

論 説

ドイツの基本権保護義務論における外国人 ——在外国民の保護との関連で——

鈴木 隆

序言

第一章 基本権保護義務論と外国人

第一節 ロッパースの見解

第二節 ディートラインの見解

第二章 外交的保護（外国保護）と憲法

第一節 外交的保護（外国保護）

第二節 ゲックの見解

第三節 デーリングの見解

第三章 検討

第一節 ゲックおよびデーリングの見解における外国人

第二節 基本権保護義務論における在外国民

第三節 基本権保護義務論における外国にいる外国人

結語

序 言

一 ドイツにおいては、基本権の作用の一つとして、保護義務（基本権保護義務）が論じられている⁽¹⁾。その意義は、典型的には、基本権で保障さ

(1) 保護義務に関する邦語文献としては、小山剛「西ドイツにおける国の基本権保護義務」慶應大学法学研究63巻7号54頁以下（1990年）、小山剛「ドイツ基本権解釈論における国の保護義務——社会権・防禦権と保護義務——」慶應大学法学政治学論究7号41頁以下（1990年）、小山剛「私法関係における基本権の保護」慶應大学法学研究65巻8号23頁以下（1992年）、中野雅紀「第三者による侵害に対する基本権保護」中央大学大学院研究年報22号1頁以下（1993年）、

れている個人の利益（生命，自由，財産など）への他の市民による危険から個人を保護するという，国家の義務といえよう。そして，危険の源に関して他の市民に限定せず，自然災害，外国，自分自身に由来する危険からの保護まで，保護義務に含められることもある⁽²⁾。

山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）（二・完）」法学論叢133巻4号1頁以下，5号1頁以下（1993年），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（敬文堂，1994年）93頁以下，桑原勇進「国家の環境保全義務序説——基本権との関係を中心に——（一）（二）（三）（四・完）」自治研究71巻5号108頁以下，6号81頁以下，7号87頁以下，8号100頁以下（1995年），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（敬文堂，1995年）51頁以下，小山剛「契約自由と基本権」名城法学45巻2号57頁以下（1995年），小山剛「基本権保障における過少保護禁止の原則」慶應大学法学研究68巻12号527頁以下（1995年），樺島博志「自由主義的基本権理論の再構築（一）（二・完）」自治研究71巻12号106頁以下（1995年），72巻3号108頁以下（1996年），鈴木隆「ドイツにおける保護義務の基礎——国家理論を援用する見解について——」早稲田大学大学院法研論集76号85頁以下（1996年），戸波江二「国の基本権保護義務と自己決定のはざまで——私人間効力論の新たな展開——」法律時報68巻6号126頁以下（1996年），山崎栄一「基本権保護義務とその概念の拡大」六甲台論集法学政治学篇43巻3号189頁以下（1997年），鈴木隆「ドイツにおける国家任務としての保護（一）（二・完）——二つの見解の比較検討をつうじて——」早稲田大学大学院法研論集81号245頁以下，82号163頁以下（1997年），小山剛「基本権保護と自己決定」名城法学47巻1号21頁以下（1997年），桑原勇進「いわゆる行政の危険防止責任について——基本権保護義務の立場からの試論」東海法学18号9頁以下（1997年），工藤達朗「国家の地位と任務」法学教室212号4頁以下（1998年）（工藤達朗・憲法の勉強（尚学社，1999年）に所収，3頁以下），小山剛「基本権保護の法理（成文堂，1998年），工藤達朗「自然災害からの保護を求める憲法上の権利」公法研究61号206頁以下（1999年），戸波江二「被害者の人権・試論（上）」法律時報71巻10号17頁以下（1999年），山本敬三・公序良俗論の再構成（有斐閣，2000年），松原光宏「私人間効力論再考（一）（二・完）——最近までのドイツ法理論を参考に——」法学新報106巻3・4号1頁以下，11・12号63頁以下（2000年），武市周作「保護請求権としての基本権——国家の基本権保護義務から個人の主観的保護請求権へ——」中央大学大学院研究年報30号法学研究科篇27頁以下（2001年），などを参照。

- (2) 基本権で保障された利益の実現に役立つという点，そして国家の作為義務という点で共通しても，保護義務は，今日では——第三者に由来する危険からの

ドイツにおいては、基本法（憲法）の基本権は原則として⁽³⁾、少なくとも第一には、国家に向けられた防禦権、すなわち——他の市民ではなく——国家権力を制限して個人の自由を守ろうとするものである。このような防禦権によって国家は、介入（Eingriff）をしないという不作為義務を負う。これは、国家の作為義務である保護義務とは対照的である。たとえばこのような違いがあるために、基本権の作用として保護義務を認めることは、当然のこととはいえない。

しかし連邦憲法裁判所は、このような保護義務を認めている⁽⁴⁾。そして学説では、1980年代になってから、このような基本権保護義務が広く受け入れられるようになった⁽⁵⁾。今日では、実務および学説において、ほぼ一致した賛成がある⁽⁶⁾。

二 他方で、外国人と基本権または外国人の憲法上の地位という論点がある。ここでは、典型的には、外国人が基本権の享有主体かということが論じられている⁽⁷⁾。保護義務の論者であるイーゼンゼーは、1973年のドイツ

保護とはいえない——社会国家任務とは区別されることが多い。本稿でいう保護義務は、社会国家任務とは区別されたものとする。保護義務と社会国家任務との関係については、小山・前出注（1）法理133頁以下、拙稿・前出注（1）「基礎」97頁以下、山崎・前出注（1）205頁以下を参照。Vgl. etwa Isensee, J., Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee, J. / Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.5, 1992, § 111, Rn.34ff.; Dietlein, J., Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, S. 104.

（3）基本法にも、6条1項（婚姻および家族）などの若干の条文においては、防禦作用を越える作用が規定されている。

（4）保護義務に関する連邦憲法裁判所の裁判で決定的なのは、BVerfGE 39, 1 (36ff.) (1975年)である (Isensee (N2), S. 154, Fn. 38)。ここで連邦憲法裁判所は、個別基本権および基本法1条1項2文（人間の尊厳を保護する国家の義務）に依拠して保護義務を認めている。

（5）保護義務（Schutzpflicht）という語や考え方は、学説では以前から散見された。しかしクラインによると、基本権保護義務論が広く受け入れられるようになったのは、Isensee, J., Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983 からだという。Klein, E., Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in: NJW 1989, S.1634.

（6）Isensee (N2), Rn.19f.

国法学者大会で、外国人の憲法上の地位についての報告を行っている。ここでは、滞在権、法治国家的地位（防禦権）、社会国家的地位、民主的地位（選挙権、公職就任など）というように、多様な権利、地位が論じられている。しかし、保護義務についての検討はない。⁽⁸⁾

これは、前述の通り、基本権保護義務が論じられるようになったのは、最近のことだということによるのであろう。今日でも、外国人と基本権という観点からは、保護義務と外国人については、まだあまり論じられていない⁽⁹⁾。

三 しかし、基本権保護義務が認められるなら、とりわけ既に学説および判例で保護義務が広く受け入れられているドイツにおいては、保護義務と外国人という論点も検討されなければならなくなるように感じられる。

実際、まだわずかながら、保護義務の論者によっては、保護義務と外国人という論点の検討が行われ始めている。しかもそこでは、領域（領土）内の外国人だけでなく、外国にいる外国人まで——最終的な結論はともかく——検討対象として取り上げられている。外国人と基本権という観点からの従来の考察が主に領域内の外国人に焦点を当てていたことと比べると、これは特徴的に感じられる⁽¹⁰⁾。

四 そこで本稿では、保護義務と外国人⁽¹¹⁾という論点についての、基本権

(7) Vgl. etwa Pieroth, B./Schlink, B., Grundrechte——Staatsrecht Bd.2, 15.Aufl., 1999, Rn.107ff.

(8) Isensee, J., Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: VVDStRL 32, 1974, S.49ff. ヨーゼフ・イーゼンゼー（斎藤靖夫訳）「ドイツ連邦共和国における外国人の国法上の地位（一）（二）（三・完）」ジュリスト622号113頁以下，623号137頁以下，624号92頁以下（1976年）。

(9) 外国人と基本権という観点から、基本権保護義務と外国人について簡単に言及するものとしては、たとえば次のものがある。Quaritsch, H., Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: Isensee, J. / Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.5, 1992, § 120, Rn. 82.

(10) わが国に即して言えば、たとえば佐藤幸治「人権の概念と主体」公法研究61号31頁（1999年）は、「外国人の人権」として問題となるのは、「わが国に入国している者」だとする。

保護義務の論者による見解を取り上げ、検討することを目的とする。また、その際の参考になるものとして、外国にいる国民に関する保護義務についても検討する。これらの論点をめぐる考察には、基本権保護義務自体の解明にとっても有益なものが含まれているものと思われる。

第一章 基本権保護義務論と外国人

保護義務の論者で保護義務と外国人という論点に取り組んでいる者としては、ロッバースおよびディートラインが挙げられる。そこでまず、ロッバースおよびディートラインの見解を見ることにする。

その際には、保護義務と外国人という論点を直接に見るだけでなく、それぞれによる保護義務の基礎づけを確認しておく必要がある。保護義務の基礎づけの違いは、保護義務と外国人という論点の検討にも影響を及ぼさうからである。

保護義務自体は、前述のように、現在では学説および判例で広く受け入れられている。しかし、保護義務の詳細については、まだ解明されていない部分が多い。そして、保護義務の基礎づけについても議論がある。基本権は前述のように、第一次的には防禦権である。それゆえ、その基本権の作用として保護義務を認める場合には、何らかの基礎づけが必要となる⁽¹²⁾。

(11) 基本法116条1項によると、基本法における「ドイツ人」とは、ドイツ国籍保有者、そしてこの意味での国民だけには限定されない。しかし、まずは典型的な場合を論じれば十分な本稿では、単純化のために、一方で国籍保有者であるドイツ人を国民として、他方で国籍保有者でない非ドイツ人を外国人として、議論を進めることにする。もっとも、他の著者の引用または要約の場合は、その著者の表記に従うことにする。

(12) Vgl. Sachs, M., in: Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.3 /1, 1988, S.728f.

なお、わが国においても、保護義務を認める場合には、基礎づけが重要となろう。わが国の基本権は、防禦権に限定されるわけではないが、学説や判例において——意識的には——保護義務が認められていたというわけでもない。そして、保護義務が認められるという結論が実質的に先行しているドイツとは異

クラインの分析によると、連邦憲法裁判所は保護義務の基礎づけとして、個別基本権は主観的防禦権であるだけでなく——防禦権を上回る作用である——客観法的内容を持つとし、また付加的に基本法1条1項2文(人間の尊厳を保護する国家の義務)を指摘する⁽¹³⁾。しかしクラインによると、基本権が客観法的内容を持つというだけで、なぜ保護義務が生じるといえるのか、基本法1条1項2文と個別基本権の関係はどうか、ということが明らかではない。⁽¹⁴⁾

それゆえ、保護義務の論者——単なる支持者でなく——の多くは、連邦憲法裁判所による基礎づけを不十分とし、それぞれに基礎づけに取り組んでいる⁽¹⁵⁾。そのような中で、ロッバースによる保護義務(保護権)の基礎づけは、かなり特徴的である。

第一節 ロッバースの見解

一 保護権(保護義務)の概念

1 ロッバースは、保護義務(国家の義務)よりも保護権(個人の権利)という語のほうを頻繁に用いている。これは、ロッバースが『人権としての安全』という著書⁽¹⁶⁾において、「国家の保護義務および保護を求める主観的権利の網羅的な解釈論を仕上げること」ではなく、「国家の保護義務の履行を求める主観的権利を個人は持つのか、そしてどれくらい持つのかという問題」、すなわち「主観的権利についてだけ」を直接の課題としているからである⁽¹⁷⁾。しかし、本稿のテーマにとっては、後述のように、原

なり、わが国では保護義務が認められるか否かから問題となるからである。

(13) 前出注(4)も参照。

(14) Klein (N5), S.1635.

(15) 連邦憲法裁判所による保護義務の基礎づけに好意的な文献として、次のウンルーの著書が挙げられる。しかしそこでは、基本権保護義務と外国人については論じられていない。Unruh, P., Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996.

(16) Robbers, G., Sicherheit als Menschenrecht, 1987.

(17) Robbers (N16), S.13f.

則として保護権も保護義務も同様に論じることができる⁽¹⁸⁾。

2 ロッパースはまず、今日の憲法状況の下で用いられている保護権⁽¹⁹⁾の意味を、次のように示す。すなわち、国家に対して個人が持つ「個人の法益の不可侵性を、非国家による侵害からも守る」という権利とする。しかし、保護権の概念および構造の詳細においては、今日の法学文献は多様だという⁽²⁰⁾。このような状況の中で、ロッパースは保護権の概念を自ら特定している。

(1) まず、加害者としての「非国家」は、「対等な権利主体」には限られないとする。すなわち、他の私人（市民）である必要はないとする。これについて、ロッパースは次のようにいう。基本権上の保護利益を脅かすのは、他の人間の活動だけではない。そして、もし保護権を他の私人に由来する危害の場合に限定するなら、高潮、森林火災または伝染病から保護されることを求める個人の権利は、既に原則として存在しえないことになる。しかし、そもそも保護を求めるという、基本権上の権利の可能性を認めるなら、このような権利の範囲からこの危険状況を排除する理由がないことは明らかである。自分自身からの保護を求める権利が初めから排除されるべきでないなら、なおさらである。それゆえロッパースは、被害者（被保護者）、国家、加害者という三角関係⁽²¹⁾は、必要ではないという⁽²²⁾。

(18) 国家の義務ということは、その義務の内容が個人の保護であっても、そしてその義務が基本権の作用と位置づけられていても、直ちに個人の権利であることを意味するわけではない。したがって、国家の保護義務は、それ自体で必然的に個人の保護権を意味しているわけではない。

(19) 厳密に言うと、ここでは、ロッパースは、防禦機能をも含みうるものとして「安全を求める基本権」という表現を用いている。しかしロッパースが「安全を求める基本権」として実際に問題としているのは、「保護権」、「保護を求める権利」である。Vgl. etwa Robbers (N16), S.15, 121ff.

(20) Robbers (N16), S.121ff.

(21) たとえばイーゼンゼーは、法的関係の三角形として、「国家と妨害者の間には公法上の介入関係 (Eingriffsverhältnis) があり、国家と犠牲者の間には公法上の給付関係 (Leistungsverhältnis) がある。しかし、妨害者と犠牲者の間には、私法が妥当する。」と説明する。(Isensee (N5), S.35)

(2) また、保護権は、危険状況に関連するものだという。したがって、危険が根底にないときには、保護を求める権利は関係しないという。国家による法秩序の形成および運用を求める権利すべてが保護権となるわけではないという⁽²³⁾。

たとえば、婚姻、財産などのような法益は、法秩序によって初めて存在する領域であり、法秩序の形成および運用が必要である。しかしこれは、危険が根底にない限りで、保護権の問題ではないとする。また、既に生じた保護利益の侵害に続く状況も、保護を求める権利の問題には、同様に含まれないという。たとえば、損害賠償を求める請求権の保障は、保護を求める権利の問題ではないとする⁽²⁴⁾。

(3) また、保護権は、「現状保護としての基本権」、「生活状況の改善を目指すのではなく、生活状況の維持を目指す」権利だという。保護の保障は、国家の給付、すなわち作為を通じて行われる。しかし、保護を求める権利は、給付権と同一ではなく、部分的に一致するにすぎないとする。ロッパースは、給付権を、社会的権利と保護権に分類する。そして、社会的権利の概念を「現存の状態の侵害の防禦を越える、利益の給付を求める権利」とする。これに対して、保護を求める権利は——危険の防禦および備えを目標にするのだから——単に現存の法益の状況を保障することに向けられるとする⁽²⁵⁾。

(22) Robbers (N16), S.124. なお、そのほかにロッパースは、このような危険に関して、少なくとも客観法的な保護義務が存在することには異論がないであろうともいう (ebenda)。しかし、たとえこの説明が正当だとしても、基礎づけが不要なほど自明だということではない。実際にロッパースも、基礎づけが不要だとしているわけではない。

(23) Robbers (N16), S.124f. なお、この叙述、および前述の「非国家」が私人に限定されないという叙述は、アレクシーによる概念の問題点として述べられている。アレクシーは、保護を求める権利を、「対等な権利主体相互の関係に関して、特定の方法で、国家が法秩序を形成し、運用することを求める、憲法上の権利」だとする (Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 411)。

(24) Robbers (N16), S. 124f.

(25) Robbers (N16), S.126f.

ロッバースは、前述のように、自然災害などからの保護も保護権（保護義務）に含めるというように、保護権の概念を広く設定している。しかしこの説明からすると、保護権（保護義務）と社会的権利（社会国家任務）の区別は認めていることになる。

（4） また、ロッバースは、保護権と自力救済の可能性とを切り離す。保護の保障は、自力救済禁止の「代償（Kompensation）」だと理解される。しかし、保護を求める権利は、自然災害または外国の武力攻撃からの保護の場合のように、自力救済が不可能な状況においても存在しうるとする。それゆえ、自力救済の可能性の有無は、原則として、保護を求める権利を排除することはできないとする⁽²⁶⁾。

二 憲法解釈論的な基礎づけ

（一）基礎づけの必要性

ロッバースは、国家の保護義務の存在には、初めから疑問を抱いていないものと思われる。ロッバースは、その著書『安全を求める人権』の冒頭で、次のようにいう。

「市民の安全に配慮しなければならないということは、近代国家の構成原理に属する。この義務は、基本法の国家にとっても、明らかなものである。」⁽²⁷⁾

このようにロッバースは、単に近代国家に関する国家理論を紹介しているのではなく、基本法との関連も踏まえた検討を行っている。そしてその上で、ロッバースは、「国家の保護義務の履行を求める主観的権利を個人は持つのか、そしてどれくらい持つのかという問題」を中心的な検討課題にするという⁽²⁸⁾。この叙述もやはり、ロッバースが国家の保護義務の存在

(26) Robbers (N16), S.127

(27) Robbers (N16), S.13. またイーゼンゼーは、近代国家は、安全という目的のために存在し、権力独占を授けられているという (Isensee (N2), Rn.83)。

については、初めから疑念を持っていないことを示しているものと思われる。

しかしロッバースは、市民の安全に配慮する義務または国家の保護義務と言っているものすべてが、基本法上で認められるとしているわけではない⁽²⁸⁾。ロッバースは保護権（保護義務）の概念を前述のように広く設定するが、だからといって単に「近代国家の構成原理」と呼ぶだけで、この保護権すべてが基本法で認められるとしているわけではない。

(28) Robbers (N16), S.13.

(29) したがって、安全 (Sicherheit) の概念は、憲法上の保護義務にとっては、直接的な重要性を持たないものと思われる。保護義務は安全に配慮する義務とも呼ばれるが、安全に配慮する義務と言っているものすべてが、保護義務の問題になるわけではない。国家は、自らの正当化のために安全に配慮する義務を負うとしても、安全の配慮と言っているすべての義務を負うということではない。

たとえば、一般的な語の意味として安全と呼びうるからといって、あるいは任意の論者の定義する安全に含まれるからといって、それだけを理由に憲法上の保護義務の概念に含まれるということになるわけではない。少なくとも、それだけを理由に実定憲法において基礎づけられたことになるわけではない。重要なのは、各論者によって保護義務とされている個々の内容それ自体であって、安全の概念との関連ではない。

これは、ロッバースの場合に限ったことではない。たとえばイーゼンゼーは、『安全を求める基本権』という著書において、まず安全という語の多義性（三つの層）を示している。しかしその後で、「憲法概念の安全」として、他の市民に由来する危険が個人にないという意味に、安全の意味を限定する。そして、この意味での安全にしか関係しないものとして、保護義務を論じている。つまり、「他人の干渉からの市民の保護」という意味での保護義務という具体的な内容が検討対象とされているのであって、このことは安全の概念とは独立でありうる。また、イーゼンゼーが——他の文脈ではなく——この保護義務を基礎づけるために持ち出している国家目的としての安全は、任意の国家目的を意味するわけでないのはもちろん、この意味のものでしかない。Vgl. Isensee (N5), S. 21ff.

もし安全という語が誤解を惹起するのなら、安全という語を用いなくても、保護義務論の内容に支障は生じないものと思われる。

他方で、安全の概念の不確定さを理由に保護義務を国家論から基礎づけることに否定的なものとして、小山・前出注 (1) 法理186頁、公法研究61号262頁 (1999年) のシンポジウムにおける小山剛意見を参照。なお、この点については、後出注 (105) も参照。

したがって、ロッバースによっても、保護義務を憲法解釈論的に基礎づけることは、不要とされているわけではない。もっとも、後述のように、保護義務すべてが同様の状況にあるわけではないが。

（二） 国家の責任引き受けと信頼保護原則

1 ロッバースはまず、保護権および保護義務を基礎づけるための手掛かりは、国家による責任引き受け（Verantwortungsübernahme）にあるという。

（1） もっともロッバースは、この責任引き受けとは、危険に対する責任引き受けではないとする。このことについて、ロッバースは、次のような連邦憲法裁判所の叙述を素材に説明する。

「しかし、原子力発電所において具体化される異常な危険可能性にもかかわらず、エネルギー供給という一般利益のために原子力発電所が〔国家によって〕許可されるなら、第三者の身体的不可侵性は、第三者自らは影響を与えることもできず、そしてほとんど回避することもできないような危険にさらされているということになる。このことによって、国家の側は、この危険に対する自分自身の共同責任⁽³⁰⁾を引き受けている。」〔 〕は筆者による⁽³¹⁾

この叙述に現れているのは、危険——国家の許可によって生じる危険——に対する国家の責任引き受けである。しかしこのような責任引き受けによっては、保護権および保護義務は基礎づけられえないと、ロッバースは指摘する。すなわち、国家が特定の危険行為を許可してはならない⁽³²⁾と

(30) このような国家の「共同責任」も、論点となりうる。Vgl. etwa Dietlein (N2), S.92f.

(31) BVerfGE 53, 30 (58). なお、この決定（Beschluss）については、小山・前出注（1）法理58頁以下を参照。

(32) 連邦憲法裁判所は、単に許可しないことでなく、「原子力の経済的利用を事前の国家の許可に依存せしめ、そしてこのような許可を発することを、詳細に

する根拠が、説明されていないとする。また、なぜ個人が、許可しないことを求める主観的権利を持つかということが、説明されていないとする

(33)。

(2) そしてロッバースは、保護権および保護義務を基礎づけるための手掛かりとなる国家の責任引き受けとは、基本権で保障された利益の不可侵性に対する責任引き受けだとする。

この責任の引き受けは、国家が危険行為を許可することによって初めて生じるのではなく、国家が特定の危険行為を禁止することによって既に生じているという。この禁止を守らせるために国家が配慮を行うであろうこと、その限りで利益主体（潜在的被害者）の側は、自分の利益を守る義務を免除されるということを、国家はこの禁止によって指し示しているという。

このように、危険行為の禁止は、優遇された人（潜在的被害者）にとって、既に信頼要件（Vertrauensatbestand）を基礎づけているという。禁止は、保護利益の不可侵性に対する国家の側からの保護約束（Schutzversprechen）を含んでいるという⁽³⁴⁾。

2 他方で、信頼保護原則（Vertrauensschutzprinzip）が、個別基本権によって保障されているという⁽³⁵⁾。この信頼保護原則により、国家の責任引

規定された実体法的小および手続法的な条件に依存せしめる」ことを、保護、すなわち保護義務を果たすための手段だとしている。BVerfGE 53, 30 (57)。

(33) Robbers (N16), S.190f. もっとも、連邦憲法裁判所は、国家の責任引き受けによって保護義務を基礎づけているというわけではない。連邦憲法裁判所は、国家の責任引き受けに先立って、既に国家の基本権保護義務を認めており、許可留保も保護義務を果たすための手段として挙げられている（BVerfGE 53, 30 (57)）。つまり、ロッバースが参照指示する連邦憲法裁判所の叙述は、単にロッバースの見解を説明するための素材として、連邦憲法裁判所自身の文脈とは別に取り上げられているにすぎないものと思われる。

(34) Robbers (N16), S. 191.

