HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（３） ： 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, 64(1), 280[1]-214[67]
Issue Date	2013-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52777
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR64-1_001.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（３）

―― 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、63巻６号）
４．平等保護と福祉権
第３節　台湾――基本権・基本国策の二重規範と違憲審査基準の模索
１．生存権保障の「二重の規範」

２．社会給付の憲法的基礎
３．違憲審査基準の模索
総括
第２章　社会給付と生存権に関する憲法理論
第１節　生存権概念の形成と実体法化
１．権利概念の形成
２．生存権の実体法化
第２節　日米台における制度の発展
１．日本における発展　（以上、本号）
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

４．平等保護と福祉権

1776年のアメリカ独立宣言には「すべての人間は平等につくられ…生存、自由そして幸福の追求を含むあるある侵すべからざる権利を与えられている（unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness）」と掲げられたにもかかわらず、アメリカ憲法が制定されても奴隷制度が容認されていた。そのため、当時の「平等」の法的意味は薄く、権利を享有する主体は実際には限られた市民に限定されたように思われる。代表的な裁判例として、Dred Scot v. Sandford[1]

[1] 19 How (60 U.S.) 393 (1857). ドレッド・スコット対サンフォード事件（裁判所の記録では「Sanford」が「Sandford」と誤記されている）では、最高裁首席裁判官ロジャー・トーニー（Roger Taney）による多数意見には、スコットのような自由州に居住したことがあった黒人は奴隷州に戻って自由身分を獲得するわけではなく、黒人はアメリカ憲法にいう市民ではないから、連邦最高裁に提訴することができない。そして、連邦会議が奴隷制を禁じうる権限を認めず、いわゆる「ミズーリ妥協」（Missouri Compromise）の制定を憲法に授与

では、連邦最高裁が、黒人は合衆国憲法にいう「市民」でははないと判示したことがきっかけとなり、人種問題に起因する不平等の矛盾実態が露呈し、後の南北戦争、そしてアメリカ憲法修正第13条の「奴隷制の廃止」および修正第14条の「平等保護条項」（equal protection clause）の制定を引き起こすことにつながったと言われる

このように、1868年の修正第14条の平等保護条項は黒人の解放（人種の平等）を念頭におかれ、主に人種を理由とする市民的諸権利の享受・行使における不合理な差別を禁止する歴史的な背景があるが[2]、修正第14条には「いかなる州も、その管轄権の中で何人にも法の平等な保護を否定してはならない（修正第14条第１節後段）」という抽象的・一般的規定文言であるから、解釈上、人種平等以外の保護可能性が残されている。例えば、Harper v. Virginia State Board of Election[3]において投票税を選挙資格の区分基準とするのは修正第14条の平等保護に違反したと判示された連邦最高裁の判決からみれば、平等保護条項の適用はすでに人種差別の歴史的な概念に拘束されていない。しかし、修正第14条の平等保護条項の制定後、長期にわたり、積極的に適用されていなかった実態が存在した。連邦最高裁は20世紀に入ってはじめて解釈をとおして平等保護条項の射程を徐々に拡大していく。現在、平等保護条項のもとで、福祉給付を実質的に保障する判例があり、平等保護から貧困者に対する福祉権の保障を導くことができるような主張も存在するが、平等保護の役割または具体的な内容について依然として難問であることもまた事実である。実際には平等保護条項によって福祉給付の制限に厳格な審査を行う余地があるか否かにつき、いままで以上に、引き続き検討を行うべき

された権限を超えたとした。このことにより、州の権限（拡大）を尊重した当時の最高裁の姿勢が窺われるといえる。

[2] 山内久史「アメリカにおける平等権の史的展開と司法審査」帝京法学24巻１号（2005年）93頁。最高裁は初めて修正第14条を適用した Slaughter-House Cases, 16 Wall. (83 U.S.) 36 (1873). 判決では「平等保護条項」の目的を黒人の解放にあったと捉え、その射程がきわめて狭く捉えられていたと理解された。松井茂記「平等保護理論の展開とアファーマティブ・アクション」アメリカ法2009-1（2009年）28頁。

[3] 383 U.S. 663 (1966).

であろう。

⑴　平等保護の実質化：形式平等から実質平等へ

平等保護の問題は、一般に立法目的と達成手段の関係の問題として理解されている[4]。連邦最高裁は適用の早い段階でアリストテレス式の「等しきものは等しく扱う」という定式を意識し「同一状況同一取扱」を要求し、すべての差別取扱を禁止するとした。Gulf, Colorado & Santa Fe v. Ellis, 165 U.S. 150 (1897) 以後、平等保護条項に対して法律上の区別には合理的な根拠があるかどうかという「区別の合理性」を要求した[5]。このように、手段と目的との「合理的関連性」（means-end rationality）は平等保護が追求する問題となる。しかし、単に区分の合理性を平等であるか否かの判断基準となると、往々にして「立法目的への適合性」を中心に審査し、前提とする立法目的の問題が看過される傾向があるから、実際には合理的・道具的な「形式平等」と批判されている[6]。

20世紀に入って、連邦最高裁は区分の合理性の要求をとおして州の広汎な福祉権限（ポリスパワー）を制限し、平等保護条項の適用射程も次第に拡大している。1930年代後半の憲法革命以後、連邦最高裁は社会経済立法領域における平等保護の審査では、その合理的関連性について緩やかな基準を採用して「事実状態の想定」という判断手法で社会経済立法の合憲性を全面的に肯定した。それは、ロックナー期以来、司法の反多数決の難点（counter-majoritarian difficulty）に対する反省する背景があるが、社会経済立法に対する合理性審査の形骸化・無審査の問題を呈した[7]。とはいえ、連邦最高裁は平等競争を強調する契約自由・自由放任思想と決別し、資本主義の発展が生じた失業や貧困などの現実の不平等状態を意識して

---

[4] 松井茂記『アメリカ憲法入門［第７版］』（有斐閣・2012年）387頁。

[5] 平等保護条項の連邦最高裁の解釈史について、木村草太『平等なき平等条項論― equal protection 条項と憲法14条１項』（東京大学出版社・2008年）166-169頁参照。

[6] *See* Louis Michael Seidman, Constitutional Law: Equal Protection of the Law 5-6 (2003); 廖元豪「憲法平等權之意義」月旦法學教室第69期（2008年）51-52頁。

[7] 常本照樹「「経済・社会立法」と司法審査（４・完）」北大法学論集43巻６号（1993年）118頁。

いるといえるから、平等概念は徐々に実質化されている。もっともこの時点で多くの国は生存権などの社会権条項を用いて事実平等を保障する。アメリカは現在までこのアプローチを取っていないが、連邦最高裁は平等保護理論を発展し平等保護条項による厳格審査をとおして差別制度の廃止、偏見または差別の是正を要求し、実質平等を保障する経験が否定できない。

すなわち、1950年代以後のウォーレン・コート（Warren Court）は、ストーン（Stone）判事の法廷意見脚注４[8]を引用し、「切り離され孤立した少数者」（discrete and insular minorities）に対する差別を「疑わしい区別[9]」として厳格審査を行うべきであることを示し二重の基準論を発展させるとともに、平等保護条項の射程を大幅に拡大した。きっかけとしての重要な1954年のBrown v. Board of Education of Topeka

[8] United States v. Caroline Products Co., 304 U.S. 144, 152-153, n.4 (1938).

[9] 疑わしい区分の概念について、「切り離された孤立した少数者」のほかに、連邦最高裁は、後に述べたBrown判決で「汚名またはスティグマという劣等感の印」（badge or stigma of inferiority）を；出生に関するWeber v. Aetna Casualty & Surety Co., 406 U.S. 164 (1972) では「生まれの偶然性」（accident of birth）を；性別差別に関するMcDonnell Douglas v. Green, 411 U.S. 792 (1973) では「表面的な証拠を有する差別」（prima facie case of discrimination）を；性差別に関するFrontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973) では「不可変の特性」（immutable characteristics）を；セクハラに関するHarris v. Forklift Systems, Inc., 510 U.S. 17 (1993) では「敵対的また虐待的な労働環境」（hostile or abusive work environment）を「疑わしい区分」とみなし、それに厳格審査を行った。

ただし、「不可変の特性」にかかわる性差別および非嫡出子に関するFrontiero判決、Trimble v. Gordon, 430 U.S. 762 (1977)、Lalli v. Lalli, 439 U.S. 259 (1978) において連邦最高裁は厳格審査基準を採用せず、「準ずる疑わしい区分（quasi-suspect classification）」として中間審査基準を適用した。

そしてそれに加えて、「疑わしい区分と準ずる疑わしい区分以外の区分」に緩やかな合理性審査を採用した。こうして、一般的に連邦最高裁は平等保護の審査において人種などの「疑わしい区分」、性差別などの「準ずる疑わしい区分」、社会経済などの「それ以外の区分」という３分法によって厳格的審査（strict scrutiny）、中間的審査（inter mediate scrutiny）、合理的審査基準（rationality review）という「三層構造」（three tiered structure）を形成していると思われる。

(Brown Ⅰ)[10]判決では、連邦最高裁は人種による区別を「疑わしい区別」として、「分離すれど平等」（separate but equal）を示したPlessy v. Ferguson[11]判決を覆し、教育権の個人的ないし社会的重要性を確認した。そして、よく知られているのは、この著名な判決において連邦最高裁が心理学の研究結果を引用したことである。すなわち、従来の形式主義（formalism）に反動して、社会事実をより直視したリーガルリアリズム（legal realism）の影響をうけたことであると思われる。

この流れのもとで、平等保護条項は、基本的な実体的権利保護への発展の促進剤として、形式的な「等しい保護」から実質的な保護の方向へ進み、公民権運動や福祉権運動とともに、平等を実現するための積極的・是正的な法律の制定を推進するようになる。こうして、消極的な差別の禁止のみならず、積極的な優遇措置（アファーマティヴ・アクション）（affirmative action）も平等を実現するための手段として扱われている。このように、平等保護条項は、単なる立法目的と達成手段の関係のみならず、実質的な平等を実現・促進する機能を有すると思われるから、いわゆる「実体的平等保護理論」が実体的デュー・プロセス理論の崩壊後にしばしば主張されてきた。

しかしながら、これらの平等を実現・促進する法律は、私人間の社会的・事実的差別に介入すべきか、そして介入する可能性がどのぐらいあるのかがまたはっきりしていない。とりわけ、経済的不平等是正の領域において貧困者に対する積極的な生存保障や富の再分配を平等保護理論に包摂すべきであるかについて激しい議論がある。そもそもアメリカ憲法には社会権条項がないから、実体的平等保護と社会権保護との適用上の競合関係がないようであるが、平等の規範内容は今までも確定されていない。これについて、福祉給付をうける法的地位（entitlement）は外的な実体的権利（external substantive）から派生されたもので、平等は派生的・依存的な概念であるから、その規範は空虚であるというWestenの指摘があった[12]。これは、社会権条項がないアメリカ憲法から

[10] 347 U.S. 483 (1954).

[11] 163 U.S. 537 (1896).

[12] *See* Peter Westen, *The Empty Idea of Rquality*, 95 Harv. L. Rev. 542-556 (1982). ただし、Westenの「平等空虚論」の真の狙いは、平等規範の空虚では

単に平等保護条項から生存権保障を導く困難さを示すほかに、経済的自由権に依存する福祉権の平等保護の審査には、おそらく緩やかな審査基準を適用せざるをえないだろう。したがって、法的地位の保障を超えるため、憲法明文がない実体面の福祉権・社会権を追求する際に、福祉保障のような価値をいかに実質的な平等規範として転化させるのは重要だと考える。そのために、「切り離された孤立した少数者」や「不可変の特徴」という最高裁が使った概念のもとで一定の社会的、歴史的、政治経験に基づき、非対称的（asymmetrical）価値観を用いて障害者、貧困者、僻地に住む人々を結構上の弱者・団体を認定することが可能となるかもしれない。しかし、このような社会的、結果的不平等を含む事実平等の問題をどのように平等保護条項に包摂するかは、実質平等へ進んでいる平等保護理論は直面せざるをえない課題でるからさらに検討する必要がある。

⑵　実体面的な平等保護理論：厳格審査のアプローチ

平等保護条項の審査基準に関しては、Brown 判決以後、連邦最高裁は人種差別に由来する「疑わしい区分」（suspect classification）を拡大し３分法によって審査基準の厳格度を選定するようになった。しかし、貧困などが「疑わしい区分」として捉える事ができるかについて、連邦最高裁は、1960後半、「富によって区別したり、貧困者に不利となる制度」が「疑わしい区分」であると捉える可能性がある示唆があったものの、James v. Valtierra[13]以後、最高裁は「単に」貧困者に不利になるという論点だけでは憲法に反しないという姿勢をとっているようである[14]。こうして、何が「疑わしい区分」であるとみるべきかについては、常に問題となっている。一方で、連邦最高裁は一定の実体的権利を「基本的権利または利益」が認められると、その区分・制限の対象となる権利・利

なく、「ある規範が平等という言葉で表現されると、その規範が「隠蔽され、従って道徳的・法的議論の混乱を生じる」ことを指摘」するようである。木村・前掲注（5）464、250頁。

[13] 402 U.S. 137 (1971).

[14] 松井・前掲注（4）401-402頁。

益が「疑わしい区分」と同様に「やむにやまれぬ重要な利益との間に不可欠な手段でなければならない」が要求され、平等保護の厳格審査に服する場面を開拓してきた。すなわち、今までの判例からみると、連邦最高裁は選挙権[15]、裁判所へのアクセス[16]、州へ移住の自由[17]を憲法上の基盤的（basic）・基本的（fundamental）権利と認め厳格審査のもとで貧困者を救済した例が見られる。しかし、このような例は主に政治的権利や移動の自由などの自由権を根拠しながら、実質的な福祉権の保護を図るという手法であるから、実際には側面的な保障にとどまり、福祉給付水準などの実体面的な保護は結局として実体的デュー・プロセス理論と同じ最高裁に否定された[18]。とりわけ、福祉受給への期待にかかわるDandridge v. Williams[19]、教育を受ける権利にかかわるSan Antonio Independent School District v. Rodrigues[20]、基本的な生活費にかかわる

---

[15] Harper v. Virginia State Board of Election, 383 U.S. 663 (1966) では選挙権は「基本的政治的権利」であるから、貧困者を排除しうる投票税制度は平等保護条項に反すると判断された。

[16] Griffin v. Illinois, 351 U.S. 12 (1956); Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963) において、貧困者に訴訟記録や指定弁護士を提供しないと平等保護条項に反するとされた。

[17] 福祉受給者の居住要件について、Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618 (1969) では、移動の自由（the right to travel）を基本的権利と認められるから、「福祉受給資格の居住要件」は平等保護条項に反すると判示された。その後、Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971) では外国人のみの居住要件を平等保護条項違反とし、Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 U.S. 250 (1974) では、非緊急時の医療給付の居住要件を平等保護条項に反するとされ、平等保護条項によって福祉受給者の法的資格･地位を保障する傾向があるようである。

ただし、Saenz v. Roe, 526 U.S. 489 (1999) において、新規住居者の福祉給付額は以前にいた州で得られた給付額の上限制限があることについて、連邦最高裁は平等保護条項を適用せず、修正第14条の「特権免除条項」を用いて住民間の福祉給付の差別的取扱いことは合衆国市民の特権免除を侵害すると判断した。このことにより、特権免除条項の今後の発展は注目されている。

[18] 鄭明政「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」北大法学論集第63巻第６号（2013年３月）24頁。

[19] 397 U.S. 471 (1970).

[20] 411 U.S. 1 (1973).

Bowen v. Gilliard[21]において、いずれも福祉給付を基本的権利とされていないから最高裁は平等保護について厳格審査の適用を退け、合理性審査により合憲と判断している。このように連邦最高裁は基本的権利理論の拡大に歯止めをかけ、実体的平等保護条項によって「貧困者に対する生存保障の役割を果たすことに著しく消極的姿勢」を示し[22]、福祉受給資格の平等保護について「緻密な検討」が加えられることがなくなり[23]、平等保護条項のもとでの福祉権保障の限界を見せるようである。そこで、この状態を突破するために、配分参加過程を重視するエンパワーメントの視点から平等保護条項を通して各人に「社会の十分なメンバーシップ」を保障すべきである平等な市民権（シティズンシップ）（Equal Citizenship）[24]があった。かような反従属的[25]、複合的平等[26]をどのように福祉権領域において実践するかについてその後改めて検討を試みたい。

第３節　台湾――基本権・基本国策の二重規範と違憲審査基準の模索

１．生存権保障の「二重の規範」

前台湾大法官の呉庚は、「各国の憲法で、台湾憲法15条の生存権保障条項と最も近いのは日本である」と述べたことがあった[27]。しかし、台湾においては、生存権に関する議論・研究が非常に少ない。なぜなら、1947年に実施された中華民国憲法は、当初戦乱時期にあって、生存権どころか、憲法自身も「動員勘乱時期臨時条項」[28]によって凍結され、生

---

[21] 483 U.S. 587 (1987).

[22] 松井・前掲注（4）405-406頁。

[23] 葛西まゆこ『生存権の規範的意義』（成文堂・2011年）196頁。

[24] Kenneth L. Karst, Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution (1989).

[25] Kenneth L. Karst, *Forward: Equal Citzeship uner the Fourteenth Amendment,* 91 Harv. L. Rev 1-3 (1977).

