
生存権と違憲審査

渋谷 秀 樹

- 1 はじめに
- 2 問題の所在
- 3 法的拘束力
- 4 主観的権利性
- 5 審査方法
- 6 解題と補説

1 はじめに

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」と規定し、同条 2 項は、「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」と規定しているが、これは、いわゆる「生存権」を規定したものと解されている。この規定をめぐる学説において盛んに議論がなされ、また裁判例も多数にのぼる。ただ、そこでの議論は用語の問題も含めて必ずしもわかりやすいものとは思われないので、ここでは、朝日訴訟¹⁾、堀木訴訟²⁾を題材にとり、生存権に関する国家行為の司法審査につき問題となる、この規定の法的拘束力、主観的権利性、審査方法につき簡単な整理を試みることにしたい³⁾。

2 問題の所在

25 条の「法的性格」の問題として、「プログラム規定説」、「抽象的権利説」、「具体的権利説」が対立していると説かれることが多い。それぞれの説にも

様々なバリエーションがあり⁴⁾、その説くところは様ではないが、その最大

- 1) 生活保護法に基づく保護の変更決定を不服とする不服申立を却下する裁決の取消訴訟である。争点は、生活保護法8条1項によって設定された厚生大臣の保護基準が同法3条・8条2項に違反するか否か、憲法25条の規範としての意味をどのように把握するかにあった(事実の概要については、例えば、渡部吉隆「いわゆる朝日訴訟事件最高裁判決の解説」ジュリスト374号46頁〔1967年〕参照)。第1審判決・東京地判昭和35・10・19行裁例集11巻10号2921頁(請求認容)、控訴審判決・東京高判昭和38・11・4行裁例集14巻11号1963頁(原判決取消、請求棄却)、上告審判決・最大判昭和42・5・24民集21巻5号1043頁(上告人死亡により訴訟終了)。最高裁の法廷意見および奥野健一補足意見は訴訟承継を否定したが、田中二郎反対意見および松田二郎・岩田誠反対意見(草鹿浅之介裁判官が同調)は訴訟承継を肯定した。学説においてもこの点につき議論がなされているが、本稿ではこの問題は取り上げない(例えば、江藤价泰「朝日訴訟最高裁判決の訴訟承継論について」法律時報39巻7号42頁〔1967年〕、原田尚彦「朝日判決と行政訴訟」ジュリスト374号30頁〔1967年〕参照)。また、訴訟終了の宣言をしたにもかかわらず、「念のために」として本案判断をなすことについても議論がある(松田二郎・岩田誠反対意見〔草鹿浅之介裁判官が同調〕はこれにも反対している)。この当否については、例えば、芦部信喜「判批」法学協会雑誌85巻7号1058頁(1968年)(同著・憲法訴訟の理論〔1973年〕所収399頁以下)参照。
- 2) 児童扶養手当法に基づく児童扶養手当認定請求の却下処分取消訴訟である。争点は、児童扶養手当法4条3項3号(昭和48年法律93号による改正前の規定)による障害福祉年金受給者に対する併給禁止規定が憲法13条・14条・25条に違反するか否かであった(事実の概要については、例えば、藤原精吾「堀木訴訟の経過」法律時報54巻7号59頁〔1972年〕参照)。第1審判決・神戸地判昭和47・9・20行裁例集23巻8=9号711頁(請求一部認容)、控訴審判決・大阪高判昭和50・11・10行裁例集26巻10=11号1268頁(原判決一部取消・請求棄却、附帯控訴棄却)、上告審判決・最大判昭和57・7・7民集36巻7号1235頁(上告棄却)。第1審判決は、もっぱら憲法14条1項の観点から事案を処理し25条については触れていないので本稿では言及しない。また控訴審判決・上告審判決についても25条に関係する部分についてのみ言及する。14条の観点からの言及については、例えば、芦部信喜「生存権の憲法訴訟と立法裁量」法学教室24号95頁(1982年)、内野正幸「平等原則の適用」法学教室105号46頁(1989年)を参照せよ。
- 3) 本稿では、生存権の歴史・実体的内容を直接の考察対象としていない。これらについては、例えば、中村睦男・社会権の法理の形成(1973年)、同・社会権の解釈(1983年)、大須賀明・生存権論(1984年)を参照せよ。
- 4) 論者によっては、プログラム規定説をプログラム消極説、抽象的権利説をプログラム積極説または法的権利説と呼ぶことがある。その主張の内容は微妙に異なるが、ここではその詳細に立ち入らない。それぞれの説の内容については、例えば、芦部信喜編・憲法Ⅲ人権(2)333~347頁(1981年)[中村睦男執筆]。

