

ドイツにおける生存権保障と ハルツIV判決

永 田 秀 樹

I はじめに

戦後のドイツは、社会福祉や社会保障、労働者保護の先進国でありながら、最高法規たる実定憲法すなわち「基本法」(1949年制定)には、生存権などの社会権に関する規定が存在しない。「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的連邦国家である」(20条1項)や「州の憲法的秩序は…この基本法の意味における…社会的法治国家に適合しなければならない」(28条1項1文)⁽¹⁾という「社会国家」条項はあるが、統治機構の中の規定であり、「国家目標」であっても憲法訴願などの基本権訴訟で主張できる主観的請求権としては認められてこなかった。ところが、2010年に連邦憲法裁判所がいわゆるハルツIV判決⁽²⁾において、最低限度の生存保障が「人間の尊厳」(1条1項)から導かれるという新解釈を打ち出して注目されている。それは、自由権を中心に構成されてきたドイツの判例理論である3段階審査論にも影響を与える、画期的で大胆な判決であった。

(1) 基本法の条文の日本語訳についてはとりあえず阿部照哉ほか編『世界の憲法集(第4版)』(有信堂, 2009年)を参照。まもなく第5版が出版される予定。

(2) 2010年2月9日の第1法廷判決 BVerfGE125, 175ff.

日本はドイツと異なり、第3章において生存権の主観的権利性を明文で認めた規定（日本国憲法25条）が存在する。それにもかかわらず、最高裁判所は、朝日訴訟から堀木訴訟を經由して老齡加算廃止訴訟に至るまで一貫して、実定憲法の規範性を軽視し、違憲立法審査権はどこにいったのかと問いただしたくなるような消極的な判決を重ねている。これについては、初期の日本の学説がプログラム規定説を採用していた⁽³⁾という事情に助けられた面もあっただろう。現在の裁判所の立場は立法裁量論であり、違憲審査の可能性が形式的には留保されているものの、プログラム規定説を採ったとしても結論は変わらないであろうような判決が続いている。

本稿は、生存権を中心として変化しつつあるドイツの基本権解釈論を整理することを直接の目的とするが、それを通して、低迷している日本の生存権裁判に得られる示唆がないかも探してみたい。

II ドイツにおける社会権不存在の理由

1 ワイマル憲法

ドイツ帝国の崩壊の結果生まれたいわゆるワイマル憲法（Die Verfassung des Deutschen Reichs [1919年制定]）は、第2編「ドイツ人の基本権および基本義務」⁽⁴⁾第5章「経済生活」の151条において有名な「経済生活の秩序は、すべての人に、人たるに値する生存を保障すること

(3) たとえば宮沢俊義は代表的な憲法教科書で25条が社会国家的理念に仕えることは認めつつも「この権利は、具体的な内容をもつ請求権ではない」と述べていた（『憲法Ⅱ（新版）』有斐閣，1971年），412頁。

(4) ワイマル憲法の人権保障の不徹底さは、権利章典であるべき第2章の章題に基本権だけでなく「基本義務」が盛り込まれていたという後進性にも表れていた。今日の「基本法」では第1章の章題は「基本権」となり、義務規定は意識的に排除されている。ワイマル憲法の日本語訳については高田敏ほか編訳『ドイツ憲法集（第6版）』（信山社，2010年）参照。

(Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins) を目指す、正義の諸原則に適合するものでなければならない。各人の経済的自由はこの範囲内で保障される。」という規定をもっていた。経済的弱者の保護のために強者の経済的自由を制限するという思想は、当時、修正資本主義と呼ばれたものであり、151条は市民階級と労働者階級の「階級和解」⁽⁵⁾の基本権的表現であった。しかし、違憲審査権が明文で認められていなかったにもかかわらず、自由権については司法審査が浸透していったのに対して、社会権については、判例も学説も冷淡であった。

ピエロート／シュリンクの教科書によれば、「個人の自由な立場を内容とする基本権規範は、次第に承認されるようになっていた司法審査権を通じて強力な効力が認められたのに対して、経済的・社会的権利は、大部分が単なるプログラム規定に引き下げられた。…リベラルな自由権は、長い伝統と確立した解釈論をもっているため、新種の規定よりも、厳密な把握が可能であり、あるいは問題なく適用することができたからである。新種の規定の方は、このような条件を欠いていたために宣言的な規定として機能した。しかし、それだけでなく、判例も学説も、この憲法規定を適切に組み替えるためにより大きな努力を払わなかったということが理由としてある」⁽⁶⁾。

ワイマール憲法においては、生存権が日本国憲法のように「国民は…営む権利を有する」という形が採られていなかったことがよく指摘される。⁽⁷⁾

(5) Anschütz, Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung, 1923, S. 26.

(6) ピエロート／シュリンク (永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権』(法律文化社, 2001年), 16頁以下, 欄外番号38以下。なお、ピエロート／シュリンクの教科書の日本語版は2018年に第2版(原著31版)が刊行される予定である。

(7) 永田・倉持・長岡・村田・倉田『講義・憲法学』(法律文化社, 2018

151条については、たしかにそのとおりであるが、ワイマール憲法には、義務教育の無償（145条）、子どもの多い家族の保護請求権（119条）、社会保険（161条）、失業者支援（163条）の規定等もあった。たとえば、119条2項には、「家族の清潔を保持し、これを健全にし、これを社会的に助成することは、国及び市町村の任務である。子どもの多い家庭は、それにふさわしい扶助を要求する権利を有する。」と規定されていた。プログラム規定説は司法審査との関係では無力であるが、立法者の姿勢によっては目標を実現することも可能である。しかし、具体化のための努力は払われなかったのである。

結局、絵に描いた餅のまま、1933年にはナチスによってワイマール憲法自体が息の根を止められる（憲法の停止）という運命をたどった。ワイマール憲法の不幸は、2つの階級の妥協の産物といいながら、憲法が施行されるとすぐに両者の和解が忘れ去られ、左右いずれの勢力も神輿を担ぐ護憲勢力となろうとしなかったことにあるといえる。

2 ドイツ基本法

(1) 基本法の制定と社会権

周知のように東西の冷戦構造の中で、西側地域だけに適用される憲法として「基本法」は制定された。西ベルリンを除く東側地域の諸州を適用の対象外としつつ、いずれは再統一されることを予定して制定されたために、国民国家に妥当する最高法ならば当然に「憲法 Verfassung」でなければならぬはずであったが、あえて部分領域に妥当する暫定法であることを強調するために、「憲法」を避けて「基本法 Grundgesetz」という用語が使用された。招集された憲法制定会議も議会評議会（Parlamentarischer

年) 186頁 [倉田原志執筆]。

Rat) という通常用いられない名称があてがわれた。⁽⁸⁾そこには、西側地域だけで見切り発車することの負い目と、ソ連の指導の下で社会主義の道を歩み始めた東側地域への配慮もあったと思われる。

ワイマール憲法では、左右の勢力の妥協の産物である修正資本主義の体制が第2編第5章の「経済生活」に詳細に規定されたが、基本法の暫定性を理由に経済体制の確定については、東西統一後の「憲法」の課題として先送りされた。それによって基本権は、体制のいかんにかかわらず保障されるべき古典的な自由権に絞られることになった。シュテルンは基本法制定会議をリードした1人であるカルロ・シュミットが社会経済的秩序の理念の放棄に賛成し、その中で「このような暫定的制度の場合、生活秩序の最終的な形成を試みるのではなく、アングロサクソン諸国の古典的な宣言でとられたのと同様に、明確かつ実効的な個人基本権のカタログを制定するのが好ましいのかもしれない」という発言を紹介している。⁽⁹⁾そこには、社会権をワイマール時代にプログラム規定扱いをして、実効性を与えることができなかった失敗から学んだ消極的教訓も潜んでいたかと思われる。