[26] 尾形健『福祉国家と憲法構造』（有斐閣・2011年）80-85頁。

[27] 呉庚『憲法的解釈與適用』（三民書局總經銷・2004年）268頁。

[28] 中華民国憲法が1947年元旦に公布され、同年12月25日に施行された。しかし、当時の国民政府は、内戦体制という緊急事態に対応するために、憲法が制定さ

存権をめぐる議論も当然なかったからである。しかし、長期にわたった戒厳令と権威的統治を経て、台湾は1983年に戒厳令を撤廃するとともに、臨時条項を廃止し、民主化運動・憲法改正運動が活発になってきた。1990年代の民主化時期に至ってはじめて、「社会権の憲法への記載運動〔社会権入憲運度〕」が起こった[29]。しかし、社会権の規範構造、内実に関する議論が十分になされていないうちに、憲法増補条文10条に基本国策という形で計13項目からなる社会福祉に関する政策が制定された。このように、基本権としての生存権条項および基本国策としての福祉保障という憲法上の「二重の規範」がさらに強化された。しかしながら、生存権の位置づけもますます不明確になり、社会給付の基礎づけにも影響を与えた。したがって、台湾における生存権条項と基本国策との関係を明らかにすることが重要な課題であると思われる。

⑴　生存権の法的性質

台湾憲法には生存権規定があるといっても、社会権のような積極的権利を憲法典に盛り込むべきではないとする論者もいる。たとえば、林子儀は、政府に積極的な作為を求める権利は司法による救済が不可能である権利であるから、憲法の尊厳を維持するために、このような権利を憲

れて間もないことを考慮して、憲法を改正しなかった。そのうえ、1948年５月10日に「動員勘乱時期臨時条項」を制定し、総統の権限制限を解消した。

その後、国民政府が台湾に移ってきて、その統治の基礎を築くために、「動員勘乱時期臨時条項」を延長して憲法上の規定を「凍結」した。そして、統治の都合により何回もそれを修正し、実質的な憲法改正を行った。

たとえば、第１回動員勘乱時期臨時条項改正（1960年）における総統・副総統の３選禁止の凍結、第２回改正（1966年）における国民大会の権利の拡大、第３回改正（1966年）における総統の権利の拡大と国会議員の増加補選の実施、第４回改正（1971年）における国連からの離脱に応じるために国会議員の増加補選の実施。李恵宗『憲法要義』（元照・2004年）40-42頁。

[29] この運動に憲法の理論的基礎を提供する代表的な学者の一人は許慶雄である。許は基本国策の権利性を否定し、憲法15条の自由権的性質を有する財産権を、社会権的性質を有する生存権、勤労権と同一の憲法条項に組み入れることに反対する。しかしながら、許の提案は、最後の憲法改正には受け入れられなかった。許慶雄『憲法入門』（元照・2000年）549-550頁。

法典に入れるべきではないとする[30]。また、王恵玲は、社会権は法的安定性と明確性を欠くので、権利として明記されたとしても、司法によって救済されうる主観的権利ではなく、法的効力がない道徳的プログラム規定と解するほうがよいと述べた[31]。彼（彼女）らは、生存権に関する問題を基本的に政治問題であると考えるので、立法の不備ないし不作為に対しては、政治過程を通じて是正すべきであるとする[32]。しかし、このような見解は、憲法の文言を軽視し、権利の柔軟性および救済手段の多様性を看過するものではないかと思われる。日本のような柔軟な権利観およびアメリカのような多様な救済方法の観点からして、生存権条項は執行されえない権利とみなされるべきではない。

台湾の生存権の法的性質について、近時、李仁淼は、「消極的権利説」と「積極的権利説」があると整理している[33]。この分類は、中村睦男による「プログラム規定説／法的権利説」という分類に近いと考えられる。前者の代表的論者である薩孟武によれば、生存権の文言があまりに抽象的にすぎ、実施方法に関する記述もないから、執行不能であり、それはせいぜい「憲法上の飾り物」に過ぎないと考えられる[34]。それに対して、後者の代表的論者である林紀東によれば、生存権の「権利」の意味を吟味し、権利の本質を「特定の利益（法益）を享受できる法律の力である」（権利法力説）とし、権利に対応する「義務」があるから[35]、生存権は自由権的側面のほうかに、国家に給付を請求する面もあると述べた[36]。しかしながら、両説は、いずれも生存権を受益権または請求権の一種と認め、国家による何らかの積極的な作為（給付）を必要とする。そうする

---

[30] 林子儀『權力分立與憲政發展』（月旦・1993年）145-147頁。

[31] 王恵玲「社會基本權與憲法上工作權之保障」政大勞動學報第１期85-89頁。

[32] 本稿で主張するように、社会的経済的弱者はそもそも政治プロセスに反映されにくいのみならず、生命と尊厳にかかわるギリギリの生活保障のような「回復不可能性」と「緊急性」を持つ権利は、政治過程にゆだねる時間がないのではないだろうか。

[33] 李仁淼「生存権的法性質」月旦法學教室第70期（2008年８月）６-７頁。

[34] 薩孟武『中國憲法新論』（三民・1993年）127-128頁、李・前掲注（33）６頁。

[35] 林紀東『中華民國憲法逐條釋義』（三民・1986年）239頁。

[36] 李・前掲注（33）７頁。

と、両説の差は、やはりその規範効力にあると思われる。

現在の多くの学説は、憲法15条の生存権の積極的な給付面を認めるが、内容の抽象性、国家財政、権力分立の問題をあげ、その権利の内容形成はあくまでも立法の具体化を待たなければならないとする。これは、日本の抽象的権利説に近いようである[37]。近時では、生存権の「権利」は、立法または政策の「恩恵」ではないので、仮に国民が人間の尊厳に相応しい生活を過ごせていない場合に、立法の具体化を問わず国民は直接国に最低限度の生活保障の給付を請求できると解する学説もある。たとえば、蔡維音は、生存権によって最も保護しなければならないのは生存のための基本的な物資であるとする。国民が生存の困窮に直面したときに、生存のための基本的な物資を提供する義務があり、この保障は「原始的な給付請求権」の性格を有しているので、たとえ下位の法律がなくても、国家がこのような基本的な保護を拒否できないと論じている[38]。周宗憲は、最低限度の生活保障は、生存権の核心的権利であり、人間の尊厳を確保するために必要なことであるから、生存権に関する立法不作為・不完全作為によって、生存権が保障する最低限度の生活の実現できなくなったら、違憲かつ人間の尊厳を侵害する行為と見なすべきできると考える[39]。黄舒芃は、個人化（主観化）できる生存権保障部分は憲法委託の拘束力を超え、その主観的権利性を認めるべきでるとする。社会保障制度の目的は、生存権の保障を追求することにある。したがって、国家が代替措置を提供しないうちにすべての社会保障措置を打ち切って、人々が生活の困窮に陥ってしまった場合に、生存権を用いて国家に社会給付を請求できると述べた[40]。このように、人間の尊厳と生存権条項との結合を通して、生存権の具体的権利説に接近する傾向があるようである。しかし、ごく例外的な場合に限定している点で、生存権の「より快

[37] 陳新民『中華民國憲法釋論』（三民・2002年）305-306頁。

[38] 蔡維音『社會國之法理基礎』（正典・2001年）89頁以下。

[39] 周宗憲「立法不作為與違憲審査――以生存權的保障為對象」『融整法學的經驗與見證』（元照・2006年）672頁。

[40] 黄舒芃「社會權在我國憲法中的保障」『民主國家的憲法及其守護者』（元照・2009年）132-133頁。

適な生活の追求」を看過しているように思われる。

⑵　基本国策の規範的効力

極めて簡潔な憲法15条の生存権条項よりも、憲法第13章基本国策の第４節「社会安全」において、生存権に関する規定や内容が詳細に規定されている。たとえば、憲法152条の「労働の機会の付与」、憲法153条の「労働者と農民の生活保護」、憲法155条の「社会保険制度の実施」、憲法156条の「婦女と児童の福祉政策」、憲法157条の「衛生保健事業と公医制度の推進」などである。この意味で、憲法15条の生存権は目的条項である一方で、第13章基本国策中の生存権規定は、手段条項であるというような外観を呈している。具体的な実践例としては、立法者が、憲法153条に基づいて「耕地375条例」を制定し農民を保護する、憲法155条に基づき「社会扶助法」を制定する、増補条文10条５項に基づき「国民健康保険法」を制定したことがあげられる。しかし、憲法157条の公的医療制度〔公医制度〕は、現在まで一度も実施されていない。現在の増補条文10条７項の「心身障害者の保険制度の推進」は、1992年の第２回憲法改正により、増補条文18条として規定されたが、独立した法律はいまだ存在しない。これらをまとめるならば、立法者は、生存権を実現する方法として、以下のような態度を示している。①基本国策に従い法律により具体化する（社会救助法、災害救助法）、②基本国策に従わず（基本国策を無視して）、立法不作為の状態が継続している公的医療制度、心身障害者保険制度、増補条文10条10項（社会救助と国民の就業の問題等の救済的支出の優先的編成）、③基本国策がない内容を法律によって保障する（軍人住宅リフォーム優遇法律）、④基本国策もなく法律もない（日本でいう介護保険は台湾では現在存在しないが、最近議論されている）。

以上から、台湾の社会立法が、憲法15条の生存権から考えられることはないようであり、生存権の権利性や内容もいまだ明らかになっているとはいえない。そして、実践された各社会保障制度も、その立法目的と理念について、日本の生活保護法のように明確に生存権条項に基づいて制定されたという文言が存在しないから、一般的に基本国策の指示によって構築された法律と考えられる。そこで、基本国策と憲法15条の生存権条項との関係を明らかにすることが、今後の台湾の生存権理論の構

築にとって極めて重要であろう。

現在の基本国策と増補条文で定められた一連の規定は、性質上、伝統的な防御権的自由権とは異なり、社会正義と不平等を是正するための積極的な請求権的権利である。これらは、社会救助や社会保険などの社会保障制度のみならず、労働機会の保障（152条）、教育文化の発展（158条）、教育を受ける機会の平等（159条）、歴史、文化、芸術古蹟の保護（167条）、科学技術の発展、環境生態の保護（増補10条１項・２項）などさまざまな規定であるので、一般的に全部総括して「社会権」として論じられている。しかし、基本国策を基礎とした社会権論は、その権利の規範的基礎ないし権利構造の内実について不明確であり、これらについて統一的な見解は現在でも形成されていない。それゆえに、議論の焦点は常に規範的効力に集中している。

基本国策には、国防、外交、国民経済、社会安全、教育文化、民族地域などの広範な領域が含まれ、国家の負担が大きくなりすぎるとして、この規範的効力を否定する論者もいる[41]。しかし、憲法の文言の尊重をしたうえで、それぞれの基本国策の性質によって、この規範的効力を論じるべきであると思われる。一般的に、基本国策は以下のように分類される。①道徳義務にすぎない、法的拘束力がないという「プログラム規定」（たとえば、憲法142条の「地権の平均化及び資本の節制」）、②「憲法委託」――立法者が憲法から立法の委託という憲法上の義務を受ける。それを実現する過程において広範な立法裁量を有しているが、司法府は立法の合憲性に対して司法審査を行うことができる（たとえば、憲法143条の「土地政策」、144条の「独占企業の公営原則」、145条の「私人資本の節制と扶助」）、③「制度的保障」――既存の社会保障制度の保障である。立法者は、すでに運用されている社会保障制度の核心領域を保護する義務がある（たとえば、155条の「社会保険制度の実施」、157条の「衛生保険と公的医療制度」、160条の「基本教育の規定」）[42]。それぞれの条文がいずれに分類にされるべきかについては論者によって異なる

[41] 許慶雄によれば、人権保障条項に入らない「基本国策」の内容は、政府施策の努力目標にすぎず、国民が主張できる権利ではない。許・前掲注（29）549頁。
[42] 鍾秉正『社會保険法論』（三民・2005年）29頁。

が、プログラム規定以外の基本国策は、基本的に司法審査の対象となるから、制定された法律が著しく憲法の要求から離れるならば――たとえば、完全な不作為、恣意的に給付を打ち切るなどの政府行為がある場合――、立法裁量の逸脱と見なし違憲とされる可能性がある[43]。つまり、福祉に関する基本国策と生存権条項との一致部分が見いだされるならば、その規範性を強めることができると思われる。

⑶　民生福祉原則の規範的効力

台湾ではドイツのような「社会国原理」を明文で定めた憲法条文が存在しないにもかかわらず、学説と判例では、憲法前文の「人民福祉の増進」および憲法１条の「民生主義」からドイツの社会国原理に相当する「民生福祉原則」の存在を肯定する[44]。すなわち、福祉国家の理念を憲法価値として実現するため、本来社会正義が追求する問題を法律の課題とする。民生福祉原則は単なる道徳的なプログラム規定ではなく、一般的に「国家目標設定」であるとされている。その一方で、立法によって具体化される客観的憲法原則であるから、立法者は広範な制度形成自由の空間（立法裁量）を有している[45]。民生福祉原則に基づき、国家は社会正義と社会安全を促進する法的義務を負うのであるから、民生福祉原則に法的な拘束力がないわけではない。しかし、多くの学説は、民生福祉原則は立法裁量の限界を示す「義務規定」にすぎないから、国民の具体的な給付請求権を導くことはできないと解している。つまり、民生福祉原則は、生存権規定の解釈基準として、それに関する国家の立法不作為、社会保障立法、行政措置などの合憲性を判断する際の裁判規範的効力を有しているものの主観的権利ではないとされている。

⑷　生存権の給付請求機能

憲法15条の生存権条項に注目すると、初期の自由権側面の重視から、

---

[43] 黄・前掲注（40）121頁。

[44] 呉・前掲注（27）65頁以下。

[45] 陳愛娥「自由－平等－博愛－社會國原則與法治國原則的交互作用」臺大法學論叢第26巻第２期（1997年）132頁。

しだいに自由権の「給付権」的機能の拡大を通じてその請求権の性質を認める傾向にある。たとえば､許宗力は､ドイツの保護義務論を引用し、基本権の給付機能を強調する。生存権の内実についての最近の学説として、郭明政は、憲法制定の背景に注目し、生存権は防御権的性質の「生命権」と請求権的性質の「最低限度の生活を維持する権利」であると主張する[46]。また、李恵宗は、生存権の内容には「生命の尊重」と「生活の維持」の部分があると述べ、前者は生命権に関する死刑、安楽死、堕胎の問題であり、後者は人間の尊厳に相応しい最低限度の生活権の問題であるとする。つまり、国民は国家に生命の尊重と生活の維持を要求する権利を有するとしている[47]。簡玉聡は、生存権が少なくとも「最低限度の健康文化生活」を保障すべきであり､「健康文化」の概念を「心身レベルの健康」と「社会レベルの文化」であると解し、その内容は尊厳ある生活を維持するための自律的個人を可能にする最低限度の条件整備である[48]と述べている。これらの学説は、いずれも生存権に基づく給付請求を認め、その基本的な考えは自由権と融合し、基本権の保護義務機能からその給付請求の権利を認めるものである。このような考えは、ドイツの社会国原理の客観法的義務という発想を継承し、生存権の客観的な権利保障を形成しようとするものである。しかし、台湾憲法にはすでに数多くの社会権条項が存在するので、ドイツのような迂回的な解釈が妥当しうるかについて検討する余地があると思われる。とりわけ、基本権としての憲法15条の生存権条項の自由権的側面を重視しすぎると、積極的な請求権的性質の意味が希薄化するおそれがあるのみならず、憲法15条の生存権の主観的権利性が認められず、単なる客観的な権利にすぎないと解される可能性がある。そうすると、憲法が保障する生存権は単なる法律上の権利ないし反射的な権利と同じになってしまわないだろうか。これも生存権に関して広範な立法裁量または行政裁量を認めざるをえない原因だろう。たとえ社会保障制度があるとしても、それに関する

[46] 郭明政「社會憲法――社會安全制度的憲法規範」（元照･2006年）226-338頁。
[47] 李恵宗『憲法要義』（元照・2004年）199頁。
[48] 簡玉聡「日本社會保障法理之再探討」『黄宗樂教授六秩祝賀論文集――基礎法學篇』（學林・2002年）337頁以下。

給付の内容、決定、水準に対し、政治部門が恣意的に裁量を行使できるならば､その社会給付は恩恵的なものというしかないだろう。それゆえ、憲法上の権利の裁判規範性を重視する立場から、生存権には主観的権利である部分があると認められるならば、生存権の規定から直接に国家の何らかの給付義務を生じさせ、このような公法上の義務が履行されていない場合には司法による是正（救済）の可能性を考えるべきだろう。したがって、生存権理論には自由権的側面があるということを承認したうえで、自由権とは異なり、国家の積極的な義務を前提にして生存の困窮を排除するために積極的な給付請求権の本質があるということを強調するべきである。

2．社会給付の憲法的基礎

⑴　基本国策による判断

憲法解釈権を掌る台湾の大法官会議解釈は､社会保険の解釈に関して、常に基本国策を引用している[49]。たとえば、国民健康保険に関して、大法官釈字第550号解釈[50]において、その解釈文は、「中央政府と地方政府は共に国民保険を遂行する義務がある。……被保険人の保険料の比例は立法裁量の事項であり、明らかに不当でないと憲法に抵触しない」と述べた。その理由書では、「憲法基本国策条項は、国家政策と国家全体発

[49] とりわけ、以下のような憲法条文が頻繁に大法官によって社会給付領域において引用される。憲法155条「国家は、社会福祉を図るために、社会保障制度を実施しなければならない。老齢、弱者、身体障害者、生活無能力者及び非常災害を受けた人民に対して、国家は、適当な扶助と救済を与えなければならない」、憲法157条「国家は民族の健康を増進させるために、普く衛生保健事業および公医制度を推進しなければならない」、憲法増補条文10条５項「国家は国民健康保険を推進……しなければならない」、同条８項「国家は、社会扶助、福祉サービス、国民の就業、社会保険および医療保険など社会福祉業務を重視し、社会救助と国民の就業問題など救済的支出については優先的に編成しなければならない」。

台湾における社会権保障に関する条文和訳について、「台湾における社会権保障の現状と問題点（シンポジウム・参考条文）」北大法学論集63巻５号（2013年１月）69頁以下参照［鄭明政訳］。

[50] 司法院大法官釈字第550号解釈（J.Y. Interpretation No.316, 2002.10.4）。

展を指導する方針であり、中央政府はその規範を受けるとは限らない。憲法155条がいう社会保険制度は、国民の人間の尊厳に相応しい生活を実現させる主要な手段である」と述べられている。大法官は「人間の尊厳に相応しい生活」を提示したが、生存権には触れていない。憲法155条が「指導する方針」であるならば、この社会福祉基本国策はプログラム規定にすぎないと思われる[51]。しかし、大法官は「明白性の原則」を用いている以上、基本国策であっても司法審査の範囲内といえるだろう。

