HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「社会保障の権利」論（１）　－アメリカにおける議論を手がかりとして－
Author(s)	菊池, 馨実
Citation	北大法学論集, 47(1), 181-244
Issue Date	1996-05-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15663
Type	bulletin (article)
File Information	47(1)_p181-244.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

「社会保障の権利」論（一）

――アメリカにおける議論を手がかりとして――

菊池馨実

《目　次》

序　章　我が国の理論状況と本稿の目的・視角
第一章　アメリカ社会保障制度と権利論の展開
　第一節　アメリカ社会保障制度の形成と「特権」論
　第二節　「資格」論の樹立
　第三節　「資格」論の影響と「福祉権」構築の挫折
第二章　近時の議論の諸潮流

第一節　実体的「福祉権（Welfare Rights）」論
（一）　マイケルマンの「福祉権」論
（二）　トライブによる判例分析
（三）　一九八〇年代における理論展開
第二節　裁量論
第三節　法理学的アプローチ
第三章　アメリカにおける「社会保障の権利」論
おわりに

（以上、本号）

序章　我が国の理論状況と本稿の目的・視角

一

来るべき二一世紀超高齢社会の到来を目前にして、我が国の社会保障制度は、諸々の財政的・人的資源の制約要因を抱え変革を迫られつつある。具体的には、公的介護保険制度の導入がその一つの転機になると思われる。要保障事故として一般的にも、さらに政策担当官庁や学説においてもほぼ認知されつつある（老人）「介護」概念を中心に、医療・保健・福祉にかかわる従来の制度枠組が再編へと向かうことが十分に予想される。[1] また一九九四年法改正により支給開始年齢引き上げなどが実現して間もない公的年金を中核とする所得保障分野においても、いわゆる「一元化」問題など、

早晩改革論議が再燃するであろうことは想像に難くない。(2)

こうして、戦後日本経済の成長とともに発展を遂げたその一方で、現在様々な課題を抱えている我が国社会保障の分野に対しては、法律学のほか政治学・経済学・財政学・社会学・社会福祉学など様々な学問分野からアプローチがなされている。最近ではこうした社会保障制度・政策の分析・評価を行なう学として、「社会保障論」との呼称が用いられることも多い。(3) こうした中で、法律学においては、一九七〇年代以降本格的に「社会保障法」という法分野が形成されてきた。しかし、社会保障を分析対象とする様々な学問的アプローチのうち、社会保障法学の占める立場は、必ずしも主導的なものではなかった。その是非は措くとしても、社会保障制度改革をめぐっての発言・提言が社会的に注目される頻度や、政策担当官庁である厚生省の諸審議会等における学識経験者の構成に、その一端が示されている。(4) このことは、社会保障法学が法律学の中でも比較的歴史の浅い分野であることに加え、頻繁に法制度が改正され制度論・政策論が重視される分野であるにもかかわらず、従来の実定法学における研究手法は判例分析などによる法解釈論が中心であったこととも関連しているように思われる。(5)(6)

もっとも、歴史的にみれば、いわゆる朝日訴訟(7)をはじめとする裁判闘争などを契機として、我が国社会保障制度の発展に法律学的アプローチ、典型的にはいわゆる権利論的アプローチが大きな役割を果たしたことは見逃せない。(8) しかし一九八〇年代に入ると、こうした「権利主義的社会保障論」は、低成長の下でパイの増大が容易に望めなくなり、しかも社会保障費の膨張を不可避とする高齢化の急速な進行が予測される中で、その有効性を失ってきたとの評価が出されるに至った。(9) ただ留意すべきなのは、この見解も決して権利論の有効性を否定するものではないということである。社会保障による最低限の生存保障の強調、生存権の承認など、(10) そこには新たな形での「権利論」の必要性が示唆されている。そうだとすれば、「権利」概念をいわば武器とする法律学が社会保障分野で果たすべき役割は、決して失われては

いないと言わねばならない。(11)

(1) 例えば、厚生省高齢者介護対策本部事務局監修『新たな高齢者介護システムの確立について――老人保健福祉審議会中間報告――』（ぎょうせい、一九九五年）参照。

(2) 「公的年金制度の一元化について」（公的年金制度の一元化に関する懇談会報告書、一九九五年七月二六日）『週刊社会保障』一八四九号（一九九五年）四四頁以下参照。

(3) 古賀昭典編『社会保障論〔第二版〕』（ミネルヴァ書房、一九九五年）、田多英範『現代日本社会保障論』（光生館、一九九四年）、堀勝洋『社会保障法総論』（東京大学出版会、一九九四年）第一章、菅谷章『社会保障論』（日本評論社、一九九〇年）など。

(4) 例えば、二一世紀にも耐え得る我が国社会保障制度の将来像を検討するため社会保障制度審議会内に設置され、一九九三年二月に第一次報告、翌九四年九月に第二次報告を行なった社会保障将来像委員会の委員一〇名に法学者は含まれておらず、幹事一五名の中に二名（小早川光郎教授、堀勝洋教授）含まれていたにすぎない。

(5) 道幸哲也「社会保障法」（法学セミナー増刊『法学入門』（日本評論社、一九九五年）所収）八七頁。

(6) 法制度設計に関わる理論を体系的に展開した文献として、さしあたり平井宜雄『法政策学〔第二版〕』（有斐閣、一九九五年）。

(7) 東京地判昭三五・一〇・一九行集一一巻一〇号二九二一頁、東京高判昭三八・一一・四行集一四巻一一号一九六四頁、最大判昭四二・五・二四民集二一巻五号一〇四三頁。

(8) ただし副田義也「生活保護制度の展開――水準向上期――」『社会科学研究』四五巻三号（一九九三年）五七―六六頁（同『生活保護制度の社会史』（東京大学出版会、一九九五年）所収）は、朝日訴訟第一審判決が一九六一年度の生活保護基準大幅引き上げをもたらした主要因であるとの判断は事実でなくあくまで副次的要因の一つであった点、また控訴審以後の訴訟運動は思想運動の性格を強め政策提言能力を低下させた点、を指摘する。

(9) 福武直「社会保障と社会保障論」（社会保障研究所編『社会保障の基本問題』（東京大学出版会、一九八〇年）所収）一頁。

(10) 同論文一二頁。
(11) 遠藤昇三『社会保障の権利論』(法律文化社、一九九四年)六一八頁、坂本重雄「社会保障の『権利論』」『週刊社会保障』一三四九号(一九八五年)四五頁参照。

一

戦後我が国における「社会保障の権利」をめぐる議論は、主として憲法学の側からのいわゆる「生存権論」(その重要性は前述の福武論文でも承認されている[12])を中心に展開されてきた[13]。憲法第二五条の法的性格につき、判例・通説は当初プログラム規定説の立場にあり[14]、その後いわゆる朝日訴訟第一審判決[15]を契機として抽象的権利説・具体的権利説などの学説の展開をみたことは周知の通りである[16]。憲法学では、生存権が一定の範囲で裁判規範としての効力を有することを前提として、立法裁量との関係で違憲審査基準をどのように考えるかに関心が寄せられ、またいかなる訴訟類型においていかなる違憲審査基準によって生存権が裁判上保障されるかが検討されているといわれる[17]。これに対して、憲法第二五「条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するに適しない事項である[18]」との判示に見られるように、幾つかの最高裁判決を通して、基本的に広範な立法裁量・行政裁量に委ねられるとの判例の立場は、現在一応確立しているとみることができる[19][20]。

他方、社会保障法学においても「社会保障の権利」をめぐる一定の理論展開がなされてきた。なかでも先駆的業績と

して、小川政亮は、「真正面から『社会保障の権利』というテーマで論じた著書・論文は、わが国では、これまで見当らない」[21]中にあって、憲法第二五条に「わが国における生存権的基本権の総論的位置づけと社会保障の権利そのものの基礎とを見出」[22]すとともに、実体的給付請求権、手続的権利、自己貫徹のための権利（行政争訟の権利、行政参加の権利、団結・団体交渉権）などを含む社会保障の権利内容の明確化を試みた[23]。こうした権利論は、多分に運動論的色彩を持ち、その後「権利主義的社会保障論」との批判を受けるに至ったことは上述した。ただし、現在に至るまで、社会保障法学においても、生存権（実定法上は憲法第二五条）が我が国社会保障ないし社会保障法の一つの理念であることに異論をみない[24]。なかでも籾井常喜は、いわゆる「生存権の二重構造的把握」（憲法第二五条一項が人間としての「最低限度」の生活の保障（緊急的生存権）に対応するのに対し、同条二項は「最低限度」を上回る条件の維持・向上についての国家の努力を要求する権利（生活権）に対応すると捉える見方）を試み[25]、憲法学説からも注目を集めた[26]。これに対し、生存権理念を尊重しつつ、「自由」の契機にも着目し、より根源的に「人間の尊厳」（憲法第一三条前段参照）から社会保障の権利を普遍的に基礎づけようとの試みがみられる[27][28]。例えば、遠藤昇三は、生存権と自由という「現代的変容」を受けた二つの社会保障法の理念を統合する最高理念として、「人間の尊厳の原理」を導き出した上で[29]、同原理などを根拠とする独自の権利論を展開している[30]。

またこうした憲法ないし基本権レベルでの抽象的な「社会保障の権利」の基礎づけとは別に、我が国の実定法規定に即していわば実証法学的に権利の内実を明らかにしようとする試みは数多い。この中には、我が国法律学の伝統的手法である法解釈論を判例分析などを駆使しつつ展開し、一定の権利の導出を試みるもの[31]、比較法的分析を行いつつそこで得られた視角を我が国実定法レベルでの権利論に持ち込むもの[32]、などがある[33]。

この他、行政法学の側からも、いわゆる給付行政の一環としての社会保障行政に焦点を当て、権利の問題を扱うもの

がみられる。[34]

こうした従来の我が国における「社会保障の権利」論にみられる特徴としては、さしあたり以下の三点を指摘することができる。第一に、従来の議論の中心であった「生存権」そのものの理念的根拠づけが必ずしも十分にはなされてこなかったように見受けられることである。人権を「人間の尊厳」といった観念のみで根拠づけることの論理的飛躍の問題性が指摘される今日の理論状況下にあっては、[36]憲法第二五条という明文規定をもつ我が国においても、一つの人権である「生存権」の根拠をより深く探求することの必要性が問われているといわねばならない。とりわけ、本稿冒頭に述べたように諸々の財政的・人的資源の制約要因を抱え変革を迫られつつあるとの我が国社会保障制度の置かれた現状に鑑みれば、こうした理論的作業はなおさら愁眉の課題といえよう。[35]

第二に、生存権論をはじめとする従来の権利論は、主として裁判規範としての権利との視角から捉えられ、政策策定指針とのレベルでの権利の意義に着目することがあまりなかったことが挙げられる。[37]このことは、先に述べたように、社会保障分野においては頻繁に法制度が改正され制度論・政策論の展開が必要とされるにもかかわらず、従来の実定法学における研究手法は司法審査を念頭に置く法解釈論が中心であったことと関連している。

第三に、最近では社会保障法学の側から、社会福祉分野などにおける権利構造の理論的解明がなされつつあるとはいえ、[38]従来の権利論は、公的扶助（生活保護）制度を主たる対象として展開されてきたことが挙げられる。このことは、憲法第二五条自体の規範的構造（一項と二項の関係、およびそれらの規範内容など）の捉え方に由来した特徴でもある。[39]現在でも、少なくともごく一般的抽象的に言えば、現行生活保護法の如き公的扶助制度が憲法第二五条によって規範的に要請されている度合は、社会保険制度におけるそれより相当強いと言うことが可能と思われる。

以上のような諸特徴を裏返せば、従来の我が国での議論にともすれば欠けていた視角もまた明らかであるといい得よ

う。すなわち、「生存権」そのものの理念的基礎の深化、制度論・政策論レベルでの権利論の展開可能性、公的扶助制度以外の社会保障分野における独自の権利論の展開などがこれに該たる。

(12) 現在の社会保障論においても、例えば、田他・前掲書（注3）九、一四頁によれば、「社会保障制度のもっとも重要なのは「生存権論」であり、「社会保障制度は、第一次世界大戦後に国家が承認した国民の生存権に基づいて国民の最低限度の生活を国家が保障し、もって資本主義社会の安定を図る制度であ」るとされる。

(13) 憲法第二五条に規定された生存権を人権体系の中に位置付け理論化するという作業に先鞭をつけたのは我妻栄である。我妻は、国家や他の個人がある人の「生存権的基本権」を侵害するような場合、こうした侵害行為の効力が否認されるとの、いわゆる生存権の自由権的側面を認めつつも、基本的には生存権の法的性格につき、いわゆるプログラム規定説の立場を採った。我妻栄『新憲法と基本的人権』（国立書院、一九四八年）一三八―一四〇、二一一―二一三頁。

(14) 最大判昭二三・九・二九刑集二巻一〇号一二三五頁（食管法違反事件）。

(15) 東京地判昭三五・一〇・一九行集一一巻一〇号二九二一頁。

(16) さしあたり、中村睦男「生存権」（中村・永井『現代憲法大系⑦生存権・教育権』（法律文化社、一九八九年）所収。以下、中村・前掲『生存権』）五七―七三頁とそこに掲げられている諸文献を参照。

(17) 中村・前掲『生存権』（注16）七〇、七三―七四、一二五―一三二頁、同「生存権」『法律時報』四九巻七号（一九七七年）九二―九五頁、山下健次「生存権の裁判的保障」『法学教室（二期）』三号（一九七三年）二〇―二三頁など。なお、具体的権利説の立場から、一定の金銭給付訴訟が可能であるとの斬新な主張を行なう近時の学説に、棟居快行「生存権の具体的権利性」（長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、一九九五年）所収）一五六頁以下がある。

(18) 最一小判平元・三・二判時一三六三号六八頁（第一次塩見訴訟）。

(19) 前掲・塩見訴訟最高裁判決（注18）のほか、前掲・朝日訴訟最高裁判決（注7）、最大判昭五七・七・七民集三六巻七号一二三五頁（掘木訴訟）、最二小判昭五七・一二・一七訟月二九巻六号一〇七四頁（岡田訴訟）。

(20) なお、社会保障関係訴訟においては、憲法第二五条のほか、憲法第一四条（法の下の平等）が原告側の憲法上の根拠規

定として用いられる場合も比較的多い。このうち、原告が勝訴した下級審裁判例として、東京地判昭四三・七・一五行集一九巻七号一一九六頁（牧野訴訟第一審）、神戸地判昭四七・九・二〇行集二三巻八＝九号七一一頁（堀木訴訟第一審）、奈良地判平六・九・二八訟月四一巻一〇号二六二〇頁がある。憲法第一四条違反の判断においても、憲法第二五条の生存権保障とのかかわりあいで解釈がなされているとみうる場合があるとされる。佐藤進「堀木訴訟判決と社会福祉行政の課題」『ジュリスト』五二二号（一九七二年）九五頁、中村睦男「憲法と福祉」『ジュリスト』五八六号（一九七五年）六一頁。

(21) 小川政亮『権利としての社会保障』（日本評論社、一九六四年）一三九頁。

(22) 同書一二一頁。

(23) 同書一二二―一二六頁。

(24) 荒木誠之『社会保障法読本〔新版〕』（有斐閣、一九九六年）二三九頁、堀・前掲書（注3）九六頁、高藤昭『社会保障法の基本原理と構造』（法政大学出版局、一九九四年）二三頁、籾井常喜編『社会保障法』（エイデル出版会、一九九一年）五頁（籾井執筆）、荒木編『社会保障法』（青林書院、一九八八年）六三頁（荒木誠之執筆）、西原道雄『社会保障法〔第三版〕』（有斐閣、一九八七年）三〇頁、林ほか『社会保障法』（法律文化社、一九八七年）一一一頁（良永彌太郎執筆）、窪田・佐藤編『現代社会保障法入門』（法律文化社、一九八六年）六七頁（窪田隼人執筆）、角田・窪田・佐藤編『社会保障法要説〔改訂二版〕』（法律文化社、一九八五年）五八頁（窪田執筆）、角田豊『社会保障法』（青林書院新社、一九七八年）四三頁、籾井『社会保障法』（労働総合研究所、一九七二年）七九頁、佐藤進『社会保障の法体系（上）』（勁草書房、一九六九年）一二二頁及び同『社会保障の法体系（全）』（勁草書房、一九九〇年）一〇四頁、荒木「社会保障の法的構造（二・完）」『熊本法学』五号（一九六五年）一一頁（同『社会保障の法的構造』（有斐閣、一九八三年）所収）など多数。

(25) 「生活権」については、既に荒木誠之により、「生存権」から区別すべき旨の指摘がなされていた。荒木・前掲「社会保障の法的構造（二・完）」（注24）一一頁。

(26) 籾井・前掲書（注24）八六―九六頁。同書ではまた、社会保障の制度類型との関係で、緊急的生存権に公的扶助請求権が、さらに生活権に社会福祉措置請求権、社会扶助手当請求権、社会保険給付請求権が対応するとしている。同書九六―一〇三頁。なお、籾井「社会保障法学に問われているもの」『日本社会保障法学会誌』六号（一九九一年）一八―二一頁、同編・前掲書（注24）一四―二八頁（籾井執筆）参照。とりわけ後者では、医療保険制度と権利論との関係が論じられている。

