

早稲田大学審査学位論文(博士)

すべての在独外国人に認められる「最低生活保障への基本権」の

規範的意義および射程

——日独比較のための序論的考察——

早稲田大学大学院法学研究科

山本響子

内容

序章 先行研究および本研究の課題.....	4
第1節 問題意識.....	4
(1)日本における困窮外国人をめぐる状況.....	4
(2)判例.....	6
(3)問題意識.....	7
第2節 先行研究の課題.....	8
(1)「社会構成員」の権利としての生存権.....	8
(2)「社会の構成員」に含まれない者の排除.....	11
(3)生存権の段階的保障論が有する困難.....	16
第3節 本研究の方法と構成.....	18
(1)方法.....	18
(2)構成.....	18
(3)用語の定義および凡例.....	19
第1章 外国人の生存基本権享有主体性の根拠——「基礎」と「範囲」の区別から.....	20
第1節 「すべての人の権利」としての生存基本権.....	20
(1)2012年7月18日連邦憲法裁判所判決.....	20
(2)生存基本権の享有主体性.....	23
(3)Tiedemannの問題提起.....	26
第2節 給付請求権の「基礎」と基本法の根本思想.....	27
(1)給付請求権の「基礎」と「範囲」.....	27
(2)給付請求権と基本法の根本思想.....	29
(3)庇護申請者給付法における「基礎」の維持.....	33
第3節 給付請求権の「範囲」の決定と移民政策の影響.....	35
(1)立法の指導原理としての人間の尊厳.....	35
(2)連邦社会扶助法における外国人の取扱いの複線化.....	36
(3)庇護申請者給付法の成立と裁判所の統制.....	44
(4)2012年判決の意義.....	51
第4節 小括.....	53
第2章 公的扶助法における内外人・外国人の取扱いの差異と生存基本権.....	54
第1節 2012年判決において示された生存基本権の規範内容.....	54
(1)原則的内容.....	55
(2)給付の差異が正当化されるための条件.....	56

(3)司法審査の及ぶ範囲.....	58
(4)庇護申請者給付法による給付の違憲性.....	58
第2節 庇護申請者給付法と一般公的扶助法の差異.....	59
(1)請求権の範囲と給付額.....	60
(2)給付の形式.....	63
(3)医療扶助の保障範囲.....	64
(4)一般公的扶助法の準用までの待機期間.....	67
第3節 一般公的扶助法における内外人の差異.....	71
(1)外国人に対する原則的な給付範囲の限定.....	71
(2)国際規範による平等取扱要請.....	73
(3)長期滞在の実績ないし見込みに基づく平等取扱.....	75
第4節 小括.....	78
第3章 送還忌避者に対する制裁的減額の合憲性.....	79
第1節 違憲性についての議論.....	79
(1)2012年判決以前の状況.....	79
(2)2012年判決以後の変遷.....	80
(3)「人間の尊厳は、移民政策的に相対化されてはならない」.....	83
(4)学説と判例の反応.....	85
第2節 2019年11月5日連邦憲法裁判所判決.....	86
(1)概要.....	86
(2)「相対化禁止」の再登場.....	87
(3)後順位原理と生存基本権.....	89
(4)義務賦課および制裁の比例性.....	91
(5)まとめと評価.....	95
第3節 2019年判決の転用——請求権制限規定の憲法適合性.....	97
(1)目的の正当性.....	97
(2)制裁を伴う義務賦課の前提条件としての出国可能性.....	100
(3)制裁を伴う義務賦課の適合性・必要性・相当性.....	101
(4)減額の相当性.....	103
第4節 小括.....	107
第4章 「望ましくない」外国人に対する給付否定の合憲性.....	108
第1節 現行の給付否定・減額規定と「移民政策的相対化」.....	108
(1)現行規定.....	108
(2)出入国管理のための給付否定・減額と「移民政策的相対化の禁止」.....	109
第2節 出国は「自助」か.....	112
(1)「自助」たる出国と「移民政策的相対化の禁止」.....	112

(2) 出国は「自助」か？——裁判例から	115
第 3 節 EU 外国人の出入国管理と「社会扶助の不適切な利用」	119
(1) 自由移動の権利と「社会扶助の不適切な利用」	119
(2) 欧州司法裁判所による「不適切な利用」に該当する事例の実質的拡大	123
(3) 生存基本権に基づく裁量収縮と 2016 年改正	127
(4) 生存基本権の限界	132
第 4 節 給付否定および一時しのぎ給付の生存基本権適合性	133
(1) 出国義務賦課の適合性・必要性・相当性	134
(2) 一時しのぎ給付の適合性・必要性・相当性	139
第 5 節 小括	140
終章 結論と課題	141
第 1 節 結論	141
第 2 節 課題	144

序章 先行研究および本研究の課題

本研究は、ドイツの議論状況を主たる検討素材として、日本における「外国人の生存権」論の問題を解決する手がかりを得ようとするものである。本章では、日本における「外国人の生存権」論の問題点を示し、なぜドイツを検討することが、日本の問題を解決することに繋がりうるのかを示す。そのために、まず日本において、外国人に最低生活保障(公的扶助)が行われていない現状を確認し、問題意識を明確にする(第 1 節)。そして従来の研究による「外国人の生存権」論が、現況の問題点に対する解決策としては不十分であることを明らかにする(第 2 節)。そして最後に、先行研究のもつ問題を解決するための手がかりとして、ドイツでの議論状況を分析するという本研究の視角、および構成を示す(第 3 節)。

第 1 節 問題意識

(1) 日本における困窮外国人をめぐる状況

最低限度の生活を可能ならしめるのに必要な給付を国家に対して求める権利を生存権と定義する限りにおいて、日本では、外国人に生存権が認められていない。外国人にとっての「最低限度の生活」とは厳密に何であるかという問いを抜きにしても、この命題は成り立つ。なぜなら、外国人は、公的扶助への法的請求権を一切持たないからである。衣食住という、人間が普遍的にもつ需要を充たす給付ですら、法的な権利として請求することができない。

この状況を説明するためには、生活保護法における国籍要件の存在、および、難民申請者に対する「保護費」の法的性質を挙げるだけで、さしあたり十分である。まず、生活保護法

第1条における「国民」は日本国籍保持者を意味する、という政府解釈に基づいて、外国人には生活保護受給権がないとされる。1954年から今日に至るまでこの政府解釈は維持されている一方で、法律上の権利としてではなく、行政措置として事実上生活保護を行う場合がある。この行政措置としての生活保護は、生活保護法の発効当初より、行政通達に基づいて行われてきた¹。しかし、受給権として認められたものではないために、以下のような問題が生じている。第一に、この事実上の保護を受けるための要件が、行政通達により変更されうるという意味で、不安定なものであること、そして第二に、当該保護によって被った不利益な取扱いを、訴訟において救済する途が限られることである。第一の点については、実際に、保護を行う範囲を、すべての在留外国人から、活動に制限のない在留資格の保持者(以下、「永住的外国人」²)へと限定する通達が、1990年に発せられた。それも、文書によらず口頭指示によって行われたのである³。この通達以後、生活保護から、法律上のみならず事実上も排除される外国人が登場したといえる。場合によってはまさに該当者の生死に関わるような重大な変更が、口頭指示一つで行われたのである⁴。また、第二の点については、行政措置による生活保護の給付決定には処分性が認められないため、例えば保護の不支給決定について、取消訴訟による救済を図ることができない⁵。

¹ 昭和29年5月8日厚生省社会局長(通知)「生活に困窮する外国人に対する生活保護の措置について」

² ここには、「永住者」「定住者」「日本人の配偶者等」「永住者の配偶者等」および、入管特例法である「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法」に基づく在留の地位たる「特別永住者」、そして、入管法上の認定難民が含まれる。参照、『生活保護手帳 別冊問答集 2018年度版』(中央法規、2018年)453-454頁〔問13-32〕。なお、これに該当しない在留資格であっても、「活動制限のない」特定活動資格が付され、生活保護が認められた例がある。参照、移住者と連帯する全国ネットワーク(編)『外国人の医療・福祉・社会保障 相談ハンドブック』(明石書店、2019年)82頁。

³ 参照、高藤昭『外国人と社会保障法—生存権の国際的保障法理の構築に向けて—』(明石書店、2001年)118頁以下。この内容が明文化されたのは2009年、すなわち指示から約20年後のことであった。参照、生活保護問題対策全国会議(編)『外国人の生存権保障ガイドブック—Q&Aと国際比較で分かる生活保護と医療』(明石書店、2022年)36頁〔吉永純〕。

⁴ 法的権利が存しないことにより、行政の恣意的な運用が行われた例は他にもある。1956年に開始された生活保護の第一次適正化の中で、資産調査に非協力的と判定された場合には資産を有するものと「推定」することで、実際に資産を有していたかに関わらず、ほとんど一方的に保護を廃止される事態が生じていた(池谷秀登「生活保護第一次適正化における在日朝鮮・韓国人への対応」東京社会福祉研究10号(2016年)61頁以下)。池谷は、このような手法は、法的な権利性が認められていれば、採られえなかったものだと分析している(72頁)。第一次適正化における在日コリアンの状況および取扱いについては、同「生活保護第一次適正化時の在日朝鮮・韓国人の状況」東京社会福祉史研究9号(2015年)25頁以下、副田義也『生活保護制度の社会史〔増補版〕』(東京大学出版会、2014年)68頁以下を参照。

⁵ もっとも、処分性を前提としない当事者訴訟を通じた救済も考えられることから、全く救済の手立てがないわけではない。救済方法について検討するものとして、清水泰幸「外国人生活保護の法的構造と不利益取扱いに対する救済方法」賃金と社会保障1690号(2017年)48頁以下、前田雅子「社会保障における行政法の課題」行政法研究20号(2017年)191頁(193頁以下)。

難民条約にいう難民である旨申請し、その審査を受けている者(難民申請者)は、難民認定手続の間、一定の要件を満たす場合にのみ、外務省が所管する「保護費」を受給することができる。この措置(以下「保護措置」という。)は、難民条約が発効して間もなく、1983年より行われている。保護費には、生活費、住居費、医療費が含まれているが、その水準は一般の生活保護費の6割程度である⁶。これについても、法的請求権でないがために、様々な不利益な取扱いがなされている。2008年および2010年にかけては、予算不足が原因となって、支給の一時的停止や支給対象者の限定⁷、そして支給基準の改定がなされた⁸。現在、難民申請者のうち、給付を受けることができるのは、1回目の難民認定申請手続とそれに対する審査請求および取消訴訟を行っている者のみであり、また、支給期間は原則4カ月とされている⁹。なお、令和3年の難民認定手続に係る期間は、一次審査について平均32.2カ月、不服申立てについて平均20.9月であった¹⁰。なお、保護措置の申請から支給までにかかる期間は、平成30年において平均36日であった¹¹。

(2)判例

外国人を、税を財源とする給付制度において、その外国人性ゆえに差別することが憲法に反するか、という問題が争われた最高裁判決として、塩見訴訟最高裁判決がある¹²。最高裁は、外国人に憲法上の権利が保障されるかどうかは、権利の性質に応じて判断されるという、いわゆる「権利性質説」の立場を採りつつ¹³、憲法第25条にいう生存権の趣旨を立法によって具体化する際には、立法府に広い政策決定の余地が認められること、また、在留外国人を社会保障上の施策においてどのように取り扱うかについても、政治的判断により決定することができ、「その限られた財源の下で福祉的給付を行うに当たり、自国民を在留外国人より優先的に扱うことも、許されるべきことと解される」とする。

もっとも、塩見訴訟において問題とされた制度は無拠出制の福祉年金であり、生活保護法

⁶ 日本国際社会事業団 HP(https://www.issj.org/refugees/social_resources 最終確認 2022年9月23日)。

⁷ 小川昂子「難民認定申請者への生活保護費の打ち切り」部落解放630号(2010年)114-115頁。

⁸ 山内康一「複数回申請者の難民認定状況に関する質問主意書」(https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumon.nsf/html/shitsumon/a176086.htm 最終確認 2022年9月23日)。

⁹ 難民事業本部 HP「難民認定申請者に対する支援(案内)」(<https://www.rhq.gr.jp/support/> 最終確認 2022年9月23日)。

¹⁰ 出入国在留管理庁 HP「令和3年における難民認定者数等について」(<https://www.moj.go.jp/isa/content/001372236.pdf> 最終確認 2022年9月23日)。

¹¹ 平成30年の難民認定手続の平均処理期間は、一次審査が13.2カ月、不服申立てが18.0カ月であった。参照、出入国在留管理庁 HP「平成30年における難民認定者数等について」(<https://www.moj.go.jp/isa/content/930004129.pdf> 最終確認 2022年9月23日)。

¹² 最一小判平1・3・2判時1363号68頁(第一次塩見訴訟)。

¹³ 最大判昭53年10月4日判時903号3頁(マククリーン事件)。

ではなかった。生活保護法不適用の合憲性が争われた裁判例においては、塩見訴訟の「自国民優先論」に直接言及するわけではないものの、憲法第 25 条の生存権保障において認められる立法裁量の広範性を強調することを通じて、受給権を認めないことを「違憲ではない」とするものが多い¹⁴。訴えを起こす外国人の在留状況にかかわらず¹⁵、かような憲法判断が下されている。

(3)問題意識

筆者は、あらゆる在留外国人に対して最低生活を保障すべきであると考えているが、現状はこの主張を二重の意味において否定する。一つは、在留外国人はすべて、給付に対する請求権を持たないこと、もう一つは、一部の者を除いては、行政措置による事実上の保護からさえも排除され、何らの公的な援助を受けることができずに放置されていることである。

筆者の主張は、人間らしい生活は国籍や居所にかかわらず、常に営むことができるべきであるということであり、自力ではそのような生活が不可能である場合には、国家が公的給付を通じてそれを可能にする義務があるということである。生存権は、人間らしい生活を営むという、国籍を問わずに妥当する利益であるから、国民に限らず外国人にも保障されるべきである。しかし、判例において、生存権の性質として認定されるものは、かような普遍的価値ではなくて、権利の具体化にあつて立法府の裁量を大幅に認める、抽象的な権利だという性質である。このように権利の性質を認定する場合、立法を通じてしか生存権の実体を捉えることができないと考える限り、国籍要件を違憲とすることはできない。政策判断を経て作られた法制度が「生存権」の保障内容である、ということになると、外国人を対象外とするという政策決定それ自体がそのまま、「生存権」の享有主体性を否定することになるのである。

生存権が立法者による具体化を必要とする点を承認するからといって、立法者は完全に自由に政策判断をし得るわけではない。生存権を具体化する立法の規定を、生存権適合的でないというためには、生存権を、立法裁量の限界を設定する規範として、つまり法律上の制度から独立した規範として示す必要がある。

¹⁴ 一定の外国人に対して生活保護を受ける法的地位を認めたものとして、福岡高判平 23・11・15 賃社 1561 号 36 頁。この判決に対する評釈は数多くあるが、比較的詳細な検討として、奥貫妃文「外国人の生活保護の法的権利に関する考察」賃金と社会保障 1561 号(2012 年)10 頁以下、三輪まどか「外国人と生活保護」南山大学紀要『アカデミア』社会科学編 3 号(2012 年)141 頁以下、渡辺豊「外国人の生活保護受給権」法政理論 45 卷 2 号(2012 年)172 頁以下を参照。なお、当該判決で示された解釈は、上告審において否定された(最判平 26・7・18 賃社 1622 号 30 頁)。

¹⁵ 不法残留外国人について、最小平 13・9・25 判時 1768 号 47 頁、留学生について、神戸地判平 7・6・19 判自 139 号 58 頁、在日コリアンについて、東京地判昭 53・3・31 行裁例集 29 卷 3 号 473 頁。

第2節 先行研究の課題

(1) 「社会構成員」の権利としての生存権

公的扶助における国籍要件に対抗するアプローチの一つに、生活保護法が基礎を置いているところの憲法第25条における「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の享有主体性の議論が挙げられる。一般的な教科書には、外国人に憲法上の権利の保障が一般的に及ぶか否かという問題はほとんど論じられず、いかなる人権がどの程度外国人に保障されるのかを具体的に判断することが問題とされる¹⁶。この点については、著名なマクリーン事件最高裁判決が、「権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」としている点で¹⁷、学説と判例の一致がみられる。なお、学説がどのような性質に基づいて享有主体性を肯定するのかについては明示するものは見当たらないものの、人権の「前国家性」に依拠するものが多く¹⁸、この点も判例と一致している。社会権は、それが国家の立法や政策に依存する「後国家性」をもつがゆえに¹⁹、外国人の社会権享有主体性については否定的に解されてきた。生存権が広範な立法裁量を許容する権利であるため、保障をすることも、しないことも違憲ではないとする立場である²⁰。

しかしながら、こと生存権については、他の社会権とは異なる議論の可能性を認める見解もある。佐藤幸治は、社会権といっても、具体的な人の生命の維持にかかわる厳しい状況について、これを立法裁量の問題として割り切れるかは疑わしいとする²¹。植野妙実子も、日本国民にとってさえ社会権の権利性は確たるものではないものの、実際に飢えて死にいたる人がいることを憲法が肯定しているとは思われず、生存する権利は外国人にも認められるべきとする²²。

¹⁶ 芦部信義(著)/高橋和之(補訂)『憲法〔第7版〕』(岩波書店、2019年)92頁。なお、権利性質説に異論を唱えるものとして、柳井健一「外国人の人権論——権利性質説の再検討」愛敬浩二(編)『講座 人権論の再定位2 人権の主体』(法律文化社、2010年)158頁以下も参照。

¹⁷ 最大判昭53年10月4日判時903号3頁。

¹⁸ 赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社、2011年)322頁以下。

¹⁹ 佐藤功『日本国憲法概説〈全訂第5版〉』(学陽書房、1996年)170頁。

²⁰ 大日方信春『憲法II 基本権論〔第2版〕』(有信堂高文社、2018年)32頁、葛西まゆこ「永住的外国人と生活保護制度・コメント—福岡高裁2011(平成23)年11月15日判決—」国際人権24号(2013年)87頁。また、宮沢俊義は、社会権が前国家的・前憲法的な性格を有すると位置付けつつも(宮沢俊義『法律学全集4 憲法II〔新版〕』(有斐閣、1971年)242頁。),「それらを保障することは何より、各人の所属する国の責任である」とする(同書241頁)。

²¹ 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2020年)167頁。

²² 植野妙実子『基本に学ぶ憲法』(日本評論社、2019年)438頁。同様の見解として、渋谷秀樹/赤坂正浩『憲法1 人権〔第8版〕』(有斐閣、2022年)335頁、樋口陽一『憲法〔第4版〕』(勁草書房、2021年)184頁。ただし、この見解にあっても、限られた財源の中で権利保障をする中で、国民を外国人よりも優先することは禁じられないという塩見訴訟の留保が付いていることに注意が必要である。

ただし他方で、同見解は、国民と同等の生活実態をもつ外国人については、生存権の保障にあたり国民と優劣をつけるべきでない、ともいう²³。この立場は、生存権を、国民ではなく社会構成員の権利として捉える（以下、「社会構成員論」）。社会構成員論は、端的には次のような考え方である。すなわち、「そもそも生存権は現実に社会内で生活している社会構成員の生活に関する権利であり、したがって、定住外国人が日本に生活の本拠をもち、日本国民と同じ生活を送っている以上、社会保障受給権が保障されなければならないはずである」²⁴。生存権自体の権利の性質は「後国家性」にあるのではなく、人間性および社会連帯性にあるのであって²⁵、かような権利の主体として「国籍」要件は論理的な必然性を伴うとはいえない²⁶。このような権利の性質の捉え方を国際条約に依拠して行うのが大沼保昭である²⁷。大沼は、世界人権宣言が「すべて人は、社会の一員として」社会保障を受ける権利を持つ(第 22 条)と規定していることから示唆を得て、経済・社会的人権は、人が社会の一員として労働し、生活を営む、つまり共同体の一員たることを基礎とするものであるとする²⁸。

このように、国籍が社会保障の対象を決定づける際の指標たりえない、というところまでは、権利の性質を基準に享有主体性を論ずる方法によって一応示すことができたとはいえよう。しかし問題は、社会保障の対象となりうる「社会の構成員」とはいったい誰なのか、ということである。この点について、学説の一致は見られない。大沼は、外国人の類型化を行い、その類型ごとに個々の人権享有主体性を論ずる。その分類の基準は、第一に、当該個人が日本社会の一員として国民と同等の生活を営んでいるかという社会構成員性、第二に、当該個人が生存していくうえで日本という国家との実体的つながりをどれだけ必要としているかという生存権的必要性であり、これをもとに外国人は「定住外国人」「(広義の)難民」「一般外国人」に分けることができる、という²⁹。そして、「定住外国人」と「(広義の)難民」に対しては、生存権的必要性が認められるために、社会保障の対象となるべきである、とする。「定住外国人」には、日本で生まれた外国人、特別永住者、日本に一定期間在住して生活を営んでいる者³⁰が含まれ、「(広義の)難民」は、自国においては平和な生存が脅かされ、自

²³ 植野(前掲注 22)438 頁、樋口(前掲注 22)184 頁。

²⁴ 大須賀明『憲法』(青林書院、1996 年)85 頁。

²⁵ 栗城壽夫/戸波江二(編)『現代青林講義 憲法〔補訂版〕』(青林書院、1998 年)137 頁以下。

²⁶ 藤井俊夫『憲法と人権 I』(成文堂、2008 年)53 頁。同様の見解として、棟居快行『憲法解釈演習—人権・統治機構—〔第 2 版〕』(信山社、2009 年)18 頁。

²⁷ 大沼保昭『〔新版〕単一民族社会の神話を超えて——在日韓国・朝鮮人と出入国管理体制』(東信堂、1993 年)180 頁以下。

²⁸ 大沼(前掲注 27)238 頁、小川政亮著作集編集委員会(編)『小川政亮著作集 8 社会保障と平和・国籍・被爆者』(大月書店、2007 年)206 頁以下。

²⁹ 大沼(前掲注 27)203 頁。

³⁰ 帰化の要件が 5 年定住であることを一応の基準として、5 年の在留を基礎とするべきであるとする。ただし、家族関係等の変化によって必ずしもこの基準は絶対的なものとならない場合もあるとする。大沼(前掲注 27)205 頁以下。

己の国籍国の効果的な保護を期待できないため他国に避難所をもとめる者であり、この意味で条約難民のほかに、紛争から逃れてきた者、無国籍者が含まれるという³¹。

大沼によるこの類型をさらに細分化し、「社会構成員性」の判断基準を確立しようとするのが新井信之である。新井によれば、社会構成員該当性の要件として、第一に、日本国民の居住関係を管理する住民基本台帳法に同じように登録されていること、第二に、現在および将来にむけて合法的に経済活動への参加が認められていることが挙げられ、これに含まれるのは、①さまざまな迫害からの庇護を求める難民、②日本社会に「生活の本拠」を有する永住ないし長期の居住外国人、そして③無国籍者である³²。②に該当するのは、特別永住者、入管法別表第二に掲げられている在留活動に制限のない外国人、そして、在留活動に制限のある外国人のうち、「滞在が長期におよび、家族が生まれたりして、生活の本拠が日本社会に移ったと考えられる人たち」であるという³³。①②は行政措置による生活保護の対象となっている外国人とも重なる。

「社会構成員」論の問題点は、客観的かつ明確な基準や定義づけが不可能であるという点に帰着する。まず、社会の構成員性を社会権の享有主体性の根拠とし、さらにその出どころを世界人権宣言に求めるのだとすると、社会構成員は、すべての外国人を含むことになる³⁴。というのも、世界人権宣言にいう「社会」はとりもなおさず「人類社会」³⁵を意味するからである³⁶。この立場に依拠する場合には、「国民と同一の所得税の負担を基準にすれば、在留資格の有無にかかわらず1年の居住者であろう」と近藤は指摘するが³⁷、これは上で見た大沼や新井の定義とは全く異なる。不法滞在している外国人をどのように考えるかという点でも、論者により見解の相違がみられる。合法的に滞在していないという点ですでに社会構成員該当性を満たさないとする見解もあれば³⁸、居住実態や生活拠点の定着性に着目すれば、違法滞在者であるからといって一概に「社会の構成員」ではないと断定することはできない

³¹ 大沼(前掲注 27)203 頁以下。

³² 新井信之『憲法と国際人権の諸相—子ども・家族・外国人の日米比較—』(成文堂、2022 年)439 頁。

³³ 新井(前掲注 32)434 頁以下。

³⁴ 近藤敦「外国人の『人権』保障」奥平康弘ほか(編著)『憲法の現在』(信山社、2005 年)347 頁。

³⁵ 世界人権宣言は、その前文において、「人類社会の全ての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることのできない権利とを承認することは、世界における自由、正義及び平和の基礎を構成するので…総会は、…この世界人権宣言を公布する」としている(傍点は筆者)。なお、邦訳は植木俊哉/中谷和弘(編集代表)『国際条約集〔2022 年度版〕』(有斐閣、2022 年)282 頁に依拠した。

³⁶ 生存権の人類普遍性を提唱する高藤昭のいう「社会」も、人類社会であると考えられる。参照、高藤(前掲注 3) 391 頁。

³⁷ 近藤(前掲注 34)347 頁。近藤はこれに続けて、「個々の社会保障の権利の受給資格要件が異なる中、5 年ないし 3 年の帰化要件などを目安とする定住外国人の概念が多岐に分かれていることも加わって、生存権の主体である社会構成員の共通定義はできないだけでなく、定義を確定することの不都合も予想される」と指摘する(同頁)。

³⁸ 西片聡哉「外国人の生活保護」ジュリスト 1440 号(臨時増刊 平成 23 年度重要判例解説)300 頁。

とする立場もある³⁹。このように、一瞥しただけでも、範囲の確定が困難であることがわかる。

(2) 「社会の構成員」に含まれない者の排除

日本に居住実態を有する、または、今後日本に永続的に在留する者を「社会構成員」とすると、その人的範囲は、現在行政措置によって生活保護が行われる人的範囲(永住的外国人)とおおよそ重なる。しかしながら、それらの者のみを最低生活保障の対象とすることは、これに含まれない者を完全に無保護のままにすることとなり、不合理な結果を生む。以下では、「(行政措置による)生活保護の対象とされるべき」人的範囲の画定理由と、その問題点を指摘する。

外国人に対して生活保護法を適用しない理由について、本法の実質的な立法者である政府は、主に二つの理由を挙げている。第一に、出入国管理及び難民認定法(以下、「入管法」という)における、「生計確保要件」の存在、第二に、生活保護法の基本原理の一つである「補足性原理」の存在である。

入管法における「生計確保要件」とは、外国人の入国にあたり、在留の間、自力での生計確保が要件とされることである。この要件は現在、上陸拒否事由として「貧困者であること」が挙げられていること⁴⁰、そして、在留期間更新の許否判断の際の考慮要素として、「独立の生計を営むに足る資産又は技能を有すること」が掲げられていることに⁴¹、現れている⁴²。1954年の生活保護法の制定に携わった小山進次郎は、「国際連合憲章および国際人権宣言⁴³との関係において研究さるべき問題である」としつつ、入管法上の生計確保要件が、本法が対象者を日本国民に限定すべきかという「問題に対する現段階における我が国の基本的な考え方を示しているものと理解することができ」とする⁴⁴。また、難民条約批准の際に、国籍要件を撤廃しないのかという質問に対する政府担当者の回答も、同趣旨のことを述べ

³⁹ 後藤光男『永住市民の人権—地球市民としての責任—』(成文堂、2016年)234頁、および同書241頁以下を参照。また、同様の見解として、新井(前掲注32)436頁、および同書373頁以下を参照。

⁴⁰ 第5条第1項「次の各号のいずれかに該当する外国人は、本法に上陸することができない。…三 貧困者、放浪者等で生活上国又は地方公共団体の負担となるおそれのある者」

⁴¹ 出入国在留管理庁HP「在留資格の変更、在留期間の更新許可のガイドライン(令和2年2月改正)」(<https://www.moj.go.jp/isa/content/930004753.pdf> 最終確認2022年9月13日)。

⁴² かつては、「貧困者であること」は退去強制事由の一つとされていたが、この規定は難民条約批准の際に削除された。参照、田中宏「外国人の生活保護受給権、その前後左右」賃金と社会保障1534号(2011年)4-17(8)頁。

⁴³ この部分を説明する注にある「国際連合第三回総会」との注意書き、および載せられている条文から判断するに、「国際人権宣言」とは、いわゆる世界人権宣言のことを指していると考えられる。参照、小山進次郎『改訂増補 生活保護法の解釈と運用(復刻版)』(全国社会福祉協議会、1975年)101頁以下。

⁴⁴ 小山(前掲注43)90頁。

ている⁴⁵。

従来の学説の多くは、この政府の説明を受け入れているように思われる。早川智津子によれば、生活保護の対象者を永住的外国人に限定することは、入管法上の在留資格からすると合理的に説明可能であるという。まず適法滞在者について、「就労目的の在留資格…については、それら^{在留資格の枠内}では、一時的な離職を除き、長期の失業状態による困窮は、そもそもそのような在留資格で滞在する者に生じることを予定していないうえ、正当な理由なく長期にわたり在留資格の活動を行わない滞在は、在留資格取消制度の対等ともなりうる」ことから、生活保護の対象としないことも妥当であるとする。また、不法滞在者について、「在留特別許可を得て滞在が合法化されるといった場合を除き、生活保護の対象とはならないとすることには、…合理的な理由がある」という。この見解は、在留の合法性を生活保護の黙示の要件とするものと読める。関根由紀も同様に、違法滞在者が身元の発覚を恐れて病気であっても病院に行かないことを深刻な問題としたうえで、「正面から不法滞在の者を含めたすべての外国人に医療扶助を適用するのは^{移民政策との適合性}も考慮し困難と言わざるを得ない」という(傍点は筆者)⁴⁶。そして嵩さやかは、「人道的には、不法残留外国人についても本国への送還までの間は保護を実施すべきとも考えられるが、^{移民政策との適合性}をも考慮すると不法残留外国人に生活保護法を適用しないのは、立法府の裁量の範囲内であると考えられる」とする(傍点は筆者)⁴⁷。これらの見解は、入管法上、今後の在留継続が期待できない地位にあることが、生活保護法の不適用を基礎づけると考えている。つまり生計確保を要件に在留が認められる者と、入管法に反して日本に留まっている者に対しては、^{入管法上}日本での生活が認められていないのであるから、日本での生活を保障する理由はない、と考えているのである。

確かに、違法滞在者に引き続き日本での在留が認められる見込みは薄いかもしれない。このことは、難民認定申請中の者についても、日本の難民認定率の低さからして⁴⁸、同様のことがいえる。しかし在留の見込みが薄いからといって、それだけで何らの^{扶助も}行わないとすることに、どのような理由があるであろうか。もっとも、上記の論者たちは、あくまで「生

⁴⁵ 1981年5月27日衆議院法務・外務委員会における山下眞臣答弁

(<https://kokai.ndl.go.jp/txt/109405219X00119810527/18> 最終確認 2022年9月23日)。「出入国の拒否事由といたしましては貧困者等国、地方公共団体の負担になる者、これにつきましては入国を拒否することができるという規定があるわけでございまして、そういった規定との関連を、この生活保護を法律上のものとして改正する場合にどう調整していくかというような問題等もございまして。」

⁴⁶ 関根由紀「非定住外国人への生活保護適用」別冊ジュリスト 191号(社会保障判例百選〔第4版〕)11頁。

⁴⁷ 笠木映里/嵩さやか/中野妙子/渡邊絹子『社会保障法』(有斐閣、2018年)463頁〔嵩さやか〕。

⁴⁸ 2021年における難民認定率は約3%である。参照、出入国管理庁 HP

(https://www.moj.go.jp/isa/publications/press/07_00027.html 最終確認 2023年1月31日)。

活保護法」の適用対象について、立法裁量の逸脱があるといえるかという観点から述べるにすぎないのであり、外国人への一切の扶助を否定すべきとまでは論じていない。しかし、生存権の法的性質論におけるいわゆる抽象的権利説のもとでは、「生活保護法の対象＝生存権の享有主体」という図式が前提されるため、上記論者たちの見解は結果的に、生存権の享有主体性を限定的に解することを正当化してしまう。

ここで、今後の滞在の見込みが薄い者にも生存権を保障するというこの意味が、特に出入国管理との関係において問われる。すなわち、憲法上の権利として最低生活保障への権利を認めるとすると、その権利が、今後の滞在までもを保障することになるのであろうか、という問いである。関根および嵩は、「移民政策との整合性」を理由として、最低生活保障の対象とすべきではないと論じている。出入国管理(移民政策)上は出国すべき存在に対して、日本での「自立助長」を目指して最低生活を送ることを可能とすることは、矛盾ではないかとの考えが読み取られる。

政府もかような立場をとっていることが、生活保護法の「補足性原理」についての説明から読み取られる。生活保護法の実質的立法者たる政府は、外国人への生活保護の不支給を正当化する理由付けとして、しばしば、生活保護法の基本原理の一つである「補足性原理」を強調する。補足性原理とは、自己の有する資産・能力を活用し、また扶養義務者による扶養や他の社会保障給付をもってしても最低限度の生活を維持できない場合に、初めて保護が実施されるという原理である(生活保護法第4条)⁴⁹。政府は、1981年の難民条約の批准の際に、生活保護法における国籍要件を撤廃する法改正を見送る理由として、補足性原理から要請される扶養義務調査を外国人に対していかに行うかといった問題が未解決であることを挙げ⁵⁰、また、1990年に行政措置による保護の対象者を限定した理由として、生活保護法が「本来最低生活保障と自立助長を趣旨としている」ために、その対象者は「自立可能」でなければならないことを挙げた⁵¹。さらに、行政措置の対象者は活動に制限のない在留資格を持つ者であるところ、なぜ活動に制限のある人は自立助長の対象にならないのかという質問に対して、政府は、「生活保護適用にあたって『資産、能力、その他あらゆるものを活用することを要件とする』という『補足性の原理』が当てはまらないから」であると回答し

⁴⁹ 笠木ほか(前掲注47)465頁。

⁵⁰ 1981年5月27日衆議院法務・外務委員会における山下真臣答弁(<https://kokai.ndl.go.jp/txt/109405219X00119810527/18> 最終確認 2022年9月23日)。「生活保護につきましては国民無差別平等にやるわけですが、補足性の原理というのが強くあるわけですが、そういった外国人の方の親族扶養の問題等をどう解決していくか等々非常に詰めなければならぬ問題が多々ございますので、今回は、とにかくこういった条約の批准には何ら支障がないし、実質的には同じ保護をいたしておるのであるからこれによって御了解をいただきたい、かように考えているわけですが。」ここでは、日本で自己の稼得能力を(再び)活用するという意味で補足性原理が用いられているわけではない。その後は、本文で見るように、補足性原理は専ら自立助長(就労による要扶助性の克服)という側面から説明されるようになる。

⁵¹ 福岡高判平23・11・15 賃社1561号36頁。

たのである⁵²。

これに対して、一部の学説は反論するどころか、同調さえする。手塚和彰は、違法滞在者および留学生等非定住適法滞在外国人については、「稼働能力の活用が不可能であったり、資産調査等も困難であり、いわゆる『補足性の原理』が適用でき」ず、「もし外国人についてこの原理の例外を認めると、日本人との間に不平等が生ずるなどの生活保護の制度からの制限も存する」として、政府の説明を補足している⁵³。また、早川は、「就労目的以外の在留資格についても、それらの在留資格では、就労によって経済的な自立助長を図ることが認められない在留資格であるから、生活保護法の対象とすべきではない」とする⁵⁴。

この見解、特に「自立助長」を目的に掲げる生活保護法を、今後の在留の見通しが無い外国人に適用すべきではないとの見解に立つ者も、かれらが無保護のまま放置してよいと考えているとは限らない。ただ念のため、今後の滞在の見込みがない者を、最低生活保障から完全に排除することには、「国家の財政的負担を避けること」以外には、やはり理由がないことを、ここで確認しておきたい。行政措置による生活保護の対象者以外の者への公的扶助を否定するとすれば、その主張として考えられるのは以下の二点である。第一に、外国人に生活保護法上の受給権を認めることが、困窮外国人の在留継続に有利に働くおそれがあり、

⁵² 稲葉奈々子(記録)「特集1 省庁交渉 2021 貧困・コロナ対策」M-ネット:移住労働者と連帯する全国ネットワーク情報誌 220号(2022年)9頁。

⁵³ 手塚和彰『外国人と法(第3版)』(有斐閣、2005年)324頁。

⁵⁴ 早川智津子「永住者の在留資格を有する外国人と生活保護法」季刊労働法 241号(2013年)186頁以下。他方、「補足性原理」はあらゆる外国人に適用可能であるとする見解もある。これによれば、そもそも生活保護法が人種や社会的身分等を問わず無差別平等に受けられるものであるという「無差別平等の原理」(生活保護法第2条)を前提として、①扶養義務調査の問題、②稼働能力活用要件の問題を論ずる。まず①については、扶養照会はそもそも法律上の義務ではなく、扶養義務の履行が期待できない場合は扶養照会を行わなくてもよい。国民でさえも現実に扶養義務の履行が期待できる場合はほとんどないこと等を挙げる(生活保護問題対策全国会議(前掲注3)48頁以下〔小久保哲郎〕)。そして②について、「急迫保護」の場合には稼働能力を問うことなく生活保護を開始できること、在留活動に制限のある外国人であっても、稼働能力活用要件の適用を妨げられないことを挙げる。後者については、現在の生活保護法の運用では、「稼働能力を活用しているか否かについては、①稼働能力があるか否か、②その具体的な稼働能力を前提として、その能力を活用する意思があるか否か、③実際に稼働能力を活用する就労の場を得ることができるか否か、により判断すること」とされているところ(昭和38年4月1日社発第246号厚生省社会局長通知)、①の要素では、病気等で働けない場合には、活用すべき稼働能力がないのであるから生活保護を受給でき、②③の要素でも、身体的に働ける状態の場合に、求職活動を行うなど働く意思があれば、現に仕事が見つからなくても生活保護を利用できるのであり、この点は外国人も同様であるとする(生活保護問題対策全国会議編(前掲注3)46頁〔吉永純〕)。例えば、入国当時の雇用先を解雇された場合でも、認められた活動の枠の中で就労の場を得られる可能性はあるため、失業後3カ月間で仕事を見つけれない間は、②③の要件を満たし、そして3カ月経過後に就労自体が法的に許されなくなった場合でも、③の「就労の場を得ること」が法律上不可能であるため、③の要件を満たすという(同書47頁)。なおここでは、「在留が適法かどうかと稼働能力活用要件を満たすかどうかは別の問題」であるとカッコ書きされている(同書47頁)。

このことは違法滞在者の在留を追認することになる、そして第二に、「準用」対象者以外に受給権を認めなかったとしても、実際上の問題はほとんど生じない、という主張である。まず、第一点については、出国すべき外国人の場合はどのみち保護申請により身元が発覚することで出国命令または退去強制の手続が開始されることになると考えられるため—それ自体の問題性はともかくとして—生活保護受給により困窮外国人が今後も日本での滞在を続けるための有利な状況を提供することにはならず、したがって扶助を否定する理由にならない。そして第二点については、現在の「準用」対象者以外の者が生活保護を受けようとしても、遅かれ早かれ入管収容施設に収容されることになるため、衣食住を確保するための最低生活保障を要する期間は存しない、との想定が背景にありうる。しかしながら、退去強制手続中の外国人は、その期間常に収容されるわけではない。収容令書による収容は原則 30 日以内(最大 60 日)であるし、退去強制令書による収容には期限が付されないものの、請求又は職権により一時的に収容を停止し、身体の拘束を解かれることがある(仮放免制度)⁵⁵。被仮放免者には就労が禁じられており、「準用」の対象にもならない。また、生活費を支弁することができる者だけが仮放免の対象となるわけでもない⁵⁶。しかも、違法滞在者が初回に出頭申告してから在留特別許可を得るまでの期間は、一般的には 1 年から 1 年半かかるという⁵⁷。したがって、上記想定は実態から乖離している。これに加えて、そもそも収容施設の内部において、最低限度の生活が保障されているといえるかどうかについても疑問がある。入管施設において、被収容者の病状が重いことが明らかであるにもかかわらず適切な医療ケアを受けられず死亡した事件は、人たるに値する生存が、国籍がないだけで不可能になることの不合理性を示しているといえる⁵⁸。

⁵⁵ 詳細は、山脇康嗣『〔新版〕詳説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』(新日本法規、2017 年)727 頁以下。仮放免は、収容令書による収容の場合でも行われうる。

⁵⁶ 仮放免の際に納付を要する保証金の額は、被収容者本人の支弁できる範囲で指定されるとは限らず、支弁できないことで収容が長期化したり、借金を負ったりすることがあるという。また、仮放免後の生活困窮の実態について、不法就労をするのでない限りは、国内外の親族等の支援を頼るしかないが、安定して頼る先がない場合もある。参照、檜山怜美「外国人への退去の『強制』がもたらした現状——個人の権利と尊厳を守る先にあるもの」移民政策研究 14 号(2022 年)182 頁。また、仮放免中の生活費支弁の見返りに性的関係を要求されるなどの事例もあるという。仮放免者の生活実態については、生活保護問題対策全国会議(前掲注 3)8 頁以下を参照〔大澤優真〕。

⁵⁷ 在留特別許可申請サービス HP(<https://www.acroseed.com/zaitoku/faq/zaitokuindex.html#2>)最終確認 2022 年 9 月 7 日。

⁵⁸ 参照、「入管施設での外国人死亡、2007 年以降で 17 人 問われる医療体制」2022 年 9 月 16 日朝日新聞デジタル(<https://www.asahi.com/articles/ASQ9J4QY6Q9HJHB00P.html>) 最終確認 2023 年 1 月 29 日)。なお筆者は、入管施設の被収容者の生存権保障という観点をも視野に入れている。2021 年 3 月にスリランカ人女性ウィシュマ・サンダマリさんが入管施設内で死亡した事件を契機として、入管施設における被収容者の処遇が問題視されているが、筆者はいわゆる全件収容主義を批判しつつ、さらに被収容者にとっての「健康で文化的な最低限度の生活」とは何であるかという観点から、施設内での処遇を評価する基軸を、本研究によって提示したいと考えている。参照、大橋毅/児玉晃一「『全件収容主義』は誤りであ

それでは、生活保護の対象とされるべきでない者、または「社会構成員」でない者に最低生活保障をしない理由として、他に何が挙げられるであろうか。後に残るのは、「財政負担の増加の回避」以外にもはや何もない⁵⁹。そしてこの理由は、個人の尊厳の保護という、国家が負うはずの義務を免除する理由たりえない。自力で生活を立てることのできない者を無保護のまま放置しても、国家がその者の尊厳を損なったことにはならないなどという立論は、寡聞にして知らない。それにもかかわらず従来の学説は、立法裁量の広範性を理由として、上記のような結論を結果的に容認してしまっているのである。

(3)生存権の段階的保障論が有する困難

「社会構成員」論が、生活保護法における国籍要件を批判するために編み出された概念であると考え、⁶⁰「社会構成員」の外縁を明確に画定できないという批判は、本質的でないともいえる。しかし、仮に「社会構成員」の範囲を何らかの方法で画定しようとしても、そこに含まれない人々は最低生活保障から締め出されることになるため、どのみち筆者の立場とは相いれない。

また、政府は、貧困外国人が国内に留まることを入管法は予定していない、ということをもって、生活保護法を適用しない理由とするが、入管法が貧困外国人をどのように取り扱うかという問題と、貧困外国人に、出国までの間、最低生活保障をすべきかという問題は別物であって、切り分けて考えるべき事柄である。やがて、その困窮性ゆえに出国が義務付けられたり、退去強制の対象となりうるとしても、その可能性そのものは、日本国内で発生した貧困に対して、その要扶助性が生じた時点で保護を拒否する理由にならない。要扶助状態にあることのみが、最低生活保障の要件であって、入管法上の地位および今後の在留の見込みという事情からは独立して、給付を義務付けられる、と解することが可能であり、またすべきである。

この点、最低生活保障をするかしないかという二者択一のために外国人を類型化するのではなくて、外国人の状況に応じて、保障される権利の内容を段階的に設定すべきだという立場がある。近藤敦は、「社会構成員性の強弱の度合いが外国人の態様により分かれており、その強弱の度合いに応じた権利性を主張することの方が現実的であり、生存権について、オール・オア・ナッシングで考える思考法を改める必要があるのかも知れない」とする⁶⁰。そして、緊急医療など生物的生存にかかわる部分は、非正規滞在者にも保障されるべきであり、ほぼ完全な社会権が永住市民に保障されるなどといった、社会権の段階的保障の発想が必

る」移民政策研究創刊号(2009年)85頁以下、鈴木江理子/児玉晃一(編著)『入管問題とは何か——終わらない〈密室の人権侵害〉』(明石書店、2022年)。

⁵⁹ 赤坂正浩は、社会権享有主体性を否定する根本的な理由は、財源に限界がある社会保障給付に関する自国民(の優先的)保護の要請であると指摘する。赤坂(前掲注18)332頁。

⁶⁰ 近藤(前掲注34)348頁。

要であるという⁶¹。

このように、権利の内容を外国人の態様ごとに考える立場は、生存権の保障対象を、社会構成員論によるよりも広く捉える可能性を持つ。ただし、ここで着目される「権利の内容」および「外国人の態様」の意味するところは、やはり論者により異なるため、社会構成員論と同様の限界を有する。この点、留学生の生活保護受給が争われた訴訟⁶²を皮切りにして、「権利の内容」を、生活保護法内の全ての扶助と、緊急医療に対する医療扶助とに分け、前者は「社会構成員」に、後者は違法滞在者をも含む「あらゆる外国人」に対して保障するという立場が多い⁶³。また、あらゆる外国人に保障すべき「最低限度」の内容については、緊急医療のみならず、生活扶助と医療扶助をも含むとするものもあれば⁶⁴、内容を特定しないものもある⁶⁵。また、西片俊哉は、「問題となる外国人の在留資格、必要な保護の種類その他の関連事情などを個別に考慮しながら生活保護法に基づいて給付の可否を判断すべきである」というが⁶⁶、何を基準として可否を判断すればよいのかはなお判断としない⁶⁷。段階的権利保障論は、段階の付け方と、それぞれの段階の内容を設定するための基準値を設定できない点に、限界がある。

しかし、そうであるからといって、入国して間もない外国人を含めてあらゆる者を生活保護法の対象とすることは、現実的ではないであろう。すべての外国人への最低生活保障を論じるための規範的な手がかりが、今の日本にはないように思われる。

⁶¹ 近藤(前掲注 34)348 頁。

⁶² 神戸地判平 7・6・19 判自 139 号 58 頁。

⁶³ 小林武「在日外国人の生活保護受給権—神戸地裁 1995 年 6 月 19 日判決—」南山法学 19 卷 4 号(1996 年)119 頁、藤井(前掲注 26)58 頁、市川正人『基本講義 憲法〔第 2 版〕』(新世社、2022 年)70 頁、倉田聡「外国人の社会保障」ジュリスト 1101 号(1996 年)49 頁、棟居快行「異国で死なない権利」法学セミナー 476 号(1996 年)86 頁。

⁶⁴ 長尾一紘『日本国憲法〔第 3 版〕』(世界思想社、1997 年)97 頁。なお、長尾は、同書の全訂第 4 版において、外国人に憲法上の権利の享有主体性を否定する立場へと転向している。同書において長尾は、外国人の生存権は憲法上は保障されないが、立法により受給権を認めることは許容され、ゆえに「財政上の理由でこれをうちきっても、憲法上の問題は生じない」という。参照、長尾一紘『日本国憲法〔全訂第 4 版〕』(世界思想社、2011 年)51 頁。

⁶⁵ 渋谷ほか(前掲注 22)335 頁は、生活保護を「人が生命を維持するうえでの最低限の生活保障」と位置付けている。

⁶⁶ 西片聡哉「外国人の生活保護」平成 23 年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊 No. 1441〕300 頁。

⁶⁷ 例えば、以下のようなケースには何を判断基準とし、いかに対処せよというのか。すなわち、オーバーステイ外国人であるがこれまで 2 年間日本に居住していて、違法就労中に知り合ったオーバーステイ外国人との間に子どもができた、という場合に、生活保護法の出産扶助給付を求めて保護申請を行う事例である。

第3節 本研究の方法と構成

(1)方法

その手がかりを得るべく、本研究は、ドイツにおける「外国人の生存権」の規範的意義と射程を明らかにする。ドイツでは、2010年の連邦憲法裁判所判決において、最低生活保障にかかる立法者の政策判断に対して一定の限界を設ける基本権が打ち出された(以下「生存基本権」という)。2012年の判決で連邦憲法裁判所は、生存基本権は、ドイツ人のみならず、「ドイツに滞在するすべての外国人」に認められるとした。この基本権がとりわけ外国人に対する最低生活保障給付について有する規範的意義を示すことは、日本における「すべての滞在外国人の生存権」を構想するために有用である。

ドイツの生存基本権をめぐる議論が、日本における生存権の意義を再検討するためにしばしば参照される一方で⁶⁸、「外国人の生存権」論のための検討素材とされることはこれまでほとんどなかった⁶⁹。その理由として考えられるのは、ドイツと日本とでは出入国管理や移民政策などの、外国人にまつわる法制度や実態が大きく異なっており、比較検討の基軸を見出しがたいという点である。しかしながら、例えば、内外人間ないし外国人間の生活保障給付の内容に差を設けることを、憲法上正当化できるかという問題や、いわゆる送還忌避者や違法滞在者に対して、在留のインセンティブを減らして出国を促すために生活保障給付を減額することを、憲法は許容するのかという問題などは、抽象的なレベルでは、日独で共通するものといえる。したがって本研究では、「外国人の生存権」論についての具体的レベルでの日独比較と評価を可能とするための下準備として、ドイツにおける「外国人の生存権」論の現況と意義、そして課題を提示することを試みる。

(2)構成

本研究が明らかにしたいのは、第一に、生存基本権がなぜ、国籍に関わらずすべての外国人に保障されるのかという問い、第二に、すべての外国人に保障される生存基本権とはどのような規範内容をもつか、という問いである。これらの問いは、いずれも互いにとって欠かすことのできないものである。本研究ではまず、生存基本権の保障が外国人に対しても及ぶとした2012年の連邦憲法裁判所判決を分析し、その享有主体性の根拠を明らかにする(第1章)。これにより、日本では、享有主体性の根拠が立法者の判断に委ねられているのに対

⁶⁸ 本稿で紹介する邦語文献のほか、嶋田佳広「ドイツの保護基準における最低生活需要の充足」賃金と社会保障 1539号(2011年)4頁以下、上田真理「ドイツにおける社会権の法的性質と審査基準」関西大学法学論集 62巻4-5号(2013年)1323頁以下、柴田憲司「縮小する社会と生存権—「連帯」と憲法25条との関係をめぐり一考察—」公法研究 82号(2020年)109頁以下を参照。

⁶⁹ 外国人の公的扶助制度における取扱いを紹介する近時の文献として、例えば松本勝明「外国人に対する社会保障—ドイツにおける基本的考え方—」社会関係研究 25巻2号(2020年)27頁以下があるが、これは憲法上の権利の意義を明らかにするものではない。

して、ドイツでは、具体的な給付の内容はともかくとして、最低限度の生活に必要な給付を求める権利それ自体は、「人間の尊厳保障」という憲法上の要請との結びつきにより、立法によっては揺るがし得ないものになっているという違いが、浮き彫りになる。第2章以後は、今のところ外国人に対する最低生活保障制度がほとんど存在しない日本において、ドイツでの議論は「もしも („What if?“)」の問題となるが、具体的な制度や政策に照らした検討が、この基本権の意義と射程をより明確なものにするためには有用であると考えられる。そこで次に、上記判決の分析を基に、最低生活保障給付の内容上の差異を正当化する基準を明らかにし、ドイツの最低生活保障法において、内外人間および外国人間に設けられている給付の差異が、当該基準に照らして正当化されうるかを考察する(第2章)。そして、外国人の中でもとりわけ出国忌避者に対して給付を減額することが生存基本権に適合するかどうかを、最低生活保障にかかる立法裁量に対して新たな「限界」を設けた2019年の連邦憲法裁判所判決を分析したうえで、検討する(第3章)。また、入管により出国義務を課せられていないにもかかわらず、滞在が「望ましくないから」という理由で、出国可能な外国人に対して最低生活保障を否定することの生存基本権適合性を検討する(第4章)。

(3)用語の定義および凡例

本論に入る前に、本稿で用いる用語について、ここで定義をしておく。

第一に、「最低生活保障」についてである。本稿で「最低生活保障」という場合は、公的扶助、すなわち、拠出を要件とせず、生活困窮に陥った原因を問わず、最低生活水準を下回る事態に際し、その不足分を補う限度において行われる給付のことを指す⁷⁰。状況に応じて「最低生活保障」「公的扶助」という言葉を使い分けるが、本稿では同義とする。ドイツの最低生活保障制度は、就労可能性の有無や、国内での法的地位に応じて3つの制度に分かれているが、いずれも無拠出かつ資産・能力の活用を優先する点で、日本における最低生活保障制度と同視しうるものである。また、公的扶助の「受給権」とは、公的扶助に定められた要件を満たす場合に、給付主体が公的扶助給付を支給する義務に対応する要扶助者の権利であり、場合に応じてこのことを「給付請求権」とも呼ぶ。

第二に、「外国人(Ausländer)」とは、基本法第116条第1項の意味におけるドイツ人⁷¹以外の者を意味する(滞在法第2項第1項)。すなわち何らの国籍を有しない者(無国籍者)も、「外国人」と呼ぶ。

第三に、本稿でいう「ドイツ」は、すべてドイツ連邦共和国を指す。すなわち、戦後から

⁷⁰ 菊池馨実『社会保障法〔第3版〕』(有斐閣、2022年)307頁。

⁷¹ 基本法第116条第1項「この基本法の意味におけるドイツ人とは、法律に特別の定めのある場合を除き、ドイツの国籍を有している者、又は、ドイツ民族に属する引揚者若しくは難民として、あるいはその配偶者若しくは卑属として、1937年12月31日現在のドイツ国の領土に受け入れられていた者をいう。」邦訳は高田敏/初宿正典(編訳)『ドイツ憲法集〔第8版〕』(信山社、2020年)に依拠した。以下の基本法の邦訳も、同書に依拠している。

1990年の再統一までの期間についてはいわゆる西ドイツを意味する。

第四に、本稿では、外国人の出入国管理に関する法を一般に「滞在関係法」ないし「入管法」という。ドイツではEU市民とその他の外国人に対する出入国管理が別の法律に規定されている。必要に応じてこれらのものを総称する場合に、上記の言葉を用いる。

また、凡例として、本文中に()内に示される条文番号は、特に断りがない限り、直近に言及されている法律の条文番号を指す。

第1章 外国人の生存基本権享有主体性の根拠——「基礎」と「範囲」の区別から

第1章では、最低生活保障を求める基本権が、ドイツ人のみならずすべての在留外国人に保障される理由を明らかにする。結論を先に述べると、この基本権の構成要素となっている憲法上の原理である「人間の尊厳の保護」の要請が、法律上の給付請求権の主体となる人的範囲の限定を許さないものであったために、享有主体性はすべての在留外国人に対して認められたのである。ただし、1961年の公的扶助制度の制定当初から2010年の連邦憲法裁判所判決までは、憲法上の規定が具体的な給付内容の決定に方向づけを与えるものとされていなかったがゆえに、一方ではすべての外国人に給付請求権が形式上は認められていたものの、都度の移民政策の影響を受けて、給付内容は「人間らしい」生活を送るためには不十分なものと切り下げられ、裁判所はこれに対して十分に統制を加えられなかった。そのような中で、2012年の判決は、給付内容の決定について、「需要」のみに基づいて算定しているか、という観点からの司法的統制を可能とし、立法者の移民政策的な考慮はその限りで否定されることとなった。

第1節 「すべての人の権利」としての生存基本権

(1)2012年7月18日連邦憲法裁判所判決⁷²

(1-a)事案の概要

本件は、ノルトライン＝ヴェストファーレン州社会裁判所による2つの訴訟が、具体的規

⁷² BVerfG, Urt. v. 18.7.2012 -1BvL10/10, 2/11- = BVerfGE 132, 134-179. 評釈として、大西楠・テア「庇護申請者の生活保護に関する違憲判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』(信山社、2018年)242頁以下。また、当該判決に言及するものとして、松本奈津希「生存権の自由権的側面による最低生活保障」一橋法学17巻1号(2018年)65頁以下、上田真理「社会保障法における個人の役割と受給の制約(2・完)」東洋法学第62巻第1号(2018年)35頁以下、西村枝美「老齡加算訴訟」関西大学法学論集第66巻第2号(2016年)68頁以下、渡辺富久子「ドイツにおける難民に対する立法動向—人間の尊厳にふさわしい待遇を目指して—」外国の立法264号(2015年)64頁以下も参照。

範統制手続により、連邦憲法裁判所に移送された事案である⁷³。この2つの訴訟の原告について簡単に説明しておく。まず、原手続⁷⁴1BvL 10/10の原告は、1977年生まれのクルド系のイラク国籍保持者である。彼は、2003年にドイツ連邦共和国に入国し、庇護申請したが却下された。この却下の時点から、彼のドイツ滞在は滞在法第60a条第2項第1文に基づいて猶予されている⁷⁵。次に、原手続1BvL 2/11の原告は、リベリアからやってきた女性の子どもであり、2000年にドイツで出生した。原告は出生当時から滞在法第25条第5項により滞在許可を有している⁷⁶。いずれの原告も、庇護申請者給付法の金銭給付の額が基本法に合致しているか、という問題を提起したため、2つの移送は連邦憲法裁判所によってまとめて審査された。

(1-b)判決

結論からいうと、連邦憲法裁判所(以下、単に「裁判所」ともいう)は金銭給付の額を「人間の尊厳に値する最低生活の保障に対する基本権(das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums; 「生存基本権」)」と相容れないもの、と判断した。以下では、連邦憲法裁判所が給付額を違憲と判断したという、本判決の主要部分について、(1)裁判所が立てた原則、(2)裁判所による原則の当てはめに分けて、判示内容を要約する。

(1-b-1)裁判所が立てた原則⁷⁷

(1-b-1-a)人間の尊厳に値する最低生活の保障を求める基本権の規範内容

連邦憲法裁判所は、生存基本権は、基本法第20条第1項(社会国家原理)⁷⁸と結びついた基本法第1条第1項(人間の尊厳原理)⁷⁹から生ずるとする。この基本権は立法者による具体化と現実化を必要としており、その際には形成の余地が与えられている。この基本権から導

⁷³ ドイツ連邦憲法裁判所の組織および制度については、畑尻剛/工藤達朗(編)『ドイツの憲法裁判—連邦憲法裁判所の組織・手続・権限— [第2版]』(中央大学出版部、2013年)を参照。具体的規範統制手続の概要は、同書372頁以下を参照。

⁷⁴ 連邦憲法裁判所に事件を移送する場合、本来提起された訴訟を管轄する裁判所(本件で言えば州社会裁判所)と連邦憲法裁判所は審級関係にあるわけではないので、「原審」ではなく「原手続(Ausgangsverfahren)」という。

⁷⁵ 猶予(Duldung)とは、法的ないし事実上の理由により出国ができないため、国外退去強制が停止される状態を指す(滞在法第60a条第2項)。滞在は認められるものの、正規の滞在資格ではない。猶予を得ている者(猶予者)は、法的には出国義務を負う違法滞在者である。

⁷⁶ 執行可能な出国義務を負いつつも、自己の責任によらない理由によって出国が阻まれており、かつ出国の障害の除去が近い将来に予見できない状態ある者に付与される。これは猶予とは異なり、正規の滞在資格である。

⁷⁷ BVerfGE 132, 134[159 ff. Rn. 62 ff.]

