

機関番号：32505

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2009～2010

課題番号：21730033

研究課題名（和文） 行政権に対する憲法上の保護請求権の理論的可能性

研究課題名（英文） Die theoretische Betrachtung von dem grundrechtlicher Schutzanspruch auf der Verwaltung

研究代表者

武市周作（TAKECHI SHUSAKU）

中央学院大学・法学部・准教授

研究者番号：70389617

研究成果の概要（和文）：本研究は、行政権に対する保護請求権について、憲法上の基本権から直接導出することができるかを考察することを目的としている。ドイツの判例・学説において認められてきた保護義務が、わが国においても一賛否は別にしても一理論的に一定程度浸透している今日、保護請求権まで視野を広げて考察することにはとりわけ意義がある。研究の結果として、連邦憲法裁判所制度を持たない日本においても、憲法上の保護請求権を論じる意義は高く、またその導出可能性は認められるという結論に至った。

研究成果の概要（英文）：Die grundrechtliche Schutzpflicht wird heute auch in Japan weit diskutiert. In diese Beitrag thematisiert es sich, ob der Schutzanspruch auf der Verwaltung aus den Grundrechte gezielt werden kann. Wenn man verfassungsrechtlich die Schutzpflicht betrachtet, soll nicht nur die Pflicht des Staates sondern der Schutzanspruch des Grundrechtsinhabers beachtet werden. Damit zeigt es sich, dass der grundrechtliche Schutzanspruch von grossen Bedeutung in der japanischen Verfassungstheorie und -praxis ist.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2009 年度	1,000,000	300,000	1,300,000
2010 年度	300,000	90,000	390,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,300,000	390,000	1,690,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：憲法、基本権、保護義務、保護請求権、ドイツ

## 1. 研究開始当初の背景

## (1) 保護義務論の日本における浸透状況

ドイツの連邦憲法裁判所が比較的早い時期から国家に対する基本権保護義務を認めて以来、学説がそれに反応して、広くその意義は認められてきた。その後、日本において早い段階から保護義務論自体の紹介はなされてきた。さらにドイツの憲法判例研究が進

むに応じて、その賛否は別にしても、保護義務論自体は広く浸透するに至っている。とりわけ最近の日本での保護義務に対する主たる関心は、人権規定の私人間効力論への理論的な適用可能性についてである。保護義務論が、“国家ではない（第三）者”の基本権侵害に対して、国家がいかにかその被侵害者を保護することができるかという議論である限

りで、わが国での関心そのような傾向を有するのはむしろ当然ということもできる。従来から通説判例として当然視されてきた私人間効力論における間接効力説も、その理論的な背景にまで深く考察すれば、保護義務論的発想と関連することに気付くのはいわば当然のことである。そこでなされてきた保護義務論の議論状況の整理は、日本における理論的な導入可能性に関する紹介当初の消極的な流れを緩和しているようにも評価できる。このような流れを作りやすくしたのは、私人間効力論における議論で注目されたことだけでなく、ドイツの三段階審査や比例原則の紹介や実践的な適用の試みもその要因となっているように思われる。これらのドイツにおける憲法理論の考察は、単なる紹介にとどまらず、これまでの日本の人権論とシンクロさせて考察を進めたり、わが国の諸判例を分析するのに適用したりしており、ここからもその意義の高さが見て取れる。

## (2) 保護義務論・保護請求権論の可能性

そもそも保護義務論は、私人間効力論との関連にとどまるものではない。その根拠について考えれば、基本権機能自体の考察を避けることはできないし、さらに広くは国家論にまで広がりを持ちうる。ここ数年で特に注目を浴びてきた「国家による安心・安全」についても、保護義務論は一つの視点を提供する。

他方で、行政権の保護義務に着目すれば、これまで行政法学で説かれてきた実践的な権利救済手法とも結びつく問題である。とりわけ三面的行政関係論などは、保護義務論における三極関係と構図を同じくしている（憲法学でも論じられてきた名誉毀損的表現も同じことが指摘できる。その意味で、保護義務論的構図を受け入れる素地自体は整っているともいえる。もちろん、そうであるからこそ、改めて保護義務論を説くことの意味を提供するのは、それを指示する立場の課題である）。さらに、原告適格論と保護義務論との関係についても、その理論的関連性は高い（この点については、小田急訴訟上告審判決における藤田裁判官補足意見での「リスクからの保護義務」を指摘する必要がある。山本隆司「判例から探究する行政法・第6回 原告適格(2)」法学教室 377号(2008年)78頁、神橋一彦「原告適格論と憲法の視点」立教法学 82号(2011年)229頁参照）。

以上を踏まえると、憲法学において、保護義務論を私人間効力論の中に“閉じ込めておく”のは有益ではない。行政法学におけるこれまでの理論的・実務的な積み重ねを、憲法学においてどのように関連づけられるかという視点が必要である。その際、とりわけ行政法学における権利救済手法を念頭に置けば、保護義務論における「国家の義務」の側