(27) 中村睦男「生存権の法的性格」『法律時報』四八巻五号（一九七六年）一三頁。

(28) このほか基本権レベルでは、近時、法体系論とも関連して、健康保障法ないし住宅保障法の規範的根拠としての「健康権」（井上英夫「健康権と医療保障」（朝倉他編『講座日本の保健・医療2現代の医療保障』（労働旬報社、一九九一年）所収）七六頁以下など）、「住居権」（高藤・前掲書（注24）二一二頁）を構築しようとする試みがある。

(29) 片岡昇・西村健一郎「社会保障の権利」（『社会保障講座1社会保障の思想と理論』（総合労働研究所、一九八〇年）所収）一五九―一六四頁。

(30) 遠藤昇三『「人間の尊厳の原理」と社会保障法』（法律文化社、一九九一年）第一章。

(31) 遠藤・前掲書（注11）第二章では、「生存権の二重構造的把握」を基本的に踏襲し（ただしいわゆる憲法第二五条一項二項分離論ではない）、憲法上の権利としての「緊急的生存権」、原則的に立法上の権利（＝立法により創出・拡充または縮小される権利）としての「生活権」を認めたほか、生活向上権、政策・財政コントロール権、平等原則・（とりわけ精神的）自由といった憲法原則、制度を通じて実現される手続的権利・争訟権、といった諸権利を、社会保障の権利の体系として挙げている。同書ではまた、保障方法に応じた実体的給付請求権の規範構造の分析も試みられている。なお参考、笛木俊一「ブック・レビュー」『法律時報』六七巻二号（一九九五年）一〇四頁以下（同書の書評であり遠藤理論の総合的分析がなされている）。

(32) さしあたり、堀・前掲書（注3）第四章第三節と、そこに掲げられている諸文献を参照。

(33) 英米法との関連では、河野正輝「社会福祉権の複合構造――カール・ウエルマンの福祉権論を手掛りに――」（同『社会福祉の権利構造』（有斐閣、一九九一年）所収）八七頁以下、同「研究の課題と展望」（佐藤他編『講座社会福祉6社会福祉の法と行財政』（有斐閣、一九八二年）所収）三九三頁以下、秋元美世「福祉の権利と社会福祉行政――裁量問題を中心にして」『日本社会保障法学会誌』六号（一九九一年）三五頁以下、同「『福祉行政』における権利と裁量」（大山・武川編『社会政策と社会行政』（法律文化社、一九九一年）所収）一四一頁以下、同「社会福祉行政の裁量問題と権利保障」『週刊社会保障』一五九五号（一九九〇年）二二頁以下、同「福祉の権利と行政裁量――法的対応の意義と課題をめぐって――」（小林三衛退官記念『現代財産権の課題』（敬文堂、一九八八年）所収）二八三頁以下、橋本宏子『住民参加と法――アメリカにおける福祉サービスと行政手続き』（日本評論社、一九九一年）など。

(34) 例えば、宮崎良夫「社会保障行政と権利保護」(東京大学社会科学研究所編『福祉国家4』(東京大学出版会、一九八四年)所収)二四九頁以下、又坂常人「社会保障受給権と行政裁量の関係についての若干の考察(一)~(三・完)」『自治研究』五八巻一〇号一四二頁以下、同一一号一三〇頁以下、同一二号一三一頁以下(一九八二年)、下山瑛二「サーヴィス行政における権利と決定――生活保護行政を素材として――」(雄川一郎編『公法の理論・中』(有斐閣、一九七六年)所収)六三二頁以下など。

(35) 宮沢俊義『憲法Ⅱ(新版)』(有斐閣、一九七四年)七八頁。

(36) 辻村みよ子「人権の観念」(樋口陽一編『講座憲法学3』(日本評論社、一九九四年)所収)二〇頁、長谷川晃『権利・価値・共同体』(弘文堂、一九九一年)七五―七八頁、佐藤幸治「人権の観念――その基礎づけについての覚書」『ジュリスト』八八四号(一九八七年)一四八頁。

(37) こうした視角は、例えば、憲法第二五条の法的性格をめぐる学説上、政治的道義的目標を述べたにすぎないと捉えるプログラム規定との見方や(最大判昭二三・九・二九刑集二巻一〇号一二三五頁参照)、直接裁判所を通じて一般的に実現可能ではない抽象的権利であるとの見方(樋口・佐藤・中村・浦部『注釈日本国憲法上巻』(青林書院新社、一九八四年)一九二頁(佐藤幸治執筆)参照)の内に含意されていたにもかかわらず、裁判規範としての効力如何の問題と直接には関わらないことから、従来の憲法学からはあまり重要視されてこなかったように思われる。

(38) 代表的なものとして、河野・前掲書(注33)がある。

(39) 注50参照。

三

本稿は、以上の如き我が国の理論状況を踏まえて、アメリカ合衆国において「社会保障の権利」に相当する場面にお

いて展開されてきた議論を検討しようとするものである。なぜ本稿で、アメリカの権利論を検討材料とするのか。その理由としては、まず第一に、アメリカには、我が国と異なり、社会保障を支える合衆国憲法上の明文の根拠規定がないにもかかわらず、解釈論的なあるいは価値原理的な同種の権利構築が、学説・判例上試みられてきたことが挙げられる。従来我が国の社会保障法研究では、憲法上の明文根拠規定がないことや、とりわけ医療・福祉分野における社会保障制度の充実度が高くないこともあり、いわば「模範的」事例としてアメリカに注目することはあまりなかった。(40) しかしながら、憲法上の明文の根拠規定がない中でのアメリカにおける権利の基礎づけの試みは、先に述べたように生存権そのものより一層の基礎づけが理論的課題となりつつある我が国において、参考とすべき部分が少なくないように思われる。さらに、とりわけ法理学の側からのアプローチにみられるように、アメリカでは、裁判規範ないし法解釈論レベルにとどまらず、政策策定の指針ないし制度論・政策論レベルでの展開をも見据えた権利論がみられることも、我が国での既存の権利論との関係で注目される。

第二に、筆者は前稿において、年金保険を中核とするアメリカ社会保障制度を検討対象とし、その史的展開過程を詳細にたどることにより、その基本的特徴と問題点を明らかにした。(41) こうした実体的な制度分析を前提とした上で当該制度を基礎づけてきた法理論を検討対象とすることは、前稿での分析をより一層深化させる意味で、必要かつ有意義であると思われる。

こうして本稿では、アメリカにおける「社会保障の権利」にかかわる議論を検討対象とすることにより、第一に、こうした権利論の動向を社会保障制度の具体的展開を踏まえつつ明らかにし、分析することを主たる目的とするものである。また第二に、先に述べたような権利論をはじめとする我が国社会保障法基礎理論の現状に鑑みて、何らかの示唆を得ることをも（あくまでも）副次的な目的としている。そしてこうした諸目的を追求するにあたり、本稿では以下のよ

うな視角ないし視座から分析を行いたいと考える。

第一に、本稿では、主としてリベラリズムの立場からの権利論に焦点を当てる。まさにリベラリズムこそが、アメリカ社会保障制度の発展を支えてきた思想的基盤といわれるからである。[42] さらに、とりわけ労働者階級ないし勤労諸階層のみが社会保障の権利主体であるとは捉えきれなくなっている（我が国を含む）現代社会において、また社会保障の理念として、ともすれば国から国民に対する一方的な給付関係として捉えられがちな「生存権」のほか、社会全体の利益との関係において個人の利益が軽視されかねない「社会連帯」の重要性がことさらに解かれるに至っている近時の我が国の学説[44]及び政策[45]状況において、個人に着目し自由・自律を基盤に据えるリベラリズムの思想的立場からのアメリカにおける権利論は、我が国で社会保障を捉え直す新たな視座を探求するにあたり、重要な示唆を含んでいると思われる。

第二に、本稿では、「社会保障の権利」論そのものの論理を分析評価するいわばアメリカ法（憲法・行政法）内在的な視角のみならず、否むしろ我が国社会保障法学固有の観点からみたいわば外在的視角から対象に分析を加えることを意図している。例えば、アメリカ社会保障を分析対象とする際、社会保険と公的扶助との制度的区別を明確にするとの視点は、社会保障法学の立場からは重要かつ基本的な事柄であるにもかかわらず、従来我が国でなされてきたアメリカ「福祉権」論ないし「社会保障行政」にかかわる憲法学・行政法学からのアプローチにおいては、この点が必ずしも十分に意識されてこなかったようにも思われるのである。[46] しかしこうした点を明確に区別することによってこそ、アメリカ社会保障制度の実体的特色がより明確化すると同時に、実体論と結び付いた理念的「権利論」の展開にみられる特徴をも浮き彫りにすることが可能となる。

第三に、本稿では主として、実定法規定に則した個別の解釈論というよりは、憲法ないし基本権[47]レベルでのいわば一般的抽象的な「社会保障の権利」の基礎づけにかかわる議論に視点を据える。筆者は決して個々の実定法レベルでの権

利論の展開の必要性とその意義を軽視するものではない。[48] しかし、先に述べたような我が国における「社会保障の権利」論の問題状況に鑑みれば、ひとまず基本権レベルまで立ち戻って、「社会保障の権利」を問い直すとの視点も重要と考えられる。こうした理論的作業は、社会保障法基礎理論のより一層の深化にとっても有益であろう。

第四に、本稿では、アメリカにおける諸々の議論を検討するにあたり、憲法学の立場からの「福祉権」論や、さらにその基礎づけとなるべき法理学からのアプローチにとどまらず、行政法学などの立場からなされる裁量論的アプローチをも対象としている。後述するC・ライク（Charles A. Reich）の「資格」論などにもみられるように、個々の受給資格認定に際しての行政庁内部における裁量や、受給資格基準の設定自体にかかる立法部・執行部の裁量の在り方の問題は、当該給付に対する利益の権利性の問題と密接な関わりをもつからである。[49] また本稿で検討対象とする裁量論は、申請者・受給者の受給利益を如何にして法的に保護するかという、権利論と共通の目的を有する点でも参照価値があると言える。

第五に、本稿では、権利基底的理論を、司法審査を念頭に置いた伝統的な法解釈論のレベルにとどまらず、制度論・政策論の場面にまで拡げ、政策策定の指針とのレベルでも展開するとの視角を常に念頭に置いている。[50] たしかに「切り札」としての権利との観点からは、「権利」的視角を一つの制度・政策指針として他の同様の政策指針（例えば「効率性」基準や財源上の制約）との関係で相対的に用いることには問題があると言えるかもしれない。しかしながら、先に述べたように、社会保障行政は、頻繁に法制度が改正され制度論・政策論が重視される分野である。さらにこうした制度改正を領導する指針ないし理念の抽出・提示こそが現下の社会保障関連学界にあっては強く要請されているといわねばならない。こうした中で、法律学独自の視角から導出される「権利」的視角が、他の指針によっては容易には覆され得ない極めて有力な政策策定指針になり得るとの側面も無視できず、否積極的に評価すべきだと思われるのである。[51]

本稿は、以上のような視角から検討を行なう。そして本稿での分析は次のような意義を有するのではないかと考える。第一に、一九八〇年代に至るまでアメリカで展開されてきた「社会保障の権利」をめぐる主な議論を概観し、その特徴と問題点を浮き彫りにする。第二に、できるだけ実体的なアメリカ社会保障制度の史的展開と照らし合わせることにより、理論と現実制度との相互規定的な関係を明らかにする。第三に、アメリカの議論をたどることにより、より一層先に述べたような我が国における「社会保障の権利」をめぐる議論の特徴を浮き彫りにすることが可能となる。最後に、この点は基本的には副次的意義であるにせよ、アメリカでの議論から、例えば「自由」の理念のように、我が国社会保障を捉える際の新たな視座が得られるのではないかと思われる。

(40) 連邦の立法管轄という側面から、合衆国憲法上の実質的生存権の存在を論じた研究として、石橋敏郎「アメリカにおける連邦社会保障関係立法の成立とその合憲性の根拠」(荒木誠之先生還暦祝賀論文集『現代の生存権―法理と制度』(法律文化社、一九八六年)所収)一五五頁以下がある。また、木下毅「日米憲法における生存権的社会権」『立教法学』三二号(一九八九年)一五六頁以下(同『アメリカ公法』(有斐閣、一九九三年)所収)では、主として一九六〇年代以降の連邦最高裁判決の検討を通じて、広義における実質的な社会保障・社会福祉法を構築しつつあること、しかしながらいまだ包括的な生存権的社会保障・社会福祉受給権を体系化するまでには至っていないこと、などを論じている。同論文一六四―一六五頁。そのほか注33に挙げた諸文献を参照。

(41) 拙稿「アメリカにおける社会保障制度の形成(一)~(四・完)」『北大法学論集』四〇巻三号六八九頁以下、同四号九九七頁以下、四一巻一号一七七頁以下、同二号七六一頁以下(一九九〇年)、同「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」(学位論文、一九九三年)。後者については、本稿発表時現在、一般公刊準備中である。このため、本稿での以下の分析にあたり同拙稿を引用するに際しても、出版時に特定できるよう章・節・項などの表題を併せて掲げることにする。本稿と発表時期が相前後することにつき御寛恕いただきたい。

(42) Sparer, *Fundamental Human Rights, Legal Entitlements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement*, 36 STAN. L. REV. 508, 556 (1984). 旗手俊彦「現代福祉国家における法と政治（一）」『札幌法学』一巻二号（一九九〇年）四一頁。

(43) 西谷敏「社会保障法における人間像」『法学雑誌（大阪市大）』一九巻二号（一九七二年）一九九頁。

(44) 高藤・前掲書（注24）第一部第二章（二二頁以下）、堀・前掲書（注3）九九―一〇一頁。

(45) 一九九五年社会保障制度審議会勧告「社会保障体制の再構築」も、二一世紀における社会保障の基本理念は「社会連帯」であるとして、このことを強調している。同勧告第一章第一節一。参照、『週刊社会保障』一八五二号（一九九五年）八頁（隅谷三喜夫社会保障制度審議会会長（当時）の発言）。

(46) 例えば、本多滝夫「アメリカにおける社会保障行政モデルと官僚制」（神長勲他代表『現代行政法の理論　室井力先生還暦記念論集』（法律文化社、一九九一年）所収）三〇八頁以下、大久保史郎「アメリカ合衆国における生存権的権利の生成と構造（上）」『立命館法学』一七三号（一九八四年）三九頁以下など。これに対して、米沢広一「福祉受給権をめぐる憲法問題――アメリカにおける特権論崩壊後の判例理論の検討――（一）～（三・完）」『民商法雑誌』七八巻六号八〇〇頁以下、七九巻一号六六頁以下、同二号二四三頁以下（一九七八年）では、手続的デュー・プロセスの法理にかかわるEldridge判決などとの関連で、この点が意識されているようである。また、佐伯祐二「アメリカ社会保障行政における法的統制（一）（二・完）」『法学論叢』一一八巻三号二六頁以下（一九八五年）、一二〇巻一号七四頁以下（一九八六年）においても、同判決などとの関連で給付決定の事前手続との観点から、社会保険と公的扶助を別個に取り扱っている。なおEldridge判決については第三章第二節で取り上げる。

(47) 本稿では、「基本権」「基本的人権」「人権」の語を互換的に用い、厳密に使い分けることをしない。ただし、この点については憲法学上重要な争点となっている。さしあたり、辻村・前掲論文（注36）一四―一〇頁参照。

(48) 例えば、拙稿「保育所入所をめぐる法律問題（上）（下）」『賃金と社会保障』一〇五一号四五頁以下、一〇五三号四一頁以下（一九九一年）参照。

(49) 又坂常人「権利救済手続の諸問題」『日本社会保障法学会誌』一〇号（一九九五年）八一―八二頁、秋元・前掲「『福祉行政』における権利と裁量」（注33）一四二―一四三頁、神長勲「福祉と行政法」『法と科学』一〇号（一九八二年）七二

頁など参照。

(50) このことに関連して、筆者は日本国憲法第二五条の規範的意味内容を探求するにあたっても、政策ないし立法策定の指針としての意味と裁判規範としての意味を一応区別すべきものと考えている。また、基本的には一項二項分離論を採りつつ、憲法第二五条は、政策策定の指針としても、また裁判規範としても、「健康で文化的な最低限度の生活」の保障（一項）とそれを超えたより快適な生活の保障（二項）という二重の規範的意味を有していると考えられる。掘・前掲書（注3）一四八頁。参照、中村・前掲論文（注27）一四頁。ここで重要なのは、一項における保障が生活保護法のみに関わるわけではなく、所得保障立法や医療・福祉サービス立法のみならず、社会保障制度の枠を超えた様々な法政策によって、こうした保障を行なうべき義務が国に課されているとみることである。なお二項それ自体の規範性は、政策策定の指針としても裁判規範としてもきわめて弱いといわざるを得ない。掘・前掲書（注3）一四九、一五二―一五五頁。

(51) この点に関連して、法哲学の側から、田中成明『法理学講義』（有斐閣、一九九四年）一六七頁では、「環境権をはじめ、次々と提唱される新しい人権が、抽象的権利レベルでの人権であっても、国や地方自治体による立法・行政上の政策形成や各種の市民運動・住民運動などにおける権利闘争の指導理念として無視しがたい独自の規範的効力をもっている現況をみるならば、司法的保護・救済と直接結びつく（回復的権利――筆者注）以前の段階において、第一次的権利義務関係を、すでに法的関係としてとらえて、法理学的考察の視野のなかに取り込む必要性は、一段と高まってきている」との指摘がなされている。また渡辺洋三「社会保障における市民法と現代法」『社会科学研究』三二巻五号（一九八一年）二三五頁でも、「立法政策において、各種利益の調整が必要であるとしても、その調整に当って、人権論的視点が確立した上での調整であるか、それとも欠落したままでの調整であるかによって、その立法政策の在り方は、いちじるしく異なってくる」と指摘している。

