HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（2）：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(6), 510 [15] -485[40]
Issue Date	2013-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52552
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR63-6_002.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（２）

―― 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、63巻３号）
　第２節　アメリカ――権利・義務の二分化と憲法解釈の限界
　　１．権利・義務の二分化
　　２．福祉給付の手続的保障
　　３．司法審査の民主的正当性及び生存権の促進　　（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

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２節　アメリカ――権利・義務の二分化と憲法解釈の限界

１．権利・義務の二分化

(1)　消極的権利と積極的権利

異なる憲法ビジョン（constitutional vision）に基づいた憲法観ないし憲法解釈は、当然それぞれ異なるから、「それぞれの国の憲法典や社会のあり方が異なるため、憲法の射程をめぐる議論も異なる」[1]。それに、時代ごとに直面した問題も異なり、権利の性質や内容・範囲に対する認識、およびその後の憲法の「変遷」ないし「運用」も必ずしも一致しているわけではない。

アメリカ合衆国憲法は、1788年に発効した世界最古の成文憲法である。当時の伝統的立憲主義思想の下における憲法の最大の目的は、国家権力を制限して国民の権利・自由を守ることであり、自由国家・消極国家を目指す「国家からの自由」は、国民の自由と幸福の基礎であると考えられ、いわゆるバーリン（Isaiah Berlin）式の消極的自由、個人的自由と自律・自己統制を重視する側面が強い。19世紀以後、多くの国は、資本主義の発展により生じた問題を克服し、社会的・経済的弱者の自由と生存を確保するために、憲法の制定や修正に迫られた。つまり、多くの憲

[1] 宮下紘「ステイト・アクション法理と社会権」千葉大学法学論集23巻１号（2008年９月）85頁。連邦制の合衆国には、連邦政府の権限の制限・配分を常に念頭におかれ、州の自律性を尊重したうえで、契約の自由や個人の自由を維持する伝統がある。従来、安全・秩序・医療・健康など一般の福祉（general welfare）に関する法律制定の権限に関しては、連邦は与えられていない。いわゆる「福祉権限（ポリシ・パワー）」（police power）として、州に与えられた権限である。そのために、権利を論じる際に、連邦と州との権限の制限・配分問題がまず提起されなければならない。こうして、二元的・古典的な立憲主義の特色を有している。しかし、ニュー・ディール期を契機に、連邦最高裁は憲法の解釈・運用を通して、課税・支出権限条項、州際通商規制条項の適用範囲を拡大し、連邦政府の権限ないしアメリカ憲法のビジョンも変わりつつある。

法には、社会権のような国家的な計画・保護を請求する権利が書き入れられ、積極的権利あるいは国家の保護義務という一定の「社会の青写真（blueprint for society）」が示された。しかしながら、アメリカ憲法およびその後憲法修正条項では、相変わらず、国家権力・政府行為を制限・禁止することを明文で定める「政府の概要（outline of government）」のみが維持され、自由や福祉をどのように追求するのかはあくまでも諸個人の判断に委ねられた。このように、アメリカ憲法およびその後の憲法修正条項が、社会の将来的なビジョン・目標を示すことはなかった。現在でも、福祉権（welfare rights）のような社会権条項の明文がない[2]。したがって、福祉給付のような国に積極的な作為を請求するのは、その法的性格が基本権として合衆国憲法によって保障されるかどうか、そして、司法府がいかなる執行・救済するかが、少なくとも法理論としては問題となる。

福祉給付の法的保障に関しては、一般的に、リチャード・ポズナー（Richard Posner）裁判官が Jackson v. City of Joliet で述べたように、「1868年に自由放任（レッセ・フェール）（laissez-faire）思想に基づいて制定された修正第14条の趣旨は、主にアメリカ市民を州政府による侵害から保護することであり、市民に対して基本的な政府サービスを提供するわけではなかった」[3]。すなわち、アメリカでは、福祉受給権・請求権のような「積極的

[2] ただし、州憲法のレベルでは、19世紀初頭から労働権や環境権や貧困者の保護などの社会権に関する規定がある。とりわけ、アラバマ州、カンザス州、ニューヨーク州、オクラホマ州の憲法には、生活困窮者を援助する積極的義務を州政府に課する明文規定がある。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（1）」福岡大学大学院論集第41巻２号（2009年11月）205頁。葛西まゆこ『生存権の規範的意義』（成文堂・2011年）94頁。

[3] ポズナーは、公務員（警察）が国民の生命の救助を怠るか否かは基本的権利とあまり関係なく、権利章典に照らすと、国民に対する政府の過小行為より、政府の過剰行為のほうが、警戒されると思われる。Jackson v. City of Joliet, 715 F.2d 1200 (7th Cir. 1983). ただし、財産権のような権利にはその権利保護および実施するための公的措置の要求が内在しているとし、政府の積極的行為がなければ、消極的権利も消滅する、とポズナーは説く。もっとも、これによって積極的権利の作用を認めるとは限らないように思われる。*See* Richard A. Posner, *The Cost of Rights: Implications for Central and Eastern Europe-and*

権利」という基本権概念が持たれていないようである。むしろ、憲法の文言に法律の留保や人権制約条項が存在しないことから、基本権の概念は、「核心的・絶対的・質的保障」や「消極的権利」に集中するという特徴を有している。

このような自由放任の思想や絶対性・消極的権利観が、裁判所による憲法判断に影響している。それに、コモン・ロー（common law）の背景のもとで、裁判官は、憲法制定者の意図（Framers' intent）、憲法本文（テクスト）（text）、先例拘束（stare decisis）を非常に重視している。その結果、明文規定を有していない生存権などの社会的基本権が否定される傾向にある。その理由として、国家に対する（食物）物質や（医療）サービスの提供を要求することは、資源の配分などの積極的行為の要求を意味していること、また、権利として扱われるとしても明確な義務主体がなく[4]、不完全な権利・義務であるから、かえって個人の自律・自由が侵害されるおそれがあること[5]、などがあげられている。

それにもかかわらず、1930年代のニュー・ディール期における連邦社会保障制度の制定以来、1960年代の公民権運動および1970年代の福祉権運動にともない、デュー・プロセス条項や平等保護条項の範囲を公教育、雇用、住居の選択などの福祉受給の領域まで拡大しようとする動きがある。しかし、一般的には福祉受給権を憲法上の権利として認められない傾向が依然として強い。たとえば、連邦最高裁は、Dandridge v. Williams[6]およびLindsey v. Nomet[7]において、福祉権を否定し、San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez[8]において教育権を否定した。なお、Lavine v. Milne[9]において、福祉に関する権利・利益は基本的権利

for the United States, 32 TULSA L.J. 1, 3 (1996).

[4] Jenna MacNaughton, *Positive Rights in Constitutional Law: No Need to Graft, Best Not to Prune,* 3 U.PA. J. CONST. L. 750, 755-757 (2001).

