

Title	「健康権」の法的性質：ニコラウス決定と基本権ドグマの揺らぎ
Sub Title	Rechtscharakter des Rechts auf Gesundheit : Die Nikolaus-Beschluss im Wanken der Grundrechtsdogmatik
Author	石塚, 壮太郎(Ishizuka, Sotaro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.1 (2018. 1) ,p.507- 532
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	大沢秀介教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180128-0507">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180128-0507</a>

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.

## 「健康権」の法的性質

——ニコラウス決定と基本権ドグマ・テイクの揺らぎ——

石塚 壮太郎

- 一 はじめに
- 二 「健康権」の法的性質
  - (一) 国家目標としての「健康」
  - (二) 権利としての「健康」
  - (三) 「健康権」とは何でありうるか
- 三 狭義の「健康権」の発見?——ニコラウス決定
  - (一) ニコラウス決定
  - (二) 憲法上の給付請求権としての「健康権」?
  - (三) その後の展開
- 四 「健康権」に基づく審査
  - (一) 実体的統制か——極限事例への限定?
  - (二) 手続的・組織的統制か——連邦合同委員会の法的正統性
- 五 おわりに

一 はじめに

日本の憲法学では、健康というテーマに照準があつたことはほとんどない。<sup>(1)</sup>ましてや、それが個人の主観的権利として成立することが本格的に主張されたこともない。<sup>(2)</sup>憲法学における健康というトピクスへのアクセスは偶発的でしかなかったし、今のところ健康権という言葉も国民全体の健康利益の実現という願いが込められた標語にすぎない。

しかしそのことは、健康が憲法上のテーマとならないことを意味するものではない。一方では公共の福祉の観点から、薬事法違憲判決は、「国民の生命及び健康に対する危険の防止」を「重要な公共の利益」と捉えている<sup>(3)</sup>し、平成元年の公衆浴場法合憲判決は、「国民の保健福祉の維持が「まさに公共の福祉に適合する」ことを再確認している。<sup>(4)</sup>他方では人権の観点からは、広義の環境権として論じられる内容に、健康権と呼ぶ内容が含まれている。環境権は、「最も広くは大気・水・光・音・臭い等の自然環境に加え、医療・上下水道等の生活環境、さらには景観・図書館等の文化環境、遺跡等の歴史環境などを含めて観念される」<sup>(5)</sup>が、このうち大阪空港公害訴訟高裁判決は、「個人の生命、身体、精神および生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであつて、その総体を人格権とすることができ」<sup>(6)</sup>るとして、憲法一三条の人格権でカバーできる範囲があることを認めている。もつとも、環境権を主張する意義が本来的に人格権を超えたところにあるのだとすれば、<sup>(7)</sup>人格権の一内容としての「個人の生命、身体、精神および生活に関する利益」に基づく訴訟が環境訴訟になりうるからといって、それらの利益が「環境」権の一内容であると言わなければならないわけではない。むしろ、ここでその本質として論じられているのは、公害等によって損なわれるべきでない「個人の生命、身体、精神および生活に関する利益」であり、人格権の一内容としての各人の健康上の利益であるともいえよう。

以上のような問題意識を前提とすれば、日本国憲法(学)も「健康」というテーマとは決して無縁ではない。しかし、日本では健康権として主張されるものの内実や方向性が必ずしも明らかではない。また、さほど直接的な条文上の端緒を持たない日本国憲法で、直截にこれを論じるのは難しい。本稿では、憲法上のテーマとしての「健康」の構造を理解するために、ドイツ基本法およびその学説・判例を参考に、「健康権」の成立範囲とその限界を検討したい。なお考察範囲は、主に主観的権利として成立しうる範囲に限定する。

## 二 「健康権」の法的性質

仮に憲法に「健康権 (Recht auf Gesundheit)」が書かれているとして、それはどのような法的性質を持つだろうか。二つの選択肢がある。実質的な国家目標規定か、主観的権利かである。後者である場合には、さらに防御作用、防御請求(≡保護義務)作用、給付請求作用の存否が問題となる。

ドイツ基本法には、「健康権」に直接該当する基本権も、「健康」国家目標規定も存在しないが、「健康権または国家目標としての健康」という形で論じられ、再構成されている。<sup>(9)</sup>

### (一) 国家目標としての「健康」

国家目標規定とは、国家が目指すべき目標を定めた憲法規定であり、その具体例としては、ドイツ基本法(連邦憲法)二〇条一項の社会国家原理(社会的安全および社会的正義の追及)や、同二〇a条の環境・動物保護条項がある。権利として構成するよりも、より広範に規律を及ぼせるのが利点である。<sup>(10)</sup>

実はドイツにおいて、国家目標の次元では、「健康」はすでに規律対象となっている。とりわけ、社会国家原

理の一内容としての「健康」は、少なくとも基本権制約の正当化事由としては、連邦憲法裁判所によっても重視されている。それを超えて立法・解釈指針として「健康」を十全に機能させたければ、社会国家原理の一内容として、または環境保護条項の関連事項としてだけではなく、「健康」それ自体を国家目標として規定する必要がある。その際、「健康の保護・促進」という観点の固有性が問題となるが、「健康」が行政法、社会法、環境法、医事法——公衆衛生、疾病保険、生活環境、公害対策、食品安全など——様々な分野に跨ることを考えると、「健康」というトポスの設定には一定の意味があるように思われる。

## (二) 権利としての「健康」

他方で、「健康」は権利として成立するだろうか。ドイツでは、「健康権 (Das Recht auf Gesundheit) は、憲法上粗っぽい形象 (verfassungsfühliges Gebilde)」である<sup>(11)</sup>が、「健康権は存在しない」と<sup>(12)</sup>される。もともと、一般的にそのように呼ばれていないだけで、「健康権」の規範内容を形成する候補は存在する。基本法二条二項一文で定められた、「生命および身体を傷つけられない権利」である。さらに近時では、ニコラス決定(詳しくは後述)を通じて、社会国家原理と結びついた一般的行為自由から、疾病保険給付の給付請求権が認められたとの見解も存在する。これらの候補を検討するにあたって重要なのは、それらがどのような作用(権利内容)を有しているかである。

