

西ドイツ憲法における「社会国家」原則

村 田 孝 雄

目 次

1. は し が き
2. 社会国家の概念
3. 社会国家原則の効果
 - a. 国民の献身義務
 - b. 立法者のためのプログラム規定
 - c. 法の解釈基準
4. 社会国家と社会主義国家の差異
5. 社会国家と法治国家
6. む す び

1. は し が き

西ドイツ憲法、すなわちボン基本法は、「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的連邦国家「ein demokratischer und sozialer Bundesstaat）である」（20条1項）と定め、西ドイツが社会国家であることを要求する。そしてこの社会国家原則には、憲法改正の対象からはずされることによって（79条3項）、恒久的性格が賦与されている。社会国家的性格は西ドイツの基本的性格の1つとなっているのである。なおボン基本法は、「各邦における憲法的秩序はこの基本法の意味における共和的民主的および社会的法治国家(der republikanische, demokratische und soziale Rechtsstaat)の精神に合致しなければならない」（28条1項）と定め、各邦に対しても社会国家であることを要求している。

社会的法治国家の原則は Carlo Schmidt 議員の提唱によってボン基本法に挿入されたが、法治国家によってナチスの全体国家を排除しよう

し、社会国家によってワイマールの自由国家を排除しようとしたのである¹⁾。敗戦後における国民生活の危機の解決のためにも社会国家である必要に迫られていた。

社会国家なる用語は、ボン基本法以前に、たとえば Huber によって、国家によるすべての人に対する人間に価する生存の保障の意味で、用いられている²⁾。しかしボン基本法を制定した憲法評議会では社会国家原則に関し何らの分析や説明が加えられなかった。したがって社会国家原則の解釈は全く学説判例にゆだねられている。学説判例もまだ充分出つくしたとはいえないが、本稿ではこれまで見られる学説判例にもとづいて、社会国家の概念、社会国家原則の法的効果、社会国家と社会主義国家の差異、社会国家と法治国家の関係などについて説明を試みたい。

日本国憲法は、自由国家を原則としながら、いわゆる社会権を保障して社会国家的性格を加味する。ボン基本法の世界社会国家原則の考察は、日本国憲法の理解を深め、また解釈上の諸問題の解決のためにも有意義なことと思う。

- 1) Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, 1953, S. 9f.
Gerber, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, Archiv d. ö. R. Bd. 81. S. 12f.
- 2) Huber, Das deutsche Reich als Wirtschaftsstaat, 1931, vgl. Leisner, Grundrechte und Privatrecht. S. 162.

2. 社会国家の概念

社会国家は社会的正義 (soziale Gerechtigkeit) の概念と関係づけて定義されることが多い。

Maunz によれば、社会国家とは、社会的正義の諸原則にしたがって建てられ、あるいはすべての法が社会的傾向をもつ国家である。そして、社会的正義とは、住民間のすべての階層あるいは集団に彼らに帰属すべき諸権利、殊に適度の水準の経済的文化的な生活能力を認める配分の原理である¹⁾。

また Bachof によれば、社会国家の宣言は、国家が社会秩序形成的に

活動することが許されまた活動すべきであるということに関する決定を含む。その目的とするところは、個々人の社会的必要にかんがみ、社会的正義を作り出した維持することである。その場合具体的平等のため抽象的平等を破る正義を作り出すことが必要であるという意味で社会的正義にかなわなければならない²⁾。それは、自然的劣等の除去のための国家的干渉、平等再現のため不平等を作り出すための国家的干渉を意味する。

また Peters は社会国家に社会的正義実現に対する告白をみるのであり³⁾、Klein は社会国家に立法行政司法の各機関のすべての措置において社会的正義の尺度を尊重する国家の義務をみるのであり⁴⁾、Gerber によっても社会国家の思想は正義の思想なのである⁵⁾。また Menger によっても社会的法治国の概念の中で正義の要求は決定的要素であり⁶⁾、Scheuner は社会国家との関連で社会的正義の思想すなわち住民各層間の社会的調整の原理について語っている⁷⁾。

Wernicke によれば、社会国家においては、すべての国民に人間に値する生存を可能ならしめるように、あらゆる衝突する利益を調整することが本質的に問題である⁸⁾。Wernicke は社会的正義なる言葉を用いていないが、その言わんとするところは社会的正義の具体的内容といえる。

