

生活保護の制裁的な減額と比例原則

——近時のドイツ判例をめぐる議論状況の覚書——

柴 田 憲 司

- I はじめに
- II ドイツ連邦憲法裁判所二〇一九年判決の概要
- III 給付請求権の内容形成と制約、比例原則
- IV おわりに

I はじめに

生存権に代表される、憲法上の給付請求権の実現に係る立法等の国家行為の合憲性審査にあたっては、典型的な自由権の違憲審査の場面とは異なった思考方法が必要になると、しばしばいわれる。いわゆる三段階審査・比例原則の母国のドイツでも、自由権領域で広く用いられる比例原則——目的の正当性、手段の適合性・必要性・相当性審査

生活保護の制裁的な減額と比例原則（柴田）

——は、給付請求権の場面では用いられないという観点から、長らく、自由権とは異なる給付請求権に固有の審査方法ないしドグマ・テクが模索されてきた。

かつてドイツ判例は、国家に対する給付請求権を、法規範性・裁判規範性をもった憲法上の主観的権利として承認することに、長らく躊躇してきた。ドイツ憲法（基本法）自体も、基本的に自由権を保障する体系となっている。世界に先駆けて社会権の理念を憲法レベルで保障しようとしたワイマール憲法の社会権条項の大半が、実現されえない空約束となり、これが憲法と政治への不信につながったこと等も、その一背景となっているとされることもある。かくして、いわゆる社会権の実現は、「権利」の問題ではなく「政治」の問題として、裁判ではなく立法（法律）レベルで実現されるべきものとされてきた。そしてその実現の程度は、ヨーロッパ諸国の中でも高い水準を保ってきた。⁽¹⁾

他方、少子高齢化に伴う社会保障の世代間格差という先進諸国に共通する課題とあわせ、東西統一後の失業率の悪化や東西格差の解消、労働市場の流動化等も目指し、二〇〇四年以降、社会保障制度のありかたについて大幅な改革が進められた（いわゆるハルツ改革）。この制度改革に対しては、その理念と現実とのギャップ等を背景に憲法訴訟が提起されるようになり、二〇一〇年に至りドイツ連邦憲法裁判所は、特に公的扶助の場面で、「最低限度の生存保障を求める権利」を、憲法上の主観的権利——社会国家原理（ドイツ基本法二〇条一項）⁽³⁾と結びついた人間の尊厳（同一条一項）⁽⁴⁾——として初めて承認し、しかもその際に、いわゆる公的扶助の受給額を定める法令について違憲判決を示し、一大画期をなす判例の登場として大いに注目を集めた（二〇一〇年判決）⁽⁵⁾。

この判決の立論については、典型的な自由権領域で用いられる比例原則とは異なる違憲審査の方法の採用の例という観点から、すでに多くの論者による紹介・検討がなされている。⁽⁶⁾ その後も、同じく公的扶助に関わる最低限度の生

存保障を求める権利が問題となった二〇一二年判決⁽⁷⁾、二〇一四年決定⁽⁸⁾、二〇一六年決定⁽⁹⁾において、ドイツ連邦憲法裁判所は、基本的に上記二〇一〇年判決と同様の判断枠組みで違憲審査を行っている。

これに対し、二〇一九年一月にドイツ連邦憲法裁判所は、公的扶助の受給額の制裁的な減額・停止が問題となった別の事案において、従前の判例と同じく憲法上の最低限度の生存保障の権利の問題として扱いつつ、自由権領域と同様の審査方法たる比例原則を用い、しかも違憲判断を示し注目を集めている（二〇一九年判決⁽¹⁰⁾）。

そもそも、二〇一〇年判決以来の従来の判例における違憲審査の方法が、比例原則とは異なる判断手法なのか否かという点も検討に値しうる問題ではあるが、この点は本稿の対象からは外すことにしたい。⁽¹¹⁾ 本稿では、この二〇一九年判決の判断骨子と、特に比例原則を用いた点に関する学説における反応を一瞥し、いわゆる生存権の実現に係る立法の合憲性を、自由権の場面に類似する思考方法で判断しうる場面がありうるのか、という問題を考察するための素材の一つを、簡単にはあるが示すこととしたい。そしてこれを通じ、それ自体が憲法上の要請である比例原則の適用場面を探り、違憲審査の方法について、その機能的有用性のみならず規範的必然性という観点から検討するための予備的な覚書とすることにした。

Ⅱ ドイツ連邦憲法裁判所二〇一九年判決の概要

1 争 点

上記のハルツ改革の一環として、受給者が三〇〇万人近くに及んでいた生活困窮者（特に保険料納付を伴う就労をし生活保護の制裁的な減額と比例原則（柴田）

ておらず、いわゆる失業扶助 (Arbeitslosenhilfe) が受けられない者) に対する、いわゆる公的扶助制度の改革が行われた。この改革により、公的扶助制度は、生活困窮者のうち、稼働能力のない者への扶助 (社会扶助。ドイツ社会法典第二二編) と、稼働能力のある者への扶助 (失業給付Ⅱ。ドイツ社会法典第二編) に分けられた。

そして、特に稼働能力のある者への公的扶助のあり方については、「労働市場への統合」、「要請 (Fordern) と支援 (Fördern)」(労働促進と公的扶助の一体化。社会法典第二篇二条) という基本目的のもと、種々の制度改革が行われた。⁽¹²⁾

そして、ドイツ社会法典第二編は、稼働能力のある要扶助者・被扶助者については、自らの生存を自力で確保することができない場合にのみこれを国家が保障するという「後置原則 (Nachranggrundsatz)」(補足性の原則) の観点から、要扶助者・被扶助者に「期待可能な労働」を義務づける規定 (協力義務 Mitwirkungspflichten) を置いていた (ドイツ社会法典第二編三一条一項)。⁽¹³⁾ そして、②その義務に違反した場合、違反の回数等に応じて、給付額が⑦三〇%↓①六〇%↓⑤保護の停止、という形で段階的に減額・停止される旨の規定を置いていた (同三二 a 条、三二 b 条)。⁽¹⁴⁾

本件は、ジョブセンターからの就労あっせんを拒否して就労せずに、上記の減額諸規定の適用を二回 (三〇%↓六〇%) 受けた被扶助者たる異議申立人が、当該諸規定が憲法上の最低限度の生存保障を求める権利の侵害になる旨を主張した事案である。

2 判 旨

ドイツ連邦憲法裁判所は、大要、以下 (一) (4) のように判示し、①後置原則 (補足性の原則) およびその実現に係る協力義務 (労働義務) を課すこと自体は合憲と判断した。他方で、②その義務違反の効果を定める諸規定とし

て、㉗三〇％の減額については基本的に合憲と判断したが、㉘六〇％の減額、㉙および保護の停止（二〇〇％の減額）については、違憲と判断した。また、㉗三〇％の減額に際しても、それが三か月間継続することについて、当該期間内に労働義務が事後的に追完された場合に制裁が停止する旨の例外等が設けられておらず、固定期間として設定されていることや、当該制裁規定の一律適用が当事者に特別の負担を強いる場合など（過酷事例：Hartfall）に、適用除外を可能とする規定が置かれていないことについても、違憲と判断した。

そしていずれの諸点についても、通例は自由権領域で用いられる比例原則の適用の枠内で、判断が示されていることが注目される。そのほかにも重要な判断が多く含まれている極めて長大な判決文であり、またその政治的・社会的背景や影響等、論すべき点も少なからずあるが、⁽¹⁵⁾ここでは、生存権領域での比例原則の適用可能性という本稿の目的に関連しうる部分の骨子のみを示しておく（なお、逐語訳的に判決文を引用・訳出した部分には「」を付しており、それ以外は基本的に要旨・大意である）。