とはいえ、その後、さまざまな解釈論争を呼ぶことになった「社会国家」が激しい議論もなく、基本法に書き入れられたのは1つの謎であるが、基本法制定会議において保守派とほぼ同数の勢力を占めた社会民主党の意向が反映したものだと思われる。州レベルでは社会権を人権の中に盛り込んだところもある。⁽¹⁰⁾その後、「社会国家」は意味不明とか無内容という批判

(8) 基本法制定の経緯については前掲注(1)『世界の憲法集(第4版)』のドイツ連邦共和国憲法の解説[永田執筆]を参照。

(9) シュテルン(赤坂正浩ほか編訳)『ドイツ憲法I』(信山社, 2009年) 259頁。「社会経済的秩序の理念の放棄の点について。私は大いに賛成である。」

(10) たとえばブレーメン州の憲法は、48条で労働者の団結権、49条で労働の権利、51条でストライキ権を保障している。49条は「人間の労働力は国

を浴びながらも、法的拘束力を持つ規定である以上、さまざまな解釈が施され、社会民主党指導の政権下においては福祉国家を推進する際の標語となった。大学の授業料の無償化も実現した。

(2) 東西ドイツの統一と社会権

1989年、東欧の激変によりベルリンの壁が崩壊し、東西ドイツの統一が実現することになった。統一の方法については、基本法上、旧23条に基づいて東ドイツの諸州を編入して基本法の適用範囲を全ドイツに拡大する方式と、146条に基づいて西側地域に妥当してきた暫定法としての基本法に代えて、全ドイツに妥当すべき新憲法を制定する方式が考えられた。第三者の目から見て後者の方が正攻法のように思えるが、実際には、東側を吸収する前者の方式が採用された。そのため名称はその後「基本法」が維持されることになった。「基本法」の名称のまま「憲法」になったのである。新憲法方式によった場合は、制定時の議論を参考にすれば古典的な自由権のカatalogに社会権を追加することも考えられる。事実、146条に基づく新憲法を求めている民間草案の中には、国家目標からさらに一步を進めて、社会権を規定するものもあった。クラトールウム編の「ドイツ諸州連邦憲法草案」は、現在の12条の職業選択の自由に加えて、12a条で労働の権利、12b条で社会保障の権利を保障していた。12b条1項の規定は「国家は、女性市民と男性市民のすべてに対し社会保障への権利を保障する。国家は、とりわけ老齢ならびに病疾、要介護、就業不能、

家の特別の保護を受ける。国家は、労働に依存するすべての人が、労働によって生計が立てられるように適切な措置を講じる義務がある。自己の責任によらず失業した者は、自己およびその者の生計によって扶養される資格がある家族の生計を求める請求権を有する。」と定める。後述するムルスヴィークがいうところの「典型的な社会権」である。

住居の喪失および生計手段の喪失の場合における基礎的保障に配慮する⁽¹¹⁾』
となっていた。

再統一と社会権の関係についてピエロート／シュリンクは、生存権は断念され、環境権のみが、統治機構の部分に採り入れられる形になったことを次のように述べている。「社会的経済的基本権が、ドイツの統一の過程の1990年の円卓会議憲法草案によって再びテーマとなったのは事実である。しかし、統一条約5条は、生じうる憲法改正の作成のための勧告の中で、国家目標規定を基本法に採り入れることを挙げていた。その後設置された合同憲法委員会は、1993年11月に社会的経済的権利の導入を拒否し、国家目標規定として、環境保護だけを謙抑的な形で基本法に採用することを勧告した。立法機関がこの勧告にしたがい、1994年末に20a条が規範化⁽¹²⁾された。」

Ⅲ 社会権をめぐる議論

1 配分（参与）請求権（Teilhaberecht）

（1）職業選択の自由と定員条項

基本法に明文の社会権規定がないことについてはすでに述べた。実定法上の概念ではないにもかかわらず、その権利性をめぐって大きな議論を巻き起こした権利に「配分請求権 Teilhaberecht」がある。Teilhaberechtは、伝統的なドイツ法にない概念なので訳しづらく、参加権とか参与権あるいは「配分参与権」⁽¹³⁾とか訳されることもある。ここでは「配分請求権」と訳

(11) クラトールウム編（小林孝輔監訳）『21世紀の憲法—ドイツ市民による改正論議』（三省堂、1996年）106頁。

(12) ピエロート／シュリンク前掲注（6）欄外番号42，18頁。

(13) たとえばディートリッヒ・ムルスヴィーク（畑尻剛編訳）『基本権・環境法・国際法』（中央大学出版部、2017年）の第2章「配分参与権としての基本権，社会的基本権」[柴田憲司訳・解題] 49頁以下。ムルスヴィーク

しておく。社会国家の政策に個人がどこまで与（あずか）れるか、また裁判所での救済は可能かという問題に関わって案出された用語である。実定憲法上これを根拠づけることができるかどうかが最大の問題である。

議論のきっかけとなったのは、1972年7月18日のいわゆる入学定員条項判決（BverfGE 33, 303）である。詳しくは戸波江二の解説を読みたい⁽¹⁴⁾が、事件の概要と背景をごく簡単に述べるならば、ドイツでも戦後、大学進学率が上がっていく中で、とくに医学部と法学部への人気が高まった。大学側の受け入れ能力の限界を理由に、大学が定員を設けたために希望する学部への入学を認められない学生が続出する事態となった。ここまでは先進国に共通する現象であるが、ドイツに特有の規範的な問題は、「職業選択の自由」（基本法12条1項）の延長線上に大学、学部の選択の自由が位置づけられていることにある⁽¹⁵⁾。また、実態として大学はほぼすべてが国立大学（州立大学）であり、伝統的に大学間格差がほとんどなかったという背景もある。ギムナジウム（普通高校）を卒業してアービトゥア（卒業試験）に合格すれば、同時に大学入学資格を得られることになっている。それは高等教育（＝大学教育）を受ける能力を証明する資格であり、どの大学のどの学部にも入学できる。日本では、大学、学部の定員は当然であり、そのための競争試験によるふるい落としも当然だと考えられている。

クによれば、Teilhaberecht の概念はドイツでも混乱が見られ、多義的でつかみ所がないと批判されている。社会権のようなものだけに限定して用いる場合（狭義の Teilhaberecht ＝本源的配分請求権）とそうでない場合（派生的配分請求権）がある。

(14) 戸波江二「教育の場所選択の自由と大学入学請求権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）283頁。

(15) 基本法12条1項1文の規定は「すべてのドイツ人は、職業、職場および養成所を自由に選択する権利を有する。」となっていて「養成所 Ausbildungsstätte」は狭義の職業訓練所に限らず、高等教育機関一般を意味する。大学は職業人養成所なのである。

そして、それは、社会権としての教育を受ける権利（憲法26条）にも違反しないとされている。

ところが、ドイツでは、定員条項によって大学入学の有資格者を閉め出すことは、職業選択の自由を制限したことになるのである。収容能力を理由に入学者を制限できることを可能にした州の大学法によって、ハンブルク大学医学部およびミュンヘン大学医学部への入学を希望するアービトゥア合格者が、入学拒否処分の取消しを求めて訴えたのが、この訴訟の出発点である。州の大学法がそもそも基本法12条に違反していると考えた2つの州の行政裁判所は、基本法100条に基づき、連邦憲法裁判所に対して違憲の裁判を求めた（移送決定）。すなわち、行政事件を媒介とした具体的規範統制訴訟⁽¹⁶⁾である。