また、568号解釈において[52]、労働者保険は社会福祉基本国策を実現するため、憲法の趣旨に従って制定された社会保険の一種であり、労働者保険から発生した「公法上の権利」は憲法の保障を受けると判示された。したがって、社会給付の受給資格は憲法によって保障されていると思われる。さらに、609号解釈[53]においても同様の趣旨が述べられ、その「公法上の権利」は憲法によって保障されるといっても、憲法から直接生み出された権利ではなく、「法律上」の権利を意味し、立法府がその趣旨にそって一定の必要な保護範囲を形成しうるとした。これによって、学説では一般的に、社会保険制度は憲法委託に基づいて制定されたが、立法者は広範な形成空間（立法裁量）を有していると解している[54]。また、このような憲法委託または制度的保障のどちらの説を採用したとしても、完全な立法の不作為がない限り、司法が介入する余地はないと考えられる。つまり、その規範性が極めて弱いといえる。しかし、大法官の立場は一貫していないようである。たとえば、316号解釈において[55]、大法官は、憲法155条にしか言及しなかったが、社会給付の必要性を肯定し、違憲判決を下すだけでなく、介護措置がないことを指摘し、立法府に義務づけ判決を下した。したがって、許宗力によれば、大法官が依拠した憲法的根拠は基本国策だけでなく、憲法15条の生存権にあると考えられ

---

[51] 林炫秋「社會保險權利之憲法保障――以司法院大法官解釋為中心」中正大學法學集刊第24期（2008年５月）315頁。

[52] 司法院大法官解釈釈字第568号解釈（J.Y. Interpretation No.568, 2003.11.14）。

[53] 司法院大法官解釈釈字第609号解釈（J.Y. Interpretation No.609, 2006.1.27）。

[54] 林・前掲注（51）315-316頁。

[55] 司法院大法官釈字第316号解釈（J.Y. Interpretation No.316, 1993.5.7）。

る[56]。しかしながら、大法官は、基本権を持ち出さずに、社会保険に関して、単なる基本国策から国家の積極的な義務を導き出すことができるであろうか。そして、国民はその給付請求権を有しているのかについて、大法官は明らかにしていない。

(2)　基本的人権による判断

実務上、大法官は、基本国策155条を各社会保険の憲法上の基礎と考えているようである。しかし、社会保険に関する権利は、基本権との関係について言及されていないので、その給付請求権が生存権により保障されるのか、あるいは、他の基本権により保障されるのかについて検討する必要があるだろう。過去の社会給付請求に関する解釈をみると、最も数が多いのは社会保険給付である。公務員保険法における保険料の返還と定年前の退職者の養老給付に関する規定がないことの合憲性を論じた434号解釈[57]を例にあげると、多数意見は、公務員保険法の保険料を被保険者と政府が一定の割合によって負担することから、この保険料には給付金の財源のみならず、保険参加者の危険責任を分担する役目もあるとし、保険料を返還しうる規定がないことは合憲であるとした。ただし、養老給付の準備金について、全体被保険者の貯金に類似しているので、給付を受けられないという規定は憲法15条の財産権に違反すると判示した。すなわち、養老（老後生活の）給付請求権と期待権は財産権によって保障されていることを承認した。しかし、基本国策と生存権との関係には言及していない。ところで、劉鐵錚大法官の反対意見は、憲法15条の生存権、勤労権、財産権を一体化し、勤労権と財産権を経済的基本権と呼び、この権利が侵害されると、人民の生存権も脅かされるとされている。したがって、本件は憲法155条、すなわち、社会福祉基本国策が社会保障体系を構築する趣旨に反するとした。つまり、財産権のみならず、勤労権（職業選択の自由の制限）と生存権が侵害されたという反対意見であった。しかしながら、生存権を経済的基本権とすると、二

[56] 許宗力「基本權的功能與司法審查」『憲法與法治國行政』（元照・2006年）187-192頁。

[57] 司法院大法官釈字第434号解釈（J.Y. Interpretation No.434, 1997.7.25）。

重の基準の下で立法裁量に吸収されてしまうのではないかという問題が生じる。

また、472号解釈（国民健康保険料の強制納付義務と遅延金規定の合憲性）において、大法官は、基本国策の裁判規範性を認めたうえで、社会互助、リスク分担、公共利益に基づいて、その強制納付義務の合憲性を承認した。そして、保険料納付能力がない者に対しては、国家は適切な救助を与えなければならず、直ちに給付を拒否してはならないことも述べたが、生存権に関する論述は見られない。社会保険の給付に関して、施文森大法官の反対意見は、「社会保障に基づく権益の取得は、公法上の財産請求権であるので、憲法の財産権によって保障されなければならない」と述べた。つまり、社会給付請求権の財産権的基礎を明言した。それに対して、蘇俊雄大法官の補足意見では、健康保険の医療給付には基本的生活の必要条件を維持する部分があるから、国家は保険料の未納付という理由でこの基本給付の提供を拒否できないと述べた。つまり、社会保険の基本的給付は、生存権によって保障されるという意味である。林炫秋は、これを生存権の「給付不足禁止原則」といっている[58]。

大法官が社会給付を論じる際には、常に基本国策や国家の義務を強調して、憲法が保障する権利として認めているが、しばしば財産権や平等権によって事案を処理する。そうすると、憲法15条の生存権条項の本来の意味と機能が、失われてしまうのではないだろうか。基本権を直視し、とくに数多くの社会立法が存在する現実において生存権という主観的権利を認めるべきであろう。そして、その積極的な権利の本質に照らして最も重要なのは生活救済の完備であると思われる。したがって、社会給付請求権の憲法上の基礎は、生存権に立脚すべきである。そして、基本国策に定められた各社会福祉措置は、社会権を実現するための手段となり、客観法上の規範性を認め、それによって立法裁量の限界も示すことができるだろう。そうすると、従来の大法官解釈の社会国原理や国家の保護義務などのように、基本権の客観的側面を請求権として構成すること（基本権客観法機能論）とほぼ合致する。しかし、憲法典にはすでに生存権条項があるから、「客観法機能面の再主観化」の必要はないと思

[58] 林・前掲注（51）320頁。

われる。むしろ基本国策を生存権と一体化して把握すべきで、生存権から直接に規範的効力を認めたほうが素直だろう。つまり、憲法15条の生存権条項と基本国策とをリンクさせて、一定の裁判規範性を認められなければならない。そうすると、残る問題は、訴訟類型に応じた適切な違憲審査基準の採用ということになる。

3．違憲審査基準の模索

実務上、大法官は、社会給付に関する解釈において、生存権条項を用いて司法審査を行うわけではなく、「法律留保」および「平等原則」を用いて審査する。法律留保は、法治国家の要求に基づき、社会給付の内容形成について、立法府の裁量を尊重しているが、社会給付請求権（受給権）に制限を加える場合、法律の規定が必要であり、かつ、必要な程度を越えることができないという限界を示している。たとえば、609号解釈では、大法官は、「（社会）保険関係によって生じた権利義務およびその権利の制限について、法律または法律による明確な授権命令の規範が必要である（法律留保原則）。そして、その立法目的と手段は、憲法23条の規定（比例原則）に符合してはじめて憲法が許容する」と述べた[59]。民主国原理に基づき、社会給付の法律の留保を「民主プロセスによる国民もしくは社会の合意」または「社会契約」に位置づければ、それなりの積極的な目的があるかもしれない[60]。しかしながら、法律留保原則に基づいて、行政機関の法規命令、行政規則が、立法授権または当該法律趣旨に反しているかどうかを司法府が審査できるが、明確な権利基礎（生存権）がないことで、立法裁量論が持ち出されやすいといえないだろうか。しかも、憲法23条の比例原則はそもそも、人権が過度に侵害されるかどうかの審査基準ではないだろうか。

しばしば大法官は平等原則を通じて実質審査を行う。とくに、授益的立法、私経済行政は、平等原則を守らなければならないことが繰り返し

---

[59] このように、憲法23条を根拠とし、福祉領域に法律の留保原則を適用する大法官解釈は少なくない。たとえば、釈字第380号、395号、444号、505号、532号、568号、581号解釈などがある。

[60] 郭・前掲注（46）333頁。

判示されている。社会給付訴訟において、485号解釈で大法官は、「平等原則とは、絶対的、機会的な形式的平等を指すわけではなく、人民の法律上の地位の実質的平等を保障することである。立法府は、憲法の価値体系および立法目的に基づき、規範性質の差異に対する合理的な差別的取り扱いをすることが許されている」と述べ、実質的平等の理念を唱えた。しかし、生存権を審査の軸としていないので、社会給付立法において、大法官は、国家財政に基づき往々にして立法者の裁量権（特に「過小包摂」による不平等）に傾いているように思われる。しかし、自由権を含むすべての権利にはコストがかかるし[61]、財産権の保護は実際には一種の再分配であり、場合によって生存権保護よりコストがかかるかもしれない。

ドイツの学説を継受した台湾では、生存権の主観的権利を認めないのみならず、生存権に反対する声すら存在する。ごく一部の学説は、最低限度の生活保護の主観性を認めるが、その給付面の機能は、生存権からの基礎づけではなく、社会原則（民生福祉原則）あるいは人間の尊厳から生じたものであるとする。このように生存権条項を無視している以上は、「より快適な生活」の保障もありえないだろう。台湾憲法の体裁はドイツ憲法よりも日本国憲法に近いということができ、生存権を基本的権利として明記したものであると考えられる。したがって、生存権の機能を無視することはできない。生存権の救済機能を裏付けるために、今後､生存権条項を軸とした違憲審査基準の構築が必要であると思われる。

総括

日本の生存権論は、憲法25条を中心として、「柔軟な権利観」に立脚して生存権を主観的権利として一定の裁判規範性を承認した｡その上で、生存権の権利性を確立したため、生存権の保護範囲については、社会状況に応じて柔軟に充実・発展していく可能性が十分あると思われる。しかしながら、生存権領域における立法裁量の積極的な機能は看過されや

[61] Stephen Holmes & Cass Sunstein, The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes 35 (2000).

すい傾向にあるため、往々にして実質的には無審査の結果をもたらす可能性も残されている。一方、アメリカでは、生存権条項を欠いているから、主に実体的なデュー・プロセスおよび平等保護条項をとおして福祉権の保護をはかっている。しかし、憲法条の明文規定がないから司法審査の民主的正当性の問題が強く意識されているため、福祉権を憲法上の権利または基本的権利として承認することが拒まれている。ただし、単一条文にこだわらず、学説上の原理的、動態的、複合的な議論が非常に重要であると思われる。台湾では、一般に最低限度の生存保障は権利として承認されているが、権利の根拠はそもとも生存権条項に依拠するかどうかははっきりしていない。そして、憲法15条の生存権条項の内容、および生存権条項と基本国策の社会権規定との関係も明らかになっていない状態であるから、生存権領域に関する審査基準はきわめて不安定であると言わざるを得ない。したがって、本章に提示した日本の柔軟的権利観およびアメリカの動態的司法審査理論は、台湾の生存権保障に重要な示唆を提供しうると思われるため、本稿の課題として今後さらに検討を試みることとする。

第２章　社会給付と生存権に関する憲法理論

第１節　生存権概念の形成と実体法化

生存権については､社会権の中核的権利であるという広義の解釈から、人間らしい生活を確保するためのものであるという狭義の解釈に至るまで、伝統的な自由権以上に様々な議論がなされている。しかし、基本的人権の進展に伴い、各種の人権は次第に複合的なものとなり、自由権と社会権の区別も相対化されつつある。また、多くの自由権は、国家からの干渉を妨げることのみによって完全に保障されるわけではない[62]。

[62] たとえば、表現の自由には、公共情報、提供要求、あるいは公開、修正などに近い「知る権利」が含まれ、それは社会権的請求権の性質を有すべきである。芦部信喜『司法のあり方と人権』（東京大学出版社・1984年）125頁。台湾憲法における学術の自由にも国は創設する義務（Einrichtungen）を負うよう

このようにして、社会権の性質について、自由権的側面が重視されるようになった[63]。だが、社会権が第２世代の人権と称されるのは、第１世代の人権（自由権）と本質的に異なる部分があるからであり、社会権は請求権としての積極的な性質をもっている。

日本国憲法25条は１項において「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」、２項において「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進につとめなければならない」と定めており、これを一般的に生存権条項という。生存権は、社会権の中でも中核的な権利であって、国家は積極的な作為によって、すべての国民に「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するように要求している。しかしながら、日本国憲法に規定された生存権条項が実質的に守られているかどうかについては、問題がないわけではない。多くの生存権訴訟の判例において、最高裁判所はいまだに一貫して「広汎的な立法裁量」を認めている。少なくとも、このような裁判所の態度について、司法審査を逃避しており司法の責任を果たしていないと指摘することができよう。

さらに、生存権の法的性質をめぐる従来の３つの分類において、「抽象的権利説」と「具体的権利説」は、基本的対立はなく社会保障に関する諸法律が既に立法化されている現在では、実践上殆ど差異がない[64]。現在では「プログラム規定説」は既に主流的な説ではなくなったものの、具体的権利説も少数説にとどまっており、抽象的権利説が通説であるとされている。しかし、それらの分類は生存権の保障に対して実質的にどの程度の影響を及ぼしうるかについて、さらに検討する余地があるだろ

な積極的な作用がある。呉・前掲注（27）269頁参照。

[63] たとえば、社会保障の権利における「個人の尊重」、「人間の尊厳」（日本国憲法13条）などの原理から「選択」原則を導き出すこと。受給者は給付を受けるか否か、および、内容上の自主、そして、社会福祉措置に対する自己決定、福祉機構の運営に参加するかなどの「選択の自由」を有する。中村睦男「生存権と社会保障制度」ジュリスト1192号（2001年）129頁。

[64] ただし、辻村は「両説間に訴訟手続問題を除いてほとんど差異がないことが、最近の生存権の停滞の原因といえよう」と指摘した。辻村みよ子『憲法［第四版］』（日本評論社・2012年）299頁。

う。抽象的権利説こそ、かえって生存権の憲法における裁判規範性を弱めてしまうものなのではないか[65]。そのために、生存権には裁判規範性があるということを前提にして、訴訟類型に応じて適切な違憲審査基準を模索するか[66]、あるいは、立法裁量論の範囲や限界を明らかにすることに重点においた研究がなされている[67]。しかし、生存権は果たしてどのような意義を有しているのか。権利の内容はいかなるものであるか。このような問題は、生存権について検討する際に直面せざるを得ない根本的なものである。生存権の内容を具体化した法律が制定されていることを理由に、憲法における生存権の権利内容の確認を疎かにしておくことは、本末転倒であろう。このことも通説－抽象権利説－のもっとも根本的な問題点である。

生存権が憲法上の「権利」であることからすれば、論理的には基本的人権そのものに備わっている効力があるのであって、国家のあらゆる権力に対して拘束力を有すると考えるべきだろう。こうして、生存権は基本的人権のひとつであると称することができ、国民は憲法上の「権利」に基づいて、国家による権利侵害に対抗することができるだけでなく、社会権の請求権的側面に基づいて、国家に対して生存権の趣旨に適った積極的な行為を要求することができる。

そのため、生存権の「権利の性質」に関する問題を順に検討すること

---

[65] たとえば、我妻栄は戦後、生存権をプログラム規定説と解し、当時の訴訟に多く影響を与えた。また、本論にいう憲法の「裁判規範」性とは、解釈の対象である憲法を「規範」とみなし、権力を規制する機能を重視し、憲法は憲法解釈の基準であることを強調するものである。憲法上の権利は必ず裁判過程を通じて実現されなければならず、人々はそれを救済の根拠として裁判所に提訴できる（松井説、芦部の狭義の裁判規範説）。すなわち、「権利のあるところに救済あり」という見地である。それは、社会科学たる憲法学が憲法現象という「事実」に着眼し、裁判所で具体的な訴訟が行われる際にその判断基準としての憲法の広義的な裁判規範（実質的な救済をもらえるとは限らない）とは異なる。松井茂記『日本国憲法［第３版］』（有斐閣・2007年）21-22頁、蕭淑芬「日本憲法訴訟論」月旦法學雜誌116号（2005年１月）40頁。

[66] 中村睦男「生存権」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権（2）』（有斐閣・1981年）346頁。

[67] 奥平康弘『憲法Ⅲ　憲法が保障する権利』（有斐閣・1993年）247-248頁。

によって、憲法に規定されている生存権の内容を明らかにする。まず、生存権思想の形成過程、そして、実定法の制定過程および日米台における発展状況を確認することによって、歴史的視点から権利の由来と形成過程を明らかにしたい。

１．権利概念の形成

近代憲法は、もともと自由権を中核とするものだったが、後に社会権の概念を包摂して、「国家からの自由」だけではなく「国家による自由」も保障するに至った。歴史的には、自由権は資本主義が成立してから生じ、社会権は資本主義が世界中を席捲するまでに発展した頃に生じたもので、設立された時間が異なっている[68]。また、本稿は生存権概念を生命、生活、生存など複合的、多層的概念として捉えれば、自由権と同様に自然法に由来する部分があると考えている。しかし、生存権概念の発展や実定法化される過程を歴史的に確認することは、その２つの権利の共通点と相違点を認識し、生存権が憲法上の「権利」に列挙されたことの必然性を理解するのにも役立つだろう。

⑴　生存を脅す背景

生存は生きとし生けるものの本能であり、人間の本能でもある。生存は、人間にとって生まれた瞬間からもっとも基本的な欲望である。原始以来、人間は個人の知恵に頼りながら家族単位で生活していたが、やがてムラができて社会が形成された。その後、より優位なムラが劣位のムラを併合することを繰り返してより大きなクニへと発展する。統治方法が次第に組織化され国家機関が誕生する。その形成過程において、生存の問題も社会制度の複雑度や国家観によって絶えず変化している。そして国家の権力的な介入の必要性や程度に応じて、国家が「無責任な時期」、「恩恵を施す時期」を経て、「義務を負う時期」へと移り、生存も個人のみで確保することが難しいことが次第に自覚されるようになった。かくして生存は、国家または社会による保障に頼らなければ確保できないものとされるに至った。生存権の概念は、まさしくこの過程において生成