また1951年12月19日の連邦憲法裁判所の判例によれば、社会国家の概念は、社会的活動、殊に相反する利益の相応の調整と相応の生活条件をつくり出すことに努力する立法者の義務と把握された。

以上みた如く、社会国家は社会的正義と関係づけて定義されることが多く社会国家は社会的正義が尊重ないし実現される国家とされる。社会的正義がこの場合何を意味するか。それは「すべての階層あるいは集団に適度の水準の経済的文化的能力を認める配分の原理」(Maunz)であり「具体的平等のため抽象的平等を破る正義(Bachof)であり、「住民各層間の社会的調整の原理」(Scheuner)であり、「すべての国民の人間に値する生存を可能ならしめる」ことであり(Wernicke)、「相反する利益の相応の調整と相応の生活条件をつくり出す」(連邦憲法裁判所)ことである。社会的正義なる言葉は様々な意味内容で、つかわれるが、社会国家の概念規

定に際してつかわれる社会的正義とはおのずと一定の意味内容をもつのである。以上みた如く論者によって表現が異なるが、要するに「人間に価する生存（ワイマール憲法 151 条）」の保障であり「健康で文化的な最低限度の生活」（日本国憲法 25 条）の保障なのである。自由経済の高度の発達には社会的不平等をかもし出し、憲法の保障する自由平等が大多数の国民にとって多かれ少なかれ名だけの権利となったことは各国共通の現象である。社会国家は自由経済から生れる弊害の除去不平等の是正を目ざす国家であり、20世紀においては、私有財産制度を保障して自由経済を建前とする国家はすべて多かれ少なかれ社会国家的性格をもたざるをえないであろう。

社会国家なる用語が比較的新しく生れた用語であるのに反して、福祉国家（Wohlfahrtsstaat）なる用語は古くより広くつかわれている。社会国家と福祉国家の差異を一言する必要がある。国家の任務が実質的法治国すなわち治安の維持につきる近代国家はないのであるから、近代国家は多かれ少なかれ福祉国家である。近代国家はすべて教育、文化、産業、交通について保護助長の福祉政策を講じてきている。Gneist が「近代国家の福祉および文化的任務⁹⁾」について Gierke が国家の「文化的使命¹⁰⁾」について語っている如く、国家活動を単に治安の維持に局限する学説も殆んどない。しかし18世紀および19世紀の自由主義は産業革命から生じたいわゆる社会問題を自由の名において放任した。社会問題の解決は国民¹¹⁾の福祉のために20世紀の国家にとっては不可避の急務である。社会問題の解決をはかろうとする社会国家は福祉国家の20世紀的別名といえる。社会問題は私有財産を原則的前提として社会的弱者に対する国家の保護救済によってこれを解決しようとする国家もあれば、生産手段の国有化によって社会問題の抜本的解決をはかろうとする国家もある。しかし社会国家は、私有財産すなわち資本主義的経済を一応の原則としながら、社会問題を国家の保護救済によって解決しようとする国家であろう。

1) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 1. Aufl. S. 45.

2) Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats Veröff. d. VD

- S t RL, Heft 12, S. 40 f. Vgl, Gerber, a. a. O. S. 8f.
- 3) Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, Festschrift für Laue 1953, S. 670. Vgl, Reuss-Jantz, Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit, 1960. S. 8.
 - 4) Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, Ztschr. f. d. ges. Staatswiss. 106, 1950. S.390ff, Vgl. Gerber, a. a. O. S. 15.
 - 5) Gerber, a. a. O. S. 33ff. S. 53.
 - 6) Christian-Friedrich Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, 1953, S. 31.
 - 7) Scheuner, Grundfragen des modernen Staats, in : Rechts, Staat, Wirtschaft Bd, 111, S,154. Vgl, Reuss-Jantz, a. a. O. S. 8f, Gerber, a. a. O. S. 20.
 - 8) Wernicke, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1950 ff.
 - 9) 10) Krüger, allgemeine Staatslehre, 1964, S, 796.
 - 11) 社会問題の解決による人間に値する生存の保障という社会国家の理念の実現を跡づければ、英国においてはヴィクトリア時代に進行したが Lloyd George によってはじめて強力におし進められ、アメリカにおいて1929年以來の経済危機に直面してルーズベルトの社会政策が最高裁判所によってはじめて是認され、ドイツにおいては、フランクフルト憲法草案が社会改革の綱領を含み、ワイマール憲法に至って社会国家的性格の諸規定が多くみられる。経済的自由の制限(151条) 公用徴収(155条) 団結権の保障(159条) 社会保障(161条) 労働の権利義務(163条) 中流階級の保護(164条) 労使関係(165条) などである。これに反してボン基本法にはラントの憲法と異なって社会国家的規定は少ない。このことからボン基本法にあっては社会国家的性格がワイマール憲法に較べ弱化したという見方もあるが、それは正しくない。ボン基本法においては、社会国家は一般原則に局限されているのであって、しかもその一般原則は憲法改正の対象からはずされる程の基本原則となっているのである。