四

以上述べた諸々の観点を踏まえて検討を行なうにあたり、本稿は以下のように構成した。まず第一章で、アメリカでの「特権」論・「資格」論などをめぐる学説・判例動向を、一九三五年社会保障法制定後の社会保障制度の史的展開過程と絡めてたどってゆく。次いで、第二章では、とくに一九七〇年以降になされた学説上の議論の諸潮流を、憲法学（実体的「福祉権」論）的アプローチ、裁量論的アプローチ、そしてこれらのアプローチの基礎ともなるべき法理学からのアプローチに分け、考察する。そして、第三章では、前二章での考察を踏まえて、アメリカ社会保障制度並びに「社会保障の権利」論の諸特徴を、社会保障法の視点から検討した後、アメリカにおいて特徴的な「自由」の理念を我が国社会保障の文脈において位置付けることにしたい。

第一章　アメリカ社会保障制度と権利論の展開

序章では、我が国社会保障法学が置かれている現状と、社会保障分析に対する有力なアプローチの一手法となるべき権利論の我が国における到達状況およびその特徴を概観した上で、本稿の分析対象、目的、視角・視座、意義などを明らかにした。そこでまず本章では、アメリカにおける「社会保障の権利」、典型的にはいわゆる「福祉」に対する「権利論」をめぐる法理論の動向を、一九三五年社会保障法制定以後の社会保障制度の史的展開過程と関連づけながらたどることにしたい。(52) 具体的には、まず第一節で、一九三五年社会保障法が制定され社会保障制度の成立をみたにもかかわ

らず、法理論的にはいわゆる「特権」論が支配的であった一九五〇年代までを中心に検討する。第二節では、一九六〇年代にライクらによって提唱された「資格」論を中心に取り上げる。最後に第三節では、「資格」論が判例・行政実務などに及ぼした影響と、同理論を背景とした一九七〇年代以降の社会保障制度の改正を取り上げる。その際、合衆国憲法上の「社会保障の権利」ないし「福祉権」の樹立をめぐる連邦最高裁判例の理論展開や、「資格」論自体の内在的問題点についても考察を行なう。なお用語法の問題として、アメリカで「福祉（welfare）」という場合、必ずしも現在我が国でいうところの社会福祉サービス一般を指すものではなく、公的扶助プログラム[53]、さらに狭義においてはその一部門である要扶養児童家庭扶助（AFDC）プログラム[54]を指すことも多いことに留意しておく必要がある。AFDCプログラムは、典型的には単親家庭（なかでも母子家庭）を支給対象とし、金銭給付等を行なうミーンズテストプログラムである。本稿でアメリカの法制度・法理論を検討する際に用いる「福祉」との表現も、広（公的扶助）・狭（AFDC）いずれにせよ基本的にはアメリカ的な文脈で用いることとする。

(52) アメリカ社会保障制度の史的展開過程については、拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）がもっとも詳細である。しかしながら、出版準備中であるため、さしあたり社会保障研究所編『アメリカの社会保障』（東京大学出版会、一九八九年）など参照。

(53) *E. g.*, Lampman, *Goals and Purposes of Social Welfare Expenditures*, in WELFARE REFORM IN AMERICA: PERSPECTIVES AND PROSPECTS 3, 5 (P. Sommers ed., 1982).

(54) 伊部英男、マーサ・N・オザワ「日米社会福祉比較」（伊部・早川編『世界の社会政策――統合と発展をめざして――』（ミネルヴァ書房、一九九二年）所収）二五一頁など。

第一節　アメリカ社会保障制度の形成と「特権」論

自助・自立を強調し、貧困を個人の責に帰するいわゆる「個人主義的貧困観」が支配的であった一七世紀植民地時代以来のアメリカにおいても、一定の救貧制度の展開がみられた。[55] しかしながら、現行アメリカ社会保障制度の出発点ともいうべき基礎が築かれたのは、貧困発生の社会経済的要因についての認知や、二〇世紀初頭における社会保険運動を背景とし、[56] 大恐慌・大不況を一つのきっかけとして制定に至った一九三五年社会保障法（Social Security Act）においてであった。[57] 本来単行法としても制定され得る様々なプログラムの「寄せ集め」にすぎないとか、公的医療保険・包括的公的扶助プログラムの不存在、給付水準の低さ、各州毎の給付格差、諸々の社会危険に対する部分的な対応、といった多くの問題点を指摘できるけれども、同法は、連邦政府が国民の所得保障ないし生活保障にはじめて本格的恒久的に乗り出した点で、アメリカ社会保障制度史上最も重要な立法といって差し支えない。[58] F・ルーズベルト大統領は、同法案の立法過程の端緒となった一九三四年六月八日の特別教書（いわゆる社会保障教書）において、「私にとっては、住居の保障、生計手段の保障、社会保険の保障という三つの目標が、アメリカ国民に提供しうる最小限の公約である。これらは、就労の意思ある全ての国民およびその家族に帰属する権利であり、既に救済、回復、再建のために採られた方策の必須の帰結である。」[59] と述べ、就労意思と関連づけていたにせよ、既に権利との文言を用いていた。合衆国憲法上の明文の根拠規定が認められない状況下での、社会保険（老齢・失業）プログラムの導入、公的扶助プログラムや公衆衛生事業の連邦補助金制度化などをもって、立憲民主制下にあって、ある意味では日本国憲法第二五条二項とも相通ずるようなかなり薄い（抽象的な）意味での「社会保障の権利」の存在が、少なくとも立法部を通じて承認されたとの見方もできよう。[60] 連邦最高裁においても、連邦管轄条項との関連において、従来ほとんど先例のなかった社会保険プログ

ラムにつき合憲判決が出され[61]、いわば「間接的」に合衆国憲法上の基礎が確認されもした[62]。公的扶助に関していえば、公民権の剥奪やいわゆる劣等処遇（less eligibility）から切り離され、また金銭給付が原則とされた点で旧来の救貧法とは明らかに性格を異にするものであったし、さらに申請を却下された者に対し「公正聴聞」の機会を各州が付与すべき旨の規定[63]を置くなど申請者・受給者の法的地位に一定の配慮をなすものであり、制定法レベルにおける具体的な権利性の付与についても一定の進展をみた[64]。

ただし、公的扶助プログラムについては、老人・要扶養児童・視覚障害者といった特定のカテゴリーの者を対象とする従来の州プログラムへの連邦による財政的援助との意味合いを有していたため（老齢扶助・要扶養児童扶助・視覚障害者扶助）、先に指摘したように、我が国における生活保護法の如き一般的包括的な法制度は確立をみなかった[65]。また、州老齢扶助プログラムは「人間らしさと健康（decency and health）を保つ相応の生存（reasonable subsistence）」を保障するものでなければならないとの連邦補助金支給要件が、連邦議会での立法過程において削除された[66]。これらのことからすれば、日本国憲法第二五条一項とも相通ずる「全国民を対象とする最低限度の生活保障」的な考え方は、未だ希薄であったと言わねばならない。また先に挙げた合憲判決も、あくまで違憲ではないという意味での合衆国憲法上の基礎の確認にすぎず、こうした連邦による社会保障給付が憲法上積極的に要請されていることまで当然に意味するものではなかった。

また、一九三五年法が申請者・受給者の法的地位に一定の配慮をなすものであったとはいえ、法理論上、そもそもこうした社会保障領域での受給利益が個々の申請者・受給者との関係で「権利」であるか否かについては、これを消極的に解する捉え方が支配的であったといわねばならない。従来の憲法判例理論においては、政府によって付与される権益・便宜はその完全に自由な裁量の下に置かれるという意味での「権利 ― 特権区分（right-privileage distinction）」論、い

わゆる「特権」論が支配しており、[67] 社会保障領域においても権利ではなく恩恵（gratuity）としての「特権」であり基本的に政府は自由にこれを打ち切りまたは停止し、条件を付する等の措置を採りうるとされていたのである。[68] こうした基本的考え方は、社会保障法制定後も依然として残存していた。このことは、以下のように、同法のその後の改正経過からも十分に伺い知ることができる。

例えば、一九五一年歳入法により、商業・政治目的には利用し得ないとの条件を付した上で、公的扶助の扶助記録（assistance records）への国民のアクセスを各州が許容しても連邦政府の補助金打切事由とはしないこととした。その趣旨は、当時、非貧困者でありながら公的扶助を受給しようとする者が多数存在したことから、これらの受給者名簿を公にすることにより恥辱を与え受給者を削減することにあったとされる。[69] こうした措置は、「貧困は恥である」とのスティグマを付与した前近代的救貧法的発想と相通ずるものとすら言い得る。また、要扶養児童扶助（ADC：一九六二年社会保障法修正法により要扶養児童家庭扶助（AFDC）へと改称）プログラムにあっては、例えば公民権の停止といった救貧法的処遇とは切り離されていたものの、なお多くの州では、一定期間の州内における居住要件を課したり、[70] "substitute father" ルールや "man-in-the-house" ルールといった形で母親と法律上の婚姻関係にない男性との事実上の関係を捉えて給付制限を行ったり、[71] ワーカーらによる受給家庭への夜襲調査（midnight raids）など受給者の私生活領域に過度に踏み込んだ指導監督に服せしめていた。[72] 法理論上は、あらゆる形態の福祉ないし公的扶助も公的資金の支出であるので、一般市民はこうした資金が受給者の手元に渡った後でも適切に関心をもちうるとの旧来の考え方が、根強く残っていた。[73] こうした実態を指して、この時期の公的扶助プログラムは、「恩着せがましい道徳主義（condescending moralism）」とのイデオロギーにコミットしたソーシャルワーカーによって支配されていたともいわれる。[74] さらにワーカーの決定は、個人主義的貧困観を背景としたアメリカのケースワークがもつ精神治療的根拠に基づく専門性という面

でも正当化され得べきものとされていた。[75]

こうした理論状況および制度状況は、一九六〇年代半ばに至るまで続くことになる。一九六二年社会保障法修正法[76]において、公的扶助につき運営実施費用一般（給付費を含む）からサービス実施費用・職員訓練費用を分離し、ケースワークなどのサービス実施やそのための職員訓練のための費用に対する連邦マッチング補助率を五〇％から七五％へと引き上げたのも、高い質のカウンセリングが貧困の減少をもたらすとの伝統的な専門職サービス尊重の見地からなされたものであった。[77]

ただし、W・サイモン（William H. Simon）によれば、この時期においても、いわゆるソーシャルワーク法学（Social Work Jurisprudence）が上記の「恩着せがましい道徳主義」に反対し、連邦公的扶助行政にも一定の影響を及ぼしたとされる。[78] 例えば、一九三五年社会保障法において、先に述べたように一部ではあるにせよ聴聞規定が公的扶助プログラムに設けられたことなども、ソーシャルワーカーの側からの提案によるものであった。[79] このソーシャルワーク法学は、以下のような基本的教義を有していた。[80] すなわちそれは、(1)公的扶助プログラムにおける受給者の利益は権利として理解されるべきである、(2)貧困は道徳的欠陥や個人的無能力を示すものではない、(3)財政的援助はただ単にニードに基づいてのみ条件づけられるべきである、というものであった。この他、「恩着せがましい道徳主義」の廃止、受給者の尊厳の主張、恣意的な運営ないし裁量権の行使に対する攻撃、といった多くの面で同法学は、後述するC・ライク（Charles A. Reich）の「資格」論などに先んじていたのである。しかしながら、一九五〇年代までの制度運営および法理論的基盤は先に述べたような状況にあり、同法学が福祉受給者の地位改善に果たした実際的役割は必ずしも大きくなかったといえる。また先の教義(3)に見られるようなある種の連帯主義に基礎をおくニード基底的理論は、リベラリズムに基礎をおく個人主義的諸前提が社会的政治的に根付いていた当時のアメリカにおいて（こうした前提は現在に至るまで保持さ

れている)、深く浸透する素地を欠いていたともいえる。

以上にみた理論展開は、主として公的扶助プログラムを念頭に置いたものである。他方、一九三五年社会保障法制定以来、執行部・立法部における社会保険プログラムの提案者や支持者、あるいは市民一般に共通してみられた基本的捉え方として、社会保障分野のうち社会保険については、客観的な基準に従い受給資格の認定がなされ、かつ自らの拠出額を基準にして給付額が定まることから、契約関係の類推により、あるいはアメリカで尊重されてきた自助努力という伝統的価値に訴えかけることにより、公的扶助よりも高い規範的地位が与えられる（つまり給付に対する「権利」性が強い）との見方が一般的であった。[81] このことは、社会保険が公的扶助との対比において未だ今日のような人的財政的規模に達していなかった[82]一九四〇年代から五〇年代にかけての社会保障法の改正経過にかかわる以下の検討からも、伺い知ることができる。

例えば、一九三五年社会保障法の立法過程において、法制定にあたり重要な役割を果たしたキャビネットレベルの経済保障委員会（CES）は、拠出制老齢保険制度の目的として、①無拠出制扶助制度に対する連邦政府支出の抑制とともに、②自ら拠出することにより「受給権」を確保する形で若年層に対する老齢保障を行なうこと、を挙げていた。[83] さらにまた、一九五〇年修正法に大きな影響を与えた一九四七年社会保障諮問委員会報告書によれば、「国家全体の利益に影響を及ぼす以上、連邦政府を自分達の協同のための機関として用いる人々は、共同体の全構成員が、老齢・死亡といった主要な危険に対する少なくとも基本的な保護手段をもつことを保障すべきである」とし、貧困をもたらす主要な社会危険に対する基礎的保障の必要性を認めつつも、保障方法については、「就労記録（work record）に応じて異なる給付が、生産的努力の報償であり一般経済上のインセンティブとして働く一方、個人が貧困であるか否かを問わず給付が支払われるであろうとの知識が、個人の貯蓄を保険制度を通じて得た基本的保障に付加していこうとの推進力をサポー

トし刺激する」として、「拠出と給付の関連性があり、かつニード調査なしで支給される拠出制社会保険制度を、社会保障制度の基盤として」支持しているのである。(84)(85)

このように、社会保障法の改正経過からみた場合でも、かなり早い時期からアメリカでは、拠出に基づく点などにおいて公的扶助とは区別されるところの社会保険給付につき権利性が意識されるとともに高い規範的価値がおかれ、まさにこのことから社会保険を社会保障制度の基盤として置くとの発想が支配的であったことを看守することができるのである。(86)

(55) アメリカ社会保障前史については、さしあたり、拙稿・前掲「アメリカにおける社会保障制度の形成（二）」（注41）一〇〇〇頁以下と、同頁注(1)掲記の諸文献を参照。

(56) 同論文一〇〇六―一〇二五頁。

(57) 同法は、いわゆるニューディール立法の一環として制定され、老齢保険（連邦直轄）・失業補償（連邦＝州共管）という二つの社会保険プログラム、老齢扶助・要扶養児童扶助・視覚障害者扶助という三つの公的扶助プログラム（連邦＝州共管）、その他公衆衛生事業、母子福祉といったプログラムから成っていた。一九三五年社会保障法の立法過程については、拙稿・前掲「アメリカにおける社会保障制度の形成（二）～（四・完）」（注41）参照。

(58) ただし、同法制定後も、従来の「生活自助原則」が本質的に変更されたわけではない。拙稿・前掲「アメリカにおける社会保障制度の形成（四・完）」（注41）八一三―八一四頁。なお、本稿第三章第一節参照。

(59) 78 CONG. REC. 10769-71 (1934). 拙稿・前掲「アメリカにおける社会保障制度の形成（二）」（注41）一〇四〇―一〇四一頁。

(60)「日本国憲法の生存権条項は、その形式からいえば、ドイツのワイマール憲法に類似しているが、実質からみると、主としてアメリカのニューディールの影響を受けており、ニューディール政策を展開する諸立法や諸判例などによって達成された成果と密接な関連をもっているように思われる」との指摘がある。大須賀明「ニューディールと憲法的自治」（同『社

会国家と憲法』（弘文堂、一九九二年）所収）二頁。総司令部案に端を発する日本国憲法原案は、第二五条二項類似の規定のみを置き、一項は社会党の主張により導入されたものであった。その意味では、連邦社会保障法上のプログラムと日本国憲法（ただし憲法第二五条二項）との間に密接な関連性を読み取ることも可能と思われる。清水伸『逐条日本国憲法審議録第四巻』（有斐閣、一九六三年）四七九頁（芦田均委員長による改憲委員会の審議経過報告）、憲法調査会『憲法調査会第十回総会議事録』（一九五八年）九－一〇頁（森戸辰男参考人の説明）。

(61) Stewart Machine Co. v. Davis, 301 U.S. 548 (1937)（失業保険）; Helvering v. Davis, 301 U.S. 619 (1937)（老齢保険）.

(62) 拙稿・前掲「アメリカ社会保障制度の形成（四・完）」（注41）七八五－七九一頁。「間接的」というのは、直接社会保障を規律する根拠規定ではなく、一般福祉目的のための支出権能や課税賦課権能（八節一項一文）といった管轄条項に合憲性の基礎を置いていたことを意味する。

(63) Act of Aug. 14, 1935, ch 531, §§ 2(a), 402(a)(4), 1002(a)(4), 49 Stat. 620, 627, 645.

(64) 社会保険については、当初手続保障規定を欠いていたものの、後述する一九三九年修正法により整備され、受給権に関する決定・賃金記録等につき疑義ある場合、一定期間内における聴聞の機会を保障し、さらに出訴の機会を付与する規定などが置かれた。Act of Aug. 10, 1939, ch 666, § 205, 53 Stat. 1360, 1368.