職業選択の自由は、自由権であるから国家からの妨害排除を請求できる権利に過ぎないはずであるが、すでに述べたように、アービトゥアと入学とは伝統的に連動していたので、この切り離しは、自由権への介入とみなすことも不可能ではない⁽¹⁷⁾。しかし、実態としては、国家が無償で教育の機会を提供する義務を負うことを意味するから、この訴えは社会権の保障を求める訴訟だということもできる。州の裁判所は、そのため、12条1項1文だけでなく、3条の平等原則、それに社会国家条項（20条、28条）も違憲性判断の根拠とした。

日本の薬事法違憲判決⁽¹⁸⁾にも影響を与えているドイツの1956年6月11日

(16) ドイツの憲法訴訟の類型については、畑尻剛・工藤達郎編『ドイツの憲法裁判（第2版）』（中央大学出版部、2013年）参照。具体的規範統制についてはとくに372頁以下。

(17) ドイツの国立大学（州立大学）は、原則として授業料は無料である。

(18) 最大判1975(S50)・4・30民集29巻4号572頁。『憲法判例百選Ⅰ（第6版）』（有斐閣、2013年）の石川健治の解説は、この判決が2重の基準論ではなく、ドイツの職業選択の自由に関する判例理論を踏まえたものであ

⁽¹⁹⁾の薬局判決は、距離制限による薬局開設の拒否が、狭義の職業選択の自由に関するものであり、かつ申請者の主観的能力ではなく客観的条件による制限であって、正当化のためにはより厳格な審査が求められることが、違憲の結論を導くことに大きく作用していた。この延長線で考えると、収容能力による制限は客観的制限であって職業選択の自由論として違憲の結論に傾く。絶対的定員条項は違憲である。ただし、それに加えて、能力試験を組み合わせれば違憲性が緩和される可能性も出てこよう。⁽²⁰⁾連邦憲法裁判所は、平等権の解釈も絡めて、成績、抽選、待機期間、社会的困窮度による選抜については容認している。⁽²¹⁾

(2) 配分請求権と定員条項

定員条項訴訟では、ドイツでもこの訴訟が単に国家からの自由ではなく、制度創設的な側面をもつことが認識されていたので、本源的（始原的）配分請求権と派生的（伝來的）配分的請求権の区別⁽²²⁾に基づいて、職業選択の自由という基本権の価値決定や社会国家の憲法委任 Verfassungsauftrag（憲法委託）から、有資格者の学籍創出請求権が導き出せるかどうか問われたが、連邦憲法裁判所は、この問題には直接答えず、明白な憲法委任違反がある場合に限られるとした。⁽²³⁾派生的な配分請求権についても、大学・学部の収容能力が飽和状態にある場合、選抜基準が合理的であれば許されるとし、バイエルン入学法の自州出身者優遇について一部違憲とした。そ

ることを明らかにしている。

(19) BVerfGE 7, 377.

(20) この点について前掲注(6) Rn839, 302頁。

(21) BVerfGE 43, 291/317f.

(22) originär は「始原的」、derivativは「伝來的」と訳されることもある。

ムルスヴィーク・前掲注(13) 58頁。

(23) BVerfGE 33, 303/333.

れとの関連で法律の留保に関する本質性理論に基づいて、ハンブルク入学法が選抜基準をみずから規定していないことが白紙委任であり議会の責任放棄であるとした⁽²⁴⁾（「議会の留保 Parlamentsvorbehalt」違反）。

2 基本権保護義務論と社会権

(1) 基本法1条1項と日本国憲法99条

主に職業選択の自由の実質化に関わって主張された配分請求権とは別のアプローチに、基本権保護義務論がある。これは1条1項「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、および保護することは、すべての国家権力の義務である。」の解釈から導かれたものである。ここで、「尊重する beachten」とあるのは、国家の消極的義務すなわち不介入、不作為義務を意味し、「保護する schützen」とあるのは、国家の積極的義務すなわち介入、作為義務を意味するというものである。schützen から国家の作為義務を引き出すことはドイツ語の語義からして決して無理な解釈ではなく、むしろ自然な解釈だといえる。ドイツでは、「基本権保護義務」論として発展してきたが、ヨーロッパ人権裁判所では国家の「積極的義務 positive obligations」として論じられてきた⁽²⁵⁾。ただし、積極的義務は、あくまでも自由権という内容の明確な、言い換えれば保護領域の明確な人権の保護に関わるものであり、内容の確定が困難な社会権の保障とは異なるとされている。

ムルスヴィークは、基本法のコンメンタールの中で「自由権によって給付請求権やその他の配分請求権は原則として保障されない。自由権の保護

(24) 戸波・前掲注(14)287頁も参照。

(25) これについて、ムルスヴィーク（永田訳）「ヨーロッパ人権条約による積極的作為義務」（関西大学法学研究所『ノモス』No. 22, 2008年）83頁参照。

領域における自由行使のために認められる国家による給付に関しては、関係する基本権を3条（平等権）と結びつけることにより、派生的にしか給付請求権を導き出すことができない」と述べている⁽²⁶⁾。また、別の著書では典型的な社会的基本権として欧州社会憲章の1条で定められている「労働を求める権利」を例に挙げ、「労働を求める権利」は完全雇用状態の創出を国家に求めるものであるが、その確定は、自由権と異なり、政策的な内容形成に関わって非常に困難であることを主な理由に、この任務は裁判官ではなく、立法者の任務であると説き、「典型的な社会的基本権」を出訴可能な主観的権利として保障することは不可能だと述べている⁽²⁷⁾。他方で、典型的でない社会的基本権については、「配分請求権 *Teilhabe*recht」⁽²⁸⁾とりわけ派生的な配分請求権に関して、司法審査の可能性を留保している⁽²⁸⁾。

ここで、ムルスヴィークが「典型的な社会権」として労働を求める権利（勤労の権利）を挙げていることに注意する必要がある。社会主義制度および社会主義的な権利に懐疑的なムルスヴィークも、生存権については典型的な社会権とは考えていない。人間の尊厳と社会国家から主観的権利性が引き出せる可能性についても論じている⁽²⁹⁾。

ここで、比較法的見地から筆者の見解を述べるならば、基本法の1条1項は、日本の憲法では人権の重要性と最高法規性を確認する99条に相当する。従来の99条解釈では「尊重」と「擁護」は同義だとされ両者をとくに区別する解釈はなされてこなかったが、日本語の語義と語感からも、基本権保護義務論を99条解釈に取り入れることは十分可能であると考え

(26) D. Murswiek, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 1999, Art. 2 Rn, 38.

(27) ムルスヴィーク・前掲注(13)82頁以下。

(28) ムルスヴィーク・前掲注(13)86頁以下。

(29) ムルスヴィーク・前掲注(13)114頁以下。

る。もちろん、99条を根拠にするような迂遠な解釈をしなくても、日本の社会権に関しては、本来、個人の主観的請求権と、それに対応する国家の保護義務を導くことは、社会権に関する各条文の文言解釈等から可能である⁽³⁰⁾。

ただし、99条の国家の擁護義務からは、社会権については国家の作為義務を確認する規定だということができるとともに、場合によっては自由権等についても対応する国家の作為義務を導くことも可能だと考える。たとえば、知る権利から情報公開制度の創設を求めたりするといったことである。しかし、これについても、これまでは制度創設的権利を認めるにしても（否定的見解が⁽³¹⁾多数であるが）、知る権利に直接根拠を求めることが試みられてきた。

（2）積極的義務論

すでに述べたように、基本権保護義務はヨーロッパ人権裁判所では積極的義務として論じられている。両者は相互に影響を与え合っている。積極的義務は立法レベル（1次的義務）と行政レベル（2次的義務）の2段階があり、行政訴訟にも大きな影響を及ぼしている。たとえば警察行政における過剰介入は消極的義務違反として禁止されるが、過少介入も積極的義務違反として違憲問題を生じさせる。たとえば、正当なデモ行進に対して反対派が介入してきた場合に警察がこれを放置したようなときに問題になる。

