

(要約)

## 国家による自由の秩序の実現

—国家と社会の二元論、基本権の客観的価値秩序の側面から、内容形成の領域まで—

篠原 永明

### 序論

本論文は、保護義務や内容形成等、基本権規定から国家(とりわけ立法者)の積極的義務が導出できるのかという問題の諸前提、および義務が導出される範囲について、ドイツの議論を参考に、総論的な考察を加えるものである。我が国の憲法学に長く影響を与えてきたドイツの基本権理論においては、20世紀後半、とりわけ L $\ddot{u}$ th 判決による基本権の「客観的価値秩序」の側面の承認を契機に、基本権の照射効(私人間効力)から、「保護義務」や「内容形成」といった基本権を実現するための国家の積極的な立法義務に至るまで、様々な基本権作用が基本権規定から導出されてきた。

翻って、我が国におけるドイツ基本法の研究者による議論の紹介・批判を見ると、1970年代ころには、「国家と社会の二元主義」を維持し、基本権を対国家防御権に限定して捉える「旧傾向」と、その克服を目指す「新傾向」という対立軸の下、国家と社会の関係や憲法の理解を巡るドイツの議論が紹介され、その中で基本権の「客観的価値秩序」の側面についても言及がされていた。基本権の「客観的価値秩序」の側面の承認は、国家と社会の二元主義の維持や憲法の理解に関わる選択という、共約不能な問題の一環として捉えられていた観がある。

しかし、個別の論者の議論を追ってみると、例えば「新傾向」に属するとする Hesse と、「旧傾向」に属するとされる Böckenförde はともに Heller の国家論に依拠しているなど、共通点もある。そうであるとすれば、実はドイツにおける基本権の「客観的価値秩序」の側面を巡る議論の中で、両者の間で共通の基盤が見出されたからこそ、防御権を超える基本権作用・国家の積極的義務を導出するという方向で議論が発展してきたのではないかと考えてくる。そのような共通の基盤があったのだとすれば、その基盤に照らして、我が国での論争を検証しなおすことが有意義であろう。そこで本論文では、「旧傾向」と「新傾向」の共通点・妥協点を探ることを試みる。その後、基本権の「客観的価値秩序」の側面とは何であるのか、その性質を検討する。そして最後に、具体的にどのような領域で防御権を超える基本権作用、国家の積極的義務の導出が問題になるのか、その根拠を見ていくこととする。

## 第一部 国家の自由実現義務の諸前提—20世紀におけるドイツの基本権論を中心に

### 第一章 防御権としての基本権

本論文は、基本権規範から国家の積極的な義務が導出可能か否かを検討するものであるが、基本権といえば、何よりもまず対国家防御権ということが思い浮かぶであろう。ワイ

マール憲法下において、Carl Schmitt は、「個人の自由の領域を、国家に先立つ所与のものとして前提とし、しかも、この領域への国家の介入権限は原理的に限定されているのに対し、個人の自由は原理的に無制約とする」配分原理が、一連の基本権に表れているとし、基本権を対国家防御権として理解した。この配分原理は、19世紀の法治国家に由来し、ここでは、所与の統一体としての国家と、政治から切り離された社会という国家と社会の関係が前提にされている。基本法制定当初も、基本権＝対国家防御権という理解が強調されていた。

## 第二章 基本権の客観的側面の登場と展開 1960年代～1970年代

基本法制定当初の防御権を中心にした基本権解釈の転換点になったのは、基本権の客観的価値秩序の側面を承認した、1958年のLüth判決であった。第二章では、このLüth判決以降における、「新傾向」に属する論者(Hesse, Häberle)と「旧傾向」に属する論者(Forsthoff, Böckenförde, Klein)の議論を追い、その共通点と対立点を整理することを試みる。

### 1. 共通点

まず、「新傾向」に属する論者も、「旧傾向」に属する論者も、その多くは、Hellerの国家論を踏まえ、基本法の「民主的で社会的な法治国家」の下、次のような国家と社会の関係の理解を展開していた点で共通する。すなわち、現代の産業社会においては、財や情報の格差から社会的権力が不平等に分配される程度において、社会は自律的に利益の調和をもたらすことができず、自由で自律的な生活形成は困難になる。他方で、個々の人間が国家の担い手であり、国家は社会における人間の行為によってのみ現実性を獲得するとすれば、社会現象としての国家は、行為と作用の組織連関として観察可能となる。このようにして理解される国家は、政治的決定に関わるものとして社会と区分されはするが、行為と作用の組織連関として社会と永続的な相互関係に立つ。そして、民主主義国家の力は可能な限り多くの市民のコンセンサスを得ることに依存するので、国家は社会に影響を与える必要性に直面する。以上、「新傾向」でも「旧傾向」でも、所与の統一体としての国家と、政治的な決定から切り離された自律的社会という、19世紀的な配分原理の諸前提は放棄されていた。他方、国家と社会の作用の区別を承認するという点でも一致があり、いずれの立場でも、作用としての「国家と社会の二元論」は維持されていたといえる。

