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-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法科大学院 公開日: 2017-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 高橋, 和之 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/18384

〔論　説〕

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 ――

Reconsidering the Right to Maintain the Minimum Standards of Wholesome and Cultured Living

―― From Perspective of Distinguishing Objective Legal Norm and Subjective Rights ――

高　橋　和　之

目　次

はじめに
Ⅰ．我妻説を読み直す
Ⅱ．食管法事件判決を読み直す
Ⅲ．朝日訴訟判決を読み直す
Ⅳ．堀木訴訟判決を読み直す
おわりに

はじめに

人権規定の解釈に際して客観法と主観的権利の視点の違いがあることは，日本でも知られてきた。たとえば，憲法14条1項につき，それが平等原則を定める規定なのか，それとも平等権をも定めた規定なのかが，かって論じられた

ことがあったが(1)，これは平等条項が客観法的規定なのか，それとも主観的権利の規定でもあるのかをめぐる議論であったと理解しうる。また，政教分離規定が制度保障にすぎないのか，それとも権利を定めた規定なのかの議論も，客観法と主観的権利の問題として理解しうる。平等条項の場合も，政教分離条項の場合も，それが客観法であることは承認されており，それに加えて主観的権利でもあるかどうかが論争の対象となったことが注目される。

そもそも憲法は国家を名宛人とする法規範であるという前提から出発すれば，憲法条文が先ずは客観法的に国家を拘束しているという理解は，自然に生ずるものと思われる。これに対して，憲法条文が主観的権利を定めているという理解は，直ちには生じない。憲法条文の多くは，特に統治の組織を定めた条文は，通常は主観的権利を定めた規定と読むことが困難だからである。しかし，人権を定めた規定については，それが人権（権利，基本権）規定であると理解する以上当然に，主観的権利を定めた規定ということになる。そうだとすれば，人権規定に関しては，憲法はまず主観的権利を規定し，同時に客観法的にも国家を拘束するが，規定によっては客観法的効力をもたないものもある，という理解が理論上は可能なはずである。しかし，実際には客観法的効力を否定される人権規定は存在しないようである。少なくとも，主観的権利ではあるが客観法的効力はないと明言された規定は存在してこなかった。しかし，生存権についての議論においては，主観的権利の存在を前提にした上でその法的性格を論ずるが，客観法的効力についてはほとんど論じられてこなかった(2)。これは何を

（1） 川添利幸「平等原則と平等権」公法研究45号1頁（1983年），野中俊彦「『法の下の平等』についての一考察 ── その権利性をめぐって」金沢法学27巻1・2号79頁（1985年）参照。

（2） 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に捉えているかは明確でない。奥平康弘『憲法Ⅲ：憲法が保障する権利』有斐閣，1993年）は，25条1項が「権利（主観法）」，2項が「制度（客観法）」を規定すると捉えており，生存権自体を客観法と主観法の2つの視点から捉えるというのではないようである。ドイツにおける議論については西村枝美「ドイツにおける社会権の法的性格と審査基準」（関西大学法学論集62巻4・5号25頁参照。

意味するのであろうか。もしこれが，生存権規定は主観的権利を定めた規定であるが，客観法的効力はないという趣旨であるのなら，主観的権利ではあるが客観法ではないという規定の存在しうることが，ひそかに承認されていたことになる。しかも，その主観的権利につき，通説的とされる抽象的権利説は，法律により具体化されないかぎり憲法上の法的効力を認められないと説くのであるから，実定憲法に規定されながら憲法的効力を客観法的にも主観法的にももたない条文が存在することになる。これは，実定憲法の解釈としては「異常」といわざるをえない。実定憲法は法的効力をもつものとされた憲法のはずであり，それを構成する諸条文は，すべて何らかの意味で法的効力を認められるべきことが基本のはずである。

そこで，この「異常さ」を避けるために，ここでいう法的効力とは裁判規範性のことであり，かりに裁判規範性がないとしても，政治の場において法的効力をもつのは当然のことである，とする説明も考えうるところである。歴史上，憲法規定に裁判規範性が認められなかったことは，珍しいことではない。近代段階においては，むしろそれが通常であった。しかし，違憲審査制度の導入が一般化してきている現代においては，憲法条文も原則的には裁判規範性を認められるべきものであろう。そこで，法的効力はもつが裁判において常に援用しうるわけではないことを説明する他の方法はないかと考えると，一つ思い浮かぶのは，客観法と主観的権利の区別を用いるものである。つまり，客観法的には常に法的効力をもつが，それを裁判上主張しうるかどうかは，原告適格あるいは主張適格（スタンディング）の有無の問題であると構成するのである。この場合には，憲法条文はすべて客観法的効力をもつことが前提にされる。したがって，憲法訴訟上適格性の要件を充たす限り，その訴訟において客観法的効力をもつ憲法条文を援用することが許されると解し，その上で，憲法上法的効力を認められた主観的権利の侵害を主張する場合には，常にこの適格性の要件を充たすと考えるのである。換言すれば，具体的な法的効力をもつ主観的権利の侵害を主張して救済を求める場合には，常に訴訟を提起しうる適格性をもち，かつその主張は客観法違反の主張と一体化していると考えるとともに，さらに

そのような主観的権利の侵害を主張しえない場合でも，他の法的利益の侵害を主張しうるなら，その侵害の理由として憲法条文の客観法違反を援用しうると考えるのである(3)。これは，人権条項を客観法と主観的権利の二側面から見ていくアプローチである。

このアプローチにおいては，両側面は相互に排他的ではなく，両立する二つの視点と理解されている。そして，客観法としての側面においては，総ての人権規定は国家を拘束する客観法的効力をもつと解する。この解釈は，憲法規定が国家を名宛人とするという理解と整合的である。他方で，主観的権利の側面においては，人権規定がすべて同程度に主観的権利性を認められるわけではないと解する。人権には，「内容確定型人権」と「内容形成型人権」が区別される(4)。内容確定型人権とは，憲法上保障内容が確定されいると解している人権類型であり，自由権は原則的にこの類型に属する(5)。内容確定型の場合は，その内容の主観的権利が憲法上保障されており，その侵害に対しては憲法を直接の根拠として救済を求めることができる。これに対し，内容形成型人権とは，その保障内容が憲法上完全には確定されておらず多かれ少なかれ保障内容の確定が法律による形成に委ねられている人権である。内容形成が法律に委ねられている限度で客観法的な国家の義務づけにおいて立法裁量の余地を認めることになる。したがって，客観法の側面からは，立法裁量の濫用・逸脱の場合に違憲となる。問題は，主観的権利の側面において憲法上どこまで保障されており，どこからが法律による内容形成に委ねられていると解するか，また，それを裁判所がどのように判断するかである。内容形成型でも，憲法が保障した以上，全面的に法律に委ねられていると解することはできない。最低限何らかの保障内容が主観的権利として憲法上想定されているはずである。そして，憲法によ

