

憲法的規範の法的性格

—— 厳格憲法解釈論の立場から ——

内野正幸

- 一 はじめに
- 二 本稿の対象と視座
 - (一) 本稿の考察対象としての憲法的規範
 - (二) 厳格憲法解釈論の立場
- 三 基本的枠組の提示
 - (一) 法的拘束力の有無
 - (二) 客観法規範と人権規範
 - (三) 裁判規範
- 四 既成の基礎概念の再検討
 - (一) 立法指針・プログラム規定
 - (二) 裁量の限界づけ
 - (三) 法律解釈の基準・憲法解釈の基準
 - (四) 抽象的権利・具体的権利
 - (五) 原則規範・原理的権利
 - (六) 制度的保障

憲法的規範の法的性格

(七) 制度後退禁止原則

五 ちすび

一 はじめに

憲法的規範の法的性格については、これまでに、「学説は、プログラムと具体的権利、主観的権利と客観的規範、解釈基準と本来の裁判規範等々の区別……を立てることによって対応してきた」⁽¹⁾といえる。本稿では、かかる問題につき、筆者のいう厳格憲法解釈論の立場(二)で後述)から、若干の再検討を試みることにしたい。以下、導入部において本稿の対象と視座を明らかにし(二)、そして、本論において、主題についての考察を行なう(三・四)、という形で叙述を進めることにしよう。

(1) 山下健次「人權と制度的保障の理論」小嶋和司編『憲法の争点(新版)』(有斐閣、一九八五)六二頁以下、六四頁。

二 本稿の対象と視座

(一) 本稿の考察対象としての憲法的規範

(1) 本稿では、憲法的規範の語を八憲法規定の内容とする規範ないし憲法規定から導かれる規範√の意味で用いる。そして、この言葉を、それ自体としては憲法上の法的効力を有する規範という意義を担わないものとして使用する。たとえば、憲法二五条一項の主たる内容とする八健康で文化的な最低限度の生活を営むために必要な国家の積極的給付を求める権利を保障すべし√という規範(以下、それを八二五条一項の主たる生存権規範√と呼ぶ)や、八情

報公開請求権を保障すべし \vee という規範を、その法的拘束力の有無にかかわらず憲法的規範と呼ぶことにする。

(2) また、ここでは、考察対象を \wedge ……である(……する)べきである \vee という当為命題およびそれから派生する当為命題で表現される規範(以下、便宜上、典型的規範と呼ぶ)として捉えることにする。憲法規定のうち統治機構領域に属するものの中には、組織規範という概念によって把握することのできるものも含まれているが、ここでは、それらについても、典型的規範という形で光を当てることにする(たとえば、組織規範として位置づけうる憲法六四一条一項は、 \wedge 国会は(同項に示されるような)弾劾裁判所を設けるべし(維持すべし) \vee という規範として読みかえることにする)。また、ある国家行為などの効力を示す憲法的規範(たとえば、五四条三項に示される \wedge 参議院の緊急集会において採られた措置は次の国会開会の後十日以内に衆議院の同意がない場合にはその効力を失う \vee という規範や、九八条一項の内容とする \wedge この憲法の条規に反する法律などはその効力を有しない \vee という規範)は、典型的規範とは別の範疇の規範として理解することが可能であるが、ここでは、それらを \wedge 効力をもたないものとして扱うべし \vee という典型的規範として位置づけ直しておく。

(3) 本稿は、右のような意味での典型的規範たる憲法的規範のすべてを考察対象とするものではなく、それらのうち、 \wedge 国家の行態(作為・不作為)ないし国家の定立する下位の規範や制度が当該憲法的規範に違反した場合に、それが論理的に違憲という評価を受けうるような憲法的規範 \vee のみを検討の俎上にのせようとするものである。という意味はこうである。

第一に、そこで問題とされるのは、国家を名宛人とする規範である。よつて、私人ないし(個々の)国民を名宛人とする規範、すなわち一二条、二六条二項前段、二七条一項後段や三〇条の主たる内容とする、国民に一定の義務を

負わせる規範⁽⁴⁾や、私人間への直接適用が認められる人権について問題となり、それにかかる憲法条項から導かれうる、私人に人権不可侵義務を課す規範^(4a)は、ここでは視野に収めないことにする。なお、右の諸規定からは、同時に、 \wedge 国家はかかる義務を具体化する法制度を設けるべきである \vee ないしは \wedge 国家はかかる義務を免れさせる法制度を設けるべきでない \vee という憲法的規範を導き出すことができるが、それらは、国家を名宛人とするものとして、考察の射程にとりこまれることになる。

第二に、国家に対して \wedge ……である(……する)べきである \vee もしくは \wedge ……である(……する)べきでない \vee という指示を与える規範(かりに積極的規範という)に限定し、ある事柄を許容するにとどまる規範(消極的規範——それは \wedge ……である(……する)べきである(ない)わけではない \vee という形に表現される)は除外する。消極的規範は、そもそもそれに対する違反が語りえないものなのである。いわゆる制限規範は、積極的規範に属するものとして本稿の範囲内におかれる(捉え方によっては、積極的規範そのものとして本稿の対象を形作る)が、これに対して、いわゆる授権規範は、法律などの下位の法形式によって規範を定立することを許容する消極的規範たる憲法的規範として理解し直すことの可能なものであり、よつて、ここでは考察の射程に入れないことにする⁽⁵⁾。

第三に、積極的規範であっても、それに対する違反が論理的に違憲と観念しえないような規範は、検討の範囲からはずされる。九八条一項に示される \wedge この憲法を最高法規として扱うべし \vee という規範がその例である。なお、九九条の規定にみられる \wedge 公務員は憲法上の規範を守るべし \vee という規範は、規範を対象とする規範(メタ規範)であり、一般の憲法的規範とは次元を異にするものであるから、ここでは扱わないことにする。

(4) とまれ、この論稿では、憲法的規範の法的性格を問うことにし、あえて憲法規定の法的性格という問題の立て

方をしないことにする。それは、一つには、憲法規定そのものであるとはいいがたい規範（たとえば情報公開請求権にかかる規範）をも憲法的規範として視界にとりこもうとし、さらには、一個の憲法規定から複数の憲法的規範が引き出しうる場合の問題の処理を容易にしようとする趣旨にいでたものである。このような枠組の下では、憲法規定の法的性格に当たたる事柄は、ある憲法規定（全体）が内容とする憲法的規範の法的性格を問うという形で検討されることになる。

(5) なお、憲法前文の法的性格というテーマが一つの議論の対象になっているが、私見によれば、ある憲法的規範が憲法前文に示されるものであるからといって、そのこと自体により、特定の法的性格（ないしその否定）が導かれるとは思われない。ある憲法的規範の法的性格を吟味する場合は、それにかかる憲法規定が前文、本文のいずれにおかれているのかという点は、問題にならないというべきであろう。⁽⁷⁾ このような観点から、本稿では、憲法前文にかかる憲法的規範も、本文の各条項にかかるそれと区別することなく、視野に収められることになるが、ただ、前者は、(2)・(3)で述べた意味での考察対象とするにふさわしくないものが多い、ということができよう。

(2) それは、二(一)(3)の本文の中で述べる積極的規範と消極的規範からなる。

(3) たとえば、小林直樹『新版』憲法講義・上』（東京大学出版会、一九八〇）一〇頁、伊藤正己「憲法規範の変質」『田中二郎先生古稀記念・公法の理論・上』（有斐閣、一九七六）一頁以下、七頁。組織規範の概念については、小林直樹『法理学・上』（岩波書店、一九六〇）七九頁およびそこに引用された文献を参照。

(4) なお、九条一項の内容とする規範は、文言上「日本国民」を名宛人とするものといえるが、そこにいわれる「日本国民」は、個々の国民ではなく、全体としての国民すなわち国家を意味するものであり（たとえば宮沢俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八）一五八一―一五九頁参照）、よって、同項の規範は、国家を名宛人とするものとして位置づけられるべきことになる。

(4a) なお、注(12c)をみよ。

(5) 制限規範・授權規範の概念、および憲法がかかる規範としての性格をもつことについては、たとえば、清宮四郎『憲法I

〔第三版〕(有斐閣、一九七九)一六一―二四頁、芦部信喜『憲法規範の特質』月刊法学教室四〇号(一九八四)六頁以下、一

〇頁、佐藤幸治『憲法』(青林書院新社、一九七八)一八頁参照。

(6) さしあたり、佐藤功『憲法前文の法的効力』前掲『憲法の争点』一六頁以下参照。

(7) なお、裁判規範性の有無についてであるが、佐藤功・前掲論文(注(6))一七頁は、「問題は、前文と本文との区別をこえて、およそ憲法典には裁判規範……とそれには属さない規範とがあるのではないか、という基本的な問題として考えられなければならないであろう」と論じ、また、樋口陽一ほか『注釈日本国憲法・上巻』(青林書院新社、一九八四)四七―四八頁〔樋口執筆〕も、「前文という法形式ではなく、日本国憲法前文の内容に着目した」議論が必要である旨述べている。

(二) 厳格憲法解釈論の立場

本稿では、筆者のいう厳格憲法解釈論という視座から主題の考察を行なう。

(1) 厳格憲法解釈論の主張は、△憲法解釈は、ある国家行為などが(イ)合憲か違憲か、また、(ロ)その要請に反したら違憲になるという意味での△憲法上の要請なのか否かを明確に指摘するものとして行なわれるべきである√、という命題に要約される⁽⁸⁾⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。そこでは、憲法解釈論は、立法政策論や憲法政策論⁽¹¹⁾と、とりわけ憲法上望ましいか否かについての言明と峻別すべきものとされる。そして、かかる見地からは、純然たる立法政策と憲法の趣旨に基づく立法政策との区別は、認められないことになる⁽¹²⁾。(両者の区別は、厳格憲法解釈論とは別の次元においてはじめて有効に語りうるものというべきであろう)。また、厳格憲法解釈論は、純然たる憲法論^(12a)を展開しようとするものであり、よつて、そこでは、憲法と法律を一体化させた解釈なるものは、語りえないことになる^(12b)。

厳格憲法解釈論は、合憲か違憲かといった二者択一を迫ることを特色とする^(12c)。この立場からすれば、△憲法上望ま

しい（憲法の趣旨によりよく適合する）√、△憲法の精神に反する√などの言明を行なうことは、厳格憲法解釈論の任務に属さない、ということになる。また、△ある事柄（たとえば衆議院解散権の行使の仕方に関わる事柄）は憲法習律に違反する√と語ることは、厳格憲法解釈論とは異なった土俵においては可能であるが、結局のところ、△憲法習律違反にとどまる√と語ることは、違憲ではなくむしろ合憲である、と言っていることに帰着する、と説明されるべきことになる。⁽¹⁴⁾さらに、厳密にいえば、しばしば使われる△違憲の疑いがある√という言い廻しも、やや不適切であるともいえる（それは、違憲と感ずる者の主観的な疑いを表明したものか、△違憲である√というべきところをより緩やかに表現したものに帰する。△違憲√とは区別される△違憲の疑い√なる概念（客観的事態にかかる概念）が存するわけではない）。この厳格憲法解釈論の立場は、△……べきである√という命題が△憲法上の要請である√という意味で語られているのか、△憲法上望ましい√（それは△憲法上許容されるにとどまる√に解消される）という趣旨で語られているのかをはっきりさせるべきであると論じる。そして、これまでの学説にあっては、この点の区別をつけずに、漠然と憲法解釈論的議論を展開することも、ときにみられたのではないか、換言すれば、「憲法研究者が憲法解釈にけじめをつけなかった」⁽¹⁵⁾といえる点もあるのではないかと指摘する。

