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(三・ 完)
Sub Title	Mehrdimensional Funktionen der Grundrechte (3. Ende)
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.6 (1982. 6) ,p.49- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19820628-0049

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（三・完）

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4号掲載）
二、P・ヘーベルレの多次元的基本権論
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……（以上前号掲載）
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

三、連邦憲法裁判所の多次元的基本権論

連邦憲法裁判所も、現実の変遷によつて新しい関連や意義が憲法規定に生ずることを認めている。[1] それゆえ、連邦憲法裁判所は、基本権に関しても、防禦権としてそれを捉えるばかりでなく、F・オッセンビュール（Fritz Ossenbühl）が明らかにしているように、[2] 価値決定的な原則規範として、制度の保障として、配分参加請求権として、そして積極的な請求権の基礎として基本権を捉えている。

国家権力の侵害からの防禦権という基本権の性格は、連邦憲法裁判所の判例において「今日に至るまで無制限に維持されている」。[3] 国家に対する市民の防禦権として、基本権は、「個々の市民に、公権力のすべての作用が禁じられる私的な生活形成の不可侵の領域」[4] を保障する。その際、注意しなければならないことは、連邦憲法裁判所が基本権の享有主体としての人間をロビンソン・クルーソーと理解していない点である。その著名な命題を引用すれば、「基本法の人間像は、孤立し超越した個人（isoliertes souveränes Individuum）のそれではない」。[5] このように、連邦憲法裁判所は、人間の共同体関連性と共同体拘束性（Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit）の強調の下で、個人の「国家からの自由」を承認している。そして、周知のように、一九五八年一月一五日のリュート判決（Lüth-Urteil）において、ドイツ民法一三八条、二四二条、八二六条といつた一般条項を媒介としてではあるが、基本権が社会的次元においても保障されることを認めた。

連邦憲法裁判所は、さらに、当初から価値秩序論乃至価値体系論[7] を繰り返し述べている。それによれば、ボン基本法は、「自由で民主的な憲法国家の最上位の根本価値（oberste Grundwerte des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates）」の承認を基礎においており、その秩序は自由と人間の尊厳の保護をすべての法の最上位の目的とする価値に結びつけられた秩序である。[8] そして、R・スメントの見解に依拠して、[9] 基本権は国家に対する防禦権としてのみ把握されるのではなくて、法の

あらゆる分野にとつての憲法上の根本決定として基本権は「客観的な価値秩序（objektive Wertordnung）」を形成する、と述べている。つまり、基本権の客観法の次元での保障である。[10]

確かに、連邦憲法裁判所は、「価値」や「秩序」そのものの定義を明らかにしていないし、ボン基本法が何を根拠に価値秩序を認めるのかについても述べていない。また、価値秩序概念がどのような機能をもつのかも、明らかにされないままにある。しかし、基本法の価値秩序の強調が政治的機能をもつことは、疑いない。つまり、「価値中立的体系（wertneutrales System）」ゆえに崩壊したワイマール憲法に対するアンチ・テーゼとしてである。この機能は、基本法第二一条と第一八条にその表現を見い出しうる「闘う民主主義（streitbare Demokratie）」[11]の概念と密接に関連する。それゆえ、価値秩序に関する連邦憲法裁判所の立場が社会主義政党の禁止判決で初めて述べられ、そこで特に「自由で民主的な基本秩序」の定義と関連させられていることは、不思議なことではない。

連邦憲法裁判所は、このように繰り返し述べている価値秩序を基本権の一つの新しい機能として捉えているというよりは、むしろ基本権の多様な機能を基礎づけるためにそれを用いているように思える。[12]例えば、先に挙げたリュート判決においても、基本法の基本権規定には客観的な価値秩序が具体化されており、この価値秩序が憲法上の根本的決定として法の全領域に妥当する、という論理で基本権の間接的な第三者効力を認めている。このように、客観法としての基本権の意義は、国家に対して消極的義務だけではなく、基本権を現実化するという積極的義務をも課することになるので、基本権の他の機能を、制度としての機能や配分参加請求権としての機能を基礎づけることになるのである。[13]

ここでは、P・ヘーベルレの多次元的基本権論と比較検討する意味で連邦憲法裁判所の、制度としての基本権論と配分参加請求権としての基本権論についてみてみることにしたい。

I　制度としての基本権

基本権の制度としての保障に関して、例えば基本法第六条第一項をめぐる判決[14]において、連邦憲法裁判所は、以下のように判示している。

「基本法第六条第一項は、価値決定的な原則規範（eine wertentscheidende Grundsatznorm）である。それは、婚姻と家族を……すべての人間共同体の生殖細胞（Keimzelle）として国家秩序の特別な保護の下におく。そのさい、第一に、ナチス支配の時代の経験に照して国家による外部の強制からの婚姻と家族の固有の私的領域の保護に奉仕しようとする古典的な基本権の意味での定義が問題である。……婚姻と家族に関する憲法上の信条告白は……いわゆる制度の保障（Instituts- oder Einrichtungsgarantie）を含む。……基本法第六条第一項の法的効力は、しかしながら、その機能に尽きるものではない。――特に、市民と国家の関係を規定したり共同生活を規則づける――すべての一連の憲法規範のように、基本法第六条第一項は、相互に結合されそしていり混つて交りあうより多くの機能を果す。憲法判決の任務は、憲法規範の、特に基本権の多様な機能（verschiedene Funktionen）を開拓することである。そのさい、〈当該規範の法律学的効力を一番強く展開する解釈〉（トーマ）を優先させるべきである。その原理に基づく基本法第六条第一項の解釈は、それが信条告白を含みかつ制度の保障として作用するばかりでなく、それを越えて同時に原則規範を、すなわち、婚姻と家族のすべての領域にかかわる私法と公法にとつての拘束的な価値決定を表わすことを示す」。