(35) 信頼保護は、たいていは法治国家原理との関連で説明される。たとえばヘッセは、信頼保護は法治国家原理から導出され、これによって憲法的地位を獲得しているという（Hesse, K., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik

き受けから、保護を求める個人の権利が生じるという。それゆえ、危険行為の禁止の違反を国家が黙認している場合には、この黙認は、保護を求める個人（潜在的被害者）の権利にとって、法的関連性を獲得するという⁽³⁶⁾。

3 ところで、ロッバースによると、国家による責任引き受けは、禁止規範において表現されることができが、禁止規範において表現されなければならないというわけではない。たとえば、自然力による危険に対しては、禁止は無意味である。ここにおいては、たとえば高潮、地滑りまたは伝染病に由来する危険を阻止する任務規範および権限規範の発布の中に、責任引き受けはあるという⁽³⁷⁾。

4 このように、私人による特定の危険行為を国家が禁止したり、危険を阻止する任務規範や権限規範を国家が発布したりすることにより、基本権で保障された利益の不可侵性に対する責任を国家が引き受ける。この責任引き受けは、保護約束を含んでおり、信頼要件（国家の保護に対する潜在的被害者の信頼）を生じさせる。他方で信頼保護原則が、個別基本権で保障されている。それゆえ、保護を求める個人の権利が個別基本権で保障されていることになるという。

（三）保護の必要性

1 これに対して、ロッバースは、国家による保護の必要性は、保護義務や保護権を基礎づけることはできないとする。すなわち、個人が国家に頼らざるをえないからといって、それだけでは国家の保護義務も個人の保

Deutschland, 19.Aufl., 1993, Rn.185)。しかしロッバースは、単に保護義務の憲法的地位を基礎づけようとしているのではなく、個人の保護権をも基礎づけようとしている。それゆえ、個別基本権によって保障されているとまでいう必要がある。

また、マウンツ／ツィッペリウスは、法治国家の諸原則の一つとして、新規定の遡及効禁止との関連で信頼保護を取り上げている（Maunz, T./ Zippelius, R., Deutsches Staatsrecht, 28.Aufl., 1991, S.94f.）。しかし、ロッバースのいう信頼保護は、新規定やその遡及効に関するものではない。

(36) Robbers (N16), S.191.

(37) Ebenda.

護権も基礎づけられはしないという。

2 ロッバースは、国家による保護の必要性が生じる場合を、次の三つに整理する。第一に、自分を自ら保護することが事実上できないことから生じる場合である。たとえば、外国の武力攻撃の場合、自然災害の場合、伝染病の場合、暴力的な親に対する子供に関して、胎児に関して、またはしばしば精神病の人に関して、このような状況が存在するという。第二に、自己の保護をその人自身に要求できないことから生じる場合である。たとえば保護の高すぎる事実上の費用のために、または自己を保護することによって他人の別の本質的な利益が不均衡に損なわれるために、このような状況が生じることがあるという。第三に、法的な自力救済禁止から、すなわち国家の権力独占から生じる場合である⁽³⁸⁾。

3 しかし、前述のようなロッバースによる基礎づけによると、保護義務および保護権が認められるためには、国家による責任引き受けが必要である。国家の責任引き受けがある場合には、個別基本権で保障されるという信頼保護原則を介して、保護義務および保護権が基礎づけられる。しかし、信頼保護原則は、国家の責任引き受けを要請しているわけではない⁽³⁹⁾。それゆえ、保護の必要性を指摘しても、国家による責任引き受けがないのなら、保護義務も保護権も生じないことになる。

4 もっとも、ロッバースは、前述の第三の場合、すなわち法的な自力救済禁止、国家の権力独占から保護の必要性が生じる場合については、特別の配慮をしている。この場合には、信頼保護原則が、保護を求める個人の権利および国家の保護義務を直接に基礎づけるという。すなわち、自力救済禁止によって、国家は、個人に対する信頼要件を創造している。それゆえ、法益に対する責任を国家が引き受けていることになるという⁽⁴⁰⁾。

(38) Robbers (N16), S.191f.

(39) Robbers (N16), S.192.

(40) Ebenda.

（四） ロッバースの基礎づけの特徴

1 ロッバースによる保護義務および保護権の基礎づけは、他の保護義務の論者のものと比べると、かなりの相違があるように感じられる。そこでここでは、ロッバースの基礎づけの特徴をいくつか指摘しておくことにする。

なお、前述のようなロッバースによる基礎づけは、個人の保護権だけでなく、国家の保護義務の基礎づけにもなっている⁽⁴¹⁾。なるほどロッバースは、前述のように、国家の保護義務の存在には初めから肯定的で、個人の保護権のほうに焦点を当てた議論をしている。しかし前述のように、憲法解釈論的な基礎づけとしては、保護義務も保護権も同様に扱われている。たとえば、国家の責任引き受けなしでは基礎づけられえないとされたのは、保護権だけではなく、保護義務および保護権である。それゆえ、前述の指摘のように本稿にとっては、ロッバースのいう保護権と保護義務を特に区別する必要は原則としてないものと思われる。

（1） ロッバースの基礎づけは、概念とは区別されている。

ロッバースの保護権（保護義務）の概念は、前述のように広いものである。たとえば、加害者としての「非国家」は、他の私人（市民）である必要はない。それゆえ、自然災害から個人を保護する義務まで、保護義務の問題となる。

しかしロッバースの場合は、これは単なる概念の問題にすぎない。たとえば、自然災害からの保護の義務が保護義務に含まれるからといって、そ

(41) 保護義務の論者はしばしば、まず国家の保護義務を基礎づけ、その後でその保護義務が個人の保護権でもあるかという論点を検討している。たとえばウンルーは、防禦権が連邦憲法裁判所に提訴可能な主観的権利であることは明らかだが、基本権保護義務もそうだとはいえなるとする。両者は異なった作用なのだから、区別して考察するだけの理由はあるという。Unruh (N15), S.58.

もっとも、ロッバースの「主観的権利」または「保護権」の概念の特殊性(vgl. etwa Robbers (N16), S.159, 188f., 201)に鑑みると、ロッバースと他の論者とは、それぞれの表現だけを見て単純に比較することはできない。

れだけを理由に基本法上の義務として認められるとしているのではない。概念の問題とは別に、憲法解釈論的な基礎づけが行われている。

(2) ロッバースの基礎づけの射程は、ある意味では広いものである。

ロッバースの保護義務の概念は広いものだが、保護義務の基礎づけは、その全体をカバーする統一的なものとなっている。すなわち、国家の責任引き受けが存在するときに、個別基本権によって保障される信頼保護原則を介して、保護義務が基礎づけられている。

この基礎づけにおいては、他の私人に由来する危険からの保護だけではなく、自然災害からの保護などまで基礎づけることが可能である。危険の源の違いに応じた考察の区別は、原則として必要ない。国家の責任引き受けさえ認められれば、危険の源の違いにかかわらず、保護義務が認められることになる。

(3) ロッバースの基礎づけの射程は、別の意味では狭いものでもある。

ロッバースによって保護義務が基礎づけられうるのは、国家の責任引き受けが存在している場合だけである。そもそも国家に責任引き受けの義務があるかは、論じられていない。たとえば、他の私人に由来する危険からの保護に関して、このような危険な行為を禁止する義務が国家にあるのかという論点については、ロッバースは、まずは度外視している⁽⁴²⁾。

しかし、通常の保護義務論では、まさにこの論点のほうに焦点が当てられている。すなわち、ロッバースの表現にならって言うと、国家の責任引き受けがあるときの保護義務ではなく、国家の責任引き受けとしての保護義務である。

たとえば、ロッバースの基礎づけによると、自然災害からの保護に関して、保護義務が基礎づけられうる。しかし、自然災害からの保護全般が基礎づけられるというわけではない。基礎づけられるのは、任務規範および権限規範の発布などによって国家の責任引き受けが認められる限りでのこ

(42) Robbers (N16), S.191.

とである。

(4) もっとも、法的な自力救済禁止、国家の権力独占から保護の必要性が生じる場合には、ロッバースも直ちに保護義務を認めている。ここでは、自力救済禁止によって、国家は個人の利益を保護する責任を引き受けていることになるという。

自力救済禁止によって必要になる保護とは、他の私人に由来する危険からの保護だと思われる。それゆえ、他の私人に由来する危険からの保護に関する保護義務は——自力救済禁止によって保護の必要性が生じるといえる限りで——ロッバースの場合も直ちに認められることになろう。しかもこの場合は、国家による特別の責任引き受けは不必要だということになる。

(5) それでも、ロッバースは、他の私人に由来する危険からの保護に関して、自力救済禁止とは別の特別の責任引き受けが無意味だとしているわけではない。ロッバースは、前述のように、特定の危険行為の禁止規範による国家の責任引き受けということを認めている。したがって、このような特別の責任引き受けの意味が問題となろう。

このような特別の責任引き受けは、前述のような、保護の必要性が生じる——第三の場合ではなく——第一の場合および第二の場合にかかわるものと思われる。たとえば、自分を自ら保護することが事実上できないことから保護の必要性が生じる場合にかかわるものと思われる。ロッバースによると、胎児の生命を保護する義務や、暴力的な親から子供を保護する義務は、他の私人に由来する危険にもかかわらず、単に保護の必要性があるというだけでは基礎づけられないことになる。保護義務が基礎づけられるためには、特定の危険行為を禁止するなどといった国家による特別の責任引き受けが必要だということになる⁽⁴³⁾。

2 このように特徴的なロッバースの基礎づけだが、これが正当かは、

(43) Robbers (N16), S.192.

さらに検討が必要だと思われる。たとえば、信頼保護原則と個別基本権の関係について問題はないか⁽⁴⁴⁾などといった検討が必要だと思われる。

また、自力救済禁止によって国家が引き受けている責任とは、事実として自力救済可能な人の保護に限られるのか。ロッバースが、自力救済が事実として不可能な人を排除しているのは、《自力救済禁止を原因として保護の必要性が生じるのは、自力救済が事実として可能な人だけだ》ということによるものと思われる。

しかし、「法的な」自力救済禁止は、たとえ事実として無意味であろうとも、自力救済が事実として不可能な人にも妥当する⁽⁴⁵⁾。そうであるなら、国家が保護を約束しているのは、自力救済が事実として可能な人に対してだけとはいえないように思われる⁽⁴⁶⁾。

(44) 本来的には法治国家原理に位置づけられる信頼保護の要請は、今日ではしだいに、比例原則における狭義の比例性——自由の制限とそれによって追求される目的の均衡——の観点などとして理解されるようになってきているという。Pieroth/ Schlink (N7), Rn.295a.

しかしこの叙述は、国家による介入 (Eingriff) に関するものである (vgl. Pieroth/ Schlink (N7), Rn.289)。要保護者への国家の介入が存在しないときに——防禦権と無関係に——信頼自体が個別基本権で保障されているというものではない。

もつともディートラインは、保護義務の主観的権利性という論点に限ってのことだが、ロッバースのこのような理論構成を原則として支持している。Dietlein (N2), S.166f.

なお、ロッバースは、信頼保護原則が個別基本権で保障されることによって初めて、基本権上の保護義務および保護権が基礎づけられるとする。これが正当かという問題は、《既に憲法上の保護義務や保護権を前提とした上で、保護義務や保護権の違反を検討する際に比例原則や信頼保護原則を用いることができるか》という論点とは異なる。

(45) 胎児の場合については、別の配慮が必要かもしれない。なお、後述注 (46) も参照。

(46) さらに言えば、ロッバースは自力救済禁止、国家の権力独占を、特に根拠を示すことなく持ち出している (Robbers (N16), S.192)。これらが——基本法においても自明だとロッバースが認める——「近代国家の構成原理」(Robbers (N16), S.13) を支える特定の国家理論に基づくのなら、国家によって引き受けられているのは、この国家理論における保護義務だと思われる。つ

三 外国人に関する保護義務

ロッバースのこのような保護義務は、ドイツ人（国民）⁽⁴⁷⁾だけでなく、外国人をも保護対象とするものなのか。次に、この点について、ロッバースの見解を見ることにする。その際には、領域内にいる外国人、外国にいる外国人に分けて見ていくことになる。さらに、外国にいる外国人に関しては、通常の場合と特殊な場合で、さらに区別することになる。

（一）領域内にいる外国人

1 ロッバースは、領域内⁽⁴⁸⁾にいる外国人に関して、保護義務を当然のごとく認めている。すなわち、特に根拠を示しているわけでもなく、初めから論点とさえしていない⁽⁴⁹⁾。せいぜい、外国人が連邦領域に滞在しているとき、つまり領域接触（Gebietskontakt）が存在するときには、外国人に基本権が帰属することについて、広い意見の一致があるとするだけである

⁽⁵⁰⁾。

そこで、ロッバースによる保護義務の基礎づけとの整合性を考えてみることにする。前述のように、ロッバースは、国家の責任引き受け、信頼保

まり、重要なのは、自力救済が事実として可能な人の範囲ではなく、この国家理論の保護義務で保護対象とされている人の範囲だと思われる。

そして、これに関してザックスは、国家の保護は自力救済禁止の反射ではなく元々の国家任務であり、「この任務が果たされている限りで、国家によって授与された保護が、むしろ逆に、自力救済権能の制限を正当化する」という。Sachs (N12), S. 732.

(47) ドイツ人と国民の関係については、前出注 (11) を参照。

(48) 厳密に言う、ロッバースは、「領域内（領土内）」としているのではなく、「基本法の妥当領域の内部」としている（Robbers (N16), S.208）。ロッバースが両者を混同しているというわけではないが（Robbers (N16), S.212）、「基本法の妥当領域の内部」は、実質的には領域内と同義として用いられているものと思われる。たとえば、「ドイツ連邦共和国の内部」（Robbers (N16), S.208）、「領域接触」（Robbers (N16), S.211）、などという。他方で、基本法の妥当領域の外にいる外国人ではなく、「外国にいる外国人」（Robbers (N16), S.209）という。

(49) Robbers (N16), S. 208f.

(50) Robbers (N16), S. 211.

護原則を介して、保護義務を基礎づける。この基礎づけでまず重要となるのは、基本権で保障された利益の不可侵性に対する国家の責任引き受けの有無であった。そして、この国家の責任引き受けに関しては、国民と外国人の間の区別は見られなかった。

たとえば、国家が特定の危険行為を法律の規定で禁止している場合には、この禁止を守らせるために国家が配慮を行うということをも示していることになる。すなわち、特定の危険行為の禁止は、保護利益の不可侵性に対する、国家の側からの保護約束を含んでいるという。ここで、法律の規定が外国人に対する危険行為に限って特に例外を設けているのでない限り、外国人に関する国家の責任引き受けが認められないとは言い難いように思われる。また、自然災害からの保護に関する任務規範または権限規範についても、同様であろう。

またロッパースは、自力救済禁止によって国家は個人の利益を保護する責任を引き受けていることになるというが、自力救済を禁止されるのは国民だけではない。領域内の外国人も同様に、自力救済を禁止される。そうであるなら、外国人に関してのみ、自力救済禁止による国家の責任引き受けが否定されるべきだとは言い難いように思われる。

2 しかしロッパースは、基本権上の保護義務に基づき保護されるか否かに関して、ドイツ人と外国人で区別が認められないとするわけではない。逆に、基本権の享有主体性に関する次のような一般論に依拠して、ドイツ人と外国人の間の区別を肯定している。

基本法の基本権規定は、文言によって享有主体を区別している。一方で、「各人は……権利を有する」とあり、ドイツ人だけでなく外国人も含めて、すべての人が享有主体であることを示している。このような基本権は、「各人の権利」などと呼ばれている⁽⁵¹⁾。他方で、「すべてのドイツ人は

(51) ほかに、「各人の基本権」、「人権」と呼ばれることもある。たとえば、人格の自由（基本法2条1項）、生命および身体を害されない権利（基本法2条2項）、意見表明の自由（基本法5条1項）などがある。

……権利を有する」とあり、ドイツ人だけが享有主体であり、外国人は享有主体ではないことを示している。このような基本権は、「ドイツ人の権利」などと呼ばれている⁽⁵²⁾。そして、憲法制定者が、基本権の人的妥当領域を実定法的に形成することができることは、疑いえないとされている⁽⁵³⁾。それゆえ、文言によるこのような享有主体性の区別自体は、広く認められている。

しかし、このような文言による享有主体性の区別を前提としつつも、「ドイツ人の権利」で保障されている利益に関しても、外国人の基本権享有主体性が認められうるとする見解が主張されている⁽⁵⁴⁾。そのような見解の一つとして、「各人は、他人の権利を侵害せず、憲法的秩序または道徳律に反しない限りで、自らの人格の自由な発展の権利を有する」と規定する基本法2条1項に依拠する見解がある⁽⁵⁵⁾。

なお、人権（Menschenrecht）という語には、人的意味と質的意味の二つの意味がある。ここでいう「人権」とは、人的意味の人権のほうで、基本権の享有主体に焦点を合わせ、外国人も含めたすべての人が享有主体であることを意味する。

これに対して、質的意味での人権とは、基本権の妥当性の基礎に焦点を合わせたもので、自然法に基礎を持つ前国家的な権利だと説明されたりする（Bachof, O., Freiheit des Berufs, in: Neumann/ Nipperdey/ Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte Bd.3, 1958, S.177, Fn.82）。

- (52) ほかに、「ドイツ人の基本権」、「市民権」と呼ばれることもある。たとえば、集会の自由（基本法8条1項）、結社の自由（基本法9条1項）、移転の自由（基本法11条1項）、職業の自由（基本法12条1項）などがある。
- (53) Vgl. etwa Stern, K., Die Grundrechtsberechtigung natürlicher Personen, in: Stern, K. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.3/1, 1988, S.1040.
- (54) わが国の通説のように、文言による区別自体を否定するわけではない。文言による区別を前提としつつ、何らかの修正を加えようとする見解である。
- (55) 他に有力な見解としては、基本法1条1項（人間の尊厳）および1条2項（不可侵で不可譲の人権）に依拠する見解がある。Dürig, G., Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: AöR 1956, S.120; Dürig, G., in: Maunz/ Dürig/ Herzog, Grundgesetz, Art.1, Rn.78ff.

この見解をめぐる議論については、鈴木隆「ドイツにおける外国人の政治的権利（一）——憲法上の権利の享有主体性——」早稲田大学大学院法研論集64号87頁以下（1992年）を参照。

この基本法2条1項は、一般的行為自由として、特定の限られた生活領域ではなく、すべての人間の行為を保護していると解されている。そして、個別基本権の保護領域が関連しないときにのみ、その意義を獲得すると解されている⁽⁵⁶⁾。そこで基本法2条1項に依拠する見解は、この基本法2条1項の補充性は、保護される利益だけでなく、保護される人にも利用できるとする。「ドイツ人の権利」の保障は外国人には及ばないのだから、外国人は代わりに基本法2条1項（「各人の権利」）の享有主体になるとする⁽⁵⁷⁾。たとえば、外国人は、集会の自由を保障する「ドイツ人の権利」である基本法8条1項の享有主体ではないが、集会の自由に関しては基本法2条1項で保障されるとする。連邦憲法裁判所も、この見解を支持している⁽⁵⁸⁾。

3 ロッバースは保護権（保護義務）に関しても、このような享有主体性に関する一般論を当てはめる。すなわち、まず基本権規定における文言による区別を認める。したがって、「各人の権利」においては、外国人も保護権を持つことになる。これに対して、「ドイツ人の権利」においては、外国人は保護権を持たないことになる。その上で、「ドイツ人の権利」で保護されている利益に関しては、外国人は基本法2条1項により保護権を持つとする⁽⁵⁹⁾。

ロッバース自身は、このように基本権の享有主体性の一般論を保護権にも利用できることについて、特に根拠は示していない。そこで、ロッバースによる保護義務の基礎づけとの関係について、検討してみることにす

(56) Pieroth/ Schlink (N7), Rn.368f.

(57) Vgl. Merten, D., Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts (Artikel 11 des Grundgesetzes), 1970, S.83.

この見解によっても、文言による区別が実質的に無意味になるというわけではない。しかしこの見解は、法解釈学的には疑わしいもので、再三の批判にさらされている (Quaritsch (N9), Rn.130)。これらの点については、拙稿・前出注 (55) 92頁以下、95頁以下を参照。

(58) BVerfGE 35, 382 (399).

(59) Robbers (N16), S.208.

る。

ロッバースによると、国家による責任引き受けが直ちに保護義務（保護権）を基礎づけるというわけではない。さらに、個別基本権が信頼保護原則を保障しているということによって、保護義務は基本権上に基礎づけられることになる。ここにおいて基本権の享有主体性が関係してくると、ロッバースは考えているものと推測される。

特定の危険行為を禁止したり、自然災害からの保護のための任務規範および権限規範を発したりすることによって、外国人に関しても国家が責任を引き受けているとしても、信頼保護原則を保障する個別基本権が外国人に妥当しないのなら、結局は外国人は保護権を持たないことになるということであろう。つまり、外国人が保護権を持つかは、外国人がそれぞれの個別基本権の享有主体であるかに左右されることになる。そうであるなら、ロッバースが基本権享有主体性の一般論を保護権にも利用することは、ロッバースの基礎づけから説明することが可能だということになるう。

（二）外国にいる外国人（一般論）

1 ロッバースは、領域内にいる外国人だけでなく、外国にいる外国人が保護権——基本法上の保護権——を持つかについても検討している。ロッバースは、この論点のための解釈論的な手掛かりを、「政治的に迫害された者は、庇護権を有する」という庇護権の規定（基本法の規定）⁽⁶⁰⁾に求める。

庇護権は外国人の保護権を、権利主体の観点においても、保護手段の観点においても限定していると、ロッバースは指摘する。権利主体は、政治的に迫害されている外国人だけである。また庇護権（Asylrecht）は、単に避難所（Asyl）に向けられたものにすぎない⁽⁶¹⁾。このことによって庇護権

(60) 庇護権の規定は、ロッバースの著書では基本法16条2項2文となっているが、その後の改正で基本法16a条1項に移動している（基本法16a条2項以下も参照）。

の規定は、外国人の保護権がこの場合に限られるということを示しているという。こうしてロッバースは、外国にいる外国人は、庇護権の場合を除いて、保護権を持たないとする⁽⁶²⁾。

2 ロッバースはこのほかに、外国に由来する危険に対して、外国にいる外国人が、ドイツの国家権力に対する保護権を持ち出す場合を想定し、これを、保護を求める主観的権利の基本権による保障に反対する重大な実際的論拠だとする⁽⁶³⁾。さらに、「全世界にまたがる基本法の保障人義務(Garantenpflicht)」は、連邦共和国の現実の力を上回っているとする⁽⁶⁴⁾。

しかしこれらは、「実際的な論拠」として挙げられているにすぎない。しかも、これらの実際的な不都合は、前述のような庇護権の規定による「純粹に基本権解釈論的な根拠」によって、既に回避されているという⁽⁶⁵⁾。したがって、外国にいる外国人の保護権を否定するための決定的な論拠は、庇護権の規定のほうだということになる⁽⁶⁶⁾。

(61) この庇護権によって、ドイツ連邦共和国は、政治的に迫害されている者の滞在を拒否したり終結させたりすることが禁じられる。Pieroth/ Schlink (N7), Rn.986.

