



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「社会保障の権利」論（2・完）ーアメリカにおける議論を手がかりとしてー
Author(s)	菊池, 馨実; KIKUCHI, Yoshimi
Citation	北大法学論集, 47(2), 239-304
Issue Date	1996-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15672
Type	departmental bulletin paper
File Information	47(2)_p239-304.pdf



「社会保障の権利」論（二・完）

——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

(一) 裁量論の背景

(二) ハンドラーの「共同的意思決定」モデル

(三) ローゼンブラットの「社会的義務・集団的権利」モデル

第三節 法理学的アプローチ

(一) ドウオーキンの平等基底的理論

(二) ゲワースの主体性論

第三章 アメリカにおける「社会保障の権利」論

第一節 アメリカ社会保障制度の基本的特徴と法理念

第二節 社会保険・公的扶助と「権利」論

第三節 アメリカにおける「社会保障の権利」

第四節 社会保障を捉え直す視座——我が国への示唆——

おわりに

(以上、四七卷一号)

(以上、本号)

(二) トライブによる判例分析

次に、トライブ (Laurence Tribe) が連邦最高裁の判例理論の分析を通して福祉権の問題をどのように扱っているかを考察する。それによればまず、前述の Goldberg 判決⁽²²³⁾は、純粋な手続的権利にとどまらず、少なくとも福祉プログラムが創設された場合における生存への根底的な権利との観点からのみ説明可能な規範、すなわち福祉給付が恣意的に打切られ得ないとの規範を採用したものである。そして、こうして貧困者の取扱いにあたりより高い公平性 (evenhandedness) の基準を採用したとみられる違憲判決は他にも存在する。しかしながら、Dandridge 判決⁽²²⁴⁾が福祉立法にかかわる格別の配慮の必要性を否定し、社会経済立法一般に妥当する最も緩やかな司法審査基準を適用したのをはじめとして⁽²²⁷⁾、その後の連邦最高裁は、連邦・州などの財政支出を必要とする貧困者の利益保護、例えば裁判所へのアクセスの保障や教育の分野において、消極的な態度を採ることが多くなった。⁽²³⁰⁾もとよりパーガークートは、底辺層の保護を完全に否定し去ったわけではない。⁽²³¹⁾しかしながら、これらの平等保護にかかわる裁判例を総合的に分析した場合、国家は人々を別々の経済的階級へと積極的に分離しようとしてはならないが、一定の独立した「基本的権利」などに関わらない限り、⁽²³²⁾「自然 (nature)」やある種の「神の見えざる手」⁽²³³⁾のようなものが行った経済的区分に基づき人々を別個に取り扱うのは通常自由である、との判例法理が導き出される。また「法の下の平等」原理は、裕福であるか貧困かという単なる事実のみによって侵害されるものではなく、法がこうした物質的富の格差に与えている広い範囲での法的社会的意義如何によって侵害され得る。⁽²³⁴⁾

さらにトライブは以下のように論じている。すなわち、平等保護をめぐる判例理論における上記のような捉え方は、平等主義的 (egalitarian) なものではない。ただし、そこに礼節 (decency) や配慮 (concern) といった諸要素がみられないわけではない。パーガークートはまさに溺れんとする者への命綱を断ち切ることまではしていないのである。今後の程度の平等主義的なアプローチが合衆国憲法の下で正当化可能かは明らかでない。また平等保護が「最低限保障

(minimal protection)」へと変容し残存することができると否かは、今後の課題として残されており、それは底辺層に供給される保護の「最低限」をどのように確定するか、さらに自由と平等、友愛 (fraternity) をそれぞれ区別する制度の存立可能性に依拠する。⁽²³⁵⁾

以上のようにトライブは、七〇年代以降の判例理論を批判的に分析しつつも、マイケルマンとは異なり、ここから明確な実体的「福祉権」を構築するには至っていない。トライブはその後の論稿でも、憲法のパラダイム転換との見地から、レインクイスト⁽²³⁶⁾コート下においてデュー・プロセス条項違反が争われた *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* ⁽²³⁶⁾ などを取り上げ検討することにより、判例理論への批判的立場を一層鮮明にしていく。⁽²³⁷⁾

右に述べたトライブによる一九七〇年代の平等保護違反をめぐる判例法理の一般的評価は、基本的には支持し得る。そこに看取される裁判所の消極的態度は、社会保障法政策をめぐる立法裁量の尊重との我が国とも共通する側面のみならず、本来的に福祉権能の担い手とされてきた州権限の尊重とのアメリカに固有の側面からも導かれていると思われる。またトライブは、AFDCやフードスタンプといった直接的な福祉ないし公的扶助給付に限定せず、裁判所へのアクセスや教育、さらには住宅建設や投票権に至る広範な裁判例に着目した上で、判例法上の貧困者への配慮との視角から総合的に分析している点でも示唆的である。こうした視角から、福祉権の基礎となるべき法理が導き出されるとの理論的可能性もあると思われるからである。ただし、後述するように、⁽²⁴⁰⁾ バーガー・コートからレインクイスト・コートに移行した一九八〇年代後半にかけて、連邦最高裁は福祉受給者の取扱いにつき一層消極的な対応をなしている。

⁽²²³⁾ *Goldberg v. Kelly*, 397 U. S. 254 (1970).

⁽²²⁴⁾ See, e. g., *Shapiro v. Thompson*, 394 U. S. 618 (1969); *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U. S. 528

- (1973): United States Department of Agriculture v. Murry, 413 U. S. 508 (1973); New Jersey Welfare Rights Organization v. Cahill, 411 U. S. 619 (1973); Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 U. S. 250 (1974).
- (225) L. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 88 16-49 to -50 (2d ed. 1988).
- (226) Dandridge v. Williams, 397 U. S. 471 (1970).
- (227) TRIBE, *supra* note 225, §16-57, at 1663.
- (228) United States v. Kras, 409 U. S. 434 (1973) (破産者の債務免除をするための要件としての五〇ドルの諸費用支払義務); Orwein v. Schwab 410 U. S. 656 (1973) (扶助受給者への給付引き下げ措置を争う訴訟に際しての二五ドルの登録費用支払義務); Lassiter v. Department of Social Services of Durham County, 452 U. S. 18 (1981) (カウンティ福祉当局による親権喪失を求める訴えに際しての貧困な母親への弁護士選任).
- (229) San Antonio Independent School District v. Rodriguez, 411 U. S. 1 (1973). 同事件は、学区の公(基礎)教育が、連邦・州から支出される費用に加え学区毎に課される一定以内の地方財産税でも賄われるため、税収入の多寡すなわち裕福な地区と貧困な地区によって一人当たり教育費用にかなりの格差が生じることを捉え、貧困地区の公立学校に通学する児童の親が平等保護違反を争った事例である。法廷意見は、「疑わしい」区分による差別ではなく「基本的権利」の侵害もないと判示した。
- (230) E. g., Schweiker v. Wilson, 450 U. S. 221 (1981). (一定の公立精神病患者施設居住者にSSI給付を支給しない旨規定する社会保障法一六一一(e)条が平等保護に反しないとされた例)
- (231) E. g., Zablocki v. Redhail, 434 U. S. 374 (1978) (別居している未成年者に対し扶養義務を負う者は結婚に際して裁判所の承認を要するとの州法が、貧困のため扶養義務を果たせない者が承認を得られないことから、平等保護に反するとされた例); Plyler v. Doe, 457 U. S. 202 (1982) (違法入国者の子に公立学校での無償教育を拒否した州法が平等保護に反するとされた例).
- (232) 例えば、Zablocki判決は結婚する権利に依拠し(Zablocki, 434 U. S. at 386) Plyler判決は教育を基本的権利ではないが他の社会福祉立法の場合とは異なりその剝奪の合理性が政府の実質的目的によって正当化されるべき利益とした事例であった(Plyler, 457 U. S. at 224.)。

- (232) *TRIBE, supra* note 225, §16-52, at 1658.
- (234) *Id.* トライプは、社会的財 (social goods) の移転が正当化される理由を、以下のように述べている。すなわち諸々の人間の性質と社会的財は、例えば貧困者への福祉、虚弱者への医療、功労者への叙勲、説得力ある者への政治的影響力、敬謙な者への救済、購買の意思と能力ある者への贅沢品など、それぞれが固有の機能する局面を有しており、これらは別個の配分原理によって支配されている。不正義 (injustice) が生じ得るのは、例えば物質的富といった配分原理の一局面が他の社会的財の機能する局面を侵害し、誰が何を手に入れるかを決定することを許す場合である。この結果として生じるのは、単に社会的財の不平等な配分というだけでなく、それによって他のあらゆる社会的財が価値付けられるところの特定の種目 (item) をもたない者の従属 (subjugation) である。この従属を調整するのが一定の社会的財であると。 *Id.* at 1659. さらにトライプは、連邦最高裁が富に基づく区分を首尾一貫し有意味な平等保護審査に服せしめるのをためらうのは、単にあいまいな憲法上の命令に直面して司法部の謙抑の感覚を発揮したということだけでなく、現在支配的な財である金銭が自然のプロセスによってではなく一種の法的秘術 (legal alchemy) によって他の社会的財に転換されることを了解することができないことによるのではないかとしている。 *Id.*
- (235) *Id.* §16-59, at 1672.
- (236) 489 U. S. 189 (1989).
- (237) *Tribe, The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics*, 103 HARV. L. REV. 1, 8-14 (1989). DeShaney 判決については、第二節 (三) におけるローゼンブラットの議論を参照。
- (238) *James v. Valherra*, 402 U. S. 137 (1971). (低所得者向け住宅プロジェクトに際し住民投票の実施を要件としたカリフォルニア州憲法が合憲とされた例)
- (239) *Bail v. James*, 451 U. S. 355 (1981). (大規模開墾地域の長 (director) の選挙に際し、投票権を土地所有者に制限し、さらに所有面積の広狭に比例した投票権を付与するとのアリゾナ州法が合憲とされた例)
- (240) 第二節 (三) (ローゼンブラットの議論) 参照。

(三) 一九八〇年代における理論展開

一九六〇年代末から七〇年代にかけてマイケルマンらによって展開された実体的権利論は、その後下火になったかとも思われた。しかしながらそれは、一九七〇年代末以降における貧困層の再増加や、福祉政策の後退をも反映して、一九八〇年代後半に至ってもなお幾つかの側面から論じられている。例えば、D・カリー (David P. Currie) は、合衆国憲法の文言及び連邦最高裁の裁判例が基本的人権をいわゆる消極的自由を中心⁽²⁴³⁾に捉えていることを認めつつも、ボン基本法下の(旧西)ドイツでは連邦憲法裁判所の判例理論によっていわゆる社会国家原理⁽²⁴⁴⁾が導き出されたこと、福祉給付等の積極的サービスが廃止されるとは考えにくく、このことからアメリカの伝統的な平等保護原理をサービス提供にかかる絶対的義務に実際上等しいものとも見うることを指摘し、利他的な社会国家の構築がアメリカでも可能であることを示唆している。⁽²⁴⁵⁾ C・ブラック (Charles L. Black, Jr.) は、「」の憲法における一定の権利の列挙は、人民によって保持されている他の権利を否定したり軽視するものと解釈されてはならない」と規定する合衆国憲法修正八条についての独自の解釈を前提としながら、明文にはないものの、「生命、自由、幸福追及」を規定する独立宣言、憲法の目的として「一般福祉の促進」を規定する憲法前文、その具現化としての憲法一条八節(連邦議会の課税権限と「一般福祉のため」の支出権限)を根拠とする「人間らしい生活への権利 (the right to a decent livelihood)」の存在を主張している。⁽²⁴⁶⁾

これらの見解のうち、カリーは(旧西)ドイツとの対比という比較法的視座、ブラックはもっぱら憲法の解釈論レベルでの議論、という特色を有する。ただし、前者の議論は必ずしも福祉に対する明確な「権利」を打ち出したものではなく福祉国家擁護との意味合いを有し、後者の権利論も、司法審査の際の拠り所というより、主として立法部や執行部

に対する義務、具体的には福祉プログラムの充実の要求などとの関連で議論されているように見受けられる。⁽²⁴⁷⁾ また特定の政治ないし道徳哲学に相当程度基盤を置くマイケルマンのアプローチと異なり、福祉国家とも相通ずる社会国家理念に依拠するカリーのアプローチや、独立宣言・合衆国憲法前文・同一条八節・同修正八条などの解釈論を通じて、「人間的らしい生活への権利」の導出を試みるブラックのアプローチは、我が国の理論状況下であればある意味でオーソドックスなものであるともいい得る。こうしたアプローチが一般化していないことに、従来の合衆国憲法における人権保障の在り方（自由権保障中心）、そしてその思想的基盤（個人主義思想、生活自助の強調など）が如何に強固であったかが端的に示されていると思われる。

次に、P・エーデルマン（Peter B. Edelman）は、「最低収入（minimum income）」もしくは「生存可能収入（survival income or subsistence income）」に対する権利を構築するため、ロールズや本稿でも後に検討するA・ゲワース（Alan Gewirth）⁽²⁴⁸⁾の理論を取り上げ、特定の立場は採らないものの、これらの議論により最低収入に対する「道徳的」権利の存在が十分に基礎づけられ、その趣旨は国連人権宣言二五条として具現化されているとする。⁽²⁴⁹⁾ 次いで合衆国憲法上も、生存に対する権利は基本権であり生存を確保できないことは当該権利の侵害となるとの実体的デュープロセス理論か、あるいは政府は貧困の存続につき少なくとも責任の一端を負っており、富裕となる者がいる一方で完全かつ絶対的な貧困状態に置かれる者がいることは平等保護に反するとの平等保護理論を基盤として、上記の如き権利を認めることができるとする。⁽²⁵⁰⁾ 確かに貧困者により多くの金銭給付を行なうことは慢性的依存状態を生じさせるので良好な社会政策とはいえず、したがって貧困への対応は雇用・賃金・租税政策などの総合的遂行という形で立法部に委ねられることが望ましい。しかし、連邦議会が十分な対応をなさない以上、その関わり方の問題は別にして、連邦最高裁の役割はなお残されるところとされている。⁽²⁵¹⁾ ただしエーデルマンもまた、現在の連邦最高裁の立場からすれば、上記二つのアプローチのいずれに

よっても、「生存可能収入」に対する権利が認められる見込は当面ないであろうとの認識に立っている⁽²⁵²⁾。そこで彼が注目しているのが、近時における連邦最高裁の消極的態度とは必ずしも歩調を一にしない州裁判所における判例理論の展開である⁽²⁵³⁾。これらは各州憲法における条文の違いにもかかわらず、同一争点にかかわる他州の類似裁判例に影響を及ぼし、さらにはそうした各州裁判例の蓄積によりひいては連邦最高裁の態度にも影響を及ぼすこととなり得る⁽²⁵⁴⁾。例えば、連邦最高裁が一定の住居（dwelling）へのアクセス保障を合衆国憲法上の権利として承認していない⁽²⁵⁵⁾現状との対比において、ホームレス（the Homeless）の住居にかかわる一定の権利に言及する州裁判所の判例に注目している⁽²⁵⁶⁾。

エーデルマンの他にも、連邦の「実験室」⁽²⁵⁷⁾ともいわれる州における憲法や裁判所の裁判例に着目する論稿がみられる。こうして州に焦点を当てた近時のアプローチの多くは、新たな下層階級としてその存在が顕在化してきたホームレスに焦点を当てたものである⁽²⁵⁸⁾。このカテゴリーは、一九七〇年代まで主として念頭に置かれてきたAFDC対象者とも相当部分重なり合うとはいえるものの、福祉権の議論の対象となるべき新たな、そしてAFDCの主たる対象である母子家庭など特定の家族形態に限定されないという意味で一般的包括的な貧困者のカテゴリーであると評価することができる。そして、その実体的な状況の深刻さゆえに、各プログラムの給付水準や、受給資格決定の基礎となるべきニード基準の低さなどを争うという形で、本稿でも後に検討する一九八七年マサチューセッツ州最高司法裁判所判決など⁽²⁶⁰⁾、裁判上一定の成果が挙げられつつある⁽²⁶¹⁾。

B・ニューボーン（Burt Neuborne）によれば、貧困者に対する積極的権利を認めようとする試みが失敗に終わっている現状においても、以下の四点において、州レベルでの理論展開の余地が残されているとする。第一に、例えば「貧困者（the Needy）の援助、ケア、扶養」は「州及びその下部機関により、立法部がその時々を決する方法及び手段を通じて提供されるものとする」と規定するニュー・ヨーク州⁽²⁶²⁾をはじめ多くの州憲法には、明確に貧困、教育、住居、食

料の提供にかかわる明文の規定が置かれて⁽²⁸⁾いる。第二に、州裁判所は連邦裁判所と異なり、コモントリーの伝統である生成的エトスを保持し、アメリカ法の発展に生成的役割を果たし続けている。第三に、貧困は地方により実情が相当程度異なることから、貧困者の権利を連邦レベルで画一的に捉えようとするに馴染まない部分があり、また州裁判所の方が地方の実情に対し柔軟かつ適切な判決をもたらし得る。第四に、①司法審査に関する明確な規定の存在、②半数以上の裁判官の選挙による選出、③判断の対象となる州憲法改正の相対的容易さ、④立法部の多数によって修正され覆されうるルールを創設することができるコモントリー裁判官として活動する権限の付与といったことから、州裁判所裁判官は連邦裁判所裁判官より強固な民主主義的基盤を有しており、このことは判決が必然的にもたらず配分的効果の一つの基礎づけとなり得る⁽²⁹⁾。