また、上述のような国家と社会の相互関係に鑑みれば、もはや、国家から自由な社会の領域を確保さえすれば済むというものではない。憲法論は、国家と社会の相互関係のあり方、国家(と社会)に、どのような権限が如何なる形で配分されているのかという問題に直面することになる。この様に憲法を理解するのであれば、基本権保障も、政治的・権力的な「組織された人間の作用の統一体」としての国家と社会の間の「権限」配分として構成されることになろう。このような憲法理解の変化は、基本権保障を主観的防御権の保障に限

定する必然性を失わしめる。

更には、いずれの立場に属する論者も、その多くは、現実的自由を実現することを憲法上の目標としていた点でも共通する。ここでは、憲法上の自由は、国家の外部に位置づけられた「領域」ではなく、広義の「社会」において実現されるべき「状態」という意味に変化している。その上で、国家と社会の相互関係において、現実的自由を実現する国家の作用を、憲法上どう基礎づけるかというのが彼らの議論の対象であった。憲法上の「自由」が実現されるべき「状態」なのであれば、必ずしも国家活動と「自由」を対立的に把握する必要はなくなる。

## 2. 対立点

この「現実的自由の実現」という目標のために、連邦憲法裁判所や Hesse は、個々の基本権の客観的価値秩序としての側面を想定し、それを足掛かりに、基本権保障の内容を防御権以外に拡張したと考えられる。これに対する「旧傾向」からの批判は、基本権上の自由の内容が変性してしまうということにあった。すなわち、反対論者は、基本権上の自由は「自由それ自体」であると考えたのに対し、客観的価値秩序論においては、自由は、国家共同体の価値の「ための」自由となってしまうというのである。もっとも、Hesse は、「客観的価値秩序」の概念は、ナチス期の経験の生々しい印象のもとで、基本権と「その基礎および正当化の源泉としての人権の関連」を表したものに過ぎないと述べ、基本法が実体化した秩序の基本原則とは、「基本権の中に内容形成された、人間の尊厳、自由、平等」であるとしている。そして、社会的法治国家において、これらの基本原則は、国家の新たな任務を実現する目標・限界・方法について決定すると述べる。自由の内容変性という批判が Hesse に当てはまるかは疑わしい。

Hesse や判例の立場と、基本権を防御権に限定する論者が、配分原理の変容、憲法の意味の変化、「現実的自由」を実現する国家の活動を肯定する点、及び、「自由それ自体」が基本権上の自由であるとする点で足並みがそろっていたとすれば、上述の対立は、基本権保障における、あるべき権限配分のあり方を巡る対立であったと相対化できる。では、自由を実現するためにどのような権限配分をすべきであろうか。自由を実現するため、国家権力の濫用を防止する必要は、なお存在する。民主過程に対抗し、社会の自律性を守るためにも、防御権としての基本権はなお重要性を失わない。基本権保障の第一次的な意味が、国家に対する防御権に置かれることは、基本権の客観的側面を認めた Lüth 判決も、Hesse も承認するところである。自由の実現は、第一次的には社会の権限とされるのである。

そうすると、対立点は、自由で自律的な社会生活の諸前提を創設する国家の権限を、基本権保障の中に取り込むべきか否かである。「旧傾向」の立場は、基本権保障の役割は国家と社会の作用の区分の維持(=防御権)に限り、「社会国家委託」等、基本権保障とは異なる次元で国家の権限を基礎づけようとするものであったといえる。その理由は、個々の基本権に客観的価値秩序の側面を肯定することでもたらされる、基本権の構造の変化に対する

懸念であったと思われる。そこでは、とりわけ、価値として把握された基本権を実現するため、裁判所が比較衡量という不明確なプロセスで統制を及ぼすことができるようになり、立法国家から裁判国家になってしまうということが警戒されていたのである。

