

プログラム規定における消極性と積極性(二)

池田政章

- 一 朝日訴訟判決における問題点
- 一 朝日訴訟判決の意義
- 二 生存権の現代的課題と本稿の意図
- 二 消極説の背景と生活保護の実態
- 一 生活保護の史的背景とそれを支える意識(以上本誌三号)
- 二 経済政策上・財政上の理由
- 三 積極説の法理と効果
- 一 生存権の法理
- 二 積極説の効果と展望(以上本号)

(筆者の怠慢により本稿後半の脱稿がおくれているあいだに、第二審判決があり(東京高裁昭三八・一一・四)、これに関する解説や批評も公表されている。筆者も第一審・第二審両判決を簡単に對比させたことがあり(現代理福社国家と生存権・ジュリスト二八九号一七〇頁)、ここでは、第二審判決の問題点をとくに論ずることをしなかつた。本稿前半発表後にあらわれた第一審判決の解説・批評、および第二審のそれについては、西原道雄「生存権保障の手続と生活保護基準」判例評論六七号二頁の註(3)が詳細に掲記している。)

二 消極説の背景と生活保護の実態（続）

二 経済政策上・財政上の理由

(一) 財政上の理由 救貧意識は、個人の責任から共同体の責任へ、さらに、社会あるいは国家の責任へと展開することにより近代化する。ところが、前節までの考察では、日本の家意識が社会責任へのステップを阻害し、この社会意識を支えとして、国家は自己の責任において果すべきサービスを、恩恵的扶助と考えているという面が明らかになった。こういう考え方が長い期間にわたって存在する社会では、たとえ理念が一変しても——それこそ容易ではないが——それにしたがって一度に制度を近代化するということは困難である。戦後、公布された旧生活保護法は、第一条で救護法の恩恵主義を排し、一般的・無差別・平等の公的扶助を規定して、前近代の性格を脱皮したといいながら、私的扶養を先行させた^(一)。そのために、戦前と同様にパターンな恩恵的運用を行なつて、批判をうけたのである。

しかし、日本国憲法のもとでは、国家サービスの消極的理由を、恩恵に求めたり、また家族制度を正面から主張するということはできない。代りに用いられたかくれみのが、「財政上の理由」の言葉である。例えば、最初の事例としてつぎのような場合が指摘されている。

日本国憲法公布後の社会保障問題を語る場合に、ワンデル報告書と社会保障制度審議会の勧告を無視することはできない。憲法施行後、八月にアメリカ政府派遣の社会保障使節団が、いわゆるワンデル報告書を提出した。これによれば、各種社会保障制度の調整統合の必要性をとき、そのための総合的な制度の作成と、実施にあたる単一行政機関の設置などを勧告していたが、政府は、結局、社会保障制度審議会を設置するにとどめた。この審

議会は、昭和二四年五月一九日の第一回総会以来討議をかさねて、翌年一〇月に「社会保障制度に関する勧告」を政府に提出した。⁽²⁾

勧告は、それが資本制社会における社会保障であるという前提にたつて考え、かつ政府が即時全面的に実施できるように案を作成したのにもかかわらず、⁽³⁾いいかえれば、これを全面的に実施した場合でも国庫負担に無理がかからないようにと配慮したのにもかかわらず、政府は、財政上困難という理由により、この提案を完全に葬りさつてしまった。この時期における経済政策を眺めてみると、これよりさき、昭和二二年六月一日に発表された「経済危機突破緊急対策」によれば、石炭・鉄鋼・肥料などの重要産業に政策の重点をおいて財政的援助が施され、労賃は耐乏を名分として固定されていた。そのため、生活保護基準は極めて低いのもかかわらず(五人の標準世帯で一三二六円)、被保護者は増加していた(昭和二二年一〇月で二七〇万が二二年九月には三二二万に)。そこで政府は、生活保護法の適用をひきしめて、昭和二四年五月には被保護者を一五九万にまで減少させた。右の勧告は、このような時期に出されたもので、社会保障の問題は全く国の経済政策に従属していたから、政府としては、この提案を財政上の理由で葬りさつても当然であると考えたであろう。

それに加えて、例の食管法に関する最高裁判決の出たのが二三年九月二九日であり、これが、政府のこのような施策に対する支柱的役割を果たしたことを想起することが重要である。

こういう状況のもとでは、生活保護政策は貧困に対する考慮からではなく、国の経済・財政政策の一環として定められざるをえない。当時においては、社会保障の問題どころではなく、国の経済をどうたてなおすかが、緊急の課題であつた。しかし、この基本方針はその後も維持されて、資本制社会における独占資本体制の擁護と他の諸政策のそれに対する従属という命題が確立する。即ち、その後は「財政上の理由」が、「恩恵」にかわつて、