(2) さらに、厳格憲法解釈論の立場は、憲法はある問題の処理の仕方を下位の規範（法律など）に委ねているとみられるべき場合が統治機構領域を中心にかなり存するのではないかと論じる（下位規範委任説）。たとえば内閣の法律案提出権を認めるべきか否かについては、憲法はその解決を法律に任せている、と従来から有力に説かれてきたが、かかる法律委任説の発想がそれ以外の若干の領域でも妥当しうるのではないかと、ということである。この下位規範委任説は、「真の憲法解釈学」は「憲法規範の具体化・個別化の論理的に可能な枠を確定する」という客観的な認識活動

(狭義の解釈)の次元に自制すべきであるという主張と軌を一にするものである。その点はさておき、このような捉え方は、「憲法規範の内容を空白化するものとして批判」⁽¹⁷⁾されるかもしれないし、また、「問題を処理する」⁽¹⁸⁾法律が存在しない「場合には」⁽¹⁹⁾解釈上どちらかに決定しなければならず、この説は問題の解決にならないであろう⁽²⁰⁾、という疑問を投げかけられる可能性もある。しかし、人権論や九条論の分野でなされる合憲か違憲かをめぐる議論と同じ性格をもつ議論を統治機構領域で行なうとしたら、一定の事柄について下位規範委任説の帰結を受け入れざるをえなくなるのではなからうか。⁽²¹⁾

(3) なお、厳格憲法解釈論は、当然のことながら、憲法規定の規範内容が下位規範の内容によって規定されることを認めない。⁽²²⁾そこでは、憲法解釈を行なうに際し法律の規定を参照するのは筋違いであるとされることがなる。⁽²³⁾その意味では、厳格憲法解釈論は、下位の法制度を視野に収めない方が有効に展開しうるともいえよう。⁽²⁴⁾ただ、八かりにある特定の低位規範(ないしそれにかかる法制度)があるとしたら、かくあるべし⁽²⁵⁾という条件命題を提示することは、厳格憲法解釈論上許されるというべきであろう。

ともあれ、ここでは、とくに——下位規範委任説の主張は本稿の主題との関連性がやや薄いから——、憲法上の要請か否かという二者択一論的思考の重要性を確認しておきたい。

(8) 詳しくは、拙稿「憲法解釈論のあり方——その批判的再検討——」筑波法政八号(一九八五)九六頁以下を参照された。い。本稿の二〔〕での叙述は、右の拙稿に対する補足をかなり含んでいる。

(9) なお、ある国家行為などが合憲か違憲かは、憲法解釈それ自体ではなく、憲法解釈論上の命題の具体的問題へのあてはめ(ないし適用)についての言明なのではないか、との指摘もありえよう(たとえば、奥平康弘「試論・憲法研究者のけじめ」法学セミナー三六九号(一九八五)八頁以下、八頁では、「憲法判断は憲法規範の解釈と特定の争点へのあてはめ」からな

る、と説明されている。それによると、二二条二項前段についていえば、この条文をたとえは、△行政機関が表現行為もしくは表現物を、それが表現ないし流入されるに先立ち、表現内容に着目して審査し、不相当と認めるときはそれを表現ないし流入することを禁ずることは、絶対に禁止される▽という趣旨のものとして捉えることは、憲法の解釈であるが、そこから進んで、△税関検査は違憲である▽と語るとは、憲法のあてはめである、と説かれることになる。この点は、憲法解釈という言葉の使い方の問題に帰着する。ここでの本文の文脈（のみならず本稿および前掲拙稿（注（8））の全体の文脈）においては、右にいわれる憲法のあてはめをも含むものとして憲法解釈の語を使っている。

(10) もっとも、本文にいわれる(回)は、△当該国家行為などがなされない(存しない)ことが違憲か合憲か▽という形に言いかえることができるのであり、その意味で、本文に示した命題は、合憲・違憲という概念だけを使っていわば一元論的に表現し直すことができるものである(逆に、本文にいう(イ)を△当該憲法的規範に反しないことが憲法上の要請といえないか、いえるか▽と書きかえることによって、別の一元論的定式を作ることとも可能である)。しかし、典型的規範たる憲法的規範は、規範文の形式から、憲法上の要請、憲法的非要請、違憲および合憲にそれぞれ対応する要請、非要請、禁止および許容の四つに分類されるのであるから(前掲拙稿(注(8))一〇一頁、一〇四頁参照)、本文の命題のような二元論的定式は、理論的に妥当なものというべきであり、のみならず、實際上、より理解しやすく、使用しやすく、ということができよう。

(11) 憲法政策論(学)の意味づけの仕方は、論者によって多少異なる。たとえは、小林・前掲『憲法講義・上』七五―七六頁によると、「民主憲法の精神に立って、その理念をどのように具体化するか」という問題をたて、社会の実態に即した立法政策を組むという方法」をとる学問であるとされ、また、奥平・前掲論文(注(9))八頁では、「個別の憲法規範を超えたところで構成される憲法原理に即した政策論」として規定されているのに対し、上田勝美『憲法講義』(法律文化社、一九八三)六頁においては、「客観的な憲法の解釈の結果、その憲法的価値または実定憲法に具現されている法的価値体系が、歴史の発展の視座からみて、いかなる意義を有するか、いかなる長所または限界をもっているか、あるいはその法的限界をいかに克服しうるかについて……分析と批判とをする」学問的作業として位置づけられている。

(12) この点、中村睦男教授から個人的に御教示いただいた。

(12a) なお、「憲法論」の語は、「違憲かどうかという観点だけでなく、憲法の要請を立法政策の指導原理とみることをも含んだもの」として用いられることもあるが(新堂幸司「訴訟と非訟」三ヶ月章・青山善充編『民事訴訟法の争点』(有斐閣、一

九七九) 一二頁以下、一三頁)、ここでは、かかる用語法はとっていない。

(12b) 前掲拙稿(注(8)) 九九一—一〇〇頁参照。そのほかに、それは、生存権についての典型的な抽象的権利説(プログラム規定積極説)が、憲法二五条は法律と一体となって権利性を獲得する旨説く点(注(145)参照)にみてとることができよう。

(12c) なお、人権の私人間効力の問題については、嚴格憲法解釈論の立場からは、次のように説かれるべきことになる。すなわちある人権規定につき、それは私人間に直接適用される(私人による人権侵害は違憲となる)とする立場と、それは私人間には適用されない、もしくは間接適用されるとどまる(私人による人権侵害は違憲とならない)とする立場とは、明確に区別されるということである。よって、ある特定の人権規定についての無効力説と間接効力説は同視され、それらが当該人権規定についての直接効力説と峻別されることになる(なお、すべての人権規定についての間接効力説や直接効力説は、現実にはほとんど存しないのであり、実際に多くの学説が採用しているのは、ある人権条項に関して間接適用、またある条項に関しては直接適用をそれぞれ認めるべきことを主張する、間接適用・直接適用併用説ともいうべきものである。この点につき、奥平康弘「私人間における思想・信条の自由」『法学セミナー増刊、思想・信仰と現代』(日本評論社、一九七七)一〇六頁以下、一一三頁参照)。右のような捉え方は、「無効力説と他の両説は、これを峻別する必要があるが、直接効力説と間接効力説は区別する必要はな(「い」)、とする見解(有倉遼吉「精神的自由権と私人相互関係」前掲『思想・信仰と現代』八二頁以下、八六頁)と対照をなすものである。

(13) 衆議院解散権の行使の仕方が憲法習律に服することについては、深瀬忠一「衆議院の解散」『宮沢俊義先生還暦記念・日本国憲法体系第四巻』(有斐閣、一九六二)一一七頁以下、二〇四—二〇六頁、同「解散権問題と定数違憲判決」ジュリススト八三〇号(一九八五)五五頁以下、六一—六四頁、中村陸男「憲法30講」(青林書院、一九八四)二一三—二一四頁、高見勝利「解散制度と国民主権」奥平康弘・杉原泰雄編『憲法学4』(有斐閣、一九七六)八二頁以下、九二—九三頁など参照。

(14) この点については、憲法習律違反は、実質的には違憲といふのとあまり変わらないのではないかと、また、衆議院の解散のような政治部門に関わる事柄は、通常裁判的統制に服さないのであるから、憲法習律違反と(裁判上の違憲判決に対応したものと)しての違憲の区別を語る意味がなくなるのではないかと、との指摘がありえよう。しかし、人権論や九条論の領域でしばしば使われ、また、統治機構の分野でも憲法の明文規定に反した場合などに十分用いうる違憲という概念と、いわゆる憲法習律違反の概念とは同じものなのか、と問われれば、両者は質的に異なる、と答えざるをえなくなる。

(15) 奥平・前掲論文(注(9))一一頁。

(16) 宮沢Ⅱ芦部・前掲『全訂日本国憲法』五五四頁、清宮・前掲『憲法I』四一七—四一八頁、手島孝『憲法解釈二十講』(有斐閣、一九八〇)一六六頁、横田耕一ほか『現代憲法講座・上』(日本評論社、一九八五)一五二頁(手島執筆)。なお、野中俊彦「議員定数の不均衡と国家賠償の要件」ジュリスト六六六号(昭和五二年度重要判例解説)(一九七八)二二頁以下、二四頁によると、「通説的立場でも法律案提出権をやむをえないものとして認めているにすぎないとみるべきである」とされる。

(17) 手島・前掲『憲法解釈二十講』一三頁(傍点手島)。ただし、私は、手島教授のいう「狭義の解釈」は、「客観的な認識活動」にとどまる、とは考えていない(なお、前掲拙稿(注(8))一〇三頁注(12)、一二六頁参照)。実際、手島・同右書一三頁では、「狭義の解釈の限度でも、意志的契機が認識的契機を上回る」とも述べられている。

(18) 大体同旨の主張は、覚道豊治「憲法における自由裁量の概念」阪大法学四〇・四一号(一九六二)八八頁以下、九五頁にもみられる。ここでは、「憲法の解釈ということも、憲法が表現するわくを確定し、このわくのうちに与えられている多くの可能性を認識することであるともいえる」とされる。なお、同「司法の性質」『大阪大学法学部創立三十周年記念論文集・法と政治の現代的課題』(一九八二)二七頁以下、四五頁においては、「憲法の枠の認識と枠内の選択とを、すなわち憲法の認識としての解釈論と政治的な立法政策論とを区別しうる」と説かれている。

(19) 江橋崇「司法権と違憲審査権」『法学セミナー増刊・憲法訴訟』(日本評論社、一九八三)一四四頁以下、一五三頁(ただし、違憲審査制の性格や違憲判決の効力に関する法律委任説についての立言)。

(20) 浦部法穂『違憲審査の基準』(勁草書房、一九八五)九八頁、同旨、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、一九八四)二二頁(ただし、これらは、ともに、違憲判決の効力にかかる法律委任説についていわれたものである)。

