HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	司法による生存権の保障及び 権利促進の可能性（４） ： 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(2), 330[99]-269[160]
Issue Date	2013-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/53002
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR64-2_004.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（４）

―― 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、64巻１号）
２．アメリカにおける発展
３．台湾における発展
４．小括
第３節　社会給付と生存権の憲法理論
１．社会給付における連帯および配分の理念
２．日本における生存権学説の再検討　（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２章　社会給付と生存権に関する憲法理論

第２節　日米台における制度の発展

２．アメリカにおける発展

生存権は、20世紀以降、各国の憲法学界で議論されている。しかし、アメリカの憲法典には生存権等の社会権条項がない。アメリカでは、生存権の保障は、主に社会福祉立法によって行われている。憲法典に社会権を規定するという国際的潮流の中にあって、なぜアメリカは生存権を規定する憲法修正を施さずに、法律による保障にとどめているのであろうか。法律のみによる保障と憲法に基づく保障とでは効果にどのような差異があるだろうか。以下では、アメリカにおける社会福祉立法の展開を分析しながら、アメリカに特殊な理念や実情を明らかにし、生存権保障のあり方についての是非を検討する。

(1)　ニュー・ディールの実施

20世紀になると国家の社会国家化・福祉国家化が顕著になったが、各国毎にその程度や方法は異なっている。立憲主義の先進国であるアメリカでは、憲法典に福祉国家であることを明らかにする条文が含まれておらず、生存権あるいは社会権条項も規定されていない。最初の合衆国憲法は18世紀に制定され、その後いくつかの修正がなされたが、その際にも社会権が憲法典に書き込まれることはなかった。アメリカでは、そもそも「自由」を重視する思想基盤があり、貧困を個人の責任に帰する「個人主義的貧困観」が支配的だったため、ヨーロッパ諸国や日本ほど生存権思想や社会連帯思想が浸透しなかった[1]。

アメリカがまだイギリスの植民地だった17世紀以後、アメリカでも多少の救貧制度が設けられたが、基本的にはイギリスの救貧法制に基づいて定められたもので、一部の州でわずかな公的扶助が実施されたに過ぎない[2]。19世紀末から20世紀初頭まで、合衆国議会において救貧法案が審議されたことはない。1930年代に大恐慌を経験して初めて、貧困問題の多くは社会あるいは経済の構造的な問題が原因になっていると次第に意識されるようになり、社会福祉路線にシフトするニュー・ディール（New Deal）政策が採られた。

ルーズベルト（Franklin Roosevelt）大統領が推進したニュー・ディール政策において、1933年に連邦緊急救済法（Federal Emergency Relief Act）、1935年に社会保障法（Social Security Act）、1935年に全国産業復興法（National Industrial Recovery Act）およびワーグナー労働関係法（Wagner Act）、1938年に公正労働基準法（Fair Labor Standards Act）等が制定された。連邦緊急救済法は、金銭や物品の給付によって貧困者の生活を支援することを目的としており、社会保障法は、定年による失業者等を対象とした公的扶助制度を設立するものである。また、全国産業復興法は、労働者の団結権および団体交渉権を保障するもので、不当な労働条件による雇用も禁止した。この時期に、社会保障制度も徐々

[1] 菊池馨実『社会保障の法理論』（有斐閣・2001年）109頁。
[2] 木下毅『アメリカ公法』（有斐閣・1993年）197頁。

に制度化されている[3]。

しかしながら、このような社会保障立法の真の目的は、労働力を確保し国民の購買力を促進させることで経済的発展を維持することにあった。つまり、諸々の立法によって既存の産業を保護する結果として、反射的に国民の生活を保護しようとしたわけである[4]。

ニュー・ディール期に、老齢年金・失業年金・退職年金等の社会保障制度が設けられたが、その財源も国家からの出資ではなく、企業（雇用者）と労働者（被雇用者）との共同出資で積み立てられたものである。つまり、これらの社会保障制度は、国家の積極的な社会福祉政策というよりもむしろ、国家の管轄外の「民間保険制度」としての性格を有していた。また、社会保険制度には欠かせない健康保険も設けられてこなかったし[5]、公的扶助の受給資格も極めて制限されていた。この受給資格については、労働能力を失った特定の貧困者だけを対象としており、その水準も各州によって異なっていた[6]。したがって、その受給資格の認定をめぐる争いが生じるであろうことは容易に想像できる[7]。

ニュー・ディール期の社会福祉立法は、保守的なロックナー期においてそのほとんどが違憲とされた[8]。社会福祉立法には経済的自由を制約す

---

[3] 大須賀明「ニュー・ディールと憲法的自治」和田英夫教授古稀記念論集刊行会編『戦後憲法学の展開』（日本評論社・1988年）373頁。

[4] 奥貴雄『生存権の法理』（新有堂・1985年）246頁。

[5] 大久保史郎「アメリカ合衆国における生存権的権利の生成と構造（上）」立命館法学173号（1984年）42頁。

[6] 木下･前掲注(2)197-198頁。ある複数の州には、州憲法に生存権条項がないが、州憲法に生存権条項を持っている州よりその福祉の水準が高いという現象もある。

[7] ニュー・ディールが始まったときには順調ではなかった原因について、Rogers M. Smith は以下の３点の理由をあげた。①提案した内容に革新さが足りない、②自力依存の伝統的な自由主義観が強い、③分権化の方式で福祉施策の主導権を各州に委ねる。Rogers M. Smith, Liberalism and American Constitutional Law 156 (1985). 大須賀・前掲注（3）375頁。

[8] ニュー・ディール期において、アメリカ最高裁はわずか17か月の間に（1935年１月７日から1936年５月25日まで）、12件のニュー・ディール立法に対し違憲を宣告した。黄昭元「憲法權利限制的司法審査標準――美國類型化多元標準

る側面があったが、憲法上の根拠なくそのような規制を立法することは、行政権限を過度に拡大することにもつながり、国家権力を制約するという本来の憲法の役割に照らして違憲とされたわけである。こうして、不況による社会的混乱を早急に解決しようとする政府と、自由放任主義や消極的国家観を堅持している保守的な連邦最高裁は、激しく対立した。こうして、連邦最高裁の支持が得られない限り、社会福祉立法によって具体化された福祉受給権や生存権を憲法も想定しているものと位置づけることはできない[9]。そのため、社会福祉立法を可能にするためには、連邦最高裁の裁判官の構成が変わることによる判例変更を期待するか[10]、平等保護条項やデュー・プロセス条項等の解釈を通して実質的に社会保障を実現するしかない。

⑵　成文化の挫折

アメリカでは従来、自由放任主義（レッセ・フェール）（laisser-faire）が広く受け入れられていたが、1930年代に大恐慌による社会的経済的混乱を経験してから、労働基本権や生存権、社会保障請求権等を新しい基本権として憲法典に書き入れるように要求する声も存在している。ただ、ドイツのワイマール憲法期のように、資本主義の限界が強く意識されたのとは異なり、恐慌によって失業者が続出したアメリカでは、自由放任主義の限界が意識され、国家の積極的施策によって援助することがやむを得ず許されるようになった。アメリカは基本的に自由経済を維持し、私的自治の原則に反しない範囲で貧困者の救済政策を実施しており、第一義的な目的は、安定的な自由経済秩序を確保し、経済的繁栄を追求することである。

模式的比較分析」台大法學論叢第33巻第３期（2004年５月）68頁。その後、「二重の基準論」という司法審査方法が発展して、ニュー・ディール期の社会立法が合憲化された。

9 法律によって創設された権利は、憲法解釈や判例をとおして憲法レベルの保障に引き上げられなければ、その権利の生殺与奪が立法裁量に委ねられることになり、随時回収される可能性がないわけではない。

10 実際に、ローズベルト大統領は、「連邦最高裁判事増員計画（Court Packing plan）」に着手したことがある。連邦最高裁裁判官の人数を増やして、その保守的な機構を改革しようと試みたが失敗した。黄・前掲注（8）25頁。

このような生存権理解は、社会的ダーウィニズム（Social Darwinism）に基づいていると考えられる。しかしながら、貧困者に対して生存権を積極的に保障しようとするならば、「所得分配」をしなければならない。実際には、恐慌後の社会変革期に、福祉国家化への推進を主張する有識者もいたものの、私的自治の原則や自由放任主義の深い影響によって福祉政策はかなり阻害された。例えば、ケネディ（John Kennedy）の「失業政策」や、ジョンソン（Lyndon Johnson）の「貧困との戦い」は、十分な効果をあげられなかった。また、ニクソン（Richard Nixon）の「（貧困克服のための）家族援助計画」の法案には、給付金受給資格の最低基準が設定されていたが、議会内のリベラル派と保守派に反対されて成立しなかった[11]。このように社会福祉に対する国民意識が低く政治的推進力が弱かったため、生存権思想は実定法化の過程において、伝統的な自由放任主義に十分対抗できなかった。こうしたこともあって、生存権は今日においてもなお憲法典に書き込まれていない。

⑶　福祉権論の構築

アメリカは、憲法典に生存権条項をもたないものの、社会保障問題に対して様々な解釈論や価値原理論を展開し、判例や学説でもその権利の構築が試みられている[12]。とりわけ社会福祉立法の違憲審査において、

---

[11] 奥・前掲注（4）247-248頁。アメリカ連邦政府は1960年代に各州に福祉財政を援助する際に、州老齢扶助プログラムについて、「礼節ある健康的な相応の生活」を保障しなければならないとの連邦補助金支給要件を設けた。しかし、黒人問題を抱えていた南部出身の議員と州権尊重の思想の背景の下で、連邦会議における立法過程において削除された。菊池・前掲注（1）36頁、41頁。

[12] ローズベルト大統領は1934年６月８日の社会保障特別教書において、「住居の保険、生計手段の保障、社会保険の保障という３つの目標が、アメリカ国民に提供しうる最小限の公約である。これらは、就労の意思あるすべての国民及びその家族に帰属する『権利』であり、すでに救済、回復、再建のために採られた方策の必須の帰結である」と述べた。そこでは「権利」という文言が使われたが、アメリカ憲法上に明文の規定がないので、立法の方式でそれを社会保険、公的扶助などの制度に導入し、それから、連邦最高裁の判決を通じ間接的に「社会保障の権利」を確認し、それを憲法上の基礎にした（たとえば、失業保険に関する Stewart Machine Co. v. Davis, 301 U.S. 548 (1937)、および、老年

福祉受給権の問題は、実質的な憲法上の権利として、あるいは適正手続の問題として検討されており、その輪郭が明瞭になっている。

福祉受給権は、1960年代には憲法上の権利とは認められていなかったが、ライク（Charles Reich）の「新財産」論（The New Property）、ロールズ（John Rawls）の「正義論」、マイケルマン（Frank I. Michelman）の福祉権論等の諸理論や、違憲の条件の禁止原則、平等保護原則、デュー・プロセス等の判例理論においてその実質的な保障が模索された。憲法典に社会権規定がないアメリカにおいて、社会福祉立法を要求する根拠として、平等保護原則等の一般的・普遍的な憲法原則や、自由権の請求権的側面に着目することで、生存権ないし社会権について一定の保障が実質的に達成されている。しかしながら、自由権の理論において自由権と福祉受給権（社会給付請求権）とをまとめて説明するする方法では、理論構成に無理があって、自由権と社会権という２つの大きな人権体系の本質を混乱させてしまう可能性が高い[13]。

アメリカの福祉受給権の運用は、上述の歴史的過程の他、アメリカに固有の諸事情を反映しており、他国がそのまま模倣することは難しい。もっとも、憲法に社会権規定がないとしても実質的な生存権保障について問題がないということにならない[14]。裁判過程、憲法解釈によって人権保障を拡充していくことも立憲主義国家の特徴ではあるが、生存権等の請求権的性質をもつ権利については、憲法典の成文規定によって根拠づけられていなければ、立法府あるいは行政府は、司法府の違憲判決に

保険に関する Helvering v. Davis, 301 U.S. 619 (1937) において合憲判決が出された）。菊池・前掲注（1）35-36頁。

[13] Ernst-Wolfgang Böckenförde（初宿正典編訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社・1999年）319頁［樺島博志訳］。

[14] コモン・ロー（common law）を中心とするアメリカは、その自然法の色合いが強く、人権を超憲法的な存在として位置づけるから、最初の憲法典には人権保障を営む必要な制度を規定するだけで、人権条項を有していなかった。しかし、社会権を憲法に書き入れるなら、財産権を調整できるような人権保障の新段階を宣言する意味があるのみならず、裁判所が違憲審査を行う際に明確な根拠もある。許慶雄「「増修」憲法體制之研究――兼論制憲、修憲之法理」『憲法入門』（元照・2000年）550-551頁。

従わない可能性が高い。アメリカは、他国に比べて司法の優越（Judicial Supremacy）の傾向があるとされ、立法府は司法府の違憲判決に概ね従っている[15]。しかし、社会権を憲法典に規定することで、憲法規範によって公権力を拘束できるだけでなく、その段階で形成された国家目標の実現に向けた一定の「推進力」となり、国家に実現への努力を義務づけることができる[16]。このようにしなければ、主に貧困者を保障の対象とする生存権は、国家の財源が限られているという事実を理由に、政治過程（political processes）において容易に葬り去られてしまうだろう。

ａ．権利と特権区分論（right-privilege distinction）

アメリカ憲法は、運用の歴史が浅いわけではないものの、憲法に明文化されたような生存権条項を有していない。世界恐慌をきっかけに、ルーズベルト大統領が初めて一連の社会保障立法に取り込んだが、初めての試みは十分な効果を得るまでに至らなかった。多くの社会福祉立法が最高裁による違憲宣告を受けたが、その後、学説との判例解釈を通じて側面的に生存権保障が試みられている[17]。そこでは、生存権という権利は社会保障制度における福祉受給権に託されたといってよい。しかしながら、このような福祉受給権は憲法上の「権利」といえるか。また、裁判所がその法律に関する合憲性に対してどのように審査すべきか。そして、福利受給権が憲法上の「権利」だとして、同権利が侵害された場合、当該個人がそのことを根拠として裁判所に提訴できるか。アメリカ憲法におけるこのような生存権保障の機能・効果、その権利の法的性格と構造等の問題を解明するのは、比較法の視点から生存権保障の規定及びその憲法解釈の理解に役立つと思われる。

---

[15] たとえば、Shapiro v. Thompson, 397 U.S. 618 (1969) において、その居住期間という用件に対し、連邦最高裁は厳格な審査基準を適用した。他の国なら、司法部門は憲法の根拠がない場合に、このように積極的な判決を下せないだろう。

[16] Ernst-Wolfgang Böckenförde・前掲注（13）324-325頁。

[17] たとえば、修正５条、修正14条のデュー・プロセス条項、平等保護条項を用いて福祉権を実質的に保障する。猪股弘貴「アメリカにおける「福祉権」と憲法解釈――マイケルマン対ボーク論争に則して」大須賀明編『社会国家の憲法理論』（敬文堂・1995年）135-136頁。

さて、福利受給権の法的性質についてだが、アメリカの憲法学界において、このような受給利益は、伝統的に憲法に保障された権利（right）ではなく、一種の恩恵（gratuity）、あるいは特権（privilege）と認識されている[18]。公職と公共福祉等は公的部門の利益（benefits flowing from the public sector）から由来したものであるので、享有しうるか否か公的部門の事前許可あるいは事後承認によって決定される[19]。政府が付与した利益（公共雇用、公共教育等の領域において）は特権と見なされるので、その特権に関する賦与と剥奪には実体と手続のいずれについても、政府は完全な裁量を有する[20]。したがって、行政側は各種の条件を付加して受給者の私的領域に干渉しうる（例えば強制的な家庭調査）[21]。また、受給者は告知、聴聞等の手続を経ずにその給付が恣意に中止されても違法として扱われない[22]。つまり、政府は、受給利益を国民の「権利」で

---

[18] この区分論にいう法的利益は、憲法上保護された権利領域と憲法上の保護を受けない恩恵領域に分けられる。その特権（privilege）は、政府が制定法（statute）あるいは行政法規（agency rule）によって付与する利益または政府の仕事を指す。蔡進良「行政程序中之正當法律程序――憲法規範論」政大法律所博士論文（2003年）92頁。

[19] 史慶璞「正當法律程序與美國刑事偵審程序之研究」『美國憲法與政府權力』（三民書局・2001年）73頁。

[20] 藤澤宏樹「生存権と二重の基準論――自由による生存権の基礎付けとその帰結序説」社会保障法18号（2003年）22頁。

[21] 大久保・前掲注（5）42頁。

[22] 古典的な権利・特権区分論は、一般的に、ホームズ（Oliver Wendell Holmes）が州裁判官在任中、McAuliffe v. Mayor of New Bedford, 29 N.E.517 (1892) という警察官が政治活動に参加したことで市の警察条例違反に問われ免職された事件において（政治を談論する憲法上の権利があるが、警察を担任する憲法の権利がないと）判示した意見をその理論の基礎とする。すなわち、政府の仕事は「権利」ではないので、デュー・プロセス条項の保護を受けないとされた。その後、Homilton v. Regents of University of California, 293 U.S. 245 (1934) では、州立大学の学生資格の制限事件において、教育を受ける権利（right to acquire useful instruction）は、政府受給を受ける（government largess）ことを理由として、一種の特権と見なされた。また、たとえば、医師免許の取り消しに関する性別において、(Barsky v. Board of Regents, 347 U.S. 442,451 (1954)) そもそも実体的なデュー・プロセス保障を受けるはずの私的領域であるが、多