「社会保障の権利」の主体は、究極的には言うまでもなく各国民個人である。したがって、この「個人」の視点から「社会保障の権利」の保障の有り様を実質的に捉えるためには、国レベルのみならず、地方レベルでの法的保障の状況をも視野に入れることが本来的に要求される。このことは、連邦制国家であるアメリカにおいてより一層強調されねばならない。社会保障給付（とりわけ公的扶助やソーシャルサービス）による困窮者などに対する生活保障は、伝統的にそして基本的には現在でも各州に委ねられた責務なのであって、合衆国憲法レベルでの福祉権保障の在り方いかんが、そのまま各個人の実体的権利保障の在り方を示すものではないのである。この点において、各州憲法や州裁判所の判例に着目する近時のアプローチは積極的に評価されるべきであり、今後ともその理論展開が注目されるといわねばならない。ただし、各州毎に憲法保障の内容や司法部の果たすべき役割に相違があることに留意する必要があるであろう。

- (241) Winter, *Changing Concepts of Equality: From Equality Before the Law to the Welfare State*, 1979 WASH. U. L. Q. 741 (1979).
- (242) Edelman, *The Next Century of Our Constitution: Rethinking Our Duty to the Poor*, 39 HASTINGS L. J. 1, 8-19 (1987); Morawetz, *Welfare Litigation to Prevent Homelessness*, 16 N. Y. U. REV. L. & SOC. CHANGE, 565, 566-67 (1987-1988).
- (243) 第三章第四節参照。
- (244) 社会国家論については、さしあたり海老原明夫「社会国家論の歴史的系譜」『法社会学』（日本法社会学会編『法秩序の近代と現代』）四六号（一九九四年）一六五頁以下及び同論文注18所収の諸論稿を参照。
- (245) Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864 (1986).
- (246) Black, *Further Reflections on the Constitutional Justice of Livelihood*, 86 COLUM. L. REV. 1103 (1986).
- (247) *Id.* at 1113.
- (248) 第三節（一）参照。
- (249) Edelman, *supra* note 242, at 19-23.
- (250) *Id.* at 25.
- (251) *Id.* at 54-55.
- (252) *Id.* at 55.
- (253) See Williams, *In the Supreme Court's Shadow: Legitimacy of State Rejection of Supreme Court Reasoning and Result*, 35 S. C. L. REV. 353, 354-55 (1973).
- (254) Edelman, *supra* note 242, at 55-60.
- (255) *Lindsey v. Normet*, 405 U. S. 56, 74 (1972).
- (256) See e. g., *Hodge v. Ginzberg*, 303 S. E. 2d 245 (1983). 同判決では、ウエスト・ヴァージニア州における成人ソーシャルサービス法（The Social Service for Adults Act）の解釈問題として、ホームレスに対する成人保護サービスの適用が認められた。
- (257) Edelman, *supra* note 242, at 56.
- (258) E. g., Sard, *The Role of the Courts in Welfare Reform*, 22 CLEARINGHOUSE REV. 367 (1988).

- (259) See Morawetz, *supra* note 242; Note, *A Right to Shelter for the Homeless in New York State*, 61 N. Y. U. L. REV. 272 (1986); Connell, *A Right to Emergency Shelter for the Homeless Under the New Jersey Constitution*, 18 RUTGERS L. J. 765 (1987).
- (260) Massachusetts Coalition for the Homeless v. Secretary of Human Services, 400 Mass. 806, 511, N. E. 2d 603 (1987). 第11節(三)でのローゼンブラットの議論を参照。
- (261) Morawetz, *supra* note 242, at 572-77.
- (262) N. Y. CONST. art. XVII, §1.
- (263) E. g., N. C. CONST. art. XI, §4; ALA. CONST. art. IV, §88.
- (264) Neuborne, *Forward: State Constitutions and the Evolution of Positive Rights*, 20 RUTGERS L. J. 877, 893-901 (1989).

第二節 裁量論

次に本節では、行政法学や福祉法学などによる「裁量論」的アプローチを取り上げる。前章で検討したライクの「資格」論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、当該給付にかかわる利益の「権利」性的問題とも関連性を有するからである。具体的には、まずこうしたアプローチが生じるに至った背景を明らかにした後、裁量の在り方につき内容ゆたかな議論を展開していると思われるJ・ハンドラー (Joel F. Handler) とR・ローゼンブラット (Rand E. Rosenblatt) の理論を検討したい。

(一) 裁量論の背景

前章でも触れたように、社会保障のなかでもとりわけ公的扶助および社会福祉サービス部門にあつては、本来的に給付がニーズに応じた個別的な性格を有するものであることから、そしてまたソーシャルワーク等の専門技術的判断を要することから、⁽²⁶⁵⁾一定の行政裁量の行使が不可避であり、明確かつ完全に規準化することに馴染まないという性格がみられる。⁽²⁶⁶⁾リーガリズム批判と相まってライク理論に向けられた批判の一つは、こうした点を無視ないし軽視しているという点であつた。例えば、W・サイモンは、ライクの法理論よりも前述したソーシャルワーク法学⁽²⁶⁷⁾の方が優れているとした上で、第一線に立つ行政職員の専門職性ないし裁量の重要性を強調している。⁽²⁶⁸⁾しかし、そうとはいへ扶助受給者の利益はもっぱら行政庁の裁量に依らしむべき問題であるとすれば、福祉を恩恵的な「特権」と捉えた一九五〇年代以前の考え方と実質的に大差なく、その場合、(それをもっぱら手続的に捉えるにせよマイケルマンのように実体的価値を読み込むにせよ) 基本的には代表民主制のプロセスの側からの歯止め⁽²⁶⁹⁾に頼るしかないということにもなりかねない。

こうした観点から、とりわけ一九七〇年代以降、主として行政法学ないし福祉法学の立場から、一応行政庁の裁量に委ねられていると思われる領域を如何に規制し実体的な権利保障を図るか、すなわち権利と裁量の調和を如何にして図るかとの問題関心から、⁽²⁷⁰⁾法律学的検討がなされている。我が国で紹介されているものとして、例えば、T・キャンベル (T. D. Campbell) は、典型的にはイギリスの福祉行政におけるクライアントとソーシャルワーカーとの関係を念頭におきつつ、⁽²⁷¹⁾行政裁量が行使される場面を、法令による拘束の程度に応じて三つに分類し、それぞれに応じた有効な権利保障を考えようとする「裁量的権利 (Discretionary Rights)」モデルを提示した。また、D・ガリガン (D. J. Galligan) は、行政裁量が個人の利益確保のために機能する場合 (福祉行政が当然含まれ得る) につき、権利の存在 (資格の問題)

と権利の範囲・内容（給付の額・程度の問題）とを概念上区別し⁽²⁶⁷⁾、基本的には裁量を認めるべきでないとしても、後者においてはそれがむしろ必要とされるとする⁽²⁶⁸⁾。そして行政裁量が認められる場合、たとえ実体的判断ないし決定は行政職員に委ねられるとしても、当該決定はあらゆる関連した重要事項を勘案し、なされた決定につき明瞭で理にかなった理由をもつものでなければならぬとの視角から、行政庁内部における判断プロセスに対する一種の手続的権利を導き出そうとしている⁽²⁶⁹⁾。

裁量の在り方の統制といっても、個別の受給資格認定・支給額決定に際しての行政庁内部（典型的には担当職員（ケース・ワーカー））における個別の裁量と、受給資格基準や支給額基準の設定にかかる執行部の裁量や法制度の創設などにかかる立法部の裁量という、レベルの異なる二つの場面での裁量統制の在り方が問題となり得る。キャンベルやガリガンの議論は、次に検討するハンドラーと同様、このうち主として前者を念頭においたものといふことができる。

(265) 例えば、T・キャンベルは、「ソーシャル・ワーカーの専門職的判断は、問題となつてゐる窮状の原因及び救済策についての心理学的・社会学的理論に、もしくは単に彼ら自身の経験に、しばしば基礎を置いており、あるいはまた置くものと考えられている。それが法準則ないし法の適用として解釈されうることはほとんどない」とし、従来主として治療的側面から、専門技術的判断が尊重されてきたことを明らかにしている。Campbell, *Discretionary rights*, in *PHILOSOPHY IN SOCIAL WORK* 50, 53 (N. Timms et al. eds. 1978). (T・D・キャンベル「自由裁量の『権利』」(ノエル・ティムズ、デイヴィット・ワトソン編『社会福祉の哲学——ソーシャルワークを中心に——』(雄山閣、一九八八年)所収)七九頁)

(266) Handler, *Controlling Official Behavior in Welfare Administration*, 54 CAL. L. REV. 479, 509-10 (1966).

(267) 第一章第一節参照。

- (268) Simon, *supra* note 74, at 28-34. 本多・前掲論文（注46）三一九—三二二頁参照。
- (269) 注163参照（六〇年代におけるK・デービスの裁量統制論）。社会福祉行政に限定されない裁量統制論一般の議論の現状については、さしあたり神長・前掲論文（注163）三六頁注18掲載の諸論稿を参照。
- (270) J・マシュー（Jerry L. Mashaw）は、「障害年金給付及び障害者扶助給付を題材として行政的正義の問題を論じ」、「官僚制の合理性（Bureaucratic Rationality）」「専門職措置（Professional Treatment）」「道徳的判断（Moral Judgement）」という三つのモデルのうち、「客観的準則によって拘束された行政決定とその正確性が品質保障システムによって担保された階等制による行政」（本多・前掲論文（注46）三一—六頁）、すなわち「官僚制の合理性」モデルに主導的地位を認めている。同モデルの理念的構想（conception）における行政目的は、可能な限り低いコストで真実の申請と虚偽の申請との区別をなすためのシステムを発展させることだとされる。これに対しマシューは、ソーシャル・ワークがクライアントへの奉仕を目的とする「専門職措置」モデルの典型であり、福祉官庁はこのモデルによる行政がなされる一例であるとしながら、社会福祉プログラムは、本来的に対立当事者的な（adversary）やり方でなされる申請者側の主張と相まって（こうしたやり方は上記の専門職モデルの目的と適合しない）、次第に機能的に崩壊し組織的に官僚制化したとされる。また、所轄官庁である社会保障庁（SSA）が医療・職業リハビリテーションなどを含む全面的なサービスを提供する（full-service）社会福祉官庁でない以上、専門職への広範な裁量という主張が妥当する場面ではない旨述べてもいる。J. MASHAW, BUREAUCRATIC JUSTICE: MANAGING SOCIAL SECURITY DISABILITY CLAIMS 21-40 (1983).（書評、染谷雅幸「学会展望」『国家学会雑誌』一〇一卷一—二号（一九八八年）一九三頁以下）本稿の視点からいえば、公的扶助と社会保険との差異を捨象することにつきそれなりの説明が必要とされようが、筆者がみた限り、マシューの議論ではその点が必ずしも明確でないように思われる。少なくとも、後に本文で取り上げるローゼンブラットらの論者が主として念頭に置いているのが典型的にはAFDCプログラムやソーシャル・サービス等であることからすれば（マシューは障害給付に焦点を当てている）、必ずしも議論の位相を同一にしない点に留意すべきである。なお、アメリカの障害年金及びSSDI障害給付決定手続を考察した論稿によれば、（年金と公的扶助との受給要件の差異等は）「二つの給付制度に参加する申請者に適用されることとなる裁決手続にちがいをもたらずものではないため、手続を検討対象とする本稿ではこの両給付制度を区別」しないと明言するものがある。渡辺・前掲論文（注17）七八頁。

- (271) キャンベルは、ワーカーは単に何らかの決定を下せばよいといった、法令による拘束にほとんど期待をもてないような場面(第三の類型)においても、「合理性」の概念による制約、すなわち決定がなされる基礎となるべき政策や目的に照らして合理的か否かとの基準を提示している。Campbell, *supra* note 265, at 67-68. キャンベルの議論を紹介した秋元・前掲『福祉行政』における権利と裁量(注33)一五七頁によれば、法令がある程度の許容範囲を認めている局面(第二の類型)においては、必要な裁量と不必要な裁量の洗い直しを行なった後、(1)先例の積み重ねや補充的下位基準の定立など、裁量を統制する法的枠組自体の強化、(2)新たな苦情処理制度や救済制度の導入といった形で、必要な裁量が発揮される余地を残しながら法的コントロールを強めていくとの手法、を提示している。なおキャンベルのいう第一の類型とは、法令によりその適用の有無及び範囲が規制され、第一・第三の類型のような形で裁量の余地を基本的に生ぜしめない場合である。
- (272) 下山瑛二「サーヴィス行政における権利と決定」(雄川一郎編『公法の理論・中』(有斐閣、一九七六年)六六一―六六二頁も、我が国の生活保護制度を念頭におき、受給資格と給付額の確定手続を別にするのが大切である(前者はすぐれて権利の問題であり、後者はむしろ非法的な性質をもつ)とした上で、不服審査過程の「司法化」の必要性を強調している。
- (273) 秋元・前掲『福祉の権利と行政裁量』(注33)二九三―二九六頁。
- (274) D. GALLIGAN, *DISCRETIONARY POWERS - A LEGAL STUDY OF OFFICIAL DISCRETION* 198-99 (1986). 秋元・前掲『福祉の権利と行政裁量』(注33)二九七頁は、「このガリガンがいうところの権利を「合理的判断過程を経ることを求める権利」(right to reasoning process)」と呼んでいる。

(二) ハンドラーの「共同的意思決定」モデル

ハンドラーは、ライク以降の法的発展、すなわち福祉受給者は法的権利と手続的デュー・プロセスによる救済策の確立を通じ(具体的には裁判制度や行政不服審査制度により)不法な政府活動から保護されねばならないとの考え方(リ

ベラル・リーガリズム) や、ライクの考え方の背景にある古典的リベラリズムという理論的基礎が、必ずしもあらゆる法分野において直接妥当すべきものではないとする。そして、貧困者は、そもそも権力と富を欠き十分な交渉力をもたない依存状態にあるため、政府と対立当事者的に相争う関係にあるとみるより、裁量的・継続的な社会的同盟 (Social Bond) 関係にあるとみるのが適切であるとして、「共同的意思決定 (cooperative decision-making)」モデルを提唱した⁽²⁷⁵⁾。そこでは、「自由」の基礎ともなるべき個人の「自律 (autonomy)」⁽²⁷⁶⁾の保護が要求されるものの、「それはアトムの個人主義が持つ古典的リベラリズムのディレンマを超越したところの、集団内における「社会的自律 (social autonomy)」であるという⁽²⁷⁷⁾。また、ここにいう共同 (cooperation) とは、変換的・建設的な権能賦与 (empowerment) を伴い、善意・利他主義・相互尊重を不可欠とする参加的共同 (participatory cooperation) であるとし、単なる手段的共同 (例えば契約関係など) とは区別している⁽²⁷⁸⁾。ただし彼の立場はいわゆる共同体主義 (communitarianism) のそれではなく、後に挙げる裁量の諸条件も、リベラリズムの基本的価値を再確認するものであるとしている⁽²⁷⁹⁾。

ハンドラーは、この「共同的意思決定」モデルが妥当する分野として、障害児教育法 (the Education for All Handicapped Children Act) に基づく特別教育プログラムを典型例として挙げている⁽²⁸⁰⁾。なかでも、一応の成果を挙げた例としてウイスコンシン州マディソン学区に焦点を当て、裁量論との関係でも議論を展開している。ハンドラーは、とりわけ継続的關係を基盤とする人的サービス分野においては裁量が不可避免的に要請されるとの見地から、前述した J・マシヨウ (Jerry L. Mashaw) の三つの裁量論モデルのうち、「専門職措置」モデルが妥当するとしている⁽²⁸¹⁾。ただし彼は、リベラル・リーガリズムを捨象し、分権化・専門職化などを志向することにより殊更に行政裁量を重視するサイモンとは異なり、裁量が正当化される諸条件を提示しており、さらにまた裁量の必要とされる分野を限定しようと試みている。例えば、上述の特別教育プログラムの考察を踏まえて、裁量行使のための条件として、(1) 非中央集権的 (分権的) な制

度、(2)官僚制の役割が変化しコミュニティの一部となること、(3)とりわけ草の根レベルにおける社会運動集団の存在、(4) (同プログラムにおいては親と学校との間における) 共同的意思決定、が挙げられている。裁量が必要とされる具体的な場面についてハンドラーは、一九八三年の論文において、公的扶助につき、定型化 (routinization) になじむ分野と裁量を必要とする分野 (緊急でないし特別ニーズにかかわる部分) を分けるべきとしている。ただし別稿では、裁量と個別化された取扱いとにまつわる悪しき歴史を有する AFDC が、当然に「共同的意思決定」モデルの妥当すべきプログラムとはいえないと述べられており、⁽²⁸⁴⁾ 裁量が当然に正当化されるとは捉えられていないようである。これに對して、公的年金プログラムである OASDI は、固定化された資格、限定された裁量、手続的デュー・プロセス、司法上強制可能な権利といった特徴を持つ典型的なりベラル・リーガルプログラムであり、行政裁量の問題も基本的に生じないといえる。⁽²⁸⁵⁾

