

ドイツにおける
社会権の法的性質と審査基準

西 村 枝 美

目 次

- I 社会的基本権の法的性質
 - (1) 手がかり① 基本法上の社会的基本権
 - (2) 手がかり② 自由権からの導出——最低限度の生活保障への権利
 - (3) 手がかり③ 法政策——国家目標規定・立法委託・制度保障
- II ドイツにおける「制度後退禁止」——社会の後退禁止
- III 審査基準
 - (1) 保護義務における過少禁止
 - (2) 立法者の事実認定と予測に対する統制密度
 - (3) 第4次ハルツ法判決の審査枠組——首尾一貫性の要請
- IV 日本への示唆
 - (1) 抽象的権利説に欠けたピース
 - (2) 「ことばどおり」の具体的権利説との違い
 - (3) 第4次ハルツ法判決の判断枠組みなら朝日訴訟は違憲となるか

日本国憲法においては、「社会国家（福祉国家）の理想に基づき、とくに社会的・経済的弱者を保護し実質的平等を実現するために保障されるに至った人権」¹⁾である社会権についての諸規定が存在する。本稿ではこれらの権利のうち、特に生存権の法的性質及びその裁判における審査基準の検討をドイツ基本法と比較することで行いたい。

ドイツを比較の対象²⁾に選ぶ理由は以下の通りである。すなわち、生存権の法的性質を論じる際に日本においては、① プログラム規定説 ② 抽象的権利説 ③ 具体的権利説の三つが代表であるが³⁾、そのうち、①は周知の通りヴァイマル憲法における憲法上の規定の法的性質の解釈を継受しているが、後ろの二つの説は日本のオリジナルである。では、現在のドイツ基本法では社会権についてどのような法的性質理解をしているのだろうか。また、公的扶助分野で違憲判決を出している連邦憲法裁判所がその際どのような判断手法を用いているのか。これらの点が日本の議論を深めるために役立つと思われるからである。

I 社会的基本権の法的性質

日本において憲法上の権利の法的性質が教科書上登場するのは一般に生存権の部分のみ⁴⁾だが、ドイツ基本法では基本権総論部分の冒頭で、基本法上に保障された基本権全体の問題としてこの法的性質が扱われる⁵⁾。その際登場する概念として、① プログラム規定 Programmsatz ② 客観的法規範 objektives Rechtsnorm（もしくは客観法命題 Satz des objektiven Rechts）③ 主観法⁶⁾ subjektives Recht の三つがある。いずれの教科書においても基本法上の条文すべてはプログラム規定にとどまるものではなく、客観的法規範であること（つまり②であること）が述べられ、更に、基本法上の基本権については、客観的法規範であることを前提に、さらにそこから個人の権利（つまり③）が導出されることで一致している⁷⁾。教科書からこの点について述べた部分を引用しておく。「すべての基本法の規定はまずはすべて客観法命題である。このことは基本権にも妥当する。基本権はさらに……同時に個人の請求権という意味

での主観法をも保障している」⁸⁾。したがって、基本法上の基本権は②と③の性質を併せ持つことになる。

さて問題はこの次である。ドイツ基本法は制定時、自覚的に社会的基本権（社会権より「社会的基本権」との表現の方がドイツにおいては一般的であるため、ドイツに関しては「社会的基本権」⁹⁾ という用語を以下では使用する）を明文化することを放棄し¹⁰⁾、東ドイツとの統一時においても（当然東ドイツ憲法には一連の社会的基本権規定があった）基本法を改正して社会的基本権規定を取り込むことはしなかった。したがって、「基本権は②③の性質を持つ」というのは基本権で中心的地位を占める自由権を想定していると考えてよい。

日本において生存権にみられるように個別の権利に関してのみ法的性質について議論されるのは、逆にそれ以外の憲法上の権利には法的性質が認められるのが自明だからとも言える。社会権についてだけ論じるのは、社会権が本当に個人の権利といえるのかが問題になるからである。自由権のように予め個人が所有している自由の領域があるわけではなく、景気に左右される予算規模の中配分される社会給付に対し、果たして国民すべてがそれぞれ請求権を持つのだろうか。

この点はドイツでも認識されている。自由権との「構造の違い」¹¹⁾として、あるいは「できる限りという留保 Vorbehalt des Möglichen」¹²⁾として、である。「法的なカテゴリー」¹³⁾としての「できる限りという留保」という表現を用いた第一次大学入学定数判決において連邦憲法裁判所は「配分請求権は最初からその時々で手元にあるものに限定されておらず、個人が思慮分別に従って社会から要求できるという意味でのできる限りという留保の下に置かれている」¹⁴⁾。社会的基本権はこの「できる限りという留保」によって相対化されるのである¹⁵⁾。

この社会権の自由権との構造上の違いを法的性質に反映させるのが日本であるなら、ドイツではこの違いはどこに表れるのか。社会的基本権規定を自覚的に放棄した憲法を持つドイツの議論をなお参照するとすれば、手がかりは以下の三つである。現行基本法上例外的に明記された社会的基本権の法的性質を見

る (1)。自由権から導出される社会権の議論を参照する (2)。こうした「課題」を法的に実現するためにどのような規定形式が望ましいかという法政策的議論を参照する (3)。以下、順番に見ていこう。

(1) 手がかり① 基本法上の社会的基本権

現行基本法上、何れの基本権を例外的に規定された社会的基本権と見るかは論者によって違いはあるが¹⁶⁾、明文で「権利」と述べている基本法6条4項（「すべての母親は共同社会の保護と配慮に対する請求権を有する Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.」）を見ていくこととする。

この権利の前身は、ヴァイマル憲法119条3項（「母性は国の保護と配慮とを求め権利を有する」）である。当時この規定はまさにプログラム規定と解釈されていた。しかし、この119条3項とは対照的に、基本法6条4項は「母性」ではなく「すべての母」の請求権を規定していることから、プログラム規定ではないことには現在学説判例ともに一致している¹⁷⁾。ただし、通常 Anspruch といえば個人の請求権のことを指すが、連邦憲法裁判所は、この条文を客観法的な立法者の拘束的任務の意味で理解している¹⁸⁾。これに対し、学説はこの権利が主観法をも保障しているとして位置づけている¹⁹⁾。

Aubel は構成要件のあいまいさを理由に主観法性を否定することに反対する²⁰⁾。「基本法6条4項から具体的な請求権が導出されるのかどうか、またどの範囲で導出されるのかという内容上の問題は、この条文の主観法的性格についての規範構造上の問題と区別されなければならない²¹⁾」。この理由として挙げられているのは行政法の裁量と法律に基づく個人の権利との関係である。行政法上、官庁に広い裁量を与えている法律であっても、その裁量がゼロに収縮する限りで具体的義務を課していることになるし、評価裁量の限界を遵守するよう強いることになる。こうした法律が主観法的性質を持ちこの法律に基づき個人が行政の裁量逸脱を訴訟上争うことができるかどうかは、行政に対する法律の義務の程度とは独立に確定することができる。つまり法律規定が保護規

範理論の基準に基づき原告の個人的利益にも資する場合には、この法律は瑕疵無き裁量行使への公権を保障していることになる。とすると「憲法レベルでこれとは別様に振る舞う理由はない」²²⁾。「具体化の必要性は義務内容の薄まりをもたらすが公権の承認を排除しない」²³⁾。

では、社会的基本権の自由権との構造上の違いをどう位置づけているのだろうか。

例えば Stern は、防御権が基本法1条3項（「以下の基本権は直接適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する」）により三つの国家権力すべてに向けられたものであるのに対し、6条4項について「憲法直接的給付請求権は、法律による給付要求の具体化を欠いている場合には、その要求を認めさせるのが困難である」²⁴⁾。続けて Stern は日本流に6条4項は抽象的権利を規定しているにとどまる、というかと思いきや、そうは言わない。「その限りで学説において完全に支配的意見は第一に立法者が請求権の名宛人として問題になっているということである」²⁵⁾。権利の法的性質ではなく、名宛人論に接続しているのである。続く記述は、裁判所、執行権に対し、憲法直接的請求権がありうるか、についての検討となる。執行権は法律に拘束されるために（基本法20条3項の法治国家原理の要請）、法律という媒介に依拠しなければならないので、基本権上の給付義務を直接充足することは原則としてできない一方で、裁判所については、例外的にのみ基本法6条4項の保護義務により対応可能である、としている²⁶⁾。その後、項目を改めて「立法者への拘束的任務」という題の下、立法者の裁量とあくまで限定的な裁判所での権利遂行可能性についての記述が行われる。すなわち、① 立法者が母性から帰結されるすべての責任を負うわけでもない一方でなんらの実効的保護を欠如させたままにしてはならない、という両極端の間で形成裁量を持つこと、② 立法が欠落している場合には、立法者の形成裁量と憲法制定者がその権利を明確化していないことにかんがみ具体的措置を認めさせるのは困難なこと、③ ただし、主張が十分に明確であるか、少なくとも主張が許容できるものであるにもかかわらず規律が完全に欠如している場合には、裁判所でも請求を受け付けることができること、

である²⁷⁾。

Gröschnerはこの権利の「基本権としての性質は疑念の余地がない。しかしながら基本法6条4項のドグマティックは『請求』の明確性に際しては疑わしくなる」として、その理由を次のように述べる。「古典的公法上の請求権は行政に対するそれである。立法者に対する請求権に関してはドグマ上困難がある、というのは、官庁一個人の関係とは異なり立法関係は決して個人化可能な関係ではないし、また基本法70条以下は確かに立法権限を規定しているが、立法義務を原則として規定してはいないからである」²⁸⁾。このように、立法と権利主体の関係が個別関係ではないことと基本法上の立法権限規定が立法義務規定ではないことから、Gröschnerが6条4項を日本流に抽象的権利（この権利実現には法律が必要）であると続けるのかと思いきや、やや違う。「しかし6条4項はこれに関しては例外である。すなわち、そこで基礎づけられている立法委託は母保護法上に規定された状況の下での具体的立法義務やこの関連での具体的立法請求を濃縮するのにふさわしい。それゆえ理論上この条文は供給請求権 *Verschaffungsanspruch* として性格付けることができる、つまり母親に上記の状況下で裁判上執行可能な保護・配慮請求権を行政に対して認めるよう立法者に要求する権利である」²⁹⁾。

どうやら、社会権の特殊性は、日本のように法律による具体化が必要な抽象的権利か、法律による具体化が不要な具体的権利か、という権利の側の問題ではなく、権利の名宛人（立法府の義務）問題として展開されるようである。

(2) 手がかり② 自由権からの導出——最低限度の生活保障への権利

基本法は社会的な基本権を自覚的に排除したが、基本法上明記された自由権から社会的な基本権を解釈上導出できる可能性がある³⁰⁾。例えば職業選択の自由を認めた条文から、働くことそれ自体が前提とされているとして労働への権利が、住居の不可侵規定から住居への権利が導出できるならば、制定時放棄したはずの一連の社会的な基本権をも基本権は保障できることになる。国家に作為請求するという点で社会的な基本権と共通点がある国家の基本権保護義務（及びそれに

対応した個人の保護請求権)の導出については合意があるものの³¹⁾、社会的
基本権については、自由権から解釈によって導出することには賛同は得られてい
ない³²⁾。例外的に学説判例ともに一致して認めているのが最低限度の生活
Existenzminimum 保障への権利³³⁾ (基本法20条の社会国家原理と結びついた
基本法1条1項の「人間の尊厳は不可侵である」規定から導出)である³⁴⁾³⁵⁾。

(a) 二つの判断

最低限度の生活保障への権利を考える際に対比される、基本法施行後間もな
い時期の二つの判断がある³⁶⁾。一つは1951年12月19日に出された連邦憲法裁判
所の決定³⁷⁾であり、もう一つは1954年6月24日の連邦行政裁判所の判断³⁸⁾で
ある。

前者の判断から見ていこう。これは戦争で死亡した弁護士の寡婦が、自分と
3人の子供(6歳, 13歳, 16歳)のために連邦扶養法 Bundesversorgungsgesetz
よりもよりよい扶養を求めて憲法異議を提起したものである。

憲法異議については連邦憲法裁判所上の訴訟要件を充たすかどうかの点、訴
訟要件を充たしたとしても請求を理由ありとするかどうかという点がそれぞれ
問題となるが、いかなる訴訟類型で扱うかが問題となる日本においては、この
法律を超える請求を出してきた本件について、訴訟要件をそもそも充たすのか
どうか、という点がまず注目される。連邦憲法裁判所は、訴訟要件について、
連邦憲法裁判所法上、法律それ自体に対しても憲法異議は提起できるし、さら
に、国家の不作为について憲法異議を提起することは認められるが、同法上、
憲法異議が認められた場合の効果として法律の無効という選択肢しかないこと
からすると、国家の不作为とは立法者の不作为ではなく、行政や裁判所の不作
為である、とし、公正な配分や自由などを実現する法を創設する要求は選挙を
通じて行うものであるとする³⁹⁾。したがって、憲法異議申立人の主張が、連邦
扶養法の規律の有効性を争うのではなく、この法律を補充する法律をもたらそ
うとすることにあるのだとすれば、訴訟要件は充たさないが、基本法侵害を理
由に公布された法律の無効を求めようとするものであると理解できるのであれ
ば、憲法異議は許容される、とする⁴⁰⁾。さらに、憲法異議が民衆訴訟とは異な

る手続である以上、この公布された法律に対する憲法異議許容の前提には、公布された法律によって憲法異議申立人が直接的、現実的に権利侵害されていないなければならない、とする⁴¹⁾。通常の憲法異議は、公布された法律に基づいて何らかの行政処分が行われるため、この行政処分に対する訴訟が提起され、裁判所の判決に不服であれば、さらに憲法異議が提起可能、という経緯をたどることが説明されたのち、本件については、連邦扶養法84条3項により同法上の請求権に関する行政手続が規定されている（本件異議申立人はこの手続を利用していない）ものの、本件の請求は仮にこの手続を利用しても却下されたに違わず、したがって予定された行政手続に関わらず、憲法異議で主張された権利はこの公布された法律によって直接侵害されている、として、本件の憲法異議を許容するのである⁴²⁾。

ただし、このように憲法異議の訴訟要件を充たしたとしても、連邦扶養法は基本法1条1項、2条2項、3条1項、6条1項を侵害してはいないため、憲法異議は理由がないとする⁴³⁾。この権利侵害の有無について審査する際に、基本法1条1項は、「屈辱、烙印、迫害、排斥といった他人による攻撃からの保護」という「消極的」作用しか与えられておらず、基本法20条の「社会国家原理」との連関を指摘されていない⁴⁴⁾。また、この「社会国家原理」にしても、基本権の章ではなく統治の章である20条に規定がある旨指摘し、社会国家の実現に本質的なものは立法者のみが行い得るとして、「立法者がこの義務を恣意的に、つまり客観的理由なしに怠った場合のみ、場合によっては個人に憲法異議で実現可能な請求権が生じるかもしれない⁴⁵⁾。続けて、社会給付に関する国民負担の割合の増加（1913年では3%、1951年では17%）、戦争犠牲者に関する政策が他国と比べて特に恣意的になおざりにされているとは言えないことなどを指摘し、基本権1条などの侵害を否定する⁴⁶⁾。

