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

Title	基本権の多次元的機能(一)
Sub Title	Mehrdimensional Funktionen der Grundrechte (1)
Author	青柳, 幸一(Aoyagi, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1982
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.55, No.4 (1982. 4) ,p.23- 46
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19820415-0023

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.

基本権の多次元的機能（一）

青柳幸一

はしがき
一、基本権の多次元的機能
Ⅰ、基本権の一次元的把握
(1) G・イェリネクの地位論
(2) ワイマール憲法と基本権の一次元的把握
(3) ボン基本法と基本権の一次元的把握
Ⅱ、基本権の多次元的機能……（以上本号掲載）
二、P・ヘーベルレの多次元的基本権論……（以下次号掲載）
Ⅰ、制度としての基本権
(1) C・シュミット→F・クライン→P・ヘーベルレ
(2) P・ヘーベルレの制度的基本権論
Ⅱ、配分参加請求権としての基本権
(1) 給付請求権としての基本権
(2) 手続的参加権としての基本権
三、連邦憲法裁判所の多次元的基本権論
Ⅰ、制度としての基本権
Ⅱ、配分参加請求権としての基本権
(1) 公的制度への入学許可の請求権
(2) 手続法上の権利としての基本権
むすび

はしがき

個人の自由は、社会的にそして国家的に管理される今日の状況において、生き残ることができるのであろうか。そして、どのようにしたら生き残ることができるのであろうか。

基本権[1]の理解は、一定の国家観や憲法論と深く結びついている[2]。自由主義的・市民的（形式的）法治国家観によれば、自由とは「国家からの自由（Freiheit vom Staat）」であり、市民の国家における消極的地位の表現である[3]。したがって、それによれば、基本権とは「国家から自由な領域（staatsfreie Sphäre）[4]」であり、国家権力の侵入を阻止する私的な領域の境界画定（Ausgrenzung）である[5]。しかし、今日の国家を単純に自由主義的法治国家と捉えることは、妥当であろうか。国家と社会が相互に侵透しあい、国民の生存が国家の諸活動に大きく依存している現実は、国家観に関する「基本的でかつ画期的な変遷[6]」をもたらしている、といえる。伝統的な基本権論の前提である個人の等質性[7]が崩壊し、国家の嚮導措置、計画そして給付に国民の生存が大きく依存し、ならびに非国家的な力によっても人間の自由が脅かされている現代国家においては、基本権論も新たな視点を加えて構築することが必要であろう。

わが国においても、伝統的な人権体系論への原理的批判[8]が展開され、また、特に一九六〇年代に入ってから「新しい人権」と称されるものが主張されている[9]。それは、憲法上明文で規定されておらず、生成過程にある権利（werdendes Recht）という意味で「新しい人権」である。さらに、より重要と思われることは、それらが伝統的な人権体系論による分類のうちの一カ所に位置づけることのできない複合的な性格をもつ[10]点で「新しい人権」であることである。したがって、このような「新しい人権」は、必然的に伝統的な人権体系論の再検討を促すことになる。

基本権の問題は、人間の問題である点で普遍性を有すると同時に、前述したように一定の国家観と深く結びついているこ

とからも明らかなように各々の国家の歴史的条件によつて規定される。したがつて、安易な「比較」は慎まなければならないが、[11] 本稿では、西ドイツの基本権論を素材にして、現代国家における基本権論を検討することにしたい。西ドイツを比較対象とする理由は、三つある。一つは、人権体系論も含めてドイツの公法理論がわが国の公法理論に大きな影響を与えていることである。一つは、国家と個人の権利関係の発展におけるドイツとわが国の類似である。すなわち、共に、後進資本主義国として近代化を体験し、現在では先進資本主義国として現代化を体験している点である。そして、西ドイツの公法学界においても、今日、基本権の変遷が大きな問題となつており、活発な議論がみられることである。

そこで、西ドイツ公法学界の議論[12]を手がかりにして、現代国家における基本権の実効的な保障のための理論を考察してみることにしたい。

(1) 本稿では、「近代国家の基礎的構造的特質によつて規定された（国家の）権力と（個人の）自由にかんする基本的原則」（高柳信一「近代国家における基本的人権」、基本的人権Ⅰ〔一九六八年〕、五頁）を表わす概念として、「基本権」を「人権」、「基本的人権」、「基本的自由」などと同義で用いることにする。

(2) H. Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL, 20 (1963), S. 69ff., 81 ff.

(3) C. Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten, 1932, in ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954 〔以下、Aufsätze と略称〕, 1958, S. 207.

(4) C. Schmtt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantie, 1931, in ders., Aufsätze, 1958, S. 167.

(5) E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), S. 18.

(6) R. Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, in, hrsg. von Bachof, Heigl und Redeker, 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 91.

(7) 近代国家における基本権論の前提である個人の等質性は、実質的な等質性を意味するものではなかつた（高柳信一、前掲書一〇八頁以下参照）。

(8) G・イェリネクの公権体系論に基づくわが国の人権体系論を批判的に考察するものとして、池田政章「『社会権』と人権論の再検討」、法律時報四三巻一号（一九七一年）一五頁以下；同「人権論・総論」、憲法三〇年の理論と展望（法律時報一九七七年五月臨時増刊号）六頁以下；奥平康弘「人権体系及び内容の変容」、日本国憲法―三〇年の軌跡と展望」（ジュリスト六三八号〔一九七七年〕）二四三頁以下　などがある。

(9) 「新しい人権」に関する文献としては、阿部照哉「現代人権論の一側面」（一九七二年）、同：基本的人権の法理（一九七六年）一九七頁以下所収；

川添利幸「現代国家における人権理論の動向」、公法研究三四号（一九七二年）四七頁以下；小林直樹「新しい基本権の展開」、ジュリスト六〇六号（一九七六年）一五頁以下；同、現代基本権の展開（一九七六年）；上田勝美「『新しい人権』の憲法的考察」、公法研究四〇号（一九七八年）一〇五頁以下；同、「人権体系論再構成の課題――新しい人権の生成との関連で」、龍谷法学一一巻三・四号（一九七九年）三一頁以下；浦部法穂「新しい人権のゆくえ」、ジュリスト七三一号（一九八一年）二〇頁以下、などがある。