⁷⁸ 基本法第20条第1項「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な法治国家である。」

⁷⁹ 基本法第1条第1項「人間尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である。」

かれる原則は大要以下のとおりである。すなわち、(a)この基本権は、客観的な義務に対応する個人の給付請求権であり、ドイツ連邦共和国に滞在するドイツ国籍保持者と外国籍保持者に、人権(Menschenrecht)として等しく備わっている、(b)ここにいう最低生活とは、人間の肉体的生存だけでなく最低限の社会的、文化的そして政治的生活に参加する機会を含む、(c)人間の尊厳に値する最低生活の保障は、法律上の請求権を通じて保障されなければならない、(d)当該給付請求権は、その基礎は憲法によって与えられているが、その範囲(Umfang)を憲法から直接導き出すことはできない、(e)立法者は憲法上だけでなく、EU法上および国際法上の義務を課されてもいる、(f)人間の尊厳に値する生活を保障するための給付は、現実に即して(realitätsgerecht)算定されるように、基礎付けられうるものでなければならない。

裁判所は、(f)についてとりわけ詳しく説明を加えている。これによると、(aa)生存基本権は立法者に対して立法手続上の特別な義務を課すわけではなく、結果において給付の内容が基本権の要求から逸脱していないかどうか、ということが重要である、(bb)基本権は特定の給付の算定方法を指定しているわけではなく、立法者は給付を算定するための方法を有用性と事実適合性の範囲内で自ら選ぶことができる、(cc)算定された結果は、不断に再検討され発展されるべきである、(dd)立法者が、最低生活を決定する際に一定の集団の特殊性を顧慮しようとする場合には、生活保障給付の具体的な内容形成の際に、滞在の地位に応じて一律に区分してはならないという。

(dd)に関してさらにはさらに以下の三点が強調されている。すなわち、(dd-1)短期間しか滞在しない者に対してより少ない給付を与える決定をする場合は、その少なさが後から検証できる方法で決定され、見積もられていなければならない、(dd-2)短期間滞在者向けに低く設定された給付の規定を設ける場合、立法者はその対象が真に短期間滞行者のみに限定されることを確実にしなければならない、(dd-3)短期間滞行者用の給付を受けていた者が実際には長期間滞行者となる場合に備えて、異なる需要の根拠をもつ制度への移行が、法律の中に予定されるべきである。

(1-b-1-b)連邦憲法裁判所が施しうる統制の内容

連邦憲法裁判所は、控えめな統制が、最低生活を決定する際に立法者に与えられる形成の余地に適合するという立場を示したうえで、(a)社会給付の額に対する実体的統制は、給付が不十分であることが明白かどうかという点に限定され、そして、(b)この明白性審査の後に、裁判所は、その時々給付が信用できる数字と説得力のある計算方法に基づいて十分に正当化されるかどうかを審査する、という判断枠組みを示した。(b)についてはさらに、最低生活保障のための給付が後から検証できるものでなく、事実即した区別が設けられず、つまり需要適合的に算定されていない場合には、その給付規定は基本法第20条第1項と結びついた同法第1条第1項とはもはや合致しないと述べた。

(1-b-2)当該裁判所による原則の当てはめ⁸⁰

(1-b-2-a)最低生活を保障する給付として明らかに不十分であること

裁判所は、庇護申請者給付法の定める給付が、人間の尊厳に値する最低生活を保障する給付としては明らかに不十分であると判断した。その理由は以下の四つである。すなわち、(a)1993 年以来、大幅な物価変動があったにも関わらず給付額に変動がなかったこと、(b)実際の生活費に給付額を適合させるための調整メカニズムが法律上設けられていたにも関わらず、一度も調整が行われなかったこと、(c)庇護申請者給付法における給付は、ドイツにおける一般的な社会扶助法である社会法典第 2 編、第 12 編における給付の 60%ほどしかなかったこと、(d)この明らかに不十分な金銭給付の額を、変則的な需要に対応するための給付によって埋め合わせてはならないことである。

(1-b-2-b)給付内容算定の手続が基本権の要請に反すること

裁判所は、給付が実体的判断からして明らかに不十分としたのみならず、算定の手続が基本権の要請を満たしていないという点からみても、庇護申請者給付法の給付内容は生存基本権に反するとした。その理由としては、(a)当該法律の立法資料は何らの算出手続をも指示しておらず、審査の負担に耐えうるほどの(belastbar)算定の根拠が明らかにされていないこと、(b)立法者は滞在の期間の短さが給付の少なさを正当化するという推定に依拠しているが、これには十分に信頼できる根拠がないこと、(c)給付水準が他国よりも高いことが理由となって人口の移動が促されることを避けるために庇護申請者と亡命者に対する給付を低くする、という移民政策的考慮は、給付水準を肉体的および社会文化的最低生活よりも下にするをそもそも正当化できないこと、が挙げられている。

(b)についてはさらに、庇護申請者給付法は、その対象者が短期間の一時的滞在者であることを前提として作られた給付であるのに対し、実際は受給者の大半が 6 年以上ドイツに滞在しているなど、実際の状況に合致していないことや、最低生活はいかなる場合でも常に保障されなければならない、短期間滞在外者に対しても肉体的生存の保障に限るのではなく社会文化的生存の保障をも行わなければならないことが強調されている。また、後にも紹介するが、(c)の段落の最後は「人間の尊厳は、移民政策的に相対化されてはならないのである」という文句で結ばれている⁸¹。

(2)生存基本権の享有主体性

本判決は、庇護申請者給付法による給付額が、人間に値する生活を送るのに十分ではなく、違憲であるとした。違憲性の根拠は、その給付内容および算定手続が、「人間に値する最低生活保障を求める基本権」(「生存基本権」)から生ずる諸要請に合致しないことであった。

⁸⁰ BVerfGE 132, 134[166-173].

⁸¹ 当該判示については、第 3 章で検討する。

生存基本権は、2010年の連邦憲法裁判所判決(以下、「2010年判決」)⁸²の中で初めて編み出された、比較的新しい基本権である。この基本権は、基本法第20条第1項と結びついた第1条第1項から導かれる。しかしながら、これら二つの規範を結びつけて、国家に最低生活保障を義務付けるという考え方そのものは、従来の連邦憲法裁判所の判例で認められていた。2010年判決の新しさがどこにあるかといえば、最低生活保障を求める「基本権」、つまり憲法上の主観的な権利を承認したこと、そしてその基本権に、給付の算定にかかる立法者の判断について一定の方向づけを行う役目を負わせたことである。本判決では、主にドイツ人と一部の外国人を対象とする一般的な公的扶助法の給付額が、生存基本権から生ずる諸要請を満たしていないため、違憲であるとした。

2010年判決で問題となった給付法とは別の、難民申請中の外国人と出国義務を負う外国人を対象とする給付法である「庇護申請者給付法」による給付額を、生存基本権違反としたのが、ここで紹介した2012年の連邦憲法裁判所判決(以下、「2012年判決」)⁸³である。ここで初めて、生存基本権が「すべての在留外国人」に認められることが、明らかにされたのであった。日本ではまさにこの点が問題になるところを、連邦憲法裁判所は、庇護申請者給付法の給付に対しても生存基本権に基づく司法的統制が及ぶこと的前提として、判示の冒頭部分において呆気ないほど簡単に認めている。少々長くなるが、以下の検討の出発点となるため、2012年判決のうち、生存基本権の保障対象について述べられている箇所を引用する。

1. 人間に値する最低生活の保障に対する基本権は、基本法第20条第1項と結びついた基本法第1条第1項から生ずる。〔A〕基本法第1条第1項は、この請求権を人権(Menschenrecht)として基礎づける。基本法第20条1項の社会国家原理もまた、立法者に、人間の尊厳に値する最低生活を保障するよう命じている。人間の肉体的及び社会的生存を保障する給付の額と結びつく避けることのできない価値判断の際には、立法者に形成の余地が当然与えられている。〔B〕この基本権はその基礎において自由に処分できるものではなく、給付請求権によって実現されなければならないが、立法者による具体化と現実化を必要とする。立法者は、支給されるべき給付を、公共団体のその都度の発展水準及び該当者の具体的な需要に鑑みた現状の生活事情を踏まえつつ達成しなくてはならない。その際に立法者には形成

⁸² BVerfG, Urt. v. 9.2.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 = BVerfGE 125, 175-260. 通称「(第一次)ハルツ IV 判決(Hartz IV-Urteil)」である。邦語での解説として、さしあたり、参照、工藤達朗「人間の尊厳と最低限度の生活の保障」ドイツ憲法判例研究会(前掲注 72) 238 頁以下、永田秀樹「ドイツにおける生存権保障とハルツ IV 判決」法と政治 69 巻 1 号(2018 年)129 頁以下。

⁸³ 文献においては「庇護申請者給付法判決(AsylbLG-Urteil)」と呼ばれることが多いが、本稿では便宜上「2012年判決」と呼称する。

の余地が与えられている〔注記略〕。⁸⁴

a) 〔C〕 基本法第1条第1項は、人間の尊厳は不可侵であることを宣言しており、すべての国家権力に対して、これを尊重し、守ることを義務付けている。就労することからも、自身の財産からも、第三者からの援助によってもその手段を得ることができないがゆえに、人間に値する生存の保障のために不可欠の物質的な手段が欠けている場合には、〔D〕 尊厳を保護するという任務の範囲内で、そして社会国家的形成任務を満たす中で、国家には、そのために物質的前提が、要扶助者の自由になるように配慮する義務がある〔注記略〕。〔E〕 この基本権は、ドイツ連邦共和国に滞在するドイツ国籍保持者と外国籍保持者に、人権(Menschenrecht)として等しく備わっているものである。基本法第1条第1項から生じるこの客観的な義務は、諸個人の給付請求権に対応する。というも、この基本権はすべての個人の尊厳を保護するのであり〔注記略〕、この基本権は、そのような苦境においては、物質的支援のみによって保障されうるからである〔注記略〕。⁸⁵

一般に、ドイツの基本権論において「人権(Menschenrecht)」という言葉は、外国人に対しても認められる「すべての人の権利」のことを意味しており、通常、ドイツ人のみに保障される基本権との対比で用いられる⁸⁶。2012年判決では生存基本権を「人権」とし〔A〕、ドイツに滞在する外国人にも等しく備わると述べていることから〔E〕、ここでも同様の意味で人権という言葉が使われていると考えられる。

この基本権は、なぜ、外国人にも保障されるのであろうか。これを明らかにするために必要な限りで、この基本権の内容を概観しよう。上に引用した諸段落から読み取ることができるかぎりでは、まず、生存基本権は、国家に対して自分の最低限度の生活を保障するよう求める権利であり、その出どころは、人間の尊厳原理(基本法第1条第1項)と社会国家原理(基本法第20条第1項)である。自己の能力や財産および第三者の助けによっても生計を確保できない個人に対して、これら二つの憲法上の原理が、最低限度の生活を可能にするよう国家を義務付ける〔D〕。その際この義務を枠づけるのは、「尊厳の保護の任務」と、「社会国家的形成任務」である。

ここで注目されるのは、国家によって保護されるべき「人間の尊厳(Menschenwürde)」が、

⁸⁴ BVerfGE 132, 134 [159 Rn. 62]. □ 内及び傍線は筆者。

⁸⁵ BVerfGE 132, 134 [159 Rn. 63]. □ 内及び傍線は筆者。

⁸⁶ コンラート・ヘッセ(初宿正典ほか訳)「ドイツ憲法の基本的特質」(成文堂、2006年)186頁。ドイツでは原則として、基本権の享有主体性は、当該基本権を規定する基本法上の文言に従って決定される。ポード・ピエロート/ベルンハルト・シュリンク(永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権〔第2版〕』(法律文化社、2019年)47頁以下。

字面からすれば国籍を問わない概念である一方で〔C〕、その保護のための給付請求権をどのように形作り、実現してゆくのかについては立法者が裁量を有してもいる〔B〕、という点である。この点、日本の「権利性質説」に基づく判例の立場は、生存権の内容を立法者による具体化措置(政策決定)に委ねており、その具体化措置の中で行われた、給付請求権の主体から外国籍者を除外するという政策判断は、立法府の裁量の範囲内であるとされる。これに対してドイツでは、生存基本権を形作る憲法原理の一つに、外国籍者を含む概念である「人間」の尊厳を保護すべしという規範があり、〔A〕を素直に読む限りは、人間の尊厳原理が、給付請求権の主体から外国人を排除することを禁じていると考えられる。

(3) Tiedemann の問題提起

しかしながら、生存基本権の享有主体性に関する連邦憲法裁判所のこのような理解は、従来の同裁判所の判例に照らすと無理があるのではないかと、との疑問が呈されている。Paul Tiedemann は、生存基本権の出どころとしての人間の尊厳原理(基本法第 1 条第 1 項)と社会国家原理(同第 20 条第 1 項)の従来の役割分担からして、その享有主体を「すべての外国人」に認めることはできないはずであるという。すなわち、従来の判例によれば、生存基本権の保護領域(Schutzbereich)は、その事物的領域についてと同様に、人的領域、つまり享有主体の範囲の決定に関する立法者の権限も、基本法第 20 条第 1 項の社会国家原理から導かれるのであって、人間の尊厳原理から生じるのではない。2010 年判決および 2012 年判決において、人間の尊厳原理は、この二つの保護領域を、従来の客観法上の原理から、主観的権利へと展開させるために用いられたにすぎない。つまり、これまでの連邦憲法裁判所判例は、「どのような給付内容にするか」という問題のみならず、「誰に対して給付を行うか」という問題についてもまた、社会国家原理から生ずる内容形成の余地の中にある問題と認めてきたのであるから、人間の尊厳は生存基本権の享有主体性の根拠たりえない。そうであるとすると、例えばなぜ滞在資格をもたない違法滞在者が、内国民や合法滞在者と同じ憲法上の請求権を持つといえるのか、説明がつかない⁸⁷。

⁸⁷ Paul Tiedemann, Anmerkung: Verfassungswidrigkeit der Leistungssätze des

Asylbewerberleistungsgesetzes, NVwZ 2012, S. 1031-1033(1032)。もっとも Tiedemann は、生存基本権の規範構造について、連邦憲法裁判所が 2012 年判決で従来の立場を変更したと理解することもできなくはないという。ただ、「国家は、人間の尊厳の保護という任務の範囲内において、及びその社会国家的形成任務の履行においてそのために配慮することを義務付けられている」〔D〕との判示について、人間の尊厳の保護と社会国家的形成任務をつなぐ「及び(und)」という言葉を、連邦憲法裁判所が累積的な意味で理解しているのか、あるいはそれぞれを独立したものとみているのか分からないため、少なくとも本判決からは、生存基本権の享有主体性についての連邦憲法裁判所の立場をはっきり読み取ることはできないという。また、個人の生活保障についての国家の義務は、社会国家原理のみならず、人間の尊厳原理にも基礎を置くものであるという、連邦憲法裁判所第 2 法廷判決による定式化(BVerfGE 123, 267 [363 Rn. 259]; リスボン条約判決)を採用することで、本判決も説得的になったであろうとコメントしている(S. 1033)。

果たして、「どのような給付内容にするか」という問題と、「誰に対して給付を行うか」という問題とを、憲法上切り離すことができるであろうか。また、「誰に対して給付を行うか」という問題については立法者の裁量に委ねてはならず、すべての人間に最低生活保障給付をなすことが国家に義務付けられるといえるであろうか。これらの問いに答えることで、日本における外国人の生存権論を再構築する手掛かりが得られる。というのも、これまでの日本の生存権論一般についていえば、その具体化法律を制定する際に認められる立法裁量には、「どのような給付内容にするか」と「誰を対象とするか」という裁量のいずれもが、いわば一体的に認められてきたといえるが、これを分離し、なおかつ「誰を」の部分の決定を立法者に委ねることを禁じる論拠を発見できれば、生存権の享有主体を拡大することに繋がるからである。

Tiedemann は、「主観的権利化」こそが、基本法第 1 条第 1 項の規範的意義である、という。筆者はこの点に同意する。しかし、筆者は、生存基本権の人的保護領域の決定も立法裁量に委ねられていると解する Tiedemann とは異なり、抽象的な給付請求権の「基礎」なるものが、人間の尊厳原理に係留しており、社会国家原理から生ずる立法者の内容形成により変更されることができないと考えている。そしてその「基礎」が、国籍による人間の差別を許さない思想的基盤に依っているがために、「(内容はともかくとして)何らかの最低生活保障給付を求める地位」が、外国人にも認められるのである。次節では、その理由を、1961 年の公的扶助法の制定にまで遡って説明する。

第 2 節 給付請求権の「基礎」と基本法の根本思想

本節では、人間の尊厳原理が、「最低生活を可能とする給付を求める地位」を基礎づけていること、そしてこの地位が、国籍を問わずに認められる性質のものであることを示す。

(1) 給付請求権の「基礎」と「範囲」

連邦憲法裁判所によれば、基本法第 1 条第 1 項から生ずる給付請求権は、「基礎(Grund)」と、「範囲(Umfang)」の二つの次元に分けられる。この点は、生存基本権を初めて承認した 2010 年判決ですでに確認されていたが⁸⁸、2012 年判決においても同様のことが述べられている。すなわち、「基本法第 1 条第 1 項から生ずる給付請求権は、基礎においては(dem Grunde nach)、憲法によって、予め基準として与えられている。しかし、その範囲(Umfang)を憲法から直接導きだすことはできない。その範囲は、人間の尊厳に値する生存のために必要なものをめぐる社会的見解、要扶助者の具体的な生活状況、そしてその時々を経済的及び技術的実情に左右されるのであり、立法者はそれに従って具体的な決定を行うべきである」

⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 9.2.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 = BVerfGE 125, 175 [224 f. Rn. 138].

給付請求権の「基礎」と「範囲」の正確な意味は、前後の文脈から明らかになる。この旨の判示の直前の段落には、「人間に値する最低生活の保障は、法律上の請求権を通じて保障されなければなら」ず、また法律上の請求権は、「すべての基本権主体にとって生活に必要な需要の全てを常に充足するように内容形成されなくてはならない」とする。さらに、「立法者が、最低生活の決定について課せられた憲法に合致した義務を十分に果たしていないときは、その内容形成の欠損の限りにおいて、その単純法律は憲法に反する」とする⁹⁰。ここでは、基本法第1条第1項に基づく憲法上の請求権(Anspruch)は、法律上の請求権によって具体化されるべきこと、および、立法者はその内容形成において課せられる義務を守らなければ違憲となることが述べられており、給付請求権と憲法の一般的関係が示されている。このことから、法律上の給付請求権にかかる上記二つの要請が、生存基本権(憲法上の給付請求権)の「基礎」たる部分と考えられる。

これに対して、給付請求権の「範囲」については、段落を改めて述べられている。すなわち、「基本法第20条第1項の社会国家原則は、人間に値する最低生活の保障に鑑みて、時代と現実に即して社会の実情を把握するよう立法者を促している。その際に必要な評価を行うことは、議会たる立法者に当然に認められる。給付請求権を、その要件と効果において具体化することを、立法者は義務付けられている。金銭給付、現物給付、あるいはサービス給付のいずれによって立法者が最低生活を保障するかは、原則として立法者に委ねられる。そのうえ、最低生活の保障のための給付の範囲を決定する際の形成の余地も、立法者には当然与えられている」(傍点は筆者)⁹¹。ここから読み取ることができるのは、法律において給付請求権を設置する義務とは別に、この給付請求権の内容を具体化する義務が観念され、この具体化義務が、基本法第20条第1項から生じているということである。ここで注意しておくべきは、後者の具体化義務の履行にあっては何らの限界もないわけではなくて、基本法第1条第1項から生ずる要請を遵守しなければならないとされていることである。つまり、「何らかの給付への権利」を法律上のものとする義務と、給付内容を具体化する義務が、それぞれ別異に存在し、前者は基本法第1条第1項から、後者は基本法第20条第1項から生じるが、後者の義務を果たす際に、立法者は、基本法第1条第1項から生ずる要請を満たさなければならない。

そして、2010年判決および2012年判決の新しさは、立法者がこの限界を踏み越えていないかどうかについて、司法的判断の可能性を開いた点にある。基本法第1条第1項はこれまで、最低生活保障の立法や解釈の指針としての役割を果たしてきたものの(第3節)、給付内容に対して、司法判断の基準を提供するような裁判規範性は認められてこなかったと

⁸⁹ BVerfGE 132, 134 [160 Rn. 66]. 傍点は筆者。

⁹⁰ BVerfGE 132, 134 [160 Rn. 65].

⁹¹ BVerfGE 132, 134 [160 f. Rn. 67].

ころ、2010年判決がこれを初めて承認したのであった。

逆に言えば、2010年判決以前から、給付を求める権利それ自体は、判決以前から基本法に基づいていたのである。以下では、一内容はさておき一国家に最低生活を可能とする給付を求める「地位」が、基本法第1条第1項に基礎をもつことを示す。この地位それ自体は、2010年判決よりも前に、憲法上の権利という形で現れることこそなかったものの、憲法原理として立法者を拘束していた。この憲法原理は、国籍による差別を排除するものであったために、給付を求める権利は外国人にも認められたのである。

(2) 給付請求権と基本法の根本思想

法律上の請求権の保障が、人間の尊厳原理から生ずる国家の義務であることを示すために、1961年に成立した連邦社会扶助法⁹²の立法資料および連邦行政裁判所の判決を検討する。連邦社会扶助法は、ドイツで初めて、要扶助者に対して最低生活にかかる公的給付への法的権利を規定した法律である。本法律の草案においては、法律上の請求権を認める根拠がある裁判例にある、と述べる。

この草案は、第4条の規定をもって⁹³、ラントの最上級裁判所の判例および連邦行政裁判所の判例(1954年6月24日の判決)により立てられた、以下のような原則を引き受ける。それは、援助の義務的給付(die Pflichtleistungen der Fürsorge)に対しては、法的請求権(Rechtsanspruch)が存する、という原則である。連邦行政裁判所はこの法的請求権を、基本法の根本思想および個別の諸規定により基礎づける。

当該記述からは、主に1954年の連邦行政裁判所判決が、それまでの公的扶助制度とは異なり、給付に対する法的請求権を認めるべきとの見解を、基本法の解釈を通じて導き出したことがわかる⁹⁴。連邦社会扶助法以前のドイツでは、戦間期に作られた、要扶助者に対して法的請求権を認めない扶助制度がそのまま存続していたのであるが⁹⁵、この判決が立法者に、基本法の精神に沿った公的扶助制度の設置を促し、その法的指針を示した。次に、この判決において基本法第1条第1項の人間の尊厳原理が、法的請求権との関係でどのような位置づけを与えられているかを示す。

⁹² Bundessozialhilfegesetz v. 30.6.1961 (BGBl. I S. 815). 当該法律における用語の邦訳にあっては、古瀬徹ほか(編)『先進諸国の社会保障4 ドイツ』(東京大学出版会、1999年)151頁以下を主に参考とした。

⁹³ 草案における第4条第1項の規定は、以下のようなものである。「本法が、扶助を保障するものと定める限りにおいて、社会扶助への請求権を認める。この請求権は譲渡不能である。」

⁹⁴ Vgl. Bernd Schulte/Peter Trenk-Hinterberger, Sozialhilfe: Eine Einführung, 2. neuarbeitete Auflage, Heidelberg 1986, S. 47.

⁹⁵ Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge v. 4.12.1924 (RGBl. I S. 765).

1954年6月24日の連邦行政裁判所判決は⁹⁶、以下のように判示した。

基本法の根本思想は、援助法(Fürsorgerecht)を以下のように解釈することを導く。すなわち、援助主体は法的義務を要扶助者に対して負っており、要扶助者はそれに対応する法的請求権を有する、というような解釈へと導く。〔中略〕憲法は実定憲法の個々の条文からだけではなくて、一定の、実定憲法と結びつく、内的に連関する一般的な原則と根本思想からも構成されている。それらのものは、憲法制定者が出発点としている、前憲法的な全体像を特徴づけているがゆえに、憲法制定者は条文として特別に具体化することはしなかった〔注記略〕。そのような根本思想の一つは、人間(Menschen)の国家に対する関係についての見解である。確かに個人(Einzelne)は国家権力に従うのであるが、従うのは臣民(Untertan)ではなく、市民(Bürger)である。それゆえに個人は、通常は、国家行為の単なる客体とされてはならない。むしろ個人は、自律的な、道徳的な責任を負う人格として、したがって、権利と義務の担い手として認識される。このことは、生存可能性(Daseinsmöglichkeit)が問題となっている場合にとりわけ妥当しなければならない。この原則は基本法のいくつかの規定に再反映されている(第79条第3項、第2条および第19条と結びついた第1条及び第20条)。「不可欠な生活の需要」保障(ライヒ諸原則第1条)、つまりかれの生存そのものが問題になっている限りにおいて、不可侵の、国家権力によって保護されるべき、人間の尊厳(第1条)は、国家行為の単なる客体として人間を見ることを禁じるのである。〔中略〕この憲法の根本思想に対応する援助法(Fürsorgerecht)の解釈は、以下ようになる。それは、その援助法律が、要扶助者に有利になるような義務を援助主体に課している限りで、要扶助者はこの義務に対応する権利を有し、ゆえにその権利の侵害にあっては行政裁判所による権利保護を求めることができるのだ、という解釈こそが、憲法の根本思想に相応しい。⁹⁷

この判決は、基本法が前提とする根本的な思想を根拠として、公的扶助給付に対して、要扶助者は、訴訟により貫徹できる法的請求権を持つと解釈すべき旨を判示している。ここで連邦行政裁判所が「基本法の根本思想」として理解しているのは「個人を国家行為の単なる客体としてはならない」という、国家と個人の関係についての一般的な理解である。基本法は、国家に対して、個人を権利と義務の担い手として扱うべきことを命じている。そして、

⁹⁶ BVerwG, Urt. v. 24.6.1954 - V C 78.54 = BVerwGE 1, 159-163.

⁹⁷ BVerwGE 1, 159 [161 f.]. □内は筆者。

個人の生存そのものが危うくなっているような場合には、このことは一層強い要請となる。個人は国家に対して生存保障を求める権利をもつ主体であり、国家はこれに対応する義務を負う。これにより、国家の秩序維持を目的として恩恵的に給付を行うという従来の態度は認められない。

本研究にとってこの判決の最も重要なポイントは、給付への法的請求権を基礎づけるこの根本思想が、「人間」や「個人」と国家との関係についての思想であって、国籍という概念の入り込む余地がない、とうことである。基本法は、少なくともその適用の及ぶ範囲に存在する人間一般を、権利義務の主体として認識せねばならない。外国人に対して給付への請求権を認めないことは、当該根本思想からの違背を意味するのである⁹⁸。

この根本思想からすれば、「給付を求める地位」を持つ人的範囲を、国民に限るような立法は許されない。このような考えを裏付けるのは、当該判決を受けた連邦社会扶助法の立法者がすでに、2012年判決で示された生存基本権の「基礎」と「範囲」の区別を行っており、しかもその「範囲」が、内容的範囲のみを指し、人的範囲を含むものでなかったという事実である。立法者が給付への請求権について述べたところの、上で引用した部分の続きに、この点についての見解が示されている。

扶助の形式と程度は、援助の個別化の原理に応じて、例外なく、法律それ自体によってではなく、個別事例の状況にしたがって決定されるべきものであるから、法的請求権は、扶助の形式(Form)と程度(Maß)に対しては及ばない。法的請求権が指示されうるのはただ、要扶助者は、法律上の要件を満たしている場合に扶助を受ける、という

⁹⁸ もっとも、この判決の中に、国籍やそれに類する一定の人的範囲を想起させる概念が一切登場しないわけではない。例えば引用した段落においても、「臣民」と「市民」が対比させられているが、これらの概念は、国家に帰属している個人の法的地位を指すものと読むこともできるものであるため、外国籍者は初めから議論の外に置かれておりと解することも不可能ではない。さらに連邦行政裁判所は、基本法に現れている「共同体思想」からも扶助給付への権利が基礎づけられるとすることによって、国内に存在する人々のうち、一定の人的範囲を画す契機を認める。曰く、社会的法治国家(第20条および第28条)の原則、および財産権の社会拘束性(第14条第2項)の原則において示される、共同体思想(Gemeinschaftsgedanke)もまた、原則として互いに平等な権利を有する共同体の参加者が、自らの権利の担い手として認識されること、そして、社会における国民(Volk)の本質的部分が自らの生存について権利なく放置されることがないように要求しているのであるという(BVerwGE 1, 159 [162])。ここでは、「人間」や「個人」ではなく、「国民」や「共同体の参加者」という言葉が使われ、ドイツ人でない者や、共同体の成員とはいえない者を排除する論拠にもなりうる。しかしながら、上記判決が、基本法の根本思想に加えて、共同体思想もまた扶助への法的権利を基礎づけるというように、後者を追加的に論じていることに鑑みると、給付請求権の主体として外国人が排除されているとの理解は、説得的でない。法的請求権を認める主たる論拠は、基本法が前提とする国家と個人の関係にあるのであり、そしてそれは、個人を国家行為の単なる客体としてはならない、という原則的考慮である。個人が—国籍保持や定住などを通じて—国家に帰属しているといえるかどうかは、この原則的考慮にとっては、第二義的な、ないし補足的な標識にすぎない。

ことだけである。したがって、社会扶助への法的請求権は、基礎における(dem Grunde nach)請求権である。要扶助者はこれを、訴訟において追求することができる。⁹⁹

立法者は、2012年判決とは異なり、請求権の「範囲(Umfang)」という言葉を使ってはいない。しかし、訴訟を通じて貫徹しようという、請求権の本質的特徴との対比で、その請求権の中身が何であるかという実体的な問題を、給付の「形式(Form)」「程度(Maß)」と表現しており、これらは2012年判決のいう「範囲」と同じ意味であるといつてよい。なぜなら、(1)でみたように、給付請求権の「範囲」は、立法者によって具体化されるべき、給付の要件と効果であるのであり、2012年判決はその例としてまさに給付の形式(金銭給付か現物給付かなど)と、その程度、つまり給付の対象となる需要(ニーズ)およびその量(額)のことを指すからである。法的請求権は給付の形式ないし範囲には及ばない。だから、給付を現物給付ではなく金銭給付で与えるべきであるとか、より多くの額を支給すべきであるとかいうことを、当該権利をもって追求することはできない。法的請求権はただ、法律上の給付の要件が満たされている場合に給付を行うことを、給付主体に義務付けるにすぎない。法的請求権が「基礎において(dem Grunde nach)」認められるにすぎないというかような性格は、(2010年判決を前提とする)2012年判決で確認されるよりもはるかに前から、原則として認められていたことがわかる。

ここでは、受給権者の人的範囲の決定の余地は立法者に認められない、という点が重要である。請求権に関する立法者の上記説明によれば、それ自体訴求できないものとして「基礎」から区別されるのは、個別事例に応じて給付をどのように(「形式」)、どれだけ(「程度」)認めるかという点だけである。つまり給付請求権の「範囲」の決定は、「人的範囲」の決定を含まないのである。この点 Tiedemann は、立法者には、給付の内容のみならず給付の対象者までも決定する権利が、社会国家原理から導かれると解しているが、連邦社会扶助法の立法者自身はそのように考えていなかった。このような事実を、「基礎」としての最低生活のための給付請求権が、その保障の有無を、国籍を基準に決めることを禁じていることの表れとして理解することも、無理ではなからう。

そして、2012年判決で示されたところの、給付請求権への「基礎」部分と、国籍による区別を排除する「根本思想」とを結びつけるのが、基本法第1条第1項の人間の尊厳原理である。確かに、この連邦行政裁判所判決の中では、「根本思想」と人間の尊厳原理の関係は、明らかにされていない。しかしながら、「個人を国家行為の単なる客体としてはならない」という根本思想は、現在、まさに人間の尊厳原理の規範内容として通用している規範そのものなのである。コンメンタールにおいても、人間の尊厳が侵害されたといえるのは、人間が、

⁹⁹ BT-Drucks. 1799, S. 32. □ 内、傍線および傍点は筆者。

「国家行為の単なる客体」とされたときである、と説明される¹⁰⁰。連邦憲法裁判所もこの「客体定式(Objektformel)」を参照して人間の尊厳原理の内容を説明するようになるが¹⁰¹、「個人を国家行為の単なる客体としてはならない」との言明が裁判例に登場したのは、上で見た1954年の連邦行政裁判所判決が初めてであった¹⁰²。Volker Neumannは、「この判示は、今日まで人間の尊厳という規範の理解を特徴づけるところの、客体定式の、憲法上の出生時刻(Geburtsstunde)である」と指摘する¹⁰³。当該行政裁判所判決において示された基本法の「根本思想」と給付請求権の「基礎」は、人間の尊厳原理を通じて結びついているといえる。そして、人間の尊厳原理もまた、その保護および尊重の対象を問わない原理であることから、ここにも国籍による差別のモメントは存しない¹⁰⁴。

給付内容が司法的統制の対象とされるかはともかくとして、「最低限度の生活」を確保するための「何らかの給付」を、国家に求める地位ないし資格は、1954年に連邦行政裁判所が示した「個人を国家行為の単なる客体としてはならない」という基本法の根本思想から生じるものであり、人間の尊厳原理の一内容を成す規範である、ということが示された。そして、この「何らかの給付」への法的請求権が、ドイツ人のみならず外国人にも認められるのは、この規範が国籍による差別の契機をもつものではなく、「人間」であれば誰にでも妥当するものだからである、という点をも明らかにした。

(3) 庇護申請者給付法における「基礎」の維持

実際に連邦社会扶助法は、給付請求権を、ドイツに滞在するすべての外国人に対して原則的に認めた(第120条)。ただし、請求権が認められる扶助の種類がドイツ人に比して少ない

¹⁰⁰ Hans D. Jarass, in: ders./ Martin Kment, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, C. H. BECK, 17. Aufl., 2022, zu § 1 Rn. 11. 基本法上の人間の尊厳原理についてこのような定式化を初めて行ったのは、Günter Dürigであるとされる。Vgl. Günter Dürig, in: Theodor Maunz/ders. u. a., Grundgesetz Kommentar, 33. Ergänzungslieferung, 1997, zu § 1 Rn. 28.

¹⁰¹ 著名なものとして、いわゆる航空安全法判決が挙げられる(BVerfG, Urt. v. 15.2.2006 - = BVerfGE 115, 118; 邦語での解説として、嶋崎健太郎「航空安全法判決」ドイツ憲法判例研究会(前掲注72)81頁以下、および、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理——人間の尊厳条項の規範的意義と動態』(尚学社、2013年)110頁以下を参照。また、客体定式が連邦憲法裁判所においてどのように用いられてきたかを分析するものとして、vgl. Jens Kersten, Das Klonen von Menschen, Tübingen 2004, S. 444 ff.

¹⁰² Katharina M. Hauer, Die „Fürsorge-Entscheidung“ des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 1, 159) aus rechtshistorischer Sicht, Baden-Baden 2020, S. 119. また、人間の尊厳原理についての当時の学説の議論が当該判決に現れていると分析するものとして、vgl. Manfred Baldus, Kämpfe um die Menschenwürde, Berlin 2016, S. 60 ff.

¹⁰³ Volker Neumann, Menschenwürde und Existenzminimum, NVwZ 1995, S. 426-432(427).

¹⁰⁴ 人間の尊厳の保護と尊重を定める基本法第1条第1項の人的保護領域に、外国人も含まれることは自明であるとされる。Vgl. Jarass(Anm. 100) zu § 1 Rn. 7. ただし、胎児、死者および「種としての人間」などが人的保護領域に含まれるかについては、学説の一致があるわけではない。参照、玉蟲(前掲注101)54頁以下。

という意味で、内外人が全く同等に取り扱われていたわけではなかった¹⁰⁵。また、同法に置かれた外国人への給付についての規定は、連邦社会扶助法以前の公的扶助制度における規定をほとんどそのまま踏襲したものであった¹⁰⁶。請求権を認める前から、ドイツでは、すべての外国人への扶助が法律上行われており、この扶助給付に請求権としての性質を付与したにすぎない。1954年の連邦行政裁判所判決はあくまで、当時の法律を基本法適合的に解することで、法律上の請求権を認めるよう立法者に義務付けただけで、憲法から直接に給付請求権を導き出したのではなかった¹⁰⁷。だから本法制定時に、立法者が基本法および上記連邦行政裁判所判決に基づいて、積極的に扶助の対象となる人的範囲を外国人へと拡張したと評価することはできない。しかしそうであるからといって、立法者には給付請求権を外国人に認めない決定をする権限があるとは考えられない。なぜなら、難民申請者や違法滞在者に対する給付を定める法律を新たに作るにあたって、「給付に対する請求権」を対象者に認めるという原則的決定は、一切揺らがなかったからである。

後に詳しくみるように、庇護申請者の激増と、それに伴う「要扶助外国人」の増加に対処するため、当時の一般公的扶助法である連邦社会扶助法から独立した法律として、「庇護申請者給付法」が作られた。庇護申請者給付法は外国人にしか適用されず、しかも、入国して間もないという意味で「社会の構成員」とは言い難い者や、違法に滞在していることから移民政策上「望ましくない」とされる外国人を主な対象とする給付法である。そのような給付法においてさえ、給付が法的請求権として認められていた。このことは、立法資料において端的かつ明確に示されている。受給権者を定める第1条についての理由付けの冒頭に、「この規定は、本法による給付への請求権(Anspruch)を有するところの、受給権者の人的範囲を定めている」と述べられている¹⁰⁸。支給するかどうかを給付主体の判断に委ねたり、給付の額を、法律に基づかずに変更したりすることは認められない。次節で見る通り、給付主体による恣意的な法の運用に対して、裁判所が法律に基づいて統制を行っていた。

¹⁰⁵ この点については、第2章で詳述する。

¹⁰⁶ 公的援助の条件、種類及び範囲に関するライヒ諸原則第34条「要援助性のある外国人は、生計扶助、とりわけ宿泊、栄養、衣服、介護及び疾病扶助を受けるものとする。必要な場合には、葬儀費用も賄うものとする。他の諸規則に関しては、ドイツ国参議院の同意を得たドイツ国政府あるいは国際条約が決した場合にのみ、有効とする。」連邦社会扶助法(草案)第113条「(第1項)基本法第116条の意味におけるドイツ人でない者で、本法の効力範囲内に事実上滞在している者は、本法によって生計扶助、疾病扶助、妊婦及び産褥婦扶助、結核扶助及び介護扶助を保障される；社会扶助を受けるために本法の適用領域に入った者は、請求権を持たない。その他の点では、社会扶助は個別の場合に正当化される限りで与えられる。第1文に挙げられている諸給付以外に、その他の社会扶助を与えるような規定又は与えられなければならないような規定は、影響を受けない。(第2項)連邦内務省は、連邦参議院の同意を得た法規命令を通じて、第1項第1文に挙げられている諸給付以外のその他の社会扶助を与えることあるいは与えなければならないことを決定する。」立法資料にも、当該規定は「公的援助の条件、種類及び範囲に関するライヒ諸原則の第34条に対応する」とある(BT-Drucks. 1799, S. 60.)

¹⁰⁷ Neumann(Anm. 103)S. 427; Baldus(Anm. 102)S. 65.

¹⁰⁸ BT-Drucks. 12/4451, S. 7.

庇護申請者給付法においても給付に対して法的請求権が認められたという事実は、人間の尊厳に係留している最低生活保障給付への請求権の「基礎」たる部分を、国籍を問わずにあらゆる個人に認められねばならぬという規範の存在を裏付ける。連邦社会扶助法が基礎としたヴァイマル期の援助制度を単に引き継いただけであって、外国人を扶助の対象とすることは憲法に基づく選択ではないのではないか、という疑義は、もはや通用しない。

第3節 給付請求権の「範囲」の決定と移民政策の影響

(1)立法の指導原理としての人間の尊厳

最低生活保障給付は、人間に値する生活を送るために必要な物質的条件を要扶助者に提供しなければならない。立法者による請求権の内容的具体化の限界は、給付が「人間に値する生存」を確保するものといえるかどうか、という点にある。連邦社会扶助法の法案における立法目的の説明の中でも、この点が示されている。

基本法によれば、ドイツ連邦共和国は社会的法治国家である(第20条、第28条)。したがって、特別な社会的状況ゆえに公共〔Allgemeinheit〕の助けを必要とする人間の世話をすることが、この国家の任務に含まれる。本法案は、基本法第74条第7号¹⁰⁹の枠組みにおいて、これについて必要な法的基礎を作り出すために規定される。本法案はその際、基本法の諸規定を出発点とするが、それらの規定によれば、何人も〔jeder〕生命への権利をもち(第2条)、人間の尊厳が尊重され、保護されなくてはならない(第1条)。それゆえ本法案はその第1条で、扶助の受給者に、人間の尊厳にかなう生活を可能ならしめることを、社会扶助の任務として示しているのである。¹¹⁰

人間の尊厳原理が給付請求権の「基礎」をなすことに加えて、人間の尊厳の保護の要請(基本法第1条第1項)が、給付内容の具体化にあたって立法の指導原理となり、給付の「範囲」の決定に対して一定の限界を設けている。この理解は、2012年判決の「基礎」の説明にも合致する。問題は、この「一定の」限界が、具体的にどこにあるのか、例えば厳密な数値を人間の尊厳原理から導くことができるのか、ということである。この問題は連邦憲法裁判所の判例とそれをめぐる学説において様々に議論されたが、これに否定的な論者であっても、立法者が給付の具体化に際して目指すべき一人間らしい生活を可能とするような給付でなければならないという、きわめて抽象的な一方向づけを行う意義が、基本法第1条第1項にあるのだという点は認めていた¹¹¹。

¹⁰⁹ 基本法第74条第7号は、公的扶助を連邦の競合的立法権限とする規定である。

¹¹⁰ BT-Drucks. 1799, S. 32. □内は筆者。

¹¹¹ 最低生活保障と人間の尊厳原理の関係についての連邦憲法裁判所の判例および学説の議論について、玉蟲(前掲注101)201頁以下を参照。

しかし結局、2010年判決で登場した生存基本権は、数値化された「最低生活」を憲法から直接引き出すことを可能にするような権利ではなかった。その代わりに、需要を現実に即して把握し、給付がそれを充たすことができることを、説得的に示すよう立法者に求めるという方法で、「最低生活」の下限を手続的に統制する途を開いた。

かような統制がなされるようになる前は、外国人の給付は一部において著しく縮減されていた。この縮減は、とりわけ庇護申請者や違法滞在者などの、ドイツにきて間もない者や、今後の滞在の見込みが薄い者といった、「社会の構成員」には含まれないであろう人々に対する給付について顕著である。以下では、給付の「基礎」は維持されながらも、その「範囲」が、都度の移民政策の影響を受けて縮小されていったことを確認する。行政裁判所は、給付法の移民政策的な意図による法解釈ないし適用に対して一定の歯止めをかけてきたとはいえ、それも後の立法によって覆されてしまう。また、このような流れの中に2012年判決を位置付けることにより、生存基本権が「社会構成員でない」者にとっていかなる意義を有するものであるかを示す。

(2)連邦社会扶助法における外国人の取扱いの複線化

ここでは、外国人の最低生活保障法上の取扱いが、庇護申請者の増加への対応という外国人政策の影響を受けて複線化していった過程を概観し、行政裁判所が最低生活保障と外国人政策の関係をどのように評価していたかをみる。これにより、扶助法の運用において外国人政策的な考慮を行うことは行政裁量の行使においてのみ認められ、受給権の有無や給付切り下げの根拠として、外国人政策的意図を持ち出すことを行政裁判所が禁じていた点を明らかにする。

(2-a) 庇護申請者に関する給付の制限——第二次予算構造法

(2-a-1)背景；1980年頃のドイツ国内における外国人

1970年半ばに1万件ほどに達した庇護申請件数は徐々に数を増やし、1980年には10万件を超えた¹¹²。1975年以降のレバノン紛争でのパレスチナ難民、1980年のトルコでの軍事クーデターとその影響下でのクルド系住民への迫害、そして1983年以降のスリランカ内戦から逃れてきた難民が、庇護を求めてドイツへやってきたのである¹¹³。しかし、この時期にドイツで庇護申請を行ったのは、必ずしも政治的迫害や紛争から逃れてきた外国人だけではなかった。豊かな生活を求めてドイツへやってきた人々が、合法的な入国の方法の一つと

¹¹² Bundesamt für Migration und Flüchtlinge(BAMF), Aktuelle Zahlen(11/2021), S. 5 (URL: https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/AsylinZahlen/aktuelle-zahlen-november-2021.pdf?__blob=publicationFile&v=2).最終確認 2021年12月17日。

¹¹³ 公益財団法人日本国際交流センター(JCIE)「ドイツの移民・難民政策の新たな挑戦」(URL: <https://www.jcie.or.jp/japan/cn/german-research/final.pdf>、最終確認 2021年12月25日)22頁。また、昔農英明『「移民国家ドイツ」の難民庇護政策』(慶應義塾大学出版会、2014年)45頁も参照。

して、庇護申請を利用していたのである。政府はこのような外国人(いわゆる「経済難民」)が、庇護権を「濫用」しているとして、これに対処すべく数々の外国人・庇護関連法規の改正に着手する¹¹⁴。

なお、この時期に新たにやってきたわけではなく、50年代の外国人労働者募集に応じてドイツへ入国し、事実上定住化していた外国人についても触れておく。ドイツは1950年代以降外国人労働者を一時的滞在者(ガストアルバイター)として受け入れてきたが、次第に労働力の追加的導入を抑制するようになり、オイルショックが決定打となって、ついには1973年に募集を停止した¹¹⁵。経済危機のさなかにあつて、政府は、失業外国人の入国制限・帰国促進のための施策を打ち出し¹¹⁶、1982年のコール政権への政権交代後は、帰国一時金の支払いや拠出した保険料の返還という方法で、帰国促進政策がより強く推し進められたものの、期待されていたほどの効果は上がりず、滞留した外国人労働者が家族を呼び寄せて定住化した結果、1973年に397万人だったドイツ在住の外国人数は、1980年には445万人にまで拡大していた¹¹⁷。

(2-a-2)第120条第2項の新設

ドイツの最低生活保障法である連邦社会扶助法が1961年に成立して以来、同法第120条により、ドイツに事実上滞在する外国人はすべて、ドイツ人と同様の手続により、生計扶助(食料、住居、衣服、身体の手入れ、家具、暖房及び日常生活上の個人的需要が含まれる)と、特別扶助のうち、疾病扶助、妊産婦扶助、結核扶助、介護扶助に対する給付請求権(受給権)が認められていた(第1項前段)。ドイツ人に対しては受給権が認められる他の種類の特別扶助については、行政裁量により支給されうる(第1項後段)。

1981年の第二次予算構造法¹¹⁸成立により、外国人についての給付を定める第120条には、新たに第2項が追加されることになった。その主たる内容は、庇護申請者について、①その庇護手続が確定的に終結するまでの間は、給付請求権は生計扶助に限定される、②その他の社会扶助は裁量により保障される、③扶助は、可能な限り現物給付として保障される、④経常的金銭給付は裁量により、生計に不可欠な分にまで制限されることができるといふものであった。

¹¹⁴ 昔農(前掲注113)43頁以下を参照。

¹¹⁵ 近藤潤三『ドイツ移民問題の現代史』(木鐸社、2013年)138頁。

¹¹⁶ 概説として、中村圭介「西独における外国人労働者政策の展開」日本労働協会雑誌348号(1988年)57頁以下を参照。

¹¹⁷ 近藤(前掲注115)142頁以下。

¹¹⁸ Zweites Gesetz zur Verbesserung der Haushaltsstruktur (2. Haushaltsstrukturgesetz - 2. HStruktG) v. 22.12.1981, BGBl. I S. 1523.

¹¹⁹ 「生計に不可欠な分」(zum Lebensunterhalt Erläßliche)という概念は、この改正で初めて用いられたものではない。労働を拒んだ受給権者に対する制裁的減額を定める連邦社会扶助法第25条においても、同じ表現が使われていた。

実は、庇護申請者に対する規定の追加は、第二次予算構造法の制定過程当初から予定されていたものではなかった。法案の段階では第 120 条の改正は問題になっていなかったのである。後の両院協議会¹²⁰の議決勧告の中で、唐突に第 120 条第 2 項が挿入された¹²¹。両院協議会における議論は公開されないため、当該規定の目的や運用に関する立法者の見解は全く不明であった。ただし、庇護申請者数の急激な増加という当時の状況に鑑みて、立法者の主眼は、給付の内容を少なくすることで経済難民がドイツへやってくるインセンティブを減らし、財政負担を抑えることにあったと推測されていた¹²²。

(2-b)法解釈による統制——ベルリン上級行政裁判所 1983 年 1 月 3 日決定¹²³

(2-b-1)事案の概要と争点

申立人ら一家は 1982 年にレバノンから西ベルリンへと空路で入域した。彼らはレバノンのパスポートを持ってはいたが、有効なビザを有していなかったため、ベルリン警察署長により滞在許可の付与の申請を拒否され、国外退去強制の予告を受けた。ただし、レバノンの現況に鑑みて、国外退去強制措置は見合わせられている。申立人らは庇護申請を行っていなかったが、社会扶助主体は、庇護申請者について設けられた連邦社会扶助法第 120 条第 2 項の規定を申立人らに類推適用し、通常の外国人に対するよりも低い額での給付を支給していた。本件では、違法に入国し、滞在している外国人に対して、第 120 条第 2 項の規定を類推適用することが認められるかが争われた。

(2-b-2)決定

裁判所は、そのような類推適用は認められないと判示した。すなわち、連邦社会扶助法は、法的請求権の保障の際には原則として、要扶助外国人がドイツに合法的に滞在しているかどうかを問わない。第 120 条においても、問題となっているのは外国人一般に対する請求権の範囲の限定と、庇護申請者に対する裁量による給付切り下げの可能性だけであって、滞在の合法性は焦点となっていない。むしろ、諸状況の下にある違法滞在を、国外退去強制の措置を通じてでも終わらせようとするかどうか、それをいつやるかについての判断は、依然として所管の外国人局¹²⁴に委ねられているのである。外国人法第 10 条第 1 項第 10 号によ

¹²⁰ 両院協議会(Vermittlungsausschuss)とは、基本法第 77 条第 2 項に基づいて組織される、連邦議会と連邦参議院の各代表者が法案についての合意を形成するための委員会である。参照、小林公夫「ドイツの議会制度」調査と情報 1055 号(2019 年)11 頁。

¹²¹ BT-Drucks. 9/1140, S. 6.

¹²² Vgl. Michael Stolleis/Gudrun Schlamelcher, Zur Verfassungsmäßigkeit des 120 BSHG, NDV 1985, S. 309-317(313); Hermann Gottschick/ Dieter Giese, Das Bundessozialhilfegesetz Kommentar, 8., neuarbeitete Aufl., 1984, zu § 120 Rn. 8.

¹²³ OVG Berlin, Beschl. v. 3.1.1983 - 6 S 117/82 = FEVS 34, 137-142.

¹²⁴ 外国人局(Ausländerbehörde)とは、外国人の在留を管理する行政機関の総称である。庇護申請受理等の業務もここでされる。参照、本間浩『個人の基本権としての庇護権』(勁草書房、1985 年)166-167

れば、合法にドイツに滞在している外国人であっても、社会扶助の受給は退去強制の理由になりうる。このような中で、連邦社会扶助法第 120 条第 2 項を連邦領域内に違法に滞在している外国人に対して類推適用することは、滞在関係法と社会扶助法との体系的な区分と矛盾することになる。滞在の合法性如何により異なった取扱いをすることは、外国人にさらなる給付を認めるかどうかについての裁量行使の枠内において余地が残されているにすぎないのであって、給付請求権が保障されている点については認められない¹²⁵。

ただし、申立人らは社会扶助を受給する目的で入国したと考えられるため、扶助に対する請求権を持たない(第 120 条第 1 項第 1 文第 2 段)¹²⁶。申立人 1) は 1972 年にあったいくつかの事件について、レバノン政府から捜索を受けていると主張するが、その後 1982 年にパレスチナ難民用のパスポートの発行をレバノン政府から受けていることとの整合性が取れない。そもそも、政治的な迫害から逃れてきたのならば庇護申請をするはずであるが、それをしていないことから、社会扶助の受給が入国の目的であったことが推測される¹²⁷。なお、請求権が否定されたとしても裁量により給付が行われうる旨規定されているが、そこでの裁量行使にあっては、庇護申請の濫用的不行使(mißbräuchlichen Unterlassen)に対処するために、連邦社会扶助法第 120 条第 2 項の給付枠組みを使う権限が社会扶助主体には認められる¹²⁸。

(2-b-3)検討

当該決定はまず、連邦社会扶助法と外国人法のそれぞれについて、滞在の違法性がどのように評価されるか検討している。一方において扶助法は、受給権を認めるか否かの判断の際に、滞在の合法性を問題としていない。それゆえ、違法滞在者であるというだけでは、受給権を否定することはできない。他方において外国人法は、違法滞在者に対する処分、例えば国外退去強制について定めているが、その対象を決定し、措置を執るのは所管の外国人局である。さらに、扶助法と外国人法が全く異なる体系をもつ法であることの証左として、社会扶助の受給が国外退去命令事由となっていること、つまり合法に滞在する外国人であっても、扶助を受給したことを理由として、外国人局により国外退去の対象とされうることを挙げている。滞在の違法性を受給権の有無の判断にかからしめることは、扶助法上の規定の文言に反するのみならず、本来は外国人局に委ねられているはずの違法滞在者の処遇を、社会

頁。インターネット上の法令用語辞典では、以下のように定義されている。「外国人局は外国人と外国人に関係する事項、例えば出入国、滞在、滞在資格の更新、就労、パスポートの紛失・盗難などの不測の事態、病気による出国の延期などを所轄する官庁である。外国人局は、それぞれの郡(Landkreis)あるいは郡に属さない市(kreisfreien Stadt)ごとに、委任行政の範囲において委任業務を遂行する」

(<https://www.juraforum.de/lexikon/auslaenderbehoerde> 最終確認 2019 年 10 月 7 日)。

¹²⁵ FEVS 34, 137[139 f.].

¹²⁶ 受給目的で入国した者に給付を否定する規定については、第 4 章で扱う。

¹²⁷ FEVS 34, 137[140].

¹²⁸ FEVS 34, 137[142].

扶助主体が肩代わりすることになるため認められないのである。

ここで指摘しておくべきは、扶助法と外国人法が体系を異にする法であるという点が意識されながらも、外国人政策的考慮が扶助法の運用にあたって完全に排除されているわけではない、という点である。このことは、給付請求権については、その有無を滞在の違法性に左右させてはならないといいつつも、裁量給付については、外国人政策上非難さるべき態度(満額の給付を得るために庇護申請をしないこと)を、減額の根拠としてもよいと判断している点にみられる。このように、扶助法と外国人政策を一応は区別しながらも、扶助法の運用にあたって外国人政策的考慮を完全には排除しないという点に、人たるに値する生存の確保という憲法上の要請と、増加する困窮外国人への対処という外国人政策の衝突を、なんとか調和させようという行政裁判所の苦慮が感じられる¹²⁹。

(2-c)立法による対処——1984年予算随伴法

1983年12月の「1984年予算随伴法」成立により¹³⁰、連邦社会扶助法第120条第2項はさらに改正された。当該改正により、第2項の請求権の範囲減少と給付切り下げの対象となる人的範囲が拡大された¹³¹。この改正で、当該規定の対象者は庇護手続中の外国人のみならず、出国を義務付けられている外国人で、国際法上、政治上そして人道上または外国人法上掲げられた理由により出国を猶予されている者(第1文第2号)、その他の外国人で、出国を義務付けられている者(第1文第3号)にも及ぶことになった。違法滞在者も第2項の対象とすることで、(2-b)における行政裁判所決定の解釈が、立法により覆されたことになる。

当該改正の理由は、出身国における状況の不明確性に依拠して庇護申請を行わず、あるいは申請を取り下げること、猶予者として(第2項による制限のない)完全な社会給付を得ようとするインセンティブを現行の第2項が生じさせているからであると説明された¹³²。つまり、第2項による給付制限を避けるために、あえて庇護申請をせずに満額での給付を受ける者がいたため、改正によりこれに対応しようというのである。このような外国人の状況は庇護申請者と同列に置くことができるものであるので、出国義務を負う外国人を、庇護申請を行うために滞在する人たちよりも扶助法上優遇するようなことは、是認しがたいと

¹²⁹ Vgl. Walter Schellhorn/Hans Jirasek/Paul Seipp, Kommentar zum Bundessozialhilfegesetz, 14. Aufl., 1993, § 120 Rn. 21.

