

# 立法者の不作為に対する憲法訴願

—— 社会的法治国家・西ドイツにおける新しい訴の形態 ——

山 内 敏 弘

目 次	I はじめに
	II 1951年12月19日の判例
	III 立法者の絶対的不作為に対する憲法訴願
	IV 立法者の相対的不作為に対する憲法訴願
	V 権力分立との関連
	VI む す び

## I はじめに

本稿は、西ドイツの学説・判例に照らして、以下の点についての簡単な検討をおこなうことをその直接の目的としている。即ち、立法者の違憲な不作為に対して個人は憲法訴願を提起することができるのか、そしてその前提として、そもそも立法者がその不作為によって基本法を侵害し、それによって同時に個人の基本権を侵害することが果して有り得るのか、といった点についてである。この問題は、すぐれて特殊訴訟的な側面を有しているが、それに尽きるものでないことは明らかであろう。それは、基本権の性格、更にはそれを規定しているボン基本法の基本構造に密接なかかわりを有している。それは、いわば、ボン基本法が自ら宣言している「社会的法治国家」の法的性格、そしてそのもとでの基本権のあり方についての問題を同時に内包しているのである。それは、西ドイツが真に社会的法治国家となることによって始めて登場してきた問題ともいい得る。社会的法治国家が一体なにであり、またなにであるべきか、という根本的な事柄について詳細な検討をおこなうことは今できないが<sup>1)</sup>、この問題が西ドイツに生れてきたその経過をみるために、ここでごく簡単にその点に触れておくことが必要と思われる。

一般に社会的法治国家あるいは福祉国家は、20世紀の現代において資本主義国家にはほぼ共通してみられる現象であろう。それは、いわゆる市民的法治国家の修正された姿である、ということが出来る。市民的法治国家は、近代資本主義の成立とともに、それと密接なかかわりをもって成立したものであったが<sup>2)</sup>、それが近代資本主義の発展にともなう矛盾の顕在化により自己を修正させていった姿、それを我々は社会的法治国家の内にもみることが出来るのである。市民的法治国家にあっては、国家と社会の分離を前提とし、社会における個人の自由な活動が憲法上自由権の基本権として保証されていた。国家は、そのような個人の自由権的基本権を任意に侵害することはできず、従って、自由権的基本権は、個人生活への国家の恣意的介入を排除するという機能を有していたのである。しかし、市民的法治国家の発展とともにその内部に生じた新たな階

級的対立、そしてそれに基づく社会的諸矛盾は、基本権のそのような性格、そして更には国家の果すべき役割に修正をもたらさざるを得なくなった。国家は、社会の自由な発展を消極的な立場から見守ることをやめ、社会の矛盾をいわば上から調整し、積極的に食しき者の生存、幸福追求のために力を貸す——そのためにはたとえ富める者の自由権的基本権を一部制限したとしても——ことが要求され、また必要とされてきたのである。社会的法治国家あるいは福祉国家は、このようにして登場したきたということができよう。そこにあるのは、国家は、食しき者の《生存への配慮》を積極的になすことがその重要な任務とみなされるのである。

ワイマール憲法が、このような志向を自ら宣言した、先駆的な憲法であることは、既に周知の処である。それは、いくつかの社会権あるいは生存権的基本権に関する規定をその目的のために有しているのである<sup>8)</sup>。しかし、ワイマール憲法における、そのような規定の多くが、いわゆるプログラム規定として、そこから個人が直接に法的な権利を導き出し得るものではない、と一般に考えられていたことも既に周知の処である<sup>9)</sup>。法実証主義の支配のもとにあって、それは、議会による法律を待って始めて具体化されるものなのであり、更には、たとえ議会による立法がなされたとしても、行政庁がそれを執行しなかった場合、行政庁のそのような不作為を個人が争い得る道は訴訟法上閉ざされていたのである<sup>9)</sup>。ワイマール憲法の、社会権あるいは生存権的基本権に関する諸規定が、この意味において一定の限界を有していたことは明らかであろう。

ボン基本法は、このような歴史的背景のもとに成立したのである。それは、第一に、社会的国家たることを明確に宣言し<sup>6)</sup>、またそれを裏付け、補足するいくつかの規定を有している<sup>7)</sup>。国家は、そこにあるのは、社会における弱者保護のために種々の積極的な役割を果すべきことが要求せられるのである。しかも、それと並んでボン基本法において特に注目すべきは、その法治国家原理の、訴訟の次元での貫徹である。具体的には、基本法第19条4項における包括的な権利救済手続の是認、そして同第92条以下における連邦憲法裁判制度の全面的採用、就中それに基づく憲法訴願制度の導入が、それである<sup>8)</sup>。個人は、かくて、公権力によってその基本権等を侵害された場合には、連邦憲法裁判所に憲法訴願を提起することができるのであり、そこでは、立法権すらも公権力の一つとしてその対象から免れ得ないのである。

立法者の不作為に対する憲法訴願という、一見特殊な問題は、このような、社会的国家と法治国家の結合体としての社会的法治国家・西ドイツにおいて生れてきたのである。それは、社会的国家原理の完全な実現、そしてそのための立法者による積極的な作為を、法治国家原理の貫徹という形式によって保障しようとする処に現出してきたのである。この問題の内には、社会的国家原理と法治国家原理の緊張関係<sup>9)</sup>が具体的な形で示されている、ということもできよう。それは、社会的法治国家・西ドイツがなにをどこまでなし得るか、という点にもかかわっている。問題は、具体的であり、且つ普遍的である。以下においては、このような問題意識のもとに、立法者の不作為に対する憲法訴願について、学説・判例で論じられている処を簡単に検討してみることにする。

<sup>1)</sup> 社会的法治国家に関する西ドイツの文献については、Maunz; Deutsches Staatsrecht 14 Aufl. 1965 S. 58 参照。

<sup>2)</sup> Forstthoff; Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in Veröffentlichungen der Ver

- einigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12, 1954 S. 14. もっとも、フォルストホフは、市民的、という形容詞を付けることはしないが、その意味する処は同じであろう。
- 3) 社会権規定がワイマール憲法に登場したことの意義について、田上穰治「憲法撮要」昭和38年、30頁は、次のように述べる。≪ところが産業革命を経て、国家が積極的に社会政策を施行し労資の不平等を緩和する必要が生ずるに至って、積極的な社会権（生存権的基本権）の保障が加わった。それは国家が主として第四階級の利益を保障し、階級的対立を克服して国民の実質的な平等を回復することにより、自由権に実質的な基礎を与えるものである。1919年のワイマール憲法第二編第五章の規定は、社会権の保障の代表的なものといわれる。≫尚、ワイマール憲法社会権に関する具体的な規定については、宮沢俊義「憲法Ⅱ」昭和34年、31頁以下に挙げられている。
- 4) 高田敏「生存権保障規定の法的性格」『公法研究』第26巻、1964年 87頁以下参照。
- 5) Genzmer; Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2. 1932 S. 519. Seiwerth; Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, 1962, S. 24 f.
- 6) Bachof; Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft. 12, S. 38 は、≪基本法は、いわゆる<市民的法治国家>を復活させているのではない≫と述べている。
- 7) もっとも、具体的な規定の数そのものは、必ずしもワイマール憲法のそれより多い訳ではない。田上穰治「社会的法治国家の原理」『自治研究』第30巻6号5頁参照。
- 8) 憲法訴訟制度は、直接基本法の明文の規定によるものではなく、連邦憲法裁判所法によって始めて採用されたものであるが、それが単に形式的のみならず、実質的にも基本法によって予定されていたことについては、川添利幸「西ドイツにおける憲法訴訟制度の本質」『公法研究』24号156頁参照。
- 9) フォルストホフのいうように、社会的国家原理と法治国家原理が簡単に融合し得るものではないことは明らかであろう。しかし、またその間に完全な隔絶がある訳でもない。両者の間に一つの緊張関係が生ずるゆえんである。

