

Title	社會的法治國家の問題
Sub Title	Problems of "Sozialrechtsstaat"
Author	田口, 精一 (Taguchi, Seiichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1957
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.30, No.7 (1957. 7) ,p.1- 22
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19570715-0001

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.

社會的法治國家の問題

田 口 精 一

西ドイツが法治國家の原理を確立すると共に、社會的な方針をも採用して、この兩者を結合せしめることが、ボン憲法の一つの特質となつてゐることは、既に述べた⁽¹⁾。しかし國家が積極的に國民に保障を與えようとする社會國家と、既存の權利自由をそのままに擔保しようとする法治國家とは、存立の基盤、發展の經過、そしてそれを支配する原理等をそれぞれ異なるから、この二つを一つの憲法の中に融合せしめるについては、やはり問題を殘すことにならう。特に西ドイツでは、かつての國家權力の濫用に鑑み、國民の基本權の確保に主力が注がれているが、同時に公共の福祉の増進のために、國家の積極的な活動を要望する社會國家への動きもあり、共に西ドイツ憲法の現實の姿を決定づけている。しかし兩者はときには相互に矛盾を露呈するものと考えられてゐる場合⁽²⁾もあつて、ボン憲法の社會的法治國家は、憲法上の困難な問題を提供するものである。本稿では、裁判及び國民の基本權との關係において、この點に關する若干の考察を試みてみたい。

(1) 拙稿「社會的法治國家についての考察」公法研究一五號四九頁以下、「ボン憲法における社會的法治國家について」法學研究二九卷一・二・三合併號(板倉・西本兩先生謝恩記念論文集)三八一頁以下。

(2) F. Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 106,

Heft 3) S. 398 ff. (Zgestw)

一

ボン憲法は、その表現された法文の全般的な特質からみれば、法治國家の憲法であることは否定できない。例えば、ボン憲法の法治國家的な特色をとらえ、これと社會的な傾向との矛盾を指摘したクラインは、次のように説明している。即ち、當初法治國家の觀念は、超歴史的な普遍妥當性をもつたものと考えられていたのであるが、彼は、法治國家の現實の姿よりみて、政治との關連を指摘した。そして、法治國家の觀念がもつ普遍的な價値を全く否定するわけではないが、實踐としての法治國家には、その時の政治情勢の反映があるとして、政治の理念及び政治勢力の影響のもとに變動し發展してゆくものである⁽¹⁾と説く。それ故に、法治國家というものは決して固定した觀念ではなく、ときに階級的な、民族的な、自然法的な、理性的な、歴史的な、等の表現がつけられたように、實現されるべき法治國家の態様には種々のものがあり、右の思想を反映せしめた國家理念が、その正當性を表示しようとして、法治國家という名稱がよく利用されたとする⁽²⁾。しかもクラインによれば、いままで普遍的な理念と考えられていた法治國家の觀念⁽³⁾というものは、實は十九世紀の自由主義的な政治思想に即應したいわゆる市民的な自由的な法治國家だつたのである。これに對して、ボン憲法は、明らかに社會的法治國家の方針を宣言しているのであるが、ここに宣言された社會的な方針は、これを生み出すに到つた國家生活の變動から判斷して、當然にこれまでの自由な市民的な觀念と別のものでなければならぬ。しかしクラインは、ボン憲法では、社會的な宣言が單に抽象的になされたのみで、これに實質的な内容が伴わず、ボン憲法の全般的な性格は、依然として自由的市民的な法治國家の範圍を出ないものとみている⁽⁴⁾。クラインは、ここにボン憲法の主要な一つの矛盾をみとめた。

憲法がどのような表現を採用しようとも、國民生活の實態は、市民的自由的な思想の支配した時代から、現在では大きく

變動してきていることを、何人も否定はしないであろう。特に經濟的な諸條件の變化は、各人の生活に影響をおよぼし、個人の責任のもとに、それぞれの自由な活動の自然的な調和によつては、もはや社會の均衡ある生活秩序を確保することが不可能となつてきた。そして社會生活の進歩は、個人の自由な生活領域の縮小を不可避なものとしている。このような事情にあつては、各人の生存を保持するために、國民は國家の積極的な活動に依頼せざるを得ない。ところで市民的自由的な觀點からみれば、個人が中心であり、個人の自由に干渉を加えるべき國家權力を法的に拘束し、國家權力の強化を抑制することによつて、個人の自由な生活領域を確保しようとしたのであるから、國家の積極的な活動による政策に依存する必要を見出さなかつた。しかも自由思想の盛んであつた當時においては、まだ大規模な經濟恐慌や大量の組織的な失業による社會問題も知られず、干渉をうけない自由こそ、自由經濟と共に、すべての社會的な發展の源泉と考えられていたが、法治國家の觀念は、このような事情における政治思想の法的な發現であることはいうまでもない。しかし現在では、自由の保障と並んで、その基盤をなす人間としての各人の生存の保障が必要となり、新しい國家の任務が憲法に規定されている。個人の自由からは危険視されていた國家權力に對して、逆に生存の保障と社會生活の秩序の均衡を確保するために、積極的な社會的な活動を促がすのである。かくてこの點から、現代の國家は、以上の目的を實現すべき行政を中心とした行政國家であるとか、或は社會に對して生活保障に必要な給付をなすべき主體として把握されている。即ち國家が、右の目的に奉仕すべきことを意圖するならば、必然的に社會國家の方向に進むものといえよう。ワイマール憲法は、まさにこの主旨を實現し、國民の生存權的基本權とこの保障に對する國家の社會的な義務に重點をおくものであつた。しかしボン憲法は、社會的法治國家という表現をもつて新しい國家方針を憲法的に宣言しながらも、その社會的な内容については、詳細な規定を定めていない。そこでクラインは、この點について、法治國家的な個人の權利の保障の面で、ボン憲法はワイマール憲法よりも強化されているが、社會的な面においては不完全なもの⁽⁷⁾とみている。即ちボン憲法には、ワイマール憲法のような經濟生活に關する規定が