この判断と対比されるのが約2年半後の連邦行政裁判所の判断である。これは最低限度の生活への保障という表現は用いていないものの、この権利性自体は認めた判決である。問題となったのは住宅扶助である。原告は身体障がいにより家政を自力ではできない状態であり家政婦が必要と国家保健所の解答がな

されていた。原告は扶助として賃貸料のうち半額受給していたが、その理由が同居する妻の受給している失業手当助成金に賃料が含まれているという解釈を福祉局が採ったためである。それゆえ彼女は賃料の半額を負担すべきか、が問題となったのである。連邦行政裁判所は「個人は確かに公権力に服するが、臣民ではなく市民」であり「単なる国家活動の対象ではなく、独立した、道徳的に責任を負う人格であるがゆえに権利と義務を承認されている。これが特に当てはまるのは、生存 Dasein 可能性が問題になる場合である」と述べ、一連の基本法上の規定（1条、79条3項と結びついた20条、2条、19条）がこの原則を反映していると指摘したうえで、これらの条文がいかなる意味で生存を守っているかを説明する⁴⁷⁾。そしてこうした解釈に従えば「当該法律は救済の担い手に困窮者のために義務を課している限りで困窮者はそれに応じた権利を持ち、よってこの侵害に対しては行政裁判所に対しては保護を求めることができるのである」⁴⁸⁾。

この連邦行政裁判所の判決の意義は、① 当時連邦憲法裁判所が自由主義的国家理解、基本権理解に基づきいずれの基本権からも実質的な困窮からの保護に対する請求権を認めなかったのに対し、こうした権利の承認への「突破を実行した」こと⁴⁹⁾、② 連邦憲法裁判所が基本権と社会国家原理を切り離して理解したのに対し、「人間の尊厳の保障、生命身体の不可侵性への権利、法治国家原理、社会国家原理が統一的な規範の複合体として理解された」⁵⁰⁾ ことにある。

(b) 連邦憲法裁判所での採用（防御権として）

「社会国家原理と結びついた基本法1条1項」が連邦憲法裁判所の判断に登場するのは終身自由刑の合憲性が問題になった事件である。連邦憲法裁判所は「社会国家原理と結びついた基本法1条1項から人たるに値する生存の本質をなす各人の最低限度の生活を保障する国家の義務が導出される」⁵¹⁾ と述べている。

社会的給付の領域で「社会国家原理と結びついた基本法1条1項」を連邦憲法裁判所が用いたのは、所得税法上の児童基礎控除復活に伴い連邦児童手当法

上の児童手当額が所得に応じて削減されるようになったこと等を不平等として争った事件においてである⁵²⁾。連邦憲法裁判所は以下のように構成した。

- ① 児童手当が一貫して児童を扶養する納税義務者の担税能力減少を調整するためにあることを認定 (BVerfGE 82, 60 (78f.))。
- ② 「憲法的評価の出発点は、人たるに値する生存のための最低条件を調達するために必要な範囲で、国は納税義務者の所得を非課税のままにしておかなければならない」「この憲法上の要請は社会国家原則と結びついた基本法1条1項から導出される」「国は市民から、市民自身が獲得した所得をこの額——以下最低限度の生活とする——に達するほどまで奪うことは許されない」(BVerfGE 82, 60 (85))。
- ③ 合憲性を審査する際に、連邦憲法裁判所の審査は「立法者が重要な義務を全く考慮しないか明白にそれを充たしていない場合にのみ」違憲とするという明白性統制に限定される (BVerfGE 82, 60 (92f.))。「ここで問題となっている最低限度の生活の評価にとって決定的な意味を持つのはまさにこの最低限度の生活を保障すべき……社会扶助である」(BVerfGE 82, 60 (94))として児童に対する社会扶助に用いられる基準との比較から、児童手当と児童基礎控除の合計額が社会扶助を下回るため、児童扶養に伴う納税者の担税力低下を考慮すれば、児童手当は不十分。
- ④ 児童手当を削減する規定は無効ではなく基本法と両立しないとして宣言されるにとどまる。立法者は納税者の不利益取り扱いを改めるよう義務付けられるが、この法改正をどのような方法で行うかは自由である (BVerfGE 82, 60 (97))。

この決定で問題になっているのは国家に給付を請求しているのではなく最低限度の生活を下回らせるような課税に対する防御である⁵³⁾。この第一部の決定に対し、同種の事件について第二部では基本法2条1項(一般的行為自由)並びに12条1項、14条1項の保障する防御権として問題を取り扱った⁵⁴⁾。第二部がこの最低限度の生活を下回らせる課税の問題について第一部と同様に社会国家原理と結びついた基本法1条1項の問題と位置づけたのは、1998年11月10日

以降立て続けに出された決定からである⁵⁵⁾。

(c) 給付機能での違憲判決

2010年に公的扶助分野で給付について連邦憲法裁判所が違憲判決を出した⁵⁶⁾。その際にこの最低限度の生活保障への権利をどのように理解したのか見てみよう。この事件は第4次ハルツ法判決と呼ばれるものであり、成人単身者の基準給付を345ユーロとし、14歳未満はその基準給付の60%、14歳以上は80%としたこの法律に対し、14歳未満の扶養家族を持つ家庭に対する給付が低すぎ、最低限度の生活を保障していないと提訴された事件である。連邦憲法裁判所が以下のように述べている。(下線部は筆者付加)

- ① 「人たるに値する生存のために必要な実質的手段を、ある人が欠いている場合には……国家は人間の尊厳保護任務の範囲でかつ社会国家的形成任務の充足において、このための実質的前提が困窮者の自由になるように配慮することを義務付けられる。基本法1条1項からのこの客観的義務に基本権主体の給付請求が対応する」(BVerfGE 125, 175 (222f.))
- ② 「人たるに値する最低限度の生活保障は法律上の請求によって確保されなければならない⁽¹⁾。基本法1条1項の保護内容はすでに直接人たるに値する最低限度の生活を要請している。困窮者は国家や第三者の任意の給付、つまりその給付の提供が困窮者の主観法によって保障されてはいないやり方に依拠すべきではない⁽²⁾。人たるに値する最低限度の生活の憲法上の保障は、議会の法律(その法律には権限のある給付主体に対する市民の具体的給付請求を規定)によって実施されなければならない」(BVerfGE 125, 175 (223).)「法律上の給付請求は、すべての個人の基本権主体にとって生活に必要なあらゆる需要をカバーするよう形成されなければならない」(BVerfGE 125, 175 (224))
- ③ 「基本法1条1項からの給付請求は基本的に憲法によってあらかじめ規定されている。この請求の範囲は需要の種類やそのために必要な手段を顧慮し直接憲法からは導出されえない⁽¹⁾……基本法20条1項の社会国家要請は立法者に……時代・現実適合的に人たるに値する最低限度の生活を顧慮

して社会的現実を把握させる(2)」(BVerfGE 125, 175 (224))

①②③の下線部を改めて取り上げよう。最低限度の生活保障への権利を国家に客観的義務を課した規定とすると同時に個人の権利としている(①の下線部)。その後で、この給付請求は「直接憲法から導出されえない」(③の下線部⁽¹⁾)、「法律上の請求権」(②の下線部⁽²⁾)としているが、日本のように具体的権利ではなく抽象的権利だ(法律が無いなら給付請求できない種類の権利である)、ということ述べているのではなく、立法者に対して給付が恣意的に行われぬように法律を個人の権利として明記する形で制定せよ、という任務の意味で展開されていることが明らかである(②の下線部⁽²⁾・③の下線部⁽²⁾)。

また③の部分において「直接憲法から導出されえない」(③の下線部⁽¹⁾)のは、請求権の範囲についてであって、その前の部分に「基本法1条1項からの給付請求は基本的に憲法によってあらかじめ規定されている」とあることから、権利それ自体は憲法上の権利であると理解されている。

(3) 手がかり③ 法政策——国家目標規定・立法委託・制度保障

1980年に連邦議会選挙後 SPD, FDP 連立政権が基本法に国家目標規定もしくは立法委託(国内外の安全, 健康や環境保護, すべての人にとっての人たるに値する労働の提供)を加えるべきかどうか調査することで合意した⁵⁷⁾(1994年20a条に環境保護に関する国家目標規定制定⁵⁸⁾)。

このように、日本においては生存権が個人の権利であるという前提は不動のものであろうが、ドイツでは、この「社会福祉」の課題をいかなる形で基本法へ取り込むべきか、という法政策的アプローチが可能である。その際の議論には、個人の権利として制定することが必ずしも前提とされていない。されていないどころか権利として規定することに否定的である⁵⁹⁾。権利として規定しないならば、どのような法的形態があるのか。登場する法概念は、国家機関を名宛人とした客観的法規範の様々な形態である。その形態はドイツにおける客観的法規範の豊富な種類を知らしめる如く実に多様であるが⁶⁰⁾、これらのうち、① 国家目標規定⁶¹⁾ Staatszielbestimmungen ②立法委託⁶²⁾ Gesetzgebungsaufgabe ③ 制

度保障 *Einrichtungsgarantien* の三つの概念にしぼって⁶³⁾ 見ていくことにする⁶⁴⁾。

①の国家目標規定とは、Hans Peter Ipsen にさかのぼる⁶⁵⁾。Ipsen の「基本法の国家像—20条, 28条—は社会的法治国家である。この国家目標規定の形成において基本法は二つの点でヴァイマル憲法とは区別される」⁶⁶⁾ という表現からわかるとおり、国家目標規定は基本法上の社会的法治国家原理を指して用いられている。国家目標規定に理論的基礎を与えたのは Ulrich Scheuner である⁶⁷⁾。Scheuner はまさに「国家目標規定」と題する論文で、国家目標規定を憲法原理の下位事例と位置づけ、これとは区別されるべき憲法の規範的言明（基本権、制度的保障、立法委託）と対比している⁶⁸⁾。憲法原理とは「一般的な形式もしくはより限定的形式で国家活動に原則と指針を立てているものであり、命令指示により一定の方向へ方向性や客観的任務を与える」ものである⁶⁹⁾。こうした上位概念の下、目標規定としてみなされるのは「将来さらに展開するであろう社会的問題を指摘し国家活動に軌道を示すほどではないにしろ限界を設定する動態的牽引力を担う」ものである⁷⁰⁾。

②の立法委託は、憲法に含まれる立法者に向けられた様々な内容の指示である⁷¹⁾。Scheuner はこの例として、兵役拒否の詳細を法律で定めると規定した基本法4条3項や政党について法律で定めるとした基本法21条3項、選挙や選挙審査（基本法38条3項, 41条3項）、連邦銀行、共同部、上級裁判所（基本法88条, 95条3項）を法律で定めるとした規定を挙げている⁷²⁾。国家目標規定との違いは、立法委託は立法府に対してのみ向けられていること（国家目標規定は、他の国家機関も対象）、具体的な立法イニシアティブを義務付けていること（国家目標規定は特定の立法活動を強制的に確定してはいない）、である⁷³⁾。立法委託は原則的な問題ではなく詳細な憲法補完若しくは立法機関上の諸変更にかかわる⁷⁴⁾。立法委託と国家目標規定との共通点は、主観法が導出されないことである⁷⁵⁾。

③の制度保障は、私法上の制度保障（制度保障 *Institutsgarantien*）と公法上の制度保障（制度上の保障 *institutionelle Garantien*）に分けられる⁷⁶⁾。前者

の例としては、婚姻と家族（基本法6条1項）、所有権（基本法14条1項）が挙げられている。後者の例としては、プレス（基本法5条1項）、市町村の自治（基本法28条1項）、職業官僚制（基本法33条5項）が挙げられている。Brunner は社会的基本権については制度保障がまずは考慮に値するだろうと指摘している⁷⁷⁾。「立法者には確かに個別の制度の形成は引き続き委ねられるが、通常法律上の規範複合体を通じて形成され現実に機能している公法上の制度は、その構造原理の核心部分、本質的内容に介入することは立法者に禁止する形で保障される」⁷⁸⁾。まさにこの点に制度保障と、国家目標や立法委託との違いがある⁷⁹⁾⁸⁰⁾。つまり後ろ二つは動的に将来に向かって新たな形成にかかわるものであるのに対し、制度保障は存在する制度（Institute や Institutionen）の憲法上の固定化を目的としており、現状を保持し支える性質を持つ⁸¹⁾。制度保障は国家目標規定や立法委託と同じく主観法は導出できないが、周知のとおり、制度保障は基本法14条1項がそうであるように、基本権規定がそうした機能を併せ持つことがある場合には、そうした主観法的側面は基本権それ自体に委ねておけばよいことになる⁸²⁾。

これら三つはすべて国家に対する法的拘束の形態であって、何れからも個人の権利は導出できない。個人の権利としてではなく、国家の義務として憲法上位置づけるべきであるという点では共通しており、権利として憲法上位置づけることを憲法自体が決断してしまっている日本との大きな違いである。

なお、すでにドイツには基本法20条1項及び28条に「社会国家原則」が存在するが、仮にこの「社会的基本権の課題」を別途個別化した形で（権利としてであれ、客観的法規範の諸形態としてであれ）憲法条文に盛り込むということはどういう意味を持つのだろうか。この決断をすでにしてしまっている日本には参考となると思われるので、この点について「仮に」の議論を展開している Böckenförde が述べていることを紹介する。彼自身は、自由権との構造上の違いから社会的基本権は「民主的法治国家の憲法秩序の枠内では本来の意味での基本権の性質を承認できない」⁸³⁾ ことから権利としてではなく「憲法委託」⁸⁴⁾ として憲法上実現すべきという立場にあるが、仮に「一般的社会国家委託と並ん

で若干の詳細に規定された個別の社会的憲法委託が取り入れられた場合」には⁸⁵⁾「憲法委託の拘束力に基づき、一定の範囲でこの委託に含まれる社会的形成目標のために優先順位が設定される結果となる」し「このことは十分な資源のない時代には他の明記されていない形成目標を圧迫する」⁸⁶⁾。

我々は憲法を真剣に受け止めているか。

II ドイツにおける「制度後退禁止」——社会の後退禁止

日本において生存権の、主として⁸⁷⁾自由権的側面の一内容として「制度後退禁止」の保障の有無が批判的に論じられる⁸⁸⁾。制度後退禁止とは「ある制度の設立（ないしその制度の下での一定の利益供与、以下同じ）は、憲法上の要請ではないが、それらがひとたびなされた以上は、当該制度を廃止する（もしくは制度の内容を後退させる、以下同じ）ことは、憲法上許されなくなる」という考えのことである⁸⁹⁾。

ドイツにおいては「制度後退禁止」という表現は存在しないが、類似した法的作用は議論されており⁹⁰⁾、時としてそれが「社会の後退禁止」という表現でもって扱われることもある⁹¹⁾（「社会の後退」が一つのフレーズのような⁹²⁾）。