社会保障推進のブレーキとなり、プログラム規定消極説の有力な根拠を提供することになる。

「財政上の理由」のもとでは、生活保護基準は、一方的に、極めて低く設定される。ただまれに、例えば生活

保護の新立法を契機として、あるいは下からのつきあげによつて、一時基準の引上げが行われるにすぎない。

新生活保護法は、旧法にくらべて公的扶助の実体と手続の面で大きく進歩したといわれる（私的扶養の優先は存続）。したがつて、その施行後の昭和二六年をみると、被保護勤労世帯実支出一人当りは二〇四九円で（保護基準額は標準五人世帯六三三二円）、一般勤労世帯の五二・五パーセントを示しているが、この数字は漸次減少し、朝日訴訟が提起された昭和三一年では三六・五パーセントにすぎなくなつてゐる。それが朝日判決により保護基準の改定が行われた昭和三六年では（四月一日の第一七次改定で、前回三五年七月一日の一八パーセント、一〇月一日の米価改定による補正でさらに一〇五パーセントになり基準額一一九二〇円となる）、被保護勤労世帯実支出一人当り四一七六円で、一般勤労世帯の四五・八パーセントにアップしている。この四〇パーセント台の数字はその後は維持しており、例えば、最近の資料（三九年二月について）では、被保護者勤労世帯実支出一人当り五三五二円は、一般勤労世帯の四八・四パーセントにあたる。⁽⁴⁾四〇パーセント台の数字では、一般勤労世帯と被保護世帯との格差が著しいことを証明するだけであるが、それでも相対的に状況が好転していることは否定できない。これは朝日訴訟を契機として、生存権は与えられるものではなく、生きる権利として闘い取るものであるという意識が高まり、⁽⁵⁾そのための運動が根強く展開されてきたからにほかならないのであつて、「財政上の理由」が生存権を闘い取る運動の強さにより、大きく振幅することを示しているといえよう。

このことはまず第一に、生存権の実現は権利のための闘争によつて確保されるということを示す。すべて権利は闘争を通じて具現化するという一般命題のもとでは、当然のことのようであるが、生存権の場合は、権利の実

現行憲法上の要求により、とくにその強さにしたがって大きく振幅するという点で、自由権その他の場合と異なる。現行憲法において、資本主義の修正のレベルは社会的・経済的背景とのにらみあわせで刻々変化し、生存権や労働権などの社会権のもつ意味もそれに応じて変動する。また逆に生存権などの社会権のあり方にしたがって、資本主義の修正のレベルも変動する。両者はいわば相関関係にある。この点に注目して考えると、生存権は、政治的力関係によつて、(立法)政策により実現される権利であり、「政治的(イデオロギー的)権利」⁽⁶⁾あるいは「政策的権利」とでもいうべきものと思われる。

通常、資本主義国家においては、国家権力の担い手たるAと、生存権保障の対象たるBとの間には大きな階層的断層がある。資本主義の発展に伴なつて発生する矛盾は、大なり小なりBとの関連で問題となるから、その矛盾を回避するためには、生存権規定の有無をとわず国民Bに対して何らかの手当が必要であろう。したがつてプログラム規定消極説のいう政治的・道徳的義務は、生存権規定の有無にかかわらず存在する。その意味で、生存権規定の存在は、少なくとも国民Bからの積極的な実現の要求を承認するものでなくてはならない。政治的権利あるいは政策的権利とは国民のこのような要求を承認するものであり、プログラム規定積極説の意義はここにある。それが法的にどんな性格を与えられているかが、この問題を検討する上で大きなめどになる。これについては次章で考察する。

第二に「財政上の理由」は、生活保護政策の具体化にあつて、それとどのような函数関係をなすのかという問題である。これについては三つの立場が想定される。その一は、生活保護政策は、すべて経済政策上・財政上の理由に従属するという考え方である。この場合は、行政部による財政上の裁量を広範に承認するから、憲法規範の具体化は、法律によつて一義的に定めることはせず、その具体化を完全に行政庁の定めるところによらしめ

るといふことになる。その二は、立法部による財政上の裁量はこれを認めるが、その決定はおのずから行政庁を拘束し、行政庁は財政上の理由を根拠として、任意な生活保護政策を実施しえないという考え方である。この場合は、生存権の実現の程度その他について、憲法が一義的に定めていたとは考えず、それは国会の裁量に任せられているが、国会における意思決定によつて、その程度・方法の枠はおのずから定まり、行政部による財政上の裁量に限界がひかれるという考え方である。規定の仕方によつては、枠にも大小があるが、客観的な認識方法の存否の如何によつては、行政部に対する予算指導性を認めることがあろう。その三は、憲法上、立法部の裁量もおのずから限界があり、立法は技術的にそれをどう実現するかの手続を定めたものであつて、財政上の理由は全く行政庁の裁量を承認する根拠とはならないと考える。

その一の考え方は、従来の政府の態度に現れていた解釈であり、朝日訴訟第一審における被告側の主張がそれである。生活保護基準を行政組織内部の活動の規律たる告示で定め、それに対して司法審査は及びえないという立場に関連する。この考え方については、従来から、大資本の資金造成という政治的理由に基づいてとられた解釈であるとして批判されていた。⁽⁷⁾ 例えば、従前に、生活保護基準ひきあげ反対の理由として、それは失対事業就労者の賃金ひきあげをもたらしといわれ、⁽⁸⁾ また国民年金を財源とする大蔵省資金運用部資金が財政投融资や公共投資の財源になるといふ事情のなかに、批判の正当性をうかがうことができる。⁽⁹⁾

