

自由と社会国家

渡 辺 中

目 次

- 一 はじめに
- 二 社会国家と基本権解釈
- 三 社会国家における市民
- 四 おわりに

一 はじめに

ドイツ連邦共和国において、自由は、国家および憲法が依拠すべき基本的価値の一つとされている。そして基本法は、各種の自由を基本権として保障し、これらの基本権を古典的な伝統に対応して国家に対する市民の防禦権として定式化している。

他方、基本法は、その二〇条および二八条において、「連邦国家」と「法治国家」の前に「社会的」という形容詞を二度用いることによって簡素なかたちでドイツ連邦共和国が「社会的法治国家」であることを明文で規定し、「社会国家」と「法治国家」というこれらの国家構成要素間の相互に調和のとれた解釈を要請している。したがって、法治国家の現在の発展段階においても、すべての他の法治国家原理をそれ自体に含んでいる機能の分担と基本権が法治国家の本質的メルクマールと解されているところから、基本権において保障された自由は、社会国家によってその推進力が奪われてはならないということになる。むしろ、一九四七年のイタリア憲法三条二項が、「市民の自由と平等を事実上制限し、人間の人格の完全なる発展と国の政治的、経済的そして社会的形成へのすべての勤労者の実効的な参加を妨げている経済的および社会的障害を除去することは、共和国の任務である」と国家目標を定めているように、社会国家的活動は、それが市民の自由を促進するように考慮される必要がある。シュターク教授もこの点について、「社会国家原理のような一般的に定式化されている憲法原則を解釈する場合、この原則を軽率に他の憲法諸原則、例えば、法治国家原理とのアンチノミーにおいて解釈することは回避されなければならない。そこで、とりわけ、フォルストホフは、法治国家とのアンチノミーを回避するために社会国家的信念を憲法構造からフェードアウトし、社会国家原理を憲法より下位の段階に位置づけた。しかし、これでは、国家任務のウェイトを判定する場合に、全体的にみた国家の目標が考慮されなくなってしまふ。すなわち、国家は、その権力に服している人間の尊厳のために法治国家なのである。人間の尊厳は、自由だけではなく、社会的な安全保障も必要とするのである」と述べ、社会国家原理と法治国家原理の調和のとれた解釈の必要性を強調する。

周知の様に、基本法制定後、解釈上一つの激しい議論の対象になってきたのが、「社会国家」条項の意味、とりわけ、「法治国家」と結合した「社会国家」、すなわち「社会的法治国家」の意味内容をめぐる問題であったが、近時、「社会国家」条項を媒介として基本権から「配分請求権」(Teilhaberechte)⁽³⁾を導出する理論傾向が有力になり、それを否定する学説との間に激しい論争が展開されてきている。また、他方では、行き過ぎた社会国家の弊害が問題とされ、国家の社会政策の干渉は、個人の自由と自己責任の危機についての問題を惹き起すところまで到達しているといわれる状況も指摘されている。⁽⁴⁾

そこで本稿では、社会国家原理と法治国家原理の調和のとれた解釈を強調するシュターク教授のテーゼを展開の基軸に設定しながら、⁽⁵⁾社会国家と基本権解釈の問題(第二章)および社会国家における市民の問題(第三章)を概観的に検討し、最後に(第四章)、若干の付言をして「おわりに」に代えることにする。

なお、ドイツ連邦共和国基本法下における「社会国家」の問題をめぐっては、社会国家保障の機能と内容、社会国家と経済構造、社会国家における立法者と裁判官の役割など論及すべき点が多々残っているが、限られた紙幅の関係で触れることができなかったことをお断りし、今後の課題にしておきたい。

[註](1) F. Schnabel, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, 2. Bd., 2. Aufl. 1949, S. 104; R. Herzog, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, S. 363.

(2) Christian Starck, *Vom Grund des Grundgesetzes*, 1979, S. 58.

(3) この Teilhaberechte という用語に対して、わが国では、「持分権」、「参加権」、「参与権」、「分与請求権」、「配分請求権」等々、さまざまな訳語があてられている。戸波教授は、この権利は、国家の給付を請求し、ないしは国家の財の分配(過程)に参加を求める権利を総称する概念であり、いわば参加権と請求権の両面をあわせもつ複合的な性格の権利であること、そして定数制判決以後の論争においては、この権利は、もっぱら請求権の意味において用いられていると指摘

する（戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向（一）」『自治研究』五四卷七号八四・八五頁）。

(4) H. Lampert, *HdWW*, Bd. 7 (1977), S. 73.

(5) 本稿において、主たる素材としたのは、シュターク教授の次の四つの論文である。

(1) *Entwicklung der Grundrechte in Deutschland*, *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Band III, 1980,

(2) *Vom Grund des Grundgesetzes*, 1979.

