



Title	社会権の法理
Author(s)	中村, 睦男
Citation	北大法学論集, 52(3), 39-52
Issue Date	2001-11-20
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15093">http://hdl.handle.net/2115/15093</a>
Type	bulletin (article)
File Information	52(3)_p39-52.pdf



[Instructions for use](#)

## 社会権の法理

中村睦男

一九六一年に大学院に入学して以来四〇年間にわたって、憲法学の研究に従事しているが、主要な研究テーマの一つが社会権であります。社会権とは、憲法の条文でいうと、二五条の生存権、二六条の教育権、二七条の労働権および二八条の労働基本権がこれにあたり、伝統的な人権である自由権と区別するのが一般的になっております。この講演では、私の四〇年間にわたる社会権研究の跡をたどってみたいと考えております。

講 (1) 一九五〇年代における社会権研究の状況

私が学部で憲法の勉強をしていた時代において、憲法全般にわたる本格的な注釈書として、法学協会『註解日本国憲法(上)(下)』(有斐閣・一九五三年、一九五四年)があつたほか、本格的な憲法体系書は、有斐閣の法律学全集のなかの清宮四郎『憲法Ⅰ』(有斐閣・一九五七年)と宮沢俊義『憲法Ⅱ』(有斐閣・一九五九年)でありました。人権の部分を扱った宮沢『憲法Ⅱ』は、私の学部三年生の時に出版され、大学院に入ってからフランスの社会権研究に取り組みきつかけになったといえます。宮沢『憲法Ⅱ』が、社会権の章にわずか六頁しかさいていないということは、社会権が憲法研究者によって取り組まれていない研究分野であると考えたことと、人権の歴史と理論を詳しく叙述し、「自由国家的人権宣言」と「社会国家的人権宣言」を区別し、社会権の考え方の起源をフランス一七九三年のロベスピエール憲法草案に求めていたことに興味をもったからです。

(2) 北大法学部における最初の研究と最後の研究

大学院での修士論文に手を加えたのが、①「フランス憲法における社会権の発展(一)」「(三)」北大法学論集一四巻二号、一五巻一号、二号(一九六三〜一九六四年)で、一七八九年のフランス人権宣言から一九五八年の現行第五共和制憲法にいたるフランス憲法史のなかで社会権がどのように認められるようになってきたかという歴史研究を行つてお

ります。

②「フランス憲法における社会権について」比較法研究二七号（一九六六年）「比較法学会報告」は、①の研究をもとに比較法学会で行った報告を要約したものです。

大学院修士課程修了後、法学部助手として研究に専念する機会が与えられ、この間一九六五年一〇月から約二年間フランスのポアチエ大学にフランス政府給費生として留学して、フランスの社会権の研究に従事しました。

③「歴史的・思想的にみた社会権の再検討」法律時報四三卷一号（一九七一年）「憲法理論研究会報告」は、助手時代に書いた「フランス憲法における社会権法理の形成」の結論の部分を、当時若手憲法研究者で作られた憲法理論研究会の第一回全国研究総会で、「社会権の再検討」という統一テーマの下で報告したものです。

④「社会権法理の形成」（有斐閣・一九七三年）は、助手論文に手を加えて、現在も継続的に出されている「北海道大学法学部叢書」の六冊目として出版させていただいたものです。

⑤「生存権と社会保障制度」ジュリスト一一九二号（二〇〇一年）および⑥「フランス憲法における社会権の保障」『欧州統合の下でのフランス憲法構造変容の研究』平成二一年度～平成二二年度科学研究費補助金（基盤研究（B）（1））研究成果報告書（二〇〇一年）は、私が北大法学部在職中に書いた最後の研究論文です。北大法学部での研究は、社会権で始まり、社会権で終わっているというのも、今日の最終講義のテーマとして社会権を選んだ理由であります。