(21) 誤解のないように一言しておく、筆者は、下位規範委任説は、ある問題につき甲説と乙説の対立があり、両説ともに合理的理由がある場合に採用されるべきである、と考えている——前掲拙稿(注(8))一一二頁の⑥や⑦の叙述はそういう印象を与えかねない——わけでは決してない。両説ともに十分に成立しうるときでも、いずれか一方に決定しなければならぬ場合もあるし、他方、甲説が乙説より憲法の趣旨に適合することが明らかなきときでも、下位規範委任説が妥当する場合もある。ある事柄につき下位規範委任説がとられるべきか否かは、もっぱら右にいわれる甲説(ないし乙説)が厳格憲法解釈論上の

(憲法上の要請を示す) 命題としての性格をもっていないのかにかかっている。

(22) この点は、自明のことというべきであらう。なお、注(145)の後段をみよ。また、法律委任説は法律により憲法の内容が規定されることを認めるものである、との指摘もあるが、それが法的はずれなものである、ということにつき、佐藤幸治・前掲

『憲法訴訟と司法権』二一〇—二一一頁参照。

(23) 前掲拙稿(注(8))一〇〇頁(そこで注(8)に対応する本文)および同一〇二頁注(8)所掲文献を参照。

(24) 一例として、天皇の刑事免責をめぐる憲法解釈論をとりあげてみることにしよう。この場合、厳格憲法解釈論としての価値をもつのは、一条の「象徴」規定は天皇の刑事免責を要請しているとする解釈(甲説)か、天皇を刑事免責の扱いとするか否かは法律に委ねられているとする解釈(乙説)かのいづれかであり、摂政不訴追を定めた皇室典範二一条の規定から類推して天皇は刑事免責にすべきであるとする学説は、厳格憲法解釈論としての資格をもたない、というべきであらう。この点については、乙説が十分成立しうるが、かかる解釈は、皇室典範二一条の規定を見ない(あえて存在しないものとして想定することによって、はじめて有効になしうるものといえよう)。

(25) たとえば、△かりに客観訴訟を司法部門に設けるのであれば、それを司法作用にふさわしいものとすべし▽という命題(注(72)参照)や、△かりに下級裁判所裁判官につきキャリア・システムを採用するのであれば、裁判官は原則として再任すべし▽という命題(野中俊彦「下級裁判所裁判官の再任制度」前掲『憲法学』6「一〇四頁以下、一一二—一一三頁の見解は、この命題を説くものとして捉え直すことができよう」)が、あげられる。

三 基本的枠組の提示

(一) 法的拘束力の有無

本稿の考察対象としての憲法的規範は、一方で、法的拘束力をもつ規範ともたない規範、他方で、客観法規範と人權規範とにそれぞれ二分することが可能である。⁽²⁶⁾ まず、法的拘束力の有無の問題につき検討することにしよう。

国家行為などが当該憲法的規範に違反した場合にそれが論理的に違憲と觀念されうるような憲法的規範のうち、その場合に実際に違憲となるのが法的拘束力をもつ規範、違憲とならないのが法的拘束力をもたない規範である。前者は憲法上の法規範（ないし単に法規範）、後者はプログラム規範と呼ぶことができよう（なお、ここでいうプログラム規範とは區別されるプログラム規定の概念については、四(一)(2)で後述する）。たとえば、二五条一項の主たる生存権規範は、それに対する違反が違憲となるのであれば憲法上の法規範、違憲とならない（政治的努力義務への違反となるにとどまる）のであればプログラム規範としての性格をもつことになる。⁽²⁸⁾

もつとも、ある規範が法的拘束力をもたないということは、それが法的意味を有しないということと同義ではない。法的拘束力のない憲法的規範であっても、憲法解釈の基準（三(三)(2)で後述）としての意義を担うことがありうる。

とまれ、法的拘束力をもつか否か、憲法上の法規範かプログラム規範かは二者択一であり、両者の間に八ある程度の法的拘束力をもつVといった範疇は存しない。別言すれば、法規範性については、有か無かが問題になるにとどまり、濃厚か稀薄かを語るになじまない。⁽²⁹⁾ このことは、法的拘束力のある規範に対する違反は違憲であるが、プログラム規範に対する違反は違憲になりえないこと、そして違憲か否かは二者択一であることに対応している（とくに、八……するべきであるVという形の規範についていえば、それが法的拘束力をもつ場合には当該規範の指示するところは憲法上の要請であるが、そうでない場合には憲法上の要請でないということ、そして憲法上の要請か否かは二者択一であることに対応している）。

ただ、憲法上の要請か否かという平面とは異なった次元に八憲法上望ましいVという概念が成立するのに対応し

て、法的拘束力のある規範とない規範とが区別される平面とは別の次元で、何が憲法上望ましいかを指示する規範を觀念することができる。それは、憲法理念上の規範と呼ぶことができよう。この憲法理念上の規範なるものは、嚴格憲法解積論の枠組で觀察するとプログラム規範の中に解消されてしまうものであること、いうまでもない。

これまでの学説にあって、九二条の「地方自治の本旨」は(イ)Norm(規範)としての側面と(ロ)Leitbild(指導理念)としての側面とをもつ、と論じられたり、また、二五条の生存権には(イ)「法的権利としての意味」と(ロ)「綱領的意味」がある、と説明されたりしてきたが、かかる(イ)と(ロ)の区別こそ、筆者のいう憲法上の法規範と憲法理念上の法規範(プログラム規範)の区別に相当するものである。⁽³¹⁾本稿の枠組では、△ある憲法規定は(イ)と(ロ)の側面(意味)をもつ▽、と言うかわりに、△ある憲法規定は、法的拘束力をもつ憲法的規範と法的拘束力をもたないそれとを内容とする▽、と説かれることになる。なお、同一の規範(たとえば二五条の主たる生存権規範)が憲法上の法規範であると同時にプログラム規範である(憲法上の法規範でない)ということ、当然のことながら論理的にありえない。

さて、ある憲法的規範がプログラム規範ではなく法規範であるといえるためには、(イ)それが憲法規定の文言上もしくは解積論上「明確な規範内容をもつ」⁽³⁴⁾ことないし「明確で特定化しうる内実をもつ」⁽³⁵⁾こと、および、(ロ)当該憲法規定の文言や趣旨からみて、また事柄の性質上、法規範とするにじままないものではないこと、という二つの条件が満たされることが必要であると思われる。⁽³⁶⁾たとえば、一五条一項に示される国民の公務員罷免請求権(そのうち、七九条二項・三項に定められる最高裁判所裁判官国民審査にかかるもの以外のもの)や、二七条一項後段の一つの内容とする、△国は国民の勤労の義務を担保する法制度を設けるべきである▽といった規範は、プログラム規範として位置づけられるべきであるが、⁽³⁷⁾それは右の(ロ)の条件を満足させないからである。また、一五条二項から導かれる△公務員

を全体の奉仕者とするにふさわしい公務員制度を設けるべし」といふ憲法的規範は、規範内容が不明確であるとすればプログラム規範、明確であるとすれば法規範として捉えられることになる。⁽³⁹⁾さらに、平和的生存権についても、「憲法前文の……：…文言から直ちに、これを実定法上の基本権として、法的権利性を認めることには困難がある」、⁽⁴⁰⁾といふべきであり、それが憲法上の法規範といえるかについては、前述の(イ)および(ロ)の基準に照らして慎重に吟味されなければならないといえよう。⁽⁴¹⁾問題は二五条であるが、私見によれば、一項の「健康で文化的な最低限度の生活」の内容は、特定の時および場所におけるものとしては、理論的に確定できるものであり、⁽⁴²⁾よって、一項の主たる生存権規範は明確な規範内容をもつ憲法上の法規範として捉えられるべきであるが、これに対して、二項に示される八国は、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」といふ規範は、その傍点箇所文言(ないし規範内容の不明確性——何をもつて八国に努めたべし)といえるのかははっきりしない——)からみて、国の努力義務を示したプログラム規範として位置づけられるべきである(なお、限られた局面においては、二項からも法規範が導かれうるという点については、四(七)の末尾で後述する)。このように説くことが、ある種の一項・二項区分論の主張を意味すること、⁽⁴³⁾もちろんである。とまれ、二五条は、生存権の中核部分についての憲法上の法規範と周辺部分についてのプログラム規範とからなる、と説かれるべきであらう。⁽⁴⁴⁾二七条一項の勤労権、二六条一項の教育を受ける権利や、情報公開請求権(それは、私見によれば、憲法一三条を前文・一条後段の国民主権原則や二一条一項の趣旨に照らして解釈すると導き出される)⁽⁴⁵⁾についても、原理的・理論的には、権利の中核領域にかかる憲法的規範は法的拘束力をもつが、権利の周辺領域の規範は法的拘束力をもたない、と論じられるべきであらう。⁽⁴⁶⁾

(26) なお、筆者は、拙稿「社会権の法的性格論の歴史的分析——ドイツ基本権論史の一考察——(二・完)」法律時報五三卷一〇号(一九八一)一〇五頁以下、一一五頁においても、——本稿とは問題視角が若干異なるが——「ドイツの公法理論史においては、基本権の法的性格に関しては、一方で、主観的権利を認めた規定か否か、他方で、現実的効力(本稿にいう法的拘束力に相当する)をもった規定か否か、という二つの問題を軸に議論が展開されてきたといえる」、という指摘をしておいた。

(27) なお、前掲『注釈日本国憲法・上巻』五〇頁「樋口執筆」においては、「憲法の法源」といわれる場合の「憲法」は、「憲法適合性判断(裁判的方法によるものであれ、そうでない場合であれ)の基準たるべきものとされている規範——すなわち、それに照らして他の諸規範の合憲・違憲が判定される基準とされている規範——」である旨説かれているが(傍点樋口)、これは、本稿のいう憲法上の法規範に相当するものといつてよからう。

(28) なお、戦後初期の生存権プログラム規定説の代表的主張者として捉えられたりする論者も、国家が生存権実現のために必要な立法や施設設立を行なわないときは、その怠慢は憲法違反だとしても、裁判所の法令審査権では是正しえない(我妻栄『民法研究Ⅷ』(有斐閣、一九七〇)八五頁、法学協会『註解日本国憲法』(有斐閣、一九五三)四八八頁)、としていたのであり、これは、社会権たる生存権の規範が憲法上の法規範である可能性を認めたものとして位置づけ直すことができよう。なお、当該憲法規定にかかる違憲を裁判所の法令審査権では是正しえないということは、それが憲法上の法規範であることとの妨げにならない(三(二)(2)の中で後述)。

(29) なお、伊藤正己『憲法』(弘文堂、一九八二)八八頁によると、「日本国憲法の諸規定はその規範の性質を均一にするものではなく、いくつかの質の異なる規範によって憲法が構成されている。きわめて大略に分ければ、法規範性の稀薄な一種の宣言たる規定、規範性は有するが、裁判による強制を前提としない政治的な規範、国の政策の方向を指示するもので、これを補充する立法や措置をまっして裁判規範性をもつこととなるプログラム規定、憲法の規定そのものが具体的な裁判規範性をもつものに分類できよう」と論じられ(さらに同・前掲論文(注3)六—八頁参照)、また、「憲法」前文は規範的性格の稀薄な文章である」とされる(同『憲法』五七頁)。たしかに、右のような分類も可能であろうが、この点は、本稿の立場からは、憲法規定は法的拘束力のある規定とない規定とに(正確にいえば、法的拘束力のある憲法的規範を直接引き出しうる規定とそうでない規定とに)二分される、と説明すべきことになる。また、右の二つの引用文における八法規範性の稀薄な規定Vといった表現については、それは八憲法解釈の基準となるにとどまる規定Vという意味で語られたものと思われ(伊藤・前掲