[68] 大須賀明『生存権論』（日本評論社・1987年）11-12頁。

されたわけである[69]。

人々の生存を脅かす問題には様々なものがあるが、国家と個人の関係に限定すれば、人々の生存や生活に直接に影響を与える問題は「貧困」であろう。とりわけ資本主義を前提とする現在の社会において人々が直面している問題は、資本の独占による資本家と労働者との格差の拡大やそれに由来する失業・貧困等である。これらの問題は、いずれも貧困者の生存を脅かしているもので、貧困者の自立も以前に増して難しくなっている。経済的自由が富裕者や企業のみに保障され、貧困者は貧困の自由を享受するに甘んじているような状況である。契約の自由も、行使の態様によっては企業が労働者の生活を奪う局面もあって、解雇・失業の不安が消えない。このように、貧困者に対する「社会的権力」による圧迫は「国家権力」よる圧迫と同様だといえる[70]。したがって、国家権力による権利侵害であれ、社会的権力による権利侵害であれ、圧迫に抗して権利の保障を求めるという要請の本質は同じである[71]。とりわけ生存の問題に対しては、国家が貧困者を積極的に救済しなければ、根本的な解決は望めないであろうから、国家が社会全体の経済活動領域に積極的に介入することにより、一定限度以上の資本形成および契約の自由な締結を制約すべきである。それによって初めて、自由経済の過剰な拡大による社会の崩壊を防ぐことができる。したがって、生存権の保障は、資本主義社会を調和的に存続させようとする以上、必然的な要求であろう[72]。

ところで、貧困に対する考え方は一般的に２つに大別される。ひとつは、貧困の原因はすべて自分の行為に帰着するという「自己責任論」で

---

[69] 許慶雄『社會權論』（眾文圖書・1992年）26-27頁。

[70] 自由を圧迫する要因が多く、国家だけでなく、個人から中間団体までもその自由を阻害しうる。したがって、現代の国家は積極的な行為を通して自由を確保する。大須賀明「国家の積極的関与と自由主義」ジュリスト1000号（1992年５月）８頁。

[71] 人権の圧迫的、対抗的な本質については、許慶雄「人權保障之基本概念――本質、分類、享有主體之探討」淡江學報第三十五期（1996年２月）404頁、許慶雄『憲法講義』（知音文化・1999年）38頁。

[72] 許慶雄「社會權概念及其內容」律師通訊第151期（1992年４月）54-56頁。

ある。すなわち、現在の貧困状況はその人の怠惰、無能力、自己統制力の欠如、努力不足等が原因なのであるから、国家が保護する必要はないというものである。もうひとつは、貧困の責任は社会にあるというもので、現在の貧困状況は自己の怠惰等によるものではなく「社会制度に起因するもの」であるから、責任を負うべきは個人ではなく、国家および社会であるとする[73]。

筆者は、後者の観点こそが今日の社会において現実的に妥当な見解であると考える。憲法が社会権の規定を含めた人権体系によって構成されていることからもわかるように、現代国家は社会福祉理念を主要な施政

[73] この２つの見解は、それぞれ相違する価値判断に基づくものである。貧困は自己責任であるという観念は社会構造の変化にともない衰えたが、スミス（Adam Smith）の「見えざる手」（invisible hand）という自由経済観によれば、市場機能を通じ全経済体の発展を調整して全体の富を達成することができると考えられる。このような予定的、調和的な観念のもとで、貧困には個人の責任がないわけではないが、国家が積極的な保護を与えるよりも、むしろ個人の努力によってそれを改善するほうがよいことになる。国家の介入は有効な手段ではなく、資本主義の自身で修正する機能（市場機能）がある。

かような楽観主義は、たしかに19世紀の西欧における市民自由思想と資本主義経済発展に莫大な動力を提供したが、19世紀末には、資本主義の発展が最高潮に達し、慢性的な不況と貧困の拡大を招いたことは、この失敗の証明であろう。

そのほか、社会ダーウィニズム（Socila Darwinism）という反人権思想も存在する。優勝劣敗の原則のもとで、人間の尊厳の存在および天賦人権説が否定され、生活の困窮は自然淘汰（選択）過程に過ぎず、社会の進化と発展のために、適者生存という生存原理を認めざるをえないという考え方である。したがって、不平等はその正当化の理由があり、戦争は避けられないことになるかもしれない。このような思想は現在ではなかなか受け入れられないが、それは「社会の進歩」は「個人の生存」よりも重要なことであるという思想でもある。

これに対するのは、「社会」よりも「個人」を重視する、すなわち、個人の生存価値は社会進歩の価値よりも大きいという思想である。現在の世界では、明らかに後者の思想が優位にあり、そして近代の人権思想の基礎となっている。ここから、資本主義が存続するために選択せざるをえない道と、近代人権理念における人間の尊厳と個人の尊重という核心的価値が明らかになる。上原行雄「生存権の権利性――基礎法学的観点から――」ジュリスト増刊（1969年10月）24頁以下、小林直樹『憲法学の基本問題』（有斐閣・2002年）315-316頁を参照。

方針としている。「一部分の貧困は、全体の繁栄にとって危険」であり、「大きな社会不安を起すような不正、困苦及び窮乏を多数の人民にもたらす」状況を実効的に改善することが急務である。

一方、前者の観点からすれば、たとえ国家が積極的に介入して貧困者を保護するとしても、法の性質上、強制効果がないので、あくまでも「恩恵」であって「権利」に至ることはない。そこで、生存権をひとつの権利として認めるには、それに対する人々の意識の生成過程および概念の形成過程を明らかにする必要がある。それによって正当性とコンセンサスをもって生存権が基本的人権として結実したことを実証する。そこで以下では、生存権思想の歴史を遡りながら、生存権の由来と変遷について解明する。

⑵　近代以前の生存思想概念

「生存」（existence, life）という言葉の意味は、そもそも極めて抽象的なもので、「自由」と同様に多義的なものである[74]。また、他の人権の発展に比べてその内容は時代環境に応じて異なっており、本質的には多かれ少なかれ超実定法的・自然法的な性質を帯びている[75]。しかし、「生存」が実定法上の「権利」として認められて国家の施政「目標」になったのは、現代になってからのことである。

とはいえ、自由権が確立される以前のギリシャ・ローマ時代には、人間の尊厳に対する相互尊重や相互扶助という伝統的な人道主義（Humanism）理念によって、人々の平等を要求する思想がすでに存在していたし、私有財産制度および財産の不均衡等に対する批判の声も

---

[74] 小林直樹『憲法の構成原理』（東京大学出版社・1961年）292頁。近時、効率と市場を重視し福祉を軽視する傾向がある経済学者は、（経済的）自由権にも反省を行う。たとえば、センAmartya Sen）は、自由は経済機会、政治自由、社会便利、透明度の保障および安全保護を含むべきとする。貧困という圧迫は実際の剥奪（depriration）の一種であり、人間の選択と機会を請願するのは一種の実質的な不自由であると述べる。セン（劉楚俊訳）『經濟發展與自由』（先覺・2001年）18頁参照。

[75] 小林・前掲注（74）289頁。

あった[76]。文芸復興（ルネサンス）（Renaissance）以後、次第に人間の理性を重視する思想が提唱されるようになり、自然法学の台頭により天賦人権の思想が広く承認された。そこでは、まず自由・平等が人間生来の普遍的な権利として承認されたが、これらの権利は次第に生命・自由・幸福追求をも包含するようになった。それが国家の成立目的として認識されるようになり、人権宣言を経て生存権の実定法化の原動力となった[77]。

では、生存権とはどのような権利だろうか。「生存」という言葉から「生活」を連想することが多いが、この２つの関連において、憲法上で保障されている生存権の意義は、生活権よりも重要なものである[78]。一般的に生存権とは「国民は国家に人たるに値する生存と生活上に必要な条件を要求する権利」[79]であって、国は貧困者の生活を積極的にサポートする義務を負うものとされる。他方で、生活権とは、一定水準以上の生活をおくる権利、あるいはより快適な生活をおくる権利とされ、生存権と区別されている。生存権は、最低限度の生活を保障するためのもので、生活権は現状よりも生活水準を上げるためのものであると理解してよいだろう[80]。

中世の哲学者であるトマス・アクィナス（Thomas Aquinas）[81]は、既に生活権と生存権とを区別すべきとの見解を示していた。アクィナスは、

---

[76] 小林・前掲注（74）281-282頁。

[77] 奥貴雄『生存権の法理』（新有堂・1985年）１-２頁。

[78] 許・前掲注（69）26頁。

[79] 池田政章「生存権」ジュリスト638号（1977年５月）354頁、許・前掲注（69）29頁。

[80] 奥・前掲注（77）２頁、蔡茂寅「社會權――生存權與勞動基本權」月旦法學雜誌第49期（1999年６月）140頁。

[81] アクィナスは、社会共同体思想（Gemeinschaftsidec）に基づき、真の所有権はそもそも神に属するという。神は個人の社会才能（efficiential socialis）によって適切な個人に与える。しかし、教皇を頂点とする社会階級秩序の中では、その管理、経営および使用の権能は一般の正義原則によって支配されるべきであると考えられるので、私有財産制度も修正された。つまり、「社会における人定法たる所有権制度は神法を損なうことはできない」。これは、近代の所有権の不可侵という観念と異なる。小林・前掲注（74）294-295頁。

神学のキリスト教義[82]に基づき、人間の生存価値は人格に由来し、その人格は聖霊に満たされていることによって崇高になると述べている[83]。そして、「生活権」とは、人々が自身の社会における立場（身分）に応じた生活を要求できるものとする。つまり、生活権の保障とは、身分によってそれに相応しい生活を送ることができるようにすることを意味する。「生存権」は、人々が生命を維持するのに必要な緊急性が認められるもので、人々の生存に欠かすことができない最低限の生活（the irreducible minimum of existence）[84]の確保を要求できる権利である。「緊急的生存権」・「極窮権」・「極救権」等とも呼ばれている。こうして「困窮の際には万物は共有である」という思想の下に、「困窮のためならば盗むことも許される」という考え方が生まれた[85]。

このように、アクィナスの思想において、「緊急的生存権」は生存に対する絶対的な権利、日常生活権は相対的な権利を指す。しかし、このような近代以前の「緊急的生存権」は、切迫的、例外的な場合に限られるものであって、社会資源を適切に再分配するように要求する近代以降の生存権とは大きく異なるものである[86]。とはいえ、このような思想は、人々の生存に対する権利思想の基礎を提供したものの、宗教的ないし哲学的な権利であり、その概念も抽象的で不明確である。また、生命の維持のみに着眼しており、緊急避難権のように例外的な条件を充たしている場合に限って救助を求められるに過ぎず、積極的な権利として構成さ

---

[82]「神は人間を創るほかに世間の富をすべての神様の民に賜る」というキリスト教義から、すべての人の生存のための需要が満足される必要があるという思想が覗かれる。陳宜中「國家應維護社會權嗎？　評當代反社會權論者的幾項看法」中研院中山所『人文及社會科學集刊』（2003年６月）312頁参照。

[83] 小林・前掲注（74）283、294頁、奥・前掲注（77）24頁参照。

[84] 小林・前掲注（74）283頁。

[85] 小林・前掲注（74）293-294頁。たとえば、伝統的な自然法学者フーゴー・グローティウス（Hugo Grotius）は財産権を擁護する一方で、衝突、例外的場合には緊急的な生存権が優先されるべきと主張する。また、トマス・ホッブズ（Thomas Hobbes）、ジョン・ロック（John Locke）も同様の意見を示した。陳・前掲注（82）312頁参照。

[86] 奥・前掲注（77）６頁。

れていないことから、権利としては不完全なものであった[87]。

⑶　近代以後の生存権利概念

市民革命の影響もあって、17世紀には社会契約説などの自然権思想が脚光を浴びていた。そして社会契約による国家権力が成立すると同時に人々は権利を獲得し、相互の権利衝突も平和的に解決されるようになった[88]。それと同時に、自由（liberty）・財産（estate）・生命（life）という３つの自然権[89]を中心に据えた人権体系が確立され、国家が権力を濫用して人々の権利を侵害した場合の抵抗権も認められた[90]。国家が人々の自然権を保障すれば、人々の生存も確保されるという考え方は、市民革命期における各国の人権規範において共通している[91]。

この時期の生存権は、近代以前のもの同様に「生命維持」を中心的な理念とするもので、国家の生命に対する侵害を防ぐという消極的なものにとどまる。しかし、近代の人権体系の確立と実定法化に伴って、生存権概念も神学的、宗教的なものではなくなり、人々の平等を前提とした

87　小林・前掲注（74）295頁。

88　ホッブズの社会契約観とは以下のようである。人間の私欲に対抗するために法秩序を確立しなければならない。そうしないと、人々の自身の利益は「万人の万人に対する闘争」の状況に陥る。したがって、社会契約を結び、国家を設立し互いの衝突を解決しその秩序と平和を確立するようにしなければならない。

89　この３つの自然権は、総括的に「所有」（property）という言葉で示され、人間が生まれながらのものである。杉原泰雄編『憲法学の基礎概念Ⅱ』（勁草書房・1990年）41頁［北川善英執筆］。

90　ロックは、自然状態のもとでは自由と平等は共存していたと考え、それゆえ、「他人の生命、健康、自由あるいは所有物を傷つけるべきではな」く、人々は自己保護という基本的権利を有する。そして、生命、自由は譲渡できない権利であり、それを確保するために、社会契約が結ばれてから、権力の信託、権力分立、法の支配、抵抗権を用い、国家権力の濫用を防ぐことになる。このような状態で、自然権が保障されると生存も確保され、国家による市民の権利が侵害されれば、自然権の抵抗権が行使され、国家を解体させ再設立することができる。ロック（鵜飼信成訳）『市民政府論』（岩波文庫・1986年）10頁以下参照。

91　杉原編・前掲注（89）42頁［北川善英執筆］。

近代自然権思想に基づく権利観を獲得した。また、人々が封建制度から解放されたことで、生存権は単なる宗教的・恩恵的救助権ではなく、自由権と相互に関連づけられながら実定法として規定されるようになった。当初は、私有財産制度を否定する者もいれば、政治的正義に基づいて生存権を主張する者もいた。例えば、ウィリアム・ゴッドウィン（William Godin）は「あらゆる人は、一般物資が十分であるならば、単に生きるのみでなく、よりよく生活しうる資料を与えられるべき権利をもっている」[92]と述べている。したがって、財産（例えばパン）は正義の要求により、合理的にもっとも必要な人に、もしくは、それによってもっとも高い利益が得られる人に分配するべきである。財産分配の不平等は、一方の贅沢によって他方の生存が奪われることになるので[93]、合理的・正義的な分配によって初めて正当性が認められると述べている。このように、ゴッドウィンは近代的意味の生存権を唱えた最初の人物であるといえよう。

他にもロベス・ピエール（Robes Pierre）が、フランス革命後の1793年に、生存権に関する保障を含む人権宣言案を国民公会に提出している。その内容は、以下のようなものであった。①生存する権利の重要性を確認する。生存権は自然権の主要な権利であり、所有権に対して優位する[94]。②人間の尊厳性を具体的に承認すること。社会は、あらゆる構成員に対して生活条件を完備する義務を負う。困窮者に対して資源過剰な者は償還責任を負う[95]。③所有権は生存に基づいて制限される。「所有権は同胞の安全、自由、生存ならびに所有を侵害することはできない」（８

---

[92] 池田政章『憲法社会体系Ⅱ』（信山社・1999年）145頁。

[93] 小林・前掲注（74）297-298頁。

[94] その人権宣言２条「主要な人権は、自己の生存の維持に備える権利及び自由である」。園谷勝男『人権の現代的構造と課題』（高文堂出版社・1995年）221-222頁を参照。

[95] 同10条「社会は、すべての構成員に対して労働を与えるか、あるいは、労働できない者に生活手段を保障することにより、すべての構成員の生活に備える義務を有する」、同11条「生活必需品を欠く者にとって不可欠の負債は、剰余を取得する者の負債である。この負債の支払方法を定めるのは法律に属する」。中村睦男「生存権」芦部信喜編『憲法Ⅲ　人権（2）』（有斐閣・1983年）320頁。

条)、「その原則に反するすべての占有と取引は本質的に違法で不道徳である」（９条)。これによって、初めて生存を前提とする法秩序が成立し[96]、所有権と経済的自由に対してもある程度の制約が課せられることになった。さらに、18世紀になって、生存権は、生活および生命の保護あるいは緊急救助という従来の内容にとどまらず、より理性的に人間の人格と尊厳を認め、私有財産制の改善を図るべきものとされるようになり、実定法化される方向に進んでいった[97]。

19世紀後半には、生存権に基づく社会政策が次々と立法化されるようになったが、ここでは、フランスの社会実証主義法学者レオン・デュギー（Léon Duguit）が提唱した社会連帯主義（social solidarism)、およびオーストラリアの法学者メンガー（Anton Menger）の２人の主張を注目に値する。デュギーは、法律を社会化することで、自由権と生存権を相対化すべきであると主張した[98]。この考えは、基本的にエミル・デュルケム（Émile Durkheim）の影響を受けたもので[99]、社会連帯主義の思想に

---

[96] 同上。

[97] この時期に労働救済を提供する義務主体とされたのは、国家ではなく社会である。資本主義が席捲する段階に達していないので、中間層はまだ分裂していない。したがって、自由放任を主張する者が多かった。たとえば、18世紀末のマルサス（Tomas Robert Malthus）は、その著作『人口論』において、「無用な人間は食べ物を要求する権利がない」と述べており、冷酷な自由競争思想を表明している。このような思惟の下では、貧弱者もただ恩恵の到来あるいは慈善的な救済を待つしかないことになる。小林直樹『憲法を読む』（岩波新書・1973年）123-124頁。

