慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ボン基本法における人格の自由な発展の権利について
Sub Title	On the right to the free development of personality in the Bonn basic law
Author	田口, 精一(Taguchi, Seiichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.11 (1963. 11) ,p.1- 37
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19631115-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ボン基本法における人格の自由な発展の権利について

田口精一

一　序　言
二　人格の自由な発展に関する宣言の成立
三　人格の自由な発展に関する宣言の意義
四　主要基本権の保障に関する宣言
五　結　語

一　序　言

ボン基本法における基本権保障の体系を支える基本的な価値としての人間の尊厳について、その概略はすでにのべたところであるが、[1] 本稿は、これをうけて人間の尊厳の動態的な発展の姿である人格の自由な発展の保障について、[2] 考察することにする。ところで人間の尊厳とか人格の自由な発展の保障のような一般的な宣言が、法的にいかなる意義をもつか。すなわちそれは憲法の解釈や実施についての基本原理を宣言するだけのものであるか。またはさらに進んでそこに実定法上の権利として一つの基本権の成立をも認めるものであるか。この問題は、包括的な基本権の観念の成立およびその憲法上の保障の

範囲について結論がわかれてくるのみならず、基本権の存立に関する根本思想の相違にも関連する問題であつて、憲法解釈における重要な問題の一つである。例えば西ドイツでは、国内における居住移転の自由を保障する条項（ボン基本法第一一条）はあるが、海外旅行ないしは海外移住に関する規定がないので、海外旅行の自由を人格の自由な発展の権利のなかにふくめ、これに対する当局の規制に関する争を憲法上の問題として、連邦憲法裁判所の管轄に属することを認めたのである。[3] このように基本権の保障に関する一般的な宣言は、単に基本原理の宣言確認に止まらず、包括的統一的な権利を実定憲法のなかにとり入れたものであると解すれば、特に憲法に明文をもつて規定されていない自由についても、それが人格の発展に関するものである限り、これにも憲法上の自由と差別することなく、広く憲法による保障が認められるという結果になるのである。

これに対して、右の一般的な宣言をもつて単なる基本権保障の原理のみを定めるものとし、しかも憲法の保障は、あくまでも憲法の明文によつて定められた個別的な自由の範囲のみに止まるという限定的な見解によれば、右のような一般的な基本権の存在およびその保障というものは認められず、憲法にとり上げられなかつた自由の部分は、法外の事実上の利益として憲法による保障の対象にはならないということになるが、しかしボン基本法の成立に際しては、自然法思想の影響が強く、従つて右の解釈についても、統一的な基本権の成立を認める立場が有力である。[4] すなわち超憲法的な自然法の存在を承認し、これに直結する人権ないしは基本権をもつて超憲法的な人間の人格的な価値の実現とみる自然法思想によれば、各人の自由は、その人格形成の包括的統一的な活動の現れであつて、憲法の掲げる個々の自由は、かかる統一的な自由の部分的具体的な例示にすぎないとみるのである。従つて基本権の保障に関する一般的な宣言は、統一的な基本権の存在を認めるのであり、それは右のような自然法的人権思想にもとづく推論の当然の結論でもあつたのである。しかしかかる一般的な基本権の観念は、漠然としたものであり、このために一般的な基本権にもとづく権利主張が過度におこなわれ、[5] 公共の秩序と安全を害する結果を生ぜしめるようにもなつたところから、基本権の成立および憲法上の保障を憲法の明示する範囲に限定し

ようとして、右の一般的な宣言を、あくまでも基本原理の確定であるとし、一般的包括的な基本権の成立を否定する見解[9]が主張されるに至つた。かくて人間の尊厳の保障および人格の自由な発展の保障に関するボン基本法第一条第一項および第二条第一項が、この包括的統一的な基本権を成立させるものであるか、単なる基本権保障の原理を宣言するだけのものであるのか、この点について見解の対立を生ずることになつたのである。

日本国憲法第一二条第一三条は、基本的人権の保障に関する基本原理を定めているのではあるが、これらの規定は、そのような原理の宣言に止まるものか。さらに積極的に包括的統一的な基本権の成立をも認めるものであるのか。特に第一三条の個人の尊重と生命・自由および幸福追及に対する国民の権利についての宣言の意義をいかに理解すべきか。これらの問題点について、もちろん日本国憲法の解釈の傾向は、できるだけ広く人権の保障を実現しようとするものであることはいうまでもないが、しかしかかる広範な人権の観念は、自然法的にすでに確立された自明のことであるとして、右の条項はこれを確認するだけの宣言的プログラム的なものであるとする見解[7]がある。また右の規定は、基本的人権の特定の種類を指すものではなく、これらを総称するもので、幸福追及の権利は、個人の権利がその行使において放任せられる一般的な形式を意味するに止まるという見方[8]もある。これに対して第一三条は、人間の存在権を実定憲法上に確立するものであり、個々の条文にもとづく個別的な自由権のほかに、ここに一般的自由権が成立するとみる説[9]、さらにまた幸福追及の権利をもつて実定憲法に統一的な一箇の権利を導入するものであるという見解[10]が主張されている。このように日本国憲法においても学説のわかれるところであるが、かかる憲法上の基本問題を考察するについて、日本国憲法と思想的な類似性を有するボン基本法の研究は、有意義な指針を得られることになると考えて、ここにとりあげた次第である。

(1) 拙稿・「ボン基本法における人間の尊厳について」本誌二三巻一二号・一六七頁以下参照。

(2) 人格の自由な発展に関するボン基本法第二条第一項は次の通りである。

Art. 2 (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

(3) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVGE), Bd. 6, S. 32. これについては、Dürig, Juristen-Zeitung, 1957, S. 169 ff.

(4) H. C. Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Die Grundrechte IV Bd. 2. Halbband (GR IV 2), 1962, S. 742 ff. ; Maunz-Dürig, Grundgesetz (Maunz-Dürig, Komm.) 1958, Art. 2. Abs. I, S. 5 ff. ; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 11. Aufl. 1962, S. 99 f. ; Hamann, Grundgesetz, 2. Aufl. S. 76, 78 ; H. Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Festschrift für Laun, 1952, S. 672 f. ; C. F. Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, 1953, S. 25; Dennewitz-Wernicke, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 2 Erl II 1. a. S. 1 f. ; Wintrich, Zum Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG, in Festschrift für Apelt, 1958, S. 2, 4 f., 7 f. このほか一般的な基本権の成立を認めるものは極めて多い。連邦憲法裁判所の判例のうち主なものは次の通りである。BVGE. Bd. 4 S. 7 (15 f.) ; Bd. 4 S. 52 (56 f.) ; Bd. 6 S. 32 (36 f., 40 f., 42) ; Bd. 6 S. 389 (432) ; Bd. 7 S. 89 (92) ; Bd. 7 S. 111 (119) ; Bd. 7 S. 198 (220 f.) ; Bd. 7 S. 230 (238) ; Bd. 7 S. 377 (403) ; Bd. 8 S. 274 (328 f.) ; Bd. 9 S. 3 (11 f.) ; Bd. 9 S. 83 (88) ; Bd. 10 S. 89 (99) ; Bd. 11 S.326 (328) ; Bd. 12 S. 319 (323) ; Bd. 12 S. 341 (347) ; Bd. 13 S. 97 (104 f. 113 ff.) ; Bd. 13 S. 181 (185, 190) ; Bd. 13 S. 230 (231 f.).

(5) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz (Mangoldt-Klein, Komm.) 1955, S. 161 f.; Haas, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 1954, S. 70.

(6) Mangoldt-Klein, Komm. S. 161, 164, 167 ff.; Haas, DÖV, 1954, S. 71.

(7) 美濃部・日本国憲法原論・昭二九・一四五頁、一六四頁以下、宮沢・憲法Ⅱ（法律学全集）・昭三四・二二二一二二三頁参照。

(8) 木村・「法の理念としての公共の福祉」（末川編・基本的人権と公共の福祉）・昭三二・七四―七五頁参照。

(9) 佐々木・日本国憲法論・昭二九・四〇一頁、四〇三頁参照。

(10) 種谷・「幸福追求の権利」・ジュリスト法学教室七号・三〇頁以下参照。

二　人格の自由な発展に関する宣言の成立

日本国憲法第一三条が、個人の尊重を宣言し、さらに生命、自由、幸福追及に対する国民の権利を広く保障することを規定しているのであるが、それはアメリカ独立宣言の文言に由来するものであり、その基礎を形づくるジョン・ロックの自由

主義思想をうけ入れたものであつて、右の独立宣言は、さらにこれを幸福追及のための一切の人間の行為の保障にまで発展せしめたものであると説明されている。[1] ボン基本法の規定もまたかかる人間の自由を、共同社会の生活における基本的な価値として認め、これを広く保障しようとするのであるから、日本国憲法と同じ思想的な根拠にもとづくものであると見ることができるであろう。しかしボン基本法第二条第一項の主旨は、あまりに一般的で種々の解釈が考えられる不確定なものであるから、その客観的な意義を理解するためには、その資料としてこの条項の制定過程において表示された憲法制定者の見解をみておく必要がある。

ボン基本法第二条は、ヘレンヒームゼー草案（ヘ草案）第二条および第三条にもとづくものであるが、特に人格の自由な発展の権利は、その第二条に由来するのであり、[2] このヘ草案の概説によれば、右の条項は、ワイマール憲法には存在しなかつた新たな規定を実現しようとするものであつた。[3] この人間尊重の精神は、伝統的な自由主義思想にもとづくものではあるが、かつて極端な形式主義のもとにおいて、その価値を否定されていた人間の尊厳ないしは人格の本来の価値を、新憲法秩序における最高かつ基本の価値としてこれを確立し、その実質的な保障を実定憲法をとおして実現しようとしたのである。すなわち法治行政の原理によつて執行権に対する基本権の保障を確保することはもちろんであるが、正しい法の実現による権利の保障すなわち立法権に対する保障をも確実ならしめようとするのである。[4] 人格の自由な発展は、人間の尊厳の価値の直接の実現形態であり、この尊厳の価値との不可分の結合によつて、人格主義にもとづく基本権保障の価値体系の基礎を固めようとしたわけである。

ヘ草案第二条は、すべての人間の自由とその限界とを、法秩序・良俗・他人に対する侵害の禁止の三つの基準によつて表示していたのであるが、この案文については、単に「すべての人間が自由である（Alle Menschen sind frei.）」という宣言ではなくて、憲法規範としては、「すべての人間が自由にされるべきである（Es sollen alle Menschen frei gemacht werden.）」という人間