¹³⁰ Gesetz über Maßnahmen zur Entlastung der öffentlichen Haushalte und zur Stabilisierung der Finanzentwicklung in der Rentenversicherung sowie über die Verlängerung der Investitionshilfeabgabe (Haushaltsbegleitgesetz 1984) v. 22.12.1983, BGBl. I S. 1532.

¹³¹ 当該改正はこの他にも、商品券の交付を可能な扶助の形式として加え、そして、生計に不可欠な分への切り下げは、経常的金銭給付の額のみならず商品券や現物給付の価値の切り下げにも及ぶものとした。

¹³² BT-Drucks. 10/335, S. 105. そこに示されているベルリン外国人局のデータによれば、庇護申請者と猶予者の扶助受給者の比率は、1981年の8月から12月までの間はおよそ46対54だったのに対して、1982年1月及び2月においては、およそ5対95であったという。

いう¹³³。

(2-d)庇護申請者に対して一律的に減額する運用

(2-d-1)法的問題

(2-a-2)で見たところによれば、庇護申請者に対する規定の内容は、①請求権の生計扶助への限定、②他の扶助は裁量による、③可能な限り現物給付で保障する、④扶助は生計に不可欠な分にまで制限されうる、というものであった。しかし、並列的に規定されたこれらの規範のうち、①請求権の生計扶助への限定と、④給付は生計に不可欠な分にまで制限されうる、という二つの規定の関係が、解釈上の問題を引き起こしていた。すなわち、ほとんどのラントでは、第2項に該当する者には基本的に①により生計扶助が満額で支給されていたのであるが、地域によっては、第2項に該当する者に対して一律に、つまり個別事例に応じた審査なしに、④による生計扶助の減額が行われていた¹³⁴。この①と④の適用に関する実務の混乱に一応の決着をつけたのが、以下の二つの連邦行政裁判所判決である。

(2-d-2)連邦行政裁判所 1985年3月14日判決¹³⁵

生計に不可欠な分にまで給付を切り下げること(④)を原則とし、満額で支給すること(①)を例外とするような行政実務は、法律上の裁量の限界を踏み越えるものであり、許されない。この裁量の限界は、一つは庇護申請者への社会扶助保障に関する規定が存在する脈絡全体から、そしてもう一つは連邦社会扶助法第120条第2項の体系から生じる。第一の点については、庇護申請者に関する当該規定が、別異の法律として設けられるのではなくて、連邦社会扶助法の規定の一つとして置かれたということが重要である。なぜならそのことにより、社会扶助を特徴づける諸原則の適用を認めることになるからである。そのため、庇護申請者についての諸規定にも、連邦社会扶助法の原則の一つである個別性原理が適用される。第二の点については、第120条の規定が、あらゆる外国人に対して生計扶助への請求権を認めており、それもドイツ人と同じ基準に基づいて行われることとされているが、このことは、庇護申請者に関する規定の挿入後も原則として変わっていない。庇護申請者には請求権が生計扶助に限られるという規定(①)は、その生計扶助がドイツ人と同じ基準で、あらゆる外国人に認められる生計扶助なのだということを確認するものである。そこではただ、他の外国人には認められる特別扶助(疾病扶助・妊産婦扶助・結核扶

¹³³ Ebenda.

¹³⁴ バイエルンでは15%の減額を一律に行っていた。Vgl. Barbara Dietrich, Sozialhilfe für Asylsuchende, Wiesbaden 1992, S. 23. また、20%から30%の減額を行うところもあったという。Hartmut Schubert, Sozialhilfe für Ausländer – Konsequenzen der Neufassung des § 120 Abs. 2 BSHG im Rahmen des Haushaltsbegleitgesetzes 1984 -, InfAuslR 1984, S. 81.

¹³⁵ BVerwG, Urt. v. 14.3.1985 - 5 C 145/83 = BVerwGE 71, 139-150. 邦語での解説として、庄谷怜子ほか「ドイツ連邦共和国における外国人に対する社会扶助・完」社会問題研究 43 卷 1 号(1993 年)127 頁以下〔瀧澤仁唱〕を参照。

助・介護扶助)への請求権から、庇護申請者は除外されるのだと言われているにすぎない。これが、原則としての規制なのである。これとの関係で、経常的金銭給付の制限可能性(④)は、例外となる。そこでは、生計に不可欠な分というかたちで、制限可能性の限界が示されている。これによっても、社会扶助主体の裁量行使には境界が引かれる。経常的金銭給付の制限を行う理由付けから裁量行使の際に扶助主体が出発点とした観点が認識できるようになっていなければならないということが、ここから帰結されるのであるが、その不可避性について、当裁判所はすでにかつての判例¹³⁶の中で指摘している。したがって、この原則例外関係を反対にするような指針、つまり庇護申請者に対しては給付の切り下げ(④)が原則であって、満額での支給(①)が例外であるというような指針に依拠した裁量判断は誤りである¹³⁷。

このことへの反論として、第2項が、外国人法及び外国人政策、特に庇護政策的な目標を基礎に置いているなどということを持ち出すことはできない。そのような見解によれば、当該規定がかような目標に基づいていることで、社会扶助主体の裁量は端から給付の切り下げ(④)へと拘束されているのだという。庇護政策的な目標設定—これが、連邦社会扶助法の基本原則に現れている社会扶助法の目標と両立するのかがどうかがまず問われねばならないのだが—は、法律の条文からは読み取ることができない。第120条第2項は詳しい理由付けもなく挿入されたが、この規定を含む第二次予算構造法全体の目標設定は、社会保障の根幹を損なわずに、公的支出の増加を制限することにあつた¹³⁸。上述した体系理解からすれば、当該規定は、庇護申請者を、出費がかさみがちな特別扶助への請求権から除外することで、この目標をすでに達成しているのである。これに付け加えられるのが、生計扶助を不可欠な分にまで制限する可能性であるが、これは、社会扶助法の目標設定の枠内において制限する、という意味である。庇護政策によって理由付けられた準則がなければ第2項には意味がない、などということとはできない¹³⁹。

(2-d-3)連邦行政裁判所 1991年9月26日判決¹⁴⁰

当裁判所が(2-d-2)の判決により提示した原則例外関係は、1984年予算随伴法を経てもなお維持される。第2項の対象となる外国人は当該改正により増えたものの、第2項の対象となるだけでは、やはり例外としての給付切り下げを正当化することはできない¹⁴¹。もっとも、この原則例外関係の中で、例外に相当するケースを一般的に定めることが完全に否定さ

¹³⁶ BVerwG, Urt. v. 13.10.1983 - 5 C 67/82 = BVerwGE 68, 91-97[93].

¹³⁷ BVerwGE 71, 139[146 ff.].

¹³⁸ BT-Drucks. 9/842, S. 1.

¹³⁹ BVerwGE 71, 139[148 f.].

¹⁴⁰ BVerwG, Urt. v. 26.9.1991 - 5 C 61/88 = BVerwGE 89, 87-93. 邦語での解説として、庄谷ほか(前掲注135)131頁以下〔瀧澤仁唱〕を参照。

¹⁴¹ BVerwGE 89, 87[90].

れるわけではない。例外に該当するかどうかを決める一般的基準として認められないのは、第 2 項の対象者が典型的に満たすことになるような基準、例えば、一定期間だけ認められている不安定な滞在資格という基準や、出国義務を負っているという基準である。したがって、それよりも狭いケース、例えば自由刑に相当する犯罪を行ったことが理由で国外退去強制の対象とされている、というケースを、例外の対象となる一般的基準として定立することは、上記の原則例外関係を覆すものではないため、認められる。当法廷の以下のような定式、すなわち、裁量の行使によって給付を生計に不可欠な分にまで制限することが可能となるのは個別事例の状況を顧慮する場合だけであるという定式は、例外事例が、ある特殊性によって、庇護を求める外国人ないし出国を義務付けられている外国人という原則的事例から区別されればよいという意味である¹⁴²。

もっとも、そのような一般的な基準を作るにしても、個別の基準を作るにしても、切り下げは、それが社会扶助法の目標設定の枠組みにおいて正当化されるかどうかという観点から、審査されねばならない。連邦社会扶助法第 120 条第 2 項の改正の基礎になっている、公的支出の増加を抑制するという法律の目標にしたがって、社会扶助の財源を切り詰めることで社会扶助財源のさらなる節約をしようとすることに、社会法上の問題はない。扶助受給者がその出国義務を履行する場合には、これが生じるかもしれない。国外退去強制を猶予された外国人が外国人法上出国を強制されないからといって、社会扶助の制限によってその者の出国とそれに伴う社会扶助の終了を目指すこと自体が、妨げられるわけではない¹⁴³。

(2-d-4)検討

まず、いずれの判決も、第 120 条第 2 項においては、①請求権の生計扶助への制限が原則であって、④給付内容の切り下げは例外である、という見解を示している。その根拠となっているのは、連邦社会扶助法の解釈と運用の指針となる基本原則の一つである、個別性原理(Individualisierungsprinzip)である。個別性原理とは、「社会扶助の種類、方法及び程度は、個別事例の特殊性、とりわけ受給者の人格、その需要の種類及び地域的關係に応じたものでなければならない」という原則であり、同法に明文で規定されている(第 3 条第 1 項)。ここから、扶助を一律的にではなく、個人の個別的事情に応じて保障する義務が導かれる¹⁴⁴。庇護手続中という地位ないし出国義務の存在を理由として、該当者に対して一律に給付内容の切り下げ(④)を行うことは、個別的な事情を無視しているため、個別性原理に反することになる¹⁴⁵。

問題は、第 120 条第 2 項という外国人政策的意図をもって定められたと考えられる規定にも、この原理が適用されるのか、という点であった。この規定が加えられた背景からすれ

¹⁴² BVerwGE 89, 87[90 f.].

¹⁴³ BVerwGE 89, 87[91].

¹⁴⁴ Gottschick/Giese(Anm. 122) zu § 3 Rn. 1 ff.

¹⁴⁵ 早くからこの問題を指摘していた学説として、vgl. Schubert(Anm. 134)S. 81.

ば、立法者は外国人政策的意図の下で、第 120 条第 2 項の対象者に対しては基本的に給付を切り下げる方向へと扶助主体の裁量を拘束する、つまり④を原則とするつもりであったと考えられる¹⁴⁶。しかし連邦行政裁判所はあえて、第 2 項が連邦社会扶助法の中に置かれた規定であること、そして、立法資料から読み取れる当該規定の目的は、外国人政策にではなく、公的負担の節減にあることに依拠して、当該規定も扶助法の基本原理たる個別性原理の適用対象であるとした。「当該規制の憲法適合的解釈を行うため、そして、外国人政策と社会扶助の混合に対する法的な疑念を補正するために」¹⁴⁷、あくまでも給付切り下げは個別事例の判断を前提とする例外的場合であるとしたのである。この判断は、当該規定を「なお社会扶助法の枠組みに組み込むための唯一の可能性」であった¹⁴⁸。

これらの判決ではさらに、給付切り下げの根拠は扶助法上の目標設定の枠組みにおいて正当化されねばならない、という定式が確認されている。この定式からすれば、外国人政策的な目標をもって、例えば出国義務を負う者を自発的に出国させることを目指して給付を切り下げることは認められない、と結論付けられそうである。しかしながら(2-d-3)判決は、出国義務を履行することが、ひいては扶助法上の目標設定(公的支出の節減)に資する可能性をもつとして、出国義務のある外国人に対する給付切り下げの可能性を、結果的に肯定している。ここでも、(2-b)の行政裁判所決定と同様、受給権の保障については外国人政策に基づく制限を排除するが、裁量行使の範囲内では外国人政策的考慮を行うことを認めるという方法で、扶助法と外国人政策の対立に折り合いをつけようとしていることがわかる。

しかしながらこのような解釈も、庇護申請者給付法を連邦社会扶助法とは別に作ることで、覆されることになる。

(3) 庇護申請者給付法の成立と裁判所の統制

ここでは、庇護申請者給付法の成立によって、庇護申請者と出国義務を負う外国人に対して、一律的に減額された扶助が保障されることとなった点を確認する。そして、今や連邦社会扶助法の体系からはずれ、外国人政策的な性質が強められた当該法律の解釈・運用に対して、行政裁判所がいかなる統制を加えたのかをみる。最後に、連邦行政裁判所決定により庇護申請者給付法にも妥当するとされた「需要充足原理」を、立法者をも拘束するものとして補強した連邦憲法裁判所の判決を検討し、外国人がもつ憲法上の最低生活保障への権利から生ずるのは、適切に算定された「需要の充足」を阻むような外国人政策を排除する要請であると結論する。

¹⁴⁶ Schellhorn/Jirasek/Seipp(Anm. 129) zu § 120 Rn. 36. 当該規定の立法理由について、「いわゆる経済難民ないし見せかけの庇護希望者(Scheinasyllanten)から入国のインセンティブを奪うため」であったとの考えを示すものとして、vgl. OVG Berlin, Beschl. v. 7.1.1983 – 6 S 123/82 = NVwZ 1983, 430[431].

¹⁴⁷ Schellhorn/Jirasek/Seipp(Anm. 129) zu § 120 Rn. 36.

¹⁴⁸ Ebenda.

(3-a) 庇護申請者給付法の制定

(3-a-1) 立法の背景および趣旨

庇護手続の改正等による庇護申請者数の増加への対応にも関わらず、庇護申請者は 80 年代後半以降再び増加した。そのような中、1992 年 11 月に、庇護申請者等に対する扶助についてのさらなる改正が、連邦社会扶助法 120 条の改正として提案されたが¹⁴⁹、その翌月、基本法上の庇護権規定の改正に関する与野党間の妥協(「庇護の妥協(Asylkompromiss)」)が成立したことを受け、これに基づく庇護関連諸法改正の一環として、庇護申請者給付法という新たな法制度が連邦社会扶助法とは別に作られることになった¹⁵⁰。

立法資料によれば、庇護申請者給付法の立法趣旨は以下の通りである。すなわち、連邦社会扶助法第 120 条には 1982 年以来、本質的な変更が加えられていない一方で、庇護希望者ないし国際法上・人道上の理由でドイツでの滞在を保障される外国人の数が著しく増加している。そのような外国人の増加から生ずる政治的・社会的問題状況によって、1990 年に外国人法が改正されることとなった¹⁵¹。この外国人法の改正が、今日の外国人への社会扶助に対して影響を与えており、規制を改正することが望ましい¹⁵²。庇護申請者の生計のための給付を連邦社会扶助法の外側で規制することによって、給付を簡素化し、原則として狭められている一時的な滞在の需要に適合させることができる。連邦社会扶助法は、個別性原理を出発点としており、生存の確保と同時に社会的に統合された生活を受給権者が「自立して営むこと」を目的としたものである。この別異の規制が、給付法を本質的に外国人法及び庇護関連法に適応させることになる。膨大な数の庇護申請者に対処するという喫緊の課題が、調和的な、目的を一にする解決策を必要としているのである¹⁵³。もっとも、庇護申請者に対する給付の援助的な(fürsorgerisch)¹⁵⁴諸観点は、引き続き保障される。しかし、核心にあるのは、庇護手続法¹⁵⁵による外国人の滞在及び居住の権利を規制することである¹⁵⁶。

¹⁴⁹ BT-Drucks. 12/3686.

¹⁵⁰ Gesetz zur Neuregelung der Leistungen an Asylbewerber v. 30.6.1993, BGBl. I S. 1074.

¹⁵¹ Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts v. 9.7.1990, BGBl. I S. 1354.

¹⁵² BT-Drucks. 12/4451, S. 5.

¹⁵³ Ebenda.

¹⁵⁴ „Fürsorge”(保護)という言葉は、慈恵的な意味合いが強く、権利としての最低生活保障には相応しくないと考えられ、連邦社会扶助法制定時において„Hilfe“(扶助)という語が意識的に選択された(参照、古瀬ほか(前掲注 92)152 頁)。庇護申請者給付法の立法時にこの言葉が選択されていることの意図は明らかではないが、給付請求権を認めつつも、連邦社会扶助法における給付に比べて乏しい内容であることへの意識が現れているように思われる。

¹⁵⁵ 「庇護手続法(Asylverfahrensgesetz)」は、庇護手続について定める法律である。現在は「庇護法(Asylgesetz)」へと変わっている。

¹⁵⁶ BT-Drucks. 12/4451, S. 5.

(3-a-2)主な規制内容

(3-a-2-a)対象者

庇護申請者給付法の受給権者とされたのは、庇護手続中の者と、執行可能な出国義務を負う外国人及びその家族(配偶者と未成年の子ども)であった。ただし、上記に当てはまる者であっても、6カ月以上の滞在を認められる特別滞在権を付与された者は、庇護申請者給付法ではなく連邦社会扶助法の対象とされる。給付請求権は、当該外国人が出国した時点か、受給要件を満たさなくなった月、庇護権者として認定された月または裁判によって認定が義務付けられた月に終了する。

連邦社会扶助法第 120 条第 2 項の場合と同様に、庇護手続中でなく出国義務を負っている非正規滞在外も、庇護申請者と扶助法上同列に置かれることとなった。この点についての立法者の説明は、以下の通りである。すなわち、庇護申請を却下された者が、給付が得られるからという理由でドイツに引き続き滞在し続けることは望ましくない。また、庇護申請をしていなくとも、却下された者と同じ理由で出国義務を負っている外国人を、それらの者より給付法上優遇するべきではない¹⁵⁷。この人的範囲を庇護申請者と同等に取り扱うことは、かれらが皆安定した(verfestigt)滞在の権利を持っていないという点からして必要なことである。この集団を当該法律の対象としないことにすると、それはそれで新たな問題を生じるような相応の解決策を、他の方法により講じなければなるまい¹⁵⁸。

(3-a-2-b)給付の内容

庇護申請者給付法の給付には、基礎給付(第 3 条)と、疾病・妊産婦扶助(第 4 条)がある。基礎給付は、栄養、宿泊、暖房、衣服、健康管理、耐久消費財等に係る必要需要と、日常生活の個人的な欲求のための需要により構成される。日常生活の個人的な欲求のための需要を満たす給付を除いて、給付は原則として現物によって保障される。疾病扶助による給付は、切迫した病状に緊急的に対処するための最低限度のもののみを内容とする¹⁵⁹。

立法者によれば、一時的な期間に限って行われる給付についての規制という目的に照らすと、この給付の程度は許容されるもの(zumutbar)であって、最低限の生計保障により人間の尊厳の原則に見合うような生活を可能とするものであるという¹⁶⁰。

¹⁵⁷ Ebenda.

¹⁵⁸ Ebenda.

¹⁵⁹ 「急性疾患及び急性痛の治療のために、医薬品及び包帯類の支給並びに病気又は予後の回復、改善又は軽減に必要な他の給付を含む医師及び歯科医師による治療を保障しなければならない。歯科医師による診察は、個別の場合において、医学上の理由からこれを延期することができない場合に限り行う」(第 4 条第 1 項)。なお、同法の邦訳にあっては、渡辺富久子「庇護申請者給付法」外国の立法 264 号(2015 年)76 頁以下を参照した。

¹⁶⁰ BT-Drucks. 12/4451, S. 6. なお、1990 年代の時点で、連邦社会扶助法第 120 条所定の外国人に対する扶助に比べて、庇護申請者給付法による給付額はおよそ 20%ほど低いとされた。ただし、疾病ないし妊娠出産にかかる扶助がカバーする範囲の違いや、連邦社会扶助法第 120 条が他の給付についての裁量の

(3-a-3)個別性原理からの離反

庇護申請者給付法の目的と内容について、(2-d)でみた連邦行政裁判所の連邦社会扶助法第 120 条第 2 項についての判断との対比で検討してみよう¹⁶¹。まず、給付切り下げの対象者を典型的に分けることが個別性原理に反するという連邦行政裁判所の判断に対し、立法者は対象者を異にする法制度を新たに作ることで、個別性原理の適用を否定した。そこでの類型化の基準となっているのは、滞在の期間と結びついた「安定した滞在の権利」である。連邦社会扶助法は「社会への統合」や「自立」を目指すものという特徴づけがなされ、これに対して庇護申請者や出国義務を負う者は、庇護手続の期間中ないし出国義務の履行までの間という、一時的滞在を予定した地位にすぎず、そもそも連邦社会扶助法の目的に合致しないという。滞在期間を類型化の基準としていることは、比較的長期間の滞在が認められる庇護申請者を連邦社会扶助法の対象としている点からも読み取ることができる。

次に、連邦行政裁判所は(2-d-3)の判例において、連邦社会扶助法第 120 条第 2 項の立法目的は、あくまでも公費負担の軽減という、社会扶助法上正当化される目的であると判示した。これに対して庇護申請者給付法は、それが庇護申請者の増加に対処するという庇護政策上の目的をもった法であることを明言している。これにより、給付切り下げの目的を扶助法上のものと解して正当化することはできなくなる。しかし立法者は他方で、同法は援助的な観点を維持しており、しかも(切り下げられた)給付内容は人間に値する生存を確保するに足るとも述べている。ここに、立法者が外国人政策的な意図をもって給付内容を切り下げることがどのように評価すべきかという、それまで行政裁判所が判断してこなかった問題が再び生じている。

(3-b)裁判所による統制

(3-b-1)法解釈による統制——ハンブルク上級行政裁判所 1993 年 12 月 28 日決定¹⁶²

(3-b-1-a)事案の概要と争点

申立人は、有効なパスポートを有していないが、本人が主張するには英国籍者である。滞中に必要ないかなる資格も有さず、以前に有していた滞在資格の期間延長も新たな滞在資格の付与申請も行っていなかった。申立人の出国義務は執行可能であり、申立人は庇護申請者給付法の定める受給権者である。しかし社会扶助主体は、法的に課された滞在区域の制限に違反した者には、扶助を「必要最低限」にまで引き下げてよいとする同法第 11 条第 2 項

余地を開いていることを加味すると、実際には 20% よりもかなり大きい差があるという指摘がある。Vgl. Stefan Horrer, Das Asylbewerberleistungsgesetz, die Verfassung und das Existenzminimum, Berlin 2001, S. 178 f.

¹⁶¹ 本稿では立ち入らないが、制定初期の庇護申請者給付法に対する批判的研究の代表的なものとして、vgl. Klaus Sieveking, Verfassungsrechtliche Fragen zur Absenkung von Sozialhilfeleistungen für Flüchtlinge, ZDWF-Schriftenreihe Nr. 63, 1995 m. w. N.

¹⁶² HmbOVG, Beschl. v. 28.12.1993 - BS IV 222/93 = FEVS 45, 76-79.

を類推適用して、ドイツから出国するのに必要な旅費のみを申立人に支給した。このような類推適用が認められるかどうかを争ったのが本件である。

(3-b-1-b)決定

第 11 条第 2 項を、執行可能な出国義務を負う外国人である申立人に対して類推適用することは認められない。同規定はその適用対象を、庇護関連法ないし外国人関連法による領域的制限に反して滞在している受給権者であると明文で定めている。申立人は庇護申請者でもなければ、滞在中にかかる領域的制限を受けてもいないので、同規定の直接の適用対象にはならない¹⁶³。また、被申立人の見解と異なって、とりわけ基礎給付の最終的な(endgültig)拒否を行う目的で、同規定を類推適用することは認められない。第 11 条第 2 項が扶助を必要最低限にまで減らすことを認めているのは、限られた期間、つまり受給権者が法的に指定された滞在中へと戻らない間だけであるということからすでに、類推適用の否定が推論される。該当者が指定滞在中に戻れば再び、満額での給付請求権を持つことになる。当該規定が目的とするのは単に、庇護関連法ないし外国人関連法上の領域的制限が破られ、効果を失うことがないようにする、というにすぎない。つまり当該規定の立法者は、執行可能な出国義務を負う外国人の自発的な出国を促し、それによって退去強制の手間を省こうなどという意図を追求しているのではない¹⁶⁴。また、第 11 条第 2 項の類推適用が必要になるような規制の空隙も存しない。立法者にとっては、執行可能な出国義務を負う外国人の集団を、普通より低められた給付を規定する庇護申請者給付法の対象とすることで、引き続きドイツに滞在する給付法上のインセンティブを避け、それによって自発的な出国を促すことで十分なのである。また、立法資料によれば、給付請求権は、該当者の(違法な)連邦領域における滞在中、とりわけ出国の催告の後に終了するのではなく、外国人が出国して初めて終了することが、明文で規定されている¹⁶⁵。

(3-b-1-c)検討

本件の事案から、違法滞在中といういわば国内に留まることが「望ましくない外国人」に対して、給付を出国費用にまで切り下げることで、出国を促そうとする実務が行われていたことがわかる。ここでも、(2-b)でみた場合と同様、行政裁判所が文言に忠実な解釈と立法資料に基づいた立法者の意図の特定を行うことでこのような実務を統制している。庇護申請者給付法が庇護政策的意図の下で制定されたことは明白であるけれども、同法の受給権者を「ドイツに長居させないようにする」という立法目的は、通常の給付額を他の外国人やドイツ人に比して低く据え置くことですでに達せられているとした。このような解釈から、立法者が—二義的にではあるが—認めたところの、庇護申請者給付法がもつ「援助的な観点」

¹⁶³ FEVS 45, 76[77].

¹⁶⁴ FEVS 45, 76[77 f.].

¹⁶⁵ FEVS 45, 76[78].

を維持しようという裁判所の意図を読み取ることができる。立法目的が何であれ、それが一応は人間に値する生存を確保するという、扶助法としての性質をも持ち合わせているという点に着目して判断を行っているのである¹⁶⁶。

(3-b-2)需要充足原理による統制——連邦行政裁判所 1998 年 9 月 29 日決定¹⁶⁷

(3-b-2-a)事案の概要と争点

庇護申請者たる原告が、庇護申請者給付法の合憲性を争ったのが本件である。原告の主張によれば、庇護申請者給付法第 1 条、第 3 条などが、社会国家原理を定める基本法第 20 条、人間の尊厳原理を定める第 1 条及び平等原則を定める第 3 条に反し違憲であるという。原告によれば、連邦社会扶助法で定められている基準額が、憲法上保障されるところの最低生活の内容であるため、連邦社会扶助法の基準額を下回る給付額を設定している時点ですでに、庇護申請者給付法は憲法に違反する。なお、本件は、庇護申請者給付法の合憲性について連邦の最上級裁判所が初めて見解を示した決定である。

(3-b-2-b)決定

当該異議申立には理由がない。原告は、人間に値する生存のための最低条件をつくり出すことは国家の任務であり、この意味で、最低生活が憲法上保障されるのだということを出発点としており、それは正当である。しかし原告は、最低生活が「連邦社会扶助法の通常給付により具体化され」、そのために庇護申請者給付法がより少ない給付しか規定していないことは憲法に違反するのだと考えており、この点は不当である。確かに、連邦憲法裁判所はかつて、所得税法上の最低生活の大きさは、社会扶助法においてその都度認識される最低需要であるとした¹⁶⁸。しかし同裁判所はその際、最低需要を見積もることは立法者の任務であることを明言し、さらに基準額が頻繁に改正されることを考えると、それに依拠している生計扶助が、憲法上要請される最低限度の扶助と同一視されてはならないことは明らかである。さらに、連邦社会扶助法はそもそも一つの基準額ではなく、世帯主か単身者か、世帯構成員の中でも高齢者がいるかどうかという形で複数の基準額を設定しており、扶助給付について集団ごとの差異づけを行っている。連邦憲法裁判所は、税法上の最低需要について、集団ごとに需要を把握することは、憲法上許容されると判断している¹⁶⁹。したがって、庇護申請者給付法第 3 条にいう基礎給付の額が、連邦社会扶助法のそれに相当する給付額よりも低

¹⁶⁶ コメントールにおいて当該決定は、「庇護申請者給付法は給付法律として、自発的な出国を給付切り下げによって目指す道具などではない」ことを示す判例として紹介されている。Vgl. Anders Leopold, in: Thomas Flint(Hrsg.), SGB XII mit Eingliederungshilfe (SGB IX Teil 2) und Asylbewerberleistungsgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2020, zu § 1 AsylbLG Rn. 59.

¹⁶⁷ BVerwG, Beschl. v. 29.9.1998 - 5 B 82/97 = NVwZ 1999, 669.

¹⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 25.9.1992 - 2 BvL 5, 14 und 8/91 = BVerfGE 87, 153-181[171].

¹⁶⁹ BVerfGE 87, 153[172].

く抑えられているからといって、立法者が憲法上の要請に背いているなどということとはできない。また、原告は、彼に対する給付が、人間に値する生活のための最低条件を満たすことができているという、個別事例における証明を全く行っていない¹⁷⁰。

「費用を節約し、ドイツ連邦共和国への入国を妨げるという、(原告の思う)立法者の意図」という原告の異議申立における主張も、庇護申請者給付法の合憲性への疑念を正当化しない。費用を節約し、庇護の濫用を助長するような経済的インセンティブを減少するという立法者の目的が憲法上憂慮すべきものであることが明白とはいえないことを度外視しても、人間に値する生活を送る(基本法第1条第1項、第20条)可能性という観点においては、そのために必要な扶助給付が十分に算定されていることが、決定的なのである。立法者が行うその判断を、原告は論証もせずに疑問視している¹⁷¹。

原告は、庇護申請者給付法が基本法第3条にも違反していると主張しているが、個別事例については何も述べていない。立法資料によれば、庇護申請者給付法第1条において挙げられている者は安定した滞在の権利を持たず、社会的な統合についての需要がない。この基準は集団に関係する差異づけを行うものである¹⁷²。

(3-b-2-c)検討

当該決定は、庇護申請者給付法の給付額を連邦社会扶助法のそれより低く設定することが憲法に反しないとした。本件は1992年の連邦憲法裁判所決定を援用しつつ、需要を算定するのは立法者の任務であること、そして、憲法の要請する「人たるに値する生存の保障」にとっては、最低生活のために必要な需要を立法者が十分に把握・算定していることが決定的であるとする。その前提にあるのは、最低生活保障法の基本原理の一つである、「要扶助者が現在直面している困難な状況において、具体的で個人的な需要を社会扶助がカバーしなければならない」という原理である(需要充足原理; Bedarfsdeckungsprinzip)¹⁷³。給付額に現れる「最低生活」の中身を決めるのは立法者であるが、その多寡は、充たされるべき受給者の需要を適切に把握できているか、という観点から評価されるのであって、他の者に対する給付との単純比較において評価されるのではない。庇護申請者給付法の対象者は、連邦社会扶助法の対象者とは典型的に需要が異なっているのだ、という立法者の認識からすれば、一方の給付額が他方のそれより相対的に低くても、それだけで憲法に反することにはな

¹⁷⁰ NVwZ 1999, 669.

¹⁷¹ NVwZ 1999, 669.

¹⁷² NVwZ 1999, 669.

¹⁷³ 田畑洋一『現代ドイツ公的扶助序論』(学文社、2014年)174頁。また、古瀬ほか(前掲注92)157頁も参照。需要充足原理については特に、嶋田佳広「ドイツ公的扶助における構造原理としての需要充足原理」札幌学院法学34巻1号(2017年)85頁以下が詳しい。松本奈津希「最低生活保障の交錯的構造—連邦憲法裁判所判例と連邦社会裁判所による行政裁量の枠付け—」一橋法学19巻2号(2020年)338頁以下も参照。

らない。

本件でも、外国人政策的な意図で給付内容を切り下げることについての判断は避けられている。庇護申請者給付法が外国人政策的意図をもって作られたものであろうがなかろうが、それが最低生活保障法である限りにおいては、需要が充足できていさえすればよい、ということになると、扶助法から外国人政策を完全に排除することはできないように思われる。ただし、「需要の充足」にのみ扶助法を拘束することは、基準額の低廉さを正当化する根拠として、外国人政策を引き合いに出すことはできないということの意味する。この限りで、外国人政策は排除されているといえる。

そうすると、当該決定の最大の意義は、実は何よりも「庇護申請者給付法は、最低生活保障法である」と認定した点にあることがわかる。この法制度に、人間の尊厳を基礎とした最低生活保障法ではなく、庇護政策上の単なる人道的措置という位置づけを与えてしまえば、扶助法の基本原理たる需要充足原理の適用もなく、憲法上の保障も及ばない領域の問題となってしまうからである。連邦社会扶助法が第 1 条で、人間の尊厳に見合う生活を送ることを可能ならしめることが社会扶助の目的である、と明言しているのに対して、このような規定が庇護申請者給付法にはないことを考えると、場合によっては大幅な給付切り下げも認めるような、広範な裁量の下にある措置としての位置づけを行うことも不可能ではない。しかも、(2-d-2) 判決において、ほかならぬ連邦行政裁判所自身が、扶助法の基本原理の適用可能性の根拠を、庇護申請者に係る規定が別異の法律ではなく、連邦社会扶助法の中に定められていることに求めていたのだから、なおさらである。当該決定において、庇護申請者給付法の性質に関する言及は特になされていないが、同法に人間の尊厳原理と社会国家原理を基底とする最低生活保障法としての性格を認めた意義は大きい。

(4)2012 年判決の意義

上で見たように、立法者が最低生活に必要な需要を十分に算定しているかどうか、憲法から生ずる最低生活保障にかかる国家の義務にとって決定的であるとの認識は早くから示されていた。しかし、扶助の基準額の算定手続について司法が統制を加えるようになったのは、2010 年判決からである。以下では、この 2010 年判決の判断枠組みを基本的に踏襲しつつ、庇護申請者給付法の給付額を違憲とした 2012 年判決を簡単に振り返り、上記連邦行政裁判所決定の内容が維持されていることに加え、給付額の算定に係る立法裁量の統制により、外国人の最低生活保障が憲法によって「補強」されたことを確認する。

(4-a)2012 年判決

(4-a-1)一時的に滞在する(予定の)集団に対する給付

一時的な滞在の権利しか持たない人の生活に不可欠な給付にかかる需要を、他の要扶助者の法定需要から、法律上逸脱して決定することができるか、またどの程度できるのかは、以下の事情のみに左右される。すなわち、滞在の期間が短いことを理由とした、定住権を有

する受給者に比して少ない需要(Minderbedarfe)を、後から検証可能な方法で確定し、算定することができるかどうかによって左右される。また立法者は、一時的な滞在という状況に特有の、通常の場合よりも大きい需要によって、少ない需要が補われていることも、確保せねばならない¹⁷⁴。

また、短期間の、長期間の滞在を目的としているわけではないような滞在について、事情に応じて特に少ない需要が確定され、そのゆえに立法者が一定の人的集団に対して生存に不可欠な給付を別個に設定しようとする場合には、その法律が、通常は短い間しか滞在しない集団のみを対象としていることが、確保されねばならない¹⁷⁵。

(4-a-2)給付の切り下げと移民政策的考慮

給付水準が他国よりも高いことが理由で人口流入が進むことを避けるために、庇護申請者に対する給付を低く抑えるという移民政策的考慮は、給付水準を肉体的及び社会文化的最低生活よりも下にすることを正当化するものではない¹⁷⁶。

(4-b)検討

庇護申請者給付法は、連邦社会扶助法に比して低い水準の給付を定めている。その根拠は、庇護申請者給付法が対象とする外国人がもつ、短期間に限られた滞在という特殊性にある。連邦憲法裁判所は、ある集団の特殊性に着目して、典型的に低い給付を設定する場合について、立法者は、その集団が有する需要が少ないということを説得的に示さねばならないとした。ここでは特に、滞在地位に基づく一律的な差異取扱いが禁じられている点が重要である。集団の特殊性に見合う最低需要が適切に把握されているかどうか、決定的なのである。上記連邦行政裁判所決定との違いは、需要の算定根拠に説得力があるかについて、裁判所が審査できるようになった点にある。これにより、需要充足原理は単に扶助法の解釈や運用の指針であるばかりでなく、憲法上の保障を受け、司法審査を通して立法者をも拘束する原理へと「格上げ」されたといえる¹⁷⁷。連邦憲法裁判所はさらに、滞在期間の短い人がもつ需要を充たすための給付が、実際に滞在期間の短い人だけを対象とするように、立法者を義務付ける。この点は、庇護申請者給付法の受給権者の多くが実に6年以上もドイツに滞在しているという事実があったために¹⁷⁸、強調されている。明瞭な根拠に基づいた規制が、実態に沿うように行われることが、基本法上の要請として立法者を拘束する。

しかし結局、外国人政策的な意図に基づいて給付額を引き下げることに對する評価を、当

¹⁷⁴ BVerfGE 132, 134[164 Rn. 74].

¹⁷⁵ BVerfGE 132, 134[164 f. Rn. 75].

¹⁷⁶ BVerfGE 132, 134[173 Rn. 95].

¹⁷⁷ 参照、石塚壮太郎「枠組的権利としての生存権」憲法理論研究会編『憲法の可能性』（敬文堂、2019年）221頁。

¹⁷⁸ BVerfGE 132, 134[171 f. Rn. 93].

該判決ははっきりと下してはいない。(4-a-2)における判示は、比較的高い給付がドイツ入国・滞在のインセンティブとならないようにするという意図をもって、給付額を「最低生活以下へと」引き下げてはならないとするが、そのような移民政策的意図をもって給付額を「引き下げること自体」は禁じられていない、というふうにも読むこともできる。何にせよ「最低生活」が保障されているかどうかにかかわらずすべてがかかっているのもあって、引き下げの意図は問題にならない。また、当該判決は、給付の形式(現物給付か金銭給付か等)については立法者の裁量に委ねられると判示している¹⁷⁹。このことも、最低生活さえ保障できていれば、それ以外のことは基本的に憲法に基づく司法的統制の範囲外にあることを示している。そうすると、「一時的滞在者にとっての最低生活(需要)とは何か」という問題が、外国人の最低生活保障において残された究極の問いだということになる。

第4節 小括

「人間に値する最低生活保障を求める基本権」が外国人に対しても保障されるのは、この基本権を構成する「人間の尊厳原理」が、「給付への請求権」の対象の決定にあたり、立法者に対して、国籍に基づく差異取扱いを禁じるからである。しかしながらこの請求権は、具体的な給付内容を含むものではなく、いわば「人間に値する最低限度の生活を可能にするような何らかの給付を、国家に求める地位」にすぎない。この地位、すなわち給付請求権の「基礎」の部分、基本法の根本思想であるところの、「個人を国家行為の単なる客体としてはならない」という規範に結びついている。この規範は国民であると外国人であるとを問わず、ドイツという国家の、基本法の適用領域に存在するすべての人間に対する関係を規律する。それゆえ、給付を求める地位は、国籍を問わず認められねばならないのである。

他方で、給付請求権の「範囲」は、その第一義的な決定が立法者に委ねられている。そのため、給付の内容はしばしば、都度の移民政策の影響を受け、外国人に不利な内容へと縮減され、これに伴って、不十分な給付を行う解釈や運用も行われた。行政裁判所は、法解釈や運用に対しては、それが「最低生活保障法」であるという原則に依拠して、請求権に関わる部分については移民政策的な考慮を排した。しかし、行政主体の裁量行使にあっては、移民政策的な観点を加味することも認めた。また行政裁判所による統制は、立法そのものを覆すことはできず、法律上の不利益な取扱いを甘受せざるを得ない状況にあった。

2012年判決は、外国人の給付請求権の「範囲」を、司法審査によって統制することを可能とした点に意義がある。「需要」のみに基づいて給付内容が決定されねばならないという「需要充足原理」の意義は、国籍や滞在資格により多様に類型化・序列化される危険を回避するという意味で、外国人にとってとりわけ意味を持つ。

¹⁷⁹ BVerfGE 132, 134[160 f. Rn. 67].

第2章 公的扶助法における内外人・外国人の取扱いの差異と生存

基本権

2012年判決は、「人間に値する最低生活保障を求める基本権」を、ドイツに滞在する「すべての外国人」に「ひとしく」認めるとした一方で、この基本権の内容を具体化する公的扶助制度には、内外人および外国人間において、種々の差異が設けられている。つまりドイツでは、外国人の「生存権」の享有主体性と、公的扶助制度における内外人平等とが、直接結びついているわけではないのである。そこで、給付法上の差異取扱いがいかなるものであり¹⁸⁰、憲法上許容される「下限」がどこにあるのかを探ることによって、「すべての在留外国人」に保障される「生存権」論のための糸口を見出したい。

本稿の構成は以下のとおりである。まず、「人間に値する最低生活保障を求める基本権」がいかなる基本権であるか、とりわけ外国人にとっていかなる意味をもつかという点を、2012年判決を素材として示す。もっとも、本判決の全体的内容について既に第1章にて紹介・検討したため、本章では、給付内容の差異づけに関する判示と、司法審査の方法および範囲にかかわる部分を改めて確認するにとどめる(第1節)。その後、現行の公的扶助制度における内外人及び外国人間での給付の差異を確認しつつ、これが上記判決で示された「生存権」の内容に照らして正当とどういうか考察する。この検討は、まず、難民申請者および出国義務を負う外国人に対する公的扶助制度(庇護申請者給付法)と、それ以外の人に対する一般の公的扶助制度(社会法典第2編/第12編)との差異(第2節)、そして、一般の公的扶助制度内部における内外人間および外国人間の取扱いの差異に分けて行う(第3節)。

第1節 2012年判決において示された生存基本権の規範内容

連邦憲法裁判所は「人間に値する最低生活保障を求める基本権」を、ドイツに滞在するすべての外国人にひとしく認められると述べたものの、ドイツ人と全く同じ給付を保障しなければならないとは判示しなかった。曰く、給付に差異を設けてもよいが、それを憲法上正当化するためには、その差異が現実には、該当者の「需要の差異」に対応していることを、立法者は示さねばならない。

¹⁸⁰ 制度の複雑さも相俟って、現行のドイツ公的扶助制度における内外人および外国人間の取扱いの違いについて、包括的な分析を行う邦語文献は見当たらない(簡潔な紹介として、生活保護問題対策全国会議(前掲注3)81頁以下〔嶋田佳広〕、および松本(前掲注69)27頁以下)。筆者の能力上の限界もあり、本稿での検討も、基本的な生存にかかわる典型的・経常的給付のみに限られる。ゆえに、庇護申請者の就労や子どもの教育などの個別的生活状況と公的扶助給付の関連が検討対象から外されていることを、あらかじめ断っておく。

(1)原則的内容

ドイツにおける「人間に値する最低生活保障を求める基本権(das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums)」(「生存基本権」)については、日本においても既に豊富な研究の蓄積があるため¹⁸¹、ここでは以下の検討に必要な限りで確認するにとどめる。生存基本権は、2010年判決において、基本法第20条第1項(社会国家原理)と結びついた第1条第1項(人間の尊厳原理)から導き出された。連邦憲法裁判所はそれまでも、両規範の結びつきから、個人に対して最低限度の生活を保障する国家の義務を論じたことがあったが¹⁸²、憲法上の主観的権利としての「基本権」を承認したのは、2010年判決が初めてである¹⁸³。

この基本権が外国人にも認められるとしたのが、ドイツで庇護を申請した者および出国義務を負う外国人に対する公的扶助法である庇護申請者給付法¹⁸⁴の給付額を違憲とした、2012年7月18日の連邦憲法裁判所判決(「2012年判決」)である。以下、2012年の判決をベースにして、重要な部分を要約する。

a) 国家は、国内に存在しており、自身の財産や能力または第三者の援助によっても生計を立てることができない者に対して、人間に値する生活を送るために必要な物的条件を確保することを義務づけられる。生存基本権は、この義務に対応する権利である。生存基本権は、ドイツ連邦共和国に滞在するドイツ国籍保持者と外国籍保持者に、人権として等しく認められる¹⁸⁵。なおこの基本権は、法律上の給付請求権を通じて保障されねばならないが、その給付請求権は「基礎において(dem Grunde nach)」基本法第1条第1項と結びついているにすぎず、具体的な給付の内容までもが、基本法上の規定から直接導き出されるわけではない。給付の内容の決定権限は第一義的には立法者にある¹⁸⁶。

b) 基本法第20条第1項の社会国家原理は、人間に値する最低生活の保障に鑑みて、時代と現実に応じて社会の実情を把握するよう立法者を促す。給付の内容の決定をする際のこの内容形成の余地には、不可欠な需要を評価に基づいて判断することと同じく、実際の事

¹⁸¹ 比較的近年のもので、かつ生存基本権をめぐる議論状況全体を概括するものとして、さしあたり石塚壮太郎「ドイツにおける社会国家の変容と憲法の応答—社会国家と憲法の動態—」比較憲法研究 33号(2021年)45頁以下、および同「社会国家原理」鈴木秀美/三宅雄彦編『ガイドブック ドイツの憲法判例』(信山社、2021年)225頁以下を挙げておく。

¹⁸² 参照、玉蟲(前掲注101)201頁以下。

¹⁸³ 連邦憲法裁判所がこれまでの立場から一転して、最低生活保障にかかる国家の義務を主観的権利として構成したことの意味を探るものとして、参照、石塚壮太郎『『生存権』の法的性質—主観的権利としての成立とその意義—』法学政治学論究 110号(2016年)101-134頁。

¹⁸⁴ Gesetz zur Neuregelung der Leistungen an Asylbewerber v. 30.6.1993 (BGBl. I S. 1074).

¹⁸⁵ BVerfGE 132, 134 [159 ff. Rn. 62 ff.].

¹⁸⁶ BVerfGE 132, 134 [160 Rn. 66].

情を判断することも含まれている。¹⁸⁷

c) 金銭給付、現物給付、あるいはサービス給付のいずれによって最低生活を保障するか
の判断は、原則として立法者に委ねられる。¹⁸⁸

d) さらに、この内容形成の余地は、様々な幅を持っている。すなわち、この形成の余地
は人間の肉体的生存に不可欠であるものを具体化する限りでより狭く、社会的生活に参加
する機会の方法と範囲が問題になっている点でより広い。重要であるのは、立法者が要扶助
者の具体的な需要を決定するのだということである。その上、この最低生活が保障されなけ
ればならない国家、つまりドイツにおける実情だけが、最低生活の決定にとって決定的とな
りうる。それゆえ、ドイツにおいて人間に値する生活を送るために不可欠なものを、要扶助
者の出身国の生活水準、あるいは他国における生活水準を参照して、ドイツの生活事情に従
ったものよりも低く据え置くことは、憲法の許すところではない。¹⁸⁹

(2)給付の差異が正当化されるための条件

同判決では、立法者が具体的な給付算定にあたって、一定の人的範囲に対して差異を設け
る場合に留意しなければならない点が述べられている。以下では、これについて重要な部分
を要約し、適宜解説を加える。

e) 立法者が、人間に値する最低生活を決定する際に一定の集団の特殊性を顧慮しようと
する場合には、立法者は、生活保障給付の具体的な内容形成の際に、滞在の地位に応じて一
律に差異を設けてはならない。差異づけが可能となるのは、その集団の生活のために必要な
給付の需要が、他の要扶助者の需要と著しく異なっている場合で、かつこのことが、まさに
その集団の実際の需要をもとにして、矛盾なく、内容上透明性のある手続において裏付けら
れている場合だけである。¹⁹⁰

本判決で、連邦憲法裁判所は生存基本権の内容について 2010 年判決とほぼ同様の見解を
示しているが、e)の点については 2012 年の判決に特有のものである。その理由は、2010 年
判決がドイツ人をも対象とする一般的な公的扶助法(以下「一般公的扶助法」)を審査の対象
としていたのに対して、2012 年判決で問題となった庇護申請者給付法は、外国人のみを対
象とする法制度であったことにある。ここで裁判所は、給付の差異を、滞在の地位によって
一律的に設けてはならないとする。これが意味するのは、滞在資格の有無や滞在資格の違い
だけでは、給付の算定根拠となるべき「需要」が異なるとはいえないということである。例
えば、ドイツに長年暮らすオーバーステイ外国人と、不法入国後間もない外国人との比較に
おいて、いずれも滞在資格がないというだけで同じ「需要」を認定することはできない、と
裁判所は述べているのである。以下で、この点について敷衍する諸段落を見てみよう。

¹⁸⁷ BVerfGE 132, 134 [160 f. Rn. 67].

¹⁸⁸ BVerfGE 132, 134 [160 f. Rn. 67].

¹⁸⁹ BVerfGE 132, 134 [160 f. Rn. 67].

¹⁹⁰ BVerfGE 132, 134 [164 Rn. 73].

e-1) ドイツでの滞在権を一時的なものとしてしか有しない者の生活に不可欠な給付に関する需要を、他の要扶助者の法定給付から異なるかたちで法的に決定することが出来るのか、またどの程度できるのかは、以下の事情にかかっている。すなわち、滞在期間が短いために、継続的な滞在権を持つ被扶助者より需要が少なくなるのだということが、後から検証できる方法で決定され、算定されうるかどうかにかかっている。また、その際顧慮されるべきは、短い滞在の間、(他の人よりも)過少な需要が、一時的な滞在に特有な事情のもとでこそ典型的に生じる超過的需要によって賄われるかという点である。ここでも立法者には、人的集団の必要不可欠な需要についての価値判断のように、かれらの実際の状況の評価を含む形成の余地が認められる。しかし立法者は、具体的な需要に関して、時代と現実に適合するように最低生活を定めることから、解放されるわけではない。¹⁹¹

e-2) 短期間であって、長期間いることを目的としない滞在について、現実に対応した特別な過少需要が決定される時、そしてこの理由から、ある人的集団に対して生活に必要な不可欠な給付を、立法者が個別的に決定するつもりであるときには、立法者は、この集団の範囲の法律上の限定が十分に信頼できる方法で、現実に即して、通常は短期間しかドイツに滞在しない人々のみを対象者とするを、確実にしなくてはならない。¹⁹²

e-3) 短期間滞在についての、場合によってはありうる過小需要に特徴づけられた最低生活への限定は、その都度の滞在資格とは関係がないし、いずれにしても実際の滞在が短期間滞在を明らかに超過しているようなときには、そのような限定は、もともとは逆だった予想の根拠を顧みることなしには、もはや正当化されない。このような場合のために、異なる需要の根拠たる滞在期間に即して最低生活保障給付を移行すること、すなわち短期間滞在のための給付から通常の場合の給付へと移行することが、法律上規定されねばならない。¹⁹³

ここで問題となっているのは、法律上の給付が最低限度の生活を営むに足りるものでなければならぬことを前提に、最低生活を充たす「需要」の認定にあたって、滞在の短さを、「需要」の少なさの根拠とすることが認められるか、ということである。連邦憲法裁判所は、これを許容しつつ、なぜ滞在期間が短いと「需要」が少なくなるのかということ、立法者は後から検証可能な形で説明しなければならず、また、短期間滞在と「需要」の少なさを一般的に説明しうるとしても、短期間滞在であるからこそ生じる「需要」が、別途充足されるようになっていなければならないとした(e-1)。

またここでは、滞在の地位と滞在期間の関係についても述べられている。これは庇護申請者が特殊な状況に置かれる外国人であるためである。すなわち、庇護申請者は、庇護申請手続中においてはドイツでの滞在が認められるものの、仮に難民ないしその他の庇護の対象と認められない場合は、出国義務を負う。つまり永住・定住資格を持つ外国人とは異なって、庇護申請者という地位にある者は、今後も引き続きドイツに滞在する見込みがあるかどうか

¹⁹¹ BVerfGE 132, 134 [164 Rn. 74].

¹⁹² BVerfGE 132, 134 [164 f. Rn. 75].

¹⁹³ BVerfGE 132, 134 [165 Rn. 76].

かが分からないのである。これは、庇護申請手続中の期間に限って認められる地位であるから、それ自体は一時的な滞在権である。しかし—連邦憲法裁判所が注意を促しているように—この滞在資格の「一時性」は、それを保持する人のドイツにおける実際の滞在期間とは関係がない。「庇護申請者」たる地位には、これまでに長い間ドイツで暮らしてきた外国人も、入国して一日も経たずに庇護申請をした外国人も含まれているのである。だから、立法者は、滞在の期間を需要の多寡に反映させてもよいが、「庇護申請者＝一時的な滞在資格＝短期間滞在者＝より少ない需要＝低い給付」というふうに、滞在の地位を給付の低さに結び付けてはならないのである。ゆえに生存基本権は、短期滞在(予定)者向けの給付が、真に短期滞行者に対してのみ支給されていることを確保し(e-2)、もはや短期滞行者といえない滞在実績をもつ者には、通常の場合の需要に対応した、すなわち一般公的扶助法による給付への移行の仕組みを設けるよう(e-3)、立法者を義務付けるのである。

(3) 司法審査の及ぶ範囲

それでは、公的扶助法の給付内容が生存基本権に適合するかどうかについて、連邦憲法裁判所の審査はどの程度に及ぶのであろうか。この点につき、2012年判決では、2010年判決におけるのと同様に、「最低生活を決定する際の立法者の形成の余地には、連邦憲法裁判所による控えめな統制がふさわしい」として、以下の二点につき審査を行う。すなわち、①給付額が最低生活を送るのに不十分であることが明白かどうか¹⁹⁴、そして、②その時々々の給付が信頼できる数値と説得力のある計算方法に基づいて十分に正当化されうるかどうか¹⁹⁵、という点である。①給付額に着目する実体的統制が、明白性の審査という緩やかなものにとどまる理由は、基本法から最低生活保障給付の請求権の厳格な額を導き出すことができないからである(a)¹⁹⁶。しかしその代わりに、②給付の算定根拠を説得的に示すことが、生存基本権により立法者に義務づけられる。立法者にこの義務が課せられることによって、最低生活保障という広い政策的・専門的判断の余地が認められる領域において、司法権が立法権を肩代わりすることを防ぎつつも、実態に沿わない給付額の設定を禁じることができるのである。

(4) 庇護申請者給付法による給付の違憲性

もっとも、2012年の判決においては、問題となった庇護申請者給付法の給付額は、上記①の明白性審査すらパスしなかった。明白に不十分とされた理由は、第一に、庇護申請者給付法における金銭給付の額は1993年以来著しく物価が上がっているのにも関わらず変更さ

¹⁹⁴ BVerfGE 132, 134 [165 Rn. 78].

¹⁹⁵ BVerfGE 132, 134 [165 f. Rn. 79].

¹⁹⁶ BVerfGE 132, 134 [165 Rn. 78].

れなかったこと¹⁹⁷、第二に、社会の実情に応じた給付となるように調整する仕組みが法律内に規定されていたにもかかわらず、所轄の行政機関がこれを一度も使わずにいたこと¹⁹⁸、第三に、同法による給付額が、一般公的扶助法における同じ費目の金額に比しておよそ 35% も低く抑えられており¹⁹⁹、特に社会文化的最低生活にかかる金額が、青少年に関しては、半分ほどにまで低められていたことである²⁰⁰。

また 2012 年の判決では、これに加えて、②の手続的統制によっても給付額は違憲となると判断された。その理由は、第一に、給付額算定の根拠が立法資料に明示されていないこと²⁰¹、第二に、滞在期間が少ない給付を正当化するという推定に、十分に信頼できる根拠なく依拠していること²⁰²、第三に、給付水準が他国よりも高いことが理由となって人口の移動が促されてしまうのを避けるために庇護申請者と亡命者に対する給付を低くする、という移民政策的考慮は、給付水準を肉体的及び社会文化的最低生活よりも下にすることをそもそも正当化できないことを挙げている²⁰³。第三の点について敷衍すると、給付はあくまで「需要」に即しているかどうかという点のみから設定されるのでなければならず、給付が困窮外国人の入国のインセンティブとなることを防ぐ目的で、給付額を「最低生活」以下に引き下げることができないということである。

以下では、本判決の内容と、庇護申請者給付法の内容を乏しいものに抑えようとするその後の立法政策とを照らし合わせることで、2012 年判決およびそこで示された「すべての滞在外国人の生存基本権」の意義と限界を明らかにしたい。

第 2 節 庇護申請者給付法と一般公的扶助法の差異

2012 年判決で外国人にも認められた生存基本権は、給付内容の内外人平等を保障するものではない。2012 年判決以後も、一部の差異は残されたままであり、それどころか、様々な方法で給付内容を実質的に切り詰める改正が行われている。以下では庇護申請者給付法と一般公的扶助法を比較して、その差異が生存基本権に適合するものといえるか考察する。比較の対象は、以下の三点とする。すなわち、第一に、食料、住居、衣服、保健衛生などという、人間の肉体的な生存を保障する給付以外の部分、すなわち社会文化的生存を保障する給付の内容、第二に、最低生活保障給付の形式、第三に、医療扶助の保障範囲である。また、給付内容そのものの差異ではないが、どのくらいの滞在期間を、より乏しい給付が許容され

¹⁹⁷ BVerfGE 132, 134 [166 f. Rn. 82 ff.].

¹⁹⁸ BVerfGE 132, 134 [168 Rn. 85].

¹⁹⁹ BVerfGE 132, 134 [168 f. Rn. 86 f.].

²⁰⁰ BVerfGE 132, 134 [169 f. Rn. 88].

²⁰¹ BVerfGE 132, 134 [170 f. Rn. 91].

²⁰² BVerfGE 132, 134 [171 ff. Rn. 92 ff.].

²⁰³ BVerfGE 132, 134 [173 Rn. 95].