### (3) 社会権再検討の要点

社会権の再検討として提示した点は、次のような内容になっております。当時の通説的見解であった民法学者我妻栄の「生存権の基本権」は、「自由権の基本権」と「社会権の基本権」の区別について、第一に、前者が「自由」という色調をもつものに対して、後者は「生存」という色調をもつこと、第二に、人権の保障の方法について、前者が「国家権力の消極的な規整・制限」であるのに対して、後者は「国家権力の積極的な配慮・関与」であるとしていました。これに対して、私は、③論文と④著書で、第一点については、社会権の基底には自由権が存在し、自由権と社会権が相互に関連していること、第二点については、労働者を中心とする利害関係者の集団的権利・自由を軸とし、国家の介入を補充的なものととどめるする「下からの社会権」論を提唱しました。「下からの社会権論」は、当事者の自主的活動を強調して国家の役割を当事者の自主的活動を補充する二次的なものととどめることによつて、国家権力が強大になることを防ごうとするものであります。このような考え方は、フランスの社会権の思想および理論から着想を得たもので、フランスの法社会学者ギュルヴィチが、社会権を経済的弱者を保護するための国家の介入と捉える説に対して、それが、「経済的に恵まれない者および社会的に抑圧された者を、もっぱら国家の恩恵的措置の受動的な受益者および名宛人としてしかみていない」ことから、「民主主義と自由にとつて危険である」と批判していることに特に注目しました。なお、④著は、法学博士の学位取得論文で、フランスにおける社会権の思想史および理論史を中心とし、社会権のうちでも労働基本権を主として扱ったものです。

## 二 個別社会権の法的権利性の主張

その後の私の社会権研究は、憲法二五条の生存権、二六条の教育権、二七条の労働権、二八条の労働基本権という個

別の社会権を取り上げて、その法的権利性を主張することに向けられていきました。特に、社会権が問題になった憲法裁判を念頭に置いて、生存権については、プログラム規定説に対する法的権利説の主張、教育権については、教育の自由の主張、労働基本権については、特に労働基本権の自由権的側面としてのストライキの刑事上の自由を主張するものであります。

一九八〇年代前半までの研究業績で個別社会権の解釈論としてまとめたのが、⑦「生存権」「労働権」「労働基本権」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権②』（有斐閣・一九八一年）で、かなり詳しい論点にまで触れ、力を入れて書いた論稿です。また、この時期に書いた生存権、教育権、労働基本権に関する主要な論文は、⑧『社会権の解釈』（有斐閣・一九八三年）に収めております。

### (1) 教育権

前記の④著書が、教育権を全く扱わなかった点を補うことと、教育権は、その他の社会権と比べても人の精神活動に関わる点で自由権との関わりが一層強いことに着目して、⑨「フランスにおける教育の自由法理の形成（一）（二）」北大法学論集二三巻二号、二四巻一号（一九七二～一九七三年）を執筆しました。

フランス法での教育の自由論は、真理教育の観点から公教育の政治権力からの独立を説くフランス革命期の思想家コンドルセや第三共和政下の代表的公法学者であるデュギーの教育の自由論が学界でも注目されていたところであります。この論文は、フランスの人権論では、教育の自由が憲法上の権利として位置づけられていることを明らかにするとともに、フランス革命期以来教育の自由がどのように歴史的に形成されてきたかという問題を議会の議事録をはじめと

する第一次資料を使って検討したものです。私がフランス革命期の教育の自由論で最も注目したのが、真理教育の観点から政治権力からの教育の独立を説いたコンドルセで、「人間はその未知の限界がたとえ存在するにしても現在考えるところをはるか越えている完全可能性を自然から授かっており、新しい真理の認識が人間にとってその幸福と栄光の源泉であるこの悦ばしい能力を発達させる唯一の手段であるから、一体いかなる権力が人間に、諸君が知る必要があることはこれである、諸君が止まらなければならない限界はこれである、という権利を保有できるであろうか。真理のみが有用であり、すべての誤謬は悪であるから、いかなる権力であるといえども、いかなる権利によつてどこに真理が存在し、誤謬があるかを敢えて決定しうるであろうか」という言葉は、教育権の独立の本質を表現したものと いえます。