Schmidt-Aßmann は「後退禁止の考えが役割を果たすのは、ひとたび達成された現状 *status quo* の立法府による変更を阻むためである」⁹³⁾。ただし「政治の領域で」の話であり、この後退禁止の考えは環境政策や社会政策にとっても定式化されているとするが、「社会の後退禁止が憲法上根拠を持つとすれば、国家機関はひとたび達成された給付水準を引き下げたり、給付をこれまでの連帯的融資から除外することを妨げられたりするだろう」と述べる⁹⁴⁾。では社会の後退禁止は憲法上根拠があると考えられているのだろうか（以下では「社会の後退」という単語を用いているかどうかにかかわらず、法律上一度達成された現状を法律により廃止改変することに対しての憲法上の要請の有無について述べた部分を取り上げる）。

日本と最も違うのは、ドイツでは明文での生存権規定がないから登場する根

拠条文が違う，という形式的な側面のみならず，自由権的作用ないし主観法として位置づけたうえでの議論では必ずしもない，という点である。

Herzog は基本法20条 1 項の社会国家原理が具体的な裁判上提訴可能な法的請求権の根拠ではないと述べた後に，以下のようなことを付加する。西側工業国家は確実に景気後退，場合によっては国民総生産の収縮を覚悟しなければならず，それゆえ国家の社会政策は将来成長率の分配よりも現状の変革でもって対応するに違いないが，同時に明らかとなるのは「20条 1 項の社会国家原理はすべてのグループにとってのその都度の現状の憲法上の保障をもたらさないとということである」⁹⁵⁾。

このように国家目標規定であり，客観的法規範である社会国家原理とのかかわりでは，通常法での社会保障水準の変化に対し，なんら憲法上の立法者への義務を導出できない，とする考え方がある⁹⁶⁾。

しかしさらに，① これとは別の社会国家原理解釈を採用する場合，② 社会国家原理は上述の通りなんら現状変更に対し立法者を制限しないが，別の基本法上の根拠がある場合には，その事例については現状変更廃止が制限されると解する場合（社会保障全般についての社会の後退禁止は存在しないが，個別の憲法条文に根拠があると解釈できる場合は，その部分につき憲法上の要請から立法者の裁量を限定する），の二つに分けることが可能である。

①の別の社会国家原理解釈として，制度保障の考えが存在する。社会保障制度を公法上の制度として社会国家原理が保障している，という考え方である⁹⁷⁾。この立場に立つ Weber は社会国家条項を具体化する法律と基本法の関係について以下のように述べる。「社会国家条項はこの形成〔立法者による社会国家要請の具体化〕に憲法ランクを付与しない。社会国家条項の意味で活動する立法者はあらかじめ与えられた憲法を個別化具体化しているわけではなく，すべての法律同様憲法規範に拘束され，社会国家条項に依拠することで現行憲法を超え出たり，『気前よく』憲法を扱ったりすることは正当化されないような通常法律を制定しているのである。まさに憲法は執行権や裁判所に個別事例において社会国家原理からの具体的導出を……憲法原則として詐称することを禁

止する」⁹⁸⁾。法律と憲法原理たる社会国家原理のランクを区別していることから明らかなように、この制度保障の立場は、ひとたび達成された法律上の給付水準が直ちにそのまま憲法上の保障対象になるという考えではない。Lercheは「ある程度の現存する社会諸制度の最小限度」が存続したままにしなければならない、というのが社会国家原則の第一の内容とする⁹⁹⁾。Kitterは、「歴史的に受け継がれてきた社会的スタンダードの保障」と述べ、「労働保護、社会保障、共同決定や労働協約、要は最も重要な諸領域とされるものは、その実体的内容において憲法固定的 *verfassungsfest* である」とする¹⁰⁰⁾。また「社会国家原理は社会保障の現存する諸制度の実質、とりわけ歴史的に受け継がれてきた核心領域」を「代替措置なしに解体することから保護する」とする¹⁰¹⁾。また Schiek も社会国家原理の立法者への拘束の一つとして「社会の後退の相対的禁止」を挙げ、「特定の社会諸制度の存続保障を社会国家原理から引き出すことはできない」が、他方で「社会国家の核心領域における社会法について代替措置なく抹消することを疑う余地なく排除している」と述べる¹⁰²⁾。

他方②の路線をとる場合、登場する基本法の要請は、(a) 20条3項の法治国家原理¹⁰³⁾、(b) 基本法14条の所有権（社会保険の分野であって社会保障全般ではない）¹⁰⁴⁾、(c) 公務員限定ではあるが基本法33条5項¹⁰⁵⁾、(d) 最低限度の生活保護にかかわる領域¹⁰⁶⁾、また(e)家族領域を保護する6条¹⁰⁷⁾、である。これらの規定が社会の後退を個別領域限定で憲法上規制しているかどうか議論になっている。

(a)の法治国家原理の要請として信頼保護、遡及禁止、恣意禁止等が存在するが、信頼保護は給付の受取人が正当な給付期待に基づき準備していたと言えるような所でしか問題にならないし、遡及禁止は完了した事実関係ではなく継続している給付関係についての制限にはほとんど無関係であり、恣意禁止についても、恣意的な削減については問題になるが削減一般に拡大することはできないので、「法治国家原則は後退を止めるというよりは妨げる」ことしかできず「社会国家は後退に関しては相対的にわずかな法治国家的障壁にしか出くわさない」¹⁰⁸⁾。

ドイツにおける社会権の法的性質と審査基準

次に(b)の所有権であるが、連邦憲法裁判所は社会保険受給権が基本法14条により保護されることを承認している¹⁰⁹⁾。とはいえ基本権上の所有権は、年金への期待権までを保障したものではないし（これが基本法上の所有権というなら所有権はその性格を、リスクを残した私的自由権から高度に組織化された社会保障システムへの配分請求へと変質するだろう）、社会保険の「社会」の要素ではなく「保険」の要素を保護しているのである（つまり社会的配慮の部分ではなく、自己の保険料の部分）。ただし、この自己の保険料の割合を決めるのは法律であり、基本法14条1項の所有権は法律による制限を予定しており、この基本権は一般的な年金金額の引き下げに対する保護を提供していない¹¹⁰⁾。

(c)の基本法33条5項とはまさに公法上の制度保障の条項である（「公務に関する法律は、職業官吏制度の伝統的諸原則を考慮して規律し、かつ継続的に発展させなければならない」）。基本法がこうした制度上の保障を職業官僚に対して規定しているにもかかわらず、絶対的な現状保護はこの条文からは引き出せない。この条文が保障しているのはその都度達成された有利な現状、数字で確定した現状を保持し続けることではなく、俸給システム・年金システムの構造だからである¹¹¹⁾。

(d)についても「基本権の社会国家が要請しているのは自己決定的な生のための最低限度の条件を防護すること」であり、社会国家は石化要請 *Petrifizierungsgebot*、つまりその都度の社会政治的な現状の固定化それ自体には関知しない¹¹²⁾。

(e)の基本法6条から連邦憲法裁判所は、客観法的な保護と配慮要請を導出している¹¹³⁾。このことから家族に関する立法について絶対的後退禁止ないし変更差止までは保障していないが、「基本法6条は、状況相関的に継続的で変化する負担の衡量を通じて充足しなければならない可能性留保の枠内で、相対的に濃密な時代相関的な社会最低限度は保障している」¹¹⁴⁾。

Ⅲ 審査基準

日本において自由権については憲法上の権利の種類に応じて違憲審査基準が

ある。この違憲審査基準は自由権のみならず社会権やプライバシー権などの憲法制定当時には存在しなかった権利も加えて構想することが予定されている¹¹⁵⁾。では社会権についてはいかなる審査基準が用いられるのだろうか。

この点ドイツではどのように判断されているのか。先ほどの第4次ハルツ法判決を見てみたい。

ドイツにおいては国家による基本権への介入の合憲性を判断する際には比例原則による審査が中心となるが、それと並んで、国家機関が行った事実認定・将来への予測に対して裁判所がどこまでコントロールできるのか、という統制密度 *Kontrolldichte* の問題がある。以下ではこの二つの側面を確認した後で、第4次ハルツ法判決における判断枠組みを取り上げる。ただし、比例原則は国家の不作為を請求する際の原則であるため、社会的な基本権と同じく国家の作為を要求する保護義務の領域で展開されている過少禁止原則の方を取り上げることとする（念のため付記するが、保護義務と社会的な基本権は別の基本権機能である¹¹⁶⁾）。

(1) 保護義務における過少禁止

過少禁止とは何か。「自由を制限する国家活動にとって比例原則がその限界を引く一方で……過少禁止の要請は保護義務の充足との関連で立法者の活動による実行的で適切な最小限の保護を要求する」¹¹⁷⁾。過少禁止との対比で過剰禁止とも呼ばれる比例原則は教科書レベルでも具体的な基準（適切性¹¹⁸⁾、必要性¹¹⁹⁾、狭義の比例性¹²⁰⁾）が判例を交えて詳細に展開されるのに対し、過少禁止については問題になっているのが比例原則に応じた審査なのか、現実の自由の最小限度の保護なのかが不明確なままである¹²¹⁾。少なくとも過少禁止を論じる際に共通しているのは、保護義務はその充足に際しそれを下回るべきではない一定の憲法上要請された最低限度の水準を要請している、という点であり¹²²⁾、過少禁止はその水準を下回っていないかどうか判断する際の基準を指しているということである。

過少禁止に連邦憲法裁判所が初めて言及したのは、刑法の墮胎罪との関係で

胎児に対する国家の保護義務が問題となった第二次堕胎判決¹²³⁾である。ただし、保護義務にかかわる判断は多数行われているものの、近年連邦憲法裁判所(の多数意見部分)においてはこの「過少禁止」という単語に全く言及がない¹²⁴⁾。

また学説においても過少禁止に賛否両論があり¹²⁵⁾、「今日まで過剰禁止がこの構造について争われてきたのに対し、過少禁止はその存在自体が争われてきた」¹²⁶⁾状態である。過少禁止の存在を否定する側にいる論者の一人であるHainの説が「合致テーゼ Kongruenzthese」と呼ばれるように¹²⁷⁾、またその存在を認める側に組みするCremerが問題を「『過剰禁止』に対して独自の『過少禁止』が実質的理由から拒否されるのか、それとも防禦権上の比例原則審査に対して独自の保護権上の比例原則審査が内容上同じだとして拒否されるのか」¹²⁸⁾として設定しその独自性を究明していくように、過少禁止を具体的に用いる際には比例原則(適切性、必要性、狭義の比例性)の応用が基点となっている。

Unruhがまとめた過少禁止の要素をピックアップすると、①保護義務は加害者・被害者・国家という三角関係であり、国家は加害者に介入し(過剰禁止)、被害者を保護する(過少禁止)立場に置かれるわけであるが、この際の過剰禁止と過少禁止の関係はその都度憲法上要請された調整可能性を考慮することではない(国家が加害者被害者双方の利益を比較衡量する話ではない)②過少禁止によって要請される最小限の保護と反比例的な基本権的地位への介入禁止の間には、裁判の対象とはならない立法裁量があり、基本権に基づく保護義務の要請がある限りで立法者は第三者の基本権に介入しなければならないが、それを超える範囲では、立法者は両者の基本権の実践的調整に向けて活動する必要はないが、そうしてもよい、ということになる¹²⁹⁾。

過剰禁止と過少禁止が同じではない、と見る一人であるMichaelは、次のように過少禁止を捉えている¹³⁰⁾。①過剰禁止と異なり目的が何か及び手段が何かについての考察が独立する②適切性(国家によって選択された手段が不適切となるのは、この手段が保護目的にも他の目的にも役に立たない場合の

みである。保護が同時に介入の目的であった場合のみ過剰禁止の適切性と部分的に合致することになり、その限りで合致テーゼに賛成しうる) ③ 必要性に代わり実効性(過剰禁止における「必要性」はよりマイルドで、同じくらい実効的な代替案の有無を問題にするのに対し、過剰禁止における「実効性」はより実効的で同じくらいマイルドな諸手段が考慮される) ④ 保護の相応性 *Angemessengheit* ないし狭義の比例性(選択された手段の保護が十分であるかどうか、並びに保護の欠如が衝突する目的に対して比較衡量のもと受忍できるかどうかである。基本権保護義務が管轄する高権主体に特定の手段を指示するのは完全に例外である)。

これに対し Schlink は、① 適切性は基準とならない(不適切な介入は介入であり続ける一方で、不適切な保護措置はそもそも保護措置ではない¹³¹⁾)。国家が国家にとって達成することが適切である目的のために行動しなかった場合には、国家は単にその目的のために行動しなかったということであり、この行動が立法委託や基本権保護義務により課されている場合には、過少禁止の問題以前にこの義務に違反している¹³²⁾) ② 必要性も基準とならない(過剰禁止に際して必要性は市民に対する当該介入に対して、よりマイルドな別のやり方がないか検討するものであるが、過少禁止に際しては国家の活動は何と比較するのか? 国家が何も活動しない場合には、当該市民はそもそも存在しないし、国家がすべきようには活動しなかったという場合であれば、対象となる市民は存在するが、よりマイルドでより厳格ではない手段と比較するのは困難である¹³³⁾)。保護義務が要求するのは国家が保護のため活動することではあるが、いかにして活動するかについては要求しない。必要なのは多くの保護措置の内一つを行うことであって、特定の措置でも唯一の措置でもない¹³⁴⁾) ③ 狭義の比例制のみが基準として残る(連邦憲法裁判所は第二次墮胎判決において「相応でかつ実効的な保護のために十分」ではない故に国家活動を過少として評価したがこれは狭義の意味での比例的ではない国家活動の評価そのものである¹³⁵⁾)。

Epping は比例原則との対比ではなく、連邦憲法裁判所の評価ポイントを挙

げる方式を採る¹³⁶⁾。① 基本権侵害ないし基本権への危険の種類や重大さ（その際連邦憲法裁判所の判例によれば、当該基本権の重要性が問題となる¹³⁷⁾）② 損害発生の蓋然性（時間的近さ）（その際基本権への危険の重大さが増せば蓋然性の要請はそれに応じて引き下げられる）③ 現行の規律の存在，種類，作用並びに対立している法益，とりわけ第三者や国家の義務。そして Epping は「過少禁止は様々な観点を見渡して定まるものであり国家が少なくとも保障しなければならない保護の程度を指示するものである。その限りで国家の保護義務は完全に裁判の対象となる」と述べる¹³⁸⁾。

