慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「生存権」の法的性質 : 主観的権利としての成立とその意義
Sub Title	Rechtscharakter des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums : Die Entstehung als subjektives Recht und seine Bedeutung
Author	石塚, 壮太郎(Ishizuka, Sotaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2016
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.110, (2016. 9) ,p.101- 134
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20160915-0101

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.

「生存権」の法的性質

――主観的権利としての成立とその意義――

石塚壮太郎

一　はじめに
二　「生存権」の輪郭
㈠　第一次ハルツⅣ判決
㈡　「生存権」をめぐる議論
三　「生存権」の構造および内容
㈠　主観的権利としての構造
㈡　二段階の内容
四　「生存権」に基づく審査
㈠　目的審査――審査対象の同定
㈡　給付額の妥当性――実体・内容論
㈢　手続的・方法論的妥当性
㈣　審査全体の評価
五　結びにかえて

一　はじめに

近年、ドイツではいわゆる「生存権」を中心として、社会的基本権の再構成が行われている。これは、ドイツ基本法において自覚的に排除されてきた社会的基本権という構成（法的類型）を、――少なくとも部分的に――復活させようとする試みである。それが「生存権」分野に限定して遂行されている試みなのか、あるいは社会的基本権という法的類型それ自体を復権せしめんとする試みなのかは定かではない。ドイツ連邦憲法裁判所が二〇一〇年二月九日の（第一次）ハルツⅣ判決[1]で承認した「人間の尊厳に値する生存最低限度の保障を求める基本権」（以下、生存最低限度保障への基本権）は、条文上の根拠として人間の尊厳（基本法一条一項）が重要な役割を果たしている点で、ひとまず「生存権」分野に限定された例外的なものと考えるべきであるが[2]、その権利構造が、社会的基本権という法的類型にとって重要な示唆を与えるものであることも否定できない[3]。

ともあれ本稿では、この現象を社会的基本権という法的類型復活の嚆矢としてではなく、人間の尊厳と結びついたことによる――国家目標規定としての――社会国家原理からの例外的離脱（基本権化）として捉えつつも、そこで構成された基本権も結局は国家目標規定の考え方を部分的に引き継いだ――国家目標規定との連続性を有する――特殊なものであることを示す[4]。

二　「生存権」の輪郭

本章では、ドイツ連邦憲法裁判所が「生存権」を承認した第一次ハルツⅣ判決で、同権利をどのようなものとして

素描したのかを示し、この権利の性質に関する所論を手掛かりとして、同権利の主観的権利としての困難性を明らかにしつつも、それでもなお同裁判所が「生存権」をあえて主観的権利として成立させたことの意義を探る。

(一) 第一次ハルツⅣ判決[5]

二〇〇五年一月一日に成立した、労働市場での現代的サービスに関する法律（通称ハルツ・フィーア〔以下、ハルツⅣ法〕）により、社会扶助法は大きく転換した。従来の社会扶助と失業扶助の二重システムは、社会法典第二編（求職者のための基礎給付〔以下、ＳＧＢⅡ〕）および第一二編（社会扶助）に統合され、稼得可能な者および生計を共にする者（配偶者・パートナーや子ども）は前者、稼得可能でない者は後者による給付を受けることになった。本件で問題となったのは、同法第二編の規定である。ＳＧＢⅡ（旧）二〇条二項前段は、単身者への基礎給付（以下、基準基礎給付）を月額三四五ユーロとした。同法（旧）二〇条三項一文は、一八歳以上のパートナーがいる場合には、基礎給付を二人合計で基準基礎給付の一八〇％とした。同法（旧）二八条一項三文一号は、一四歳までの子に対する基礎給付を基準基礎給付の六〇％、一五歳以上一八歳未満の子に対しては八〇％とした。社会扶助法の規定とは異なり、給付は原則一律化され、特別な需要に対しては、例外的にのみ一回的給付がなされる。判決が下るまでの間の二〇〇九年七月一日に創設された同法（旧）七四条は、六歳以上一四歳未満の子に対する基礎給付を、基準基礎給付の七〇％とした。また、二〇〇九年八月一日に創設された同法（旧）二四ａ条は、就学義務のある子に対し、年額一〇〇ユーロの追加給付を定めた。

基準基礎給付額の算定は、所得・消費抽出調査に基づく統計モデルによる。同調査で判明した単身世帯下位二〇％（社会扶助受給者を除く）の支出が、同給付額（月三四五ユーロ）の最初の端緒となる。同支出は項目ごとに割り振られ、そのうち幾つかの項目については、割合上カットされて、最終的な給付額が算出される。例えば、教育項目は一〇〇

%カット、衣料品項目では仕立服、毛皮製品等が除外されて八九%計上となっている。このように算出された単身者への給付額を基に、パートナーや子どもの給付額が算定される。

ＳＧＢⅡ二〇条二項前段、二〇条三項一文および二八条一項三文一号（すべて旧条文）の合憲性が、連邦憲法裁判所で問われた。同裁判所は、二〇一〇年二月九日の判決（第一次ハルツⅣ判決）で、まず、単身者への基準基礎給付額を定める同法二〇条二項前段を、生存最低限度保障への基本権に反して違憲とし、それを基にパートナーと子どもへの給付額を定める二〇条三項一文および二八条一項三文一号も違憲とした。さらに、ＳＧＢⅡが、「単に一時的でない不可避で恒常的な特別の需要を保障するための給付請求権」を欠いていることも違憲とされた。同基本権に関する説示を、適宜抜粋して引用する。

人間の尊厳に値する生存最低限度の保障を求める基本権は、基本法二〇条一項〔社会国家原理〕と結びついた基本法一条一項〔人間の尊厳〕から生じる。……基本法一条一項から生じるこの基本権は、基本法二〇条一項と結びつくことにより、保障権として、独自の意義を有する。同基本権は、その根拠に関しては任意に処分しえず、履行されなければならず、立法者による具体化と恒常的な更新作業を必要とする。立法者は、提供されるべき諸給付を、公共体のその都度の発展状況および既存の生活状況に適合させなければならず、その際、立法者には形成の余地が認められる（Rn. 133）。

直接憲法から生じる、人間の尊厳に値する生存最低限度の保障を求める給付請求権は、人間の尊厳に値する生存の維持に絶対的に必要不可欠な手段に対してのみ及ぶ。同請求権が基本権の一体的保障を通じて保障するのは、生存最低限度の全体である。そのような基本権の一体的保障は、人間の肉体的生存、すなわち食事、衣服、家具、住居、暖房、衛生および健康をも、人間関係を営むための可能性ならびに社会的、文化的および政治的生活に最低限参加する可能性の確保をも含んでいる。一個人としての人間は、不可避的に、社会的連関の中で存在するからである（Rn. 135）。

人間の尊厳に値する生存最低限度の保障は、法律上の請求権を通じて確保されなければならない。……要扶助者には、国家ま

たは第三者による任意の給付を宛てがわれてはならない。人間の尊厳に値する生存最低限度は、主務官庁に対する市民の具体的な給付請求権を含んだ議会法によって、憲法上保障されなければならない（Rn. 136）。

法律上の給付請求権は、それが常に個々の基本権享有者の、生存に必要不可欠な需要全体を充足するように形成されなければならない（Rn. 137）。

基本法一条一項から生じる給付請求権は、その根拠に関しては憲法上所与である。しかし、この請求権の範囲は、需要の種類やそのために必要不可欠となる手段という観点からして、直接憲法からは導かれえない。その範囲は、人間の尊厳に値する最低限度の生存に必要不可欠なものに関する社会的見解、要扶助者の具体的な生活状況ならびにその都度の経済的・技術的な実情に依存し、したがって立法者によって具体的に定められなければならない。……立法者には、給付請求権を、要件と効果の中で具体化することが課せられる。立法者が、金銭、現物またはサービスのうち、どの給付で生存最低限度を確保するかは、基本的に立法者に委ねられている（Rn. 138）。

請求権の具体化について、立法者は、生存に必要不可欠なすべての消費を、首尾一貫した形で、透明かつ事柄の性質に適した手続で、実際の需要に基づいて、すなわち現実適合的に算定しなければならない。これにつき、立法者はまず、需要の種類とそれに使われる費用を調査し、この基礎に基づいて、需要全体の額を規定しなければならない。基本法は、立法者に対し、そのための特定の手法を規定していない。立法者は、むしろ有用性と事項適合性の枠内で、その手法を自ら選ぶことが許される。もっとも、選択された手法からの逸脱は、事柄の性質に即した正当化を要する（Rn. 139）。