公約数的な内容は次のように述べることができよう。プログラム規定説は「この規定は国家に対して政治的・道徳的義務を課しただけで、国民は義務の履行を裁判上請求できない」とする。これと対立する見解が具体的権利説であり、「この規定は国家に対して法的義務を課したものであり、国民は義務の履行を裁判上請求できる」とする。抽象的権利説は、両説の中間に位置づけられるもので、「国民はこの規定により、抽象的権利をもち、生存権を具体化する立法が存在する場合に、立法の解釈を通じて裁判所における救済を主張することができる」とする。

しかし、これらの学説は、性格の異なる問題を必ずしも明確に区別することなく論じているように思われ、ここでは、まずその整理から、とりかかる必要がある。

第1は、法的拘束力の問題であるが、この問題は理論的にさらに2つに区別される。その第1は、憲法25条がこれに違反した場合に違憲という結論を導き出し得る規範か否かという法規範性の問題である。その第2は、憲法25条が法規範であるとしても、それが裁判所の適用する規範か否かという裁判規範性の問題である⁵⁾。

第2は、憲法25条が法規範でありかつ裁判規範である場合、それが客観的法（客観的な憲法秩序を定める規定）にとどまる規範なのか、主観的権利（人権規定）であるのかという問題である。憲法の規範に或る国家行為が違反するという場合に、それが客観的に違反しているにすぎないときは、裁判所にその救済を求めて出訴できないが、それが主観的権利を侵害しているときは、裁判所にその救済を求めて出訴できることになる⁶⁾。さらに、出訴できるとしても、それは実定訴訟制度を利用しなくても、直接憲法に基礎を置いて出訴できるのかの問題がある。

5) 法規範がすべて裁判規範となるわけではない。例えば、いわゆる警察法改正無効事件において最高裁は「裁判所は両院の自主性を尊重すべく同法制定の議事手続に関する所論のような事実を審理してその有効無効を判断すべきではない」（昭和37・3・7民集16巻3号445頁、450頁）としたが、これも、議事手続を定める憲法56条等は法規範であるが裁判規範ではないとしたとも解される。

第3は、憲法25条違反として争われている国家行為につき、裁判所はどのような審査方法をもって臨むのかという問題である。これは論理的に、第1の問題につき裁判規範であるとした場合にのみ問題となるが、第2の問題につき客観的法と解しても主観的権利と解しても問題となる。

3 法的拘束力

これまで、憲法25条が法規範（ノルム）か、政治綱領（プログラム）かというかたちで論じられてきた問題は、法的拘束力の有無の問題として、まず、それが法規範か否かの見地から論じられなければならない。

これにつき、朝日訴訟第1審判決は、以下のように判示している。

憲法25条1項は「国に対し……積極的な施策を講ずべき責務を課して国民の生存権を保障し」、同条2項は1項の「責務を遂行するために国がとるべき施策を列記したものである」と解し、「もし国にしてこれら条項の規定をするところに従いとる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た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」とする。

ここで「本条の要請をみたさないものとの批判を免れない」ということが、違憲であるということの言い換えか、政策的に望ましくないが違憲ではないと

6) ここでは、法律に権利が規定されているか否かとはレベルの異なる議論をしている点に注意する必要がある。法律に請求権が規定されていても、憲法上の主観的権利の確認的具体化の場合、憲法上の客観的法の創設的主観化・具体化の場合があり、後者の場合、法律があつてはじめて出訴できることになる。

なお、適法に出訴した後、或る国家行為の違憲性を主張できるか否かは、別問題である。なお、客観的法と主観的権利との区別は、いわゆる「憲法訴訟における当事者適格」においても重要である。これについては、渋谷秀樹・憲法訴訟における主張の利益 37 頁以下（1988年）を参照せよ。

いっているのか必ずしも明確ではないが、少なくとも生存権の自由権的側面の侵害については、憲法 25 条に法規規範性を認めたものと解される。ただ裁判規範性については直接言及してはいない。これに対し、控訴審判決および上告審判決は憲法 25 条の法規規範性についてさえ直接言及していない。

他方、堀木訴訟控訴審判決は、「憲法 25 条が裁判規範として機能することまでも否定するものではもちろんない」としている。そこでは法規規範性と裁判規範性との区別が明確に認識されていないように思われるが、規範の裁判規範性は、論理的に、法規規範性が承認されてはじめて認められるのであるから、法規規範性を承認したものと解さなければならない。同上告審判決は、この問題につき直接言及してはいないが、本件は、朝日訴訟と異なり、法律の憲法規範との適合性が問題となり、法的拘束力を承認してはじめて論じることのできる第 3 の問題の検討をしていることからして、法規規範性・裁判規範性があることを当然の前提としていると解される⁷⁾。

