

Über die Otto Mayers Lehre von
《Freiheitsrecht》 : Die heutige Bedeutung der
Formel 《Eingriff in Freiheit und Eigentum》 (1)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/27683

オットー・マイヤーの《自由権》論

——《自由と財産》定式の今日的意義について考えるために(その一)——

鷓澤 剛

はじめに

一 「權利」と「法律上の利益」

二 「自然」と「法」

1 「自然の力の拡張」としての自由

2 「自然の義務」と「侵害」

3 マイヤー流自然法思考の問題性

三 法律上の利益としての自由

1 「法律上の利益」の保護構造

2 自由・侵害・保護範囲

はじめに

伝統的なドイツ行政法学が、「法律の留保」(Vorbehalt des Gesetzes)の妥当範囲を《自由と財産への侵害(Eingriff in Freiheit und Eigentum)》と定式化したことは周知のとおりである。¹「侵害留保説」と呼ばれるこの古典的立場は、「行政法学の父」と呼ばれるオットー・マイヤーも採用するところであった。

マイヤー流の侵害留保説は以下の論述に示されている。²

「この留保——法律の留保——筆者注。以下同じ」は、諸々の憲法テキストにおいてさまざまな形で繰り返して述べられている。古典的形式はいわゆる基本権または自由権の定立であり、それによれば、市民は人身の自由、財産の不可侵およびその他の権利を、法律によれば、または法律に基づくのであれば、これらの事項に對してさえ侵害をなしうるといふ明示的・默示的な留保つきで保障されている。」

この論述からも明らかのように、法律の留保の問題は憲法上の基本権の問題と当初よりむずびついていたのであり、それは、基本権の侵害には法律の根拠を要するという形においてであった。³

もちろん、こんにちでは、法律の留保つきの基本権という考え方は克服されたわけであるが、「法律の根拠」の要否という問題が消滅したわけではない。この問題はいまだにいわゆる基本権の形式的正当化の局面で登場する。すなわち、いわゆる三段階審査においては、《保護範囲》↓《侵害》↓《正当化》という手順で論証が進むのであるが、この最後の《正当化》の段階は、法律の根拠の存在を問う形式的観点からのものと、比例原則を中心とした実質的観点からのものに区別される。⁴ 法律の留保つきの基本権という考え方が克服されたというのは、基本権の侵害は必ず法律により、または法律に基づいて行われなければならない、なおかつ、その法律は憲法適合的なものでなければならぬ、ということの意味する。⁵ したがって、《自由と財産への侵害》には法律の根拠が必要だ、という古典的定式は、法律の留保の少なくとも最小限を画するという意味において、こんにちでも意義を失っていないということが出来る。

本稿の課題は、この《自由と財産》定式における《自由》の問題について、マイヤーがどのように考えていたの

かを明らかにすることにある。周知のように、侵害留保説に対してはこんにちさまざまな批判が投げかけられ、その「克服」が試みられている。しかし、侵害留保説の「克服」を掲げるこれらの学説が、真に「克服」を成し遂げているのか、成し遂げているとすればそれはいかなる意味においてなのか、という点を明らかにするために、その前提として、そもそも《自由と財産への侵害》という定式の精確な意味を確定しておく必要があるだろう。筆者の見るところ、そのような作業はこれまで必ずしも十分になされておらず、そのことが少なからず議論の発展をさまたげ、またその沈滞をまねいているように思われるのである。

結論からいえば、マイヤーの《自由権》論は、基本権論および法律の留保論がこんにち直面している問題に対しても、問題解決に向けた一つの道筋を示してくれている部分がある。本稿の企図は、このようなマイヤー《自由権》論の構造を明らかにすることを通じて、基本権侵害と法律の留保という憲法学と行政法学にまたがる問題について筆者なりの接近を行うことにある。

- 1 「自由と財産への侵害」定式に関する綿密かつ鋭利な分析として、森田寛二「法規と法律の支配（二・完）」法学四〇巻二号（一九七六年）五九頁以下。本稿の考察もこれに多くをよっている。
- 2 Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd.1, 3.Aufl., 1924, S.70.
- 3 参照、神橋一彦「公権論における基本権の位置づけ」同「行政訴訟と権利論」（信山社、新装版、二〇〇八年）八二頁以下。また、宍戸常寿「自由と法律」法学セ・シナー六四二号（二〇〇八年）七三頁。
- 4 小山剛「憲法上の権利」の作法』（尚学社、二〇〇九年）四四頁。
- 5 このことを違憲審査における最も重要な「基本権制限の制限」である比例原則についていえば、「法律の留保から比例的法律の留保へ」ということになる。小山・前掲注（4）七五頁。
- 6 その代表的なものが、いわゆる本質性理論または重要事項留保説と呼ばれるものである。その評価については、後述三を参照。

一 「権利」と「法律上の利益」

マイヤーは《自由権》の《権利性》を否定した。本稿が《自由権》を二重山括弧で括るのはそのためである。《自由権》を《権利性》を否定するマイヤーの所論がはたして今日的意義などもっているのか疑問に感じる向きもあるであろう。しかし、筆者がマイヤーの《自由権》論はこんにちの基本権論および法律の留保論が直面している問題に対しても一つの考える道筋を提供するものであると考える、まさにその理由は、マイヤーが《自由権》の《権利性》を否定したということと深く関係している。

まず最初に確認しておくべきは、マイヤーの《権利性》否定論は、《自由権》に関する一切の法的保護の否定を意味しない、ということである。マイヤーの生きた時代には、行政裁判制度が、出訴事項の列挙主義をはじめとする種々の限界を抱えてはいたものの、いちおうは整備発展しつつあった。違法な行政行為により自己の《自由権》を侵害された私人は、一定の場合、裁判所に対して当該行政行為の取消しを《訴え》(Klage)をもって求めることができたわけであるが、マイヤーの立場においても、この場合、私人は、恩恵的ではなく、《権利》に基づいて、そうするのであった。マイヤーの《権利性》否定論は、この《訴え》が、《権利》を前提としないものであるということの意味するものではない。マイヤーが否定したのは、この「侵害行為の取消しを求める権利」を産出したところの《自由権》そのものの《権利性》なのである。つまり、《自由権》に対する違法な侵害は、当該行為の「取消しを求める権利」を生ぜしめるが、それにもかかわらず、この《自由権》それ自体は《権利》ではない、というのがマイヤーの《権利性》否定論なのである。

「自由は権利ではない。にもかかわらず、自由に対する法律違反の侵害は『当該処分撤回を求める権利』

を生ぜしめる（ゲルバー……）。この権利が撤回によって満足されたとき、それは消滅し、ふたたび権利にあらざる単なる憲法上保護された自由が現れるのである。留保つき営業許可は、拒否されてはならない場合がある。申請の提出をもって認可を求める権利を取得する者に関しては、このことが妥当する。この権利が認可によって満足されたとき、それは消滅するのであり、達成される自由の拡張または回復は、それ自体としては権利ではないのである（ザイデル……）⁷。

このようなマイヤーの立場は、ゲオルク・イエリネックの消極的地位論との対比において、いっそう明白になる。なぜならば、イエリネックこそ、《自由権》（イエリネックのことばでは「消極的地位」）を違法に侵害する国家の行為に対し、私人が妨害の不作為や除去を求める請求権をもつ、ということをもって、《自由権》（「消極的地位」）は法的地位へと高められる、と論じた人物であったからである。イエリネックはかの有名な著書『公権の体系』において次のようにいう。