(10) 例えば、芦部信喜教授によれば、表現の自由の今日的形態ともいえる「知る権利」は、個人権的（自由権的）性格、参政権的性格そして社会権的性格を有する権利である（「『知る権利』の理論」、内川他編・講座現代の社会とコミュニケーション・言論の自由（一九七四年）一二―一五頁）。

(11) 「比較の過剰と過少」については、芦部信喜「序――比較法の『過剰』と『過少』」、法律時報五一巻二号（一九七九年）八―九頁参照。

(12) 最近の論稿では、K. Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutshland, in Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ) 1978, S. 427ff. によって西ドイツにおける基本権の全般的な状況を知ることができる。また、コンラート・ヘッセ、栗城寿夫訳「ドイツ連邦共和国における基本権の展開」（公法研究四二号（一九八〇年）一頁以下）も最近の展開を概観している。なお、基本権論を含む西ドイツ公法理論の近時の動向については、栗城寿夫「西ドイツ公法理論の変遷」（公法研究三八号（一九七六年）七六頁以下）参照。

一、基本権の多次元的把握

I、基本権の一次元的把握

(1) G・イェリネクの地位論

基本権の多次元的保障論は、G・イェリネク（Georg Jellinek）に遡源する基本権の古典的把握に対する批判を前景においている。そこでG・イェリネクの公権論からみてみることにする。基本権の一次元的把握の源流として位置づけられるG・イェリネクは、周知のように、「ドイツ公権論の最初の礎石」[1]を築き、公権（die subjektive öffentliche Rechte）を個人の権利という視点からではなく、人格（Persönlichkeit）という資格（Qualifikation）の視点から分類している。

G・イェリネクによれば、近代国家は個人を全面的にかつ絶対的に支配する国家ではない。その支配は、人格を有する自

由人（Freie）に対する支配である。[2] ただし、注意しなければならないことは、そこでいう人格は、人間が人間であるからゆえに有する人格を意味していないことである。[3] それは、国家によつて付与される法的人格以外の何ものでもない。つまり、「個人は、まず人格のないまま国家に服従する」。[4] 国家に服従することによつて初めて、個人は、「法秩序によつて承認されかつ授与される能力（Fähigkeiten）」[5] である人格を獲得しうるのである。しかも、G・イェリネクによれば、人格それ自体は何ら権利ではなく、国家によつて認められた一つの状態（Zustand）乃至地位にすぎない。[6] したがつて、換言すれば、個人は、国家に対する関係に応じて一連の法的に関係のある状態（rechtlich relevante Zustande）乃至地位におかれることになる。

G・イェリネクは、このような個人の国家に対する地位として、受動的地位（passiver Status, status subjektionis）、消極的地位（negativer Status, status libertatis）、積極的地位（positiver Status, status civitas）、そして能動的地位（aktiver Status, Status der aktiven Zivitäi）の四種だけを挙げている。そして彼は、国家によつて認められる個人の人格が右の順序で増大していく、[7] とする。

個人の国家への黙従を内容とする受動的地位においては、個人の「自己決定は、そしてそれゆえ人格は排除される」。[8] したがつて、人格と結びつけられて生ずる公権は、「国家からの自由（Freiheit vom Staat）」と表わされる消極的地位、「国家への要求（Forderungen an den Staat）」と表わされる積極的地位、そして「国家のための給付（Leistungen für den Staat）」と表わされる能動的地位から派生することになる。

そこで、自由権を派生させる消極的地位を中心にして、G・イェリネクの地位論および請求権論をみていくことにしたい。[9]

〈消極的地位〉

G・イェリネクの地位体系では二番目に、そしてその公権体系では冒頭におかれる消極的地位は、「国家からの自由」な

状態を意味する地位である。彼は、この「国家からの自由」を、一八九五年に公刊した『人権宣言論』[10]において歴史的に究明している。そこにおいて彼は、周知のように、人権の起源[11]はアメリカにおける信仰の自由であること、一七八九年のフランス人権宣言は一七七六年のヴァージニアの権利章典などの模倣であること、そして「国家からの自由」を前国家的権利とする自然法説は誤りであることを論証した。つまり、G・イェリネクによれば、「国家からの自由」は、国家にとって所与のものでも、国家によって与えられたものでもない。それは、国家によって承認されたものにすぎない[12]。それゆえ、「国家からの自由」のカタログは、特定の論理的体系に従って理解されるのではなく、人権発展の歴史的結果として理解されなければならない。すなわち、それは、これまで「効力を有していたものの否定」を意味する。例えば、以前検閲があったがゆえに、今出版の自由がある。以前宗教に対する強制で人々が苦しめられたがゆえに、今信仰の自由があるのである[13]。

このように、「国家からの自由」が単に歴史的観察としての意味しかもたないとすると、そのカタログを基本権[14]として憲法上列記する法的意義は何なのであろうか。

G・イェリネクによれば、基本権を憲法上列記する意義は、二つある。一つは、国家行政（Staatsverwaltung）、すなわち、司法上の強制と、そしてとりわけ警察上の強制に対する保護である。他の一つは、法を制定する国家意思自体に、すなわち、立法に対する保護である。そして、立法に対するその法的保障は、二つの方法で実現されうる。一つは、立法に対して一定の方向での新たな制限規定を設けることを禁止することによって、である。他の一つは、立法府に対して一定の原則を将来の立法の基礎とするよう命令することによって、である。前者による場合には、アメリカ合衆国の連邦裁判所のように法規の憲法適合性を審査する権限をもつ国家機関が必要である。しかし、当時のドイツにはそれは存在していない[15]。後者に関してみても、制度上そのような保障は与えられていない。したがって、立法に対する基本権の保障は、実質的には存在しないことになる[16]。すなわち、基本権は、行政と司法に対する保障の意味しかもたない、ということになる。G・イェリネク

は、すべての自由は「法律上の障壁（gesetzliche Schranke）の内部でのみ承認される」[17]と把握する。彼のいう自由とは、結局、「法律に違反する強制からの自由（Freiheit von gesetzwidrigem Zwange）」[18]しか意味しないことになる[19]。

こうして、G・イェリネクは、個人の国家に対する消極的地位から「個人は、その〔地位の〕承認に対する請求権を有し、そして国家機関に対しては、その地位に対するすべての妨害、すなわち、法律上根拠づけられない命令や強制のすべての賦課が禁止されることによって保護される」[20]と帰結する。したがつて、「個人は、国家によつて、法律に違反する給付を行なうことに従事せしめられず、そしてそれゆえにこの規範を踰越する国家機関の命令に対しては、その停止および取消（unterlassung und Aufhebung）を求める、その自由の承認に基づく請求権を有する」[21]ことになる。