現行憲法制定直後の啓蒙的段階の学説においても憲法 25 条の法規規範性を否定するものはないように思われるが、その裁判規範性については、否定的見解が有力であった⁸⁾。しかし、朝日訴訟・堀木訴訟における最高裁の判決が示すように、現時点における主たる争点は、憲法 25 条が裁判規範であることを前提とした上での問題に移行したと解してよい。

ただ、最近、法規規範性の有無の基準として、「憲法規範の文言上もしくは解

7) なお、後出 5 の本文で引用する堀木訴訟上告審判決の一節（「裁判所が審理判断するのに適しない事柄である」）は裁判規範性を否定したような印象を与えかねないが、これは、自由裁量行為の司法審査はその踰越・濫用のとき以外はなされないとする（しかしこれをもって根拠規範の裁判規範性を否定するわけではない）行政法理論を立法行為の司法審査につき借用したにすぎないのであって、裁量の枠としての憲法規定の裁判規範性を否定したものではない。中村睦男「生存権」中村睦男＝永井憲一・生存権・教育権 3 頁、117 頁（1989 年）参照。

8) プログラム規定説の代表と目される我妻栄氏は、生存権の自由権的側面と請求権的側面を区別し、前者については裁判規範性を承認するが、後者については、「その怠慢は憲法違反だとしても、最高裁判所の法令違憲審査権がこれを是正しえないのはいうまでもない」（我妻栄「基本的人権」国家学会編・新憲法の研究 63 頁、87 頁〔1947 年〕）とする。

積論上『明確な規範内容をもつ』こと、ないし『明確で特定化しうる内実をもつ』こと、および……当該憲法規定の文言や趣旨からみて、また事柄の性質上、法規範とするになじまないものではないこと⁹⁾の2条件を提示し、25条1項は、法規範であるが、同条2項はプログラム規範(=法規範ではない規範)と論じる注目すべき見解が出されている。

4 主観的権利性

憲法25条に法的拘束力があるとした場合、次にそれが客観的法なのか主観的権利なのか問題となる。

朝日訴訟第1審判決は、「生活保護法は……〔憲法25条〕を現実化し、具体化したものに外ならない」とし、「同法に定める保護を受ける資格をそなえる限り何人に対しても単に国の事実上の保護行為による反射的利益を享受させるにとゞまらず、積極的に国に対して同法第3条の規定するような『健康で文化的な生活水準』を維持することができる最低限度の生活を保障する保護の実施を請求する権利、すなわち保護請求権を賦与することを規定したものと解すべきである」としている。そして、控訴審判決は、生活保護法が具体的権利性を定めたものであるとする。上告審判決も法的権利であることを承認するが、次のような留保を付している。すなわち、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」と。

堀木訴訟控訴審判決・上告審判決も、この問題については、朝日訴訟上告審判決をそのまま踏襲している。

朝日訴訟第1審判決は、生活保護法が制定されていない場合どうなるかにつき言及していないが、その他の判決はいずれも実定法としての生活保護法の解

9) 内野正幸「憲法的規範の法的性格」筑波法政9号133頁、146頁(1986年)。ただし2項からも法規範が導かれる場合もあるとする(同論文206頁を見よ)。

積として生活保護請求権を認めているにすぎず、直接憲法 25 条に基礎を置く出訴可能性は否定した。これは、25 条の前述の意味での主観的権利性を否定したものである。学説の中には、これらの判決と同様の見解を抽象的権利性として説くものがある¹⁰⁾。しかし、その違反（侵害）を理由として出訴できるものを主観的権利と解すべきだとする立場からすれば、抽象的権利説は、25 条を客観的法とみる説のバリエーションの 1 つと解さざるをえない。

さらに、25 条を主観的権利規定とみるとしても、実定訴訟制度のルートを通じてのみ出訴できるのか、あるいは実定訴訟制度を利用しなくても、直接憲法に基礎を置いて出訴できるのかの問題は残る。理論的には、直接憲法に基礎を置いて出訴できるとするのが正当と考えるが¹¹⁾、実定法にない訴訟類型の認められる可能性が極めて少ない実務の現状からいえば、実践的には、行政事件訴訟法のもとでの無名抗告訴訟がその限界であると思う¹²⁾。

