

Title	基本権の多次元的機能(二)
Sub Title	Mehrdimensional Funktionen der Grundrechte (2)
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.5 (1982. 5) ,p.27- 51
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19820515-0027

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 (二)

青 柳 幸 一

はしがき

一、基本権の多元的機能

I、基本権の一次元的把握

(1) G・イエリネクの地位論

(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、基本権の多元的機能……………(以上前号掲載)

二、P・ヘーベルレの多次元的機能……………(以下本号掲載)

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

I、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機能……………(以下次号掲載)

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

二、P・ヘーベルレの多次元的基本権論

△P・ヘーベルレの基本権論の背景▽

P・ヘーベルレ自身述べているように、多様な民主主義観、国家観、社会観そして憲法観が各々その基本権論に色濃く現われる。⁽¹⁾ P・ヘーベルレの国家観は憲法国家 (Verfassungsstaat) という観念から始まる、といえよう。彼のいう憲法国家とは、「開かれた構造」をもった、「開かれた社会 (offene Gesellschaft)」⁽²⁾ の国家である。つまり、それは、公権力が実質的および形式的な憲法原理 (基本権、社会的法治国家、権力分立、司法権の独立) によつて法的に構成され、民主的に正統化されるばかりでなく、社会的権力も、基本権政策 (Grundrechtspolitik) と社会的権力分立⁽³⁾ によつて制限される国家である。⁽⁴⁾

すでに、右の記述の中に、P・ヘーベルレの基本的視点の一つをみいだすことができる。それは、開放性である。それは、憲法解釈方法論にも憲法自体の把握においても主張されている。

P・ヘーベルレの憲法解釈方法論は、二つの方法論の強い影響の下で形成されている。一つは、R・スメントの統合理論に端的にみられる「現実」をめざした方法論である。他の一つは、R・ポイムリン (Richard Bäuml) や H・エームケ (Horst Ehmke) らによつて展開されている問題解決思考的方法論である。彼は、R・スメントの統合理論に強く影響されて、問題解決的思考方法を民主化し急進化している。⁽⁵⁾ 彼は、憲法解釈には「何ら定員制 (numerus clausus) は存在しない」として、憲法解釈に関与する範囲を「すべて、の国家機関、すべての公的勢力、すべての市民とグループ」に拡げる。⁽⁶⁾ そして、彼によれば、規範を生かし現実化する者は、規範を解釈する者である。すべての者による憲法のすべての現実化が一つの憲法解釈である。⁽⁷⁾ したがつて、憲法解釈は、開かれた過程であるばかりでなく、「公的な過程 (Öffentlicher Prozess)」でもあることになる。そしてその帰結として、P・ヘーベルレによれば、憲法自体が「公的な過程」となり、国家ばかりでなく社会の構造を

も規定する公共性と現実の鏡であり光源である。⁽⁸⁾

このように、P・ヘーベルレは、憲法の「流動的な効力の継続的形成 (fließende Geltungsfortbildung)」⁽⁹⁾を強調するR・スメントの影響を強くうけている。したがって、基本権も、開かれた過程で、国家レヴェルばかりでなく社会レヴェルでも、現実において捉えられることになる。そこで国家や社会が今日果している多様な機能に相応して、基本権の多次元性が強調される⁽¹¹⁾。P・ヘーベルレによれば、基本権論をいくつかに分類して各々の立場で考察するような「小抽出思考 (Kästchendenken)」では、今日の基本権をめぐる問題を十分に考察することができない。各々の基本権論は競争関係にあるのではなくて、相互に補充しあう関係にある。⁽¹²⁾多次元的な (mehrdimensionale)、多元機能的な (multifunktionale) 基本権理論のみが、正しい理論である。⁽¹³⁾そこで、P・ヘーベルレは、基本権の制度化を主張し、配分参加請求権として把握すべきだと主張する。

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

制度思考は、社会科学において従来から大きな役割を演じてきている。⁽¹⁴⁾ドイツ憲法学への制度思考の導入は、とりわけM・オーリュウウ (Maurice Hauriou) の著作に負っている。⁽¹⁵⁾G・アベル (Günther Abel) によれば、⁽¹⁶⁾F・ギーゼ (Friedrich Giese) が一九一九年に公刊したワイマール憲法の註釈書における婚姻 (第二一九条第一項第一文)、財産権 (第一五三条) および相続権 (第一五四条) の説明のなかに制度的保障の思想がみられる。明示的に制度的保障論を説いたのは、周知のように、M・ヴォルフ (Martin Wolf) が最初である。彼は、ワイマール憲法第一五三条は個人の具体的権利ばかりでなく法律制度 (Rechtsinstitut) として私的所有制度をも保障している、⁽¹⁸⁾と主張する。それは、彼によれば、行政に対してばかりでなく立法に対しても保障されるものであり、憲法を改正するライヒ法律のみがそれを破ることができるだけである。⁽¹⁹⁾一九二四年の著

書のなかでH・トリーヘル(Heinrich Triepel)は、M・ヴォルフのこの解釈に同意している。⁽²⁰⁾ また、L・ヴァルデッカー(Ludwig Waldecker)も一九二四年の論文のなかで、ワイマール憲法は官吏の身分権(Standesrecht)を制度として保障していると説いている。また、R・スメントも一九二七年のドイツ国法学者大会での報告のなかで、いわゆる「ドイツの大学の基本権(Grundrechte der deutschen Universität)」が歴史的に条件づけられた公的制度として保障されている。⁽²¹⁾ と述べている。こうした状況のなかで、周知のように、C・シュミット(Carl Schmitt)が制度的保障論を体系的に展開したのである。⁽²²⁾

C・シュミットは、ワイマール憲法第二篇には自由権とは法的にも論理的にもその構造を異にする制度的保障と称しうる規定が存在する。⁽²⁴⁾ と指摘する。それは、原理上無制約な自由の領域を保障するものではなく、法的に承認された制度を保障するものであり、単純法律(einfaches Gesetz)では除去することのできないものである。つまり、それは立法者に対する保障を内容とするものである。⁽²⁵⁾ そして、それは制度的保障(institutionelle Garantie)と制度の保障(Institutsgarantie)とに分けられる。前者は、本質的に公法上の制度の憲法律上の保障である。後者は、私法上の制度の憲法律上の保障である。⁽²⁶⁾ ただし、ここで保障されるのは、「純然たる現状維持の保障(reine Status-quo-Garantie)」ではない。⁽²⁷⁾ 「制度にとつて典型的かつ特徴的」なものの保障であり、⁽²⁸⁾ 従来の法律上の規定の「典型的な綱要(typische Grundzüge)」の保障である。⁽²⁹⁾