（3） 広島市暴走族追放条例判決（最3判平成19年9月18日民集61巻6号601頁）における藤田反対意見参照。

（4） 高橋和之「憲法判断の思考プロセス ── 総合判断の手法と分節判断の手法 ──」法曹時報64巻5号1頁参照。

（5） 原則的にと述べたのは，経済的自由権については議論のあり得るところだからである。財産権の内容確定を法律に委任している29条2項参照。

り保障された内容が何かを確定するのは，裁判所の職責である。そうすると，ここで裁判所は，主観的権利の内容を解釈により確定する任務と客観法的な立法裁量を尊重する義務の調整に直面することになる。理論上は，立法裁量は主観的権利の保障を超えた領域での問題であり，立法裁量の結果が主観的権利の保障内容にまで踏み込んでいれば，立法裁量の濫用・逸脱ということになりそうであるが，事はそれほど簡単ではない。というのは，第1に，内容形成型人権の場合，憲法の保障する内容の確定がそれほど容易ではなく，まさにそれゆえに法律による内容形成に委ねられているという事情があるからであり，第2に，かりに立法裁量が憲法の想定する保障内容にまで踏み込んでいるとしても，権利制限として正当化される場合がありえ，その場合には裁量の濫用・逸脱とはならないであろうからである。そうだとすれば，裁判所のとりうる戦略として，困難な内容確定を厳密に行うことは避け，保障範囲をある程度広く解した上でその権利の制限の存在を認定して「制限の正当化論」の構成をとり，正当化しうる場合には立法裁量の範囲内，正当化しえない場合には立法裁量の濫用・逸脱であるとする手法が可能となる(6)。したがって，客観法の側面から立法裁量の濫用・逸脱がないとされる場合には，主観的権利の側から見れば，立法が憲法の想定する主観的権利の範囲には踏み込んでいないという場合と，踏み込んでいるが正当化されるという場合が存在することになる(7)。どちらの理論構成を採るかは，ある程度裁判所の裁量に属すると考えざるをえないが，制限の正当化論の方が審査の枠組が確立されてきているから，分かりやすいという長所があろう(8)。

（6） 内容形成型人権に属する国家賠償請求権が問題となった郵便法違憲判決（最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁）は，権利制限を認定し，制限の正当化論として論じている。

（7） この場合，理論上は，主観的権利に踏み込んでいないとされるときは，他の法的利益の侵害を主張しうる場合を別にして，主観的権利の制限がないのであるから，訴えの利益が否定されることになるのに対し，主観的利益の制限を認める場合には，訴えの利益の存在は認められるということになろう。

（8） 逆に言えば，裁判所が審査枠組による拘束を受けずに，「総合判断」により結論を出したいと考えれば，主観的権利の側面には立ち入らないで，立法裁量のみの問題として構成することになろう。

本稿は，客観法と主観的権利を区別する枠組を用いて，その両側面から内容形成型人権の典型である生存権を捉えると，問題がどのように整理されるかを考えてみようとするものである。生存権に関する従来の議論は，主観的権利の側面に焦点を合わせ，その法的性質を論じ，プログラム規定説，抽象的権利説，具体的権利説が主張されてきた。これに対し，判例は，学説による理解によれば，当初は食管法事件判決においてプログラム規定説に立ったが，その後堀木訴訟判決において立法裁量論を採用するに至った。しかし，その立法裁量論は，学説における抽象的権利説および具体的権利説とどのような関係にあるのか明確ではなく，学説上は抽象的権利説と同視するものや，それとは異なる独自の立場と考えるものなどが唱えられている。本稿は，抽象的権利説および具体的権利説は主観的権利の側面から構成された説であるのに対し，立法裁量論は客観法の側面から問題を捉える立場であり，そのような理解が最高裁の諸判決をもっともよく説明できるものであることを示すことを目的としている。

Ⅰ．我妻説を読み直す

判例を読む前に，日本国憲法が保障した人権を自由権的基本権と生存権的基本権に類別し，生存権をはじめとする社会権の理解の仕方をいち早く提示して，その後の学説・判例に大きな影響を与えた我妻栄の学説を読み直すとから始めよう。プログラム規定説の先駆とされたのみならず，社会権の自由権的側面に対しては法的効力を認め，かつ，その私人間適用まで認めたと評されているからである。

我妻栄は，1948年に書いた『新憲法と基本的人権』[9]において，「自由権的基本権」と「生存権的基本権」を区別し[10]，それを人権史に即して次のように説明する。

（9）　日本国憲法の普及を目的として編集された叢書「新憲法体系」の第5冊として出版されたもの。

（10）　この本を後に彼の論文集『民法研究Ⅷ　民法と憲法』（有斐閣，1970年）に収録したとき，その「はしがき」で「……自分では，『自由権的基本権』と『生存権的基本権』の対立と総合を鮮明にしたことについて，当時いささか創見を誇ったもの

我妻が人権史を捉える軸は三つである(11)。①基本的人権という観念が成立するのは，アメリカの人権宣言においてであった。②基本的人権の内容は，19世紀のもの（アメリカの独立宣言，フランスの人権宣言にみられるもの）と20世紀のもの（ワイマール憲法以降のもの）では，相当な差異がある。③この内容上の差異は，さらに保障上の顕著な差異を生じさせている。この三つの軸に即して我妻の述べるところを見ていこう。

①の説明でなされている次の叙述は，我妻の25条論を理解するのに重要である。

「元来，国家の秩序は，最初には，もっぱら客観的な規範（法）によって維持される。その時には，国家内の諸権力がこの規範によって規制されるだけで，国家内の個人が権利を有するという観念は発生しない。個人は，単に，これを侵害する権力が規制されることによって，反射的にその地位の安全が保障されるに過ぎない。『大憲章』・『権利請願』・『権利宣言』はいずれも，こような思想に立脚したものである。これに対し，個人に一定の権利という主観的な力を認め，国家の客観的な規範をして，この主観的な権利を保障するものたらしめようとする思想は，近世の『我』の自覚，自由思想の発達によってはじめて生じたものである。そして，この客観的な法から主観的な権利へという，思想史的にみれば正に百八十度の転回を，最も鮮やかに示したのは，アメリカの『独立宣言』だったのである。この思想の下においては，個人の権利は，国家の法を規制するものであるから，当然，国家の法以上のもの，あるいは国家の法以前のものでなければならないことになる。」

