

行政の民主制的並びに法治国家的基礎づけ？ -社会国家化という課題の克服にあたってのディートリッヒ・イエッシュと高田敏とを例として-ⁱ⁾

高田 篤

21世紀において新たな課題に直面する行政を、民主制的・法治国家的に構成し、正統化するために、行政法学にはどのような貢献ができるのか。その重要なヒントが、第二次大戦後のドイツと日本において、社会国家化という新たな課題を民主制的・法治国家的に克服しようとして、理論、ドグマティック、比較法を展開したディートリッヒ・イエッシュと高田敏の考察過程を、それぞれの文脈もふまえつつ具体的に比較・検討することによって、得られるだろう。

キーワード：民主制、法治国家、社会国家、生存権、法律による行政、
ディートリッヒ・イエッシュ、高田敏

- i) 本稿は、2023年4月28日、29日にドイツ・ハイデルベルク大学で開催された独日行政法コロキウム (Deutsch-Japanisches Verwaltungsrechtskolloquium) において第一報告として発表した内容に、若干加筆したものである。報告はドイツ語でなされ、ドイツにおいて公刊されることとなっている。本コロキウムは、ハイデルベルク大学のヴォルフガング・カール氏、ベルント・ジェジック氏と東京大学の山本隆司氏、太田匡彦氏を中心に企画・遂行され、行政・行政法の基本的問題とアクチュアルな挑戦的課題に協働して取り組むことを目標としている。そして、それを通じて、
- 両国の制度と法的問題への深い洞察を獲得し、
 - 将来の研究や法政策を含む法形成への展望と解決の端緒を開き、
 - 21世紀の行政、法、政治をめぐって多くの国々に波及する挑戦について、国家を越えた理解の発展を促進する、
- とされている。そこで、この三目標を達成するために、諸テーマは、日本にとって、ドイツにとって、国際的に接続可能である中間的な抽象レベルで取り扱われる。具体的には、次の四つの主要テーマが取り上げられることになっている：
- (1) あらゆる現代的で自由な行政の基礎としての、行政の民主制的並びに法治国家的な基礎。
 - (2) 諸権力に分立され法に拘束された国家における行政の位置規定としての、行政の政治、立法、司法との関係。
 - (3) 現代情報社会の行政法における範例的な緊張関係としての、情報行政とデータ保護。
 - (4) 国家の自己統制であり、高度に発展し相当の部分においてグローバル化された経済の他者統制であるところの、アクチュアルな挑戦としての監視と規整。
- 今回の筆者の報告は(1)についてのものである (筆者の対照報告者はフライブルク大学のフリードリッヒ・ショッホ氏であった)。
- このコロキウムは、2023年からスタートし、以後、独日で交互に開催されることとなっている。ところで、筆者は、イエッシュの法治行政論とその意義について、既に検討を加えたことがある (「公法学テキストの受容とその文脈 - Dietrich Jeschの日本とドイツにおける受容をめぐって」初宿正典先生古稀祝賀『比較憲法学の現状と展望』(成文堂、2018年)所収、「ケルゼン『理論』とイエッシュ『理論』の方法論的位置関係と布置 - 法律による行政原理をめぐって -」阪大法学72巻第3・4号(2022年)など)。今回の報告・本稿では、それが社会国家化の課題においてどのような意義を有したかについて、新たにより深く分析した。
- また、筆者は、高田敏の生存権論とその意義についても、かつて取り扱った (「生存権の省察 - 高田敏教授の『具体的権利説』をめぐって -」高田敏先生古稀記念論集『法治国家の展開と現代的構成』(法律文化社、2007年)所収)。今回の報告・本稿では、それがどのような比較法研究を通じて析出されたものであるかを、より詳細に検討した。

〔目次〕

- I はじめに
- II イエッシュと社会国家における行政の法律適合性
 - 1 イエッシュによる問題設定
 - 2 憲法構造と機能的位置
 - 3 新たな留保学説の帰結
 - 4 イエッシュの学説の彫琢にとっての比較法の意義
 - 5 イエッシュにとっての理論とドグママーティク
 - 6 イエッシュにとっての民主制と法治国家
- III 高田敏による日本国憲法における社会国家性の探究
 - 1 単なる「プログラム」としての最低限度の生活を営む権利
 - 2 プログラム規定説に対する批判と最低限度の生活を営む権利の分析
 - 3 日本国憲法25条と法律による行政
 - 4 社会国家に対する憲法理論的考察
- IV おわりに

I はじめに

絶えず変化する21世紀の社会においても、それを基礎付け、それに随伴する行政の働きは変わることなく重要である。そして、行政は、現在のそして未来の条件や課題に直面しても、法治国家的並びに民主制的に構成され、その活動が法治国家的ならびに民主制的に正統化され続けなければならない。

そのために公法学、特に行政法学はどのような貢献ができるのか？どのようにドグママーティッシュに並びに理論的に活動していけばいいのか？その際、比較法はどのような意義を持ち得るのか？本稿では、これらの問いを抽象的に取り扱うことはしない。また、具体的な現在の布置にのみ定位して議論するようなことはしたくない。むしろ、未来の学問的作業のための指標を求めて、中間的な抽象レベルで検討を試みることにしたい。

本報告では、戦後の日本とドイツの公法学において、社会国家化という新たな課題に対して、それを民主制的並びに法治国家的にどのような仕方で克服しようとしたのかが検討される。その範例としてディートリッヒ・イエッシュと高田敏の熟考が取り上げられる。それを通じて、二人の立場が、とりわけ興味深い比較対象であることが示されることになる。