はなく、特権または恩恵と看做し、この見地から福祉の給付を随時打ち切ることができるだけでなく、給付の条件と資格に何らかの条件を恣意的に付加しうるものとされ、たとえ憲法上の権利を侵害する付加条件であっても違憲とされずに許される[23]。

このような区分論は、福祉受給権の領域に反映されており、アメリカの伝統的な福祉制度の基盤となっている。上述した既存の恩恵観から、「立法部がある特定の給付を留保しうる場合、立法部はそれを限定的形態で付与することも可能である」。また、連邦最高裁は包括的権限論（The whole and the part）を通じて「絶対的に留保するというより大きな権限は、制限つきで付与するというより小さな権限を、必然的に含まねばならないからである」という三段論法で、給付保護請求を阻害した[24]。つまり、給付をするかしないかについて政府は絶対的な留保の空間があり、そして、誰に与えるのかとどのように給付するのかも政府の裁量に委ねられている。

このような恩恵原理（gratuity principle）を背景とする特権論は、実際にアメリカ社会の自助・自立的な「個人主義の貧困観」を表している。その法的性格については、極めて極端な性格を有し、完全な政府の裁量が認められ、権力に対する司法の統制も有効と言えない。この特権論は

少政府の給付を受けるだけで一種の特権と見なされ、その権利性が侵蝕され、あるいは、否定されたことになる。蔡進良・前掲注（18）92-93頁。このような「権利と特権」の区分論は、その後の連邦最高裁の判決、とりわけ雇用や公共施設の利用関係等が争われた事案の判決に影響をおよぼしている。たとえば、市長の許可なく公有地で演説することを禁止したボストン条例の合憲性が争われたDavis v. Massachusetts (1897) や、公務員の政治活動を規制する連邦法（Hatch Act）の合憲性が争われた United Public Workers v. Mitchell (1942)、公務員が政府転覆に参画することを禁じるニューヨーク州法の合憲性が争われた Adler v. Board of Education (1952) などがあるが、いずれの判決でも合憲とされた。こうして、多くの領域で政府の権力は次第に制限されないということが明らかになった。藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂・1998年）374頁。

[23] 米沢広一「福祉受給権をめぐる憲法問題（一）」民商法雑誌78巻６号（1978年）801頁、藤澤宏樹「福祉受給権と違憲審査の基準――アメリカ合衆国における福祉受給権判例の展開（1）」福島高専研究紀要36号（1997年）67頁。

[24] 米沢・前掲注（23）805頁。

後に形成中の福祉国家の理念と相容れないので、資格論などの考え方によって否定された。しかしながら、この三段論法の不合理さは以下の通りである。まず、付加条件を設ける権限は絶対留保権限の一部ではなく、それ自体は正当的な独立権限である。したがって、大きな権限に小さな権限を含むという説明は過ちである。また、特定の給付を特権と見なす原因ははっきり説明していない。それにもかかわらず、特権論はその後も通説的地位にありつづけ、1950年代になってようやく衰退しはじめたが[25]、その影響はまだアメリカ社会に根深く残っている。

b．福祉給付権利論の始まり

1960年代以降、学説と判例は次第に特権論を排除するようになった。ライク（Charles A. Reich）は、福祉受給（社会給付）を「新財産」として扱い、権利性の強化を試みている[26]。ひいては、生存権条項がないことから、福祉受給権を第５修正と第14修正により保障された「財産権」とし、それを憲法上の権利として承認すべきである、という主張も存在している[27]。しかし、特権論を排斥しはじめた要因は、「違憲の条件の禁止の法理」の影響に求められる。この説は、特権論の極端な性格を緩和した。その後、特権論は支持を失ったが、このことによって福祉受給権が憲法の保障する権利になったというわけではない。Flemming v. Nestor によれば[28]、連邦最高裁が老齢保険（old-age benefit）を「既得的

[25] 主に、1．違憲の条件の禁止の法理、2．「間接効果」の理論、3．手続的デュー・プロセス、４．平等保護、５．私権剥奪法の禁止等の法理により、特権論における極端な性格は緩和された。Willian W. Van Alstyne, *The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*, 81 Harv. L. Rev. 1439, 1445-1458. (1968). 藤井・前掲注（22）374頁、380-381頁。

[26] 新財産権論は後の学説と判例に多くの影響を与えた。1960年代以降、増加傾向にあるが、この説は今に至るまで少数説である。米沢・前掲注(23)801-802頁。しかし、この新しい理論の展開は、1960年代後半の福祉権運動（welfare right movement）の主要な理論根拠となり、近年の国家の役割の変化に表れた。菊池・前掲注（1）45頁。

[27] 米沢・前掲注（23）804頁。

[28] 365 U.S. 603 (1960)。本件の原告は、アメリカで働き、老齢退職年金の受給資格を有する外国人だが、かつて共産党員であったことから、国家安全保障法（Internal Security Act）によって国外追放とされ、受給権も喪失した。本件

な財産権」（an accrued property right）と認めていないことは明らかである。つまり、福祉受給権は、憲法の保障する権利であることが否定されたわけだが、その後も同様な判決が下されている。しかし、福祉受給権の保障については、次第に「違憲の条件の禁止の法理」、「平等保護の法理」および「手続的デュー・プロセスの法理」という３つの理論が発展してきて、憲法レベルの保障に位置づけるよう説いている。この３つの法理は、アメリカ福祉受給権の判決に深く影響を与えている。一方、学説ではライクの新財産権が注目されている。

ライクは、現代社会では、政府からの給付に寄せる人々の依存が高まっており、政府からの給付が富の源泉となりつつある、という。つまり、政府からの給付が伝統的な富の形態である私的財産にとって変わりつつあるというわけである[29]。そこで、福祉受給資格等の「政府給付」（largess）[30]を一種の富として「新財産」（new property）とし、伝統的な財産権と同様の「権利」とすべきだとする[31]。こうして、福祉受給資格を有することは、福祉を受給する「権利」を有することと同義であり、憲法上の保障対象となり、生存権条項を有していないアメリカ憲法によっても生存権を実質的に保障することができるようになる[32]。政府の

において原告は、剥奪された社会保険受給権は「既得の財産権」（an accrued property right）であるので、当該行政処分は違憲であると主張した。連邦最高裁は、制定法には完全に合理的理由が欠け、あるいは、明らかに恣意的に分類される限り、異議の余地がある、と判示した。しかし、５対４で合憲と判断された。とはいえ、福祉受給権の制限は裁判の対象となりうることがうかがわれるので特権論よりは進歩したともいえる。大久保・前掲注（5）51頁。

[29] 現代の福祉国家の中で、どのように「自由」または「財産」を認定するのかはそもそも簡単なことではない。現代の財産概念はすでに有形財産（たとえば、動産、不動産）から無形財産（教育を受ける、公職につく資格）に拡大してきた。したがって、政府給付という受給資格は重要な財（富）と言ってもよい。湯徳宗「憲法上的正當程序保障」『行政程序法論』（元照・2005年）170頁。Charles A. Reich, *The New Property*, 73 Yale L. J. 739 (1964).

[30] Largess は「贈与」・「贈物」とも訳され、実際に特権論の恩恵観を受継ぎ、政府給付が特権であり、権利ではないと見なす用語である。

[31] Charles A. Reich, *supra* note 29, at 785-786. 藤井・前掲注（22）374頁、378頁。

[32] 中島徹「ニューディール・リベラリズムの崩壊と財産権」大須賀明編『社

給付については、具体的に以下のような状況がある[33]。1．所得と金銭給付（income and benefits）：例えば、社会保障給付、失業手当、要扶養児童扶助、復員軍人恩給等。2．仕事の雇用（jobs）：公務員、公共雇用、軍需産業での雇用。3．職業免許（occupational licenses）。4．特許（franchises）：テレビチャンネル、国立公園内の営業許可等の独占的営業。5．政府契約（contracts）：国防、宇宙産業等の政府契約。6．補助金（subsidies）：営利または非営利団体への資金援助。7．公共財の使用（uses of public resources）：電力、空港、港湾、土地、道路、河川等の公共施設の利用許可。8．各種の行政サービス（services）：たとえば、郵便、警察、消防、公衆衛生、公教育等である。

以上のような有形無形の政府給付は、実質的にある種の富の再分配である。その分配の正当性は、社会構造や国家の役割の変化に由来している。個人が生存する基盤となってきた伝統的な私有財産に代わって、現在の政府給付は、国家が公益の名目で設定した各種の条件を通じてより多くの人々の生存基盤となりつつある。そのため、政府給付の重要性は、ますます増大しており、法律によって個人の利益を保障するよう当然に要請されるようになる。しかしながら、特権論や恩恵論といった諸理論が背景あるなかで、このような「新財産権」を従来の伝統的な「財産権」と同様に保障させることは、簡単ではない。況して、国家が政府給付という手段によって個人の私的領域に介入し、ひいては憲法の保障する個人の自由が侵害される可能性もないわけではない。このように、「新財産権」を新たに認めれば、行政府の支配的権限を拡大させる（行政の肥大化を招く）ばかりか[34]、受益者（受給者）の自立（independence）や憲法上の権利の正当な行使を妨げる畏れもある。

このようなことから、ライクは、伝統的な財産権の法制度を創設する目的について、あくまでも個人の「自立」と「尊厳」を維持するためのものであり、政府の給付も同様な機能を有している、と説いている。政

会国家の憲法理論』（敬文堂・1995年）211頁。

[33] 中島・前掲注（32）213頁、大久保・前掲注（5）57頁。

[34] ライクはこの類の国家を公益国家（public interest state）と呼ぶ。Charles A. Reich, *supra* note 29, at 733, 778 (1964). 大久保・前掲注（5）58頁。

府の給付形態は、個人の生存と尊厳に欠かせない（最低限度の）社会経済条件を維持するために、個人の地位（status）と密接に関連しており、個人の人格と不可分の関係にある。したがって、政府による社会給付は、権利として維持されなければならない。個人の充足を確保し、社会に復帰させることにより、給付利益は、最終的に共同社会に還元されることになる[35]。

さらに、この最小限度の生活という「権利」利益を確保するために、ライクは、「貧困を個人の責に帰するのではなく、複雑な産業社会における巨大な非人格的諸力が及んだ結果としてみるべきである」とし[36]、「人が、健康や礼節（decency）を保つための諸条件につき不十分な資源しかもたない場合、社会が援助をなす義務を負い、その者は権利としてその援助を受け取る資格を有する」という実態論を説いている[37]。

つまり、いわゆる「資格論」によって新財産権を根拠づけようという狙いがある。その他に、公益国家による広汎な行政裁量を形成しやすいことについては、客観的な資格基準の設定、政府の過度な規制の統制、プライバシー侵害の統制等の手続保障によって対応する[38]。ライクの「新財産権」論は、「新財産権という概念を用いて福祉受給資格を伝統的な恩恵とみる考えを排し、福祉国家の実情に即した権利を与えて」[39]、あらためて福祉受給資格の権利性を検討して、その憲法的根拠を見いだそうとするものである。

ｃ．福祉権に関する学説

ライクの新財産論は、実際にアメリカが福祉国家へと変貌する経験の上にも現れている。当時のニクソン大統領が展開した「貧困の戦争」のキャンペーンでは、福祉権運動[40]とライクが提唱した「生活権･生存権」

---

[35] 大久保・前掲注（5）59頁。

[36] Charles A. Reich, *Individual Rights and Social Welfare Rights: the Emerging Legal Issues*, 74 YALE L. J. 1255 (1965). 菊池・前掲注（1）47頁。

[37] *Id.* at 1245 菊池・前掲注（1）47頁。

[38] Charles A. Reich, *Social Welfare in the Public private State*, 114 PA. L. REV 487, 492-493 (1966). 菊池・前掲注（1）50頁。

[39] 戸松秀典『立法裁量論（憲法訴訟研究Ⅱ）』（有斐閣・1993年）74頁。

[40] この時期の福祉権運動（welfare right movement）の発展に関して、一番ヶ

が相互につながり、1960年代後半の多くの学説と判例に影響を与えている[41]。しかしながら、Dandridge v. Williams[42]において、合衆国最高裁が福祉受給権を憲法上の権利と認めていないことからすれば、憲法に明文の規定がないと解釈には限界があり、手続的統制によっても実体的な受給権を保障しうるとは限らないことは、明らかであろう[43]。また、その後の政治的状況としては、1970年代になってベトナム戦争の影響による経済的不況に陥ると、アメリカ社会は再び右傾化し、新保守主義による改革要求が次第に社会の主流となり、レーガン政権は、「福祉削減」という基本方針の下で、AFDC（児童家庭扶養手当[44]）をはじめとする各種の社会保障法が給付縮小の方向で改められ、受給人数や給付水準等が縮減されて、受給資格が大幅に制限された[45]。このように、社会福祉政策が大きく後退した結果、自助自立を基調とする個人主義の貧困観が再び高揚し[46]、合衆国最高裁の態度もさらに消極的なものとなった。このような背景において、マイケルマン（Frank I. Michelman）が、ロールズ

瀬康子ほか編『世界の社会福祉９（アメリカ・カナダ）』（旬報社・2000年）50頁以下［古川孝順執筆］。

[41] たとえば、その影響をうけ、オニール（Robert M. O'Neil）は、憲法上の権利とする福祉受給権を重視して、生存権には伝統的な自由権も含まれていると主張した。Harvith は、デュー・プロセス、平等保護条項を通じて、福祉受給を権利として解釈する。TenBroek は障害者の生存権を主張する。もっとも顕著な判例は Goldberg V. Kelly (391 U.S. 254 (1970)) 事件である。本件では、かつて使用された審査基準に反して、福祉受給権は他の経済的な権利と決定的な違いがあると判示して、特権論を退けた。とりわけブレナン（Brennan）裁判官は、ライクの資格論（制定法上の資格）を肯定して、福祉受給資格は財産権ともいいうる生存手段のひとつであるとし、その給付を打ち切る場合はデュー・プロセスが適用されなければならない、と述べた。戸松秀典・前掲注（39）74-75頁、菊池・前掲注（1）50-51頁。関連判例は、藤井・前掲注（24）378-379頁参照。

[42] 379 U.S. 471 (1970). 裁判所は自制して経済社会の価値判断に介入していない。

[43] 菊池・前掲注（1）54-55頁。

[44] 元 ADC。1962年に社会保障法が改正され、AFDC（Aid to Families With Dependent Children）になり、児童と就職不能の家庭に現金を提供している。

[45] 菊池・前掲注（1）58頁。

[46] 一番ヶ瀬康子ほか編・前掲注（40）55-56頁以下［古川孝順執筆］。

（John Rawls）の正義論を基礎とする実体的な福祉権論を展開しはじめた。

ロールズは、自由・平等・社会福祉を促進させるという自由主義の価値体系に基づき、社会におけるさまざまな矛盾が顕在化し、価値観が多元化し、さらに公権力の市民生活への介入が拡大化しつつある現状において、従来の功利主義に基づく正義概念を退ける必要性を説いた。そこでは、実質的に正義原理を再構築して、「公正としての正義論（Justice as Fairness）」を展開し、著名な正義の二原理を提示した[47]。ロールズは、いわゆる「無知のヴェール（the veil of ignorance）」を被った人々からなる「原初状態（original position）」において、人々は「自由原理」、「機会均等原理」、「格差原理」といったルールに従うことになるという。「自由原理」の下で、自由権が充分に保障され、人々は等しくすべての自由権体系の権利を享受する。また、「機会均等原理」の下で、人々の能力の差異を認めつつも、自分の生業と人生の理想を追求する機会が等しく確保される。さらに、「格差原理」の下で、経済の分配上の不平等が強調され、もっとも不利な状況にある社会的弱者の利益を最大化させることが分配の正義だと説かれる[48]。このような配分の正義（Distributive

[47] 第１原理「自由原理」は主に平等の自由の問題、第２原理「機会均等原理」、「格差原理」は平等の配分の問題にかかわる。羅爾斯著（李少軍ほか訳）『正義論』（桂冠圖書・2003年）114頁、276頁、導讀（26）（周保松執筆）を参照。*See* John Rawls, A Theory of Justice 302-303 (1971).