こうしてハンドラーもまた、前記の諸論者と同様、「法の支配」による厳格なルール設定のみに依るのではなく、いわゆるインフォーマリズムの必要性との側面に焦点を当てたものといひ得る。⁽²⁸⁶⁾ その上で彼は、上記の裁量の諸条件につき、なおもリベラリズムの重大な批判に遭遇するであろうと述べている。⁽²⁸⁷⁾ そして、近著でその解決策の鍵を、J・ハーバーマス (Jurgen Habermas) の「対話的合理性」などの思想に求めている。⁽²⁸⁸⁾ 「ルールズとサンデル (M. Sandel) の根本的相違は、この著書の射程を超えるものである。我々が探求しようとしているのは、現代社会福祉国家における対話主義 (dialogism) の可能性である」と彼は述べ、⁽²⁸⁹⁾ 考察を進めている。こうした近時のハンドラーの議論もまた、後述するローゼンブラットとは異なつた次元において、裁量論に新たな地平を拓こうとする試みであると評価することができる。

先に述べたように、ハンドラーの議論は、キャンベルやガリガンと同様、個別の受給資格認定・支給額決定に際しての行政庁内部（典型的には担当職員（ケース・ワーカー）における裁量の在り方を主として問題にしている。公的扶助および社会福祉サービス分野において特徴的なのは、第一線に立つ職員（ワーカー）の専門職性であり、その専門職性とは本来、ソーシャル・ワークという実践的な理論体系に基づいて発揮されるべきものである。そうした場面において「権利と裁量の調和」を如何に図るかが課題であり、この点、キャンベルやガリガンのモデルは、これに対する一つの有効な視座を提供しているといえる。さらにハンドラーの裁量論は、裁量行使のための具体的諸条件（地方分権的な制度、官僚制の果たす役割の変化、社会運動集団の存在、共同的意思決定）の提示といった側面において参考とすべき点が少なくないし、「現代社会福祉国家における対話主義（dialogism）」との視角は、裁量論に新たな途を切り拓く可能性をもつ点で今後とも注目すべきものと言えよう。

- (275) Handler, *Continuing Relationships and the Administrative Process: Social Welfare*, 1985 Wis. L. Rev. 687, 690-91 (1985). 本多・前掲論文(注46)三三二—三三四頁。ハンドラーは、既に一九七九年の著書において、社会保障法タイトルXXとの関係で、デュー・プロセスに基づく一定の聴聞権（手続的権利）の抽出を試みている。J. HANDLER, PROTECTING THE SOCIAL SERVICE CLIENT 36-41 (1979).（書評「河野・前掲」研究の課題と展望」（注33））。ただし、共同的意思決定モデルに代表される彼の裁量論の本格的な理論展開がみられるのは、本文で述べるように八〇年代以降であるといえる。
- (276) ハンドラーがいうところの「自律」の意義については、J. HANDLER, LAW AND THE SEARCH FOR COMMUNITY 15 (1990).
- (277) Handler, *supra* note 275, at 698.
- (278) HANDLER, *supra* note 276, at 133-34.
- (279) J. HANDLER, THE CONDITIONS OF DISCRETION: AUTONOMY, COMMUNITY, BUREAUCRACY 285 (1986).
- (280) Handler, *supra* note 275, at 693-99. アメリカでは、広義の社会福祉（social welfare）制度として教育制度も含まれる点

に留意する必要がある。拙稿・前掲「アメリカにおける社会保障制度の形成（一）」（注41）六九九頁注12参照。

(281) 注270参照。

(282) HANDLER, *supra* note 279, at 149.

(283) Handler, *Discretion in Social Welfare: the Uneasy Position in the Rule of Law*, 92 YALE L.J. 1270, 1279 (1983). ハンドラーはさらに一九九〇年の著書において、法的規制のみではうまく機能しない典例として、ナッシング・ホームにおける老人ケアを挙げている。HANDLER, *supra* note 276, at 118-27.

(284) Handler, *supra* note 275, at 704.

(285) ただし、ハンドラーが理想とする人道主義的共同体社会にあつては、OASDIは人々を客体 (object) として扱うものであつて適切でなく、また究極的にはそうしたプログラムは不要にならうとも述べている。Id. at 700.

(286) HANDLER, *supra* note 276, at 153.

(287) HANDLER, *supra* note 279, at 292.

(288) HANDLER, *supra* note 276, at 72-81.

(289) Id. at 105.

(三) ローゼンブラットの「社会的義務・集団的権利」モデル

ローゼンブラットによれば、レーガンリブッシュと続く共和党政権下の保守的な社会政治的風潮を背景として、一九八六年にバーガー・コートからレンクイスト・コートへと移行した連邦最高裁は、七〇年代初頭までとは大きく異なり、福祉受給者等の取扱いにつき非常に消極的な対応をなすに至つたとされる。彼はこうした福祉分野における連邦最高裁の態度を「マネジリアル・フォーマリズム (managerial formalism)」と名付けた。その核心は、「給付を配分しも

しくは拒否する際、又は関連する様々な決定(例えば、土地利用規制・大量輸送料金規制(mass transit rates)・病院閉鎖)をなす際、執行部の行政職員並びに立法者は、制定法上もしくは憲法上極めて明確に述べられていない限り、貧困者その他社会的弱者に対しほとんど全く法的責任を負わない⁽²⁸⁾ところにある。それは民主主義的プロセスの尊重との観点から執行部並びに立法部の活動に関わる裁判上の請求につき消極的な態度を採る点で、政治的プロセスを敵視した古典的フォーマリズムと異なり、執行部並びに立法部の「専門性」を尊重する点で「マネジリアル」であるとされる⁽²⁹⁾。そして、四歳の男児が父親に繰り返し虐待を受け、その旨の通報等があったにもかかわらず、カウンティ・ソーシャルサービス局が適切な保護措置を採らず、ついには回復不能なまでの脳障害を負った事例につき、当該男児及び母親から州当局などに対しデュー・プロセス違反として損害賠償請求がなされ、これが斥けられた連邦最高裁判決である *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* ⁽²⁸⁾などを具体例として挙げている。

DeShaney 判決では、「デュー・プロセス条項の文言それ自体は、州に対し、私人による侵害から市民の生命、自由、財産を守ることを要求してはいない。同条項は、州の活動権限への制約として表現されているのであって、一定の最低限レベルの安全と防護の保障として表現されているわけではない」「デュー・プロセス条項が政府による援助に対する積極的権利を一般的に認めていないというのは当裁判所の認めるところである」「デュー・プロセス条項が、市民に特定の保護的サービスを提供すべきことを州に義務付けていないとすれば、州は、そうしたサービスを提供することを選択したならば避けられたであろう障害に対してであっても同条項の下で責任を負うべきものとはされ得ないということになる⁽²⁴⁾」と判示し、州による墮胎費用や住居、自立的サービスの提供義務を否定した先例を引用する。この意味では、同判決は実体的福祉権の承認に対し消極的な一九七〇年代以降の連邦最高裁判理論の延長線上にあるといえる。さらに同判決は、本件では特定個人と州との間に設定された「特別な関係(special relationship)」がある(州は Joshua(子

供)が父親による虐待という特別の危険に直面していることを知っており、当該危険に対して彼を保護することを明確に表明した)以上、州はデュー・プロセス条項の下で積極的保護義務を負うとの上訴人の主張に対し、こうした義務が生ずる場合があることは一般論として認めながらも、それは、例えば在監中や非自発的施設入所の場合のように、州がその権能の積極的行使により個人の自由を制限し、自活して基本的な人間的ニーズ(食料・衣料・住居・医療など)を得ることを不可能にしている場合に妥当するのであって、本件で Joshua の障害は彼が州の保護下にある間に生じたものではなく、決して州の行為者 (state actor) とはいえない彼の実の父親の保護下にある間に生じたものであり、結局州は Joshua を保護する憲法上の義務を負っていたとはいえないと判示した。⁽²⁹⁸⁾

ローゼンブラットは、同判決がそもそもサービスもしくは給付を全く行なわない(プログラムを設けない)との政府の「決定」と、現実に設けられた給付の目的を損なうような個別の「決定」との間の相違を認めておらず、結局のところ「積極的権利 (affirmative rights)」にかかわる合衆国憲法上の保護を否定するものであると消極的に評価している。⁽²⁹⁹⁾ たしかに、本件ではソーシャルサービス給付の提供が争点となっており、受給者の利益を保護するためには家庭内に踏み込んで子供の保護という州の積極的措置を必要とする点で、金銭給付の場合以上に給付自体の権利性が問われ得る事例である。ただし、仮に従来の判例理論に従ったとしても、州(日常的にはソーシャルワーカー)が相当の関与をなし、しかも保護対象者が当時四歳というそもそも「自活して基本的な人間的ニーズを得る」ことが不可能な幼児であったことからすれば、「特別の関係」法理との関連でデュー・プロセス条項違反を認める余地もあつたように思われる。こうして、DeShaney 事件をはじめとする近時の裁判例は、⁽³⁰⁰⁾ある側面において「権利―特権」区分論とも共通性をもつるような判断を示しているとされる。

ローゼンブラットは、先にみたような「資格」論における行政裁量への消極的な態度と、行政庁の判断を過度なまで

に尊重する「マネジリアル・フォーマリズム」とを、共に極端な立場と捉える⁽³⁰²⁾。そして、「貧困者その他不利な立場にある集団に対する、個人によつて執行可能であるが個人の権利には容易に還元され得ない社会的義務は、永きにわたり欧米諸国の政治的・宗教的・哲学的・法的伝統であった」(その一例としてロールズ正義論の「格差原理」を挙げ⁽³⁰³⁾)との視点から、「社会的義務・集团的権利 (Social Duties and Group Rights) モデル」という中間的な第三のモデルを提示している。それが「マネジリアル・フォーマリズム」と原理的に対立する点は、「社会」、「市場」、「私的領域」といった構成概念は、マネジリアル・フォーマリズムが前提とするように政府から明確に区別されるべきものとしてではなく、政府(公)によつて深く構造化され影響を受けたものとみられるべきである、したがつて政府の「公正性」ないし「中立性」、「一般福祉」のための活動といった重要な理念は、強者が弱者を支配する市場や政治プロセスを尊重するものとしてでなく、弱者のそれを含むあらゆる重要な人間の諸利益が公正な配慮を受けることを確保するものとして理解されるべきである、といった点にみられる⁽³⁰⁴⁾。そしてローゼンブラットは、社会的義務モデルの具体的内容として、第一に、行政庁は、より破壊的でないやり方で財源を保持するための真剣な努力をせず、また明確な立法部による権限賦与もないままに、生存に関わる人間のニーズに対処する作用に対し職員を配置しもしくは財源を割り振ることを拒否してはならないとの義務、第二に、立法部には医療・福祉給付などを含む、最低限十分かつ平等な水準の重要な社会的給付ないしサービスを財源づける義務、を導き出しうるとし、マサチューセッツ州連邦最高司法裁判所判決である *Massachusetts Coalition for the Homeless v. Secretary of Human Services* を引き合いに出している⁽³⁰⁵⁾。ローゼンブラットは、同判決が、福祉給付は親が児童を家庭内で適切に養育できるよう十分な額とする旨定めた一九一三年州法や、州福祉局に扶助の標準的予算と実際の予算とを毎年調査し報告書を出すべき義務を定めた法規定を根拠として、執行部に対し、AFDC 目的のために十分な予算水準を算定し、利用可能な配分財源を適切に用い、仮に配分がホームレス化を防ぐのに

不十分な場合には立法部に対し当該不足を通知し追加的配分もしくは他の解決策を要求することによって、AFDC受給家庭のホームレス化を防ぐことを求める法的義務を創設したものであるとみる。⁽³⁰⁸⁾さらに同判決は、執行部に財政支出を命じたり立法部に必要な資金の財源づけを命じたものではなく、立法過程における執行部の制定法上の義務を認めることにより政治的プロセスを修正したものであるとされる。⁽³⁰⁹⁾

論者自身が認めるように、社会的義務を負うべき集団の定義や集団的権利の内容など、ローゼンブラットの議論には解決すべき問題点が多く残されており、未だ試論的なものとどまつている。しかしながら、司法部が立法部や執行部に対し(財源措置を伴う)具体的措置や立法を命ずるといった、現在のアメリカの理論状況においておよそ一般には受け入れられ難いアプローチではなく、立法過程において対象者の利益を考慮すべきとの法的義務を担当行政機関に課することによって政治的プロセスを枠づけようとする視点は、キャンベルやガリガン、ハンドラーらの議論が主として念頭においていた個別具体的決定に関わる行政裁量の統制とのレベルを超え、司法部による立法的政治的裁量への法的統制とのダイナミックな視点をもつ点で、より議論の奥行きのあるアプローチといえる。ただし、このモデルから導出される義務、例えば最低限十分かつ平等な水準の重要な社会的給付ないしサービスを財源づける義務は、一義的には文字通り「社会的」ないし政治的義務にとどまり、マサチューセッツ州のような制定法上の拠り所がない場合一般的に、司法審査の対象となるという意味での「法的義務」とまで評価し得るか否か、仮に評価し得るとしてその理論づけ如何については必ずしも明らかでない。ただし、一つは制定法(ローゼンブラットの例で言えば州法)を根拠としてこうした義務が「法的義務」化する契機を内在させている点、もう一つは実体的基本権規定が存在しない状況下にあつてなお理論的に政治的プロセスを枠づけようとの試みである点において、ローゼンブラットのアプローチには積極的に評価し得る

面があると考えられる。なお前節で述べたこととも関連するが、彼自身のモデルの正当性の拠り所として州最高裁判所判例に着目するとのアプローチが採られている点も積極的に評価すべきである。

ただし、公的扶助ないし社会福祉分野においては、本節で区別した広狭いずれのレベルの裁量の場面においても、裁量を生じる余地のある場面でこれを完全に法的に統制することは不可能であり、また本来的に望ましいとも言いがたいこととは否定できない。そうだとすれば、一定程度以上の裁量行使への枠づけは、代表民主制を基盤にした政策形成、あるいは当事者たるべき専門職の育成教育などを通じて、間接的なものにとどまらざるを得ないのではないかとも思われる。そこにまた、ハンドラーのいう「共同的意思決定」、あるいはこれと連なる「参加」の契機が意味を成してくるとも言い得よう。後述するように、この「参加」の契機は社会保障の本来目的である「自由」の確保にとっても尊重されるべきものである。

(290) ローゼンブラットは、この時期の連邦最高裁の態度を「権利執行 (rights-enforcing)」モデルと名付け、マネジリアル・フォーティズムと対比させている。Rosenblatt, *The Courts, Health Care Reform, and the Reconstruction of American Social Legislation*, 18 J. HEALTH POL. 439, 443, 444-49 (1993).

(291) Rosenblatt, *supra* note 99, at 92. 同論文におけるローゼンブラットの議論（ただし後述する「社会的義務・集团的権利モデル」を除く）を紹介するものとして、秋元・前掲「アメリカにおける福祉受給権と福祉裁判の動向」（注115）一九三—一九七頁がある。

(292) *Id.* at 97.

(293) 489 U. S. 189 (1989).

(294) *Id.* at 195-96.

(295) *Harris v. McRae*, 448 U. S. 297, 317-18 (1980).（一定の場合を除き、堕胎に対するメデイケイド連邦補助金支出を禁止

た社会保障法の改正が平等保護にもデュー・プロセスにも反しないとされた例)

(296) *Lindsey v. Normet*, 405 U. S. 56, 74 (1972).

(297) *Youngberg v. Romeo*, 457 U. S. 307, 317 (1982). (非自発的な精神遅滞者施設への入所という特殊な環境下において、入所者に対し、不当な拘束からの安全と自由を確保するため最低限十分かつ適切な訓練を提供すべき義務を第一四修正のデュー・プロセス条項を根拠に認めた例)

(298) *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services* 489 U. S. 189, 200-01 (1989).

(299) *Rosenblatt, supra* note 99, at 99-102.

(300) *Id.* at 97-99. *See e. g.*, *Lyng v. International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America*, UAW, 485 U. S. 360 (1988) (ストライキ中の世帯員がいる場合フードスタンプの受給資格を与えず、既に受給中の場合ストライキによる所得減額は給付増額事由とならない旨のフードスタンプ法の改正が第一修正の結社の自由や第五修正の平等保護に反しないとされた例); *Kadmas v. Dickinson Public Schools*, 487 U. S. 450 (1988) (学区に対し通学バスの利用料金を課す州法が平等保護に反しないとされた例); *Schweiker v. Chilicky*, 487 U. S. 412 (1988) (継続的障害審査(CDR)プログラムに基づく受給資格審査により障害年金給付の支給を停止され、後に行政不服審査段階で受給資格を回復した者らからなされたデュー・プロセス違反の主張が斥けられた例)。その他八〇年代の裁判動向については、*Rosenblatt, supra* note 290, at 456-73.

(301) *Id.* at 467.

(302) ただし彼は、司法部の果たすべき積極的役割などの点において「資格」論と問題意識を共通にしており、後述する自らのモデルも「資格」論の補完と捉えるべきとしている。 *Rosenblatt, supra* note 99, at 108.

(303) *Id.* at 104.

(304) *Cf.* *Southern Burlington County NAACP v. Township of Mt. Laurel*, 92 N. J. 158, 456 A. 2d 390 (1983).

(305) 400 Mass. 806, 511 N. E. 2d 603 (1987).

(306) *See generally* *Sard, supra* note 182. 同論文は、同訴訟の背景(AFDC)の大幅な給付引き上げを要求する組織的運動の存在、AFDC受給家庭におけるホームレス化、及び州最高司法裁判所判決に至るまでの経緯を詳細にたどっている。

(307) AFDCが導入された連邦社会保障法制定以前にも、大部分の州にその前身たる母親年金制度が存在していた。初期の州法の多くは、例えば、児童を家庭内で適切に養育するのに十分な給付水準を提供すべき旨の文言をおいていた。こうした文言が現在に至るまで残存している州では、州憲法と並んで、当該規定がホームレスを生じさせるほど不十分な州の給付スケジュールを無効とする際の実定法的根拠となっている。一九一三年のマサチューセッツ州法も同様の趣旨の規定である。Morawetz, *supra* note 242, at 570.

