

# 生存権の法理と法律による行政

森 田 友 喜

## は じ め に

生存権に関する論議は、かつていわゆる朝日訴訟を契機として急速に高められたのであるが、近年周知のように自然破壊や各種の公害の発生にともなって、環境権の法的根拠として再燃してきた。しかし、小稿では環境権に直接触れるのではなく、生存権の意義や成立過程を明らかにし、憲法上の権利性を確認した上で、これまで法的権利説とくに具体的権利説の難点とされてきた訴訟手続上等の法的実効性の問題を法律による行政の原理との関係において検討しようとするものである。しかし、この草稿はこれらの問題についての断片的試論的考察にすぎないので順次検討をくわえていきたい。

## —

1. 近代の人権は、1776年のアメリカ独立宣言 (The Declaration of Independence) において、「われわれは、自明の真理として、すべての人は平等につくられ、造主物によって、一定の奪いがたい天賦の権利を付与され、そのなかに生命、自由および幸福の追求の含まれることを信ずる」と高らかに宣言し、また、1789年のいわゆるフランス人権宣言 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) で、「人は、自由かつ権利において平等なものとして出生し、かつ生存する。社会的差別は、共同の利益の上のみ設けることができる」(1条)と謳っているように、自由平等を理念として採択したのである。すなわち、近代初期の人権は、「国家からの自由 (freedom from state)」を掲げて、国民の権利自由を中心とする自由権の基本権を保障するものであったといって

よい。したがって、個人の生存は、自らの力により維持されなければならないという前提のもとに営まれ、国家は不当な干渉を避けるとともに、生活保障の面についても公的扶助を断ってきた。しかし、自由の権利といえども生存の保障を完全に無視したわけではなく、善良な市民の生存に対する危害や障害を除去する役割をになっていたことはいうまでもない<sup>1)</sup>。

このように、国家の国民に対する不干渉主義を最高の価値と認めた国家観は、自由主義の名のもとに、自由放任の経済体制を成立させ、資本主義(capitalism)の高度化とそのいちじるしい発展を促進せしめることとなったのである。ところが、これらの進展の影には、失業、貧困、病苦などのさまざまな社会的弊害をもたらし、無産者やそれに転落した人びとにとって、自由はもはや何の意味もたなくなり、自由こそ最大の幸福をもたらすという神話(myth)はくずれ去った。これに代って、権利や経済の社会化の要求が支配的となって、国家の積極的行為や支配を求めて自己の生存の諸条件を確保しようとする動きがしだいに活発化し、新しい人権を出現せしめたのである。この権利が社会権的基本権(droits sociaux)であって、最初の提唱者といわれるアントン・メンガー(Anton Menger)によれば、社会の各成員に、人間らしい生存を維持させるために必要な物と労務を現存する資財に応じて、他の人びとのさして緊要でない需要をみたすよりも先に分配すべきであるという要求を法体系が各成員に認める場合に、生存権(Recht auf Existenz)が存するものと主張したのである<sup>2)</sup>。

2. かかる生存権が憲法上採用されたのは、1919年8月11日のドイツ国憲法(Verfassung des Deutschen Reiches)すなわちワイマール憲法(Weimarer Verfassung)である<sup>3)</sup>。この憲法は「民主主義的・社会主義的な色彩が濃厚」<sup>4)</sup>で、第二編の第五章に「経済生活」の事項をおき、最初に、「経済生活の秩序は、すべての人に対して人間たるに値する生活(menschenwürdegees Dasein)を保障する目的をもつ正義の原則に適合しなければならない。この限度内で、個人の経済的自由(ökonomische Freiheit)は保障される」(151条1項)と生存権の基本原則を定め、つづいて、取引および営業(Gewerbe)の自由(同条3項)、契約の自由(152条1項)、所有権の保障(153条1項)などが規定されていたので

あるが、これらの条項には「法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes)」が付けられていたことや所有権に対する「義務づけ」、または「公共の福祉」への適合性が要求されていたのは、これまでの自由放任経済を修正するものであったといっただろう。

このように、伝統的な自由権、とりわけ所有権を含む経済活動の自由に対して、ある種のブレーキをかけたのは、自由放任のもたらす自由の形骸化を阻止し、国家の正当な行為によって憲法の保障する自由を実質化ならしめ、生存権の保障を確保しようとするものであったといえる。

ところが、ワイマール憲法に定めた生存権は、モーレイ (A. H. Morley) がいみじくも指摘するように、経済生活に関する多くの条項は、まったく法的強制力をもたずたんなる政策の声明にほかならなかった<sup>5)</sup>、人間が人間たるに値する生活の保障も権利として保障されたのではなく、いわば政治的宣言 (Politischedeclaration) であり、いわゆるプログラム規定 (Programmsatz, Programmvorschrift) にすぎなかったのである。

3. このことは、第一次大戦の敗北や 1918年の11月革命を惹起せしめた政治的、経済的、社会的諸原因による特殊事情などにもとづくものであった。とくに、政治的情况については、周知のように、非常に混乱のなかに社会民主党と独立社会党とによる連合の仮政府 (Rat der Volksbeauftragten) がつくられたが、ブルジョアジーはこの仮政府を信頼するものではなく、危機打開策として利用したまでのことである。翌年1月19日の憲法制定のための国民議会の議員の総選挙が行なわれたところ、総議席数 421 のうち比較的漸進的改革を主張する社会民主党は37.9%の得票率をえて163、資本主義社会を望む中央党 91、民主党75、革命的変革をせまる独立民主社会党22、右翼保守政党と目されるドイツ国民人民党44、ドイツ人民党 19、その他 7 の配分であったところから、第一党となった社会民主党も過半数を占めるまでにはいたらなかったため、第二党の中央党、第三党の民主党と連立して内閣を組織せざるをえなかった。したがって、内閣の性格もいわば社会主義と自由主義の妥協的色彩をおびたものとなって、憲法体制への影響も免れなかった。すなわち、ワイマール憲法は、主

義主張や綱領政策をそれぞれ異にする政党の妥協の産物——社会主義的・ブルジョア的・保守的な三種の思想のコンプロミス<sup>6)</sup>であったので、外見的には非常にはなやかな民主的な花が咲き乱れたのであるが、「内容的には雑然として一貫した理念による統一を欠」<sup>7)</sup>いていたのである。

## 註

- 1) 池田教授は、このような権利を「生存権 (right of life)」というよりもむしろ「生きる権利(right to live)」というべきだと区別しておられる(田上穰治編 体系憲法事典 385頁)。
- 2) 池田 前掲 385頁、彼のいう生存権は広い意味の生存権、すなわち社会権であった。
- 3) しかし、生存権の原型的思想は、中世の神学者・哲学者トーマス・アクィナス(Thomas Aquinas)や近世自然法の父といわれるグロチウス(Grotius)などの極窮状態における「生きる権利 (right to live)」、さらにはフランス革命の指導理念であった「友愛」精神のなかに認められる。
- 4) 山田晟 ワイマール憲法(高木=未延=宮沢編 人権宣言集) 199頁
- 5) Agnes Headlam Moreley, The new democratic Constitutions of Europe p. 276.  
山田教授によると、基本権のプログラム性は生存権にかぎらず、個人の自由・平等の保障についても認められたと指摘されている(前掲, 200頁)。
- 6) 小林孝輔 ドイツ憲法史 173頁
- 7) 吉田力雄 生存権と朝日訴訟(法経学会雑誌47号) 17頁

## 二

1. 日本国憲法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」と定めて生存権を保障している。この権利は、明治憲法には規定されてなく、現行憲法上の人権として登場したのである。わが国の憲法の生存権は、昭和21年2月13日のいわゆるマッカーサー草案にその思想的原型をみることができるであろう。この草案の24条は、「有ラユル生活範圍ニ於テ法律ハ社会的福祉、自由、正義及民主主義ノ向上発展ノ為ニ立案セラルベシ(In all spheres of life, laws shall be designated for the promotion and extention of social welfare, and of freedom justice and democracy)」(1項)、「社会的安寧ヲ計ルベシ (Social security<sup>1)</sup> shall be provided)」(5項)、「公共衛生ヲ改善スベシ (The public health shall be promoted)」(4項)と

定めていた。しかし、この規定から現在の生存権の条項を明確な形でみることはできない。強いてあげれば、草案の4項および5項が25条2項に列挙されているといつてよいくらいであるが、public health や social security に原典を読みとることができる。