論文(注(3))六頁、同『憲法』五七頁参照)、よって、筆者の(本注に対応する本文の)立場から異議をさしはさむべき性格のものではない、というべきであろう(法規範という語を本稿(三)(1))とは異なった形に概念規定すれば、その稀薄性を語るに親しむものになる)。

(30) 成田頼明「地方自治の保障」前掲『日本国憲法体系第五卷』一三五頁以下、二八八頁。

(31) 芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』(有斐閣、一九八一)三四六―三四八頁〔中村睦男執筆〕、前掲『注釈日本国憲法上巻』五七九―五八〇頁〔中村執筆〕、さらに、中村睦男『社会権の解釈』(有斐閣、一九八三)三二頁、五七頁参照。また、山下健次「社会権の法的性格」ジュリスト五〇〇号(一九七二)六九頁以下、七三頁も、「生存権に対して」一方では、固有のプログラム性を認めつつ、同時に、法的性格の最大限の伸張をはかる必要がある」と論じている。さらに、注(120)をみよ。

(32) そのほかに、松本昌悦「環境権」前掲『憲法学3』七七頁以下、七八頁によると、「環境権は、健康で快適な環境保全のための対策を促す綱領的性格をもつと同時に、より具体的な法的権利性をもつ」とされる。さらに、注(46)をみよ。

(33) なお、和田鶴藏『日本国憲法の平等原理』(三和書房、一九七二)六六八頁は、「憲法規範というものは、法規範の最高性であるばかりでなく、政治規範であり、教育規範であり、道徳規範の最高性でもある」と説いているが、そこにいわれる「政治規範」などは、本稿のいうプログラム規範の意義を担うものというべきか。

(34) 大須賀明『生存権論』(日本評論社、一九八四)一〇一頁、一五五頁、二一八頁。この書での叙述の文脈をも含めて正確に引用し直すと、「憲法二五条、二六条一項および二七条は」その権利主体、権利内容、規範の名宛人において合理的にかつ客観的に確定可能で明確な規範内容をもっている」となる。

(35) 前掲『注釈日本国憲法・上巻』二三七頁〔佐藤幸治執筆〕。ただし、それは、背景的権利(注(52)参照)が法的権利としての地位を取得するための条件を述べる文脈でいわれたものである。さらに、佐藤幸治・前掲『憲法』二七八頁参照。なお、同三一六頁においては、「権利はその内実が明確で同質的であることを本来の性質とする」と論じられている。

(36) なお、大須賀・前掲『生存権論』八八頁によると、「およそ国の最高規範としての法的効力を与えられ……ている人権宣言の部分において法定されている条項が、単なる訓示的・道徳的なものにすぎず法的効力をもたないとするものは、まずその根拠をそれが反論を許さないほど明確に立証すべきである。まさに『およそ法律規定には法的効果を伴うのが原則であるから、例外として訓示的規定たることを主張するものは、その根拠を立証すべきである』のである」とされる。このような説き方の当否については、ここでは見解を留保するが、いずれにせよ、ある規定が訓示的規定であるといえるための要件を指摘

することの方が、より重要なものではなからうか。

(37) 公務員罷免請求権はプログラム規範であるとする点については、有権者の国会議員罷免請求権を認めるべしとする立場(杉原泰雄「国民主権と国民代表制の關係」前掲『憲法学』4「六三頁以下、七九頁」)からの批判が予想されよう。が、国会議員罷免請求の制度を設けることを憲法は禁止していないと語る(杉原・前掲のほか、清水陸ほか『憲法講義』1 総論・統治機構「有斐閣、一九七九」一一二頁(『清水執筆』)ことは、一五条一項の罷免請求権をプログラム規範として捉えることの論理的な障害にならないというべきであろう(それは、社会保障制度を設けることを憲法は禁止しないと説くことが、二五条はプログラム規定であると論じることの妨げにならないのと同じである)。罷免請求制度の設立は憲法上の要請であると主張してはじめて、罷免請求権プログラム規範説に対する反対を表明したことになる、というべきなのである。

(38) 勤労の義務の法的性格については、注(10)および(13)をみよ。

(39) なお、菅野和夫「国家公務員の団体協約締結権否定の合憲性問題」『久保敬治教授還暦記念・労働組合法の理論課題』(世界思想社、一九八〇)一三〇頁以下、一四〇—一四一頁によると、「憲法一五条二項の規定は」、公務員は国民に対し公正で(民主的で)能率的な公務(行政サービス)を提供すべしとの、民主的公務員制度の要請を表現しているといえる」とされる。

(40) 小林・前掲『憲法講義・上』一八九頁。

(41) 平和的生存権の位置づけについては、ここでは立ち入る余裕はない。この問題を論じた数多く文献の中で、筆者がとくに推奨するのは、大須賀明ほか『憲法講義』2 基本的人権「有斐閣、一九七九」三三五—三四四頁(『横田耕一執筆』)の叙述である。そこでは、「平和的生存権」の根拠規定・主体・具体的権利内容のいずれについても、必ずしも説得力ある理論が打ち出されているとは言い難い。「従来の人権を操作することによって処理できるならば、あえて苦勞して新しい人権を主張する意味はない」、さらには、「平和的生存権」自体の意味内容の限定化ないし抑制が必要である」という指摘がなされている(同三四四頁)。

(42) 注(17)参照。

(43) 二五条一項・二項区分論に対して、簡単な検討を施しておくことにしよう(この点につき、詳細な考察を行なったものとして、鳥居喜代和「年金訴訟における憲法二五条論の動向」立命館法学一五九・一六〇号(一九八二)六七六頁以下参照)。

区分論は、通常、一項は救貧施策（生活保護）、二項は防貧施策（生活保護以外の社会保障）に関わると説いている（典型的区分論）。が、それは、一項は最低限度の生活、二項はより豊かな生活に関わるとするもの（非典型的区分論）として語ることもできよう。筆者は、一般論としては、非典型的区分論を主張しようとするものである（ただし、この点にかかる私見は、各論次元では、典型的区分論に近いものとなる。自治研究六二巻六号（一九八六）掲載予定の拙評の注（7）をみよ）。区分論は、本来社会保障学者の側で提起されていたものであるが（端的には、西原道雄「生存権保障の系統と生活保護基準」（一九六四）大須賀明編『生存権』（三省堂、一九七七）一三七頁以下、一四三頁注（5）、体系的な形では、萩井常喜『社会保障法』（総合労働研究所、一九七二）八三―九七頁、さらに、同「生存権保障の二重構造的把握について」、『有泉亭先生古稀記念・労働法の解釈理論』（有斐閣、一九七六）五二四頁以下）、それが脚光を浴びたのは、堀木訴訟控訴審判決（大阪高判昭五〇・一・一〇行集二六巻二〇・一一号二六八頁）を契機にしてであった。この判決は、典型的区分論をとりつつ、二項の場合は一項の場合と異なり広汎な立法裁量が認められる旨説いていた。

かかる判旨に代表される区分論に対して、学説は、概して、一項と二項を一体的に捉えるべしとする見地から、異議を唱えてきたが（詳細な批判として、佐藤功『統憲法問題を考える』（日本評論社、一九八三）一八―一九頁、そのほかに、角田豊「堀木訴訟第二審判決」ジュリスト六一五号（昭和五〇年度重要判例解説）（一九七六）一八頁以下、小林直樹『憲法判断の原理・下巻』（日本評論社、一九七八）四六―四七頁、芦部信喜『憲法の焦点1』（有斐閣、一九八四）七五頁、大須賀・前掲『生存権論』二五七頁、浦部・前掲書（注（20））二三三頁、二四八―二四九頁、中村・注（19）所掲など）、そこでは、区分論への批判として、とくに、(イ)憲法二五条の制定過程からは区分論は帰結しえない、(ロ)生活保護が二項の「社会保障」に含まれないのは不合理である、といった指摘がなされてきた。が、(イ)については、制憲過程や制憲者意思は憲法解釈論の決め手になるものではない、と反論することができるし、(ロ)については、それは非典型的区分論への批判としては妥当しないのもちろんであるが、典型的区分論の立場からも、一項は生活保護による最低限度の生活保障、二項は生活保護を含む社会保障の増進・向上をそれぞれ内容とするものであると説き直すことにより、批判をかわすことが可能である。

それでは、区分論の積極的根拠はどこにあるのであろうか。それは、何よりも一項と二項の文言の違いである。一項は、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」と規定しているのに対し、二項は、「国は……向上及び増進に努めなければならない」と謳っているにとどまる。文理解釈するかぎり、一項の権利と二項の義務は、正確な対応関係にあるとはいえない。二項に対応する権利は、社会保障などの向上・増進に向けられた国の努力を要求する権利となるからである。実際、「人間に

値すべき生存」の基準を高めるよう努力することがまさに二五条により國に課せられた責務なのであり、國民はそれを要求しうる『権利』を有するのである」と説く学説が存する(佐藤・前掲『統憲法問題を考える』一四四頁)。この言明が、そこにいう「……要求しうる『権利』こそ一項の内容をなすものであるという趣旨のものなのかは、必ずしもはっきりしないが、かりにそうだとすると、それは、一項の法的権利性をあいまいにするものというべきであろう。また、浦部・前掲書(注(20))二四九頁は、二五条一項・二項一体論をとりつつ、「二五条一項の保障する生存権は、『健康で文化的な最低限度の生活』の確保を文字どおり最低限度とし、より健康でより文化的な、生活水準の向上を、不断に追求する権利である」(傍点浦部)、と論じている。しかし、「不断に追求する権利」なるものを語ることは、二五条の権利内容を不明確なものにすることになるのではなからうか。

なお、憲法二五条の制定過程を根拠に、「一項の『健康で文化的な最低限度の生活を営む権利』という文字は、……むしろ『人間に値する健康で文化的な生活を営む権利』というにひとしく、むしろ『最低限度』という文字は敢えて加える必要もなかったと解すべきではないか」と論じられることもある(佐藤・前掲『統憲法問題を考える』一四三頁、さらに一三七―三八頁参照)。しかし、一項に「最低限度」という文言が存する以上、憲法解釈論としては、それを無視するわけにはいかないであらう。いや、この文言こそ、一項の規範内容の確定性の主張やプログラム規定説批判のための有力な根拠となるものであり(奥貴雄『生存権の法的性質論』(東京新有堂、一九八五)二六六頁、浦田一郎『生存権』大須賀明ほか編『憲法判例の研究』(敬文堂、一九八二)三三三頁以下、三六三頁参照)、その意味で重要なものといふべきなのである。

そのほかに、区分論の利点としては、次のことがあげられる。それは、一項は、最低限度の生活を脅す課税からの自由などを内容とする自由権としての生存権をも含んでいると解すべきであるが、その対応物は二項には見出しがたいのであるから、この点は区分論によった方が合理的に説明できるということである。

