

Title	葛西まゆこ君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	大沢, 秀介(Osawa, Hideyuki) 小林, 節(Kobayashi, Setsu) 小山, 剛(Koyama, Go)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2009
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.11 (2009. 11) ,p.207- 216
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20091128-0207">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20091128-0207</a>

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.

## 特別記事

### 葛西まゆこ君学位請求論文審査報告

#### 一 はじめに

葛西まゆこ君が提出した学位請求論文「生存権の規範的意義」は、憲法二五条の保障する生存権を取り上げ、その規範的意義を正面から問おうとするものである。生存権については、朝日訴訟や堀木訴訟でその法的性格が争われたものの、判例は一貫して具体的権利であると主張を退け、また生存権を具体化する法令等の合憲性判断については広範な立法裁量論が適用されると解してきた。そのような判例に対して学説は批判的であり、立法裁量を枠づける違憲審査基準を見いだそうと努めてきたが、それは成功したとはいえない状況にあった。そのため、生存権をめぐる憲法学の議論は、他の分野に比較し低調な様相を長らく呈してきた。しかし、近年生存権の保障内容について新たな議論が見られるようになってきている。生存権について自由を

基調として憲法二五条の「健康で文化的な最低限度の生活」を捉えようとする見解や、生存権を主観的権利としてではなく客観的権利として捉えようとする見解などである。そのような生存権をめぐる最近の議論に対して、葛西君は「生存権の規範的意義」と題する本論文において、憲法上の権利としての生存権をめぐる議論は、司法的救済の問題に吸収されつくすものではないという問題意識にたち、アメリカの判例を広範に渉猟し分析した上で、主観的権利として生存権を憲法上規定することの規範的意義を明らかにしようとしている。

提出された学位請求論文の構成は以下の通りであり、全九章からなっている。

#### 第一章 はじめに

#### 第二章 生存権論の歴史的展開

##### (一) 憲法二五条の制定過程

##### (二) 学説の展開―社会権の基礎付けと自由権の基礎付け―

#### 第三章 二五条に関する判例の展開

##### (一) 食糧管理法違反事件によるプログラム規定説の提示

##### (二) 朝日訴訟による広範な行政裁量の確立

##### (三) 堀木訴訟による広範な立法裁量の確立

(四) 福祉領域における平等の困難さの提示

(五) 裁判規範性が弱い生存権は憲法上の権利たりうるのか

第四章 アメリカにおける福祉と憲法

(一) なぜアメリカを比較対象にするのか

(二) なぜ合衆国憲法には社会権規定がないのか

(三) 福祉に関する明文規定を有する州憲法

(四) 連邦法による福祉受給に関する法的地位（エンタイトルメント）の否定

第五章 エンタイトルメント（法的地位）の多義性

(一) 福祉給付を受ける地位に関する判例法理の展開

(二) 雇用におけるエンタイトルメントと手続的保護

(三) 福祉におけるエンタイトルメントと手続的保護

(四) エンタイトルメントの分類をめぐる学説

第六章 福祉に関するエンタイトルメントをめぐる判例法理の展開

(一) 九六年法以前における判例法理の展開

(二) 九六年法以後における判例法理の展開

(三) 九六年法が否定したエンタイトルメントとは何か

第七章 Family Cap, Child Exclusion をめぐる判例法理の展開

(一) Family Cap, Child Exclusion とは何か

(二) 判例法理の展開

第八章 生存権の規範的意義

(一) アメリカにおける財産権的アプローチ

(二) 初期のマイクルマンの議論

(三) 平等ではなく、ニーズに着目したアプローチ

(四) 社会的シテイズンシップというアプローチ

(五) 生存権と裁判規範性

(六) 主観的権利としての生存権の意義

第九章 おわりに

これら各章は、法学政治学研究に発表されたもののほか、現在の本務校の紀要や社会保障関係の雑誌に発表された論文を基にしたものである。

二 本論文の内容

本論文は、全九章から構成されているが、第一章は問題意識にあてられた箇所であり、本論というべき部分は第二章以下になるので、第二章以後の各章の概要について述べることにしたい。

第二章「生存権論の歴史的展開」では、生存権の成立過程が明らかにされている。憲法二五条一項については、連合国軍最高司令官総司令部ではなく、日本側が主導して憲法制定議会の審議段階で当時の社会党の主張によって憲法