私がこの記述に注目するのは，ここに我妻が憲法と人権をみる枠組が表現されていると考えるからである。つまり，憲法はまず客観法として国家権力を規制

であ」ると記している（2頁）。「ワイマール憲法以来，従来の基本的人権とその内容及び保障の方法を異にするものが現れたということは，もちろん，すべての学者の指摘するところである。しかし，両者を区別した名称は必ずしも明らかにされていないようである」（113頁）と述べているから，その「創見」は，主として自由権的基本権・生存権的基本権という名称を指しているのであろう。

(11) 我妻栄『民法研究Ⅷ　憲法と私法』（有斐閣，1970年）107頁以下参照。

するものであり，これに対応する国民の利益は，当初は「反射的」利益にすぎなかったが，それが「主観的権利」とされるとき，近代的人権が成立すると考えているのである。この客観法と主観的権利という枠組こそが，我妻の憲法観・人権観を背後で規定したものであったのではないかと私は考えているが，そのことの意味は後にみることにして，次に②についての我妻の説明をみてみよう。我妻の理解する19世紀的人権と20世紀的人権への変化は，単純化すれば，財産権から「労働の権利」への「推移」であるが，その意味を次のように説明している。

「しかし，この推移は，……単に新しい種類を加えたという，基本的人権の量的な推移ではなく，基本的人権全体の性格に変化を与えるほどの重要な質的の推移を含むものである。基本的人権の抽象的な内容が個人の生命・自由・幸福の追求であるという点では，一九世紀の憲法も二十世紀の憲法も，差はないといってよいであろう。しかし，十九世紀の憲法では，個人がその生命・自由・幸福の追求を享有実現するための物質的な手段としては，個人の財産権の保障さえあれば充分だと考えられていた。これに対し，二十世紀の憲法では，財産権の保障は一部の有産者とってはその生命・自由・幸福の追求の物質的手段となりうるが，多数の無産者にとってはその手段となりえないことを意識し，これらの者のために，別に『労働の権利』を確認保障して，これによって，その生命・自由・幸福の追求の理想を十分に達することができるようにしなければならない，と考えられている。そして，財産権の保障とは，要するに，各自の有する財産を不可侵のものとして，各自の自由な利用にまかせるということであるから，生命・自由・幸福の追求の物質的手段として『財産権』を保障する十九世紀の憲法の基本的人権の内容は，『自由』という色彩にいろどられているということができる。しかるに，『労働の権利』を保障することは，社会的に有意義な労働はそれにふさわしい成果を収めることができ，労働の能力と意欲を有する者はすべてそれによって幸福な生存を保つことができるように，国家が特別の配慮をするということであるから，生命・自由・幸福の追求の物質的手段として『労働の権利』を保障する二十世紀の憲法の基本的人権の内容は，『生存』という色彩にいろどられているということができるであろう。」

我妻にとって，「基本的人権の抽象的内容」は「生命・自由・幸福の追求」で

ある。これは，日本国憲法の条文に即して言えば，憲法13条の「幸福追求権」は個別人権の抽象的な根拠を規定するものという理解と整合する考えであろう。この抽象的な権利を自由権と生存権の両者の根拠に据えている点に我妻の特徴がみられる。憲法13条を自由権の総則的規定，憲法25条を社会権の総則的規定と捉える学説が後に生ずるが，我妻はそれとは異なり，自由権と生存権の両者を幸福追求権の表現とみたうえで，幸福追求の手段が一方は「財産権」に，他方は「労働の権利」に求められている点に違いをみたのである。しかも，19世紀の人権が自由権を中心にしていたのに対し，20世紀の人権は生存権を中心とするものに推移したと捉えている。近代から現代への展開は，自由権を中心とする基本構造は維持しつつも，その修正として社会権を部分的に導入したというのではなく，生存権を中心とする構造へと変化したと捉えているのである(12)。

(12) 20世紀の人権論においても「『自由』を無視している」というわけではないが，「国家が各人の現実的な生存の保障を目的として積極的な施策をしなければ，各人の自由は有名無実なものとなることをおそれ，現実的な生存の保障のうちに，自由の現実的な享有をはからねばならないと考えているわけである」と我妻は述べている（110頁）。もっとも，このすぐ後で，「二十世紀の憲法も，例えば信仰の自由や思想の自由を保障する場合には，もっぱら国家権力の制限を要請し，決して，国家権力の積極的配慮や関与を要請するものではない。だから，正確に言えば，二十世紀の憲法は一九世紀の憲法の基本的人権の保障に，新たな内容と新たな方法による二十世紀的基本的人権の保障を加え，全体の色調を変化させているというべきである」と注意しているから，構造的変化と捉えたとまで理解できるかどうか，微妙ではある。しかし，「ワイマール憲法の保障する諸自由も理念的には生存権的基本権と考えるべきである」（183頁）と述べているから，一応このように理解しておく。なお，この生存権を中心とする捉え方は，「国民協同体」の観念と結びつけて論じられており（175頁参照），この点も我妻の特徴である。つまり，その背後に社会観・国家観の変化をみているのである。我妻によれば，近代の人権論においては前国家的な人権と国家権力とが対立構造で理解されていたが，ワイマール憲法においてこのような思想は止揚され，人権論は国家と個人の融合の思想に立脚するものとなった。そこでは，国家は一個の協同体（Gemeinschaft）と観念され，個人の向上が同時に国家の向上でもあるとされるために，国家が個人を保護し配慮すると同時に，個人に対し協同体の一員としての責務を果たすよう要求もするようになる。ここでは，人権は前国家的なものとは観念されず，国家は個人の自由を協同体全体の発展・繁栄のために尊重するのであり，個人もその自由を協同体全体のために行使する責務を自覚せねばならないとされる（我妻前掲注(11)70頁以下参照）。我妻が現代における個人と国家の対立構造の止揚をみる根拠は，一方で義務規定が広汎

