慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	生存権の「制度後退禁止」?
Sub Title	Normbestandsgarantie aus Art. 25 japanischer Verfassung?
Author	小山, 剛(Koyama, Go)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.19 (2011. 3) ,p.97- 115
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	豊泉貫太郎教授, マキロイロバート教授, 退職記念号 = Essays Commemorating the Retirement of PROFESSOR TOYOIZUMI KANTARO, PROFESSOR ROBERT MCILROY Presented by Their Colleagues and Former Students 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110325-0097

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

生存権の「制度後退禁止」？

小　山　　剛

1　はじめに
2　「健康で文化的な最低限度の生活」か、制度後退禁止か
3　制度後退禁止原則肯定論
4　既得権保障論
5　憲法上の客観原則としての制度後退禁止
6　生活保護法と制度後退禁止
7　生存権の法的性格――むすびにかえて

1　はじめに

老齢加算、母子加算が段階的に廃止されてから、その違憲・違法を争う訴訟が各地で提起された。母子加算廃止についての訴訟は、政権交代後にこれが復活したことにより、多くが取り下げられたが[1)]、老齢加算廃止については、これまでに４地裁、２高裁で判決が下された[2)]。これらの裁判例において特徴的なのは、廃止の合理性について判断過程審査が行われたことであり、とりわけ

1）母子加算廃止については、広島地判平成20・12・25賃金と社会保障1485号49頁、1486号52頁、京都地判平成21･12･14（判例集未登載）が判決に至っているが、基準の変更に違憲･違法はないとして、原告の請求を棄却している。

2）①東京地判平成20・６・26判時2014号48頁、②広島地判平成20・12・25賃金と社会保障1485号49頁、1486号52頁、③福岡地判平成21・６・３（判例集未登載）、④京都地判平成21・12・14（判例集未登載）、⑤東京高判平成22・５・27判時2085号43頁、⑥福岡高判平成22・６・14判時2085号76頁。以下、「東京訴訟」、「東京地判」などと呼ぶ。

福岡高裁判決は、これにより既得の老齢加算廃止を違法と判断している。

「抽象的権利説」で固定していたかに見えた学説においても、「右肩下がり」時代における福祉の「切り下げ」[3] という新局面を前にして、新たな議論の展開がある。《その抽象的な性格ゆえに、生存権を具体化する立法者および厚生労働大臣には、広い裁量が認められる。しかし、ひとたび裁量が行使され、給付の仕組みや給付水準が具体的に確定した後には、正当な事由がない限り、一旦到達した水準からの後退は禁止される》。「生存権の自由権的効果」あるいは「制度後退禁止原則」と呼ばれる[4] この議論自体は、必ずしも新しいものではないが、老齢加算廃止を機縁として、新たに注目された。東京訴訟の原告側代理人は、「要保護者に与えるべき保護を与えないというよりは、すでに与えてきた保護を被保護者から奪い去るという性格のもの」であることを重視し、これを「第１の争点」であると位置づけている[5]。

この点、有力な憲法学説も、生存権とその具体化立法は「一体」として捉えうる[6]、あるいは、生存権具体化立法を廃止しあるいは正当な理由なしに保護基準を切り下げる措置は憲法25条に違反し違憲無効である[7] と解してきた。しかしながら、憲法上の権利とそれを具体化する法律の一体化論、あるいは、切り下げは正当な理由がある場合に例外的にのみ許されるという議論は、決して自明視できるものではない。この小論は、「制度後退禁止」という素朴である

3）棟居快行「生存権と『制度後退禁止原則』をめぐって」佐藤幸治先生古稀記念『国民主権と法の支配（下）』（2008年）369頁（370頁）。

4）あえて区別すれば、「自由権的効果」は憲法25条の主観的権利の側面から生じるものであり、「制度後退禁止」は――これに主観的権利が対応するか否かはともかくとして――客観的憲法原則として問題となるものである。両者は、成否・効果を異にしうる。ただし、実際にはこのように区別して用いられているわけではない（たとえば、棟居・前掲論文は、主観的権利論として制度後退禁止原則を語っている）。本稿は、基本的にはこの区別に従うが、それぞれの論者の用語法を優先させている。

5）新井章「先に『削減ありき』の政治的本質を見抜けなかった判決」賃金と社会保障1475号（2008）４頁以下（５頁）。

6）芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第４版）』（2007年）254頁（一部、表現を変えている）。

