

# 生存権と社会政策との乖離の検証 —憲法規範力の定量化の観点から—

Validating Gap between Right to Life and Social Policies  
- Perspective on Quantify of the Normative Power of the Constitutional Law -

北村 貴

早稲田大学大学院公共経営研究科 博士後期課程

Takashi KITAMURA

The Okuma School of Public Management, Waseda University

## 概要

本論文は、日本国憲法の生存権規定の規範と社会政策の現状とがどの程度乖離しているかを検証することを目的とする。

昨今、社会保障を始めとする社会福祉が大きな問題となっている。憲法は社会権を保障しているが、現実には貧困などの問題が生じている。つまり、社会政策作為要求の機能が十分に果たされていないため、憲法の社会権の理念と現実とが乖離しているのである。この問題は憲法問題であると同時に社会政策問題でもある。それにも関わらず、憲法研究と社会政策研究とを相互関連させた研究は行われてこなかった。これに対して、本論文では、憲法研究と社会政策研究とを相互関連させた「憲法政策としての社会政策」という概念に注目し、研究の方法論を展開している。具体的には、「憲法政策としての社会政策」がどの程度実施されているかという観点から、生存権規定の「憲法規範力」を定量化し、時系列比較及び国際比較を行っている。こうした方法に基づいて、生存権とそれに関する社会政策とがどの程度乖離しているのかについて検証を試みる。

キーワード：社会政策、憲法政策、生存権、憲法規範力

Keyword: Social Policy, Constitutional Policy, Right to Life, Normative Power of the Constitutional Law

---

<sup>†</sup> 本論文は、社会政策学会第119回大会における筆者の研究報告の内容に基づき、加筆・修正したものである。その際、学会において諸先生方から頂いた適切かつ有益なご指摘を本論文に反映させて頂いた。また、本論文の審査においても、匿名の査読者から有益なご指摘を頂いた。記して感謝を申し上げたい。

## はじめに

本論文は、日本国憲法 25 条の生存権が有する「政策作為要求」と「実際の社会政策」との乖離の程度を検証し、同時に乖離と成文憲法上の生存権規定との関係を検証することを目的とする。検証のための方法論として、社会政策研究と憲法研究とを相互関連性に基づく憲法規範力の定量化という手法を用いる。

立憲主義に鑑みれば、社会政策を含むあらゆる公共政策の根拠は憲法に見出されなければならない。この点、社会政策に対応する憲法上の規定は社会権である。夜警国家から福祉国家へという国家観の変化に伴って誕生した社会権の目的は、国家による国民生活の福祉向上であり、社会政策は国民生活の福祉向上を実現するための手段である。

日本国憲法においても、25 条から 28 条で社会権が保障されている。社会権の憲法規範がその内容に見合う現実（以下、「憲法現実」<sup>1</sup>と記す）として実現されているならば、社会福祉が問題となることはない。しかし、現在の日本においては、社会権の憲法規範が憲法現実として十分に実現できているとは言えない。社会権の「社会政策作為要求」の機能が十分に果たされていないため、憲法上の社会権の理念と現実とが乖離しているのである。

この点、憲法及び立憲国家の目的の一つは社会的厚生を最大化の結果、「人間の尊厳」を全ての個々人が実現することである。この目的を市場経済の中で達成するためには、社会政策によって社会権規定を実現する必要がある。すなわち、個別の社会政策の政策過程を意識しながら憲法問題を考察する必要がある。しかし、従来の憲法研究においては、個別の社会政策過程を意識した研究は一般的ではない。また、社会政策研究においても、社会権規定に言及されていたとしてもその理念を述べるだけに留まっている。

こうした問題意識に立ち、本論文では、憲法研究と社会政策研究を関連させた「憲法規範力の定量化」という方法論を検討する。その方法論に基づき、社会権の中で特に重要な「生存権」を具体例とし、「生存権の社会政策作為要求と実際の社会政策とがどの程度乖離しているのか」という点と「乖離と成文憲法上の生存権規定との関係」について検証する。

本論文の構成は以下の通りである。第 1 節では、生存権の規範内容と対応する憲法現実の概観を整理する。第 2 節では、憲法研究と社会政策研究の相互関連性の観点の必要性について論じた上で、「憲法規範力の定量化」という相互関連性に基づいた具体的な方法論を示す。第 3 節では、第 2 節で示した方法論に基づいて、社会政策作為要求と実際の社会政策との乖離の問題の検証を行う。最後に第 4 節で結論を述べる。

## 1. 生存権に関する憲法規範と憲法現実

本節では、日本における社会政策の淵源となる生存権規定の憲法規範及び社会政策の結果としての憲法現実について、それぞれの概観を整理することで、問題提起を行う。

まず、生存権の規範内容の輪郭を整理する。日本国憲法は 25 条<sup>2</sup>で「国民の健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」及び権利実現のための手段として「国による社会福祉・社会保障・公衆衛生の向上及び増進の義務」を明記している。2 項の条文の主格が「国」となっているように、生存権は「国家による自由」、すなわち、国家の政策により実現されるべき権利である。国家による自由という文脈における「国家」は、政策実施主体という意味合いが強い。従って、ここでの国家には、中央政府のみならず、地方自治体も含まれて然るべきである（以下、本論文では、中央政府と地方自治体を併せて「公的機関」と記す）。

つまり、生存権規定の規範内容とは、「国民の健康で文化的な最低限度の生活を配慮するための社会政策」の作為を公的機関に要求する点にある。以降は、こうした生存権規定の規範内容を前提として論考を進める。

続いて、憲法 25 条の生存権規定に対応する憲法現実の概観を整理する。本論文においては、憲法現実を具体的な指標に置換する。憲法現実を示す指標としての妥当性を持たせるためには、憲法規範の内容を可能な限り反映させた指標を選定する必要がある。この点、本論文における主たる指標としては、UNDP が公表する人間貧困指数 (Human Poverty Index, 以下、HPI と記す)、特に先進国の絶対的貧困指数を表す“HPI-2”を用いる。

HPI-2 は「長寿かつ健康」「知識」「人間的な生活水準」「社会的疎外」という要素に基づいて算出される。具体的には、「長寿かつ健康」を示す指標としての「60 歳まで生存できない出生時の確率」を  $P_1$ 、「知識」を示す指標としての「機能的非識字率」を  $P_2$ 、「人間的な生活水準」を示す指標としての「貧困ライン以下(所得分布の中間値の 50%以下のライン、OECD の定義する相対的貧困と同様の定義)の生活者の割合」を  $P_3$ 、「社会的疎外」を示す指標として「長期失業率」を  $P_4$  と設定し、

$$\text{HPI-2} = \left[ \frac{1}{4} (P_1^\alpha + P_2^\alpha + P_3^\alpha + P_4^\alpha) \right]^{\frac{1}{\alpha}}, \quad (\alpha = 3)$$

として算出するものである<sup>3</sup>。

HPI-2 が生存権規定の規範内容に対応する憲法現実を示す指標としての妥当性を有するとする理由は以下の二点である。第一の理由は、HPI-2 の「長寿かつ健康」「知識」「人間的

な生活水準」「社会的疎外」という構成要素は、「健康」「文化的」「最低限度の生活」という憲法 25 条の規範内容との対応度が高いためである。第二の理由は、HPI-2 は絶対的貧困指数であるが、その算出に際して相対的貧困の要素も加味しているからである。生存権規定の「健康で文化的な最低限度の生活」という文言に関して、「相対的な概念であり、その具体的な内容は、文化の発達、国民経済の進展に伴って向上」するとの判例<sup>4</sup>もある。従って、生存権規定に対応する憲法現実を表す指標には、相対的貧困の要素も加味されることが望ましいであろう。以上、二点の理由に基づき、本論文においては、HPI-2 を憲法 25 条の生存権規定に対応する憲法現実を表す指標として用いる。

