根拠づけられるものを敢えて基本権を保護する義務という概念でもって説明するのは、客観的なものとしての国家任務に基本権法益という憲法上の基盤を与えるためであるとされている。それゆえ、保護義務においては、国家目的としての安全が第一次的なものであり、基本権との関連は第二次的なものであるということになる。Isenseeが、連邦憲法裁判所が保護義務に客観法的規範性を帰属させたのは正当であるとするのは、この意味においてである。また、同じ考えに基づいて、保護義務の対象たる基本権は第一次的にその客観法的次元において保護される、すなわち、共同体の基礎および法秩序の要素として保護されると説かれている。そして、基本権の客観法的次元として第一次に考えられるのは、国家による実力の独占によって可能とされる国内平和秩序である。というのは、それこそが基本権をその前提条件において保護するものだからである。

Isenseeの主張は、要するに国家あっての人権であり、その人権の前提たる安全確保のために保護義務論が用いられるというのである。しかし、わたしの考える保護義務の保護対象は人権そのものであるもので、このように人権を2次的に考えるIsensee説は採用し難い。それよりも先にのべたHerzogやSteigeの主張のほうが賛成しうるのである。

<保護義務の主観的権利性>

さきの、Alexyの定義ででてきた「保護請求権」について概略しておくこととする。ただ、客観的な保護義務からどのようにして保護請求権を導き出すかについてはいまの段階では明確な解答は導き出せないでいるのが現状である。

連邦憲法裁判所は、保護義務が犠牲者が保護の実現をもとめる権利と一致しているかどうかについて明文上は自らの立場を表明してこなかった。そして、保護義務をもっぱら基本権の客観的内容ととらえている。裁判所は、決して客観的内容と主観的権利の一致を出発点としてはいないのが現状といえる。

しかも、学説レベルにおいても、基本権に基づく保護請求権についての問題はほとんど扱われていない。そうではあるが、国家的保護をもとめる主観的権利が基本権から導き出されうるというのが有力な主張ではある。たいていそのような主張は個々の基本権の論議と結びついている場合が多い。保護請求権の適用範囲についてはそれを現存する保護法律が撤廃される場合とか、特別の場合（最低の生存条件・明白な侵害・自由裁量のゼロ収縮）に限定しようとする論者もあれば、通例は、詳細な討論なくして客観的保護義務の認められるところにおいては保護請求権を認めようとする説もある⁽⁴⁷⁾。

Isenseeも保護請求権について否定的な見解を示しているわけではなく、保護義務問題の特徴である国家－侵害者－犠牲者の三極構造において、基本権の防御機能が国家との関係において侵害者を保護する役割を果たすのに対し、基本権保護義務が侵害者との関係において犠牲者を保護すべき義務を国家に課し、国家に保護を求める権利を犠牲者に付与し、このようにして基本権保護の欠陥を埋め、もって基本権法益がすべての人に対する関係において安全を享受す

るのに貢献するといっている⁽⁴⁸⁾。そして、彼も請求範囲の限定をしていて、法律を前提としたうえで保護請求を認めようとしている。

国の基本権保護義務は、基本権は、国に対して、第三者による基本権侵害から各人の基本権法益を保護するために積極適法措置を取ることを命じるという法的要請をその内容とするものである。したがって、国に対して積極的措置を要請するという面においては社会権と接点を有しており、既存の基本権法益に対する侵害の排除という点では防御権と接点を有するのである。

基本権保護義務と社会権・防御権との比較において、両者の概念が同一の権利・義務をそれぞれ別の主体の側からとらえたものであるに過ぎず、いわば同一の法的関係の裏と表なのではないか、あるいは、その範囲が完全には一致しないまでも、少なくとも極めて緊密な関係にあるのではないかという観点からとらえつつ、基本権義務が対処すべき諸事例の解決のために保護義務という理論構成が不可欠であるのか、防御権・社会権・またはその他の法理によってこれを解決に導くことができないうかを検討していきたい。

2 防御権との関係

<保護義務と防御権との異同>

保護義務は、国家活動に国家ではない側からの「侵害の防御」が期待される。防御権もまた国家側からではあるが、既存の基本権法益に対する「侵害の防御」ということから「侵害の防御」という点において共通性を有する⁽⁴⁹⁾。この考えの中心となる「侵害の防御」という共通箇所だけではいささか強調するには役不足であるように思われる。他方、両者の相違点は、防御権の場合は国家が基本権を直接に侵害するのに対し、保護義務においては国家は侵害者－犠牲者以外の第三者として防御権の場合とは逆に基本権の擁護者となるのである。それゆえ、「侵害の防御」という共通点だけでは保護義務イコール防御権とはならない。また、行為形態としては、保護義務については積極的な行動が求められるのに対し、防御権については消極的な行動が求められるのである⁽⁵⁰⁾。