G・イェリネクは、消極的地位から不作為請求権が派生する、と述べている。がしかし、彼によれば、この「請求権」は、消極的地位自体から派生するものではない。なぜなら、消極的地位は「個人のために定められる、法的請求権を創出するという可能性」は有しているが[22]、それ自体はあくまでも一つの「状態」にしかすぎないからである。「請求権」は、積極的地位から生ずる。つまり、消極的地位から生ずる「国家からの自由」は、積極的地位から生ずる請求権によつてその法的保障を得ることができるのである[23]。

では、請求権を生ずる積極的地位を、G・イェリネクはどのように把握しているのであろうか。

＜積極的地位＞

裁判所への訴求可能性（Klagebarkeit）が「権利」の不可欠の要素であるとすれば、公法上の請求権の中心は、積極的地位から生ずる請求権である。G・イェリネクもこのことを認め、「個人的利益のために国家の積極的給付を求める請求権……の上に、国家と個人の間の関係の法的性格が存在する」[24]と述べている。一般に、国家活動は共通の利益（Gemeininteresse）のた

めに行なわれるのであるが、積極的地位から生ずる請求権は個人的利益のために国家が活動することを義務づけるものである。このように、積極的な国家の給付（positive Staatsleistungen）を内容とし、国家を義務づける点で、積極的地位は消極的地位と異なる。

積極的地位から生ずる請求権に関して注意しなければならないことは、共通の利益のための国家活動が同時に個々の利益（Einzelinteresse）の保護にも仕えることがある点である。例えば、保安警察が公共の安全を守るために活動することが、個々人の生命や財産を保護することになる。これは、権利と反射的利益の区別の問題である。[25] G・イェリネクは、権利と単なる法の反射（Rechtsreflex）の区別に関する実質的基準をすべて立法論に委ねている。彼は、「個々人に、国家へのその要求の実現のために争訟手段が与えられているか否か」[26]という形式的基準しか示していない。

積極的地位からは、このように、争訟手段が付与された給付請求権が派生する。ただし、ここにおいても、G・イェリネクは、それを裁判所と行政に対してしか認めていない。[27] 立法に対する給付請求権が認められないのは、前述したように、違憲立法審査制が存在していないからである。裁判所と行政に対する給付請求権は、G・イェリネクによれば、三つのものからなる。

第一に、積極的地位から派生する請求権のなかで最も重要な権利保護請求権（Anspruch auf Rechtsschutz）がある。それは、人格の本質的メルクマールであり、かつ人格そのものから派生するものである。それは、二つの本質的機能をもつ。一つは、それが私法上の権利ばかりでなく、さらに公法上の権利をも保護することである。それは、公法規範を個人の利益のために動かしうる法的に保護された能力（die rechtlich gewährte Fähigkeit）と定義される。もう一つの本質的機能は、消極的地位の保護である。この点で、人格そのものから派生する権利保護請求権は、その目的において「国家から自由」な人格の保護へと回帰することになるのである。[28]

積極的地位から派生する第二の主要な請求権は、利益充足請求権（Anspruch auf Interessenbefriedigung）である。それは、自己の利益を行政活動によつて充足することを請求するものである。この例として、G・イェリネクは、公文書の交付、兵役義務の履行による除隊の付与、高等教育機関への入学許可、考査の実施、法律所定の要件を充足した場合の許認可の付与を求める権利を挙げている。(29)

積極的地位から派生する第三の主要な請求権は、利益顧慮請求権（Anspruch auf Interessenberücksicntigung）である。それは、狭義の請願権（Petitionsrecht）と個々の事実上の利益（faktische Interesse）の顧慮を請求する権利とからなる広義の請願権（Recht auf Bitte）である。この例として、G・イェリネクは、恩赦に関する君主への広義の請願、議会への請願権、そして官庁への申請や利益訴願（Interessenbeschwerde）を挙げている。(30) ただし、それらの請願の処理や応答が常に法的に規定されているわけではない。その形式的な請求権だけが、事物の本性（Natur der Sache）から生ずるのである。(31)

こうして、個人の人格は、国家に対するその積極的地位において増大する。G・イェリネクの呈示する第四の地位である能動的地位において、人格は何を取得するのであろうか。

〈能動的地位〉

個人は、能動的地位において、「国家のために活動」する。国家法人説をとるG・イェリネクは、「国家の意思は人間の意思である。国家は法律によって定められた規則に従つて、国家の作用を行なうに適任である個人の意思を獲得する。国家は二つの方法、すなわち義務づけと権限付与とによつてそれを行なうことができる。国家によつて国家の目的のために付与された権限は、人格に関するさらに別の地位の根拠となる。その人格は、それによつて国家行為を行なう許可を求める請求

権、機関的地位の担い手として認められることを求める請求権をもつ。……個人の請求権は、機関としての行為のための承認を求めることにのみ向かうことができる。このことは、永続的な機関的地位を求めるすべての請求権についても、また、国家的機関の形成に選挙によって参与するという請求権にも妥当する。選挙自体も、国家にとっての行為、したがって機関行動であり、したがって個人の請求権は選挙行為のための承認をのみ求めることになる。これらの請求権は、不作為を求めるのでもなく、国家からの給付を求めるのでもなく、国家のために活動しうるよう国家に承認を求めるものである」[32]、と能動的地位から派生するものを説明している。

個人は、ここにおいて国家意思の形成に関与することになる。ただし、誰がどのような条件の下で国家意思を形成するか、あるいはこれに参与するかは、法規によって定められる。それは、個人の利益においてではなく、国家の高次の利益において規定される。したがって、国家への参与の権利(Recht auf Teilnahme am Staate)は、権利ではなく、客観法の反射としてのみ把握される。G・イェリネクは、選挙権の法的性格に関する記述のなかでも、このことを言明している。すなわち、選挙権の本質は、「非常に逆説的に響くかもしれないが、決して選挙する権利にあるのではない。個人がそれ自体としてこのような権利をもつようにみえるとしても、すべての国家の任命のようにこの権利の主体ももつぱら国家であり、そしてそれは反射的効果にすぎないのである」[33]と述べている。