(62) Robbers (N16), S.209.

(63) Robbers (N16), S.209. より厳密に言うとは、個別基本権の持つ人権内容(前出注(51)を参照)を理由に保護権を持ち出す場合の不都合である。なお、このように人権内容を理由とすることに否定的だということは、後述のような自国に原因のある危険の場合と比較して、矛盾はないかという問題を生ぜしめるように感じられる。

(64) Ebenda. なお、この叙述は、「普遍的な基本権の負担は、ドイツの現実の力を無限に高めなければならないであろうという理由から既に、基本法上の保障義務は全世界的なものではありえない」とするイーゼンゼーの叙述に依拠したものである。Isensee (N8), S.63.

(65) Robbers (N16), S.209.

(66) ロッバースはさらに、外国にいる外国人に保護権がないことは「保護の代表という思想」からも生じるという(Robbers (N16), S.209f.)。しかしこれは、ロッバースのいう「代表の思想」(vgl. Robbers (N16), S.160ff.)は国民だけに關するものだという趣旨だと思われる。すなわち、「代表の思想」は、外国人の保護権を基礎づけてはいないというだけであって、外国人の保護権を否定する根拠として挙げられているわけではないものと思われる(vgl. auch Robbers (N16), S.216f.)。

（三） 外国にいる外国人（特殊な場合）

1 問題の指摘

ロッバースは、長い間まったく気づかれていなかったが、最近になって注目されるようになってきている問題として、ドイツ国内に源を持つ危害に対して、外国に住んでいる外国人も基本権（基本法の基本権）を持ち出すことができるのかという問題を指摘する。保護義務に関して言えば、国内で準備されるが外国で実行されることになっているテロ計画の阻止、国境を越える一般的な犯罪防止、伝染病や環境汚染などによって引き起こされる健康への危険の阻止、に関して問題になるという⁽⁶⁷⁾。

この問題が特に实际的意義を獲得するのは、環境汚染の問題である。環境汚染は、国境を前にして止まるわけではない。しかしロッバースによると、これに対応して論じられてきたのは、もっぱら環境保護法（Umweltschutzrecht）に関してだけ、とりわけ外国にいる外国人の手続参加および提訴権能を求める権利の問題に関してだけでも同然であったという⁽⁶⁸⁾。しかし、単に許可手続（原子力施設などの）への参加などだけでなく、国家の保護義務および個人の保護権の問題全体が、外国にいる外国人に対しても原則として提起されるという。たとえば、国境を越える河川への、許可されずに行われる有害物質の流入に対して、ドイツの官庁の活動を求める権利を、外国にいる外国人は持っているのか、ということが問われなければならないという⁽⁶⁹⁾。

(67) Robbers (N16), S.210.

(68) またクヴァリツチュによると、原子力法（Atomgesetz）に関して、外国に住んでいる外国人は、原子力施設の許可の国内的手続きに、国民と同様に参加することができるかという論点が、活発に議論されているという。Quaritsch (N9), Rn.85f.

なお、国際法での議論については、山本草二・国際法〔新版〕（有斐閣、補訂、1997年）659頁以下などを参照。

(69) Robbers (N16), S.210f.

2 被害接触

(1) ロッバースはまず、基本権一般と外国の関係について、領域接触 (Gebietskontakt) という観点に着目する。外国人が連邦領域に滞在しているとき、つまり領域接触が存在するときには、外国人に基本権が帰属することについては、広い意見の一致がある。ここでロッバースは、領域接触があれば外国人への基本権の帰属が認められると考えている。

たとえば、国内にある土地または他の財産を外国人が持っており、これをきっかけに基本権に関連する紛争が存在しているという場合にも、領域接触は存在しうとする。そして、ドイツの公権力の活動の作用がドイツ連邦共和国の領域の外で現れる場合でも、基本権は、ドイツの公権力を拘束するという。

しかしロッバースは、このような領域接触という観点を直ちに保護権 (保護義務) に持ち込んでいるわけではない。まず、領域接触に関するこのような見解は、ドイツの官庁が既に活動をした実態にかかわるものにはすぎないという。その限りで、伝統的な解釈論によると、基本権の防禦機能としか結びつかないとする。また、国境を越える環境悪化に関しては、領域接触も存在するとは限らないという。すなわち、領域接触がたとえ国境近隣というだけで認められるとしても、被害が現れるのは国境近隣だけでは限らないとする⁽⁷⁰⁾。

(2) そこでロッバースは、国内の被害原因と外国の被害発生との因果関係に目を向け、被害接触 (Schädigungskontakt) という観点を提示する。そして、国家の保護義務と個人の保護権に関する限りでは、被害接触が出发点とされるべきだとする。危険原因を制圧しようと努力できるのは、しばしばドイツの官庁だけだという理由から、このような被害接触は、前述のような領域接触到劣らず強いものだという⁽⁷¹⁾。

しかしロッバースは、被害接触があれば外国にいる外国人に保護権が認

(70) Robbers (N16), S.211f.

(71) Robbers (N16), S.212.

められると直ちに結論しているわけではない。基本権上の保護権を基礎づけるのに、このような被害接触で十分かは、より詳細な検討を必要とするという。そこでロッバースは、この点に関して、検討に取り組んでいる。

3 基本法23条（改正前）

まずロッバースは、以前のドイツ連邦共和国の領域に属する諸ラントの名を挙げつつ「この基本法は、さしあたり……の諸ラントの領域に妥当する」という基本法23条（改正前）⁽⁷²⁾を取り上げる。この規定を見ると、基本権も領域内でしか妥当しないように見えるからである。

これについてロッバースは、旧基本法23条において規定されているような基本法の妥当領域は、基本権の作用領域を国内に限定しているわけではないとする。連邦憲法裁判所の不断の判例が示しているように、人的な連結点（Anknüpfungspunkt）があれば、国内でなくても基本権の作用が認められているからだとする⁽⁷³⁾。

たとえばクヴァリツチュも、旧基本法23条が規定する基本法の妥当領域は、原則的なものにすぎないとする。旧基本法23条は、連邦共和国の国家権力の原則的な行為領域を、連邦共和国の領土高権（領土主権）の意味において確定しているにすぎず、国境を越えて作用する法的妥当性すべてを排除しようという趣旨のものではないという。さもないと、たとえば外国にいるドイツ人の、対人高権（対人主権）による義務または権利が——可能なことに異論がないにもかかわらず——不可能になるであろうという⁽⁷⁴⁾。

しかしロッバースは、旧基本法23条を基本権の作用にとって無意味だと考えているともいえない。妥当領域の原則規範としての旧基本法23条によ

(72) このように規定する基本法23条は、統一条約によって削除された。ドイツ連邦共和国の領域は、基本法の前文で新たに規定され、前文は「この基本法は全ドイツ国民に妥当する」と続く。Quaritsch (N9), Rn.72.

(73) Robbers (N16), S.212.

(74) Quaritsch (N9), Rn.72f. 厳密に言えば、この説明は、前出注 (72) にあるような前文の規定に関するものである。しかしクヴァリツチュは、このような前文の規定を、旧基本法23条と同様のものだとしている。

り、基本権保護も国内に限定されるのが原則になるという。これに反して基本権保護を拡張する場合には、特別の基礎づけが必要になるという⁽⁷⁵⁾。

したがって、被害接触を出発点として基本権上の保護権を認めることは、旧基本法23条によって否定されるわけではないということになろう。しかし、ロッバースによると基本権保護は領域内に限られるというのが原則なのだから、被害接触により基本権上の保護権を認めるためには、特別の基礎づけが必要だということになろう。逆に言えば、特別の基礎づけがあれば、外国にいる外国人に関する保護権も認められうるということになろう⁽⁷⁶⁾。

4 否定的論拠の検討

ロッバースは、被害接触があるときに外国にいる外国人に保護権を認めることの障害となる可能性のある論拠を取り上げ、それが本当に障害となるかを検討している⁽⁷⁷⁾。

(1) まずロッバースは、国際法の属地主義を取り上げ、これが基本権保護の領域外への拡張を妨げるわけではないという。属地主義(Territorialitätsprinzip)は、他の国家(der andere Staat)の同意なしで外国

(75) Robbers (N16), S.212.

(76) このようにロッバースは、基本権保護は国内に限定されるのが原則だと考えており、このことに基づいて議論が進められているため、削除された旧基本法23条の規定に関する考察も、本稿では取り上げた。

もつとも、もしロッバースが旧基本法23条を確認的規定にすぎないと解しているのなら、ロッバースによる考察は、削除による影響を受けないことになる。なお、旧基本法23条に類似する規定としては、前出注(72)を参照。

(77) Robbers (N16), S.212ff. このような検討は、「基本法の国際友好」テーゼの観点から行われている。すなわち、「国際協力への基本法の信奉と最もよく適合するような、ドイツの法規範の解釈が、選択されなければならない」という要請に至る「基本法の国際友好」テーゼに反するか、という形で行われている。

なお、ロッバースは結局、「国家は、自らの領域において、少なからぬ、異常な被害を隣国の領域で引き起こすような活動を行ったり、促進したり、黙認したりしてはならないというのは、今日では、国際慣習法の承認された一般的な原則とみなされうる」ということから、国際友好のテーゼは、むしろ肯定的に作用するという(Robbers (N16), S.214f.)。

(Ausland) において高権的行為を行うことを禁止し、領域外の人に対する高権的關係の規定の際には正当な国内的な連結点 (Anknüpfungspunkt) を要求するものだという。しかし、外国人にも諸権利を与えることは、利益の仲介であって、高権的行為の行使ではないという⁽⁷⁸⁾

(2) そのほかでは、ロッバースは、可能性のある否定的論拠として次のものを挙げる。すなわち、外国の市民に、外国の市民自身の国（その外国人の本国）に対してはないような権利を、ドイツの官庁に対しては認めるなら、外国の法秩序の不可侵性が妨げられる可能性があるということを挙げる⁽⁷⁹⁾。

また、ドイツの法秩序が無制限に外国人を取り入れることは、外交政策の形成を本質的に損ない、権力分立原則を十分に考慮していないということを挙げる。すなわち、外国にいる外国人にまで保護義務を認めると、ドイツの立法者および政府の行為義務が裁判で強制されることになり、外交政策上の行為自由がかなりの程度で縮小されることになるという⁽⁸⁰⁾。

しかしロッバースは、これらの否定的論拠を、いずれも同じ理由から不当とする。すなわち、いま問題とされているのは、保護権および対応する保護義務が原則的に認められるかだけだという⁽⁸¹⁾。

これは、保護義務が認められるかと、その保護義務をどのように具体化するかは別問題だという趣旨だと思われる。たとえば、保護義務が認められたからといって、特定の手続法的な地位が外国人に与えられるとは限らず、それゆえ外国の法秩序の不可侵性が妨げられるとは限らない。あるいは

(78) Robbers (N16), S.212f. なお、ここでいう属地主義とは、管轄権の属地性の優位に相当するものと思われる。山本・前出注 (68) 232頁以下を参照。

(79) Robbers (N16), S.213f. より詳細に言うと、さらに、外国にいる外国人に訴権や参加権を認めると、外交的保護を求める請求権を失う可能性があるということも挙げる。しかし、結局はまったく同じ理由から、ロッバースによって否定されている。

(80) Robbers (N16), S.213f.

(81) Ebenda.

は、外交政策の形成を本質的に損なうような保護義務の具体化が要請されるというわけではない。特定の形の保護義務の具体化が許されないからといって、保護義務全体が否定されるわけではないということだと思われる。

5 基礎づけ

ロッバースは、外国にいる外国人に関する保護義務が認められるかという問題の解決は、国内の憲法から生じるとし、基本法1条2項に着目する⁽⁸²⁾。基本法1条2項とは、「それゆえ、ドイツ国民は、世界におけるすべての人間共同体、平和、および正義の基礎として、不可侵で不可譲の人権を信奉する」という規定である⁽⁸³⁾。

ロッバースは、人権は、すべての人間共同体の基礎であるなら、国家間の共同体（国際社会）においても人権は当てはまることになるという。世界における平和と正義の基礎として、人権は、持ち出すのがドイツ人か外国人かに応じて、原則的に異なった内容を持つということはありませんという⁽⁸⁴⁾。そして、次のようにいう。

「基本法1条はドイツ人と同様に外国人にも妥当するのだから、保護を求める主観的権利の原則的な基礎づけについて前で述べられたことは、原則として外国人にも当てはまる。危険の原因がドイツという国家の責任領域に属し、それゆえこの危険に対する最も強い支配可能

(82) 厳密に言えば、基本法1条2項に先立って、基本法の前文が「最初の手掛かり」を含んでいるとする。すなわち、前文には「合一されたヨーロッパの同権の成員として」のドイツ国民の「責任」とあることから、「少なくとも傾向としては」可能な限り広い同権（ドイツ人と外国人の）が容易に思いつくとする。Robbers (N16), S.215.

(83) ここでいう人権とは、質的意味の人権である。これについては、前出注(51)を参照。なお、基本法1条2項にある「それゆえ」とは、基本法1条1項「人間の尊厳は、不可侵である。人間の尊厳を保護し尊重することは、すべての国家権力の義務である。」を受けている。

(84) Robbers (N16), S.215.

性を持つのがドイツという国家である限りで、国家の保護義務はこのような外国人に対しても存在しなければならない、このような外国人には保護を求める権利がなければならない。」⁽⁸⁵⁾

保護権（保護義務）の原則的な基礎づけとは、前述のように、国家の責任引き受け、個別基本権による信頼保護原則の保障によるというものであった。そして、基本法1条は外国人にも妥当するということから、この原則的な基礎づけがそのまま使えるという⁽⁸⁶⁾。

もっとも、前述の保護権の基礎づけによると、基本権で保障された利益の不可侵性に対する国家の責任引き受けが必要である。そしてロッパースは、前述のように、国家が責任を引き受けるべきかということについては、原則として度外視している。

それゆえ、危険の原因がドイツの責任領域に属すること、危険に対する最も強い支配可能性を持つのがドイツだということの指摘と、保護義務（保護権）が存在しなければならないという主張の関連が、疑問に感じられる。すなわち、国家が責任を引き受けるべきだという趣旨なのか、さらには国家が責任を引き受けているとみなされるという趣旨なのか、不明確に感じられる⁽⁸⁷⁾。国家が責任を引き受けることは、可能だとは思われるが⁽⁸⁸⁾。

(85) Robbers (N16), S.215f.

(86) 他の個別基本権でなく基本法1条に限って外国人にも妥当するというのだから、保護義務が認められるのは、質的意味での人権といえるものに限られるものと思われる。

(87) ロッパースは、別の文脈で、「国家は、自らの領域において、少なからぬ、異常な被害を隣国の領域で引き起こすような活動を行ったり、促進したり、黙認したりしてはならない」というのは、国際慣習法の一般原則だということ (Robbers (N16), S.214f.)。それゆえ、このような国際慣習法に基づく国家の責任引き受けを認める可能性もあるかもしれない。

しかしロッパース自身は、このような国際慣習法に基づく国家の責任引き受けには言及していない。むしろ逆に、このような国際慣習法は保護権の基礎づけには不十分だとした後で、基本法1条を持ち出している。Robbers (N16), S.215.

第二節 ディートラインの見解

一 基礎づけ

ディートラインによる保護義務の基礎づけは、国家理論を援用して保護義務を基礎づけようというものである⁽⁸⁸⁾。連邦憲法裁判所による基礎づけを不十分だとし、それぞれに基礎づけに取り組んでいる論者の中では、国家理論を援用する見解は有力である。ディートラインによる基礎づけは、そのような見解の中の一つといえる。

(一) 国家理論の援用

ディートラインは、まず国家理論、とりわけ次のような趣旨のホブズ(Thomas Hobbes)の安全哲学から出発する。

万人の万人に対する自然的闘争状態を克服するために、自らの武器を置き、自らをリヴァイアサン国家の下に位置づけることに、人間は合意する。こうして、力(Gewalt)の権利は、絶対国家の手に独占される(国家の権力独占)。内乱は、市民になることによって終えられる。力の放棄(平穏義務)と服従(服従義務)が市民をつくっている。

力放棄および服従が可能となるのは、国家が市民を自らの保護の下に置く場合だけである。自分の安全が配慮される前に、これらの義務を負う人がいるとは考えられない。国家による安全の保障は、いわば国家に命じられた自力救済禁止の「代償」である⁽⁹⁰⁾。

(88) たとえば、クヴァリツチュによると、連邦行政裁判所は、原子力法(Atomgesetz)の保護規定が発せられているのは外国の提訴者のためでもあるという理由で、外国にいる外国人の手続参加を肯定している。Quaritsch (N9), Rn.86.

(89) 詳細は、拙稿・前出注(1)「基礎」88頁以下、拙稿・前出注(1)「国家任務(一)」197頁以下を参照。

(90) Dietlein (N2), S.21f.

このようにして、市民の平穩義務（Friedenspflicht）および国家の権力独占に対応するものとして、市民の安全を保障するという国家の義務（国家の保護義務）を、国家理論的に説明する。

そしてディートラインによると、このような国家の権力独占は、もともと絶対君主制の所産だったが、絶対君主制の没落を越えて、近代国家の不可欠なメルクマールに属している⁽⁹¹⁾。

またディートラインによると、ロック（John Locke）によって導入された自由主義的国家理解も、国家の保護任務を疑問視するのではなく、むしろ自明としている。国家による安全という原理は、国家からの安全という原理によって取って代わられたわけではなく、単に国家からの安全という原理の分だけ拡張されたにすぎない。国家の力を制限することは、決してそれ自体で国家目的なのではない。むしろ、市民の安全を保障するという目的のために形成された国家を前提としている。このように、ロックの自由主義的自然法思想は、ホッブズの安全哲学に取って代わるものではなく、ホッブズの安全哲学の思想的基礎に基づくものである⁽⁹²⁾。

(91) Ebenda. このように、国家理論的に導出された保護義務は、絶対君主制とも整合しうる。しかし、国家理論に依拠して保護義務を基礎づける論者は、このことを見落としているわけでもないし、絶対君主制を是認しているわけでもない。単に「ホッブズの安全哲学」が、すなわちホッブズの国家理論にいう国家の権力独占、市民の平穩義務、国家の保護義務が、自由主義、民主主義など、そして現行の実定憲法にも——制限・統御されているだけで——受け継がれているとしているにすぎない。Vgl. etwa Isensee (N5), S.5ff., 17f.; Dietlein (N2), S.23, 26. また拙稿・前出注 (1)「国家任務 (二)」183頁注 (8), 189頁注 (46)も参照。

それゆえ、何か特定の憲法を想起し、そこにおける自由主義の不十分さや君主主権の問題点を指摘しても、これは保護義務を負った国家への制限・統御の不足を指摘しているにすぎない。

なお、他方で、安全という国家目的が絶対主義的・権威主義的体制を正当化したこともあったという歴史的先例を考慮していないという理由からイーゼンゼーの保護義務論を疑問視するものとして、栗城・前出注 (1) 98頁以下を参照。また、小山・前出注 (1) 法理193頁以下および207頁以下注 (94) も参照。

(92) Dietlein (N2), S.23; vgl. auch Isensee (N5), S.5ff. それゆえ、国家理論に依拠

(二) 基本法による受け入れ

ディートラインは、このような国家理論における保護義務を、直ちに基本法において認めるわけではない。このような国家の保護義務が実定憲法において拘束力を持ちうるのは、このような思想を基本法の文言から取り出すことができるときだけだという。これには、直接に取り出せる場合だけでなく、内在的に前提とされている原理として取り出せる場合も含まれる⁽⁹³⁾。

そしてディートラインは、取り出すことができるとする。第一に、市民の平穩・服従義務およびこれに対応する国家の保護任務は共に、基本法によって創造された民主的法治国家においては、伝統的に自明なものだと考えられており、そして前提とされているという。《ドイツ連邦共和国が「国家」(基本法20条1項)⁽⁹⁴⁾だということが、市民の平穩義務および国家の

して保護義務を基礎づける見解に対しては、自由主義(「国家からの自由」)を持ち出しても、国家の保護義務に反対したことにはならないものと思われる。また逆に、自由主義は既に国家の保護義務を前提とし、これを制限するものなのだから、保護義務の存在を改めて指摘しても、自由主義——国家権力の制限の程度——を新たに緩める理由にはならないものと思われる。なお、この点に関するわが国の事情については、拙稿・前出注(1)「基礎」110頁以下注(73)、(74)を参照。

- (93) Dietlein (N2), S.26. このように、任意の国家理論や国家目的を実定憲法の解釈に直ちに持ち込むことを認めているわけではなく、むしろ反対している。ディートラインに限らず、国家理論を援用して保護義務を基礎づける論者は、国家理論と基本法解釈との関係に注意を払っている。Vgl. etwa Isensee (N2), Rn.83; Robbers (N16), S.13; Murswiek, D., Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S.103f. また、より一般的に、憲法理論と憲法解釈の無意識の混同に反対するものとして、三宅雄彦「ドイツにおける憲法理論の概念——憲法理論の成立、展開、任務、特質——」早稲田法学会誌47巻253頁以下(1997年)を参照。

なお、他方で、国家目的論の可変性や、基本権解釈を「論者の特定の国家観に従属させることにつながる」という理由で、国家論主導の保護義務の基礎づけに反対するものとして、小山・前出注(1)法理193頁以下を参照。

- (94) 基本法20条1項とは、「ドイツ連邦共和国は、民主的で社会的な連邦国家である」という規定である。

保護義務の本来の基礎だ』と把握することは、欧州的国家思想の継続性および憲法伝統に合致しているという⁽⁹⁵⁾。

第二に、ディートラインは、次のことを指摘する。すなわち、私的力の禁止を本質の原則として内容としている法秩序を、基本法は単純法のレベルにおいて受け継いでいる。そして基本法は、このような単純法秩序に必要な柱である、裁判所のような紛争解決制度を、明示的に確認している⁽⁹⁶⁾。

第三に、ディートラインは、「平穏に、かつ武器を持たずに」集会をする基本権を規定する基本法8条1項は、市民の平穏義務を前提とするものだという。基本法による防禦権の保障も、市民の平穏義務の枠内のものだという⁽⁹⁷⁾。

これらにより⁽⁹⁸⁾、ディートラインは、市民の平穏義務、およびこれと同時に現れる国家の保護義務は基本法で前提とされているという。すなわ

(95) Dietlein (N2), S.26. なお、ディートラインは、法治国家という条件が加わっても、このことに変わりはないとする。

(96) Dietlein (N2), S.27. 特にこの点を見ると、市民の平穏義務と国家の保護義務は、わが国とは無関係なドイツ特有のものだとは言い難いように思われる。

他方で、ドイツの国家の保護義務論を「ドイツ特有の、つまり、『たたかう民主制（憲法忠誠）』と通底する、私流の言い方をさせてもらおうと、『管理された（規制された・秩序づけられた）自由』論を前提にして初めて採用しうるもの」とする、根森健「憲法上的人格権——個人の尊厳保障に占める人権としての意義と機能について」公法研究58号77頁（1996年）を参照。

なお、保護義務はドイツ特有のものだという指摘は、基本権の客観法的内容から保護義務を導出する見解——同時に国家理論または国家目的に言及している場合も含めて——に対してなら、当てはまる可能性がある。このことに関連して、拙稿・前出注（1）「国家任務（一）」213頁注（67）も参照。

(97) Dietlein (N2), S.26f. また、市民の法服従義務は、「憲法的秩序に違反しない限りで」とある基本法2条1項（人格の自由な発展の権利）から確認できるとする。

(98) ディートラインはさらに、根拠というよりは予想される批判への反論として、市民を保護する義務を負っている国家という想定は、基本法の市民的・自由主義的基本権構想で無に帰するわけではないともいう。すなわち、前述のように、国家権力の制限（防禦権）は、それ自体では国家目的でありえず、「国家」が形成される特定の目的や任務を前提としているという。Dietlein (N2), S.27.