この判旨から明らかなように、連邦憲法裁判所は、客観的価値秩序論とR・トーマ[15]の「可能なかぎりの基本権の実効性の原則（Grundsatz der mölgichsten Grundrechts-Effektivität）」[16]に基づいて、基本権の制度保障機能を認めている。

ここで注意すべきことは、保障される制度は何か、である。基本法第六条第一項で保障される制度は、連邦憲法裁判所によれば、婚姻の典型的な従来の構造である[17]。また、基本法第九条第三項の団体を結成する権利は、従来の賃金契約権の典型的な核心領域の保護を内容とする制度をも保障する[18]。このように、連邦憲法裁判所の制度の保障論は、当初はC・シュミット流のそれであつた。保障される制度は、国家内部に存在し、前国家的にかつ超国家的に存在するものではない。また、そ

れは、「純然たる現状維持の保障」ではなく、「制度にとつて典型的かつ特徴的」なものの保障である。[19]

ところが、連邦憲法裁判所は、出版の自由ならびに報道の自由をめぐる判決でその制度の保障論の変容への一歩を印し、大学判決でその変容を明確化した。

出版等の国民への伝達手段は、自由で民主的な国家秩序にとつて構成的な、自由な意見の表明の過程にとつて決定的に寄与する。[20] それらは、現代における不可欠の大量伝達手段であり、[21] 世論(öffentliche Meinung)の形成の最も重要な道具である。[22] 基本法第五条第一項第二文の保障は、国家に対する防禦権に尽きるのではなく、それをこえて制度的な独立性(institutionelle Eigenständigkeit)をも含む。[23] 曰く、「基本法は、第五条において出版の自由を保障する。それでもつて第一に、――規定の体系上の位置とその伝統的な理解に相応して――出版組織で活動する人と企業家のために主観的基本権を保障する。そしてそれは、その担い手に国家の強制からの自由を保証し、彼らに一定の関連において優遇された法地位を保障する。この規定は、同時にまた客観的・法的側面をもつ。それは、自由な出版への制度を保障する。国家は、……その自由の要請を顧慮するよう義務づけられる。出版機関の自由な設立、出版職への自由な接近、公官庁の報告義務がそこからの原理的帰結である」。[24]

ここにおいて、連邦憲法裁判所の制度的保障論がP・ヘーベルレの制度的基本権の意味で理解されていることが窺われる。なぜなら、制度の保障のために国家の一定の活動を義務づけているからである。さらに、一九七三年五月二九日の大学判決[25]において、「基本権の制度化」が一層明白となつている。[26]

基本法第五条第三項第一文の保障は、第一義的には防禦権としての保障である。したがつて、その保障によつて、学問研究および教授にたずさわる者は、憲法に対する忠誠義務(第五条第三項第二文)を留保して、学問的認識の獲得伝達の過程への国家の介入から保護される。それと同時に、基本法第五条第三項第一文は、他の基本権規定と同様に、基本権の実効力の

原理的な強化を表現しかつ憲法上の根本決定として法のあらゆる分野で妥当する客観的な価値秩序を含む。「この価値決定は、学問の……固有領域における国家の侵害の拒絶だけを意味するのではない。それは、むしろ、自由な学問の理念とその実現へのその協働に対する文化国家と理解される国家の責務を含む。そしてそれによつてその行為を積極的に整備することを、すなわち、〔学問を〕保護しかつ助成して自由の保障の空洞化を防止することを国家に義務づける」。この命題から、連邦憲法裁判所は、二つの方向への要請を具体的に導いている。一つは、国家が自由な学問遂行のための機能を果しうる制度を配慮することである。他の一つは、基本権として保障される学問の自由の保護にとつて不可欠な組織に関して国家的措置を要求する権利、すなわち、配分参加請求権である。ここで、「客観的価値秩序―制度的基本権―配分参加請求権」という論理の展開が決定的に現われている。したがつて、P・ヘーベルレの論理展開との近似性を指摘することができる。[27]

Ⅱ　配分参加請求権としての基本権

積極的な基本権としての請求権には様々なタイプがあるので分節化して考察しなければならないのであるが、[28] ここでは第一次定員制判決、[29] 大学判決そして第二次定員制判決[30] から公的制度への入学許可の請求権について、そして一九七九年一二月二〇日の決定[31] から手続法上の権利としての基本権についてみてみることにしたい。

(1)　公的制度への入学許可の請求権

連邦憲法裁判所は、公的制度の供給請求権に関する最初の原則的判決である第一次定員制判決で、二つの問題を検討している。一つは、基本権の客観的な価値決定および国家による職業教育の独占という事実から様々な研究のための十分な職業教育の収容力の供給が憲法委託として生じるか、である。他の一つは、特別の前提の下でこの憲法委託から研究施設創設を