こうして、G・イェリネクは、P・ラーバントと同様に選挙権を法の反射と捉えている。ただ、G・イェリネクは、個人が国家意思の形成へ参与することによって個人の国家における地位が増大し、かつそこから請求権としての公権が派生する、と主張する。では、能動的地位から派生する請求権とは何であろうか。それは、国家機関担当者としての承認と、それが法律所定の職務を行なうことの許容を求める請求権である[34]。選挙権との関係でいえば、能動的地位の担い手としての資格における個々人の承認は、以下の三つの請求権を派生させる[35]。一つは、有権者名簿に登録し、選挙行為を可能ならしめるこ

とを求める権利である。さらに、個々人の機関形成への参与を実施することを妨害するすべての国家行為の中止を求める権利がある。そして最後に、得票集計が不正確であることの確認と失格者の被選挙資格の確認とを求める権利がある。

G・イェリネクは、国家意思の形成へ参与する方法として、義務による方法をも挙げている。それは、兵役義務と陪審員義務である。この場合、彼によれば、個人の領域（Sphäre）は、義務によって制限されるのではなくて、むしろその法的行為能力の付与によつて増大する。

このように、能動的地位において個人は、国家の構成員として国家組織の一部となるのである。それゆえ、能動的地位は、まさに消極的地位の対極をなすことになる。(36)

〈G・イェリネクの地位論の問題性〉

右に概観してきたG・イェリネクの地位論および請求権論の特色として、本稿のテーマとの関係では、四つのことを挙げることができると思われる。第一に、その地位論が国家との関係に限定されていることである。それゆえ、G・イェリネクにおいては、いわゆる基本権の第三者効力（Drittwirkung der Grundrechte）という観点は何ら見出せない。第二に、その消極的地位自体からは何らの請求権も派生しないことである。その消極的地位が当然に裁判上の保障を伴うものではなく、またその他の保障も法的に要求しうるものではないとするならば、すでにO・マイヤー（Otto Mayer）が『公権体系論』に対する書評において指摘しているように、G・イェリネクのいう「公権とは何を意味するのであろうか？　換言すれば、ある関係に対してそれが公権であるとの承認を与えることにどのような価値があるというのであろうか？」(37)という疑問が否定されえない。(38)第三に、その給付請求権はいわゆる社会的基本権を含んでいないことである。G・イェリネクの論述のなかに今日の給付行政に該るものもみられないではないが、彼のいう給付請求権を社会権と同視することは正しくない。その理由は、具

体的請求権の有無に求められるのではなくて、むしろ社会的基本権は「その現代的性格のゆえに、設定された権利概念なのであり、そういうものとして、イェリネックの分類……とは、方法的にちがうものであつたはずである」[39]ことに求められる。第四に、その請求権が立法者に対しては保障されていないことである。つまり、G・イェリネックによれば、公権は立法者に対しては憲法の単なる反射であつて権利ではない。したがつて、彼のいう公権は、「単に〝法律が許していることすべてを為す自由（Liberté de faire tout ce que les lois permettent）〟に貶しめられている」[40]のである。

そこで、ここでは、自由権の請求内容が行政の法律適合性の原理（Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung）と司法権の法律拘束性しか含みえなかつた[41]理由乃至背景を検討することにしたい。

G・イェリネク自らが挙げているその主たる理由は、すでに見たように、違憲審査制の欠除[42]であつた。が、それだけに尽きるものではない。彼が自らの見解を展開した時代をも考慮にいれなければならないと思われる。すなわち、特殊ドイツ的立憲君主制という時代である。

ドイツの当時の立憲君主制における憲法は、E・グラビッツ（Eberhard Grabitz）が指摘しているように、「個人の既存の権利を確認するのではなくて、憲法はそれを公民権（Staatsbürgerrechte）として個人に付与するにすぎない。憲法上保障された権利を授けられた〝国民〟は、国民主権理論によればそうであるような国制（Staatsverfassung）の制定者ではなかつた。すなわち、論理的にみるならば、国民は国家の外にあつた。そして、国家は君主によつて代表され、国民は議会において代表されたのである[43]」。とすると、G・イェリネクが国民と議会との関係をどのようにみているか、が問題となる。

G・イェリネクは、周知のように、P・ラーバントの代表関係否定説に反対し、議会を国民代表機関と解しつつも代表関係を国民と議会の間に維持しようとした。曰く、「近代の国民代表は全体において、また国民代表の構成員はその部分として、直接的な第二次的機関（unmittelbare sekundäre Organ）の性格をもつていることが明らかになる。……国民は諸機能の一

部をみずから行使するが、他の機能は国民の機関でもあり同時に国家の機関そのものであるところの委員会を通じて行使する。それゆえに、国民代表は第二次的機関、すなわちある機関の機関である。……第一次機関（primäre Organ）として、国民は、代表者を選定する選挙行為においてみずから行動する。しかも国民は、……議員の任命にその機能と権利が限定される単なる純粋の創出機関（reines Kreationsorgan）ではない。むしろ選挙は、代表者と全国民の間に継続的な結合、すなわちその本性からして法的関係でしかあり得ないような機関関係を編みだす。……たとえ、国民の意思機関が政治的にも国家意思を適切な方法で表明するための確実な保証は存在しないとしても、しかし政治的諸勢力およびこれとならんで法的諸制度が、国民の見解とまったくかけ離れた議会意思は永続的には支配を維持し得ないようにするであろう。立法期、政府による選挙された議会の解散、選挙権の性質と拡大等は、政治的のみならず法的な事実であり、国民代表の性格を国民の意思機関として保持するための手段なのである」[44]。そして、民主共和制におけるこのような関係は、「立憲君主制にもあてはまる」[45]。

G・イェリネクの場合には、議会の意思が国民の意思であることを法的に意味する「議員の全国民の代表」という命題[46]を待たずして、彼の第一次機関と第二次機関との関係の説明から国民の意思＝議会の意思という公式が成りたつてしまう。なぜなら、彼によれば、代表される第一次機関は、その代表する第二次機関を通してのみその意思を表示しうるからである[47]。したがつて、法的には、国民対議会という図式は存在しないのである。

こうして、G・イェリネクは、国民自らが自己の自由や権利を守ることよりも、自分達の意思を表わす議会による保護、すなわち、法律による保護を重視したのである。そこには、「立法が公共善を実現するという立法オプティミズムがある」[48]。それゆえ、G・イェリネクの自由権も、結論的にいえば、C・F・v・ゲルバーやP・ラーバントと同じく、「国家の法的自己拘束」以外の何ものをも意味しないのである。