[48] 同上、導読（21, 27, 38）（周保松執筆）を参照。ロールズは、リバタリアニズム（libertarianism）が基本的な自由と形式的平等を保障するだけで、財の配分は市場原理に委ねたのでよいとしていることに反対している。自分がいかなる（天賦の）才能を有して生まれるか、どのような家庭に生まれるかといった事情は、所得や社会的地位に深く影響するのであって、このような諸事情を考慮することなく財の配分を市場に委ねれば、貧富の格差が拡大することは当然に予想される。そうなれば、社会的弱者の平等が確保されないだけでなく、そもそも「自由の原理」によって保障されている自由体系も崩壊してしまうおそれがある。そこでロールズは、個人的権利の優先性を強調するだけでなく、「格差原理」に基づき、経済的不平等を是正するべきだと説く。社会的弱者にとって有利になる場合に限って、個人が先天的または、後天的な優越性を運用し、もっと大きな財を稼ぐことが許されるというわけである。

Justice）理論は、福祉国家の倫理的基礎として引用され[49]、憲法学者に「最低限度の保障（minimum protection）」を実現する福祉権論の構築を促すことになった。こうして提示された諸理論においてもっとも有名なのがマイケルマン（Michelman）によるものである。

マイケルマンは、ロールズの正義原理を以下のとおり若干修正している[50]。第一原理は、自由原則として、政治参加、職業や生産活動の選択等の自由を最大化すると説く。第二原理では、A 機会原則、B 格差原則、C 処分原則（収益（proceeds）処分の自由を尊重する）を提示する。格差原理において、人々は自由経済市場において最低限度の所得を保障されなければならないが、格差原理から所得の権利（income right）を導き出しうるとしても、そこに福祉の権利までもが含まれるとはいえないとする。また、機会原則から導き出される福祉権の範囲は、教育権領域に限らず、他の福祉領域に拡張される可能性もあることから、福祉権は、機会原理と自由原理から導き出されると理解するべきだとする。すなわち、ロールズが「公正としての正義論」において説いている「自尊（self-respect）」の善（good）には、二重の役割があるというわけである。ひとつは、所得や富と並ぶ基本財（primary goods）としての役割であり、もうひとつは、正義の諸原理全体の目的ないし目標という役割である。したがって、正義の各原理は「自尊」に適合しなければならない。自尊は、正義論の核心に据えられ、福祉権にとって不可欠な要素とされる[51]。また、実質的な社会的正義を追求する過程において、個人が基本

[49] 分配の対象は、社会における自由と機会、所得と財富、人格の自尊である。その分配の価値観は現代福祉国家の象徴である。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）249頁。

[50] ロールズの自由原則における所有権の位置づけが不明確であり（“property” liberty であるか、あるいは、“property rights” であるか）、そして、所有権は平等所有と衝突しにくいことに鑑み、マイケルマンはそれを若干修正した。大久保・前掲注（5）152頁注22。

[51] Frank I. Michelman, *In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawl's Theory of Justice*, 121 U. Pa. L. Rev. 962 (1973). 猪股弘貴「アメリカにおける「福祉権」と憲法解釈——マイケルマン対ボーク論争に則して」大須

的な需要（basic need）や正当な要求（just want）を満たせない場合、州（政府）は、最低限度を充足させる憲法上の義務を負う[52]。具体的にいえば、食物、住宅、医療、教育等、最低限度の生活を充たす手段は、個人の尊厳と福祉を保障するためのものであることから、憲法上の「福祉権」になるべきだと説く[53]。

このような見解を支持する学者として、たとえばトライブ（Laurence Tribe）は、個人の基本的な要求を満たすべきことは、デュー・プロセス条項から導き出しうるという[54]。他方、グレイ（Thomas Grey）は、

賀明編『社会国家の憲法理論』（敬文堂・1995年）137-138頁、胡敏洁『福利权研究』（法律出版社・2008年）47頁。

[52] Frank I. Michelman, *The Supreme Court, 1968 Term-Foreword: On Protecting the Poor Throught the Fouteenth Amendment,* 83 Harv. L. Rev. 7 (1969). 猪股･同上137頁、藤井･前掲注（22）394頁、大久保･前掲注（5）141頁。

[53] 福祉権に関する判例は以下の通り。連邦最高裁は1970年代初期に Shapiro v. Thompson において、居住時間の要件は平等原則に違反すると判断してから、州は手当てを廃止せず、逆に適用範囲を拡大した。United States Department of Agriculture v. Moreno において、その親戚居住期間の要件が平等原則に反して違憲であると宣告されたが、州も手当てを廃止せず適用範囲を拡大した。Goldberg v. Kelly における受給資格の打ち切りは「財産」が剥奪されると同様に認められたので、デュー・プロセスに反すると裁判所は判断したが、州は事前聴聞の規定を設けた。Arnett v. Kennedy において、学費手当または州立大学教員の雇用に関して、事前聴聞があるのでデュ・プロセスに反していない。マイケルマンは以上のような大学教育をうける権利、勤労権、非親戚との居住権等の判決を生活に対応する手段としての憲法上の承認した「権利」という事例を挙証した。猪股・前掲注（51）139頁。

[54] Laurence H. Tribe, *Unraveling national league of citites: the new fedralism and affirmative rights to essential government services,* 90 Harv. L. Rev. 1065, 1066 (1977). 藤井・前掲注（22）397頁。また、Bendich と Cox は、デュー・プロセス条項から政府の最低生活の保障を提供する義務が導出できるとする。Albert M. Bendich, *Privacy, Poverty, and the Constitution,* 54 Cal. L. Rev. 407 (1966). Archibal Cox, *The supreme court, 1965 term-foreword: consitutional adjudication and the promotion of human rights,* 80 Harv. L. Rev. 91 (1966)。Miller は、アメリカ憲法では既に積極的な権利を含んでいると考える。Arthur Selwyn Miller, *Toward a Concept of Constitutional Duty,* 1968 Sup. Ct. Rev.199.

マイケルマンの説に一定の理解を示しつつも、基本的な要求を満たしてもらうことは憲法上の「権利」であるが、それは裁判所によって救済しうるたぐいのものではないと考えている[55]。しかし、裁判所によって救済し得ない権利とは、一体どのような権利だというのか。裁判所によって救済し得ない権利は、「法的権利」あるいは「憲法上の権利」といいうるのか。また、裁判所がその権利を認め、救済を命じることは、立法権と行政権の侵害にあたるのか。このようなことが問題となろう。さらに、以上のような福祉権説に対しては、原意主義（noninterpretivism）の立場から、あくまでも憲法上に明文の規定がない以上、不道徳で極端な解釈主義（interpretivism）に基づく主張でしかない、といった批判もある。

こうした諸批判について、マイケルマンは、イリィ（John Hart Ely）の参加志向型（participation orientation）および代表者補強理論（representation reinforcing）[56]を援用しながら、まず原意主義者の批判

胡敏洁・宋华琳「美国宪法上的福利权论争——学理与实践」上海科学院法学研究所『政治与法律』第３期（2004年）30-33頁。

[55] 藤井・前掲注（22）397頁。

[56] イリィ理論とは、違憲審査において、裁判所は、実体的な価値選択に触れずに政治プロセスにおける判断に委ねるべきで、その政治プロセスの公正さが維持されているかどうかだけを審査すべきだ、というものである。政治プロセスの公正さが失われると（malfunction）、多様な民意が適切に議会に代表されなくなり、立法による権利侵害を適正に修正することもできなくなるからである。したがって、イリィは、敵意あるいは偏見等によりマイノリティが不利な地位に陥っており、政治プロセスにおいて地位を回復することが不可能である場合には、裁判所が介入して当該マイノリティの権利を保障するべきだという。このことは、司法審査には政治プロセスの公正さを維持する機能とマイノリティを議会に適切に代表させる機能があるということを示している。この政治プロセスの公正さが保障されることにより、人々に開かれた公平な民主制が維持されうる。解釈主義と非解釈主義の争いについて、マイケルマンはそれを究極的な解釈主義（ultimate intepretivism）と呼ぶ。菊池･前掲注（1）72頁。John H. Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review (1980). 日本語訳：佐藤幸治・松井茂記訳『民主主義と司法審査』（成文堂・1990年）、中国語訳：劉静怡ほか『民主與不信任』（商周出版・2005年）を参照。

を以下のように退けている。すなわち、憲法に明文規定のない人権がイリィの理論おける「代表補強」概念によってその権利性を認められるならば、基礎となる教育を受ける権利の他に、食料、住居、医療等に関する権利も実質的な政治参加に不可欠な「基礎的前提条件」として、権利性を認められるべきである[57]。ゆえに、裁判所の介入によって、立法権と行政権の侵害という問題が生じことはなく、公平で開かれた民主政が確保されるのみである、とした。しかしながら、当のイリィは、最低限度の生活を充たしていない社会的弱者の不利益は敵意や偏見によってもたらされたものではないため、司法審査においても「疑わしい分類」に該当しないとの見解を示しており、マイケルマンは、あらためて「憲法上の権利でありながら裁判所が救済できない」ことについて質疑を浴びることになった[58]。その後、マイケルマンは、ドゥオーキン（Ronald Dworkin）の「背景的権利論」[59]を援用して、伝統的に厳格な権利観で把

---

[57] Frank I. Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 (3) Wash. U.L.Q. 659, 677 (1979). 藤井・前掲注（22）399頁。大久保・前掲注（5）147頁。

[58] Robert Bork, Aatleton らの質疑者は、マイケルマンがイリィ理論を拡張解釈したと考えている。松井茂記もイリィの見方を受継ぎ、生存権に関する法律の違憲審査について、合理的基準を適用すべきと主張した（しかしながら、アメリカ憲法では生存権条項がないことは、やはり日本国憲法と異なり、そのままその基準を移植したのは妥当かどうかについて疑問がある）。藤井・前掲注（22）399-340頁。

[59] ドゥオーキン（Dworkin）は、権利を「背景的権利」と「制度的権利」に区分し、それに応じて義務も異なると説く。佐藤幸治の権利観もドゥオーキンから影響されたものである。樋口陽一『国法学－人権原論［補訂］』（有斐閣・2007年）22-23頁。ドゥオーキンは、社会権のような人権を承認する。ただし、福祉権は市民権より抽象的で、その具体的な内容が明確ではないので、その相対する義務もはっきりと分かっていない。マイケルマンによれば、「一つの制度の魅力と正統性は、当該制度が背景的権利を明確で秩序ある法的権利の体系に移しかえ、かつ、国家の規制的・資源集約的能力をもって、いかなる利益が、いかなる手段で実現させるべきかを決定するための、普遍的に公平なプロセスをもつと主張しうるか否かにかかっている」。それは、ドゥオーキンの背景的権理論を承認することを意味している。大久保・前掲注（5）148頁。

握されてきた私権を、福祉権の構築において柔軟な権利概念として捉えようと試みている。すなわち、福祉への権利は、特定の義務と対応するものではなく、立法者が具体化しなければ、裁判所による救済はえられないというわけである。このように、背景的権利という概念に基づき、特定の義務と対応していないものであっても「権利」と称することができるならば[60]、福祉権は、その権利の性質を損なってはならないのだから、「法的権利」だけでなく「憲法上の権利」として認められるべきことになろう。

アメリカにおける福祉保障をめぐる政治過程と法理論の展開について敷衍してきた。アメリカ憲法には生存権条項がないため、社会福祉の受給に法的権利性を認めさせようと、学説は、デュー・プロセス条項や平等保護条項を援用し、福祉権理論の構築を試みてきた。日本では、憲法に生存権が明記され、解釈における明確な根拠があるのだから、生存権が憲法上の権利であると説く理論が「神秘的な理論」(esoteric theory) とされる筋合いはない[61]。

アメリカにおいて、ライク、ロールズ、マイケルマンらによる諸学説は、福祉権理論の構築に大きな役割を果たしている。しかし、連邦最高裁は、いまのところ福祉受給権を憲法上の権利として承認していない。ごく稀に積極的な判決もみられるが、判例理論として完全に形成されているとはいいがたい。特権理論が衰退した現在でも、自立原則を基盤とするアメリカ社会において、貧困者の窮乏は、依然として自己責任と捉えられがちである。そのために、国民総加入の社会保障制度もいまだに用意されていない。近時のオバマ政権による医療保障改革も順調とは言えないようである。これは、生存権が憲法典に明記されなかったことの後遺症といえるだろう。それでもアメリカでは、様々な社会福祉訴訟が提起され、福祉保障の実効性を追求する諸理論が展開されている。もっ

[60] 藤井・前掲注 (22) 400-401頁。

[61] 戸松･前掲注 (39) 74頁､戸松秀典『平等原則と司法審査 (憲法訴訟研究Ⅰ)』(有斐閣･1990年) 218頁。少なくとも､生存権は憲法上明記された条項として、国民の権利を保障する一方で、国家権力に一体の法的規範を持つべきである。

とも、福祉権の法的性質については、裁判所が直接に救済しうる「権利」というわけではないという理解が一般的で、これは、日本における抽象的権利説と同様である。そこで、再び本文の根本的な問題に回帰することになる。人間らしい最低限度の生活を維持するための基礎的な福祉の要求が、社会的正義、公平ないし個人の尊厳を追求する最後の拠り所であるならば、その救済手段を欠くことは、近代憲法が普遍的に承認している諸権利を喪失することと同義なのではないか。それにもかかわらず、それらの諸権利を依然として「権利」ということができるのか。このことは、既に生存権を憲法に明記している諸国にとって、より深刻な問題であろう。したがって、福祉権の実質的な救済手段を確保するためにその裁判規範性を認め、諸々の社会福祉訴訟の審査を適切に行うことが、もっとも重要になるわけである。

３．台湾における展開

⑴　憲法15条生存権の制定

ａ．生存権の制定

中華民国（台湾）憲法における社会権の規定については、基本権と基本国策条項の「二重規範」という現象が生じている。すなわち、台湾憲法は、基本権を列挙している第２章「人民の権利と義務」中の15条に「人民の財産権、勤労権及び生存権を保障しなければならない」、21条（教育権）に「人民は国民教育を受ける権利と義務を有する」と定めている一方で、国家の義務や国家目標を掲げている第13章「基本国策」中の155条に「国家は、社会の福祉を図るために、社会保険制度を実施しなければならない」と定めている[62]。さらに、同じ基本国策条項とされている憲法追加増補条文[63]10条に「国民健康保険を推進し（５項）」、「生

[62] そのほかに、143条４項の「自作農の扶助」、153条の「労働者及び農民の保護」、156条の「女性、児童の福祉政策の実施」、157条の「衛生保険事業及び公医制度の推進」などの規定がある。

[63] 台湾において、中華民国憲法は、これまでに７回改正されてきたが、いずれも統治に関する条項を改正したもので、人権に関する条項はほとんど改正されていない。ただし、2005年の第７回憲法改正において、追加増補条文10条に様々な社会権的性質の規定が記された。もっとも、それらは一般的に基本国策

活保護、救助について保障すると共に自立と発展を扶助しなければならない（７項）」、「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（８項）」などの一連の社会権的な権利・義務および政策が明記されている。したがって、憲法全体では、社会的安全、社会正義を追求する社会権的側面が色濃く表されている[64]。

ところで、台湾憲法の強い社会権的性格が否定されがたいとはいえ、基本権としての15条生存権は文言自体の規定があまりに抽象的すぎるため、その具体的な内容の形成には学説や判例の蓄積が重要であると思われるが、憲法制定の歴史を振り返ると、現行の憲法15条に当たる五五憲草17条には「人民の財産は、法律によらずに徴用、徴収、査封、没取をしてはいけない」と規定しており、財産権しか保障していなかった。のちの1945年の政協憲法草案、1946年の国民政府の憲法草案では、いずれも生存権と勤労権に関する条項は存在していない。しかし、ワイマール憲法の制定や孫文の民生主義の影響、あるいは、中国大陸における戦争や軍閥の反乱等もあって人々が貧窮に陥らざるをえなくなると、自由権を保障されているとしても生計を立てられずに生存できないならば、自由権が保障される意義も失われる、という見解が有力になり、生存権や勤労権の保障を憲法に盛り込んで、自由権の内容をさらに拡充させよう、という考えも示されるようになった[65]。

の規定とされる。

[64] 基本権と基本国策のほか、台湾の憲法前文に「人民の福祉を増進するために、この憲法を制定」、憲法１条に「中華民国は三民主義に基づき、民有、民治、民享の民主共和国とする」いう文言があるから、多くの学説はこれを「民生福祉原則」と言い、ドイツ基本法20条の「社会国原則」と類比する場合が多い。実務上、台湾大法官解釈釈字第485号（軍人宿舎の優遇規定の合憲性）において「民生福祉原則を促進するのは憲法基本原則の一つであり、それは、憲法前文、第１条、基本国策及び憲法追加増補条文第10条の規定から自明なことである」と判示した。また、大法官解釈釈字第472号（社会保険料の強制納付規定の合憲性）の蘇俊雄大法官補足意見書において「社会福祉国家の憲政原則」（Sozialstaatsprinzip）という用語が使われた。このように、民生福祉原則のもとでの社会権概念が普遍的に認められる。黄舒芃「社会権在我国憲法中的保障」『民主国家的憲法及守護者』（元照・2009年）107頁。

[65] 林紀東『中華民国憲法逐条釈義（一）』（三民・1998年）218-219頁。

このような考えに基づき、憲法草案16条「人民の財産権を保障しなければならない」という条項について、憲法制定国民大会代表らは以下のように提案した。この提案の過程において、何梅志代表は「生命」の二文字を追加することを提案し、張溉代表は「人民の生活及び健康を保障しなければならない」と提案した。また、栗顕揚代表は「人民は無料の教育に入学する権利を有する」、「人民は無償の治療を受ける権利」を有する」、「高齢者、身体障害者等の弱者は、国家の救済を受ける権利を有する」という３つの条文を提案し、陳克文代表の「人民は生活と勤労を要求する権利がある」の提案、龐樹森代表の「政府は人民の最低限度の生活を維持しなければならない。生活窮困の人民に対して、それを救済する」という提案等もあった[66]。最後に、憲法制定第一審査委員会において各提案がまとめられ、立法理由について以下のように述べられた。「財産権に関する規定は設けられるべきであるが、無産階級の生存権及び勤労権をさらに保障すべきである。単に財産を有する者の財産を保護することは、民生主義の精神に反し、資産階級を過剰に保護する弊害がある」と。そこで、同条に生存権と勤労権が盛り込まれ、現在の憲法15条となった[67]。こうして、憲法制定時の背景によれば、少なくとも15条の生存権には、生命権と最低限度の生活保障及び救済が含まれているべきである[68]。そして、15条の立法目的は、自由権を実質的に実現し、充実させるというものであるから、15条は単に自由権的側面のみならず積極的な請求権の側面も有すると思われる。

