



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	司法による生存権の保障及び 権利促進の可能性（５）：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(3), 386[119]-323[182]
Issue Date	2013-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/53402
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR64-3_007.pdf



司法による生存権の保障及び 権利促進の可能性（５）

—— 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
 - 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と配分の理念
 - 2. 日本における生存権学説の再検討 (以上、64巻2号)
 - 3. 台湾における社会給付の憲法構成
 - 4. 憲法規範に基づいた権力の統制 (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3節 社会給付と生存権の憲法理論

3. 台湾における社会給付の憲法構成

(1) 憲法における人間尊厳

a. 憲法価値としての「人間の尊厳」

尊厳の保障が基本権の核心理念であり、憲法の基本原理のひとつであることについては異論がない¹。しかしながら、尊厳は、正義と同じように抽象的なため、それをどのように具体的に定義し、実体化するかは、

¹ 人間の尊厳は、憲法における基本権であろうと原則であろうと、いずれにしても公法と私法における核心理念である。陳清秀「憲法上人性尊厳」李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集『現代國家與憲法』（月旦・1997年）120頁。

人権の発展過程において絶えず模索されるべき課題であろう。第2次世界大戦後、一般的に「人間の尊厳」(human dignity, die Würde des Menschen)が、人権保障の基礎概念として使われている。そして、それは、個人の「自己統制」、「自己決定」といった積極的な意味、「客体」・「手段」たる個人の脱人格化、客観化の禁止という消極的な意味によって定義されている²。人間の尊厳の保障は、人間の幸福な生存の追求を保障する淵源であり、近代立憲主義国家の存立根拠である。すべての自由権、社会権ないし第三世代の人権は、人間の尊厳の理念を実現するものといっても差し支えないだろう。強いていえば、絶対的な価値を有する人間の尊厳は、実定憲法秩序を超えたところの根本規範であり、各種の基本権の核心として、国家権力を直接に拘束できる³。

生存権の淵源は、人間の尊厳という価値理念にある。なぜなら、人間の尊厳は、人間らしい生存にかかわり、個人というかけがえのない独自性に基づき、平等概念を導入するとともに尊厳ある生活を享有するものだからである⁴。生存権は、資本主義による人間の尊厳への侵害を補うために生み出されたものである。したがって、「生存権理念の第一義的意義は、人間の尊厳に対する超法的ないし自然権的な社会正義に由来する。かくてその正当性の認識ないし権利意識が、実定憲法における条項としての制定を促し」⁵、すべての実定法秩序の基礎となる。現在の立憲主義国家の憲法典すべてに生存権条項があるわけではないが、このような人間の尊厳の価値理念は普遍的に認められ、国による最低限度の救助という権利を含み⁶、これを具体化する基本権を創設する根拠になりうる。これにより生存権保障を導き出し、個人の尊厳を保障する目的を達成しうる。例をあげれば、ドイツ基本法1条1項は、「人間の尊厳は不可侵で

² 李震山「人性尊嚴之憲法意義」『人性尊嚴與人權保障』(元照・2000年)12頁。

³ 林輝雄「人性尊嚴與自由民主憲法秩序關係之研究」中正大學法研所碩士論文(2002年)146頁。

⁴ 田口精一「人権ないしは基本権の存立を支える思考原点としての『人間の尊厳』」栗城壽夫ほか『未来志向の憲法論』(信山社・2001年)49頁。

⁵ 貴奥雄『生存権の法的性質論』(新有堂・1985年)213頁。

⁶ 楊政憲「社會基本權之研究－以德國法為借鏡」台灣大學法研所碩士論文(1995年)113頁。

ある。これを尊重し、保障することは、すべての国家権力の義務である」と定めている。これによって、一般に国家権力は、一定の給付義務を負っていると解されている。この尊厳条項は、請求権的性質を有し、一定の状況において、国民は、訴訟を通じて救済を求めることができる⁷。こうして、尊厳条項においても、普通の生存権条項と類似した権利内容を備えてきたので、ドイツでは生存権が保障されていないとはいえない。

しかしながら、人間の尊厳の概念が広範かつ抽象なため、人間の尊厳は、基本権条項の上位にある憲法原則として扱われている。したがって、人間の尊厳を明文化した生存権条項と相互に作用して具体的に適合する生存権保障を構築しなければ、各国において人間の尊厳から具体的な権利を導出することが可能なか疑問がないわけではない。たとえ、その可能性があるとしても、その保護範囲は、最小限度にとどまると考えられる。こうすると、それでは、人間の尊厳条項が有する「最大限度の充実」という積極的機能を看過してしまうように思われる。

今日のグローバル資本主義社会において、ますます強大化する多国籍企業、企業組織、中間層（団体）等の社会勢力による少数者・弱者の圧迫に直面したとき、憲法に生存権条項があれば、国に具体的な請求、保護を求めることができ、人間の尊厳をより確実に保障できる。そのため、現代の憲法では、尊厳ある生活を保障することを示すために、生存権を明確に規定すべきであると思われる。

b. 人間の尊厳における生存権保障

台湾憲法にはドイツ基本法１条のような「人間の尊厳」の規定が存在しないし、日本国憲法13条のような「個人の尊重」の規定も存在しないが、憲法増補条文10条5項に「国家は婦女人格尊厳を保護しなければならない」という規定がある。ただし、憲法増補条文10条は、基本国策

⁷ クリスティアン・シュタルク（Christian Starck）は、①基本権の実質的な保障として必要だと認められ、②請求内容が確定されうるもので、③それに必要な財源が確保でき、財政法律主義を侵害しないならば、基本的な生存を確保するための請求権を（立法府における法律の制定を待たずに）国民に直接認めることができるという。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」台大法學論叢第26卷第2期（1997年1月）15頁。

とされるから、その規範的効力をめぐり争いがある。憲法1条の「民主国家」および2条の「国民主権」、そして、第2章の人権規定と第13章の基本国策の社会安全規定を総合的に考えると、「人間の尊厳」の原理は、憲法の最も根本的な構成原理であるから、憲法に明文化されていなくても、憲法の全体的な規範からそれを導き出すことができるとするものもある⁸。しかし、人間の尊厳の概念において重視するポイントがそれぞれ異なっている。

李震山によれば、人間の尊厳は、実定法制定の前からすでにあった固有の、根源的な原権（Urrecht）であり、アメリカ憲法のように、明文規定がなくても保障されるべきである⁹。台湾の憲法22条「およそ人民のその他の自由及び権利は、社会秩序及び公共の利益を妨げない限り、均しく憲法の保障を受ける。」という概括条項は、人間の尊厳の憲法上の根拠になりうる¹⁰。そこで、この尊厳条項を用いて、基本権として基本権保障機能を重視する立場から、主観的機能面では、①消極的に国家の不作為を要求する防禦権、②積極的に国家給付を要求する参加請求権、③国家に保護義務の履行を要求する権利が認められる。また、客観的機能として、①立法、行政、司法の公権力を拘束する客観的価値秩序ないし私人間効力、②制度的（組織）保障、③手続的保障という機能がある¹¹。

しかし、これらの諸機能は、そもそも各基本権に内在するはずであるが、人間の尊厳によりそれらがどの程度強化されるのか不明である。李震山によれば、「人間の尊厳は、基本的人権としてほかに類型化された（個別的）基本権と調和する限り、その本質的・核心的な内容（Wesensgehalt）が制限されない。仮に制限される場合であっても、比例原則に合致しなければならない。人間の尊厳の最も重要な内容は、『生命権』が保障・

⁸ 周宗憲「我國憲法的基本原則與修憲」許志雄・蔡茂寅・周志宏編『現代憲法の理論與現實——李鴻禧教授七秩華誕祝壽論文集』（元照・2007年）166-167頁。

⁹ もっとも、人間の尊厳を憲法に明記することにより、自然法と実定法との対立を解消しうる。李・前掲注（2）23頁。

¹⁰ 李震山『多元、寛容與人権保障——以憲法未列舉權之保障為中心』（元照・2005年）131頁。

¹¹ 同上、138-142頁。

尊重されたうえではじめて積極的な意味があるものである」¹²。したがって、個人の生命が侵害されたときには、国家に保護（作為）を請求する生存権的な意味があるようである。しかし、李震山は、生命権は自由権の核心であるから、受益権たる生存権とは性質が異なると考え、生存権に関しては、経済学、生態学の観点から、「生存の基本条件」または「最低限度の生活権の保障」を強調すべきであるとし、生命権に関しては、生物学、生理学の観点から、その「存在」を強調すべきであると述べた¹³。このように考えると、李震山の考える人間の尊厳の生存権的機能は、「生命の存在が侵害されたことの回復」にとどまることになる。もっとも、憲法における「健康権」の有無を論じる際に、「人間の尊厳に相応しい最低限度の生活は、生存権および国家の保護義務に関係する」と述べており¹⁴、生存権にも人間の尊厳の要素が含まれているようにも解せる。しかしながら、人間の尊厳に相応しい最低限度の生存保障が具体的にどのようなものであるか、明言していない¹⁵。

蔡維音は、人間の尊厳の価値の内実を、「社会承認理論」および「最小化保護コンテンツ」によりさらに明確にすることを試みた。すなわち、社会メンバー間の連帯関係から「人間の尊厳」の内実を定義する。蔡維音は、「人民は民主法治国家の社会メンバーとして相互に相手の主体性および自己決定の自由を承諾する。このような基礎的コンセンサスは、人民の基本的権利の保護の享受および法律による拘束を受ける根拠であるし、憲法の基本的な原則である」と述べ¹⁶、共同体の個々の構成員の平和的共存を確保するために最も基本的な承諾というコンセンサスを必

¹² 李・前掲注（9）22頁。

¹³ 李・前掲注（10）138-142頁。

¹⁴ 同上、117頁。

¹⁵ 人間の尊厳に相応しい最低限度の生存保障について、ドイツの連邦憲法裁判所および連邦行政裁判所は、平均的な家庭収入を基準としている。しかし、社会的、一般的な生活習慣は含まれない。人間の尊厳を実現する具体的な制度は、社会救助である。ドイツの裁判所が示す人間の尊厳は、範囲は狭いけれども規範力が強いものだといえる。謝榮堂「災後重建之社會救済」月旦民商法第25期（2009年9月）20頁。

¹⁶ 蔡維音『社会国之法理基礎』（正典・2001年）31頁。

要としている。そして、各種の価値体系の承認を得るために、人間の尊厳の規範は、最小化保護コンテンツから出発する。言い換えれば、人間社会の多元的道德観を整合させるために、ピラミッド的な法律システムの中でも法の規範体系の起点として最も基礎的な共通点から確信を形成することが必要である。しかし、この起点に広汎かつ具体的な内実がなければ、憲法全体の規範的効力を承認することができない。したがって、人間の尊厳の規範の核心は、多様な価値観から形成されたコンセンサスであると同時に法秩序の正当性の根本であるから、すべての国家権力はこの規範の核心に抵触しえない。ここでは、強い規範力を求めるために人間の尊厳の内容を厳格に制限すべきである¹⁷。つまり、蔡維音は、人間の尊厳の内容を多層化したわけである。具体的には、第1に、国家は、「自己決定権」に基づき権利主体の意思を尊重しなければならない。第2に、権利主体が意思表示することができない場合（たとえば、幼児、行為能力がない者）、国家がその利益のために、パターナリスティックに介入・干渉することが許される。第3に、個人が主観的、客観的な環境に制限されてもやむを得ない決定をしなければならないときに、その客観的な環境と条件を改善できないならば（たとえば、社会福祉を通じて生存の危機に陥っている個人を救うため）、国家には個人の自己決定が歪むことを避けるために一定の保護義務があるという役割がある¹⁸。このように、蔡維音の人間の尊厳の概念は、相対的、多層的な構造¹⁹を有している。これを生存権に反映させ、蔡維音は、①生命の侵害に対抗する「生命権」、②生存の基礎のために必要な物質を要求する「原始の

¹⁷ 蔡維音「人性尊嚴作為法概念之出路」法律與生命科學第3卷第3期（2009年7月）13頁。

¹⁸ 同上、14頁。

¹⁹ 人間の尊厳の多層的構造について、江玉林は、人間の尊厳を2層に分けて以下のように説く。すなわち、第1層は、人間の「本質」としての尊厳であり、国家には「絶対的な保護義務」が課せられる。第2層は、個人が現実社会において自らの能力に応じて具体的に人格を発展させる「人格」の尊厳（一般的人格権）であり、これについては、他者との関連に応じた「利益衡量」に基づいて法律による制限が認められる。江玉林「人性尊嚴與人格尊嚴——大法官解釋中有關尊嚴論述的分析」月旦法學教室第20期（2004年6月）116頁。

給付請求権」、③人間の尊厳に相応しい生存条件である「福祉の最大化の要求」、という具体的内容を主張した²⁰。そして、②に関して、人民の生存を維持することは、国家任務の核心であるから、困窮に陥り、最低限の生存条件さえ維持できない者には、法律の根拠がなくても、国家に生存の保護を請求する権利が認められる。また、法律が存在しても、国家が手続に拘泥して救援を行わない場合、生存権に違反するため、国家賠償責任を負う²¹。このように、生存の基礎のための「原始の給付請求権」は、強い規範効力を有し、立法不作為による国家賠償訴訟の可能性も認められる。生存権の具体的権利説の立場に近いといえる。

c. 人間の尊厳に関する司法院（大法官會議）の憲法解釈

尊厳の理念に関して、台湾の大法官は、司法院积字第365号解釈（親権の行使を父権優先と定める民法が違憲とされた事件）において、憲法7条の「中華民國の人民は、男女、宗教、種族、階級、党派の別なく法の下に一律に平等である」という平等条項および増補条文10条6項の「国家は女性の人格と尊厳を擁護し、その身体の安全を保障し、性差別をなくし、男女の地位の実質的平等を促進しなければならない」という婦女人格尊嚴保障条項を引用し、民法1089条²²の父権優先規定を違憲と宣告すると同時に、平等と尊嚴の内在的な関連を指摘した²³。

その後、大法官は、司法院积字第372号解釈において、「人格の尊嚴の維持および人身の安全の確保は、世界人權宣言が提示したものであり、そして、わが国の憲法が保障する人民の自由と権利の基本的理念であ

²⁰ 蔡・前掲注（16）83-86頁。

²¹ 同上、85頁。

²² 1930年に制定された旧民法第1089条には「未成年の子に対する権利義務は法律の特別の定めがある場合を除き、両親により共同でこれを行使または負担する。両親の未成年の子に対する権利の行使に関する意思が不一致の時は、父によりこれを行使する。両親が共同で義務を負担できないとは、能力を有する者がこれを負担する」と父親優位の規定があった。ただし、現在は、両親の意思が不一致の時には、裁判所に未成年の子の最高利益のための審査及び斟酌をもとめられるように修正された。

²³ 李建良「自由平等尊嚴（上）－人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題」月旦法學雜誌第153期（2008年2月）190頁。

る」、司法院积字第400号解釈において、「財産権が保障すべき規定は……個人の自由を実現し、人格を發展し、人格を維持するためのものである」、司法院积字第445号解釈において、国家が表現の自由を保障するのは「個人の独立した存在の尊厳を尊重する」ためであると述べた。司法院积字第485号解釈では、民生福祉原則に基づき、「国家が人間の尊厳に相応しい基本生活の需要を維持するために、経済的弱者である人民に扶助を与え、社会保障制度等の民生福祉措置を設けて、各種の給付を提供しなければならない」とする一方で、司法院积字第490号解釈では、「兵役の義務は人間の尊厳に反しない、憲法上の価値体系の基礎を動揺させるわけではない」と述べ、エホバの証人の兵役義務を合憲と判断した。ここでは、尊厳と信仰の自由との関係が考えられていないようである²⁴。しかし、その逆に「憲法上の義務も人間の尊厳に反しえない」という規範的な意味があるとされている²⁵。司法院积字第550号解釈では、「社会福祉について、国家には国民の享有する尊厳ある生活を実現するために扶養する義務がある」と述べ、この解釈は、司法院积字第472号解釈にいう「保険費を納付する能力がない者に対して、国家が適切な救助を行うべきであり、恣意的に給付を打ち切ることはいできない」、および、司法院积字第485号解釈の「尊厳ある生活の保障」とあわせて重要な憲法原則として構成されている。つまり、大法官解釈によれば人民は、国家に人間の尊厳に相応しい生活の確保を求める憲法上の給付請求権を有している²⁶。

また、大法官は、司法院积字第567号解釈では、「思想の自由は人民の内在的な精神活動を保障する。人類の文明の根源と言論の自由の基礎であるし、憲法が最も保障すべき基本的な人間の尊厳である。自由の民主政秩序の存続にとって特殊かつ重要な意義がある」と述べた。このように、大法官は、不可侵の概念として人間の尊厳を構築しようとしている。さらに、司法院积字第589号解釈、第603号解釈、第631号解釈では、憲法が明文で定めていないプライバシー権を人間の尊厳の原則に基づき憲

²⁴ 同上、195頁。

²⁵ 周・前掲注（8）167頁。

²⁶ 李・前掲注（23）196頁。

法22条の包括条項から導き出した。とりわけ、第603号解釈では、大法官は、「人間の尊厳を維持し、自由な人格の発展を尊重することは、自由と民主の憲政秩序の核心的価値である。プライバシーは憲法によって明確に規定された権利ではないが、人間の尊厳の尊重、個人の主体性の維持、人格の完全な発展に配慮し、私生活に対するほかの人の騷擾からの回避および個人情報の自由な管理を保障するために不可欠な基本権であり、憲法22条によって保障されている」と述べ、行政機関が行う指紋押捺の規定は、プライバシー権を侵害するから違憲であると宣告した。

