



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（1）：日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に
Author(s)	鄭, 明政
Citation	北大法学論集, 63(3), 272[37]-233[76]
Issue Date	2012-09-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/50189
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR63-3_006.pdf



司法による生存権の保障及び 権利促進の可能性（１）

—— 日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心に ——

鄭 明 政

目 次

- はじめに 本稿の目的と構成
- 第１節 本稿の目的
- 第２節 本稿の視座及び構成
 - １．弱者優先保護の憲法理論の必要性
 - ２．社会権の「段階的性質」による生存権規範の多層化
 - ３．立法裁量の「権利実現の促進」機能
 - ４．本稿の構成
- 第１章 日本、アメリカ及び台湾の憲法学における生存権研究の到達点と課題
 - 第１節 日本——柔軟な権利観と極端な司法消極
 - １．多義的な権利概念
 - ２．権利主体性の回復
 - ３．無干渉の違憲審査基準（以上、本号）
 - 第２章 社会給付と生存権に関する憲法理論
 - 第３章 生存権に関する判例及び違憲審査基準
 - 第４章 司法による生存権の保障及び権利促進の可能性
- おわりに

はじめに 本稿の目的と構成

第１節 本稿の目的

近代国家は、資本主義が発展するにつれて表出してきた社会的・構造的な矛盾——たとえば貧困や失業等の問題——を克服するため、一連の社会保障制度を設け、いわゆる「福祉国家」を形成してきた。民主政の下で国民生活の安全を確保し、リスクを解消・緩和させ、社会正義を追求するという積極的責務が国家には求められ続けている。こうして、従来の「夜警国家」、「消極国家」といった国家観は、「規制国家」、「給付国家」とも称される「積極国家」へと一変した。それにともなう、できるだけ国家権力を制限しようとしてきた従来の古典的な憲法観も変容しつつある。現在では、国家に積極的な行為を求める社会国家の理念に基づいて、伝統的な受益権や国務請求権を保障するだけでなく、国家が国民の経済領域にある程度介入することも許されている。1919年に制定されたドイツのワイマール憲法は、社会権に関する規定を初めて記したもののだが、そこには、「人間たるに値する生存」の保障が明記された¹。

¹ もっとも、ワイマール憲法の社会権条項では、「権利」という言葉は用いられていなかった。当時の学説でも、社会権条項は立法の指針や法律解釈の基準に過ぎないというプログラム規定説が主流であったので、法的な意味は弱かったように思われる。野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣・2012年）502頁〔野中俊彦執筆〕。

なお、ワイマール憲法以前の1749年フランス憲法（ジャコバン憲法）21条では、就労機会の保障と公的扶助は国家の「神聖な債務（dette sacrée）」であるとするような規定があった。文言上権利ではなく「債務」と定められたが、これは社会権の概念の芽生えとも言えよう。陳新民『法治國家公法學的理論與實踐——陳新民法學論文自選集』（三民・2010年）441頁。

また、ワイマール憲法は治安や社会秩序の安定を図る妥協的な産物であり、「経済活動への国家の介入は社会化の手段であり、弱者保護に還元されない目的を持っていた」から、このような「妥協の社会化」には、現在の社会的・経済的弱者保護を掲げる「社会権」と法的概念及び目的において決定的な違いがある。遠藤美奈「社会権—これからの社会を構想するために」法学セミナー688号（2012年5月）16頁参照。

同憲法は、のちに日本と台湾にも大きな影響を及ぼし²、日本では1947年から施行された日本国憲法25条に、台湾では1947年に公布・実施された中華民国（台湾）憲法15条に、それぞれ「生存権」が規定され、社会的・経済的弱者を保護することにより実質的平等を実現するよう、国家に積極的な給付を要請している³。

他方、1788年に成立したアメリカ合衆国憲法には、生存権や社会権のような規定がないものの、周知のとおり、アメリカ合衆国憲法は、18世紀以来、修正条文の追加やアメリカ合衆国連邦最高裁判所の憲法解釈を通して時代の変遷とともに内容を発展させている。アメリカでは、原意主義と解釈主義の争いがあるにもかかわらず、学説においても判例においても、平等保護条項、デュー・プロセス条項、あるいは、市民権条項に基づいて、医療保障や老人・児童福祉給付において福祉権を保障するようになっている⁴。そのため、アメリカ合衆国憲法は生存権（福祉権）

² 芦部信喜編『憲法Ⅲ人権（2）』（有斐閣・1981年）321頁〔中村睦男執筆〕。林紀東『中華民国憲法逐條譯義（四）』（三民・1993年〔6版〕）249頁。鍾秉正『社會保險法論』（三民・2005年）27頁。

台湾現行憲法第13章「基本国策」の規定は、一般的にワイマール憲法を模範とするものであると思われる。とくに、多くの基本国策条項は、当時の主要な憲法起草者である張君勱らがワイマール憲法に倣ったものであると思われる。しかし、当時の基本国策に当たる憲法草案第10章第2節にいう「生計」編には、労働者保護の規定を除きワイマール憲法のような団結権や労働者の経営参加権及び社会保険などの規定が欠如していたので、社会権に関する諸規定は必ずしも張が関心を示したものとは限らないという指摘もある。郭明政「社會憲法—社會安全制度的憲法規範」蘇永欽編『部門憲法』（元照・2006年）340頁。とはいえ、ドイツ憲法及び憲法解釈が現在も台湾の憲法解釈に強く影響を与え続けていることは否定できない。

³ 日本及び台湾の代表的な教科書は、いずれも生存権の積極的な作為的、給付の機能を強調している。たとえば、芦部信喜『憲法〔第5版〕』（岩波書店・2011年）260頁、呉庚『憲法的解釋與適用』（三民總經銷・2004年）266頁。しかし、台湾においては、生存権について、「生命の維持」が念頭に置かれるのが常である。すなわち、一般的に生存権は、①死刑廃止の問題、②堕胎の適法性の問題、③安楽死の問題、④国家に給付を求める請求権の問題として扱われる。陳新民『憲法導論』（新學林・2008年）130頁。

⁴ アメリカ合衆国憲法には社会権規定は存在しないが、貧困者への法的扶助、

を憲法典に明記するべきかどうかの手がかりを提供するのみならず、他の人権条項ないし憲法全体と生存権との関係を検討するうえで、異なる視野や解釈手法を提供しているといえるかもしれない⁵。近時ますます台湾の憲法解釈に影響を及ぼしているアメリカの憲法理論⁶は、生存権保

教育支援、食物・住居、基本的な衛生医療の提供が法律によって認められている。自由の概念を重視するアメリカ合衆国では、社会権の問題は基本的に政治問題であるとされている。しかし、自由が他者に依存するものであるならば、自由の条件を提供する「積極的政府」がやはり必要である。See STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, THE COST OF RIGHTS: WHY LIBERTY DEPENDS ON TAXES 204-208 (2000).

⁵ もっとも、自由主義を基盤としたアメリカ社会では、個人責任の精神が強く、国家に対する福祉給付の請求や国の経済への介入の要請に警戒感が強く持たれる。近時、オバマ（Barack Obama）大統領が主導した医療保険改革法 PPACA（Patient Protection and Affordable Care Act）が2010年3月の議会で219対212の僅差で成立したが、その後、同法の医療保険強制加入命令（individual mandate）の合憲性をめぐる訴訟が各地で行われている。2011年8月12日にアトランタ連邦高裁は、フロリダ州下級審の違憲判決を支持し、医療保険加入を義務づけ、違反者（保険未加入者）に罰金を科する同法の枠組みについて2対1で違憲判断を下した（ただし、同法による保険業者の規制や保険費の引き下げについては合憲判断を下した）。

そのため、本件は連邦最高裁に上告され、2012年3月26日から28日までの3日間の聴聞弁論会が開かれ、激しい賛否の攻防が繰り広げられた。最終的に連邦最高裁は2012年6月28日に同法に規定された罰金を議会の課税権の範囲内にあると解し、保険強制加入について5対4で合憲としたが、連邦政府と州政府が共同負担する低所得層向け医療保険（Medicaid）の拡大に関する部分を無効と宣告した。それにもかかわらず世論の反対は弱まっておらず、今後の発展に注目し続ける必要があるといえよう。

⁶ 台湾司法院の大法官解釈（憲法裁判解釈）では、ドイツの理論が頻繁に援用されてきたが、近年ではアメリカの理論からの影響も見られるようになってきている。たとえば、大法官釈字第328号解釈（1993年11月26日）では、固有の領土〔固有疆域〕の問題を「政治問題の法理」（Political Question Doctrine）としているし、同384号（1995年7月28日）では、憲法8条に定める逮捕等の「法定手続」について「デュー・プロセス（Due Process）」と説明している。また、言論の自由に関する同445号（1998年1月23日）では、表現内容に基づく規制と表現内容に中立的な規制を区別する「ツートラック理論（Two-Track）」、「明

障の領域にどのような示唆をもたらすだろうか。筆者には大変興味深い問題である。

日本と台湾の憲法は、いずれも生存権条項を有しているにもかかわらず、現在の日本の通説によれば、生存権の法的性質は、抽象的権利であるとされ、いかなる内容がどの程度保障されるかについては、ほとんど明らかにされていない。日本の最高裁判所は、生存権の内容はきわめて多義的な概念を含んでいると想定しているため、具体的な法律による内容形成を尊重したうえで、朝日訴訟⁷及び堀木訴訟⁸において、行政府または立法府の広汎な裁量を認め⁹、生存権に基づいて最高裁自ら実質的に救済する姿勢を示さなかった。そのため、憲法が保障する権利の意味があらためて考えられなければならない。また実務上、生存権をめぐる訴訟における違憲審査基準については、いわゆる「二重の基準論」または「立法裁量論」が展開され、「明白性の原則」といったきわめて緩やかな違憲審査基準によって審査し続けているが、これでは実質的に無審査(hands-off)であり、違憲審査を回避するのと同様であるように思われる。つまり、生存権を実効的に救済できなくなる。

もちろん、生存権の保障は、法律によって具体化されるべきであって、財政民主主義の原則等にも配慮しなければならないことから、司法による保障には限界があるわけだが、それでも憲法に生存権が明記されたこ

確性の理論」、「明白かつ現在の危険」を援用している。同613号(2006年7月12日)、同614号(2006年7月28日)における「行政権一元化〔行政一体〕」理論は、アメリカ合衆国憲法上の「Unitary Executive Theory」概念に類似している。廖元豪「美國憲法學對臺灣憲法實務與理論之影響——以方法論為重心」月旦法學教室第100期(2011年2月)65-68頁。

⁷ 最大判昭和42・5・24民集21巻5号1043頁。

⁸ 最大判昭和57・7・7民集36巻7号1235頁。

⁹ 憲法25条1項の「健康で文化的な最低限度の生活」はきわめて多義的な概念であると思われるから、結局、生存権には、①法律の具体化：「法律による内容形成が必要であって立法裁量論が成立すること」、②内容の多様化：「保障内容は不確定要素が多いので立法裁量は広く設定されること」という「二重の裁量論」がはたらくことになる。駒村圭吾「憲法訴訟の現代的回轉—憲法的論証を求めて」〔第13回〕生存権」法学セミナー682号(2011年11月)78頁。