(3) *Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat*, DVBl, 1. Dezember 1978.

(4) *die Grundrechte des Grundgesetzes*, *Juristische Schulung*, 21. Jahrgang, April 1981, Heft 4.

二 社会国家と基本権解釈

ドイツ連邦共和国基本法は、ヴァイマル憲法と異なり、社会権的基本権に関する明示的規定はほとんど設けられておらず、全体的に人身の自由、法の前の平等、信仰・意見表明・出版・集会・結社の自由、さらには移転の自由、職業の自由、住居の自由、財産権および相続権の保障等々自由権的基本権を中心に基本権カテゴリーが構成されている。したがって、現代国家が「社会国家」へと変容したという憲法現実、すなわち、個人の国家への依存度が高まってきた現代社会の中にあつて基本権保障を現実的自由たらしめ、さらには個人の人格の自由な発展を実現するためには国家による積極的な配慮を不可避的に必要とするという憲法現実を直視するとき、社会国家としての国家の積極的配慮義務を憲法上導出する必要性が生じてくるが、その場合に、憲法上の根拠として一般条項的性格をもつ社会

国家原理⁽¹⁾に求めざるをえないという事情がある。しかしながら、この社会国家原理をめぐっては、この原理それ自体の法規範性は承認されてはいるもの⁽²⁾、他方では、社会国家条項のみを根拠として請求権を導出することはできないという点についてもほぼ学説・判例の承認するところとなっている⁽³⁾。かくして、基本権をたんに国家に対する個人の防禦権として捉えるだけではなく、国家の給付による基本権の前提の確立を求める立場からは、さらに社会国家原理を媒介として基本権それ自体から配分請求権を導出すべく試みられることになるが、このような基本権解釈の積極的傾向は、一九六〇年代後半以降、とりわけ七〇年代に入って強まってくる。栗城教授の簡潔な表現を借りるならば、

「基本法制定から六〇年代半ばぐらいまでは、……基本法の基本原理としての法治国原理を他の基本原理たる民主政原理や社会国家原理に対して特に強調し、国家権力による侵害から個人の基本権を防禦するための理論の構築に没頭する傾向が支配的であったが、六〇年代中葉以降になると、……法治国原理よりも社会国家原理や民主政原理を強調し個人と国家との関係に關しても国家による個人の積極的保護と国家への個人の積極的参加を重視する理論傾向が顕著になってきた⁽⁵⁾」という状況がこれである。また、戦後の西ドイツにおける公法理論・基本権論をめぐる理論的な対立状況について森英樹教授は次のように類型化し、整理している。「ひとつは、伝統的・古典的な理論枠組を今日もなお承認し、したがって国家を「組織」「機構」としてとらえ（静態的国家観）、「国家」と「社会」との二元的構成の承認をもとに、「社会」の自律自足・私的自治の保障を求め、基本権を国家に対する個人の防禦権として構成する系譜である。理論枠組を一時期のC・シュミットに求め、また、学問的人脈もシュミットの流れにある論者が中心であることから、しばしばシュミット・シュレーと（戦後の中心であった人物名をとってフォルストホフ・シュレーとも）呼ばれる。もうひとつは、変容する「国家」と「社会」の関係、すなわち「社会」の自律性の喪失と国家による

積極的介入という現実を前に、それに適合的な理論枠組を戦前R・スメントが提唱した「統合理論」に求め、「国家」と「社会」の二元的構成やいわゆる「公法と私法」の二元的構成を否定して、「国家」「社会」をひとつの人間の結合体Ⅱ政治的共同体としてとらえる系譜である。ここでは、「国家」を静態的所与としてみるのではなく、統一にむけて「不断に更新されていく過程」としてみる（動態的国家論）から、「国家」による「社会」への介入も積極的に容認され、したがって基本権も右の政治的共同体を主体的に支え、右「過程」を積極的に推進するものととらえることとなり、国家に対する個人的防禦権ではなく、国家を含む政治的共同体に対する個人的・集団的な参加・関与として構成されることとなる。依拠する理論枠組と学問的人脈から、しばしばスメント・シュレーと呼ばれる⁽⁶⁾。