これらの台湾司法院の憲法解釈から、大法官は、「婦女の人格の尊厳」という憲法明文上の文言にこだわらず、人間の尊厳を一般的な人格の尊厳と見なし、それは自由と民主の憲政秩序の核心価値であると解していることがわかる。そして、自由権と社会権のいずれも、人間の尊厳に基づくものとして、多くの事案において違憲と判断した。そこで、人間の尊厳の原理は、憲法上の明文がなくとも台湾憲法の基本的価値たる規範であり²⁷、法秩序の最高の価値である²⁸。したがって、人間の尊厳は、基本権の上位に位置づけられ、指導的理念であるとして大法官によって認められたが、人間の尊厳から直接に最低限の生活保障の請求権を導き出すことができるかについては、いまだに明確な見解が示されていない。ただし、生存権に内在する人間の尊厳は、生存権の保護の核心となるから、最低限度の生活以下に陥っている人々は、人間の尊厳が侵害されているから、そうした人々の存在を憲法秩序は許容していないといえる。そこで、人間の尊厳の保護原理に基づき、この原理に違反する生存権の立法不作為に対しても違憲審査の対象とすべきであると主張する見解もある²⁹。このように人間の尊厳の概念は、具体的な事案を通じてしだいに具体化されていくことが期待される。

（２） 憲法における民生福祉原理と基本国策

²⁷ 李・前掲注（23）200頁。

²⁸ 周・前掲注（8）167頁。

²⁹ 周宗憲「立法不作為與違憲審査－以生存権の保障為對象」邱聰智、張昌邦六秩華誕祝壽編集委員會編『融整法學的經驗與見證』（元照・2006年）673頁。

a. 民生福祉原理（社会国原理）の内容

台湾憲法には、「民生」、「福祉」という言葉があるにもかかわらず、民生福祉原理・原則を論ずる際、少なくない学者はそれを「社会国原則（原理）（Sozialstaatsprinzip）」と称している。「社会国（Sozialstaat）^{30）}」、「社会国原則＝社会国原理」という言葉は、ドイツ基本法20条1項の「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である」という規定に由来するものである。台湾の中華民国憲法には、ドイツ基本法よりも早くに制定されたものであり、自由権と生存権の他にも、国家目標を設定した基本国策も規定されているが、「社会国」の文言は存在しない。しかし、多くの学者は、台湾憲法前文の「人民の福祉を増進する」、憲法1条の「中華民国は三民主義に基づく民有、民治、民享の民主共和国とする」、憲法142条の「国民経済は、民生主義を基本原則とし、地権の平均化及び資本の節制を実施して国家政策、国民生活の充足を図らなければならない」、憲法143条3項の「土地の価値が労力、資本を施したことによって増加したものでないときは、国家が地価増加税を徴収して人民の共同享受に帰させなければならない」、憲法第13章の多くの基本国策条項（152条、153条、155条、157条など）に照らし、台湾憲法は、孫文の民生主義^{31）}の福祉国家理念に基づき、強い福祉国家という特定の価値に根ざした綱領（ideological programmatic）を有し、弱者の扶助、富の再分配、社会保障および社会正義を強調する「非中立的憲法」である

^{30）} 郝鳳鳴は、「福祉国」と「社会国」を区別している。「福祉国」とは、あらゆる社会保障について国家が責任を負い、人民の生存権は、国家の計画と執行によって実現されるという、国家責任が強調された概念であり、後者は、私的自治原則の下で、国家が必ずしもあらゆる社会保障について責任を負うとは限らないというもので、対話と討議を強調する概念である。社会保障の目標が達せられれば、それ以降の運用は社会的団体に委ねても構わない、とされる。郝鳳鳴「社會國原則與社會法制之憲法解釋」司法院大法官釋憲六十週年學術研討會『違憲審查基準與社會國原則』（下冊）48頁。

^{31）} 孫文の説く民生とは、「人民の生活、社会の生存、国民の生計、群衆の生命」を意味する。民生主義の目的は、「養民」、すなわち人民の生活の面倒をみることである。周宗憲「憲法上人民最低生存權的性質與司法保障」輔仁大學博士論文（2003年）21-22頁。

とする³²。このような理念は、ドイツの社会国原理と類似し、人間の尊厳の理念にも合致するものであるから、台湾憲法にも社会国原理（社会福祉原則、民生福祉原則とも呼ばれる）が規定されているとされ³³、憲法制定時の基本的な理念のひとつであるとされている³⁴。

しかしながら、社会国原理の具体的な内容については、見解がそれぞれ異なっている。

謝榮堂によれば、社会国原理は、①「最低限度の生活条件の確保」、②「実質的平等の追求」、③「正義に合致した社会秩序の維持」、④「基本的人権としての生存権の普遍性」という４つの内容を含む。すなわち、①困窮に陥っている人民に必要な社会給付を提供すること。「困窮に陥っている」とは、個人に人格上または社会において生活するうえで明白な障害があることを意味し、たとえば、経済的援助の緊急の必要性、身体的または精神的障害などに対して、国家は、人間の尊厳を保持するために最低限の生存条件を確保しなければならない。②機会の平等を保障すること。ドイツ基本法３条にいう平等取扱のことでなく、憲法上の自由権を行使するために、経済的措置によって既存の社会的格差を縮め、実質的平等を追求する。③立法者は、正義に合致する社会秩序を形成するために、社会的差異を均質化させ、解消する義務を有する。④基本権である生存権の対象は、自国民にとどまらず、国内に実際に生活している外国人にもおよぶべきである³⁵。

詹鎮榮は、社会国原理には高度の目標性と価値の志向があり、国家の社会形態、発展の程度、価値の認識と関係するから、時代にとまって拡大するような動態的な内容を有しているとする³⁶。現行の台湾憲法（中

³² 吳庚『憲法的解釋與適用』（三民・2004年）66頁。

³³ 謝・前掲注（15）21頁。

³⁴ 林紀東によれば、民主主義、法治主義、福祉主義は、行政法上の基本原理であると同時に、中華民國憲法の基本原理である。林紀東『行政法』（三民・1990年）68頁。吳・前掲注（32）66頁。

³⁵ 謝榮堂『社會法治國基礎問題與權利救濟』（元照・2008年）8-9頁。謝榮堂「社會法治國之社會安全法制」月旦法學教室第10期（2003年）122-123頁。

³⁶ 詹鎮榮「社會國原則－起源內涵及規範效力」月旦法學教室第41期（2006年3月）33頁。

華民国憲法)の基本国策規定によれば、次のような内容がある。すなわち、①「人間の尊厳に相応しい基本的生存条件」——国家は経済困窮に陥っている人々を自立させ社会復帰させるために必要な積極的な措置を執らなければならない³⁷。そして、このような社会給付は、社会の平均的な生活水準に達するような人間の尊厳に相応しい各種の基本的生存需要を提供しなければならない。つまり、尊厳ある生活が保障されなければならない。②「社会正義＝社会公平の構築」——「国家は公平かつ正義の社会秩序を構築する義務を負う」というドイツ連邦憲法裁判所の見解を援用し³⁸、機会の平等の観点から、すべての人は社会生活および経済秩序の中で同じ出発点に立つべきである。したがって、国家は、社会の各階級の間で財産を再分配し、必要な時に積極的に機会の実質的平等を追求しなければならない³⁹。つまり、分配の正義と均質化の正義を強調することである⁴⁰。③「社会の安全を維持するための社会給付」——「人民が典型的な社会生活リスク、たとえば、疾病、事故、失業、老齢、死亡、労災に遭遇し、本来の収入が喪失・減少する場合、または、突然に大きな出費を必要とする場合に、国家は金銭給付を行うべき」である⁴¹。その目的は、社会経済上の不平等を調和することにある、事故と社会リスクに対して、「所得再分配」の機能を有する「社会給付」を通じて解決しようとする⁴²。したがって、国家は、「救済国家」から「保険国家」

³⁷ たとえば、生活扶助、医療補助、急難救助、災難救助等の社会救助があげられる。このような国家の義務の根拠となる規範は、「……人民の老弱者、身障者、生活無能力者および非常災害を受けた者に対して、適当な扶助と救助を与えなければならない」と定めた憲法155条後段である。

³⁸ 詹・前掲注(36) 35頁。

³⁹ 根拠となる規範は、憲法142条「地権の平均化・資本の節制」、143条「自作農の土地使用扶助」、154条「労資紛争の調停と仲裁」、159条「国民が教育を受ける機会は一律に平等である」、増補条文10条6項「婦女の人格尊厳の擁護」、同条7項「心身障害者の扶助」等である。

⁴⁰ 詹・前掲注(36) 35-36頁。

⁴¹ 詹・前掲注(36) 36頁。

⁴² 根拠となる規範は、憲法155条「社会の福祉を図るために、社会保障制度を実施しなければならない」、増補条文10条5項「国家は国民健康保険を推進し……」である。社会の安全を確立する方法として、財源負担の原則から、総合

に変容し、疾病保険、事故保険、年金保険、失業保険、介護保険の五大保険体系⁴³を完備すべきであると主張した⁴⁴。

郝鳳鳴は、自由主義が主張する「最小国家」とは異なり、社会国原理に基づく実質的社会正義を強調した。完全な自由放任の競争のもとでは、経済的弱者は再び搾取されてしまう。それを防ぐために、国家は、社会の貧富の差および高齢者や障害者などの社会問題に対して積極的に解決策を講じるべきである。そして、社会全体の調和的発展を追求するために、すべての人の尊厳にふさわしい生活条件を保障すべきであると述べた⁴⁵。郝鳳鳴は、社会国原理の核心的目標は人民の「基本生活の保障」であると述べた。社会国原理は憲法の基本原則のひとつとして、立法であろうが、行政であろうが、司法であろうがすべての国家権力が従うべき憲法価値であり、社会保障制度に関する司法審査審査における重点は「人民の基本生活の保障」にあると述べた。もっとも、「基本生活がどこまで保障されるべきかについては、社会発展および人権保障の状況によって定められる」⁴⁶と述べ、社会国原理の段階的な特徴を示している。

董保城は、「社会福祉原則」という用語を使い、それには①社会の安全・安心（soziale Sicherheit）と②社会の正義・公正（soziale Gerechtigkeit）の二大内容が含まれるとする。すなわち、社会の安全については、国は人民の経済的困窮を減少させ、人間の尊厳に相応しい生存条件を保障しなければならないから、社会救助、社会保険制度、補償制度、重要な公共施設（道路、病院、住宅地）を提供する必要がある。②社会の正義については、権利と富の分配および教育格差による対立と矛盾を国家が調

性のある社会保険を優先させるべきだが、社会扶助も重要である。詹・前掲注（36）36頁。

⁴³ 台湾における現行の社会保険制度には、公務員保険、労働者保険、農民保険、国民健康保険、国民年金保険がある。その保障水準はともかく、形式的には介護保険を欠いている。

⁴⁴ 詹・前掲注（36）33-37頁。

⁴⁵ 郝鳳鳴「以生存権为例論新興社會權之保障」中央研究院法律所主催「新興人権之研究」（2006年）3頁。

⁴⁶ 郝・前掲注（30）48頁。

和するように努めなければならない⁴⁷。

周宗憲は、「民生福祉原則」は台湾憲法の基本原則であるとする。その概念は、社会国原理と類似するもので、国家には人民の生活福祉に対する積極的な給付の提供などの作為義務が課せられる。しかし、民生福祉原則を実現する基本国策の規定は、立法者によって具体化される客観的憲法原則であるから、どの程度実現するのかについて立法府に広汎な立法裁量が認められる。民生福祉原則は、憲法上の人権保障規定ではないから、この原則を根拠にして国家に福祉給付を請求するような主観的権利は導き出されない。しかし、憲法解釈、法律の基準として、この原則は、基本国策に関する国家の作為と不作為に対する司法審査において用いられるとする⁴⁸。したがって、周宗憲は、民生福祉原則を生存権と結び付け、最低限度の「基本生存権」について、裁判規範性を強調した⁴⁹。しかしながら、広汎な立法裁量論を承認したうえで民生福祉原則の機能がどの程度発揮されるか疑問がある。

以上のように社会国原理や民生福祉国原則に関する論述には、多少ニュアンスが異なるものの台湾憲法の基本原理のひとつであると認められている。実務上、司法院釈字第485号解釈において、大法官は、「民生福祉を促進することは、憲法の基本原則のひとつである。これは、憲法前文、1条、基本国策および憲法増補条文10条の規定に照らして明白である」と述べ、憲法上の民生福祉原理を認めた。しかし、この原理ないし原則の内実について大法官は述べていない。学者らの共通点によれば、このような社会国原理を人間の尊厳または生存権と（時には平等権と）結び付けた場合、社会保障制度の完備を請求できるようである。少なくとも、最小限度の生活条件を保障しなければならないことは、この原則の最低限度の要求であることが分かる。

b. 最低限度の生活保障に関する憲法上の根拠と規範的効力

前述の通り、社会国原理または民生福祉国原則に関する学者の見解によれば、それは、少なくとも国家任務と目標を示す憲法の基本原則とし

⁴⁷ 法治斌・董保城『憲法新論』（元照・2010年）83-86頁。

⁴⁸ 周・前掲注（8）177-178頁。

⁴⁹ 周・前掲注（29）674頁。

て認められている。しかし、この原則の法的効力については不明確である。司法院积字第485号解釈によれば、民生福祉原則の憲法上の根拠は、①憲法前文、②第1章総則の国体規定（憲法1条）、③第13章の基本国策、④憲法増補条文10条の規定である。したがって、民生福祉原則の効力を検討する際には、それぞれの憲法上の根拠の規範的効力を検討する必要があると思われる。

①憲法前文⁵⁰の裁判規範効力についての学説には否定説と肯定説があるが、日本の議論と同じように、法的効力を持たない政治的方針と見なす否定説は、憲法前文の核心をなす根本的な原理や規範が憲法解釈の準則として国家行為を多かれ少なかれ拘束することを否定するわけではないから、憲法前文を適用すべきと主張する肯定説との間には基本的に大差がない。つまり、両説は共に、直接憲法前文からの具体的な請求権を認めない⁵¹。一般的に憲法前文には、建国原則、歴史作用、道徳または宗教的な宣言、プログラム規定的な特徴がある⁵²。現行の台湾憲法の前文は、歴史的描写のほか、主に孫文の遺教（三民主義、五権憲法、建国綱領など）を強調している。しかし、憲法本文を見れば、憲法1条の「民生主義」と憲法142条の「地権の平均化と資本の節制」を除いて、孫文の理念と一致するところが多くはない⁵³。それゆえ、憲法前文の効力

⁵⁰ 中華民國憲法前文：「中華民國國民大会は国民全体の付託を受け、孫中山先生の中華民國創立の遺教に依拠して、国権を強固にし、民権を保障し、社会の安寧を確立し、人民の福祉を増進するため、本憲法を制定し、全国に公布し、永遠にこれに遵うことを誓う」。

⁵¹ 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ（第四版）』（有斐閣・2006年）69-70頁。周・前掲注（31）。

⁵² 陳新民『中華民國憲法釋論』（三民・2002年）48-49頁。

⁵³ ある人物の思想や理念を憲法の主要原理とすることの是非については、大きく争われてきた。そもそも中国で中華民國憲法制定の段階でも、共產主義を標榜する共産党、国家社会主義を唱える民社党、民族主義を掲げる青年党は、憲法前文に孫文の遺教を記すことに反対していた。現行憲法の前文は、こうした諸政党の反対を押し切った国民党によるものである。とはいえ、孫文が強調した「国民大会」の職権と機能（国民を代表する最高機関）は、憲法制定時には既に弱体化しており、2006年6月7日に憲法改正によって「国民大会」は廃止された。こうした変化もあって、現在の台湾憲法（中華民國憲法）をめぐる

を完全に肯定すれば、現行憲法規範の内在的価値秩序が混乱してしまう⁵⁴。したがって、憲法前文のみを用いて国家に特定の作為または不作為を要求することはできない。憲法前文は他の憲法条項と結び付かなければ最低限度の生活保護さえも導き出すことができない。

②憲法1条⁵⁵にいう三民主義とは、孫文の「民族主義」、「民権主義」、「民生主義」である。そのうちの民生主義は、国民生活の均衡ある発展を保障し、とくに、資本主義の行き過ぎを抑制し、社会的経済的弱者の保護を強調するものであり、基本国策である憲法142条⁵⁶と相応している。したがって、民生主義は、ドイツのワイマル憲法およびドイツ基本法にいう社会国および社会的法治国原理と類似しているとされる⁵⁷。もっとも、孫文は、人権は革命で得られたものであるとして、「革命人権」を主張し、天賦人権のような自然権思想に反対した。このように、人間の尊厳に立脚する生存の保障とは一定の差異が存する。また、憲法1条の「民有、民治、民享」は、リンカーン（Abraham Lincoln）による著名なゲティスバーグ演説（1863年）「人民の、人民による、人民のための政治（government of the people, by the people, for the people）」をそのまま引用して、国体（form of state）の性質が民主体制であること

実情は、孫文の理念に即したものとはいえない。陳、同上57-58頁。

⁵⁴ 中華民国憲法増補条文の「前文」には、「国家統一以前の需要に応じるため…」と記されているが、同増補条文の「本文」1条、4条5項では、国民投票によって国家の領土を変更できることになっている。また、大法官も、司法院釈字第499号において「憲法には本質的に重要な内容があり、規範秩序の基礎をなしている部分（たとえば民主原則）」は、憲法改正の限界である、と判示している。このように、本文の規定が前文における「国家統一」を目的とするものであっても、国民の意思によって文言の意味が拘束される。李震山「論憲政改革與基本權利保障」中正大學法學集刊第18期（2005年4月）198-199頁。