### 第三章 国家の積極的義務の定着と問題状況の深化 1980年代～1990年代

この時代になると、基本権は価値か否かという対立は1970年代までのような勢いを失った。この時期には、客観的価値秩序の内実が基本権規定自体から導出される自由の原理(憲法原理としての自由)であるという理解が広く定着し、学説上、その性質が明らかにされた。そのため、価値が基本権上の自由の内容を変性させてしまうという批判は勢いを失い、「問題が別の次元に移行」していったのだと考えられる。そこで、本章では、憲法原理としての自由という考えをまずは概観し、その後、議論がどのように展開していったのかを整理しよう。

#### 1. 憲法原理としての自由

この時期には、基本権規定それ自体から導出される憲法原理としての自由が客観的価値秩序の内実であるという理解が示され、広く定着していった。このような「客観的価値秩序」＝憲法原理としての自由は、基本権規定そのものから導出されるのであり、恣意的に定立されたり、憲法の外部から裁判所の評価によって持ち込まれるのではない。基本権の価値理論で問題視されたように、基本権上の自由を「～のための自由」にしてしまうものでもない。また、この憲法原理としての自由は、特別な法的効力を持つものではない。これは、憲法秩序の不可欠の構成要素として、基本権規定の意味を明らかにしたり、思考の指針を示したり、あるいは正当化の根拠となる機能を持つに過ぎない。憲法原理としての自由は、広義の「社会」の中で達成が目指される憲法上の目標のようなものといえ、基本権規定に具体化されて初めて規範的効力を獲得する。このような憲法原理としての自由は、基本権の様々な作用を解釈により根拠づける出発点として利用される。基本権の防御権としての側面も、保護義務等、防御権を超える作用も、この憲法原理の自由の具体化として理解することが可能となる。

#### 2. Böckenförde による批判

このような憲法原理としての自由を用いた、防御権を超える基本権作用の導出について、激しい批判を展開したのは、またもや Böckenförde であった。その批判は、以下の3点にまとめられる。

①まず、Böckenförde によれば、客観的価値秩序の側面を備えた基本権は、あらゆる基本権作用を包括的に自らの内に取り込み、反対に、これらの作用を様々な形で展開可能なものである。そして、基本権がこのような客観的価値秩序を含むものとなると、基本権の適用は「解釈」から「具体化」になってしまうという。②また、客観的価値秩序としての基

本権理解によると、基本権は全体の法秩序における最高次の原理となり、実現すべき法秩序全体はすでに憲法の中に含まれていることになる。目標の設定・実現は、政治プロセスではなく、憲法裁判所によって行われることになってしまう。③最後に、基本権が、実現が目指されるべき客観的価値秩序となることで、議会も裁判所も客観的価値秩序の「具体化」を行うものとなる。しかし、比較衡量という不明確なプロセスゆえに、憲法裁判所の判断が具体化において優先することになる。その結果、「議会による立法国家から、憲法裁判所による裁判国家」への権力構造の変化が生じることになるという。

### 3. 検討

しかし、Böckenförde の理解は、そもそも憲法原理としての自由の作用とは異なるであろう。憲法原理としての自由を承認することで、あらゆる基本権の作用が無媒介に引き出されるのではない。憲法原理としての自由は、あくまで様々な基本権作用を基礎づける出発点であり、個々の基本権規範からどのような作用が導出されるかは、憲法原理としての自由を具体化した基本権規範の解釈によるのである。そして、「基本権上の自由」を広義の「社会」において実現すべき状態と位置付け、そのための権限配分という観点から基本権を捉えるのであれば、防御権を超える作用の導出を解釈ではないとして一刀両断にしてしまうのではなく、「基本権についての解釈論的・原理論的な実質的論証」を練り上げることが重要なのではなからうか。また、「裁判国家化」の問題についても、ドイツの学説の多くは防御権一元論に回帰することが適切とも考えていない。基本権上の国家の積極的義務について、憲法裁判権による立法の領域への干渉を防止すべく、解釈学が基本権規定上の基準を明確化することで、「裁判国家化」への対処に貢献しようと考えられている。

さらには、憲法原理としての自由を承認したからといって、それ自体から直ちに立法による法形成の余地が奪われてしまうのではない。この問題は、むしろ、Alexy のいう最適化命令を基本権作用に結びつけることから生じるものと思われる。そして、基本権に広く最適化命令としての性格を認め、防御権も、防御権を超える作用も等しく比例原則に服するという想定は、一般的に受容されているとは言い難い。しかし、基本権上の国家の積極的義務について防御権と同じような基本権拘束ができないというのであれば、防御権が問題になる領域と、それ以外の作用が問題になる領域を明確に区別し、後者において、その領域特有の基本権拘束の手法を編み出す必要性に直面せざるを得ない。それゆえ、どのような領域で国家の積極的義務が導出できるのか、義務導出のための「基本権についての解釈論的・原理論的な実質的論証」がまずは必要になる。この領域の画定は、積み残された課題として、2000年以降の議論に引き継がれていったのである。