1995 年以降の日本における HPI-2 の値は、1995 年から 1997 年までの 12.0 ポイントが最も高く、2001 年から 2002 年までの 11.1 ポイントが最も低くとなっている（HPI-2 は低ければ低いほど良い）<sup>5</sup>。直近の 2007 年の HPI-2 は 11.6 ポイントとなっており、この値は 2007 年の HPI-2 のデータが利用可能な 20 ヶ国中 11 位と、決して上位ではない<sup>6</sup>。逆に HPI-2 の値が低い国々は、スウェーデンが 6.0 で 1 位、ノルウェイが 6.6 で 2 位、デンマークが 7.7 で 4 位、フィンランドが 7.9 で 5 位となっており（いずれも 2007 年<sup>7</sup>）、一般的に社会福祉が充実していると言われる北欧諸国の HPI-2 が低い結果となっている。直近の日本の HPI-2 が一時期の日本 HPI-2 の値よりも高いこと及び日本よりも HPI-2 が低い先進国が存在することは、今後の日本において生存権規定の規範内容の実現程度がより高い状態を実現し得る余地があることを示唆している<sup>8</sup>。

以上、生存権の憲法規範と憲法現実の現状について概観することで、憲法規範が憲法現実として十分に実現できているとは言えない現状が明らかとなった。憲法規範と憲法現実との間に乖離が生じているのである。生存権に関する憲法規範と憲法現実との乖離は、『生存権規定の政策作為要求』と『社会政策実施の現状』との間の乖離が生じていることを意味する。生存権に関する憲法現実とは、生存権規定の政策作為要求に基づく社会政策の施行を通じて初めて実現され得るものだからである。その意味で、この乖離の問題には「憲法問題としての側面」と「社会政策の問題としての側面」が含まれている。「憲法問題」と「社会政策の問題」という二つの側面を有している以上、問題解決のためには、憲法研究と社会政策研究との接点に基づく研究を行う必要がある。しかし、従来は、憲法研究と社会政策研究とを相互関連させた研究は行われてこなかった。そこで、次節では、憲法研究と社会政策研究という二つの研究領域を相互関連させた視点に基づく「憲法規範力の定量化」という方法論を提唱する。

## 2. 憲法研究と社会政策研究との相互関連性に基づく方法論

本節では、前節において提起した「政策作為要求」と「実際の社会政策」との乖離という問題に関して研究を行うための方法論について、憲法研究と社会政策研究との相互関連性の観点から論じる。なお、本節で論じる内容は、生存権に限定した内容ではなく、教育を受ける権利や勤労権にも共通する内容である。従って、社会権全般に共通の問題であることを前提として以下の論考を展開する。第1項では、日本の憲法研究において政策的要素が欠如している状況及び社会政策研究において憲法的要素が欠如している状況について論じ、そうした状況の問題点を明らかにする。第2項では、「社会権規定に関する憲法規範と憲法現実との媒介としての社会政策」という観点に基づいた「憲法政策としての社会政策」研究の必要性について論じる。第3項では、相互関連性に基づいた具体的な手法として、「憲法規範力の定量化」という方法論についての論を展開する。

### 2.1. 憲法研究と社会政策研究との分離とその問題点

本項では、憲法研究と社会政策研究との関係について「憲法研究における社会政策的要素の欠如」及び「社会政策研究における憲法的要素の欠如」という側面から論じることで、研究領域の分離状態を明らかにし、分離から生じる研究上の問題点を指摘する。

#### 2.1.1. 憲法研究における社会政策的要素の欠如

まずは、憲法研究における社会政策的要素の欠如について論じる。従来の日本の憲法学界における主要な研究対象は、憲法学とその隣接科学を厳格に区別し、憲法学から法的要素以外のものを排除する法実証主義に基づいた憲法解釈学である。憲法解釈学の方法論的根本には、「法の認識にあたって自然科学的・社会的・倫理的・政治学的考察を次々と排除する」<sup>9</sup>というケルゼン（Kelsen, Hans）流の純粋法学の思想がある。従って、憲法の社会権研究に関しても、憲法解釈学においては、非実定法的なあらゆる要素を排除することが方法論的前提となっている。換言すれば、個別具体的な社会政策的要素を排除し、成文憲法上の社会権規定のみを抽出して研究対象とする憲法解釈学が日本の憲法学界における一般的な社会権研究の姿勢となっているのである。

憲法解釈学の第一義的な目的は、各条文の「規範内容」を明らかにすることである。加えて、社会権規定に関する憲法解釈学では、自由権とは異なる社会権の権利性及び権利保障の在り方に起因した「法的性格」も問題とされる。すなわち、規範内容を明らかにする

だけでなく、その規範性の程度も憲法解釈学の対象となっているのである<sup>10</sup>。社会権規定の「規範内容」及び「法的性格」に関する議論の特徴は、いずれも裁判における規範適用性の可否と密接な関係を持っている点にある。すなわち、憲法解釈学の議論は、現実の問題が生じた場合に、訴訟を通じた事後的な権利救済の可否を明らかにするという観点に基づいているのである。

確かに、こうした権利救済の可否を明らかにすることが憲法解釈学の重要な任務の一つであることは疑いようがない。しかし、規範内容及び法的性格に関する解釈論に終始し、「個別具体的な社会政策の過程」や「政策結果として実現されている憲法現実」といった非法的要素を含めた憲法研究が一般的でないという現状は問題点として指摘できる。憲法解釈学はあくまでも「静態的な憲法規範」のみを対象としているが、前節で論じた生存権に関する政策作為要求と実際の社会政策との乖離の問題など、憲法問題でありながら憲法解釈学のみでは解決できない「動態的な問題」が現実には生じている。問題の動態性を認識した上で適切に対処しなければ、問題解決は不可能である。

この点、「憲法研究者は厳格憲法解釈論をしているだけでは不十分」<sup>11</sup>という憲法学界からの指摘は重要である。また、「憲法から見て望ましい政策・法律を立案し論じる学問」<sup>12</sup>という提案も僅かながら存在する。しかし、こうした指摘や提案に則り、実際に具体的な社会政策過程と憲法の社会権規定とを関連させた研究は行われていない。加えて、こうした指摘や提案に対しては、「憲法学と政策学との関係を曖昧にするもの」として批判しつつ、「規範＝適用図式・適法性・過去志向」の法的思考様式と「目的＝手段図式・妥当性・将来志向」の政策的思考様式という二つの思考様式の違いを挙げ、憲法学と政策学との自覚的な学問分野の分離を主張する見解がある<sup>13</sup>。「憲法学＝憲法解釈学」という思考図式に基づき、非法的な要素である政策的要素を憲法学から排除しようとする意見の一例である。つまり、法的純粋性に則った憲法解釈学を中心とする憲法学は、非法的要素である具体的な社会政策的要素の取り入れを回避する傾向が強いのである。

### 2.1.2. 社会政策研究における憲法的要素の欠如

続いて、社会政策研究における憲法的要素の欠如について論じる。社会政策研究の大まかな区分の観点から生存権に関する憲法規範と憲法現実との乖離及び政策作為要求と実際の社会政策との乖離の問題を捉えると、貧困の問題ということになる。貧困の問題はまさに社会政策研究の主要な研究対象であり、これまでに多くの先行研究が積み重ねられてい

る<sup>14</sup>。加えて、憲法ではなく法律レベルでは、個別具体的な社会政策とそれに関連する各種法律とを密接に関連させた研究が立法政策などの法政策論として行われている。しかし、あくまでも法律レベルの議論に留まり、立憲主義の下で最終的に政策の淵源となるべき憲法との相互関連性を意識した社会政策研究は行われていない。社会政策研究の多くは、憲法について言及されていたとしても、各条文及びその理念への言及に留まることが一般的である。すなわち、社会政策研究においても憲法的要素が欠如しているのである。