7）佐藤幸治『憲法（第３版）』（1995年）621頁参照（一部、表現を変えている）。

が、それだけに訴求力のある命題の成否について検討する。

あらかじめ結論を要約しておくと、憲法の次元では制度後退禁止原則ないし自由権的効果は成り立たず、法律で具体化された個別的な受給請求権についても、財産権と同じ意味での既得権保障は成り立たない。しかし、生活保護法に限っては、保護基準の設定と改定の間に差異を認めうる、というものである。

2 「健康で文化的な最低限度の生活」か、制度後退禁止か

「制度後退禁止」が注目された理由は、言うまでもなく、保護基準が不当に低く、「健康で文化的な最低限度の生活」を保障する憲法25条１項に違反する、というストレートな議論には限界があるためである[8)]。まず、この点を確認しておきたい。

(a) 老齢加算廃止を違憲とする憲法論には、①高齢者の生活実態に基づいて、それが憲法25条１項にいう「健康で文化的な最低限度の生活」を下回るとする主張と、②制度後退であるため正当な理由がない限り、憲法25条１項に違反する、という主張の２つがありうる。①は、基本的には、具体的権利説（「健康で文化的な最低限度の生活」についての絶対的確定説）に親和的なものであり、これが成り立つのであれば、②を主張する意味はない。しかしながら、朝日訴訟や堀木訴訟などにおいて周知のように、①の主張は広い裁量という壁に直面する。

最高裁堀木訴訟判決[9)] は、次のように説示している。憲法25条「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・相対的な概念であって、

8) これを示すものとして、福岡高判は、「老齢加算が減額、廃止されたことによって、その収入が減少し、生活の各方面で節約や制約を強いられ、……特に、老齢加算を長年にわたって受給していた者については、大きな打撃を受けたことが想像される」としても、「原告らの生活が健康で文化的な生活水準を下回っているとまでは認め難い」と結論づけている。

9) 最大判昭和57・７・７ 民集36巻７号1235頁。

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わなければならない」。

広い裁量論は、学生無年金事件判決[10]が示すように、今日においても揺らいでいない。なお、堀木訴訟で争われたのは併給を禁止する法律上の規定の合憲性であったが、「健康で文化的な最低限度の生活」が「抽象的・相対的な概念」であるとされる以上、広い裁量は、厚生労働大臣による具体的な保護基準の決定にも及ぶことになろう。

(b) 抽象的権利説／具体的権利説という学説分類に今日的意義があるのかどうかには、後述のように、疑問とする余地がある。とはいえ、この学説分類の妥当性とは別に、具体的権利説が浸透しなかったことには、それなりの理由がある。すなわち、国家に不作為の義務を課す防御権とは異なり、国家に作為を請求し、あるいは作為義務を国家に課す積極的権利は、通常、憲法の次元では未確定な部分を抱えている。生存権については、①いかなる手段・仕組みによって「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するかという手段選択の未確定性と、②「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容についての未確定性である。

前者は、生存権に限らず、およそ憲法上の積極的権利一般に内在するものであるが、老齢加算廃止とは別の論点であるため、これ以上立ち入らない[11]。後

10）最判平成19・9・28民集61巻6号2345頁。

者は、絶対的確定説と相対的確定説の対立として知られる問題である。すなわち、防御権は、必要最小限度を超えた制約には服さないという意味で、最大限の実現を要請するものであるが、憲法25条１項が保障するのは、健康で文化的な「最低限度の」生活であり、可能な限り快適な生活ではない。また、「最低限度の」という点では、単なる「健康で文化的な生活」よりも特定されていると言えるが、それでもやはり、その具体的内容について評価の余地が残る。実際、生活保護法に基づく保護基準の算定方式も、幾度か変遷した[12)]。そして、憲法25条が特定の計算方式を一義的に要求していると考えることはできないとすれば、国の採用した特定の計算式が違憲として排除されるのは、例外的な場合に限られる。自己に有利な特定の計算式を前提とした主張[13)] は、基本的には成り立たないことになろう[14)]。

11）この手段選択の余地は、作為請求権という権利の構造に由来するため、「構造上の余地」と呼ばれる（アレクシー）。すなわち、防御権は、基本権を制限するA、B、Cの３手段が存在するとした場合、これらすべての手段を一応、禁止する。この一応の禁止は、規制の目的が正当であり、手段に必要性・合理性が認められる場合に限って、例外的に解除される。他方、国家に課された作為義務の履行に適合的なA、B、Cの３手段が存在するとした場合、国家（第一次的には立法者）は、そのうちのどれを選択してもよいし、また、複数の手段を同時に選択してもよい。重要なのは、憲法が要請する最小限度の保護を提供することだけである。詳しくは、小山剛『基本権保護の法理』（1998年）93頁を参照。