との意味や、それに関する規範内容及び司法のありかたは、明らかにされるべきである。また、生存権とは、法律によって実現されるべき制度的・客観的権利なのか、それとも個人が裁判所に提訴できる主観的権利なのか。生存権をめぐる憲法訴訟では、いかなる解釈方法ないし違憲審査基準が適用されるべきか。このような問題については、これまで必ずしも明瞭にされてこなかったように思われる。なお、すでに社会保障立法が数多く制定されているという現実に基づき、社会立法の内容または生存権を実現する具体的な行政活動について、憲法の観点からどのように規範的な評価がされるべきかについては、現在急速に進んだ少子・高齢（化）や経済の低成長の社会構造のなかで改めて検討されなければならない。

そこで、本稿はこのような背景に憲法上の文言を重視し、実質的な権利救済を実現すべきとの見地から、生存権をどのように運用させるべきかを模索するものである。とりわけ台湾の社会保障制度における生存権と社会給付との関係について考察し、日本とアメリカの学説および判例を参考にしながら、台湾憲法における生存権の（国家に対する請求権の）本質を解明する。また、生存権の憲法解釈を通して、その条文の意味、権利の内容、規範的効力を明らかにし、台湾の社会保障制度に関する新たな憲法理論・解釈を構築する。したがって、本稿の主要な目標は、より具体的には以下の通りである。①台湾における生存権の憲法規範を明らかにし、その規範内容を充実させるべく、適切な司法審査のあり方を提言する。②社会給付請求権を生存権に基礎付け、憲法訴訟によって救済しうる憲法理論を思索する。

第２節 本稿の視座及び構成

本稿は、主に以下のような視点を有するものである。このような視座に立つことにより、生存権条項が司法審査において有効な保障機能を発揮することができると考えられる。

１．弱者優先保護の憲法理論の必要性

憲法が保障する権利について、前国家的権利をより重視する「価値序

列」的理解や「切り札」としての権利論¹⁰、あるいは、自律的個人の自己決定を強調する「強い個人像」等が説かれているが¹¹、これらの諸説は「国家からの自由」、「基本権のパンチ力」にこだわり、社会に現存している構造的格差や社会的権力による圧迫を適切に把握しているといいがたい。これらの見解を前提にすると、法律は結果として、抽象的・普遍的・中立的な名目の下に、事実としての社会的現実に干渉できず、現状を追認するに止まっている。そのために、多数者や社会的強者の地位が保たれ、社会的弱者が社会において排除される実情が継続している。そこで、弱者の保護を主眼とした生存権論では、まず、生身の人間が超社会的な存在ではなく、日常的に他者と相互的な関係をもちつつ、社会構造的な権力による支配や圧迫に直面しているという事実を認識したうえで、この支配・圧迫・社会的排除に抗するために、憲法が弱者層を包摂し、帰属させる機能を果たすべきであると主張される。すなわち、生存権の権利主体の多様性を認め、人々の市民としての資格、人間としての尊厳を承認し、政治領域のみならず、社会共同生活に参加しうるための実質的条件を整備することが求められるわけである。この目的を達するために、生存権・社会権条項を有する憲法に内在する価値は、中立的憲法価値ではなく、弱者を優先的に保護する憲法価値であると理解すべきであり、司法審査を行う際には、社会格差や排除の事実的あるいは、社会的権力のあり方について、「弱者のエンパワーメント」という視点から憲法を解釈すべきである。具体的な制度としては、弱者の異議申立

¹⁰ たとえば、自律的個人が自己決定しうる前提条件として必要な権利に「切り札」としての機能を期待し、権利の絶対性を重視するロナルド・ドゥオーキン (Ronald Dworkin) に代表される権利観である。この見地からは、憲法上の権利の範囲や射程は狭く解され、そして、権利と公益との比較衡量が軽視されやすくなるように思われる。RONALD DWORIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, 184-269 (1977); 廖・前掲注 (6) 372-373頁。

¹¹ たとえば、中世身分制社会から解放されたひとりひとりの個人が「自分のことは自分で決める」ようになったことにフランス革命の意義を見いだす樋口陽一は、このような近代人権の成立過程からすれば、規範である憲法が保障している人権の享有主体は、強い個人でなければならない、と説く。樋口陽一『「日本国憲法」 まっとうに議論するために』(みすず書房・2006年) 54-57頁。

を可能にする制度を整え、その資格・地位の剥奪に対して回復または補償を可能にする理論を発展させるべきである。

2. 社会権の「段階的性質」による生存権規範の多層化

社会権の実現が国家財政、社会環境の変動によって変動することからすれば、社会権には「段階的」な性質があるように思われる。したがって、その実現については一步一步、漸進的な実践が重要となる。それゆえ、生存権の権利構造も多層的に把握することが必要である。すなわち、生存権の規範性を論じる際には、その権利内容をいくつかのレベルに分けて論じるべきであろう。たとえば、生存権の核心となるのは生命にかかわる「最低限度の生活」を保障することである。これは最低限守られなければならない限度であるし、緊急性が認められるものであるから、通常政治プロセスによる適切な対応ができない場合に司法プロセスによる救済が確保されるべきである。他方、国家の財政状況等に応じて適宜実現されていく社会保障制度や福祉措置もあるから、生存権には、各国の発展段階に応じて保障されるべき異なるレベルもあるといえよう。このように、生存権は多層的な権利として把握されうることから、この規範的効力には強弱があり、動態的なものも含まれることを認めたい。核心的部分については裁判所に迅速かつ実効的救済を要求し、立法府には社会保障制度を漸進的・段階的に整備していく責任を負わせているものと考えられる。また、司法審査では、争点が生存権の核心に近ければ近いほど、より厳格な違憲審査基準を適用しなければならない。

3. 立法裁量の「権利実現の促進」機能

社会権の段階性にに基づき、本稿は、生存権の保障を最低限度の保障に限定して把握するのではなく、より快適な生存を実現することについても憲法によって保障されていると考える。すなわち、国家には生存権を向上させる憲法的義務があり、その規範性を否定することはできないと考える。この意味において、生存権の立法裁量は、憲法がその権利を実現・向上させるために具体的な制度を自由に形成することを立法府に授權したものであって、立法府は立法過程において憲法の命令・価値に従い、その権利の実現を最大化する責務がある。立法裁量は、合憲性を追

認するための道具として、違憲審査の限界を示し、司法院に民主的正統性がないことを根拠に緩やかな審査基準を適合して、実質的に司法による無審査を強調する概念ではない。むしろ、立法裁量は、社会権の多層的・不完全な規範構造のもとで、立法者が立法過程において十分な配慮と討議、利益衡量をすることにより、多数者・社会的強者と少数者・弱者との利益を調整し、生存権を最大化させるように憲法に要求するものだと理解すべきである。したがって、立法者の決定「結果」の的確あるいは、立法裁量の「有無」の問題は、司法審査において最も重要な事項ではない。立法「プロセス」における利益衡量、とりわけ少数者・社会的弱者の利益・権利に十分に配慮されているかどうか、そして、その「プロセス」が憲法の課している義務ないし憲法価値・目標に符合するかどうかという問題こそが司法審査の重点とされるべきであろう¹²。こうして、立法府が十分な配慮や討議をなすべき義務を履行しない場合、あるいは、憲法価値の理解を誤り、違反している場合には、司法院が立法府に権利の実現を促進させるために、司法審査において憲法的価値を明示することにより、司法院と立法府が対話する必要があるように思われる。

4. 本稿の構成

本稿は、大きく4つの章から構成される。各章の内容は、以下のとおりである。

第1章「日本・アメリカ及び台湾の憲法学における生存権研究の到達点と課題」では、おもに日米台における現在の生存権研究の到達点を確認するとともに、残された課題を明らかにして本稿の問題意識を深める。

第2章「社会給付と生存権に関する憲法理論」では、第1章で示された問題意識に基づいて、おもに台湾の社会給付と生存権に関する制度及び学説の見解を検討する。台湾の社会保険制度はおもに職域別によって設けられているが、税収を主たる財源として社会保険制度を維持してい

¹² 近時の台湾では、このように司法審査の立法裁量について積極的な意義を説く見解もある。黄舒芃「違憲審査中之立法形成空間」月旦法學雜誌第185期(2010年10月)42頁。

ることは、一般に社会保険制度が強調する「相互的」「権益的」な社会連帯と互助原則に反し、「一方的」「恩給的」な社会保障制度になっている傾向がある。そして、台湾では、強力な労働者組合がないだけでなく、国民間の連帯意識が薄れていることから、健全な社会保険制度の発展が損なわれやすい。

このような連帯精神や下からの社会権論の理念に反していることについて、本稿は、人々が社会構成員としての連帯意識といったコンセンサスを有する必要がある、そのために、より理性的、参加的、討議的な民主制が生存権の保障にとって重要であると主張する。また、台湾はドイツ法の諸理論から影響を受けているため、多くの学説と司法院大法官解釈（とりわけ釈字第485号解釈）は、憲法前文、憲法1条、基本国策及び憲法増補条文10条の規定からドイツの社会国原理にあたる「民生福祉原則」を導き出している。しかし、この原理ないし原則の内容については、大法官解釈においても明らかにされていない。諸学説の共通見解によれば、このような民生福祉原則（社会国原理）を人間の尊厳や生存権と（ときには平等権と）連結させて、人々は社会保障制度の完備を請求しうると説かれているようである。少なくとも、最低限度の生活条件を保障しなければならないことがこの原則の最低限度の要求であることは明らかにされている。なお、大法官解釈は、ドイツの客観法概念を大量に引用し、独自の基本権の多重的功能を発展させたいうで生存権を実質的に保障する傾向にある。しかし、このような迂遠な方法は、理論構成が複雑で、国民の権利意識を培うことが困難になるだけでなく、国家が生存権の向上義務を負っていることを強調しにくくなるように思われる。また、客観法の枠組みによって、国家の行為についてはあくまでも広範な立法裁量を認めるよう要求されるため、その保障はおそらく最低限度にとどまることになるであろう。

台湾憲法の文言に戻ると、生存権条項及び基本国策の規定がある以上、上述のような法継受的な基本権の多重的功能論を展開させるとしても、憲法15条の生存権条項と結びつけ、台湾憲法の文言、歴史・文化にふさわしい生存権理論を発展させるべきだと思われる。したがって、本稿は、社会給付及び関連する基本国策の規定の核心となる憲法根拠を憲法15条の生存権に求める。そして、従来の学説・大法官解釈に基づき、生存権

の権利構造を「積極的な生命保護」、「最低限度の生活保障」、「快適な生活の追求」の3層に分け、それぞれを段階的に保障するべきであると論じる。また、生存権が基本権のひとつであるならば、立法・行政・司法を規範づけているはずである。そのために、生存権がどのように国家権力を統制するかの問題をさらに検討する必要もあるだろう。

第3章「生存権に関する判例及び違憲審査基準」では、日本・アメリカ・台湾の社会給付・生存権判例を比較検討する。日本には生存権条項があるが、抽象的権利説が通説としてとなえられており、「二重の基準論」や「権利の価値序列論」の影響で生存権の規範的効力があまり発揮されていないようである。もっとも、近年の立法不作為の憲法訴訟からみると、生存権の具体的な権利（少なくとも最低限度の保障）が徐々に認められる傾向にあるようにみうけられる。他方で、アメリカには生存権条項はないものの、平等保護条項、手続的保障によって福祉給付を保障している側面がある。近時、フランク・マイケルマン (Frank Michelman)、キャス・サンスティーン (Cass Sunstein) のように、違憲審査には問題の発見や権利の促進といった機能があるとの見地から¹³、違憲審査の重点を、社会的弱者への侵害が憲法の基本精神に反する不合理な国家行為になっていることを明らかにすることにおき、その後の計画や執行を原則的に政治プロセスに委ねる傾向にある。つまり、原状回復や現状維持によって個人の自律を支えることより、公共の議論を促すような司法審査が求められつつあるわけである。

このようなアメリカにおける議論の展開から生存権の「より快適な生活保護」の発展に有益な示唆が得られるように思われる。また、反差別、反従属、平等な市民権をとнаえる学説は、台湾の実質的平等の概念に再

¹³ Frank Michelman は、裁判所が缶切り (can opener) のように、問題のある法律を引き出す役割を果たすべきと考える。また、Cass Sunstein は、促進者としての裁判所 (Court as Catalyst) が適切な判決を通して公的討議を引き出す役割を果たすべきと主張した。See Frank I. Michelman, *Economic Power and the Constitution*, in THE CONSTITUTION IN 2020, 52-53 (Jack M. Balkin & Reva B. Siegel eds., 2009). 廖元豪「平等権の検討與展望」月旦法學教室第90期 (2010年) 34-35頁。CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME : JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT 120-121 (1999).