### 1 生命および身体を傷つけられない権利の発展段階——防御作用から請求作用へ

基本法二条二項一文は、「何人も、生命への権利および身体を害されない権利を有する」と定める。これは、ナチ時代の残虐行為への対処として規定されたものと考えられており、国家は原則的に生命および身体に侵襲し

てはならず、個人はそれと対応する権利を有する。生命および身体は、国家による強制アクセスから保護されなければならない。身体の完全性は、他のすべての基本権とその享受の基礎である。当初、その権利は、国家が個人の生命および身体に危害を加える状況を前提として、防御作用の発揮を期待されていたが、時の経過の中で、同権利は防御権から出発して、テーマ的および構造的に、三つの発展を遂げた<sup>(13)</sup>とされている。

第一に、「身体が傷つけられないこと」(Körperliche Unversehrtheit)の意味のテーマ的拡張である。<sup>(14)</sup>連邦憲法裁判所は、一九八一年航空機騒音決定で、WHO憲章の健康の定義と結びつけて、「身体が傷つけられないこと」には、心理的 (psychisch) かつ感情的に (seelisch) 傷つけられないこと、さらに「社会的に満たされた状態 (soziale Wohlbefindung = social well-being)」も含まれる<sup>(15)</sup>とした。さらに同裁判所は、移植待機が問題になった一九九九年の事例で、「医学研究の水準によれば原理的にアクセス可能な治療——それにより延命や少なくとも痛みの軽減がもたらされる——が拒否されていることが、国家の規律によつて生じている場合には」、基本法二条二項一文の保障と抵触する<sup>(16)</sup>とした。さらに後述するニコラウス決定においては、基本法二条二項一文違反も(同時に)指摘された<sup>(17)</sup>。

第二に、基本法二条二項一文の構造的変化がある。<sup>(18)</sup>連邦憲法裁判所は、早くから防御作用を超えて、国家による基本権法益保護の義務づけを進展させてきた。国家は、他者、私人または状況が法益に干渉している場合には、当該法益の保護を義務づけられる。もつとも、保護義務による国家に向けられた防御請求は、基本法二条二項一文から従来の防御機能を奪い去るものではなく、これを補充するものにすぎない。ちなみに、保護義務は、保護請求権と同一ではないが、連邦憲法裁判所は、特に理由づけなく、保護義務違反は基本権侵害として主張されうるとしている。さらに、保護義務には促進義務、保護請求には促進請求を付け加えられれば、もはや社会的<sup>(19)</sup>基本権との区別は難しくなる。

第三に、基本法二条二項一文の更なる構造的変化がある。<sup>(20)</sup>それは基本権保護の前倒しである。そこでは、基本権は侵害があつて初めて対応するのではなく、すでに行われた侵害の排除と将来的な侵害の予防の両方に対応することになる。連邦憲法裁判所は、明らかに他の基本権とは異なり、すでに危険からの保護を定式化しており、その限りで真正の防御権を超えている。健康の保護と促進のための国家の予防措置への請求権がそこに含まれることになる。

## 2 社会保険給付を求める権利? —— 給付請求作用

ニコラウス決定で主たる審査の規準となつたのは、社会国家原理と結びついた基本法二条一項(契約の自由)である。確かに、社会保険の強制は、一般的行為自由に抵触するものとされており、これを契機として権限審査がなされてきた。本決定では、しかし公的医療保険の「抛出と給付」の比例的関係が審査されることになつた。また、国民の健康維持は、社会国家原理上の重要な任務であるため、審査は慎重を要することとされた。本決定が定立した規範は、「治癒の見通しが全く立たないわけではない、または病状経過に対して認識可能な積極的効果がある場合には、法律上の疾病保険の被保険者——その生命を脅かすまたは通常死に至る病理に対して一般に承認された、医学上の基準に合致した治療を用いることができないう者——が、自ら選り、医者により用いられた治療方法の給付から除外されることは」違憲であるといふものである。<sup>(21)</sup>

問題は、これが憲法上の本源的給付請求権に当たるのかである。考え方の選択肢は三つである。第一に、疾病保険の強制を契約の自由に対する制約ととらえて、疾病保険の合理性を審査した(防御権的構成)という見方、第二に、防御権的構成にもかかわらず、当該疾病保険が存在する限りは、実質的に憲法上の給付請求権(派生的給付請求権)が存在するという見方、第三に、疾病保険制度とは無関係に、憲法上の給付請求権(本源的給付請求

権)が存在する——つまり特定の状況下で、国は個人の治療費の一部または全部を肩代わりしなければならない——という見方である。

### (三) 「健康権」とは何でありうるか

#### 1 「健康権」の諸相

このように見てくると、「健康権」がありうるとして、それがどのようなものかが徐々に見えてくる。一方で、それが実質的には国家目標規定として解釈されるのであれば、社会国家原理の具体的な内容として位置づけられることになる。ドイツでは、連邦憲法裁判所の判例上、「健康」はすでに非常に重要な地位を占めているが、仮にそれが憲法上規定されれば、「健康」が公共の福祉として基本権に対抗する強い力を持つことが再確認されよう。また、健康を促進するような法制度の実現や健康指向的解釈が求められることになる。日本国憲法は、すでにその二五条二項で、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障および公衆衛生の向上および増進に努めなければならない」と規定しているが、その意味が改めて問われることになる。

他方で、もちろん「健康権」を個人の主観的権利と捉えることも可能である。日本で、「各人の人格に本質的なもの」、人格権の前提として憲法一三条に読み込まれる「個人の生命、身体、精神および生活に関する利益」は、ドイツでは、基本法二条二項一文で「生命および身体を害されない権利」として明文化されている。この基本権は当初、国家による侵襲への防御をその内実としていたが、私人による侵襲に対する保護請求としても機能するようになった。その中で、「生命および身体」ことの意味も拡張されていった。

また、「生命および身体」という法益の促進——生命・身体の正常な状態の回復・維持または痛みの軽減など——にとつては、結局、医療が重要となる。その意味では、基本法二条二項一文の保護は、部分的には医療制度