③の「基本的人権の保障の方法の上の推移」については，我妻は，一九世紀の人権が国家権力の制限を意味したのに対し，二十世紀の人権の場合には，国家権力の積極的な配慮・関与の要請を意味するものに変わったと指摘している。この点の理解の仕方には，通常の理解と比べて特に特徴的な点はない。

このように人権の歴史を捉えた上で，我妻は，「一九世紀の憲法の特色をなすものを『自由権的基本権』と呼び，二十世紀の憲法の特色をなすものを『生存権的基本権』と呼」んだのである。かかる理解を基礎に，「新憲法における生存権的基本権」の筆頭に「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」（25条1項）を挙げる。25条の権利を「自由権的基本権と解釈して，『人は自然状態において文化的な最低限度の生活を営む権利を有するから，国家の権力はこれを妨げてはならない』という意味」に理解するとすれば，「これほどナンセンスなことはない」のであり，「『今日の社会において，国民の中には，ともすれば生存を脅かされ，生活のできない者があるから，国家は，各人に対して，少なくとも健康で文化的な最低限度の生活だけは保障するように，あらゆる施策を通じて努力する責任を負うものだ』と解釈して，はじめて，憲法の規定としての意義をもつことができる」，というのである(13)。では，この生存権的基本権を保障する「法律的方法」として新憲法は何を想定しているのか。この点につき我妻は二つを指摘する(14)。第1に，「生存権的基本権も，最小限度においては，それを積極的に侵害されないだけの保障を受けるものであり，これを侵害する立法・行政および私人の行為は，裁判所によって，その効力を否認されるべきものである」と述べる。この記述には，注目すべき点が2つある。一つは，これは，生存権のいわゆる「自由権的効力」を述べているのかという問

に登場してきていること，他方で，人権において社会権が登場すると同時に参政権が拡大してきたことにある。国民の参政により個人と国家の対立構造は後退するのである。それゆえに，また，後になった我妻は，デモクラシーが戦後日本において想定したようには展開しなかったことを見て，このような捉え方を反省するのである（我妻前掲注(11)はしがき3-4頁参照）。

(13)　我妻前掲注(11)231頁。

(14)　我妻前掲注(11)240頁以下参照。

題である。もしそうなら，我妻は，25条が自由権的基本権に分類されるものではないとしたが，自由権的効果を認めていた，しかも法的効力をもつものとして，という理解になる。学説の多くは，我妻の立場をこのように理解してきた。もう一つ注目されるのは，この法的効力が私人に対しても及ぶものと解している点である。当時の我妻が，私人間効力論という問題を知った上でこのように述べたのかどうかは，定かではないが，おそらく，主観的権利としての生存権の自由権的側面が私人間に効力を及ぼすと考えていたのではないであろうと，私は推測する。そうではなく，ここで我妻が考えていたのは，客観法としての25条の効力ではなかったかと思うのである。客観法としては，基本権は国家のみならず私人をも義務づける。これが我妻が漠然とではあるが考えていたことだとすると，後のドイツ憲法学における間接適用説と相通ずる考え方をとっていたことになる(15)。主観的権利の観点からその自由権的効力を認めたという解釈の可能性を否定するつもりはないが，客観法の問題として思考していたという解釈も充分成り立ちうるし，そのほうが我妻の真意に近いのではないかというのが，私の理解である。

法律的方法につき我妻が指摘する第2は，「わが新憲法の生存権的基本権は，いずれも，国家の積極的施策を要請するものであるが，その施策の内容を具体的に定めるものは甚だ少ない」ということである。それでも，我妻は，新憲法の施行に伴って，その具体化が様々な法律によりなされてきていることを指摘している。

その上で，我妻は，以上を総括して，「わが新憲法における生存権的基本権の法律的保障は，右の二つの尽きる。それ以上，憲法の規定からそのまま国家に対する具体的な要求権を認めたものはない」と述べる。これは，主観的権利を認めた規定ではないという趣旨と思われるから，逆に言うと，上にみた二つの指摘は，客観法に関するものであり，ゆえに，憲法の保障した生存権的基本権は客観法にすぎないと考えているのではないかとという解釈を補強する。我

(15) 高橋和之「私人間効力論再訪」ジュリスト1372号148頁（2009年）参照。

妻にとって，生存権的基本権は，客観法としては法的責務を定めており，それに反する行為は違憲である。しかし，主観的権利は認められていないから，「この責務違反を問責する直接の法律的手段は存在しない」。とはいえ，我妻が明示的にそう述べているわけではないが，責務違反により法的に保護された利益が何らかの形で侵害された場合には，客観法を根拠にその効力を否定する訴訟が可能であると考えていた可能性はある(16)。

もっとも，当時の学説は，ワイマール憲法下のドイツ学説の影響もあって，25条をプログラム規定と解釈するのが支配的な傾向であり，我妻説もそのようなものと理解されていた。そうした中で，以降最高裁判例として機能していくことになる食管法事件判決が大法廷により下されることになる。

Ⅱ．食管法事件判決を読み直す

この事件は，戦後の食糧難の時期に，闇で米を買い自宅に持ち帰る途中に検

(16)　ワイマール憲法における法律的保障の方法に関して，次のように述べている。「要するに，『生存権的基本権』は，その保障のために，国家の積極的な立法・行政等による関与を必要とするが，それと同時に，その最小限度においては，これを『侵害する国家の立法・行政および私人の行為の効力を否認するだけの効力を持つものといわなければならない。そして，その限りにおいては，『生存権的基本権』の司法による現実の保障が存在するのである」（190頁），と。さらに，1954年の『新憲法の研究』（国家学会雑誌60巻10号）に寄せた「基本的人権」という論考においては，次のように述べられている。「…新憲法におけるこれらの『生存権的基本権』は，如何なる法律効果を生ずるものであろうか。個人間の契約や団体内の規約が，これらの権利の実現を不能ならしめるものであれば，その無効とせらるべきは当然である。またそれらのものの行動が，これらの権利の実現を抑圧するものであれば，その違法性を帯びることは当然であろう。反対にまた，これらの権利の行使としてなされる行為は，違法性を帯びないものと見らるべきことも疑いないであろう。更に，国家はこれらの権利の実現に努力すべき責務に違反する行動をなすときは，その立法は無効となり，その処分は違法となることも明らかであろう。然し，最後に，国家が右の責務を等閑に付し，必要な立法や適当な施設をしないときは，国民は直接にこれを要求する方法はないというの他はあるまい。けだし，新憲法の規定では，いまだ国家に対する具体的な請求権を認めるには至っていないと解さねばならず，またその懈怠は憲法違反だとしても，最高裁判所の法令審査権がこれを是正しえないのはいうまでもないからである」（85頁）。