II イエッシュと社会国家における行政の法律適合性

1 イエッシュによる問題設定

イエッシュは、行政の法律適合性における「侵害留保」説が、立憲君主制の本質的要素であることを証明し、憲法構造が転換したことから、立憲民主制の憲法型としてのボン基本法に適合する留保概念を帰結しようとした¹⁾。そして、彼は、新たな憲法理解を解明することと並んで、現代の転換の中核領域にかかわる問題の側面、特に国家による給付と優遇に際していかなる留保原則が妥当するかを取り扱った²⁾。

2 憲法構造と機能的位置

(1) 法律適合性原則

イエッシュは、この問題を解決するための方法論的前提として、法律適合性原則が憲法構造の機能であるとする。それ故、法律適合性原則の妥当性、その内包・外延、各憲法秩序 (spezielle Verfassungsordnung) のそれぞれの構造の間には機能的依存性があるという。この基礎の上に、「侵害留保説」の機能的位置 (funktionale Stellung) が、立憲君主制の憲法構造にあることが示され得ることになる。さらにこの前提に基づき、変更された憲法構造から、法律適合性原則について、その変更された機能的位置と新たな内容形成とが推論されるとする³⁾。つまり、ボン基本法の憲法構造は、議会が最高の国家機関であることを明らかにしている。議会は、最早、統治・行政領域における執行権の自然の自由を制限するのではなく、執行権に対してそれが活動するために必要な権限を付与する。執行権は、政府のレベルにおける政治的決定に関して憲法で与えられた活動権限を除けば、法律による授権無しに活動するための権限を持たない、というのである⁴⁾。

(2) 裁判権

イエッシュによれば、裁判権の機能的位置はコントロール権限にあるという⁵⁾。まず、彼は1956年の博士論文の中で権力配分の輪郭を描き出し、三つの基点を区別する。すなわち、1) 三つの国家基本作用を任務配分として記述する作用理論、2) 絶対的分離を要求する権力分離、3) 「チェック・アンド・バランス」のシステムとしての権力コントロール。そして、彼は、基本法が定める権力配分の下に、第三権による第一権と第二権に対するコントロールの形で行われる権力の抑止を理解する。その任務に対応して、司法は、ドイツの憲法史上初めて、他の二権力から厳密に分離された、ともされるのである⁶⁾。また、そのような司法権は、議会と執行権を、その活動が憲法、法律、その他の法に適合している

1) *Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, S.1.

2) *Jesch* (Fn.1), S.2.

3) *Jesch* (Fn.1), S.66 f.

4) *Jesch* (Fn.1), S.171.

5) *Jesch* (Fn.1), S.98.

6) *Dietrich Jesch, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte*, Verlag von Palm & Enke · Erlangen, 1956, S.117 ff.

かに基づいて監視する。さらに、議会は、執行権を法的および政治的にコントロールし、立法によって裁判を拘束する。執行権のみが、他の両権力に対してコントロール作用を持たない。全ての行政活動は司法審査可能なものであり、執行権の意のままにできる、法から自由な領域は最早存在しないというのである⁷⁾。

3 新たな留保学説の帰結

(1) 給付と優遇

執行権への権限の推定が働いた立憲君主制の憲法構造が基本法の憲法秩序へと転換した後、行政権としての執行権は純然たる執行する権力になったという。憲法自体が執行権に十分な権限を与えていない限り、その行為形式のすべては議会の授権に依存するとされる。また、議会による授権の必要性は、国家機関における最高機関としての議会の地位からも生じるといわれる。したがって、給付と優遇は、行政によって、議会の授権に基づいてのみ与えられるというのである⁸⁾。

(2) 概括的授権と個別的授権

イエッシュによれば、基本法が支配する下では、概括的授権が許されない。なぜならば、執行権が議会の授権規範に依存しているのであれば、議会は限界づけられた授権要件を定めなければならない。さもなければ、議会は規範を定立し (Normierung)、統制する (Lenkung) という任務を放棄することになるからだという。執行権に対して、市民の権利の領域にかかわる措置を授権する限り、議会の授権の形式はより厳密な要請を受けるとされる⁹⁾。

執行権が個人の領域への介入を授権される場合、行政官庁の活動に関する基準は立法者自身によって定立されねばならず、官庁による個々の措置は授権規範に基づいて測定可能 (meßbar) でなければならないという。この測定可能性の要請は、ドイツ連邦共和国の憲法構造から生じるが、これに関連して、最も重要な憲法規範は基本法19条4項であるとされる¹⁰⁾。なぜならば、行政官庁の措置の測定可能性の要請は、当該措置が裁判所によって統制されることが保障されるということで初めて意味を持つからである。官庁の活動の測定可能性の要請は、立法者が、裁判官に対して、問題となっている措置を評価することのできる基準を与えるということを前提としている。だから、授権の特定化 (Spezifizierung) は、立法者自身がおこなわなければならない、立法者がこの任務を裁判所に委ねることなど、許されない。基本法は、執行権の権力を制限する任務を議会に与えていて、裁判権の任務は、まさに、法律によって規定された授権の限界が維持されるよう監視することだとされるのである¹¹⁾。

7) Jesch (Fn.1), S.98 f.

8) Jesch (Fn.1), S.204 f.

9) Jesch (Fn.1), S.222 f.

10) ボン基本法19条4項「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途 (Rechtsweg) が開かれている。…」

11) Jesch (Fn.1), S.223 ff.