にまで及ぶことになる。もつとも、国民の健康維持のための医療制度それ自体は、社会国家原理の規律領域に属する。少なくとも基本法二条二項一文が個人の主観的権利として、健康を促進するための医療給付（または医療費の肩代わり）を国家に求めているとは考え難い。というのも、基本法二条二項一文の核心的内容は、国家の医療給付を目指すものではないからである。<sup>(22)</sup>「生命および身体防衛」と「健康」との間にはなお相当の距離が存在する。したがって、「健康権」という形であえて定式化を行う場合には、基本法二条二項一文がその拡張的内容として取り込むか取り込まないかの瀬戸際にある、国家による医療制度の創設を前提とした、医療給付（または医療費の肩代わり）をむしろその中心的内容として捉えるべきと思われる。

なお、健康にかかわる基礎的な社会インフラ（上下水道を含む）、医療、公衆衛生などは、社会国家原理によって規律されているが、これらを主観的権利として構想することは、「安全を求める基本権 (Recht auf Sicherheit)」と同様の困難性<sup>(23)</sup>を持つ。それと同時に、先進国においてはそのような議論自体があまり実践的意義を持たない。ひとまず本稿では、ドイツで議論の対象として成立している公的疾病保険給付を、狭義の「健康権」として捉えてみたい。

## 2 「健康権」の限界

以上のように「健康権」を医療との関係で狭くとらえる場合には、《国家・医療・コスト》のトリアードが重要となってくる。「健康権」には、そこから見えてくる幾つかの内在的および外在的限界がある。

第一に、「可能性の留保 (Der Vorbehalt des Möglichen)」である。<sup>(24)</sup> 国家の財源は限られており、国家は優先順位を設定しなければならない。この点では「健康権」も、社会国家原理や「生存権」と同じ性質を引き継いでいる。また、健康はほんの少しだけ改善することもでき、そのために疾病の際の扶助が用いられれば、需要が供給

を上回ることになる。支出の優先度とコスト・ベネフィットの均衡が問題となる。

第二に、基本権制約的な連帯要請である。<sup>(25)</sup>我々は、健康な人と病気の人の連帯共同体に生きている。自己や家族に対してだけでなく、より大きな連帯共同体に、様々な立場で——納税者、被保険者、諸世代など——参加し、義務や責務を負っている。確かに、各人は健康であることも、健康であることも義務づけられてはいるが、もし健康のために何もしないでいる場合には、健康は積極的にリスクにさらされていることになる。その場合には、国家は、給付を保留したり、医療給付の価格を高く設定したりすることがありうるとされる。

第三に、他者の基本権である。<sup>(26)</sup>とりわけ「健康権」を広くとらえた場合——基本法二条二項一文の拡張部分——には、それは他者の基本権と衝突することがしばしばある。基本法二条二項一文は、公共の福祉の一内容として、職業の自由や学問の自由を制約する規制の正当化事由として登場したり、私人間の基本権衝突——より正確には国家を含めた三極関係——においても役割を得る。「健康権」は、他者の自由との関係では規制事由となるが、同時に「健康権」の側も一定の制約を被る。

### 三 狭義の「健康権」の発見?——ニコラウス決定

仮に、国家による医療制度の創設を前提とした、医療給付（または医療費の肩代わり）を、健康権の中心的内容として捉えたとすれば、二〇〇五年にドイツ連邦憲法裁判所が下した、いわゆるニコラウス決定以上に重要なものはない。以下で詳しくみていこう。

なお同決定は、日本との関係では、公的医療保険の給付範囲の設定方法および混合診療禁止の合憲性との関係で重要である。<sup>(27)</sup>すでにここで、狭義の「健康権」が、医療保険制度と深く関わることが伺われよう。

(二) ニコラウス決定<sup>(28)</sup>

1 事実の概要

憲法異議申立人は一九八七年に生まれ、一九九二年から一九九四年の間、バーマー代替金庫（公的疾病保険機関の一つ）で家族構成員として保険にかかっていた。彼は、ドウシエンヌ型筋ジストロフィー（英語略称は DMD）を患った。DMD は、進行性筋ジストロフィーの大部分を占める重症の型である。同型は、男性にのみ発症し、発症率は三五〇〇分の一とされている。一歳時に症状が明らかとなり、筋力低下に伴い、通常一〇歳から一二歳の間に歩行困難になる。徐々に呼吸不全になる。余命は非常に限られている。同疾患は、今日の知見では、ジストロフィン遺伝子の変異によるものと考えられており、これまで、治癒させるまたは病状経過を持続的に遅らせる、学術的に認められた治療法はない。通常、理学療法などの対処療法のみが行われる。

異議申立人は、一九九二年九月から一般医学の専門医 B 博士——公的疾病保険の嘱託医ではない——の下で治療を受けた。そこでは、高周波振動（「バイオレゾナンス療法」）が適用された。一九九四年末までに、両親はその治療に一万ドイツマルクを費やした。工科大学 A の整形外科クリニックの医師らは、それまでの病状経過を良好（*günstig*）とした。歩行困難性はあったものの、共同で担当していた医師は、彼の健康状態を、他の患者と比べて良い（*gut*）と格づけていた。

B 博士の下での治療費の引き受け申請は、疾病金庫により拒否された。異議手続では、疾病金庫は、ニーダーザクセン疾病保険医療部門の意見（*Stellungnahme*）を求めた。そこで、小児科医の F 博士は、筋ジストロフィーは治癒しえないが、治療は可能であること、B 博士により適用された手法の治療成果は、学術的に証明されていないことを主張した。

リューネブルク社会裁判所は請求棄却の判決を下し、異議申立人は控訴した。ニーダーザクセン州社会裁判所は、社会裁判所の判決を破棄し、一九九三年以降決定された、B博士による治療のための費用を異議申立人に支給するよう、疾病金庫に判決を下した。疾病金庫は上告し、連邦社会裁判所は州社会裁判所の判決を破棄し、社会裁判所の判決に対する控訴を差し戻した。この判決に対し、異議申立人は、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。