「消極的地位（negativer Status）は、個々人がこの地位の承認（Anerkennung）を求める請求権を有し、国家官庁に対し、そのあらゆる妨害すなわち法律に基づかない下命または強制を課すことを禁止することによって保護される。物権には、権利者と接触をもちうる人の、これを妨害しないという消極的義務が対応するように、消極的地位には、個々人と関係をもちうるすべての官庁の、同様の義務が対応している。他の地位が、特定の官庁に対する個々人の関係のみを認めるものであるのに対し、消極的地位は、絶対的な、すべての官庁によって尊重されるべき地位である。常に法律に基づいて、また法律に基づいてのみ行動せよ、という要請は、すべての官庁に向けて発せられたものであり、それゆえ、すべての官庁に対して、人の自由な活動が保護されるこ

とになる。とりわけ消極的地位の承認と、それに対応した妨害の不作為と除去を要求することができるという個々人の請求権により、消極的地位は法的地位へと高められることになるが、それは、物権が他者に対し妨害の不作為を求める権利者の請求権によつてそのようなものになるのと同じことである。」

イエリネックの基本的発想は、物権と物権的請求権のあいだに成り立つ関係と同じ関係を、《自由権》(消極的地位)と「侵害行為の取消しを求める権利」とのあいだにみる、というものである。すなわち、物権が侵害された場合、権利者は物権的請求権として妨害排除請求権等をもつ、それゆえに物権は権利である。それと同様に、自由権が侵害された場合、被侵害者は「侵害行為の取消しを求める請求権」をもつ、それゆえに自由権は権利だ、というわけである。

イエリネックが前提としている、物権は物権的請求権によつて保護されるがゆえに権利である、という「物権観」は、一般的な民法理論からしていささか奇異なもののように筆者には思われるが、その点はここでは問題としないでおこう。

ここでの問題は、マイヤーの所論は、以上にみたイエリネックのごとき《権利観》の存在を明確に意識しつつ、そのような《権利観》を否定し、それとは異なる《権利観》から、《自由権》の《権利性》を否定するものであったということである。つまり、ある利益が違法に侵害された場合に、この利益の帰属主体が何らかの請求権をもつということと、この利益に《権利性》が認められるということとは、まったく別の問題だ、これがマイヤー流の《権利観》の一つの要点である。

「ラーバントは適切にもいわく、『それ「自由権」は権利ではない。なぜならそれは対象 (Objekt) をもた

ないから。』——そのように保護された利益の毀損から、損害賠償や妨害排除や罰則を求める法的請求権が発生することは、それ自体別の問題 (eine Sache für sich) であつて、この一事のみをもつてこの利益自体が権利として認められるということの証とすることはできない。∴イェリネックが、いうところの『消極的地位』 (negativer Status) について、『抗告訴訟 (Rechtsschwerde) の方法で妨害行為の取消しを求めることができ』ということを理由に、『単なる客観法の反射』とは本質的に異なるものと考えているとき、彼はこの点を見誤つたのである。抗告訴訟のもとに考えられているのが特殊な種類の権利保護手段であるとすれば、これはそれ自体また別の第三の問題 (eine dritte Sache für sich) なのである。』

「プロイセンラント行政法二七条が、警察的侵害に対して取消訴権を与え、以つて妨害行為に対し裁判所の介入を求める請求権を付与しているとき、イェリネックが、この法的手段によつて追求されるべき請求権は単なる反射権ではありえないとしていることには、賛同することができる。しかしながら、このことを理由に、妨害された彼のいうところの『消極的地位』 (negativer Status)、それゆゑそれが毀損されることによつてそのような請求権を生みだすところのいわゆる自由権もまた、『単なる反射権から本質的に區別され』、『法的地位へと高められる』と論結しているのは、不適切である。民法典八二三条に基づく損害賠償請求権もまた、常に被害者の権利である。毀損されるものは権利であることもあるが (八二三条一項)、そうでないこともある (八二三条二項)。¹⁰⁾」

最後に登場するドイツ民法典八二三条とは不法行為に基づく損害賠償責任の規定であり、一項がいわゆる絶対権侵害に基づく損害賠償責任、二項がいわゆる保護法規違反に基づく損害賠償責任である。いちおう以下にその内容

を記しておこう。

八二三条一項 故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、財産又はその他の権利 (das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht) を違法に毀損した者は、これによつて生じた損害を賠償する責任を負う。

二項 他人の保護を目的とする法規 (ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz) に違反した者も前項と同様とする。…

《自由権》の侵害はたしかに当該行為の取消請求権を生むが、それだけでは《自由権》が《権利》であるというのに十分ではない、なぜなら不法行為による損害賠償請求権も権利侵害によつて発生する場合(八二三条一項)と、保護法規上の利益の侵害によつて発生する場合(八二三条二項)とがあるからだ、というわけである。ここから察するに、マイヤーは、民法典八二三条一項・二項における《権利》と《法律上の利益》との区別を念頭におきながら、《自由権》の《権利性》を否定したということになる。このような法的構成の意味するところは後の三で検討しようと思う。

この一で紹介したマイヤーの所論の要点をここでまとめておこう。まず、マイヤーの出発的な前提として、『自由権』の侵害によつて権利(請求権)が発生するという一種の段階的な発想がある(『自由権↓請求権』思考)。この点は、彼によつて批判されたイエリネックも共有しているところで、イエリネックの場合、地位から種々の請求権が発生するという図式になっている(『地位↓請求権』思考)¹¹。

第二に、《自由権》そのものと、そこから生じる種々の請求権とは、あくまでも区別されるべき存在だ、ということがある。これは、《自由権》から請求権が生じるということと、《自由権》が《権利》であることは別問題だとするマイヤーの立場においてよりいっそう顕著であるが、請求権による保護をもって《自由権》(消極的地位)の法的地位への「昇格」を語るイェリネックもまた、いちおうは認めていることのように思われる。「確定した関係としての地位は、そこから流出する個々の権利義務から完全に独立したものである」というイェリネックの論述は、このことを物語るものである。ついでにいえば、我が国の憲法学では、自由権は不作為請求権であるというたぐいの論述をよくみかける。¹³そこでは自由権と不作為請求権が同視されているような印象があり、《自由権》そのものと、そこから生ずる請求権を区別するという発想は希薄であるように思われる。

第三に、マイヤーの場合、《自由権》の《権利性》の有無は、そこから種々の請求権が発生するということとはまったく別の問題として決せられなければならないということである。では《権利性》の有無は何によって決せられるのかというと、この点についてマイヤーは必ずしも多くを語っていないが、それは《自由権》それ自体の内容においてであるということのようである。このことは、たとえば、マイヤーが、ラーバントの「自由権は権利ではない。なぜならそれは対象をもたないから」という一節を引いていることから窺えるし、さらに、マイヤーがフライナーを引きつつ、「自由権について用いられる『反射権』(Reflexrecht)という表現は、外側からそこにあたっている光のために権利のようにみえるが、そうでないものがあるということをいわんとしたものである」と述べているのもそれを示唆している。「外側からあたっている光」というのが、たとえばその毀損によつて損害賠償請求権が発生するということであるとすれば、そこには権利であるものとそうでないものとの区別があり(八二三条一項・二項)、それはいわば「内側」において決せられなければならないというわけである。