(2) 立法者の事実認定と予測に対する統制密度

第二次墮胎判決における連邦憲法裁判所の判断枠組みを要約すると、① 立法者は事実を慎重に調査しなければならない ② 立法者は対立する利益を主張できる *vertretbar* 方法で調整しなければならない ③ 行われた保護措置が実効的な保護を保障していなければならない、の三点となる¹³⁹⁾。このうち③は Schlink から「狭義の比例性そのもの」と評価された部分であるが、①及び②は何か。これらは基本権を制限する目的手段審査に際しての比例原則（認めるとすれば過少禁止原則）の適用の「前提」¹⁴⁰⁾となる、そうした制限を規定した立法者の事実認定と予測に対する審査の部分である。「仮に立法者が基本権制限規範の基礎となる事実認定や予測について完全に自由であるとするれば、拘束条項〔＝基本法1条3項〕は効力を失うこととなろう」¹⁴¹⁾。しかし他方で立法者には評価特権が存在し、「予測が不確実だからといってこのような根拠に基づいて法律を公布することが禁じられるということにはなりえない」し、法律統制権限を持つ連邦憲法裁判所は立法者の事実認定や予測についても統制権を持つものの「その統制に際しては、立法者の経験的根拠、評価、価値判断は正しさへの推定が働く、たとえこれらが論破されたとしても、である」¹⁴²⁾。

ただし、「規律の対象の属性、十分により確実な判断を確立できる可能性、問題になっている法益の意義」¹⁴³⁾により連邦憲法裁判所の統制密度は段階わけされる。立法者の行った事実認定・将来への予測に対する連邦憲法裁判所の

統制密度¹⁴⁴⁾については、共同決定判決¹⁴⁵⁾において提示された三段階があるといわれている¹⁴⁶⁾。① 明白性統制（立法者の判断が明白に間違っていない限り合憲。とりわけ経済政策の領域で、それが偶然経済活動の基本権に抵触した場合など）② 厳格な内容上の統制（生命や人身の自由の問題、もしくは他の基本権であっても広汎な制限が問題になる場合用いられる¹⁴⁷⁾。生命や人身の自由に関しては単なる予測に基づく規制や実験的試みが禁止されるため、そうした要素の存在自体に敵対的な審査となるし、法規範の消極的作用についての不確実性がすべて基本権を侵害するとされる¹⁴⁸⁾。胎児の保護が問題になった第一次墮胎判決事件や終身自由刑の合憲性問題、薬局開設制限が職業選択の自由との関わりで問題になった事件で用いられた）③ 主張可能性 *Vertretbarkeit* 統制（立法者の予測の内容と規定されるはずの法規範とが必然的に関連するよう配慮されているかが審査対象¹⁴⁹⁾。ただし①との区別曖昧との指摘多い¹⁵⁰⁾。これが用いられるのは経済的基本権の領域で立法者の予測が確かかどうか問題になる場合である）。

①と③は、立法者の評価が誤っていると証明されない限り立法者の予測は甘受される一方で、②が正当と認められるのは、将来の事実や法的発展を評価することを、連邦憲法裁判所は立法者よりも適切であると証明することを通じて、ということになる¹⁵¹⁾。

この三段階理論について *Schlaich* は三点注意を喚起している¹⁵²⁾。一つはこの三つはすべて立法者の予測・事実認定に対する内容上の統制であるということである。ただ、主張可能性統制については多かれ少なかれ問題の性質に応じて立法者が一定の手続的要請に服しているかどうか限定される可能性はある。第二にこの立法者の予測・事実認定に関する正しさ、主張可能性統制は多くの事例において結論を左右する重大な要素となっているということである。第三に連邦憲法裁判所はこの三段階理論にとらわれることなく立法者の予測・事実認定を甘受したり逆に踏み込んだ審査をしたりしているということである。

Schlaich はこの立法者の予測・事実認定について述べた後、裁判所の統制は法律の「結果」に対してのみ行うべきであって、立法者の「態度」「基礎付

け」は統制対象になるべきか、さらには「最適な方法での立法が憲法義務」¹⁵³⁾となるべきかについて批判的に議論している¹⁵⁴⁾¹⁵⁵⁾。

(3) 第4次ハルツ法判決の審査枠組——首尾一貫性の要請

第4次ハルツ法判決の判断¹⁵⁶⁾に際して、比例原則やましてや過少禁止への言及はないが、制定された結果としての法律に対する目的手段審査の部分（法律自体の目的が憲法の要請に即したのか及び立法者の形成裁量の枠内で手段——連邦憲法裁判所の表現を使えば「手段」ではなく「最低限度の生活の査定のために基本的に用いられた計算手続」¹⁵⁷⁾——が選択されたか）と法律の制定手続中の事実の評価に対する審査の部分に分けて判断されている。

連邦憲法裁判所は上記の実体審査及び手続審査につき以下のように審査すると述べている¹⁵⁸⁾。① 立法者は人たるに値する生存を確保する目的を基本法20条1項と結びついた1条1項に適った方法で把握し規定したかどうか ② 立法者が自己の形成裁量の範囲内で原則として最低限度の生活の査定のために用いられた計算手続を選択したかどうか ③ 立法者が必要な事実を本質的に完全かつ適切に評価したかどうか ④ 立法者は計算の手順すべてにおいて追体験可能な数字群を用いてこの選択された手続とこの構造原理の範囲内で主張可能性の枠内で行動したかどうか、である。さらにもう一点連邦憲法裁判所は段落を変えて次の条件を追加している。この憲法裁判所上の統制を可能にするために立法者には「立法者には最小限度の生活の確定のために立法手続で用いられた方法や計算手順を追体験が可能になるよう明らかにする *offenlegen* 責務 *Obliegenheit*」があり「立法者がこの責務に従っていない場合には、最小限度の生活の評価はすでにこの欠如により基本法20条1項と結びついた1条1項と両立しない」¹⁵⁹⁾。

この判決のキーワードは「首尾一貫性 *Folgerichtigkeit*」である¹⁶⁰⁾。実体審査部分については合憲と判断されたが、手続審査で違憲とされた。実体審査については「最低限度の生活の査定についての立法者の形成裁量」と「基本法それ自体はこの請求の正確な見積もりを可能にしていない」ことから「実体的統

制は——結果に関しては——給付が明白に不十分かどうか限定」されたが¹⁶¹⁾、この結果の審査だけで審査は終了しない。むしろ結果統制が限定された「せいもあって」最低限度の生活評価への「手続審を基本権保護は対象とする」¹⁶²⁾。「人たるに値する最低限度の生活保障への基本権は数値を明示した規定を提供することができない」ものの「基本権の目的に給付査定が適っているかという観点でその査定の根拠や方法の統制を要請する」。この手続審査の部分において査定の根拠方法を審査する点が以下のように学説から評価された「連邦憲法裁判所は基本法20条1項と結びついた1条1項から手続上の体系的―貫性 Systemkonsistenz を導出」¹⁶³⁾した。また、「結果的に裁判所は技術的手続的に最適化された立法手続への義務を定式化」¹⁶⁴⁾したとも捉えられている。連邦憲法裁判所が上記①から④についてどのように判断したのか簡単に紹介する¹⁶⁵⁾。

①の目的審査の部分で注目したいのは、この法律の立法目的が正当かどうか審査しているのではない、という点である。仮に自由権を制限する法律の審査のように立法目的の正当性を問う審査だとしたら、最低限度の生活保障を目的とした法律にとっての目的審査は意味がない。連邦憲法裁判所は何を審査したか。そうした最低限度の生活保障を目的とした法律が「その目的設定に従い、人たるに値する生存保障のためにカバーされなければならないすべての需要の状況を考慮すべき」¹⁶⁶⁾として、そうした品目を法律上すべて規定しているか審査した。

②の手段審査で注目したいのは、この法律の立法目的を達成するためにより実効的な手段があるかどうか、といった別の手段との対比で審査したのではない、という点である。立法者の広い形成裁量を踏まえ、345ユーロという結果が不十分かどうか、この計算のために用いられた統計消費モデルが（1990年代前半まで用いられていたマーケットバスケット方式の方がよかったかどうかではなく）人たるに値する最低限度の生活保障の確保のために必要な給付を現実に即して計算できると言えるかどうか、という審査である。

③④の手続審査は、②が345ユーロが低廉すぎるかどうか、という審査だっ

たのに対し、どうやってこの額を決めたのか、という根拠を問うものである。

③の¹⁶⁷⁾ 手続審査で注目したいのは、「立法者自身が選択し、必要な最低限度の生活の査定の根拠とした統計モデルから客観的正当化なしに逸脱した」ことを理由に違憲とされたことである。345ユーロという額は、社会法典第2編28条が規定し、この施行令が決めているように、所得消費抽出分析によって確定される。基準となる世帯の実際の消費支出を12項目に分け、その平均額から一定額を控除したその合計額である。問題となった2003年の345ユーロという額は1998年度の所得消費抽出分析により査定された¹⁶⁸⁾ (2003年度の所得消費抽出分析により2006年改正法律が出された¹⁶⁹⁾ が、控除率がかなり変更されたにもかかわらず、どういうわけか基準額は同額の345ユーロである)。連邦憲法裁判所は社会法典第2編28条の施行令制定者が「十分な事実の根拠なく『でたらめに ins Blaue hinein』評価した」¹⁷⁰⁾ とする。一例をあげると消費支出項目のうち、「被服・靴」は基準となる世帯の消費支出に対して89%の割合で計算されることになっているのだが、この11%減額の理由が「仕立服・毛皮・作業着・他の方法で賄われる装飾品の支出は全額計上外」となっているものの、基準となる世帯の消費支出にそもそも仕立服や毛皮が含まれていたのか調査はなされていない、連邦政府も口頭弁論でこの控除割合を導出するのは不可能と認めてしまう¹⁷¹⁾、といった具合である(2006年度ではこの項目は控除を計算する困難さから100%となる)。特に消費支出項目にありながら0%(基準額対象外)とされ、2006年度でもこの点は変更されなかった「教育支出項目」について、統計モデルを採用しておきながら消費支出項目に挙がっているものをすべて考慮しないことは「統計モデルからの逸脱であり特別な理由づけを必要としたはずだった」¹⁷²⁾ と指摘する。

④も同じく手続に関わることだが、③が立法者自身が採用した統計モデル、基準額算出方法が実質的に基準額査定に役立っていない、という点での首尾一貫性のなさであったのに対し、④はこの基準額を基準に設けられた14歳未満60%の根拠にかかわる側面である。この40%の控除の根拠は何か。また学校に通う年齢以上と以下では必要額が異なるはずだが、年齢区分を細分化せず、な

ぜ14歳未満と14歳以上の2段階としたのか。「人たるに値する最低限度の生活を確保するためにカバーされなければなさない需要を子供の発展段階、子供の人格の発展に必要なものに合うように決められなければならない。しかし立法者はこれについてどんな調査もしていなかった……40%控除は何らかの経験的方法論的基礎のないフリーハンドの設定に依拠している」¹⁷³⁾。

以上の理由に対し、すでに述べたように、手続面での首尾一貫性が要請されたと理解されている。こうした要請について Dann は「理論上手続的合理性の要請は自由権上や平等権上の位置関係のように比例原則に位置づけられない」「問題となっているのは立法者の手続義務」なので個人の手続権からもこうした要請は帰結されない、と批判する¹⁷⁴⁾。Hebeler は、こうした立法者の基礎付け義務が裁判上いくつかの領域で登場していることを指摘し¹⁷⁵⁾ (最低限度の生活領域、選挙法上の遮断条項¹⁷⁶⁾、市町村郡の再編、法律による計画措置¹⁷⁷⁾、基本法72条2項の競合的立法権の要請¹⁷⁸⁾、学生在籍の緩和)、これらに共通する立法者の基礎付け義務を承認するための論拠は何か、を検討する。その論拠として、① 実体的統制が限定されるのを補完するための基礎付け義務、② 衡量・予測決定の合理化としての基礎づけ義務、③ 手続による基本権保護としての基礎づけ義務、が考えられるとして順次検討している¹⁷⁹⁾。①については、確かにこの観点は最低限度の生活保障については登場しており、他の事件にも明確に現れていないものの実体的審査基準が不明確であることから実体審査の補完として基礎づけ義務を持ち出している可能性はあるとする。しかし社会的最低限度の生活保障の事件についても連邦憲法裁判所は一般的な理論的論拠に立ち返っているわけではないし、これまで実体法的にこの問題を取り扱ってきたことからすると何ら根拠を示すことなく手続的要素に鞍替えしたことは説得的ではないとする。②については公益との衡量といったことが問題になっていない事例(最低限度の生活や学生在籍)にはそもそも関係がない要素である。他の事例については一応論拠となりうるかもしれないが、基本法20条3項(行政の法律適合性)や19条4項(裁判による救済保障)から行政活動については衡量に際して合理化が求められると言い得るものの、立法者に対し

ては上記二つの基本法条文はそうした要請をしていないので、これも論拠にならない。③については、Dannも述べている通り、立法手続に対してこれまで何らかの基本権保護が承認されたことはないことから、これも論拠となりえず、「憲法裁判は常に立法の実体法の審査に限定される」ということが帰結されたと主張する¹⁸⁰⁾。

IV 日本への示唆

(1) 抽象的権利説に欠けたピース

日本における生存権の法的性質について、中村睦男は、プログラム規定・抽象的権利・具体的権利という学説の分類は維持できず、「法的性格を論ずるにあたって必要なことは、生存権が一定の範囲で裁判規範として効力を有することを前提にして、いかなる訴訟類型において、いかなる違憲審査基準によって、生存権に裁判規範性を認めるか」である、と指摘する¹⁸¹⁾。こうした問題意識を受け、明らかに「現在の問題は……いかにして裁量の幅を狭めてより踏み込んだ司法審査の可能性を広げていくか」に移行している¹⁸²⁾。また同時に、福祉国家とはどうあるべきかについて現代政治哲学の蓄積を読み解くことで憲法を解釈する視座を探るアプローチも登場している¹⁸³⁾。

しかし、やはり法的性質それ自体の議論はなんだったのかを振り返ってみたい。そもそも、抽象的権利説、具体的権利説とはいかなる主張だったのだろう。というのは抽象的権利説に分類される¹⁸⁴⁾ 橋本公亘¹⁸⁵⁾、横川博¹⁸⁶⁾自身は、法的性質について「抽象的権利」という表現を用いてはいない。具体的権利説に分類される¹⁸⁷⁾ 高田敏は25条1項の権利について「完全な『権利』(subjektives Recht)」としか述べていない¹⁸⁸⁾。

では抽象的権利説を「代表する」¹⁸⁹⁾ 芦部信喜はどうか。

生存権の法的性質に「具体的権利」という整理軸を持ち込ませたのは、おそらく朝日訴訟最高裁判決の傍論にある、憲法25条1項は「直接個々の国民に対して具体的権利を付与したものではない」¹⁹⁰⁾ という一文のせいもあろうかと思われる。芦部信喜は、この朝日訴訟最高裁判決の奥野健一補足意見と多数意