保護義務を根拠づける1条は、本来、「人間の尊厳」というドイツにおいても特殊な保護領域に関わるものであり、日本国憲法99条のように人

(30) これについて、永田秀樹「基本権保護義務論の射程と可能性」森英樹編『現代憲法における安全』（日本評論社、2009年）195頁以下。

(31) たとえば芦部信喜『憲法（第6版）』（岩波書店、）176頁。

権一般におし及ぼすことができるような規定ぶりになっていない。1条1項以外でも、6条1項および2項（家族）、6条4項（母）、7条4項（私立学校）、5条3項1文（学問・芸術）については、「保護」と明記されていなくても伝統的に国家による保護が与えられるべきだとされていたが、他の分野ではそうではなく、国家の介入を排除すること（消極的義務）が人権保障の内容とされていた。

しかし、1975年の第1次墮胎判決を嚆矢として、人間の尊厳が生命に対する権利（2条2項）や人格権（2条1項）と結びつけられて国家の「保護義務」の対象を拡大していった。それによって、国家の「保護義務」に対応する「保護受給権（Schutzrecht）」がさまざまな領域で判例でも認められていった。すでに説明した12条1項の領域やその他の領域に広がっていった。しかし、労働を求める権利や生存権といった社会権領域に拡大することについては、ワイマールの失敗の経験もあるのであろう、学説、判例ともに極めて慎重であった。

IV ハルツIV判決

1 事実

（1）立法事実

憲法訴訟なので立法事実から先に述べると、事件の背景には、ドイツのそれまでの社会保障政策を全面的に見直して、全体として社会保障関係費を抑制しようとしたハルツ改革がある。ハルツ改革とは、フォルクスワーゲンの経営者であったペーター・ハルツ（Peter Harz）の構想に基づく労働市場の改革で、2002年から始まった。2003年12月24日の法律（いわゆるハルツIV法、施行は2005年1月1日）は、困窮者に対する社会扶助のための法制度と、失業対策を目的とした就労支援制度を統合して一元化することを目的としたものであり、大部の社会法典（Sozialgesetzbuch）とし

142(142) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

て整備された。これによって、連邦社会扶助法 (Bundessozialhilfegesetz) は廃止された。ただし稼得能力のある要扶助者は社会法典第2編に、稼得能力のない要扶助者は社会法典第12編において、別々に規定されたため、適用法律の違いから、稼得能力のある者を抱えている世帯とそうでない世帯との間において児童に対する給付の基準が異なるなどの差異が生じた。

旧連邦社会扶助法では、基準額はかなり低く抑えられているものの (西側地域で297ユーロ)、児童・青少年の特別な需要の考慮や高齢者・障害者の加算、あるいは臨時的給付が認められていたり、住居費や暖房費の実費支給なども認められていた⁽³²⁾。改革後のハルツIV法では、稼得能力のない者を対象とする社会法典12編においては、部分的にこれらの制度が残されたが、稼得能力のある者を対象とした2編においては、基準給付中心の一括方式がとられ、個別事情による柔軟な対応ができにくい仕組みが採用された。不満はとくに稼得能力のある者の世帯で生じた。

基準給付は、2編では「失業手当Ⅱ」⁽³³⁾と呼ばれ、12編では「社会扶助」と呼ばれるが金額は同じであり、法律に1箇月345ユーロ (旧東ドイツ地域は331ユーロ) であることが明記された。行政に具体的金額の決定を委ねるのではなく立法者が金額を定めたということは、保護義務論からしても国家が1次的な積極的義務を果たしたという点で高く評価できるが、問題は金額の算定の根拠である。全数調査ではないが、連邦統計庁が5年に1度、12項目にわたって「所得消費抽出調査」を行っている。社会扶助受給者を除く、下位5分の1に属する単身者の世帯の消費支出を調査し、各項目について異なる一定の百分率を乗じた結果、西側地域で345ユーロ

(32) 詳しくは嶋田佳広「ドイツ求職者基礎保障における保護基準」賃金と社会保障 No. 1498 (2009年) 5頁以下。

(33) 受給者は700万人を超え、保護率は10%に達したという。嶋田・前掲注(32) 6頁。

という金額になったとされている。しかし、掛ける百分率が項目によって差があり、たとえば「食料、飲料、煙草類」は96%であるが、交通費は37%、教育費は0%となっており、結果先にありきで、算定方法が恣意的だという批判があった⁽³⁴⁾。

(2) ヘッセン州社会裁判所の事件

連邦憲法裁判所は、ヘッセン州の州社会裁判所の違憲判断に基づく移送決定事件⁽³⁵⁾（2008.10.29）ならびに連邦社会裁判所の違憲判断に基づく移送決定事件2件⁽³⁶⁾（2009.1.27）の具体的規範統制訴訟をまとめて審理して裁判した。いずれも14歳未満の児童の給付額が基準となる給付額345ユーロの60%とされていることを問題としていた⁽³⁷⁾。ここでは具体的事件としてヘッセン州の事件を取り上げる。それは次のようである。

(34) マーケットバスケット方式ではなく統計モデル方式といわれる。実際は旧時代の社会扶助標準基準額297ユーロに16%程度を加えて345ユーロを導いたのではないかと疑われている。2006年の統計にもとづく改訂でも基準額345ユーロに変更がなく不自然だと指摘されていた。嶋田・前掲注(32) 14頁参照。

(35) LSG Hessen, Beschluß vom 29. 10. 2008, L 6 AS 336/07. この決定については、日本語訳がある。木下秀雄・上田真理・嶋田佳広「ヘッセン州社会裁判所第6法廷（ダルムシュタット）2008年10月29日決定」『賃金と社会保障』No. 1489（2009年5月上旬号）36頁以下。

(36) BSG, Urteil vom 27. 1. 2009, B 14 AS 5/08 R ; B 14/11b AS9/07 R. これについても嶋田佳広の日本語訳がある。前掲『賃金と社会保障』No. 1489（2009年5月上旬号）62頁。裁判所は、社会法典2編28条1項3文が、14歳未満の子の基準額を減額する点で、1条、6条2項並びに20条1項と結びつく3条1項に違反して、違憲だと判示している。

(37) 従来の連邦社会扶助法では世帯主または単身者を100%としたときに子どもは5類型に分類されていたが、新制度では14歳未満か14歳以上かという2類型しか存在せず、14歳未満が一律に60%に減額されていることが問題となった。

原告 (X₁, X₂, X₃) の世帯は、稼得能力のある3人家族の世帯で、X₁ (父)、X₂ (母) がともに基準給付の9割の311ユーロ (失業手当Ⅱ)、11歳の娘 X₃ が60%の207ユーロ (社会手当)、これに住居費150ユーロを加え、そこから収入とみなされる児童手当154ユーロを差し引いて1箇月825ユーロを支給されていたが、基準給付額が最低生活水準を満たさないとしてカッセル社会裁判所に訴えた。カッセル社会裁判所は、基準は法律に従っているとして訴えを退けたので、ヘッセン州社会裁判所に控訴したものである。原告は控訴理由で207ユーロでは娘の教育費がまかなえず、親が最低生活を犠牲にしても、娘の文化的活動やクラブ活動、クラス旅行ができない状態にあることを訴えた。

州社会裁判所は、社会法典2編28条1項3文1号が、子どもの社会手当を60%にしているのは、基本法6条2項、20条1項、1条1項に違反すると判断した。また11歳の児童と新生児を14歳未満として同じ扱いをしていること、ならびに基準額の算定において単身世帯を計算の基礎としていることが、それぞれ3条1項の平等原則に違反していると判断して訴訟を中断し、基本法100条に基づいて、連邦憲法裁判所の審査・判断を求める移送の決定を行った。