なお、区分論に好意的な憲法学説としては、佐藤幸治・前掲『憲法』四二二頁、四二四頁、および大須賀ほか・前掲『憲法講義2』二四六―二四八頁(藤井俊夫執筆)が注目される(そのうち前者においては、「二項に対応する」(四二二頁)、とされ、後者では、一項の『生存権』と違って、政治部門の政策的判断に委ねられる度合が強い」(四二二頁)、とされ、また、後者では、「二項については」抽象的権利性ないしはプログラム性を否定できない」(二四六頁)、と説かれている)。

(44) なお、注(31)およびそれに対応する本文をみよ。

(45) かかる説き方は、一三条の幸福追求権は給付（作為）請求権的権利を含むとする理解を前提としている。この点については、拙稿「幸福追求権の性格と範囲」受験新報昭和六一年四月号一四〇頁以下、一四二—一四三頁を参照されたい。

(46) 大須賀・前掲『生存権論』二二四—二二六頁は、二七条一項に關し、「勤労権の権利内容の最低限度」と「勤労権の保障がその前提において内包する政策的命題」とを区別すべき旨説き、また、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人權(2)』三七二頁（奥平康弘執筆）は、二六条一項につき、「教育を受ける権利」は、教育というものの本質に照らし、「教育の自由」をはじめとした憲法により保障されるべき中核の部分と、政策考慮を反映した法律によってはじめて具体化される部分との、二つの部分をもつ」と論じているが、これらは、ともに、本稿の主張と軌を一にするものといえよう。

(二) 客観法規範と人權規範

(1) 他方、憲法的規範は、客観法規範と人權規範に分けることができる。そして、それぞれにつき憲法上の法規範とプログラム規範の区別を語る事が可能である。

憲法学においては、客観法規範の語は、(イ)法的拘束力をもつそれ、(ロ)法的拘束力をもたないそれ（政治的指針たる客観法原則）、(ハ)右の(イ)と(ロ)の双方、の三つの意味で用いられる⁽⁴⁷⁾。また、人權規範の語についても、前述の(イ)と(ロ)に対応した区別が語りうる。法的拘束力をもつ人權規範は、それに対する違反が違憲となるような権利であり、憲法上の法的権利（ないし単に法的権利）と呼ぶことができる⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾。他方、法的拘束力のない人權規範は、「綱領的権利」もしくは「プログラムの権利」と呼ぶことができる⁽⁵⁰⁾。なお、綱領的権利に対して「憲法上の権利」という称号を与えるのも、用語の問題として自由であるが、厳格憲法解釈論の立場からは、その場合、「憲法上の」という形容句は、言葉の飾り以上の意味をもたない、と評されるべきことにならう（かりにそこまでいわないとしても、「憲法理念上の権利」と表現した方が妥当である、と論じることができよう）。

その点はさておき、客観法規範と人権規範の区別が重要な意味をもつのは、——すぐ後に(三)(2)で——述べるように——法的拘束力のある規範についてである(プログラム規範については両者の区別を語ってもあまり意味がない)といふべきであり、以下、ここ(三)(2)での叙述においては、法規範たる客観法規範と人権規範を問題にすることに

する。

法的拘束力のある規範は、(a)客観法規範と(b)人権規範に二分されるが、両者は、厳密には、それぞれ(a')単に客観法にとどまる規範、(b')客観法であるのみならず人権としての性格をもつ規範として表現されるべきである。人権たる規範は、すべて、人権を保障すべし(侵害すべからず)√という規範を国家に課すものであり、国家が守らなければならぬ客観法たる規範としての性格をも有する、と解すべきだからである。⁵⁴⁾本稿では、便宜上、前述の(a')および(b')の意味でそれぞれ客観法規範および人権規範の語を用いることにしたい。

(2) ここで、一方において、表現の自由を示す規範が人権規範としての性格をもつこと、他方で、統治機構領域の規範の多くが客観法規範に属すること(一例をあげれば、七三条三号の規定から、条約締結に際して国会の承認を得るよう内閣に求める国民の人権は導き出しえないこと)については、おそらく異論は生じまい。しかし、すべての憲法的規範が客観法規範か人権規範かという枠組で捉えきれるとする点に関しては、疑問もありえよう。とくに、平和主義や政教分離などの分野では、客観法規範は人権規範と密接な関係をもっているのであるから、両者の区別を語るの(55)は問題ではないか、あるいは、そこでは両者の違いが相対的・流動的になるのではないか、といった批判があるかもしれない。しかし、さしあたっては、この点につき、深い連関があるからこそ二つのものの区別をあえて示す意義があるということ、そして、客観法規範、人権規範のいずれに属するのかが實際上判定しにくいものがありうる^(55a)とい

うことは、両者の理論的區別を語ることの妨げにならないということを描しておけば十分であろう。

さて、違憲の態様については、抽象的違憲と具体的違憲の區別を觀念することができよう。前者は、違憲の法令（一般的・抽象的な性格をもつ法令）が定立された——違憲のいわば抽象的國家行為がなされた——にとどまる場合（不作為の場合も含む）、後者は、違憲の具体的國家行為——それは多くの場合法令の執行という形をとる——がなされた場合（同様に不作為の場合も含む）にそれぞれ関わるものである。たとえば、——ここでは税関検査は違憲であるとする——税関検査の制度を定める法令は抽象的違憲であるが、特定人に対しての税関検査の実施は具体的違憲である、と論じられるべきことになる。⁽⁵⁶⁾ 人權規範についての具体的違憲は、通常人權侵害と呼ばれるものに相当する。そこで、客観法規範と人權規範の區別の仕方についてであるが、それを一言でいえば、当該規範にかかる具体的違憲の行為（不作為を含む）がなされた場合に特定の（諸）個人が自己の利益を直接害される、といえるような法規範が人權規範であり、そういえないような法規範が客観法規範である、ということになる。ある憲法上の法規範が客観法規範ではなく人權規範であるといえるためには、それにかかる具体的違憲があった場合に、ある特定の一個人ないし相当明確な範囲の諸個人が害を受け、かつ、その害が国民全体の一般的・抽象的利益についてのものにすぎないのではなく、当該（諸）個人の個別的・具体的利益にかかるといえるものである、といえなければならないのである。先にあげた例を使つていえば、条約締結についての国会の承認を求めるところを内容とする国民の要求は、統治機構の一般的利益に関わるものであるから——また、国会の承認を無視ないし省略した条約締結がなされても、そのこと自体によつて特定の（諸）個人が具体的な被害を蒙るとはいえないのであるから——、人權としては位置づけえないことにな（る）（もしも、あえてそれを人權として構成しようとするなら、国会の承認という手続を踏まないという不作為によつ

て、約一億二千万人の人権がいっせいに侵害された、と論じざるをえなくなろう。かりに、かかる場合にも人権を語るのだとしたら、それは、人権の内容を著しく稀薄化させるものというべきであろう。

私見によれば、政教分離原則を内容とする規範については、それを人権規範としてではなく、客観法規範として理解するのが妥当であり、また、一四条論に関しては、あるグループのうちごく一部の者が優遇された場合は、客観法規範への違反があるにとどまり、人権侵害は存しない、と解すべきであるが、かかる捉え方も、右の点に関わっている。たとえば、首相が靖国神社に公式参拝し、また、特権を伴った栄典を受けた場合、それを客観法規範（二〇条三項、一四条三項）に違反したものとして違憲になると捉えるだけでなく、人権侵害であると主張する者は、その際一体誰の人権が侵害されたというのであろうか（首相一人の行為によって国家の全構成員の人権が侵害されたことになるのであろうか）。このように考えると、軍備の不保持ないし廃絶を求める人権を観念しうるか、という点についての回答もおのずと明らかになろう。

とまれ、客観法規範と人権規範を区別することの意義は、まずは、講学上の認識の整序（憲法的規範の内容的分類）を行なうにあるといえる。それでは、右の両者のうちいずれであるかによって異なった法的帰結が論理必然的に出てくるといえるのであろうか。この点については、人権侵害の場合には主観訴訟における原告適格（訴えの利益）のテストをパスさせることができるが、客観法規範にかかる具体的違憲の場合にはそれができなくなる、と語ることもしかないではない。が、それは、原告適格という法律上（非憲法上）の制度の意義についての立言であり、厳格憲法解釈論の地平からは発言しにくい領域に関わる事柄であるので、ここでは度外視する。

さて、一般的にいえば、ある国家行為などが違憲であるかということと、それが裁判上確実に是正ないし確認しう

るような違憲（より正確に表現すれば、当該違憲を裁判的に是正・確認する道を設けることが憲法上要請されているといえるような違憲）であるかということは、論理的に別個の問題である。⁽⁶²⁾ このことは、とくに、抽象的違憲の場合や統治機構規定に関わる具体的違憲の場合を考えれば、よく理解されよう。のみならず、人権規範に関しても、たとえば立法不作為による人権侵害は違憲であるが、それは裁判によって是正されるという保障の与えられていないものである、と説く立場が論理的には成立する。⁽⁶³⁾ そのことを承認したうえで、筆者自身としては、人権規範の場合には、それに関わる具体的違憲を是正する⁽⁶⁴⁾ために必要不可欠な訴訟手段を利用できるようにすることが憲法上の要請になる、とする見解をとっておきたい。そして、このことは客観法規範の場合には妥当せず（憲法上の要請とはならず）、この点で客観法規範と人権規範とは実践的帰結との関係においても理論的に区別される、と主張しておきたい。⁽⁶⁵⁾

敷衍して述べればこうである。議員定数不均衡訴訟についての昭五一・四・一四最高裁大法廷決は、「およそ国民の基本的権利を侵害する国政行為に対しては、できるだけその是正、救済の道が開かれるべき」ことが「憲法上の要請」である旨述べていたが、⁽⁶⁶⁾この判旨は、学説によって好意的に援用される⁽⁶⁷⁾ところとなっている。まさに、「およそ人権侵害に対しては、それを救済する訴訟法上の道筋が必ず設けられていなければならないはずであり、そのことは憲法三二条の『裁判を受ける権利』ならびに憲法七六条、八一条の違憲審査規定の要請しているところである」、⁽⁶⁸⁾というべきなのである。「憲法上の実体的基本権（自由権・社会権・参政権）は、基本権の裁判による実効的保護を保障した憲法三二条『裁判を受ける権利』（手続的基本権）と合わせ読めば、すべて訴権性を有する実体的請求権である」、⁽⁶⁹⁾ともいえる。ところで、このようにして（人権規範にかかるとは異なる）具体的違憲に対する裁判的是正が憲法上要請されるVとする命題を語る見解が、その反対解釈によって導き出される、（客観法規範にかかると異なる）具体的違憲に対する

裁判的是正は憲法上要請されているわけではない、必ずしも明らかではないが、それを承認する学説もかなり含まれているのではないかと推測される。私見の立場は、まさに、後者の命題を承認しようとするものなのである。このような捉え方は、憲法違反の主張を行なって訴えを提起する訴訟（よって、ここでは刑事裁判は眼中におかれぬ）の憲法解釈的位置づけについての次のような理解に立脚している。すなわち、憲法が要請しているのは、人権侵害を是正するために必要不可欠な主観訴訟を、立法府や行政府の権限を侵さない限度で、三二条にいわれる「裁判」、七六条の「司法」および七六条・八一条にかかる違憲審査制の内容として取り込むことであり、かつ、それにとどまるのであって、それ以上の訴訟手段（客観法規範にかかる具体的違憲を是正するためのいわば具体的客観訴訟や、抽象的違憲を裁判的統制に服させるための典型的な抽象的違憲審査制）については、その採用・制度化を憲法が一定の限度内で許容しているにとどまる、⁽⁷¹⁾ということである。この立場からは、客観法規範に対する違反の是正を確実に可能にさせる手段としての客観訴訟を認めることは、憲法上の要請ではない、と説かれるべきことになる。⁽⁷²⁾また、主観訴訟において客観法規範にかかる違憲の争点を提起する適格を一切否認するような違憲審査制の採用も、憲法の禁止するところではない、と解することができよう。⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾⁽⁷⁵⁾