見との違いに、当時通説であったプログラム規定説とは違う方向性を見出した¹⁹¹⁾。

奥野補足意見は言う。「憲法二五条は時の政府の施策方針によって左右されない客観的な最低限度の生活水準を想定して、国に国民が健康で文化的な最低限度の生活を営むことのできる施策を講ずる責務を課している」。この補足意見から、芦部が見いだした意義は、次の二つである。①「この見解の第一の意義は、生活保護基準の司法審査を可能にすることである」、つまり、「裁判所は具体的な生活扶助が『いくらでなければならぬか……決定することは必要ではなく、また相当でない』けれども、それが客観的に存在する最低限度の生活水準を『維持するに足りないという限度で……生活保護法八条二項、三条に違反する』旨を判示することもできることになる¹⁹²⁾。②「第二の意義は、右の一で触れたような結論〔上記①の内容〕を導くことを可能にする点で、憲法二五条の生存権を施政の一般方針を宣言したプログラム規定だとみる伝統的な一つの考え方……に再考を促す意味を含んでいるのではないか、ということである¹⁹³⁾。抽象的権利説的要素が登場するのは、②の部分である。つまり、「広く社会権一般についてはさておき、人権宣言を支える基本理念に由来する生存権は、ヨーロッパ（例えば西ドイツ、スイス）でも、司法判断に適合する（justisiable）権利だとする考え方が強い。もっとも、生存権は、常に国家の現実の給付能力の留保の下に保護される権利であるから、国の政策方針の宣言としての性格をもち、司法判断に適合する法的権利だといっても、その性格は抽象的・一般的であるとみるべきであろう。しかし、生活保護法のような施行立法（Ausführungsgesetzgebung）によって生存権が具体化されている場合には、憲法と生活保護法とを一体として把握し、生存権の具体的権利性を論ずることも許されるであろう¹⁹⁴⁾。

この①②を改めて見返した時、具体的権利説との対立軸である、法律が必要かどうか、という要素は、芦部が奥野補足意見から見出した意義の中では一部にすぎない。むしろ芦部もプログラム規定と異なり、生存権は裁判規範であることをメインに述べたかったのは明らかである。②で真っ先に述べているのが

司法審査に適合することだからであり、また別の箇所でも以下のように述べているからである。「二五条を従来の支配的学説の説くような意味でのプログラム規定と解するかぎり、その責務は政治的・道徳的義務につき、国の義務に対応する国民の主観的権利としての生存権は認められない」¹⁹⁵⁾。

また法律が必要かどうかという抽象的権利説と具体的権利説の争点は、完全に①の要素を取り込んでいない。①の要素は、法律ができたとたんに生活保護基準の合憲性を問題にできる、といったような形で理解されたとしたら、あまりにも惜しい部分である。この①の部分についてももう少し詳しく述べている評釈において芦部は、多数意見の立場に立つと、厚生大臣の設定した保護基準とは別に裁判所が「みずから独自に」保護基準を算定し、両者を対比して憲法及び生活保護法の趣旨目的に違反すると判断できる場合がほとんどあり得なくなると述べている¹⁹⁶⁾。奥野補足意見の姿勢が芦部に響いたのは、奥野補足意見による裁判所が「みずから独自に」算出して判断統制をできるような「客観的な最低限度の生活水準を想定」している点が多数意見と異なるからである。この評釈では続けて、原田の評釈を引用し、多数意見の立場を採っても、「基準額を決定するに至る推論過程が生活保護法の趣旨目的を実現するにふさわしいものかどうか、推論過程に基準額の公平を疑わせるような不合理な行為が介在しなかったかどうかという、手続的・形式的側面から、行われる」¹⁹⁷⁾ という判断手法を紹介している¹⁹⁸⁾。すでに判断手法について実体審査と手続審査の有効性について考察しているのである。

以上のことから、生存権行使には法律が必要かどうかは、一つの争点であることは間違いないが、法的性質を考える際の唯一の争点ではない。芦部の考えを具体的権利説との対比ではなく、それ自体としてとらえるならば、プログラム規定にとどまることを否定した「主観的権利」説であり、行政の決定した保護基準とは独立に裁判所が「みずから独自に」保護基準を算定して実体判断を行えるという判断手法を想定していた¹⁹⁹⁾、ということになる。

本稿の検討は抽象的権利説・具体的権利説の区分は日本オリジナルであることを踏まえて始まった。しかし抽象的権利説を「代表」とされる芦部の考

え自体は極めてドイツ的である。「国の義務に対応する国民の主観的権利」という表現に端的にそれは表れている。日本オリジナルの道へ生存権議論を歩ませたのは少なくとも芦部ではない。

(2) 「ことばどおり」の具体的権利説との違い

ドイツの最低限度の生活保障への権利と「『ことばどおり』の具体的権利説」²⁰⁰⁾ と呼ばれる棟居快行説との違いはどこにあるのだろうか。この棟居説は「きっかり『健康で文化的な最低限度』の生活水準の給付を裁判所が判決で認めることはできないとしても、原告が『健康で文化的な最低限度』以下であることが明らかである範囲内の給付に限定して請求してきた場合には、その限りでは生存権の裁判規範性が肯定」されると考えている²⁰¹⁾。

ドイツで最初に最低限度の生活保障が問題になった事例で連邦憲法裁判所が扱った案件は、法律上の額を不服とし規定以上の額を請求して憲法異議を提起した事例である。請求自体は認められなかったが、訴訟要件を充たさないで却下という形では処理されなかった (I(2))。連邦憲法裁判所は新しい法律制定を要求しているのではなく連邦憲法裁判所法上の憲法異議の効果通り法律の無効を求めていると解釈することで訴訟要件は充たすとしたのである。また、違憲となった第4次ハルツ法判決で憲法異議申立人は自己の望む金額を提示してそれが認められたわけではない。実体判断と手続判断を行い後者の側面で違憲判決を出した連邦憲法裁判所は (つまり基準額345ユーロは低廉とまでは言えないが、どうやって345ユーロという額を決めたのかという手続が経験則に基づいておらず追体験できないことを理由に違憲)、① 法律無効を宣言すると「基本法20条1項と結びついた1条1項に従い人たるに値する最低限度の生活確保のための給付保障に必要な法律上の根拠が完全に消滅し」「これまでよりも憲法適合的秩序からかけ離れた状態となるだろう」²⁰²⁾、② 問題があったのは手続面であり345ユーロという額自体が憲法上問題だとはしていないこと、③ 立法者の形成裁量故に連邦憲法裁判所にはみずからの評価に基づいた一定の給付額を確定する権限はないこと、を理由に²⁰³⁾、違憲の宣言がなされるに

とどまった²⁰⁴⁾ (ただし年内に改正するよう指示は出されている²⁰⁵⁾)。

憲法異議という訴訟形態との関係もあるが、日本の「ことばどおり」の具体的権利説は裁判所が最低限度の生活を明白に下回る場合にはその給付に限定して額の請求を認める方向にあるのに対し、ドイツは憲法裁判所自らが額の算定に乗り出すのではなく立法者にボールを投げ返す。これは決して受動的な姿勢ではないと思われる。なぜなら、基本法20条1項と結びついた1条1項の意義を説く際、連邦憲法裁判所は次のように述べたからである。「困窮者は国家や第三者の任意の給付、つまりその給付の提供が困窮者の主観法によって保障されてはいないやり方に依拠すべきではない。人たるに値する最低限度の生活の憲法上の保障は、議会の法律（その法律には権限のある給付主体に対する市民の具体的給付請求を規定）によって実施されなければならない」（I(2)(C)）。権利として法律上明記された形できちんと法律を作ることが立法者の義務となる。先に述べた基本法下初めて最低限度生活保障への権利が争われそうした権利侵害を認めなかった事件ですら、連邦憲法裁判所は以下のように述べた。社会国家の実現に本質的なものは立法者のみが行い得るものの、「立法者がこの義務を恣意的に、つまり客観的理由なしに怠った場合のみ、場合によっては個人に憲法異議で実現可能な請求権が生じるかもしれない」（I(2)(a)）。この初期の判断が「ことばどおり」の具体的権利説と同じであるとみてはならない。立法者の「社会国家の実現に本質的なもの」を実現する義務が先立つからである。

ここが最も異なる点である。この、「社会国家の実現に本質的なもの」を実現する義務が客観的法規範の守備範囲である。そうした法的拘束の程度が国家目標規定か、制度保障か、立法委託か（I(3), II）、いずれの性質で憲法で位置づけられるべきかについて多様な選択肢はありうる。しかし、立法者が憲法上課された義務を怠るとき、どういう場合に裁判所上請求を認めることができるか、ではなく、「ちゃんと憲法により課された義務を果たせ」と法の名宛人たる立法者に投げ返すのを筋とする。そういう意味で、「仮に法律がなくても具体的権利はあるか」で争点が形成されるのではなく「法律を作れ」とあくまで立法者を名宛人とした議論に終始するのである（I(1)）。社会権の自由権との

構造上の違い、ないし「できる限りという留保」の要素は、日本では権利の性質に吸収されるのに対し、ドイツでは憲法規範の名宛人への義務に跳ね返るのである。

ドイツで基本権総論における憲法規定の法的性質には、① プログラム規定 ② 客観的法規範 ③ 客観的法規範＋主観法があると述べた（I）。日本で欠落しているのは客観的法規範の要素である²⁰⁶。客観的側面は制度後退禁止の要素にとどまらない²⁰⁷。権利をどのような範囲で具体化するかは立法者の形成裁量に属するが、権利があることそれ自体は憲法規範なのだから、この権利を具体化する義務が立法者には課される上、その法律上の給付請求は、すべての基本権主体のすべての生活の需要をカバーするよう形成されなければならないし（I(2)）、憲法上明記されていない義務より優先して国家予算を配分することが命じられる（I(3)——憲法委託と解する Becköföörde）。

佐藤幸治がその教科書において抽象的権利説と具体的権利説の何れが妥当なのかについて明言を避け、生存権の「保障の内容」を、両説を取り込む形で项目的に整理する形で記述する方式を採ったことが注目される²⁰⁸。

(3) 第4次ハルツ法判決の判断枠組みなら朝日訴訟は違憲となるか

生活保護法上の母子加算老齢加算廃止および多人数世帯に加算される保護費削減に関わる一連の訴訟の中、裁量統制の判断枠組みに「厚生労働大臣の裁量の幅は、その新規の制定におけるそれよりも狭く、本件保護基準改定における厚生労働大臣の判断過程に看過し難い事実の誤認や事実の評価の誤り等の不合理な点があり、上記判断がこれに依拠してなされたと認められる場合には、……同判断に基づく本件保護基準改定は、裁量権を濫用又は逸脱したものとして、違法²⁰⁹」という型を用いた判決が出された²¹⁰。このように実体判断ではなく「判断過程統制」が裁量統制の一つとして近年憲法学においても注目されており²¹¹ これを生存権の分野にも取り入れようとする動きがある²¹²。

では手続的側面で違法とした第4次ハルツ法判決の判断枠組みに依拠すれば（Ⅲ(3) 朝日訴訟²¹³）は違憲となったのだろうか。つまり当時600円が憲法25条

から低廉かどうか、という実体判断の部分と、どうやって600円という額を決めたのかという手続の部分で、第4次ハルツ法判決を参考に考えてみたい。

まず言わなければならないのは、手続審査は、朝日訴訟時点で見落とされていた新機軸ではないということである。

その意味はすでに述べたように当時から「基準金額の高低の問題を、司法審査の対象としてとりあげることは、極端な例外的場合……を除き、かなりむずかしい」として「手続的・形式的側面」から行われることにならざるを得ないと指摘²¹⁴⁾があったという意味だけではない。第一審はこの600円という額がいかにかを論証しているが（実体審査中心²¹⁵⁾、控訴審はどうやって600円という額になったか（日用品費基準の設定でマーケットバスケット方式を採用していることの違法性、日用費目の検討）を審査している（手続審査²¹⁶⁾）からである。結論は周知のとおり第一審が保護変更決定を違法とし、第二審は違法ではないとした。最高裁奥野補足意見も、① マーケットバスケット方式が一応当時における客観的な最低限度の生活水準に副ったものである ② 昭和30年の急激な物価変動により本件の変更決定が行われた当時（昭和31年8月）でも長期療養患者の健康で文化的な最低限度の生活の需要を充たすに十分なものでなく早晚改訂されるべき段階にあったが、景気変動の結果は翌年度にならなければ的確に把握し難かった、として違法とは認められないとしているのである²¹⁷⁾。

芦部は手続的審査について当時「きわめて注目に値する」が「広汎な政策的・政治裁量が認められるとすれば、果たして實際上『手続的・形式的側面から行われる』司法審査を期待できるかどうか、かなり問題だと思われる」と述べている²¹⁸⁾。

かようにすでに手続的視点から違法ではない、との結論が出ているため、判断過程審査さえ取り入れればすべてが一変するようなことはありえない。

むしろ朝日訴訟では第4次ハルツ法判決を参考にすべき部分は別にあると思われる。

実体審査の部分だろうか。

日本において生存権の実体審査は「厳格な合理性審査」とすべきとの主張があるが²¹⁹⁾、国家に不作為を要求する際の「厳格な合理性審査」は国家に作為を要求する場合にも同じように目的手段の審査を持ち込んでもよいのだろうか。というのは、ドイツにおいて社会的基本権とは異なり権利性が確実に認められている保護義務（保護請求権）分野ですら、作為を請求する際の実体審査のありようにつき議論が定まっていなかったからである（Ⅲ(1)）。この点第4次ハルツ法判決は興味深い実体審査を行っている（Ⅲ(3)）。「厳格な合理性審査」に相当するような目的手段審査ではなく、立法者の判断を尊重した「給付が明白に不十分かどうか限定」する形はとったが、注目すべきはその目的手段の審査の仕方である。立法目的が適正か、ではなく、最低限度の生活保障という目的に沿った形で法律全体が設計されているか、を審査し、目的を達成するのにより実効的手段が他になかったのか、を審査したのではなく、立法者が選んだ各種計算方式などがその裁量の範囲内かのみを審査した（Ⅲ(3)）。これは複数の目的実現手段のうち何れを取るかについて広い裁量が認められる作為請求型の実体審査の目的手段審査の方法として朝日訴訟の枠を超えて生存権全般に参考になるやり方かと思われる（Ⅲ(1)も参照）。しかし、この目的手段審査では朝日訴訟における結論を違法とはできまい。

第4次ハルツ法判決で実体審査、手続審査を済ませた後、さらに連邦憲法裁判所はとある条項がない、という点で基本法20条1項と結びついた1条1項と両立しない、と述べた。その欠如している条項とは「人たるに値する最低限度の生活の充足のために拒否することのできない、現在進行中の、一時的ではない、特別な需要の確保にかかわる給付に対する請求権を予定した」規定である²²⁰⁾。統計モデルは平均的な需要のみを対象としており、これ自体は問題ないが、平均的な需要からは外れるが、特定の一時的ではない、かつ、人たるに値する最低限度の生活保障のために必要なものがある、というのである。朝日訴訟の長期療養患者としての補食費の請求とはこのカテゴリーだったのではなかったか。立法裁量を目的と手段の観点から審査したり、手続の観点から審査したりする以前に、平均像から外れる需要を持つ場合の対処の欠落、この問題