なく、またボン憲法では、原則として制限されない個人の自由と、原則として制限された國家の權能とを對比させた分配の原理 (Verteilungsprinzip) を、ワイマール憲法の場合よりも強く押出していると判断した。さらにクラインは、右の原理によつて國家組織を確立した場合に、ボン憲法は、自由權を中心とした國民の基本權の保障に重點をおき、ワイマール憲法に比して、財産權に對する補償、三權分立の嚴正な確立、適法な行政の原理とその保障としての裁判的司法國家の徹底等の諸點を強化していると述べている。⁽⁹⁾

確かに、ボン憲法の構成を概観しても、社會的な規定にくらべて、自由權の保障に關する規定が、はるかに多いことを考慮するならば、ボン憲法は、市民的自由的な法治國家の主旨に重點をおくものといえるかもしれない。しかしこのことが、クラインのみるように、ボン憲法のもう一つの方針である社會國家の實現と矛盾するものであるかは、議論の分れるところではなからうか。けだし社會的といつても、その内容は極めて多義的であり、これを概念的形式的にとらえることは困難だからである。フォルストホッフも、「社會國家を、一つの概念的な形態にもつて行こうとする試みは、社會という言葉にみられる明白なかつ見逃すことのできない矛盾に、直面している」と述べ、社會的なものの觀念が、多義的な限定することのできないものであることを指摘している。従つて、社會的なものの内容及び自由の觀念のとらえ方いかんによつては、右のような矛盾をさけることもできるのではなからうか。確かに、ボン憲法が、舊い自由以外のものを完全に排除するならば、そこに社會的なものを加味することは不可能であるが、自由の觀念も歴史的に進化しているのであつて、現在においては、社會生活から遊離した自由は無意味である。クラインが主張するように、ボン憲法が、社會的法治國家を宣言しながらも、市民的自由的な傾向を多分に保持していることは、確かに困難な問題を提供するのであるが、決して兩者の調和は不可能ではない。極端な社會化への傾向に危険を感じながらも、フォルストホッフは、社會國家と法治國家との結合を既成事實として認めた。ただし彼は、ボン憲法を理論上は、あくまでも法治國家的なものとして解すべく、兩者の結合は直接に憲法の領域に

おいてなし得ないと考へているのであるが、次のように結論している。⁽¹²⁾ 即ち「社會國家的な秩序は立法によつて形成され、かつ行政によつて實施されるが、それは法律的な形式に従つて、法治國家的な憲法の下に存在する。しかし社會國家的な秩序は、憲法的保障において缺けるものを、社會國家的な衝動が社會生活の所與と必然から引出す力によつて補充しようとする。そして兩者は、相互に補充の關係にあり、……法治國家といへども、これを極端に解して、單に有産者階級の保護制度としてのみ惡用するならば、社會的な任務を果すことができずに、自ら危険に陥ることになる。また急進的な社會國家は、もはや法治國家ではなく、權力強制的な行政國家に終る。……かくて兩者の調和の完成が要望されるが、それは政治責任者の任務であるばかりでなく、法律學および實際の法の適用における法律家の任務であり、法治國家と社會國家にはそれらの法が生成するということに注目するのは、裁判所の最高の職務である」と結んでゐる。またこの二つの傾向の融合について、興味ある見解を述べてゐるのはアーベンドロートである。即ち、兩者は決して對立した矛盾の關係にあるのではなく、民主主義の要素によつて結合された一つの關係にあると考へてゐる。一見して對立したようにみえる兩者は別個のものではなく、民主主義の要素を媒介として、社會的要素と法治國家的要素の三者は、一體となつてボン憲法の基本的な指導原理を形成する。⁽¹⁵⁾ そして社會的法治國家の宣言は、單に一箇條の實定的な法文とみられるべきではなく、憲法の全體系を形作り、現行の憲法及びその他の法令さらに各邦の法秩序の解釋及び實施の基本原則となる。⁽¹⁶⁾ しかも社會的な要素は、既存の自由權を中心とした憲法の存在の面を示すのではなく、これから實現されるべき社會國家の當爲の面を明らかにしようとするのであつて、その具體的な内容の決定は、立法機關を通して國民の自主的な決定に委ねられると述べてゐる。⁽¹⁷⁾ 要するに法治國家的な要求は、現状維持に向けられるものであり、社會的なものは、そこに新しい内容を加えようとする革新的な要求の現れである。この點についてさらにアーベンドロートは、次のように説明している。即ち、「ボン憲法は、社會的民主的な法治國家の法的基本原理において、傳統的な自由の法治國家の思想を構成しなおすことができると思つてゐる。そしてボン憲法は、

民主的社會的法治國家に對する信條により、かつての自由な法治國家思想を、實證主義の單なる形式的な法治國家思想へと、内容的に空疎なものにすることを否定し、同時に以前の自由な法治國家思想の、無批判な、社會の具體的な現實に適合しない、かつ熟考されていない復活をも拒絶する。さらにボン憲法は、民主主義の實質的な法治國家思想を擴張すること、即ちそれ故に、特に平等の原則及びそれと自主的決定の思想における持分思想との結合を、經濟秩序及び社會秩序にまで擴張すること、そうすることによつて、社會國家思想に現實的な内容を與えることを意圖する⁽¹⁸⁾と述べている。しかもこの實行については、「法治國家的な方法において、經濟秩序及び社會秩序の中に、民主主義的な構成の原理及び民主主義的な正義の思想が、その地位を確保できるというような方向において、經濟秩序及び社會秩序の改革が技術的に可能であり、それは、また客觀的に法治國家の思想と合致することができる⁽¹⁹⁾」として、この完成に期待をもっているのである。