(308) 同事件は、AFDC受給者でありながらもホームレスとなった者らが州福祉当局を相手方として、その給付水準の低さを争い宣言的判決及び差止め命令を求めた事案である。最高裁は、AFDC目的のために支出される資金が、親にその子を家庭で養育させるだけの水準の財政援助を与えるには不十分と認められる場合、福祉局はその給付水準に達していない旨立法部に通知すべき義務及び十分な額を支出するかまたは何らかの他の解決策を講ずるよう要求すべき義務を負う、福祉局は単にAFDC受給家庭の親にホテルやモーテル、緊急非難所といった宿泊施設を提供するにとどまらず、自宅(home)で生活するのに十分な援助を提供すべき義務を負う、などと判示した。

(309) Rosenblatt, *supra* note 99, at 107.

(310) 例えば、注71（キャンベルのいう「合理性」概念による制約）参照。

(311) 第三章第四節参照。

第三節 法理学的アプローチ

前二節でその一端を垣間見たように、日本国憲法第二五条の如き明文の憲法規定をもたないアメリカでは、憲法学や行政法学などの立場から、市民の生存に関わる特定の利益が一定の法的権利性をもつこと、あるいはそうした利益を保護すべき法的義務が存することにつき、様々な理論的基礎づけが試みられてきた。その際、例えばマイケルマンなどに

見られるように、多くの議論が多少の差こそあれ依拠するのが、政治哲学ないし道徳哲学の理論であつた。逆に言えば、明文の憲法規定をもたないアメリカにあつてこそ、いわば基礎理論のレベルでの福祉を受ける権利・資格の理論的基礎づけが、真摯になされてきたとの側面がみられるのである。序章でも述べたように、いわゆる法理学的アプローチは、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つて、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手がかりとして重要な意味をもつ。そこで以下では、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リベリズムの議論のごく一端を検討したい。先にも触れたJ・ロールズ⁽³¹²⁾のほか、R・ドゥオーキン(Ronald Dworkin)やA・ゲワースらのアプローチが有名である。共同体主義(communitarianism)や社会主義(socialism)などではなくリベリズムの立場から、「平等」基底的な「資源の平等」論を展開するドゥオーキンや、「行為者」基底的な「主体性」論から「福利」への権利(人権)を導き出すゲワースの議論は、我が国と同様「個人主義」原理⁽³¹³⁾に立つ憲法を有するアメリカにおけるアプローチとして、参照に値するものと言ひ得る。

(312) 第一節におけるマイケルマンの議論(とりわけ注20)などを参照。

(313) 宮沢・前掲書(注35)二二三―二四頁、樋口・佐藤・中村・浦部・前掲書(注37)二五五―二六三頁。

(一) ドゥオーキンの平等基底的理論

ドゥオーキンは、権利の中心に位置しその具体的内容をなすのは平等であり、全ての個人は「平等な配慮と尊重 (equal concern and respect)」への権利を有するとし、平等に比較的力点を置いた議論を展開している。⁽³¹⁵⁾ 彼は、配分的平等をめぐる一般理論として、典型的には機会の平等を強調する「実力主義的 (meritocratic)」理論を斥け、さらに「福利の平等 (equality of welfare)」観念(とりわけ「福利」につき個人の選好 (preference) に着目する成功理論 (success theories) や意識状態理論 (conscious state theories)) をも、その主観主義的文脈などにおいて批判する。⁽³¹⁸⁾ そしてドゥオーキンは、「資源の平等 (equality of resources)」観念を支持する。資源の平等は、各人によって私的に所有されるべき外的資源の配分が、もはや誰も羨まない程度になされている場合 (envy test が受け入れられている状態) に達成されるとみられ、初期資源の配分のみならず、市場経済における生産活動等を通して生ずるその後の配分状態においても維持されるべき観念であるとされる。⁽³¹⁹⁾ ただし、一つには人々は自ら歩むべきことを選択した人生の代償を払うべきとの観点から、各人の間に生じている保有資源 (所得や富) の格差が「自らの選択 (賭け) による運 (option luck)」によるものならば、こうした格差は資源の平等の観点からは正されるべきものとはいえない。⁽³²⁰⁾ また一定の不測の事態により障害を負ったとしても、全ての者が同様のリスクを負っており、しかも予測可能性があり当該リスクに対処するための (仮説的な保険市場において) 保険を掛ける十分な機会があったならば、こうした障害は資源の平等の観点から特別な問題を生じない。しかしながら、それが以下のような「不合理な巡り合わせ (brute luck)」によるものならば、それに対する補償がなされる。例えば、先天的障害の場合や、後天的ではあるがそれに対する十分な知識や保険を購入するための資金をもつ以前に障害を負った場合、遺伝性の病気のため保険料が高額になってしまふ場合などがこれに該たる。⁽³²¹⁾ この場合の補償は、課税やその他の強制的手段を財源とし、その程度は個別的な事情によるのではなく、平等な状況において理想的な市場でなされるであろう決定の水準 (平均的水準) に設定される。⁽³²²⁾ さらに各人の才能 (talent) の相違も、資

説 源の平等の観点から一定程度考慮される。⁽³²³⁾⁽³²⁴⁾

論

ドウオーキンは、こうした観点からレーガン大統領の福祉施策を批判的に評価した際、効率性を重視するサブライサイダー経済学の立場と異なり、いかに小規模で政治的にとるに足らない市民集団であっても、平等な配慮の観点から認められるべき平等な資源を拒否するような政策上の制限を課されるべきではないとの基本的立場から、失業者の増大を招くような経済政策に対しては再訓練や公共的雇用のための大規模な公的措置がとられねばならないこと、社会の底辺に位置する貧困者の子供に対する教育が安易に切り詰められるべきでないこと、フードスタンプやAFDC、貧困者のための高等教育プログラムなどは削除されるべき優先性が最も低いプログラムであること、などを論じている。⁽³²⁵⁾ 本稿の問題関心とも絡めていえば、従来ともすれば社会保険プログラムなどとの関連で低い規範的評価を与えられがちであった公的扶助プログラムに対し、「平等」という政治価値を足掛かりに理論的補強を行おうとする試みとして積極的に評価できる。またドウオーキンのいう平等と権利（とりわけ福祉権的なもの）との関係は必ずしも明確とは言い難いもの⁽³²⁶⁾、少なくとも彼は以上のように、基礎理論を単なる抽象論のレベルにとどめず、現実の制度論としても展開している点で極めて注目される。さらにドウオーキンは、近時、適正な医療給付配分といった論点にかかわる法解釈論とも絡めてさらに精緻な議論を展開するに至っている。⁽³²⁷⁾ 以上のことからすれば、法理学的アプローチは、法解釈論の基礎となるほか、政策論レベルでは政策策定の指針として直接重要な役割を果たし得る可能性を秘めているということができる。

(324) DWORIN, *supra* note 211, at 180-81.

(325) ドウオーキンの平等論をめぐる邦語文献としては、長谷川晃「平等・人格・リベラリズム——R・ドウオーキンの平等論をめぐって——」『思想』七七五号（一九八九年）五三頁以下が詳細である。その他、小泉良幸「福祉」と配分的正義

- の理念』法学』五五巻三号（一九九一年）五三二頁以下、藤原保信「デモクラシーと平等——ロナルド・ドゥオーキン——」
 （藤原・千葉編『政治思想の現在』（早稲田大学出版部、一九九〇年）所収）一三八—一四〇、一四四頁など参照。
- (316) Dworkin, *What is Equality? Part 1: Equality of Welfare*, 10 PHIL. & PUB. AFF. 185, 188 (1981).
 (317) コレでは「福祉権」論との混同を避けるため、welfareを「福利」と訳している。
 (318) *Id.* at 196-224.
 (319) Dworkin, *What is Equality? Part 2: Equality of Resources*, 10 PHIL. & PUB. AFF. 283, 292-93 (1981).
 (320) *Id.* at 294-96.
 (321) *Id.* at 297.
 (322) *Id.* at 298.
 (323) *Id.* at 306-14.
 (324) 資源の平等観念をめぐる理論をさらに精緻化するとともに、平等と自由の関係について論じたその後の論稿として、
 Dworkin, *What Is Equality? Part 3: The Place of Liberty*, 73 IOWA L. REV. 1 (1987) がある。機会費用の観点から言えば、資
 源の平等とは、各人の全ての移転可能な資源が同等の機会費用を有する状態をいう。*Id.* at 26.
 (325) R. DWORKIN, *A MATTER OF PRINCIPLE* 211-12 (1985). なお、ドゥオーキンは「よりラディカルな富の再分配を伴う制
 度改革が望まるところの基本的立場にある」。Dworkin, *supra* note 324, at 46.
 (326) 長谷川・前掲書（注36）一〇二頁。
- (327) Dworkin, *Will Clinton's Plan Be Fair?*, THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS 20 (Jan. 13, 1994). 同論文（書評）は、一九九
 四年秋に実現が断念されたものの「クリントン政権にまつて提出された医療保障法案（Health Security Act）の条文解釈を
 めぐって、医療における正義の理念を追及したものである。Cf. Dworkin, *Justice in the Distribution of Health Care*, 38
 MCGILL L. J. 883 (1993). その他、医療ニーズをめぐる配分的正義の問題を論じた著名な論文として、Daniels, *Health-Care
 Needs and Distributive Justice*, 10 PHIL. & PUB. AFF. 146 (1981) などがある。

(二) ゲワースの主体性論

(一) でみたように、ドゥオーキンは、「基本的活動能力の平等 (equality of capabilities)」を主張する A・セン (Amartya Sen)⁽³²⁸⁾ らとともに、公共的な政治価値としての「平等」に力点を置いた議論を展開している。⁽³²⁹⁾ 他方、権利の概念の基礎を、平等といった公共的な政治価値ではなくそれを担う主体たる個人の行為上の属性に求める A・ゲワースらの理論 (主体性 (agency) 論) も注目される。

ゲワースは概略次のように論じている。⁽³³⁰⁾ すなわち、全ての道徳的準則と大部分の実践的準則は、直接あるいは間接に人が如何に行為すべきかということに関連している。その限りで行為は目的志向的な行為主体によって担われる。ところで全ての行為主体は自己の目的を善とみなしている。したがって、合理的存在である限りにおいて彼はまたその目的を達成するための行為につき差し迫って必要な諸条件を「必要善 (necessary goods)」⁽³³¹⁾ とみなしている。この必要善としての諸条件とは、「自由 (freedom)」と「福利 (well-being)」である。⁽³³¹⁾ このうち自由とは、関連した諸状況についての知識を持ちつつ自発的な選択により自己の行動をコントロールすること、福利とは、主体性を確保するのに必要とされる別の実質的な一般的能力及び条件を有すること、である。⁽³³²⁾ ゲワースは、自由と福利が、全ての主体が行為を行なうのに必要な基礎的条件たる必要善であることから、「弁証法的必然的論証 (dialectically necessary method)」⁽³³³⁾ を通じて、自由と福利に対する権利の概念を導きだしている。⁽³³⁴⁾ さらにゲワースは、ここで導出された権利は行為主体自身の目的追及が基準となっているという意味で未だ深慮的 (prudential)⁽³³⁵⁾ な属性的権利 (generic rights) にすぎないとして、「普遍化可能性 (universalizability)」との論理的原理を媒介にして、⁽³³⁵⁾ 全ての将来的な目的志向的行為主体がこれらの権利を有するという意味での一般化が受け入れられねばならないとして、道徳的権利さらには人権としての自由と福利の権利

を導きだしている。⁽³³⁶⁾

これらの権利のうち、福祉権に関わるものとしては、主として後者すなわち福利との関係が重要である。ゲワースは、行為主体に必要とされる能力及び条件としての福利が、「基本的善 (basic goods)」、「非削減的善 (nonsubtractive goods)」、「付加的善 (additive goods)」という三種の善（または財）からなっているとみる。このうち基本的善は、行為の遂行にとつて不可欠な前提条件であり、生命、（食料や衣料・住居といった手段を含む）物理的完全性 (physical integrity)、精神的平静、目標達成の一般的可能性に対する自信といったものが含まれる。⁽³³⁷⁾したがって、こうした基本的善に対する権利は、飢餓に瀕した状態にある時などに損なわれているといえるし、こうした状態にある者をそれほど費用をかけずに救済しうるにもかかわらずしない第三者は権利を侵害しているといえる。⁽³³⁸⁾非削減的善は、目的追及のレベルや特定行為をなす能力を減殺されることなく維持するのに必要な能力・条件であり、また付加的善は、これらを引き上げるのに必要な能力・条件である。これらのうち、基本的善が文字通り目的志向的行為の前提条件となる基礎的なものであり、他の善に対する権利よりも優先されることになる。⁽³³⁹⁾

自由の権利や三種の福利の権利は、相互に衝突し得るという意味で「一応の (prima facie) 権利」であって絶対的な権利ではないものの、究極的にはゲワースが導出した道徳の最高原理であるところの「一般的整合性原理 (the Principle of Generic Consistency (PGC))」(「あなた自身のみならずあなたの行為の受領者 (recipients) の「属性的権利」にも従って行為せよ、との原理」)⁽³⁴⁰⁾に従って権利衝突が調整される。⁽³⁴¹⁾もっとも、同原理によって支持される全ての人権が法的保護を受けるべきことにはならない。ただし、人は福利の権利（とりわけ基本的善に対する権利）を獲得し保持するための現実的能力において不平等であって、その不平等を取り除きあるいは削減するのに資する社会的ルール（社会的経済的権利）は法的に保護されるとしている。具体的には、基本的善（食料、住居など）を自らの努力によって得ら

れない者への供給、生産的労働能力が不十分な者への教育などによる付加的善の不平等の除去、生産的雇用の機会の増加に資する様々な公共財の供給などが挙げられている。さらに、こうした基本的善などの供給がヴォランタリーな団体でなく国家を通じて課税によってなされるべきことを正当化する一方、権利とはいえ利用可能な資源の限界性という枠をはめている⁽³⁴²⁾。

このようにゲワースも、ドゥオーキンと同様、第一義的には法的権利の基礎となるべき道徳的権利のレベルにおいて議論を展開し、そこから福祉に対する一定の(法的)権利を導きだしている⁽³⁴³⁾。確かにドゥオーキンとは異なり、導出された抽象的一般的権利と現実のアメリカ法制度との関連やその評価など、具体的な制度論ないし実定法との接点に関する議論は、筆者のみる限りでは必ずしも積極的にはなされていないように見受けられる。しかしながら、後述するところの社会保障における「自由」の契機の重視との視点からは、ゲワースのアプローチが本稿での視角に比較的親和的であるとも考えられる。

(32) A. Sen, *Equality of What? in THE TANNER LECTURES ON HUMAN VALUES*, Vol. I (S. McMurrin ed. 1980). (A・セン(川本隆史訳)「何の平等か?」(大庭・川本訳『合理的な思考者』(勁草書房、一九八七年)所収)セン自身の社会保障論は、現在のところ、発展途上国を念頭においたデッサンに留まるとされる。鈴木興太郎「アマルティア・セン——福祉の潜在力アプローチ——」(社会保障研究所編『社会保障論の新潮流』(有斐閣、一九九五年)所収)二〇九頁。

(39) ドゥオーキンをはじめとして、A・セン、R・アーンソン(R. Arneson)、G・コーエン(G. Cohen)などのリベラルな平等の観念をめぐる法哲学上の議論を紹介し、「公正なアクセスの平等」の観念を提示した論稿として、長谷川晃「リベラルな平等についての覚え書き」『北大法学論集』四三巻五号(一九九三年)一一四五頁以下がある。

(33) Gewirth, *The Basis and Content of Human Rights*, 13 GA. L. REV. 1143 (1979). (書評) 深田三徳『アメリカ法』一九八一

- 一 二号（一九八二年）一九六頁以下）
- (331) ゲワースは別著で、「自発性 (voluntariness)」と「目的志向性 (purposiveness)」が真正な行為の二つの属性的特徴 (generic features) であり、これらが「必要善」であるとも述べらる。GEWIRTH, REASON AND MORALITY 52-53 (1978).
- (332) Gewirth, *supra* note 330, at 1149.
- (333) GEWIRTH, HUMAN RIGHTS: ESSAYS ON JUSTIFICATION AND APPLICATIONS 20-26 (1982). (同書には、「前掲論文 (注30) も再録されてゐる。）」
- (334) 長谷川・前掲書 (注36) 七九―九五頁、若松良樹「人權の基礎としての主体性についての一考察 (二)」、『法学論叢』一三卷二号（一九八八年）八九―一〇四頁、小林・前掲論文 (注22) 七三―七八頁など。なお憲法学の人權論の視座からゲワースの議論を取り上げたものに、佐藤・前掲論文 (注36) がある。
- (335) Gewirth, *supra* note 330, at 1154.
- (336) *Id.* at 1154-58.
- (337) GEWIRTH, *supra* note 331, at 54.
- (338) GEWIRTH, *supra* note 333, at 202-06.
- (339) Gewirth, *supra* note 330, at 1158-62.
- (340) *Id.* at 1155.
- (341) *Id.* at 1160-62.
- (342) *Id.* at 1165, 1167-70; GEWIRTH, *supra* note 331, at 312-27.
- (343) さらにゲワースは、「国家の範囲を超えた国際的レベルにおいて、飢餓に瀕している貧しい国家の人々が豊かな国家の人々に対して食物に対する道徳的権利をもつことを論じている。GEWIRTH, *supra* note 333, at 206-16.