12）生活保護の給付水準は、昭和23年から35年はマーケットバスケット方式（最低生活に必要な飲食物費や衣類など個々の品目を積み上げて算出）、昭和36年から39年はエンゲル方式（栄養所要量を満たしうる食品を理論的に積み上げ、低所得世帯のエンゲル係数から逆算し算出）、昭和40年から58年は格差縮小方式（一般国民との格差を縮小するため、一般国民の消費水準の伸び率以上に引き上げ）で計算され、昭和59年以降は、水準均衡方式（生活保護において保障すべき最低生活の水準は、一般国民の生活水準との関連において捉えられるべき相対的なものとされていることから、当該年度に想定される一般国民の消費動向等を踏まえ改定）で計算されている。

13）労働運動総合研究所「首都圏・高齢単身世帯の最低生計費試算　中間報告」賃金と社会保障1475号（2008）25頁以下は、マーケットバスケット方式により試算している。なお、金澤誠一「東京地裁『生存権裁判』判決を乗り越えて」賃金と社会保障1475号13頁（23頁）は、「手続論をもって本質論を覆すということは、本末転倒」であるとしている。

3　制度後退禁止原則肯定論

具体的権利説型の主張に限界があることから、抽象的権利説に適合的なものとして、制度後退禁止原則に期待が寄せられた[15)]。

(a)　制度後退禁止原則に厳密な定義はないが、以下では、さしあたり、次のような命題を含むものとしてこれを理解しておくことにしたい。①ある制度の設立は、憲法上の具体的義務ではない。制度設立および形成には、国の裁量が（広く）認められる。②しかし、ひとたび設立された制度を廃止ないし後退させる場合には、もはや広い裁量は認められない。③しかるべき代替措置のない制度の廃止ないし後退は、合理的理由がない場合には、憲法上許されない[16)]。

すなわち、憲法上許されないということは、老齢加算廃止が単に生活保護法56条の問題ではなく、憲法25条１項の問題であることを意味する。このような意味における制度後退禁止原則は、棟居快行によって肯定されている。抽象的権利説を前提に、棟居は、次のように主張する[17)]。

> 「抽象的権利説が、その名のとおり、法的規範内容を25条１項に見出したいのであれば」、「『切り下げ』の局面に特化した客観的憲法原則を読み取ることは、同説に残された可能性の１つ」である。25条の抽象的権利説は社会通念としての「健

14）さらに、計算式の選択の余地論を徹底させれば、基準額が、国の採用した特定の計算式に依拠した場合の必要額を下回ったからといって、ただちに憲法が要請する「健康で文化的な最低限度の生活」を自動的に下回るとも限らない。

15）棟居（前掲注3））は、制度後退禁止原則は具体的権利説よりもむしろ抽象的権利説に親和的であると認識し、抽象的権利説の逆手をとる形で制度後退禁止を主張している。

16）内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（1991年）154頁以下は、制度後退禁止原則を、「ある制度の設立（ないしその制度の下での一定の利益供与、以下同じ）は、憲法上の要請ではないが、それらがひとたびなされた以上は、当該制度を廃止する（もしくは制度の内容を後退させる、以下同じ）ことは、憲法上許されなくなる」という命題として定式化している。

17）棟居（前掲注3））373、386頁。さらに、同「社会保障法学と憲法学」社会保障法22号（2007）151頁以下も参照。

康で文化的な最低限度の生活」を基礎とする立法内容を指し示しており、「制度の切り下げに当たっては、そのような切り下げが『社会通念』に合致するものであることが、国側により裁判上論証されなければなら〔ず〕」、その意味で制度後退は原則として禁止される。

さらに、葛西まゆこも、「25条１項、２項いずれに依拠したとしても、制度後退禁止原則の下では、切り下げの場面では公権力が合理的な説明をすることが求められる」としている[18]。

(b) 制度後退禁止原則について、内野正幸が否定論を展開したことは周知のとおりである。内野は、「下位規範に先行して確定しているはずの憲法上の法規範の内容が、下位の制度の有無（ないし内容）によって逆に規定されてしまう（換言すれば、制度設立の前か後かでそれにかかる憲法的規範の内容が無から有に変わってしまい、また、制度を設立すればするほど憲法上の法規範となる領域が広がる）という難点」を指摘していた[19]。これに対して棟居[20]は、内野の批判は抽象的権利説自体に向けられるべきものであるとし、また、私見（「憲法25条１項によって保障される抽象的権利の内容は、『健康で文化的な最低限度の生活』以上でもなければ以下でもない。……ある法律が『健康で文化的な最低限度の生活』＋αの生活を保障しているのであれば……、その＋αの部分は、憲法25条１項の要請ではなく、その廃止は、抽象的権利説からは阻止できないことになろう」）[21]に対しては、抽象的権利説に忠実ではなく、実質において具体的権利説に近いと指摘する。