5 審査方法

朝日訴訟は、生活保護法の委任に基づく行政立法たる厚生大臣の告示（「生活保護法による保護の基準」）の上位規範適合性が争点となった事案であるが、直接的には法律との整合性が行政裁量論の見地から吟味されている。そして、

10) 例えば、池田政章「プログラム規定における消極性と積極性」立教法学 3 号 30 頁（1961 年）、7 号 25 頁（1965 年）を参照せよ（もっとも、この論文自体は「プログラム規定積極説」と称されるものである）。

11) この問題についてのより一般的な論文として、棟居快行「『基本権訴訟』の可否をめぐって」芦部信喜先生還暦記念・憲法訴訟と人権の理論 143 頁（1985 年）を参照せよ。

12) 高田敏「現代における法治行政の構造」渡辺宗太郎先生古稀記念・行政救済の諸問題 1 頁（1970 年）、大須賀・前掲書注 3）71 頁以下参照。前者は国の不作為の違憲確認訴訟を無名抗告訴訟として構成すべきだとしているが、後者はこの点につき必ずしも明確ではない。また、具体的権利説でいうところの「具体的」とは何を意味するのかについても疑問が投げかけられている。奥平康弘「『健康で文化的な最低限度の生活を営む権利』」奥平康弘＝杉原泰雄編・憲法学 3 54 頁、70～74 頁（1977 年）を見よ。

なお、堀木訴訟控訴審判決は、処分の取消請求と併せてなされた受給資格の認定請求（義務づけ訴訟、給付訴訟）について、三権分立の立場から原則として不適法としながら、例外的に許される場合があるとしている。

第1審判決は当該告示が羈束行為であるとし、控訴審判決は羈束裁量行為であるとし¹³⁾、上告審判決は自由裁量行為であるとするのである。

上告審判決の関連部分は以下の通りである。

「〔保護受給権〕は、厚生大臣が最低限度の生活水準を維持するにたりると認めて設定した保護基準による保護を受け得ることにあると解すべきである。……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、いちおう、厚生大臣の合目的な裁量に委されており、その判断は、当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。ただ、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、違法な行為として司法審査の対象となることをまぬかれない」と。

これは伝統的行政法学説における自由（便宜・目的）裁量行為に対する司法審査の一般論がそのまま述べられているにすぎない¹⁴⁾。

これに対して、注目されるのは、以下のような奥野健一補足意見である。

「憲法は、〔生存権〕を、時の政府の施政方針によって左右されることのない客観的な最低限度の生活水準なるものを想定して、国に前記責務を賦課したものとみるのが妥当であると思う。……厚生大臣の保護基準設定行為は、客観的に存在する最低限度の生活水準の内容を合理的に探求してこれを金額に具現する法の執行行為であって、その判断を誤れば違法となって裁判所の審査に服すべきことになる」と¹⁵⁾。

裁判規範としての憲法の規定が訴訟における争点となっている場合には、当該規範からどのような司法審査の方法が導き出されるかが注目されねばならない。本件では、第1審・控訴審・上告審のいずれにおいても憲法25条の理

13) もっとも控訴審判決は、保護基準に基づく具体的な保護処分を羈束裁量行為としているが、保護基準設定行為は「行政庁の完全に自由な選択を許す自由裁量の意味ではない〔裁量〕」としているにすぎない。

14) 田中二郎裁判官の反対意見も裁量の逸脱・濫用については同旨である。

15) 奥野補足意見については、芦部信喜・演習憲法〔新版〕196頁（1988年）を参照せよ。

念・趣旨・目的等の言葉が出てくる。そして、第1審判決は、そこから保護基準設定行為の羈束行為性を導き、上告審・奥野補足意見も客観的な基準の存在を読み取ろうとしている。しかし、上告審・法廷意見にはそのようなアプローチの必要性の認識の一片も見出すことができない。

堀木訴訟控訴審判決は、憲法25条の1項と2項をそれぞれ救貧政策と防貧政策と解し、それぞれ別個の審査基準を設定しようとした点に特色がある¹⁶⁾。すなわち、1項を絶対的基準と解しこれを具体化する立法、すなわち生活保護法については厳格な審査を用いるとする一方、2項を立法政策の問題と捉えこれを具体化する本件のような社会保障立法については広範な立法裁量を肯定するのである。

