

## 「社会保険給付請求権」の法的作用（二）

——社会保険給付額の引き下げに関する憲法解釈——

斎藤 孝

### Die Rechtswirkung des „Sozialversicherungsanspruchs“ (II)

Takashi Saito

#### Zusammenfassung

In diesem Beitrag (II) wird anschließend das Verhältnis zwischen Sozialversicherungsanspruch und Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers untersucht. Ich suchte besonders Grundsatz des Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne etc.) als das Kriterium, das die Grenzen der Gestaltungsfreiheit erklärt, auf.

Annahme, den, 30, Apr. 1997.

Schlüsselwort : Sozialversicherungsanspruch, Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne(Abwägung).

はじめに

第一章 社会保険給付請求権と立法裁量

第二章 立法裁量と限界画定

第一節 立法裁量の限界に関する考察（以上, 32集）

第二節 立法裁量の限界画定の考察

- (一) 「比例原則」の内容
  - (a) 憲法上の根拠
  - (b) 法的作用（部分原則）
  - (c) 「比例原則」と給付行政
  - (d) 小 結
- (二) 立法裁量の限界画定と「比例原則」
  - (a) 「有害回避の原則」の適用

- (b) 「有効性の原則」の適用
- (c) 「必要性の原則」の適用
- (d) 「狭義の比例原則」の適用
- (e) 小 結 (以上, 本集)

### 第三章 経過措置および補償

#### 第一節 経過措置

#### 第二節 補 償

おわりに

#### 第二節 立法裁量の限界画定の考察

本節においては、社会保険給付請求権に対する立法裁量の法的な限界はどのように画定されるのかについて明らかにしたい。前節において明らかにしたように、立法裁量の限界画定とは、国民総生産を踏まえた生活水準の確定の問題であり、立法政策的な問題といえなくもない。

この限界画定の準則としては、「比例原則」および「(比較) 衡量原理」が重要である。両者の由来は異なると思われるが、ドイツでは、後者は前者の一内容と理解される傾向にある<sup>(1)</sup>。したがって本節では、立法裁量の限界画定の準則として、とくに「比例原則」を取り上げ、(一) まずこの原則はどのようなものなのか、(二) つぎにこの原則は、社会保険給付請求権に対する立法裁量の限界画定に対しどのような作用をおよぼすのかについて明らかにしたい。

##### (一) 「比例原則」の内容

立法裁量の限界を画定する準則としての「比例原則」については、すでにわが国において詳細な研究があり<sup>(2)</sup>、本項(一)では、それらの研究を総括するものといえはいえなくもない。この原則について明らかにするまえに、まずこの原則の憲法上の根拠について確認しておきたい。

##### (a) 憲法上の根拠

「比例原則」の憲法上の根拠としては、わが国においてすでに明らかにされているが、ドイツの代表的なコンメンタール<sup>(3)</sup>や学説<sup>(4)</sup>によると、「法治国家原理」と「基本権それ自体の本質」が考えられる。この分野について代表的な論者であるL・ヒルシュバーグによると、ドイツ連邦共和国では、判例上、比例原則は憲法上のランクにあり、さらにこの原則は、法治国家原理から、基本的に、単に比例原則であることのゆえに基本権それ自体の本質から導きだされる<sup>(5)</sup>。このことは、その他の判決でも同様である<sup>(6)</sup>。ゆえに「比例原則」の憲法上の根拠は、法治国家原理であり、基本権それ自体の本質であるといえる<sup>(7)</sup>。

またL・ヒルシュバーグは、「憲法改正自体この基準(比例原則)を完全には回避できな

## 「社会保険給付請求権」の法的作用（二）

い<sup>(8)</sup>」し、「目的と手段における思考は、…人間の思考の基本的なカテゴリーである<sup>(9)</sup>」という。この「比例原則」は、原則という言葉が直接用いられるかどうかにかかわらず<sup>(10)</sup>、人間による法的思考において欠かすことのできない準則といえる。

### （b） 法的作用（部分原則）

#### 〈概説〉

それではこの「比例原則」の法的作用の内容はいかなるものなのか。この原則は、現代においてはあらゆる分野において適用されるが<sup>(11)</sup>、周知のように、もともと警察行政に関わる準則として形成されてきたものであり、したがってこの内容を理解するには、警察法規の解釈と運用を検討することが近道であると考えられる。ドイツでは、警察法規は、この原則を意識して規定されていると解される。

1931年6月1日の「〔プロイセン〕警察行政法（Das Polizeiverwaltungsgesetz）」14条および41条はつぎのように規定する<sup>(12)</sup>。

#### 14条

- (1) 警察庁は、現行法の範囲内で、公共の安全または秩序を脅かす危険から公衆または個人を保護するために、義務に適した裁量により不可欠な（notwendige）措置を取らなければならない。
- (2) 警察庁は、その他に、法律により特別に委任された職務を履行しなければならない。

#### 41条

- (1) 警察処分は、それが警察命令または特別の法律に基づいてなされない場合、公共の安全または秩序を乱すことを排除するためもしくは個別的に生ずる危険を防止するために必要なときに限り、なされる。
- (2) 公共の安全または秩序を乱すことを排除するため、もしくは警察上の危険を有効に防止するため、多くの手段が問題となる場合、警察庁がこれらの手段のひとつを選択したとき、それで十分である。このとき、できる限り、関係者および公衆を最も侵害しない手段が選択されなければならない。関係者には、彼らが指摘するところの、危険を同等に有効に防止する他の手段を取ることの申立てが認められる。この申立ての棄却は、新たな警察処分と見なされる。
- (3) 31条1項および2項1段の規定は、警察処分にも適用される。

さらに1975年6月20日の「統一警察法模範草案（Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes）」2条（比例の原則）はつぎのように規定する<sup>(13)</sup>。