さらに、葛西は、生存権保障は既得権保障ではなく、「現状の変更それ自体は、前進であれ後退であれ、生存権の禁ずるところではない」とする松本和彦

18）葛西まゆこ「司法による生存権保障と憲法訴訟」ジュリスト1400号（2010）110頁（114頁）。
19）内野（前掲注16））155頁。
20）棟居（前掲注3））382頁以下。
21）小山剛「生存権の法的性格」LS憲法研究会編『プロセス演習憲法（第３版）』（2007年）364頁。

の批判[22]について、プログラム規定説と通底するものを見出している[23]。

これらの指摘の当否はさておくが、制度後退禁止原則否定論にもそれなりの理由があることは確かであり、以下、これを検討する。

4　既得権保障論

まず、下位の法令で権利が具体化されたことを理由とした既得権保障論は生存権について成り立つか。

(a)　憲法29条は、１項において「財産権は、これを侵してはならない」と規定する一方、２項において「財産権の内容は、……法律でこれを定める」と規定している。通説は、「『財産権』とは、一切の財産的価値を有する権利を意味する。所有権その他の物権、債権のほか、著作権・特許権……などの無体財産権、鉱業権・漁業権などの特別法上の権利などがその例であり、公法的な権利……も財産的価値を有する限りそれに含まれる」[24]としている。この定義からすれば、憲法が保障する財産権とは、法律がそれを財産権であると定めたものの総体にほかならない。

後述のように、憲法29条の制度保障としての側面については見解の対立がある。しかし、いずれの見解をとるにせよ、法律に基づきすでに取得された個別具体的財産権が、法律による事後的な制約に対抗しうる権利であることに争いはない[25]。これが生存権にも妥当するのであれば、少なくとも、老齢加算をすでに受給している者については、（生活保護法56条ではなく）憲法25条に基づき既得権保障ないし現状保障が要請されることになろう。

(b)　最高裁は、朝日訴訟判決において、生活保護法に基づく生活保護の受給は「単なる国の恩恵ないし社会政策の実施に伴う反射的利益ではなく、法的権利」であるとしている。しかし、法的権利であることに争いはないとしても、

22）松本和彦「生存権」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』（2005年）236頁。

23）葛西（前掲注18））115頁参照。

24）野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ（第４版）』（2006年）460頁〔高見執筆〕。

既得権保障は成り立たないと思われる。

松本和彦[26]は、財産権と生存権の間に「国家によって内容形成される権利」であるという共通性を認める一方で、①財産権の保障対象である財産は個人が自ら充足するものであり、国家が形成するのは財産権のルールであるのに対して、生存権の保障対象である給付サービスは国家によって充足されるものであること、②生存権は「健康で文化的な最低限度の生活」の確保を目指すのであり、既得権それ自体の保障を目指すものではないことを指摘して、生存権については既得権保障としての制度後退禁止は認められないとする。

ここで挙げられた論拠の①は、生存権が財産権ではないことの説明にはなりえても、なぜ生存権について既得権保障が成り立たないのかの直接の理由とはならない（後述する法制度保障論との関係では意味を持つであろうが）。一方、②は、生存権がその本質において既得権保障になじまないことを言わんとしているのであろう。

先の朝日訴訟大法廷判決は、生活保護法に基づく保護請求権が譲渡・相続の対象にならない理由として一身専属性をあげたうえで、「被保護者の生存中の扶助ですでに遅滞にあるものの給付を求める権利についても、医療扶助の場合はもちろんのこと、金銭給付を内容とする生活扶助の場合でも、それは当該被保護者の最低限度の生活の需要を満たすことを目的とするものであって、法の予定する目的以外に流用することを許さないものである」[27]と説示している（下

25）財産権の法律依存性を強調する見解として、高橋正俊「財産権不可侵の意義（一）（二）」香川法学４巻３号（1985）86頁、５巻４号（1986）507頁を参照。また、安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（1995年）137頁（142頁以下）は、「法律の規定によって具体的な形態を与えられ、法律の規定によって現に何人かに帰属している財産権」は、「いかなる具体的な形態の財産権が法律によって創出されるべきであるか、また、その財産権が何人に帰属すべきであるかを、憲法のレベルで問題にするものではなく、単に、財産権の膨大な集合体である現存の私有財産秩序を丸ごと是認する、明瞭に現状維持的で保守的な理論」であるとするが、既得の権利については憲法レベルでの保障を排除するものではないと思われる。