考を迫るものであろう。すなわち、台湾における生存権と平等原則にかかわる事案では、明確な違憲審査基準が明示されていないのみならず、「実質的平等」の言葉が大法官や学説によって頻繁に用いられていた。しかし、いずれも「合理性の基準」という枠組みで考えられるものであり、この合理性基準をとる審査方法は、実質的には「形式的平等」を保障するにすぎない。台湾憲法にはすでに生存権条項があるから、今後、平等審査を生存権の価値にとりいれ、すべての人が平等に尊厳のある文化的、健康的な基本生活を保障される、あるいは、促進される実質的平等理論を発展させるべきだと考えている。

第4章「司法による生存権の保障及び権利促進の可能性」では、これまでの先行研究、規範論、判例法理及び司法審査に関する技術論を整合的に理解し、生存権の権利概念と理念を再構築し、手続面及び実体面における権利保障の充実を試みる。そのほかに、国際人権条約や司法及び非司法的救済手法を考察し、司法による権利保障の可能性と限界を論じる。最後の「おわりに」では、本稿を総括し、台湾の生存権や社会給付の実効的な保障及び違憲審査を活性化させるために、いくつかの結論を述べる。

第1章 日本、アメリカ及び台湾の憲法学における生存権研究の到達点と課題

第1節 日本——柔軟な権利観と極端な司法消極

1. 多義的な権利概念

(1) プログラム規定説

日本国憲法25条1項は、「すべての国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」とし、生存権を「権利」として規定している。しかし、憲法に権利として明記されているとはいえ、生存権の法的性質及び規範の内容について、学説では必ずしも明確になっていない。生存権の法的性質についての日本の学説には、「プログラム規定説」、「抽象的権利説」、「具体的権利説」があり、それぞれの説によって裁判規範としての効力も異なっている。日本国憲法制定後、最初に有力視された

ものは、裁判規範性をまったく認めないプログラム規定説であった¹⁴。同説によれば、憲法25条1項の規定は、単なる国政の指針を宣言したものにすぎず、国家は、人々が最低限度の生活を維持できるように努める政治的義務のみを負う。したがって、国民は、下位法律が制定されない限り同規定のみに基づいて裁判所に提訴することはできず、その意味で生存権には給付請求権は含まれていない。同説は、そのように説く根拠として、「健康で文化的な最低限度の生活」という権利内容の抽象性や、司法による救済措置執行の困難性を指摘しているが、法的権利の実現は結局のところ政治に左右されるという認識がその背景にある¹⁵。

このような認識は、ワイマール憲法下において法治国家が危機に直面した歴史的事実に由来している¹⁶。しかし、プログラム規定説には、さらに「国は国民の生存権を保障する義務に対してまったく任意自由の立場にあるものではなく、法律上に具体化されたものは、その権利的性格を無視することができない」とする「プログラム規定積極説」もある¹⁷。

¹⁴ 最初の代表的論者は我妻栄である。我妻は、具体的権利説に対し、最高裁判所の法令審査権による是正が不可能であるとして、その請求権的側面には法的効力がないと述べた。我妻栄「基本的人権」国家学会編『新憲法の研究』（有斐閣・1949年）87-88頁、同『新憲法と基本的人権』（国立書院・1948年）135-138頁。

ただし、近時、笹沼弘志は、以下の点を指摘している。すなわち、我妻の「生存権の基本権」は、①「国民のうちの一部の者の生存を脅かすという事実を前提し、国家の権力がこれを是正し各人に対してその生存を完うさせようとする意図」を持つものであって、「国家共同体理念」を積極的に示すものである（我妻・前掲書、64頁）。②「自由権の基本権よりも積極的な内容を有しており、これを侵害する個人及び国家の行動は違法視され、これを是正する法律的手段の他に、消極的侵害、不作為の場合に政治的手段があるから、一定の法的効力を有する」。この2点から、笹沼は、我妻によっても生存権の権利性を認める可能性もあると説く。石埼学＝笹沼弘志＝押久保倫夫編『リアル憲法学』（法律文化社・2009年）136頁〔笹沼弘志執筆〕。

¹⁵ 斉藤康輝「生存権に関する一考察——プログラム規定説の意味をめぐって」朝日法学論集34号（2007年）33頁。

¹⁶ 斉藤・前掲注（15）33頁。

¹⁷ 代表的論者である池田政章のプログラム規定積極説について、池田政章「プ

したがって、プログラム規定説は、「一時的に」法的権利性が否定されるとしつつも、いずれ法律によって権利が実質化されることを期待している。さらに、権利の実質化が進展すれば、給付資格を認めない等の行政処分について直接その違憲性を争えるようになる、と説く論者もいる¹⁸。その意味では、プログラム規定説の可能性を見出すこともできるかもしれない¹⁹。しかしながら、生存権の保障にかかる国家の責務が道徳的・政治的なものにとどまるならば、生存権の法的規範性が否定され、国民は社会給付請求権を有していないことを意味するのみならず、憲法25条を根拠に社会保障制度の立法化を要求することもかなわない²⁰。また、眠っている生存権を目覚めさせる手段が「政治」以外にないということになれば、実効性がない＝裁判所による救済をえられない権利という、およそ認めがたい権利概念を生じさせることになるう。

なによりも、憲法上の人権カタログに明記された権利について、最初からその法的権利性を否定することは、「テキスト解釈」からあまりに乖離している²¹。また、人権を前国家的権利と後国家的権利に峻別し、生存権を「国家による権利」、すなわち、後国家的権利に位置づけることは、人間はおよそ本能的に生存を求めるという自然的側面を捨象している。さらに、法律によって具体化された社会給付請求権が反射的な利

プログラム規定における消極性と積極性（一）、（二）」立教法学3、7号（1961、1965年）を参照。中村睦男「権利としての福祉——生存権の現代的意味」ジュリスト537号（1973年）40頁。

¹⁸ 池田政章「プログラム規定における消極性と積極説」大須賀明編『生存権論』（三省堂・1977年）87-88頁。

¹⁹ いわゆる「プログラム規定積極説」。もっとも、このように一定の裁判規範性を認め、法的効力を一切否定するわけではないのならば、実際には抽象的権利説の見解に近づくのではないだろうか。

²⁰ もっとも、プログラム規定説では権利の妨害排除請求権（自由権）的側面さえも否定される。渋谷秀樹『憲法』（有斐閣・2007年）255頁。

²¹ ただし、プロセス的人権観に立脚する松井茂記は、生存権を「非プロセス的権利」と分類し、「政治参加のプロセスに不可欠な権利の制約ではない以上、基本的に生存権の問題は政治プロセスで決着を図るべきであり、裁判所は国会の判断を尊重し緩やかな審査をすべき」と述べ、福祉分野に対する裁判所のは正機能を否定した。松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣・2007年）535頁。

益にすぎないとされるならば、あるいは、「利益の付与」については「立法・行政の裁量」に委ねられるとされるならば、個人は、国家に何かを要求する権利を一切有していないことになる（主観的権利の否定）。これでは、「恩恵論」とあまり異ならないのではないだろうか。結局、プログラム規定説は、生存権規定が実質的にどのような意味を有しているかについて、何ら明らかにしていないように思われる。明らかにしないからプログラム規定なのだ、ということになるのかもしれないが、それでは、生存権条項を解釈しているとはいいいがたいだろう。

(2) 法的権利説

これに対して、生存権に何らかの現実的な規範性をもたせる「法的権利説」がある²²。法的権利説は、文言を重視する立場から、生存権が法的権利であることを認め、国家がそれに応じた義務を負うとしている。すなわち、個人が国家に一定の給付請求権を有することが想定されている。もっとも、このような給付請求権を認める段階に応じて、法的権利説は、一般的に「抽象的権利説」と「具体的権利説」に分かれている。

現在、通説的地位にあるのは、「抽象的権利説」である。この説によれば、個人の給付請求権は憲法25条の生存権から直接には認められず、個人は法律による具体化を待ってはじめて裁判所に給付請求訴訟を提起できることになる。つまり、具体化した法律がなければ裁判所に救済を求めることができない。同説の代表的論者である芦部信喜は、憲法「25条の生存権が生活保護法のような施行立法によって具体化されている場合には、憲法と生活保護法とを一体として捉え、生存権の具体的権利性を論ずることも許される」²³と述べている。これによれば生存権の主観的権利性は完全に否定されるわけではないが、「憲法25条が機能する場面とは、法律による具体化がなされた後に限定される」²⁴ことになる。このように、憲法上の権利が法律によって創設されるというのでは、憲

²² 芦部編・前掲注(2) 336頁〔中村睦男執筆〕。

²³ 芦部・前掲注(3) 260頁。

²⁴ 葛西まゆこ「司法による生存権保障と憲法訴訟」ジュリスト1400号(2010年5月) 111頁。

法が保障する権利の意義がかなり相対化されてしまうだろう。

もっとも、憲法が保障する権利は、私法上の権利と必ずしも同じ意味ではなく、裁判的救済を伴わない場合もあり²⁵、憲法上の権利が「一時的に弱い」とみなされても、その後の政治プロセスにおける努力に期待し、立法によって「権利性」を高めることも考えられる、と示唆されている²⁶。ここでは、何らかのかたちで利益がえられる結果が生じれば「権利」が実現された状態だと観念されているが²⁷、権利と利益の区別を曖昧にさせた日本独自の「権利」観が表出したものといえよう²⁸。法的権利説には、「ひとたび『憲法上の権利』としての核心が定まった以上、法律で創設された権利とは異なり、法律によってその内容を自由に改廃しようと解するわけにはいかない」²⁹と説いて、生存権が憲法に明記された意義を確立しようと試みているものもあるが、法律が制定されていない場合は、憲法「25条を直接の根拠にして、生活扶助を請求する権利を導き出すことは難しい」³⁰ということから、法律が制定されない限り、生存権は、抽象的かつ客観的な権利にとどまらざるをえない。つまり、立法の不作为や不十分な立法に対して、司法の関与する余地がないとい