- (1) 警察は、複数の可能かつ適的な措置から、個人および公衆を最も侵害しないと予見される措置を取らなければならない。
- (2) 措置は、求められた成果に対し一見して不釣り合いである不利益を招来してはならない。

(3) 措置は、その目的が達成されるまで、あるいはその目的が達成され得ないということが判明するまでに限り許容される。

これらの警察規定に関する諸学説をみると、「比例原則」は、四つの作用に区分されると理解できなくもない。すなわち、1. 一定の状況のときには必ず手段を取らなければならないとする作用（本稿では「有害回避の原則」と名づける）、2. 手段は、意図された目的を実現するために有効なものでなければならないとする作用（「有効性の原則」）、3. 手段は、目的を実現するために同等に有効なくつかの手段のなかでより（または最も）権利侵害のないものでなければならないとする作用（「必要性の原則」）、4. 手段は、それにより実現される利益とそれにより失われる利益を比較して前者が後者よりも大きいときに許されるとする作用（「狭義の比例原則」）の四作用である。なお「比例原則」の作用は措置が取られた場合であると解し、ヒルシュバークのように、「比例原則」の適用は後三者であるという見解が一般的である<sup>(14)</sup>。第一の原則は、以下の三つの部分原則の前段階の原則と考えてもよいと思われる。

以下においては、この四つの部分原則（一つの前段階原則と三つの部分原則）についてそれぞれ確認していきたい。それを理解する具体例として、W・イエリネクが「合目的性と不可欠（必然）性」の説明として用いるつぎのような「ライオン射殺事例」を取り上げる<sup>(15)</sup>。すなわち、

- (1) ライオンが逃走した。それを射殺するために、ふたりのハンターが出かけた。それゆえライオンの射殺が彼らの行動の目的である。そのライオンが現われ、そしてひとりのハンターが空中に発砲した。
- (2) 一方のハンターが発砲したが、ライオンに当たるのではなく、仲間に向かってしまった。
- (3) ハンターが三度目の発砲をしたが、ライオンを殺すことなく負傷させた。
- (4) 最後に射殺が実現される。しかしハンターは、そのことで満足しないで、なお死んだライオンに数発打ち込んだ。

<部分原則>

#### 1 有害回避の原則

意味（定義）

H・P・シュマッツによると、「警察行政法（PVG）14条によると『警察庁は、危険を防止するために、…不可欠な（notwengige）措置を取らなければならない』、つまり警察庁は、それが現在の危険を防止するために『不可欠で』あるとき、すなわち緊急で、無条件に必要で、不可避で、不可欠であるとき、措置を取らなければならない、すなわち介入しなければならない<sup>(16)</sup>』。この〈措置を取らなければならない〉という原則は、以下の三つの部分原則とは異なり、警察庁の措置（手段）を要請することの是非（Ob）に関わるものである。

## 「社会保険給付請求権」の法的作用（二）

なおH・P・シュマッツは、不可欠な措置がなされなければならないことについて、「民事裁判が有害性のこの限界を『肉体と生命の重大な危険』、『本質的な法益の直接的危険』、『肉体と生命の危険』、『生命と健康、自由、財産の直接的危険』、『疑いのない交通違反の状態』という定式で表す事例において、『不可欠な』介入の事例が問題になる<sup>(17)</sup>」という。

つぎにW・イエリネクは、警察行政について、「有害性の限界」の説明としてつぎのようについて。「警察はその決定において自由であるかもしれない。しかし、現実の急迫した危険にさいし、この自由は停止される。たとえば、警察は、公の道路において生命を危険にさらすようなソリの滑走がなされるとき、もはや活動しないままであってはならない。警察官は、そのような場合、非活動によりその職務権限の違反（Überschreitung）を犯す。というのは『…ソリの滑走という危険な行為において、そのような寛大な処置は、義務にもとづく考察にとって不適切であると思われるにちがいないからである』。このような状況において損害を受けた者は、義務のある警察官に対しましては国庫に対し損害賠償請求権をもつ<sup>(18)</sup>」。

警察庁は、介入するかどうかについて自由な裁量を持つ一方、有害な状況が生ずる場合それを回避する義務がある。後者についてW・イエリネクは有害性の限界として論ずるが、この場合においても、危険（損害）が発生しそうなときと、取った措置により初めて〔新たな〕危険（損害）が発生したときに分けて考えることができる。すなわち、前者の例としては、ソリの滑走により危険が生じているときにその危険の発生を事前に阻止する前記の回避義務、後者の例としては、近隣の者に埋葬を命じたが埋葬される者が伝染病で亡くなった者であるときに命令を取り消す撤回義務<sup>(19)</sup>、与えた建築許可により建築が開始されているにもかかわらず火薬庫が近くにあるとの理由で許可の取り消しをしたことにより損害が生じたときに取り消し命令を撤回する義務<sup>(20)</sup>などがある。

この「有害回避の原則」とは、一定の状況のときには国は必ず措置（手段）を取らなければならないとするものである。

### 具体例

そこで、この「有害回避の原則」が実際にどのように作用するかについて上述の具体例にもとづいて述べる。

上述の「ライオン射殺事例」によると、ライオンが檻から逃走した場合、住民の生命の保護または生活の安全（平穏）を維持するため、捕獲するか、あるいは殺すことが不可欠といえる。それにもかかわらず、行政庁がいかなる措置も取らないときは、この原則に反することになり、ゆえに行政庁は何らかの措置を取ることが要請される。したがって、もし行政庁がいかなる措置も取らなかったことにより損害を受けた者は、国に対し損害賠償を請求することが認められる。本具体例では、ライオンの射殺が選択されたのである<sup>(21)</sup>。

さらに「ライオン射殺事例（3）」によると、ハンターが三度目の発砲をしたが、ライオンを殺すことなく負傷させた行為は、取った措置（手段）が不十分であったといえる。たし