の自由解放を法的に実現しようとする意味をもつたものでなければならないという批判[5]があり、また自由に対する右の制限も法的には自明のことで、これを憲法に表示することは、かえつて自由を後退せしめることになるという反対があつたとのべられている[6]。これらの意見からも判明するように、憲法制定に対する当時の期待は、憲法による自由の積極的な広範な保障を実現することにあつたのである。

ところで憲法制定会議は、右のヘ草案をそのままに承認し、これにもとづいて審議をすすめたのではなく、多くの修正案が提出されている。まず原則問題委員会は、その下部委員会である起草小委員会（Redaktionskomitee）（マンゴルト、ベルクストレッサー、ツイン、の三議員によつて構成された）に、案文の起草を付託した[7]。起草小委員会は、バイエルン州憲法第一〇一条にもとづいたさきのヘ草案とは違つて、むしろヘッセン州憲法第二条を根拠にして、自由の一般的保障のほかに、さらに法治行政の原理と裁判手続による権利保障の一般的条項を加えてその案文を作成し、これを原則問題委員会に提出した[8]のであるが、その提案理由としては、次の点がのべられている。すなわちヘ草案の「法秩序および良俗」という文言による自由の制限の表示は、疑義を生ぜしめることにもなるので、むしろヘッセン州憲法の表現[9]を採用したこと。さらに法治行政の原理を条文に明記して自由の実質的な保障を確保し、法秩序（Rechtsordnung）という用語によつて法律のみならず慣習法をもこのなかに含めて、これによる自由の制限をも認めたこと。またボン基本法第一九条第四項として後に独立の条文とされた裁判手続による権利保障の一般的条項をも加えて、基本権の保障手続の原則を定めたこと等が指摘された[10]。この提案のなかで慣習法による自由の制限を認めることについては強い反対があつた。すなわち自由に対する行政による制限は、万人に対する平等なる法律特に議会の制定する民主的な法律の認める範囲内に限られるべきものであるということが主張[11]されたのである。しかし右の案文の作成者たるマンゴルト議員およびツイン議員は、行政を法律の範囲に過度に制限することは適当でなく、またやむを得ない場合には、法律による授権がなくても行政による自由の制限がありうることをのべて、右の案文は慣習法によ

る自由の制限も認められる主旨のものであると答弁している。[12] これに対する全般的な批判をのべたのはトマ教授であるが、特に右の案文の「憲法秩序（verfassungsmäßige Ordnung）」という表現について、これが全般的な現行秩序を意味するものと解すれば、それは単に人は法律の範囲内で自由であるということを表現するのみで、特別の意味はなく、これを意義あらしめるためには、むしろ憲法による立法権に対する拘束を確立すべきであるということを主張した。トマ教授は、この主旨で独自の案文[13]を発表し、憲法および法律による立法権および行政権に対する拘束を採用するとともに、国・公共団体の不法行為責任をも明らかにしているが、このトマ教授の見解は、マンゴルト議員が、後に人格の自由な発展という表現を含む修正案を提出することに対して、特に影響をあたえたものである。[14]

ところで右の小委員会の提案に対して、一般校訂委員会（Allgemeiner Redaktionsausschuß）は、平等条項をふくめた別個の案文を提出した。[15] またこのほかに国際連合の世界人権宣言草案第三条の表現様式にもとづいて、生命および人格の自由と安全の宣言が採用され、[16] これらの文言とさきのトマ教授の批判をも考慮に入れて、マンゴルト議員は、初めて「人格の自由な発展の権利」という表現様式[17]を提案したのである。しかしこの提案のなかにしめされた「道徳律（Sittengesetz）」や「人格の自由な発展」という文言については異議がのべられた。特に道徳律による制限については、その過度の拡張解釈によつて、自由の制限の行過ぎが考えられ、狭量な道徳観念による取締の行過ぎに対する不安がのべられたが、[18] これについてマンゴルト議員は、かえつて法実証主義的な解釈の欠陥を道徳的な観念によつて補充することが必要であることを主張していた[19]のである。また人格の自由な発展という文言は宣言的なものであるから、法的にはさらに行為の自由の全般的な保障を強調するような表現がとられるべきであるとの批判もあつたが、右の文言には、全体主義に反対して人格の価値を宣言する主旨のものであるとして、多くの議員が賛成し、この表現様式が承認されたのである。[20] さらにマンゴルト議員は、原則問題委員会において生存権の保障に関する規定を採用すべきことを提案したが、これについては特に異論はなく、その必要が認められてこ

の提案は右の案文のなかに採用された。かくて原則問題委員会の案文が確定され、幹部委員会は、第一読会においてこれを承認したのである。[21]

しかしこの原則問題委員会の案文に対しては、さらに一般校訂委員会から簡略化された表現様式が提出され、その提案理由として次の点があげられた。すなわち生命の権利は、自由に関する条項に属すべきものではなく、またこの権利は基本法の特定の部分に限定されることではなくて、憲法全体に関する事項であること。自由に対する権利は、すでに第一条の人間の尊厳において宣言されていること。人格の自由は人身の自由の現れであつて、別個に第三条で取扱われていること。人格の自由な発展は、本質的に国家秩序の外においておこなわれる現象であること。生活保障の権利は、経過規定のなかに定められるのが適当であること。法律の留保があまりに広く解釈される可能性のあること。それだけでは単に法律の全般的な制限のもとにある自由ということと法治行政の原理が宣言されるのみで、基本権のすべての国家権力に対する憲法上の保障というものが空虛なものになつてしまうということ。さらに裁判手続による権利の保障は、第二条の権利のみならず、すべての基本権に関係することであるから、別に独立の条文として規定されるべきであること。これらの理由によつて、さきの原則問題委員会の草案とはことなり、極めて簡略な条文を提出した。[22] これに対抗してマンゴルト議員は、人身の自由の不可侵を強調した修正案を別に提出し、その理由として、この自由に関する条項は、基本権全体に関する一般的条項であり、以下につづく基本権は、かかる自由権の個別化具体化されたものであつて、特に人身の自由は、ナチス時代の非人道的な待遇の経験にかんがみ、身体の不可侵を強調したものであるということを説明した。[23] しかしこの修正案には反対があり、かえつてさきの人格の自由な発展に関する表現様式が存置されることになつたが、しかし裁判手続による保障の一般的条項は、基本権の章の末尾におかれることになつた。[24] この修正案にもとづいて、幹部委員会の第二読会が開かれることになるが、まずマンゴルト議員は、一般校訂委員会の「何人も作為、不作為の自由を有する」という表現様式に対して、原則問題委員会はそ

の表現の低劣なことを理由に反対することをのべた。[25] この会議では特に生存権の保障に関する条項が論議されたが、一方ではこれによつて生活保障の請求が殺到することになるとの危険性が指摘されたのに対して、この主旨は、あくまでも消極的に生活の最少限度の必要要件が国家により拒絶されることがないということで、積極的な保障の実施を意味するものではないということがのべられた。しかし他面この生存権の保障の積極的な採択が要望されたが、この主旨はすでに生活保護に関する法律によつて実現されているという理由で、削除されてしまつたのである。[26] なお幹部委員会の第二読会の会議で、このように修正された案に対して、一般校訂委員会は、さらにこれを二項目にまとめる修正案を提出し、特に一般的な行為の自由 (Allgemeine Handlungsfreiheit) の保障を強調した。[27] これに対して五人委員会 (der interfraktionelle Fünferausschuß) は、さきの幹部委員会の第二読会で決定された案を採用し、この案文は第三読会での若干の修正を経て、さらに第四読会における審議によつて最終案とされ、これが本会議で承認されたのである。[28]

このような審議の過程からみて、人格の自由な発展の権利の保障は、人間の活動の自由を、まず一般的包括的にとらえて、これについての遺漏のない憲法上の保障を実現しようとするものであつたということができよう。しかもそれは、伝統的な自由主義個人主義思想にもとづく、自由の形式主義的な消極的な保障ではなくて、積極的に人間の人格の自由な発展を、人間の尊厳の価値の具体的な現れとして、これを保障しようとするものである。しかし右のような過程を経て制定されたボン基本法の第二条第一項は、必ずしもその主旨を明確に一義的に表現するものではなかつた。このために、憲法の解釈や運営を通して、種々の異つた見解が主張されることになるのであるが、この点は、次にのべることになる。

(1) 宮沢・憲法II・二一一—二一二頁、酒井・近代憲法思想史研究・昭三六・二二五頁以下、種谷・前掲・ジュリスト法学教室七号・三〇頁以下等参照。

(2) 本条はへ草案では、二箇条の条文に別々に規定されていたが、一般校訂委員会の提案により、幹部委員会がその第四読会で、最終的に一箇条にまとめたものである。ボン基本法第二条第一項のもとになつたへ草案の第二条は次の通りである。Art. 2 (1) Alle Menschen sind frei. (2)

Jedermann hat die Ereiheit, innerhalb der Schranken der Rechtsordnung und der guten Sitten alles zu tun, was anderen nicht schadet. なお Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR), N. F. Bd. 1. S. 54 ff. 参照。

(3) JöR. S. 54; Nipperdey, GR IV 2, S. 742; Durig, Die Menschenauffassung des Grundgesetzes, Juristische Rundschau (JR) 1952, S. 259; Mangoldt-Klein, Komm. S. 163. 右の〈草案第一一条第二項は〉バイエルン州憲法第一〇一条とほとんど同じ表現様式を用いている。〈コンヒームゼーの憲法委員会会議における〉バイエルン州の指導的な役割からみて〉バイエルン州の憲法が〉右の〈草案に多くの影響をあたえていたことは明白である。

(4) すべての国家権力に対して自由を保障する意味で〉裁判による保障手続の一般的条項を〉この第一条に含めようとしていた (JöR. S. 55 f.)。なお後出註(8)参照。また立法権に対する拘束を明示するものとしてトマ教授の提案がある (JöR. S. 56 Anm. 13) (後出註(13)参照)。また原則問題委員会は〉自由の保障がすべての国家権力を拘束する主旨に〉その案文を変更している (JöR. S. 57) (後出註 (20) 参照)。

(5) JöR. S. 54.

(6) JöR. S. 54 f.