<保護義務と防御権の相対化？>

Schwabe の理論

Schwabe は、保護義務論で得られるものは、基本権の「消極的機能」の範囲内でより容易に、好ましい形で得ることができるとして保護義務を否定する見解を示している。国家が基本権法益の侵害を禁じない場合、国家はそれを許容(erlauben)していることになり、他方で市民は、私人の適法とされた侵害行為の受忍義務(Duldungspflichten)が正当化される。その受忍義務は国家の法システムにより貫徹される。すなわち、国家が「法的規制、司法上の決定、行政

権による介入を通じて」私的（侵害）行為を保護するのであって、このため、国家は侵害について必然かつ常に関与することになる。つまり、私人の適法とせられた侵害行為について、国家へ帰責（zurechnen）するということになる。これは、結局のところ私人による侵害はたとえ直接には私人の活動に起因するものであっても、当該私人行為の許可・受忍義務、その行為の司法・非司法的貫徹については、憲法上国家に対する防御請求の範囲内の問題となる。ゆえに、保護義務の議論は不要だというのである（51）。

これに対し、Robbers や Alexy は批判をしている。

① Robbers は Schwabe の防御権的説明は、第三者の行為によって生じない、あるいは国家の法秩序の支配下でない第三者によって生じた保護益侵害に対しては役に立たない。自然あるいは武装化した勢力についてはこの説明の余地はなく、一般的に基本権の第三者効の理論に依存する議論にのみその威力を発揮するのであるとしている（52）。

② また、Robbers は Schwabe 説の内在的な欠点として、国家は自らが禁じていないすべてを許容しているということ、禁じられていない行為は国家の行為として帰責されねばならない以上、法的介入のない領域がなく、それゆえ国家は禁じられていないすべての行為を許容するという Schwabe 説前提にある考えは支持し難い。法的介入のない領域は必ず存在する。ただ、このような領域は法的な根拠を持ち、限定され、さらに法秩序と関連することなしに存在しえないとする（53）。

③ Alexy は、単にある行為が禁止されておらずそれゆえに許容されているという事実だけではその行為に国家が関与しているともその行為が国家に帰責するともいう根拠にはならないとしている。Schwabe 説にしたがえば禁じられていない、人間のあらゆる行為に国家が関与することとなり、Schwabe の帰責理論は有意義なものではないとする（54）。

Steiger は保護義務の独自性について以下のように述べている。すなわち、国の作為をもとめる保護義務と国の不作為をもとめる防御権との間には、本質的な構造上の違いがある。この相違は、国が私人の当該行為を許容し、またはこれを阻止しなかったという理由によって相対化されるのではない。Schwabe の見解は、国が当該行為を禁止すべく義務を有することをすでにその暗黙の前提としており、作為と不作為とが同一視されるべき理由の説明にはなっていないためである（55）。換言すれば、「禁止されていないすべての行為は国に帰責する」というテーゼは、そもそも国の「全般的保障義務（universelle einstandspflicht）（56）」を前提としなければならないのである。

結局、保護義務論は防御権の枠組みの中に吸収されることなく独自性を維持していると思われる。実体的に見ても、防御権と保護義務とは二律背反の関係にある。法的三極関係において侵害者にとって国家は自由の制約者となり、犠牲者にとって国家は自由の保護者となるからである。

3 給付権との関係

保護の保障は国家の積極行為がその前提とされることから、広義の給付概念からすると共有する所があるが、同一のものではない。

Robbers は厳密に見ると、給付権は財産的給付を求める権利であって、保護権のように現存の利益侵害からの保護を越えている。また機能的にも、給付権は生活環境の改善機能を有するのに対し、保護権はその維持機能を有するのみであるとしている⁽⁵⁷⁾。Murswiekも保護義務に基づく給付が既存の法益を他者による侵害から確保するためのものであることを強調し、その目的において、社会国家的な給付とは別の性格のものであると指摘する⁽⁵⁸⁾。

また、Hermesは、別の観点から保護義務と給付権とは、ともに要保護者の救済という点で共通するが、救済を必要とする原因がまったく異なっていると指摘する。保護義務が第三者の行為に起因して成立するのに対し、給付権は、「相手方のいない困難 (gegnerlose Not)」、すなわち、いわば運命的な、特定人に起因することのできない原因に起因して成立するとしている⁽⁵⁹⁾。

Stern もまた社会権概念との区別を行っている、かれは区別が法的三面関係の所在の有無によってなされており、社会権の場合には保護義務の特徴である法的三面関係が認められず、よって問題状況が別の種類であるということを指摘している⁽⁶⁰⁾。

4 第三者効の議論との関係

保護義務論は、第三者効の議論と取り扱い方は異なれど問題の対象は保護義務論の一領域を占めているといえる。すなわち、両者はともに、等しく基本権主体である私人による他の私人の基本権法益への侵害、これに対する国の機関の対処、その際の基本権の意義および作用の仕組みを関心の対象としているのである。そこで、当問題領域に保護義務論を用いることでこれまでの議論で扱われていなかった部分が何処にあって、何を克服できているのかを見ていき保護義務論の限定的ではあるがその有用性を述べたいと思う。