## II 1951年12月19日の判例

立法者の不作為に対する憲法訴訟の問題が論じられること具体的なきっかけとなったのは、1951年12月19日の連邦憲法裁判所の判例<sup>10)</sup>である。この判例については、既に我が国においても簡単な紹介がなされている<sup>11)</sup>が、ここにおいても、まず、必要な範囲内でその概略をみることとする。

訴訟は、三人の子供を有する戦争未亡人が、連邦保護法（Bundesversorgungsgesetz）によって現に与えられている保護以上のものを求めて憲法訴訟を提起することによって生じたものである。訴訟提起者は、その根拠として大別して二つの点を挙げている。第一は、連邦保護法が与えている保護が一般的にみて十分であり、従って、それは基本法第1条1項、同第2条2項、同第6条1、2並びに4項の侵害を意味しているという点、第二は、その保護がいくつかの点で母子四人を他の者に較べて不平等に扱っており、従って、それは基本法第3条1、2項の侵害を意味しているという点である。訴訟提起者は、これらの点に基づいて、未亡人並びにその子供達についてより以上の保護がなされていないことによって基本法の上記規定

にいう基本権が侵害されたことの確認、そして連邦政府は連邦保護法の然るべき修正案をただちに提出すべき義務があることの確認等を連邦憲法裁判所に求めたのである。

それに対して、連邦憲法裁判所は、その判決の中で以下のように述べるのである。≪この法律（＝連邦憲法裁判所法——引用者）の意味する基本権侵害が一般に不作為によっても起こり得ることについては、第95条はなんの疑いも入れない。しかし、そのような違憲な不作為については、通常、行政機関あるいは裁判機関の行為のみが問題となるのであって、立法者の不作為は問題となり得ない。連邦憲法裁判所法第95条の文言……が既にそのことを物語っている<sup>12)</sup>。≫同条は、制定された法律に対する憲法訴願については、その場合の判決の態様を規定しているが、立法者の不作為に対する憲法訴願については、なんら規定しておらず、従って、そのような憲法訴願は、連邦憲法裁判所法によっては予想されていない、という訳である。そして、連邦憲法裁判所は、このような実定法上の根拠について、第二の根拠を挙げる。≪しかしながら、個々の市民が立法者の作為を裁判上求め得る、そのような請求権を原則として有し得ないことは、基本法によって立法者の弱体化が著しく欲せられているのでない限り、とりわけ事柄の本質に属している。社会的正義、自由、平等、そして公正の理念にかなった法を創造することは立法者の不変の任務であり、個々の市民は、選挙権の行使を通じて間接的にそれにあつまり得るのみである。連邦憲法裁判所は、なんら立法機関ではなく、そして立法者にとって代ることはそのなすべき事柄ではない。しかも、立法者の不作為が違憲であるということを裁判によって確認しようとするなら、それは、そのような国家の権限の変動をもたらすことになるであろう。法律が制定さるべきか否かの問題は、ひとえに経済的、政治的、並びに世界観的考慮にかかっており、それは一般に裁判審査を免れるのである。<sup>13)</sup>≫このように一般的に述べた後、連邦憲法裁判所は、より具体的に、訴願提起者に対する保護は確かに必ずしも十分ではないが、そのことからただちに基本権侵害が生ずる訳ではないとする。≪時代の変遷とともに、国家の内に代表された国民の、個人に対する給付という考えがますます強くなり、この給付は、就中第二次大戦の結果、国家の基本的な必要事項となった。しかし、この——比較的新しい——国家による積極的な給付に対する請求権という考えは、基本権の中にはごく制限された程度にしか入っていない。<sup>14)</sup>≫そして、基本法第1条1項2段の規定についても、それは≪確かに<保護する>ことの積極的な作為を国家に義務付けてはいるが、しかしそこで考えられているのは、物質的な困窮に対する保護ではなく、侮辱、誹毀、迫害、追放等、人間の尊厳に対する他のものによる侵害からの保護なのである。<sup>15)</sup>≫同第2条2項についても、それは、消極的な基本権を規定したものであり、≪国家による然るべく妥当な保護を求める基本権を個人に認めるものではない<sup>16)</sup>≫という訳である。そして、連邦憲法裁判所は、結論的にいう。≪確かに、このことによって、給付に対する憲法上の権利を個人がまったく有していないということがいわれている訳ではない。<社会的連邦国家>という表現が、たとえ基本権の中にはなく、基本法第20条(連邦とラント)にあるとしても、それは、尚、社会的国家に対する信条を含んでいるのであり、それは、基本法の解釈並びにその他の法律の解釈に際しては決定的な意味を有し得る。しかし、社会的国家の実現のために本質的なことは、立法者のみがなし得る。それは確かに、憲法上、社会的な活動をなすべく、就中相衝突する利害の然るべき調整、そしてヒットラー体制の結果困窮したすべての人々のための然るべき生活条件の確立、のために努力すべく義務付けられている。しかし、憲法訴願で争い得る請求権があるいは個人に生じ得るとするなら、それは、立法者がこの義務を恣意的に、即ち実質的な根拠なくして怠った場合のみであろう。<sup>17)</sup>≫そして、連邦憲法裁判所は、訴願提起者を含めた四人に対する

保護が他のものに較べていくつかの点で不平等な取扱いを受けているという主張についても、法律による生活保護の与え方に不平等は存在しないとして、それを否定する。連邦憲法裁判所は、このようにして——勿論、その他の理由も含めて、——訴を退けたのである。

その後、西ドイツにおいては、この判例をきっかけとして立法者の不作為に対する憲法訴訟の問題が本格的に論じられることとなる。以下においては、学説そしてその後の判例の概略をみていくこととするが、その前に問題の整理を若干おこなっておくことが必要であろう。

この判例からまず考え得るのは、立法者の不作為に対する憲法訴訟の問題がほぼ四つの観点から捉えられ得るということである。第一は、社会的国家原理との関連、第二は、権力分立との関連、第三は、基本法の基本権条項との関連、そして第四は、連邦憲法裁判所法第95条との関連である。まず、第一の点についていえば、社会的国家原理そのものがこの問題を提起し、それがこの問題の基調となっていることは既に述べた処であり、また以下の論述でも明らかにされることであるが、しかし、ここで注意すべき点がある。それは、この原理、より具体的には、基本法第20条及び同第28条の規定からただちに訴訟法上立法者の不作為に対する憲法訴訟を認め得る根拠を直接導き出すことはできない、ということである。確かに、判例のいうように、社会的国家にあっては、立法者は「憲法上社会的な活動……をなすべく義務付けられている。」<sup>19)</sup>しかし、同時にまた判例自身が認めるように、それがただちに個人になんらかの請求権をもたらすものでは原則としてないのである<sup>19)</sup>。基本法第20条及び同第28条の社会的国家条項がそれ自身としては一般にプログラム規定と解されていること<sup>19)</sup>が、第一にこのことを明らかにしている。そして、更により具体的にこのことを明らかにしているのは、連邦憲法裁判所法第90条の規定である。この規定によって、憲法訴訟を——従って、立法者の不作為に対するそれをも——提起するためには、具体的に基本法にいう基本権あるいはそれと同視される権利が公権力によって侵害された旨主張することが必要とされているからである。社会的国家条項は、少なくともこの限りでは、直接憲法訴訟提起のための充分な要件とはなり得ないのである。かくて立法者の不作為に対する憲法訴訟が認められるか否かについて決定的となるのは、なによりもまず、第三点の、基本法にいう基本権あるいはそれと同視される権利の条項（以下、基本権条項と略す）との関連である。即ち、そもそも立法者の不作為によって基本法に挙げられている基本権条項が違法に侵害されることが有り得るのか、という点である。それは、この点が否定された場合には第二の権力分立との関連を吟味する意義そのものが失われ、また逆にこの点が肯定された場合には第四の連邦憲法裁判所法第95条の問題はその重要性を減じてしまうこととなる<sup>20)</sup>、そのような意味を有しているのである。