同年3月2日、日本政府は、マッカーサー草案にもとづいて政府原案を作成した。それによると、「凡テ国民生活ニ関スル法令ハ自由ノ保障、正義ノ昂揚並ニ公共ノ福祉及民主主義ノ向上発展ヲ旨トシテ之ヲ定ムルコトヲ要ス」(38条)となっており、ここでも生存権の保障と明確な形で表現されていないが、「国民生活ニ関スル法令ハ自由ノ保障」という文言にわずかながらその片鱗をあらわしてきているといつてよいのではなかろうか。また、政府原案をもとにして、総司令部と接衝のうえつくられた3月6日の内閣要綱(憲法改正草案要綱)では、「法律ハ有ラユル生活分野ニ於テ社会ノ福祉及安寧、公衆衛生、自由、正義並ニ民主主義ノ向上発展ノ為ニ立案セラルベキコト」(23条)と変形されている。ここではふたたびマッカーサー草案の「社会的安寧」が復活してきていることが注目される。つづいて、4月17日、政府はこの要綱に修正をくわえて、平仮名まじりの口語体としての内閣草案(憲法改正草案)を発表したが、それには、「法律は、すべての生活分野について、社会の福祉及び安寧並びに公衆衛生の向上及び増進のために立案されなければならない」(23条)と調整されて現行憲法の25条2項の形にかなり近づいてきているものの、1項に該当する生存権はまだみあたらない。6月20日のいよいよ帝国議会で審議するための内閣改正案(帝国憲法改正案)でも「法律は、すべての生活部面について、社会の福祉、生活の保障及び公衆衛生の向上及び増進のために立案されなければならない」(23条)と草案とほとんど変りはなく、ただ、社会の安寧が社会保障と改められているくらいのものである。しかし、この規定は「社会の福祉の増進について定める1個の根幹的条文」<sup>2)</sup>として形づくられていることは注目される。

帝国議会における憲法改正案の審議にあたり、「新憲法に社会的経済的条項の挿入につき各議員と政府との間に真剣な論議がたたかわされたが、その発言は当時の窮迫せる国民大衆の要望を反映して国民生活の安定を保障するため、積

極的で具体的な権利規定の必要を力説するものが多かった<sup>3)</sup>のである。とくに社会党議員の衆議院憲法改正特別委員会での主張は生存権を確定せしめる契機となった<sup>4)</sup>。そして、8月24日、衆議院の本会議において、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」(25条1項)が追加されたのである。実は、この生存権の規定は、マッカーサー草案以前に政党や研究団体などで私案として発表されていた。たとえば、憲法研究会の憲法草案要綱(昭20・12・27)は、「国民権利義務」の章において、「1. 国民ハ健康ニシテ文化的水準ノ生活ヲ営ム権利ヲ有ス」「1. 国民ハ老年疾病其ノ他ノ事情ニヨリ労働不能ニ陥リタル場合生活ヲ保証サル権利ヲ有ス」また「経済」の章では、「1. 経済生活ハ国民各自ヲシテ人間ニ値スヘキ健全ナル生活ヲ為サシムルヲ目的トシ正義進歩平等ノ原則ニ適合スルヲ要ス」と定めていたことや、日本社会党の新憲法要綱(昭21・2・24)の「1. 国民は生存権を有す、其の老後の生活は国の保護を受く」「2. 正義公平の原則に基き、国民生活の安定向上を図るは国の使命なり、其のために必要なる政策を実施す」の規定、また、高野岩三郎の改正憲法私案要綱(昭21・1)には、第2「国民ノ権利義務」の章に、「国民ハ生存ノ権利ヲ有ス」「国民ハ文化的享樂ノ権利ヲ有ス」の規定があり、日本自由党の憲法改正要綱(昭21・1・21)は、「私有財産及正当ナル生活ノ安定ヲ保障ス」という条項をもっていた。これらはいずれもこんにちの生存権の源流をなすものといえるが、政党や各人の生存権に対する思想的根底はさまざまであったといえよう。それはちょうど、ワイマール憲法下における生存権の様相を呈する状況であったといってもよからう。

2. このような過程を経て成立した日本国憲法の生存権について、註解日本国憲法は、「積極的意味における生存権の確保という点については、国が常に、そのことにつき努力すべきであるという将来の政治や立法に対する基本的方向を指示したものである。もとより、このような努力を国が怠った場合、即ち、生存権に対するいわば消極的な侵害に対しては、特別の法的救済は予定されていないことから、それは法律的にはプログラムの意義のものであるということにもなるが、国の政治的・道徳的義務を明らかにしたことに重要な意義がある。

このような意味の国の責務の宣言のうちに、すべての国民に期待される国民としての利益ないし地位を生存権と呼んだわけである<sup>5)</sup>とこのような解釈をほどこしている。この説明からすれば、わが国の生存権もワイマール憲法下のものと同じように、立法の指針を表明したプログラム規定であり、政治道徳の宣言にすぎないということになる。ほかのことばでいえば、「健康で文化的最低限度の生活」が営めるように、国民が国に対して、具体的内容を請求しうる権利ではないということにほかならない。一般的に、この見解が従来から支配的とされてきた。その理由を中村教授は次のように要約されている<sup>6)</sup>。

第1に、日本国憲法が予定している経済体制は基本的には資本主義体制であり、そこでは、個人の生活維持は自己の責任においてなされることが期待されているのであって、労働の意思と能力のある者には労働の機会が与えられるという社会主義体制で生存権が国に対する具体的権利となりうるのと根本的に異なることである。第2に、生存権保障の方法、手続などについて、憲法は何ら具体的な規定を有していないことである。第3に、財政上の理由として、生存権の具体的実現には予算を必ずともなうが、予算の配分は国の財政政策の問題であるから、生存権の具体化は政府の裁量に委ねられているということである。

最高裁は、いわゆる朝日訴訟において、上告人の死亡を理由に訴訟の終了を宣言した後で傍論としてではあるが、「憲法25条1項は、……すべて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」(最判昭42・5・24 民集21・5・1043)と述べているところから、生存権規定を政治目標としてかかげたプログラム規定とみているといつてよからう。

この判決は、第2次大戦直後の食糧難の時代に、生存維持のためヤミ米を買受け自宅にもち帰る途中、検挙されたいわゆる食糧管理法事件<sup>7)</sup>を踏襲したものである。また、障害福祉年金を受給している全盲の女性が、次男養育のため、児童扶養手当の受給資格の認定を求めたいわゆる堀木訴訟においても、大阪高

裁は、「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うるように国政を運用すべきことを、同2項は社会生活水準の確保向上を、いずれも国の責務として宣言したにとどまり、直接国民に対し具体的請求権を賦与したものではない」（大阪高判昭50・11・10 行裁例集26・10・1268）と述べているところから、判例は、生存権の効力について、プログラム規定説に定着しているといつてよからう。

### 註

- 1) 吉田教授は、「そこで問題になるのは……social security という英文の字句である。現在であれば、この方面に多少とも関係をもつ者は、上の英文が「社会保障」の意味であることを理解し得るはずである。しかるに、英文では最初から上のような術語が使ってあったのに、……これを「社会の安寧」と翻訳し、従って警察的な「安寧」の意味に受けとるという大きな間違いをおかしている」（生存権と朝日訴訟＜法経学会雑誌47号＞7頁）と述べておられる。
- 佐藤教授も、マッカーサー草案24条5項の Social security を社会保障と訳しないで、社会的安寧としたのは誤りであったと指摘されている（憲法研究入門31憲法25条の由来＜法学セミナー＞60頁）。
- 2) 高柳＝大友＝田中編 日本国憲法制定の過程Ⅱ解説 176頁
- 3) 吉田 前掲 3頁、たとえば、社会党議員の黒田寿男氏はつぎのような発言をしている。「しかしながら、例えば国民が老年或は疾病、労働不能等に陥りましたような場合に、生活の安定を保障される権利があるということを、はっきりとこの憲法の中に規定することは、何等行過ぎるものではなく、それは寧ろ痛切に今勤労者から要求せられて居る所であると思います。斯くの如く老年、疾病、労働不能に陥った場合に於ける生活安全保障の権利を規定して、その権利は国の費用、公費を以てする社会保険の広汎な発達、無料施設の給与、療養地の供給というようなものに依って保障する。これは単なる1例であります、斯ういうことを規定致しますことは勤労者の切実な要求であり、且つ政府の努力次第で実行し得られることである。この様な重要な問題は憲法的規定として設けて置く必要がある。斯ういうことを我々の立場と致しましては是非主張したいと思うのであります」「……兎に角、総括的に申しまして、社会的、経済的規定には本草案に於ては甚だ欠ける所であるから、私はこれら規定を追加すべき意味に於て本草案は相当に修正を要するという見解を持って居ります。唯原案を通しさえすれば宜いというような考えでなくて、能く現在の我が国に於ける勤労階級の社会的、経済的地位、その生活状態を見るならば、又、その窮迫の原因が如何に国家的な原因に基くかということを見るならば、斯ういう社会的、経済的な権利義務の保障条項を相当な広範囲に於て追加しなければならぬと思うのであります」（清水伸編 逐条日本国憲法審議録第2巻 546-7頁）。
- 4) 当時衆議院議員であった鈴木義男氏（社会党）は、第24回国会の参議院内閣委員会で参考人として、25条1項の追加の模様を述べておられる（佐藤 前掲 61-62頁参照）。
- 5) 法学協会編 註解日本国憲法上巻 488-489頁
- 6) 中村睦男 生存権と生活保護基準（佐藤＝西原編 社会保障判例百選）9頁