ｂ．基本国策の制定

憲法第13章の基本国策の制定については、憲法制定大会において代表たちの個人の提案に遡ることができる。すなわち、社会安全制度に関する提案は、唐式尊は、「社会政策を実施し、社会安全を保障する」と提案し（137条の前に追加）、張之傑は「国民の中で高齢者、弱者、身体障

---

[66] 王雲五「國民大會躬歷記」（臺湾商務印書館・1996年）15-17頁。郭明政「社會憲法――社會安全制度的憲法規範」蘇永欽編『部門憲法』（元照・2006年）338頁。

[67] 中華民國國民大会『國民大會實錄』（國大秘書處・1946年）432頁。

[68] 郭・前掲注（66）340-341頁。

害者、貧困者の生活が不能、及び重大な災害に逢ったときに国家が救済を与えなければならない」を追加する（138条以下に追加）ことを提案する。また、黄文山は「国家は社会安全計画を実施すべく、一般人民の社会生活の改善を図るために、その社会福祉を保障する」と提案（138条以下に追加）、陳逸雲は「婦女、児童、労働に従事した者は、年齢及び身体状況によって特別な保護を与えるべきである」と提案（138条２項の追加）、陳克文は139条及び145条を合併し「国家は人民の労働の機会を与えなければならない。社会福祉と国民の生計及び社会安全を図るために、農民、労働者及び教育に従事した者の生活と勤労の条件を保障する」と提案した。蘇資深は「国家は、社会福祉を図るために、社会保険、社会救済、社会安全法を実施すべきである」と個人提案した（140条以下）[69]。

これらの提案は第７審査委員会の審査を経て、本来の13か条を30か条まで増加させ、憲法改正会議で変動が最も多い部分である。最後に、謝徴孚がそれをまとめて現行憲法の第13章第３節の憲法草案を作り上げた[70]。このように、基本国策はきわめて特殊かつ独自の憲法規定になってきたから、陳新民は基本国策を憲法の第３構造と称する。基本国策はその後、７回の憲法改正を経て維持されるのみならず、憲法追加増補条文10条にそれを再確認し、さらに、「人格と尊厳を擁護」「文化と福祉の保証」などの概念と範囲を拡大する傾向にある。

ｃ．生存権の享有主体

憲法制定当時の資料によれば、憲法15条の生存権は、無産階級の人々を資本主義がもたらす弊害から保護するものである。したがって、その権利主体は、社会的経済的弱者であると考えられる。しかし、何人も生存権の権利主体であると考える。なぜなら、すべての国民の生存は現代国家の存立の根本であり、特に雇用の不安定等にみられるリスク社会に

[69] 王・前掲注（66）100-109頁、郭・前掲注（66）338頁。

[70] 謝徴孚は、中国四大社会政策綱領および民生主義現段階社会政策草案を起草し、1944年のILO大会において「フィラデルフィア宣言」に署名した中国政府の代表である。したがって、労働者の保護、社会保障制度等の思想理念は、当時すでに憲法制定者ないし憲法草案に浸透していたといえるだろう。

おいては、何人も生存権の潜在的な主体といいうるからである。また、憲法第13章「基本国策」中の143条４項の「自作農の扶助」[71]、155条の「社会保障制度の実施」及び「高齢者、弱者、障害者、生活無力者、非常災害の被害者の扶助と救済」[72]、そして、憲法増補条文10条「国民健康保険の実施」[73]、「女性の人格と尊厳の擁護」、「心身障害者の扶助」、「軍人の社会福祉」「原住民族の文化と福祉の保証」等[74]の文言から、特定の人々に対する福祉政策が明記されていることだけでなく、国家は国民と各職種、民族に対し社会扶助制度や社会保険制度を整備する責務を負うことが明らかになる。これにより、台湾憲法が保障すべき主体は個人としての国民だけでないことがわかる。すなわち、台湾憲法は、特定の団体に対する「団体的権利」も認めているといえる[75]。したがって、生存権の保護範囲が全国民におよぶことにほぼ異論はないが、その享有主体は、

---

[71] 憲法143条４項「国家は、土地の配分及び整理について、自作農及び自ら土地を使用する者を扶助することを原則とし、かつその適当な経営面積を規定しなければならない。」

[72] 憲法155条「国家は社会福祉を図るために、社会保険制度を実施しなければならない。高齢者、弱者、身体障害者、生活無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。」

[73] 台湾の憲法増補条文10条５項「国家は国民健康保険を実施しなければならない。そして、現代及び伝統的医薬の研究発展を促進しなければならない。」

[74] 憲法増補条文10条６項「国家は女性の人格尊厳を擁護し、婦女の人身の安全を保障し、性による差別を排除して、両性の地位の実質的平等を促進しなければならない。」
同条７項「国家は心身障害者の保険と医療、バリアフリー環境の整備、教育訓練及び就業指導と生活保護と救助について保障するとともに、その自立と発展を扶助しなければならない。」同条９項「国家は軍人の社会に対する貢献を尊重し、その退役後の就学、就業、医療、療養に対して保障を行う。」同条11項「国家は多元文化を認め、原住民族の言語と文化の発展を積極的に擁護する。」同条12項「国家は民族の願望により、原住民族の地位及び政治参加を保障し、その教育、文化、交通、水利、衛生、医療、経済、土地及び社会福祉事業に対し保障と扶助を行うとともにその発展を促進し、その方法は法律をもってこれを定める。澎湖、金門及び馬祖地区の国民に対しても同様とする。」

[75] 李震山『多元、寛容与人権保障――以憲法未列挙之保障為中心』（元照・2005年）290-291頁。

主に社会的経済的弱者（団体）であると思われる。

⑵　台湾社会保障制度の発展

ａ．社会保障制度の発展

国民党政府が1945年に台湾を統治しはじめた当初、主に軍人、公務員、労働者について社会保障制度を設けたが、これが台湾における職種別社会保障制度の基礎となった。しかし、当時の台湾では農業従事者がほとんどであったにもかかわらず、農業従事者を対象とすることなく、軍人や公務員を重視した社会保障制度を設けたことについては、軍人や公務員は国民党政府を支える立場にある人々であり、社会保障制度を設けるという大義名分のもとに実際にはそのような人々に特権を付与するようなものである、と指摘されている[76]。

また、その社会保障制度は、1943年に中国大陸で制定された社会救済法をそのまま台湾で実施したもので、受給要件はかなり厳しく、「最低限度の生活」水準〔貧困線〕も規定されていなかった[77]。

当時のこのような社会保障制度は、社会の統制、あるいは社会秩序の維持をはかるもので、きわめて消極的な扶助政策であったといえる。林萬億によれば、この時期の社会保障制度は福祉恩恵主義（welfare clientelism）に基づくものであり、制度を設けた目的は、人民の尊厳や生活の支援ではなく、社会階級の対立を緩和させ、国民党政府による統治の正当性を示すことにあった[78]。これが台湾における社会保障制度の「創始期」である。

国民党政府は、1971年に国連における中国としての代表権を喪失して

---

[76] 林萬億『台灣的社福利――歷史經驗與制度分析』（五南・2006年）42-43頁。

[77] 1943年９月29日に実施された社会救済法は、中華民国現代社会救済制度の始まりである。しかし、その救済範囲については、①60歳以上の精力衰退者、②12歳未満の者、③妊婦、④疾病、傷害、障害により労働できない者、⑤自然災害による重大な被害を受けた者または失業者、⑥ほかの法律による救済と限定された。しかも、扶養を受ける権利がある者は、救済を与えられない。国家と被保護者との権利義務関係を明確にしていなかった。同法は1980年の社会救助法の実施とともに、廃止された。

[78] 林萬億「我國憲法與社會權的實踐」蘇永欽編『部門憲法』（元照・2006年）294頁。

から、台湾統治を本格化させ、産業の工業化をはかった。それにともなって台湾経済が発展したため、政府は、社会福祉基金を設けて土地増価税による歳入をそれに充て、「省市社会福祉措置強化計画」、「小康・安康計画」などの福祉政策を打ちだし、1971年に家庭手当法、1973年に児童福祉法、1979年に労働者保険の受給要件を緩和する法律が制定された[79]。

しかし、貧困線は規定されないままであり、給付内容も貧困者のニーズに即したものとはいなかった。また、様々な福祉計画が公表されたものの、実際に法律を定めて具体化したものはわずかであり、社会福祉としての財政支出はほとんど増えていなかった[80]。この時期は、台湾における社会保障制度の「政治的スローガン期」ということができよう。当然のことながら、社会給付請求件権が主観的権利として認められることもなく、台湾憲法における生存権は、あくまでも恩恵的な権利であった。

台湾では1980年代になると民主化が加速しはじめ、1991年に反乱鎮定動員臨時条例が廃止されるに至るが、そうした状況にあって、人民の権利意識が高まり、福祉団体による政治運動も活発になったこともあり、「社会救助法」、「老齢福祉法」、「障害福祉法」のいわゆる「社会福祉三法」が制定された。さらに、1984年に「労働基準法」、1989年に「農民健康保険法」、1990年に「障害者健康保険法」、1995年に「国民健康保険法」が制定され、台湾における重要な社会保障制度のほとんどは、この時期に設けられた。したがって、この時期は「福祉整備期」というべきであろう。このことから、福祉あるいは人権の発展が民主化の進展と密接に関連していることがわかる。

しかし、1997年の金融危機、1999年の921大震災、2001年の合衆国９・11テロ事件等により、台湾経済も大きなダメージを受けた。景気の低迷によって経済活動も停滞し、失業率も著しく上昇したため、就業保険、

---

[79] 経済力が上がるとともに、国民の福祉政策に対する要求が増えたほか、国際貿易競争が激しくなる一方で、台湾の不法雇用、童工、低賃金の労働者などの問題が指摘され、外交手段を通し福祉政策の見直しを迫られた。鍾秉正『社會保險法論〔修訂二版〕』（三民・2012年）７頁以下。

[80] 林・前掲注（78）295頁。

原住民就業保険、男女勤労平等法が制定されたが、政府は、社会福祉を充実させるよりも経済を発展させることを優先するよう方針を転換させた[81]。2007年には国民年金法が制定されたが、他の社会保険制度との調整が不十分だったために、社会的連帯をかえって弛緩させてしまい、給付基準があまりにも低すぎるために、実際には最低限度の生活を維持することさせ覚束ない状況だといわれており、国民年金は、他の社会保険制度を補充するものとして位置づけられている。したがって、台湾における社会保障制度は、「低迷期」を迎えたといえよう。

ｂ．部門憲法の提出

以上のように、台湾における社会保障制度は、それぞれの時期の社会的経済的事情に応じて場あたり的に設けられたため、体系性、統合性、あるいは通底する理念を欠いたものとなっている。したがって、社会保障制度のあり方の指針となりうる憲法規範を提示する必要性がある。そこで、蘇永欽は、台湾憲法の基本国策条項に基づいて、「部門憲法」、あるいは憲法のローカライゼーションという概念を提唱している[82]。蘇は、

---

[81] 2000年の台湾初の政権交代によって民進党政権が発足した。当時、民進党の総統候補陳水扁は「新中間路線」という施政方針を訴え、社会正義、社会福祉を強調した。すなわち、イギリスのギデンズ（Giddens Anthony）が提唱した「第三の道」にならって、積極的な福祉権を持ち、教育に対する投資（子ども教育クーポン券）、老齢年金、国民年金などの積極的な福祉措置を実施しようとする姿勢を見せた。しかしながら、当選後、失業率の上昇及び景気低迷の状況に直面し、陳は2000年９月に「社会福祉より、経済発展が優先」という方針に転換した。それも生存権理念の不足を反映したと思われる。一般的に台湾の二大政党――国民党と民進党――の福祉政策は、基本的理論・理念を欠いており、政策の内容も選挙ごとに変更されるため、社会保障制度全体の構成にも影響した。林・前掲注（78）296-299頁。

[82] 蘇永欽は、ドイツや合衆国から憲法理論を移植するのではなく、中華民国憲法の文言を重視して解釈するべきだと主張している。そのために、中華民国憲法の基本国策条項における国防、外交、経済、社会安全、教育、文化等の分野ごとに、「経済憲法」、「メディア憲法」、「労働憲法」、「教育憲法」、「科学憲法」、「文化憲法」、「社会憲法」、「環境憲法」、「宗教憲法」、「家庭憲法」等に部門化（ローカライゼイション）して憲法規範を体系化させるべきだと説く。蘇永欽「横看成嶺側成峰――従個別社會部門整合憲法人權人權體系」『部門憲法』

台湾憲法における個別の条項に基づいて断片的に権利保障を発展させてきたことを批判し、部門的・体系的な権利保障の必要性を訴えている。また、現実の台湾社会における諸問題を実証的に分析することにより、実効的な権利保障を必要とする問題を明らかにするべきだという[83]。

楊智傑によれば、蘇の部門憲法論には以下の３つのポイントがある。それは、①基本国策条項を重視し、その規範的効力を強化すること、②基本権条項を解釈するにあたって、安易に他国の憲法理論に依拠することなく、基本国策条項の内容を基本権条項の内実として、台湾にローカルな憲法理論を発展させるべきであること、③憲法の条文だけでなく、憲法の各部門領域の研究による知見や、現実社会を実証的に分析している社会科学の研究成果も参考にしながら、憲法の各部門から導かれる理念を明らかにすること、である[84]。

部門憲法論には部門と部門を明確に区別できないという批判がある他、具体的な方法論も明らかにされていない。しかし、今後の社会保障制度の統合性を確保し、実効的な社会給付の実現を図るために、憲法15条の生存権を152条以下の社会給付にかかわる基本国策と一体的に解釈し、社会保障制度に関する体系的規範を明らかにすることには、きわめて意義があるように思われる。

４．小括

ここまで、生存権の発展過程を辿ってきたが、生存権がどのように理解されるにせよ、あるいは、どのような方法で保障されるにせよ、資本主義における従来の自由放任主義は修正されなければならない。さもなければ、自由・平等を標榜している市民社会は大きく動揺するおそれがある。人権の発展過程からすれば、人間の尊厳、あるいは、個人の尊重等の自然権思想に基づいて生存権が認められるようになったことは、自

（元照・2006）151-154頁以下。

[83] たとえば、信教の自由について、エホバの証人の信者による兵役拒否の問題があげられる。蘇・前掲注（82）158頁。

[84] 楊智傑「従基本國學執行檢討違憲違查模式――兼論財產權與基本國策衝突」中正大學法學集刊28期（2010年１月）142頁。

然の成り行きであったといえる。

とはいえ、生存権は国家に積極的施策を要求する性質のものであって、その保障には必ず財政支出を伴うことから、どのような人を対象に、どの程度の保障を実現するかについて様々な意見があり、憲法訴訟論においても、生存権の保障についての憲法適合性を最終的に判断するのは立法府であるべきか司法府であるべきかで対立している。このように、生存権を具体的な権利とするには様々な難関が立ちはだかっている。

しかしながら、生存権に基づく積極的な措置があってはじめて、貧困者を不自由な状況から脱却させ、あるいは自律した自由な生活に復帰させ、人間としての尊厳を回復させることができる。国民の権利を保障することこそが国家の存在意義であり最高の責務であると認められている以上、そしてまた、貧困等の問題は常に存在して回避できないものである以上、社会福祉国家は、生存権を施策目標のようなプログラム規定だと解するべきではない。立憲主義国家である以上、人々が享有する権利の保障は、国家に課されている義務であり、憲法の趣旨に則ってなされなければならない。このような理解によって、人々ははじめて生存権に基づく実質的な救済を受けることができる。社会福祉国家の憲法秩序においては、生存権に基づく救済を恩恵や反射的利益と捉える理解を排除しなければならず、生存権は自由・平等を追求する上で欠かすことのできない「基本的」人権であると理解すべきである。

第３節　社会給付と生存権の憲法理論

１．社会給付における連帯および配分の理念

⑴　国家義務と社会連帯

社会的権利が憲法に組み込まれるようになり、財産権や自由権に衝撃を与えることとなった。しかし、現代社会における個人の財産や権利は、実際には、社会の共同環境から得られたれたものであり、個人の努力のみによって得られたものではない。現代社会においては、個人は、自律的、独立的人格を有しているとしても、自己の生存および安全を確保するためには、他者ないし社会共同体に依存しなければならない。このような意味で、社会における個人は完全に独立した存在ではなく、社会と