従って、以下においては、就中この点、即ち、立法者の不作為によって具体的な基本権条項が違法に侵害されることが果して有り得るのか否か、という問題を検討しなければならない。唯、ここで尚付け加えるべきことがある。それは、この問題が肯定されるためには、二つのことが、その前提としていわれなければならない、ということである。第一は、それを怠ることがまさに違憲な不作為となる、そのような立法者の作為義務が基本権条項の中に存在するという点であり、第二は、そのような作為義務違反に基づく、立法者の違憲は不作為によって直接個人の基本権が侵害される、という点である。そして、注意すべきは、第一の点については、問題はより具体的にいかなる基本権条項にそのような立法者の作為義務がみられるのかという形で検討されなければならない、ということである。前記判例がそのような立法者の作為義務を一般的に否定しながら、結局その後でより具体的に基本法第1条1項2段及び同第2条2項について立法者の作為

義務の有無を吟味しているのも、その必要性を示している。また、フリーゼンハーンが、《基本権によって立法者が個人に対して有する、そのような作為義務は一般に存在しないであろう<sup>21)</sup>》としつつ、具体的にたとえば基本法第33条5項については、立法者に対する法律制定の特別の委任があることを認め、それに関する立法者の不作為に対しては憲法訴願を認めざるを得なくなっているのも、そのような検討の必要性を示している。このように、基本権条項の各々についてそこに果して前述した意味での立法者の作為義務があるか否か、そしてそのような作為義務が認められるとした場合、その作為義務違反、つまり不作為は直接個人の基本権を侵害することになるのか、そして、もし侵害することとなるとしたなら、その場合立法者の不作為に対する憲法訴願は認められることとなるか否か、を検討しなければならないのであるが、今そのすべての条項にわたって検討を加えることはできないし、またその必要もないであろう。ここでは、特に基本法第1条1項2段、同第6条5項、そして同第3条1項についてみてみることにする<sup>22)</sup>。前二者は、いわゆる《絶対的》不作為、即ち、それら規定に有り得べき立法義務を立法者がまったく怠ることによって生じ得る立法者の違法な不作為、そしてそれに対する憲法訴願の可能性を検討するためにであり、最後の第3条1項は、いわゆる《相対的》不作為、即ち立法者がなんらかの立法をおこなったにもかかわらず、それが特定のグループにのみ請求権を与え、別のグループにはなんら与えず、かくて同規定を侵害すると考えられる、そのような不作為、そしてそれに対する憲法訴願の可能性を検討するためにである。尚、問題を《絶対的》不作為の場合と《相対的》不作為の場合とに分ける<sup>23)</sup>のは、その各々について議論のなされ方が必ずしも同じでないからである。

10) BVerfGE 1. 97.

11) 高田敏「ボン基本法20条1項・28条1項における Sozialer Staat (2) ——社会国家に関する判例」  
広島大学「政経論叢」第11巻4号18頁以下。

12) BVerfGE 1. 97. S. 100.

13) BVerfGE 1. 97. S. 100 f.

14) BVerfGE 1. 97. S. 104.

15) BVerfGE 1. 97. S. 104.

16) BVerfGE 1. 97. S. 104.

17) BVerfGE 1. 97. S. 105.

18) Seiwerth; a. a. O. S. 41 ff は、ボン基本法下において、立法者は、個人的、社会的存在としての人間に仕するために必要な法律を制定すべき一般的な義務を有しているが、立法者の不作為に対する憲法訴願が認められ得るためには、そのような一般的な義務では不十分であるとする。

19) 高田敏「公法研究」第26巻所収前掲論文96頁参照。もっとも、そこでいわれているように、それ自身がプログラム規定であるからといって、まったく法的な意味がない訳ではない。それにすぐれて法的な意味を持たせようとする処に、本稿の問題が生ずるのである。

20) Lechner; Zulässigkeit Zur Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers, in NJW 1955. S. 1819, Seiwerth; a. a. O. S. 37 がいうように、連邦憲法裁判所法第95条が立法者の不作為に対する連邦憲法裁判所の判決の内容及び効力を定めていないということから、ただちに立法者の

不作為に対する憲法訴願そのものが認められないことにはならないからである。このことは、後に挙げる判例（BVerfGE 6. 257）も認める。

- 21) Friesenhahn; Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, 1962. S. 150.
- 22) 尚、これらの規定の他に特に問題となり得るのは、基本法第6条1項、同7条1項、同14条1項2段、同33条5項、同101条1項2段等であろう。vgl. Lechner; a. a. O. S. 1818, Pfeiffer; Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis 1959. S. 12, Kalkbrenner; Verfassungsauftrag und Gesetzgeber, in DÖV 1963. S. 45.
- 23) ≪絶対的≫不作為と≪相対的≫不作為とに分けたのはベッセルである。但し、Lechner; a. a. O. S. 1817の引用による。

### Ⅲ 立法者の絶対的不作為に対する憲法訴願

1 基本法第1条1項2段 この規定は、同1段の≪人間の尊厳は不可侵である≫という文言を受けて、≪これを尊重し、かつ保護することは、すべての国家権力の義務である≫と定めている。問題は、ここにいう≪保護する≫ことの意味、そして≪義務≫の意味がどのようなものであるか、ということである。人間の尊厳をどのような形で保護することが意図され、またその義務は法的にどのような意味を有するものと考えられるか、という点である。そもそもこの規定の内に、それを怠るということが違憲な不作為となる、そのような立法者に対する積極的な作為義務を読み取ることができるのであろうか。この規定が、現実に効力を有する客観的な法規範たることはほぼ一般に認められている<sup>24)</sup>にもかかわらず、この点については見解は一致していない。前記判例は、この点、この規定が≪確かに<保護する>ことの積極的な作為を国家に義務付けてはいるが、しかし、そこで考えられているのは、物質的な困窮に対する保護ではなく、侮辱、誹毀、迫害、追放等、人間の尊厳に対する他のものによる侵害からの保護なのである≫と述べることによって、その立場を明らかにしたのである。判例は、そう述べることによって、この規定にいう人間の尊厳を主に人格的な価値の意味において捉え、そのような価値が国家以外のものによって侵害された場合、その時にはじめて——従って、その意味で消極的に——国家はその価値の擁護に立上ることとなる、とみなし、立法者に対する、前述した意味での積極的な作為義務を否定したのである。学説の上でも、たとえば、マウンツは、この規定によって≪すべての国家機関は、国家と人間の尊厳との間に闘いがある場合には、後者のために行動しなければならない。それは、人間の尊厳に敵対して国家の側に立つことを許されない<sup>25)</sup>≫としつつ、唯、ここでいう≪保護は、尊厳が他の側の者から侵害された場合の防禦的な行動を意味する<sup>26)</sup>≫とすることによって、判例の立場を支持し、この規定の内に物質的な困窮に対する国家の積極的な作為義務の存在を否認するのである。フォン・マンガルト＝クラインも、これとはほぼ同様の見解をそのコンメンタールで述べている<sup>27)</sup>。このような立場を採る場合、立法者の不作為による同規定侵害、そしてそれに基づく憲法訴願が認められないこととなるのは、当然である。

しかし、このような判例・学説の見解に対しては、勿論反対の見解が存在する。この立場は、この規定の内に社会的国家原理が一部実体化されているものと考え、そこに人間の生存確保のための立法者の積極的な作為義務を認めようとするのである。パッホフ、レヒナー<sup>28)</sup>、ザイベルト等がそれであろう。たとえば、パ

ッホフは、前記判例が「人間の尊厳の不可侵性を単に〈攻撃に対する消極的な防禦〉(傍点一引用者)として……把えようとしているが、それは私にはあまりにも狭すぎるように思われる」<sup>29)</sup>と比較的おだやかに述べ、またザイベルトは、「尊重義務が、高権の措置による人間の尊厳の不可侵を命じている禁止規範を定めているのに対して、基本法第1条1項2段の保護義務は、客観的な法たる憲法による現実的な要求条項を含んでいる」<sup>30)</sup>のであり、「単に国家の不作为義務のみならず、国家の積極的な作為の要求……をも」<sup>31)</sup>含んでいると述べているのである。