これに対して、朝日訴訟判決では、第一審判決がその二の考え方にたつていたことは疑いない。第二審判決もこの考え方に若干の理解を示しているが、結論的にはその一の考え方に近づいている。「財政上の理由」に関する第一審・第二審の理解の相異こそ、両者の判決の結論を異ならせた重要な原因と考えられる。即ち、両判決は、生活保護法二条が具体的な保護請求権を賦与した規定であること、具体的な保護処分が羈束行為であること、な

どの点で同じ理解を示すのであるが、保護基準と国の財政との関係について、第一審が最低限度の生活水準の判定に当つて国の予算の配分によつて左右さるべきではないとしたのに対し、第二審は保護基準は国の財政と無関係に定めうるものではないとしている。即ち保護基準の設定と厚生大臣の裁量権の関係を、前者は裁量の余地を狭くみて違法性を認識し、後者は広く考えて当・不当の問題として処理する、という相異となつて現れたのである。

その三の立場は、いわゆる法的権利説に対応する考え方になる。それは、憲法二五条を憲法的事実規定であると解するので、裁判所は、国の経済的能力を勘案しながら、最低限度の生活程度を判定し、法律に基いてなされる現実の保護（保護基準あるいは具体的な保護処分いづれについても）が、それをみたさなときは、直接違憲性を判示することになる。この考え方は、国の経済的能力について、裁判所が結果として立法部に対し、教示することになるという点に、その欠陥を指摘されており、⁽¹⁰⁾ いまただちに説得力をもつという地位を占めてはいない。

以上、財政上の裁量概念がどんな意味をもつのかについて検討したが、それに対して、憲法の生存権規定はどんな注文をつけているのか、とくに積極説はそれに対しどんな批判を加えようとしているのかなどの重要な問題が存在する。しかし、それを明らかにするためには、財政上の裁量が生活保護法制のなかでどう具体化されているかの点について検討しておく必要がある。いかえれば、生存権に関する憲法上の政策は具体的にどう法制化され、そのなかで消極説はどのような実定的根拠をみいだしているかの問題がある。

(二) 憲法政策と生活保護立法 現行生活保護法は、成立後、数次の改正をへているが、昭和二六年の社会福祉事業法の制定に伴なう大幅な改正のほかは、関係法の制定・改正による技術的改正であつて、国民的規模において生活保護を行うところの、生存権保障の支柱的法制であるということに変わりはない。即ち、本法は、要保

護者に対して、「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」することを目的とし（二）
この目的との関係で、保護の原則を定め、保護の態様その他を規定している。

しかし、法は、保護の基準および程度については、「厚生大臣の定める基準により……行なう」（八）と定めて
厚生大臣の立法に委任し、さらに保護の要件についても、補足性の原則（四）、必要即応の原則（九）など抽象的な要
件を定めているにすぎない。そこで厚生省は、それらの具体化については、まず保護基準に関しては厚生省告示
「生活保護法による保護の基準」（昭和三年四月二日（七）日告第九五号）により、また実施の要領については厚生事務次官通達・厚生省社
会局長通達によりこれを定めたのである。

告示・通達はいうまでもなく、行政権の定立する一般的な定め形式であつて、行政機関がその組織内部の活
動について規律するものであるから、行政機関を拘束するだけで、一般私人を拘束しない。いわゆる行政規則に
あたる。行政規則は、本来実質的に法規たる性質を有しないから、法律の授權に基づくことなく、行政権は当然
の作用として、これを制定することができるのである。

わが国においては、実際の行政が行政規則によつて運営されている場合が多く、その際、行政指導の名のもと
に、または法令の解釈あるいは取扱準則と称して、人民の権利義務に影響のある取扱いが指示されることがある
と指摘されていた。法律による行政の原理に従い、当然法令で規定すべきことが、なぜ告示、通達によつて定め
られるのか。これについては、通常、次のような説明がなされている。⁽ⁱⁱ⁾ 即ち、

現在は行政の対象となる社会経済の実態は極めて複雑多岐にわたり、しかも刻々変化する。法律による行政の
原理を厳格に解して、現実に生起するであろうあらゆる場合を予想して、法律により完全な定めをなすことは殆
んど不可能である。そこで、社会経済の実態に即し、かつその変遷に應ずるために、法律上は一般的概括的に規

定するにとどめて、より具体的な定めは命令に委任し、さらにより細目的な定めを告示によつて定めたりする。しかもこれだけでは、実際の行政面において、殊に末端の行政庁の行政能力を考えあわせると、法令の解釈運用に誤りがないとはいえず、また行政の不統一をさけるのに十分とはいえない。そこでこういう要求をみたしながら、社会状勢に対して迅速適切な処理をするため、通達の形式で、法令の運用方針または取扱準則を示し、法令の解釈基準を明らかにするのである。法律は行政権の侵すことのできない限界または基準として存在するが、行政の適切な能率化のためにも、告示・通達の必要性を否定することはできない、と。