連帯している[85]。このような社会連帯の思想にもとづいて、国家が個人の自由や権利を調整することが正当化されうる。

社会連帯の思想は、フランス第三共和政期のデュルケーム及びデュギーが最初に提唱したものである。それは、フランス大革命以後の「社会の不在」という当時の国家と個人の二元的構造のもとで、国家の拡張を目指す社会主義と、それを批判する自由主義との対立を調停するために提示された妥協的な理念であった。すなわち、人々の相互依存を「連帯」と位置づけ、国家を「連帯」の可視的表現と捉えることによって、一方では無制約な主権論を批判し、他方では国家による個人への限定的働きかけを正当化する論理であった[86]。個人の自由は社会全体の自由とかかわることになり、本来消極的な防御権であるはずの基本権も社会化し始め、国家は積極的な作為義務を要求されるようになった[87]。そして、社会連帯が崩れて解体されることを防ぐために、国家は、社会内部の矛盾や不公平を修正したり補充したりした。このような意味で、国家の社会介入の程度には限界があり、あくまでも国家は補充的な地位に立つことになる。

しかしながら、このような社会連帯説は、権利と義務を混同する傾向にある。すなわち、伝統的な自由権は、個人の天賦人権とされ、一人の人間であることから生まれつき有する個人的・主観的権利である。しかし、国家と社会のバランスが崩れると、個人の自由権も無に帰すおそれがある。したがって、教育を受ける権利や労働基本権のような社会権は、主観的権利性が否定されるとともに客観的な制度的保障とされ、国家の

---

[85] 謝榮堂『社會法治國基礎問與權利救濟』（元照出版・2008年）53-54頁。

[86] 田中拓道『貧困と共和国――社会的連帯の誕生』（人文書院・2007年）179頁。デュルケーム（Emile Durkhein）によれば、社会が分業化されることで個人が孤立状態から脱するようになり、社会の分業化が進むにつれて、個人と社会との緊密性が強まるという。したがって、個人が自由になるためには、社会に依存しなければならない。涂爾幹（渠東譯）『社會分工論』（左岸文化・2006年）203-207頁。

[87] 葛克昌『國家學與國家法――社會國、租稅國與法治國理念』（元照・1997年）37頁。

義務が強調される傾向にある[88]。

制度的保障の考え方によれば、国家と社会のバランスが前提とされ、国家による職権行使の拡大や財政負担を制限するために、国家は補充的な役割を果たすにとどまるから、個人の保護は、制度の存在が要求され公益が実現した後に行われることになる[89]。したがって、生存権の具体的請求権が認められないのみならず、個人の主体性が軽視される危険性もある。

しかし、本稿は、生存権保障の基礎にある「社会連帯」とは、諸個人が権利主体として扱われ、そして、憲法を通じて、所属するそれぞれの共同体との連携を整合し、共に社会形成に参加できるような『包摂』を行うことであると考える。すなわち、国家の義務は、憲法上の権利から由来するものであると考えられる。憲法は、規範として、権利を侵害しないように国家権力を制約し、あるいは権利を実現するように国家権力を義務づけるものだから、――それぞれの憲法規範ないし憲法上の価値によって、国家の義務の範囲も異なるが――前国家的な権利にせよ後国家的な権利にせよ、基本権の主体たる個人が抽象的に規定されているはずがない。とりわけ社会権を憲法に明文で定めている国家においては、社会的経済的な弱者を優先して保護するという国家の任務が憲法に明示されているといえる。人々がこの権利をどこまで享受しうるのかは、恣意的、抽象的、形式的に判断されるべきではない。まず、個人の権利主体性が承認されるべきであり[90]、次に、憲法が規定した権利、憲法上の

---

[88] 社会連帯説を唱えるデュギー（Léon Duguit）は、主観的権利の存在をそもそも否定している。デュギーは以下のように述べた。「人々は、現在でも未来でも、客観法を主観的権利に移しかえることはできない。……主観的権利より客観的権利の方が先に存在することを承認できないと、主観的権利は、一種の空想であり、主観的権利というものは存在しない」。そのため、憲法における社会権は、あくまでも客観的地位にとどまり、主観的権利ではない、ということになる。実際に、個人の独立した権利主体性も否定されている。デュギー（王文利ほか訳）『憲法学教程』（辽海春風文芸・1999年）161頁、夏正林『社會權規範研究』（山東人民出版社・2007年）119-117頁。

[89] 葛・前掲注（87）37-38頁。

[90] 蔡維音は、「人間の尊厳」に基づいて、「共同体の構成員が相互に承認し合い、

原則、憲法の精神にしたがい、それぞれ属性が異なる諸個人の差異を認識したうえで、権利の衝突が調和されるべきである。したがって、弱者層と社会の「連帯」を維持するために、国家とりわけ政治部門には、弱者層を社会形成に参加させるための包摂措置をとるべき義務があると考えられる[91]。

生存権が保障する人間の尊厳にふさわしい生活は、このような社会包摂の価値を有しているから、司法府は、司法審査において弱者のことを十分に考慮すべきである。したがって、一律に緩やかな審査基準や立法裁量論を用いるべきではないだろう。

⑵　台湾における社会給付の恩給性

社会給付は、財源および運営方法によって大まかに「社会救助および社会扶助の給付」と「社会保険の給付」に分けられる。前者は、保険の技術や原理によらずに租税を中心とする公費によって給付を行う仕組みであり、その給付を受ける権利性については、生存権と連動しているはずだが[92]、国家が一方的な給付を行うものである。このような「上から下への」給付の態様が、恩恵的な社会給付であると考えられるならば、国家には広範な裁量が認められることになる。たとえ、法律によって、

相手の自己決定を尊重すべきである」という「社会承認」理論を提唱している。様々な人々が社会生活に参加して共存するために「相互承認」が必要だという場合、その承認は、ある種の社会包摂だと考えられる。蔡維音『社會國之法理基礎』（正典・2001年）28-29頁。

[91] 倉田総は、「個人の『生活』そして『生活』を通じて獲得するであろう個人の人格の主体的発展は、他者すなわち『社会』との関わり合いのなかではじめて意味をもつ」と述べ、「『社会』の『連帯』を社会福祉の法理念」としている。日本の障害者基本法５条をはじめとする個別の実定法にも「社会連帯の理念」という文言があることから、障害者の福祉の増進や社会参加の促進に協力することを「国家の義務」のみならず、「国民の責務」としているようである。倉田聡『社会保険の構造分析――社会保障における「連帯」のかたち』（北海道大学出版会・2009年）52-53頁。

[92] たとえば、日本の生活保護法は生存権の趣旨を直接実現するために設けられた立法として位置づけられる。加藤智章・菊池馨実・倉田総・前田雅子『社会保障法〔第３版〕』（有斐閣・2013年）55頁［菊池馨実執筆］。

国家には困窮者に最低限度の生活を維持するための給付を提供する義務があると規定されたとしても、社会給付受給権の権利性が憲法によって確定されていなければ、社会給付受給者は、法律の「反射的利益」を受けうるにすぎないことになり、権利の主体性および公法上の主観的請求権が安易に否定されうる[93]。

台湾憲法には、生存権、勤労権（15条）の規定のほかに、労働者および農民の保護規定（153条）、社会保険、社会救助の実施規定（155条）、国民健康の増進規定（156条、157条）、「国民健康法の実施」などの基本国策の具体的な規定（憲法増補条文10条）があることから、弱者への扶助、保護や自由経済を調整することが強調されている。したがって、台湾憲法は、多元的な価値を調整することを予定しているから、社会扶助給付のみならず、社会保険給付の憲法上の基礎をも提供している。

社会救助および社会扶助の緊急性と財源の有限性から、その給付は、一般的には最低限度の保護にとどまっている。社会救助法などの社会立法が成立し、現在では、生存権の保障を実現するための主要な措置は、社会保険立法である。国家が社会保険を通して雇用者と労働者ないし貧困者との矛盾を解消し[94]、社会連帯原理に基づき、伝統的個人主義が修正され、所得の再分配が重視される。すなわち、社会保険は、商業保険と

---

[93] 孫迺翊「恩給性社會給付沒保障？――憲法與行政法角度的分析」月旦法學教室第52期（2007年２月）80-83頁。

[94] 資本主義が発展するにともなって、資本家と労働者の格差が顕著になり始めた。諸国は、この格差とそれによる対立を緩和するために法律を定め、資本家が労働者の生活を不安定な状況に陥らせた場合、労働者に対する一定の責任を資本家に負わせることとした。しかし、このような責任は「過失責任」であって、挙証責任は労働者側にあることから、労働者が資本家に対して実際に賠償等を求めることは、きわめて困難だった。近年では、倒産やリストラ等のリスクに備えて民間の保険と契約している労働者も少なくないが、保険では掛金が求められるから、窮乏に瀕した労働者が頼りうるのは、救貧制度である。現在、このような実情を改善するために有効だと思われるのは、社会保険制度である。保険によってリスクを分散することにより、危険共同体（Gefahrengemeinschaft）を拡張させることが望ましい。吳明孝「社會保險與司法審查之研究――以全民健康保險法為中心」中山大學博士論文（2007年）122-124頁。

同様、生活のリスクを分散するために危険共同体（Gefahrengemeinschaft）を組織し[95]、保険料を定期的に納付する代わりに、事故が起こった際に給付を受給できるものである。しかし、保険料の納付額は均等ではなく、所得能力によって分類されるから所得の再分配が行われる。そして、大数法則（law of large numbers）に基づき、国家が危険共同体を拡張するために、保険制度への参加を国民に強制する。つまり、社会保障には、「保険原則」、「社会互助」、「強制参加」という特徴がある。

上記のことは台湾の大法官解釈においても述べられている。釈字434号では、「公務員保険は、国家が公務員の老後生活の安定のために、保険原理を運用し設けた社会福祉制度である。……すべての公務員は被保険人である」と、釈字472号では、国民健康保険法の強制加入、保険料の強制納付について、「社会互助、リスク分担および公共の利益の配慮に基づいたものであり……憲法の趣旨に合致する」と、釈字609号の理由書では、「労働保険は明確な社会政策の目的を有している。労働者が法律によって労働保険に参加する権利は憲法により保障される。……保険料は……保険事由との間で必ずしも対価原則を厳守するものではなく、応能負担の原則で社会互助の機能を維持しているものである」と述べられ、社会保険の一般的原則が示されている。

しかしながら、台湾の保険制度をみれば、社会連帯よりも国家の統制志向が強く打ち出されている。すなわち、国民党政府が台湾に移り、自らの統治の合法性を強化するために、1950年代の社会保険制度においては、主に政府の主要な支持者である軍人、公務員、国営企業の従業員を対象とした低保険料の保険制度が設けられた。ここではじめて職業分類による保険制度が設計されている。当時は労働保険[96]も存在していたも

---

[95] 保険にいう危険共同体（Gefahrengemeinschaft）とは、大数の法則により危険の分散や平均などを行うために、多数の危険が集合されなければならない集団である。危険集団とも呼ばれる。

[96] 台湾は、行政法院と民事法院が分立する公法・私法の二元的司法制度であるから、とりわけ裁判管轄が問題となる。労働保険法の法的性質について、1966年の行政法院判字第228号は、「労働保険は強制保険であり、保険の範囲、保険給付などは法律によって規定されるから、労働保険の性質は公法関係であり、普通の商業保険が私法上の契約関係であるのとは異なる」と判示した。大

のの、戒厳時期において国民党が労働組合を厳しくコントロールし、国民の権利意識と連帯意識も薄く、保険制度がカバーする人口も少なく、給付水準も低かった。1970年代末、労働保険の保険対象が徐々に拡大し、サラリーマンも保険制度に加えられた。その後、1980年代の民主化の段階になって[97]、当時野党であった民進党との競争および選挙の圧力に直面し、農民保険も実施された。しかし、低保険費政策は相変わらず維持されている。農民保険を例にあげると、農民の負担は３割であり、残る７割は政府側が負担することとされている。したがって、台湾の社会保険制度は主に職業別によって運営され、民主化以後も税収を主な財源として社会保険制度を維持している。それゆえ、社会保険が強調する「相互的」「権益的」な社会連帯と互助原則に反し、「一方的」「恩給的」な社会保障制度に陥っている傾向がみられる[98]。

1991年の憲法改正により、憲法増補条文10条５項として、「国家は国民健康保険を推進しなければならない」という規定が設けられた。そこで、1995年、従来の職業別に設けられた社会保険とは異なり、全国民を対象とする国民健康保険法が実施された。しかし、国家が医療資源と業務を新設の中央健康保険局に集中させ、以前の特徴であった「一方的」、「恩恵的」な保険から脱していない。こうして、社会の力は非常に弱く、構成員の責任感も弱まり、国民の連帯意識が培われているとはいえない。また、保険費は、家庭所得ではなく個人所得によって計算されるから、多くの家族を持つ貧困世帯にとっては問題となる。現在、国民健康保険

法官は、釈字568号（2003年11月14日）において、はじめて「労働保険から生じる公法上の権利は、憲法によって保障される」と述べ、労働保険を社会保険のひとつと明確に位置づけた。当時、法定されていた行政訴訟の類型は、「取消訴訟」のみであったから、救済の実益に乏しかったが、2000年に行政訴訟法が施行され、「給付訴訟」が定められた。張道義「全民健保與社會保險」月旦法學雜誌第179期（2010年４月）171頁。

[97] 1980年代になって経済が発展するにつれて、所得の不均衡、医療格差等の問題が次第に深刻化しはじめた。そのため、1981年の国会議員新規増員分選挙〔立法委員増額選挙〕では、福祉問題が主要な争点となった。

[98] 孫迺翊「憲法解釋與社會保險制度之建構――以社會保險相互性關係為中心」台大法學論叢第35巻第６期（2006年）28-31頁。

法については、深刻な財務状況のために改革が行われているが、与野党ともに低保険費にこだわっており、制度の未来はいまだ不透明である。

このように、台湾の社会保険制度は、低保険料政策をとりながら、「職業による分類」から「国民皆保険」への方向へと進んだ。2008年には、老齢年金給付を中心とする国民年金法が実施された。しかし、国民年金法がほかの社会保険における老齢給付および社会福祉手当を統合したものであることから、その主な適用対象は、専門職の者、自営業者、専業主婦、学生、失業者などの経済的弱者が多いグループとなり、制度運営に必要な財源が問題となるのみならず、社会連帯の基盤が弱まり、「所得分配機能が限られたものとなり、リスク分担も足りない」という貧困者中心の保険制度となっている[99]。また、国民年金法49条は、「本保険の財務に対しては政府が最終的な支出責任を負う」という国家責任規定である。これらのことから、結局、本来、連帯と互助を強調すべき社会保険制度が、税金によって賄われる社会救助に陥る逆分配になるおそれがある[100]。台湾では、強力な労働者組合が存在しないだけでなく、国民間の連帯意識が薄れているから、健全な社会保険制度の発展が難しい。連帯精神や下からの社会権論の理念に反するものとして政府を理解する必要があるのみならず、人々の社会構成員としての連帯意識が必要である。そこで、連帯精神の理解と浸透をはかるために、より理性的、討議的な民主制が重要であると思われる。

⑶　平等と分配の理念

政治共同体の基本的な価値を決定したものである憲法において、生存権、社会権の規定が存在するならば、国家権力を最小限に制限した古典的な自由主義に立つ憲法理念から、国家権力を適切・有効に駆使し、社

[99] 李仁淼「台湾における生存権と国民年金法」北大法学論集59巻４号（2008年）284頁、李玉君「從老年經濟安全探討國民年金制度之基本問題」台灣法學第113期（2008年10月）71-73頁。

[100] 吳明孝「窮人與誰重分配？――從『重分配』的理念簡評國民年金法」台灣法學第113期（2008年10月）57頁。なお、いわゆる「第２世代健康保険」の2011年法改正について、李仁淼「台湾」、加藤智章・西田和弘編『世界の医療保障』（法律文化社・2013年）99頁以下参照。

会が生じさせた自由の喪失と資源の不均等の弊害を是正する憲法理念へと展開したといえる。後者の憲法理念にとって最も重要なのは、「自由の再獲得（自由の回復）」および「資源の再分配（基本財の確保）」の概念である。その概念を支える基礎は、社会正義と平等思想である。したがって、配分の正義に関する代表見解は、生存権または社会給付に理論的基礎を提供しうるものである。

ａ．配分の正義

アリストテレス（Aristotles）に代表される古代の正義論においても、すでに配分の正義に関する哲学思想がみられる。すなわち、アリストテレスは、ポリス（polis）の国家任務は①市民の自然的な生存を保障すること、②市民の道徳的な生活を実現することである、と述べた[101]。とりわけ、その著書『ニコマコス倫理学』によれば、財産（Guter）と名誉（Ehren）の配分が共同体の正義にとって重要であることを強調し、合法かつ公平・平等に構成された正義システムにおいては、契約、犯罪、不法行為にみられるように対立する当事者間における「矯正の正義」（現在でいうところの裁判官の正義）のほかに、ポリス市民間における財産、名誉、権力の配分にかかわる「配分の正義」により、各人の地位に応じた比例配分が要求される[102]。簡潔にいえば、アリストテレスの正義観は、平等の要求であろう。その配分の正義は、社会の資源と財の再分配に関係するから、現在の社会保障制度の設計にも影響しうるものであり、立法者の正義ともいわれる。しかし、義務の配分および個人の実際の需要を論じていない点で、アリストテレスの正義観は形而上学的な倫理的要求にとどまっていると思われる[103]。