このように、C・シュミットは、自由と制度とを峻別している。彼によれば、「市民的法治国家の古典的な基本権は自由権であり……自由は、何ら法制度でも制度でもそして施設(Ausstatt)でもない⁽³⁰⁾」。自由権は、「原理的には無制限である。すなわち、その内容と範囲は、全く個人の嗜好(Belieben)のうちにある。……自由の内容と範囲が法律から生じてはならない、ということが常に書き留められるべきである。『法律に準拠』する自由は、一般には、何ら自由主義の意味における自由ではない⁽³¹⁾」のである。

このように、自由と制度は、内容的には無関係である。したがって、制度が内容的に自由を決定することはないし、反対

に自由が制度の内容的な形成にとつての尺度を与えることもない。両者は、C・シュミットによれば、形式的な意味においてのみその関係が決定されるだけである。ただし、この点に關し、彼は一見矛盾する見解を述べている。C・シュミットは、一方で自由権に対する制度的保障の優越性を強調し、他方で制度的保障の自由権に対する「連結的乃至補充的 (Kommexe oder Komplementäre)」関係を強調してゐる。⁽³²⁾

ワイマール憲法で、右のように展開された制度的保障の問題は、「法学的問題であると同時に、すぐれて政治的な問題でもある」⁽³³⁾。M・ヴォルフは、当時の左翼急進主義ならびに州の共產主義議會による財産権の否定に対する防衛理論として制度的保障論を主張したのである。⁽³⁴⁾ C・シュミットも、ボルシェヴィズムを憲法の敵とみなし、⁽³⁵⁾ かつ議會に対する強い不信の念を抱いていた。⁽³⁶⁾

C・シュミットによつて体系化された制度的保障論は「確かに巧みな理論であ」⁽³⁷⁾ つたので、ワイマール憲法においてもボン基本法においても若干の学説を除いて「ほとんど一致して受容されている」⁽³⁸⁾⁽³⁹⁾。ワイマール憲法においては基本権は行政と司法しか拘束しないと解されていたことからすると、C・シュミットの制度的保障論の意義は、立法者をも拘束するという点にあるといえよう。とすれば、ボン基本法においては、第一条第三項で基本権が立法者をも拘束すると規定されているので、C・シュミットの制度的保障論の意義は失なわれたといえる。しかし、それは、制度的保障の理論そのものが不要になつた、ということの意味するものではない。例えば第七条のように、何ら基本権を含んでいない規定を解明するのにその理論は有用である。さらに、A・ブレックマン (Albert Breckmann) によれば、⁽⁴⁰⁾ 制度的保障における立法者の拘束は、基本権における立法者の拘束をこえて三つの意義をもつ。第一は、それによつて、立法者が法規の総体としての法制度の一定の典型的な綱要に拘束されることである。第二は、それによつて、多くの個人の個々の自由が事実上実現されようよう法秩序を発展することが立法者に要請されることである。第三は、それが社会の現実における基本権の実現を要求することである。

このように、ボン基本法においてもなお受容しうるとされる制度的保障論であるが、伝統的な制度的保障論は今日変容されつつある。F・クライン(Friedrich Klein)によつて変容の手がかりが与えられ、P・ヘーベルレによつて全く内容の異なる理論へと変容されてしまつた。

F・クラインは、一九三三年の教授資格請求論文では、公法上の制度的保障と私法上の制度の保障の二分論に対し一定の疑問を示しつつも、なおその区別を認めていた。⁽⁴¹⁾しかし、一九四九年に公刊されたボン基本法の註釈書において、彼は見解を改め、両者を併せて制度保障(Einrichtungsgarantie)について述べている。二分論を否定するに至つた理由は、その基礎にある公法と私法の区別が疑わしいことである。それゆえ、ボン基本法の説明においては、彼によれば、主観的公権の保障と制度保障とで十分であることとなる。⁽⁴²⁾さらに重要な相異は、制度保障は法制度ばかりでなく「社会の実情(Gesellschaftliche Sachverhalte)」をも保障する⁽⁴³⁾としている点である。この点は、法制度だけを制度的保障の内容としていたC・シュミットと異なる。F・クラインのいう社会の実情とは、「自然の意味における制度」であり、「社会生活の形態(Erscheinungsform)」であり、「生活様式(Lebensform)」である。そして、彼によれば、それは性質上四つに分類される。⁽⁴⁴⁾第一に、社会の実情それ自体の独自の保障である。例えば、ワイマール憲法第一六四条で立法および行政において保護乃至助成するよう要請されている、農業、工業および商業における独立の中産階級(Der selbständige Mittelstand)がそれである。ただし、ボン基本法にはこれに該当するものはない。第二に、法制度の保障と結びついた社会の実情の保障である。例えば、大学の自治(第五条第三項)、市町村の自治(第二八条第二項)、職業官吏制度(第三三条第五項)、裁判官制度(第九二条)、社団および会社・組合(第九条第一項)そして婚姻と家族(第六条第一項)がそれである。第三に、基本権と結びついた社会の実情の保障である。ボン基本法第八条の集会の自由と第一三条の住居の不可侵の保障がそれである。第四に、法制度および基本権と結びついた社会の実情の保障である。例えば、出版の自由(第五条第一項第二文)、芸術および学問、研究および教授の自由(第五条第三項)

そして集会の自由がそれである。

こうしてみると、F・クラインのいう「社会の実情」の保障は、それ自体の憲法上の保障に関していえば、彼の見解のなかで何ら独自の意味をもっていないといえる。それは、法制度と結びついて保障されるものであつて、むしろ法制度の社会的基礎として措定されているように思われる。したがつて、その法的意義は、基本権と結びついたその保障にある。この点では、正に、基本権と制度的保障を峻別したC・シュミットと異なる。しかしながら、F・クラインは、「社会の実情」があるいはその保障がそれと結びつく基本権と内容的にどのように関連するのにかについて、何も語っていない。⁽⁴⁵⁾

ボン基本法の下における制度的基本権解釈の第二の流れとして、出版の自由に関してのみその法的内容を制度の保障の側から決定しようとする見解がある。これは、とりわけU・シュイナー(Ulrich Scheuner)とH・リッター(Helmut Ridder)によつて展開されている。

U・シュイナーによれば、基本法第五条第一項の出版制度の保障は、個々の出版企業の保障ではなく、出版本体(Pressewesen)の構造の維持を内容とする。⁽⁴⁶⁾ H・リッターも、U・シュイナーと同じ把握に立ち、出版の自由は本質的に政治的意見乃至意思形成に協働するその公的責務(öffentliche Aufgabe)によつて内容的に決定されるとする。⁽⁴⁷⁾

そこでいわれる制度は、C・シュミットのそれとは異なり、規範あるいは規範上構成された制度ばかりでなく、社会的現象(ein soziales Phänomen)をも含む。⁽⁴⁸⁾ つまり、出版の自由の保障は、「自由な出版の制度」の保障を意味することになる。その保障は、出版本体にとつて関連のある法制度の保障ばかりでなく、自由な出版実体の一定の社会的構造をも保障する。したがつて、憲法上出版企業の形成と諸機能を可能にする法制度が保障されるばかりではなく、国家はそれをこえてその自由の要請を顧慮するよう義務づけられる。さらに、私法上の法規範ばかりでなく、公法規範においても、例えば、官庁の報告義務を根拠づけたり出版の集中による意見の独占状況の出現を防止したりする義務が生じる。⁽⁵⁰⁾