(7) JöR. S. 55.

(8) 原則問題委員会において起草小委員会が提出した案文は次の通りである。(1) Der Mensch ist frei. (2) Er darf tun und lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt oder die verfassungsmäßige Ordnung des Gemeinwesens nicht beeinträchtigt. (3) In diese Freiheit darf die Verwaltung nur im Rahmen der Rechtsordnung eingreifen. (4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. (JöR. S. 55 引用)

(9) 〈ツセン州憲法第一条は次の通りである。Art. 2 Der Mensch ist frei. Er darf tun und lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt oder die verfassungsmäßige Ordnung des Gemeinwesens nicht beeinträchtigt.… ·Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung es verlangt oder zuläßt. … · Glaubt jemand, durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt zu sein, so steht ihm der Rechtsweg offen.

(10) v. Mangoldt (CDU) 議員は〉起草小委員会の見解をのべた (JöR. S. 55)。

(11) Schmid (SPD) 議員は〉法律による行政と平等なる法律の原理を主張し〉別個の表現様式を提案している (JöR. S. 55)。

(12) マンゴルト議員は〉平等原理は〉別の平等条項に掲げられるべきであり〉なお必要な場合には〉行政の積極的な活動を認めなければならないとする。また Zinn (SPD) 議員は〉法律 (Gesetz)〉命令 (Verordnungsrecht)〉さらに慣習法(Gewohnheitsrecht)がふくまれるものとし〉法律が迅速に制定されることが期待されず〉法律にもとづく規制が困難なような場合には〉法律によることなしに自由を制限することを認めざるを得ないと説明した (JoR. S. 55 f.)。

(13) トマ教授の案文は次の通りである。Art. 3 (1) In die Freiheit und die Rechte der einzelnen und ihrer Verbände darf nur durch Verfassungsmäßige Gesezte oder auf Grund ermächtigender Rechtssätze eingegriffen werden. Die Bindung von Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung an Gesetz und Recht und die Bindung der Gesetzgebung an die Verfassungsurkunden werden gewährleistet durch die in diesem GG enthaltenen Bestimmungen uber Einrichtung, Unabhängigkeit, Zuständigkeit und Verfahren der Gerichte. このように特に立法権に対する拘束を強調した。この第二項は、国・公共団体の監督責任に関する規定である (JöR. S. 56. Anm. 13 引用)。さらにトマは司法条項は、司法の章のなかにおくべきであるとしている。

(14) JöR. S. 57. マンゴルト議員は、トマ教授の批判に賛成して、その見解をうけ入れ、別個の表現様式を提案している。後出註 (17) 参照。

(15) 一般校訂委員会の案文は次の通りである。Art. 1 a. Die Freiheit des Menschen, seine Verpflichtung gegenüber dem Nächsten und gegenüber der Gesamtheit, die Gleichheit und die soziale Gerechtigkeit sind Grundlage aller menschlichen Gemeinschaft. Ihrem Schutz dienen die Grundrechte. Art. 2. Jedermann ist frei, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (JöR. S. 56 引用)

(16) JöR. S. 57. 引用。Jeder hat das Recht auf Leben, auf Freiheit und auf Sicherheit der Person. これはボン基本法第二条第二項、第三項の成立において考慮されることになる。

(17) JöR. S. 57. 引用。Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. この表現様式がほとんどこのままに、ボン基本法第二条第一項になるのである。

(18) Bergsträßer (SPD) 議員は、道徳律 (Sittengesetz) が誇大に解釈される危険性のあること、そしてこのために無害な行為が取締をうけることになり、それはナチス時代に経験されたことであるとして反対している (JöR. S. 57)。

(19) マンゴルト議員は、道徳的な根本規定の加味されることは望ましく、また必要であるという見解をのべている (JöR. S. 57 参照)。

(20) ベルクストレッサー議員は、明確に行為の自由を表言すべきことを強調したが、多くの議員が、この人格の自由な発展という文言に満足の意を表明している (JöR. S. 57 参照)。また原則問題委員会は、その原案の第(3)項 (前出註 (8) 参照) を修正して、自由に対する制限規定を行政権のみに限定せずに、すべての国家権力を含む意味で受動態の文章に改めた。次註 (21) の第(3)項参照。

(21) マンゴルト議員は、国連の世界人権宣言草案第二二条を指摘して、生存権の保障に関する条項を採用すべきことを提案し、これが、原案第三項後段に加えられた。かくて幹部委員会で承認された案文は、次の通りである。(1) Jeder hat das Recht auf Leben, auf Freiheit und auf Sicherheit der Person. (2) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (3) In diese Freiheit darf nur im Rahmen der Rechtsordnung

eingegriffen werden. Keinesfalls darf das Mindestmaß der zum Leben notwendigen Nahrung, Kleidung und Wohnung verweigert werden. (4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. (JöR. S. 58 f. 引用)

(22) 一般校訂委員会の案文は次の通りである。Jedermann hat die Freiheit, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (JöR. S. 59 引用)

(23) JöR. S. 59 f. 一般校訂委員会の簡略化された案文に対抗する意味で、特に人格の自由と人身の自由の保障とに重点をおいた一般的条項としての案文を提案したが、これは採択されず、さきの人格の自由な発展を定めた案文が、現在のボン基本法第二条第一項の条文となるのである。

(24) 一般校訂委員会の見解を一部認めて、Süsterhenn (CDU) 議員の提案により、裁判手続による権利保障の一般的条項は、第一九条第四項として末尾におかれたのである (JöR. S. 60)。さらに幹部委員会の第二読会の審議のために、案文（前出註（21））は次のように変更された。(1) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, auf persönliche Freiheit und Sicherheit. (3) In diese Rechte kann nur auf Grund der Rechtsordnung eingegriffen werden. Dabei darf das Mindestmaß der zum Leben notwendigen Nahrung, Kleidung und Wohnung nicht verweigert werden.（第(2)項は、そのまま）(JöR. S. 60 f. 引用) 身体の不可侵と、自由のみならず、すべての権利の保障の主旨が採用されている。

(25) マンゴルトの反対は、単に文言上の反対で、一般的な自由の保障の主旨は、一般校訂委員会の案文の主旨とことなるところはなく、基本権の一般的な保障を実現しようとするものである。一般校訂委員会の表現様式は結局採用されたかつた (JöR. S. 61 f. 参照)。

(26) 人命の尊重と生活保障の規定をおくべきことが主張されたが、死刑の廃止以外は、刑法にゆずり、生活保障も法律にゆずることで削除された。しかし生存権の保障を憲法上考えないというのではなくて、その基本方針は、人間の尊厳のなかに含まれているのであり、具体的な実施の方針は、法律にゆずられたのである。かくて幹部委員会の決定した最終案は、次の通りである。(1) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, auf persönliche Freiheit und Sicherheit (2) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Personlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (3) In diese Rechte kann nur auf Grund der Rechtsordnung eingegriffen werden. (JöR. S. 62 引用)

(27) 一般校訂委員会は、なお右の案文を簡略化して、これを二項目にまとめ、人格の安全の意味が不明確であるから、これを除き、その主旨は、自由な発展のなかに含まれていると主張した。そして右の第三項を第二項の後段として、全体を二項目にすることを提案した (JöR. S. 62 参照)。

(28) 五人委員会は、さきの幹部委員会の第二読会の案（註26）を採用して、右の一般校訂委員会の案は採用しなかつた。これにもとづいて、さらに第三読会で、右の第二読会案の第(3)項における „kann" を „darf" に、また、„auf Grund der Rechtsordnung" を „auf Grund eines Gesetzes" に変更した。そして第四読会で、第一項の „anf persönliche Freiheit und Sicherheit" が削除されて、これが現在のボン基本法の条文のように二項目にまとめられたのである (JöR. S. 62 参照)。

三　人格の自由な発展に関する宣言の意義

ボン基本法第二条第一項は、前述のように基本権保障の基礎を実定憲法のなかに確立しようとする意図によつて制定されたのではあるが、その表現様式が極めて一般的多義的なものであつたために、果して右の条項が、独自の基本権の成立を認め、その保障を直接に根拠づける意味をもつものであるか否かは、条文上必ずしも明らかではなく、将来同条の解釈について、困難な問題を発生せしめる原因となるということは、すでに制定の当初からいわれていたことである。[1] そこでかかる問題を考察するためには、本条における人格の自由な発展に関する宣言の意義を理解することが必要である。

一　基本的な価値としての自由の宣言

ボン基本法は、第一条第一項の人間の尊厳と本条における人格の自由な発展の宣言とによつて、人間の尊厳の価値に直結するかかる自由が、基本法の体系を支える最も基本的な価値であるということの決定を下しているものであるとみることができる。[2] すなわち人格の自由な発展は、人間の尊厳の価値を人間の社会生活のなかに実現すべき各人の実践活動を総括的にとらえた観念であり、抽象的静態的に把握された観念である人間の尊厳の価値に対して、人格の自由な発展としての各人の行為は、尊厳の価値の動態的な現れであるから、[3] 両者は不可分の結合関係にあるのであつて、人格の自由な発展の保障は、根源的には人間の尊厳の保障につながるものである。従つて人格の自由な発展の保障をもふくめて、ボン基本法におけるすべての基本権の保障は、第一条との関連において考察されるべきものであり、[4] ここにボン基本法は、かかる自由が基本権の保障体系の根源ともいうべき法的価値であるという信念と、人間の尊厳の価値の主体たる人格としての人間像とを宣言しているのである。[5] この意味で第二条第一項は、第一条第一項と相まつて、ボン基本法の存立の基礎ともいうべき根本規範を確定したものであり、基本権に関する価値体系の基礎を定めたものであるとみることができる。[6] しかもこのことはさきの制定

事情からも明らかであつて、[7] 憲法制定者の意図は、かかる価値体系の積極的な基礎づけをすることにあつたのであり、このような事情が考慮されて、後にのべるように、ここに包括的な一個の基本権の観念の成立が認められているのである。すなわち有力な反対説[8]があるにも拘らず、多くの学説や判例は、第二条第一項の宣言は単に一般的な基本原理を定めただけではなく、人格の自由な発展の権利として表示された包括的な統一的な基本権を認めて、その保障をも直接に定めた主旨のものであると解釈するようになるのである。[9] かくてボン基本法は、そのとるべき思想的な根拠として、人間性およびその自由の尊重の精神を、積極的に憲法の前面に打出し、ボン基本法の制定目的と、基本権の保障の窮極の目的が、かかる精神の実現にあることを示しているのである。