さらに、そのようにして得られた結果は、継続的に審査され、発展させられなければならない。なぜなら、人間の基礎的な生活需要は、原則的としてそれが存在するわずかの間でのみ満たされるにすぎないからである。したがって、立法者は、その時々の実際の需要の充足を確保するために、例えば物価上昇や消費増税のような経済的枠条件の変化に迅速に対応する予防措置を講じなければならない……（Rn. 140）。

(二)「生存権」をめぐる議論

第一次ハルツⅣ判決は、更なる審査に関する説示で、一方では、全体の給付額を問う実体・内容論を補完するために、如何にして「最低限度」を評価・測定したかという観点から手続・説明責任論を展開し、他方では、実体・内容論と並立するものとして、如何にして「最低限度」を満たすべきかという観点から方法・仕組論を発展させている（後述四）。

以上について考察する前提として、同基本権の特徴を把握しておく必要がある。日本でも、この基本権については比較的詳細に論じられている。例えば、人間の尊厳を専門とする玉蟲由樹は大要以下のように述べる。[6]

第一次ハルツⅣ判決においては、「具体的規範統制手続が問題となっている以上、少なくとも訴訟技術的には個人の憲法異議を提起する権限を承認する必要はなかった」ため、「これは訴訟技術上の理由に基づく手続的権利としての承認というよりは、純粋に給付請求権としての性格をもったものである」。

「しかし、最低限度の生活の保障を求める基本権が本当の意味で『基本権』として機能しうるものであるか否かは、この権利が憲法上どこまで具体化可能であるかという問題に依存する。……権利としての具体化ないし実現が憲法レベルにおいてほとんど期待できないときにまで、これを『権利』と呼ぶことにどれだけの意味があるか疑問である」。この点、「あらゆる社会的給付請求権は生活財やサービス分与に関連した権利とならざるをえない」が、「その程度や範囲は、国家による計画可能性および実現可能性によって限定されるため、社会的な給付請求権は『可能性の留保（Vorbehalt des Möglichen）』の下でのみ憲法上保障されるといわれる。このような可能性を適切に判断しうるのは、通常は立法者であると考えられており、それゆえ、この権利の司法的貫徹はほとんど期待しえない。考えられるのは、あくまで立法不作為および明らかな義務の懈怠に対する司法的統制のみである。このように『権利』とされているものが、その実態として、立法者の形成に依存し、その形成内容に対する司法的統制

を期待できないものだとするのであれば、それは権利というより国家目標と理解する方がふさわしい」。

そこで、「問題は、最低限度の生活の保障を求める権利が『基本権』としての内実をもつか否か」だが、第一次ハルツⅣ判決は、この権利を「憲法によってあらかじめ定められたものとしながらも、この請求権の範囲は直接に憲法から導かれうるものではない」としているため、「結果的に、この権利は『法律上の請求権によって保障』される。このとき、立法者に憲法上要求されるのは、請求権の具体化のために、あらゆる生存に不可欠な出費を矛盾なく、現実的な需要にもとづいた透明かつ事実に即した手続において、すなわち現実適合的に評価することに限られる。具体的な給付額について、この基本権は定量化された基準値を提示しえない」。「最低限度の生活の保障を求める権利は、最低限度の生活の維持に必要な財やサービスの給付を直接に要求する権利というよりも、最低限度の生活を国家が実現するように要求する権利である。請求が最低限度の生活そのものではなく、その実現に向けられている以上、権利としては未だ抽象的である。そのような意味での請求権は、国家権力を直接に拘束するとはいい難く、また裁判によって貫徹可能なものでもない。保障の範囲や程度の決定には、常に立法者による関与が要求されるのである。したがって、最低限度の生活の保障を求める権利を社会的給付請求権として見る限りにおいては、それは基本権としての内実をもたないというべき」であり、「本判決での最低限度の生活の保障を求める基本権の承認は、その革新的な外観にもかかわらず、最低限度の生活の内容決定に際して多くのことを成し遂げているとはいえない」。

「この基本権は、第一次的には、立法者による最低限度の生活の保障に関する客観法的義務の指導原理として、さらには主観的権利としての実現委託として理解するのが適切である。その意味では、この基本権の本質は国家目標規定に近い」。

玉蟲の分析は、多くの重要な指摘を含んでいる。①この基本権が、訴訟技術上の理由に基づく手続的権利というよりは、純粋に給付請求権としての性格をもったものであること、②本当の意味での「基本権」においては、憲法レベルでの具体化およびそれに基づく司法的貫徹が期待できなければならず、そうでなければ基本権と呼ぶにふさわしくないこと、③この権利が内容的には法律上保障されるにすぎず、常に立法者の関与を必要とすること、④請求は最低

限度の生活そのものではなく、その実現に向けられており、権利としては未だ抽象的であること、⑤そのような意味での請求権は、国家権力を直接に拘束するとはいい難く、また裁判によって貫徹可能なものでもないこと、⑥それは基本権としての内実をもたないというべきであり、むしろ本質において国家目標規定に近いということである。

1　基本権か、国家目標規定か

まず憲法レベルでの客観法と主観的権利との区別――抽象的には、社会国家原理と社会的基本権――の問題は、権利関係の存否の問題と、司法適合性（Justiziabilität）および執行・貫徹可能性（Vollziehbarkeit und Durchsetzbarkeit）の問題とに分けて論じた方が有益である。というのも、両者は異なる問題群と繋がるからである。前者は憲法異議の出訴可能性の問題と接続し、後者は規範的拘束力の違いに起因する憲法裁判所による統制の限界問題および権力分立原則から生じる判決形式問題[7]に接続する。

(1)　憲法異議の出訴可能性

同基本権が基本権として承認されたことの一つの帰結は、生存最低限を保障する給付法律が不十分だとする個人が、一般裁判所の呈示決定に依存することなく、直接に憲法異議を申し立てることができるようになった点である[8]。ドイツにおける基本権の訴訟手続上の意義（憲法異議出訴権および憲法異議における規準としての機能）を考えると、それだけでも基本権として構成することの利益は非常に大きい。

(2)　異なる規範的拘束力と裁判所による統制の限界

他方で、真の「基本権」という言葉で玉蟲が指摘するのは、権利の憲法レベルでの具体性と、それに基づく司法的貫徹への期待である。「基本権か、それとも国家目標かという二者択一は、憲法生活及び政治課題をどこまで法化し、どれだけ強く法化すべきかについての決断を含んでいる」というライナー・ヴァールの言明は、まさにここで妥当する[9]。

真正の基本権（echtes Grundrecht）として想定されているのは、第一に、個人の自由領域ないし消極的地位（status negativus）を保護する防御権ないし基本権の防御機能であろう。確かに、この基本権類型（Grundrechtstypus）は、結果的に、「直接に適用される法として、立法、執行権および裁判を拘束する（基本法一条三項）」基本権である。この点、本源的給付請求権（originärer Leistungsanspruch）ないし積極的地位（status positivus）を基本権として承認することは、ドイツにおいて自明のものではなく、その程度や内容が確定しない積極的な給付請求権は、基本法三条一項の規準と一致しないとか、そのような「不完全な権利（leges imperfectae）」の具体化は、基本法の権力分立的・民主的秩序に従えば、立法者の事項であり、裁判所のものではないという批判がある。[10] もっとも、このような権利の具体化の必要不可欠性が、真正の基本権としての性格を排除すると考えなければならないわけでは、必ずしもない。[11] これについて、連邦憲法裁判所は、「この規範〔基本法一条一項〕は、基本権として、国家に対する防御権であるだけではない。国家は人間の尊厳を積極的に保護しなければならない」と述べて、[12] 基本権としての性格を認めている。[13]