ちなみに、《自由権》(消極的地位)それ自体の内容に視野を限定すれば、イェリネックの立場も《権利性》否定論

といふべきものであるように思われる。

「あらゆる自由は単に法律に反する強制からの自由にすぎない。従属すなわち個々人の受動的地位 (passiver Status) は法律上限定されたものである。それゆゑ法学的には諸自由権 (Freiheitrechte) について語ることは正しくなく、むしろ単数形の自由が存在するだけであり、この自由は過去において有していた特定の制約との対立により、法学的というよりむしろ政治的観点において、さまざまに異なる個々のニュアンスを獲得するにすぎない。しかし、自由を承認し規律するこれらの諸法律から生じる個々人の身分は、実質的にはすべての事例について一貫して単一のものなのである。逆にまた、あらゆる国家的義務は、例外なく、従属義務といふすべてに共通する分母に還元されるものである。国家がいかなる命令を個々人に向けようとも、国家が要求するのは常に一個の国民としての服従であつて、この服従は、兵役義務、証言義務、その他無数の法律から生じる義務と呼ぶるものすべての基礎に、法學上まったく同種のものとして存在する。服従と服従からの自由は、二つの相互に排除しあう、国家が臣民との關係を規律する際に用いることのできる可能性なのである。」¹⁵

いずれにせよ、マイヤーは、それを保護するための請求権によつていわば「外側」を固められているといふことだけではそれは《権利》の名に値しないといふ、かなり厳格な《權利観》をもつていた。次の二では、このような《權利観》の背後にあつた法思想がいかなるものであつたかをみることにしよう。

- 8 Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, I. Aufl., 1905, S. 105.
- 9 Mayer, Verwaltungsrecht, I. Aufl., S. 106, Anm. (7).
- 10 Mayer, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 108, Anm. (10).
- 11 Jellinek, aa.O., S. 58, () のような思考方法を、神橋一彦「行政法における当事者と権利」公法研究六七号（二〇〇五年）二〇三頁以下は「権利—請求権—思考」と呼び、山本隆司「行政上の主観法と法関係」（有斐閣、二〇〇〇年）一九三頁以下は「支配権—請求権思考」と呼んでいる。
- 12 Jellinek, aa.O., S. 118.
- 13 青部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（岩波書店、第四版、二〇〇七年）八一頁以下。
- 14 Mayer, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 108, Anm. (9).
- 15 Jellinek, aa.O., S. 103f.

二 「自然」と「法」

1 「自然の力の拡張」としての権利

マイヤーの《権利》思想をひとことで言い表すとすれば、「権利とは、法が、ある人格に対し、自然には存在しない外部的力として付け加えたものである」ということになるかと思われる。その反面、「人格が自然において本来的に有している力」は《権利》とは呼べないことになる。このような《権利》思想は、個人的公権については明言されていないが、国家的公権については明示的な言及をみいだすことができる。

「国家の側では、あらゆる公権にとつての第一にして基礎的な要素、すなわち公権力に対する力（die Macht über die öffentliche Gewalt）は、はじめから完全な範囲で与えられている。国家意思は本性上（von Natur）これを身につけている。しかし、だからといって、ここで国家の権利について語るのには誤りである。なぜなら、

権利とは常に何らかの外的なもの (etwas Äußerliches) / 人格にもすぎつけられたもの (mit der Person Verbundene) であって、人格またはその特質それ自体 (die Person oder ihre Eigenschaften Selbst) ではないからである。¹⁶

「…国家の意思支配の最も濃密化された表明は、結局、服従を求める大いなる『原権』(Urecht) の流出またはその行使にほかならない。しかし、権利とは何らかの新たなもの、法秩序が人格の外縁に自身の人格そのものであるもの、またはそれがなしうるものを超えて成立させた力範囲の一角でなければならぬ。」¹⁷

周囲のように、マイヤーは国家的公権の観念を否定するのであるが、それは国家が本来的に有している力、すなわち被治者に対して服従を求める大いなる「原権」(Urecht) からの流出またはその行使にすぎないからである。

この国家的公権否定の論理を個人的公権にあてはめれば、私人が自然において本来的に有している自由、すなわちいわゆる「自然の自由」もまた、『権利性』を否定されることになる。

このような『権利観』は、イエリネックにおける「公権」概念にもみられる。イエリネックによれば、「個人的公権は常に可能 (Können) を内容とする」が、この「可能」(Können) なるものは、イエリネックにおいて、「個人」の「自然的」行動能力に自然には保有しない何ものかを付け加えること (Handlungsfähigkeit des Individuums etwas hinzufügen, was es von Natur aus nicht besitzt) / 「自然の自由を拡張する」 (die natürliche Freiheit erweitern) ことを意味した。¹⁸

さらにいうと、私法学の泰斗、フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーの『権利観』も、このようなものであったようである。サヴィニーは、「取得された権利」(erworbene Rechte) を「人格の外部に存在する世界への

意思の拡張¹⁹と規定する一方、いわゆる「原権」(Urrechte)の《権利性》を、以下のように述べて、徹底的に否定する。

「われわれの学は、取得された権利以外のものを対象としない……。このことが意味するところは、われわれが研究すべきものは法律関係の本質であるわけだが、この法律関係は、人間の本性においてすでにそのようなものとして築かれているのではなく、それに外部から近づいてくる追加的なもの (ihr von außen her kommende Zusätze) とみるべきものだということである。」²⁰

「目下普及しているある見解によれば、」人は自分自身に対する権利 (ein Recht auf sich selbst) をもつとされ、それはその出生をもつて必然的に成立し、生きている限り決して消滅することのないものであって、まさにそれゆえに原権とも呼ばれている。これに対立的に捉えられるのが、出生後にはじめてかつ偶然的に人の手に入り、また経過的性格を有する、それゆえ取得された権利と呼ばれる他のすべての権利である。……かの自己の人格に向けられた原権という考えのどこに誤りがあるのかというと、その真の要素は以下の点にある。すなわち第一に、たしかに人が自己自身とその諸力の上に正当な力を有するということは疑いえないことであり、また疑うべきでもないことである。否それどころかさらに、この力はすべての真の意味での権利の基礎および前提であり、そうであることによつて、たとえば所有権や債権は、われわれにとつて、まさに自己の人格的諸力の技巧的拡張 (künstliche Erweiterung unserer eigenen persönlichen Kräfte) としての意義と価値、われわれの自然的存在に技巧的に付け加わる新たな道具 (neue Organe, die unserem Naturwesen künstlich hinzugefügt werden) としての意義と価値をもつことになるのである。しかし、かの自分自身に対する力にとつて、実定法