る「短期間」として設定するかという問題についても触れる。というのも、生存基本権が給付の差異づけを許容するものである限り、差異を設ける具体的基準との関係という問題を避けて通ることはできないからである。

(1)請求権の範囲と給付額

2012年判決で問題とされたのは、庇護申請者給付法による給付のうち、典型的かつ経常的な給付である基礎給付(Grundleistungen)の額であった。そもそも庇護申請者給付法の給付には、①基礎給付(第3条)、②疾病および妊娠・出産給付(第4条)、③その他の給付(第6条)の3種類がある。①の基礎給付は月ごとに支給される。①および②の給付は、受給者に請求権が認められている、つまり要件を満たしていれば必ず支給されるのに対して、③の給付の支給は行政裁量によるものである。

基礎給付はさらに、食料、住居、暖房、衣服、保健衛生、日用品等の消費財についての需要(「不可欠な需要(notwendiger Bedarf)」)を充たすための給付と、日常生活における個人的な需要(「不可欠な個人的需要(notwendiger persönlicher Bedarf)」)を充たすための給付に分かれる。前者は肉体的生存を、後者は社会文化的生存を保障する給付である²⁰⁴。

2012年判決では、基礎給付の額が違憲とされた。その際に比較対象として引き合いに出された一般公的扶助法は、「食料」や「衣服」といった、基礎給付にかかる消費支出項目に対応した金額の比較である。ここで確認しておきたいのは、一般公的扶助法が用意する給付の種類(例えば就労促進のための給付や、介護扶助など)と、庇護申請者給付法の給付の種類を比較したのではないという点である。連邦憲法裁判所は、基礎給付の内容、いわば衣食住にかかる需要を充たす金額と、一般公的扶助法における、衣食住にかかる需要を充たす金額とを、比較したにすぎない。一般公的扶助法にあって庇護申請者給付法にない種類の扶助が行われるべきかということは、端から問題とされていないのである。このことからすでに、保障される扶助の種類にまで及ぶという意味での完全な内外人平等取扱は、生存基本権の要請でないということがわかる²⁰⁵。

²⁰⁴ 「不可欠な個人的需要」の用途の例として、1993年当初に立法者が挙げていたのは、交通機関、電話、郵便、筆記用具、読み物、作業道具(Werkmaterial)、少量の嗜好品であった。Vgl. BT-Drucks. 12/4451, S. 8. なお現在は、一般公的扶助法の基準とされる消費支出項目(需要の分類)のうち、以下の項目が計算上含まれる。すなわち、交通、通信、娯楽・余暇・文化、飲食・宿泊サービス、その他の物品およびサービスである。Vgl. Jutta Siefert, in: ders. (Hrsg.), Asylbewerberleistungsgesetz: Kommentar, 2. Aufl., 2020, zu § 3 Rn. 14.

²⁰⁵ 庇護申請者に対する給付について国民との差異を設けることは、EU法にも反しない。指令2013/33/EU(通称「受入指令(Aufnahmerichtlinie)」)第17条第2項は、加盟国国内における難民申請者に対して、適切な水準の生活の保障に配慮するよう定めるが、内国民待遇を要請するものではない。参照、松本勝明「庇護申請者に対する最低生活の保障：ドイツ庇護申請者給付法」社会関係研究27巻1号(2021年)73-93頁(83頁以下)。

とはいえ、2012 年判決は、この衣食住という人間の生存にとって最も基本的な需要を満たす給付について、まさに国籍を問わずに同じだけ保障することを、結果として国家に義務付けたのであり、この点は強調に値する。上述したように、2012 年判決では、滞在期間の短さを需要の少なさに結びつけること自体は許容したけれども、そのような結びつきの根拠を、立法者が説得的に提示することができなければならないとした。そしてその根拠を、庇護申請者給付法の立法者は基礎給付の額について説得的に提示できていないことが理由となって、違憲とされたのである。この判決は、基礎給付の算定根拠を問うことで、「生存保障にはどのようなものが必要か」という実体的判断に依らずに、「人間」一般に必要な「需要」を抽出するものであったといえる。

2012 年判決を受けて、①基礎給付は、一般公的扶助法の給付と同じ算定基準に則って算出され、また社会情勢に応じて随時改定されることとなった²⁰⁶。しかしながら、差異はなお残されている。それが、基礎給付の中の社会文化的生存にかかる「不可欠な個人的需要」を満たす給付額の差である。2012 年の判決を受けた改正で一旦は同等の額にまで引き上げられたのであるが²⁰⁷、2016 年の改正により、不可欠な個人的需要にかかる給付が一律 10 ユーロ減額された²⁰⁸。この理由として立法者は、引き続き滞在する見込みがあるか不確定であるような、滞在がまだ短期間にすぎない状態(=庇護申請者給付法の対象者)では、余暇や教育にかかる消費支出は、「生存に不可欠な基本的需要」とはみなされないと述べた²⁰⁹。具体的には、余暇にかかる需要のうち、テレビ・ビデオ受像機、テレビアンテナ、コンピューターおよびソフトウェア類、スポーツ・キャンプ・レクリエーションのための耐久消費財や装備、楽器などにかかる消費支出など²¹⁰、そして、教育にかかる需要のうち、学歴(Bildungsabschlüssen)の取得に関するもの除く、ドイツ語会話の講座への参加費用などである²¹¹。

²⁰⁶ 基礎給付にかかる金額は、毎年 1 月 1 日に、一般公的扶助法の価格変動率に応じて更新・補正される(第 3a 条第 4 項第 1 文)。また、連邦規模での新しい所得消費抽出調査の結果が出された場合には、すべての不可欠な個人的需要にかかる金額および不可欠な需要の額が、新たに規定される(第 3a 条第 5 項)。

²⁰⁷ Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes und des Sozialgerichtsgesetzes v. 10.12.2014 (BGBl. I S. 2187)。

²⁰⁸ Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren v. 11.3.2016 (BGBl. I S. 390)。

²⁰⁹ BT-Drucks. 18/7538, S. 21。

²¹⁰ Ebenda, S. 22 f。

²¹¹ Ebenda, S. 23。立法資料によると、外国人向けに設置されている「統合コース」の中に、ドイツ語講座が含まれているため、これを受ければよいとされる。しかし、統合コースの受講は有料である。これについて立法者は、「ドイツにとどまる見込みが大きい(gute Bleibeperspektive)」とされる一定の人々は、このコースを無料で受けられるし、またこれに含まれない人々はそもそも統合のための需要がないとみなされるため、滞在の最初の期間においては語学講座を受けることが生存に不可欠であるとはいえないとしている(S. 23)。ドイツ連邦移民・難民庁(BAMF)によれば、「ドイツにとどまる見込みが大きい」とされるのは、(難民認定やその他人道的保護を含む)保護率が 50%を超える出身国から来た庇護申請者である。2022 年 1 月時点では、エリトリア、シリア、ソマリア、アフガニスタンの出身者がこれにあたる

2016年の改正の際、立法者は、当該規定は生存基本権の要請に沿うものだと主張した。曰く、この引き下げは、移民政策に動機づけられた価値判断によるものではなく、給付の差異を正当化するところの「需要」の違いに基づいている²¹²。しかしながらこの減額は、生存基本権の要請を満たしていないと考えられる。なぜなら、この引き下げにかかる需要の算定方法は、内容上透明な手続でもなく、後から検証可能な形で説明されてもいないからである。すでに述べたように、ある集団の特殊性を顧慮して給付に差異を設けることができるのは、「その集団の生活のために必要な給付の需要が、他の要扶助者の需要と著しく異なっている場合で、かつこのことが、まさにその集団の実際の需要をもとにして、矛盾なく、内容上透明性のある手続において裏付けられている場合だけである」^{213(e)}。この点、例えばPC等にかかる需要について、立法者は、「滞在初期において、コンピューターやその付属品の購入は、生存に不可欠(existenznotwendig)ではない」と述べるが、それ以上の理由は説明していない²¹⁴。なお、後で見ると、庇護申請者給付法の受給者は滞在が18か月を過ぎると、一般公的扶助法が準用され、10ユーロの切り下げはなくなるのであるが、立法者は、滞在期間が1年半に満たない者の需要が、それ以外の者の需要とどの点で「著しく(signifikant)」異なっているのかを明らかにしていない²¹⁵。

確かに、娯楽にかかる支出は、肉体的生存保障に必要なものに比べれば、生存という観点からすると優先順位が低くなるかもしれない。また2012年判決も、社会文化的な最低生活の内容形成の余地は、肉体的生存にかかるそれよりも広いと認めている²¹⁶。しかし、連邦憲法裁判所は同時に、社会文化的生存を切り捨てて肉体的生存のみを保障することを、生存基本権は禁じていると述べている²¹⁷。給付の具体化において裁量の余地が広いからといって、十分な根拠なしに切り下げることが許されない。また、庇護を求めてやってくる者は、少なからず不安を抱え、精神的にも負担がかかっている状態にあると考えられる。そのような者にとっては特に、ただ食事をとり屋根の下で眠るという意味での肉体的生存を確保するだ

(<https://www.bamf.de/SharedDocs/FAQ/DE/IntegrationskurseAsylbewerber/001-bleibeperspektive.html?nn=282388> 最終確認 2023年1月1日)。この点について、給付切り下げの一般的理由を「今後の滞在の見込みが少ないこと」に求めながら、上記のような「滞在の見込みが大きい者」をも一律的な給付切り下げの対象とすることは矛盾であるという指摘がある。Vgl. Claudius Voigt, Asylbewerberleistungsgesetz: Feindliche Übernahme durch das Ausländerrecht, info also 2016, S. 99-107(101).

²¹² BT-Drucks. 18/7538, S. 21 f.

²¹³ BVerfGE 132, 134 [164 Rn. 73].

²¹⁴ BT-Drucks. 18/7538, S. 22.

²¹⁵ ドイツイエズス会難民サービス(Der Jesuiten-Flüchtlingsdienst Deutschland)による同趣旨の批判として、vgl. BT-Drucks. 18/10521, S. 9.

²¹⁶ BVerfGE 132, 134 [160 f. Rn. 67].

²¹⁷ BVerfGE 132, 134 [160 Rn. 64; 172 f. Rn. 94]; BVerfG, Urt. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 = BVerfGE 152, 68-151 [127 Rn. 157]. 後者の判例は、第3章で扱う。

けではなく、娯楽や余暇の時間を充実に過ごすことが重要であると考えられる。社会文化的生存にかかる給付は、肉体的生存保障にかかる給付よりも、真の必要性を判断しづらいという性質をもつが、むしろそうであるからこそ、安易に引き下げられてはならないのではないか。

もっとも、この10ユーロの引き下げは、「不可欠な個人的需要」を満たす給付が、金銭給付によって支給される場合の話である。庇護申請者給付法の対象者のうち、滞在開始から18カ月に満たない(≡一般公的扶助法の準用対象でない)者に対しては、「不可欠な個人的需要」が、原則として金銭給付ではなく現物給付で支給される。そこで次に、給付の形式という観点から、一般公的扶助法との差異を見ていこう。

(2)給付の形式

一般公的扶助法においては、金銭給付が、現物給付や商品券による給付よりも優先されるのに対して²¹⁸、庇護申請者給付法においては、受給者が庇護申請者用の受入施設(Aufnahmeinrichtungen)²¹⁹に收容されているかどうかによって、優先的に支給される給付の形式が異なる。ドイツで庇護申請をした外国人は、最長18カ月の間、受入施設での居住を義務付けられるのであるが(庇護法第47条)、受入施設に收容されている受給者に対しては、現物給付が優先され(第3条第2項)、その他の受給者に対しては、基本的に金銭給付が優先される(第3条第3項)。

ここで重要であるのは、社会文化的生存にかかる給付の形式である。1993年の制定以来、「不可欠な個人的需要」は、施設に收容されているか否かにかかわらず、金銭給付により行われるものとされていた。しかし、2015年10月の改正により、この原則が転換された²²⁰。受入施設の被收容者に対しては、社会文化的生存にかかる給付も、「適正な行政コスト(vertretbarem Verwaltungsaufwand)をもって可能である限り」現物による給付が行われることとされ、原則として現物給付を行うこととされたのである(第3条第2項第4文)²²¹。

²¹⁸ 社会法典第12編第10条第3項「本法典が異なる定めをしない限り、そして、商品券または現物給付により、社会扶助の目標が著しく良くまたは経済的に達せられうるのではない限り、または受給権者がそれを望むのでない限り、金銭給付は、商品券または現物給付に優先する。

²¹⁹ 庇護法第44条第1項「ラントは、庇護を求める者の收容のために、これに必要な受入施設を作り、運営し、受入率に応じて、月ごとの受入施設への庇護希望者の移動を顧慮して、收容場所の必要数を準備する義務を負う。」庇護申請者給付法の受給者が住む施設には、この他に、「共同居住施設(Gemeinschaftsunterkunft)」(庇護法第53条第1項)がある。これらは合わせて「集団居住施設(Sammelunterkünften)」と呼ばれる。受入施設への居住義務がなくなった後の期間について、庇護手続がまだ終了していない場合には、原則として共同宿泊施設に住むものとされる。アナログ給付は受入施設への居住義務のある期間は原則として適用されないところ、共同宿泊施設に住む庇護申請者は、18カ月の滞在中には、請求権制限規定に該当しない限りアナログ給付を受けると考えられる。

²²⁰ Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz v. 20.10.2015 (BGBl. I S. 1722).

²²¹ Vgl. BT-Drucks. 18/6386, S. 14.

これは、現物給付原則への転換による国家の「節約」の試みである。立法資料にも示されているように、当時のドイツは、いわゆる欧州難民危機のさなかにあつて、国内に押し寄せる庇護申請者と、かれらに対する最低生活保障により生ずる国家財政への負担に対処する必要に迫られていた²²²。ただ、その数年前に出た 2012 年判決によって、給付額を「需要」によらない理由に基づいて切り下げることが、立法者は禁じられていた。そのような中でとりうる「節約」の方法が、給付の形式の変更であった。2012 年判決において連邦憲法裁判所は、現物給付、金銭給付、またはサービス給付のどれによって最低生活を保障するかの決定は、完全に立法者に委ねられているのであり、いずれを選んでも生存基本権に反することはないと判示した(c)。金銭給付の代わりに現物給付を行うことで、合憲的に国家の支出を減らすことができるのである。

しかしながら、現物給付での提供は、支出にかかる個人の選択の自由を制約する側面をもつ点に注意が必要である²²³。とりわけこれが問題となるのは、社会文化的最低生活にかかる需要を充たすとされる、「不可欠な個人的需要」を充たす給付(個人的な趣味・娯楽のための出費)についてである。たとえ限られた金額であっても、その範囲内において用途を(使わないという選択肢も含めて)自由に決める利益は、個人の人格の自由な発展およびその尊重という観点から、保護に値すると考えられる²²⁴。生存基本権が保障する「人間らしい生活」の中には、このような要扶助者の意思決定の自由が含まれていると解すべきである。この点、立法者は、現物給付が自己決定権(Selbstbestimmungsrecht)を制約しうる点を意識しないわけではないが、この権利についてはあくまで、滞在開始から一定期間経過した後に顧慮されればよいと考えているようである²²⁵。

(3)医療扶助の保障範囲

庇護申請者給付法では、一般公的扶助法と異なり、医療扶助がカバーする治療や処置の範囲が、いわゆる緊急医療に限定されている。すなわち、「急性的な発病および痛みの発生に対処するために、薬剤や包帯による処置を含む必要な医療上および歯科医療上の措置、およびその他の、症状および予後の快復、改善、緩和のために必要な給付が保障される」(第 4 条第 1 項第 1 文)。「急性的な発病および痛みの発生」の定義は法律上示されていないが、生活習慣病などの慢性病はこれに含まれないと解されている²²⁶。なお、18 カ月を超えてドイ

²²² Vgl. BT-Drucks. 18/6185, S. 1.

²²³ Vgl. Voigt(Anm. 211)S. 102.

²²⁴ 同趣旨の見解として、Constanze Janda, Quo vadis, AsylbLG? Möglichkeiten der Neugestaltung der existenzsichernden Leistungen für Personen mit vorübergehendem Aufenthalt nach dem Urteil des BVerfG, ZAR 2013, 175-182(181).

²²⁵ 立法資料には、受入施設への居住義務期間の経過後に、不可欠な個人的需要が金銭給付により提供されることを指して、「これにより、受給者の自己決定権と分散した居所が顧慮される」とある。BT-Drucks. 18/6185, S. 45.

²²⁶ Karen Krauß, in: Jutta Siefert (Anm. 204) zu § 4, Rn. 23 f.

ツに滞在し、一般公的扶助法の準用を受けると(準用については後述する)、医療扶助がカバーする範囲も一般公的扶助法と同じものになるため、慢性病に対する医療的ケアも保障されることになる。庇護申請者は、緊急の処置が必要にならない限り、滞在開始から18カ月の間、慢性的な持病があっても、その治療に必要な薬の処方などの処置を受けられないということになる。

しかしながら、発作が起きて、緊急手術が必要となるほどに悪化しないと治療を受けられないというのでは、人間に値する生活を送るための十分な条件が整っているとはいえない。1ですでに確認したように、国家により保障される「最低生活」には、肉体的生存にかかわる部分と、社会文化的生存にかかわる部分があるが(d)、前者の肉体的生存にかかわる部分には、「健康」も含まれている²²⁷。この規定が対象としない慢性病に対する治療も、肉体的生存保障の観点から、公的扶助給付の対象とされるべきであり、しかもそのことは、一般公的扶助法の領域では異論なく認められているのである²²⁸。なお、広く知られているように、高血圧や糖尿病などの生活習慣病は、常に自覚症状があるわけではないものの、進行すると心筋梗塞や脳卒中といった命にかかわる症状へとつながる病気である。このような病気の患者については、病院搬送が必要な状態になる(緊急的治療が必要になる)時点で、もはや手遅れとなるケースも多いと考えられる。したがって、緊急医療にのみ医療的処置を限定する第4条の規定には、生存基本権適合性について重大な疑念があるといえる。他方で、2012年判決は、毎月支給される経常的給付の典型的な額(基準額)が充たすところの需要を問題としていたため、医療的措置という経常的・典型的でない需要の充足については、憲法上の基準を直接提示しなかった。

ここで用いられているのが、第6条に規定されている「その他の給付」の憲法適合的解釈(verfassungskonforme Auslegung)である。第6条第1項は、個別事例において、生計または健康の保障のために必須である場合に、請求権が認められている給付に加えて、その他の給付が支給されうると規定している。ここにいう「健康の保障のために必須な」給付に、第4条が対象としない慢性病の治療のために必要な措置が含まれるとする解釈が、生存基本権に適合的な解釈だとされる。Karen Kraußによると、以下の場合には、第4条についての合憲性の疑念が払拭されうるといえる。それは、行政官庁および裁判所による第4条及び第6条の適用が、(1993年に作られた)元々の条文についての立法資料にある諸基準を指向するよりも、連邦憲法裁判所による生存保障に関する(2012年以後の)より新しい判例を背景として、以下のような状況を導く憲法適合的解釈が選択される場合である。すなわち、とりわけ慢性病と急性的な発病の中間点において不可欠な医療的処置を、限定的な請求権を根拠と

²²⁷ BVerfGE 132, 134 [160 Rn. 64]; Krauß(Anm. 226) zu § 4, Rn. 6. この規定については、基本法第2条第2項第1文に定められた健康への権利に反するという指摘がある。Vgl. Eberhard Eichenhofer, Gesundheitsleistungen für Flüchtlinge, ZAR 2013, 169-174.

²²⁸ Krauß(Anm. 226) zu § 4, Rn. 7.

して保障するという状況である²²⁹。このように、個別事例における裁量給付(とその収縮)を通じて、2012年判決の直接的射程に含まれない「最低生活」の内容を充実させる方法がとられている²³⁰。

生存基本権適合性審査にあたって連邦憲法裁判所が採った態度、すなわち、生存保障給付の内容形成を第一義的に立法者に認めたとうえで、控えめな統制のみを行うという司法審査のありようは、ともすれば連邦憲法裁判所によって直接言及されない箇所については、保障内容が不十分なままで通用することにつながりかねない。しかしながら、憲法適合的解釈を通じて、最低生活保障給付のうち司法審査がなされていない部分や、審査が及びづらい部分にも、生存基本権の要請を行きわたらせることができる。これまでの判示に照らすと違憲とまではいえない医療扶助の保障範囲を、憲法適合的解釈によって実質的に拡大することは、実際上の不利益に対処する方法としては妥当であり、積極的に評価すべきであろう。

他方で、以下のような問題も指摘されている。すなわち、そもそも第4条および第6条の諸規定が構造上あまりに漠然としているために、法律により保障される最低生活保障への請求権の基礎として不適當(ungeeignet)であるという批判がある²³¹。2012年判決によれば、最低限度の生活を送るための給付は、請求権として法律上規定されていなければならないとした(a)。このことから、「最低生活」とは何であるかを立法者は明確に定めなければならないはずであるところ、第4条の「急性的な発病および痛みの発生」、そして第6条の「健康の保障のために必須な給付」は、それに何が含まれるのか不明瞭である。ゆえに、これらの規定は、立法者が規制内容の本質的部分を定めなければならないという「本質性の要請(Wesentlichkeitsgebot)」、および、基本法第20条第3項から導かれる「規範の明確性の原則(Grundsatz der Normbestimmtheit)」に反する²³²。また、第6条は請求権ではなく裁量に基づく給付であるため、行政の恣意的な運用の危険があることや、受給者を、尊厳ある権利主体としてではなく「請願者(Bittsteller)」へと貶める危険があることを問題視する論者もいる²³³。

²²⁹ Krauß(Anm. 226) zu § 4, Rn. 10.

²³⁰ このような憲法適合的解釈を採ったものとして、予後の悪い癌患者がC型肝炎を発症した事例において、C型肝炎は第4条にいう急性病ではないとしつつ、これを治療しなければ、仮に癌が再発した場合に化学療法を効果的に行うことができないことから、C型肝炎の治療をできるだけ早い段階で行う必要があるとして、第6条の「その他の給付」により抗ウイルス療法を行うよう国に義務付けた(裁量がゼロに収縮するとした)裁判例がある。SG Fulda, Beschl. v. 18.6.2018 - S 7 AY 2/18 ER = juris (<https://www.juris.de/perma?d=JURE190006954> 最終確認 2023年1月1日)。

²³¹ Stephan Rixen, Zwischen Hilfe, Abschreckung und Pragmatismus: Gesundheitsrecht der Flüchtlingskrise, NVwZ 2015, S. 1640-1644 (1643).

²³² Ebenda.

²³³ Gabriele Buchholtz, Reformimpulse für die Integration Geflüchteter, NVwZ 2017, 756-761(759).

(4)一般公的扶助法の準用までの待機期間

庇護申請者給付法の受給権者は、出国を可能とするために課されている(身分証明などの)義務に理由なく違反するなどの権利濫用的態度をとらないことを条件として²³⁴、一定期間の経過後に、一般公的扶助法(第12編および第9編第2部²³⁵)に準じた給付を受ける旨規定している(第2条)。この規定による給付は、「アナログ給付(Analogleistungen)」と呼ばれる²³⁶。これにより、基礎給付の給付水準は一般公的扶助法のレベルへと引き上げられ、金銭給付が現物給付より優先され、また、疾病にかかる給付も、緊急医療に限定されなくなる。

アナログ給付自体は1993年の制定当初から存在したものの、その要件は、都度の政策的影響を受けて、しばしば変更されてきた。この要件の移り変わりは以下のとおりである。すなわち、①12か月間の滞在期間(1993～1997年)、②36か月の受給期間(1997～2007年)、③48か月の受給期間(2007～2014年)、④15か月の滞在期間(2014～2019年)、⑤18か月の滞在期間(2019～現在)である。①制定当初から1997年までの間は、アナログ給付を得るまでの期間の経過は、外国人のドイツでの「滞在期間」によって測られていたのに対して、②1997年の改正によって、「滞在期間」ではなく、「受給期間」の経過を基準にアナログ給付を認めた²³⁷。つまり、受給し始めるまでどれだけ長く滞在していたとしても、その期間は、準用までの待機期間に算入されなくなったのである。この「滞在期間」から「受給期間」への要件変更の意図は、他でもなく、まさに公的負担の軽減にあった²³⁸。そして、この「アナログ給付までの受給期間」は、当初③36カ月間であったところ、2007年の法改正により、④48カ月間へと延長された²³⁹。これにより、準用が受けられるまでには、最低でも4年以上滞在することが前提になった。

もっとも、この受給期間要件は、2014年の改正によって廃され²⁴⁰、アナログ給付の支給は再び、④これまでの滞在期間の長さを基準とするものとなり、さらにその期間は15カ月に短縮された。このような改正のきっかけは、いうまでもなく2012年判決にある²⁴¹。すなわち、2012年判決によれば、庇護申請者給付法の給付と一般公的扶助法における給付の違

²³⁴ 義務に反した場合、請求権として要求できる給付内容がさらに制限される(第1a条)。この規定については第3章で扱う。

²³⁵ 社会法典第9編は、「障害者のリハビリテーションと参画(Teilhabe)」にかかる規定を定めており、その第2部では、「障害者の自律した生活のための特別給付」を規定している。

²³⁶ Krauß(Anm. 226) zu § 2, Rn. 8.

²³⁷ Neufassung des Asylbewerberleistungsgesetzes v. 5.8.1997 (BGBl. I S. 2022).

²³⁸ Krauß(Anm. 226) zu § 2, Rn. 19.

²³⁹ Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union v. 19.8.2007 (BGBl. I S. 1970).

²⁴⁰ Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes und des Sozialgerichtsgesetzes v. 10.12.2014 (BGBl. I S. 2187).

²⁴¹ Vgl. BT-Drucks. 18/2592, S. 19.

いを正当化するのは、それぞれの受給権者の生活状況(Lebenssituation)ないしそれに基づく需要状況(Bedarfssituation)が実際に異なっている、という点である(e)。これを裏返せば、同等の需要状況にある者が、同じ水準の給付を受けられないという事態は生存基本権に反することになる。庇護申請者給付法を滞在が未だ定着していない者の需要を充足するための給付とするのであれば、一般公的扶助法の対象者と同程度に滞在が定着している者については、滞在地位としては庇護申請者であったとしても、一般公的扶助法レベルの給付を受けられるのでなければならない。この点、立法者は難民申請者という滞在地位から短期間の滞在を推定しているが、これに十分な根拠はない。現に庇護申請者給付法の受給者の大半がドイツに6年以上滞在しているのであって、またどのみち、一般公的扶助法の準用までの間に少なくとも4年、そして滞在期間としてはそれよりも長くなりうるような制度とすることからして、「難民申請者＝短期滞在者」という推測は成り立ちえないのである。このような判示に応答するかたちで、立法者は、準用の要件を「受給期間」から「滞在期間」に変更し、そしてその期間を短縮した。立法者が「一般公的扶助法の対象者と異なる需要状況にある期間」として設定した15カ月という期間は、当時の庇護手続きにかかる平均処理期間と、出国にかかる手続きの時間を足したものである²⁴²。しかし、2019年8月15日の改正により、この待機期間は18カ月に引き上げられた²⁴³。期間延長の理由として立法者が引き合いに出したのは、同じ改正法律によって庇護申請者の受入施設への居住義務が、最長6カ月から最長18カ月へと延長されたことである(庇護法第47条第1項)。居住義務の期間延長によって「統合可能性(Integrationsmöglichkeiten)が限定された」ことを背景に、準用までの待機期間も延長された²⁴⁴。なお立法者によれば、18カ月という期間は、短期滞在(Kurzaufenthalt)の期間を明らかに超過しているとはいえず、2012年判決にも反しないという²⁴⁵。

生存基本権による給付の差異づけを正当化するには、それぞれの「最低生活」にかかる需要が異なることを証明しなければならない。アナログ給付の要件は、外国人の滞在において「需要」が変化する(と立法者が考える)ポイントを示す指標となる。2012年判決は、滞在地位を需要の差異に結び付けることを否定したことに意義がある。問題は、滞在地位を度外視したときに、外国人のいかなる要素が一般公的扶助法の準用を基礎づけるような「需要」を基礎づけるかである。2012年判決で連邦憲法裁判所は、「滞在期間の短さが給付の少なさを正当化するという説得的根拠がない」旨を述べたにすぎない。つまり、いかなる場合

²⁴² 庇護申請手続は申請却下に対する異議申立手続を含めて1年ほどかかるが、「その多くは不成功に終わるため」、その後の滞在終了措置の期間をも含めて15か月と設定された。BT-Drucks. 18/2592, S. 19.

²⁴³ Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 15.8.2019 (BGBl. I S. 1294)。この法律は、「移民関連一括法案(Migrationspaket)」と呼ばれる、2019年6月に可決された移民関連諸法の一つである。

²⁴⁴ BT-Drucks. 19/10706, S. 17 f.

²⁴⁵ Ebenda.

に滞在期間が短いとはいえなくなるのかについて、憲法上の規準が示されていないのである。立法者は、給付額のみならず、この点についても形成の余地を有していると考えられる。もっとも、6年以上の滞在ともなるとさすがに「一時的で短期間の滞在」とはいえないと、連邦憲法裁判所は考えているようである²⁴⁶。この意味では、憲法上は6年の滞在が「短期間滞在」の一応の上限となるといえるが、それでも、給付額と同様に、それ以上に具体的な数値を憲法から直接導き出すことはできないであろう。

そのような中、立法者は2012年判決を受けて、「短期間滞在」を、庇護申請にかかる平均期間をもとに設定した。一般的に、15か月の滞在を「短期滞在」と評価できるかはともかくとして、かような基準を用いた期間の設定は、庇護申請者給付法の趣旨に鑑みると、一応合理的であるといえる。というのも、本法における典型的な受給者は、入国してすぐに庇護手続を開始すると考えられるため、滞在開始から、通常であれば終了するはずの手続期間のうちには少ない給付を支給することが、国家の財政的負担を抑えるのに適しているものの、他方で受給者自身の責任によらずに期間が延びた場合に、その責任を引き受けるべきは申請者を受け入れた国家であるからである。しかしこの算定基準を正当とする限り、庇護手続の平均期間が延びればそれだけ、受給者が低廉な給付を受ける期間が長くなってしまい、これに(憲)法的な歯止めをかけることができないばかりか²⁴⁷、本来の問い、すなわちそもそも需要の多寡を滞在期間で測ることができるのかという問いは、答えられないままになってしまう。

さらに立法者は、2019年の改正によって、この(一応の)合理的説明すら放棄した。庇護申請者の受入施設での居住義務があるうちは「統合可能性」が限定されているとして、待機期間を居住義務期間と同じ18か月へと変更したのであるが、その際に、2014年改正時の待機期間の設定基準から逸脱した理由は一切説明されていない。なお、立法者は「統合可能性」が限定されている期間のことを、低い給付を正当化する「短期滞在」と定義するわけではない。2019年改正において立法者が、待機期間の延長の理由として「統合可能性」を挙げたあとに、「これは短期滞在の域を出るものではない」と述べたことからして²⁴⁸、「短期滞在」といえる何らかの期間(枠)があり、その枠内に収まっていれば、準用までの待機期間の延長の積極的理由として「統合可能性」を引き合いに出すことが認められると考えているようである。しかし、これまでも確認してきたように、「短期滞在」といいうる厳密な期間は憲法

²⁴⁶ 「〔庇護申請者給付法〕の規定のコンセプトは、それが短期間で一時的な滞在であるということを前提にしている〔注記略〕。しかしながら、この前提は実際の状況と合致しない。庇護申請者給付法による給付を受ける人々の大半は、ドイツにすでに6年以上滞在しているのである」(〔 〕内は筆者)。BVerfGE 132, 134 [171 f. Rn. 93].

²⁴⁷ 実際、庇護手続の平均処理期間にはかなりの変動がある。2014年改正での期間設定の基礎とされた、申請から庇護申請却下に対する異議申立についての司法的裁定までを含む平均処理期間は、2013年では12か月足らずであったところ(BT-Drucks. 18/1394, S. 13)、2020年では26か月ほどまでになっている(BT-Drucks. 19/30711, S. 4)。

²⁴⁸ BT-Drucks. 19/10706, S. 18.

から導出できないので、仮に居住義務の期間が延長され、これに伴って待機期間がさらに延長された場合でも、違憲といえるかは微妙である。

ここでの検討によって明らかになるのは、具体的な数値の決定について生存基本権が規範的な意味を持ちえないということだけではない。生存基本権が、基礎給付の算定の場合を除いて、移民政策に対しては受動的な性質を持つ権利であるということも、確認される。改正の理由として立法者が援用した「統合可能性」という概念は、法律上の概念でもなければ、立法資料においても説明がない。この点、アナログ給付を導入した当初(1993年)の立法者の説明として、「ドイツでの生活への順応と、よりよい社会的統合を指向する需要が認識される」というものがある²⁴⁹。2019年改正の立法者がこれを念頭において、受入施設以外の住居に住むことができず、その意味でドイツ社会になじむことができないことを「統合可能性」の限定と呼んでいると考える。庇護申請者だけでなく、ドイツ人やその他の外国人と同じ地域社会で暮らすことは、統合の第一歩ではある。逆に、そこから対象者を遠ざける政策決定、すなわち受入施設での居住義務を延長するという庇護法上の決定は、対象者をドイツ社会から排除するものであるといえる。これまでの検討からすると、外国人の有する「生存基本権」は、このような排外的な政策決定を禁じる規範ではない。

しかしながら、生存基本権は、2012年判決において移民政策について以下のように述べている。すなわち、「給付水準が他国よりも高いことが理由となって人口の移動が促されてしまうのを避けるために庇護申請者と亡命者に対する給付を低くする、という移民政策的考慮は、給付水準を肉体的及び社会文化的最低生活よりも下にすることをそもそも正当化できない〔注記略〕。基本法第1条第1項で保障されている人間の尊厳は、移民政策的に相対化されてはならないのである。」²⁵⁰この判示を、アナログ給付の待機期間との関係でどのように理解すればよいか。2012年判決で問題となった基礎給付の算定については、最低生活のラインの決定と移民政策とを分離して考察することができた。しかし待機期間については、最低生活のラインそのものが、移民政策によって操作されているとみることができる。2019年の改正で、最低生活を形作る要素としての「統合にかかる需要」が、「統合」を阻む移民政策によって減じられたのである。2012年判決で扱われた「最低生活」は、準用により充たされるところの「統合にかかる需要」を抜きにした、いわば「真の最低生活」であり、またそうであるからこそ、移民政策的考慮を排除するだけの規範的な効力を持ちえたといえる。困窮外国人を無保護の状態にさらすことは、どのような政策的考慮によっても認められないけれども、それ以上の給付を命じる規範として、生存基本権はさほど強い力をもたな

²⁴⁹ BT-Drucks. 12/5008, S. 15. しかしながら、給付のどの項目が統合にかかる需要といえるかについて、立法者は説明していない。Vgl. Flüchtlingsrat Berlin e.V., Stellungnahme zur Anhörung zum Asylbewerberleistungsgesetz am 07.02.2011 im Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages, S. 19 (URL: https://fluechtlingsrat-berlin.de/wp-content/uploads/Classen_AsyblLG_Bundestag_070211.pdf 最終確認 2022年12月31日)。

²⁵⁰ BVerfGE 132, 134 [173 Rn. 95]. □ 内は筆者。

いということがわかる。

第3節 一般公的扶助法における内外人の差異

これまでは、一時的滞りな滞在を予定する庇護申請者などの外国人に対する最低生活保障制度をみて、これと一般公的扶助法における給付とを比較した。以下では、一般公的扶助法の内部での、ドイツ人と外国人、および外国人の間の取扱いの差をみてゆく。一般公的扶助法による給付制度には、社会法典第2編の求職者基礎保障給付²⁵¹と、同法典第12編の社会扶助給付²⁵²の二種類がある。前者は基本的に就労可能である者を²⁵³、後者はそれ以外の者を対象とする。外国人が求職者基礎保障給付を受けるためには、上記要件のほか、滞りが一時的なものでないことや、就労が許可されていることが求められる²⁵⁴。求職者基礎保障と社会扶助は、2005年までの間、連邦社会扶助法という一つの公的扶助制度であったものが、2000年ごろから行われた社会保障制度改革による再編成を受け、2005年の法改正により、社会法典に二つに分かれた形で組み込まれた²⁵⁵。

求職者基礎保障の対象者となる者は内外人を問わず、同じ内容の給付請求権を有する。これに対して社会扶助給付においては、内外人間および外国人間の給付に差異が設けられている。以下ではまず、社会扶助給付における原則的な差異をみて、生存基本権適合性を検討する(1)。次に、社会扶助において内外人平等が義務付けられる場合と、その根拠を考察する。この考察は、国際条約やEU法により内外人平等取扱いが要請される場合と(2)、ドイツの立法者によって独自に設定された内国民待遇の要件とに分けて行う(3)。

(1)外国人に対する原則的な給付範囲の限定

社会法典第12編に設けられている内外人の取扱いの原則的な違いは、連邦社会扶助法で

²⁵¹ Das Zweite Buch Sozialgesetzbuch – Grundsicherung für Arbeitsuchende – i. d. F. der Bekanntmachung v. 13.5.2011 (BGBl. I S. 850, 2094), das zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 16.12.2022 (BGBl. I S. 2328). 上述した2010年判決では、求職者基礎保障給付の給付額が違憲とされた。

²⁵² Das Zwölfte Buch Sozialgesetzbuch – Sozialhilfe – (Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Dezember 2003, BGBl. I S. 3022, 3023), das zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 16.12.2022 (BGBl. I S. 2328).

²⁵³ 満15歳以上で、社会法典第2編第7a条所定の定年に至らない者であり、就労が可能な者で、通常の居所をドイツに有する要扶助者が、対象となる。就労が可能である(erwerbsfähig)とは、一般的な労働市場の通常の条件の下で一日3時間以上働くことができる者をいう(第2編第8条第1項)。ワーキングホリデーや季節労働者として滞在する外国人は、通常の居所をドイツに有しないものとされ、この給付の対象外となる。

²⁵⁴ 社会法典第2編第8条第2項。

²⁵⁵ 「ハルツ改革」とよばれる社会保障制度改革による立法の一つである(「ハルツIV法」)。この改革については、田畑(前掲注173)1頁以下を参照。社会法典への編入に伴い、公的扶助法にかかる争訟を管轄する裁判所が、行政裁判所から社会裁判所へと変わった。

設けられたものをほとんどそのまま引き継いでいる。社会法典第 12 編の対象者となる外国人は、同法典上の①生計扶助、②疾病扶助、③妊娠・出産扶助、④介護扶助に対して、義務的給付への請求権²⁵⁶を有する(第 23 条第 1 項第 1 文)。同法典には①から④までの扶助以外に、老齢・障害等基礎保障、予防的保健扶助、家族計画扶助などが規定されているところ²⁵⁷、それらのうちほとんどのものについて、ドイツ人は義務的給付への請求権を有するのに対して、外国人は扶助主体の裁量判断により認められる場合にのみ、これらが支給される(第 23 条第 1 項第 3 文)。

このような差異は、生存基本権に反しないと考えられる。なぜなら、この規定は 2012 年判決のいう「下限」を下回るものとはいえないからである。2012 年判決では、すべての滞在外国人に生存基本権が保障されるとしたが、具体的給付の内容まで同じであることまで要求されない。このことは、当該判決が庇護申請者給付法そのものの存続を否定しないことから明らかである。生存基本権が求めているのは、あらゆる人間に認められる需要の充足であるところ、社会扶助給付で外国人に認められる上記①から④までの給付請求権は、庇護申請者給付法の基礎給付の範囲を超えるものであり、その意味で生存基本権の要請を既に満たしていると考えられる。また、2012 年判決では、①生計扶助にあたる給付の額の低さが違憲の要因となったのに対して、社会扶助法における給付の限定は、給付の種類にすぎず、支給される給付の額に差は設けられていない。このように、種類と内容という二つの点において 2012 年判決の判示に反しないため、生存基本権に違反するものでないと考えられる。

他方で連邦憲法裁判所は、「需要」の差から説明ができないような給付の差異づけを立法者に禁じている。2012 年判決によれば、「需要」の差は、要扶助者の滞在期間の長さや今後の滞在の見込みの有無により生じうる(e)。裏返せば、社会扶助法の対象者間で、「需要」の差、ないし滞在期間や滞在見込みの差があるとはいえないにもかかわらず、一方には給付請

²⁵⁶ 連邦社会扶助法および社会法典第 12 編にいう「請求権(Anspruch)」には、「義務的給付」「原則的給付」「任意給付」という 3 つの種類がある。個々の規定として置かれた給付がこれらのうちどれにあたるかは、当該規定の文言により判断される。「義務的給付」は、「扶助が…支給される („Ist Hilfe … zu leisten“)」などという形で規定される(ゆえに、„Ist-Hilfen“と呼ばれる)。これは、給付要件を満たしてさえいれば、支給が扶助主体に義務付けられる給付である。「原則的給付 („Soll-Hilfen“)」は、給付要件を満たしている場合が原則的に行われなければならないが、扶助主体の裁量判断により、例外的に給付を認めなくてもよい場合がある給付である。「任意給付 („Kann-Hilfen“)」は、支給するかしないかの判断が扶助主体の裁量に任されている給付である。ただし、「原則的給付」「任意給付」において扶助主体に認められる裁量は自由裁量ではなく、裁判により過誤があったかどうか審査されうる(行政裁判所法第 114 条)。受給権者は、義務的給付については「給付請求権」を有するのに対して、原則的給付と任意給付については、「過失のない裁量への請求権」を有する。Vgl. Jörg Deckers, in: Flint (Anm. 166) zu § 17 SGB XII Rn. 11 ff.

²⁵⁷ 個々の給付の詳細およびその他の給付については、田畑(前掲注 173)188 頁以下を参照。

求権を認め、他方には裁量による給付しか認めないという取扱いの差を設けることは、生存基本権の要請に沿うものでないといえる。そこで以下では、社会扶助の受給者たる外国人のうち、ドイツ人と全く同じ範囲で給付請求権を有する外国人を類型化し、上記限定を受けるとの給付の差を、「需要」の差として説明しうるかについて検討したい。

(2)国際規範による平等取扱要請

国内法の規定とは別に、国際条約や EU 法が、公的扶助法において内外人平等取扱を命じる場合がある。このような規定は、上でみた請求権の範囲限定の影響を受けない(第 23 条第 1 項第 5 文)。これにあたる国際条約にはまず、二国間協定と多国間協定がある。公的扶助に関する二国間協定としては、ドイツ＝スイス間²⁵⁸およびドイツ＝オーストリア間²⁵⁹の扶助協定が挙げられる。当該協定により、ドイツに滞在するスイス人およびオーストリア人は、ドイツ人と同じ内容の請求権を有する。ただし、扶助を受けるために入国した場合には、協定国国民であっても自国民待遇の対象にはならない²⁶⁰。また、多国間協定として、欧州扶助協定がある²⁶¹。1953 年の欧州扶助協定は、その加盟国²⁶²国民に対して、公的扶助において内外人平等を規定する。なお、社会扶助が定める給付のうちには、平等取扱の対象とならないものもある²⁶³。その他、扶助法上の内外人平等取扱を要請する国際条約として、難民条約がある²⁶⁴。その第 23 条において、「締約国は、合法的にその領域内に滞在する難民に対し、公的扶助及び公的援助に関し、自国民に与える待遇と同一の待遇を与える」と規定され、また第 24 条で、失業の際の社会保障制度についても、自国民と同一の待遇を与えるものとされる。この規定によって、国家に、難民条約上の難民と認定された者を、自国民と同様に取扱う義務が生じる。

EU 加盟国の国民を公的扶助法において自国民と平等に取り扱うよう要請する規定には、

²⁵⁸ Deutsch-Österreich Fürsorgeabkommen v. 17.1.1966 (BGBl. II 1969 S. 1).

²⁵⁹ Deutsch-Schweizerische Fürsorgevereinbarung v. 14.7.1952 (BGBl. II 1953 S. 31).

²⁶⁰ Ulrich-Arthur Birk, in: ders u.a., Bundessozialhilfegesetz Lehr- und Praxiskommentar (LPK-BSHG), 5. Aufl., 1998, zu § 120 Rn. 10 f.

²⁶¹ Europäisches Fürsorgeabkommen v. 11.12.1953 (BGBl. 1956 II S. 564). なお連邦政府は 2011 年に、第 2 編給付については当該協定に基づく平等適用の対象としないとの立場を表明した。Vgl. Deckers(Anm. 166) zu § 23, Rn. 36, 37.

²⁶² 当該協定の加盟国は、ベルギー、ドイツ、デンマーク、フランス、ギリシャ、アイルランド、アイスランド、イタリア、ルクセンブルク、マルタ、オランダ、ノルウェー、ポルトガル、スウェーデン、スペイン、トルコおよびイギリスである。Vgl. Birk(Anm. 260) zu § 120, Rn. 13.

²⁶³ 「特別な社会的困難を克服するための扶助」(社会法典第 12 編 67 条以下、かつての連邦社会扶助法第 72 条)、「生活基盤の建設または確保のための扶助」(現行の社会扶助給付ではなく、かつて連邦社会扶助法第 30 条に存在)による給付。vgl. Birk(Anm. 260) zu § 120, Rn. 13.

²⁶⁴ Gesetz betreffend das Abkommen v. 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 1.9.1953 (BGBl. II S. 559); Gesetz zu dem Protokoll vom 31.1.1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 11.7.1969 (BGBl. II S. 1293).

社会保障の調整規則と、域内自由移動一般についての指令がある。まず、社会保障の調整にかかる規則(VO(EG)882/2004)により²⁶⁵、ドイツは、第2編による給付について、そして第12編給付のうち老齢・障害等基礎保障については、EU市民を国民と同様に取り扱うよう義務付けられる(附則 X)。就労可能な外国人は、社会法典第2編の給付を受けることになるが、これに該当しない者で、老齢・障害等基礎保障の対象者にもならない者には、この規則による平等取扱の対象にならない。次に、EU市民の域内自由移動について定めた指令(RL 2004/38/EG)は²⁶⁶、加盟国国民と自国民の内外人平等を原則として要求する(第24条第1項)。これには、社会保障の内外人平等も含まれる。ただし、これに対する例外として、同条第2項は以下の者に対しては、加盟国に社会扶助を行う義務はないと規定している。すなわち、「労働者または自営業者でない者のうち、EU自由移動権を有している者とその家族である者の、滞在の初めの三カ月間、または場合によっては第14条第4項bにしたがった、それよりも長い期間中」についてである。後者の期間は、EU外国人が受入加盟国内で適法に求職活動を継続することができる期間のことを指す²⁶⁷。この規定に対応して、経済活動に従事しておらず、自己の責任によらない事由で失業したわけでもない外国人については滞在開始より3カ月間、求職のみを目的として滞在する者は、社会法典第2編および第12編の受給権を有しない(給付否定規定)²⁶⁸。なお、これらに該当する場合でも、5年間継続的にドイツに滞在した者については、各法典の給付対象となる。ただし、第12編の給付の場合、内外人平等ではなく、上記の差異ある請求権しか認められない。したがって、これらのEU法に基づく内外人平等取扱いは、第2編給付については、就労可能であり、求職以外の目的をもって滞在している者²⁶⁹、経済活動に従事しているものの、収入が最低生活を送るのに十分でない者、または、自己の責任によらない理由で失業した者、そして第12編給付に関しては、就労不能であり、求職以外の目的をもって滞在している者、または、老齢・障害等基礎保障の受給資格を満たす者に対してのみ、要請される。

国内法と併せてみると複雑な様相を呈するものの、一目で明らかとなるのは、国際条約やEU法などの国内法によらない平等取扱要請は、これまでの滞在期間の長さやこれからの滞

²⁶⁵ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. 邦語での解説として、松本勝明『労働者の国際移動と社会保障』(旬報社、2018年)27頁以下を参照。

²⁶⁶ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. この指令については第4章で説明する。

²⁶⁷ ドイツでは、原則6カ月間とされている(EU自由移動法第2条第2項1a号)。

²⁶⁸ 給付否定規定の詳細と憲法適合性についての検討は、第4章で行う。

²⁶⁹ これに該当するのは、例えば、ドイツの学校に通う自身の子どもの世話をするという目的である。かつてはこのような目的で滞在する者に対して受給権が否定されていたところ、2020年の欧州司法裁判所の判決(EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C - 181/19 = ECLI:EU:C:2020:794)を受けた法改正の後、受給が認められるようになった。この判決については第4章も参照。

在の見込みの有無といった「需要」の差を基礎づける指標に、必ずしも対応していないということである。その理由として考えられるのは、締約国が、他の締約国国民の最低生活保障を相互に義務付ける際には、互いに内国民待遇とすることが最も便宜であることである。かような取り決めは、人道的目的や(難民条約)、人(労働者)の自由移動(EU 法等)というように様々な趣旨・目的をもつが、それらの目的達成のためには、最低生活保障＝自国民待遇とすることが最も簡便なのであって、都度「需要」に基づいて差異を設けることは、手続や事態を複雑にし、かえって取り決めの趣旨を没却しかねない。

(3)長期滞在の実績ないし見込みに基づく平等取扱

ところで、第 12 編第 23 条第 1 項第 4 文は、条約等によらずに、ドイツ人と同じ内容の給付を行うべき場合を定めている。すなわち、(1)「定住許可(Niederlassungserlaubnis)を有する者」(滞在法第 9 条)、または(2)「期限付き滞在許可(befristeten Aufenthaltstitel)を有している者で、引き続き滞在する見込みがある者」(滞在法第 7 条)については、第 1 文による制限は適用されない。まず、(1)の定住許可は、5 年間の滞在、生計の確保、保険の拠出実績、ドイツ語の十分な知識、連邦領域における法秩序等への十分な理解等を要件として与えられる期限のない滞在許可である。つまりこれまで長期間にわたりドイツで生活してきた者に認められる滞在資格である。またこの滞在資格がある場合、今後の滞在看込みも同時に推定される²⁷⁰。これに対して(2)は、これまでの滞在期間にかかわらず、今後の継続的滞在看込みを、内外人平等取扱いの基準とする。この見込みがあるといえるかどうかは、対象となりうる外国人の事情を入念に調査したうえで、これに基づく社会扶助主体の予測により決せられる²⁷¹。内外人平等取扱いの範囲は、法律上完全に定められているわけではないということである²⁷²。立法資料によれば、(2)に該当する例として、ドイツ人の外国人配偶者、または滞在終了の見通しが立たない他の外国人が挙げられる²⁷³。

この規定は、2005 年の連邦社会扶助法の社会法典第 12 編への編入まで存在しなかった。当該規定を加えた理由として、立法者は以下のようにいう。「ドイツ国内に永続的に(dauerhaft)滞在中にいるか、永続的に滞在する見込みのある外国人については、社会扶助給付のうち、原則として請求権の認められない部分に関する裁量が、通常は(in der Regel)ゼ

²⁷⁰ Deckers(Anm. 166)zu § 23 Rn. 45.

²⁷¹ Ebenda, Rn. 46.

²⁷² 人道上の理由により一時的な滞在資格を認められた一定の外国人に対して、身元の確認が取れた場合に、庇護申請者給付法ではなく一般公的扶助法を適用する旨の法改正が 2022 年 5 月に行われ(BGBl. I 2022 S. 760)、同年 6 月 1 日より施行された。この改正はドイツ国内のウクライナ避難民を念頭に置いたものである(vgl. BT-Drucks. 20/1768, S. 25 ff.)。第 12 編給付においては、該当者は本文中にある「今後の滞在看込み」の要件を充足するものとみなされ、ドイツ人と同じ内容の請求権を有することとされた(第 146 条)。それまでウクライナ避難民は庇護申請者給付法による給付の対象とされていたところ、本改正により一般公的扶助法の対象となった。

²⁷³ BT-Drucks. 15/1761, S. 5.

口に収縮する。」²⁷⁴つまり、立法者は、長期間の滞在なしの見込みを、ドイツ人と平等に取り扱うための基準と考えていたのであるが、その肝心の理由を、「通常はそうなる」という以外に説明していない。Constanze Janda は、立法者のこのような解釈は、規範の文言からも、体系からも裏付けられないと指摘する²⁷⁵。というのも、生存保障というのは本来、行政裁量任せではなくて、法律上の要件を満たす限り給付を行うという原則のもとにあるところ²⁷⁶、第 23 条の規定はその原則を限定するという例外規定であって、一定の範囲の外国人をドイツ人と同等に取り扱うよう命じることは、いわば「例外の例外(eine Ausnahme von der Ausnahme)」にあたる²⁷⁷。Janda は、そもそもの原則(「生存保障給付は義務的給付でなければならない」)からの逸脱(外国人への義務的給付の範囲の限定)の理由が説明なしに正当化されないまま、そこからの更なる逸脱を規定するのは、体系として整合性が取れないと考えているようである。

ともかく、少なくともここからわかるのは、2012 年判決よりも前から、長期間の滞在と今後の滞在の見込みは、内外人平等取扱のための(一応の)基準と考えられていたということである。そしてまた、このような基準による差異づけは、生存基本権の要請に沿うものだけといえよう。生存基本権の登場以前にかような基準が登場したのはなぜであろうか。これを明らかにすべく、以下では、(1)でみた原則的な給付内容の差異を「連帯共同体の構成員」性なる観点から説明する見解をみることにする。

外国人にのみ義務的給付の原則的範囲を限定するという取扱いは、連邦社会扶助法のと看から変わっていない。それどころか、連邦社会扶助法の前身たるヴァイマル憲法下での公的扶助法にも同様の限定があり²⁷⁸、連邦社会扶助法の立法時に、差異取扱いの理由が改めて説明されることなく引き継がれた²⁷⁹。このことから、Michael Stolleis および Gudrun Schlamelcher は 1985 年の共著論文の中で、この差異取扱いを社会扶助法における「伝統(Tradition)」と呼んだ²⁸⁰。かれらは、差異取扱いの根拠は推論によるしかないとし、許容しうる理由として、以下のものを挙げる。すなわち、本来はそれぞれの国家が自国民に対して

²⁷⁴ Ebenda.

²⁷⁵ Constanze Janda, Migration im Sozialstaat, Tübingen 2012, S. 268.

²⁷⁶ Janda は、生存保障を行政裁量に任せることは、個人の人間の尊厳を侵害するものだと述べている。Vgl. Ebenda, S. 268.

²⁷⁷ Ebenda, S. 268 f.

²⁷⁸ Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge v. 4.12.1924 (RGBl. I S. 765). 第 34 条「要援助外国人は、生計扶助、とりわけ宿泊、栄養、衣服、介護及び疾病扶助を受けるものとする。必要な場合には、葬儀費用も賄うものとする。他の諸規則に関しては、ドイツ国参議院の同意を得たドイツ国政府あるいは国際条約が決した場合にのみ、有効とする。」

²⁷⁹ BT-Drucks. III/1799 v. 20.4.1960, S. 60 f.

²⁸⁰ Stolleis/Schlamelcher(Anm. 122)S. 312. なおかれらは、この給付法上の差異取扱いとならんで、扶助を受けた外国人を国外退去命令の対象とすることも、この「伝統」に含まれると指摘している(ebenda. m.w.N.)。

扶助の義務を負うこと、そして、予防(Vorbeugung)と統合という「上級の(gehobenen)」措置の利用は、永続的な、つまり終身的な連帯共同体(Solidargemeinschaft)の構成員を利用するものであるべきだということである。というのも、その構成員が恒常的に当該共同体に所属することではじめて、かような扶助の制度を可能ならしめ、維持することができるからである²⁸¹。また、かれらはこれに加えて、この差異取扱いが憲法に反するものではないと述べる。曰く、連邦社会扶助法第 120 条は外国人を、特別扶助〔(1)でみた①生計扶助以外の扶助のこと；筆者注〕から一般的に除外しているのではなくて、(最低生活にとって)欠かすことのできない扶助かそうでないかによって差異を設けているので、この差異づけを実態にそぐわないものとする余地はなく、基本法上の平等原則(基本法第 3 条第 1 項)に反するとまではいえない²⁸²。

Stolleis らによれば、給付の差異づけは、その給付の源となる共同体に、永続的に属する構成員と、そうでない者との間でなら、許容される。その理由は、永続的構成員が共同体に永続的に属してこそ、そのメンバーに対する扶助が可能となるからであるという。扶助制度の単位としての共同体は、通常は国家である。ドイツの公的扶助制度を可能ならしめているのは、基本的にはドイツ人であるので、入国して間もない外国人に比べて、扶助法上優遇されることには理由があるということであろう。ただし、この見解には重要な留保が付されている。Stolleis らは、生存にとって不可欠な給付については、保障に差異を設けてはならないと考えている。というのも、平等原則への適合性を支える理由として、永続的な構成員でない者にも、最低生活にとって欠かせない(dringend)扶助が保障されているという点を挙げているからである。「構成員性」によらずに誰にでも保障されるべき給付の存在があり、それに上乘せする理由として、「構成員性」が引き合いに出されているのである²⁸³。

滞在実績や滞在の見通しの有無を内外人平等取扱の基準とする理由も、この点から説明がつくように思われる。すなわち、滞在期間の長さに応じて、共同体への帰属度ないし「構成員性」が高まり、その分だけ扶助法上で優位に扱われると考えることができる。「構成員性」の基準たる滞在期間は、要扶助状態に陥った時点までの期間のみならず、その後の滞在期間をも含む。なぜなら、今後永続的に滞在する見込みがある者は、「構成員」の潜在的な資質をもつ者といえるからである。したがって、2005 年の新規定で立法者は「連帯共同体の構成員」性の認定基準を設けたものと考えられることができる。

最後に、以下の点を強調しておきたい。一つは、「構成員」性の認定基準としての(潜在的なものも含めた)滞在期間の長さは、—「需要」の差異を正当化する滞在期間の長さ(第 2 節(4))と同様に—第一義的にはやはり立法者が決定するのであって、これについて憲法から具体的な数値が直接導き出されるわけではないということである。もう一つは、繰り返しにな

²⁸¹ Ebenda.

²⁸² Ebenda.

²⁸³ 当時の連邦行政裁判所は、外国人に対する給付はこのような限定が付されていてもなお「太っ腹(großzügig)」なものであると評価していた。Vgl. BVerwG, Urt. v. 20.10.1981 – 5 C 16/80 = ZfS 1982, 250 [251].

