

論文

生存権（憲法25条）の法解釈論

- その法的性質を中心に -

藤井正希*

1. 本稿の意図と構成

現在の日本における労働環境の悪化や生活水準の低下はこれまでに経験したことの無い激しさと言える。近時の調査では、非正規雇用が全労働者の約3人に1人を占めるようになっており、いくら働けども生活保護水準以下の生活しかできないワーキング・プア（働く貧困層）の増加が大きな社会問題となっている。そして、完全失業率や生活保護世帯数も過去最高を記録し、また、全国の自殺者が過去10年以上も連続して年間3万人を越えていることは広く知られている。

このような現状の下、憲法学の分野においては、にわかに憲法25条の生存権に注目が集まっている。「国家は社会的弱者を救済するために何をどこまで行うべきなのか」という問題は、憲法制定以来の大論点であるが、その問題が改めて問われているのである⁽¹⁾。この点、従来の生存権をめぐる議論は、朝日訴訟や堀木訴訟などの著名な最高裁判例を素材にして、その法的性質を解明することに終始していた感が否めない。具体的には、プログラム規定説・抽象的権利説・具体的権利説と出揃った三つの学説の

中のどれを採るべきかの論争に終始し、しかも通常はそのなかで最も無難な抽象的権利説を選択して、こと足れりとするが多かった。よって、生存権の論点が体系的に議論されることは少なかったように思う。

確かに、法的性質論は生存権の議論の出発点であり、決して疎かにはできないが、法的性質論を単発の論点として考えるのではなく、その法的性質が他の論点に与える影響を勘案しつつ、他の論点の解釈に活きる議論でなければならぬ。換言すれば、生存権の法的性質についての自らの立場により、生存権の他の論点を体系的に根拠付けていくことによって論理的一貫性や体系的統一性のとれた議論となろう。以下、本稿では、①法的性質論を始めに②「最低限度の生活」の意義、③憲法25条1項と2項との関係、④違憲審査基準の各論点につき検討していく。さらに、一部の学説で主張されている⑤いわゆる制度後退禁止原則の可否についても見ていく⁽²⁾。その際には、諸判例に常に留意するとともに、前述のごとく法的性質論を活かした法解釈を心がけていきたいと考える⁽³⁾。

*早稲田大学大学院社会科学研究所 2008年博士後期課程満期退学（指導教員 後藤光男）

2. 生存権の法的性質論

通常、学説では、生存権には自由権的側面と社会権的側面とがあると言われている⁽⁴⁾。この点、自由権的側面とは、国民は自らの自主的な活動によって健康で文化的な最低限度の生活を確保する自由を有しており、国家によってそれを阻害あるいは侵害されない権利（すなわち消極的な不作為請求権）を意味し、これに対して、社会権的側面とは、国民は国家に対して健康で文化的な最低限度の生活の実現を要求することができる権利（すなわち積極的な作為請求権）を意味する。そして、そのうちの自由権的側面については具体的権利性を認めることに学説・判例上、争いはないとされている⁽⁵⁾。問題となるのは、生存権の社会権的側面について裁判規範性を認めるのか、また、認めるとしてもどの程度までかという点である。

まず、判例から検討するに、生存権の法的性質に関する判例としては、年代順に、食料管理法違反事件（最高裁1948〔昭和23〕年9月29日大法廷判決）、朝日訴訟（最高裁1967〔昭和42〕年5月24日大法廷判決）、牧野訴訟（東京地裁1968〔昭和43〕年7月15日判決）、堀木訴訟（最高裁1982〔昭和57〕年7月7日大法廷判決）、宮訴訟（東京高裁1981〔昭和56〕年4月22日判決）、総評サラリーマン税金訴訟（最高裁1989〔平成元〕年2月7日判決）、塩見訴訟（最高裁1989〔平成元〕年3月2日判決）等が挙げられる。また、近時では、林訴訟（最高裁2001〔平成13〕年2月13日判決）⁽⁶⁾や中嶋訴訟（最高裁2004〔平成16〕年3月16日判決）⁽⁷⁾等が有名である。その中で最も有名であり、現在でもリーディング・ケースとされているのが、朝日

訴訟である。

この朝日訴訟とは、生活保護を受けていた朝日茂氏が、当時の生活保護法に基づき厚生大臣が定めた最高月額600円の日用品費という保護基準が憲法および生活保護法の規定する「健康で文化的な最低限度の生活」を維持するのに足りない違法なものであると主張して、厚生大臣の却下裁決の取消を求めて行政訴訟を提起したものである。これに対して、最高裁は大要、以下のごとく判示した。

「憲法25条1項は、『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』と規定している。この規定は、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を賦与したものではない。具体的権利としては、憲法の規定の趣旨を実現するために制定された生活保護法によって、はじめて与えられているというべきである。」そして、最高裁は、「現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合」には違法になる可能性を肯定したものの、原告の請求を認めなかった。

学説の中には、最高裁は学説の批判にもかかわらず依然として「プログラム規定説」でガンバリとおしているとして、最高裁の立場を明確にプログラム規定説と位置付ける見解〔浦部2006:225-228〕がある一方で、最高裁は少なくとも25条の趣旨にこたえる立法が「著しく合理性を欠く」ために立法裁量を逸脱するか否かについては審査可能との立場であり、これはプ

プログラム規定説ではなく、抽象的権利説であるとする見解〔長谷部2008：272〕も存在することには注意が必要である⁽⁸⁾。この点、最高裁は限られた範囲ではあるものの、25条に裁判規範性を肯定しているのだから、全く純粹なプログラム規定説ではないことは確かであろう。しかし、かかる最高裁の論理を形式的に貫くならば、25条が裁判規範性を発揮する場面としては、通常容易に想定し難いような異常事態しかありえず、結局、学説でいうところのプログラム規定説を採用したのと同然の結論となろう⁽⁹⁾。

これに対して、権利性をかなり強く打ち出した判例としては、朝日訴訟・第一審判決（東京地判1960〔昭和35〕年10月19日）が挙げられる。同判決は大意、以下のごとく判示した。