測定可能性という要件を充たすのに、給付に対する授権がどの程度まで要求されるかは、行政と被受給者の間の給付関係が有する構造によるという。個人が給付の要件を充たしているために給付に対する権利を有している場合、法律に定められた要件が存在するにもかかわらず給付を与えなければ、それは客観的な法違反となると同時に、個々人の主観的権利を侵害することになる。給付の拒否について、基本法19条4項が完全な権利保護を与えるとされる。この場合、特定化された、構成要件の形で書かれた授権が、介入の授権に求められなければならなかったのと同じ理由で必要になる。なぜならば、法的請求権があるにもかかわらずそれを拒否することは、負担になるからだというのである。それ故、行政裁判所による審査の枠組みの中で、裁判官は、拒否が認められるか否かを厳密に審査し得る基準を持たねばならない。さもないと、個人に請求権が与えられていたとしてもそれは見せかけだけのものになってしまい、実際には給付が官庁の裁量に委ねられてしまうことになるからだとされるのである¹²⁾。

(3) 社会国家的給付と留保学説の民主制的・法治国家的基礎づけ

イエツシュは、憲法構造が立憲民主制に転換したことと基本法の下における議会の地位から、給付と優遇について議会による授権の必要性を導き出した。また、イエツシュは、行政官庁の活動に対する測定可能性が不可欠であるということから、立法者に対し、裁判官に、執行権限の射程に関して信頼のおける形で判断することができるように、法的請求権に基づく給付について審査し得る (justiziabel) 基準を提供する義務を帰結した。彼は、民主制的並びに法治国家的基礎づけから、社会国家における給付について、議会による特定化された授権と裁判所による信頼のおける権利保護とを可能にしようと努めたのである。それによるならば、社会国家における給付は、民主制的並びに法治国家的に正統化されることとなる。

基本法の下では、特定化され、構成要件の形で規定された法律による授権が、特に重要である。後に詳述するように、日本国憲法とは異なり、基本法においては、社会国家的給付に対する権利保護のための確固たる基礎が存在しない。事実、連邦憲法裁判所は、扶助 (Fürsorge) に対する個々人の基本権上の請求権を否定し、社会国家の実現が立法者の責任の下にあるとみなしたのである¹³⁾。これに対し、連邦行政裁判所は、物的な国家給付を与えることの、民主的・社会的法治国家にとっての意義を強調した。連邦行政裁判所は、市民を、「共同体の参加者」として、並びに、国家的給付に対する「独自の権利の担い手 (Träger eigener Rechte)」として、性格づけた。その上、同裁判所は、「およそ人間の生存 (Dasein) …保障」にかかわる限り、「人間を国家の行動の単なる客体とみなす」ことに対する人間の尊厳から帰結される禁止を、強調したのである。これによって、連邦行政裁判所は、国家的扶助を、法律に対し人間の尊厳に適合するように解釈を施すことによって、裁判的に請求可能なものとしたのである¹⁴⁾。これらと比較すれば、イエツシュが

12) Jesch (Fn.1), S.228 f.

13) BVerfGE 1, 97 (104 f.).

14) BVerwGE 1, 159 (161 f.).

社会国家的給付に対する主観的権利の保障についてどれほど理路整然たる方法を切り開いていたのかが明らかにされるのである。

4 イエッシュの学説の彫琢にとっての比較法の意義

イエッシュの法律の留保学説の彫琢に対して、比較法が重要な役割を果たした。イエッシュは、立憲君主制憲法およびヴァイマル憲法と通時的な比較を行い、立憲民主制憲法と、特にオーストリア憲法秩序との違いについて、共時的な比較を行った。

イエッシュの通時的な比較において、立憲君主制から立憲民主制への転換は決定的な役割を果たす。イエッシュにとって特に重要な問いは、何故に立憲君主制における行政の法律適合性原理がヴァイマル共和国においても変わることなく続いて妥当することができたのか、であった。彼は、その理由のひとつを、国法学上の概念装置が、立憲君主制から立憲民主制への転換にもかかわらず、維持されたことに見ている。これについては、法律家の思考が基本的に保守的であったことと、両体制における有力な国法解釈者の人的同一性（例えばゲルハルト・アンシュッツ）とによって説明されている¹⁵⁾。彼は、ふたつ目の理由を、憲法の構造的要因に見出す。すなわち、ライヒ大統領の強力な地位が、ある意味で、君主制における立憲君主のそれと相応していたことである¹⁶⁾。ヴァイマル共和国において侵害留保説が引き続き維持されたことによって、イエッシュは、新たな留保学説を法治国家や民主制といった憲法の指導原理から直接導き出すことができなかつた。なぜならば、これらの原理はヴァイマル憲法下でも妥当していたからである。したがって、彼は、基本法の機能と構造要素によって論証することを余儀なくされた。

イエッシュは、全部留保が実定法上規定されているオーストリアの連邦憲法と基本法との違いも強調した。イエッシュによれば、オーストリア連邦憲法18条における全部留保の実定法上の規定¹⁷⁾から、基本法下の問題に対して、何もとり出すことができなかつた¹⁸⁾。したがって、彼は、基本法下の行政の法律適合性原理についてドグマーティクを彫琢することを下支えするために、彼固有の理論的構成を築き上げなければならなかつたのである。

5 イエッシュにとっての理論とドグマーティク

(1) 憲法理論とドグマーティク

イエッシュは、多くの箇所では、「憲法構造」の「機能」や「憲法構造」としての権力分立といった理論的コンセプトを使用し、それらの助けで、行政の法律適合性の原理をドグマーティッシュに把握し、基本法から具体的な憲法内容を導き出した。彼は、法律適合性原理を憲法構造の機能と理解したことによって、立憲君主制の憲法構造を立憲民主制のそれと比較することができた。彼は、基本法の具体的な表現を取り込むことによって、法律のいわゆる全部留保を採るに至った。また、それ以上に、憲法構造のコンセプトは、彼が、

15) *Jesch* (Fn.1), S.7.