に挿入されたことが知られている。葛西君は、このような過程を経て憲法に挿入された憲法二五条の法的性格をめぐる学説について、現在の通説である生存権的基本性格を社会権として理解する宮沢俊義の見解の確立までの変遷をまず整理する。その上で、葛西君は最近の新たな説として、自由権とは異なる社会権として憲法二五条の法的性格を強調する通説に異を唱える見解として、「下からの社会権論」を唱えた中村睦男や、人格的自律権論を基盤として憲法二五条を捉える尾形健、遠藤美奈、社会保障法学の立場から自由基底の生存権論を唱える菊池馨らの見解を挙げる。もともと、葛西君は、このような生存権の位置づけをめぐる最近の学説の展開が、法的性格をめぐる学説の発展に影響を直接与えたわけではないとする。

第三章「二五条に関する判例の展開」では、わが国における憲法二五条の生存権をめぐる最高裁判例が検討される。葛西君によれば、判例は食糧管理法違反事件によるプログラム規定説の提示にはじまり、朝日訴訟による広範な行政裁量の確立、堀木訴訟による広範な立法裁量の確立、併給禁止・調整規定に関する裁判例や学生無年金障害者訴訟における福祉領域における平等の困難さの提示と展開されてきたとする。その結果、近年の学説の中には、国民の生存

や福祉は立法府によつて保障されるべきものであり、そもそも生存権は憲法上の権利として規定するには適していないのではないかと主張が見られ、その根拠として、諸外国の憲法においても主観的権利として生存権が規定されていないことをあげる説が登場しているとする。これに対し、葛西君は、裁判規範性が極めて弱い生存権を憲法上の権利として規定するに適さない権利であると断言しうるか否かを疑問とし、第四章以下でアメリカの判例や学説をもとに検討を加えている。

第四章「アメリカにおける福祉と憲法」では、連邦憲法に明文の社会権規定を有しないものの、ルーズベルト大統領による「第二の権利章典」の提案以後、サンステインのいう「構成的コミットメント」として社会権がアメリカの連邦段階では存在するとされる。その結果、公権力による福祉政策の継続が原則として期待されることになり、貧困家庭一時的扶助 (Temporary Assistance for Needy Families、以下 TANF といふ) をはじめとする数多くの公的扶助制度の確立・継続となつて現れたとする。葛西君は特に州段階での議論の展開に着目する。葛西君によれば、相当数の州の憲法は福祉に関する明文規定を有しており、それらは以下のような四つのカテゴリーに分類できる

とする。第一のカテゴリリーは、州が「貧困者の援助、ケア、及び支援」を提供する積極的義務を有するものである。第二は、立法府が「貧困状態にあると決定された者に対して、経済的扶助、並びに、社会的及びリハビリテーションのサービス」の提供の有無を判断する権限を有するものである。第三のカテゴリリーは、州に貧困者へのケアをする一般化された権限を認める州憲法を有するものである。最後に、州に貧困者のニーズを提供するという権限を黙示的に認める州憲法を有するものである。これらの州憲法の判例の分析から、葛西君は、いずれの州憲法も憲法上直接個人の主観的権利を与えているわけではなく、州が独自に行なう福祉給付も、受給者は原則として立法に基づき具体的な地位を得る点に特色があり、それは連邦段階と共通するとする。そこで、葛西君は福祉受給者の法的地位に大きな影響を与えた立法として知られる、AFDCを廃止しTANFを創設した一九九六年の連邦法個人責任・就労機会調整法(Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act、以下九六年法とする)に注目する。九六年法では「TANFは、個人又は家庭に、TANFにより補助金を受ける州のプログラムにおける、扶助に対する資格を与えたものと解釈されてはならない」とし、文言上福

祉受給者の「個人のエンタイトルメント(individual entitlement)」を否定するものとなっているからである。

第五章「エンタイトルメント(法的地位)の多義性」では、九六年法により否定された「エンタイトルメント」の意味・内容について検討が加えられている。葛西君は、「エンタイトルメント」という文言は、アメリカでは一九七〇年のゴールドバーグ判決以来、福祉給付を受ける法的地位に関して判例法上用いられてきているとする。ただし、葛西君によれば、それは多義的であり、エンタイトルメントの定義としてよく知られている、給付の廃止または損失に対抗する法を通じて執行可能な客観的な適格基準(eligibility)と解するライクの説以外に、①受給者にとって好都合な社会保障法の文言及び条件を、州の福祉プログラムに対して、執行することを求める福祉受給者の訴権と解する説、②手続的デュー・プロセスのひきがねとなるものと解する説、③福祉プログラムに参加している州が連邦政府によるそれに見合った補助金を受け取ることの保証と解する説の四つに分けるファリナの見解、法的に執行可能な個人の権利という意味の実定法上のエンタイトルメント(positive entitlement)、福祉受給者のニーズに対応する応答的エンタイトルメント(responsive entitlement)。