この点、社会政策研究を含む政策科学はそもそも学際性（トランス・ディシプリン）を基調とする学問である。従って、憲法研究が法的純粋性を過剰に意識して非法的要素を排除する場合とは異なり、社会政策研究が憲法的要素を積極的に排除する理由はない。

結果的に社会政策研究において憲法的要素が欠如している原因としては、「憲法が非常に抽象性の高い法律である」という点が挙げられよう。理念的・抽象的な社会権の条文は社会政策の大まかな方向性を定めているに過ぎない。例えば、生存権に関して、最低限度の生活の補助に関する詳細は憲法には規定されておらず、生活保護法によって憲法 25 条の精神がより具体化されている。また、26 条の教育を受ける権利や 27 条の勤労権には、詳細は法律で定める旨の規定がなされている。抽象的な憲法の条文は、個別の法律によって具体化され、その法律に基づいて政策が施行されることが一般的なのである。従って、法学的観点からの社会政策研究において、「個別の法律に基づく社会政策」が研究対象となることはあれども、「憲法に基づく社会政策」という研究は行われてこなかったと推察されよう。

以上、憲法研究の領域と社会政策研究の領域との分離の現状について論じた。「憲法学における非法的要素の排除」、「『憲法』の社会権の抽象性」と『個別の社会政策の具体性』との差」が原因となって、両者の分離構造が常態化しつつあるのである。憲法問題であり社会政策問題でもある「生存権の政策作為要求と実際の社会政策との乖離」に対する有効な対処方法の研究が行われ難いという弊害が生じている以上、憲法の学問領域と社会政策の学問領域との分離構造は問題点として指摘できる。

## 2.2. 憲法政策としての社会政策の視点

本項では、「憲法研究における社会政策的要素の欠如」及び「社会政策研究における憲法的要素の欠如」に対して、それぞれ「憲法研究における政策的要素の必要性」及び「社会政策研究における憲法要素の必要性」を論じることで、憲法研究と社会政策研究との相互関連性に基づいた「憲法政策としての社会政策」という捉え方の必要性を明らかにする。

### 2.2.1. 憲法研究における政策的要素の必要性

まずは、憲法研究における政策的要素の必要性に関して論じる。「憲法規範と憲法現実との乖離の問題」には政策問題としての側面が含まれる。何故ならば、抽象的な憲法規範を個別・具体的な憲法現実として実現させるためには、憲法の成立そのものだけでは不十分であり、憲法規範と憲法現実との媒介として諸々の公共政策が必要となるからである。このように「憲法規範を憲法現実として実現させることを目的とする」という点に着目すると、立憲主義国家のあらゆる公共政策には「憲法政策」の要素が含まれることになる。

特に社会権に関しては、「憲法政策としての社会政策」を意識することがより重要となる。何故ならば、「国家の不作为」を要求する自由権と異なり、社会権は「国家の作為」を通じて実現され得るからである。この社会権の性質に留意すると、社会政策の実施が社会権の憲法規範を憲法現実として実現するための必要条件であることは明らかな帰結である。また、第1節で論じたように、社会権に関する憲法規範と憲法現実との乖離は、同時に社会権の本質である「政策作為要求」と「実際の社会政策の施行状況」との間にも乖離が生じていることになる。換言すれば、社会権の憲法規範に対応する社会政策は、「憲法規範を憲法現実として実現する媒介としての憲法政策」という性質が他の領域よりも強いのである。

社会政策に「社会権に関する憲法規範の価値内容を憲法現実として実現する」という意味で憲法政策としての任務が備わっており、さらに、憲法規範を憲法現実として実現するために社会政策が必要不可欠である以上、社会政策の要素を憲法研究から排除することは妥当ではない。

こうした社会政策的要素を加えた憲法研究の必要性に対しては、前述した「憲法学＝憲法解釈学」とする立場からの反論が予測される。実際、「のぞましい政策論に憲法政策論の名をかぶせる議論は、憲法解釈論と政策論の関係の整除・明確化をはかるうえで問題をはらむといわざるをえない」という主張が、憲法研究から政策的要素を排除すべきとの立場からなされている<sup>15</sup>。確かに、憲法解釈論と政策論とを区別する必要がある。しかし、それを以って、「憲法解釈学以外の憲法研究」、すなわち、憲法論と政策論との相互関連性を意識した「憲法政策」という研究領域の必要性を否定し得るものではない。むしろ、憲法解釈学で明らかになった社会権規定の規範内容を憲法現実として実現させ、社会的厚生を増大させるためには、非法的要素である政策的要素を排除する憲法解釈学ではなく、「社会政策の要素を組み込んだ憲法の政策的研究」が必要となってくるのである。

## 2.2.2. 社会政策研究における憲法要素の必要性

続いて、社会政策研究における憲法要素の必要性に関して論じる。憲法研究が「意図的に」非法的な政策要素を除外していることに対して、社会政策研究は意図的に憲法的要素を欠如させているわけではない点については前述した。この点、憲法的要素を組み込んだ社会政策研究として重要な点は、社会政策の淵源が憲法の社会権にあるという点に留意することである。前述した通り、憲法は国家の基本法であり、非常に抽象性が高いため、憲法上に詳細を規定することには向いていない。従って、社会政策研究において、各種法律を意識することはあっても、憲法を意識した社会政策研究は決して一般的ではない。

しかし、憲法は国家の最高法規である。社会政策の実施と密接に関連してくる個別の法律も、その淵源は憲法に求められる。すなわち、憲法の社会権規定と個別の社会政策とは「抽象から具体」という一つの政策実施プロセスの起点と終点なのである。このような政策プロセスを立憲主義の観点から捉えると、憲法が最終的な社会政策の拠り所とならなければならない。政策の拠り所としての憲法を意識すること、換言すれば、憲法規範実現のための社会政策がどの程度実施されているかという観点を意識することが重要となる。

社会権の本質は公的機関に対する「政策作為要求」にある。従って、社会権に関しては「政策結果として憲法規範がどの程度実現されているか」という点以上に、「憲法政策としての社会政策そのものが、どの程度実施されているか」という点が重要となってくる。つまり、「憲法規範実現のための社会政策、すなわち憲法政策がどの程度実施されているか」という意味で憲法を意識しながら憲法政策としての社会政策を分析する必要がある。こうした意味において、憲法規範と憲法現実との乖離の問題に対して憲法を意識した社会政策研究が必要となるのである。

以上、「政策的要素を組み込んだ学際的な憲法研究」及び「政策の淵源となる憲法を意識した社会政策研究」の必要性について論じた。両者のインターフェイスに生じる「憲法政策としての社会政策」という点に着目することが、社会権に関する憲法規範と憲法現実との乖離の問題を考察する際に重要となるのである。

## 2.3. 方法論としての「憲法規範力」の定量化

本項では、前項までに論じた「憲法政策としての社会政策」という観点からの研究を具体的に展開していくための方法論としての「憲法規範力の定量化」について検討する。まず、前提としての「憲法規範と憲法現実との乖離の不可避性」について論じる。続いて、「乖

離がもたらす緊張関係を有意義にする」ための「憲法政策としての社会政策」形成の指標を導き出す方法論としての「憲法規範力」の概念及びその定量化という点について論じる。

### 2.3.1. 憲法規範と憲法現実との乖離の不可避性

憲法規範と憲法現実との関係について、第1節で生存権に関する憲法規範と憲法現実との乖離及びそれに伴う社会政策作為要求と実際の社会政策実施の現状との乖離の概観を論じた。こうした乖離の現状は、「各種政策及びその結果としての憲法現実、憲法規範の内容から逸脱してはならない」という立憲主義からの帰結に反している。