²⁵ 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣・1971年）97頁。

²⁶ 樋口陽一によれば、実定憲法の「権利」を裁判による実現を伴わないという意味で「権利ではない」とするならば、逆に、政治の場面で権利性を高めようとする努力の足をひっぱるものになりうる。樋口陽一『国法学——人権原論〔補訂〕』（有斐閣・2007年）24頁。

²⁷ 権利の要素として「選択の意思」（義務を履行させるか否か）を重視するプログラム規定説に対して、法的権利説は「利益」を重視することによって、防御権構成の狭隘さを免れるメリットがあると思われるが、生存権が「意思」に裏打ちされない分だけ権利としての強さを欠き、結局は立法・行政の裁量統制のあり方に問題が還元される傾向がある。宍戸常寿『憲法の解釈論の応用と展開』（日本評論社・2011年）164頁。生存権と権利の本質論について、岩本一郎「生存権と国の社会保障義務」高見勝利＝常本照樹＝岡田信弘編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣・2004年）212-213頁。

²⁸ 藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂・1998年）405頁。

²⁹ 只野雅人『憲法の基本原理から考える』（日本評論社・2006年）176頁。ただし、そもそも権利の核心が何なのかは、難しい問題である。

³⁰ 芦部・前掲注（3）260頁。

うことになる。

このような抽象的権利説は、生存権の発展可能性（保護領域の拡大）につながる有意義な概念を提供し、柔軟な解釈の余地を与えるもののようにも思われるが、反面で政治的妥協を認める側面もあり³¹、生存権の権利性を弱めてしまうおそれがある。実際に、同説は、裁判所が頻繁に行政裁量または立法裁量論をもちだす一因ともなっているように思われる。また、同説は、司法の権利救済機能を実質的に否定するものであり、「権利のあるところに救済あり」という普遍の原則に反するだけでなく、憲法に備わっている「司法審査制」や重要な権利のひとつである「裁判を受ける権利」とも齟齬を来たすことになる³²。憲法が司法審査制を備えているのは、多数者の意思が体现される立法府の限界を認識し、違憲審査を政治部門から独立した裁判所に委ねることで、実質的な人権保障を確立するためである³³。この観点に立つならば、憲法明文規定がある以上、実質的な救済手段を確保すべきであると思われる。

そこで、生存権を実質的に保障するために、それが憲法に明記された段階（法律が制定される前段階）ですでに裁判規範性を有する具体的権利である、と主張されるようになった。これが「具体的権利説」である。具体的権利説は、立法不作為の問題を克服するために、いくつかの救済方法を提示している。たとえば、大須賀明は、「立法不作為の違憲確認訴訟」を提唱し、違憲確認判決を通して世論を喚起し立法を促そうと試みているし³⁴、高田敏は、憲法訴訟法といった手続法が必要だとしつつ、それがいない場合、立法不作為の違憲確認訴訟は、「無名抗告訴訟」として認められるべきだと説く³⁵。中村睦男は、立法不作為の違憲性を争う

³¹ 藤井・前掲注（28）391頁。

³² 藤井樹也によれば、裁判所で救済をうけられない「権利」という観念は、素朴な権利イメージに反するのみならず、司法審査制と裁判を受ける権利が憲法に定められていることと両立しない。藤井・前掲注（28）408頁。

³³ 阪口正二郎「司法支配性と日本の特殊な違憲審査制」浦田一郎ほか編『立憲主義の展望——山内敏弘先生古稀記念論文集』（法律文化社・2010年）202頁。

³⁴ 大須賀明『生存権論』（有斐閣・1987年）126-130頁。

³⁵ 高田敏『社会的法治国の構成——人権の変容と行政の現代化』（信山社・1993年）168頁。

訴訟として「国家賠償請求訴訟」をあげている³⁶。

このように、同説は、権利侵害と司法救済とを結びつけ、立法不作為について司法をとおして是正する方法を模索しているが、一般的に具体的給付請求権については、憲法から直接認められるわけではない、としている。そのため、違憲確認訴訟を認めるにとどまる具体的権利説の司法による救済効果について、抽象的権利と径庭はない、ともいいうる³⁷。そこで近年では、たとえば、棟居快行が憲法25条に基づく「金銭給付訴訟」の可能性を説き³⁸、藤井樹也は、憲法に基づく「損害賠償請求に対する金銭給付判決（過去の補償請求）」を肯定するだけでなく、立法府が給付方法を選択する裁量を前提とした「義務づけ判決（将来の給付請求）」も認められるべきだと主張している³⁹。

（3）柔軟な権利観

以上のことから、抽象的権利説と具体的権利説のいずれも、生存権を主観的権利とするよう試みていることがわかった。両説は、立法不作為

³⁶ 中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社・1989年）129頁。中村睦男「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・1994年）61-63頁。

³⁷ また、立法不作為の違憲確認訴訟において、訴えの利益や当事者適格などの訴訟制度上の「技術的」な問題もある。

³⁸ いわゆる「文字通りの具体的権利説」によれば、生存権を「どのように実現するか（How）」について、国側に広範な裁量が認められているが、生存権を「実現するかしないかのか（If）」について裁量は認められない。すなわち、国側の具体的な実現方法の選択権を不当に奪わないことを前提に、生存権を具体的に保障する立法が存在しなくても、裁判所が憲法25条1項にいう「健康で文化的な最低限度」以下と明らかにいえる部分に限って生存権を裁判規範として金銭給付判決を行う可能性がある。棟居快行「生存権の具体的権利性」『憲法学再論』（信山社・2001年）348頁以下。

³⁹ 藤井樹也は、「背景的権利／抽象的権利／具体的権利」という「権利の三重構造」を批判し、「拡散」する権利を「収束」させるため、憲法に明記された権利が侵害された場合（立法不作為による侵害を含む）、裁判所に救済を求めることができるとし、生存権の性質を積極的に解釈する。藤井・前掲注（28）414-416頁、419-420頁。

に対して司法府がとるべき態度について異なるものの、生存権が一定の裁判規範性を有していることについては、必ずしも対立しているわけではない。したがって、結局のところ、生存権の裁判規範性は、憲法下における立法府と司法府の機能及び役割の考え方に左右されているといえよう。両説とも、生存権の権利としての意義を確立し、憲法が国家に生存権の保障範囲の拡大を要請していることを認めている。その意味で、両説とも権利の発展を図る「柔軟な権利観」に立脚しているといえるだろう。すなわち、基本権の保護領域や規範内容が固定化されているわけではない。むしろ、実際の社会状況に応じて充実・発展していく機能を認めているといえる。これについては、憲法25条2項の「国はすべての生活部面について、社会福祉、社会保障および公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」という文言から手がかりを得られるかもしれない。今後は、かような権利観のもとで、実効的な救済を実現するために、生存権の保障ないし立法を促しうる積極的な機能や規範効力を発揮・確立しうる理論的構成が課題となるだろう⁴⁰。とくに、さまざまな社会保障制度が設けられたこともあって、生存権をめぐる議論は、生存権が法的権利であることを前提として、司法審査のあり方、すなわち、違憲審査基準論や立法裁量論の是非の問題に移行しつつある現在におい

⁴⁰ 生存権の主観的権利性を強調するために、従来の生存権論や裁判において憲法25条1項のいう「最低限度」の保護を中心に普遍的・客観的な保護水準を求めることが論じられた。すなわち、「下限統制」という視点から生存権の解釈を通して裁量統制が行われる。葛西まゆこは、これを「防戦アプローチの生存権論」と呼ぶ。

しかし、葛西の指摘の通り、「抽象的権利説によれば法律による初動を憲法上要請できないことから、立法を促すような理論的枠組みはなかなか提示できていない」から、下限統制の手法は生存権を消極的に理解していると思われる。そして、現在既存の社会保障制度に対する司法による統制は、結局のところ広汎な立法裁量または行政裁量に吸収されているということからすると、消極的・下限的な裁量統制だけでなく、積極的・促進的な立法または行政裁量を引き出すのが、現在の生存権論に求められるものではないだろうか。葛西まゆこ「憲法25条と生活保護制度」月報司法書士483号（2012年5月）3頁。同「生存権論の軌跡と課題」ロースクール研究18号（2011年12月）119頁。

で⁴¹、生存権に関する訴訟による救済ルートや方法の可能性を探るだけでなく、生存権条項は「政策の方向性を示し、既存の社会のあり方を問う批判措置」として⁴²、社会保障制度に対して法的な指針としての機能を持たせ、規範的・促進的な法的効力を有するものと解すべきと思われる。したがって、次章では現行の社会保障制度による社会給付が生存権ないし憲法といかなる関係にあるのかについて、検討を行っていきたい。

2. 権利主体性の回復

(1) 参加志向の「下からの社会権論」

生存権は、立法府による創設と行政府による執行があつてはじめて実現するため、民主的政治プロセスを通して福祉国家を実現させることが何よりも重要である。実際に、生存権訴訟をはじめとする市民運動が国家の福祉施策にしばしば影響を及ぼしている。このように、生存権の保障には、国民が立法府や行政府からの作為を待つだけでなく、あるいは、国家からの給付を受動的にもらうだけでなく、積極的・能動的に「権利実現過程の参加者」となることが民主主義にとって重要な意味をもっている。

日本でも1970年代から、すでに社会権保障における国民参加の重要性を指摘した論者がいた⁴³。代表的論者である中村睦男は、従来の社会権

⁴¹ 中村睦男が指摘するように、諸法律の制定により議論の実益は乏しくなったので、現在の学説は、生存権の裁判規範性を認めたくえて、「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に規範的効力を認める」かを検討している。中村睦男「社会権再考」季刊企業と法創造6巻4号（2010年2月）68頁、中村「生存と憲法」・前掲注（36）61-63頁。

⁴² 遠藤・前掲注（1）17頁。

⁴³ たとえば、小林直樹は、「福祉過程への人民の可及的参加、とくに社会的弱者の参加保障」は福祉国家のプログラム項目のひとつであると指摘した。小林直樹「福祉社会への視座——国家論的視角からみた福祉問題」ジュリスト537号（1973年6月）21頁。また、小川正亮は、「社会事業給付をうける権利が基本的に労働者の階層に属するもののそれである以上、労働者の代表、社会事業労働者の代表、その他民主的な患者団体、障害者などの代表が参加しうることが必要」と述べている。小川政亮「社会保障関係審議会」法と民主主義77号（1973年）22頁以下。さらに、中村睦男は、「参加を意義あるようにする

論は、「自由権と社会権の異質性を強調」し、「国家の役割の強調による個人の自由と生存の保障をはかる点において『上からの社会権』である」と指摘し、労働者を中心とする利害関係者の権利・自由を軸とする「下からの社会権論」を提唱し、社会権の自由権的側面や民主的要素を強調した⁴⁴。

「下からの社会権論」によれば、国家の介入はあくまでも補充的なものであるべきだが、国家は積極的な給付義務を負っている。つまり、社会扶助のような国家からの給付を前提とする一方的な社会保障を否定しないが、より重要なのは自発的な個人の自由を中心とする諸権利にあるというわけである。具体的には、労働基本権について、労働条件の集団的決定に参加する権利として、労働協約締結権や企業管理への参加権、異議申立のようなストライキ権の行使を認める⁴⁵。こうしたことは、一般的に社会的経済的領域の利害調整については、利害関係者の方が立法者よりも優れていると考えられることから、社会福祉への国民参加は、社会的経済的領域では議会制民主主義を直接民主主義によって補完するという意味を含んでいる⁴⁶。