かに負傷させたことは目的の範囲内にある。しかしその目的に完全には達しなかったことになる。このことについて、この原則は、さらに十分な措置（手段）を取ることを要求する基準ともなる（なおこのことは「不十分性の原則」で論ずることもできる<sup>(22)</sup>）。

## 2 有効性の原則

### 意味（定義）

つぎに、この「有効性の原則」とは、以下の二つの原則と同様、目的のために取られた措置（手段）の態様（Wie）に関わるものである。この原則は、論者によっては「適合性の原則」<sup>(23)</sup>とも訳される。

そこでL・ヒルシュバークによると、「有効性の原則」とは、目的（効果）に対する手段（原因）の因果関係すなわちある目的のためにとられた手段がその意図した効果を生ぜしめるために有効で（geeignet）なければならないと要請することである<sup>(24)</sup>。なおこの原則については、手段が「見積りの誤りにより」部分的に有効でもよいし<sup>(25)</sup>、できるかぎり目的-手段関係で厳密に論ずることが重要であるといわれる<sup>(26)</sup>。要するに「ある手段は、その助けにより期待した効果が促進されうる場合、有効である<sup>(27)</sup>」。

また、有効かどうかということは、取られた措置が目的に対して効果を与えたかどうかということと解しうる。ゆえに、合目的性の原則ともいえる。たとえば不十分な措置であった場合はどのように考えるべきか。そのときは、「有効性の原則」に反しはしないが、「有害回避の原則」により、新たな措置を取らなければならないことになろう。その反対に過度な措置であった場合は、「必要性の原則」により無効とされることになろう。

### 具体例

そこでまた、この「有効性の原則」が実際にどのように作用するかについて上述の具体例にもとづいて述べる。

上記の「ライオン射殺事例（1）」により考えると、逃走したライオンを射殺するためにふたりのハンターが出かけたが、そのひとりのハンターがその現われたライオンにではなく、空中に発砲した行動は、「有効性の原則」に反することになる。というのは、ハンターは、射殺命令を受けて出かけたのであり、ゆえにハンターは、ライオンを殺すためにライオンに的を絞り発砲することが求められる。したがって、空中に発砲することや他の動物を殺すことは、目的の実現にまったく反するからである。

さらに「ライオン射殺事例（2）」により考えると、一方のハンターが発砲したが、ライオンに当たるとはならず、仲間に向かってしまった場合、この行為は、彼が自己に課せられた目的に反して行動したことになり、この原則により許されないことになる<sup>(28)</sup>。

なおこの原則の作用の意義についてさらに考えると、例外的に「射殺する」権限が認められた場合、その権限を他の目的に利用させないところにあると解しうる。たとえば、禁猟区にライオンが逃げ込んだとしても、その有害な動物を射殺することが特別に認められたこと

## 「社会保険給付請求権」の法的作用（二）

から、禁猟区においてもその有害な動物を射殺することが許されるのである。したがってその禁猟区においてそれ以外の動物を射殺または捕獲してはならないという効果を生ぜしめる。目的に反して無関係なものに影響を与えさせないという〔消極的な〕効果である。このような効果を生ずることから、この原則は「合目的性の原則」ともいわれるのかもしれない<sup>(29)</sup>。

このように「有効性の原則」は、以下のふたつの原則と比較して考察すると、取られた措置（手段）が、意図した目的のために有効でなければならないことである。なおL・ヒルシュバークによると、この原則の侵害が生ずる事例はほとんどなく<sup>(30)</sup>、手段の誤りが極端な場合を排除するのであり<sup>(31)</sup>、結局のところこの原則は、「必要性の原則」と「狭義の比例原則」の考察に集約されることになる<sup>(32) (33)</sup>。

### 3 必要性の原則

#### 意味（定義）

またL・ヒルシュバークによると、「必要性の原則」とは、取られる手段は、目的のために有効な多くの手段のなかで、その手段により影響を受ける者にとってもっとも穏やかな手段（mildestes Mittel）でなければならないと要請することである<sup>(34)</sup>。前述の「有効性の原則」が「有効な手段の選択（審査）」といわれるのに比べ、この「必要性の原則」は「もっとも穏やかな手段の確定」の問題といわれる<sup>(35)</sup>。この原則は、同じ目的を実現するために同等に有効ないくつかの手段のなかで、関係者の権利や利益をより侵害しない手段を必要な手段としなければならないとするのである。またこの原則は、手段と手段の比較（手段-手段の関係（Mittel-Mittel-Relation））であるともいわれる<sup>(36)</sup>。

#### 具体例

そこでまた、この「必要性の原則」が実際にどのように作用するかについて上述の具体例にもとづいて述べる。

上記の「ライオン射殺事例（4）」により考えると、最後に射殺が実現されたのに、ハンターが、そのことで満足しないで、さらに死んだライオンに数発打ち込んだことは、必要であることの程度を超えた行動であり、本原則により許されない。というのは、目的に対しては必要最小限度の措置を取らなければならないからである。

さらにこの「必要性の原則」によると、ライオンを射殺するためにいくつかの方法が考えられるとき、人間や動物の生活環境あるいは植物などの環境にできる限りマイナスの影響を与えないものを選択しなければならないことが考えられる。たとえば、射殺といっても、ライフル銃を用いるか、散弾銃を用いるか、あるいは機関銃を用いるかなどの選択の余地が考えられる。そこでもし機関銃を選択することは、この原則からすると、他の動物や植物の環境に与えるマイナスの影響が少ないとはいえず、必要の程度を超える手段と解される。

この原則は、その形成過程からも「比例原則」の中心的な原則と理解されており<sup>(37)</sup>、他の部分原則と比べると、比較的明確な原則であると理解できる。