同上告審判決は、控訴審判決の1項・2項分離説を間接的に否定した上で、「『健康で文化的な最低限度の生活』なるものは、きわめて抽象的・相対的な概念であって、その具体的内容は、その時々における文化の発達の程度、経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等との相関関係において判断決定されるべきものであるとともに、〔憲法25条の〕規定を現実の立法として具体化するに当たっては、国の財政事情を無視することができず、また、多方面にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものである。したがって、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」という一般論を展開し、「社会保障給付の全般的公平を図るため公的年金相互間における併給調整を行うかどうかは……立法府の裁量の範囲に属する事柄と見るべきであ〔り、〕この種の立法における給付額の決定も、立法政策上の裁量事項であり、それが低額であるからといって当然に憲法25条違反に結びつ

16) 1項・2項分離論については、例えば、鳥居喜代和「年金訴訟における憲法25条論の動向」立命館法学1981年5=6号676頁、阿部照哉・演習憲法133頁（1985年）を参照せよ。

くものということとはできない」とした。

行政裁量が争点となった朝日訴訟と異なり、堀木訴訟においては、法律の憲法適合性が問われている。そして、その判断にあたり行政裁量論を借用した「立法府の裁量」という概念がもちだされていることに注目しなければならない。すなわち、自由裁量行為への司法的統制が及ぶ範囲、行政庁側からいえば、自由裁量行為の限界を一般的に叙述する言葉として用いられる「裁量の逸脱・濫用」を立法行為にも当てはめている¹⁷⁾。しかし、ここで重要な点は、裁判所が審査判断するに適する「裁量の逸脱・濫用」と結論づける基準として述べられた「合理性の著しい欠如」の読み方である。これは、憲法訴訟論にいう「合理性の基準」をとったものと解される¹⁸⁾。とすれば、ここで合理性の基準をとる所以が問われねばならない。最高裁は、憲法の規定の文言の抽象性、立法対象の専門技術性・政策性にこれを求めるのである。

違憲審査の密度の基準として現在学説で有力なものは、合理性の基準、厳格な合理性の基準、厳格な審査基準の三分法である¹⁹⁾。具体的な事案においてどの基準を当てはめるかを見極めるに当たっては、①問題となった権利の憲法上の価値序列におけるランキング、②憲法規定における文言の具体性、③権利・自由の制約か、それとも権利・自由の付与か、④権利・自由の制約とすれ

17) ここでは、行政裁量論からの概念の借用の是非がまず問われねばならないと思うが、本稿では扱う余裕がない。立法裁量については、覚道豊治「憲法における自由裁量の概念」阪大法学 40=41号 88頁 (1962年)、戸松秀典「立法裁量論」小林直樹先生還暦記念・現代国家と憲法の原理 185頁 (1983年)、野中俊彦「立法裁量論」芦部信喜編・講座憲法訴訟 2巻 93頁 (1987年)を参照せよ。

18) これは憲法訴訟における挙証責任論の観点から見れば、明白性の原則の適用を判示したものである(戸松秀典「堀木訴訟最高裁判決と立法裁量論」ジュリスト 773号 13頁、14頁〔1982年〕を見よ)。なお、中山勲「生存権裁判における違憲審査基準と挙証責任」大阪大学法学部創立 30周年記念・法と政治の現代的課題 83頁 (1982年)、より一般的にこの問題を扱ったものとして、内野正幸「法律の違憲審査における『挙証責任』」芦部信喜先生還暦記念・憲法訴訟と人権の理論 317頁 (1985年)、向井久了「合憲性推定の原則」芦部信喜編・講座憲法訴訟 2巻 37頁 (1987年)を参照せよ。

19) 例えば、横田耕一「合理性の基準」芦部信喜編・講座憲法訴訟 2巻 161頁 (1987年)を参照せよ。

ば、それは権利・自由の直接的制約なのか、それとも間接的制約なのか、⑥権利・自由の付与とすれば、それは本来的権利・自由の回復なのか、それとも本来存在しない権利・自由の付与なのか²⁰⁾、④専門技術的事項か否か、⑤政治的政策的事項か否か、等が考慮事項であるといえよう²¹⁾。

最高裁は、②④⑤を合理性の基準を採る際の考慮事項であるとしており、控訴審は、これに加えて社会保障が③の権利・自由の付与にあたることもその根拠としているようである。

憲法上の価値序列の存在自体についての疑問もあるので、これを権利の性質による差異ととらえ直すとしても、やはり①が基準のあてはめの中核的要因となるべきものであろう。そこで、生存権のランキングないし性質をいかに考えるかが問題となるが、生存権が人間生活の根幹をなし、「自由と不即不離の関係を保ちつつ現代国家の人権のカタログに最も貴重な法価値として座を占めているという立場」²²⁾を採れば、少なくとも合理性の基準を適用する根拠は失われるのではなかろうか²³⁾。そうすると、次に、厳格な合理性、厳格な審査基