3. 社会国家原則の効果

社会国家原則がいかなる効果をもつか、すなわち社会国家原則からいかなる帰結をひき出すことができるかに関し、学説は必ずしも一致しない。一切の法的効果を否定し社会国家原則を白紙概念(Blankettbegriff¹⁾)とする Grewe や社会国家原則に第一次的な効果として国民の全体に対する献身といういわば国民の道義的義務を認める Fechner の所説も一考に値するが、学説の多くは社会国家原則に立法者のためのプログラムや法の

解釈基準という重要な効果を認めるのである。以下に考慮検討されるべき法的効果をみる。

a. 国民の献身 (Hingabe) 義務

Fechner は、社会国家原則の第一次的な効果として国家の任務や権限ではなくして反対に国民各自の義務を引き出す。いわく「国家に対して向けられる要求、個々人の全体に対する要求ではなくして、全体の個々人に対する要求個々人の全体のためにする義務が、問題なのである²⁾」。社会国家原則の受範者は、国家ではなく個々の国民となる。そして「社会国家は、個々人の全体的課題、共同の生活克服に対する関与を目ざす³⁾」のであって、社会国家原則は個々の国民の良心に対する訴えを意味する。社会国家原則に第一次的に国家の任務でなく国民の任意の献身義務を認める者に Fechner の外、Friesenhahn⁴⁾ を挙げることができる。しかし社会国家は国民の自発的献身のみによって実現されうるものではないのであって、したがって、社会国家原則に国民の献身義務という効果を認めることは是認できるとしても、立法者のためのプログラムあるいは法の解釈基準の如き効果を以て第一次的なそしてはるかに重要な効果とみななければならぬまい。

1) Grewe によれば、社会国家とは実体なき白紙概念で實際上重要な法的効果を生むか疑わしい。Wilhelm Grewe, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, DRZ, 1949, S. 349ff. Vgl Reuss-Jantz, a. a. O. S. 8.

2) 3) E. Fechner, a. a. O. S. 14.

4) Friesenhahn, Staatsrechtslehre und Verfassung, 1950, S. 11. Reuss-Jantz, a. a. O. S. 9.

b. 立法者のためのプログラム規定 (Programmsatz)

学説の多くは、社会国家原則に立法者のためのプログラム規定の効果を認める。Maunz Giese Bachof Klein Scheuner Mangoldt Reuss などの外連邦憲法裁判所の判例もまたそうである。そしてプログラム規定の効果は社会国家原則の効果の中では最も重要な効果といえる。Bachof によれば、社会国家宣言は第一次的に立法者に向けられており¹⁾ また連邦憲法裁判所によれば、「社会国家実現のための本質的なことは立法者のみがな

しうる²⁾」。そして社会国家実現のための立法が社会立法 (soziale Gesetzgebung³⁾) である。

社会国家原則が立法者のためのプログラム規定であることを認める者の中でも、Reuss や Hamann はさらにすすんで社会国家原則が現実の法規であって違憲審査の準則となることを強調する。Reuss によれば社会国家原則は立法者を倫理的および道徳的のみならず法的にこの憲法原則のため必要なことをなしこれに反することを中止することを義務づける。そして国民は憲法訴願 (Verfassungsbeschwerde) によって社会国家原則に反する法律および要求される法的規制の制定の怠慢を連邦憲法裁判所をして憲法違反と宣告せしめることができる⁴⁾。また Hamann によれば社会国家原則は単なるプログラムではなく直接拘束的な現実の法規である。連邦憲法裁判所による違憲性の審査に関する基本法 100 条がここにおいてもあてはまる⁵⁾。社会国家原則が違憲審査の根拠となりうるかに関し判例をみるに、連邦財政裁判所 (Bundesfinanzhof) は、裁判所が政策決定を行うところでないことを理由に、社会国家原則が違憲審査の準則となることを否定した⁶⁾。これに対して連邦憲法裁判所は立法者の怠慢による基本法侵害にあたって法律改正の怠慢により立法者が権利を侵害したことを確認できると判示して違憲審査の準則となることを認める⁷⁾。

1) Bachof, a. a. O. S. 43, Vgl. Gerber, a. a. O. S. 9.