[5] Gerald C. MacCallum, *Negative and Positive Freedom,* 76 Phil. REV. 312, 324-325 (1967).

[6] 397 U.S. 484-487 (1970).

[7] 405 U.S. 56, 74 (1972).

[8] 411 U.S. 1, 35 (1973).

[9] 424 U.S. 577 (1976).

ではなく、州または連邦政府の憲法上の義務でもないと述べた。また、DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services[10]において、レーキンスト首席裁判官（Rehnquist, C.J.）の多数意見では、「デュー・プロセス条項は、政府（州）の権力の制限を規定しているのであって……政府による扶助のような積極的権利を付与するものではなく、たとえこのような扶助が私人の生命、自由または財産の保障にとって不可欠なものであっても」、「憲法制定者の意図により政府の義務の範囲は……民主制の政治プロセスに委ねられるべきである」と述べられている[11]。

---

[10] 489 U.S. 189 (1989). 本件では、州の社会福祉事務所児童保護局が親による児童の虐待を疑いながら適切な措置を講じなかったことは、修正第14条のデュー・プロセス条項に違反するかどうかが争われた。連邦最高裁は、合衆国憲法は私人による権利侵害を防止する義務を州に課していないと判示した。つまり、生命に対する政府による未然的・積極的な保護は、デュー・プロセス条項によって実体的に保障された自由・利益ではない。

[11] DeShaney 判決のレーキンストの多数意見は、「Lindsey v. Normet, 405 U.S. 56, 74 (1972). 貧困者に適切な住宅を提供する義務が否定された事案」、「Harris v. McRace, 448 U.S. 297 (1980). 公的資金による貧困妊婦の中絶と医療サービス費用の請求が認められなかった事案」、「Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307, 317 (1982). 州は、精神病院に収容されている患者に対して実体的なサービスを提供する憲法上の義務を有しないと示された事案」の判例を引用し、デュー・プロセスによる福祉給付請求権的側面を否定する。だだし、Youngberg 判決では、患者の保護とケア・適切な訓練を受ける憲法上の権利を有すると宣言される。樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂・2011年）297-298頁参照。すなわち、政府によって一定の自由が奪われている個人は、福祉に対する自己責任が負えず、政府との間に「特別な関係」があるとみなされるから、例外として、政府による積極的な作為義務を認める可能性がある。しかし、これは、あくまでも政府・国家の行為、つまり、公権力による「作為」の存在は前提であるとされる。

また、いわゆる「ステイトアクション法理」(State Action Doctrine)を通じて、裁判所はどのように福祉権を充実させていくか、および、政府の不作為によるステイト・インアクション（state inaction）という問題についても議論されている。しかし、ロックナー（Lochner）期の先例の影響をうけ、福祉権の問題に関して連邦最高裁は、基本的に民主プロセスに委ねるべきと考え、ステイト・アクション法理を福祉権領域にまで拡充させなかったといわれる。宮下紘・前掲注（1）93頁。

つまり、デュー・プロセス条項は消極的自由・権利の保護に止まるとされる[12]。

ただし、DeShaney 判決におけるブレナン裁判官等３人（Brennan、Marshall、Blackmun）による反対意見では、保護措置を請求する観点ではなく、既存の制度（州の児童保護プログラム）のもとで、州による不作為は権力の濫用、および重要な義務を無視することを指摘した。すなわち、実体的権利の創設に対して、「先例の解釈により、デュー・プロセスを用いて基本的な政府サービスを創設することはできない」と述べ、連邦最高裁は、積極的権利＝義務の積極性の要求を理由として、福祉給付に関する権利・利益の承認を拒否した。しかし、既存制度によって生じた政府の義務、とりわけ、この義務が履行されないと圧迫が生じるおそれがあるならば、何らかの保護義務が求められるはずである。これは、政府の保護措置を要求するわけでなく、政府が個人の自由を剥奪するような積極的行為があってはじめてデュー・プロセスの保護が認められた Youngberg 判例[13]からの考えを踏まえ、積極的権利が認められなくても一定の状況において国家の積極的義務を果たすべき場合もあるとされる。したがって、福祉給付の権利性質はともかく、現代積極的国家において、義務の角度からみれば、国は相応の保護義務を負わなければならない。

しかしながら、諸制度の制定、権利・利益の調整、資源の配分などの一般的な国家の積極的行為により、消極的権利／積極的権利と二分するのは、やはり現代社会において問題があると思われる。実際には消極的権利と見なされる自由権であっても、それを保障・実現するために必要な組織、制度、施設を設けなければならない場合もある。とりわけ、身体的暴力を防止・救済するために、いかなる国家にも、警察や福祉機関

[12] この「積極的権利と消極的権利」あるいは「私的領域と公的領域」の二分化の判断方法が、とくに1980年代の「小さな政府論」を唱えるレーガン政権、および、1986年からのレーンキスト・コート（Rehnquist Court）では、その保守的・中立的な政策や判決が一層顕著になる。秋元美世『福祉政策と権利保障――社会福祉額と法律学との接点』（法律文化社・2007年）39頁。

[13] 前掲注（11）参照。

および訴訟制度を創設し、そして、それらを法律および財政によって支える姿勢が求められなければならないであろう。

アメリカ憲法では、修正第８条の「残虐で異常な刑罰の禁止」条項に基づき、国家が積極的な保護「義務」を有している側面がある。すなわち、この条項を実施するために、国家には監獄を設置する義務があるのみならず、その監獄の施設には基本的な居住空間と医療が要求されると思われる。判例では、在監者の医療を無視したことを残虐で異常な刑罰であるとしたEstelle v. Gamble[14]を、犯罪被告人の権利を積極的に保護する可能性ある先例であると位置づけることができるかもしれない[15]。何よりも、自由権と見なされる権利であっても、国家資源の投入が必要である場合があることは確かなことである。したがって、自由の実現は、大量な資源によって保障される側面もあると思われる。

ホームズ（Stephen Holmes）とサンスティン（Cass Sunstein）が説くように、「社会福祉制度と私有財産制度のいずれにも公共のコストを要する。契約の自由にかかる公共のコストが保健衛生にかかる公共のコストより少ないとは限らないし、言論の自由にかかる公共コストも住宅の所有にかかる公共のコストより少ないとは限らない。すべての権利が国家資源による支えを必要としている（All rights make claims upon the public treasury）」[16]。つまり、救済の角度によっては、すべての権利は積極的権利である、と捉えることも可能である。なぜならば、すべての権利は、法によって確立されており、そうであるならば救済されなければならないからである。何らかの権利が法律に定められるということは、財政負担を承認することを意味する。政府に財政的余裕がないならば、たとえ消極的権利とされる自由権であっても有効に保障することは

[14] 429 U.S. 97, 103-105 (1976). この判決において、在監者の個人の自由が州に制限され、自分で最低限の食品、衣服、住所、医療サービスさえも満足できない（自助不能）から、政府が在監者に医療サービス等の基本的ニーズを提供する義務があると判示した。

[15] 在監者の権利について、黄金栄『司法保障人権的限度――経済和社会権利可訴性問題研究』（社会科学文献出版社・2009年）134-136頁参照。

[16] *See* Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes 15 (2000).