<両理論の関係>

初期においても、Dürig は保護義務と第三者効力との関係に着目し、間接適用説の出発点を、基本法1条1項に規定された人間の尊厳が有する「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、同項2文に規定された国家の人間の尊厳「保護義務」に求めていた⁽⁶¹⁾。Dürig は、これらが民事法に対して無関係ではありえないことを指摘し、以下のように述べている。「憲法が、個々の基本権によってこのような価値の保護 (Wertschutz) をもつ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、防御されるべきこと帰結されるのである⁽⁶²⁾。」Dürig の私人間効力論は、「・・・裁判権は基本法1条1項2

文によって課せられた国の保護義務を、基本権に違背する第三者の行為を不法であると取り扱うことによって、履行すべきではないか、というきわめて真摯な問題⁽⁶³⁾」を基底に有していたのであった。

Dürig のこのような考えはしばらく考慮されなかったが、1984年に発表されたCanaris⁽⁶⁴⁾ およびNovak⁽⁶⁵⁾ の論文により、保護義務論と第三者効論との関係が明確に意識されるようになった。そこでは、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と考え、これを保護義務というより大きな連関の中で基礎づけようとする努力がなされている。

それ以降、両者の関連を強調する気運が高まっていき、「いわゆる基本権の間接的第三者効力は基本権の基づく保護義務のひとつの特殊なケースである⁽⁶⁶⁾」とか、「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下位事例(Unterfall)となった⁽⁶⁷⁾」とさえいわれるようになった。

<理論の共通点>

上記においては問題点の共通性について述べたが、間接適用説と保護義務との間には理論的な共通点が見られる。それは以下のとおりである。

間接適用説によれば、憲法が定立した基本権法益は私人相互間においも尊重されねばならない。しかし、この説の放棄しえない前提によれば、基本権の名宛人は国の各権だけであり、基本権が他の第三者に対して、直接に尊重・不可侵の義務を課すことはない。他方で、保護義務論もまた、基本権法益が第三者によって侵害されてはならないが、しかし私人は、基本権の名宛人ではないという前提から出発する。

また、間接適用説は、基本権の客観的法的内容が私法の一般条項の解釈に影響を及ぼすという「基本権の照射効(Ausstrahlungswirkung)」を手法とする一方、保護義務論もまた基本権の客観法的内容から導き出される理論なのである。

<理論の相違点>

理論の相違点は、いわば保護義務論の第三者効問題についての有効性を示すものである。第三者効力論が、そもそも「私人もまた基本権の名宛人であるのか」を問うものであったのに対して、保護義務論は、私的人権侵犯を、当初から国の義務および国に対する権利の問題(すなわち国家と市民の関係)として構成してきたといえる。

山本敬三は、間接的適用説と基本権保護義務論との間には無視しえない「視点の違い」があるという⁽⁶⁸⁾。すなわち、「間接的効力説では、憲法とその他の下位法との関係という視点がとられている。つまり、憲法を国家法の体系内で最上位に立つ法と見ている。これに対して、保護義務構成では憲法が国家に何を命じているかという視点がとられている。つまり、憲法を—国家の外にあって—国家と市民の関係を規律する法として見ているのである。」そして、保

護義務論の利点を次のように述べている。「この憲法による国家と市民の規律という見方は、権利としての基本権に関する本来の見方にほかならない。つまり、保護義務構成によって、私人間効力を基本権の本来の平面においてとらえ直すことが可能になるのである。」

保護義務論の評価として、Canaris は、保護義務論こそが「私法主体の活動に対する基本権の『間接的』影響を解明し、『照射効』という不確かな説に、より確固たる理論的土台を与えるための『失われた環(missing link)』である(69)」と述べている。また、Sternは、「まさに、基本権の保護命令作用(Schutzgebotfunktion)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』解釈上の手がかりなのである(70)」として保護義務論が私人間効力論の再編成をもたらすものとして評価する。おそらく、山本浩三の述べている「視点の違い」にかような評価の根拠があるのであろう。

<保護義務と私的自治との関係>

第三者効力説の直接効力説においては、私法の独自性と私的自治が脅かされるという危惧がなされたが、保護義務論においてはどのように扱われているであろうか。

Isensee は基本権の第三者効の議論が私的自治を尊重しないのに対して、保護義務は私的自治を尊重するものであるということを強調している。そして、保護義務が発動される事態のひとつとして私的自治が私的強制によって侵害される場合を挙げている。すなわち、Isensee は私的自治を極めて重視する立場をとり、私的自治の成果に第三者効が及ぶのを防ぎつつ、私的自治の成果が私的実力によって侵害されるのを保護義務を発動して国家の実力によって禁圧しようというのである(71)。