16) *Jesch* (Fn.1), S.172 N.1.

17) オーストリア連邦憲法18条1項「すべての国家行政は、法律の根拠に基づいてのみ行使され得る。」

18) *Jesch* (Fn.1), S.188.

基本法92条～104条を、基本法の権力分立の秩序において、第三権力が、他の両権力から厳格に分離されて、これら両権力を、専ら法に基づいて統制する、というところまで理解することを可能にした。さらに、議会は、一権力分立原理からみれば一執行を法的並びに政治的に統制する任務を有するという。それ故、イエッシュによれば、執行権には法から自由な領域が存在しない。イエッシュは、基本法の憲法構造を背景として、特に基本法19条4項から行政官庁の活動の測定可能性の原則を帰結する。したがって、基本法の支配の下において、概括的授權は許されないのである。

イエッシュは、基本法の下における行政の法律適合性原理を、ドグマーティッシュな方法で取り扱う。この際、イエッシュは、わずかな憲法のテキストを理解し、それによって命じられている内容を把握するために、理論的なコンセプトが必要であると確信していた。彼にとって、理論なしに実定憲法にアクセスすることなど、幻想でしかなかった。理論こそが、憲法を理解するために、必要とされる省察的な余地を開く。イエッシュにとって、憲法理論は、ドグマーティク、実定憲法、例えば基本法の下における行政の法律適合性原理のドグマーティクの前提だったのである。

(2) 法理論と憲法理論

イエッシュは、行政法学の他の課題を果たすために、憲法理論とは別の種類の理論的考察を行った。彼は不確定法概念という現象を、憲法的観点¹⁹⁾のみならず法理論的観点からも分析したのである。彼にとって、法律上の概念にある法理論的な問いは、法律を解釈する際の、法律（つまり法律上の概念）への拘束と法律を解釈する裁判官の自由との対抗という二律背反である²⁰⁾。彼は、その考察において、ハンス・ケルゼンの理論の一部を改善しようとした。その出発点をなしているのが、ケルゼンによって展開された、法規範に与えられ、法適用者によって充たされる枠という観念は、解釈と包摂の領域を適切な仕方では描出していない、というテーゼである。なぜならば、この仕方では、法秩序の安定性と法発見の自由との関係が説明されないからである²¹⁾。イエッシュは、法概念の中心たる概念核 (Begriffskern) と法概念の周辺地域たる概念暈 (Begriffshof) という、ヘックから受容した概念を用いて、これらの関係を分析しようとしたのである²²⁾。彼は、自身で、ケルゼンのレベルと同等のレベルにある理論的考察を行ったのである。

19) イエッシュにとって憲法的問いとは、誰が不確定法概念の解釈と適用について有権的にそして最終的に決定を下すのか。行政官庁なのか行政裁判所なのか、というものである。これは、実定憲法上の権限についての問題であって、したがって、憲法上の権限配分から答えられなければならないという (Dietrich Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 1957, S.234)。

20) Jesch (Fn.19), S.171.

21) 所与の確固たる枠を想定すれば、それによって、法の内容は完結的に定められる。「自由な裁量の余地」 (Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Aalen, Scientia Verlag, 1985 [Leipzig u. Wien, Franz Deuticke, 1934], S.91) は、このイメージにおいて、法適用者に残らない。他方、確固たる枠を拒否すれば、それによって法のアナーキーが宣告されることになるという (Jesch (Anm. 19), S.172. N.36)。

22) Jesch (Fn.19), S.172.

イエッシュは、ケルゼンの法理論を高く評価し²³⁾、その改善を試みた。同時に、彼は、法規範の解釈についてのケルゼンの法理論が十分に役に立つものではないとした。イエッシュは、法理論とドグマティックとの間にはっきりした境界線を引いたのである。また、イエッシュは、ケルゼン・メルクル流の法段階説で示される行政の法適合性 (Rechtmäßigkeit) を、自らが追究する行政の法律適合性 (Gesetzmäßigkeit) と区別した。つまり、法段階説からは、確かに、法の優位だけではなく、一定の留保の原理も導かれ、執行権のあらゆる活動が法的権限に基づかねばならないことになる。しかし、この原理からすれば、法的授權は一般条項の形式における概括的授權でも十分である²⁴⁾。それ故、イエッシュは、基本法の下における行政の法律適合性原理をドグマティックに取り扱うために、法理論的考察ではなく、憲法理論的考察を展開したのである。

6 イエッシュにとっての民主制と法治国家

ドイツにおいては、イエッシュが法律の留保を基本法から民主制的論拠によって導出したと理解されている。連邦憲法裁判所は、1978年のKalkar決定において、法律の留保原則の理解が、特にそれが民主制の構成要素 (Komponente) も有していることへの認識をもって近年転換した、とした上で、法律の留保理解を再構成したパイオニアとしての役割をJeschに認めて、学説引用の先頭に彼の著書『法律と行政』を掲げた²⁵⁾。そして、オリバー・レプシウスは、イエッシュが法治国家原理において位置づけられていた法律の留保を民主制原理において新たに構想したことを強調した²⁶⁾。また、イノ・アウグスベルクは、イエッシュのコンセプトについて、法治国家的－基本権的内容に対して十分な注意を払っていないとして批判する²⁷⁾。しかしながら、これらの評価は全く説得力がない。本稿で既