ち、国家の保護義務は、元々の国家任務、国家の本質的特質として、基本法によっても前提とされているとする⁽⁹⁹⁾。

(三) 基本権との関連づけ

ディートラインは、この国家の保護義務を、基本権⁽¹⁰⁰⁾の作用として位置づける。国家権力の影響の排除、国家の介入の阻止という基本権の防禦機能は、基本権の基本機能または原機能と呼ばれうるほど異論のないものである。しかしディートラインは、基本権のこの防禦機能を上回る機能作用、「基本権の防禦機能を越えて存在する基本権の客観法的内容」として⁽¹⁰¹⁾、保護義務を基本権に位置づけている。

それゆえディートラインは、国家の保護義務を基本権の作用とするには、別個の基礎づけが必要だとする⁽¹⁰²⁾。そこでディートラインは、防禦作用を越える基本権の作用は、憲法の文脈で正当化されうる場合に認められるという立場をとる⁽¹⁰³⁾。そして保護義務に関しては、前述のように元々の国家任務として基本法の前提になっているということから、憲法の文脈で正当化されるとする⁽¹⁰⁴⁾。他方で、保護される利益が確定していなかった国家の保護義務⁽¹⁰⁵⁾は、基本権で保護されている利益によって補わ

(99) Dietlein (N2), S.65, 70, 104f., 123, 161f.

(100) ディートラインは、基本法において明示的に挙げられている保護義務に限らず、原則として基本法の諸基本権全体を問題としている。

(101) Dietlein (N2), S.61f.

(102) Dietlein (N2), S.52, 62.

(103) Dietlein (N2), S.60, 64.

(104) Dietlein (N2), S.65.

(105) ホップズの国家理論における市民の安全の概念は、保護される利益が確定していず、この意味で「白紙委任概念」だという。Dietlein (N2), S.24.

保護義務に関連する安全を《他の市民に由来する危険が個人にない》という意味に限定するイーゼンゼーにおいても（前出注（29）を参照）、この「憲法概念の安全」は完全に明確な概念だというわけではない。イーゼンゼー自身によっても、安全の概念——国家目的の概念ではない——は「白紙委任概念」とされている。すなわち、保護される利益が何かについて、確定されていないという。Isensee (N5), S.22f.

しかし、「憲法概念の安全」で、そして保護義務で保護されるのは——イー

れるとする⁽¹⁰⁶⁾。

二 外国人に関する保護義務

ディートラインによってこのように基礎づけられた保護義務は、外国人をも保護対象とするものなのか。この点について、ディートラインの見解を見ていくことにする。

なお、国家理論、そして元々の国家任務ということから出発する⁽¹⁰⁷⁾デ

ゼンゼーの場合に限らず、そして国家理論的にも——個人なのだから、個人の利益と無関係なものが保護対象になることはありえないものと思われる。逆に言えば、個人の利益と無関係なものの保護を問題としているなら、それは「憲法概念の安全」や保護義務とは別問題だと思われる。また、後出注（107）も参照。なお、保護義務は国家任務だが、任意の国家任務すべてを保護義務というわけではない。

たとえばイーゼンゼーは、なるほど市民の力の放棄の条件として、「安全な全体秩序を確立すること」、「効果的な市民平和の状態を確立すること」という国家任務を指摘する。しかし、その具体的な意味——国家の行うべきこと——は、市民の安全を目的とし、いわれなく他人を恐れる必要がないくらいに各人を保護することである。個人の利益と無関係な秩序を国家目的としているのでもないし、個人の利益と無関係な秩序の確立を国家任務としているのでもない。Isensee (N5), S.3.

さらにまたイーゼンゼーは、「憲法概念の安全」は、「公共の安全」という警察法概念が含まれているような超個人的利益は含まないとする。Isensee (N5), S.23.

なおイーゼンゼーは、保護される利益が不確定なことを認めているのであって、保護される利益を安全の概念自体から導出しようとしているのではない。Ebenda.

他方で、個人の利益（基本権で保護された利益）と無関係なものが保護対象となるという理由で国家目的論から保護義務を基礎づけることに反対するものとして、栗城・前出注（1）99頁以下、小山・前出注（1）法理193頁以下を参照。

(106) 基本権は、人間の人格展開の特に敏感な領域を、国家の不当な干渉から守ることによって、同時にこの領域の一般的な保護の必要性を明示し、そうして市民の安全を保障するという、憲法で前提とされている一般的な国家の義務を活性化するという。Dietlein (N2), S.65.

(107) 国家理論を出発点にするということは、保護義務が個人でなく国家のためのものだという意味ではない。拙稿・前出注（1）「国家任務（一）」212頁注（63）も参照。

ィートラインにとっては、たとえ基本権の作用と位置づけられようと、保護義務が個人の主観的権利だということを自動的に意味するわけではない。個人の主観的権利かは、別に検討されるべき論点となる。そして、保護義務の存在自体は、その結論に左右されない。したがって本稿では、保護義務だけを問題とする。

(一) 領域内の外国人

1 ディートラインは、ドイツ連邦共和国の領域にいる外国人は、保護義務で保護されるという。ディートラインは、まず次のように述べる。

保護義務に限らず一般的に言って、国家理論であるということは、個人の尊重の有無とは無関係だと思われる。たとえば、基本権理論から保護義務を基礎づけているとは言い難いロッバースも、「国家および法秩序は、個人利益の保護のために存在している」という(Robbers (N16), S.152f.)。わが国で言えば、社会権は「福祉国家」の国家観に基づくものと説明されるが(たとえば芦部信喜・憲法[新版補訂版](岩波書店, 1999年)238頁, 佐藤功・日本国憲法概説[全訂第五版](学陽書房, 1996年)30頁, 「堀木事件」最大判昭和57・7・7判時1051号29頁(30頁)), だからといって社会権が——たとえ防禦権との衝突が生じうるとしても——個人を軽視するものとはいえないものと思われる。また、公法研究61号262頁(1999年)のシンポジウムにおける工藤達朗意見も参照。

そして、市民の平穩義務と国家の権力独占に対応する国家の保護義務を認める国家理論は、個人の安全(個人の利益が他人によって損なわれる危険がないこと)を目的とするものであり、それゆえ個人を尊重するものである。個人の利益にとってこれだけでは十分でない——今度は国家が脅威になるなど——ために、自由主義、民主主義などによる制限・統御が加わるが、この国家理論が否定されているわけではなく、むしろ受け継がれている。

逆に、基本権理論だからといって、個人の尊重を含んでいるとは限らないものと思われる。個人の利益とは無関係な国家利益のために基本権が保障されるとする基本権理論、個人の自己決定を軽視する基本権理論も、可能性としてはありえよう。なるほど、これらは実定憲法の理念に反するとして排除できるのかもしれない。しかしそれなら、個人を尊重しない国家理論、国家任務も同様に排除できよう。

なお、他方で、保護義務でなく「震災に関する国家の責務」に関してだが、基本権論から基礎づけるほうが、国家論から基礎づけるよりも、個人の尊重を基調とする日本国憲法に整合的だとするものとして、小山剛「震災と国家の責務」公法研究61号203頁以下注(5)(1999年)を参照。

「国家の保護義務は少なくとも、市民に課せられた一般的な平穩義務の相関物でもあるなら、この保護義務は当然の帰結として、連邦領域におり、その法律に服している外国人にも関連していなければならない。というのは、このような外国人は一般的な平穩義務に、国籍保有者と同様に服しているからである。」⁽¹⁰⁸⁾

このようにして、国家理論レベルで導かれた保護義務、すなわち市民の平穩義務に対応する国家の保護義務は、領域内にいる外国人にも当てはまるとする。これは、市民の平穩義務の相関物としての国家の保護義務という理論にとっては、国民か外国人かは重要ではないという趣旨だと思われる⁽¹⁰⁹⁾。

2 その上でディートラインは、「各人は……権利を有する」などとある「各人の権利」では、外国人も保護義務で保護されるとする。すなわち、ディートラインは、「各人の権利」か「ドイツ人の権利」かによって、外国人に保護義務が及ぶか否かを区別している。「各人の権利」（意見表明の自由など）なら、外国人もその基本権規定における保護義務の保護を受ける。「ドイツ人の権利」（集会の自由など）なら、外国人はその基本権規定における保護義務の保護対象とはならない。

3 そしてディートラインは、前述のような保護義務の基礎づけから、このような文言による区別は説明がつくと考えている。これは、次のような趣旨だと思われる⁽¹¹⁰⁾。

⁽¹⁰⁸⁾ Dietlein (N2), S.118.

⁽¹⁰⁹⁾ 市民の平穩義務とはいうが、ディートラインは「力の放棄および服従が市民をつくる」としている。またこの理論は、国家の正当性だけでなく「国家形成の決定的動機」に関するものとして援用されている。Dietlein (N2), S.21; vgl. auch Isensee (N5), S.3.

したがって、ここでいう市民とは、平穩義務に先行して存在する国籍保有者という意味ではないものと思われる。そしてまた、『国籍保有者だからこそ平穩義務を負う』ということではないものと思われる。

⁽¹¹⁰⁾ 厳密に言うとは、ディートライン自身は、一方で、まず『国家理論に依拠して

一方で、本来的には防禦権である「各人の権利」で問題となるのは、外国人も含めたすべての人に関する保護義務が認められるかである。これは、外国人も平穩義務に服しているということから認められる国家の保護義務として、憲法の文脈で正当化されることになる。

他方で、本来的には防禦権である「ドイツ人の権利」で問題となるのは、ドイツ人に関する保護義務が認められるかである。ここでは初めから、外国人に関する保護義務が認められるかは問題とはなっていない。それゆえ、憲法の文脈で正当化される余地もない。

4 もっとも、ディートラインは、「ドイツ人の権利」で保護されている利益に関して、外国人に保護義務が及びえないとしているわけではない。まずディートラインは、基本権の享有主体性一般に関して主張されている、前述のような基本法2条1項（一般的行為自由）に依拠する見解を支持する。そして、ロッパースと同様に、この見解を保護義務にも利用する。したがって、たとえば集会の自由に関しては、集会の自由を正面から保障する基本法8条1項（「ドイツ人の権利」）による保護義務は外国人には及ばないが、基本法2条1項（「各人の権利」）による保護義務が外国人にも

導出される国家の保護義務の不確定な部分——保護される利益——を、基本権規定が確定する》という前述の見解を確認する。したがって基本権規定が、外国人に関してはどのような利益が保護義務によって保護されるかを確定することになる。なお、基本権規定が確定するのは、保護される利益の範囲であって、保護義務の有無自体ではない。Dietlein (N2), S.118.

他方で、この直後に、「客観法的な保護委託が基本権に内在しているなら、この保護委託は、人の観点において、防禦権の観点における基本権の保護範囲と同じ広さに及ぶ」と続けている (Dietlein (N2), S.118)。そしてこの保護委託は、前述のように、憲法の文脈で正当化されたときには、その限りで法的妥当性を獲得することになる (vgl. etwa Dietlein (N2), S.64f.)。

したがって、内容的には同じことだが、説明の仕方としては、二通りある。一方で前者のように、国家理論に依拠して導出された抽象的な国家の保護義務が、基本権規定によってどのように具体化されているかを示すという方法がある。他方で後者のように、基本権規定による保護委託が、憲法の文脈によってどれくらい正当化されるかを示すという方法がある。本稿本文は、後者の方法で記されている。

及ぶことになる⁽¹¹¹⁾。

このように基本法 2 条 1 項に依拠する見解を保護義務にも用いることについては、ディートラインによる詳しい説明があるわけではない。しかし、「ドイツ人の権利」で保護されている利益（集会の自由など）に関して、外国人が基本法 2 条 1 項の享有主体であることを——解釈論的に正しいかは別として——前提とするなら、前述の「各人の権利」の場合と同様に、ディートラインによる保護義務の基礎づけから説明がつくものと思われる。

（二）外国にいる外国人（一般論）

ディートラインはまず、外国人に関する基本権上の保護の問題は、連邦共和国の領域に滞在している外国人の取扱いで尽きるわけではないとする。外国にいる外国人の保護にもかかわるとする⁽¹¹²⁾。つまり、外国にいる外国人を初めから、考察対象から除外しているわけではない。

しかし、結局は否定的である。ディートラインは、ロッバースと同様に、「政治的に迫害された者は、庇護権を有する」という庇護権の規定⁽¹¹³⁾を根拠とする。国家の庇護授与義務は、外国にいる外国人に関する保護義務といえるが、要件や効果が明示的に限定されている。このような「保護限定的性格」から、同時に排他的な性格が生じるという。したがって、庇護授与の義務を越えては、基本法は、外国にいる外国人に関して、どんな国家の保護義務も規定していないという⁽¹¹⁴⁾。

もっともディートラインは、ロッバースに依拠しつつ、次のようにもいう。すなわち、「全世界にまたがる基本法の保障人義務」は存在せず、そして存在しえないのであり、さらにこのような義務は、ドイツ連邦共和国の国家権力にとってまったく遂行不可能であろうという。しかしこの叙述

(111) Dietlein (N2), S.118f.

(112) Dietlein (N2), S.120.

(113) 前出注 (60) を参照。

(114) Dietlein (N2), S.120.

は、前述のように庇護権の規定から保護義務を否定した後のものであり、否定のための根拠とはされていない⁽¹¹⁵⁾。

(三) 外国にいる外国人（特殊な場合）

1 問題提起

しかしディートラインは、ロッバースと同様に、「基本法の妥当領域に原因をもつ基本権上の保護利益の危険」に関しては、外国にいる外国人に関する保護義務を別に考察する。この問題が重要な意義を有する場合の例として、環境悪化による、および原子力のような現代科学技術による基本権（基本権で保護されている利益）の危険が国境を越えている問題領域を挙げる。また、交戦中の国との私的な武器取引の問題を挙げる。そこで、これらに対応するような、国内的に基本権で命じられる保護義務が存在するのかを問題とする⁽¹¹⁶⁾。

2 否定的論拠の検討

ディートラインはまず、このような自国に原因のある危険に関して、外国にいる外国人のための保護義務を認めることの支障となる可能性のある論拠を取り上げ、検討する。

(1) 基本法23条（改正前）

まず、「この基本法は、さしあたり……の諸ラントの領域に妥当する」とし、基本法の妥当領域を連邦共和国の領域に局限している旧基本法23条⁽¹¹⁷⁾が、このような保護義務に反対して持ち出されうするという。

しかしディートラインは、旧基本法23条は、このような保護義務に反対するものではないとする。旧基本法23条が基本法の空間的妥当領域を定式化しているのは、基本権上の任務の範囲を限定するものとしてではないという。旧基本法23条が規定しているのは、国家権力が基本法の諸規範によって拘束されたり義務を負ったりする範囲としてだという。そしてこのこ

(115) Ebenda.

(116) Ebenda.

(117) 前出注（72）を参照。

とは、とりわけ「世界におけるすべての人間共同体、平和、および正義の基礎として、不可侵で不可譲の人権」への信奉を規定する基本法1条2項から、明らかになるという⁽¹¹⁸⁾。

つまり、ドイツの国家権力が基本法の諸規範によって拘束されたり義務を負ったりするのが領域内に限られるとしても、基本権上の任務が領域内に関するものに限られるとはいえないということであろう。基本法1条2項は、任務が領域内に関するものには限定されていないことを示すものとして挙げられている。

領域内に危険の原因がある場合は、危険にさらされるのが外国にいる外国人だとしても、国家の行う保護措置は領域内のものでありうる。たとえば、有害物質を川（他国に通じる川）に流入することの国内規制は、通常の国内法的な措置と同様に、領域内のものである。このような例に鑑みると、領域内にはとどまらない任務に関して、ドイツが領域内において義務を負っているということも、成立しうるであろう。このように、任務の空間的範囲と義務の空間的範囲を区別することには、意味があるものと思われる⁽¹¹⁹⁾。

（2）属地主義

またディートラインは、自国に原因のある危険に関して外国にいる外国人のための保護義務を認めることの支障となりうるものとして、次のような否定的論拠を想定する。すなわち、国内の高権領域を越えて権利および義務を規範化することは、『高権的な権力行使はそれぞれの領域に局限されなければならない』という、国際法の一般原則として認められている属地主義（Territorialitätsprinzip）に違反するという否定的論拠を想定する⁽¹²⁰⁾。

(118) Dietlein (N2), S.121. なお、そのほかに、基本法の前文、24条、25条も挙げられている。

(119) もっとも、基本法の諸規範による国家権力への拘束や義務が及ぶのが領域内に限られるとする点については、さらに検討を要するように感じられるが。

(120) Dietlein (N2), S.121. また、前出注（78）を参照。

そしてディートラインは、この否定的論拠は不当だとする。保護措置としては、たとえば国外での保護授与による授益、そして場合によってはドイツ連邦共和国の行政手続または裁判手続への参加権が考えられる。しかし、いずれにおいても、ドイツ連邦共和国の高権が自らの領域の外で行使されるわけではないという。それゆえ、国際法の属地主義は、外国にいる外国人に関する保護義務を否定するものではないとする⁽¹²¹⁾。

3 基礎づけ

(1) 特別の基礎づけの必要性

ディートラインは、自国に原因のある危険に関して外国にいる外国人のための保護義務を認めることに、肯定的である。これを基礎づけるに当たって、まず次のような確認をする。

「国家の保護義務は、前述において、市民に課せられた平穩義務および法服従義務の相関物としても把握された。それゆえ国家の保護義務は、保護される人との領域的な結合、または国籍によって媒介される法的な結合を要件とすることができるであろう。しかし、外国にいる外国人に関しては、このような結合はまったく存在しないであろう。」⁽¹²²⁾

ディートラインによる前述のような保護義務一般の基礎づけにおいては、国家理論に依拠して説明された国家の保護義務が、基本法によって受け入れられているということが必要であった。このことによって正当化されてこそ、防禦作用を越える作用である保護義務が基本権の作用として認められることになる。しかし、外国にいる外国人に関しては、このような

(121) Ebenda.

(122) Dietlein (N2), S. 121. なお、この叙述において、市民の平穩義務に対応する保護義務と国籍を結びつけている点については、疑問が感じられる。これについては、前述の領域内の外国人について、および後述第三章第二節を参照。

元々の国家任務という説明が当てはまらないことになる。

それゆえ、ディートライン自身が明確に指摘しているわけではないが、自国に原因がある危険に関して外国にいる外国人のための保護義務が認められるためには、別の形で、憲法の文脈による正当化が行われなければならないものと思われる。あるいは、憲法の文脈による正当化とは異なる基礎づけが、別に必要だと思われる。

（2） 特別の基礎づけ

そこでディートラインは、独自の妥当領域の境界を越えるところで、基本権上の利益の危険に対して憲法が「価値無関心」であるなら、次の二つと矛盾するという。第一に、基本権の保護委託が保護利益に方向づけられていることと矛盾するという。第二に、「世界におけるすべての人間共同体、平和、および正義の基礎として、不可侵で不可譲の人権」を信奉するという、基本法1条2項と矛盾するという。基本法1条全体で表現されている基本法のエートス（Ethos）に対応しているのは、国家の保護義務の拡張だという。すなわち、外国において初めて、そしてそこに滞在している外国人に対してのみ危険が実現されうるというような、国内に原因のある危険状況にも、国家の保護義務を拡張することだという^{o(123)}

（3） 検 討

ディートラインが重視しているのは、どちらかと言えば第二の基礎づけのほうである。しかし、文章の内容自体はともかく、保護義務の基礎づけとしては、どのような理論構造になっているのか不明確に感じられる。たとえば、これまでの基礎づけの延長線上にあるのか、それともまったく別の基礎づけなのか、明らかではないように思われる^{o(124)}。そこでここでは、

(123) Dietlein (N2), S. 121f.

(124) ディートラインは、脚注において、この問題についての前述のようなロッパースの基礎づけ（だけ）を、「妥当」なものとして参照指示している。しかし、ロッパースとディートラインでは、そもそも保護義務の基礎づけの方法が異なるのだから、ディートラインが参照指示している意図が不明瞭に感じられる。Dietlein (N2), S.122, Fn. 242.

第一の基礎づけのほうを検討することにする。

ここでディートラインがいう「基本権の保護委託が保護利益に方向づけられている」というのは、次のような趣旨のものである。

「基本権保護義務の意図および目標方向は、基本権享有主体の人格の構成要素として国家に対して保障された利益および自由をその他の非国家の妨害からも保護するために、つまりこのような利益や自由を現実体験できるようにするために、基本権上の保障に包括的な保護を割り当てることである。したがって、基本権保護義務は、保護利益に方向づけられている。」⁽¹²⁵⁾

このような「保護利益に方向づけられている」という定式から、ディートラインは、危険の源が何かは重要ではなく、他の私人に限定する必要はないとする。そして、自然災害からの保護、さらには基本権享有主体の自分自身からの保護まで、保護義務に含まれるとする⁽¹²⁶⁾。

そしてこの「保護利益に方向づけられている」という定式は、《基本権は防禦権だからといって、基本権で保護されている利益の包括的な保護を国家に委託していると解する余地がないわけではない》という叙述に基づいている。すなわち、基本権で保護されている利益は、人間の人格の不可欠の構成要素だからこそ防禦権として保障されているのだから、このような利益の包括的実現まで基本権で意図されていると理解する可能性もあるという⁽¹²⁷⁾。

しかし、ここでは単に可能性が示されているにすぎず、法的妥当性まで認められているわけではない。ディートラインによると、防禦作用を越える基本権の作用は、前述のように、憲法の文脈で正当化されて初めて、ま

(125) Dietlein (N2), S.103.

(126) Dietlein (N2), S.103f.

(127) Dietlein (N2), S.63.