このように、基本権をたんに国家に対する個人の防禦権として捉えるだけではなく、社会国家原則を媒介として配分請求権を導出する方向で基本権を再解釈する理論的傾向が強まるなかで、連邦憲法裁判所もまたこの問題に取り組むことになった。一九七二年七月一八日の大学入学定数判決において、連邦憲法裁判所は、基本法一二条一項の「教育場所を自由に選択する権利 (das Recht, Ausbildungsstätte frei zu wählen)」の配分請求権的側面について概要次のように判示した。「現代国家が社会的安全保障と文化的保護奨励に強くむかえばむかうほど、市民と国家との関係に関して、国家に対抗して基本権としての自由を保障すべき本源的要請のほかに、国家の給付への *Teilhabe* を基本権として保障すべき副次的要請が一層増大する。このことは特に教育制度の分野に妥当する。というのは、教育を受ける場の自由な選択に対する権利は、それを請求できる事実上の前提条件がなければ無価値だからである。しかし、こうした事態にあって、基本権による価値決定と国家による教育独占の主張とから、十分な收容能力ある教育施設を設置すべき客観的な・社会国家的な憲法指令が帰結されてくるのかどうか、及び特別の前提条件のもとで、こ

の憲法指令から大学教育を受ける場を求めて裁判所に訴えることの可能な国民の個人的請求権がひきだされてくるのかどうかについては、現在のケースに関しては決定を必要としない。いずれにしても、このような *Teilhaberechte* には、個人が合理的に考えて社会に対して要求することのできるもの、という意味での可能なもの、という留保がついている」と。このように、連邦憲法裁判所は、基本権解釈において、基本法一二条一項の教育場所を自由に選択する権利（およびこれと結びついた社会国家原理と平等原理）から国家に対する配分請求権という考え方を原則的に否定しなかった。ただ、本判決では、まず、教育場所の拡充を求める権利について、それが「可能性の留保」の下にあるとし、配分請求権の限界を設定するとともに、他の箇所において「社会的法治国家は、基本権の価値体系を憲法現実に転換する保証人的地位を占めている」と判示することによって、既に一九五六年の共産党判決⁽⁸⁾においてわずかに輪郭だけが示された社会国家と自由の整合性（「理性的な程度」）が確認されている。というのも、連邦憲法裁判所は、共産党判決において、社会国家原理は、まさに、「無制限な自由の有害な影響を阻止し、平等を徐々に促進して、理性的に要求しうる程度にまで実現する」ためにこそ憲法原理に高められてきた、と定式化しているからである。また、本判決では、既存の教育施設の自由かつ平等な利用を求める請求権と、新たに教育施設の設置および拡充を求める請求権とが区別されており、後者の点については未決定のまま残されており、また、基本権一般から本来的な配分請求権が導出されるのかどうかについての確定的な判断を慎重に回避している。恐らく、このことは、本来的配分請求権の無条件の肯定は莫大な財政的出捐に結びつくという財政上の理由の他に、権限法上および解釈学上の考慮が働いたためと思われる。しかしながら、本判決については、連邦憲法裁判所がはじめて基本権の配分請求権的側面を明確にし、基本権解釈上、基本法一二条一項の教育場所を自由に選択する権利（あわせて社会国家原理および平等条

項)から国家給付に対する配分請求権(大学施設拡充請求権)を原則的に否定する態度を採らずに、むしろ他の箇所において「憲法的考察がはじめから既存のものへの配分請求権に制限されるとするならば、それは問題の核心を無視することになる」と判示して大学施設拡充請求権に好意的姿勢を示している点で、わが国でも高い評価が与えられている。⁽⁹⁾確かに、本判決は七〇年代の西ドイツにおける配分請求権ないしはより広く基本権の再解釈をめぐる論争の発展に拍車をかける契機になったことは否めないし、その後も、連邦憲法裁判所は本判決において示した配分請求権に対する好意的姿勢を基本的に堅持している。⁽¹⁰⁾

もちろん、このような理論的傾向に対して、前述したように基本法の法治国家原理を重視し、配分請求権導出に否定的な学説もまた有力に展開されており、この立場にたつ論者からは、基本権再解釈の試みは、結局のところ、基本権の法的意味を曖昧にしてしまうだけであり、基本権の本来的属性である個人の裁判上の請求権の縮減を招来するか、あるいは基本権をたんなるプログラムの性格へと後退させてしまう危険性があるという批判が提示されている。⁽¹¹⁾

それでは、社会国家原理と法治国家原理の調和のとれた解釈の必要性を強調するシュターク教授は、この点についてどのようなテーゼを展開しているか。シュターク教授は、国家権力は共同社会を形成する義務があるという憲法概念、すなわち、社会国家原理や基本法一〇九条に表明されているような憲法概念に同意しながらも、本質的に、基本権の社会国家的再解釈ないしは基本権の拡大に対して、次のような三つの反論を提示する。⁽¹²⁾(1)、基本権から導出される配分請求権あるいは社会権は、配分請求権とともに保障されていない莫大な財政上の出捐と結びついている。憲法裁判所が、解釈の方法によって基本権から配分請求権を導出するとき、同時に憲法裁判所は、国家財政への影響とかその優先順位を考慮しなければならない。しかし、このことは、最終的には、連邦憲法裁判所をして国