⁵⁵ 憲法1条は「中華民國は、三民主義に基づき、民有、民治、民享の民主共和国とする」と規定している。

⁵⁶ 憲法第142条には「国民経済は、民生主義を基本原則とし、地権の平均化及び資本の節制を実施して国家政策、国民生活の充足を図らなければならない」と規定している。

⁵⁷ 陳・前掲注（52）63頁。

を表明している⁵⁸。したがって、憲法１条は、主に国家体制の性質を表明したものであり、基本的人権の保障規定ではないから、最低限度の生活保護に関する裁判規範性も認められがたいだろう。

③および④の規定は、基本国策条項である。基本国策条項において、社会保険給付と最低限度の生活保障に関する給付に最もかわるのは、憲法155条⁵⁹、憲法増補条文10条５項前段⁶⁰、同条８項⁶¹である。各条文には、国家による社会救助や社会保険などの設置が明白に定められている。したがって、基本国策がいかなる裁判規範効力を有しているのかが重要な問題となる。

基本国策条項は、基本的人権および統治機構の以外を定める憲法の「第３種構造」であり、比較憲法的にみて極めて特別なものである⁶²。一般的に、国家全体の発展の基本的方向と原則を示し、すべての国家権力はこの方向・指針に従う義務があると認識されている⁶³。基本国策条項の規範的効力をめぐっては、以下のように考えられている。

① 政策の方向・目標たる「プログラム規定」

現実的に、これらの指針を一国の力のみでは実現するのは困難である

⁵⁸ 司法院釈字第499号では、憲法１条から「民主国原則」が導き出されている。

⁵⁹ 憲法155条は、「国家は社会の福祉を図るために、社会保障制度を実施しなければならない。高齢者、弱者、身体障害者、生活無能力者及び非常災害を受けた者に対して、適切な扶助と救済を与えなければならない」と規定している。

⁶⁰ 憲法増補条文10条５項には、「国家は国民健康保険を推進し、近代および伝統的な医薬の研究開発を促進しなければならない」と規定されている。

⁶¹ 憲法増補条文10条８項には、「国家は社会福祉救助、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の支出については優先的に編成しなければならない」と規定されている。

⁶² 陳・前掲注（52）801頁。

⁶³ 初期の憲法学者である謝瀛洲は、基本国策は立法または行政の目標を示したものにすぎないから法的規範性がない、と説いていたが、現在の学者のほとんどは、基本国策条項それぞれの性質に応じて規範効力がある、と述べている。李炫炘「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）314頁。

として、これらの条項は、国家の理想または価値観を示すものであり、法的な意味よりも政治的・道徳的な意味のほうが大きいと考えられるものの⁶⁴。たとえば、憲法141条「国際協力を促進し、国際正義を提唱し、世界の平和を確保する」、憲法152条「労働の能力を有する人民に対して、国家は、適当な労働の機会を与えなければならない」という規定である。これらの規定は、立法政策の方向・目標を示すにすぎないから、規範的効力が認められていない⁶⁵。したがって、一時的に達成されなくとも、違憲とされることはない。

② 憲法解釈の依拠としての「憲法委託」

憲法委託は、明確に立法者を規範対象とし、立法者の広汎な裁量権を認めたとえて、当該権利の具体的な内容と範囲について立法による形成の義務を課すものである。「立法委託」とも呼ばれる⁶⁶。たとえば、憲法137条2項「国防組織は、法律でこれを定める」、憲法153条1項「労働者および農民を保護する政策を実施しなければならない」、憲法154条「労使紛争の調停と仲裁は、法律でこれを定める」、憲法155条「国家は、社会の福祉を図るために、社会保障制度を実施しなければならない」などの条文には、立法を義務づける文言がある⁶⁷。しかし、立法者の広汎な

⁶⁴ 陳・前掲注(52)112頁。

⁶⁵ しかし、このような見解については、憲法原則や基本権概念と基本国策概念とを混同しているとの指摘もある。林明鏘、許育典によれば、基本国策(＝国家目標プログラム)は、憲法から国家への政策の指示であって、国家はその能力に応じてそれを実践する一定の義務を負う。このように、基本国策条項には法的拘束力がある。したがって、基本国策は「内容が具体化された公共利益」である、ともいえる。林明鏘「論基本國策－以環境基本國策為中心」『現代國家與憲法－李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集』(元照・1997年)1468頁。許育典「教育憲法的建構」蘇永欽編『部門憲法』(元照・2006年)541頁。

⁶⁶ 楊智傑「從基本國策執行檢討違憲審查模式：兼論財產權與基本國策衝突」中正大學法學集刊第28期(2010年1月)125頁。

⁶⁷ 吳・前掲注(32)67頁。陳新民「論社會基本權利」『憲法基本權利之基本理論(上)』(元照・2002年)113頁。

また、許宗力によれば、憲法が立法府に課している立法義務には、①羈束立法義務と②裁量立法義務がある。①では、立法府は立法するか否かの選択権が

裁量権を認めるものであるから、立法裁量の明らかな逸脱濫用があった場合にはじめて違憲と判断される。もっとも、憲法の本文の権利にかかわる憲法委託は、立法の不作为を導きうる。すわなち、救済の観点に基づき、司法府は、立法の不作为に対する「違憲警告判決」を通して、立法者の立法義務を履行させるものである。したがって、司法府には、世論とほかの政治部門を喚起する義務を負うと考えられる⁶⁸。それゆえ、ここに属する基本国策は、一定の規範的効力を有している。

③ 公法上の請求権の基礎としての「主観的な権利」

基本国策条項と基本権条項を比較すると、基本権は個人の主観的権利を保障する目的を有し、権利階層の第一層に位置づけられるのに対して、基本国策は権力分立、国家の負担能力に基づいて、概括的・抽象的に単なる客観的な政策を示すものである。したがって、基本国策は、本質上、主観的権利性を欠き、権利階層の第二層に位置づけられる客観的な権利であると思われる。もっとも、基本国策は、ほかの憲法原則（たとえば、平等原則）と結びつくと、派生的（derivative）な請求権を導き出すことができる⁶⁹。つまり、第一層に位置づけられる基本権に対して、基本国策は、客観的権利（第二層的権利）として間接的効力しか認められないが、ほかの憲法条項と結びつくと主観化する可能性がある⁷⁰。

ないから、相当な期間内に立法しないと立法怠惰（立法不作为の違憲状態）となる。②では、立法するかしないかについて、立法府に裁量権（要件裁量、効果裁量）がある。しかし、裁量の行使に瑕疵が存在する場合、立法怠惰になる可能性もないわけではない。許宗力『憲法與法治國行政』（元照・2007年）521頁。

実務上、大法官は司法院积字第549号解释（2002. 8. 2）において、憲法153条、155条、憲法増補条文第10条などの基本国策を根拠として労働保険法の条文を違憲と判示した。最近、大法官は司法院积字第683号解释（2010.12.24）の理由書に憲法第153条、155条、憲法増補条文第10条5項を明白に「憲法委託」であると述べた。

⁶⁸ 陳・前掲注（52）838-839頁。

⁶⁹ 林明鏘「論基本國策－以環境基本國策為中心」『現代國家與憲法－李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集』（元照・1997年）1469頁。

⁷⁰ このような考えは基本的に台湾の「基本国策」をワイマール憲法の「国家目標プログラム」と同視し、客観的機能を強調する一方で、主観化の可能性も

しかしながら、基本国策の規範内容が相当に明確であり、国家の負担能力がある場合に限って、ほかの憲法上の権利と同じような直接的な効力を持つべきであると主張されている。たとえば、憲法160条1項に「6歳から12歳までの学齢児童は、一律に基本教育を受け、学費を免除される。貧困者に対して、政府は書籍を供給する」と規定されているので、6歳から12歳までの児童には明白に「学費納付拒否権」または「無料就学権」があるはずである。したがって、特段の法律が存在しなくても⁷¹、学費の納付を要求された際には、児童または保護者はそれを拒否することができる⁷²。つまり、基本国策である憲法160条は主観的な権利として、裁判所に救済を求める根拠となると考えられる。

このように、ごく少数の明らかに国家の能力を超えた基本国策（たとえば、憲法137条と141条の「世界平和の維持と確保」⁷³）を除いて、ほとんどの基本国策は、憲法委託と見なされ、客観的秩序を規範化する機能

唱える。林、同上1469-1470頁。

⁷¹ 1979年5月23日に公布した国民教育法第5条には「国民小学及び中学の学生の学費を免除される。貧困者に対して政府は書籍を提供し、そして、他の法令に規定された費用の納付も免除される。」と規定している。（1946年に制定された）憲法第160条の具体化した規定と見なされる。許育典・前掲注（65）541頁。

しかし、この文言は憲法第160条の文言とほぼ同じであるから、この条文と基本国策である第160条は共に基本としての教育権（第21条）の具体化条文であると思われる。

⁷² 吳庚はこのような規定は「実施する際に最低程度の規定」である。国家が必ず実現する義務を有するだけでなく、国家の情勢に応じて、基本教育年齢を15歳または18歳まで延長しても違憲ではないと述べた。吳・前掲注（32）67頁。実際に台湾現在の基本教育は15歳まで保障されている。最近では18歳まで延長された措置があったが、所得制限によって裕福層を排除するから、義務教育といえるかについて疑問がある。

⁷³ 基本国策である憲法137条「中華民國の国防は、國家の安全を防衛し、世界の平和を維持することを目的とする。国防の組織は、法律を以て定める」、141条「中華民國の外交は、独立自主の精神、平等互惠の原則に基づき、親睦の厚い国交を行い、条約及び国連憲章を尊重し、以て海外居住國民の權益を保護し、國際協力を促進し、國際正義を提唱し世界の平和を確保しなければならない」と規定している。

を有していると考えられるが、それはあくまでも主観的権利ではないから（憲法160条は例外的に認められるものである）、具体的な請求権を導き出すことはできない⁷⁴。したがって、基本国策のみから最低限度の生活保護を導き出すことはできないようである。

以上のことから、大法官が司法院積字第485号において、①憲法前文、②民主制の国体規定、③および④の基本国策から構築した「民生福祉原則」は、おそらく最低限度の生活保護さえも導き出すことができないだろう。そのため、民生福祉原則または社会国原則を援用する際には、人間の尊厳の原則と結び付けて最低限度の生活を保障する必要性が唱えられている。しかし、基本権たる憲法15条の生存権条項を無視して、憲法原理・原則ばかりを強調することに対しては、本文の生存権条項の保障機能を看過するものではないかという疑問が残る。

（３）基本権の多重的機能論

社会国原理または民生福祉原則から社会給付を請求する主観的な権利を導き出すことができなければ、社会給付はやはり基本権条項に求められるしかないだろう。ドイツの学説を強く継受した結果、台湾の基本権には、個人の基本的「権利」、および、客観規範または客観秩序の「法」という両面性があると一般的に認識されている⁷⁵。基本権理論に関して、社会状況の変化と国家任務の変容に直面し、学説と実務も多重的機能論を形成してきている。一般的には、基本権の機能（作用）をどのように整理したとしても⁷⁶、以下のような法的機能・効果が共通して認められ

⁷⁴ ただし、憲法委託が立法不作為に対する一定の規範的効果となりうると考えるならば、民生福祉原則は、社会保障制度に関する立法不作為に対して、一定の裁判規範力を有しているといえよう。

⁷⁵ ドイツ語の Recht は、法（law）と権利（right）の両方の意味を含んでいる。

⁷⁶ 台湾の学説における基本権の機能に関する分類は、ドイツと同様に様々である。呉庚による「防御機能」、「参加機能」、「分与機能（配分請求機能）」、「手続保障機能」、「制度的保障機能」、「合法性機能」という分類や、許宗力による「防御権機能」、「受益権機能」、「保護義務機能」、「手続機能」、「精度保障機能」という分類、許育典による「主観的権利の機能（固有の防御権機能）」、「社会基本権の給付機能」、「客観法の機能（客観価値秩序、国家保護義務）」という分類、

ている。

a. 防御権としての機能

基本権は、人間社会に存在する各種の圧迫状態を解決するために、人々がそれを武器として⁷⁷圧迫状態に対抗し権利保障を要求して形成されてきたものである。したがって、基本権は圧迫状態に対抗する本質を有している⁷⁸。最初に対抗しなければならない対象は国家権力であるから⁷⁹、

李惠宗による「防御権機能」、「分与権機能」、「価値秩序機能」、「制度的保障機能」、「行為授權と憲法委託」、「手続保障機能」、「社会行為規範機能」、「国家保護義務」といった分類が代表的なものである。なお、陳慈陽は、基本権作用論において「伝統的作用」と「客観的内容作用」を区別し、前者には防禦作用、制度的保障作用が、後者には国家機関の権限を制限する消極的作用、法規範の解釈・形成作用があるとし、董保城は、基本権の作用を「消極作用（防御権）」、「積極作用（請求給付権）」、「能動作用（参政権）」、「客観価値決定作用」、「国家保護義務作用」、「組織と手続保障作用」、「制度的保障作用」に分類している。呉・前掲注（32）119-121頁。許宗力「基本権的功能與司法審查」『憲法與法治國行政』（元照・2007年）184頁以下。許育典「基本権功能建構作為大法官解釋的類型化：以教育相關基本權為例」中研院法律所主辦第七屆憲法解釋之理論與實務學術研討會（2009.12.11）9-13頁。李惠宗『憲法要義』（元照・2004年）83-90頁。陳慈陽『憲法學』（元照2004年）333頁以下。法治斌・董保城『憲法新論』（元照・2010年）132-145頁参照。

⁷⁷ 許育典『人權、民主與法治－當人民遇到憲法』（元照2009年）51頁。

⁷⁸ 許慶雄『憲法講義』（知英文化・1999年）38頁。許慶雄は、人權の本質は「圧迫状態への対抗」にあると考えているのに対して、許育典は、それは「自己実現」だと考えている。すなわち、人々の自己実現を最大化させるため、国家に「自己決定」や「自己展開」しうる空間を提供するよう要求できる、というわけである。人權の本質が圧迫状態への対抗にあらうと自己実現にあらうと、いずれも実質的な自由の確保を意図していることは明らかである。許・前掲注（77）50頁。

⁷⁹ まず国家権力に対抗しなければならないという理由としては、以下の2つが考えられる。ひとつは、人間の歴史的経験を振り返れば、人々の自由と財産を侵害した最たるものが国家だったからである。そしてもうひとつは、19世紀のヨーロッパの社会的背景に中産階級の台頭があつて、そのような人々が市民社会の一員として、国家に頼らずに自身の幸福を追求するようになったため、国家の機能を最小限度に制限しても差し支えがなかったからである。許・前掲注（76）186頁。

国家からの圧迫に対抗するのは、基本権の最も重要な機能である。そのため、防御機能を主眼とする自由権は基本権理論の原点であり、個人の自由を保障する目的を有している。すなわち、人々の自由または付与された法益が国家によって侵害された場合、人々は直接に基本権を根拠として、国家の制限・侵害の停止を請求できる。つまり、基本権は「侵害停止請求権」の機能を持ち、この機能を通じて、国家行為の限界を構成するものである。基本権には、人々は「国家からの自由」を有するという固有の意味がある⁸⁰。

実務上、基本権に関する大法官解釈は、そのほとんどが防御権的な訴訟である⁸¹。憲法上の基本的人権が自由権を中心として構成されていることから考えればごく自然なことである。社会権的・受益権的な権利の性質が中心である生存権に対しても、大法官は、その防御権的な機能を認めている。すなわち、司法院积字第194号解釈⁸²、第263号解釈⁸³、第476号解釈⁸⁴において、憲法解釈申請者が、死刑が生存権（憲法15条）の保障する生命権に違反すると主張したのに対して、大法官は、はじめて生存権の実体的判断を行った。とくに、第476号解釈において大法官は、生存権の自由権的側面を明言した。つまり、「人民の身体の自由および生存権を保障すべきであることが、憲法8条、15条に明文で定められている。ただし、国家刑罰権を実現するために、特定の事項に対して特別

⁸⁰ 許・前掲注（76）184頁。許・前掲注（77）9頁。

⁸¹ たとえば、平等権、人身の自由、軍事審判を受けない自由、結社の自由、財産権、訴訟および訴願権、選挙権、公務就任権、プライバシー権、婚姻および家庭制度等の大法官解釈は、基本的に防御権的なものである。

⁸² 司法院积字第194号解釈（1985年3月22日）は、麻薬を販売した者を死刑とする規定の合憲性が争われた事案に関する判決である。大法官は、同法は「……勘乱時期に、麻薬を一掃し、国家安全及び社会秩序を維持するために制定されたもので、憲法23条（比例原則）に抵触」しないと述べて、同規定を合憲とした。

⁸³ 司法院积字第263号解釈（1990年7月19日）は、特別刑法〔懲治盗匪條例〕における身代金目的の誘拐犯の量刑が死刑のみであることの合憲性が争われた事案に関する判決である。大法官は、刑法56条の減刑規定があるから量刑が死刑のみであっても合憲だと判示した。

⁸⁴ 司法院积字第476号解釈（1999年1月29日）は、麻薬条例の死刑・無期懲役の規定の合憲性が争われた事案に関する判決である。

の刑法規定を用いて特別の犯罪を定めることは、憲法23条が求める目的正当性、手段の必要性、制限の妥当性と合致するから、比例原則に反しない。……死刑、無期懲役の刑法規定は、麻薬を厳禁する特別法に基づき、国家の安全、社会秩序および公共の利益のために必要なものである」と述べ、一貫して死刑規定が合憲であると判断した。