玉蟲は、《権利内容が憲法上未確定→立法者の関与の必要→裁判による貫徹が困難→国家目標規定》という論理を採用しているが、この点説明が困難となるのは、第一次ハルツⅣ判決では、かなり詳細な審査が展開されているという事実である。[14] そもそも、連邦憲法裁判所自身が、基本権化という選択を憲法解釈によって導いた以上、仮に憲法レベルでの具体性が欠けていたとしても、何らかの形で、権利保護の名にふさわしい司法的統制を遂行することが期待される。[15] また、連邦憲法裁判所が「基本権」という言葉の持つ意味に鈍感であるということは、それまで頑なに主観的権利性を認めてこなかった経緯[16]やドイツにおける議論の経過[17]からすると考え難い。連邦憲法裁判所は、具体的な給付内容が憲法上未確定であること、したがって立法者の関与が必要であることを前提とした上で、これを基本権であると認め、それに適した審査[18]を行うことを決定し、それを実行したと考えられる。とはいえ、《具体的な給付内容が憲法上未確定→立法者の関与の必要→裁判による貫徹が可能→基本権》という論理になる以上、「立法者の関与が必

要であるにもかかわらず裁判による貫徹が可能となる」という部分がどのように実現しえたかについては説明が必要となろう。

2　基本権への立法者の関与

主観的権利の内容への立法者の関与については、幾つかの場面が想定しうる。財産権やプレスの基本権の内容形成は、保護領域を画定する作業と考えることができる。これは、ある法律が、権利内容を形成するものなのか、侵害するものなのかという判断に際して重要である。なお、内容形成それ自体に対しては、防御権型の三段階審査は及ばないが、自由が適切に行使されうるように内容形成がなされなければならないとされている[19]。

他方で、生存最低限度保障への基本権の場合には、権利内容それ自体を立法者が具体化することになるため、内容形成の場合とは性質が異なる[20]。内容形成が基本権的自由の内容確定、すなわち、自由な活動およびそれに対する侵害に備えた前提作業であるのに対し、同基本権の具体化は、基本権そのものの具体化であり、それ以上でもそれ以下でもない。重要なのは、基本権それ自体について、立法者の形成の余地が認められているという点である。それは、生存最低限度保障への基本権の規範的根拠の半分を形成している、国家目標規定とされる社会国家原理から流入している論理であり[21]、一般的な基本権とは異なる（後述三(一)3参照）。玉蟲も、この点をもって、同基本権が「その本質において国家目標規定に近い」と論じたわけだが、確かに、一般的な基本権と異なるという限りにおいてその指摘は正しい。とはいえ、すでに述べたように、このような権利の具体化の必要不可欠性が、真正の基本権としての性格を排除すると考えなければならないわけでは必ずしもない。この点が重要なのは、それにより司法的統制が困難になるからではなく、そのことを踏まえた上で、どのような統制が可能になるかということを、連邦憲法裁判所が検討したからである。

三　「生存権」の構造および内容

前章で明らかとなったのは、裁判所による統制が可能であれば、本当の意味での基本権として「生存権」を認める意味が生じうるということである。どのような権利構成であれば、それが可能となるかということが次に問題となる。もちろん、それは容易ではない[22]。連邦憲法裁判所は、第一次ハルツⅣ判決において、「基本権としての給付請求権の司法適合性の欠如と、（拘束力ある給付権の承認の際の）議会の権限の憲法裁判所への移転とのジレンマ」に直面した[23]。そのようなジレンマを解消するために、連邦憲法裁判所が見出したのが、「保障権」ないし「枠組み基本権」という構成である。

㈠　主観的権利としての構造

1　「枠組み基本権（Rahmengrundrecht）」という構成

国家目標規定の研究を専門とするカール＝ペーター・ゾンマーマンは、「段階的な社会的諸権利（Soziale Recchte in Stufen）」というタイトルで、第一次ハルツⅣ判決を素材に、社会的基本権の独自の存在形態を探究している。「結局のところ、社会的基本権は、国家目標規定から……これを区別することはできない[24]」とされるように、社会的基本権は、伝統的に、独自の存在形態を持つものではないと考えられてきた。では、第一次ハルツⅣ判決で承認された新たな基本権、すなわち「人間の尊厳に値する生存最低限度の保障を求める基本権」は、鋭くも玉蟲が指摘するように、国家目標（規定）として把握するべきであろうか。

(1)　社会的基本権への三つのアプローチ

ゾンマーマンによれば、「一方では、社会的基本権に主観法的側面を付与する試みは、――公共体の経済的給付能力の限界が克服されえないとしても――個人に社会的保証（soziale Verbürgung）を行いたいという願いによって説明されうる。他方で、社会的基本権によって優遇される者を、憲法上命じられた客観的な国家の行為義務により単に反射として優遇されるにすぎない受給者の地位から解放することが重要である」[25]。そして彼によれば、それを目指してなされる社会的諸権利の主観的権利化（Subjektivierung）には、三つのアプローチが存在する。

第一に、伝統的な「主観的権利としての社会的基本権」というアプローチがある。「労働を求める権利または社会的安全（soziale Sicherheit）を求める権利のような社会的給付権が、行為・給付条件ならびに場合によっては組織や手続を規定する法律上の具体化を必要とするという事実からすると、少なくとも具体的な給付の請求可能性を視野に入れる場合には、憲法上の社会的保証に対して直接の請求可能性を創設することは、不可能なことをせよというのに等しい。権力分立からしても、裁判官のルール形成には限界がある。このような理解から、憲法上の社会的保証は、通常、たとえそれが『…を求める権利（Das Recht auf ...）』と定式化されていても、純粋に客観法的に作用する立法委託ないし国家目標規定として解される」。

また、「少なくとも給付の核心を直接の請求可能性を目指す、法解釈的アプローチに、いわゆる『極限事例的手法（Extremfallmethode）』がある」。これによれば、「差し迫った困窮性がある場合には、官庁が、場合によっては裁判官の指示に基づいて、現実の困窮状態（Notlage）を回避するための適切な措置を取りうることになる。いくつかの憲法は、憲法上直接的な主観的給付権を、少なくとも困窮状態について規定している」。例えば、一九九九年スイス連邦憲法一二条は、「困窮状態に陥り、自活することができない者は、扶助および世話、ならびに人間の尊厳に値する生活に不可欠な手段を請求する権利を有する」と規定している。

全体としては確認されうるのは、具体的な給付請求権を社会的基本権から直接に導出することは例外であるが、少なくとも核心領域については主観的権利化の傾向が認められうるということである。

第二に、自由権や平等権と結びつくことによる主観的権利化というアプローチがある。「例えば、社会国家原理のような国家目標規定と結びついた自由権や平等権から、または生命への権利および身体が害されないことへの権利との結合や、給付法上創設された健康を求める権利から、追加的な主観法的地位が生じうる。もっともここでも、具体化規定なしでの履行可能性は限定されている」。このアプローチで、「平等権と社会的保証との結びつきから、比較的広い主観法的射程が生じうるのは、特定の人的集団への具体化された給付規定がすでに存在し、他の集団が正当な細分化根拠なしに給付から締め出されている場合である。連邦憲法裁判所の判例では、平等違反の優遇排除の確認が、何度も、既存の給付体制の更なる人的集団への拡張を導いてきた。その際、社会的な憲法委託の具体化がよく問題となるにもかかわらず、本源的な結合点は、既存の一般法律上の規定である」。

第三に、主観的権利化委託付きの国家目標規定としての社会的基本権というアプローチがある。「主観的権利化の次元をさらに把握するなら、社会的基本権から取り出されうる、立法者への主観的権利化委託が考慮に入れられるべきである。憲法上の社会的保証は、部分的には国家の作用・促進義務として、部分的には基本権として定式化されている」。基本権として定式化されていても、「例えば、社会的安全に配慮する国家の義務だけでなく、『社会的安全を求める権利』が規定されている場合には、この定式は規範的には、供給されるべき社会給付を、相応する潜在的給付受給者の主観法的地位と結びつける、立法者の義務を承認することにより、遂行される」。

玉蟲が指摘した「生存最低限度保障への基本権」の法的性質および構造が、まさに第三のアプローチである。もっとも、第一次ハルツⅣ判決は、同基本権を客観法上の「主観的権利化委託」とするだけではなく、その規範的要求および実際の審査の内容からしても、遥か先へと進んでいる。これは、どのようにして可能となったのか。