2) Vgl. Reuss-Jantz, a. a. O. S. 9.

3) 社会国家の原理が実現されている立法の具体例として、負担調整法 (Lastenausgleichsgesetz) 育児金法 (Kindergeldgesetz) 住居管理法 (Wohnraumbewirtschaftungsgesetz) 救護法 (Fürsorgegesetz) 社会保険法 (Sozialversicherungsgesetz) 賃金契約法 (Tarifvertragsgesetz) 解約告知保護法 (Kündigungsschutzgesetz) 母性保護法 (Mutterschutzgesetz) 重傷者法 (Schwerbeschädigtengesetz) 労働時間法 (Arbeitszeitordnung) などがある。また所得税法 (Einkommensteuergesetz) 担保法 (Pfändungsrecht) の中に社会国家原則を考慮した規定が含まれている。

なお社会立法の特性を Edwin Schweingruber は内容的には既存の一般的法原則に対し偏向修正を定める例外法であり、現行法に違反 (durchlöchern) はしないが例外をつくって弛緩せしめるものと、定義する。Edwin Schweingruber, Soziale Gesetzgebung der Schweiz, 1955, S. 62ff. Vgl. Gerber a. a. O.

S. 28.

- 4) Reuss-Jantz, a. a. O. S. 17.
- 5) Hamann, Das Grundgesetz, S. 28.
- 6) 7) Reuss-Jantz, a. a. O. S. 17.

c. 法の解釈基準

社会国家原則が法とりわけ基本権の解釈の基準となることもまた学説の多くが一致して認めるところである。たとえば Bachof によれば「すべての基本権は社会国家宣言の光においてみられ解釈されなければならない²¹⁾」。また Scheuner によれば「社会国家条項は拘束的解釈基準であって基本権の解釈に際しても尺度として尊重しなければならない²²⁾」。また連邦憲法裁判所も社会国家条項が基本法およびその他の法律の解釈にあたって決定的意義をもつであろうと判示する²³⁾。

社会国家原則が法の解釈基準としてもつ働きは多方面にみられるが、本稿では、労働法の領域での契約自由に対する制約としての働き、基本権の第三者効力の根拠としての働き、請求権発生の根拠としての働きに触れることとする。

社会国家原則は当然のことながら殊に労働法の領域で契約自由に対する制約原理として働く。Hueck は連邦労働裁判所(Bundesarbeitsgericht)の判例をこの観点から考察整理した²⁴⁾。Hueck に拠りながら連邦労働裁判所の判例のいくつかを紹介する。1955年1月15日の判例は男女平等の原則が直接賃銀契約(Tarifvertrag)に適用されるとする。基本権は基本法1条3項によって立法を拘束するが、賃銀契約を本条にいう立法と把握するのである。そして、婦人の労働の経済的価値は婦人に適用される保護規定(労働時間、家業日、母性保護)のため男性の労働に及ばないが、社会国家の原理の観点からかような理由にもとづいて賃銀平等の原則を弱体化ないし骨抜きにしてはならないという。女性のための特別の保護規定の故に男女の賃銀が差別されるべきでないことの理由の1つとして、社会国家原則が採用されているのである。なお基本法1条3項にいう立法が立法のみならず私人による規範定立をも含むかどうかは解釈上の争点である。1956年4月20日の判例は労働者は明示の法律上あるいは契約上の規定なしに休