普段、私法ことに契約関係においては私的自治の成果である契約の内容の順守を強制させることが保護義務の実現につながるころ、私的実力によって自己決定の原理に立脚する私的自治が脅かされた時に国家権力による介入が要請されるということになる。ということは、私的自治の尊重こそ国家の保護義務の内容であるといえるのである。従って、私的自治に関しては保護義務論においてはすでにクリアされた問題であるということになる。そして、私的自治という領域に第三者効の問題を限定するという点で保護義務論はよりすっきりとした理論であるといえよう。要するに、単に平等な力関係のもとでは国家の介入は許されず、強者-弱者関係が認められる関係においてのみ介入が許されるのである。

<連邦憲法裁判所の判例>

第2章・3章で見てきた通り、連邦憲法裁判所の判例における基本権保護義務は、主として刑事法、行政法の領域における立法不作為について展開されてきた。だが、最近では、連邦憲法裁判所も、私人間効力問題について基本権保

務を援用するにいたったのである。

競業禁止決定 (BVerfGE 81, 242)

<事実の概要>

申立人は代理商であり、第1審の原告である酒類製造・販売業者（以下「本人という」）の代理商として従事していた。代理商契約には、競業禁止条項があり、それによれば、代理商の責に期すべき重大な事由により、本人が契約を解除した場合、代理商は2年間、あらゆる競業活動を禁じられ、この競業禁止に対して、一切の補償がなされないものとされていた。

1953年改正のドイツ商法90条a1項は、代理商契約における競業禁止の合意に、一定の規制を加えている。強行法である同項は、競業禁止が2年を限度とすること（2文）、適正な補償が支払われるべきこと（3文）等を定めるが、同時に任意法である同条2項2文は、1項3文の例外を認め、「本人が、代理商の責に期すべき重大な理由により契約を解除する場合、代理商は請求権を有しない」と規定する。本件契約の競業禁止条項は、この規定をふまえて合意されたものである。

本件申立人は、代理商契約を解約せぬまま、競業活動を開始した。本人は契約をただちに解約し、同時に州裁判所に競業の差止めを求めて出訴した。第1審では本人の敗訴、損害賠償の訴えを追加した州高等裁判所では、差止めを含むすべてが認容された。バイエルン最高裁判所は強行執行の仮の停止を命じたが、連邦通常裁判所は、決定をもって州高裁判決に基づく仮執行を許容し、さらに続く判決で、本件申立人の上告を退けた。州高等裁判所および連邦通常裁判所の判決等に対して基本法1条、2条、12条、14条の基本権に対する侵害等を理由に提起された。

<判旨>

連邦憲法裁判所は、申立の直接の対象は申立人に対する保障なき競業禁止であるが、間接的には商法90条a2項2文に対する異議申立であるとしたうえで、商法90条a2項2文の基本法12条1項違反、連邦通常裁判所および州高等裁判所判決の基本法12条1項違反の事実を確認し、競業不作為を命じる部分につきこれらを破棄、事案を州高等裁判所に差し戻した。

連邦憲法裁判所は、私的自治の尊重を挙げたうえで、私的自治が自己決定の原則に依拠しており、当事者の一方が契約内容を事実上一方的に決定できるほどの強い立場にある場合、他の当事者にとって、これは私的自治の前提を覆す他者決定(Fremdbestimmung)にほかならないとする。そして、このようなじじょうのもとで基本権上の地位が処分されようとしている場合、国家は、基本権保護(Grundrechtsschutz)を確保するために、調整的に介入しなければならないとして私法領域への介入を正当化している。

そしてこの介入が保護義務に向けられていることは以下のように示される。すなわち、立法者が特段の強行法を制定していない場合、特に過度の禁止とし

て作用する民事法上の一般条項が補充的に意味をもつ。まさにこの一般条項の具体化および適用に際して、基本権が考慮されなければならない。憲法の保護委託(Schutzauftrag)は、契約の対等性が疎外されている場合に私法を手段として基本権の客観的基本決定の妥当を助け、この任務を多様な方法で実現すべき裁判官にめけられている。

この判決においては、裁判官の保護委託(保護義務)という視点から基本権の第三者効力の問題を論じているのである。

以上のことから、次のような結論に達するのである。

ひとつは、隣接概念(防御権・給付権)との比較において、保護義務論が独自性を帯びていてそれ自体論議の対象となりうるということ、そして、第三者効の問題領域において保護義務論が有効な理論たりうるということも学説・判例上で明らかとなったということである。