死刑の問題を憲法8条の「身体的自由」と憲法15条の「人民の生存権」とあわせて考えている大法官は、明らかに生存権の保障内容に生命権が含まれていると考えている。そのため、生存権には、「生命の尊重」と「生活の持続」という2つの部分があると主張する学説もある⁸⁵。つまり、前者は、死刑、安楽死、堕胎の問題にかかわり、防御権的機能が強調され、後者は、生活権に関する社会権の問題にかかわり、給付的機能が強調される。このように、生存権の防御的機能は、大法官と学説において肯定されているようである。しかし、生命権の根拠を憲法8条（人身の自由規定）以外に憲法15条の生存権に求める必要があるかという疑問がある⁸⁶が、生存権の複合的構造に基づき、生存権の防御的機能を認めるべきであると思われる。ただし、生存権の防御的機能＝「自由権的」効果は、「自由権としての」機能（効果）を直ちに意味するわけではない⁸⁷。むしろ、生存権の防御権的機能に基づき、すでに法律によって具体化された社会給付（最低限度の給付以上でも）を一種の既得権として生存権で保障する権利と見なし、合理的な理由がなければ基本的に社会

⁸⁵ 許・前掲注（77）119頁。李・前掲注（76）199頁。

⁸⁶ 呉庚は、たとえ憲法に生命権が明記されていなくても、憲法8条の人身の自由から当然に生命の保障が導かれるのだから、生命の自由を生存権によって保障する必要がない、と主張している。このように解することによって、生命権の自由権的、あるいは防御権的性質が維持できるし、生存権の社会基本権的な単純な属性をも維持できる、という。呉・前掲注（67）269-270頁。

⁸⁷ 山下健次『人権規定の法的性格』（三省堂・2002年）150-151頁。山下によれば、社会権の法的性格、効果形態、歴史的社会的な位置づけが伝統的自由権と異なることから、自由権の効果（防御権的機能）を主張するにあたっては、歴史的社会的な客観的意義を重視したうえで、国家に対する作為要求、国家からの干渉の排除要求、私人間の効力などの問題を論じるべきである。つまり、あくまでも、社会権が積極的な本質を有している。

給付・社会保障制度の廃止ないし後退を禁ずるべきだろう⁸⁸。生命権が生存権に内在にすると解しても、「生命を積極的に確保する」ことを強調すべきであると思われる。したがって、生存権の防御機能を用いることにより、生命の存続に関する保護を妨害するあらゆる行為が排除されるべきである。

b. 給付請求権の機能

社会環境と国家任務の変容にしたがい、防御権のみを有する基本権では、複雑な社会的現実（たとえば、環境問題、貧富の格差）に対応できないから、実効的な基本的人権の保障を追求するために、基本権の給付機能が提示される。いいかえれば、基本権を実現するための条件設備を確保するために、たとえ憲法上に社会権条項がなくても、基本権の給付請求機能によって、国家に何らかの給付を請求することが可能である。この意味において、現代の基本権は、多かれ少なかれ社会権化する傾向にあるといえよう。このような給付請求権の機能は社会的法治国の基本的権利論に基づくものであり、自由を行使するために必要な物質的要件も基本権によって保障されるべきと思われる。したがって、基本権を実効的なものとし、基本権の伝統的な保護領域を拡張する必要がある⁸⁹。しかし、国家による給付を求めることは国家財政と深くかかわるから、どのように実現するか、そして、どこまで保障するのが問題となりうる。したがって、この給付請求権（受益権）の機能は、以下のように分類されて論じられている⁹⁰。

⁸⁸ 日本における生存権の「制度後退禁止原則」の自由権的效果。葛西まゆこは、同原則について、これは具体的権利説のもとで初めて成立すると批判する。しかし、抽象的権利説を採る論者からは、憲法が法律によって具体化せよと命じているわけではないにもかかわらず、いったん法律を制定したら、その内容を後退させたり法律そのものを廃止したりすることが憲法によって禁止されるというのは、論理的に飛躍している、との批判もある。葛西まゆこ「生存権の現代的意義」大沢秀介・葛西まゆこ・大林啓吾編『憲法.com』（成文堂・2010年）233-234頁。

⁸⁹ 許育典「基本権功能建構作為大法官解釋的類型化：以教育相關基本權為例」中研院法律所主辦第七屆憲法解釋之理論與實務學術研討會（2009.12.11）9頁。

⁹⁰ 本論では、許育典の分類にしたがう。李建良は、国家給付を①「手続的」

① 派生的給付請求としての分与権（配分請求権）機能

国家資源がすでに（十分に）存在する場合、人々は資源の分与権＝実体的参加権（配分請求権）を有している。すなわち、国家が創設した公共施設または公共資源が基本的人権の実現に役立つならば、人々はこの公共資源または公共資源を享有する権利を有している⁹¹。この配分請求（分与権）権（Teilhaberecht）の機能は、平等権または平等原則に由来するもので、国家の給付に対する実体的参加や既存の資源の配分がなされていない場合、あるいは、不公平であると思われる場合、配分請求権を根拠として国家に対して給付を要求できるから、派生的請求権とも呼ばれる。しかし、この派生的給付請求は、国家に積極的な給付の創設・提供を要求するものではなく、現存の国家資源を平等に配分し、公共施設を合理的に使用できるようにすることを要求するにとどまるから、個人的・個別の主観的権利に結びつける必要があるかどうかの問題となっている⁹²。もっとも、直接給付請求権が現在のように普遍的に認められていない段階においては、配分請求権の意義があるように思われる。すなわち、社会給付の資格要件の設定、給付水準の格差、恣意的な給付の停止に対する司法審査の際には、配分請求権は、平等権または平等原則の審査に有効な概念を提供しうる⁹³。

給付またはサービス（訴願権、請願権、訴訟権などの権利保護）と、②「物質的」給付またはサービス（国家設備または公共施設を使用する権利、国家の経済補助、生活救難救助等）、③「情動的」給付またはサービス（国家情報及びマス・メディアに対するアクセス権）に分類している。李建良「基本権利理論體系之構成及其思考層次」『憲法理論與實踐（一）』（新學林・1999年）60-64頁。

⁹¹ 許・前掲注（77）53頁。

⁹² 実質的平等を追求することにより、平等原則を主観的な平等権に転換しうるならば、派生的給付請求を何らかの基本権に基礎づける必要はないであろう。

⁹³ ウェステン（Westen）の指摘するように、「平等から導き出された各種の権利資格は、すべて平等とは異なる実体的権利から生じたものである」。そのために、平等概念を空虚なものにしないためにも、やはり請求権や社会権の概念が必要だといえよう。See Peter Westen, *The Empty Idea of Equality*, 95 HARV. L. REV. 542 (1982)。鄭明政「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」北大法学論集64巻1号（2013年5月）274-275頁。

② 原始的給付請求としての直接給付請求権機能

平等権あるいは平等原則などの権利・原則に依存することなく、原始的かつ直接にその給付請求権機能を認め、直接に基本権を根拠として国家に物資やサービスの給付を請求しうる権利は、原始的給付請求権と呼ばれる⁹⁴。理論的にすべての基本権が給付請求権機能を有しているとは限らないが、少なくとも教育を受ける権利、生存権、勤労権は、明白に「無産階級」を保障するために作られた基本的権利であるから⁹⁵、給付請求権機能を有するはずである⁹⁶。実際、資源の有限性および権力分立に基づきつつも、原始的給付請求権ないし社会権を認めるべきか否かが議論されている。一般的には、基本権の原始的給付権を認めるとしても最小限度の給付しか承認されていない。したがって、生存権の場合、最低限度の生活保障の給付にとどまるという見解が多い。

大法官がはじめてこの原始的給付請求権機能を認めたのは、司法院釈字第316号解釈である⁹⁷。すなわち、大法官は、「植物人間の脳病変の治療が中止できるとしても、治療以外の専門的な介護が障害給付より重要であるにもかかわらず、現行の公務員保険には専門介護の規定が欠如しており、速やかに改善すべきである」と述べ、植物人間に対する専門的な介護に関する立法の必要性を説示した。これにより、大法官は、基本権の受益権機能に触れただけでなく、植物人間に対する給付を実質的に「傷害給付」から「介護給付」にまで拡大しようとした。その憲法上の根拠は明示されていないにもかかわらず、一般的には、憲法15条の生存権保障から導き出されたものと評されている。しかし、大法官は、国家に給付義務があることを強調したが、それに対応する給付請求権を人

⁹⁴ 許・前掲注（77）54頁。

⁹⁵ とりわけ中華民国憲法15条の生存権規定は、主に社会的弱者（無産階級）をその享有主体として想定しているが、平等原則に基づき、すべての国民が生存権の（潜在的な）享有主体とみなされるべきである。林俊言「論受益権面向の生存権－以大法官解釋為中心」軍法專刊第47卷第8期（2001年）30頁。

⁹⁶ 許宗力「基本権的功能與司法審查」『憲法與法治國行政』（元照・2007年）187頁。

⁹⁷ いわゆる基本権の積極的作用としての「給付請求権」は、現代の国家任務である「生存配慮」（Daseinsvorsorge）と深い関係がある。法・董・前掲注（76）133頁。

民が有しているかどうかについては述べていなかった⁹⁸。その後、司法院釈字第422号解釈において、大法官は、農民の「家庭生活および生存の権利が侵害されないように……国家は農民の生存および生活水準の向上を保障する義務を負う」と述べ、国家には（農民の）生存権保障の義務があるとした。また、司法院釈字第464号解釈において、退役軍官が公庫によって支給される公職に再就職した場合にその退職給付金を二重に受領することができないとする規定について、大法官は、「憲法が保障する生存権、財産権に抵触しない」とし、司法院釈字第494号において、労働基準法における労働条件の最低基準の審査について、「憲法が保障する人民の生存権、勤労権を維持し、労働者の生活を改善させるという労働基準法の趣旨に基づき……労働条件の最低基準を制定した」とし、それらの権利の基礎は生存権にあると明言した。これらの裁判例から、大法官は生存権の給付請求機能を肯定しているといえる。もっとも、現在では、生存権としての最低限度の生活を保障するための具体的な社会救助法が制定されているから、生存権の原始的な給付機能がいかなる場合に発揮されるのかが問題である⁹⁹。ここまで、防御権および給付請求権という主観的権利たる基本権機能について検討してきたが、以下では、基本権の客観法的機能に関する学界と大法官解釈の見解を概観する。

c. 客観価値秩序の機能

既述のとおり、基本権は、訴訟制度を通じて救済を求めることができる主観的権利であると同時に、一種の客観的な価値秩序を示すものでもある。この客観的な価値は、国家権力ないし各法領域を拘束する客観的規範性を有し、たとえ人々の主観的な請求権が認められないとしても、国家には基本権を実現する義務があるから、国家には、積極的な保護行為が求められる¹⁰⁰。すなわち、基本権のなかには、客観的な価値決定が

⁹⁸ 許・前掲注（96）188頁。

⁹⁹ 生存権としての最低限度の生活を保障するための具体的法律が廃止されたとき、あるいは法律の設定している生活保護水準が現実とあまりにそぐわない場合、人々は生存権に基づいて直接国家に適切な給付を請求できる、と解すべきである。

¹⁰⁰ 李惠宗「從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障」『權力分立與基本權保障』（韋伯文化・1999年）246頁。

内在しており、一定の価値秩序が形成されているから、それぞれの基本権は、一種の「権利」であるというだけではなく、一種の「価値体系」または「価値基準」を示すものであり、すべての国家権力ないし人間社会が共同して追求すべき目標であると考えられる¹⁰¹。

この価値理論は、ドイツワイマール期のスメント（Rudolf Smend）の「統合理論」に由来するものである。スメントによれば、国家の前提および国家の存続は、制度的な構造と政治力の結合に基づくのみならず、文化的な教養、精神上的の共同性、道徳上の価値観念も含まれる。国家が現実存在し、そして、個人的に日々体験した文化、生活、価値を統合（Integration）するプロセスにおいて、基本権はその価値判断の基準として統合の実体的内実を設定するものである。基本権は個々の政治的な利益を設定し、それに導かれて、国民は憲法上一致団結しようとしている。したがって、基本権は、国民と個人の緊張関係が解消され、国家へと統合するプロセスを通じて共同体価値を確立すると同時に、国民を結びつける共通の価値体系、文化体系を示すものである¹⁰²。しかし、現在の憲法理論においては、ワイマール期とは異なり、憲法を最高法規としてすべての国家権力を拘束する観念が一般的に共有されているから、基本権を憲法の「価値秩序」に引き上げる必要性が問われなければならない¹⁰³。また、基本権を価値実現の道具と把握するならば、先行する価値に適合的な範囲に自由の保障が限定される危険がある。「極端な場合、自由権は価値に奉仕するものとして、国家権力の優遇を受ける行為を選別する装置となり、国家に特定の内容の価値観を義務づける手段となる」¹⁰⁴という批判もみられる。しかし、ドイツ連邦憲法裁判所は、Luth判決¹⁰⁵中において、以下のように述べた。すなわち、基本権は、客観的な価値秩序を築き、すべての法領域に適用される。憲法における客観的

¹⁰¹ 李建良「基本権利理論體系之構成及其思考層次」『憲法理論與實踐（一）』（新學林・2003年）64-65頁。

¹⁰² 許・前掲注（89）10頁。西原博史「ドイツにおける社会国家的基本権解釈の源流」『自律と保護』（成文堂・2009年）136頁。

¹⁰³ 許、同上11頁。

¹⁰⁴ 西原・前掲注（102）138頁。

¹⁰⁵ Luth 判決：BverfGE 7, 198 (205).

な価値秩序は、憲法の基本権規定によって具体化され、基本権の効力を強化するほかに、憲法上の基本決定として、すべての法領域に適用されるとし、基本権の客観的価値秩序の機能を肯定した¹⁰⁶。

台湾の実務上、大法官の立場がドイツの判決にいう価値秩序と一致するかどうかはともかくとして、大法官解釈には「価値秩序」を用いて基本権の規範性を強化するものがよくみられる。たとえば、司法院积字第392号解釈において、「憲法は、静止的概念ではなく、持続および繰り返し更新されうる国家を形成し、国家が成長する過程において、憲法条文の抽象性のゆえに、現在の状況に応じた法の選択を行う際に、時代の変遷に伴う問題を排除できない。歴史から憲法規範性の意義を探ることは必要であるとはいえ、憲法規定自身が機能作用およびその使命を負うのに対して、その価値秩序の決定に合致させるために全体の法秩序からの価値判断を行わざるをえない」と述べた。したがって、大法官の憲法解釈は、原意主義にこだわらず、価値概念を用いて憲法ないし基本権の機能を社会変遷にあわせて、あらたに法の適用方法を探る方法を取っている。最近の司法院积字第657号における葉百修大法官の補足（協同）意見書においても、「人民の憲法解釈の申請は、人民の基本的権利の保障および憲法価値秩序の維持という二種の意味を有している」と述べている。

また、平等原則に関する司法院积字第485号解釈、490号解釈、526号解釈、584号解釈、596号解釈、605号解釈、614号解釈、618号解釈において、大法官は、いずれも「憲法7条の平等原則は絶対的、機械的、形式的平等ではなく、人民の法律上の地位の実質的平等を保障するものであり、立法規範は、憲法の価値体系および立法目的に基づき、物事の性質の差異を考量し、合理的な差別取扱を行うことができる」と述べ、「憲法の価値体系」を立法者が追求する実質的平等の正当性の基礎および従うべき規範的な限界に位置づけたことから、いわゆる「価値体系」は、立法者が行う差別取扱の判断基準となる¹⁰⁷。したがって、生存権にかか

¹⁰⁶ 司法院积字第656号解釈（2009. 4. 3）陳春生大法官補足意見書注二

¹⁰⁷ 黃舒芃「價值在憲法解釋中扮演的角色－從司法院积字第617號解釋談起」廖福特編『憲法解釋之理論與實務第六輯（上冊）』（中研院法律所・2009年）194

わる平等審査は憲法が設定した価値決定を尊重したうで行われるべきである。これによって、民生福祉原則（社会国原理）ないし基本国策の規定が、社会正義と財の再分配を重視し、「弱者層を保護する憲法価値」を含め、その規範性を強める機能を有することになる。

許宗力大法官は、司法院积字第578号解釈の補足意見書において、違憲審査基準の選択について、「いつ嚴格審査基準を採用するか、いつ緩やかな審査基準を採用するかについては、多くの要素を考量すべきである……係争対象法律が関係する基本権の種類、基本権の干渉の強度、憲法が提示する価値秩序等は、違憲審査基準の選択に影響する」と述べ¹⁰⁸、最近の司法院积字第666号解釈における補足意見では¹⁰⁹、抽象的な社会善良風俗の内容について、「社会多数者に広汎に認められた社会風俗は、憲法価値体系のチェックを通過するとは限らない」、「善良風俗の内容が何かという認定を行うのは、たしかに立法者のほうが憲法解釈者

195頁。

¹⁰⁸ 李震山大法官は、大法官司法院积字第639号解釈（2008年3月21日）の補足意見でも、「違憲審査基準の嚴格度は、係争の法律にかかわる基本権の種類、基本権の干渉の程度および憲法が人身の自由を保障しているという価値秩序等の要素を考慮しなければならない」と述べている。

¹⁰⁹ 許宗力大法官は、大法官司法院积字第666号解釈（2009年11月6日）の補足意見において、「社会における善良は風俗の意味は、きわめて抽象的で曖昧なものである。しかし、立法者が保護しようとしている善良な風俗の具体的内容や、それが憲法の価値秩序に適合しているかどうか……を（大法官が）追究しないならば、……立法目的の合憲性を審査しないことと同様である」とし、以下のように述べている。すなわち「多数の人々によって広汎に認められた社会の風俗であっても、憲法の価値秩序に適合しているとは限らない。ある道徳観念が憲法の価値秩序に適合していたとしても、国家が刑罰権を行使してその道徳観念に反する行為を取り締まることが許されるわけではない。そこでは、あくまでも具体的な法益が侵害されたかどうかを審理しなければならない。自由社会は、人々に相互に寛容であることを要求している。その意味において、道徳的価値観が異なる者が隣人になることを受け入れなければならない。たしかに、司法府よりも立法府の方が、現在の善良な風俗の内容が何かを明らかにするのに適切である。しかし、憲法の客観的な価値序列に着目するならば、善良な風俗の道徳的内実が国家権力を行使する正当性の根拠となっているかどうかの弁証は、司法府の避けられない責務である」。