国家は、「学校において、何らかの学説の教育を禁止することも、強制することもできない<sup>3)</sup>」く、「学説を持つべきではなく、すべての学説を尊重しなければならない」というデュギーの指摘は、教育の自由の本質に触れるものであります。当初の計画では、第三共和政下の公教育体制の成立まで扱う予定であったが、フランス革命期とナポレオン帝政期までで、一五〇頁を越える論文になり、私が教授に昇任する際に主たる審査対象論文になったものです。

教育権に関する学説および実務の関心は、教育内容を決定する権能が国民にあるのか、それとも国家にあるのかという「国民教育権」説と「国家教育権」説との対立、教育の自由が憲法上の権利として認められるかというところにあります。特に、一九七〇年七月一七日に出された家永教科書検定第二次訴訟の東京地裁判決（いわゆる杉本判決・判例時報六〇四号二九頁）が、「国民教育権」説の立場をとって、教育の自由を認め、議論の素材とされたのです。これに對して、一九七四年七月一六日に出された家永教科書検定第一次訴訟の東京地裁判決（いわゆる高津判決・判例時報七五一号四七頁）は、「国家教育権」説の立場から、教育の自由に消極的な態度をとり、現代の公教育ないし福祉国家においては教育の私事性が捨象されて、国が国民の付託に基づいて公教育を実施する権限を有するという考え方を明らかに

にしたものです。

⑩ 「公教育における教育の自由」ジュリスト五七〇号（一九七四年）は、高津判決の基礎にある、社会権としての教育権は自由権と峻別され、教育の自由を排除するという考え方に対して、社会権としての教育権は教育の自由を前提にする人権であることを主張して、この判決を批判したものです。

⑪ 「教育の自由」奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学2』（有斐閣・一九七六年）は、教育の自由のまとまった論文で、教育の自由と一口にいつても、親の家庭教育の自由および学校教育選択の自由、私立学校の教育の自由、教師の教育の自由、子どもの学習の自由、国民の教科書その他教材発行の自由など、権利の主体によって異なった内容を有する権利であることを明らかにしました。なお、教育の自由との関連で、「教育を受けさせる義務は通学の義務まで、含むか」という問題に対して、「子どもの教育を受ける権利の保障は画一的な教育ではなく、子どもの個性に合った教育を要請し、また親の思想信条にもとづく教育の自由が重要であることを考えると、学校教育には一定の限界があるので、親が家庭教師や私塾など学校外において教育を受けさせる義務を履行することが教育の自由の一環として、認められてよいように考えられる」（同右書一九一頁）と指摘した点については、中川明教授にも注目していただいた。<sup>(4)</sup>

## (2) 労働基本権

⑫ 「労働基本権」芦部信喜・池田政章・杉原泰雄編『演習憲法』（青林書院新社・一九七三年）は、労働基本権の解釈論を行った最初の論文です。

労働基本権が社会権といっても、憲法二八条による労働基本権の保障の様子は、第一に、国家の刑罰権からの自由（い

わゆる刑事免責)、第二に、民事上における使用者の経済的自由権(契約の自由ないし私的所有の自由)の制限(いわゆる民事免責)、第三に、行政委員会たる労働委員会による救済(不当労働行為制度)という三つの側面をもっていることを明らかにしました。これを国家との関係でいうと、第一の国家の刑罰権からの自由はまさしく国家からの自由であり、第二の側面は、使用者と労働者という私人間の関係に国家が介入して経済的弱者たる労働者に有利に契約の自由ないし私的所有の自由の原則を修正することであり、第三の側面である不当労働行為制度は、国家の行政が積極的に介入して労働者の権利を救済することです。第一の側面は自由権保障の論理によって正当化されるのに対して、第二の側面で使用者の経済的自由権を労働者に有利に修正するのは、労働基本権の保障が労働者の生存権の保障を基本理念とすることに求められ、そこに社会権としての労働基本権の意味があると解するのです。