このように、出版の自由は、とりわけH・リッターの場合には、「客観的な、すなわち、人との関連での理由からではなく、事実との、制度との関連での理由から」⁽⁵¹⁾保障されることになる。「公的責務」によつて義務づけられる出版の自由は、⁽⁵²⁾もはや主観的自由権の保障ではなく、政治的意見の形成過程に参与する個々人の制度的な公的意見の自由の「法の反射」にすぎないものであるように思われる。

出版の自由に限定されていた制度的基本権論は、P・ヘーベルレによつて基本権全般に拡大される。彼は、制度保障の内容が法制度ばかりではなく社会の実情をも含むとする点では、F・クラインと同じ立場に立つ。しかし、彼は、F・クラインともC・シュミットとも決定的に袂を分つ。なぜなら、P・ヘーベルレは、基本権と制度保障について語るのではなく、基本権の制度としての保障について語るからである。

(2) P・ヘーベルレの制度的基本権論

P・ヘーベルレは、R・スメントに従つて、憲法を価値体系と捉える。彼のいう「価値」は、抽象的かつ主観的な「価値天国 (Wertimmel)」を意味するものではない。それは、憲法によつて実定化され、具体化されそして恒常的に現実化することを課された価値を意味する。⁽⁵⁴⁾ただし、P・ヘーベルレは、それ以上具体的に「価値」という概念を定義していないし、また「価値体系としての憲法 (Verfassung als Wertsystem)」というその見解の根拠を何ら明らかにしていない。彼は、むしろ、それを絶対化している。

P・ヘーベルレにおいて絶対化される「価値体系としての憲法」秩序にとつて、彼によれば、基本権は二重の意義を有する。⁽⁵⁵⁾一つは、基本権自体が最高の価値 (Höchstwert) であることである。他の一つは、基本権が憲法の全体にとつて構成的な意義をもつことである。なぜなら、ボン基本法の自由な秩序は、市民の自由な活動によつて、すなわち、基本権の実際の

行使によつて構成されるからである。このように、憲法によつて構成的な基本権は、P・ヘーベルレによれば、二重の性格をもつ。それは、個人権としての側面と制度としての側面である。⁽⁵⁶⁾ この二つの側面が「その全体において『基本権』を形成する。……基本権は、基本権権利者からみれば主観的公権として、生活関係からみれば制度 (Institute) として現われる。⁽⁵⁷⁾」

ここで、すでにC・シュミットとの相違が明瞭である。C・シュミットが自由権と制度的保障を峻別するのに対し、P・ヘーベルレは両者で基本権の全体を成すとする。それゆえ、彼は、C・シュミットの自由権の把握を批判するのである。

「本来の意味における基本権とは、ただ個人の自由主義的な人権のみであり、「前国家的な人権のことである」とするC・シュミットの理解は、基本権の制度的評価に対立するし、実用的ではない、と。⁽⁵⁸⁾ P・ヘーベルレの理論の背景には、自由が個人的恣意 (Willkür) と同視されてはならない、という思想がある。それは、基本権の共同体にとつての意義、すなわち、基本権の社会的機能 (die soziale Funktion der Grundrechte) の強調という視点から生じている。彼によれば、「基本権は、その社会的機能において憲法上の価値体系の構成要素であることが確証される。……基本権としての自由は、それが社会生活において日々かつ刻々現実化されなければならないという点で、『社会的』性格を有する。それは、そうでなければ、単に形式的な自由に留まつている。各々の基本権の行使は、特殊な意味において社会的活動である。⁽⁵⁹⁾ M・オーリュウに従つた彼の基本権の社会的機能を、P・ヘーベルレは、社会学の問題提起⁽⁶¹⁾の範囲内で考察しているわけではない。彼はそれを、法概念と基本権概念からでくる要請と把握している。したがつて、彼の意図は、社会の構造、体系および存立の維持にとつての基本権の社会的機能を明らかにする点にあるのではないことになる。むしろ、彼の意図は、基本権の社会的機能を強調することによつて「自由の一面的な個人権の見方と、そしてまず自由主義的かつ個人主義的基本権理解の拒絶⁽⁶²⁾」を表現しようとするところにあるといえる。

右のような基本権の社会的機能という視点が、基本権を制度として捉える見解を導きだしている。それゆえに、P・ヘー

ベルレの制度概念の基礎には、やはりM・オーリュウの制度論がある。⁽⁶³⁾

M・オーリュウは、国家、法および社会に存在する客観的要素と主観的要素の二元性を明らかにし、そしてそれを相互に結びつけようと試みる。そして、法規範と社会的現実との関係を表わす接触概念 (kontakbegriff) としてM・オーリュウは制度概念を用いる。⁽⁶⁴⁾ 彼は、制度を、「人の制度 (institutions-personnes)」と「物の制度 (institutions-choses)」とに分類する。前者は、国家の影響の下にある社会のグループ、社会の組織、団体などを意味する。後者は、その特性において社会における理念として展開されそしてそこにおいて活動するかぎりでの法規範を意味する。⁽⁶⁵⁾

P・ヘーベルレは、M・オーリュウの「物の制度」を継承して、制度的基本権論を展開する。

基本権の制度的側面は、「自由に整頓されそして形成される生活領域の憲法上の保障を意味する」。⁽⁶⁶⁾ P・ヘーベルレのいう制度とは、右からも明らかのように、単なる法制度を意味するのではなくて、憲法の全体とかかわる「生活関係」であり、「客観的秩序」であり、「生活領域」である。⁽⁶⁷⁾ 基本権の二つの側面、すなわち、個人権的側面と制度的側面とは、彼によれば、後者が前者に対し連結的乃至補充的関係にあるのでも、後者が前者に対し優越的地位をもつものでもない。両者は、「同位 (Gleichrangig)」関係に、「平衡 (Gleichgewicht)」関係にある。⁽⁶⁸⁾ しかも、基本権の社会的機能の視点からすれば、個人権としての基本権も「そもそも生活関係に関連する自由として現わされる」。⁽⁶⁹⁾ とすれば、制度は自由の反対概念として捉えられるのではなく、相関概念 (Korrelatbegriff) として捉えられることになる。⁽⁷⁰⁾ つまり、個人の自由は、「制度的に保障される生活関係、すなわち基本権の制度的側面を、並びに豊富な規範の総体 (Normenkomplexe) を必要とする」。⁽⁷¹⁾ それらが、その方向と尺度、安全と保護、内容と任務を与える「こと」になる。したがって、「個人の自由は、制度としての自由 (Freiheit als Institut)」⁽⁷²⁾ である。⁽⁷³⁾