右のように、社會的法治國家については、種々の相違した見解があり、ボン憲法には、確定的な判斷の基準が明示されていないのであるから、これを理解するためには、國家生活の社會的經濟的的政治的背景に注目する必要がある。クラインのいうボン憲法の右のような矛盾は、實に憲法制定當時の政治情勢の影響であり、二つの思想が融合することなく、單に憲法に妥協的にとりあげられたに過ぎなかつたところから生じたのである。ワイマール憲法の場合には、改革的なものへの要求が強く影響して社會的な體制を憲法に確立することができたが、ボン憲法では、壓政に對する反動として、特に國民の自由の恢復とその保障に重點がおかれた。勿論社會的な保障を輕視したわけではないが、クラインは、自由の確保に注目したために、社會的なものへの理解が、ボン憲法の制定者に缺けていたと批判している⁽²⁰⁾。憲法の一つの目的として、いまなお、國家權力に對する抑制は無視できない。しかし、このような消極的な面のみで、社會的な特質を失つた憲法は、現代の要求からかけ離れたものである。クラインは、この點から、ボン憲法は、靜的な安定のみにかたより、現代的な映像を示していないのではないかと推測している。またフォルストホッフも、命令禁止許可の權能のみをもつた國家を認める法治國家の憲法⁽²¹⁾

には、個人が關與し、給付をなすべき國家に對して主張できるような、有効な保障が定められているわけではないから、現代の憲法は、また現代的な國家の現實に正しく適合して⁽²⁾いないと評價するのである。ボン憲法に對して批判的な態度をとるにせよ、或は、進んで社會的な意義を認める立場にせよ、根本的には、社會的な主旨の實踐の必要を認めているのであり、學界は、この實現に期待をよせているものといふことができよう。

- (1) F. Klein, *Zgestw.* Bd. 106, Heft 3, S. 396 ff.
- (2) F. Klein, *a.a.O.*, S. 397.
- (3) F. Klein, *a.a.O.*, S. 397.
- (4) F. Klein, *a.a.O.*, S. 398 ff.
- (5) W. Weber, *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, 1949, S. 28; E. Kaufmann, *Grundrechte und Wohlfahrtsstaat*, 1953 (Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. 4) S. 83 f. (R.S.W.)
- (6) E. Forsthoff, *Verfassungsprobleme des Sozialstaats*, 1954, S. 8. (Probleme)
- (7) F. Klein, *a.a.O.*, S. 398 f.
- (8) F. Klein, *a.a.O.*, S. 402.
- (9) F. Klein, *a.a.O.*, S. 400, 401, 403.
- (10) E. Forsthoff, *a.a.O.*, S. 5.
- (11) F. Klein, *a.a.O.*, S. 404.
- (12) E. Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12) S. 31, 36. (VDStL)
- (13) E. Forsthoff, *VDStL*, 12, S. 33.
- (14) W. Abendroth, *VDStL*, 12, S. 85.
- (15) W. Abendroth, *VDStL*, 12, S. 85, 90.
- (16) W. Abendroth, *VDStL*, 12, S. 90.
- (17) W. Abendroth, *VDStL*, 12, S. 86 f.

- (18) W. Abendroth, VDSStL. 12, S. 87 f.
- (19) W. Abendroth, VDSStL. 12, S. 89.
- (20) F. Klein, a.a.O., S. 409 f.
- (21) F. Klein, a.a.O., S. 411.
- (22) E. Forsthoff, Probleme, S. 10.

二

右のような社會的法治國家につき學界が盛んに注目するようになったが、この原理が、基本權の保障のなかに、どのように實現されているのであろうか。とくに、これが裁判に對する關係及び影響を考察する必要がある。勿論多くの判決は、社會的觀點のもとに判斷を下しているのであり、この新しい傾向が、特に社會的な法律に關する分野に認められるのは當然である。例えば、住宅法の問題、戰爭被害の調整に關する法律、亡命者及び疎開者に關する法律、及び占領による損害の救済に關する法律等についての事件、また典型的な社會立法の範圍である労働法及び社會法の領域における事件、公務員法の問題等、これらのものについての裁判所の判決は、社會的な傾向を示している。⁽¹⁾しかし、ウェルナーは、多くの判決に社會的な判斷が認められているにも拘らず、これを、ボン憲法二〇條及び二八條を引用することによつて、明確に根據づけているものは少いとみている。⁽²⁾ここにまた、社會的な實踐と、法治國家的な作用としての裁判との間に、困難な問題を生ずるのである。

確かに、社會的法治國家の原理は、憲法の基本原理であるから、將來ありうべき憲法の改正をもふくめて、廣く立法行政そして司法の全國家活動を規律するものであろう。しかし、社會的なものの推進力を、裁判活動に求めることは困難である。即ち裁判は、現狀においては、法に従つた具體的な判斷作用であつて、積極的に新しい政策を實施する作用ではない。従つ