このような労働基本権の捉え方は、一九六六年一月二六日に出された全通東京中郵事件最高裁判決(刑集二〇巻八号九〇一頁)からも示唆を受けました。第一の労働基本権の刑事上の自由について、この判決は、「勤労者の争議行為等に対して刑事制裁を科することは、必要やむを得ない場合に限られるべきであり、同盟罷業、怠業のような単純な不作為を刑罰の対象とするについては、特別に慎重でなければならぬ」とし、その理由について、「けだし、現行法上、契約上の債務の単なる不履行は、債務不履行の問題として、これに契約の解除、損害賠償責任等の民事的法律効果が伴うにとどまり、刑事上の問題としてこれに刑罰が科せられないのが原則」であり、このことは、「人権尊重の近代的思想」からも当然であると説明しています。第二の側面に関しては、「労働基本権の保障の狙いは、憲法二五条に定めるいわゆる生存権の保障を基本理念とし、勤労者に対して人間に値する生存を保障すべきものとする見地に立ち」、「憲法二八条の定めるところによって、経済上劣位に立つ勤労者に対して実質的な自由と平等とを確保するための手段として、その団結権、団体交渉権、争議権等を保障しようとするものである」判示しているところだ。

公務員のストライキを原則的に刑事上不可罰とした全通東京中郵事件判決は、その後、一九六九年四月二日の都教組事件判決（刑集二三卷五号三〇五頁）および全司法安保六・四事件判決（刑集二三卷五号六八五頁）によって判例として踏襲されました。ところが、一九七三年四月二五日の全農林警職法事件判決（刑集二七卷四号五四七頁）は、判例変更を行い刑事罰による公務員のストライキの一律禁止を合憲と判断した。この判例変更は、新たに任命された裁判官が長官を含む多数派を形成して八対七の僅少差でなされたために、判例変更のあり方についても論議の対象になりました。

⑬ 「公務員の労働基本権」全農林警職法事件上告審判決」ジュリスト増刊・基本判例解説シリーズ『憲法の判例』二第三版（一九七七年）は、全農林警職法事件判決に対して、労働基本権の基本的人権としての意味が弱められていることと、公務員の労働基本権を制限する論拠として用いられている全体の奉仕論、勤務条件法定主義、財政民主主義論、歯止め欠如論、代償措置論に批判を加えたものです。

労働基本権については、全農林警職法事件判決が判例として確立していったことがあり、また、国鉄が民営化され、公務員のストライキも實際上殆ど行われなくなったことにより、学説の関心から離れていったといえます。

### (3) 生存権

先に紹介した憲法施行初期の通説的学説である我妻栄の生存権の基本権論では、生存権を典型的な権利とする生存権の基本権は、「一種特別の権利」であり、生存権の自由権的側面については、それを積極的に侵害する立法、行政および私人の行為は、裁判所によってその効力が否定されることが認められるのに対して、生存権の請求権的側面については、国家が生存権実現のために必要な立法や適当な施設をしないときには、憲法の規定では、いまだ国家に対する具

体的な請求権を認めるに至っておらず、またその怠慢は憲法違反としても、裁判所の法令審査権では是正できないと解されてきました。<sup>(5)</sup> また、初期の代表的な憲法注釈書である『註解日本国憲法』は、生存権の請求権的側面については、「積極の意味における生存権の確保という点については、国が常に、そのことにつき努力すべきであるという、将来の政治や立法に対する基本的な方向を指示したものである」とあり、「このような努力を国が怠った場合、即ち生存権に対する、いわば消極的な侵害に対しては、特別の法的救済は予定されていないことから、それは法律的にはプログラムの意義のものである」として、プログラム規定説の立場を明らかにしています。<sup>(6)</sup>