による承認と限界づけは不要なのである。そして、ここで述べられた見解の不当性の本質は、かの自然の力によるこうした自然の力の技巧的拡張と、過剰かつ混乱を招くような仕方と同列におき、同種のものとして扱おうとする点にある。——第二に、実在する個々の法制度の多くについて、出発点は、人の自己に対する自然の力を外部からの干渉から保護することに求められるべきである。刑法の大部分がこれに属するし、民法でも少なからぬ数の権利がそうである。名誉棄損、詐欺、暴力に対する保護を目指すもの、そしてまたとりわけ占有の救済。たしかに、これらの権利すべてについて、究極の根拠は人格の不可侵性である。しかしそれでもなお、これらの権利は、人格の不可侵性からの純粹な発展とはみなされない。むしろこれらの権利をかたちづくっているのは、人格の不可侵性それ自体とはまったく異なる、特別の内容をもつ完全に実定的な諸法制度なのである。それでもこれらを人格にかかる権利として説明しようとするならば、そのような呼称によってその真の性格が曇らされるだけであろう。こうした共通の由来をもつ法制度をまとめておくことすら、生産的とも教育的とも思われない。その一般的などころでの親類性を承認しておけば十分である。」²¹

右の引用の「第二」として述べられていることがらは、要するに、人が自分自身に対してもっている自然の力は、権利としてではなく、それぞれ異なる内容をもつ諸々の法制度によって保護されるということである。この点については三であらためて検討する機会があろう。ここで問題とするのは、「第一」として述べられた、「《権利》とは「自己の人格的諸力の技巧的拡張 (künstliche Erweiterung unserer eigenen persönlichen Kräfte)」であり、「われわれの自らの存在に技巧的に付け加わる新たな道具 (neue Organe, die unserem Naturwesen künstlich hinzugefügt werden)」であって、これに対し、自分自身に対する自然的・人格的諸力そのものは《権利》の基礎および前提ではあっても《権利》そのものではない、という思想である。このような《権利観》がマイヤーやイエリネックと共通するものであ

ることは、あらためていうまでもない。

人が自然において本来的に有している力は《権利》ではない。このような《権利観》はドイツの伝統的法律学全般において広く普及していたようである。もちろん論者によって「誤差」はある。プフタとガンスのあいだで戦わされたいわゆる占有論争は、このような「誤差」を示す適例であろう。表面化される見解というよりも、論者の思考を根底において規定する「癖」のようなものといった方がよいかもしくない。

このような伝統的法律学の「癖」ともいべき思考方法を、エーリツヒ・カウフマンは以下のように要約している。

「彼ら〔ゲルバー、ツエプフル、サヴィニー、プフタ、シュタール、ツアハリエ等、ドイツ伝統的法律学の論者たち〕はみな、純粹に概念上で考えられた、法概念から生活関係を時間的にも空間的にも分離するという方法的原理を想定している。あたかも、法は出来合いの (fertig) 生活関係に外部から歩み寄り、これに対して単に『社会的限界を引く』 (soziale Schrankenziehung) 機能を営むにすぎないかのようなのである。したがって、これは自然法の法概念であって、その出発点となる觀念は、法は単に『個々人の自然の行動能力』を限定し、多数のそのような自然の行動能力の共存のために防波堤を築く任務を有するにすぎない、というものである。われわれは、ゲルバーにおけるこのような法概念の存在を証明することに成功して、はじめて彼を理解したと正当に主張することができるのである。このような法概念なしには、彼に関するいかなる詳述もまったく恣意的なものであるだろう。」²³

2 「自然の義務」と「侵害」

以上に述べてきたように、マイヤーを含めたドイツの伝統的法律学においては、《権利》とは、個々人が自然において有している力・行動能力を前提として、これに何らかの新たなものを付け加え、これを拡張するものであるという《権利観》が存在した。そしてその背景には、《法》とは自然においてすでに成立している生活関係を前提とし、これに外部から歩み寄って、個々人の自然的行動能力に限界を引くものであるという《法思想》が存在していたのである。

さて、マイヤーの《自由権》論において興味を引くのは、法は自然に外部から歩み寄って限界を引くものだという思想が、《自由権》の《権利性》否定という局面だけでなく、《自由権》に対する《侵害》とは何かという局面でも、重要な役割をはたしたということである。すなわち、マイヤーの「法律の支配」論においては、《自由と財産への侵害》にあたる行政活動について法律の個別的根拠が要求されていたわけであるが（法律の留保に関する侵害留保説）、この《自由への侵害》は《自由権》にもともと内在している自然的限界に対して何らかの新たなものを付け加えるようなものをいうのであって、この自然的限界を《直線的に》（そのままの形で）実現する限りでは、それは《自由権》に対する新たな《侵害》にあらず、法律の根拠を要しないとされていたのである。

「わが警察国家は、あらゆる法的権原を不要とし、また不要としうるような単純な専制であつたわけでは決してない。その法的権原は、人間の自然的規定 (natürliche Bestimmung des Menschen) のなかに、そしてそこから生ずる自然の義務 (natürliche Pflichten) のなかにあつたのであり、これを主張し強制的に実現する任務と権限を国家は有していたのである。まさにこのような一般的に与えられた義務を想定することによって、官憲はその任務を遂行するために必要なすべてのことをなしえなければならない、という命題が、事物の形態にとつ

ての裸の要求から直接的に法的現実となるに至ったのである。

(中略)

…このような、臣民が公共体およびその利益を代弁する行政に対して有している一般的義務、われわれが容易に自明なものと、生来的なもののみならず義務、すなわち臣民の側において公共体の善良な秩序に妨害を加えず、むしろそのために自己の生活領域から生ずるそのような妨害を差し控え、これを防止するように配慮すべき義務は、今日でもなお依然として存在している。ここにある人倫的要請は容易に了解できるものである。しかしここで問題となつているのは単なる人倫的義務ではなく、法的に有意義な義務である。今日われわれが警察と呼ぶものの特異な法的性質、すべての行政法上の法制度のなかで警察に関する法制度を際立たせているもの、それはまさに、このようなすでに与えられている一般的義務という根拠なのであり、警察はこれを現実化し主張するにすぎない。

(中略)

憲法上の「法律の」留保は、すべての自由と財産への侵害に法律の根拠を要求する。しかし、善良な秩序に対する妨害については、法律の根拠なくとも直接実力を用いて防御しうる。すでに存在する義務の単なる行使は、留保された侵害にはあたらない。法律の根拠は、この義務に新たな法的形式が与えられ、あるいはこの義務違反に特別の強制手段や独立の不利益がむすびつけられるようになって、はじめて必要となるのである。²⁴

カール・シュミットは、市民的法治国の原理を定式化して、「個々人の自由は原理的に無限定であるのに対し、この自由な領域を侵害する国家の権能は原理的に限定的である」(配分原理)と述べたけれども、²⁵マイヤーにおいては、個人の《自由権》は、文字通り「無限定」ではなく、一定の「自然的限界」を内包していたのであり、この

「自然的限界」に何ものも新たに付け加えることなく現実化する限りでは、それは《自由権》に対する新たな《侵害》にはあたらないとされていたのである。このような《自由権》の《自然的限界》は、法律の根柢の必要な《自由への侵害》をはじめから限定するという機能を有していたのであった。

3 マイヤー流自然法思考の問題性

《自由権》に内在する「自然の義務」がいかなるものであるかは、マイヤーにおいて、法学的関心事ではない。「自然の義務」の内容は、法学が前提すべきものであつて、法学が決めるものではないのである。このような意味において、そしてその限りにおいて、マイヤーの行政法学は、「法実証主義的」である。