23) イエッシュは、ケルゼンの『純粹法学 第二版』(1960年)に対する書評の中で、ケルゼンの理論を、法秩序の根本的な構造分析を提供し、法学概念の機能についての絶えず刺激を与える分析と伝統的な体系への批判とを供給するものであるとみなした。したがって、ケルゼンは、高く評価されるべき法理論を提供したという。そして、イエッシュは、純粹法学を読んで常に精神的に得るところがあったことを告白したのである (Dietrich Jesch, *Schriftum*, DÖV 1961, S. 436 f.)。

24) Jesch (Fn.1), S. 34, 187.

ケルゼンとイエッシュをめぐるのは、イエッシュの „Gesetz und Verwaltung“ が持つ学説史上の意義を高く評価するシェーンベルガーが、イエッシュはケルゼンの法理論的認識から法律の留保に関する内容上の要請を導き出しているが、それはケルゼンには無かったものであり、法理論的に理由づけることができないと記している (Christoph Schönberger, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ – Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: Michael Stolleis (Hg.), *Das Bonner Grundgesetz – Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969)*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, S. 79 N. 120)。しかし、この批判は、本稿で挙げられた様々な論拠から、的外れであることが明らかである。

25) BVerfGE 49, 89 (126).

26) Oliver Lepsius, *Wiedergelesen – Dietrich Jesch: Gesetz und Verwaltung, 1961 –*, JZ 2004, S. 350.

27) Ino Augsberg, *Demokratische Aufklärung. Dietrich Jeschs Neubestimmung der Verwaltungsrechtsdogmatik unter dem Grundgesetz*, in: Carsten Kremer (Hrsg.), *Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949–1977)*, Mohr Siebeck, 2017, S. 296 ff.

イエッシュが『法律と行政』を執筆していた際、すでに、1957年のエルフェス判決 (BVerfGE 6, 32)、1958年のリュート判決 (BVerfGE 7, 377)、1958年の薬局判決 (BVerfGE 7, 377) などの基本権保障にとって重要な連邦憲法裁判所の諸判決が下されていた。しかしながら、基本権が連邦憲法裁判所によって

に明らかにした通り、イエッシュにとって法治国家的要素は非常に重要だったのであり、しかも、一彼の博士論文を読めば明らかなように一それは最初からだった²⁸⁾。彼は、法律の留保を、民主制的にも、法治国家的にも基礎づけたのである。

Ⅲ 高田敏による日本国憲法における社会国家性の探究

1 単なる「プログラム」としての最低限度の生活を営む権利

1946年11月3日に公布され、1947年5月3日に施行された日本国憲法は、連合国軍総司令部、つまりアメリカ占領軍に強く影響された。彼らによって起草された憲法草案、いわゆるマッカーサー草案が、新憲法の策定に決定的な役割を果たしたのである。この草案を基礎に作られた政府案は、帝国議会の衆議院と貴族院において議論され、そこで変更された。最も重要な変更の一つが、健康で文化的な最低限度の生活を保障する権利の導入であり、これは衆議院の野党会派の提案によるものであった(25条)。日本国憲法においては、この「生存権」の他に、教育や勤労に関する社会権が認められている。日本の民法学を代表した我妻栄は、1920年代にオーストリアの社会法論を徹底的に検討し、日本の私法学に対して後々まで大きな影響を与えたが²⁹⁾、「自由権的基本権」とならんで「生存権的基本権」を保障することの意義を強調した。すなわち、「生存権的基本権」は国家協同体理念を宣言したものであるという。そして、個人間の契約や団体内の規約がこれらの権利の実現を不能にすれば、それは無効とされるべきである。また、国家がこれらの権利の実現に努力する責務に違反する行動をなすときは、その立法は無効となり、その成分は違法となる。しかしながら、国家がこの責務を等閑に付し、必要な立法や適当な施設をしないときに、国民が直接にこれを要求する方法はない。新憲法の規定は未だ国家に対する具体的な請求権を認めるに至っていない。また、その怠慢は憲法違反だとしても、最高裁判所の法令審査権がこれを是正し得ないのはいままでもない³⁰⁾、とするのである。

この解釈は、我妻が属した東京大学法学部の法学協会のコンメンタールに受容された。つまり、生存権は、具体的な権利、裁判を通じて要求し得るような権利ではない。なぜならば、資本主義経済組織の下においては、財産をもつこと、労働の機会をうることは、ひとつの可能性であるに過ぎないからである。それを保障するような法律規定も欠いている。

どれほど強く、どの範囲まで保障されるかは、全く明らかではなかった。それどころか、エルフェスは敗訴したのだった。行政裁判所による権利保障を強化しようとする試みは、当時として、法治国家性の強化に向けた非常に筋の通った方策だったのである。

28) イエッシュは、彼の博士論文の冒頭において、法治国家(Rechtsstaat)と法の途(=裁判で争う途)国家(Rechtswegstaat)の意義を強調している(Jesch(Fn. 6), S.13)。

29) Arinobu Ohnaka, Der Einfluss der österreichischen Sozialrechtslehre auf das japanische Zivilrecht: Karl Renners Eigentumslehre und Wagatsuma Sakae (1907-1973), in: Wilhelm Brauner/Kazuhiro Takii (Hrsg.), Die österreichischen Einflüsse auf die Modernisierung des japanischen Rechts, Peter Lang, 2007, S.161 ff.