-
- 20) ③の基本的視点は、従来、生存権の自由権的側面と請求権的側面における司法審査の相違として語られてきたものにも符合する（例えば、芦部編・前掲書注4）349～360頁〔中村睦男執筆〕参照）。また、③⑥の視点は、消極的・警察的許可規制か、積極的・社会経済政策的許可規制かという形で整理されることもある（例えば、横田・前掲論文注19）190頁を見よ）。これは、憲法規範の客観性・主観性という視点からは、法律によって詳細化された権利・自由の付与が憲法上の主観的権利の確認的具体化なのか、憲法上の客観的法の創設的主観化・具体化なのか、と換言できるかもしれない。
- 21) それぞれを組み合わせた相互関係についての図示については、横田・前掲論文注19）190頁以下、芦部信喜・憲法判例を読む103頁以下（1987年）を参照せよ。なお、平等権の問題もあるがここでは考えない。
- 22) 芦部信喜「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」田中二郎先生古稀記念・公法の理論下I 1531頁、1574頁（1977年）（同著・憲法訴訟の現代的展開〔1981年〕所収65頁以下、113頁）。
- 23) 例えば、横田・前掲論文注19）195頁を見よ。他に、立法裁量の見地から広い立法裁量・狭い立法裁量の二分論を主張し、前者に合理性の基準、後者に厳格な合理性の基準を導入する学説（戸松・前掲論文注18）13～15頁参照）、あるいは「『最低限の生活』の保障と『それ以上の生活』の保障とを区別して、前者により強い規範性を認めていく」（戸波江二「生存権訴訟における判例と学説」公法研究48号68頁、80頁〔1986年〕）とする学説もある。

準のいずれによるかの問題が生じるが、これは他の②以下の考慮事項の組み合わせと、そこで具体的に問題となっている事件の内容によって決すべきではなからうか。生存権の場合、立法府の専門的・政治的判断の余地はやはり残さざるをえないのであるから、原則として厳格な合理性の基準で審査すべきであるといえる。しかし、違憲審査の基準自体、裁判所を厳格に拘束する準則ではないから、事件の具体的内容によっては裁判所が一義的に立法府の義務を確定できることもあり、そのような場合には厳格な審査基準をもって臨むべきであろう。

6 解題と補説

(1) 本稿の執筆意図

以上の論稿は、『法学教室』に「憲法重点講座」として連載されていた企画に、当時の編集部の依頼を受けて、「生存権と司法審査——朝日訴訟と堀木訴訟の異同」というタイトルで、1990年1月に発行された『法学教室』112号53頁以下に、執筆したものである²⁴⁾。

その後、筆者は、生存権についての考察を進め、2002年12月に公刊した拙著『日本国憲法の論じ方(初版)』の143頁以下²⁵⁾に、その簡潔な概要を会話体のかたちで示すとともに、2007年12月に公刊した拙著『憲法(初版)』255頁以下に、「第2項 生存権の法的性格」の「1 諸説の概要」において、日本の判例・学説を「(1) プログラム規定説」「(2) 客観的法規範説」「(3) 主観的権利説」の3つに分析したうえで、(3)については、さらに「(a) 抽象的権利説」「(b) 具体的権利説」「(c) 給付請求権説」に分類できるとした²⁶⁾。

24) 現在、筆者の考えも変わり、修正をほどこしたいところもいくつかあるが、当時の『法学教室』の縦書きを横書きに、またそれに合わせて、漢数字をアラビア数字に変更し、引用文献の発表年に「年」を補い、後に単著に収録された論文については、その著者名を「同著・」と補い、表記に微修正をほどこしたのみで、あとはすべて当時のまま再現したものである。なお、引用文献も当時公開されていたものにとどめてある。

25) その改訂版である渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方』(第2版、2010年)161頁以下もほぼ同旨。

『法学教室』に掲載した「生存権と司法権」は、執筆のための猶予期間が短く日本の判例分析に関する論稿をという依頼であった。また当時、ドイツの生存権に関する判例・学説についての詳細は不明であったので、それらを脚注に引用することはできなかった。しかしながら、筆者が東京大学大学院の学生時代に演習のテキストとして熟読した Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2.Aufl. 1905) から学んだ objektives Recht と subjektives Recht が念頭にあったので、当時、拙稿執筆に当たって、客観法と主観的権利を分析上の概念として用いた記憶がある²⁷⁾。その後、この概念は、拙著『憲法（初版）』（2007年）²⁸⁾では、客観法は「客観的法規範」として、主観的権利は「主観的法規範」と用語を変えて数か所で言及している²⁹⁾。この用語法の方が、分析上明確に対比でき、かつ有益であり、またドイツ語の本来の意味により忠実であると考えたからである。