#### 4 狭義の比例原則（衡量原理）

##### 意味（定義）

同様にL・ヒルシュバークによると、「手段は意図された目的と（認識できるほどに、明らかに）無関係であってはならない。同時にまたその手段は意図された目的と相当な（正しい、理性的な）関係になければならない<sup>(38)</sup>」ということであり、さらにわかりやすくいうと、「（狭義の）比例原則は、手段と目的（またはその他の関連事項）が相互に衡量されるべきこと、および手段を取ることに結びつく不利益が優越するときは、比較される措置が中止されなければならないことを要請する<sup>(39)</sup>」。

この原則は、「必要性の原則」が〈手段 - 手段の関係〉であるのと比べ、〈手段 - 目的の関係（Zweck-Mittel-Relation）〉といえる<sup>(40)</sup>。

このことから推察できるが、「狭義の比例原則」は「衡量原理」であると解される<sup>(41)</sup>。判例においても「個人が信頼を損なう程度と、公共の福祉のために法律が有する利益の重要性とを衡量することが原則として必要である<sup>(42)</sup>」と解されている。ちなみにここで、両者は同じものなのか〔すなわち代替可能なのか〕について少し論じておきたい。

##### 「狭義の比例原則」と「衡量」の関連

「衡量」とは、もともと、目的と手段の関係にかかわる「比例原則」とは関連がなく、対立する利益や価値の比較であり<sup>(43)</sup>、個人の利益と公共の利益の比較<sup>(44)</sup>、個人の利益相互の比較、公共の利益相互の比較などであると考えられる。そしてこの「衡量」は、目的と手段とは衡量されなければならないといわれる場合にかぎり、「比例原則」と関連するにすぎないのである<sup>(45)</sup>。ちなみに学説により、「利益衡量」、「法益衡量」、「価値衡量」などが説かれるが、これらは、「衡量」と異なるものではなく、同義語である<sup>(46)</sup>。

一方「比例原則」とは、前述のように、手段と目的の関係に関わる原則であり、「衡量」と「比例原則」は、直接に関連する場合とそうではない場合が当然に考えられる<sup>(47)</sup>。関連する場合とは、「衡量」が「比例原則」と重なりうるときであり、「衡量」の審査が「比例原則」の審査の一環としてなされるときである<sup>(48)</sup>。すなわち、目的に関わる価値（例えば、自己の生命の防衛）と手段に関わる価値（他者の生命を奪うこと）との比較がなされる場合である。一方関連しない場合とは、「衡量」の審査の対象とされる事項が目的 - 手段の関係になく、「比例原則」の審査とは関係なくなされるときである。すなわち、相対立する利益や価値（表現の自由の保障とプライバシーの保護）の純粋な比較をいう<sup>(49)</sup>。

したがって「狭義の比例原則」と「衡量」は、同じもの〔すなわち代替可能なもの〕であると考えてよい場合もあれば、考えないほうがよい場合もある。なお「狭義の比例原則」の審査とは別に、「衡量」の審査をすればよいのではないかと考えられないではないが、多くの学説は、後者を前者の一環として用いる傾向にある<sup>(50)</sup>。

##### 具体例



## 「社会保険給付請求権」の法的作用（二）

そこで同様に、この「狭義の比例原則」が実際にどのように作用するかについて上述の具体例にもとづいて述べる。

上述の「ライオン射殺事例」により考えると、ライオンが檻から逃走したことについて、住民の生命の保護または生活の安全（平穩）を維持するため、ライオンの射殺が選択されたのであるが、この場合、この原則（衡量）によると、射殺により実現する利益（住民の生命と生活の安全）と射殺により失われる利益（ライオンの動物的価値、希少動物の保護、動物の愛護精神など）を比較することになる。前二者の部分原則においては、行政目的は、判断の対象とされないのであり、ゆえにすでに確定されたものとしてされ争えない（否定しえない）ものであったが、この原則によると、措置（手段）を取ることににより実現する利益が、失われる利益よりも大きくないときは、措置そのものが中止されなければならない、あるいは別の措置を取らざるをえなくなる。この原則は、取られた措置（手段）が有効でかつ最も穏やかな措置であったとしてもなお高い犠牲を要求する場合には、行政目的の実現それ自体を阻止する作用をもつものである。この原則は、前二者の原則と異なり、行政庁の裁量に大きな枠をはめることが可能なのである。

### （c） 「比例原則」と給付行政

これまでの論述は、警察行政についてであったが、ここでは、給付行政についての「比例原則」の適用について少し見ていきたい。なお給付行政における適用といっても、生存権の保障のための〔固有の〕給付や、現在の給付についての削減・廃止、資金補助交付における自由の制限などの多くの場面が考えられる。

まず、国家の給付活動における比例原則の要請と自由の保護について論じているG・ハベルカーテは、つぎのようについて。「比例の要請（Verhältnismäßigkeitsgebot）は、『法的尺度』の包括的な法原理として、治安を維持する（ordnende）国家活動についてばかりではなく、あらゆる国家活動について妥当する。したがってその要請は、給付を行う国家活動についても妥当するのだろうか。給付領域についてのその効力は、実際に争いが無い。比例の要請の適用は明らかにかつ原理上認められる、あるいはその適用は、いずれにせよ、資金補助法（Subventionensrecht）におけるような、または公的制度の法たとえば許可法（Zulassungsrecht）におけるような配分保障の個別的領域において、支持される<sup>(51)</sup>」。

さらに彼はいう。「ゆえに個人の自由の保護が比例の要請のもつ固有の目的（Telos）であるならば、比例の要請が『給付行政』において、この領域が自由にとって関係ないもの（freiheitsneutral）と見られるかぎり、関連があるとは認められないことは、当初より明らかでもある。自由と配分（Teilhabe）の関係を認識することにより、また配分保障の自由としての問題（Freiheitsproblematik）を認識することにより、比例の要請の適用領域は、給付し配分保障する国家活動にも不可避免的に拡張される<sup>(52)</sup>」。給付行政が自由〔権〕の問題になるならば、「比例原則」は適用されるのである。