(2)　ワイマール憲法と基本権の一次元的把握

前項でみたように、G・イェリネクの公権論は、国家に対してのみに限定されている点で、そして国民の消極的地位から生ずる状態を「国家からの自由」としてのみ把握する点で一次元的なものであつた。ワイマール憲法において、国民の消極的地位から生ずるものの主観的権利性は強化されたが、G・イェリネクの自由権の前提は、ワイマール憲法の下でも維持された。[49] それゆえ、ワイマール憲法下の通説も、自由権を「法律に適合する自由の一般的な権利請求権（allgemeiner Rechtsanspruch auf gesetzmäßige Freiheit）[50]」と定義している。したがつて、ワイマール憲法の下においても、自由の内容と範囲は自由それ自体から決定されうるのではなくて、法律からのみ決定されうることになるのである。このことは、つまり、ワイマール憲法におけるG・イェリネクの自由権論の継承は、ワイマール憲法第二篇「ドイツ人の基本権および基本義務」の規定内容にその原因がある。ワイマール憲法の基本権条項は、単に社会倫理的原則や立法の指針を示したにすぎないプログラム規定が多く、また法律の留保の下にあつたからである。したがつて、それは、立法者に対する保障まで含んでいなかつたのである。

このような状況の中で、基本権の理解をめぐつて注目すべき見解が主張されている。一つは、R・スメント（Rudolf Smend）の価値体系論であり、一つは、E・R・フーバー（Ernst Rudolf Huber）の民主主義基本権論である。[51]

R・スメントは、周知のように、基本権を形式論理的解釈によつてではなく、精神科学的に把握すべきであるとし、基本権を「憲法によつて構成される国家生活の意味ともいうべき一定の文化体系、価値体系を宣言するもの[52]」と捉える。

E・R・フーバーは、市民的法治国家における自由権と民主主義国家における自由権の相違を強調する。前者においては、個人は国家という外的組織に対して否定的な地位に立つものと指定されるので、自由権は防禦権を意味する。しかし後者においては、個人は「下から上へ」と構成される国家の中で国家を構成する要素として存在する。それゆえ、民主主義国

家における個人は、消極的地位ではなく能動的地位にある。そして、そこでの自由は、「国家からの自由」ではなくて、「国家への自由」である。したがつて、個人の自由は、国家において相対化されることになる。[53]

このように、R・スメントやE・R・フーバーによる基本権の多次元性や意義の変位論の主張はあつたが、一般的には、ワイマール憲法の下でも、基本権は「国家からの自由」としてのみ把握されていた。

(3) ボン基本法とG・イェリネクの地位論

ワイマール憲法の崩壊とナチス独裁という歴史を踏まえて、一九四九年五月八日に憲法制定会議で採択され、一九四九年五月二三日に成立したボン基本法は、ドイツ連邦共和国の国制秩序を、自由で民主的な秩序、社会的連邦国家秩序、共和制秩序そして社会的法治国家秩序と特徴づけている（第一八条、第二〇条第一項、第二八条第一項）。前文に記されているように、ボン基本法は、国民の憲法制定権力に基づいて国家生活に「新しい秩序」を伝達した。この「新しい秩序」の基礎にあるのが、国民主権（Volkssouveränität）と「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の、不可侵のかつ譲渡しえない人権（unverletzliche und unveräußerliche Menschenrechte）」（基本法第一条第二項）である。

ワイマール憲法の基本権の保障と比較して、ボン基本法のそれはより強化されている。それは、何よりも、基本法第一条第三項の規定から明らかである。すなわち、基本権は、執行権と司法権ばかりでなく立法権をも「直接に適用される法として拘束する」のである。そして、この基本権の特別な法的効力の請求は、基本法第一九条第二項の「本質的内容の保障（Wesensgehaltsgarantie）」と基本法第七九条第三項の価値論上の「永遠の決定（Ewigkeitsentscheidung）」によつて強化されている。[54]

したがつて、ボン基本法においては、明文上、基本権は立法者を拘束しないというG・イェリネクの自由権の前提は否定

されている。[55] それゆえ、ボン基本法においては、基本権の意味を行政の法律適合性の原理と司法権の法律拘束性の原理のみに限定することは、条文上許されないのである。ドイツの基本権の歴史において、基本権は法律の範囲内でのみその効力を有していたにすぎなかった。しかし今日では、基本権の範囲内でのみ国家権力は活動しうるにすぎないのである。[56]

このように、G・イェリネクの自由権論の前提はボン基本法によって除去された。しかし、彼の地位論は、K・ヘッセ(Konrad Hesse)の批判[57]にもかかわらず今日なお継承されている。例えば、後述するように、P・ヘーベルレは、G・イェリネクの地位論の再構築を主張している。また、Ch・シュターク(Christian Starck)は、G・イェリネクの地位論の前提がボン基本法において除去されていることを認めつつも、消極的地位、能動的地位そして積極的地位に基づく権利について述べている。G・イェリネク流の地位論が今日なお用いられうる理由は、Ch・シュタークによれば、国家における国民の異なる地位の概念上の区別が合理的な機能をもつことである。なぜなら、国家と国民の関係の基本構造それ自体は、G・イェリネク流の地位にその表現を見い出すからである。[58]

Ⅱ、基本権の多次元的機能

G・イェリネクに遡源する伝統的・古典的な基本権観は、ワイマール憲法以上に自由権の保護を強化しているボン基本法の条文に相応して、今日もなお主張されている。それによれば、基本権とは、国家権力に対する個人の防禦権(Abwehrrecht)であり、個人の自由な領域への国家権力の介入を拒否する不作為請求権である。[59] この見解は、基本権を、国家の次元でのみ保障し、そして防禦権としての意義しか認めないのである。

このような一次元的な基本権の把握に対して、近時、二つの事実を踏まえて強い批判が投げかけられている。その一つは、国家および社会の果す機能の変遷という事実である。他の一つは、人間の自由は国家ばかりでなく非国家的な力によつ

ても侵害され、しかも非国家的な力による侵害が国家権力による侵害以上に脅威的でありうるという事実である。後者は、いわゆる基本権の第三者効力の問題であり、基本権の社会的次元での保障の問題である。前者、すなわち、国家および社会の事実上の変遷は、以下のように要約することができよう。(60)