(2)　枠組み基本権

第一次ハルツⅣ判決が承認した憲法上の給付請求権は、「まず考えられるような意味で、直接的なわけではない」[26]。同権利は、「第一に、『規範給付を求める請求権』である」（傍線筆者）。なぜなら、「人間の尊厳に値する生存最低限度の保障は、法律上の請求権を通じて確保されていなければならない」からであり、「ここで第二段階、つまり一般法律上での生存最低限度を求める権利の主観的権利化段階が論じられる」（傍線筆者）。これに「以前の判例に依拠して維持される実体的な明白性の統制を付け加えれば、枠組的権利の像が現れる。その角の各頂点において連邦憲法裁判所によって統制されうる枠組みは、具体化する一般法律上の一定の給付権を通じて充塡されなければならない。この意味で、二段階の主観的権利化、ないし――ハンナ・アーレントの定式に依拠して――『権利を求める権利』が語られうる」[27]（傍線筆者）。

ゾンマーマンによれば、この二段階構造は、権利保護に重大な影響を及ぼす。なぜなら、連邦憲法裁判所は、具体化する給付法律に対して、新たな審査の標識を設定するからである。この点、彼は、連邦憲法裁判所が第一次ハルツⅣ判決で、給付法律への審査に際し、結果に対する実体的な明白性の統制にとどまらず、立法者の評価根拠の観点からの、手続に関する実効的な統制を行使しようとする点を指摘する。

2　「枠組み基本権」という構成の検討

社会的基本権の主観的権利としてのあり方を考える上で、「枠組み基本権」[28]という構成が興味深いのは、次の二点である。

いずれも明示的に書かれてはいないが、第一に、憲法上枠組みが示されたそれだけでは不完全な権利は、一般法律上の給付権を通じて充塡され、一個の権利として完成する（さらに後述三(二)2参照）。それゆえ、生存最低限度保障への基本権は、第一に、「規範的給付を求める請求権」なのであり、最終的な到達地点は、「完全な権利（Vollrecht）」と

しての形態の獲得である。その意味で、生存最低限度保障への基本権は、その完成形としては、――平穏な言い方をすれば――憲法（制定者）と一般法律（制定者）との協働作業により獲得されると考えられている。[29] これは、日本の抽象的権利説の給付法一体化（憲法化）論と似ているように思われるが、次の点で決定的に異なる。枠組的権利の補充にあたっては、立法者に形成の余地が与えられているため、憲法上の枠組みを満たしうる給付請求権は複数存在することになる。したがって、同基本権の枠組みに適合する一般法律上の給付請求権の行使が、同時に憲法上の生存最低限度保障への基本権の行使でもある一方で、同基本権は、他の「枠組み適合的」な一般法律上の給付請求権への変更に対して、抵抗力を持たない。このことは、基本権自体の具体化に、立法者の形成の余地が認められていることの帰結である。憲法上示されているのは、権利の枠組みにすぎない。たかが枠組み、されど枠組みである。

また第二に、このようなゾンマーマンの段階的思考は、国家目標規定の構造およびその具体化プロセスを反映させているように思われる。国家目標規定は、憲法上は、目標を規定するのみであり、その実現の手段や程度については確定しない。[30] そのため、少なくともその本質的な部分は、立法者によって具体化されなければならず、その残余については立法者および執行府により更なる具体化がなされる。[31] 枠組み基本権は、そのアナロジーとして、憲法上の「基本権」としては、枠組みのみが規定され、その充塡は、立法者による「給付権」の形成を通じてなされる。明示されてはいないが、このように考えているものと思われる。国家目標規定との違いは、枠組み基本権が、各段階（ここでは憲法および一般法律）における主観的権利の連関の中でのみ、捉えられる点だろう。

3 「保障権（Gewährleistungsrecht）」という構成

生存最低限度保障への基本権を構成する方法として、枠組み基本権のほかに、「保障権（Gewährleistungsrecht）」という有力な見解がある。第一次ハルツⅣ判決も、「基本法一条一項から生じるこの基本権は、基本法二〇条一項と結びつくことにより、保障権として……独自の意義を有する」として、この術語を用いている。[32]

この見解の基本となるテーゼは、「保障権は、根拠に関してのみ（nur dem Grunde nach）確保されている」（傍線原著者）ということである。[33] 憲法は国家に、生存最低限度を保障する義務を課すが、その請求権の範囲は憲法から直接には導かれえない。その具体化は立法者に命じられ、立法者は、給付請求権の要件と効果を具体化する義務がある。「憲法（および憲法解釈）の過剰要求は、こうして回避される」。[34] 連邦憲法裁判所は、憲法上直接の給付請求権を断念する代わりに、給付請求権を憲法上その根拠に関してのみ与えた。この点で、つまり、根拠に関しては、生存最低限度保障への基本権は、「任意に処分しえず（unverfügbar）、履行されなければならない」（BVerfGE 125, 175［255］）。これが意味するのは、立法者が何もしないでいることは許されず、権限ある給付官庁に対する市民の、具体的な（一般法律上の）給付請求権を含む、議会法を制定しなければならないということであり、さらに立法者がそれを十分に履行しない場合には、一般法律はその形成の欠缺の範囲において違憲となるということである。

この見解にとって参考とされるのは、一九七七年においてすでにユルゲン・シュヴァーベが述べていたように、要件と効果における給付請求権の憲法上の未確定性は、主観的権利にとって不利な結論を導くのであって、国家の給付義務に対してではないということである。[35] つまり、両者を区別すれば、国家の給付義務は成立するということだが、連邦憲法裁判所はさらに進んで、憲法上の確定性を断念し、最初から憲法上未確定な権利として、この権利を構成することにより、新たな可能性／第三の道を開拓した。また、「保障権」は、用語法としては、ハンス・ハインリヒ・ルップが、一九七二年に提唱した「保障原理」が主観的権利化したものと考えることもできるとされている。[36]

「保障権」の規範的性質は、規範的根拠の観点からも説明されうる（以下要約）[37]：

この基本権のそのような性質は、「基本法二〇条一項と結びついた基本法一条一項」という法的根拠からも説明されうる。同

基本権は、基本法一条一項に規定された人間の尊厳とも、基本法二〇条一項に規定された社会国家原理とも、性質・内容それぞれにおいて異なり、同時にそれぞれを部分的に継受している。その意味で、両規範は分かちがたく結びついている。人間の尊厳の保障が、請求権の憲法上の根拠と、その内容上の基準を与えるのに対し、社会国家原理は人間の尊厳を補完すると同時に、そこに「ヤヌスの双面的機能」を与える。

一方では、同基本権は、基本法一条一項の保護領域を拡大する。一九五一年の判決（BVerfGE 1, 97）では、人間の尊厳は、第三者による人間の尊厳に違反する行為からの保護を求める権利を含むが、これは物質的困窮からの保護を含むものではないとされたところ、第一次ハルツⅣ判決は、社会国家原理を通じて、人間の尊厳に、狭義の給付請求権的・社会国家的次元を付け加えた。

他方で、社会国家原理には、形成的・動態的要素が本来備わっている。基本法二〇条一項は、社会給付に関する特定の水準を規定しておらず、むしろその都度の発展状況や生活状況に合わせて、社会的公共体を発展させるよう国家に求めている。生存最低限度の確定も、社会の枠条件に合わせて繰り返し新たに規定されなければならない、（社会政治的）評価と不可避的に結びついた形成的行為であるという点で変わりない。では一体だれが、基本法の権限秩序において、このような形成的行為をなしうるか、またなさねばならないか、という問題になる。連邦憲法裁判所は、すでに何度も社会国家原理の具体化は、立法者の任務であると述べている。また、基本権実現にとって重要な規律は立法者が自らしなければならないということが、法治国家原理および民主政原理（基本法二〇条一項および三項）から導かれる。このことは、社会政治的決定が常に歳出と関連し、したがって予算法立法者の権限（基本法一一〇条二項一文参照）に基づく限りで、いっそう妥当する。連邦憲法裁判所は、社会国家原理の具体化について、常に広範な形成の余地を立法者に認めてきた。したがって、立法者だけが生存最低限度の額（Höhe）を決めることができ、憲法裁判上審査することができない形成の余地が立法者に与えられなければならないというのは、正しい。

つまり、社会国家原理は、この点で、ある程度、基本法一条一項の規範力を相対化している。人間の尊厳に値する生存最低限度への保障権は、その性質上、――人間の尊厳保障の絶対的な尊重請求権とは異なり――相対的である。