2 主文

主文は以下のとおりである。

1. 労働市場における現代的なサービスのための第4次法律の文言における、2003年12月24日の社会法典第2編20条2項1文前半、3項1文、28条1項3文1号第1選択肢および… [改正を含むその後の一連の法律の該当する条項] は、基本法20条1項の社会国家原理と結びついた1条1項と適合しない。

2. 立法者は遅くとも2010年12月31日までに法律を改正しなければなら

ず、それまでの間はこの法律の規定が引き続き適用される。⁽³⁸⁾

3. 立法者は改正に際して、社会保障法典2編7条によって受給資格のある者に対して、人間の尊厳に値する最低限度の生存の保障のために不可欠であるにもかかわらず、20条では対象となっていないために給付されていなかった、一回限りとはいえない当面必要な特別の需要に対する請求権を規定しなければならない。立法者による規定改正までは、判決理由の基準に従って、この請求権を20条1項と結びついた1条1項から直接、連邦の負担において主張することができる。

3 判決理由⁽³⁹⁾

(1) 要旨⁽⁴⁰⁾

判決の要旨は次のとおりである（傍点は筆者）。

1. 基本法1条1項から導かれる人間の尊厳に値する最低限度の生存保障（Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums）を求める基本権は20条1項の社会国家原理と結びついて、すべての救済を求める者に対して、肉体的な生存および社会的、文化的、政治的生活への最低限

(38) 給付行政に関わる裁判においては、しばしば違憲無効判決ではなく、違憲確認判決の形式が取られる。ドイツの連邦憲法裁判所の判決は一般的効力を有することを前提としているので、給付のための根拠規定がなくならないようにするためである。しかし、同時に新立法までの間、当事者には何も救済が与えられないかというところではなく、主文3にあるように、連邦憲法裁判所が暫定的な立法ともいえるルールを主文で示すことも多い。訴訟を中断していた原審は、連邦憲法裁判所の示した基準にしたがって最終的な判断を行うことになる。

(39) 判決文はほぼ全文、嶋田佳広の日本語訳が本人の解説とともに『賃金と社会保障』No. 1539（2011年6月上旬号）71頁以下に掲載されている。

(40) ここでは連邦憲法裁判所判決集に掲載されている公式の判決要旨を翻訳している。

度の配分に不可欠な (für physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich) 物質的な条件を保障する。

2. 基本法1条1項から導かれる保護請求権 (Gewährleistungsrecht) としてのこの基本権は、20条1項と結びついて、すべての人の尊厳の尊重を求める1条1項の絶対的に作用する請求権とともに、それとは別の独自の意義をもっている。この権利は基本的にないがしろにされてはならず、履行されなければならないが、立法者による具体化と不断の活性化を必要とし、立法者は、共同体の発展段階と既存の生活状態に合わせて給付を調整しなければならない。その際、立法者には形成の余地 (Gestaltungsspielraum) が認められる。

3. 立法者は請求範囲の確定に際して、生存に必要な費用を透明かつ適正な手続によって現実に即応し、信頼できる数値と首尾一貫した計算式に基づいて検証可能 (Nachvollziehbar) なように算出しなければならない。

4. 立法者は、人間の尊厳に値する最低限度の生存を確保するための典型的な需要を毎月の固定額で満たすことができるが、それを超える一回限りとはいえ当面必要な特別の需要に対しては、付加的な請求権を容認しなければならない。

(2) 憲法判断の枠組み

判決理由は、A、B、C、Dからなり80頁を超える。Aが立法事実、Bが訴えの適法性 (本件の場合には具体的規範統制なので、州社会裁判所や連邦社会裁判所による移送が訴訟要件を満たしているかどうかの判断)、

Cが違憲判断の本体部分である。判決の要旨は上記（1）の4点に尽きているが、Cの中から筆者が重要だと考えるところを拾い出すと以下のとおりである。判決文の中の参照判例等は省略してある。

「基本法1条1項は、人間の尊厳を不可侵だと宣言し、すべての国家権力に対して尊重し擁護することを義務づけている。この規範は基本権として国家の介入に対する防御権というだけではない。国家は人間の尊厳を積極的にも保護しなければならない。…基本法1条1項から導かれるこの客観的義務は、基本権享有主体の給付請求権（Leistungsanspruch）に対応している。なぜならば、基本権は各個人の尊厳を保護するものであり、そのような困窮事態にあつては物質的な援助がなければ保護できないからである。」

「憲法に基づく人間の尊厳に値する最低限度の生存保障に対する給付請求権は、人間の尊厳に値する生存の保持のために無条件に必要な手段に対してのみ及ぶ。それが保障するのは、人間の肉体的生存すなわち食事、衣服、家具、住居、暖房、衛生、健康と同時に、最低限度の社会的・文化的・政治的生活への参加を含む人間関係を維持するための可能性の確保である。なぜならば、人間は人として必然的に社会的関係の中で生存しているからである。」

「人間の尊厳に値する最低限度の生存保障は、法律による請求権によって確保されなければならない。このことは、基本法1条1項の保護内容からも要求されている。…憲法上の人間の最低限度の生存保障は、議会の法律によって行われなければならない。その法律は、給付権者に対する市民の具体的な請求権を定めていなければならない。…基本権の実現のために基準となる規則を自ら定めなければならない立法者の義務は、法治国家原理や民主主義原理からも生じる。このことは人間の尊厳の確保や人間の生存の確保が問題となるときには、なおさら妥当する。加えて憲法上存在する議

会の形成の余地は、法律という枠の中でしか展開・具体化できない。」

「法律による給付請求権は、すべての基本権享有主体の生存に必要な全需要を満たすように形成されなければならない。立法者が憲法上の最低限度の生存を規定する義務を十分に履行していないときには、単純法は、不備な形成の範囲で違憲である。」

「基本法1条1項の給付請求権は、基本的に憲法によってあらかじめ与えられている。⁽⁴¹⁾とはいえ、この請求権の範囲は、需要の種類とそのための必要な物資に関して直接、憲法から導くことはできない。…最低限度の生存を金銭支給、現物支給によって確保するか、それともサービスの提供によって確保するかは、原則として立法者にまかされている。その上に、最低限度の生存確保のための給付の範囲を確定するに際しては、立法者には形成の余地が認められる。それには、事実状態の評価や必要な需要の評価や、範囲に差異を設けることも含まれる。立法者が肉体的な生存の確保のために必要なものを具体化するときには形成の余地は狭くなり、社会生活への参加の可能性の種類と範囲を定めるときには、形成の余地が広がる。⁽⁴²⁾」

「立法者は請求権の具体化のために生存に必要なすべての費用を首尾一貫して透明かつ適切な手続において、実際の需要に基づいてすなわち現実に

(41) 1条1項から直接、給付請求権を認める点は日本の抽象的権利説よりも積極的である。日本は25条からでさえ給付請求権を認めない。基本法1条1項の保護領域に、日本国憲法の25条の保護領域と重なるものがあるとすれば、立法裁量論で逃げようとする日本の判例を見直す手がかりを与えているようにも見える。

(42) BVerfGE125, 225. ここでは、日本の救貧・防貧2分論に共通する考え方を見ることができる。しかし、日本の司法が学ぶべきことは、この訴訟では子どもの文化的、社会的な生活という防貧施策に関わることが問われたにもかかわらず、裁判所が、立法に誤りがあったと判定し、それをただしたことである。自由裁量論に近い日本の立法裁量論とは隔たりがあるといわなければならないだろう。

即応するように測定しなければならない。そのためには需要の種類と費用を算定し、それに基づいて需要の全体額を確定しなければならない。基本法は立法者に特定の方法をとることを指示してはいない。立法者は、その有効性と適切性の範囲で自ら方法を選択することができる。ただし、選択した方法から自ら離反するときは、正当化を必要とする⁽⁴³⁾。」