るが、「構成員」性はあくまで平等取扱いし扶助法上の「優遇」を基礎づけるにすぎないのであり、その前提として国家は、「構成員」でない者も含めたすべての人に最低限度の生活を可能ならしめる義務を負っているということである。「構成員」性という基準は、最低生活保障において、外国人を無保護のまま放置するのか、国民と平等に取り扱うのかという極端な決定を基礎づけるには曖昧すぎる。平等取扱いの基準が曖昧なまま認められているのはむしろ、どんな外国人であれ無保護のまま放置されないという前提が確保されているからであるともいえよう。

第4節 小括

本章の検討により、ドイツの生存基本権は、あらゆる外国人の「最低生活」を保障する一方で、内外人平等まで求めることはしない権利であることがわかった。換言すれば、この基本権を享有する者のうち、平等な内容の給付を受けることができる外国人は限られているものの、どのような外国人であれ、困窮に陥った場合に、在留していながら何らの保護も得られない状態に置かれることはない。かような基本権を成り立たせているのは、連邦憲法裁判所による「控えめな」審査である。裁判所が自ら具体的な数値を示すことはないものの、給付の差を「需要」の差として説明することができるのでなければ違憲である、という「下限」を設定したことによって、衣食住にかかる需要という、すべての人間に存する需要を抽出する点に、生存基本権の最大の意義があるといえる。

もっとも、この意義が、生存基本権の「限界」と表裏一体の関係にあることをも、第2節での検討を通じて明らかにした。2012年判決後、庇護申請者給付法の対象となる外国人を不利益に取り扱う種々の法改正がなされたのであるが、それらは2012年判決で示された「下限」を損なわないように、ある意味で「巧妙に」行われており、その手法は社会文化的生存の切り下げ、給付形式の変更、医療給付などの非経常的給付の内容、「短期間滞在」の定義にまで及ぶ。ただしこれらは完全に制限なく行われうるものではない。人間に値する生活を送ることができるよう国家を義務付ける生存基本権は、法規定の解釈や行政裁量行使にも一定の方向付けを与えるものと考えられる。

また第3節では、生存基本権と内外人平等取扱いの距離を測ることをも試みた。生存基本権は内外人平等を要請するものではない。また、判決で示された「需要」の差異だけでは、完全な内外人平等が認められる場合を説明できない。実際に、給付法上の平等取扱いの根拠の多くは、国際的な取り決めにある。他方で、生存基本権が承認されるよりも前から、滞在期間が長い場合や今後も滞在する見通しがある外国人に対しては、ドイツ人と平等な内容の給付が認められており、「需要」の差という説明にも一応沿うものである。ただし、「需要」の差を基礎づける滞在期間の長さを具体的に決める権限は立法者にあり、生存基本権や裁判所にあるのではない。

第3章 送還忌避者に対する制裁的減額の合憲性

本章では、出国忌避者に対して給付の減額を認める庇護申請者給付法の規定の生存基本権適合性を検討する。2012年判決では、給付額は需要のみに基づいて決定されねばならないとされたのに対して、受給者に義務を課し、違反に対する制裁として減額を行うことは、需要に基づく給付の決定とはいえ、違憲ではないか、との疑問が生ずる。さらに、出国しない者に対して給付を減らして制裁することは、移民政策上望ましい態度を、公的扶助法を使って強制することになるため、2012年判決が禁じる、「人間の尊厳の移民政策的相対化」にあたり、生存基本権に反するのではないか。これらの問いに答えるため、本章ではまず、庇護申請者給付法における当該減額規定の概要および変遷を確認し、これをめぐる学説および判例の議論を紹介する(第1節)。次に、労働忌避者に対する給付の減額を認める社会法典第2編の規定を一部違憲とした、2019年の連邦憲法裁判所判決を分析し、そこで再び登場した「相対化の禁止」の位置づけ、および違憲審査の方法を概観する(第2節)。そして最後に、2019年の判決の判断枠組みを庇護申請者給付法の減額規定に転用し、生存基本権適合性を検討する(第3節)。

第1節 違憲性についての議論

(1)2012年判決以前の状況

(1-a)減額の対象

庇護申請者給付法は、「請求権制限(Anspruchseinschränkung)」と題する第1a条において、給付が減額される場合を定めている(以下、「請求権制限規定」)。請求権制限規定が登場したのは、法の制定から5年経った1998年の「庇護申請者給付法改正のための第二次法律」においてであった²⁸⁴。この改正により、第1条第1項が定める受給権者のうち、猶予を受けている者および執行可能な出国義務を負っている者とその家族は、本法による給付を得るために、本法の適用領域に入った場合、または、該当者の責めに帰すべき理由によって、滞在終了の措置をとることができない場合には、減額が認められた。

(1-b)減額の程度

庇護申請者給付法第1a条は、「個別事例において不可欠である限りで、本法による給付を受ける」ものとしており、減額の幅について明示的な規定はなかった。この「不可欠なもの(das unabweisbar Gebotene)」については、社会文化的生存に必要な給付として支給される、日常生活において個人的な需要を充たすための現金給付の減額が行われる²⁸⁵。その理由は、

²⁸⁴ Zweites Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes v. 25.08.1998 (BGBl. I S. 2505).

²⁸⁵ Birk(Anm. 260)zu § 1a AsylbLG Rn. 6.

肉体的生存を保障するのに必要な現物給付(食事、住居、身体衛生など)は、基本法第1条第1項により保護される不可欠な最低生活を意味するのだから、更なる切り下げはなされるべきではないからであると説明される²⁸⁶。

(2)2012年判決以後の変遷

(2-a)減額の対象

(2-a-1)「前進」——2012年判決を受けた改正

まず、2014年12月10日の改正法により²⁸⁷、当該規定の対象範囲が幾分狭められた。この改正までは、受給権者が責めに帰すべき事由により請求権制限の対象となっていれば、その家族も付随的に請求権制限の対象となる可能性があったところを、当該改正はこの可能性を明確に否定したのである。つまり、家族の状況に関わりなく、受給権者個人の責めに帰すべき理由により出国しない場合にしか、給付は減額されない旨が確認された²⁸⁸。当該改正は、2012年判決が「個人の給付請求権の需要に即した実現」を行うよう判断していることを受けて行われたのである²⁸⁹。2012年判決により需要充足原理が憲法レベルの規範となった意味が現れているといえよう。

(2-a-2)「後退」——欧州難民危機の中の改正

しかし、2015年10月20日の改正により²⁹⁰、状況は一変した。というのも、上記の付随的減額の可能性が再び認められるようになったうえ、さらに、請求権制限の対象者が拡大されたからである。本改正では、責めに帰すべき理由によらずに出国できない場合を除いて、定められた出国期日の翌日から本法第2条、第3条および第6条への請求権を有しないと定める²⁹¹。ここでは、出国期日を過ぎたすべての人が減額の原則的な対象となり、自己の責めに帰すべき理由のない者が例外的に減額を免れるというように、当初の規定における「原則」と「例外」の逆転がみられる。さらに、この改正によって、庇護申請を国家間で割り振るダブリンIII規則²⁹²に基づき他国で審査を受けるよう割り当てられているにもかかわらずドイツへやってきた者が、新たに減額の対象者とされた²⁹³。この「後退」は、当該法改正の

²⁸⁶ Birk(Anm. 260) zu § 1a AsylbLG Rn. 6.

²⁸⁷ Gesetz zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes und des Sozialgerichtsgesetzes v. 10.12.2014 (BGBl. I S. 2187).

²⁸⁸ BT-Drucks. 18/2592, S. 18.

²⁸⁹ BT-Drucks. 18/2592, S. 18.

²⁹⁰ Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz v. 20.10.2015 (BGBl. I S. 1722).

²⁹¹ それぞれの給付について、第2章を参照。

²⁹² Verordnung (EU) Nr. 604/2013 Des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013. ダブリン・システムについての詳細は、戸田五郎『国際人権法・庇護法研究』(信山社、2022年)237頁以下を参照。

²⁹³ いわゆる「二次移民(Sekundärmigration)」対策とされる。Vgl. Siefert (Anm. 204) zu § 1a Rn. 47. この規定の対象は、同一の申請者が同時に、あるいは連続して複数の国に庇護申請を行う行動、すなわち

根拠である「庇護手続迅速化法」の名からも想像されるように、2015年のいわゆる欧州難民危機への対処法の一つとして生じたものである²⁹⁴。

(2-a-3)さらなる対象者の拡大——2016年7月31日の改正²⁹⁵

この改正では、他国からの国際的保護をすでに受けているか、その他の理由により他国での滞在の権利を保障されている者であって、それらの資格がまだ有効である者についても減額の対象とした。

その上、庇護申請中の者であって、庇護手続一般について定める庇護法上の協力義務(Mitwirkungspflicht)に違反した者と、決められた期日までに正式な庇護申請を行わなかった者も、新たに給付減額の対象とした。庇護法における協力義務とは、例えば、パスポートやそれに代わる身分証明書の提示・提出(第15条第2項第4号)、必要な書類の提示・提出(第15条第2項第5号)である。また、身元に関する届け出を拒否した場合(第30条第3項第2号)も、減額の対象となる²⁹⁶。

(2-a-4)協力義務の追加——2019年8月15日の改正²⁹⁷

2019年8月の改正により、違反すると減額の対象となる協力義務が追加された。それは、二回目の庇護申請を速やかに行うこと(庇護法第13条第3項第3文)、パスポートやその代替書類の作成のための情報開示(第15条第2項第6号)、身辺調査の許容(第15条第2項第7号)である。またこれに加えて、故意または重大な過失により、受給の前に自身の財産を使い果たした者などの不正受給者、および、ダブリンIII規則の適用により他国に庇護審査を割り当てられるがために、ドイツでの庇護申請が却下された者で、国外退去命令の対象となっている者も減額の対象となった。後者について、(2-a-2)では、庇護の国家間割り当てに故意に反してドイツへ入国し庇護申請をした者を減額の対象としたのに対して、当該規定はそのような個人の行為とは関係のない事情が減額と結びついている点が特徴である。

「庇護あさり(asylum shopping)」を行う者である。なお、ダブリン・システムの眼目は、特定の国に審査の責任を負わせることにより難民のたらい回しを防止する点にあると同時に、このような庇護あさりを防止するという趣旨も伴っている。参照、戸田(前掲注292)193頁。

²⁹⁴ Vgl. BT-Drucks. 18/6185, S. 1. 同改正では、このほかに、社会文化的生存のための給付を現物給付として行うこと等を内容としている。これについて詳しくは第2章を参照。

²⁹⁵ Integrationsgesetz v. 31.7.2016 (BGBl. I S. 1939).

²⁹⁶ なお、この法律によって、受給者に対して、給付を担当する官庁職員がドイツへの統合に関する講座を受講することを義務付けることができるようになった。参照、岡本奈穂子『ドイツの移民・統合政策—連邦と自治体の取り組みから—』(成文堂、2019年)214頁以下および54頁以下。それと同時に、統合講座の受講を正当な理由なく拒否する場合にも、当該第1a条の請求権制限を受けることとなった(第5b条)。

²⁹⁷ Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v.15.8.2019 (BGBl. I S. 1294).

(2-b)減額の幅

(2-b-1)一部の対象者の引き下げ幅の明示

2012年判決以降も、第1a条において行われうる減額の幅について明示的な基準を定めていなかった。2015年10月の「庇護手続迅速化法」による改正では、請求権制限の対象となる人的範囲の拡大に伴って、一部の対象者について、給付引き下げの幅が明文化された。これによれば、該当者は出国ないし退去強制までの間、食事と適温の暖房のある住居および保健・身体衛生にかかる需要を充足するための現物給付のみを受ける²⁹⁸。ただし他方で、引き続き具体的内容を定めない「不可欠なもの」までの引き下げを認める規定も残存しており、第1a条内での引き下げ幅の差異が、法律上統一されない状態が続いた。

(2-b-2)引き下げ幅の統一；2019年8月15日の改正²⁹⁹

第1a条による給付引き下げの幅が統一されたのは、2019年の法改正によってである。これにより、請求権制限の対象者はすべて、食料と適当な暖房のある住居および保健・身体衛生にかかる需要を充足するための現物給付を受けることとなった。立法資料によれば、当該改正前にすでに、「不可欠なもの」の内容の決定の際には、明文での基準を定める規定に依拠する実務が行われていたという³⁰⁰。そのため、この改正による減額幅の統一によって、運用上、給付内容に殊更大きな変化が生じたわけではないことが推測される。切り下げられた給付の具体的な額としては、第3条による通常の給付よりも40%以上低いとされる³⁰¹。社会文化的生存のための給付は完全に否定される。

(2-c)まとめ

請求権制限規定は、今日に至るまで、基本的に対象者を拡大している。出国期日を過ぎていないのに出国しない、庇護手続のために必要な協力義務を履行しない、別の国家に保護の権限があるにもかかわらずこれに故意に反してドイツに滞在することのほか、国家間の割当て通りの国に滞在していないという、個人に責任を問うことができるか不明なケースであっても、減額の可能性がある。これらの者の給付を減らして義務履行や出国をさせようとすることは、出入国管理の道具として給付を利用することにほかならない。

一方、2012年判決で連邦憲法裁判所は、最低生活保障立法にあたり、「移民政策的考慮」

²⁹⁸ 通常であれば、栄養、住居、暖房、衣類、保健衛生、日用品、耐久消費財にかかる需要を充足する給付、そして、日常生活における個人的な欲求を満たす現金給付で構成される基礎給付(第3条)が行われるところ、この規定に該当すると、給付は食事および暖房を含む住居ならびに身体衛生・保健衛生の需要を充足するためのものに限定され(第1a条第1項第2文)、かつ現物給付となる(同第4文)。

²⁹⁹ Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 15.8.2019 (BGBl. I S. 1294).

³⁰⁰ BT-Drucks. 19/10047, S. 51.

³⁰¹ Dagmar Oppermann, Leistungseinschränkungen und Sanktionen als Mittel zur Bewältigung der Flüchtlingswelle, ZESAR 2017, S. 55-62(59).

は給付の減額を正当化できないと判示している。そしてまた、「人間の尊厳は、移民政策的に相対化されてはならない」とまで述べているのである。これまで見てきた請求権制限規定は、移民政策の遂行のために給付を減額しているともいえるから、禁じられた「移民政策的考慮」ないし「移民政策的相対化」にあたり、生存基本権に違反するのではないか。そこで次に、2012年判決で述べられた「移民政策的相対化」について考察し、「相対化禁止」が再び登場する2019年の連邦憲法裁判所判決が出るまでの、請求権制限規定と「移民政策的相対化」との関係をめぐる学説と社会裁判所の判例をみる。

(3) 「人間の尊厳は、移民政策的に相対化されてはならない」

(3-a) 2012年判決

2012年判決において、連邦憲法裁判所は、当該法律に規定された金銭給付の額が「人間の尊厳に値する最低生活保障を求める基本権」に反していると判断した。基本権の原則的内容および判断枠組みは、上記2010年判決と同様である。異なる点は、第一に、この基本権が「人権(Menschenrecht)」として、ドイツ国籍者のみならず、ドイツに滞在するあらゆる外国人にも、等しく帰属するものと判示した点である³⁰²。第二に、これを前提として、滞在期間や滞在資格などの外国人に特殊の事情が、給付額の算定にどのように影響するかを、具体的に示した点である³⁰³。

ここで問題とする「移民政策的相対化の禁止」は、給付額の算定過程の違憲性を理由づける文脈で述べられた。以下の検討の出発点となるため、該当箇所の段落全体を引用する。

給付水準が他国よりも高いことが理由となって人口の移動が促されてしまうのを避けるために庇護申請者と亡命者に対する給付を低くする、という移民政策的考慮は、給付水準を肉体的および社会文化的最低生活よりも下にすることを端から正当化できない(1993年5月24日の家族および高齢者委員会<第13委員会>による決議勧告および報告書 BT-Drucks. 12/5008, S. 13 f.を参照せよ)³⁰⁴。基本法第1条第1項で保障されている人間の尊厳は、移民政策的に相対化されてはならないのである。³⁰⁵

最後の「人間の尊厳は、移民政策的に相対化されてはならない」という判示部分を、便宜上、「当該判示」と呼ぶことにする。

³⁰² BVerfGE 132, 134[159 Rn. 63]. この点については、第1章を参照。

³⁰³ この点については、第2章を参照。

³⁰⁴ ここでは、庇護申請者給付法の立法に向けた議会における、政党ごとの意見が述べられている。詳しくは、拙稿「外国人の『人間の尊厳に値する最低生活保障を求める基本権』をめぐる現況と可能性—ドイツ連邦憲法裁判所2012年7月18日判決を中心に—」早稲田法学会誌70巻2号(2020年)291頁以下(311頁)。

³⁰⁵ BVerfGE 132, 134[173 Rn. 95]. (傍点は筆者、()内は原文)

当該判示は、その象徴的な響きも相俟って、いまや外国人の最低生活保障にかかる文献においてはほとんど必ず引用されるといってよいほど有名な部分である³⁰⁶。しかしながら同時に曖昧な言い廻しでもあるため、以下で見るように、この判示の持つ規範的意味は様々に解釈されている。

(3-b)人間の尊厳の「絶対性」

人間の尊厳の「相対化」というとき、一般に想起されるのは、人間の尊厳原理の「絶対性」という性質である。すなわち、他の基本権は衡量に開かれた柔軟な性質を持つものに対して、人間の尊厳原理は、「他の規範によって相対化されることも、他の法的利益との衡量によって相対化されることもない。なぜなら、人間の尊厳は、あらゆる規範および法的価値の基礎として、それらに優位し、それゆえ基本権にも優位するものだからである」³⁰⁷。

そうであるとすれば、この「絶対性」という性質は、最低生活保障とどのように関係するのか。第1章で見た通り、2012年判決において、最低生活保障を国家に義務付けるところの、人間の尊厳原理から生ずる生存基本権は「個人の尊厳の尊重という基本法第1条第1項から生ずる絶対不可侵の権利とならんで、基本法第20条第1項と結びつく保障の法として独自の意義を有して」おり、「基礎においては意のままにできない」が、「立法による具体化を必要とする」。ここから、少なくとも以下のことが読み取れる。すなわち、人間の尊厳が国家に対して、最低生活を保障すること、およびそのための具体化の義務を履行することを「絶対的に」要請する反面、その中身(具体的な給付額等)は、第一義的には立法者が社会国家原理の枠内で決することであり、人間の尊厳から直接導き出すことはできない³⁰⁸。詳細な中身はともかく、最低生活を保障すること自体は絶対的な要請だ、というわけである。

(3-c)需要のみに基づいて給付額を定めること

これをさらに具体的に定義してみよう。見たところによれば、この段落全体の趣旨は、大西楠・テアが要約するように「難民がドイツに集中することを避けるという移民政策上の考慮により給付額を低く設定することは正当化されない」³⁰⁹、ということである。判決の文脈

³⁰⁶ 例えば Dagmar Oppermann は、当該判示を本判決の神髄(Quintessenz)であるとする。Dagmar Oppermann, das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum für Geflüchtete, in: Holger Brecht-Heitzmann(Hg.), Die Integration Geflüchteter als Herausforderung für das Sozialrecht, Berlin 2017, S. 40. Josef Isensee も当該判示を本判決の核心部分であると認めているものの、当該判示が「歓迎文化からの招待状であり、同時に歓迎文化からのクレジットカードとなる」と否定的に評価している。Josef Isensee, Menschenwürde: Rettungsinsel in der Flüchtlingsflut?, in: Otto Depenheuer/ Christoph Grabenwarter(Hrsg.), Der Staat in der Flüchtlingskrise: zwischen gutem Willen und geltenden Recht, Paderborn 2016, S. 238.

³⁰⁷ 玉蟲(前掲注 101)63 頁以下。

³⁰⁸ 本稿第1章のほか、同上 221 頁以下、および、石塚(前掲注 183)116 頁を参照。

³⁰⁹ 大西(前掲注 72)243 頁。

に添って解釈すれば、当該判示を以下のように言い換えることができる。すなわち、「最低生活水準」は、現実に存在する需要を満たすものでなければならず、需要と関係のない移民政策上の意図を、「最低生活水準」の算定・判断に紛れ込ませ、その結果、需要の充足に不十分な額を給付額としてはならない。給付額の算定においては、立法者はあくまで「需要」に忠実でなければならない。

Ralf Rothkegel の見解も、これを裏付ける。彼によれば、「2012 年判決が、給付算定の際に移民政策的な利害を考慮することを拒絶したことによって、既に 2010 年判決が基礎としていたところの、需要を指向するという観点が明らかになった」³¹⁰。2012 年判決で移民政策的動機を扱ったことは、需要を指向する基準しか給付額査定の基準点として認めないという連邦憲法裁判所の態度の現れであり、「人間の尊厳保護は、事実を無視した、とりわけ外国人政策的な、つまり、どのみち需要とは関係のない目的のために、給付法を道具化することを禁じている」³¹¹。つまり、人間の尊厳原理は、給付額が需要のみに根差すことを要請しており、そこから逸脱すること、つまり需要以外の要素を考慮して給付額を定めることが、「人間の尊厳の相対化」にあたると、暫定的に定義できる。

(4)学説と判例の反応

以下ではこれを踏まえて、「相対化の禁止」が 2019 年の連邦憲法裁判所判決において再登場するまでの間、当該判示が、請求権制限規定との関係で学説および判例によってどのように位置づけられてきたかを示す。

請求権制限規定は、給付を切り下げることにより、滞在関係法上の義務の履行および出国を促している。個人の需要に関係なく、移民政策的な目的によって給付が引き下げられるという意味で、この規制は「移民政策的相対化」にあたるのではないか。Volker Gerloff は、請求権制限規定と当該判示との整合性に疑問を呈する。曰く、「いくら強調しても足りないのは、連邦憲法裁判所が『基本法第 1 条第 1 項において保障されている人間の尊厳は、移民政策的に相対化されてはならない』ことを指摘した点である。しかし、第 1a 条が目指しているのは、該当者に出国を「動機づけ」、滞在関係法上の協力義務違反を制裁することである。そこには、給付引き下げを絶対に正当化しえないところの移民政策的な動機しか存在しない」³¹²。

これに対して連邦社会裁判所は、「移民政策的相対化」の意味をより狭く捉える。2017 年 5 月 12 日の判決³¹³によれば、法律上の義務違反を理由として請求権を制限することは、移

³¹⁰ Ralf Rothkegel, Das Gericht wird's richten – das AsylbLG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Ausstrahlungswirkungen, ZAR 2012, S. 360.

³¹¹ Ebenda, S. 360.

³¹² Volker Gerloff, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMAS „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes und des Sozialgerichtsgesetz“, vorgänge #205(2014), S. 64.

³¹³ BSG, Urt. v. 12.5.2017 – B 7 AY 1/16 R = BSGE 123, 157-170.

民政政策的相対化にはあたらない。なぜなら、2012年判決では典型的な給付額(基準額)の一般的な引き下げが問題となっているのに対して、本件で立法者は、給付の切り下げを、個人が責任を負う義務違反と結びつけているにすぎないからである。「これによって、生存保障の基準値それ自体は全く変更されないし、一連邦憲法裁判所の意味において〔注記略〕—『移民政策的に相対化』されもしない。」³¹⁴確かに本件において課されている義務は、それとして移民政策に基づいてはいるが、「この規定は個人に責任がある行為で、かつその責務を個人がいつでも意のままにできるところの濫用的な行為にのみ関連しているのに対して、給付水準を低く抑えるという一般的抽象的になされる移民政策的考慮には関連しない」³¹⁵。

連邦社会裁判所と学説の違いは、当該判示が意義を持つ場面が、基準額の算定の場面に限られるのか、それともより広く、公的扶助立法一般について及ぶのか、という点にあることがわかる。以下では、「相対化の禁止」が再び現れた2019年の連邦憲法裁判所判決に照らして、この問いに答えることを試みる。

第2節 2019年11月5日連邦憲法裁判所判決

(1)概要

2019年11月5日の連邦憲法裁判所判決(以下「2019年判決」)³¹⁶で争われたのは、社会法典第2編における、受給者に過大でない労働の受け入れに協力する義務(「協力義務」)を課す規定(第31条)、および、それを重大な理由なく拒否した場合に、給付額の引き下げや給付の完全な取りやめを伴う制裁を課す規定(第31a条および第31b条)³¹⁷が、それぞれ、人間の尊厳に値する最低生活保障を求める基本権に適合的であるかという問題であった。

連邦憲法裁判所は、大要以下のように判示した。すなわち、生存基本権と、「公的扶助は最低生活を送るための最後の手段でなくてはならない」という考え方は両立するものであり、それらを結びつけることが立法者には認められている。その一環として、立法者は、要扶助者に対して、要扶助性の回避や克服に自ら積極的に協力するよう要求してもよいし、こ

³¹⁴ BSGE 123, 157[167 Rn. 32].

³¹⁵ BSGE 123, 157[167 Rn. 32].

³¹⁶ BVerfG, Urt. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 = BVerfGE 152, 68-151. 本判決の通称は「制裁判決(Sanktionsurteil)」である。邦語での評釈として、柴田憲司「生活保護の制裁的な減額と比例原則—近時のドイツ判例をめぐる議論状況の覚書—」法学新報127巻7・8号(2021年)251頁以下、石塚壮太郎「求職者のための基礎保障における制裁とその比例的限界—社会法における2019年判決」自治研究97巻2号(2021年)151頁以下、木下秀雄「最低生活保障制度に関する立法裁量と人間の尊厳—ドイツ連邦憲法裁判所2019年11月5日判決の検討」龍谷法学53巻3号(2020年)131頁以下を参照。

³¹⁷ 諸規定の具体的内容については、田畑(前掲注173)146頁以下、および、和田肇「ドイツにおける失業者の協力義務と違反に対する制裁—解題」労働法律旬報1959号(2020年)29頁以下、また、上田真理「社会保障法における個人の役割と受給の制約(1)—「自己責任」論の批判的検討—」東洋法学60巻1号(2016年)225頁以下を参照。

の協力を促進するために、違反者に制裁を課してもよい。ただし、協力義務が履行されず、これに対して給付を減じることにより制裁する場合には、その制裁は、生存基本権から生ずる厳格な比例性の要請を満たすものでなければならない。協力義務を課すことは、この要請を満たすのに対し、制裁の一部はこの要請を満たさず、違憲である。

問題となった規定は、給付主体による就労の提案を受け入れるという協力義務への違反であるが、初回の義務違反に対する30%の減額は、合憲である。違憲であるのは、減額幅にかかわらず、例外規定が置かれていない点、受給者が後から協力義務を履行しても、その効果として直ちに再び満額給付を得られるようになっていない点、および、二回目の義務違反に対する60%の減額、およびそれ以上の義務違反に対する完全な給付の廃止である。60%の減額および完全な給付の廃止が違憲であるのは、受給権者が協力義務を履行し、ひいては自身の要扶助性を克服するという目的を達成するのに、それらの制裁が比例的とはいえないからである。

(2)「相対化禁止」の再登場

本判決のうち、2012年判決のいう「移民政策的相対化の禁止」が引き合いに出されている箇所は、「人間の尊厳に値する最低生活保障を求める基本権」の内容を原則的に述べる部分であった。それによれば、生存基本権の内容は以下の三点にまとめられる。すなわち、①生存基本権は、肉体的生存の保障も、社会的、文化的および政治的生活の保障をも含んだ統一的な保障を内容としている。つまり、肉体が生き延びることを可能とするだけでは生存基本権の保障をしたことにはならない³¹⁸。②そのような保障はどのような人に対しても、行われなければならない、つまり、例えば自身の責めに帰すべき不適切な行為を理由として、生存基本権の保障が否定されることはありえない³¹⁹。③具体的な制度を通じて最低生活を保障するにあたっては、立法者に形成の余地を認めないわけにはゆかず、またこれに対する連邦憲法裁判所による統制は控えめで慎重であるべきである。しかしそうであるからといって、実際に人間の尊厳に値する生存に配慮せよ、という基本法から生ずる要請が、結果として損なわれることがあってはならない³²⁰。

当該判示への参照指示は、上記三点のうち②の説明の中に、登場する。以下での検討のため、該当箇所のある段落をそのまま引用する(□内、傍線および傍点は筆者、()内は原文)。

[A]人間が、人間の尊厳に値する存在の保障のために必要な物質的手段を、自身の就労によっても、自身の財産によっても、第三者の援助によっても手に入れられずに欠けている場合、国家は人間の尊厳の保護のための自身の任務の枠組みにおいて、そして、自身の社会国家的形成任務を果たす中で、この人間の尊厳に値する生存の物質的前提を

³¹⁸ BVerfGE 152, 68 [113 f. Rn. 119].

³¹⁹ BVerfGE 152, 68 [114 Rn. 120].

³²⁰ BVerfGE 152, 68 [114 f. Rn. 121].

可能とするために配慮する義務を負う(vgl. BVerfGE 40, 121 <133 f.>; 125, 175 <222>;確立した判例)。[B]これに対応する請求権の基礎となる人間の尊厳は、あらゆる人々に属し、原則として意のままにできず(vgl. BVerfGE 45, 187 <229>)、[C]「不適切(unwürdige)」と推定される行為によっても損なわれることはない(vgl. BVerfGE 87, 209 <228>)。[D]人間の尊厳は、それが極めて重大な罪をとがめられる者の尊厳であっても、否定されることはありえない(vgl. BVerfGE 64, 261 <284>; 72, 105 <115>)。[E]社会国家原理は、人格的な弱さまたは罪、無能力または社会的ハンディキャップゆえに自己の人格的・社会的発展を妨げられている人に対する、国家による配慮および援助をも要求している(vgl. BVerfGE 35, 202 <236>)。[F]最低生活の保障のためのこれらの義務は、その他の諸目的の達成のために相対化されてはならない(vgl. BVerfGE 132, 134 <173 Rn. 95>)。³²¹

この段落で参照されている判例のうち、[A]の后者すなわち BVerfGE 125, 175 は 2010 年判決であり、[F]の BVerfGE 132, 134 は 2012 年判決である。そしてまさにその<173 Rn. 95>の部分こそ、移民政策的相対化の禁止が述べられた段落(第 1 節(3))を指している。

当該判示の検討のために、[F]以外の部分につき簡単に説明を加えておく。それぞれ、[A]の前者すなわち BVerfGE 40, 121³²²、[B]³²³、[C]³²⁴そして[E]³²⁵で参照されている判例は、2010 年判決において既に、人間の尊厳に値する最低生活保障を求める基本権の根拠として引き合いに出されていた³²⁶。生存基本権の内容を補足するものとして、この判決で初めて登場したのは[D]の判示である。そこで参照されている二つの判例³²⁷はいずれも、[B]におけるのと同様に、終身自由刑と基本法第 1 条における人間の尊厳保障との関係について述べた決定である。ただし、とりわけ[D]を引くことで、人間の尊厳保障の享有主体性と個人の

³²¹ BVerfGE 152, 68 [114 Rn. 120].

³²² BVerfG, Beschl. v. 18.6.1975 – 1 BvL 4/74 = BVerfGE 40, 121-140.

³²³ BVerfG, Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76 = BVerfGE 45, 187-271.

³²⁴ BVerfG, Beschl. v. 20.10.1992 – 1 BvR 698/89 = BVerfGE 87, 209-233. いわゆる「『悪魔の舞踏』判決」である。邦語での解説は、西浦公「暴力描写と類推的処罰および検閲の禁止」ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例 II(第 2 版)』(信山社、2006 年)157 頁以下を参照。人間の尊厳の客観的保障の文脈にこれを位置づけるものとして、玉蟲(前掲注 101)107 頁以下を参照。

³²⁵ BVerfG, Urt. v. 5.6.1973 – 1 BvR 536/72 = BVerfGE 35, 202-245. いわゆる「レーバツハ判決」である。邦語での解説は、小山剛「放送による犯罪報道と人格権」ドイツ憲法判例研究会(編)『ドイツの憲法判例(第 2 版)』(信山社、2003 年)183 頁以下を参照。

³²⁶ 2012 年判決は主に 2010 年判決に依拠して判断を行っているが、独自に[C]の判例を参照している。Vgl. BVerfGE 132, 134 [159 Rn. 63].

³²⁷ BVerfG, Beschl. v. 28.6.1983 – 2 BvR 539/80 = BVerfGE 64, 261-301; BVerfG, Beschl. v. 24.4.1986 – 2 BvR 1146/85 = BVerfGE 72, 105-119.

行為の適切さととの無関係性が示されている。つまり、例えば犯罪を行うことが、尊厳の保障を取りやめる理由にはなりえないということである。

人間の尊厳に値する最低生活保障を求める基本権は、基本法第 20 条第 1 項と結びついた基本法第 1 条第 1 項から導き出されている。引用した段落は、この基本権を構成する社会国家原理と人間の尊厳原理のそれぞれについて、過去の判例を引きつつ説明を加えている部分である。中でも注目すべき点は、人間の尊厳は個人の不適切な行為によっても失われないう、ということである。罪を犯した者の人間の尊厳についての判示が、社会法典第 2 編の協力義務違反に対する制裁の憲法適合性の判断において用いられていることから、以下の推測が成り立つ。すなわち、人間の尊厳原理に基礎をおく生存基本権の保障は、たとえそれが最低生活保障法上の義務に違反した者に対してであっても、損なわれてはならないということである。したがって、社会法典第 2 編における協力義務違反に対する制裁も、一「生存基本権と関係がない」のではなく一生存基本権から生ずる要請に照らして審査されねばならないことになる。

2012 年判決において、当該判示は最低生活水準を設定する際に立法者が留意すべきことを具体的に述べる中で登場したのに対して、2019 年判決では、同様の意味をもつと推測される「相対化の禁止」にかかる判示が、生存基本権の原則的内容を述べる場面において、引き合いに出されている。このことから、当該判示が、最低生活水準を定める際に立法者が留意すべき事項というにとどまらず、最低生活保障を行うにあたり立法者が常に守らねばならない規範とされたことがわかる。

(3)後順位原理と生存基本権

「相対化の禁止」が生存基本権の原則であることが確認された一方で、連邦憲法裁判所は、需要によらずに給付を減額する規定を、全面的に違憲とはいわなかった。それはなぜであろうか。このことは、生存基本権は、「後順位原理」と矛盾しない、と述べたことにかかわる。後順位原理(Nachranggrundsatz)とは、公的扶助の保障を、扶助を必要とする者が自助によっても、他者(親類または他の社会給付主体)の援助によっても生計を賄うことができない場合に限るという原理であり³²⁸、日本でいう公的扶助の「補足性原理」に対応する考え方である³²⁹。この原理は、社会法典第 2 編および第 12 編の諸規定の中で具体化されている。例えば社会法典第 2 編第 1 条第 2 項は、「求職者基礎保障は、稼得能力のある受給権者およびその者と同一の需要共同体において生活する者の自己責任を強化し、基礎保障によらず、自分の資力と能力によって自らの生計を賄うことができることに貢献するもの」であるとし(第 1 文)、さらに「求職者基礎保障は、稼得能力のある受給権者を就業の受け入れまたは維持の際に支援し、受給権者が他の方法では生計を賄うことができない場合に限って、それを保障

³²⁸ Eberhard Eichenhofer, Sozialrecht, 2. Aufl., Tübingen 2019, S. 308.

³²⁹ 田畑(前掲注 173)166 頁、および、上田(前掲注 317)232 頁、松本(前掲注 173)340 頁以下も参照。

するもの」であるとする(第2文)³³⁰。

判決によれば、後順位原理は生存基本権と両立する。すなわち、社会的法治国家も、必要状態にある構成員に対する扶助のために定められている公的な資金は、必要状態が現実には生じている場合にだけ利用されるよう求めている³³¹。立法者は、後順位原理を採用することによって、基本法第20条第1項の社会国家原理を内容形成する。国家目標規定はすべての国家組織を直接に義務づけるけれども、その実現のためには立法者による相当程度の具体化が必要である。その形成の余地においては、すべての者に人間の尊厳に値する最低生活を保障することが一つの限界を設けているものの、該当者が自助不能であるという点を、国家による扶助の要件としたからといって、立法者が社会国家による委託を実行していないということにはならない。立法者は「存在する自助の可能性を、国家による援助よりも優先するという補足性(Subsidiarität)の観点を追求してもよい」³³²。そればかりか、後順位原理は、立法者が受給権者に対して、要扶助性の克服に自ら積極的に協力し、あるいは必要状態がまったく生じないようにすることを求める決定とも矛盾しない³³³。したがって、協力義務および制裁を設けることそのものは、生存基本権に反しない。

後順位原理に基づいて、最低生活水準として定められた基準額よりも低い給付に据え置くことは、生存基本権に反しない。この意味で、給付額は「相対化」可能なのである。Stephan Rixenによれば、このような可能性は既に2010年判決で予示されており、2019年判決はこれを実行に移しているにすぎない。すなわち、2010年判決は、「保障権としての基本法第1条第1項から生じるこの基本権は、絶対的な効力を持つところの、すべての個人の尊重を求める基本法第1条第1項から生ずる請求権とならんで、独立した意義を有する。この基本権は、その基礎においては意のままにできないものである」という。つまり生存基本権が絶対的に保障するのは給付請求権の「基礎」のみであって、「範囲」はそうではない³³⁴。2019年判決が行う理由付けにより、「範囲」は相対化されうるのである³³⁵。

³³⁰ 社会法典第12編第2条第1項は「社会扶助は、とりわけ自身の労働能力、収入または資産の使用によって自助が可能である者、または、必要な給付を第三者、特に親類または他の社会給付主体から得ている者には支給されない」とする。この規定はちょうど、社会法典第2編第9条第1項の規定に対応している。Vgl. Uwe-Dietmar Berlit/ Wolfgang Conradis, Der Nachranggrundsatz, in: Uwe-Dietmar Berlit/ Wolfgang Conradis/ Andreas Kurt Patter(Hrsg.), Existenzsicherungsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2019, S. 161.

³³¹ BVerfGE 152, 68 [116 Rn. 124].

³³² BVerfGE 152, 68 [116 Rn. 125].

³³³ BVerfGE 152, 68 [116 f. Rn. 126].

³³⁴ 給付請求権の「基礎」と「範囲」の区別については、第1章を参照。

³³⁵ Stephan Rixen, Abschied vom Sozialstaat der Sanktionen?, SGB 2020, S. 1-8 (4); s. a. Mathias Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, Tübingen 2019, S. 585; s. a. Constanze Janda, Das „Sanktionsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts und die Leistungseinschränkungen im AsylbLG – Welche Grenzen setzt das Recht auf Existenzsicherung?, info also 2020, 103-111 (106).

(4)義務賦課および制裁の比例性

本判決は、公的扶助を最後の手段とし、可能な限り要扶助性を自力で克服するように受給者に求めることができ、そのために協力義務を課すこと、そして、協力義務の履行促進のために、違反者に制裁として給付減額を行うことは、生存基本権と矛盾しないと述べた。ただし同時に、協力義務の賦課と、制裁としての減額は、それぞれ比例的でなければならないという留保が付された。

目的の正当性に加え、手段の適合性、必要性、相当性を要請する「比例性審査」はこれまで、主にいわゆる自由権ないし防御権の領域において、自由の制約を正当化しうるかを審査する際に用いられてきた手法であるところ、2019年判決は、この審査を、国家による給付がかかわる場面で用いた点で新しく、学説の注目を引いた³³⁶。しかしながら本判決では、協力義務の賦課と制裁的な減額が、生存基本権の「制約」にあたることの防御権的構成を明示的に示さずに、あくまでも憲法上の給付請求権の「内容形成」という大枠のもとで議論が行われている³³⁷。連邦憲法裁判所によれば、協力義務の賦課は、受給者の行為の自由(Handlungsfreiheit)を制限すること³³⁸、そして、制裁的減額は、決められた額の減少が受給者の生存保障と看過しがたい緊張関係に立つことから³³⁹、比例性の要請が生ずるという。以下では、次節での検討に必要な限りで、義務賦課と制裁のそれぞれについての比例性審査のありようをみる。

(4-a)目的の正当性

Rixenによれば、相対化禁止を含む一連の判示から、協力義務および義務違反に対する制裁について、パターンリスティックないし抑圧的な目標設定の排除が導かれる³⁴⁰。確かに、協力義務を設定し、義務違反に対して給付の減額をもって制裁することは、立法者の形成の余地の範囲内にある。しかし、給付の引き下げにより、必要状態にある者は「人間の尊厳に値する生存を可能とする需要を満たすための手段を欠くことになる。それでもなお、人間の尊厳に値する生存の憲法上の保障と給付切り下げは両立可能である。つまり、給付の引き下げが、誤った態度を抑圧的に罰することを目指すのではなく、まさに死活にかかわる必要状態を回避しまたは克服することに資する協力義務の履行を目指すような場合には、給付切

³³⁶ Vgl. Rixen(Anm. 335) S. 6; Uwe Berlit, Paukenschlag mit Kompromisscharakter II – das Sanktionsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5.11.2019, info also 2020, 3-11 (6).; Eckhard Kreßel, Mitwirkungspflichten und Sanktionen bei der Inanspruchnahme von Grundsicherungsleistungen, NZS 2019, S. 730-738(733).

³³⁷ これに対する諸学説による評価の紹介を含め、柴田(前掲注 316) 264頁以下を参照。

³³⁸ BVerfGE 152, 68 [117 Rn. 128].

³³⁹ BVerfGE 152, 68 [118 Rn. 132].

³⁴⁰ Rixen(Anm. 335) S. 3 f.

り下げは基本法第 20 条第 1 項と結びついた第 1 条第 1 項の要求を維持することができる」³⁴¹ (傍点は筆者)。また、この協力義務は国家による個人の「監督、教育および修正のために濫用されてはならない」³⁴²。抑圧的に罰することや、個人の人格発展を損なうに至るほどの監督や教育を行うことは、不当な目的として排除される。なぜなら、それらは「不可侵」であるところの人間の尊厳に触れるものだからである³⁴³。このように、人間の尊厳は、不当な規制目的を排除する点で、未だ絶対性を維持しているといえる。

またこれに加えて、当該判示には、追求してよい目的を方向づけるという意義が認められる。そのことは、禁じられる相対化の「意図」が広げられている点に現れている。すなわち、2012 年判決においては「移民政策的に相対化すること」が禁じられたのに対して、2019 年判決では、「他の目的の達成のために相対化すること」が禁じられている。これにより、「相対化」を構成する目的の範囲が、移民政策のみにとどまらず、「考えられる限りのあらゆる政策的考慮」へと拡大された³⁴⁴。すなわち、最低生活保障を行う法律の諸規定の審査の際には、その都度立法者の意図が問われ、それが移民政策的なものでなくとも、最低生活を可能とするという国家の義務と関係のない動機が紛れ込んでいれば、目的の正当性に疑いが生ずることになる。

協力義務を課すこと、そして、この違反に対して制裁を科すことのそれぞれにつき、本判決は正当な目的を追求していることを認めている。まず協力義務の賦課について、労働の機会を受け入れる義務を受給者に課すことは、後順位原理に対応している。すなわちこの義務賦課は、就労を通じて、自己の要扶助性を克服し、またそもそも生じないようにすることを目的としている。義務履行が直接的に所得をもたらすわけではないけれども、間接的に就労と要扶助性の克服に資する義務でも、賦課の目的は正当であるとされる。またこの義務は、公共の財源の保全にも資する³⁴⁵。

義務違反に対する減額による制裁も、正当な目的を追求している。単に要扶助性の克服を目指すことを義務付けるだけでなく、制裁を科すことにより、自力での要扶助性の克服を促す効果を強めることが目指されているが、これは社会法典第 2 編の制度の正当な基本目的であるところの「支援と要求」³⁴⁶に沿う目的であり、正当といえる³⁴⁷。つまりここでは、問

³⁴¹ BVerfGE 152, 68 [118 Rn. 131].

³⁴² BVerfGE 152, 68 [122 Rn. 141]; s. a. [117 Rn. 127].

³⁴³ 柴田憲司「比例原則と目的審査—自由権制限の局面を中心に—」法学新報 120 巻 1・2 号(2013 年)208 頁以下を参照。

³⁴⁴ Rixen(Anm. 335) S. 3.

³⁴⁵ BVerfGE 152, 68 [121 Rn. 140].

³⁴⁶ 連邦社会扶助法の社会法典への編入は、失業者の再就労支援の強化を目指して行われた社会保障法改革(ハルツ改革)の一環であった。この改革では、職業紹介の仕組みを充実させ、失業者の再就労を支援する代わりに、最低生活給付を受給する失業者に対して、提案された就労を受け入れるなどの相応の要求をする、ということが、方針とされた。この改革の方向性を示す言葉が、「支援と要求(Fördern und Fördern)」である。参照、田畑(前掲注 173)8 頁。

³⁴⁷ BVerfGE 152, 68 [126 f. Rn. 155].

題となる給付法の一般的な立法目的の達成を促進するような方法で、制裁を設定することが求められているのである³⁴⁸。

同時に、義務違反に応じた給付の引き下げが正当化しえないものとして、以下の二つの点が挙げられている。第一に、この給付の引き下げを、需要に応じた引下げとして正当化することはできない。制裁的減額は需要をもとに行われるものではなく、ゆえに制裁を受ける人には減額される分の需要が存在しないのだ、ということとはできない³⁴⁹。第二に、社会文化的生存のための給付を取り上げ、「核心領域」たる肉体的生存のための給付だけが残るといような考えを参照することによっても、制裁による減額は正当化されない。生存基本権は、肉体的生存のための給付と社会文化的生存のための給付を統一的に保障することを規範として含んでおり、社会参画のための給付だからといって自由な処分を立法者に許すものではない³⁵⁰。

(4-b)手段の適合性・必要性・相当性

(4-b-1)義務賦課の適合性・必要性・相当性

一般に、適合性(geeignet)の審査では、手段が規定の目的を達成する効果をもつことが求められる。本件で問題となった協力義務の賦課には適合性があるとされた。過大でない労働を受け入れる義務は、それを果たすことができない「重大な理由」が存在する場合に課されることはない。また、「重大な理由」が存在することについて、該当者に説明の機会を与えるなどして、個別事例において義務賦課の適合性に疑念が生じないように配慮されている³⁵¹。また、一般的に義務賦課の適合性が否定される場合とは、義務を課すことで給付主体との連絡が途絶え、制度から断ち切られるようなことが通例であるような場合であるが、このようなことが起きるとは認められない³⁵²。

次に、必要性(erforderlich)の審査では、目的を達するためにより負担の軽い手段が存しないことが求められる。義務賦課には必要性がある。再就労を促すという目的にとって、問題となっている協力義務よりも負担の少ない協力的行為や積極的な促進が、当該協力義務と同じくらいの効果をもつことが明らかではないためである³⁵³。

最後に、相当性(angemessen; zumutbar)の審査では、規制により失われる利益を、規制によって得ることのできる利益が上回るかどうか審査される。協力義務の賦課は、相当性をも有している。というのも、これにより義務付けられる就労は、受給者個人にとって過大で

³⁴⁸ Janda (Anm. 335) S. 107.

³⁴⁹ BVerfGE 152, 68 [127 Rn. 156].

³⁵⁰ BVerfGE 152, 68 [127 Rn. 157].

³⁵¹ BVerfGE 152, 68 [123 Rn. 143].

³⁵² BVerfGE 152, 68 [124 Rn. 144].

³⁵³ BVerfGE 152, 68 [124 Rn. 145].

ない(zumutbar)なものでなければならないことが、法律上確保されているからである³⁵⁴。その意味で、過大でない労働のみを義務付ける規制は、憲法上の要請を顧慮している。また、家族の基本法上の保護も、相当性の枠内で顧慮されている。すなわち、年齢と養育状況に応じた子どもの教育ないし家族の世話が、当該協力義務によって危機に瀕することがあってはならない旨が、法律上定められている³⁵⁵。

(4-b-2)制裁の適合性・必要性・相当性

制裁の適合性について、30%の減額については、目的が実際に広範囲で達成されるかは疑わしいものの、この額の減少によって、雇用の蓋然性が原則的に上昇しているという研究に基づくことができること、そして、給付減額の教育的効果(受給者が減額を避けるべく協力義務を果たそうとすること)が、受給者のほとんどが協力義務を履行しているという状況から確認できることから、適合性を認めた³⁵⁶。これに対して、60%の減額は、この額での減少が義務を果たすことに効果を持つといえるかにつき、十分に研究されていないことから、適合的であるとはいえないとされた³⁵⁷。100%の減額(給付廃止)は、これにより住居を喪失する可能性があることが、特に適合性に疑念を生じさせる³⁵⁸。住居がないのでは、稼得活動に再び従事するという制裁の目的にとって効果があるとはいえないからである。また、個別事例において減額に効果がないことが明らかな場合であっても、制裁を行わない可能性が給付主体に残されていないこと、および、該当者の行為にかかわらず制裁の期間が3カ月に固定されていることが、適合的な制裁だけが存在することを妨げており、違憲である³⁵⁹。なお、後述するように、かような硬直的規定は適合性のみならず、相当性をも欠く。

必要性について、まず30%の減額に関して、これよりも制限的でなく、かつ同等の効果を生じる他の方法があるかについての立法者の判断は、評価余地の範囲を超えるものではないとされ、認められている³⁶⁰。次に60%の減額については、必要性を認めるに足る実際上の根拠がないとし、否定された³⁶¹。最後に、100%の減額(給付廃止)についても、評価余地が踏み越えられているとし、否定された³⁶²。

相当性について、まず、具体的な内容形成において、例外なく強制的に適用される規定である点と、制裁的減額の期間が協力義務の履行とは関係なく硬直的に設定されている点は、減額の幅に関わらず過大であり、相当性を欠く。前者については、減額が対象者に著しく苛

³⁵⁴ BVerfGE 152, 68 [124 Rn. 147].

³⁵⁵ BVerfGE 152, 68 [125 f. Rn. 152].

³⁵⁶ BVerfGE 152, 68 [128 ff. Rn. 160 ff.].

³⁵⁷ BVerfGE 152, 68 [142 f. Rn. 192 ff.].

³⁵⁸ BVerfGE 152, 68 [146 f. Rn. 205 f.].

³⁵⁹ BVerfGE 152, 68 [134 ff. Rn. 176 ff.].

³⁶⁰ BVerfGE 152, 68 [136 f. Rn. 178 ff.].

³⁶¹ BVerfGE 152, 68 [143 f. Rn. 199].

³⁶² BVerfGE 152, 68 [147 Rn. 207].

酷な効果をもたらすような場合には、例外的に制裁を行わないことが求められるところ、このような例外規定が存在しないこと³⁶³、そして後者については、制裁的減額を受けた者が協力義務を履行したらすぐに減額をやめ、満額での給付へと回復させるべきところを、現行規定は制裁の期間を一定期間に固定している点が過大であり、違憲である³⁶⁴。

(5)まとめと評価

2019年判決は、需要によらない給付の減額が、生存基本権に適合する場合があることを明らかにした判決である。生存基本権はそれまで、給付法において典型的に定められる「基準額」の算定について、憲法上の基準を提示するものであり、そこでは、給付額が需要を充たすことが厳格に求められていた。これに対して2019年判決では、生存基本権が、公的扶助を困窮者にとっての「最後の手段」と位置づけることとも調和すると判断した。これにより、できるかぎり自分の力で要扶助性を克服し、困窮を除去するように、個人に義務付けることが許容され、この義務の履行促進のために、給付の減額さえも認められることとなった。

生存基本権による「相対化の禁止」の意義は、2019年判決によって、相当程度に限定されたといえる。一方で、2019年判決では、相対化してはならないものが「人間の尊厳」から「最低生活を保障する国家の義務」へと変化し、相対化の方法も、「移民政策」から「他のあらゆる政策目的」へと変わった。これにより、一見すれば、最低生活保障法において立法者が考慮することのできる要素がさらに縮減し、それだけ「需要」が給付額の決定にあたって絶対性を帯びるものとも読むことができる。しかしながら、同判決は、需要によらない給付の減額可能性を認めた。その根拠は、社会法典第2編の基本原則であるところの、公的扶助の後順位性である。「困窮者に無条件で最低生活を保障する」わけではない、という意味で、つまり「いついかなるときも満額での給付を受けられる」わけではないという意味で、いわば最低生活保障そのものが「相対化」されているのである。とはいえ、公的扶助という無拋出の最低生活保障制度を持続可能ならしめるためには、その補足性を否定するわけにはいかないであろうし、また、生存基本権の「基礎」を構成する人間の尊厳原理が前提とする人間像が、自律的でありかつ自己の行為に対して責任を負う人間であることを前提とすると³⁶⁵、自助努力が可能であるにもかかわらずそれを尽くさない者に対して制裁を行うというコンセプトそれ自体が、不当であるとまではいえないように思われる。

³⁶³ BVerfGE 152, 68 [138 f. Rn. 184 f.].

³⁶⁴ BVerfGE 152, 68 [139 f. Rn. 186 ff.].

³⁶⁵ Gertrude Lübke-Wolffによれば、自己責任を負うことは、憲法により保障される人間の尊厳が基礎としている人間像に対応する。彼女はまた2019年判決について、比例性を保つ制裁を合憲としたからといって、そのことが人間の尊厳の削減(Abstrich)や介入(Eingriff)を意味するのではなく、どこまでであれば人間の尊厳を損なわずに基礎保障給付の切り下げができるかという条件を設定したにすぎないと評価している。Vgl. Gertrude Lübke-Wolff, Menschenwürde weggewogen?, VerfBlog, 2019/11/18, <https://verfassungsblog.de/menschenwuerde-weggewogen/> (最終確認 2022年10月14日)。

重要であるのは、その制裁の条件と程度である。給付の減額は、それ自体が人間に値する生活に大きなダメージを与えるものであるからである。受給者に義務を課す際には、その義務が該当者にとって過大とならないことが、制度上確保されていなければならない。また、減額は、義務の履行促進という正当な目的に対して、適合的、必要的、かつ相当なものではない³⁶⁶。減額に目的を達成するための効果があるといえるかについて、生存基本権が直接に基準を提示するわけではない。そのため、減額の適合性や必要性は、立法者の立法当時の予測や、その後の経験的データ、専門的知見および調査研究などに照らして判断される。立法者の側がデータを示して減額の効果を証明できなければ違憲となるわけであるが、逆に、効果があることを立証できさえすれば、合憲になりうるともいえる³⁶⁷。

また、減額の適合性および相当性の審査の中では、減額の程度とは別に、個別事例においてそれらを欠くような法適用が回避される可能性がないことが、違憲とされている。すなわち、減額をしたとしても、目的を達成する効果が見込まれない事例や、減額が特に著しい負荷をかけるような場合がありうるにもかかわらず、義務違反があれば一律的かつ強制的に減額が行われるようになってきていることが、問題視された。ただしこれについても、個別事例において減額を回避する可能性が認められていれば、生存基本権の要請を満たすことになるといえる。通常の場合に適合性・必要性・相当性を有することが明らかとなり、かつ例外的事例に対応するための規定が作られてしまえば、もはや法令そのものの違憲性は問われず、個別事例の中で、制裁に効果がない、あるいは過大となる場合が明らかにされることと

³⁶⁶ 最近、連邦憲法裁判所は、需要に基づく給付の設定に関する判断の中でも、比例性審査を行った (BVerfG, Beschl. v. 19.10.2022 - 1 BvL 3/21 = NJW 2023, 37-46)。問題となったのは、庇護申請者給付法の受給者のうち、集団居住施設(第2章を参照)に居住する単身の成人について、成人単身者に対する給付ではなくて、配偶者や生活パートナーと共に生活する者への給付を認めるという規定である。後者の給付は、前者よりも10%ほど低い。立法者は、集団居住施設では、他の居住者との共同でのやりくりを通じて、単身者が独居する場合よりも節約することが可能であるため、少ない需要を見積もることができる、との認識に立ってかような規定を置いたが、連邦憲法裁判所はこれを違憲とした。裁判所は、受給者に節約の義務を課すことが、後順位原理により認められるとして、共同生活の中で可能な限り節約をすることを義務付けることそのものは認められるとし、適合性および必要性も満たすと判示した。しかし、集団居住施設で、成人の単身者が、実際に10%分の節約をすることができる状況にはないとして、相当性を否定した。その際裁判所は、庇護申請者用の集合住宅には、出自や文化の異なる人々が無作為に配属されていることから、立法者が想定するような、食事にかかる買い物も共同で行い、またキッチンと一緒に使うなどということを期待できないし、現にそのような状況になっていないことを、アンケート調査などを基に判断している。この決定の特徴は、「共同でのやりくりを通じた節約」という、法律上明文化されていない受給者の義務を認め、またそれを後順位原理から正当化したことである。当該決定の評釈として、さしあたり、vgl. Marje Müller, Nicht tragfähig begründbar: Zur Verfassungswidrigkeit der Sonderbedarfsstufe für alleinstehende Erwachsene in Sammelunterkünften, VerfBlog, 2022/11/26, <https://verfassungsblog.de/nicht-tragfähig-begründbar/>, DOI: 10.17176/20221127-001548-0 (最終確認2022年12月3日)。

³⁶⁷ 同様の指摘として、石塚(前掲注316)157頁、木下(前掲注316)148頁を参照。

なろう。

第3節 2019年判決の転用——請求権制限規定の憲法適合性

義務違反に対する制裁として給付を引き下げるという点では、2019年判決において問題となった制裁規定と、庇護申請者給付法の請求権制限規定は相当程度の類似性を有している。それゆえ、請求権制限規定の憲法適合性を検討する際に、2019年判決において用いられた基準を当てはめることも、理由のあるものといえる。そこで以下では、2019年判決の判断枠組みに照らして、庇護申請者給付法における請求権制限規定の生存基本権適合性を検討する。

(1) 目的の正当性

当該判示は、請求権制限規定の目的の正当性を否定するであろうか。Julian Seidlによれば、少なくとも2019年判決が給付切り下げの目的を「要扶助性の克服」のみに結びつけていることからすれば、庇護申請者給付法の請求権制限規定を正当化することはできない。なぜなら、滞在関係法上の協力義務を履行したからといって、受給者の要扶助性がなくなるわけではないからである。「『ドイツにおける要扶助性の克服』を、庇護申請者給付法の領域的な適用範囲から出ていくことによって行うなどという構成を取ることは、人間の尊厳に値する最低生活保障を求める基本権という、人権としてのコンセプトによっては認められない。第1a条第3項の規制は、基本法第20条第1項と結びついた第1条第1項の限界としての後順位原理をもってしては、正当化できない。」³⁶⁸ Jonas GanterもSeidlと同様に、給付の引き下げについて、2019年判決が自助の可能性ないし後順位原理に関わらない立法者の動機を排除していることから、庇護申請者給付法の請求権制限規定の基本権適合性には疑問があるという。曰く、2017年の連邦社会裁判所判決は、「当該規定に移民政策的目的などなく、あるのは個人の義務違反に対する制裁だけだ」というが、もしそうであるにせよ2019年判決はいまや自助とは関係ない他の諸目的の達成に資する規定を禁じたのであるから、当該規定は違憲の疑いを免れない³⁶⁹。

しかしながら、目的を正当なものとする余地もある。それは、「給付の濫用を防止する」という、給付法それ自体に内在する目的として理解することによって可能となる。第1節(4)でみた2017年判決も、請求権制限規定は、庇護申請者給付法による給付の濫用的受給を防ぐために置かれているとする³⁷⁰。曰く、受給権者には、必要な行為を通じて出身国への

³⁶⁸ Julian Seidl, Die Leistungskürzungen des AsylbLG unter dem Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit, ZESAR 2020, S. 213-217 (215).