（１）基準となる基本権と形成の余地（立法裁量）

判決はまず、本件の諸規定の合憲性の審査に際し、基準となる基本権としては、最低限度の生存保障を求める基本権がその中心をなすとし、この基本権の実現の際には、立法者による「内容形成」が必要とされ、そこには形成の余地（立法裁量）がある、という点を出発点とする。すなわち、次のようにいう。

審査の対象となっている、稼働能力のある者に対する基礎給付権（公的扶助の受給権）の「内容形成

「Ausgestaltung」は、基本権が保障する、人間の尊厳に値する最低限度の生存保障（社会国家原理〔基本法二〇条一項〕と結びついた人間の尊厳〔同一条一項〕）を充足するものでなければならない。基本法一条一項（人間の尊厳）は、この請求権（Anspruch）を基礎づけ、同二〇条一項（社会国家原理）は、人間の尊厳に値する最低限度の生存を実際に確保する任務を立法者に委託している。この基本権は、その根拠（Grund）に関して自由にできるものではなく、給付請求権により実現されなければならないが、立法者は、もたらされるべき給付について、その都度の社会共同体の発展状況や、当事者の具体的な需要（Bedürfnis）の観点から、現実の生活状況に適合させなければならない、その点でこの給付請求権は、立法者による具体化と恒常的な現実化を必要とする。この内容形成にあたっては立法者に「形成の余地（Gestaltungsspielraum）」（立法裁量）がある（Rn. 118）。

（2）形成の余地（立法裁量）の限界

そのうえで判決は、次のような①身体的生存と社会参加の確保の「一体的保障」論や、②人間の尊厳に関する「非相対性」について触れ、③他方でやはり形成の余地（立法裁量）について言及する。

① 一体的保障論

この給付請求権は、肉体的・身体的な生存の確保と、社会・文化・政治的生活への参加の確保の双方を「一体的」に保障するものである。尊厳の観点からは、単なる生存のみならず、社会の構成員としての社会参加も保障されるべきであり、そうした観点から立法者が最低限として規範化したものより少ない保障が最低限とされてしまえば、それは相対化されない不可侵の要請に反する。物質的・身体的生存を「核心」、

社会参加を「周辺」に分類することはできない (Rn. 119)。

② 非相対性 ある者が、自己の稼働活動や、自己の財産ないし第三者の援助を通じて、人間の尊厳に値する生存の保障のために必要となる物質的手段を有していない場合、国家には、人間の尊厳の保護の委託の枠内において、そして社会国家原理の形成委託の任務の充足を通じて、そうした人間の尊厳に値する物質的条件を利用できるように配慮する義務がある。これに照応する請求権を基礎づける人間の尊厳は、すべての者に与えられ、「尊厳に値しない」と解されるような行為によっても失われるものではない。この最低限度の生存を確保するための義務づけは、他の目標の達成のために相対化されない (vgl. BVerfGE 132, 134 m. w. N. [10-11年判決]) (Rn. 120)。

③ 形成の余地 立法者は、人間の尊厳に値する最低限度の生存の確保に係る規律の際、その給付の種類や額に関し形成の余地を有する。その際の社会状況や需要の評価についても、立法者には判断の余地があるが、これは要扶助者の具体的な需要に即していなければならない。人間の尊厳に値する生存に配慮すべき基本法上の諸要請は、結果において (im Ergebnis) 損なわれてはならない。その算定にかかる立法者の形成の余地には、裁判所による抑制的な審査が照応する。憲法上問題となるのは、給付の額が全体として説得的 (insgesamt tragfähig) 根拠づけられているか否かという点である (Rn. 121, 122)。

(3) 判断枠組み…比例原則

次いで判決は、本件で問題となった、①後置原則 (補足性の原則) の法的性格や憲法上の位置づけについて語り、

生活保護の制裁的な減額と比例原則 (柴田)

②この原則の実現に係る協力義務（労働義務）と、③その義務違反の効果としての給付の減額・停止を定める諸規定の合憲性審査に、比例原則が妥当する旨を、大略次のように述べる。

① 後置原則（補足性の原則）と憲法との関係 基本法（ドイツ憲法）は、市民の一般的な基本義務を規定していない。自力での生存確保は、人間の尊厳の保障の要件ではない。他方で基本法は、人間の尊厳に値する最低限の確保のための社会的給付の要求を、「後置原則」、すなわち自力での労働や第三者からの援助が期待できない部分のみを国家が保障する原則（補足性の原則）と結びつけることを、立法者に禁止していない。

社会的法治国（基本法二〇条一項）は、困窮している構成員の扶助のために充てられるべき社会的手段が、需要・困窮（Bedürftigkeit）が現実存在する場合にのみ請求権の対象とされるべきことに依拠している。国家の限られた財政的資源の確保は、社会国家原理の実現（将来の内容形成など）の確保にもなる。後置原則は、国家目標規定たる社会国家原理の内容形成であり、立法者によるその広い形成余地・評価余地の範囲内で決定されたものである（Rn. 123-125）。

② 協力義務（労働義務）と比例原則 この後置原則の確保のために、自己の収入や第三者の援助等を優先するのみならず、困窮者にその困窮を克服することへの積極的な協力を求めること、あるいは困窮をそもそも発生させないこと、についての協力義務（労働義務）を課することも許される。ただしその義務は、それが個人の人格の発展を促すというようなパターナリスティックな目的や、「改善」という観点から課されてはならない。そして、この協力義務は、該当者の行動の自由の制約になる。そのため、比例原則——目的の正当性、手段の適合

性・必要性・相当性——による正当化が必要となる (Rn. 126-128)。

③ 制裁と比例原則 さらに、この協力義務の確保のために、比例的な制裁（給付の削減等）を課すことも許される。自己責任という考慮からも、また給付の削減が誤った行為を報復的に懲罰する (repressiv Fehlverhalten zu ahnden) 性質のものではなく、生存に関わる困窮の回避・克服に資する協力義務の確保に向けられているという観点からも、さらに長期的にみれば困窮者の自力での生存保障の確保に資するという観点からも、こうした制裁を導入することは許される。

しかし、制裁（給付減額）は、「基本法二〇条一項と結びついた同一条一項から生じる国家の生存確保の義務と、看過しえない緊張関係に立つ」。すなわち、制裁がなされている間、困窮者は、憲法上の最低限度の生存保障を確保できない状態に置かれる。そのため、制裁は比例原則の要請——自力での生存確保という目的の正当性、減額に係る諸手段の適合性・必要性・相当性——を満たさなければならない。その際の立法者の評価余地（裁量）は、生存を確保する給付に関わる場合には狭いものとなり、内容形成にあたって立法者には、予測等について信頼できる確実な認識 (träufähig [e] Erkenntnisse) が必要とされ、制裁期間が長くなればなるほどこの評価余地は狭くなる (Rn. 129-134)。

（4）比例原則の適用

以上の観点から、判決は、①協力義務（労働の義務づけ）の合憲性、②および制裁規定の合憲性について、比例原則を適用しつつ、次のように述べた。

①まず、⑦協力義務（労働義務）の目的、すなわち、要扶助性・困窮の自力での克服、およびその点に係る後置原則（補足性の原則）、それを通じて実現される財源の確保、さらに間接的に労働市場へ統合させること、等々は、いずれも正当だとされた。そして、④この目的のために、協力義務という手段を投入することは適格的であり、また、⑤仮により制限的でない手段があるとしても、それが立法目的を同程度に実現するかは疑義があるため、必要性も充足するとされた。さらに、⑥手段の相当性（衡量）について、法文では「期待可能な労働」を求めることとなっていること等に照らすと、過剰な手段ではないとされている（以上につき Rr. 139-149）。

②他方で、制裁規定の合憲性については、一部違憲判断が示されている。

まず、制裁規定の目的（上記の協力義務の諸目的の実効性確保）は、基本的に正当だとされている。すなわち、制裁規定の目的は、自力での要扶助性・困窮の除去を促す効果を強化し、さらには財政の機能性を保持することをも目的としており、これは冒頭で述べた「要請と支援」という社会法典第二編二条の基本的な法目的にもかかわるものであり、これ自体は正当であるとされた (Gr. 156)。しかし他方で、制裁規定は、たとえばその減額に対応する額の需要が当事者にないか、その額は最低限度の「周辺」部分であるという理由からは、正当化できないとされている (Bz 157, 158)。