(65) 拙稿・前掲「アメリカ社会保障制度の形成（四・完）」（注41）七七四頁。

(66) 州権尊重の思想を背景とするものであり、より実質的には、制度未整備であり黒人問題を抱えていた南部出身議員が、それらの問題に対し州老齢扶助プログラムへの補助金支給要件を媒介にして介入されるのを危惧したことによるものであった。E. WITTE, THE DEVELOPMENT OF THE SOCIAL SECURITY ACT 92-97 (1963). 拙稿・前掲「アメリカ社会保障制度の形成（三）」（注41）一九〇－一九三頁。

(67) Alstyne, *Cracks in "The New Property": Adjudicative Due Process in the Administrative State*, 62 CORNELL L. REV. 445, 445-46 (1977). 先駆的裁判例として、McAuliffe v. Mayor of New Bedford, 155 Mass. 216, 29 N.E. 517 (1892) がある。

(68) Reich, *The New Property*, 73 YALE L. J. 733, 740 (1964). 特権理論を紹介した邦語文献として、大久保・前掲論文（注46）の他多数ある。さしあたり、佐伯・前掲「アメリカ社会保障行政における法的統制（一）」（注46）三一頁注1掲載の諸文献を参照。

(69) A. ALTMEYER. THE FORMATIVE YEARS OF SOCIAL SECURITY 190 (1966). 拙稿・前掲「アメリカ社会保障制度の展開と基本構造」(注41) 第二章第二節第二項(一)(一九五二年修正法)。

(70) Harvith, *The Constitutionality of Residence Tests for General and Categorical Assistance Programs,* 54 CALIF. L. REV. 567 (1966).

(71) W. TRATTNER, FROM POOR LAW TO WELFARE STATE: HISTORY OF SOCIAL WELFARE IN AMERICA 282 (4th ed. 1989).

(72) Reich, *Midnight Welfare Searches and the Social Security Act,* 72 YALE L. REV. 1347 (1963).

(73) Reich, *Individual Rights and Social Welfare: the Emerging Legal Issues,* 74 YALE L. REV. 1245 (1965).

(74) Simon, *The Invention and Reinvention of Welfare Rights,* 44 MD. L. REV. 1, 2 (1985).

(75) Sosin, *Legal Rights and Welfare Change, 1960-1980,* in FIGHTING POVERTY 260, 268 (S. Danziger et al. eds. 1986). 本多・前掲論文(注46) 三一〇頁参照。

(76) Cohen & Ball, *Public Welfare Amendments of 1962 and Proposals for Health Insurance for the Aged,* 25 SOC. SEC. BULL. 3, 10-12 (Oct. 1962). 拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」(注41) 第三章第一節第一項(二)(ケネディの社会保障改革)。

(77) Sosin, *supra* note 75, at 268. 同論文三三一頁(第四章第二節第二項(家族扶助プラン(FAP)))。

(78) Simon, *supra* note 74, at 4-9.

(79) WITTE, *supra* note 66, at 162.

(80) Simon, *supra* note 74, at 6-8.

(81) Simon, *Rights and Redistribution in the Welfare System,* 38 STAN. L. REV. 1431, 1438 (1986); TenBrock & Wilson, *Public Assistance and Social Insurance — A Normative Evaluation,* 1 UCLA L. REV. 237, 244, 246-48 (1954).

(82) 老齢保険の受給者数及び支給金額が老齢扶助のそれを上回ったのは、一九五一年のことであった。Cohen, *Income Maintenance for the Aged,* 279 ANNALS AM. ACAD. POL. SOC. SCI. 154 (1952). 拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」(注41) 第二章第二節第二項(トルーマンと一九五〇年修正法)。

(83) *CES Report: Hearings on S. 1130 Before the Comm. on Finance,* 74th Cong., 1st Sess. 1334 (1935); ALTMEYER, *supra* note

69, at 11. 拙稿・前掲「アメリカにおける社会保障制度の形成（三）」（注41）二一九頁。立法作業の実質的な中核となったE・ウィット（Edwin E. Witte）も、保険料以外に政府財源を導入する案を批判した際、老齢保険給付が個人の努力（拠出）に対する報酬との意味合いを有することを強調している。E. BERKOWITZ, SOCIAL SECURITY AFTER FIFTY: SUCCESSES AND FAILURES 62 (1987). 拙稿・前掲「アメリカにおける社会保障制度の形成（四・完）」（注41）七九三頁、八一六頁注(7)。

(84) *Proposed Changes in Old-Age and Survivors Insurance*, 10 SOC. SEC. BULL. 21, 21-22 (May 1948). 拙稿「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第二章第二節第一項（トルーマンと一九五〇年修正法）。使用者側は、権利として給付を行なうプログラム（社会保険）とした場合、申請者がそのような給付を受ける資格があると感じるようになるとの点を、反対理由の一つとしていた。M. DERTHICK, POLICYMAKING FOR SOCIAL SECURITY 299 (1979). これに対し、労働組合などの賛成派は、公的扶助が望ましい救済方法とは言えないことを理由の一つとして挙げている。W. COHEN, RETIREMENT POLICIES UNDER SOCIAL SECURITY 60 (1957).

(85) 一九八〇年代に福祉支出の大幅な削減をめざしたレーガン大統領においてさえ、公的年金たるOASDIについては、「一九三〇年代に制定された所得保障措置たる社会的安全ネット」を維持するというのが、当初の選挙公約であった。水田邦雄「レーガン政権下のアメリカの福祉政策」『海外社会保障情報』五九号（一九八二年）一〇頁、拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第五章第一節第二項（一九八一年修正法）。

(86) 我が国社会保障制度の整備に大きな役割を果たした一九五〇年社会保障制度審議会勧告においても、社会保障の中心は社会保険制度であり、公的扶助制度は補完的機能を果たすべきものとされている。しかしその前提として、日本国憲法第二五条の生存権理念の下、生活保障責任が国家にあることが強調されている点で、アメリカでの議論とは位相を異にする。

第二節　「資格」論の樹立

アメリカ社会保障制度の中心をなす社会保障法に対しては、一九三九年修正法により年金保険を中心とする改正がな

された。すなわち、一九三五年法において導入された老齢給付に遺族・家族給付が付加され老齢・遺族保険（OASI）となり、給付算定方式が総賃金額方式から平均月額賃金方式へと変更され、これらの結果、年金の財政方式が積立方式から修正積立方式となった。[87]次いで一九四〇年代から五〇年代にかけても、年金保険（その対象者は基本的には労働者・自営業者及びその家族であり、必ずしも貧困者一般ではない）を中心とする改正が相次いだ。[88]

六〇年代に入ると、メディケア（老人医療保険）及びメディケイド（医療扶助）といった公的医療保障プログラムの導入がなされたほか、[89]貧困者政策の充実に本格的に目が向けられるようになった。その背景として、前節でも述べたように、いわゆるニュー・バーグ事件[90]に象徴されるような一九三五年法以来の公的扶助対象者に対する一連の「悪しき」取扱い、「ゆたかな社会」の裏で確実に深刻化しつつあった「貧困の再発見」と慢性的な貧困の悪循環を断ち切る必要性についての認識の高まり、[91]主たる扶助対象者でもあった黒人による公民権運動の進展、などが挙げられる。周知のように、一九六四年公民権法、同年経済機会法（コミュニティ活動プログラム（CAP）などを含む）の制定をはじめとして、ジョンソン大統領は積極的に「貧困戦争」に乗り出した。

ただし、こうした貧困問題の直接的解決策としては、一部を除き、[92]公的扶助プログラムの大幅な拡大による所得移転との方策が採られたわけではなかった。前節で述べた一九六二年修正法によるサービス実施費用などに対する連邦補助率の引上げや、一九六七年修正法による要扶養児童家庭扶助（AFDC）への労働促進プログラム（WIN: Work Incentive Program）の導入[93]（原則として一八歳未満の子、病人、無能力者、高齢者などを除く受給者は、就労及び職業訓練のための登録をしなければならない）など、サービス給付の充実によるカウンセリングの強化や職業訓練・リハビリテーションの重視といった、雇用復帰に向けてのインセンティブを付与することを狙いとするプログラムが発展するとの側面が顕著にみられたのである。その背景には、「生活自助」による「自立」を図るべきとの伝統的な観念、前節でも述べ

たソーシャルワークなど専門職サービス尊重の風潮のほか、より直接的には、とりわけAFDCにかかる受給者数及び給付総額の増大を抑制する必要性の高まりとの事情があった。[94] 留意すべきは、AFDC受給者の性格が、一九三五年社会保障法制定当時主な保護対象として想定されていた白人寡婦とその子から、離婚家庭や遺棄家庭、未婚の母と非嫡出子からなる家庭へと変化し、さらに黒人の受給者割合が増加した点である。[95]「子供を養育するために奮闘する貧しい母親」から、「父親の影が見え隠れし、福祉受給のために次から次へと子供を産む母親」へと、典型的な受給者像が変化した。[96] このことも、一九六〇年代にかけての一連の法改正の背景にあったと考えられる。

しかしながら、これらの貧困問題解決に向けた諸施策は、前節で述べたような公的扶助受給者に対する従来の法的取扱いを前提とした場合、扶助対象者の立場をなおいっそう不利にするとの危惧があった。こうした状況を背景として、福祉制度に内在する諸々の問題点、すなわち、(1)援助やその打切りに際しニードとは無関係になされる数多くのテスト、(2)福祉受給者を、他の市民によって享受されるところの憲法上及びその他の権利を奪われ気紛れな福祉官庁への従属を強いられる者、すなわち「クライアント」へと墜としめる手続、(3)とりわけ居住要件などに反映されるような州ないし地方単位の制度設計、(4)不十分な扶助額、といった点を認識しつつ、[97] さしあたり「特権」論の克服を念頭に置き、究極的にはニードを有する全ての者に対する最低限に十分な保障の確保をめざしたのが、[98] C・ライクやE・スパラー(Edward V. Sparer)らによる新たな法理論の展開であった。[99] それは、一九六〇年代後半に全国福祉権団体(the National Welfare Rights Organization (NWRO))などを中心に展開された「福祉権運動(welfare right movement)」[100]の理論的支柱ともなった。なかでもライクは、一九六四年の著名な論稿「ニュー・プロパティ(The New Property)」において、近年における国家の役割の変化に着目し、概略以下のような議論を展開した。

過去一〇年間にアメリカでみられた最も重要な発展の一つとして、政府が富(wealth)の主要な源泉として登場して

きたことが挙げられる。[101] すなわち年金・失業保険・公的扶助といった諸々の政府給付、公務員としての雇用、特定の職業に就くに際して必要とされる免許（license）や個人・企業に対する独占的営業・事業の認可（franchise）、個人・企業との間で締結される契約に基づく政府支出、特定事業・産業に対する政府補助金、公的施設・設備など公共的資源の提供、郵便・教育といった諸サービスの提供など、政府が国民による富の獲得・保持に際し直接・間接に関与する部分が、国民生活においてますます大きくなりつつある。[102] こうして政府による「贈物（largess）」が重要性を増すにつれ、それらに対する個人的利益の法的保護を求める圧力が生じてくるのもごく自然なことである。しかしながら、特権論や「恩恵原理（gratuity principle）」などを背景として、それらは必ずしも伝統的な「財産権（property）」と同様の実体的・手続的法的保護を与えられてきたわけではなかった。[103] またこうした「贈物」の増大は、行政裁量の幅の拡大などに伴い必然的に政府権力の増大をもたらし、そのことがまた受益者側に自立（independence）の侵害や、正当な憲法上の権利行使に対する圧力をもたらすことになった。[104] ライクはこうした行政権の拡大を招来した国家を「公益国家（the Public Interest State）」と名付ける。そして「公益国家」からの退却はもはやあり得ないとする。[105]

他方、伝統的な「財産権」は、あらゆる種類の富に一定の私権を創設し保護することを本質とする法制度である。それは所有者に活動の自由を保障し、ひいては個人の自立や尊厳などを保持する機能を果たす。[106] 前述したような「公益国家」にあっては、政府による「贈物」が、この「財産権」が果たしてきた役割を必然的に担わねばならない。伝統的な「財産権」も、自然権的基本権と異なり国家に由来し、あるいは特定の条件に服する構築物（construction）である点で、「贈物」と同様である。（例えば、アメリカでは土地や資源は全て政府からの「贈物」であったし、動産は放棄や紛失により没収されうる。）[107] それならば、両者は同程度の規律に服せしめられるべきではないか、とライクは疑問を呈する。すなわち、政府からの「贈物」に対する規律の程度を決するにあたっては、それが政府に起源を有するとの点が決定的

なのではなく、どのように機能しあるいは機能すべきかが真の問題なのであると。[108]

以上の議論を前提としてライクは、「贈物」をめぐる政府権能を制約するための憲法上の制限として、「恩恵（gratuity）」以外のものに課されたならば無効となるような条件を課すことの禁止等を主張したほか、それ以外にも過度の行政裁量の否認など実体法的制限事項を挙げる。ただし、行政裁量の統制などの実体的制限は実際上きわめて困難であるとして、[109]むしろ手続的統制を重視し、それが政府の恣意的活動を統制するための有効な手段であることを強調する。以上から伺えるように、ライクの理論は、「特権」論とこれに基づく恣意的な裁量権の行使に対する批判[110]との側面を有していた。

かくしてライクは、主として生計を立てる手段が何であるかによって定まるところの地位（status）と密接に結び付いた「贈物」の諸形式が、権利として保持されるべきものとみなされなければならないと結論づけ、これを従来の財産権になぞらえて「新しい財産権（New Property）」と名付けたのである。[111]

また社会保障関連給付については次のように論じている。すなわち、こうした権利の観念は、失業補償（失業保険）や公的扶助、老齢保険といった社会保障給付について最も差し迫って必要とされる。[112]「そうした給付を権利とすることによってのみ、福祉国家は、各人が完全には自分自身の運命の支配者（master）になることができない社会にあって、人々の幸福や尊厳にとって安定的な最低限度の基盤を提供するという目標を達成することができるのである。」[113]ここでは、前節で触れたような従来の議論と異なり、社会保険と公的扶助との区別を強調しない点が特徴的である。

ライクは、翌一九六五年の論文で、「ここ三〇年間社会福祉領域は、とりわけ広範な裁量が認められるプログラムにあっては、受給者の法的権利の保護ないし明確化に対し、他の分野と比べてほとんど注意を払われなかった」[114]との視角から、「ニュー・プロパティ」論を社会保障とりわけ公的扶助の領域において敷衍し、いわゆる「資格（entitlement）」論として発展させた。[115]それによれば、今日の社会を様々な「資格」（例えば、労働者であれば労働組合員資格、契約上

の地位、年金権など）が取り巻いており、これらのうち重要なものの多く（例えば、農業・製造業に対する補助金や公的年金など）は政府に由来するものである。こうした保障手段は、公的なものであると私的なものであるとを問わず、もはや贅沢品とか恩恵、慈善などと看做されるべきではない。しかし貧困者に限っては、たとえその「資格」の存在が国家政策の見地から認められたとしても、有効には実現されてこなかった。また今日我々は、貧困を個人の責に帰するのではなく、複雑な産業社会における巨大な非人格的諸力が及んだ結果としてみるべきである。[116] 以上を踏まえてライクは、「人が健康や人間らしさ（decency）を保つための諸条件につき不十分な資源しかもたない場合、社会が援助をなす義務を負い、その者は権利としてその援助を受け取る資格を有する」[117] との実体的権利論を展開したのである。そして論旨全体から、手続的保障の充実や受給資格の客観的明確化などにより、広範に認められている行政裁量を統制すべきことが論じられているとみることができる。[118]

(87) 拙稿・前掲「アメリカ社会保障制度の形成（四・完）」（注41）七八一頁以下。同修正法は、老齢保険において採用された完全積立方式から生じる莫大な積立金の蓄積が、財政的・経済的に好ましくないとの議論をその端緒とするものであった。同論文八〇八頁。

(88) 一九五〇年修正法を皮切りに、年金保険の適用対象者の拡大、受給資格の緩和、給付の引き上げ、新たな給付類型の導入などが相次いで行われた。なかでも一九五六年修正法により障害給付が導入され、老齢・遺族・障害保険（OASDI）となった点が重要である。公的扶助分野においては、一九五〇年修正法により、第四の公的扶助のカテゴリーとして障害者扶助が設けられた。ただし同扶助は、社会保険たる障害保険導入をめぐる立法過程での妥協の産物との意味合いを有していた。総じて一九五〇年代は、社会危険としての障害に対する保障プログラムの充実が図られた時期であった。拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第二章（第二次世界大戦と五〇年代における社会保障の発展）。

(89) 両プログラムは、一九五〇年代以来の一連の立法化努力により実現をみたものであり、公民権運動や福祉権運動と直接

結び付くものではない。ただし、ジョンソン大統領が老人医療保険プログラムを「貧困戦争」の主要な目標としたことに示されるように、当時の社会情勢が、長い間懸案となりながら実現を見なかったプログラムの導入を積極的に後押ししたことは否定できない。同論文第三章第二節（連邦医療保険制度の導入）。

(90) 一九六一年、ニュー・ヨーク州ニュー・バーグ市で、本来就労可能な「詐欺的」受給者や扶助の受給を目的として移住してきた者を排除する意図で、福祉受給者に対する制限を強化した一三か条の条例が施行され、全国で論争を巻き起こした。秋山智久「米国の公的扶助における人間観の相克――ニューバーグ事件をめぐって――」『四国学院大学文化学会論集』一六号（一九六九年）五五頁以下。

(91) *See* O. LEWIS, CHILDREN OF SANCHEZ (1961); M. HARRINGTON, THE OTHER AMERICA: POVERTY IN THE UNITED STATES (1962)（内田満・青山保訳『もう一つのアメリカ』（日本評論社、一九六五年））.