このように、下からの社会権論は、国家による個人の自由と生存の保障を強調するのとは異なり、当事者参加の原則と継続しうる制度を重視して、社会給付については一方的な社会扶助より、相互的な社会保険制度を強調するものである⁴⁷。そして、権利の主観性を前提に裁判所のコ

ためには、形式的に制度をつくるだけでは不十分で、参加に実効性をもたらす社会的基盤の形成が必要である」と説く。すなわち、中村は、各市民団体や市民・住民運動の存在、ないし団体の交渉権の承認が重要であることを示した。中村陸男『社会権の解釈』（有斐閣・1983年）44-47頁。

⁴⁴ 中村陸男『社会権再考』・前掲注（41）69頁。

⁴⁵ 中村陸男『社会権再考』・前掲注（41）69頁。

⁴⁶ 中村陸男・前掲注（43）45頁。

⁴⁷ 民主的要素のほかに権利論を主張する際には、費用負担の問題を考える必要もあるため、社会保険中心型の社会保障制度を維持したほうが良いように思われる。中村「社会権再考」・前掲注（41）69頁。西原博史ほか発言「中村陸男報告をめぐる質疑応答」季刊企業と法創造6巻4号（2010年2月）162-163頁。[中村陸男発言]。

ントロール機能を認めることは、個人が主観的権利の享有主体であるとして、権利主体の客体化から脱却するのに重要な意義を有している。しかしながら、生存権を含む社会権の参加主体として個人だけでなく集団も想定されていることや、労働者を中心とする当事者を「能力のある当事者」と捉えていることから⁴⁸、下からの社会権論は、実際には生存権の主体として「強い人間」を想定し、現実社会における多様で具体的な個人像でなく、一般的抽象的個人像を前提としているとの指摘もあり、同説のとおり社会権を実現しようとするれば、個別の社会的弱者が国家の恣意的な行政行為や社会的多数者に支配されてしまう危険性もあるように思われる。

（２）自己決定に基づいた「人格的自律論」

a. 自由の前提条件

日本では、生存権が社会保障制度の基本理念を提示し、同制度を法的に基礎づける規定であることについてはほぼ異論がないといえるが、1990年代になって社会保障法を研究する菊池馨実が、社会給付において個人を受動的な受給者＝保護されるべき客体から、積極的能動的な権利義務主体に転換させるために、「個人の自由」、「自己決定権」の理念に立脚し、個人を「人格的に自立した存在として、主体的に自らの生を追求できる」ものと位置づけ、憲法13条を主軸とした社会保障の規範的理論を構築するよう主張しはじめた⁴⁹。憲法13条を主軸とした社会保障の基礎づけ論は、社会保障法関係における個人の主体的位置づけを意識し、より動態的なプロセス的な視点から社会保障法理論を再構築し⁵⁰、社会保障についての「人格的自律権論」といえる。すなわち、社会保障の根本目的は「個人的自由」を確保することであり、憲法13条を基軸として「個人」基底性（個人の尊重）と「自律」指向性（幸福追求権）を保障しなければならない、というわけである。そこでは、社会保障制度

⁴⁸ 西原博史「自治と自律と社会権——生存権の権利主体の立ち位置をめぐって」企業法制と法創造6巻4号（2010年2月）85頁。

⁴⁹ 菊池馨実『社会保障の法理念』（有斐閣・2000年）139-140頁。

⁵⁰ 菊池馨実『社会保障法制の将来構想』（有斐閣・2010年）8-9頁。

において尊重されるべき個人の意思による「選択」、個人の主体的「参加」、個人の「負担（貢献）」という規範的な諸原則が提示されている⁵¹。菊池は、社会保障は「個人の自由」＝「個人の自律」を支援するためのものであり、「自律した個人の主体的な生の追求による人格的利益の実現のための条件整備」である、との見地から、最終的な責任主体としての国家は、「生き方の選択の幅」ないし「実質的な機会の平等」の理念を実現すべきであり、自由の前提条件としての社会保障制度を創設するよう求められている、と説いている⁵²。

このように、憲法25条の生存権保障を憲法13条の幸福追求の理念、あるいは、自己決定権と結びつけ、国家が過度に介入することにより、「保護」と引換えに「自由」を抑圧すること⁵³を警戒している人格的自律権論は、自由の前提条件として必要な範囲内で社会給付の受給者の自己決定を尊重し、自らの幸福を追求するにあたって公権力の干渉を排除する⁵⁴、あるいは、給付水準の切り下げや給付停止を防ぐ概念を提供するものといえよう。

b. 制度後退禁止原則

⁵¹ すなわち、個人単位での権利・義務に着眼し、まず、「選択」の原則から、受給者や利用者の意思による選択権を尊重し、措置制度における契約的要素を重視する。また、「参加」の原則から、不利益処分を課す際の告知聴聞手続の保障のみならず、政策立案過程や制度運営への積極的な参加を可能にする社会保障の仕組みを求める。そのために、前提条件としての「情報へのアクセス」も必要である。さらに、「負担（貢献）」の原則から基本的に能力に応じた負担（応能負担）が求められるが、個別具体的な場面において負担能力がなくても、抽象的な負担可能性がある以上、自立に向けた取り組みが求められる。菊池・前掲注（49）144-145頁、菊池馨実「社会保障の規範的基礎づけと憲法」季刊・社会保障研究41巻4号（2006年）310-311頁。

⁵² 菊池・前掲注（49）139頁以下。

⁵³ 武井寛「自己決定と生存保障」法律時報増刊『改憲・改革と法』（2008年4月）339頁。

⁵⁴ たとえば、サービス利用者のプライバシー権（資産調査）や給付金の自由処分権（学資保険・自動車の購入）などの問題。しかし、これらの問題はそもそも自由権に依拠すべきではなかろうか。遠藤美奈「生活保護と自由の制約」撰南法学23号（2000年）47頁。

給付水準の切り下げに関する憲法論として、いわゆる生存権の「制度後退禁止原則」をめぐる議論がある。「制度後退禁止原則」によれば、立法による憲法理論の実現において、当該措置や制度は憲法上の抽象的義務とされても、一旦措置や制度が成立したら、合理的理由がない限り、その措置や制度を後退ないし廃止させることができない。その規範的効果について、山下健次は、地方自治制度を例にして憲法理論を具体化する法律の「改廃、制度への移行にあたっては、理念の合理的実現という観点からの厳格な根拠づけが要求され、それが十分に示されないかぎり違憲の評価を免れない」と述べている⁵⁵。そして、社会権は、自由権との権利構造が異なり、法的効果の問題以前の歴史的・社会的な客観的意味を有するから、国家からの干渉を要求する社会権の法的効果を「自由権的」効果と呼ぶ場合も、けっして「自由権として」の効果を直ちに意味するわけではない⁵⁶。サラリーマン税金訴訟のように財産権や平等原則にかかわる事案では、「自由権に対する制約排除を自由権として主張することを媒介にして」、生存権の保障が求められる。つまり、具体的事案に応じて、25条の視点からほかの自由権との関連で判断すべきである⁵⁷。そうすると、社会保障立法において、制限条項によってその給付水準を縮減する場合に25条によって違法性阻却や憲法適合を争う可能性がある⁵⁸。このように、25条の生存権条項は、ほかの自由権と連動し、不作為請求たる法的効果によって制限条項の不当な適用を排除する機能を有するから「制度後退禁止原則」の一種といえよう。

その後、棟居快行は、「制度後退禁止原則」をさらに発展させた。棟居によれば、抽象的権利説においても客観的憲法原則としての憲法25条1項に指示された健康で文化的な最低限度の生活に関しては、「現行の

⁵⁵ 横田耕一ほか編『現代憲法講座（上）』（日本評論社・1991年）300頁〔山下健次執筆〕。

⁵⁶ 山下健次「生存権規定の「自由権的效果」」『人権規定の法的性格』（三省堂・2002年）151頁。

⁵⁷ 山下・前掲注（56）152-153頁。

⁵⁸ 例えば、堀木訴訟のような事案において少なくとも関係者の経済生活実態を検討したうえで、健康で文化的な最低限度の生活という視点から制限条項（併給禁止条項）の審査を行わなければならない。山下・前掲注（56）155-156頁。

給付水準の一切の不利益変更を許されないというほどには厳格ではないが、憲法上の一定の幅からも逸脱してしまうような大幅な不利益変更に対してそれを拒否しうる。そして、その「制度の切り下げにあたっては、そのような切り下げが「社会通念」に合致するものであることが、国側により裁判上論証されなければならない」⁵⁹。

このように、制度後退の範囲を特定し、そして国に立証責任を課する主張は、社会給付の「切り下げ」の水準（結果）ないし手続（過程）に対する国の裁量をより厳格に統制する可能性を示すものといえる。実際に「理由づけの不十分な切り下げは、立法手続上の不備が問われ」⁶⁰、また、「切り下げ」は「切り上げ」よりも厳格な審査基準（厳格な合理性基準など）によって審査されるべきであると主張されている⁶¹。近時、葛西まゆこは、主観的権利としての生存権の意味を重視し、「制度後退としての法政策の合理性の問題と、それがもたらす具体的帰結が、（処分行政庁がありとあらゆる手段を尽くしたとしても）ある人にとっての「健康で文化的な最低限度の生活」を失わせるものになっていないかという点は分けて考えるべき」としたうえで、個々人に対して、その生活保障の「『最低限度』の憲法上の規範ラインとして死守しなければならない」と述べている⁶²。この意味で同説は、しばしば羈束裁量論や具体的権利説によって強調された生活水準の客観的検証可能性を認めるという立場に近いと思われる。もっとも葛西は、25条に関する裁量問題の事案において法令違憲だけでなく、適用違憲（処分違憲）の判断を下す余地があると考えており、広汎な裁量による規範的弱化に一定の歯止めをかけようと試みている。

c. 人格的自律論の問題

以上からみれば、制度後退禁止原則には、憲法規範の法的拘束力を拡

⁵⁹ 棟居快行「生存権と「制度後退禁止原則」をめぐって」『憲法学の可能性』（信山社・2012年）403-405頁。

⁶⁰ 遠藤美奈「憲法に25条がおかれたことの意味」季刊社会保障研究41巻4号（2008年）338-339頁。

⁶¹ 棟居・前掲注（59）406頁。

⁶² 葛西まゆこ「生存権と制度後退禁止原則—生存権の「自由権的效果」再考」季刊企業と法創造7巻5号（2011年3月）34-34頁。

張させ、不十分な社会保障立法を是正させる機能があるようである。しかしながら、かような抽象的権利説を前提とする制度後退禁止論のもとで、法律レベルとしての個々人の給付受給権をどのように憲法レベルの生存権にコミットさせるかについては、確かに内野正幸が指摘する「下剋上」や「無から有に」という問題が残っている⁶³。また、小山剛は、生存権には財産権と同じく法律依存性があるが、「財産権の法律依存性の実質は、憲法が設定した抽象的目標に具体的手段を提供するものではなく、法的生活における各人の自己決定の法的インフラを創設することである」と説く⁶⁴。つまり、生存権と自由権との構造上の相違が示された。財産権の具体的な形態は法律によって与えられ何人かに帰属するのに対して、憲法25条1項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容、実現手段及び何人に帰属させるべきかについては未確定であるから、生存権の憲法次元での制度後退禁止原則ないし自由権的效果は成り立たない。ただし、生活保護法に限っては、保護基準の設定と改定の間に差異を認めうと思われる⁶⁵。制度後退禁止論に関する機能と批判や客観的憲法原則等の問題については後に検討するが、以上の学説からすると、給付水準の切り下げについては特に憲法13条を引用する必要はなさそうである。逆に憲法13条を過度に取り入れた人格的自律論は生存権保障の実現を阻害するおそれがあるかもしれない。