できない。したがって、権利保障、すなわち権利侵害に対する救済を維持するためのコストは、それなりにかからざるをえない。

裁判制度を維持するだけでもかなりコストがかかるが、権利保障には、それ以上の財政支出と人員の動員が必要となる[17]。かつて、合衆国南部の黒人に憲法が要請している平等の権利を保障するため、連邦政府は何度も軍隊を派遣した。合衆国最高裁による人種分離の撤廃命令を執行するためには、軍隊の派遣だけでなく、州政府に対する財政的圧力も必要だった。このように、国家権力が公共の資源を調達して権利を侵害する者に懲罰を科すことによって、ようやく権利は真剣にあつかわれるようになるのだから、政府にはあらゆる権利を保障する義務がある。というわけで、権利は実質的に保障されなければ意味がないという、このような見地からは、あらゆる権利は積極的権利なのだから、問題としては、どの程度、どこまで保障・救済するか、ということであろう。

⑵　義務の多層化

上述のように、すべての権利には相応の国家の義務が内在している。とりわけ、現代の社会において、政府の介入がまったく存在しないということは不可能である。したがって、消極／積極的権利の区別が不適切である[18]。現代の政府は、普遍的な規制者として、社会、経済、政治の広汎的な戦略と選択を構築してすべての決定に執行の義務を有し、いわゆる消極的権利が十分に尊重されるならば、その実現のための資源の消耗と提供を認めるべきであると思われる[19]。つまり、自由権を含むすべての権利には消極的義務と積極的義務が内包されている。そのために、消極／積極的権利の二分化に反対するヘンリー・シュー（Henry Shue）は、義務の角度から権利内容の多層化を提示した。

ヘンリー・シューは、基本的権利は大まかに「安全権」と「生存権」

---

[17] *Id.* at 43-44.

[18] *See* Susan Bandes, *The Negative Constitution: A Critique,* 88 MICH. L. REV. 2271, 2323-2326 (1990).

[19] *See* CÉCILE FABRE, SOCIAL RIGHTS UNDER THE CONSTITUTION: GOVERNMENT AND THE DECENT LIFE 89 (2000).

に分けられるとする。安全権を例にあげ、個人の人身の安全を保護するためには、少なくとも警察、刑事裁判所、監獄、警察の訓練、弁護士の養成などの巨大なシステムと税金が必要であると述べた[20]。そのうえで、すべての権利には、①権利剥奪を「回避する義務」、②権利剥奪されない個人を「保護する義務」、③権利剥奪を受けた者を「援助する義務」、という３種類の義務が国家にともなうことを主張した[21]。生存権に対応する義務としては、①個人の生存手段を侵害することを回避する義務、②人々の生活手段が他人に侵害されないことを保護する義務、③自己の生存手段を有しない者に生存手段の提供を援助する義務、という３段階の義務があるとした。アスビョルン・アイデ（Asbjørn Eide）はこの視点を支持し、国連に提出した食糧権に関する報告書において、（社会権規約の締約）国の義務を、最初（primary）のレベルである尊重の義務（the obligation to respect）、第二のレベルである積極保護の義務（the obligation to protect）、第三レベルである充実の義務（the obligation to fulfill）という３つの階層に分類し、国家は経済的・社会的権利に対して３つの階層を実現する義務を負うことを強調した。この充実すべき義務には、単に提供する義務だけではなく、向上・促進（facilitate）する義務の側面もあると考えられる[22]。このように、権利の消極面と積極面を一体化して把握し、それぞれに対応する義務を多層化することは、権利の複合性質・相互依存性や生存権の多層的権利構造および即時・漸進実現義務の理解にとって有益な示唆を提供するように思われる。

２．福祉給付の手続的保障

---

[20] *See* Henry Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy, 37-38 (1996).

[21] *Id.* at 52-53.

[22] *See* Asbjørn Eide, *The Human Right to Adequate Food and Freedom from Hunger, in* The Right to Food: in Theory and Practice, 3-4 (by Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome., 1998); 黄金栄は、このような義務多層化論に従えば、社会権には少なくとも、あまり資源を消耗しない部分があり、防御的機能を有しているから、社会権の司法判断適合性（justiciability）は問題とならないはずである。黄・前掲注（15）145-149頁。

アメリカ憲法は、積極的な自由の憲章ではなく、消極的な自由の憲章であるといわれる[23]。憲法解釈を通じて連邦最高裁が承認した積極的権利はないとはいえないが、貧困者の裁判を受ける権利や平等保護などの権利と結びつかなければ積極的権利は認められないようである[24]。1970年代にはいり、後に述べたGoldberg v. Kelly[25]を契機にして、デュー・プロセス条項の保障は、下級裁判所によって福祉受給権まで広げ、いわゆる「デュー・プロセス革命」があったが、連邦最高裁は、Dandridge v. Williams[26]において「最低限の収入」、Lindsey v. Normet[27]において「居住権」、Board of Regents v. Roth[28]において「州立大学教師の再雇用」を、いずれも否定し、福祉権を憲法上の権利または実体的利益と見なしてない。学説では、いわゆる「実体的デュープロセク理論」を否定する最高裁の不干渉主義を批判することはないわけではないが、一般的に、福祉権の保護に消極的な態度を示した。つまり、福祉権という考えを恐れる（horror）傾向にある。その最大な原因は、マーク・タシュネット（Mark Tushnet）によれば、「すべての重要な憲法上の権利は必ず裁判所によって執行されなければならない。しかし、裁判所は福祉権を有効に執行できない（cannot effectively enforce）」という問題にある[29]。すなわち、裁判所は、資源の配分のほかに、司法権の概念、裁判所の能力、いわゆる「司法判断適合性」（justiciability）に鑑み、福祉権に関する事案に対

[23] しかし、興味深いことに、アメリカ憲法前文には「一般の福祉を増進し（promote the general welfare）」という文言がある。

[24] たとえば、上述のEstelle判決のほか、Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956) は、貧しい刑事被告人に無料で訴訟記録を提供しなければならないと述べた。また、Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963) は、貧困な被告人に対して、州政府によって選任された弁護士を提供する義務があると判示した。

[25] 397 U.S. 254 (1970).

[26] 397 U.S. 471 (1970).

[27] 405 U.S. 56 (1972).

[28] 408 U.S. 564 (1972).