て、もし、裁判が極端に法形式的に行われて、國家の活動を強力に抑制すると、裁判作用は、逆に社會的な活動と衝突する危険を伴うことになる。ところで、ボン憲法は、また一つの特質として、司法國家の體制を徹底するものである。即ちボン憲法一九條は、裁判による國民の權利の保障を規定し、同條四項によれば、この救済は、廣く公權力による權利侵害のすべての場合に認められる。特に行政訴訟においては、一般的條項を定めて、概括主義を採用し、かつての權利救済を個別的に限定していた列記主義を廢止した。さらに、ボン憲法は、憲法裁判所制度をも採用して、裁判による統制は、全國家作用に及ぶことになつた。しかし、このような司法國家への發展と社會國家の方針との關係は、クラインによれば、また一つのボン憲法の矛盾を現わしている⁽³⁾のであり、これが原因となつて、多くの判例は、明示的に社會國家の原理を援用することをさけていると考えられるのである。この點に關連して、ウェルナーは、いまだに裁判が傳統的に請求權思想によつて支配⁽⁴⁾されているとし、クラインは、裁判作用が、社會的な原理ではなくて、市民的自由的な權利の救済に奉仕すべきもの⁽⁵⁾とみている。しかし、社會的な作用は、特定の個人の個別的な請求權が、直接の對象ではなく、常に公共的な利益に對する綜合的な判斷のもとに行われる。社會國家に關するボン憲法の當該條文をみても、そこからはいかなる具體的な請求權も導き出されない。これに對して、一般に、裁判の對象となりうべき事件は、法それ自體の問題ではなく、この問題が事件として當事者の請求權に關する紛争におきかえられうるものでなければならぬ。司法の直接の對象は權利であり、行政にあつては、公共の利益を目的とし、權利よりも常に法自體を生命として活動するのである。このような點からみれば、ボン憲法の社會的な宣言は、直接に司法の具體的な判斷の基準となるのではなくて、社會國家の目的に向つた政策の決定及びその執行は、第一に立法及び行政に期待することにならう。しかし、司法作用が、社會國家の原理と全く無關係で、法治國家的な作用の範圍に止まつていればよいというのではない。既に、多くの判例が暗黙のうちに示しているように、社會的な影響はさけられないのであるから、裁判官も、これに對する理解が必要であり、窮極においては、裁判も亦社會的な方針に適合しなければ

ばならないであろう。ここにまたむずかしい問題を生ずる。

さて、社會國家の原理が重要であるといつても、その内容は極めて多義的なものであり、しかも、この内容を憲法から直ちに讀みとることは困難である。もし裁判官が、これに注目するとしても、社會的なものの内容をどこから理解するのであるうか。また傳統的な請求權に關する判斷領域をこえて、裁判官が独自の立場において國家理念の形成を行い、積極的に國家生活を指導することは、裁判の職務の性格からみて危険なことではなからうか。特に社會的な方針の具體的な判斷を積極的に行うことは、裁判官の中立的な立場を保持することを困難ならしめ、また社會的な政策は、政治との關係をもつために、裁判から政治的な色彩を排除できなくなるであろう。このような危険に對する考慮から、裁判所はボン憲法の右の條文を、明確に表示することをさけているものとみられる。これについて、ウェルナーは次のように説明している。即ち裁判の傳統的な觀念によれば、司法は消極的な法判斷作用であるから、ボン憲法二〇條及び二八條の社會國家の原理は、裁判以外の機關に關係するものであるとし、かつ社會的な原理の實施は、積極的な國家形成の問題であり、法的な評價よりも政治的な評價に關する事項であるから、裁判的な判定に適さないとみる。⁽⁶⁾このために、右のような原理に對する裁判官の不安が、社會的な原理を援用することを差控えさせていると述べている。しかしボン憲法は、法の維持に對して全面的に裁判制度に信頼をよせ、法治國家をより徹底した司法國家にまで發展せしめたのであるが、これと社會國家との結合は、右のような原因により困難であるとみられている。また逆に司法國家も、社會國家との關係において、その論理的な一貫性を保つことがむずかしい。即ち前述のように、社會國家の宣言には、なんら具體的な基準が示されていないが、このような概括的な不確定概念を、裁判所が判斷する場合に、裁判官は法適用の領域から超えて、立法機關の権限内にふみこむ危険に直面することになるからである。勿論裁判については具體的な立法であるという見方もあり、立法上の空白がある場合に、裁判官がこれを補充するということが、また時には必要な場合もあつて、裁判官が、立法者の意思を推測し、將來の立法の傾向を豫測して、

これを裁判に反映せしめることがあるかも知れない。しかしこれが、明瞭に立法權の領域への踰越となり、このために權力分立の原理が崩された場合には、裁判官の解釋の權限を亂すことになる。ウェルナーは、裁判所の代替立法權についての問題をあげて、裁判所側の自制が、社會國家の原理に對する控え目な態度⁽⁸⁾となつてゐることを説明している。

社會國家の確定的な觀念が、學問上確立されていないといふことは、裁判における困難な問題として、さらに次のような障害を生ずる。即ち實踐的な裁判が、その根據を法律學に期待できなくなるのである。⁽⁹⁾この觀念に關する學界の論争及び統一のない學說等、社會的法治國家について、裁判は法學理論の研究成果に、援助を求めることがむずかしくなる。しかも社會國家と法治國家の融合は、理論的に完成されているわけではない。いかに法治國家の理論が變化してきてゐるといつても、國民の自由を國家權力に對して保護しようとする體制は存続してゐるのであり、この點からみれば、社會國家の作用は、裁判官にとつて、非司法的なものとみられるのであろう。この問題は、裁判官の態度を非常に不安にならしめる。ウェルナーは、さらにこれについて、次のように述べている。「社會國家の原理に對する裁判官の不安は、裁判官が現在において、法源論に對する明確な關係を保持していないからであり、また保持できないといふところに窮極の原因がある。……現在の裁判官は、實證主義と新自然法論との間において動搖しており、……不確定な法源論においては、憲法を形作る根本原理に對しての判斷の理論は、むずかしい章節である。何故ならば、社會的法治國家のための憲法の基本原理の決定が、どの程度に法原則的な具體化に適しているかといふことは、非常に複雑な問題だからである。」⁽¹⁰⁾と説明する。以上のような裁判所の不安が原因となつて、社會的の原理の實現が不可避なものとなつてゐるにも拘らず、この原理を明確に前面に押出すことを差控えさせているのであろう。社會國家の觀念は、現在において既に完成されたものではなく、現に生成發展しつつあるものであり、これに對して裁判制度は依然として法治國家的な作用を任務としてゐるのであつて、しかも法の維持及び權利の保障は、全面的に裁判制度に依存してゐる状態である。クラインは、このような點から、社會國家の原理を採用し、合せて司