「憲法第25条第1項は・・・国民の生存権を保障し、・・・もし国にしてこれらの条項の規定するところに従いとりべき施策をとらないときはもとより、その施策として定め又は行うすべての法律命令又は処分にしてこの憲法の条規の意味するところを正しく実現するものでないときは、ひとしく本条の要請をみとさないものとの批判を免れないのみならず、もし国がこの生存権の実現に努力すべき責務に違反して生存権の実現に障害となるような行為をするときはかかる行為は無効と解しなければならない。」

同判決が25条の裁判規範性をどこまで認める趣旨なのかは一義的に明確ではなく、また、学説における具体的権利説の結論まで受け入れることを予定したものなのかも不明である。この点、「もし国が25条の規定するところに従いとりべき施策をとらない（不作為）ときは、本条の要請をみとさないものとの批判を免れず、25条違反として違憲となる」という具体的権利説

的な結論を本判決中に読み取ることも決して不可能ではあるまい。

2000年代に入ると、前述の中嶋訴訟のように、最高裁で原告の主張が認容される判例も出てきており、裁判所は決してプログラム規定説に固執しているわけではない。特に下級審では、より強く権利性を認め、詳細な事実認定を行う傾向にある。これは、昨今の厳しい生活環境、労働環境という現実を反映したものと考えられる。例えば、被告（大阪市）所有の都市公園内のテントで生活していた原告が、行政代執行によりその除去を行ったことは違法な行為であるとして被告に国家賠償請求した事案（大阪地裁2009〔平成21〕年3月25日判決）では、憲法25条の規定内容及びその法規範としての性格等については朝日訴訟的な考え方を踏襲しているものの、ホームレスの自立の支援等に関する特別措置法（いわゆるホームレス自立支援法）（2002〔平成14〕年8月施行）に基づき、「生活保護の適用をも含めた自立支援等のための諸施策」を受ける機会が原告に対して現実に附与されていたかどうかを詳細に事実認定した上で、当該行政代執行が憲法25条1項に反しないと結論付けている。かかる判例の傾向は、一応の評価に値しうるのである。

生存権の法的性質をめぐる従来の学説上の議論は、プログラム規定説を採用したとされる上述の朝日訴訟・最高裁大法廷判決を批判する形で展開されてきた。具体的には、論者により内容に多少の差異があるものの、①プログラム規定説、②抽象的権利説、③具体的権利説の三説が主張され、そのうちのいずれを採用すべきかという形で問題が提起された⁽¹⁰⁾。

まず、①プログラム規定説とは、憲法25条1

項はすべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を賦与したものではない。健康で文化的な最低限度の生活なるものは、抽象的な相対的概念であり、多数の不確定的要素を総合考量して初めて決定できるものであるから、その認定判断は、一応、国会や内閣の合目的な裁量に委されており、不当の問題としてその政治責任が問われることはあっても、直ちに違法の問題を生ずることはないとする学説である。

つぎに、②抽象的権利説とは、憲法25条は立法者に対して立法その他の措置を要求する権利を規定したものであり、それに対応して国に法的義務を課している。生存権は憲法上、具体的権利として認められている権利ではないが、この規定を具体化する法律の存在を前提として、その法律に基づく訴訟において、憲法25条1項違反を主張することは許されるとする学説である。

さらに、③具体的権利説とは、憲法25条1項を、その権利主体、権利内容、名宛人などについて検討すると、この条項はかなり明確な内容を持っている。そして、行政は法律に基づいて行なわれなければならないという、法律による行政の原理を考え合わせると、憲法25条1項は、行政権を直接に拘束することができる法律の条文ほどに明確で詳細なものではないが、立法権と司法権を拘束できるほどには十分明確な内容である。したがって、生存権は、国民が、立法権に対し、その権利の内容にふさわしい立法を行うように請求できる具体的な権利である。そして、立法権が義務を履行しないことに

よって生じる生存権の侵害に対しては、その不作為が違憲であることの確認を裁判所に求めることができるとする学説である。

この点、プログラム規定説では余りに無内容であり、人権保障にもとるとして、抽象的権利説が主張され、これが通説となった。しかし、学説の中には、抽象的権利説では、国会が生存権を具体化する立法をしない場合には、何らの司法的救済も図りえない。また、一応、立法がなされてはいるが、それが不十分な場合には、あくまでその法律に基づく訴訟の中で、傍論として25条1項違反を主張できるに過ぎず、憲法判断がなされる保障はない。これでは救済手段としては迂遠であり、不十分であるとして、抽象的権利説を批判する形で、具体的権利説が有力説として主張されたのである⁽¹¹⁾。

1990年代に入ってから、立法不作為違憲確認訴訟を認めるという意味での具体的権利説を一步進め、場合によっては憲法25条1項を直接の根拠にした給付請求まで肯定する、いわば“言葉どおりの具体的権利説”が主張されるようになった。この説の主唱者である棟居快行は、正確な「健康で文化的な最低限度」の生活水準の給付を裁判所が判決で認めることはできないとしても、原告が「健康で文化的な最低限度」以下であることが明らかである範囲内の給付に限定して請求してきた場合には、その限りでは給付も含めた具体的な権利が認められるべきと主張している。この見解は、①「健康で文化的な最低限度の生活」は「わいせつ」概念など他の不確定概念と比べて特に抽象的であるわけではなく、少なくとも特定の時点における大まかな線を引くことは可能であること、②専門的技術的な裁量についても、最近の判例の傾向からし

て裁量の過程に「看過しがたい過誤」があるか否かの判断は可能であること（第1次家永教科書訴訟最高裁判決・1993〔平成5〕年3月16日）、③予算の制約も司法審査を否定する決定的な証拠にはならないこと等を理由とする〔棟居1995：158-160〕⁽¹²⁾。