それでは、立法ないし立法不作為に対する違憲確認訴訟については、右の文脈でいわれる憲法上の要請たる主観訴訟との関わりで、どのような位置づけが与えられるべきであろうか。この点については、筆者としては、立法（不作為）違憲確認訴訟は、それを設けないかぎり人権侵害が確実に是正されえないという場合、⁽⁷⁶⁾⁽⁷⁷⁾かきりある場合に対処すべくそれを認めることが憲法上の要請になる、とする見解をとっておきたい。よって、ここで問題になる立法（不作為）違憲確認訴訟は、具体的な人権侵害があつてはじめて訴えの提起が可能となるものであるという

意味において、付随的審査制の枠内でも認められるものといふべきであり、あくまでも主観訴訟の一員である。⁽⁷⁸⁾

(47) 平等原則の法的性格づけに關し、川添利幸「平等原則と平等権」公法研究四五号（一九八三）一頁以下、二頁が「國家機關、とりわけ立法機關のがわを拘束する客観的な平等原則規範」と言い、前掲『注釈日本國憲法・上巻』三二〇頁〔蒲部執筆〕が「國政全般を直接拘束する法規範としての原則」と語るの、明らかに(イ)に相当するものである。また、芦部編・前掲『憲法Ⅱ人權(1)』二二四頁〔阿部照哉執筆〕における「國政の指針を定めた客観的な法原則」という言葉は、その(ロ)を示唆する表現にもかかわらず、(イ)の意味で語られたものとして捉えられるべきであろう（この言葉は、吉田善明・中村睦男編『憲法〔新版〕』（日本評論社、一九八三）八二頁〔初宿正典執筆〕においては、(ロ)の意味で使われているように思われる）。さらに、平等原則を離れていえば、芦部編・前掲『憲法Ⅱ人權(1)』一三四頁〔種谷春洋執筆〕が、一三条の幸福追求権についての初期の學說を位置づける文脈でいう「客観的な法規範」は、(ロ)ないし(イ)の用例といふべきであろう。

(48) たとえば、前掲『注釈日本國憲法・上巻』二三五頁〔佐藤幸治執筆〕にいわれる『法的權利』としての『基本的人權』が、これに当たる。

(49) 浦部・前掲書（注(20)）一六四頁によると、「それ（当該權利）を保障する法的義務への」違反に対して違憲といふ法的評価を可能とする（ような）權利は、法的權利以外の何物でもない（傍点浦部）、とされるが、この説き方は、本稿筆者の見解と軌を一にするものといえよう。

(50) 環境権についての學說を分類する文脈において「綱領的權利説」の語が使われたりする（たとえば吉田・中村編・前掲『憲法』一五三頁〔松本昌悦執筆〕）。

(51) この語の用例として、大須賀・前掲『生存權論』一二七頁。

(52) 佐藤幸治教授のいわれる「背景的權利としての人權」——それは「それぞれの時代の人間存在にかかわる要請に応じて種々主張されるもので、……実定法的權利として的人權を生み出す母体として機能する」ものであるとされる（佐藤・前掲『憲法』二七八頁、さらに前掲『注釈日本國憲法・上巻』二二六―二二七頁〔佐藤執筆〕参照）——は、本稿とはやや異なった視点点に基づく概念であると思われるが、おそらく、本稿にいう法的拘束力のない人權規範に一応相当するものといえよう。大体

同様のことは、「理念上の権利」という言葉についてもいえよう（この語は、たとえば、芦部信喜「憲法の基本原理」月刊法学教室四九号（一九八四）四七頁以下、五一頁において、平和的生存権の性格を説明する文脈で使われている。さらに、注(53)の後段部分を見よ）。

(53) たとえば、名古屋地判昭五五・九・一一判例時報九七六号四〇頁(三五六頁)によると、「環境権は……憲法一三条、二五条などに依拠して成立しようとしても、これらの規定は、憲法上の綱領的、性格を有する権利にとどま(る)」（傍点内野）、とされる。また、芦部・前掲『憲法の焦点I』九三頁においては、「憲法二五条なり、……一三条なりで環境権が認められるとする説が有力(であり)、……その限りでは環境権を憲法上の権利として構成できる……。しかし、環境権は抽象的・理念的な権利(である)」（傍点内野）、と説かれている。

(54) 抱喜久雄「非列拳基本的人権の保障根拠としての一三条前段について」法と政治三一巻一号（一九八〇）六三頁以下（とりわけ九五頁、九七頁、一〇〇頁）は、一三条前段は「個人として尊重される権利」を保障する規定であり、同条後段は「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」に対する国家の尊重義務（法的義務）を定めた規定である、とする新たな解釈論的問題提起を試みるものとして興味深い。ここでは、一三条前段は人権規範、後段は客観法規範をそれぞれ内容とするものとして捉えられていることになろう。しかし、かかる理解は、すべての人権規範は同時に客観法たる規範としての性格をもつものであるとする筆者の（本文中で示した）見地からは、疑問とされるべきことになろう。

(55) たとえば、深瀬忠一「憲法の平和主義と第九条の解釈について」（一九七三）同編『戦争の放棄』（三省堂、一九七七）二五三頁以下、二五七頁によると、『平和的生存権』の憲法規範的構造と性格は、憲法の平和主義の客観的制度の側面（第二章、九条の戦争放棄・軍備不保持）と主観的権利の側面（第三章の平和に徹した諸基本的人権）の統合的理解を明確ならしめる（傍点深瀬）、とされる。また、長沼ナイキ基地訴訟控訴審判決（札幌高判昭五一・八・五行集二七巻八号一一七五頁）について、それが「国家統治機構の問題と人権保障の問題とをきれいに分断している」点が論難されている（新井章ほか「座談会・長沼訴訟控訴審判決をめぐって」法律時報四八巻一一号（一九七六）五八頁以下、六五頁における和田英夫発言）。

(55a) 注(57)および(58)をみよ。

(56) ここにいう抽象的違憲と具体的違憲の間、あるいは抽象的國家行為と具体的國家行為の間に実際上線を引きにくい場合がありうるのではないか、との指摘も生じよう。が、両者の理論上の区別は十分可能であり、のみならず、それは、かりに、抽

象的國家行為を對象とする典型的な抽象的違憲審査は憲法上禁止されるとする立場（注（71）参照）に立った場合には、実践的にも意味がある、とされるべきことにならう。

(57) 戸波江二「政教分離原則の法的性格」『芦部信喜先生還暦記念・憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、一九八五）五二五頁以下、五四一―五四二頁、五四九頁。人權説の紹介および批判についても、戸波論文の叙述に譲る。もっとも、政教分離原則は特定の者との関係では人權の問題と考へてもよいとする学説（いわば部分的人權説）（奥平康弘「憲法の学習と解釈」受験新報昭和六一年新年号六四頁以下、七六―七七頁）は、魅力的であるが、しかし、この場合も宗教的人格権の問題として処理すればたりのではなからうか。その際、宗教的人格権の概念は、たとえば自衛官合祀訴訟（山口地判昭五四・三・二二判例時報九二一―四四頁（六八―六九頁）、広島高判昭五七・六・一判例時報一〇四六号三頁）で使用されたそれに示されるように、かなり限定的に用いられる必要がある。宗教的人格権の範囲を拡大すると、その権利の内実とする利益が稀薄化されるからである。たとえば、△首相の靖国神社公式参拝により、神道以外の宗教を信仰するすべての者の宗教的人格権が侵害されたこととなる、△という形での宗教的人格権の援用が妥当かは、大いに疑問である。なお、宗教的人格権の概念を極限にまで拡張すると、政教分離原則・人權説と異ならないものができてしまうことになる（その意味で、「國家の宗教的活動の自由」宗教的プライバシー権」を主張する平野式「公式参拝と信教の自由」ジュリスト八四八号（一九八五）五四頁以下、五八頁の立場は、――そこにおける、「政教分離原則は國家の組織原理のひとつであり、人權とは別の次元のものであろう」という叙述にもかかわらず――實質的には人權説を表明したものと位置づけることができよう）。その点はさておき、私見の立場を前提とすると、宗教的人格権の認められる者の範囲を画定するのは容易ではなくなり（この点は、前述の政教分離原則・部分的人權説についても妥当する）、また、政教分離原則違反にとどまる場合と人權侵害をも伴う場合の間の線引きも、實際上やや困難を伴うことがあることにならう。

(58) ここでは詳論する余裕はないが、筆者としては、「國家のがわの客観的平等原則違反は、不平等の取りあつかいを受けたすべての個人の平等権侵害を意味するものではなく、水準（基準）を下まわる不利益な取りあつかいを受けた者だけが平等権を主張し得る」とする学説（川添・前掲論文（注（47））一九頁、さらに一四―一五頁、一六頁）にのみおきたい。この説に対しては、引用文にいわれる「水準（基準）」を具体的に設定するのがむずかしいのではないか、との批判が可能であり、かかる批判が当を得ていることは、たとえば、あるグループのうち三割の者が相対的に優遇され、残りの七割の者が相対的に

劣遇されているとき、この七割の者は「水準（基準）を下まわる不利益な取りあつかいを受けた者」として平等権を主張しうるのか、という問いを発してみれば明らかとなる（なお、野中俊彦『法の下の平等』についての「考察」金沢法学二七巻一・二号（一九八五）七九頁以下、九三頁では、「いわば一定の予算額の範囲内での配分の仕方には不合理がある場合……、一部のものゝの優遇は、……〔原則として〕標準的処遇の標準を下げることになる。そこで実は〔標準的処遇者も〕、あるべき標準的処遇に足りない処遇を受けているという関係になる」、と論じられているが、それは、「標準」概念のあいまいさを指摘したものとしてみ直すことができよう。しかし、平等権侵害になる場合とならない場合の間に境界線を設けることが實際上困難であるということは、平等権侵害を伴わない平等原則違反がありうると語ることの論理的な妨げにならない、というべきであろう。なお、野中俊彦は「ゼミナール憲法裁判第⑥部」法学セミナー三五七号（一九八四）二四頁以下のうちの、「平等は権利か原則か」という項目における議論（同二九一—三〇頁）では、右の川添説に対して好意的な見解（戸波江二）と批判的な見解（野中俊彦・浦部法穂）の対立がみられる。また、野中・前掲論文九〇頁、九二頁、一〇〇頁は、標準的処遇者にも優遇者との関係で平等原則違反を主張する当事者適格が認められるべきである、と論じている。

(59) なお、前掲「ゼミナール憲法裁判第一部①・②」法学セミナー三五四号（一九八四）七〇頁以下、八一頁における浦部法穂発言によると、「政教分離というのは、……国民一般の権利である」とされる。