しかし、こうした立憲主義からの帰結に反する現状は、法の常態であり、不可避であることが事実である。憲法も含めた実定法にはそもそも「その規範と現実との間に一定の乖離が生じる」性質が内包されている。理想的には、一方の極では規範と現実が完全に合致した状態、もう一方の極では規範が全く守られていない状態を想定できる。しかし、これらはいくまでも理念的な両極であり実際には生じえない。また、仮にこうした両極端の状態が生じたとしても、これらの状態では、規範の実定性と有効性は消滅してしまうため、その法は形式的には実定法であるが、実質的にはもはや実定法とは呼べない<sup>16</sup>。加えて、憲法規範と憲法現実との緊張関係は、憲法の抽象性・政治性・理想性が原因で、質的な面でも規模的な面でも、一般法の場合に比べて遙かに深刻なものとなりがちである<sup>17</sup>。

すなわち、憲法規範による憲法現実の完全な統制が立憲主義の理想であるものの、現実問題として両者の乖離は不可避なのである。この不可避の乖離は両者の間に緊張関係をもたらす。「憲法規範の『憲法現実を引き寄せようとする作用』」と「憲法現実の『憲法規範を引き寄せようとする作用』」との相反する二つの作用が同時に働くことで、一種の緊張関係が生じるのである。

両者の乖離が不可避である以上は、乖離がもたらす憲法規範と憲法現実との間の緊張関係は有意義なものでなければならない。乖離が深刻になればなるほど、憲法現実が一方的に憲法規範に優位することとなる。すなわち、憲法規範の「憲法現実を引き寄せようとする作用」と憲法現実の「憲法規範を引き寄せようとする作用」との均衡が失われ、両者の間の緊張関係は有意義ではなくなり、「現実空洞化の憲法規範」や「規範空洞化の憲法現実」<sup>18</sup>という状態に陥るのである。こうした両極端を避け、両者の緊張関係を有意義なものに保つための憲法政策が必要なのである。憲法規範が憲法現実を統制し得なくなり、憲法体制そのものが崩壊してしまったドイツのヴァイマル憲法のような事例を繰り返さないこと

は、現代の立憲国家の責務である。

つまり、社会権規定に関する憲法規範と憲法現実との乖離の問題に関しても、両者の乖離を不可避の前提として捉えつつも、乖離がもたらす緊張関係をより有意義なものにするための「憲法政策としての社会政策」を常に意識して実施する必要があるのである。

### 2.3.2. 憲法規範力の概念とその定量化

前述した「乖離がもたらす緊張関係の問題を有意義にするための政策」について考察するためには、緊張関係の程度が明らかにする必要がある。緊張関係の程度の問題は、「憲法規範がどの程度憲法政策及び憲法現実を統制しているか、逆に、憲法政策及び憲法現実がどの程度憲法規範に適応しているか」という点に帰結する。

この点に関しては、ドイツ国法学者であるヘッセ (Hesse, Konrad) が提唱した「憲法規範力 (die normative Kraft der Verfassung)」<sup>19</sup>の理論を考察の契機とすることが有用である。何故ならば、ヘッセの憲法規範力の理論においては、憲法の本質が「法規範の妥当性要求」<sup>20</sup>と捉えられており、「妥当性要求の結果」として「憲法規範が憲法生活に責任のある者の活動を通じてどの程度国家的現実として実現されているか」が憲法規範力の問題であるとされるからである。「憲法規範が人間の活動を通じてどの程度国家的現実として実現されているか」という点は、憲法規範と憲法現実との相互関連性を意識しており、まさに憲法規範と憲法現実との乖離がもたらす緊張関係の程度の問題である。前述の純粋法学のように「根本規範」と捉え憲法規範のみに固執したり、また、純粋法学とは逆の立場の政治学派のように「憲法定権力」<sup>21</sup>と捉え憲法現実のみに傾倒したりしない点において、憲法規範力の理論は、憲法規範と憲法現実との相互関連性が重要となる問題に対して有用である。

つまり、当該憲法規範の憲法規範力を考察することで乖離がもたらす緊張関係の程度が明らかになり、緊張関係を有意義にするための各種政策を考察する端緒となるのである。

もともと、憲法規範力の理論はそのままでは実際の憲法政策形成の指標とはなり得ない。ヘッセの憲法規範力の理論はあくまでも規範的・抽象的な理論に留まっているため、現実の政策過程に活用・反映され難い。こうした問題点を解消し、憲法規範力の理論を実際に憲法政策形成の方法論として活用するためには、憲法規範力を「抽象的概念」から「具体的な指標」に転換させる必要がある。具体的には、憲法政策ないし憲法現実を各種統計指標等に基づくことで数値化し、憲法規範との対応関係を検討することで、憲法規範力を抽象的概念から具体的な指標へと転換させることができる。

以上、本研究における方法論について論じた。次節では、こうした方法論に沿って実際に生存権の憲法規範力の定量化を試みることで、生存権に関する乖離の問題について検証する。

### 3. 生存規定の憲法規範力の測定と乖離の検証

本節では、前節で論じた「憲法規範力の定量化」という方法論に基づいて、実際に生存権の憲法規範力を測定し、時系列比較及び国際比較研究を行うことで、憲法の社会権規定と社会政策との乖離の現状を分析する。

#### 3.1. 生存権規定の憲法規範力測定のための指標

本項では、生存権規定の憲法規範力測定のための指標について検討する。憲法規範力の理論を抽象的な理念から具体的な指標に置換するためには、以下の(a)から(c)の定量化の過程を経ることが必要となる。一般的な憲法解釈学は(a)における「規範内容の明確化」が目的であるが、本研究においては、(a)の後に(b)(c)という過程が続く。このような具体化の過程を経て導出された憲法規範力は、憲法規範と憲法現実との乖離がもたらす緊張関係の程度を示す指標となる。

- (a) 憲法解釈によって当該社会権規定に関する規範内容を明確化し、収集すべき指標の範囲を確定。
- (b) 規範内容に関して施行されている憲法政策及び憲法現実に関する指標を収集。
- (c) 収集した指標を組み合わせて「規範内容に関する作為の程度」、すなわち憲法規範力の指標を導出。

憲法規範力測定的前提となるべき「規範内容の明確化」に関して、生存権に関する憲法解釈学の争点は、規範内容よりもその法的性格にある。むしろ、規範内容に関しては、文言通り、「全ての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営めるように政治を運営する義務を公的機関が有する」という点で争いはない。従って、こうした生存権の規範内容に基づいて以下の論を展開する。

前節第2項で論じたように、社会権の憲法規範力に関しては、「社会政策の『結果として』社会権の憲法規範がどの程度実現されているか」という点と「憲法政策としての社会政策『そのもの』がどの程度実施されているか」という二つの観点から測定可能である。第1

節における HPI-2 を用いた乖離の論述は、前者、すなわち、「結果としての」憲法現実に着目した乖離に関するものである。しかし、憲法規範力の問題の本質は「憲法規範が憲法生活に責任のある者の活動を通じて現実としてどの程度実現されているか」であり、また、社会権の本質は「公的機関に対する政策作為要求」にある。すなわち、社会権である生存権の憲法規範力の問題は、公的機関という憲法生活に責任のあるもの<sup>22</sup>が、「憲法規範を憲法現実として実現させるためにどの程度の社会政策を行っているか」という点に収斂できる。従って、憲法規範力の測定という観点から乖離の問題を検討するためには、「社会政策の『結果として』生存権の憲法規範がどの程度実現されているか」という以上に、「憲法政策としての社会政策『そのもの』がどの程度実施されているか」という点を重視した憲法規範力の定量化を行うべきである。