筆者は、この問題を考える前提として、生存権という概念をより具体的に把握することを提唱したい。自由権の代表たる表現の自由（憲法21条1項）の議論においては、そこから、集会の自由、結社の自由、言論の自由、出版の自由、知る権利、報道の自由、取材の自由、アクセス権・反論権、デモ行進の自由、政治活動の自由、選挙運動の自由、差別的表現の自由、営利広告の自由、性的表現の自由など、様々な権利・自由を導き、それぞれの性質・特性に応じて、その取り扱いが議論されている。例えば、政治活動の自由と営利広告の自由とでは、同じく表現の自由の一環であるとはいえ、かなり取り扱いに差異を設けるのが学説の通例である⁽¹³⁾。とするならば、社会権の代表たる生存権においても、そこから様々な権利・自由を導き、それぞれの性質・特性に応じて、その取り扱いを個別に議論することは可能であろう。例えば、公害による健康被害を受けない権利、（無料で）健康診断を受ける権利、健康を害する恐れのある物を有効に避ける権利、健康な食生活への権利、消費者の権利（消費者生存権）、災害犠牲者やホームレスなどの生活救済を受ける権利、電気・ガス・水道の供給を受ける権利、下水道ないし汚水処理施設の完備を求める権利、ゴミの収集・処理を求める権利、老人ホーム・公営住宅に入居できる権利、住居についての権利などを生存権の概念から導くことができるであ

う〔内野2008：626〕。そして、それぞれの性質・特性に応じて、その取り扱いを議論することで、緻密かつ柔軟な結論を導くことができると考える。例えば、老人ホーム・公営住宅に入居できる権利よりも電気・ガス・水道の供給を受ける権利の方が生存にとってより切実であることから、より強い保護に値しよう。

生存権の法的性質については、言葉どおりの具体的権利説が妥当である⁽¹⁴⁾。現に「健康で文化的な最低限度の生活」すらも営めていない者が、自助努力を尽くしてもそこから脱出できない場合、憲法25条1項を直接の根拠にして、「健康で文化的な最低限度の生活」に必要不可欠である範囲内の給付を金銭で請求することを認めることに何の不都合もないであろう⁽¹⁵⁾。ただし、前述した生存権から導かれる様々な権利・自由の全てにかかる具体的権利性を認める必要はなく、その重要度に応じて、プログラム規定に過ぎない権利もあれば、抽象的権利にとどまる権利も存すると解する。そして、その法的性質の違いに応じて、後述の違憲審査基準も変えていくべきである。このように法的性質論と違憲審査基準論をリンクして考えることにより、論理的一貫性、統一的体系性を確保しようとする。今後は、生存権から導かれる様々な権利・自由を、権利の重要度に応じて、プログラム規定・抽象的権利・具体的権利の三つに振り分ける作業が課題となろう。その際、原則的には具体的権利と解すべきことは言うまでもない。

3. 「最低限度の生活」の意義

これは、憲法25条1項の「最低限度の生活」の具体的内容は理論上、客観的・一義的に確定

することができるのか否かという問題であり、判例・学説上、争点となっている。

前述の朝日訴訟・最高裁判決は、「健康で文化的な最低限度の生活なるものは、抽象的な相対的概念であり、多数の不確定的要素を総合考量してはじめて決定できるものであるから、その認定判断は、いちおう、厚生大臣の合目的な裁量に委されており、不当の問題として政府の政治責任が問われることはあっても、直ちに違法の問題を生ずることはない」と判示し、不確定な政策的要素を総合考慮した上で適当に定められるべきものだから、客観的・一義的には確定しえないとする立場（相対的確定説）にたっている。

これに対して、前述の朝日訴訟・第一審判決は、「『健康で文化的な』とは決してたんなる装飾ではなく、その概念にふさわしい内実を有するものでなければならないのである。それは生活保護法がその理想を具体化した憲法第25条の規定の沿革からいっても、国民が単に辛うじて生物としての生存を維持できるというような程度のものであるはずはなく、必ずや国民に『人間に値する生存』あるいは『人間としての生活』といい得るものを可能ならしめるような程度のものでなければならないことはいうまでもないであろう。・・・その具体的な内容は決して固定的なものではなく通常は絶えず進展向上しつつあるものであると考えられるが、それが人間としての生活の最低限度という一線を有する以上、理論的には特定の国における特定の時点においては一応客観的に決定すべきものであり、またしうるものであるということができよう」と判示し、客観的・一義的に確定しうるとする立場（絶対的確定説）にたっている〔藤

井2008：174〕。

法的性質を具体的権利と解するならば絶対的確定説を、プログラムや抽象的権利と解するならば相対的確定説を採用するのが論理として一貫しよう。学説の中にも、何が「健康で文化的な最低限度の生活」なのかについての判断は、第一次的には、国会の裁量に委ねられざるをえず、最終的には国会の設定した基準の下で具体的な生活保護基準を定める内閣の裁量と言わざるをえないとする見解〔松井2007：531〕がある一方で、「健康で文化的な最低限度の生活」は、時代と地域を特定すれば相当程度まで理論的に確定可能であるとする見解〔内野2008：628〕も存する。この点、不法行為によって人が死亡した場合の損害賠償の算定に当たっても、消極的損害の算定に当たり、その人の生存した場合の経費を控除して金額を算定していることからしても、生存権は人間が最低限度生きていける経済的条件を決めるのであるから、生きるために必要な栄養状況、物価の状況などから十分に算定して決定可能と考えられるとする見解もある〔渋谷2007：262〕。

筆者は、時代と地域を特定すれば相当程度まで理論的に確定可能であるとする絶対的確定説を支持する。しかし、裁判所が、国会の立法や内閣の行政行為が25条1項に違反して違憲無効であるかどうかを判断する場合、その時代と地域における「健康で文化的な最低限度の生活」を積極的に確定して提示する必要は必ずしもないことには注意すべきである。すなわち、月の生活費がいくらで、一日何カロリーを摂取し、何畳の部屋に住むことが「健康で文化的な最低限度の生活」なのか等を示す必要はないのである。裁判所は、国会や内閣がそのような生活保