暇権 (Urlaubsrecht) をもつかどうかの問題を扱う。裁判所は3つの理由すなわち民法613条および242条に定められる労働契約上の保護業務 (Fürsorgepflicht), 基本法上の社会的法治国の原理および慣習法にもとづいて肯定した。この休暇請求問題に関し判例は学説上長らく支配的であった見解にしたがったことになる。ライヒ労働裁判所は最後まで労働者が休養休暇に対する請求権をもつという一般的法原則を拒否してきたのであった。同日の第2の判決において同一の原則を繰り返したがさらにこの原則は強行法 (zwingendes Recht) であって賃金契約によっても変えられないとした。1954年10月21日の判例は連鎖契約 (Kettenverträge) の問題を扱う。連鎖契約とは、期限の確定した労働契約がいくつか連続し新しい契約が締結されない限り解約告知を必要とすることなく自動的に終了する契約のことである。労働者が解約告知の保護を失なうかかかる協定が許されるかどうかの問題として扱われたのである。解約告知保護法によれば、6ヶ月以上同一企業に労働者として属していた場合職場が確保される (1条1項)。裁判所は、解約告知保護法にはボン基本法上の社会国家の原則が実現されているのであって、連鎖契約における期限の定めが解約告知保護法に表現された継続確保の原則と一致しない限り法律上の禁止に反し無効と判示する。1954年10月21日の判例は、連続契約について展開された思想を単純な期限契約 (Zeitverträge) に拡張し、期限のための特別の理由のない限り期限契約によって労働者から解約告知の保護を奪うことを無効と判示した。以上にみる如く社会国家原則は、それが解釈の唯一の根拠とされているのではないが、労働者のために労働法の領域で解釈原理として大きな役割を果たしている。

社会国家原則は、また、基本権が私人間にも適用され私法上の効力をもつとの解釈の根拠ともなっている。1957年5月10日の連邦労働裁判所の判例は、独身条項 (Zölibatsklausel) の締結は、基本法の諸権利すなわち婚姻と家族の保護 (6条1項) 人間の尊厳 (1条) 人格の自由な発展 (2条) に反し民法134条により無効と判示する。その場合社会国家原則が基本権が私人間に適用されることの根拠とされている。すなわち「社会的法

治国家に対する基本法の規範的告白は基本法およびその他の法律の解釈にとって基本的意義をもつ。基本法のこの告白は、自由にして社会的な共同体における法的同輩相互の交渉にとって不可欠であるところの基本権規定の直接的な私法上の効力を裏付ける⁵⁾」。Leisner も同じ立場をとり、社会的なる言葉は個々人の全体に対する関係と同様に、個々人相互の関係をも意味し、基本法はしたがって国家と国民の関係のみならず国民相互間の関係にも適用されると説く⁶⁾。以上の連邦労働裁判所や Leisner の立場に反し、連邦憲法裁判所は、いわゆる間接適用の立場にたち、基本権は「良俗」の（民法 133 条）如き私法上の一般条項を媒介してはじめて私人間に適用されるものとする。かかる間接適用の立場からすれば独身条項は不当な基本的侵害とはならないであろうし連邦労働裁判所はゆきすぎのきらいがある。

社会国家原則が請求権を根拠づけるかどうか。たとえば1924年1月1日の保護義務令（Fürsorgepflichtverordnung）にいう要保護者が保護を求める訴訟可能の請求権をもつかに関し、ワイマール憲法時代にあっては殆んど一致的に否定されていた⁷⁾。現在では要保護者にこの請求権を社会国家思想の採用の下に肯定する学説判例⁸⁾が圧倒的に多い。また外国人の国内滞在に対する訴訟可能の請求権や⁹⁾、外国人の市民権獲得に対する訴訟可能の請求権¹⁰⁾が、判例上認められている。

社会国家原則が解釈原理として及ぼす効果は多方面にわたり手続法（挙証の軽減、挙証責任の転嫁）一方的形成権（解約告知の理由）契約強制（ロックアウト終了後の再雇傭義務）などにも及ぶが、本稿では詳論をはぶきこれらの問題を取扱った文献として Reuss-Jantz の前掲書を指摘するにとどめる。また社会国家原則が基本権の制約として働く例として、職業選択の自由を制限する手工業法（Handwerksordnung）を、手工業の歴史的伝統的特性を保護しようとする社会国家的考慮にもとづく制限として、合憲と鑑定する Gerber の前掲書がある。

1) Bachof, a. a. O. S. 43, Vgl. Reuss-Jantz, a. a. O. S. 9.

2) Scheuner, a. a. O. S. 154. Vgl. Reuss-Jantz, a. a. O. S. 9.