よりも適切である。しかし、憲法の客観秩序に着眼して、善良風俗の内実が国家権力の行使の正当性基礎になるかどうかの弁証については、憲法解釈者に避けられない責務である」と述べ、憲法価値秩序の違憲審査機能を発揮することを試みた。

そのほかにも、大法官は、司法院积字第585号解釈において、「憲法解釈の目的は、民主憲政（立憲主義）国家の憲法の最高規範たる地位を確保し、人民の基本的権利の保障および自由民主的な憲政秩序などの憲法基本価値の維持に対して、拘束力がある司法判断を行うことにある」とし、また、司法院积字第603号解釈において、「人間の尊厳および人格の自由な発展を尊重するのは、自由民主憲政秩序の核心価値である」と述べ、憲法価値の説明を通して憲法規範の拘束力を強調し、その内実を具体化した。このように、黄舒芃は、大法官のこのような「価値」にコミットする宣告を通じて憲法条文の規範性と指導的な地位を強化する解釈方法を「規範志向の価値宣告」とであると分類した¹¹⁰。この「規範志向の価値宣告」により、台湾の大法官は、憲法上の「弱者保護の価値」に基づき、社会的・経済的な基本秩序を拘束するはずである。したがって、生存権領域の司法審査において大法官は安易に無審査的な立法裁量論を持ち出すべきではなく、憲法価値に符合した方向を示すべきであると思われる。

d. 国家の保護義務

周知のとおり、基本権の保護義務機能（*grundrechtliche Schutzpflicht*）は、ドイツの判例および学説に由来するものである¹¹¹。簡単にいえば、

¹¹⁰ 黄舒芃によれば「規範志向」の価値宣告に対して、立法者が確認した「社会共通価値」＝「立法価値」を着眼した解釈方法（例えば司法院积字第617号解釈）を「現実志向の価値」宣告と言う。現実志向の価値宣告は常に少数者の価値観を軽視るし、立法裁量論に流れやすいから、憲法・基本権が立法権も拘束する最高規範性の拘束力を避けようで、あやまった解釈方法であるとする。黄・前掲注（107）201-220頁。

¹¹¹ ドイツ連邦憲法裁判所は、1958年のリュート事件判決において基本権の客観法的機能について言及して以降、1975年の第1次胎児判決、1993年の第2次胎児判決において「国家の基本権保護義務」という法理を展開した。この法理は、同裁判所裁判官からも批判（たとえば、第1次胎児判決において、ブルネッ

国民は、基本権を根拠として、基本権が保障する法益を国家に請求できる。とりわけ、「他人による侵害」（広義には、自然・人為的な災害ないし国家による危害）に対して、国家は私人領域に介入して保護を求められるから、この保護義務は、主に「私人（基本権の侵害者）—国家（基本権の保護者）—（基本権が侵害された）私人」の三極関係を処理するものである¹¹²。そのため、この保護義務は、「基本権の私人間効力」に類似しているといえるが、その保護領域を自然災害または国家による危害にまで拡大することが可能であるなら、民事訴訟を通じて基本権を間接に第三者に適用する方法とは異なっている。また、保護義務論は、主に国家権力に保護を請求するから、防御権機能的な「過度禁止原則」または「比例原則」を適用するほか、ドイツ連邦憲法裁判所も「不足禁止原則」という新しい審査基準を発展させてきた。すなわち、立法者は衝突する基本権の法益および侵害された種類と程度を考慮したうえで適切か

ク（Brunneck）裁判官とシモン（Simon）裁判官は、保護義務の主観性を認めるならば基本権の本来の機能を倒錯させることになる、と批判している）されているものの、90年代になって定着してきた。憲法裁判所は、基本的に立法府の形成の自由（立法裁量）を尊重しつつ、人身の自由の核心に関わる場合や、基本権を実現するために具体的立法が必要な場合に限り、国家がその保護義務を履行しなければならない、と考えており、国家がこのような保護義務を履行しない場合に司法審査の対象となる。ドイツの理論について、詳しくは小山剛『基本権保護の法理』（成文堂・1998年）を参照。ドイツのシュタルク（Christian Starck）は、基本権条項または基本権機能から保護義務を導き出せると述べている。すなわち、①ドイツ基本法第1条1項（人間の尊厳）「これを尊重し保護すること、すべての国家権力に義務づけられている」の規定から保護義務を導き出せる。そして、厳格定義された人間の尊厳の範囲内で、その主観的権利の性質が認められる。また、基本法第6条（婚姻、家族、母および子の保護条項）にも、保護義務を導き出せる。②憲法が保障する法益が第三人による侵害を免れるために、国家がそれを保障しなければならない。したがって、基本権の機能や作用から、包括的な国家の保護義務が導き出される。ただし、この義務に対応した主観的な保護請求権はない。Christian Starck「基本権利之保護義務」（1995年10月台湾政治大学での講演）（李建良訳）李建良『憲法理論與實踐（一）』（學林・2003年）132-133頁。

¹¹² 張嘉尹「違憲審査中之基本権客觀功能」月旦法學雜誌第185期（2010年10月）23頁。

つ有効な保護措置を取らなければならない。司法審査を行う際に「不足禁止原則」を採用すれば、立法者に求められる適当かつ有効な保護措置は、細心の事実調査と支持しうる評価に基づかなければならないことを意味しているから、実際には、中間的審査基準を適用したものであるとされる¹¹³。

一般的に、保護義務論は、給付請求権機能と同じように国家に積極的な作為を要求するが、国家と私人間の「三極関係」と国家対個人の「二極関係」という差異がある。許育典によれば、給付請求は、現実の生存維持を重視するため、社会国原理に関係するが、保護義務は、社会契約論によって公権力を独占した国家には国民を保護する義務がある、という思想から出発し、国家は相互の利益を衡量するから¹¹⁴、危険の防御および（自由的）法治国家原則に関係する¹¹⁵。しかし、現代のリスク社会のもとで生存保障を図るためには、なにが社会国原理にかかわり、なにが法治国家にかかわるのかを容易に区別できるわけではない。

大法官は、現在まで解釈文または解釈理由書において「保護義務」を明言していないが、司法院釈字第364号において、「メディアおよびテレビで意見を表現することは、憲法11条が保障する言論の自由の範囲に属する。この自由を保障するために、国家が電波の使用について公平で合理的に配分をすべきである。人民の平等な『マス・メディアにアクセスする』権利に対して、マス・メディアの編集の自由を考慮したうえでそれを尊重し、そして、法律によって定められてはならない」と判示した。学説は、これを言論の自由権「保護義務機能」と「組織と手続保障機能」の意味であると解している¹¹⁶。社会給付・生存権について、かつて大法

¹¹³ 張、同上24頁。

¹¹⁴ 亘理格は、「基本権保護義務は切り札としての優越的機能を果たすことが期待されるのではなく、……比較衡量過程を通して適正に考慮されるべき憲法上の客観的価値として位置づけられるにとどまるように思われる」と述べた。このように、保護義務の内容の具体化について、立法者は広汎な立法裁量を有しているとされる。亘理格「参入規制緩和と生命・健康そして生存権—タクシー事業を題材に」法学教室第335期（2008年8月）46頁。

¹¹⁵ 許・前掲注（102）を参照。

¹¹⁶ 張嘉尹「違憲審査中之基本権客観功能」月旦法學雜誌第185期（2010年10月）

官であった許宗力は、基本国策である憲法153条の「労働者および農民を保護する政策を実施しなければならない」という規定を国家に弱者を保護する義務を課するものであると解した¹¹⁷。その後、司法院积字第596号解釈¹¹⁸における許宗力＝許玉秀大法官反対意見は、「差別的取扱が社会政策にかかわる場合、機能最適の考慮に基づき、原則的に緩やかな審査を行うべきであるが、……退職者の生存権の保障にかかわるならば、緩やかな司法審査は許されない。また、憲法153条にも、国家が労働者の生活に対する特別な保護義務を有することが明らかになっているから、この憲法の特別な保護義務に基づき、緩やかな審査ではなく、より厳格な平等審査を行うべきである」と述べ、基本国策の国家保護義務を生存権と結びつけ、平等の違憲審査基準を引き上げを試みた。

最近では、司法院积字第655号解釈¹¹⁹の反対意見書において、陳新民大法官は、「国家は、『公共の利益または人民の生命、身体、財産等の権利』と密接な関係を有する職業に従事する者がなした業務の品質を監理する義務を負うべきである。これは国家の人民に対する『保護義務』であり、司法院积字第453号解釈の理由書でもそれは認められている」、「本件解釈を申請した者の職業である記帳士は、本件係争対象法律が制定さ

27頁。

¹¹⁷ 許宗力によれば、国家の基本権保護義務の根拠として、社会契約論の他に、「およそ人民のその他の自由及び権利は、社会秩序及び公共の利益を妨げない限り、均しく憲法の保障を受ける」という中華民国憲法22条があげられる。22条は、必要ならば法律によって人民の自由および権利を制約してもよい、というもので、必要な範囲内で自由および権利を制約する権限を国家に授けている、と解されている。また、憲法153条の基本国策条項も、雇用者から労働者、農民、女工および童工等を保護する義務を国家に負わせている。許・前掲注（96）192-193頁。

¹¹⁸ 大法官司法院积字第596号解釈（2005. 5.13）。公務員退職法4条には「退職金を受領する権利を留置、譲渡し、あるいは担保とすることはできない」と規定されているが、労働基準法には同様または類似の規定がないことから、本件では、公務員退職法4条の規定が平等原則に違反するかどうか争点となった。多数意見は、立法裁量論に基づいて平等原則に反しないと判断した。

¹¹⁹ 司法院积字第655号解釈（2009. 2.20）。本件では、2007年7月11日に修正された記帳士法2条2項が違憲とされた。

れる前からすでに存在し、歴史を有する職業であり、法律により納税もしているから、その資格は国家によって保障されるべきである。仮に、国家が重要な公益の考量に基づき、それを国家試験の範囲にするならば、その後の業務執行者の『生存』および『生計を立てる能力』を適切に計画するのも国家の『保護義務』である」と述べ、生存権保障制度の創設を国家の保護義務であると明示した。また、司法院釈字第683号解釈¹²⁰の陳新民大法官反対意見では、基本国策の憲法委託および国の保護義務に基づき、立法者は最低限の積極的な保護措置を取らなければならないことを説明した。すなわち、陳大法官は、憲法153条1項、憲法155条前段、憲法増補条文10条8項の社会福祉政策に関する規定を憲法委託であると明言した多数意見に同意した。しかし、憲法委託は拘束力があり、立法者に一定の積極的な作為を促す憲法「訓令」として、立法者には当該委託された制度を実現する義務がある。そして、憲法委託の内容が明確な場合に、ドイツの学界が強調したいわゆる「明白の留保」（Evidenz-vorbehalt）があるならば、立法者に立法が義務づけられる。前述の基本国策条項は、労働者保護に関する法律と政策に対して、立法者がそれを軽視したりそれに違反したりしてはならない、という憲法義務があることを明確に肯定した。したがって、この憲法委託条項は、立法者に一定の「行為義務」（Handlungspflicht）を課すとともに、不法行為法上の注意・配慮義務および保護義務（Schutzpflicht）も生じさせる。立法者がこの義務に違反した結果権利が侵害された国民は、憲法解釈規範によって救済を求めることができる。そこで、立法者の不作為ないし「規範不足」のような不完全な作為によって憲法委託が侵害される場合には、憲法解釈機関がそれを是正することができる。本件の「労働保険法は、まさに人民の財産法益を保障する典型的な法律（労働者給付財産権）であり、行政機関は、給付義務を含む保護義務を履行しなければならない」。それゆえ、国が給付義務を履行していない場合、憲法委託の効力を実質に失わせたと同然であるから、憲法解釈機関が何らかの救済

¹²⁰ 司法院釈字第683号解釈（2010.12.24）。本件では、労働保険の現金給付が遅延されたにもかかわらず、遅延給付利息が支給されなかったことについて、合憲性が争われた。

を行い、その権利の実現を促進するべきであると考えられる。

現在、基本権の保護義務機能は、「ヨーロッパ憲法学界の公共財」と呼ばれるほど普遍的に受け入れられてきている¹²¹。しかし、台湾と日本の憲法には、ドイツ憲法と異なり、生存権の規定があるから、ドイツ流の保護義務論を導入するならば、むしろ、戸波江二の指摘する通り、「国家による人権の積極的・実質的な保障」という理論の共通性に基づき、「生存権についても、『人間として生きることができない』という生存権の侵害が生じている場合には、国家はそれを救済する義務を負い、さらには、市民一般が人間らしく生きることできるように、配慮する義務を負うべきである¹²²。したがって、基本権の保護義務機能は、台湾における生存権保障のために、少なくとも以下の４点で発展させるべきである。①社会権の地位を引き上げること（自由権と同様に権利の保障と救済の両面性を重視する）、②「国家——一般国民——社会的弱者としての国民」という広い意味での保護義務の三極構造を成り立たせること（たとえば、社会連帯に基づいて、社会保険料や税金から社会保障の財源を有効に集める）、③違憲審査基準を引き上げること（すなわち、立法者の広汎な裁量権を認めたとしても、場合によって「不足禁止原則」のような保護義務論を用いてより厳格な審査基準を適用する類型を探る）、④生存権の実現を促進すること（基本国策を生存権と結び付け、主観的権利とし

¹²¹ ヨーロッパ基本権憲章51条には、「機関、組織または他の連盟組織」は基本権を尊重する義務のみならず、基本権を「促進」する義務も負う、と規定されている。したがって、ヨーロッパでは、基本権を保護するだけでなく促進させることも、基本原則として支持している、といわれる。Klaus Stern（蔡宗珍譯）「基本権保護義務之功能－法學上的一大發現」月旦法學雜誌第175期（2009年12月）50-51頁。

¹²² 戸波江二「憲法学における社会権の権利性」芹田健太郎等『国際人権規範の形成と展開』（信山社・2007年）388-389頁。また、日本の小田急線連続立体交差事業認可処分取消の最高裁判決（2005.12. 7 民集59巻10号第2645頁）において、藤田宙靖裁判官は、生命・健康等の憲法によって保障された権利に基づき、国（行政庁）は、今後国民の生命・健康等を侵害する重大なリスクがある場合、そのリスクから国民（周辺住民）を保護すべき義務を負っている、と述べた。このような「リスクからの保護義務」という概念は、現代のリスク社会における「国家の責任」を明らかにするものである。

て司法審査または国賠訴訟を通じて権利の確定ない発展を促す)。

e. 拡張された制度的保障

ワイマール憲法期に由来する制度的保障理論は、一般的に、権利・自由の保障と密接にかかわる伝統的な「制度」に対して客観的な保障を与え、立法によってもその核心ないし本質的な内容を侵害することができないとするものである¹²³。それは、当時の基本権が立法権を拘束しない「伝統的な法律の留保」の考えのもとで基本権に属する制度（たとえば、婚姻、家族、大学の自治、政教分離、私有財産制度など）が立法者によって恣意的に支配されることを避けるために提示された「過去の制度の存続を保護する理論」であるから、歴史的な背景がある¹²⁴。現在の基本権には、立法権を含む全ての国家権力を拘束することが普遍的に認められている。そこで、現在の制度的保障は、既存の重要な制度の廃止・変更の禁止を立法者に要求するのみならず、立法者が基本権・自由権を保護・実現するための「必要な制度」を作る義務があるという「未来への保護」までに拡張されている¹²⁵。

¹²³ 芦部信喜『憲法』（有斐閣・2007年）84頁。

¹²⁴ 周知のとおり、制度的保障を最初に体系化したのは、カール・シュミット（Carl Schmitt）である。シュミットは、「制度」と「基本権（自由）」の区別を強調し、憲法解釈をとおして、憲法によって制度が直接保障されているとし、立法府は基本権に拘束されないという通説を打破しようと試みた。李建良「論學術自由與大學自治之憲法保障」『憲法理論與實踐（一）』（學林・2003年）160-161頁。

¹²⁵ たとえばヘーベルレ（Peter Häberle）は、社会的事実の変動に応じるため、個人の権利と制度は基本権全体（Gesamtheit der Grundrechte）として保障されるべきで、「基本権と制度の一体化」を主張している。したがって、主観的な個人の権利の他に、実際に生活を保障している客観的な制度（法律上の契約、財産、相続の秩序、現存する婚姻、家庭、結社、集会、労働同盟等）も憲法上の制度として保障されるべきであり、国家が基本権を保護し、法秩序を維持するため、自由権に対しても国家の積極的な厚意が求められる。実務上、ドイツの連邦憲法裁判所は、出版の自由（BVerfGE 20,162,175.）、私立学校を設立する権利（BVerfGE 6,309,355）、学術の自由（BVerfGE 35,79,102）、芸術の自由（BVerfGE 30,173,188）等を制度的保障だとしている。陳春生「司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討」『憲法解釋之理論與實務（第二輯）』