挙され，食糧管理法違反で起訴された刑事事件である。一審で有罪となった被告は，飛躍上告し，憲法25条は国民の「生活権」を保障しており，本件の行為は「生活権の行使」であるから，これを処罰する食糧管理法は憲法に違反すると主張した。これに対して，最高裁大法廷の多数意見は，次のように判示して上告を棄却した(17)。

「……（憲法25条）第一項は，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。それは，主として社会的立法の制定及びその実施によるべきであるが，かかる生活水準の確保向上もまた国家の任務の一つとせられたのである。すなわち，国家は，国民一般に対して概括的にかかる責務を負担しこれを国政上の任務としたのであるけれども，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。社会的立法及び社会的施設の創造拡充に従つて，始めて個々の国民の具体的，現実的の生活権は設定充実せられてゆくのである。されば，上告人が，右憲法の規定から直接に現実的な生活権が保障せられ，不足食糧の購入運搬は生活権の行使であるから，これを違法なりとする食糧管理法の規定は憲法違反であると論ずるのは，同条の誤解に基く論旨であつて採用することを得ない」。（以下，この部分を「判旨前半部分」と呼ぶ）

この判示から，通説は，最高裁がプログラム規定説を採用したと理解した。同時に，被告は国家に対して積極的な給付を請求しているのではなく，国家の行為が生活権の侵害であるとして「自由権的効力」を主張しているのであるから，具体的請求権が保障されているかどうかは争点にはなっていないのであり，それを判示するのに適切な事件ではなかったと批判してきた。しかし，本判決をそのように理解するのが正しいのかどうかは，再考の余地がある。

(17) 最大判昭和23年9月29日刑集2巻10号1235頁。この判決には，多数意見に加わらなかった判事の少数意見が4つ付されているが，内容的にはいずれも多数意見と矛盾するわけではなく，今日の補足意見に相当すると言っていいであろう。同旨，小島和司「憲法25条の法意」ジュリスト200号100頁。

まず，プログラム規定説を採用したという理解は，どうなのか。プログラム規定の意味も一義的ではないようであるが，通常，政治的・道徳的義務を課すのみで法的義務を課すものではない規定と説明される。「法的」とは，違憲審査制が導入された下においては，違憲審査の規準となることを意味すると解される。ここで規準とは，裁判所が立法・行政の行為を審査しその合憲・違憲，合法・違法の判断をするとき，根拠として用いることの認められた準則をいうものと理解する。この意味で，それは「解釈基準」とは異なる。解釈基準は，法的な性格をもつ必要はない。憲法がプログラムを規定し，議会がそれに応えて制定した法律は，当然，そのプログラムの意味に従って解釈すべきと思われる。プログラム規定も，当然解釈基準とはなりうるのである。法的ということの意味をこのように理解すると，それは「裁判規範」と同じということができよう。したがって，プログラム規定かどうかは，違憲審査制を前提とすると，裁判規範かどうかと同じ問題であると考えることになる。

さて，そうすると，判旨前半部分は，裁判規範性を否定しているのであろうか。判旨は，25条1項を，「国家の責務」を宣言し「国民一般に対し概括的に」ではあるが「かかる責務を負担しこれを国政上の任務とした」ものであると解釈している。少なくとも，ここからは，国家が引き受けた責務が法的義務ではないということは出てこない。もっとも，「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」，と続けているから，国民に権利がない以上国家に法的義務もないというのが，判旨の真意ではないか。これが通説の理解であったと思われる。しかし，「国民一般に対し概括的」に法的義務を負うことと，「個々の国民」が「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」ことは，別に矛盾はしない。客観法と主観的権利の区別を使えば，矛盾なく説明できる。25条は，国家の客観法的な義務を規定したのであるが，それに対応する主観的権利を国民に与えたわけではないという理解である。判旨をこのように読むことが可能だとすれば，この部分の判旨が述べたのは，憲法25条が主観的権利を与

えたものではないということであり，裁判規範性を否定したわけではないということになる。それどころか，裁判規範性を認めていると読むほうが，判旨の正確な理解だと私は考えている。それは，判旨の後半部分の読み方にかかわっている。本判決は，判旨前半部分に続けて，次のように判示しているのである。

「食糧管理法は，国民食糧の確保及び国民経済の安定を図るため，食糧を管理しその需給及び価格の調整並びに配給の統制を行うことを目的とし，この目的を達成するに必要な手段，方法，機構及び組織を定めた法律である。国家経済が，いかなる原因によるを問わず著しく主要食糧の不足を告げる事情にある場合において，若し何等の統制を行わずその獲得を自由取引と自由競争に放任するとすれば，買漁り，置占め，売惜み等によつて漸次主食の偏在，雲隠れを来たし，従つてその価格の著しい高騰を招き，遂に大多数の国民は甚しい主要食糧の窮乏に陥るべきことは，識者を待たずして明らかであろう。食糧管理法は，昭和十七年戦時中，戦争の故に主要食糧の不足を来たしたために制定せられたものではあるが，戦後の今日と雖も主食の不足は戦後事情の故になお依然として継続しているから，同法存続の必要は未だ消滅したものと言うことはできない。この点から言うと，同法は，国民全般の福祉のため，能う限りその生活条件を安定せしめるための法律であつて，まさに憲法第二五条の趣旨に適合する立法であると言わなければならない。されば，同法を捉えて違憲無効であるとする論旨は，この点においても誤りであることが明らかである」。

この判旨の最後の部分で，「この点においても」と述べているのに注目されたい。判旨後半部分は，判旨前半部分とは異なる論点を判断しているのだという意識が，そこに表現されているのである。では，判旨後半部分は，いかなる論点について判断しているのか。その判断内容は，食管法が憲法25条には違反しないということである。ということは，25条が裁判規範性をもつことを前提にした判断だということではないのだろうか。かりに前半部分で，25条には裁判規範性がないという理解を判示したとしたなら，後半部分で，一転して，食管法が25条に違反しないという判断を示すことには違和感をもったはずであろう。違和感なく判断を示すことができたのは，ここでは客観法に違反しないかどうかを判断しているのだという意識が，明示的にではないとしても，

働いていたのではないかと思われる。そうしてみると，本判決は，前半部分で主観的権利がないことを判示し，後半部分で客観法に違反しないと判示したと理解するのが，その真意に即したものと言えるのではないだろうか。