[98] いわゆる、「法の社会化」「個人から団体への法」「私法自治原則の変化」などの理由による。李孟融「福利國家的憲法基礎――及其基本權利衝突之研究」楊日然教授紀念論文集編輯委員會編『法理學論叢』(月旦出版社・1997年)234頁。

[99] デュルケームは、「社会分業論」において、２つの社会連帯（団結）の関係を提示した。ひとつは、社会成員が生活の中に、共同の需給と能力を有しているので、互いに連携してはじめて需要を満足させ、それを共同の連帯あるいは機械的（団結）連帯（mechanical solidarity）と呼ぶ。そのほかに、すべての人は全能ではないので、互いの才能の交換を通じて需求を満足させる。それは分業の連帯、あるいは、有機的連帯（organic solidarity）と呼ばれる。詳しくは、デュルケーム（渠東訳）『社会分業論』（左岸文化・2002年）29頁以下。

基づいて、人々は社会という共同体の構成員であり、すべての法律は社会相互依存（inter-depéndence social）という社会価値体系を基礎にすべきであるとされる。人間は群をなして生活する動物であり社会から離れることはできないので、法体系は社会的共同助成という社会連帯精神を基本理念とするべきである。国家は公共扶助、教育、労働等に対し、連帯する義務がある。所有権は必ずしも所有者の主観的権利ではなく、社会的機能を果たす客観的権利であって、国家は社会保障制度を充実させることによって、国民全体の生存権を保障するべきである。

このような積極的国家観の登場により、国家が負う義務や人々の給付請求権も次第に重視されるようになった[100]。その他、メンガーは、経済的な基本権は、生存権、全労働受益権、および労働権からなると述べ、そのなかの生存権については「各人は生存に必要な財務を要求しうる権利を意味するとともに、労務に対応してそれを要求する内容を含むとする」と説いた[101]。すなわち、社会構成員には、自分の生存を維持するために、社会資源を配分するよう要求する権利があるというわけである（例えば、財務と労働地位の配分）[102]。一方、不労所得の大部分が徴用される。私有財産に対しては、多くの制限があるが、全面的に否定するまでには至らない。このように、法の制度で生存権を実現させようと強調するため、一般的には法曹社会主義とよばれる。これらの19世紀末における生存権思想は、その権利内容の積極性がまだ十分とは言えないし、基本的な人権としての要素も欠けている。しかし、それは今日の生存権に至る啓蒙理論と言えよう[103]。

近代以後の権利観の変化に関しては、まず1776年のヴァージニア権利

この社会連帯説は後にレオン・デュギー（Léon Duguit）に影響を大いに及ぼす。また、連帯（solidarity）という言葉は、社会の一員として、その権利を享受する一方でその責任を負うことが強調される意味をも含む。瞿海源ほか編『平等、正義與社會福利』（桂冠圖書·2002年）90-93頁［古允文執筆］を参照。

100 園谷・前掲注（94）222頁、奥・前掲注（77）76頁。

101 園谷・前掲注（94）222-223頁。

102 このように一般的な配分が要求されるのは、すでに生存権の権利の本質が認められるからである。許・前掲注（69）29頁。

103 奥・前掲注（77）70-71頁。

章典（The Virginia Bill of Rights）及び同年のアメリカ独立宣言に注目する必要がある。ヴァージニア権利章典は、１条に「すべての人は生来等しく平等かつ独立しており、一定の生来の権利を有するものである」と定め、そして、アメリカ独立宣言も同様に、「生命、自由そして幸福の追求を含むある侵すべからざる権利を与えられている」と明示している。したがって、その権利の法的性質は、ロックの自然権思想にもとづく従来の「生命・自由・財産」の保護という権利観から、「生命、自由及び幸福追求」という権利観へと変化してきたといえる[104]。しかし、前述のとおり、資本主義の初期階段において、経済的格差は未だ顕著ではなく、産業革命以後、自由放任の経済観が主流となって生存権は軽視された。したがって、実定法化に向けた推進力と政治力はまだ足りなかった[105]。しかしながら、次第に複雑となってきた生存問題に関しては、個人に起因したものでもないし、個人の能力で解決しうるものでもないことが理解されるようになった。そのため、自然権の理念から生存の意義およびその権利の基礎的な正当性の根拠を探りながら、一方で、それを改善して積極的に調和させるべき責任が社会に求められるようになった。よって、生命の保護という概念は、生命機能を維持するという意味のみならず、生存的価値が含まれたものとして理解されてはじめて、その権利に具体的な意義が生じたわけである。

前述のとおり、生存権は、そもそも自由権と同様に、国家の生命への不可侵を確保するためのもので、諸個人が社会で自由に生きることを主要な目的とするものであった。その後、市民革命期には、複雑化した社会状況における様々な問題を解決するために、自然法概念にもとづいて

---

[104] 許・前掲注（69）30頁。フランス大革命の後期以後の人権宣言は、たとえば、1789年フランス人権宣言が掲げた「自由、所有、安全、圧制に対する対抗」、および、1793年の「平等、自由、安全、所有」、また、1795年にいう「自由、平等、安全、所有」などの人権宣言の中には、「生命」が言及されていない。したがって、当時の米仏両国の人権宣言には確かに異なるところがある。基本的に、フランスは自由と財産との結合を生命の問題とみなして扱っている。アメリカは財産、自由、安全を手段として生命の享有を強調する。杉原泰雄『憲法学の基礎概念Ⅱ』41-42頁。

[105] 奥・前掲注（77）57頁、許・前掲注（69）30頁。

新たな生存権概念が自由権理念の延長線上に生じた。時代は変遷したものの、生存権に通底している価値概念は「人間は人間らしく扱われるべき」という考え方である。生存権を当初の自由権理念と一括して語ることができるのは、このような理解においてのみであろう[106]。このまま発展すれば、生存権の内容も深まるものと考えられる。

生存とは、単なる生命の持続ではなく「人間らしさ」を保つことであり、この「人間らしさ」にとって多彩多様な生活を楽しむことも必須であるという理解が確立され、定着しつつある。したがって、多様なライフ・スタイルにかかわる権利の実現に向けて、国家の積極的な関与への要求も高まる一方である。しかし、国家の資源と社会の能力が有限であるという現実の下では、人々の生活要求を満たせるとは限らない。国家は、可能な範囲で各種の社会福祉、健康医療制度等の推進に取り組むことで、国民の最低限の生活を保障するほかはない[107]。このように、生存権の適用範囲は確かに社会的資源（とりわけ経済力）によって左右される。とはいえ、時代が進むにしたがって、生存権に対する需要が自由権の保障の射程を超える程度にまで至ったため、生存権は、その権利を実現する過程において[108]、次第に自由権とは異なる枠組みとしての独自な体系を備えていった。

特に、私有財産制度を基礎とした資本主義社会においては、20世紀以来、独占経済体系によって労使関係、貧困、失業等の社会問題が次第と深刻になり、社会内の格差状況も臨界点に達した。そのため、国家の介入によって資本主義に基づく問題を修正・改善すること、また立法を通じて社会保障制度を整備していくことは､既に避けられない課題である。従来のような、国家が「個人」の生存を質的・量的に充実させるような縦方向の関係だけを重視するといった方法には限界がある。そこで、国家は、社会における資本の偏在等の問題に対し、積極的な改善と調和を

106 小林・前掲注（74）293頁。

107 許・前掲注（69）31頁。

108 許慶雄は、生存権の権利概念の形成過程を以下のように分ける。①自然法概念の生存権、②社会体系における生存権、③生活を享有する生存権、④社会問題の生存権。許・前掲注（69）29頁以下。

求めるような横方向の関係も重視しなければ、現代の生存問題は解決できない[109]。

小林直樹が述べるように、「人間に値する生存の保障を重要な政治目的として実体憲法に掲げ、国家の積極的な努力を方向づけたのは、とくに現代に属する。われわれにとって、生存権の理念は、啓蒙主義的地盤に立つ抽象的自由権への制約、またはアンチ・テーゼとして、特殊に現代的意義を担って現れているのである[110]」。今日の人権保障は、自由権と社会権とを合わせて保障しないと空虚なものとならざるをえない[111]。

２．生存権の実体法化

上述のように、生存権は、資本主義に内包されていた諸問題が顕在化したことや社会主義思想の影響を受け、第２次世界大戦に対する反省もあって、現代の基本的人権として、従来の自由権体系とは異なる社会権体系に位置づけられている。しかしながら、そのために実定法上の権利として認識されることがかえって困難になった面もあり、現代の社会権は、各国の社会情勢等の差異に応じて様々な様相を呈している。以下は、生存権概念の誕生からそれが憲法典に明文として規定されるまでの歴史的プロセスを敷衍しながら、生存権が実定法化されるために必要な諸条件を検討する。

⑴　実定法化の条件

生存権思想は、ギリシャ・ローマ時代に芽生えたものである。その時

---

[109] 許・前掲注（69）31-32頁。もちろん、この矛盾の根源である資本主義を直接に取り除くべきと主張する者もいる。生存問題の解決を図るため、私有財産および一切の私有生産手段を否定する。つまり、いわゆる社会主義、あるいは、共産主義の思想である。たとえば、その思想の指導者、マルクス（Karl Marx）は、生産手段の集中および労働社会化を主張する。無産階級の対立と搾取の状況において、法理念としての生存権は存在しない。なぜなら、生存権は目的として存在するものではなく、ただ実践のために存在するものであるから、法理念としての生存権は否定されるのである。池田・前掲注（92）146頁。

[110] 小林・前掲注（74）282頁。

[111] 許慶雄「社會權概念及特質」現代學術研究專刊Ⅳ（1991年５月）94頁。

期の「人間の尊厳」、「個人の尊重」等の自然法概念が、中世以降現代に至るまで、人権の基礎概念として通底している。第１次世界大戦の前後には、科学万能主義が台頭し、法実証主義や価値相対主義が有力に主張されるようになったことと相まって、自然法概念は著しく衰退した。しかし、法実証主義に基づく憲法解釈が第２次世界大戦期のイタリアやドイツにおけるファシズムの台頭や、ナチスによるユダヤ人虐殺等を阻むことができなかったことに対する反省から、第２次世界大戦後には自然法および人道主義の尊重が再び重視されるようになった。それに基づいて、「人間の尊厳」を重視して国民の生存を保障することが国家の存在意義であるとされ、その実現が国家の政策目標とされるようになった[112]。

このように、生存権を保障するためには、「人間の尊厳」という価値観を具体化する必要がある。そのためには、「人間の尊厳」の重要性を憲法典に明記することがもっとも効果的であろう。しかし、そのことは一朝一夕にできるものではない。「正当性」・「社会意識」・「社会的資源」等の諸条件が揃って初めて、その権利が法秩序に組み込まれる[113]。「正当性」とは、あらゆる人々の存在価値が認められたことに由来するものである。あらゆる人々の存在価値が認められることによって、人々は自己の生存の正当性を主張し、生存が危ぶまれるときには国家による保障を要求できる法的権利となる[114]。ただし、人々に権利意識があるだけでは不十分で、生存権に正当性あるいは妥当性が認められなければならず、それが実定法に規定されるための根拠となる[115]。

一方で、「社会意識」とは、このような権利意識が社会的に受け入れられた状態や、民衆に共通している規範意識を意味している。世論や国民感情を無視して、一部の理想家だけが生存権の重要性や必要性を主張しても、それは現実味を欠いており、実定法化が促進されることはな

---

[112] 奥・前掲注（77）216-217頁。

[113] 小林・前掲注（74）305-306頁。また、奥貴雄は、生存権の実定法化の条件は、社会意識、正当性、実効性という３条件であると述べた。奥・前掲注(77)229頁。

[114] 小林・前掲注（74）305-306頁。

[115] 奥・前掲注（77）236-237頁。

い[116]。

生存権の実定法化にとってもっとも重要なのは、「社会的資源」である。「社会的資源」の中でも社会的経済力は、生存権の効力の範囲や程度を直接左右し、政治力は、憲法典に生存権条項を盛り込む先導として決定的影響力を有する。様々な社会運動の推進力は、社会意識と密接な関係にあって、その推進力が大きければ大きいほど、社会意識も形成されやすくなり、それがより広く共有されるようになることによって、生存権が憲法典に規定される可能性も高くなる。

最後に、ここまで述べてきた生存権の実定法化プロセスとその条件をまとめておく。

「人間の尊厳」に基づいてあらゆる人々の生存の価値が認めることで、生存権の「正当性」が確立された。この「正当性」を人々に説くことによって、生存権の重要性・必要性についての「社会意識」が喚起される。その「社会意識」が社会運動等の推進力となり、その推進力が「社会的資源」にも強く作用して、生存権の憲法典への条文化が実現される。もっとも、法的規範としての実効性を伴わなければ条文化した意味がないので、社会的経済力を高める必要がある。このような諸々の条件が相互に作用し合って初めて、生存権が実定法化されるわけである。

⑵　実定法化の展開

生存権が憲法上の基本的人権として憲法典に規定されたのは20世紀以後のことだが[117]、市民革命期においても既に、生存権思想を人権宣言や

---

[116] 小林・前掲注（74）306頁、奥・前掲注（77）236頁。

[117] 生存権の権利思想の成文化は、1776年のヴァージニア権利章典およびアメリカ人権宣言が端緒である。市民革命期は生存権の芽生える時期といってもよい。これらの権利宣言と憲法条文から、生存権の精神がうかがわれる。しかし、生存権の憲法条項は1919年のワイマール憲法を待たなければならない。このように遅くなった原因として、小林直樹は、３つの理由をあげる。すなわち、①社会権力の関係で下から上への生活権の要求が抑制された、②社会経済力が弱く、大量の貧困層を救助する力がない、③個人の自由を前提とした資本主義のもとで、自由経済競争において、各人の生計は各人の責任であること。小林直樹『憲法を読む』（岩波新書・1973年）123頁。

憲法典に盛り込んで、貧困者の保護について国家に一定の義務を負わせることが要求された。生存権が憲法典に規定される過程は、以下の３つの時期に分けられる。

ａ．市民革命期の生存権立法

1791年に制定されたフランス憲法は、人権宣言の生存権理解に基づいて[118]、憲法の第１編に「捨子を養育し、病弱な貧者を助け、壮健にして仕事をもたない貧者に労働を与えるために、公的救済（secours publics）の一般的施設が設立され、組織される」と規定している。また、1793年６月24日のモンタニャール（Montagnard）の人権宣言21条は「公的救済は、神聖な負債である。社会は、不幸な市民に労働を与えるか、または労働できない者に生活手段を保障することにより、生活をみる義務を有する」[119]としている。

また、国民公会でのロベスピエール（Robespierre）の生存権提案や、1848年のフランス第三共和制憲法における労働者保護・貧困者扶助等の規定においても[120]、貧困者の保護について国家に一定の義務を負わせることが意識されていた。しかし、当時は、自由放任主義が前提とされ、資本主義化の市場原理による調整作用が信頼されていたこともあって、経済的自由権が完全に承認されていたため、ここでの生存権は、現代の生存権とは異なる性質のもので、あくまでも補充的な国家義務にすぎなかった[121]。

---

[118] 1789年のフランス大革命時期の人権宣言１条「人は、自由、かつ、権利において平等なものとして生まれ、生存する」。これも、生存権保障の一種の形態とも言える。奥・前掲注（77）73頁参照。

[119] 初宿正典『憲法２　基本権』（成文堂・2001年）391-392頁。芦部信喜編・前掲注（66）319頁［中村睦男執筆］。

[120] 憲法前文第７項と第８項を博愛（fraternite）精神に基づいた文言とみなしてもよい。いずれも生活上の相互援助および貧弱者保護の根拠である。宮澤俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣・1965年）27頁以下、許・前掲注（69）34頁。ブランは、博愛原則から生存権を導出しうると考える。個人の能力により生産し、欲望により消費する。池田・前掲注（92）146頁を参照。

[121] 権利としての生存権は、所有権及び契約の自由などの経済的自由権を調整ないし制限しうる。そして、国家は各種の社会保障制度を積極的に完備す

また、この公的救済が具体的に立法されても、革命後のフランスは財政状況が逼迫していたため、救済措置はほとんど実施されなかった[122]。このように、この時期の生存権は、当時の人々に生存権概念が理解されていなかったこと、国家財政に余裕がなかったこと、また経済的自由が優越していて国家が積極的に介入できるものではなかったことから、基本的人権として人々に保障される権利とまでは至っていなかった。

ｂ．戦後憲法思想の競合

資本主義が世界を席捲するようになると、各国の経済的利害対立も深刻なものとなり、ついに第１次世界大戦が勃発した。この災厄により資本主義国家は、もはや、自由放任主義をそのまま維持し続けるわけにはいかなくなり、欧州各国は、資本主義体制を見直さなければならないことを自覚した。この時期の生存問題の解決については２つの異なった思想があって、相互に競合していた。ひとつは、資本主義を徹底的に否定し、革命的に社会主義体制を確立させようとするものである。この思想は、1918年にロシアで「勤労･被搾取人民の権利宣言」が発表され、「ロシア社会主義連邦ソビエト共和国憲法」が制定されたことに反映されている。こうして、ロシアに最初の社会主義国家が成立した[123]。もうひと

る義務を負わなければならない。それに対して、革命期の生存権保障は、慈善（charité）と公的扶助（assistance publique）との間の公共救済（secours publics）に過ぎない。中村睦男『社会権法理の形成』（有斐閣・1982年）56頁参照。

[122] 中村・同上55-56頁。

[123] ソ連の人権宣言において、前国家的な自然権は承認されていない。「その権利は国家によって労働者・農民に限定して付与され、権利・自由の内容は、主として物質的に保障されるのが特質であった」。したがって、生存権を具体的に保障したからといって、個人に主観的権利が賦与されているわけではないので、司法による救済制度は存在せず、国家に義務が課されるわけでもない。このように、ソ連の生存権は、資本主義国家におけるものとは、根本的に異なっている。奥・前掲注（77）84-86頁を参照。