たその限りで⁽¹²⁸⁾認められる。そして、このような——可能性のある——保護委託の一部である「基本権上の保護義務」は、元々の国家任務として既にそれだけで基本法で受け入れられている国家の保護義務によって、正当化される。この正当化によって初めて、「基本権上の保護義務」は直接に拘束力のある法的妥当性を獲得するのである⁽¹²⁹⁾。

したがって、ディートラインのいう、保護義務は「保護利益に方向づけられている」という定式には、疑問が感じられる。なるほど保護義務は、基本権で保護されている利益を実現しようとするものである⁽¹³⁰⁾。しかしだからといって、基本権で保護されている利益の実現すべてが保護義務によって保障されるわけではない。保護義務は、このような包括的実現の一部にすぎない⁽¹³¹⁾。しかも、ディートラインによって基礎づけられたのは、市民の平穏義務に対応する国家の保護義務といえるものだけである。

したがって、保護義務は「保護利益に方向づけられている」という定式は、平穏義務に対応する国家の保護義務を上回る国家の義務を基礎づけるものとはいえないものと思われる。それゆえ、この定式によっては、自然災害などからの保護も基礎づけられたとはいえないものと思われる⁽¹³²⁾。また、自国に危険の原因がある場合であれ、平穏義務に服していない外国にいる外国人に関して、この定式を持ち出しても、保護義務を基礎づけたことにはならないように思われる。

(128) 「基本権上の保護義務」を解釈論的に守るための本質的な鍵は、元々の国家任務としての国家の保護義務との一致の中にあるという。Dietlein (N2), S.65.

(129) Dietlein (N2), S.64f.

(130) 前出注 (105) も参照。

(131) ディートライン自身も、そのように述べている。Dietlein (N2), S.65.

(132) ディートラインは、自然災害からの保護は、平穏義務に対応する保護義務には該当しないものとして議論を進めている。Dietlein (N2), S.103.

第二章 外交的保護（外国保護）と憲法

ここまで、基本権保護義務の論者であるロッバースおよびディートラインによる、保護義務と外国人に関する見解を見てきた。両者の見解、とりわけ外国にいる外国人に関する見解の正当性を考えるのに、外国にいる国民に関する保護についての議論が参考になるように思われる。それゆえ次に、このような議論を見ることにする。

第一節 外交的保護（外国保護）

一 外交的保護（外国保護）の意義

外交的保護（*diplomatischer Schutz*）とは、私人（国籍保有者）を外国（在留国）が国際法に違反して取り扱うことに対する反応としての、本国の保護である⁽¹³³⁾。

外国の国際違法行為によって国籍保有者に不利益が生じた場合には、その本国自身の法益が侵害されたことになる。たとえば、外国の行為が、一

(133) Klein, E., *Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht*, in: DÖV 1977, S.704f.; Geiger, R., *Grundgesetz und Völkerrecht*, 2.Aufl., 1994, S.300; Doebling, K., *Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes*, 1959, S.1.

本稿では、外交的保護の国際法的な検討は行わない。それゆえ、本稿で取り上げる論者の見解の国際法的な正当性にも立ち入らない。外交的保護に関する邦語文献としては、田畑茂二郎「外交的保護の機能変化（一）（二・完）」法学論叢52巻4号1頁以下（1946年）、53巻1＝2号393頁以下（1947年）、加藤信行「外交的保護に関する『埋没理論』の再検討」北大法学論集32巻4号173頁以下（1982年）、ヴィルヘルム・カール・ゲック（中村洸訳）「今日の世界における外交的保護」慶應大学法学研究59巻1号1頁以下（1986年）、樺木貞雄「外交的保護の起源と発展——私的復讐からヴァッテルの理論へ——」名城法学42巻別冊139頁以下（1992年）、筒井若水「国際法に基づく個人の保護——外交保護と個人直接性——」法曹時報45巻4号1頁以下（1993年）、龍澤邦彦「人的管轄権の効果としての外交保護権」法と行政425頁以下（1997年）、などを参照。

般国際法で命じられている外国人法的な最低水準を下回ったり、締結した自らの条約の義務を外国が果たしていなかったりする場合は、外国は本国自身の権利を侵害している⁽¹³⁴⁾。このようなときに、本国は外交的保護を行うことができる⁽¹³⁵⁾。

本国は、外交的保護を与えようとするときに用いる手段を、国際法的に許されるものの枠の中で、自由に選択できる。たとえば、原状回復、金銭賠償などの請求をすることができる。国家が外交的保護として何をするかという問題については、国際法は何も言っていない⁽¹³⁶⁾。

ところで、この外交的保護とは別のものとして、領事的保護(konsularischer Schutz)と呼ばれる本国の活動もある。これは、外国にいる自国の国籍保有者のための、私人の利益を支える福祉的または経済的措置で、外国による国際違法行為への反応ではないものすべてを包括する。たとえば、外国にいる国籍保有者への、情報、助言、福祉措置による援助で、とりわけ本国の領事⁽¹³⁷⁾によって実行されるようなものである⁽¹³⁸⁾。

このような外交的保護と領事的保護を合わせて、外国保護(Auslandsschutz)という⁽¹³⁹⁾。外国保護は、必ずしも保護義務——危険からの保護——にかかわるとは限らない。しかし保護義務について検討する本稿においては、便宜上、外国保護といったときは、外国保護全般ではなく、保護義務に関連する限りでの外国保護を意味するものとする⁽¹⁴⁰⁾。

(134) Geiger (N133), S.300f.

(135) ただし、二つの条件がある。一つは、被害者である私人が、侵害を受けたときから外交的保護のときまで、自国の国籍を継続して保有していなければならない(国籍継続の原則)。もう一つは、被害者である私人が、加害国で利用できる国内的救済手段を尽くしていなければならない(国内的救済の原則)。これについては、たとえば山本・前出注(68) 654頁以下を参照。

(136) Klein (N133), S.705.

(137) 領事が行うのが領事的保護だけだという意味ではない。また、外交的保護を行うことができるのも、外交官庁だけではない。Klein (N133), S.705.

(138) Geiger (N133), S.300; Klein (N133), S.705.

(139) Geiger (N133), S.300.

(140) たとえば、後述のデーリングも、外国保護の語をこのように用いているもの

また、外交的保護を狭義の外交的保護、領事的保護を広義の外交的保護ということもあるが⁽¹⁴¹⁾、いずれにせよ両者の区別は必要だとされている。本稿では、単に外交的保護といった場合は、狭義の外交的保護を意味するものとする。

二 外交的保護と国際法および憲法

このような外交的保護は、国際法上⁽¹⁴²⁾の国家（本国）の権利である。外交的保護は、私人の国際法上の権利ではない。すなわち、被害者は本国に対して、外交的保護を求める国際法上の権利を有するわけではない。また、外交的保護は、国家の国際法上の義務ではない。すなわち、被害者の本国は、外交的保護を行うという国際法上の義務を負っているわけではない。本国は、たとえ被害者からの要望があっても、外交的保護を行わないことも可能である。このように外交的保護は、国際法においては、本国の任意性が認められる⁽¹⁴³⁾。

しかし、これは国際法上のことである。国内法においても任意性が認められるか、どれくらい認められるかは、別に検討されなければならない。すなわち、国家には外交的保護を行う国内法上の義務があるか、被害者には本国に外交的保護を要求する国内法上の権利があるかは、一般的な国際法によってではなく、本国の国内法によって決まる⁽¹⁴⁴⁾。

ドイツでは、外国保護、特に外交的保護を求める憲法上の請求権が個人にあるかについて⁽¹⁴⁵⁾、今日のような基本権保護義務論が現れる前から、議

と思われる。Vgl. etwa Doebling (N133), S.1.

(141) Klein (N133), S.705.

(142) 外交的保護は、一般国際法ないし慣習法上の制度である。筒井・前出注(133) 7頁を参照。

(143) Klein (N133), S.705.

(144) Vgl. etwa Geiger (N133), S.302.

(145) 国際法でなく憲法上の国家の義務を論じるということからすると、外交的保護の義務とするのでは狭すぎるかもしれない。すなわち、外交的保護とはいえないような外国保護の義務も、憲法上の国家の義務としては問題となりえよう。しかし、国際法における外交的保護の影響であろうが、しばしば外交的保

論がある。そこでまず、この論点に関して重要な役割を果たしたとされる⁽¹⁴⁶⁾ゲックおよびデーリングの見解を、概観することにする。

第二節 ゲックの見解

一 ドイツの憲法伝統に根ざす保護請求権

ゲックによると、外国に対する保護を求める請求権は、ドイツの憲法伝統に根ざしている。1867年の北ドイツ連邦憲法3条6項には、外国に対する保護を求める請求権が規定されていた⁽¹⁴⁷⁾。そして1871年のドイツ帝国憲法3条6項は、これをほとんど形を変えることなく受け継ぎ、「外国に対しては、すべてのドイツ人は平等に、帝国の保護を求める請求権を有する。」と規定している。もともと、この1867年および1871年の憲法文書は、基本権カタログを含んでいなかった。それゆえ、この請求権も、基本権として規定されていたわけではない⁽¹⁴⁸⁾。

ワイマール憲法112条2項は、「外国に対しては、すべてのライヒ国籍保有者は、ライヒ領域の内外において、ライヒの保護を求める請求権を有する。」と規定する⁽¹⁴⁹⁾。この規定は、基本権部分において、移住の自由（ワ

護の義務として論じられてきている。

(146) Vgl. Treviranus, H. D., Nochmals: Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht, in: DÖV 1979, S.36f. なお、ゲックの憲法的な見解については、ゲック（中村訳）・前出注（133）15頁以下も参照。また、デーリングの憲法的な見解に言及するものとして、加藤・前出注（133）197頁も参照。

(147) 北ドイツ連邦憲法3条6項とは、「外国に対しては、すべての国籍保有者（Bundesangehörige）は平等に、連邦保護を求める請求権を有する。」というものである。ゲックによると、この規定は、1849年のパウル教会憲法にある「外国にいるそれぞれのドイツ人は、帝国の保護の下にある。」という規定の観念を受け継ぐものである。Geck, W. K., Der Anspruch des Staatsbürgers auf Schutz gegenüber dem Ausland nach deutschem Recht, in: ZaöRV 17 (1956/57), S.479.

(148) この請求権の法的性格に関しては論争があったが、議論が十分に深められたわけではなかった。Geck (N147), S.480f.

(149) なお、ライヒ国籍保有者（Reichsangehörige）に関しては、ワイマール憲法110条1項に、「ライヒおよびラントにおける国籍（Staatsangehörigkeit）の取

イマール憲法112条1項)と引渡し禁止(ワイマール憲法112条3項)の間に現れている。

二 保護請求権の法的性格

しかし、ワイマール憲法112条2項の保護請求権の基本権としての性格、すなわち——「客観法の単なる反射作用」ではなく——純粋な個人的権利なのかということについては、学説で見解が分かれていた⁽¹⁵⁰⁾。

そしてゲックも、このワイマール憲法112条2項の保護請求権の法的性格についての検討に取り組んでいる。これは、単にワイマール憲法112条2項自体の意味を解明しようということではなく、基本法にとっても役に立つという意図からである⁽¹⁵¹⁾。

その際にゲックは、この保護請求権の明確性の有無に焦点を当てる。この保護請求権が純粋な個人的権利だということの障害となりうるのは、《この法的請求権はあまりにも不明確すぎ、より詳細な具体化なしにはワイマール憲法112条2項は適用できない》という主張だと考えたからである⁽¹⁵²⁾。つまり、この保護請求権があまりにも不明確なら、結局は個人の請求権としては認められないことになると思ったからである。そしてゲックは、保護請求権の明確性について、条件と手段に分けて検討する⁽¹⁵³⁾。

(一) 条件の明確性

1 保護請求権の範囲の限定

ゲックはまず、条件の明確性を示すための前提として、基本法112条2項の保護請求権の範囲を確認する。すなわち、ワイマール憲法112条2項

得および喪失は、ライヒ法律の規定による。ラントの国籍保有者はすべて、同時にライヒ国籍保有者である。」とある。

(150) Geck (N147), S. 482f.

(151) 相応の規定のない基本法においてよりも、ワイマール憲法112条2項を手掛かりとして検討したほうが、保護請求権の原則的問題が鮮明に浮き彫りになるからだという。Geck (N147), S. 483.

(152) ゲックは、他にも障害の可能性を挙げ、検討をしているが、本稿にとっては重要ではないために取り上げなかった。Vgl. Geck (N147), S. 485f., S. 504ff.

(153) Geck (N147), S. 486f.

の保護請求権という保護とは、外国の公権力に対する保護だけだとする。これは、前述のような領事的保護を求める請求権を含んでいないことを意味する。したがって、情報の提供、（とりわけ公証的な）官庁の行為の実施、要援助者の領事的な仲介、および要援助者の領事的な支援というような領事の行為を求める請求権は問題とはならない⁽¹⁵⁴⁾。

根拠は、第一に、ワイマール憲法112条2項の文言である。すなわち、領事的保護を求める請求権まで含めることは、この文言と整合しないとする。そして第二に、ゲックは保護請求権の歴史および憲法制定者の意図を挙げる。ワイマール憲法112条2項は、前述のように、それ以前のドイツの諸憲法の規定に遡ることができる。しかし、保護請求権を規定するこれらの憲法においては、国家の活動を求める一般的な権利は考えられていなかったという。すなわち、領事の特定の職務行為を求めたり、経済的困窮における保護および援助を求めたりする請求権は、疑いなく考えられていなかったという⁽¹⁵⁵⁾。

そして実際の観点も、この結論を支えているという。すなわち、外国にいるドイツ人は、滞在国の領土高権に服する。外国にいるドイツ人は、通常、自由な意思により外国の法秩序および経済秩序へと赴き、一定の危険を引き受ける。まさに経済的困窮において自分の本国に期待できるのは、国内にいる場合よりも強い援助ではなく、むしろ国内にいる場合よりも弱い援助だということを、いずれにせよ外国にいるドイツ人は、理性的な考察によって知っていなければならない、とする⁽¹⁵⁶⁾。

2 条件の検討

この上でゲックは、議論の対象を、領事的保護でなく外交的保護に集中する。領事にも、ワイマール憲法112条2項の意味での保護を授与する機

(154) Geck (N147), S.487.

(155) ゲックは、領事法との関連で、他にも根拠を示している。Geck (N147), S.487f.

(156) Geck (N147), S.489.

会がないわけではない。しかし、自らの国籍保有者を外国に対して保護する義務を負っているのは、通常は、領事ではなく、外交使節団および本国の中央官庁である。それゆえ外交的保護を中心に考えればいいとする⁽¹⁵⁷⁾。

まずゲックは、国家が国際法に拘束されていることを確認し、自らの国籍保有者の外国保護のための措置を企てることができるのは国際法的に許されているときだけだとする。そして、国際慣習法の諸原則または条約に基づく市民の権利または法的に保護された利益が侵害されていると信じるときにしか、国家は干渉⁽¹⁵⁸⁾して保護することはできないとする⁽¹⁵⁹⁾。

ゲックによると、このような国際法違反の外国の活動は、外国の立法、行政、裁判から生じうる。しかも消極的な行為（不作為）によっても生じうる。たとえば、国際法によるとそうする義務があるにもかかわらず、ドイツの国籍保有者の権利への——外国の私人による——介入を外国が罰しないことによっても、生じうるという⁽¹⁶⁰⁾。

そしてゲックは、多様な事例すべてに関する原則を打ち立てることはできないとしつつも、保護授与のための一般的な条件は十分に決定可能だとする。すなわち、外国による国際法違反がある場合には、次の三つが考慮

(157) したがって、たとえばゲックが「外国に対する保護を求める請求権」というときは、外交的保護を求める請求権が念頭に置かれていることになる。Geck (N147), S.489.

もつとも、外交的保護に集中する理由として、わざわざ担当国家機関の違いを持ち出す必要があったのかという点については、疑問が生じる。これについては、前出注（137）を参照。

(158) 単に外国に異議を唱えることは、外国の国際違法行為がなくても国際法で禁じられてはいないという理由で、考察対象から除外されている（Geck (N147), S.491）。国内法である憲法上の保護請求権を考察しているときに、このような理由から除外するのが適切かについては、疑問も感じられる。

もつとも、条件の明確性を論じるに当たっては、特に考慮する必要はないというだけの趣旨かもしれない。すなわち、単に外国に異議を唱えるだけなら国際法的に問題なく可能なのだから、条件に関する難しい判断を迫られることはないということかもしれない。

(159) Geck (N147), S.491.

(160) Ebenda.

されなければならないとする。第一に、本国が介入してもいいような、国際法で保護された法的地位の侵害が生じているか。あるいは、このような権利侵害がなくても、本国は介入できるか。第二に、法的に重要な事実主張が妥当か。とりわけ、被害者または本国の違法な行為によって、国際法上の保護権が失われているか。第三に、保護申請者は、当該外国の法的救済を尽くしたか、が考慮されなければならないとする⁽¹⁶¹⁾。

このようにゲックは、ワイマール憲法112条2項の保護請求権の条件として、結局は国際法における外交的保護の条件を挙げている⁽¹⁶²⁾。そうする根拠は、ワイマール憲法112条2項は、国際法違反の保護を含まないということであった。その上で、この条件は十分に明確で、裁判所も審査できるとしている⁽¹⁶³⁾。

（二）手段の明確性

次に、ゲックは手段の明確性を検討する。その際にゲックは、ワイマール憲法112条2項の保護請求権が、特定の行為を求める請求権でありうるかという観点から検討を始めている。

1 国際法的に認められる手段の多様性

ワイマール憲法112条2項は、保護授与の方法について、保護授与の条件と同様に、明示的に規定してはいない。それでもゲックは、保護授与の方法が国際法に違反してはならないという限定は認められるとする。これは、一般的には、『国際法違反に通じざるをえない国家の行為を求める請求権を、国内領域において与えてはいない』という憲法制定者の意図から生じるという⁽¹⁶⁴⁾。

(161) Geck (N147), S.491ff.

(162) 外交的保護の国際法上の条件として正当かには、本稿では立ち入らない。これについては、前出注(135)も参照。

(163) Geck (N147), S.492f.

(164) そのほかにも、「国際法の一般に承認された原則は、ドイツのライヒ法の拘束力ある構成部分として妥当する」というワイマール憲法4条についての考慮も、根拠として挙げられている。Geck (N147), S.493f.

したがって、国際慣習法や条約に違反する措置は、初めから排除されることになる。そして、国際慣習法や条約に違反するかというこの問題の審査は、権限あるドイツの官庁にとっても、裁判所にとっても、可能なものだという⁽¹⁶⁵⁾。つまり、この意味では、保護授与の手段に関する不明確性は認められないということになる。

しかしゲックは、このような国際法的な手段の限定も、保護授与の手段の具体化とまではいえないという。この限定の下でも、保護請求権に応じるための多くの様々な手段の間の選択の可能性が存在する。そして、選択のために考慮される観点は、多く、また不断に変化する。それゆえ、保護請求権に応じる方法（保護措置）は、一般的には確定されえない。それゆえ、憲法制定者は、ワイマール憲法112条2項の枠においても、外交政策を行う権限のある諸機関に広く決定自由を認めているという⁽¹⁶⁶⁾。

つまりゲックによると、ワイマール憲法112条2項が保護授与の手段を明示していないのは、一方で国際法による限定を認めつつも、手段に関する広い決定自由を、権限ある国家機関に認めるものだということになる。言い換えると、ワイマール憲法112条2項の保護請求権は、特定の行為を求める請求権ではないということになる。

2 個人利益と一般利益の衝突

さらにゲックは、ワイマール憲法112条2項の「請求権」は、その文言にかかわらず、特定の行為を求める請求権ではありえないとする。すなわち、ワイマール憲法112条2項を改正すれば特定の行為を求める請求権が認められるというものではなく、そもそも特定の行為を求める請求権への改正は不可能だとする⁽¹⁶⁷⁾。

ここでゲックは、保護授与が、個人の利益だけでなく、一般の利益にもかかわりうることを指摘する。しかも、個人の利益と一般の利益が衝突す

(165) Geck (N147), S.494.

(166) Geck (N147), S.494f.

(167) Geck (N147), S.495f.

る可能性があることを指摘する。たとえば、それ自体では妥当な個人の保護要求に応じることが、相手国との友好関係、とりわけ経済関係の維持、場合によっては平和関係の維持に対する全体の利益と矛盾する可能性があるという⁽¹⁶⁸⁾。

そしてゲックは、保護を求める請求権は「実質的な留保」の下にあるという。すなわち、外国によって侵害された個々の市民の利益を、一般にとって不均衡に大きな害を伴う方法で回復させるという責任を、国家指導層は負うことはできないという。たとえば、復讐が国際法的に許されている場合でも、この復讐が一方で個々の市民に加えられた不法を回復させることを外国に強制するが、他方で同時に、全体にとって重要なこの外国との経済的な結びつきの破壊につながるなら、この復讐は断念されなければならないという⁽¹⁶⁹⁾。

このような「実質的な留保」、すなわち一般利益のための留保を、ゲックは理論的にも説明する。ゲックによると、国家は、個人の利益だけでなく、全体の利益を守らなければならない。このことは、特別の憲法規定の有無にかかわらず、まったく一般的に、国家の本質および任務から生じる帰結だとみなされる。すなわち、個人利益よりも一般利益を重視するということが生じるのは、政治実務において不可避というだけでなく、国家の本質および任務の帰結でもあるという⁽¹⁷⁰⁾。

3 当該保護請求権の場合の特殊性

(1) 個人利益と一般利益の対立は、国内においても見られる。そしてゲックは、国内領域では、一般利益のこのような広範な優位は、相応の憲法規定がなければ通常は拒否されるべきだという。しかし、外国に対する保護を求める権利においては、事情がまったく異なるという。一般利益の

(168) Geck (N147), S.496f. もっとも、ゲックによると、保護を求める個人の利益と国家全体の利益（一般の利益）は通常は一致する（Geck (N147), S.499）。

(169) Geck (N147), S.497.

(170) Geck (N147), S.498f.

ほうに優位が認められるという⁽¹⁷¹⁾。

国内領域では、国家の力が及び、利益衝突は国内的な手段で通常は解決しうる。たとえば、社会的基本権としての扶助請求権は、事情によっては国家に異常な支出を負わせ、一般の利益と衝突することになる。しかし憲法制定者は、このような国内的な困難を考慮しておくことができる。そして、必要とあらば憲法改正によって扶助請求権を廃止することもできる。また、瑕疵ある決定の結果は、通常は埋め合わせることができる⁽¹⁷²⁾。

これに対して、外国に対する保護を求める権利においては、外国の法秩序も関係する。保護措置の結果は必ずしも見通せるわけではなく、憲法制定者はなおさら見通せない。保護措置の結果として生じた一般の不利益を、国内法や政治では十分に埋め合わせすることはできない。このように、本国の影響から隔たりのある事情に、保護請求権は左右される。これが、明示的な制限がなくても保護請求権が一般利益の留保に服することの、決定的な理由だという⁽¹⁷³⁾。

(2) ここで若干の補足的考察を行うと、ゲックは、保護請求権に関しては、個人利益の保護よりも一般利益の保護のほうを、かなり重視している。それゆえ、この比重に関しては、異論もありえよう。しかし比重に関する異論は、保護請求権と一般利益の衝突というゲックのここでの主張を否定するものとはならない⁽¹⁷⁴⁾。

(171) Geck (N147), S.499f.

(172) Geck (N147), S.500.

(173) Ebenda.