³⁶⁹ Jonas Ganter, Das menschenwürdige Existenzminimum zwischen Karlsruhe und Luxemburg, ZESAR 2020, S. 113-119(116).

³⁷⁰ BSGE 123, 157[166 Rn. 30]. 「立法者は、無制限の給付保障を、個人の法への忠誠に左右させても構わ

帰国のための条件を作り出すという個別の義務が課される。制限された給付の保障は、これに対する違反にのみ結びついているのである。この規定を通じて滞在関係法上の義務を履行させようとしているからといって、憲法上の問題は何ら生じないという³⁷¹。「給付の濫用防止」という目的は、後順位原理から導かれる自助努力ではなく、その意味で2019年判決の論理には合わない。しかし、受給要件を不正な手段で満たすことを「濫用」とし、これを防止することは、給付制度そのものを維持するために必要であり、ゆえに正当であるといえる。

問題は、何を「濫用」とするかである。庇護申請者給付法の受給者のうち、出国義務を負う者の場合は、期日を過ぎても出国せずに滞在し続けることで受給要件を満たすことができるため、「出国をしない」という行為それ自体が、濫用であるともいえる。そしてその「出国せずにいる」という濫用の要件は、身分を明かそうとしないなどの明確な行為義務違反ではなく、出国期日を経過後もなお滞在し続けるという「状態」があれば満たされると、立法者は解していると考えられる³⁷²。この点、請求権制限規定の目的を給付の濫用防止という点に求めることを認めるとしても、制裁は個別的な義務違反に対して行われるのでなければならぬとする見解がある。Jandaは、「出国期日経過後ドイツに留まり続ける受給者」は、身分証明を故意に怠ったり、活用可能な資産を秘匿して要扶助性を偽装したりするなどの個別の権利濫用行為に対して制裁を受けるのではなく、「権限なく違法に滞在している」ことそれ自体が、制裁の要件となるのであるが、かような者に対してなぜ滞在法上ないし執行法上の手段を使わずに、給付法上により間接的に滞在を終了させることが試みられているのかは不明であり、この限りで、目的の正当性に疑念が生ずると指摘する³⁷³。国外退去強

ない」と述べた。本稿では立ち入らないが、この「法への忠誠」という判示には、主にその語義の不明確性という観点から、学説により批判されている。Vgl. Constanze Janda, § 1a AsylbLG und das Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz: Bedarfsdeckung nur bei Rechtstreue?, SGB 2018, S. 344-350(348); Seidl(Anm. 368) S. 215.

³⁷¹ BSGE 123, 157[167 f. Rn. 33].

³⁷² Vgl. BT-Drucks. 13/10155, S. 5.

³⁷³ Janda(Anm. 335) S. 109. コメントールによれば、請求権制限規定の目的は、第一に、ドイツ人の社会扶助受給者および適法にドイツで生活している外国人と(違法滞在者を含む)庇護申請者給付法の受給者を公平に扱い、庇護申請者給付法の給付が権利濫用的に利用されることを妨げること、第二に、濫用的な移住〔違法滞在〕に移民政策的な影響を及ぼすことである(Volker Warendorf, in: Christian Grube/Volker Warendorf(Hrsg.), SGB XII: Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz, 6. Aufl., 2018, zu § 1a AsylbLG Rn. 10.)。ただし、「後者が唯一の目的であったとすれば、この規定はまぎれもなく違憲である。なぜなら、連邦憲法裁判所は〔2012年判決〕で、滞在関係法的な目的設定を、給付法とは両立しないとみなしたからである」(Ebenda)。これもJandaと同様に、具体的行為義務違反のみが、制裁の対象とされるべきだという見解であると思われる。s. a. Ute Kötter, Ausländer*innen, in: Berlit/Conradis/Patzer(Anm. 330) S. 862 f.

制などの違法滞在者の出国のために取りうる他の措置がある場合に、それをとらずに給付を減額することから、請求権制限規定が、「濫用防止」のみならず、退去強制等にかかる「行政コストの削減」という目的をも追求しているのではないかという疑念が生ずる。給付の減額にあたり、「濫用防止」という正当な目的以外の目的を追求することは、最低生活を保障する国家の義務を他の政策目的のために相対化することになるから、違憲であるようにも思われる。しかしながら、既に述べたように、外国人の場合、事実上滞在することが受給要件の充足となるため、入国や滞在の態様が給付の濫用と解される場合のあることも、理論上は否定できない。この問題は、目的ではなく手段の問題として論じるほうが適切であるように思われる³⁷⁴。

最後に指摘しておきたいのは、法律の一般目的に適合する義務は正当に課すことができる、というふうに2019年判決を理解すると、出国期日経過後の外国人に対して制裁を伴う義務を課すことも、正当なものと認められる余地があるという点である。2019年判決において、就労受入への協力義務の目的が正当とされたのは、それが、社会法典第2編の基本的なコンセプトである「支援と要求」に沿うものだからである。さらにそのようなコンセプトは、後順位原理から生ずるものであり、その後順位原理は生存基本権と矛盾しないとされたのであるが、そうであるからといって、後順位原理に沿う法目的を持たない公的扶助法では、受給者に何らの義務も課してはならないというわけではない。2019年判決が示唆するのは、法の一般目的を達成するためのものとして説明できる義務賦課は、正当だといえるということである。そこで庇護申請者給付法の一般目的をみると、「支援と要求」ないし「自助努力による要扶助性の克服」は端から目指されていない³⁷⁵。庇護申請者給付法は目的規定が欠けているところ、立法資料には、本法の性質について、「庇護申請者に対する給付の、援助という観点はなお維持される。しかし、核心にあるのは、庇護手続法による外国人の滞在権および定住権を規制することである」とある³⁷⁶。これを素直に読めば、本法の目的は最低生活保障のみならず、該当者の滞在をコントロールすることにも置かれており、それどころかむしろ、後者のほうに比重が置かれていると解される。2012年判決が、庇護申請者給付法のかようなコンセプトそのものを違憲としたのではないということに着目すると³⁷⁷、

³⁷⁴ 柴田憲司は、目的のみを単体で観察して、「不当な目的」であるとして排除することはできなくとも、手段の比例性審査の結果、法規定の「不公正な目的」ないし「動機」があったことが後に「炙り出される」ことがありうると指摘する。参照、柴田憲司「比例原則と目的審査—自由権制限の局面を中心に—」法学新報120巻1・2号(2013年)214頁。

³⁷⁵ Janda(Anm. 335) S. 108.

³⁷⁶ BT-Drucks. 12/4551, S. 5.

³⁷⁷ 最低生活保障のみならず、外国人の滞在を管理する目的を伴っていること自体が不当であるとする場合、この法律そのものの違憲性を主張することになる。連邦社会扶助法から庇護申請者給付法を分離したことの憲法適合性を巡る議論については、Horner(Anm. 160), S. 53 ff. ほかに、庇護申請者給付法の廃止を唱えるものとして、vgl. Wiebke Judith/ Ricardo Brehme, Plädoyer für die Abschaffung des Asylbewerberleistungsgesetzes, KJ 2014, S. 330 ff.

生存基本権は、移民政策的な目的を給付法により追求することを認められるものといえる³⁷⁸。庇護法上の義務を課すことも、出国期日を過ぎた違法滞在者を出国させることも、滞在のコントロールに資するという意味では、正当だということができる。この見解に立つと、「移民政策的相対化の禁止」が規範的意義を発揮するのは、もっぱら典型的な給付額(基準額)を定める場面においてのみだということになる³⁷⁹。

(2) 制裁を伴う義務賦課の前提条件としての出国可能性

義務賦課が適格的でなくなる場合とは、その義務の履行が出国という目的達成に効果をもたない場合である。また、義務の履行が該当者にとって特別な困難をもたらすというときには、その義務は過大であり、相当でなくなる。給付の減額を伴う義務賦課は、その前提として、出国がそもそも不可能であるようなときには、給付切り下げを伴うような出国の義務は課されてはならない。出国が不可能な者に対して出国を義務付けたり、滞在終了措置のための義務を課したりすることは、目的達成に資することが無いばかりか、該当者にとって過大な義務となる。そのため、出国可能性は、給付引き下げを伴う義務を課すことの適合性と相当性を満たすためには必須の条件になる。

この点、請求権制限規定の多くは、違法滞在者について、「自身の責めに帰すべき理由により出国しない場合」や、「自身の責めに帰すべき理由により、滞在終了のために必要な措置をとることができない場合」に、請求権制限の対象となるよう規定されている。滞在関係法上の協力義務の履行についても、自己の責めに帰すべき理由により履行しない場合、および、重大な理由がないにもかかわらず履行しない場合に限り、請求権制限の対象となる。いわば、義務の履行が可能な状態にある者だけが対象となるように規定されているのである。この点、庇護申請を別の EU 加盟国が所管することが理由でドイツにおける庇護申請が却下された者は、責めに帰すべき行為(状態)がないにもかかわらず、請求権制限の対象とされることになっており、違憲性が疑われている³⁸⁰。

またこの点は、法解釈により請求権制限規定の要件を狭く解することによっても、確保されている。社会裁判所は生存基本権の保障の重要性に鑑み、給付引き下げの要件を限定的に解釈している。ヘッセン州社会裁判所 2020 年 2 月 26 日決定³⁸¹は以下のようにいう。2019 年判決は、後順位原理および需要充足原理と密接な関係を持っている協力義務しか審査していない点で、請求権制限規定とは関連がないようにも思われる。しかし、公的な資金は必

³⁷⁸ 同趣旨の指摘として、vgl. Siefert(Anm. 204)zu § 1a Rn. 36.

³⁷⁹ Berlit も、「正当な滞在法上の協力義務が果たされない場合に給付を引き下げること『正当な目的』とすることを、移民政策的な考慮を行ってはならないという〔2012 年判決の〕指示が、一義的に否定するわけではない」と指摘する。Vgl. Berlit(Anm. 336) S. 11.

³⁸⁰ 裁判例を含め、vgl. Siefert(Anm. 204)zu § 1a Rn. 89.

³⁸¹ LSG Hessen, Beschl. v. 26.2.2020 - L 4 AY 14/19 B ER = juris. 全文は <https://www.juris.de/perma?d=JURE200005330> を参照(2021 年 1 月 2 日確認)。

要状態が現実に存在する場合にだけ用いられるという 2019 年判決の判示は、権利濫用の回避を支持するものである。ただしこの判示にも、すべての者に配慮や援助を行うという社会国家の要請、および「他の諸目的の達成のための相対化の禁止」により限界が設けられるのであって、こと移民に関していえば、滞在の地位に関わらずこれを行わねばならない³⁸²。したがって、立法者はまさにこの「基本権によって意図された保護の方針があるため、滞在の違法性のみを理由として給付を切り下げてはならないし、移民を制限するという、一般予防的または抑圧的とみなされる理由によって給付を渡さずにおくようなことをしてはならない。このことは、当該裁判所の見解によれば、協力義務を怠る場合の制裁の事例における権利濫用の予防の正当性を、国家が滞在を一専門的意味ではなく一まさに『猶予』しておらず、該当者が過大でない協力義務を拒絶したことだけが理由で、滞在を終わらせることができないような場合に限定する」³⁸³（傍点は筆者）。つまり、個人の義務違反と請求権制限との間に「単一因果性(Monokausalität)」がなくてはならない³⁸⁴。それは、義務違反の他に滞在終了を困難ならしめる事情がある場合には、請求権制限規定を適用してはならないことを意味する³⁸⁵。

(3)制裁を伴う義務賦課の適合性・必要性・相当性

(3-a)義務賦課の適合性

義務賦課の適合性について、Janda は以下のように指摘する。滞在関係法上の身分証明などの義務を履行しても、出国という目的が達せられず、適合性を満たさない場合がある。というのも、自身が身分証明の努力を尽くしたとしても、出身国の側が身分証明書の発行を拒む場合があるからである³⁸⁶。義務を賦課することが、出国という目的に資さないため、適合性が否定される。もとよりこれは、自身に帰責性のない理由によって出国それ自体が不可能となるケースであるから、上で見た義務賦課の前提条件を欠くことにもなる。

また Janda は、「給付目的で入国した者」に対する請求権制限について、入国の動機ないし入国は、過去の行為であって、現在の義務違反状態とは異なり、事の性質上後から変更することはできないのであるから、適合性を満たさないと指摘する³⁸⁷。しかしながら、要扶助性がないにもかかわらずドイツにやってきて、庇護申請をすることで受給権者となること

³⁸² Rn. 37.

³⁸³ Rn. 37.

³⁸⁴ Siefert(Anm. 204) zu § 1a Rn. 40.

³⁸⁵ もっとも、この単一因果性の要件は、先に見た 2017 年の連邦社会裁判所判決において既に要求されていた(BSGE 123, 157[160 f. Rn. 17].)。ただし、その判決は単一因果性と「相対化の禁止」とを関連づけず、むしろ分離していたのに対し、この決定は、それを「相対化の禁止」から生ずる要請としている点に、違いがある。

³⁸⁶ Janda(Anm. 335) S. 110.

³⁸⁷ Janda(Anm. 335) S. 109.

は、給付の「濫用」と考えられるところ³⁸⁸、かような者を法的に把捉するためには、個別的な義務に対する違反者として規定することは困難である。「滞在＝濫用」である場合に、濫用でない状態となるためには出国するしかない。当該規定については、給付目的で入国し、かつ(滞在関係法上)出国義務を課せられている者であれば、請求権制限は憲法適合的となりうるとの指摘がある³⁸⁹。いずれにしても、出国が不能であるか、過大となるような事情が生じた場合には、給付の減額が中止されねばならない。

(3-b)減額を伴う義務賦課の適合性と必要性

2019年判決では、制裁的減額の効果を示すデータに依拠して適合性の有無が審査されたが、今までのところ、第1a条の義務履行の効果を示すデータは示されていない。連邦政府によれば、これまでに、請求権制限規定の適合性・必要性・相当性の学術的研究を行ったり、委託したり、計画したことはないという³⁹⁰。また、現実にとどのくらい請求権制限を行っているのかという連邦レベルでの統計は法律上義務付けられていない。また、ザクセン＝アンハルトが行った調査からすると³⁹¹、請求権制限の対象となった者の多くは、義務を履行しないままであり、このデータは、給付の減額が「滞在関係法上の協力義務を履行させるための道具としては効果がないことを指し示している」³⁹²。このことから、減額の適合性には疑問が生ずるとの指摘がある³⁹³。

必要性について、身分証明などの滞在関係法上の義務履行を促進するためには、給付の減額ではなくて、滞在関係法上のより穏当な手段により優先的に履行されうることから、否定される。すなわち、2019年の改正により³⁹⁴、滞在法上において、「身分証明の義務を正当な理由なく怠る者に対する猶予」の地位が置かれた(第60b条)。この地位を付与された者は、就業を禁止され、居住地指定が課されるなどの、滞在法上の制限を受ける³⁹⁵。これにより、生存最低限を切り詰めるという手段よりも穏当な措置をとることができるため、必要性はないといえる³⁹⁶。また、出国期日を過ぎて滞在する者についても、減額の効果についての上

³⁸⁸ 給付目的での入国については、第4章を参照。

³⁸⁹ Siefert(Anm. 204) zu § 1a Rn. 36.

³⁹⁰ BT-Drucks. 19/26032, S. 3.

³⁹¹ LT-Drucks. 7/2565.

³⁹² Ibrahim Kanalan/Julian Seidl, Wegsanktioniert: Ausreise als Überwindung der Hilfsbedürftigkeit nach dem Asylbewerberleistungsgesetz?, VerfBlog, 2021/3/19, <https://verfassungsblog.de/asylblg-anreize/>(最終確認 2022年10月14日).

³⁹³ Ibrahim Kanalan/Julian Seidl, Sanktionen nach dem AsylbLG und menschenwürdiges Existenzminimum; Zugleich Besprechung von BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 12.5.2021 – 1 BvR 2682/17, info also 2022, S. 57-63(63).

³⁹⁴ Fachkräfteeinwanderungsgesetz v. 15.8.2019 (BGBl. I S. 1307).

³⁹⁵ Winfried Kluth / Andreas Heusch (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., 2021, zu § 60b AufenthG Rn. 44 ff.

³⁹⁶ Janda(Anm. 335) S. 110; Kanalan/ Seidl(Anm. 393) S. 63.

記分析をもとにすると、減額による制裁よりも、直接に退去強制措置をとるほうが効果があると考えられるため、必要性に疑念が生じる。

(4)減額の相当性

(4-a)肉体的生存のみを保障すること

相当性については、請求権制限規定により引き下げられた給付が肉体的生存の一部しか保障しないことからして、否定される。まず2019年判決で連邦憲法裁判所は、以下のような考え方を否定している。すなわち、生存基本権の不可侵の核心的本質を形成するのは肉体的生存にかかる部分だけであり、社会文化的生存にかかる需要の一時的な不充足は甘受できる、という考え方である。つまり、肉体的生存および社会文化的生存は統一的に保障されるのでなければならない³⁹⁷。これに対して、庇護申請者給付法第1a条による切り下げの結果、社会文化的生存にかかる需要は一切保障されず、肉体的生存にかかる需要ですら、その一部しか保障されないのである(第1節(2-b))。具体的な給付内容についていかに立法者に裁量が認められているとしても、このような減額の態様に照らすと、もはや相当性を充たさず、生存基本権に合致するとはいえない³⁹⁸。

請求権制限規定が相当性に欠けていることは、裁量によっても社会的生存のための給付を受ける余地が残されていないという事情により、一層強まる。現行の請求権制限規定は、「個別事例において特別な事情が存する場合に限り、第3条第1項第1文にいうその他の給付が、支給されうる」として、給付主体に裁量による追加の給付を行うことを認めている。重要であるのは、裁量給付によって認められるのは「第3条第1項第1文」の給付に限られる、という点である。その給付とは、基礎給付のうち、肉体的生存を保障する給付である³⁹⁹。つまり、請求権制限規定に該当した者は、特別な事情が生じたとしても、社会文化的生存を保障する給付を受けることができないのである。社会文化的生存のための給付からの完全なる排除は、当該規定の合憲性への疑念を著しく強める⁴⁰⁰。というのも、2019年判決では、義務違反が認められれば、減額が該当者にとって特別な負担となる場合でも一律的・硬直的に行われる点が、相当性に反すると判断されたからである(第2節(4-b-2))。請求権制限規定は、社会文化的生存のための給付の減額が過酷となるような場合にそれを回避するための規定がないため、過大な負担をかけるものであり、違憲である。

³⁹⁷ BVerfGE 152, 68 [113 Rn. 119];[127 Rn. 157].

³⁹⁸ Janda(Anm. 335) S. 110 f. また、2019年判決が30%までの減額を許容したのに対して、請求権制限規定により低められた額は、一般公的扶助法における通常給付の67%であることから、引き下げ幅の許容性を超えており、この点が問題であるとする見解もある。Vgl. Gabriele Buchholtz, Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die Staatliche Grundsicherung, JuS 2021, S. 503-507(507); Marje Müller, Licht am Ende des verfassungswidrigen Tunnels?, SGB 2020, S. 30-34(34).

³⁹⁹ 第2章を参照。

⁴⁰⁰ Vgl. Siefert(Anm. 204) zu § 1a Rn. 6.

(4-b)不確定概念の憲法適合的解釈

(4-b-1)医療扶助についての憲法適合的解釈

第2章でみたように、庇護申請者給付法の受給者は、アナログ給付の対象となるまでの間、請求権として保障される医療扶助の範囲が、緊急医療に限定されているところ(第4条)、第6条の「その他の給付」を憲法適合的に解釈することにより、緊急医療のみならず慢性病の治療に必要な医療的ケアをも、事実上支給している。この点、請求権制限規定は、第4条による医療扶助への請求権を切り詰めることはしないが、第6条「その他の給付」への権利を否定する。したがって、請求権制限の効果は、慢性病の治療のための給付からの排除をも含むことになる。

これについては、請求権制限規定により認められるところの「保健衛生(Körper- und Gesundheitspflege)」の需要を充たす給付を、第6条により行われる給付を含むものと解釈することで、違憲性の問題を回避することができる、との指摘がある⁴⁰¹。このように、法律上の不確定概念を憲法適合的に解釈することで、減額が過大なものにならないよう配慮する手法がある。しかしながら、そもそも庇護申請者給付法の対象者の医療ニーズの把握方法に不合理な差別があることにつき⁴⁰²、憲法適合的解釈の可能性が存することで、当該差別を直接に憲法問題とすることが回避されてしまう点に、留意すべきである。

(4-b-2)2021年5月21日の連邦憲法裁判所不受理決定⁴⁰³

「保健衛生」や「不可欠なもの」という、内容が明確でない概念をもつ給付法の規定が、個別事例において減額を回避したり緩和したりする手段となることで、減額規定それ自体の合憲性が認められてしまうことを示すために、以下では、かつての請求権制限規定を合憲と判断した、2021年の連邦憲法裁判所による、憲法異議申立に対する不受理決定を参照する。この憲法異議申立は、第1節(4)で見た2017年の連邦社会裁判所判決に対して提起されたもので⁴⁰⁴、請求権制限規定の合憲性について、連邦憲法裁判所がどのように判断するか、かねてより注目されていた事件であった⁴⁰⁵。

(4-b-2-a)不受理決定

⁴⁰¹ Krauß(Anm. 226) § 6 Rn. 15; dies., zu § 4 Rn. 15.

⁴⁰² 第2章を参照。

⁴⁰³ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 12.5.2021 - 1 BvR 2682/17 = SGb 2021, 695-697.

⁴⁰⁴ BSG, Urt. v. 12.5.2017 - B 7 AY 1/16 R = BSGE 123, 157-170.

⁴⁰⁵ Ibrahim Kanalan/Julian Seidl, Wegsanktioniert: Ausreise als Überwindung der Hilfsbedürftigkeit nach dem Asylbewerberleistungsgesetz?, VerfBlog, 2021/3/19, <https://verfassungsblog.de/asylblg-anreize/>(最終確認 2022年10月14日); Janda(Anm. 335) S. 111; Gabriele Buchholtz(Anm. 398) S. 507. そのほかに、当該憲法異議申立手続に言及する論文を紹介するものとして、vgl. Frank Schreiber, Anmerkung zu BVerfGE, Nichtannahmebeschl. v. 12.5.2021 - 1 BvR 2682/17, SGb 2021, S. 697-702 (697).

申立人は2002年にドイツへ入国したのち、庇護申請を行ったが、却下された。却下に対する不服申立ても棄却され、彼はそれから出国義務を負っているものの、国外退去命令や退去強制命令に応じず、外国人局から少なくとも19回も身分証明を求められたにもかかわらず応じなかった。彼は庇護申請者給付法第1a条にしたがって、通常の半分ほどの給付を受けていたが、申立人はこれが生存基本権に反すると主張した。

ここで注意すべき点は、本件で合憲性が争われたのは現行規定ではなくて、2013年の規定であり、そのときの第1a条の減額の根拠は、「個別事例において不可欠である限りにおいて、本法による給付を受ける」というものであったという点である。上述したように、請求権制限規定に基づく減額の幅は当時具体的に法定されていなかった(第1節(1-b))。

第三部会は、この問題に対する憲法上の基準はこれまでの判決により明らかにできるとし、当該申立てを受理しなかった。そして、原告の申立の適法性を検討する過程で、庇護申請者給付法第1a条の旧規定が、生存基本権と両立する理由を大要以下のように述べる。すなわち、個人の需要およびそれに対応したすべての事情の客観的検討に照らして、生存に必要な不可欠なあらゆる需要が満たされることが憲法上求められているところ、「不可欠なもの」という規定は、これを満たすべく給付主体(行政機関)を拘束するものである⁴⁰⁶。立法者はいつも内容の決まった給付を請求権として法律上に設定しておかねばならないわけではなく、個別事例に応じて給付主体が判断する場合を認めてもよい⁴⁰⁷。「不可欠なもの」という給付は確かに、結果として給付の引き下げの可能性をもつけれども、どのような場合でも引き下げられることを意味しているのではない⁴⁰⁸。個別事例においてであれ、立法者が画一的に決めるのであれ、給付は需要に基づいてのみ算定されていなければならない⁴⁰⁹。なお、個別事例において需要が充足されているかを判断する際に、連邦社会裁判所は、下級裁判所が本件原告にとって「不可欠なもの」にあたる需要を認定していないばかりか、申し立てられてすらいないことを考慮してもよい⁴¹⁰。

(4-b-2-b)検討

本不受理決定は、「不可欠なもの」という曖昧な概念を法律上規定することが立法者に認められることを確認したうえで、その規定は減額の可能性を含んではいるが、生存基本権に適合するように解釈することができるとして、請求権減額規定は合憲であると述べた。この不受理決定に対しては、学説によりさまざまに批判されている。それらの批判のいくつかは、当該不受理決定が複数の「矛盾」を抱えていることに向けられている⁴¹¹。まず、立法資料か

⁴⁰⁶ SGB 2021, 695 [696 f. Rn. 20 f.].

⁴⁰⁷ SGB 2021, 695 [697 Rn. 22].

⁴⁰⁸ SGB 2021, 695 [697 Rn. 23].

⁴⁰⁹ SGB 2021, 695 [697 Rn. 22 f.].

⁴¹⁰ SGB 2021, 695 [697 Rn. 22].

⁴¹¹ Roland Rosenow は本事件を評釈するにあたり、その論題を「完全なる矛盾(Widerspruch bis in

らしても、請求権制限規定が濫用的な受給に対する制裁規定であり、立法者がその手段として給付の(需要に満たない額への)減額を意図していることは明らかであるのに⁴¹²、需要に適合するように「不可欠なもの」を算定することが、給付主体に義務付けられる、などと解することはできないはずだという批判である⁴¹³。矛盾はほかにもある。連邦憲法裁判所は、一方で、個別事例において引き下げられた給付が需要を充足することが決定的であると判断しておきながら、他方で本事案での需要充足性について具体的な審査を行っていない。なお、原手続において連邦社会裁判所およびコットブス社会裁判所が、需要充足性の審査を行ったことも読み取れない⁴¹⁴。連邦憲法裁判所は、個別事例において需要があるといえるかどうかを、憲法上の要請に沿って検討していない連邦社会裁判所の判決をそのまま引用することで⁴¹⁵、自己矛盾に陥っている⁴¹⁶。

この不受理決定では、2019年判決で示されたところの、制裁的減額に対する比例性審査の枠組みが用いられなかった。請求権制限規定が比例性の要請を満たすものであるかについての、連邦憲法裁判所の判断は今日まで下されていない。なお、現行の請求権制限規定は「不可欠なもの」という内容の全く不明な概念によってではなく、給付の種類が明示されることで、基礎給付よりも「減っている」ことが、法律上明確にされているため、いずれにしても本不受理のような、矛盾した判断が下されることはないように思われる⁴¹⁷。ただし、こ

Mark)」とする。Roland Rosenow, Widerspruch bis in Mark, KJ 2021, S. 411-422.

⁴¹² BT-Drucks. 13/10155, S. 5.

⁴¹³ Kanalan/ Seidl(Anm. 393) S. 59; Rosenow(Anm. 411)S. 417 f.

⁴¹⁴ Kanalan/ Seidl(Anm. 393) S. 59.

⁴¹⁵ 「相対化禁止」の理解についても、連邦憲法裁判所は原手続である連邦社会裁判所と同様の見解に立っている。すなわち、「庇護申請者給付法第 1a 条の旧規定によって、給付額は特に抽象的一般的または一律的に引き下げられておらず、連邦社会裁判所が強調するように、移民政策的諸理由によって一般的に〔generell〕引き下げられているわけではなく、〔…〕その他の方法によっても〔…〕相対化されていない」(Rn. 23) (〔 〕内は筆者)。生存基本権により禁じられる「相対化」は、国家の生存保障義務とはかわりのない理由による、給付額の一般的かつ一律的な引き下げであると考えられている。つまり「相対化の禁止」は、扶助法における典型的な給付額(基準額)の内容形成という場面にのみかかわる規範だということになる。

⁴¹⁶ Kanalan/ Seidl(Anm. 393) S. 59 f. また、Kalanan らは以下のようにいう。すなわち、当時は庇護申請者給付法の通常給付が一般公的扶助法の給付よりも 33%低く、2012年判決はこの額を「明らかに不十分」として生存基本権違反にしたのであった。憲法異議申立人はその給付よりもさらに低く切り下げられた給付を受けていたことを考えると、個別事例の審査を経ても当然に生存基本権違反となるはずである(S. 60)。同趣旨の指摘として、vgl. Rosenow(Anm. 411)S. 417.

⁴¹⁷ 本判決は、2019年判決を引いて、生存基本権は肉体的生存と社会文化的生存のいずれをも、統一的に保障しなければならないと述べてもいる。これに対して、現行の請求権制限規定による給付は、肉体的生存の一部しか保障しないものであることが、明文で規定されている。これにより、2019年判決の判断枠組みを取らずに、本件のように需要充足原理に依拠するとしても、合憲的に説明する余地はもはやないと考えられる。Vgl. Schreiber(Anm. 405)S. 701; Rosenow(Anm. 411) S. 419 f. なお、2019年11月12日欧州司法裁判所判決では、庇護申請者に対する制裁として給付を完全に剥奪することはEU法に反するとの

ここで強調しておきたいのは、給付の内容を定める不明確な概念が、憲法適合的解釈の余地を広げることの問題点である。第2章においても述べたように、不確定法概念は、専門的・実務的見地から、個別的事例における柔軟な給付内容の決定を可能とするという点では、意義を有するといえる。しかしそのような概念は、連邦憲法裁判所による法令の違憲審査の可能性を狭める。憲法適合的解釈が可能である限り、具体的規範統制手続による連邦憲法裁判所への移送は不適法とされるからである⁴¹⁸。生存基本権からは具体的な数値が引き出せないことや、積極的な実体的審査ではなく、立法過程の手続的審査を中心とするという性質からして、不明確な概念の解釈の際に、この基本権がどの程度規範的指針を示すことができるのかは疑問である。無論、個別事例の中でかような概念がどのように解釈されているかを検討することで、生存基本権の意義を再発見することができるともいえるが、生存基本権の保障内容が、法解釈により実質的に低められていないかを、常に注視する必要がある。

第4節 小括

本章で検討したのは、出国忌避者に対して最低生活のための給付を減額し、もって出国を促進することは、給付法を移民政策の道具として使うことを意味し、違憲ではないかという問題である。

2019年判決により、立法者は受給者に対して義務を課し、この義務履行の促進のために、違反者への給付減額を定めてもよいことが示された。扶助に依存することなく自力で生計を立てるべきであるという考え方、および、公的扶助は最後の手段でなければならないという考え方は、生存基本権と矛盾するものではない。比例性の要請を満たしていれば、自立へと繋がるような義務を受給者に課し、その違反に対して減額を行うことも認められる。どんな場合でも最低生活保障給付が満額(需要を完全に充足する額)で支給されるわけではない、という意味で、最低生活保障は相対的な性格を有する。

他方、庇護申請者給付法は自立を目的とした給付法ではなく、需要によらない減額を合憲とすることができないようにも思われる。しかし、給付法には一般に、「濫用」の回避という正当な目的が内在すると解されること、そしてさらに、当該法律の目的の達成に資するような義務を受給者に課すことが認められるというように2019年判決を読むことで、請求権制限規定の目的が正当化される。庇護申請者給付法は最低生活保障のほかに、移民コントロールをも目的として含んでいる。ゆえに、出入国管理上望ましくない行為に対して、給付の減額をもって制裁することも、認められるのである。

しかしながら、義務賦課ないし減額が認められる場合や、その程度について、立法者が自由に決めることはできない。生存基本権から生ずる比例性の要請に照らすと、少なくとも現

判断が示された(EuGH, Urt. v. 12.11.2019 – C-233/18 = ECLI:EU:C:2019:956 [Haqbin])。当該判決は本稿では扱わないが、2019年判決とこれとを比較検討するものとして、vgl. Ganter(Anm. 369)S. 113 ff.

⁴¹⁸ 畑尻ほか(前掲注73)248頁。

行の請求権制限規定は違憲である。給付の減額を伴う義務は、該当者が自分の責任により果たすことができる義務でなければ、課してはならない。義務の履行が不可能である場合や、それを課すことが当人にとって過大である場合には、その義務賦課は違憲である。請求権制限規定は、制度および判例の法解釈により、義務賦課が適合性ないし相当性がある程度考慮されているといえる。ただし、義務違反行為を辞めさせるために、減額がどの程度の効果をもつのかは疑問であり、違憲の疑いがある。そして、給付の切り下げ幅については、社会文化的生存のための給付が完全に否定される点が相当性を欠き、違憲である。

第4章 「望ましくない」外国人に対する給付否定の合憲性

第3章では、庇護申請者給付法における請求権制限規定の合憲性の検討を通じて、公的扶助法と滞在関係法という二つの法領域が重なる法律にあっては、出入国管理のために給付を減額することも許容されうること、および、それでも生存基本権は、需要と関係のない減額に対しては厳格な比例性を要請することから、具体的な規定に照らしてみるとき、現行請求権制限規定はもはや合憲性を維持できないことを示した。本章では、滞在関係法とは独立に存在する一般公的扶助法において、「出国可能」な、滞在が「望ましくない」外国人が受ける給付の否定および減額の生存基本権適合性を検討する。これにより、生存基本権の意義と射程がより明確になる。検討に当たっては、まず現行法の規定を参照し、それが、「望ましくない」外国人を出国させることを目的として、給付を否定・減額する旨の定めであることを確認する(第1節)。次に、この規定について、「出国可能」な外国人には、ドイツから出て行くことを「自助」として要求できるとする立法者の決定を、生存基本権は禁じることができない点を示す(第2節)。そして、給付を拒否される「望ましくない」人的範囲の決定についても、生存基本権は立法の限界を画することができないことを明らかにする(第3節)。最後に、生存基本権がなお持ちうる可能性として、給付否定および減額にかかる比例性の要請に照らし、現行の給付否定および減額規定の合憲性を検証する(第4節)。

第1節 現行の給付否定・減額規定と「移民政策的相対化」

(1) 現行規定

一般公的扶助法においては、受給権者を定める規定(社会法典第2編第7条；第12編第19条)が一般的に置かれたのち、その原則規定への例外として、「～の外国人は、受給権者から除外される」(第2編第7条第1項第2文)、「外国人は、～の場合、給付を受けない」(第12編第23条第3項)という方式により、一部の外国人に対して、他の者には原則として認められる給付を否定する規定が置かれている(以下、これらを合わせて「給付否定規定」という)。給付が否定される対象は、社会法典第2編の求職者基礎保障給付および同法典第12編の社会扶助給付とで、ほぼ同一である。すなわち、①経済活動に従事していない者で、

自己の責任によらない理由で失業したのでもない者で、滞在開始から3カ月未満である者、②滞在権を有しない者、③自身の滞在権を専ら求職のみを目的に有する者である。そして、第12編の社会扶助給付においては、④社会扶助の受給を目的として入国した者も、給付が否定される。一般公的扶助法の対象者のうち、このいずれかに当てはまる外国人は、人道上の理由により滞在が認められているのでない限り、最低生活保障給付は満額では認められない。

給付を否定された者には、代わりに「一時しのぎ給付(Überbrückungsleistungen)」を受給する権利が認められる。ただし、この一時しのぎ給付は、時間的にも内容的にも限定された給付である。時間は、2年間のうち最長1カ月間とされ⁴¹⁹、内容は、食事、保健衛生、住居、暖房、緊急医療、妊娠・出産にかかる需要を充足する給付である。つまり、社会文化的生存は保障されず、肉体的生存でさえ一部しか保障されず、しかも1カ月を過ぎるとこの給付そのものが保障されなくなり、無保護の状態に置かれる可能性がある。

なお、5年間継続して適法にドイツに滞在した者は、給付除外の対象にならない(第2編第7条第1項第4文;第12編第23条第3項第7文)。これは、給付除外という例外条項からのさらなる例外であるため、「再例外(Rückausnahme)」と呼ばれる⁴²⁰。5年の滞在期間の起算点は、所管の官庁での住民登録(Anmeldung)の時点である⁴²¹。

現行法規定に至るまでに、給付否定規定には様々な変化があったのであるが、一番重大な変化が、2016年の改正によるものであった(以下、「2016年改正」という)。2016年改正までも給付否定規定は存在したが、給付を否定されても、裁量による給付を受ける可能性が開かれていた。これに対して、2016年改正は、給付否定の対象者に対して、裁量給付の可能性を否定し、時限付きでかつ内容の乏しい給付のみを認めるという変更を行うものであり、以下で見るように、学説において激しく批判された。

(2) 出入国管理のための給付否定・減額と「移民政策的相対化の禁止」

この規定は、一定の外国人に対して、ドイツ人や他の外国人への原則的給付を否定し、肉体的生存の一部のみを保障する乏しい給付を時限付きで与えることで、ドイツから自発的に出て行くように仕向けるものである。なぜなら、給付規定の対象になる者は、それ以外の者と給付が著しく異なるとはいえないにもかかわらず、低められた給付しか認めないこと、しかも最長1カ月間しか給付せずに、それ以降はゼロになる可能性をも認容することから

⁴¹⁹ この「2年間」は、困窮外国人の再入国を視野に入れた期間設定である。一時しのぎ給付を得て出国した場合、受給開始から2年間は、再びドイツにやってきて、給付否定規定に該当すると、一時しのぎ給付すら得ることができない。

⁴²⁰ G. Becker, in: Wolfgang Eicher/ Steffen Luik/ Björn Harich (Hrsg.), SGB II: Kommentar, 5. Aufl., 2021, zu §7, Rn. 52. もっとも、この用語は当該規定のみに使われているものではないが、本稿では当該規定を指して「再例外規定」と呼ぶ。

⁴²¹ Deckers(Anm. 166) zu §23 SGB XII Rn. 79.

して、いわば「兵糧攻め」的に、困窮外国人がドイツに留まることを防ぼうとしていると考えられるからである⁴²²。

この規定は、とりわけ EU 市民にとって重大な意味をもつ。というのも、②滞在権を有しない者とは、実質的滞在権を持たない EU 市民を指しているからである。EU 市民の場合、域内自由移動が認められており、滞在は原則として合法と推定されるため⁴²³、実質的に滞在(=自由移動)の資格を有しないような場合でも、それだけで滞在が妨げられることはない⁴²⁴。「自由移動権の喪失」を、受入国の入管当局(ドイツの場合は「外国人局」)が正式に確定して初めて、滞在の権利が否定され、出国義務が課せられる。だから、EU 市民が一般公的扶助法による給付を受けようとするときには、法的には出国義務が課せられていないにもかかわらず、実質的に滞在が違法であるとして、給付を否定・減額されることになる。

これに加えて、庇護申請者給付法は EU 市民を対象としていないという解釈が、EU 市民にとって、第三国国民に比してより深刻な状況をもたらす⁴²⁵。なぜ EU 市民が対象にならないかについては、庇護申請者給付法の対象となる外国人と、域内を自由に移動する権利をもつ EU 市民とでは、滞在の根拠となる法が異なり、社会法上内国民と同等に取り扱われることになっているからであると説明される⁴²⁶。なお、庇護申請者給付法が EU 市民をも対象とするかについて、連邦社会裁判所など最上級裁判所による判断は未だ下されておらず、下級裁判所の中でも意見が分かれている⁴²⁷。

滞在が望ましくないと考えられる者に対して、需要の差によらずに給付を否定・減額することは、生存基本権が禁じるどころの、最低生活保障にかかる国家の義務の「移民政策的相対化」にあたり、許されないのではないか。庇護申請者給付法にあっては、移民コントロールという立法目的が、給付法律の中に予め含まれていたがために、給付減額の目的として、望ましくない外国人の出国を追求することも正当と認められうる。しかし、一般公的扶助法は、要扶助性の克服だけをその目的としているのだから、望ましくない外国人を出国させる、

⁴²² Vgl. Claudius Voigt, »Aushungern« als Instrument der Migrationskontrolle? ; Der Ausschluss von EU-Bürgerinnen und EU-Bürgern von existenzsichernden Leistungen, Asylmagazin 2017, 25-32. 論題に掲げられている„Aushungern”とは、まさしく「兵糧攻め」という意味である。

⁴²³ BT-Drucks. 15/420, S. 106.

⁴²⁴ Kötter(Anm. 373) Rn. 36.

⁴²⁵ なお便宜のため本文では省略しているが、一般公的扶助法においては「庇護申請者給付法の受給権者」に対しても給付が否定される(第2編第7条第1項第2文第3号;第12編第23条第2項)。

⁴²⁶ Dollinger, in: Siefert(Anm. 204) zu § 1 Rn. 46; Uwe Berlit, Die Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende und in der Sozialhilfe, NDV 2017, S. 67-72(71).

⁴²⁷ 肯定するものとして, vgl. LSG NRW, Beschl. v. 14.11.2018 – L 19 AS 1434/18 B ER = juris(<https://www.juris.de/perma?d=JURE180018990> 最終確認 2023 年 1 月 13 日) Rn. 22; 否定するものとして, vgl. LSG NRW, Beschl. v. 30.5.2019 – L 20 AY 15/19 = juris(<https://www.juris.de/perma?d=JURE190008484> 最終確認 2023 年 1 月 13 日)Rn. 29.

という目的は、2019年判決に従う限り、減額の目的として認められる余地はないように思われる。

学説も、「相対化の禁止」に照らして、当該規定の違憲性を主張している。いずれも社会保障法(Sozialrecht)を専門とする教授である Stamatia Devetzi および Constanze Janda は、まず、2010年判決及び2012年判決で認められた最低生活保障を求める基本権の内容について以下のように述べる。すなわち、「〔給付額を定める〕規定は、需要充足の検討によって左右されることになっていてもよい。しかし、それを超えるような目的を追求すること、すなわち、移民を抑止したり制限したりすることは、〔社会法典第12編の〕社会扶助法及び〔第2編の〕基礎保障法の範囲内では許されない。『人間の尊厳は、移民政策的に相対化されてはならない』のである。むしろ、移民の抑止や制限の問題は、滞在法第1条⁴²⁸において滞在に関する法に割り振られている」⁴²⁹。その上で彼女らは、立法者が、連邦憲法裁判所によって限定された、立法者の内容形成に関する裁量の範囲内で行動しているのかどうかを検討している。

そして Devetzi らは、給付からの除外を、実質的に違法である滞在をやめないことに対する制裁手段と位置付けることもまた、最低生活保障を求める基本権から生ずる「人間の尊厳を移民政策的に相対化してはならない」という原則と矛盾すると述べる。すなわち、EU法の体系からも、職に就いていない困窮したEU市民であっても、滞在権の喪失を正式に立証されていない限り、出国義務は生じない⁴³⁰。そして、滞在権の喪失を立証する(=出国義務を課す)権限をもつのは、外国人局だけである。つまり、EU市民とその家族は、入国及び滞在の権利がないことを外国人局が立証して初めて出国義務を負うのであって、滞在関係法上の義務(Pflicht)なくして、社会保障法上の責任(Obliegenheit)はありえないのである。滞在が、社会給付主体の給付拒否によって偶発的に検出されることがあってはならない。彼女らはいふ。「結局のところ、連邦憲法裁判所が作った、人間の尊厳は移民政策的に相対化されてはならないという原則は、可能な出国を拒むことに対する制裁と矛盾する。たとえ基礎保障給付を下げるのが基本法第1条第1項に反さないように見えたとしても、制裁が、社会国家的ではなく、移民政策的に望ましい態度を貫徹させようとするものである場合には、その制裁は憲法違反である。給付否定規定の目的が『社会保障制度への移住』を阻止

⁴²⁸ 滞在法第1条第1項は、滞在法の目的を設定している。すなわち、「この法律は、ドイツ連邦共和国への外国人の流入の制御及び限定に資する。この法律は、ドイツ連邦共和国の受入能力及び統合能力並びに経済的利益及び労働市場政策上の利益を考慮した移住を可能とし、形成する。この法律はまた、ドイツ連邦共和国の人道上の義務の達成に資する。この法律は、併せて外国人の入国、滞在、職業活動及び統合について定める。他の法律の規定は、影響を受けない。」

⁴²⁹ Stamatia Devetzi/Constanze Janda, Das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende und in der Sozialhilfe, ZESAR 2017, S. 197-206(200). 傍点・□内は筆者。

⁴³⁰ Vgl. ebenda, S. 202.

することであるのは、明らかである。しかし、外国人局の仕事不足を埋め合わせることは、社会給付主体の責務とはなりえない」⁴³¹。

最後に彼女らは、結論部分で以下のように述べている。「たしかに連邦憲法裁判所によって具体化された基本権は立法者に給付システムの形成について裁量の余地を認めてはいる。しかし、立法者は需要の体系的評価と関係しているのであって、人的保護範囲の決定とは関係しない。社会保障給付を行う義務を回避することを望んでいる場合であっても、立法者はそのために社会保障法を援用してはならない。むしろ、外国人局の滞在終了措置に関する欠損をなくすようにつとめるべきである。滞在終了措置を執行できない場合には、人間の尊厳に値する生存が、連邦共和国によって、確保されなければならない」⁴³²。

第2節 出国は「自助」か

(1) 「自助」たる出国と「移民政策的相対化の禁止」

一般公的扶助法における、滞在が望ましくない困窮外国人に対して、期限付きの乏しい給付しか認めない規定は、生存基本権の禁じる「移民政策的相対化」にあたり、違憲であるようにも思われる。しかし、国家による最低生活保障に優位する「自助」として、ドイツから出て行くことを要求できると考える場合には、事情は異なる。なぜなら、前章でみたように、生存基本権は、公的扶助を最後の手段として、自助を優先するような仕組み、つまり自助努力を尽くすことを、受給の要件とするという立法者の決定を否定しない権利だからである。このことは、公的扶助法が究極的には「要扶助性の克服」を目的としていることにより、正当化される。要扶助性が真に存在するといえる場合にだけ、国家は最低生活保障の義務を負うのであって、「政策的相対化」が禁じられるのは、自助努力を尽くしてもなお自力では満たせない「真の要扶助性」の充足の場面で初めて現れる規範なのである⁴³³。外国人が出身国

⁴³¹ Ebenda, S. 202. 傍点は著者。同趣旨の批判として、vgl. Voigt(Anm. 422) S. 29 f.

⁴³² Ebenda, S. 206. 傍点は筆者。同趣旨の裁判例として、vgl. SG Darmstadt, Beschl. v. 14.1.2020 – S 17 SO 191/19 ER = juris. 全文は <https://www.juris.de/perma?d=JURE200001884> (最終確認 2021 年 1 月 2 日)。曰く、生存基本権が事実上滞在しているあらゆる者に対して、国籍や滞在権に関わりなく等しく保障されるという点は「疑問の余地のないものであり、〔2012 年判決〕の判断が庇護申請者給付法を引き合いに出したことを考慮すると、相対化されることはありえない」(Rn. 598)。それゆえ立法者は、要扶助性があるにも関わらず給付から完全に除外したり、要扶助性の克服と関係のない行為に、生存保障給付を左右させたりすることを禁じられる。出国可能性は給付要件を確かめるのに不可欠ではないし、単なる出国の可能性が該当者の現在の苦境を取り除くことはない。したがって立法者は、出国可能性を生存保障給付の要件としてはならない(Rn. 598)。また、生存基本権の基礎となっている人間の尊厳は考慮の余地がなく、相対化できないものであるから、地方自治体の財政的な過剰負担を考慮して外国籍者を給付から原則的に除外することや、社会給付を動機とする移住の動きを避けるためにそのような除外を行うことは、生存保障給付の領域では許されない(Rn. 599)。

⁴³³ 2019 年判決は、制裁の効果としての完全な給付剥奪を、この観点から正当化する可能性すら示唆して

に帰ることを「自助」とみなして、否定規定の該当者を、「帰国できるのにしない、自助努力を尽くさない者」と位置づけることができれば、「移民政策的相対化」の問題は生じないのである⁴³⁴。

そして立法者は、かような見解に立って、2016年に給付否定規定の追加と一時しのぎ給付の導入を行ったのであった⁴³⁵。それ以前は、給付否定規定はあったものの、該当する外国人に対しては「個別の場合に正当と認められる限り、社会扶助を行うことができる」という裁量給付の規定が適用されていた。裁量給付規定は、一時しのぎ給付とは異なり、内容も期限も定めていなかったため、外国人が給付を否定されても、ドイツに滞在している間は給付を得られる可能性が高かったと考えられる(後述)。ところが、一時しのぎ給付の導入により、給付の減額および完全な剥奪可能性を、法律上定めることとなったがために、これを正当化する論拠が必要になった。その際立法者が持ち出したのが、出国を自助として要求できるとの見解である。この見解は、当時の立法資料から読み取ることができる。すなわち、「新规定が考慮しているのは、EU市民の置かれた状況は、庇護申請者のそれと同等に並べられるものではない、という点である。EU市民には、庇護申請者にはないような、自助という他

いる。当該判決は、完全な給付の廃止(ゼロに至る切り下げ)について、それが協力義務の履行や要扶助性の克服に有効であるかという点からみると、相当性を維持できない、という立場に立つ。それにも関わらず、当該判決は、完全な給付取りやめが合憲となる場合を挙げている。すなわち、「受給権者が提案された過大でない労働〔注記略〕を受け入れることで、自分の人間の尊厳に値する生存を、収入の獲得によって実際に、また自ら直接的に保障することができるような場合、そしてその場合に限り、事情は異なる。そういう場合、彼らの状況は、出発点においては、必要状態が存在しない状況に匹敵する。というのも、収入および資産はその時点では意のままになるのであって、過大でない形で使えるからである。それゆえ〔…〕過大でない労働が〔…〕重大な理由なく故意に拒まれる場合には〔…〕完全な給付剥奪は正当化される」(BVerfGE 152, 68 [148 Rn. 209])。

⁴³⁴ 2019年判決に依拠して否定規定を正当化する裁判例として、vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 27.11.2019 – L 7 SO 3873/19 ER-B = juris. 全文は <https://www.juris.de/perma?d=JURE190016531> を参照(最終確認 2021年1月2日)。「連邦憲法裁判所はいわゆる 2019年判決の中で、〔移民政策的相対化の禁止〕の帰結をはっきりさせた。すなわち、最低生活保障に関する義務を相対化することの禁止〔注記略：2019年判決〕は、該当者が財政的手段を客観的に欠いているにも関わらず、完全に給付から除外するほどに給付を切り下げること、否定しないのである〔注記略：2019年判決〕」(Rn. 18)。これに加え、州裁判所は、否定規定が2019年判決で認められた後順位原理に対応するとした。すなわち、否定規定は「自身の出身国に帰ること、および、場合によってはそこで社会給付を利用することによって、ドイツ連邦共和国での国家による援助を避けることを該当者に求めている」が、これは2019年判決により立法者に認められている(Rn. 19)。何しろ、連邦憲法裁判所は、国家による扶助の保障を該当者の自助不能性に左右させること、および、自身の要扶助性の克服に自ら積極的に協力し、必要状態が全く生じないよう該当者に求めることを、立法者に認めたからである(Rn. 19)。

⁴³⁵ Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016(BGBl. I, S. 3155)。

の可能性が開かれている。庇護申請者給付法の受給権者はしばしば、差し迫った危険(例えば迫害)の可能性を犯さなければ出身国に帰ることができないのに対して、EU 市民はそのような危険なく帰国することができるし、過大ではない」⁴³⁶。

また、Mathias Ulmer も、出国が可能な者には給付は必要ないとの立場に立つ。Ulmer によれば、出国の自助としての位置づけは、生存基本権が基礎を置く人間の尊厳原理が想定するところの、「自己責任を負う人間像」から生ずるといふ。彼は、生存基本権の基礎に置かれている人間の尊厳原理が、要扶助者の自己責任を前提としている点を指摘し、最低生活保障は無条件に与えられるものではないことを強調する。その上で、「(短期間で問題なく)自助が可能な者に、社会給付は必要ない。他の同胞や公共体に対する責任のモメントは、人間の尊厳に内在的に備わっているのである。自身の自由移動権を労働者として利用したが、長くは続かなかった場合に出身国に帰ることも、この自己責任に含まれる」と述べる⁴³⁷。

しかし、出国することを「自助」といえるかどうかは疑問である。すなわち、少なくとも語句の通常の意味からすれば、自助とは自分の力で自らの生計を賄うことであって、ドイツから出て行くこと自体と必ずしも直結しないのであるから、その意味で、出国を自助と同視することはできない⁴³⁸。否定規定によって目指されているのは、個人が要扶助性を克服することではなく、困窮外国人をドイツから追い出して、その要扶助性をドイツから消すことなのである⁴³⁹。

Devetzi らは、自助のための手段として出国を位置づけることでは、生存基本権の保障をしたことにならないとする⁴⁴⁰。立法者が出国を自助として要求可能であると主張するのに対して、彼女らはこれを誤りであるという。というのも、連邦憲法裁判所の解釈によれば、最低生活保障を求める基本権を基礎に置く給付請求権は、満たされるべき基礎的な人の生活上の必要が生じた瞬間に満たされなければならないからである⁴⁴¹。「〔否定の〕該当者に、基礎的な必要を母国で満たすために一庇護申請者とは違って事実上可能な一出国を提案したり、あるいはかれの自発的な出国をあてにすることによっては、基本権保障は汲み尽くさ

⁴³⁶ BT- Drucks. 18/10211, S. 14. 傍点は筆者。

⁴³⁷ Mathias Ulmer, Grenzlose Sozialhilfe für EU-Ausländer?, ZRP 2016, S. 224-226 (225). ()内は原文。

⁴³⁸ Vgl. Berlit (Anm. 426), S. 69.

⁴³⁹ Vgl. Berlit (Anm. 426), S. 70. また、庇護申請者給付法の請求権制限規定の文脈で、Ganter は以下のようにいう。すなわち、「〔給付切り下げの〕該当者がそれ〔滞在の終了〕によって自身の経済的窮状から解放されるのかなどということは、まったくどうでもよい。こういう場合において決定的であるのは、その外国人はもはや社会国家とは関係がないということではなくて、ただ、その外国人はドイツの社会国家とはもはや関係がないということである」(強調は原文)。Ganter(Anm. 369)S. 116.

⁴⁴⁰ この点に関連して、前田雅子によれば、「扶助の支給決定に際して、出国(とくに故国への帰国)を『自助』として要求することはできないという BSHG〔連邦社会扶助法〕の解釈」(()内は原文、〔〕内は筆者)を示したヘッセン州行政裁判所が既に存在していたという。参照、庄谷ほか(前掲注 135)120 頁。

⁴⁴¹ Devetzi/Janda (Anm. 429) S. 201.

れない。」⁴⁴²しかしながら、2016年改正によれば、自助の措置として自発的に滞在をやめることによって、最低生活保障を求める基本権の侵害を回避することについては、否定された本人が責任を負うような規定ぶりになっていることを指摘し、批判している⁴⁴³。

(2) 出国は「自助」か？——裁判例から

外国人に対して出国を自助として求めることができるかを検討するために、この問いに言及した裁判例をみる。結論からいうと、これらの裁判例は、出国を自助と解することはできない、と判示している。しかしながらこの解釈は、あくまで要扶助外国人一般について、しかも現行法の体系から導き出されたものにすぎず、むしろ立法によって、一部の要扶助外国人に出国を求めることが可能であることを示唆している。

(2-a) 1983年8月4日ヘッセン上級行政裁判所決定

まず、1983年のヘッセン上級行政裁判所決定では⁴⁴⁴、連邦社会扶助法第120条第1項第1文による請求権を持っている者に対しては、出国を自助として要求することができないとされた。なぜなら、当時の公的扶助立法者は、少なくとも部分的に、外国人が生計を、自身の出身国にある労働可能性または社会保障制度によって保障されるであろうことを承知したうえで、外国籍者に対して一定の社会扶助給付請求権を認めたからである⁴⁴⁵。したがって、社会扶助主体が要扶助外国人に一般的に、帰国を自助として指示することを認めると、当該規定の目的と矛盾することになる⁴⁴⁶。また、社会扶助の立法者は、外国人による不適切な社会扶助財源の利用は、以下の方法で対処可能だという点を前提とすることができた。すなわち、外国人局が、無資力の外国人に個別事例において出身国へ帰ることを要求できるかを審査し、場合によっては滞在終了措置をとる、という方法である⁴⁴⁷。外国人法第10条第1項第10号によると、外国人が自分と扶養する家族の生計を、社会扶助の利用なくしては維持できないか、維持していない場合には、国外退去命令を受ける可能性がある。しかし、外国人法によって生じうる措置は、連邦社会扶助法第120条第1項第1文による給付義務には原則として影響を及ぼさない。外国人が連邦共和国に滞在している限り、かれには連邦社会扶助法第120条第1項第1文に規定されている給付が認められる⁴⁴⁸。

重要であるのは、第一に、これが社会扶助を必要とする外国人一般についての叙述であること、そして第二に、出国を自助としない理由は、具体的な法制度を離れた抽象的・理論的

⁴⁴² Ebenda, S. 201.

⁴⁴³ Vgl. ebenda, S. 201.

⁴⁴⁴ Hessischer VGH, Beschl. v. 4.8.1983 - 9 TG 51/83 = FEVS 34, 158-163 [161].

⁴⁴⁵ FEVS 34, 158 [161].

⁴⁴⁶ FEVS 34, 158 [161].

⁴⁴⁷ FEVS 34, 158 [161 f.].

⁴⁴⁸ FEVS 34, 158 [162].