面にばかり着目するのではなく、「個人の保護請求権」に目を向けることが有益である。

## 2. 研究の目的

### (1) 保護請求権に着目する目的

個人の保護請求権に着目するのは、保護義務論に繋がる国家の役割を取り上げることについて従来の憲法学が持ってきたであろう抵抗感を和らげる意図もある。もちろん、そのような抵抗がそもそもあったのかはそれほど明らかではないし、日本でも基本権の客観法と主観的権利の側面について浸透する中で保護義務論に対する心理的障壁はなくなっているかもしれない。それでもなお個人の主観的権利を軸に考えるというのはこれまでの憲法学を踏まえても自然な発想である。

### (2) 行政法上の権利救済手法との関連性

さらに、本研究では、従来の行政法上の権利救済手法に関するこれまでの成果を参考にしながら、行政権に対する保護請求権が憲法上・基本権上導出することができるかを理論的に考察することを目的とする。そして、この研究を通じて、保護義務論の主な議論の場を私人間効力論に限定してきたことを改め、広く基本権理論に応用可能であることを示したいと考えている。さらには、いわば憲法論として見直し、憲法学との架橋を試みるという大きな目標も背後にはある。とはいえ、従来の行政法学説や判例が採用してきた法理などを根本的に再考することを求めるのではなく、基本権から導かれる理論的枠組を提供し、その関係性を明らかにすることを目指すものである。

さらに、これまで行政法学においては、行政法上の主観的公権についての業績が蓄えられてきた（例えば、極めて最近の者だけを挙げてみても、神橋一彦『行政訴訟と権利論』（信山社、2003）、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000）、中川義朗『ドイツ公権理論の展開と課題』（法律文化社、1993）など）。それらの考察は主観的権利としての保護請求権を論じる上で非常に参考になる。これらの成果を、憲法論的な視点で検討させることは重要な意味を持つ。ドイツにおいてはもちろん、日本の行政法においても、広く説かれる基本権の行政法上の意味について、憲法学の側の意識について再考する余地はあるのではないかと。

## 3. 研究の方法

### (1) 連邦憲法裁判所判例の整理

当初、理論的考察の前提として、連邦憲法裁判所判例における保護義務・保護請求権の

可能性について整理することを計画した。それに合わせて、まずは判例を整理・分析することに集中することにした。連邦憲法裁判所を中心とする判例検討は、保護義務論が紹介されはじめた後、総合的に検討した小山剛『基本権保護の法理』（成文堂、1998年）以降は集中的に整理されていないため、有意義な作業である。

連邦憲法裁判所は、保護義務を導出する根拠として、基本権の客観的価値秩序や基本権の客観法的内容を挙げてきたが、初期の段階からこの概念には言及してきた。いわゆる夫婦合算課税違憲、リユート判決、薬局判決などという初期の頃からそれはみられる。次に、1970年代以降の定数制判決、大学判決、第一次墮胎判決などで客観的価値秩序について大きく方向転換がなされ、その役割が拡大するきっかけとなった時期である。その後、シュライヤー決定、カルカー決定、航空機騒音決定、代理商決定、第二次墮胎判決など保護義務に関連する最重要判例が多く出されることになる。これらの時期がいわば保護義務の最盛期といえるかもしれない。他方で、保護義務論自体は変わらず提示されるものの、国家の義務違反が認められるケースはそれほど多くないことは指摘しておかなければならない。

以上のように連邦憲法裁判所判例の時期を区切って考察することを第一とした。

#### (2) 基本権理論の整理

次に、判例だけでなく基本権理論にも目を向けなければならない。客観法的価値決定については、基本法制定当初から学界でも指摘されてきた。その原型については、歴史的にみても相当遡ることができる。研究計画の段階でも示していた通り、オットー・フォン・ギールケの研究や、19世紀ドイツ憲法理論も、保護請求権に関わる視点を見つけ出すために、対象とする。

基本権理論を歴史的に整理する上で、とりわけ第二次世界大戦の反省に立った基本法制定が重要な意味を持つ。ワイマール期の憲法理論との連続性を指摘しながらも、基本法制定当時の理論状況を整理しなければならない。最後に、最近の基本権理論にも目を配らなければならないのはいうまでもない。