つぎにM・ヤコブスによると「給付行政について、多くの著者により比例原則の適用が明らかに支持される。連邦憲法裁判所も、給付行政の範囲において行われる侵害（ここでは：保険への医師の加入義務）にさいして比例原則を審査する。しかし、そのさい、前記の多くの引用および連邦憲法裁判所の判決は、要するに比例原則を国の給付に適用する問題を取り扱うのではなく、給付に関連する侵害の場面——給付をもたらす要件および条件、給付に関わる監督義務および情報提供義務——を引き合いにだすことが指摘されるべきである<sup>(53)</sup>」。

さらに彼はいう。「考察の結果として、比例原則は、利益を付与する国家活動にも適用されるべきことが確定されうる。しかし、そのさい、その保護の方向は変わるのである、すなわち、とりわけ、国の利益付与の事例における比例原理の侵害のときの法的効果は、国の負担賦課の事例におけるのとは異なって形成されることになる<sup>(54)</sup>」。

このようにM・ヤコブスは、基本的に、比例原則は固有の給付には適用されないと考えるが、各人にとって生活上不可欠（*existenznotwendig*）である給付、すなわち「人間の尊厳および個人の自由の保護のために必要な」国の給付もまた、比例原則により要請されることも考えられないではない<sup>(55)</sup>。このような見解は、国の給付措置の是非についても比例原則の作用はおよぶとするものである。給付（福祉）国家においては、貴重な見解と思われる。このような法的効果を比例原則をもちいて引き出す場合、部分原則の第一として論じた「有害回避の原則」が準則となると考えられる<sup>(56)</sup>。

このように「比例原則」が給付行政における場面において適用されることは、給付額の引き下げについて争われた事件において連邦憲法裁判所自体も認める<sup>(57)</sup>。

以上のことからかんがみるならば、「比例原則」は、給付行政においても適用されることは否定できないが、実際にその適用は、給付措置の是非の場面というよりも、むしろ現在の給付に関わる侵害（すなわち削減や廃止など）の場面においてであると考えられる。

#### （d） 小 結

以上本項（一）においては「比例原則」の内容について論じてきたが、ここで改めて確認しておきたい。その内容は、四つの部分原則に〔一応〕分けて考えることができる。ひとつは、一定の状況が生じたときにはかならず措置（手段）を取らなければならないとする「有害回避の原則」、二つは、措置（手段）は、意図された目的を実現するために有効なものでなければならないとする「有効性の原則」、三つは、措置（手段）は、目的を実現するために同等に有効なくつかの手段のなかでより（または最も）権利侵害のないものでなければならないとする「必要性の原則」——なおこの原則は、目的それ自体の実現を否定するものではない——、四つは、措置（手段）は、それにより実現される利益とそれにより失われる利益を比較（衡量）して前者が後者よりも大きいときに許されるとする「狭義の比例原則（衡量原理）」——なおこの原則は、目的それ自体の実現をときには否定する——、である。

## 「社会保険給付請求権」の法的作用（二）

### （二） 立法裁量の限界画定と「比例原則」

つぎに、これまで明らかにした「比例原則」は、立法裁量の限界画定——本稿が目的とする、これ以上引き下げることのできない「生活保障」水準の確定——に対しどのような作用（効果）をおよぼすのかについて明らかにしたい。実際に憲法裁判所が個別的事例についてどのように判断しているかについては別稿においてすでに明らかにした<sup>(58)</sup>。ここでは、「比例原則」が社会保険給付額の引き下げに対してもたらす作用の基本的な効果について述べたい。

社会保険給付額を引き下げる立法措置が立法府の裁量の限界を超えているかどうかは、これまで明らかにしたように、「比例原則」にもとづいて決定される。より詳しくいうと、「有害回避の原則」、「有効性の原則」、「必要性の原則」、「狭義の比例原則」にもとづいてなされると考えることができる。以下、それぞれについて考えていきたい。

#### （a）「有害回避の原則」の適用

まずこの原則の作用は、一定の状況が生じたときにはかならず措置（手段）を取らなければならないとするものである。

本稿は、国（立法府や行政府）による社会保険給付額の引き下げを検討の対象にしているのであるが、そこでまず、この原則により、社会保険給付額を引き下げる措置を立法府が取らなければならないのかどうか、である。言い換えると、社会保険給付額を引き下げる立法措置が憲法上要請されるのかどうかである。このことについては、現在のところあまり論じられていない。むしろ、財政的な理由から引き下げがなされようとしていることに対して、基本権保障の観点からそれを阻止しようとして論じられているのであるし、本稿もこの視点に立脚している。ゆえにこの原則の適用は、問題にしえない。したがって、引き下げ措置は、以下の三つの部分原則により判断されることになる。しかし将来的に、財政難から給付額を引き下げることが憲法上の要請にならないとも限らない。現状においては、給付の引き下げは国に任された問題（「許容」の問題）と解される。

#### （b）「有効性の原則」の適用

つぎにこの原則の作用は、措置（手段）は、意図された目的を実現するために有効なものでなければならないとするものである。

審査の第一段階として、この原則により、社会保険給付額を引き下げる立法措置が憲法上許されるかどうかについて判断されることになる。すなわち、たとえば年金の算定と給付額を変更し年金請求権者に不利益を与える場合、不利益を与えることが公共の利益（国の財政の確保＝目的）のために有効かどうかについて判断される。この「有効性の原則」は、「合目的性の原則」ともいわれ、当該措置が目的を完全に実現することまでは要請しないのであり、この原則の適用においては、すでに述べたように、ある措置（手段）が有効でないと判断されることはほとんどなく、その手段の誤りが極端な場合を排除するにすぎない。したがってこの原則は、引き下げ措置の審査が「必要性の原則」と「狭義の比例原則」の審査に集約

されることから、それほど重要なものとはいえないかもしれない。あえてこの原則の意義を確認すると、さきにも指摘したが、与えられた権限（すなわち目的・対象）以外に引き下げ措置がおよんではならないとする作用である。

