

基本権上の保護請求権に関する一考察

武市周作

はじめに

- 1 保護義務に関する判例
- 2 保護義務の導出
 - 2.1 基本権規定—保護領域と制限規律
 - 2.2 解釈における歴史的展開—解釈上の憲法変遷
- 3 保護請求権
 - 3.1 保護請求権の導出
 - 3.2 保護請求権の内容と保護義務の具体化
 - (1) 制限規律との関係
 - (2) 請求の性質—給付権と保護請求権
 - (3) 請求の目的—最適な保護を求める権利？
 - (4) 保護手段の選択

おわりに

はじめに

本稿は、Günter Krings の論文のうち前半部分である保護義務論・保護請求権⁽¹⁾の整理を紹介するのに止まる。同論文の特色は、その副題に「基本権保護義務の主観的権利としての再構築と、その消費者契約法の憲法上の基礎づけへの影響」とあるように、保護請求権が消費者契約法において機能するかにある。その限りで、本稿のまとめは、これまでの保護義務論、保護請求権論の整理から大きな発展をみせるものではないが、とりわけ保護請求権の導出、あるいは、保護義務と保護請求権の関係につい

て、わが国で論じられることは少なく、また、後半の具体的なテーマにおける主観的保護請求権の役割を検討する前提となる限りで意義のあるものである。

1 保護義務に関する判例

保護義務に関する連邦憲法裁判所判例のリーディングケースは、1975年の第1次墮胎判決⁽²⁾である。これは、1974年の刑法改正による中絶の不処罰化（受胎後12週間以内、妊婦の同意に基づく医師による中絶、医師または相談所での助言を受ける義務という制限の下）に対する複数の州および、連邦議会議員によって提起された抽象的規範統制手続について、連邦憲法裁判所が、国家に対して、胎児の生命を保護する義務を負わせることを認めた判決である。その「前史」として、Kriingsは、「連邦憲法裁判所の活動が始まって1ヶ月ですでに」「国家による基本権内容を保護する義務」が用いられていたと指摘し⁽³⁾、戦争寡婦への扶助に関する判決など一連の判決を挙げると同時に⁽⁴⁾、これらと第1次墮胎判決との異なる点も強調している。すなわち、墮胎判決で示された保護義務は、国家が、「国家の責任の範囲外である一他の基本権主体の行為から、個人を保護」する義務を意味し、「保護義務の根拠として援用されるのは、まず、特別な、通常防禦権として機能する基本権であり、単なる基本法1条1項2文の明文上の保護命令や社会国家原理ではない」。

第一次墮胎判決後は、そこで定式化された保護義務論が連邦憲法裁判所の少なからぬ判決で採用されることになり⁽⁵⁾、第2次墮胎判決⁽⁶⁾に繋がる。第2次墮胎判決は、第1次判決とは異なり、「助言による胎児生命保護という新しいコンセプトへの移行を認め、妊娠初期段階の中絶処罰を明示的に容認し」、「新しい保護コンセプトへの移行に伴い、保護義務の帰結が及ぶ法領域及び関係者の範囲が著しく拡張されている⁽⁷⁾」。

これらの一連の判例の流れが、1990年代に入って、その保護対象を広

め、私法へのアプローチが増えてくる。その契約法の領域への広がりを見せたのが、代理商決定である⁽⁸⁾。この決定において、連邦憲法裁判所は、代理商に対して、代理商契約終了後の厳格な競争禁止義務を課す商法の規定が、代理商の基本法12条1項で保障された職業選択の自由を侵害していると判断した。ただし、この決定では、「基本権条項の客観的基本決定」と並んで、「基本法上の社会国家原理」も援用している点を注意しなければならない。そして、契約法において固有の保護義務の重点が、これまで立法者を第一に想定していたのとは異なり、裁判官に移行していることを示唆している⁽⁹⁾。さらに、1993年の連帯保証決定⁽¹⁰⁾が挙げられる。この決定において、連邦憲法裁判所は、基本法における憲法上の根本決定が、「特に民事法上の一般条項の解釈に際して意義を有するものである」と指摘し、「民事裁判所は、一般条項の解釈と適用に際して基本権を『基準(Richtlinien)』として顧慮することを憲法によって義務づけられている⁽¹¹⁾」としている。しかし、他方で、「本決定は、保護義務についての明白な言及をしておらず、契約における当事者の同格な立場の保障が私的自治の憲法上の保障から国家に要求されると述べるに留まっており、むしろ社会国家原理を前面に出すことによって国家の介入を理論づけようとしているように思われる」とも指摘されている⁽¹²⁾。Kringsは、これらの判例において、保護義務という文言は用いられていないが、基本権から導出される「憲法上の保護義務」については言及しており、保護義務が契約法へ広がりを見せていると評価している⁽¹³⁾。そして、夫婦財産契約事件⁽¹⁴⁾においては、連邦憲法裁判所は、「裁判所は、私法関係においても、基本権を法の解釈や適用によって保護し、個々の事件においてその保護を具体化する義務がある」として、明白に保護義務という文言を用いることとなった。

さらには、Kringsは、基本法12条1項の保障する職業の自由においても、労働法の領域においても、保護義務が導かれることを指摘した上で、「憲法の客観的基本決定の連結点として、一般的行為自由の補充的基本権

を認め、これによって、保護義務理論を潜在的に限界のない適用領域を開いた」としている⁽¹⁵⁾。また、裁判所は、基本権1条1項と関連した一般的人格権も、保護義務の根拠とし、電話による逆探知装置を、法律上の根拠なしに一時許容し、さらに、非嫡出子による実父の情報開示を求める権利に関する決定においても、基本権保護義務の法的効果に言及している⁽¹⁶⁾。

2 保護義務の導出

Krings は、次に、保護義務の導出に関する議論を整理している。この導出の問題を、保護請求権の導出と区別して論じるのではなく、「基本権保護義務の導出と一般的な法解釈への保護義務の挿入 (Einfügung) の種類と方法は、基本権保護義務の主観化に関する—これまで十分には解明されてこなかった—問題への答えを確定する」としている⁽¹⁷⁾。さらに、「基本権解釈における一貫した基本概念が、一多様な、個別の保護領域と危険の状況に適合させる状況にもかかわらず—基本権保護義務に基礎を置くという前提条件を出発点にして、客観的な保護義務の基礎づけは、本質的には個人の保護請求権の基礎づけと異なるということができる」とする⁽¹⁸⁾。

保護義務の導出に関する議論について、Krings は、国家目的からの導出、基本権内在的な導出 (Grundrechtsendogene Herleitung) に大別してまとめる。