26）松本（前掲注22））235頁以下。

27）最大判昭和42・５・24民集21巻５号1043頁。

線＝小山）。この説示は、生活保護法上の保護受給権に固有のものではなく、憲法25条（あるいは公的扶助全般）に通じる理屈であろう。

5　憲法上の客観原則としての制度後退禁止

次に、憲法上の客観原則として制度後退禁止を基礎づけることはできるか。制度後退は、生存権に限らず、その実現が法律に依存した憲法上の権利一般について問題となりうるため、まず、憲法上の作為義務（積極的権利）一般について、この原則の成否が問題となりうる。また、基本権の一般論と個別条項の解釈は、必ずしも一致するものではないし、一致する必要もないことからすれば、一般論とは別に、憲法25条について、憲法上の客観法的原則として制度後退禁止が例外的に成り立つと解する余地がないのかが問題となる。

なお、これらは、前述の既得権保障とは異なり、客観的憲法原則としての議論であるため、仮にこれが成立するのであれば、救済の対象は既得権者に限られない。

(1)　憲法上の一般原則としての制度後退禁止

(a)　憲法上の権利を具体化する法律が存在する場合、制度の後退や事後的規制は、擬似的に防御権と同じ構造で審査されることになるのか。そのような構成を緻密に論じた一人が、リュッベ＝ヴォルフである。

リュッベ＝ヴォルフ[28]によれば、「自然的自由、すなわち少なくともフィクションとして、国家に依存せずに観念できる基本権的自由に対して加えられる命令的縮減」だけを防御権の問題とした「古典的侵害概念」は狭すぎる。リュッベ＝ヴォルフは、「国家の給付活動および給付の制限を、どの範囲で実際に『侵害的』と規定できるのか」という問いを提起し、次のように答える。法律によって創設された各人の法的地位を国が侵害した場合、すなわち、①法律の

28）*G. Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 33 ff., 45. 詳しくは、小山剛『基本権の内容形成』（2004年）180頁以下を参照。

解釈に誤りがあったために、各人の然るべき法的地位を侵害した場合（規範適用の保障）や、②既存の法律を廃止し、その結果各人の法的地位に侵害を加えた場合（規範存続の保障）に、防御権的に構成することができる。

制度後退禁止に関連するのは、後者の規範存続の保障である。

(b) これは、憲法と法律の一体化論の一種として理解できるものであるが、まさにそれゆえに、多くの論者から批判が提起されている。以下では、ゲラーマン[29] の批判を紹介しておきたい。

——単純法律上の規定が当該基本権の保護領域に組み込まれることにより、単純法律上の規定の固化をまねく。また、基本権を構成する規範の現状に変更を加えることを、高度な正当化の要請に服する例外的な出来事だと捉えることにより、立法者の政策的形成の余地を不当に狭める。

——基本権主体の多くが国家の法秩序に依存するという事実から、その法秩序が防御権的に保障される、という命題を引き出すことはできない。

——法治国原理の要請である信頼保護からも、あらゆる再形成についての防御権的保障を基礎づけることはできない。確かに信頼保護は、法制度を再形成する際に、重要な関連を持つ。しかし、これによって保護されるのは、法規範ではなく、その存続に対する信頼であり、この信頼は、規範存続以外の方法でも保護することができる。

これらの批判から、憲法上の一般的制度後退禁止原則の基礎づけが容易ではないことが分かろう。上述した内野の批判も、基本的には同趣旨である。

(2) 財産権の法制度保障

憲法25条の文言を理由としない限り[30]、客観原則としての生存権制度後退禁止についても、財産権からの類推の可能性としてこれを検討するのが簡便であ

29) *M. Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 406 ff. 詳しくは、小山（前掲注28)）182頁以下を参照。

ろう。

ここで問題となるのは、個人権としての具体的財産権（の既得権保障）ではなく、客観法的憲法原則としての制度後退禁止の成否である。

(a) 通説は、財産権の保障には「個人の現に有する具体的な財産上の権利の保障と、個人が財産権を享有しうる法制度、つまり私有財産制の保障という2つの面」[31] があるとしている。最高裁は、既得の財産権に対する事後的制約ではない森林法判決の事案においても、規制の合理性・必要性を審査している。