(174) 類似のことは、他の市民に由来する危険からの保護という典型的な意味での保護義務に関してもいえる。すなわち、保護義務の有無と、保護義務（被害者の）と防禦権（加害者などの）の衝突でどちらをどれくらい重視するかとは、別問題である。自由主義を重視し、保護義務よりも防禦権のほうを有利に扱うと主張しても、それ自体は保護義務と防禦権の衝突の存在の否定、そして保護義務の存在の否定を意味するわけではない。なお、この点に関しては、拙稿・前出注 (1)「国家任務 (二)」172頁以下も参照。

さらに言えば、典型的な意味での保護義務——とりわけディートラインなどによって基礎づけられたような保護義務——は、自由主義によっても前提とさ

また、個人利益の保護（保護請求権）と一般利益の保護は、どちらも「国家の本質および任務」の帰結だとされつつも、別の国家任務として区別されている。ここでいう保護請求権は、ここでいう意味での一般利益の保護を含むわけではなく、逆に一般利益の保護と衝突しうるものである。それゆえ、一般利益の保護という国家任務を認めることの有無および範囲に対して批判しても、それだけでは、ここでいう保護請求権を認めることに対する批判とはならない⁽¹⁷⁵⁾。

4 義務的決定を求める請求権

このようにゲックによると、権限ある国家機関は、保護授与の方法についてある程度の決定自由を持ち、これは国際法的には否定されない。そしてまた、権限ある国家機関は、一般利益の保護を理由に保護を拒否することができるし、拒否しなければならない。たとえ国際法に違反しなくても、保護措置が一般の利益に反すると権限ある国家機関が考える場合には、このような保護措置は除外されることになる。

それゆえ、ワイマール憲法112条2項の保護請求権は、「外国に対する無制限の保護請求権」、「すべての国家機関を留保なく拘束する基本権」ではない。つまり、特定の措置を求める請求権だということによって保護手段の明確性を論証するということは、できないことになる⁽¹⁷⁶⁾。

それでもゲックは、次のような請求権は残るという。

「残ったのは、すべての重要な観点の下での保護要求の審査を求め

れているものであって、事後的に自由主義を緩めるものではない。これらについては、拙稿・前出注（1）「基礎」95頁、拙稿・前出注（1）「国家任務（一）」200頁以下、拙稿・前出注（1）「国家任務（二）」189頁以下注（46）を参照。

(175) さらに言う——後述とも関係することだが——個人利益の保護と一般利益の保護は、同様に「国家の本質および任務」の帰結だといっても、同じ理論的基礎に基づくとは限らない（後出注（182）も参照）。また、別の国家任務とされているのだから、現行の実定憲法においても同様に受け入れられているとは限らない。

(176) Geck (N147), S.502f.

る請求権、次のような義務的決定を求める請求権であった。すなわち、すべての重要な観点を適切な方法で考慮している決定、それから、他のすべての条件が満たされており、特に国家全体の利益が障害にならないときには、保護授与に至る決定を求める請求権であった。これは根本的には、正しい解釈で無条件性を取り上げられた規範「ワイマール憲法112条2項」の、法的に瑕疵のない執行を求める請求権だった。」([]は筆者による)⁽¹⁷⁷⁾

つまり、ワイマール憲法112条2項の保護請求権は、特定の保護措置を求める請求権ではないが、法的に瑕疵のない執行を求める請求権とはいえる。それゆえ、個人の請求権といえるだけの手段の明確性はあるということになる。そしてゲックは、この「憲法執行請求権」は、「客観法の単なる反射」ではなく、「法的に瑕疵のない決定を求める、基本権で基礎づけられた純粋な主観的公権」であると結論する⁽¹⁷⁸⁾。

三 基本法における保護請求権

基本法は、ワイマール憲法112条2項のような、外国に対する保護を求める権利を明示的に定める規定を含んでいない。それゆえ、外国に対する保護を求める請求権が基本法においても認められるかという論点が生じる。

(一) ドイツ憲法の伝統と憲法制定者

前述のように、外国に対する保護を求める請求権は、1867年の北ドイツ連邦憲法、1871年のドイツ帝国憲法、ワイマール憲法という法治国家的なドイツの憲法文書において規定された。それゆえゲックは、この保護請求権は、「憲法の確固たる構成要素」になったという。ゲックによると、前述のような保護請求権の法的性格に関する疑念も、このドイツ憲法の伝統にとっては、決定的な支障とはならない。特定の保護措置に向けられた留

(177) Geck (N147), S.503.

(178) Ebenda.

保のない請求権を否定した論者も、国際法的に許されており、全体利益の観点でも可能な枠内では、保護を求める権利の存在に異論を唱えはしなかった⁽¹⁷⁹⁾。

そこで問題になるのは、外国に対する保護を求める請求権を明示的に規定しなかった憲法制定者の意思である。すなわち、このようなドイツ憲法の伝統を断絶しようとするものなのか⁽¹⁸⁰⁾、それとも明示的規定がないのは何か別の理由によるだけで、明示的規定がなくても憲法上の保護請求権を認めうるのかが問題となる。

ここでゲックは、基本法の成立時の特別な政治状況を指摘する。すなわち、ドイツ連邦共和国には、基本法の発効によっても、主権がなかった。さらに、外務の領域における本質的な権能は、占領国に留保されたままだった。そのような中で、占領国に対する保護を求めるドイツ人の請求権を規定することは、考えられなかった。他国に対してのみ保護を求める権利を受け入れることも、当然にも考慮されなかったという。

こうしてゲックは、憲法制定者の沈黙からは、ドイツ憲法の伝統の確固たる構成要素としての、外国に対する保護を求める権利を廃止しようという意思は、取り出されないという。ワイマール憲法112条2項に相当する明示の規定が基本法に存在しないのは、当時の特別の政治状況に、憲法文書が単に外面的に対応しているだけだという⁽¹⁸¹⁾。

（二）国家任務としての基礎づけ

ドイツ憲法の伝統を指摘し、基本法の沈黙がこの伝統から離れるという憲法制定者の意思を示しているわけではないとするだけでは、基本法において保護請求権を認めるためには不十分だと思われる。すなわち、基本法

(179) Geck (N147), S.508f.

(180) なお、ゲックは、1933年から基本法の発効までの間は、実効的な保護授与の事実上の可能性は極めて限られていたとし、外国に対する保護請求権というドイツ憲法の伝統にとっては、決定的な意義はないとする。Geck (N147), S.507ff.

(181) Geck (N147), S.509f.

の沈黙は保護請求権の否定を意味するわけではないとしても、保護請求権に関するドイツ憲法の伝統が受け継がれていることが、積極的に基礎づけられたわけでもない。

しかしゲックは、外国に対する保護を求める請求権を、さらに国家任務の観点から基礎づける。ゲックは次のようにいう。

「全体の保護と個人の保護は、国家の最も重要な任務に属する。国家は、対人高権に基づき、外国で生活している自らの市民に対して、広範な権利を行使する。たとえば、兵役を果たすための召還を行う。たとえある程度の制限があろうとも、外国においても、本国に対する市民の忠誠義務（Treupflicht）が継続する。忠誠関係（Treueverhältnis）の相互性において、これに対応して、次のような国家の任務がある。すなわち、法的に許容され、実質的に可能な限りで、外国の国家権力に対して市民に保護を与えるという国家の任務がある。」⁽¹⁸²⁾

このように、国家と市民の間の相互的な忠誠関係から、外国の国家権力に対して市民に保護を与えるという国家の任務が生じるとする⁽¹⁸³⁾。そして、このようにして保護授与の義務を導出することは、様々なドイツの裁判所および論者によって行われているという⁽¹⁸⁴⁾。

もっともゲックは、これだけでは保護請求権の基礎づけとしては不十分

(182) Geck (N147), S.510f. なお、ここで忠誠関係の相互性から導き出されているのは、全体を保護する任務ではなく、市民を保護する任務だけである。

(183) ゲックは、その叙述を見ると、外国に対する保護を求める権利の根拠として、国家の最も重要な任務に属するということと、忠誠関係の相互性を、それぞれ別の根拠とみなしている可能性もある（vgl. Geck (N147), S.511, 513）。もしそうであるなら、前者に関しては、さらにその理論的基礎が問題となりうるように思われる。

(184) もっとも、ドイツの裁判所および論者による導出は、他の問題との関連で付随的に行われたもので、しかも詳細な検討を伴わないものだが。Geck (N147), S.511.

だと考えている。これだけでは、単なる「道徳的な義務」⁽¹⁸⁵⁾だという可能性もあるとする。それゆえ、保護の授与が国家の法的義務であること、そしてこれに対応する個人権が認められることが、証明されなければならないとする⁽¹⁸⁶⁾。

（三） 基本法1条1，2項

そこでゲックは、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重および保護することは、すべての国家権力の義務である。」とする基本法1条1項、および「それゆえ、ドイツ国民は、世界におけるすべての人間共同体、平和、および正義の基礎として、不可侵で不可譲の人権を信奉する。」とする基本法1条2項を持ち出す⁽¹⁸⁷⁾。

ゲックは、この基本法1条1，2項を、二段階に分けて用いている。まず第一段階として、ゲックは次のようにいう。

「基本法1条1，2項が、すべての国家機関にとっての最高の指導原則であるなら、外国において行われる国家の活動、または他の方法で外国に対して作用する国家の活動も、基本法1条1，2項は含まなければならない。この解釈は、この規定の文言および意味と整合している。……この解釈は、前述の観点（憲法の伝統、国家任務、忠誠関係の相互性）および後述の諸考慮⁽¹⁸⁸⁾と結びついて、外国によって人間の尊厳が侵害された場合に、保護授与をするという国家の義務を生じさせ

(185) ゲックのいう「道徳的な義務」とは、法学的に言い直せば、単なる権能であって義務ではないという意味だと思われる。

(186) Geck (N147), S.511f.

(187) ゲックは基本法1条1，2項のほかに、基本法16条（国籍剥奪の禁止、引渡し禁止）も持ち出している。もっとも、国家の保護義務または国民の保護請求権が基本法16条から導出されるというのではなく、国家の保護義務または国民の保護請求権は基本法16条の基礎となつていとする。すなわち、基本法16条を確認的な根拠としている。Geck (N147), S.516.

(188) この「後述の諸考慮」とは、基本法1条1，2項に依拠する第二段階、および基本法16条に依拠する基礎づけ（前出注（187））を指すものと思われる。

る。」⁽¹⁸⁹⁾

この叙述によると、保護授与をするという国家の義務が生じるのは、外国によって人間の尊厳が侵害されているといえる場合に限られることになる⁽¹⁹⁰⁾。

次にゲックは、外国による人間の尊厳の侵害がなくても、基本法1条1, 2項は外国に対する保護を求める請求権を基礎づけることができるとする。ゲックは第二段階として、次のようにいう。

「基本法1条1, 2項は、人間についての憲法の基本的立場を描写している。その基本的立場によると、人間は、不可侵の尊厳の所持者であって、『集团的体制の、客体の地位に下げられた人間ではない』。そうであるなら、法秩序によって課せられた諸義務、とりわけ一般的な服従義務には、一定の範囲の諸権利が対応していなければならない。このような諸義務、とりわけ一般的な忠誠義務、服従義務、および兵役の義務が、外国においても国民に——たとえ部分的に限定された範囲においてであろうと——課せられるのなら、その限りにおいて、このような義務に、ある程度の権利をも対置することは、憲法秩序の、そしてまさに基本法1条の意味内容に整合している。」⁽¹⁹¹⁾

これは、「法秩序によって課せられた諸義務」に対応する権利を国民に認めないなら、外国でなく本国が、人間の尊厳を尊重していないことになるという趣旨だと思われる。

このようにして、保護請求権が認められるのは、外国による人間の尊厳

(189) Geck (N147), S.514.

(190) ゲックは、人間の尊厳の侵害の例は十分には存在しないとしつつも、中傷、差別待遇、権利剥奪、拉致などを挙げている。Geck (N147), S.514.

(191) Geck (N147), S.515f.

の侵害の場合には限られないとする。これは、ゲックによると、忠誠関係の相互性という思想を基本法1条の光の中においても見るということである⁽¹⁹²⁾。

（四）条件および内容

このようにしてゲックは、外国に対する保護を求める請求権を肯定する。そしてこれを、立法者を含めたすべての国家機関に対する請求権とし、国家機関への拘束はドイツの領域内でも外国でも同様だとする⁽¹⁹³⁾。つまり、ドイツの国家機関の行為する場所は、この保護請求権の条件とはされていない。

その上で、外国に対する保護を求める請求権の条件は、基本法においても、ワイマール憲法の場合と同様だとする。すなわち、第一に、ワイマール憲法によって浮き彫りにされた前述のような条件すべてが、完全に満たされていなければならないとする。第二に、一般の利益が保護授与と対峙しないことを挙げる⁽¹⁹⁴⁾。

そして、外国に対する保護を求める請求権の内容については、次のようにいう。

「したがって、ここにおいても結局問題なのは、客観法規範の瑕疵のない執行、すなわち法的に非難の余地のない執行を行うという、権限ある官庁および国家機関の義務である。その限りで、この義務に主観的公権が対応する。権限ある機関には、手段の選択の際に、ワイマール憲法の下と同様の決定の自由がある。」⁽¹⁹⁵⁾

つまり、内容においても、ワイマール憲法112条2項の場合にいわれた

(192) Geck (N147), S.516.

(193) Geck (N147), S.517.

(194) Geck (N147), S.517f.

(195) Geck (N147), S.518.

「義務的決定を求める請求権」、「法的に瑕疵のない執行を求める請求権」と同様だとする。これは、ワイマール憲法112条2項に関する前述のような検討が、ワイマール憲法の場合に限られる特殊なものではなく、一般的な性格のものだったことによるものと思われる。

四 ゲックの見解の特徴

1 このようにしてゲックは、明示的な規定がない基本法においても、外国に対する保護を求める請求権を肯定する。そしてその請求権とは、「客観法規範の瑕疵のない執行、すなわち法的に非難の余地のない執行」を求めるものである。

このようなゲックの見解において、まず特徴的なのは、個人の請求権に焦点を当てた検討が行われていることである。ドイツの憲法伝統に根ざすとされていたのは、単に国家の義務ではなく、個人の保護請求権であった。また、なるほど国家と市民の間の相互的な忠誠関係から、保護をするという国家任務を導出している。しかし、これだけでは不十分だとして、基本法1条1、2項に依拠して導出したのは、国家の法的義務だけではなく、それに対応する個人の請求権でもあった。

このような議論の様子からすると、たとえば国家の義務を肯定しつつ個人の請求権を否定するという選択肢は、初めからゲックの念頭にはないように見える。それゆえ、ゲックの見解の正当性を検討する際には、このような二者択一的な考え方で不都合がないかについても、注意が払われなければならないように思われる。たとえば、ゲックによる基礎づけについては、国家の義務にとって十分かということと、個人の請求権にとっても十分なものかということが、別々に問われうるように思われる。

2 またゲックの見解では、基礎づけに基本法1条1、2項を持ち出していることも、特徴的である。とりわけ、外国による人間の尊厳の侵害がないときでも、基本法1条1、2項により個人の請求権が基礎づけられるとする点が、特徴的である。

もっとも、ゲックの見解において、基本法1条1、2項がどれくらいの

重要性を持っているのかについては、検討を要するように感じられる。そこで、ゲックの見解において基本法1条1, 2項が果たしている役割について、考えてみることにする。

2 前述のようにゲックは、国家と市民の間の相互的な忠誠関係から、外国の国家権力に対して市民に保護を与えるという国家の任務が生じるとする。しかしゲックは、これだけでは国家の保護義務および個人の保護請求権の基礎づけとしては不十分だとしている。これだけでは、法的義務ではなく「道徳的な義務」にすぎないという可能性もあるとする。そこでゲックは、基本法1条1, 2項に依拠した基礎づけを続けていた。

基本法1条1, 2項に依拠した基礎づけは、前述のように二つの段階に分けて行われていた。その第一段階において導かれたのは、国家の義務であった。すなわち、外国によって人間の尊厳が侵害された場合に、保護授与をするという国家の義務であった。

しかしこの国家の義務は、基本法1条1, 2項だけから独立に導出されていたわけではない。「憲法の伝統、国家任務、忠誠関係の相互性」などと結びついた上で、導出されていた。すなわち、忠誠関係などという観点は、基本法という実定憲法の議論に、基本法1条1, 2項を持ち出すまでもなく既に取り込まれている。この忠誠関係を実定憲法の議論の前提にできるなら、忠誠関係に基づく国家の義務も同様に、実定憲法において受け入れられているといえる可能性もあるように思われる。

そうだとすると、基本法1条1, 2項を持ち出さないと国家の法的義務を基礎づけることができないのかという点について、疑問が生じる⁽¹⁹⁶⁾。

(196) 確かに何らかの国家理論における国家の義務を指摘するだけでは、法的義務の基礎づけとしては不十分であろう。しかし、この国家の義務を実定憲法が受け入れていることを論証できるなら、法的義務でもあるといえよう。

そして、忠誠関係に基づく国家の法的義務を実定憲法が——明示の規定を必要としないほど自明の——理論的前提として受け入れているという主張も、成立する可能性はあるように思われる。「国家の本質および任務」とするゲックの見解は、むしろこのような主張に近いように感じられる。少なくともゲック

なるほど、「憲法の伝統、国家任務、忠誠関係の相互性」などとの結びつきがなくても、外国による人間の尊厳の侵害がある場合に限っては、基本法1条1, 2項から独立に国家の義務を導出することができるかもしれない。しかし、第一段階における基本法1条1, 2項は、既に認められうる国家の法的義務を、特定の場合に限ってさらに別の形で基礎づけているだけだという可能性もあるように思われる。

4 基本法1条1, 2項に依拠した基礎づけの第二段階は、「法秩序によって課せられた諸義務」にある程度の諸権利を対置しなければ、人間を集団的体制の単なる客体として扱っていることになり、基本法1条1, 2項に反するというものであった。そしてここから、個人の請求権を導いていた。

この考え方に対しては、ディートラインの次のような立場が対置されるものと思われる⁽¹⁹⁷⁾。すなわち、保護を求める主観的権利が憲法で保障されているか、それとも個人は客観的憲法義務の受取人として、完全に「保護客体」の役割の中に埋没するかという両極化は、疑わしい。個人を純粋に客観法的に保護することは、事実的にも法的にも、人間の尊厳に反する方法で個人を「客体」におとしめているわけではない。保護を授与するという形で国家が個人を取り扱っても、個人の法主体的性質が否定されるわけではない。法規の帰属主体である能力としての法主体性のためには、個人が包括的な主観的権利を持つ必要はなく、法規によって個人に権利または義務が帰属しさえすればいい。そして、基本権上の防禦請求権の帰属主体としての法的性質や人間の尊厳の保障により、個人の法主体性は

は、このような主張を積極的に否定しているわけではない。

- (197) このディートラインの立場は、外国に対する保護に関して示されたものではなく、これも含めた保護義務全般に関するものとして示されたものである。そして、保護義務という国家の義務自体は既に基礎づけられた後で、単に主観的権利性に関する議論の中で示されたものである。

しかし、内容的には——直接の批判対象であるロッパースよりもむしろ——ゲックに対する批判としても見る事が可能だと思われる。

明らかだ、という⁽¹⁹⁸⁾。

このようにディートラインは、個人の保護請求権を認めなくても、個人が単なる「客体」として扱われているとはいえないとする。この立場からすると、基本法 1 条 1, 2 項に依拠して個人の保護請求権を基礎づけることは、否定されることになる。なお、この第二段階では、基本法 1 条 1, 2 項が——個人の請求権でなく——国家の義務を基礎づけるのに役立っているのかは、ゲックの叙述からは明らかではない⁽¹⁹⁹⁾。

5 ゲックが基本法 1 条 1, 2 項を持ち出しているのは、保護の授与が国家の単なる「道徳的な義務」でなく法的義務であること、そしてこれに対応する個人の請求権が認められることを論証するためであった。しかし、このように見てみると、基本法 1 条 1, 2 項は、国家の義務および個人の請求権の法的性質にとって決定的に重要だとまではいえないように感じられる。特に国家の法的義務の論証にとって重要だという内容にはなっていないように思われる。

そもそもゲックも、基本法 1 条 1, 2 項などによる基礎づけがなければ、国家の義務および個人の請求権の法的性質が必然的に否定されるとしていたわけではない。それどころかゲックは、外国に対する保護を求める国民の請求権を、「成文憲法の個々の諸原則を『結びつける、内的関連のある一般的な原則および指導理念』」に属するとしている。すなわち、「自らの出発点である前憲法的な全体像を特徴づけるものだという理由で、憲

(198) Dietlein (N2), S.133, 137, 148f. なお、ディートラインはそのほかに、さもないと基本権の領域で、客観法と主観的権利の区別が不確実になるともいう (Dietlein (N2), S.148)。

(199) 市民の法的な服従義務に対応する——個人の請求権でなく——国家の法的義務を、基本法 1 条 1, 2 項による客体禁止定式に依拠して基礎づけるという方法は、別に検討する余地があるかもしれない。

それでも、既に議論の前提とされているこの市民の服従義務が実定憲法の当然の、それゆえ默示的な前提といえるなら、基本法 1 条 1, 2 項に依拠するまでもなく、これに——国家理論的に——対応する国家の義務も実定憲法の前提といえる可能性があるものと思われる。

法制定者が特別の法規において具体化はしなかった」ような「一般的な原則および指導理念」に属するとしている⁽²⁰⁰⁾。つまりゲック自身にとっても、基本法1条1, 2項は、それがあって初めて法的性質が肯定されるというような決定的な根拠ではなく、確認的または補強的な根拠にすぎないという可能性もあるものと思われる⁽²⁰¹⁾。

第三節 デーリングの見解

次に、デーリングの見解を見ることにする。デーリングの見解はゲックの見解と重なるところも多いので、ここではゲックの見解との相違を重視しつつ、概観することにする。

一 以前の憲法における「保護請求権」の法的性質

前述のようにゲックは、ワイマール憲法112条2項の、外国に対する保護を求める「請求権」を、「客観法の単なる反射」ではなく、「法的に瑕疵のない決定を求める、基本権で基礎づけられた純粋な主観的公権」だとした。デーリングは、ゲックのこの定式を問題とする。

デーリングが支持する主観的公権の概念によると、主観的公権が存在しえるのは、すべての裁量が排除されている場合だけである⁽²⁰²⁾。しかし、外国保護においては、外交行政の裁量を認めざるをえない⁽²⁰³⁾。それゆえ、デーリングによると、ワイマール憲法112条2項の「請求権」は、主観的公権ではないことになる⁽²⁰⁴⁾。

もっともデーリングも、ワイマール憲法112条2項の「請求権」を、直

(200) Geck (N147), S.516f. これは、基本法16条に関する考察（前出注（187））の帰結として述べられたものである。

(201) Vgl. auch Geck (N147), S.513.

(202) Doebling (N133), S.37, 91.

(203) Doebling (N133), S.37ff.