第三章 アメリカにおける「社会保障の権利」論

以上、前二章での検討を通じて、序章において設定した本稿の目的に沿って、アメリカにおける「社会保障の権利」をめぐる様々な議論につき、アメリカ社会保障制度の具体的展開を踏まえての分析を行った。本章では、これらの分析を前提として、主として（アメリカ）社会保障法研究との視座から、序章で述べた本稿の視角・視座を踏まえつつ、さらに考察を進めることにしたい。

具体的には、まず第一節で、本稿で検討してきた「福祉権」論の展開に典型的に示されるように、我が国で社会保障を支える法理念と考えられる生存権思想などがアメリカで必ずしも十分に浸透していないことが、アメリカ独特の社会保障制度の発展形態の有り様といかに関連性を有しているのかを明らかにする。次いで第二節では、アメリカにおける基本権レベルでの「社会保障の権利」論、典型的には「福祉権」論が、公的扶助プログラムなかでもAFDCプログラムを念頭においてなされてきたことの意味を問うことにしたい。もちろん序章でも述べたように、我が国の生存権論においても主として念頭におかれてきたのは公的扶助（生活保護）制度であった。しかし、公的扶助と社会保険に対するアメリカにおける独特の規範的態度を明確にしておくことは、我が国の議論を特徴づける上でも意味があると考えられる。第三節では、アメリカにおける主として基本権レベルでの「社会保障の権利」の性格を明らかにしておきたい。最後に第四節では、本稿の副次的目的でもある我が国の社会保障法基礎理論への示唆との観点から、本稿で取り上げたアメリカの議論の多くが思想的基盤に据えてきた「自由」の理念に着目し、我が国の基礎理論との関連で検討しておきたい。以上の各節は、必ずしもそれぞれ有機的かつ密接に関連しているというわけでは必ずしもないけれども、序章での目的・視座の設定を受けて前二章で行った個別の検討を総合化しまとめるという意味合いを有するものである。

第一節 アメリカ社会保障制度の基本的特徴と法理念

歴史的実体的側面からアメリカ社会保障制度を全体として捉えた場合、我が国や西欧各国とは異なる幾つかの特色を見出すことができる。⁽³⁴⁾ その最たるものが、事実として、社会手当的性格を有する包括的な所得保障給付プログラムや、一般的包括的な医療保険及び公的扶助プログラムが存在しないとの点であろう。また、身体的労働能力のある者(失業者、一時的・部分的障害者、母子家庭の母親)とない者(高齢者、永久的・完全障害者)をカテゴリーカルに分け、社会保障給付の実施に際しそれぞれ異なった規範的態度で臨むとの点も顕著にみられる。こうした基本的特徴は、我が国においても社会保障を支える法理念と考えられてきた生存権思想や社会連帯思想が、アメリカで必ずしも十分な展開をみなかったことと密接に関連していると思われる。

一般的な公的扶助プログラムが存在しない(基本的にはSSI・AFDCなどのカテゴリーカル扶助が中心である)との制度状況は、本稿で考察してきたように、我が国でいえば憲法第二五条一項に相当する合衆国憲法上の基本権が今日に至るまで裁判規範のレベルにおいても、そしてまた政策策定指針としても一般には承認されておらず、またそれを実体的に構築するための理念的基盤となるべき生存権的思想も支配的にはなっていないとの法理論状況を端的に表象するものである。そこには、後述するようにアメリカ独特の貧困に対する捉え方、そしていわゆる「生活自助原則」の強調が色濃く影響を及ぼしている。

社会手当的性格を有する金銭給付プログラムや一般的医療保険プログラムが存在しないことの背景としては、右で触れた生存権理念のほか、社会連帯理念の未発達ということも重要な要因として挙げられる。例えば、医療保険は年金保険とは異なり、その基本的性格上、負担と給付との関連性がなく(アメリカ型年金保険では、拠出額の多寡に比例した

給付がなされるのに対し、医療保険ではその性格上、拠出額にかかわらず給付内容は同一である、それだけに保険集団としてまとまることの積極的な正当性根拠が必要とされると考えられる。しかしながらアメリカでは、先に述べたように、医療保険をその一部門とする社会保障の一つの結集軸となるべき合衆国憲法上の明文の基本権規定がない上、その理念的基盤となるべき生存権的思想も支配的ではない。またとりわけ社会保険プログラムなどにおいても一つの軸（法理念）となり得べき社会連帯思想⁽³⁴⁵⁾も、アメリカで福祉諸施策の発展を主導してきた政治哲学ないし政治思想といわれるリベラリズムの立場からは、少なくとも主導的な議論とはなつてこなかつたように思われる。典型的なリベラリズムの議論によれば、その具体的内容を如何に捉えるかにつき議論はあるにせよ、少なくとも「道徳的自律」や「自由」といった価値が前面に置かれるとともに、第一義的には市民個々人の在り方如何に焦点が当てられるのである。さらに、こうした抽象論のレベルにとどまらず、アメリカには、各職域・地域（コミュニティ）の枠を越えて人種・所得階層横断的という意味での「社会」全体レベルでの「連帯」観念が十分発達しておらず、またその形成にあつたの契機となるべき社会的基盤も脆弱であるとの現実がある。このことを象徴するのが、一九八八年高額医療費保障法（MCCA）の制定と廃止をめぐつて繰り広げられた議論である。同法は、外来薬剤費を給付対象とするほか、入院給付の充実や、医師診療サービス給付における年間個人負担額の上限設定など、画期的なメデイケア給付の改善をねらいとするものであつた。しかしながら、同法は制定した翌年に一部を除き廃止された。その原因は、給付の財源として受給資格者に対する所得比例の保険料を課したところ、負担を負うことになる非貧困老人層が激しく反対したことによるものであつたのである。⁽³⁴⁸⁾

以上のような諸々の事情に鑑みれば、今日に至るまでアメリカに一般的包括的な公的医療保険プログラムが存在せず、「国民皆保険」が実現していないというのも、首肯し得るものがあるといわねばならない。

身体的労働能力のある者となし者をカテゴリーカルに分けて保障を行なうとの基本的姿勢は、前者に対しては職業訓練・リハビリテーションなどを通じてできるだけ自らの就労による「自助」「自立」へと向かわせる一方(「保護に値しない貧困者 (undeserving poor)」)、後者に対しては経済的保障手段を提供する必要性を認め相対的に手厚い保障を行なう(「保護に値する貧困者 (deserving poor)」)との考え方を反映したものである。もちろん資本主義社会において、「生活自助原則」は社会保障制度の前提に置かれるべき各国共通の基本的考え方ではある。しかしながらアメリカでは、例えば、障害年金制度を領導する基本原理として「リハビリテーション原則」を抽出し得ることや、AFDCプログラムにつき職業訓練・リハビリテーション・教育などにより就労へと向かわせるインセンティブを付与・強化することをねらいとした制度改革が繰り返し行われていること、などにその一端が示されているように、社会保障法制前から今日に至るまで、終始一貫して「生活自助原則」に極めて高い価値づけがなされているとの特徴がみられるのである。⁽³⁵⁾

「生活自助原則」は、第一義的には「国家」や「社会」以前の「個人」の在り方を規律するものであるとすれば、必ずしも「個人」と「国家」あるいは「個人」と「社会」との関係を規律すべき生存権理念や社会連帯理念の一般化と二律背反的なものではない。しかしながら、「生活自助原則」の過度の強調が、これらの理念の一つの基盤ともなり得べき「互惠」「相互配慮」といった観念を後背に斥けているとの側面も否定できないと思われる。

アメリカでも、我が国と同様、年金・医療・公的扶助プログラムなどから構成される「社会保障制度」の存在は、一般に認識されている。⁽³⁶⁾しかしながら、統一的法理念の下に構築されるべき「社会保障法学」は、現在に至るまで成立していない。⁽³⁷⁾このことは、先に述べたように、法理念となり得べき生存権思想並びに社会連帯思想が主導的地位を占めるに至っていないことのある意味で当然の帰結といえる。しかし、そうであるとしても、理念のレベルにおいてアメリカの社会保障を参照する価値が全くないということには直ちにはならない。後述するように、「個人」の「自由」を基

盤に据えて福祉諸施策を理論的に基礎づけようとするリベラリズムの立場からのアプローチには、我が国の社会保障法基礎理論においても参考になる点が少なからずあると考えられる。

- (344) 拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」(注41)「おわりに」二(アメリカ社会保障制度の基本的性格)。
- (345) 高藤・前掲書(注24)第一部第二章、堀・前掲書(注3)九九一—一〇一頁参照。
- (346) Sparer, *supra* note 42, at 556 旗手・前掲論文(注42)四一頁。
- (347) リベラリズム的立場からいわれることのある「市民的連帯」(旗手・前掲論文(注42)四八頁)と、フランスを中心とする「社会連帯」ないし「国民連帯」思想は、その基盤を異にすると考えられる。加藤智章『医療保険と年金保険——フランス社会保障制度における自律と平等——』(北海道大学図書刊行会、一九九五年)、高藤・前掲書(注24)第一部第二章など参照。
- (348) 山崎史郎「米国の医療政策をめぐる動向」(伊部・早川編著『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)九〇—九二頁、拙稿・前掲「アメリカ社会保障制度の展開と基本構造」(注41)第六章第三節第二項(四)(民間医療保険と医療危機・国民皆保険を阻む要因)。
- (349) 同論文「おわりに」三(アメリカ年金保険における制度原理の変遷)。
- (350) 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)八二—八一五頁参照。
- (351) *See Social Security Programs in the United States*, 54 SOC. SEC. BULL. 2 (Sep. 1991).
- (352) 教科書の類としては、わずかに A. LAFRANCE, WELFARE LAW: STRUCTURE AND ENTITLEMENT (1979) が見られる程度であり、スタンダードな教科書が存在するイギリス、ドイツ、フランスなどとは大きく異なる。ただしアメリカでは、ヘルス・ロー (Health Law) の分野が発達しており、多くの教科書的な文献が存在する。E. g., B. FURROW, S. JOHNSON, T. JOST & R. SCHWARTZ, HEALTH LAW (2d ed. 1991); M. HALL & I. ELLMAN, HEALTH CARE: LAW AND ETHICS (1990); C. HAVIGHURST, HEALTH CARE LAW AND POLICY (1988).

第二節 社会保険・公的扶助と「権利」論

前章までの検討で明らかにしたように、アメリカにおける「社会保障の権利」、典型的には「福祉権」をめぐる議論の多くは公的扶助プログラムを念頭において展開されてきた。本節では、アメリカにおいてこうした形での議論がなされてきたことの意味を、社会保障の各制度毎の構造的相違、とりわけ社会保険と公的扶助のそれを念頭に置きながら検討したい。

我が国でも、「社会保障の権利」をめぐる議論の中心である生存権論は、主として公的扶助(典型的には生活保護制度)を議論の対象としてきたといえる。しかしながら、アメリカにおける議論には、我が国にない特徴がみられる。まず第一に、公的扶助プログラムのなかでも、他のカテゴリーカル扶助とは異なり一九七〇年代以降も依然として州運営プログラムとして取り残されたAFDCが、主たる議論の対象であったとの点である。このことは、既に第一章で明らかにしたように、一九三五年社会保障法制定以来AFDCプログラムの対象者が、州政府財源の有無に給付が左右されるなど、極めて不安定な法的地位に置かれてきたことの証左であるということが出来る。しかし、前節でも触れたように、AFDCプログラムの主たる保障対象である母子家庭の母親は、とりわけ制定当初念頭に置かれた(白人)寡婦とその子からなる世帯から離婚・遺棄・未婚世帯(なかでも黒人中心)へと典型的受給者像が変化して以降、基本的には就労可能な「保護に値しない貧困者(undeserving poor)」のカテゴリーに属するものとされた。このため、これらの者への給付は、「生活自助原則」との関係で常に軋轢を生じざるを得ないものだったのである。一九七〇年代以降、憲法上の実体的「福祉権」樹立の試みが成功しなかったことの背景として、こうした事情も軽視すべきではないと思われる。とはいえ、平等保護や手続的デュー・プロセスなどの憲法上の法理の展開や、ライクの法理論などを背景とした様々な法

制度改正により、一九六〇年代末以降、AFDCやその他の公的扶助プログラムにおける受給利益の法的保護が相当の進展をみせたとの点は決して看過されるべきではない。

これに対して、一九八〇年代（とりわけ後半以降）になると、新たにホームレスが福祉権による保障対象となるべきカテゴリーとして認識されるに至る。このことは、一九八〇年代前半にかけて行われた公的扶助・福祉給付削減措置とそれによる貧困層の底辺の拡大との社会的現象を反映したものである。また同時に、生活の基盤となるべき住居すら保有していないというホームレスの危機的な状況があったからこそ、実体的権利論構築の必要性が再認識され、前章で検討したような州を中心とする判例理論の展開やこれに着目した新たな学説上の理論展開が見られるようになったとの側面がある⁽³⁵⁾。

第二に、公的扶助プログラム中心の権利論が展開されてきた一方で、アメリカでは社会保障制度の基盤が社会保険、とりわけ公的年金たるOASDIプログラムであると考えられる傾向が特に強いとの点を指摘できる。もちろん我が国においても、社会保障制度の中心は社会保険制度であるとの理解が、一九五〇年社会保障制度審議会勧告以来一般化した⁽³⁶⁾ということが可能である。しかしながら、例えば、アメリカでは伝統的に自らの拠出（すなわち所得）額に給付が対応（比例）しているという意味での「個人的衡平性（individual equity）」理念に極めて高い価値が置かれてきた⁽³⁷⁾。こうした性格は、アメリカにおいて伝統的に強調されてきた「生活自助原則」とも適合的である⁽³⁸⁾。したがって当然に、政府による一般財源（公費負担）の導入には否定的な態度が採られ、年金保険の基本原理としての「財政的自律性原則」がほぼ一貫して保たれることにもなったのである⁽³⁹⁾。これに対して我が国では、拠出と給付との対価的關係を厳格に維持し、公費（政府財源）負担を極力回避すべきとの意識は、政策策定サイドにおいても国民サイドにおいても、アメリカにみられるほど強固でないといつて差し支えないであろう⁽⁴⁰⁾。アメリカにおいて、一般に社会保険が「資格（entitlement）」

プログラムとして伝統的により強い法的保護を受けると考えられてきた背景には、単に資格要件の充足の有無が機械的に定まるといった技術的理由にとどまらず、以上のようなアメリカ特有の事情があったと思われる。

とはいえ、社会保障プログラムは将来にわたり機能することが意図され、その給付内容も、不確定な経済状況や資源配分の在り方の適切さについてのその都度の予測・判断に依存することとならざるを得ない。したがってアメリカにおいても、法理論的には、社会保障を受給する利益は、経済活動に従事し稼得して得た「権利」とも言い得る側面を有するといえども、契約に基づく私的年金（annuity）のように「既得の財産権」と考えられているわけではない。規定を改定・廃止する権限は、恣意的でない限りにおいて、基本的には連邦議会に留保されており、デュー・プロセス違反の問題を生じないのである。⁽³⁶²⁾ その意味では、少なくとも裁判規範とのレベルでの権利性には限界がある。しかしながら、例えば、一九七七年以降における公的年金（OASDI）水準の一連の引き下げ措置をみても、基本的には将来的受給者を対象とし、既受給者の給付水準を直接引き下げることが意図されているわけではない。⁽³⁶³⁾ さらに、我が国よりも慎重な経過の措置が置かれることも多い。⁽³⁶⁴⁾ こうした配慮の中にも、社会保障給付に対する少なくとも政策策定レベルでの「既得権的」あるいは「期待権的」な意味での権利性の尊重との趣旨を読み取ることが可能である。

ただし、以上のように一般には公的扶助給付に比して高い規範的地位を付与される社会保障給付であっても、まさに公的扶助と社会保障との基本的性格の相違ゆえに、前者に比して相対的に弱い法的保護しか与えられないとの場面が存在しないわけではない。例えば、給付打切りに際して事前聴聞の機会を付与しないとの取扱いにつき、先に検討した Goldberg 判決は AFDC 給付における手続をデュー・プロセス違反としたのに対して、⁽³⁶⁵⁾ Matthews v. Eldridge では社会保障たる障害給付での同様の取扱いが合憲とされた。公的扶助給付に対し社会保障給付よりも手厚い手続的保護が認められたのである。この合憲判断を導いた最も有力な判断要素と思われるのは、障害給付の受給資格は AFDC 給付と異な

り財政的ニードを基礎とするものでない、それゆえ係争中に生計を立てるためのまさにその手段の剝奪となる可能性が一般に低い、さらに給付打切りにより生存レベル以下の生活に陥っても私的資源へのアクセス可能性に加え他の形式の政府扶助が利用可能である、といった点であった。⁽³⁶⁾まさにAFDC給付が対象者の生活を維持するための最後の抛り所であるとの公的扶助給付の基本的性格ゆえに、手厚い法的保護が認められたのである。

(353) See *King v. Smith*, 392 U. S. 309, 318-319 (1968); *Rosado v. Wyman*, 397 U. S. 397, 413 (1970).

(354) 米沢・前掲「福祉受給権をめぐる憲法問題 (三)」(注46) 二二六三頁。

(355) See *Morawetz*, *supra* note 242, at 458.