（c）「必要性の原則」の適用

さらにこの原則は、措置（手段）は、目的を実現するために同等に有効ないくつかの手段のなかでより（または最も）権利侵害のないものでなければならぬとするものである。

審査の第二段階として、この原則により、社会保険給付額を引き下げる立法措置が憲法上許されるかどうかについて判断されることになる。すなわち、年金の算定と給付額を変更し年金請求権者に不利益を与えることが公共の利益（国の財政の確保）のために有効であるとしても、その公共の利益の追求が、年金請求権者に不利益をより与えない他の方法で実現できないのかどうか、しかもその不利益の程度が必要最小限度のものかどうかについて判断される。この原則は、「比例原則」の形成過程<sup>(59)</sup>からしても、比例原則の中核に位置することから、その適用は、比例原則のなかでもっとも重要なものである。

（d）「狭義の比例原則（衡量）」の適用

最後にこの原則の作用は、措置（手段）は、それにより実現される利益とそれにより失われる利益を比較して前者が後者よりも大きいときに許されるとするものである。

審査の第三段階として、この原則により、社会保険給付額を引き下げる立法措置が憲法上許されるかどうかについて判断されることになる。この原則は、「個人が信頼を損なう程度と、公共の福祉のために法律が有する利益の重要性とを衡量することが原則として必要である」といわれるように、衡量原理ともいえる。したがって、社会保険給付額を引き下げる立法措置の限界は、当該措置により得られる利益（国の財政の確保）の程度と当該措置により失われる利益（年金生活者などの生活保障）の程度との衡量により判断され、前者の利益が後者のそれより優っていないときは、当該引き下げ措置は、中止されなければならないことになる。

この原則の作用は、「比例原則」の形成過程においては新しいものである。この原則は、現代社会において措置（手段）がもたらす目的そのものの是非を審査の対象にする作用をもつともいえる。

（e）小 結

以上本項（二）においては、社会保険給付額を引き下げる立法裁量の限界を画する基準と解される「比例原則」について、その基本的な法的作用（効果）を明らかにした。すなわち「比例原則」はそのような措置に対してどのような作用を及ぼすのか、についてである。詳しくいうと、この原則は、立法府の引き下げ措置が不可欠であるのかどうか（「有害回避の原則」）、またその措置が意図した目的のために有効であるのかどうか（「有効性の原則」）、さらにその措置が権利侵害の側面において必要最小限であるのかどうか（「必要性の原則」）、

「社会保険給付請求権」の法的作用（二）

そして、その措置により実現する利益がその措置により失われる利益よりも大きいのかどうか（「狭義の比例原則（衡量）」）についてそれぞれ審査する作用をもつのである。社会保険給付額の引き下げ措置については後三者の原則が関係するのであり、この原則の重要な作用は、とりわけその措置の必要性の審査と、利益の衡量の審査である。

以上本章においては、社会保険給付請求権に対する立法裁量の法的な限界——これ以上引き下げることのできない「生活保障」水準——はどのようにして画定されるのかについて考察してきた。第一節においては立法裁量の限界（とくに「最低限度の生活」, 「拠出（自己給付）」, 「生活保障」の各視点）について、第二節においては立法裁量の限界画定の手法（比例原則とその適用）について考察してきた。

注

- (1) Vgl., Lothar Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, S.83 ; Albert Bleckmann, Staatsrecht II . Allgemeine Grundrechtslehren, 2 .Aufl., 1985, S.300 ; Bernard Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S.48ff.; Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S.100.
- (2) 須藤陽子「行政法における『比例原則』の伝統的意義と機能（一）（二）（三・完）」東京都立大学法学会雑誌31巻2号（1990年12月）327頁以下, 同32巻1号（1991年7月）501頁以下, 同32巻2号（1991年12月）101頁以下, 山下義昭「『比例原則』は法的コントロールの基準たりうるか——ドイツにおける『比例原則』論を通して（一）（二）（三・完）」福岡大学法学論叢36巻1・2・3号（1991年12月）139頁以下, 同38巻2・3・4号（1994年3月）189頁以下, 同39巻2号（1995年1月）234頁以下, 青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（1985年）601頁以下, 高木光「比例原則の実定化——『警察法』と憲法の関係についての覚書——」『〔芦部信義先生古稀祝賀〕現代立憲主義の展開 下』（1993年）所収209頁以下など参照。
- (3) Vgl., v.Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Art.1, Abs.3, Rdnr.182.
- (4) Vgl., Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16.Aufl., 1988. S.128（阿部照哉・初宿正典・井口文男・永田秀樹・武永準訳『西ドイツ憲法綱要』（1983年）』165頁参照）； Michael Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [以下, Der Grundsatz (1) として引用], DVBl 1985, S.98.
- (5) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.1.
- (6) Vgl., BVerfGE.34,261[267]; BVerfGE.49,24[58].
- (7) ちなみに「比例原則」の憲法上の根拠に関しては, 青柳幸一・前掲論文604頁以下参照。
- (8) L. Hirschberg, a.a.O., S.36.
- (9) L. Hirschberg, a.a.O., S.43.
- (10) ちなみに憲法裁判所は, 「比例原則」とはいわず, 「比例性の要件 (Verhältnismäßigkeitserfordernisse)」ということもあるが, その法的効果の点について両者に違いがあるとは思われない。たとえば, vgl., BVerfGE.92,52[68].
- (11) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.25ff.