(204) Vgl. auch Doebling (N133), S.94. なおデーリングも、主観的公権の語の定義しだいでは、官庁に裁量があるときでも主観的公権と呼びうる場合があることは認めている（Doebling (N133), S.39）。

ちに法的に無意味だったというのではない。デーリングの支持する意味での主観的公権とはいえなくても、義務的な裁量行使（瑕疵や濫用のない裁量行使、法的に瑕疵のない決定）を求める権利だという可能性はあるとする⁽²⁰⁵⁾。

それでもデーリングは、ワイマール憲法112条2項の「請求権」は裁判で貫徹されえなかった⁽²⁰⁶⁾ということを描いて、当時の支配的見解においても、外国保護はせいぜい「客観法の反射」にすぎなかったという。すなわち、「きちんとした裁量行使をする保護義務」は認められたが、「外交行政の特定の行為を求める、貫徹可能な個人の請求権」は認められなかったという⁽²⁰⁷⁾。

このようにデーリングはゲックに対して批判的だが、ゲックの主張内容を批判しているわけではない。それどころかデーリングは、ゲックの主張内容の「結論」に賛成できるという。デーリングが問題としていたのは、ゲックの定式化にすぎない⁽²⁰⁸⁾。すなわち、ゲックは義務的な裁量行使を求める「請求権」（ワイマール憲法112条2項）を、「基本権で基礎づけられた」主観的公権と呼び、「客観法の単なる反射」ではないとする。しかし、「基本権で基礎づけられた」と呼んでも、単なる「客観法の反射」としてこの「請求権」の法的射程が拡張されるわけではないとしているにすぎない⁽²⁰⁹⁾。

それでも、このように定式化を問題とすることによって、ゲックの場合とは異なり、国家の義務という観点が浮き彫りになっている。すなわち、貫徹可能な個人の請求権は否定されつつも、「きちんとした裁量行使をす

(205) Doebling (N133), S.39.

(206) これは、以前のドイツの行政裁判所法が正式な裁判の決定 (Entscheidung) を許していたのが、貫徹可能なものとして列挙されていた請求権だけだったことによる。Doebling (N133), S.3.

(207) Doebling (N133), S.41.

(208) Doebling (N133), S.34.

(209) Doebling (N133), S.41.

る保護義務」という国家の義務が肯定されていたという。言い換えると、個人の請求権とは独立に国家の義務を論じる可能性が認められている。

二 基本法における外国保護の義務

(一) 基本法は、前述のように、外国に対する国民の保護についての明示的な規定を含んでいない。そこでまず、このような基本法の沈黙の意味、すなわち憲法制定者の意図が問題となる。これについてデーリングは、ゲックと同様に、基本法の沈黙からは外国保護を行うという国家の義務を否定するという意図は引き出されえないとする。憲法制定者は、単に外国保護の問題については述べる意図がなかっただけだとする⁽²¹⁰⁾。

(二) しかし、こういうだけでは、外国保護を行うという国家の義務を基本法において基礎づけたとまではいえない。そこでデーリングは、この意味での保護義務一般について論じている。まずデーリングは次のようにいう。

「国際法において異論のない国家の自衛権からは、国民を保護および防衛するための国家の措置は、この防衛に必要な限りは、違法ではありえない、ということが生じる。もっとも、これは、他の諸国家に対する国家の権利にすぎず、自らの国民に対する国家の義務ではない。しかし、自らの国民を防衛する権利を主権国家に認めない人はいないという事実は、国籍保有者の保護が各国家の最高の義務に属することの印である。というのは、国家は、それ自体のために存在しているわけではないからである。……武力による保護が、それぞれの保護実施の最後の手段にすぎないとしても、この極端なものは、ここで

(210) もっとも、その根拠に関しては、デーリングの場合は、基本法の制定当時に連邦共和国が外交政策上の行為自由を持たなかったとするだけでは不十分だとする。そして、当時の状況においては、外交的保護のような国際法上の諸権利に言及しないのが「得策」だったということを挙げている。Doehring (N133), S.44f.

は、明確さをもたらすのに適している。」⁽²¹¹⁾

このようにデーリングは、自らの国民を防衛する権利を主権国家に認めない人はいないという事実は、国籍保有者の保護が各国家の義務に属することを示しているという。そしてこのことを、国家はそれ自体のために存在しているわけではないということが支えているという⁽²¹²⁾。

これは、何らかの基礎から、国籍保有者を保護する国家の義務が導出されるという主張ではない。ある事実が、国籍保有者の保護という国家の義務の存在を暗示しているというものである。

なお、この叙述では自衛権も持ち出されているが、自衛権についても同様のことがいえる。デーリングは、『自衛権が国際法において異論なく認められているということから、国籍保有者の保護という国家の義務が導出される』としているわけではない。また、武力による保護は、保護行使の「最後の手段」、つまり保護の手段の一つだとされているにすぎない⁽²¹³⁾。すなわち、「武力による保護」から外国保護の義務が導出されるというのではなく、強いて言えばむしろ逆に、外国保護の義務から「武力による保護」が導出されるという関係になっている⁽²¹⁴⁾。

(三) またデーリングは、「国内における広範な保護——たとえば警察的な性質の保護——は、国家概念そのものに内在する国家の義務に属する

(211) Doebling (N133), S.46.

(212) この指摘によって、『国家が国民を守るのは、国民のためではなく国家自身のためだ』という可能性、すなわち『国民を守ることではなく国家自身を守ることが、国家の義務である』という可能性は、排除されることになるものと思われる。

(213) 国籍保有者の武力による保護が国内法的に許されるかは、別問題である。

(214) したがって、たとえ武力の行使が国内法的に禁止されとしても、外国保護の義務自体まで必然的に否定されるというわけではない。武力の行使は外国保護の一手段にすぎず、他の手段の国内法的な許容性は別に検討されなければならない。

なお、逆に、外国保護の義務の存在を指摘しても、外国保護に役立つ手段すべてが正当化されるわけではない。

ということは、難なく理解できる^{J(215)}とした後で、次のように続ける。

「国家の内部における危険から国民を保護することに当てはまるのと同じことが、外国が国家を外から脅かす場合にも当てはまらなければならない。どちらの場合にも、国民自身にも、危険防禦に貢献する義務がある。しかし、国家と国民の間の相互の忠誠・義務関係 (Treue- und Pflichtverhältnis) は、国境で終わるわけではない。国家は、自らの領域の外での対人高権の行使においても、国民の忠誠を要求し、国民に国事犯を禁止し、兵役を果たすように国民を呼び戻し、そしてこれ以上のことをする。外国の法秩序と比較すると明らかになるであろうことには、異論のない見解によると、これらの国家の諸権利には、対応する諸義務が対峙しており、外交的保護の義務は、これらの義務の中で最も重要なものの一つである。^{J(216)}

このようにデーリングは、外国に対して国民を保護すること⁽²¹⁷⁾も、国家概念そのものに内在する国家の義務に属するとする。そしてこの国家の義務は、国家と国民の間の相互の忠誠・義務関係における国家の諸権利に対応するものだとする。

また、この忠誠・義務関係は国境を越えるという。それゆえ、領域外にいる国民を外国に対して保護することも、国家概念そのものに内在する国家の義務に属することになる。

(四) こうしてデーリングは、明示の規定が存在しないにもかかわらず

(215) Doebling (N133), S.46.

(216) Ebenda.

(217) なお、引用箇所には「外国が国家を外から脅かす場合」とあるが、国家——個人の利益と無関係なものとしての国家——を保護する義務となっているわけではない。文脈的にも、また「国家はそれ自体のために存在しているわけではない」という前の叙述 (Doebling (N133), S.46) に鑑みても、保護されるのは国民だと思われる。

ず、外国保護の義務、この意味での国家の保護義務が基本法においても認められるとする。すなわち、前述のような基礎づけによると、基本法のどこでも否定されていない限りは、外国保護の義務は認められることになるとする⁽²¹⁸⁾。

三 基本法における主観的権利性

(一) このように、基本法において外国保護の義務が国家にはあるとした後で、デーリングは次に、これに対応する個人の主観的公権（主観的権利）⁽²¹⁹⁾も認められるかを論じる。

この際にデーリングは一方で、今日では、国民にとって直接的な法的作用を示している官憲の活動は原則としてすべて、提訴や裁判が可能だとされるべきだという考え方をとる⁽²²⁰⁾。

他方で、デーリングが支持する主観的公権の概念によると、裁量の余地が官庁に認められている場合には、主観的公権の存在は否定されることになる⁽²²¹⁾。それゆえデーリングは、主観的公権の有無を、外国保護における裁量の余地の有無の観点から検討している。すなわち、裁量の余地が認められるなら、主観的公権も否定されるという立場から、検討をしている。

(二) デーリングはまず、比較法的な検討を行う。すなわち、諸外国、とりわけ法治国家では、外交行政は裁量行政だとみなされている。このよ

(218) Doebling (N133), S.89.

(219) デーリングは、文脈的に言って、主観的権利という語を主観的公権と同義に用いているものと思われる (vgl. etwa Doebling, S.91ff.). なおデーリングは、本文で示されるように、請求権という語を、主観的公権（主観的権利）よりも広義のものとして用いているものと思われる。

(220) Doebling (N133), S.3, 43. これは、提訴可能な請求権が限定されていた以前の憲法のと看（前出注（206））と対照的であり、基本法19条4項および行政裁判所法の一般条項によるという（Doebling (N133), S.3, 43, 90）。

(221) デーリングは——主観的公権の法的性質が不明確だとした上で——、主観的公権が厳密に定義されているわけでもなく、《裁量の余地があるときは主観的公権は存在しない》とはいえるとする。Doebling (N133), S.91.

うな法的見解の一致は、外国保護では、事物の性質により必然的に、裁量の余地が認められなければならないことを示唆しているという⁽²²²⁾。

次にデーリングは、一般的に、行政に裁量が認められることの重要性を指摘する。政治状況はいつでも変わりうる。しかし、立法者による対応では、状況によっては遅すぎる。それゆえ、この変化に迅速に対応するためには、行政に裁量の余地が与えられていなければならないという⁽²²³⁾。

その上でデーリングは、外国保護の場合の特殊性を指摘する。外交行政においては、国内的な状況の場合とは異なって、国家の行為の結果は不断に変化する可能性がある。また外交行政においては、国内的な状況の場合とは異なって、国家は状況の支配者ではない。すなわち、国家は、諸外国の反応を統御することができない。そのような中で国家は、一般利益と個人利益の間の衡量を行わなければならない。このような衡量はいずれにせよ裁量問題であり、そしてこのような衡量に適しているのは迅速に対応できる行政権だけだとする⁽²²⁴⁾。

(三) デーリングによると、外国保護に関して主観的公権が認められると、この主観的公権に官庁は拘束されることになる。すなわち、「自由な行政」でなく、「拘束された行政」になってしまう。しかし前述のように、行政権には裁量の余地が認められなければならない。それゆえ、「保護を求める主観的公権」は存在しないことになるという⁽²²⁵⁾。

(四) しかしデーリングは、義務的な裁量行使を求める請求権は肯定している。すなわち、保護を求める主観的公権が否定されたからといって、「裁量が義務的に処理されることを求める個人の権利」は影響を受けないとする⁽²²⁶⁾。「個々の事件において国家の保護義務を実行することを許さな

(222) Doebling (N133), S.92.

(223) Doebling (N133), S.92f.

(224) Doebling (N133), S.93f.

(225) Doebling (N133), S.94.

(226) なお、この考え方が否定されるとしても、国家の義務のほうは影響を受けない。

い実質的理由」の存否の審査においては、「裁量考慮は義務的」だという。

もっとも、デーリングは、義務的な裁量の行使を求める請求権を積極的に論証しているわけではない。これは、今日では、否定する理由がなければ請求権が肯定されるのが原則だという考え方によるのだと思われる⁽²²⁷⁾。

第三章 検 討

第一節 ゲックおよびデーリングの見解における外国人

一 外国に対する国民の保護に関するゲックとデーリングの議論には、いくつかの違いが認められる。既に指摘したように、たとえば、主観的公権などの語の意味が両者では異なっており、その結果として両者の定式化にも違いが生じている。また、ゲックは国家の義務と個人の請求権を一体として論じているのに対して、デーリングは区別して論じている。

そのほかでは、ゲックは個人の請求権がドイツ憲法の伝統に属するとしているのに対して、デーリングはドイツ憲法の伝統をあまり重視していない。なるほどデーリングも、国家の義務に関しては、基本法に至るドイツ憲法の連続性を認めている。しかしデーリングは、個人の請求権の観点においては、以前の憲法と基本法との間の違いのほうを強調している。代わりにデーリングは、比較法的な観点を重視しており、それゆえ主張内容も、より普遍的なものになっている。もっともゲックの場合も、前述のように、ドイツ憲法の伝統は、基本法における国家の義務や個人の請求権を積極的に基礎づけているというわけではないが⁽²²⁸⁾。

二 しかしゲックもデーリングも、外国に対する国民の保護に関して、内容的にはほとんど同じ結論に至っている⁽²²⁹⁾。基本法においては、まず

(227) Doebling (N133), S.94.

(228) それゆえ、ドイツ憲法の伝統は、ゲックやデーリングの見解がドイツでしか成立しないような特殊なものだということを意味しているわけではない。

——明示的な規定が存在しないにもかかわらず——外国に対して国民を保護するという国家の義務が認められている。そして、この意味での保護義務に対応するものとして、個人の請求権も認められている。もっとも、この請求権は、特定の行為を求めるものではない。義務的な裁量行使（瑕疵や濫用のない裁量行使、法的に瑕疵のない決定）を求める請求権である。そしてこのような結論は、今日では支配的見解となっており、判例においても認められている⁽²³⁰⁾。

この結論の論証においては、個人の請求権に関しては、両者は異なっている。ゲックは、国家の義務と一体のものとして、そして——デーリングとは異なり——基本法1条1, 2項（人間の尊厳、人権）にも依拠しながら、基礎づけを行っている。これに対してデーリングは、積極的な基礎づけを行っているわけではなく、強いて言えば否定する理由がないとしているだけである。

これに対して、外国に対して国民を保護するという国家の義務に関しては、両者はかなり共通している。両者とも、国家と国民の間の忠誠関係における国家任務だということを、この国家の義務の主要な基礎だとしている。なるほどゲックは、これだけでは不十分だとして基本法1条1, 2項（人間の尊厳、人権）を援用する。しかし基本法1条1, 2項は、前述のように、忠誠関係における国家任務を補強するものとして持ち出されたにすぎない。またデーリングは、比較法的に補強しつつも、外国保護の義務をまさに忠誠関係から導出している。

三 このようなゲックおよびデーリングの議論においては、保護される

(229) 厳密に言えば、ゲックは外交的保護に焦点を当てているのに対して、デーリングは——より広く——外国保護に焦点を当てている。

(230) Treviranus (N146), S.36f.; Geiger (N133), S.302; Klein (N133), S.706f.

連邦憲法裁判所は、「ドイツ連邦共和国の諸機関には、とりわけ連邦政府には、憲法により、ドイツ国籍保有者およびその利益を外国に対して保護する義務があるということを、上級行政裁判所は見落とした」とする(BVerfGE 55, 349 (364))。なお、この裁判については、小山・前出注(1)法理25頁も参照。

者として検討対象とされていたのは国民（国籍保有者）だけであり、外国人⁽²³¹⁾についての言及はほとんどない。これは、一つには、国民の保護請求権を明示的に規定していた以前のドイツの諸憲法との関連において、議論が行われたからであろう。しかし、より重要な理由は、次のようなゲックの叙述に現れている。

「まさに外国に対する保護を求める権利は、外国の国籍保有者には与えられる必要がなく、そして一般的には与えられることもできないということは、主に次のような二つの観点から生じる。一方で、国際法の原則によると、保護権が国家に帰属するのは、自らの市民に関する場合だけである。外国の国籍保有者のためにも国家が保護供与国として活動していいのは、特別の状況に基づく場合だけである。他方で、特別の忠誠関係および対人高権という紐帯が欠如している。このような紐帯とは、国家とその市民の間で、この市民が外国の領土高権に服する場合でも——たとえ制限が伴うとしても——継続するものである。このような紐帯〔の欠如〕とともに、保護授与のための本来的な動機は失われる。」〔 〕は筆者による)⁽²³²⁾

外国に対する保護⁽²³³⁾において外国人が考慮されない理由として、ここでは二つのものが示されている。一方は、国際法的な保護権に基づくものである。他方は、「特別の忠誠関係および対人高権」の欠如である。

(231) 実際に問題となるのは、主に、外国にいる外国人であろう。もっとも理論的には、忠誠関係における国家任務という基礎づけに鑑みると、外国にいる外国人に限定する必要はないものと思われる。

(232) Geck (N147), S.484f.

(233) 前述のように、ゲックは国家の義務と個人の保護請求権を意識的に区別することなく、個人の請求権に焦点を当てた議論をしている。それゆえここでも、「外国に対する保護を求める権利」となっている。しかし内容的には、国家の義務にも当てはまる。

このうちで決定的なのは、後者だと思われる⁽²³⁴⁾。前述のように、ゲックもデーリングも、外国に対して国民を保護するという国家の義務を、忠誠関係における国家任務として基礎づけていた。しかし、このような忠誠関係が存在するのは、国家と国民の間だけである。外国人に関しては、このような忠誠関係は存在しない。それゆえ、忠誠関係における国家任務、すなわち外国保護という国家の義務も、外国人に関しては生じないことになる⁽²³⁵⁾。

第二節 基本権保護義務論における在外国民

一 外国に対して国民を保護するという国家の義務に関するゲックおよびデーリングの議論は、少なくとも基本法に関しては、基本権の作用として行われたわけではない。このような外国保護の義務は、国家と国民の間の忠誠関係における国家任務として基礎づけられたのであって、基本権または基本権理論から基礎づけられたわけではない。

実際にゲックは、「外国に対する保護を求める請求権」、すなわち義務的な裁量行使を求める請求権は、憲法から導出されうるが、基本権ではないという⁽²³⁶⁾。そして、ゲックやデーリングの結論を支持していた支配的見解も、しばらくは、外国保護と基本権との結びつきについて、ほとんど考えてこなかった⁽²³⁷⁾。

(234) 前者は、保護の手段に関するものであり、外国保護の義務の有無の後の問題である。

(235) Geck (N147), S.518.

なお、連邦憲法裁判所も、「国籍という基本関係から直接に、ドイツ人のみに帰属する次のような請求権が生じる。すなわち、外国に対する連邦共和国による保護を求める請求権、とりわけドイツの在外公館による外交的保護および領事的な世話を求める請求権が生じる。」という。BVerfGE 37, 217 (241).

(236) Geck (N147), S.517.

(237) Klein (N133), S.707.

このような状況の中で、そして基本権保護義務の議論がまだ盛んではなかったころ（1977年）に、クラインは外交的保護と基本権を結びつけることを主張

他方で、既に示したように今日では、国内における私人に由来する危険からの保護を典型とする基本権保護義務が論じられている。この基本権保護義務は、ゲックやデーリングのいう外国保護の義務の延長として論じられてきたわけではない。しかし、今度はこのような基本権保護義務論の側から、そこでは典型的とはいえない外国保護（外交的保護）の義務が検討され始めている。

二 まずロッパースは、「基本権から生じる保護を求める権利」はすべてのドイツ人に帰属するとし、このことは「外国保護を求める権利」にも当てはまるとする。基本権の主体であるという地位は、積極的な保護内容に関しても、ドイツ連邦共和国を離れることによって終わらないとする

(238)。

しかしロッパースは、この主張自体をより詳しく論証しているわけではない。ここでロッパースは、この主張にとって障害となりうるように見える事由を想定し、それらの事由がこの主張の障害にはならないとしているにすぎない⁽²³⁹⁾。

また、ロッパースによる保護義務の基礎づけは、前述のように特殊なものであった。すなわち、国家の責任引き受けが存在するときに、個別基本

している。そして、この主張において、まさに「基本権保護義務」という語を既に用いている。なお、このクラインの主張を批判するものとして、Treviranus (N146), S.35ff.

しかし、クラインによる基本権保護義務に関する議論は、今日の議論ほどには厳密なものではなかった。たとえば、保護義務と社会国家任務が区別されていない。また、基本権保護義務の基礎づけは、基本法1条1項2文（人間の尊厳を保護する義務）などから推測されとするだけであった。Klein (N133), S.705f.

そして、後にクライン自身が、基本権保護義務についての別の論文において、基本法1条1項2文による基礎づけでは不十分だとし、前述のディートラインの基礎づけと近い立場をとっている。Klein (N5), S.1635f.

(238) Robbers (N16), S.207f. なお、ここには「権利」とあるが、前述のように、ロッパースの場合は保護権と保護義務を特に区別する必要はない。

(239) Robbers (N16), S.208.

権によって保障される信頼保護原則を介して、保護義務が基礎づけられている。そして、国家が責任を引き受ける義務を負っているかは、原則として考慮の対象とはされない。外国にいる国民に関しても外国保護の義務が認められるとするロッパースの主張は、このようなロッパースの保護義務の基礎づけとの関連を明らかにしてはいない。

三 次にディートラインは、外国保護の義務は「一般的な国家の保護義務の単なる亜種にすぎない」として、外国保護の義務を肯定している。

ここではまず、ディートラインは、イーゼンゼーの次のような見解を取り上げる。

「それにもかかわらず、この類型の憲法上の保護義務〔外国保護の義務〕は、国内安全という主題範囲の外にある。危険の源である外国は、ドイツの法秩序に服していず、また基本法の基本権にも服していない。連邦共和国が自らの市民に対して義務を負っている保護の措置は、国内的な従属関係の中を動いているのではなく、国家から国家へと、つまり主権のある団体の間を、国際法の対等関係を、動いている。」〔 〕は筆者による)⁽²⁴⁰⁾

このようにイーゼンゼーは、国内における他の私人に由来する危険からの保護を問題とする典型的な保護義務（以下では典型的な保護義務と記す）と、外国保護の義務は、「本質的に異なる」⁽²⁴¹⁾とする。このイーゼンゼーの見解を、ディートラインは次のように批判する。

「外国保護を基本権で基礎づけることに反対して持ち出されること

(240) Isensee (N5), S.30.

(241) Isensee (N2), Rn.79. イーゼンゼーはまた、この関連で連邦憲法裁判所が「保護義務」といっていても、典型的な保護義務の放射（Emanation）と評価しているわけではないという（ebenda）。

は、外国保護は主題として、国家と市民という従属によって特徴づけられる国内安全の領域に属するのではなく、国際法の対等水準を動いているのだということである。しかしこの異議は、説得力を持ちえない。国際法の対等水準を動いているのは——前述のように——単に保護措置の執行だけである。外交的保護を求める市民に対する本国の法的義務は、国際法の原則によっては、まったく基礎づけられない。このような法的義務は、まず第一に、国内法に従うのである。⁽²⁴²⁾

このようにディートラインは、本国と外国の間の国際法的な対等関係を指摘しても、外国保護が典型的な保護義務と「本質的に異なる」とする理由にはならないとする。国際法の対等関係がかかわるのは保護措置の執行だけであり、国家の法的義務自体ではないとする。なお、ロツバースもまた、「外国保護を求める権利は、危険の源である外国が基本権に拘束されないからといって、そして可能な保護措置が国内の従属関係の中を動いているわけではないからといって、基本権上の保護権の範囲から排除されるわけではない」とする⁽²⁴³⁾。

そしてディートラインは、外国保護の義務が典型的な保護義務の亜種にすぎないということを、次のように説明する。

「しかし、国内領域の場合と同様に、国家の外国保護任務は、内容的な輪郭を、すなわち保護されるべき利益の拘束力ある確定を通じての内容的な形成を、必要とする。しかしこのような形成は、——基本権保護義務の一般的問題提起と類似して——一般的な国籍関係を経てではなく、唯一基本権の実質的な（価値）決定を経て、解明される。諸基本権によって、憲法は、ここ〔諸基本権〕で体现されている基本決定の保護へと国家権力を拘束するのであり、こうして厳密な保護義

(242) Dietlein (N2), S.122f.