生活保護立法における告示・通達も、おそらくこのような発想に基づくものと思われる。告示・通達が発せられる場合の類型として、筆者はかつて、権力行政における運用（取扱）通達、給付行政における運用通達、及び解釈通達の三つについて考察したことがある。⁽¹²⁾ 第一・第二のものは、例えば、租税通達、生活保護通達のように、初めから経済事情の変化に応じて随時変更することを予定して、対象の多様性に対応させ、法令の内容を補充するという役割を果す点で同様な意味をもつが、権力行政・給付行政という行政の態様の相違により、法治行政との関係で、もつ意味が異なってくる。前者は、それが直接憲法上の権利に積極的に抵触してくるといふ点で、法治行政と正面から衝突するのに対し、後者の場合は、それはむしろ政策具体化の手續として行使されるので、行政の限界が積極的に問題にならない。

そこで給付行政について、それは法治主義と厳密にはなじまず、その執行は政策であるとする考え方が成立する。生活保護基準の設定を告示で定めて、それについて違法性の問題はおこりえないと考える。

しかし、そこまで徹底できないものは、生活保護基準の設定は行政庁の裁量事項であるから、告示の形で定めてもかまわないが、設定が余りに不当な場合は違法の問題になると考える。量より質への転換によつて、法治主

義が妥当するのである。

これらの考え方に對し、あくまで法治主義を貫こうとすれば、給付行政の内容の實質的な部分は法令が定めるべきで、行政のもつ裁量は法規裁量にすぎない、と考えざるをえない。かりに法令の規定が一般的であつても、その意義は他の社会諸科学による検討によつて定まり、行政はそれを逸脱することができないと考える。生活保護については、保護基準の設定は、法令によることが望ましいが、かりに法令で定めた場合、迅速に經濟状況に對應できないと考えるなら、告示で定めてもよいが、その場合は法令の意味する枠のなかで設定せざるをえないというのである。

生活保護法制と法治主義との關係に關しては、以上の三説が考察しうるが、第一説が朝日訴訟における被告側の主張、第二説が第二審、第三説が第一審の發想に關連をもつてゐる。

一般に、解釈通達とか運用通達の趣旨を考えると、その必要性を全面的に否定することはできない。そして生活保護行政が、いわゆる通達行政の例外ではないということは前述したとおりである。しかし、問題は、それが社会保障費支出の増大を抑制するための制限的手段として使われているということである。⁽¹³⁾ このことの批判から、第三説が、その正当性を主張することになる。しかし、これら諸説の正当性の根拠を求めると當つては、なによりも生活保護の具体化について、どのような憲法政策が期待されているか、即ち、現行憲法が生活保護法制について何を想定し、どういう政策を期待しているかということを考えてみなければならぬ。

憲法のこの問題に對する関心は、それがいかなる社会構成態を定めているかの問題となる。日本国憲法がどんな社会構成態をとるかに對して殆んど規定をおいていないこと、したがつて、同じ資本主義型憲法のなかでも、例えばイタリヤ共和国憲法に對比すると、いちじるしい後進性がみられることが、すでに指摘されている。そし

て、それゆえに憲法政策は、長い保守党政府による実施過程において、より資本主義的に、独占資本体制の支配にとつて有利に、実行されてきたのであつて、⁽¹⁴⁾生活保護政策もこのことの例外ではないのである。

しかし、社会構成態の規定が不明確であるということは、憲法がその問題について、それだけ幅をもたせているということの意味するから、あながち後進的であるときめつけることもできないと思う。第九〇帝国議会における金森国務大臣の答弁によれば、憲法に社会的規定をもちこまなかつたのは、その上に政治的努力によつていずれかの方向に発達するであろうことを予想しているという、かなり柔軟性のある回答が与えられている。⁽¹⁵⁾したがつて、財閥の事業独占阻止の意味を引き出すことも可能であると思ふし、⁽¹⁶⁾解釈論としても、例えば財産権の義務づけの規定について、強い制限規定とよむことも可能である。⁽¹⁷⁾結局、憲法の社会構成態のあり方は、国民一般の憲法意識の程度と、それに支えられて展開する国民の行動力によつて、大きな影響をうけるということになる。

しかし、憲法は、その基本原理の一として社会国家理念を掲げて、資本主義体制の諸矛盾の抑制と調整を一つの目標としているから、幅があるといつても、そこには自ら一定の限界があるものと思われる。そこで、社会国家がどのような目標の実現をめざし、またどのような諸条件の達成をめざしているのかをみておかなければならない。鈴木安蔵教授は、この問題について次のような検討を加えている。⁽¹⁸⁾即ち、