家財政の支配者たらしめることになるであろうし、憲法上の機能配分に矛盾することになる。もちろん、個々の場合に立法者の権限と連邦憲法裁判所の権限との間の限界を引くことはむづかしいけれども、基本権の給付権的再解釈は、立法者の責任の核心に触れることになる。また、自由権の前提である財政上必要な金は、先ず調達される必要があるが、これは、憲法および憲法を解釈する憲法裁判所が保障することのできないものである。請求権対象の本来的な不足は、すべての社会的基本権の事実上の限界である。(2)、多くの社会的基本権が、要件的に十分明確に捉えられているわけではない。教育権あるいは清浄な環境を求める権利は、どのような請求権を許容するのであろうか。給付範囲は依然として不明確なままである。原則的に、社会権は、諸法律において示されている社会政策に基づいてのみ存在する。これに対して、伝統的な基本権の請求権の対象は、法律の規律の有無にかかわらず既に憲法の保障から十分に明確である。しかし、かりに社会的基本権の請求権の対象を明確に限定することができるとしても、国家は、多くの請求権の対象を自由に処理できるわけではない。労働権は、それが真剣に考えられるならば、労働の場(Arbeitsplätze)とこの国家の決定(Verbürgung des States)を前提としなければならないし、同様に、住宅権(Recht auf Wohnung)も住宅経済(Wohnungswirtschaft)についての国家の決定を前提としなければならない。このような社会権は、消極的地位の基本権(自由権≡訳者註)との解決できない衝突状態にある。(3)、請求権の対象の不確定性のゆえに、そして、克服できない財政不足ゆえに、憲法は、社会的な配分請求権を防禦権(Abwehrrechte)と同様な拘束性をもって保障することはできない。しかし、わが国の全体的な基本権体系は、ドイツの憲法伝統から意識的に転向して、基本権は直接に適用される法として立法を拘束するということに基づいて構成されている。このような基本法一条三項の拘束条項は、憲法裁判制度およびこれに対応する憲法裁判手続の憲法的保障によ

って、とりわけ、九三条一項四号 a や一〇〇条一項によって強化されている。財政的根拠から実現することのできない配分請求権を基本権から導出しようとするならば、拘束条項と衝突することになる。基本権を社会的な配分請求権に再解釈するためには、拘束条項をすり抜けなければならない。そして、それによって拘束条項の空洞化が進むことになるであろう。同様のことは憲法裁判についても妥当する。すなわち、憲法裁判は、立法者に不可能なことを要求し、予算を勝手に作成するかあるいは基本権を真剣に考えなくなってしまふ。すべての空虚な憲法条項は、憲法の遵守を受けなくなってしまふ、と。

もちろん、シュターク教授は、このような反論を提示しているからといって、基本権からの一切の給付請求権の導出を否定するテーゼを展開しているわけではない。すなわち、教授は、基本権から給付請求権の生じてくる場合をし、(1)、不可避的に必要とされる基本権の実質的保障、(2)、請求権対象の明確性、(3)、立法者の財政責任を侵さない範囲での必要な資金の確保などの諸前提を提示し、次のように述べている。「配分請求権の請求権の対象が十分に明確にすることができる限り——例えば、最低限度の生存を求める請求権の場合のように——、そして、必要な財政的手段の保障が、立法者の財政責任を侵害することなく可能である限り、憲法上の配分請求権は拘束条項と衝突することはないであろう。しかも、これらの場合、基本権として保障された自由の不可避的に必要な実質的保障が基本権から導出される限り、憲法上の配分請求権は基本権から可能である。このことは、最低限度の生存を求める請求権については、基本法一条一項から根拠づけられる。その他の配分請求権は、憲法制定者が私立学校の設立および運営について重要な財政上の諸要件を規定しているがゆえに、基本法七条四項から生じてくる。それ以外は、国家に対する給付請求権は、必要な要件的前提を定めている諸法律から生じてくることになる」と。したがって、シュターク教授に

よって設定された三つの前提を基準とするならば、基本法五条三項から直接に導出されている研究補助 (Forschungsfinanzierung) あるいは劇場補助 (Theatersubventionen) を求める請求権、基本法一二条一項から導出されている大学への入学を求める請求権 (der Anspruch auf einen Studienplatz) をはじめ、その他直接に基本権から導出されている多くの給付請求権は拘束条項を満たさず、認められないということになる。