もっとも、このように、この規定の内に立法者に対する積極的な作為義務の存在を認める立場を採るとしても、そのことから、この規定を直接根拠として立法者の不作为に対する憲法訴訟が認められるとすることまでには、一応、二つの前提が論理的には必要となってくるであろう。第一は、立法者に対する作為義務の規定が、同時にそれに対応する権利を個人に認めているということであり、また第二は、そのような権利の侵害が憲法訴訟によって争われ得るということである。

たとえば、レヒナーは、第一の点について一般的には以下のようにいう。「具体的な立法義務といえども尚個人に法律制定を求める権利を与えることを要しない。それは、国家に対する単なる義務として、組織上の立場を表示したものと理解され得る。基本法の規定の文言は、いかなる場合にもそれに対応する個人の権利を認めることを強いるものではない。法の伝統も、同様にそのことに反対している。」<sup>32)</sup>しかし、そのように述べつつ、レヒナーは、具体的に基本法第1条1項2段については、次のようにいう。「それにもかかわらず、たとえば、基本法第1条1項2段の場合などは、それに対応する権利を認めることは論理的に排除されておらず、そして、そのことは、一般に我々の法生活を支配している、すべての生活関係の権利化への前進的な傾向を考慮した場合、明らかである。」<sup>33)</sup>ザイベルトも、この点を明確にいう。「人間の尊厳を…保護すべき国家の義務は、それが個々の場合に……具体的な作為義務……に具体化されている限り、客観的規範に対応する……、積極的な行為を求める、執行可能な個別的権利を個人に与える。」<sup>34)</sup>そして、まさに個人の権利に直接かわりを有する基本権条項の一つである基本法第1条1項2段に立法者に対する積極的な作為義務を読み取ることができるとするなら、このように、それに対応する権利を個人に認めることは、容易に理解され得ることとなる。そして、この点が認められるとするなら、立法者の不作为による、そのような個人の権利の侵害に対して憲法訴訟を提起し得ることも、連邦憲法裁判所法第90条に照らした場合、比較的容易なこととなるであろう。たとえば、ザイベルトは、この点、「この個別的権利は、そのようなものとして連邦憲法裁判所法第90条以下の権利保護を受けるのであり、従って、基本法第1条1項2段は、新たな、そして補充的な法規範の制定を憲法訴訟によって求め得る請求権の基礎となり得る」<sup>35)</sup>と述べ、また、レヒナーの論述も、論理的には、このことを肯定するものとなっているのである<sup>36)</sup>。

唯、ここで尚言及しておくべきものに、ニッパーダイの見解がある<sup>37)</sup>。彼は、基本法第1条1項の規定の内に、いわゆる生存権的基本権の存在を認めて、以下のよう<sup>38)</sup>にいう。「人間の尊厳は、〈人間に値する生存〉を要求する。第1条1項は、従って、第2条2項による生きることへの権利、そして第20条及び第28条による社会的法治国家原理と結びついて、生活困窮者がみずから得ることができない場合には、人間の生存のため実体のある財物の最少限を求める権利をも認めているのである。」<sup>39)</sup>しかし、彼によれば、そのような権利は、直接立法者に対して主張し得るものではないのである。基本法第1条1項は、確かにすべての国家権力を、従って立法権をも拘束するものではあるが、唯、それにもかかわらず、ここには、「人間の尊厳

の保護のために、法律が一般的あるいはあれこれの領域において制定されなければならないという意味での立法者の法的拘束力は存在しない<sup>89)</sup>というのである。しかし、彼の、このような見解には疑問が存するであろう。彼がこの規定の内に見る生存権的基本権を、単にプログラムのものと解するなら格別、そうではなく、裁判によっても争い得るすぐれた法的な権利としてすべての国家権力を拘束するものであると解する以上<sup>40)</sup>、生存権的基本権は立法権をも拘束するものであり、しかも、それは、生存権的基本権の性格上、積極的に立法者の作為を要求するという形を採ることとなるからである。この規定の内生存権的基本権を認めることと立法者の積極的作為義務を認めることは、この意味で一体となっていると考え得るからである。

果して、基本権第1条1項2段に、人間の生存の最少限を保障するための立法者の積極的な作為義務——それを怠ることが違憲な不作為となるような——を認めることができるのであろうか。それは、ひとえに、ボン基本法の基本原理の一つである社会的法治国家原理をどの程度までに法的に実体あるものにしようとするかにかかっている、ということができよう。社会的法治国家原理がそれ自身孤立したものではなく、まさにボン基本法の基本原理の一つとして、基本権条項にも直接影響を及ぼし、その性格を決定づけ得るものとしたなら、そして、もし社会的法治国家とは、具体的な基本権条項と結びつくことによって人間の生存の最少限を確保することを立法者の法的な義務にまで高める志向をも有しているとするなら、この規定の内そのような立法者に対する積極的な作為義務の存在を読み取ることは可能であろう。そして、そのような立法者の法的な作為義務は、それに対応する基本権を個人に与えることとなるのであり、その侵害は、連邦憲法裁判所法第90条以下によって憲法訴願の根拠となり得るものであろう。また、もし社会的法治国家原理が、具体的な基本権条項と結びつくことによって人間の生存の最少限を確保することを立法者の法的な義務にまで高めようとする志向を有していないとするなら、個人は、基本法第1条1項2段に基づいて憲法訴願を提起することは認められないこととなろう。その場合には、結局、社会的法治国家という場合の「社会的」なるものは、その限りにおいて、憲法の次元では単なる事実として、あるいは政策としてあるにすぎず、真に法的なものとしては存在しない、ということの意味することとなろう<sup>41)</sup>。前記判例は、既に、この規定の内社会的国家原理の投影そのものを否定することによって、この規定に基づく立法者の不作為に対する憲法訴願を認められないものとしたのである。

**2 基本法第6条5項** この規定は、「嫡出でない子にたいしては、立法により、その肉体的および精神的成長につき、および社会におけるその地位につき、嫡出子にたいすると同一の条件がつくらなければならない」と定めている。基本法は、ここにおいて「立法により……つくらなければならない」と規定することにより、一見、立法者に対して明白な作為義務を課し、その義務違反は立法者の違憲な不作為となる、と解されるようであるが、しかし、この点、学説は一致していない。この規定と同内容を定めていたワイマール憲法第121条が一般にプログラム規定と解されていたことを受継ぎ、この規定をも同様にプログラム規定と解する見解が一方にあるのに対して、それを否定する見解も他方にあるからである。以下、これらの点について、まず学説の説く処を簡単にみることとする。

この規定がいわゆるプログラム規定であるとする見解に立つのは、たとえば、フォン・マンゴルト＝クライン、マウンツ等である。フォン・マンゴルト＝クラインは、以下のようにいう。「第5条は、ワイマール憲法第121条と同様、その本質において非嫡出子と嫡出子の社会的平等を目指している。それは、その文言

(〈立法によって……つくられなければならない〉) からして明らかに第1条3項とは異なる……。それは、直接に適用される法ではなく、単なる指針であり、法的拘束力をもつ方針(プログラム規定)であり、既存の非嫡出法に対して一部廃棄的な効力を有する直接に妥当する法ではなく、第4項とは異なり、解釈基準でもない。……立法者がどのような形で第5項によって彼に与えられた委任を執行するかは、相変わらず完全に自由である。<sup>42)</sup> マウンツも、これとほぼ同様の見解を採る。彼も、基本法第1条3項がいわゆるプログラム条規と現実的権利の区別を排除しようとする意図を有していることを認めつつ<sup>43)</sup>、この規定に関しては、そのプログラム性を肯定することとなる。彼の意味する処は、この規定は、その性格上立法者のみを拘束するのであり、直接裁判を拘束する訳ではなく、従ってそれに反して裁判所が裁判を行ったとしたらそれは結局権力分立の原則に反することとなる、というのである。彼は、いう。〈立法者のみを拘束する多くの条規においては、裁判と行政をも直接拘束する条規における以上に、指針的、プログラム指示的要素は強く生きている。<sup>44)</sup> 〉そして、ザイベルトによれば、このようにプログラム規定と解する立場が尚ボン基本法下においても有力である、というのである。<sup>45)</sup>