こうして、P・ヘーベルレは、基本権の社会的機能を基礎にして個人権的側面と制度的側面の密接な関係を指摘する。そ

して、伝統的見解と異なり、基本権の制度的側面がその個人権的側面を侵害するのではなく、強化する、と彼は主張する。⁽⁷⁴⁾
結局、P・ヘーベルレの見解によれば、基本権は、それを「いわば『下から』支える」⁽⁷⁵⁾「規範の総体によつて創出されることとなる。つまり、自由は法の外にあるのではなくて、「正に法において存在する」⁽⁷⁶⁾のである。規範の制定は、いうまでもなく立法者の任務である。それゆえ、立法者は、「基本権の制度的側面の展開に決定的に関与する」⁽⁷⁷⁾ことになる。今日、立法者は、P・ヘーベルレによれば、自由を侵害する活動をするばかりでなく、自由を形成する活動を行なう。したがつて、「立法者なしには、基本権の理念は社会の *sozialer* の領域において実現されえない」⁽⁷⁸⁾のである。

P・ヘーベルレによつて広汎に認められる立法者の基本権の形成活動は、立法者に基本権の現実における保障の権能を授けると同時に立法者を義務づける。それは、多くの人々の基本権の實現が個々の人々の力の優位によつて妨げられているときに、立法者の関与を要請する。その限りで、制度的基本権の保障は、国家の保護義務を基礎づける⁽⁷⁹⁾。さらに、制度としての基本権の保障は、個人の国家に対する積極的な給付請求、すなわち、配分参加請求権を基礎づける⁽⁸⁰⁾。それは、社会国家条項と結びついて派生する権利である。P・ヘーベルレによれば、自由主義的に理解される自由権の保障では、個人の国家への増大する従属性および国家と社会の増大する交錯という現実からして、市民の大部分は自由を實現しえない結果に終る。そこで、社会国家条項が、社会の現実における自由の實現を保障するために導入されたのである。それは、基本権の制度的側面の保護のための規範化であり、自由の理念と基本権の制度的把握の要請である⁽⁸¹⁾。したがつて、P・ヘーベルレにあつては、ボン基本法の社会国家性と基本権の保障の間に二律背反は存在しないのである。

このように、P・ヘーベルレは、基本権にとつて重要なことは形式的な自由の保障ではなくて、それをこえて「實際の自由 (*wirkliche Freiheit*)」の保障であるという基本認識から、社会の現実における基本権の實現をめざしている。それでは、今日の社会の、そして国家の現実は何なのであろうか。それは、単なる市民的法治国家ではない。それは、ボン基本法が規

定しているように、法治国家であり、民主主義国家であり、連邦国家であり、そして社会国家である。P・ヘーベルレは、E・カウフマン(Erich Kaufmann)に従つて、憲法は「全体的な解釈(ganzheitliche Auslegung)」によつて解釈されることが必要である⁽⁸²⁾、と主張する。つまり、基本法の個々の法価値を相互に弧立して捉えるのではなくて、相互に固有の關係に捉えることを主張する。それゆゑ、彼の基本権論は、法治国家原理ばかりでなく、民主主義ならびに社会国家原理と結びついて展開されることになる。

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

〈ボン基本法における社会的根本権の欠除〉

国家に対して積極的給付を求める請求権(Anspruch auf positive Leistung)を根拠づけるのは、いわゆる社会的根本権⁽⁸³⁾である。しかしながら、ボン基本法は、ワイマール憲法や戦後制定された各州憲法⁽⁸⁴⁾と異なり社会的根本権を規定しなかつた⁽⁸⁵⁾。その理由は、二つある。一つは、基本法は暫定的性格のもので、生活秩序に関する決定的な形成は何も規定しない方がよい⁽⁸⁶⁾、と考えられたことである。他の一つは、社会の発展を予測することは不可能であるので、将来の社会的・経済的構造を基本法に書きこむことは無思慮で不遜な行為である⁽⁸⁷⁾、と考えられたことである。したがつて、ボン基本法における社会的根本権の欠除は、「法の欠缺」ではなくて、憲法制定者の「決定」である。そしてこの「決定」は、一九七六年八月二三日までの三四回にわたる基本法の改正乃至補充においても、何ら触れられることなくそのまま維持されている⁽⁸⁸⁾。

ただ、ボン基本法は、その第二〇条第一項と第二八条第一項で社会国家原理を規定している。そこで、この社会国家原理から社会的根本権を導き出すことができるか、が次に問題となる。この点に関し、判例・学説は、一致して否定している⁽⁸⁹⁾。

とすると、国家への積極的な給付を請求する「権利」一般は、ボン基本法上明文では承認されていないことになる。

△基本権の配分参加請求権への再解釈▽

右のようなボン基本法における社会的**基本権**の不足のゆえに、社会と国家の事実上の変遷における自由の**実効的な保障**をめざす立場は、**基本権自体**を配分参加請求権と再解釈することによつて、それを達成しようとすることになる。連邦憲法裁判所の一九七二年七月一八日の定員制判決(Numerus-clausus-Urteil)⁽⁹⁰⁾と一九七三年五月二九日の大学判決(Hochschüle-Urteil)⁽⁹¹⁾でもつて「非常に急速に」現実性を帯びることになったこの見解の代表的論者が、P・ヘーベルレである。

防禦権としての**基本権**を積極的な給付請求権と再解釈すべきだとする見解の基礎にあるのは、平等原則の再解釈であり、**社会国家原理**である。

基本法第三条第一項の平等原則は、従来は、周知のように、**法適用の平等**と**法定立の平等**(Rechtswendungs-gleichheit und Rechtsetzungsgleichheit)を意味するものと解されていた。それは、**法を定立し**、そして**法を適用するさいの恣意の禁止**(Willkürverbot)を要請する。それに対して、**平等原則を社会国家原理と結びつけて把握する立場**から、**基本法第三条第一項の平等原則は機会の均等**(Chancengleichheit)を保障するという見解が主張される。それによれば、**国家は、国家が行為をする場合に、等しいもの等しくそして等しくないものはその差異の程度に応じて等しくなく取り扱うことを義務づけられるだけではない。むしろ、平等原則から、少なくとも多様な社会的状況によつてもたらされる法的差異を国家が是正する行為自体の義務づけが導き出される。**⁽⁹²⁾このように平等原則を解することによつて、**いわゆる本源的配分請求権**(Originäre Teilhaberecht)が基礎づけられる。しかしながら、**機会の均等の保障の思想を読みとることのできる基本法第六条第五項と第七条第四項をこえて、機会の均等が包括的な憲法の命令と理解されるかは、なお争われている。**⁽⁹⁴⁾連邦憲法裁判所も、限られた