この点、本研究では、政策作為要求の実現程度、すなわち憲法規範力の代理変数として、政府の当該政策に関する支出額をベースとして用いる。公的機関が憲法規範を憲法現実として実現させるためにどの程度活動を行っているかという点は、政府の当該政策の支出額に反映されるからである。支出額が高ければ高いほど、当該政策に関して政府が政策作為要求に応じている程度が高く、生存権の憲法規範力が高いと判断できるであろう。

もっとも、当該社会政策に関する支出の絶対額を用いるだけでは、憲法規範力の代理変数として最適ではなく、以下の二点に留意する必要がある。

第一に、支出の絶対額が同額であったとしても、経済規模によって国家に対する作為要求の実質的程度が異なる点に留意する必要がある。すなわち、時代や国によって経済規模が異なる以上は、支出額そのものを比較することは妥当ではないのである。従って、経済規模の違いによる差異を考慮する必要がある。

第二に、当該社会政策の支出額の規模と、政策目的、すなわち解決すべき貧困問題の規模との関係に留意する必要がある。当該社会政策支出額対 GDP 比が同値であったとしても、憲法現実として生じている貧困問題の規模の大小によって、国家に対する作為要求の実質的实现程度が異なる。当該社会政策支出額対 GDP 比が同値であっても、貧困問題の規模が小さければ小さいほど、政策作為要求の実質的实现程度が高いのである。従って、憲法現実として生じている貧困問題の規模の差異を考慮する必要がある。また、憲法現実として生じている貧困規模も考慮に入れることで、「政策『そのもの』がどの程度実施されているか」という要素を基調としつつも、「社会政策の『結果として』社会権の憲法規範がどの程度実現されているか」というもう一つの要素も反映された乖離の程度の測定が可能となる。

上記の二点に留意した結果、本研究においては「憲法現実として生じている貧困問題の規模に対する政府の社会政策支出額対 GDP 比」を乖離の程度を図るための憲法規範力の代理変数として用いる。具体的には、時系列比較及び国際比較が可能なデータという観点から、「政府の社会政策支出額対 GDP 比」は OECD が発表の指標<sup>23</sup>、「憲法現実として生じている貧困問題の規模」に関する指標は HPI-2 を用い、「政府の社会政策支出額対 GDP 比/HPI-2」を生存権規定の憲法規範力を示す代理変数とする<sup>24</sup>

### 3.2. 生存権規定の憲法規範力の比較分析

本項では、前項で示した指標に基づいて実際に 1995 年から 2005 年までの生存権に関する憲法規範力を定量化することで、乖離の大きさ及び乖離の拡大／縮小傾向を検証する。その際、諸外国<sup>25</sup>の生存権の規範力<sup>26</sup>との比較分析を行うことで、日本における生存権規定に関する乖離が相対的にどの程度かという点についても検証する。

まずは、日本における生存権の憲法規範力の概観を整理する。下記の図 1 は、日本における生存権規定の憲法規範力の推移をまとめ(1995 年の憲法規範力を 1.00 として調整)、その線形回帰を加えたものである。

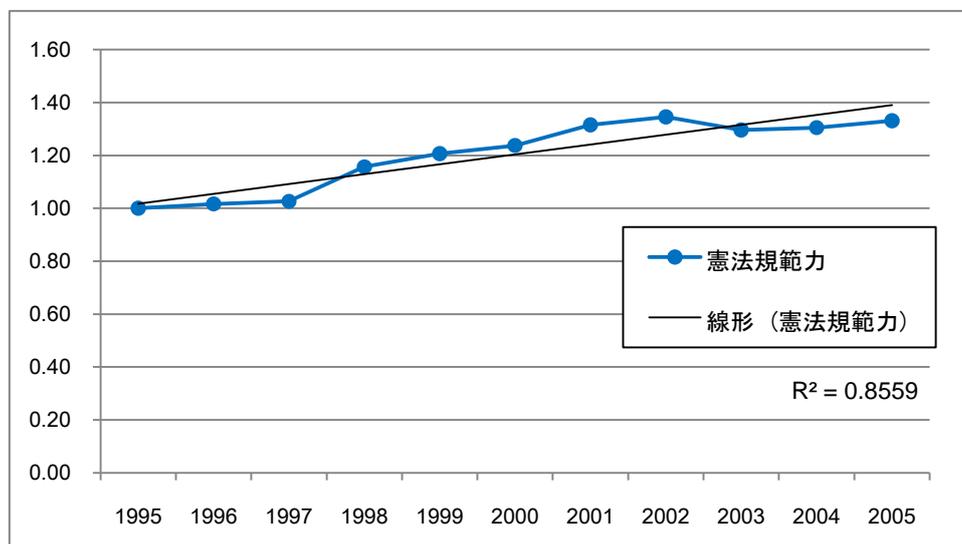


図 1：日本における生存権規定の憲法規範力の推移(1995年 - 2005年)

(出所： UNDP(1997-2009)及び OECD. Stat に基づき筆者作成)

図 1 から、日本における生存権の憲法規範力はトレンドとして増加していることが読み取れる。また、各年の憲法規範力対前年比幾何平均は 1.03 (回帰線の傾きは 0.0373)であり、測定可能期間の最終年である 2005 年は 1995 年の約 1.3 倍となっている。

この点、生存権規範の本質である政策作為要求の実現程度を表したものが憲法規範力であり、憲法規範力が強ければ強いほど、乖離は小さいと言える。憲法規範力が増加傾向にあることから、日本における生存権に関する乖離は縮小傾向にある<sup>27</sup>。

続いて、憲法規範力の国際比較を行うことで、日本における乖離が国際的にどの程度のものなのかを検証する。前節第 3 項で論じたように、絶対的尺度で乖離が測れる状態—乖離がゼロの状態及び完全に乖離している状態は、規範の実定性と有効性を満たさない理想的状態である。実定性と有効性を満たす範囲で乖離の程度が推移する以上、乖離の程度をより相対的な尺度で捉えることが適切である。日本の憲法規範力について検証するだけでは、日本における生存権に関する乖離がどの程度かを十分に検証できないのである。以下では、日本を含めた 18 ヶ国の規範力に関して、比較分析を行う。下記の表 1 は、18 ヶ国における生存権の規範力の推移を、各年平均が高い順にまとめたものである（図 1 と同様、1995 年の日本における規範力の値を 1.00 として調整）。

表 1：各国の生存権の規範力(1995 年 - 2005 年)

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	各年平均
スウェーデン	3.96	3.91	3.66	3.35	3.67	3.57	3.73	3.81	3.91	3.85	3.80	3.75
フィンランド	2.19	2.19	2.01	2.56	2.45	2.32	2.41	2.49	2.64	2.65	2.67	2.42
ノルウェイ	1.73	1.67	1.63	2.71	2.64	2.38	2.59	2.79	2.94	2.78	2.59	2.40
デンマーク	2.02	1.97	1.87	2.40	2.45	2.28	2.40	2.47	2.62	2.61	2.70	2.34
ドイツ	2.12	2.16	2.13	2.12	2.10	2.09	2.16	2.19	2.22	2.17	2.18	2.15
オランダ	2.43	2.31	2.21	2.18	2.02	1.95	1.97	2.09	2.16	2.15	2.13	2.15
フランス	2.03	2.05	2.02	2.18	2.19	2.10	2.16	2.22	2.13	2.14	2.15	2.13
ベルギー	1.77	1.81	1.74	1.77	1.75	1.68	1.74	1.77	1.79	1.80	1.78	1.76
ルクセンブルク	N. A.	N. A.	N. A.	1.67	1.60	1.53	1.69	1.76	1.77	1.80	1.75	1.70
スイス	N. A.	1.55	1.55	1.59	1.56							
スペイン	1.37	1.37	1.34	1.49	1.48	1.51	1.53	1.55	1.52	1.53	1.41	1.46
イタリア	1.44	1.59	1.64	1.62	1.59	1.60	1.62	1.73	0.68	0.69	0.70	1.35
カナダ	1.32	1.26	1.22	1.26	1.16	1.12	1.17	1.17	1.27	1.23	1.27	1.22
日本	1.00	1.02	1.03	1.16	1.21	1.24	1.32	1.35	1.30	1.31	1.33	1.20
オーストラリア	1.11	1.12	1.10	1.18	1.10	1.16	1.12	1.14	1.16	1.16	1.12	1.13
イギリス	1.13	1.11	1.06	1.11	1.06	1.07	1.14	1.13	1.16	1.19	1.21	1.12
アイルランド	0.86	0.81	0.76	0.73	0.77	0.74	0.79	0.84	0.87	0.89	0.87	0.81
アメリカ	0.78	0.77	0.76	0.78	0.77	0.77	0.80	0.84	0.88	0.87	0.87	0.81
各国平均	1.70	1.69	1.64	1.78	1.76	1.71	1.78	1.84	1.81	1.80	1.78	1.75