## 第二部 国家の積極的な自由実現義務の領域—基本権の内容形成論を素材に

### はじめに

第二部では、基本権規定からどの範囲で国家の積極的義務が導出できるのか、その見取

り図を描くことにする。基本権の第一次的機能が防御権にあること、また、憲法原理としての自由を承認する場合には裁判所による政治過程の浸食が危惧されていたことからすれば、基本権規定から国家の積極的義務を導出する際には、なぜ防御権による構成ができないのか、そして、なぜ政治部門の決定に委ねず、裁判所による積極的な介入まで認める必要があるのかという観点からの根拠づけが必要となろう。以下では、基本権の内容形成という概念に着目し検討を行うことにする。

## 第一章 内容形成の概念とその類型

まず、内容形成という概念に着目する理由について述べておこう。「憲法裁判権による立法の機能領域・任務領域への干渉を防止するために、どのような条件の下で内容形成を行う規範制定について語られうるのか、そして、どのような具体的な基本権上の決定に、その規範制定が服するのかが、明確でなければならない」という問題関心の下、「防御権を発動させる基本権介入とは区別される、基本権上の任務を履行するために制定された規範、あるいは少なくとも基本権の客観法的内容の展開に資する規範の制定」と内容形成を定義し、内容形成の投入領域を検討したのが Gellermann であった。ここでは、防御権を発動させる基本権介入の対抗概念として、そして、国家の積極的義務に対する基本権拘束を考える際の器として、内容形成の概念が捉えられている。そして、Gellermann 以降、2000年代には、この内容形成の解釈学を、防御権の解釈学と並ぶものとして確立し、基本権拘束を練り上げようとする議論が盛んに行われているのである。それゆえ、内容形成の諸類型を見、その類型が内容形成とされる根拠を検討することは、立法者の積極的義務が問題になる領域について見取り図を描くという本論文の問題意識にも資するものといえよう。

では、どの様な領域が内容形成の問題とされるのであろうか。上述の Gellermann の他、2000年代に内容形成の類型論を扱った Lenz、Bumke の議論を参考にすれば、以下の領域が内容形成の問題とされうる。すなわち、①婚姻、所有権や契約自由など、法制度がなければ保護の対象が観念できない基本権の内容形成、②基本権の相互衝突、および基本権と他の憲法上の法益の衝突の解消としての内容形成、そして、③基本権保護義務や狭義の給付義務といった、基本権の保護・支援としての内容形成の3つの領域である。このうち、①と②は、基本権の保護領域の設定を立法者の義務と捉える点で共通する。それゆえ、この領域を内容形成の問題とするか否かは、防御権と内容形成の境界をどこに設定するのかという問題に深くかかわると言える。他方、③基本権の保護・支援は、基本権の保護領域が確定された後の問題、すなわち防御権の射程が定まった後の問題である。しかし、基本権作用を防御権に限定していた際には、立法者が決定する政治的問題とされた事項につき、なぜ裁判所が積極的に介入できるのか、裁判所による政治過程の浸食の防止という観点からすれば、なお、これを内容形成の問題とすべきか否か、その論拠の検討は重要である。

## 第二章 立法者による基本権の保護領域の決定

### 1. 法制度がなければ保護の対象が観念できない基本権の内容形成

「法制度がなければ保護の対象が観念できない基本権」については、内容形成の領域とすることにつき問題はないであろう。ここで問題になる、所有権等の基本権に含まれる「憲法原理としての自由」は、その概念上、第三者に対する支配力・拘束力等、法的効力を付与する法制度を要請するものであり、その内容は前国家的なものとは考えられない。法制度を創設する法律があって初めて基本権の保護領域が定まるので、この領域では、法制度の創設に関わる法律は原理的に基本権介入とはなり得ない。かといって、基本権の保護の対象の決定を立法者の恣意に委ねてしまうことは、立法者に対する基本権拘束も定めた基本法1条3項と両立しないので、立法者による基本権の保護の対象の創設を、憲法上の拘束に服させなければならない。それゆえ、この類型に関わる基本権規定においては、「憲法原理としての自由」は、国家の積極的な法的義務という形でまず具体化されているのだと解釈されるのである。