「このようにして得られた結果は、継続して再審査し発展させていかなければならない。」

「最低限の生存の測定における立法者の形成の余地には、連邦憲法裁判所による単純法の謙抑的な審査が及ぶ。基本法は請求権の金額の見積もりを認めていないので、結果に関する実体的審査は、給付が明らかに不十分であるかどうかということに限定される。」

「この明白性審査 (Evidenzkontrolle) が許容する実体的帯域の範囲内では、人間の尊厳に値する最低限度の生存保障を求める基本権は、量的に確定しうる基準値を提供しない。しかし、基本法は、それが基本権の目的にとって適正であるかどうかという点に関して、給付の測定の基礎と方法の審査を要求している。…法律による支援給付の範囲に関する、基本権の意義にとって適切な検証可能性ならびに裁判所による審査を保障するためには、信頼できる数字と首尾一貫した計算方法に基づく給付の認定が、正当化に耐えるものでなければならない。」

「連邦憲法裁判所は、立法者が、人間の尊厳に値する生存を確保する目的

(43) BVerfGE125, 225. 立法者の形成の余地 (立法裁量) を認めると、どうしても比較衡量という問題が生じ、3段階審査における正当化論や比例原則が入ってくる可能性がある。2段階審査に限定しようとする1条の解釈論としては、破綻をきたすおそれがある。肉体的生存だけでなく、文化的・社会的・政治的生存にまで人間の尊厳の保護領域を拡大したことによって生じた問題だといえるだろう。しかし、後に見るようにこの判決以降もピエロート/シュリンクは1条に関して2段階審査を堅持している。

を、20条1項と結びついた1条1項に適切に応える方法で把握し、かつ法律に反映させたかどうか、その形成の余地の範囲内で、最低限度の生存の測定のために有効な算定手続を選択したかどうか、必要な事実を重要な部分で完全かつ適切に確認したかどうか、事後的に検証可能な計算手段を伴うすべての計算段階において、この選択した手続と構造原理の中で、主張可能な範囲で行動した (im Rahmen des Vertretbaren bewegt)⁽⁴⁴⁾ かどうか、を審査する。」

「…立法者がこれに十分にしがわかない場合、最低限度の生存の確定は、その不備により、基本法20条1項と結びついた1条1項と適合しない。」

「基本法3条1項や6条1項のようなその他の基本権は、社会権における最低限度の生存の測定において、その他の別の基準を設定することはできない。決定的なことは、基本法20条1項と結びついた1条1項によって、支援を要するすべての個人を把握できるということである。この場合、他の基本権に依拠することは必要でない。⁽⁴⁵⁾」

(44) BVerfGE125, 226. 主張可能性 (Vertretbarkeit) は、明白性の審査 (Evidenzkontrolle) と結びついていて、ドイツでは緩やかな審査方法である。日本では合理性の基準に相当する。したがって、主張可能性 (Vertretbarkeit) は、合理的関連性と置き換えてもよい。

(45) BVerfGE125, 227. この点こそが従来の配分請求権 (Teilhaberecht) のレベルを超えたともいえる新しい論理であり、最も注目すべきところである。従来の配分請求権論では、創設的な本源的な配分請求権を認めるのは難しく、せいぜい、既存の制度に明らかな不平等が存在する場合、その点をとらえて違憲確認を行うことまでしか認められていなかった。これを派生的配分請求権という。本件も、本源的な制度創設を求める訴訟ではなく、新制度の一定の手直しを求める訴訟であったから、州社会裁判所や連邦社会裁判所が採用した違憲判断を追認することもできたはずである。すなわち6条1項、2項の家族の保護請求権を中心に据えたり、3条の平等権を判断の決め手とする解釈である。なぜそのような飛躍の少ない解釈を採らなかったのかは不明である。

(3) 判断枠組みの適用

連邦憲法裁判所は、上記のような憲法判断の枠組みに照らして社会法典2編の審査を行った。以下は簡単な要約を示す。

345ユーロという絶対額は、肉体面での最低限度の生存を保障する上では十分であり、社会面での保障は、立法者の形成の余地が広いことを考慮すると、人間の尊厳に値する最低限度の生存の確保のために明らかに不十分であるということとはできない。絶対額という点で見れば、共同生活を送る成人について1人につき10%を減じた311ユーロ、14歳未満の子どもに支給される207ユーロも明らかに不十分であるということとはできない。また、統計モデル方式を採用していることも生活実態を測定するために有用であり、それ自体違憲ではない。

しかし、345ユーロを導く2005年の政令に基づく算定は1998年のデータをもとにしているが、費目ごとの削減率の設定が不明確、不透明で経験則に照らして根拠がない。345ユーロの算定の根拠が不明確であるので、14歳未満の子どもの給付額207ユーロ（40%削減）の経験的根拠も乏しい。年齢の高い子どもと低い子どもの需要が区別されていない。受給者及び基準以下で生活している人は、計算の対象から除外しなければならない。

また、不可避的で経常的、かつ単に一時的でない特別な需要を満たす給付請求権を保障する法律規定が第2編に欠落しているのは、20条1項と結びついた1条1項に違反する。このような法律の不備を補うために法律改正が必要である。

(4) 立法者の対応

連邦憲法裁判所の判決に基づいて立法者は直ちに対応し、2010年5月17日⁽⁴⁶⁾の法改正で21条6項が追加された。しかし、実際の救済措置はいくつかの事情が重なって主文の2で示された期限（2010年12月31日）に間に
152(152) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

合わず、2011年3月24日の「社会法典第12編に基づく基準需要算定法 (Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch (RBEG))」が制定されるまで待たなければならなかつた。⁽⁴⁷⁾とはいえ、広範な影響を及ぼす法律の改正について設定された期限がもともと厳しすぎたという評価もできよう。消費支出の調査は、成人の単身世帯だけでなく、夫婦+子ども1人の世帯も対象として、かつ6歳未満、6歳以上14歳未満、14歳以上18歳未満の3類型に分類して行うことになった。現在の社会法典2編の28条では、青少年の社会・文化生活のための特別の需要が見込まれており、生徒の遠足やクラス旅行の費用の給付も認められている。

V ハルツIV判決の意義と3段階審査論への影響

1 意義と評価

政府の推し進めようとした社会保障の改革政策立法について、最低限度の生活水準が維持できず違憲だと訴えた原告の主張を認めて、立法者に対して「形成の余地」(≡立法裁量⁽⁴⁸⁾)は認めるという建前は取りつつも、実

(46) 「受給者は、不可避的かつ経常的で一回的でない特別の需要が存在する限り、追加需要を認められる。…」嶋田佳広「ドイツの保護基準における最低生活需要の充足」『賃金と社会保障』No. 1539 (2011年6月上旬号) 4頁以下参照。

(47) Andreas Merold, Freiheit durch den Staat—Eine Auseinandersetzung mit der Reichweite und den Grenzen des verfassungsrechtlichen Existenzminimums, 2016, S171f.