そして、手段審査については、次のように減額の程度に応じた細分化された判断が示されている。

⑦すなわち、三〇%の減額という手段の適合性・必要性について、判決は一方で、現在の認識状況、明確なデータの有無という観点からすると、制裁に労働を広く促進する効果があるかどうかは疑義があるという。他方でそうした効果、特に事前的效果 (ex ante-Wirkung) を示す状況証拠も一定数あり、その評価は立法者の裁量の範囲内だとし、

手段適合性は充足するという。そして、他の穏当な手段が目的を同程度に促進するかも立法者の評価の範囲内という観点から、手段の必要性についても基本的に合憲判断が示されている。しかし、手段の相当性について、基本的には合憲だが、法の一律適用が特別の犠牲を与える場合（過酷事例）の適用除外を設けていないこと、三か月という減額期間が例外なく適用されることは相当性を欠くとされ、この点で違憲だとされている（Rn. 159-188）。

④また、六〇%減額の手段の適合性については、立法事実を裏付けうる、信頼できる確かな研究がないこと、また、手段の必要性についても、たとえば三〇%減額の期間をさらに伸ばすとか、より減額幅が少ないやり方でも目的を達成できないのか、等々の点について、これを裏付ける研究が十分に示されていないとされた。さらに、手段相当性についても三〇%減額の二倍となる重大な負担が当事者に課されること、上記の過酷事例への対応規定の不在、減額期間の硬直的適用の問題性などの観点から、違憲判断が示されている（Rn. 189-200）。

⑤さらに、支給停止については、その負担の重さ（基礎給付に加え住居費・暖房費、超過需要への個別の対応も停止⁽¹⁷⁾）にも照らし、特に住居を喪失した場合、借金地獄等に陥る恐れもあり、保険料債務の負担についても同様の可能性があること、さらにジョブセンターとの連絡が取れなくなる恐れがあること、違法な稼働活動につくおそれがあること、などに照らし、むしろ目的（労働市場への統合等）を害する可能性もあるという観点から、手段の適合性に疑義が示されている。また、上記六〇%減額と同様、より制限的でない手段による目的達成の程度について、これを裏付ける認識が示されていないことなどに照らし、手段の必要性についても疑義が示されている。そして、上記適合性・必要性への疑念から、全体衡量として、厳格な比例原則の要請を満たさないとされている（Rn. 201-208）。

しかし他方で、極めて限定的な要件の下で、給付の支給停止が許容される可能性も示唆しており（Rn. 209）、この

点は後にも触れる。

Ⅲ 給付請求権の内容形成と制約、比例原則

1 二〇一九年判決の「妥協」的性格

以上に紹介した二〇一九年判決は、一方で、本件における給付請求権の制裁的な減額・停止に係る法律上の諸規定を、明確に憲法上の権利への「制約」とは位置づけず、給付請求権の「内容形成」(具体化)として位置づけた。しかし他方で、その内容形成の限界について、通例は自由権の「制約」の場面で用いられる「比例原則」を適用し、一部違憲判断を示した。この点をどのように解すべきかという問題は、解釈論・ドグマティックの観点からは重要な課題の一つをなす。

もっとも、この点にもその一端が表れている通り、この二〇一九年判決に対しては、その判決文の全体に見られる「妥協的」性格が、評釈類ではしばしば指摘される。

たとえば本件は、口頭弁論が終結してから判決が下されるまでに約一か月もの時間を要している。そして、本判決には少数意見は付されていないものの、最後に「本判決は、結論において全員一致の判断である」という評決の割合を示す一文が付されている(Rn. 325)。少数意見が付されない場合に、こうした評決の割合として、結論が全員一致である旨があえて示されることは、全体としてまだだといえる。⁽¹⁸⁾この点にむしろ、裁判官の間で、特に理由づけをめぐって見解の対立がみられたことを推測させるとする評者もある。⁽¹⁹⁾

また、たとえば本判決は、一方で、最低限度の生存保障を求める権利が相対化されない旨を語り（上記Ⅱ2判旨（2）②）、しかし他方で、たとえば財政維持等の観点から後置原則（充足性の原則）を採用することもまた許容されるという（上記Ⅱ2判旨（3）①）。ほかにも、一方で、本件制裁規定について、そこにいわば罰則的な性格を読み込む見解からは明確に距離をとるものの（上記Ⅱ2判旨（3）②）、他方で給付の全面的な支給停止が許容される場合もあるという（上記Ⅱ2判旨（4）②⑦）。また、そもそも法文自体に明示されていない「制裁」の語を、本判決はあえて用いている（法文は「義務違反の法的効果」とするのみである）。さらに、上記の権利の「非相対性」に係る言明や、後置原則（充足性の原則）・協力義務（労働義務）の目的として、人間の尊厳の観点にも照らしバターンナルな「改善（Besserung）」を設定することは許されないとする言明などについても（上記Ⅱ2判旨（3）②）、解釈論上は必ずしも不可欠ではない道徳的・倫理的表現を混入させていると評されることもある。本判決に至る政治的・社会的背景として、もとより一方では強権的な制裁の肯定論者があり、他方でそれに慎重な論者もあった。あえていえば、この両者の承認欲求を満たすという観点なども含め、解釈論上は必ずしも必要とされない、両者に対するいわばリップサービスが各所に盛り込まれているのではないか、という推測を本判決に及ぼし、これが一貫した解釈論の構築を阻害するものとして、判決文の行論に率直に「いらだち」を表明（critieren）する論者もある⁽²⁰⁾。

こうした諸点にも照らすと、この判決文そのものを、体系的に一貫した構築物とらえること自体の困難性という問題も提起されうる。そのため、そうした体系性があるという想定で、本判決をいわば内在的に読解・分析する営為自体の適否や生産性も問題になりうるところである。

関連して、本判決に対しては、一方で、労働市場への統合という目的自体の正当性を前提に、その目的に照らした

制度設計を行うことの合憲性を、本判決が基本的に維持したことに着目しつつ、そうした個人のいわば生き方の教導にもつながりうる規制目的の正当性を論証しうる憲法理論上の背景が、判決文において十分に示されていない点を批判する論者もある⁽²¹⁾。他方でこれに対し、本判決が、全体として制裁に抑制的な判断を示し、特に個別事情に着目した制裁の解除の可能性を承認したことなどに着目し、その審査等に係る行政コストの問題性に加え、これがいわば労働市場を前提としない「無条件の連帯」につながりうる懸念を示す論者もある⁽²²⁾。これらの相異なる反応は、この判決文において、論者によって真逆の方向での読み方を可能にする部分が多々残されていることの証左ともいえる。

かくして、こうした種々の留保が必要となりうる本判決の行論ではあるが、ここでは少なくとも各裁判官の主観的意図等のいわば舞台裏を推測する営為には（六〇年後の情報公開までは推測を超えるものにはならないため）⁽²³⁾ 立ち入らず、解釈論の観点から、給付請求権と比例原則との関係という、日本法との関係でも重要でありながら、必ずしも正面から語られることの多くない論点に関する本判決の立論について、ごく簡単なながら検討を加えることにしたい。

2 給付請求権の要件と内容形成・制約

二〇一九年判決は、通例は自由権領域で用いられる比例原則を本件に適用する際、本件での後置原則（補正性の原則）、協力義務（労働義務）および制裁に係る諸規定について、これらを必ずしも憲法上の権利を「制約」するものという構成は明示しておらず、あくまでも憲法上の給付請求権の「内容形成」（具体化）という大枠の下で立論を展開している。