また保護義務の範囲であるが、さきにも述べたように、Alexyは保護権を「保護権とは国家に同次元の法主体相互間に関する法秩序を一定の方法で形成し、適用することを求める憲法的権利である」と定義づけている。この定義は、明らかに権利保持者・国家・侵害者としての第三者という三相関係にたったうえで、第三者効との関連を意識しているといえよう。第3章で見てきたように保護義務論の外交・防衛問題における使われ方を考慮すると、保護義務(権)の範囲を第三者効の範囲に限定して用いた方が無難であると思われる。ゆえに、Alexyの定義は法的三極モデルプラス「同次元の法主体相互間」という用語で、問題の私人間領域への限定を行っているという意味では妥当であると思われる。さらに、この章で述べたように、第三者効の領域に限定してこそ保護義務論は有効な理論たりうるのではないだろうか。保護義務論を日本に導入する際には特にいえることである。

第5章 保護義務論に対する懐疑

第3章ではある問題領域に保護義務論を用いることに対する危険性について述べてきたが、本章では保護義務論一般にいえる危険性について述べていきたいと思う。

保護義務論のメルクマールとされる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。言い換えると、保護関係だけでなく、侵害関係が合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。要は、保護義務論の「影」の部分（自由の制約面）について論じるのであるが、それは「光」の部分（自由の保護面）があってこそその「影」なのであって、本章の目的は保護義務論を批判するのではなくその弱点をいかにして克服するかが真の目的である。

1 基本権機能の逆転

ここで述べる懐疑論は、保護義務論の保護側面を基本権の本質ととらえることにより生じる理論上のものである。

Goerlichは、保護義務論を用いることにより、「基本義務の中で基本権の隠れた再編成」が行われるのを懸念している。ここで考えられることは、保護義務が国家のにとって煩わしい存在の人々や、それに加えて保護されるべき自由に対する余分な侵害権限を国家に与えるのではないかという懸念である(72)。

同様の懸念としては、第2章において言及していなかったことであるが、墮胎罪判決での反対意見(Rupp-v.Brünneck, Simon両判事によるBVerfGE 39,1(68,73ff.))において、本来、国からの自由を確保すべき自由権規定から、逆に自由に対する最大の侵害である「刑法制定義務」が導出されたことについて批判がなされている。本来防御権で考えられてきた「国家はどのような介入が許されないか」という視点から、「国家はどのような介入が要求されているか」という視点へと180度転換してしまうのである。

2 国家による保護義務の濫用の危険性

法的三極関係からして分かるように、保護義務論は、必ずしも常にある人の基本権上の地位の強化に仕えるとは限らず、国家－侵害者との関係においては侵害者に対する制約を、憲法上正当化するための「法的な大義名分」としての役割を果たしかねないのである(73)。ということは、侵害者に対する制約に対して、なんらかの基準でその正当性をチェックしなければならない。ではどういう基準（内在的制約か政策的制約か）が妥当なのか。

小山教授はこの点について以下のように述べている(74)。すなわち、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るとともに、憲法は他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、表現の自由などの基本権の絶対的な行使を容認するものではない。基本権の行使とい

えども、その行使が外部に対して作用を持ち、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、絶対的ではありえず、憲法の「内在的制約」に服するのである。国家による保護義務の履行は、たしかに自由の制約を伴うが、保護義務は、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「内在的制約」を越え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のであってその限度を越えた自由の規制を正当化するものではない(75)。

3 国家機関の裁量権

これまでの判例・学説において、担当の国家機関に保護義務の実現方法について広範な裁量権が認められていることはすでに明白である。国民が保護を必要としても、それを実現するのは権利保持者ではない別の主体たる国家であるという点を見逃してはならない。それゆえ、国民が本当に施してほしい保護を行うかどうか疑念視される。担当の国家機関に保護義務の実現の判断について、あまりにも広範な裁量を認めることは、保護義務をときおり「プログラム規定」に近いものとしてしまいかねない(76)。

しかし、墮胎罪判決において「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もとでは、ある特定の手段の選択へと収斂することがある」として、立法者の裁量の余地が無制限ではないことが示されている。また、ここでは、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も指摘している。

学説においても、考慮に値する保護手段が「ゼロにまで」収縮することもありうるとする説があり、それゆえに基本法2条2項1文はほかに考えうる保護措置が見当たらない場合、たとえば刑法の発動を強いることができるとしている(77)。

以上、2と3とを合わせて見ていくと、国家－侵害間関係には「過度の侵害禁止原則(Übermaßverbot)」が、国家－犠牲者間関係には「過小な保護の禁止原則(Untermaßverbot)」が存在するとされている。

4 一般的(全体的)利益と保護義務

シュライヤー決定において「基本法は個人に対しての保護義務のみならず市民全体に対しての保護義務をも負う」として保護義務の衝突が生じている。そして逆に接触遮断決定においては、保護措置が「公共の利益」のためになるとしている。また、ミュルハイム－ケルリッヒ決定において「原子力発電所はその具体的で異常な潜在的危険性にもかかわらずエネルギー供給という『一般的利益』のもとで許可される。」というのである。