私有財産制保障の理解をめぐっては、森林法違憲判決が機縁となって、活発な議論があるのは周知のところである[32]。たとえば、長谷部恭男は、当該社会の制度イメージに依拠する法律家集団の共通了解としての「ベースライン」が存在するとして、ベースラインによる立法裁量の限定を試みる。憲法の想定する所有形態のベースラインが単独所有であるとすれば、分割請求権を否定した森林法の規定のように「ベースラインからの離脱をはかる立法について、その目的および手段について、少なくとも、『明白性』の基準をクリアすることを要求する権利」があるとしている[33]。また、石川健治[34] は、憲法29条1項は個別の財産上の権利だけでなく、法制度としての単独所有を保障しており、それに反する内容の法律は憲法29条1項との抵触を生ずるとしている。一物一権主義を採用するローマ法的・近代的所有権を憲法のとる所有権の原形であるとすれば、そこからの逸脱（それに対する森林法による制約）は、外見上は法律相互の抵触関係であっても、正当化の強制に服することになろう。

30）内野正幸は、一般的な制度後退原則を否定し、さらに、憲法25条1項の制度後退禁止を否定するが、25条2項についてはその文言（「向上及び増進に努めなければならない」）に着目し、これを肯定する。

31）芦部（前掲注6））219頁。

32）議論の概要については、巻美矢紀「経済活動規制の判例法理再考」ジュリスト1356号（2008）33頁、松本哲治「財産権」ジュリスト1400号（2010）103頁を参照。

33）長谷部恭男「第9章　国家による自由」『憲法の理性』（2006年）128頁以下。

34）石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」LS憲法研究会編（前掲注21））284頁以下。さらに、同「財産権②」小山＝駒村編（前掲注22））214頁以下を参照。

しかしながら、生存権に対してこれらの法理を援用することはできないであろう。「ローマ法的所有権観念」のような原形が、生存権の具体的法制について観念できるのかは疑わしいし、いわんや、生活保護のあるべき水準論とは接点をもたないであろう。また、生活保護のあるべき水準について、法律家集団の共通了解としての「ベースライン」を観念しうるのか（「社会通念」を観念する方がむしろ容易であろう）も疑わしい。

(b) ところで、上述のリュッベ＝ヴォルフの見解は、実は、所有権の制度保障についてのものであった。彼女の規範存続保障論は、ドイツにおいても浸透しなかったが、その結論――憲法は単なる既得権保障を超えて、合理性のない制約から所有権（財産権）を保障する――は、判例・通説である[35]。この結論に至る説明の仕方にも種々のものがあり、確固とした着地点は定かではないが、比較的有力であるのが、基本権の内容形成論である。

それによれば、憲法が各人に保障する個別具体的な財産権は、それぞれの内容および帰属を定める法制度に依存する。しかし、立法者は、法制度の内容をいかようにでも定めることが許されるわけではない。連邦憲法裁判所は、ハンブルク堤防整備法判決[36]において、「財産権は、人格的自由の保障と緊密に内的に結びついた、基礎的な基本権である。基本権全体のなかで財産権が任務とするのは、基本権主体に財産法領域における自由の空間を確保し、基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成できるようにすることである」と説示している。この説示からすれば、立法者は基本権主体に、「自由な空間を確保」し、基本権主体が「自身の生活を自己責任的に形成できるように」制度の内容を形成すべき憲法上の責務を負うことになる。そして、この責務に対応した範囲で、財産権に制約を加える立法に対する違憲審査の可能性が、――法律に依存した権利であるにもかかわらず――基礎づけられることになる。

35）日本では、森林法違憲判決。ドイツでは、連邦憲法裁判所の確立した判例。

36）BVerfGE 24, 367（389）＝ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例［第2版］』（2003年）308頁〔柏崎敏義執筆〕。

しかし、財産権の法律依存性は、生存権の法律依存性とは実質を異にすると思われる。すなわち、財産権についての内容形成論[37]は、財産権や契約自由など、法的ルールに依存した自由についての理論である。生存権との共通性は、法律を要すること、したがって、国の作為を要することであって、かつ、この点に尽きる。「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容についての未確定と、いかなる具体的形態の財産権が法律により創出され、それが何人に帰属すべきであるかについての憲法次元での未確定は、同じではない。財産権の法律依存性の実質は、憲法が設定した抽象的目標に具体的手段と程度を提供するものではなく、法的生活における各人の自己決定の法的インフラを創設することなのである。

6　生活保護法と制度後退禁止

以上のように、憲法次元での制度後退禁止原則は成り立たないというのが本稿のこれまでの結論である。もとよりこれは、生活保護法レベルで一種の制度後退禁止の要請が生じる可能性を排除するものではない。