ところで右のような人格の自由をもつて根源的な法的価値とみる思想は、伝統的な個人主義・自由主義思想につながるものではあるが、しかし制定過程で憲法制定者達が強調していたように、ボン基本法のこの宣言は、これまでの自由主義思想とはことなつた新たなものを実現しようと意図するものであつた。[10] まず自由の宣言は、これまでの権力主義的な全体主義の思想を排除するものであることはもちろんであるが、他面において個人の利益をもつて絶対的なものとする極端な個人主義をも否定する意味をもつのである。すなわち各人の固有の価値を全体のなかに埋没せしめてこれを否定し、個人をもつて集団生活のなかにおける単なるロボットとしての存在理由しか認めなかつたナチス独裁の誤つた全体主義思想に対する反対[11]が、かかる自由の宣言の第一の理由である。しかし個人の自由をもつて最高の価値であると決定するにしても、それは社会生活から遊離した抽象的な孤立した、現実の社会生活のなかには実在し得ないような人間像を根拠にした古い自由主義思想を、復活させようとするものではなく、共同社会の現実の生活における人格形成の主体としての人間像を根拠にした人間尊重主義を宣言しているのである。[12] 特にこの思想を強調して、高度の倫理道徳的な価値観のもとに人格主義（Personalismus）を主張したのはペータース[13]であるが、彼は、西欧的な倫理道徳的な観念の実現である真の人道主義（Menschentum）の思想的な

根拠から、民主主義は右のような人格主義の価値観によつて支えられていなければ無意味なものになつてしまうということを強調した。すなわち憲法が右のような価値的な基礎によつて支えられることなく、ただ相対的な多数によつてすべてが決定されるという形式主義的な観念が、さらにはまた憲法の領域から価値判断というものをまつたく排除してしまつた価値中立的な考え方が、ドイツにおける民主主義の運営を誤らせた主な原因であることを指摘し[14]、ボン基本法が人間の尊厳に関する人権をもつて、すべての人間共同社会の基礎的な価値であることを承認したことは、かかる形式主義からの転換を意味するもの[15]であると説く。そしてこの基本的な価値を支えるものは右のような人格を形成することの主体たる人間であり、共同社会における責任ある人間の人格像がすべての社会生活の基本であることを強調するのであるが、かかる人格の価値の宣言は、個人の価値を無視する全体主義や個人を絶対視する個人主義の両極端を排除して、人格主義の中道を宣言したもの[16]であると解釈したのである。

なおこのようなボン基本法の根本思想は、その制定過程からもうかがうことができる。すなわちボン基本法の制定に多くの影響をあたえたバイエルン州憲法第一〇〇条およびこの表現様式をとり入れたヘ草案第一条は、「人間の人格の尊厳（Würde der menschlichen Persönlichkeit）」という表現様式を用いていたのであるが、この主旨は、ボン基本法第一条第一項および第二条第一項にうけつがれているのであつて、人間の尊厳および人格の自由な発展についての価値は、右のような人格的な価値を基礎とし、その発展を保障するものであると考えるべきものである[17]。従つて第二条第一項後段の他人の権利、憲法秩序、道徳律の三つの基準による自由の本質的な限界の表示は、人格的な価値の把握されるべき基準を与えているのであり、これによつて露骨な本能的な事実上の利益を排除しているのである。確かに条文の表現様式は、制定過程にしめされるように、種々変更されてきたのであるが、人間の共同社会の生活における人格的な価値の現実的な現れとしての自由を、一般的包括的に保障しようとする憲法制定者の意図は、根本的には最初から変りはなかつたものである。かくて人格の自由な発展は、個

別的な相互に孤立した人間について考えられるものではなく、社会生活の現実のなかで実践的なものとしてとらえられなければならない。[18] すなわち自由の保障は抽象的な理念ではなく、常に現実的な実現の可能性をもつたものでなければならないのである。[19] この意味で人格の自由な発展は、ペータースが主張するように、人格の核心ともいうべき哲学的倫理的な価値の範囲に限定されるべきものではなく、後にのべるように、[20] 人間のすべての活動との関係において考えられるべきものである。

二　基本法における人格の観念

右のように理解された人間の人格的な価値とはいかなるものであるか。人間およびその人格の尊厳というような道徳的倫理的な観念を実定憲法に導入することについては、制定当時より多くの異論のあつたところであるが、[21] しかしそれが、人格（Persönlichkeit）の自由な発展の権利として憲法に宣言された以上は、法的な概念としてもこれを解明する必要があつたのである。しかし人格の法的な観念として、それが何を意味するかということは、制定の事情からは必ずしも明らかではなく、ただ思想的にはキリスト教的な人道主義による人生観社会観倫理観が、多くの影響を及ぼしていたことが推測される。例えばデューリッヒは、人格の観念はキリスト教的な哲学の人生観社会学倫理学からみれば、すでに確立された概念であり、これにもとづく人格概念が、ボン基本法に導入されていることを指摘し、これによつて精神的な面からとらえた自由の主体としての人（Person）の観念[22]を説明している。またヴィントリッヒも、精神的な自己決定および環境形成の主体としての人格[23]を強調したのである。特にペータースは、人間の固有の天性とその自主的な創造活動の主体としての人間に、人格の概念の本質を求めて、その観念は、前述のように西欧の文化観念によつて決定される真の人道主義によつて確定されると考えている。[24]

ところで人格の観念は、元来本質的には哲学的なものであるから、その解明のためにはより多くのものを哲学的神学的な人間性の分析に期待しなければならないが、法学的にみた実定憲法上の人格の観念は、ヴィントリッヒやデューリッヒも右

に指摘しているように、現実的な実在としての人間に認められる統一的な人間活動の主体性そのものによつて構成されなければならない。[25] すなわち理念的には、高度の倫理道徳的な人間像を考え、これを人格の評価の基準とすることも可能であるが、しかし法的にその保障の対象となる人格の観念は、かかる高度の水準にあるいわゆる人格者といわれるべき者にのみ認められるような人格的な価値をいうのではなくて、実在としてのすべての人が当然に備えている各人の固有の価値としての天性をそのままにとらえた観念である。しかしそのことは、人間の露骨な動物的な姿を是認することではなく、法的にも理性的な人間像を把握しようとするものであることはもちろんであり、従つて右のような高度の段階にある人格の道徳的な理念像は、法的にも重要な意味をもつものであることはいうまでもない。すなわちかかる理念的な最高の価値がとらえられているからこそ、これにもとづいて人間の行為に関する法的な判断の基準を導き出すことができるのであるから、倫理道徳的な高度の水準においてとらえられた人格的な価値は、法的にも無視できないものである。しかし実定憲法が、その保障の対象としてとりあげた人格の自由な発展とは、右のような理念的価値の宣言に止まるものではなくて、法的には各人の具体的な現実の生活活動の姿をとらえた観念であり、各人の行為の自由を広く保障しようとする主旨のものであるから、理念的な価値を強調するのあまりに、高度の道徳的な人格観念をそのまま法的なものにおきかえて、この範囲のみに一般的な自由権の成立を限定することは、かえつて憲法によつて保障されるべき各人の基本権の享有の範囲を極度に狭めてしまう結果になるのである。この点は後にのべるように、さきのペータースの人道主義的な人格核心説が批判されている点である。[26] 憲法が基本権の保障を定める法的な理由は、道徳的な理念の領域において考えられる価値の尊重を単に宣言することだけではなくて、その価値が人間の社会生活のなかに各人の自由な活動を通じて実現されることを擁護しようとするのであるから、このような基本権の主体としての人間について考えられる人格とは、あくまでも法的な観点からとらえた現実的な人格であり、各人の具体的な人間性そのものを表示するものであると考えるべきである。

三　平等原理との関係

人間の尊厳は、人格の自由のほかに平等の観念をも根拠づけるものであるが、ペータースは、人格の自由な発展の宣言をもつて、自由の保障が平等原理に優先する主旨であると説明している。その理由として、彼は人格の自由が人間の尊厳にまず第一に結びつくものであるとし、ボン基本法の基本権の体系は、自由思想に重点をおくもので、かえつて形式的な平等主義には対抗するものであるとしている。[27] またデューリッヒは、自由な発展ということは平均化された平等ではなくて、自由な発展の可能性の平等すなわち自由の享有の機会の均等と結びつくものであり、人格の自由な発展の可能性は平等であるとしても、その実現の結果においては各人によつて種々の相違がみられるのであつて、この相違を認めることは、基本権の価値体系に矛盾するものではない[28]と考えている。ペータースは自由思想を平等観念に優先させることによつて、特定の平等思想特に共産主義思想を排除しようとしたのであるが、[29] このような特殊な平等思想は別として、人間の尊厳の尊重ないしは正義の原理に直結する平等原理を考えた場合に、自由と平等との間にかかる優劣関係が果して存在するか否かは、疑問のあるところである。すなわち、ボン基本法のとる自由思想は、旧自由主義の復活ではなくて現代的な自由の保障を意図するものであり、ペータースも指摘しているように、社会的法治国家の原理との関係において自由が考えられなければならない[30]が、その場合には自由の保障は、実質的な平等の実現の要求を無視することができない。自由の一般的条項が、ボン基本法第三条の平等条項の先にその条文がおかれているという形式的な理由で、自由の保障が常に平等に優先すると断定することができないのはもちろんであるが、また自由の保障のみが、常に優先的に人間の尊厳の尊重の主旨に適合するものであるとはいえないのであつて、現実の問題として、自由の保障の手段をとるか、実質的平等のために自由制限の措置をとるべきかは、結局いずれが人間の尊厳の尊重の主旨に適合するかを、具体的な諸条件のもとで選択しなければならないものである。ボン基本法第二条をもつて、一般原則として自由が常に平等に優先することを宣言したものであると解釈することはできない。