「社会国家は、なお資本主義的私有財産制を基礎としつつも、同時に財産権にたいする国家統制、積極的な社会的基本権についての国家的配慮をおこなうことによつて、独占資本主義から生じている諸矛盾を能うかぎり抑制・調整することによつて、国民生活の安定を実現しようとする国家である。それは、国民大衆の生活不安、失業の脅威から大衆をまもるために、生存権、労働権、社会保障権等を、国家法において保障し、また生産関

係の混乱・破綻を防止するために、企業の諸活動にたいして、計画的な国家統制を加える。主要な大企業、公共的諸企業、重要資源については、とくに、私的独占資本から公共的管理に移すことが必要となる。したがって、社会国家は、たんに狭い意味での社会保障国家にはとどまらないうで、反独占的統制と社会化をおこなう国家でなければならぬ。

……右のような条件とならんで、広範な、そして国民大衆にとつて相対的に過重な負担を負うことのない社会保障制度の確立がなされるとき、社会国家の理念は、一応実現の緒にいたたといえるのである。」

社会国家に関する展望を、右のように与えながら、そのなかで生存権規定をどのように考えてゆくか、これが次章における考察の主題となる。

- (1) 小川政亮・家族・国籍・社会保障第一章参照。
- (2) 近藤文二「アメリカ社会保障調査団報告書と社会保障制度審議会の勧告」講座社会保障三卷二五一頁。
- (3) 大内兵衛「日本の社会保障制度」世界一九五一年八月号によれば、社会党はいわずもがな、自由党からみても、赤化防止のために必要な程度と点から考えてシミッタレな提案であつたという。
- (4) 数字は、被保護勤労世帯については、厚生省社会局調「被保護者生活実態調査」、一般勤労世帯については、総理府統計局「家計調査」を参照した。いずれも東京都の場合である。
- (5) 小川政亮・権利としての社会保障第四章参照。
- (6) 憲法現象における権利内容のレベルはすべて政治的力関係によつて定まるから、憲法上の権利はすべて政治的権利と考えられるが、ここでの使い方がそれと異なることは自明であろう。要は、自由権の法的性格との差異に注目すべきであり、例えば、橋本公巨氏は「抽象的権利」といつている（憲法原論二三八頁）。
- (7) 吉田秀夫「憲法と社会保障」思想四五五号六五九頁。
- (8) 失対事業に支払われる賃金の決定に当つては、保護基準を下まわらぬことに注意が払われている。なぜなら、保護基準の引上げが、最低賃金の一般的上昇をとめない、財政負担の増加をみるからであるという、石田忠「生活保護制度と保護基準」前掲講座二卷二〇四頁以下参照。

- (9) 小沢辰男「年金制度と資金運用部資金」前掲講座二卷二一〇頁以下参照。
- (10) 横川博「生存権の保障」憲法講座二卷二二九頁。
- (11) 田中二郎「法律による行政と通達による行政」自治研究三二卷七号三頁以下参照。
- (12) 池田「告示・訓令・通達」法学教室五号一七二頁。
- (13) 小川政亮・前掲二六七頁以下。
- (14) 鈴木安蔵「改憲問題の前提的諸問題」産業と科学一四号一頁以下参照。
- (15) 清水伸編著・日本国憲法審議録三卷七〇六頁。
- (16) 前掲六八七頁。
- (17) 例えば、自創法の農地買収対価の最高裁合憲判決を想起すればよい。
- (18) 鈴木安蔵「憲法と社会構成態」憲法の諸問題一〇一頁。

三 積極説の法理と効果

一 生存権の法理

鈴木教授の社会国家のイメージにしたがえば、生存権の問題は、社会保障に対する国家的配慮と、国家法における社会保障権の保障の両側面からとらえられている。筆者が本稿前半(立憲法学第三号三七頁)においてとらえた生存権の課題、(一) 生存権は人間の尊厳を実現するところの一般的社会的要求であること、(二) 人間に値する生存の確保は、国の法的義務(前稿で政治的義務となっていたのは法的義務の誤り)として実定法秩序の基本的部分を構成するものであること、の二点がこのイメージと対応する。

本稿の主題たるプログラム規定の消極性と積極性の対立の問題は、この両側面をどのように関連づけるかに関係する。即ち、社会保障に関して国家が配慮を行なうので、その範囲内で国民が与えられた利益を請求することができる、と考えているのが消極説であり、社会保障を行なうべく国民が権利として要求できるので、国家がそ

れに対して配慮しなければならぬ、というのが積極説である。前者の考え方が、わが国の伝統にしたがつた恩恵説と関連をもつてくることは明らかであり、二五条の意味をそのように理解することがナンセンスであることは今までの論旨から自明となつてゐる。法的義務とは、配慮を行なえばいいということではなく、十分配慮しなければならぬの謂いであつて、後者の考えを正当とする。社会国家の意義はそこにある。プログラム規定消極説の根拠、例えば国家体制の問題、財政上の理由などにより、実質的前提がないとの主張、および、権利保障の具体的規定がないとの主張に、十分な説得力がないことについては、まえにのべているので、ここでもくりかえすことはやめたい。⁽¹⁾