[29] Mark Tushnet, Taking the Constitution Away from the Courts 169 (1999). 裁判所が積極的権利を執行しない原因は、訴訟コスト（貧困者の司法アクセスの困難）と政治コスト（政治部門の予算権限に基づく干渉）という理由がある。

して慎重に対応している。とはいえ、司法による執行可能性の問題を克服するために、新財産権論や制定法上の資格・法的地位（エンタイトルメント）（statutory entitlement）の概念を通して、手続的保障による福祉受給権の法的地位を引き上げ、それに実質的な保護を与えようとする考えもみられる。

⑴　新財産権論と制定法上の資格・法的地位（エンタイトルメント）

1960年代までの特権論のもとでは、福祉給付（の打ち切りなど）は単なる特権（privileges）・恩恵（gratuities）とされ、権利として扱われていなかった。しかし、1960年代に入ってから、黒人・貧困層などの少数者を中心に展開した公民権運動の発展にともない、福祉権運動も起き、福祉の権利・利益に関する考えも変化してきた[30]。すなわち、福祉国家の発展にともない、福祉給付の機能が拡大した。福祉に頼って生存している人々は、福祉給付に対する政府の恣意的な制限・廃止に耐えられないから[31]、福祉権の明文が憲法上ないとしても、既存の社会立法によって具体化された福祉給付は、自由や財産にかかわる権利であるとされた。そして、その権利には、憲法修正条項のデュー・プロセスにより手続的保護が与えられるべきであるとされるようになった。代表的学説は、チャールズ・ライク（Charles Reich）の新財産権論である。

ライクによれば、政府による福祉給付は、現代社会における個人の生活にとってますます重要なものとなり、実際に政府が個人に付与した財である一種の「新財産権（new property）」として考えられるから、福祉受給資格は、制定法上の資格＝エンタイトルメント（statutory

[30] 1970年代になって、連邦最高裁が「権利・特権二分論」を明確に否定している。たとえば、福祉給付の居住期間要件の合憲性が争われた Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969) において、連邦最高裁は、福祉受給者の移動の自由に基づき、当該要件を設けることがやむにやまれぬ（compelling）の政府利益とはいえないとし、違憲と判断している。また、Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970) において、福祉給付は「特権」ではなく、受給者の「制定法上のエンタイトルメント」であると明確に判示している。

[31] *See* Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev. 1667, 1712-1722 (1975); 雷文玫「全民健保合憲性之探討」政大法學評論第63期（2000年）120頁。

entitlement）であり、憲法によって保障されるべきである。そこで、個人の権利を保全するために、福祉給付を権利として捉える必要があり、政府はそれを任意に廃止することができず、憲法上のデュー・プロセスに符合しなければならないことになる[32]。エドワード・スペラー（Edward Sparer）も同様の考え方を持っている。スペラーによれば、「社会保険の権利は、その権利に先立つ所与の要件が満たされてはじめて発生するものだともいえる。……所得や他の要件が満たされているなら、公的扶助も法的に執行可能となるべきであり、社会保険や物的財産権と同じように権利の問題とされるべきである」と述べ[33]、エンタイトルメントの概念を提示し、当時の福祉権運動を理論的に支えた[34]。

このように、学説では福祉給付は財産権の一種として提示された。すなわち、既存の制度下の福祉給付は、個人の福祉と生活の存続のために、確実な最低限度の基礎を提供するものでなければならない。そして、福祉給付という利益を権利に転換し、公正な制度を通じて保護を行わなければならない。そこで、デュー・プロセスは、新財産権を保障するために必要な手段となる。具体的には、政府は、福祉給付を打ち切るなどの処分する前に、福祉受給者に対して、聴聞の機会などの手続保障が与え

---

[32] *See* Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L. J. 733, 785-787 (1964).

[33] *See* Edward V. Sparer, *The Role of the Welfare Client's Lawyer,* 12 UCLA L. REV. 361, 362-366 (1964-1965); 秋元・前掲注（12）35頁。

[34] ライクによれば、エンタイトルメント（entitlement）とは、「個人が健康で人間としての体面を保てる状態で生活する資力を有していないときに、社会は援助する義務を有しており、個人はその援助を受け取る資格を有しているということである。公的福祉は、最大限可能な限り現実のニーズについての包括的な概念――それは最大限の安定性と独立性を保障するよう化客観的な適格基準によって詳しく記述されるべきであり、法を通じて執行可能（enforceable）であることを意味する」。Charles A. Rich, *Individual Rights and Social Welfare,* 74 YALE L. J. 1256 (1965). 秋元・前掲注（12）35頁。1990年代なると、ジョンス（Harry Jones）もライクの学説を支持する。ジョンスは、新財産権のような新しい権利は福祉国家に由来するものであり、社会保障に関する権利は、伝統的な財産権のように実定法および手続法によって保障されなければならないと主張する。*See* Harry Jones, *The Rule of Law and the Welfare State,* 58 COLUM. L. REV. 143 (1990).

るべきであると主張される。

しかしながら、ポール・ヴォクェル（Paul Verkuil）が批判する通り、ライクの新財産権によれば、既存の制度を享受している者しか保障されない。つまり、既存の法制度にカバーされていない人々は無視されてしまうという問題がある[35]。また、ウィリアム・サイモン（William Simon）は、新財産権に基づく福祉給付は、再分配に反する傾向にあるから、社会変遷に応じるための政府の再分配の努力を阻害するおそれがあると指摘した[36]。ウィリアム・フォーバス（William Forbath）は、福祉を努力と交換を重視した伝統的な財産権と同視することに対して疑いを抱え、それに、それを補償的・社会的機能を有する財産と見なしても、福祉受給主体の多様なニーズ（例えば、金銭給付以外の医療、介護等の福祉）を軽視しやすく、結局として、形式的および手続的な効果にすぎないのではないかと指摘している[37]。なお、ロドニー・スモラ（Rodney Smolla）も、ライクのエンタイトルメントの法的根拠および範囲が明らかではないと批判した[38]。

とはいえ、エンタイトルメントの概念は、聴聞のような手続保障という事前の救済、および、福祉給付の資格、要件が改悪・廃止される場合に、政府の裁量を拘束する事後の救済の理論を提供しうると思われる。しかし、福祉給付は基本的な生活の保障に重要かつ不可欠なものである。したがって、手続的保護に止まらず、いかにして実体的保障を及ぼし、つまり、実体的権利としてなんらかの実質的な保護的機能を確立させるのか、という論点が重要な課題であろう。

(2)　福祉給付の手続的保障請求権

---

[35] *See* Paul. R. Verkuil, *Revisiting the New Property after Twenty-Five Years,* 31 Wm. & Mary L. Rev. 365, 370-373 (1990).