国家目的からの導出については、結論的に、次のように述べている。すなわち、「基本権解釈の責務は、憲法のテキストを手がかりに、基本権の規律内容を検討することであるから、保護義務論の基礎づけに関する—いずれにしても細かく考察されるべき—思想史的な議論は決定的でないか、あるいは、それ自体としては耐えられるものではない⁽¹⁹⁾」。もちろん、このような指摘は、決して保護義務論にとって国家目的論が無用であるとい

うことではない。むしろ、その思想史的な把握を怠っては、保護義務論がなぜドイツにおいて議論されることになったかの土壌を見失うことにもなりかねない。「国家目的のみ」から保護義務を導出しようとする姿勢は確かに問題がある。この点、先の Krings の指摘や「国家目的論は、基本権の保護義務への有力な根拠づけとなりうるが、保護義務論は国家目的のみで導出されるものではないように思われる」という視点は非常に重要である⁽²⁰⁾。

基本権内在的な導出とは、基本権保護義務について、法解釈によって根拠を与えるならば、先のような国家目的論などのような思想史的な導出ではなく、基本権内在的な導出に基づかなければならないとする考え方である。しかし、保護義務が基本権の防禦次元にすぎないとする「統合テーゼ」や「防禦権的解決」、さらには裁判所が援用し、通説とされる「客観的価値秩序」からの導出は説得力がないとする⁽²¹⁾。これらの学説を退けた上で、Krings は、基本法 1 条 1 項で明示的に保護義務が規定されており、たとえ歴史的解釈に基づかなければならないとしても、基本法 2 条以下の自由の概念は、十分に開かれた形で制定されており、したがって、それは防禦権と保護請求権の連結点と考えられるべきであるとする。すなわち、基本法における自由概念は、二つの次元から成り、国家からの保護と同時に国家による保護にも向けられている。「この基本権上の自由保護の第二の次元は、解釈上の憲法変遷によって実現し、独自の基本権作用として保護義務の導出に行き着くのである⁽²²⁾」。

この「基本権上の自由概念の二次元把握」が、Krings の論でユニークなものとなっているので、詳しくみていくことにする。

Krings は、従来の基本権内在的な導出については批判的に捉えているが、それでもなお、保護義務の導出については基本権保障に基づかなければならないとする。あくまでも、基本権外在的な導出にはよらない。したがって、以下では、基本法上の基本権条項の規定に目を向け、—これまで防禦権的に把握されてきた—それぞれの保護領域および制限規律が、保護

義務にとってどのような意味を持つことになるのかをまとめた上で、どのように「自由概念の二次元的把握」が可能なのかを Krings の展開に従ってみていくこととする。

2.1 基本権規定—保護領域と制限規律

Krings は、基本権における自由の保護について、その「空間的構築 (räumliches Verständnis)」、すなわち、いわゆる一般的に説かれる「保護領域」あるいは「規範領域」を重視する。「自由権は、社会の現実の一部を、保護領域あるいは規範領域と定義づけ、個人にその範囲内での『各自の自由行為の権利』を割り当てている。しかし、それは、どのように (wie)、あるいは、誰から (gegen wen) その保護がなされるべきかについては決定していない」。このように、一方で、個人の自由な活動を、他方で、個人の自由の保護を想定することが、自由の二次元的な把握となるのだが、Krings は、これによって、「法秩序全体の中で、自由権の作用を発展させることができ」、そのためには、基本法の文言や、基本法制定後の半世紀での「緩やかな憲法変遷 (allmählicher Verfassungswandel)」によるところを指摘することが必要となるとしている⁽²³⁾。

まず、基本法上の基本権保障の規定の仕方に目を向けると、次のように区分ができる。

- (1) 「権利 (Recht)」と規定する条文—基本法 2 条 1 項、2 条 2 項 1 文、8 条 1 項、9 条 1 項・3 項、12 条 1 項、17 条
- (2) 一定の「自由 (Freiheit)」あるいは生活領域の不可侵 (Unverletzlichkeit) を保障する条文—2 条 2 項 2 文、4 条 1 項、10 条 1 項、13 条 1 項
- (3) 自由な活動を「保障する (gewährleisten)」条文—4 条 2 項、5 条 1 項 2 文、14 条 1 項。ただし、5 条 3 項もここに含まれるが、「自由である (frei)」と規定される。
- (4) 「共有する (genießen)」と規定する条文—11 条、16 条
- (5) 剥奪 (Entzug) や強制 (Zwang) を「禁止する (verboten)」とする

条文—16条1項、4条3項

「これらの条文のあり方が、基本権を、国家からの侵害に限定するわけでもないし、あるいは、国家の保護行為の効果を排除することもない⁽²⁴⁾」。保護領域は、それぞれの権利において様々な文言によって規定されて画定されていくのであるが、反対に、画定された保護領域に対して国家が侵害を制限されるということを、文言に沿った解釈がもたらすわけではない。その上で、Kringsは、Schertzbergの論を挙げ、「Jellinekによる従来の地位理論とは対照的に、文言に照らして、基本権の内容は、各自の自由行使に関する権利を割り当てている」としている⁽²⁵⁾。

規定の仕方を度外視して、条文を意味関係から分析するとしても、保護領域が、国家の権力行使からのみ保護されるべきである理由を基礎づけることはできない、とKringsは指摘する。自由権の保護領域の画定において、例えば、実際に立法上形成され画定されたとしても、その法律上の規定の仕方に留まってしまっただけでは、「事実上の侵害に対して鈍感になり、それに相応して、私人の（事実上の）行為からの保護ではなく、公権力による行為からのみの保護することになる」としている。

一般的に考えても、各基本権について、それぞれの保護領域の画定が重要な役割を果たすことに異論はなかろうが、Kringsは、保護領域の議論は「国家権力からの保護」という視点ばかりである点を問題視している。保護領域を意識的に保護義務論の導出に関連させて整理しておくことは、保護義務論が不要に拡張するような印象を拭うためにも必要である。

これら基本権の保護領域について検討する際に、1条3項による基本権の名宛人が問題となる。すなわち、1条3項によれば、「立法、行政権、裁判を拘束する」となっており、その限りで、私人による侵害は範囲外ではないかと指摘される。しかし、この点、Kringsは、1条3項についてみれば、「国家が、積極的に基本法1条以下において規定された法益の保護について積極的に行動することが義務づけられる限りにおいて、唯一の名宛人である」ことには変わらないが、拘束の「方法 (Wie)」については