(出所： UNDP(1997-2009)及び OECD. Stat に基づき筆者作成)

表 1 の各国規範力から導き出される各国の乖離の程度は、アンデルセン (Esping-Andersen, Gosta) が提唱した福祉レジーム論<sup>28</sup>と対応している。規範力が高く乖離が小さい国は北欧

諸国、規範力が低く乖離が大きい国はアングロサクソン諸国であり、大陸ヨーロッパ諸国が両者の間に位置している。すなわち、上記 18 ヶ国の生存権に関する規範力と乖離に関して、社会民主主義的福祉レジーム国家は相対的に規範力が高く乖離が小さい、自由主義的福祉レジーム国家は相対的に規範力が低く乖離が大きいという結果となっている。

日本は、アンデルセンの福祉レジーム論において、社会保障の小ささという意味では自由主義的福祉レジームに近いとされる<sup>29</sup>。生存権の規範力という観点でも、日本は自由主義的福祉レジームに分類されるアングロサクソン諸国と同様に、相対的に乖離の程度が大きい結果となっている。規範力を測定した全ての年において、日本の憲法規範力は規範力の各国平均を下回る。すなわち、各年とも日本における乖離の程度は相対的に大きい。さらに、長期的な視点からの乖離の大きさの程度を検証するために 1995 年から 2005 年までの生存権の規範力の各年平均値を見ると、日本の各年平均値 1.20 ポイントは各国各年平均値 1.75 ポイントを下回っている。各年平均の順位も 18 ヶ国中の 14 位である。すなわち、長期的視点においても、日本の生存権規定に関する乖離の程度は先進国の中でも相対的に大きいのである。

また、日本の生存権規定に関する乖離は縮小傾向にあることは前述した。この点、各国の乖離の拡大／縮小傾向を検証するために、表 1 における各国の規範力の推移の回帰線の傾きをまとめたものが下記の表 2 である。正の値は乖離が縮小傾向、負の値は拡大傾向にあることを示し、絶対値が大きいほどそれぞれの傾向が強いことを示す。

**表 2：各国の生存権に関する乖離の拡大／縮小傾向**

ノルウェイ	0.1163	スペイン	0.0144	スウェーデン	0.0063
デンマーク	0.0755	アメリカ	0.0126	オーストラリア	0.0029
フィンランド	0.0542	フランス	0.0117	ベルギー	0.0015
日本	0.0373	イギリス	0.0104	オランダ	-0.0226
ルクセンブルク	0.0284	アイルランド	0.0082	カナダ	-0.0350
スイス	0.0206	ドイツ	0.0075	イタリア	-0.0859

(出所：筆者作成)

表 2 からは、18 ヶ国の内、乖離が拡大傾向にある国は、オランダ、カナダ、イタリアの 3 ヶ国のみであり、他の 15 ヶ国は程度の差はあれ、乖離は縮小傾向にあることが読み取れる<sup>30</sup>。加えて、乖離が縮小傾向にある 15 ヶ国の内、日本における乖離の縮小幅の大きさは 4 位となっていることから、日本における乖離の縮小傾向は、国際比較の観点からは相対的に強いと言える。

### 3.3. 生存権規定に関する乖離と成文憲法との関係

前項における検証の結果、日本における生存権規定に関する乖離に関して、①乖離の程度は国際比較の観点からは相対的に大きい、②日本における乖離は縮小傾向にあり、かつ国際比較の観点から相対的に強い縮小傾向にあることが判明した。本項では、こうした乖離の程度及び乖離の拡大／縮小傾向の強さに関して、成文憲法上の生存権規定が影響を与えているか否かを検証する。

生存権は基本的人権の一部を構成するものであり、憲法上の生存権規定の有無に関わらず保障されるべき権利である。これは立憲主義の中核を占める要素の一つである「基本的人権の尊重」からの要請である。この点、立憲主義に関して、「立憲主義の精神は一般的に成文憲法を通じて実現される」というテーゼが存在する<sup>31</sup>。この従来のテーゼが正しければ、「成文憲法上の生存権規定を有する国のほうが有さない国よりも生存権の規範力が高く乖離が小さい」はずであり、「成文憲法上の生存権規定を有する国のほうが有さない国よりも乖離の縮小傾向が強い」結果とならなければならない。そこで、生存権規定の規範力と成文憲法との関係について検討することで、このテーゼが妥当か否かを検証する。

下記の表 3 は、生存権規定の乖離の大きさの程度及び乖離の拡大／縮小傾向に対して成文憲法上の生存権規定が影響を与えるか否かを検証するために、規範力の平均値及び規範力の推移の回帰線の傾きに関して、成文憲法上の生存権規定の有無を基準として二つのグループに分け、それぞれ U 検定<sup>32</sup>を行った結果をまとめたものである。

表 3：成文憲法上の生存権規定の有無に関する U 検定

	成文憲法上の生存権規定	N	平均ランク	順位和
乖離の大きさ	有	12	10.58	127.00
	無	6	7.33	44.00
	合計	18		
Mann-Whitney の U	Wilcoxon の W	Z	漸近有意確率 (両側)	正確有意確率
23.000	44.000	-1.219	.223	.250

	成文憲法上の生存権規定	N	平均ランク	順位和
乖離の 拡大／縮小傾向の 強さ	有	12	9.92	119.0
	無	6	8.67	52.0
	合計	18		
Mann-Whitney の U	Wilcoxon の W	Z	漸近有意確率 (両側)	正確有意確率
31.000	52.000	-0.468	.640	.682

(出所：筆者作成)

表3より、乖離の大きさに関しては正確有意確率0.250、乖離の拡大／縮小傾向に関しては正確有意確率0.682である。いずれの有意確率も、有意水準5%で棄却できない。すなわち、生存権規定の規範と現実との乖離に関して、乖離の大きさと乖離の拡大／縮小傾向、どちらも成文憲法上の生存権規定の有無によって有意な差が存在しないと言える。従って、少なくとも生存権規定に関しては、前述した「立憲主義の精神は成文憲法を通じて実現される」という従来の立憲主義のテーゼは妥当ではないのである。

こうした結果からは、前項の検証で判明した「①乖離の程度は国際比較の観点からは相対的に大きい」及び「②日本における乖離は縮小傾向にあり、縮小傾向も国際比較の観点からは相対的に強い」ことの原因を、日本国憲法25条に求めることは妥当ではないということが読み取れる。これに対して、昨今の日本の憲法改正論議において「生存権規定をより充実させるべき」という意見が存在する。例えば、「現在2項において規定されている『社会福祉』及び『公衆衛生』については、大幅に条文を増やし、生存権とは別の視点からの条文として新たに規定すべきである」という意見が衆議院憲法調査会で述べられている<sup>33</sup>。こうした意見は、生存権に関する社会政策をより充実させるための手段として、憲法の条文を充実させることを意図しているものである。しかし、成文憲法上における生存権規定と乖離の程度及び乖離の拡大／縮小傾向との間には有意な差は見受けられない。