日本国憲法は、型からいつて、社会国家のイデオロギーにより、それによつて予定される社会構成態の展開を指向する綱領的憲法である。二五条の定めが抽象的であり、権利保障手続について具体的規定を設けていないのも、「綱領的」のためである。しかし、綱領的というのは、社会構成態について、どういう内容を付与し、どういうレベルのものを實現するかについて、普遍的意味において不確定的であるというにすぎない。それゆゑ、二五条については、むしろ次の二点を所与の条件として承認せざるをえない。第一は、綱領は法によつて実体化されること、またされねばならないこと、第二に、実体化される社会保障のレベルは、一定の時点において一定の基準を維持しなければならぬこと、である。ボン基本法が、全く抽象的な社会的法治国家条項を根拠に公的扶助請求権を承認したことを考えると、より具体性をもつ規定を設けた日本国憲法の場合（「健康で文化的な最低限度の生活」、「権利を有する」）、綱領的ということについて、これだけの条件を所与のものと考えねばならない。つまり、その時に応じた妥当な社会保障のレベルが法によつて確保されているということであつて、その時に応じたという点で綱領的なのである。結局、生存権については次のように説明することができる。まず、憲法の綱領にし

たがつて、国家はそれを具体化する法令を整備すること、つぎに、具体化の法令には、一定の水準の社会保障をなすべきことを国家に義務づける規定をおくこと、第三に、国家がそれらの義務に違反するときには、法令に規定する手続に従つて、保障を請求する権利を国民に与えること、である。

第一点についてはとくに問題はない。第二点については、まず、生活保護基準を告示の形式により厚生大臣に定めさせることにした点はどうかという問題がある。生活保護法の制定にあつて、基準額を法律の別表に掲げるといふ方法も考慮されたといふが、⁽²⁾法の形式的側面だけを考えるとその方が望ましかつたことはいふまでもない。しかし、国会で定めることにより、より高い基準額が採用されるかとなると、その保障はないし、さらに基準そのものの違法性を争うことがより困難になるといふ場合もある。また最低生活水準という流動的な概念を、法律のなかに固定的に規定するのがよいかという問題になると、若干の疑問がないわけでもない。ただ、それを行政の内部規準たる告示で定めるといふ点は、建前上も問題であり、少くも命令の形式によるべきではなからうか。

つぎに、生存権に関する国家の義務違反に対して、国民はいかなる権利を有するのか。生存権が被保護者という貧困階層の地位を予定して、その生存の確保をはかるために設けられた権利であることは明らかである。これはちようど、労働法において、労働者という地位を予定して、その生存の確保をはかるために労働権が觀念されたのに類似する。労働法が、経済法や社会保障法とともに、市民法の修正法として、いわゆる社会法を構成するものであることはつとに知られている事実である。したがつて、生存権を、独自の法原理をもつ労働法体系における労働権と類型的に、独自の法原理をもつ社会保障法のなかでとらえるという考え方が成立する。ただ経済法については、そこでの法原理は公法と私法の原理に分解し、独自のものの発見が困難であるといふ実状を考慮す

ると、社会保障法について、ただちに独自の原理が成立すると即断することは危険である。さらに、社会保障法がどんな体系からなり、どんな法構造をもつかについては、労働法ほど明らかにされていない。生存権に関する法的構成をこの観点からだけみると、たしかに、極めて極端な立法政策的論議に終る危険性がある。⁽³⁾

しかし、生存権に関する特異性を考慮すると、従来の権利概念だけで説明することは困難であり、新しい意味の発見が重要であろう。そのつみ重ねにより、国民のもつ権利の一般的意味が明確化されてゆくのである。本稿ではそれを一応「政治的権利」あるいは「政策的権利」と措定したが、その内容がかような作業によつて具体化されてゆくものであることはいうまでもない。しかしそういう一般的議論を別にして、権利の救済制度についてどう考えるかといえば、具体案がないでもない。立法政策上の議論になるが、例えば労働法・経済法においては、労働委員会・公正取引委員会などを設けて、特異な救済制度を考案している。それと同じ発想から、社会保障委員会の設置などは考慮に価する問題だと思う。この委員会のもつ制度上の意義は、次節で明らかにされるはずである。

このような救済制度（救済手続）の問題との関連から、権利の内容をはつきりさせようとする、現行法上問題になるのは、第三の問題である。この問題、即ち、権利の保護手続については、生活保護の場合つぎの三つにわけて考えるのがよい。第一は、保護の申請をしたのに、なんら具体的な処分がなされない場合、第二は、保護実施機関がなした具体的処分を争う場合、第三は、その具体的処分の前提になつている保護基準そのものをも争う場合である。

第一の場合は、行政事件訴訟法は「法令に基づく申請に対し、（行政庁が）相当の期間内になんらかの処分又は裁決をすべきにかかわらず、これをしない」場合には、不作為の違法確認の訴えを許す旨を規定しており