範囲でしか機會の均等の保障を認めていない。⁽⁹⁵⁾

自由を実現しうるための前提を国家に給付するよう求める権利は、「明らかにその憲法上の正当性を社会国家原理にもつ」⁽⁹⁶⁾。それゆえ、ここでは、社会国家原理の法的性格が問題となる。

K・シュテルンによれば⁽⁹⁷⁾、社会国家原理の法的性格をめぐる見解は、三つに大別できる。

第一説は、社会国家原理をプログラム規定であるとか、「実質を欠いた白紙概念 (substanzloser Blanketbegriff)」と解する見解である。社会国家原理の憲法における把握に疑問を投げかける E・フォルストホフもこの立場に入ることができよう。第二説は、H・P・イプセン (Hans Peter Ipsen) によつて初めて法律学上の意味を明瞭にされたものであるが、社会国家原理を「法原則としての目標決定 (rechtsgrundsätzliche Zielbestimmung)」と解する見解である。つまり、社会国家原理は、H・リッター (Helmut Ritter) として H・H・ハルトヴィチ (Hans-Hermann Hartwich) によつて主張されている見解であるが、社会国家を社会主義国家 (sozialistischer Staat) と同視し、その原理を国家に全権を付与するものと把握する立場である。これらのうち、通説である第二説にたつと、国家の目標設定として、あるいは社会秩序の形成のための憲法委託を含むものとして社会国家原理が捉えられる。したがつて、まさに、基本権を積極的な給付権として再解釈しようとする意図と結びつく。しかし、社会国家原理は、配分参加請求権のための権原を何ら提供しない⁽⁹⁸⁾。その理由は、E・グラビッツによれば⁽⁹⁹⁾、三つある。一つは、規範構造上の理由である。社会国家条項は直接に実施しうるものではなく、立法者による具体化を規範上必要としている。さらに、機能的・法的観点での理由がある。社会国家原理は、立法者への社会形成に関する拘束的な委託を含むが、しかしその委託の遂行のための拘束的な方針を含んでいない。そして最後に、かつ社会国家原理の基本権としての活性化に対する決定的な反対理由として、実質的・法的観点での理由がある。社会国家原理は、自由に対して「徹頭徹

尾アムビヴァレントである⁽¹⁰⁾。

以上から明らかかなように、一般には、平等原則ならびに社会国家原理から本源的な配分参加請求権を直接導き出すことは、否定されている。そこで、P・ヘーベルレは、前述した制度的基本権論に基づいて、基本権を配分参加請求権と再解釈するのである。

(1) 給付請求権としての基本権

今日の国家の特徴は、P・ヘーベルレによれば、それが給付国家 (Leistungsstaat) と形容される点に集約される。それは、ボン基本法においては、第三条、第七条第四項第三文および第四文、第一条第二項、第二〇条第一項 (社会国家原理と民主主義)、第二八条第二項、第二九条第一項、第三三条第二項および第五項、第一〇四条 a、第一〇九条、第一一〇条、第一一条第一項 a および c、さらに第七四一九の a、第九一条 a および b によつて正当化される⁽¹¹⁾。今日の給付国家における基本権は、広義の意味での社会的**基本権**である。すなわち、すべての人に対して**基本的自由**の**現実の保障**のための**事実上の機会**の均等が保障される⁽¹²⁾。つまり、給付国家は、すべての人が**実際にかつ平等に自由を行使しうるための前提と条件**とを創設することを**任務とする国家**である。なぜなら、自由は、それを要求しうる**事実上の前提**なくしては無価値であるからである⁽¹³⁾。換言すれば、給付国家においては、給付に関する規範の総体が**制度としての基本権**を支え、**基本権の現実の保障**を与える。したがつて、P・ヘーベルレの立場にたてば、給付法律 (Leistungsgesetz) が多ければ多いほど、**基本権としての「自由」**の保障は**現実**に増大することになる。まさに、「法における自由」という彼の**制度的基本権観**がここに現われている。したがつて、彼によれば、今日の給付国家は、**基本権によつて特徴づけられた、給付による実効的な基本権の保障をめざす基本権国家 (Grundrechtsstaat) である**⁽¹⁴⁾。

このような基本権に給付請求権論を主張するP・ヘーベルレにあつても、完全な意味で本源的な給付請求権を認めているわけではないことに注意しなければならない。本源的給付請求権は、「無制限に妥当するものではない」。そこには、財政上の限界がある。「基本権の保障は、何ら怠け者天国(Schlaffeland)への鍵ではない。……給付国家においてもまた、基本権は何ら無税の保障(Nulldarfgarantie)ではない」のである。⁽¹⁰⁾このように、P・ヘーベルレも、結論的には、給付請求権としての基本権の訴求可能な主観的権利性を否定している。

(2) 手続的参加権としての基本権

実体法上は、前項でみたように、給付請求権としての基本権には限界がある。そこで、配分参加請求権としての基本権は、手続法上の側面にその権利の保障をみいだすことになる。この論理の展開には、二つの論拠があるように思われる。一つは、今日の国家が、国民主権国家であり、民主主義国家である、ということである。他の一つは、基本権の問題が今日ますます国家の権限、機関そして手続の問題となつて⁽¹¹⁾いることである。前者に関して、P・ヘーベルレは、Z・ジャコメッティ(Zaccaria Giacometti)とM・ドラート(Martin Drath)に従つて、基本権を民主主義の「機能的基礎」および「連結制度(Konnektionsinstitut)」と把握する⁽¹²⁾。それらは、基本権が実際に機能する民主主義にとつて不可欠のものであることを、そして基本権が能動的市民の要素を有することを各々示している。基本権が保障されていないところでは、そもそも少数派は多数派となる機会を奪われている。したがつて、ボン基本法の基本秩序である「自由な民主主義」は、政治的市民、すなわち、政治的権利を享有する市民の存在を不可欠の前提とする。ここにおいて、基本権は、「国家からの自由」としてばかりでなく、「国家への自由」をも保障することになる。こうして基本権は、G・イエリネクの地位論では付与されていなかった能動的市民の要素を権利として保障するのである。⁽¹³⁾後者、すなわち、従来余り語られることのなかつた基本権と機関法および手続

法との関係について、P・ヘーベルレは、基本権を現実化することを任務とする給付国家における両者の密接な関連を指摘し、基本権の手続的な保障によつてその実体法上の保障が保護されねばならない、と主張する⁽¹⁰⁾。

このようにして、「基本権を保全する効力の継続的形成」の意味での手続的能動的地位 (status activus processualis) と称されるものが、P・ヘーベルレによれば、給付国家において新しい関係を形成する。それは、基本権としての自由の手続法的側面であり、基本権としての適正手続 (grundrechtliche due process) であり、手続的な参加 (prozessuale Teilhabe) である⁽¹¹⁾。給付国家においては、行政裁判所の事後手続以上に、このような「事前手続 (Vorverfahren)」がより多くの基本権の現実的保障を創出することができる⁽¹²⁾。手続的能動的地位は、基本権の保護の権利 (Recht auf Grundrechtsschutz) を保障するものである⁽¹³⁾。そしてそれは、基本法第一九条第四項と第一〇三条第一項の手続思想と結びついて個々の基本権から展開され、国家と基本権、公益と私益とを相互に並列する機能を果たす⁽¹⁴⁾。