法國家の體制を徹底させることは困難である⁽¹¹⁾としてゐる。そしてボン憲法においては、司法國家の採用によつて、權利の保障が確實になると考えられてゐるが、司法的保障は決して萬能の役割を果しうるものではない⁽¹²⁾と批判するのである。

このように、社會國家の實踐は、確かに、裁判の領域において、不確定な状態にあるとしても、しかし、これが全く無視されてゐるのではなく、社會的な主旨に即應した判断は、實際に行われてゐるのである。ただ裁判における政策的な考慮から、これを明確に表示した判決が少いというだけで、主要な判決の中には、社會國家の原理を示すものもある。行政裁判所は、住宅に關する事件において、住民に對する住宅の提供、住宅使用の契約に對する法的規律、住宅確保のための行政廳の政策等について社會國家の原理によつて判断してゐる⁽¹³⁾。またドイツ國勞働裁判所は、連鎖契約について、社會國家の原則が、契約自由の原則に優越する⁽¹⁴⁾という判断を下してゐる。社會保障の分野では、連邦憲法裁判所が、國家の社會的な任務を認め、また社會生活の中における人間の生存と自由を根據として⁽¹⁵⁾判決する。即ち、社會國家の面においては、個人を單に國家權力から保護するだけではなく、國民のために國家が奉仕すべきものであることを認めてゐる。前述のような障害にも拘らず、社會的な原理が、法的な基本原理として發展してゐる以上は、決して裁判もこれと無關係ではあり得ない。しかも、それについては、舊い法治國家の範圍に止まらず、新しい裁判の發展が期待される。従つて、社會的なものに對する考慮は、全く裁判以外の立法及び行政だけに委ねるといふのではなく、あくまでも法判断の範圍において、そこに社會的な考慮を加えることは、裁判の當然の責務である。裁判所の慎重な態度のもとに、社會的な憲法の原理について、特別に注目すること、そして、社會生活における人間の生存に結合した法的判断を完成することは、立法・行政の場合と同じく、裁判における重要な任務となるであらう。

(11) H. Gerber, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, (Archiv des öffentlichen Rechts, 81. Band, Heft 1) S. 22 ff. (AöR); F. Werner, Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AöR. S. 84 ff.

- (2) F. Werner, AöR, S. 84.
- (3) F. Klein, ZgestW. Bd. 106, Heft 3, S. 406 ff.
- (4) F. Werner, a.a.O., S. 84 f.
- (5) F. Klein, a.a.O., S. 406.
- (6) F. Werner, a.a.O., S. 85.
- (7) F. Werner, a.a.O., S. 87.
- (8) F. Werner, a.a.O., S. 87 f.
- (9) F. Werner, a.a.O., S. 86.
- (10) F. Werner, a.a.O., S. 85 f.
- (11) F. Klein, a.a.O., S. 406 ff, S. 398.
- (12) F. Klein, a.a.O., S. 409.
- (13) F. Werner, a.a.O., S. 90 f.
- (14) F. Werner, a.a.O., S. 92 f.
- (15) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 1. Band, S. 105; E. vom 20. 7. 1954. (BVerfGE, 4, 15 f.)

III

以上のような社會的法治國家のもとにおいて、國民の基本権はいかに取扱われるべきか。これは、また法治國家と社會國家との關係において當然に注目されるべき問題である。ボン憲法は、國民の自由権を中心に基本権の保障を定めているが、法文の表現が同じものであつたとしても、その主旨を、舊い自由の觀念によつて把握することはできない。即ち、自由に對する見方は、社會的な觀念のもとにあつては、既に變化してきているからであり、これについては既に述べた⁽¹⁾。確かに、個人の國家權力から獨立した自律的な生活領域は、個人の自由として社會生活の基盤をなすのであるが、しかし、これを舊い

法治國家的な觀點から、現状維持的な面のみをとらえて、社會的な發展の要素を見逃すならば、現在において、自由は價値のないものにならう。自由の保障は、個人の自己満足のみを目的とするのではなく、社會共同生活における自主的な創造の自由の保障⁽²⁾でなければならない。個人を社會から分離し、個人と國家を對立させることは、既に説明したように、現在の國家生活に適合するものではない。連邦憲法裁判所は、これについて次のように判断を下した。即ち「ボン憲法における人間像は、孤立した至上の個人ではなく、ボン憲法は、むしろ個人對社會の牽引關係を、人格者の社會的な交渉關係及び社會的な結合の意味であるとし、しかもこの場合に、人格者の特有の價値を侵害すべきものでないと決定している。このことは、特にボン憲法一條・二條・一二條・一四條・一五條・一九條及び二一條の全體から判明する。しかし以上のことは、次のことを意味する。即ち個人は、その行爲の自由の制限を認めなければならない。そしてその制限とは、立法者が、社會の共同生活の保護と促進のために、所與の實體にあつて一般に期待できるということの限界において、しかも人格者の独自の價値を保障するということを要件として、引いたものである。」⁽⁴⁾と判決している。