4　「保障権」という構成の検討

この見解は、枠組的権利説と比べて、主観的権利としての「構造」をそれほど意識したものではない。むしろ、その主眼は、憲法上の本源的給付請求権の成立可能性、つまり「基本権としての給付請求権の司法適合性の欠如と、（拘束力ある給付権の承認の際の）議会の権限の憲法裁判所への移転とのジレンマ」の解消のために、「本源的給付請求権の支持者と反対者との間での妥協（Kompromiss）」点を探ることにある。[38] この見解が「第三の道」とされる所以である。もっとも、保障権説を防御権的構成とは異なるという程度の意味で捉えれば、枠組的権利説との間に実践的に大きな違いはない。

㈡　二段階の内容

両説の構成は、権利内容のあり方にも影響を及ぼし、また、従来あまり意識されてこなかった憲法上の「生存権」と一般法律上の社会扶助請求権との連続性にも注意を喚起する。さらに、枠組的権利説を参照すれば、規範性を発揮する基礎となる枠組み部分と、給付要件および給付内容からなる抽象的な給付権部分という、二段階の権利内容が明らかとなる。

1　生存最低限度とその「保障」

玉蟲は、「最低限度の生活の保障を求める権利は、最低限度の生活の維持に必要な財やサービスの給付を直接に要求する権利というよりも、最低限度の生活を国家が実現するように要求する権利である。請求が最低限度の生活そのものではなく、その実現に向けられている」と分析している。[39] これは部分的には、極めて正しい認識である。もっとも、玉蟲の場合、したがって「権利としては未だ抽象的」であり、同権利は「その革新的な外観にもかかわらず、最低限度の生活の内容決定に際して多くのことを成し遂げているとはいえない」と繋がっていくわけだが、実はこの点

は、日本における議論とドイツにおける議論との大きな違いを示している。日本における生存権は、基本的に、「必要な財やサービスの給付を直接に要求する権利」として理解されている。それに対し、ドイツにおける「生存権」は、第一に「生存最低限度を国家が保障することを要求する権利」であり、その限りで、給付の対象は規範にまで広がる。これが、「枠組み基本権」および「保障権」の前提となる認識である。

この点について、ドイツの論者の間でも幾つかの見解があるが、一つの見方は、同基本権は、事実上の給付ではなく、規範的給付に向けられているとするものである。[40] 同基本権に基づき主張できるのは、もっぱら一般法律上の給付規定の形式での立法者の行為だけであり、具体的な給付それ自体の確保ではないという見解である。この見解は、「立法上の形成裁量により、連邦憲法裁判所は、独自の評価および価値づけに基づき形成的に自ら一定の給付額を定める権限を有しない」という同判決の説示（BVerfGE 125, 175［256］）――もっとも、同判示部分の記述は、判決形式に関わるものであったことに注意すべきである――を根拠としている。これは、同基本権が、直接憲法からは、その範囲について（dem Umfang nach）ではなく、その根拠について（dem Grunde nach）しか導かれないことから生じる必然的帰結であるとされる。もし憲法が、どのような種類の需要をどの額で満たされるべきかについての定量化された規準を提供できないのであれば、司法権が必要不可欠な給付範囲に関する独自の決定を行うことができるような、法的規準は欠けていることになる。したがって、もし裁判所がそのような規準なしに自ら給付を具体化すれば、政治的形成のための限界を踏み越えることになる。これを示したものとして、「ここで〔種類と範囲について一定の給付を定める際に［挿入 Mayen］〕必要不可欠な価値づけは、議会の立法者に与えられる。〔裁判所ではなく［挿入 Mayen］〕立法者は、給付請求権を、要件と効果の中で具体化しなければならない」という第一次ハルツⅣ判決の判示（BVerfGE 125, 175［224］）が引用されている。[41] この価値づけの枠内では、立法者は給付の財政的根拠をも考慮することが許されるとされる。というのも、立法者による給付請求権の具体化の必要不可欠性は、とりわけ、そのような

給付請求権の基礎付けが公的予算に対する重大な財政的影響と結びつくことから導かれるからである。[42] これにより、従来学説で主張されていた給付請求権と比べ、「保障権」は明らかに弱められているという。

これに対し、ゾンマーマンの「枠組み基本権」論は、第一段階で憲法上の枠組的権利（Rahmenrecht）を創出し、その補充として、第二段階で一般法律上の給付権が求められる。第一に、枠組みが権利内容であり、第二に、そこで要求される一般法律上の給付権の抽象的内容も、同基本権の権利内容と解することができるだろう。

私見でも、「生存最低限度」を求める権利ではなく、「生存最低限度の保障」を求める権利と定式化されていることにやはり注目すべきである。これは、確かに最初の見解が述べるように、事実上の給付を保障内容から排除し、給付権の給付に舵を切ったようにも見えるが、そうではなく、最低限度の「保障」を国家に求める権利であると読むべきで、つまり、立法者による給付権の給付は、原則的な「保障」の一形態にすぎない。例外的には、裁判所による事実上の給付や給付権の給付（どういう形をとるべきかは考慮する必要がある）の余地も残されているとみるべきである。同判決で、社会法典の規定にない過酷事例に際しての給付が例外的に認められたことは、少なくとも裁判所による具体的な給付が一切排除されていると解することに対する反証になりうる。そして、「保障」という言葉が挿入されたことのもう一つの意味として、裁判所がこの分野で「保障主体」として役割を果たしうることを自ら示したと考えることができる。同基本権が、基本法一条三項に適合する「基本権」であり、裁判所も一定の役割を果たすためには、「生存最低限度」を求める権利では狭すぎると連邦憲法裁判所は考えたのではないか。

2　給付根拠・給付範囲・給付額

仮にゾンマーマンの考えを敷衍して、同基本権が一般法律上の社会扶助請求権と一体であり、単に規範ヒエラルキーの都合上、多層的に設定されているのだと考えると、その権利構造は、社会扶助請求権の構造を当然に引き継ぐことになる。すなわち、給付条件と給付内容（それぞれ要件と効果に対応する）という構成である。社会扶助請求権の

性質からしても、それを引き継いだ連邦憲法裁判所の判示からしても、給付要件は要扶助性の存在であり、給付内容は、人間の尊厳に値する生存の維持に必要不可欠な手段である。このように見ると、抽象的レベルではあるが、憲法上の給付請求権も形は整っていることに気づく。より単純に同基本権の構造を考察すると、社会扶助請求権を構成する給付条件と給付内容が、抽象的なレベルでのみ、憲法上規定されていると見ることも可能である。連邦憲法裁判所が「基本法一条一項の給付請求権は、根拠については（dem Grunde nach）、憲法上規定されたものである」が、「請求権の範囲は、需要の種類やそれに必要な手段の観点から、直接憲法から導かれうるものではない」とするとき、前者により意図されているのは、Anspruch dem Grunde nach（給付根拠に関する請求権）、後者では Anspruch dem Umfang und der Höhe nach（給付範囲と額に関する請求権）である。

そもそも一般法律上の給付請求権の構成とは何か。例えば、社会法典第一二編の「社会扶助への法的請求権は、通常、根拠に関する請求権である。つまりそれは、社会扶助の担い手が活動し、扶助を給付することを狙いとしている。これに対して、扶助の種類と程度に関する決定は、社会法典第一二編が裁量を排除しない限り、社会扶助の担い手の義務的裁量の中にある（社会法典第一二編一七条二項）[43]」。とすれば、実際には、扶助の種類と程度について、行政による更なる決定（裁量権行使）が必要となる。ここでの「根拠に関する請求権」は、「額に関する請求権（Anspruch der Höhe nach）」との対比として使用されている。一般的な給付条件が満たされただけではまだ、その給付金額は決まらない。その状態を指して、「根拠に関する請求権」を有するといい、給付金額を決定する段階で初めて「額に関する請求権」が問題となる。また、「根拠に関する請求権」は、一般的な給付条件として、個人的な給付条件と区別して用いられることもある。

Anspruch dem Umfang nach（範囲に関する請求権）という用語は一般的でないが、どこまでが給付の対象となるか、どのような方法で給付が行われるべきかを示すものとして、憲法レベルでの給付請求権の設定に際して、必要となっ