しかしこのことは、逆に、法律の留保の妥当範囲を裏から画する「自然の義務」の範囲が、法学的考察の対象から外されることを意味する。この義務は、「単なる人倫的義務ではなく、法的に有意義な義務である」にもかかわらず、法学的考察はこれを扱うことができないのである。このような構造を有するマイヤーの行政法学（各論的には警察法理論）に対して、「警察規制を導くための法解釈論に法外的要素（法に先行する国家権力）の過剰な負担をかけるもの」との評価が下されるのも、至極当然といえるであらう。²⁶

このようなマイヤーの自然法論的思考法を、われわれは一笑に付すことはできない。マイヤーのごとき思考法は、こんにちの憲法上の権利論にも根を深く張つていと思われからである。いわゆる「内在的制約論」にしばしばみられる思考法がそれである。

たとえば宮沢俊義は、彼のいうところの「公共の福祉」、すなわち内在的制約の性質について、次のようにいう。

「ここにいう公共の福祉は、人権の保障そのものの本質から論理必然的に派生する原理であり、憲法の明文

にその根拠を有するものではない。したがって、日本国憲法が、その条項に、公共の福祉をもち出したことは、立法技術的にいって無用であつたと見るべきであり、また、それは、賢明でなかつたとも評される。」²⁷

すなわち、内在的制約は憲法以前あるいは憲法外のものであり、わざわざ憲法に書き込む必要はないというのである。このような内在的制約論から、マイヤーにおけるように、この内在的制約をそのままの形で実現する限りでは法律の根拠は不要である、という結論が導き出されるのかは定かではない。しかし、憲法上の権利の制約には少なくとも法律の根拠が必要だが、もともとその権利に内在している制約の現実化は新たな侵害にはあたらない、という推論は、むしろ、このような内在的制約論の自然な延長線上に存在するもののように思われる。

マイヤー流「自然の義務」論の、我が国の公法理論における残滓は、いわゆる自動車一斉検問事件に関する最高裁判決（最三小判昭和五五年九月二二日刑集三四卷五号二七二頁）のなかにもみいだすことができる。まず、関連する判旨を以下に引用しておこう。

「警察法二条一項が『交通の取締』を警察の責務として定めていることに照らすと、交通の安全及び交通秩序の維持などに必要な警察の諸活動は、強制力を伴わない任意手段による限り、一般的に許容されるべきものであるが、それが国民の権利、自由の干渉にわたるおそれのある事項にかかわる場合には、任意手段によるからといって無制限に許されるべきものでないことも同条二項及び警察官職務執行法一条などの趣旨にかんがみ明らかである。しかしながら、自動車の運転者は、公道において自動車を利用することを許されていることに伴う、当然の負担として、合理的に必要な限度で行われる交通の取締に協力すべきものであること、その他現時における交通違反、交通事故の状況なども考慮すると、警察官が、交通取締の一環として交通違反の多発す

る地域等の適当な場所において、交通違反の予防、検査のための自動車検問を実施し、同所を通過する自動車に対して走行の外観上の不審な点の有無にかかわらず短時分の停止を求めて、運転者などに対し必要な事項についての質問などをするのは、それが相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法なものとして解すべきである。」

周知のように、この判例の読み方としては、学説上複数のものが提示されている。警察法二条一項のいわゆる責務規定が法律の根拠となりうると認めたものだという読み方もその一つであるし、²⁸ そもそも任意手段であるから許容されるという読み方もある。ただ、任意手段であるということであれば、伝統的な法律の留保論からすれば、そもそも法律の根拠がなくとも当然に可能だということになるはずで、それ以降の判示部分は不要だということになる。

判決が単に「任意手段」だということで片付けず、「それが国民の権利、自由の干渉にわたるおそれのある事項にかかわる場合には、任意手段によるからといって無制限に許されるべきものでない」と述べて、それ以降も長々と説示を続けたのは、単に「任意手段」ということでは片付けられないある種の後ろめたさを自動車一斉検問のなかにみいだしていたからということができるであろう。その意味で、自動車一斉検問は、「侵害」³⁰ そのものではないけれども、「侵害的」性格のないものではないという認識が、判決のなかにはあったのではないか。

そして、このような「侵害的」性格がないとはいえない自動車一斉検問が、法律の明示の根拠なくとも可能であることの正当化根拠として判決が引き合いに出したのが、自動車運転者の「公道において自動車を利用することを許されていることに伴う当然の負担」であったのではなからうか。つまり、自動車運転者の自由は、「公道において自動車を利用することを許されていることに伴う当然の負担」を内在させている、この「当然の負担」の直線的

実現は、自動車運転者の自由に対する新たな侵害には当たらない、と。

本稿筆者が問題にしたいのは、法律の規定がないときに、やむをえず「当然の負担」を引き合いに出すことそれ自体ではない。判決は、結局、「①交通違反の多発する地域等の適当な場所において」、「②相手方の任意の協力を求める形で」、「③自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で」という三つの要件のもとで行われる自動車一斉検問は適法であるとする。しかし、このような要件は、やはり本来法律において定められるべきものであり、またそうすることが可能なものである。このような推論の最大の問題点は、本来法律で定めることが可能であるにもかかわらず、安易に「当然の負担」（あるいは「自然の義務」）に依拠することで、あらかじめ法律で要件効果を示したうえで、それを執行するという本来あるべき法執行過程をショートカットしてしまう点にある。

かつてカール・シュミットは、憲法を法律を介さずに直接執行することによって、規範の執行が価値の執行へと転換させられることの危険性について警鐘を鳴らした。ここで詳しく検討することはできないけれども、以下の印象深い箇所だけは引用しておこう。

「われわれが法学的テーマとしていたこと（基本権および憲法を価値体系と読み替えること、基本権の第三者効、憲法執行を価値執行へと転換すること）は、すなわち憲法執行が規範・決定の執行から価値執行へと転換させられようとしているということであった。それゆえわれわれが注目すべきは、価値の論理がそれにふさわしい経済的なものの領域や交換的正義 (*justitia commutativa*) の領域を離れ、非経済的な財・利益・目標・理念を価値に転換し換価したとき、直ちにそれは歪曲化するということである。このとき、高次の価値は予測不能な要求や劣等宣告を正当化することになる。そして、直接的価値執行は、具体的秩序の中で確立した規約

や明確な決定に基づいてのみ行われる法学的センスに富んだ執行を破壊するのである。」³¹

「憲法で立法者と諸法律の存在が予定されている公共体においては、予測可能かつ執行可能な規律によって媒介項 (Vermittlung) を定め、直接的・自動的価値執行のテロを防止することは、立法者の所管事項であり立法者の定める諸法律の問題である。この課題の困難さを思えば、リュクルゴスやソロンからナポレオンに至る世界史上の偉大な立法者が神話的人物となるのもうなすけることであろう。組織化された大衆の生存配慮をともなう現代の高度産業化国家においては、この媒介項は新たな問題となる。ここで立法者が機能していないからといってその代役はいないのであって、せいぜい存在する応急要員 (Lückenhüter) は程度の差こそあれ早晩その報われない役割の犠牲となるのである。」³²

- 16 Mayer, Verwaltungsrecht, 1. Aufl., S.110.
- 17 Mayer, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S.106.
- 18 Jellinek, aa.O., S.47ff.
- 19 この表現は児玉寛がサヴィニーの《権利観》集約したものである(「サヴィニーにおける古典的民法理論」法政研究五〇卷三〇四号(一九八四年)九四頁)。
- 20 Friedrich Carl von Savigny, System des heiligen Römischen Rechts, Bd.3, 1840, S.1.
- 21 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd.1, 1840, S.335ff.
- 22 川崎修敬「エドゥアルト・ガンスと歴史法学派の占有論争(一)(二・完)」法学論叢一五三卷四号四二頁以下、一五四卷一号一七頁以下(二〇〇三年)。占有論争については、児玉・前掲注(19)八九頁以下も参照。
- 23 Erich Kaufmann, Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts, in: ders., Rechtsidee und Recht, Bd.3, 1960, S.63.