求める訴求可能な主観的請求権を導き出せるか、である。連邦憲法裁判所は、この問題を未解決のままにした。というのは、自由権的基本権を本源的配分参加請求権として理解することの原則的可能性は認めたが、実質的には「個人が理性的なやり方で社会から要求しうるもの」という可能性の留保の下においた[32]からである。したがつて、この判決は、三種の反響を惹起した。一つは、本源的配分参加請求権の原則的な無制約的承認の点を批判し、その積極性の危険を指摘するものである[33]。それと正反対に、可能性の留保の下に服せしめた点を批判し、その消極性を批判する見解も出された[34]。そして、最後に、P・ヘーベルレに代表されるような、本判決を実践的な判決で、「賢明な戦術」をとつた[35]と評価するものである。いずれにしても、連邦憲法裁判所は、基本権一般の配分参加請求権としての機能について語つているわけではないし、実際には公的制度の供給請求権を認めなかつたといえよう。国家が学問運営に関し今日広汎に事実上独占しているという現実から、基本法第一二条第一項の基本権や基本法第五条第三項の基本権の行使が必然的に国家の給付への配分参加と結びついてくることを認めているのである。国家が独占しているがゆえに、自由な学問活動や自由な職業選択は、その基本権として保障される自由な機会の保護に不可欠な措置を国家に求める権利が生ずるのである[36]。そしてその請求権は、「可能性の留保」の下におかれるので、結論的には、現存の施設への平等な入学を求める権利が認められるだけになる。それは、いわゆる「派生的配分参加請求権(derivative Teilhaberechte)」の承認であるが、それは、従来から判決においても学説においても「無条件に承認されている[37]」。したがつて、公的制度の供給請求権論は、Teilhaberechte という「語彙は確かに現代的であり、衣服は新しいが、しかしそこには古いアダムが潜んでいる[38]」議論だといえよう。

(2) 手続法上の権利としての基本権[39]

連邦憲法裁判所は、一九七九年一二月二〇日に原子力発電所の許可手続をめぐる憲法訴願に対して決定を下した。それ

は、基本権の保護と手続の形成について「原則的な意義を有する」[40]決定であり、「境界標」となる[41]決定である。

事案はミュールハイム－ケェルリッヒ（Mühlheim-Kärlich）の原子力発電所の許可手続に関する近隣住民から提訴されたもので、州政府が一九七五年一月九日の第一次部分許可の範囲内で発した緊急執行を確認したコプレンツ上級行政裁判所（OVG Koblenz）の決定の取消を求めた憲法訴願である。

連邦憲法裁判所は、従来、基本法第一四条第一項の所有権と基本法第一二条第一項の職業選択の自由の基本権の保護に関して、基本権の保護は手続の形成によっても行なわれるべきこと、そして基本権は、効果的な基本権の保護にとって重要であるかぎりは、実体法ばかりでなく手続法にも影響を及ぼすことを承認していた。[42]それを、本決定において、連邦憲法裁判所は、基本法第二条第二項の生命および身体の不可侵の基本権からも導き出した。連邦憲法裁判所によれば、憲法上の審査基準として生命と身体の不可侵の基本権は、効果的な権利保護の請求権と結びついて顧慮される。この基本権は、防禦権としてばかりではなく、「むしろそれを超えてその客観法上の内容から国家機関に、そこで挙げられた法益を保護し、促進しそしてそれを特に他の側面からの違法な侵害から護る義務が生ずる」。[43]国家は、したがって、その保護義務を許認可手続のさいにも果さなければならない。それゆえ、基本法第二条第二項の基本権は、「その優先的任務が正に生命と健康を核エネルギーの危険から保護する点にある核発電所の許可のさいの官庁および裁判所の手続に関する規定の適用にもまた影響を及ぼす」。[44]

基本法第二条第二項の基本権から「公正な手続（faires Verfahren）」を要請したこの決定には、手続の保障こそが基本権の実効的な保障を可能にする唯一の道であるという理解と、そして「公正な手続」の命令は財産や職業ばかりでなく生命、自由および身体上の不可侵性にも適用されなければならないという理解とがその基礎にある。[45]

連邦憲法裁判所は、P・ヘーベルレが主張しつつも、が今なお具体的かつ詳細には展開されていない「手続的参加権

(prozedurales Teilhaberecht)」論を、この決定において一歩進めたといえよう。勿論、この決定が問題の終結点を示すというわけではない。この決定でもつて、新たに、手続への参加を排除する規定の許容性、意味そしてその範囲の問題を熟考することが必要となる。[46]

(1) BVerfGE 2, 401.

(2) F. Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht, in NJW 1976, S. 2100 ff.

(3) K. Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in EuGRZ 1978, S. 430.

(4) BVerfGE 33, 376 unter Hinweis auf BverfGE 6, 41; BVerfGE 27, 6; BVerfGE 27, 350 f.; BVerfGE 32, 378f.

(5) BVerfGE 4, 15.

(6) BVerfGE 7, 198 ff.

(7) 連邦憲法裁判所の価値秩序論の総括とその批判については、H. Goerlich, Wertordnung und Grundgesetz, 1973 参照。その批判は、特に、多元的社会において争いの多い「価値」への訴えが基本権の解釈に不明確さをもたらし、裁判官の主観的な価値評価の流入へ、そしてそれでもつて法的安定性の喪失へ導く、という点に向けられている。このような批判に対して、K・ヘッセは、判決は新しい秩序によつて構成される基本権の歴史的意味と放棄しえない核心が何であるかを述べているだけである (K. Hesse, aaO., in EuGRZ 1978, S. 432.)、と反論している。

(8) BVerfGE 2, 12.

(9) A. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehre, 1979, S. 200.