生存権の法的性格をめぐる学説の展開として、プログラム規定説を克服する理論づけが行われていきます。学説の発展の契機となったのが、一九六〇年一月一九日に出された朝日訴訟東京地裁判決（判例時報二四一号二頁）であります。朝日訴訟は、憲法二五条の生存権を具体化する法律である生活保護法に基づいて厚生大臣が定める生活保護基準の合憲性が争われた訴訟であるが、東京地裁判決は、憲法二五条と生活保護法を一体として把握することによって、医療扶助を受けて病院に入院している生活保護受給者の日用品費を一ヶ月六〇〇円と定める生活保護基準が実質的には憲法二五条に違反すると判断したのであります。

学説では、抽象的権利説の先駆的学説といえる池田政章教授のプログラム規定積極説<sup>(7)</sup>と、大須賀明教授の具体的権利説<sup>(8)</sup>が代表的なものであります。

⑭「生存権の法的性格―堀木訴訟控訴審判決をめぐって」法律時報四八巻五号（一九七六年）は、児童扶養手当と障害福祉年金との併給を禁止する児童扶養手当法の規定そのものが憲法二五条に反することが争われた事案で、憲法二五条の一項と二項を区分して、二五条一項に裁判規範として強い効力を認める憲法二五条一項・二項区分論を採用した一九七五年一月一〇日の堀木訴訟大阪高裁判決（判例時報七九五号三頁）を素材にして生存権の法的性格の問題を論じ

た論文です。

この論文では、従来から学説で論じられているプログラム規定か否かという議論は、生存権が憲法二五条のみを根拠に国に対して積極的給付を要求しうる具体的権請求権でないから直ちにプログラム規定であるとすると妥当ではなく、生存権が憲法二五条のみを根拠に国家に対して積極的給付を求める場合以外の形態においては、生存権規定の自由権的側面を争う形態、さらに堀木訴訟のように国の作為を定める法律の存在を前提に、その法律に基づく裁判のなかで生存権違反を争う形態では、一定の裁判規範としての効力を有する法的権利であることを明らかにしたのです。また、堀木訴訟控訴審判決の憲法二五条一項・二項区分論に対する私の評価は、憲法二五条で保障された生存権に対して緩やかな違憲審査基準を用いる場合と、より厳しい違憲審査基準を用いる場合の二つに分ける考え方そのものは妥当であるが、より厳しい違憲審査基準が適用される場合を、憲法二五条一項の生活保護法による公的扶助に限定した点が問題であるとするもので、憲法二五条の違憲審査基準として、人間としての「最低限度の生活」の保障と、より快適な生活の保障との間に、立法府の裁量の幅の広狭を認め、前者の場合に、より厳格な審査基準を採用すべきことを主張しました。

⑮ 「生存権」中村睦男・永井憲二『生存権・教育権』（法律文化社・一九八九年）は、明治憲法下の日本における生存権思想の形成、第二次大戦後の生存権理論の展開、朝日訴訟、牧野訴訟、藤木訴訟、堀木訴訟での裁判による生存権の主張、生存権の法的内容、生存権と環境権を内容とする生存権のまとまったものです。

### 三二 社会権の新しい展開

#### (1) 教育権

一九六〇年代から七〇年代にかけて教科書検定訴訟や学力テスト事件などの裁判をめぐって主張される教育権の内容は、国家に対して、親、子ども、教師が一体となって国民の教育権を主張するものでありました。これに対して、一九七〇年代後半以降になってから裁判で問題になってゆく内申書裁判、日曜日訴訟などでの教育権の主張は、学校・教師に対して、子ども・親の教育の自由をはじめとする人権を主張するところに特色があります。同じく教育の自由の主体として位置づけられる、教師の教育の自由と、子ども・親の教育の自由が正面から対立することになります。

特に、中川明教授が弁護士として大きな役割を果たした内申書裁判の第一審東京地裁一九七九年三月二十八日判決（判例時報九二二号一八頁）が、生徒の学習権を根拠にして、内申書における生徒の思想信条の自由および表現の自由にかかわる不利益な評定および特記事項への記載を教師の教育評価権の範囲を逸脱したもので違法であると判断して、注目されました。