- 24 Mayer, Verwaltungsrecht, 1. Aufl., S.250ff.
- 25 Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S.126.
- 26 米田雅宏「現代国家における警察法理論の可能性(一)」法学七〇巻一号(二〇〇六年)八十一頁。米田は、国家の基本権保護義務論にも同様の傾向をみる。同「二・定」法学七〇巻二号(二〇〇六年)一四六―一四七頁。
- 27 宮沢俊義「憲法Ⅱ」(有斐閣、新版、一九七一年)一三三六頁。
- 28 警察法二条一項の理論的性質については、藤田宙靖「警察法二条の意義に関する若干の考察」同「行政法の基礎理論・上巻」(有斐閣、二〇〇五年)三五一頁以下。
- 29 議論状況の整理としては、曾和俊文「自動車の一斉検問」行政判例百選Ⅰ(第五版、二〇〇六年)一三三頁以下が便利である。
- 30 芝池義一「行政法総論講義」(有斐閣、第四版補訂版、二〇〇六年)五七頁は、一斉検問の根拠を警察法二条一項に求めるのは「かなり苦しい操作である」としたうえで、「一斉検問はその実質においては非権力的なもの、任意的なものではない。一斉検問は日常的に反復して行われており、交通の自由を制約するものであるから、法律(道路交通法)において制度を具体的に定めるべきである」とする。

- 31 Carl Schmitt, Die Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie, 1967, S.45.
- 32 Ebenda, S.62.

三 法律上の利益としての自由

1 「法律上の利益」の保護構造

二での検討で明らかにしたように、マイヤー流の「自然の義務」論にはにわか賛同しがたいものがある。けれども、一でみたように、マイヤーが、民法典八二三条一項・二項の「権利」と「法律上の利益」の区別を念頭におきつつ、《自由権》の《権利性》を否定していた点は、こんにち再評価するに値する意義をもっていると思われる。ここで民法の不法行為に関する議論に深く立ち入ることはしないが、民法典八二三条一項は、「自由」(Freiheit)と「財産」(Eigentum)を絶対権の一種としてあげているから、この点にだけは触れておく必要があるであろう。

一で引用したように、ドイツ民法典八二三条一項は、「故意又は過失により他人の自由、財産又はその他の権利を違法に毀損した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」と規定している。読者のなかには、『自由權』は八二三条一項にいう「權利」（絶対權）に含まれるのではないかと疑問に思った方もおられるかもしれない。しかし、八二三条一項にいう「自由」と「財産」は、侵害留保説における『自由と財産』とは異なるのである。

ラーレンツ／カナリスの『債務法Ⅱ各論（2）』（一九九四年）が、この点に明快な解説を与えているので、その要点を以下に記しておこう。それによれば、一項にいう「自由」とは「身体の継続的運動の自由」（körperliche Fortbewegungsfreiheit）のみを指し、「一般的行為自由」（allgemeine Handlungsfreiheit）は含まれず、また、「財産」も、その中核は「財産の剥奪や負担」（Entziehung und Belastung des Eigentums）であって、いわゆる「一般的財産損害」（allgemeine Vermögensschaden）または「第一次的財産損害」（primäre Vermögensschaden）は含まない。一般的自由や一般的財産は、「法益の特性に応じた差異化」（rechtsgutsspezifische Differenzierung）のもとで、二項の保護法規の問題となる、ということである。³³

「權利（絶対權）」と「法律上の利益」の区別および両者の境界については民法の不法行為学説においても一致する理解があるわけではないが、ごく大雑把にいつてしまえば、「絶対權」は、客観的侵害状態があれば原則違法であり、後は故意過失の問題が残るだけ（たとえば所有權に代表される物權侵害を考えてみよ）なのに対し、「法律上の利益」においては違法性の判断と過失の判断がある程度リンクすることになる。というのも、ドイツ民法典八二三条二項にいうような保護法規は、他者の利益の保護を目的として一定の行為義務・注意義務を定める規範であり、その違反は行為者に課された行為義務・注意義務に対する定形的違反を意味するからである。すなわち、「絶対權」はその実現が客観的に妨げられている状態があれば即違法といつてよいほどにその輪郭が明確に定まっているものであるのに対し、「法律上の利益」は、どのような行為（行為の客観的な態様や行為者の意図等）から保護

するのが常に問題となり、いわば被侵害利益の事情と加害行為側の事情とを両睨みしつつ、その保護内容を決すべきものである。

この点については、いわゆる営業利益（営業権）の不法行為法上の保護について、これを憲法上の「営業の自由」と関連づけて把握する潮見佳男が、次のように説いているのが注目される。

「重要なのは、…『営業権』あるいは『営業上の利益』と呼ばれるものが、所有権などと違い、外延が固定した絶対的・排他的性質をもつ権利とはいえない点である。ここでは、主体の地位の権利性それ自体——したがって、『権利・法益侵害』の存否それ自体——が、他者の権利（論者によれば、さらに公共の福祉）との衡量を経た後に確定される。被害者とされる者のもつ営業上のさまざまな利益の営業権・営業利益としての要保護性は、加害者とされる者（競業者の場合もあれば、そうでない場合もある）のさまざまな権利、すなわち、この者の営業の自由、職業活動の自由、表現の自由（ボイコット・不買運動などの例）、各種の労働基本権（労働争議などの例）などとの衡量を経て、はじめて確定されることになるのである。」^{35 36}

二の1でみたように、サヴィニーは、「人が自分自身に対してもっている自然の力」の《権利性》を否定するにあたって、これらを保護するのが人格の不可侵性という共通の根をもちつつも、それぞれ完全に独特の内容をもつ実定的な法制度であることを指摘していた。サヴィニーの洞察は、こうした利益の保護には「法益の特性に応じた差異化」が必要であることを見抜いていたのかもしれない。

2 自由・侵害・保護範囲

伝統的行政法学は、警察法理論を典型として、その理論体系をつくりあげた。警察法は、公共の安全・秩序に対する危険を防止・除去するために、公共の安全・秩序に対して害を及ぼすおそれのある行為を規制するという構造を有している。そこでは、規制の目的と規制の対象とが一對一に対応している。警察作用は、危険防御 (Gefahrenabwehr) という明確な目的のもと、危険をもたらす私人の行動を規制する意図をもって私人の《自由権》に侵害を加える作用なのである。その意味で、ここでは、侵害される対象 (私人の《自由権》) と侵害行為 (警察作用) との関係が比較的明確、つまり当該警察作用によつて私人の《自由権》が侵害されたという関係が肯定しやすい領域であつたといえる。したがって、マイヤーの行政法学を含めた伝統的行政法学においては、何が侵害行為にあたるか、という問題は、ことさら深刻な問題として表面化しなかつたものと思われる。³⁷⁾