7) この事件の判旨はつぎのとおりである。すなわち、「憲法 25 条 1 項は、……積極主義の政治である社会的施設の拡充増強に努力すべきことを国家の任務の 1 つとし宣言したものである。そして同条第 1 項は同様に積極主義の政治として、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家の責務として宣言したものである」「国家は……個々の国民に対して具体的、現実的にかかる義務を有するものではない。言い換えれば、この規定により直接に個々の国民は国家に対して具体的、現実的にかかる権利を有するものではない」。(最判昭 23・9・29 刑集 2・10・1235)。

### 三

1. 前節でみたように、日本国憲法の生存権を国の国民に対する「政治的・道徳的義務ないし責務」<sup>1)</sup>を宣言した規定だとすると、生存権のもつ本来の意義は喪失することになる。この人権をプログラム規定とする理由は、まゝに述べたように、資本主義経済体制にあること、予算をとまなう財政上の問題があること、憲法上具体化する規定が欠けていることなどのためであるといわれているが、これらの理由によって、憲法の保障する生存権の権利性が否定され、たんなるプログラム規定とはならないことについてはすでに論証されている<sup>2)</sup>(のでここであらためて触れない)。しかし、判例は依然としてワイマール憲法の生存権と同様、プログラム規定であって、両者は古典的生存権として軌を一にするものとしてとらえている。なるほど、両者とも自由主義 (liberalism, Liberalismus) を基盤とした憲法体系であり、政治的情況も資本主義 (capitalism, Kapitalismus) と社会主義 (socialism, Sozialismus) の諸政党の合作によって制定されたものであることは共通している。しかし、だからといって短絡的に生存権はプログラム規定であって、法的には無意味であると断定することはできない。また、自由権は資本主義の、生存権は社会主義のそれぞれ特有の基本権 (fundermental right, Grundrecht) だと極論することも妥当ではない。社会主義諸国の憲法においても、一方では生存権を保障し、他方では自由権の保障をして、実定法上の権利を付与せしめている。たとえば、ソ連憲法は第 2 篇第 7 章において、「ソ連邦の市民は、健康保護の権利を有する。この権利は、国家保健施設によって与えられる無料の専門的医療、市民の治療およ

び健康増進のための施設網の拡大、安全技術および産業衛生の発展と改善、広範な予防措置の実施、環境の健全化のための措置、学習および労働教育と結びついていない児童労働の禁止を含む成長期の世代の健康についての特別配慮、病気の予防、罹病率の引下げおよび市民の長命の活力にみちた生活の保障をめざす科学研究の展開、によって保障される」(42条)、「①ソ連邦の市民は、老令、疾病、労働能力の全部または一部の喪失ならびに扶養者喪失のさいに物質的保障を受ける権利を有する。② この権利は、労働者、職員およびコルホーズ員の社会保険、一時的労働不能のさいの手当、国家およびコルホーズの負担による老令年金、身体障害年金、扶養者喪失による年金の支給、労働能力を一部喪失した市民の職業斡旋、高令者と身体障害者にかんする配慮、その他の社会保障の諸形態、によって保証される」(43条)と生存権を保障するとともに、「①人民の利益にしたがい、社会主義体制を強固にし、発展させる目的で、ソ連邦の市民は、言論、出版、集会、大衆集会、街頭行進および示威行動の自由を保障する。②これらの政治的自由の実現は、勤労者およびその団体への公共の建物、街路および広場の提供、情報の広範な普及、出版物、テレビジョンおよびラジオを利用する可能性、によって保障される」(50条)、「ソ連邦の市民は、良心の自由、すなわち、任意の宗教を信仰し、またいかなる宗教をも信仰しない権利、宗教的礼拝をとり行い、または無神論の宣伝を行う権利を保障される」(52条)と自由の権利も合わせて定めている。

この例でもわかるように、憲法は、本来矛盾するとも思われるファクターをもった諸規定を内包しているものであり、枚挙にいとまがない。近代憲法の専売特許のようにいわれる「自由・平等」も本質的には相対立する概念といえるが、これらをうまく調和せしめてきたところに、20世紀人権の妙味があるといっていかりう。そもそも、法には相互の矛盾対立を調整して、できるだけ満足の度合を高めようとする側面があることを考えると、従来、相容れないと思われてきた自由と生存の権利も、実は、憲法上十分バランスのとれた人権として保障されうるものといっていかりうのではなかりうか。

2. ワイマール体制の経済的情况とわが人権下のそれとではまったく異って

いる。しかし、ここで注意を要するのは、経済の状況や財政のいかんにより生存権の権利性の有無がきまるものではないということである。一般に、生存権のプログラム性と解されたワイマール憲法においてすら、アンシュツ (Anschütz) などの指摘するように、「解釈規準 (Auslegungsregel)」としての法的意味は認められていた<sup>3)</sup>。また、特定の場合については、法的権利を認めようとする主張のあったことも注目に値する。たとえば、レーマン (Lehmann) によると、51条は立法権 (gesetzgebende Gewalt) に対しては立法の指針、司法権 (richtliche Gewalt) と行政権 (verwaltende Gewalt) に対しては適用の規準 (Regel) を与えるとともに、立法者を直接に拘束する効力を有するので、裁判所は立法について審査しようとする。すなわち、憲法規定は、立法者が将来実現すべきプログラムであると同時に、立法者に直接に適用される法規範でもある。したがって、法律が本条項の正義原則に本質的な点で抵触すれば、裁判官はその法律の承認を拒否しようとは指摘している<sup>4)</sup>。

このような点を考慮してみると、ワイマール時代の生存権を単純に法的には無価値と断定することは誤った解釈の方法であり、法的効力を何らかの形で認めようとする努力の払われていたことにこそ注視する必要があるだろう。いわんや、事情を異にするわが国の生存権を十把一絡げにしてプログラム規定と断定するのは、正酷をえたものとはいえない。

3. 一般に、生存権は、「自由を失った弱者を援助して、当人の実質的な自由を回復させ、各人相互の不均衡を是正することによって、実質的な平等をとりもどすことを目的とする」ために、いわば、「自由権の保障を実質的なものにするための補充的な性格を有するもの」であるといわれる<sup>5)</sup>。そうであるとするならば、それは、たんに形式的にプログラム性として、自由権を補飾するだけのものではなく、その病弊を治癒するため実質的に効力を有する実定法上の法的権利として認めるということではなければならない。もしそうでなければ、疾病や貧困などによってもたらされた自由の形骸化を補填することはできないであろう。補充というのは、物理的力学的にみても、被補充体と同等もしくはそれ以上の強力がなければならない。それはちょうど一般法に対する特別法的関

係にあるとさえいっても過言ではなからう。本来、個人の生活の維持は、各人の自由に意図するところに従って行なわれるべきであるが、窮乏者などに対しては国家の積極的な援助や補給策が講ぜられなければ、現代の社会生活において、個人の自由の命ずるままでは、生命・自由・幸福の追求 (the pursuit of happiness) は不可能な状態である。とくに、自然環境の破壊や諸種の公害などによる人権侵害が増加の傾向をたどっている。したがって、生存権を人権体系のなかで普遍化すれば、20世紀憲法の人権は、実質的には、自由権中心から「生存権中心の人権保障に転化」<sup>1)</sup> したといってさしつかえない。もっとも生存権中心の思想的沿革は早期に萌芽をみることができる。たとえば、フィヒテ (Fichte) によれば、人間の生存するのを理性国家 (Vernunftstaat) に求めて生存の尊厳性を説き、生存の継続がなければ、自由も人格も存在することはできない。人間があらゆる面において自由に活動する最大にして普遍的な目的は、究極的には、„Leben“ ということにあるので、この目的が達成されなければ自由も人格の存続もまったく不可能になってしまうと説いている<sup>2)</sup>。

このように、Leben に最高の価値を認めることは、思想上のみならず、実的法 (positives Recht) 上も当然肯定されなければならない。20世紀憲法の人権にあっては、Leben 中心ないしは優位の法体系を構築されるものといってよからう。視点をかえれば、憲法は個人の Leben を保持するために制定されたものであり、自然法思想家ロック (Locke) によると、国家存立の目的を「より大な安全を保つことをつうじて、相互に快適で安全で平和な生活を送る」<sup>3)</sup> ためであることが指適され、法哲学者ラートブルフ (Radbruch) も「国家や法は、個人の保障ないしは向上発展を促すための制度 (System) にすぎない」<sup>4)</sup> と述べている。これらの諸説でもわかるように、国家や憲法は Leben や life を保障するために存在することになる。したがって、憲法解釈の観点からみても、生存権をたんなるプログラム規定とするのは正当ではなく、法的権利 (subjektives Recht) としてとらえるべきことを示唆しているといつてよからう。

#### 註

- 1) 佐藤功 生存権の保障・法律と予算 (清宮=佐藤編 憲法演習) 60頁
- 2) 大須賀明 憲法上の不作為 (早稲田法学44巻1・2号) 152頁以下参照