だったのではないだろうか。

さらにもう一つ第4次ハルツ法判決と朝日訴訟大法廷判決傍論部分がもっとも異なっていた点は、問題になっている憲法上の規定の法的要請が何か、を論じる部分である。

朝日訴訟最高裁判決の傍論部分で最高裁は憲法25条1項について以下のように述べたにとどまる。この規定は「すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を賦与したものではない」。

第4次ハルツ法判決で連邦憲法裁判所は、「人たるに値する生存のために必要な実質的手段を、ある人が欠いている場合には……国家は人間の尊厳保護任務の範囲でかつ社会国家的形成任務の充足において、このための実質的前提が困窮者の自由になるように配慮することを義務付けられる。基本法1条1項からのこの客観的義務に基本権主体の給付請求が対応する」と述べた（I(3)(c)）。憲法が国家に課した客観的法規範の命令の内容がより明確であり、この客観的義務に主観法が対応していることを明言している。第4次ハルツ法判決と朝日訴訟の分岐点は、手続審査でも実体審査でもなく、この冒頭部分の「憲法が国家に何を命じているのか」「基本権主体は憲法が国家に命じていることに対して個人として権利を持つのか」という点にあり双方の道はここで別れたと思われる。

堀木訴訟最高裁判決でも第4次ハルツ法判決には及ばない。この判決では25条について以下のように言う²²¹⁾。25条1項は「いわゆる福祉国家の理念に基づき、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営みうるよう国政を運営すべきことを国の責務として宣言したものであること」、また、同条2項は「同じく福祉国家の理念に基づき、社会的立法及び社会的施設の創造拡充に努力すべきことを国の責務として宣言したものであること」、そして、同条1項は、「国が個々の国民に対して具体的・現実的に右のような義務を有することを規定したのではなく、同条二項によつて国の責務であるとされている社会的立法及び社会的施設の創造拡充により個々の国民の具体的・現実的な生活権

が設定充実されてゆくものであると解すべきことは、すでに当裁判所の判例と
 するところである」「このように、憲法二五条の規定は、国権の作用に対し、
 一定の目的を設定しその実現のための積極的な発動を期待するという性質のも
 のである」とする。25条の規定全体が国家目標規定であったというのだろう
 か²²²⁾ (国家目標規定についてはI(3))。

判例の生存権議論に足りないのは、判断手法だけではない。長年言われ続け
 てきたことではあるが、この課題を、国家目標規定でも、立法委託でも、制度
 保障でもなく、個人の権利とした憲法の決断への敬意である。

- 1) 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法(第5版)』(岩波書店, 2011年) 258頁。
- 2) ドイツにおける社会権の検討として、高田敏『社会的法治国の構成』(信山社, 1993年) 145頁以下, 内野正幸『社会権の歴史的展開』(信山社, 1992年), 西原博史『自律と保護』(成文堂, 2009年) 76頁以下。
- 3) 佐藤功『憲法(上)〔新版)』(有斐閣, 1983年) 421頁以下, 高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第2版)』(有斐閣, 2010年) 285頁以下, 長谷部恭男『憲法(第5版)』(新世社, 2011年) 266頁以下。
- 4) 場合によっては過去裁判規範性が否定された日本国憲法13条や, 具体的請求権となるためには法律を必要とすると考えられている知る権利の部分でも登場する。芦部・前掲注1) 118頁以下, 171頁以下。
- 5) 多くのものに代えて Michael Sachs, in: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 423ff.; Christian Starck, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Abs. 3 Rn. 167ff.; Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 66. この点に注意を喚起する内野・前掲注2) 71頁。
- 6) 主観的権利とも訳されるが, 権利に客観的な側面と主観的側面があるわけではなく, あくまで法には客観的な場合と主観的な場合があり, 客観的な場合は法規範で, 主観的な場合には権利であるという理解に基づき, 本稿では, 引用部分を除き, 主観法, ないし権利と訳す。
- 7) ①②③は同じ観点で区分されているわけではないことに注意が必要である。①と②は基本権規定が法規範であるかどうかの対立関係にあり, ②と③は, ①にとどまらないことを前提に, 基本権規定が名宛人に対して法的義務を課す命令であるところの法規範に留まるのか, さらにそうした法的命令の要素に加えて個人の権利をも保障しているのか, という関係にある。基本権規定が②でないと③も導出できないことから, 基本権規定の法的性質を整理しなおすと, ① プログラム規定 ② 客観的法規範 ③ 客観的法規範プラス主観法, である。主観法よりも先に, 客観法の

- 説明を置き、「憲法（基本権）規定は、まずは、客観法である」とする, Ernst Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, Verhandlungen des 50 Deutschen Juristentages, Bd. II 1, 1974, G1 (G4); Hans Heinrich Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976), S. 161ff. (165).
- 8) Dreier (Anm. 5), Vorb. Rn. 66.
 - 9) 他に, 配分請求権 Teilhaberecht, 給付権という呼び方も用いられ呼称が統一されていないこと, またそれぞれの含意につき, Dietrich Murswiek, Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2010, § 192 Rn. 5ff.
 - 10) 制定時の審議状況については Werner Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Der Staat 4 (1965), 409ff. (411ff.).
 - 11) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Soziale Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: ders./Jürgen Jekewitz/Thilo Ramm (Hrsg.), Soziale Grundrechte, S. 7ff. (10). 同論文は以下にも所収されている。Ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 146ff. 翻訳は, E.-W. ベッケンフェルデ (初宿正典編訳) 『現代国家と憲法・自由・民主制』 (風行社, 1999年) 311頁以下 (樺島博志翻訳部分)。
 - 12) BVerfGE 33, 303 (333). また, Josef Isensee, Verfassung ohne soziale Grundrechte, Der Staat 19 (1980), 367ff. (381); Murswiek (Anm. 9), Rn. 63ff.
 - 13) Isensee (Anm. 12), 381.
 - 14) BVerfGE 33, 303 (333).
 - 15) Isensee (Anm. 12), 381.
 - 16) Wolfgang Rübner, Leistungsrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 40, Rn. 25.
 - 17) Rolf Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 6 Abs. 4 Rn. 140ff.; Tobias Auel, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz, 2003, S. 24ff.; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 542f.; Christian von Coelln, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 6 Abs. 4, Rn. 91.; Gerhard Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, Art. 6 Abs. 4 Rn. 280f.; Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz, 11. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 52; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 27. Aufl. 2011, Rn. 687.
 - 18) BVerfGE 32, 273 (277). 「その充足が立法者の自由意思には委ねられていない拘束的任務」を規定し, また同条項は, 公法私法的全領域を拘束する憲法上の価値決定の表明である, とある。
 - 19) 前掲注17)に挙げた著書, 教科書はすべて主観法をも保障していると解する立場を採っている。また, 規範の名宛人が「国家」ではなく「共同社会」となっていることから何らかの具体的保護や配慮の措置への直接的請求権を否定し, 同条項が保護と配慮の法律上の保護の保障, つまり法律の実現を目標とする規定であるものの,

- 基本権の価値基準に服するとする Sachs も主観法であることは認めていると言えよう。Michael Sachs, Verfassungsrecht II Grundrechte, 2. Aufl. 2003, B6 Rn. 52.
- 20) Aubel (Anm. 17), S. 84ff.
- 21) Aubel (Anm. 17), S. 85.
- 22) Aubel (Anm. 17), S. 85.
- 23) Aubek (Anm. 17), S. 85.
- 24) Stern (Anm. 17), S. 545.
- 25) Stern (Anm. 17), S. 545. Stern は、連邦憲法裁判所が基本法 6 条 4 項の客観法的次元でもって理由づけをするので、結果的にこの見解に従っていると指摘する。Ders., S. 546.
- 26) Stern (Anm. 17), S. 546. ここで Stern が引用している連邦憲法裁判所の判断は、第三者効力領域で初めて保護義務の先例を引用した, BVerfGE 103, 89 (100) などである。
- 27) Stern (Anm. 17), S. 546ff.
- 28) Gröschner (Anm. 17), Rn. 143.
- 29) Gröschner (Anm. 17), Rn. 143. 強調は原文のまま。
- 30) リュート判決 (BVerfGE 7, 198ff.) が基本権から防御権を超える客観的価値秩序を導出して以来、多くの議論を経て基本権から多元的機能 (防御, 保護義務, 給付など) を導出できるという理解が一般的となっている。基本権総論部分のこの基本権諸機能のうち「給付機能」を論じる部分の「問題の核心となるのは諸自由権からオリジナルの給付国家的保障の導出可能性」である。Dreier (Anm. 5), Vorb. Rn. 90. 同様の指摘をする Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Vor Art. 1 Rn. 49; Sachs (Anm. 19), A4 Rn. 21. この自由権からの導出については, Rüfner (Anm. 16), Rn. 42ff.
- 31) 保護義務を自由権から導出することが認められるのは、「国家任務の古典的理解に対応している」から、すなわち、国家任務は第一に「国家は秩序支配権として、市民相互が侵害し合わないよう配慮することを担っている」ことに向けられているからである Sachs (Anm. 19), A4 Rn. 28. 保護義務とは、国家が共同責任を負わない第三者からの危害からの保護である。Christian Bumke/Andreas Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 5. Aufl. 2008, S. 30. こうした加害行為のない社会的
基本権と保護義務とは別類型である。
- 32) 「基本権行使の実質的前提を要請し確保することで現実の自由と平等をつくりだす措置に関係ある章は基本法の基本権の部分ではなく社会国家原理」として基本権の問題から切り離す Dreier (Anm. 5), Vorb. Rn. 90. なお、このテーマとの関わりで有名な第一次大学入学定数判決判決がある (BVerfGE 30, 303ff.)。基本法12条から大学への入学許可に対する請求権が導出できるか、について連邦憲法裁判所は最終的にこの権利を肯定していない。
- 33) 連邦憲法裁判所はこの権利に「人たるに値する menschenwürdig」という形容詞を必ず付けて使用するが、本稿では引用を除いて省略する。またヴァイマル憲法

151条にあった「人たるに値する生存 Dasein」という表現も用いている。

- 34) 第一次大学入学定数判決の紹介後「したがって自由権をオリジナルの給付権に解釈し直す道は閉ざされた」と述べた後「例外は」この最低限度の生活保障への権利とする Klaus Stern, in: ders./Florian Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2010, Einl. Rn. 77.
- 35) この権利についての考察として, Walter Georg Leisner, Existenzsicherung im öffentlichen Recht, 2006; Hans Michael Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008; Wolfram Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 378ff.; Volker Neumann, Menschenwürde und Existenzminimum, NVwZ 1995, 426ff. 太田匡彦「『社会保障受給権の基本権保障』が意味するもの——『憲法と社会保障』の一断面」法学教室242頁(2000年)117頁以下, 高田篤「生存権の省察——高田敏教授の「具体的権利説」をめぐって——」高田敏先生古稀記念論集『法治国家の展開と現代的構成』(法律文化社, 2007年)155頁以下, 玉蟲由樹「人間の尊厳と最低限度の生活の保障」福岡大学法学論叢56巻4号(2012年)447頁以下。
- 36) Karl Heinrich Friauf, Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat, DVBl. 1971, 674ff. (676); Rüdiger Breuer, Grundrechte als Quelle positiver Ansprüche, Jura 1979, 401ff. (404f.); Helmut Goerlich/Jörg Dietrich, Zwei klassische Entscheidungen: fürsorgerisches Ermessen, Garantie des Existenzminimums und legislative Gestaltungsfreiheit, Jura 1992, S. 134ff.
- 37) BVerfGE 1, 97.
- 38) BVerwGE 1, 159.
- 39) BVerfGE 1, 97 (100).
- 40) BVerfGE 1, 97 (101).
- 41) BVerfGE 1, 97 (101).
- 42) BVerfGE 1, 97 (103).
- 43) BVerfGE 1, 97 (104).
- 44) BVerfGE 1, 97 (104).
- 45) BVerfGE 1, 97 (105).
- 46) BVerfGE 1, 97 (106).
- 47) BVerwGE 1, 159 (161).
- 48) BVerwGE 1, 159 (162). ただし請求には理由がないとされた。
- 49) Breuer (Anm. 36), 405.
- 50) Friauf (Anm. 36), 676.
- 51) BVerfGE 45, 187 (228).
- 52) BVerfGE 82, 60ff. ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』(信山社, 2006年)(岩間昭道執筆部分)203頁以下。玉蟲・前掲注35)460頁以下。この判決を自由権の側面として紹介する斎藤一久「生存権の自由権的側面の再検討——旭川国民保訴訟最高裁大法廷判決のもう1つの論点——」企業と法創造7巻5号(2011年)12頁。

- 53) 「消極的地位という意味で最低限度の生活への国家の介入に対する防御請求を承認した」とする Goerlich/Dietrich (Anm. 36), S. 139.
- 54) BVerfGE 87, 153 (169). この指摘は Cremer (Anm. 35), S. 385.
- 55) BVerfGE 99, 216 (233); 99, 246 (259); 99, 268 (271); 99, 273 (276). ただし後ろ二つの決定については1998年11月10日の BVerfGE 99, 216 の審査の指針 Prüfungsmaßstab が妥当する、と述べた部分の頁を挙げた。BVerfGE 99, 246 が「憲法上の審査の指針」として挙げたのが「基本法20条1項と結びついた1条から生じる以下のような原則である、すなわち国家は納税義務者に人たるに値する生存のための最低限度の前提を作り出すために必要とされる限りでその所得を非課税のままにしておかねばならない」と述べた部分である。
- 56) BVerfGE 125, 175. この判決に対するドイツの評釈についてはⅢ(3)でこの判決の審査基準を検討する際に取り上げる。日本でのこの判決の紹介については、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1539号(2011年)4頁以下。同雑誌31頁以下から同判決の全訳、22頁以下から関連条文の翻訳がある(嶋田佳広翻訳)。齋藤純子「最低水準とは何か——ドイツの場合——」レファレンス平成23年9月号(2011年)117頁以下、木下秀雄「生存権訴訟(老齢加算廃止違憲訴訟)の現状と課題」法律時報84巻2号(2012年)81頁以下、玉蟲・前掲注35)477頁以下。ハルツを委員長とする委員会が提言した労働市場改革目的に基づく一連の立法(本稿で「第4次ハルツ法」としているのは第一次から第四次まであるこの「労働市場における現代的サービス提供のための法律」の第4次法律である)については田畑洋一『ドイツの最低生活保障』(学文社、2011年)2頁以下。ドイツの社会扶助の概要については田中耕太郎「社会扶助」古瀬徹・塩野谷祐一編『先進諸国の社会保障④ドイツ』(東京大学出版会、1999年)151頁以下。
- 57) Jörg Lücke, soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge, AöR 107 (1982), 15ff. (16). なお前掲注11)の Böckenförde/Jekewitz/Ramm 編の著作も1980年2月29日から3月2日にかけて「市民的法秩序から社会的法秩序へ」という議題で行われた SPD の法政策議会資料である。
- 58) この審議過程は、浅川千尋『国家目標規定と社会権』(日本評論社、2008年)55頁以下。
- 59) Georg Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971, S. 13ff.; Böckenförde (Anm. 11), S. 14.
- 60) 論者によって多種多様な概念を用いていることがうかがえる、Lücke (Anm. 57), 18f.
- 61) 岡田裕光「ドイツの国家目標規定について——わが国の憲法二五条、特に同条二項が有する規範的拘束力を論じる手がかりとして——」関西大学法学論集50巻4号(2000年)34頁以下。Sommermann の国家目標規定に関する議論を中心とした小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』(尚学社、2004年)262頁以下。基本法20 a 条導入議論を中心とした、ヴィンフリート・ブローム(大橋洋一訳)「社会的な基本権と憲法における国家目標規定(一)(二・完)」自治研究70巻5