- 3) Bverf GE 1, 104. Vgl, Reuss-Jantz, a. a. O. S. 10.
- 4) Hueck, Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Festschrift für Willibalt Apelt, Staat und Bürger, 1958, S. 57ff.
- 5) Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts Bd. 4, 1958, S. 27 4ff.
- 6) Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 170f.
- 7) Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2 Aufl. S. 606
- 8) Bverw G. U. vom 24. Juni 1954, Bay, Verw G. H. U. vom 8. März 1949.
- 9) Bverw G. E. BVBl. 56, 232.
- 10) Bverw G DVBl. 57, 681. Vgl, Reuss-Jantz, a. a. O. S. 30.

4. 社会国家と社会主義国家の差異

社会国家 (sozialer Staat) と社会主義国家 (sozialistischer Staat) の差異は、前者にあっては私有財産制 (Privateigentum) と自由経済を原則とするのに反し、後者にあっては集団所有制 (Kollektiveigentum) と国家的計画経済を原則とする、という点にある¹⁾。基本法にいう社会国家が自由経済の国家の意味に理解しなければならないことは、基本法に人格権 (2条) 職業選択の自由権 (12条) 所有権 (14条) が保障されていることから明らかである²⁾。

東独憲法には社会正義の諸原則 (Grundsätze sozialer Gerechtigkeit) (19条) とか所有権の社会的義務 (soziale Pflicht des Eigentums) (2条) なる表現がみられるが、そこにいう社会的とは基本法にいう社会的と同意義ではない。東独における支配的解釈からして社会主義的の意味である³⁾。

以上の如く社会的と社会主義的とはその経済的側面において差異を示すが、Forsthoff は政治的側面における差異を指摘する。すなわち国家の社会的作用は純粹に奉仕的作用である。国民の相応の生存に奉仕する社会的作用が支配の手段となった場合、社会的なる形容詞に備しなくなる。国家の社会的作用を統治の目的の手段とすることは鉄のカーテンの向側で見られると。そして Forsthoff は統治の手段に供される例として、Stahlin-

Pakete, 政治的あるいは統制的見地から等級づけられた食料品切符, HO-Läden をあげる。このような政治的側面における差異は社会国家と社会主義国家間のいわば本質的差異とも思われえないが, 社会的作用が統治の目的のための手段とされるべきでないこと, つまり社会的作用が純粹に奉仕的作用であるべきであるという Forsthoff の主張⁴⁾は傾聴に値する。

1) Gerber, a. a. O. S. 21f. 32.

2) 社会国家を社会主義国家と区別して私有財産制と自由経済を原則とする国家と把握する考え方は, 西ドイツにおいては支配的見解であるといえる。Gerber によれば社会国家思想をいかに拡張して解釈してもソヴィエト的国家観への橋渡しの役目を果しえない (Gerber, a. a. O. S. 31f.)。また Hamann によれば社会的なる概念は経済体制における社会主義的傾向の正当化として理解せられえないことは自明である (Hamann, a. a. O. S. 32)。

また社会国家原則に主として経済の運行に対する干渉という効果をみとめる干渉主義 (Interventionismus od, Dirigismus) の立場にたつ Scheuner や Huber によっても, 包括的な国家的強制による経済の完全な中央的誘導は問題外とするのである。

3) Gerber, a. a. O. S. 32.

4) Forsthoff, Verfassungsprobleme des Sozialstaats, 1954, S. 10.

5. 社会国家と法治国家

基本法は社会国家原則を保障すると同時に法治国家原則をも明文で¹⁾保障する (28条1項)。法治国には, 実質概念と形式概念とがある。実質的法治国とは国民の自由保障の国家である。形式的法治国概念に属するものとして三権分立主義, 行政の法律適合性, 国家行為に対する司法的コントロールなどがあるが, それらは実質的法治国実現の形式にすぎない。社会国家原則との関係で問題になるのは実質的法治国である。社会国家と法治国家とは緊張関係 (Spannungsverhältnis) に立つ。なぜなら, 法治国は国民の自由保障の原理であるに反して, 社会国家は国家による保護干渉の原理だからである。両者の対立関係をいかに調和させるかについて諸家の様々な見解を次に一瞥する。