「市民全体」VS「個人」、「個人の健康」VS「エネルギー供給」というふうな、一般的利益と個人の利益が対立するとなるとどうしても個人の方が負けてしまうのである。このような対立図式は、政治的な判断が要求される問題

領域において顕著に現れる。第2・3章であげられた原子力・環境・外交・防衛問題はそういった意味では「個人の」保護義務が必敗する分野であるといえる。必敗が明白であるのに、保護義務をこの分野で主張するのは、保護義務を実効しないくせに国家は自由の擁護者なのだと言わしめる絶好の機会となってしまうのではなかろうか。ここでも、保護義務論の問題領域の限定の必要性が現れている。

5 国民による国家依存の危険性

保護が国家から与えられるのはいいが「何が何でも国家に頼ろう」という風潮が現れないとも限らない。このような薬漬けならぬ国家漬けの状態になれてしまうと新たなパターンリズムを引き起こしかねない。自分達の手で（自主的かつ平和的な）問題解決が可能であるならばなるべく国家に頼らない方が好ましい。自立した精神なくしては国家の不当な介入をまねいてしまうのである。

いずれにせよ、この章において懸念されている以上の国家の暴走を防止するためには、最終的にいえることとして、国民が国家を制御できる手段を積極的に行使することにある。そして、健全な民主主義のもとでこそ健全な保護を享受できるのである。

これまでわたしは、保護義務論が利点よりは欠点が多いシロモノとして限定的に取り扱うべきだと消極的に述べてきた。しかし、あえて国家の基本権保護義務を論文のテーマとして取り上げたのも保護義務論を批判するつもりしたものではない。

結論をいえば、保護義務論は一見包括的ではあるが、実際にはさまざまな方面より理論的・領域的な限定化が可能である。そして、限定化することにより保護義務論は有効な存在たりうる。すなわち、保護義務論独特の視点を生かせるのである。この限定化は、さまざまな保護義務論への懐疑を乗り越えた結果である。特に、保護義務が論じられる問題領域の限定化が必要となる。日本で保護義務論を論じる際には外交・防衛領域には触れない方が無難であろう。そして、どういう場面で有効たりうるかは第三者効における議論で明らかになったと思う。

一応、今回は保護義務論の限定化に努めたが、私自身保護義務論を包括的に論じる可能性を完全に否定したわけではない。

保護義務論は、わたしが論じてきたように（無理やりに）限定的に用いるよりは、包括的に論じていった方が理論的にはすっきりとしたものになるだろう。しかし、仮に包括的な議論として展開していくにあたって、保護義務がどういう内容であるかというよりはむしろ、保護義務から何が言えるのか、または、何をいいたいのかが重要なのではないだろうか。

保護義務論は、確かに包括的ではあるけれどもその内容は、「自分が生活を営んでる国家・社会はこうあってほしい」という願いがこめられてしかるべきものだと思うのである。そこで、ドイツにおける保護義務論を用いた上での外交・防衛問題の議論のように国民個人が、戦争のまっただ中に巻き込まれるような国家を日本国民が本当に望んでいるかどうかは（これはどの国家にもいえることである）疑問である。第3章で述べたように、国家の存在＝防衛あってこそその保護義務論ではある。しかし、それ以上に個人個人の人権のためを考えれば、「平和」であることこそ保護義務論を述べるにあたっての最高次の前提ではなかろうか。

国家の基本権保護義務論とは、国家に「どのような」基本権（人権）を尊重し、促進して欲しいのかが論点の中心となるべき性質の議論なのである。そう考えれば尊重・促進して欲しい人権の中身が問題となる。

保護義務論はこれまでの「国家＝人権の侵害者」という「悪人」としての見方から、「国家＝人権の擁護者」といったように国家を「善人」としてとらえていく方向性があるのはすでにのべたことである。

確かに国家にはこうあって欲しいという期待はあるものの、個人ひとりひとりが常に厳しい視点から見つめていかないととんでもない方向に突き進んでしまわないとも限らない。いわば、国家というものは一種の暴れ馬のようなものである。そこで、国民が国家をどのように飼いならすかが重要であり、それに

は民主主義をいかにして成熟させていくかがキーポイントとなるのである。

日本の現状をいえば、民主主義が本当に成熟しきった社会であるかは疑問のところである。民主主義が未成熟である社会において保護義務論を押し進めることは、暴れ馬にムチをたたき込むことと同じである。これまであえてわたしが限定的に保護義務論を適用すべきであると述べてきたのはこのような理由のためである。願わくば日本でも包括的な保護義務論を論じることのできるような政治・社会体制になって欲しいと思うばかりである。そういう政治・社会体制のもとではあえて保護義務論を論じる必要はないように思えるが。