この点をいかに解すべきかについて、評者の中には、自由権領域と同様の比例原則を適用する以上、明確に制約と

述べなかつたことは、ドグマーティク上は必ずしも説得的ではなく、防御権（自由権）ドグマーティクと給付請求権のドグマーティクとの混交がみられるとする論者もある⁽²⁴⁾。

この点にも関連し、一方で、あくまでも本判決は、後置原則（補足性の原則）や協力義務（労働義務）に係る規定、および制裁規定を、給付請求権の消極要件として扱ったとする論者もある。他方で本判決は、実質的には最低限度の生存保障を求める基本権の防御権（自由権）としての性格を扱ったものだと解する論者もある。前者は、本判決がなぜ明確に制約と述べなかつたのかということを説明する際には、一定の有用性をもつ見方だと解しうる。後者は、それでもなお本判決は、いわば実質的には、本件で争点となつた法律上の諸規定を、憲法上の権利の制約としての側面を持つものと位置づけているという見方に親和的となる。

（１）制約と内容形成の区別基準

もとより、そもそも制約と内容形成との区別基準は、ドイツにおいても難問の一つとされており、はたして両者を区別しうる・すべきか、仮に両者を区別することを前提にするとしても基本権領域の全般を統一的に説明しうる理論が存在しうるか、という点も含めて、議論が継続している最中である⁽²⁵⁾。

一般に、たとえば給付請求権と同様に法律依存性という特徴をもつとされる財産権（所有権）の分野では、時間的基準によつて区別するという見方が、判例法理の説明には有用だとされることがある⁽²⁶⁾。他方で、最低限度の生存保障を求める権利については、必ずしも定説があるわけではないが、少なくともこれまでに示された判例法理の説明という観点からは、規律の意図・目的という基準によつて区別する見解が、一定の有用性を与えるように思われる。具体

的には、①憲法が要求する、人間の尊厳に値する最低限度の生存を確保するための「需要の探求」を目的とする規律を「内容形成」に分類し、②それ以外の目的による規律を「制約」に分類する見解が、一定の手掛かりを与えるように見える。²⁷⁾

すなわち、たとえば二〇一〇年判決で問題となったのは、稼働能力のない者への公的扶助について定めるドイツ社会法典第二編における、^ア单身者の基礎給付の額（月額三四五ユーロ）、^イ一八歳以上のパートナーがいる場合には基礎給付の合計が单身者二人の一八〇％になる旨の規定、^ウ一四歳までの子に対する給付は单身者の六〇％、一五歳以上一八歳未満の子に対する給付は单身者の八〇％とする規定が、憲法上の最低限度の生存保障を求める基本権の侵害になるか否かであった。

また、二〇一二年判決で争点となったのは、一九九三年施行の庇護申請者給付法に基づき支給される庇護申請者等への最低生活保障の給付額である。この額は、当時、庇護申請者や難民等が増加していた背景もあり、低廉に見積もられており、原則として現物給付とされ、例外としての現金給付は、社会法典第二編（稼働能力のある者への基礎給付）や同一二編（稼働能力のない者への社会扶助）との比較で三一％少ない額が設定されていた。この現金給付の額が最低限度の生存保障を求める権利の侵害になるか否かが争点となった。

そして二〇一四年決定では、上記二〇一〇年判決を受けて、立法府が二〇一一年に基礎需要算出法を制定し、また社会法典第二編の給付額に係る諸規定を改正したことについて、この改正法における、^ア单身者、^イ同居している成人、^ウ六歳までの子ども、^エ一四歳から一七歳までの青少年、等々の給付の額を定める諸規定の合憲性が争点とされた。

さらに二〇一六年決定では、社会法典第二編の給付額に関し、成人（一八歳）の後も引き続き両親またはその一方と共同で生活する者は、二五歳の満了までは、両親の需要共同体（世帯）の成員に含められ、その結果、単身者との比較で減額された基礎給付等を受ける旨の法規定の合憲性が争点となった。

いずれの事案においても連邦憲法裁判所は、①憲法そのものは給付請求権の厳密な係数は定めていないという観点などから、法定の給付額（結果・実体）については、明白に違憲か否かという抑制的な審査が妥当するという。②他方で、その給付額を算定する方法（過程・手続等）については、信頼できる数値と一貫した計算手続に基づき正当化されうるものでなければならない、という観点から、たとえば、（x）計算方法の選択の妥当性、（y）選択した計算方法からの逸脱の有無・正当性、（z）適切な調査の有無、等について審査を及ぼしている。

この②過程・手続の審査について、二〇一二年判決は、この審査はあくまでも①結果との関係における（*Ergebnis*）審査である旨を強調し、たとえば立法過程の透明化等に係る立法者の責務などの手続的な要請（立法資料の事前の文書化等）については強調しなくなっている。そして、この判断が、後の二〇一四年決定および二〇一六年決定などにも引き継がれるなど、種々の重要な修正も加えられている。⁽²⁸⁾他方で、上記①②の審査方法の大枠自体は、これらの諸判例でも基本的に継承されてきた。これらの事案においては、憲法が要求する最低限度の生存のために必要なもの、すなわち困窮者の需要を想定し類型的に具体化した立法の憲法適合性が争点となっていたと解される。

これに対し、二〇一九年判決で問題となった後置原則（補足性の原則）、協力義務（労働義務）に係る規定、および制裁としての給付の減額・停止規定は、困窮者の類型的・想定的な需要の具体化を意図したものではないと解することはできる。これらの諸規定は、既述の「要請と支援」という基本的な法目的のもと、要扶助者・被扶助者が困窮を自

身の労働等で克服し、同人を労働市場へ統合していくことを促し、そしてこの点が財政基盤の確保にも資するという規律の意図によるものと構成されうる。

すなわち、二〇一九年判決も明確に述べる通り、この制裁が発動され、給付が減額・停止されている間、要扶助者・被扶助者は、法定の最低限度の水準を下回る生活を余儀なくされることとなる。これらの諸規定は、困窮者の需要の探求とは異なる規律の意図によるものと解される（上記判旨Ⅱ2判旨（3）③、（4）②）。こうした規律は、憲法上の最低限度の具体化ではなく、むしろその「制約」としての性格を帯び、その憲法適合性については自由権の場合に類似する形で比例原則が適用される——このように再構成することは、一つの貫いた見方としてはありうるであろう。

（2）給付の消極要件——内容形成・具体化？

他方で、二〇一九年判決が、後置原則（補正性の原則）や協力義務（労働義務）、制裁に係る諸規定を、明確に制約だと語らなかったことについても、たしかに相応の理由はあると解する余地もある。この点は、「需要」とは何かという定義の問題にも、一定程度関わる。

たとえば、すでに二〇一〇年判決は、次のように述べていた。すなわち「国家が、人間の尊厳の保障という任務の枠内で、かつその社会国家的形成任務を遂行する中で、そのための物的な条件を要扶助者に提供する配慮を行うことが義務づけられるのは、ある者が、人間の尊厳に値する生存の保障のために必要な物的手段を、自身の稼働活動や資産、第三者からの配慮によっても獲得することができないとき」だ（BVerfGE 125, 175（222））。

また、これに対応し、二〇一六年決定は、親の世帯（需要共同体）で同居する二五歳以下の成人の公的扶助（基礎給付）の額が単身者より低く見積もられることが問題となったという事案の特性との関連で、二〇一〇年判決の上記説示を引用し、続けて次のように述べていた。すなわち、「また、社会的法治国は、扶助を要する社会構成員の援助のために充てるべきものと決定される社会の手段は、ただ現実の需要が存する場合にのみ請求権の対象とされるべきことに依拠している。需要の探究の際には、それゆえ原則として、ある共同体において人生における万一の場合や浮き沈みがある場合に相互の保障を期待することのできる者の収入および財産が、考慮されうることになる」(BVerfGE 142, 353 (371 Rn. 39))。

