

特別記事

小山剛君学位請求論文審査報告

1 論文の要旨

小山剛君が学位請求論文として提出したのは、主論文『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』（尚学社、二〇〇四年）と、副論文『基本権保護の法理』（成文堂、一九八八年）である。ここでは、主論文を中心に審査し、必要に応じて副論文に言及する。

主論文は、つぎの七章および序章と終章から構成されている。

- 序章
- 第一章 基本権と法律の親和的關係
- 第二章 制度的基本権理論
- 第三章 防御権および客観法としての基本権
- 第四章 基本権内容形成の概念と類型

第五章 防御権および法制度保障としての財産権

第六章 基本権保護義務の具体化

第七章 国家目標規定

終章

序章においては、次のような問題が提起される。つまり、基本権と法律の關係には、防御権のような對抗關係のほかに、親和的關係があり、後者については、防御権とは異なる基本権と法律の親和的關係を前提としたドグマティクが探求されなければならない。小山君によれば、副論文で論じた基本権保護義務のほかに、財産権、契約自由などの制度保障を内実とする基本権、さらに、生存権のような抽象的権利についても、基本権と法律との親和的關係が認められる。これまでの憲法学において、防御権についてはすでに相当の議論の蓄積があるが、親和的關係については、関心が希薄であった。

小山君は、具体的な解釈において基本権と法律・法制度との親和的關係を広く認めるかどうかは、憲法条文に加え、その論者の基本権理解に左右されるとする。第一章では、①両者を峻別する傾向にある基本権理解を「峻別思考」と呼び、②むしろ両者を一体化して捉える傾向にある基本権

理解を「非分別思考」と呼んで対比する。第二章では、「非分別思考」の典型であるヘーベルレの制度的基本権理論をとりあげ、基本権的自由を制度的に解し、基本権の内容形成と制度の区別を著しく相対化する基本権論が抱える問題点について批判的に検討する。その結果、小山君は、「峻別思考」でも「非分別思考」でもない、「分別・非峻別思考」をとるべきであるとする。

第三章では、ドイツ連邦憲法裁判所の基本権判例を概観する。連邦憲法裁判所の基本権判例は、日本においては「国家による自由」という側面に関心が寄せられているが、防御権Ⅱ「国家からの自由」についても、重要な判例の蓄積がある。小山君は、連邦憲法裁判所が、防御権を基本権の第一の内実としてその実効的保障を図りつつ、基本権に二重の性格を認めることにより基本権的救済の対象の拡張を図っていると指摘し、「分別・非峻別思考」が可能であるとする。

第四章以下は、基本権の具体化・内容形成の構造分析をする。基本権と法律との親和的關係には多様なものが含まれ、また、基本権の「内容形成」、「具体化」という概念も明確ではないことを明らかにする。第四章では、基本権の内容形成について、①規範的構成、②規範的輪郭付与、そ

して③規範的具体化という三分類をおこなったゲラーマンの見解をとりあげ、内容形成概念の明確化を試みると同時に、基本権制限的法律と内容形成的法律とのあいだの、一応の線引きを試みている。また、第四章の補論では、基本権の内容形成という觀念の、契約自由という具体的基本権への当てはめを試みている。

第五章では、財産権を例にとり、基本権の「規範的構成」——法制度保障について、防御権としての保障と客観法的保障の接点をさぐる。ここで小山君は、制度保障の内実は核心領域の消極的保障にとどまるものではないとして、「積極的な法制度形成の委託」を含むものであると主張する。また、この第五章では、①基本権の最初の内容形成の場合には立法者に広範な形成の自由があるが制度の後退については立法者は自由ではない、という命題が成り立つのかどうかについても考察を加え、これを消極に解するとともに、②客観的には基本権の内容形成であると性格づけられる立法が具体的個人との関係において「制限」と見なされるのはどのような場合かについて、検討を加えている。

第六章では、国家の基本権保護義務を例にとり、立法者に対する基本権拘束と連邦憲法裁判所による統制のあり方について考察する。ここでは、副論文で詳しく検討した国

家の基本権保護義務の概要に加え、違憲審査のあり方や原理ないしは客観的原則規範という基本権の性格づけをめぐる問題についても考察している。

第七章で扱っている国家目標規定は、基本権ではない。

しかしながら、国家目標規定は、具体的な手段を指示することなく、立法ほかの国家の活動に目標と動因を与える憲法規範であるという点で、基本権保護義務や社会国家的給付請求権などと共通した構造をもつ。また、ドイツでは、日本国憲法の生存権保障に対応する社会国家原理が国家目標規定であるとみなされ、環境保護について、環境権ではなく国家目標規定としての環境国家条項（基本法二〇a条）が導入されている。このように、国家目標規定は、基本権規定による保障と一定の範囲で互換性があり、また、法律による憲法の具体化のもう一つの領域であるとしている。

以上の検討を通じて小山君が出した結論は、次のようなものである。

① シュミット流の制度的保障論に依拠して説かれている『制度と自由との峻別』という主張は誤りである。財産権（あるいは婚姻自由、契約自由）の内容および限界が法律

によって一体として確定される、という考え方を否定し、自然権的財産権論に立たない限り、法制度は憲法上の自由（ないし法的地位）の内容を確定する。ただし、このような法律への依存が認められるべき基本権の範囲については、慎重に見極める必要がある。