我妻の理論は、既に戦時中の満州および日本の立法に影響を与えた。彼の影響力の基礎には、当時「革新官僚」と呼ばれた行政との協力があった。最も重要な「革新官僚」の一人が岸信介であり、彼は我妻の東京大学における学友だった。岸は、1941年に東條内閣で商工大臣を、戦後1957年から1960年まで総理大臣を務めた。

30) 我妻栄「基本的人権」国家学会雑誌 60巻10号(1946年)282-283頁。

生存権は、将来の政治や立法に対する基本的方向を指示したものである。それは、法律的手段にはプログラムの意義を持つものである³¹⁾。

日本国憲法制定直後には、社会権について、その規範内容を漠然と理解し、その発展を、国家協同体において実現される福祉の発展に依存させるという立場が貫徹された。社会国家原理をどのように実現するかという問いは、放置された。そして、国家協同体の「コルセットの針金」としての国家行政が、広い裁量を持って、将来の社会国家的発展に重要な役割を果たすことが前提とされていたのである。

2 プログラム規定説に対する批判と最低限度の生活を営む権利の分析

(1) プログラム規定の分析

こういった事情に鑑みれば、戦後期において、最低限度の生活を営む権利に関して根本的に省察することの必要性がどれほど大きかったかが理解されよう。この必要を充たしたのが、高田敏の日本公法学会総会³²⁾における報告だったのである。

高田は、まず、ドイツにおいてヴァイマル憲法以来展開したプログラム規定について、比較法的研究を行った。そして、彼は、ヴァイマル憲法における生存権保障規定を検討し、それらに関する学問上の議論を辿った。また、彼は、基本法における生存権保障規定を調査し、学説、判例の展開を追究した。このようにして、彼は、基本法の該当する憲法規定が単なるプログラム以上のものとみなされ得るという理解のための基礎を構築した。すなわち、それらの規定は、例えば解釈基準として、さらには給付行政に対する授権や義務付けとして機能し得るのである³³⁾。

(2) 憲法25条 — 主観的権利としての性格を有する憲法規定

高田は、この基礎の上に、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を保障する日本国憲法25条を分析する。

第一に、憲法制定を通じて定められた条項における「権利」という表現を出発点として、高田は、この規範の主観的権利性を否認すべきではないとの理解を展開する。第二に、「健康で文化的な最低限度の生活」は明確な内容規定であり、理論的には客観的に定め得るという。第三に、日本国憲法が国民に保障する権利は侵すことのできないものとされ(日本国憲法11条、97条)、日本国憲法が最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅、及び国務に関するその他の行為が効力を有しない(日本国憲法98条)、とされることから、25条の保障する権利は直接効力を有する法であるとする。これらのことを前提とするならば、国の不作為は当該主観的権利の侵害であり、違憲となるといわれる。ま

31) 法学協会『註解 日本国憲法 上巻』(有斐閣、1953年) 487-489頁。

32) ドイツ国法学者大会と比較可能な日本公法学会総会については、*Atsushi Takada*, in: Die Staatsrechtslehrervereinigung aus japanischer Perspektive – Ein Vergleich zwischen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) und der Japan Public Law Association (JPLA), in: Pascale Cancik, Andreas Kley, Helmuth Schulze-Fielitz, Christian Waldhoff und Ewald Wiederin (Hrsg.), *Streitsache Staat: Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922-2022*, Mohr Siebeck, 2022, S.909 ff.を参照。

33) 高田敏「生存権保障規定の法的性格—ドイツ憲法におけるプログラム規定の性格をめぐって」公法研究 26号(1964年) 87頁以下。

た、国民が司法的救済を受け得ることも、疑いようがないとする。日本の行政事件訴訟法では、行政庁の公権力の行使に関して抗告訴訟を提起することができる。この規定は、憲法適合的に解釈されねばならない。公権力の違憲の不作为に対しては、行政庁が処分又は裁決すべきであるにもかかわらず、法律の不存在の故にこれをしないことについて、その不作为の違法を確認する違憲性確認訴訟が可能でなければならないというのである³⁴⁾。

(3) 高田による法治国家と社会国家に関する憲法理論的省察

健康で文化的な最低限度の生活を営む権利の解釈は、高田による法治国家と社会国家に関する憲法理論的省察に基づいている³⁵⁾。

彼は、形式的法治国家から実質的法治国家への展開を研究し、それを普遍化的近代化の帰結とする。普遍化的近代化は、例えば人権の保障、権力濫用の防止といった、広義の近代に普遍的に妥当すべき諸原理を現実にも妥当せしめる方向への歩みをいう。高田によれば、法治国家原理も、この普遍化的近代原理に属する。広義の近代に属する狭義の近代においては、市民的・自由主義的原理が妥当する。普遍化的近代化とともに、現代においては、近代(狭義)原理修正の方向への歩み(=現代化)が進行する。これは社会国家化と称される歩みである。この現代化は、高田によれば、あくまでも普遍化的近代化を前提とし、普遍化的近代化の基礎の上に行われるべきである。したがって、高田は、この現代化が、普遍化的近代原理を損なう形で進められてはならず、また、それぞれの場において普遍化的近代化を実現するのに相応しい内容をもとめる形で行われるべきものである³⁶⁾。彼の解釈は、この法治国家と社会国家に関する憲法理論的省察に基礎づけられているのである。