Fechner²⁾によれば, 社会国家は社会秩序形成のための国家の用意や責

任、課題や権限を意味するのではなく、民主国家が国民に課した全体的課題に与えるべき個々人の義務を意味する。この全体的課題は個々人の自発的献身によって克服されるべきである。法治国家は最高の指導的価値として自由を求める。社会的法治国は、自由と自発性、自己存在と献身の用意の緊張にのみ存在する。自発的献身が拒まれた場合不可避免的に強制が現われる。その場合、国家は社会国家でありえても、法治国性は危険となりおそかれはやかれ滅びる。全体に対する市民の自発的献身が強制からの自由を保障する。Fechner は、国家による命令強制を排除することによって、社会国家と法治国家を調和せしめようとする。

Fechner と同じく Bachof³⁾ も社会的責任が負担者によって進んで引受けられることを理想的運営と考え、社会性貫徹のため命令や強制に訴えなければならぬ場合もそれだけ法治国が犠牲に供されるものとする。Bachof によれば、社会国家原則は、20条、28条にうたわれているのみならず、諸種の自由権の根底にある。無条件の自由でなく社会拘束的自由が保障されている。社会的拘束は自由の外的限界を意味するものでなくそれに内在するのであって、社会国家と法治国家の間に二律背反はない。自由と社会性 (Sozialität) の間に順位関係はない。社会的法治国は均衡の制度 (Balancesystem) である。この社会的法治国の均衡の制度は、社会的責任に対する義務が担当者によって進んで引受けられる場合にのみ、機能するのである。

社会的拘束が自由に内在するという点で Scheuner も Bachof と同じ考え方にたつ。しかし Scheuner⁴⁾ は、強制を一切拒否するのではなく、国家の包括的強制のみを法治国原理に照して排除しようとする。Scheuner によれば、自由権の保障は、完全にして無制限な個人主義的意味に理解することは許されず、共同体的拘束 (Gemeinschaftsbindung) ははじめより内在している。私的経済処理も共同経済形式と結びつきうる。社会的法治国は経済の領域における国家の干渉によって特色づけられる。国家は、修正的補完的作用のみならず、社会的正義実現のため経済の発展に対し形成的作用を行使する。しかしこの干渉的経済体制は、包括的国家的強制に

よる経済の完全な中央的誘導は問題外であり、法治国的自由主義的憲法の枠内にとどまろうとするのである。Scheuner は、一方において国家の包括的強制を排除し、他方において、自由には社会的拘束が内在すると考えることによって、法治国家と社会国家の調和をはかる。

社会国家と法治国家の緊張関係の問題に関し、特色ある独自の解決を示すのは Menger である。Menger⁵⁾ は法治国家の概念が歴史的に変遷（ナチス時代においてさえナチス的法治国があった）していることを論証し、基本法の制定者は19世紀的法治国思想を受けつぐことに満足せずして新しい法治国概念を定立したとし、そして国家による国民の生存の保障という国家の任務に照らし社会的法治国を全く時代になかった法治国の形式と考える。Menger は伝統的な市民的自由主義的法治国(bürgerlich-liberaler Rechtsstaat) 概念を放棄あるいは少なくとも修正して社会的法治国なる概念を新たに立てようとするのである。Hamann も Menger と同じ立場といえる。Hamann⁶⁾ によれば、社会国家と法治国家は対立するものではなくひとしいものの異なった表現である。法治国思想を実質的正義の実現の意味に理解できるならば、社会国家は法治国思想の具体化であり社会的なものへの投影である。

以上社会国家と法治国家の関係に関する主な主張をみたが、Fechner, Bachof, Jahrreiss などは伝統的な法治国原則を重んじて国民各自の自発性任意性に期待して社会国家実現を期待する。そして国家による命令や強制が加えられればそれだけ法治国家性の犠牲とみる。しかしそれでは余りに社会国家原則を軽視するものといわなければならず、Scheuner の如く包括的国家的強制による干渉を排除すれば法治国原則の維持に充分であるとみるべきである。Menger や Hamann の所説は興味ある解決方法ではあるが問題の抜本的解決をはかるものとはいいがたい。法治国概念に新しい内容を盛って社会国家との調和をはかるにしても、自由と社会国家原則との関係とくに社会国家原則による自由の制限の問題は依然として残るからである。

1) ピスマルク憲法にもワイマール憲法にも見あたらない法治国家原則が基本法に

規定されるに至ったのは、ナチス時代と人民民主主義の東部の現状にかんがみて、連邦共和国を法の地盤に堅く固定させようとする政治的考慮にもとづく。

Menger, *Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz*, 1953, S. 3f.

2) Fechner, a. a. O. S. 14ff.