次に，自由権的効果という問題は，どうか。学説は，本件で問題となっているのは，生存権の請求権的側面ではなく，自由権的側面であるから，25条が請求権を具体的権利として認めたかどうかを判断する必要はなかった，と判決を批判する。しかし，そのような批判が妥当するためには，25条が自由権をも保障していることが，まず論証されなければならない。生存権の基本的性格が給付請求権であることには，異論をみない。我妻が述べたように，その特質を自由権と解したのでは，憲法で保障した意義の大半が失われよう(18)。そこで問題は，25条は，請求権と並んで自由権をも保障した規定と解すべきかどうかである。請求権と自由権では，全く構造を異にする異質な権利である。それを同一の条文が保障していると解釈するのは，混乱のもとであるから(19)，どうしても必要な場合以外は，避けるべきであろう。では，どうしても必要なのか。憲法は，自己の生存は自らの責任により財産や労働により支えることを想定している。そのための個々人の活動は，ほとんどが他の規定により保障されており，生存権の自由権的効力の援用を認めなければ対処できないというような問題はないのではなかろうか(20)。そうだとすれば，25条の問題は請求権に限定し，その内容をいかに具体化し拡大していくかに解釈論の労力を傾注し，自由権的効力に関しては，他の規定を用いて理論化することを考えたほうがよいと思われる。

本件の被告は，「生活権」を自由権的意味で用いているようである(21)。そうだと

(18)　我妻栄前掲注(11)231頁参照。

(19)　小島和司・前掲注(18)は，同一の権利が請求権と自由権を保障することはありうると述べ，その例として請願権を挙げている。しかし，日本国憲法16条の請願権は，自由権あるいは参政権として理解すべきものではないだろうか。

(20)　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・杉原編『憲法学3』（有斐閣，1977年）56頁参照。

(21)　本判決の少数意見の一つである井上意見も，刑事事件で請求権を主張することは意味をなさないから，被告の主張は自由の侵害だという意味に理解すべきだという趣旨を述べ，その上で多数意見の判旨前段部分の判示は不必要なものだと批判し，判旨後段部分について補足を書いている。

すると，請求権的な権利は保障されていないという最高裁の応答は，被告の主張に的確に応えるものではなかったと言えよう。むしろ，25条は被告の主張するような意味での生活権を保障した規定ではないと述べれば済んだことであった。しかし，多数意見は，もしかしたら，明確に区分けしえないままではあるが，自由権的効果といわれている問題を客観法の問題と捉えていたかもしれない(22)。客観法的には国家は生存権を保障する法的義務を負っているのであり，国家の行為が生存権を侵害するような方向のものであれば，その義務に違反する。被告にその義務に対応した権利があるわけではないが，刑事被告人として客観法違反の法律の違憲は主張しうるはずであろう。だから，判旨後半部分が必要だったのである。

同一の条文が客観法と主観的権利を同時に規定し，かつ，客観法の意味と主観的権利の意味が多少異なるということは，大陸法的な思考からは違和感はない(23)。したがって，食管法事件の大法廷判決を客観法と主観的権利の区別を枠組にして読み解いてみることも，許されるのではなかろうか。

Ⅲ．朝日訴訟判決を読み直す

原告の朝日氏は，肺結核のため国立の療養所に入所していたが，単身かつ無収入のため生活保護法に基づく医療扶助と生活扶助を受けていた。医療扶助は医療サービス等の無料現物給付であり，生活扶助は日用品費として毎月600円の給付

(22) 自由権的側面と生存権的側面を区別し，前者は法的効力をもつが後者はもたないと考える場合，同一の条文につき，それが具体的事例においてどちらの側面の問題として現れるかにより，法的効力をもったりもたなかったりすることになり，技巧的にすぎる構成ではないであろうか。同一の条文については，法的効力はあるかないかのいずれかに解する方が素直であろう。また，法的効力が側面に応じて抽象的であったり具体的であったりすると解するのも素直ではない。むしろ，客観法的には効力をもつが，主観的権利を認めるかどうか，どこまで認めるかは，権利（条文）の性質によると考えた方が分かりやすいのではないだろうか。

(23) ここでは，国家を客観法的に義務づける内容と，国民が国家に対して主張しうる主観的権利の内容が若干異なるという場合を想定しているのであり，いずれの場合も国家との関係を問題にしている。したがって，現代のドイツの判例理論にみたれるように，客観法と主観的権利では名宛人が異なるということまでを考えているわけではない。高橋前掲注(15)参照。

であった。ところが，実兄から毎月1,500円の仕送りを受けることになったので，福祉事務所長は，原告の生活扶助を廃止し，仕送り金のうちの600円を日用品費に当て，残りの900円は医療費の一部として支払わせることにするという内容の保護変更決定を行った。原告はこれを不服として知事に不服申立をしたが，これが却下されたために，この却下決定につき厚生大臣に不服申立を行った。しかし，これに対しても却下する旨の裁決がなされたので，裁決の取消を求める訴訟を提起した。本件の保護変更決定および裁決は，生活保護法およびそれに基づく保護基準等の法令に基づいてなされており，しかも生活保護法1条は，「この法律は，日本国憲法二十五条に規定する理念に基づき……最低限度の生活を保障する」ために定められたものであること，同法3条は「この法律により保障される最低限度の生活は，健康で文化的な生活水準を維持することができるものでなければならない」こと，さらに同法2条は，「すべて国民は，この法律の定める要件を満たす限り，この法律による保護……を，無差別平等に受けることができる」ことを定めていたから，憲法25条が想定する生存権は生活保護法により具体的な請求権として保障されていることが明らかであり，理論上は，憲法25条を援用することなく，生活保護法の解釈適用により解決することが可能なものであった。したがって，憲法25条はプログラム規定に過ぎないのか，それとも具体的な権利を保障しているのかという問題を争点にする必要はなかったのである。しかも，この論点については，すでに最高裁が前述の食管法事件判決で一定の見解を述べており，下級審としてはこれを無視することはできないという立場にあった。そこで第一審の東京地裁は，一応一般論を述べる導入部分で上記最高裁判決を引用した上で(24)，憲法