かくて社會的な自由は、個人の恣意的な放縱を否定し、社會の民主的な規律のもとに、整序されたもの⁽⁵⁾として把握されなければならない。個人の絶對的な無制限の自由というものは、舊い自由主義的な思想の誤解であり、右のような自由の名のもとになされる無謀な行爲は、自由の範圍を破る濫用であり、社會共同生活の秩序を侵犯するものとして、社會的な觀點からは排除されるべきである。法治國家的な面においては、國家權力の濫用による個人の生活領域の侵犯が、特に否定されていたが、自由の濫用による恣意的な個人の行爲も亦社會生活に對して危険を及ぼすものであることはいうまでもない。社會的な原理は、このような行爲を制約する。これに對して、かつての自由主義及び自由な法治國家の思想においては、個人の自由それ自體の中に、法的正義を實現しうる要因が包含されているとの確信があつた。故に社會の秩序の形成は、積極的に個人の自由な活動によるべく、國家が主體となつて行われるべきではないと信じられていた。しかし社會生活の正義は、決

して個人の自由の發展のみによつて實現されるのではないことを、現實に經濟秩序の變化及び社會秩序の變動が證明している。そこで各人の生存の保障のためには、單に個人の自由を消極的に侵害しないということだけでなく、國家の積極的な社會形成への關與が要望されたわけである。即ち人間に價する生存の場所としての社會を創造するために、各人に奉仕すべき國家の活動が、新しい國家の義務として注目されることになつた。ワイマル憲法に確立されていた社會的基本權は、まさにこのような事情のもとに、國民の基本權として、國家のかかる積極的な義務の履行を促がすものであつた。しかしボン憲法は、このような權利を空白のままに残しているが、勿論その主旨は、社會的基本權を否定しようとするのではなく、實際には具體的な個々の立法によつて行われてゐる社會的成果を、憲法に適合するものとして認めてゐるのである。ただ社會的權利は、憲法に基づいて直接に裁判所において主張されうべきものではなく、積極的な立法及び行政の作用によつて、充足されるのであるが、ボン憲法は、直接裁判所に出訴できるような基本權を規定して、右のような社會的基本權の實現は、立法機關の判斷に委ねたのであると解せられよう。ところで、社會的な保障の實施には、個人的な自由の活動に對する制約が伴うのであるが、このことは、個人の自由を全く否定しようとするのではない。社會國家は決して權力主義的なものを意圖してゐるのではないから、個人の自由は、社會の福祉との關連において、その價値を認められなければならない。即ち社會的なものの判斷は、決して一方的に國家の側において確定されるのではなく、これについての個人の誠實な自主的な決定は、依然として、個人の自由な活動の社會的成果として、憲法の保障するところである。このように、社會國家の原理からみれば、個人の自由は、社會生活から孤立した抽象的な觀念として理解されるべきではなく、具體的な社會生活の結合關係の中に認められなければならないが、このような社會的な自由は、おのずから社會生活から生ずる限界の中にあるものである。故に、ボン憲法二條に規定された自由に對する制約は、社會生活的な觀念に基づく現代的な自由内に在する本質的な限界を、表示したのに過ぎない。

右の憲法裁判所の判決にもある通り、個人の權利自由は、社會的制約のもとにあるが、しかし社會の必要のために、個人の權利自由が犠牲となり無視されるといふのではない。確かに、社會保障の面においては、國民は國家の積極的な政策の實施に依存するのであるが、この場合に、既得の權利自由を全面的に國家權力のもとに委付するならば、却つて國民の安全な生活は望めなくなる⁽¹⁰⁾。國民が國家の社會的な活動に協力し、民主的に國家の活動に關與できるためには、國民の生存と自由が、十分に保障されていなければならない。即ち民主的な國家の運営にとつて、國民の基本權の尊重が、不可缺の要件であることはいうまでもない。特に前述のように、社會國家と法治國家とが、民主主義の要因によつて結ばれている⁽¹¹⁾ならば、あらゆる基本權の保障は、社會的法治國家の最も重要な任務の一つである。確かに社會的な要素は、既存の秩序に對する改革的な意圖をもつものであるが、決してこれまでの自由の成果を完全に否定し去るといふのではない。社會的な自由は、これまでの自由にあつた極端に個人的な誤解を是正するのであるから、個人的な自由の觀念の正しい發展の姿とみるべきであろう。即ち社會的な自由は、個人の自由が道德的規律のもとに、民主的な社會秩序の中に正しく享有された状態をとらえているのであるから、當然に個人的な自由の觀念を包含し、これと對立する概念ではない。このようにして社會的法治國家の目的とする社會の安定は、個人の自由な生活領域の安定と保障を要件とし、逆に個人の生存と自由の保障は、社會的な安定を前提とするのである⁽¹²⁾。既に經濟生活の領域では實施されているように、經濟條件の改善、生活資材の配分、生活の向上等に關しては、國家は國民に對する給付の義務者として⁽¹³⁾、國民に奉仕するのであり、國民は、その生存について、自らの責任による生活の努力と共に、生活手段の配分の機構を通して、國家に依存している。故に社會的法治國家の觀點からすれば、現在の人間は、單に國家生活の中に居住するといふだけではなく、國家の援助によつて生存していること⁽¹⁴⁾になる。この場合に國家は、國民との對立的な地位において、國民を支配するのではなく、國民は、まさに國家構成員として、國家生活に關與する存在である。そして、經濟生活の窮乏、人口の増加、戰爭による破壊等、これらの原因によつて個人の享有でき

る自由の領域が、縮小すればする程、生存の保障に對する要求は、國民を國家に接近せしめることになる。しかも社會的法治國家においては、國民は、受動的に國家からの恩恵を待つてゐるのではなく、積極的に國家に對して保障を請求し、不安定な個人の生活範圍内では、充足されないものを國家に求め、國家をして給付を行わしめるであらう。個人は國家から離れて、自由の枠のなかに閉じこもるのではなく、まさに、社會的法治國家の實踐に、民主的に參加するのである。