さて、2013年4月に刊行された『明治大学法科大学院論集』12号に掲載された高橋和之「生存権の法的性格論を読み直す——客観法と主観的権利を区別する視点から——」³⁰⁾と題する論文に接した。その脚注(2)において、「生存権の法的性格につき『客観的法規範説』を区別するものが見られるが（渋谷秀樹『憲法』〔有斐閣、2007年〕256頁参照）、主観的権利と客観法との関係をどのよう捉えているかは明確ではない」と、拙著についての指摘を受けた。

この論文については、日本公法学会から刊行された『公法研究』75号

26) その改訂版である渋谷秀樹『憲法』（第2版、2013年）276頁以下もほぼ同旨。

27) ドイツの社会権に関するすぐれた論考である西村枝美「ドイツにおける社会権の法的性質と審査基準」関西大学法学論集62巻4＝5号23頁（2013年）には、ドイツの基本権全体にわたる法的性質論として「①プログラム規定 Programmsatz ②客観的法規範 objektives Rechtsnorm（もしくは客観法命題 Satz des objektiven Rechts）③主観法 subjektives Recht の三つがある」とされている（25頁）。なお、この点は、内野正幸『社会権の歴史的展開』（1992年）71頁以下にも触れられている。

28) 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）。

29) 渋谷秀樹『憲法（第2版）』では、206頁、277頁、313頁、444頁、475頁、677頁等。

30) 高橋和之「生存権の法的性格論を読み直す」明治大学法科大学院論集12号1頁（2013年）。

(2013年)の「学界展望」において、「その名の通り生存権の法的性格論に関し、視座転換を提案する論考である。……〔そして、この論考〕は、『客観法と主観的権利を区別する』枠組みを用いることによって、〔生存権に関しては、従来のプログラム規定説、抽象的権利説、具体的権利説という対比のなかでみてゆくというこれまでの学説の枠組みでは、判例の流れの説明に窮するという〕疑問に光を投げかけようとする」という評価が与えられている³¹⁾。

拙著の中で、筆者は、日本の判例が客観的法規範説に位置づけられると論じ、芦部信喜先生に代表される抽象的権利説についても「実質的に客観的法規範説と同様の機能を果たすにすぎない」と位置づけた。

上述の論稿においては、以上のような視点からの分析にも意味があるとされているので、筆者の、ほぼ4半世紀前(正確には24年前、筆者が34歳の時)に執筆した拙稿においてなした分析は、現在においても意味があると感じたので、ここに再録することにした。

なお、「主観的権利と客観法との関係をどのように捉えているかは明確ではない」とする指摘を受けたが、この点については、拙著『憲法(初版)』(2007年)の「憲法の性質」の項目の「制限規範性」において、「主観的法規範と客観的法規範」としてその概要は説明しておいた³²⁾。体系書の性質上、各項目の中で再びその内容を説明できないので、この項目を見落とされて、そのような指摘になったのかもしれない。

(2) 憲法上の規範の性質

いずれにしても、以上のような指摘もあったので、憲法上の規範性質論に関して、現在筆者が考えている内容を簡単に示しておくことにする³³⁾。

まず、憲法で示された規範が法規範か否かから、規範性質論は始まることに

31) 「学界展望」日本公法学会『公法研究』75号295頁(2013年)〔安西文雄執筆〕。

32) 渋谷秀樹『憲法(初版)』24頁以下参照。渋谷秀樹『憲法(第2版)』24頁以下も同旨。
なお、この版では、憲法前文の法的性質を論じた際にも、「法規規範性」と「裁判規範性」について、論及している。

33) といっても、これは論理必然の説明に過ぎないと思われるが。

なろう。そして、法規範（＝法的拘束力のある規範）でないものは、プログラム規範であるという二者択一が出发点になる。

次に、法規範には、裁判規範となるものとならないものがあることを承認しなければならない。もっとも、裁判規範でないということの意味は、裁判所がその実効性は保障しないということである。そうすると、それでは誰がその実効性を保障するのかという問いかけに応えなければならない。裁判所がその実効性を保障しない法的規範は、そもそも法的規範といえないのではないか、という批判がありうるからである。しかし、例えば、憲法の条項には、国会各議院での議決の方法とか、内閣総理大臣の指名方法など、さらに国会法の条項などにも、法規範として規定されているが、それに違反した場合に裁判所が介入できないものもあることは事実である。この問題は、視点を変えて、考察しなければならない。