(24)　引用の場所と引用の仕方が「奇妙」なために，いかなる判示に関して先例に依拠したのかが必ずしも明確ではないが，引用した以上，自己の判断が先例の判旨全体と矛盾するものではないと考えたものと思われる。しかし，先例をどのように理解した上で，矛盾しないと考えたのかは，興味ある問題である。一審判決は，自由権的基本権に加えて生存権的基本権が保障されるに至った歴史を述べ，日本国憲法もそのような流れのなかで生存権の保障を行っていることを説明した文章に続けて，次のように述べる。「(最高裁判所昭和二三年九月二九日大法廷判決，刑集二巻一〇号一二三五頁参照)，もし国にしてこれらの条項の規定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，

25条の想定する生存権が生活保護法により具体的な保護請求権として保障されたと判断し，後は本件の保護水準が生活保護法が権利として保障した「健康で文化的な最低限度」の内容となっているかどうかの審査を行い，結論として本件処分を違法と判断した(25)。その際に，健康で文化的な最低限度の生活がいかなるものであるかは，「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」という考え方が取られた点が特徴的であった。これに対して，高裁は，「健康で文化的な最低限度の生活」は相対的なものでしかありえないから，その決定は立法裁量に委ねられざるをえず，本件の場合は裁量の範囲内であると判示した(26)。そこで原告の側から上告したが，途中で朝日氏が死去したために相続人が訴訟の承継を主張した。これに対して，最高裁の多数意見は，保護請求権が一身専属であることを理由に訴訟承継を認めず，訴訟の終了を宣告した。しかし，「なお，念のために」と述べて，傍論ではあるが，本案に関する最高裁の見解を付加した(27)。その憲法25条に関する判示は，次の通りである。

「一，憲法二五条一項は，『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

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にはかかる行為は無効と解しなければならない」，と。かりにこの部分が先例に依拠した判断であるとすると，25条の客観法的な理解をしているのではないかという感じがする。「批判を免れない」という以上，純粋なプログラムとは理解していないと思われるからである。

(25) 東京地判昭和35年10月19日行裁例集11巻10号2921頁。

(26) 東京高判昭和38年11月4日行裁例集14巻11号1963頁。

(27) 最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁。奥野補足意見，田中二郎反対意見，松田・岩田反対意見（草鹿判事が同調）が付されている。反対意見は，訴訟の承継を認めるべきだという点で多数意見に反対しているが，田中反対意見が承継を認めるべきだという意見を前提に本案についての見解を述べ，その結論においては多数意見の傍論と同旨の結論に至ったのに対し，松田・岩田反対意見は，多数意見が訴訟承継を認めないとした以上，本案についての見解表明はすべきでないとした。

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（昭和二三年（れ）第二〇五号，同年九月二九日大法廷判決，刑集二巻一〇号一二三五頁参照）。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つて，はじめて与えられているというべきである。生活保護法は，『この法律の定める要件』を満たす者は，『この法律による保護』を受けることができると規定し（二条参照），その保護は，厚生大臣の設定する基準に基づいて行なうものとしているから（八条一項参照），右の権利は，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。もとより，厚生大臣の定める保護基準は，法八条二項所定の事項を遵守したものであることを要し，結局には憲法の定める健康で文化的な最低限度の生活を維持するにたりるものでなければならない。しかし，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，その具体的内容は，文化の発達，国民経済の進展に伴つて向上するのはもとより，多数の不確定的要素を綜合考量してはじめて決定できるものである。したがつて，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つても，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，法律によつ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。」

ここで判旨は，憲法25条が「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」と述べ，食管法事件判決を引用している。その上で，「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」たという理解を示し，その結果，この権利の内容は，生活保護法の解釈から，厚生大臣が定めた保護基準によるものであると述べる。この限りでは，プログラム規定説の考えを受け入れているように読める。しかし，それに続けて，「厚生大臣の定める保護基準は，法八条二項所定の事項を遵守したものであることを要し，結局には憲法の定める健康で文化的な最低限度の生活を維持するにたりるものでなければならない」と，憲法二五条による制約があるかに読める議論を行っている。そのために，この点をどう理解

すべきかをめぐって学説が対立してきた。この判旨は，プログラム規定説を超えて，二五条に法的効力を認めるところに踏み込んでいるのかどうかである。この対立を端的にいえば，25条に言及したこの部分は，25条を解釈基準として用いているのか，保護基準の限界を画す法的規準として用いているのかという問題である。プログラム規定説からは解釈基準という理解になる。したがって，本判決が依拠した食管法事件判決がプログラム規定説を採用したものであるならば，本判決もプログラム規定説を採用したという理解になり，25条は解釈基準として用いられているにすぎないということになろう(28)。さもなければ，本判決は先例を変更したという理解になる。しかし，食管法判決を主観的権利は否定したものの客観法としては法的効力を認めた判決だと理解すると，それに依拠した本判決も，主観的権利は否定しながら，それは生活保護法によりはじめて認められたとしつつ，同時に他方で，客観法の側面で生活保護法を規律する効力を認めたという理解も可能となる。

朝日訴訟の第一審判決をきっかけに，学説はプログラム規定説の見直しに動いた。プログラム規定説が25条に法的性格を否定する説と理解されたために，それを批判する学説は，法的性格を認める理論の形成に向かった。そこでまず唱えられたのは，抽象的権利説であり，次いでそれに対抗する形で具体的権利説が唱えられた。しかし，両説とも，問題を主観的権利の側面で捉えており，客観法と主観的権利を分けて考えるという思考は採っていなかった。

学説において抽象的権利説が通説化するなかで，25条の法的性質が真正面から問われる事件が最高裁に上がってきた。それが堀木訴訟である。朝日訴訟は，基本的には生活保護法の解釈問題であり，その解釈に際して憲法25条がどう作用するかという形で25条の理解が顔をのぞかせていたとは言え，法律の解釈適用で決着を付けることのできた事件であった。しかし，朝日訴訟後に生存

(28) 私は，食管法事件判決はプログラム規定説を採用したという通説的理解に従い，そうであれば朝日事件判決の傍論も，それに従った判決と読むのが素直であろうと考えてきた。高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第2版）』（有斐閣，2010年）287頁参照。しかし，いまでは，食管法事件判決をプログラム規定説で読むのは，必ずしも正確ではないのではないかと考えている。