プログラムから受給者が受け取るものを明確な基準により限定する機能的エンタイトルメント (functional entitlement) の三つの区別の重要性を指摘するスーパリーの立場が見られるとする。葛西君は、このようなファリナヤスパーの分類は的を射たものであるとしつつ、エンタイトルメントとは、「議会により制定法で定められた一定の受給要件を満たす限りその資格が認められる概念」と定義する。

第六章「福祉に関するエンタイトルメントをめぐる判例法理の展開」では、アメリカの判例が、どの程度の強度のエンタイトルメントとして福祉給付を受ける地位を認識してきたかについて検討を加えている。その結果、九六年法以前における判例法は、福祉受給者に対しエンタイトルメントという表現を用いることよって手続的保護を与えながらも、実体的保護を及ぼさないといい姿勢を貫いてきたとする。つまり、エンタイトルメントは、判例法上はあくまで手続的保護にかかわり、制定法の福祉に関する実体的判断を含まないような解釈に関連して出てきた概念であったとする。さらに、判例はエンタイトルメントを否定した九六年法制定以後は、手続的保護の面についてもデュー・プロセスとの関係でどの程度の保護を及ぼすべきかについて動揺しているとする。これに対して、葛西君は、九六年

法が否定したエンタイトルメントは、連邦による州に対する財政的な保証の否定にとどまり、実定法における州の裁量を制限する基準(資格基準)については、九六年法の資格基準に関する規定が客観的な基準の存在を求めており、したがってエンタイトルメントには憲法上デュー・プロセスによる保護が及ぶとするファリナなどの見解に同意する。

第七章「Family Cap, Child Exclusion をめぐる判例法理の展開」では、世帯の子ども数にかかわらず受給額に上限を設ける Family Cap 制と、子どもを新たに出生してもその子ども分の給付の増加を認めない Child Exclusion 制をめぐる判例法が検討される。葛西君は、Family Cap のリーディング・ケースとしてタンドリッジ判決を取り上げてその内容を見た後、タンドリッジ判決の影響が一九九〇年代以降の連邦下級裁判所における Child Exclusion をめぐる諸判決にも見られることを指摘する。具体的には、Family Cap 制の下でも受給者に平等保護とデュー・プロセス(子どもを産む権利)の保障が及んでいるとする。

第四章から第七章では、憲法上生存権規定をもたないアメリカで福祉受給者の法的地位を保護するものとして、判例上「エンタイトルメント」の観念が重要性を果たし、それに対して州裁判所により平等保護やデュー・プロセスの

保障が及ぶとされてきたことが明らかにされたが、第八章「生存権の規範的意義」では、アメリカでの生存権の基礎付けをめぐる学説が検討されている。葛西君によれば、アメリカの学説は当初財産権的アプローチをとり、手続的な側面についてはデュー・プロセス条項の保障が及び、州外から福祉受給を目的に来る者に対して州が厳しい居住要件を課すような場合には、平等保護条項や特権・免除条項などを用いて憲法上の保護を与え、福祉受給者の地位を保護しようと図ってきたとする。ただし、福祉給付を受ける地位の実体的側面については、一九七〇年のダンドリッジ判決に見られるように、「合理性の基準」によって審査が行われ、その保護は十分には図られることはなかったとする。葛西君は、このような財産権的アプローチは、「福祉」を「財産権」的に捉えることによつて、結局は「福祉」が単なる物質的利益の再配分の問題にとどまってしまうことを意味するという限界があつたことを指摘する。

その上で葛西君はその限界を打破するものとして、マイクルマンの議論に注目する。マイクルマンは、判例理論のように平等保護条項に依拠するのではなく、これまでアメリカで注目されてこなかった個人の「最小限の保護 (minimum protection)」というこれまでと違う価値によ