(10) 基本権と価値秩序については、まずエルフェス判決 (Elfes-Urteil, BVerfGE 6, 32〔405.〕) で展開され、リュート判決 (BVerfGE 7, 189〔205〕) で基本権の客観法の次元の意義が決定的に示された。

(11) 「闘う民主主義」については、E. Bulla, Die Lehre von der streitbare Demokratie, in AöR Bd. 98 (1973), S. 340 ff.; H. Mandt, Demokratie und Toleranz, in Res Publica, D. Strenberger zum 70. Geburtstag, 1977, S. 233 ff.; J. Lameyer, Streitbare Demokratie, 1978 m. w. N. 参照。

(12) 基本権の客観的な価値秩序としての機能は、E-Wベッケンフェルデによれば、新しくつけ加った機能ではなくて、「始源的な基本権の機能の再現実化 (Wiederaktualisierung einer ursprünglichen Grundrechtsfunktion)」である (E.-W. Böckenförde, in Freiheit in der sozialen Demokratie, 1975, S. 80)。

(13) 価値秩序としての機能は、以下の判決において様々な方向で展開されている。BVerfGE 10, 59 (81); 12, 205 (259); 20, 162 (175); 21, 362 (371 f.); 24, 367 (389); 25, 256 (263); 30, 173 (188 ff.); 33, 303 (330 f.); 35, 79 (114); 37, 217 (240); 39, 1 (41 f., 47); 50, 290 (337

f.); u. a.

(14) BVerfGE 6, 71 ff.

(15) R. Thoma, in Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichs Verfassung, Bd. 1 (1929), S. 7 ff. R・トーマの基本権の実効性の主張は、連邦憲法裁判所の用い方と必ずしも同じではない。R・トーマにとつては、プログラム命題か法命題かの二者拓一が問題であつた（aaO., S. 5）。つまり、基本権の効率性の原則は、どちらか疑わしい基本権命題は政治的なプログラム命題としてではなく、法命題として理解されるべきだ、ということを意味している（aaO., S. 9）。したがって、この原則からは何ら基本権の特別な内容はでてこない（aaO., S. 13 ff.）のである。

(16) v. Mangolt—Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1966, S. 118.

(17) BVerfGE 10, 66.

(18) BVerfGE 4, 106.

(19) 本稿第二章第一節第一項参照。

(20) BVerfGE 10, 121.

(21) BVerfGE 12, 260.

(22) BVerfGE 12, 125.

(23) BVerfGE 10, 121; 12, 259.

(24) BVerfGE 20, 175 f.

(25) BVerfGE 35, 79 (114 ff.). 大学判決については、阿部照哉、基本的人権の法理（一九七六年）三〇七頁以下で紹介されている。

(26) 大学判決における制度の保障論を、大学の自由を保全する機関の構造における侵害からの基本権享有主体の防禦請求権と理解する意見（E. Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechts Verständnisses, Eröffnungssitzung des 50. Deutschen Juristentages, 1974, G 32 ff.）もある。しかし、本判決の重点は学問の自由に含まれるその積極的な保護の命令によつて国家の任務が立法の段階で課されるという点にあるので、このような消極的側面だけの理解では不十分であろう（Vgl. R. Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, in hrsg. von Bachof, Heigl und Redeker, 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 118）。

(27) Vgl. E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 231 f.; H. Steiger, Institutionalisierung der Freiheit ?, in hrsg. von H. Schelsky, Zur Theorie der Institution, 1970, S. 92 ff.

(28) Vgl. R. Breuer, aaO., S. 95 ff.

(29) BverfGE 33, 303 ff. 第一次定員制判決については、寺田友子「職業教育施設選択の自由権と配分請求権」、法学雑誌二三巻一号（一九七六年）一四五頁以下で紹介されている。

(30) BVerfGE 43, 291 ff. 第二次定員制判決については、U. Hammer und B. Nagel, Die Öffnung der Hochschulen als Verfassungsproblem, in NJW 1977, S. 1257 ff. 参照。

(31) BVerfGE 53, 30 ff. 以の判決については、K. Redeker, Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe, in NJW 1980, S. 1593 ff. 参照。

(32) BVerfGE 33, 330 ff. 第二次定員制判決でも踏襲されている（BVerfGE 43, 313 f., 325f.）。

(33) A. v. Mutius, Grundrechte als ≫Teilhaberechte≪, in Verwaltungsarchiv 1973, S. 189 ff.; E. Friesenhahn, aaO., G 29 ff.; Ch. Starck, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?, in hrsg. von ders., BVerfG und Grundgesetz, Bd. Ⅱ, 1976, S. 516 ff.; H. H. Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, in AöR 101 (1976), S. 181 ff.; F. Ossenbühl, aaO., S. 2104 f.

(34) H. Plander, in NJW 1972, S. 1942 f.; K.-H. Hall, Das Numerus-clausus-Urteil und seine Folgen, in JuS 1974, S. 90.

(35) P. Häberle, Kommentierte, S. 64, S. 57.

(36) Vgl. BverfGE 35, 120 ff.

(37) K. Hesse, aaO., S. 433.

(38) M. Abelein, Die Grundrechte als Teilhaberechte, in Festschrift für H.Raschofer, 1977. S. 21.

(39) 手続法上の権利としての基本権については、詳細は、H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantie, 1981; ders., Schutzpflicht--Grundrechte- Verfahrensschutz, in NJW 1981, S. 2616 f. 参照。

(40) H. Ule, in DVBl. 1981, S. 945.