護基準を設定した理由と根拠資料をもとに、その基準にもとづく生活が「健康で文化的な最低限度の生活」に達しているかどうかを、ただ法的に判断しさえすればよい。その判断は、客観的な「健康で文化的な最低限度の生活」を明白に確定せずとも可能である。そのことは、例えば、正常人と精神病患者との境界線を明白に確定しなくとも、法的判断としてその者が精神病患者かどうかを判断しうることと同様である。何が「健康で文化的な最低限度の生活」なのかは、違憲判決を受けた国の方で再考し明示すればよいのである。また、例えば自助努力を万端尽くしても自活しえないと主張するホームレスが、25条を直接の根拠にして生活費として10万円の給付請求を国にした場合、裁判所はその請求を認めなければ本当に原告が「健康で文化的な最低限度の生活」をすることが出来ないのか、本当に自助努力が最大限に果たされているのかを、ただ法的に判断しさえすればよい。その判断には、政策的考慮は不要である。予算の限界等の政策的考慮が憲法上の権利を制限するのは本末転倒の議論であり、憲法の理念が国会や内閣の政策を指導するべきである⁽¹⁶⁾。

4.1 項と2項との関係

これは、25条の1項と2項とを一体的に考えるのか（いわゆる1項・2項一体論）、それとも分離して考えるのか（いわゆる1項・2項分離論）という問題であり、判例・学説上、争点となっている。この論点は、堀木訴訟・控訴審判決（大阪高裁1975〔昭和50〕年11月10日判決）で1項・2項分離論が採用されたことにより、学説上、議論が活発化したものである。

この堀木訴訟とは、堀木フミ子氏は視力に全

盲の障害があり、障害福祉年金を受給しながら内縁の夫と生活していたが、その後、離別し、内縁の夫との間にできた子供を養うため、知事に対して児童扶養手当の受給資格認定を申請した。しかし、障害福祉年金を受給していたため、児童扶養手当法の併給禁止条項を理由に却下された。そこで、当該条項が憲法13条、14条、25条に違反するとして提訴したものである。本判決は、憲法25条2項について「この規定は社会生活の推移に伴う積極主義の政治である社会的施策の拡充増強により、国民の社会生活水準の確保向上に努力すべき国の責務を宣言したものである」と位置付けた上で、「国が右のような努力を続けることによって、国民の生活水準が相対的に向上すれば、国民の最低限度に満たない生活から脱却する者が多くなるが、それでもなお最低限度の生活を維持し得ない者もあることは否定することはできないので、この落ちこぼれた者に対し、国は更に本条第1項の『健康で文化的な最低生活の保障』という絶対的基準の確保を直接の目的とした施策をなすべき責務があるのである。すなわち、本条第2項は国の事前の積極的防貧施策をなすべき努力義務のあることを、同第1項は第2項の防貧施策の実施にも拘らず、なお落ちこぼれた者に対し、国は事後的、補足的且つ個別的な救貧施策をなすべき責務のあることを各宣言したものであると解することができる」と述べた。

このように、25条の1項と2項を分離し、同条1項は事後的、補足的かつ個別的な救貧施策を規定し、同条2項は事前的、積極的な防貧施策を規定していると考えられる見解を学説上、1項・2項分離論（あるいは1項・2項峻別論）と言い、塩見訴訟・第一審判決（大阪地裁1980

[昭和55]年10月29日判決)や宮訴訟・控訴審判決(東京高裁1981[昭和56]年4月12日判決)もかかる立場にたっているとされている。しかし、堀木訴訟・最高裁大法廷判決(1982[昭和57]年7月7日)は、かかる見解を採用しなかった。これに対して、学説における通説的見解は、憲法25条1項と2項とを不可分一体的にとらえ、1項は生存権保障の目的ないし理念を、2項はそれを達成するための国家の責務を規定したものとする(1項・2項一体論)。よって、1項では、「最低限度の生活の保障を求める権利」と「より快適な生活の保障を求める権利」の両方が生存権の名の下に、主観的権利として保障され、2項では、この国民の権利に対応した国家の責務が特に規定されていることになる⁽¹⁷⁾。同説は、分離論を、現実的には防貧施策が救貧施策の一環として行われることも多く、あまり機械的に割り切って考えることは適当でないと批判する[佐藤1995:623]。

さらに近時では、法的性質の点で1項と2項とを分離して考える見解が有力となっている。例えば、25条1項は権利ではあるが立法府に向けられた権利であり、その意味で抽象的権利といわざるをえず、25条2項は「努める」という言葉が示しているように、あくまで理念ないし努力目標であって、権利規定ではなくプログラムであるとする見解がある[松井2007:531]。また、1項と2項の文言の違いを理由に、1項は文字どおり「最低限度の生活を営む権利」を、2項はそれを上回る豊かな生活の保障を含む社会保障などの向上・増進にむけての国の努力義務を規定しているとし、1項は法的権利であるが、2項はプログラム規定であるとする見解もある[内野2000:101-102]。

思うに、救貧施策と防貧施策、最低限度の生活の保障とより快適な生活の保障とに分けて分析的に生存権を考えていく発想自体は非常に有意義である。しかし、救貧施策と防貧施策、最低限度の生活とより快適な生活、それぞれの区別はそれほど明確である訳ではなく、それぞれ両者が一体不可分になって国民の生存を支えていると言いうることから、それらをメルクマールとして1項と2項とを分離して考えるのは妥当ではなかろう。そのことは、例えば、中学生以下の子供に“子ども手当”として月1万3千円を一律支給することが救貧施策と防貧施策のいずれであるのか、あるいは、携帯電話・パソコン・自家用車を所有することが最低限度の生活とより快適な生活のいずれであるのか等を考えてみれば、容易に理解しえよう。この問題も法的性質論を活かした解釈を志向すべきである。

筆者は、憲法25条1項と2項とを不可分一体的にとらえ、1項は、「最低限度の生活の保障を求める権利」と「より快適な生活の保障を求める権利」の両方を併せて、国民が誰でも人間的な生活を送ることができることを主観的権利として保障したものであり、2項は、国が社会国家として国民の社会権の実現に努力すべき義務を負うことを規定したものとする従来の通説的見解を基本的には支持する。そして、前述したように、1項から、電気・ガス・水道の供給を受ける権利、下水道ないし汚水処理施設の完備を求める権利、ゴミの収集・処理を求める権利、老人ホーム・公営住宅に入居できる権利等の、生存権を構成する個別具体的な権利・自由を導き出し、その重要度に応じて、プログラム規定・抽象的権利・具体的権利いずれかの法的