(356) ただし同勧告では、そもそも日本国憲法第二十五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。注86参照。

(357) 拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」(注41)「おわりに」二(アメリカ社会保障制度の基本的性格)。

(358) 例えば、未だ障害保険すら実現をみていない一九五一年段階の予算教書においてトルーマン大統領が、公的扶助より社会保険の方がアメリカ的伝統に適合するとしてその充実を支持したのも、こうした文脈においてであった。97 CONG. REC. 285 (1951). 同論文第二章第二節第二項(一)(一九五二年修正法)。

(359) 一九七七年修正法制定の際、政府一般財源からの抛出の導入に反対する立場からは、「アメリカ国民は社会保険を『保険』制度、『年金』制度とみており、給付は抛出金で獲得した権利であると考えている。しかし、一般会計からの補填はその給付と抛出の関係を希薄化させ、制度全体に『福祉』の性格を帯びさせてしまう。したがって赤字を解消するには、一般会計にたよらずに、社会保障税を増税すべき」との批判がなされた。渋谷博史『現代アメリカ財政論』(御茶の水書房、一九八六年)二七七頁。実際、今日に至るまで、労使抛出のみで財源を賄うとの「財政的自律性原則」は堅持されている。因みに、メディケアパートB (SMI: 補足的医療保険) には公費負担が導入されている。ただしこのことは、同プログラムが社会保険であれば通常具備する強制適用との性格をもたず、任意加入とされたため、いわゆる逆選択が生じるのを防ぐと

の特殊事情によるものであった。任意加入とした場合、低リスクの者が未加入となりあるいは脱退し、高リスクの者だけが残り、さらに保険料率が上がるとの悪循環を防ぎ、公費負担を行なうことにより全対象者に加えてのインセンティブを与えることが意図されたのである。R. MYERS, SOCIAL SECURITY 586 (1985)。拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」(注41)第三章第二節第四項(連邦医療保険制度の導入・医療保険導入期にみられる特徴)。

(360) 例えば、公的年金の基底をなす基礎年金には、給付費の三分の一に及ぶ国庫負担が導入されている。国民年金法八五条。

(361) Friedman, *Social Welfare Legislation: An Introduction*, 21 STAN. L. REV. 217, 232 (1969)。

(362) Fleming v. Nestor, 363 U. S. 603, 610-11 (1960)。注112参照。この趣旨は、鉄道退職年金とOASDI給付との併給を(一部の経過措置を除き)禁止した一九七四年鉄道退職法の規定の合憲性(修正第五条)が争われたUnited States Railroad Retirement Board v. Fritz, 449 U. S. 160 (1982)でも確認された。同判決の法廷意見によれば、鉄道退職給付もOASDI給付と同様、契約上のものではなくいつでも改定・廃止できると判示されている。Id. at 174。

(363) 449 U. S. at 171。

(364) 例えば、一九八三年修正法により通常支給開始年齢が六五歳から六七歳に引き上げられた際にも、二〇〇九年から六六歳、二〇二七年から六七歳という緩やかな段階的引上げにとどめられた。これに対して、我が国の一九九四年年金改正によれば、現行の六〇歳から漸次引き上げられ(二〇〇一年に六一歳)、早くも二〇一三年には六五歳となる。中村秀一「九四年年金改正法の概要」『ジュリスト』一〇六三号(一九九五年)三三三―三四頁。「期待権」的利益の保護という面からはやや疑問が残る措置と言わねばならない。

(365) 424 U. S. 319 (1976)。

(366) Id. at 340-42。このほか、障害認定は通常医師による医学的報告に依拠するため、AFDCと比べ判断の誤りを生じる可能性が低く、したがって事前聴聞を行なうことの潜在的価値が低いこと、財政上・運営上の政府負担が大きくなること、といった諸事情を比較考量の上、合憲判断を導き出している。Id. at 343-49。

第三節 アメリカにおける「社会保障の権利」

前二節では、主として(アメリカ)社会保障法研究との視角から、アメリカでいわゆる福祉権論の基礎づけとなり得べき法理念が根付かず、そのことがアメリカ社会保障制度の有り様をも規定してきたこと(第一節)、そして一九八〇年代に至るまでAFDCという特定カテゴリーを対象とするプログラムの権利論が主に念頭に置かれてきたことの意味、などにつき検討を行った。本節では、アメリカにおける主として基本権レベルでの「社会保障の権利」の性格を明らかにしておきたい。

本稿での考察により、アメリカでは、これまで様々な法理論が提唱されてきたにもかかわらず、実体的な合衆国憲法上の「福祉権」の存在は、現在に至るまで判例・学説上に一般的に承認されるまでには至っていないことが明らかとなった。しかしこのことに関しては、次の二点に留意すべきである。

第一に、実体的な「福祉権」が承認されていないことは、社会保障給付に関わる憲法上の保障が存在しないことを意味するものではないとの点である。既に述べたように、平等保護や手続的デュー・プロセスといった法理の展開により、福祉対象者にかかわる一定の受給利益は憲法上の保護を受けてきた。⁽³⁶⁷⁾そして、それらは我が国と比較して必ずしも一般的に保護に欠けるとはいえない。このことは、とりわけ手続面において顕著である。⁽³⁶⁸⁾また例えば、平等保護に関していえば、年金保険(OASDI)における男女別扱いが、一九七〇年代における判例理論の展開により違憲無効とされた。⁽³⁶⁹⁾男女平等意識における社会的浸透度の違い(アメリカの先進性)はあるにせよ、「男女平等取扱原則」が今後年金保険制度の依って立つべき普遍的法原理だとすれば、アメリカは我が国の進むべき法政策上の方向性を先取りしているといえる。⁽³⁷⁰⁾

第二に、憲法上実体的な福祉権規定が置かれておらず、また生存権理念などの法理念が深く浸透するまでに至っていないとしても、前二章でみたような一定の社会保障制度の発展が現実にもみられるとの点である。このことから、我が国でいえば憲法第二五条二項とも相通ずるようなかなり薄い(弱い)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てきたとの見方も可能であろう。さらにいえば、仮に「福祉国家」を社会保障制度との関連で規定し、「さしあたり社会保障制度を不可欠の一環として定着させた現代国家ないし現代社会の体制を指すもの」と捉えるならば、このことは、その種の「福祉国家」⁽³⁷²⁾の理念が憲法原理に組み込まれたことを示すものともいい得る。そうした意味では、アメリカで展開されてきた権利論の多くは、薄い(弱い)意味での「社会保障の権利」あるいは特定の「福祉国家」の理念の存在を既定のものとして、さらにこうした理念の「人権」(強い意味での「社会保障の権利」)レベルでの法的保障を試みるものであったと言え換えることができる。

確かにアメリカには、我が国の憲法第二五条一項に該たるような明文の実体規定が存在せず、それを具現化した一般的包括的公的扶助プログラムも存在しない。その意味で我が国における「社会保障の権利」の実体的保障は、アメリカのそれよりも相当手厚いということが一応言えそうである。しかしながら、ここで強調すべきは、一定の社会保障制度の発展・充実の基盤として、必ずしも単なる憲法上の明文規定の存在自体が決定的に重要なわけではないということである。すなわち、憲法全体の底流に社会保障制度を基礎づけ、またその発展・充実に促すような理念を認めることができるか否かこそが重要である。さらに我が国のように憲法上の明文規定が存在するとしても、それを自明のものとして前提に据えるのではなく、その背景にある理念は何か(例えば生存権理念や福祉国家理念)、更にその理念は如何にして正当化し得るのか、当該規定に具体的にどのような規範的意味を見出すことが可能か、などを常に問いかけていくことが当然に求められているのである。⁽³⁷³⁾

アメリカで展開された権利論の多くが、既成の社会保障制度とこれを支える抽象的な憲法理念の存在を所与のものとしながら、さらに「人権」レベルでの法的保障をめざすものであったとすれば、それは我が国においても今後とも決して捨棄されるべきでないアプローチといわねばならない。すなわち最近、福祉国家の実現、その具体的手段としての社会保障制度の展開は、基本的には政治的プロセスに委ねられるべき問題であるとの見解が出されている⁽³⁷⁴⁾。しかしながら我が国にはアメリカと異なり包括的扶助プログラムである生活保護制度が既に存在し、今後とも維持されていくであろうことを前提としても、なお「人権」としての⁽³⁷⁵⁾（すなわち憲法第二五条一項的な意味での）「社会保障の権利」を承認していくことの意味はあるし、また必要でもある。すなわち、階級意識の希薄な我が国ではあまり意識されないことのないものの、一般に政治的プロセスにアクセスし難い貧困者に対する保障手段としての実体的権利の意義は軽視すべきでない⁽³⁷⁶⁾。またこのことは、例えば障害者などの少数者の生活保障につき、依拠すべき有効な法的基盤となりうべきことから積極的に要求される。我が国では、例えば、福祉・介護サービス給付と憲法第二五条との関係において、こうした具体的な「権利」の問題が今後鋭く問われることになろう⁽³⁷⁷⁾⁽³⁷⁸⁾。

(367) 木下・前掲論文(注40)一六五頁では、この点を捉えて、「社会保障・社会福祉受給権にいわば側面から生存権的保護を与えて行こうとする動向が看守される」とする。

(368) See *Goldberg v. Kelly*, 397 U. S. 254 (1970).

(369) *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U. S. 636 (1975); *Califano v. Goldfarb*, 430 U. S. 199 (1977).

(370) 国民年金法三七条(遺族基礎年金)、四九条(寡婦年金)、厚生年金保険法五九条一項但書(遺族厚生年金)、六五条の二

など参照。米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣、一九九二年)一七六頁も、(厚生年金保険法五九条などの)「規定は、

男性は自己の収入で生計を維持できるが女性はそれが困難であるとの前提に依拠しているが、その前提が妥当しない社会

状況に至った場合には、これらの規定は平等保護違反とされよう」と述べている。拙稿・前掲「アメリカ年金保険制度の展開と基本構造」（注41）第四章第三節第二節（年金保険における男女平等取扱原則の普遍化・判例法理による修正）。

(371) 運営委員会「福祉国家をどう捉えるか」（東京大学社会科学研究所編『福祉国家1』（東京大学出版会、一九八四年）所収）三頁。このアプローチが最も多く使われ、影響力が大きいとされる。田多・前掲書（注3）一七頁。こうした見地からは、一九三五年社会保障法制定後のアメリカも、一応「福祉国家」ということになろう。ただし、我が国において福祉国家をどのように捉えるかについては、各人各様の見方が存在し定説をみないのは周知の通りである。「福祉国家」を社会保障制度との関連でのみ捉えるアプローチは、確かにいささか一面のすぎるとの印象を拭いきれない。しかしながら本稿では、こうした理論状況を踏まえつつも、「福祉国家」論に大きく踏み込む用意がないことから、さしあたり上記の見解を支持し厳密には問わないこととした。「おわりに」参照。

(372) 近年、国際的に、従来の「福祉国家」論批判を踏まえつつ「福祉社会」との概念が用いられることも多い。正村公宏『福祉社会論』（創文社、一九八九年）二二―二五頁など。周知のようにわが国では、一九七九年『新経済社会七カ年計画』などで政府サイドからいわゆる「日本型福祉社会論」が提唱されたものの、これは上述の意味での「福祉社会」論と必ずしも同一の議論ではない。石田雄「日本における福祉観念の特質」（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）五二―五八頁、樋口陽一「日本憲法学と『福祉』問題」（同書所収）九九―一〇二頁。なお、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」でも、社会保障の基本理念としての「社会連帯」を強調する一方で、「福祉社会」との概念を使用している。同勧告「序」など参照。

(373) 憲法学上の通説は、憲法第二五条の規定を根拠に日本国憲法が福祉国家の理念に立っていることを認めている。中村陸男「生存と憲法」（樋口陽一編『講座憲法学4 権利の保障（2）』（日本評論社、一九九四年）六四頁、松井茂記「福祉国家の憲法学」『ジュリスト』一〇二二号（一九九三年）七二頁。このことは憲法の立法過程からも伺い知ることができる。すなわち、憲法調査会における森戸辰男参考人の説明によれば、「この一条（憲法第二五条——筆者注）は福祉国家の目標を憲法で明らかにしたものでございまして、十九世紀の憲法というのは、生活ができないのは本人の責任であって、かようなものは国家は特に積極的にかまわぬでもいいというような建前をとっておったのでございまして、ここで、憲法で、『すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する』ということをはっきりいたしましたことは、

将来日本が社会福祉制度を中心とした福祉国家を目指すということを明らかにしたものであって、今日におきましては、その意義はきわめて大きいように思うのでございます。」と述べている。憲法調査会『憲法調査会第十回総会議事録』(一九五八年)一〇頁。

(374) 松井・前掲論文(注373)七四頁。

(375) 棟居・前掲論文(注17)一六二頁も、①社会国家原理からみた妥当な配分結果(生存権立法)が民主的な意思形成過程を通じて自動的に達成されるという法則はないこと、②最高裁の違憲判決の効力は当該事件で当該法令が適用されないにすぎないこと、③国会は、最終的には違憲判決に対抗するために、その發議で国民に改憲を図り、国民投票という究極の民主的政治過程に委ねることができること、を挙げ、生存権の内容を政治的プロセスに委ねるべきとの立場に反対している。(376) Taylor, *Brown, Equal Protection, and the Isolation of the Poor*, 95 *YALE L. J.* 1700, 1734-35 (1986); *Neuborne, supra note* 264, 883; なお、言うまでもなくアメリカにおいて貧困問題は、人種(黒人)問題と密接に関わっている。Taylor, *supra*, at 1707-09.

(377) 竹中勲「高齢者の人権と憲法学(一)」『産大法学』二八卷三〇四号(一九九五年)一六六一一六七頁によれば、「要介護高齢者に対するサービスのいかなるものが憲法二五条一項の『健康で文化的な最低限度の生活を営む権利』の内実をなすものと捉えるべきかについての検討は緒についたばかりであり、この点の精密化を通しての同立法(サービスの非強制的給付型高齢者保護立法——筆者注)の憲法二五条適合性審査を意味あらしめるための憲法解釈論的検討作業が試行されるべきであろう」とし、「たとえば、養護老人ホームにおける『プライバシー』を保障された個室は『健康で文化的な最低限度の生活』と捉えることができないかなどが検討されてよい」とする。参考、熊本地判昭四六・一〇・二二(判例集未登載。荒木・林編『判例研究社会保障法』(法律文化社、一九七九年)二六七頁以下(林弘子執筆)、河野正輝「老人福祉をめぐる訴訟——実質的平等の要請」『ジュリスト』五七二号(一九七四年)二七六頁以下参照)、横浜地判平四・一・二九(判例集未登載。堀勝洋「社会保障法判例」『季刊社会保障研究』二八卷四号(一九九三年)四三六頁以下参照)、東京高判平四・一・三〇(判例集未登載(横浜地判の控訴審)。竹中「高齢者の人権と憲法学(二・完)」『産大法学』二九卷一号(一九九五年)四九一五一頁参照)。これらはいずれも、養護老人ホーム未入所者(熊本地判)あるいは入所者(横浜地判)から、個室への入所を求めて争った事案である(いずれも原告敗訴)。米沢・前掲書(注370)二七九頁によれば、家族の保護に関

連して、「憲法二五条の『健康で文化的な最低限度の生活』の内容に、憲法二四條や二三條の要請する家族生活の保護や家族内での個人の保護といった意味を包含させる（たとえば、寝たきり老人をかかえる家族への援助を『健康で文化的な最低限度の生活』の内容とみなす）」といった手法が、妥当であろう。そして、このような意味での憲法二五條の『健康で文化的な最低限度の生活』が、社会保障立法の制定や解釈の際の指針となるとともに、訴訟においては裁判規範性を有し、不十分な社会保障立法が違憲と判示されることもありうる、と解される」と述べられている。これより先、内野正幸「法学基本セミナー——憲法」「法学セミナー」三八八号（一九八七年）七九頁も、「家族から引き離されない権利（家族とともに生活する権利）を、二四條二項の趣旨に照らして解釈された二三條（見方によっては二五條）によって保障される一つの憲法上の権利として構成し、その侵害を問題とすることも、理論的には可能であろう」と述べていた。これらの学説が示唆するように、老人や障害者の在宅での独居生活に対する介護、家族による介護への援助、施設入所による介護などの各介護類型に沿った「健康で文化的な最低限度の生活」にかかる介護サービス保障の具体的内容が今後検討されねばならない。

(378) 社会保障が基本的には「給付」の体系であるとして、給付には大別して金銭給付と現物給付があることに異論はないであろう。留意すべきなのは、後者すなわち現物給付の一種であるサービス給付についてはサービス供給主体の存在を不可欠とすることから、常に金銭給付と代替的である（すなわち金銭給付を行なうことによりサービス給付に対するニーズが全て充たされる）とはいえないということである。従来の憲法学説によれば、例えば、「実際には生活保護法がある以上、このような場面（生活保護法がない場合に健康で文化的な最低限度の生活の確保を国に対して求めるような場面——筆者注）はありえそうもない」との理解が比較的一般的であったように思われる。松井・前掲論文（注37）七二頁。しかし、サービス給付の金銭給付に対する非代替的性格に鑑みれば、こうした基本的理解をそのまま受け入れるわけにはゆかない。

本稿の目的との制約上、憲法第二五條や、生活保護法その他諸々の福祉法制にまたがる解釈論を本格的に展開することはできず、この点は別稿にて考察する予定である。ただし結論的にいえば、筆者は、現行生活保護法が医療の面はともかくも介護を中心とするサービス給付の最低限保障を行なうための十分な法的基盤とはなり得ておらず、政策策定の指針とレベルにおいても、裁判規範のレベルにおいても、憲法第二五條一項の規範内容に照らし、国がとりわけ在宅介護サービスの対象となる要介護者へのサービス保障義務（その程度は障害ないしADLの程度により異なることにならう。典型的