四　自由の本質的な限界

人間の尊厳およびこれにもとづく人格の自由な発展を、右にのべたように人間の共同社会の生活のなかにある価値とし、各人の人格形成の能力として理解するならば、かかる自由は、本質的に無制限な人間の活動の自由を意味するものではない[31]ということになる。ボン基本法第二条第一項は、まず同じ共同社会の構成員たる他人の権利との関係において、相互の利害関係の調整均衡の要求から、第二に共同社会の法的な基本的な価値との関係で憲法秩序により、また第三には社会の道徳的な価値との関係から道徳律による自由の一般的な制限を明示しているのである。これらの制限は、人格の自由の本質からみれば自明のものであるとされているが、実際には、他人の権利との比較衡量は、いかなる判断の基準によつてなされるべきものであるか、また憲法秩序とは、憲法にもとづく法律秩序全体をいうのか、または憲法に直接に表示された基本的な法秩序ないしは憲法原理の意味であるのか、さらに道徳律とは具体的にいかなる規範を意味するものであるか、不文の道徳基準による直接の基本権の制限をも認める主旨であるか否か、これらの点については、また多くの問題点が存在するので、別個に考察する予定である。

そこで本稿では、かかる自由の本質的な限界の宣言に関する一般的な意義をとり上げるに止めておきたい。すでに制定当時において、かかる限界は、法的には当然のことで敢えて規定するまでもないことであり、これを憲法に条文化することは、かえつて自由の広い範囲の保障を狭める結果にもなりかねないとして反対のあつた[32]ところであるが、この一般的な宣言は、基本権の保障とその限度を正しく解釈し判断するための基準を定めたことに意義があるとされている[33]。ボン基本法は個々の基本権に関する条項において、それぞれの制限を別個に定めているのであるが、このような限定の表示されていない基本権の享有については、その価値判断の基準をこの一般的条項によつて与えているわけである。立法技術の面からみれば、かかる判断の基準は、明確にしかもなるべく具体的に詳細に表示されるべきものであるが、しかし人間の活動の自由を、す

べてにわたつてもれなく個々の基本権として列挙することは、人間の社会的な活動の複雑さのために不可能であると同様に、社会生活の規律にとつて必要な基本権の限界のすべてのものを表示することも不可能である。[34] いきおいかかる一般的な宣言によつて、基本権の限界をしめすよりほかに方法がない[35]ことになる。従つて、個々の基本権に特定の制限条項が付せられていなかつたとしても、それは無制限な自由の享有が認められるということではなくて、右のような本質的な限界の存在することが確認されなければならない。

しかし右のような本質的な限界がしめされているとしても、この限界を安易に拡張して、ボン基本法は、すべての基本権について本条項にもとづく法的制限を広く認めているものであると理解してはならない。すなわち人格の自由な発展とその制限との対立の場合には、さきの自由の価値の宣言から判断して、個人の責任ある自由の行為が優先的に考慮されるべきであり、ここに疑わしきは自由に有利な推定の原理（indubio pro libertate; praesumtio pro libertate）が、解釈の基準として掲げられているのである。[36] かくてこの限界づけによつて排除されるべき基本権の濫用というのは、共同社会における基本権の本来の価値を自ら喪失せしめるような場合をいうのであり、共同社会の秩序の維持にとつて必要最少限度の規律をもあえて無視するようなものを排除しようとするのである。かくてこの第二条の一般的条項は、基本権としての自由の保障の価値を宣言するとともに、法の一般原理にもとづく自由の価値の限界づけをしめすものである。

五　基本権の包括的な保障

右のような一般的な自由の保障の宣言は、基本権の包括的な遺漏のない保障を宣言するものである。すでにG・イエリネックがのべたように自由はそれ自体不可分のものとして把握された統一的な観念[37]であり、各条項に表示された自由の保障は、その具体的な部分的な実現であると考えられているのであるから、基本権の保障は、この限定的な憲法に明示された部分の自由に止まるものではないのであつて、人格の発展の全領域にわたつてその自由を保障しようとするものである。この

一般的な宣言は、人格の発展に関する自由が包括的な観念であつて、いかに個別的な自由の保障を詳細に列挙しても、自由の全体をもれなく表示し包含することは不可能であることを承認するとともに、条文化されていない自由の部分をもふくめて、人間の人格の自由な発展に関するすべての生活活動を、包括的に一体として保障しようとするものである。[38] 人間の自由は、多くの場合、具体的にはいずれかの個別的な自由の範疇に包摂されることになるであろうが、さきの海外旅行の自由のように、ボン基本法の条文に直接その根拠を求めることができないような自由の保障については、本条の一般的な保障が考慮されるのであつて、一般的な自由の保障の宣言は、個別的な自由の保障と競合し衝突すべきものではない。すなわち逆に個別的な自由の保障によつては網羅することのできなかつた自由の部分についても、憲法上の保障をもれなく確保しようとする主旨のものである。このことは制定過程からみても明らかであつて、憲法制定会議の原則問題委員会の案文では、後にボン基本法第一九条第四項となつた裁判による保障手続の一般的条項を包合していたのである。[39] すなわち実体法としての基本権保障の一般的条項と並べて保障手続の一般原理を、基本権の章の冒頭に掲げていたのである。ここに包括的な観念としての基本権が第二条第一項によつて成立するのであつて、それは単に事実上の利益が掲げられたのではなく、国家権力による侵害に対しては、裁判手続によつてその救済を求める請求権としての公権（Subjektives öffentlichen Recht）の成立が認められることになる。この点については、次にのべる。

(1) Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950, S. 26 f.

(2) Maunz-Durig, Komm. Art. 2, Abs. I. S. 3; Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. S. 7 ff.

(3) Nipperdey, GR IV 2, S. 742, 760.

(4) Klein, Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 8. (VDSLL. 8) S. 86, 123; ders. Mangold-Klein, Komm. S. 164.; Maunz-Dürig, Komm. S. 3; Wintlich, Fests. f. Apelt, S. 1 f., 4 f., 7; Peters, Fests. f. Laun, S. 678; Durig, JR. 1952. S. 259 f.

(5) Dürig, JR. 1952. S. 259 f.; Wintlich, a. a. O. S. 1 f.; Peters, a. a. O. S. 672 f.

(6) Nipperdey, a. a. O. S. 742; Maunz-Durig, Komm. S. 3 ff.

(7) JöR. N. F. Bd. 1. S. 54 f., 59 f., 62.

(8) Klein; Haas; Wehrhahn; Wertenburch 等が反対しているが、次章で説明する。

(9) JöR. S. 54 ff. 57, 59, 61 f.; Durig, JR. S. 259 f.; Krüger, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, Neue Jnristische Wochenschrift (NJW), 1955, S. 201 f. なお前出一、序言註（4）参照。

(10) JöR. S. 54, 55 f. 特に立法権に対する憲法上の拘束をもふくめて、基本権の総括的な保障を広い範囲において実現しようとするものであつた。Nipperdey, a. a. O. S. 742.; Dürig, JR. 1952, S. 259, Mangoldt-Klein, Komm. S. 163.

(11) JöR. S. 54 f. 59 f.; Dennewitz-Wernicke, Komm. Erl. zu Art. 2, S. 2.

(12) Dürig, JR. 1952, S. 259. Wintlich, a. a. O. S. 1 f.

(13) Peters, a. a. O. S. 669 ff.

(14) Peters, a. a. O. S. 669 f.

(15) Peters, a. a. O. S. 672.

(16) Peters, a. a. O. S. 672.

(17) JöR. S. 54 f., 57; Peters, a. a. O. S. 672, 678.; Mangoldt-Klein, Komm. S. 164 f.; Dürig, JR. S. 260; Maunz-Dürig, Komm. S. 3.

(18) Dürig, JR. S. 259.

(19) Dürig, a. a. O. S. 259. ボン基本法の制定に際して、理念的には意義のあることでも、実現性のないことは、条文化しないという現実的な考慮のなされていたことを指摘している。

(20) 次章の二（一般的な自由権の保障）参照。

(21) JöR. S. 49 f. 特にトマ教授は人間の尊厳という観念は、法的なものではないとしている。また人格の自由な発展という表現についても異論があつた（JöR. S. 57）。

(22) Dürig, a. a. O. S. 260 f.

(23) Wintlich, Fests. f. Apelt, S. 1 f.

(24) Peters, Fests. f. Lann, S. 670 f., 673.

(25) Wintrich, a. a. O. S. 1 f., 4; Dürig, a. a. O. S. 259, 260.

(26) 次章の二（一般的な自由権の保障）参照。

(27) Peters, a. a. O. S. 671 f.; Nipperdey, GR IV 2, S. 765.
(28) Maunz-Dürig, Komm. S. 3.
(29) Peters, a. a. O. S. 672.
(30) Peters, a. a. O. S. 671.
(31) Maunz-Dürig, Komm. S. 4; Wintlich, a. a. O. 4 f.; Peters, a. a. O. S. 674 ff.; Nipperdey, a. a. O. S. 765 ff., 780 ff.
(32) JöR. S. 54 f., 56, 57.
(33) Mangold-Klein, Komm. S. 161, S. 163 f., 167, 175 ff.; Maunz-Dürig, Komm. S. 3 ff., 5, 7, 8 ff.; Nipperdey, a. a. O. S. 744 f., 758 ff.
(34) Maunz-Dürig, Komm. S. 3 f., 7 ff.
(35) Maunz-Dürig, Komm. S. 5.
(36) Wintrich, a. a. O. S. 6; Maunz-Dürig, Komm. S. 5; Nipperdey, a. a. O. S. 760.
(37) G. Jellinek, System. S. 81 ff., 87, 94 ff.; ders. Allg. Staatsl. S. 419 f.
(38) Maunz-Dürig, Komm. S. 4, 7 ff.
(39) JöR. S. 55 f., 58 f., 62.