△基本権ドグマティクの変遷▽

P・ヘーベルレは、給付国家という現実において、社会において基本権を捉える立場から、右にみたように、基本権を配分参加請求権として再解釈する。P・ヘーベルレ自身は、すでに明らかのように、Teilhabe という言葉を、民主主義の要請および基本権としての自由の社会に関連した実効化の要求という二つの意味をもつ概念⁽¹⁵⁾と捉えている。そして、実体法上の請求権が財政上の限界に直面するので、その重点は、民主主義の要請、すなわち、手続法上の保護においている。このように、基本権が防禦権から手続的参加権へとその中心的機能を変遷したことに相応して、P・ヘーベルレによれば、基本権ドグマティクも変遷する。なぜなら、基本権ドグマティクも開かれた、すなわち、基本権を保護する効力の継続的形成を主原理とするドグマティクであるからである⁽¹⁶⁾。基本権ドグマティクは固持され続けることが必要なのではなくて、

社会的・現実的な基本権理解によつて折々に確認されなければならない。⁽¹¹⁸⁾つまり、G・イエリネクの下グマーティクも、R・スメントのそれもあるいはC・シュミットのそれも、それぞれの時代の現実に対する「具体的な挑戦の答え」であつた。⁽¹¹⁹⁾したがつて、G・イエリネクの時代と異なる現実をもつ今日、彼の地位説は必然的に再構築されなければならないのである。⁽¹²⁰⁾G・イエリネクは、すでにみたように、受動的地位を基礎におき、消極的地位—積極的地位—能動的地位と進むことによつて臣民の人格が拡大する、と主張した。P・ヘーベルレは、民主主義国家である今日においては、能動的地位が基本的地位であり、消極的地位、積極的地位および受動的地位によつて補充される⁽¹²¹⁾とする。

以上のようなP・ヘーベルレの多次元的基本権論は、西ドイツ公法理論において全般的に承認されているわけではない。その妥当性を検討するのが本稿の課題であるが、その前に、ボン基本法における基本権論を検討する際に軽視することのできない、しかも近時P・ヘーベルレの基本権論との近似性が指摘されている連邦憲法裁判所の基本権理解をみてみる必要があるであらう。

- (一) P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978 [ZfV¹ Verfassung, 48(1978), S. 579; ders., *Kommentierte Verfassungsrechtprechung*, 1979 [ZfV¹ Kommentierte Verfassungsrechtprechung], S. 84.
- (二) トーネルの「開かれた社会」論は、K・ボナーのそれと依拠している。Vgl. P. Häberle, *Verfassung*, S. 155 ff., S. 329 ff.
- (三) 社会的権力分立論については、H. Schelsky, *Systemüberwindung, Demokratisierung und Gewaltenteilung*, 1973, S. 84 ff. 参照。なお、この点に関するトネルの見解は、P. Häberle, *Verfassung*, S. 473 ff. 参照。
- (四) P. Häberle, *Verfassung*, S. 408 und 410.
- (五) Vgl. E.-W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, in *NJW* 1976, S. 2093 und 2095 N. 73.
- (六) P. Häberle, *Verfassung*, S. 156.
- (七) P. Häberle, *Verfassung*, S. 156 f.

(8) P. Häberle, Verfassung, S. 167 ff. の「ヤンナクーン」の解釈方法論を対して「W. ヴァンマンヘルデは、それが規範としての憲法の「ほぼ完全な解決」を行なうべきである」として「解決方法論」として知られるべきではない」とする (E.-W. Böckenförde, a.o., S. 2093 ff.)。なお憲法が「公的なもの」である「公共性」に依るべきであることは、P. Häberle, Verfassung, S. 225 ff. 參照。

(9) R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in ders., Staatliche Abhandlungen, 2. Aufl., 1968, S. 242.

(10) 西ドイツ公法新學派の「コンメンタールの論議」として、P. Badura, Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre, in Der Staat 1977, S. 305 ff. 參照。この「コンメンタール」は、M. ケッペル、H. ホーヤン、D. ケーペル、D. ミッラーなどが「コンメンタールの統合理論をその学問的風潮」を基盤として行っている。また「D. ケーペル、D. ミッラー、H. タリナー」などが「コンメンタールの統合理論の影響を自ら受けている」。

(11) P. Häberle, Grundrechte, VVDStRL30(1972), S. 69 ff. (73).

(12) P. Häberle, Verfassung, S. 586.

(13) P. Häberle, Kommentierte, S. 89.

(14) Velthrsq. von R. Schnur, Institution und Recht, 1968; E. Wolf, Kritik der institutionellen Rechtsauffassung, in hrsg. von H. Schlesky, Zur Theorie der Institution, 1970, S. 77 ff.

(15) A. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 170; H. Wilke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 133.

(16) G. Abel, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, 1964, S. 17.

(17) F. Giese, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 1919, Art. 119, Erl. I 3; Art. 153, Erl. I 1; Art. 154, Erl. I 1, I 3.

(18) M. Wolf, Reichsverfassung und Eigentum, in Festgabe für W. Ka hl, 1923, S. 5 f.

(19) M. Wolf, a.o., S. 6.

(20) H. Triepel, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, 1924, S. 25.

(21) L. Waldecker, Entwicklungstendenzen im deutschen Beamtenrecht, in AöR N. F. Bd. 7(1924), S. 134 ff.

(22) R. Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4(1928), S. 64.

(23) 自由権の制限と保障の相補について、C. Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten [「自由」Grundrechte と義務], in ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, SS. 207-216 に「自由権と義務は互に相補的である」と述べている。

(24) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 170 ff. により「等しい権利を保障する制度的保障の例は、地方自治(第一二七条)、例外裁判所の禁止(第一〇五条)、婚姻(第一一九条)、安息日(第一三九条)、私有財産制度(第一五三条)、相続権(第一五四条)、職業官吏制度(第一三〇条)、学問および教授

基本権の多次元的機能 (二)