には一日二四時間の介護を必要とする重度の単身在宅要介護者に対して現在提供されている保障を念頭におけばよい)を
 深くしていると捉えるのは困難ではないか(すなわち政策策定指針のレベルはもちろんのこと裁判規範のレベルにおいて
 も違憲の疑いがあり、立法府および行政府に対して許容される裁量の範囲を逸脱している可能性がある)と考えている。
 このことは、たとえ一定の資産・収入がある要介護者の場合でも、費用負担能力とサービス保障のための法的基盤の整備
 とは基本的に別個の問題であるので、別異に捉える必要はない。もちろん、違憲審査基準をどう捉えるか、いかなる訴訟
 類型が認められるかという問題がまた別個に存在することはいうまでもない。さしあたり、生活保護法や各福祉法に基づ
 く給付申請に対する処分を争う取消訴訟(同法六九条、行政事件訴訟法三条)が可能であり、これに加えて、立法府の不作
 為を国家賠償請求訴訟(国家賠償法一条)で争うとの方法もあると思われる。参照、最一小判昭六〇・一一・二一民集三
 九卷七号一五二二頁(在宅投票制度廃止違憲訴訟)。なお、具体的権利説の立場から金銭給付・サービス給付それぞれにつ
 き許容される訴訟類型を検討するものとして、前掲・棟居論文(注17)一五六頁以下がある。

第四節 社会保障を捉え直す視座——我が国への示唆——

以上、アメリカにおける「社会保障の権利」をめぐって展開されてきた議論を、主として社会保障法研究との視角か
 ら三節にわたって検討してきた。最後に、本稿の副次的目的として掲げた我が国社会保障法基礎理論への示唆との観点
 から検討を行なっておきたい。ただし、本節で提示する「自由」の契機との視角は、前二章における個別具体的な権利
 論の分析から直接導出されるというよりは、多くのアメリカでの議論がその前提としてきた思想的基盤ともいうべきも
 のである。その意味で以下での分析は、本稿でのこれまでの権利論への取り組み方とはやや位相を異にする面からのア
 プローチであり、アメリカにおける「社会保障の権利」論との理論的関連性もやや間接的なものといえることができる。

序章でも述べたように、従来我が国社会保障法学においては、生存権を軸にして社会保障を理念づけ、あるいは体系づけるのが一般的であった。これに対して近時、生存権と並ぶ社会保障法の基本原理として、あるいは理念として、「社会連帯」原理ないし「社会連帯」思想の存在を解く学説が有力に唱えられている。最近の政策動向もこの社会連帯を強調する傾向にある。⁽³⁸¹⁾

生存権が有力な思想的・実定法的基盤となつて社会保障が歴史的に発展を遂げ、現在に至つてゐることはいうまでもない。しかし、ともすれば生存権の視角は、社会保障における国家と国民とのいわば「縦」の関係を規律するものとして捉えられがちであること、これに対して社会保障は、制度毎に程度の差こそあれ(典型的には社会保険)、国民間あるいは職域・地域構成員間における相互扶助ないし互助の思想を背景として発展してきた側面がみられること、からすれば、社会保障(法)を社会連帯といういわば「横」の関係からも理念づけようとする近時の有力な理論動向は、基本的に支持し得るものと考えられる。⁽³⁸²⁾

ただし、留意すべきなのは、近時、社会保障の基本理念としての社会連帯をことさらに強調しようとする傾向が、とりわけ政策策定者サイドなどにみられないではないことである。確かに、「個人の尊重」や「自立」といったことも述べられてはいる。⁽³⁸⁴⁾しかし筆者には、本稿冒頭で述べたような我が国社会保障制度の転換期にあつて、「国家(地方自治体を含む)」を中心としてなされる「生存権」保障、そしてそれを下支えする「社会」の「連帯」を論ずる前提として、まずは「社会」を構成する「個人」による主体的な「生」の構築こそが重要であるとの視点が、必ずしも十分に示されていないように思われるのである。それは、本来個人は主体的に自らの稼得により生活の糧を得、「生」を切り拓くべきなのだという意味で、学説においても当然の前提とされ、本稿でもアメリカ社会保障との関係で強調してきたいわゆる「生活自助原則」ないし「個人責任原理」の側面ばかりではない。むしろ重要なのは、「自律」した「個人」による

主体的な「生」の営みが、我が国憲法体制下にあつてそれ自体積極的に評価されるべき価値であり（憲法一三条参照⁽³⁸⁶⁾）、また道徳的には個人にとつての基本的な「善」なのであるとの側面である。そしてここにおいて「自律した個人による主体的な生の追及」に密接に関連するのは、「自由」の観念であると考えられる⁽³⁸⁷⁾。まさにこの「自由」の契機こそ、アメリカにおけるリベリズムの思想的立場を中心とした「社会保障の権利」ないし「福祉権」⁽³⁸⁸⁾⁽³⁸⁹⁾をめぐる理論展開、さらにはアメリカ社会保障制度の史的展開から得られる有益な視角といひ得る。そもそも「自由」は、リベリズムを超えてアメリカ政治社会において広く尊重されてきた伝統的政治価値といえよう。

先に触れたように⁽³⁹⁰⁾、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を適用するに際し、「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」との原理が前提とされる旨示唆している。このようにアメリカでも、「自由」を実効的に保障するための必要条件として、最低限の基本的ニーズの保障が優先されるべきとの考え方がみられるのである。そうだとすると、権利として認めるか否かという問題はさておき、「自由」を基盤に据えることによつても、一定の社会保障政策を正当化することが理論的には可能だといえる。こうして、社会保障制度の存立自体を基礎づける観念としての展開可能性を有するほか、さらに「自由」は、とくに我が国との関連においては、以下で述べるように既存の社会保障制度を規律する価値理念としても重要な位置づけを与えられるべきものと思われる。

「自由」は「平等」⁽³⁹¹⁾などと同様、その内容・構造などにつき、それ自体慎重な政治哲学上の理論分析を必要とする概念である。本稿においても従来膨大な自由論の蓄積を念頭に置いた精緻な議論を展開する余裕はない⁽³⁹²⁾。しかし、さしあたり、自らが主体的に人生を遂行できるといふことが、「自己支配」⁽³⁹³⁾を意味するとされるいわゆる「積極的自由」⁽³⁹⁴⁾概念と近接した意味合いをもつといふことは許されるであろう。社会保障そのものを否定するならばともかく、生存権理

念を承認し、社会保障制度の存続を前提とした場合、もはや「自由」の意味を「他人によって自分の活動が干渉されない」という意味でのいわゆる「消極的自由」⁽³⁹⁶⁾に限定すべき必然性はなくなる。⁽³⁹⁷⁾また先の意味での「自由」の観念は、いわゆる「自己決定権」をめぐる議論とも関わり合う部分を有する。⁽³⁹⁸⁾少なくともこの「自由」の契機が、「個人の尊重」及び「生命、自由及び幸福追及に対する国民の権利」⁽³⁹⁹⁾についての「立法その他の国政の上」での尊重を定める憲法第一三条からの要請であると言うことは十分可能であろう。

我が国社会保障法学においても、例えば、「社会保障においては、個人の生活に対する国の関与が直接かつ積極的であることから、それを通じて個人の自由に対する制約が生ずる危険性もきわめて大き」く、「個々の具体的な社会保障の権利の内容は、各人の自由の保障を十分に含むように構成され、理解されなければならない」との指摘がなされている。⁽⁴⁰⁰⁾これは、生存権理念の中に自由の契機を内包させようとする見解である。これに対して、自由の理念を、生存権の理念と並んで、「人間の尊厳の原理」という上位理念に統合されるところの、社会保障法の下部理念であるとする見解⁽⁴⁰¹⁾もある。⁽⁴⁰²⁾それでは、我が国社会保障法における生存権理念及び社会連帯理念との関連において、「自由」の契機はどのように位置付けられるべきであろうか。現段階における私見としては、さしあたり以下のように考えておきたい。すなわち、社会保障の直接的な目的は、例えば「生活困難に陥った国民に対し健全で安定した生活を保障し、その福祉の向上を図る」⁽⁴⁰³⁾ことと違って差し支えない。ただし更に一歩踏み込んで考えれば、そういった生活保障は、究極的には先に述べたような意味での各個人における「自由」の確保を目的としているのだとも考えられる。そうだとすれば、その目的実現のための条件整備の段階(社会保障制度の策定実施)においても、当該目的の実現自体が損なわれるような場合(社会保障の基盤自体が掘り崩されるような場合)は別として、「自由」の契機が当然に尊重されるべきと考えるのは自然であろう。つまり、先に述べた意味での個人の「自由」は、ともすれば国から国民に対する一方的な給付との関係

として捉えられがちな「生存権」⁽⁴⁰⁾や、ともすれば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」といった社会保障の理念に対する一つの「粹づけ」ともいふべきものであると考えられる。先に「当該目的の実現自体が損なわれるような場合は別として」と条件づけ、さらにまた生存権理念及び社会連帯理念と並列的に位置付けるのでなくこれらの理念の制約的位置付けにとどめたのは、「積極的自由」論においてもその限界を如何に画するか
が問題とされるのと同様、⁽⁴⁰⁾「自由」の契機をあまりに強調することは一面において社会保障制度自体の否定へとつながりかねない契機を孕むからである。このことは、例えば、十分な資産をもつ者が強制加入である年金保険・医療保険からの離脱を「自由」の名の下に主張した場合を考えれば足りよう。なお繰り返しになるけれども、私見は福祉国家における生存権論の有効性、社会保障における社会連帯理念の存在、そしてこれらを基盤とする一定の社会保障制度の存続を望ましいものとの前提に立った上で議論を展開していることはいうまでもない。

そうすると、次の問題は、先に述べた「自由」の契機が社会保障法にあつて具体的にどのような形で顕現すべきかということになる。その綿密な検討は今後の検討課題とせざるを得ないが、さしあたり以下のことが必要されると思われる。

第一に「選択」の原則が挙げられる。先の意味での「自由」の契機を重視すべきであるとすれば、受給主体自らの意思に関わりなく一方的に給付の可否・内容を決定される仕組みは、基本的には消極的に評価されるべきであり、改善を必要とする。この点につき典型的な問題となるのは、例えば、生活保護法上の収容保護（同法三〇条一項但書）や、社会福祉施設をめぐるいわゆる措置制度の在り方についてである⁽⁴⁰⁾。養護老人ホーム（老人福祉法一一条一項一号）や特別養護老人ホーム（同条同項二号）と同様、措置制度の下にある保育所（児童福祉法二四条）をめぐる判例理論においても、「保育所入所措置に当り児童をいずれの保育所に入所させるかは措置権者の裁量に属するものであることは事柄

の性質上明らかなものと言うべく、申込者が希望の保育所を申し出るのはあくまで措置権者の参考に供するに過ぎない」⁽⁴⁰⁷⁾ などとされ、児童ないし保護者側の選択権を認めない法的構成となっている。最近の政策策定者サイドの動きとして、選択権の尊重を(あくまで)一つの根拠として、現行措置制度を契約入所方式に改めるべきとの方向性が出されているのも、その限りで積極的に評価すべきものと言い得る。⁽⁴⁰⁸⁾ ただし、留意すべきなのは、このことが直ちに、現在繰り広げられている措置制度廃止をめぐる議論において廃止論を支持することを意味するわけではないことである。現行の職権措置主義を申請措置主義に改めることなどにより相当程度改善され得る問題ともいい得るし、そもそも措置制度廃止をめぐる議論は利用者側の選択権の有無を唯一最大の争点とするわけではなく、多様な利用者のニーズへの対応如何、入所手続の複雑さ、費用負担といった諸般の要素を勘案した上での総合的判断を必要とするからである。⁽⁴⁰⁹⁾

また、例えば、現在重要な政策課題となっているいわゆる在宅介護を「選択」の原則の見地から取り上げた場合、要介護者本人の選択(家族に介護してもらいたい)と家族の選択(諸般の事情により介護できない、あるいはする意思がない)とが食い違ふとの場面が一つの問題になる。あるいは本人・家族ともに家族介護ではなく公的介護サービス保障システムを利用したいとの選択をする場面もあり得よう。もちろん、要介護度によつて公的介護で保障すべき水準は異なつてようが、⁽⁴¹⁰⁾ 少なくとも「選択」の原則の見地からいえば、国は当該水準に達するまでのサービス保障を当事者の「選択」にしたがい提供すべき義務を負ふことになる。⁽⁴¹¹⁾ ただし正確に言えば、家族はこの場合合法的な意味での権利主体であるとは当然にはいえないのではないかとの問題が残る。なお、費用負担は基本的にはサービスの提供とは別個に考慮すべき問題と思われる。

第二に、社会保障における「参加」の原則が挙げられる。ここにいう「参加」とは、不利益処分を課す際の告知聴聞手続の保障といったもの(それ自体重要ではあるが)に限定されず、政策立案・運営過程における「参加」をも意味し

ている。従来から、社会保障における「参加」の意義を強調する学説は少なからずみられる。⁽⁴¹²⁾この「参加」原則は、従来主として民主主義⁽⁴¹³⁾や適正手続の保障（憲法第一三条、三一条⁽⁴¹⁴⁾）との関連で基礎づけられてきたものである。これらを否定するものではない（むしろ両立し得る）にせよ、同原則は、「個人の尊重」（憲法第一三条）原理とも密接にかかわる。「自律した個人による主体的な生の営み」ないし「自由」の契機の尊重との観念からも積極的に価値付けられ得ると思われる。こうした意味での「自由」が目的とされるべきものならば、もっぱら受動的な受給主体にとどまることは相容れないのであって、「自由」確保のための条件整備を行なう（ともすれば国による一方的な介入を伴いがちな）社会保障制度の策定・運用にかかるでき得る限りあらゆる場面において、受給主体の「参加」による主体的な関与が本来的に望ましいと思われるからである。⁽⁴¹⁵⁾具体的には、政策策定段階での審議会・公聴会⁽⁴¹⁶⁾などの在り方の見直し、社会保障における被保険者など関係当事者の参加、行政計画策定過程への住民参加手続の保障、⁽⁴¹⁸⁾さらに広い意味では特定事務の地方移譲といった要請などが、この原則から導き出され得るものと思われる。

なお、「選択」をなす前提条件として、あるいは「参加」の一内容として、社会保障行政をめぐる様々な資料・情報に対するアクセスの確保といったことも要請される。

社会保障における「自由」とは、それ自体「権利」としての一般的規範的性格をもつ強い概念であるとははいえない。しかしながら、裁判規範（法解釈）のレベルでは個別規定を解釈する際の一つの拠り所として、あるいは政策策定レベルにおいては一つの依るべき指針として、捉えられるべきであるように思われる。

(379) 高藤・前掲書（注24）第一部第二章（二二頁以下）。

(380) 堀・前掲書（注3）九九―一〇一頁。

- (381) 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」第一章第一節一など参照。
- (382) 例えば、荒木誠之は、「社会保障とは、国が、生存権の主体である国民に対して、その生活を保障することを直接の目的として、社会的給付を行なう法関係である」と定義される。荒木・前掲『社会保障法読本〔新版〕』（注24）二四七頁。
- (383) 注45参照。里見賢治「社会保障将来像委員会第二次報告」の検証——社会保障の理念と将来像——『社会問題研究』四四卷二号（一九九五年）七七頁。
- (384) 前掲・一九九五年社会保障制度審議会勧告（注381）「おわりに」参照
- (385) 例えば、福武・前掲論文（注9）八頁は、「一般に、社会保障は自助を前提とした連帯であると考えられている」と、また榎井常喜「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）一八頁も、「社会保障法の生成……は、生活自助の原則の全面的排除を意味するものではなく、……部分的修正以外のなものでもない」と述べている。
- (386) 佐藤幸治「憲法学において『自己決定権』をいうことの意味」『法哲学年報一九八九年度』（有斐閣、一九九〇年）八八一—八九頁参照。
- (387) 「自律」と「自由」の関係については、さしあたり、阪本昌成「プライベートヴァシーと自己決定の自由」（樋口編『講座憲法学3 権利の保障（1）』（日本評論社、一九九四年）所収）一四七頁、小川晃一「バーリンの自由論（二・完）」『北大法学論集』三六卷四号（一九八六年）二二八—二二八七頁など参照。
- (388) もちろん、「自由」と同様、リベラリズムにおいて重視されてきた価値である「個人の道徳的自律」との視点からも、一定の所得再分配政策が正当化され得るであろう。例えば、後で触れるR・ノージック（Robert Nozick）の議論との関係において、長谷部泰男「福祉・権利・平等」『学習院大学法学部研究年報』一三三号（一九八八年）七頁（同『権力への懐疑』（日本評論社、一九九一年）所収）は、「decentな生活水準を維持しようとする所得の再分配政策の基礎にも、個人の自律性を尊重しようとする考え方がみとめられよう」とする。ただし同論文では、こうした再分配が正当化されうるとしても、それを国家の目標として設定するにとどまらず、特定の数量の所得あるいは財を権利として求める地位を社会の構成員に与えうるかについてはさまざまな問題があるとし、目標と権利が問題となる場面をそれぞれ一応別個に分けて考えているようである。注387参照。

(389) 「わが国の現状をかえりみて、アメリカにおける住民参加手続きと、自由権を基本にすえた公的責任のあり方が『生存』権保障の基本における『主体性の確立』を再確認し、『生存』権保障を具体的自由権の保障として確立させていくうえで、なお興味深く思われる」との指摘も、本稿での基本的視角にやや近いものがあるといえようか。橋本・前掲書(注33)三一七頁。