そして本件二〇一九年判決も、これらの説示を引用して、既述のように、立法者が後置原則（補足性の原則）を法定し、それに基づく制度設計を行うことが一般的に許容される旨を述べていた（上記Ⅱ2判旨（3）①）。この後置原則（補足性の原則）に係る制度設計が、はたして憲法上（社会国家原理）の要請なのか（いわばベーシックインカムのような制度が憲法上禁止されているのか）、それとも許容にとどまるのかは、本判决の上記「妥協」的性格にも起因し、読み取りづらい部分はある。だが、社会国家原理の内容の開放性や、後置原則（補足性の原則）を「禁止していない」という本判决の説示（上記Ⅱ2判旨（3）①）⁽²⁹⁾などにかんがみれば、許容（法律ランク）として位置づけられていると読むのが穏当かと思われ、多くの評釈類もそのように解しているようである。

仮に前者のように、後置原則（補足性の原則）を憲法ランクをもった要請の具体化として位置づけた場合には、本件規定は憲法上の給付請求権を法律で制約しているというよりも、その請求権のいわば憲法内在的な限界を確認的に示したこととなる⁽³⁰⁾。他方で後者のように、後置原則（補足性の原則）を立法政策上の要請と位置づけた場合でも、憲

法上の給付請求権の内容は憲法レベルで確定しておらず法律で創設されるという観点をおしすすめると、当該既定は憲法上の権利制約とは構成されにくくなる⁽³¹⁾。

ともあれ、こうした本判決の説示に着目し、自身の稼働活動で獲得できない部分のみが憲法上の請求権の対象となり、その意味で自身の稼働活動が給付請求権のいわば始源的な発生要件になり、この点で後置原則（充足性の原則）とその実現に係る諸規定は請求権の消極的な発生要件を定める規定だと解する余地も生じることとなる。これをあえて進めて別言すれば、稼働が可能な状態にあるにもかかわらずそれを実践していない者は、そもそも「需要」が発生していない状態にある（生活困窮状態にはない）、と解することになる。

この点は、二〇一九年判決が、制裁としての給付の停止（一〇〇％減額）が正当化される場面について、最後に付言していたにもかかわる（Ⅱ 2 判旨（4）②⑦）。すなわち、一方で、給付の停止を定める規定が違憲である旨を述べた後、他方で次のようにも述べていた。

もともと、受給者が、「当局から」提供された期待可能な労働を引き受けることによって、収入を獲得することを通じ、自身の人間の尊厳に値する生存を、実際に現実に確保することができる場合、そしてその限りでは、事情は異なる。この状況は、収入や財産が現実にご利用可能であり、受容可能なたちで投入可能なため、出発点において「困窮（Bedürftigkeit）が存しない場合と同視」できる。それゆえ、客観的に観察して労働を始めることとの妨げとなりうる、万一の個人的な特殊事情を申し立てる可能性が手続きにおいて存するにもかかわらず、そのような実際の生存を確保する……期待可能な稼働活動が、社会法典第二編三一条一項二文の意味で重大な理

由なく故意に拒絶された場合、完全な給付の停止も正当化されうる（Rn. 209）。

このように、仮に困窮に対応しうる「需要」というものを、個々人の稼働活動などによって自力で、あるいは第三者の援助等を通じて獲得できない部分³² という意味に捉えるのであれば、後置原則（補足性の原則）や、これを実現するための協力義務（労働義務）および制裁は、いずれも、この意味における需要に関わるものとして、あらかじめ発生している給付請求権の制約というよりも、給付請求権の始源的な要件設定（内容形成、限界確定）という側面があると位置づけることも、一方では可能になりうる。⁽³²⁾

そして、比例原則が適用されたことについても、たとえば同じく法律依存的な権利とされる財産権（所有権）の分野の判例では、しばしば社会保障受給権との関連で、実践的考慮から、保護範囲や制約に関わる難問に立ち入らず、あるいは内容と限界の確定が同時に関わっているものとして、比例原則を適用する例もあることが想起されうる。⁽³³⁾

（3）需要・衡量——実質的な制約？

もともと、従前の判例と本判決とで、明確に違憲審査の方法が異なっていること、双方の諸事案の間で問題となっている法律規定と憲法上の給付請求権とのかかわり方に異なっている部分があることをクローズアップし、本件で争点となった法律規定は、実質的には制約として位置づけられうると構成することも、理論的には可能であるようにも思われる。

この点、「需要」というものを、個々人の稼働活動など、自助によつては獲得できない個々の部分³⁴ という意味で

はなく、ある特定の時代の特定の共同体における「最低限度の生存のための想定的・類型的な需要」を指すと解すれば、後者の探究を「内容形成」とし、それ以外の規律の意図に基づく法規制を實質的に「制約」と位置づけ、これに防御権ドグマ・テイク（比例原則）を適用すると解する見解も、統一的なドグマ・テイクの形成や、審査方法の規範的必然性を示すという理論的な観点から見ると、相応の有用性はあるように思われる。

従前の判例は、いずれも類型的・想定的需要という意味での需要の探求に係るものであったと解される。これに対し、二〇一九年判決で問題となった制裁等に係る諸規定は、この意味での需要の探求に関わらない以上、實質的には制約として位置づけるのが、一つの一貫した立論だといえる。この立場からすれば、給付の積極要件であれ消極要件であれ、——何をもつて積極要件と消極要件とを区別するのか、また、そうした性格づけを行うことと、制約という性格づけを行うこととは、必ずしも両立しないわけではないのではないか、という論点もありうるが——最低限度に係る想定的・類型的需要の探求に係る立法は内容形成とされ、それ以外の規律の意図による規定は制約と位置づけられうることとなる。⁽³⁴⁾

この立場から見た場合、上記二〇一九年判決がいう、「支給停止（二〇〇％の減額）が正当化される場面は、そもそも困窮が存しない場面と同視できる」とする説示をいかに解すべきか。この点は難しいところも残るが、一つのありうる構成としては、これもあくまで受給資格者に制裁規定を適用している場面だと解する限りは、当該制裁規定それ自体は最低限度の需要を類型化したものではないという観点に照らし、比例原則の適用の結果として、当該既定の規制目的・対立利益が上回る（極めて限定的な）事案類型を抜き出したものだ構成する方途がありうるであろう。⁽³⁵⁾

また、このように比例原則による正当化が行われているということは、憲法上の権利と対立利益との衡量が行われ

ていることを意味する。この点について、二〇一九年判決が、所々で、人間の尊厳とも関連させつつ、この権利が政策目的等によって相対化されない旨を語っていたこととの関係も問題となりうる。本判決のもつ上記「妥協」的性格ともかわり、読解が困難なところではあるが、比例原則を適用している以上、この相対化されないという説示を、文字通りの意味に捉えることはできなくなる。この観点から、上記の相対化されないとする説示は、たとえば身体的・肉体的生存が「核心」で、社会参加の確保が「周辺」だという思考を排する趣旨（一体的保障）⁽³⁶⁾を強調する意義か、あるいは当該権利の重要性を強調する装飾的な意義しかもたないと評する見解もあり、理論的一貫性という観点からは、これもありうる見方であろう。

もとより、人間の尊厳それ自体は衡量を許さない権利だという見方が通例であるが、社会国家原理と結びついた人間の尊厳を根拠に保障される最低限度の生存保障を求める権利は、二〇一〇年判決以来、人間の尊厳それ自体とは区別される基本権だとされていることは、留意に値しうる（BVerfGE 125, 175 (222)）⁽³⁷⁾。

（３）行動の自由——自由権としての側面？

このように、給付請求権たる最低限度の生存保障を求める権利についても、防御権（自由権）ドグマティックとしての比例原則が妥当する部分があることに着目すれば、二〇一九年判決の事案では、この権利の防御権（自由権）としての側面が関わっていると考え、実質的にはその権利への制約があると解することも、理論上は可能になりそうである。