唯、これに対して反対を説ける見解も、必ずしも少くない。たとえば、レヒナーは、この規定が法律を制定すべき具体的な義務を明示的に立法者に課したものと解し、その義務違反はベッセルのいう絶対的不作為に相当するとするのであり<sup>46)</sup>、またハマンは、プログラム規定か否かについて決定的なのは法律による執行を命じている憲法規定がそれ自身直接執行可能か否かという点であるとした上で<sup>47)</sup>、第6条5項についてはそのプログラム性を否定している<sup>48)</sup>。そして、ザイベルトは、就中基本法第1条3項が〈以下の基本権は、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〉と規定していることの意味を重視し、第6条5項のプログラム性を否定するのである<sup>49)</sup>。カルクブレンナーも同様である<sup>50)</sup>。

もっとも、このように第6条5項についてそのプログラム性を否定する立場を採るものも、そのすべてが、この規定に関して立法者の不作為がある場合、非嫡出子に立法者の不作為に対する憲法訴願の提起を認める訳ではない。基本法第1条1項2段の場合と同様、そのような不作為によって直接個人の基本権が侵害されるか否かが、まずその前提として考えられなければならないからである。レヒナーは、一応基本法第6条5項については、その点を認めず<sup>51)</sup>、このような立法者の絶対的不作為に対する憲法訴願を否定することとなるのである<sup>52)</sup>。ハマンも、そのコンメンタールで、この規定が立法者に対する拘束的な委任を含んでいることを認めつつ、それが基本権の保障を包含していることについては否定するのである<sup>53)</sup>。それに対して、この規定についても、立法者の作為義務に対応する個人の基本権の存在を認めるのが、ザイベルト、プフェィファー<sup>54)</sup>そしてカルクブレンナー等である。たとえばカルクブレンナーは、〈立法義務は、その内容及び範囲についてのより詳細な法規による具体化を欠くことにより、原則としてなら権利を内包するものではなく、単に個々の市民に対する法的反射効果をともなうにすぎない<sup>55)</sup>〉としつつ、〈立法義務の内容と範囲を大体において限定し、その遂行を個人に対する義務の履行という意味でも立法者が負っている、そのような立法者に対する明示的な委任を憲法が含む場合<sup>56)</sup>〉は事情は別であるとし、第6条5項をそのような場合の例と考えるのである。そして、この立場を採る場合には、第6条5項に関する立法者の不作為に対して憲法訴願を認めることは容易に可能となるのである。

第6条5項に関する学説がこのように相対立する中で、興味ある見解を示したのが、1958年10月23日の連邦憲法裁判所の判例<sup>57)</sup>である。それは、立法者の不作為に対する憲法訴願を直接扱ったものではないが、こ

の規定についての連邦憲法裁判所の立場を以下のように明らかにしている。〈基本法第6条5項は、〈立法によって……つくられなければならない〉という表現によって、立法者に対して一義的に命令を下している。立法への委任の遂行の可否並びにその時期は……立法者の自由な意向に依っているのではない、一定の立法をなすべき確約が憲法条規にまで高められている場合には、立法者はむしろその確約を遂行すべく拘束せられ、立法者がその憲法委任を然るべき期間内に遂行することを怠った場合には、彼は憲法を侵害することになるのである（BVerfGE 6. 257…）。基本法は、第6条5項においても、それと同内容のワイマール憲法第121条の規定が立法の実際によって受取られていた以上により真面目に受取られることを欲している。<sup>58) ></sup>

連邦憲法裁判所は、このように述べることによって、学説の対立に対して一つの態度を示したのである。それは、第6条5項についてそのプログラム性を否定し、そこに明確な立法者の作為義務を認めたのである。もっとも、このことからただちに、連邦憲法裁判所が、第6条5項に関する立法者の不作為が同時に基本権侵害をとめない、それに基づく憲法訴訟は認められると判断したと解釈することには、若干の疑問があるであろう。しかし、そのように解釈し得るものをこの判例はもっている。そこでなんの批判も加えることなく引用されている1957年2月20日の判例が、既に、連邦憲法裁判所の判例上始めて、立法者の不作為に対する憲法訴訟を認めたからである。かくて、判例は、学説の対立にもかかわらず、一定の方向へ歩み出した、ということができよう。それは、一般的にいえば、基本法が基本権条項において、その内容と範囲を大体において明示して、立法がなすべきことを定めている場合、立法者がそれを怠ることは違憲となり、それが基本権侵害をとまうことによって、立法者の不作為に対する憲法訴訟の提起を可能ならしめる、という方向である。そして、事実、判例は、基本法第33条5項に関連して、既に明確にこのことを是認しているのである<sup>59)</sup>。

以下においては、ここに引用された1957年2月20日の判例に示されている、立法者の相対的不作為に対する憲法訴訟の問題について、この判例に照らしながら、説かれている処をみてみることにする。

<sup>24)</sup> Seiwerth; a. a. O. S. 59, v. Mangolt—Klein; Das Bonner Grundgesetz Bd. 1, 2. Aufl. 1957 S. 146. 但し, Maunz a. a. O. S. 89 は, この規定が現実に効力を有する法ではなく, 単に指針的, プログラム的なものであると解している。

<sup>25)</sup> Maunz; a. a. O. S. 103.

<sup>26)</sup> Maunz; a. a. O. S. 102.

<sup>27)</sup> v. Mangolt—Klein; a. a. O. S. 153. 但し, v. Mangolt—Klein; a. a. O. S. 151 は, この規定が全く物質的な生活領域にかかわりのないものとはみなしていない。行政訴訟との関連ではそのような側面が出てくることを認める。尚, この規定にそのような積極的な作為義務を認めない立場を採ると考えられるのは, その他に, Geiger; Grundrechte und Rechtsprechung 1959 S. 32, Pfeiffer; a. a. O. S. 12.

<sup>28)</sup> Lechner; a. a. O. S. 1818. 但し, レヒナーは, この規定に見出される立法者の作為義務の内容が人間の生存の最少限の確保であるとは明言していない。

<sup>29)</sup> Bachof; a. a. O. S. 42.

<sup>30)</sup> Seiwerth; a. a. O. S. 59.