(三項)、(五項)、行政庁は判決の拘束力に従い、その趣旨に則した処分をなさねばならないから(三八条二項)、被保護者の目的は達せられる。

第二の場合については、西原道雄氏が種々の角度からこれを論じているが、それによればつぎの通りである。⁽⁴⁾この場合を二つにわけると、その一については、すでに行われていた保護が違法に(需要測定の方法を誤つたり、その基礎となる生活実態の把握を誤つたりして)、減額あるいは停止された場合は、減額・停止などの処分は確定判決によつて取消されることにより、保護実施機関は右の金額を自発的に支給・返還するから、原告は訴訟の目的を達しうるとする。その二については、新たに保護または増額の申請をしたのに却下され、または申請額以下の決定を争つて出訴した場合を想定している。この場合は、通常、判決により、処分を取消しても、残るのは空白だけであつて、原告が要求する給付は実現しないと考えられている。たしかに積極的な給付を要求する原告に対しては、取消判決以上の実効性ある救済手段、たとえば、給付判決、あるいは義務づけ判決の成立が必要である。しかし、この点西原氏は「裁判所が行政庁の法的義務を確認したからといつて、司法権の判断に行政庁が全面的に服従したことになるであろうか」と疑問を提出しつ、「取消判決であつても、その理由づけにおいて行政庁がなすべき処分についての指標を——少なくとも再度の抗告訴訟が必要でない程度に——与えることは不可能ではないし、保護の実施機関等がその趣旨を体してすみやかに適切な決定をするならば要保護者にとつては救済の実が挙げたことになる」と論じている。もつともこのような推論は「保護申請の却下に対する訴訟のように、積極的給付の請求という実質をもつ抗告訴訟が多数現われて」こなければ断言できないかもしれないが、そのことは同時に、救済手続の確保についても、生存権はたえざる権利のための闘争を要請していることを証明していることになる。

問題になるのは、第三の場合である。西原氏も司法審査を肯定することに相当な疑問を感じているように思われる。しかし、プログラム規定について、積極説をとることの効果は、この点において最も顕著に現われてくると思うので、節を更めて論ずることにする。

二 積極説の効果と展望

生活保護基準の設定について問題となるのは「健康で文化的な最低限度の生活水準」である。この具体的内容は、時と所によつて、ちが⁽⁵⁾いう。即ち、その時のその所における経済的社会的背景、生活感情等によつて異なるわけである。しかし時と所を一定すれば、理論的にはもつとも妥当な枠を探求し決定することができるものである。

現代における立法では、社会保障立法に限らず、一般的にも社会現象の複雑化とともに、専門技術的知識を用いて、社会的諸状況の変化に対応できるように、条文がつくられるので、不確定なあるいは抽象的概念を用いることがしばしばある。このような立法の傾向を考慮して、ドイツにおいては、判例で不確定概念を具体的事実に適用する場合、その法規概念性を承認することが少なくないとされている。⁽⁶⁾第一審判決が、生活水準の認定について、それが価値判断を伴う困難な作業で技術的専門的検討を要することを認めながら、保護基準の設定を羈束行為と考えたのも、この立場と共通する。二審判決が、抽象的概念であるから、その基準設定に関する具体的判断は、実質的に裁量行為であるといっているのは、この限りでは、余りにも法律論的な認識というべきである。「健康で文化的な最低限度の生活水準」が時と所によつてちが⁽⁵⁾いうものであるなら、能率ある行政のために、かりに、その第一次的認定を行政庁に委ねることもあろう。しかし、行政庁はその時と所に応じた妥当な水準にしたがつて保護行政を行なう義務がある。したがつて、その認定を誤まれば、違法性の問題を生じ、被保護

者の請求に基づいて、それは司法審査の対象となるものである。

西原氏はこの点について、まず、基準額を設定する場合には枠があり、その枠のなかで「選択をなしうる幅が明瞭で数字をもつて確定できるものであれば、裁判所は少なくともその最下限を指示できるといふ議論も予想されないではない」、とくに「抗告訴訟における取消判決であつても、どの程度であれば違法でないといえるかがすでにかなり明らかとなつていゝる場合には、それを理由づけにおいて示すことは、もちろんさしつかえあるまい」とされる。しかしながら、「この枠の限界自体が金額で確定できるほどはつきりしたものとはいえない(二審判決はこの枠の幅をあまりにも広くとりすぎたきらいはあるが)のみならず、かりに確定できたとしても、この場合に裁判所がかかる選択をなすべきかどうかについてはなお疑問がある」とのべている。現行争訟制度上、救済手段の点でどうしても否定的にならざるをえず、そうかといつて、それを全面的に承認もできないという西原氏の心情が行間によみとれ、その議論には一理も二理もあるように思う。

こういう場合、社会保障の事項を扱かう特別の機構と手続をもつ裁判所があれば合理的であることはいうまでもない。しかし、日本の場合は、そのような特別裁判所をぎりぎりまで排除して、通常裁判所制度を能う限り尊重するという立場をとつていゝる。そこで特別裁判所の日本の変容である独立の行政委員会の設置が考慮される。^(?) 裁判所に代り、例えば社会保障委員会の裁決によつて、保護基準の選択が行われれば、それはそれで十分意味をもつてくると思う。