大法官解釈ではじめて制度的保障に触れた解釈は、大法官司法院积字第368号解釈の吳庚大法官の補足意見である。吳大法官の補足意見によれば、「憲法が保障する各種の基本的権利は消極的に公権力を防止する防御権——各種の自由権——であろうが、あるいは、積極的に国家にサービスまたは給付を要求する受益権——社会権がその典型的な権利——であろうが、国家がそれを実現する任務を負う。この任務を達成するために、国家は各権利の性質に応じて、社会生活の現実および国家の全体発展の状況に照らして、適切な制度的保障を提供する。制度保障機能に確認されたもの、および、憲法の権利条項からの体系論的な解釈を通じて、各基本権の保護領域を構成し、この範囲内で保障された事項は基本権構成要件および保障内容といえる」と述べ、制度的保障論を通じて基本権の給付機能を肯定した¹²⁶。そして、この「国家に制度的保障の提供を要求する給付機能」を基本権の保護領域（保障範囲）の画定に結びつけ、各（すべての）基本権に拡大した。つまり、制度的保障が客観的機能とされても、制度の核心・内実が確定できるならば、基本的人権の主観的側面の保障範囲も明らかにされるから、立法者の不十分な制度形成は、基本権の侵害となり、司法審査を通じて是正できると思われる。このように、吳大法官の制度的保障概念は、「限定」された特殊の基本権に対して「立法者」がそれを形成する本来のドイツの制度保障概念を「すべて」の基本権がその制度上の需要があり、そして、その制度の形成について「憲法解釈機関がやむを得ない責任がある」とさらに拡張した¹²⁷。

その後、大法官は、司法院积字第380号解釈において、「憲法11条の教授の自由〔講学自由〕の規定は、学問の自由〔学術自由〕の制度的保障

291-292頁。吳・前掲注（32）121-122頁。

¹²⁶ もっとも、吳大法官は、自由権と社会権の法的性質について、自由権を防御権とし社会権を受益権としているが、許宗力は、「生存権、勤労権、教育を受ける権利等、伝統的に典型的な『受益権』であっても、防御権的機能がないわけではない（司法院积字第191、206、263号解釈を参照）」として、基本権の法的性質を相対的に把握している。許・前掲注（96）188-189頁。

¹²⁷ 程明修「憲法保障之制度與基本權之制度性保障－兼論基本論客觀內涵之主觀化」廖福特等編『憲法解釋之理論與實務（第六輯）』（中研院法律所2009年）351-353頁。

である」、第450号解釈において、「大学の自治は憲法11条の教授の自由〔講学自由〕の保障範囲に属し、教授の自由〔教学自由〕、学習の自由に関する重要な事項はすべて大学の自治の項目である」と述べ、学術の自由を制度的保障と解した。また、司法院釈字第384号解釈（人身の自由）、第386号解釈（財産権）、第396号解釈（審級制度）、第536号解釈（地方自治）、第554号解釈（婚姻制度）、第601号解釈（裁判官の独立）、第620号解釈（婚姻と家庭制度）において、制度的保障の範囲を大幅に拡大した。

大法官は、制度的保障をさかんに引用するが、現在では本来の（ドイツの）制度的保障論をはるかに超えたものとなっており、その内実が判然としないだけでなく、上位規範としての安定性も見られないようである¹²⁸。そこで、制度的保障に対しては学界からの批判が少なくない¹²⁹。生存権に関する制度的保障の解釈はまだ見られない。しかし、憲法解釈の安定性、説得性を強化するために、李建良の言う通り、制度的保障が保護する核心の内実をどのように判断するのかは、最終的に比例原則、利益衡量に戻って判断されるべきであると考ええるならば、制度的保障には実際にはなんの機能もない。そして、基本権を実現するために国家に何らかの制度を要求したい場合には、基本権の給付機能を用いるだけで十

¹²⁸ 程・同上362頁。

¹²⁹ 人権よりも制度の方が優位なのは明らかであるから、制度的保障は、人権保障を弱体化させる危険がある、といった従来からの批判だけでなく、台湾の歴史、文化ないし憲法構造に基づく批判も少なくない。台湾では、1987年に戒厳令が解かれるまで、出版の自由は実質的に保障されていなかったし、大学の自治も1994年に大学法が制定されたことによってようやく実現した。また、ドイツのように制度的保障を基礎づける条文が憲法に明記されていない。台湾における制度的保障の概念は、ほとんどが大法官の解釈によってもたらされたものである。そして、制度的保障の概念には、保護義務といった基本権の客観的法機能と重複するところが多いため、その実益はかなり乏しいともいわれている。陳愛娥「基本権作為客觀法規範－以組織與程序保障功能為例檢討其衍生的問題」李建良・簡資修編『憲法解釋之理論與實務第二輯』（中研院中山所・2000年）252-253頁。張嘉伊「基本權理論基本權功能與基本權客觀面向」『當代公法新論（上）』56-57頁。

分であるから、制度的保障の概念を提示する必要がないだろう¹³⁰。憲法の文言を見れば、生存権に関する基本国策条項を制度的保障と解する余地がないわけではないが、憲法15条の生存権条項については制度的保障であるとはいえないだろう。また、生存権保障の理念として、最低限度の生活保護にとどまらず、尊厳ある生活を常に向上させる義務があることを認めようとするならば、制度的保障理論を引用すれば逆に害があるように思われる。なぜなら、制度的保障の核心が大法官によって確定され「絶対的」な保護となる場合、立法者さえも改正できないようになるからである。つまり、それぞれの解釈の案件自身には影響がないかもしれないが、解釈後の熟議ないし社会改革をもたらす契機を失うという欠点があるからである¹³¹。このような意味で、制度的保障は、実際には、憲法解釈機関が自ら立法者ないし国民との憲法対話のルートを絶つような理論であるから、生存権保障の向上に有益な理論とは言い難いだろう。

近年、台湾の学者と大法官は、基本権の機能論を活発に議論している。生存権保障の角度から見れば、ドイツ法のように基本権の多重的機能を発展させ、給付機能、保護義務機能などの（場合によっては主観化しうる）客観法を通じて国家に何らかの積極的な行為を求めることができるかもしれない。しかし、それは、現在のドイツ憲法には社会権条項がなく、社会国原理や人間の尊厳を用いて個人の真の自由を実現するための自由の条件と解されてきた。この迂遠な方法は、理論的な構築が複雑で、国民の権利意識を培うのに困難が増すだけでなく、社会権の発展性、すなわち、生存権の向上義務を国家が有していることを強調しにくいよう

¹³⁰ 李建良基于權的理念變遷與功能體系－從耶林內克身分理論談起（下）憲政時代第29卷第2期、194-196頁。許志雄「制度性保障」月旦法學教室別冊3—公法學篇（元照・2002年）79頁。

¹³¹ 楊智傑は、大法官による制度的保障論について、以下のような問題点を指摘している。すなわち、①大法官は、中華民國憲法に根拠がないにもかかわらず、ドイツの学説・判例を継受して、憲法の本来の意味を大幅に変更した。②制度的保障の概念によって、大法官がある重要な制度の核心的内実を確定してしまうと、立法府がそれを永久的に修正できないということは、方改革を阻害する。楊智傑「制度性保障說理模式對社會改革的阻礙（上）（下）」台灣本土法學第60期（2004年7月）22頁以下、台灣本土法學61期（2004年8月）5頁以下。

に思われる。また、客観法の枠組みにおいては、国家の行為はあくまでも広汎な立法裁量を尊重したうえで要求されるから、その保障はおそらく最低限度にとどまると考えられるだろう。台湾憲法の文言に戻ると、生存権条項および基本国策の規定があるから、上述のような基本権の多重的な機能論を継受して展開させるとしても、憲法15条の生存権条項と結びつけ、台湾憲法の文言、歴史・文化にふさわしい生存権理論を発展させるべきではないだろうか。

(4) 複合的・主観的権利としての生存権

生存権は現在の資本主義社会における個人の尊厳と自由を確保し、社会的法治国ないし福祉国家の重要な憲法上の基本原則のひとつであり、その最も顕著な特徴はその分配機能にある。したがって、このような請求権的側面を正当化するためには、憲法上の根拠が必要となる。

a. 積極的な生命の保障

最低限の生存保障の原点は、生命の確保（生命権）である。それは超憲法的な自然権概念であるので、憲法に明記されているか否かを問わず、生命への脅威を排除することは当然に基本権の核心概念である。現在の資本主義社会における非個人的な要素、貧困、失業等の社会構造上の問題は、すでに社会的・経済的な弱者の生命を脅かしているので、生存権はこのような脅威に対抗して、個人の自立と尊厳を図るものである。ほかの人権と同様に、生存権は積極面と消極面を持ち、その概念は広義で多様なものであるが¹³²、その根本的な核心は、個人の尊厳の価値にある。国家には、個人に対して、「人々が尊厳をもって生存しうる最小限度の前提条件」を保障する義務がある。その義務とは、国家が積極的に介入して保護する意味である。もっとも現在の社会構造の変化、核家族化、少子高齢社会のもとでは、伝統的な社会扶助の機能が以前ほど強くなく

¹³² 阪本昌成は、生存権を以下のように区分している。①最広義：人格自由の発展に欠けない社会的、経済的、文化的な権利（例えば余暇権、文化生活権、健康権、環境権等）。②広義：社会保障受給権。③狭義：社会保障及び公的扶助等の所得保障。④再狭義：公共扶助の所得保障。阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂・1996年）310-311頁。

なっている。この際に福祉が市場化となる傾向を食い止めるために、国家の責任を強調すべきである¹³³。このように、いわゆる最低限度の生存を営む権利が、真の基本権であることは疑いことはなく、それ自身は具体的、現実的な権利であるので、人民は具体的な請求権を有する。また、生存の原点たる生命的、生理的なものが脅かされたとき（たとえば、飢餓残弱等により生活ができない）には、その権利の損害は回復しがたいものであり、時間的な緊急性に迫られ、ほかの政治的アプローチを通じて折衝することが難しいことに鑑み、その際の請求権に対しては、さらに強力かつ迅速な司法救済ルートを考えざるをえないであろう。この中には不作為の違憲確認訴訟を含むだけでなく、金銭給付の請求、立法の請求、行政に対する給付請求、立法裁量と行政手続に対する統制もあわせて考えなければならない。とりわけ、生存権の核心における人間に値する「最低限度の生存」の権利を強く保障すべきである。すなわち、生存権の多義性に直面し、その権利が過度に拡散して本来の保障効果が失われることを防ぐために、生存権の核心たる最低限度の生存を営む権利は、最も厳密に保障されなければならない。

b. 最低限度の生活保護

生存権には、基本的人権として当然その限界（保障の範囲）がある。日本国憲法25条を例にすると、その保障する「権利」は「健康で文化的な最低限度の生活」という文言が明記しているように、その保障範囲は単に最低限の生存を維持するだけではなく、健康かつ文化的な生活を維持しなければならないことを意味していることになる。その意味は生存権条項が持つべき妥当な保障内容を適切に表現しているといってもよい。しかし、「健康で文化的」な生活とは何であるか、また、「最低限度」の生活はどのような意味をもっているのかという問題に対する解釈の相違によって生存権の法的性質に影響する。

一般的に、最低限度の生活保障は、生存権保障における最も基本的な要求である。これは、原始的な給付請求権であり、人民の生存権から直接導き出せるものである。そして、人々の尊厳ある最低限度の生活を保障するために、国家は必要ときに一定の金銭やサービスを提供しなけ

¹³³ 大須賀明「福祉裁判と憲法学」法律時報68巻6号（1996年）101頁。

ればならない。それは社会権の積極的な本質に適合するためであるので、国家は最低限度の生活水準を画定すべきである。また、それを人々の生活リスクの最低限の安全措置として、その水準以下に陥った人々に対して救助の義務を負う。すなわち、公的扶助の主要な概念であり、それも生存権の段階的発展の原点である。しかし、問題は生活水準の内容について、「相対的確定説」と「絶対的確定説」という意見の対立があることである。相対確定説によれば、国家財政、低所得層の生活水準、国民感情等の不確定な諸政策的な要素を考える上で、客観的な水準は画定しがたいと認める。それに対して、絶対的確定説によれば、一定の時期において、当時の社会生産能力の水準、国民所得の水準、生活水準、及び社会文化の発達程度等の要素を総合的に考慮して、この水準は相当の程度確認されうる¹³⁴。後者の説のほうが妥当と思われる。なぜなら、生存権の角度からみれば、社会国を標榜する憲法においては一定の基準に基づき、各種の給付保障を実施することが予定されていると考えられるからである。そして、生活科学の研究、国民の権利意識および福祉文化の深化にともない、客観的な最低生活水準の確定について問題が起こりにくいだろう。したがって、生存権における最低限の生活の保障について、その水準が相当に確定できれば、具体的権利説は確立されうる。ひいては、立法不作为の違憲確認訴訟の際に、国家が立法をなすべきかどうかという判断の基準となる。

c. より快適な生活の追求

国は人間に値する尊厳ある生活という生存権を保障しているが、社会が備える条件と能力によってその保障の範囲は当然に異なる。基本的に、その段階性によって漸進的に目標に達して、さらに、健康権、住宅権等の新しい人権への発展の基礎となる¹³⁵。

¹³⁴ 朝日訴訟第1審判決は、保護基準の設定を羈束行為だとした。杉村敏正「生存権の性格－朝日訴訟」別冊ジュリスト44号（1974年）181頁。藤井俊夫「憲法二五条の法意」ジュリスト『憲法の争点第3版』（1999年6月）152頁。

¹³⁵ 河野正輝は、日本国憲法25条1項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」の保障には、自立支援等の福祉サービス保障、住宅保障、教育保障が含まれており、また、第2項にいう「向上増進」の責務には、社会復帰のための自立支援や社会統合含むべきという点に注意する必要があると思われる。河野正輝「社

さて、いわゆる「健康で文化的な最低限度の生活」保障とは、文字どおり、健康な生活、文化的な生活、最低限度の生活を保障することである。もっとも、「健康かつ文化的」という文言は抽象的にすぎ、また、生存権の保障範囲が過度に拡大されると、人権のインフレ化を招く恐れもあると思われるので、本稿では最低限度の生存権保障とより快適な生活保障との保障効力を区別するために、具体的請求権である最低限以上の生存権保障を「より快適な生活保障」と称する。すなわち、健康で文化的な生活を営む権利をより快適な生活保障と見なし、生存権の段階性の発展に基づき、最低限の生存権の保障範囲を次第に充実させ、より快適な生活保障に属する部分を漸進的に具体的権利へ発展させる。

つまり、生存権の概念は流動的なものであり、核心における最低生存権という権利が絶対的に保障される。したがって司法審査を行う際に、厳格な審査基準を適用すべきであるが、健康で文化的な生活を営む権利は、より快適な生活の保障に当該するので、原則に相対的に保障され、時代、能力及び個々事件の状況に照らして厳格な審査基準を適用するとは限らない。

また、健康で文化的な生活を営む権利は、憲法上明記された権利として、国家は、最低限の生存権を向上させる責務を負い、そして、人間らしい尊厳ある生活を達成する目的を実現するために絶えず努めなければならない。したがって、基本的に、制度後退禁止原則を含み、生存権の「自由権効果」により、事後の法律改正（たとえば、所得の制限）によって実施される保障制度の後退に「対抗」する。

このような社会権における「憲法上の既得権の保護効果¹³⁶」に関して、抽象的権利説に立ち、生存権を具体化するような法律制定が憲法上要求される。法律が存在しなければ訴訟を通じた実現が不可能であることに對して、法律はいったん制定されると肅々と憲法に一体化すると考えら

会保障法の目的理念と法体系」日本社会保障法学会編『21世紀の社会保障法（講座社会保障法第1巻）』（法律文化社・2001年）29頁。

¹³⁶ 鳥居喜代和「年金訴訟における憲法二五条論の動向」立命館法学159・160号（1981年）710頁。小山剛「生存権——生活保護基準額の見直し」法学セミナー593号（2004年5月）24頁。

れるから、当該法律が賦与した権利は原則的に憲法の地位を持ち、その結果、平等原則によるチェックを受けることになる。したがって、合理的な理由なくその権利が剥奪された場合、当該行為には違憲の評価が与えるべきである¹³⁷。すなわち、たとえ抽象的権利説の下においても、制定された社会保障制度が廃止されることに対しては、司法府は依然として統制力を有している。

既存の法律が改悪ないし廃止されることを防ぐほかに、健康で文化的な生活を営むような「より快適な生活」の保障は、次の段階の国家の保障義務に属する。国民は国に積極的にその保障制度の向上を要求するほかに、健康で文化的な生活の実現に対する国家の妨害行為を阻止しなければならない。つまり、より快適な生活を追求することは、社会権的側面の保障のみならず、自由権的側面の保障も求められる。国は人民の生活における自由の領域に不当に介入することは許されていないことである。そこで、健康で文化的な生活を営む権利は、伝統的な自律、自己決定等の自由権的側面における生存権様態(生存的自由)を看過できない。さもないれば、社会・経済的弱者に対する生存権保障が無力化し、個人が最低限度の生活を選択することもできないことになる¹³⁸。

ここで、生存権の条項を多層的に理解し、権利および権力を段階的に解釈を試みる。第1のレベルは最低限度の生存権であり、それは、原始的、核心的な権限発動の要求である。その保障範囲は確定可能であり具体化可能であるので、下位の法律が存在するか否かを問わず最低生存権の具体的権利を承認しなければならない。また、健康で文化的な生活を営む権利レベルは国家による不当な侵害を防御するために権力の消極不作為を要求しうる。一方で、保障水準、範囲を向上させることは法律によって具体化する必要があるとはいえ、生存権条項はそもそも一種の憲法委託なので一定の拘束力を持っている。相対的に言えば、生存権の概念は流通的、そして、社会経済発展、人民の意識等の影響を受けて、段階的な違いによって変化していく。その効果はレベルと段階によって異なり、主に具体的な公益を形成するための目的として、一定の立法形