⑯「学校における生徒の人権の保障」ジュリスト六九四号（一九七九年）は、学習権をはじめ子どもの人権を認めたい内申書裁判東京地裁判決を支持する立場で書いたものであります。なお、内申書裁判の上級審では、東京高裁一九八二年五月一九日判決（判例時報一〇四一号二四頁）、最高裁一九八八年七月一五日判決（判例時報一二八七号六五頁）とともに、生徒の学習権および思想信条の自由の侵害を認めませんでした。最高裁判決に対しましては、⑰判例評論三六三号（判例時報一三〇三号）の「最新判例批評」で批判しました。

## (2) 生存権と社会保障の理念

生存権がプログラム規定かそれとも法的権利かという問題は、二者択一的に考えるべきではなく、生存権は、一方で

は、裁判規範としての効力が認められるとともに、他方では、立法の指針として社会保障制度の構築にあたっての基盤となるべき権利であります。近年、北大法学研究科で育った社会保障法研究者から、優れた研究が出されているのが注目されます。菊池馨実『社会保障の法理念』（有斐閣・二〇〇〇年）は、政策論・制度論にわたる社会保障の権利論を展開しております。また、加藤智章『医療保険と年金保険』（北海道大学図書刊行会・一九九五年）は、フランスの医療保険制度と年金保険制度を対象に、倉田聡『医療保険の基本構造』（北海道大学図書刊行会・一九九七年）は、ドイツの疾病保険制度を対象にして、生存権と社会連帯の原理を結びつけることによって、基本的には当事者の自治とし、国家の役割を補充的なものにとどめる社会保障制度を構想するもので、私の「下からの社会権論」からみると同感するところ大きなものがあります。

### おわりに

私が三〇年前に社会権の基礎に自由権が存在し、社会権と自由権が相互に関連していることを強調した点については、今日では一般に承認されているといえます。さらに進んで、市場原理や経済的自由が強調され、社会権やその基盤にある福祉国家の理念そのものに批判的な見解も主張されるに至っています。

⑱ 「福祉国家のゆくえ」全国憲法研究会編『憲法問題10』（三省堂・一九九九年）および⑲ 「社会権の今日的課題」憲法理論研究会編『現代行財政と憲法』（敬文堂・一九九九年）では、福祉や教育における国家の積極的役割を強調し、人が人としての存在を全うするために社会権が自由権と並んで重要な人権であることを主張しました。福祉、教育、学術文化の根幹的な部分については、国家が担う責務があると考えます。フランス公法学の巨匠であるデュギーが

二〇世紀初頭に社会連帯の理論を思想的根拠に、社会連帯を増進すべき国家の積極的義務を主張し、公役務を中心に行政法体系を構築した意味を二一世紀の今日改めて確認すべきと考えております。

註

- (1) 我妻栄『新憲法と基本的人権』（国立書院・一九四八年）一一〇頁以下。
- (2) G. Gurvitch, *La déclaration des droits sociaux*, Paris, J. Vin, 1949, p. 74.
- (3) Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. V, 2<sup>e</sup> édit., Paris, 1925, p. 354.
- (4) 中川明『学校に市民社会の風を』（筑摩書房・一九九一年）八四頁。
- (5) 我妻・前掲書一三六―一四〇頁、同「基本的人権」国家学会編『新憲法の研究』（有斐閣・一九四七年）八七―八八頁。
- (6) 法学協会『註解日本国憲法上巻』（有斐閣・一九五三年）四八八―四八九頁。
- (7) 池田政章「プログラム規定における消極性と積極性（一）（二）」立教法学三号（一九六一年）三〇頁以下、同七号（一九六五年）二五頁以下。
- (8) 大須賀明「憲法上の不作為―生存権条項に即しての検討」早稲田法学四四卷一―二合併号（一九六九年）一四五頁以下、同「生存権」法律時報四一卷五号（一九六九年）七二頁以下、同「社会権の法理」公法研究三四号（一九七二年）一一三頁以下。

付記 本稿は、二〇〇一年四月二八日に北海道大学法学部で行われた最終講義の原稿を基に作成したものである。