何ら規定していないことを指摘している⁽²⁶⁾。

保護領域とは対照的に、制限規律は、基本権侵害に向けられているのが明らかである。例えば、基本法2条2項3文は、「これらの権利は、法律の根拠に基づいてのみこれに介入することが許される」と規定し、明確に、基本権に対する制約が法律上基礎づけられることが分かる。しかし、他方で、「制限」—8条2項においては *Beschränkung*、11条2項においては *Einschränkung*—、「公用収用 (*Enteignung*)」を認めている基本権条項も、国家の行為による基本権侵害からの防禦を出発点としている。しかし、保護義務が問題となるは、国家によって侵害を受ける場面ではない。その上、保護義務の構造は、防禦権とは異なり、開かれた構造を有しており、保護の水準について、画定されているわけではない。したがって、防禦権のように過剰な侵害を禁止するという明確性はなく、さらに、一方で、保護義務の手段の「上限」については必要はないが、他方で、「下限」については「過少保護の禁止 (*Untermaßverbot*)」が要請される⁽²⁷⁾。

2.2 解釈における歴史的展開—解釈上の憲法変遷

さて、基本権の二次元的把握に話を移さなければならないが、Krings自身、このような二次元的把握が、これまでの基本権に関する歴史的な解釈に相反すると指摘されることを認識している⁽²⁸⁾。やはり「国家からの防禦」という考え方が優勢であることには間違いない。しかし、他方で、基本権の法的効果として「基本権保護」を考えることは可能であり、憲法のテキストが開かれていることを踏まえるならば、防禦権の一面だけに限定することは避けられるべきであるとする⁽²⁹⁾。歴史的な解釈が重視されるとしても、基本法の規定が変われば、その内容も変わるのであるから、基本権解釈の一貫性も断絶されたり、あるいは、相対化されたりする。その例として挙げられるのが、社会権条項である。もう一つとして Krings が指摘するのが、基本法1条1項である。基本法1条1項の射程範囲は、開かれており、まさに基本権保護義務を基礎づけることが可能な規定とし

て考えることができるとされる。

この開かれた構造に基づいて、まずは連邦憲法裁判所の判例が先例として保護義務を憲法上具体化し、それに答える形で、学説が一般的には積極的に受け入れ、「基本権保護義務は、四半世紀以上の時間を超えて、基本権上の規範効果の集積の構成物として通されてきたのである⁽³⁰⁾」。Kringsは、まさにこの間の憲法実践・憲法解釈を、「憲法の継続形成 (Verfassungsbildung)」あるいは「憲法の変遷 (Verfassungswandel)」として捉え、そこから自由概念の二次元的把握を、ひいては保護義務論を導くのである。

もちろん、ここでいう継続形成も変遷も、基本法79条1項の予定する基本法の変更とは異なる。まず、継続形成について、法律上の欠缺に対して類推解釈等の補充がなされるのと同様、憲法においても類推解釈が求められる限りで、憲法の変更をせずとも、憲法の内容を補充することは可能であり、また、必要である。このことは、憲法の条文が、法律と比較しても、緩やかな構成要件を持っており原理的に開かれていることで促される。第1次墮胎判決は、基本法において条文化された内容に関する基本権解釈の限界を超えているのではないか、連邦憲法裁判所の法創造の事例ではないかと評価されてきた。しかし、「基本権保護義務を導くことは、(狭義の) 憲法解釈について配慮されるべき文言の限界を超えることはない」。すなわち、Kringsによれば、保護義務は、あくまでも基本権の構成要件に基づいているので、明らかな欠缺とはされず、防禦権の次元に限定することは隠された欠缺における暗黙的な推論であると評価できる。すなわち、「既存の規律がある事象を対象とする際に、その規律の意味と目的によればその事象に適合せず、それによって制約が必要となるというときに、隠された欠缺について論じられる⁽³¹⁾」。

次に、Kringsは、憲法変遷に話を移す。ここでKringsが基づく変遷論は、政治的なあるいは社会学的な考察による変遷ではなく、あくまでも法的な概念であることはいうまでもない⁽³²⁾。すなわち、「法概念としての憲

法変遷は、妥当する憲法規範について、解釈上の意味の変遷と拡張の特別なものを意味する。憲法の継続形成の問題にもかかわらず、憲法変遷は、憲法の条文に反対する転換も、憲法の条文に並ぶ転換も排除することになる。憲法規範の内容は、文言 (Text) によって画定された枠の中でのみ変遷しうるのである」としている。さらに、「生きた憲法 (lebende Verfassung)」であることを強調するならば、憲法がその柔軟性を有することになる。

Krings は、ドイツの歴史を眺めてみるに、社会的な状況がどのように変遷しているかを注意深く分析するまでもなく、国家は、市民の自由に対する第一次の危険の源泉としては扱われる必要がなかったとする。確かに、ナチス時代を想定すれば、国家権力が自由制限的なものであることは強調しすぎてしすぎることはなかろう。その後、自然法思想の「復活」と考えられるドイツ連邦共和国基本法の制定を経て、国家の性格は、自由制限的というよりも、民主的法治国家の側面が強調される。さらには、社会国家原理が組み込まれる中で、給付国家的理解へと徐々に進みつつあり、「国家に対する自由の保護と並んで、それゆえ、国家による自由の保障が注目を浴び、基本権の規範領域は変化していくのである⁽³³⁾」。このようにして、保護義務論への開放性を確保できるとする。基本権の歴史的な展開からみれば、国家からの防禦権であると理解されるのが中心で、給付権的な権利あるいは保護義務に適合的な安全を保障する権利は、マージナルな役割を演じてきたが、このことは「規範領域の変遷が考えられる限りで、また、憲法の文言によって所与のものとされた限界を超えることがない限りにおいて、とりわけ連邦憲法裁判所による新たな要素の創出を妨げることにはならない」と結論づける⁽³⁴⁾。

Krings は、保護義務を基本権の保護領域に基づかせ、さらに、憲法の継続形成と憲法変遷に基づいて保護義務論の可能性をもたせた上で、目的論的解釈の可能性を提示する。すなわち、「主観的権利としての基本権の包括的な作用に関する理解について、決定的なのは、目的論的考察方法で

ある⁽³⁵⁾」。すなわち、連邦憲法裁判所は、これに関して「人間の行動の自由についての包括的な保護は、自由の保障について有用な機能」を果たすと述べている⁽³⁶⁾。このように自由の保護を、権利保障の核心だと捉えると、一国家だけでなく私人についてもその可能性がある一危険の具体的な動因 (Ingerenz) から自由の領域を保護することが国家権力に対して命じられることになる。すなわち、あくまでも基本法上の主観的な自由権の文言のうちに、この保護の要請が包含されることになる。ここにきて、Kriings が主張する自由保護の二重性が説かれる。すなわち、「侵害からの防禦と私人の干渉からの保護は、基本権に割り当てられた自由の保護の二つの補完的な側面であり、「基本権上の自由概念から保護義務を基礎づけることは、確かに、国家行為の防禦に限定することを諦めることにはなるが、同時に自由の領域の保護を最適化することになるのである」⁽³⁷⁾。