[36] *See* William H. Simon, *The Invention and Reinvention of Welfare Rights,* 44 Md. L. Rev. 1, 35-37 (1985); 雷・前掲注（31）124頁。

[37] 葛西まゆこ・前掲注（2）198頁。

[38] 葛西まゆこ「福祉に関するエンタイトルメント概念の一考察――「憲法上の積極的権利」と「法的資格（法的地位）」の間隙」大東法学50号（2007年10月）82-83頁。葛西・前掲注（2）144頁。

実務上、連邦最高裁は、1934年のLynch v. U.S[39]において、その多数意見で、社会保険を国民と政府との間に結んだ契約関係であるとして、福祉給付の「財産権」の地位を認めたれ判例があったが、1960年のFlemming v. Nestor[40]では、福祉給付は獲得された財産権（earned property right）ではないと明言された。多数意見によれば、福祉給付を恣意的に打ち切ることはできないが、恣意性の判断に対しては緩やかな審査基準が適用され、合憲とされた。ただし、ブラック（Hugo Black）の反対意見は、Lynch判決を引用し、福祉給付を一種の財産権とし、デュー・プロセス条項によって手続的保障を与えるべきであるとする。そして、国民の福祉受給権が政府により侵害されたのか否かについては、より厳格な審査基準を適用すべきであると主張した[41]。

1970年代に入り、連邦最高裁は、画期的なGoldberg判決[42]でライクの見解を受け入れ、福祉給付を制定法上のエンタイトルメントとした。すなわち、その受給資格という「利益」が恩恵ではなく、多くの市民にとって生存の手段であり、現代社会では伝統的な「財産」と同じ機能を有するものであると考えられるから、デュー・プロセス条項の手続的保障が認められるべきであるとした[43]。とりわけ、福祉受給者の「過酷な貧困状態（brutal need）」に対して、様々な考慮事項を検討したうえで、政府側は福祉給付を打ち切る前に、聴聞の機会を提供しなければならないと判断した[44]。このように、福祉給付という権利・利益が財産に該当する実体的・法的利益を有するならば、憲法上の明文規定がないとしても、デュー・プロセス条項によって保障されることが可能であるのが示

---

[39] 292 U.S. 571 (1934).

[40] 363 U.S. 603 (1960).

[41] *Id.* at 624-625.

[42] Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

[43] *Id.* at 262. 最高裁は、「福祉だけでなく、社会保障、軍人恩給、公職から期待された収入や福祉受給資格を『恩恵』ではなく『財産』に類似したものと見なすほうが今日では現実的であるかもしれない」と述べた。

[44] Richard H. Fallon, The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitution Law 102 (2004). 日本語訳：平地秀哉ほか訳『アメリカ憲法への招待』（三省堂・2010年）108頁。

された[45]。こうして、ジェリー・マッシャ（Jerry Mashaw）のいうように、憲法上のデュー・プロセスは、政府が政策を作る前に、人々の異議申立の権利を保障する。その目的は、当事者からの情報提供を通じて政府決定の正確性を上げるほかに、自己の権利にかかわる政策決定過程に参加でき、人々の尊厳をも保障することにある[46]。この考えを踏まえれば、福祉給付に対する政府の裁量は拘束されるべきであり（広範な裁量の否定）、その権利・利益を認めたうえで、司法による保障・統制（手続的保障請求権の確立）も及ぶことができると思われる。

しかしながら、デュー・プロセス条項によれば、どの程度の手続的保障を要求しうるかについては難しい問題である。Goldberg 判決においては、福祉給付を打ち切る前に聴聞が必要であると判示されたが、当初の誤った決定を訂正するための事後的な聴聞が要求されるか。また、聴聞に参加する者の範囲、聴聞の過程の厳密度がどこまで要求されるかは不明である。その後の Matthews v. Eldridge[47]において、福祉給付は、修正第５条によって保障される財産権であるから、それを打ち切ることに対してはデュー・プロセス条項が適用されるべきことが明言された。

---

[45] Goldberg 判決後、連邦最高裁は Perry v. Sinderman, 408 U.S. 593 (1972) において、財産の利益については硬直的、形式的な判断ではなく、現存の規則と保障しようとする広範な利益から衡量すべきであると表明した。本件のように州立大学教員が解雇される場合、デュー・プロセスとして聴聞される権利を認めている。Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564 (1972) において、政府職員の解雇は、財産に該当する利益の剥奪に該当することになり、「相当な事由」があるかどうかはデュー・プロセスの権利の引き金を引くことになる。しかし、本件のような試用中の職員については、その仕事から財産に該当する利益を得ているわけではないことから、デュー・プロセスによって保障されるわけではない。

[46] *See* Jerry L. Mashaw, Due Process in the Administrative State 158-160 (1985); 雷・前掲注（31）121頁。

[47] 424 U.S. 319 (1976). 原告は心身障害保険の給付を受領していたところ、政府はその障害事実が存在しないと認定してその給付を打ち切った。政府の打ち切った通知書には理由説明のほかに、福祉受給者が不服ならば書面による異議申立の権利があると記されていたにもかかわらず、事前の聴聞などの手続がないから、デュー・プロセス条項に違反するとして訴訟を提起した。

しかし、本件は、Goldberg 判決のような福祉給付によらなければ生存を維持できないという事案ではなく、福祉給付が打ち切られても受給者の生活は困らない事案であって、福祉給付を打ち切った後に聴聞を行ったことも適切であると判断された。このように、連邦最高裁はデュー・プロセス条項の適用拡張に歯止めをかけた。

手続的保障の程度について、連邦最高裁は、Matthews 判決において、まず、実体的な権利･利益の存在を確認する。次に、しなやかなデュー･プロセス（flexible due process）概念を提示し、３つの「利益衡量」の方法を通じて[48]、特定の場合や状況において程度が異なる手続的保障を要求し、いわゆる「二段階審査理論」を採用した[49]。こうして、連邦最高裁は、事前の聴聞がないまま行われた福祉給付の打ち切りを認め、給付打ち切り後の聴聞が最終的に行われる場合については厳格な手続的保障を要求しなかった。

Goldberg 判決と比べれば、Matthews 判決では、連邦最高裁は福祉給付における手続保障の射程を縮減し、より明確にコストを意識したものということができ、連邦最高裁が一層保守化したと思われる[50]。しかし、利益衡量は、どのような司法審査においてなかなか避けられないことであるから、福祉給付の司法審査を行う際に、利益衡量において付与される裁判所の裁量を適切に統制するために重要なのは、それぞれの基

[48] 福祉給付の手続保障がどの程度要求されるかについて、連邦最高裁は Matthews v. Eldridge においてはじめて以下のような３つの要素による「利益衡量」を示した。すなわち、①政府の行為によって影響を受ける私的利益の重要性、②現有の手続によって当該利益が誤って奪われる危険性、および、付加的・代替的な手続的保護の持ちうる価値、③付加的・代替的な手続要件がもたらす財政上・行政上の負担コストを含む政府利益の衡量。

[49] すなわち、利益衡量の前段階に、保護された利益が存在するかどうかの審査を行う。松井茂記『アメリカ憲法入門［第７版］』（有斐閣・2012年）360-361頁参照。

[50] *See* Richard H. Fallon, *supra* note 44, at 101-105. この保守化は最高裁の人事変動を反映したと言えるかもしれない。*See also*, Robert G. Mccloskey, Revised by Sanford Levinson, The American Supreme Court, 195-200 (4th ed., 2005).