た概念区分と考えられる。

給付条件と給付内容との関係で考えると、給付条件に関しては憲法で定められており、給付内容に関しては直接憲法からは導かれない。請求権の側から換言すると、「人は、憲法上、Anspruch dem Grunde nach を有するが、Anspruch dem Umfang nach を有しない、したがって、Anspruch dem Höhe nach も有しない」となる。

もっとも、「Anspruch dem Höhe nach を有しない」ことは確かだとしても、実際に「Anspruch dem Umfang nach」について、判決は――なお抽象的ではあるが――比較的具体的に述べている。すなわち、基本権的「保障」の対象となる「生存最低限度」を求める請求権が、「基本権の一体的保障を通じて保障するのは、生存最低限度の全体である。そのような基本権の一体的保障は、人間の肉体的生存、すなわち食事、衣服、家具、住居、暖房、衛生および健康をも、人間関係を営むための可能性ならびに社会的、文化的および政治的生活に最低限参加する可能性の確保をも含んでいる」という点である。とはいえ、給付提供の種類と方法（金銭給付、現物給付またはサービス給付か）に関して立法者は完全に自由であるし[44]、また、例えば具体的に、衣料品項目で仕立服や毛皮製品が計上されないのはおかしいと憲法上主張することは難しいであろう。

3　保障権か、枠組み基本権か

以上の点を踏まえると、同基本権を説明するのに、保障権と、枠組み基本権と、どちらが適しているだろうか。なお、連邦憲法裁判所は「保障権」という言葉を使っているが、それ自体の説明は一切ないので、保障権とは、学説で説明されるそれを指す。両者は多くの部分で主張が重なっているが、違いがあるとすれば、保障権が、一定の要請を満たす一般法律上の給付請求権を求める権利であるのに対し（峻別指向）、枠組み基本権が、憲法上の枠組的権利とそれを満たす一般法律上の給付請求権という二段構えで、同基本権を把握している点であろう（非峻別指向）。社会扶助請求権（の給付条件と給付内容という構成）から一直線で説明するには後者の方が適している。連邦憲法裁判所の同

基本権に関する記述は、一般法律上の権利の抽象的内容も、憲法上の権利の内容としている節がある。とすれば、憲法上の保障権とその給付内容としての一般法律上の給付請求権を区別する「保障権論」よりも、枠組みが満たされるという形で憲法上の枠組的権利と一般法律上の給付請求権が一体化する「枠組み基本権」の方が、この点を上手く説明できている。

4　憲法上の枠組み

では一体、憲法上の枠組みとして何があるのか。第一次ハルツⅣ判決（前述二㈠参照）によれば、第一に、主観的権利原則、すなわち一般法律上での権利形式の憲法上の保障である（あえて書けばAnspruch der Form nach）。第二に、需要充足の原則（Bedarfdeckungsprinzip）[45]、第三に、需要充足のための（透明かつ適正な）手続の保障、第四に、予防措置の設置である。

四　「生存権」に基づく審査

同判決は、前章までで説明された権利構造、より具体的には「連邦憲法裁判所によって統制されうる枠組み」を前提に、ハルツⅣ法に対する詳細な統制を展開したと考えられる。そのことが「生存権」が本当の基本権である意義だとすれば、最後に、どのように統制がなされたのかも確認しておく必要がある。審査図式は、全体として以下のようなものである。①実体審査（給付額の妥当性に関する明白性のコントロール）、②給付算定の基礎と手法（調査手続を含む）の審査（細かくは、ⓐ立法目的の妥当性、ⓑ有用な計算手法の選択の有無、ⓒ適切な調査の有無、ⓓ選択した手続とその構造原理からの逸脱の有無）、③生存最低限度決定のために立法手続で導入した手法および算定過程を追証可能なよう明らかにする責務（Obligation）を果たしたかどうかの審査である。

(一)　目的審査――審査対象の同定

第一に、立法目的の妥当性を含め、同基本権を基本的に実現する法が同定される。社会法典第二編がどの範囲で何を規律した法か分からなければ話が始まらないからである。[46]

この点、連邦憲法裁判所は、同法が同基本権の実体的規準に即して生存最低限を社会的に保障する補足的システムを創設しており、その目的は、肉体面および社会面での生存最低限度の充足にあるとされる。生存最低限度に関わるが、そこに含まれないその他の社会給付の存在も確認され、ここで基礎給付のカバー範囲がある程度明確となる。

(二)　給付額の妥当性――実体・内容論

【審査強度の決定要因】「請求権の範囲は、需要の種類やそれに必要不可欠な手段という観点からして、直接憲法から導出できるものではなく、「立法者によって具体的に定められなければならない」。もっとも、立法者には「時代や実態に即して社会の現実を把握する」ことが課され、「ここでの価値判断は立法者に帰属する」。「立法者には給付請求権を、要件と効果の中で具体化することが課せられる」。

【審査図式】「生存最低限度の算定に際しての立法者の形成の余地には、連邦憲法裁判所を通じた一般法律上の規定の抑制された統制が対応する。基本法自体は、請求権の正確な見積りを許していないので、――結果に関わる――実体審査は、諸給付が明らかに不十分かに限定される」。

【審査結果】基礎給付の三四五ユーロ、需要共同体の成人パートナーに対する三一一ユーロ、一四歳未満の子に適用される二〇七ユーロは、明らかに不十分とはいえない。

【評価】ここでは、立法者の広い形成の余地が強調され、いわゆる「明白性の統制」がなされる。これは、異議申

立人が、憲法上、額に関する請求権（Anspruch der Höhe nach）を有しないことから生じる真っ当な帰結である。

とはいえ、形成の余地が広いことは、法律の違憲性を導かないことを意味しているわけではない。確かに、数値的な規準をもたらすような、一般的調査や他の法制度上の水準（訴訟費用扶助法上の所得制限や差押制限、所得税法上の扶養控除額）が比較の対象となっているが、一般的調査はむしろ、明らかに不十分ではないことの一定程度の根拠となり、他の法制度上の水準との比較は、その都度の法の本質が異なりうることを理由に排除されている。しかし、一般的調査からして明らかに不十分な場合、あるいは他の法制度の本質が異ならない場合の比較が排除されていないことには注目する必要がある。首尾一貫性（ないし体系的正当性）的思考が、適用される余地が残された。[47]

㈢　手続的・方法論的妥当性

1　「最低限度」の測定・評価――手続・説明責任論

②給付算定の基礎と手法（調査手続を含む）の審査（ⓑ有用な計算手法の選択の有無、ⓒ適切な調査の有無、ⓓ選択した手続とその構造原理からの逸脱の有無）がなされる。

(1)　有用な計算手法が選択されたか（ⓑ）

【審査結果】「立法者は、人間の尊厳に値する生存最低限度の保障に必要不可欠な給付を、現実適合的に算定するという原則に適した方法に依拠している」。マーケット・バスケット方式を憲法上優先させる必要はない。「現行の統計モデルは妥当な経験上のデータを根拠としている」。また、下位二〇％という参照グループの選択は適切な考慮に基づいている上に、そこから社会扶助受給者を除外することで、循環論法を適切に避けている。

(2)　統計モデルの構造原理からの逸脱の正当化（ⓓ）

【統計モデルからの逸脱】統計上算出された支出から項目ごとに一定の割合でカットを行うことは許されるが、こ

のカットは、生存最低限度に不要と認められるか、他の社会給付や他の法律での免除への請求権で賄われている場合には正当化される。また、カット率も納得のいく収集データから導かれるものでなければならない。すなわち「でたらめの見積り」は許されない。

【審査結果】三四五ユーロという基礎給付は、立法者が自ら選択した統計モデルの構造原理から実体的正当化なく逸脱しており、憲法適合的な方法で算出されたものとはいえない。幾つかの項目の控除は、所得・消費抽出調査の評価から説明するのは不可能である。例えば、暖房費は他の給付で賄われるという理由でカットされた電気支出の一五％（幾つかの家庭では電気で暖房している）は、なぜ節約すれば電気需要が充足されうるのか説明されえない。また、教育関連費用や、娯楽・文化関連費用は一〇〇％カットされているが、その理由も明らかではない。

したがって、そこから導かれるパートナーおよび子どもに対する給付額も、自動的に同基本権に違反することになる。

また、基礎給付額は、実質年金価額の変動と連動することになっていたが、実質年金価額は、「生存最低限度の保障に必要不可欠な給付を量的に示したり、需要の変動に応じて毎年更新したりすることを目的としていない」ため、統計調査手法の構造原理から妥当でない方法で逸脱している。