とりわけ以上の学説動向については、2009年8月にドイツのヴェルツブルク大学法学部図書館を中心に資料収集を行なった。

#### 4. 研究成果

##### (1) 連邦憲法裁判所初期判例の考察

3. で挙げた計画は、ドイツの連邦憲法裁判所の判例を見通すことに当初の予定より時間がかかったため、現在も引き続き進行途中

であり、研究成果の公表自体は限定的で、中間的なものにとどまった。

平成21年度に公表したのは、憲法上の客観的価値地秩序について、初期判例の考察成果である（拙稿「連邦憲法裁判所初期の判例における価値秩序論について—全州議会評議会から夫婦合算課税決定・リユート判決まで—」中央学院大学法学論叢 23 巻 1 号（2010））。客観的価値秩序論は、連邦憲法裁判所判例上保護義務論の根拠とされ、また、基本権の二重機能を踏まえれば保護請求権の根拠としても重要である。ここでは、基本権の客観法的内容については「価値秩序」「価値決定的原則規範」「客観法的価値決定」「憲法価値」「社会形成的価値」といった価値概念と関連づけられるものから、「基本的決定」「社会的な秩序原理」「指針」「構造原理」「基本原理」「指導原理」などの価値概念とは関係しない語まで用いられているため、同時期に行なった判例研究（拙稿「ドイツ憲法判例研究（144）血縁の兄弟姉妹間の近親姦の合憲性」自治研究 86 巻 5 号（2010年））との関連で、「価値秩序」という語を用いていた（本報告書では「客観的価値決定」と互換的に用いることとする）。この考察の中で、基本法制定時から客観法的価値秩序には言及されてきたことを示した。なかでもとりわけ第二次大戦後の占領期に開かれた西側三カ国占領地域における全州議会評議会での基本法制定過程が重要である。いうまでもなく基本法制定は、第二次世界大戦に対する大いなる反省に基づいている。基本法の根本決定として、「人間の尊厳」原理を据え、その後のドイツ憲法理論に決定的な方向性・指針を与えたのは、わが国でも憲法学を超え、広く知られるところである。テロリストに対する安全などが現実的な問題となる中で、人間の尊厳の相対化などが議論されることもあるが、基本法が客観的価値秩序であることを認めること自体に変化がみられるわけではない。客観的価値決定は、少なくとも判例において役割を大きくすることはあっても、疑問視されるような傾向はみられない。客観的価値秩序から導かれる法理は少なくないが、その中で最も重要なものが保護義務である。今回整理した時期以降の判例で保護義務の役割が大きくなる。この成果については、保護義務に大きく転換する前段階の判例しか扱っていない点で途中報告であり、その後の判例については現在整理しているところである。この後の成果については可及的速やかに公表する予定である。

##### (2) 保護請求権の可能性

次に保護請求権に目を向ける。保護義務をより具体的に考察すると、まず国家でない者からの被侵害者を保護するためには立法を

講じることが求められる。保護義務の一義的な宛名は立法者である。それゆえ、立法者に対する義務づけについては比較的先行業績も少なくない。これについて保護請求権で論じるとすれば、法律制定・改廃請求権（立法不作為に対する保護請求権）が問題となる。今回の研究計画ではこれについては直接の対象とはしていない。

これに対して、行政権に対する義務づけについては、従来のアプローチによると、業績は相対的に少ない。しかし、保護請求権が行政法学において昔から議論されてきたこととの関係を考えれば、憲法学からの考察が不十分ではないかと思われる。他方で、行政法学からのアプローチも、基本法との関連が十分になされてきたかはそれほど明らかではない（ただし、先に掲げた神橋「原告適格論」や同『行政訴訟と権利論』（信山社出版、2004年）などは基本権との連携の必要性を指摘している）。もちろん、これには行政権との関係で保護請求権を論じようとするならば、「憲法・基本権上」ではなく「法律上」の保護請求権がまず念頭に置かれることにも基づく。他方で、ドイツの基本権理論では、保護規範説において「基本権の保護規範内的効果」と「保護規範外的効果」に言及されており、大いに参考となる。前者においては、基本権はいわば保護請求権の仲介役に位置づけられる。これに対して後者では、基本権から保護請求権を認めることの可能性を含んでいる。法律執行請求権といった形で議論しうる問題である。さらには、立法者の法の欠缺があった場合についても問題となろう。しかしながら、これらの保護請求権論の成果は公表するには至っていない。

保護義務の可能性について広く説かれるのに対して、保護請求権に目が向けられてこなかった要因として、連邦憲法裁判所も含めた憲法裁判制度の日独の違いが挙げられている。しかし、憲法訴訟について法整備がなされていない日本であるからこそ、憲法・基本法から直接保護請求権が認められるかは問題としやすいのではないか。法律上何らかの形で訴訟が提起されればよいと考えるのでは不十分であろう。

### (3) 今後の展望

連邦憲法裁判所は、一時期よりも保護義務自体を中心的に取り扱うケースは減っているといわれるが、そのことで保護義務を論じる価値が減じるわけではない。私人間効力論との関係で日本でも保護義務が再び注目され、それ自体も一定の段階まで達しており、この段階で再度保護義務について総括し、保護請求権の可能性を示唆することは有益であると思われる。さらには、先にも触れたように、藤田裁判官の補足意見で、保護義務論

的発想を言及していることを踏まえると、実務的な意義も高いといえる。今後の課題として示しておきたい。

## 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計2件）

①武市周作、連邦憲法裁判所初期の判例における価値秩序論について—全州議会評議会から夫婦合算課税決定・リユート判決まで—、中央学院大学法学論叢、査読無、23巻1号、2010年、140-168頁。

[http://wwwlib.cgu.ac.jp/cguwww/03/23\\_01/23-01-05.pdf](http://wwwlib.cgu.ac.jp/cguwww/03/23_01/23-01-05.pdf)

②武市周作、ドイツ憲法判例研究（144）血縁の兄弟姉妹間の近親姦の合憲性、自治研究、査読無、86巻5号、2010年、153-161頁。

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

武市 周作 (TAKECHI SHUSAKU)  
中央学院大学・法学部・准教授  
研究者番号：70389617