すなわち、社会保障制度が自由を享受するための前提条件であることを強調しすぎると、自律した個人の「自己決定」が「自助原則」や「自己責任」と同義に捉えられ、国家の義務であることが薄れてしまい、生存権本来の積極的な意義と機能が失われてしまうかもしれない。また、

⁶³ 制度後退禁止原則の批判について、内野は「下剋上」の問題を指摘した。すなわち、「下位規範に先行して確定しているはずの憲法上の法規範の内容が、下位の制度の有無（ないし内容）によって逆に規定されてしまう（換言すれば、制度成立の前か後かでそれにかかる憲法的規範の内容が無から有に変わってしまい、また、制度を成立すればするほど憲法上の法規範となる領域が広がる）」という難点がある。内野正幸『憲法理論解釈の論理と体系』（日本評論社・1991年）155頁。

⁶⁴ 小山剛「生存権の「制度後退禁止」？」慶應法学19号（2011年3月）110頁。

⁶⁵ 小山・前掲注（64）110頁。

自由の前提条件が最低限度の生存にとどまるならば、生存権の射程を限定することとなり、生存権保障の発展にとって足枷となるかもしれない。したがって、戸波江二は、かような自己決定権に基づいた社会保障理論を「生存権における自己決定として狭すぎ」、「強い個人を措定することは、事態を正確に把握していない観念論と表さざるをえない」と批判している⁶⁶。また、法律論と憲法論の次元の違いにも留意すべきであろう。社会保障法学は、独立の法学体系として、基本的に憲法上の原理よりも政治プロセスにおける立法政策の実現を意図しながら、憲法25条2項から「一定の立法に対する後追いの解釈基準——とそれを踏まえた立法構想——」を導出するに過ぎない傾向にあるという西原博史の指摘もあり⁶⁷、憲法25条2項の「社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進」という憲法理念上の規範があるとしても、最低限度の生活を超える保障については、やはり立法裁量に委ねられてしまうことになりかねない⁶⁸。

d. 実質的自由の拡充—憲法13条の生存権保障機能

そもそも生存権には本質的に人格的自律による自由の確保といった要素があるわけで、社会給付を量的に確保するだけでなく、質的に各個人の現実社会における生き方の「多様性」を確保するために、自己決定な

⁶⁶ 戸波江二「憲法学における社会権の権利性」芹田健太郎ほか編『国際人権規範の形成と展開』（信山社・2006年）384頁。

⁶⁷ 西原博史「生存権論の理論的課題と自己決定・社会的包・潜在能力」『自律と保護——憲法上の人権保障が意味するものをめぐって』（成文堂・2009年）75頁。

⁶⁸ 社会保障法学者の菊池馨実によれば、憲法25条2項にいう給付水準の「向上増進義務」に独自の規範的意味があることを認めるとしても、以下のネックがある。すなわち、社会福祉立法の後退ないし削除は憲法25条2項に反するかどうかについて、①給付水準の財政的な制約があること。②個別制度ではなく、社会保障全体の水準を論ずべきこと。③最終的な所得保障のための生活保護法が存在すること。④社会給付の既得権または財産権の性格が認められても国会の民主的正統性が担保されているから、後退立法には「合理的な理由」がある以上、特段の事情がない限り、憲法25条2項違反をいうのは難しいこと。これらのネックからすれば憲法25条2項に基づいた向上増進義務や制度後退禁止などの規範的意味が認められても、結局立法の裁量に吸収され、規範的機能をあまり見いだせないではないだろうか。菊池・前掲注（50）97-98頁。

いし選択の自由の要素が不可欠である⁶⁹。このような量と質に配慮した社会保障という複合的な概念は、各個人の「善き生」の多様な選択を実現させるために重要である。したがって、憲法25条による立法裁量及び行政裁量の制限についても、それに応じて個別具体的な検討が求められる。したがって、尾形健は「自律的・主体的生のための生活保障にかかる条件整備とは、人生の各過程・各側面における必要・需要に応じて、多様に検討すべき」問題であり、生存権保障は「基礎的生活保障にとどまらない様々な段階・射程を持つ」とし、生存権は重層的な規律構造を有しているから、裁判所は「事案における当事者の事態状況にも配慮しながら、個別具体的に慎重な審査をなす」べきである、と説く⁷⁰。

そうだとするならば、自由を享受する前提としての「自律への条件整備」をそもそも重視している憲法学は、社会給付の受給者が「善き生」を追求できるような生存権保障を論じるにあたって、憲法25条の他に憲法13条までもちだす必要があるだろうか。これについて、佐藤幸治は、個人の自律性（自由と参加）を基礎に社会権を捉えたうえで、生存権（社会権）を憲法「13条の幸福追求権（基幹的な人格的自律権）から流出派生する権利であり、就中、25条は生存権（社会権）の土台というべき総則的規定の位置にある」と解し、自律的な存在としての個人の生を全うするためには、様々な局面において社会連帯に基礎をおく、その状況に応じた適正な支えを必要とする⁷¹。すなわち、憲法25条の生存権を基盤とする憲法13条の内実は、社会政治状況と関係しつつ発展的に形成されていくものであり⁷²、25条と13条とが有機的に連結されれば、このような自律への条件整備が広く保障されることになるという意義があるといえよう。

⁶⁹ 小林武「今日の生活保護裁判と「生存権の自由権的效果」再考」『人権保障の憲法論』（晃洋書房・2002年）263-237頁。

⁷⁰ 尾形健「「福祉」問題の憲法学——「自由で公正な社会」における社会保障制度の意義」ジュリスト1244号（2003年）109-111頁。尾形健「生存権論の可能性——憲法25条をめぐる司法審査のあり方についての一視点」法学教室326号（2007年）18頁。

⁷¹ 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）361-362頁。

⁷² 佐藤・前掲注（71）177-178頁。

竹中勲は、社会権規定が盛り込まれた以上、日本国憲法における人間像は、近代立憲主義の念頭に置く抽象的人間像ではなく、憲法25条に示されるように、「少なくとも経済的自律（自立）性が十分でない状態にある個人・貧困者などの存在を念頭に置いている」具体的人間像と解すべきである、と述べる⁷³。そして、憲法13条前段にいう「個人の尊重原理」における個人を、「他者（国家・公権力や私人）とのかかわり、交わりの可能性を否定されない存在としての個人」とし、そして、憲法13条後段により「判断能力・自己決定能力が十分な個人だけでなく、それが十分でない（不十分・欠如した）個人も、かけがえのない独自の存在として自分なりのまとまりのある人生をつくりあげることを模索し希求する権利をもつ」、として、いわゆる「自己人生創造希求権」を導きだせると主張した⁷⁴。つまり権利主体としてより個別的・具体的な個人を想定したうえで、自律能力がない、あるいは、不十分な個人も生存権保障の射程におくべきだと解しているように思われる。

このように、日本国憲法の「核心」とされる憲法13条（人間の尊厳・個人の尊重原理）は、制限的・絶対的な自由観ではなく、憲法25条の生存権等の社会権に影響を与え、そしてまた調和され、憲法13条には、「一定の幅のある」多面的・複合的な意味があると思われる。つまり、社会権が憲法に規定されているからこそ、自由を享受する前提条件を欠くことのないようにしなければならないのであり、社会権は、自由の実質的な享受と「拡充」のために、私的自治の原則ないし多数者による差別・暴力等に対抗しうる憲法上の権利として、自由権と協働しながら個人の尊厳を確立させるものである。憲法13条は憲法の核心としてすべての憲法条文を整合・指示しており、その尊厳理念には社会権的要素も含まれていると解することができる。そこで、憲法13条の尊厳理念を多層化させ、生存権に基づく社会保障を質・量ともに向上させることが重要な課題となる。最近になって尾形健は、憲法13条後段の「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」という文言に照らして、社会権等の

⁷³ 竹中勲「基幹的な自己人生創造希求権と憲法13条論」『憲法上の自己決定権』（成文堂・2010年）34-35頁。

⁷⁴ 竹中勲「高齢者と人権保障・憲法学」法律時報77巻5号（2005年）22頁。

国務請求権的性格を有する権利にあつては、「最大限充実の原理」を掲げていると解すべきである、という有意義な見解を提示している⁷⁵。

社会的実情に応じて社会保障制度による財の再分配を行うということは、国民に何らかの義務を負わせることを意味する。社会保障は、実質的には国家からの給付を受給する個人という一方的な依存関係ではなく、諸個人の相互依存関係の上に成り立っている。したがって、「個人の自律」のみによって社会保障を十分に基礎づけることはできない。とりわけ社会保障の強制加入といった問題には、「社会的連帯」のようなより強力な根拠が必要であらう⁷⁶。自己決定に基づいた人格的自律論は、生存権の権利主体の回復に資する理論だが、福祉国家理念のもとで、国家が一方的に保護を施すような社会扶助や、社会保険給付の切り下げを回避するために、社会連帯理念だけでなく、国家の保護義務、信頼保護原則、平等原則についても検討を必要とするものである。これらの原理原則は、立法裁量や行政裁量を制約し⁷⁷、生存権訴訟における裁判所の判断をより適切なものとするのに資すると思われる。

（３）社会的排除に抗する「弱者のエンパワーメント」

「下からの社会権論」または「人格的自律論」における権利主体は、自律能力を有していることが前提とされているから、自己の生存を維持するために他者の援助を必要とする人々も、単に保護を受けるだけでな

⁷⁵ 尾形健「「生活への権利」はいかなる意味で権利か」長谷部恭男編『講座人権論の再定位 3 人権の射程』（法律文化社・2010年）256頁。

⁷⁶ 岩本一郎「生存権理論の現況と課題」北海道自治研究490号（2009年11月）31頁。岩本は、自由、平等、民主主義、社会連帯の4つの理念を生存権理論の柱とする。

⁷⁷ たとえば、社会給付水準の切り下げの問題について、宍戸常寿は、行政裁量の統制における「判断過程統制」の手法を用いて、厚生労働大臣の判断（他事考慮ないし過大考慮に当たるかどう）を憲法25条の理念に照らして検討するという形で、さらなる審査密度の深化を図ることができる、と説く。また、被保護者の個別具体性を重視したうえで、給付水準の減額に対しては、平均的世帯同士の比較ではなく、個別世帯の生活実態に着目すれば適用違憲の判断が下される可能性がある」と指摘している。宍戸・前掲注（27）169-170頁。

く主体としての責任が求められる⁷⁸。そのために、「個人の自律」によって基礎づけられた生存権論は、個人が「保護すべき客体」から脱却するために、自己の生を追求する「自律の努力」がまず求められる⁷⁹。具体的に、生活保護法4条の「利用し得る資産、能力その他あらゆるものを、その最低限度の生活の維持のために活用することを要件として行われる」という、いわゆる「保護の補足性」については、経済的自立、すなわち就労することだけでなく、社会的自立を含む努力が要求されると解釈されてきた。自律＝自立論における「人格的に自律」している強い個人像は、主に「国家からの自由」に着眼し、身分制社会から解放された諸個人が国家や団体等の権力に対抗するために提起された理論だと思われるが、リアルな格差社会で自律＝自立できない人々を排除する機能を果たしているという批判がある⁸⁰。