結論的にいうと、これらも法的規範である以上、裁判規範ではあるが、司法権の限界があって、例えば、事件性の要件をみたしていないといったその本質的限界と、国会または国会各議院の自律などの問題として裁判所は判断を控えるべきであるという政策的限界があることを前提として分析すべきものではないだろうか。いわゆる立法裁量論も後者の限界における問題というべきことになる³⁴⁾。

さらに、裁判規範は、主観的法規範（法的権利）と客観的法規範（客観法）に分かれる。主観的法規範であれば、例えば、出訴要件である原告適格を定める行政事件訴訟法9条1項の規定する「法律上の利益」を構成し、その侵害があれば出訴できるが、客観的法規範は「法律上の利益」を構成しないので、その侵害があっても出訴できない。ただし、他の「法律上の利益」を侵害しているなど、訴訟要件レベルの原告適格等をみたと、その訴訟の本案審理においては、客観的法規範も主張できるし、さらにその主張がなくても裁判所は職権においてでも判断できることになる。現行法上に規定されている機関訴訟や民

34) 渋谷秀樹『憲法（第2版）』639頁以下参照。

衆訴訟などの、いわゆる客観訴訟は、主観的法規範を侵害しなくとも、法律で定められた要件をみたしていれば出訴でき、その中で客観的法規範の違反を主張できるのはいうまでもない。

このように考察を進めていくと、実体法の観点からみると、憲法上の法規範はすべて政府を直接の名宛人とする客観的法規範である。そして、明文で「権利」を定める規定が主観的法規範であることには異論はない。逆に権利を定める規定が客観的法規範か否か、という議論は実は意味がない。なぜならば、憲法上の権利規定は、政府と私人との間の法的関係を定めるものであって、私人に権利を保障するということは、その法的関係の他方当事者である政府に義務を課した規定であることになり、やはり政府に課された義務の名宛人であるという意味で、客観的法規範と同様の法的効果を持つからである。例えば、憲法21条1項は、私人に集会・結社・表現の自由を保障するが、それと表裏の関係として、政府に集会・結社・表現の自由を侵害してはいけない義務を課すことになる。結局のところ、政府に、集会・結社・表現の自由の侵害禁止義務を課す客観的法規範が存在していることになるからである。

さらに、文言上は政府に義務を課していて、主観的法規範を保障していないようにみえる規定にも、私人に権利を保障する主観的法規範と解釈できる規定がある。例えば、憲法21条2項は、検閲の禁止と通信の秘密の侵害禁止を定め、政府にこれらの義務を課しているので、客観的法規範を規定しているように見える。しかし、これらの規定は、私人に検閲を受けない権利、通信の秘密を侵害されない権利を保障していることは明らかで、歴史上存在した各種の人権関連文書の中で使用された文例にしたがって、そのような表現になったものと考えられる。

そうすると、一見、客観的法規範とみえる規定でも、どれが主観的法規範でもありうるか、を判定しなければならない局面もありうる。このような問題に対する基本的態度は、その法規範の生成過程を含めた、その内容を考察・分析する方法によることになるが、その法規範に対してもつ規範意識の変化、問題の発生したコンテキストなどを加味して、判断されることになるのではないか。

この問題は、客観的法規範が、どのような要素を充たした場合に、主観的法規範に転化するかという、さらなる詳細な考察を要する問題なので、本稿では扱うことはできない。

なお、1つの条項からは、原則として妨害排除（不作為）請求権と作為（給付）請求権の両者を同時に導き出すことができない、ということはない。憲法上の規定は、政府と私人の様々な生活領域を規律する。例えば、筆者は、いわゆる人権各論で扱う生活領域を「身体の所在」、「経済生活」、「精神生活」、「共同生活」に分けているが、その生活領域と、その領域に配当された権利の現れ方は、次元の異なるものとして分析すべきと考えている。例えば、憲法 22 条 1 項は居住・移転の自由を定めるが、これはより一般的に移動の自由を保障するものと位置づけられる。そして、その自由の内容は、関所の撤廃など、古典的な意味での妨害排除請求権と、身体に障害がある者も自由に移動できるための施設の改善請求権とでもいうべき作為請求権も導き出すことができると考えるのである。憲法 25 条についても、ここでは詳論はしないが、同様の発想を採るべきであろう。拙著『憲法』はそのような考え方の下で人権各論全編を執筆したので参照されたい。