一九世紀の市民的法治国家（bürgerlicher Rechtsstaat）においては、国家は、周知のように、夜警国家（Nachtwachterstaat）であつた。国家は、公共の安全と秩序が乱されないよう配慮することを任務としていた。そこにおいて個人は、独立的で自律的な「自由な個人」と観念されていた。それゆえ、基本権も自由主義によつて刻印されていたのである。つまり、基本権は、絶対主義国家に対する防禦権と理解されることになつたのである。それは、自覚的でかつ経済的に独立している市民に、国家からの法的独立性（die rechtliche Unabhängigkeit vom Staat）をえさせたのである。しかし、一九世紀半ばにおける農業社会から産業社会への変遷が社会問題（soziale Frage）、すなわち、第三階級と第四階級の間での、とりわけ「富」をめぐる再配分の問題を惹起した。社会問題はそれ以前から存在していたが、大都市への住民の密集と産業の雇用増大によつて一層急迫した問題となつた。O・v・ビスマルク（Otto von Bismarck）が行なつた一八八〇年代の社会政策(61)は、社会問題に対して国家が無関心ではいられなくなつていることを示している。このことは、換言すれば、国家の侵害に対する防禦ばかりではなく、国家による給付も市民にとつて必要であることを意味している。このような国家の変遷は、第二次大戦の結果の克服が国家の任務となつてその頂点をむかえた。今日の国家は、国家の手による社会問題の解決が要請されるという意味で社会国家であり、国家による国民の生存配慮への積極的給付が要請されるという意味で給付国家（Leistungsstaat, leistender Staat）であり、主として行政がその活動に従事するという意味で行政国家である。要するに、現代国家は、公共の安全と秩序の維持ばかりでなく、社会的正義と社会的安全（soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherheit）の実現をも任務とする。

このような現代国家の現実において、自由を国家の侵害からの自由としてのみ把握するのでは、人間の自由の真の実現は

もたらされない。真の意味で自由であるためには、単に条文上保障された自由で止まるのではなく、実際に保障される「現実的自由（reale Freiheit）」[62]を問題にしなければならない。そのためには、国家や社会が今日果している多様な機能に相応して、基本権もまた多次元的機能を果し多次元において保障されなければならない。

今日の国家や社会の現実において、基本権が多次元性（Mehrdimensionalität）あるいは多元的機能性（Mehrfunktionalität, Multifunktionalität）[63]を有することについては、多数説も、後述するように連邦憲法裁判所の判例も認めている。[64]基本権が有する機能として、判例・学説で一般に挙げられているのは、以下のものである。[65]防禦権として、価値秩序（Wertordnung）として、客観的規範乃至原則規範として、制度的保障として、憲法委託（Verfassungsauftrag）として、行為の授権（Handlungsermächtigung）として、社会的行為規範（soziale Verhaltensnormen）として、そして配分参加請求権（Teilhaberecht）[66]として。ただし、これらすべての機能が一般に認められているわけではない。個別的には、多くのものがポレミッシュである。本稿では、なかでもとりわけ議論の多いP・ヘーベルレ（Peter Häberle）の基本権の多次元的機能論をとりあげて考察することにしたい。その理由は、以下の点にある。第一に、P・ヘーベルレの基本権論が最もポレミッシュなものの一つであることである。第二に、P・ヘーベルレが社会の現実において基本権を解釈することの必要性を強調し、基本権の多次元性を強く主張していることである。第三に、P・ヘーベルレの主張する多次元的機能の一つは制度的保障としてのそれであるが、それが従来説かれていた制度的保障論とその内容を異にすることである。第四に、制度として基本権が保障されることから配分参加請求権を導き出していることである。第五に、連邦憲法裁判所も制度的保障論と配分参加請求権に関してP・ヘーベルレと同じ見解であると評されていることである。第六に、彼がG・イェリネクの地位説の再構築を主張していることである。そして最後に、わが国においてP・ヘーベルレの制度的基本権論が「少なくとも解釈論レベルにおいては日本でも充分に参考すべきであろう」[67]と評価され、「今後の課題は、制度的基本権論の具体的な法的意味を探求するとともに、その適用

の可能な法領域を確定していくことにあろう」[68]と指摘されていることである。P・ヘーベルレの非常にポレミッシュな見解が「現実的自由」の保障に真実貢献しうるのか否か、を考察することにする。

(1) E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 1. Bd., 10. Aufl., 1973, S. 185 N2.

(2) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 85.〔以下、System と略称〕

(3) G・イェリネクも、C・F・v・ゲルバーと同じく、国家思思への原理的な黙従を何ら義務づけられない個人の絶対的人格を否定する。なぜなら、それは「国家の本質と調和しない観念であり、そしてそれは神話的な前国家的人格についての自然法的思惟においてのみ見い出されうる」からである(aaO., S. 86)。

(4) G. Jellinek, aaO., S. 87f.

(5) G. Jellinek, aaO., S. 57.

(6) G. Jellinek, aaO., S. 83f.

(7) G. Jellinek, aaO., S. 86ff.

(8) G. Jellinek, aaO., S. 87.

(9) ドイツ公権論に関する最近の論稿として、石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開㈠～㈣」、法学新報八四巻一・二・三号、同四・五・六号(以上一九七七年)、同七・八・九号(一九七八年)、同八五巻一・二・三号(一九七八年)；同「ドイツ公権理論の限界㈠㈡」、法学新報八六巻四・五・六号(一九七九年、同七・八・九号(一九八〇年)；中川義朗「ドイツ公権理論にかんする若干の考察㈠～㈤」、宮崎大学教育学部・社会科学三三号(一九七三年)、同三五号(一九七四年)、同四〇号(一九七六年)、同四一号(一九七七年)、同四九号(一九八一年)がある。G・イェリネクの消極的地位論を検討した最近の論稿に、種谷春洋「イェリネックにおける status libertatis 概念の考察」、杉村敏正先生還暦記念・現代行政と法の支配(一九七八年)四七頁以下がある。

(10) G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1. Aufl., 1895. 引用は、第三版(一九一九年)によった。〔以下、Erklärung と略称〕

(11) 人権の起源をめぐって、M・クリーレによれば、以下の五つの見解が対立している。

①一七八九年八月二六日のフランス人権宣言に求める説

②宗教改革、特に自由な良心の決定というプロテスタントの原理に求める説

③ストア派とキリスト教の自然権の伝統、すなわち、基本権＝制度化された抵抗権とみる見解に求める説

④現実政治と経済の力の要素に基づいて自由な商品流通の諸条件を確保しようとした資本主義に求める説

⑤アングロサクソンの法伝統に求める説(M. Kriele, Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte, in Festschrift für H. U. Scupin, 1973,

S. 187.）

M・クリーレは、G・イェリネクのアメリカの信仰の自由説に対し、アメリカにおけるそれは「決して信仰の自由ではなくて、寛容（Toleranz）」を意味したにすぎない、と批判している（aao., S. 197）。

(12) G. Jellinek, Erklärung, S. 76.