## 2 判旨

【破棄差戻し】憲法異議には理由がある。連邦社会裁判所の判決は、社会国家原理（基本法二〇条一項および二八条一項一文）と結びついた基本法二条一項、ならびに基本法二条二項と矛盾する、社会法典の給付権規定の解釈に基づいている。

### (1) 規範定立

〔第一の審査規準Ⅱ社会国家原理と結びついた一般的行為自由〕憲法上の主たる審査の規準となるのは、社会国家原理と結びついた一般的行為自由である。立法者が社会的安全のシステムにおいて義務的保険を強制する場合には、一般的行為自由に抵触する。これは公的疾病保険にも当てはまる。公法上の社会保険関係、とりわけ被保険者の拠出と保険主体の給付の関係を、詳細に形成する規律も、基本法二条一項によって測られなければならない。その保護領域に抵触するのは、立法者が、強制団体の設置と拠出義務により、経済状況の制限を通じた個人の活動の自由を少なからず狭める場合である。そのような介入は、十分かつ連带的な支給——それは被保険者にその拠出のためにシステムの保障目的の枠内で提供されなければならない——の内容形成を通じた正当化を要する。

社会保険システムの被保険者は、典型的には、抛金額および給付の種類や範囲への直接の影響を持たない。法律および法律に基づく給付具体化の法行為により保険関係に参加する者の権利および義務が一方的に形成されるような状況では、基本法二条一項は、抛出を義務づけられた被保険者を、抛出と給付の比例的でない関係から保護する。そこから、公的疾病保険において、疾病処置の特定の給付を求める憲法上の請求権は導かれない。しかし、法律上のまたは法律に基づく給付の除外や限定は、基本法二条一項の枠内で正当化されるか審査されなければならない。本件のように法律上の給付規定が専門裁判所により被保険者に不利に解釈・適用される場合も、同じことが当てはまる。

〔社会保険給付の必須性〕基本法二条一項の保護機能の詳しい規定と展開の際には、社会国家原理が重要な意味を持つ。社会国家原理の具体化に際して、立法者は、抛出を、個々のリスクにではなく、被保険者の——ふうう給与や年金によって規定される——経済的給付能力に合わせており（社会法典第五編二二六条）、さらに保険料率の安定性を考慮し（社会法典第五編七一条）、抛出の減少を旨指し（社会法典第五編二二〇条）、法律上の給付に関する追加払いの提供に関する義務づけの形成の際にも（社会法典第五編六一一条参照）、個人の社会状況に配慮することとしている（社会法典第五編六二条）。そこで立法者が前提としているのは、被保険者には、通常、公的疾病保険の給付システムの外側で、疾病時における、とりわけ疾病治療の必要不可欠な給付の調達のための、追加的な独力の事前配慮をする相当の財政的手段はないということである。したがって、疾病治療およびとりわけ（insbesondere）生命を脅かすまたは通常死に至る病の治療に対する給付が、法律上の規定または専門裁判所によるその解釈・適用により、被保険者に渡されない場合には、社会国家原理と結びついた基本法二条一項の前で特別の正当化を要する（傍線および傍点筆者）。

〔第二の審査規準＝生命および身体を害されない権利〕基本法二条二項一文から導かれる生命および身体を害

されない権利は、法律上の疾病保険の給付権および専門裁判所の解釈・適用の合憲性を判定する規準となる。確かに、通常、そこから一定の、とりわけ特別の健康給付の調達を疾病金庫に対して求める憲法上の請求権は生じないが、給付権の形成は、保護的および促進的に同条項の法益と向き合う、国家の客観法的義務に準拠しなければならぬ。このことは、生命を脅かすまたは通常死に至る病の治療に際して、特に当てはまる。生命は、基本法秩序において最高の価値を有しているからである。

〔様々な給付条件の許容性〕公的疾病保険給付が被保険者の自己責任に帰されるものでない限り（社会法典第五編二条一項一文）、公的疾病保険が、一般的給付カタログの基準に基づいて（社会法典第五編一条）、経済性要請の考慮の下でのみ（社会法典第五編二二条）被保険者に給付を認めることは、憲法上非難されえない。また、不確定法律概念により規定された給付義務の詳細な具体化が、個別事例においては、保険嘱託員の基準、特に嘱託医の契約の枠内でなされること（社会法典第五編八二条以下、八七条など）、とりわけ保険嘱託医による世話に参加している医師に留保されていること（社会法典第五編九五条）も、憲法上非難されえない。公的疾病保険の給付が十分で、目的に適って、経済的でなければならぬこと、および必要不可欠の程度を超えてはならないこと（社会法典第五編二二条一項一文）を立法者が規定しても、憲法に反するものではない。

〔経済性の要請〕公的疾病保険の給付カタログは、財政経済的な考慮によって、共同決定されてもよい。まさに健康制度において、コストという観点は、立法者の決定にとって非常に重要である。また、公的疾病金庫は、憲法上、健康の維持と回復のための手段に用いることができるすべてのものを提供することを命じられてはいない。

(2) 当てはめ

連邦社会裁判所の判決は、規準となる基本権から導かれる諸要請を満たさない。

〔連邦合同委員会の合憲性は不問〕その際決定されないのは、社会法典第五編一三五条の一義的文言によれば、公的疾病保険のシステムにおける給付提供者による新たな治療方法の適用は、連邦合同委員会 (Gemeinsamer Bundesausschuss) による従来の承認に依存しているという連邦社会裁判所の想定が、この事例——医学的見解が、生命を脅かすまたは通常死に至る病の特性により、統計的証明、場合によっては珍しい疾患の際の低い証明レベルの観点にも向けられ、学問的に確認された治療を、医療的またはその他の研究に基づいて利用しえない、またはなお利用しえない場合——においても、基本法と一致するかどうかである。なぜなら、連邦社会裁判所は、本件のようにそのような承認がない場合には、当該手法が医学実務において用いられているかという基準に依拠するからである。そうでない場合——本件がそうだが——には、同裁判所は、法律上の「提供の欠缺」の想定を拒否する。それにより、公的疾库による費用の引き受けは、生命を脅かすまたは死に至る病——そのために、一般的に承認された、医学的水準に治療方法が存在しないが、担当した医師が自らの所見では個別事例において病状経過にポジティブな影響がある治療法を適用する——の場合にも、排除される。