3 日本国憲法25条と法律による行政

高田は、法律による行政との関連における日本国憲法25条の意義についても追究した。日本国憲法の制定によって、日本における憲法構造は、根本的な転回を遂げた。明治憲法下の立憲君主制から、立憲民主制へと転換したとされる。同時に、かつての形式的法治国家が実質的法治国家へと発展したという。さらには、法律の留保を伴う臣民の権利の保障が不可侵の人権の保障へと転回しただけではなく、社会的法治国家が成立したというのである³⁷⁾。

憲法構造の根本的な転換は、法治行政原理の転回ももたらしたとされる。日本国憲法は、権利問題(quaestio juris)としては、行政権を憲法によって存立させ、民主制的に基礎づけたという。すなわち、国政は国民の厳正な信託によるものであって、その権力は制限され、国民の意思に基づいて国民の代表者によって行使されねばならない(日本国憲法前

34) 高田敏「現代における法治行政の構造」渡辺宗太郎先生古稀記念論文集『行政救済の諸問題』(有信堂、1970年)所収53頁。

35) Vgl. *Bin Takada*, Rechtsstaat und Rechtsstaatsgedanke im japanisch-deutschen Vergleich, Mohr Siebeck, 2019, S.91 ff.

36) *Bin Takada* (Fn.35), S.127 ff. 高田敏編著『新版行政法－法治主義具体化法としての－』(有斐閣、2009年)19-23頁。

37) 高田敏・前掲(36)20-22頁。

文)。日本国憲法において、行政権は、国民代表機関であり、唯一の立法機関である国会が制定した法律の下にあることとされる（日本国憲法41条、43条³⁸⁾。法律による授権は今や原則だとされる。そして、法律は、行政に授権を行うだけではなく、その内容や手続について羈束しなくてはならない（法律の羈束、規律密度）。これは、社会的基本権の保障を担う給付行政にもあてはまるのであるとされる³⁹⁾。

高田の法治行政原理に関する研究は、比較法的考察に基づいているが、そこではドイツ法との比較だけではなく、オーストリア法との比較も行われている。つまり、高田は、ヴァイマル憲法下でも通説が依然として侵害留保説を維持し続けたドイツと、1920年に成立した連邦憲法18条1項が全部留保を規定し、学説において「法律による執行の原理 (Legalitätsprinzip)」が採られたオーストリアとが、対照的展開を遂げたことを強調する。また、高田は、1970年代以降に独逸において内容的接近が見られることにも注目している。すなわち、この時期に、ドイツにおいて、いわゆる「本質性理論」が形成されたのに対し、オーストリアにおいては、ある意味で逆に、法律の留保原則の射程と厳格さを段階づける「分化された法律による執行の原理 (differenziertes Legalitätsprinzip)」が構築された。高田は、このような接近に、普遍化とみなし得る展開を見出した。このような比較法的考察に基づいて、高田は、日本法においても、法治行政原理について比較可能な理解が妥当すべきであるとしたのである⁴⁰⁾。

4 社会国家に対する憲法理論的考察

(1) 「福祉国家」と「社会国家」

日本においては、「福祉国家」の概念が、„Welfare State“ の訳語としてイギリスから受容された。これに対し、「社会国家」の概念が、„Sozialstaat“ の訳語としてドイツから受け入れられた。二つの表現は同様のものとみなされている。

(2) 「社会国家」という言葉の意義

高田は、ドイツにおいて「社会国家」という概念が、「福祉国家 (Wohlfahrtsstaat)」と対照する形で作り上げられたことを強調する。すなわち、ビスマルク的な福祉国家において、福祉は、法治国家化や民主化が進むことを妨げようとして提供される、高権的な「鞭」の対価としての「飴」であった⁴¹⁾。したがって、ドイツにおいては、法治国家と調和的に展開する「社会国家」という新しい概念が必要であったという⁴²⁾。

38) 高田敏・前掲(36)30頁。

39) 高田敏「オーストリアにおける『法律による行政』と我が国における問題[1]」政経論叢13巻5、6号(1964年)164-168頁以下、Takada (Fn.35), S.109 ff.

40) Bin Takada (Fn.35), S.121 ff. 高田敏『オーストリー法治主義 (Legalitätsprinzip) の比較法的研究』平成六年度～平成八年度科学研究費補助金 (基盤研究(C)(2)) 研究成果報告書 (課題番号06620020) (1998年)11-26頁、34-41頁、54-55頁。

41) 高田敏「ドイツ的給付行政論の問題性－福祉と治安 序説－」『現代日本社会と法』(法社会学21号、1969年)50-51頁。

42) 高田敏「ドイツにおける法の支配－法治国家観展開の論理と日本的継受の論理－」磯崎辰五郎先生喜寿記念『現代における「法の支配」』(法律文化社、1979年)所収111-113頁。

それ故、高田は、エルンスト・フォルストホフによる生存配慮に定位した給付行政論と、彼が法治国家と社会国家を相容れないものと捉えることとに対し、強く批判した。つまり、後者の把握は誤っており⁴³⁾、そして、前者の理論には基本権的基礎付けが欠けているというのである⁴⁴⁾。このような立場から、高田は、福祉の推進の名の下に基本権の制約を説くのみならず、基本権それ自体を形骸化し変質させようとする憲法調査会報告書を、厳しく批判したのである⁴⁵⁾。