(41) K. Redeker, aaO., in NJW 1980, S. 1594.

(42) 財産権と手続の形成に関しては、BVerfGE 37, 132 (141, 148); 46, 325 (334); 49, 220 (225) 参照。職業選択の自由と手続の形成に関しては、BVerfGE 39, 276 (294); 44, 105 (119 ff.); 45, 422 (430 ff.) 参照。

(43) BVerfGE 53, 57.

(44) BVerfGE 53, 65. 本決定（五対二）は、結論的には、解除決定による建設方法の変更が手続のやり直しを要する「著しい変更」に該るか否か明確でないため解除決定の違法性が即時執行の停止を要するほど明白ではない等の理由から憲法訴願を棄却している。反対意見は、多数意見と同様に、基本権の保護が手続の整備によつて実現されるべきことを認める。そして原子力法の特殊性から当該行政手続の基本権保護における重要な意義を強調し、本件解除決定による建設方法の変更は手続のやり直しを要する「著しい変更」に該るとして、高裁決定の取消しを主張している。

(45) K. Redeker, aaO., in NJW 1980, S. 1595.

(46) K. Redeker, aaO., in NJW 1980, S. 1597 ff.

むすび

人間の生存と自由をめぐる条件が変化している今日、基本権が単に「国家からの自由」としてしか機能しないとするならば、自由や生存を十分に保障することはできないであろう。[1] 自由主義的法治国家観では、社会問題に何らの答えも与えない。[2] 人間の自由や生存を真に保障するためには、社会や国家が今日果している多様な機能に相応して、基本権も多様な機能を果すことが必要となる。それゆえ、「基本権論の変遷」として従来論じられており、[3] 本稿で概観した基本権の多次元的機能論は、基本権理論の一層の発展に重要な貢献をしているように思える。[4] 問題は、どのような機能を基本権に認めるかであり、防禦権としての機能とその他の機能をどのような位置関係で捉えるか、である。本稿で概観したP・ヘーベルレの多次元的基本権論を中心にしてこの問題を検討することで、本稿の「むすび」に代えることにしたい。

まず、制度の保障論であるが、それは、基本権理論における中心的かつ論争的問題の一つである。[5] なぜなら、それが二面性をもつ理論であるからである。一方で、それは、基本権理論を新しい社会科学の認識に結びつけ、そしてそれによつて基本権の保障を実効的にし促進する契機を与えうる。しかしながら、他方でそれは、「制度」の把握如何によつては社会的変遷を否定し、自由を閉じこめ、義務へと変化させてしまう危険をもつている。P・ヘーベルレの制度的基本権論は、どちらの側面をもつているのであろうか。

すでにみたように、P・ヘーベルレの基本権の理解は、伝統的な自由の観念の否定の上に成り立つている。彼は、「法の外の自由」ではなく、「法における自由」を強調する。それゆえ、彼は、基本権を「制度」として把握することになる。そして、P・ヘーベルレは、基本権の制度的性格を基本権の社会的機能の形相とみている。[6] 制度と関連する法理論は、「制度とは何か」を明らかにすることをその理論の前提とする。しかしながら、P・ヘーベルレは、それを定義していない。[7] 彼が制度の

本質的特質や自己法則性および客観的性格について具体的に論述していない原因は、基本権の制度的性格に関する彼の一面的な基礎づけにあるように思われる。[8] 彼は、その制度理論をM・オーリュウやE・カウフマンに依拠しつつ構築している。つまり、彼は法哲学的基礎づけに限定し、法社会学的基礎づけを放棄しているのである。それゆえ、彼は、制度について具体的に定義するのではなくて、制度について素朴な存在論の立場をとるのである。P・ヘーベルレは、「無数の規範が個々の客観的な生活関係を貫き通す。それは、本質的に法とそれ自体によつて客観的な生活関係になる」と断定するだけである。[9]

P・ヘーベルレの理論の特徴は、開放性、公的なもの (das öffentliche) あるいは公共性 (die Öffentlichkeit) の強調である。これらと並んで、同位性の公準もその特徴として挙げることができる。基本権法益とその他の憲法法益の、そして基本権の個人権的側面と制度的側面の同位性である。彼は「個々の憲法法益の等級と重要さは多様である」[10]と明示的に確定しているにもかかわらず、結論的にはそれを価値体系としての憲法の一体性と同位性の強調の下に埋没させてしまつている。もし個々の憲法法益の重要さが多様であるならば、基本権理論の任務は、憲法の価値体系をその内的構造で分析することである。価値体系の一体性は、必ずしも価値の同位性を意味するものではない。例えば、ボン基本法は、人間の尊厳、人格の自由な発展の権利といつた中心的価値と並んで、P・ヘーベルレ自身の把握によれば表現の自由よりも軽微な社会的機能しか有しない請願権[11]のような周辺的価値 (periphere Güte) を含んでいるのである。価値体系の一体性という彼の公準は、むしろ一定のイデオロギーを背景にもつといえよう。すなわち、その公準に基づいて、基本権にとつての前提理解 (Vorverständnis)[12] が構築されるのである。[13]

P・ヘーベルレは、基本権の制度的側面と個人権的側面も同位関係にある、と確定している。しかし、基本権の社会的機能を強調する彼にあつては、実質的には、制度的側面が優位している。[14] むしろ、社会的機能という概念自体がすでに超個人的関係を示している、といえる。にもかかわらず同位性の公準を掲げることは、多くの基本権のさいに生ずる個人的利益と