性質を附与すべきである。これに対して、2項は、「努めなければならない」との文言からして、また、権利と解したところで現行法上、適当な訴訟形態が見当たらないことからしても、権利ではなく、生存権をより確実に保障する福祉制度の確立を国家に義務付ける客観的法規範と解する（いわゆる客観的法規範説）⁽¹⁸⁾。このように、法的性質の点では、1項と2項とは分離されるべきである。このように解しても、1項で「最低限度の生活の保障を求める権利」と「より快適な生活の保障を求める権利」の両方を主観的権利として保障している以上、人権保障にとって何ら不都合はないであろう⁽¹⁹⁾。かかる解釈は、14条1項の法の下での平等において、人権の原理としての平等権（個々の国民は、国家に対して平等な法的取り扱いを権利として主張することができる）と、統治の原理としての平等原則（国家は政治を行う際に、国民1人1人を法的権利・義務の関係において等しく扱わなければならない）とが保障されているとする通説的解釈と軌を一にするものと言え、決して成り立ちえない解釈ではあるまい。

5. 違憲審査基準

これは、憲法25条を具体化する法律や行政行為の合憲性をいかなる違憲審査基準によって判断するのが妥当かという問題であり、判例・学説上、争点となっている⁽²⁰⁾。

この点、生存権が一定限度で裁判規範性を有することを前提に、立法府や行政府の広範な裁量権を認め、緩やかな違憲審査基準（具体的には、明白性の原則）に基づいて判断をするべきとするのが、一貫した最高裁の立場と言える。例えば、前述の朝日訴訟・最高裁判決は、「何

が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定判断は、・・・厚生大臣の合目的な裁量に委されており、・・・直ちに違法の問題を生ずることはない。ただ、現実の生活条件を無視して著しく低い水準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量権の限界をこえた場合または裁量権を濫用した場合には、違法な行為として司法審査の対象となる」と判示し、また、堀木訴訟・最高裁判決も、「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決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見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」と判示している。よって、最高裁の立場では、生存権に関する国会の立法や内閣の行政行為は、明白な裁量権の逸脱・濫用でない限り違憲とはならないことになる。

学説の中には、政治参加のプロセスに不可欠な権利の制約ではない以上、基本的には生存権の問題は政治プロセスで決着を図るべきであり、裁判所は国会の判断を尊重し緩やかな審査をすべきであるとして、最高裁の立場と同様の基準（いわゆる明白性の原則）を採用する見解もある〔松井2007：531-532〕。その一方で、どんな場合にも、すべての国民が最低限度の生活を下回ることはないようにすることこそが、生存権の実現であると考えべきである⁽²¹⁾として、立法裁量・行政裁量の妥当性をより厳格に問うべきであるとする見解（いわゆる厳格な合理性の基準）もある〔浦部2006：223-237〕。さらに、人間としての最低限度の生活の保障の部

分と、より快適な生活の保障の部分に分け、前者については厳格な合理性の基準を適用し、後者については明白性の原則を適用とする見解（いわゆる生存権における二重の基準論）もある〔中村1985：145〕。最低限度の生活の保障の方が、生存にとってより重要性があり、また、合理性の判断も比較的容易であるから裁量の幅を狭めうることを根拠とする。

筆者の立場では、1項を主観的権利、2項を客観的法規範と解するのであるから、違憲審査基準が問題になるのは1項のみであるが、この場合も法的性質論から発想していく⁽²²⁾。すなわち、1項から導き出された、生存権を構成する個別具体的な権利・自由が、プログラム規定や抽象的権利に分類される場合には緩やかな“明白性の基準”を、具体的権利に分類される場合にはより厳しい“厳格な合理性の基準”を違憲審査基準として採用すべきである。このように解することにより、基準が明確になるし、論理的な一貫性や体系的統一性にも資するからである。通説的見解のように、1項・2項一体説をとり、両方を同じく抽象的権利と解すると、公的扶助とその他の社会福祉的施策との間に質的な違いを認めないことになる結果、2項の緩やかで包括的な文言に引きずられて、1項の「健康で文化的な最低限度の生活」を実現するための法律に対する違憲審査基準がかえって緩やかなものになってしまうという問題が生じる点には注意すべきである〔藤井2008：175〕。

6. 制度後退禁止原則の可否

抽象的権利説の一掃結として、いったん法令で具体化した社会保障関係の制度につき、のちに後退させたり給付水準を低下させたりするこ

とは原則として禁止されるという、いわゆる制度後退禁止原則を認める見解も存する。この見解は、法律によって具体化された生存権は憲法上の権利と一体化されるがゆえに、それを後退させると違憲になりうるという発想をとっているとされる〔内野2008：627〕⁽²³⁾。

この点、佐藤幸治は、原則的には抽象的権利説が妥当としながらも、生存権をもって具体的権利と解すべき場合があると指摘し、①生存権を具体化する趣旨の法律の定める保護基準なしこの種の法律に基づいて行政庁が設定した保護基準が不当に低いような場合には、25条に違反し無効とされうるし、また、②この種の法律を廃止し、あるいは正当な理由なしに保護基準を切り下げる措置は、生存権を侵害する行為として違憲無効となるとする〔佐藤1995：621〕。後者②の指摘はまさに制度後退禁止原則的な発想であろう。

また、内野正幸は、1項を法的権利、2項をプログラム規定と解する1項・2項分離論を前提にして、1項における「健康で文化的な最低限度の生活」は、裁判的に違法の審査が可能なほどには確定可能であり、現行の制度から後退して基準を下回った場合であろうと現行の制度自体が基準を下回っている場合であろうと、それを下回る基準が設定されている場合には違憲とする。また、2項については、プログラム規定であるが、「向上および増進に努めなければならない」という部分を努力義務と解することで、「『向上および増進に努める』ことに明白に反すること、すなわち合理的理由なく後退をもたらすことをしてはならない」という制度後退禁止原則を憲法上、導きうるとする。よって、いったん法令で具体化した社会保障関係の