〔連邦社会裁判所判決の違憲性〕このことは、基本法と適合しない。

第一に、社会法典第五編の前提条件の下で、個人に公的疾病保険における保険義務に服させ、経済的給付能力に合わせた拠出のために必要不可欠な疾病治療を法律上約束するが、他方で、彼が生命を脅かすまたは通常死に至る病を患い、そのための医学的な治療方法が存在しない場合に、疾库により特定の治療方法の給付から除外されること、そして公的疾病保険の外で、治療の支払いを命じることは、基本法の社会国家原理と結びついた基本法二条一項と適合しない。もつとも、被保険者によって選択された他の治療方法は、治療、または少なくとも病状経過に対して認識可能な積極的效果に対する、兆候 (Indizien) に依拠する、全く立たないわけではない見通しを期待させるものでなければならない。本件はそのような事例である。ドゥシェンヌ型筋ジストロフィー

の治療にとって、現在、対処療法リスト——手術的措置もそこに含まれる——のみが利用可能となっている。確かめられた学問的方法を伴う、当該疾病およびその経過への直接の作用は、また不可能である。

非難されている、社会法典第五編の給付権規定の連邦社会裁判所による解釈は、疾病により限界づけられた生命の危機という極限状況においては、基本法二条二項一文から生じる生命に対する国家の保護義務とも適合しえない。国家が、公的疾病保険システムにより、被保険者の生命および身体を傷つけないことに対する責任を負う場合には、諸要件の下で、生命を脅かすまたは通常死に至る病の事例における事前配慮は、給付義務の核心領域および、基本法二条二項一文により促進される最低限の措置 (Mindestversorgung) に属する。

社会裁判所は、そのような事例においては、場合によっては専門家の助けを借りて、誠実かつ専門的な評価に基づいて医師により採られた治療または医師により計画された治療に関して、個別事例における、完全に (因果関係上) 離れているわけではない治療の成功または病状経過に対して認識可能な積極的效果に対する真剣な指摘があるかを、審査しなければならない。

## (二) 憲法上の給付請求権としての「健康権」?

本判決は、「これまで支配的だった常識 (common sense) からして、注目に値する」とされる<sup>(29)</sup>。基本法下における社会国家に詳しいハイニヒ (ゲッティンゲン大学教授) によれば、社会国家は、(論文が刊行された二〇〇六年当時の) 二〇年以上前から構造変化 (Strukturwandel) を促されており、連带的に出資される給付は全体的に後退し、これまでは社会保険化されていた大きなリスクの克服に際しては、自己配慮がより大きな意味を持つ。専門家の間では、社会国家の再編に際して、数年来、特に健康制度における給付権への制約が許されるか、許されずとしてどの給付権なのか議論されてきたとされる。基本的な論調としては、基本法には社会的根本権はなく、

社会国家原理の具体化は民主的な自己了解に委ねられ、立法者は広範な評価・形成の余地を有するが、客観的な最小限度の社会的保護を下回ってはならず、また基本法一四条および法治国家原理から生じる信頼保護原則を尊重しなければならず、しかし現状保障や一定の社会給付を求める憲法上直接の請求権は基本法からは取り出されえない、というものである。

このハイニヒ論文は二〇〇六年のものだが、連邦憲法裁判所の判例はその後も動いている。二〇一〇年ハルツIV判決では、日本でいうところの「生存権」が、本源的請求権として解釈上承認されている<sup>(30)</sup>（ただし、その審査手法は、特定の給付額よりも、その確定プロセスに焦点が当てられている<sup>(31)</sup>）。したがって、確かに基本となる論調がいまだに支配的であるとしても、それが今日でも完全に当てはまるとは言い切れない。

ここではニコラス決定の基本権解釈論上の構造を整理しておきたい。

## 1 防御権か給付請求権か

公的な社会保険は、従来から基本法二条一項から生じる一般的行為自由に基づいて審査されてきた。連邦の立法権限の問題として扱われることもあれば、保険分担金支払いの強制の問題として扱われることもあったが、連邦憲法裁判所が、社会保険における拠出と給付の比例的関係をここまで踏み込んで決定したことはない。そもそも、『社会保険』は結局抽象的にも定義されえず、その概念は『保険原理』と『社会的調整』との間で、多彩な形成に対して開かれている<sup>(32)</sup>とされ、その具体化は、基本的には立法者に委ねられている。それが一般的行為自由（契約の自由）に反すると結論づけられるのは、よっぽど不合理な形成がなされた場合だと考えられている。本決定で、給付権の給付要件にまで踏み込んで、実質的に給付権を拡大させた背景には、明らかに社会国家原理によるテコ入れがある。強制保険それ自体との関係では審査は緩やかであるように見えるが、逆にそこを入口と

して論理を展開している。すなわち、強制までして疾病保険を創設するのは、個人で負いきれない健康リスクの回避という重要な目的があつて、そうであれば〇〇という場合（以下詳述）に給付を拒否することは、社会国家原理の委託を受けて疾病保険を創設した意味を没却する、というような論理の流れである。これは明らかに裁量縮減型の審査<sup>34</sup>であり、疾病保険制度の仕組みに踏み込むために、社会国家原理が援用されている。

そもそも、社会保険の強制を合憲とする根拠も、給付排除を違憲とした根拠（の一部）も、社会国家原理である。この論理は一見理解しがたいが、実は首尾一貫している。一方では、社会国家原理を具体化する社会保険が重要であるから、その強制によつて契約の自由が制約されてもやむを得ないが、他方では、社会保険——ここでは疾病保険——が被保険者の健康にとつて決定的に重要であるからこそ、ある状況下で給付を拒否されることは契約の自由（あるいは契約目的の根幹）に反する。確かに、契約を強制される、つまり契約内容の決定に原則として参加できないのであれば、その契約内容が合理的であつてほしいというのは理解可能である。他方で、疾病保険制度の形成について、立法者には広い形成の余地があり、内容形成においては様々なことを考慮できる。とすれば、契約の自由を解釈論上の突破口として、社会国家原理をテコに疾病保険制度の中に踏み込めるとして、最後に立法者の形成の余地を縮減する強い動機が必要となる。そこで持ち出されたのが、基本法二条二項一文から生じる「生命に対する国家の保護義務」である。ニコラス決定は、生命という基本法秩序において最も高い価値を有する法益を引き合いに出すことで、次のような論理を完成させた。すなわち、強制までして疾病保険を創設するのは、個人で負いきれない健康リスクの回避という重要な目的があつて、そうであればとりわけ生命という基本法上最も価値のある法益が疾病により危険にさらされている場合に給付を拒否することは、社会国家原理の委託を受けて公的疾病保険を創設した意味を没却する、というような論理である。