本権に対応する適切な審査方法・基準を発展させるほかに、福祉権の領域では、立法・行政・司法３権の相互関係に対する動態的な分析も重要でろう。

以上のことから、アメリカ憲法には生存権などの社会権条項がないから、福祉給付の実体面に関する手続的保護は限界があると考えられるが、福祉給付を財産権的な権利・利益のような既得権とみなして、一定の保護を与えることは、生存権・社会給付の手続的保障、立法裁量の統制、自由権的効効果（制度後退禁止原則）に有益な示唆を提供しうると思われる。とりわけ、拠出による社会保障を軸とした社会保障制度において、福祉給付の基本性、緊急性および財産権との関係をさらに明らかにすることができれば、福祉権の保障に資する。すくなくとも、台湾の大法官解釈が述べたように[51]、「国家の目的、あるいは、一定の財政政策によって付与された利益は、個人の労働または資本の運用を通じて獲得された伝統的財産権とは異なるが、この利益が与えられるかどうかは、社会財の配分にかかわり、個人の財産利益に影響するから、政府による不当に恣意的な授与、あるいは、任意の打ち切りまたは剥奪を防ぐために、憲法によって一定の程度の保障がなされるべきである」。

３．司法審査の民主的正当性及び生存権の促進

周知のように、アメリカ憲法典には司法審査制に関する規定は存在しない。アメリカの司法審査制は、1803年の Marbury v. Madison[52]において確立したものである。しかし、民主制のもとで選挙によって選ばれていない裁判官が司法審査を行う際には、反多数決の難点（counter-majoritarian difficulty）に必ず直面することになる。そのため、アメリカ憲法学では、司法審査の民主的正当性（legitimacy）をめぐる議論が

[51] 台湾・司法院大法官解釈釈字第606号解釈（J.Y. Interpretation No.606, 2005.12.2）における許宗力、余雪明、曽有田、林子儀大法官の補足意見書の一段、脚注４にライクの論文も引用している。このことから、新財産権論が実際には台湾の大法官解釈にも影響しているといいうる。

[52] 5 U.S. 137 (1803).

従来よりなされている[53]。司法審査の民主的正当性に対する理解が、憲法理論および憲法解釈方法に影響している。とりわけ、福祉領域に関する司法審査については、立法府と司法府との緊張関係をもたらしやすいため、裁判官には憲法解釈を通じて社会立法に介入するための正当性がより一層要求されると考えられる。アメリカ憲法には福祉権のような積極的権利規定が欠如しているので、仮に福祉権を保障しようとするならば、権力分立のもとで、福祉権に対する司法審査がどのように行われるべきかについて、以下の理論から示唆を得られるかもしれない。

⑴　引導と教育機能を有する司法審査

アレクサンダー・ビッケル（Alexander Bickel）は、ウォーレン・コート（Warren Court）の最盛期に、「司法審査はアメリカの民主制において逸脱した制度である」とし、「根本的な難点は、司法審査が合衆国のシステムにおいて反多数決主義的な勢力であるという点にある」と指摘したことで知られている。アメリカ憲法学は、この司法審査の「反多数決主義的であるという難点」という問題にどのように応えるか、ということを中心に理論を発展させてきたといわれている[54]。

ビッケル自身は、この反多数決の難点について、以下のように説いている。すなわち、「市民によって権威ある統治者として承認されうる政府」[55]、あるいは「政府の権威の正統性（legitimate governmental authority）」を確立し、民主主義によって「社会の道徳的コンセンサスを反映した抽象的な原理」[56]を実現するためには、司法府は、裁量上訴（certiorari）、成熟度（ripeness）、政治問題（political question）、ムー

[53] 日本と台湾の憲法典には違憲審査権の明文規定があるから、その合法性（legality）があると言えるが、正統性または正当性（legitimacy）の問題についてはあまり議論されていないようである。

[54] 阪口正二郎「多様性の中の立憲主義と『寛容のパラドクス』」阪口正二郎ほか編『岩波講座憲法５――グローバル化と憲法』（岩波書店・2007年）80-81頁。

[55] 駒村圭吾ほか編『アメリカ憲法の群像――理論家編』（尚学社・2010年）38頁［大林啓吾］。

[56] 駒村ほか・前掲注（55）39頁。

トネス（mootness）の法理等をとおして[57]、「受身の美徳（passive virtues）」を実践しなければならない。こうすることによってはじめて、司法府は、「権力濫用の危険性」が小さい機関となり、裁判官が職業的訓練を経ていること、選挙による外圧等がないこと等の理由もあって、原則の維持者として、憲法の「永続的な価値（enduring value）」の維持にとってもっとも相応しい機関となる[58]。とりわけ合衆国最高裁は、憲法の価値を見出し、社会の分裂を防ぐための教育者としての役割も担うことになる[59]。したがって、違憲審査権をつかさどる司法府は、憲法原理・憲法価値を維持するために、憲法教育者としての引導（lead）的な役割を果たすべきである。

そして、ビッケルは、政府が抽象的な原理を実現していくプロセスにおいて、民主主義だけでなく、「受身の美徳」を実践している裁判所による司法審査が重要な機能を果たす、と説いている[60]。また、ビッケルは、憲法原理・憲法価値の維持のために、重大な憲法問題に直面したときの「対話」の必要性、すなわち「他権との応答をはかりつつ、時間をかけて原理を実現していく」必要性を指摘している[61]。この点については、生存権（原理）を憲法に明文化した国にとって、「より快適な生活保護」のような文言が抽象的な部分についての司法実践に有益な示唆を提供しうる。

⑵　政治過程から逸脱した少数者・弱者の実質的代表としての司法審査

ビッケルの「受身の美徳」論以後、プロセス的司法審査観でジョン・イリィ（John Ely）は、民主制の政治過程における公平性と開放性に着

---

[57] *See* Alexander M. Bickel, The Last Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics 21-22 (1962)

[58] *Id.* at 24-25. ただし、立法府と国民の政治的ないし道徳的責任を培うために、実体的な司法判断を避けるべきであると主張された。

[59] *Id.* at 25-26.