(92) フードスタンプ（一九六四年）、家賃助成（一九六五年、一九六八年）といった現物給付的性格を有する公的扶助プログラムが相次いで実施された。拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第三章第一節（「偉大なる社会」と社会保障の進展）。

(93) Cohen & Ball, *Social Security Amendment of 1967: Summary and Legislative History*, 31 SOC. SEC. BULL. 3, 17-19 (Feb. 1968). 同論文第三章第一節第二項（三）（一九六七年修正法）。

(94) R. PLOTNICK & F. SKIDMORE, PROGRESS AGAINST POVERTY: A REVIEW OF THE 1964-1974 DECADE 13 (1975). 同論文第三章第三節第一項（六〇年代における修正の特徴）。

(95) *Cf.* Jefferson v. Hackney, 406 U.S. 535, 538 (1972). AFDC プログラムは、一九五〇年代半ば以降、他の公的扶助プログラムの受給者総数を上回る受給者を抱えていた。D. ROCHEFORT, AMERICAN SOCIAL WELFARE POLICY: DYNAMICS OF FORMULATION AND CHANGE 100-01 (1986).

(96) 拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第四章第二節第一項（公的扶助の連邦制度化・六〇年代までの動き）。

(97) Sparer, *The Right to Welfare*, in THE RIGHTS OF AMERICANS: WHAT THEY ARE — WHAT THEY SHOULD BE 65, 66 (N. Dorsen ed. 1971).

(98) Law, *Women, Work, Welfare, and the Preservation of Patriarchy*, 131 U. PA. L. REV. 1249, 1268 (1983).

(99) Sparer, *The Role of the Welfare Client's Lawyer*, 12 UCLA L. REV. 361 (1965). 同論文でスパラーは、公的扶助給付が政府による慈善ではなく制定法上の権利であると主張するとともに、申請者ないし受給者の権利擁護のために法律家の果たすべき役割の大きさとその方法論を戦略的に説いている。彼は、人間の尊厳や物資的資源、コミュニティ組織に対する貧困者のニーズに焦点を当て、福祉権を認めることがいかにこれらを促進し得るかを論じた。Rosenblatt, *Social Duties and the Problems of Rights in the American Welfare State*, in THE POLITICS OF LAW 90, 94-95 (D. Kairys ed. 2d. ed. 1990). スパラーをはじめとする法律家は、貧困者の組織化に尽力するとともに訴訟を通じて（テストケース・アプローチ（test case approach））、あるいはそれにとどまらず立法部ないし執行部に対する働きかけを通して影響力を行使しようとした。その意味でこの時期に展開された法理論は運動論的色彩を帯びていたといえる。Comment, *The New Public Interest Lawyers*, 79 YALE L. J. 1076 (1970). 後にスパラーは、批判法学（CLS）の立場からの権利論批判を紹介した際にも、法理論と社会運動との連携の重要性を強調している。Sparer, *supra* note 42, at 554.

(100) 福祉権運動について紹介した邦語文献として、定藤文弘「アメリカにおける福祉権運動の動向（Ⅰ）（Ⅱ）」『社会福祉研究所報（熊本短期大学）』四号（一九七五年）四七頁以下、『社会問題研究（大阪社会事業短期大学）』二四巻三＝四号（一九七八年）五五頁以下がある。

(101) Reich, *supra* note 68, at 734.

(102) *Id.* at 734-39.

(103) *Id.* at 740-56.

(104) *Id.* at 756-64.

(105) *Id.* at 778.

(106) *Id.* at 771.

(107) *Id.* at 778.

(108) *Id.* at 779.

(109) *Id.* at 779-85.

(110) スパラーも同様に、ケースワーカーをはじめ行政庁の広範な裁量が存在する点を批判している。Sparer, *supra* note 97, at 71.

(111) Reich, *supra* note 68, at 785, 787.

(112) *Id.* at 785. こうした見地からライクは、社会保険分野において、一九五四年に付加された資格剝奪条項により自動的に老齢保険受給権を喪失した原告（過去の共産党員歴を理由として一九五六年に国外退去強制を受けた者）からなされた「既得の財産権（accrued property right）」の違憲の剝奪であるとの主張につき、「合理的正当性を全く欠く明白に恣意的な類別」でないとしてデュー・プロセス条項に違反せず合憲と判示した連邦最高裁判決（Flemming v. Nestor, 363 U.S. 603 (1960)）を批判している。*Id.* at 768-69, 775. *See* Cover, *Social Security and Constitutional Entitlement*, in SOCIAL SECURITY: BEYOND THE RHETORIC OF CRISIS 69, 73-77 (T. Marmor et al. eds. 1988).

(113) Reich, *supra* note 68, at 786.

(114) Reich, *supra* note 73, at 1256.

(115) *See* Simon, *supra* note 74, at 27. 資格論について論じた邦語文献として、大久保・前掲論文（注68）五九―六三頁、秋元・前掲「福祉の権利と行政裁量」（注33）二八七―二八九頁、同「アメリカにおける福祉受給権と福祉裁判の動向――資格論とマネジリアル・フォーマリズム――」『季刊社会保障研究』二七巻二号（一九九一年）一九一―一九二頁、本多滝夫「アメリカにおける行政手続の展開――一九七〇年代および一九八〇年代前半における手続的デュー・プロセスの法理――（一）」『名古屋大学法政論集』一二八号（一九八九年）八―九頁などがある。

(116) Reich, *supra* note 73, at 1255.

(117) *Id.* at 1256.

(118) 一九六六年の論稿では、一見すると私的領域のようにみえる分野にまで政府の公的援助が広く及んでいる「公―私国家（public-private state）」との観点から、公的扶助給付を他の政府からの給付と区別すべきでないとして、客観的な資格基準の設定、政府による過度の規制やプライバシー侵害の否定、手続的保障の確保、依存状態（dependency）とのスティグマの除去などを論じている。Reich, *Social Welfare in the Public-private State*, 114 PA. L. REV. 487, 492-93 (1966).

第三節　「資格」論の影響と「福祉権」構築の挫折

福祉国家化による国家の役割の変化を法理論に反映させたという意味で経験論的であり、また法律家の果たすべき役割を強調し運動論にもコミットしたライクの理論は、一九六〇年代後半以降、判例・学説に影響を与えた。[119] 学説上の議論については、その多くを次章に譲ることにして、以下ではまず判例法理への影響につきみておきたい。

ライクの影響を看守し得る最も顕著な裁判例は、一九七〇年連邦最高裁判決の Goldberg v. Kelly[120] であった。その法廷意見においてブレナン判事は、公的扶助を受給資格者が有する「制定法上の資格（entitlement）」と捉え、本件「憲法上の訴えに対し、公的扶助給付が『権利』ではなく『特権』であるとの議論によって応じることはできない」[121] と判示するとともに、脚注において「今日では福祉の資格を恩恵というよりも財産権類似のものとみなすほうが現実的であろう」[122] と判示し、ライクの資格論を肯定的に引用したのである。同事件は、事前聴聞の機会を与えずになされた州 AFDC 給付などの打切りにかかわる事例であった。連邦最高裁は、福祉給付の打切りにつき、手続的デュー・プロセス法理の適用があることを当然の前提としながら、本件につき、打切り後の「公正聴聞」[123] では十分ではなく、事前に聴聞（その内容は司法的または準司法的なものであることまでは要しない）の機会を与えないとの取扱いは第一四修正のデュー・プロセス条項に違反するとの判断を下した。[124]

このように Goldberg 判決では、「特権」論が明確に斥けられている。社会保障領域においては、既に社会保険の一部門である失業保険（失業補償）につき、同旨の判断が示されていた。[125] AFDC についても、前年の Shapiro v. Thompson[126] 事件において同様の判断が示されており、Goldberg 判決はこれを再度確認したものである。したがって、これら一連の連邦最高裁判決は、社会保険・公的扶助にまたがる社会保障領域において「特権」論を明確に否定したという点で重

要な意義を有する。

「特権」論を否定したのみならず、これらの判決は、福祉ないし公的扶助領域に合衆国憲法上の人権規定による一定の保護を及ぼした点でも有意義なものであった。例えば、Shapiro 判決は、州 AFDC プログラムなどの受給要件として課された一年間の州内居住要件が平等保護に反し違憲であるとして争われた事例である。法廷意見は、被侵害利益（州際移動に対する「基本的権利」）との関連で厳格な司法審査基準を用い[127]、同居住要件が、やむにやまれぬ州の利益（compelling state interest）を促進するものではないとし、平等保護に反して違憲であると判示した[128]。また先に述べたように、Goldberg 判決では、公的扶助給付の打切りに際して手続的デュー・プロセスによる憲法上の保護が認められた。

こうして従来一般に社会保険に比して低い規範的地位しか与えられてこなかった福祉ないし公的扶助給付にも、平等保護や手続的デュー・プロセスなどの法理により一定の憲法的保護が及ぶことが明確になったのである[129]。さらに、これらの判決では、憲法上の実体的「福祉権」の存在が直接認められたわけではなかったものの、そうした権利の存在が認められることへの期待を抱かせる趣旨の判示がなされていた。例えば、Goldberg 判決では、「貧困者のコントロールが及ばない諸力が彼らの貧困化に寄与していることを我々は認識するに至った」と述べ、単なる個人主義的貧困観とは異なる貧困観を示している[130]。さらにまた、「有資格受給者にとって福祉は、本来欠くことのできない食物、衣料、住居、医療を獲得するための手段を提供する」「（重要なのは、）受給資格をめぐっての係争中に扶助を打切ることが、受給資格のある受給者から係争中に生活していくためのまさにその手段を奪うこととなりかねないことである」「生存の基本的需要を満たすことによって福祉は、他の人々がコミュニティーの生活に有意義に参加するのに利用可能なのと同様の機会を、貧困者の手に与える助けとなり得る」と判示された[131]。学説にも、これを実質的に生存（subsistence）を憲法上保障された権利と看做そうとする試みとして積極的に評価する動きがみられたのである[132]。

上記の諸判決の他にも、この時期の判例理論を通して、前二節で指摘したところの公的扶助プログラムにおける各州独自の受給資格の制限や、[133] 社会保障法の規定の趣旨に反する給付水準の引き下げ[134]が相次いで違法とされ、[135] 行政上の取扱いも相当程度是正された。

以上の考察から明らかなように、この時期における裁判例は、主として州AFDCプログラムをめぐる紛争であった。その背景には、同プログラムが、制度の実体面において、各社会保障制度分野の中でもっとも深刻な問題を抱えていたとの事情があった。すなわち一九六〇年代には、前節で述べたようにAFDCの受給者数及び給付総額の抑制を重要な狙いとする一連の法改正がなされたものの、立法者が意図した所期の目的は達成されなかった。その要因として、一つには、「福祉権運動」の活発化があった。この運動は、公民権運動のあとを受け継ぎ、ライクやスパラー等の法理論を理論的支柱にしながら、公的扶助プログラムの拡大を狙いとし、とりわけAFDC対象者を主な担い手としていた。さらにこの時期、先に述べたように各州プログラム独自の受給資格の制限などが相次いで違法とされたことも見逃せない。これらを有力な要因として、AFDC受給者数がさらに増大し、「福祉爆発（welfare explosion）」と呼ばれる現象を生み出したのである。[136] AFDC受給者数は、一九六七年の五〇〇万人から一九七二年の一、〇九〇万人へと倍増した。[137]

社会保障制度全体を通じてみた場合、一九七〇年代前半にかけては、給付のより一層の充実が図られるとともに、現在に至る各種制度の基本的メニューがほぼ出揃った時期にあたる。[138] しかしながら「福祉爆発」の中核的部門であるAFDCは、補足的所得保障制度（SSI）として連邦直轄制度化した他のカテゴリカル公的扶助プログラムとは異なり、依然として州運営の連邦補助金プログラムとして取り残されることとなった。[139] AFDC受給者たる（母）親は、本来典型的な「就労可能者」のカテゴリーに属する者であることから、老齢者（彼らは基本的に「就労不能者」に分類された）などとは別個に取扱い、自らの就労による自助・自立へと向かわせ、政府費用削減を図るための方策を講ずる必要性が

認識されていたのである。にもかかわらず、ニクソン政権下における家庭扶助プラン（FAP）やカーター政権下における職および収入改善プログラム（PBII）など、根本的なAFDC改革を狙いとする法案は成立に至らなかった。[140] この結果、一九六七年修正法により導入されたWINプログラムの改正（一九七一年）[141] など、就労へと向かわせるインセンティブをより一層強化することを狙いとした部分的な改正が行われるにとどまり、一九七〇年代後半におけるAFDC費用の抑制を目的とする法制度改革の焦点は、連邦政府の規制強化による州の運営引き締め[142]を通しての行政効率の増大へと向けられた。[143][144]

このように「福祉爆発」に対処することを狙いとしてなされた制度改革及びそれに向けての論議は、ある意味では当然といえるものの費用削減との視点が優位に立ち、福祉受給者の基本権としての受給利益の保護との視点は有力にはみられない。その背景には、一つには先に挙げたShapiro判決[145]及びGoldberg判決以後の判例法理がこうした基本権の承認に対して消極的な態度を示すに至ったとの事情があった。すなわち、一般にDandridge v. Williams[146]において、合衆国憲法上の平等保護との関連で、福祉受給利益を、「合理性」のテストよりも厳格な違憲審査基準に服するという意味での「基本的権利」とみる可能性は否定されたといわれる。[147] 同事件は、七名以上の構成員からなる家庭に適用されるAFDCの扶助最高限度額（maximum grant）規定が社会保障法及び平等保護に反するとして争われた事例である。法廷意見は本件を、経済・社会福祉分野での平等保護違反が争われいわゆる「合理性」のテストが適用されるべき事例であるとして緩やかな違憲審査基準を用い、合憲としたのである。[148] そこでは、従来の先例として挙げられる経済規制分野とは異なり、「公的福祉（AFDC―筆者注）扶助の実施は、貧困に陥った人々の最も基礎的な経済的ニーズにかかわる」ことを認めながらも、「異なった憲法上の（審査）基準を適用する基礎を見出すことができない」と判示されている。[149]

「経済・社会福祉分野において、州は、法によってなされた区別が不完全であるからといって直ちに平等保護条項を侵

害したことにはならない」「公的福祉扶助プログラムによって提起されるやっかいな経済的、社会的、哲学的な諸問題は、当裁判所の関知するところではない」[150]との判示にもみられるように、Dandridge 判決は福祉受給利益を、上述のように厳格な違憲審査基準が適用されるという意味での「基本的権利」とみる捉え方を否定し（ましてやこうした利益は実体的な憲法上の基本権ともみなされない）、その保護を基本的には州の立法政策に委ねた裁判例として位置付けることが可能である。この趣旨は、合衆国憲法[151]や社会保障法[152]との関係での違憲・違法が争点となったその後の連邦最高裁判決においても踏襲されている。

ただし、これに対して依然としてShapiro 判決を継承する判決も存在した。例えば、Memorial Hospital v. Maricopa County[153]では、州医療扶助プログラムの適用を受けるための一年のカウンティ内居住要件につき、「医療は福祉（AFDC―筆者注）扶助と同様、貧困者にとっての『生活の基礎的必需品』である」として、医療の欠如が生存をも脅かすこととなり得る点を強調し[154]、Shapiro 判決の判断枠組を踏襲している。医療や公的扶助といった個人の生存にかかわる政府給付の確保が憲法上も有意味な価値であること自体は認めているのである。ただしMemorial Hospital 判決は、Shapiro 判決と同様、直接的には州際移動に対する「基本的権利」を被侵害利益として、やむにやまれぬ政府利益があるか否かとの厳格な審査基準を適用した事例である[155]。

以上みたように、公的扶助にかかわる連邦最高裁判例としては、一九七〇年代に入ると、AFDC に限らず、次第にフードスタンプや州独自の医療・金銭給付プログラムにかかわる事例が増加している[156]。このことは、この時期、財政問題がAFDC にとどまらず、フードスタンプをはじめとする他の公的扶助分野にまで波及し、立法部並びに執行部による費用抑制策を背景として、扶助対象者の受給利益における不安定性が増大したことを意味する[157]。

こうして連邦最高裁の判例理論は、ライクの「資格」論による影響を受け、扶助受給者の利益保護に向けて一定の進

展をみたものの、憲法上の実体的「福祉権」の存在を認めるまでには至らなかった。他方、ライクの「資格」論自体にも理論的問題点が含まれていることが次第に明らかとなった。[158] まず第一に、ライクが提唱した受給資格の明確化やそれによる行政裁量の縮小は、少なくとも第一義的には手続的な統制をめざすものであり、[159] 必ずしも直接実体的な受給権を保障しようとするものではなかった。一九六〇年代以降の制度改正に見られるように、立法部・執行部としては、給付水準自体の抑制ないし引き下げという方途が基本的に可能だったのである。[160] また第二に、行政裁量の消極面を専ら問題とするあまり、積極面が軽視されているという問題があった。[161] このことは、理論法学的にいえばリーガリズム批判ということにもなるが、[162] こと福祉に関しては、ソーシャルワークという本来的に裁量が要求される分野だけに、権利と裁量をどのように調和させ得るかが本来的に問われる必要があったのである。[163][164] さらに法理論的には、ライクは政府からの「贈物」の利益を既得のものとして扱いその侵害には「正当な補償の支払い」を要求したけれども、従来の古い財産権とニュープロパテイが全て既得のものとみなされるべきとすれば、そもそもライクが正当化しようとしている国家の再分配活動自体が否定されることになるのではないかとの根本的なパラドックスを抱えていた。[165]