(243) Robbers (N16), S.208.

務を構想するのである。このような実質的な充填は、外国保護の領域においても不可欠である。それゆえ、外交的な保護義務は、一般的な国家の保護義務の単なる亜種にすぎない……。」([] は筆者による)⁽²⁴⁴⁾

このようにディートラインは、外国保護の義務の場合も、典型的な保護義務の場合と同様に、保護されるべき利益を基本権の価値で充填しなければならないとする。そして、この共通性を理由に、外国保護の義務も、典型的な保護義務の「単なる亜種にすぎない」とする。こうしてディートラインは、外国にいる国民に関して、外国保護の義務を肯定する。

四 それでは、外国保護の義務が典型的な保護義務の亜種にすぎないというディートラインの見解は、正当であろうか。

(一) なるほど、国際法の対等関係における保護措置の可能性を理由に、保護義務自体を論じることにはできないであろう。典型的な保護義務も、外国保護の義務も、国内法的な問題である。まず国内法的に国家の義務が確定し、その後で初めて、その保護のために可能な措置が論じられることになる。この限りでは、ディートラインの見解は正当だと思われる。

それでも、外国保護の義務が典型的な保護義務の亜種にすぎないとする結論には、疑問が感じられる。ディートラインは、前掲のイーゼンゼーの叙述のうちで、国内的な従属関係と国際法の対等関係の違いを論じた部分に着目して、批判を行っている。しかし、イーゼンゼーの叙述の中で重要なのは、むしろ——イーゼンゼー自身の意識は別として——外国保護の義務が「国内安全という主題範囲の外にある」とする部分だと思われる。

(二) ディートライン自身の場合も保護義務は、前述のように典型的な保護義務として、国内安全の問題として基礎づけられていた。ディートラインが典型的な保護義務の基礎づけの際に持ち出したホップズの安全哲学は、人と人との間の安全に関するものであった⁽²⁴⁵⁾。国家の権力独占、市民

(244) Dietlein (N2), S.123f.

(245) ホップズの国家理論が国内安全のみにかかわるものかどうかというのではない。デ

の平穩・服従義務も、この関連で論じられたものである。そして国家の保護義務——典型的な保護義務——は、この市民の平穩・服従義務の相關物、自力救済禁止を正当化するものとされていた。ここでは、加害者としての外国は現れない。

（三）ディートラインは、前述のように、このような典型的な保護義務を、基本法も前提としている元々の国家任務だとする。ここで思い起こされるのは、外国保護の義務を、ゲックは「国家の本質および任務」、「国家の最も重要な任務」とし、デーリングは「各国家の最高の義務」、「国家概念そのものに内在する国家の義務」としていたことである。すなわち、典型的な保護義務も、外国保護の義務も、元々の国家任務とされている⁽²⁴⁶⁾。

しかし、それぞれの議論は、内容まで共通していたわけではない。一方でディートラインが元々の国家任務としたのは、市民の平穩・服従義務の相關物としての保護義務だけである。ディートラインは、元々の国家任務といえるものすべてを論じていたわけではない。保護義務の基礎づけにおいては、市民の平穩義務と無関係な国家任務は、論じられていない⁽²⁴⁷⁾。

他方でゲックおよびデーリングが元々の国家任務としていたのは、国家と国民の間の忠誠関係における国家任務としての外国保護の義務である。ここでは、市民の平穩義務の相關物、自力救済禁止の正当化としての保護義務が論じられたのではない。それどころかデーリングは、典型的な保護義務と外国保護の義務を——文脈的には共通性を重視しているが——別のものとして扱っている⁽²⁴⁸⁾。

ィートラインが実際に取り上げたのは、国内安全に関する部分だけだということである。

(246) Vgl. auch Sachs, (N12), S.734.

(247) ディートラインは国家の保護義務をしばしば「市民の平穩・服従義務」の相關物とし（vgl. etwa Dietlein (N2), S.26）、また平穩義務と服従義務を区別はしている（vgl. etwa Dietlein (N2), S.27）。しかし前述のように、実際にディートラインによって基礎づけられた国家の保護義務とは、市民の平穩義務の相關物といえるものだけである。

(248) Doebling (N133), S.46.

(四) またディートラインは、前述のように、典型的な保護義務の場合も外国保護の義務の場合も、保護されるべき利益を基本権利益（基本権で示されている利益）が確定するという。そして、この共通性を理由に、外国保護の義務は典型的な保護義務の亜種にすぎないとしている。

しかし、この共通性は、典型的な保護義務と外国保護の義務の関係を示しているわけではない。典型的な保護義務と外国保護の義務が「本質的に異なる」場合でも、どちらも保護されるべき利益の確定を必要とするということ、すなわちこの共通性が生じるということも、ありうる。それゆえ、この共通性の指摘は、外国保護の義務が典型的な保護義務の亜種にすぎないとするための根拠にはなっていないように思われる。

(五) このように、典型的な保護義務と外国保護の義務は、どちらも元々の国家任務といえるとしても、理論的には別のものだと思われる⁽²⁴⁹⁾。一方が他方の亜種というわけではなく、どちらか一方を論証するだけで、自動的に他方も導出されうるというわけではない。

それゆえ、「一般的な国家の保護義務の単なる亜種にすぎない」とすることによって外国保護の義務を肯定するディートラインの見解は、説得力に欠けるように感じられる。

第三節 基本権保護義務論における外国にいる外国人

このように、外国にいる国民に関する保護義務についての議論は、ロックスにおいてもディートラインにおいても、不十分なものに感じられる。そしてこの不十分さは、外国にいる外国人に関する保護義務の議論に

(249) 典型的な保護義務と外国保護の義務が一人の論者の国家理論（たとえばホプズの『リヴァイアサン』）の中に認められても、単にそれだけを理由に、《典型的な保護義務と外国保護の義務は同一のものである》となるわけでもないし、《一方が他方の亜種にすぎない》となるわけでもない。

なお、典型的な保護義務と外国保護の義務の区別が可能なら、実定憲法がそれぞれに対して異なった立場をとっているという可能性も生じることになる。それゆえ、結論はどうあれ、この点についての考慮も必要となろう。

も、大きな影響を与えているように思われる。

一 一方で、ロッバースもディートラインも、外国にいる国民に関して、保護義務を肯定している。とりわけディートラインは、典型的な保護義務の亜種にすぎないとして肯定している。それゆえ、外国人が滞在しているのが外国（領域外）だというだけの理由では、保護義務を否定することはできない⁽²⁵⁰⁾。

他方で、外国にいる外国人でも特殊な場合、すなわち危険の原因が自国にある場合に関する議論において、ロッバースもディートラインも前述のように、保護義務の否定の根拠として持ち出されそうなものを検討していた。すなわち、否定的論拠として属地主義、外国の法秩序の不可侵性、外交政策上の行為自由、旧基本法23条（基本法の妥当領域）を挙げ、これらがいずれも保護義務を否定するものではないと論証していた。

しかしこのような論証は、内容的に言って、自国に原因のある場合に限定されるようなものではない。外国にいる外国人に関する保護義務全般に当てはまるものと思われる。そうであるなら、外国にいる外国人に関する保護義務を原則的に否定するために、これらの否定的論拠を持ち出すということも、できないことになる。

二 それゆえ、外国にいる外国人に関して保護義務を原則的に否定するためには、別の否定的論拠を持ち出す必要が生じる。そこでロッバースおよびディートラインは、前述のように「政治的に迫害された者は、庇護権を有する」とする庇護権の規定を否定的論拠として持ち出した。すなわち、外国にいる外国人の保護義務に関するものといえるこの基本法の規定が、権利主体および保護手段の観点で限定を行っている。これは、外国にいる外国人に関する保護義務が、このような庇護権の場合に限定されるこ

(250) 保護義務をどのように基礎づけようとも、すなわち——基本権の客観法的内容から保護義務を導出する見解のように——ロッバースやディートラインとは異なった方法で基礎づけようとも、外国にいる国民に関する保護義務を肯定する場合には、外国にいる外国人に関する保護義務を滞り場所だけを理由に否定することはできないものと思われる。

とを意味しているという。

しかし、このような庇護権の規定が否定的論拠としてどれくらい決定的かについては、疑問が感じられる。まず、庇護権の限定的な規定は、外国にいる外国人に関する保護義務について、他の場合の否定には必ずしもつながらないように思われる。《他の場合が否定されている》というのは可能な解釈かもしれないが、《他の場合の否定を意味するわけではない》という解釈も同様に可能だと思われる。

また、もし基本法に庇護権の規定が存在しなかったなら、どうなるのであろうか⁽²⁵¹⁾。外国にいる外国人に関しても、原則的に保護義務を肯定することになるのであろうか⁽²⁵²⁾。

三 しかし、典型的な保護義務の基礎づけについてのディートラインの考え方を利用すれば、外国にいる外国人の保護義務に関して、別の説明も可能だったように思われる。

ディートラインの基礎づけは、詳細を省き簡単に言うと、次のようなものであった。すなわち、防禦作用を越える基本権の作用は、憲法の文脈で正当化されうる場合に認められる。そして典型的な保護義務に関しては、《市民の平穩義務の相関物としての元々の国家任務として、基本法的前提になっている》ということから、憲法の文脈で正当化される。他方で、保護される利益が確定していなかった国家の保護義務は、基本権で保護され

(251) 日本国憲法に庇護権の規定がないわが国にとっては、仮定でなく現実的な意義を持ちうるものと思われる。

(252) ロッパースやディートラインが補助的に言及したにすぎない前述のような「実際の論拠」、すなわち保護義務が肯定された場合の実際的な不都合を、代わりに決定的な否定的論拠とするという可能性も考えられる。

しかし、保護義務の有無は保護措置の実際的な可能性に先行するというロッパースやディートラインの考え方に鑑みると (vgl. etwa Robbers (N16), S.213f.; Dietlein (N2), S.122f.), このように「実際の論拠」を決定的なものとするのが成功するかには、疑問が感じられる。もともと、外国にいる外国人を保護するための——実際的に可能な——措置が、どんな場合にも一切存在しないといえるなら、別であろうが。

ている利益によって補われる、というものであった。

ここで注目されるのは、基本法が前提としている元々の国家任務による正当化である。ディートライン自身は、市民の平穩義務に対応する典型的な保護義務に関してしか、元々の国家任務による正当化を行っていない。それにもかかわらず、国家（本国）でない第三者に由来する危険からの保護全般という意味での保護義務まで基礎づけられたとしている点に問題があった⁽²⁵³⁾。しかし、基本法が前提としている元々の国家任務による正当化という定式自体に問題があったわけではない。

それゆえ、外国保護の義務に関しては、典型的な保護義務の場合とは別に、そしてゲックおよびデーリングの議論に依拠して、元々の国家任務とすることもできたものと思われる⁽²⁵⁴⁾。こうすれば、外国保護の義務も、防禦作用を越える基本権の作用として、基礎づけができたものと思われる。

四 このような方法で基礎づけられる基本権保護義務の射程は、元々の国家任務といえる部分だけである。そしてゲックおよびデーリングの見解によると、前述のように、元々の国家任務である外国保護の義務として保護されるのは、国家との忠誠関係にある国民（国籍保有者）だけである。それゆえ、このような方法で基礎づけられた基本権保護義務で保護されるのは、国民だけである。

つまり、外国にいる外国人に関しては、基本権保護義務は初めから基礎づけられていない。したがって、外国にいる外国人に関する基本権保護義務を否定する際には、特別の否定的論拠は必要ない。このような方法での基礎づけの場合には、ロッバースやディートラインのように庇護権の規定を持ち出す必要も、ないものと思われる。

(253) 前述第一章第二節二（三）も参照。

(254) ディートライン自身は、前述のように基本権が保護される利益を示すという共通性から外国保護の義務を典型的な保護義務の亜種とすることによって、従来からある外国保護の義務についての議論に立ち入ることを回避している。Dietlein (N2), S.123f.

もっとも、このような方法での基礎づけは、外国にいる外国人に関する保護の禁止を意味しているわけではない。したがって、外国にいる外国人についても、特定の場合について別の基礎づけが可能なら、その限りで基本権保護義務を認めることも可能であろう。自国に危険の原因がある場合についてのロッバースおよびディートラインの議論は——それぞれの内容の正当性は別として——このようなものとして位置づけられうるものと思われる。

五 なお、イーゼンゼーは、外交的保護の義務を基本権の作用と位置づけることについて、疑念を示す。すなわち、外交的保護は国籍保有者のみに妥当するのだから、「各人の権利」と「ドイツ人の権利」という人的な区別⁽²⁵⁵⁾は何の役割も演じないという⁽²⁵⁶⁾。この趣旨は、外国人も享有主体のはずの「各人の権利」としての基本権においてさえ、外国にいる外国人に関する保護義務は否定されることになり、不都合だということであろう。たとえばザックスも、「各人の権利」では、保護義務のドイツ人への限定が問題になるという⁽²⁵⁷⁾。

「各人の権利」における国民への限定を不都合と評価すべきかは別として、ディートラインの考え方を利用した前述のような基礎づけにおいては、この事態については説明がつくものと思われる。すなわち、たとえ「各人の権利」であろうとも、防禦作用を越える基本権の作用が認められるのは、憲法の文脈において正当化されるときだけである。そして、国家と国民の間の忠誠関係における国家任務として正当化されるのは、国民の保護だけである。それゆえ、「各人の権利」の基本権であっても、外国にいる外国人に関する保護義務は基礎づけられえないことになる。

(255) これについては、前述第一章第一節三（一）を参照。

(256) Isensee (N2), Rn.123, Fn.308.

(257) Sachs, (N12), S.734f., Fn.142.

結 語

ここでは、これまでの検討の概略を簡単にまとめ、その上で若干の付言を行い、むすびとする。

一 基本権保護義務と外国人という論点は、基本権保護義務が論じられるようになったのが最近のことだということもあり、まだ議論が始まったばかりである。そのような中で、この論点を検討している基本権保護義務の論者として、ロッバースおよびディートラインの見解を取り上げた。

しかし、両者の議論は、いまだ十分なものとはいえないように感じられる。たとえば、外国にいる外国人に関する保護義務を否定する根拠は、説得力に欠けるように感じられる。自国に危険の原因がある場合についても、説明が不十分に感じられる。他の論者によるものも含めて、今後の議論の展開が注目される。

このような状況において参考になるのが、基本権保護義務論よりも前からある、外国保護（外交的保護）の義務に関する議論である。ここでは、外国に対する国民（在外国民）の保護という国家の義務が、国内法である憲法上の義務として基礎づけられていた。すなわち、国家と国民の間の忠誠関係における元々の国家任務として、基礎づけられていた。

このような外国保護の義務の議論を、ディートラインによる基本権保護義務の基礎づけの考え方に取り込むなら、ディートライン自身のものとは別の説明が可能だったように思われる。すなわち、外国にいる外国人に関する保護義務が否定されるのは、単に基礎づけが存在しないからとすればよく、特に否定的論拠を示す必要はないことになろう。また、外国にいる国民に関する保護義務についても、国内安全に関する保護義務とは別の基礎づけ、すなわち国内の私人に由来する危険からの保護という典型的な保護義務とは別の基礎づけが行われることになろう。

二 基本権保護義務の論者であるロッバースおよびディートラインの見

解が不十分に感じられた原因は、保護義務の基礎づけとの関連の処理にあるように思われる。ロッバースの保護義務論は、その関心の中心が特殊であり、それに応じて基礎づけも特殊なものになっている。しかし、領域内にいる外国人および外国にいる外国人（一般論）に関して、その特殊な基礎づけとの関連は——前述のように本稿では検討を行ったが——ロッバース自身によっては述べられていない。これは、外国にいる国民に関する保護義務についても、同様である。

さらに特徴的なのは、ディートラインの場合である。前述のように、ディートライン自身が実際に基礎づけを行っているのは、国内安全に関するもの、しかも市民の平穩義務の相關物としての典型的な保護義務だけである。それにもかかわらずディートラインは、国家（本国）でない第三者に由来する危険からの保護全般という意味での保護義務まで、既に基礎づけられたものとしている。たとえば、自然災害に関する保護義務、外国保護の義務まで基礎づけられたものとしている⁽²⁵⁸⁾。

このような基礎づけの拡張が、外国にいる国民に関する保護義務の説明を不明確なものにしているように感じられる。そして、この不明確さがさらに、外国にいる外国人に関する保護義務の説明を困難なものにしているように感じられる。

三 今日の基本権保護義務論において、保護義務の語の射程は一様ではない。国内の私人に由来する危険からの保護が、保護義務の典型である⁽²⁵⁹⁾。しかし、自然災害や外国に由来する危険からの保護まで保護義務に含めるかは、論者によって差異が見られる。

ディートラインのほかにも、たとえばザックスは、自然災害や外国に由来する危険からの保護まで、保護義務に含める。ザックスはまず、典型的な保護義務を、「近代国家そのものの存在条件および正当性基礎として承

(258) 詳細は、前述第一章第二節二（三）を参照。

(259) 保護義務の語を典型的な意味に限定するものとしては、たとえばイーゼンゼーが挙げられる。Isensee (N2), Rn.112.

認されている」国家による保護授与の必要性から基礎づける。そして典型的な保護義務は、「特別の証明がなくても存在しうる」とする⁽²⁶⁰⁾。

ザックスはさらに、基本権（防禦権規定）の保護利益の存在を危険から守るという観点からすると、危険の源が何かは重要ではないとする⁽²⁶¹⁾。そして、自然災害に由来する危険からの保護、外国に由来する危険からの保護、基本権享有主体自身（自分自身）に由来する危険からの保護も、保護義務の問題だとする⁽²⁶²⁾。

しかし、既にこのザックスの叙述からも窺うことができるように、保護義務の語を広く設定しても、そこに含まれる保護義務が一樣のものになるわけではない。たとえば、基礎づけが一樣ではない⁽²⁶³⁾。少なくとも、基礎づけの確実性には、差異が見られる。

なるほど、利益を損なわれる個人（被害者）にとっては、その危害が何に由来するかは重要ではないかもしれない。しかし、これだけを理由に、現行憲法の解釈にとってまで重要でないとは、いえないものと思われる⁽²⁶⁴⁾。保護義務の論者が、第一次的には防禦権である基本権規定において保護義務を認めるという「解釈論的な努力」⁽²⁶⁵⁾に取り組んできたのも、危険の源について区別することの重要性を認めるという立場をとったからこそだと

(260) Sachs, (N12), S.732.

(261) ザックスは、給付基本権一般の問題と保護義務を区別するという文脈において、このようにいう。Sachs, (N12), S.733f.

(262) Sachs, (N12), S.734ff.

(263) ザックスの叙述は、基礎づけとしてのものなのか、それとも単なる概念規定なのか、不明確に感じられる。全体的な構成からすると基礎づけのはずだが（Sachs, (N12), S.728）、内容的には単なる概念規定に見えるところもある（Sachs, (N12), S.733f., insb.S.734, Fn.138）。

(264) 危険の源が何であろうとも、現実における保護の必要性については同じかもしれない。そして、現実における保護の必要性は、現行憲法の解釈の一つの論拠にはなりえよう。しかし、それだけで十分かには——たとえ基本権が防禦作用に限定されないと付加するにせよ——疑問が感じられる。保護義務を否定する論者も、現実における保護の必要性を否定するわけではないであろう。Vgl. auch Robbers (N16), S.191.

(265) Sachs, (N12), S.728f.

思われる。

四 保護義務の語を、典型的な意味に限定するのと、非典型的なものまで含むとするのと、どちらが適切かは一概にはいえない。一方で、議論の混乱を避けるためには、前者の立場ほうが適切に感じられる。他方で、後者の立場も既に広く見られるようになっているため、軽視するのは難しい。しかし、概念規定は基礎づけではないのだから、後者の立場をとるとしても、保護義務の多様性には注意を払う必要があるものと思われる。

ある部分の基礎づけは、他の部分の基礎づけを意味するわけではない。そして、保護義務の実質あるいは詳細は、それぞれの基礎づけによって決まるものと思われる。それゆえ、保護義務自体の検討は、基礎づけの違いを離れては、しばしば困難に陥るものと思われる⁽²⁶⁶⁾。

また、ある部分についての考察は、他の部分にもそのまま当てはまるとは限らない。しかもこれは、単に講学上の整理の問題にとどまるわけではない。たとえば本稿で見たように、外国人や在外国民に関する考察においては、基礎づけの違いは具体的な帰結にも影響を与える。

さらには、ある部分に対する批判は、他の部分に対する批判になるとは限らない⁽²⁶⁷⁾。たとえば、たとえ自然災害からの保護に関する保護義務が否定されたとしても、単にそれだけでは、典型的な保護義務まで否定されたことにはならない。同様に、たとえ外国保護の義務が否定されたとしても⁽²⁶⁸⁾、単にそれだけでは、典型的な保護義務まで否定されたことにはな

(266) 何らかの意味での保護義務を議論の前提とし、その上で生じる諸問題を検討することが、不可能または無益だというのではない。たとえば最近のものとしては、間接効力説を認めつつ保護義務を否定する立場を問題とする松原・前出注(1)を参照。

(267) ドイツとは異なり、保護義務が認められるか否かからまず問題となるわが国にとっては、この点は大きな意義を持ちうるように思われる。

たとえば、基本権の私人間効力論を保護義務論で説明し直せるという立場を議論の前提とし、そこで言われている保護義務を以て保護義務全般を批判することは、原則としてできないものと思われる。

(268) 自国民を保護する国内法上の義務を引き受けている国が多くはないことに鑑

らない。

このように保護義務に関する議論は、保護義務と外国人という論点に限らず、基礎づけとの関連を踏まえた上で行われるべきものと思われる。すなわち、「保護義務」の名の下に一括してではなく、それぞれの基礎づけに対応した国家の義務——すべてを保護義務と呼ぶかは別として——ごとに、検討されるべきものと思われるのである。

みると（ゲック・前出注（133）15，44頁），そしてこのような義務が認められるかは各国の国内法しだいなのだから，このような義務がわが国の憲法でも認められるかについては，疑念が生じえよう。

しかし，ゲックおよびデーリングによる外国保護の義務の基礎づけは，ドイツにしか当てはまらないようなものではなかった。ドイツ憲法の伝統への言及はあったが，この伝統が基礎づけにとって決定的だったわけではない。

外国保護の国内法的な義務を認めるとしても，外国保護の手段は，国際法および国内法（憲法）により大きな制約を受ける。その上，ゲックおよびデーリングによると，担当国家機関には広い裁量が認められなければならない。それゆえ，具体的な事件において実際に違憲性が——とりわけ裁判において——問題となるのは，稀かもしれない。

ドイツでは，このわずかな場合を見過ごさず，国家の法的義務——さらには個人の請求権——だと認めていることになろう。逆に言うとなが国では，わずかにゆえに，国家の法的義務とすべきものが見過ごされているという可能性がないか，検討されるべきものと思われる。

なお，義務を果たす手段の多様性と限界，そして担当国家機関の裁量は，憲法上の国家の作為義務としては——程度の差はあるかもしれないが——特殊なこととはいえないであろう。