また、内容形成の基本権拘束を考える際には、立法者に対し適切な法発展の余地を残すという要請との調整が課題とされる。この点に関しては、内容形成の指導原理を導出し、その原理が実現されている程度を問うという拘束のあり方を考えるという方向で議論がされている。そこでは、指導原理間のバランスのとれた調整がなされているか、狭義の比例性が基本権拘束を考える際の重要な場所と考えられている。このような議論の方向性は、一方で法制度の核心領域の保護を超えた統制を可能にし、他方で防御権の場合のような厳格な統制を回避するものであり、上述の課題に応えるものとして、基本的には賛同できよう。もっとも、指導原理間の調整については、規律対象の特性や状況に関連した指導原理間の優先ルールを練り上げていく必要があり、その類型化が今後の課題と考えられる。

### 2. 基本権の相互衝突、および基本権と他の憲法上の法益の衝突の解消としての内容形成

他方、「基本権の相互衝突・基本権と他の憲法上の法益の衝突の解消」については、内容形成とする合理的な理由が見いだせない。例えば、この領域を内容形成の問題とする根拠として、現実的自由を実現するためには、他者の基本権上保護された法益との相互配慮が必要であり、この相互配慮は基本権に内在した限界であるということが言われる。確かに現実的自由を実現するためには、憲法原理としての自由相互、あるいは憲法原理としての自由と公益の調整が必要である。しかし、基本権の保護領域のレベルでこの調整を行う必要はない。例えば、表現の自由と名誉権の衝突を考えた場合、名誉権を保護する措置をとる際には、名誉権の保護のために表現の自由の保護領域に介入を行っている(基本権介入)とし、防御権による正当化を行えばよい。

## 第三章 基本権の保護支援

基本権の保護・支援を内容形成の問題とすべきかについても、「憲法原理としての自由」

を承認したからといって、直ちに広範な義務導出が可能となるのではない。政治部門との関係で、なぜ裁判所にまで、防御権の審査を超え、基本権上の自由を実現するための積極的な役割が与えられなければならないのかという観点からの根拠づけが必要である。例えば、基本権保護義務の場合は、基本法 1 条 1 項 2 文という明文規定の存在が、法的義務としての保護義務を承認するための憲法条文上の根拠として重要であると考えられる。また、狭義の給付義務の場合も、基本法 20 条 1 項と結びついた基本法 1 条 1 項、基本法 7 条 4 項 2 文から 4 文という明文規定の存在や、自由行使の前提条件の整備が法的に当然の前提になっていること(例えば、国家の教育独占)が根拠とされている。

そして、これらの義務については、基本権規定は国家に対し方向性を示すだけであり、詳細な具体化を必要とし、単純法律による実現を狙いとするということは一般的に承認されている。それゆえ、上述の様に基本権保護義務や狭義の給付義務が基礎づけられる限りで、「基本権の保護・支援」の領域も、内容形成の領域となる。

### 総括：我が国への示唆と今後の課題

我が国の憲法も、民主主義原理・社会国家原理を採用しており、国家と社会の作用連関という認識と、両者の権限配分として憲法を捉えるという視点は否定できないであろう。また、基本権の私人間効力についての「間接的効力説」や、基本権制約根拠についての「一元的内在制約説」などを見れば、我が国の憲法学も、基本権上の自由を社会全体において実現されるべき価値と捉えてきたのではないだろうか。そうであるとすれば、配分原理の変容・憲法の意味の変化・「憲法原理としての自由」の想定という、基本権規定から国家に対する積極的な義務付けを導出する諸前提の共有可能性があるといえよう。また、憲法 29 条の財産権や憲法 25 条の生存権を巡る議論など、実際に国家の積極的義務を導出し統制を行う素地があることも確認できる。とりわけ、財産権等、内容形成の第一類型に属すると考えられる基本権については、基本権の内容が法律によって初めて定まるものであり、また、立法者が時代適合的に制度を改変していく必要性が否定できないとすれば、防御権の場合とは異なる、内容形成の解釈学の発展が我が国でも積極的に検討される必要があるだろう。

もともと、本論文は、あくまで、基本権規定から国家の積極的義務を導出しうるかという問題についての総論を素描してきたに過ぎず、各論として論じなければならないことは多い。まずは、いくつかの基本権規定を採りあげ、内容形成の問題として扱う根拠、及び内容形成の指導原理間の調整ルールについて、詳細に論じる必要があるだろう。