以上のように、社會的法治國家では、單に個人の權利とか、或は、これと對照的に社會の福祉というように、一面的に考察すべきではなく、人間の交渉の場所である社會生活の中に現實に生成する國民の基本權がとり上げられなければならない。この場合に、特に社會的基本權が重視されるが、ボン憲法においては、これを明記してゐなくても、西ドイツの國家生活にあつては、既に具體的には實現せしめられている。即ち憲法のもとに多くの社會的な立法を通して、國民の生存の保障に對する配慮がなされているのである。そしてこれは、單にドイツ國內の問題ではなく、國際的な傾向の影響によるのであると解されている。例えば、基本權の尊重は、國際的には、世界人權宣言となつて現われているが、かかる國際的な機運がドイツ憲法の運営にも影響し、ボン憲法に明文がなくても、社會的基本權が重視されるべきであると解されたのである。自由權にせよ社會權にせよ、國民の基本權は、すべて従來のように、漠然とした不安定な個人の自己決定のみに任せられるのではない。個人の責任ある誠實な權利自由の享有は、勿論尊重されるのであるが、それは、社會的な規律と社會的な保障のもとに、社會の正義の實現に貢献すべき點に、價值が認められるのである。かくて社會的法治國家は、一つの正義の理念を抱くものである。⁽¹⁶⁾即ち民主主義や法治國家が、外面的形式的にとられて、單に名目上、中立とか平等の主旨によつて、完全に沒價値的な形式主義の制度と誤解されたならば、單なる多數決の支配及び形式的な法の運営による不正を排除することができなくなる。これに對して、社會的法治國家は、正義の判定における原則を定めるものであり、國民の自由に對しては、民主的な方針を指示するのである。かくて國民の基本權は、社會的法治國家の主旨に即應して發展されるべきであり、この

基準によつて保障されるのである。

- (1) 拙稿・法研論文・三九九頁、四〇四頁。
- (2) E. Kaufmann, R.S.W., Bd. 4, S. 79.
- (3) 拙稿・法研論文・三九八頁。
- (4) E. vom 20, 7, 1954, BVerfGE, Bd. 4, S. 15 f.
- (5) E. Kaufmann, R.S.W., Bd. 4, S. 80.
- (6) W. Abendroth, VDStL, 12, S. 86.
- (7) E. Kaufmann, a.a.O., S. 84.
- (8) E. Kaufmann, a.a.O., S. 84.
- (9) BVerfGE, Bd. 4, S. 15 f.
- (10) E. Kaufmann, a.a.O., S. 80, 81, 85 f.
- (11) W. Abendroth, VDStL, 12, S. 85.
- (12) E. Kaufmann, a.a.O., S. 81.
- (13) E. Forsthoﬀ, Probleme, S. 8 f.
- (14) E. Forsthoﬀ, a.a.O., S. 9.
- (15) E. Kaufmann, a.a.O., S. 78 f., 84 f.
- (16) H. Gerber, AöR. 81 Bd. S. 33 f., 36 f.

四

社會的法治國家においては、右に述べたように、國民の國家に對する依存の關係が特色であり、國民は生存の保障と社會福祉の増進に關しては、國家の積極的な政策の實行に期待している。しかし、このような社會的な方針には必然的な國家權力の増大ということを反省するならば、見逃すことのできない危険な問題が伴うものである。確かに國家は、社會的な給付の

主體としてとらえるならば、國民に對する奉仕者であろうが、一つの統治機構としてみるならば、まさに國家は國民に對する權力的な支配者である。⁽¹⁾即ち國家と國民との關係は、この場合には對等なものではなく、現實には統治服從の關係にあり、國家は國民の服從を前提として存立するものである。従つて、社會的な福祉が、全く個人の自由を無視して、國家の一方的な判斷のもとに、權力的に追及されるとなると、そこには、社會的法治國家の主旨とは相反する權力主義の國家が生ずることになる。いかに國民が、國家を信頼し國家に依存するとしても、現在の國家觀によれば、國家權力の増大は、國民の立場から無條件に承認されるものではない。確かに理論的には、國家の統治作用の領域と、社會的な給付の分野とを區別することができるが、現實の國家生活の運営に際して、両者が判然と區別されているわけではない。従つて、國民の國家に對する依存は、國家が國民を廣く支配することのできる根據を與えてしまう危険を多分に含んでいる。即ち國家に對する無反省な過度の依存は、國家萬能の誤解を生ぜしめ、そして國家による支配が強化されるならば、逆に個人の自由は壓迫され、却つて國民の自主的な存在を國家の權力の下におく結果となる。⁽²⁾社會的法治國家が、このような状態になれば、もはやその主旨は失われ、過去の權力的な警察國家的な福祉國家に墮落することになる。特に社會的な活動は、その性格から、主に立法機關及び行政機關が直接に擔當するところであるが、このような官僚政治ないしは黨派的な權力政治との關連のある機關の活動を無批判に受入れるということは、權力的な壓迫をそのまま認ずるものといわなければならぬ。即ち政黨を中心とする議會政治は、現在において國民の利益のために運営されるといふよりは、相對立する利益團體の抗争の場所とみられる状態にある。⁽³⁾また社會的な施策の必要から、行政機構は非常に専門技術化し、その弊害として全人格的な視野による総合的な判斷が不可能となり、割據主義になるおそれがある。⁽⁴⁾しかも、高度の技術化は、國家の社會的な活動を、國民一般が評價判斷できる範圍から除き、このような活動の領域は、全く官僚の獨占するところとなりつつある。以上のような場合に、いかに社會的な職務が、立法機關ないしは行政機關の權限であるとしても、これに全面的な信頼をよせるわけには行かない