号（1994年）59頁以下，7号（同年）29頁以下，M・クレップファー「国家目標規定としての環境保護——基本法新20条のaについて」阪大法学183号（1996年）405頁以下。

- 62) 西原・前掲注2)104頁以下，119頁以下。
- 63) 多様に主張される概念のうち「国法学上の議論に法概念として承認されるべき」なのは本文で挙げた三つだけ，と指摘する以下の論文にしたがった。Rüfner (Anm. 16), Rn. 9.
- 64) Brunner は社会的根本権理念の発展について述べた後，通常法制定者に社会的弱者保護を委ねても問題はないが，欠点としてこのような形で創設された法は重大な存続保障を欠くため，この欠点を補うために三つの解決方法がある，として，①憲法にプログラム規定・国家目標規定ないし社会内容に関する一般原則を規定，②制度保障として規定，③個人の公権として規定，を挙げている。Brunner (Anm. 59), S. 8ff. 前掲注59)で述べた如く Brunner は③の選択肢には消極的である。
- 65) Lücke (Anm. 57). 21.
- 66) Hans Peter Ipsen, Über das Grundgesetz, in: ders., Über das Grundgesetz gesammelte Beiträge seit 1949, 1988, S. 8.
- 67) こう指摘する Lücke (Anm. 57), 21.
- 68) Ulrich Scheuner, Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für Ernst Forsthoff, 1972, S. 325ff. (330).
- 69) Scheuner (Anm. 68), S. 335.
- 70) Scheuner (Anm. 68), S. 336.
- 71) Lücke (Anm. 57), 22.
- 72) Scheuner (Anm. 68), S. 333.
- 73) Lücke (Anm. 57), 23.
- 74) Scheuner (Anm. 68), S. 334.
- 75) Lücke (Anm. 57), 24. ただし，20条1項という国家目標規定との関連で恣意性があつた場合には憲法異議に基づく請求可能とした BVerfGE 1, 97 (105) が紹介されている。
- 76) Lücke (Anm. 57), 28f. 本文での私法制度と公法制度の例も同論文の29頁。公法上の法制度の例に，私立学校（基本法7条4項）も挙げている Scheuner (Anm. 68), S. 332f.
- 77) Brunner (Anm. 59), 10; Lücke (Anm. 57), 29.
- 78) Brunner (Anm. 59), 10. 「国家，とりわけ立法者には保障された公法上の制度を廃棄，ないし掘り崩すことが禁止される」とする Lücke (Anm. 57), 29.
- 79) Lücke (Anm. 57), 29.
- 80) 制度保障が回顧的で存続する制度の伝統的内容を守るものであるのに対し，社会的根本権は生活の発展へ常に適合することを要請する動的なことにかかわるので，社会的根本権を「制度的保障の形式で実定化することはその固有の任務の放棄」を意味する，と主張する Theodor Tomandl, Der Einbau sozialer Grundrechte in das

positive Recht, 1967, S. 42f.

- 81) 前半は Lücke (Anm. 57), 29. から, 後半は Rübner (Anm. 16), Rn. 10. から引用。
- 82) Lücke (Anm. 57), 29.
- 83) Böckenförde (Anm. 11), S. 14.
- 84) Böckenförde (Anm. 11), S. 14. 憲法委託とは「その委託に定式化された目的ないしプログラムの実現のために適切な措置を通じて活動するよう, 立法と行政に関わる国家機関を名宛人とした, 客観法的義務付け」であり, その際「実現の範囲や方法はさしあたり当該機関の政治的裁量や政治過程に委ねられる」ものである。Ders., S. 14. 憲法委託の法的拘束力には段階があり, ① 一般に何を政治目標とするかについて国家機関は自由に選択することができるが, 憲法の定めるこの目標には拘束 ② この憲法の定める目標については, 国家機関による不作為, ないし明白かつ重大な懈怠は許されない ③ この目標に向けて一度規制や措置が取られたならば, その措置は憲法レベルでの基礎を獲得し, その結果, 代替措置のない廃止や著しい削減から保護。②③の側面について個人の防御的請求権として主観法あり)。Ders., S. 14f.
- 85) Böckenförde (Anm. 11), S. 15.
- 86) Böckenförde (Anm. 11), S. 15.
- 87) 佐藤幸治は「従来これを“自由権的效果”と説明する向きがあったが, その様なやや屈折した説明による必要はない」として生存権の内容の一つとして位置づける。佐藤幸治『日本国憲法』(成文堂, 2011年) 366頁以下。また「『切り下げ』の局面に特化した客観的憲法原則」という抽象的権利説に「残された可能性の一つ」として展開する棟居快行「生存権と『制度後退禁止原則』をめぐって」佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配(下巻)』(成文堂, 2008年) 369頁以下(引用は373頁)。「自由権的效果」より「制度後退禁止原則」という呼称の方が「憲法上の権利の制約ではなく, 客観法的な主張が問題であることが明確になる」とする宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』(日本評論社, 2011年) 169頁。
- 88) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(1991年) 154頁以下, 375頁以下, 太田・前掲注35) 116頁以下, 松本和彦「生存権」小山剛・駒村圭吾編『論点探求・憲法』(弘文堂, 2005年) 233頁以下, 棟居・前掲注87), 葛西まゆこ「生存権と制度後退禁止原則——生存権の「自由権的效果」再考——」企業と法創造7巻5号(2011年) 26頁以下。教科書では, 長谷部・前掲注3) 271頁以下, 赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社, 2011年) 203頁以下。「不利益変更の場合の裁量統制」とする高橋・前掲注3) 289頁。
- 89) 内野・前掲注88) 154-155頁。生存権については同書375頁以下。
- 90) 「社会的制度保障の理論」として紹介する, 内野・前掲注2) 70-71頁(なお, 同書注(56)において一般的に使用されてはいないことが注記されている)。また, 同・前掲注88) 379頁注(10)に, 「西ドイツにおいても, 時に, 社会権的理念を具体化する制度についての制度後退禁止を含意する『社会後退禁止』が語られることがある」とある。また, この領域のドイツの議論については, 岡田・前掲注61) 78頁

以下。

- 91) Rolf-Ulrich Schlenker, Soziale Rückschrittsverbot und Grundgesetz, 1986; Karl-Jürgen Bieback, Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen, 1997; Volker Neumann, Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot, NZS 1998, 401ff.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 31ff.; Heinig (Anm. 35), S. 450f.; Josef Isensee, Der Sozialstaat in der Wirtschaftskrise, in: Festschrift für Johannes Broermann, 1982, S. 365ff.
- 92) 「社会の後退」という表現をひとかたまりで使用している, Schlenker (Anm. 91), S. 16.; Isensee (Anm. 91), S. 367.
- 93) Schmidt-Aßmann (Anm. 91), S. 31.
- 94) Schmidt-Aßmann (Anm. 91), S. 31.
- 95) Roman Herzog, in; Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Art. 20 VIII (1980), Rn. 28.
- 96) Karl-Peter Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 1, Rn. 122; Bieback (Anm. 91), S. 27ff.; Jarass/Pieroth (Anm. 17), Art. 20 Rn. 125.
- 97) Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, 231; Weber (Anm. 10), 416; Micael Kittner, in: Reihe Alternativkommentare Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK-GG), Bd. 2, 2. Aufl. 1989, Art. 20 Abs. 1-3 V Rn. 29, 79; Joachim Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis zum Grundrechtsschutz für Staatsfunktionen, 1971, S. 21ff., 97ff. またこの立場に言及するものとして Isensee (Anm. 91), 366ff.
- 98) Weber (Anm. 10), 416. ただし引用中〔 〕内は筆者付加。
- 99) Lerche (Anm. 97), S. 231. 社会国家原理の内容は3つの要素からなり, 他の二つは, 社会の苦境を排除する国家の任務, 新たな社会秩序を立ち上げる立法者への一般的授権, である。Ders. S. 231f.
- 100) Kitter (Anm. 97), Art. 20 Abs. 1-3 V Rn. 29.
- 101) Kitter (Anm. 97), Art. 20 Abs. 1-3 V Rn. 79.
- 102) Dagmar Schiek, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK-GG), 3. Aufl., 2001, Art. 20 Abs. 1-3 V Rn. 73.
- 103) Isensee (Anm. 91), 377; Rolf Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Sozialstaat) Rn. 44; Jarass/Pieroth (Anm. 17), 125.
- 104) Isensee (Anm. 91), 378ff.; Schlenker (Anm. 91), S. 130ff.; Bieback (Anm. 91), S. 8ff.; Jarass/Pieroth (Anm. 17), 125. 太田・前掲注35)119頁以下。
- 105) Isensee (Anm. 91), 381f.; Schlenker (Anm. 91), S. 215ff.
- 106) Bieback (Anm. 91), S. 31ff.; Heinig (Anm. 35), S. 450f.

- 107) Schlenker (Anm. 91), S. 209ff.
- 108) Isensee (Anm. 91), 377. この項の題名は「遅らせはするがブロックしない法治国家原理」。
- 109) BVerfGE 53, 257 (289ff.).
- 110) Isensee (Anm. 91), 378ff.
- 111) Isensee (Anm. 91), 382f.
- 112) Heinig (Anm. 35), S. 451. こうした固定化は将来に開かれた民主的決定を妨害するので問題だと指摘している。
- 113) BVerfGE 39, 316 (326). また基本権が客観的価値秩序をも保障していると述べたことで有名なりユート判決 BVerfGE 7, 198ff. に先駆けて基本権を「価値決定的原則規範である」と述べたられたのは、この6条1項である。BVerfGE 6, 55 (71). 基本権の客観的価値が1項は「婚姻及び家族は、国家秩序の特別の保護を受ける」と規定されている。4項は本文 I(1)参照。
- 114) Schlenker (Anm. 91), S. 211.
- 115) 芦部・前掲注1)104頁。
- 116) Murswiek (Anm. 9), Rn. 13 に国家への作為請求をする権利の分類が記載されているが、保護請求権（保護義務の主観的側面）は Status positivus Libertatis に、本稿で言う社会的な基本権は Status positivus socialis に分類されている。なお前掲注31)も参照。
- 117) Helmut Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 198. 過少禁止の提唱者は Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 111 Rn. 165f. その後同書の第三版において過少禁止に対する異議についての検討が付加されている。Ders., Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 303ff. また, Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201ff. また過少禁止は Gunnar F. Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 15 に由来する, との指摘がある。Klaus Stern, Idee und Elemente eines System der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 185 Rn. 92 Fn. 207. 通常 Canaris と Isensee の名が過少禁止の先駆者として挙げられるが, 確かに Schuppert の当該箇所には第一次墮胎判決を素材に「議会は『価値決定的原則規範』から導出された『過少禁止』を侵害していたかどうか連邦憲法裁判所によって審査される」とある。過少禁止の議論については小山剛『基本権保護の法理』(成文堂, 1998年) 84頁以下。
- 118) 例えば森林枯死の阻止ないしはテンポを遅くするという目的のための自動車速度制限が適切性の観点から比例的とされるのは, 実証されている仮説により, 有害物質排出の減少(介入により作り出される状態)と森林状態の改善(目的が実現されたとされる状態)との間に関連性がある場合のみである。Pieroth/Schlink (Anm. 17), Rn. 294.

- 119) 自動車速度制限が必要性の観点から比例的ではないとされるのは、いずれにせよ実施される植林が、特定の樹木の場所を優先するような形で、一定の森林地帯を作り出そうとしており、これが実証された仮説によればこの森林地帯（国家が、実施しようとする政策——ここでは自動車速度制限——と同様に、たいした異議なく実現でき、かつ市民にとってもより負担の無いような、別の状態）と森林状態の改善（目的が実現されたとされる状態）との間に関連性があるとされる場合である。つまり、その目的が、国家が用いようとしている手段と同じくらい実効的で負担の少ない手段によって達成されうる別の手段があってはならない、ということである。Pieroth/Schlink (Anm. 17), Rn. 295f.
- 120) 狭義の比例性とは介入と介入によって追求される目的とが相互にバランスが取れていること（均衡性、相当性、期待可能性 *Zumutbarkeit* とも表現される）である。これは基本権自体に規定ある場合があり、その例として、基本法6条3項（「子供は親権者に故障がある場合、又は子供がその他の理由から放置されるおそれがある場合には、法律の根拠に基づいてのみ親権者の意思に反して家族から引き離すことが許される」）とあり、6条3項は家族の結びつきを子供の教育よりも重く見ているが、子供の非行化の回避よりは低く見ている。また基本法5条2項（「これらの権利〔1項の意見表明の自由、知る権利、報道の自由〕は、一般的法律の規定、少年保護のための法律上の規定、および個人的名誉権によって制限を受ける」）から、基本法は自由な意見表明に、少年保護や名誉よりも重きを置いていないが、プロパガンダによる国家の自己表現よりも重きを置いている。ただし、基本法上明記された領域以外でもこの「狭義の比例性」基準が用いられる場合、恣意的な審査につながる危険が指摘されている。Pieroth/Schlink (Anm. 17), Rn. 299ff.
- 121) Bumke/Voßkuhle (Anm. 31), S. 36.
- 122) Peter Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1996, S. 83.
- 123) BVerfGE 88, 203 (254).
- 124) Stern (Anm. 117), Rn. 92. 同論文同箇所「引き続き諸判断に立法者の行為義務の評価の基準として用いられた」例として、道交法上認められるアルコール血中濃度を0,5パーミルに引き下げない立法不作為に関する憲法異議 (NJW 1995, 2343), オゾン濃度の上昇を予防するため交通禁止を予定した連邦環境汚染防止法改正に対し、そうした措置の発動に想定されているオゾン濃度が高すぎて従来の保護水準を後退させるとして提起された憲法異議 (NJW 1996, 651) が挙げられている（ただし両方とも *Kammerbeschluss*）。少数意見部分において過少禁止はかろうじて登場しているものの (BVerfGE 98, 265 (255); 109, 190 (247); 121, 317 (380).), 「感情的に引き受けられた胎児保護問題の場合を除いて、連邦憲法裁判所は多数派であれ、少数派であれ過少禁止の侵害を考慮していなかった」との指摘はある。Pieroth/Schlink (Anm. 17), Rn. 311.
- 125) 賛成派反対派については、Cremer (Anm. 35), S. 310 Fn. 663 Fn. 664.
- 126) Lothar Michael, *Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit*, JuS 2001, 148ff. (148).