だが本判決が、明確に制約について語ることを控えているのも事実である。この点は、あるいは内容形成と制約の

区別基準が、特に最低限度の生存保障を求める権利に関しては、判例上も学説上もいまだ十分に共有されていない難問であることが影響しているのかもしれない。いずれにしても、判決文からは明瞭に読み取れない部分であるため、断定的なことは述べられないところである。

他方で、本判決が、「自由」への「制約 (Beschränken)」の語を用いた部分もあり、この点は評者の間で注目を引いている。すなわち、本判決が後置原則 (補足性の原則) に係る協力義務 (労働義務) の合憲性を審査するにあたり、これが「行動の自由 (Handlungsfreiheit) を制約する」ため憲法上の正当化が必要となり、その際に比例原則が適用されると述べている部分がある (上記Ⅱ2判旨 (3) ②。Rn 128)。いかに、最低限度の生存保障を求める権利の防御権 (自由権) としての側面があることを見出す見解もある。本件で防御権 (自由権) ドグマ・ティク (比例原則) が適用可能になった理由を、この点に見出す方途もありうるかもしれない。

この点に関連して、近時の判例を見てみると、たとえば年金受給権など、いわゆる法律依存的な権利が問題となった事案で、その権利の発生要件等を定める法律上の規定を、当該権利の制約とはみなしえない場合でも、その権利が別の権利制約を生んでいる場合は、その別の権利のほうへの制約の合憲性が、独立して審査されるということはある。たとえば、農業の事業者の平均年齢の低下等を目的に、農業者の年金受給の要件として農場の引き渡し・譲渡等を義務づける規定について、連邦憲法裁判所は、この規定は一方で、年金受給権 (所有権・財産権。基本法一四条) の要件を始源的に設定しており、当該受給権を「制約」するものではないとする。他方で、当該規定に従って農場の引き渡しをしない場合、老齢年金が支給されず、長年支払ってきた強制加入の保険料が引き合わないため、農場の引き渡しに対する圧力が生じており、これは農場や農業の事業等に係る所有権 (基本法一四条) に対する間接的で事実上

の制約があると認定し、その制約の正当性を、比例原則を通じて審査している⁽³⁸⁾。

これとパラレルに考えるのであれば、本件二〇一九年判決についても、公的扶助の受給要件として課されている協力義務（勤労の義務）が、行動の自由という別の基本権の制約を生んでおり、この基本権の制約の正当性が、最低限度の生存保障を求める権利とは別に、審査されるべきところであるようにも思われる。

もっとも、二〇一九年判決は、この行動の自由の制約を独立に審査しておらず、またこの行動の自由に根拠条文も付されておらず、上記のように行動の自由への制約可能性に触れた後の行論は、あくまでも最低限度の生存保障を求める権利との関係で、協力義務（労働義務）の合憲性を、比例原則に照らして審査するものである。この点は、とりわけ本判決が、この協力義務と職業の自由（基本法二二条一項）との抵触可能性や、家族の保護（同六条）との抵触可能性を、明示的に別枠で論じていることは対照的である（Rn. 150-152）。

一つの見方として、本判決が、人間の尊厳とパターンリズムの否定、自己決定との関係を述べた後（上記Ⅱ2判旨（3）②。Rn. 127参照）、この行動の自由について触れていることなどにも照らしつつ、この行動の自由は、最低限度の生存保障を求める権利（社会国家原理と結びついた人間の尊厳）の隣接側面（Nebenaspekt）であり、当該権利は、防御権（自由権）としての部分——ただし衡量可能な——をともなう請求権（Leistungsrecht mit abwehrrechtlichen Anteilen）であることを、本判決が明らかにしたとする見方も示されている⁽³⁹⁾。たしかに、かねてより課税最低限の場面のほか、給付請求権の行使が自己決定に委ねられる部分があるという意味で、最低限度の生存保障を求める権利にも防御権（自由権）としての側面があることは⁽⁴¹⁾、しばしば指摘されてきた。受給資格者に対する労働の義務づけを通じた行動の自由の制約が、これらと同視できる場面かは慎重な考察が必要なところであり、また体系的な位置づけには不明な部

分も残るが、この行動の自由と公的扶助受給権とのいわば二者択一が問題となっている点に着目し、この行動の自由を考慮に入れることで、防御権（自由権）ドグマリークが適用可能となったとする見方にも、一定の理由はありうる。あるいは、最低限度の生存保障を求める権利それ自体に、一定の行動の自由が確保された状態での生活を営む権利も含まれていると構成し、これに対する制約を問題にしているという見方もありうるであろう。

IV おわりに

以上、給付請求権たる最低限度の生存保障を求める権利を、一般に具体化・内容形成したとされる公的扶助受給権に関し、その制裁的減額を定める法律規定の合憲性審査にあたり、通例は自由権への制約の合憲性審査の場面で用いられる比例原則を適用した二〇一九年判決を一素材に、最低限度の生存保障を求める権利について、憲法上の権利制約という法現象がありうるかという問題の一断面を見てきた。

この点、理論的には、最低限度の生存に係る類型的・想定的需要を探求する規律の意図に基づく立法を内容形成、それ以外の規律の意図による制約と構成し、後者においては自由権の場面と同様に比例原則が適用されうると解すれば、この権利が問題となった従前の判例との立論の相違という観点からも、説明がつく部分はある。だが、内容形成と制約との区別基準という問題が、なお議論の途上にある難問であるためか、あるいは給付請求権の消極要件の始源の設定という可能性を想定してか、判決文では理由は判然としないが、「制約」という法律構成は明瞭に示されておらず、あくまでも内容形成に係る形成の余地（立法裁量）の限界という大枠の中で判旨が展開しているのも事実であ

る。本判決が制約について語ったのは、むしろ行動の自由との関連であり、その体系的な位置づけは不明な部分が残るものの、制裁の前提となる後置原則（補足性の原則）に係る協力義務（労働義務）が行動の自由と緊張関係に立つことは、判決文にも示されていた。あるいは、公的扶助受給権と行動の自由とのいわば二者択一関係を迫る性質をもつということもできるかもしれない。あるいは、最低限度の生存保障を求める権利には、一定の行動の自由が確保された状態での生活を営む権利も含まれるという構成もありうる。労働義務との関係では、比例原則の適用可能性を、この点に見出す方途もある。また、一般的にいつて、「制裁」が比例原則に合致すべき要請は、罪刑均衡など、古来よりなじみのある思考だと解することもできる。

なお説明を要する論点も少なからずあるが、本判決の意義の一つとして、給付請求権にあっても比例原則の審査になじむ事案があることを、「いわれてみればその通りだ」——アハー体験（Aha-Erfenisse）————というかたちで自覚させたことを挙げる論者もある⁽⁴³⁾。

日本法との関係でも、たとえば被扶助者が自動車使用を禁止する指導・指示に違反したことを理由に、生活保護が廃止されたこと（生活保護法二七条、六二条等）について、憲法論が正面から展開されているわけではないが、比例原則違反を認定した裁判例もあった⁽⁴⁴⁾。また、その保護の廃止の前提となる自動車の所有・使用の禁止など、補足性の原則（同四条）の具体的運用が、被保護者・要保護者の行動の自由の制約になる側面があることは、かねてより学説で指摘されてきたところである⁽⁴⁵⁾。

そのほか、自立支援を生活保護受給の要件と解すべきか否かという問題や、近年注目されている「不正な手段」（同七八条）による受給に対する費用の（制裁的）徴収の論点など⁽⁴⁷⁾にも、比例原則を媒介とした憲法論が伏在している

可能性はある。

もとより、日本では生活保護法の具体的な実現の在り方の多くが、需要の探求（同八条）の内実も含めて、法律の明文よりも解釈・運用に任されている部分が多いためか、ドイツの法制度との対比で憲法論を意識させにくい構造となつていとも解される。また、補正性の原則（同四条）に関し、勤労の義務（日本国憲法二七条⁽⁴⁸⁾）の明文の有無など、日独において単純な比較はできない部分もありうる。