(390) 注201参照。

(391) 第二章第三節(三)(ドゥオーキンの平等基底的理論)参照。

(392) さしあたり、佐々木毅編『自由と自由主義』(東京大学出版会、一九九五年)、遠藤比呂通『自由とは何か——法律学における自由論の系譜——』(日本評論社、一九九三年)(とくに第二編第一章)、Z・A・ペルチンスキー、J・グレイ編(飯島・千葉ほか訳)『自由論の系譜』(行人社、一九八七年)など参照。

(393) アイザイア・バーリン「二つの自由概念」(生松・小川・小池訳)『自由論』(みすず書房、一九七一年)所収、三一九—三二〇頁。

(394) 「自由」の価値をことさらに強調する立場からは、権利(生命、自由、財産の保障など)を「横からの制約(side constraint)」とみなすとともに配分的正義に関する「権原理論(entitlement theory)」を提唱するノージックのような福祉国家否定論にも至りうる。しかし「自由」や「平等」の実質性という価値をも勘案する立場からは、こうした自由尊重主義(libertarianism)の立場は相容れない。連邦最高裁の判例理論もこうした立場を採用していない。R. NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974) (R・ノージック(嶋津格訳)『アナキー・国家・ユートピア』(木鐸社、一九九二年)、自由尊重主義の批判的検討としては、ジョナサン・ウルフ(森村進・森村たまき訳)『ノージック——所有・正義・最小国家——』(勁草書房、一九九四年)、長谷川・前掲書(注36)一七六一—一七九頁、足立幸男『政策と価値——現代の政治哲学——』(ミネルヴァ書房、一九九一年)第七章(二七五頁以下)、川本隆史「国家はなぜ、どこまで必要なものなのか——ロバート・ノージック」(藤原・千葉編『政治思想の現在』(早稲田大学出版部、一九九〇年)所収)一四九頁以下など参照。これに対して、同様に「自由」の価値を重視するといえ、F・ハイエク(Friedrich August von Hayek)やM・フリードマン(Milton Friedman)の立場は、社会的ミニマムの達成を一つの目標とする福祉国家的諸施策そのものの必要性を完全に否定するものではない。(気賀健三、古賀勝次郎訳)『ハイエク全集? 自由の条件Ⅲ 福祉国家における自由』(春秋社、一九八七年)

第一七、一九、二〇章、M & R・フリードマン (西山千明訳) 『選択の自由』 (日本経済新聞社、一九八〇年) 第四、五章、足立幸男「福祉国家に対する二種の批判」『季刊社会保障研究』三〇巻二号 (一九九四年) 一一九—一三〇、一三二—一三六頁、同『政策と価値』第六章 (ハイエク)、田端博邦「福祉国家論の現在」 (東京大学社会科学研究所編『転換期の福祉国家 (上)』 (東京大学出版会、一九八八年) 三四—五一頁など参照。ノージックやA・ランド (Ayn Rand)、フリードマンのほか、古典的自由主義の系譜に属する多様な政治・社会理論家に焦点を当てた文献として、さしあたり、N. BARRY, ON CLASSICAL LIBERALISM AND LIBERTARIANISM (1986) (N. P. バリー/足立幸男監訳『自由の正当性——古典的自由主義とリベタリアニズム——』 (木鐸社、一九九〇年) など参照。

(395) パーリン・前掲論文 (注393) 三〇四頁。パーリンの自由論を批判的に考察した邦語文献として、小川晃一「パーリンの自由論 (一)、(二・完)」『北大法学論集』三六巻一—二号 (一九八五年)、四号 (一九八六年) など。

(396) 従来憲法学において展開されてきた「生存権の自由権的側面」をめぐる議論は、基本的にはここにいる。「消極的自由」との関連でなされてきたように見受けられる。例えば、岩間昭道「生存権訴訟における「厳格な審査」」 (樋口・高橋編『現代立憲主義の展開・上』 (有斐閣、一九九三年) 所収) 七五—七五頁参照。中村睦男「社会権法理の形成」 (有斐閣、一九七三年) 三一—一頁でも、「生存権は、まず何よりも、国民自らの自主的活動によって自らの生存を確保し、それを固ないし他の私人によって妨害されないことを内容としており、『社会権』としての生存権の保障はこのような『生存の自由』を前提にするものである」と述べられている。「生存権の自由権的性格」と区別されるところの自由権的基本権の保障を、社会保障行政に関する法原則とするものに、宮崎・前掲論文 (注34) 二八五—二八七頁がある。

(397) いわゆる「積極的自由」論については、藤原保信「イギリス理想主義と『積極的自由』の問題——T・H・グリーンを中心にして——」 (渋谷ほか『政治思想における自由と秩序』 (早稲田大学出版部、一九七一年) 所収) 二二—一頁以下などを参照。T・グリーン (T. H. Green) は、一九世紀後半以降における社会労働問題の発生や社会立法定立の必要性の認識などを背景として、近代市民憲法の保障する自由権の主たる内容をなす「消極的自由 (—外的強制のない状態)」と区別して、個人にその人間的諸能力 (—道德的人格) を自由に発展させるための諸条件の保障を国家の任務として要求する「積極的自由」の概念を提唱した。ただしグリーンはこうした「積極的自由」の概念による「国家干渉 (State interference)」を容認しつつも、他方ではパターナリズムや過剰立法 (overlegislation) の危険性を強く指摘し、国家の行動は必ず「障害の除去」

に限定されるべきことを主張する。さらに「積極的自由」概念における権威の人格化に対する歯止めとして、①唯一の究極的価値を個人、つまり「個人人格」という価値に置いていたこと、②ヘーゲル (George Wilhelm Friedrich Hegel) のことく「社会」が「国家」の中に包摂されるのではなく、「国家」が「社会」の中の一組織であり、社会がとる一つの形態であると考えたこと、③「政治的義務」と「道徳的義務」を区別し、前者の妥当範囲を人間の外的行為に限定した上で、個人の道徳的人格実現のための条件を保障するための国家の行為は「必ずず障害の除去に制限」されるべきと考えたこと、を挙げた。同論文二五〇―二五四、二五九―二六一頁。

- (398) 自己決定権は、例えば、個人が「一定の個人的事柄について、公権力から干渉されることなく、自ら決定することができるとする権利」(人格的自律権)とされる。佐藤幸治『憲法(新版)』(青林書院、一九九〇年)四一二頁。ただし、その捉え方は論者によってかなり異なり、より広く「他人に外を及ぼさないかぎり」自己の判断に基づき好きなことをなすいう、という権利」(内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、一九九一年)三一五頁)とみる説や、さらに広範に「公共の福祉に反しない限り一般的に自由を拘束されないとする一般的自由権の存在が認められる」とみる説(橋本公巨『憲法(改訂版)』(有斐閣、一九八八年)二一九頁)などもある。竹中勲「個人の自己決定とその限界」『ジュリスト』一〇二二号(一九九三年)三三―三五頁参照。これに対して、自己決定権を基本的人権として承認することに疑問を提起する学説(松井茂記「自己決定権について」(一)、(二・完)、『阪大法学』四五卷二号二四五頁以下、同五号七―七頁以下(一九九五年)、同「自己決定権」(長谷部編・前掲書(注17)所収)五八頁以下)、裁判によって実現できる具体的権利を直ちに保障していることと疑問を呈する学説(伊藤正巳『憲法(新版)』(弘文堂、一九九〇年)二二八―二三〇頁)なども出されている。

- (399) この「自由」の契機は、後述するようにあくまで社会保障の「理念」に対する枠づけをなすものであるから、基本的人権として直ちに裁判的救済に服するものではなく、一義的には政策策定上の指針にとどまると解される。したがって、「自己決定権」を限定的に捉える立場(人格的自律権説)においても、憲法第一三条からこの「自由」の契機が要請されるということ自体は許されるものと思われる。

(400) 片岡・西村・前掲論文(注29)一六二頁。

(401) 遠藤・前掲書(注30)第一章。

- (402) 労働法学の立場から、「憲法二五条には、本来単なる経済的意味での生活水準の向上という契機のみならず、精神的な幸福の追及という契機が含まれていた、と解することもできないわけではない」と認めつつも、「しかし、そうした過程は、理念の外延を拡大する反面、かえってその中核的内容の希薄化をもたらすおそれがあり、その理念の地位を全体として低下させる可能性がある」として、「労働法の基本理念として、生存権理念をも包摂した（憲法一三条に根拠をもつところの——筆者注）『人間の尊厳』の理念を指定しようとする傾向は、基本的に支持されるべき」との指摘がなされている。西谷敏『労働法における個人と集団』（有斐閣、一九九二年）七二—七三頁。
- (403) 堀・前掲書（注3）一九九頁。
- (404) これと異なり、従来から、「社会保障を受ける権利」を含む社会権につき、当事者の自主的活動を中心にし、国家の介入はあくまでそれを補充するにすぎないと捉え、「下からの社会権」を唱える見解が存在した。中村・前掲書（注36）二九七頁。
- (405) 注397におけるグリーンズの指摘を参照。積極的自由の問題を憲法学の立場から扱った大須賀明「自由権への国家の関与」（大須賀・前掲書（注60）所収）三七頁以下によれば、在来の自由権と積極的自由との関係につき、後者の最大限及び得る範囲は前者を実現する外枠の確保つまりその保障のための外的な諸条件の整備にとどまるとしている。そのうち、理念的条件としては、個人主義・自由主義・民主主義などの理念が権力の意思の形成と実現の担い手の意識の中に定着することを、また制度的条件として、自由の侵害を含む権力の濫用が起こらないような法的な理論に裏打ちされた制度の確立（例えば、全部留保理論の採用、国民の政治への参加の制度的保障（国民の自治の保障）など）を挙げている。同書三—三三頁。
- (406) 措置制度の仕組については、拙稿・前掲「保育所入所をめぐる法律問題（上）」（注48）四九—五九頁参照。
- (407) 福岡地小倉支判昭五五・七・八判時一〇〇五号一五〇頁。同旨、福岡地判昭五四・三・一三保育関係判例集三四頁、東京地判昭五六・一・二〇判時九九九号四〇頁。
- (408) 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」第二章第二節七参照。
- (409) 「保育問題検討会報告書」『保育情報』二〇三号（一九九四年）三頁以下参照。措置廃止論として、小室豊允「社会保障における措置制度の再検討」『季刊社会保障研究』三一巻一号（一九九五年）二五頁以下などが、また反対論として、田村

和之「措置制度改革論と行政責任」『都市問題』八五巻六号（一九九四年）二九頁以下などがある。

(410) 注377、378参照。

(411) その前提として、現行のような不十分な公的介護サービス保障の在り方は、憲法第二五条の規範的要請に依っていないとの基本的理解があることはいうまでもない。注378参照。

(412) 橋本・前掲書（注33）、遠藤・前掲書（注11）二二〇頁、片岡・西村・前掲論文（注29）一六二頁、小川・前掲書（注21）一二六頁など。

(413) 中村・前掲「生存権」（注17）九六頁参照。

(414) 樋口・中村・佐藤・浦部・前掲書（注37）三〇六一三二二頁、遠藤昇三「社会保障における参加（権）の根拠について」（前田・萬井・西谷編『労働法学の理論と課題（片岡昇先生還暦記念）（有斐閣、一九八八年）所収）五二二―五二三頁。

(415) 片岡・西村・前掲論文（注29）一六二頁は、「とくに社会保障においては、個人の生活に対する国の関与が直接かつ積極的であることから、それを通じて個人の自由に対する制約が生ずる危険性もきわめて大きく、「こうした危険性を回避する意味においても……受給者の十分な参加権が社会保障の各制度について保障されることは、けだし不可欠の要請」としている。また、遠藤・前掲論文（注44）五二九―五三一頁では、社会保障を「生活の自己管理、自己決定」の制度へと転換する上で最低限の制度が参加である旨述べているようである。

(416) 中村・前掲「生存権」（注17）九六頁。

(417) 倉田聡「ドイツ疾病保険制度の形成と発展（下）」『北大法学論集』四〇巻四号（一九九〇年）九九六頁参照。

(418) 橋本・前掲書（注33）一〇頁。

おわりに

以上、アメリカにおける「社会保障の権利」、典型的には「福祉権」論などの検討を通じて、主として社会保障法の視点から理論的考察を行なった。しかしながら、本稿では十分に扱えなかった課題も少なくない。

まず、「社会保障の権利」論とはいえ、アメリカと我が国双方において、ともすれば公的扶助制度にかかわるいわば最低限度の生活保障をめぐる権利論に傾きがちであったことを挙げなければならない。それは、アメリカと我が国双方において、もっぱらそうした理論展開が中心であったことの証左ではある。⁽⁴¹⁹⁾しかしながら、我が国でいえば憲法第二五条二項の規範内容にかかわる権利の問題などは、例えば、社会保険制度自体に内在する法理を探求するといった異なるアプローチから、今後更に展開する余地を残しているように思われる。

次に、何らかの憲法上の実体的権利の存在を認める限りにおいて、それは、広い意味での国民の「福祉」に対して国家が果たすべき役割は何か、といった問題とも密接にかかわり合っているように思われる。しかし本稿では、こうした「福祉国家」論（あるいは「福祉国家」論批判）との関連で、「福祉国家」とは何か、そしてあるべき「福祉国家」像をどう酌定すべきか（例えば、最近我が国でも注目を集めている「福祉多元主義（Welfare Pluralism）」など）⁽⁴²¹⁾といった問題につき十分な検討を行なうことができなかった。⁽⁴²²⁾

この他、「自由」の觀念の政治哲学的分析と社会保障におけるその契機的位置付けについては、今後なお一層の緻密な理論展開が必要である。新たな展開可能性を秘めている州レベルでの実体的権利論やハンドラーの裁量論、ゲワースなど法理学の立場からの福祉権の哲学的基礎づけ（ひいては我が国における生存権理念の問い直し）、といった本稿で必ずしも十分に展開し得たとはいえない難い諸理論の更なる検討とともに、筆者の今後の研究課題としなければならない。

このように、「社会保障の権利」をめぐる様々な展開してきた本稿において、なお幾つかの理論的課題が残されたけれども、本稿が、他の実定法分野あるいは基礎法分野などに対して、従来必ずしも積極的にかつ十分な学際的交流を試

みてきたとは言い切れない社会保障法学の側からの、ささやかな一架橋にでもなれば幸いである。目まぐるしく変転しつつある社会保障法制を目前にして、個別具体的な社会保障制度の内実には照らして、解釈論と政策論との相違を踏まえつつ双方のレベルで権利論を展開すること、あるいは権利論的視角とはまた別個の政策論レベルにおける政策原理の析出を行なうこと（先に挙げた「自由」の契機は、その一つの可能性を示唆しているであろう）は、今その存在意義を問われていると言つても決して過言ではない社会保障法学とその研究者に課された重要な理論的課題の一つであるといわねばならない。

(419) 第三章第二節参照。

(420) 先にも述べたように、筆者は憲法第二十五条一項と二項の規範内容を別個に捉え、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考えている。注50参照。

(421) N. JOHNSON, THE WELFARE STATE IN TRANSITION (1987). (ノーマン・ジョンソン(青木・山本共訳)『福祉国家のゆくえ——福祉多元主義の諸問題』(法律文化社、一九九三年))

(422) 注371、372参照。

Theory of “Right to Welfare and Social Security” (2)

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 (Vol. XLVII No. 1)
 - ② Laurence Tribe
 - ③ Theories in the 1980’s
- (2) Right and Discretion
 - ① T. D. Campbell & D. J. Galligan
 - ② Joel F. Handler
 - ③ Rand E. Rosenblatt
- (3) Jurisprudential Approach
 - ① Ronald Dworkin
 - ② Alan Gewirth

Chapter 3 Theory of “Right to Welfare and Social Security” in the United States

- (1) Fundamental Characteristics and Ideals of the Social Security
System in the United States
- (2) “Right” Theories on Social Insurance and on Public Assistance

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

- (3) "Right to Welfare and Social Security" in the United States
- (4) A New Viewpoint to Reconstruct Japanese Welfare and Social Security Law

Conclusion

In Chapter 2, I investigate some theories of "right to welfare" since the 1970's. First, I consider Frank I. Michelman's articles on constitutional "Welfare Rights", Laurence Tribe's analysis of Supreme Court cases on the Equal Protection clause and some theories which focus on state Constitution or state court cases. Second, T. C. Campbell's "discretionary rights" model, D. J. Galligan's discretionary model, Joel F. Handler's "cooperative decision-making" model and Rand E. Rosenblatt's "social duties and group rights" model are examined. Those theories mainly treat the problem of administrative discretion, which is closely related to the rights issue. Third, I consider two political philosophers' theories. One is Ronald Dworkin's equality-based theory and the other is Alan Gewirth's "Agency" theory.

In Chapter 3(1), I explore why the ideas of "right to live" and "social solidarity", which are considered to be two main ideas underlying Japanese social security programs, have not widely spread. I look at how the absence of these ideas relates to some characteristics of the social security system in the United States, such as the lack of a Federal general assistance program and national health insurance.

In 3(2), the reason why most "Welfare Rights" theories in the United States have considered mainly the AFDC program is examined.

In 3(3), I consider which characteristics the theories of "right to welfare and social security" in the United States have.

And in 3(4), I focus on the idea of "liberty" as a final purpose of welfare and social security. It is the most important suggestion derived from various rights theories in the United States. It would also be a kind of "side constraint" to the Japanese social security ideals, "right to live" and "social solidarity".

Finally in Conclusion, I leave some themes which I can't explore in detail in this article as pending questions.