強い個人論の代表的論者である樋口陽一は、「人権というコンセプトは実在する弱者が、にもかかわらず強者たろうとする意思を持つということを前提」とするフィクション性が必要であると説く。なぜかという、「社会契約による公共社会の成立への説明のフィクションをあばくことと同様に…人権という思想そのものが「実在」への依存によってではなく、「虚妄」との緊張に耐えることを要求している」からである⁸¹。そして、人権の歴史からみれば、「身分制のしがらみから解放されたひとりひとりの個人が、「自分のことは自分で決める」という生き方を目

⁷⁸ 笹沼弘志「社会権保障における憲法学の成果——社会的排除の現実から問う」憲法問題19号（2008年）31-32頁、笹沼弘志「格差社会と社会的排除——立憲主義の危機と社会権の可能性」法律時報79巻8号（2007年7月）85頁。

⁷⁹ たとえば、尾形健は、「有責な主体であるということはたとえ無抛出の給付を受ける主体であっても、自己の生を追求するための努力を怠ってはならない」と説く。尾形「生存権論の可能性」・前掲注（70）11頁。

⁸⁰ たとえば、笹沼弘志は、「人格的自律による社会権の基礎付け理論が、切り札としての人権論と共鳴しつつ、保護・国家的責任を縮小させ個人の責任や負担を要求し、社会通念としての「自立」観念及び「勤労の義務による生存権制約説」に一層強力な基礎づけを与え、社会的排除を促進する傾向にある」という。笹沼弘志「社会権保障における憲法学の成果」・前掲注（78）32頁。

⁸¹ 樋口陽一『憲法 近代知の復権へ』（東京大学出版会・2002年）169-170頁。

ざすところにあったはず」であると考えられるから、法・社会制度における人間像として、まず「強い個人」が想定される⁸²。なお、奥平康弘は、「ヒューマン・ライツ」と「憲法の保障する権利」とを区別し、「ヒューマン・ライツ」の主体を「一人前、すなわち最小限の程度において理性的な判断能力を具えている者、もっといえば、関連情報が与えられることにより、自分の行為の目的を自主的に選択し、目的適合的であるためにはなにが必要かということを自主的に判断して、自己の責任において行為する主体」という「平均的」な一人前の人間と想定する⁸³。このように、人権論においては強い個人が市民の公共性ないし人間の理性の根拠として唱えられている。

しかし、権利主体を「強者であろうとする弱者」または「平均的な人間」とするこのような人権理論は、自立・自律能力によって基礎づけられ、「国家からの自由」と人権の普遍性にこだわるあまり、人間の主観的な「感性的自由」、「欲望の開放」、「自分の幸福への期待」ないし「社会事実の脈絡」をあまりに軽視しているという問題がある。また、社会保障に依存せざるをえない人々は弱い個人であるとされ、再び自立した生活を回復できないと見做されれば社会的に排除され、社会保障を得るためにその自由を制限することまでもが正当化されうることになる。このことにより、たとえ社会的・経済的弱者（子供、高齢者、貧困者等）を保護する権利が憲法上の権利として認められても、配慮された「特別な権利」だとされ、その価値は自然権や自由権より劣ると説かれるため、実質的には暴力的⁸⁴、恩恵的⁸⁵な側面が残存し、その保護機能も限られる

⁸² 樋口陽一・前掲注（11）54-55頁。

⁸³ 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣・1993年）24頁。

⁸⁴ 石埼学は、事実としての人間に「規範的人間像」という仮面をかぶせた「人権理論の基礎にある「あるべき人間像」が、現実の人間に、永遠ノルム化を強いるがゆえに暴力的であるという側面」がある、という。石埼学『人権の変遷』（日本評論社・2007年）27-29頁。

⁸⁵ 笹沼弘志は、「人権以上の特別な権利が保障されるべきだと配慮の必要を強調するが、その根拠は温情以外にはないことになろう。……ある種の人々を排除し、平均的な人間に限定するというのは、一部の人の権利の正当化にとどまり、普遍的人権とはいいいがたい」と説く。笹沼弘志「人権批判の系譜」愛敬浩

ことになる。

石崎学は、こうした普遍的な強い個人像を「理性的＝規範的人間像」とし、差別と排除の基盤になってしまうと批判した。すなわち、石崎は、「それぞれの具体的人間は、規範的人間像から、多かれ少なかれ偏見を持っている。その偏見にしたがって、人間は、階層構造のうちに序列化される。規範的人間像を中心に、その中心からの距離によって、人々は序列化される。基本的人間像を基礎にした近体の人権概念自体が、差別的な階層秩序を再生産する」と説き、理性的人間像を基底におく近代的人権概念の問題点を指摘した⁸⁶。また、笹沼弘志は、「人格的自律能力による人権基礎づけ論には、自律能力なき者を権利保障から排除せざるをえない根本的問題がある」と指摘し⁸⁷、そして、強い個人のような考えは、「団体対個人という枠組みの中で構想され、あくまでも個人の自己決定＝自己責任、自立を倫理的に説くにとどまり、現実の個人がおかれている支配服従構造を等閑視しているため、結果として、個人の自立を強調し過重な個人責任を負わせ国家責任・企業責任の後退を正当化」⁸⁸し、保護を必要とする社会的経済的弱者を自立させる、あるいは、幸福にするという名目のもとに社会的経済的弱者を主体化させて保護することが国家の恣意的な支配に服従させることに転化されてしまう構造的問題を指摘した。

このような問題は、生存権理論において、生活保護法4条1項の「稼働能力活用要件」や憲法27条1項の「勤労の義務」が強調されるところに現れており⁸⁹、「自助努力の強制を内実とする社会通念上の「自立」観

二編『講座人権論の再定位 2 人権の主体』（法律文化社・2010年）26頁。

⁸⁶ 石崎・前掲注（84）35-36頁。

⁸⁷ 笹沼弘志「生存と自由——健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」法学セミナー 642号（2008年6月）59頁。

⁸⁸ 笹沼弘志『ホームレスと自立／排除——路上に「幸福を夢見る権利」はあるか』（大月書店・2008年）49頁。

⁸⁹ 笹沼によれば、1993年以後「勤労の義務による制約説」として「国民は、憲法第27条第1項により勤労義務を負っており、憲法第25条はこれを前提として国民の生存権を保障したものであるから、稼働の能力があり、その機会があるにもかかわらず、その者の能力の範囲内で紹介された職業に就くことをあえて

念と結合し、失業などの要因によって勤労の意欲さえ喪失させられた人々を保護から排除するとともに、保護に依存する人々を自助努力を怠る者とみなし、社会的排除を正当化、促進する機能を果たしてきた」という⁹⁰。

以上の問題を克服するために、笹沼弘志は、「社会的排除に抗する社会権論」を提起した。笹沼は、中村睦男の「資本による支配と搾取に対する労働者階級の異議申立」に注目し、土地私有制度のような資本主義秩序において多くの人々の自然権的権利が剥奪されたため、持たざる者への補償は社会、国民全体の責任である、というトマス・ペイン（Thomas Paine）の考えに基づき、自然権としての「プロパティー侵害への異議申立と補償措置」を基礎に社会権の正当性を説く。こうした見地からは、社会権の基礎づけに人格的自立能力や主体の負担責任や貢献という義務は不要であるように思われる。そして、笹沼は、生存権に基づいて、自律・自立能力のない人々（怠け者として社会から排除された人々）を含む「すべての人」に対して多様な保護を提供し、自由な幸福追求の条件を確保しなければならない、と主張する⁹¹。

このように、強い人間像を前提とする人権理論は、現実社会の諸個人を自立している保護者（強者）と自立できない被保護者（弱者）に区分し、普遍的規範の人間像によって現状（実質的な強者の地位）を維持する結果となっている。結局、既存の社会的権力による横暴が正当化され、被保護者である弱者は永遠に保護者によって支配されるようになる。このような現況を打破するために、生身の人間は、超社会的な存在ではなく、日常的に他者と相互関係をもちつつ行動することによって形成されている社会に所属し、実在しているのだから、社会的・構造的権力によ

忌避する者については、生活保護法による最低生活の保障が及ばないとしても憲法上の問題ではない」という解釈が示され、生活保護法４条１項の稼働能力活用要件が厳格に解釈されるようになり、生活保護申請の違法な拒否も横行しているという。笹沼弘志「社会権・国家賠償請求権」辻村みよ子『基本憲法』（悠々社・２００９年）２１７-２１８頁。

⁹⁰ 笹沼・前掲注（８０）３２頁。

⁹¹ 笹沼・前掲注（８０）４４-４５頁、笹沼・前掲注（８７）５９頁。

る支配や圧迫という事実には留意しなければならない⁹²。したがって、現実社会を生きているすべての人々を共同体の一員として平等にあつかい、何人も社会から排除されることのないように、憲法の包摂する機能と所属させる機能を重視すべきである。生身の人間には、「社会からの自由」だけでなく「社会による包摂」や「社会への所属」も必要である。すべての権利主体には、市民としての資格と人間の尊厳が認められ、政治プロセスだけでなく、社会共同生活に参加する実質的条件が整えられるように要請できると理解すべきである。このような「弱者のエンパワーメント」という見地から、社会的格差や社会的排除に苦しむ社会的弱者の異議申立に適切に対処しうる制度・基盤を整え、その是正や回復に資する理論を構築すべきである。

3. 無干渉の違憲審査基準

プログラム規定説によれば、生存権を法的権利ではないとする立場であるから、生存権の問題はそもそも司法審査の対象とはならない。したがって、生存権の裁判規範性が認められなければ、その違憲審査基準を論じる実益がないことになる。しかし、生存権が法的権利であるとしても、抽象的権利説における生存権の裁判規範性はかなり制限的なものであり、生存権は具体的請求権ではない、と説かれている。実際に日本の最高裁判所も、憲法25条の生存権に基づく救済をこれまで認めていない⁹³。最高裁は、食糧管理法違反事件判決以降、朝日訴訟、堀木訴訟、

⁹² 人権に内包された権力関係は、単に国家権力のみを指す概念ではない。現代の高度に組織化された社会では、権力は人々の日常的な行為形式を通じて作用し、様々な儀式や制度を媒介として国家的支配という全体的合成性を形成する現象がある。したがって、「国家からの自由」のみならず、「社会からの自由」の「権力関係」も重視されるべきだろう。石崎・前掲注（84）29-30頁。

⁹³ もっとも、山下健次によれば、生存権の保障については2段階の裁判的保障があるから、弱い裁判規範力のもとでも一定の救済機能がある。第1段階として、裁判所において、諸法令を可能な限り憲法の趣旨に従って積極的に解釈することにより、生存権保障の裁判的保障のレベルアップをはかり（憲法によって形骸だけを与えられた生存権は、それを実施する法律によって空間が埋められ、権利が実質化していき、実質化が進めば進むほど、直接「処分の違憲性」