[60] こうしたビッケルの理論を大林啓吾は「三権が憲法を創りあげていくという動態的プロセスに着目した」ものだと評価している。駒村ほか編・前掲注（55）38頁。

[61] 駒村ほか編・前掲注（55）42頁。

目し、代表者補強理論（representation-reinforcing theory）を提示した。すなわち、代議制が機能不全（malfunction）におちいっている際に、政治変更過程の正常（clearing the channels of political change）を保つために、司法府は、政治過程から「切り離され孤立した少数者」の代表として、違憲審査権を積極的・厳格的に行使すべきであると主張した[62]。つまり、司法審査は、政治参加から逸脱した少数者・弱者を保護する機能を有している。

その切り離された少数者には、政治的要素だけではなく、社会的要素も含まれるとして、フランク・マイクルマン（Frank Michelman）は、イリィの理論を援用し、社会的弱者の福祉権は政治参加のための最も根本的なものであり、必要不可欠な手段・権利であると論じた[63]。このように、憲法に明文で定められた福祉権条項が存在しないとしても、政治変更過程の正常を維持するためには、政治参加に実質的に不可欠である「基礎的前提条件」は、すべての人において満たされているべきであると主張される。

そのほかの民主制の政治過程に関する理解では、ブルース・アッカーマン（Bruce Ackerman）の二元的民主制理論は、憲法時刻（constitutional moments）の概念を提示し、通常の政治過程により作られた法律よりも、憲法時刻に熟議を経て作られた憲法決定のほうが一種の高次元法（higher law）であるから[64]、裁判官はそれを維持するために憲法規範に

---

[62] John H. Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review 106 (1980).

[63] ただし、イリィは、外国人、同性愛者、女性は「切り離されて孤立した少数者」に該当するが、貧困者は該当しないと指摘した。葛西まゆこ「ジョン・ハート・イリィ：プロセス理論―実体的価値との距離」駒村ほか編・前掲注（55）68-69頁。

[64] アッカーマンによれば、アメリカ憲法では、いままで最初の「建国期」、南北戦争後の「再建期」および大恐慌後の「ニューディール期」という３期の憲法時刻がある。ニューディール期にルーズベルト（Franklin D. Roosevelt）大統領が提示した第二の権利憲章（Second Bill of Rights）は憲法条文を変更しないが、実質的には憲法の内実を変更した。そして、一連の改革により保守派の裁判官を転向させ（switch in）、最高裁の自由放任の経済観が放棄されて積極的に福祉国家の憲法基礎を構築するようになった。Bruce A. Ackerman, We

したがって一時的な多数に対抗しうるとする。こうして、高度の民衆動員によって形成された憲法時刻論は、「下からの社会権論」によって強調される民主的参加の重要性および司法の憲法価値保存機能を提示した。また、ロナルド・ドゥオーキン（Ronald Dworkin）は、民主とは多数支配の意味ではなく、憲法概念の民主（constitutional conception of democracy）であるから、司法審査は反民主的な存在ではないと論じている[65]。むしろ、裁判官は、憲法解釈を行う際には、価値中立と憲法制定者の原意を見出すことではなく、社会全体の政治道徳に照らし、憲法の核心価値に基づき、完全法（Law as integrity）という歴史的・動態的な観察を通して価値決定を形成するような憲法解釈を行うべきであると述べている。なお、トム・ギンズバーグ（Tom Ginsburg）の保険理論（insurance）によれば、憲法制定当時の多数派は将来少数派になる可能性があるから、リスク管理に基づいて、司法審査性が採用され、司法の積極性が期待される[66]。これらの学説の観点はさまざまであるが、少なくとも、少数者・弱者保護のための積極的な司法審査に対する民主的理論の基礎を提供していると思われる。ただし、福祉権領域の適用についてさらに検討する必要があると思われる。

⑶　司法による弱い救済のインセンティブ

マーク・タシュネットは、規範的効力の強弱によって社会権を、①司法による執行が不可能または宣言的な権利（nonjusticiable or

---

THE PEOPLE (1): FOUNDATION 47-50 (1991).

サンスティンも同様の考えを示している。サンスティンによれば、ニューディール期の政府は憲法修正の方法を取らずに、伝統的な憲法価値との繋がりを絶たずに、実際の状況の進行とともに憲法変遷を行うものであった。Cass R. Sunstien, *Congress, Constitutional Moments, and the Cost-Benefit State,* 48 STAN. L.REW. 247, 253-257 (1996).

[65] 黄昭元「司法違憲審査的正當性爭議――理論基礎與方法論的初步檢討」台大法學論論叢第32卷第６期（2003年11月）117-118頁。

[66] *See* TOM GINSBURG, JUDICIAL REVIEW IN NEW DEMOCRACIES: CONSTITUTIONAL COURTS IN ASIAN CASES 20-30 (2003); 張文貞「司法違憲審查的政治起源？科際整合取向的探討」台灣民主季刊第３卷第１期（2006年）139頁。

declaratory rights)、②弱い実体的権利（Weak Substantive Rights)、③強い実体的権利（Strong Substantive Rights）に分類した。①については、アイルランド憲法にいう「社会政策の指導原則（Directive Principles of Social Policy)」のように方向づけを単に立法者に指示するものであり、「未執行の憲法規範の法的地位（The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms)」に位置づけられるから、裁判規範性がない規範である[67]。②については、裁判所は具体的な事案に対して狭い範囲内で憲法解釈を行う。③については、裁判所には広範な解釈が許されるが、執行される保障が必ずしもあるわけではない、とする[68]。

タシュネットによれば、司法による救済方法には弱い救済（weak remedies）と強い救済（strong remedies）がある。強い救済とは、裁判所が立法者に特定の方法の要求、立法義務づけなどの強制的命令を下すような違憲審査の意味であり、立法府との衝突が激しい。これに対して、弱い救済とは、裁判所は、宣言的判決、確認的救済（declaratory relief)、政府計画の提出要求、和解協定の要求等の方法を用いて、弱い違憲審査を行使する方法をいう。タシュネットの「薄い憲法（thin constitution)」の理念によれば[69]、社会権を憲法上に規定しても、「裁判

---

[67] 裁判規範性がない憲法条項こそ、その「規範価値」が尊重されやすいとタシュネットは考えている。権利を実現する方法はそもそも様々である。このような「法律に拘束されない義務」条項により、政府はこの指定に従い、それを実現化する「最大努力（best efforts)」を果たす義務がある。Mark Tushnet, *supra* note 29, at 170.