社会的機能との具体的な関係への分析・考察を怠ることになる。彼は、方法論上は、制度的自由の内容と個人的自由との間の相互作用を「価値衡量(Güterabwägung)」によつて解決しようとする。[15] このことは、基本権領域での立法者の広汎な役割への傾向を示している。

P・ヘーベルレの制度的基本権論における特徴の一つは、立法者に、場合によつては基本権を制限することが可能である権能ばかりでなく、基本権を形成する権能を広汎に与えているところにある。しかし、立法者に基本権の形成機能が認められるとしても、基本法第一条第三項からして立法者はそのさいにどのような憲法上の尺度に服するかという問題がでてくる。P・ヘーベルレも、立法者の基本権の形成も「何ら随意ではない」とする。それは、彼によれば、〝Leitbild〟に拘束される。[16] 彼がいうように自由が制度のうちにその存在を見い出すならば、その〝Leitbild〟の内容は何かということが問われなければならない。しかし、ここでもP・ヘーベルレは、その内容を明らかにしていない。[17] 彼の制度的基本権論では自由の現実を示す客観的な生活関係が規範の総体によつて整序されるので、結論的には結局、それだけが個人の自由の実現の性質と尺度を決定することになる。したがつて、P・ヘーベルレにあつては、自由権は「立法者に対するその規範的拘束性を喪失する」[18]ことになつてしまうのである。P・ヘーベルレのこのような立法者への全権委任ともいえる見解は、彼の人間観を示しているといえよう。彼自身は理性的存在としての人間について明示的に語つてはいないが、H・シュタイガー(Heinhard Steiger)が指摘しているように、[19] 彼の人間像は究極において悲観的であり、せいぜい立法者を除いては「内容と任務」を与えられなければ人間は自由を行使しえないと考えているように思われる。立法者も国民と同じ人間であるにもかかわらず。

すでにみたように、連邦憲法裁判所の近時の制度の保障としての基本権論は、P・ヘーベルレのそれと近似している。しかしながら、両者の間には決定的な相違がある。連邦憲法裁判所の、P・ヘーベルレの見解との「本質的な相違は、基本権の個人権としての観点の明確な先位(Vorordnung)にある」。[20] 基本権のこの二つの側面の関係についての連邦憲法裁判所の立場

は、一九七九年三月一日の共同決定法合憲判決のなかで簡潔に言明されている。曰く、個々の基本権は「その歴史とその今日の内容によれば、まず第一に、人間の自由の具体的な、特に危険にさらされる範囲の保護をその対象とする個人権、すなわち、人権と市民権である。客観的な原理としての基本権の機能はその実効力の原理的な強化にあるが、それでもやはりその根本はその第一の意味である」[21]。さらに、H・シュタイガー(Heinhard Steiger)によれば[22]、自由を制度化して捉える根拠の点でも両者は異なる。P・ヘーベルレは、法律で表わされる制度への黙従を根拠とする。それに対して、連邦憲法裁判所は、共同体のための個人の就役(Indienstellung)を根拠とする。

このように、法によつて「内容と任務」を与えられ、それを果すことによつて保護の対象となるとするP・ヘーベルレの制度的基本権論は、すでにE・-W・ベッケンフェルデ(Ernst Wolfgang Böckenförde)やH・シュタイガーによつて指摘されているように[23]、一方では自由の義務化を、他方で自由の特権化を招来する、といわざるをえない。特権は、如何なる点においても真の意味の自由ではない。

P・ヘーベルレは、「法における自由」論での立法者への全権的委任を、国民の能動的地位を強調することによつて、すなわち、国民の手続的参加権としての基本権を強調することによつて補完しようとする。ただし、手続的参加権に関しては彼が未だその具体的な、詳細な理論展開を示していないので、具体的に検討することはできない。一般的にいえば、国家意思の最終的決定権者であり、国家権力の源泉である主権者としての国民が法形成に参加することは、強調されてよい。権利の保護にとつて、裁判所による事後手続救済と並んで、あるいはそれ以上に事前手続が重要であるというP・ヘーベルレの論点には賛成である。しかしながら、国民の手続参加は、一面でその結果を正統化する機能[24]を果たすことを軽視してはならない。また、手続的参加が十分に保障されたとしても、決定方法として多数決[25]をとる以上必然的に少数派が生ずる。基本権の核心が、数によつても奪われることのできない人間の権利にあるとすれば、基本権の保障は手続的参加の保障だけに収斂

されえない。[26] 手続的参加の保障とならんで、やはり「権力からの自由」が保障されていることが「現実的自由」にとつて不可欠である。

一般に、立法者を拘束する原則として、平等原則と広義の意味での比例性原則（Verhältnismäßigkeit）[27] が挙げられている。P・ヘーベルレも、立法者は比例性原則に拘束され、比例性原則が基本法第一九条第二項の問題にとつて直接的な重要さをもつことを認めている。[28] しかし、結論的には、「緩やかな比例性原則」の適用によつて立法者の計画の自由および形成の自由を広範囲に許容している。この点でも、一九七一年のドイツ国法学者大会で彼と論争的な報告をしたW・マルテンス（Wolfgang Martens）が比例性原則の厳格な適用を主張しているのと好対照をなしている。[29]