② 制度の核心領域を侵せば制度的保障に違反する、という命題は、それ自体としては誤りではない。しかし、これが法制度を（改変から）消極的にのみ保障し、さらに核心領域のみの保障を意味するとすれば、あまりに狭すぎる。制度的保障を憲法の客観的保障の全体の中で再構成すれば、憲法の客観的保障は法制度の「核心」をとり巻く周辺領域にも及ぶと解すべきである。さらに、この保障は、積極的側面、すなわち、立法者に対する新たな規律や法制度の改変の委託を含む。

③ 制度の形成および後退が（周辺領域において）服する規準は、絶対的禁止でもなければ、過剰侵害禁止原則という意味での比例原則でもない。それは、関連する諸事情を適切に考慮した比例性という、比較的緩やかな——しかし同時に、状況の変化に応じた法改正の余地を残した——規準である。

④ 人間らしい生存を、「権利」という体裁で保障するこ

とと、社会国家原理のような国家目標という体裁で保障することとの間には、結果的には差異がない。

⑤《抽象的権利、たとえば健康で文化的な「最低限度」の生活の保障と、制度的保障における「核心領域」は、同じもののなか》という問いは、単に二つのミニマムの保障の比較ではなく、「規範的構成」と「規範的具体化」という、基本権の内容形成の二類型の比較にもかかわる問題である。制度保障と抽象的権利（基本権的具体化）は従来はまったく別のものとして扱われてきた。しかし、両者の距離は極めて近い。すなわち、制度保障についても、核心領域等の消極的保障に先行して法制度の形成という立法行為が存在したわけであるし、しかも、先行する立法行為の成果である法制度の少なくとも核心部分が保障されなければならないということは、理論的に見れば、先行する立法行為が憲法上の委託に基いてなされた、と回顧的に言うことができるからである。

⑥もつとも、制度保障については、制度の継続形成とはいつでも現行制度のメンテナンスという色彩が強く、また、財産権であれ、契約自由であれ、法制度保障はいわばゲームのルールを定めるといふ性格がある。一方、抽象的権利は、基本権保護義務がそうであるように、憲法が設定した

抽象的目標に具体的形態を与えるという性格が強い。このため、制度保障と抽象的権利は、かなりの程度においてパラレルに理解することができるが、同一のものではない。

2 評価

小山君の主論文は、契約自由や財産権などの制度保障、保護義務その他の基本権の客観的内容など、基本権の積極的側面について、基本権の内容形成という括りからその法的構造と憲法的拘束のあり方について考察するものである。完成度の高いドグマティクを持つ防御権とは異なり、法律による基本権的具体化・内容形成については、基本的な考え方の雛形についても共通の理解が成立していない。

このことは、従来の憲法学では制度保障と抽象的権利がまったく無関係のものとして扱われ、さらに制度形成と制度後退との関係について定説がないことから明らかである。

このような現状からすれば、防御権との対比において法律による基本権的具体化・内容形成の特徴を括りだそうとする小山君の研究には、十分な意義がある。

しかしながら、小山君の研究については、次のような課題も指摘できる。

①小山君は、ドイツの基本権論を日本国憲法の解釈論に

援用できるという前提で議論を行っているが、たとえば婚姻・家族をとっても、憲法二四条と、「国家の保護」をうたう基本法六条とでは、異なる解釈が妥当する可能性がある。

②従来は孤立していた種々の法的作用を内容形成という視点から総合的に捉えることは、最終的な到達目標ではなからう。小山君は、基本権の内容形成を「基本権の規範的構成」と「基本権の規範的具体化」に分けて考察した。しかし、基本権の規範的具体化に限っても、^a基本権保護義務、^b「各人が社会に合理的に要求しうる」という「可能性の留保」に服する社会国家的給付義務、^c「自らが財政的に全力を尽くす用意のある学校の担い手に、基本法の課した認可要件を継続的に充足しうるよう助成する」私学助成など、その内実は多様である。そして、具体的解釈においては、まさにその差異こそが重要である。

③また、基本権の規範的構成についても、財産権のように法制度への依存が極めて強い基本権のほかに、基本法五条一項の放送の自由や九条三項の団結権のように中間的な性格の権利がある。そして、具体的解釈においては、まさにその中間的性格が重要となるはずである。

このように、本論文はなお中間段階にとどまっており、今後は、総合的に捉えた種々の法的作用の再分化を行う作業が続かなければならない。そのためには、基本権の総論から各論に目を転じ、基本権各論からのフィード・バックと、それに伴う理論枠組み自体の検証を行うことが必要となる。しかし、この課題については、小山君自身も自覚しているところであり、審査員一同は、小山剛君の提出した本論文が博士（法学、慶應義塾大学）の学位を授与するにふさわしい内容であると判断し、ここにその旨を報告する次第である。

平成一七年二月一六日

主査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員法学博士	小林 節
副査	慶應義塾常任理事 兼慶應義塾大学法学部教授	森 征一
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員法学博士	大沢 秀介