これに対し、こんにちの憲法学および行政法学が抱えている問題は、このような関係が少なからず不明確であるという点にその特徴があるように思われる。

一例として、国家の情報提供活動による基本権侵害の問題を取り上げてみよう。この問題は、我が国でいえば、平成八年の夏に発生した〇一五七による集団食中毒の事件において、当時の厚生大臣が、カイワレ大根が原因である可能性が最も高いとの報告を公表し、生産業者に多大の不利益を与えたような事例 (東京高判平成一五年五月二一日判時一八三五七七頁) において生起する。ドイツでは、一九八五年春に、グリコールという特殊なアルコール物質が含まれたワインの流通が確認され、消費者の不安を生じたため、国家機関がグリコールの含有が確認されたワインのリストを公表したのに対して、リストに掲載されたワインの製造業者がその差止めを求めたという事案があり、最終的に連邦憲法裁判所にまで上っている (いわゆるグリコール決定)。³⁸⁾

この種の事案においては、①そもそも憲法上の基本権の保護はこのような不利益を受けないことに対しても及ん

でいるのか、また、②ここでの不利益は国家の行為によってもたらされた侵害といえるのかどうか問題となる。³⁹ といひ、ここでの業者の経済的ダメージは、国家による情報提供を受けた私人の市場における行動によってもたらされたものにはすぎないからである。もつとも、かりに私人（たとえば大きな影響力をもつメディア）が同種の行為を行ったとすれば、不法行為責任を負う場合もまったくなくはないのであるから、すべての場合において国家は責任を負わないとすることも妥当でないであろう。

国家の情報提供行為に関する法的論点として、行政法的な観点からは、いわゆる本質性理論の立場から法律の根拠の必要性が主張されているところである。⁴⁰ 本質性理論については、周知のように、何が本質的事項かが問題であり、侵害留保説も自由と財産への侵害を本質的事項とみていたとすると、侵害留保論と本質性理論とは同じではないかという疑問も提出されているところである。⁴¹ けれども、観点を変えてみれば、国家の情報提供行為によって生じた営業上の不利益も、「侵害」であると考えらるならば、侵害留保論によっても法律の根拠が必要だということになる。何が「本質的事項」かではなく、何が「侵害」かが、ここでの問題なのではなからうか。

実際、基本権論においては、この問題は基本権の間接的侵害または事実行為による侵害として論じられているところである。⁴² 侵害概念については、①直接性、②目的志向性、③命令性、④法形式性の四つがいわゆる古典的侵害概念のメルクマールとして定式化されているが、こんにはこうした侵害概念の拡張が図られているところである。⁴³

これはさしあたり、三段階審査における「侵害」についての「拡張」であつて、法律の留保論における「侵害」にも妥当するのかわかはずは定かでない。しかし、本稿冒頭でも述べたように、基本権侵害について法律の根拠を要求するのが侵害留保説であつたという由来にかんがみれば、基本権解釈論において「侵害」とみるならば、法律の留保論においても「侵害」とみるのが筋ではなからうか。⁴⁴

ところで、侵害概念をどこまで拡張するのかわについては、基本権論においても明確な基準が提示されているわけではない。⁴⁵どこまでを「侵害」とみなすのかは、不利益の程度という事実上の観点によって決せられるものである。⁴⁶しかし、なぜ一定程度以上の不利益をもたらすと、「侵害」とみなされることになるのかの理論的根拠は不明である。そこにあるのは、重大な不利益が生じるのであるから保護すべし、という生身の価値判断でしかないように思われる。

じつは、直接的侵害といい、間接的侵害といっても、それらは必ずしも確定した内容をもっていないのである。いさざか極端な例であるが、共産主義的発言をしたものは死刑に処するという法律が直接的侵害か間接的侵害かを考えてみよう。誰もが直感的に直接的侵害だと考えるであろうが、この場合私人は発言を文字通り「直接的に」さまたげられているわけではない。口を塞がれば文字通り「直接的に」さまたげられているといえるだろうが、この場合には、私人は死刑を覚悟して共産主義的発言をするか、それとも死刑を避けるために発言を控えるかの選択をしているからである。このような場合にも、基本権論においては、直接的侵害ということがいわれてきたのである。⁴⁷何もこのような法律が直接的侵害にあたらないということがいいたいのではない。もともと直接とか間接とかいうこと自体が一種の比喩にすぎなかったということがいいたいのである。

「侵害」と「損害」は同じことではない。「侵害」の問題の本質は、その行為によって、⁴⁸損害が生じた、いいかえれば損害はその行為のせい、で生じたものであるという法的評価にこそあるのである。このような法的評価、すなわち行為に対する結果の「帰属」または「帰責」(Zurechnung)の判断は、発生した損害(結果)が、行為者に対して課せられている行為規範の保護目的の範囲に収まっているかどうかによって決せられるほかない。⁴⁹したがって、国家による情報提供行為が業者の経済的自由(営業の自由および営業上の利益)を侵害するかどうかという問題は、国家がそのような行為を行うに際して国家に課されている行為規範が、そのような業者の利益を保護利益(の一つ)

としていかどうかによって決まるといふことになる。

このような判断枠組みは、まさに民事における「法律上の利益」侵害による不法行為についてこの三の1で述べたところと構造的に同一である。さらにいえば、「行政上の権利論としてとられているいわゆる「保護規範説」(Schutznormlehre) (取消訴訟の原告適格論としての「法律上保護された利益説」)とも似た面がある。保護規範説は、処分の根拠法規が保護目的としている利益をもって「法律上の利益」(行政上の権利)とする考え方である。すなわち、ここでは、処分の根拠法規が私人の利益を個別的に保護することを目的として、行政権の行使に制約を課しているかどうか、問題とされるわけである。

本稿の主張は、憲法上の《自由権》もこのような行為規範として把握し解釈すべきだという点に尽きる。⁵⁰マイヤーの《自由権》論を再評価するのも、マイヤーが《自由権》を「絶対権」ではなく「法律上の利益」として把握することにより、このような方向性を示唆しているからにはかならない。

情報提供行為についていえば、国家がそのような行為をするにあたって業者の利益を考慮すべきことを、憲法上の経済的自由権規範が要求しているかどうかの解釈論ということになる。この点については、国家の情報提供行為によって業者に不利益が生じることは容易に想定しうることであり、当然このことに考慮を払うべきということになる。⁵²さらに立法者に対する行為規範という点では、国家が食品衛生警察をするにあたって、このような活動をすることは通常十分に予測しうる事態であり、そうであるとすれば、このような活動については、やはり法律(食品衛生法)上に明示の根拠をおき、要件効果を定めるのが筋ということになろう。業者の経済上の自由・利益に影響を及ぼす国家の行為について、法律上の根拠規定で要件効果を定めたいうえで、その執行として情報提供活動を行う。それによって業者の経済上の自由権と、食品衛生という公共の福祉とのあいだの調整を、価値の直接的執行としてではなく、あらかじめ定められた規範の執行として行うのである。これが「法治国的憲法執行」⁵³というものである