とはいえ、こうした否定的立場からも、ライクの理論は必ずしも全面的に否定されるべきものではなく、ことに手続的保護の拡大といった部分においては積極的に評価し得べきものであった。[166] その具体的成果としては、先に触れたShapiro 判決やGoldberg 判決などによる連邦最高裁判例理論の展開、そしてそれを直接的な契機とした一連の制度改正が挙げられる。[167] さらに、以下のような制度改正も、受給資格の客観的明確化や行政裁量の統制といった内実を有するライクの法理論を背景とし、これに沿うものであったとみることができる。

例えば、先にも触れたように、一九七二年修正法により創設された補足的保障所得制度（SSI）は、従来州の運営に委ねられていたカテゴリカル公的扶助プログラム（老齢扶助・障害者扶助・視覚障害者扶助）を一本化し、連邦政府が

直接運営にあたることとしたものである。[168] これにより資格基準が各州を通じて統一され、かつ明確化されたことは、少なくとも特定カテゴリーの者を対象とする最低所得保障プログラム[169]が設けられたことを意味する。そして、この連邦制度化はそれ自体、裁量に委ねられるべき領域を狭める役割を果たした。このことはまた、いわゆる「法化（legalization）」[170]の一形態であり、それは究極的には「資格化（entitlezation）」にもつながる（すなわち権利性が高まる）と言い得る。[171]

一九七四年修正法により規定された社会保障法第二〇編、いわゆるタイトルXXは、SSIの導入による金銭扶助給付の連邦制度化と関連して、ソーシャルサービス部門を分離して連邦補助金の支給対象とし、運営を州の広範な裁量に委ねたプログラムである。[172] これにより、ソーシャルサービス（我が国で言えば社会福祉サービス）給付が公的扶助プログラムとは社会保障法上独立した部門として創設された。[173] その背景には、よりコストのかかる訓練を受けたソーシャルワーカーではなく一般の事務職員でも公的扶助の受給資格を決定できるようにすること、また公的扶助とりわけAFDCの受給資格決定とソーシャルワーク業務の重複を避けること、といった実践的要請があったといわれる。[174] 金銭給付については画一的な（連邦制度による）資格基準の機械的ないしは官僚主義的な適用に委ね、専門職的ソーシャルワークをこれとは分離することにより、公的扶助給付に関わる裁量行使を枠づけ規準化することが意図されたのである。[175]

やや時期が離れており、上述の諸改正と同列に論じることはできないものの、障害保険給付についても同様の趣旨から制度改正がなされている。すなわち一九八〇年社会保障障害修正法は、第一次障害認定機関である州機関における認定、及び第三段階である行政法審判官（ALJ）の認定が寛容すぎることや、[176] 障害保険給付の増大による財源不足を背景としてなされた法改正である。同修正法[177]では、障害認定手続につき、従来各州に委ねていた障害認定手続に関する実施基準及び手続を定める権能が連邦政府に付与されたほか、州機関による障害認定の一定割合の再評価並びに永久的障害を除く最低三年毎の障害給付受給者資格の再評価を連邦政府に義務づける、といった改正がなされた。[178] 連邦政府に対し

てより一層強力な規制権能を付与することにより、同修正法は州レベルでの裁量行使への枠づけを図ったものとみることができる。ただし、同法制定後、大量の給付打切り事例の発生と行政不服審査申立数及び連邦裁判所への訴訟提起数の急増との事態が生じ、しかも受給者側の請求が認容される裁判例が増大した。[179] このため、こうした判例理論の展開に対応する意味においても、障害認定につき規制権能を行使する連邦政府自体の裁量を規準化することが意図され、一九八四年社会保障障害給付修正法[180]により、給付打切りのための再評価基準の法定化などが行われたのである。一般に社会危険（所得減少ないし貧困をもたらす社会的事故）としての「障害」は、同様に社会危険である「老齢」などと異なり、その認定にあたり本来的に裁量が付きまとう。したがって、SSI の場合とは異なり（ただし障害者扶助に由来する部分は障害保険と同様に考えられる）、連邦政府自体の裁量を規準化することによってはじめて、受給者の権益保護が従前よりも実効的になされることが可能になったということができる。

こうしたいわゆる「フォーマライゼーション」の進展[181]、そしてそれによる受給者側の利益保護の一定の進展にもかかわらず、八〇年代に入ると、実体面において給付水準の引き下げを伴う社会保障制度改革が相次いでなされている。すなわち、レーガン政権下において、より一層「福祉削減」が推し進められ、AFDC をはじめとして、フードスタンプやメディケイドなどの給付削減を狙いとする社会保障法の改正が相次いで行われた。[182] 一九八八年家庭援護法など、従前の立法動向に沿った形で、AFDC 受給者の自立助長を図るための法制度改正も相変わらず行われている。[183] 他方、中核的な社会保険プログラムである年金保険（OASDI）においても、財政危機が次第に深刻な課題となり、一九八三年修正法などにより被保険者および受給者に不利益をもたらす改正がなされている。[184][185] これらの改正は、ライク理論に対する批判にもみられるように、社会保障給付に「権利」性を認めていこうとのアプローチにおいても超えることのできない実体的な限界（すなわち私的財産権と全く同一視することまではできない）を示唆している。[186]

(119) Simon, *supra* note 74, at 29. 参照：大久保史郎「公法学の動向」『法律時報』五〇巻三号（一九七八年）一四七頁、戸松秀典「憲法訴訟と『立法府の裁量』の理論――アメリカにおける社会福祉訴訟をめぐって――」『成城法学』一号（一九七八年）二五一―二五二頁。

(120) 397 U.S. 254 (1970).

(121) *Id.* at 262.

(122) *Id.* at 262 n. 8.

(123) *Id.* at 266. ただし、後に連邦最高裁は、Goldberg 判決が裁判での正式事実審理（trial）に極めて近い聴聞が必要と判断した唯一のケースであると判示している。Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 333 (1976).

(124) *Goldberg*, 397 U.S. at 265-67.

(125) Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398, 404 (1963).

(126) 394 U.S. 618, 627 n. 8 (1969).

(127) 傍論ではあるが、伝統的な平等保護の司法審査基準である「合理性」テストによっても違憲とされるであろうと判示している。*Id.* at 638.

(128) *Id.* こうした憲法原理は、連邦から資金が支出されていない州独自のプログラム（一般扶助）においても適用されるものとされた。Pease v. Hansen, 404 U.S. 70 (1971). その後、貧困者に対する州医療扶助プログラムに付された一年のカウンティ居住要件についても、Shapiro 判決と同様の審査基準を用い、平等保護違反とされた。Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 U.S. 250 (1974). なお、Memorial Hospital 判決については後に再び触れる。

(129) 米沢・前掲「福祉受給権をめぐる憲法問題（二）」（注46）六六頁以下、「同（三・完）」（注46）八三頁以下参照。

(130) Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 265 (1970). この部分でもライクの論文を引用している。*Id.* n. 13.

(131) *Id.* at 264-65.

(132) *E. g.*, Kurland, *The Judicial Road to Social Welfare*, 48 SOC. SERV. REV. 490 (1974). なお、本稿第二章第一節におけるマイケルマンとトライブの議論を参照。

(133) 例えば、King v. Smith, 392 U.S. 309 (1968) では、アラバマ州 AFDC プログラムの「代理父（substitute father）」規定が、

連邦社会保障法の解釈を誤るものとして違法とされた。同規定は、母親と婚姻関係になくその子の扶養義務も負わない男性が当該母親と「同居」する場合、子に対するAFDC給付を打切るとの条項であった。連邦最高裁は、憲法問題に踏み込まず、こうした男性は社会保障法上の「親（parent）」概念に含まれないと判示した。*Id.* at 333. この判決は、連邦最高裁が州AFDCプログラムの規定に関わる連邦法上の請求を初めて認容した点で重要な判決である。Simon, *supra* note 81, at 194-95. *See* Lewis v. Martin, 397 U.S. 552 (1970) ("man-in-the-house"); Van Lare v. Hurley, 421 U.S. 338 (1975) (nonpaying logers).

(134) Rosado v. Wyman, 397 U.S. 397 (1970). 同事件は、州AFDCプログラムにおける特別ニーズ給付（注136参照）の廃止等の給付削減措置が、一九六七年に改正された社会保障法四〇二(a)(23)条（州AFDC給付のニード決定にあたり生計費調整（COLA）を行なうことを求める）の趣旨に反し違法とされた事例である。法廷意見の結論部において、「我々は福祉給付――それは正式には保健教育福祉省の監督の下に置かれるべきものである――というこの非常に複雑な分野における連邦裁判所の関与の増大に関心をもっているところであるが、連邦議会がこの分野における連邦法上の問題につき審理を行い判決を下す伝統的な権限を連邦裁判所から奪うとの意図であったことを指し示すものは全く見出せない」と判示した。連邦と州の管轄の問題につき、連邦裁判所が積極的役割を果たすべきとの姿勢が示されている点で、これ以後の判例の態度とはニュアンスを異にする。*Id.* at 422.

(135) いわゆる「夜襲（midnight raids）」などの私生活領域にまで過度に踏み込んだワーカーなどによる指導監督の合憲性が争われた連邦最高裁判例はなく、下級審裁判例があるにとどまる。*See* Parrish v. Civil Service Comm'n of County of Alabama, 66 Cal 2d 260 (1967).

(136) ただし、地方における運動の多くは、特別ニーズ給付（special needs grants）という一回的な補助を求めるものであった。逆にこのことが、運動を一時的なものにとどめる一因となった。Sosin, *supra* note 75, at 270; Simon, *supra* note 81, at 1499-1500.

(137) Sosin, *supra* note 75, at 272.

(138) 公的年金の充実（実質的給付水準引き上げ、生計費調整（COLA）の導入など）や、私的（企業）年金を規制する一九七四年ERISA法の制定により、主として退職に際しての所得保障（年金）制度が整備された。その他、メディケアの拡充、

社会保障制度と同様の所得再分配機能をもつ租税控除制度の導入など、制度改正は広範に及んだ。拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」(注41)第四章(社会保障の転換期)。

(139) 七〇年代半ば以降、スタグフレーション社会の到来とともに実質的給付水準の下落が生じ、AFDCは七〇年代を通じて平均一七%減少した。Simon, *supra* note 81, at 1465. これに対し、公的年金(OASDI)や連邦直轄制度化されたSSIについては、一九七二年及び一九七四年の法改正により、いわゆる生計費調整(COLA)が導入され、物価上昇に合わせて毎年自動的に調整されることとなった。同論文第四章第一節第一項(二)(一九七二年修正法)、同(三)(COLAの導入と給付の実質的増大)。

(140) 同論文第四章第二節第二項(家庭扶助プラン(FAP))、同第四項(社会保障法第二〇編(タイトルXX)とその後の福祉改革)。

(141) AFDC受給者に対する職業登録もしくは職業訓練登録の実施及び基準は、従来各州の裁量に委ねられていた。これを、六歳未満の子をもつ母親などを除き、登録を義務づけるとともに、登録者の最低一五%を職に就かせない州に対し連邦補助金を打切ることとした(タルマッジ修正)。TRATTNER, *supra* note 71, at 313. 同論文第四章第一節第一項(一)(一九六九年修正法)。

(142) Handler, *The Transformation of Aid to Families with Dependent Children: The Family Support Act in Historical Context*, 16 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE, 457, 482 (1987-88).

(143) 例えば、連邦政府による「過誤率」抑制の制度化(州による給付の適正性に対する審査)が図られ、これに対応して、ほとんどの州はAFDCを均一給付(flat grant)化した。Sosin, *supra* note 75, at 274-75. 本多・前掲論文(注46)三一五―三一六頁参照。品質管理(QC : Quality Control)制度の戦略的利用による州の過誤率低減をめざす試みについて触れたものとして、武智秀之「要扶養児童家庭扶助施策と管理改革」『季刊行政管理研究』四二号(一九八八年)八〇―八四頁がある。

(144) 後述するように、七〇年代においては、AFDCのほか、フードスタンプ等の扶助プログラムにおいても受給資格制限などの引き締め政策が採られた。注156・157参照。

(145) 現在では、Shapiro判決についても、当時の連邦最高裁判事による審議過程の検討を通じて、法廷意見が「福祉権」的な

ものではなく州際移動に対する基本的権利に依拠して慎重に判決を下したことが明らかにされている。Bussiere, *The Failure of Constitutional Welfare Rights in the Warren Court*, 109 POL. SCI. Q. 113 (1994).

(146) 397 U.S. 471 (1970).

(147) Bussiere, *supra* note 145, at 123-27; Sunstein, *Lochner's Legacy*, 87 COLUM. L. REV. 873, 888-90 (1987).

(148) 397 U.S. 471, 487 (1970).

(149) *Id.* at 485.

(150) *Id.* at 485, 487.

(151) *Cf.* Wyman v. James, 400 U.S. 309 (1971); Jefferson v. Hackney, 406 U.S. 535 (1972). Wyman 判決は、州 AFDC 給付の受給要件としてのケースワーカーによる家庭訪問を拒否したことによる給付打切りが争われた事例である。結論的には、家庭訪問が修正第四条にいう「捜索（search）」にあたらない、仮に当たるとしても不合理ではなく違憲ではないとされた。「家庭訪問拒否の唯一の結果は給付が打切られることにすぎない。このことは重要かつ深刻ではあるけれども、最初に同様の消極的選択を行い AFDC 給付の申請を繰り返す場合と状況に違いはない」（400 U.S. at 325.）と判示し、Dandridge 判決と同様の基本的立場を採る。Jefferson 判決は、テキサス州憲法で公的扶助予算の上限を設定し、その割り振りをするにあたって、他のカテゴリカル扶助受給者とは異なり AFDC 受給者についてのみ、算定されたニード水準から二五％削減する旨規定し、現実に支給額が減少したことが争われた事例である。結論的には、社会保障法四〇三(a)(23)条に違反せず、黒人受給者の割合が高い AFDC プログラム受給者に対する差別として平等保護違反であるともいえないとした。同判決は、原告が主張するような人種による差別があるとはいえないとして Dandridge 判決を引用し、伝統的な「合理性」のテストを司法審査基準として適用している。レーンキスト法廷意見によれば、Dandridge 判決にもみられた公的扶助が貧困者の基礎的な経済的ニーズにかかわる旨の判示すらなされていない。

(152) New York State Department of Social Services v. Dublino, 413 U.S. 405 (1973) では、州 AFDC 給付の受給要件として「就労ルール（Work Rules）」への参加を課すことが社会保障法に違反するかが争われ、連邦法の趣旨に反せず違反しない旨判示された。

(153) 415 U.S. 250 (1974).

(154) *Id.* at 259-60.

(155) この他、平等保護違反が認められた裁判例として、New Jersey Welfare Rights Organization v. Cahill, 411 U.S. 619 (1973); United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973). Cahill 事件では、ニュー・ジャージー州の就労貧困者扶助プログラムにおける非嫡出子に対する差別が違憲とされた。「争われているプログラムの下で行われる給付は、摘出子と同様、非嫡出子の健康と福利にとっても不可欠なものである」(411 U.S. at 621.) との判示がみられる。Moreno 事件では、フードスタンプ給付の受給単位となる「世帯」概念をめぐって、当該「世帯」の他のいずれの構成員とも親族関係にない者を含む場合には支給されない旨規定するフードスタンプ法三(e)条（一九七一年改正）が違憲とされた。注目されるのは、「類別がそれ自体正当な政府の利益と合理的に関連するか否か」という合理性審査基準を用いながら、違憲との結論を導き出した点である。

(156) *E. g., Moreno,* 413 U.S. 528; *Cahill,* 411 U.S. 619; *Memorial Hospital,* 415 U.S. 250; United States Department of Agriculture v. Murry, 413 U.S. 508 (1973). Murry 判決では、フードスタンプ受給資格をもたない納税者（本件では別居中の父親）より連邦所得税目的のため「被扶養者」として申請された一八歳以上の者をフードスタンプの支給対象から外すとのフードスタンプ法五(b)条が、デュー・プロセス違反とされた。

(157) ただし部分的には判例法理による歯止めが存在した。注156参照。

(158) 判例法上の手続的デュー・プロセス論の展開との関連でニュー・プロパティ論を批判的に検討するものとして、Alstyne, *"The New Property": Adjudicative Due Process in the Administrative State,* 62 CORNELL L. REV. 445 (1977). 六〇年代におけるニュー・プロパティ論批判として、Bendich, *Privacy, Poverty, and the Constitution,* 54 CALIF. L. REV. 407 (1966); Handler, *Controlling Official Behavior in Welfare Administration,* 54 CALIF. L. REV. 479 (1966) など。ベンディックは、国民がプライバシーとその実現にとって不可欠な諸条件に対する憲法上の権利を有するとの基本的立場から、基本的人権の侵害に対する保護と財産権に対する保護を同視することの問題性を指摘する。またハンドラーは、ライクが指摘した福祉行政にかかわる様々な問題性を認めつつも、福祉受給者を一般の経済規制行政分野での事業者等とのアナロジーで捉えることに批判を加える。参照、大久保・前掲論文（注64）六四頁注43。

(159) Reich, *supra* note 68, at 783-85. ライクの理論がデュー・プロセスに関わる判例理論に及ぼした影響については、本多・

前掲論文（注115）三〇―三一頁。

(160) King v. Smith, 392 U.S. 309, 318-19 (1968); Rosado v. Wyman, 397 U.S. 397, 413 (1970); Sparer, *supra* note 97, at 78-80.