制度につき、合理的理由なくのちに後退させたり給付水準を低下させたりすることは制度後退禁止原則違反として違憲となる。この場合、違憲を避けたければ、公権力は積極的な合理的正当化が必要となる。ただし、内野は、制度後退禁止原則を広く一般化することに対しては否定的見解に立っている〔内野1991：154-156〕。

制度後退禁止原則は、抽象的権利説をとった場合に広い裁量に基づく安易な合憲判決が横行するのを阻止することに狙いがある。具体的権利説をとり厳格な違憲審査基準を採用するならば、合理的理由なき社会保障制度の切り下げは通常、容易に個人の主観的権利の侵害となるから、25条により違憲とすることができるのである。しかし、筆者は、具体的権利説の下でも、制度後退禁止原則を採用する意義は十分にあると考えている。すなわち、いったん法令で具体化した社会保障関係の制度につき、のちにその内容を切り下げ（制度の廃止や給付水準の低下など）した場合には、国家の側にその合理性の説明責任を負わせ、それが尽くされなければ即違憲とすることが可能となる。個人が主観的権利の侵害を訴訟において立証することは、精神的にも時間的にも経済的にも過大な負担となるが、制度後退禁止原則を採用し立証責任の転換や違憲性の推定を導くならば、人権保障に大いに資するであろう。制度後退禁止原則を生存権裁判等に一般的に導入することも、十分に検討に値すると考える。

〔投稿受理日2011.11.20／掲載決定日2011.1.27〕

注

- (1) 第二次世界大戦後の新憲法制定過程の当初において作成されたマッカーサー草案や日本政府原案

には、生存権に関する規定は存在していなかった。アントン・メンガーの生存権理論やワイマール憲法の規定（151条1項）の影響を受けた高野岩三郎、森戸辰男、鈴木安蔵等の学者が作成した民間憲法草案（「憲法草案要綱」）における「国民ハ健康ニシテ文化的水準ノ生活ヲ営ム権利ヲ有ス」との規定をもとに、当時の社会党によって生存権の明文文化が提案され、衆議院の審議過程で加えられたものである〔笹沼2009：203-205〕。生存の確保はいつの時代においても民衆にとって喫緊の問題なのであろう。現憲法を“押しつけられた憲法”と批判する見解があるが、憲法25条に限っては、かかる批判は全くあたらず、国民の総意に基づくものと評し得よう。

- (2) 生存権をめぐるその他の論点としては、生存権と平等権（憲法14条）や外国人と生存権等がある。特に後者の論点については、国際化時代のもと、生存権の核心部分にあるのは人間としての最低限度の生存を確保する権利（生命権）であり、みずからの力では生命をも維持することができない人間には国家がその生存を確保することが生存権保障の核心にあるとすれば、生存権の保障において外国人を排除する論理は憲法からは導き得ないとして、外国人にも原則的に生存権を保障せんとする見解〔後藤1999：46〕もあり、今後の研究課題としたいと考える。
- (3) 社会保障を基礎付ける法理念を、憲法25条ではなく13条を軸にすえ、「自由」の理念を中心に、「個人」の視点から社会保障の根拠付けを試みる議論は、既に社会保障学者によっても行われており、「自立」のための制度を充実させることは、「自律」の実現にとっても有益であるとの指摘もある〔葛西2004：265〕。生存権と憲法13条という論点も今後の課題としたい。
- (4) 現在の学説においては、自由権と社会権を区別することに有用性があることは認めつつも、自由権と社会権との間には密接な相互関連性があり、両者の区別はあくまで相対的なものであるという立場が通説となっている〔佐藤1995：408-409〕。さらに、「社会権」という以上、何らかの意味で「社会」的性格を有していなければならないはずであるが、そのような性格づけは困難である。よって、「社会権」という捉え方はやめ、生存権、教育を受ける権利、勤労者の基本的人権について、それぞれ

- れその独自の性格と、それが憲法上の基本的人権として保障されていることの意味を再検討する方が望ましいとする見解もある〔松井2007：529〕。
- (5) 生存権の自由権的側面については、具体的な裁判規範としての法的性格を認めるのが通説である〔大須賀1987：74〕。
- (6) 林訴訟とは、不況による就職難と事故による障害などで就労できず、収入がなくなり野宿生活を余儀なくされていた林氏が、福祉事務所に赴き、生活保護受給を申請したところ、「稼働能力の不活用は生活保護の受給要件に欠ける」として、生活扶助や住宅扶助などが認められなかった行政処分違法性が争われた事件である。名古屋地裁（1996〔平成8〕年10月30日判決）は、働く意思があっても具体的に働く場がなければ、稼働能力を活用していないとはいえない旨を判示して原告一部勝訴としたが、名古屋高裁（1997〔平成9〕年8月8日判決）は、稼働能力活用の機会は存在していたし、原告も求職のために真摯な努力をしていたとは言えない旨を判示して、原告逆転敗訴を言渡した。その後、上告がなされたものの、最高裁は棄却し、高裁判決が確定した。
- (7) 中嶋訴訟とは、中嶋氏の家庭は生活保護世帯であり、子女の高校進学のために生活保護費から生活費を切り詰め、学資保険に加入して保険料を支払い続け、保険満期返戻金を受けたところ、福祉事務所によって、それが収入と認定されて生活保護費が減額された行政処分の違法性が争われた事件である。福岡地裁（福岡地裁1995〔平成7〕年3月14日判決）は原告敗訴を言渡したが、福岡高裁（福岡高裁1998〔平成10〕年10月7日判決）は一家の生活実態や一般の高校進学率の現状、生活保護世帯の高校進学の困難さ等を詳細に認定した上で、原告勝訴とした。そして、最高裁も「給付される保護金品並びに被保護者の金銭及び物品（以下「保護金品等」）を要保護者の需要に完全に合致させることは、事柄の性質上困難であり、同法は、世帯主等に当該世帯の家計の合理的な運営をゆだねているものと解するのが相当である。そうすると、被保護者が保護金品等によって生活していく中で、支出の節約の努力等によって貯蓄等に回すことの可能な金員が生ずることも考えられないではなく、同法（生活保護法）も、保護金品等を一定の期間内に使い切ることまでは要求して
- いないものというべきである。・・・要保護者の保有するすべての資産等を最低限度の生活のために使い切った上でなければ保護が許されないとするものではない。・・・このように考えると、生活保護法の趣旨目的にかなった目的と態様で保護金品等を原資としてされた貯蓄等は、収入認定の対象とすべき資産には当たらないというべきである」と判示し、原告勝訴とした。憲法25条に関わる生活保護裁判において、最高裁で原告勝訴判決がするのは極めて稀であり、今後への影響が非常に注目される判決であろう。
- (8) 樋口陽一も、最高裁の立場を明確に抽象的権利説と位置付けている〔樋口2004：268〕。
- (9) 生存権の法的性質についての最高裁の立場をプログラム規定説とは区別し、客観的法規範説と呼ぶ見解もある〔渋谷2007：256〕。すなわち、朝日訴訟・上告審判決は、少なくとも25条が法律の規定とともに行政立法裁量の統制として機能することを判示しており、また、堀木訴訟・上告審判決も、立法府の裁量が著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合には裁判所の審査に服することを認めており、最高裁は25条が客観的法規範としての法的効力を持つことを承認していることを根拠とする。
- (10) 樋口陽一は、生存権の法的性質についての学説を三分類する議論の建て方そのものが、必ずしも適当ではないとし、つぎの諸局面について、生存権の「権利」性を問題にすべきとする。すなわち、①生存権の自由権的效果を求めること、②憲法25条を具体化する法律の存在を前提として、その法律を根拠としておこなわれた行為の法律適合性を問題にする場面で、憲法25条を援用すること、③法律そのものの憲法適合性を争うこと、④法律がない場合に、立法不作為の憲法適合性を問題とすること〔樋口2004：268〕。極めて示唆に富む見解と言えようが、要するに、①の問題はプログラム規定か否かの問題として、②・③の問題は抽象的権利か否かの問題として、④の問題は具体的権利か否かの問題として、従来から議論されてきた論点であろう。
- (11) 具体的権利説に対しては、①現行法の条文上、違憲確認訴訟という訴訟類型は規定されていない以上、無理である。②かかる訴訟を認めたとしても、国会に法的に立法を義務付けるのではないの