(13) G. Jellinek, System, S. 95. ; ders., Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 5. Neudruck, 1976〔以下、Allgemeine と略称〕, S. 419（芦部他訳・一般国家学（一九七四年）三三六頁）。

(14) 基本権（Grundrecht）という観念は、周知のように、一八四九年三月二八日の、いわゆるフランクフルト憲法に起源をもつ（奥平康弘「ドイツの『基本権』観念」、東京大学社会科学研究所編『基本的人権　3』、一九六八年、一六四頁）。ドイツにおいては、基本権は自由権と同義的に用いられていた（Vgl. P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., 1. Bd., 1911, S. 150f.）。

(15) U. Scheuner, Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts, in ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 644も、基本権が立法者を拘束しないと解された原因を、当時は法律の憲法適合性を審査する制度乃至機関がドイツに存在していなかったことに求めている。

(16) G. Jellinek, System, S. 96f. E・グラービッツは、立法者自体に憲法規定の解釈が許されるので、具体的な法律は同時に憲法の正当な解釈を示すとするG・イェリネクの見解を「不当前提(eine petitio principii)」だと批判している(E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 11f)。

(17)(18) G. Jellinek, aaO., S. 103.

(19) したがって、法律学上は、自由権（Freiheitsrechten）と複数で語ることは正しくない。むしろ単一の自由（die Freiheit im Singular）が存在するだけである（G. Jellinek, aaO., S. 103f.）。

(20) G. Jellinek, aaO., S. 105.

(21) G. Jellinek, aaO., S. 103.

(22) この点で、消極的地位の法的保護は、「客観法の単なる反射効（eine blosse Reflexwirkung objektiven Rechts）」とは区別される（G. Jellinek, aao., S. 106）。G・イェリネクの権利と反射的利益の区別論については、和田英夫「反射的利益論Ⅰ」、法律時報四一巻一号（一九六九年）五三頁以下参照。なお、小早川光郎「取消訴訟における実体法の概念(二)」、国家学会雑誌八六巻七・八号（一九七三年）二六頁は、G・イェリネクの消極的地位概念が取消請求権を潜在的に含んだものと措定されている限りで、そこに「個人の自由に超実定法的な価値を承認するある種の自然法的観念」を見出している。

(23) G. Jellinek, aaO., S. 105f.

(24) G. Jellinek, Allgemeine, S. 420. 訳書、三三六頁。

(25) G. Jellinek, System, S. 114ff.
(26) G. Jellinek, aaO., S. 119.
(27) G・イェリネクによれば、積極的地位から派生する「法的に承認された個人の利益(Individualinteresse)における国家の給付は、裁判所のカテゴリーと行政活動のカテゴリーとまさに一致する。それゆえ、われわれは、国家の債務を裁判所と行政の給付請求権において区分しうる」。裁判所に対する個人の請求の対象は、確認、公証、判決そして命令である。行政に対するそれは、許可と認可、確認と公証、処分の取消そして変更である(aaO., S. 121f.)。
(28) G. Jellinek, aaO., S. 124ff.
(29) G. Jellinek, aaO., S. 128f.
(30) G. Jellinek, aaO., S. 131. 彼は、裁判所に対する訴願を行政訴願(Verwaltungsbeschwerde)から区別するために、訴願のための請願を利益訴願と名づけている(ebenda)。
(31) G. Jellinek, aaO., S. 130f.
(32) G. Jellinek, Allgemeine, S. 421ff., 訳書、三三七頁。
(33) G. Jellinek, System, S. 159f.
(34) G. Jellinek, aaO., S. 143.
(35) G. Jellinek, aaO., S. 161.
(36) G. Jellinek, aaO., S. 136ff.
(37) O. Mayer, in AöR, Bd. 9 (1894), S. 288. O・マイヤーは、周知のように、自由権の権利性を否定している。彼によれば、「自由が毀損された場合にその妨害を除去するための権利が臣民に与えられることがある。行政訴権(Verwaltungsklage)、抗告訴願(Rechtsbeschwerde)、そして損害賠償請求権がそれである。これは自由から生ずる直接的なかつ自明の効果ではなく、自由の毀損を要件として明示的かつ特別に形成された別個独立の権利(Recht für sich)なのである」(aaO., S. 284)。
(38) 石川敏行「ドイツ公権理論の形成と展開(二)」(法学新報八四巻四・五・六号一三六頁)は、G・イェリネクの地位概念の混乱と問題性を認めつつも、地位を権利能力と解することによる再利用の余地と、消極的地位をH・H・ルップ(Hans Heinrich Rupp)のように「法律適合性原理の主観的構成要素」と解して積極的に評価する可能性が残されている、とする。
(39) 奥平康弘「人権体系及び内容の変容」、ジュリスト六三八号(一九七七年)二四六頁。
(40) H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 109.
(41) E. Grabitz, aaO., S. 13.
(42) Ch・シュタークは、ワイマール憲法の基本権と比べて条文上その効力を強化されているボン基本法の基本権も「憲法裁判権の制度なしには、そして

規範統制の権限なしには、単にプログラム命題であつたにすぎなかつたであろう。今日連邦共和国に存在する基本権（の保障）の標準は、憲法裁判権なしには達成されえなかつたであろう」（Ch. Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes, in Juristische Schulung 1981, S. 237）と指摘している。G・イェリネクが違憲審査制の欠除を立法府に対する保障の欠除の理由としていることに鑑みると、この指摘の意義は一層深まるように思われる。

(43) E. Grabitz, aaO., S. 170.