根拠からではなくて、当時のドイツの出入国管理法である 1965 年外国人法⁴⁴⁹の規定の存在を基にした体系的解釈から生じていることである。すなわち、入管法において、自力で生計を維持できないことを国外退去命令事由としているにもかかわらず、社会扶助法は要扶助外国人を対象としている。入管法と公的扶助法のこうした体系的関係から、行政裁判所は、困窮外国人一般に対して給付よりも出国を優先させるという考え方を社会扶助立法者が採っていないのだということを、読み取っているのである。そして、出国を自助として解し、要扶助外国人を一般に公的扶助から排除することは、かような社会扶助立法者の意図に反することになるというのである。ここでは、「自助」とは何か、という問いが抽象的に立てられているわけではない。ただ単に、要扶助外国人一般を出国させることを自助と解する場合、要扶助外国人に一定の扶助を行うという立法者の原則的決定に反するため、そのような解釈は認められないと述べているだけである。

しかし、どんな場合でも、扶助主体が外国人に帰国を指示することができないわけではない、とヘッセン上級行政裁判所はいう。すなわち、「自国での自助可能性が、容易に達成可能なことが明らかであって、帰国に際して障害があることへの極めて説得的な理由が見出されず、また、社会扶助の利用が権利濫用的に見える場合には」、例外的に、社会扶助主体によって帰国の指示がなされるかもしれない⁴⁵⁰。

このように、本決定では、「自助」としての出国は、要扶助外国人のすべてに求められるものではないとされる一方で、場合によっては、給付よりも出国を優先させることができるとされた。そしてまた、すべての外国人に「自助」として出国を要求することができない理由は、法律の体系から導かれているにすぎない。このことが意味するのは、法改正によって、要扶助外国人に対して給付を拒否することで、出国を促すことも、理論上は可能だということである。

(2-b)1988 年 10 月 20 日連邦行政裁判所決定

そして、連邦行政裁判所も 1988 年の決定においてこの問題に言及した⁴⁵¹。曰く、「例えば出身国に帰ることによって連邦社会扶助法の適用領域を去ることが、社会扶助の後順位性などを基礎づける自助に含まれることなどありえないということは、連邦社会扶助法第 1 条第 1 項第 1 文前段の意味と目的から、容易に読み取ることができる。」もし、出国が自助に含まれるという解釈が正しいのだとすると、「連邦社会扶助法第 120 条第 1 項第 1 文前段は本質的に『空転』し、以下の場合にしか意味を持たなくなる。それは、非ドイツ人が、特別な理由で、とりわけ迫害という理由で出身国に帰ることができないというような

⁴⁴⁹ Ausländergesetz v. 28.4.1965, BGBl. I S. 353 外国人法は、1990 年に全面改正が行われており (Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts v. 9.7.1990, BGBl. I S. 1354.)、これと区別するために「1965 年外国人法」と呼称している。

⁴⁵⁰ FEVS 34, 158 [162].

⁴⁵¹ BVerwG, Beschl. v. 20.10.1988 – 5 B 48/88 = NVwZ 1989, S. 671.

場合である。しかしこの規定は生計扶助請求権を、単に外国人が本法の適用領域に事実上滞在していることのみを条件に保障しているのである。このことは、外国人法第 10 条第 1 項第 1 号により、外国人局が、以下のような外国人を国外退去命令の対象とする権限を有することからも、確認される。すなわち、自身の生計を、社会扶助の利用なしには賄うことができない外国人である〔注記略〕。ここから明らかになるのは、連邦社会扶助法第 120 条第 1 項第 1 文による生計扶助の受給(への期待)のほうこそが、外国人局の裁量に委ねられた〔国外退去命令などの〕措置のための条件になっているということなのである」⁴⁵²。

ここでも、上述のヘッセン上級行政裁判所決定と同様に、要扶助性のあるあらゆる外国人を念頭に置いて、自助として出国を要求できるかが検討されている。また本決定も、「自助」とは何であるかということを経論上明確にすることなく、連邦社会扶助法の規定と、1965 年外国人法の規定とを援用して、出国との関連を述べている。

(2-c)2016 年 1 月 20 日連邦社会裁判所判決

また、連邦社会裁判所は、2016 年改正以前の規定についての判断の中で、出国も自助に含まれるのだという理解には、当時の社会扶助法の下では根拠がない、と述べた⁴⁵³。「確かに、社会法典第 12 編第 2 条第 1 項の後順位原理に従って、—特に労働力、収入および財産の活用によって—自助ができる者や、他人、特に家族または他の社会給付主体の必要な援助を得る者は、社会扶助を受けない。しかし、連邦社会裁判所の社会扶助を所管する法廷の判例によれば、この規定は独自の給付否定規範ではなく、通常は、社会法典第 12 編における他の補足的ないし具体的な規定との関連においてのみ、意味を持つ。それゆえ、社会法典第 12 編の他の規定に依拠せずに給付を否定することは、きわめて例外的な事例においてどうにか考えられるにすぎない。例えば、要扶助者が一般的に自力の努力をせず、安易に請求権を主張するというような場合である〔注記略〕。しかし、—現行法では、自国に帰ることを指示するような明文の法的根拠が社会法典第 12 編に存在しないからには—外国人局の手続の結果として出国義務が課せられているのでない限り、かような例外状況の想定のための根拠は初めから欠けているのである。」⁴⁵⁴

本判決では、自助が公的扶助に優位する旨規定する社会法典第 12 編第 2 条を引き合いに出し、自助として求められる行為は、原則として他の法規定により補足・具体化されていなければならないとされた。そして、当時の法的状況においては、外国人に出国を要請する規定はなく、また、外国人局により出国義務が正式に課せられていない場合には、どのみち出国を「自助」と解することはできないという。重要であるのは、「自助」とは何かということが、法規定に開かれているという裁判所の認識である。つまり、最も基本的な自助の意味

⁴⁵² Ebenda. □内は筆者、()内は原文。

⁴⁵³ BSG, Urt. v. 20.1.2016 – B 14 AS 35/15 R = juris(全文は <https://www.juris.de/perma?d=KSRE178431505> 最終確認 2023 年 1 月 17 日)。

⁴⁵⁴ Rn. 42.

には、自己の資産や能力を活用することが挙げられるものの、これ以外の行為も「自助」として要求する余地があるのである。本判決は、当時の法状況に照らして見る限りでは、出国義務が課せられてすらいらない要扶助外国人に、自助として出国を要求することはできない、というにすぎない。「明文の法的根拠」がないのに、出国を自助として要求することはできない、という本判決は、「明文の法的根拠」さえあれば、出国をも「自助」に含むことができることを、言外に含んでいるといえよう⁴⁵⁵。

(2-d) 「権利濫用的」な受給者？

これらの裁判例に照らすと、出国を、扶助よりも優先される「自助」とすることは、立法次第では可能だということがわかる。外国人に対して、給付に先立って出国を指示すること、つまり給付を拒否することは、それとして禁じられないのである。「出国は自助ではない」という解釈は、「すべての要扶助外国人に対して出国を優先させるような扶助法になっていない」ことから導き出されている。

とはいえ、立法者は、「自助」として出国を求めることのできる人的範囲を、自由に決することができるわけではないということも、裁判例は示唆している。ヘッセン上級行政裁判所によれば、「自国での自助可能性が、容易に達成可能なことが明らかであって、帰国に際して障害があることへの極めて説得的な理由が見出されず、また、社会扶助の利用が権利濫用的に見える」ような外国人には、例外的に、給付をせずに出国させることが可能であるとされている。

これらの者には給付を拒否してもよい、と仮定しよう。問題は、「社会扶助の利用が権利濫用的」であるとはどういうことか、ということである。給付目的で入国した者は(上記④要件)、入国することによって要扶助性を作り出しているといえるため、財産を秘匿して要扶助性を偽装することに相当し、「濫用」であるといえなくもない。しかしそれ以外の給付否定の要件は、「権利濫用」なのであろうか。

この問いは、EU市民の自由移動の仕組みと、そこから生じた「社会扶助の不適切な利用」という概念にかかわっている。ドイツの公的扶助立法者は、EU法上「社会扶助の利用が不適切」とされる人的範囲を、「権利濫用」として説明することなく、給付否定の対象者とした。そしてこれに含まれる人的範囲は、EU法の解釈の変遷に伴い、実質的に拡大されてきた。生存基本権は、このように定められた給付否定の対象を統制する意義を有しない。「権利濫用」といえるか否かにかかわらず、「望ましくない外国人」に給付を否定することも、立法者の決定に委ねられているのである。次節では、この点を明らかにする。

⁴⁵⁵ 同趣旨の指摘として、Mathias Ulmer, Menschenwürde im Kontext der EU-Binnenmigration, DVBl 2017, S. 482-485(484).

第3節 EU 外国人の出入国管理と「社会扶助の不適切な利用」

(1)自由移動の権利と「社会扶助の不適切な利用」

(1-a)自由移動指令と適法滞在の要件

1993年にマーストリヒト条約により欧州連合(EU)が設立されたことにより、「EU市民」たる法的地位が創設された(EU運営条約第10条第1項⁴⁵⁶)。それまでは、経済活動に従事する欧州市民に対して、域内の自由移動が認められていたのであるが、EU設立により、経済活動に従事しているか否かに関わらず、すべてのEU市民に域内を自由に移動する権利が認められた。には、「すべての連合市民は…加盟国の領域内を自由に移動し、またそこに居住する権利を有する」のである(EU運営条約第21条第1項)。

ただし、この条約に規定された自由移動の権利は、その具体化を行う二次法⁴⁵⁷の制定なくしてはその効力を発揮しないものであった⁴⁵⁸。その二次法が、2004年の指令2004/38(以下、「自由移動指令」)である⁴⁵⁹。これにより、EU市民およびその家族⁴⁶⁰の自由移動に係るルールが具体化された。

重要であるのは、自由移動指令においては、「社会扶助の不適切な受給」を避けるべきことが、強調されていることである。自由移動指令の趣旨および目的を定める制定理由(Erwägungsgrund)の(10)および(16)の中に、このことが示されている。

(10)滞在権を有する者は、滞在初期の間、受入加盟国の社会扶助給付を不適切に(unangemessen)利用してはならない。したがって、EU市民およびその家族の滞在は、〔最初の〕3カ月間、一定の条件の下

⁴⁵⁶ 欧州連合運営条約は、EU市民の自由移動権を創設した欧州共同体設立条約(EC条約)の規定を引き継ぐ現行規定である。同条約第20条第1項は「連合市民権をここに創設する。加盟国の国籍を有する者は、何人も連合の市民となる」と規定している。

⁴⁵⁷ 「指令(Richtlinie)」とは、欧州連合運営条約に基づいてEU自身が制定する二次法の一つである。指令は、その目的に関しては拘束力を有するが、目的を達成するために国内立法により実施措置を講ずることが加盟国に委ねられている。二次法には、例えばほかに「規則(Verordnung)」があるが、これは一般的な効力を有するものであり、直接に適用され、国内法による実施を要しない。参照、庄司克宏『はじめてのEU法』(有斐閣、2020年)4頁以下。

⁴⁵⁸ 土谷岳史「EUシティズンシップとネイション・ステート—セキュリティ・平等・社会的連帯—」慶應法学(2006年)133頁。

⁴⁵⁹ Richtlinie über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, RL2004/38/EG v. 29.4.2004.

⁴⁶⁰ EU市民の家族とされる範囲は、配偶者、同性登録パートナー、21歳未満の子、21歳以上であっても被扶養者たる子ならびに(本人及び配偶者の)尊属たる被扶養者(高齢の両親や祖父母)であり、これらの者は派生的権利として、国籍に関わらずEU市民とともに他の加盟国へ移住することができ、受け入れ先加盟国において雇用されることができ、また、受入先加盟国の国民と平等の待遇を受けることができる。参照、庄司(前掲注457)163頁以下。

に置かれる。⁴⁶¹

(16) 滞在資格を有する者が、受入加盟国の社会扶助給付 (Sozialhilfeleistungen) を不適切に (unangemessen) 利用するのでない限りは、国外退去命令を発付してはならない。したがって、社会扶助給付の利用を国外退去命令に自動的に結びつけてはならない。受入加盟国は、適法滞在者の社会扶助給付利用においては、それが一時的な困難のゆえであるのか否かを審査し、滞在の期間、個人的事情および保障された社会扶助額を考慮することで、要扶助者が社会扶助給付を不適切に利用したか否かを判断するものとし、また当該考慮を経て不適切な利用をしたと判断された場合に、国外退去命令を行うものとする。公共の秩序または安全の理由によるものを除くいかなる場合においても、欧州司法裁判所の定義による労働者、自営業者または求職者に対しては、国外退去命令措置を執ってはならない。⁴⁶²

これをもとに、適法滞在の具体的な要件を概観してみよう⁴⁶³。まず、全ての EU 市民とその家族は、3 ヶ月以内であれば、有効なパスポート又は身分証明書を所持しさえすれば、他のあらゆる条件も手続もなくして他の加盟国に滞在する権利が認められる(第 6 条)。しかし、滞在が 3 カ月を超える場合は、経済活動に従事する者(労働者または自営業者)については、家族とともに滞在する権利が認められるものの、経済活動に従事しない場合には、自身とその家族の生計が確保されていることが、滞在の要件となる。

それでは、経済活動に従事する EU 市民が、受入加盟国で失業した場合、滞在資格はどうなるであろうか。自己の意思によらずに失業した場合には、その失業が滞在開始から 12 カ月以内に発生し、かつ所轄の労働官庁に登録した場合には、最低 6 カ月の間、労働者または自営業者としての地位により滞在を継続することができる(第 7 条第 3 項 c)。1 年以上就労したのち失業した場合は、所轄の労働官庁への登録をすれば、6 カ月に限らず滞在継続が可能である(第 7 条第 3 項 b)。これに対して、自己の意思による失業の場合は、「求職者」の地位に置かれる。求職者たる EU 市民は、受入加盟国で求職活動を行い、雇用されることについて根拠のある見通しがある限りにおいて、家族とともに滞在することが認められる(第 14 条第 4 項 b)。

また、EU 市民は、受入加盟国において 5 年間適法に滞在することにより、「長期滞在権 (Recht auf Daueraufenthalt)」を獲得することができる(第 16 条)。この権利を獲得するためには、経済活動に従事しない者であっても、生計確保等の要件を満たす必要はない。

EU 市民が適法に滞在するためには、原則として公的扶助に頼らず、自力で生計を確保する必要があるということがわかる。逆に言えば、自力での生計確保ができてさえいれば、受

⁴⁶¹ ABl. L 229/35, Erwägungsgrund (10). □ 内は筆者。

⁴⁶² ABl. L 229/35, Erwägungsgrund (16).

⁴⁶³ 以下の説明は、松本(前掲注 265) 21 頁以下を参考にした。

入加盟国での適法滞在が基本的に裏付けられるのである⁴⁶⁴。

(1-b)「社会扶助の不適切な利用」の回避——平等取扱原則の適用除外規定

自由移動指令の中には、これらの適法滞在の要件のほかに、「社会扶助の不適切な利用」を回避するための規定が、別途定められている。それは、EU市民の一般的平等取扱原則の適用除外規定である。すなわち、自由移動指令第24条第1項は、加盟国国民と自国民の内外国人平等を原則として要求する。これには、社会保障の内外国人平等も含まれる。ただし、この第1項の適用が除外される場合として、同条第2項は、以下の者に対しては加盟国に社会扶助を行う義務はないと規定する。すなわち、「労働者または自営業者でない者のうち、EU自由移動権を有している者とその家族である者の、滞在の初めの三カ月間、または場合によっては第14条第4項bにしたがった、それよりも長い期間中」についてである。第14条第4項bによる期間とは、求職活動を継続する者であって、職を得られる確たる見込みがある場合をいう。ドイツでは、原則として6カ月間適法に求職活動ができるが、それ以上の期間については、求職活動を継続し、かつ就職できる見込みがある場合にのみ、適法となる(EU自由移動法⁴⁶⁵第2条第1a条)。つまり、受入加盟国において経済活動に従事しない者のうち、滞在開始から3カ月間はすべての者、そして求職目的で入国した者は、3カ月を超えてもなお、扶助法においてドイツ人と平等に取り扱われなくてもよいということである。

第24条第2項の規定から、上述したところの自由移動指令の制定理由(10)にいう「一定の条件」とは、受入加盟国の社会扶助給付を利用するには、5年に満たない間は、労働者ま

⁴⁶⁴ このように、EU外国人は、ドイツに自由に入国し、滞在する権利が原則的に認められている。適法滞在の要件は、公共の秩序ないし安全を脅かさないことを除けば、生計を確保していることだけであるといえる。公的扶助に頼らずに生活できるのであれば、経済活動に従事していなくとも、滞在が可能である。また、ドイツではかつて自由移動の権利を証明する書類を行政機関が独自に発行する仕組みがおかれていたが、これが2013年に廃止されたため、いまやEU外国人は自らの滞在を、入管当局(外国人局)に届け出る必要がない。Vgl. Daniel Thym, Sozialhilfe für Erwerbsfähige Unionsbürger: Das Bundessozialgericht auf Umwegen, NZS 2016, 441-445 (441). EU外国人の出入国管理は、第三国国民のそれに比べて困難であるといえる。

⁴⁶⁵ 「EU自由移動法(Freizügigkeitsgesetz/EU)」は、自由移動指令を国内法化したものである。Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) v. 30.7.2004 (BGBl. I 1950). EU自由移動法の対象とならない者には、「滞在法(Aufenthaltsgesetz)」が適用される(Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet(連邦領域における外国人の滞在、職業活動及び統合に関する法律) vom 30. Juli 2004(BGBl. I, S.1950).)。これらEU自由移動法と滞在法はそれぞれ、ドイツにおける外国人の滞在や統合についての法律である「移住法(Zuwanderungsgesetz)」の第1章と第2章を構成している(Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern(移民の制御及び限定並びに連合市民及び外国人の滞在及び統合の規制のための法律) vom 30. Juli 2004(BGBl. I, S.1950))。

たは自営業者などの、経済活動に従事している者でなければならない、という条件であることがわかる⁴⁶⁶。つまり自由移動指令においては、経済活動に従事していない者が、滞在開始から間もなく社会扶助を受給することは、「社会扶助給付の不適切な利用」にあたると思われるのである。

(1-c) 給付否定規定の追加

自由移動指令第 24 条第 2 項を受けて、ドイツの一般公的扶助法に給付否定規定が追加されていった。第 1 節でみた給付否定規定のうち、「給付目的で入国した者」という要件④以外の要件は、一度に規定されたのではなく、2006 年以降、社会法典第 2 編と第 12 編に、それぞれ徐々に追加された。ここではまず、2006 年の追加をみる。

まず第 2 編の求職者基礎保障給付について、2006 年 3 月 24 日の法律による改正を通じて⁴⁶⁷、「自身の滞在権を専ら求職目的のために有している外国人及びその家族」(上記③要件)に給付が否定されることとなった。以下での検討のために付記しておく、当該規定にいう「自身の滞在権を求職目的のためだけに有している」ことの意味は、就労可能である者であって、他に滞在の目的がないすべての場合を指しており、自由移動指令における「求職者」の地位とは異なる。つまり、給付否定規定においては、実際に求職活動をしているか否かに

⁴⁶⁶ この適用除外規定には、欧州司法裁判所のかつての判例に対する、加盟国の反対の意思が現れている。欧州司法裁判所は、「EU 市民の地位」はあるが、自由移動に関する具体的な定めが存在しなかった 2001 年の判決で、EU 市民の平等取扱原則を強調することにより、経済活動に従事しない EU 外国人たる留学生への社会扶助を加盟国に義務付けたのである (EuGH, Urt. v. 20.9.2001 - C-184/99 = EU:C:2001:458 (Grzelczyk)). 邦語での解説として、参照、中村民雄「EU 市民権の基本的地位と国籍差別禁止原則」中村民雄/須網隆夫(編著)『EU 法基本判例集 (第 3 版)』(日本評論社、2019 年)194 頁以下)。その際、裁判所は、EU 市民たる学生が一度社会扶助を請求しただけで、自動的に適法滞在の要件を充たさなくなる(=滞在が違法になる)と考えるのは誤りであるとし(Rn. 43)、一時的な困窮などの場合には、滞在は適法なものとみなされ、かつそれゆえに、社会扶助において自国民と平等に取り扱われねばならないとした。学生の自由移動を定める指令によれば、学生が受入加盟国の国家財政に不合理な負担をかけてはならないとされるが、この規定は、EU 市民の困窮が一時的なものにすぎない場合には、受入加盟国国民との間での一定の財政的連帯を認めるものである(Rn. 44)。ここでは、経済活動に従事しない EU 市民は生計確保が適法滞在の要件となるけれども、扶助給付が必要な状態になったことがそのまま、滞在の違法性を意味するのではなく、国家財政に「不合理な負担」をかけるとはいえない場合には、滞在の適法性を損なわず、ゆえに扶助給付においても国籍差別を受けない、とされた。自由移動指令は、この判旨に部分的に反対している。すなわち、適法滞在の要件として「社会扶助を不適切に受給しないこと」を求めている点は同じであるが、「経済活動に従事しない者も、一定の場合に平等取扱の対象となる」との判示を、第 24 条第 2 項は明確に否定している。既にみたように、第 24 条第 2 項の平等取扱の適用除外規定は、経済活動に従事しない者には、5 年の適法滞在经过得られる長期滞在権を有するのではない限り、社会扶助において平等に扱うことを、加盟国に義務づけない。EU 市民の地位が承認されてから、自由移動指令ができるまでの判例および議論については、土谷(前掲注 458)123 頁以下を参照。

⁴⁶⁷ Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze v. 24.03.2006 (BGBl. I S. 558).

関わらず、就労可能である者が、就労していない場合で、他に滞在の理由がない限り、給付が否定される。上述したように、EU 法上は、実際に就職する見込みがある限りは実質的な滞在資格が認められるため、当該否定規定の追加によって、EU 法上は適法滞在中であっても、ドイツにおいて扶助給付の対象とならない者がいるということになる。

次に 2006 年 12 月 2 日の法律により⁴⁶⁸、第 12 編の社会扶助においても、「自身の滞在権を専ら求職目的のために有している外国人及びその家族」が、給付の否定を受けることになった。

そして、2007 年 8 月 19 日の法律で、第 2 編の求職者基礎保障給付において、給付否定規定がさらに追加された⁴⁶⁹。新たに給付を否定されたのは、「ドイツにおいて、労働者又は自営業者でも、EU 自由移動法第 2 条第 3 項に基づいた自由移動権者⁴⁷⁰でもない者及びその家族について、滞在開始から 3 ヶ月間」(上記①要件)である。

「自身の滞在権を専ら求職目的のために有している外国人及びその家族」および、「ドイツにおいて、労働者又は自営業者でも、EU 自由移動法第 2 条第 3 項に基づいた自由移動権者でもない者及びその家族について、滞在開始から 3 ヶ月間」のいずれの要件も、「稼得活動に従事しない EU 市民」にあたることから、自由移動指令第 24 条第 2 項の内容とほぼ重なる。このことから、EU 法上における「社会給付の不適切な利用」が、給付否定の要件とされたことがわかる。しかしながら、これまで給付否定の対象であった「給付目的で入国した者」とは異なり、稼得活動に従事することなく滞在する EU 市民は、無資力のまま滞在することが「望ましくない」だけであって、受給権の「濫用」として説明することはできないように思われる。

(2) 欧州司法裁判所による「不適切な利用」に該当する事例の実質的拡大

2012 年判決により、外国人にも最低生活保障を求める権利が認められたものの、一部の EU 外国人に給付を否定する規定が生存基本権とどのような関係にあるかは、未だ明らかではなかった⁴⁷¹。他方で、2014 年頃頃から、それらの規定が EU 法に適合するとの欧州司法

⁴⁶⁸ Gesetz zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze v. 2.12.2006 (BGBl. I S. 2670).

⁴⁶⁹ Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union v. 19.8.2007 (BGBl. I S. 1970).

⁴⁷⁰ 疾病や事故により稼得能力が一時的に減少した者、1 年以上職業活動した後に自己の意思によらずに失業した場合、また自己の意思によらずに失業した後に前の職業活動と関係する職業訓練を受けている者など。

⁴⁷¹ もっとも、Thorsten Kingreen は 2013 年の時点ですでに、特定の人的集団に対する給付を他の集団と別異に設定する場合には、滞在資格により区別してはならず、需要に基づいた差異でなければならないという 2012 年判決に照らして、「滞在権が専ら求職目的から生じている者」に対して一律に給付を否定することが、この要請に反しており違憲ではないかとの懸念を示していた。Vgl. Thorsten Kingreen, Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium im Sozialleistungsrecht, SGB 2013, S. 132-139(139).

裁判所の判断が相次いで示された。その背景には、「社会保障ツーリズム」という EU 規模の政治的「懸念」があった。この懸念には十分な根拠がないにもかかわらず、EU の先進国を中心に、とりわけ貧しい加盟国からやって来る EU 外国人に対して、できるだけ公的扶助を適用せず、同時に滞在をさせないようにしようという排外的風潮を作り上げるに至った。そして欧州司法裁判所も、このような政治的気運の中で、これに同調するような排外的主義的な判例変更を行ったのである。変更された点を一言でいえば、扶助法上での取扱いを決するにあたり、要扶助者の個別具体的な事情を勘案することを、受入加盟国が義務付けられなくなったという点である。以下では、「社会保障ツーリズム」なる概念を説明したのち、欧州司法裁判所の立場の変更の様相をみていく。

(2-a) 「社会保障ツーリズム」

「社会保障ツーリズム」とは、「移民が労働のためでなく、豊かな国の社会保障制度を目的に移動する」ことを揶揄する言葉である⁴⁷²。この言葉はとりわけ、2007 年にルーマニアおよびブルガリアが EU に加盟し、2014 年からこれらの国民が完全な自由移動の権利を得ることとの関係で、政治の宣伝に用いられた⁴⁷³。ルーマニアやブルガリアなどの、加盟国の中では比較的貧しい東欧諸国の出身者である EU 市民は、自由移動権を行使してドイツの社会保障制度に負担をかける存在になる、という政治家たちの「脅し」は、政治に少なからぬ影響を与えた。すなわち、2013 年のドイツ連邦議会選挙およびバイエルン州議会選挙、そして 2014 年の欧州議会選挙において、保守系の政治家が「社会保障制度への移民 (Zuwanderung in soziale Sicherungssysteme)」というテーマを掲げ、就労するふりをして社会扶助を濫用的に受給する移民が増えるなどという恐怖をあおって有権者の支持を得ようとし、実際に多くの票を獲得したのである⁴⁷⁴。この言説に対しては、データに照らして客観的に根拠のあるものとはいえないとする欧州委員会の反論にも関わらず⁴⁷⁵、結果として加

⁴⁷² 「社会保障ツーリズム (Sozialtourismus)」は、2013 年の「不適切な言葉 (Unwort)」に選ばれている。Vgl. <https://www.unwortdesjahres.net/> (最終確認 2022 年 10 月 13 日)。

⁴⁷³ Vgl. Jann Bergmann (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union, 6. Aufl. 2022, „Sozialtourismus”.

⁴⁷⁴ 松本勝明「EU 市民の EU 域内での自由移動と社会給付の受給—日本への示唆—」年報・公共政策学 9 号(2015 年)137 頁、同(前掲注 265)165 頁。また、2014 年 1 月に公共放送 ZDF が行った世論調査においては、56%が「移民が必要だ」と回答しつつ、62%が「ルーマニアとブルガリアから移民がやってくるのは社会保障給付金が目当てである」とみていたという。参照、神野直子「『貧困移民』の大量流入を懸念する与党 CSU が『給付金の不正受給者は国外追放』と見解出し波紋」週刊金曜日 979 号(2014 年)39 頁。CSU が、主にブルガリア国民とルーマニア国民を念頭に置いて、社会扶助を目当てにドイツに来た者を国外に退去させ、さらに再入国を禁じるべきだと主張する際に掲げた „Wer betrügt, der fliegt“(「ペテン師は放逐さるべし」というスローガンは、この移民排斥的な風潮を象徴している。Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 28.12.2013 (<https://sz.de/1.1852159> ; 最終確認 2022 年 10 月 13 日)。

⁴⁷⁵ 参照、高橋和「EU における人の移動と社会保障—「社会保障ツーリズム」という言説—」山梨大学紀要(社会科学)46 巻 2 号(2016 年)11 頁以下。

盟国の社会保障政策に種々の移民排斥的な影響を与えることとなった⁴⁷⁶。

(2-b) 「不適切な利用」にあたる範囲の実質的拡大——Dano 事件判決

欧州司法裁判所が立場を変え始めたのは、2014年11月11日の先決裁定手続にかかる判決(Dano 事件判決)である⁴⁷⁷。この事件で問題となったのは、経済活動に従事しないものの、自由移動指令の適用除外規定にも該当しない EU 市民に、給付を否定することが、EU 市民の平等取扱原則を定める指令第 24 条第 1 項に反するか否かである。既にみたように、第 24 条第 2 項による平等取扱原則の適用除外は、経済活動に従事しない者のうち、滞在が 3 カ月未満の者と、求職中の者に該当するところ、付託事案の原告の Dano(ルーマニア国籍)は、3 カ月以上にわたりドイツに滞在しており、自由移動指令の意味における求職者ではなかったため、適用除外が直接に妥当しない EU 市民であった。他方、Dano は就労可能であり、ドイツでは社会法典第 2 編の給付の対象になるところ、「自身の滞在権を求職目的のためだけに有している」との理由から、給付を否定されたのであった。

欧州司法裁判所は、滞在が 3 カ月以上に及んだが、5 年に満たない間の EU 市民で、かつ経済活動に従事しない者に対して、加盟国は公的扶助を否定することができるとした。曰く、自由移動指令に基づく滞在権を有しない者には扶助を行わなくてもよい。なぜなら、滞在権がない EU 市民にまで給付を保障しなければならないとしたら、「EU 市民による受入加盟国の社会扶助給付の不適切な利用を避ける」という自由移動指令の目的に反することになるからである。

欧州司法裁判所が立場を修正したのは、適法滞在を基礎づける「生計確保要件」の判断方法である。すなわち、これと同様の事案である Brey 事件⁴⁷⁸において、欧州司法裁判所は、経済活動に従事しない EU 市民の滞在の適法性は、公的扶助を申請しただけですぐさま否定されるのではないとした。自由移動指令が EU 市民の滞在を規制するにあたって目指しているのは、社会扶助給付の不適切な利用を避けることなのであって、社会扶助給付の利用そのものを避けることではない。ゆえに、受給が「不適切な利用」に該当するのではない限りは、「生計確保不能(=違法滞在)」とみなされてはならず、扶助が行われなければならない。そして、「不適切な利用」に該当するかどうかは、扶助を受けようとする者の個別的事情(困窮が一時的かどうかなど)に加えて、該当者が実際に社会扶助給付を受けたと仮定して、その場合に受入加盟国の社会扶助制度に与える負担の程度がどれほどのものであるかを、厳

⁴⁷⁶ ドイツ以外の加盟国の制度の変化については、参照、高橋(前掲注 475)15 頁以下。

⁴⁷⁷ EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – C-333/13 = ECLI:EU:C:2014:2358. 邦語での紹介は、橋本陽子『『社会保障ツーリズム』における社会扶助受給権の存否』法律時報 89 巻 10 号(2017 年)119 頁以下、同「EU 市民の自由移動——受入国での社会扶助受給権」中村民雄/須網隆夫(前掲注 466)202 頁以下、名古屋功「EU 市民に対する特別の無抛出手当の不支給と平等取扱原則」国際商事法務 43 巻 5 号(2015 年)750 頁以下、松本(前掲注 265)158 頁以下を参照。

⁴⁷⁸ EuGH, Urt. v. 19.9.2013 – C-140/12 = EU:C:2013:565 (Brey).

格に検討しなければならない⁴⁷⁹。

これに対して Dano 判決は、生計確保要件(=適法滞在要件)の充足性判断に際して、該当者が申請する社会扶助給付を受けることを仮定した審査は必要ない、つまり該当者による社会扶助の受給が受入加盟国の社会扶助制度に与える負担の程度を審査せずに、単に現状の資産状況だけをみるべきであるとしたのである⁴⁸⁰。当該判決は、外国人の給付受給が真に「不適切な利用」といえるか否かを、個別のかつ厳密に判断し、経済活動に従事しない困窮 EU 外国人に対しても受給の可能性を広く残す Brey 判決から離反し、経済活動に従事しない EU 市民については、困窮に陥っただけで、給付が否定されて構わないとするものであった。これにより、給付否定の要件たる「不適切な利用」の認定基準が、実質的に緩められたといえる⁴⁸¹。そしてまたこのことは、給付否定規定の対象となる「望ましくない」外国人に該当する人的範囲の実質的な拡大をも意味する。そして以後、欧州司法裁判所はさらにその範囲を拡大する。

(2-c)第 24 条第 2 項が直接適用できる事例

2015 年 9 月の Alimanovic 事件⁴⁸²、2016 年 2 月の García-Nieto 事件⁴⁸³において、欧州司法裁判所はドイツの給付否定規定を EU 法適合的とした。これらの判断の中で、裁判所は、平等取扱原則の適用除外規定を、個別事例の検討を抜きにしてそのまま適用してよいとしたため、EU 法上正当に給付が否定される者の範囲がさらに拡大することとなった。

従来の判例によれば、適用除外規定に該当しても、それだけで自動的に扶助が否定されるべきではなく、該当する EU 外国人の受入加盟国への統合の余地が存在するかどうかなどの個別審査が必要と考えられていた⁴⁸⁴。しかし Alimanovic 事件の中で、欧州司法裁判所は、自由移動指令の滞在権の仕組みそれ自体が一 EU 外国人が失業した場合、失業後の一定期間中は就労していなくとも労働者とみなすというような方法で一段階的な構成をとっており、これによって社会扶助における平等取扱に関する比例性は満たされているため、該当者ごとに個別的事情を審査する必要はないとしたのである⁴⁸⁵。

Alimanovic 事件の原手続の原告(Alimanovic)は、自由移動権を有していたが、自由移動指令の「求職者」としての地位であったため、指令第 24 条第 2 項に該当する。一方、Alimanovic には 3 人の子どもがおり、しかもその子どもたちは全員がドイツ生まれである。その後 1999

⁴⁷⁹ Brey, Rn. 65 ff.

⁴⁸⁰ Dano, Rn. 79.

⁴⁸¹ 橋本陽子は、Dano 判決での立場の転向により、非就労 EU 外国人への扶助の拒否が、加盟国にとって従来よりもはるかに容易になったと指摘する。参照、橋本(前掲注 466) 208 頁。

⁴⁸² EuGH, Urt. v. 15.9.2015 – C-67/14 = ECLI:EU:C:2015:597 (Alimanovic).

⁴⁸³ EuGH, Urt. v. 25.2.2016 – C-299/14 = ECLI:EU:C:2016:114 (García-Nieto).

⁴⁸⁴ Vgl. Generalanwalt beim EuGH v. 26.3.2015 - C-67/14 = ECLI:EU:C:2015:210, Rn. 107 ff. m.w.N.

⁴⁸⁵ EuGH, Urt. v. 15.9.2015 – C-67/14 = ECLI:EU:C:2015:597 (Alimanovic), Rn. 59 ff.

年に一度国籍国であるスウェーデンへ家族全員で移動したが、2010年に子どもと共にドイツへ再びやってきたのであった。したがって本件では、3人の子がドイツで生まれ、うち一人は5年もの間ドイツで幼少期を過ごしていることや、再入国の後もなお、自由移動指令以外のEU法から生じうる子どもの滞在権(後述)に照らして、該当者の受入加盟国への統合の余地を顧慮し、給付否定を禁じる余地があった。それにもかかわらず欧州司法裁判所は、個別的審査を不要としたことで、適用除外規定に該当する者に対する扶助をあらゆる場合に自動的に拒否することを、加盟国に認めたのである。

(2-d)まとめ

ドイツの一般公的扶助法における給付否定規定は、一連の欧州司法裁判所判例により、EU法に適合すると判断された。これらの判例が個別的審査によらずに、適用除外規定に当てはまるEU外国人をすべて給付から排除してよいとしたことにより、EU法上社会扶助が否定されうるEU外国人の範囲が拡大した。子どもが受入加盟国において通学している場合など、受入加盟国での滞在を基礎づける他の事情を加味せずに給付を否定することで、出国を事実上強制するような仕組みを許容することになったのであるが、欧州司法裁判所の立場のこのような転換の根底にあるとされるのは、「社会保障ツーリズム」という言説に現れるような、EU規模で蔓延する政治的議論の「再・ナショナリズム化(Re-Nationalisierung)」である⁴⁸⁶。いわゆるブレグジットの発端となったのが、EU外国人による社会給付の受給であることに鑑みて、欧州司法裁判所がこれらの排外的な判例変更を通じてイギリスに歩み寄ったとの見方ができるとの指摘もある⁴⁸⁷。

さて、このような状況にあって、その数年前にドイツに登場した生存基本権ないし2012年判決は、いかなる規範的意義を持ちえたのだろうか。以下では、当時の給付否定規定に存在した「穴」を、生存基本権適合的解釈によって埋めようとした連邦社会裁判所の判決をみて、生存基本権の意義と限界を探ることにする。

(3)生存基本権に基づく裁量収縮と2016年改正

(3-a)2015年12月3日連邦社会裁判所判決⁴⁸⁸

(3-a-1)実質的に滞在が違法であるEU外国人への給付否定

原告は、ルーマニア国籍保持者の夫婦であり、2008年に彼らの二人の息子とともにドイツにやってきた。EU市民である原告夫婦は就労しておらず、扶助申請時点で実質的な滞在権をもたない状態(正規滞在の要件は満たしていないものの、外国人局による滞在権喪失の証明が未だなされていない状態)であった。2010年10月に社会法典第2編の基礎保障給付を申請したものの、却下された。

⁴⁸⁶ Voigt(Anm. 422) S. 26.

⁴⁸⁷ Anne Lenze, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 15.9.2015 – C-67/14, NJW 2016, 557.

⁴⁸⁸ BSG, Urt. v. 3.12.2015 - B 4 AS 44/15 R = BSGE 120, 149-170.

この事案の主たる争点は、給付否定規定に該当しない EU 外国人に給付を否定することができるかどうかである。原告夫婦は就労可能であるため、第 2 編給付の対象となるところ、当時の第 2 編は、給付否定に該当する者として、経済活動に従事しない者で、①滞在開始から 3 カ月間の者と、②自身の滞在権を求職のみを目的に保持している者を挙げていた。ところが、原告らは、すでに 3 カ月以上滞在しているため①に該当せず、また、自由移動指令により適法に求職活動が認められる期間も超過して滞在しているため、つまり滞在権が実質的に喪失しているため、②にも該当しない。要するに、当時の給付否定規定は、実質的な違法滞在 EU 外国人を、明文で対象としていなかったのである。

連邦社会裁判所は、「勿論解釈」を用いて、原告らの第 2 編の給付を否定した。曰く、第 2 編はもともと就労可能性と就労許可の存在のみを受給要件としていたところ、後から自由移動指令の平等原則の適用除外を第 2 編内で国内法化した。そしてその自由移動指令は、適法滞在者にのみ扶助の平等保障を命じていると考えられ、第 24 条第 2 項は、適法滞在者ですら平等取扱が要求されない場合を挙げている。違法滞在者は、なおのこと給付を否定されるのである⁴⁸⁹。

(3-a-2)給付否定の該当者に対する裁量給付とその収縮

ところが、原告らは、社会法典第 2 編の求職者基礎保障給付ではなく、第 12 編の社会扶助のうち、生計扶助の給付を受ける権利が認められるとされた。すなわちかれらは、社会法典第 12 編第 23 条第 1 項第 3 文(当時)⁴⁹⁰による裁量給付の対象となり、その裁量がゼロに収縮することが、憲法の基準にも適合する。まず、要扶助者が第 2 編給付を否定された場合、第 12 編の給付の対象となる⁴⁹¹。次に、第 12 編においても、実質的に違法な滞在者である原告らは、給付を否定される⁴⁹²。しかし第 12 編では、請求権を否定されてもなお裁量による給付の可能性を規定している。給付否定規定が否定するのは、第 23 条に原則として掲げられた給付への請求権にすぎないのであって、「生存保障が脅かされている場合の扶助に対する請求権、それも、社会扶助制度に内在する原則的な請求権を、否定するものではない」⁴⁹³。給付否定規定に該当する者に裁量給付を認めるという解釈は、従来からそのように運用されており、またそれを行政裁判例も認めるところであるし、これを知りつつも EU 外国人への給付否定規定を追加した立法者が、かような解釈・運用を否定しているとは考えられない⁴⁹⁴。

そしてこの裁量は、特に生計扶助給付については、滞在が定着(verfestigt)した場合には、

⁴⁸⁹ BSGE 120, 149 [155 ff. Rn. 21 ff.].

⁴⁹⁰ 「その他、個々の事例において正当化される場合に限り、社会扶助を受給することができる。」

⁴⁹¹ BSGE 120, 149 [162 ff. Rn. 36 ff.]. もっとも、このことも自明ではなく、下級社会裁判所から疑念が呈されていたという。Vgl. Thym(Anm. 464) S. 443 f. m.w.N.

⁴⁹² BSGE 120, 149 [164 ff. Rn. 48 ff.].

⁴⁹³ BSGE 120, 149 [166 Rn. 52].

⁴⁹⁴ BSGE 120, 149 [166 Rn. 51 f.].

0に収縮する、つまり給付を行うことが社会扶助主体に義務付けられる。滞在の定着は、滞在開始から6カ月後に生じる。なぜなら、欧州司法裁判所は、滞在を定着させることなく受入加盟国での職探しを行う期限として、6カ月を設定しているからである⁴⁹⁵。また、6カ月を過ぎてもなおEU外国人を滞在させたままにしているということは、入国管理に関する法律の執行不足を意味する。自由移動指令上の求職者たるEU外国人は、ドイツでは6カ月の適法滞在を認められているところ、これを過ぎた時点で、外国人局は該当者に滞在終了措置(自由移動権の喪失確定や国外退去命令など)をとることができる。

ところで、社会法典第12編の給付は、外国人の滞在資格の有無や滞在期間を要件とせず、ただ事実上の滞在のみをもって給付を保障している。勿論解釈によって給付を否定された本件原告のような外国人は、滞在は違法であるが事実上滞在するその他の外国人と同じく、滞在の見込みが欠けている。これらの者を同等に取り扱うには、少なくとも生計扶助給付について、裁量給付の縮減を通じて、滞りが定着した場合には同じだけ給付を認めるということが、首尾一貫する⁴⁹⁶。通例は6カ月経過後に、外国人に関する法の執行不足によって生じた、国内におけるEU市民の事実上の滞在定着という状態は、憲法上の基準をも考慮すると、生存保障給付の保障に関する決定を、その基礎と高さについて社会扶助主体の裁量に任せることは許されない⁴⁹⁷。

(3-a-3)裁量収縮と生存基本権

2012年判決によれば、生存基本権は、ドイツに滞在するすべての外国人に認められる。給付内容の具体的な内容形成に際して、連邦憲法裁判所は、滞在資格に応じた一律の取扱いを禁じている。給付の差が正当化されるのは、それが後から検証できる形で算定される場合だけであり、また、短期滞在用の給付が基本的に少なく設定されていても、短期滞在であるがゆえに生じる特別な需要が充たされるようになっていなければならないという。これらのことは、もはや滞在権をもたない、つまり滞在の見込みのない外国人に対する、裁量給付の内容的調整の際に使える基準ではあるけれども、外国人の滞りが定着している場合には、事情が異なる。2012年判決がいうには、短期滞在用の給付は、短期滞在用者にしか適用されてはならず、また、短期滞在用の給付の受給者の滞りが実際にはもはや短期であるとはいえないような場合には、一般公的扶助法のような通常の給付への移行がなされなければならない。この判示により、裁量のゼロへの縮減と、それとともに、短い期間に限らず滞在する者への生計扶助を行うことが基礎づけられる。というのも、連邦憲法裁判所は、生存保障のための規定が憲法に照らして存立しうるのは、需要が請求権規範を通じて確保される場合だけだと指摘しているからである⁴⁹⁸。

しかし、どのような場合でも、外国人が6ヶ月以上滞在してさえいればいつも、裁量規定

⁴⁹⁵ BSGE 120, 149 [167 Rn. 54].

⁴⁹⁶ BSGE 120, 149 [168 Rn. 56].

⁴⁹⁷ BSGE 120, 149 [168 Rn. 56].

⁴⁹⁸ BSGE 120, 149 [168 f. Rn. 57].

とその収縮を通じて生計扶助が給付主体に義務付けられるわけではない。裁量収縮が行われないような状況は「実際の EU 市民の生活状況からみて、国内に長期間滞在しないことが推測される場合に、とりわけ起こりうる。同じことは、外国人局がすでに具体的な滞在終了の措置を開始した場合にも当てはまる。」⁴⁹⁹しかし、原告らは本件で問題となっている期間そのような措置が取られることなく、ドイツに既に 2 年以上滞在してきたため、裁量が収縮し、支給が給付主体に義務付けられる⁵⁰⁰。

(3-b)2016 年改正

(3-b-1)立法者の反応

2015 年の連邦社会裁判所判決は、就労能力がある者に適用される社会法典第 2 編の給付から除外された原告の最低生活を一社会法典第 12 編所定の裁量給付の対象とし、さらにそれを滞在の「定着性」に応じて収縮させることで、生計扶助への権利を認めたのであった。その際裁判所は、2012 年判決で示された外国人の生存基本権の規範内容を顧慮している。滞在が定着していない者に対する乏しい内容の給付から、一般的な給付へ移行しなければならないという、庇護申請者給付法の「アナログ給付」に関する判示を、一般公的扶助法の内部にも類推的に用いたのである。

また連邦社会裁判所は、同日に、子連れの EU 外国人への公的扶助に関する判決を出した⁵⁰¹。この事案における先決裁定手続が、(2-c)で見た Alimanovic 事件判決である。連邦社会裁判所は、EU 外国人労働者の子どもがドイツで学校に通っている場合には、その子を養育する親たる労働者が失業し、その後実質的滞在権を持たなくなった後でも、子の通学期間の終了までは滞在権が存続し、扶助請求権を否定されない、との判断を下した。いわば、連邦社会裁判所は 2015 年 12 月 3 日に 2 つの判決をもって、「社会保障ツーリズム」に示されるような排外的な風潮を反映する欧州司法裁判所判決に対して、異論を呈したのである。もともと後者の判決においては、2012 年判決や生存基本権への言及はなかったのであるが。

これらの判決は、下級裁判所⁵⁰²による激しい批判を受け、いくつかの裁判所はこれに従わなかった⁵⁰³。立法者はこれら二つの 2015 年 12 月 3 日の連邦社会裁判所判決が給付主体である地方自治体(Kommunen)に「余計な負担を与えた」と評価し⁵⁰⁴、これを解消すべく否定規定を追加し、否定された者には、一般的な裁量給付ではなく「一時しのぎ給付」だけを認めるという改正を行った。

⁴⁹⁹ BSGE 120, 149 [169 f. Rn. 58].

⁵⁰⁰ BSGE 120, 149 [169 f. Rn. 58].

⁵⁰¹ BSG, Urt. v. 3.12.2015 – B 4 AS 43/15 R = BSGE 120, 139-149.

⁵⁰² 社会裁判権の最高裁判所が連邦社会裁判所である。ここでいう下級裁判所とは、いずれも州の裁判所である上級社会裁判所(Landessozialgericht)と社会地方裁判所(Sozialgericht)である。

⁵⁰³ Barbara Klopstock, Sozialleistungen für EU-Bürger: Der Gesetzgeber schlägt zurück, ZESAR 2017, S. 426-430 (427).

⁵⁰⁴ BT-Drucks. 18/10211, S. 1.

(3-b-2)2016 年改正

立法者は、2016 年 12 月の法改正によって⁵⁰⁵、連邦社会裁判所の上記判断を封じ、欧州司法裁判所の態度決定に従うような形で、給付否定の要件を追加した。それまでは社会法典第 2 編にのみ規定されていたところの「ドイツで就労しておらず、また正当な理由で失業している EU 自由移動権者でもない者は滞在開始から 3 カ月間」を第 12 編にも規定した。そして、社会法典第 2 編と第 12 編のいずれにおいても、上記二判決の原告のような、「滞在権を有しない者」「自身の滞在権を、子どもの通学と滞在の権利のみに基づいて導き出している者」にも、給付が否定されるとした。EU 移民労働者の子どもに教育へのアクセスを保障しなければならないとする EU 規則 492/2011 第 10 条は、受入加盟国で通学する子どものみならず、その世話をする親の滞在権の根拠にもなると考えられていた⁵⁰⁶。しかし、親が失業するなどして自由移動指令上の滞在権を持たなくなった場合には、この滞在権を主張できる立場にあったとしても、ドイツの一般公的扶助法から除外されることになったのである⁵⁰⁷。

さらに、給付否定を受けた者が出国するまでに得られる、時間・内容ともに制限付きの「一時しのぎ給付」が置かれた。それまでは、時間にも内容にも法律上の制限が付されておらず、内容の決定は給付主体に委ねられていた。これに対して一時しのぎ給付は、出国までの 2 年間のうち一度だけ、最長 1 ヶ月間しか受給することができない。2 年という期間は、一時しのぎ給付を受けた時点から起算される。内容は、栄養及び身体衛生、暖房、最低限の医療処置、そして妊娠・出産のための需要を満たす給付に限られる。つまり、肉体的生存に必要な給付の一部しか保障せず、社会文化的生存を保障する給付は一切含まれない。さらに、一時

⁵⁰⁵ Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in Grundsicherung für Arbeitsuchende nach Zweitem Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22. Dezember 2016(BGBl. I S. 3155).

⁵⁰⁶ EU 規則 492/2011 第 10 条「他の構成国の領域内で雇用されており、またはされていた構成国国民の子どもは、もしその者がその構成国の領域内に居住している場合には、その構成国国民と同じ条件のもとで、一般的な教育(Unterricht)及び見習い・職業教育(Lehrlings- und Berufsausbildung)を、受けることを認められる。構成国は、これらの子どもが最良の状態状態で教育に参画することができるように最大限努力するものとする。」欧州司法裁判所は、この規定によって、EU 移民労働者の子どもは親である EU 移民労働者が構成国を離れても教育にアクセスする権利を保持し、また、この権利は滞在権及び教育財政への平等なアクセスを含んでいると判断した。さらには、EU 市民労働者が受入国でもはや経済的活動に従事していないとしても、そのことが子どもの構成国での学習を継続するという目的のために保持し続けるべき資格に影響を与えることはできないという欧州司法裁判所の判例がある。これらの判例によって、この規定は EU 市民の(元)労働者の子どもと、その子どもの主要な保護者に滞在の権利を生じさせるものと解釈されている。Cf. Elspeth Guild, Steve Peers and Jonathan Tomkin, *The EU Citizenship Directive A Commentary* (Oxford University Press, 2014) p. 160.

⁵⁰⁷ 欧州司法裁判所は 2020 年にこの否定規定を EU 法違反と判断した(C-181/19)。当該判決には、第 4 節(1-b-3)で触れる。

しのぎ給付を受けて、その受給期間(最長 1 ヶ月)が満了した後もドイツに滞在していた場合は、苛酷規定(Härteregelung)に該当するのではない限り、社会法典による給付を完全に否定される。苛酷規定とは、個別事例において特別な苛酷さを克服するために必要である限りにおいて、給付主体の裁量を通じて給付の内容および期間を補充・延長する、という規定である。

ただし、5年間の適法滞在をもって、給付否定規定は適用されなくなる(以下、「再例外」)。5年の期間は、自由移動指令による「長期滞在権」を得ることができる期間である。立法資料によると、EU 外国人についてはこの期間をもって、滞在が定着するのだという⁵⁰⁸。なお、再例外の要件と、長期滞在権の獲得の要件は異なる。前者は事実上の滞在で足りるが、後者は5年間、実質的滞在権を有していなければならない⁵⁰⁹。ゆえに、再例外の対象となっても、長期滞在権を獲得できず、再び給付が否定される可能性がある⁵¹⁰。滞在したという事実が滞在資格の付与にかかる判断に何らの影響をも与えないことは、立法資料において明確に示されているばかりでなく、再例外規定の後に「滞関係法上の規定は影響を受けない」と規定することで、法律上でも確認されている(SGB II 第7条第1項第7文；SGB XII 第23条第3項第10文)。

2016年改正により、一部の外国人受給者について、外国人局への通報を給付主体に義務付ける規定が新設された(滞在法第87条第2項第1文第2a号)。通報の対象となる外国人は、3カ月未満の滞在者を除いた、給付否定規定の対象者、一時しのぎ給付の受給者、そして、再例外規定の対象者である。滞在が3カ月未満である者を除き、給付否定規定に該当すると、身元が判明し、遅かれ早かれ入管法上の滞在終了措置が取られることになる⁵¹¹。

(4)生存基本権の限界

本節の検討を通じて明らかになる生存基本権の限界は、第一に、給付が否定される「滞在

⁵⁰⁸ BT-Drucks. 18/10211, S. 14.

⁵⁰⁹ Ebenda.

⁵¹⁰ Ebenda.

⁵¹¹ 立法資料によれば、通報の対象者には滞関係法上の疑念が生じる場面がある。曰く、ドイツにおける3カ月を超える滞在には十分な資力が必要であるという前提条件を満たさないEU市民については、外国人局は滞在資格の喪失を確定しうる。また、雇用関係について偽りの申告を行い、必要な分よりも多い給付を受けるようなEU市民についても、滞在資格の喪失を確定しうる。さらに、例えば受給が犯罪になるような場合(詐欺による不正受給など)には、外国人局は、公共安全という観点から滞在資格の喪失を確定することができる。外国人局が滞在資格の不保持を確定することは、特に5年の滞を経た再例外規定の場合に重要である。また、第三国国民も滞在の要件として十分な資力を有しなければならないと滞在法は規定する。生計確保不能性は、国外退去命令の利益(Ausweisungsinteresse)と、国内残留の利益(Bleibeinteresse)との衡量の際に、影響を与えうる。また、不適切な給付の利用は些細な違法行為となるだけでなく、滞在法における国外退去命令の重大な利益を基礎づけることもある。Vgl. BT-Drucks. 18/10211, S. 17 f.

が望ましくない外国人」の範囲について、生存基本権は何らの規範的枠づけを行うことができない点、そして第二に、需要を決定する基準であるところの、滞在の「定着」を決定することができない点にある。第一の点について、立法者はEU法上「不適切な利用者」とされる人的範囲を給付否定の対象として定めた。その後、欧州司法裁判所の判例変更により、「不適切な利用者」に含まれる外国人の範囲は実質的に拡大していった。これに対して、連邦社会裁判所は、生存基本権に依拠して、滞在が定着した外国人に給付を行うよう命じたが、そこで生存基本権は裁量の収縮を基礎づけるのに役立ったにすぎず、結局この行政裁量行使は、立法によって覆されることとなった。

第二の点について、滞在の定着を何により決定するかという、需要および給付内容にかかわる重大な点について、生存基本権は何らの規範的意義を有しない。この点は第2章における「アナログ給付」をめぐる議論でも確認したところである。興味深いのは、庇護申請者給付法におけるアナログ給付の要件も、一般公的扶助法における再例外の要件も、「滞在の定着(Aufenthaltsverfestigung)」という、言葉の上では同一の要件に基づきながら、期間も、期間経過後に得られる給付の内容も異なっているという点である。無論6カ月という期間は、連邦社会裁判所が2015年判決で独自に導き出したもので⁵¹²、生存基本権に依拠して導いたのではなかったし、結局これも立法者によって変更されてしまった。このことは、給付内容に加えて、外国人の滞在が定着したといえるのがどのような場合であるのかについて、生存基本権が画一的な基準を設けず、立法者の内容形成の余地を広く認めていることの証左ともいえる。

これまで、給付否定の対象となる範囲は、立法者が決定することができ、生存基本権はこの決定に限界を設けることができないことを示してきた。しかしいずれにしても、受給者に義務を課し、その違反に対して減額により制裁する場合には、生存基本権から生ずる比例性の要請を満たすものでなければならない。次節では、給付否定規定および一時しのぎ給付が、それぞれ比例的といえるかを検討する。これにより、いかなる外国人に対して給付を否定、減額することが認められるかを明らかにすることができる。

第4節 給付否定および一時しのぎ給付の生存基本権適合性

本節では、給付否定と一時しのぎ給付につき、対象とされる人的範囲を意識しつつ、それぞれ適合性、必要性、相当性を充たしているかを検討する。そして、現行法が、制度の面、解釈の面、および行政裁量の面でそれぞれ比例性を一応顧慮していることを示し、最後に、

⁵¹² なお Thym は、連邦社会裁判所による6カ月という「滞在の定着性」判断には説得力がないと指摘する。6カ月という期間は一律の基準ではなく、しかも求職者以外の人的範囲についていえば、定着の基準にはならないし、そもそも滞在の定着性を判断するのに期間のみを引き合いに出すことは、多様な考慮要素を勘案して滞在の定着性を測ってきた従来の行政裁判所および欧州人権裁判所の判例に適合しないからである。Vgl. Thym(Anm. 464)S. 444.