(48) 日本の立法裁量論は司法審査を回避したり、極めて緩やかな審査をすることによって政治部門の決定を追認する役割しか果たしていないことについて永田秀樹「立法裁量論批判」ドイツ憲法判例研究会『(講座 憲法の規範力) 第2巻 憲法の規範力と憲法裁判』信山社, 2013年) 193頁以下。立法者の「形成の余地 Gestaltungsspielraum」は、「形成の自由

際にはその修正を迫る違憲判断を示したこと、その根拠条文を6条（家族の保護）や3条（平等原則）ではなく、直接、1条（人間の尊厳）に求めたこと、そして1条と20条とを結びつけての国家の基本権保護義務（立法義務）だけでなく、生活扶助の司法救済を可能にする主観的請求権を認めたという点で画期的な判決であった。

とくに、1条と20条だけで生存権が根拠づけられるという解釈は、従来の配分請求権（Teilhaberecht）のレベルを超えたともいえる新しい論理であり、最も注目すべきところである。従来の配分請求権論では、創設的で本源的な（originär）配分請求権を認めるのは難しく、せいぜい、既存の制度に明らかな不平等が存在する場合、その点をとらえて違憲確認を行うことまでしか認められていなかった。⁽⁴⁹⁾

本件も、本源的な制度創設を求める訴訟ではなく、新制度の一部の手直しを求める訴訟であったから、州社会裁判所や連邦社会裁判所が採用したような違憲判断の解釈手法に依拠することもできたはずである。すなわち6条1項、2項の家族の保護請求権を中心に据えたり、3条の平等原則を判断の決め手とする解釈である。これによって積極的な作為義務を根拠づけることができる。なぜそのような飛躍の少ない堅実な解釈を採らなかったのかはよくわからない。しかし、今後の社会労働政策や福祉政策に対して、司法が政治部門まかせにはしないというメッセージを送りつけたことはたしかであり、事実その効果はあった。

社会政策については、ニューディール以降消極的なアメリカの最高裁や、

Gestaltungsfreiheit」と呼ばれることもある。どちらも形成の自由と訳しても構わないと思われるが、日本では自由と訳すと自由裁量論をイメージされることが多いので、本稿では Gestaltungsspielraum は形成の余地と訳すことにする。

(49) これを派生的（derivativ）配分請求権という。

生存権の実現に貢献することに対して一貫して消極主義的姿勢をとり続けている日本の最高裁と比較するとき、ドイツの連邦憲法裁判所の存在は際立っている。社会政策の領域においても司法の果たすべき役割があるとの自覚と自信を見て取ることができる。民主主義の政治過程において権力の一翼を担うことが期待されている裁判所⁽⁵⁰⁾だからこそできる大胆な生存権解釈だともいえよう。

日本では、法律の性格にもよるが、堀木訴訟などを除いて、審査が行政裁量のレベルにとどまっています、それも裁判所が統制権を及ぼさず、老齢加算訴訟⁽⁵¹⁾でも、実態に踏み込んだ判断をしておらず、一般世帯との比較だけで加算廃止に根拠ありとする国の福祉政策を追認している。ドイツも統計モデル方式を否定していないが、客観性と透明性を求めている。単身者世帯は参考にならないとか、子どもの発達を考えたときには年齢の区切りが大雑把であるとかかなり深い審査を行っているということができただろう⁽⁵²⁾。

(50) これについて永田・前掲注(7)278頁以下参照。

(51) 最判2012(H24)・2・28民集66巻3号1240頁。とくにこの判決は憲法訴訟としての性格を裁判所自身が打ち消そうとしている姿勢が濃厚である。憲法25条から生活保護法を解釈するのではなく、憲法と無関係に生活保護法を解釈した後で、生活保護法は憲法25条を具体化した法律だから、生活保護法違反がなければ憲法25条にも違反しないという逆立ちした論理をとっている。

(52) ハルツIV判決の審査方法から日本へ示唆を得ようとしてしているものとして西村枝美「ドイツにおける社会権の法的性質と審査基準」関西大学法政論集62巻4・5号23頁以下、同「経済的社会的権利」憲法問題29(2018)103頁以下。

2 3段階審査論への影響

(1) 1条1項の保護領域の拡大

初期の判例であるが、戦争遺族の寡婦年金をめぐる憲法訴願訴訟の⁽⁵³⁾1951.12.19決定があり、そこでは物質的な貧困からの保護は1条の保護領域に含まれないとされ、それが確立した判例となっていた⁽⁵⁴⁾。人間の尊厳が蹂躪されたとして裁判所に救済を求めることができるのは、迫害、犯罪者呼ばわり、屈辱的な扱い、侮蔑などに限られるとされていたのである。

ドイツの代表的な教科書であるピエロート/シュリンクの教科書でも、そもそも人間の尊厳の保護領域を一般的な形で示すことはできず、人間の尊厳への介入事例として、奴隷制や拷問と並べて、最低限度の生存の無保障、援助なき状態への放置、国家に自己の生活欲求を汲み取らせるあらゆる可能性を閉ざすこと一人に対する社会国家的・法治国家的責任の著しい怠慢を挙げていたが、これは生死に関わるような極端な場合が想定されていた。

ハルツIV判決後の1条に関する記述は次のように改訂されている。「介入」の項で論じられていた3つの部分領域を「保護領域」のところで積極的な形で提示している。これは大きな変化である。

- ① 人間の主体性とりわけ肉体的、精神的同一性および統合性
- ② 人間が原則として法的に平等であること
- ③ 最低限度の生存の保障

そして「連邦憲法裁判所は、そもそも人間の尊厳の保護領域について語らず、侵害について語り、尊厳を『一般的にではなく具体的事件の判断においてのみ』確定している」という解説は変わらないが、それは①②に関

(53) BVerfGE 1, 97.

(54) Andreas Merold (Anm.47) S79ff.

してであって③については異なるという。すなわち「これに対して人間の最低限度の生存は、個人の必要状況によって異なる積極的な国家的保護を要求する。『自らの稼得活動、財産あるいは第三者の寄付によっても維持することができないがゆえに必要な物資が不足する』ときは、社会国家的給付制度に依存しなければならない。たしかに給付請求権は1条1項から直接生じるが、その範囲は憲法から直接導き出すことはできない。連邦憲法裁判所は、それによって、人間の尊厳に値する最低限度の生存の保障の基本権を独自のものとして、絶対的に機能する1条1項と並列に置き、1条1項だけをその根拠とせず、給付の範囲に関して国家の形成に委任することを根拠づける20条1項にも根拠を求めている」と述べる。⁽⁵⁵⁾

介入の典型例としても、従前と同じように第3類型として登場するが、生死に関わるような極端な事例ではなく、ハルツIV判決を受けた内容になっている。

①身体的・精神的同一性および統合性への介入は、とくに拷問、薬物や催眠術を用いての意思破壊、調査・馴致目的のための秘密のもしくは強制的な医療操作あるいは人間的親密性の破壊によって引き起こされる。

②原則的な法的平等への介入は、奴隷制、農奴制、人身売買、その他の制度的差別、凌辱、奴隷扱いによって引き起こされる。

③最低限度の生存の保障への介入は、自らの需要を満たす最低限度のものが与えられない可能性、あるいは、必要な物質的・文化的資源が拒否されることによって引き起こされる。

ここで問題となることは、人間の尊厳の違憲審査は、3段階審査ではなく、2段階審査であるということである。すなわち1条に関しては、他の

(55) Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, 31. Aufl., Rn 388, S92. 日本語訳はピエロート/シュリンク/キンググリーン/ポッシャー『現代ドイツの基本権〔第2版〕』として2018年に出版される予定である。

基本権と違って介入即違憲である。ところが判決は、立法者の形成の余地（≒立法裁量）を認めているので、これをどう説明するか。立法者の形成の余地が認められるのであれば、そこから第3段階への審査にも踏み込むことになるのではないかと、もっといえば、人間の尊厳の絶対性が崩れ、相対的な保障しか得られなくなるのではないかとということである。この点についてピエロート/シュリンクの教科書は、判決をなぞるのみで踏み込んだ解説は行っていない。

「人間の最低限度の生存の保護のために、十分な自分の資産と第三者からの寄付が不如意な者は、『自己の肉体的生存と、社会的・文化的・政治的生活への最小限度の参加にとって不可欠な物質的な前提条件』（E 125, 175）を求める請求権を有する。国家の側も、最低限度の生存の維持のために必要な、個人の獲得した収入を奪ったり課税してはならない⁽⁵⁶⁾（E 82, 60/85; 99, 246/259 ff; 120, 125/155 f）。たしかに、立法者は、他の参加領域と異なり、20条1項と結びついた1条1項の基準にしたがって、履行する形成の余地を有している。しかし、立法者は、『生存に必要な費用を首尾一貫して透明かつ適切な手続において、実際の需要に基づいてすなわち現実に即応して測定し』なければならず、かつこの手続を継続的に再審査し、発展させていかなければならない⁽⁵⁷⁾」。

これを見る限りでは、生存権を優先するか立法裁量を優先するかの審査において、立法の正当化審査が行われる余地はなく、その限りで比例原則⁽⁵⁸⁾などが登場する余地もないといえる。

(56) 日本でも低所得者への課税が憲法25条違反になるのではないかとということが争われたことがある。いわゆる総評サラリーマン税金訴訟である（最判1989(H1). 27判時1312号69頁）。このような場合は生存権の自由権的な効果ないし自由権的側面が問題となっている。

(57) Pieroth/Schlink (Anm. 55) Rn 394, S94.