解釈論上の入り口は、社会保険の強制に対する契約の自由に対する審査なので、防御権事案であるようにも読

める。しかし、実質的に問題となっているのは、契約の自由ではなく、契約の中身の合理性、すなわち公的医療保険の給付要件またはその解釈の合理性である。防衛権も、介入や介入の根拠となる法律が合理的であることを求めるが、それが合理的でないと言われた場合に認められるのは、通常介入の排除（＝自由の回復）である。これに対し、公的医療保険給付からの除外が不合理だとして除外が排された結果は、給付である。その点では、ニコラウス決定が新たに給付請求権を認めた、あるいは給付請求権を拡張したと言われるのも、理由のないことではない。

## 2 本源的請求権か派生的請求権か

もつとも、それが本源的請求権なのか、派生的請求権なのかについては、一考を要する。同決定において、既存の公的医療保険制度から離れて自立した憲法上の給付請求権（本源的請求権）が成立したかは疑問である。少なくとも解釈論上の形式としては、公的医療保険（具体的にはそこにおける拠出と給付の比例的でない関係性）が一般的行為自由に対する制約となり、それを正当化できるかという形で審査は進められているし、生命および身体を害されない権利との関係でも、「通常、そこから一定の、とりわけ特別の健康給付の調達を疾病金庫に対して求める憲法上の請求権は生じない」とされている。したがって、本決定において成立したのは、契約の自由に対する制約と正当化という形をまとってはいるが、（前述の通り）結論においては給付範囲を拡張しているので、既存の公的医療保険制度に依存した、派生的給付請求権と（外在的には）みることができる。

もつとも、連邦憲法裁判所自身は、この点についてあまり自覚的に論じてはおらず、二〇一五年決定（詳しくは後述）で、「憲法上直接の給付請求権は、病による生命の危機という極限的な状況に限られる」と述べており、これは逆にそのような状況においては憲法上直接の給付請求権が認められたようにも読める。連邦憲法裁判所が

どのように考えているかについては、基本権ドグマ・テイク上、判例内在的に整理することが難しい。<sup>(36)</sup>

### (三) その後の展開

ニコラス決定が下されたのち、社会裁判所は、多くの個別事例において——連邦合同委員会（以下、GIB A）や公的医療保険の評価手続の助けを借りることなく——給付請求権を具体化することを求められることになった。<sup>(37)</sup>同時に、同決定が「疾病治療およびとりわけ（insbesondere）生命を脅かすまたは通常死に至る病の治療に対する給付」（傍点筆者）を問題としたため、請求が「生命を脅かす病」を超えて、「評価として同等の疾病（wertungsähnlig vergleichbare Erkrankungen）」に対する給付に拡張されるのかも判断を求められることとなった。立法者もこれに応え、二〇一一年二月二日の改正で、広い意味での「ニコラス請求権」を連邦社会法典第五編二条一a条に規定した。それ以来、GIB Aによる治療方法の評価以前に、またはそれと並んで、給付を求める多くの訴訟が社会裁判所に提起されており、GIB Aが合理的かつ正統に決定したかは、「ニコラス」パルプの開放以来、もはやほとんどテーマではなくなったと言われている。<sup>(38)</sup>

連邦憲法裁判所は、二〇一五年の決定では、基本権侵害を十分に説明していないとして、疾患は異なるが構造的には類似の事例を却下している。<sup>(39)</sup>同決定では、いわゆる二〇〇五年決定の「ニコラス請求権」が、「評価として同等の疾病」に及ぶことは憲法上要請されたものではなく、したがって本件はニコラス請求権の射程外にある、それゆえ当然に憲法判断の対象となるわけではないとされた（R. II B）。このことは、二〇一七年の決定でも再度確認されている。<sup>(40)</sup>また、二〇一五年決定は、傍論で、「機関としてのGIB Aの民主的正統性に対する——全くもって重大な——全般的かつ一般的な疑念を持ち出すことによって、異議は成功しない」とした（R. II B 22）。

#### 四 「健康権」に基づく審査

それでは、ニコラウス決定の審査手法はどのようなものであったのだろうか。

##### (一) 実体的統制か——極限事例への限定？

この点すでに少し触れたところではあるが、二〇一〇年のハルツIV判決とは対照的に、実体的統制を行っている。それが可能なのは、社会扶助事案のように「人間に値する生活に必要な最低限度」を裁判所が見積もる必要がなく、患者⇨被保険者が選択し、医師によって適用された治療の費用を疾病金庫に支出させれば済むからである。この点、連邦憲法裁判所は、二〇一五年決定で、ニコラウス請求権が「迫る生命の危機により特徴づけられる個人の窮状 (Notlage) の存在」を前提としたものであるとして、それに限定を加えて歯止めをかけている (Rn. 18)。

ともあれ、その要件もクリアすれば、一切の留保なしに給付が認められるべきか、すなわちここでは経済性要請が働かないとすべきかについては、なお議論を続けるべきであろう。二〇一七年の却下決定 (前述三(三)) で求められていた費用は約八三万二千ユーロ (二ユーロ二三〇円として約一億一千万円) であった。前述の通り、公的疾病保険制度自体の維持存続が可能な範囲でしか給付は可能ではないはずである (前述二(三) 2 の「可能性の留保」)。

フスターによれば、「公的疾病保険システムが機能するなら、その決定も受け入れられうるし、受け入れられなければならない。それが事実上または法的正統性の観点から欠陥があるのであれば、それについて何か変えなければならぬ。基本権的給付請求権に関する抜け道は——事実上または推定上——『システム不全』を補填するに適切ではない」<sup>(4)</sup>。