(60) かりに、平和的生存権を準備の不保持ないし廃絶を求めめる人権として理解するのであれば、現在、日本国民全員の平和的生存権が侵害されている状態にある、といわなければならないことになろう。もっとも、平和的生存権論者は、権利の内容を必ずしも右のように捉えているわけではない。

(61) たとえば、戸波・前掲論文（注(57)）五四九頁には、人権規範たる宗教的人格権の侵害の主張は、原告適格を根拠づける働きをするが、客観法規範たる政教分離原則違反の主張は、そのみでただちに訴訟を提起する根拠とはなりえない、という趣旨の叙述がみられる。

(62) たとえば、覚道・前掲論文（注(18)）一〇八頁によると、「あることがらについて、憲法違反があるということ、それが憲法違反であるか否かを有権的に審査し判定する機関があるか否かということとは別のことからである」とされる。

(63) 浦部・前掲書（注(20)）一六三—一六四頁によると、「直接裁判上の救済を求めることが不可能であって立法による実現が必要な人権に関しては、立法を行なうべきことが、法的に義務づけられるのであり、立法を怠った場合には、それに対して

違憲という法的評価が与えられるのである。……その違憲性を裁判上、誰がどういう手続において攻撃しうるかということ、手続法上の問題であつて、そのことによつて、実体法上権利であるか否かが左右されるといふ性質のものではないはずであらう」(傍点浦部)、とされ、また、覚道・前掲論文(注(18))一一頁以下では、「国会の消極的不行為或は行為の不十分さによる憲法違反については違憲問題ではあるけれども、裁判所の審査の対象たりえない」、と論じられている。

(64) ここでは、八人権規範に関わる具体的違憲を是正するVという言葉を、人権を侵害する処分に対する単なる違法判断を通じて(憲法判断を回避しつつ)人権侵害措置を是正する場合をも含むものとして、用いることにする。

(65) かかる主張に近い見解は、これまでにも少なからずみられたといえる。たとえば、高橋和之「定数不均衡訴訟に関する判例理論の現況と問題点」月刊法学教室四二号(一九八四)九五頁以下、九五―九六頁は、次のように論じている。「もし定数不均衡により侵害されるものが、個々人の具体的(主観的)権利であると考えるならば、その当事者は、いかなる訴訟形態によるかは別にして、裁判所に出訴して『裁判を受ける権利』を有する。逆に、もし定数不均衡の提起する問題が個々人の具体的権利の侵害ではなく、すべての有権者に共通な、客観的・抽象的な(憲)法違反の問題にすぎないと考えるならば、この問題についての出訴権は当然には認められない」(傍点高橋)。また、川添・前掲論文(注(58))二〇頁にも、「國家のがわの客観的な平等原則違反が問題となるに過ぎない場合と、さらに進んで個人が自己の平等権を根拠に憲法訴訟でその違反を追及できる場合とを、はっきり区別しなければならなくなる」、あるいは、「憲法訴訟上『法』と『権利』との区別が、とりわけ『平等』に関して、理論上必要とされる」、といった指摘がみられる。さらに、注(61)および(65)をみよ。

(66) 民集三〇巻三号二二三頁(二五二頁)。もっとも、そこにいわれる「憲法上の要請」が、それに違反したら違憲になるといふ意味をもつものである、と断言できるかという点については、疑問の余地がまったくくないではない。

(67) たとえば、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、一九八一)三〇九頁、樋口陽一『司法の積極性と消極性』(勁草書房、一九七八)一〇三頁、中村陸男「立法不作為の違憲性」ジュリスト六九三号(昭和五三年度重要判例解説)(一九七九)九頁以下、一一頁。

(68) 野中俊彦「立法義務と違憲審査権」前掲『芦部信喜先生還暦記念』一八三頁以下、一八九頁。また、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』(有信堂、一九七〇)一頁以下、五三頁でも、「基本的人権の具体的・現実的侵害に対しては、必ず法的救済が与えられなければならない」、と論じられている。

(69) 棟居快行「基本権訴訟」の可否をめぐる「前掲『戸部信喜先生還暦記念』一四三頁以下、一七八頁。そこでは、「実定訴訟法の規定する訴訟要件（原告適格・狭義の訴えの利益など）、および訴訟類型（抗告訴訟、差止訴訟、確認訴訟、民衆訴訟など）は、実体的基本権侵害を争う訴訟（『基本権訴訟』）にとって拘束とならない」（同一七八頁）とする、興味深いラジカルな問題提起がなされている。この論文は、人権侵害に対する裁判的是正の道の確保は憲法上の要請である、という（本稿の語る）命題を承認したうえで、それを、実効的な裁判的救済の必要を唱える見地から一步進めたものとして位置づけ直すことができよう。私見によれば、棟居論文にいわれる「基本権訴訟」のすべてを認めることが憲法上の要請となるといえるかという点については、疑問の余地がある。そこには、それを設けることが憲法上望ましいといえるにとどまるような訴訟も含まれているのではないだろうか。たとえば、「人権侵害に対する」予防的差止訴訟（同一六三頁）がそれに当たりうる。

(70) 佐藤幸治「日本国憲法と違憲審査制の類型」法学論叢一一六巻一〜六号（一九八五）二八三頁以下、三二四頁によると、「違憲審査制の類型としては」①典型的な『抽象的違憲審査』、②具体的個人的権利侵害があるとはいえないが、なお具体的な処分や行為を伴ってそれを背景に違憲性が主張される場合、③具体的な個人的権利侵害との関係で違憲性が主張される場合、の三種類が存する」とされ、また、野中俊彦「抽象的違憲審査の観念」現代憲法学研究会編『現代国家と憲法の原理』（有斐閣、一九八三）一二一頁以下、一四四頁では、「客観訴訟における違憲審査はそれがどれほど『法律上の利益』から離れるものであっても、具体的な国家行為について行なわれる点ではなお具体的違憲審査として捉えられるにふさわしいであろう」と論じられるが、筆者が本文でいう具体的客観訴訟は、佐藤論文にいわれる②の型および野中論文の語る「客観訴訟における具体的違憲審査」に対応するものである。

(71) このように、筆者は、典型的な抽象的違憲審査の法定も憲法上許容されると考えているが、通説においては、それは許容されないとい説かれることになる（たとえば、佐藤幸治・前掲論文（注(70)）一三六―一三七頁、一四五頁）。が、この点をどちらに解するかは、本稿のここでの文脈に関することではない。

(72) この帰結は、現行法上の客観訴訟は立法政策的見地から認められたものであるという命題を語る通説の立場（たとえば田中二郎『新版』行政法・上巻（全訂第二版）（弘文堂、一九七四）三一―三三頁）からも、是認されることになろう。なお、「いわゆる『客観訴訟』を法律で設けることは一概に許されないとはいえない」としつつ、「このように」本来の『司法権』ならざる作用を法律で裁判所に付与するにあたっては、……①付与される作用は裁判による法原理的決定の形態になじ

みやすいものでなければならず、②その決定には終局性が保障されるものでなければならぬ」と論じる佐藤幸治・前掲論文(注70)三一九頁の見解(さらに同・前掲『憲法訴訟と司法権』一九頁など参照)や、具体的国家行為を対象とする客観訴訟も通常の司法作用と同格に扱うことを条件として是認できる旨説く野中・前掲論文(注70)一四四頁の見解も右の(本注の最初に示した)命題を認めるものに帰する、と位置づけることができよう。

(73) このようにいうことは、現行違憲審査制度の解釈論次元で、主観訴訟における客観法違反の争点の提起は認められない、と主張することを含意するものではない。戸波・前掲論文(注67)によると、「適法に訴訟が成立したのち、訴訟の過程で、いわば客観的違法事由として政教分離違反の争点(を)」提起することは当然できる(五四九頁)、あるいは、「客観的に違憲な国家行為によって不利益を受けた当事者が、訴訟過程で当該国家行為の違憲性を争い得るのは当然といわなければならない(五五四頁注(14))、とされるが、この点は、厳格憲法解釈論上ではなく現行制度論上の言明として説まれるべきである。

(74) 長沼ナイキ基地訴訟第一審判決(札幌地判昭四八・九・七判例時報七一二号二四頁)においては、主観訴訟の形をとった裁判の中で、自衛隊が憲法九条(客観法)に違反するか否かが判断されたが、これは、憲法論の立場からいえば、現行法に保安林制度があり、かつ保安林指定解除処分の要件として「公益上の理由により必要が生じた場合」(森林法二六条二項)という定めがあったという、いわば偶然的な事情によるものであり、また、私見によれば、かかる事情があったとしても、九条違反の主張を行なう適格を認めるべきことは、憲法上の要請になるわけではない(現行訴訟制度の要請に基づくもの)にすぎない、と論じられるべきであり、とまれ、——この場合にも、ここでは憲法判断回避をめぐる問題を度外視するとして——自衛隊の違憲性を攻撃することが憲法論上確実にできたとはいえないのである。

なお、ここで視野からはずされた刑事裁判については、別個の検討を要する。この場合、違憲の国家行為に対して公務執行妨害を行なって起訴されたときに、当該国家行為は違憲の公務であるから公務執行妨害罪は成立しないという主張を行なうことを通じて、あるいは、自衛隊法違反の犯罪を犯して起訴されたときに、自衛隊法の違憲性を主張することを媒介として、訴訟において客観法違反についての判断を求めることが可能である。この点に関しても、確かに、まずは、それは、いわばたまたま、現行法に公務執行妨害罪があり、かつ、そこにいわれる公務とは適法な公務を意味するとの解釈がとられていること、また、自衛隊法に刑罰規定が含まれていることによるものにはすぎない、と説くことができる。しかし、この場合、憲法三十一条

から解釈論的に導かれる罪刑法定主義の要請からみて、違憲主張を行なう適格を否認することも憲法上許容される、とはただちにはいえないであろう。

(75) 以上の本文の叙述においては、主観訴訟および客観訴訟という概念を用いてきた。この点については、それらの概念は、アメリカ法の知らないものであり、一般的概念としては使用しがたいのではないか、また、主観訴訟と客観訴訟の区別は有効に行ないうるのかといった指摘がありえよう（佐藤幸治・前掲論文（注（70））三二一頁など参照。この点については、ここでは詳論する余裕はないが、筆者は、この二つの概念を行政訴訟制度論次元とは別の平面で、厳格憲法解釈論上の概念として用いうるものと考えている。

(76) これは、二(三)で言及した厳格憲法解釈論上の条件命題に属する。

(77) 本文で示した見解は、一般的・抽象的立言であるが、より具体的には、おそらく以下のようにいうことができよう。

まず、立法違憲確認訴訟についてであるが、それを認めないかぎり人権侵害が確実に是正されえないような場合がそもそも理論的に想定しうるのか、という問題がある。たとえば、特定の寺院に対して宗教目的による課税を行なうことを定めた法律が制定されたとする、それは立法によって直接人権が侵害されたことになるが、この場合でも、立法違憲確認訴訟によらなくても、租税債務不存在確認訴訟の中で当該立法の違憲性を攻撃するという形で、人権侵害を是正することができるといえよう。また、社会主義革命の主張を内容とする機関紙誌を発行した者は三年以下の懲役に処すると規定する法律が制定されたとする、それは、少なくともこの法律に違反する機関紙誌を定期的に発行してきた者の人権を直接侵害するものといえるのであり、この場合、確かに、——ここでは国家賠償請求訴訟の問題を視野からはずしていえば——立法違憲確認訴訟が存しないかぎり、その者は、自ら提起する訴訟を通じて人権侵害の是正を求めることができなくなるが、ここでの立法違憲確認訴訟が筆者のいう「人権侵害を是正するために必要不可欠な主観訴訟」といえるかは、問題であろう（その者は、刑事被告人の地位におかれたときにはじめて、立法の違憲性を攻撃したり、人権侵害の是正を求めたりすることができる、とするシステムであっても、憲法上の要請は満たされたことになる、と解することもできないではない）。