(44) G. Jellinek, Allgemeine, S. 584ff. 訳書、四七〇頁。

(45) G. Jellinek, aaO., S. 588. 訳書、四七二頁。

(46) 「議員は全国民の代表である」という命題の法的意味を、G・イェリネクは、「議員とは、その意思が国民意思である合議体の分肢（Glied eines Kollegiums）であり、それゆえに議員の意思は、ある国民集団の意思としてではなく、もつぱら国民意思の共同形成者とみなされるということ」だと述べている（G. Jellinek, aaO., S. 583. 訳書、四六九頁）。

(47) G. Jellinek, aaO., S. 546. 訳書、四四三頁。

(48) 江橋崇「市民的関係の基本権」『現代の憲法論』、一九七〇年、一六三頁。

(49) E. Grabitz, aaO., S. 14.

(50) R. Thoma, Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in hrsg. von G. Anscütz und R. Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts (HbDStR), Bd. Ⅱ 1932, S. 619. なお、R・トーマは、G・イェリネクの地位論に依拠しつつ、国民の国家に対する請求権を参与権、自由権そして積極的請求権の三つに分類している（Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in hrsg. von H. C. Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1 1929, S. 1ff.）。G・イェリネクと比較して、R・トーマは、権力分立原理と、そしてすでに実定法上確立していた侵害留保の原理によつて、自由権の権利性を強化している。曰く、「ドイツ国民が彼の権利および自由の領域への国家による侵害についてその不作為または撤廃を請求しうるための根拠となる資格のすべてが、彼の消極的地位に属する。いかなる機関もその法的権限を踰越してはならないのであるから、法的な秩序を具えた国家という概念自体から、すでにつぎの法命題が生ずる。すなわち、いかなる者も、その力を法律に適合して自由に行使しその権利（特に私権であるがそれに限らない）を法律に適合して自由に処分することを違法に制限されるべきではない、という命題である。……したがつて、消極的地位の基礎に、法律に適合した自由（gesetzmäßige Freiheit）を求めるまつたく一般的な請求権が存在することは、法論理的な必然である。法において禁止されていないものは法において許可されていることだ、という命題は、自由主義の格率といつたようなものではなくて、国家の法秩序が存在することからの論理必然的な帰結である。しかし、この一般的な自由請求権は、権力分立を伴つた――〝自由と財産〟を法律の留保に服せしめ、それによつて法律によらない制限からの市民の自由をその最も重要な〝基本権〟とする――立憲国家において初めて活力と生命を獲得するのである」（in HbDStR, Bd. Ⅱ 1932, S. 619）。

(51) E. Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in Eröffnungssitzung des 50. Deutschen Juristentages, 1974, G7.

(52) R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in ders., Staatliche Abhandlungen, 2. Aufl., 1968, S.265. なお、R・スメントの統治理論と憲法論については、W. Bauer, Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie, 1968, S. 262ff.; P. Badura, Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre, in Der Staat 1977, S. 305ff. 参照。

(53) E. R. Huber, Bedeutungswandel der Grundrechte, in AöR N. F. Bd. 23 (1933), S. 6 ff.

(54) Vgl. K. Grimmer, Demokratie und Grundrechte, 1980, S. 13.

(55) C. Starck, aaO., S. 240.

(56) Vgl. Maunz/ Dürig/ Herzog/ Scholz, Grundgesetz, Anm. 104ff. zu Art. 1 Abs. 3 GG ;H. Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgesetzgebung, 1950, S. 12.

(57) K・ヘッセは、ボン基本法における個人の憲法上の地位はG・イェリネクの地位論と原理上区別されるべきだ、とする。なぜなら、G・イェリネクのいう消極的地位は、彼のいう国民の地位の基本形態である「服従の地位」の形式的で二次的な地位だからである。そして、G・イェリネクの指定する「人（Person）」は生活の現実における人間でも市民でもない抽象的な個人にすぎない。さらに、G・イェリネクのいう「自由」とは、一定の具体的な生活関係と結びついた自由ではなく、一般的で抽象的な「法律に基づかない強制からの自由」でしかないからである（K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., 1980 S. 120)。

(58) Ch. Starck, aaO., S. 239f.

(59) 基本権を防禦権としてのみ把握すべきことを主張するのは、C・シュミット、E・フォルストホフ、H・H・クラインらのいわゆる「旧傾向派」である。

(60) Vgl. I. v. Münch, Grundbegriffe des Staatsrechts I, 1979, S. 80.

(61) O・v・ビスマルクの社会政策とは専ら社会保険のことであり、疾病保険（一八八三年）、災害保険（一八八四年）、老廃保険（一八八九年）をその内容とする。ビスマルクは、社会政策を、労働者を社会民主党から切り離すために行なつた。つまり、それは、純然たる政治的な手段であつた。「彼の創始した社会政策は元来労働者階級を産業社会に適応させる性質を持つものであつたが、ビスマルクはそれをただ『帝国の敵』に対する『鞭』の反面としての『飴』としてしか用いなかつたために、それはその本来の機能を発揮し得なかつた。」（林健太郎、岩波講座世界歴史、第二〇巻〔一九七一年〕一〇九頁)。

(62) Vgl. K. Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in hrsg. von E. Forsthoff, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 568f.

(63) Mehrdimensionalität という表現は、P・ヘーベルレが用いている(P. Häberle, VVDStRL 30(1972), bes. S. 69ff.〔73〕)。Multifunktionalität という表現は、N・ルーマン（N. Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S. 80, 134 und 129 N53）とH・ヴィルケ（H. Willke, Stand

und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 204ff.）が用いている。後者は、システム理論の概念構造に基づいて展開されているものである（P. Häberle, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 85）。

(64) J. Isensee, Verfassung ohne soziale Grundrechte., in Der Staat 1980, S. 367.

(65) A. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehre, 1979, S. 155ff.

(66) Teilhaberecht という言葉は、社会的給付請求権と参加権の二つを含む。双方含めて用いられている場合には、本稿では配分参加請求権という訳語をあてることにする。配分参加請求権をめぐる議論については、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(一)～(五)」、自治研究五四巻七号～十一号（一九七八年）参照。

(67) 戸波江二、前掲、自治研究五四巻一〇号一一六頁。

(68) 戸波江二、前掲、自治研究五四巻一〇号一一七頁。なお、塩津徹「社会的法治国家論と基本権理論の再構成」（早稲田政治公法研究八号〔一九七九年〕一二九頁以下）も、P・ヘーベルレの基本権論に好意的である。