- だから、立法権拘束の意味は単に、間接的な立法促進の意味しか持ちえず、結局は何の救済にもならず、実益に乏しい。③かかる訴訟を認めることは、国会の立法権（憲法41条）の侵害になりかねない等の強い批判が加えられ、学説上は依然、少数有力説にとどまっている。しかし、制度的工夫により立法不作為違憲確認訴訟を構想することは、理論的に可能であり、現に例えばドイツでは憲法訴願手続において認められているとの指摘もあることから〔新2007：438-439〕、具体的権利説は再評価されて然るべきであると考ええる。また、現に生活保護法などの憲法25条関係の法律が存在する現在においては、抽象的権利説と具体的権利説の違いを論ずる実益に乏しく、今日では生存権の法的性格についての学説の基本的な対立はなく、訴訟手続や審査基準の問題だけが残っているに過ぎず、議論の焦点は生存権の実現に認められる立法府の裁量権にどの程度客観的な枠を裁判所がはめられるかという問題に移っているという指摘があることには注意すべきである〔葛西2007：299〕。
- (12) 長谷部恭男は、抽象的権利説に基づいて司法の介入を求める手掛かりとなる具体的な制度が存在しない場合には、この「ことばどおりの意味」における具体的権利説がその役割を發揮する余地があると述べている〔長谷部2008：276〕。また、奥平康弘も、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」そのもの（百パーセントのそれ）ではないにしても、必要最小限度の緊急措置的な措置であれば、一定の要件該当者に「権利」（具体的な給付請求権）が成立する余地があるとする〔奥平1993：248〕。
- (13) 例えば、佐藤幸治は、①営利的言論が国民の健康や日常的経済生活に直接影響するところが大きいこと、②その真実性は概して政治的言論と違って客観的判定になじみやすいこと、③その萎縮的効果を恐れるべき度合いが少ないこと等を理由に、営利的言論には厳格性の緩和された違憲審査基準が妥当すると解しようとする〔佐藤1995：518〕。
- (14) これは従来から主張されていた立法不作為違憲確認訴訟を認めるという意味での具体的権利説を否定するという趣旨ではない。“従来の具体的権利説”と“言葉どおりの具体的権利説”とは、十分に両立可能であろう。筆者は、これらの両説を統合したものを“新しい具体的権利説”と名付け、

支持したいと考えている。

- (15) 棟居快行は、これまでの学説が憲法25条1項を直接の根拠とした給付請求を認めなかった理由として、①「健康で文化的な最低限度の生活」という基準が不明確であること（不確定概念性）、②生存権の立法による具体化には高度の政策的・専門技術的判断を必要とするから裁判所に審査能力が無いこと（審査不適合性）、③不作為の救済を求めることは一義的にできるが生存権の実現方法は一義的ではなくその選択権限は政府にあること（作為方法不特定性）、④生存権の具体的実現には予算措置を伴うが、財政にも限界があり、その策定・決定権限は財政民主主義の下では内閣および国会にあること（予算随伴性）を挙げている〔棟居1995：156-160〕。

これに対して、渋谷秀樹は、逐一、つぎのように反論している。すなわち、①不確定概念性については、文言が抽象的であることはむしろ一般的で、裁判所はわいせつ概念の可変性を認めながら定義に意欲的であり、最低限の生活水準は各種の統計資料を用いて裁判上確定可能である。②審査不適合性については、司法審査はそもそも立法には当然に含まれる政策的・専門的判断を法に照らして判断するもので場合によっては専門家の知見を動員して判定可能である。③作為方法不特定性については、作為の救済方法は複数あるが不作為の選択の是非は判定可能であるし、判定基準が明確になるとすべての救済は金銭で換算可能であるから金銭給付請求権に集約できる。④予算随伴性については、予算を障害的要素とすると、金銭の支出を求めるすべての訴訟はできなくなり、予算が憲法上の権利を決定するのは本末転倒の議論である。また29条3項に基づく損失補償につき直接請求権を認める判例と平仄が合わない〔渋谷2007：258-259〕。そして、渋谷は、裁判は個々の事案を憲法に照らして審理するものであって、その場において、その裁判が予算全体にどのような影響を及ぼすのかを判断要素に入れることこそ、司法部の政治部門に対する介入となる。司法部は、当該事案における憲法違反および法令違反を審理すべきであるとして、給付請求権説（すなわち、言葉どおりの具体的権利説）をとるべきであるとする〔渋谷2007：259〕。