であらう。

右のような疑問と関連して、フォルストホッフは、國家の生存保障に關する給付及び配分の權能と、統治機構としての態様とを對照せしめて、國民の國家に對する依存を、國家が逆にその支配的な手段として利用することの危険について説明している。⁽⁶⁾即ち國家の政策が成功した場合に、國民の國家に對する信頼が高まり、國家は國民を完全に掌握することができるが、これに乗じて、國家が社會的な手段を統治權力の高揚に利用するならば、社會國家は、全體主義的な獨裁國家に轉化すると述べている。⁽⁶⁾さらに「國家の社會的な作用は、奉仕の活動であり、それは各國民をして相應の生活を可能ならしめるものである。社會的な作用が支配の手段になつたならば、それは『社會の』という形容詞を獲得することを斷念しなければならぬ。社會的な作用と權力は、相互に排除し合うものである。」⁽⁷⁾と説明する。ボン憲法の社會的法治國家という表現は、まさに右の權力主義との相違を表明するものである。即ち、政治的には、過去におけるナチスの獨裁を否定し、また現在における東ドイツの社會主義的な國家機構との差異を表示すべきことを意圖するものであると考えられていた。そして法的には、非權力的な國民に對する國家の奉仕義務を確定するものである。

それでは、權力的な要因として、どのようなものが除かれるのであらうか。フォルストホッフは、東ドイツの社會主義的な機構及びそこに行われる政策は、ボン憲法のいう社會的なものではないとし、さらに、權力闘争の範圍に包含されるべきもの、若しくは權力關係における妥協の範圍に屬するものを除くのである。即ちこれに該當するものとして、⁽⁸⁾經濟的な領域における労働者の經營に對する共同決定權及び同盟罷業を排除することが注目される。彼は、前者が、經濟的な權力關係を規律すべきものであることを理由にして、また後者が權力闘争であることをもつて、社會的な範圍に入らないとみるのであり、特に國家に對して向けられた政治的な同盟罷業は、社會的なものではなく、政治的な權力闘争であると判斷している。しかし、この區別は實際には非常にむずかしい。即ち、國家における支配的な勢力は、社會的な機能を權力的なものにして、

自己の立場に有利なように利用しようとするからである。そして國民が國家に依存している場合に、國民が國家の權力に屈従することによつて、權力的なものを排除することが困難になる。何故ならば、右の場合には、國民が國家に對して對立的になるといふよりは、また批判的な態度をもつて正義を貫くよりも、妥協的に國家の態度を承認する方が安易だからである。國家と國民が友好的な協力關係にあるのは望ましいとしても、それが無批判な屈従であるならば、社會的なものも、一方的に國家の權力によつて支配される結果になる。かくてフォルストホッフは、現實の社會的な機能の中には、權力支配的なものが強く現われ、これを排除することが困難になつてゐることを指摘するのである。

このように、社會的法治國家は、その實行に際して、多くの困難な問題に遭遇するが、現在の國家生活においては、常にその正しい實現を期待されてゐるのである。即ち國家生活の變化は、國家の積極的な活動を促進し、國民は、その安全の確保と生存の危機の克服のために、國家の體制を社會的なものに轉換し、社會國家に期待する。従つて、現代の國家は、必然的な傾向として、社會國家の主旨を表明しなければならぬ趨勢にあるものである。しかし、社會的な國家生活は、權力によつて支えられるべきものではなく、國民生活の中に生成する社會的な道義の基礎の上に構成されなければならないことが、常に自覺されてゐることが必要である。⑩。そして現實には、社會國家は、常に權力化への危険にさらされてゐることに注意しなければならぬ。フォルストホッフは、「社會という言葉以上には多義的なものではなく、またこれ程濫用されやすい言葉はない。いかなる國家も、社會國家以上に、その時々々の權力への奉仕者に構成されるべき危険の中にある國家は存在しない。」⑪と述べてゐる。

ボン憲法の社會的法治國家は、社會的な機能の權力主義化を否定するのであるから、自ら社會化にも限界があるものといわなければならない。國民の自由權利の抑壓は許されず、責任ある自由の主體としての個人の存在は尊重しなければならない。そして、現在の國家機構においては、社會的な主旨は、まず議會において判斷されるのであるが、議會の多數決による

決議が、直ちに權威を認められるのではなく、社會的な正義に適合した議決でなければならない。

社會的法治國家は、かつての自由思想のように、革命的なものではない。その新しい改革的な理念は、既存の法秩序を根本から否定するのではなく、現在の制度の缺點を是正し補充しようとするのである。しかも、特定の思想的な立場にのみ奉仕すべき觀念ではなく、現在の國家生活の一般的な基本原理である。

- (1) E. Forsthoﬀ, Probleme, S. 5.
- (2) E. Kaufmann, R.S.W. Bd. 4, S. 80 f., 85.
- (3) E. Forsthoﬀ, a.a.O., S. 15.
- (4) E. Kaufmann, a.a.O., S. 83.
- (5) E. Forsthoﬀ, a.a.O., S. 9 ff.
- (6) E. Forsthoﬀ, a.a.O., S. 10.
- (7) E. Forsthoﬀ, a.a.O., S. 10.
- (8) E. Forsthoﬀ, a.a.O., S. 10 f.
- (9) E. Forsthoﬀ, a.a.O., S. 12 f.
- (10) E. Kaufmann, a.a.O., S. 83.
- (11) E. Forsthoﬀ, a.a.O., S. 23.

附記 本稿は、昭和三十一年度文部省科學研究助成補助金助成研究第二〇一八號「福祉國家的な發展と裁判權による權利の保障」の研究報告の一部である。