このように、保護義務論は人権の本質・民主主義等さまざまな問題を我々に再提議しているのである。

参照・引用文献

- (1) H.H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1974; v. Mango ldt-klein-Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. (1985), Art 1 Rdnrn. 110 ff
- (2) ドイツにおける主要な文献として、E. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III / 1, 1988, S. 931-953; G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht, 1987; R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 410; J. Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; 等がある。
- (3) 日本における文献として、小山剛「西ドイツにおける国の基本権保護義務」慶應義塾大学法学研究 63 卷 7 号 (1990 年)、同「ドイツ基本権解釈論における国の保護義務 - 社会権・防御権と保護義務」(1990 年)、山本敬三「憲法と民法の関係 - ドイツ法の視点」法学教室 No 171 (1994 年 12 月)
- (4) BverfGE 1, 97/104
- (5) BverfGE 1, 97/105
- (6) 田口精一「ボン基本法における人間の尊厳について」法研 33 卷 12 号 195 頁
- (7) Robbers, Fn 2, S. 130. とかんがえるとすれば、後に述べる墮胎罪判決の位置づけに影響を及ぼすこととなろう
- (8) BverfGE 9, 338/347
- (9) BverfGE 9, 305/327
- (10) G. Hermes, Fn 3, S. 59
- (11) G. Dürig, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG-Kommentar, Bd. I, Art. 1 Rdn 3, 16 (1958).
- (12) G. Dürig, aaO, Art. 1 Rdn 45, 80f.
- (13) G. Dürig, aaO, Art. 1 Rdn 102, 131.
- (14) G. Dürig, aaO, Art. 1 Rdn 16.
- (15) G. Dürig, aaO, Art. 2 Rdn 22-24
- (16) BverwGE 9, 78 (80f.).
- (17) 警察介入請求権については、高橋明男「西ドイツにおける警察的個人保護 (1)」阪法 139 号
- (18) A. Randelzhofer, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG-Kommentar (Stand 1989), Art 1 6 Rdnr. 36f. m. w. N.
- (19) A. Randelzhofer, aaO, Rdnr. 61.
- (20) A. Randelzhofer, ebd.
- (21) K. Stern, Fn, S. 939
- (22) 期限モデル (Fristenregelung, Fristenmodell) とは、中絶を原則として禁

止したうえで、受胎後の一定の期限（たとえば12週間）以内におこなわれた中絶について、禁止の例外を認める考え方をいう。また、適応モデル（Indikationsregerung, Indikationsmodell）とは、中絶を原則として禁止したうえで、特定の特殊事情（たとえば母体の健康、強姦による妊娠）が存在する場合にその例外を認める考え方をいう。

(23)ドイツにおける中絶刑法の変遷および改正論議については、BVerfGE39,1(6ff.)を参照

(24)条文の邦訳として、中谷瑾子「妊娠中絶に対する法的規制のあり方—とくに西ドイツにおける法改正をめぐる諸見解を参考にして—」日本医事法学会編『医事法学叢書5・医療と生命』

(25)G. Hermes, Fn 2, S. 49

(26)G. Hermes, aaO. S. 49

(27)J. Isensee, Fn 2, S. 27f.

(28)K. Stern, Fn 2, S. 938-942.

(29)G. Hermes, Fn 2, S. 46.

(30)原子力法7条は原子力エネルギーの平和的利用ならびに当エネルギーの危険に対する保護について定めた条文である。

(31)結局のところ、憲法異議は却下されたが、憲法異議の申し立てにしたがって、許可官庁はそれを配慮したうえで即時実行可能な第二次部分許可をおこなった。この許可では、いまや明文上で建築物に関する変更済のすべての命令と多数の建築主要部分の基礎が対象となり、また第一次許可に基づく許可も含まれていた。第二次部分許可をおこなうにあたり、新たな説明と公示がなされた。そこでは、許可官庁が第一次部分許可における許可の留保に基づいて、許可された全体構想の枠内ならびにそのつどの経済・技術的視点に応じて計画が発展する可能性があるということをよりどころとしている。官庁は変更をした基準を守るため、新たに原子力法に基づく部分許可によって建築命令の二次的な変更を試みたのであった。

(32)憲法異議申立人たちはすでに飛行機騒音からの保護についての法律の公布について憲法異議をおこしていた。そこでは、彼らはこの法律によってなされる保護措置は不十分であり、それゆえ当該保護措置は騒音の原因を積極的な姿勢で根源から絶とうというのではなしに、本質的に騒音の影響に対して消極的な措置にとどまっているにすぎないと主張している。

(33)裁判所は、騒音対策においては飛行機騒音の妥当な制限以上の制限を求める学問的主張がまだ信頼できるものではないこと、また、航空交通の国際的な絡み合いから生ずる諸問題が存在し、それゆえに当規制について立法者に裁量を与えることがふさわしいことを無視できないものとしている。

(34)G. Hermes, Fn 2, S. 56.