三 社会国家における市民

前述したように、ドイツ連邦共和国は、国家構成要素として社会国家を採用した。「社会国家」とは何を意味するのであろうか。法治国家、民主制そして連邦国家のような他の国家構成要素とは異なり、社会国家は、基本法の個々の規範によって詳細に規定されているわけではない。シュターク教授は、この質問に対する回答として、(1) 困窮や病気の場合に対する国家的に組織された社会的安全保障制度、(2) 国家による社会的機会の調整、(3) きわめてひどい事実上の不平等の調整、(4) 国家によるすべての人びとに対する平等な生活状態の創設の四つのメルクマールを提示するとともに、社会国家を次のように評価している。「社会国家は、歴史的発展に対する正当な回答である。すなわち、一九世紀および二〇世紀初頭における多数の労働者の困窮は、それに対応する国家目標規定が憲法に登場する以前に国家の社会的反応を惹き起こした。技術の進歩と社会的要求の変化によって、人びとの生活条件は不安定なものとなり、個人にとってそれを克服することはますます困難になった。その限りにおいて、国家は社会的貧困を回避するために、また、尊厳に値する人間的生存という重要な要求を充足できるよう配慮するために活動することになる。しか

し、単に困窮とその克服だけが社会国家を刺激したのではない。経済的手段を賭した自由の実現は現存する不平等を増幅させ、また、新たな不平等を生み出す。社会的不平等は決して時代を超えて固定しているものではないし、また、神によって与えられたものだとも思われぬ。世俗的な生活へのより強力な方向づけは、事実上の不平等をより耐え難いように思わせる。このことから、社会的調整の任務が国家に生じてくる。国家は少なくとも人間的な幸福の外的条件を保障しなければならない。社会国家は、今日、法的に基礎づけられ、かつ、事実上一般に承認された現象である。社会国家は、我々の運命である。社会国家は、いかなる正当化も必要としない。誰もこれを廃棄しようとはしない⁽¹⁹⁾。

立法者もまた、今日に至るまで憲法委託としての社会国家保障の実現に真剣に取り組んできた。中心的な社会的法律と並んで、その他のほとんどすべての法律が社会国家的に浸透せしめられているこの国の立法状況を見るならば、シュターク教授の提示する内容の社会国家保障が高度に展開されていることを知り得るであろうし、このような社会国家保障の実現のために大きな役割を果たしてきたものが莫大な税収入をもたらした戦後の経済的飛躍であったことは言うまでもない。ところが、最近では、むしろ行き過ぎた社会国家の弊害が多方面から憂慮され、個人の自由と自己責任の危機についての問題を惹き起すところまで到っていると言われる。それでは、行き過ぎた社会国家は、どのような帰結を招来し、市民の性格や態度にどのように影響を及ぼすのであろうか。シュターク教授は、(1)、基本法の基本権は、自己責任と一対になって、自由の欲求を前提とするともに基本権の中で特に保障している自由は、本来の目標ではなく、むしろ人間的な生活や発展のための道標、つまり、自由は自己発展の道標であること、(2)、人間は、常に自らのみが自由を実現することができ、自己実現の態様と方法の中に自由があるという自由の意識なら

びに自由は常に責任をもって、かつ、公共調和的に行使されなければならないということに対する感覚は、自由という憲法の前提に属すること、(3)、結局、自由は、自己責任を前提とし、自己責任を負える者だけが実生活において自由を守ることができるとともに、社会国家は、このような市民のより強固な自己責任によってのみ安定させることができるという自由観に立って、行き過ぎた社会国家の帰結について概要次のようなテーゼを展開する⁽²⁰⁾。

(1) 「必要な社会的調整が他の方法では成就されなかったので、国家が社会的問題を引き受けることになったが、国家は、今日、その支配をますます禁止や命令によってではなく、金銭や財貨の配分によって行なうようになってきた。給付する手は、しかし、命令する手と同様に効果的に指導する力がある。給付は命令や禁止とは全く異なった法構造を要求する。給付する国家は指導の目標を達成しなければならぬし、平等原則に反してはならない。給付を制度化するために、巨大な再配分制度が実行に移された。この背後には、正義を理解するようにしたいという願望がある。一定の範囲の再配分は国内の平和を保障するために必要である。しかし、他面では、この国家的再配分制度は、国家に広範な任務をもたらすことになる。ますます多くの領域において国家は責任を負うことになる。それとともに、国家は必然的に市民の個人的責任を抑制し、市民はますます自身で決定を下さなくなる。したがって、およそ市民が成就できないものを、市民は国家に負担させてしまう。国家は幸福の創造者となる。積極的地位の拡大は、市民の活動を弱体化する。国家が市民の幸福を配慮すればするほど、それだけ自由は少なくなり、それとともに、幸福もますます少なくなるのであって、国家が配慮するような幸福が社会において求められているが、それは不当である。より少ない自由は、より強大な国家権力を意味する。我々はいかに国家権力が増大しているかを体験しているし、そして、その増大を我々の要求によって支えているのである」。