[68] *See* Mark Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, 82 Texas L. Rev. 1895, 1902-1909 (2004); 楊智傑「従基本國策執行檢討違憲審查模式——兼論財產權與基本國策衝突」中正大學法學集刊第28期（2010年）159-161頁。

[69] タシュネットは、憲法を「厚い憲法（thick constitution)」と「薄い憲法（thin constitution)」に分けて、厚い憲法には、憲法典に書き込まれた権利と統治組織を規定する条文のほかに、裁判所の解釈および判例法理などが広く含まれるから、複雑なので、人々は関心を持っていない。これに対して、薄い憲法を構成するのは、憲法典の条文ではなく、独立宣言及び憲法前文に示される諸原理である。タシュネットによれば、薄い憲法に含まれるのは、平等や表現の自由、市民的自由に対する根本的保障などのことであるから、裁判所のみならず、人々

規範性がない、単に憲法上宣言された権利」とされるのが最も望ましいことになる[70]。すなわち、司法による弱い救済を通じて、政府関係者に社会権を実現しなければならないという弱いインセンティブを与え、政府に合理的な理由の提出を要求する。このように弱い救済は、一見救済の効果がないようにも見えるが、強い政治的反対を避けられるほかに、権利の救済方法がさまざまであることに鑑み、市民の政治的討論と大衆主義的憲法を構成することを通して、社会権条項という「憲法価値」を尊重し、実現することができる[71]。タシュネットは、市民（民主）の決定に従うことを前提に憲法上の社会権保障を認めたが、司法審査による社会権の救済に対してかなり懐疑的である。しかし、社会権を憲法上の権利として認めたうえで、その規範構造を分類する方法は、生存権を明文で定めた国家、そして、その権利の多層化的な把握に対して一定の示唆を提供しうる。

⑷　司法ミニマリズムによる理由提示と説明責任の促進

憲法が法律からの挑戦を受けたときには、最高裁は、通常、①係争対象法律を支持する、②係争対象法律を廃止する、③訴訟書類移送命令の拒否（denying certiorari）などの回避策を通して宣言の発表を拒否する、という３つの選択肢をとりうる。しかし、複雑かつ重大に対立する憲法問題に対しては、サンスティンによれば、公的な討議を引き起こすために最高裁は、最小限の判決（minimalist decision）を下すという第４の選択肢が認められる[72]。すなわち、サンスティンの司法ミニマリズム

も広く関心を有している。そこで、人々が直接コミットすることができる。つまり、タシュネットは、ポピュリスト憲法観を持っている。大河内美紀「マーク・タシュネット――批判法学最後の雄？」駒村ほか編・前掲注（55）182頁。

[70] 葛西まゆこ「アメリカ憲法学における第二の権利章典の位置づけ――憲法上の権利としての生存権の意義についての予備的考察」慶応義塾大学法学部編『慶応の法律学　公法Ⅰ』（2008年）249-250頁。

[71] Mark Tushnet, *supra* note 29, at 170-172. 強い権利に対する弱い違憲審査について、*See* Mark Tushent, Week Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law 251-264 (2008).

[72] *See* Cass R. Sunstein, On Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme

（Judicial minimalists）によれば、裁判所は目前の事案を解決するためにケースバイケースで最小限度の処理を行うだけで充分である。もっとも、憲法の核心的価値は広く普遍的なコンセンサスを持っているから、裁判において執行可能であり、そして、その核心は変更可能である[73]。これに対して、核心以外の事案に対しては、裁判所は広範なルール（broad rule）と深い理論（deep theories）を提示する必要がなく、狭く（narrow）、浅い（shallow）憲法解釈を通じて「不完全に理論化された合意（incompletely theorized agreements）」に達すれば、必要な結果が出るという。重要な問題を政治ルートに戻し、民主的熟議による再検討を促し、下級裁判所ないし全国まで浸透させ、漸進的に終局決定に達することを目指すのである。この方法によって、自由権、財産権ないし福祉権も、憲法に承認され、かつ、実行されうる[74]。したがって、サンスティンにとって、裁判所には熟議民主制を促進（catalyst）する役割があり、司法審査は問題の発見および議論を引き起こす機能があるから、民主的正当性が満たされる。

このように、民主的正当性を維持するために司法審査を回避ないし放棄するのではなく、サンスティンは、裁判官がどのように判決理由を書くのかに着目する。最小限の司法を用いて具体的な事案の解決（結果）を図るほかに、最も重要なのは、裁判所が、複雑、規範的効力がない、

Court 120-121 (1999).

[73] サンスティンによれば、アメリカ憲法には「現在」、①権限に基づかない拘禁からの保護、②政治的不同意の保護、③投票権、④宗教の自由、⑤財産への有形侵害からの保護、⑥人・財産への警察による権利濫用からの保護、⑦法の支配（罪刑法定主義、予測可能性、事後法の禁止、公職者の法遵守、聴聞権）、⑧政府による拷問・殺人・身体侵害の禁止、⑨人種や性別に基づく隷従や従属からの保護、⑩政府による身体侵害からの実体的保護という10の核心がある。これらのコミットメントは広く共有され裁判で執行可能なものである。ただし、この核心価値は固定的なものではなく、時代とともに変更する可能がある。*Id*. at 64-38. 金澤孝「Cass R. Sunstein の司法ミニマリズムに関する一考察」早稲田大学大学院法研論集110号（2004年）85-86頁。しかし、サンスティンが提示した核心は基本的人権のみであり、統治機関・権力分立に関する部分には触れていないようである。

[74] *Id*. at 10-12.

高度に特定された意見（highly particularistic opinions）などの問題を引き受けることを拒否せず、これらの議題を政治的プロセスに送り込み、市民による開放的な討議を引導することである[75]。そこで、この討議には２つ意味があると思われる。ひとつは、「プロセス」を重視することであり、もうひとつは、「理由の提示」と「説明責任」を要求することである。これによって規範性が不明確な権利に関する司法審査の方法を提供できるだろう。とりわけ、生存権の「より快適な生活保護」についての規範性について、コンセンサス不足、事実の個別性・多様性に基づき、司法ミニマリズムを採用することはよい方法であろう。しかしながら、裁判所には、理由提示および熟議引導する役割が期待される以上、むしろ狭く「深い」解釈を行うべきではないだろうか。

以上の議論からみれば、アメリカ憲法には生存権条項がないことから、社会保障については、手続保障のような側面的な保護だけで限界があることが明らかになった。そのために、平等保護条項などのアプローチが自然に思い出される。ところが、権利のコンセンサスを求めるために、熟議を引き出し、政治部門の実現にインセンティブを与える憲法対話的な司法審査の手法は、生存権の権利発展および、より快適な生活の保障に対して、有益な示唆を提供しているように思われる。最近、キャサリン・ヤング（Katharine Young）が、司法審査には謙譲的、対話的、実験的、管理的、強制的違憲審査（Deferential Review, Conversational Review, Experimentalist Review, Managerial Review, Peremptory Review）という対話的・循環的・促進的機能（Catalytic function）を有すると主張したことは注目に値する[76]。上述の様々な理論は司法による福祉権の保障ないし促進に手かがりを提供しうると思われるが、憲法上の規範根拠、そして、福祉領域での実際の適用・運用などの問題が依然として残るから後に検討を試みたい。

〔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――」

---

[75] *Id.* at 118.

[76] Katharine G. Young, Constituting Economic and Social Rights 143 (2012).

（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。