- (12) Vgl., Karl Schäfer/Ernst Michards/Kurt Mille, Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931, 1931, S.33, und S.148.; Erich Klausener/Cristian Kerstiens/Robert Kempner, Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931, 1931, S.7, und S.41f. この法律の翻訳については、田上穰治「普魯西警察法制の概要」東京商科大学研究年報法学研究2号（1933年3月）352頁および358頁以下参照。
- (13) Vgl., Heinz Wagner, Kommentar zum Polizeigesetz von Nordrhein-Westfalen und zum Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder, 1987, S.124. この法律の翻訳については、中森喜彦「西ドイツ統一警察法模範草案」法学論叢100巻5・6号（1977年3月）341頁以下参照。ちなみに同草案は、その後修正され、1977年11月25日に最終的な草案となったとされる。島田茂「西ドイツ統一警察法模範草案をめぐる若干の法的諸問題」横浜市立大学論叢32巻1号（1981年1月）115頁以下参照。さらに須藤・前掲論文（1）348頁以下参照。
- (14) Vgl., v.Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Art.1, Abs.3, Rdnr.178ff.さらにvgl., Manfred Gertz, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, in : NJW 1968, S.1605 ; Rudolf Wendt, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, in AöR 104, 1979, S.415. 「比例原則」は、何らかの措置が義務または裁量によりなされたときにその措置の適法性の審査において適用されると一般に解されるが、目的を実現することが、〔憲〕法により求められているときは、国は何らかの措置を取らなければならないのであり、このようなときにも「比例原則」が関わりと理解してもよいのではないかと考える。いずれにせよ「有害回避の原則」は国の措置に対して作用をもたらすわけではあるが。ちなみに「西ドイツ警察法模範草案」1条（警察の任務）は、「（1）警察は、公共安全または秩序に対する危険を防止することを任務とする。警察は、その際、緊急に必要と思われる措置をとる。警察は、他の官庁の介入を必要とするすべての事件につき、遅滞なくその所轄官庁に通知しなければならない。（2）私権の保護は、この法律上、裁判所による保護が適時に得られず、かつ警察の援助なしには権利の実現ができずまたは著しく困難になるであろう場合にのみ、警察の義務である。（3）警察は、直接強制を用いることにより、他の官庁のため執行補助を行う。（4）警察は、このほか、他の法規により与えられた任務を行わなければならない。警察は、なかんずく、犯罪および秩序違反を捜査しなければならない」と定める。中森喜彦・前掲論文342頁以下参照。
- (15) Vgl., Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung〔以下、Gesetzとして引用〕, 1964, S.7.
- (16) Hans Peter Schmatz, Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht, 1966, S.78.
- (17) H. P. Schmatz, a.a.O., S.170.
- (18) W. Jellinek, Gesetz, S.267f.
- (19) Vgl., W. Jellinek, Gesetz, S.300.
- (20) Vgl., W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1966, S.433.
- (21) 住民の生命を保護し生活の安全を確保するために、ライオンを殺すか、捕獲するかは、基本的に国の裁量であると考えられる。しかし、国の完全な裁量であるのかというと、以下で論ずるように、ただちに肯定できるものではない。
- (22) Vgl., W. Jellinek, Gesetz, S.79, und 298f.
- (23) 須藤陽子・前掲論文（1）350頁以下、青柳幸一・前掲論文608頁参照。
- (24) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.50.さらにvgl., M. Jakobs, Der Grundsatz（1）, S.99.
- (25) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.51.
- (26) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.55.

「社会保険給付請求権」の法的作用（二）

- (27) L. Hirschberg, a.a.O., S.52.
- (28) もっとも、その行為が故意によるものでなければ、犯罪論上責任（違法性）が阻却される。
- (29) L・ヒルシュバークは、„tauglig“も „zwecktauglig“も „geeignet“も同じ意味であるとする。Vgl., a.a.O., S.50, Anm.29.
- (30) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.55.
- (31) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.56.
- (32) Vgl., Ebenda.
- (33) ちなみに、この原則について、F・E・シュナップは、「目的の有効性の要請（Gebot der Zwecktauglichkeit）」（Friedrich E. Schnapp, Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs, in: JuS 1983, S.852.）という。
- (34) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.57,および S.64.またM・ヤコプスは「何らかの手段は、同じ効果またはより良い効果がより苛酷でない侵害によってはえられない場合、必要で（erforderlich）ある」（M. Jakobs, Der Grundsatz（1）, S.99.）という。
- (35) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.66.
- (36) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.148. ちなみにB・シュリンクは、厚生経済学の成果を公法に応用し、この必要性の原則を「パレート最適」として構成する（B. Schlink, a.a.O., S.178ff.）。すなわち、パレートの基準とは、資源の配分において他者の効用を悪化することなしには誰かの効用を改善することができない状態をもって効率的＝パレート最適とするものである。山下義昭・前掲論文（1）157頁以下参照。さらに福岡正夫『ゼミナール経済学入門』（1990年）208頁以下参照。この基準の具体的効果については明らかでないように思われるので、本稿では取り上げない。
- (37) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.2ff.
- (38) L. Hirschberg, a.a.O., S.75.なおL・ヒルシュバークは、この原則について、特定の手段をもちいることは、特定の目的を達成するにさいしその目的に対し《不相当で（unangemessen）》あってはならないのであり、それゆえに当該手段は、関係者に過度に負担を課す（übermäßig belasten）ものであってはならないし、その手段と関係するものにとって期待可能なもので（zumutbar）なければならないともいう（Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.75f.）。またM・ヤコプスは、比例の思想が有する作用とは、理論上比較することができるかつまた一方が優位しうる対象物の関係を一定の基準により扱うものであるという（Vgl., M. Jakobs, Der Grundsatz（1）, S.97.）。さらにB・シューリンも、比例原則は、国民に負担を課す措置は『比例的で』なければならないこと、すなわち、社会変化に適応させるための措置は、関わることのできる状況と利害とをすべて考慮しなければならないし、しかも相互に均衡のとれた関係にならなければならないことを意味するという（Vgl., Bertram Schulin, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, in: NJW 1984, S.1941.）。
- (39) L. Hirschberg, a.a.O., S.77.
- (40) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.148. またある学説は、この原則を「均衡性の要請（Gebot der Proportionalität）」（F.E. Schnapp, a.a.O., S.852.）ともいう。同様に、Vgl., v.Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Art.1, Abs.3, Rdnr.178ff.; M. Gentz, a.a.O., S.1601.
- (41) なおH・ブラーゲマンは、立法府の具体的な侵害をその比例性にもとづいて審査する場合に重要なことは、侵害の目的と保護法益との関係および侵害の強度と侵害の目的との関係であるという（Vgl., Hermann Plagemann, Flexibilität contra Vertrauensschutz im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung? in: NJW 1982, S.559.）。ちなみに西ドイツにおける「衡量原理（則）」に関する詳細な研究として、芝池義一「西