- 31) Seiwert; a. a. O. S. 59.
- 32) Lechner; a. a. O. S. 1818.
- 33) Lechner; a. a. O. S. 1818.
- 34) Seiwert; a. a. O. S. 112.
- 35) Seiwert; a. a. O. S. 112. 但し, Seiwert; a. a. O. S. 63f. は一つの留保を付している. 即ち, 国の財政がそのような請求に答えることを許さない場合, あるいは, 基本法第 112 条を侵害することによってのみそれに答える場合には, 結局そのような訴願は認められないこととなる, という留保である.
- 36) Lechner; a. a. O. S. 1818. 但し, レヒナーは, その後, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in Die Grundrechte Bd. 3/2 1959 S. 676 で絶対的不作為に対する憲法訴願を一般的に否定してしまう. しかし, その理由は明らかでない.
- 37) 前述した, v. Mangolt-Klein の考えも, ある意味で Nipperdey に近い, ということもできる.
- 38) Nipperdey; Die Würde des Menschen, in Die Grundrechte, Bd. 2 1954 S. 5.
- 39) Nipperdey; a. a. O. S. 29.
- 40) Nipperdey; a. a. O. S. 17f しかも, 彼は, この規定が, 行政裁判所の訴訟に際しては, 公の扶助を求める公法上の請求権の根拠となり得ると解している. (S. 6f)
- 41) その限りにおいては, Forsthoff a. a. O. S. 27 の次の言葉は. 社会的法治国家条項が基本法第 1 条 1 項 2 段と結びついた場合にも, 妥当することとなる. <<社会的法治国家>>という文言は, それがそれ自身の, 制度的刻印をもった, また特殊の実体的内容をもった特別の法治国家概念を示していないという意味において, なんら法概念ではない. この文言のみからは, いかなる権利も義務もまた制度も根拠付けられない. >>
- 42) v. Mangolt-Klein; a. a. O. S. 276.
- 43) Maunz; a. a. O. S. 89.
- 44) Maunz; a. a. O. S. 90. それと同時に, 彼も, この規定のワイマール憲法第 121 条との同質性を指摘する.
- 45) Seiwert; a. a. O. S. 77 ff
- 46) Lechner; a. a. O. S. 1818.
- 47) Hamann; Das Grundgesetz 2 Aufl. 1960. S. 6.
- 48) Hamann; a. a. O. S. 118.
- 49) Seiwert; a. a. O. S. 86 ff
- 50) Kalkbrenner; a. a. O. S. 42 f
- 51) Lechner; a. a. O. S. 1818.
- 52) Lechner; Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in GR Bd 3/2 S. 676.
- 53) Hamann; a. a. O. S. 114.
- 54) Pfeiffer; a. a. O. S. 12.
- 55) Kalkbrenner; a. a. O. S. 43.
- 56) Kalkbrenner; a. a. O. S. 43.

- 57) BVerfGE 8. 210.  
 58) BVerfGE 8. 210. S. 216.  
 59) BVerfGE. 8.1. 尚, BVerfGE 11.255.S. 261. もそのような場合に、立法者の不作為に対する憲法訴願を認める。

#### IV 立法者の相対的不作為に対する憲法訴願

立法者がなんらかの立法をおこなったにもかかわらず、それがある特定のグループの者にのみ請求権を与え、別のグループの者にはなんら与えることをせず、かくて基本法第3条1項の平等原則を侵害するに至ると考えられ得る場合、果して立法者の不作為に対して憲法訴願を提起することが認められるのであろうか。ベッセルによって相対的不作為と称された、このような事例は、既になんらかの立法がなされているという点において、前述した立法者の絶対的不作為の場合とは異なっている。そして、まさにこのことの故に、一体ここで争われ得るのは、立法者の作為、即ちなされた立法そのものの違憲性——平等原則侵害——なのか、あるいは、その立法に関連して——平等原則侵害のもとに——ある別のグループの者にも請求権を与えることをしなかったこと、即ちこの点での立法者の不作為そのものなのか、ということがまず問題となってくる。制定された法律の違憲性が争われるとするなら、ここで特に立法者の不作為に対する憲法訴願としてその可否を検討する必要がなくなるからでもある。相対的不作為と絶対的不作為とを区別したベッセルは、相対的不作為が存在する場合、憲法訴願は立法者の不作為に対して向けられるのではなく、実は立法者の作為そのものに対して向けられる、とすることによりこの問題に一つの解答を与えたのであるが、これと同様の立場を採るのが、レヒナー<sup>60)</sup>そしてプファイファーである。たとえば、プファイファーは、以下のよういう。《ある法律において平等原則を侵害してある一定のグループの者にのみ請求権が与えられた場合、立法者の不作為はなんら攻撃されていないのである。そのような憲法訴願は、実際には積極的な作為に、即ち、既に制定された法律に対して向けられる。それが理由ある場合には、従って、この法律が無効とされなければならないのである。<sup>61)</sup>》

しかし、このような見解に対しては、ザイベルト、カルクブレンナー、そして後にその自説を訂正したレヒナーが反対の立場を採ることとなる。たとえば、ザイベルトは、その場合の憲法訴願は立法者の不作為に対して向けられるべきであるとして、その理由を以下のようにいう。その場合の立法者の不満は《立法者がそもそも行動をとったという点にあるのではなく、ただひとえに、立法者が平等な法定立の要求に反して訴願提起者にあるいは彼によって代表される集団にまでも利益附与を拡げることを怠ったという点にあるからである。<sup>62)</sup>》そして続けていう。《その上、侵害された平等は、無効と宣言された部分規定の廃棄によっては回復され得ないのであり、もっぱら、補充的な措置によって平等原則を考慮すべく議会と政府に強いるであろう、立法者の不作為の違法性を確認する判決によってのみ回復され得るであろう。<sup>63)</sup>》

そして、判例もまた、このような場合には立法者の不作為に対する憲法訴願が問題となるとし、同時にそのような憲法訴願が認められることを明らかにするのである。先に触れた1957年2月20日の判例<sup>64)</sup>がそれである。従って、以下においては、この判例をごく簡単にみることとする。

憲法訴願が直接審理されたこの事例において、訴願を提起したのは、かってドイツ赤十字社に勤務し、1944年4月1日に恩給生活に入り、以後45年6月30日に至る迄恩給を受けていた人である。訴願は、基本法第

131条<sup>65)</sup>に基づく法律が訴願提起者についてなんの考慮も払わず、かくてその法律による扶助が訴願提起者に与えられないことを理由として、それによって基本権（基本法第3条、同14条、同131条）が侵害された旨の判決を求めてなされたものである。判決は、このように立法者があるグループの者については規定を設けず、かくて平等原則侵害が問題となる場合には、訴願は立法者の不作為に対して向けられる旨を明らかにして、以下のようにいう。《基本法第3条に対する立法者のそのような違反は実定上の部分規定の無効をもたらさなければならない。従って憲法訴願はこれに対して——つまり平等原則を侵害してなされた一定のグループの者への利益附与に対して向けられるという考えは、憲法の委任が、規定を設けることをそもそも指示しているのみならず、規定すべき事柄の範囲の故に一体となった法律の制定を要求している訳では明らかになく、その精神に従って時間的に相前後する部分規定を設けることを許している場合には、いずれにしても正当とされ得ない。従って、基本法第3条の見地に立てば、そのような部分規定は確かに補充を要するものではあるが、可能な補充がなされるまでは無効とされるべきではない。<sup>66)</sup>》

そして、それと共にこの判例は、このような立法者の不作為に対する憲法訴願が認められる旨を、次のようにいう。《この事例は、訴願提起者が立法義務の内容と範囲を大体において限定している基本法の明示的な委任を根拠としていることによって BVerfGE 1. 97ff で扱われた事例とは区別せられる。このような前提のもとに立法者が憲法の委任を不正確に解釈し、それによってその立法義務を単に不十分にしか履行せず、そして包括的な規定を怠ることによって同時に基本権を侵害する場合には、憲法訴願は、立法者の不作為に対してもまた認められる。連邦憲法裁判所法第95条の文言からは、この見解に対する有効な疑問を導き出すことはできない。連邦憲法裁判所法第90条から第95条までの規定の意味並びに目的からするなら、就中第92条と第95条1項からするなら、法律は、それによって基本権が侵害され得る、憲法機関の、つまり立法者の〈作為〉とみなされなければならない…。憲法上立法者がそのような作為をおこなうことを、従って法律を制定することを義務付けられている場合には、立法者は、その作為義務に違反することによって、従って不作為によって同様に基本権を侵害することが有り得る。立法者が憲法の委任を単に部分的にしか遂行せず、それによって平等条項を侵害した場合には、基本法第3条1項に基づく憲法訴願は立法者の部分的不作為に対してもまた向けられる。<sup>67)</sup>》連邦憲法裁判所は、このようにして、いわゆる立法者の相対的不作為に対する憲法訴願がやはり不作為そのものに対する憲法訴願であり、しかも同時にそのような憲法訴願が認められることを明らかにしたのである。判例は、かくて憲法訴願制度の中で、新しい訴の形態の存在をここに明確に是認したのである。