自由権を「空間的 (räumlich)」に捉えると、他者の介入からその自由の空間を守り、その守る範囲を広くすればするほど、個人の自由は当然に空間的に広がることになる。しかし、この領域が制限なく広範に広がりを持たないこともまた従来より説かれるところであり、個人の自由領域と公権力には限界画定が当然に必要となる。すなわち、「自由権の構成要件の定義づけは、むしろ、自由の制限の否定という方法でのみうまくいく」⁽³⁸⁾。このような考えのもとに規定されてきたものとして、Kriings はアメリカ合衆国憲法を例に挙げる。すなわち、アメリカ合衆国憲法において保障される基本権は、それぞれ、ドイツの基本法上の基本権とは異なって、「消極的権限規範」と呼ぶに相応しい規定や、国家の行為からの保護のみを意識した権利であるという。

以上のようにみても、基本権の保護領域を重視する限りにおいて、保護義務のスタートは基本権に親和的であることを強調し、さらに、基本権規定の開かれた構造によって、さらに解釈の時代的な流れを読み込むことで、基本権の文言と体系が保護義務の導出と矛盾しないことを確認している。アメリカ合衆国憲法とドイツの基本法の比較は、基本権の保護領域

やその規定の仕方を重視することで、反対に、国家の侵害からの防禦が強調されるおそれを排除するためのものであろう。保護義務は、防禦権と同様に、「自由を保護」することは確かであり、基本権の防禦権としての作用は国家による危険からの保護を問題とし、保護義務は私人の侵害からの保護を問題とするのである。

私人の基本権侵害の帰責性を国家に負わせることはないし、受忍義務を云々することもないという点で、SchwabeやMurswiekのような従来の防禦権の構成と異なる提起をしており、その限りで、これらに対するこれまでの批判をかかわることができる。しかし、例えば、「防禦権の本来の課題である『国による侵害からの自由』を、保護義務的に構成すること」が、「保護義務の作為義務としての内実を曖昧にするばかりでなく、基本権の第一の法的作用である防禦権についても、その輪郭線を曖昧にする」という指摘⁽³⁹⁾は及ばないだろうか。

Kringsの立場に対する直接の批判ではないが、この点について、Kringsは、二重に自由を保護しようとすることによって、防禦権も保護義務も含めてすべての基本権作用が平均化されてしまうことを否定し、あくまでも国家による侵害からの防禦が優位することを強調している。すなわち、国家の権力独占を考えれば、国家の侵害に対する防禦が、私人の侵害に対するものよりも、より強力で効果的でなければならず、反対に、私人の侵害からの保護については、国家は決定裁量を有することになる。すなわち、私人の侵害からの保護手段は、作為義務であるからという理由とは異なるが、内実を曖昧にすることはないと一応の反論を用意してはいるように読める。また、極めて一般的な解答にすぎないので、その具体的妥当性についてまでは本稿では検討できないが、内実の曖昧さは内実の広範さとは異なり、その意味で、基本権の保護領域をその基礎とする限りにおいて、これまで对国家で考えられてきた保護領域が保護義務でも一応は問題となると提起することができるであろう。

3 保護請求権

3.1 保護請求権の導出

先のような保護義務論の導出を展開してきた Krings にとって、いまだ説得力のある基礎づけがなされず、解釈上の解明が切望された「保護義務の（再）主観化」は問題とならない。すなわち、「主観的保護権の根拠づけのディレンマは、基本権保護義務を客観的に導出するのではなく、基本権の主観的次元として直接理解すれば生じない」⁽⁴⁰⁾。防禦権としての自由権作用も、保護義務の作用は、同様に、基本法上の基本権から導かれた主観的請求権と考えられ、どちらも原理的な隔たりはないと考えるのである。その限りにおいて、客観的な法規範における主観的な保護目的の方向付けを見出し、主観的保護請求権を根拠づける保護規範説に基づいた見解⁽⁴¹⁾も必要がなくなる。

主観化の問題は、手続法上、憲法異議手続において、適法性 (Zulässigkeit) の要件を承認するかどうかにか繋がる。すなわち、連邦憲法裁判所法上、憲法異議の適法性の要件として、当事者能力や訴訟能力、公権力による侵害に加えて、当事者適格 (Beschwerdebefugnis) として、①基本権侵害があること、②異議申立人が自分自身、現在かつ直接に基本権を侵害されていること、③直接の侵害があることを主張しなければならない、さらに、通常の手続法上の出訴を尽くしていること (Rechtswegerschöpfung) が求められる⁽⁴²⁾。この点、明示的な保護義務違反の判断を下した第一次墮胎判決は、抽象的規範統制手続であり、手続上は、権利侵害を主張する必要はない。もちろん、墮胎罪の合憲性を判断するにあたって、胎児の生命権がテーマとはなるが、請求可能な権利であるかどうかを問題にする必要はない。Krings は、シュライヤー決定⁽⁴³⁾において、すでに、憲法異議の当事者適格の観点の下で、主観的な個人を保護する法的効果の承認に基づいた憲法異議の適法性は疑問視されていなかったことを指摘している。

確かに、Kringsの指摘するように、あるいは、広く説かれているように、その論拠については措いたとしても、一手続法上、憲法異議を認めるという意味で一「主観化」をまったく拒絶するケースはほとんどない。

それとは別に、Kringsは、主観化の基礎づけについて、原理理論を援用する。すなわち、「主観的権利を認めることは、客観的規範にのみ限定するよりも、高い基準で実現するという結果になるため、保護義務の主観化は基本権の原理としての性格によって基礎づけられる⁽⁴⁴⁾」。原理理論は、Alexyの説くところであり、わが国においても広く言及がなされているところであり、一般的には、次のようにまとめることができる。すなわち、基本権条項は、確定的命令としてのルールと、最適化命令としての原理に分かれ、前者は、「つねに充足されうるか充足されえないかのいずれかである規範」で「二者択一的性格」をもち、後者は、「エトバスが相対的に法的小よび事的小可能性との関係において可能な限り高い程度で現実化されることを命じる規範」とされる⁽⁴⁵⁾。自由をより高い程度で実現するには、国家が、自らの任務として、個人の自由を他の私人から守ることが求められる。Kringsによれば、原理理論は、保護義務の基礎づけにも適切だと指摘される。確かに、Kringsが上でみたように、自由概念から保護義務を基礎づけようとしていることと、原理理論に基づいて、自由をより達成するため保護義務を基礎づけ、ひいては主観的保護請求権も基礎づけることは親和的である。