現在、正義論といえば、ロールズの理論を無視して語ることはできない。ロールズは、カント的な「自由平等な道徳的人格」の概念を継承し、全ての人を他人の目的のための「手段」ではなく「目的」として、倫理的な共和国（ethical common wealth）において、諸個人の自由と尊厳

[101] 謝榮堂「社會法治國之分配正義」華岡法粹第30期（2003年）243頁。
[102] 戒能通弘「正義論の体系化：アリストテレス」深田三徳ほか編『よくわかる法哲学・法思想』（ミネルヴァ書房・2007年）７頁。
[103] 謝・前掲注（101）244頁。

の価値が確立される、という。そこで、彼は、功利主義が強調するな福祉の総量、平均の最大化を批判し、無知のヴェールという原初状態により、以下のような正義の２原理を提示した[104]。

第１原理――各人は、他の人々の自由と両立する範囲の、できるだけ広範な基本的諸自由を平等にもつべきである[105]。これは、自由の最大化を追求するから、「平等な自由原理」（自由権保障の形式的平等）とも呼ばれる。

第２原理――社会的・経済的不平等が認められるのは、次の条件を満たす場合に限られる。①その不平等が、最も不利な状況（the least advantaged）にある人々の利益の最大化になること（格差原理[106]）。②その不平等が、公正な機会均等という条件のもとで、全員に開かれた地位や職務と結びついたものであること（機会均等原理[107]）[108]。

ロールズの壮大な正義論について論じることが本稿の目的ではない。ここで強調したいのは、ロールズの正義観における「弱者優先」の思想が、実質的平等または社会権理論に親和的であることである。とりわけ、格差原理は、人々の生まれながらの才能を偶然なものと考えるから、最も不利な状況に陥っている人々の生まれながらの偶然条件がよくなかったと評価される。したがって、貧困者に対する福祉措置、国家による基本財の平等な分配が必要であることになる。それゆえ、格差原理は、アファーマティブ・アクションや社会福祉に関する資源の分配の正当化に

---

[104] ロールズの正義論において、第１原理が第２原理に先行する。社会・経済的利益のために基本的自由を犠牲にすることは、あってはならない（自由の優先ルール）。また、機会均等原理が格差原理に先行し、正義の諸原理はすべて、功利性に優越する。

[105] 本論の訳は、濱真一郎「平等主義的リベラリズム（1）：ロールズの正義論」深田三徳ほか編『よくわかる法哲学・法思想』（ミネルヴァ書房・2007年）108頁による。

[106] もっとも不利な状況にある人々の利益を最大化することを追求するもので、「格差原理」とも呼ばれる。

[107] 機会の公正・平等を追求することから「機会均等原理」とも呼ばれる。

[108] 本論の訳は、濱真・前掲注（105）108-109頁による。

も用いられる[109]。しかし、格差原理には、原初状態の非現実性および弱者最大化ルール（maximin rule）の不確定性という問題がある[110]。そこで、フィシュキン（James Fishkin）は、社会資源の分配に関して４つの条件を提示し、ロールズの正義論を修正した。すなわち、①その政策には社会のコンセンサスが必要であること、②その政策には公民からの最小限の要求が必須であること、③その政策は社会基本ニーズの満足を提供しなければならないこと、④その政策に対する自己反省（self-reflective）が必要であること。この４つの条件は、民主的参加の原理のほか、行政自らのチェックと修正が福祉の実現に重要な意義を持つことを強調し、公平としての正義の実現に有益な指導方針を提供することを試みている[111]。また、弱者の声が公共政策に反映されがたいのは、一種の構造的操作（structural manipulation）とみなされるから[112]、弱者の基本的人権を保障するために社会的合意形成を促す制度が必要となる。したがって、福祉政策における討議的・対話的な制度設計が求められる。いずれにしても平等主義的な正義論は、分配の正当性を唱え、国家が社会保障制度や社会給付を提供する義務を有することを明示している。

ｂ．資源平等論

ドゥウォーキン（Ronald Dworkin）は、1980年代に資源平等理論を提示した。この理論は、「すべての人は平等に尊重され配慮されるべし」という抽象的な「尊重と配慮原則（concern and respect）」を用いて、政府に対して、人々を平等に扱うこと（treating peoples as equals）、

---

[109] 深田三徳ほか編『よくわかる法哲学・法思想』（ミネルヴァ書房・2007年）109頁。黄鼎馨「給付抑或不給付？従憲法受益權／社會保障權功能論社會救助給付行政之目的及正當程序」東吳大學碩士論文（2008年）19頁。

[110] たとえば、１人分の教育資源しかなく、天才Ａと知的障害者Ｂが存在する場合、ロールズの正義の原則によれば、教育資源はＢに与えられるべきことになるようであるが、一般的にはこのように考えられないだろう。

[111] James S. Fishkis, The Dialogue of Justice: Toward a Self-Reflective Society 124 (1992).

[112] *Id.* at 156.「The basic idea is that effective voice must be given to interests across every significant cleavage in the society」、つまり、討議的民主主義の考えである。

資源を平等に分配することを要求する[113]。ドゥウォーキンは、無人島に上陸した移住者たち全員が参加する仮想オークションを例にして、「尊重と配慮」原則の２つのポイントを述べている。すなわち、①すべての資源が売りにだされている市場がある。各人には一定の貝殻が与えられ、自己の個性、趣味、選好、信念、人生設計などにとって必要と思われる「嫉妬しない状態」に達したら、すべての人は平等に尊重され配慮されていることになる。したがって、個人の選択の価値または共同体に有益かどうかは、他人の財貨（外在資源）によって衡量されているから、市場の存在が必要となる。しかし、②傷害や病気などの不運から生じる貧富の差については、平等な観点から是正される必要があるから、保険システムが必要である。そのために、人々は自分の貝殻から保険料を納付し、生まれながらの生来的資源の差異に対する嫉妬を公平な補償によりなくす解決案が提示される[114]。しかしながら、ここでは、フイリィップ・ヴァン・パレース（Philippe Van Parijs）が批判するように、何が補償の問題であるか、そして、その補償はどの程度で十分なのか、について、ドゥウォーキンは述べていない[115]。とはいえ、ドゥウォーキンによれば、少なくとも、外在資源だけでなく生来的資源も平等に配分できるものとされるから、先天的な理由に基づく失業または不運から生じた傷害、病気、貧富の差などは、資源が足りないとみなされ、移転を通じて是正されうる。このことは、社会保障制度ないし生存権の理論的基礎を提供しうるように思われる。

２．日本における生存権学説の再検討

日本国憲法の制定直後から、生存権の法的性質をめぐって、様々な議論が展開された。当初は、生存権条項の裁判規範性を否定する学説も少

[113] 謝世民「論德我肯的資源平等觀」人文及社會科學集刊第11卷第１期（中研院中山所・1999年）125頁。
[114] 謝・前掲注（113）129-133頁。濱真一郎「正義論における人権の位置」深田三徳ほか編『よくわかる法哲学･法思想』（ミネルヴァ書房･2007年）131頁。
[115] 謝・前掲注（113）140頁。

なくなかった[116]。現在は、抽象的権利説が通説とされているものの、それに対する有力な反論もあって、生存権の法的性質に対する認識が一致しているとはいいがたい[117]。そこで、諸学説をあらためて整理し、「権利のあるところに救済あり」という見地から、それぞれについて検討し、もっとも適切な法的性質が何であるかを明らかにしたい。

(1)　プログラム規定説に対する検討

プログラム規定（programm-satz, programmische Lösung）とは、「単なるプログラム（制作・目標）を示すにとどまり、国はその実現に努力する政治的・道義的責務を負うが、ここの国民が裁判で争うことのできる具体的な法的拘束力をもつものではない規定（Programmvorschrift）」だと説かれる[118]。プログラム規定説とは、生存権規定もこのような国の政策指針やプログラム規定にすぎないと解釈するものである。憲法の生

[116] 最初は、社会権条項は受益権や社会政策の基礎方針であると考えられる。美濃部達吉『日本国憲法原論』（有斐閣・1948年）184-185頁。

[117] 生存権が「真正な」権利であるかどうかは、何を基準とするかの「入口」の問題によって決められるものである。これについては、「選択説」と「利益説」という学説上の対立が反映している。プログラム規定説は、選択説の立場から、義務の「選択」を履行できるかどうかが権利の核心であるとし、たとえある権利を主張しても、何らかの理由で相手に義務の履行を請求できなければ、それは権利といえない。生存権については、その権利内容と義務範囲が不明確であるから、生存権を実現し、あるいは救済できない可能性がある。そのため、生存権は「真正な」権利ではない、ということになる。これは、財産権（私権）に類似した厳格な権利概念である。他方、法的権利説は、利益説の立場から、権利が賦与されれば、規範的にそれに応じた義務が生じる。社会権は段階的に発展する性質のものであること、あるいは「権利のあるところに救済あり」という見地からは、利益説の方が妥当だと思われる。岩本一郎「生存権と国の社会保障義務」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣・2000年）210-212頁を参照。

[118] 大須賀明ほか編『憲法辞典』（三省堂・2001年）426頁。葛西まゆこ『生存権の規範的意義』（成文堂・2011年）34頁以下。鄭明政「司法による生存権の保障及び権利促進の可能性（１）―日本･アメリカ･台湾の司法審査を中心に」北大法学論集63巻３号（2012年）921［48］頁以下参照。

存権規定は、国家の政治と立法の方向性を示す綱領的なものにとどまり、国民は司法による具体的な権利救済をえられない。つまり、日本国憲法25条の生存権規定は、「国民の権利ではなく」[119]、「一種の特別の権利」[120]、ただ国政上の政治的・道徳的義務を宣言したものにすぎず、法的権利とはいえない[121]、というわけである。このように、憲法に明記されている生存権規定について裁判所による権利救済を認めないという解釈は[122]、自然権としての様々な「人権」の何をどの程度保障するかは、「人権」と「実定法」との緊張関係を反映する問題である、という理解に基づいている[123]。

---

[119] 藤澤宏樹・高木さやか「生存権の法的性格論（1）」福島高専研究紀要第40号（2000年）126頁。

[120] 我妻榮『新憲法と基本的人権』（国立書院・1948年）26-33頁。

[121] 内野正幸『憲法解釈の論点〔第４版〕』（日本評論社・2005年）100頁参照。

[122] 宮澤は、公法上の権利は司法上の権利と同じわけではなく、必ずしも裁判的な救済をえられるとは限らないと考えた。宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣・1971年）97-98頁。

[123] 基本的人権の概念は本来超実定法的、野性的な性格を持っており、実体法化の過程に革新・進化の効果をもたらす。生存権は憲法上に保障されている権利にもかかわらず裁判的救済効果がないことについて、佐藤幸治は「権利の三重構造説」で以下のように説明する。憲法上の権利は、①「背景的権利」、②「法的権利」、③「具体的権利」の３つのレベルに分けられる（この観念の由来は主に Dworkin 的権利観に基づくものである）。①「それぞれの時代の人間存在にかかわる要請に応じ種々主張されるもの」、②「主として憲法規定上根拠をもつ権利」、しかし、裁判の救済能力を有するとは限らない。特に請求権的な権利は法律によって具体化される必要がある、③裁判所に権利の保護、救済、法的強制力を発動することを請求できること。人権はこのような順番に（逆方向の場合もある）発展している。樋口・前掲注（59）22-23頁、佐藤幸治『憲法』（青林書院・1990年）365頁。

しかしながら、この憲法「権利」の三重構造論のように人権の概念を拡張することについて、藤井樹也は以下の疑問点を指摘した。(1)裁判所で救済を受けられない権利は、普通の権利に対するイメージに反する。(2)裁判所で救済をうけられない「権利」という観念は、司法審査制と裁判を受ける権利が憲法に定められていることと両立しない。(3)裁判外の「権利」、政治的な「権利」という概念をみとめると、法と政治、権利と政策の区別が曖昧である。藤井・

プログラム規定説は、我妻栄によって紹介され、伊藤正己らの支持を得て、戦後まもなく学界の通説となった[124]。その後、この学説は、生存権訴訟において最高裁の判例を数十年にわたって支配した[125]。このような解釈は、明らかにワイマール憲法に影響されたもので、社会的現実と憲法的理想との隔たりを便宜的に埋めるために示されたものだと考えられる[126]。しかし、憲法に明記された権利をこのように解釈することについて、疑問がないわけではない。

生存権条項をプログラム規定とする理由として、大要以下のものが挙げられている。①権利の内容が抽象的にすぎる、②「最低限度の生活」といってもその水準が不明確である、③実質的に実現できるだけの経済力が（当時の）国家にはない、④財政および予算に関する問題は立法府の裁量事項である、⑤権力分立原理に反する、⑥「最低限度の生活」がどの程度かという問題はそもそも裁判所が判断するのに相応しくない事柄である。以下では、それぞれの理由について批判的に検討する。

①の理由は、次のように述べる。すなわち、「憲法上にその請求の趣旨が明白に書かれなかったゆえに、具体的な請求権を認めかねる」[127]。

前掲注（22）407-408頁。

[124] 中村睦男「憲法第二五条の法意」ジュリスト増刊『憲法の争点』（1985年９月）144頁。当時、法学協会編（代表者石井照久）『註解日本国憲法（上）』（有斐閣・1948年）は、25条を一般私法でいうような具体的な権利、いいかえれば、これに対応する国の『法律上』の義務があるものではないと解釈した。しかし、生存権の自由権的側面として、我妻栄と法学協会も国家と私人との間に法的効力を有し、生存権の実現が侵害された私人間の契約や団体内の規約も無効ということを認めた。「国が生存権の実現に努力すべき責務に違反して生存権の実現に障害となるような行為をなすときは、その立法も、また無効となり、その処分も違法であるというべく、そのような個人間の契約や団体内の規約も無効と解すべきである」。中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社・1989年）58頁、中村睦男『論点憲法教室』（有斐閣・1990年）204頁。

[125] 食糧管理理法違反事件（最大判昭和23年９月29日刑集21巻10号1235頁）。最高裁は生存権訴訟をプログラム規定説の立場から判断した。

[126] 佐藤・前掲注（123）365頁。

[127] この理由を主張する論者は、憲法17条の損害賠償請求権と憲法40条の刑事補償請求権の条項に「法律の定めるところにより」という文言があるが、25条

そもそも国家の最高法規である憲法は、多かれ少なかれプログラム的ないし綱領的な性格をもっているが[128]、とくに立法および行政の積極的な作為に依存する生存権については、綱領的性格を認めることが重要である[129]。しかしながら、規範が抽象的ならば具体権利性は認められない、というのであれば、憲法上の人権規定は多かれ少なかれ抽象的なものであるから、すべての人権規定の具体的権利性が否定されてしまう可能性もある[130]。また、憲法に生存権が明記されているにもかかわらず、国家の積極的な作為が必要だからという事実上の理由のみによって国会の絶対的な裁量が認められるならば、事実は常に規範に勝るということになりはしないか。どのような社会保障制度を設けるかは、国会が優先的に判断すべき問題であることはもっともだが、このような技術的・手続的な問題によって憲法の権利性が左右されるべきでない[131]。

②の理由は、「主に最高裁の判決は、生活水準不確定説を唱えている。健康で文化的な最低限度の生活は、抽象的相対的な不確定的な概念と認められ、時代と社会通念に伴って変わるものであるから、政治部門の判断に委ねるべきである」と説く。

その「社会通念」について、棟居快行は、「四畳半襖の下張事件[132]」、「チャタレー事件[133]」等の表現の自由をめぐる「わいせつ」文書の規制事件を例に、性表現の自由の範囲も時代や社会通念の推移にしたがって変動しており、わいせつ文書を規制する基準も可変的概念である、と指摘

の生存権は、これとは異なることを提示する。しかし、その文言は単なる形式的な差異にとどまり、権利の実質を規定するものではない。かかる受益権条項の内容でも同様に抽象的に規定され、下位の法律（国家賠償法、刑事補償法等）により具体化される必要がある。大須賀明『生存権論』（日本評論社・1987年）80-81頁。

128 中村睦男「権利としての福祉――生存権の現代的意味」ジュリスト537号（1973年）40頁。

129 中村睦男『社会権の解釈』（有斐閣・1983年）57頁。

130 大須賀・前掲注（127）81頁。

131 浦部法穂『憲法学教室Ⅰ』（日本評論社・1998年）286頁。

132 四畳半襖の下張事件（最大判昭和55年11月28日刑集34巻６号433頁）。

133 チャタレー夫人の恋人事件（最大判昭和32年３月13日刑集11巻３号997頁）。

している[134]。それでも、表現の自由を定めた憲法21条は、当然のことながら裁判規範性が認められており、司法審査がなされている。したがって、「健康で文化的な最低限度の生活」が抽象的で可変的な概念だとしても、そのことは、必ずしも生存権の裁判規範性を否定する根拠とはならない。「健康で文化的な最低限度の生活」以上の社会保障を実施するか否かについては、一律に広汎な立法裁量が認められてもよいが、「健康で文化的な最低限度の生活」を保障することは立法府の義務であって裁量の余地はない、と解することも十分に可能である[135]。