- 3) 高田敏 生存権保障規定の法的性格—ドイツ憲法におけるプログラム規定の性格をめぐって—(大須賀編 日本国憲法7生存権) 91頁, Gerhard Anschütz, Deutschen Reiches von 11. August 1919, 14. Aufe, 1933. S. 560, 700. 彼は, 119条, 151条1項を法適用の解釈基準とし, ヴィールス ツォウスキー (Alfred Wieruszowski) は119条2項, 3項を立法に対する拘束的指針とし, ラートブルフは157条1項を労働力規定の解釈基準としていた。
- 4) 高田 前掲 91-2頁, Heinrich Lehmann Artikel 151, Absatz I. Ordnung des Wirtschaftslebens, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hrsg. von Nipperdey 3. Bd. S. 126, 127, 129, 131 ff.  
 その他ランデは145条に直接的法的拘束を認め (Walter Lande Artikel 143-147. Bildung und Schule, a. a. o. 3. 13d. S. 71), フィッシャーも161条に, 本条違反の法律の正本作成・公布を大統領が拒否すべきことおよび本条違反の法律に対する違憲審査権が及ぶことを主張していた (Karl H. Fischer, Artikel 161. Sozialversicherung, a. a. o. S. 453).
- 5) 清水望編 比較憲法講義 146頁, 俵静夫 行政と基本的人権 (田中=原=柳瀬編 行政法講座第一巻行政法序論) 232頁も, もともとその基調をなす自由的秩序のなかで, それがもたらした矛盾を修正するために, いわば補充的な意味で附加された基本権であると述べている。
- 6) 鵜飼信成 基本的人権(清宮=佐藤編, 憲法講座I) 104頁
- 7) T. G. Fichte, Der geschlossene Handelsstaats 180 Fichte's s sämmt Werk 3. Bd. S. 389, Grundlage des Naturrechts 1796 Werk 3. Bd. S. 212.
- 8) John Locke, Two Treaties of Government. 宮川訳 252頁
- 9) Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie. 田中訳 182頁

#### 四

まえにみてきたように, 生存権の法的性格をプログラム規定とすることは妥当ではない。メンガーもいうように, 「権利 (Recht im subjektiven Sinne)」とみるのが正当でありその性質からみて, しかも憲法上, 権利と明規していることから明らかである。学説も法的権利を認める傾向にあるといつてよい<sup>1)</sup>。ところが, その多くは生存権の法的権利を抽象的なものであるとしている。論者によってはニュアンスの相違があるが, おおむね, 「25条1項は, 抽象的な規定にすぎないから, 立法によってこれを具体化することを要し, 国民は, それによって具体的な生活保障を要求する権利を保障されることになる。そのような立法がない場合に, この規定を根拠として, 訴えによって具体的権利を主張することはできない」<sup>2)</sup> という意味ではほぼ一致している。この学説は生存

権を抽象的とはいえ、権利を認めるがゆえに、もし、「法律の不存在・不完備の場合は、国民がこの権利が保障されていないのであるから、国家の不作为による憲法違反」<sup>3)</sup> になるという。このかぎりにおいては、プログラム規定説よりもすすんだものとして評価しうる。

しかし、25条1項を具体化するための法律が制定されない場合には、憲法違反のそしりを免れないとしても、具体的に誰を相手として、手続上どのような訴訟形態により、違憲判決の司法判断を求めうるかの具体的問題については明白でない。むしろ、生存権規定を根拠に裁判所に提訴して違憲性の確認を追及することを否定している。25条1項の権利性は、「法律によって具体化されるものであるから、法律がなお存在しない場合、あるいは法律があってもそれでは不十分な場合は、實際上具体化されえない」<sup>4)</sup> としている点からみると、結果的には「プログラム規定説の範囲を少しもでないもの」<sup>5)</sup> と批難されてもいたしかたない。もっとも、プログラム規定説と抽象的権利説とでは、「憲法の明文の規定に対する基本的態度という点では全く反対である」<sup>6)</sup> と主張されるが、「この権利は法律上のそれであって、憲法から直接に（無媒介に）出てきたものではない」<sup>7)</sup> とすると、やはりプログラム規定説と大同小異ということになる。しかも、この見解にしたがえば、25条を具体化する立法が存在する場合には権利が発生し、立法が不存在のときには権利が否定されるというのはなほだ奇妙な論理をまねくことになる。このように、憲法の下位にある法律の有無によって、憲法上の権利性が左右されるのは、本末転倒といわざるをえない。法的権利を認めるならば、法律存在の有無にかかわらず、一貫して法的効力を有するとしなければ、論理的矛盾をきたすことになり、法的安定性（legal security, Rechtssicherheit）を損うことになる。

権利を抽象的とする学説のなかに、「国家の積極的施策を国民が要求し得る権利をもつという意味において『権利』である」<sup>8)</sup> との主張もある。この説によると、国は要救済状態者の要求にしたがって積極的な施策を講じなければならないが、もしその施策が実施されないときは、どのような救済手段をとりうるのか明確ではない。救済処置を有しない権利ははたして法的権利といえるかどうか

か疑問であって、十分な説得力をもつものとはいえない。

- 1) 松本昌悦 環境破壊と基本的人権 157頁は、環境権の社会的側面、すなわち25条に依拠する生存権そのものが、プログラム性を克服し、具体的な請求権としての法的権利性に学説判例の上で定着しつつあると指摘している。
- 2) 橋本公亘 日本国憲法 385頁
- 3) 覚道豊治, 憲法<改訂版> 289頁, 橋本 前掲書 386頁も、「もし、立法機関が生存権を具体化するための何らの立法をしないときは、それは25条に違反するとみるべきである（これについて裁判的救済の途はないが、だからといって、上のような立法機関の義務違反を合法視すべきではない）。生存権を保障するというに値しないような立法にとどまっているときもまた同様である」と同旨。
- 4) 覚道 前掲書 289頁
- 5) 大須賀明 社会権の法理(公法研究34号) 115頁
- 6) 横川博 生存権の保障(清宮=佐藤編 憲法講座 2) 203頁
- 7) 奥平康弘 生存権と人権(奥平=杉原編 憲法学 3) 61頁
- 8) 佐藤功 障害福祉年金と児童扶養手当の併給禁止の違憲性(佐藤=西原編 社会保障判例百選) 19頁

## 五

1. 前述の抽象的権利説の論理的矛盾や不満を克服し、真の権利性たらしめようとする見解がある。これが、いわゆる具体的権利説である。この学説によると、生存権の権利が具体的である理由として、25条1項に明確に「権利」と表現されていること、権利内容が明確であり客観性をもっていること、人権規定を直接に効力を発効せしめる法となる基本的人権の不可侵性(11条, 97条)および最高法規性(98条)の規定があること、13条の個人主義の原理の確保を具体的に国家に義務づけていることなどがあげられている<sup>1)</sup>。具体的権利説の特徴とするところは、生存権を実施する法律の不備または不存在の場合、司法的救済を求めることができるということである。すなわち、生活困窮者は裁判所に訴えて、①既存の法律によっては、「健康で文化的の最低限度の生活」の保障が十分得られないときは、当該法律の違憲性を主張することができ、②憲法25条1項の規定を施行するための法律が存在しない場合には、違憲確認訴訟を提起しうるし、③さらには、立法不存在につき、国会の法律制定を義務づけてもらうことができるとする<sup>2)</sup>。

しかし、現行の法制下では国会の立法を強制せしめる訴訟法が存在しないので、憲法訴訟法とでもいうべきものを制定する必要がある、かかる訴訟法の欠缺のままでは、「立法不作为による生存権侵害は救済されえない」<sup>3)</sup> ことになって、具体的権利説といえども抽象的権利説と大差ないことになってしまう<sup>4)</sup>。

具体的権利説が、プログラム規定説や抽象的権利説を脱兎のごとき勢いで論破したにもかかわらず、訴訟手続の段階で風前のともしびのようになったのは、生存権規範の当事者の問題に逢着したからである。この学説によると、憲法 25 条 1 項は立法部および司法部には妥当するが、行政部には当てはまらないとする。というのは、「行政権は一般に法律による行政の原理に支配されており、憲法 25 条 1 項は、行政機関が一定の行政処分をなしうるほどに明確で詳細な規範内容をもたないので、この原理の例外たりえ」<sup>5)</sup> ないからである。要するに、生存権規定が行政権に直接適用されないのは、「法律による行政の原理 (principle of administration according to law, Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung)」のためと、規範内容の不明確さに基因するものだというのである。しからば、このことは、いいかえれば、両者の障害を解決すれば行政部も直接の当事者適格 (Sachlegitimation, Prozesslegitimation) を有することになる。

2. まず、上の理由の一つである「明確で詳細な規範内容をもたない」ということは、いいかえてみれば、生存権の規範内容が明確で詳細になれば、行政権にも当てはまることを意味するようにも読みとれる。もしそうだとすると、憲法の保障する権利が外見的な規定の仕方によって左右されることになり、ともすると、国民に対して保障した生存権の本質的意義が見失われるという危険性に陥るように思われる。

では、25 条 1 項ははたして明確で詳細な規範内容を有しないものかどうか。もしそうであるとするならば、「要件は法律で定める」(10条) とか「法律の定めるところにより、……その賠償を求めることができる」(17条) などのように明規するはずであるが、25 条 1 項はむしろ卒先して、「健康で文化的最低限度の生活」(25条) を保障すると定めているのは、客観的に明確な規範内容を示すものといえるのではなからうか。ここでいう「最低限度の生活」というのも、「物