3.2 保護請求権の内容と保護義務の具体化

以上で抽象的に論じられてきた保護義務・保護請求権について、以下では、事例毎に一とりわけ、保護義務の名宛人としての国家権力の区分に応じて一具体的に検討していくことが目的である。「保護義務は、内容形成あるいは内容上の具体化が必要とな」り、その保護手段や請求の性質・目的について検討することが求められる。

(1) 制限規律との関係

保護義務の基礎づけについて、基本権規定や基本権保護領域を重視してきたことを踏まえ、同じく基本権条項に規定される「基本権の制限規律」によって、保護義務が制限されることになるかを Krings は退けている。基本権条項における制限規定は、自由権の防禦権的機能と関連すると考え、「基本法の制限規定は、その構造上、国家の侵害のみに適用される⁽⁴⁶⁾」。19条の制限の制限 (Schranken-Schranken) なども保護義務に転用されることが多いが、適切ではなく、そのような論を求めるのであれば、保護義務独自の制限規律が必要となるとする。しかし、その歴史的な変遷からみて、基本法に制限規定が存在しないのはむしろ当然のことであるが、いずれにしても、国家機関が、私人の介入からの保護目的を実務上まったく否定することはないので、制限規律に基づく保護義務の制限は不要となる。また、第三者による場合と、国家では、「保護の強度と性質に関して、また、それによって保護手段の選択に関して同一ではない⁽⁴⁷⁾」。結局、制限を議論するにあたっては、対立する利益を衡量し、様々な基本権の間の実践的な調整を行うことが求められ、このような責務は、保護義務の具体化を考察することによって明らかとなるとされる。

(2) 請求の性質—給付権と保護請求権

保護請求権の性質は、給付権とは異なることを指摘しておく必要がある。給付権を、防禦権の補完として捉え、広く「国家の積極的な行為を求めるあらゆる権利」と把握すると、基本権保護義務あるいはそこから導かれる保護請求権が含まれることになる。しかし、保護義務はむしろ防禦権的作用との共通性が強調されるべきであり、保護請求権は、国家の不作为による危険からの既存の権利領域を保障することを求めるのである。少なくとも狭義の社会的給付権はこれと異なり、基本権の客観的次元に限定されるのが一般的である。保護請求権は、一般的な基本権の前提の保護を求める権利でないことが確認された。

他方で、Krings は、基本権の条件となる部分を保護することも指摘する。しかし、それは給付権的に導かれる、社会的・経済的な条件整備とは

異なり、「手続的内容および制度的内容に限定される⁽⁴⁸⁾」。例えば、情報の自由は、各自の意見を作るための条件となり、プレスを保障した基本法5条1項の保障の下に置かれるということも挙げられよう。

(3) 請求の目的—最適な保護を求める権利？

保護義務・保護請求権が認められたとしても、国家権力は、その請求に対して、「最大限あるいは最適な保護」の責任を負うわけではない。Kringsは、カルカー決定を挙げて、法律に基づいた「最大限可能な危険からの防禦とリスク配慮」が求められる一方、保護義務それ自体からは、最適な保護を求める権利を導き出さないことを指摘する。防禦権においては、問題となっている侵害行為を禁止すれば足りるが、保護請求権においては、様々な行為の可能性をもち、最適な行為を一つ求めるということではできない。であるからといって、どのような行為でも保護義務を果たしていると結論づけられるわけではなく、保護の下限は決定しうることになる。これが過少保護の禁止（Untermaßverbot）である。他方で、保護義務が、侵害者に対する介入を前提とする限りにおいて、侵害者に対して過剰な侵害が禁止されるという「上限」も設定されることになろう（Übermaßverbot）。防禦権と保護請求権は、目的やその範囲において、異なることがここでも確認される。以上のように、「最適な保護ではなく、適切かつ十分な保護が、それゆえ国家の責任となる」。それは、まず過少保護の禁止によって限界づけられ、他方で、「可能な限り最高の」あるいは「最適な」保護については、正当化しうる効果的な手段のうち最高の保護を求めることを請求の目的と捉え、「十分な」保護を「最適な」保護と一致させるのである。この点から、保護義務は「最適化命令」と説かれるのである⁽⁴⁹⁾。

(4) 保護手段の選択

次に、Kringsは手段の選択について整理している。

保護義務は、防禦権と異なり、その達成につき、様々な選択が考えられるため、「条件の定式化、目的の定式化（Konditional- und Finalprogram-

mierung)」が求められ、そこでは、いわゆる Ob、Wieviel、Wie の問題である。この保護手段の選択について、Krings は、「積極的保護」と「受動的保護」に区別してまとめ、さらに、私人による保護に基づいて「三極関係から四極関係へ」の転換について考察している。この「積極的保護」を、さらに、「介入による保護 (Schutz durch Eingriff)」と「介入のない保護 (Schutz ohne Eingriff)」とに区別する。

介入による保護は、侵害者に対して、危険の原因となる行為の禁止や不作為命令を課すものであるが、場合によっては、侵害者の不作為による基本権侵害が問題となる場合には、作為義務が課されることもある。ただし、作為義務については、過剰侵害禁止によって、禁止よりも負担のないようにしなければならない⁽⁵⁰⁾。国家への通告義務 (Meldepflicht)、侵害者への情報提供義務 (Informationspflicht)、公共に対する解明義務 (Aufklärungspflicht) なども保護の手段として想定できるが、それ自体としては積極的な保護とは異なると Krings は指摘している。その他にも、侵害者に対する国家による警告や、侵害の性質や危険の種類・強度の検討も、基本権侵害に関連することになる。「比例性の原則から、権限のある国家の立場は、禁止や命令といった鋭い剣を抜く前に、まず原因関連性の広範な解明や危険の特殊性について検討する義務を課される⁽⁵¹⁾」。

他方で、介入のない保護については、Krings は、「保護義務は、国家による明白な侵害者の『否定』を必要とするのではなく、侵害者との共同作業においても果たされうる⁽⁵²⁾」と説明し、経済的な促進や補助などによって、侵害行為を引き起こさないようにする保護を指摘する。このような手段によって、国家は、例外的に、保護に関する作為によらず (不作為によって)、潜在的な被侵害者を保護することになる。

受動的保護については、被侵害者を強化することは、被侵害者が国家の援助によって侵害者を「予防的に」侵害する状態に置く場合に、例外的に、侵害者への間接的な基本権となり、この侵害は国家の側で考慮される。