¹³⁷ 内野正幸『憲法解釈の理論と体系』(日本評論社・1991年) 376-377頁。

¹³⁸ 藤井俊夫「社会権と自由」ジュリスト884号(1987年5月) 235頁。

成の空間（健康で文化的な生存権）が許されることから、国家権力を直接に拘束する（最低生存権）まで、実情によって強度相違の拘束力があり、開放的な本質を持っている。

４ 憲法規範に基づいた権力の統制

基本権が全ての国家権力を拘束することは、法治国家において当然の理解である。そして、社会権は、国家権力によって人々に実質的に自由な生活を享受させるべく登場したものである¹³⁹。生存権の保障が国家をして福祉国家たらしめるのであり、生存権が憲法に明記されている以上、立法府・司法府・行政府がそれに拘束されることはいうまでもない。立法によって具体化された各種の社会保障制度は、生存権の要請する「義務」に基づいてつくられたものである。したがって、生存権は、立法府に一定の裁量を認めるが、その裁量にも一定の限界がある。つまり、立法および行政の積極的な行為が生存権を侵害している場合、それは司法により是正されなければならない。しかし、立法の不作为や不十分な立法により、人々の生存権が保障されいるとはいいいがたい消極的な場合、司法によって実質的保障を確立することはできるだろうか。具体的には、司法府（裁判所）は、立法不作为の違憲確認訴訟の他に、立法を義務づけることができるだろうか。この問題については、権力分立原理も踏まえて検討する必要がある。

（１）立法裁量の克服

法治主義の原理によって、国家は、法律に基づいて権力を行使しなければならない。したがって、憲法において抽象的に規定されている生存権は、法律により具体化され、その法律に基づく行政機関の権限行使により、実質的に保障されることになる。そのために、憲法は、生存権の解釈、具体的内容、社会給付の程度や方法等について、立法府に一定の裁量を認めていると解さざるをえない。しかし、生存権の実質的な保障に照らして、立法府にどの程度の裁量を認めているのかが問題となる。

¹³⁹ 周志宏「社会権（一）－総論、教育権」許志雄等著『現代憲法論』（元照・2000年）180頁。

逆に言うと、生存権は、現代憲法の人権カタログに必要不可欠なものであり、請求権的性質を有するものであるから、司法府が広範な立法裁量を承認するならば、司法審査の責任から逃避していると批判されてしかるべきであり、生存権が憲法に明記されている意義も損なわれる。したがって、立法裁量の範囲をできるだけ明確にすることが、生存権を実質的に保障するために必要不可欠である。

a. 立法裁量論の形成

立法裁量とは、「立法に関して、憲法上立法府に委ねられた判断の自由」のことである。「立法をすること自体、その時期、その内容に関わる立法の判断」に委ねられている。そもそも、憲法の条文、とりわけ権利保障規定は、抽象的に記されており、その内容については、多かれ少なかれ解釈の余地が残されている。したがって、憲法が立法府に一定の裁量を認めていることについては異論がない¹⁴⁰。しかし、それぞれの権利保障規定についてどの程度の裁量が認められるかは、やはり問題として残されているだろう。立法裁量は、憲法の限界の画定に関わる問題であり、浦部が指摘するように「実体的な憲法解釈の問題」である¹⁴¹。立法府の権限が憲法により付与されている以上、その権限の範囲も憲法により制約されることはいうまでもない。立法の作為にせよ不作為にせよ、その裁量は、憲法が許容する範囲においてのみ認められ、その範囲を逸脱した立法は、違憲無効となる。

他方、立法裁量「論」は、立法の司法審査について、国会の広範な能力と国民主権原理に基づいて、立法府の裁量判断が尊重されるべきだとして、立法目的と目的達成手段の合理性等について、司法府が独自の価値判断を差し挟むことを拒む理論である。しかし、立法裁量論は、そもそも裁判所によって展開された判例法理であり、立法目的および目的達成手段の合理性等について審査することにより、つまり立法府と同様の検討プロセスを繰り返さないようにすることによって、立法府の裁量判

¹⁴⁰ 野中俊彦「立法裁量論」芦部信喜編『講座憲法訴訟第2巻』（有斐閣1987年）93-94頁。

¹⁴¹ 浦部法穂『憲法学教室Ⅱ』（日本評論社・1996年）77-78頁。成嶋隆「憲法解釈と立法裁量・立法政策」公法研究66号（2004年）118頁。

断を尊重しつつ司法独自の判断プロセスを確立しようとするものであった。判例法理である以上、裁判所が画定する立法裁量の範囲と、立法府が主張する裁量の範囲とがそもそも異なっていることを前提としているのであって、立法裁量論は、あくまでも裁判所を主体として、立法府の裁量の範囲を確定するための理論である¹⁴²。

しかしながら、裁判所は、実際には立法裁量論により、立法府が裁量権を濫用し、または著しく逸脱したというような「例外的」な場合のみ司法審査をすると判示しているにすぎない。「その例外の存在する可能性がごく小さいことを考えれば、立法裁量事項に対する『司法的統制』はほぼ完全に否定されているということができよう」という批判もあるが、生存権訴訟においても、裁判所がこのような立場を堅持するならば、憲法の生存権条項の裁判規範性が失われてしまうことになろう¹⁴³。

日本国憲法の生存権を具体化する法律の立法過程を例にすると、憲法が施行された当時、生存権を具体化したものとして旧生活保護法が定められ、これにより生存権が保障されと考えられた。しかし、旧生活保護法は、憲法施行前の1946年に定められたもので、内容も国家の義務を認めているものの、その適用条件があまりに厳格で受給内容も不明確であり、近代国家における公的扶助の性質を備えた法律とはいえないものだった。したがって、旧生活保護法によって日本国憲法の新しい生存権概念が実現されるとは到底いえず、むしろ憲法の生存権規定とは緊張関係にあるものであった¹⁴⁴。

その後、1950年に生活保護法が新たに定められた。その1条に「この法律は、日本国憲法第25条に規定する理念に基き、国が生活に困窮するすべての国民に対し、その困窮の程度に応じ、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」と記されている。この法律によって、ようやく生存権が具体化され

¹⁴² 戸松秀典『立法裁量論（憲法訴訟研究Ⅱ）』（有斐閣・1993年）3-4頁。

¹⁴³ 大須賀明『生存権論』（日本評論社・1987年）265-266頁。大須賀明「生存権のプログラム論と立法裁量論の問題性－堀木訴訟控訴審判決の憲法的問題」法律時報48巻2号（1976年2月）87頁。

¹⁴⁴ 蕭淑芬「法治国家原理と生存権の保障」台湾図書館所蔵（1997年12月）37頁。

たといえよう。新しい生活保護法が定められてから、生存権と生活保護法は一体として理解され、時代の推移に応じて、立法府は生活保護法を改正している。このように立法府は、社会保障についての法律を立法した以上は、それを適切に維持する一定の責任と権限を有していると理解しうる。したがって、立法裁量が生存権の実質的保障に決定的な影響をおよぼすといえる。

実務上、食糧管理法違反事件において最高裁は、憲法25条の規定について、「国権の作用に対し、一定の目的を設定しその実現のための積極的発動を『期待する』という性質のもの」という解釈を示した。こうすると、生存権は、期待的権利にとどまり、国家に具体的義務を負わせるものではないとして、広範な立法裁量を認めている¹⁴⁵。また、堀木訴訟判決においても、「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択的決定は、立法府の広い裁量に委ねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用とみざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない」と判示し、立法府の決定を尊重して司法判断を自制している¹⁴⁶。一般的に、裁判所が広範な立法裁量を認める主な理由は以下の2つである。まず、「最低限度」の基準は抽象的・相対的な概念であって、「健康で文化的な最低限度の生活」に具体的内容を与えるためには、「その時々における文化の発達の程度、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等の相関関係に」おける判断決定が必要である、ということ。そして、国の財政事情を含めた「多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察をそれに基づいた政策判断を必要とする」ということである¹⁴⁷。

以上の理由は、プログラム規定説が根拠として説くものである。すなわち、立法裁量論は、基本的にプログラム規定説に基づいて、「健康で文化的な最低限度の生活」の程度をすべて立法府の判断に委ねようというものである。立法裁量の司法による統制の程度が生存権理念の実現の

¹⁴⁵ 戸松・前掲注(142)100頁。

¹⁴⁶ 戸松・同上101-102頁。

¹⁴⁷ 戸松・同上103頁。

程度を左右するにもかかわらず、日本の判例に示されている裁判所の姿勢は、生存権についての立法府の判断を追認しているに他ならず、司法統制を放棄しているようなものである¹⁴⁸。こうして、生存権の具体的請求権を否定するのは、憲法における社会権の具体的効果を否定するも同然ではないか。しかも、プログラム規定説を支えていた当時の社会的経済的事情が既に失われている以上、司法府は、生存権に対する立法裁量を適切に統制する必要がある。

b. 立法裁量の限界と収縮

裁判所は、生存権に関する訴訟において、社会福祉行政は多様化・複雑化しており、社会福祉政策の内容や程度については自らの判断能力を超えているとし、立法府の判断を尊重するという立法裁量論を採用して、司法判断を回避している。したがって、立法裁量論の根本的な問題は、立法権と司法権との限界にある。司法府は、果たして立法府の判断を拒否して、自ら貧困者を救済できるだろうか。

立憲主義とは、憲法によって国家権力を制限しつつ、国民に権利を保障し、幸福な生活を営むことを可能ならしめるものである、とするならば、司法府による権利救済に対する積極的行為は、やはり肯定しうるだろう。少なくとも、アメリカの判例において、合衆国最高裁は、立法府の判断にすべて従っているわけではなく、平等保護条項やデュー・プロセス条項等の憲法原理に基づいて、福祉受給者の権利利益を保護するために、個々の事案に応じて厳格な違憲審査基準を適用すると判示している例が少なくない。戸松秀典も指摘するように、「この個別的な厳格な審査のアプローチは、少なくとも日本の社会福祉訴訟に対して採用される余地はある」¹⁴⁹。しかも、日本国憲法には生存権条項が明記されているのだから、個別的厳格審査アプローチがなおさら採用されるべきである。

このように、広範な立法裁量が認められない理由は、あくまでも憲法による国家権力の拘束という原理である。立法権であれ司法権であれ、その権限はすべて憲法によって賦与されたものであり、当然のことなが

¹⁴⁸ 江橋崇「生存権実現と行政の課題」ジュリスト859号（1986年5月）55-57頁。

¹⁴⁹ 戸松・前掲注（142）94頁。

ら憲法により拘束されている¹⁵⁰。すべての権限は、憲法規範の「枠」の範囲内で行使されなければならない。たとえ立法府に一定の裁量が認められているとしても、裁量の範囲を踰越した内容の法律を定めれば、その立法は違憲なのであって、必ず憲法規範の「枠」を守らなければならない¹⁵¹。つまり、憲法は、立法府に裁量権を賦与している一方で、その裁量権を制限しているわけである。法律の司法審査は、人権の内容、種類および立法行為の態様に応じてその審査基準の厳格度を調整すべきであり、立法裁量論に基づいて一律に緩やかな審査基準が適用されることは許されない¹⁵²。また、憲法の抽象的な文言の最終的な有権解釈者は司法府である。したがって、社会福祉立法の司法審査においても、裁判所は立法府による裁量の濫用を防ぐべく、生存権の憲法価値を確認しつつ、自らに課せられた「チェック」機能を果たす他ない¹⁵³。

裁判所は、憲法が「個人の尊厳」に基づいて生存の維持を保障する旨を規定していること、生存権が具体的請求権であることを認め、司法権による立法権の統制機能を果たすべく、不当な立法裁量については是正する必要があるだろう。

さて、立法裁量の統制を生存権の実質的価値に基礎づける他に、「二重の基準論」も立法裁量を統制すべき理由として重要である。憲法に生存権が明記されていないアメリカにおいて、合衆国裁判所は、修正14条

¹⁵⁰ 日本国憲法でも、13条の包括的人権の総則規定、31条の人身条項の総則規定、98条の憲法尊重義務規定等をみれば、立法府といえども憲法に拘束されていることは明らかである。したがって、立法府に認められる裁量は、憲法の予定する範囲を逸脱しえない。大須賀・前掲注（143）267頁。

¹⁵¹ 周・前掲注（31）219-220頁。李惠宗「立法裁量類型化試論」憲政時代第16巻第3期（1991年1月）75頁。

¹⁵² 歐廣南「論「立法裁量」與「司法審査界限」－以日本違憲審査之理論與實務為中心、兼論我國大法官會議有關立法裁量之釋憲問題」憲政時代第24巻第1期（1998年7月）117頁。

¹⁵³ 現代における権力分立の本質は、国家権力をその作用に応じて分割して独立させたこと（古典的な権力分立）ばかりでなく、相互に抑制させたことにもある。したがって、権力分立を根拠に便宜的に立法裁量論を用いることは、本来できないはずである。大須賀・前掲注（143）270-271頁。

の平等保護条項等に基づいて、基本的権利理論と疑わしい区分テストを採用し、社会福祉に関する訴訟において、厳格審査を行っている（例えば、Shapiro v. Thompson 判決）。これは、基本権に関する法律の区別に着目して、貧富の差によって区別する法律を厳格に審査することにより立法裁量を統制しようとするもので、「三重の基準」ともいわれる¹⁵⁴。しかしながら、日本の「二重の基準論」は、自由権を精神的自由権と経済的自由権に区分し、経済的自由権に関係する立法については、精神的自由権に関係する立法よりも緩やかな審査基準を適用すべき、というものであり、生存権は、自由権とは異なるものの、経済的権利であるから、生存権に関係する立法については、やはり経済的自由権と同様に緩やかな審査基準が適用されることになる。したがって、「二重の基準論」という一般的な考えは、立法裁量論と同様に、国家が生存権を保障するための義務を免れる合理性を与える役割を担ってしまっている。

生存権の保障の程度や内容に関する考え方が多岐にわたっていることもあって、生存権を厳格に保障することは不可能だと思われがちである。しかし、社会権の中核的権利として、生存権の法的性質は、受給請求権という理解に限定されるべきである。とりわけ日本国憲法の生存権条項に明記されている「最低限度の生活保障」という文言は、このような法的性質理解を基礎づけるもっとも重要なものである。憲法に人権を明記するということは、国民に対して諸個人の権利を規定することのみならず、立法府に対して人権保障義務を課すことを意味する¹⁵⁵。そして、個人の尊厳が認められ、生存が保障されるということは、諸個人にとってきわめて重要な法益である。それは、立憲主義に基づく国家が当然負うべきもっとも基本的な義務であって、立法府が保障するか否かを自由に決定できるような立法裁量事項ではない¹⁵⁶。したがって、最低限度の生

¹⁵⁴ ここでの立法裁量の制約に限界があることにつき、戸松・前掲注（142）78-79頁。

¹⁵⁵ 奥平康弘『憲法』（弘文堂・1981年）103-104頁。

¹⁵⁶ 周・前掲注（31）223頁。具体的権利説によれば、日本国憲法25条1項に、権利の主体および内容が明確に記されていることから、また、最低限度の生活水準を客観的に確定しうることから、生存権が立法府と司法府を羈束していることは明らかである。したがって、立法裁量の範囲はきわめて限定的である。

活水準の判断も立法裁量事項ではない。その判断における裁量の幅はゼロであって、裁判所による厳格審査が認められなければならないし¹⁵⁷、立法不作為の違憲確認訴訟あるいは立法義務づけ訴訟等の司法による救済の可能性を拡大しなければならない。

(2) 司法のチェックと救済

「司法は正義の最後の砦である」。司法府は、憲法上の権利についてもっとも慎重に判断する能力を有しており、憲法的価値を維持し国民の権利を実質的に保障する「人権の擁護者」であると同時に、立法府および行政府の権力行使をチェックする「憲法の番人」としての役割を果たさなければならない。一方で、「権利のあるところに救済あり」とは、公法上のもっとも基本的な原則だが、生存権の解釈においては各時代の社会状況等の影響もあって、その原則が軽視され、生存権の主観的権利性が認められず、司法救済の対象とされてこなかった。日本では、生存権の法的性質について具体的権利説が登場したが、立法不作為の違憲確認訴訟ができるということとどまっており、直接給付請求ができとしているわけではないため、その実益を検討する必要がある¹⁵⁸。したがって、生存権を具体的請求権とした場合であっても、立法義務づけ訴訟や行政給付訴訟の可能性を再検討しなければならない。

a. 司法の立法義務づけ

日本の憲法学説における具体的権利説と抽象的権利説との相違は、立法不作為の違憲確認訴訟を認めているか否かという点に尽き、いずれの説も、三権分立の原理から、司法府が立法府に何らかの立法を義務づける立法義務づけ訴訟は認めていない。したがって、司法は、同様の判決

大須賀明「社会権の法理—生存権を中心として」大須賀明編『生存権』（三省堂・1977年）107頁。

¹⁵⁷ 戸松秀典は、諸判例における立法裁量のあり方を以下のように類型化した。
①広汎な立法裁量を認めた判例（サラリーマン税金訴訟）。②狭い立法裁量を認めた判例（衆議院議員定数不均衡訴訟）。③立法裁量論を用いない判例（在宅投票制度廃止違憲訴訟）。司法審査の厳格さについては、当然③がもっとも緩やかで、①がもっとも厳格だということになる。成嶋・前掲注（141）122頁。

¹⁵⁸ 棟居快行『憲法学再論』（信山社・2001年）360頁。

を積み重ね、立法府に立法行為を促し続けることで違憲状態の是正を図ることになる。それにもかかわらず立法府が何らの対策も講じないときには、世論による圧力に期待する他なく、さらに国民の権利意識が高まれば、民主的政治プロセスによって立法府に国民の意思を反映させることになる¹⁵⁹。このように三権分立の原理や国民主権に基づいた民主的政治プロセスを重視して司法審査を慎重に行うという裁判所の態度は、確かに首肯できるものではあるが、社会的・経済的弱者は少数者であることが多く、その意見を政治プロセスに反映させることは、一般的に困難である。また、ひっ迫した窮状にある人々を救済するには、世論の形成や政治プロセスを経た対応を待っていたのでは間に合わない。このように、社会的経済的弱者の政治プロセスにおける劣位性や最低限度の生存保障の緊急性に鑑みれば、司法権の積極的な対応によらなければ、生存権を実質的に保障することはできない。