- の自由(第一四二条)そして宗教教育および神学部に関する規定(第一四九条)である。〔尾吹善人訳『憲法理論』(一九七二年)二二二頁以下。阿部照哉・村上義弘訳『憲法論』(一九七四年)二〇二頁以下〕
- (25) C. Schmitt の用語に従って表現すれば、それは「憲法の保障 (Verfassungsgarantie)」ではなくて「憲法律の保障 (Verfassungsgesetzesgarantie)」であることになる。
- (26) C. Schmitt, *Freiheit und institutionelle Garantie der Reichsverfassung* [以下「Freiheit」略称], in ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 148.
- (27) C. Schmitt, *aoO.*, S. 155.
- (28) C. Schmitt, *aoO.*, S. 158.
- (29) C. Schmitt, *Grundrechte*, in *aoO.*, S. 214.
- (30) C. Schmitt, *Freiheit*, in *aoO.*, S. 167.
- (31) C. Schmitt, *Grundrechte*, in *aoO.*, S. 208.
- (32) C. Schmitt, *Freiheit*, in *aoO.*, S. 167 f.; ders., *Grundrechte*, in *aoO.*, S. 210. この矛盾する二つの命題のどちらが重点をなすべきかは「*Pr*」制度的保障論に対する評価が分かれることとなる。
- (33) 山下健次「所有権の保障と制度保障の理論」立命館法学四一号(一九六二年)五頁。
- (34) M. Wolf, *aoO.*, S. 6, S. 22.
- (35) C. Schmitt, *Grundrechte* in *aoO.*, S. 198.
- (36) C. Schmitt の「議會制批判は『主として』現代議會主義の精神的地位 (Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus)」(一九二六年)と『合法性と正統性 (Legalität und Legitimität, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, S. 263 ff.)』(一九三三年)とが広く展開されている。前著において、自由主義的議會主義と大衆民主主義の理念の相異を指摘し、両者の対立を描き出している。後著において、本来立法國家にふさわしい議會主義は經濟國家・全体國家へ移行した現在再検討される必要があることを指摘し、ワイマール体制批判を具体的に展開している。結局、C. Schmitt の「制度的保障の理論は、この反自由主義的の個人主義的見地よりする、ワイマール憲法の理論的再構成の一つの試み、その基本権概念の新たな体系化の一つの企図に他ならぬ」といってよい(『鶴飼信成「制度的保障の理論」法学新報四六卷一一号(一九三六年)四二頁)である。
- (37) 山下健次「制度的保障論覚書」立命館法学一五〇—一五四合併号(一九八〇年)四九一頁。
- (38) A. Bleckmann, *aoO.*, S. 175.
- (39) 学説をめぐって G. Abel, *aoO.* 参照。

- (16) A. Bleckmann, aao., S. 174 f.
- (17) F. Klein, Institutionelle Garantie und Rechtsinstitutsgarantien, 1934, Ss. 93-107.
- (18)(19) v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1966, Bd. 1, S. 84.
- (20) v. Mangoldt/Klein, aao., S. 84 ff. なお、E. ツァンケンは、制度保障が基本権に対してどのような関係にあるかという点で、制度保障を二つに大別しよう。一つは、その本質が基本権によって規定される付属的制度保障(zugehörige Einrichtungsgarantie)である。他の一つは、その本質が基本権によって規定されなく非付属的制度保障(nichtzugehörige Einrichtungsgarantie)である。前者はO. シュタットとの連結的乃至補充的保障であるものであるが、むしろ、思考必然的付属的制度保障と目的必然的ではあるが思考必然的には付属的ではない制度保障とに分かれる(aao., S. 86)。
- (21) E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 220 f.
- (22) U. Scheuner, Pressefreiheit, VVDStRL 22(1965), S. 76.
- (23) H. Ridder, Meinungsfreiheit, in hrg. von F. L. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner, Die Grundrechte, Bd. I., 1964, S. 257.
- (24) U. Scheuner, aao., S. 118.
- (25) BVerfGE 20, 162, 175.
- (26) U. Scheuner, aao., S. 76 f.
- (27) P. Dagtoglou, in DöV 1963, S. 638.
- (28) 出版の自由義務について H. Ridder, Die öffentliche Aufgabe der Presse, 1962 参照。それを批判するものとして P. Dagtoglou, Wesen und Grenzen der Pressefreiheit, 1963 ; F. Schneider, Presse- und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz, 1962 などがある。
- (29) E. Grabitz, aao., S. 227.
- (30) P. Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. Aufl., 1972, S. 6 f. [以下、Wesensgehalt 省略]
- (31) P. Häberle, aao., S. 4 f.
- (32) P. Häberle, aao., S. 70.
- (33) P. Häberle, aao., S. 71.
- (34) C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 164. 尾吹訳二〇四～二〇五頁。阿部・村上訳一九六頁。
- (35) P. Häberle, aao., S. 92 ff.
- (36) P. Häberle, aao., S. 11 f.
- (37) A. トーネットとは異なる視点から、すなわち、社会学の視点から基本権の社会的機能を捉え、制度としての基本権論を展開しているのが、N.

基本権の多次的機能 (II)

Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965 による。A. ケーペルは、その制度的基本権論を展開するにあたって、ほとんど社会学の文献を参照している。ただし、一九七三年の發表した論文 (Allgemeine Staatslehre, demokratische Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre?, in ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1978, S. 271 ff.) では社会学との関連がなされる。

- (62) P. Häberle, Wesensgehalt, S. 9.
- (63) P. Häberle, aAO, S. 73 ff., S. 104 ff.
- (64) E. Grabitz, aAO, S. 229.
- (65) M. ケーペルの制度論及びその訳註, hrsg. R. Schnur, Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze, 1965 参照。
- (66)(67) P. Häberle, aAO, S. 70. A. ケーペルが制度的側面の例として挙げているのは、自由な契約秩序、財産秩序、相続秩序、婚姻および家族秩序、そして結社の自由、集会の自由をとりまとめた自由の秩序 (aAO, S. 70 f.)。
- (68) P. Häberle, aAO, S. 10, S. 71.
- (69) P. Häberle, aAO, S. 100.
- (70) P. Häberle, aAO, S. 71.
- (71) 「規範の総体」とは、制度としての基本権を第一に現実化するものであり (aAO, S. 165)、R. スメントのいう「規範の綱目 (Normengeflecht)」を意味し、それに対応する事実上の行爲を創出する。それはまた、「事実上の」をすべて整えられる (aAO, S. 98 FN. 197)。
- (72) P. Häberle, aAO, S. 98.
- (73) P. Häberle, aAO, S. 99.
- (74) P. Häberle, aAO, S. 98.
- (75) P. Häberle, aAO, S. 165.
- (76) P. Häberle, aAO, S. 93.
- (77)(78) P. Häberle, aAO, S. 116.
- (79) P. Häberle, aAO, S. 118f.
- (80) 『基本法第一九条第二項の本質内容の保障』のなかでは、配分参加請求権という用語自体は用いられていない。
- (81) P. Häberle, aAO, S. 121.
- (82) P. Häberle, aAO, S. 5 f.
- (83) 西ドイツの社会的な基本権に関する最近の論稿として、前田徹生「社会権概念の再検討——西ドイツの諸学説を中心に」、上智法学論集三三卷一号、同二号 (一九七九年)；内野正幸「社会権の法的性格論の歴史的分析」、法律時報五三卷一〇号、同一号 (一九八一年) がある。