ドイツ裁判例における計画裁量の規制原理」法学論叢105巻5号（1979年8月）1頁以下，山田洋「衡量過程の瑕疵と計画の効力——西ドイツ連邦建設法一五五b条二項二文をめぐって——」一橋論叢94巻5号（1985年11月）107頁以下参照。

- (42) Vgl., BVerfGE.69,272[310].さらに, vgl., BVerfGE.70,101[114] usw.
- (43) Vgl., Heinrich Hubmann, Wertung und Abwägung im Recht [以下, Wertung として引用], 1977, S.150.
- (44) 刑法上の「正当防衛」論において, とりわけ法益衡量がなされる (Vgl., L.Hirschberg, a.a.O., S.86.)。
- (45) ちなみにM・ゲンツによると, 目的が比例的でない (unverhältnismäßig) こともあるとされる (Vgl., M. Gentz, a.a.O., S.1602.)。ある目的は, 別の目的からすると, 手段となるということか。とするならば, 手段となり得ない目的とはどのようなものなのか。ちなみに, M・ヤコブスはつぎのようにいう。「人間の行なう生活の最終目的は別として, いかなる目的も同時に他の目的を達成する手段である。それゆえ, いかなる行為も目的を設定するものでもあり, 最も近くかつより高次の他の目的を達成する手段でもある」(M. Jakobs, Der Grundsatz (1), S.97.)。
- (46) B・シュリンクによると, この「衡量」の表現として「Interessenabwägung」や「Gütenabwägung」, 「Wertabwägung」などが学説および判例によりもちいられる (Vgl., B. Schlink, a.a.O., S.129, Anm.2.)。
- (47) Vgl., B. Schlink, a.a.O., S.17ff.さらに H. Hubmann, Wertung, S.161f.
- (48) ちなみに比例原則は, 法益衡量原理のひとつの適用事例を表わすにすぎないという見解もある (Vgl., Peter Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, 1961, S.22; M. Jakobs, Der Grundsatz (1), S.100.)。P・ヘーベルレは, 「比例原理は, 法益衡量の原理と区別されなければならない。比例性の問題は, つまり, 法益衡量がすでに行なわれた場合にはじめて現実のものになる。言い換えると, 比例原則は法益衡量を前提とする」(Perter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs.2 Grundgesetz, 3. Aufl., 1983, S.67.) という。
- (49) 関連しない場合の「衡量」は, 相対する利益の「対比と優位の確定」ともいわれる。Vgl., Heinrich Hubmann, Die Methode der Abwägung, in: Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag 26. Juni.1973, (hrsg.)Heinrich Hubmann und Heinz Hüber, S.179; ders, Wertung, S.151. なお思うに, 「手段と目的とが相互に衡量されなければならない」という場合, 手段と目的の関連性を検討することとみるか, それとも目的を支える利益や価値と手段を支える利益や価値とを比較することとみるかは, 見方の違いにすぎないのかもしれない。
- (50) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.77. さらにVgl., Von Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Art.1, Abs.3, Rdnr.182; R. Alexy, a.a.O., S.100ff.なお, 「衡量」とは「(狭義の) 比例原則」の要素であるとしても, 両者は同じものなのかについて, 「比例原則(狭義)と法益衡量または利益衡量とが互換しうることは確認できない」(L. Hirschberg, a.a.O., S.88.)とも指摘される。
- (51) Görg Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats Verhältnismäßigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln, 1983, S.11f. この文献の紹介として, 村上武則「ゲルグ・ハベルカルテ『給付国家の法問題』の紹介」広島法学8巻2・3合併号(1984年12月)75頁以下参照。
- (52) G. Haverkate, a.a.O., S.14. さらに桜井敬子「資金交付活動の統制に関する考察(3・完)」自治研究69巻1号(1993年1月)106頁以下参照。
- (53) M. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [以下, Der Grundsatz (2) として引用], 1985, S.155.
- (54) M. Jakobs, Der Grundsatz (2), S.162.
- (55) Vgl., M. Jakobs, Der Grundsatz (2), S.160.
- (56) 社会国家規範が国に対して給付を義務づけている場合, 「有害回避の原則」を「(広義の) 比例原則」



## 「社会保険給付請求権」の法的作用（二）

のひとつとするとき、「比例原則（有害回避の原則）」をもって給付行政に効果を与えることが可能ではないかと思われる。もちろん、「有害回避の原則」を「比例原則」の部分原則と考えないときにも、国の給付の是非はいずれにせよ問題となる。本稿の目的は、「比例原則」の厳密な究明ではなく、むしろ社会保険給付額の引き下げに対する審査基準のあり方の研究であった。「（広義の）比例原則」に「有害回避の原則」は含まれず、後者は、前者の審査基準の前段階の審査基準と考えてもよかったかもしれない。今後の検討課題としたい。

(57) 芦沢宏生= 斎藤孝・前掲論文「福祉政策と年金の引き下げ」35頁以下，斎藤孝・前掲論文「福祉政策と健康保険の引き下げ」269頁以下，斎藤孝・前掲論文「福祉政策と失業保険の引き下げ」165頁以下参照。

(58) 同参照。

(59) Vgl., L. Hirschberg, a.a.O., S.2ff.

(未完)