(二) 手続的・組織的統制か——連邦合同委員会の法的正統性

そこで注目されるのが、GIB Aの法的正統性に関する議論である。<sup>(42)</sup> 何が公的疾病保険によって賄われる治療なのかについての指針(Richtlinie)<sup>(43)</sup>を決定するGIB Aの手続的・組織的統制に目を向けるべきと多くの論者が考えている。先に引用したフスターの言明も、GIB Aを介した決定に隙間や誤りがあることを前提に、極限的事例にだけ憲法上例外的な給付請求権を認めるよりも、「システム不全」それ自体に着目すべきという指摘である。ハイニヒも、もう一つの選択肢として組織的・手続法的統制を挙げており、そこでは例えば「決定機関の民主的正統性が保障されているか、手続は透明か、利害関係者は十分に聴聞されるか、手続の構造からして特別な状況が考慮されるか、十分な欠缺回避措置が存在するか、不認可決定に対する十分な権利保護が保障されているか」が問われなければならないという。<sup>(44)</sup> この点、連邦憲法裁判所は、憲法異議が社会裁判所の下した諸裁判に向けられていることを理由として、GIB Aを介した決定制度を審査に付すことを避けている。

もともと、ハルツIV判決をみても分かる通り、実体的統制と手続的統制は排斥しあうものではない。例外状況における実体的統制は留保しつつも、一般的なシステム不全の治癒に向けた審査を展開すべきであると思われる。

五 おわりに

本稿は、「健康権」が主観的権利として成立しうるか、成立するとしたらどのようなものかを探る試みであった。日本とドイツにおける法状況を重ね合わせて見るに、日本では環境権の議論の中で発見された、人格権の内容としての「個人の生命、身体、精神および生活に関する利益」は、ドイツでは基本法二条二項一文の生命お

よび身体を害されない権利と同位相にある。もともとそれは、基本的に、防御権および保護義務（日本では私人間効力）次元での議論であった。

「健康」というテーマの中心がさらにその先にあるとすれば、次に問題となるのは医療に対する給付請求権である。ドイツ連邦憲法裁判所が二〇〇五年一月六日に下したニコラウス決定では、極限的状况において、通常の手続では認められないような医療に対する公的医療保険給付が憲法上認められた。それが本源的請求権なのか派生的請求権なのかは議論があるところ、連邦憲法裁判所はこれを自覚的に論じておらず、同決定は基本権ドグマ・テイク上、説得的ではないとされている。また、給付請求が認められるかは、個別事例において社会裁判所が判断しなければならぬことになる。むしろ給付決定に大きな影響をもつGIBBの法的正統性や決定過程を統制すべきとの指摘も有力である。仮に「健康権」が健康に関する諸制度の合理化を求めような作用を持つとすれば、日本でいえば、保険診療の給付範囲の設定に関する、例えば混合診療の憲法問題を考えるうえで大きな示唆を得ることができよう。

また「健康権」の問題は、より根本的には、憲法の番人である裁判所が、積極的な社会政策の番人でもあるべきなのかという問いをも投げかけている。<sup>(45)</sup> 裁判所が社会国家の形成権限につき用法・用量を守らなければならないとすれば、裁判所へ直接訴えかける主観的権利としての「健康権」についてもテーマを絞って成立範囲を限定し、受け入れ可能な審査手法もセットで提示する必要がある、今後より精緻な議論の展開が求められる。<sup>(46)</sup> もっとも、日本国憲法の解釈論として成立するかについては別途注意を払う必要がある。<sup>(47)</sup>

〔付記〕本研究はJSPS科研費17H07042の助成を受けたものである。

- (1) 近年このテーマに着目する所論として、大沢秀介「アメリカの農業政策と憲法」武蔵野大学政治経済研究所年報 一四号(二〇一七年)三七頁以下、大林啓吾『憲法とリスク』(弘文堂、二〇一五年)二五〇頁以下参照。
- (2) 健康権に関わる国内の議論をまとめたものとして、土屋仁美『憲法における健康権の保障と食品の安全性の確保』博士論文(法政大学、二〇一四年)一頁以下(同三九頁以下は消費者保護および食品安全法制を主に扱う)。さらに国際人権レベルの議論として、棟居徳子『健康権(the right to health)の国際社会における現代的意義』社会環境研究一〇号(二〇〇五年)六一頁以下。もっともそれも、高度な社会保障・医療・公衆衛生の水準を持つ先進諸国を対象とした議論であるように思われない。
- (3) 最大判昭和五〇年四月三〇日民集第二九卷四号五七二頁。
- (4) 最判平成元年一月二〇日刑集四三卷一号一頁。
- (5) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)一八六頁。
- (6) 大阪高判昭和五〇年一月二七日判時七九七号三六頁。これに対し、最大判昭和五六年二月一六日民集三五卷一〇号一三六九頁は、「身体に対する侵害、睡眠妨害、静穏な日常生活の営みに対する妨害等の被害及びこれに伴う精神的苦痛」への賠償請求が成立しうるとしつつも、憲法二三条で基礎づけることはしなかった。
- (7) 奥平康弘『憲法Ⅲ』(有斐閣、一九九三年)三三二頁参照。
- (8) 多くのドイツ諸州の憲法には、該当する規定が存在する。例えば、ベルリン憲法二二条二項やブレーメン憲法五七条二項等。
- (9) Vgl. P. Kirchhof, Ein Recht auf Gesundheit?, in: Schumpelick/Vogel (Hrsg.), Volkskrankheiten, 2009, S. 33 ff.; H. Landau, Gesundheit als Staatsziel?, in: Schumpelick/Vogel (Hrsg.), Volkskrankheiten, 2009, S. 589 ff.; C. Pestalozza, Das Recht auf Gesundheit, Bundesgesundheitsblatt 2007, S. 1113 ff. Vgl. E. Schmidt-Albmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2013, S. 1 ff.
- (10) 注(1)で引用した、大沢秀介のフード・ポリシーに関する所論、大林啓吾の公衆衛生に関するリスク論は、ここに属する。
- (11) Pestalozza (Fn. 9), S. 1113.