【コメント】実質年金価額との連動に理由がないとされたことは、予防措置が適切に設置されているかという内容の審査である。

(3)　適切な調査の有無（ⓒ）

【審査結果①】パートナーに適用される三一一ユーロが、単身者と合わせて一八〇％に設定されていることは、十分な経験的基礎に基づいている。算出基礎となったドイツ公私扶助連盟の調査は、適切な方法で行われていた。

【審査結果②】一四歳未満の子どもに適用される二〇七ユーロ（六〇％）の決定は、妥当でない方法に基づいてい

る。子どもの特殊需要は、日常経験からも明らかであるにもかかわらず、調査を行っていない。とりわけ、就学義務を果たすために必要な支出がこれにあたる。子どもは小さな大人ではない。四〇％控除は、何らかの経験的方法的基礎を欠く、フリーハンドの設定に基づいている。例えば、参照した調査は、同法の子どもの区分（一四歳未満か、一四歳以上一八歳未満）が二段階であるのに対し、三段階の設定がなされている。

(4) 立法者の修正措置に対する評価

【審査結果①】二〇〇七年基準額法令は、娯楽・文化関連費用を一〇〇％で見積るなどの変更を行ったが、なお説明されえない控除は残されている。

【審査結果②】この間子どもの区分は三段階になり、六歳以上一四歳未満の子どもの社会手当は七〇％となったが、この規定がなお成人単身者の需要と関連付けられている点で、子供特有の需要調査にかかる要請に適しているとはいえない。

また、この間新設された社会法典第二編二四a条の年額一〇〇ユーロの給付も、就学需要が、最低限度に含まれないというイメージを基にしている点で、同基本権と一致しない。就学需要の調査も欠けており、一〇〇ユーロというのもフリーハンドの見積りである。

2 「最低限度」を充足する構造・枠組み——実体・方法仕組論

【審査結果】「単に一時的でない不可避で恒常的な特別の需要を保障するための給付請求権を予定する規定が社会法典第二編に欠けている点は、同基本権に違反する。その種の規定は、社会法典第二編二〇条以下では充足されない需要のためには必要不可欠であり、というのも基準給付の依拠する統計が反映するのは、単に通常の需要状態における平均的需要にすぎず、それを超える、非典型的な需要状態に基づく特別の需要ではないからである」。第二編の規定全体で認められる個々の特殊な需要の充足は十分ではない。「特殊な状況で平均を超える高額の需要が生じた場合、

基礎給付は不十分となる」。「この追加請求権は、実体的要件の狭さと厳格さからして、めったなケースでは発生しないだろう」。

【コメント】実は、統計モデルを選択したことにともない、一律化が促進され特殊需要への対応が難しくなっていた。この点は、社会扶助法上の個別性原理が、需要充足原理を満たす上で、過度な一律化に対抗するないしその補完的措置を求める形成原理として働いていることを示しているかもしれない。[48]

3　立法過程の統制の前提？

生存最低限度決定のために立法手続の中で導入した手法および算定過程を追証可能なよう明らかにする責務（Obligation）[49]は、大きなインパクトを持つが、これに関して違反したという説示はない。基準額法令を通じて、社会法典第二編の規定で、基礎給付額が定まるという構造に問題がなかったということだろう。これは、立法過程を統制するのに必要となる前提である。[50]

㈣　審査全体の評価

ゾンマーマンは、従来までとの違いとして、合理的で説得的な給付算定のための立法者の論証負担の増加と、手続・手法・透明性の統制により実体的な明白性の統制が補完されたことを挙げている。[51]新たな審査プログラム全体が、明白性の統制の枠内にとどまるのかが議論されるという。この点、マティアス・クラットは、手続に関わる審査には、異なる――比較的高められた――規準が使われているとしている。[52]

この手続に関わる審査が、どのような性質のものでどこまで及ぶのかについては議論がある。第二次ハルツⅣ決定に至るまでの、下級審の判断が割れたのは、その点に関する理解に相違があったためである。[53]審査の中で問題となる根拠づけ義務についても、どの時点で（立法時か口頭弁論か）果たさなければならない義務なのかについて、さらに議

論がある。[54] また、手続に関わる審査（「最低限度」の測定・評価）の中で、首尾一貫性審査が用いられているという評価がある。[55] これらの検討・評価については、別稿を期す。

五　結びにかえて

本稿の考察で明らかとなったのは、ドイツで発見された「生存権」が二つの顔を持っているということである。それは、二つの規範的根拠の側面から受け継がれている。第一に、絶対的保障を享受する人間の尊厳。それによる基本権化で、より突っ込んだ審査が可能になった。この点は、従来からすると貫徹可能性が高まった、基本権たるに足る保障の水準に達したとも評価できる。とすれば、これを基本権と呼ぶ意味も十分にある。第二に、国家目標規定たる社会国家原理。広義の社会法によって実現されるという同原理の性質を、「生存権」は引き継いでいる。したがって、同基本権は、一般法律上の社会給付請求権の構造たる、給付条件と給付内容という構成から説明できる。もっとも、憲法上の枠組みから生じる規範的要請は、これとは別に考える必要があり、この点で、ゾンマーマンの「枠組的権利」の考え方が参考になる。「枠組み基本権」には、憲法上の枠組みとしての第一段階、それを補充する形で形成される一般法律上の給付請求権という第二段階がある。生存最低限度保障への基本権は、第一段階により、憲法的規範性を発揮することができ、第二段階により、本源的給付請求権の構造（給付条件と給付内容）を維持することができる。それは、憲法上の要請を上位に掲げつつ、根拠から範囲・内容を経て額に至る、社会給付請求権の諸段階を前提としており、かなり難解な連邦憲法裁判所の説明――給付請求権の保障を求める権利でありながら、保障される給付請求権の内容が基本権の内容でもあるということ――とも相当程度適合する。

以上の議論は、日本の生存権を考える際にも、大いに参考となろう。

（1）BVerfGE 125, 175. 同判決は、その後改正法を合憲とした二〇一四年七月二三日の連邦憲法裁判所決定（BVerfGE 137, 34）との区別において、第一次ハルツⅣ判決とする。

（2）*Tobias Aubel*, Das Gewährleistungsrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, in: Emmenegger/Wiedmann（Hrsg.）, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2（2011）, S. 295.

（3）*Karl-Peter Sommermann*, Soziale Rechte in Stufen: Überwindung einer alten Debatte?, in: Calliess/Kahl/Schmalenbach（Hrsg.）, Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union（2014）, S. 125.

（4）Vgl. *Aubel*（Fn. 2）, S. 278 ff., 286 ff.

（5）BVerfGE 125, 175. 邦訳として、嶋田佳広「二〇一〇年二月九日ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決」賃金と社会保障一五三九号（二〇一一年）七一頁を参考とした。

（6）玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（二〇一三年）二二三～二二九頁。

（7）判決形式のあり方につき、入井凡乃「事後的是正義務と新規律義務」法学政治学論究一〇一号（二〇一四年）一〇四頁以下参照。

（8）*Sommermann*（Fn. 3）, S. 123. 実際に、第二次ハルツⅣ決定（BVerfGE 137, 34）では、憲法異議を通じた申し立てがあった。BVerfG, Beschl. vom 23.7.2014, 1 BvR 1691/13.

（9）ライナー・ヴァール（小山剛／中野雅紀訳）「日本とドイツの比較憲法」ドイツ憲法判例研究会編『先端科学技術と人権』（二〇〇五年）一七頁。

（10）Vgl. *Thomas Mayen*, Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums,in: Sachs/Siekmann（Hrsg.）, FS für Klaus Stern（2012）, S. 1457 f.

（11）*Aubel*（Fn. 2）, S. 277. とはいえ、その成立範囲は問題となる。憲法上の給付請求権の承認に対する一般的な反対論拠として、*Wolfgang Rüfner*, Leistungsrechte, in: Merten/Papier（Hrsg.）, HbdGR, Bd. 2（2006）, § 40, Rn. 11 ff.