また、裁判所に提訴するには、国家賠償請求権のように具体的な賠償額を請求することが必要で[136]、訴える側にその立証責任が課されると主

---

[134] チャタレー判決は、①従らに性欲を興奮又は刺激せしめ、②普通の正常な性的羞恥心を害し、③善良な性的道義観念に反するという３つの要件を「わいせつ」文書に当たる基準とする。田中善明『憲法重要判例集』（敬文堂・2000年）153頁。

このように、社会通念がいかなるものであるかの判断は、現制度の下においては裁判官に委ねられている。棟居によれば、何が「わいせつ」であるのかに対する判断は、裁判官の法解釈によりその都度確定される。さらに「生存権においても、『社会通念』を認識した裁判官の法解釈によって、『わいせつ』と同程度には具体的内容を読み取ることが可能であろう」と指摘している。棟居快行『憲法学再論』（信山社・2001年）351頁。

[135] 遠藤美奈は、「健康で文化的な最低限度生活」を政治参加と積極的に結び付けるべきだと考える。政治参加の通路が閉ざされていることは、「健康で文化的な最低限度の生活」も達成されていないことを意味する。遠藤美奈「『健康で文化的な最低限度の生活』再考」飯島昇蔵・川岸令和編『憲法と政治思想の対話――デモクラシーの広がりと深まりのために』（新評論・2002年）126-127頁を参照。それに対して、松井は、生存権を政治参加のプロセスに不可欠な権利から排除し、裁判所が積極的に介入することにも反対する。松井茂記「福祉国家と憲法学」ジュリスト1022号（1993年５月）73頁、松井茂記『日本国憲法〔第３版〕』（有斐閣・2007年）552-557頁。

[136] 奥平は、「健康で文化」的な「存在」の意味は複雑で、多くの価値要素も入り込み、簡単に基準を画定できるわけでないと考える。そして、国家賠償と労使争議の例をあげて、生存権は「権利内容の計量性」に欠けるので、具体的権利説を支持しないと述べた。奥平康弘『憲法Ⅲ　憲法が保障する権利』（有斐閣・1993年）245-246頁。

しかし、朝日訴訟第１審と多くの学者は、一定の時点において各種の科学的

張する論者もいる[137]。しかしながら、生存権が保障されるべき主な対象は、社会的弱者であることがほとんどであり、社会的弱者は、政治的決定過程から疎外されやすく、国家との交渉力に乏しいことからしても、司法による保障が何よりも重要であろう。

③の理由は、「資本主義体制には、社会主義体制のように勤労権を具体的に保障しなければならない前提条件がないので、生存権についても具体的請求権は認められない」と説く。

しかし、近代立憲主義に基づく生存権は、社会主義思想に基づく生存権とはそもそも相異なるものであり、歴史的には、国家が資本主義を採用したことによって諸個人間の社会的経済的格差が拡大し、生存権を保障する必要性が人々によって自覚され、生存権が資本主義社会における人権保障の前提条件として重要なものだと認識されるに至ったのであった。資本主義における福祉国家・社会国家原理の下で、有限な資源は合理的な配分すべきである。我妻も、日本国憲法が社会福祉国家を想定しており[138]、資本主義体制の下でも、国家の積極的な努力によって生存権を実現すること自体は可能であることを承認している[139]。

知見を利用するなら、最低限度の生活水準を相当程度客観的に計量できないわけではないので、漠然とした概念ではないという視点を支持している。大須賀・前掲注（127）98頁、浦部・前掲注（131）297頁、長尾英彦「憲法二五条にいう『最低限度の生活の保障』の意義――生活保護法上の『資産認定処分』をめぐる判例を素材に」中京法学30巻４号172頁、遠藤昇三『社会保障の権利論』（法律文化社・1994年）117頁、山内敏弘編『憲法の現況と展望〔新版〕』（北樹出版・1996年）251頁。

さらに、青柳幸一は、最低賃金という視点からみて、「最低限度」の生活は、特定の時点で確定できるものであるとする。また、「健康で文化的な最低限度」の生活は、許容の範囲も確定できると考えられる。青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社・1996年）230頁。

[137] 大須賀・前掲注（127）78頁。

[138] 棟居・前掲注（134）351-352頁、354頁。特に最低限度の生活水準が客観的に設けられるならば、この水準に反する、あるいは、水準より低くする行為は司法審査に服すべきである。

[139] 横川博「生存権の法理」ジュリスト300号（1964年）33頁。保障手段の不備という原因で、生存権を不完全な権利と推論する論点は、実は社会権の段階性

④の理由は、「生存権を保障するためには、そのための財政的基盤が必要だが、財政に関する問題は、立法府の裁量を考慮しなければならない」とし、裁判所の判断によって財政が圧迫されることになれば、それは財政民主主義の原則に反する、と主張する[140]。

しかし、財政民主主義の原則の重要性は認めるとしても、憲法の基本的人権規定は、民主主義に基づく判断に対しても保障されるべきものなのであるから、②の理由について指摘したのと同様の問題がある。すなわち、民主主義に基づく政治過程によって適切な社会保障が実現されることを期待してはいるが、その過程から疎外されがちな社会的経済的弱者に対する十分な社会保障の実現が期待できなくなった場合には、社会的経済的弱者は、司法による保障に頼る以外はない[141]。もちろん、民主的正当性と司法審査との緊張関係は大きな問題だが、憲法は国法体系における最高法規であり、その憲法の文言に生存権が明記されている以上、国家に最低限度の社会保障を行う「義務」を課し、すべての下位規範を拘束、指導すべきである[142]。また、予算自体も規範性を有するのであるから[143]、憲法の趣旨に合致するものでなければならず、予算の都合で生存権の法的性格が決定されるとすれば、国法体系における序列を覆してしまうことになろう[144]。さらに、「最低限度の生活水準」を客観的に確定

の本質に注意していない。そして、全ての基本権は、多かれ少なかれ理想と現実との距離があるので、これをその権利性を否定する論拠とすることはやはり妥当ではないだろう。

[140] 河川附近地制限令事件（最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁）において、財産権ないし生存権に関する損失補償について、裁判所は国家に財政負担をせよという給付判決を下した。

[141] 棟居・前掲注（134）358-359頁。

[142] 朝日訴訟第１審（東京地裁昭和35年10月19日行集11巻10号2921頁）。

[143] 「予算法律主義」であれ、「予算非法律主義」であれ、いずれの立場も予算の「法規範」性を認める。

[144] 大須賀・前掲注（127）80頁。予算の発案権は内閣の専属事項である（73条５項、86条）が、内閣は憲法が委託した下位規範を守らなければならない。これは憲法上の義務であり（99条、73条１項）、本末転倒は許されない。小林直樹は、社会福祉国家の理念に基づいて、予算を決定する際に、生存権の予算を優先して配慮すべきであり、これは政府に課された25条の憲法義務であると述

することは可能であり、国家の裁量空間はそもそも限られていると考えられるならば、司法が立法と行政の行為に対して司法審査を行うことは当然なことだといいうる。

⑤の理由は、「裁判所に社会保障措置の司法審査を認めても、執行力を伴わなければ意味がないが、司法府が立法府に対して積極的な措置を強制するならば、司法権の範囲を踰越し、『権力分立原理』に反するおそれがある」と主張する。

一般的に、権力分立の原則、権力の抑制（checks and balances）から、裁判所が司法審査権を有していることについては、異論がない。問題となるのは、生存権を実現する手段・方法の選択（裁量）権限は立法者に委ねられていて、行政府はその立法府からの委任を受けて法律による行政を実施するという過程に対し、給付判決によって裁判所が介入できるかということである。それは、立法権および行政権の侵害とならないかという問題である。しかし、②の理由の検討においても述べたように、生存権は、憲法から賦与された権利で、三権に義務を課しているのであって、立法に対する具体的・客観的な（白紙委任ではない絶対的な）基準が可能である以上、裁判所は憲法義務の基準に従って「審査」を行ったに過ぎず、政治部門の選択を「判断」することとは異なる[145]。また、④の検討において強調したように、裁判による保障が困窮者の頼れる最後の手段であろう。殊に、司法審査が政治プロセスにおいて機能しなければ、司法消極主義思想に基づく②と④の理由に対して、裁判所は、社会権の本質的性質である請求権的側面に対する監督の責務を放棄するに等しく[146]、憲法秩序の転倒を無視するのは[147]、最高裁の「憲法の番人」とし

べる。小林直樹『憲法判断の原理（下）』（日本評論社・1979年）10頁。

[145] 関連する論点は次述の⑥を参照。

[146] 荒木誠之は、裁判所の過度自制は、三権分立の本質に違反すると述べた。荒木誠之『社会保障法読本』（有斐閣・2000年）264頁。特に最低生活は客観的に裁判所が確定できる場合、裁判所は立法裁量論を理由に、自身の違憲立法審査権を放棄することは許されず、逆に、最低生活という違憲判断基準に対して「厳格な基準」を採用すべきだろう。遠藤昇三『社会保障の権理論』（法律文化社・1994年）118-119頁。

[147] 権利分立はそもそも人権を実現する手段である。立法者の怠慢や立法の侵

ての「監督」役を怠るに等しいといえるだろう。

また、生存権の給付訴訟においては、一般的に特定の現物給付とサービス給付などの「非金銭の給付」、または「金銭の給付」の請求がある。「非金銭の給付」については、生存権の実現方法に多様性（作為方法の不特定性）が認められるので、立法府にある程度の裁量が必要である。だが、判決における確定は立法府の選択権を奪うわけではなく、裁判所はあくまでも選択肢のひとつを提示するだけであって、立法府にその選択肢を強制するわけではない[148]。逆に言えば、立法府は判決を受けて法律を改正し、あるいはその運用基準を緩和することで、違憲の状況を避ける。「金銭の給付」についてはあくまでも訴訟技術面の問題であると思われる。棟居によれば、民事執行法35条の請求異議訴訟を通じて[149]、裁判所も金銭給付判決に対する審査能力を十分にあると説いている。すなわち、市場経済の下では、生活水準は常に金銭による表記が可能であるから、金銭というのは、最低限度の生活水準の具体的な姿を表す意味で、裁判所の判決は選択肢としてひとつの例を提示したにすぎないので、立法府は判決内容と同等価値（又はそれより価値がある）の方法・制度を提供し生存権を実現すればよい、裁判所が生活水準の具体的な内容形成に過度に介入してはならない。つまり、裁判所はただ基準を認定し、金銭給付額を審査するだけであるので[150]、金銭給付判決は立法府の選択

害等の原因で憲法上要求される個人の尊重、人間の尊厳等の核心的価値が損なわれる場合、特に社会的・経済的弱者にとって、司法の極端な自制的態度は、憲法秩序の破壊者の共犯のように、「憲法の番人」の役割を放棄するのみならず、「人権の擁護者」にもならないおそれがあるだろう。

148 しかも、付随的違憲審査制における判決の効力は、個々の事案に及ぶにすぎない。

149 請求異議訴訟とは、判決で確定された請求権がその後の事情変更（たとえば、原告が求めた給付内容の実現義務）で消滅したことを主張する訴えである（民事執行法35条）。この訴訟技術によって、国側が給付の判決確定後に、法改正や運用基準の改正等の理由で（たとえば、施設の完備、別の現物、サービスの提供等）、裁判所に請求異議の訴えを提起できるということである。

150 たとえば、ヘルパーの派遣や施設の入居等のサービスの提供は、本来の金銭判決の水準と同じであるかあるいは超えるか、について、棟居は裁判所が十分の審査能力を持つと考える。

権を奪うことにはならない[151]。このように、裁判所は、立法権や行政権を侵害するわけでなく、むしろ憲法上のチェック義務を忠実に果たすだけだといえるだろう。

⑥の理由は、「生存権を具体化するには、高度の専門的技術や政策的裁量が必要であり、具体化の方途が適切といえるかどうかについて、裁判所は、著しく不合理な場合を除いて審査能力を有していない」というものである。

確かに生存権の立法が専門技術的であり、政策的配慮を必要とすることは否定できないが[152]、司法審査は、そもそも立法府の専門技術的判断や政策的配慮が「適切」か「不適切」かという「政治的判断」ではなく、ただ憲法の規範に従い、立法府によって判断された「健康で文化的な最低限度の生活」が客観的な生活水準に適合しているかどうか（または実現しているか）という「法的判断」を行なうだけである[153]。また、「憲法の文言は抽象的であって、解釈において価値判断を免れないのだから、その決定を最高裁の裁判官に任せるよりも、政治部門の判断に委ねる方がよい」という論者もいる[154]。この見解については、政治的決定過程か

---

[151] 棟居・前掲注（134）356-358頁。

[152] 専門技術の裁量に関しては、以下の判例を参照。①小売市場事件（最判昭和47年11月23日刑集26巻９号586頁）：営業の自由の積極規制に対して、立法府の専門技術的・政策的な裁量を認めるが、「明白の原則」で審査して、強者の営業の自由を節制して、結果的、間接的に弱者の生存権を確保することが目標とされている。したがって、どこまで規制すべきかは立法裁量の事項である。すなわち、立法裁量というのは、一定の基準線上を超えてはじめて裁量権がある意味である。また、②伊方原発訴訟（最判平成４年10月29日判時1441号37頁）および③第１次教科書検定訴訟（最判平成５年３月16日民集47巻５号3483頁）は、「それぞれ、安全性ないし歴史的事実についての行政の判断過程において『看過し難い過誤』があるか否かを具体的判断基準とする」。したがって、生存権の立法の専門技術性に対して、たとえ「内容的な実質審査」に異議があっても、「立法過程の手続審査」に反対する理由がないはずだろう。棟居・前掲注（134）353-354頁。

[153] 棟居・前掲注（134）353頁。

[154] Frank B. Cross, *Institutions and Enforcement of the Bill of Rights*, 85 Cornell L. Rev. 1529, 1541-1542 (2000). 楊智傑「反違憲審査之研究――分析美

ら排除されがちな社会的弱者、あるいはマイノリティの人権保障について検討していることを認識する必要がある。人々が生存するということは、もっとも「基本的な」権利である。社会国家原理からみて妥当な配分（生存権を具体化する立法）が民主主義による意思形成過程を通じて自動的に達成されることを期待するのは、そもそも難しいのではないか[155]。それに反して、付随的違憲審査の判決は、当該事件に個別的におよぶに過ぎないため、その違憲判決によって国会が法律を改正するか、維持するかの選択を迫られても、違憲判決に対抗するため、憲法改正案を審議・議決し、国民の最終的な判断に委ねることもできる。この方が民主主義による意思形成を徹底しうる、というものである[156]。

以上のような①から⑥に対するそれぞれの反論もあって、プログラム規定説は、その説得力に翳りがみられるようになり、それに代わって抽象的権利説が台頭してきた。時代の推移とともに、生活保護法をはじめとする生存権を具体化する法律が制定されたことも、プログラム規定説が支持を失っていった大きな理由であろう。現在、生存権の法的性質を論ずることには法的実践における実益がなさそうであるが、ここで指摘した問題は、おそらく現在の通説――抽象的権利説――にとっても克服しがたいものであろう。

國批判違憲審査論述並運用」中央産經所碩士論文（2003年）22-23頁。この論点の支持者は、主に「自由民主主義」の憲法思想に着目し、民主的機関ではい司法府は、自制すべきと考える（反論は前述②・④を参照）。さらに、違憲審査制を廃止する主張は、少数者が司法による保障の重要性が軽視される考え方だろう。また、少数者は中間利益団体を通し十分の保障を得るという考え方も、社会的貧弱者と利益団体との結合の困難さ、特に、最低生活水準の権利は、すでに生命と尊厳の問題であり、回復性不可能と緊急性を持っている性質なので、政治過程の通路に委ねる時間がない（また、憲法上に生存権が明記されること）等の事情に鑑み、このような主張は妥当とは言い難い。

[155] 民主主義は、そもそも反社会国家的で、経済的自由に傾ける性質を持っている。棟居・前掲注（134）355頁を参照。したがって、民主主義機構内に人権侵害が解決できないときに、たとえ政治問題であっても、裁判所も介入して審査できると主張する者もいる。池田政章『憲法社会体系Ⅱ（憲法政策論）』（信山社・1999年）226頁。

[156] 棟居・前掲注（134）355頁。

⑵　抽象的権利説に対する検討

生存権の法的権利性（立法義務）を否定するプログラム規定説とは異なり、抽象的権利説は、生存権が憲法に明文化されていることから、当然に法的権利性を認めて、立法府は相応の立法義務を負っているとする。そして、立法府によって成立した法律を通じて憲法上の法的権利性が認められたとする。ただし、立法不作為の違憲確認訴訟は認めない[157]。抽象的権利説は現在の通説であるが、論者によってニュアンスが異なり、多様な論述がなされている。簡単に言えば、抽象規定＝抽象義務と考えられるので、それぞれ自由な解釈の余地があるというものである[158]。

抽象的権利説は、それを説く論者の論点はそれぞれ異なっているにもかかわらず、生存権を（抽象的）権利と考える点で一致している。すなわち、生存権は法的権利であり、国家が法的義務を負っていることを認めているが、その権利・義務は抽象的なものにすぎず、権利が侵害されたとき、あるいは、義務違反の行為があるとき、それに対する救済を直接請求できない[159]。したがって、法律によって具体化されて初めて、請求権的な裁判規範効果をもつようになる。

しかしながら、憲法上の権利が法律レベルで創設される権利であるなら、憲法上の条文の存在意義は何であるか。要するに、具体的な法律がないと具体的な請求権が認められない点で、実はプログラム規定説に近いものである[160]。そして、下位法律がないと裁判規範効力がないという