高田の日本国憲法25条に対する省察的な分析は、以上のような憲法理論的考察に基づいていたのである。この分析は広範な射程を持ったのであり、単に政治や憲法調査会に見られた反動的な福祉国家観に対してだけでなく、行政実務において支配的な福祉国家観に対しても批判を加えるものであった。1950年に生活保護法が制定されたが、その構成に決定的な刻印づけを与えたのが厚生省の官僚であった小山進次郎である。彼が著した同法のコンメンタールの中では、次のような法学的見解が示されている。行政訴訟については多額の費用が必要で、そのような訴訟を提起する者はそれだけで生活に困窮する者とは認めがたく、また、資産・能力の活用の要件を満たしていないことになるので、「裁判所は、結局において請求棄却の判決を下さざるを得ないことになる」⁴⁶⁾。このような解釈を採れば、この種の法的问题における行政実務に対して司法的統制を行うことが、事実上不可能になってしまう。ここでは、専ら国家行政が広範な裁量を持って福祉行政を形成・発展させていくことが前提とされていたのである。

高田の批判的・省察的な憲法理論的考察は、この点に向けられていた。社会国家を基本権によって基礎づけることによって、それは司法的統制の及ばない領域ではないこととなる。社会国家の推進は、普遍化的近代原理を損なう形で進められてはならないのである。

(3) 社会国家の憲法的考察の意義

しかしながら、高田の学説が実務に対して影響を与えることはなかったし、公法学において通説となることもなかった。判例では、立法者の形成余地や行政の判断余地が広範に認められた。そして、ほとんどの憲法の教科書において、厚生大臣に「健康で文化的な最低限度の生活」の内容を判断する広範な裁量を容認した朝日訴訟⁴⁷⁾と、立法府に憲法25条を具体化する立法措置の決定について広い裁量を容認した堀木訴訟⁴⁸⁾とが、並列的に記述された。通説は、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を、立法による具体化を要する「抽象的権利」とみなした。そこには、この権利が法治国家的・民主制的に構成された立憲国家において立法者、行政、裁判所によってどのように形成されていくべきかについて、探究しようとする学的関心が全く見られなかった。日本の憲法学は、どのように

43) 高田敏・前掲(42)116-117頁。

44) 高田敏・前掲(41)60-62頁。

45) 高田敏「法治国家と福祉国家」同『社会的法治国家の構成－人権の変容と行政の現代化』（信山社、1993年）所収55-57頁。

46) 小山進次郎『改定増補 生活保護の解釈と運用』（財団法人中央社会福祉協議会、1951年）764頁。

47) 最大判昭和42・5・24民集21巻5号1043頁。

48) 最大判昭和57・7・7民集36巻7号1235頁。

社会権と給付行政が法治国家的・民主制的に展開されていくべきかについて、憲法的展望を提供することができず、その結果、国家行政が有していた観念とその広い裁量を下支えすることとなった。憲法学の通説が省察を欠いたことの原因の一つは、日本において憲法学と行政法学が分離していたことであろう。この分離が、公法の発展を動的かつ事項に即して把握することを困難にしたのである。

高田が試みた研究は、新たな学問上の課題に対してどのように挑戦すればいいのかを考える上での典型とみなされよう。現在、社会国家的課題はますます拡大している。その射程は、もはや再配分や救貧・防貧だけにとどまらず、高齢社会への対応や社会的包摂といった課題にも及んでいる⁴⁹⁾。例えば、介護保険制度を法治国家的・民主制的に形成し発展させることは不可避であり、それは綿密な方法論的省察や憲法的考察に基づいてなされねばならない。高田の展開した議論は、ここにおいて、出発点となる。

IV おわりに

社会国家化という課題の民主制的並びに法治国家的克服にあたって、イエッシュと高田は異なった文脈において活躍した。歴史的に見れば、ドイツがヴァイマル時代に民主制的な憲法を有していたのに対し、日本は日本国憲法制定後ようやく立憲民主制を経験した。憲法が規定する内容では、基本法は、規範的に強力で内容豊かな社会国家思想を展開する上での支えとなる点をほとんど持っていなかった。それに対し、日本国憲法には、社会的基本権が備わっていたのである。このように出発状況は異なっていたが、イエッシュも高田も、憲法が規定する社会国家の意味内容を、民主制原理並びに法治国家原理に結び付けて解明するという課題に向き合ったのである。二人は、憲法理論的考察を支えにし、法理論も考慮しながら、強力で建設的なドグマティックを展開することに成功した。さらに、両者にあっては、オーストリア法との比較が重要な意義を持ったのである。

現在、行政法学は、多くの困難な課題に直面しているが、それらは、第二次大戦後の課題と比べて、はるかに複雑で広範である。しかしながら、学問は、今日の活動を零から始めなければならないわけではない。第二次大戦後のドイツと日本において、社会国家化という課題がどのような仕方で民主制的並びに法治国家的に克服されていったのかを見れば、行政法学はそこから多くを学ぶことが可能であり、強力で建設的なドグマティックを発展させていく手がかりも得られよう。将来においても、過去の学問的経験と向き合っていくことが、行政法学のさらなる発展にとって重要なのである。

49) 社会的包摂という課題は、今やグローバルな次元でのものとなっている。発展途上国における法治国家や民主制の発展にとって、それは必須のものともなされているのである（遠藤美奈「社会国家のゆくえーグローバル・サウスから考える」論究ジュリスト2022年春号/38号）。