社会主義憲法における生存権保障は、資本主義国家と比較し、以下3点の相違がある。①資本主義国家の私有財産権という基本構造が否定される、②それを実現するための国家統制という経済手段は政治方針に陥りやすく、客観的な法律保障の権利ではない、③自由権の不完全、そして、イデオロギーに制限さ

つは、当時の資本主義体制を改良・修正しようとするものである。この考え方に基づいて、1919年にドイツのワイマール憲法が制定された。ドイツは国家独占主義体制を経験していなかったもかかわらず、生存権保障の規定を憲法典に明記しており、このワイマール憲法は、現代の資本主義体制における憲法の原型だといわれる[124]。この憲法は、ロシアで革命によって社会主義体制の国家が誕生したという外在的影響と、第１次世界大戦の敗戦によって国内の政情不安・経済不況が深刻化したという内在的影響によって、従来の消極的国家観から積極的国家への転換を規定したものである。これにより、国家あるいは社会的団体は、個人の経済・社会・文化等の領域に積極的に介入し、資本主義の「社会化」を図ろうとしている[125]。ワイマール憲法は、第２編第５章の「経済生活」に、生存権の保障に関する規定を設けている。その中でもしばしば引用されるのは、151条１項の「経済生活の秩序は、すべての者に人間たるに値する生活を保障する目的をもつ正義の原則に適合しなければならない。個人の経済的自由は、この原則に基づいて確保されなければならない」という条文である。これによって、国家は積極的に生存権を実現させねばならず、そのために必要ならば所有権および経済的自由を制限するこ

れたので、完全な法的権利は認めがたい大須賀・前掲注（68）18-19頁。

許慶雄は、さらに以下のように述べた。すなわち、（社会主義憲法の生存権保障は）「個人のほかの権利を犠牲し、社会統制を通じて得た生存権保障」である、と。許・前掲注（69）36頁。

[124] この「原型」は、現代の社会権の要素を含む意味である。影山日弥「ヴァイマール憲法における『社会権』」東京大学社会科学研究所『基本的人権３　歴史Ⅱ』（東京大学出版会・1980年）186-187頁。

[125] ワイマール憲法は世界で最初に社会権保障条項を置いた憲法である。その規定は現代憲法のような体系的なものではなく、その内容も不明確であったが、国家権力からの防禦権たる自由権とは異なる基本権が出現した画期的な憲法である。一般的に生存権の憲法上のデビューとみなされる。樋口陽一『比較憲法〔改訂版〕』（青林書院・1986年）164頁。芦部信喜編・前掲注（66）320-321頁［中村睦男執筆］。

ワイマール憲法の下で、ヘルマン・ヘラー（Hermann Heller）は、このような国家を「社会的法治国家」（sozialer Rechtsstaat）と呼び、市民的、自由主義的法治国家と区別している。

とができるようになった。このワイマール憲法における生存権の特徴については、以下のように説かれている。①生存権は個人の主観的権利ではなく、客観的な意義の法である[126]。②いわゆる「人間たるに値する生活」が経済的自由の限界として定められている[127]。

①については、当時、ゲルハルト・アンシュッツ（Gerhard Anschütz）をはじめとする学者によって「綱領的規定」とされ、通説となった[128]。つまり、151条１項は、国および州の政策方針を示しているだけで、国および州に対して生活保障を直接請求できる具体的な権利を国民に付与しているわけではない。したがって、国がこの規定に背いたとしても裁判所での責任追及はできず、生活保障関係の法律の解釈基準であるに過ぎない[129]。すなわち、その条項はそれだけでは法的効力を有しておらず、法律によって具体化されなければ規範性がないというわけである。

しかし、それに反対する学者もいる。例えばハインリッヒ・レーマン（Heinrich Lehmann）は、生存権の自由権的側面に着目して直接の法的効力を承認すべきであるとする[130]。レーマンによれば、その条項の効力として少なくとも以下のことが認められる。Ａ．立法者が追求すべき基本思想を指示する。Ｂ．立法基準の指針とする。Ｃ．法律上の適用について裁判官に指令を与える。すなわち、裁判官は当該条項の「正義原則」に著しく違反しているか否かを判断し、著しく違反している法律を違憲とすることができる。

---

[126] 当時の通説は基本権の保障規定を権利（subjektives Recht）と客観的意義の法（Recht nur im objektiven Sinne）に分け、その規範効力について、前者は実効的な法規範であるが、後者は指標的な法原則であると説く。

[127] 芦部編・前掲注（66）321頁［中村睦男執筆］。

[128] 当時憲法を制定する過程における国際情勢、党派の林立、左派の台頭などの情勢の影響を受け、綱領的な社会立法とした方が妥協しやすかった、と考えられる。その立法背景については、蕭淑芬「日本憲法生存權保障原理與構造之研究――由生存問題之歷史發展探討」淡江大学日研所碩士論文（1991年12月）81頁以下参照。

[129] 大須賀・前掲注（68）４頁。

[130] 山下健次『人権規定の法的性格』（三省堂・2002年）135頁以下参照。

また、ランデ（Landé）は、145条の就学義務規定に「直接的な法的拘束力」があるとしているし、フッィシャ（Fischer）は、国家が包括的保険制度を創設しなければならないと規定する161条について、大統領および裁判所が法律と161条との適合性を判断し、161条に反している場合には法律の成立を拒否できるとしている。このように、一定の指標性がある規定について、法的規範力を認める学説も多い[131]。

②については、151条で経済生活の秩序を提示している目的は「人間たるに値する生活」の保障にあり、経済的自由はその保障を実現するための手段とされる。151条は社会的・経済的改革の枠組みとして第５章全体の基本原理を表しており、その具体化として、土地改革（155条）と社会化（Vergesellschaftung）（156条）が規定されている[132]。「人間たるに値する生活」の保障を実現するためには、経済法領域をはじめ労働・生活保障・文化・医療・教育等の関連諸法の包括的結合が必要である。このようにワイマール憲法は、国家が積極的に介入することで経済的弱者の生活を保障することを生存権として初めて明記した。これ以後、このような考え方を受け入れていることが現代国家の特徴となり、そのような特徴を備えている国家は、積極国家・社会国家・福祉国家といわれるようになった[133]。

ワイマール憲法は、第１次世界大戦後、多くの国々の憲法に影響を与えた[134]。その後ワイマール憲法は、ナチスが台頭して立法権と行政権の

---

[131] 高田敏『社会的法治国の構成』（信山社・1993年）147-148頁。また、裁判所の態度は生存権の実定法化の鍵とも言えよう。とくに、違憲審査制を有する国家においてはそうである。

[132] 中村睦男『論点憲法教室』（有斐閣・1990年）202頁。たとえば、第２編の２、４、５章でも、生存権保障の規定がある。

[133] 根本博愛『地球時代の憲法』（法律文化社・2002年）61頁。

[134] たとえば、1920年チェコ憲法には、労働者の団結権、婚姻・家族・婦女の保護という規定がある。1921年ポーランド憲法では、労働者の保護、社会保険の権利、児童の権利、婦女・少年の保護、国家は土地所有に対する統制などの規定がある。1931年スペイン憲法には、労農革命後の第二共和憲法においてすべての労働者は「人間たるに値する生存」における必要な諸条件を有することや、団結権、所有権の社会科、農漁民の保護、公的扶助などの規定がある。し

融合を図る「全権委任法」が制定されたことによって事実上死文化したといわれているが、それが日本の生存権理解にも大きく影響していることが現在でも認められている。一方で、従来の自由権とは異なる人権として社会権を導入する際に、法律に規定すべき内容までもが憲法に規定されてしまう場合もあった[135]。このために、基本権理解は再び分裂し、生存権を相対的な基本権とする学説も有力になった[136]。当時の通説は、生存権をプログラム規定とし、現実的権利とは認めなかった。このように基本権については、明確な定義が確立していなかったといえよう[137]。

カール・シュミット（Carl Schmitt）は、生存権を「個人が国家の給付を享受する権利」として伝統的な権利と区別したが[138]、基本権を体系的に分類したのはゲオルク・イェリネック（Georg Jellinek）である[139]。

かし、その後、ファシストの台頭で失敗した。杉原泰雄『憲法学の基礎概念Ⅱ』（勁草書房・1990年）48頁。

[135] たとえば、ワイマール憲法129条３項３号「公務員の人事検査簿の閲覧権」、149条３項３号「高等学校の神学院の継続存在」などを憲法レベルで保障するのは、基本権弱体化の効果をもたらすおそれがある。憲法における人権のカタログに対して相当な荘厳性と慎重性が必要である。

[136] カール・シュミット（劉鋒訳）『憲法學説』（聯經・2004年）222-223頁、阿部照哉ほか訳『カール・シュミット憲法論』（みすず書房・1989年）197-198頁。基本権の認識に対し、「超国家的な権利、国家を凌ぐ権利（抵抗権）」こそ、真の基本権と主張する者がある。つまり、自然権以外の権利は真の基本権ではない。なぜならば、これらの自然権型の基本権は実定法から創設された法益ではなく、天賦で譲渡できないものであり、その自由の領域内における防禦権である。国家はただ一定の原則のもとで、そして推測できる範囲内に限ってはじめて法定手続によりそれらの権利に介入することができる。

[137] 呉・前掲注（27）86頁、奥貴雄『生存権の法的性格論』（新有堂・1985年）135頁。

[138] シュミットは、個人の権利を①孤立的な個人の自由権、②他人と連係がある個人の自由権、③国家の公民としての個人の権利、④国家給付を享受する個人の権利に分類する。そのうち④は生存権保障条項と見なしてもよい。④には「労働権、救済と扶助を受ける権利、教育を受ける権利、訓練と授業を受ける権利」が含まれ、これらの権利は、本質上、社会国原理に基づくので、他の方式を通じて構成されなければならない。カール・シュミット（劉鋒訳）・前掲注（136）227-229頁参照。

[139] ゲオルグ・イェリネック（Georg Jellinek）は国家に対する国民の地位を基

しかし、既に批判されているように、イェリネックは、基本権には国家の干渉を防ぐための機能の他にも多様な機能が認められるべきであることを看過している[140]。生存権を基本権と認めない、すなわち、生存権を憲法上保障された権利ではなく恩恵的な法益に過ぎないとする理解は、「人間たるに値する生存」という憲法規定に反しており、人間の尊厳を承認し個人を尊重するという憲法の原理を損なうおそれもある。

国家を設立する目的は、基本的人権を実質的に保障させることであり、現代国家においては社会保障の実施も普遍的な主要目標である。このように生存権は、当然ながら基本権のひとつであるが、規範的効果に問題がある。台湾の呉庚が指摘するとおり、「基本権は、前国家的なものだけではない。基本権の享有主体は諸個人であり、国家からの保障を受ける目的においても……国家権力の行使を拘束する作用がある」[141]。

ワイマール憲法の生存権がプログラム規定だと解釈された根拠は、主に以下の２つである。①生存権は社会権の中でも中核的なものだが、社会権は一般的に国家に対して「積極的な作為」を要求するものである。②ワイマール憲法は敗戦によってドイツが経済的に低迷していた時期に成立したものである。

これに対して以下のように反論したい。①については、国家の「積極的な作為」を要求するという社会権の性質のみを強調しており、社会権の自由権的側面を無視している[142]。確かに、社会権を初めて憲法の人権カタログに書き込んだ際に、慎重さを欠いて具体的に様々な内容を規定

準として、①受動的地位（国民の義務）、②消極的地位（国民の自由）、③積極的地位（国民の「市民的地位」）、④能動的地位（能動的市民たる地位）に区分する。現代の生存権に近いのは③であり、国家に積極的な作為を要求する。しかし、基本権の発展に従い、このような分類には、基本権の性質を柔軟に解釈することに限界があると考えられる。王信仁「再訪社會權」政大法研所碩士論文（2003年）135-136頁。

[140] そのために、人権の複合性に基づき、人権を区分すべきではないと主張する者もいる。社会権と自由権とはそもそも深く関連しているので、厳格に区分することは簡単ではない、という。許・前掲注（69）４頁参照。

[141] 呉・前掲注（27）87頁。

[142] 許・前掲注（69）４頁。

してしまい、人権の重要性を相対化させてしまった事実もあったが、このことだけを捉えて社会権をプログラム規定、あるいは綱領的なものだと理解するのは適切ではない。②については、歴史的観点からすれば、ワイマール憲法は、資本主義が世界の趨勢となる前に成立したものであって、資本主義のもたらす弊害が深刻なものとして認識されていなかったことも指摘されるべきであろう。

しかしながら、比較法学的にはさらに３つの根拠が説かれている。ワイマール憲法において、①生存権は文言上「権利」であると明記されていないし、②裁判所による法律の違憲審査制度が規定されていないことから、③憲法上の「権利」が侵害されても、個人が裁判所に救済を求められなかった[143]。このため、一般的に生存権はプログラム規定として理解され、具体的な法的効力を否定する見解が定着したわけである。

ｃ．権利概念へのコンセンサスの形成

ワイマール憲法の生存権規定について、法的効力こそ認められていなかったものの、そこに記された理念は、財産権等に対して各種の制限を加えることで社会福祉を実現させる政治的義務を国家に要求している。このことは、人々の生活の向上に対する重大な意義を有しており、20世紀の憲法のもっとも基本的で重要な特徴として、国家運営上の指導理念にもなった[144]。したがって、第２次世界大戦後、各国の憲法は共通して生存問題を解決するための条項を有するようになった[145]。そして、人権体系において独自の社会権システムを構築して自由権システムと協働させることを、資本主義社会を支持する法的基礎に据えたのである。

とりわけ1930年代、世界恐慌によって大勢の人々が失業したために貧

---

143 藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂・1998年）370頁。

144 大須賀・前掲注（68）４-５頁。

145 たとえば、1946年フランス第４共和国憲法では、多くの社会権を保障する条項がある。その前文においても生存権の保障に関して述べられている。さらに、現行の1958年第５共和国憲法も第４共和国憲法の前文を再確認し、社会国の精神を受け継いでいる。そのほか、1948年のイタリア憲法38条、インド憲法38条、中華民国憲法15条にも生存権保障の条項がある。これらの文言について、芦部信喜編・前掲注（66）321頁［中村睦男執筆］。許・前掲注（69）36-37頁、杉原・前掲注（89）49-51頁。

困問題が深刻化し、社会保障制度を早急に確立しなければならない状況に陥った。生存権保障は、そもそも労働者を対象としていたが、このような状況を受けて、その範囲は労働者のみならず一般国民にまで拡大された。また、労働者と直接には関係がない健康権や公共扶助等の制度も相次いで設立され[146]、社会保障はより充実したものとなった。このようにして、世界恐慌以降、その必要性に応じて生存権の質と量がはるかに向上した[147]。

ただし、アメリカでは生存権を憲法の修正条項に加えることなく、「ニュー・ディール」政策の実施によって実質的に生存権が保障された。国際法的観点からは、国際労働機関（ILO）が1944年の大会で「フィラデルフィア宣言」(Declaration of Philadelphia)を採択した。そこには「すべての人間は、人種、信条又は性別にかかわりなく、自由及び尊厳並びに経済的保障及び機会均等の条件において，物質的福祉及び精神的発展を追求する権利をもつ」と規定されている。この宣言は、各国の社会保障計画の指針となり、各国もより広汎な生存権理念を実現できるように努力している[148]。

また、1945年の「国連憲章」は、前文で「社会的進歩と生活水準の向上とを促進する……目的を達成するために、われらの努力を結集するこ

---

[146] 公共扶助（public assistance）は、国には貧困者に金銭や現物やサービスを給付する義務があり、その生活を保障することを指す。そして、これは、一種の法的権利であり、非恩恵的な救済という性質を有する。たとえば、1948年のイギリス国民扶助法、1961年のドイツ連邦社会扶助法、1950年の日本の生活保護法などがあり、社会保障制度の重要な一環をなす。アメリカの1935年社会保障法は、社会保険、公的扶助、社会福祉事業という３領域を含み、そのうち公的扶助は、主に①老人扶助、②盲人援助扶養、③児童援助である。荒木誠之編『社会保障法』（青林書房・1988年）18-19頁。

[147] 北川善英は、この時期の憲法上の生存権規定に関する特徴を以下のように指摘した。①スト権の新登場、②所有権、経済の自由が制限される傾向にあること、③健康権、公的扶助などの権利が新しく登場し、その享有主体が全国民に拡大してきたこと、④生存の尊厳、自由の尊厳、人間の尊厳の尊重などの価値理念が再確認されたこと。杉原・前掲注（89）49-51頁。

[148] 良永弥太郎「生存権と社会保障法――健康で文化的な生活を営むために」林迪廣編『法律の視点』（法律文化社・1986年）244-245頁。

とに決定した」とし、その55条ａでも「一層高い生活水準、完全雇用並びに経済的及び社会的の進歩及び発展の条件」を規定している。その後の「世界人権宣言」（1948年）も「すべて人は、社会の一員として、社会保障を受ける権利を有し……自己の尊厳と自己の人格の自由な発展とに欠くことのできない経済的、社会的及び文化的権利の実現を求める資格を有する」（22条）とし、「労働する者は、すべて、自己及び家族に対して人間の尊厳にふさわしい生活を保障する公正かつ有利な報酬を受け、かつ、必要な場合には、他の社会的保護手段によって補充を受けることができ」（23条ｃ）、「自己及び家族の健康及び福祉に十分な生活水準を保持する権利並びに失業、疾病、心身障害、配偶者の死亡、老齢その他不可抗力による生活不能の場合は、保障を受ける権利を有する」（25条ａ）と規定している。宣言には法的拘束力がないものの、国連においてこのような内容の宣言が採択されたことは、生存権を実現するために社会保障の実施が国家に要請されることが既に国際社会のコンセンサスとなっていることを示している。