(35)Hermesは、その著書において生命・身体の不可侵を定めた基本法2条2項に基づく保護義務について議論を進めている。

(36)J. Isensee Fn 2, S. 34f.; G. Hermes Fn 2, S. 204ff.; など

- (37)R.Alexy Fn, S.411
- (38)G.Robbers Fn, S.124
- (39)G.Hermes,Fn 2,S.268ff.
- (40)G.Hermes,Fn 2,S.38f.;K.Stern,Fn 2,S.949.
- (41)H.D.Jarass,Grundrechte als Wertentscheidungen bzw.objektiv rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,AÖR Bd.110 (1985),S.366,395;K.Stern,Fn 2,S.921.
- (42)J.Isensee,Fn 2,S.44.;G.Hermes,Fn 2,S.207f.;H.D.Jarass,aaO,S.384;K.Stern,Fn 2,S.942,951. を参照。
- (43)v.Mangoldt/Klein/Stark,Das Bonner GG,Bd.1,3.Aufl.(1985),Art.1 Abs. 3 Rdnr.142.
- (44)R.Herzog,Der Verfassungsauftrag zum Schutz des unborenen Lebens,JR 1969,S.443.
- (45)H.Steiger,Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Salzwedel(Hrsg.),G-rundzüge des Umweltrechts(1982),S.33.
- (46)この内容は栗城壽夫「最近のドイツの基本権論について—基本権の客観法的内容をめぐる議論に即して」；憲法理論研究会編『人権理論の新展開』P93～106 に依った
- (47)G.Hermes,Fn 2,S.71. にある注釈を参照のこと。
- (48)栗城壽夫 Fn 46,P100
- (49)G.Dürig,in:Maunz/Dürig, Komm.z.GG,Art 1 Abs. 1,Rdnr.3.
Dürig は「保護という積極的行為も防衛的国家活動であって、積極的形態ではない」として保護義務も防衛の問題であるとする。
- (50)R.Alexy Fn, S.415
- (51)J.Schwabe,Probleme der Grundrechtsdogmatik,S.213 ff
- (52)G.Robbers Fn 2, S.128
- (53)G.Robbers aaO,S.128
- (54)R.Alexy Fn 2, S.417 ～420
- (55)H.Steiger,Fn 45,S.42.
- (56)H.Steiger,aaO,S.42.;G.Hermes,Fn 2,S.97.
- (57)G.Robbers Fn 2, S.126.
- (58)D.Murswiek,Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik S.123.
- (59)G.Hermes,Fn 2,S.119.
- (60)K.Stern,Fn 2,S.948.
- (61)G.Dürig,in:Maunz/Dürig,Art.1 Abs. III . Rdn.102,131.
- (62)G.Dürig,in:Maunz/Dürig,Art.1 Abs. III . Rdn.131.
- (63)G.Dürig,in:Maunz/Dürig,Art.1 Abs. III . Rdn.102.
- (64)C.-W.Canaris,Grundrechte und Privatrecht,AcP 184,S.201ff.
- (65)R.Novak,Zur Drittwirkung der Grundrechte,EuGRZ 1984,133(139).

- (66)M.Herdegen,Objektives Recht und subjektive Rechte,in: Heckmann/Messerschmidt(Hrsg.),Gegenwartsfragen des öffentlichen Rechts,1988,S.161(176).
- (67)K.Stern,Fn 2,S.1560.
- (68)山本敬三, Fn 3,P46.
- (69)C.-W.Canaris,Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts,JuS 1989,161(163).
- (70)K.Stern,Fn 2,S.1572
- (71)栗城壽夫 Fn 46,P100
- (72)H.Goerlich,Schutzpflicht-Grundrechte-Verfahrensschutz,NJW 1981,S.2616;H.Goerlich,Nachbarschutz durch Verfahrensrechte DÖV 1982,S.631(633)
- (73)J.Isensee,Fn 2,S.33.
- (74)小山剛「西ドイツにおける国の基本権保護義務」慶應義塾大学法学研究 63 卷 7 号 (1990 年) P 67~68
- (75)これから想起されることは、第 4 章で述べた保護義務と給付権との関係である。もし、保護義務に基づく自由の制約において内在的制約という基準で違憲性を審査するとなると、政策的制約という基準で審査を行う給付権とはこの意味においても違いがあるということになる。
- (76)R.Scholz,Verfassungsfragen zum Schutz des Nichtraucher,DB Beilage 10/1979,S.16.;H.Soell,Umweltschutz,ein Grundrecht? NuR 1985,S.207.
- (77)P.Badura,Arbeit als Beruf(Art.12 Abs.1 GG),in:FSF.W.Herschel(1982),S.35;W.Leisner,Das Lebensrecht,in:Ders./H.Goerlich,Das Recht auf Leben(1976),S.44ff.;J.Isensee,Fn 2,S.40.;A.Podlech,in:Grundgesetz-Kommentar(Reiche Alternativkommentare),Bd. I (1984),Art.2 Abs.2 Rdn 19.