四　主要基本権の保障に関する宣言

前述のように本条は、一個の基本権を成立させるものであり、人間の尊厳の尊重と結合して人格の自由な発展は、実質的な主要基本権（Materielles Hauptgrundrecht）を形成するのであると解釈されているが、この主要基本権の観念は、さきの制定過程においてもその包括的な保障の主旨がうかがわれるのであり、学説判例も多くのものが、この観念を認めている。[1][2]

一　主要基本権の観念

この主要基本権の観念を説明したのは、クラインである。[3] 彼は、ボン基本法における基本権の保障が思想的にはワイマール憲法にもとづくものであることを指摘し、ワイマール憲法のもとで理論的に認められていた一般的な基本権の観念を、ボン基本法は、より積極的に基本権の体系のなかに導入しようとするものであると説明したのである。すなわち彼は、権利保

障の一般的条項に関する第一九条第四項の研究報告のなかで、[4]基本権の保障に関する考え方の発展についてのべ、ワイマール憲法は暗黙のうちに一般的な人格権を認めていたものであると考えられていたことを指摘した。[5]そして彼は、特にこれに関する有力な学説としてトマとカール・シュミットの見解をあげているのである。[6]すなわちトマは、G・イエリネックの包括的な自由権の観念をうけついで、法律によらなければ制限されることがないという自由の観念をもつて一般的な人格権とし、これをワイマール憲法のもとにおける包括的な公権としたのであり、シュミットは、原則として制限されない個人の自由と原則として制限される国家権力との関係についての根本的な配分の原理を主張していたのである。クラインはこれらのワイマール憲法時代の学説の発展を根拠にして、ボン基本法は、かかる一般的包括的な権利自由の保障を、より積極的に進めるものであると考えたのである。すなわちワイマール憲法にはかかる一般的な基本権の保障に関する条文がなく、ただ理論的に当然のこととして一般的な保障が認められていたのにすぎなかつたが、ボン基本法第二条第一項は、これを明示的に条文化したものであり、ここに一般的な基本権が考えられると[7]説明したのである。かくてクラインは、第一条の人間の尊厳との結合において、第二条に掲げられた一般的自由権をもつて独自の基本権の成立を認めるものであるとし、これを実質的な主要基本権となづけた。[8]そして以下の条文に掲げられた個々の自由権を、右の主要基本権の個別的な実現としてとらえて、これを特別基本権とよび、これに対して第一九条第四項は、基本権の一般的な保障手続を定めたものであるが、ここに形式的な主要基本権が成立すると[9]考えたのである。クラインの右の見解に対しては、第一条および第二条第一項は、あくまでも、法治国家の原理の宣言に止まるものではないかという反対意見[10]もあつたが、その後の傾向として多くの学説判例は、前述のようにこのクラインの見解を支持するようになつたのである。[11]

しかしクライン自身は、その後この見解を変更して、人間の尊厳や人格の自由な発展は、基本権の保障に関する一般原理を宣言するものではあるが、そこに独自の基本権の成立を認めるものではなく、実質的な主要基本権の観念というものは成

立しないとしている[12]のである。その理由として、彼は、ボン基本法の基礎を形づくるかかる一般的な指導原理をもつて、具体的な権利の成立を根拠づけ、卑俗な権利主張のために軽率にこれを援用することは、かえつて右の条項の基本原理としての価値を低下させることになるということ、しかもかかる一般原理の内容の不特定性、および不明確性というものは、具体的な基本権の成立を根拠づけるには適していないということを指摘している[13]のである。クラインが、右のように見解を変更して、一般的な主要基本権の観念を否定するにいたつた理由は、彼が多くの実例をあげて説明している[14]ように、実際にはかかる一般的な基本権が、個人の無責任な利益主張のために濫用され、基本権の過度の主張のために法秩序の混乱を生ぜしめるような弊害が生じてきたことを考慮に入れたことにあつたのであるが、このような点から極端に一般的な基本権の成立を否定したのはハース[15]である。彼は、通説が第二条第一項をもつて独自の基本権の成立を認めるものであり、従つてこの規定は立法権をも拘束すると解釈しているのは誤であるとして、かかる見解は、国家の法秩序を破壊することになる[16]と批判した。そして特に本条項後段の自由に関する一般的な制限を重視して、この規定は国家に対する権利を認めることよりも、むしろ社会構成員が相互に権利を尊重しあうべき義務を定めたものであるとして、基本権に伴う義務を強調した「共同社会条項（Gemeinschaftsklausel）[17]」としての意味を主張したのである。

かかる一般的基本権の成立を否定する見解は、その後ヴェールハーンやヴェルテンブルッフによつても主張された。ヴェールハーンは、第二条第一項の権利保障およびその限界づけに関する一般的条項と個々の条文における個別的な基本権の保障およびその制限に関する規定との競合関係を詳細に分析して、第二条第一項前段の人格の自由な発展は、決して特定の基本権の保障を規定しているのではなく、それは広く自由権のすべての領域に妥当する一般的な客観的な憲法規範を定めたものであると理解している[18]のである。そして彼は、通説が第二条第一項の一般的条項に対して、憲法に表示されていない自由の保障をも含むという補充的な保障（Komplementärgarantie）の働きを認めていることに反対し、これによつて基本権の確定に

不明確な基準が持ちこまれることになることをおそれた。[19] しかもこの一般的条項による権利の承認は、個人の自由に対する正当な規制措置がなされた場合に、安易に一般的条項への逃げ道を提供することになると見ているのである。[20] 要するに一般的な基本権の成立を認めることは、明確に定められた個別的な基本権の保障を不明確にし、かえってその萎縮（Atrophieren）をきたすものであると反対し、あくまでも右の条項を客観的な憲法規範として把握しようとするのである。[21] またこの立場に賛成して、一般的基本権の成立に反対するのはヴェルテンブルッフである。まず彼は、第二条第一項が基本権に関する章のなかにあることを理由として基本権の成立を説明するような形式的な考察に反対し、ボン基本法第一章の条文のすべてが基本権に関するものではなく、なかにはなんらの基本権をも含まない客観的な法規範のみを定めたものの存在すること[22]を指摘した。そして特に彼は、基本権を、厳密に憲法による最上位の保障をうける権利として、しかも国家権力に対して主張されるべき公権と解し、基本権の私人相互間における第三者効力を否定するのである。[23] ただし彼は、基本権の効力を、第一条第三項の国家権力に対する一般的拘束力との結合によつて、単にプログラム的なものとはせず、実際に法的効力を認められた超国家的な権利としての効力を認めているのではあるが、[24] 第二条第一項が、このような基本権を一般的な独立の権利としてそれが成立することを承認し、しかもこの条項において第三者効力をもふくめて公権のみならず私権の成立をも認めるものであると解するならば、それはむしろ特定の権利の成立を認めるというよりは、権利の全体（Inbegriff）ないしは権利の総和を認めたということで、これは結局基本権に関する客観的な根本規範を定めたことに外ならない[25]と主張した。

以上のように包括的な基本権の観念の成立を否定して、人格の自由に関する宣言を客観的な憲法規範ないしは一般的な解釈原理としてのみ理解する見解が主張されているのであるが、やはり自由の包括的な観念からみて、第二条第一項は、単に基本原理を定めるのみならず、一般的な基本権の成立をも認めるものであると解釈すべきであろう。第二条第一項は第一条の人間の尊厳と同様に、客観的な憲法の根本原理を確立するものであるが、それは同時に憲法によつて人間の包括的な自由

に対する最高度の保障を実現せしめようとするものである。[26] しかも自由の保障は、さきにのべたようにいかに個別的な基本権に関する保障規定を詳細に定立したところで、自由の全領域をおおいつくすことができるものではなく、包括的な自由の保障を達成しようとすれば、本条のような一般的な保障規定は不可欠のもの[27]といわなければならない。またたとえ形式的な考察にせよ、第二条第一項の文言も、人格の自由な発展に対する権利ということを明示しているのであつて、そこに独自の基本権の成立することを推論しうる手掛りをあたえている[28]のであるから、クラインが最初に主張した一般的な主要な自由権をもつて実質的な主要基本権の観念を構成しようとした見解は、無内容な価値中立主義をすてて、人間の尊厳とその発展の自由をもつて憲法体系の最高の価値であることを宣言したボン基本法の主旨に、まさに適合するものであつた。確かにこのような広い範囲の基本権の把握の仕方と、これに広い範囲の保障を結びつけることは、無制限な自由ということの誤解を生ぜしめ、多くの弊害の原因となるかもしれない。しかし現実に基本権の主張の濫用があるということと、本来の基本権の価値そのものとは混同されるべきではなく、濫用という現実的な現象のために、基本権そのものの価値を狭めて考えるべきではない。ボン基本法の基本原理として、人間の尊厳の最高度の尊重の主旨からみれば、尊厳の価値に直結する実質的な主要基本権の独自の権利としての成立を認めることは、十分に理由のあるところである。特に主要基本権の観念を否定する見解は、それが不明確で、基本権の内容を確定するに適しないことをあげている[29]が、かかる一般的条項は、それにつづく個別的な基本権に関する規定に比較して、必ずしもそれより不明確であるとはいえない[30]ということが指摘されている。すなわち特に国家権力による侵害をうけない自由の領域の確定の場合には、そのような侵害をうけない国民の消極的な地位から、かかる包括的な基本権にもとづく不作為請求権の主体、その相手方およびその請求権の対象としての不作為義務の内容等は確定されるものであり、その基準としては、国家権力によるあらゆる侵害に対しては、実定法上の保障が必要であるということだけで十分であるということ、さらにまた自由に対しては、法律によつて明示的に許されているのでなければ、一切の侵害

がなされるべきではないということで、自由の内容は法的に十分に明確に決定されているのであるということ等が説明されている。[31] なお前述のように本条のような一般原理を直接に援用して具体的な権利を根拠づけることは、一般的指導原理としての価値を低下させるということが主張されたが、[32] しかしこの点については、本条は一面において人格の主体としての人間像を明確にし、人格の本質的な価値を宣言しているのであり、かつまた他面において、個人および国家の活動の基準としての価値体系を確立し、人格の価値の実現に役立つものとしての二重の意義をもつものであるとされている。[33] 従つて第二条第一項を単に基本原理の宣言のみと考えずに、それに加えて一般的な主要基本権の成立をも認めることの方が、かえつてボン基本法の基本権保障の主旨に適合するものであるというわけである。

二　一般的な自由権の保障

第二条第一項は、右のように主要基本権の成立を認めるものであると理解されているが、その内容をなすものは、主要自由権[34]（Hauptfreiheitsrecht）で次のように考えられている。すなわち人間のあらゆる生活領域における一般的な自由の総括的な観念であり、国家から不利益を課せられることなく、しかも各人の自由な意思決定によつて、すべての任意の事項をおこない、またはおこなわないということを許される権利としてとらえられた一般的な行為の自由（Allgemeine Handlungsfreiheit）ということである。[35] このように行為の一般的観念として、不作為の自由も含まれると解釈されているが、また一般的な自由として人格の自由な発展に関する第二条第一項は、これに続く個別的な基本権を定めた各条項に対して一般法としての意味をもち、[36] その憲法上の根拠を確立するものである。従つて各人の実際の自由な活動が、ボン基本法の明示する個別的な基本権のいずれかに該当するならば、これに関する当該の規定が優先的に援用されるべきものではあるが、[37] 前にものべたように、そのいずれにも包摂され得ないようなものについては、第二条第一項の一般的自由権の観念にもとづく憲法上の保障が認められることになる。[38] この意味で、人格の自由な発展の権利は主要基本権といわれるものであり、また憲法上の保障の空白を