質的な必要性のみを考慮した、単なる動物的な生存を維持するための生活（いわゆる最低生存）を意味するものではなく、一定の文化的生存を営むことのできる生活水準<sup>6)</sup>をさしているものであるが、それを確定する方法については、相対的であるか、絶対的であるか見解の分れるところである。これについて、東京高裁は、「文化の発展、国民経済の進展等に併って絶えず進展向上すべきものであり、決して固定したものではなく、しかも多数の不確定要素の把握総合の上に定立されなければならないものであり、保護の基準も、国民所得ないしその反映である国の財政を離れてこれと無関係に定め得るものではなく、またその時期における国民の生活水準、文化水準の程度も当然対照されなければならない、国民感情も無視することはできない」（昭38・11・4行集14・11・1963）と述べて相対説の立場に立ち、内容の確定について最高裁とともに、政策的配慮ないしは自由裁量の余地を残している。これに対して、東京地裁は、「各国の社会文化的発展程度、国民経済力、国民所得水準、国民生活感情等によって左右されるものであり、したがって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」（昭35・10・19行集11・102921）として客観説をとっている。大須賀教授も相対説が政策的判断要素が、憲法上の適格性を欠いている点を批難して次のように述べておられる。すなわち、「結局のところ考慮すべき要素は、根元的には一定の歴史的時期における社会の生産力水準であり、ならびにそれと一定の相関関係に立つ国民の所得水準や生活水準さらにはその時期の社会的文化的発達程度であろう。これらの要素は、今日の科学水準からすれば客観的に確定することは可能であるし、またこれらを考慮すべき要素として採用することは憲法上問題を生ずる余地はなく、理論生計算の算定において算定者の主観の流入を排除する点において大きく発展している生活科学の現状を考慮すれば、その水準の確定は相当程度可能であるといえよう。まさに生存権の権利内容は客観的に認識できる程度の明確さをもっているのである」<sup>7)</sup>と。この絶対説の立場からすれば、

生存権の規範内容が具体化され、したがってこの規範が直接行政部にも妥当せしめる要因を促進させることになる。

つぎに、法律が内閣に妥当することにはいささかの異論もないが、法律が憲法に比較して、すべて明解かつ詳細な規範内容を有しうるように規定しているものであるかどうか。ちなみに、生活保護条項についてみると、憲法が「健康で文化的最低限度の生活」(25条)と定めているのに対して、法律もたんに「最低限度の生活」(生活保護法1条, 4条, 12条以下)といっているだけで、具体的な内容や水準などについては特別の数値をもって示していない。要するに、憲法25条1項も生活保護法1条4条なども規定の上ではほとんど変わらない。厳密に言えば、法律の規定よりも憲法の方がより明確な内容を示しているとさえいえる。とすると、法律の定める「最低限度の生活」の規定内容や水準の具体的判断が第一次的に行政庁に委ねられているならば、憲法上のその判断も行政庁にまかされうると考えてもさしつかえないのではなかろうか。もし、この論理が許されるならば、要救済者は直接憲法25条1項にもとづき、行政庁に対して生活保護の費用を求めうることになる。

3. 憲法規範が行政部に直接妥当するのを根拠づけるのに、財産権の補償請求が引き合いに出される。すなわち、私有財産の損失につき、特別の犠牲を負った場合、法令に補償請求の規定がないときは、直接憲法29条3項にもとづき目的を達しうるとする見解である。これについて、田中(二)博士は早くから、「日本国憲法第29条第3項は、単に立法の指針たるの性質を有するに止まるものではなく、それ自体実定法としての性質を有するものと解すべきであるから、これに基いて現実に正当な補償を請求することはもとより許されるべきである」<sup>8)</sup>と主張されており、今村教授も「各実定法の定めによるべきであるが、補償規定を欠くときは、直接、憲法29条3項に基いて請求をなしうべきものとする」<sup>9)</sup>と述べておられることにもあらわれているように、こんにちではこの見解(請求権発生説)が次第に優勢となってきた<sup>10)</sup>。

これに対して判例はどうか。当初、最高裁は、「この譲渡によって上告人に生じた損害填補の問題についても、その損害の発生が右譲渡行為に基因するもの

であるから、憲法 29 条 3 項『正当補償』の規定はそのまま本件損害の填補に適用されるべきものでないとして、直接憲法 29 条 3 項の規定に依拠して、国に対して補償を求めると主張する上告人の本訴請求を排斥した原判決は、正当である」(最判昭35・10・10民集・14・12・2441)と判示して、これを否定した。しかし、この判決の多数意見に対して、入江裁判官は、「国内的に見れば、それは、公共のため私人の財産を用いる場合に当たるものというべきであって、これにより損害を蒙る私人に対しては、最高司令官の要求が直接または間接にそれを否定するものでない限り当然憲法 29 条 3 項が適用せられ、これに正当の補償をせねばならないこととなると思うのである」と述べ、また、奥野裁判官も「その義務の履行として国民の財産を返還せしめることは、国の必要によるものであるから、国が公共のため国民の財産を用いる場合に当たるものというべく、憲法 29 条 3 項の適用を免れないところである。憲法 29 条の財産権保障の規定は、…直接本条により国民の財産権は保障されているものとする」と少数意見を表明して肯定説をとられた。その後、河川附近地制限令違反事件において、最高裁は、「同令(河川附近地制限令) 4 条 2 号による制限について、同条に損失補償に関する規定がないからといって、同条があらゆる場合について一切の損失補償を全く否定する趣旨までとは解されず、本件被告人も、その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法 29 条 3 項を根拠にして、補償を請求する余地が全くないわけではない」(最判昭43・11・27 刑集22・12・1402)との判断の下に、さきの判例をくつがえし、入江、奥野両裁判官の少数意見にしたがい、損失補償の直接請求の可能性を認めたのである。本件判決は法律の定めがない場合、直接憲法にもとづく損失補償の請求を是認したリーディング・ケースであり、きわめて示唆にとんだ画期的判決と評されてよからう<sup>11)</sup>。

この判決は、いずれも憲法 29 条 3 項に関する事案についてではあるが、実際、憲法上の権利から直接に請求権がひきだされた実績の例をわれわれはもっている<sup>12)</sup> ことを見失ってはならない。

4. 西ドイツの例ではあるが、ラントのハンブルク上級行政裁判所(Oberverwaltungsgericht)において、基本法にもとづき、国に直接具体的な一定額

の生活保護の給付 (Leistung) ができるかについて判断を下したことがある。同裁判所によると、基本法1条3項は直接に適用される法であり、一人ひとりの国民に公法上の権利を与えるものであって、生活を守るために付与された権利は、積極的な内容をもつものである。けだし、基本法2条2項は単にプログラム (Programm) として宣言したのではなく、権利的効力を有するものであって、たんなる憲法上、立法政策上の要請にすぎないものではない。なぜなら、直接に適用される法であるとした1条3項によって、それ以下の基本権も同様に、直接に適用される法規範となるからである。公法上の権利である個個人の生活権は、消極的内容しかもたない防禦権以上のもの、いわゆる積極的権利であって、生存を否定するような侵害の排除を請求できる権利であるだけでなく、積極的な作為、すなわち、最低生活の維持に必要な扶助の給付を要求できる権利である。2条2項をそう解するのでなければ、この基本法規定の意義はほとんど失われてしまうと判旨している<sup>13)</sup>のは、わが生存権規定への直接の適用を示唆するものと解されてよからう。

しかし、わが最高裁はまえにみたように、憲法25条1項について、当該国民が具体的現実的に、直接請求する権利を有する規定ではないとして、生活保護を求めることを否定している。29条3項と25条1項とを比較しても、規定の仕方についてはたいした違いはなく、双方の規定はともに金銭給付を求めるものであるにもかかわらず、前者の場合は是認されるが、後者の場合は、——しかも生命維持に直接かわりをもつ事項であるが——認められないとするのは、「憲法解釈上バランスを失する」<sup>14)</sup> ことになるう。

要するに、損失補償 (29条3項) と生活保障 (25条1項) との不均衡を、「憲法上矛盾なく解釈するためには、」「直接憲法に基づくことは許されるという立場で解釈するほかない」<sup>15)</sup> という結論に到達することになり、もしこの立場を貫くとすれば、「制定法によって明記されている場合にのみ請求権の形成が存在するという必要はなくなる」<sup>16)</sup> のである。