つていることに注目するべきだとする。葛西君は、マイクルマンの議論は日本の憲法学や社会保障法学において指摘されているニーズに着目した議論と共通するものがあるとしつつ、ニーズに注目したマイクルマンも、裁判規範性の問題に関してはわが国の抽象的権利説と同程度のレベルにとどまっていたため、権利の存在を前提とするならば、裁判所は初めからプログラムの開始を命令できるはずだとするポークによる批判を浴びたとする。この批判に対しその後マイクルマンは、社会権は合衆国憲法上の権利ではないにせよ構成的コミットメントとして正当化できるという立場をとつたとされる。葛西君は、このようなマイクルマンの見解は構成的コミットメントとして理解され、精緻な議論が展開されているが、憲法上の規定を欠いているということが、わが国の議論との関係では無視できない相違として存在すると指摘する。

葛西君によればアメリカの場合と異なり、日本国憲法は憲法二五条で生存権を「憲法上の権利」として保障しており、その規範的意義を重視するべきであるとする。そして、生存権がいわゆる自由権と同じような「権利」性を持ちえないとしても、政府関係者は単に裁判所がその規範を執行することが不可能であるからという理由で、憲法規範を完

全に無視することはできないのであって、そのようなことがなされた場合には、「健康で文化的な最低限度の生活」をおくる「憲法上の権利」の侵害に当たると考えるべきであるとする。もつとも、このような見解については、憲法二五条が「権利」ではなく裁量性を伴った「立法府の義務」として規定してもよいということになり、その結果現在の通説である抽象的権利説と異ならないのではないかという疑問も生じる。このような疑問に対して、葛西君は、アメリカの州憲法の中で州に積極的義務規定を課す場合に、ある程度の積極的な審査を裁判所は行なっていることを指摘する。そこから、葛西君は広範な裁量に基づいて構築される福祉立法（客観法）が「最低限度の生活」（主観的権利）を侵害していく潜在的危険に対して、一般的または間接的・部分的な給付水準の引き下げなどの制度後退の場面、手続的保障に不備がある場合において、憲法二五条一項の生存権には、憲法上の主観的権利として作用する可能性があり、裁判所による審査が認められる余地がアメリカよりも広いとするのである。したがって、日本の生存権論が展開すべき憲法的「権利」論とは、憲法二五条を正面突破的に用いて、違憲と判断される場合を論じること尽きるものではなく、憲法二五条を具体化した法律があるならば、

まずはその法律の運用の問題を丁寧に論ずるべきであり、そこで憲法論が仮に事実上吸収されるからといって憲法上の規定の意義がなくなるわけではないとする。わが国の生存権論が「権利」にこだわらず、抽象的権利説が「権利」を標榜することの意義があったとするならば、それは、単にスローガンのものではなく、健康で文化的な最低限度の生活を保障するシステムの制度的な中核に対応する権利行使を通じて、主観的法和客観的法をつなげる役目を果たす可能性に見いだすことができるのである。

### 三 本論文の評価

本論文は、日本国憲法の保障する基本的人権として大きな地位を占めるとされながら、判例のとる広範な立法裁量論のために、その内容が不明確なものとされてきた憲法二五条の規範的要請を明らかにすることを目的とした意欲的な性格を有するものである。憲法二五条に関しては、朝日訴訟や堀木訴訟などこれまで多くの訴訟が提起されてきた。それらの訴訟の多くは、憲法二五条が有する憲法上の権利としての内容を明らかにしようとするねらいを持つものであった。しかし、判例が一貫して立法府の判断を尊重する姿勢を示してきたため、憲法学の観点からする議論はこれ



まで停滞状況を示してきた。

そのような中で本論文は、つぎのような三つの意義を有するものといえる。第一の意義は、これまでの憲法二五条に関する憲法学からするアプローチで不足していた社会保障法学の研究成果を踏まえた形で、自らの見解を披瀝していることである。もちろん、これまでも社会保障法学の研究成果を踏まえた憲法学における先行研究は存在する。それら研究では、生存権を経済的物質的保障に限られるものとせず、生存権の基底には人格的自律の不可侵性が据えられていると見ている。葛西君は、このような研究成果を評価しつつ、他方それが自由権を基底に置く議論を展開する結果、憲法二五条の法的性格をめぐってみられる最近の有力な見解である、生存権を主観的権利ではなく客観的な法制度を前提とする権利であるとみる議論との間に十分な接点を見いだしていないとする。そして、葛西君は、その接点を歴史的起源から自由権を重視する傾向の強いアメリカ合衆国における判例および学説に求めようとするのである。