(a)　生活保護法56条は「被保護者は、正当な理由がなければ、既に決定された保護を、不利益に変更されることがない」と規定し、同法８条２項は「前項の基準は、要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じて必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであつて、且つ、これをこえないものでなければならない」と規定している。

これら２つの規定の「切り下げ」の場面における役割分担は明瞭でなく、さらに、前者（法56条）の定める不利益変更禁止が基準自体の改定に及ぶのかどうかについて、下級審の判断は分かれている。

広島地判は、「保護基準の改定による保護の変更は、当然に、法が定める保護の

37）小山（前掲注28））197頁、同『「憲法上の権利」の作法』（2009年）154頁以下参照。

変更に当たるから、上記の『正当な理由』は保護基準の改定自体についての要件ではない」とし、保護基準の改定には生活保護法56条の適用がないとした。東京高判も、「同条にいう『正当な理由』とは、決定された保護の変更が法や保護基準で定める変更や停止又は廃止の要件……に該当することをいう」としている。

他方、福岡高判は、次のように説示し、生活保護法56条の適用を肯定している。「保護基準の改定に基づいて既に決定された保護を不利益に変更される被保護者との関係においては、単に保護基準が改定されたというだけでは、同条にいう『正当な理由』があるものと解することはできず、その保護基準の改定（不利益変更）そのものに『正当な理由』がない限り、これに基づく保護の不利益変更は同条に反し違法となる」。

生活保護法56条適用肯定論は、ここから保護基準の設定と改定の差異を導き、「保護基準の不利益変更に関する『正当な理由』の有無を判断するに当たっては、保護基準の不利益変更についての厚生労働大臣の判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として『正当な理由』のない不利益変更に当たるものと解するのが相当である」と帰結する（福岡高判）。一方、56条の適用否定論も、保護基準の設定と改定を同一視するわけではない。

たとえば東京高判は、次のように説く。「厚生労働大臣が、一旦、法３条、８条の定める基準に従い適法に設定された保護基準について、これを何らの理由もなく被保護者に不利益に改定することは、憲法及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範囲を超え又は裁量権を濫用したものとして許されないというべきである。……老齢加算は、昭和35年度から平成18年度まで45年以上にわたって継続されてきたものであり、この間、保護基準において、70歳以上の高齢の被保護者については、基準生活費と老齢加算を併せて、『最低限度の

生活の需要を満たすに十分なものであって、且つ、これをこえないもの』（法８条２項）とされてきたのであるから、厚生労働大臣が保護基準を改定し、老齢加算を廃止するについては、相応の合理的理由があることを要すると解するのが相当である」。

広島地判も、「一般に、保護基準の改定は、その新規の制定とは異なり、既に制定されていた保護基準を変更するものであり、そもそも改定前の保護基準は、厚生労働大臣が法８条２項所定の要件を充足する基準として制定したものである」等として、「本件保護基準改定についての厚生労働大臣の裁量の幅は、その新規の制定におけるそれよりも狭」いとする。

このように、生活保護法56条か８条２項かは別として、設定と改定の間に差異があるという理解自体は、広く共有されている（もとより、どちらの理屈によるかによって、救済される者の範囲は異なる）。しかし、それがどのような違憲・違法審査の枠組みに結びつくのかは、別の問題である。

(b)「制度後退禁止原則」ないし「自由権的効果」という言葉から期待されるのは、自由権の制約と同じ枠組みで基準の切り下げ改定についても審査しうる、という命題であろう。原告側は、実際、そのような主張を行っている。

東京事件の控訴審における原告（控訴人）側の主張は、次のものであった。「保護基準が、「要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じて必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであって、且つ、これをこえない」（法８条２項）ものである以上、保護基準の不利益変更は、原則として許されないはずである。したがって、法56条にいう「正当な理由」があるといえるためには、〔1〕保護基準の切り下げを必要とするやむにやまれぬ事情があり……、〔2〕仮にそのような必要性が認められる場合にあっても切り下げが必要最小限度のものでなければならないというべきである。

同じ要件は、生活保護受給権の人権としての性格からも導かれる。「憲法及び生活保護法の規定自体によって導かれる『健康で文化的な最低限度の生活』を営む

権利は抽象的なものにすぎないとしても、厚生労働大臣が……定めた保護基準に基づいて生活保護を受給する権利は、憲法及び生活保護法によって導かれる『健康で文化的な最低限度の生活』を営む権利が具体化したものにほかならず、まさに生存権という人権が実体化したものであるから、その不利益変更は、具体的な人権の制限にほかならない。したがって、そこで要求される『正当な理由』は、個々の被保護者の生存に不可欠な権利の制約であるから、自由権の制約原理と同様に、〔1〕保護基準の切り下げを必要とするやむにやまれぬ事情と、〔2〕切り下げが必要最小限度のものであることの双方の要件を備えることが必要である（生存権の自由権的効果）」。