立憲主義における三権分立の原理は、国家権力の独占が徹底的な人権侵害につながったという歴史的反省に立って、国家権力の濫用を防ぐために採用されたものである。しかしながら、資本主義が拡大するにつれて諸個人間の経済的格差も拡大し、国家と個人との関係のみならず、国家類似の社会的権力と個人あるいは個人と個人との関係においても、人権が侵害されるに等しい多くの問題が生じるようになった。これを受けて、人権保障については国家の権力行使を制約する消極的保障だけでは足りず、国家による保護を請求する積極的保障も必要だとされ、福祉国家化が進んだ。

消極的国家の福祉国家化に即して、すなわち新たに盛り込まれた社会権の保障に対応させるべく三権分立の原理をある程度変更する必要がある。憲法によって権限を付与された３つの権力がそれぞれの権限の濫用を防ぐために相互にチェックしなければならないが、同時に、立法府・行政府・司法府には憲法によってそれぞれに独立かつ独自の義務も課されており、その義務に対する責任を十分に果たしているかどうかにも相互にチェックする必要がある。つまり、立法府は憲法によって課された立法義務を果たさねばならず、司法府はそれを果たしているかどうかを

¹⁵⁹ 大須賀・前掲注（143）117頁。

チェックしなければならない。生存権は、国民に対して最低限度の生活を保障するとしているので、最低限度の生活の保障を実施するための立法が憲法によって立法府に義務づけられている。立法府がその憲法義務を果たしていないという訴訟の提起があれば、司法府は憲法によって課されたチェック義務に従って司法審査を行い、違憲と判断したならば違憲を宣告するのみならず、立法府に立法義務を果たすように立法を義務づけても立法権を侵害するとはいえない。違憲状態を是正して憲法秩序を維持するためには、立法義務づけ訴訟が認められるべきである。

生存権条項に「最低限度」の生活の保障が規定されていることは、立法府の裁量空間がないばかりでなく、司法府の裁量空間もないということである。憲法は、その国家が福祉国家であることを明らかにし、生存権の保障を規定しているのであるから、司法の権限も司法消極主義か司法積極主義かに関係なく、立法義務づけ訴訟を認めるとしても、立法府の選択肢を剥奪するわけではない。生存権保障の方法や程度については多様な選択肢があり得る以上、立法府の判断が可能かつ必要である。裁判所はあくまでも立法府が立法義務を果たしているかどうかについて判断するだけで、生存権保障の方法や程度については、その最低限度を明らかにする以外には、ありうる選択肢を提示するに過ぎないので、立法権を侵害することにはならない¹⁶⁰。

b. 司法の行政給付義務づけ

福祉政策の多元化によって、すべての政策を生存権保障の範囲内に入れることはできない。たとえ高度な理想があっても国家の能力の範囲内で行うしかない。しかし、生存権に内在する給付請求権については、国家は即時立法して、制度化する責務がある。立法府の主要な任務はやはり命に関わる最低限度の生活保障の立法である。だが、立法の不作为によって緊急的な生存権が侵害されたときに、生命の救助には、もう冗長な立法過程を持つ時間がない場合には、有効な救済を求めるために、司法は緊急で例外的に直接行政府府に行政給付判決を下す可能性がないわけではないと思われる。

行政府の観点からみれば、法治主義の下で、行政行為は当然に法律の

¹⁶⁰ 棟居・前掲注(158)356頁。周・前掲注(31)234頁。

留保および明確性の授権の原則によってなされるものである。ただし、法律がない場合に（例えば、立法不作為による侵害）、生存の緊急性に鑑み、行政機関は裁判所の判断した憲法の趣旨に照らしてなすべき保護義務を行う余地はあるだろう。たとえ法律がある場合であっても、凡そ国政の運営はそもそも最高法規とする憲法による拘束され、憲法は、立法裁量の限界を示すだけでなく、同時に行政裁量の限界を示している。したがって、最低限度の水準の保障にすでに立法裁量の空間がないだけでなく、その場合に、行政裁量もゼロまでに縮減すべきと思われる¹⁶¹。また、憲法解釈の際に、法律は憲法に抵触した場合、行政部門は憲法を優先的に適用すべきであるので、台湾の社会救助法や日本の生活保護法のような最低限度の生存権を保障した法律がない場合に、行政府は、最高法規とする憲法を根拠としてこのような緊急的な請求権を給付すべきである¹⁶²。このようにしてはじめて司法は、最低限度の生活水準の保障の救済ルートを確保しているといえるだろう。

しかしながら、不作為の確認訴訟や国家賠償請求訴訟や給付訴訟などの訴訟は、憲法事件訴訟法のような法律が存在すれば技術性に関する困難を免れるだろう。ただ、日本現行の法制度では、社会保障給付請求に関する訴訟は多くの場合に行政訴訟の方式を通じて訴訟を提起する。そして、いわゆる不作為の違憲確認訴訟および国家の義務確認訴訟は、主に高田敏が主張する無名抗告訴訟を通じて行われれば、非常に魅力があると思われる¹⁶³。すなわち、人々は一旦生命の存続を営むことができない生活水準に陥ったならば、立法府が極めて重大かつ明白な不作為の（違憲状態）過失があるといえる。このような例外的な場合に、憲法義務に従うために、裁判所は立法機関に代わり、憲法の趣旨に照らして行政給付を義務づけることも考えられるだろう。

¹⁶¹ そもそも行政給付において、「受給資格」、「給付金額」等は、行政機関が個別的に判断すべき事項である（行政裁量）。しかし、最低限度の生活水準の保障は、緊急を要する問題なので、その裁量は認められない。中島徹「社会保障の権利」山田省三編『リーディングス社会保障法』（八千代出版・2002年）292頁。

¹⁶² 周・前掲注（160）243-244頁。

¹⁶³ 高田敏『社会的法治国の構成』（信山社・1993年）168頁。

(3) 行政による実践過程

「正義は実践されるべきだけでなく、見えるように実践されなければならない (Justice must not only be done, but also be seen to be done)」という言葉がある。現代法治国家は、既に基本権の保障を核心とする実質的な法治国家として確立されている¹⁶⁴。実践上、実体法による保障だけでなく、手続法による保障も不可欠である。台湾および日本のような大陸法系の国は、実体法を重視する傾向があるとはいえ、近年次第に手続上の正義の重要性に対する理解が進み、伝統的な「形式的法治」から「手続の法治」を兼ね備えた実質的な法治国家へと変容した。そして、行政手続法などの法律を制定して、人々の行政訴訟の範囲を拡大させ、手続の正義という目標へ向かっている。このことは、人々の権利の利益の保護に非常に役立つと思われる。したがって、生存権の保障についてもこのような考え方を踏まえ、具体的な社会福祉行政に関する手続の統制も必要だろう。

a. 行政手続の統制

日本の学会では、生存権について、その法的性質をめぐって長く議論されてきた。日本国憲法制定当初のプログラム規定説や抽象的権利説に対して、具体的権利説が反論し続け、次第に同学説の影響力を拡大させてきたわけであり、現在では、生存権の実体的保障を重視する学説が主流となっているといつてよい。しかし、いかに実体的な権利といえども、最終的には行政機関により給付等がなされることになる。社会保障としての具体的給付内容等の決定は、すべて行政裁量に属する。憲法の保障する具体的権利として、あるいは法律により確立された権利として、人々が社会保障を享受できるとしても、実際に給付が認められるかどうか、これまでの給付が継続するかどうか等は、行政機関の裁量による決定に左右されざるをえない。つまり、社会権保障は、行政裁量に左右されるわけである。

最低限度の生活水準や生活保護の基準等は、様々な社会科学的検討によりある程度具体化できるため、立法裁量の統制も可能だと思われるが、実際に給付する最終段階で、行政裁量に委ねざるをえない。ただし、宮

¹⁶⁴ 高田・同上94頁。

田三郎が指摘するとおり、「いかなる裁量も全く自由な裁量ではなく、常に一定の法の枠のなかで認められる自由であるにすぎ」¹⁶⁵ず、どんな裁量でも、それ自身は一種の羈束裁量なので、一定の裁量統制も必要である。福祉行政の裁量に関するアメリカの「権利と特権の区分論」との混同を回避するために、行政裁量の統制について、以下のふたつ方法をあげる¹⁶⁶。

まず、その裁量決定が基本権と関係する場合に、司法審査の方式を通して、その裁量の統制の密度を高めることが考えられるだろう。前項で述べたように、司法自身は一定の憲法義務を負う。生活保護基準の給付決定は外部効果を持つため、場合によっては、裁判所が行政の裁量を縮減しなければならない。とりわけ最低限度の生活水準の保障に関わるなら、行政裁量はゼロにまで縮減すべきである。

また、社会保障行政における専門的技術の裁量を一定の手続を確率することにより統制することが考えられる。行政機関の決定は常に福祉権利の享有に影響を及ぼすので、行政判断の中立性に注意しなければならない。すなわち、保護基準の設定は行政機関の裁量事項だが、その決定の過程における行政の恣意的裁量は許されず、行政機関側の一方的な評価だけでなく、利害関係の当事者にも意見表明の機会が与えられるべきである。したがって、告知、聴聞などの手続が必要である。最後に司法を通して、福祉行政処分の行政手続が適正か否かの合憲性を審査して、その行政判断の中立性を確保する。このような手続の保障を重視することにより、生存権保障の無力化だけでなく、他の人権侵害も抑止できる。このことは、生活保護法のような公的扶助の法律には、資産調査、健康調査等の資格認定の条件があることから理解されよう。行政機関はそもそも被保護者の人格の利益ないしプライバシーを傷つけやすいので、実体法上の裁量統制だけでなく、行政裁量権の行使もデュー・プロセスによってチェックする必要がある。法治主義に基づいた手続の統制は、現時点においてきわめて重要なことである¹⁶⁷。

¹⁶⁵ 宮田三郎「行政裁量」公法研究55号（1993年）149頁。

¹⁶⁶ 横山信二「社会権の実現と行政法学」公法研究59号（1997年）327頁。

¹⁶⁷ 山田省三編『リーディングス社会保障法』（八千代出版・2002年）297-298頁。

b. 行政義務の履行を確保する手段

日本の社会保障制度は、社会保障の給付主体である行政機関に、給付措置を決定するにあたり、一定の義務を課すとともに様々な権限を付与している。たとえば、保護の実施機関は、要保護者の資産状況、健康状態その他の事項について調査しなければならない。また要保護者に保護の実施機関の指定する医師等の診察を命じることできる（生活保護法28条1項）。都道府県知事により認可されていない児童福祉施設において、児童の福祉のために必要があるときには、施設を調査し、施設の設置者や管理者に報告書の提出を命じることできる（児童福祉法59条1項）。他方、被保護者あるいは被保険者にも義務が課されている。保険料の納付義務（年金法88条1項）がその代表的なものであろう。要保護者は、行政機関による命令に応じなければ、また法律による義務を履行していなければ、給付は拒否され、児童福祉施設等においては、福祉事業の停止、施設の閉鎖まで認められる。このような行政機関の権限は、社会保障行政権ともいわれ、主に社会保障制度を成立させるための義務履行を確保するためのものだが、その行使は、しばしば人格的に自律した個人の尊厳やプライバシーと衝突し、調査等により明らかになった要保護者に不利な情報が保護内容の変更や打ち切りに直結するため、慎重な対応が求められる。それにもかかわらず、このような調査およびそれに基づく保護の実施期間の決定については、日本の行政手続法3章の適用が排除されたため（生活保護法29条の2）、国民が不利益処分を受けるケースについて、行政機関の義務履行を確保する法的統制が不十分であるという批判があった¹⁶⁸。

この原因は、立法機関が生存権をめぐる不利益処分を、国民の権利・利益に関わる行政手続の問題として認識していないことにある。すなわち、抽象的権利説またはプログラム規定説に依って、生存権を憲法上の国民の権利ではなく、法律により確立されるものとしているため、生存権に係る手続的保障も当然認められないわけである¹⁶⁹。これは、立法

¹⁶⁸ 横山・前掲注（166）公法研究59号（1997年）329頁。

¹⁶⁹ 蕭淑芬「從日本行政程序法之制定談法治國家原理之發展與人權保障（下）」東海法學研究第十四期（1999年）110-111頁。

府が認めなければ国民がその権利の保障を要求できないことを意味しており、生存権の恩恵的権利観がここにはっきりと見出されるだろう。

具体的権利説を採るならば、生存権は、憲法上の主観的権利として、国民には実体的請求権のみならず、手続上の保障も認められると解釈される。したがって、行政手続法の「適用除外規定」は、憲法におけるデュー・プロセスに違反する可能性があるだろう¹⁷⁰。

c. 国民の行政統制

社会保障給付は、生存権の具体化にとって不可欠な手段といえる。憲法あるいは法律によって、社会保障の主体である行政機関には、被保護（保険）者に対する積極的な給付義務が課される。しかし、公的扶助の給付実態として、一般的にいえば給付の入り口に、保護の必要性和実施要件の判断基準として、ある程度の調査義務の条件が設けられている。したがって、過度な資産調査によって被保護者のプライバシー等の人權を侵害しないように、行政機関は注意しなければならない。そして、現在の行政機関による給付に係る処分は、国民が行政機関に申請してから初めてなされるものである。それは、国民が申請しなければ、積極的な給付などの積極的な行政処分を受けられないこと意味する。すなわち、「国民が積極的に要求しない限り、国家は何もしてくれないのである」。ならば、生存権の解釈として一般的な「国家の積極的な配慮を求めることのできる権利」あるいは「国家の積極的作為を請求する権利」の本質に適合・合致するといえるか、疑問があるだろう¹⁷¹。

それにもかかわらず、生存権の具体的な執行は行政機関の責務であるため、行政の裁量は当然認められなければならない。また、立法と司法の統制と比べて、行政の統制は緩やかであり、行政機関の不当な行為を抑制するため、行政の自己統制の手段として、主に「行政監督」および「行政不服審査」が設けられている。しかし、いわゆる「行政監督」は、同一の機関内の上下関係による監督であり、果たして正当な判断を維持できるか問題がないわけではない。そして、「行政不服審査」は実務上もあまり効果がなさそうである。そこで、1993年に日本は行政手続法を

¹⁷⁰ 蕭・同上111頁。

¹⁷¹ 蕭・前掲注（144）27頁。

制定した。法律の制定を通じて、行政活動の透明化、手続化に努めたもののだが、実際に、その法律効果はなされた行政処分の過程を立法統制の範疇に入れたにすぎず、行政内部の自己統制を完全なものにできたとはいえない¹⁷²。「行政手続法の社会保障行政領域における適用には、行政上の便宜を優先することが前提となっており、必ずしも生存権の実現に資するものになっていない」と批判される所以である¹⁷³。しかし、保障基準の設定過程において、行政機関に対する情報提供や行政指導は、伝統的な行政監察などの内部統制だけでなく、国民の手続への参加、福祉施設運営への参加、あるいは社会保障の管理運営への参加等を認めることにより、福祉使用者の地位を高めることができる¹⁷⁴。こうして、生存権は、法律の反射的効力として行政裁量により保障されるだけでなく、行政と被保護（保険）者との交渉プロセスも含めることによって具体化され、さらに行政裁量の統制を強化することも可能となる¹⁷⁵。

現在では、生存権は不可欠な基本的人権のひとつだとされている以上、実体法上の保障だけでなく、手続法上の保障も重要である。ほとんどの諸国において、ある程度の社会保障に関する法律が制定されており、実質的な保障に係る行政処分の具体的内容が今後の検討の焦点になるだろう。

¹⁷² 蕭・前掲注（169）120頁。

¹⁷³ 横山・前掲注（166）328頁。

¹⁷⁴ 竹中勳は、生存権が侵害された際に司法救済を求める他に、高齢者オンブズマンのような、より簡易、便宜、迅速な司法による救済ルート以外の制度を充実させることも重要であると説く。竹中勳「高齢者と人権保障・憲法学」法律時報77巻5号（2005年5月）23-24頁。菊池馨実は、被保護者の主体性を重視し、「選択」、「参加」の理念を導入して、社会保障制度をとともに推進させていくべきだと主張する。笹沼弘志「社会権保障における自立と保護」法律時報75巻8号（2003年7月）58頁。

¹⁷⁵ 江橋崇は、労働基本権を中心に社会権論を構成すべきだと主張する。また、国民を国家政策の受動的な受益者と見なすべきではなく、自律的地位を確保すべきであって、人々が能動的・積極的に福祉政策の形成を推進することが重要だと説く。これは、中村睦男が述べた自由権を軸とする「下から上への社会権」と軌を一にするものだろう。（中村睦男「福祉問題」ジュリスト589号（1975年5月）62頁。中村睦男「権利としての福祉」ジュリスト537号（1973年）43-44頁。）江橋・前掲注（148）57-59頁。

う。したがって、積極的な権利としての生存権保障の趣旨と合致させるため、最低限度の生活水準を判断する立法府の裁量を統制するだけでなく、行政府の裁量についても、行政の自己統制の要求はもちろんのこと、行政府の判断プロセスへの人々の参加を確立する必要があるように思われる。また、生存権を確保するもっとも重要な手段は、いうまでもなく司法による救済だが、積極的な権利としての生存権を実現するためには、具体的権利説に依拠しつつ、立法府および行政府に積極的な対応を義務づけていく必要があるだろう。

〔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、本稿を執筆するにあたり、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）のご協力をいただいた。記して謝意を表したい。