この検討は、真正の受動的な被侵害者保護の事例に限定されると Krings は指摘する。この予防的な措置というのは、国内の安全平和のための警察庁や公安庁制度や、裁判所によってももたらされるとする。そして、さらに、基本権保護義務に基づいて国家が侵害の結果を補充的に除去すること (Heilung)、すなわち結果除去請求権 (Folgenbeseitigungsanspruch) も問題となる。「保護義務の請求権の内容は、私人による基本権侵害の防禦・除去である⁽⁵³⁾」。結果除去請求権によれば、国家は、違法な決定などを終わらせるだけでなく、それによって生じた結果を除去することが求められる。しかし、Kringsによると、国家は、発生にかかわらない結果の除去までは義務づけられておらず、そのような場合には、結果によって侵害された者は、その原因者に対して請求権を有することになる。この際、国家の保護義務は、「私法手続の形式において、被侵害者に対して、私人の原因者による結果除去を実現する効果的な手段を整備する」⁽⁵⁴⁾ ことになる。すなわち、「国家による侵害の結果について時宜の遅れた回復請求は、保護義務からは導かれ」ず、国家は、民事手続によって、「侵害者に対する請求が終わる前に、効果的な方法を提示する」が、他方で、「国家が、その前に、自らの保護義務を侵害することにつき責任があり、それによって第三者による損害が先に発生したら、被侵害者の国家賠償請求が問題となる⁽⁵⁵⁾」。

さらに、Krings は、国家は、保護義務実現のために、私人を「第四者」として位置付けることがあるとする。この際に、「第四者」というのは、保護義務の「三極関係 (Dreieck)」を基にしている。すなわち、基本権保護義務においては、「侵害者としての個 (私) 人／被侵害者としての個 (私) 人／保護者としての国家」という基本構造が想定されるが、それに、「保護者としての個 (私) 人」を加え、「四極関係 (Viereck)」あるいは「四極的保護戦略 (Vierpoligen Schutzstrategien)」を想定する。この第四者というものは、いわゆる行政の援助者をさす。しかし、私人は直接基本権に拘束されないため、この援助者に対しては被侵害者の請求権が基礎づけ

られることはない。それに対して、国家は、援助者が被侵害者を保護していることについて、また、侵害者の基本権への過度の侵害にならないことについて、義務づけられ、他方で、援助者を法律による規律に服さなければならない。国家が、公権力を、私人に委託する場合にはこのことは異なり、「受託者は、公権力と共に基本法1条3項に基本権拘束を受け、それゆえ、基本権上の保護請求権も示される。受託者は、原則として、基本権の尊重を命じられる限りで、保護義務は、合法性の監督の枠内で、委託者の監視に制限される。しかしながら、基本権解釈上、直接的な国家の行政と公権力を委託された者の二重の義務づけによって、保護義務の実現の観点から、保護義務の四極関係ではなく、層をなして重なる二つの保護義務の三極関係が成立する」⁽⁶⁶⁾。

さて、Kringsの整理は、保護義務の実現における裁量に移る。保護義務を達成する手段については、その目的が私人による侵害を回避することに収束されるとしても、結局は、国家の形成裁量が残されることは避けがたい。とりわけ立法者は、法律制定において、将来の事態を予想し、それを評価して、保護義務適合性を目指すことが求められるが、その予想・評価については裁量が与えられる。ただし、この裁量が、裁判所による統制を完全に排除しているわけではない。この裁量は、あくまでも、無限に拡張するわけではなく、むしろ立法事実などをつねに検討し、それに応じた改善義務を負うことになる⁽⁶⁷⁾。このような保護措置について、基本法は、特定された解決策ではなく、枠のみを提示するにすぎず、そうなると、問題となるのは保護の水準である。連邦憲法裁判所判例によれば、保護義務違反となる場面は「公権力が、保護の予防措置をまったく果たさなかったり、保護目的を達成するにあたり当該規律や措置がまったく不適切にあるいは不十分にである場合、あるいは非常に劣っている場合である⁽⁶⁸⁾」。これは、裁判所による審査権限の制限の定式になるわけだが、一般的に、保護義務の性質から考えて認められているといえる⁽⁶⁹⁾。しかし、Kringsは「保護義務の具体化における立法者の形成裁量、そして、行政府の形成裁

量もまた、基本権規定の『実質的な』憲法適合性の一部である」ことを指摘し、「連邦憲法裁判所が、保護義務の実現における侵害的措置をこの形成領域のうちに置くという結論に行き着くと、裁判所は、憲法違反を確認できないだけでなく、そのようなものを前提とすることもできなくなる」ことを注意する⁽⁶⁰⁾。さらには、例外的ではあるが、基本権保護の観点から、実際の保護水準が、唯一の措置によって実現されるような場面において、裁量権が「ゼロ」にまで収縮することがあることは指摘される場所である。

Kringsは、保護義務の具体化と保護手段の選択として、すなわち、保護請求権の内容として、侵害の強度、保護措置の効果、侵害や危険の量的視点からの検討や、必要な保護を講じ、とりわけ国家による保護の補充性に配慮しなければならないとしている。すなわち、例えば、侵害の強度についてみれば、「侵害の強度が強ければ強いほど、国家は効果的な手段を講じなければなら」ず、その侵害の強度を検討するにあたっては、基本権侵害をいかに敏感に捉えられるかが重要であり、単なる抽象的な価値の衡量ではなく、侵害を受けている基本権主体の具体的な重大性を検討することが求められなければならない⁽⁶¹⁾。

Kringsによると、以上のような保護を選択するにあたってさらに指摘されるべきは、保護義務内在的な補充性原理と、「干渉によって侵害を受ける基本権主体の自力救済の優先」である。ただし、ここでいう自力救済は、当然、権力的モメントを含むものではなく、例えば、契約法上の関係のように、任意に入りうる社会的関係の領域で重要となる。危険の可能性を含んだ社会において、国家が撤退するわけでもないし、個人に保護を強制するわけでもなく、あくまでも、手段を提供するのであり、その手段によって、私人が最大限可能な自らの責任の下に、国家による援助によって、保護を促進することが可能となるのである⁽⁶²⁾。

おわりに

冒頭にも述べたように、本稿は Krings の論文の前半部分を紹介するに止まり、その意味で、同論文の中心テーマである消費者契約法については触れられなかった。消費者保護や契約法において憲法上の基礎づけあるいは保護義務論を展開する論文は他にもみられ⁽⁶³⁾、保護義務論あるいは保護請求権論が、私法からのアプローチに開かれていることが示される。包括的な考察だけでなく、主題を絞った具体的な検討は、わが国で消極的に捉えられがちな保護義務論について、その具体的な意義と限界を提示することになり、重要な意味を有すると思われる。他の論文も含め、Krings の後半部については今後の検討課題である。また、保護請求権の導出に関する Krings の議論が、「再主観化」という従来構成とは異なっており、保護請求権の根拠づけについては、むしろ保護義務論の整理のうちで論じられる限りで、保護請求権のみ考察が厚くならないことも指摘おく必要がある。