(2) 「社会的配慮や扶助の領域における国家任務の恒常的増大に伴って、国家権力も質量ともに増大する。なぜならば、配慮は支配である。国家が多くくの任務をもてば、そのために国家は多くの金銭と多くの職員を必要とする。次のことを冷静に考えて見れば、量は質に転換する。すなわち、第一に、国家的給付は、結果的に国家の詮索を招来することになる。なぜならば、給付する者は、計画しなければならず、そのために個人の状況を知らなければならぬからである。第二に、国家は、公平な、そして給付法律に基づいた平等な配分に対して責任を有する。これは、多くの事例や個人に関する状況をも知っているとということが前提である。給付法が配分に当って個人に関する状況を知ろうとすればするほど、それだけ正確にこのことは調査されねばならない。すなわち、正義のために私的領域への統制と介入がなされることになる。たとえこの統制が、その比例性について個々の審査されなければならぬ」として、より一層の統制への傾向は避けられない。これを可能な限り抽象的な規律によって回避しようとするならば、第三に、ばらまきシステムを避けなければならない。これは費用がかかり、また、不正者を、すなわち、費用に対して自ら責任をもつことのできるそのような不正者を助長する。ばらまきシステムは、給付を受けるために自己の生活を「給付法」に合わせて調整する人びとの生活様式の慢性的な単一化を徐々にもたらすであろう。第四に、結局、市民がすでに給付に慣れてしまっただけではじめて、国家的給付の拡大による国家権力の増大が市民に意識される。その後に残るものは、専制的な国家権力に身がゆだねられてしまったという感情と市民の基本権についてもはや確信をもつことができないという感情である」。

(3) 「国家が、人間により多くの給付、しかも必然的に規格された給付をすればするほど、したがって、福祉目的を国家が強調すればするほど、それだけ自由が縮小される。なぜならば、国家は、あまりにも多くの福祉によって生活の克服を負擔し、それによって、個人からその幸福の抛り所を奪ってしまふからである。市民は自己の決定それ自体に対して責任を持たなくなる。これによって、自由に対する感覚が消滅する。さらに、国家権力の膨張によって市民の責任意識は弱体化される。この過程も、さしあたってセンサーショナルなものではない。したがって、この過程は、多くの人びとによって気づかれぬか、あるいは、その重要性が認識されない。教育政策からの一例として国家が市民の教育に対して全責任を引き受けたのであるから、今や養成された人びとの雇用に対しても責任を引き受けることが要請される。国家は教育権を付与するだけではなく、特別の給付要請なしに、さらに教育権のための経済的資金も提供する。したがって、事実、多くの人びとにとって、なぜ国家が職業に対する責任も引き受けてはならないのか理解しがたい。自己の生活に対する責任の意識は麻痺している。多くの人びとは、その生活設計の中に生活の経済的基礎に対する憂慮を組み込んではいない。もちろん、このような状況を招来した責任は、人間の自己責任に対して広まっている疑念と一対になっている社会扶助の一般的風潮にある」。

(4) 「戦後の時代の経済的復興によりエゴイズムが持続的に強められてきたが、このエゴイズムは、直接に人間間に影響を及ぼすが、国家社会と市民の関係にも影響を及ぼす。——社会国家の拡大は、部分的には深刻な利己主義的な時代の潮流に対する一つの回答なのである。しかし、社会国家は、行き過ぎになるとそれはそれで過度に金を要求され、社会給付をする人間についても、社会給付を巧妙に利用し尽す術を心得ている人間についても利己主義的態度を助長することになる」。

(5) 「行き過ぎた社会国家は、市民の性格と態度を変えてしまふ。今日、市民のエトス、個人の自由と自己責任は危機に瀕している。なぜならば、自己給付や自己責任が社会における個人の地位に対してほとんど重要性をもたない

か、あるいは、僅かにしか重要性をもたないような平均化された繁栄社会においては、福祉と社会的安全保障の基礎が危険にさらされるからである。それゆえに、国家的給付を市民の自己給付に結合されない福祉国家は、もはや精励や努力の甲斐のない限界に突き当たるのである。福祉国家というものは、したがって、経済的領域でのみ作用するのではない。これは、市民の生活態度をはるかに超えて家庭生活にまで影響を及ぼす。経済的負担の免除は、人間関係を破壊する。拡大する社会国家は正義の観点の下で新たな攻撃にさらされる側面を提供するので、給付する国家との関係も悪化する。それと同時に、嫉妬という社会における分裂菌が広がる。結局、「太っ腹な」社会国家の市民は、甘やかされる。社会的給付が削減されなければならない不況期に、不満——このような不満は危機的徴候を受け入れてもよいと思うのだが——がはびこる」と。