減額の相当性について、一時しのぎ給付の苛酷規定の存在が、これを充たすことを指摘する。

(1) 出国義務賦課の適合性・必要性・相当性

(1-a) 適合性および必要性

第3章ですでにみたように、受給者に対して義務を課し、義務違反に対する制裁として給付を減額する立法は、「人間らしい生活」を脅かすものであるため、比例的なものでなければ、生存基本権に反する。この比例性審査では、義務賦課および制裁的減額のそれぞれにつき、目的の正当性、手段の適合性、必要性、相当性が審査される。

一般公的扶助法における給付否定規定および一時しのぎ給付を、この枠に当てはめて考えると、まず、給付否定規定により、該当者に出国が義務付けられる。国家は公的扶助よりも要扶助性の克服のための自助努力を優先してもよい。出国義務は、要扶助性の克服という一般公的扶助法の基本目的および後順位原理に(間接的に)⁵¹³資するものであり、正当である⁵¹⁴。問題となるのは、第一に、出国の義務を課すことが、要扶助性の克服という目的に適合し、必要であり、相当であるか、そして第二に、一時しのぎ給付への内容的・期間的制限が、出国義務の履行という目的に適合し、必要であり、相当であるかである。以下で順に検討する。

まず、ここでも第3章におけるのと同様に、出国それ自体が可能な状態になければならない。出国不能な者に出国義務を課すことは不合理であり、適合性と相当性を欠く。これについて、EU 外国人はほとんどの場合が出国可能であると考えられる。第三国国民や、EU 外国人で特別な事情がある者が、自身の出国を阻む問題を申し出る機会と、出国が可能であるかどうかを審査する仕組みが確保されていなければならない。この点、現行制度では、一般的に庇護の申請が可能であること(この場合庇護申請者給付法の対象者となる)、そして、人道上の理由による滞在が認められている者と、受給以外に滞在の利益を有する者は、「受給目的での入国」に該当しない限り、そもそも給付否定に該当しないように設計されていることから、出国可能性は制度上おおよそ確保されているといえる。

義務賦課が適合的であるためには、出国そのものが可能であることに加えて、自国ないしその他の受入国での「要扶助性の克服」が可能でなければならない。「社会国家の権限領域は、給付主体が出国の人権上の帰結を無視することを許すものではない」⁵¹⁵。もっとも、自国での自助可能性という要件は、第2節(2-a)の決定にもみられるように、生存基本権の登

⁵¹³ 義務賦課が、直接に法律の一般目的に資するものでなければならぬわけではないことは、第3章で確認した。

⁵¹⁴ 滞在終了のための滞在関係法上の措置をとらずに、減額を通じて義務を果たさせることは、要扶助性の克服以外の目的(行政コストの削減)を追求しており、この点で目的の正当性に疑念が生じることは、既に第3章で指摘した。同様のことがここにも当てはまる。

⁵¹⁵ Dorothee Frings, Die Sanktionsentscheidung des BVerfG in ihren Auswirkungen auf das Migrationssozialrecht, AuR 2021, S. 248-253(253).

場以前から、給付否定の前提とされていたと考えられる⁵¹⁶。出国後に要扶助性の克服が可能であることが確実でなければ、給付を否定してはならない。すなわち、ドイツから出て行った後、自国ないし別の受入国内で、家族からの援助を受けられる状況にあるとか、就労可能であるとか、公的扶助の受給が可能であることが求められる。EU 外国人に関しては、通常この要件が満たされているといえる⁵¹⁷。第三国国民の場合は、自国等での要扶助性の克服可能性が明確でない場合があると考えられるから⁵¹⁸、給付否定は慎重に適用されなければならない。これについても、庇護申請者ないしその他の人道的理由による滞在の地位があれば、給付否定が適用されることがないとはいえ、そこに至らない状況にある第三国国民は、給付を否定され、やがて無保護の状態に置かれるおそれがある。なお、この点についても、現行規定では、給付を否定された外国人は入管当局に通報されることとなっているため、さほど時間のたたないうちに入管法上の出国義務が課せられ、庇護申請者給付法の対象となると考えられる。

次に必要性についてであるが、給付の切り下げという制裁を伴う義務を課すことのほかに、出国にとって効果的な手段があるかどうかは、判断しがたい。居住地域の制限や就労の禁止などの、第 3 章でみたような滞在関係法上の手段が、給付否定の対象者にも妥当するような場合には、必要性に疑念が生じうる。ただしいづれにしても、給付を申請した段階で入管通報を受けるため、出国そのものが妨げられるわけではなく、「穏当さ」をどの点に求めるかで、評価が分かれることになる。筆者は、尊厳ある生活を剥奪して出国を促すことは、人間を人間らしく扱っているとはいえないから、外国人を出国させるための手段として使うべきではないと考えているものの、これまでの判例を前提とすると、「兵糧攻め」に、国外退去強制よりも効果があるということが立証されれば、必要性は肯定されることになる。

(1-b)相当性

(1-b-1)帰国可能性・自国での最低生活の可能性

⁵¹⁶ 同様に、庇護申請者給付法における請求権制限規定の対象者に対しても、自国での要扶助性の克服可能性がない限り、出国の義務を課してはならないと考えられる。ただし、現行の法制度ないし運用において、義務賦課の際にこの可能性が顧慮されているかどうかを、本稿では十分に検討できていない。この点については、今後の課題としたい。

⁵¹⁷ ただし、現状はこの想定から乖離しているとする裁判例もある。Vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.6.2017 – L 15 SO 104/17 B ER, L 15 SO 105/17 B ER PKH = juris (<https://www.juris.de/perma?d=JURE170035136> 最終確認 2023 年 1 月 28 日) Rn. 20.

⁵¹⁸ とりわけ既に該当者が長い間ドイツに滞在している場合について、自国における自助の具体的可能性の存在を立証することは、実際はほとんど不可能であろうとの指摘もある。「ゆえに、外国での自助可能性が指示されてよいかどうかという問題は、極めて理論的な様相を呈する。」Vgl. Volker Berger, Die Sozialhilfeansprüche von Ausländerinnen und Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland und aufenthaltsrechtliche Konsequenzen des Sozialhilfebezugs, Dissertation (Universität Bonn), 2005, S. 23.

まず、給付否定規定において、相当性が顧慮されていると考えられる部分を抽出してみよう。相当であるといえるのは、制限によって得られる利益が、失われる利益を上回っているときである。まず、出国義務が過大となるのは、第一に、該当者が自己の責任によらない理由により出国することができない状況に置かれている場合、第二に、出国して出身国に戻っても、要扶助性を克服することができないような場合、第三に、出国によって失われる利益を上回るような、滞在の利益がある場合である。適合性の箇所でも確認したが、第一の点について、給付否定規定のほとんどは、基本的に出国(かつ国籍国への帰国)が可能である者を対象にしている。第二の点については、すでにみたように、該当者に出身国において要扶助性を克服することが期待できる場合が多いように思われる。また、第三の点についてもすでに確認したが、人道上の理由等により滞在が認められる場合には⁵¹⁹、給付否定規定に該当しないようになっている。

これらの相当性への顧慮は、給付否定規定の多くが EU 外国人のみに適用されることに照らすと一層明確になる。「滞在権を持たない者」という給付否定規定には、EU 外国人のみ適用され、第三国国民には適用されない⁵²⁰。ただし、自由移動指令上の適法滞在の要件は、扶助を受けることなく自力で生計を確保することにあること、そして生計確保要件の充足性判断は、最終的に欧州司法裁判所に委ねられているために、「自由移動指令上の滞在権をもたない」ことが常に、他の滞在の利益の不存在を意味するわけではない。EU 市民の生計確保要件と他の滞在利益との衡量については、後述する。

問題は、適法滞在者のうち、給付否定規定に該当する者である。現行の給付否定規定、すなわち「労働者でも、自己都合によらない失業者でもない者について、滞在開始から 3 カ月」、「求職のためだけに滞在権を有する者」「社会扶助目的で入国した者」については、滞在それ自体は(まだ)適法であるけれども、給付否定の対象となる人的類型である。適法滞在者には、出国が可能であり出身国での自助が可能であったとしても、ドイツに留まる利益があるときには、出国が過大となる可能性がある。

この点、出国が過大とならないよう、制度上ないし解釈上すでに配慮されている箇所を簡単に見ておこう。「求職のためだけに滞在権を有する者」については、EU 外国人とその家族にしか適用されず、第三国国民は対象にならない⁵²¹。また、ドイツで就労する EU 市民の家族として生活している者は、当該否定規定の対象にならない⁵²²。なお、「労働者でもなく自己都合によらない失業者でもない者の滞在の最初の三ヶ月」規定は、第三国国民にも適用される。これについては、庇護申請者給付法の対象となるか、人道上の理由による滞在が認められるかのいずれにも当てはまらないようなときには、給付が否定される。EU 外国人と同様に、第三国国民も、三ヶ月に満たない滞在については、自力での生計確保が要求されて

⁵¹⁹ これに該当するものとして、vgl. G. Becker(Anm. 420)zu § 7 SGB II Rn. 38.

⁵²⁰ G. Becker(Anm. 420)zu § 7 Rn. 44.

⁵²¹ G. Becker(Anm. 420)zu § 7 Rn. 47.

⁵²² G. Becker(Anm. 420)zu § 7 Rn. 49.

いることがわかる。この要件に該当する場合には、人道上の理由以外に滞在の利益があるとは考えづらいため、出国義務の相当性に問題はないように思われる。

(1-b-2)受給目的での入国による給付否定と他の滞在の利益

それでは、「受給目的で入国した者」についてはどうであろうか。これは第三国国民にも適用されるものであり、滞在そのものが適法であっても、該当すれば出国義務が課せられることになる。この要件は、それ以外の給付否定規定とは異なり、1961年の連邦社会扶助法の制定当初から今日まで一貫して存在した。当時の立法者によればこれは、濫用的な受給を避けるためには必須の規制であるという⁵²³。これまで、当該規定の憲法適合性に異議は唱えられていない。その理由として考えられるのは、第一に、要件が狭く解釈されていたこと、第二に、給付を否定されてもなお、裁量による給付の対象となると解され、出国までの間無保護に置かれるような状態が回避されていたことである。

第一の点について、「受給目的での入国」であると認定するには、「社会扶助を受ける可能性が、外国人が入国を決意するにあたり、唯一の理由であろうが、他の理由とならんでであろうが、決定的な意義をもっていなければならない」⁵²⁴。これはたとえば、社会扶助受給が付随的に追求され、または他の入国目的よりも下位に位置付けられ、そしてこの意味で、甘受されたにすぎないというのでは不十分である⁵²⁵。この判断基準を提示したのは1992年の連邦行政裁判所判決であるが、今なお支配的である⁵²⁶。例えば、入国後まもなく扶助を申請するような場合には、入国の動機として、給付の受給が決定的であったことが疑われる⁵²⁷。ドイツに住んでいる家族と同居するために入国した外国人は、給付を否定されない⁵²⁸。また、当該要件に該当するか否かは、申請者本人ではなくて、給付主体が証明責任を負うものとされている。これに伴って、申請した外国人も、自らの状況を説明することが求められる。こ

⁵²³ BT-Drucks. 3/1799, S. 60. ここでの「濫用」とは、要扶助性が本当は存在しないにもかかわらず、あるように見せかけることだと説明される(F Luber, Sozialhilfe für Ausländer und Staatenlose (§ 120 BSHG), ZfSH 1966, 129-134(131)). 連邦行政裁判所も同様の説明を行う。「外国人に対する社会扶助は、連邦社会扶助法によれば、この法律の適用領域に事実上滞在している人の困窮状態のために規定されている。この扶助目的は、国内における事実上の滞在を、社会扶助保障の条件を満たすために基礎付けるような、無資力の外国人を含まない。法律の理由付けにおいて強調されている濫用という考えは、入国にあたって、給付が行われるかどうかという問題が重要な意味をもつような人には、社会扶助への法的請求権が否定されるべきことを、示している。」(BVerwG, Urt. v. 4.6.1992 - 5 C 22/87 = BVerwGE 90, 212-217 [215]).

⁵²⁴ BVerwGE 90, 212 [214]. この要件に当てはまる事例を検討するものとして、庄谷怜子ほか「ドイツ連邦共和国における外国人に対する社会扶助」社会問題研究 42 巻 2 号(1993 年)100 頁以下〔木下秀雄〕も参照。

⁵²⁵ BVerwGE 90, 212 [214].

⁵²⁶ Deckers(Anm. 166)zu § 23 SGB XII Rn. 60 m.w.N.

⁵²⁷ Deckers(Anm. 166)zu § 23 SGB XII Rn. 62.

⁵²⁸ Deckers(Anm. 166)zu § 23 SGB XII Rn. 63.

のような運用により、出国が本人にとって過大となるような事態が避けられてきたと考えられる⁵²⁹。

第二の点について、2016年改正による一時しのぎ給付の導入までは、受給目的の入国として給付を否定されても、個別の場合により給付を認めるという裁量給付の規定が適用されてきた。このため、給付への法的請求権は失っても、なお事実上の給付を受ける可能性が残されていたのである。これは、出国を強いることが本人にとって過大となるような場合に、とりわけ意味を持つと思われる⁵³⁰。この裁量給付を認めるか否かの判断にあたり、滞在資格を有していることがいかなる意味を持つかについて、連邦行政裁判所は、滞在資格があるからといって、常に裁量がゼロに収縮するものと解すべきではないと判断した⁵³¹。滞在資格は、あくまで個別事例における裁量判断の一要素として顧慮されるにすぎない⁵³²。したがって、滞在の利益がある程度顧慮されていたとはいえ、いかなる場合に出国を義務付けられていたのかは、個別の事例を検討するほかない⁵³³。

(1-b-3)自由移動指令上の滞在権を有しない者の他の滞在の利益

2016年改正で否定規定に加えられた「子連れのEU外国人労働者が失業した場合」については、2020年の欧州司法裁判所判決⁵³⁴を受けて削除された⁵³⁵。欧州司法裁判所によれば、規則492/2011第10条から、受入加盟国での教育にアクセスする権利に基づく子の滞在権、

⁵²⁹ 「受給目的であるか」についての立証責任が給付主体にあるという理由により、そして「当然のことながら、社会官庁は誰も飢え死にさせたり凍死させたりしてはならないという事実から」、受給目的での入国者に対する給付否定は「実務においては大した役割を果たしていない」との指摘がある。Vgl. Klaus-Martin Growth/ Johann Müller-Gazurek, *Ausländer Sozialrecht*, Frankfurt am Main, 1983, S.147 f. このことが、給付否定規定が実際には適用されていなかった(か、裁量による給付として事実上給付を行っていた)ことを意味するのは不明であり、検討を要する。

⁵³⁰ 例えば、受給目的で入国したのではあるけれども、帰国すると政治的迫害を受ける恐れが生じるというような場合である。Vgl. Schulte/Trenk-Hinterberger(Anm. 94) S. 450.

⁵³¹ BVerwG, Urt. v. 10.12.1987 - 5 C 32/85 = BVerwGE 78, 314-321 [318 f.]. 当該判決については、庄谷ほか(前掲注135) 113頁以下〔庄谷怜子/前田雅子〕も参照。

⁵³² BVerwGE 78, 314 [319 f.]. この判断が興味深いのは、連邦行政裁判所が、公的扶助を行うか否かの判断は、外国人法上の判断に拘束されない、という見解を示した点にある。

⁵³³ 本研究では、法規定の全体構造を把握することに主眼を置いているため、個別事例を集計的に分析することはしない。今後の課題とする。

⁵³⁴ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 - C-181/19 = ECLI:EU:C:2020:794 (Jobcenter Krefeld ./. JD). 本判決の評釈としては、さしあたり、vgl. Andreas Pfersich, Anmerkung zu EuGH(Großer Kammer), Urt. v. 6.10.2020, C-181/19, ZAR 2021, S. 82; Claudius Voigt, Das »Gespenst des Sozialtourismus« ist (vorerst) vertrieben, *Asylmagazin* 2020, S. 446-448; Constanze Janda, Die Autonomie der Freizügigkeitsverordnung und das „Gespenst des Sozialtourismus“, *ZESAR* 2021, S. 3-9.

⁵³⁵ Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie weiterer Gesetze vom 9.12.2020 (BGBl. I, S. 2855).

そして、その子を養育する者の滞在権が生じる。これらの滞在権は、養育者たる EU 市民が失業し、もはや自由移動権を有しなくなったとしても、存続する。そのように解することで、子どもの教育へのアクセスが確保される⁵³⁶。また、これらの滞在権を援用できる者は、求職以外にも目的をもって滞在しているため、自由移動指令第 24 条第 2 項の平等取扱に対する例外規定は適用されない⁵³⁷。本判決により明らかになったのは、自由移動指令に基づく滞在権を持っていなかったとしても、他の EU 法規範から滞在資格を導き出すことができる場合には、平等取扱いが求められるということである⁵³⁸。

この給付否定規定が削除されたことによって、経済活動に従事しない外国人のうち、他の滞在利益があるにもかかわらず給付拒否により出国を強いるというような過大な規制は、原則として存在しない状態になったといえる。これまで見てきたところによれば、出国義務が過大とならないように、法律上の規定がすでにその対象範囲を限定しており、また解釈によっても限定が行われることで、生存基本権の要請が顧慮されていることがわかる。以下では、制裁の比例性を検討する。

(2)一時しのぎ給付の適合性・必要性・相当性

次に、過大でない出国義務を履行しなかった場合の制裁として、時間的にも内容的にも限定された給付のみを認めることが、義務違反を改めさせるという正当な目的に適合し、必要であり、相当であるかを検討する。

(2-a)適合性・必要性

一時しのぎ給付は、第 3 章で見た庇護申請者給付法の請求権制限規定とほぼ同一の内容である。すなわち、食事、保健衛生、適温の暖房がある住居、緊急医療とこれに伴う最低限のケアを内容としている。自発的に出国しない者に対して、給付をこの程度にまで減額することにより、出国が促されるかは定かでない。ドイツに滞在し続けるインセンティブが少なくなるという点では、効果がないとまではいえないが、これは推測の域を出ず、客観的なデータや調査による検証が必要である。この点、請求権制限を受けた受給者が、減額を受けてもなお出国しようとしなないことを読み取ることができるとの見解からして(第 3 章)、適合性にはなお疑問が残るように思われる。必要性に関しても、肉体的生存の一部のみを保障することよりも、とり得る滞在関係法上の措置を優先すべきと考えるが、出国義務の賦課と同様に、調査研究や専門家の意見により効果が証明されないことには、判断しがたい。

⁵³⁶ Rn. 40 ff.

⁵³⁷ Rn. 70.

⁵³⁸ もっとも、欧州司法裁判所は、Alimanovic 事件においても同様の立場を採っていたという。ただし Alimanovic 事件においては、他に滞在の目的がないという付託裁判所の実事認定に基づいて判断を下したために、原告は平等取扱の適用除外の対象とされたのであるという。Vgl. Rn. 59.

(2-b)相当性

上でみた給付の内容からしてすでに、制裁が相当性を欠いているとも考えられる。なぜなら、2019年判決は、肉体的生存さえ保障すればよいとの考えを否定しているところ、一時しのぎ給付は、肉体的生存の一部しか保障するものでないからである。

しかしながら、一時しのぎ給付の補足のために設定されている「苛酷規定」の存在によって、なおもこの規定の憲法適合性が維持されうる⁵³⁹。苛酷規定は、以下のような規定である。すなわち、「個別事例において正当化されるかぎり、〔一時しのぎ給付の〕受給権者は、特別な苛酷さを克服するために、〔社会法典第12編第23条〕第1項の意味における他の給付を保障される。同様に、個別事例において特殊な状況を理由に、特別な苛酷さを克服するため、そして時間的に限定された需要状況の充足のために望ましい限りで、給付は一か月という期間を超えて提供されることができ。」(社会法典第12編第23条第3項第6文)(〔〕内は筆者)。要するに、一時しのぎ給付は、時間的にも内容的にも補足される可能性があるのである。しかも、ここで補足されうる給付には、社会文化的生存のための給付も含まれている。庇護申請者給付法の請求権制限規定については、この給付の保障可能性が完全になくなるのが、違憲性の一つの根拠であったところ、一時しのぎ給付の苛酷規定には、少なくとも規定の上ではかような限定がないため、違憲と断ずることは難しい。

2019年で適合性・相当性を満たさず違憲であるとされたのは、いかなる場合であっても制裁の適用が強いられ、個別事例に応じて減額をしないという判断を認めない規定である。これを裏返すと、状況に応じて制裁を行わない可能性や、特殊な需要を有する者にはそれに対応した給付を認める余地が認められていれば、相当性の問題は生じないということである。実際に、連邦憲法裁判所は、憲法適合的解釈の可能性が残されていることを理由として、移送を不適法とすることにより、今日まで給付否定規定の合憲性を判断せずにいる⁵⁴⁰。

そうすると、問題は法規定の違憲性そのものではなくて、個々の適用の場面で苛酷規定が適用されないか、または「十分に」適用されないことの妥当性となる。どのような場合を「苛酷」とみなすかについての、社会裁判所の裁判例を検討し、分析することで⁵⁴¹、生存基本権の保障の実態を明らかにすることができるとはいえ、生存基本権のほうを解釈を方向付けるようなことは、やはり困難であるように思われる。

第5節 小括

本章では、一般公的扶助法において、出国を促すことを目的に給付を拒否・減額する規定

⁵³⁹ Deckers(Anm. 166) zu § 23 SGB XII Rn. 76.

⁵⁴⁰ Vgl. Tillmann Löhr, Unionsbürgerinnen und -bürger in der Sozialhilfe, NDV 2021, 613-619(616 f.). 社会裁判所で苛酷とされた事例の紹介として、ders., Unionsbürgerinnen und -bürger in der Sozialhilfe – Teil II, NDV 2022, 25-30(25 ff.).

⁵⁴¹ Löhr(Anm. 540 „Teil II“)S. 26 f.

の生存基本権適合性を検討した。

外国人に対して給付を拒否し、期限の付された乏しい給付のみを認めることは、生存基本権の禁じる「移民政策的相対化」にあたるようにも思われる。これに対して立法者は、とりわけ EU 市民を念頭において、これらの人的範囲に対しては、出国を自助として要求することができるとの見解を示していた。「出国」は一見、要扶助性を自力で克服するという意味での「自助」とは結びつかないようにも思われる。しかしこれまでの裁判例によれば、給付よりも出国を優先させることが、憲法レベルで禁じられているとはいえない。さらに立法者のいうように、EU 市民の場合は概して、自国に帰ることで、就労したり公的扶助を受けたりすることができるといえるため、「出国＝要扶助性の克服」という等式が、一般的に成り立つ人的範囲であるといえる。これらの理由から、EU 市民に対して給付を否定・減額して出国を促すことは、許容されうる。ただしこの場合でも、出国義務の賦課と減額は、それぞれ比例性の要請を満たす必要がある。

入管法上では滞在が適法である者に対して、給付否定規定により給付法上で出国の義務を課す場合、その対象は、生存基本権からは直接生じることではなく、比例性審査において義務賦課の比例性を問う際に、辛うじて統制が可能となるといえる。出国可能性、自国での自助可能性、および、出国が過大とならないことが義務賦課について求められるところ、現行法による給付拒否の対象はおおよそこれらを満たしていると考えられる。

また、個々の場合に、給付の減額を緩和し、期限を延長することを可能とする規定により、減額の相当性が満たされる。そもそも減額に出国を促す効果があるのか、他に穏当な手段がないのかについて疑念があり、それゆえに違憲性が疑われるものの、これを検証するにあたっては、今後の研究・調査を待たなければならない。

終章 結論と課題

第1節 結論

「すべての滞在外国人に認められる生存基本権」の規範的意義と射程を示すことを目的とした本研究の結論を、以下では、規範的意義と射程のそれぞれに分けて述べる。まず規範的意義は、以下の三点にまとめられよう。第一に、「すべての滞在外国人に認められる」のは、「最低生活保障を求める地位」であるのだということ、第二に、この生存基本権は、典型的な給付額についての内外人・外国人間の差異は、滞在資格によるものを禁じ、「需要」の差によるもののみを許容すること、第三に、生存基本権は、少なくとも出国可能性が確保されていない外国人については、給付の減額を禁じているということである。

第一の意義について、「最低生活保障を求める権利」は、基本法の根本思想から生ずる考え方である。個人を、国家行為の単なる客体ではなく、権利義務の主体として扱うべきだという国家の基本決定から、国籍を問わない、すべての人の尊厳ある生活への権利が導かれる。生存基本権のこのような特徴は、日本における議論との根本的差異を成すものであるとい

える。すなわち日本では、生活保護法をそのまま適用することができる外国人を画定しようとしてきたのに対して、ドイツでは、給付の内容はともかくとして、何らかの最低生活保障を受ける地位は、何人にも認められるという構成を採っている。もっともドイツでは、給付に請求権を認める時点ですでに、外国人は扶助法の対象とされており、この「地位」の意義にさほど自覚的でないとも思われるため、日本における議論との比較検討は容易でない⁵⁴²。また、国民ですら権利意識が十分でないともいわれる日本において⁵⁴³、ドイツの「生存権」論を、外国人のみを引き合いに出して語ることは、見当違いの議論になりかねない。

第二の意義は、典型的な給付額の決定にあたり、移民政策的な考慮を立法者に禁じることである。立法者は1980年以降にドイツに大量にやってきた庇護申請者に対処すべく、給付を切り下げていった。これは国家の財政負担の軽減と同時に、国内外の外国人から、入国および滞在のインセンティブを奪うことを意図して行われたのであった。そこでは、移民政策によって「人間らしい生活」は相対化され、給付請求権の「基礎」の意義すらも空洞化させるような、乏しい給付が行われたのである。これを生存基本権は真っ向から否定し、請求権として認められる「人間らしい生活」のための給付の算定にあつては、立法者に移民政策的な考慮を許さないものであることが明らかにされた。すべての「人間」にとって必要なものが何であるのかを説得的に説明することが、立法者に義務付けられる。具体的な金額を憲法から直接導き出すことはできないものの、算定過程の中に移民政策的な考慮が含まれるかどうかを検証することで、「社会構成員」でない外国人の最低生活を画定するという手法は、司法と立法の権力均衡という観点から見ても妥当といえ、評価に値する。

第三の意義は、生存基本権が、需要によらない給付の減額を認める条件に関わる。一方で生存基本権は、受給者に義務を課すことと、その履行を促進するために制裁として給付を減額することを許容する。他方で、課される義務と減額のそれぞれについて、比例的であることが要求される。義務賦課や減額は、受給者の「人間らしい生活」との鋭い緊張関係に立つからである。可能であるのに労働を忌避することや、出国を忌避することが、いくら道義的に非難されるべきことであるとしても、減額によりそれを抑圧的に罰することは許されず、あくまで義務の履行に資する、最小限の方法での制裁が目指されなければならない。この点、滞在が国家にとって「望ましくない」外国人には給付法上でも出国義務が課せられうるが、出国そのものが可能でない者に出国を強いることは、生存基本権により禁じられる。出国不能なすべての外国人には、満額での給付が保障されねばならない。

⁵⁴² ただ、日本において、外国人を生活保護法の対象としない理由として立法者が挙げたのが、給付に「請求権性があるため」であったという事実は、ドイツとの対比という観点から見ると、極めて興味深い。すなわち、生活保護法の立法者たる小山進次郎は、対象を日本国民に限定する理由として、これが「実質的には新法が単なる社会福祉の法ではなくして社会保障の法であること、従って、この法律の適用を受ける者はすべてこの法律の要件を満たす限り保護の請求権を有すること」を挙げているのである。小山(前掲注43)90頁。

⁵⁴³ 植野(前掲注22)438頁。

そして、「すべての外国人の生存基本権」の射程は、以下の点に見出される。すなわち生存基本権は、移民政策に対する統制力を持ちえない、という点である。これは、第一に、給付内容そのものについて、そして第二に、出入国管理と最低生活保障の関係についてみられる限界である。

第1章で検討したように、請求権が認められる給付の原則的な内容は、生存基本権の登場によって充実することとなった。しかしながら生存基本権は、衣食住にかかる需要費目の中身を、ドイツ人のそれと同等にするよう求めるにすぎず、給付の種類を拡充を求めるものではない。衣食住という人間の基本的ニーズを超えるものについては、外国人のドイツ社会への「統合」可能性に鑑みて、充足されることになるが、統合すべき対象やそのための制度設計は、公的扶助ないし生存基本権の領域からは独立した、移民政策的な議論の中で行われる。外国人が置かれた状況に合わせて、そこに存する「需要」を満たすことを求める生存基本権は、本質からして受動的なものであり、外国人の地位を積極的に向上させるものではないし、そうあるべきとも考えないが、「統合」という曖昧な概念によって、本当は存するはずの「需要」が検知されず、あるいは無視される可能性があることに留意すべきである。庇護申請者の収容施設での居住義務と、そこでの現物給付原則、および社会文化的生存のための給付の切り下げは、かような観点から注視し続ける必要があるであろう。

また、「望ましくない」外国人に対する給付の減額について、その人的範囲を決定する権限は立法者にあり、生存基本権は、出国不能な者を対象から外させるという、極めて限定的な統制力しか発揮しえない。特に出国可能性や自国での自助可能性が一般的に推定される外国人については、「濫用」とまではいえなくとも、国家に財政的負担がかかるという意味で「望ましくない」外国人を、給付否定ないし減額の対象にすることが、憲法上許容されうるという点に、注意が必要である。これに加えて、生存基本権は、その後の滞りまでも保障するものではない。庇護申請者給付法は出国期日を過ぎた者に対して減額により出国を促し、一般公的扶助法は給付否定の対象者が、入管当局に通報される。つまり生計確保要件を満たさない外国人で、とりわけ「望ましくない」とされる外国人は、給付を得られるにしても、出入国管理行政から逃れることはできない。むしろ、すべての外国人に給付請求権を認めることで、困窮外国人を把捉し、管理対象とすることが目指されているといえなくもない。実際に、入管通報の可能性は、給付に対する事実上の高いハードルになると考えられる。特に違法滞在者については、実質的なアクセス可能性の確保ができなければ、「生存基本権が認められている」ことの意義は、極めて希薄にならざるを得ないと思われるところ⁵⁴⁴、生

⁵⁴⁴ 久保山亮は、庇護申請者給付法における医療給付を受給した事実が、通報義務により入管に知られてしまう状態を指して、「権利の行使は不可能である」とし(131頁)、通報義務がなくなった時点で初めて「救急治療の権利を国家が保障した」と評価している(135頁)。これは、違法滞在者が、身元の判明を恐れて、罹病にもかかわらず医療給付の申請を躊躇することにより、実質的に権利が保障されていないと評価しているものとみられる。参照、久保山亮「非正規滞在者の『シティズンシップ』——ドイツにおける国家と市民社会アクターの行動」移民政策研究11号(2019年)128-144頁。

存基本権は、少なくともこれまでの検討によれば、事実において給付を得られることまで保障する権利ではない。

第2節 課題

本研究は、外国人に対する最低生活保障の様相を、主に公的扶助法の規定をもとに明らかにした。他方で本研究は、生存基本権の保障実態を十分に明らかにすることができなかった。したがって、この権利の保障状況や実態の把握を行うことが、課題として残される。この課題は、第一に、公的扶助法の解釈・運用の検討、そして第二に、出入国管理制度における要扶助外国人の取扱いという二つの観点から、行われる。

第一の点について、本研究は、ドイツの公的扶助法の規定がどのようなものであるか、そして、それが生存基本権とどのように関連するかを示した。しかしながら、法律上の規定をみるだけでは明らかにならない部分が多いことがわかった。それは第2章および第3章で見たような、不確定法概念に基づく給付の実際の内容である。また第4章では、裁量による給付を憲法適合的に運用することで、給付否定や減額の過大性が回避されうることが指摘した。2019年判決によれば、個別事例における柔軟な解釈・運用に開かれていることが、法規定の合憲性を裏付ける。しかしそのことは同時に、個別的な判断への憲法的統制が困難になることを意味する。庇護申請者給付法の不確定法概念および一般公的扶助法の苛酷規定について、個別事例ごとの給付主体の法解釈や裁量判断を分析・検討することで、生存基本権がどのような保障実態を持っているかを示すことが、次なる課題である。

そして第二の点について、本研究は、扶助法の観点のみから、外国人への生存基本権のありようを検討したのであるが、これだけでは、この権利の有する意味を正確に把握できない。なぜなら、困窮外国人は、移民政策上基本的に「望ましくない」存在とされているところ、入国や滞在を拒否される要因として「生計保障不能性」が占める比重がどの程度であるかにより、実際にドイツで扶助を受け(続け)ることのできる外国人の範囲が変わるからである。実質的な受給権者の範囲を知るには、要扶助者が出入国管理においてどのように取り扱われるかを検討しなければならない。本稿では「適法滞在者」と「違法滞在者」とを単純に区分して論じたが、その区分の方法・内実をこそ明らかにしないことには、実際にどのような外国人が、どの給付をどれだけ受けているのかは分からず、その意味で、生存基本権保障の実態を真に把握したことにはならない。

【既発表の論文等の業績】

- 1) 「外国人の『人間の尊厳に値する最低生活保障を求める基本権』をめぐる現況と可能性—ドイツ連邦憲法裁判所 2012 年 7 月 18 日判決を中心に—」早稲田法学会誌 70 巻 2 号 (2020 年)291-348 頁
- 2) 「最低生活保障において禁じられる『移民政策的相対化』の意義」早稲田法学 96 巻 3 号(2021 年)171-215 頁
- 3) 「『永住的でない』外国人の生活保護受給権—1980 年代および 1990 年代のドイツを素材とした検討—」早稲田法学 97 巻 4 号(2022 年 7 月)77-123 頁

【参考文献】

【ドイツ語文献：書籍】

- Baldus, Manfred**, Kämpfe um die Menschenwürde: Die Debatten seit 1949, Berlin 2016.
- Berger, Volker**, Die Sozialhilfeansprüche von Ausländerinnen und Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland und aufenthaltsrechtliche Konsequenzen des Sozialhilfebezugs, Dissertation(Universität Bonn), 2005.
- Bergmann, Jan**, Handlexikon der Europäischen Union, 6., neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Baden-Baden 2021.
- Birk, Ulrich-Arthur u. a.**, Bundessozialhilfegesetz: Lehr- und Praxiskommentar (LPK-BSHG), 5. Aufl., Baden-Baden 1998.
- Brecht-Heitzmann, Holger (Hrsg.)**, Die Integration Geflüchteter als Herausforderung für das Sozialrecht, Berlin 2017.
- Conradis, Wolfgang / Patter, Andreas Kurt/ Berlitz, Uwe-Dietmar (Hrsg.)**, Existenzsicherungsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Depenheuer, Otto/ Grabenwarter, Christoph(Hrsg.)**, Der Staat in der Flüchtlingskrise: Zwischen gutem Willen und geltendem Recht, Paderborn 2016.
- Dietrich, Barbara**, Sozialhilfe für Asylsuchende: Zur Praxis ihrer Gewährung und deren Rechtmäßigkeit, Wiesbaden 1992.
- Eicher, Wolfgang (Hrsg.)**, SGB II: Grundsicherung für Arbeitsuchende, 3., neu bearbeitete Aufl., München 2013.
- Eicher, Wolfgang / Harich, Bjoern / Luik, Steffen (Hrsg.)**, SGB II: Grundsicherung für Arbeitsuchende, 5. Aufl., München 2021.
- Flint, Thomas (Hrsg.)**, SGB XII: Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe (SGB IX Teil 2) und Asylbewerberleistungsgesetz, 7. Aufl., München 2020.
- Gottschick, Hermann/ Giese, Dieter**, Das Bundessozialhilfegesetz. Kommentar, 8., neuarbeitete Aufl., Köln 1984.
- Groth, Klaus-Martin / Müller-Gazurek, Johann**, Ausländer-Sozialrecht; Hilfe für Ausländer

in Sozialfragen, Frankfurt am Main 1983.

Grube, Christian / Wahrendorf, Volker (Hrsg.), SGB XII: Sozialhilfe mit Asylbewerberleistungsgesetz Kommnetar, 6. Aufl., 2018.

Hauer, Katharina Maria, Die „Fürsorge-Entscheidung“ des Bundesverwaltungsgerichts, Baden-Baden 2020.

Hong, Mathias, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, Tübingen 2019.

Horrer, Stefan, Das Asylbewerberleistungsgesetz, die Verfassung und das Existenzminimum, Berlin 2001.

Janda, Constanze, Migranten im Sozialstaat, Tübingen 2012.

Jarass, Hans D. / Kment, Martin / Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., München 2022.

Kersten, Jens, Das Klonen Von Menschen: Eine Verfassungs-, Europa- Und Volkerrechtliche Kritik, Tübingen 2004.

Kluth, Winfried / Heusch, Andreas (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., München 2021.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter, Grundgesetz Kommentar, 33. Ergänzungslieferung, 1997.

Schellhorn, Walter / Jirasek, Hans / Seipp, Paul, Kommtentar zum Bundessozialhilfegesetz, 14. Aufl., 1993.

Schulte, Bernd / Trenk-Hinterberger, Peter, Sozialhilfe: Eine Einführung, 2., neuarbeitete Aufl., Heidelberg 1986.

Siefert, Jutta, AsylbLG: Kommentar, 2. Aufl., München 2020.

Sieveking, Klaus, Verfassungsrechtliche Fragen zur Absenkung von Sozialhilfeleistungen für Flüchtlinge: Ein Rechtsgutachten, ZDWF-Schriftenreihe Nr. 63, 1995.

【ドイツ語文献：雑誌論文】

Berlit, Uwe, Die Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende und in der Sozialhilfe: Eine erste rechtliche Bewertung, NDV 2017, 67–72.

Berlit, Uwe, Paukenschlag mit Kompromisscharakter II -- das Sanktionsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5.11.2019, info also 2020, 3–12.

Buchholtz, Gabriele, Reformimpulse für die Integration Geflüchteter, NVwZ 2017, 756–761.

Buchholtz, Gabriele, Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die staatliche Grundsicherung, JuS 2021, 503–507.

Constanze Janda, Das „Sanktionsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts und die

Leistungseinschränkungen im AsylbLG — Welche Grenzen setzt das Recht auf Existenzsicherung?, info also 2020, 103–111.

Devetzi, Stamatia / Janda, Constanze, Das Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende und in der Sozialhilfe: Verfassungs- und europarechtliche Bedenken gegen den Ausschluss von Unionsbürgern, ZESAR 2017, 197–206.

Eichenhofer, Eberhard, Menschenwürde durch den Sozialstaat -- für alle Menschen?, SGB 2012, 565–568.

Eichenhofer, Eberhard, Gesundheitsleistungen für Flüchtlinge, ZAR 2013, 169–175.

Frings, Dorothee, Die Sanktionsentscheidung des BVerfG in ihren Auswirkungen auf das Migrationssozialrecht, ArbuR 2021, 248–253.

Ganter, Jonas, Das menschenwürdige Existenzminimum zwischen Karlsruhe und Luxemburg, ZESAR 2020, 113–119.

Gerloff, Volker, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMAS „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Asylbewerberleistungsgesetzes und Sozialgerichtsgesetzes“, vorgänge 2014, 59–73.

Janda, Constanze, Quo vadis, AsylbLG? Möglichkeiten der Neugestaltung der existenzsichernden Leistungen für Personen mit vorübergehendem Aufenthalt nach dem Urteil des BVerfG, ZAR 2013, 175–182.

Janda, Constanze, § 1a AsylbLG und das Recht auf Sicherung einer menschenwürdigen Existenz: Bedarfsdeckung nur bei Rechtstreue?, SGB 2018, 344–350.

Janda, Constanze, Die Autonomie der Freizügigkeitsverordnung und das „Gespenst des Sozialtourismus“ : Zugleich eine Besprechung von EuGH, Urt. v. 6. 10. 2020, Rs. C-181/19 (Jobcenter Krefeld ./ . JD), ZESAR 2021, 3–9.

Judith, Wiebke / Brehme, Ricardo, Plädoyer für die Abschaffung des Asylbewerberleistungsgesetzes: Verfassungsrechtliche Gründe und Vorschläge zur Umsetzung, KJ 2014, 330–340.

Kanalan, Ibrahim / Seidl, Julian, Sanktionen nach dem AsylbLG und menschenwürdiges Existenzminimum; Zugleich Besprechung von BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 12.5.2021 - 1 BvR 2682/17, info also 2022, 57–63.

Kingreen, Thorsten, Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium im Sozialleistungsrecht: Zur Vereinbarkeit von § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II mit europäischen Unions- und deutschem Verfassungsrecht, SGB 2013, 132–139.

Klopstock, Barbara, Sozialleistungen für Unionsbürger: Der Gesetzgeber schlägt zurück, ZESAR 2017, 426–430.

Kreßel, Eckhard, Mitwirkungspflichten und Sanktionen bei der Inanspruchnahme von

- Grundsicherungsleistungen, NZS 2019, 730–738.
- Lenze, Anne**, Ausschluss arbeitsuchender EU-Ausländer von Grundsicherungsleistungen, NJW 2016, 557.
- Löhr, Tillmann**, Unionsbürgerinnen und -bürger in der Sozialhilfe; Leistungsausschlüsse, Überbrückungsleistungen und Härtefallregelung -- Teil 1, NDV 2021, 613–619.
- Löhr, Tillmann**, Unionsbürgerinnen und -bürger in der Sozialhilfe; Leistungsausschlüsse, Überbrückungsleistungen und Härtefallregelung -- Teil 2, NDV 2022, 25–30.
- Mülder, Marje**, Licht am Ende des verfassungswidrigen Tunnels?, SGb 2020, 30–34.
- Neumann, Volker**, Menschenwürde und Existenzminimum, NVwZ 1995, 426–432.
- Opperman, Dagmer**, Leistungseinschränkungen und Sanktionen als Mittel zur Bewältigung der Flüchtlingswelle, ZESAR 2017, 55–62.
- Pfersich, Andreas**, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 6.10.2020 - C-181/19, ZAR 2021, 82.
- Rixen, Stephan**, Zwischen Hilfe, Abschreckung und Pragmatismus - Gesundheitsrecht der Flüchtlingskrise, NVwZ 2015, 1640–1644.
- Rixen, Stephan**, Abschied vom Sozialstaat der Sanktionen?: Das Urteil des BVerfG vom 5.11.2019 zu den Sanktionen im SGB II („Hartz IV“), SGb 2020, 1–8.
- Rosenow, Roland**, Widersprüchlich bis in Mark, KJ 2021, 413–422.
- Rothkegel, Ralf**, Das Gericht wird's richten - das AsylbLG-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und seine Ausstrahlungswirkungen, ZAR 2012, 357–369.
- Schreiber, Frank**, Anmerkung zu BVerfG, 1. Senat, Nichtannahmebeschluss vom 12.5.2021 - 1 BvR 2682/17 = SGb 2021, 695-697., SGb 2021, 697–702.
- Schubert, Hartmut**, Sozialhilfe für Ausländer -- Konsequenzen der Neufassung der § 120 Abs. 2 BSHG im Rahmen des Haushaltsbegleitgesetzes 1984 --, InfAuslR 1984, 80–81.
- Seidl, Julian**, Die Leistungskürzungen des AsylbLG unter dem Damoklesschwert der Verfassungswidrigkeit: Eine Untersuchung von § 1a AsylbLG im Lichte der Vorgaben des BVerfG-Urteils vom 5.11.2019 und der Aufnahme-Richtlinie, ZESAR 2020, 213–217.
- Stolleis, Michael / Schlamelcher, Gudrun**, Zur Verfassungsmäßigkeit des § 120 BSHG: Ist die generelle Kürzung der Sozialhilfe (§ 120 BSHG) für eine Personengruppe mit dem Grundgesetz und dem System des BSHG vereinbar?, NDV 1985, 309–317.
- Thym, Daniel**, Sozialhilfe für erwerbsfähige Unionsbürger: Das Bundessozialgericht auf Umwegen, NZS 2016, 441–445.
- Tiedemann, Paul**, Anmerkung zu BVerfG, Urt. v. 18.7.2012 - 1 BvL 10/10, 2/11 -, NVwZ 2012, 1031–1033.
- Ulmer, Mathias**, Grenzlose Sozialhilfe für EU-Ausländer?, ZRP 2016, 224–226.
- Ulmer, Mathias**, Menschenwürde im Kontext der EU-Binnenmigration, DVBl 2017, 482–485.

Voigt, Claudius, Asylbewerberleistungsgesetz: Feindliche Übernahme durch das Ausländerrecht, info also 2016, 99–107.

Voigt, Claudius, »Aushungern« als Instrument der Migrationskontrolle?; Der Ausschluss von EU-Bürgerinnen und EU-Bürgern von existenzsichernden Leistungen, Asylmagazin 2017, 25–32.

Voigt, Claudius, Das »Gespenst des Sozialtourismus« ist (vorerst) vertrieben, Asylmagazin 2020, 446–468.

【英語文献：書籍】

Guild, E., Peers, S., & Tomkin, J. (2014). *The EU Citizenship Directive: A Commentary*. Oxford Univ Press.

【邦語文献：書籍】

愛敬浩二(編)『人権の主体』(法律文化社, 2010)

赤坂正浩 『憲法講義(人権)』(信山社, 2011)

芦部信喜 『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣, 1994)

芦部信喜 『憲法〔第七版〕』(岩波書店, 2019)

新井信之 『憲法と国際人権の諸相—子ども・家族・外国人の日米比較—』(成文堂, 2022)

移住者と連帯する全国ネットワーク(編)『外国人の医療・福祉・社会保障 相談ハンドブック』(明石書店, 2019)

市川正人 『基本講義 憲法〔第2版〕』(新世社, 2022)

植木俊哉/中谷和弘(編集代表)『国際条約集〔2022年版〕』(有斐閣, 2022)

植野妙実子 『基本に学ぶ憲法』(日本評論社, 2019)

大須賀明 『憲法』(青林書院, 1996)

大沼保昭 『新版 単一民族社会の神話を超えて—在日韓国・朝鮮人と出入国管理体制』(東信堂, 1993)

岡本奈穂子 『ドイツの移民・統合政策—連邦と自治体の取り組みから—』(成文堂, 2019)

小川政亮著作集編集委員会(編)『社会保障と平和・国籍・被爆者』(大月書店, 2007)

大日方信春 『憲法Ⅱ 基本権論〔第2版〕』(有信堂高文社, 2018)

笠木映里/嵩さやか/中野妙子/渡邊絹子 『社会保障法』(有斐閣, 2018)

菊池馨実 『社会保障法〔第3版〕』(有斐閣, 2022)

栗城壽夫/戸波江二(編著)『現代青林講義 憲法〔補訂版〕』(青林書院, 1997)

後藤光男 『永住市民の人権—地球市民としての責任—』(成文堂, 2016)

- 近藤潤三 『ドイツ移民問題の現代史—移民国への道程—』 (木鐸社, 2013)
- 憲法理論研究会(編) 『憲法の可能性』 (敬文堂, 2019)
- 小山進次郎 『改訂増補 生活保護法の解釈と運用(復刻版)』 (全国社会福祉協議会, 1975)
- 佐藤功 『日本国憲法概説〈全訂第5版〉』 (学陽書房, 1996)
- 佐藤幸治 『日本国憲法論〔第2版〕』 (成文堂, 2020)
- 渋谷秀樹/赤坂正浩 『憲法1 人権〔第8版〕』 (有斐閣, 2022)
- 自由人権協会(編) 『憲法の現在』 (信山社, 2005)
- 生活保護問題対策全国会議(編) 『外国人の生存権保障ガイドブック—Q&A と国際比較でわかる生活保護と医療』 (明石書店, 2022)
- 出入国管理法令研究会(編) 『注解・判例 出入国管理実務六法〔令和4年版〕』 (日本加除出版, 2021)
- 庄司克宏 『はじめてのEU法』 (有斐閣, 2015)
- 鈴木江理子/児玉晃一(編著) 『入管問題とは何か—終わらない〈密室の人権侵害〉』 (明石書店, 2022)
- 鈴木秀美/三宅雄彦(編) 『〈ガイドブック〉ドイツの憲法判例』 (信山社, 2021)
- 昔農英明 『「移民国家ドイツ」の難民庇護政策』 (慶應義塾大学出版会, 2014)
- 副田義也 『生活保護制度の社会史〔増補版〕』 (東京大学出版会, 2014)
- 高田敏/初宿正典(編訳) 『ドイツ憲法集〔第8版〕』 (信山社, 2020)
- 高藤昭 『外国人と社会保障法—生存権の国際的保障法理の構築に向けて—』 (明石書店, 2001)
- 田畑洋一 『現代ドイツ公的扶助序論』 (学文社, 2014)
- 玉蟲由樹 『人間の尊厳保障の法理—人間の尊厳条項の規範的意義と動態』 (尚学社, 2013)
- 手塚和彰 『外国人と法〔第3版〕』 (有斐閣, 2005)
- ドイツ憲法判例研究会(編) 『ドイツの憲法判例〔第2版〕』 (信山社, 2003)
- ドイツ憲法判例研究会(編) 『ドイツの憲法判例II〔第2版〕』 (信山社, 2006)
- ドイツ憲法判例研究会(編) 『ドイツの憲法裁判〔第二版〕: 連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』 (中央大学出版部, 2013)
- ドイツ憲法判例研究会編 『ドイツの憲法判例IV』 (信山社, 2018)
- 戸田五郎 『国際人権法・庇護法研究』 (信山社, 2022)
- 長尾一紘 『日本国憲法〔第3版〕』 (世界思想社, 1997)
- 長尾一紘 『日本国憲法〔全訂第4版〕』 (世界思想社, 2011)
- 中村民雄/須網隆夫(編著) 『EU法基本判例集〔第3版〕』 (日本評論社, 2019)
- 樋口陽一 『憲法〔第4版〕』 (勁草書房, 2021)
- 藤井俊夫 『憲法と人権 I』 (成文堂, 2008)
- 古瀬徹/塩野谷祐一(編) 『先進諸国の社会保障④ ドイツ』 (東京大学出版会, 1999)

ボード・ピエロートほか(著)/永田秀樹ほか(訳)『現代ドイツ基本権〔第2版〕』(法律文化社, 2019)

本間浩 『個人の基本権としての庇護権』(勁草書房, 1985)

松本勝明 『労働者の国際移動と社会保障: EUの経験と日本への示唆』(旬報社, 2018)

宮沢俊義 『法律学全集4 憲法II〔新版〕』(有斐閣, 1971)

棟居快行 『憲法講義案II 理論演習2』(信山社, 1993)

棟居快行 『憲法解釈演習(人権・統治機構)〔第2版〕』(信山社, 2009)

山脇康嗣 『〔新版〕詳説 入管法の実務—入管法令・内部審査基準・実務運用・裁判例—』(新日本法規, 2017)

『生活保護手帳 別冊問答集 2018年度版』(中央法規, 2018)

【邦語文献: 雑誌】

浅川聖 「日本の『内』への難民政策の特徴—難民認定申請者に対する『管理』と『保護』を中心に—」 横浜国際経済法学 21巻3号 377-409頁 (2013)

池谷秀登 「生活保護第一次適正化時の在日朝鮮・韓国人の状況」 東京社会福祉史研究 9号 25-48頁 (2015)

池谷秀登 「生活保護第一次適正化における在日朝鮮・韓国人への対応」 東京社会福祉史研究 10号 61-76頁 (2016)

石塚壮太郎 「『生存権』の法的性質—主観的権利としての成立とその意義—」 法学政治学論究 110号 101-134頁 (2016)

石塚壮太郎 「ドイツにおける社会国家の変容と憲法の応答—社会国家と憲法の動態—」 比較憲法学研究 33号 45-71頁 (2021)

石塚壮太郎 「求職者のための基礎保障における制裁とその比例的限界—社会法における制裁判決」 自治研究 97巻2号 151-159頁 (2021)

泉徳治 「マクリーン判決の間違い箇所」 判例時報 2434号 133-145頁 (2020)

稲葉奈々子 「特集1 省庁交渉2021 貧困・コロナ対策」 M-ネット: 移住労働者と連帯する全国ネットワーク情報誌 220号 9頁 (2022)

上田真理 「社会保障法における個人の役割と受給の制約(1)—『自己責任』論の批判的検討—」 東洋法学 60巻1号 213(138)-245(106)頁 (2016)

上田真理 「社会保障法における個人の役割と受給の制約(2・完)—「自己責任」論の批判的検討—」 東洋法学 62巻1号 35-75頁 (2018)

大橋毅/児玉晃一 「『全件収容主義』は誤りである」 移民政策研究 1号 85-103頁 (2009)

小川昂子 「難民認定申請者への生活保護費の打ち切り」 部落解放 630号 114-117頁 (2010)

奥貫妃文 「外国人の生活保護の法的権利に関する考察—福岡高裁判決(福岡高判平 23・

- 11・15)の意義と課題」 賃金と社会保障 1561号 10-25頁 (2012)
- 葛西まゆこ 「永住的外国人と生活保護制度・コメント—福岡高裁 2011(平成 23)年 11 月 15 日判決—」 国際人権 24号 84-87頁 (2013)
- 神野直子 「『貧困移民』の大量流入を懸念する与党 CSU が『給付金の不正受給者は国外追放』と見解出し波紋」 週刊金曜日 979号 39頁 (2014)
- 木下秀雄 「最低生活保障制度に関する立法裁量と人間の尊厳：ドイツ連邦憲法裁判所 2019年 11月 5日判決の検討」 龍谷法学 53巻 3号 131頁 (2020)
- 久保山亮 「非正規滞在者の「シティズンシップ」：ドイツにおける国家と市民社会アクターの行動」 移民政策研究 11号 128-144頁 (2019)
- 倉田聡 「外国人の社会保障」 ジュリスト 1101号 46-50頁 (1996)
- 小林公夫 「ドイツの議会制度」 調査と情報—ISSUE BRIEF— 1055号 1-13頁 (2019)
- 小林武 「在日外国人の生活保護受給権—神戸地裁 1995年 6月 19日判決—」 南山法学 19巻 4号 105-126頁 (1996)
- 柴田憲司 「比例原則と目的審査—自由権制限の局面を中心に—」 法学新報 120巻 1・2号 201-256頁 (2013)
- 柴田憲司 「縮小する社会と生存権—『連帯』と憲法二十五条との関係をめぐるとの考察—」 公法研究 82号 109-121頁 (2020)
- 柴田憲司 「生活保護の制裁的な減額と比例原則—近時のドイツ判例をめぐるとの議論状況の覚書—」 法学新報 127巻 7・8号 251-284頁 (2021)
- 嶋田佳広 「ドイツの保護基準における最低生活需要の充足—連邦憲法裁判所違憲判決を契機として」 賃金と社会保障 1539号 4-23頁 (2011)
- 嶋田佳広 「ドイツ公的扶助における構造原理としての需要充足原理」 札幌学院法学 34巻 1号 85-143頁 (2017)
- 清水泰幸 「外国人生活保護の法的構造と不利益取扱いに対する救済方法」 賃金と社会保障 1960号 48-60頁 (2017)
- 庄谷怜子ほか 「ドイツ連邦共和国における外国人に対する社会扶助」 社会問題研究 42巻 2号 77-109頁 (1993)
- 庄谷怜子ほか 「ドイツ連邦共和国における外国人に対する社会扶助・完」 社会問題研究 43巻 1号 113-136頁 (1993)
- 関根有紀 「非定住外国人への生活保護適用」 社会保障判例百選 第4版〔別冊ジュリスト No. 191〕 10-11頁 (2008)
- 高橋和 「EUにおける人の移動と社会保障—『社会保障ツーリズム』という言説—」 山形大学紀要(社会科学) 46巻 2号 1-18頁 (2016)
- 田中宏 「外国人の生活保護受給権、その前後左右—大分地裁の二つの判決にふれて」 賃金と社会保障 1534号 4-17頁 (2011)
- 土谷岳史 「EU シティズンシップとネイション-ステート—セキュリティ、平等、社会的

- 連帯一」 慶應法学 4号 123-196頁 (2006)
- 永田秀樹 「ドイツにおける生存権保障とハルツ IV 判決」 法と政治 69巻 1号 129-164頁 (2018)
- 中村圭介 「西独における外国人労働者政策の展開：『受け入れ』から『制限』そして『統合』へ」 日本労働協会雑誌 348号 56-66頁 (1988)
- 名古屋道功 「EU 市民に対する特別の無抛出手当の不支給と平等取扱い原則」 国際商事法務 43巻 5号 750-754頁 (2015)
- 西村枝美 「ドイツにおける社会権の法的性質と審査基準」 關西大學法學論集 62巻 4-5号 1323-1375頁 (2013)
- 西村枝美 「老齡加算訴訟—憲法の観点から—」 關西大学法学論集 66巻 2号 68-80頁 (2016)
- 西片聡哉 「外国人の生活保護」 平成 23 年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊 No. 1441〕 299-300頁 (2012)
- 橋本陽子 「『社会保障ツーリズム』における社会扶助受給権の存否」 法律時報 89巻 10号 119-122頁 (2017)
- 早川智津子 「永住者の在留資格を有する外国人と生活保護法」 季刊労働法 241号 182-192頁 (2013)
- 檜山怜美 「外国人への退去の『強制』がもたらした現状：個人の権利と尊厳を守る先にあるもの」 移民政策研究 14号 177-189頁 (2022)
- 前田雅子 「社会保障における行政法の課題」 行政法研究 20号 191-200頁 (2017)
- 松本勝明 「EU 市民の EU 域内での自由移動と社会給付の受給—日本への示唆—」 公共政策学 9巻 127-140頁 (2015)
- 松本勝明 「外国人に対する社会保障—ドイツにおける基本的考え方—」 社会関係研究 25巻 2号 27-47頁 (2020)
- 松本勝明 「庇護申請者に対する最低生活の保障：ドイツ庇護申請者給付法」 社会関係研究 27巻 1号 73-93頁 (2021)
- 松本奈津希 「生存権の自由権的側面による最低生活保障—ドイツ連邦憲法裁判所の判例を素材として—」 一橋法学 17巻 1号 65-148頁 (2018)
- 松本奈津希 「最低生活保障の交錯的構造—連邦憲法裁判所判例と連邦社会裁判所による行政裁量の枠付け—」 一橋法学 19巻 2号 333-404頁 (2020)
- 三輪まどか 「外国人と生活保護」 南山大学紀要『アカデミア』社会科学編 3号 141-154頁 (2012)
- 棟居快行 「異国で死なない権利【外国人医療費住民訴訟】」 法学セミナー 476号 82-86頁 (1994)
- 和田肇 「ドイツにおける失業者の協力義務と違反に対する制裁—解題」 労働法律旬報 1959号 29-38頁 (2020)

渡辺富久子 「ドイツにおける難民に関する立法動向—人間の尊厳にふさわしい待遇を目指して—」 外国の立法 264号 64-75頁 (2015)

渡辺富久子(訳) 「庇護申請者給付法」 外国の立法 264号 76-84頁 (2015)

渡辺豊 「外国人の生活保護受給権(福岡高裁裁判所平成23年11月15日判決：生活保護開始決定義務付け等請求控訴事件)」 法政理論 45巻 2号 172-199頁 (2012)