筆者は、これまで、主観的保護請求権についてまとめてきたが、わが国ではあまり論じられてこなかった。保護義務論についてわが国において包括的にまとめられた論文でも、「主観的権利性をめぐる議論は、ドイツの憲法裁判制度と密着した部分が多いため、参考にしうる余地に乏しい⁽⁶⁴⁾」と指摘される。確かに、抽象的規範統制手続においては、主観的権利云々を問題にする必要はない。保護義務違反を明確に認めた第1次墮胎判決、第2次墮胎判決共に、抽象的規範統制手続であり、主観的保護請求権を認める必要はない。憲法裁判制度において96%を超える憲法異議手続においても⁽⁶⁵⁾、その権利侵害の認定は比較的緩やかである。しかし、憲法裁判制度が存在しない場合にこそ、憲法上の主観的な保護請求権の根拠について論じることが求められるように思われる。主観的権利に関するわが国で議論する価値は乏しい、という指摘に対して、いまだすべてに

答えることはできないが、ドイツの憲法裁判制度によるところが大きいから不必要であるという指摘の意味するところは明確でないように思われる。主観的権利性の意義もさることながら、その限界について指摘することはどうしても避けられないことであり、重要なことであるが、他方で、いわば「主観的権利性の議論が不必要であるという指摘の意味」を再度検討しておく必要があると思われる。このような問題意識の下、主観的保護請求権の意義と限界に関する今後の課題は少なくない。

注

- (1) 保護義務に関する論文は、第三者効力論において考察される中で、かなりの数に上るが、ここでは、極めて最近のものだけ指摘することにする。木下智史、2007、『人権総論の再検討—私人間における人権保障と裁判所』日本評論社、堀内健志「基本的人権の私人間効力の再構成をめぐる」人文社会論叢社会科学編17（弘前大学人文学部、齊藤芳浩、2007、「私人間効力論の考察」阿部照哉喜寿記念『現代社会における国家と法』成文堂。その他については、小山剛、2007、「12 私法関係と基本的人権—三菱樹脂事件」『憲法判例百選 I』有斐閣で挙げられている参考文献を参照。
- (2) BVerfGE 39, 1.
- (3) Krings, 2003, S.62.
- (4) ここでいう一連の判決とは、戦争寡婦への扶助に関する判決（BVerfGE 1, 97）、助産婦の定年規定に関する判決（BVerfGE 9, 338）、養子に関する判決（BVerfGE 24, 119）、大学判決（BVerfGE 35, 79）である。
- (5) Krings は、シュライヤー決定（BVerfGE 46, 160）、カルカー決定（BVerfGE 49, 89）、ミュルハイム＝ケルリッヒ決定（BVerfGE 53, 30）、航空機騒音決定（BVerfGE 56, 54）、化学兵器決定（BVerfGE 77, 170）、ゴアレーベン中間貯蔵施設に関する判決（BVerfGE 77, 381）、交通騒音決定（BVerfGE 79, 194）、深夜労働禁止判決（BVerfGE 85, 191）、夜間就業禁止決定（BVerfGE 87, 363）、ハシシ決定（BVerfGE 90, 145）、健康保険判決（BVerfG, MedR 1997, 318）などを挙げている。
- (6) BVerfGE 88, 203.
- (7) 小山、2006、65頁。
- (8) BVerfGE 81, 242.
- (9) Krings, 2003, S.75.

- (10) BVerfGE 89, 214. 國分、2006、54頁以下参照。
- (11) BVerfGE 89, 214 (229). 訳は、國分、2006、54頁以下。
- (12) 國分、2006、57頁。
- (13) Krings, 2003, S.76.
- (14) BVerfGE 103, 89. 古野、2004、146頁以下参照。この事件は、婚姻前のいわゆる夫婦財産契約が、妻にとって不利な内容を持ち、この契約の法的有効性が問題とされたラントの上級裁判所判決に対する憲法異議手続である。
- (15) Krings, 2003, S.78.
- (16) BVerfGE 96, 56. Krings, 2003, S.78.
- (17) Krings, 2003, S.82f.
- (18) Krings, 2003, S.83.
- (19) Krings, 2003, S.87.
- (20) 石村、2006、88頁。87頁以下では、この前提として、次のように指摘している。すなわち、「妨害排除請求権」である自由権が「基本権の中核」であり、国家は「紛争の事後的解決手段として二次的に登場してきたにすぎ」ず、「消極的な警察作用と比例原則の単純な適用で、国家の存在価値は十分であった。こうした理解の上に、『保護義務論』も整理されるべきであり、国家の基本権実現との係わりで、いかなる基本権が、いかなる侵害があった時に保護に値するかが慎重に配慮されなければならないこととなる。」
- (21) なお、Krings は、連邦憲法裁判所によって提示され、通説的見解でもある「基本権の客観的価値決定」からの導出に対しても、批判的である。客観的価値決定の立場からすると、主観的権利が客観的法規範のうちに根拠を持ち、基本権の第一の目的が個人の保護にあり、また、そこから国家機関の客観的義務が必然的な結論として導かれることになる。「主観的権利に対応した自由権の客観的内容を指摘することによって、保護義務の根拠づけにとって、何かが得られるわけではない。基本権の客観法的側面は、まず、減算によって、基本権の請求権としての側面に残された法規範である。その範囲は、構成要件上も、法的効果からも、主観的権利としての内容を超えることがある。基本権は、それによると、主観的権利として、保護請求権を含む場合にのみ、客観法的保護義務を含んでいる。基本権の客観法的内容から保護義務の作用を導こうとすると、このことは、主観的権利の側面が単純に弱化していくことによっては発生しない。基本権上の保護義務の存在の根拠づけにとって客観法的内容を援用することは、それゆえ、実感的に、循環論法の誹りを受けることになる。」
- (22) Krings, 2003, S.170.