〔注〕(1) ドイツ連邦共和国基本法二〇条・二八条参照

- (2) Herzog, in : Maunz-Dürig-Herzog, *Grundgesetz*, Art. 20 Rdnr. 153.
- (3) Herzog, in : Maunz-Dürig-Herzog (Anm. 2), Art 20 Rdnr. 175. ; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 13., ergänzte Auflage, S. 80. ; BVerfGE 11, 50 (56) ; 27, 253 (283).
- (4) Vgl. Friauf, *Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat*. DVBI 1971, S. 674 ff. ; Grabitz, *Freiheit und Verfassungsrecht*, 1976, S. 45.
- (5) 栗城寿夫「西ドイツ公法理論の変遷」『公法研究』三八号七六頁以下。
- (6) 森英樹「西独における基本権論の動向」長谷川正安編『現代人権論』(法律文化社・一九八二年)一六四頁。
- (7) BVerfGE 33, 303 ff. 訳文は、コンラート・ハッセ(栗城寿夫訳)「ドイツ連邦共和国における基本権の展開」『公法研究』四二号一六頁以下。なお、この判決については、寺田友子「職業教育施設選択の自由権と配分請求権——Numerus clausus 判決——」『法学雑誌』二三卷一号一四五頁以下、阿部照哉『「大学改革」と学問の自由——憲法裁判所の判決を

中心に——『基本的人権の法理』(有斐閣・昭和五一年)三二二頁以下、戸波江二・前掲『自治研究』五四卷七号八六頁以下参照。

- (8) BVerfGE 33, 303 (331).
- (9) 戸波江二・前掲『自治研究』五四卷七号九〇頁。
- (10) BVerfGE 35, 332.
- (11) H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1972, S. 64. ; E. W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, S. 1536.
- (12) C. Starck, *Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat*, DVBI 1978, S. 943. ; *Die Grundrechte des Grundgesetzes, Juristische Schulung*, 1981, S. 240ff.
- (13) C. Starck, *Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat*, DVBI 1978, S. 943.
- (14) C. Starck, *Die Grundrechte des Grundgesetzes, Juristische Schulung*, 1981, S. 241f.
- (15) BVerwG, JZ 1977, 716 ff. = DVBI. 1977, 990ff.
- (16) OVG Lüneburg, DVBl. 1969, 875 ; zur Kunstsubvention und Art. 3 vgl. Kratzmann, *Grundrechte-Rechte auf Leistungen ?* 1974, S. 113.
- (17) J. Schwabe, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, 1977, S. 241 ff. ; H.-G. Franzke, *Bemessung der Studienplatzkapazitäten nach dem gesellschaftlichen Akademikerbedarf*, ZRP 1977, 246ff. (248ff.) ; Seidler, *Numerus clausus und Berufslenkung*, JuS 1976, 700ff. (703).
- (18) C. Starck, *Vom Grund des Grundgesetzes*, 1979, S. 56.
- (19) C. Starck, (Anm. 18), S. 29f., 71 f.
- (20) C. Starck, (Anm. 18), S. 59, 16f, 68f, 40, 70, 26, 71.

四 おわりに

以上、「自由と社会国家」と題し、社会国家原理と法治国家原理の調和的解釈を強調するシュターク教授のテーゼを展開の基軸に設定しながら、「社会国家と基本権解釈」の問題および「社会国家における市民」の問題を概観的に検討してきたが、以下、若干の付言を加えて「おわりに」に代えることにする。

まず、配分請求権、ないしはより広く基本権解釈をめぐるシュターク教授の基本的な見解を展開したが、西ドイツにおけるこの問題をめぐる論争は、単なる基本権解釈をめぐる問題であるだけではなく、既に引用した森英樹教授の指摘からも知りうるように、その根底にある国家観、基本権観の基本的相違という法思想的対立とも絡んでいる問題であるだけに現在のところいまだ理論的に決着がついているわけではない。ただ、法解釈論的観点から見ると限りでは、「自由」の捉え方、現代国家の役割の評価、国家对個人の関係の位置づけ等々、国家観、基本権観の峻厳な対立にもかかわらず、その結論において多々基本的な合意、例えば、典型的には、基本権それ自体から直接に具体的給付請求権を導出することはできないという点については、ほぼ基本的なコンセンサスが形成されていることは注目されてよい。