そして近年の学生無年金訴訟においても消極的な姿勢を崩していない。

生存権訴訟における具体的な違憲審査基準について、最高裁は、堀木訴訟において「憲法25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じるかの選択決定は、立法府の裁量に委ねられており、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のに適しない事柄であるといわなければならない」と述べ、生存権の裁判規範性を認めたものの、広範な立法裁量論を前提とし、いわゆる「明白性の原則」という極めて緩やかな審査基準を採用した。生存権の具体的な内実に関する判断を回避しているため、実質的に審査していないに等しい。それに対して、学説では芦部信喜が「すくなくとも、平等原則違反というかたちで問題が争われるときは、形式的な目的と手段との合理的関連性の有無を問うだけの、立法府に広汎な裁量を認める考え方ではなく、もう少し具体的な事実、実態に基づいて判断をする方法で審理」⁹⁴すべきであるから、「アメリカの『厳格な合理性』のアプローチと同じ厳しさの実質的審査を認めるものでなければならない」⁹⁵と述べ、「生活事態を考慮した上での中間的審査基準」を提示した。

また、「最低限度の生活保障」と「より快適な生活保障」とを区分し、生存権を二層の構造と把握して、最低限度の生活保障の程度については客観的に把握しうることから、「厳格な審査基準」を適用すべきである、という主張もある。たとえば中村睦男は、最低限度の生活保障に関しては「厳格な審査基準」を適用し、より快適な生活保障に関しては「より緩やかな審査基準」を適用すべきだと主張する⁹⁶。横田耕一や浦部法穂は、最低限度の生活保障には「厳格な審査基準」を適用すべきであるとしつつ、より快適な生活保障について、横田は「厳格な合理性の基準」

を争うことができるようになる)、第2段階では、憲法の生存権規定が直接適用される。山下健次「生存権の裁判的保障」大須賀明『生存権』（三省堂・1977年）115頁。

⁹⁴ 芦部信喜『憲法判例を読む』（岩波書店・2000年）163頁。

⁹⁵ 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣・1981年）113頁。

⁹⁶ 芦部編・前掲注（22）357-358頁〔中村睦男執筆〕。

を、浦部は「合理性の基準」を適用すべきである、と主張している⁹⁷。

このように、学説が提示している「生活実態に基づいた違憲審査」、あるいは、「生存権の二層構造の把握」によって、生存権の違憲審査基準をより厳密にできるはずだが、裁判実務には反映されていない。藤澤宏樹によれば、二重の基準論を前提とした生存権の違憲審査においては、広汎な立法裁量論を前提として無審査ともいえる合理性の基準が適用されるのは必然の帰結である。すなわち、精神的自由を享受する前提である経済的基盤を保障するものとして生存権を捉え、自由権的に構成し直すという構造をとる限り、たとえぎりぎりの生活に関する事柄（最低限度の生活保障）が憲法上の権利であるとされたとしても、結局、二重の基準論のもとでは、自由権であっても経済的事象に関する自由については合理性があれば規制されてもよいことになっているため、より純粹に経済的事象に分類される生存権の問題では⁹⁸、合理性の基準の適用も容易に認められてしまう⁹⁹。そこで、生存権訴訟における違憲審査基準をより厳格なものとするために、藤澤は、生存権に経済的権利と異なる性質が含まれていることを明らかにする必要性に加えて、「生存権の自由権的基礎づけばかりでなく、自由権を生存権的視点から再構成する」必要性も指摘している¹⁰⁰。したがって、いわゆる権利の価値序列に基づい

⁹⁷ 横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』（有斐閣・1987年）161頁以下、浦部法穂『違憲審査の基準』（勁草書房・1994年）33-45頁。

⁹⁸ たとえば、君塚正臣は、二重の基準論のもとで「日本国憲法が、社会国家・福祉国家原理を取り入れ、特に社会権の基本権規定を挿入した点を強調しても、そのことが厳格度の高い司法審査基準を妥当する根拠とはならない。……生存にかかわる、つまりは経済的事象の社会国家政策の規制問題に、特に厳格度の高い審査基準を当てはめることは、一貫性を欠こう。…社会権の問題は経済的自由の修正として純化することができるよう思われ、合理性の基準が妥当すると言いやすいと思える」と述べ、合理性の基準から分化した中間審査（三重の基準論）の恣意性を指摘し、明快な憲法訴訟論を展開するために従来の「二重の基準論」を復活・確立すべきと主張した。君塚正臣「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学17巻2号（2008年12月）10頁。

⁹⁹ 藤澤宏樹「生存権の違憲審査基準論の再検討」法律時報75巻10号（2003年9月）84-86頁。

¹⁰⁰ 藤澤・前掲注（99）86頁。

た「二重の基準論」が反映している生存権訴訟の審査基準は、見直されるべきである。

多様な生活実態に応じた生存権保障や、より快適な生活保護といった観点からは、生存権の実現にかかる立法府や行政府の裁量を認めないわけにはいかない。しかし、司法審査を行う以上、審査しないに等しいような過度あるいは一律に広汎な立法裁量に委ねるべきではない。生存権が実質的に保障されない原因として、生存権の内容が抽象的であることその他に、受給資格、受給要件等の行政手続上の問題にも注目すべきであるとの指摘もある。たとえば葛西まゆこは、立法裁量においても生存権保障の手続に関しては裁判所の積極的な審査が可能である、と指摘している¹⁰¹。生活保護以外の福祉政策については、立法による解決を促すために裁判所が可能な限り精緻な検討を行うことが求められるため、一律に緩やかな審査基準を適用するのではなく、当事者それぞれの利益を考慮しつつ、厳密に比較衡量を行うべきであり、中間審査基準といった「より厳格な審査基準」によって審査すべきである、と主張している¹⁰²。葛西は、最近の論文において、法律による具体化がなされてはじめて憲法

¹⁰¹ 葛西まゆこ「生存権と立法裁量」法学政治学論究67号（2005年12月）220頁。

¹⁰² 葛西まゆこは、主にアメリカのモンタナ州のブッテ（Butte）判決から、福祉政策に関する立法裁量を合理的な範囲内に制限した中間審査基準の手法という示唆を得ている。すなわち、モンタナ州憲法には、権利宣言としての2条「生活に必要なものを追求する権利」という福祉保障条項、及び、社会福祉立法の権限を定める12条の統治機構の規律がある。

モンタナ州最高裁は、Butte I 判決（Butte Community Union v. Lewis, 712 P.2d 1309 (Mont. 1986)）において、12条について「憲法が給付を命じる以上、公的扶助の制度については、政策目標とのより合理的な関係が必要である」と判示した。したがって、福祉給付に関する立法裁量は完全に無制限ではない。そして、Butte II 判決（Butte Community Union v. Harris, 745 P.2d 1128 (Mont. 1987)）において、「福祉給付については、それが、基本的な必要を充たすための憲法に根拠を置く社会扶助への権利であるがゆえに、立法部は、十分な保護がなされるよう配慮しなければならない」と判示した。したがって、立法裁量は決して司法審査を遮断するものではない。葛西・前掲注（101）201頁以下、藤田忠尚「生存権の発見——アメリカ州憲法における積極的権利の軌跡（2・完）」福岡大学大学院論集（2009年11月）237頁。

25条の機能を果たすことになるという抽象的権利説の下でも、生存権訴訟における行政裁量を逸脱した違法な処分に対して、裁判所は、憲法的価値を読み込んだ「違法」判断によって権利保障をはかり、行政裁量の根拠となる法律の解釈に憲法規範を読み込めば、「違法」レベルを「違憲」レベルに引き上げる余地があるとして、いわゆる「小さな司法」による救済方法を提示している¹⁰³。

しかしながら、葛西は、「生存権が憲法に存在する限り、少なくとも最後のセーフティ・ネットを取り去ることができない」という明確な最低限度の規範内容がある、とも述べている¹⁰⁴。そうであるならば、最低限度の生活保障については具体的権利性があることを認めざるをえないのではないかと指摘している。その意味で、抽象的権利と具体的権利説という学説の区別によって生存権の規範的効力を判断する必要はないように思われる。しかも、生活保護法のような生存権を具体化した法律が既に存在しているのだから、その実施の態様について、生存権の要請に合致しているかを判断すべきであろう。笹沼によれば、健康で文化的な「最低限度の生活保障」という概念は、「国民の生活実態、特に生活困窮者の実態を考慮し、公正な給付の実施手続基準等を設けることを要請している」。そして、憲法「25条規範の要請とその具体化・実施過程の構造とその統制方法が明らかになった以上、広範な立法裁量、行政裁量を認め、司法判断を抑制することは許されない」¹⁰⁵。

他方、生存権の個別具体的な性質に基づいて「より快適な生活保障」を図り、福祉政策の策定を迅速かつ的確に行なうために、一定の立法裁

¹⁰³ 葛西・前掲注(24) 110頁以下。

¹⁰⁴ 葛西・前掲注(24) 118頁。

¹⁰⁵ 笹沼弘志「生活保護基準設定における大臣の裁量権と立憲主義的統制」賃金と社会保障1529・1530号(2011年1月合併号) 34頁。近時、老齢加算廃止訴訟福岡控訴審(福岡高判平成22年6月14日判時2085号76頁)は、裁判所は老齢者の生活実態に基づき、老齢加算の減額廃止は社会通念に照らし著しく妥当性を欠いており、正当な理由はないことを指摘し、その減額廃止が生活保護法56条に違反し「違法」であると判示した。つまり、行政裁量を認めたが、最低生活水準を維持するための諸措置を国側が十分に考慮していなかったのは、裁量権の逸脱または濫用と見なされた。

量や行政裁量を認めることは、やはり必要だと思われる。しかし、それらすべてに緩やかな違憲審査基準を適用すべきではない。尾形が説くように、生存権を発展的に実現させるため、生存権の司法審査は、「政治部門の判断に一定の途を開きながら、しかしその進むべき方向について、憲法や各法令の指示するものを踏まえつつ漸進的に領導していくことが重要」である¹⁰⁶。このように、司法府と立法府との対話を進めていく過程に、立法裁量論や司法審査の積極的な意味を見出すことができるわけである。

このように、従来の生存権学説の分類によれば、生存権を二層的ないし多層的に把握する傾向があるようである。そうだとすると、対応する審査基準の二分化ないし多分化も必要だと思われ、このような生存権の多層的権利概念に基づき、多様な社会保障権利・利益に応じて異なる違憲審査基準を適用し、より積極的な司法審査が期待されるといえよう。そこで、現在の社会事実の脈絡のもとで、生存権の多段階的・多層的類型化に応じて、各実践過程におけるそれぞれの内実と規範的意義や救済機能の最大化、及び人間の尊厳や平等原則などの憲法条項との関係がさらに明らかにされなければならないことになる。

〔付記〕本稿は、北海道大学博士（法学）学位論文「社会給付と生存権保障の憲法理論——日本・アメリカ・台湾の司法審査を中心として——」（2011年6月30日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり、日本交流協会奨学金（H19002・2007－2010年度）の支援を得た。また、加筆・修正にあたり、日本学術振興会科学研究費補助金（研究活動スタート支援・課題番号：23830002）（2011－2012年度）の助成を受けている。さらに、加筆・修正の際には、落合研一氏（北海道大学アイヌ・先住民研究センター助教）、児玉弘氏（北海道大学法学研究科博士課程・日本学術振興会特別研究員）、橋場典子氏（北海道大学法学研究科博士課程・日本学術振興会特別研究員）のご協力をいただいた。記して謝意を表したい。

¹⁰⁶ 尾形健「生存権論の可能性」・前掲注（70）21頁。