その意義はそれ自体強調せらるべきであるが、唯ここで尚注意すべきことは、この判例によって立法者の相対的不作為に対する憲法訴願がすべてあらゆる場合に認められた訳ではない、ということである。立法者の相対的不作為に対する憲法訴願について、判例は、基本法が明確に立法義務を規定していることを前提としており、その点このような前提を欠く——と連邦憲法裁判所が判断した——1951年12月19日の事例とは区別しているのである。フリーゼンハーン<sup>68)</sup>、カルクブレンナー<sup>69)</sup>が平等原則侵害による立法者の相対的不作為に対して憲法訴願が認められるとする場合、やはりこの前提を設けている。しかし、こと相対的不作為に関してもその前提として基本法による具体的な立法義務が必要とされなければならないかどうかは、検討に値することであろう。立法者が基本法の明示的な委任に基づくのではなく、いわばその裁量に基づいて立法をおこなったとしても、その立法がある種のグループの者のみに利益を与え、別のグループの者にはなら

与えない場合、果してそこにも基本法第3条1項の平等原則侵害が——まさに立法者の相対的不作為によって——生じ得るとはいえないか、という問題である。それは、たとえば、立法者の裁量に基づく給付的な、あるいは生存への配慮をなす立法が、その給付あるいは生存への配慮において特にある種のグループの者のみを考慮しない場合、そこに平等原則侵害による立法者の不作為をみることができぬのか、という問題である。ザイベルトは、このような場合についても平等原則侵害が考えられ、従って立法者の不作為に対する憲法訴訟は認められるとして、その理由を以下のようにいう。≪立法者は、そのような場合、確かに行動することを憲法上義務付けられている訳ではない。しかし、立法者が一定の生活領域について規定を設けることを決定した場合には、ここにおいても、平等条項は、既に規定されたものとその本質において等しいような事項をその規定全体において無視しないことを要求するのである。その限りで、基本法第3条1項は、既になされた、それ自体自由に選ばれた行為から発する、そして行政法で知られている行政庁の裁量の自己拘束に比較され得る、一種の事実の規範力を立法部との関係でつくり出すのである。70) ≫

問題は、結局の処、平等原則の性格をどのように把握するかにかかっている、ということができよう。ワイマール憲法下とは異なり、平等原則が立法者をも拘束するものであることは、ボン基本法下において判例上一致して、また学説の上でも圧倒的に承認されているのである<sup>71)</sup>が、そのような平等原則が一体立法者をどのような形において拘束するのか、という点である。従来の伝統的な平等原則が、いわゆる自由権の基本権と並んで、消極的な性格を有していたことは明らかである。それは、国民の消極的身分(status negativus)に関する原則として、国家が本来自由である国民に対してなんらかの規制を加える場合には平等な形で規制しなければならない、という意味を有していたのである。<sup>72)</sup>国家は、そこにあっては、社会の中に——国家とは一応独立して——現実が存在する、社会的、経済的不平等を平等原則に基づいて積極的に是正していく、という任務を法的に与えられてはいなかったのである。いわゆる社会権あるいは生存権の基本権の登場は、そのような平等原則の変質をその限りで意味しているといえよう。社会における実質的な平等を上から確立していくためのものとして新たに登場した基本権、それが社会権あるいは生存権の基本権なのである。<sup>73)</sup>そこには、消極的な平等原則ではなく、積極的な平等原則が具現されている、ということができよう。しかし、社会的法治国家における積極的な平等原則とはその限りのものであるかどうかは、尚別個の問題として存するのである。国家が社会的、経済的不平等を是正していくための具体的な方法、いわばその種の立法の規定の仕方それ自体の中にもやはり平等原則の適用が要求され得ぬのか、<sup>74)</sup>という問題である。

立法者の相対的不作為に対する憲法訴訟の問題は、平等原則が適用される場の、このような拡大の問題をその内に有しているということができるのである。そして、前記判例は、基本法の明示的な委任に基づき立法によって積極的な給付がなされる場合、その給付は平等な形でなされねばならず、ある特定のグループの者に対する給付を——その者に対する給付が基本法によって予定されているにもかかわらず——怠たることは平等原則に反することとなる、としたのである。判例は、かくて、平等原則は、そのような積極的な給付のなされ方についても適用される、とみなした訳である。唯、判例は、そこで一つの留保を付している。それは、その場合の立法による給付がその内容と範囲を大体ににおいて限定している基本法の明示的な委任に基づくこと、という留保である。ザイベルトは、それより更に進んで、特に基本法の明示的な委任がない場合、いわば立法者の裁量に基づいてなんらかの給付がなされる場合にも、その給付のなされ方に積極的な平等原則が適用されるべきである、としたのである。行政の段階における裁量行為が平等原則の支配のもとに

あるとするなら<sup>75)</sup>、立法の段階における裁量行為についてもまた積極的な平等原則の支配を受けなければならぬ、としたのである。その場合に立法者がある特定のグループの者のみに利益を与え、別のグループの者に与えることを怠ったとするなら、それもまた立法者の相対的不作為が存する場合として憲法訴願提起の根拠となり得る、というのである。

平等原則そのものが、時代とともにその性格、適用のされ方を変えていくことは疑い得ない処であろう。ザイベルトの見解は、立法者の裁量に基づいて制定された給付的な法律が果して実際に平等原則を侵害するものかどうかという点の具体的な吟味に際して困難が生ずることは明らかであるが、それにもかかわらず、社会的法治国家において平等原則が理論上適用され得ることが可能な、その究極の処を示した、ということができよう。前記判例は、そこまで認めることをしなかったが、いずれにしても、平等原則に基づいて立法者の不作為に対する憲法訴願を認めたことは特に注目し得ることである。判例は、その後も、この立場を是認していくこととなるのである<sup>76)</sup>。

60) Lechner; Bundesverfassungsgerichtsgesetz 1954. S. 259.

61) Pfeiffer; a. a. O. S. 12 f.

62) Seiwert; a. a. O. S. 68.

63) Seiwert; a. a. O. S. 68.

64) BVerfGE 6. 257.

65) 基本法第 131 条は、いう。《1945 年 5 月 8 日公務に従事し、官吏法上または賃率法上以外の理由から職を去り、かつ、今まで使用されず、もしくは、以前の地位に相当して使用されない者……の法律関係は、連邦法律でこれを定める。1945 年 5 月 8 日扶助を受ける権利を有し、かつ、官吏法上または賃率法上以外の理由から、もはや扶助をうけず、もしくは（以前）に相当する扶助をうけていない者……についても、同様である。……》

66) BVerfGE 6. 257. S. 264 f.

67) BVerfGE 6. 257. S. 264.

68) Friesenhahn; a. a. O. S. 150.

69) Kalkbrenner; a. a. O. S. 43.

70) Seiwert; a. a. O. S. 70.

71) Seiwert; a. a. O. S. S. 65 による。

72) v. Mangolt-Klein; a. a. O. S. 59. S. 69 ff.

73) v. Mangolt-Klein; a. a. O. S. 71.

74) Bachof; a. a. O. S. 42 は、基本法第 3 条の平等原則が社会的国家宣言の影響を受け、それになっただよように解釈すべきであるとしている。Ipsen; Gleichheit, in Die Grundrechte Bd. 2. 1954 S. 173ff も、基本法の平等原則が今日その社会国家的基本構造により決定的に特色づけられる旨を明らかにしている。

75) Forsthoff; Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. 1 8 Aufl. 1961. S. 85. Seiwert; a. a. O. S. 70 Ipsen a. a. O. S. 148.

76) BVerfGE. 10. 302. S. 306.