157　大須賀明ほか編・前掲注（118）337-338頁。

158　藤澤宏樹・高木さやか「生存権の法的性格論⑵」福島高専研究紀要40号（2000年）137頁。

159　高田敏『社会的法治国の構成――人権の変容と行政の現代化』（信山社・1993年）166頁。

160　抽象的権利の法的効果として、主に、①自由権側面の保障効果、②法令解釈の基準となる、③下位の法律がある場合に具体的規範になり、その保障水準を任意に切り下げることが禁じられる。以上の法的効果は実際には「プログラム規定説」とほぼ同じだろう。しかし、この説は生存権における一定の権利性を認めるという点で評価できる。したがって、許慶雄は抽象権利説がその「段階性的な意義」を持つと述べる。許慶雄『社會權論』（眾文・1992年）83頁。プログラム規定説と抽象的権利説との「論理の展開のプロセスは違っているも

ことは、憲法を最高法規とする法の段階構造に反し、理論上の矛盾が大きいといわざるをえない[161]。しかし、具体的権利説が唱えた立法不作為の違憲訴訟については、現行の制度下では、若干の技術的な問題もあって、司法と立法との関係もさらに解明する必要がある。そのために、抽象権利説は現在の通説的地位を占めているわけである。その論拠は以下の通りである。

(a)憲法に「権利」として明記されている以上、生存権の法的権利性は認められる。しかし、法律による具体化を待たずに直接25条を根拠として立法不作為の訴訟と提起することは認められない。(b)生存権の規定は抽象的で、義務の内容も不明確なので、国家は具体的な立法ついて広い裁量権をもつ。(c)下位の法規が制定されてはじめて具体的請求権が認められる。(d)給付の能力については、国家の財政に頼らざるをえないので、国家の裁量に委ねるしかない。裁判所は、確定な基準で国家の政策を判断する能力を有していない。

(a)について：法的権利であることは憲法の文言からも明確なのでここでは説明を省く。問題なのは、その義務をどの程度まで履行できるのかということである。その権利と義務は抽象的にしか定められていないため、強制力はなく、したがって25条は司法的救済の能力をもたないと説かれるが、抽象的権利説のいう「憲法25条を具体化する法律」とは具体的に何をさしているのかが明確ではない[162]。また、法律によって初めて生存権が具体化され、法的権利性を有するということは、あくまでもただ請求権を定めた法律の反射的効果にすぎないのであって、直接基本権から由来した権利ではない[163]。したがって、抽象権利説は生存権の「権利」に対して、概念的・曖昧的・不明確な認識にとどまっている、といわざ

のの、結論において、憲法25条が裁判規範であることを否定している点で、いずれもその本質はプログラム規定説である」と述べる。大須賀明『憲法』（三省堂・1987年）250頁をも参照。

161　このように法の段階構造を倒錯した論理の背景には、生存権の具体的な法的権利性の否定がある。大須賀明「生存権」法律時報41巻５号（1963年12月）73頁。

162　藤澤、高木・前掲注（158）137-138頁。

163　大須賀・前掲注（127）75頁。

るをえない。

この説では、下位法規が存しない限り生存権は保障されないのだから、その限りではプログラム規定説と大差ないものとなってしまう。もっとも、現在ではほとんどの先進国において、多少なりとも生存権に関する法令が制定されているので、議論の実益は乏しい。しかしながら、憲法上の根本的、実体的な価値体系について再検討の余地があろう。

(b)について：前項②の反論から、生存に関する切迫的・緊急的な「最低限度」の生活水準を保障することは、そもそも憲法によって基本的に課された義務である。そして、国には絶えず生存権保障の範囲を拡張する「努力」が求められている。この水準を明確に示しているのは難しいかもしれないが、ある程度客観的に確定できるものである（前述②の部分を参照）。つまり、社会権が段階的に発展してきたという本質からすれば、その最後の砦である裁判においてはその発展に著しく遅れた国に自由裁量の余地がない（前述⑤を参照）。立法府もしくは行政府が有する裁量権はこの最低限度の基準を超える場合に広汎に認められるにすぎない。適切な方法・手段を選択する裁量が認められているわけである。したがって、生存権保障における立法府の裁量については、「広汎」な裁量というよりもむしろ「慎重」な裁量が求められる、と言うべきだろう。

(c)について：前項の①と②の反論が示すように、下位の法令の有無によって基本権の権利性質が決まるというのは、極めて不合理である。このような本末転倒の論理はおそらく抽象的権利説にとって致命的である。さらに「法律の内容が不十分な場合」、福祉に関する問題がすべて立法府の広い裁量にあるとされかねず、何の改善措置もとられないことが危惧される点でプログラム規定説に近いものとなろう[164]。

(d)について：財政問題は確かに国家の裁量事項である（裁量問題について、前述②と(b)の部分に説明がある）。しかし、ある国家が社会的・法治的な国家へ邁進する決意をした以上、社会的資源の配分をめぐる裁量は憲法の理念に制約されなければならない。裁判所に審査する能力や権限がないという主張に対する反論は、前述⑤・⑥で既に述べたのでこ

[164] 藤澤、高木・前掲注（158）137頁。

こでは繰り返さない。

以上のことから、結局、抽象的権利説は立場が不明確な学説だと言わざるをえない。その「抽象的な権利」は、妥協的な概念にすぎず[165]、生存権の保障に限界がある。したがって、抽象的権利説の欠点をどのように補うのか、また、憲法の趣旨と合致する生存権の具体的権利性をどのように確定するか、および、司法救済手段をどのように強化するかが、さらに重要な課題として残されていたわけである。

⑶　具体的権利説に対する検討

具体的権利説は、抽象的権利説の理論的欠点を補うために生じたものである。同説は、生存権の法的権利性を認めるだけでなく、「通説たる抽象的権利説をこえて、個々の国民が当該憲法規定を直接の根拠としてその実現を請求できる法的性格を認め、立法不作為の違憲確認訴訟を求める訴訟を提起できる」とするところに特徴がある[166]。しかしながら、同説によっても、国家に特定の内容の立法あるいは積極的な給付を行うよう具体的に請求する権利は、一般に認められていない。すなわち、憲法を直接の根拠として給付訴訟を提起することは認められておらず、ただ国家の不作為について違憲「確認」訴訟を提起できるのみである。したがって、この説を具体的権利説と称するのは不適切である、と説く学者もいる[167]。

生存権にかかわる法律がかなり立法化されている現状において、立法不作為の違憲確認訴訟を提起しうるとして、どの程度の実益があるか。また、立法不作為の違憲確認訴訟の要件、利益、当事者適格、違憲判決の効力等はどのようなものか。あるいは権力分立原則と抵触するかどう

165　藤井・前掲注（22）391頁。

166　大須賀明ほか編・前掲注（118）96頁。

167　中村睦男『論点憲法教室』（有斐閣・1990年）215頁、中村睦男「生存権」芦部信喜編『憲法Ⅲ人権（2）』347頁、奥平康弘・杉原泰雄『憲法３　人権の基本問題Ⅲ』（有斐閣・1977年）74頁［奥平康弘執筆］、松井・前掲注（135）554頁。長尾一紘は、憲法25条から一定の給付的具体的な請求権を導き出すことはできず、不作為の違憲確認訴訟にとどまるので、この説を「現実的な権利説」と呼ぶ。長尾一紘『日本国憲法〔第３版〕』（世界思想法・2003年）297頁。

か等、具体的権利説が明らかにすべき問題は多岐にわたっており、同説は、現在では少数説に留まっている。しかし、「権利あるところに救済あり」という理念に基づけば、同説は肯定されるべきものである。とりわけ、現在の行財政改革において、財政再建の名目によって小さな政府が志向され、再び自己責任論が社会的風潮となり、生存権保障に対する風当たりが強まったことは記憶に新しいが、このように、生存権を具体化する法律による社会保障は、いつ何時削減されたり廃止されたりするかわからない。したがって、生存権規定の権利性を確立する必要があり、そのために具体的権利説をきちんと構築しなければならない。また、司法救済機能を確立し、それを強化させていくべきであろう。いずれにせよ、生存権保障制度の不備によって不利益を被った場合、実質的な救済手段が確保されなければならない。

日本国憲法の生存権保障は、主に人間の尊厳に基づいて（正当化の根拠）、国（名宛人の対象）に対して、「すべて国民（権利の主体）は、健康で文化的な最低限度の生活を営む（権利の内容）ことへの権利を有している[168]」（25条１項）と定めているが、日本の生存権をめぐる議論は、概ねこの25条１項に焦点をあてている。なかでももっとも重要な議論は、権利内容が明確かどうかをめぐる論争である[169]。しかし、前述(2)の(a)や(b)に対する反論から生存権の権利内容が不明確であるという概念は否定されざるをえない。むしろ社会は、様々な要素が交錯しながらますます複雑化しているのであって、「社会権の段階的発展の性質」という観点からすれば、相対説であれ絶対説であれ、社会保障を実施するためには、保障されるべき何らかの生活水準を明確にしなければならないことになろう。たとえこの水準が必ずしも「健康で文化的な最低限度の」、あるいは「人たるに値する」水準に達していないとしても、社会保障の最初の一歩を踏み出したならば、すなわち、何らかの水準以下の人々に対する社会保障を実施したならば（憲法を改正しない限り）、国家は、社会福祉制度への信頼を反故にしないように、制度後退禁止原則によって人々の生活水準を向上させなければならない。国家の経済力の発展に応

168 岩本・前掲注（117）210頁。

169 松本昌悦『新しい人権と憲法問題』（学陽書房・1985年）319頁。

じて、広範な人々の生活水準が向上することが望ましいが、国力の発展状況に応じて、すなわち国家財政規模の発展段階に応じて、社会保障水準も向上させる必要がある。

保障されるべき何らかの生活水準である最初の一線は、一般人なら客観的に判断できる水準にひかれるべきである。すなわち、生命を維持しうる水準（生理的水準）以下であってはならない。このような生理的水準以下の生活状況は、憲法が要求している健康で文化的な最低限度の生活を当然に充たしていないのであって、そのような窮乏に陥っている人々は、切迫した生命の危険にさらされ、何らかの救済を緊急に必要としている。このような状況にあっては、立法府における議論に委ねる猶予もないのだから、裁判所が直接立法を義務づけるか、あるいは具体的に給付を命じられるだけの（行政給付請求判決）正当な根拠が生じているのではなかろうか。

現在の具体的権利説は、立法不作為の違憲確認訴訟が認められると提唱するにとどまり、具体的給付請求を一切認めていない[170]。こうしたら、違憲確認の判決が下され、立法府に一定の圧力を与えられるとしても、具体的な内容については、立法府の裁量に委ねるしかない。したがって、判決後のプロセスについては、実質的には抽象的権利説と大差ないと言いうる[171]。

したがって、不作為の違憲確認訴訟も、生存権の保障にとっては消極的な保障方式に過ぎない。裁判所によって立法の不作為が違憲だと宣告されても、立法府が相変わらず立法しない姿勢を維持するならば、生存権が侵害された違憲状態も継続し、立法府と司法府がさらに対立することになり、憲法の権威も損なわれてしまうだろう。

こうした懸念に鑑み、生存権の積極的な保障を模索する棟居快行は、給付判決について、「金銭給付請求も『健康で文化的な最低限度』以下と明らかにいえる部分に限っての請求であれば可能である」と説く（前述⑤を参照）[172]。もっとも、棟居は、立法不作為の違憲確認訴訟には何ら

[170] 高田・前掲注（159）154、168頁。大須賀・前掲注（118）71頁以下。
[171] 藤澤、高木・前掲注（158）138頁。
[172] 棟居・前掲注（134）360頁。

実益がない、としているわけではない。この説は少なくとも以下のことを確立した。①まず、生存権の権利性である。その裁判規範性は生存権規定そのものに由来し、直接的効力を有する。これは、「権利のあるところに救済あり」というもっとも基本的な権利の原則を反映したもので、生存権を「恩恵」と捉える思想から実質的な「権利」の実体観念へ導くだけでなく、憲法における個人の尊重・人間の尊厳等の根本的な価値にも深く根ざしているため、法律の改正（改悪）や廃止を安易に認めないことにつながる。したがって、何ら実益がないというわけではない。②一定の水準以下の窮乏について、生存権に基づく救済の緊急的必要性を強調し、最終手段としての司法救済を提示する。すなわち、実際に社会給付を必要とする困窮者が社会保障制度の不備によって放置されている場合、同説は、憲法25条に基づいて実質的に救済（給付拒否の決定の取消等が）できる、と主張する。したがって、このような訴訟は生存権保障にとって不可欠なものである[173]。③権利の主体、内容、規範対象等がある程度で明らかにされており、立法の義務づけを確立するのに十分な貢献があるように思われる。

しかし、この説は、今のところ通説的な地位を占めているわけではない。同説の問題は、主に権力分立原理や現行の行政事件訴訟法と抵触するところにあるといえるだろう。権力分立の問題については、前述⑤および⑥の反論で述べたように、憲法は、（立法府が必ずしも憲法の要求に忠実に従うわけではないのだから）司法部門にあくまでも抑制の役割を果たすように求めているのであって、司法府は、立法府に積極的に介入するのではなく、審査義務を尽くしているにほかならない。最低限度を下回る生活は、既に国民の生命の維持にかかわる問題なので、25条だけでなく、人間の尊厳を維持するために果たすべき社会福祉国家の基本的な憲法義務といわざるをえない。ここにおいて、最低限度の生活を保障するかどうかは、議会民主政によって決めるべき政治問題ではなく、むしろ重要な人権問題であって、立法府の裁量は狭く考えるべき[174]、さらにいえば裁量の余地はないというべきではないか。こうした見地から

[173] 藤澤、高木・同前掲注（158）。

[174] 江橋崇・戸松秀典『基礎演習憲法』（有斐閣・1992年）143頁［江橋崇執筆］。

は、最低限度の生活保障について裁判所が判断しても、権力分立を踰越するという問題は生じない、ということになる。また、違憲確認訴訟であれ、給付請求訴訟であれ、それに対する裁判所の判断は、訴訟制度の設計における立法府の各種の選択（裁量）を剥奪するものではなく[175]、憲法25条１項から立法の不作為あるいは不十分な作為が認められるかどうかを判断することは、「具体的事件に関する法適合性の判断を意味し、司法権本来の作用に他ならないというべき[176]」である。他方、現行の行政事件訴訟制度の問題は、あくまでも手続的、技術的な問題であって、こうしたことを実体的な権利の性質に影響させるべきではない。

また、社会権は、各国の経済発展に応じて段階的に発展するものであるから、生存権における各段階に応じて、それぞれ「具体的に」保障されるべき程度がある。かような社会権が憲法に明記されている以上、国家が即時に立法しなければ、国民は具体的な権利を享受できない[177]。そのために、立法の不作為、あるいは不完全作為（不十分な立法や生存権の趣旨と合致しない立法）によって国民の生存権が侵害された場合は、憲法およびそれを根拠とする法律に基づいて訴訟を提起でき、国家は、受給資格の回復、国家賠償、個別給付等の措置を講じなければならな

[175] 国会が最初にもっとも重要な第１次意義の生存権を立法し、この違憲確認判決の圧力に直面したときには、国会には法律改正、廃止あるいは憲法改正等の選択手段があって、それを通し民主的な論争思考が深く進められると思われる。

[176] 高田・前掲注（159）154頁。

[177] 許慶雄は「社会権の段階性性質」に基づいて社会権の性質の問題を考えるべきと述べた。始めに理想が高すぎると、救済と保障の能力が及ばない。それに反して、現実に消極的で、軽視しすぎると、社会権は政治の目標、非主観的な公権になり、憲法の飾りものにすぎなくなる。社会権の段階性性質論について、許慶雄『憲政體制與中國關係』（知英文化・1995年）88-90頁。

許は、社会権の発展の段階によって、「具体保障の段階」（立法による具体化）、「現実保障の段階」（立法不備の場合に司法が救済を行う）、「綱領保障の段階」（国家政策の目標に沿うような国家権力の方向違反禁止の原則）の３段階に分ける。その権利性の強度は次第に弱くなり、そして、社会の発展とともに、具体的な保障範囲は次第に拡大していく。

い[178]。

以上のことから、具体的権利説は、生存権の実質的な保障を実現するのにもっとも効果的で、機能的にも期待しうるものである。

〔付記〕本稿は、北海道大学博士（法学）学位論文「社会給付と生存権保障の憲法理論――日本･アメリカ･台湾の司法審査を中心として――」（2011年６月30日授与）を加筆・修正したものである。なお、本稿は、執筆にあたり、日本交流協会奨学金（H19002・2007－2010年度）の支援を得た。また、加筆・修正にあたり、学術振興会科学研究費（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（北海道大学大学院法学研究科博士課程）、橋場典子氏（北海道大学大学院法学研究科博士課程）のご協力をいただいた。記して謝意を表したい。

[178] 許慶雄の考えによって、これらの違憲状態確認の判決を通して、立法府と行政府に圧力を与え、国会が適切な時期に対応をとる。したがって、そもそも具体化して保障されていない生存権の抽象的な部分は、具体的保障の段階に入る。許・前掲注（177）90頁。