他方で、この点も含め、また制約・内容形成・比例原則の相互関係に係る上記の種々の可能性のうち、具体的にどのような理論構成が日本法に適合的なのかという点も含めて、こうした保護受給権に係る諸問題を憲法論として考察する可能性・必要性を意識するうえでも、本稿で触れたドイツ二〇一九年判決は相応の意義をもちうると解される。

また、この比例原則の適用可能性という問題や、比例原則と制約・内容形成との関係という問題は、違憲審査に際しての技術的・機能的な有用性に係る問題であるにとどまらず、法律規定と憲法規定・規範との具体的ななかかわり方や、それ自身が憲法上の要請である比例原則が適用されうる規範的必然性にも関わる問題でもある。そうした観点から考察するための、いくつかの理論的可能性を、本稿ではさしあたり示した次第である。

（１） ディートリッヒ・ムルスヴィーク（畑尻剛編訳）『基本権・環境法・国際法』（中央大学出版部、二〇一七年）四九頁（七九頁以下）〔柴田憲司〕。

（２） 参照、畑尻剛「憲法問題としての「次世代に対する責任」」ドイツ憲法判例研究会編『未来志向の憲法論』（信山社、二〇〇一年）二二頁以下。

（３） ドイツ連邦共和国基本法二〇条一項…「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である。」条文の邦訳は、初宿

正典訳『ドイツ連邦共和国基本法』（信山社、二〇一八年）。

- (4) ドイツ連邦共和国基本法「一条一項」：「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である。」

- (5) BVerfGE 125, 175. 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）四頁、本判決の邦訳として、同「ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決」同七一頁、上記ハルトツ改革の概要は、田畑洋一『現代ドイツ公的扶助論』（学文社、二〇一四年）

- (6) 西村枝美「ドイツにおける社会権の法的性質と審査基準」『関西大学法学論集』六二巻四・五号（二〇一三年）二三頁、玉蟲由樹「人間の尊厳保障の法理」『尚学社』二〇一三年 一九一頁、石塚壮太郎「生存権」の法的性質」『法学政治学論究』一〇号（二〇一六年）一〇一頁、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、二〇一八年）五三事件（「工藤達朗」等）等。

- (7) BVerfGE 132, 134. ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(6) 五四事件（「大西楠・テア」、山本響子「外国人の「人間の尊厳」に値する最低生活保障を求める基本権」をめぐる現況と可能性」『早稲田法学会誌』七〇巻二号（二〇二〇年）二九一頁。

- (8) BVerfGE 137, 34. エハネス・ミュンダー（嶋田佳広訳）「ドイツの最低生活保障基準決定とその検証の在り方をめぐる違憲判決とその後」『貧困研究』一四号（二〇一五年）三六頁、松本奈津希「生存権の自由権的側面による最低生活保障」『一橋法学』一七巻一号（二〇一八年）六五頁（二二九頁）。

- (9) BVerfGE 142, 353. 柴田憲司「判批」『自治研究』九四巻九号（二〇一八年）一四二頁。

- (10) BVerfG, 152, 68. 以下、判旨を引用する際には、必要な限度で、判決に付された欄外の段落番号（Rn.）を示す。

- (11) 「過少保護の禁止」という意味での比例原則として再構成する可能性の骨子は、柴田憲司「生存権の「制約」可能性」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開（上）』（信山社、二〇一七年）六七七頁（七〇二頁、七一九頁注（一〇五））。

- (12) さしあたり、前掲注(5)・(6)で掲げた諸文献を参照。

- (13) ドイツ社会法典第二編「事件当時」三一条 義務違反…(1) 稼働能力のある受給資格者は、法的効果ないしその認識について文書による教示を受けたにもかかわらず、次に掲げるいずれかの事項に該当する場合、義務に違反する。

1. 再就労協定、またはこれに代わる一五一条一項六文に基づく行政行為において定められた義務を充足すること、特に十

生活保護の制裁的な減額と比例原則（柴田）

分な範囲で自己の努力を示すことを拒否した場合

2. 一六d条に基づく期待可能な労働、職業訓練、就労機会、又は一六e条が要求する労働関係を開始・継続することを拒絶し、若しくは自らの行為によりその開始を妨げた場合

3. 労働への統合への期待可能な措置に着手せず、拒絶し、又はその中断のための機会を与えた場合

ただし、稼働能力のある受給資格者が、自らの行動についての重要な理由を説明し証明した場合には、この限りではない。

(14) ドイツ社会法典第二編「事件当時」三一a条 義務違反の法的効果…(1) 三一条の義務に違反した場合、失業給付Ⅱは、第一段階において、稼働能力のある受給資格者に関する二〇条に基づく基礎需要の三〇%が減額される。三一条違反が繰り返された場合、その最初の段階において、失業給付Ⅱは、稼働能力のある受給資格者に関する二〇条に基づく基礎需要の六〇%が減額される。三一条違反の繰り返しさらに継続した場合、失業給付Ⅱは全面的に支給が停止される。義務違反の繰り返しがあるのとされるのは、ただすでにあらかじめ減額が確定している場合のみである。過去の減額期間の始期が一年以上前である場合には、義務違反の繰り返しは存しないものとする。稼働能力のある受給資格者が事後に、自らの義務を追完する用意があることを説明した場合、当局は、第三文による給付の減額〔停止〕を、当該時点より、二〇条に基づく稼働能力ある者の基礎需要の六〇%に限定することができる。(2) 項以下、略)

第三一b条「事件当時」減額の始期と期間…(1) ……(第一文、第二文、略) 減額の期間は三か月である。(第四文以下、第二項、略)

(15) 憲法論の観点から本判決を紹介するものとして、松本宗津希「最低生活保障の交錯的構造」一橋法学一九卷二号(二〇二〇年)七八九頁(八三五頁以下)、石塚壮太郎「働かざるもの食うべからず?」ジュリスト一五五〇号(二〇二〇年)四九頁。また、二〇二〇年七月四日(土)に実施されたドイツ憲法判例研究会で、本判決を扱った石塚壮太郎・同会会員の報告からも、多くの教示を得た。

(16) なお、脈絡は異なる部分があるが、基本権を保障する法治国的配分原理の実効性の前提をなす、基本義務(Grundpflichten)の体系たる連帶的配分原理なる構想を指定する議論もある。O. Depenheuer, Solidarität im Verfassungsstat. 2. Aufl. 2016, S. 178ff. この議論の解釈論としての含意や困難性は、柴田憲司「縮小する社会と生存権」公法研究八二号(二〇二〇年)一九九頁。