う。

33 Karl Larenz/ Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 2.Bd., 2.Halbbd. 13.Aufl., 1994, SS.356, 385, 392.

34 潮見佳男「不法行為法Ⅰ」(信山社「第三版」二〇〇九年)三〇二頁。

35 潮見・前掲注(34)九六頁。

36 なお、潮見は、営業上の利益がこのような性格のものであるからといって、これを「権利」と呼ぶことに躊躇すべきではないとする。これは、営業利益に限らず、潮見の一貫した「権利観」(潮見・前掲注(34)九頁以下)からの帰結である。本稿は、《自由権》の法的構造は「絶対権」ではなく「法律上の利益」だと考える立場から、マイヤーの《権利性》否定論を再評価するものであるが、絶対権以外の「法律上の利益」を《権利》と呼びうるかどうかという問題には関心がない。何をもって《権利》と呼ぶかは、結局のところ用語の問題であり、何を問題にしているかの文脈にもよる。本稿の関心事は、《自由権》が《権利》であるかどうかという問題ではなく、《自由権》の保護構造が「絶対権」と「法律上の利益」のいずれに近い点にあるのである。

37 もっとも、伝統的行政法学においても、警察法モデルの妥当しない公企業法という各論領域が存在した。この公企業法は、私人の《自然の自由》と国家による《侵害》という図式の成立しない給付行政の領域であり、だからこそ、そこには「体系構成上の困難な問題」があり、公法私法論における多くの論点を提供することになった。「公企業法が公法たる行政法の体系に包摂されるか」という問題は、行政法学にとって曠きの石であった」(小早川光郎「行政法(上)」(弘文堂、一九九九年)三七頁)。

38 BVerfGE 105, 252. 同決定については、丸山敦裕「市場競争に影響ある情報」の国による公表」栗城壽夫・戸波江二・嶋崎健太郎編「ドイツの憲法判例Ⅲ」(信山社、二〇〇八年)二九二頁以下。

39 これらの問題に関するグリコール決定の論理も含めたドイツの理論状況の精緻な分析として、丸山敦裕「情報提供活動の合憲性判断とその論証構造」(阪大法学五五巻五号(二〇〇六年)一一二頁以下)。

40 大橋洋一「行政法Ⅰ」(有斐閣、二〇〇九年)三四頁。また、同「法律の留保学説の現代的課題」同「現代行政の行為形式論」(弘文堂、一九九三年)一頁以下。

41 塩野宏「行政法Ⅰ」(有斐閣、第五版、二〇〇九年)七九頁。

42 斎藤一久「基本権の間接的侵害理論の展開」憲法理論研究会編「憲法学の最先端」(敬文堂、二〇〇九年)五五頁以下。

- 43 小山・前掲注(4) 三六頁。
- 44 グリコール決定は、法律の根拠の要否について、国家任務の存在を指摘して、基本法上の黙示の授權が存在するとしている。そもそも同決定は、情報提供を基本権の制約とみないのであるが、かりに侵害概念の拡張により情報提供も侵害にあたるるのであれば、当然法律の根拠が必要ということになる。グリコール決定に対しても、「法律の留保原則を握り崩す」との批判がなされていることについては、丸山・前掲注(39) 一三三頁、齋藤・前掲注(42) 六二頁以下。
- 45 侵害概念の拡張をめぐるドイツの学説状況について、各説の問題点の指摘も含め、米田雅宏「行政法における『侵害』概念の再構成」法学六卷二号(二〇〇二年) 八三頁以下。
- 46 小山・前掲注(4) 三六頁は、「負担が一定の閾値を超えたものだけが、『制限』となる」とする。また、宍戸常寿「憲法上の権利」の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』(有斐閣、第二版、二〇〇九年) 二四九頁は、「制約の重大性との相関で正当化を考えればよい」とする。
- 47 共産主義的発言を規制しようとして、そのような効果が生じているのだから「直接的」だという反論も予想されるが、この場合「直接性」と「目的志向性」または「意図性」とが同じことになる。
- 48 安全濶司「取消訴訟における原告適格の構造」(四・充)「国家学会雑誌九九卷七二八号(一九八六年) 五二頁注(2) は、「侵害」には、「損害」と「違法性」という二つの要素がある旨指摘している。
- 49 潮見・前掲注(34) 三五六頁以下、三六二頁以下、三八六頁以下など参照。
- 50 憲法上の基本権論に、不法行為法や刑法において展開されてきた規範の保護目的論を転用する試みは、すでにラムザウアーによって示唆されてきたところである。Ulrich Ramsauer, Die Bestimmung des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, VerArch. 72, 1981, S.89ff. Dars., Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980.
- 51 これに関連して、神橋一彦「行政訴訟の現在と憲法の視点」ジュリスト一四〇〇号(二〇一〇年) 四五頁が、「行政上の保護規範説は、行政庁が、その行為を統制する行為規範(処分)の根拠規範」に反して処分を行う事態を想定して、その根拠規範が個別に私人を保護しているかどうかを問うという点で、一種の《行為不法》的な見方に立っている」のに対し、「憲法上の基本権は、…基本権によって保護された法益が『侵害』されたことを出発点として、その後その正当化を問う、という流れになっており、一種の《結果不法》的な見方に立っている」という分析を示しているのが興味深い。
- 憲法上の基本権は、行政処分の根拠規範とは異なっており、個別の行為をする際の行為規範として定められたものではないから、法益侵害的発想にならざるをえないことはやむをえない(この点で刑法と似ている)。しかしだからといって、憲法上の基本権が《結果不法》的発想でよいとい

うことにはならない。神橋のいうように、従来の憲法上の基本権論では、「侵害」の問題が、「利益侵害の強度といった事実上の要素」の問題として（結果不法）的に考えられてきたとすれば（四七頁）、（行為不法）的発想への転換を図り、あくまでも行為規範としての基本権規範の保護目的の範囲を問うべきであるというのが、本稿の結論である。行政法の議論としても、国家賠償訴訟において加害行為につき明示の行為規範の存在しないような事案（たとえば学校事故）での当該公務員の「職務上の注意義務違反」が問題となる際には、同様の推論過程をたどることになろう。

52 丸山・前掲注（39）一五〇頁は「リスト公表の結果としてワインの売上げ低下が容易に予想可能であるなど、国家の客観的な目的・意図が推知されうるような場合には、目的性が認められてよいように思われる」とする。本稿の結論もこれと変わらないが、ここでの問題は、「目的・意図」ではなく、客観的な注意義務または考慮義務に対する違反があったかどうかではないかと思われる。

53 Carl Schmitt, *Rechtsstaatlicher Verfassungsvollzug* (1952), in: ders., *Verfassungsrechtlicher Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 4. Aufl., 2003, S.452ff.

【付記】本稿は、新・畑・細川・楠根四教授のご退職の記念として執筆を試みたもので、当初はH・L・A・ハートの自由と義務に相関的な権利の区別等についても論じる予定だったが、思考が十分に熟さないまま時間切れを迎えてしまい、途中で考察を打ち切らざるをえなかった。本稿で触れられなかった論点については、別にまた機会を改めて論じることにした。