第二に、シュターク教授は、本来的配分請求権の導出に消極的な論拠として、財政上の限界、規範内容の不明確性、立法府の財政配分権限をあげているが、他の論者からは意図的な社会権の採用の放棄⁽¹⁾など論拠としてあげられており、消極説が現在の西ドイツの多数説を形成しているといつてよいが、このような論争を考える場合、わが国と

西ドイツの人権カタログの相違点、すなわち、わが国の場合には「社会権」が憲法上明確に規定されており、この規定の解釈をめぐる議論がなされているのに対して、西ドイツの場合には、「社会権」に関する明示の規定が設けられておらず、したがって、伝統的な「自由権」規定から配分請求権を導出することの是非をめぐって論争が展開されているということに留意する必要があるであろう。

第三に、連邦憲法裁判所は、一九七二年の大学入学定数制判決において、一方では、大学施設拡充請求権に好意的姿勢を示し、本来的な配分請求権をほめかす判断を見せながら、他方では、大学施設拡充請求権が「個人が合理的に考えて社会に対して要求することのできるもの、という意味での可能なもの、という留保がついている」として、この問題を未決定のまま残しており、結局は、大学施設拡充請求権について確定的な判断を慎重に回避している。この点に、憲法裁判所の明きらかな限界をみてとることができるであろう。というも、このような権利は、シュターク教授の指摘するように、直接的に国家の財政に影響を及ぼすものであり、憲法裁判所によるこのような本来的な配分請求権の無条件の肯定は、結局のところ、憲法裁判所をして毎年の国家財政に対する優先決定権を自由に支配せしめることになるであろうし、かりに、憲法裁判所が、この限界を越えて立法者に不可能なことを要求するとしたならば、それは、憲法裁判所の権威喪失を意味することになったであろうからである。それだけに、次のようなヘッセ教授の指摘は示唆的であろう。「給付を求める実質的な請求権及びそれと結びついた諸問題に関する定めは、基本法の任務配分からいえば、立法者の任務にほかならず、司法権の任務ということとはでき(ない)。というのは、このよ

うな定めは、とりわけ、優先順位をきめたり調整を行ったりしなければならぬことを考慮すれば、より包括的な計画及びその実施の過程への組入れを離れてはありえないわけであり、また、このような定めは、こうした過程への影

響を考慮にいれずしては評価されることができないからである(る)。基本権から国家の具体的なもしくは訴求可能な給付義務を直接に導きだすことは、裁判所によってコントロールされる憲法執行をもって政治の代りに据え、そのことによって、開かれた民主的な秩序の基本的構成要素としての議会による意思形成の領域を決定的にせびめてしまうことになる……。この点に、本源的な *Teilhaberechte* としての基本権という考え方と民主的な秩序との間の矛盾がひそんでいる……。この矛盾が民主的な秩序において本源的な *Teilhaberechte* を認める考え方に限界をおく……。このことからみて、本源的な *Teilhaberechte* という考え方は、給付国家における基本権の問題には極めて限られた範囲においてしか答えることができない……。それだけに一層、今まで余り注目されてこなかった他の関連、即ち、基本権と組織や手続との関連が重要な意味を帯びてく(る)。……この思想は、基本権の実現と保障とに對して極めて大きな一般的意義を有するだけでなく、*Teilhaberechte* の思想よりも一層適切に現代国家における基本権の実効性の変化に対応することを可能にする本質的要素をも含んで(いる⁽²⁾)」と。

最後に、シュターク教授の自由観ならびに行き過ぎた社会国家が招来する帰結についての彼のテーゼの概要を展開したが、ここから、教授によって強調されている、自由を可能にし、自由を抑圧してはならない社会国家原理の帰結を総括しておくならば、(1)、社会国家は、市民のより強固な自己責任によってのみ安定させることができるということ、(2)、市民のエトスは、給付国家においても生き続けなければならず、市民のエトスが国家一般の保証人であること、したがって、(3)、給付法や社会法は、このエトスを破壊してはならず、また、自己責任は常に支えられていなければならない——なぜならば、自己責任を負える者だけが実生活において自由を守ることができるのであって、それゆえに、それが欠けている場合には、立法者は適切な法律を制定することによって喚起しなければならないであろう

——こと、そして、結局、(4)、客観的に証明された完全なる給付無能力の場合には別にして、自己給付なくしていかなる給付もありえないということになるであろうか。

〔注〕(一) Martens, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972), S. 30.; Hesse, (Anm. 3), S. 117.

(二) コンラート・ハッセ(栗城寿夫訳)前掲『公法研究』四二号一七頁以下。なお C. Starck, *Die Grundrechte des Grundgesetzes*, S. 242 f.