本論文の第二の意義は、上述した問題意識をもとにその解を求めて、アメリカの学説と判例を丁寧に関渉し分析していることである。特にアメリカにおける判例については、

従来の研究のように連邦段階のものだけではなく、州の判例についても検討を加えている。その方法は、州憲法における福祉に関する明文規定のあり方をまず四つのカテゴリーに分類したうえで精査するものであり、その結果いづれのカテゴリーに属する州憲法も憲法上直接個人に主観的権利を付与しているわけではなく、州が独自に行なう福祉給付について、受給者は原則として立法に基づき具体的な地位、すなわち福祉受給者としての「個人のエンタイトルメント (individual entitlement)」を得る必要があることを明らかにしている。そこで問題となるのは、この「エンタイトルメント」の概念がどのような内容を有しているのかということであるが、この点について葛西君は、それは判例法上制定法の福祉に関する実体的判断を含まないものとされるが、福祉立法に対する裁判所の審査において、手続的保護をおよぼすものとして働き、憲法上はデュー・プロセス条項に基づくものと見ることができるとしている。

いま述べたことから、本論文の第三の意義として、これまでのアメリカにおける判例や学説からみて、日本国憲法が二五条で生存権を「憲法上の権利」として保障したこと規範的意義として、次のような点を重視することを主張していることが挙げられる。葛西君によれば、憲法二五条

の生存権が自由権と同様な権利性を持ちえないとしても、すなわち裁判所がその規範を執行しえないとしても、そのことを理由として国は憲法規範である憲法二五条の要請をまったく無視することはできないのであり、仮にそのような事態が生じた場合には、「健康で文化的な最低限度の生活」をおくる「憲法上の権利」の侵害にあたると思われるべきであるとする。このような見解は、憲法二五条の生存権を憲法一三条の自己決定権と関係するものとして自由権的にとらえようとする最近の生存権に関する学説に影響を受けつつ、憲法二五条を憲法一三条と別に憲法上設けた重要性を認識する必要性を説くものといえる。それは、客観法としての福祉立法が広範な裁量に基づいて制定されることを認めるとしても、それら立法が自己決定権との関係で求められる主観的な権利の側面としての「最低限度の生活」を侵害する危険性に対する歯止めとしての役割を担うことを明らかにするものであり、そこに憲法二五条の規範的意義があるとするものである。

いま述べたような内容を有する本論文は、憲法学からする新たな憲法二五条の理解を説くものとして大いに評価されるべきであると思われる。ただし、なお若干の問題点や今後の課題を指摘する必要があるように思われる。たとえ

ば、葛西君はアメリカにおけるエンタイルメントの議論を詳細に分析し、その規範的意義を明らかにしているが、そこでいうエンタイルメントは手続的保護だけにとどまる内容を持つに過ぎないのであろうか。この点に関連しては、第七章で取り上げられている Family Cap 制をめぐる議論の中で、子供を産む権利というデュー・プロセスによって保障される権利との関係が取り上げられており、そうであるとすれば、実体的権利もデュー・プロセスによって保護されるという意味を含んでいることになるように考えられる。また、葛西君は、アメリカ憲法が日本国憲法と異なり生存権の規定を持たないことの意味を最終的に重視するべきであるとするが、そのような中でアメリカ憲法学において議論の対象となっている構成的コミットメントについて、その内容をもう少し深く検討することによって、憲法二五条の解釈に有用な議論が提供できるのではないかとも思われる。さらに今後の課題として、現在わが国で多くの議論がなされている生活保護における高齢加算や母子加算等の廃止や制限などをめぐる問題、あるいは社会保障の個別の制度をめぐって廃止や制限などの検討がなされるいわゆる制度後退といわれる問題に対して、憲法二五条の規範的要請の下で裁判所がどのような判断を下すべきである

と考えるのか、そのあり方についてより具体的な議論の提示が期待される。

ただ、いま述べた若干の問題点や今後の課題は、葛西君のこれまでの真摯で誠実な努力を以てすれば、必ず克服されるものに過ぎず、本論文の価値をいささかも減ずるものではない。それは、葛西君の今後の一層の研究成果への期待を込めての望蜀の言に過ぎない。それゆえ、われわれ審査員一同は、葛西まゆこ君が提出した本論文が、博士（法学、慶應義塾大学）の学位を授与するにふさわしいものであると判断し、ここにその旨を報告する次第である。

二〇〇九年一〇月二八日

主査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員法学博士	大沢 秀介
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員法学博士	小林 節
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員法学博士	小山 剛