- (12) *Kirchhof* (Fn. 9), S. 36.
- (13) *Pestalozza* (Fn. 9), S. 1114.
- (14) Vgl. *Pestalozza* (Fn. 9), S. 1115.
- (15) BVerfGE 56, 54 (73 ff.) ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第二版〕』（信山社、二〇〇三年）七八頁以下「松本和彦執筆」参照。
- (16) BVerfG, Beschl. vom 11.08.1999, 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399 (3400). ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）六三頁以下「柏崎敏義執筆」参照。
- (17) BVerfGE 115, 25 (49). ドイツ憲法判例研究会編・前掲注（16）三九〇頁以下「齋藤孝執筆」参照。
- (18) Vgl. *Pestalozza* (Fn. 9), S. 1115 f.
- (19) このことは「篠原永明『指導原理』・客観法・憲法上の権利」甲南法学五七巻一・二号（二〇一六年）一五九頁以下が指摘する「指導原理」実現モデルを選択した結果でもある。
- (20) Vgl. *Pestalozza* (Fn. 9), S. 1116.
- (21) 二〇〇五年ニコロウス決定以前だが社会保険給付の引き下げを扱った論考として、齋藤孝『社会保険給付請求権』の法的作用（一）～（三・完）「聖徳学園岐阜教育大学紀要三三二巻（一九九六年）三三七頁、三四巻（一九九七年）二〇一頁、三五巻（一九九八年）一五三頁参照。近時アメリカの医療保険改革を憲法の観点から考察するものとして、坂田隆介「医療保険改革法とアメリカ憲法（一）～（二・完）」立命館法学三五六号（二〇一四年）一一二一頁、三五九号（二〇一五年）七五頁。もっともアメリカ連邦憲法上問題となるのは、連邦議会の権限（州際通商条項および課税権限）である。
- (22) Vgl. *Schmidt-Abmann* (Fn. 9), S. 15 f. 健康と疾病は、すぐれて個人的なもので、人生のプロセス（例えば「老齡は病か？」）に関連し、社会的にも規定されるのが特徴とされ、その判断主題としては、基本権主体、医療専門職、国家機関があるといわれる。
- (23) Vgl. *O. Leysius*, Das Verhältnis von Sicherheit und Freiheitsrechten in der Bundesrepublik Deutschland nach dem 11. September 2001, S. 16 ff.

- (24) Vgl. Pestalozza (Fn. 9), S. 1117.
- (25) Vgl. Pestalozza (Fn. 9), S. 1117.
- (26) Vgl. Pestalozza (Fn. 9), S. 1117 f.
- (27) 笠木映里「公的医療保険の給付範囲」(有斐閣、二〇〇八年)九頁以下、同「日本の医療保険制度における『混合診療禁止原則』の機能」新世代法政策学研究一九号(二〇一三年)二二一頁以下、小山剛ほか編『判例から考える憲法』(法学書院、二〇一四年)二二七頁以下「畑尻剛執筆」参照。
- (28) BVerfGE 115, 25, ニコラウス決定の通称は、同決定が下された二二月六日が聖ニコラウスの日であったことに由来す。T. Kingreen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtssetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, 880, 要約ツツツ JZ 2006, 463 ff.を参照。
- (29) H.M. Heimg, Hüter der Wohlfaten?, NVwZ 2006, 771.
- (30) BVerfGE 125, 175, 詳ツツは、拙稿『生存権』の法的性質」法学政治学論究一一〇号(二〇一六年)一〇一頁以下参照。
- (31) ペーター・M・フーバー(拙訳)「国民発案と憲法裁判権との間の議会制」日本法学八三卷二号(二〇一七年)二五五頁は、「実体法的規準が結局役立たないところでは、プロセス化へと転調する。それも、立法者への圧力が大きくなりすぎないようにするものである」と説明する。
- (32) 拙稿「社会国家・社会国家原理・社会法」法学政治学論究一〇一号(二〇一四年)二二四頁以下参照。
- (33) F. Hase, Sozialrecht, in: Vesting/Koriath (Hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, 2011, S. 130 f.
- (34) 小山剛「憲法上の権利」の作法〔第三版〕(尚学社、二〇一六年)一七八頁参照。
- (35) BVerfG, Beschl. vom 10.11.2015, 1 BvR 2056/12, Rn. 18.
- (36) 批判ツツツ S. Huster, JZ 2006, 467; Heimg (Fn. 29), S. 771.
- (37) G-B Aによる給付範囲の決定にツツツは、笠木・前掲注(27)二〇〇八年・八五頁以下参照。
- (38) S. Huster, Ein Gericht rudert zurück, Verfassungsblog am 14.05.2017.
- (39) BVerfG, Beschl. vom 10.11.2015, 1 BvR 2056/12.

- (40) BVerfG, Beschl. vom 11.04.2017, 1 BvR 452/17.
- (41) *Huster* (Fn. 38).
- (42) 二〇一五年決定直前に、連邦憲法裁判所裁判官の F・キルヒホフは、G・B・A の憲法上の正統性について疑念を表明したとされる。Vgl. *Ärzte und Krankenkassen entscheiden selbst*, F.AZ vom 20.11.2015.
- (43) G・B・A 指針の法的性格とその問題点につき、赤坂幸一「新たな秩序形成プロセス」法学セミナー七五二号(二〇一七年)七五頁以下参照。
- (44) *Heinig* (Fn. 29), 774.
- (45) *Heinig* (Fn. 29), 774.
- (46) 憲法上直接の給付請求権の承認は、権力分立の観点からは、相当副作用の強い劇薬である。枠組的権利は、これを緩和する手法の一つでもある。憲法上の枠組的権利につき、拙稿・前掲注(30)一一一頁以下参照。法律上の公的疾病保険給付請求権も、枠組的権利と解されている点につき、笠木・前掲注(27)二〇〇八年・九七頁以下参照。
- (47) 拙稿「国家目標規定の憲法理論的意義」比較憲法学研究二九号(二〇一七年)一四三頁参照。