## 注

- 1) 高田敏 生存権保障規定の法的性格(大須賀編, 日本国憲法 7 生存権所収) 97頁, 大須賀明 社会権の法理(大須賀編 前掲書) 105頁以下
- 2) ③については, 和田(鶴)教授の主張される見解で, 具体的権利説の主張者のなかでもユニークである(和田 生存権<田畑編 憲法判例総合研究> 84頁)。
- 3) 大須賀 前掲 108頁
- 4) 藤井助教は, 具体的権利説と抽象的権利説との根本的差異は生存権の権利内容が客観的に認識できる程度の確実さと明確さをもっているかどうかの認識の差異にあると述べておられる(生存と人権<大須賀その他 憲法講義 2 基本的人権> 239-240頁)
- 5) 大須賀 前掲 107頁
- 6) 藤井 前掲 243頁
- 7) 大須賀 前掲 107頁
- 8) 田中二郎 行政上の損害賠償及び損失補償 264頁, 下山瑛二 国家補償法 290頁
- 9) 今村成和 財産権の保障(清宮=佐藤編 憲法講座 2) 200頁
- 10) 今村成和 直接憲法に基づく補償請求・公用制限と補償(雄川編 行政判例百選 II) 305頁
- 11) 下級審の判決ではあるが, 直接憲法にもとづく補償請求権を認めたものもある。たとえば, 借地権確認土地引渡等請求事件において, 東京高等裁判所は, 「地方自治法 238 条の 4 第 5 項は, 行政財産の使用を許可した場合において, 公共もしくは公共用に供するため必要を生じたとき, または許可の条件に違反する行為があると認められるときは, 普通地方公共団体の長……は, その許可を取消することができる」と規定し, 損失補償の要否については, 何ら触れるところがない。……しかし, 憲法 29 条 3 項に……規定するのは, いわゆるプログラム規定ではなく, もし使用許可の取消しにより, 財産上の犠牲が一般的に当然に受忍すべき制限の範囲をこえ, 特別の犠牲を課したものとみられる場合には, 直接憲法 29 条 3 項を根拠に補償の請求をすることができるものと解するのが相当である」(昭 44. 3. 27 高裁民集 22. 1. 181) と判示しているのも注目される。
- 12) 下山瑛二 健康権——その概念確立の必要性と可能性——(ジュリスト 538 号) 20 頁
- 13) Mangold Klein Das Bonner Grundgesetz 2 neu. Aufl. S. 189.  
小川政亮 権利としての社会保障 196-7 頁 もっともこの判決は, 連邦憲法裁判所により棄却されたけれども, その意義は大きいといえよう。
- 14) 高原賢治 憲法判例百選<第 3 版> 109 頁, 同 憲法の判例<第 3 版> 113 頁
- 15) 高原賢治 憲法学 3 <人権の基本問題 III> 39 頁
- 16) 下山 国家補償法 299-300 頁

## 六

1. 具体的権利説にとって, 憲法 25 条 1 項が行政機関に妥当しない最大の理由は, 「法律による行政の原理 (principle of administration according to law, Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung)」 とのかかわりにおいて

である。というのは、権力分立制のたてまえ、行政部が一定の権限を行使する場合には、かならず法律によることの要請にもとづくことを要するといふのである<sup>1)</sup>。

確かに、「法律による行政の原理または行政の合法性 (Gesetzmassigkeit der Verwaltung) の原理は近代市民的法治国家 (bürgerliche Rechtsstaat) における行政法の基礎原理の一つであ」って、「元来、自由主義および国民自治の政治思想をその背景とし、制度的には三権分立を主義とし、立法権 (議會) の優位を認め、すべての行政作用を立法権 (議會) の定律した法律の支配 (Herrschaft des Gesetzes) の下に立たしめることを目的として生れた」<sup>2)</sup> のである。したがって、この原理は、国家権力ことに行政権力が国民生活に介入し、国民の権利自由を侵害する警察国家を否定して、自由国家の立場にたち、「法」によりできるだけ行政権の自由かつ恣意的活動を抑制し、封じこめることによって、国民の権利自由を保障しようとする要請にもとづくもので、いわば、「自由権的基本権の尊重確保」を中心概念としたものといってよい。ここでいう「法」とは、国民の代表者で構成する議會によって制定された「法律 (law, Gesetz, loi)」を意味し、法律に定めた場合にのみ、国民の権利自由の制約や国民に対する義務の賦課行為が許されるとするのである。このように、法律による行政の目標とするところは個人の自由であって、この自由は、「外部的な拘束と強制のない状態」、とくに、行政から干渉されないことをねらいとしている。そしてそれは、自由主義的・民主主義的政治原理にねざした自由国家における行政の基礎をなすものであって、自由国家の行政観であった。このことは、伝統的な法治主義の要請にもとづくものであって、「具体的には、国民の自由権を保障するための自由主義的原理」<sup>3)</sup> を具体化したものであり、かかる制度のもとにおける個人の生存の維持向上も、おのずから、「国家権力の干渉の外で、各人の自由な活動に任されるべき」<sup>4)</sup> であるという結論に達する。したがって、かかる自由国家における行政は、国防、外交、秩序維持などを目的とする警察行政や租税徴収の財政行政が中心であって、これらの目的を実現するため、国民に命令、強制する権力的行政がその中核をなすものであったから、法律による

行政は、まさにこのような行政作用においてこそ理想的な形で妥当するといいうる。

ところが、自由放任に胚胎する失業、貧困、疾病などの弊害が発生するにつれ、「個人の自由は政府の権力の減少にともない増大するとか、自由は政府の干渉の増大にともなって減少するというような 19世紀の市民的自由について妥当したことが通用しなくなってきた」<sup>5)</sup>。したがって、個人の自由や幸福の追求を各人の力によってのみ行なうことはもはや不可能となり、私的権利侵害の防止に務めるとともに、国が弱者に対して積極的に助力をせざるをえないという積極的な行政活動が期待されるようになってきた。これまでの秩序行政から福祉行政 (welfare administration) への転換は、しだいに、行政の複雑化や多様性をもたらすようになって、一方では、自由主義の政治原理が実定法上の原理として認められ、その上に平等公平の原理、信義則 (Tre uund Glauben) または行政道徳 (moralité administrative) が構築され、他方、国民は国家の給付を受け、従来の行政からの自由でなく、「行政への自由 (freedom to administration)」「欠乏からの自由 (freedom from want)」が要請されるにいたり、「すべて、行政活動は完全な『法律の支配』をうけ、単に法律の具体化、執行にすぎないとする建前をとるものとはいえない」<sup>6)</sup> になってきたのである。要するに、すべての行政が「法律の支配 (rule of law)」の下にのみ存在しうとするのはあまりにも早計のそしりを免れず、従来の「市民的自由主義の伝統的な原理が否定され、あるいは修正されるようになると、『法律による行政』の原理もまた変容を蒙らざるを得なくなる」<sup>7)</sup> のは明らかである。

法律による行政は、従来「法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes)」の意義において把握され、法律の根拠にもとづかなければ、行政権の発動はなしえないことを意味するものと解されてきたのである。ところがマイヤー (O. Mayer) が行政の作用は行政権に固有の権力にもとづくもので、本来はいちいち法律の根拠を要しないが、国民の権利自由を侵害する場合にはかならず法律の根拠を要する趣旨だと説明<sup>8)</sup> するにいたって、一般にこれにしたがって用いられるようになった。しかし、わが基本的人権にアメリカの人権体系と同じく、自然法

思想に由来するものであるがゆえに、「侵すことのできない永久の権利」として法律によるも侵害することができず、行政権のみならず立法権に対しても保障されうるものである。このことは、いいかえれば、憲法により立法権のみならず行政権も人権保障に奉仕するものでなければならないことを義務づけられたものといえる。したがって、行政作用をすべての法律で束縛してしまうことがはたして適当であるか、そうすることにより、本来、期待された行政の機能を完全には発揮しえないことにもなりかねない。行政の効果を十分に期待しうるためには、法律は行政を罪惡して封じこめるのではなく、場合によっては行政に授權をし、あるときには積極的に行政の役割を促進しうるような対策を講ずることが憲法の要求するところと考えられるからである。

憲法思想の相違や福祉国家の生成進展にともなう、法律と行政との関係はすくなくとも、行政作用に対して変化を及ぼすようになったのはほとんど間違いない。そのあらわれとして、20世紀の福祉国家は行政機関に対して、広汎な範囲にわたる立法的権限を委任するとともに、行政事件に関する司法的権限をも認めるにいたったのである。したがって、行政の機能をよりよく発揮させるために、行政部に対して裁量権の範囲を幅広く認め、とくに給付行政(Leistungsverwaltung)の領域において合目的的活動が行なわれることが期待されることになる。さらにすすんで、「直接には法律の具体的規定に基づかない行政活動」<sup>9)</sup>ということも十分予想されるので、伝統的な法治行政の原理が完全な形において支配するのは困難となり、早晚修正されざるをえなくなるだろう。

このような行政理論の変化に対して、法の支配の動揺であり、かつまた後退であるとの批難もあるが<sup>10)</sup>、現代の行政にあってはもはや正当な批難とはいえない。18・9世紀には存在しなかった生存権の保障は、20世紀憲法の中心概念として、国家の積極的行政活動を要請するものであるから、給付行政にあっては、市民的・自由主義的平面な行政としてではなく、立体的な、「いわば『与える行政』という別系列の行政」<sup>11)</sup>として描写されなければならない。非権力的管理作用たる給付行政は、自由の権利保護のように消極行政にあまみずることなく、国民の福祉を積極的に増進させるため、憲法上の法律事項の指定や政策