(161) 秋元・前掲「福祉の権利と行政裁量」（注33）二八八―二九一頁、同・前掲「『福祉行政』における権利と裁量」（注33）一五一―一五四頁。

(162) Titmuss, *Welfare Rights, Law and Discretion*, 42 POL. Q. 113, 124-25, 126-27 (1971).

(163) 既に六〇年代において、行政法学の立場からK・デービス（K. Davis）が、行政裁量の積極的評価に基づいた裁量構造化論ともいうべき主張を行ない、「必要な裁量」と「不必要な裁量」との区別を通じて、行政が自ら作成する準則による「適切に限定され、構造化されかつ抑制された裁量的正義（discretionary justice）」を提唱した。本多・前掲論文（注46）三一―三一三頁、神長勲「K．C．デイビスの裁量統制論」（神長他代表『現代行政法の理論　室井力先生還暦記念論集』（法律文化社、一九九一年）所収）一二一頁以下。K. DAVIS, DISCRETIONARY JUSTICE: A PRELIMINARY INQUIRY (1969); *see* D. GALLIGAN, DISCRETIONARY POWERS: A LEGAL STUDY OF OFFICIAL DISCRETION 167 (1986).

(164) 我が国社会福祉行政に関して同様の指摘を行なうものとして、神長勲「社会福祉行政と行政手続法」『青山法学論集』三六巻二＝三号（一九九五年）四九頁。

(165) Simon, *supra* note 74, at 31-33.

(166) Simon, *supra* note 81, at 1488.

(167) 例えば、一九七三年、公的扶助プログラムに関連する行政手続規則が改正され、Goldberg 事件で問題となった給付打切りのみならず、一次停止や減額の決定についても、同事件判決が示した形式の事前聴聞が一般に要求されるに至った。佐伯・前掲「アメリカ社会保障行政における法的統制（一）」（注46）三五頁。他方、連邦・州の行政における申請手続の簡素化なども行われた。Sosin, *supra* note 75, at 271.

(168) 拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第四章第二節第三項（SSI の導入とその意義）。

(169) 通常給付における最低支給保障額の設定、一九六七年修正法による政府一般支出を財源とする七二歳特別給付の導入など、「最低所得保障」は公的年金（OASDI）プログラムの基本理念ともなりつつあった。SSI の導入は、こうした機能を公的扶

助プログラムに担わせたことを意味する。同論文第三章第三節第二項（六〇年代における修正・年金保険の基本原理）、第四章第二節第三項（SSI の導入とその意義）。なお、OASDI の最低支給保障額は、新規受給者につき一九八一年に廃止され、より一層公的扶助プログラムとの役割分担が明確化された。Svahn, *Restoration of Certain Minimum Benefits and Other OASDI Program Changes: Legislative History and Summary of Provisions*, 45 SOC. SEC. BULL. 3, 7-8 (Mar. 1982). 同論文第五章第一節第二項（一九八一年修正法）。

(170) 「法化」の問題については、さしあたり、棚瀬孝雄編『現代法社会学入門』（法律文化社、一九九四年）第一編第三章（馬場健一執筆）、樫木秀木「介入主義法の限界とその手続化――『法化』研究序説――」（『法の理論7』（成文堂、一九九〇年）所収）一一七頁以下など参照。

(171) K. FRIEDMAN, LEGITIMATION OF SOCIAL RIGHTS AND THE WESTERN WELFARE STATE: A WEBERIAN PERSPECTIVE 111 (1981).

(172) 金銭給付を主な内容としていた公的扶助からサービス給付が分離・独立するに至ったのは、一九五六年修正法において要扶養児童扶助（ADC）プログラムの目的規定が、「財政的援助及びその他のサービスを各州に行わせることにより」要扶養児童のケアを増進することと修正され、従来から存した「財政的援助」に加え、サービスの実施も制度目的として盛り込まれたことに端を発する。Schottland, *Social Security Amendments of 1956: Summary and Legislative History*, 19 SOC. SEC. BULL. 3, 10-11 (Sep. 1956). 拙稿「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第二章第二節第二項（三）（一九五六年修正法）。この趣旨は、一九六二年修正法により、公的扶助各プログラムにつき運営実施費用一般（給付費を含む）からサービス実施費用・職員訓練費用を分離し、ケースワークなどのサービス実施やそのための職員訓練のための費用に対する連邦マッチング補助率を五〇％から七五％へと引き上げ、法制度上にも反映された。本章第一節参照。さらに一九六七年には、ソーシャル・サービスを金銭給付から分離することを求める連邦規則が出され、これにより州・地方は、個人的カウンセリング・家族計画等にかかわるサービス活動を金銭給付の支給事務から分離することが求められるに至った。Sosin, *supra* note 75, at 273.

(173) 橋本・前掲書（注33）第四章第三節、高田真治『アメリカ社会福祉論』（海声社、一九八六年）第六章など参照。

(174) 拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第四章第二節第四項（社会保障法第二〇編（タイトル XX）

とその後の福祉改革)。

(175) Benton, *Separation Revisited*, 38 PUB. WELFARE 15, 16 (1980); Ross, *Fifty Years of Service to Children and Their Families*, 48 SOC. SEC. BULL. 5, 8 (Oct. 1985).

(176) このことを我が国の生活保護行政にあてはめた場合、実態として専門職性のさして高くない行政官が保護受給にかかわる諸々の決定（行政処分）と日常的な指導・指示（ケースワーク）の双方に携わることの合理性が問われることにもなろう。

(177) 障害保険給付手続きの概要などについては、渡辺賢「合衆国障害年金給付決定手続における手続保障――代理人不在の不服審査聴聞手続をめぐる判決例を素材として――」『北海学園大学法学研究』二八巻一号（一九九一年）七五頁以下が詳しい。

(178) *Social Security Disability Amendments of 1980: Legislative History and Summary of Provisions*, 44 SOC. SEC. BULL. 15, 28-29 (Apr. 1981). 拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第四章第一節第三項（二）（一九八〇年障害修正法）。

(179) *E. g.*, Patti v. Schweiker, 669 F. 2d 582 (9th Cir. 1982).

(180) Collins & Erfle, *Social Security Disability Benefits Reform Act of 1984: Legislative History and Summary of Provisions*, 48 SOC. SEC. BULL. 5, 28-29 (Apr. 1985). 同論文第六章第一節第一項（一）（一九八四年障害修正法）。

(181) 本多・前掲論文（注46）三一四頁参照。

(182) Sard, *The Role of the Courts in Welfare Reform*, 22 CLEARINGHOUSE REV. 367, 378 (1988).

(183) しかしながら、今日においてもなお、AFDCを中心とする福祉改革は重要な立法・行政課題として残されている。拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第六章第二節（福祉改革の現状）、同「（論文紹介）Symposium on Welfare Law, 26 U. MICH. J. L. REF. 731-851 (1983)」『アメリカ法』一九九五年二号（一九九六年）一八三頁。

(184) 一九七七年修正法において新たな給付算定方法を導入し、従来より所得代替率（退職前所得に対する支給額の割合）を引き下げて以来、本格的に、財政抑制目的を有する改正がなされた。とりわけ一九八三年修正法では、通常支給開始年齢の将来的な段階的引上げ（六五歳から六七歳へ）や高額所得者に対する給付への課税措置などが導入された。拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第五章（社会保障の危機と新たなる展開）。

(185) メディケア・メディケイドなどの公的医療保障プログラムについても一九八三年（PPS―DRG（入院費用の定額見込払い方式）の導入など）と一九八八年（RBRVS（医師診療費用の報酬点数表）の導入など）に重要な改正がなされた。しかしながら、包括的な医療改革の必要性が広く認識されながらも、AFDCと同様、立法による根本的な解決をみるには至っていない。同論文第六章第三節（混迷の中の医療保障）。参照、西村由美子編『アメリカ医療の悩み』（サイマル出版会、一九九五年）、島崎謙治「米国の医療保障制度改革の展望①～⑯」『週刊社会保障』一七九五号～一八一一号（一九九四年）、広井良典『アメリカの医療政策と日本』（東洋経済新報社、一九九二年）、拙稿「アメリカ医療保障の現状と課題――医療へのアクセス保障――」『日本労働研究雑誌』四〇三号（一九九三年）一六頁以下など。

(186) 第三章第二節参照。

第二章　近時の議論の諸潮流

前章では、アメリカにおける「特権」論・「資格」論といった法理論の展開を、一九三五年社会保障法制定以後の社会保障制度の史的展開過程とでき得る限り関連づけながらたどった。とりわけライクの「資格」論が提唱された一九六〇年代以降については、同理論が連邦最高裁判例理論や社会保障制度の動向に与えた影響を考察したほか、合衆国憲法上の実体的基本権の樹立をめぐる判例理論の展開や、「資格」論自体の内在的問題点などについても明らかにした。

本章では、前章でほとんど触れなかった七〇年代以降における「福祉」に対する権利の問題をめぐる諸々の学説上の理論を取り上げ検討を行なう。「資格」論の後、アメリカでは、前章でも触れたDandridge判決などによる判例理論の限界の露呈などにもかかわらず、諸々の権利論（あるいは裁量論）が、公的扶助プログラム、なかでもとりわけ受給者

数抑制・給付削減のための諸方策が次々と打ち出されたAFDCプログラムを主に念頭におきつつ展開されていった。そこでまず、第一節では、憲法学的な実体的「福祉権」の確立をめざすマイケルマンらのアプローチを取り上げる。次いで第二節では、権利論とも密接にかかわる「裁量論」的アプローチを取り上げる。最後に第三節では、マイケルマンをはじめとして、実定法学上の議論の多くが依拠してきたリベラリズムの立場を中心とする法理学の側からの「福祉権」へのアプローチに着目する。序章で提示した本稿の視角との関連でいえば、法理学的アプローチは、実定法解釈の基礎を提供するほか、一定の政策策定の指針とのレベルにおける「権利」概念をも提供する点で、きわめて重要である。

第一節　実体的「福祉権（Welfare Rights）」論

本節では、主として憲法学の立場からなされた実体的「福祉権」論を取り上げる。[187] 具体的にはまず、ロールズ正義論や司法審査理論など多角的なアプローチによって合衆国憲法上の「福祉権」の理論的正当化を図ったF・マイケルマン（Frank I. Michelman）の理論に焦点を当てる。次いで、著名な憲法学者であるL・トライブ（Laurence Tribe）が福祉権の問題をどのように取り扱っているかを検討する。トライブは、マイケルマンのように福祉権の論証を本格的に行なっているわけではない。しかし、前章で述べた一九七〇年代初頭までの連邦最高裁判例の動向を改めて分析し、七〇年代における判例理論の展開を評価する意味でも、ここでトライブの議論を取り上げる意義は小さくないと考えられる。最後に、マイケルマンらの実体的権利論が必ずしも成功を納めず、またこうした権利の承認に対して連邦最高裁の判例理論が極めて消極的であったことなどを背景として、一九八〇年代に入って展開されている州憲法および州裁判所判例

などに着目する新たな法理論を取り上げ、実体的「福祉権」論の新たな可能性を探ることとしたい。

(187) 実体的福祉権論の基礎づけについては、国際人権法との関連にも留意する必要がある。アメリカは今日に至るまで、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（国際人権規約A規約）などを批准していない。いずれにせよ一般に、国費の支出を必要とする条約はself-executingたりえない（non-self-executing）といわれている。（ここでself-executingとは、通常のそして本来の用語法としては、立法部又は執行部によるそれ以上の措置の必要なしに適用されうるという意味である。）岩沢雄司『条約の国内適用可能性――いわゆる"SELF-EXECUTING"な条約に関する一考察』（有斐閣、一九八五年）一九六、二八三―二八四頁。ただし、批准されていない条約や、条約でない国際人権文書（世界人権宣言など）も、国内法（特に「平等保護」や「デュー・プロセス」といった一般的な概念）の解釈基準たりうるとされる。同書二一三頁、岩沢「アメリカ裁判所における国際人権訴訟の展開（二）――その国際法上の意義と問題点――」『国際法外交雑誌』八七巻五号（一九八八年）二〇頁。とはいえ、批准されずあるいは法的拘束力のない人権に、国内法の解釈基準として高い権威を付与することの困難性や、基本的にnon-self-executingな福祉権の位置付けに鑑みると、これら国際人権文書の存在自体を決定的根拠として、平等保護が正面から問題とされる場面（例えば、いわゆる国籍条項）などにとどまらず一般的な実体的福祉権の基礎づけとなすのは不十分といわざるを得ない。本文で紹介したように、国内法（合衆国憲法）秩序内部における独自の基礎づけという別個の理論的作業が不可欠である。なお、我が国社会保障法との関連で国際人権文書を考察対象として取り上げたものに、高橋武『国際社会保障法の研究』（至誠堂、一九六八年）第二・三章や高藤・前掲書（注24）第三部第二章などがある。これらはいずれもILO条約に焦点を当てたもので、とりわけ前者は社会保障の最低基準に関する条約（一〇二号条約）を中心に、また後者は内外国人の平等待遇との視点から諸条約・勧告を取り上げたものである。

（一）　マイケルマンの「福祉権」論

マイケルマンは、六〇年代における連邦最高裁の判例状況を背景として、判例分析という手法を採りながらも、リベラリズムの立場から功利主義にとってかわるべき実質的正義論を展開したJ・ロールズ（John Lawls）の正義論に着目し、ここから憲法上の「福祉権」（Welfare Rights）を導出するとの価値志向的なアプローチを試みた点で注目される。[188]

マイケルマンは、まず一九六九年の論文[189]において、一九六〇年代に裁判上の「平等」をめぐる争いが急増したのは、平等（equality）に対する感受性を呼び起こしたことによるのではなく、「ミニマムの福祉（minimum welfare）」と呼んだ方が良いような全く異なった類の価値ないし要求に対する感受性を呼び起こしたことによるものであるとする。[190]そして、（所得や富にかかわる）「経済的危機に対するミニマム保障（minimum protection）」、すなわち人々は一般租税の納付義務にかかるいかなる直接的な責務からも離れて（そして恐らくは過去の怠惰や浪費、その他の経済的「不行跡（misconduct）」に関わる条件と無関係に）、政府により一定の正当な欲求（wants）を充足される（一定の現存ニーズを満たされる）べき資格を有するとの社会正義論の存立可能性を示唆した。[191]この主張は、財の配分の一般的パターンを調整するための全体的正義の問題と、特定財に対する資格の問題を区別した上で、とりわけ後者に焦点を当てたもので、特定のニーズや事態に適用されるものとしての「ミニマム保障」を論ずるには、これらのニーズを充足しあるいはそれらの確保を保証しうる収入を実現するための正当な機会というべきものを超えた正義の観念が必要とされるとし、こうした役割を果たし得るのがロールズの「公正としての正義」論、とりわけ格差原理であろうと指摘した。[192]その上で、Shapiro 判決や McInnis v. Ogilvie など平等保護にかかわる連邦最高裁判例の検討を通じて、未だ確固たるものとはいえないにせよ、上記の「ミニマム保障」が法原理として出現しつつあると論じたのである。[193][194]

さらに、一九七三年の論文[195]においてマイケルマンは議論を深め、我々の社会が明白かつ深刻な「配分上の不正義(distributive injustice)」によって特徴づけられるにもかかわらず、従来の法理論の主流は結果志向的な関心を抱いてこなかったとの問題意識に立ちつつ[196]、こうした結果志向的な「配分的正義」の観点に配慮しており、福祉権論の展開にあたってもその原理的説明となり得る道徳理論として、ロールズの正義論を正面から取り上げた。マイケルマンは、財産権の取扱いが明確でないとの理由から、社会の基本構造において妥当すべきロールズの正義の二原理[197]に修正を加え、第一原理＝自由原理（平等な市民的自由・政治的自由・職業的自由（生産活動の選択における自由）の最大化）、第二原理＝A機会原理、B格差原理、C処分原理（収益（proceeds）を処分する自由は尊重されるべき）という辞書的優先順位の下にある諸原理を導き出す[198]。これらのうちマイケルマンはまず格差原理を取り上げ、平均効用原理との対比において論じ、前者には権利の契機が含意されているものの、それは正当化がより容易な「一定のニードに対する措置を求める権利（彼はこれをinsurance rightsと呼ぶ）」ではなく、正当化がより困難な「一定の固定された金銭収入の保障に対する権利」でしかないとする[199]。その上で彼は、社会的基本善の一つである自尊心（self-respect）に着目した。すなわち、自尊心の確立とその育成は全体としての正義の諸原理の目的かつ対象でもあるとの見地から、不利な立場に置かれている人々の所得や富の最大化という問題のみならず彼らの相対的剝奪状態（deprivation）が自尊心を傷つける効果をもたらすとの問題にまで対処するためには、一群の明確な基本的福祉ニーズの保障が必要であるとの、「福祉権」原理に最優先順位を認めたのである[200]。こうした捉え方は、「公正としての正義」論全体に社会的ミニマムの考え方が含意されている（ある意味で前提条件とされている）との見方であるということができると思われる[201]。

しかし、こうした正義の諸原理は、十分に秩序立った理想社会を前提としたものである。そこで、これらの諸原理が現実社会に対してどのようなインプリケーションを有するかが問われねばならない。マイケルマンは、ある社会システ