- (16) 佐藤幸治は、憲法上の生存権はその具体的内容

- につき数値をもって裁判所が確定することは難しいとしても、立法・行政部門の決定を「健康で文化的な最低限度の生活」に達しないとするだけの確定的内容をもってしていると述べているが〔佐藤1995：623〕、これは自説と同様の趣旨であろう。
- (17) 芦部信喜は、憲法25条1項は国民が誰でも人間的な生活を送ることができることを権利として宣言したものであり、同条2項は国が社会国家として国民の社会権の実現に努力すべき義務を負うことを認めたものであるとする〔芦部2007：252-253〕。また、伊藤正己は、憲法25条1項は社会権の理念に基づいて国民の生活面に対し生存権という権利を国民に保障したものであり、同条2項はその権利の実効化のためには国の積極的対応が必要であることから、国にその責務を果たすべきことを命じたものであるとする〔伊藤1995：370-371〕。
- (18) 渋谷秀樹は、1項は生存権という主観的権利、2項は生存権を確実に保障する制度（客観的法規範）の整備・構築を法的に義務付ける規定と解すべきであるとする〔渋谷2007：260〕。また、奥平康弘も、1項が権利（主観法）の設定を前面に押し出し、2項が比較的広範に周縁領域をもカバーしながら、生存権をより確実に保障する制度（客観法）を構築しようとする規定であるとする〔奥平1993：249〕。
- (19) 国民の利益を保護する目的で制度を設営する義務が国家に課されている場合には、国民の側にも、憲法上、そうした義務を遂行するよう国家に請求する主観的権利を認めるということも十分にありうる（例えば、憲法24条と婚姻に関する法制度）〔長谷部2006：133〕。しかし、現実的に、かかる権利を司法によっていかに実現していくのかの点については、多くの課題（例えば、その訴訟要件）が残されている。
- (20) 学説では、これまでのところ、具体的な違憲審査基準に踏み込む検討が十分に行われてきたとは言いがたく、25条の権利性を確保するためには、違憲審査基準の更なる具体化・明確化が学説には求められるとの指摘がある〔馬場2009：294-295〕。
- (21) かかる見解に対しては、一定の具体的な請求内容を構成できる最低限度に限定せず、漠然とした期待を含めて生存権概念を用いる論法は、結局は生存権の権利性を掘り崩すとの指摘もある〔西原2009：60-61〕。
- (22) 1項を救貧施策・2項を防貧施策と捉える1項・2項分離論を採用するメリットとして、1項について具体的権利説の立場をとる場合には、2項で保障されるより広い意味での社会保障（社会福祉や社会保険など）については抽象的権利説をとることによって、違憲審査基準を区別できるという点は、以前から指摘されていた〔藤井1983：30〕。
- (23) 裁量の場合には、その根拠となる法律にあるべき憲法規範を読み込めば、「違法」のみならず「違憲」と判断しうる余地はある。その手段の一つとして挙げられるのが、抽象的権利説をもとにした制度後退禁止原則である〔葛西2010：114〕。

参考文献

- 芦部信喜（高橋和之補訂）〔2007〕『憲法〔第四版〕』（岩波書店）
- 新正幸〔2007〕「立法の不作为に対する違憲訴訟（1）」（高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選Ⅱ〔第五版〕』有斐閣）
- 伊藤正己〔1995〕『憲法〔第三版〕』（弘文堂）
- 内野正幸〔2008〕「生存権の位置付け」（杉原泰雄編『新版・体系憲法辞典』青林書院）
- 一〔2000〕『憲法解釈の論点〔第三版〕』（日本評論社）
- 一〔1991〕『憲法解釈の理論と体系』（日本評論社）
- 浦部法穂〔2006〕『憲法学教室〔全訂第2版〕』（日本評論社）
- 大須賀明〔1987〕『生存権論』（日本評論社）
- 奥平康弘〔1993〕『憲法Ⅲ』（有斐閣）
- 葛西まゆこ〔2010〕「司法による生存権保障と憲法訴訟」（『ジュリスト・1400号』有斐閣）
- 一〔2007〕「生存権の性格—朝日訴訟」（高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選Ⅱ〔第五版〕』有斐閣）
- 一〔2004〕「アメリカにおける福祉改革—日本における生存権保障への示唆—」（『法政論叢第41巻第1号』日本法政学会）
- 後藤光男〔1999〕『国際化時代の人権〔改訂版〕』（成文堂）
- 笹沼弘志〔2009〕「社会権・国家賠償請求権」（辻村みよ子編『基本憲法』悠々社）
- 佐藤幸治〔1995〕『憲法〔第三版〕』（青林書院）
- 渋谷秀樹〔2007〕『憲法』（有斐閣）
- 中村陸男〔1985〕「憲法25条の法意」（小嶋和司編『憲

- 法の争点〔旧版〕有斐閣
- 西原博史〔2009〕『自律と保護—憲法上の人権保障が意味するものをめぐって』（成文堂）
- 長谷部恭男〔2008〕『憲法〔第4版〕』（新世社）
- 〔2006〕『憲法の理性』（東京大学出版会）
- 馬場里美〔2009〕「生存権」（元山健・建石真公子編『現代日本の憲法』法律文化社）
- 樋口陽一〔2004〕『憲法〔改訂版〕』（創文社）
- 藤井俊夫〔2008〕「憲法25条の法意」（大石真・石川健治編『憲法の争点〔最新版〕』有斐閣）
- 〔1983〕「堀木訴訟上告審判決」（『昭和57年度重要判例解説』有斐閣）
- 松井茂記〔2007〕『日本国憲法〔第三版〕』（有斐閣）
- 棟居快行〔1995〕「生存権の具体的権利性」（長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』日本評論社）