国家に対する給付請求権に関しては、P・ヘーベルレも連邦憲法裁判所も、財政上の限界あるいは可能性の留保の下で限定的に、「派生的」に認めているだけである。したがつて、積極的な憲法上の請求権の承認は、「基本権としての自由の維持にとつて不可欠な、事実上の保護の最低限の基準（Minimalstandard）に限定される」という一般的命題が確認される。[30]

G・イェリネクに遡源するドイツの伝統的基本権観は、国家―社会分離論や妥協的産物としての立憲君主制などの歴史的制約のなかで形成されてきた。それは、ドイツの市民層の政治的脆弱さの表現でもあつた。[31] ドイツの法治国家思想においては、個人的自由と政治的自由の関連は対象外であつたのだ。[32] M・ヴェーバー（Max Weber）がいうように、国家が「時に応じてとりあげなかつた任務は、恐らくあるまい」[33] としても、一九世紀の国家の主たる任務は公的安全の保護であつた。今日の国家は、民主主義国家であり、かつ社会的正義と社会的安全の実現をも任務とする社会国家である。公的「安全」と社会的「安全」という場合、言葉は同じ「安全（Sicherheit）」であるが、その内容は異なる。前者は、警察的側面での意味であり、現存の法益の不可侵の原則と結びつく。それに対し、後者は、個人が貧困、病気そして失業といつた運命の打撃に敗けないために必要な経済的前提の創出と結びつく概念である。[34] このように、国家は変遷した。国家と社会は複雑に交錯し、国民の

大部分の生活が国家の給付と密接に関係している今日、立法者に社会形成任務が課せられることは承認される。しかし、社会的な国家目標は自由と二律背反的関係にあることを看過してはならない。すなわち、それは自由を可能にするが、と同時にそれは自由を脅かすのである。[35] 立法者に社会形成任務が与えられることが承認されるとしても、その任務は基本権の内容を内容としなければならない。自由の内容の形成ではなく、自由の実質的な前提の創出をめざすものでなければならない。[36] 確かに法の保障によつて自由の保護も初めて十全なものとなるといえよう。しかし、法による自由の保障は、必然的に自由を制約する。国家権力による形成機能は、自由の侵害の点で再び憲法上審査されなければならない。

現代国家において、基本権は、その現実的自由、実効的保障、最適な権利の保護をめざして、防禦権としての機能ばかりでなく、多様な機能をも有している。社会の現実においてその機能を実現しようとする基本権は、防禦権としての機能以外にも「一般に、それらが効果的な基本権の保護にとつて重要であるかぎりは、適正な機関の形成と手続規定ならびに手続法の基本権に適合的な適用を必要とする」。[37] そして、積極的な憲法上の請求権は、一般に、立法者が社会形成任務を自由を弱める方法で遂行した場合に、あるいはこのような自由の弱体化を避けるために合憲的法律解釈が必要なときに、援用される。[38]

基本権は、第一に、自己決定の自由である。配分されたものを受領する自由ではない。それは、何よりも、選択の自由である。換言すれば、試行錯誤の機会の保障である。[39] それを実効的にするために、それを現実に保障するために様々な機能が認められるのである。その意味で、「権力からの自由」としての防禦権の機能に他の機能が付加されるのであつて、前者が後者にとつて代わられるのではない。[40] 「法律が自由の尺度のために必要なのではなくて、自由が法律の尺度でなければならない」[41] のである。

P・ヘーベルレの多次元的基本権論は、現実を踏まえて基本権を把握することを主張しながらも、権力に対してはその現

実を必ずしも十分に踏まえているとはいえない。そこには、立法者に対するオプティミズムがあるように思われる。それゆえ、「現実的自由」の保障をめざした立論であつたにもかかわらず、とりわけその制度的基本権論においては結論的にはそれが貫徹されているとはいい難いものとなつている。この点からしても、どのような多次元的機能を基本権に付与したとしても、最終的には立法府の裁量に対する憲法上の考査基準を確立することが、そしてさらに立法府の不作為に対する司法審査の問題[42]を検討することが必要となろう。

（1）社会および国家の現実の変化を根拠にして主張される基本権の事実上の意義の変位論に対して、とりわけ、H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1974; J. Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 13 f. が反駁している。今日においても基本権は防禦権としての意義のみを有する、と。その理由として、二つのことが挙げられている。一つは、連邦憲法裁判所の多くの判例でそのことが言明されていることである。他の一つは、権力主義的福祉国家へ移行することへの危惧である。しかしながら、連邦憲法裁判所も、すでにみたように、防禦権以外の機能を認めている。基本権を防禦権としてしか捉えない見解は、基本権をめぐる今日の複雑な問題状況に対する認識が不足している（H. F. Zacher, in Der Staat 1975, S. 130）といえよう。

（2）E.-W. Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 76.

（3）「基本権の変遷」について論じている文献として、W. Geiger, Die Wandlung der Grundrechte, in hrsg. von M. Imboden, Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaates, 1965, S. 9 ff.; E. Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, Fröffnungssitzung des 50. Deutschen Juristentages, 1974; K. Löw, Die Grundrechte im Wechsel der Generationen, in hrsg. vor ders., 25 Jahre Grundgesetz, 1974, S. 93 ff.; P. Saladin, Grundrechte im Wandel, 2. Aufl., 1975; H. H. Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, in Aör 101 (1976), S. 161 ff. u. a. がある。

（4）H. Willke, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975 S. 204.

（5）H. Willke, aaO., S. 125.

（6）P. Häberle, Wesensgehalt, S. 8 ff.