(58) 生存権に関する憲法訴訟において、比例原則が適用できるかどうかと

(2) 構造図式の追加

6条1項や7条など、1条1項と直接関係しない人権を含めて、基本権保護義務に関する判例が多方面に発展してきたこともあって、新たな構造図式がピエロート/シュリンクの教科書に追加されている。3段階審査論は自由権を前提としている。いわゆる社会権についてはムルスヴィークもいうように独自の保護領域をもたないはずである。それからすると矛盾を含んでいるようにも見えるが、仮に、「最低限度の生存」が自由権と同じく保護すべき領域があって、それが確定できるということになれば、それに対する介入と正当化という3段階審査が可能になるように思われる。

しかし、ここでとられている構造図式では基本権保護請求権については、保護領域—介入—正当化とは異なる形の審査が行われることになっている。法律の留保ならば、国家財政に限りがあること等の正当化理由が考えられそうであるがそうはなっていない。日本では社会権は法律の留保を伴っているから、保護領域が確定できるのであれば、自由権と同じタイプの3段階審査ができる。その場合には、日本で論じられているいわゆる「制度後退禁止原則」も3段階審査の中に組み入れることができる。しかし、構造図式Ⅲは、保護領域—保護義務の存否—保護義務違反・怠慢の存否となっている。

⁽⁵⁹⁾ 【構造図式Ⅲ】

国家権力による基本権保護請求権が存在するかどうかという問題は、以下の段階を踏んで審査される。

いう問題関心からドイツの学説、判例を論じたものとして柴田憲司「生存権の『制約』可能性」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開 上巻』（信山社、2017年）677頁以下。

(59) Pieroth/Schlink (Anm. 55) Rn370, S88.

1. 保護領域

保護が求められている行為・態度が基本権の保護領域に該当するか。

2. 保護義務の存在

国家権力がその行為・態度を危険から保護する義務が存在するか。

- ①基本権がその義務を明示的に要求しているか。
- ②その行為・態度の自由が実際に危険な状態にあるか。
- ③その危険が求められている保護によって除去ないし軽減されるか。
- ④国家権力に求められている保護が事実上かつ法的に可能か。

3. 保護義務違反

国家権力は、求められている方法以外の方法で義務を充足することができるか。

- ①国家権力がそもそもその行為・態度の保護のために活動することができるか。
- ②国家の保護が、憲法上の最低水準を満たしているか。

これはおそらく、「最低限度の生存」のように保護領域（保護内容）を自由権と同じように確定できたとしても、それは自由権と違って極限的なものであるから、それを削減したり後退させたりすることはあり得ないと考えられているからではなかろうか。つまり、ここには、ドイツ基本権論の中核をなす「人間の尊厳」が影を落としていて、制限・制約とか正当化の余地はない（積極的保護に立法裁量の入りこむ余地はない）と考えられているのではなかろうか。

この推測が当たっていたとしても、すでにハルツIV判決が認めているよ
160(160) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

うに、とくに社会的・文化的・政治的生存の場合、最低限度といっても立法の形成の余地（Gestaltungsspielraum）が広く承認されるのであれば、第1段階の審査つまり保護領域の確定の段階において、日本でいうところの立法裁量との兼ね合いで事実上の調整が行われることになるだろう。

VI おわりに

ドイツでは生存権を含む社会権は、ワイマール時代の失敗の経験もあって、裁判規範化について、判例・学説とも戦後長らく慎重な姿勢をとってきた。しかし、配分請求権論や基本権保護義務論を通じて、立法や行政だけでなく司法にも一定の役割を担わせることが試みられるようになり、連邦憲法裁判所もついにハルツIV判決において「最低限度の生存」が1条1項の「人間の尊厳」の保護領域に属することを公然と認めた。

「自由の実質化、具体化」といっても内容の確定は困難だとされてきた社会権の保障を裁判所が引き受けたのは、グローバリゼーションの中で「社会国家」の雲行きがあやしくなり、格差の拡大に伴う貧困の防止を政府にまかせておけなくなったという事情もあるだろうが、基本権保障の論理としては、やはり「最低限度」にあると考えられる。野放図で境界の確定が困難な「社会的権利」一般とは異なり、「最低限度」の生存は、司法的救済が可能だという認識である。

「最低限度」という媒介項を通じて、社会権が人間の尊厳の保護領域にどこまで浸透していくかはまだ見通せない。⁽⁶⁰⁾ハルツIV判決は、肉体的生存にとどまらず、社会的・文化的・政治的な生活の保障も「人間の尊厳」に

(60) ムルスヴィーク・前掲注(13)114頁以下は、「最低限度」のアプローチについて、認められるのは、1条1項を根拠とする最低限度の生存保障のほかには、7条4項を根拠とする私立学校が国庫助成を求める権利くらいであり、そのほかに広げていくのは難しいとの見解を示している。

含まれると判示した。やがては「典型的な社会権」だとムルスヴィークがいう「労働を求める権利」の保障も司法が引き受けることになるかもしれない。「最低限度の生活」（憲法25条）という明文の規定があるにもかかわらず、日本で司法がいまだに貧困の救済に逡巡している姿勢を見ると、彼我の落差は大きい。

Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und Harz IV Urteil

論

Hideki NAGATA

説

- I Einleitung
- II Warum gibt es keine soziale Rechte in Deutschland?
 - 1 Weimerer Verfassung
 - 2 Grundgesetz
 - (1) Soziale Grundrechte im Parlamentarischen Rat
 - (2) Soziale Grundrechte in der Debatte der Wiedervereinigung
- III Argumente für soziale Grundrechte
 - 1 Teilhaberecht
 - (1) Berufsfreiheit und Numerus clausus
 - (2) Teilhaberecht und Numerus clausus
 - 2 Schutzpflicht und soziale Grundrechte
 - (1) Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 99 der japanischen Verfassung
 - (2) Positive Pflicht
- IV Harz IV Urteil
 - 1 Sachverhalt
 - (1) Rechtfertigung der Harz IV Reform
 - (2) Fall des Beschlusses vom 29.10.2008 LSG Hessen
 - 2 Tenor
 - 3 Urteilsgrund
 - (1) Hauptinhalt
 - (2) Maßstab für die Verfassungsmaßigkeit des SGB II
 - (3) Anwendung des Maßstabs an den Fall
 - (4) Beantwortung des Gesetzgebers für das Urteil
- V Bedeutung des Harz IV Urteils und Einfluß auf die Drei- Schritt-
Prüfung
 - 1 Bedeutung und Bewertung des Harz IV Urteils

2 Einfluß auf die Drei- Schritt- Prüfung

(1) Ausdehnung des Schutzbereichs des Art. 1 Abs. 1 GG

(2) Ergänzung der Aufbauschemen

VI Schluß