しかしながら、たとえ自由権的効果ないし制度後退禁止原則が成り立つとしても、これと自由権との間には、構造上の共通点がほとんど認められないと思われる。通常、自由権の制約は、規制目的の正当性ないし重要性がまず審査される。これとは異なり、生存権の制度後退については、目的の正当性は事実上、問題とはならない。唯一の正当な目的は、「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容の再計算だけだからである。そして、自由権の制約については目的達成手段の合理性・必要性が要求されるが、生存権の制度後退については、再計算の合理性だけが要求され、手段（切り下げ）の必要性は、事柄の性質上、関連しないであろう。

そして、「健康で文化的な最低限度の生活」の具体的内容の再計算の合理性だけが問題となるのであれば、結局、実際の審査として考えられるのは、①その内容が「健康で文化的な最低限度の生活」に反しないかという実体審査か、②判断過程の審査かのいずれかとならざるをえない。①は、上述の裁量の壁に突き当たる。となると、②判断過程審査が残ることになる。

7　生存権の法的性格――むすびにかえて

上述の憲法学における制度後退禁止原則肯定論も、実は、自由権の制約と同

じ審査構造を主張しているわけではない。棟居が「社会通念」との合致を要求し、葛西が「合理的な説明」を求めるにとどまっているように、制度後退禁止原則の意義として説かれているのは、判断過程審査を念頭に、これを国側が論証（棟居）ないし説明（葛西）しなければならないという以上のものではない。

冒頭で述べたように、私見も、生活保護法に限っては保護基準の設定と改定の間に差異を認めうるというものである。私見では、旧来の基準が生活保護法８条２項を踏まえて設定されたということが重要であり、単なる旧基準ではなく、まさにそのような基準の改定であることが設定と改定の差異をもたらすものであると考える。しかし、これを憲法上の制度後退禁止原則によって基礎づける必要はないし、また、これを制度後退禁止原則と呼ぶのであれば、かなり緩やかな意味においてということになろう。

生存権は、①実現手段についての未確定性、②「健康で文化的な最低限度の生活」についての未確定性という、二重の未確定性によって特徴づけられる。このうちの①は、政策的裁量の対象であり、実現手段の変更も基本的には自由になしうるものであるが、これとは異なり、②に対応した具体的な基準設定は、現在の生活水準に照らした専門技術的な判断の対象である。①の具体化と②の具体化は、性質上異なるものであり、「要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じて必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであつて、且つ、これをこえないもの」（生活保護法８条２項）として厚生労働大臣自らが一旦、②について具体的判断を示した以上[38]、そこからの離脱の要否については、より実質的で具体的な根拠が提示されなければならない[39]。

憲法25条の保障する生存権の法的性格をめぐっては、プログラム規定説、抽

38）もっとも、老齢加算の性格については、争いがあるようである。冨家貴子「老齢加算は単なる『みあい』加算なのか」賃金と社会保障1447号（2007）28頁参照。

39）このことは、おそらくは原告と国との間の情報偏在が存在しないであろう老齢加算廃止等の事案における主張・立証責任の転換を意味するものではなく、保護基準を不利益に変更する場合の裁量の幅の限定という意味である。この点は、本文で紹介した棟居や葛西も、おそらく同じであろう。

象的権利説、具体的権利説の３説があるとされる。しかし、プログラム規定説と具体的権利説は、比較的輪郭がはっきりした主張であるが、抽象的権利説は、他の２説によって両端が画されているだけであるとも言える。私見は、憲法によって課せられた国家の客観法的義務として憲法25条を性格づけるものである[40)]。私見は（および憲法25条１項については「法的権利」と性格づければよいとする内野も）、棟居が指摘するように、忠実な抽象的権利説ではなく、具体的権利説よりなのかもしれないが、そもそも、具体的権利説／抽象的権利説という学説分類の意義自体を疑ってみる必要があろう[41)]。「抽象的権利説」という括弧つきの通説が溶解するのか、新たな地盤を見出すのか、いずれにせよ、「切り下げ」が投じた石は小さくない。

40）小山（前掲注28））273頁参照。

41）ちなみに、堀木訴訟最大判は、25条１項は「いわゆる福祉国家の理念に基づき、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［り］」、同条２項は「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」としている。続いて、同判決は、次のように説いている。①「同条１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２項によっ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」である。②「憲法25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」。