さらに、1966年に国連総会で採択された「国際人権規約」の社会権規約（Ａ規約）においても「この規約の締約国は、自己及びその家族のための相当な食糧、衣類及び住居を内容とする相当な生活水準についての並びに生活条件の普段の改善についてのすべての者の権利を認める」（11条ａ）とされており、法的拘束力をもたない人権宣言以上に、この規約は締約国に一定の法的拘束力をもって生存権の保障を義務づけている。現段階では締約国のほとんどが生存権をプログラム規定としているものの[149]、世界人権宣言における「人間の尊厳」および「自由的権利及び社会的権利を同時に享有する」ことこそ「自由の人」であるという理念は、国際人権規約の社会権規約（Ａ規約）と自由権規約（Ｂ規約）に改めて確認されている[150]。

以上のような国際的理解の進展をみれば、20世紀の人権保障に社会権が含まれないことはもはや許されないといってもよいであろう。もっと

[149] 大須賀・前掲注（68）５-６頁。

[150] 李仁淼「國際人權法體系中社會權保障之新進展」思與言第38卷第４期（2002年12月）62頁。

も生存権の保障は既に多くの国々の憲法典にも規定されているので、残されている問題は、どれだけそれを実質的に実現できるか、ということになる。

第２節　日米台における制度の発展

１．日本における発展

1889年に大日本帝国憲法が公布された。そこには「臣民」の権利に関する条項があるものの、基本的には「法律の留保」が認められており、日本国憲法97条にいう「永久で不可欠な権利」ではない。すなわち、臣民の権利は、天皇によって認められている恩恵的なものにすぎず、いつでも剥奪される可能性があった。そして、明治憲法における人権カタログにも、生存権をはじめとする社会権規定はない。その後、既述のとおり法社会学者メンガーの理論による影響もあって、生存権に関する理論研究もわずかながら行われたが、具体的な立法化に向けた検討は皆無であった[151]。明治憲法下における生存権の保障は、前近代的な公的扶助の性質を有するものにすぎない。

⑴　明治憲法における救貧政策

ａ．恤救規則

明治憲法には生存権が明記されていないが、1874年（明治７年）に初めて貧民救済法令－太政官恤救規則が制定され、家族間の扶養義務と村人間の救済義務（公的扶養義務主義）が規定された。それは、「人々の相互の情誼」に依拠して貧困問題を解決することを目的とするものである。基本的に責任を負っているのは「家」であって、国家の責任は２次的なものにすぎず、「家」や地域の連帯による救済ができない場合にのみ、国家が登場することになる。また、被保護者の資格が著しく限定されており、給付金額もわずかなものに過ぎなかった。要扶養者の権利と国の扶養責任は完全に否定されており、前近代的な恩恵的性質の救貧施策で

[151] 園谷・前掲注（94）227頁。

あった[152]。

ｂ．救護法

第１次世界大戦後の経済不況は、貧困層を更に拡大させ、各地での労働争議や米騒動が頻繁に起こっていた。そのような状況の下で、日本は1929年（昭和４年）に恤救規則を改めて新たに救護法を制定した。その内容と適用範囲は、恤救規則よりも先進的なものであったが、受給の法的権利性は認められていなかった。また、その立法目的は、治安の維持および公衆衛生の確保であった。一部の貧弱者に反射的な法益としての救助を行うというもので、「家族制度・隣保扶助的な情誼」を基調としており、被保護者の選挙権、被選挙権、申立権も認められていなかったことから、やはり救護法は、前近代的な性格と内容をもつもので、恤救規則の根本的な改正ではない[153]。

被保護者の法律地位に関して、通説では、被保護者は「救護請求権」を有してないと解されているが、その理由は以下のとおりである。①社会政策の観点から、「あらゆる種類の公の救護に必ず附きまとふ所の大なる危険、即ち、自助への意思と、自責の念を弱めると云ふ傾向が、救護請求権の附与に依って一層増大する」[154]。②現行法の解釈の観点からみれば、一般にいう請求権は、その請求権者が請求権の履行を希望しないにもかかわらず、その意に反してもその履行を為し得るものではないと理解される。しかし、日本の主要な救護機関（市町村長）は「救護必要性の付着している者に対しては、その申立を待つことなく能動的に救護を行うべきであり、たとえ貧困者その人が救護を受けることを欲しくない場合にも、それを救護しうると解せられるのであって、そのことと救護請求権の存在と相容れない」[155]。

これに対して鵜飼信成は、「公法上の権利は、私法上の権利と異なり、

[152] 永田秀樹ほか編『歴史の中の日本国憲法』（法律文化社・2002年）113頁［藤田達朗執筆］。

[153] 小川政亮『権利としての社会保障』（勁草書房・1975年）69頁、大須賀明「社会経済政策と議会」ジュリスト955号（1990年５月）200頁。

[154] 中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社・1989年）26頁。［中村睦男執筆］

[155] 同上。

原則として任意に放棄又は不行使し得べきものでないから、権利の存在とその行使の強制とは必ずしも相容れぬものとはいい得ないと思う」[156]と述べて、救護請求権を否定する説を批判している。そして、その権利は自然法に基づく社会行政法体系に属するものであると考えられるので、社会事業は、「社会即ち事業主体たる国家又は公共団体の義務であり、その結果として、この義務に対応して、要救済者の側に、救済を請求する権利が認められるべきである」[157]。さらに「この権利は、自然法上、いわゆる生存権というものであり、それに基づいて更に実定法上の各種の救済請求権が成立することになる」と述べている[158]。このような救護法の積極的理解には、ワイマール憲法の影響が反映している。しかしながら、生存権が明記されていない明治憲法（戦争）体制の下では、国家の労働力を確保し、戦争を遂行するという、本来の人権保障の目的とは異なる副次的目的によって、1922年に健康保険法[159]、1937年に国民健康保険法等の社会保険が設けられた[160]。また、1911年に労働者を保護する工場法が制定されたが、その内容は不十分なものであったし、そして、1900年の治安警察法によって労働組合としての運動が厳しく抑圧された[161]。その後、20世紀に入っても、このような「副次的目的」のための社会保障は、依然として天皇による臣民への恩恵とされ、当時の欧州諸国において理解されていた社会保障とは大きく異なるものであっ

---

156 鵜飼信成『社会行政法』（日本評論社・1936年）52頁。

157 鵜飼・同上10頁。

158 中村・永井、前掲注（154）26頁26-28頁。

159 自由診療を主張する日本の医師会はこれに反対したので、1927年に実施された。また、主要な適用対象は炭鉱および工場の労働者で、その家族は排除された。その後の国民健康法は医療保険を一般国民へ拡大したが、その目的は、労働力の確保と戦争の遂行に他ならなかった。山田省三編『リーディングス社会保障法』（八千代出版・2002年）５-６頁［山田省三執筆］。

160 1938年に設立された厚生省は、「国防国家の建設」を目的とした。国家総動員体制のもとで、労働力を確保するために国民健康保険（健兵健民政策）、労働者年金制度（戦争費用の調度）などの法律を制定したが、社会救済に対して個人の権利性を完全に否定した。元山健ほか『現代憲法日本とイギリス』（敬文堂・1998年）132頁［岡田章宏執筆］。

161 永田秀樹ほか編『歴史の中の日本国憲法』（法律文化社・2002年）113頁。

た。

⑵　日本国憲法の生存権条項

1946年に制定された日本国憲法は、ワイマール憲法の影響をうけ、生存権、教育を受ける権利、労働権、労働基本権等の社会権を憲法典に盛り込んだ。「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」という25条１項は、典型的な生存権規定であるが、ワイマール憲法には生存権が明記されていなかったのに対し、日本国憲法が生存権を国民の権利として明記したことは、比較憲法上の特色である[162]。しかし、その憲法は、施行する段階において国外から綱領的な解釈の影響をうけ、あるいは、国内の社会政治経済の混乱状況や糧食不足の危機の影響もあって、生存権の保障を徹底させられずにいる。その法的性格の論争は後述にする。ここでは、日本において生存権論が定着する前の解釈および法制度の変化を説明したい。日本国憲法における生存権はいかなる外的影響をうけ、どのような内的変化があったのかを明らかにする。

ａ．日本憲法25条の制定過程

前述の通り、ドイツのワイマール憲法の影響によって、20世紀以降各国は、憲法典に生存権条項を加え、あるいは、社会福祉国家として社会保障制度を設けるようになっている。日本もその趨勢に従って、生存権条項を制定した。その制定過程について、以下の４段階に分けることができる[163]。

①：民間草案段階――日本国憲法25条１項は、民間の憲法研究会の草案にあった「国民は健康で文化的な水準の生活を享有する権利」をモデルとしている。現行憲法と文言がほぼ同じであり、生存権を「権利」として明示している[164]。

---

[162] 中村睦男「基本的人権としての生存権」季刊公的扶助研究188号（2003年１月）５-６頁。

[163] 藤井・前掲注（143）384-385頁。

[164] 1945年12月26日の憲法研究会案。憲法研究会の主要なメンバーは社会党の人員であった。後の衆議院審議する際に社会党が提出した草案を修正案として

②：マッカーサー草案段階――マッカーサー草案においては、憲法研究会草案に記されたような「権利」としての規定はなかったが、現行25条２項の国家立法「義務」と同様の規定がある[165]。その内容として様々なものが想定されており、他の条項と重なる部分もあった。GHQ 内部においても、最終的にはその規定を大幅に修正する必要があると考えられていた。

③：政府草案段階――政府は、GHQ 草案に基づいて政府草案を作成し、一般公開の前に若干の修正を行い、1946年３月６日に「憲法改正草案要綱」を発表した。そこでは、「法律ハ有ラユル生活分野ニ於テ社会ノ福祉及安寧、公衆衛星、自由、正義並二民主主義ノ向上発展ノ為二立案セラルベキコト」とされていた。さらに、枢密院において口語化の修正を経て、「帝国憲法改正案[166]」となる。最終的に、現行の25条２項とほぼ同じ文言になった[167]。④：衆議院最終修正――この段階で、「帝国憲法改正案」には生存権条項に「権利」という文言が含まれていなかったが、衆議院での審議において、社会党議員であった森戸辰男（社会政策・社会思想学専門家）と鈴木義男（元司法大臣・法学専門家）から「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」という文言を憲法典に書き入れるべきとの提案があった。当時、生存権の明記が「社会主義化」につながると懸念する議員も多かったが、２人は、生存権が資本主義の修正原理として現代憲法下の社会において欠かせないことを熱心に説きつづけ、進

通過させた。佐藤達夫『日本国憲法成立史（第２巻）』（有斐閣・1964年）785頁。

165　1946年２月13日に日本政府に交付されたマッカーサー草案24条の条文「有ラユル生活部面ニ於テ法律ハ社会的福祉、自由、正義及民主主義ノ向上発展ノ為ニ立案セラルヘシ。無償、普遍的且強制的ナル教育ヲ設立スヘシ。児童私利的酷使ハ之ヲ禁止スヘシ。公共衛生ヲ改善スヘシ。社会的安寧ヲ計ルヘシ。労働条件、賃金及勤務時間ノ基準ヲ定ムヘシ」。

166　帝国憲法修正法案における生存権の文言は「法律ハ有ラユル生活分野ニ於テ社会ノ福祉及安寧、公衆衛生、自由、正義並ニ民主主義ノ向上発展ノ為ニ立案セラルベキコト」というものであった。

167　藤澤宏樹・高木さやか「生存権の法的性格論（1）」福島高専研究紀要40号（2000年）124-125頁参照。

歩党や自由党等の議員の賛同を得て、その提案は可決された[168]。

以上の立法過程からわかるように、人権カタログに生存権が明記されたことが日本国憲法の人権概念の特徴のひとつであるといえよう[169]。とりわけ、25条に明記された生存権規定は、憲法研究会が発表した「憲法草案要綱」等の民間草案を出発点に制定まで至ったものであり、先進的な条文である。

ｂ．ワイマール憲法における学説の継受の問題

以上の立法過程から、日本国憲法における生存権条項は、ワイマール憲法の影響を受けていたことは明らかである。日本国憲法25条にいう「最低限度の生活」は、ワイマール憲法にいう「人間たるに値する生活」と文言が異なるといえども、憲法学の通説はまったく同義であるとしており、ともに「人間の尊厳を侵さない限度、または、人間の尊厳にふさわしい限界」と解されている[170]。しかしながら、既述したように、ドイツの通説はワイマール憲法の生存権規定を「プログラム規定」と解釈しており、その理解は、戦後、我妻栄らによって日本国憲法の生存権解釈に導入された。日本におけるプログラム規定説は、このような「学説継承」によるものである。それは事実と規範の距離を示した。当時1950年代における日本の社会状況、法律規定に生じた不均衡を解消しうるという作用があったかもしれないが、憲法上の規定を放置したままに、それから生活状況の変化につれて次第に主張しうる権利となるという問題について説明しがたいものである[171]。プログラム規定説は、明らかに実現可能性云々の事実面を重視し、憲法が行政・立法・司法を拘束して社会秩序の形成過程を指導する最高規範であることを軽視するものである。したがって、奥貴雄は、ワイマール憲法と日本国憲法とを比較して、以下の

---

[168] 藤澤・高木、前掲注（167）126-126頁。審議の内容に関して、清水伸編『逐条日本国憲法審議録（第２巻）』（有斐閣・1962年）546-578頁参照。

[169] 高見勝利編『人権論の新展開』（北海道大学図書刊行会・1999年）31頁［中村睦男執筆］。

[170] 奥貴雄『生存権解釈の原理』（新有堂・1985年）２頁。

[171] 蕭淑芬「法治国家原理と生存権の保障」台湾国家図書所蔵（1997年12月）44-45頁。ワイマール憲法は、生存権を客観的意義の法に分類しているので、基本権が保障する権利ではない。それゆえ、この点に関しては成立し難い。

４つの相違点を指摘し、ドイツの学説をそのまま移植した理解を批判している[172]。

①　憲法制定の歴史的背景の相違：前述のとおり、ワイマール憲法は、ロシアにおける社会主義革命の影響により、国内で改革運動が激化し、イデオロギーの対立が深刻化する中で党派が濫立するという混乱した状況下で、過激な社会主義化を避けるために妥当を重ねて制定された憲法である。すなわち、制定過程において、民主主義と社会主義との折衷として党派間の政党綱領（interfraktionelles Parteiprogramm）を憲法典に導入し、多くの基本権条項を綱領的に規定した。このように権利として規定することを避け、綱領的な規定としたのは、漸進的に国家体制を改革するためであって、ワイマール憲法は、政治的、妥協的な発想に基づいたものだといえる。しかしながら、日本国憲法は同様に（第１次大戦と第２次大戦との違いはともかくとして）敗戦後に制定されたものであるが、GHQ の占領下にあった日本では、ドイツのような激しいイデオロギーの対立がなかった。日本国憲法は、ポツダム宣言に応じて、民主主義を阻害する要因であった封建主義・家父長的家族主義・天皇絶対主義等の従来の諸原理を排除して、資本主義を基調として、国民主権・基本的人権の尊重・平和主義という現代立憲主義の基本原則を採用することになる[173]。日本国憲法の制定の当時には、対立かつ過激な制度変革を意図したものではないのだから、「憲法における社会化立法とくに生存権条項を政治指針または解釈指針とすべきはともかく、たんなる綱領ないし理想規定たるのみと解すべき理由はない」[174]。

②　憲法制定の基本思想の相違：ワイマール憲法の主な特徴は資本主義と社会主義と激しい対立のもとで妥協的な「共同体（Gemeinschaft）」理念を生み出した。すなわち、社会における有機的な結合としての共同体（共同生活、企業公営化などの理念）を強調することによって資本主義を修正する。我妻栄は、その共同体理念を直接に日本国憲法25条１項

[172] 奥・前掲注（170）５頁以下を参照。
[173] 林明德ほか『日本歷史與文化』（空中大學･1992年）220-224頁［許慶雄執筆］。
[174] 奥・前掲注（170）９頁。

の生存権解釈に応用している[175]。これに対して、日本国憲法は、主に資本主義を中心に考え、社会主義思想からの影響は薄いから[176]、基本的人権を自然法に基づくものであるとかんがえる、権利を認める以上恩恵的な保護主義と解されるべきではないとされる。したがって、日本国憲法25条は綱領的なプログラム規定と解すべきではない。憲法は、想定する国家像を明らかにし、それに向けて立法を指導するという意味で綱領的な性質を有するが、生存権の法的性質を綱領的なものとする理解は、「綱領的」という意義を法的拘束力のないものと誤解している[177]。また、文言が抽象的だから綱領的なものだとすることも理に適わない。自由権規定にも抽象的な条項があるにもかかわらず、そのような自由権規定が綱領的なものとは説明されていないことからもわかるだろう。むしろ、憲法が綱領的な規定を含んでいることは、避けがたい憲法の特徴なのだから、それをプログラム規定と解する根拠にすることはできないと思われる[178]。

③　憲法制定権力の構造の相違：ワイマール憲法は、社会民主党（社会主義革新政権）を中心に制定された。それに対して日本国憲法の制定は、自由主義陣営の代表ともいえるアメリカのGHQの指導の下、日本自由党を中心になされた。25条１項は社会党によって提案されたものの、制定過程において政治力の中心にあったのは日本自由党である。そのため、提案された社会権条項はこの項のみであり、25条２項、26条、28条等の

---

[175] すなわち、我妻によれば、日本国憲法における「公共福祉の濫用の禁止（12条）」、「子女に普通教育を受けさせる権利（26条２項）」、「勤労の義務、児童酷使制約の義務（27条１項・３項）」、「所有権の利用を公共の福祉に適合せしむる義務（29条）」、「納税の義務（30条）」などの義務規定条文から、憲法における共同体理念がすでに明らかになると考えられる。しかし、その意味は憲法上の特別権利を強調することにある。奥・前掲注（170）15-17頁。

[176] 奥・前掲注（170）17頁。

[177]「生存権の綱領的な意義」に関しては、許・前掲注（69）47頁を参照。綱領的な規定の最大の意義は、その理念の構造的、柔軟的なことを保つことにある。そして、基本的人権を時代と共に進化させる、あるいは、新しい人権を生み出すという促進的な功能がある。