- (23) Krings, 2003, S.150.
- (24) Krings, 2003, S.151. Dietlein, 2005, S.53f.
- (25) Krings, 2003, S.151.
- (26) Krings, 2003, S.153.
- (27) Krings, 2003, S.153f.
- (28) Krings, 2003, S.154.
- (29) Krings, 2003, S.154.
- (30) Krings, 2003, S.155.
- (31) Krings, 2003, S.157.
- (32) Krings の論にとって、憲法変遷を根拠の一つに挙げるのは特徴的である。その限りで、憲法変遷論について少し詳しく触れておきたい。すなわち、Krings の憲法変遷的把握は、従来からわが国においても紹介されてきたドイツの憲法変遷論であるが、はたして憲法変遷をわざわざもちだす必要があるかどうか。「憲法変遷」の二種の概念については、社会学的把握と法学的把握のそれに区別される。すなわち、憲法変遷の社会学的把握とは、「成文憲法の規範の意味と矛盾する社会規範が成立していることを客観的に記述する態度をとるだけで、さらに進んでその社会規範と、成文憲法規範との効力の優劣を論ずることはない」。他方で、法解釈学的把握とは、「成文憲法の規範の意味と異なった社会規範が妥当している場合に、そのいずれが現行憲法なのかを認識する法解釈学的な立場から、把握せられるものであって、その社会規範の法的評価を問題とし、「この意味における《憲法変遷》は、たんに成文法の規範に違反する社会規範が発生したというに止まらず、その規範が成文憲法の規範を改廃してその地位にとって代り、完全な意味で法規範として認められうるものとなった場合のみを意味する」とされる（川添、1986、82頁）。先に見たように Krings も同様に、社会学的な把握と法学的な把握に分けているが、他方で、文言によって画定された枠の中でのみ変遷しうることを繰り返し指摘している。この限定は、保護義務を基本権の規範領域に基づいて導出することによるものであろう。しかしながら、次の指摘を踏まえれば、この枠内の憲法変遷は、単に憲法解釈の変更にすぎないのではないか。すなわち、「従来、憲法条文の意味の解釈には一定の客観的な枠があると考えられ」、「その枠は、少なくとも原理上は認識可能であり、枠を超える解釈は解釈論の範囲を超えるものとして許されない、枠内において可能な意味のいずれを採るかは究極的には価値判断の問題である、というのが基本的な考え方であった。」そして、「枠を固定して考えたから、憲法変遷は、まず、枠内の解釈によるものか、あ

るいは枠を超える解釈によるものが問題とされた。そして、後者こそが真の（あるいは狭義の）憲法変遷の問題であると考えられた」（高橋、2001、195頁以下）。このような理解からすると、枠内の問題である限りにおいて、少なくとも「狭義の」憲法変遷を用いる必要性はない。しかし、このことは、保護義務論が枠内での解釈変更かどうかを論じる必要があり、結局は、Kringsの指摘する—もし憲法変遷という概念を用いないとして—何らかの「変遷」はあることになるか、あるいは、「枠そのものの変遷」と基礎づける必要が出てくることになる。

- (33) Krings, 2003, S.159.
- (34) Krings, 2003, S.160.
- (35) Krings, 2003, S.160.
- (36) BVerfGE 80, 137 (154).
- (37) Krings, 2003, S.161f.
- (38) Krings, 2003, S.162.
- (39) 小山、1998、151頁以下。
- (40) Krings, 2003, S.235.
- (41) Dietlein, 2005, S.193ff. Krings, 2003, S.241f は、保護規範理論を援用する Dietlein の見解を次のように否定する。すなわち、保護義務から保護請求権を導くことによって、法律上の客観的な法規範が主観的なものに形を変えることになり、ひいては、法秩序全体の主観化が引き起こされる。個人の保護に資しない法律上の規範は、基本権保護義務の表れではなく、反対に、基本権にかかわらずとも、他の危険を考慮に入れている限りで、法律上の規範でも個人の基本権を保障することが成立することになるが、しかし、法律上の規範に基本権保護を充填させることによって基本権上の主観化を促すことは、基本権上の保護請求権の結果ではなく、さらに、法律上の規範をどのように規定するかについては、立法者に形成の余地があり、これを問題にするためには、個人が、立法者に対して、保護の最低限を下回っていることを争うのであり、法律によって保護請求権を導くのは逆の論理をとっている。
- (42) 工藤編、2002、246頁以下。
- (43) BVerfGE 46, 160.
- (44) Krings, 2003, S.238.
- (45) Alexy, 1996, S.71ff. 中野、1996、288頁以下。
- (46) Krings, 2003, S.256.
- (47) Krings, 2003, S.257.

- (48) Krings, 2003, S.259.
- (49) Krings, 2003, S.260ff. Alexy, 1996, S.75ff.
- (50) Krings, 2003, S.263.
- (51) Krings, 2003, S.264.
- (52) Krings, 2003, S.264.
- (53) Krings, 2003, S.267.
- (54) Krings, 2003, S.267.
- (55) Krings, 2003, S.372.
- (56) Krings, 2003, S.269.
- (57) 立法の改善義務については、武市、2004参照。
- (58) BVerfGE 92, 26 (46).
- (59) Krings, 2003, S.270.
- (60) Krings, 2003, S.272.
- (61) Krings, 2003, S.275f.
- (62) Krings, 2003, S.278ff.
- (63) 例えば、Rothfuchs, 2006は、電子商取引に関する論文であるが、E章で、基本法の考察を加えている。また、Floren, 1999は、契約法における基本権解釈をテーマに、保護義務論の検討を加えている。わが国における私法上のアプローチについても少なくないが、ここでは山本、2000を挙げるに止める。
- (64) 小山、1998、197頁。
- (65) 活動開始から2006年末までの連邦憲法裁判所への継続事件総数は、163,348件である。うち、157,342件(96.32%)が憲法異議手続、次に抽象的・具体的規範統制手続が3,512件(2.15%)と続く。ドイツの連邦憲法裁判所Webサイトより<http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2006/A-I-1.html>。

参考文献

- ・石村修、2006、『憲法国家の実現—保障・安全・共生—』尚学社
- ・川添利幸、1986、『《憲法変遷》Verfassungswandlungの法的性格』『憲法保障の理論』尚学社(初出：1953、法学新報60-9)
- ・工藤達朗編、2002、『ドイツの憲法裁判』中央大学出版部
- ・國分典子、2006、「民事裁判所による保証契約の内容統制と基本法規定の私人間効力—連帯保証決定—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例II(第2版)』信山社

- ・ 小山剛、1998、『基本権保護の法理』成文堂
- ・ 小山剛、2006、「第2次墮胎判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例II（第2版）』信山社
- ・ 高橋和之、2006、「憲法変遷論にみられる混乱の若干の整理」『現代立憲主義の制度構想』有斐閣（初出：1991、ジュリスト973・974）
- ・ 武市周作、2004、「保護請求権としての規範請求権—とりわけ法律公布・補充・改善請求権について」大学院研究年報法学研究科篇（中央大学）33
- ・ 中野雅紀、1996、「何を基本権は含みうるのか」法学新報103-2・3
- ・ 古野豊秋、2004、「契約の自由とその限界—夫婦財産契約事件（ドイツ憲法判例研究124）」自治研究80-5
- ・ 山本敬三、2000、『公序良俗論の再構成』、有斐閣

- ・ Dietlein, Johannes, 2005, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl., Duncker & Humblot.
- ・ Krings, Günter, 2003, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, Duncker & Humblot.
- ・ Lorenz, Dieter, 1999, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, Duncker & Humblot
- ・ Rothfuchs, Martin, 2006, Staatlicher und privater Verbraucherschutz im elektronischen Geschäftsverkehr, Nomos.