(84) 例えば、ヘッセン州憲法(一九四六年二月一日)は、「社会のおよび経済的権利と義務」という章を特別に設け、労働の権利と失業時の保護(第二八条)、労働者の健康の保護(第三〇条)、休暇の承認(第三四条)、労働報酬として十分な生活費の保証(第三三条)などを規定している。その他、正当な賃金の権利(バイエルン憲法第一六八条、ノルトライン・ヴェストファールン憲法第二四条第二項、ラインラント・プファルツ憲法第五六条)、緊急時と困窮時の補助(ハルリン憲法第一四条、プレーメン憲法第五八条)、適当な住居の権利(プレーメン憲法第一四条)、教育の権利(バイエルン憲法第二二八条、プレーメン憲法第二七条)などが規定されている(Vgl. U. Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 677 f.; W. Wertebuch, Sozialverfassung—Sozialverwaltung, 1974, S. 198 f.)。

(85) ボン基本法の条文上の社会的な基本権の放棄については、W. Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen Sozialstaatlicher Forderungen, in Der Staat 1965, S. 412 ff. 参照。なお、ボン基本法が何ら社会的な基本権を含んでいないという命題に関しては、より詳細で個別的な検討を踏まえる必要がある。

国家に対する「請求権」という文言を用いている唯一の規定である第六條第四項は、「社会的基本権との特別な親縁性を示す」(D. Lorenz, Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte, in Juristische Blätter 1981, S. 20)と云える。この他にも、立法者への明示的な委託を規定する第六條第五項と、第三條第五項の官吏の保護に関する基本権類似の権利 (das grundrechtsgleiche Recht) は、社会権と評価することができよう(Vgl. J. Isensee, Verfassung ohne soziale Grundrechte, in Der Staat 1980, S. 370)。連邦憲法裁判所も、第六條第五項に社会国家原理の刻印をみせり(BVerfGE 26, 44 ff.)、それが立法者への拘束的な委託を含むことを認めよう(BVerfGE 25, 173)。また、第三條第五項で「公的扶助」(第七号)、「社会保険」(第一二号)と云った社会的基本権の標語として挙げられる言葉がある。しかしながら、いずれにしても、それらは「社会的基本権」としての体系的観念を与えるものではなく(W. Wertebuch, a.o., S. 6)。

(86) C. Schmid, in JöR N. F. 1 (1951), S. 43.

(87) Th. Heug, in JöR No. F. 1 (1951), S. 43.

(88) 実際には、給付の内容や水準はともかくとして、社会保障に関する多くの法律が制定されており(Vgl. W. Wertebuch, a.o., S. 200 ff.)、*た、一九六一年一月一八日のヨーロッパ社会憲章も一九六四年にドイツは批准(das Zustimmungsgesetz von 19. 9. 1964 (BGBl. II, S. 1261))している。法令イサメルでは給付請求権が保障されている、と云える。したがって、今日の問題は、法律で保障された給付の内容の憲法適合性である、と云えよう。

(89) I. v. Münch, Staatliche Wirtschaftliche und Subsidiaritätsprinzip, in JZ 1960, S. 303 f.; W. Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, in Der Staat 1965, S. 433.; P. Badura, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, in DöV 1968, S. 449.; J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 198.; K. H. Friauf, Zur Rolle

基本権の多次元的機能 (11)

- der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl. 1971, S.677.; W. Martens, aO., S. 30 f.; G. Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971, S.17 ff.; K. Stern, aO., Bd. I, 1977, S.710.; u. a.: BVerfGE I, 105.; 27, 283.
- (8) BVerfGE 33, 303 ff.
- (15) BVerfGE 35, 79 ff.
- (38) K. Redeker, Zur Gleichheitsfunktion von Teilhaberechten zwischen Freiheit und Bindung, in hrsg. von Bachof, Heigl und Redeker, 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 511.
- (89) Vgl. H. Scholler, Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot oder als Gebot der Chancengleichheit, 1969.; M. Kloepfer, Grundrechte als Entstehtenssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 94 ff.; ders., Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980. 「総論」の「基本法の争点」を讀むに當りて F. Werner, Über Tendenzen der Entwicklung von Recht und Gericht in unserer Zeit, 1965 參照。
- (74) M. Kloepfer, Gleichheit als Verfassungsfrage, S. 38.
- (95) 尚餘の諸問題を手放さざるに當りて憲法に關しテ總論を述べしもの (BVerfGE I, 208, 255.; 4, 375, 382.; 6, 84, 94.; 8, 51, 64 ff.; 14, 121, 133.; 20, 56, 116 usw.)。
- (96) E. Grabitz, aO., S. 41.
- (56) K. Stern, aO., Bd. I, 1977, S. 688 ff.
- (86) E. Grabitz, aO., S. 42.
- (87) E. Grabitz, aO., S. 42 ff.
- (88) E. Grabitz, aO., S. 44.
- (10) P. Häberle, Grundrechte, in VVDStRL 30(1972), S. 46.
- (30) P. Häberle, aO., S. 84.
- (31) P. Häberle, aO., S. 96.
- (71) P. Häberle, aO., S. 132.
- (91) P. Häberle, aO., S. 61, 134.
- (91) P. Häberle, Kommentierte, S. 62 N. 22.; ders., Grundrechte, VVDStRL 30(1972), S. 110 ff.; J.・クヌーテン著「基本法第一〇九条の第一」
 ○条の規定たる議會の財政政策決定権限が裁判官による権利の継続的形成の機能法上の限界であるべきことを主張する (Ch. Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34(1975), S. 43 ff.)。なかば「裁判官による権利の爾後形成の限界」一般に關して R. Wank,

Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978^{參照}。

(10) P. Häberle, *Verfassung*, S. 584. 基本権の變更を伴う中憲法の題意について H. H. Rupp, *Vom Wandel der Grundrechte, AöR* 101 (1976), S. 187 ff.; K. Hesse, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ* 1978, S. 434 f.

參照。

(11) P. Häberle, *Wesensgehalt*, S. 17.

(12) P. Häberle, *aaO.*, S. 17 ff.

(13) P. Häberle, *Grundrechte, VVDStRL* 30(1972), S. 83 ff.; *ders.*, *Kommentierte*, S. 87.

(14) P. Häberle, *Grundrechte, VVDStRL* 30(1972), S. 69.

(15) P. Häberle, *aaO.*, S. 83.

(16) P. Häberle, *aaO.*, S. 88.

(17) P. Häberle, *Verfassung*, S. 679.

(18) P. Häberle, *aaO.*, S. 677.

(19) P. Häberle, *Grundrechte, VVDStRL* 30(1972), S. 82.

(20) P. Häberle, *aaO.*, S. 69.

(21) P. Häberle, *aaO.*, S. 73.

(22) P. Häberle, *aaO.*, S. 71 f.

(23) P. Häberle, *aaO.*, S. 70 f.

(24) P. Häberle, *aaO.*, S. 73, 80 f.