もれなく充塡するものであるところから、補充の権利[39]（Auffangrecht）としての役割を果すものであるとされている。

右のように一般的な基本権に関する本条は、個々の基本権に関する条項に対して一般法としての意味をもつものではあるが、しかし種々の個別的な自由権の特殊性を無視して、これをかかる一般的な自由権の観念のなかに吸収してしまおうとするものではない。[40]すなわち一般的な自由権およびこれに伴う一般的な限界づけを定めた第二条第一項は、一般法として当然にそのまますべての個別的な自由権に適用されるというのではなく、個々の自由権の成立に関する特別な歴史的な事情と経験とをとおして考えられる個々の自由の内容およびそれに関する限界づけの特殊性を考慮しなければならないのであつて、すべてを第二条第一項の一般的な自由の観念と限界づけによつて統一するという主旨のものではないのである。それ故にこの一般的条項を基準として、個別的な自由権に関する条項にそれぞれ定められている個々の自由の内容やその限界を左右させるということは、当然には許されないのである。確かに個別的な自由は、一般的な自由の具体的な現れではあるが、同時にそれぞれの独自の特殊性をもつものであり、また一般的な自由権は、個別的な自由権の単なる総和ではなく、[41]主要基本権としてまた補充的な権利としての独自の意義を有するものである。従つて個別的な基本権に関する各条項の規定は、まつたく第二条第一項の主旨を、そのままに具体化したものであると安易に考えるべきものではないとされている。すなわちまず個別的な自由権に対する制限は、一般的条項に示された制限の三箇の基準の限度に止まるものではないということであり、基本権の本質が害されない限りにおいて、各基本権に関する限界づけは、それぞれの特殊性に応じたものが考慮され、必ずしも第二条第一項後段の場合に限定されるわけではない[42]のである。また逆に一般的自由権に関する右の限界づけは、そのまま当然に同じものとして個別的な自由権にも適用されるということではなく、個別的自由権の性格によつては、一般的自由権の場合よりも強い保障が考慮されなければならないこともある。すなわち個別的な基本権に対する制限として、一般的自由権に対する制限よりも程度の軽いものが個々の条項に定められているような場合または特に制限が定められていないよう

な場合に、右の第二条第一項の定める三箇の一般的な限界づけの限度まで当然に制限を強化することができるという意味ではなく[43]、これらの個別的な自由にはより高度の憲法上の保障が認められなければならない。しかし第二条第一項の一般的条項は、基本権の保障体系における価値的な基本原理を定めるものであり、自由権に関する解釈の指導原理を表示しているのであるから、一般法としての特質を有するものであるといえるが、このことを根拠にして、右にのべたように個別的基本権の特殊性を無視すべきものではないのである。かくて右のような場合に、一般的条項は、憲法上明示されていない自由に対する憲法上の保障を確保することによつて、その欠陥を補充するものであり、また特に限界の表示されていないような個別的な自由に対しては、無制限な自由を認められているという誤解をさけて、当該の自由本来の責任と内在的な限界のあることを示す意味で、一般法としての意義を有するものである[44]。従つて特に自由に対する限界が不明確な場合には、一般的な自由権の保障は、前にものべたように、自由の保障に有利な推定の原則を採用することの主旨をもつものであるから[45]、一般的な制限を安易に必要以上に拡張することは、右の主旨に適合するものではないのである。

ところで人格の自由の高度の価値を強調するために、この一般的自由権の成立する範囲を、人道主義的な高度の倫理的な領域に狭く限定しようとする見解が主張された。すなわちペータースは、前述のように人格の自由な発展をもつて、ボン基本法における一つのイデオロギーの方式化としてとらえ、これを西欧の文化観念の意味における真の人道主義の実現として理解した[46]のである。従つて彼は、人格の自由な発展の権利を、人間のすべての活動の自由について成立するものであるとは考えず、これを人道主義的な人格の現れとしての高度の倫理道徳的な水準にある人間の活動の範囲に限定して認めるのであり、逆にかかる権利を人間の日常卑近な生活活動の全般に無意味に拡張することは、真の人格権の価値を下げることになる[47]と主張した。これによれば、人格の自由な発展の権利は、単に国家権力からの自由の権利と同一のものではなく、より高度の価値的な意義をもつ[48]ものであり、従つてこれよりも低い段階にある日常の現実的な社会活動および経済活動に関する自由[49]

の多くのものが、この人格的な自由権の範囲から除外されることになるのである。すなわちこのような人格の高度の範囲に限定して考えてみると、人格の自由な発展に対する憲法上の保障は、人間の尊厳の核心的な価値を害するような侵害の場合にのみ初めて認められることになり、結局第二条第一項は、現実の人間の行動に関する判定の基準を定めたものではなくて、倫理的な人格形成の理念を掲げたものであるということになる。[50] このために人間の一般的な活動の自由は、基本権としての憲法上の保障の範囲からのぞかれて、一般的な法律の留保のもとにおかれることになり、常に法律の定めるところによつて制限されることがあり得るという結果[51]になる。しかしこれに反して一般的な行為の自由を人格の自由な発展の権利とみる見解によれば、一般的な行為の自由は、第二条第一項の定める他人の権利・憲法秩序・道徳律の一般的な制限を理由としてのみ法的な規制をうけるということで、[52] それ以上の制限は排除され、当然に一般的な法律の留保のもとにおかれるわけではない。このように両者の見解によつて結論がわかれてくるのである。

人格の自由な発展の根本的な意義は、右のように高度の倫理的な観念によつて価値づけられたものであるが、かかる倫理的な価値の日常生活のなかにおける現実の実践的な発展を考慮した場合に、法的には人格の自由な発展を理念的な核心の範囲のみに限定することは、かえつて現実的に無意味なことになつてしまうであろう。[53] すなわち右のような理念的な価値は、人格の自由な発展の方針を確定する意味で重要であり、各人の活動に対してその指針をあたえることになるが、人間の一般的な活動の自由の保障を、右のような理念的な人格の核心の範囲に限定するということになると、人間の現実的な活動のほとんどすべてのものが、その保障をうけられないということになつて、第二条第一項の規定は、日常生活においては実益のないものとなるからである。従つて人格の自由な発展ということは、人間の現実の行為一般をふくめたものであり、人格(Persönlichkeit)とは、法的には一般の人(Person)に外ならないと考えられている[54]のである。この自由の広範な一般的な保障の主旨は、制定過程で説明されたように、全体主義の極端な人間性の否定の観念に対抗して、積極的に人間の尊厳を保障し

ようとするのであるから、右の全体主義思想を排除するためには、理念的な人格の核心的な観念に限定して自由を考えるよりも、広く人間の自由を認めることの方が効果的であるということが主張されている。[55]

人格の核心的なものの保障の観念は、確かに高度の理念的な価値を出発点とし、高度の精神的文化的な生活領域の自由を考えているのであるが、しかし法的にもこの範囲に限定する意味のものであるとすれば、第二条第一項後段の一般的な制限というものは無意味な規定ということになる。すなわち憲法裁判所の判例もいうように、そのような高度の人格的な行為について、それが他人の権利を侵害し、憲法秩序道徳律に違反するということは考えられないからである。[56] この制限は、単なる自明の倫理的な規範としての制約を表示したのではなくて、相互の権利主張の衝突に際して、これを判定すべき法的基準を定めたものであるが、これをボン基本法が明示しているということは、人格の自由な発展の権利が、そのような衝突を生ずる可能性を有する一般の人間の行為を内容とするものであることを推測せしめるものである。しかも、このような一般的な制約のもとにある自由は、これを広く認めたとしても、かつての個人主義自由主義思想が誤解して主張していたような、無制限の自由を根拠づけることにはならないのであり、個人の絶対化を認めるものではない。[57] かくて人格の自由な発展は、人間の高度の文化的精神的な生活の範囲に限定されるものではなく、経済活動の範囲をもふくめて、広い範囲の自由がここに認められるべきである。第二条第一項は、「人格への自由な発展（freie Entfaltung zur Persönlichkeit）」ということではなく、また「自由な人格の発展（Entfaltung der freien Persönlichkeit）」でもなくて、「人格の自由な発展（freie Entfaltung der Persönlichkeit）」の権利[58]として、発展の活動に関する自由が保障されているのである。この意味で一般的な自由権の保障は、人格の倫理的に高度な核心の部分に限定されるのではなくて、すべての人間について通常考えられるべき基本的な自由について、これを広く保障しようとする主旨である。

（1）JöR. S. 59 f., 62.

(2) Nipperdey, GR IV 2, S. 742 ff.; Maunz-Dürig, Komm. S. 5 ff. 一般的な基本権、一般的な自由権、主要自由権と表現様式はことなるが、包括的な一個の基本権の観念が認められている。前出一、序言註(4)参照。なお Giese-Schunck, Grundgesetz (Komm.) 5. Aufl. 1960. S. 14.

(3) Klein, VDStL. 8, S. 85 ff., 123.

(4) Klein, a. a. O. S. 67 ff.

(5) Klein, a. a. O. S. 84 f., 87, 123.

(6) Klein, a. a. O. S. 84 f.

(7) Klein, a. a. O. S. 85 ff., 123.

(8) Klein, a. a. O. S. 85 f.

(9) Klein, a. a. O. S. 85 f., 88.

(10) Abendroth, VDStL. 8, S. 161 f. (162). 彼はクラインの報告に対する討論のなかで、本条は、根本原則を定めるのみであるということを主張した。なお Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 4. 1953. S. 98. ショイナーは、トマやクラインの主張する一般的な自由権や主要基本権の観念に反対し、このような一般的な観念は、客観的な基本原理に外ならず、基本権は明確な具体的な内容を有するものである。そして基本権の核心をなすものは、人間的な人格であり、これを保護することではあるが、その救済をもめる形式的な請求権が、基本権の核心をなすものではないとして反対するのである。

(11) 前出註(2)、なお一、序言註(4)参照。また Dürig, JR. 1952, S. 260 f.; Krüger, NJW. 1955, S. 201 f.