[178] 奥・前掲注（170）９-17頁。

他の社会権条項はGHQの指導によって定められた。

このように、ドイツでは社会主義政党を中心に資本主義を急激に修正するために、綱領的（プログラム的）規定を用いて、立法・司法・行政の「運用に指針」とすることとされたわけだが、日本国憲法は、戦前と異なる新体制を発足させるものであって、憲法は立法･司法･行政を「拘束する」ものなければならない。その憲法における生存権は、法解釈においてもその具体的権利性が承認されるべきものである[179]。

④　憲法体制の相違：憲法体制について、ワイマール憲法は、もともと社会福祉国家体制の変革を志向していたことから、憲法典は、立法・司法･行政についての綱領的規定とされた。これに対して日本国憲法は、資本主義の下で、「自律自活の自由生活を享受しうる人間像を前提として」、生存権を保障するとしている[180]。生活力が不十分な人に対し、人間に値する生活水準を保護することが必要である[181]。したがって、このような保障を実現するために、生存権条項を綱領的な規定と解することは

---

[179] 奥・前掲注（170）17-19頁。

[180] 奥・前掲注（170）19頁。近代立憲主義の憲法は「抽象的な人間像」を形成し、身体、精神、経済上の自律的な「完全的な個人」像を追求する。しかしながら、観念的、抽象的な個人は理性的な行為主体とみなされるのに対して、現代立憲主義型の憲法（たとえば、日本国憲法）は、社会権規定を置き、個別的、具体的な立場で、「具体的な人間像」を形成する。その内容は主に「自己の人生を創造し、自己が希望する個人像を統合する」ものである。そして、憲法はこれをさらに具体化、実質化（形式の解釈ではない）にすることを要求する。竹中勲「高齢者と人権保障・憲法学」法律時報77巻５号（2005年５月）22頁、深田三徳「個人の尊厳――憲法を支える人間像」ジュリスト1192号（2001年１月）34頁。

[181] 許慶雄は、この水準を「生活保護基準ライン（社会権保障の最低限）」と呼び、社会権が確保しなければならない生活保障の最低線であり、その線以下に陥る弱者はその生存空間を失う意味であるとする。また、その最低線の上に、人民が自立して労働生活しうる最低賃金基本線で、「最低労働報酬基本線（最低賃金）」とも呼ばれる。この線を超えるのは個人が幸福な生活を追求する空間である。以上の二基準線の中間に「労働欲望空間」があり、空間が大きくなれば労働への意欲が刺激される。この中の調整を通じて社会権の保障がさらに確保しうる。詳しくは、許・前掲注（71）93-94頁。

許されない[182]。

奥貴雄は、以上の４つの観点から、ドイツのプログラム規定説をそのまま日本に移植することは妥当ではないとする。高田敏もプログラム規定説に反対し、「ドイツ憲法における生存権保障規定の大部分が国家の基本的性格の表明、施策の宣言、国家に対する作為の義務づけの形式をとっていることに注意すべき」であると指摘した。すなわち、このような形式の規定は、日本国憲法が明確に「権利」と表現している規定とは異なっており、権利の法的性質も当然異なるのだから、ドイツ憲法における生存権条項の解釈を根拠に、日本国憲法における生存権条項をプログラム規定と解することは適切ではない。また、大須賀が述べたように、「憲法第29条第２項は財産権の公共の福祉適合性を定め、しかも、その公共の福祉は社会権の保障と解かれるべきであるから、財産権の生存権への奉仕の規定は、憲法による生存権の具体的権利性の根拠づけ[183]」である。したがって、生存権は真の基本権であり、具体的な権利とされる部分があると思われる。

⑶　戦後社会保障制度の成立

社会保障制度は、社会保険と公的扶助を中心とするものである。戦後の日本の社会保障制度は、日本国憲法25条１項の「健康で文化的な最低限度の生活」の保障をもっとも重要な根拠としている。したがって、社会保障法による権利保障を検討する際に、25条１項の規定にかかわる生活保障制度を概観する必要がある[184]。本項では、戦後の社会保障制度の核心ともいえる生活保護法が、生存権保障の理念を満たしているかどうかを検討したい。

ａ．旧生活保護法の試行

戦後の日本では、食糧不足による生活の困窮等の深刻な社会問題が生じていたので、GHQ は、日本政府に対して「救済および福祉計画覚え書（1945年11月13日）」を提示し、深刻な状況に対応するために法令を

[182] 奥・前掲注（170）19頁。
[183] 高田敏『社会的法治国の構成』（信山社・1993年）167頁。
[184] 菊池馨実「新しい生存権論」法学教室250号（2001年７月）250頁。

整備するよう要求した。それを受けて政府は、ただちに閣議を開き、暫定措置として「生活困窮者緊急生活援護要綱」を決定した。さらに、総司令部から「社会救済に関する覚え書（1946年２月27日）」として４つの原則が提示されたため[185]、それに基づいて、1946年９月９日に生活保護法（旧生活保護法）が制定された。同法の特徴は以下のとおりである。①国家の保護責任が明確化され、資格対象者が差別なく平等に認められた。このことは従来の救貧制度と異なっており、現代的な社会保険制度への前進が認められる[186]。だが、その適用規定（２条）では勤労の義務が強調され、怠惰と看做された者は除外されており、また、扶養義務も存在するので、一般的な扶助主義を採っていたわけではない。この点で救護法の思想が継承されており、恩恵的な生活保障という色彩を色濃く残している[187]。②最低限度の生活保障の基準（20条）が条文に明記されたのは、初めてのことである。しかし、生命を維持する程度の保護では、

[185] この４原則は以下の通りである。すなわち、①国家責任原則、②公私救済分離原則（民間への転嫁の禁止）、③無差別平等原則、④給付金額は防貧を満たさなければならないという原則。

[186] 中村・永井、前掲注（154）36頁。

[187] 池田政章は、これを旧生活保護法の最大特色であると考える。要するに、経済政策が福祉政策より優勢だと思われる政治的雰囲気の中で制定されたものである。提案者は生存権を保障する自覚はなく、ただ形式的な法治主義を求めるため、実際に発生した失業、闇市場の取り引きなどの問題が無視される。池田・前掲注（92）152-153頁、同「生存権」ジュリスト638号（1977年５月）355頁参照。

しかし、中村睦男は、実際に当時の審議会から見れば、河合良成厚相は（将来の新憲法は）「基本的人権の尊重は民主主義国家における最大最重の目標であり、殊に生活保障」は、「勿論憲法の条規に依るところの生活保障ということを根底にして」おり、「保護法は……憲法23条（当時の生存権条項）によって生活保障をやるのであります」と表明したことを指摘する。つまり、生活保護法と憲法上の生存権を一体化している。したがって、当時の立法府における生存権の意識は、それほど弱くないことを示している。中村・永井、前掲注（154）36-37頁参照。

仮に、当時の立法と行政部門に生存権に相当な意識があれば、実際の制定と実行においてギャップがあることになるが、これはおそらく生存権の権利性質に対する認識および解釈に相違があるためだろう。

やはり憲法が予定している生存権の保障と大きく隔たっているといわざるをえない[188]。③外国人も保護の対象に含めたことは先進的な規定のように思われるが、その保護を権利として扱わない消極的な態度とも理解できる。つまり、「保護受給権」の権利性が明確に規定されていたとはいえない[189]。

このように旧生活保護法は、近代的な公的扶助という法律の形式を採用していたものの、その内容は戦前の救貧制度とさほど異ならない。国家の保護責任が明確にされたことについては、かつての救済政策よりも先進的だといえるが、その保護の程度および権利の内容は依然として不十分なものである。救護法の影響によって資格対象者も相当に制限されており、かつ、不服申立てなどの救済制度も欠如している[190]。たとえ、法律によって国家が貧困者を保護する義務を負うことになるとしても、侵害された権利に対する法的救済がえられないというのでは、反射的な利益保護といわざるをえない[191]。旧生活保護法は、戦後から新憲法の制定までの過度的な立法と看做せるであろう。当時の日本政府はそれを日本国憲法の生存権と同様の保障として扱っていたが、法律の成立時期は日本国憲法より早く、憲法の基本原理とは異なっているため、憲法制定後は運用においても憲法との齟齬が少なくない。日本国憲法の制定後、厚生省は社会保障制度審議会の勧告を受けたため、法律の改正にとりかかり、1950年に日本国憲法の生存権保障の理念に基づいた現行の生活保護法を制定した。

ｂ．日本国憲法の下での生活保護法

新生活保護法第１条は、「この法律は、日本国憲法第25条に規定する理念に基づき、国が生活に困窮するすべての国民の程度に応じて必要な保護を行い、その最低限度の生活を保障するとともに、その自立を助長することを目的とする」と定める。つまり、新生活保護法は、憲法25条

---

188 許・前掲注（69）117頁。

189 山田省三編『リーディングス社会保障法』（八千代出版・2002年）７頁。

190 林迪廣編『法律学の視点』（法律文化社･1986年）252頁［良永弥太郎執筆］。

191 田代菊雄ほか『平和と人権――憲法から考える』（法律文化社･2002年）［田代菊雄執筆］。

の生存権条項を具体化した法律である。その内容においては、保護される権利が明記された条項がある他に、「最低限度の生活」について、憲法上の「健康で文化的な最低限度の生活」を基準とし、旧法よりも憲法の理念と合致していることが明確になっている。また、「自立」を前提に[192]、個人の実情に応じて段階的に対応することとされており、ただ画一的に金銭を給付するというものではない[193]。さらに、保護する種類および範囲も更に拡大され、資格対象者も無差別平等原理に適うものとなった。旧生活保護法では保護の対象に含まれていた外国人が、新法においては資格対象者ではなくなったものの、このことは、生活保護の権利としての性質をより明確にさせようとしたものと理解することもできよう。なお、不服申立制度も定められているので、行政機関に不服を申し立て、さらに、裁判所に救済を求めることもでき、受給権は実定法上の権利としての性質を満たしている。このように、日本の生活保護法は、現代の公的扶助の特徴を備えているといってよい。しかしながら、生活保護法の実際の運用においては、毎年行政府によって年間実施要領が定められ、保護基準が修正されるために[194]、それが最低限度の生活を保障するという憲法の要求を満たしているかどうかの争いも頻発している[195]。これまで行政府は、社会保障の支出を抑制するために、行政指導によって３回の「合理化（適正化）」を行い[196]、給付項目を細分化して選

---

[192] 最低生活保障と自立の助長（自由独立）は生活保護法の立法目的である。しかし、自由独立の意味はより「健康かつ文化的な生活」を追求することにあり、単なる「最低生活」の水準にとどまらず、生存権の理念を適合するためものである。したがって、国は受保護者の「内在的な可能性」によって自力で社会に適応する生活を営む能力を促進する。それは資本主義社会の自立精神を示したが、すべての責任が自分にあるわけではなく、共により「健康で文化的な生活」へ邁進するという意味である。川上昌子編『公的扶助論』（光生館・2002年）42頁参照。

[193] 尾形健「『福祉』問題の憲法学」ジュリスト1244号（2003年５月）112頁。

[194] 荒木誠之編『社会保障法』（青林書院・1988年）77-78頁。

[195] 朝日訴訟をきっかけに、一連の社会運動がおこり、国民の権利意識を惹起した。

[196] 第１次合理化時期（1954 ～ 1956）：保護水準の停滞、制度整備期。第２次合理化時期（1964 ～ 1966）：産業結合が変わり、一般扶助主義原則が破綻、制

別させることによって支給額を引き下げたり、申請手続きを複雑化させたりしている。また、行政府に認められた監督権限、家計調査、給付条件としての就業指導等は、被保護者に対するスティグマ（stigma）を助長することにもなりかねず、個人の尊厳を侵害する恐れがないわけではない。

日本では少子高齢化が進み、人口割合に占める労働世帯が減少しているため、生活保護の主な対象者は、従来の失業貧困者から、高齢者、障害者および母子家庭へと移っている。これらの被保護者は、資本主義社会だから生じた貧困者というわけではなく、どのような社会においても生じうる社会的弱者である。したがって､「経済的貧困」とは認められず、国家には当然に保護するという責任はない。このような理屈で、結局、社会的弱者に対する保護は恩恵的・慈恵的なものになっているという批判もある。少子高齢化が急激に進み、生産が減少して不景気となる一方で社会保険費用が増大するという厳しい財政事情の下で、社会保障費用を大幅に縮小して再び市場原理を重視する「小さな国家」が主張されるようになり、福祉国家から福祉社会への移行もうかがわれる。このように、社会保障制度改革は次第に私法化されつつあり、国家責任原則も曖昧にされつつある。しかしながら、社会福祉サービスを過度に重視すれば、生活保護法の権利性を弱めてしまうおそれがあるだろう[197]。そのために、生活保護法と生存権との間の整合性、および、生存権理念の下で国家と国民の中間に存在する「社会」の役割が重視される。よって、これらの中間団体の社会保障法体系における相互関係もますます重要になる[198]。

日本国憲法が成立してからその社会保障において指摘された問題点は、伝統な家制度と関係がないとはいえないだろう。家族制度において

限扶助化へ移行した時期。第３次合理化時期（1981 ～現在）：1983年の「123号通知」という資産調査同意書の規定が、多くの影響を及ぼしている時期。竹下義樹ほか『生活保護「改革」の焦点は何か』（あけび書房･2004年）14-16頁［大友信勝執筆］。

197 川上昌子「権利としての生活保護をめぐる今日的課題」社会福祉研究第70号（1997年10月）66-67、72頁。

198 菊池馨実『社会保障の法理論』（有斐閣・2001年）16-17頁。

は、相変わらず家族相互扶助が制度の柱であるといえよう。したがって、民法及び生活保護法においても扶養優勢の考え方を見出すことができる。たとえば、民法877条「①直系血族及び兄弟姉妹は、互いに扶養をする義務がある。②家庭裁判所は、特別の事情があるときは、前項に規定する場合のほか、３親等内の親族間においても扶養の義務を負わせることができる」という規定がある。渡邊洋三の指摘のように、これでは他の国よりその扶養義務の範囲が広すぎ、「現代の核家族時代に……このような広い範囲の民法の扶養義務を前提として、生活保護法では、私的扶養優先の原則を掲げているのです。これでは、国家の責任で面倒を見るといる社会保障が低水準になるのは当たり前」だということになろう[199]。しかし、今日の社会はそのパワーが昔の国家のパワーよりも強大となっている。資本主義社会における失業はすでに個人の責任といえないだけでなく、企業の過労死や現代社会で生じ交通事故、薬害、食品公害ないし老齢疾病などの問題はいずれも国家の責任と無縁とは言えない、社会全体が救済の責任を負わなければならない。社会の代表は国家であり、その責任を辞することはできない[200]。したがって、現在の少子高齢化社会の生活保護について、それを直接に「経済的な貧困」と結びつけるべきではなく、憲法25条の生存権に掲げた理念を正確に理解する必要があり、改めて生存権と社会保障法体系との関係および、それぞれ個別の権利性質を検討しなおさなければならない[201]。こうして生存権が侵害されて裁判所の救済を求めた際に、適切な審査と妥当な解釈を行うようになる。他方、各種の制度改革が検討された際に、「国民の一人ひ

---

[199] 渡辺洋三『日本国憲法の精神』（新日本出版社・2000年）106-107頁。

[200] 渡辺・同上104頁。

[201] 実際に、いわゆる「権利としての社会保障（社会保障権）」の種類は多く、たとえば、最低生活水準に関する生活保護請求権、社会保険給付請求権、児童手当をはじめとする各種の社会手当などの給付請求権は、その「権利」性について、全部同様に扱うことはできない。しかし、堀木訴訟第２審のように、憲法25条１項２項分離論で救貧政策（公的扶助）と防貧政策（年金、手当）に分け、裁量統制を行うとするのは、機械的な論述である。どのように権利と裁量との間を妥当に処理するのかは深く研究する必要がある。山田省三編・前掲注（189）276-280頁［中島徹執筆］。

とりが、統治客体意識から脱却し（国民主権原理）、自律的でかつ社会的責任を負った統治主体として、互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参画し、この国に豊かな創造性とエネルギーをとり戻ろうとする志であろう[202]」とされており、個人の自由かつ自立を主体としての自己責任の意識と[203]、共助、互助という社会連帯の観念が[204]、現在の社会保障制度を支える上で不可欠な条件である。

〔付記〕本稿は、北海道大学博（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、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（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（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

---

[202] 司法制度改革審議会特集「司法制度改革審議会意見書をめぐって」ジュリスト1208号（2001年９月）187頁参照。

[203] 責任を負う個人として、各自の潜在能力は「福祉」の方面に一定の責任があると思われる。たとえば、防貧的な社会保障費用の負担である。それは日本国憲法30条「納税義務」から導ける。そして、憲法27条１項「勤労の義務」は常に生活保護法４条１項「保護の補足性原理」の根拠として引用される。

これらの理論は基本的に人格上の自立を基礎とし、憲法上すでに社会連帯の観点が含まれ、社会権の保障は個人の自律権を実現するため、個人の自律が挫折した場合に、社会が適時に援助を施す（佐藤幸治の社会連帯説）。社会保障の目的は、人格利益を実現するための整備された各条件であり、「自由」の理念に基づくものである（菊池の個人自由理念説）。したがって、憲法13条と結びつく。つまり、社会保障の主要な責任者は国家であり、自由の理念の下で、個人にも連帯の責任を負う。尾形健・前掲注（193）110-111頁、同「健康で文化的な最低限度の生活水準のあり方をめぐって」社会保障法18号（2003年）14頁。

[204] 日本の衆議院憲法調査会が提出した報告書には、憲法25条の生存権条項について、「社会保障制度は人々の共助・互助によって支えられているにもかかわらず、その共助・互助の観念が25条の条文中で全く触れられていない」という評価がある。

士課程・日本学振特別研究員)、橋場典子氏（北海道大学法学研究科博士課程・日本学振特別研究員）のご協力をいただいた。記して謝意を表したい。