- 127) 文字通り過少禁止は過剰禁止以上のものではないと見る立場である。Unruh も Cremer も反対者の検討に Hain 説を合致テーゼとして筆頭に扱っている。Unruh (Anm. 122), S. 85f.; Cremer (Anm. 35), S. S. 312f. Hain については、小山・前掲注 117)99頁以下。
- 128) Cremer (Anm. 35), S. 312.
- 129) Unruh (Anm. 122), S. 84.
- 130) Michael (Anm. 126), 151f., 155; ders., Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, 764ff. (765ff.).
- 131) Pieroth/Schlink (Anm. 17), Rn. 308.
- 132) Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 445ff. (463).
- 133) Schlink (Anm. 132), S. 463.
- 134) Pieroth/Schlink (Anm. 17), Rn. 309.
- 135) Schlink (Anm. 132), S. 464.
- 136) Volker Epping, Grundrechte, 2010, Rn. 122.
- 137) 生命が関わったシュライヤー決定引用。BVerfGE 46, 160 (164).
- 138) Epping (Anm. 136), Rn. 123.
- 139) Christian Calliess/Axel Kallmayer, JuS 1999, S. 791. 参照先は BVerfGE 88, 203 (254).
- 140) Starck (Anm. 5), Art. 1. Abs. 3 Rn. 280.
- 141) Starck (Anm. 5), Art. 1. Abs. 3 Rn. 280. ただし引用中の〔 〕内は筆者付加。
- 142) Starck (Anm. 5), Art. 1. Abs. 3 Rn. 280. 評価特権という単語は Rn. 281.
- 143) Starck (Anm. 5), Art. 1. Abs. 3 Rn. 281.
- 144) Fritz Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 1, 1976, S. 458ff. 高見勝利「立法府の予測に対する裁判的統制について」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣, 1985年) 35頁以下, 岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制」慶應大学法学政治学論究14号 (1992年) 67頁以下, 同「判断過程統制の可能性」法律時報83巻5号 (2011年) 55頁以下, 小山・前掲注117)107頁以下。
- 145) BVerfGE 50, 290ff. 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) (栗城壽夫執筆部分) 302頁以下。
- 146) 各統制の具体例については, 共同決定判決 BVerfGE 50, 290ff. (333) 及び⁸ Starck (Anm. 5), Art. 1 Abs. 3 Rn. 281.
- 147) Starck (Anm. 5), Art. 1. Abs. 3 Rn. 281.
- 148) Eckart Klein, Verfassungsprozeßrecht—Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts—, AöR 108 (1983), 410ff. (427). 実験的試み禁止を用いたのは BVerfGE 39, 1 (51ff., 60).

- 149) Klein (Anm. 148), 427.
- 150) Starck (Anm. 5), Art. 1. Abs. 3 Rn. 281.
- 151) Klein (Anm. 148), 427.
- 152) Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 533ff.
- 153) この「憲法義務としての最適な立法方法」を論じる中心的存在は Gunther Schwerdtfeger, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, 1977, S. 173ff. これに関する一連の議論については西村枝美「立法過程への法的アプローチ」東北学院大学論集・法律学57号（2000年）1頁以下。
- 154) Schlaich/Koriath (Anm. 152), Rn. 539ff.
- 155) 後述するように第4次ハルツ法判決に対して「立法者に基礎付け義務はあるか」という観点からの評釈、連邦憲法裁判所が「最適な立法手続」義務を課したと見る評釈が存在する。
- 156) 膨大な量の論文、評釈が存在するが、Philipp Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 2010, 530ff.; Timo Herbeler, Ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet, Gesetze zu begründen?, DÖV 2010, 754ff.; Uwe Berlit, Paukenschlag mit Kompromisscharakter— zum SGB II-Regelleistungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Februar 2010, KJ 2010, 145ff.; Stephan Rixen, Was folgt aus der Folgerichtigkeit? „Hartz IV“ auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, SGB 2010, 240; Corinna Sicko, Erfüllen Gesetzesfolgenabschätzung und Gesetzesevaluation die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das innere Gesetzgebungsverfahren? Überlegungen anlässlich des „Hartz-IV-Regelsatz-Urteils“, Zeitschrift für Rechtssoziologie 32 (2011), 27ff. また、Murswiek (Anm. 9), Rn. 118ff. も同判決への言及がある。
- 157) BVerfGE 125, 175 (226).
- 158) BVerfGE 125, 175 (226).
- 159) BVerfGE 125, 175 (226).
- 160) この指摘は Rixen (Anm. 156), 240, 242ff. この「首尾一貫」という単語が出てくるのは BVerfGE 125, 175 (225). なお経済活動規制分野で「比例原則の内容としての首尾一貫性」を指摘する井上典之「競争制限・国家独占と規制の首尾一貫性——経済活動に対する規制と比例原則——」企業と法創造7巻5号（2011年）37頁以下（特に46頁以下）があるが、ここで扱うのは、比例原則という実体判断部分ではなく、立法者の事実認定に関わる手続分野での「首尾一貫性」である。なお立法裁量の内在的枠付けとしての首尾一貫性について渡辺康行「立法者による制度形成とその限界——選挙制度、国家賠償・刑事補償制度、裁判制度を例として——」法政研究76巻3号（2009年）287頁以下。
- 161) BVerfGE 125, 175 (225f.).
- 162) BVerfGE 125, 175 (226).

- 163) Thorsten Kingreen, Schätzungen „ins Blaue hinein“: Zu den Auswirkungen des Hartz IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz, NVwZ 2010, 560.
- 164) Dann (Anm. 156), 636.
- 165) BVerfGE 125, 175 (227) のⅡ冒頭に1から6の結論を述べたうえで理由を説明しているが、本稿の①は1の部分、②は2, 3の部分、③④は4, 5, 6の部分にかかわる。
- 166) BVerfGE 125, 175 (228).
- 167) BVerfGE 125, 175 (238).
- 168) BVerfGE 125, 175 (194ff.) にその12項目の一覧表と控除率, そして控除の理由がある。
- 169) こちらの一覧表は BVerfGE 125, 175 (199ff.)
- 170) BVerfGE 125, 175 (239).
- 171) BVerfGE 125, 175 (239).
- 172) BVerfGE 125, 175 (240).
- 173) BVerfGE 125, 175 (246).
- 174) Dann (Anm. 156), 637.
- 175) Hebler (Anm. 156), 756ff.
- 176) 連邦議会選挙等で一定の得票数に達しない政党は議席配分対象とならないとする規定。
- 177) 建設計画を連邦議会が法律で定めたことに対する抽象的規範統制の事例である BVerfGE 95, 1ff. ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社, 2008年) 350頁以下(高橋洋執筆部分)。
- 178) 高齢者介護法についてこの72条2項の前提が充たされていないと問題になった BVerfGE 106, 62ff.
- 179) Hebler (Anm. 156), 760ff.
- 180) Hebler (Anm. 156), 762.
- 181) 芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権(2)』(有斐閣, 1981年) 346頁(中村睦男執筆部分)。また、「どのような種類の訴えが許され、もしくは保障されるかという点は、三二条(や四一条)の解釈論の問題であろう。よって二五条論の次元で抽象的権利説と具体的権利説の区別を語るのは、妥当ではあるまい」とする内野正幸『憲法解釈の論点〔第4版〕』(日本評論社, 2005年) 101頁。
- 182) 長谷部・前掲注3)270頁。宍戸・前掲注87)166頁。こうした方向にあるものとして葛西まゆこ『生存権の規範的意義』(成文堂, 2011年)。
- 183) 尾形健『福祉国家と憲法構造』(有斐閣, 2011年)。
- 184) 中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』(法律文化社, 1989年) 68頁以下(中村睦男執筆部分), 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅱ』(青林書院, 1997年) 143頁以下(中村睦男執筆部分)。
- 185) 橋本は確かに「抽象的権利」という言葉は用いており(橋本公巨『憲法原論』

ドイツにおける社会権の法的性質と審査基準

- (有斐閣, 1959年) 238頁), 版が改まってもその単語は用いられているが, 別の新しい教科書においてはこの表現は用いられておらず, プログラム規定か, 「権利性を認めようとする若干の説」かという区分を設けて後者に自らを位置づけている(「弱い意味で権利性を認めようとする説」との表現使用)。橋本公亘『日本国憲法〔改訂版〕』(有斐閣, 1988年) 391頁以下。
- 186) 横川は, プログラム規定か, 法的権利かという区分を用いたうえで, 法的権利説について「それをいかなる権利とするかについては論者の見解は甚だ異なる」として諸説を法的権利説の一類型として分類している。横川博「生存権の保障」清宮四郎・佐藤功編『憲法講座 第2巻』(有斐閣, 1963年) 225頁以下。
- 187) 中村・前掲注184)『生存権・教育権』70頁以下, 同・前掲注184)『憲法Ⅱ』144頁以下。
- 188) 高田・前掲注2)153頁。このように法的性格を述べた後, その権利の作用(高田の表現は「理論構成」として, 国の不作為は権利侵害, 権利侵害ということは違憲, 国の不作為は現実的な権利侵害, 現実的な権利侵害については国民はその違憲性確認訴訟提起し得ることが挙げられる。同153-154頁。なお, 高田敏の生存権論について検討する高田・前掲注35)132頁以下。
- 189) 棟居・前掲注87)373頁。他に「抽象的権利説も様々に分かれる」が, 「代表的な学説」として芦部を引用する渋谷秀樹『憲法』(有斐閣, 2007年) 257頁。
- 190) 最大判昭和42・5・24民集21巻5号1043頁以下(1045頁)。
- 191) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣, 1973年) 399頁以下, 同『演習憲法〔新版〕』(有斐閣, 1988年) 196頁以下。
- 192) 芦部・前掲注191)『演習憲法』196, 198頁。
- 193) 芦部・前掲注191)『演習憲法』198頁。ただし引用中〔〕内は筆者付加。
- 194) 芦部・前掲注191)『演習憲法』198-199頁。ただし強調原文のまま。
- 195) 芦部・前掲注191)『憲法訴訟の理論』419頁
- 196) 芦部・前掲注191)『憲法訴訟の理論』418頁。
- 197) 原田尚彦「朝日判決と行政訴訟」ジュリスト374号(1967年) 36頁。
- 198) 芦部・前掲注191)『憲法訴訟の理論』418頁。なお手続審査については本文(IV(3))でもう一度取り上げる。
- 199) ただし, 芦部は「健康で文化的な生活水準の具体的内容が, 国民所得・生活水準・文化水準などの諸要素を総合考慮して決定されることを否定するわけではない」と述べている。芦部・前掲注191)『憲法訴訟の理論』418頁。
- 200) こう呼ぶのは長谷部・前掲注3)267頁。棟居快行「生存権の具体的権利性」長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社, 1995年) 167頁に自ら「ことばどおりの意味における具体的権利説を展開した」と述べている。
- 201) 棟居・前掲注200)159-160頁。
- 202) BVerfGE 125, 175 (255f.).
- 203) BVerfGE 125, 175 (256).
- 204) BVerfGE 125, 175 (255). I(2)(b)での BVerfGE 82, 60 もすでに述べた通り同じ

処理である。

- 205) BVerfGE 125, 175 (257ff.).
- 206) ただし生存権の法的性質の一つに「客観的法規範説」を挙げ判例をこの立場とする, 渋谷・前掲注189)256頁。また25条を「いわば——『主観的』側面と『客観的』側面を含む——複合的な権利」とする尾形健「『生活への権利』はいかなる権利か」長谷部恭男編『人権の射程』(法律文化社, 2010年) 256-257頁。また「二五条一項が権利(主観法)の設定を前面に押し出し, 二項が……生存権をより確実に保障する制度(客観法)を構築しようとする規定」とする奥平康弘『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』(有斐閣, 1993年) 249頁(強調原文のまま)。なお端的に抽象的権利説の解説において立法者の義務を説く長谷部・前掲注3)267頁もここに含まれよう。
- 207) この要素に抽象的権利説の活路をみた棟居については前掲注87)で述べた通りである。
- 208) 佐藤・前掲注87)366頁。
- 209) 広島地判平成20・12・25 賃金と社会保障1486号(2009年) 53頁。なお結論は合憲。
- 210) 葛西・前掲注182)54頁から55頁。一連の訴訟については同書48頁以下。
- 211) (生存権分野ではないが)判断過程統制については小山 剛「『憲法上の権利』の作法(新版)」(尚学社, 2011年) 182頁以下, 渡辺・前掲注160)289頁以下, 岡田・前掲注144)「判断過程統制の可能性」55頁以下。なお「判断過程統制と言われる手法は, 立法事実論に解消されるものではないか」とする高橋和之「憲法判断の思考プロセス——総合判断の手法と分節判断の手法——」法曹時報64巻5号(2012年) 17頁注(25)。
- 212) 宍戸・前掲注87)169頁以下, 尾形・前掲注206)258頁。すでに棟居・前掲注200)161頁以下。
- 213) 最高裁の判例である「生活保護受給権は相続の対象とならない」(民集21巻5号1043頁以下)という事件ではなく朝日氏が生きていることを前提とした第一審第二審で前提となっている事実を指す。
- 214) 原田・前掲注197)35, 36頁。手続審査の具体例として「採用された理論生計費算定方式に信頼性があるか, 内訳となる個々の品目・数量・単価の決定に生活の実態と遊離した不均衡がないか, 実態調査の方式に恣意がないか」が挙げられている。同論文36頁。
- 215) 東京地判昭和35・10・19 行集11巻10号2921頁。
- 216) 東京高判昭和38・11・4 行集14巻11号1963頁。
- 217) 最大判昭和42・5・24 民集21巻5号1043頁以下(1053頁)。
- 218) 芦部・前掲注191)『憲法訴訟の理論』418頁。
- 219) 中村・前掲注184)『生存権・教育権』128頁。「明白性の原則」ではなく「少なくとも裁判所に通常期待される審査機能を果たすことが求められる」とする佐藤・前掲注87)366頁。「ある個人に関係する諸法が全体として最低限を確保しているかどうかにつき『通常審査』をすべき」とする高橋・前掲注3)289頁。社会権の審査基

ドイツにおける社会権の法的性質と審査基準

準については、岩間昭道「生存権訴訟における『厳格な審査』」芦部信喜先生古稀記念祝賀『現代立憲主義の展開上』（有斐閣、1993年）743頁以下。また、審査基準ではなく、「立法裁量縮減の工夫」を探る長谷部・前掲注3)270頁以下。

- 220) BVerfGE 125, 175 (252). ただしドイツにおいてはハルツ改革により需要を大幅に定型化して一括給付を行う方式になったという前提がある。これについては齋藤・前掲注56)122頁以下。
- 221) 最大判昭和 57・7・7 民集36卷7号1235頁以下（1238頁）。ただし引用中下線部は筆者付加。
- 222) そういう意味で判例の立場を客観的法規範とした洪谷に賛同する。洪谷・前掲注189)256頁。