上の理由から法律に根拠を定めることがあっても、理論的には法律の根拠を要しないということになると<sup>12)</sup>、従来の「法＝法律の論理にも多かれ少なかれ、実質的変容」<sup>13)</sup>をきたすことになってこよう。しかし、給付行政の作用といえども法的根拠をまったく必要とせず、ひたすら行政機関の恣意を許すということの意味するのではなく、「法＝憲法 (constitution, Verfassung)」の直接支配の下に、生存権の完全な保障をまっとうせしめようとする行政を意味するのである。要するに、生活保障の行政は直接憲法に根拠を有しその命令に服従するものといつてよからう。

2. このように、憲法と行政（とくに生存権に関する）との密着性の根拠を考察すると、憲法は国政が国民の厳粛な信託によるものであるため、その福利を国民が享受しうるように行使されることを命じている（前文）。したがって、立法権の行使はもちろんのこと、「行政権の行使（も）、国民の意思にもとづいて、国民のためになされなければならない」<sup>14)</sup>のはいうまでもないことである。その国民の意志 (will, Wille) が何であるかは、憲法が自ら明確にしているので、国家機関は当然にこれに拘束される。ことばをかえていえば、国家機関は、憲法に宣言された国民の意思を立法、行政に具体化せしめる任務を負っているということである。この論理を生存権にあてはめると、貧困者を救済して人間に値する保護を与えることは、立法部および行政部の連帯責務であるから、いずれも責を免れることはできない。ただ、憲法が代議制をとっているため（前文、43条）、代表者（国会）による法律にもとづいて行政が行なわれることを原則とする（41条、73条1号）関係上、第一次的には国会がその任に当り、生活関連法等の立法策を講ずる使命を負うべきである。いかんせん、まさにここで問題のように、国会が25条1項を運用せしめるための法律を制定しないで放置しておく場合には、生存維持の立場から別途救済策が考えられなくてはならない。この場合二つの方法があって、一つは、国会の立法の不作为を国民の権利侵害として損害賠償請求権を認める様式であり、二つは、第二次的に行政部が施行法規を制定して、当該国民の要望に答えることである。前者の立場によると、選挙訴訟——在宅投票制の廃止につき国会自体の過失を認めて損害賠償請

求を認めた判決（札幌地判昭49・12・9判時762・8）や議員定数が不均衡であるにもかかわらず、内閣ないしは国会議員が公選法の改正案を発議しない場合に、この不作為を違法性をおびるものとして損害賠償を認定した判決（東京地判昭52・10・1判時859・3）——にヒントをえて、立法の不作為に対する国家賠償請求訴訟によって救済しようとするものである<sup>15)</sup>。後者は、その法的根拠として、憲法が生存する権利を自然法的権利として、その前文に、「欠乏から免れる権利 (right from want)」としての基本理念を宣言し、本文において、基本的人権の不可侵性(11条、97条)、個人の尊厳 (Würde des Menschen) および生命・自由・幸福追求の国政上最大の尊重性(13条)、社会的関係（生活関係）下の平等性(14条)、そして具体的には、困窮者が人間にふさわしい生活の維持を可能ならしめるような生活保護の支給のため(25条1項)、行政部にたいして政令の制定(73条6号)を求めうることがあげられよう。したがって、ここではこの問題に限定して論をすすめていきたいと思う。

3. 憲法は内閣に対して、「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること」(73条6号)を命じている。この解釈について、学説は法律の介在をまたず政令を定めることに反対する。宮沢教授はその理由を、「憲法は、一般に立法権を国会に与えている。これは、憲法の規定を実施するために、必要な規定を設けることは、原則として、国会が法律によってなすべきだとする趣旨と見るべきである。そうでなく、法律の媒介をまたずに、憲法の実施のために政令で規定を設けていいことになれば、すべての立法（実質的意味）は、憲法の実施のための法規範の定立だといえるから憲法が国会に立法権を排他的に与えようとした趣旨がまったく失われてしまう」<sup>16)</sup>からであると説明される。

確かに、宮沢教授のいわれるように、立法権を国会に専属的に付与せしめている点からみて、憲法の実施する場合には、法律をまっで行なうのが原則であるに違いない<sup>17)</sup>。しかし、憲法が国会を「唯一の立法機関」(41条)と定めているのは、「直接または間接に国民を拘束し、あるいは国民に負担を課する新たな法規範」<sup>18)</sup>の制定に関しては、「国会を通し、国会を中心に行なわれ

(国会中心立法)、かつ、国会の議決のみで成立する(国会単独立法)ことを意味する<sup>19)</sup>のであるならば、これとは逆に、国民に権利を付与し、生存の保障を確保ならしめるために法規範を定立する立法作用を国会以外の国家機関に与えたとしても、かならずしも41条の精神にもとることにはならないだろう。かりに、百歩譲って、実質的意味の法律を制定するのは、原則としてすべて国会の独占権だとしても、憲法は決して例外を認めないわけではない。たとえば、衆参両議院の議院規則制定権(58条2項)、最高裁の規則制定権(77条1項)、地方公共団体の条例制定権(99条)、特別法の住民投票(95条)、それに内閣の政令制定権(73条6号)などがそうである。

このような論理から生存権についていえば、憲法上の権利をどのように適用するかを法律で定めるのが原則であるが、国会の怠慢等により立法策が講ぜられないで、生活貧困者の要求があった場合には、一定の条件のもとに内閣が25条1項を実施して彼らを救済するために、73条6号の規定にしたがい政令を定立しうるものと解せられる。憲法がわざわざ「この憲法……の規定を実施するために、政令を制定すること」と明文をもって定めているのは、まさにこのような場合を予想してのことと思われる。生存権の保障は自由権の場合と異なり、国の積極的施策を要するものであるから、国会が法律を制定するまでの内閣のかかる処置は、決して憲法の趣旨にそむくことにはならないだろう。また、法律による行政の原理の点からみても、これを否定するものではない。本来、この原理は行政権の不当な干渉や侵害を排除して、国民の権利自由を保障するための制度であるから、行政部による立法は形式的にはこの原理を犯すようにみえても、実質的には法治行政のもたらす空白化を補充し、完全ならしめようとする作用と考えられる。もし、内閣が法律による行政の名のもとに、法律の欠缺や不備を理由に生活保護を拒絶することは、それこそ不作為に国民の権利を侵し、ひいては生命を奪うことにはほかならないのである<sup>20)</sup>。

#### 註

- 1) 大須賀明 憲法上の不作為(早稲田法学44巻1・2号)179頁、同 社会権の法理(公法研究34号)117頁
- 2) 田中二郎 法律による行政の原理 3頁、43頁

- 3) 我妻栄編 新法律学辞典 879頁
- 4) 俵静夫 行政と基本的人権 (田中=原=柳瀬編 行政法講座第1巻) 229頁
- 5) 阿部照哉 法の支配と自由 (磯崎辰五郎先生喜寿記念 現代における「法の支配」) 195頁
- 6) 原龍之助 公物營造物法〔新版〕30頁
- 7) 雄川一郎 現代における行政と法(雄川=高柳編 現代の行政<現代法4>) 5頁
- 8) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd, 1 Aufl. S. 69, 97ff.
- 9) 雄川 前掲 10頁
- 10) A. V. Dicey, The Developmene of Administrative Law in England, Law Quarterly Review, Vol. 31, p. 148-152.
- 11) 山田幸男 給付行政法の理論 (雄川=高柳編 前掲書) 28頁
- 12) 成田頼明他 現代行政法 9-10頁
- 13) 雄川 前掲 5頁
- 14) 杉村敏正編 行政法総論〔総論〕49頁
- 15) 中村睦男 憲法第二五条の法意 (小島和司編 憲法の争点<増補>) 121頁
- 16) 宮沢=芦部補訂 全訂日本国憲法 572頁
- 17) 清宮教授は、ケルゼンの法段階構造様式にしたがい、憲法の規定は、憲法—法律—政令という段階を経て実施されるとなすのが憲法の趣旨であると指摘されている (憲法Ⅰ〔第3版〕429頁)
- 18) 宮沢=芦部補訂 前掲書 343頁
- 19) 清宮 前掲書 204頁
- 20) 高田教授は、国の不作為が不可侵の基本的人権の現実的な権利侵害となると指摘している (生存権〔阿部編 判例演習講座憲法〕166頁)。また、下山教授も、「侵害された人権の種類が財産権に限定される必要性はなく、生存権的性格のものでもよい」と述べておられる (国家賠償法 299-300頁)。

## 七

1. 以上のことから明らかなように、憲法 25条 1 項は行政部にも適用される法規範と解される。とすると、国会が立法施策を講じない場合には、困窮者は内閣に対して生活保護を求めうることになる。これに対応する処置として、内閣は生活関連法案を国会に提出し(憲法72条内閣法5条)、立法化されるまで自ら生存権規定を実施するために政令を制定して(73条6号)、要保護者の生活の保護をはからなければならないことになる。これは、憲法がまさしく生存権を法上の「権利」として認めたがための帰結であるといつてよからう。

2. 要保護者の請求に応じて、行政部が生活保護の給付を行なわない場合には、行政事件訴訟を提起して司法救済を求める途が開かれ、これは二つの訴訟類型が考えられる。一つは、相当の期間を定めて、「不作為の違法確認の訴え」