ムがいったん正義の諸原理に基づいて公共的に構築されたとすれば、それからはその構成員にとって良好な安定した反省的均衡状態（reflective equilibrium）[202]におかれることになるのかと問い、憲法上の道徳原理（正義の諸原理）の侵害あるいは反省的均衡状態への妨害は、理想的な憲法体制においてさえ生じ得るものであるとし、そこに立法作用とは独立した司法審査の存在の必要性を指摘する[203]。さらに現実社会においては、社会的生産能力や正義感の成熟度などの経済的・道徳的な発展状況に応じて、なおいっそう正義の諸原理を侵害する場合を生じ、これに対しては憲法上の実体的権利や司法審査といった匡正的手段が導かれるという[204]。そして、正義の観点から追加的にどれほど必要とされるか（先の「一定の固定された金銭収入の保障に対する権利」の観点）につき合意が得られにくいとしても、社会的ミニマムを、全ての者に少なくとも一定の欲求の充足を確保するのに十分なだけ提供されるべきという意味（先の insurance rights の観点）で、明文規定はなくとも生成途上にある憲法上の権利として想定しうるとし、またこうした権利は、司法審査との関係で意味をもつのみならず、政治的フォーラムにおける説得的議論の基礎ともなりうるとする[205]。しかしてマイケルマン自身、その説明は、いかにして成文憲法や実体的権利、司法審査が現実に発展してきたかの歴史的解釈ではなく、どのようにこれらの制度が特定の正義論の観点から調和的に理解され、他の既存の制度や自尊心・民主主義といった根底的と考えられる諸目的と関連づけられ得るかについての原理的説明であると述べている[206]。

こうしたマイケルマンの議論に対しては、福祉権が空想的で法文や判決によって確証できない[207]、司法判断適合的な基準なくして裁判所が立法部や執行部の役割を侵害することなくこれらの権利を明確化しあるいは強制することはできない[208]、といった批判が寄せられた。これに対しマイケルマンは、生存のための手段に対する憲法上の権利（福祉権）を認めたものと解釈し得た一九七〇年代初頭にかけての連邦最高裁の判例動向（それは前述の通り、当初彼が憲法上の福祉権の基礎づけとして用いたものである）が、彼の目から見てもそれ以後消極的ないし保守的な方向へと変化したとの認

識に立ちつつ、[209] 一九七九年の論文において、J・イリイ（John Hart Ely）の司法審査理論[210]に依拠した憲法上の福祉権論の解釈論的構成を試みるに至った。[211]

イリイは、憲法解釈の態様を、従来の司法消極主義・司法積極主義ではなく、憲法裁判で基準となりうる価値の源泉との観点から、憲法規定を重視する解釈主義（interpretivism）と憲法典の範囲内に見出されない規範にも求める非解釈主義（noninterpretivism）に分け、その功罪を検討し、いずれをも採り難いとした。そしてその上で、アメリカの代表民主制の考え方（「代表民主制のアメリカ的概念」）を再検討し、この過程の維持との観点から、政治的変化における障害の除去と少数者の代表促進という二つの手続的機能を認めるという意味で司法審査をあくまでプロセスの保障と捉えるアプローチ（マイケルマンによれば一種の究極的解釈主義（ultimate interpretivism））を採用した。[212]

マイケルマンは、こうして代表民主制の過程に着目し司法審査の態様を手続（プロセス）の保障と捉えるイリイの理論が、憲法の一般目的を「政治過程」への幅広い参加の確保であるというにとどまらず、そのプロセスが生み出す「利益（interests）」や「便宜（accomodations）」への参加確保でもあると語っているのだと捉え、[213] 代表と参加の実体的側面にまで焦点を当てる。そして、既に連邦最高裁自身、「何らかの同定可能な量の教育」（基礎教育）が憲法上の権利となり得ることを明確に認めているとの認識に立ちつつ、[214] 代表民主制への実効的な参加のための一般的かつ基礎的（rock-bottom）な前提条件として、その重要性という点では教育より卓越しているといい得る生存や住居、医療に対する権利の存立可能性を示唆する。[215] さらに、こうした民主的参加のための諸権利は、まさに「最後の拠り所となる権利（rights of last resort）」である点で、旅行や出版、礼拝といった他の諸権利とは区別されるという。[216]

こうしたマイケルマンの理論に対して、例えばR・ボーク（Robert H. Bork）は、憲法の条文や沿革、構造から離れて特定の道徳哲学からの議論によって権利を創設しようとするものであるのみならず、その理論を一連の連邦最高裁判

決やイリイの「代表―補強（representation-enforcement）」アプローチ[217]から正当化することも困難であるとした上で、裁判手続ではなく政治的プロセスにおいて他の社会的諸価値とのバランスにおいて平等が実現されるべきものとする。[218]

一定の実体的な基本権の存在を憲法レベルで承認しようとする場合、とりわけ「権利章典（the Bill of Rights）」に直接の明文規定がない場合にあっては、その正当な根拠づけという理論的作業が不可欠である。従来の学説の多くは、平等保護条項という一応の明文規定との関連で福祉権的な権利を導出しようと試みるものであったとはいえ、同条項をめぐる従前の通説的解釈からすれば、やはり直接の明文規定が存しない場合に匹敵する慎重な根拠づけを必要とした。

こうした中で、マイケルマンの議論は、連邦最高裁の判例分析による法理の導出との手法を採りつつも、実質的には二つのアプローチにより、こうした根拠づけを試みている。一つは、特定の政治ないし道徳哲学を背景とする一定の政治道徳的価値を前提とし、これとの対比において問題となっている利益が法的権利性を付与するに値するほど重要なものであることを論証する方法である。ロールズに依拠した初期の議論がこれに該たるといえよう。次に、イリイに依拠した後期の議論にみられるのが、代表民主制のプロセスに着目し、その実効的な参加のための一般的かつ基礎的な前提条件として、生存や住居、医療に対する一定の実体的権利を認めていくとのアプローチである。ただし、前者についていえば、その依って立つ価値体系も理論的に複数ありうる思想的立場のあくまで一つにすぎず、少なくとも解釈論のレベルで、明文規定をもたない人権としての福祉権を根拠づけるためのどれだけ強力な後ろ盾となり得るかとの疑問を生じよう。この限りでは、最低限、「法の支配」の理念の下でデュー・プロセスを重視するとの法的伝統[219]を背景にして「手続」の保障といったいわば非実体的側面からの法的保護に焦点を当てたアプローチの方が、より広く理論的合意が得られやすいともいえよう。[220]実際、このことはアメリカ法と日本法一般にみられる相違ともいえるのであるけれども、手続面における憲法・法律上の権利保障は生存権規定が存在しないアメリカの方が我が国より手厚いとの側面もみられるの

である。[221] 一九六〇年代というほぼ同時期に社会保障の権利をめぐって、日米両国で運動論にも汲みした法理論（我が国でいえば小川理論など）が展開されながら、我が国ではライク理論がもたらしたような手続的保障の充実という果実を生まなかったことにも留意されるべきである。

他方、「代表民主制」というアメリカ政治社会で広く共有されている政治価値に着目して福祉権の理論的基礎づけを行なったマイケルマンの後期のアプローチそれ自体は、先の批判にも一定程度耐え得る可能性を有していたといえよう。ただし、代表民主制の過程に着目し司法審査の態様を手続（プロセス）の保障と捉えるイリイの理論が、憲法の一般目的を「政治過程」への幅広い参加の確保であるというにとどまらず、そのプロセスが生み出す「利益（interests）」や「便宜（accomodations）」への参加確保でもあると語っているのだとのマイケルマンによる「読み込み」[222]が、果たして妥当であるか否かはまた別個に検討を要する問題であり、本稿においても結論を留保せざるを得ない。

この他、マイケルマンの議論においては、個別具体的な憲法解釈及び司法審査をも念頭に置く以上ある意味で当然ではあるにせよ、福祉権を全体的な資源配分上の正義との観点からではなく、特定財に対する資格を認めるべきか否かとの観点（先に述べたinsurance rightsの観点）から捉えている点が注目される。また、マイケルマン自身、こうした権利が個別の司法審査との関係のみならず、政治的フォーラム（すなわち制度論・政策論の場面）においても有意義であると認識している点についても、政策論レベルでの権利論の展開可能性との本稿の視点からは、重要な指摘と思われる。

(188) Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 WASH. L. Q. 659 (1979). マイケルマンの人権理論を紹介した邦語文献として、大久保史郎「アメリカ合衆国における人権研究の新動向――F・I・マイケルマンのConstitutional Welfare-Rights論について」（長谷川正安編著『現代人権論（公法学研究I）』（法律文化社、一九八二年）所収）一三七頁以下、松平光央「平等保護条項と経済的不平等の是正――実体的平等保護の司法理論を中心に――」（芦部・奥平・橋本

編『アメリカ憲法の現代的展開　1人権』（東京大学出版会、一九七八年）所収）二四三頁以下。

(189) Michelman, *Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*, 83 HARV. L. REV. 7 (1969).

(190) *Id.* at 9.

(191) *Id.* at 13.

(192) *Id.* at 14-15.

(193) 394 U.S. 322 (1969)（イリノイ州公教育財政における学区毎の格差が争われた例）.

(194) Michelman, *supra* note 189, at 45, 57-59. Winter Jr., *Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause*, 1972 SUP. CT. REV. 41, 47-48. 大久保・前掲論文（注188）一四〇－一四一頁参照。

(195) Michelman, *In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice*, 121 U. PA. L. REV. 962 (1973).

(196) *Id.* at 962-63.

(197) その具体的内容については、J. RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971) ch 2（ジョン・ロールズ、矢島鈞次監訳『正義論』紀伊国屋書店、一九七九年）第二章）参照。

(198) 第一原理における職業的自由と第二原理に含まれる処分原理が、財産権の観念をなすという。Michelman, *supra* note 195, at 973.

(199) *Id.* at 966, 981.

(200) *Id.* at 984-91.

(201) *Id.* at 991. 大久保・前掲論文（注188）一四三頁。一般にロールズは、「公正としての正義」論において、いわゆる社会的ミニマム論を格差原理との関係において論じているといわれることがある。Burns, *Rawls and the Principles of Welfare Law*, 38 NW. U. L. REV. 184, 217, 256 (1989). ロールズ・前掲書（注197）二一四－二一五頁参照。しかし必ずしもそうとはいいきれない。*Id.* at 241 n. 235. マルキシストの道徳社会理論の道徳的構成部分としてロールズ理論を再構成し組み込む試みとして、R・ペッファー（R. G. Peffer）は、平等な自由への原理（ロールズ正義論の第一原理）の前提として、「全ての者の物理的完全性（physical integrity）は尊重されねばならず、全ての者が基本的ニーズ（通常の機能を有する人間であり続けるために満たされねばならないニーズ）を含む最低限の物質的幸福（well-being）を保障されるべきである」とのいわ

ゆる「最低限度原理（minimum floor principle）」の存在を主張した。R. PEFFER, MARXISM, MORALITY, AND SOCIAL JUSTICE 14 (1989). 近著においてロールズは、「平等な基本的権利及び自由をカバーする第一原理は以下のような辞書的に優先する原理によって容易に優先されるかもしれない。すなわちそれは、市民の基本的ニーズは、少なくとも自分達の権利や自由を彼らが理解し効果的に行使できるようにするために必要であるかぎりにおいて充足されなければならないというものである。確かに、一定のそうした原理が第一原理を適用するに際し前提とされねばならない」と述べ、ペッファーのこの点に関する言及におおむね同意しているようである。J. RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 7 n. 7 (1993).

(202) ロールズによる正義原理の正当化手続において、原初状態（original position）、重合的合意（overlapping consensus）などと並んで重要な役割を果たしている観念である。田中・前掲書（注51）二二八―二三〇頁、同「正義・自由・平等」（日本法哲学会編『一九七四年法哲学年報』（有斐閣、一九七五年）所収）七三―七四頁など参照。

(203) Michelman, *supra* note 195, at 994-95.

(204) *Id.* at 997-1000.

(205) *Id.* at 1002.

(206) *Id.* at 1003. 大久保・前掲論文（注188）一四八―一四九頁も、こうした歴史的分析の欠如との否定的側面を指摘している。

(207) R. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 505 (2d ed. 1977).

(208) Michelman, *supra* note 188, at 660. *See* Monaghan, *The Constitution Goes to Harvard*, 13 HARV. C. R.-C. L. L. REV. 117 (1978); Frug, *The Judicial Power of the Purse*, 126 U. PA. L. REV. 715 (1975); Winter, *supra* note 194.

(209) Michelman, *supra* note 188, at 663.

(210) Ely, *Constitutional Interpretivism, Its Allure and Impossibility*, 53 IND. L. J. 399 (1978); Ely, *The Supreme Court, 1977 Term-Foreward: On Discovering Fundamental Values*, 92 HARV. L. REV. 5 (1978); Ely, *Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review*, 37 MD. L. REV. 451 (1978). イリイの司法審査理論については、松井茂記「司法審査と民主主義――ジョン・ハート・イリイの司法審査理論とその周辺――（一）～（三・完）」『法学論叢』一〇九巻五号二七頁以下、一一〇巻一号一八頁以下、一一一巻三号四四頁以下（一九八一、一九八二年）が詳細である。

(211) マイケルマンは、「切り札」としての権利の捉え方、「背景的権利」の観念などにおいて、R・ドゥオーキンに依拠して

いる。Michelman, *supra* note 188, at 660. *See generally* R. DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 90-91, 93, 101 (1977). (ロナルド・ドゥオーキン（木下・小林・野坂共訳）『権利論』（木鐸社、一九八六年））

(212) Michelman, *supra* note 188, at 666-76.

(213) *Id.* at 670.

(214) San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1, 36 (1973).

(215) Michelman, *supra* note 188, at 677, 684.

(216) マイケルマンはまた、C・フリード（C. Fried）の積極的権利をめぐる議論からも、福祉権を基礎づけようと試みている。*Id.* at 681-84.

(217) 松井・前掲「司法審査と民主主義（二）」（注210）二六―二七頁参照。

(218) Bork, *The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, 1979 WASH. U. L. Q. 695 (1979).

(219) 手続的デュー・プロセスの法理を検討した最近の論稿として、さしあたり本多滝夫「アメリカにおける行政手続の展開（一）（二・完）」『名古屋大学法政論集』一二八号（一九八九年）一頁以下、一二九号一六九頁以下（一九九〇年）参照。

(220) 法理学の立場から、特定の政治哲学ないし道徳哲学や一定の政治的道徳的価値を前提とするというよりは、権利概念の構造分析それ自体から具体的な実定法上の福祉権を基礎づけようとする試みがなされている。例えば、C・ウエルマン（Carl Wellman）は、W・ホーフェルト（Wesley N. Hohfeld）の権利概念から出発し、AFDC受給権を導き出しており、我が国でも紹介されているところである。C. WELLMAN, WELFARE RIGHTS (1982). 河野・前掲「社会福祉権の複合構造」（注33）。ここで導出されている権利の内容が基本的には手続的なものであることからすれば、前述のような特定の政治的道徳的価値を前提とすることにまつわる批判を一応回避することが可能と思われる。しかし、こうしたきわめて抽象度の高い権利の基礎づけが、実定法の解釈論として説得力をもつかという点にはやや疑問が残る。W. HOHFELD, FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS (1923). ホーフェルトの分析を紹介する邦語文献として、さしあたり小林公「権利概念に関する一考察」『法の理論7』（成文堂、一九八六年）四六―五一頁参照。

(221) 佐伯・前掲論文（注46）、渡辺・前掲論文（注177）など参照。

(222) 松井・前掲「司法審査と民主主義（二）」（注210）四五頁注38参照。

Vol. XLVII No.1 (1996) The Hokkaido Law Review

Theory of "Right to Welfare and Social Security" (1)

Yoshimi KIKUCHI*

Introduction
Chapter 1 Social Security System and "Right to Welfare and Social Security" in the United States
(1) Formation of Social Security System and "Privilege" Theory
(2) "Entitlement" Theory
(3) Effect of "Entitlement" Theory and Supreme Court's Failure to Establish "Welfare Rights"
Chapter 2 Recent Theories of "Right to Welfare"
(1) Constitutional "Welfare Rights"
① Frank I. Michelman
(to be continued)

The main purpose of this article is to examine theories of "right to welfare and social security" in the United States. Though the U. S. Constitution has no provisions for the right to welfare or social security, since the 1960's more than a few legal scholars and lawyers have tried to prove that such a right exists. The 25th article of the Japanese Constitution provides this kind of right, called "Seizon-ken", but as we have not discussed its philosophical basis well, the arguments in the United States will give us instructive suggestions, I believe.

In the Introduction, I summarize the theories of "right to welfare and social security" since the 1950's in Japan. And the purpose (mentioned above), viewpoints and meanings of this article are explained in detail.

In Chapter 1, I examine what has been discussed about "right to welfare and social security" in the United States from the 1930's to the 1960's. I try to relate

*Research Fellow, Faculty of Law, Hokkaido University. LL. D.

the development of rights theories with that of the social security system. Among others, traditional "Privilege" Theory, Charles A. Reich's "Entitlement" Theory and the Supreme Court cases from the 60's to the early 70's are examined.

In Chapter 2, I investigate some theories of "right to welfare" since the 1970's. First, Frank I. Michelman's articles on Constitutional "Welfare Rights" are examined. He depends on John Rawls' "A Theory of Justice" in his early articles and then on John Hart Ely's theory of judicial review.