権に関して争われることになったのは，社会保障給付の各種併給調整の合憲性であり，この解決には憲法25条の解釈問題を避けて通ることはできなかった。

Ⅳ．堀木訴訟判決を読み直す

原告堀木氏は，視力障害者で国民年金法に基づく障害福祉年金を受給していた。原告は，夫と離婚後，独力で次男を養育しており，児童扶養手当法に基づく児童扶養手当の受給資格の認定を知事に請求したところ，却下処分を受けた。そこで異議申立を行ったが，棄却決定を受けた。その理由は，原告が障害福祉年金を受給しているので，当時の児童扶養手当法の定めていた併給禁止条項に該当し受給資格を欠くというものであった。そこで原告は，憲法13条，14条1項，25条1項違反を理由に認定請求却下処分の取消を求めた。一審判決[29]は，憲法14条1項違反を理由に取消を認め，25条についての判断はしていない。これに対し，控訴審判決[30]は，14条に関する一審の判断を否定し差別の合理性を認めたので，25条についても判断を行っている。この判決の特徴は，国の社会保障政策を救貧施策と防貧施策に分け，それぞれを憲法25条の1項と2項に対応させ，防貧施策に関してはそれが最低限度の生活保障を直接目的にするものではないことを理由に広汎な立法裁量が認められるという判断枠組を設定し，本件の問題は防貧施策に属するものであり，立法裁量には逸脱・濫用はないとした点にある。1項2項分離論と呼ばれている解釈であるが，その当否にここで立ち入ることは避けて，ここでは最高裁が25条につきどのような見解を表明したかをみてみよう。関連する判旨は，次の通りである[31]。

「憲法二五条一項は『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。』と規定しているが，この規定が，いわゆる福祉国家の理念に基づき，すべ

(29)　神戸地判昭和47年9月20日行裁例集23巻8．9号711頁。
(30)　大阪高判昭和50年11月10日行裁例集26巻10・11号1268頁。
(31)　最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁。

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国政を運営すべきことを国の責務として宣言したものであること，また，同条二項は『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，この規定が，同じく福祉国家の理念に基づき，社会的立法及び社会的施設の創造拡充に努力すべきことを国の責務として宣言したものであること，そして，同条一項は，国が個々の国民に対して具体的・現実的に右のような義務を有することを規定したものではなく，同条二項によつて国の責務であるとされている社会的立法及び社会的施設の創造拡充により個々の国民の具体的・現実的な生活権が設定充実されてゆくものであると解すべきことは，すでに当裁判所の判例とするところである（最高裁昭和二三年（れ）第二〇五号同年九月二九日大法廷判決・刑集二巻一〇号一二三五頁)。

このように，憲法二五条の規定は，国権の作用に対し，一定の目的を設定しその実現のための積極的な発動を期待するという性質のものである。しかも，右規定にいう『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・相対的な概念であつて，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，右規定を現実の立法として具体化するに当たつては，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。したがつて，憲法二五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。」

この判旨の前段で引用している判決は，食管法事件の大法廷判決である。したがって，堀木判決は，食管法判決を変更するものではないと解される。ところが，これに続く後段では，立法による「健康で文化的な最低限度の生活」の内容の具体化は広汎な立法裁量に委ねられると述べる。ここの議論は，朝日訴訟判決において生活保護法の解釈に関して述べた内容とほとんど同旨であり，行政裁量を立法裁量にそのまま持ち込んだ感がある。それはともかく，「立法

裁量であり，裁量の逸脱・濫用があれば違憲である」という論理を採った点が注目される。そのために，学説の多くは，25条の裁判規範性を認めたものだと受け取った(32)。しかし，そうだとすると，学説は，食管法判決をプログラム規定説を表明したものと理解してきたのであるから，判例が変更されたということになるのであろうか。しかし，前段で食管法の先例を引用しながら，後段で密かにそれを変更したと解するのは，いかにも不自然である。最高裁としては，食管法判決の論旨と堀木判決の論旨は，整合していると考えている，と理解すべきと思われる。では，どのような意味で整合しているのか。

私は，食管法判決がプログラム規定説を採用したという学説の理解が必ずしも正確ではないと思う。先に述べたように，食管法判決は，客観法と主観的権利を区別して理解すべきであり，そうすれば，客観法としては裁判規範性を認めたが，主観的権利は与えられていないという理解が，食管法判決が依拠した論理であったことが見えてくるのである。それと整合的に堀木判決を理解すれば，客観法としては裁判規範性を認めながら，客観法が国家を義務づけた内容の解釈として，立法裁量論を採用したということになる。そして，客観法に対応する主観的権利としては，具体的権利は与えられておらず，具体的内容は立法裁量の行使の結果として実現されるのである。憲法により具体的権利としては与えられていないということを，抽象的権利にすぎないと表現するなら，主観的権利の側面では抽象的権利説に近いといえよう。抽象的権利説をとる学説の多くがが，堀木判決を抽象的権利説を採用したものと理解したのも，無理はない。しかし，判例は，法律による具体化のあるなしに関わらず，客観法としての25条の裁判規範性を認めているのであり，厳密には抽象的権利説と発想を異にすると言わざるをえない。

(32)　たとえば，樋口陽一他『憲法Ⅱ』(青林書院，1997年) 150頁（中村睦男執筆），佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂，2011年) 365頁。

おわりに

本稿では，生存権を素材に人権規定を客観法および主観的権利の二つの視点から考察するアプローチを検討した。このアプローチは，内容形成型人権について有用であり，特に社会権について従来の議論を整理する枠組として役立てることができるのではないかと考えている。たとえば，憲法25条は社会権の総則的規定であるという理解が一般に見られるところであるが，この規定を主観的権利の視点から見た場合には，教育を受ける権利や勤労権，労働基本権とは保障内容を異にする独特の権利を保障しており，社会権の総則と理解するのは困難ではなかろうか。しかし，客観法の視点でこの規定をみれば，それを社会権の総則と理解することに違和感はない。また，従来の議論では，主観的権利の視点が暗黙のうちに前提されていたので，25条を総則的規定と解すると，生存権のもつ「国家による給付」という性格が社会権全体の性格把握に影響し，国民の自律的生という観点が後景に退いてしまう難点があった。我妻説の勤労権こそが生存権的基本権の中心であるという考えが必ずしも正当な評価を受けてこなかった一因がそこにもあるであろうし，また，労働基本権を社会権ではなく自由権と捉え直すべきだという主張が生ずる原因ともなっているのではないだろうか。客観法と主観的権利を視点の違いとして分けて考察することが，これらの問題を整序するのに役立つのではないかと考えているが，その具体的展開は今後の課題としたい。

＊本稿は明治大学社研個人研究助成による研究成果の一部である。