また、乖離の程度が最も小さいスウェーデンの条文(第2条第2項)は、決して詳細なものではない。むしろ、教育権、勤労権といった日本では個別の条文として明記されている権利と並列的に一つの条文にまとめられている。乖離の縮小幅が最も大きいノルウェイにおいては、成文憲法上に生存権規定が存在しない。成文憲法上の生存権規定の有無と乖離の程度及び乖離の拡大／縮小傾向との間に有意な関係性が見いだせないこと具体例である。

つまり、成文憲法上における生存権規定を充実させることによって、乖離を小さくしたり、乖離の縮小を促進させたりする結果は憲法政策的に期待できないのである。

#### 4. 結語

本論文では、社会政策研究と憲法研究との相互関連性に基づく「憲法政策としての社会政策」がどの程度実施されているかという観点から「憲法規範力の定量化」という方法論を構築し、生存権規定の政策作為要求と実際の社会政策とがどの程度乖離しているかという問題について検証した。その結果、長期的な観点から各国の規範力と比較すると、日本における生存権規定の憲法規範力は決して高い値ではないが、国際的にも比較的高い割合

で年々強まっていることが判明した。すなわち、日本における生存権規定に関する乖離は、①乖離の程度は国際的な観点からは相対的に大きい、②乖離は縮小傾向にあり、③縮小傾向も国際的な観点からは相対的に強いということである。加えて、④乖離の程度や拡大／縮小傾向と成文憲法上の生存権規定の有無との間には有意な関係性が見いだせないことも判明した。

本論文は、憲法研究と社会政策研究を連関させており、従来の憲法研究ないし社会政策研究とは異なる。特に、憲法規範力という抽象的な概念を実際の社会政策の作為の程度という側面から定量化することで、①から④の結果を導出した点に本論文の意義がある。

しかし、本論文には課題がある。本論文は、あくまでも乖離の程度、傾向、及びその原因が成文憲法上の生存権規定にはないことを明らかにしたに留まっている。乖離の問題に対して、具体的かつ有意義な政策的含意を導出しなければ憲法政策研究として不十分である。この点を今後の研究課題としたい。

---

<sup>1</sup> 一般的には、憲法現実とは「実現された憲法(*verwirklichte Verfassung sein*)」とされる(z.B. Hesse (1995), S.19.)。しかし、本論文では「憲法現実」をより広い意味で「当為(*sollen*)としての憲法規範(*Verfassungsnorm*)と対置される存在(*sein*)」と捉えている。この点に関する詳細は、北村(2008)を参照のこと。

<sup>2</sup> 日本国憲法第25条第1項「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。」第2項「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。」

<sup>3</sup> UNDP (2009).

<sup>4</sup> 最判昭 42.5.24 いわゆる朝日訴訟最高裁判決。

<sup>5</sup> UNDP (1997-2009).

<sup>6</sup> *Ibid.*

なお、20カ国とは、一般的に先進国と呼ばれる24ヶ国(OECDに加盟し、世界銀行、国際通貨基金、CIAのいずれもが「先進国」と認定している24ヶ国)の内、オーストラリア、ベルギー、カナダ、デンマーク、フィンランド、フランス、ドイツ、ギリシア、アイルランド、イタリア、日本、ルクセンブルク、オランダ、ニュージーランド、ノルウェー、スペイン、スウェーデン、スイス、イギリス、アメリカの20ヶ国である。社会権は自由権と異なり、財政支出を伴う公的機関の作為によってその規範内容の実現を図るものである。従って、日本と経済状況の近い先進諸国を比較対象とする。

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> 生存権規定の規範内容が必ずしも実現できていないことを示す他の指標として、The Pew Global Attitudes Project (2002)が挙げられる。この調査によれば、日本において「所得が原因で食料・医療・衣服を得ることができなかった」と回答した割合が、食料・医療が4%、衣服が5%という結果となっている。この調査も一種の絶対的貧困率を示すものであり、この調査における日本の値は他の先進国よりも低い値であるが、食料・医療・衣服という最低限度の生活に必要な要素を得ることができない層が存在するという意味で、生存権規定の規範内容が十分に実現できていないことの一端を示している。また、HPI-2の構成要素の一つである相対的貧困率については、UNDPだけでなくOECDも発表している。OECDの相対的貧困率の発表値を見てみると、2000年前後から2000年代中盤にかけてやや減少しているものの以降は再び増加している。2000年代中盤の14.9%という値は、前述の国の中ではアメリカに次いで2番目に高い値であり(OECD. Stat)、決して低い値ではない。

<sup>9</sup> Kelsen (1966), S.44ff. なお、国内における代表的な純粋法学の研究としては、やや古いものであるが横田(1957)が重要である。

<sup>10</sup> 具体的には、法的権利性を否定しプログラム性を強調する「プログラム規定説」、法規範性は認められるが裁判規範性は認めないとする「抽象的権利説」、法規範性も裁判規範性も認める「具体的権利説」と、

三種類に大別されつつ、学説や判例における見解の相違が生じているのが現状である。憲法 25 条の生存権の法的性格に関しては、学説は抽象的権利説が多数説であり、朝日訴訟や堀木訴訟における最高裁の判例はプログラム規定説に立っている。また、具体的権利説の立場による研究としては、大須賀(1984)や大須賀(1995)が挙げられる。なお、26 条の教育権、27 条の勤労権の法的性格に関しては、学説ではプログラム規定説と解することが一般的であり、最高裁の判例は未だに存在しない。

<sup>11</sup> 市川 (1987)、30 頁。

<sup>12</sup> 小林直 (1991)、8 頁。

<sup>13</sup> 藤井 (2002)、2 頁、14 頁。

<sup>14</sup> 貧困と社会保障の問題に関する代表的な研究で、比較的新しいものとして橋木・浦川(2006)が挙げられよう。また、日本国憲法で明文化されている社会権は、生存権の他に「教育を受ける権利」と「勤労権・労働基本権」が挙げられる。前者は教育政策、後者は労働政策として、多くの先行研究が存在する。「教育を受ける権利」に関する乖離の問題は、社会政策の観点から「教育機会の格差の問題」と捉えることができ、代表的な先行研究としては荻谷(1998)、荻谷(2008)、小林雅(2009)が挙げられる。また、「勤労権」に関する乖離の問題、すなわち失業と労働市場政策との問題に対しては、北村(2009)が憲法問題としての側面を中心に若干の社会政策問題としての側面を加味した視点から研究を行っている。

<sup>15</sup> 藤井 (2002)、15 頁。

<sup>16</sup> 小林直 (1963)、3-5 頁。

<sup>17</sup> 同上。

<sup>18</sup> 「現実空洞化の憲法規範」及び「規範空洞化の憲法現実」という表現は、佐藤(1969)で用いられている。

<sup>19</sup> Hesse (1959)。

<sup>20</sup> Hesse (1959), S. 8.

<sup>21</sup> Kelsen (1966), S.44ff, Schmitt (1970), S.75f.