(行訴法3条5項)を起こす方法である。この訴えは、口頭弁論終結時<sup>1)</sup>の状態で行政庁の不作为の違法を確認するものであるから、審理の範囲も行政庁の不作为が違法であるか否かにかぎられる。しかし、申請人たる要救済者が勝訴すると、行政庁の不作为が違法と判断されることになり、行政庁は申請に対する許否いずれかの処分をしなければならない拘束をうけ(同法38条1項, 33条1項)、これによって救済の目的を達成されることになる<sup>2)</sup>。この判決に対して、不作为が行政庁が生活保護給付処分を決定すれば問題はないが、これを拒否する処分がなされたときは、取消訴訟の手続により争うことになろう(審査法5条6条, 行訴法3条2項3項)。二つは、行政庁が一定の処分を行なうように命ずることを求める無名抗告訴訟による様式である(行訴法3条7条)。この訴訟は国民の権利救済の必要上、法定外の訴訟型態であるため、具体的にどのような事項がいかなる範囲で認められるかは必ずしも明確でない。無名抗告訴訟の範疇に属すると思われるものに、①行政処分の違法確認訴訟、②行政処分の給付を命じる義務づけ訴訟、③特定の処分の禁止を求める差止訴訟、④処分の変更を求める訴訟、行政庁に代って処分を行なうことを求める積極的な形成訴訟、⑤公法上の義務の確認訴訟、⑥処分権限の存否を求める確認訴訟、⑦訴えの提起前に処分の効果が失われた場所における処分の違法確認の訴訟、⑧法令の効力に関する訴訟などがあげられる<sup>3)</sup>。この訴訟類型において生存権を実効ならしめるのは、②の義務づけ訴訟(Verpflichtungsklage)ないしは給付訴訟(Leistungsklage)であるが<sup>4)</sup>、行訴法上認められるかどうかについて、学説は否定的である。田中(二)博士はその理由を次のように述べておられる<sup>5)</sup>。

「抗告訴訟の抗告訴訟たるゆえんは、明示的にしろ、黙示的にしろ、行政庁の第一次的判断が公権的に——公定力をもって——下されていることを前提として、これに抗義し、それによって生じている違法状態を排除することを目的とするにあるというべきである。このように考えてくると、明示的にも黙示的にも、行政庁の第一次的判断が下されていない状況のもとで、特定の行政処分をなすべきこと又は特定の行政処分をするよう命ずべきことを求める訴訟とか、特定の行政処分をする義務があることの確認を求める訴訟……とかは、少なく

とも抗告訴訟の範疇には属しないものといわなければならない」いいかえれば、「單純に行政庁の第一次的判断を求める給付訴訟とか、行政庁に第一次的判断をすべき義務のあることの確認を求める義務確認訴訟……のごときは、少なくとも抗告訴訟の範疇には属さないといわなくてはならぬ」 なんとならば、「司法権が行政権に代わって一定の処分をするとか、行政権に対して具体的な特定の処分を義務づけることは、行政権の第一次的判断を侵し、行政権に不当に介入するものと非難を免れない。それは司法権と行政権の本来の機能の差異を無視し、行政責任の原則を紛糾させ、ひいては、司法権万能に陥らせるおそれもないではない」

要するに、給付訴訟は行政庁の第一次的判断を侵害することになり、権分立(separation of powers, Gewaltenteilung)に違反するから認められないというのである。判例もこの立場を建持しているといつてよい。

これに対して、大西(芳)教授は、給付訴訟否定論に対して次のように肯定論を展開されている<sup>6)</sup>。

「裁判所の判決はもっぱら法律的価値判断に基づき、具体的紛争について法規を適用した結果、原告に法律上給付請求権があることを確認し、法規の命ずるところを宣告しているに外ならない。これに反して上級行政官庁はもっぱら公共の福祉の実現の立場から、或行政上の状態を実現せんとする意欲を以て、下級行政庁に対して一定の意思を表示しているのである」 したがって、「給付判決においては、判決が行政庁に一定の行政処分を命ずるような形をとるために、裁判所が司法権の限界をこえて行政権に容喙したような誤解をおこすが、確認判決においては、判決は単に、行政庁にはかくかくの法律上の義務があるという宣言にとどまるから、裁判所の行動が司法権の限界をこえたという非難は生ずる余地がない。それどころか、およそ法律上の争訟を裁判しなければならぬのは、裁判所の職務である。人民の側から法律上の争について裁判の請求があった場合に、これに対して審理・判決をしないのは、人民の権利侵害である。だから確認判決の請求があったならば、裁判所はそれをなし得るのは当然と言わなければならない」とすると、「確認判決が許される以上、給付判決もまた

許されるべきではないか。行政庁にある一定の行為をなすべき法律上の義務があるという判決が許されるならば、行政庁はその行為をなすべきであるという判断も、それが判断にとどまる限り、許されないとする積極的理由はない」また、権力分立の侵害にはならないかについて、「三権分立はそもそも何のための原理であるか。言うまでもなく、それは権力の集中によって人民の権利・自由が不当に制限せられることを防止するための制度である。人民の権利・自由を制限するための原理では絶対にない。人民に実定法上、行政官庁に対する請求権があり、その請求権について争がある以上、法律上の争訟として裁判所にその判定を求め得なければならない」と。

また、浅賀元裁判官も「行政庁のなすべき行為が一義的に確定され、権利保護の利益が肯定される限り、行政庁は法のき束するところは（？）に従って行動しうるのみであるから、それをしない場合に、司法裁判所が、その行為をなすべきこと或はなすべからざる義務、あることを確認したからといって、行政権に対する侵害の問題は生じえないとするものであるから義務づけ訴訟が許容されることは当然である。場合によって給付をも命ずることがありうるわけである」<sup>7)</sup>と述べて義務づけ訴訟、給付訴訟が可能であることを主張される。判例も義務づけ訴訟を肯定するもののあることに注意を向けなければならない。たとえば、戦争未亡人の年金を求める事件において、東京地裁は次のように見解を表明している。

「本件のように、拒否処分の違法が、行政庁に一定の作為義務があるにかかわらず、行政庁がこの義務を履行しないことに基づくものであり、従って拒否処分が取り消された結果、申請に対し行政庁のなすべき行為の内容が一義的に明白であるという場合には、……あらためて行政庁の判断を経る必要性も合理性もないことは明らかであるから、かような場合には、裁判所は、行政庁の第一次的判断をまつまでもなく、ただちに、行政庁に一定の作為義務がある旨を判断し得るものといわなければならない。……さらに、行政庁に一定の作為義務がある旨を判決主文に表現する方式として、行政庁に一定の作為義務を命ずる形式がとられたとしても、この給付命令が、行政庁に一定の作為義務があるこ

との判断に基づき、この判断の結果を実現すべきことを要求する意思表示であるかぎりにおいて、判断作用と無関連な、単純な監督命令とはその性質を異にするものであることは明らかであるから、主文の表現方式が給付命令の形式をとったということだけで、直ちに、裁判所が行政庁に対し行政監督権を行使した結果となるというのはあたらない」(東京地判昭37・11・29 行集13・11・2129)。

この判決は控訴審で取り消されたが、後日東京地裁は義務づけ訴訟の要件を明確にし、再度容認の態度うちだしているのは注目されてよからう<sup>8)</sup>。

#### 註

- 1) 不作為の違法確認の訴えの違法判断の基準時について、起訴時説、相当期間経過時説、判決時説に分れているが、判決時説が多数説で、判例もこの立場をとっている。
- 2) 市原昌三郎 抗告訴訟の類型(田中＝原＝柳瀬編 行政法講座第3巻行政救済) 155頁、杉村＝兼子 行政手続・行政争訟法 342頁
- 3) 市原 前掲 156頁、川上宏二郎 無名抗告訴訟(成田編 行政法の争点) 200頁
- 4) 義務づけ訴訟と給付訴訟との関係について、浅賀元裁判官は、「義務づけ訴訟とは、行政庁の不作為に対しある行為をなすべきことを請求する訴訟とかあるいは裁判所が行政庁に一定の行為を義務づけるという角度から広い意で禁示義務を課するという訴訟を意味し、給付訴訟ないし義務確認という形式の訴訟を合せ意味する」(浅賀栄 行政訴訟実務総覧 41頁)と説明されている。小稿でも両者を便宜的に同一範疇で使用することにした。
- 5) 田中二郎 司法権の限界 31-32頁、同 新版行政法上巻全訂第2版、294頁、296頁。
- 6) 大西芳雄 憲法と行政争訟 84-87頁
- 7) 浅賀 前掲書 41頁
- 8) すなわち、「行政庁の第一次的判断を重視する必要がある程度に明白で、かつ事前的な司法審査によらなければ、国民の権利救済が得られず、回復し難い損害が生ずるというような緊急の必要性があると認められる場合は、行政庁に対し行政処分についての作為……を求める訴訟(給付訴訟)ないし行政庁のある行政処分をなすべき義務またはなすべからざる義務の確認を求める訴訟(いわゆる義務確認訴訟)も許されないわけではない」(東京地判昭40・4・22行集16・4・570)。