通常、生活保護行政について考えられる司法的統制の対象は、具体的な個々の行政処分である。公的扶助に関して多くの争訟の経験をもつ西ドイツにおいても、基準額自体の違法性を争つた事例はほとんどないという。しかし、理論的には基準の違法性も争訟の対象になるとかかれていゝる。⁽⁸⁾ わが国において保護基準の違法性審査の考

え方は、従来の行政争訟理論からいつて、かなり飛躍しているようである。伝統的な行政法理論では、行政庁の認定事項は、裁量行為あるいは政策の問題として処理され、それとの関連で司法審査権の有無が観念されてきた。しかし、一般に、給付行政のような新しい行政法の分野では、伝統的な行政法理論によつてにわかには理論づけできないことが指摘されている。⁽⁹⁾ プログラム規定に関する積極説は、給付行政に対する司法的統制に対して、新しい論理的展開を期待している。生活保護に関する第一次的な行政庁の認定が、第二次的に司法的統制に服するとする考え方は、筆者の以上の論旨からいつて、その新しい展開の一つに包含されよう。⁽¹⁰⁾

処分の前提となつている保護基準の違法性を争えるのならば、二五条をプログラムだといったとしても、救済の可否に関する結論の上では大差はない。いふなれば、法律によつて実質化された憲法上の生存権は、法律と一体になつて権利性をおびた、あるいは、憲法によつて形骸だけを与えられた生存権は、それを実施する法律によつて空間が埋められ、権利が実質化したということになるのだろう。そして、この実質化が進めば進むほど、こゝとは直接処分の違憲性を争うことができるようになるのかもしれない。このように考えてくると、その場合に二五条がプログラムだというのは、単に、二五条を根拠にして、具体的に（給付請求や増額請求を認めるような法律などの）立法化の要求ができない、ということだけを意味するにすぎない。それが生存権に関する歴史的発展の方向である。それは次のような理由によつてである。

生存権は資本主義の発展過程において出現した権利の形態であるから、その発現の度合、内容は、資本主義のあり方あるいは国民の権利意識のもち方により、濃淡強弱さまざまである。

食管法判決のあつた昭和二三年頃では、日本の経済的諸条件は極度に悪化していたし、生存権を実現するための諸方法、生活保護法の制定もなく、それにとまつて国民の生存権についての権利意識も薄弱であつた。主食

の管理・統制がなければ二五条の趣旨は反つて実現できないとのべる判旨が、まず当時の状況を雄弁に物語つて
いる。それに反して、朝日訴訟の第一審判決の当時においては、もちろん地裁判事の人権感覚もさることながら、
その後における日本の経済的社会的諸条件の好転がみられ、それに対する理解が裁判所をして前向きな判決をさ
せたともいえるのではないだろうか。しかし、それにしても現行法制とそれに関する学説の現状からみて、一歩
も二歩も前進しすぎたきらいがあるという点に疑問を感じた東京高裁が、そのことを懸念して法論理上無難な判
決を以後退したものと思われる。

防衛問題などのイデオロギー的性格が顕著に現われる憲法問題と異なつて、生存権の問題は、それをこえてヒ
ューマニズム的感覚に訴えかけるものが強い。それだけに、生存権に関する前向きな姿勢は、論理をこえた説得
性をもつ。それに加えて、プログラム規定消極説の論理的諸基礎は歴史的範疇に属し、歴史の発展にともなう諸
条件の変化によつて、その基礎を失なう公算が大である。こういう状況のもとで、生存権に関する解釈は、いや
でも社会的諸状況に対応しながら、前向きに進ませざるをえない運命をになつていゝといわざるをえないのでは
なからうか。

- (1) 池田「生存権の法理」法学教室四号二九頁。
- (2) 小山進次郎・生活保護法の解釈と運用一六八頁。
- (3) 吾妻光俊・社会保障法六九頁。
- (4) 西原道雄「生存権の保障の手續と生活保護基準」判例評論六八号八頁以下。
- (5) 宮沢俊義・憲法コンメンタール二六五頁。
- (6) 原田尙彦「行政行為の取消訴訟制度と原告適格(訴の利益)」白「国家学会雑誌七七卷九・一〇号一五六頁。
- (7) 特別裁判所制度についての日本の特徴については、三ヶ月章「裁判所制度」日本国憲法体系五卷九三頁以下参照。
- (8) 西原・前掲七頁。

(9) 山田幸男「行政法の市民法に対する異質性と補完性」法律時報三六卷一・二号二七頁。

(10) 西ドイツにおいて、生活保護行政などの給付行政の分野について、受益者の地位を積極的具体的な請求権者としての地位とするために、中途半端な取消訴訟という救済手段をこえて、給付訴訟としての義務づけ訴訟を新設したことについて、原田・前掲二九頁参照。