（12）BVerfGE 125, 175（222）. 連邦憲法裁判所は、一九五一年の時点では、人間の尊厳の保護が、積極的行為義務を含むとしながらも、それは物質的困窮に及ばないとしていた（BVerfGE 1, 97［104］）。玉蟲・前掲注（6）一九四頁以下参照。

（13）*Mayen*（Fn. 10）, S. 1454 f. が指摘するように、憲法上の国家の義務が、主観的権利化されたことに関する連邦憲法裁判所の説明は、実はあまり説得的ではない。

(14) *Mayen* (Fn. 10), S. 1462 は、連邦憲法裁判所がここで「前へと勇敢な一歩を踏み出した」と評し、*Sommermann* (Fn. 3), S. 125 は、以前から用いられてきた明白性の統制に比して「明らかな逸脱」が見られるとする。

(15) *Sommermann* (Fn. 3), S. 123 f.

(16) *Mayen* (Fn. 10), S. 1453 ff.; *Aubel* (Fn. 2), S. 278 ff.; *Sommermann* (Fn. 3), S. 119. これに対して、*Jakob Julius Nolte*, Rationale Rechtsfindung im Sozialrecht, Der Staat 52 (2013), S. 245.

(17) ヴィンフリート・ブローム（大橋洋一訳）「社会的基本権と憲法における国家目標規定（一）」自治研究七五巻五号（一九九四年）六五頁。

(18) *Aubel* (Fn. 2), S. 286 によれば、同基本権は、「自由権的基本権で用いられる基本権適用モデル（保護領域—介入—憲法的正当化）には統合されえない。連邦憲法裁判所は『直接の憲法上の給付請求権』を問題としていたので、給付条件と給付内容への区分けが——一般法律上の給付請求権に用いられる審査図式に従い——適していた」（傍線筆者）。

(19) 小山剛『基本権の内容形成』（二〇〇四年）六六頁、一一四頁、一五三頁以下。

(20) 小山剛「演習　憲法二」法教二七二号（二〇〇三年）一二一頁。

(21) *Aubel* (Fn. 2), S. 278 f.

(22) 「社会的基本権を、自由権と同じように、直接に執行可能な規範として憲法に挿入するのは、実践的な理由から実行不能である」からである（*Rüfner* [Fn. 11], Rn. 52）。

(23) *Mayen* (Fn. 10), S. 1458.

(24) コンラート・ヘッセ（初宿正典ほか訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（二〇〇六年）一三二頁。

(25) *Sommermann* (Fn. 3), S. 112–118.

(26) *Sommermann* (Fn. 3), S. 120.

(27) *Sommermann* (Fn. 3), S. 122.

(28) この概念の創出にあたって、ドイツ法の文脈では伝統的に「大綱法」と訳される「枠組み法（Rahmengesetz）」が参照されたことが想像に難くない。枠組み法については、人見剛「『枠組み法』研究序説」自治総研四三八号（二〇一五年）四九頁以下。

(29) 日本では、尾形健『福祉国家と憲法構造』（二〇一一年）一四五頁以下。

（30）詳しくは、小山・前掲注（19）二六四頁以下。

（31）*K.P. Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 383 ff.

（32）BVerfGE 125, 175（222）. 用語法につき、*Aubel*（Fn. 2）, S. 276 は、同用語が、単に防御権との区別のために用いられたと考えており、「保障国家（Gewährleistungsstaat）」との、概念上の結びつきは疑わしいとするが、一定の関連性も見られるように思われる。保障国家につき、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（二〇一三年）一七頁以下。

（33）*Mayen*（Fn. 10）, S. 1459.

（34）*Mayen*（Fn. 10）, S. 1459.

（35）*Jürgen Schwabe*, Problem der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 255 ff. Vgl. *Mayen*（Fn. 10）, S. 1459.

（36）*Hans Heinrich Rupp*, VVDStRL 30（1972）, S. 181. Vgl. *Mayen*（Fn. 10）, S. 1459.

（37）*Aubel*（Fn. 2）, S. 278–280.

（38）*Mayen*（Fn. 10）, S. 1458, 1473.

（39）玉蟲・前掲注（6）二二七頁以下。

（40）*Mayen*（Fn. 10）, S. 1460 f.

（41）*Mayen*（Fn. 10）, S. 1461.

（42）BVerfGE 125, 175（224）. それに対して、*Ralf Rothkegel*, Ein Danaergeschenk für den Gesetzgeber, ZfSH/SGB（2010）, S. 144. 生存権に基づく財政的抗弁の禁止につき、山本龍彦「イントロダクション」法時八七巻一一号（二〇一五年）一三〇頁。

（43）*Stefan Muckel/Markus Ogorek*, Sozialrecht, Aufl. 4（2011）, S. 440, 401. 山本・前掲注（42）一二八頁以下は、生存権形成の立法裁量と行政裁量の差異に着目する。

（44）*Aubel*（Fn. 2）, S. 291.

（45）なお、連邦憲法裁判所は、憲法上、個別事例における需要審査に基づく給付の確保を肯定していない。Vgl. *Aubel*（Fn. 2）, S. 291. 日本では、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（二〇一三年）一七七頁以下が、個別的な生活実態の考慮を主張する。さらに、笠木映里ほか「憲法と社会保障法（前編）」法時八七巻一二号（二〇一五年）八三頁〔宍戸常寿発言、山本龍彦発言および笠木発言〕も参照。需要充足原理を取り巻く現状につき、嶋田佳広「需要充足原理の胎動（二）」札幌学院

法学三一巻二号（二〇一五年）三七九頁以下。

(46) 財源との関わりだが「隠れ社会保障」の指摘として、山本・前掲注（42）一三二頁。

(47) Vgl. *Christoph Görisch*, Asylbewerberleistungsrechtliches Existenzminimum und gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum, NZS (2011), S. 648.

(48) Vgl. *Maximilian Wallerath*, Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums, JZ (2008), S. 166 f. 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」賃金と社会保障一五三九号（二〇一一年）二一頁以下参照。

(49) 「責務」の意義につき、*Sommermann* (Fn. 3), S. 124, Fn. 64; *Anne Sanders/Damian Preisner*, Begründungspflicht des Gesetzgebers und Sachverhaltsaufklärung im Verfassungsprozess, DÖV (2015), S. 763.

(50) この前提の必要性につき、笠木ほか・前掲注（45）八〇頁〔曾我部真裕発言〕、八三頁〔山本龍彦発言〕。アメリカの事情につき、小林祐紀「アメリカにおける立法記録審査の展開」法学政治学論究九三号（二〇一二年）一九九頁以下。その更なる前提として、――日本ではほとんど考慮されないが――給付の詳細がある程度法律で規定される必要性も指摘すべきだろう。高田篤「生存権の省察」村上武則ほか編『法治国家の展開と現代的構成』（二〇〇七年）一三七頁以下。他方で、住居費給付との関係だが「条例による解決」という新たな展開につき、嶋田・前掲注（48）二八一頁以下。

(51) *Sommermann* (Fn. 3), S. 125.

(52) *Matthias Klatt*, Positive rights: Who decides? Judicial Review in balance, I・CON (2015), Vol. 13 No. 2, at 377–381.

(53) *Nolte* (Fn. 16), S. 253 ff. 判断過程への統制は、ドイツにおいても例外的である。Vgl. *Christian Bumke/Andreas Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, Aufl. 7 (2015), S. 48. 日本との関係では、笠木ほか・前掲注（45）八四頁〔宍戸常寿発言および笠木発言〕が示唆的である。

(54) *Sanders/Preisner* (Fn. 49) S. 761 ff.

(55) 手続的な体系的一貫性の要請（Das Gebot prozeduraler Systemkonsistenz）につき、*Thorsten Kingreen*, Schätzungen „ins Blaue hinein", NVwZ (2010), S. 560.

〔付記〕本稿の執筆にあたり、カール＝ペーター・ゾンマーマン教授（シュパイアー行政大学院）から資料の提供と直接の御指導を賜った。記して感謝を申し上げる。

石塚　壮太郎（いしづか　そうたろう）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
フライブルク大学法学部（ドイツ）留学中
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　日本公法学会、全国憲法研究会、憲法理論研究会
専攻領域　憲法
主要著作　「国家目標規定と国家学――その基本権制約ドグマーティクへの照射」『法学政治学論究』第九七号（二〇一三年）
「社会国家・社会国家原理・社会法――国家目標規定の規範的具体化の一局面」『法学政治学論究』第一〇一号（二〇一四年）