3) Bachof, a. a. O. S. 40f, Vgl. Gerber, a. a. O. S. 9.

社会国家を市民感覚（Bürgersinn）に訴えて実現しようとする Jahrreiss も Fechner や Bachof と同じ系列に立つといえる。

Jahrreiss, *Freiheit und Sozialstaat*, 1957, S. 24f.

4) Scheuner, *Veröff d. VStRL*, Heft 11. S. 7ff, Vgl. Gerber, a. a. O. S, 10f.

5) Menger, a. a. O. S. 7ff.

6) Hamann, a. a. O. S. 31.

6. む す び

日本国憲法において社会権として生活権（25条）教育を受ける権利（26条）勤労に関する諸種の権利（27条）が保障され社会国家的性格が加味されている。自由経済から生ずる社会問題の解決が要請される限り、20世紀の国家は多かれ少なかれ社会国家的性格をもたざるをえない。社会国家は自由経済を一応の建前として認めた上で、そこから生ずる弊害の除去や不平等の是正を目指すのであるから、18, 9 世紀的自由国家を土台としてのみ存在しうる事となる。日本国憲法においても財産不可侵の自由権すなわち私有財産制（29条）職業選択の自由権（22条）が保障され自由経済が原則とされる。

社会国家は国民すべてに人間に価する生活を保障することを理念とするが、他面資本主義の延命策としての修正原理という批判もなりたちうる。社会国家の理念に関する政治的評価は別問題として日本国憲法の社会権の具体化とりわけ生活権の具体化は不十分の批判は免がれない。社会権の保障は単なる理想としての社会国家を示すにすぎない。社会権が国家の積極的保護によって実現される権利である限り、国家的保護を内容とする社会立法が不十分であれば、現実の相においては社会国家とはいえないことになる。日本国憲法の社会権についても、「社会国家実現のため本質的なこ

とは立法者のみがなしうる」ということがあてはまる。日本国憲法の社会権が立法の指針つまりプログラム規定の域を超えて直接拘束的な現実の法規として違憲審査の準則となりうるかに関し、最高裁判所は「具体的現実的権利でない」として否定的見解をとる。ドイツの連邦憲法裁判所の見解が肯定的であるのとは対照的である。生活権は主として社会立法および社会的施設の創造拡充によって実現される権利であって、この意味で生活権を具体的現実的権利でないとして把握することは正当である。しかし具体的現実的権利でないことを理由に生活権が立法その他の国家行為の違憲の準則となりえないとみることは問題である。最低限度の生活を保障するための立法措置がとられない場合、裁判所が、国家の消極的行為の違憲を確認してそれを匡正することができないまでも、国家の積極的行為を生活権違反として無効ならしめる程度の具体的現実機能を営ましてよいであろう。

日本国憲法はボン基本法とは異なり社会国家に関する一般原則を保障していないが、社会権の保障から社会国家的原理を憲法の基本原理の1つと考えることができる。憲法の基本原理としての社会国家原理は憲法の解釈にとって1つの指針を与えること当然である。解釈の指針としての働きは基本権制限原理たる公共の福祉の解釈にみられる。とりわけ財産不可侵の自由の制限原理たる公共の福祉は、第一次的に社会国家原理の下に把握されなければならない。社会国家的公共の福祉は、単に治安や道德の維持、個人の名誉生命の保護の如き消極的内容とは異なり、国民の経済的社会的文化的福祉の増進という積極的内容をもつ。ボン基本法の場合、社会国家原理がもつ法の解釈の指針としての働きは各方面にみられる。契約自由に対する制限原理、基本権の第三者効力の根拠、訴訟可能な請求権発生、基本権制限の根拠などがある。これに反し日本国憲法の場合、社会国家原理は、それが一般原則として保障されていないことにもよるが、解釈の指針として充分活用されていない。

法治国家と社会国家の緊張関係に関する問題について云えば、日本国憲法には社会国家に関する一般原則はない。ボン基本法の場合、社会国家に関する一般原則が保障されそこから国家権力による無限な社会活動のおそ

れが生ずるために法治国家原則による枠づけを必要とする。西ドイツにおいて、社会国家原則と法治国家原則との矛盾調整の問題は、社会国家に関する一般原則がボン基本法でうたわれているためである。これに反して、個別的な社会権が保障される日本国憲法の下で社会国家と法治国家の緊張の問題は少ないと思われる。