(12) Mangoldt-Klein, Komm., S. 161, 164, 167 ff. クラインは、第一条第一項もまた一般原理のみを定めるものであるとする。しかし第二条第二項の人身の自由は、具体的な基本権についての規定であるとしている。

(13) Mangoldt-Klein, Komm. S. 167, 168 f.

(14) Mangoldt-Klein, Komm. S. 161 f.

(15) Haas, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 1954, S. 70 ff.

(16) Haas, DÖV. 1954, S. 70.

(17) Haas, a. a. O. S. 71.

(18) Wehrhahn, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. I des Grundgesetzes, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 82. Bd. S. 250 ff., 272.

(19) Wehrhahn, a. a. O. S. 257 f., 263. 268.

(20) Wehrhahn, a. a. O. S. 258 f., 263, 268 f. この見解に対する批判は、Maunz-Dürig, Komm. S. 7.; Nipperdey, GR. IV 2, S. 763 f. ナヒール

ーンは、かかる一般的な規定は、個々の権利に関する特別な制限の集積とみるのである。

(21) Wehrhahn, a. a. O. S. 262 f., 267 ff., 272. この点についての批判は、特に Maunz-Dürig, Komm. S. 7 のデューリッヒの見解参照。

(22) Wertenbruch, Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. 1 GG. Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl). 1958, S. 481. この点についての批判は、Nipperdey; a. a. O. S. 744 f.

(23) Wertenbrnch, DVBl. S. 483; ders. Grundgesetz und Menschenwürde, 1958, S. 30 f., 93, 132 この批判は、Nipperdey, a. a. O. S. 745 ff.

(24) Wertenbruch, DVBl. 483 f.

(25) Wertenbruch, a. a. O. S. 482, 484, 486.; ders, Grundgesetz. S. 127 ff. ヴェルテンブルッフは、権利の意味を狭く解し、特定の請求権として、その内容が明確に把握し得ないものは、権利の観念から除外するのである。

(26) 一般的な基本原理を確立する条項が同時にまた独自の基本権の成立をも根拠づけることについては、Maunz-Dürig, Komm. S. 7, 58 ff. 参照。デューリッヒは、補充的な権利と、解釈の一般原理としての二重の性格を強調する。同主旨、Nipperdey, GR IV 2, S. 744 f., 745 f. 参照。

(27) Maunz-Dürig, Komm. S. 3 f. なお前章五（基本権の包括的な保障）参照。

(28) Nipperdey, a. a. O. S. 745. ボン基本法第二条第一項は、「人格の自由な発展の権利」と表現している。

(29) Wehrhahn, AöR. 82, 250 ff. Wertenbrnch, Grundgesetz u. Menschenwürde 1958, S. 85, 127. 特に Mangoldt-Klein, Komm. S. 168 f.

(30) BVGE. 3, S. 225 (243 f.) なおこの点については、Maunz-Dürig, Komm. S. 6 f. Nipperdey, a. a. O. S. 757, 763 参照。

(31) Maunz-Dürig, Komm. S. 6.; Nipperdey, a. a. O. S. 757 f.

(32) Mangoldt-Klein, Komm. S. 167 前出註（13）参照。

(33) Nipperdey, a. a. O. S. 758.

(34) 主要自由権の観念に反対するものとしては、Scheuner, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. IV, S. 98. しかし多くの学説がこの観念の成立を認めている。Nipperdey, a. a. O. S. 768. Maunz-Dürig, Komm. S. 7 f., 10; Mangoldt-Klein, Komm. S. 171; Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats. 1953, S. 25, Hamman, Komm. 2 Aufl. S. 78.; Dürig, JR. 1952, S. 261.; Giese-Schunck, Komm. S. 14. また判例として主要なものは次の通りである。BVGE Bd. 6 S. 32 (36 f.); Bd. 7 S. 89 (92); Bd. 7 S. 111 (119); Bd. 8 S. 274 (328); Bd. 9 S. 3 (11); Bd. 9 S. 83 (88); Bd. 10 S. 89 (99); Bd. 12 S. 341 (347).

(35) Nipperdey, a. a. O. S. 768; Mangoldt-Klein, Komm. S. 171; Dennewitz-Wernicke, Komm. S. 2 (Art. 2); Maunz-Dürig, Komm. S. 11 ff.; Maunz, Staatsrecht, S. 99.; Wintrich, Fests. f. Apelt S. 4; Wertenbruch, DVBl. 1958. S. 485. なお BVGE Bd. 6 S. 36.; Bd. 9 S. 88. 行為の概念として不作為もふくまれる。

(36) Nipperdey, a. a. O. S. 758 ff. ニッパーダイは、一般的基本権をもつて、各基本権の „Mutter“ または „Vater“ たる基本権と表現している。

また Maunz-Dürig, Komm. S. 8 f. なお BVGE Bd. 1 S. 273 f.

(37) Maunz-Dürig, Komm. S. 11.

(38) 前章五（基本権の包括的な保障）参照。Maunz-Dürig, Komm. S. 3 f.

(39) Maunz-Dürig, Komm. S. 9.; Nipperdey, a. a. O. S. 761, 762. Wintrich, Fests. f. Apelt. S. 8.

(40) デューリッヒは、第二条第一項を、個別的な基本権に関する条項に対する論理的な上位規範ではないとしている。Maunz-Dürig, Komm. S. 4 f., 8 ff.; Nipperdey, a. a. O. S. 761 f., 764 f., 765, 766, 767. ニッパーダイも一般法と特別法の関係を認めながらも、個別的な基本権の特殊性を認めている。

(41) Maunz-Dürig, Komm. S. 9.

(42) Maunz-Dürig, Komm. S. 4, 9.; Nipperdey, a. a. O. S. 766.

(43) Maunz-Dürig, Komm. S. 4, 9 f.; Nipperdey, a. a. O. S. 767.

(44) Maunz-Dürig, Komm. S. 5, 10; Nipperdey. a. a. O. S. 767 f.

(45) 前章四（自由の本質的な限界）参照。Maunz-Dürig Komm. S. 5, 10; Nipperdey, a. a. O. S. 760; Wintrich, Fests. f. Apelt, S. 6.

(46) Peters, Fests. f. Laun, S. 669 ff., 673. この見解を支持するものとして、Bachof, Freiheit des Berufs, GR III, S. 167. またフランス人権宣言の自由思想との相違を説明して、人格の自由における社会的責任を主張するものとして、Hamel, a. a. O. S. 30 ff. このような責任を強調し、自由権の成立の範囲を狭く解するものとして、Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, S. 299 f. 等参照。

(47) Peters, a. a. O. S. 673. 彼は、経済活動の自由は、このなかに含まれないとしている。

(48) Peters, a. a. O. S. 674. 単なる自由と人格の自由な発展の権利とを区別し、無制限な自由は無政府主義に通ずるものとしてこれを排除する。しかも彼は、自由の範囲の拡張よりも、その責任と限界とを強調し、法律による自由に対する広範な制限が可能であるとみるのである。

(49) 経済活動の自由が、この人格の自由な発展の権利のなかに含まれるか否かは、特に意見の対立している部分である。人格の自由な発展をあくまでも精神的倫理的文化的な範囲に限定するものとしては、ペータースのほかに、Schule, VDStL. H. 11, S. 85.; W. Jellinek, VDStL. 11, S. 124 f.; Abendroth, VDStL. 11, S. 141 等参照。しかし多くの学説判例が、経済の自由をも、このなかに含めて考えている。Maunz-Dürig, Komm. S. 12 ff. 参照。

(50) Nipperdey, a. a. O. S. 769.

(51) Nipperdey, a. a. O. S. 769. ペータースもこのように説明し、自由に対する広範な制限の可能性を認めている。

(52) Nipperdey, a. a. O. S. 769 f.

(53) Nipperdey, a. a. O. S. 770 f.

(54) Nipperdey, a. a. O. S. 770 f. ニッパーダイは人が、真の精神的道徳的な人格への発展は、各人に委ねられた自由であるとみている。また Wintlich, Fests. f. Apelt. S. 4. ヴィントリッヒは、人間の存在状態（Personsein）とその実現たる人格（Persönlichkeit）との内面的な関連の点から、人間のすべての発展的な行為を一般的な自由の範囲に含め、核心的な部分に限定されるものではないとしている。

(55) Nipperdey, a. a. O. S. 771.

(56) BVGE Bd. 6 S. 32(36). 人格の自由な発展の保障が、精神的倫理的な人格として、その本性を発展せしめるに必要最少限度のものを保障するに止まるものか、なお広い発展の自由を認めるものであるかの問題について、この海外旅行の自由を認めた判決は、広範な自由の保障を宣言したのである。その理由として、このような見解がのべられている。なおこれについては、Maunz-Dürig, Komm. S. 13; Nipperdey, a. a. O. S. 774.

(57) BVGE Bd. 4 S. 7 (15 f.); Bd. 6 S. 32 (40). なおほかに基本権の本質的な限界を判示するものとして、Bd. 2 S. 1 (12); Bd. 5 S. 85 (204 ff.); Bd. 7 S. 377 (403); Bd. 8 S. 274 (329).

(58) Mangoldt-Klein, Komm. S. 173; Nipperdey, a. a. O. S. 772.

五　結　語

これまで人格の自由な発展の保障に関する規定の一般的な意義について考察してきたのであるが、しかしこの一般的な条項の意義は、その具体的な発展との関係において考察しなければ、十分には理解できないものである。自由の限界について、またかかる一般的条項と個々の基本権に関する規定との関係について、さらには憲法に表示されていない自由の一般的な保障として、この条項が実際にどのような役割を果しているものであるかということは、より具体的な実例との関係において研究をつづける予定である。

ところで、ボン基本法に関する右のような考察の結果、日本国憲法の人権の保障についても、一般的な自由権の保障が、独自の権利として認められると考える。すなわち日本国憲法第一二条第一三条の規定は、単なるプログラム的な基本原理を宣言するのみではなくて、包括的な一般的な自由権を認めているものであり、その包括的な保障について、一般的な基本権の成立を考えることが可能であろう。日本国憲法も個人の尊重を基本原理とし、その発展の自由を広く保障しようとすること

とをもつて、憲法の基本方針としているのであるから、ボン基本法について主張された一般的な主要基本権の保障に関する見解は、わが国においても十分にこれを認めうるものであると考えるのである。

付記　本研究は昭和三八年度慶應義塾学事振興資金による研究補助をうけたものである。