<sup>22</sup> レーヴェンシュタイン(Loewenstein, Karl)は、憲法生活に責任あるものを、「権力名宛人(Machtadressaten)」と「権力保持者(Machträgern)」に区別する(Loewenstein (1959), S. 157.)。本論文における「公的機関」はレーヴェンシュタインの文脈における後者「Machträgern」として憲法生活に責任あるものに該当する。

<sup>23</sup> 具体的には、高齢者対策、困窮者対策、障害者対策、医療政策、健康増進政策、家族政策、住宅政策、労働市場政策、及びその他の社会政策支出を対象としている。

<sup>24</sup> HPI-2 の値が低ければ低いほど、憲法規範力が高くなる。HPI-2 の値がゼロとまらない限り、社会政策の施行によって憲法現実をより憲法規範の規範内容に近付ける余地があるため、政府の当該社会政策支出が過剰であるとは言えない。また、HPI-2 の値がゼロであった場合、ゼロ除算となり、憲法規範力が well-defined を満たさないが、本論文第 2 節第 3 項で論じたように、憲法規範と憲法現実との乖離がゼロである状態は理念的なもので現実には起こり得ない現象であり、経験的事実として、HPI-2 がゼロになった事例も存在しないため、本研究においては、ゼロ除算の可能性は問題としないことを断わっておく。

<sup>25</sup> 前掲注 5 で示した 20 カ国から、規範力測定のために必要な HPI-2 の長期時系列データが利用不可能であるギリシアとニュージーランドを除く 18 ケ国の国際比較を行う。

<sup>26</sup> 第 3 節で比較研究を行う 18 ケ国の内、イギリスは不文憲法であり、オーストラリア、カナダ、ドイツ、ノルウェイ、アメリカの 5 ケ国の成文憲法には、日本国憲法 25 条の生存権に相当する条文は存在しない。従って、18 ケ国の内、生存権に関する作為要求を定めている国は 12 ケ国となり、6 ケ国には成文憲法上の生存権規定が存在しない。しかし、これら 6 ケ国に成文憲法上の生存権規定が存在しないということをもって、「『生存権の憲法規範力』という概念そのものが成立しないため、比較の対象外とする」と判断することは妥当ではない。何故ならば、生存権は基本的人権の一部を構成するものであり、憲法上の生存権規定の有無に関わらず保障されるべき権利だからである。従って、生存権という「基本的人権という一種の規範」に関する「規範力」という意味で、成文憲法上の生存権の「憲法規範力」と同様の定量化を図ることができるのである。従って、以下で「憲法規範力」と記す場合には、成文憲法上の生存権の政策作為要求の実現の程度を、「規範力」と記す場合には、成文憲法上の生存権だけでなく基本的人権としての生存権の政策作為要求の実現の程度も含まれている。なお、生存権規定を有する憲法の先駆けはドイツのワイマール憲法(151 条 1 項「経済生活の秩序は、各人に、人たるに値する生活を保障する目的をもつ正義の原則に適合するものでなければならない」)であるが、戦後の基本法には継承されていない。ただし、基本法 20 条で「ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家(ein demokratischer und sozialer Bundesstaat)である」と定めており、間接的に生存権を始めとした社会権保障を規定していると解することもでき、本研究においては規定なしとして扱う。

<sup>27</sup> 生存権に関する裁判所の判決として、近年では高訴訟の高裁判決(名古屋高金沢支判平成 12・9・11)や大阪市ヘルパー訴訟の地裁判決(大阪地判平成 10・9・29)などが挙げられる。両訴訟はともに、市の福祉事務所による福祉費用削減に対する訴えであった。「どちらも行政裁量の範囲を逸脱していない」ことを理由に、原告が事実上敗訴している。この点、「法解釈学」とっては、実際に「行政裁量を逸脱して

いないか否か」が問題となる。しかし、「憲法政策としての社会政策」という観点からは、「行政裁量を逸脱しているか否か」ではなく、福祉事務所が費用を削減し、訴訟が起こったこと自体が問題となる。すなわち、憲法規範力が年々強まっているにも関わらず訴訟が起こっている現状は、乖離は縮小しているものの、より乖離を少なくする余地があるという点を示唆している。

<sup>28</sup> エスピン＝アンデルセン(2001)。

<sup>29</sup> エスピン＝アンデルセン(2001)、viii 頁。

<sup>30</sup> もっとも、回帰線の  $R_2$  値が著しく低い国があるため (スウェーデン 0.014、ベルギー 0.020、オーストラリア 0.139、アイルランド 0.225 オランダ 0.275)、結果の信頼度には留意しなければならない。

<sup>31</sup> 小林・土井(2000)、9 頁。また、石田(1997)、116-117 頁。(傍点は筆者。)

<sup>32</sup> それぞれのグループの正規分布が仮定できないため、ノンパラメトリックである U 検定を行っている。

<sup>33</sup> 衆議院憲法調査会(2005)、375 頁。

## 参考文献

- [1] 阿部照哉・畑博行 編 (2005)、『世界の憲法集』第 3 版、有信堂。
- [2] エスピン＝アンデルセン, G. (2001)、『福祉資本主義の三つの世界-比較福祉国家の理論と動態』、岡沢憲英・宮本太郎監訳、ミネルヴァ書房 (Esping-Andersen, G.(1991), *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Polity Press.)
- [3] 石田光義(1997)、「『新立憲主義時代』を考える」、『早稲田大学政治経済学雑誌』第 329 号。
- [4] 市川正人(2001)、「憲法論のあり方についての覚え書き」、『立命館法学』271 号・272 号上巻。
- [5] 大須賀明(1984)、『生存権論』、日本評論社。
- [6] 大須賀明(1995)、『社会国家の憲法理論』、敬文堂。
- [7] 荻谷剛彦(1998)、「教育・機会と階層 —平等主義のアイロニー—」、佐伯胖・他編『教育の政治経済学』、岩波書店。
- [8] 荻谷剛彦(2008)、『学力と階層』、朝日新聞出版。
- [9] 北村貴(2008)、「公共経営としての憲法改正の可能性」、『公共経営研究 e』第 1 号。
- [10] 北村貴(2009)、「日本国憲法の勤労権規定に対する憲法政策的含意」、『比較憲法学研究』第 21 号。
- [11] 小林昭三(1991)、『憲法学の方法』、北樹出版。
- [12] 小林昭三・土井靖美(2000)、『日本国憲法論』、嵯峨野書院。
- [13] 小林直樹(1963)、『日本における憲法動態の分析』、岩波書店。
- [14] 小林直樹(1991)、『憲法政策論』、日本評論社。
- [15] 小林雅之(2009)、『大学進学の世界 均等化政策の検証』、東京大学出版会。
- [16] 佐藤立夫(1969)、「憲法における規範と現実」、『比較法学』第 5 号。
- [17] 衆議院憲法調査会(2005)、「衆議院憲法調査会報告書」。
- [18] 橋本俊詔・浦川邦夫(2006)、『日本の貧困研究』、東京大学出版会。
- [19] 樋口陽一・佐藤幸治・中村睦夫・浦部法穂 編(1981)、『注釈日本国憲法 下巻』、青林書院。
- [20] 藤井樹也(2002)、「憲法解釈と公共政策」、『国際公共政策研究』第 6 号。
- [21] 横田喜三郎(1957)、『純粋法学』、勁草書房。
- [22] Hesse, K. (1959), „Die normative Kraft der Verfassung“, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Heft 222, J. C. B. Mohr
- [23] Hesse, K. (1995), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14Aufl, C.F.Müller.
- [24] Kelsen, H. (1966), *Allgemeine Staatslehre*, M.Gehlen.
- [25] Loewenstein, K. (1959), *Verfassungslehre*, J.C.B.Mohr.
- [26] Schmitt, C. (1970), *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot.
- [27] The Pew Global Attitudes Project (2002), *What the World Thinks in 2002*, The Pew Research Center.
- [28] UNDP (1997-2009), *Human Development Report 1997-2009*, Palgrave Macmillan.

## URL (いずれも 2010 年 1 月 27 日 最終確認)

- [29] 裁判所 HP、「判例検索システム」([http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010?action\\_id=first&hanreiSrchKbn=01](http://www.courts.go.jp/search/jhsp0010?action_id=first&hanreiSrchKbn=01))
- [30] OECD, “OECD. Stat”, (<http://stats.oecd.org/index.aspx?r=662535>).
- [31] Richmond University HP, “Constitution Finder”, (<http://confinder.richmond.edu/>).