## V 権力分立との関連

1951年12月9日の判例が立法者の不作為に対する憲法訴訟を一般的に否認したことの理由の一つには、そのような憲法訴訟を認めることは権力分立、就中立法権を侵害することになる、という点が挙げられている。立法者の（相対的）不作為に対する憲法訴訟を認めることとなった1957年2月20日の判例は、この点をどのように説明しているのだろうか。次にその説く処をみてみることにする。連邦憲法裁判所はいう。《法律が議会制民主主義のもとでいくつかの憲法機関の共同作業によってのみ成立し、立法者は、自由な表決と議会の広範な裁量の必要性の故に——確かに一定の法律を制定すべく義務付けられ得るとしても——完全に規定された内容の法律を制定すべく義務付けられることは有り得ないということから、そのような（部分的）不作為に対する憲法訴訟が認められることに対する疑問を導き出すことはできない。立法者は、法律の内容に関するその政治的決定についても原則として自由であるとしても、彼は常に基本法を、特に基本権を尊重しなければならないのである。従って、法律の規定によって対象とされるべきグループが憲法によって直接定められている場合には、立法者は、その政治的決定に際して基本法第3条1項の見地に立ってそれを考慮しなければならないのである。そのグループ全体について立法者を直接拘束するところの義務は、その場合、基本法第3条1項から生ずるのであり、従って、まさに自由で民主的な憲法の主要な構成原理そのものから生じてくるのである<sup>77)</sup>。》

連邦憲法裁判所は、このように述べることによって、立法者もまた基本法、就中等原則の厳格な規範性のもとに立つこと、そしてそのような基本権を立法者がその不作為によって侵すことがある場合には、それに対して連邦憲法裁判所が裁判することは認められることを明らかにしたのである。そのことによってなんら立法権に対する不当な介入はなされない、としたのである。もっとも、このように立法者の（相対的）不作為に対する憲法訴訟を認めることが、《自由で民主的な憲法の主要な構成原理そのものから生じてくる》（傍点—引用者）という、連邦憲法裁判所の見解にはいささか疑問があるであろう。前述したように、立法者の不作為に対して平等原則を理由として憲法訴訟が認められるのは、その場合の平等原則が単に自由権的基本権と同様にその消極的な性格を有しているからではなく、社会的法治国家原理のもとでより積極的な性格をも有していることからなのである。判例は、その直接的な言葉にもかかわらず、結局、そのように積極的な平等原則もまた、社会的法治国家においては基本権の一つとして厳格に遵守されるべきであり、その不作為による侵害は違憲なのであり、かくてそのような違憲性は連邦憲法裁判所の審査に服することを認めたこととなるのである。この判例は、平等原則に関して述べているのであるが、それは、その他の基本権についてもそのままあてはまることであろう。一般的にいえば、立法者の不作為によっても基本権侵害があり得るとしたなら、連邦憲法裁判所法第90条以下に基づき公権力による基本権侵害について裁判する権限を有する連邦憲法裁判所は、そのような立法者の不作為に対してもやはり裁判し得るのであり、それはなんら立法権を侵害することにはならない、ということになるのである。

尚、立法権との関連で更に考うべき点は、以上のようにして認められる、立法者の不作為に対する憲法訴訟において、果してどのような形の判決がなされ得るのか、という問題である。たとえば、立法者がある特定のグループの者のみに利益を与え、別のグループの者に利益を与えることを怠ったことによって平等原則

を侵害した場合、判決は、立法者が新たに補充的な立法をなさなければならないという、いわば立法者に対する義務付け判決の形を採ることができるのであろうか。判例は、そこまで認めていない<sup>77)</sup>、そのように述べている学説もまた寡聞にして見当たらない<sup>78)</sup>。連邦憲法裁判所が、そのように立法者に対する義務付け判決を下した場合には、まさに立法権の権限内に介入することとなるのであり、もはや裁判所の権限の及ぶ処ではない、という理由からである。連邦憲法裁判所は、もっぱら、立法者の不作為が基本権を侵害する旨の確認をその判決においてなし得るのみなのである。そして、また逆に、そのように確認判決という形をとればこそ、なにか効力を有する法であるかを宣言する連邦憲法裁判所は、立法者の違憲な不作為についても裁判し得ることとなるのである。

<sup>77)</sup> BVerfGE. 6. 257.

<sup>78)</sup> BVerfGE. 6. 257. S. 265 f

<sup>79)</sup> Seiwerth; a. a. O. S. 118. Lechner a. a. O. S. 1819, Friesenhahn a. a. O. S. 150f は、確認判決がなさるべきことを述べている。

## VI む す び

以上、西ドイツにおける立法者の不作為に対する憲法訴願について、学説上論じられている処、並びに判例の採っている立場を簡単にみてきた<sup>80)</sup>。これらのことをここに要約すれば、それは、ほぼ次のようになるであろう。

1. 西ドイツにおいては、立法者の不作為に対する憲法訴願を認めるような明文上の規定は基本法そして連邦憲法裁判所法のいずれにも見当たらないが、それにもかかわらず、判例は、その初期の立場をその後変更して、そのような憲法訴願を認めるに至っている<sup>81)</sup>。

2. 唯、その場合、立法者の不作為に対して憲法訴願が認められるのは、たとえば基本法第6条5項、同第33条5項のように、連邦憲法裁判所法第90条に挙げられている基本権あるいはそれと同視される権利に関する規定の内、基本法が明示的に立法義務を定めているものに限られる。

3. そのことは、平等原則侵害が問題となる、いわゆる立法者の相対的不作為に対する憲法訴願についてもそのまま妥当する。但し、それにしても、そのような憲法訴願が認められるのは、平等原則が、社会的法治国家・西ドイツにおいて単に消極的な性格のみならず、積極的な性格をも合せ有していることがその根底にあるからである。

4. 基本法第1条1項2段から、人間の生存の最少限を確保するための立法者の積極的な作為義務——それを怠ることが違憲な不作為となるような——を導き出すことは、判例によってなされていない。従って、個人は、社会的法治国家・西ドイツにあっても、自己の生存の最少限を維持する権利を、同規定に基づく立法者の不作為に対する憲法訴願の提起によって、まさに法的な権利として確保することはできない。

5. しかし以上のような判例の立場に対しては、学説上異論がない訳ではない。就中、平等原則侵害が考えられ得る場合について、また基本法第1条1項2段について判例以上により広く立法者の不作為に対する憲法訴願を認めようとする見解がある。

6. 総じて、これらの問題は、すべて、社会的法治国家・西ドイツにおいて、国家（従って、第一次的に

は立法者)が積極的な給付をなすべく要請されている場合、その給付がどこまで法的に——最終的には連邦憲法裁判所の裁判によって——保障され得るのか、という基本的な問題をその内に擁している。

西ドイツにおける立法者の不作為に対する憲法訴願についての、このような認識は、果して我が国に対してなにももたらし得るものなのであろうか。西ドイツとは訴訟制度が異なる、就中憲法訴願制度を有しない我が国にとって、この問題が直接的に参考となるということは有り得ないであろう。唯、それにもかかわらず、この問題のもつ普遍的な性格は、我が国における具体的な問題についても、いくばくかの考慮すべき事柄を与えているといえよう。それは、西ドイツとはほぼ同様に社会的法治国家あるいは福祉国家としての形態を採っている我が国において、国家による積極的な給付はどの程度まで法的に保障され得るのか、個人の社会権あるいは生存権的基本権はどの程度まで裁判によって確保し得るものなのか、という問題に関してである。そのための資料としての意味をも有し得るとしたなら、本稿の目的は達せられるのである。

<sup>80)</sup> 尚、立法者の不作為については、これまでみてきたような、それが直接憲法訴願の対象となる場合だけでなく、判決に対する憲法訴願の過程で始めてそれが問題となる場合もある。本稿では触れなかった、このような事例については、vgl. Schumann; Die Problematik der Urteils = Verfassungsbeschwerde bei gesetzgeberischem Unterlassen, in AöR Bd. 88. 1963, S. 331ff, Schneider; Rechtsschutz gegen Unterlassen der Gesetzgebers, in AöR Bd. 89. 1964, S. 24ff.

<sup>81)</sup> たとえば, Schumann; Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen. 1963. S. 190 は、いう。《立法者の不作為もまた、憲法訴願によって争われることは、数年来ドイツ憲法裁判の共通財産となっている。》