- (17) 給付の額は、現場の行政コストや現場の恣意の排除の要請などにもかんがみて、法定の額が一律的・類型的に給付される制度設計になっているのが原則形態だが、二〇一〇年判決以来、ドイツ連邦憲法裁判所は、個別の需要にも対応できるような規定を設けるべきことを要求し、そうした方向の規定も設けられている。前掲注(5)～(9)に掲げた諸文献を参照。また、需要探求原理と個別化原理について、嶋田佳広「需要探求原理の胎動(1)(2)」札幌学院法学三二巻一号(二〇一四年)八七頁、同三二巻二号(二〇一五年)二六五頁、石塚壮太郎「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)一九七頁(二二二頁)。
- (18) 少数意見制や評決の割合の手続や運用については、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』(中央大学出版部、第二版、二〇一三年)一七四頁以下(畑尻剛)、柴田憲司「ドイツ憲法憲法裁判所の少数意見制」大林啓吾・見平典編『最高裁の少数意見』(成文堂、二〇一六年)二二五頁。
- (19) S. Schifferdecker/B. Brehm, Sanktionsurteil des BVerfG, NZS 2020, S. 1. 以下 S. Rixen, Abschied vom Sozialstaat der Sanktionen?, SGB 2020, S. 1 m. Fn. 6 参考。
- (20) 以上も含め、本判決のもう妥協的性格については、Schifferdecker/Brehm (Fn. 19) のほか U. Berti, Pauenschlag mit Kompromisscharakter II, Info also 2020, S. 3 参考。
- (21) M. Nettesheim, Anmerkung, JZ 2020, S. 153. 本稿では深入りできないが、この論考は Nettesheim は「自律」や「平等」といった説明では不十分だとし、「市民的・共和的社会国家理論 (bürgerlich-republikanische Sozialstaats-theorie)」の観点からの再構成を試みる。
- (22) Rixen (Fn. 19), S. 7.
- (23) Vgl. Rixen (Fn. 19), S. 6.
- (24) Vgl. etwa J. Greiser/D. Šušnjarić, Teilweise Verfassungswidrigkeit von Leistungsminderungen im SGB II, NJW 2019, S. 3683 (3684); Berti (Fn. 20) S. 7. 近年のドイツ判例におけるドグマティクの弛緩に関し、石川健治「ドグマティクと反ドグマティクのあいだ」同ほか編『憲法訴訟の十字路』(弘文堂、二〇一九年)二九九頁(三二六頁)、ドイツにおけるドグマティク批判に関し、松本和彦「比例原則の意義と問題点」同八五頁(一〇三頁)、栗島智明「ドイツ憲法学の新潮流」法学政治学論究一一七号(二〇一八年)三三三頁。

- (25) 詳細は、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、二〇〇四年）一一一頁以下。財産権について、平良小百合『財産権の憲法的保障』（尚学社、二〇一七年）。
- (26) Vgl. etwa. C. Bumke/A. Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 1157.
- (27) A. Merold, Freiheit durch den Staat, 2016, S. 448ff. Merold の議論については、柴田・前掲注(11) 六九四頁以下。
- (28) 柴田・前掲注(9)。
- (29) Etwa. Berlit (Fn. 20), S. 6; E. Kriebel, Der verfassungsrechtliche Rahmen für Mitwirkungspflichten in der Grundsicherung für Arbeitsuchende, SGB 2020, S. 150 (151).
- (30) Vgl. E. Kriebel, Mitwirkungspflichten und Sanktionen bei der Inanspruchnahme von Grundsicherungsleistungen, NZS 2019, S. 730 (734).
- (31) この点に関連し、自由権領域で一般的な「権利それ自体とその制約」という二元的構成を広く承認する「外在理論」と、そうした権利制約という現象を認めない「内在理論」との対置について、長尾一紘『基本権解釈と利益衡量の法理』（中央大学出版社、二〇一二年）一一頁以下。あわせて、工藤達朗『憲法学研究』（尚学社、二〇〇九年）七八頁、小山剛「比例原則と衡量」高橋和之先生古稀記念『現代立憲主義の諸相（下）』（有斐閣、二〇一三年）一一五頁（一二九頁）。給付請求権との関連に係るドイツの議論は、柴田・前掲注(11) 七〇四頁以下、およびそこでの引用文献を参照。
- (32) 関連して、Kriebel (Fn. 29); ders. (Fn. 30) 参照。
- (33) Vgl. J. Senger, Art. 14 GG und Sozialrecht, in: M. Modrzejewski/K. Naumann (Hrsg.), Linken der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Band 5, S. 231.
- (34) Melord (Fn. 27), S. 458. 柴田・前掲注(11) 七〇二頁注(66)。関連して「一般的・抽象的」な給付額の算定に係る従前の判例を、制裁規定との相違について、C. Janda, Das „Sanktionsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts und die Leistungseinschränkungen im AsylbLG, info also 2020, S. 103 (107).
- (35) 他方で、その正当化要件が充足される場面では、そもそも典型的・想定的な需要を下回る生活を当事者が強いられているとは評価できず、その意味で、この場面は、制裁的な支給停止により典型的・想定的な需要を下回る生活を当事者が余儀なくされる場面とは性格が異なる、という見方も、理論上は想定されうる。この点は、対立利益との衡量による権利制約の正

当化という構成をとるか（外在理論）、対立利益が優越する場合には権利が発生していないという構成をとるか（内在理論）、という立論の相違に関わるかもしれない。比例原則は前者に親和的である。外在理論と内在理論は、前掲注(31)の諸文献を参照。

なお、もとより、いずれの構成でも、この例外的な正当化要件の認定や立法化等に困難が伴いうることは想定されうる。

関連して、*H. Spindler, Die Schwierigkeit, Mitwirkungspflichten in der Grund Sicherung verfassungsrechtlich zu begründen, und die Auswirkung auf die Sperrzeiten im SGB III, infö also 2020, S. 12.*

(36) *Rixen* (Fn. 19).

(37) この権利が政策目的によって相対化されない旨は、二〇一九年判決も引用する二〇一二年判決が述べていたところであるが（上記Ⅱ2判旨(2)②）、これは、一般的・抽象的な給付額の算定（類型的・抽象的な需要の探求）の場面を想定して語ったものであり、制裁規定を想定していたものではなかったという点について、*Janda* (Fn. 34)を参照。

なお、最低限度の生存に係る類型的・想定のな需要の探求（内容形成）の場面について、特定の時代の特定の場所の下回ってはならない絶対値があると想定すれば、この権利は絶対的だと構想することもありうるし、他方でその給付の額が時代や場所によって変遷するという意味では、相対的な性格をもっているとみる余地もある。すでに二〇一〇年判決も、脈絡は若干異なるが、給付請求権の設定が財政事情に影響する可能性を述べていた（BVerfGE 125, 175 (324)）。そして、給付請求権も含めて憲法上の権利を最適化要請と構成する原理理論は、このようにして給付額が定まるメカニズムにも着目して、内容形成と制約を特に区別せず、こうした類型的・想定のな需要の探求の場面も含めて、憲法上の権利制約を広く肯定し、対立利益との衡量（過少保護禁止という意味での比例原則）による正当化という思考（外在理論）を提唱する。*M. Borowski, Grundrechte als Prinzipien*, 3. Aufl. 2018, S. 427ff. *Borowski*の立論については、柴田・前掲注(11)七〇四頁以下。

(38) BVerfGE 149, 86. 柴田憲司「判批」自治研究九六巻八号（二〇二〇年）一五〇頁。

(39) *Rixen* (Fn. 19), S. 4.

(40) ドイツ判例の展開は、松本・前掲注(15)を参照。

(41) *Etwa, Melord* (Fn. 27), S. 367ff. 381ff.

(42) たとえば上記の年金受給権の事案も、農業の事業ないし農場の引き渡し義務による所有権への制約が、（制約の存在が否

生活保護の制裁的な減額と比例原則（柴田）

定された）年金受給権と完全に切り離されて構成されているわけではなく、年金が受給できなくなること（長年保険料を支払ってきたにもかかわらず）の不利利益にも照らして、農業・農場等への所有権の制約が肯定されている部分がある。

- (43) *Rixen* (Fn. 19), S. 6.
- (44) 福岡地判平成一〇・五・二六判時一六七八号七二頁。
- (45) 遠藤美奈「生活保護と自由の制約」撰南法学二三号（二〇〇〇年）三三頁。
- (46) 議論状況の概説として、菊池馨実『社会保障法』（有斐閣、第二版、二〇一八年）三二九頁以下、笠木映里ほか『社会保障法』（有斐閣、二〇一八年）五二四頁以下（嵩さやか）。
- (47) 近時の最高裁判例として、最判平成三〇・一二・一八民集七二巻六号一一五八頁。
- (48) 議論状況は、尾形健『福祉国家と憲法構造』（有斐閣、二〇一一年）一二八頁、辻健太「生存権と勤労の義務をめぐって」尾形健編『福祉権保障の現代的展開』（日本評論社、二〇一八年）四三頁、および辻村みよ子・山元一編『概説 憲法コンメンタール』（信山社、二〇一八年）一七五頁〔尾形健〕での引用などを参照。

（本学法学部准教授）