（7）P・ヘーベルンは、制度ばかりではなく、価値、体系、本質といつた彼の理論にとつての中心的概念を何ら詳細には定義していない。

（8）Vgl. H. Willke, aaO., S. 119.

（9）P. Häberle, aaO., S. 96.

（10）P. Häberle, aaO., S. 6.

(11) P. Häberle, aaO., S. 10.

(12) 前提理解については、J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970 参照。

(13) H. Willke, aaO., S. 34.

(14) A・ブレックマンは、制度が自由に優位するとする点では、P・ヘーベルレもC シュミット以来の制度的保障論の主張者と同じである、と指摘している (A. Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 184)

(15) P. Häberle, aaO., S. 34.

(16) P. Häberle, aaO., S. 182.

(17) Leitbild という表現が用いられている文献が註で挙げられているだけである (P. Häberle, aaO., S. 182 N 347)。

(18) E. Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, S. 232.

(19) H. Steiger, Institutionalisierung der Freiheit, in hrsg. von H.Schelsky, zur Theorie der Institution, 1970, S. 112.

(20) Ch. Starck, Die Grundrechte des Grundgesetzes,in Jus 1981, S. 239.

(21) BVerfGE 50, 337.

(22) H. Schteiger, aaO., S. 93 ff.

(23) E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S, 231f.; H. Steiger, aaO., S. 111, 114. その他にも、P・ヘーベルレのいう「課された自由(aufgegebene Freiheit)」はもはや何ら自由とはいえない、と批判するものとして、E. Denninger, in JZ 1963, S. 424; R. Schnur, in DVBl. 1965, S. 490 f.; P. Lerche, in DöV 1965, S.213 u. a. がある。

(24) Vgl .N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969.

(25) 民主主義における多数決の問題については、U. Scheuner, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1973 参照。

(26) E. Grabitz, Freiheit als Verfassungsprinzip, in Rechtstheorie 8. Bd. (1977), S. 11.

(27) 広義の比例性原則が何から成り立っているかは問題のあるところであるが、ここでは、相当性 (Geeignetheit)、必要性 (Erforderlichkeit)、狭義の比例性 (Verhältnismäßigkeit oder proportionalität) そして適量超過の禁止 (Übermaßverbot) から成るものとしておく。比例性原則と立法府の裁量については、他日論じる機会をもちたい。

(28) P. Häberle, aaO., S. 67.

(29) W. Martens, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 18.

(30) R. Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, in hrsg. von Bachof, Heigl und Redeker, 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht. 1978, S. 119.

(31) K. Grimmer, Demokratie und Grundrechte, 1980, S. 216.

(32) Vgl. k. Hesse, Der Rechtsstaat im verfassungssystem des Grundgesetzes, in hrsg.von E. Forsthoff, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 557 ff.; E. Denninger, Staatarecht 2, 1979, S. 139 ff.; E. Grabitz, aaO., S. 3 ff.

(33) M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., 2. Halbband, 1976, S. 821.

(34) J. Isensee, Verfassung ohne soziale Grundrechte, in Der Staat 1980, S. 375.

(35) J. Isensee, aaO., S. 384.

(36) M. Kloepfer, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 16 ff.

(37) BVerfG, Beschl. v. 25. 2. 1981, in NJW 1981, S. 1437.

(38) Vgl. R. Breuer, aaO., S. 119.

(39) 「試行錯誤の機会の保障」は、言葉そのもののうちに究極的な禁止命題を内包している。つまり、試行錯誤ができなくなる選択はできない、ということである。人間にとつてとり返しのつかない可能性がある選択は、その可能性が完全に払拭されるまではなされてはならない。〔この点に関しては、根岸毅慶應義塾大学教授から示唆をうけた。〕

(40) F・オッセンビュールは、「変遷」という語は、基本権の防禦権としての次元が他の次元にとつて代わられるかのような印象を与える点で「不精確」であり、基本権のイデオロギー化を不必要に助長する点で「危険」であると批判している（F. Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in NJW 1976, S. 2100)。

(41) D. Lorenz, Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte, in Juristische Blätter 1981, S. 24.

(42) 立法府の不作為の違憲訴訟の問題は、わが国でも、在宅投票制度の復活に関する立法義務が争われた訴訟で、国家賠償請求訴訟として肯定されている（札幌地判昭和五三年五月二四日判例時報八八八号二六頁、札幌高判昭和五五年一月一七日判例時報九五三号一八頁)。そして、また、私立高校超過学費返還請求事件第一審判決（大阪地判昭和五五年五月一四日判例時報九七二号七九頁）においても、立法の不作為に対する直接的司法救済としての違憲確認訴訟は憲法第八一条の解釈上かなりの困難を伴うが、国家賠償請求訴訟でその違憲性を争いうることが認められている（本判決については、大沢勝「教育費負担と国の教育条件整備義務」季刊教育法三七号一一四頁、および中村睦男、判例評論二六五号三六頁による評釈参照)。

学説においても、現在では、立法の不作為の違憲審査の可能性を肯定する見解が多数を占めるようになつている（長尾一紘「立法の不作為に対する違憲訴訟」憲法判例百選Ⅱ三三〇頁、中村睦男「生存権」法律時報四九巻七号〈一九七七年〉九四頁、戸波江二「立法の不作為と憲法訴訟」Law School二五号〈一九八〇年〉四〇頁以下、小林武「立法の不作為に対する国家賠償請求訴訟」南山法学四巻二号〈一九八〇年〉二一頁以下、参照)。