次に、立法不作為違憲確認訴訟についてであるが、これは、それを認めないかぎり立法不作為による人権侵害が是正されえないような場合があるとしたら、そのかぎり、それを設けるべきことが憲法上の要請になるといえるにとどまら、と論じられるべきであろう。よって、立法不作為違憲確認訴訟以外の行政訴訟の中で立法不作為の違憲性を確実に攻撃できる場合に

は、その範囲内では、立法不作為違憲確認訴訟は憲法上の要請とはならない、ということにならう。

以上の点とは別に、国家賠償請求訴訟を通じて、立法や立法不作為の違憲性を確実に攻撃できる場合には、立法（不作為）違憲確認訴訟という独立の訴訟形態を設けることは、憲法上の要請とはいえない、とされるべきことにならう。もっとも、国賠訴訟の活用の道は、最判昭六〇・一一・二一判例時報一一七七号三頁によって実質上閉ざされてしまった。

(78) 浦部・前掲書（注(20)）九五頁、大須賀・前掲『生存権論』一〇三—一〇四頁参照。

(79) 棟居・前掲論文（注(68)）一七九頁参照。

(80) なお、厳格憲法解釈論の立場を離れていえば、かかる違憲確認訴訟は、法解釈論上、新たな法律を制定しなくとも、無名抗告訴訟として認められる余地があるといえよう（なお高田・前掲論文（注(67)）五三頁においては、国の不作為の違憲確認訴訟は無名抗告訴訟に当たると主張されている）。この点については、行訴法三条一項が抗告訴訟を「行政庁の公権力の行使に關する不服の訴訟」と定義していることを根拠に疑問を提示する説もみられるが（たとえば浦部・前掲書（注(20)）九五頁）、しかし、立法（立法不作為）一般ではなく、処分的性格をもつそれについては、その内容からみて「行政庁の公権力の行使」に該当する、と目的論的解釈を施すことができないではない、といえよう（現に、地方議会の定立する条例が抗告訴訟の対象となりうることは、一般に認められているところである）。

(三) 裁判規範

それでは、裁判規範性の問題については、どのように考えるべきであろうか。三(一)・(二)での叙述との関係上、この点につき、便宜上ここで言及しておくことにしよう。

裁判規範という言葉は、必ずしも一義的であるとはいえないが、ここでは、憲法的規範に關していわれる裁判規範とは、それを直接の基準として違憲の判断が裁判上下しうるような規範を意味する、と理解しておく⁽⁸²⁾。そして、裁判規範の概念を、ある憲法的規範に備わっている客観的屬性ではなく、一定の条件の下での憲法的規範の作用の仕方を示すものとして、位置づけることにする。そうすると、ある憲法的規範は裁判規範であるか、という問いのかわ

りに、△当該憲法的規範は、一定の違憲審査制度の下で、ある被審査事項との関係で裁判規範として機能しうるか▽という問いが発せられることになる。また、△裁判規範として作用(機能)する▽という語は、△裁判上、当該裁判規範を基準として合憲・違憲の判断が示される▽という意味で使うことにしよう。

このように解すると、裁判上、ある憲法的規範が憲法解釈の基準(四(三)(2)で後述)として参照され、あるいは法律解釈の基準(四(三)(1)で後述)として援用されたにとどまる場合は、当該規範は裁判規範として機能したとはいえないことになり、また、ある法令などにつき憲法(のある条項)に違反しないと判示されたただけの場合も、——プログラム規範に関してもこのような判示を与えることは論理的に可能であるから——当該憲法的規範が裁判規範として働きのうることがただちに認められたことにはならない、とされるべきことにならう。とまれ、少なくとも法的拘束力のない憲法的規範は裁判規範として作用しえない、ということになる。⁽⁸³⁾

他方、法的拘束力をもつ憲法的規範についてであるが、一般的・抽象的には、それはすべて裁判規範として機能しうるものとなる可能性をもっている、と語ることができよう。そして、政治部門の自律性の理論(あるいは統治行為論)といった「司法権の限界」論によって司法審査の対象とならないとされた事項との関係では——また、かりに立法不作为には違憲審査権は及ばないという立場をとった場合には立法不作为に関しても——、それにかかる憲法的規範は裁判規範として機能しえない、と説くことができよう。⁽⁸⁵⁾⁽⁸⁶⁾ さらに、三(二)(2)で示した私見の立場からは、人権規範については、それが侵害された場合に裁判規範として作用する場が憲法上保障されているが、客観法規範についてはそれが保障されていない(よって、極端な場合には、ある種の違憲審査制の採用によって客観法規範のすべてが裁判規範として働きえなくなる、という事態をも憲法は許容している)、と論じることができよう。

なお、学説上、立法裁量に属する事項をも「司法権の限界」の問題として位置づけようとする傾向が看取される⁽⁸⁷⁾。そして、学説・判例において、立法裁量事項は裁判所の審査の対象とならない⁽⁸⁸⁾といった命題が語られたり——ある学説にあっては、「法律の規定がこの立法裁量・立法政策の範囲内にあると認められる場合は、裁判所はその法律が憲法に違反するかどうかを判断することはできないとされる」と説明されている⁽⁸⁹⁾、立法裁量の範囲を越えた場合には司法審査が及ぶ⁽⁹⁰⁾といった命題が語られたりしている。かかる枠組からは、憲法的規範は立法裁量事項との関係では裁判規範として作用しえない、と論じられることになる⁽⁹¹⁾。が、筆者の用語法からは、立法裁量事項については、司法審査が及び、合憲の判断が下される⁽⁹²⁾（その意味での裁判規範として働く）、とされるべきであり、また、立法裁量の範囲を越えた場合には、——司法審査の対象となる、と論じるだけでは妥当でなく⁽⁹³⁾——違憲となる⁽⁹⁴⁾、と説かれるべきことになる⁽⁹⁵⁾（少なくとも、政治部門の自律性に関わる事項と立法裁量事項とは、同じ意味で司法審査の対象外にあるわけではない、ということに注意すべきである）。

(81) 裁判規範という語については、たとえば「それ自身、直接に、具体的争訟の準拠となり裁判所によって執行 (enforce) される規範」(芦部・前掲(注52)五一頁、傍点芦部)、「裁判によって強制ないし担保され得る規範」(佐藤功・前掲論文(注(6))一七頁)、といった定義がなされている。

(82) ここでは、憲法的規範が訴訟要件の存否を判定するための基準として作用しうる場合——たとえば、抗告訴訟における訴えの利益の有無を判断する基準として「平和的生存権」が問題になる場合や、人権侵害の予防的差止を求める訴訟における訴訟要件の一つとしての回復しがたい損害(人権侵害)の有無が問われる場合——は、度外視してある。訴訟要件という非憲法上の制度にかかる事柄だからである。

(83) 芦部・前掲(注52)五一頁によると、「ある判決で前文にも違反しない旨が述べられているだけでは、前文の裁判規範性が認められたと判断することはできない」とされる。

(84) 注(53)の後段をみよ。

(85) いわゆる組織規範に相当する憲法的規範(二)(2)参照)については、それは概していえば裁判規範とならない、といった説き方(伊藤・前掲論文(注(3))七頁)をすることも可能であるが、この点は、本稿の立場からは、次のように論じられるべきことにならう。すなわち、それは、被審査事項との関係で裁判規範として機能しえないことが多く、また、裁判規範として機能しうる場合でも、現実には裁判規範として作用する機会が少ない、と。なお、小林・前掲『憲法講義・上』一〇頁注(4)によると、「組織規範としての憲法も、……自ら違憲立法審査権を司法に賦与している場合には、それじたい裁判規範として用いられる」とされる。

(86) なお、たとえば衆議院の解散についての憲法的規範(ここではもちろん法的拘束力をもつそれ)は、およそ裁判規範として機能しえないのではないか、との指摘があるかもしれない。しかし、かりに、衆議院の解散は憲法六九条に示される場合のみ行なうことができるという趣旨の規定をもつ法律が制定されたとしたら、当該憲法的規範はこの法律を違憲とする文脈で裁判規範として作用しうる、ということができよう。

(87) 注(88)および(89)所掲のほかに、たとえば、橋本公亘『日本国憲法』(有斐閣、一九八〇)六〇〇頁、六〇六頁、清水ほか・前掲『憲法講義1』二〇四―二〇五頁〔野中俊彦執筆〕。

(88) たとえば、佐藤幸治・前掲『憲法』二一四頁。

(89) 佐藤功・前掲『日本国憲法概説』三九五―三九六頁、さらに、同・前掲『憲法(下)』九四四―九四五頁。

(90) たとえば、堀本訴訟最高裁判決(最大判昭五七・七・七民集三六卷七号一二三五頁(一二三九頁))は、次のように判断していた。「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を選択決定は、立法院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」(傍点内野)。ただし、この判決は、別の箇所では、「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二五条違反に結びつくものというとはできない」(同一二四〇頁)、と言っている。

(91) たとえば、園部逸夫「堀本訴訟最高裁判決の法理」ジュリスト七七三号(一九八二)三三頁以下、三四頁には、「立法院の裁量の範囲に属する事柄であると判断されたため、憲法二五条の規定を裁判規範として適用する余地はなかった」という

表現がみられる。

(92) なお、サラリーマン税金訴訟最高裁判決(最大判昭六〇・三・二七民集三九卷二号二四七頁〔二五九頁])は、「租税法の定立については、……立法院の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはな(い)」、とした後、「租税法の分野における所得の性質の違い等を理由とする取り扱いの区別は、その目的が正当なものであり、かつ、当該立法において具体的に採用された区別の態様が右目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り、その合理性を否定することはできず、これを憲法一四条一項の規定に違反するものということはできない」と判示して、明確な合憲判断を下している。注(90)で前述した堀木訴訟最高裁判決も、そこにおける「裁判所が審査判断するのに適しない」という表現にもかかわらず、合憲判断の実質をもつものとして読まれるべきであろう。

(93) これに対して、「[立法]裁量の範囲の逸脱ないし濫用……の有無について司法審査の対象となる」(佐藤幸治・前掲『憲法』二二四—二二五頁、傍点内野)、という説き方(さらに、佐藤功・前掲『憲法(下)』九四五頁)は、妥当なものと評することができよう。

(94) なお、小売市場許可制に関する最大判昭四七・一一・二二刑集二六卷九号五八六頁〔五九二頁〕では、「個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法院の政策技術的な裁量に委ねるほかなく、裁判所は、立法院の右裁量の判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法院がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができる」(傍点内野、本注では以下同じ)、と判示されていた。また、堀木訴訟控訴審判決(大阪高判昭五〇・一一・一〇行集二六卷二〇・一一号二二六八頁〔二二九五頁])においては、「このような立法政策に属する事項については、……違憲の問題を生じる余地がない。只例外として立法院の判断が恣意的なものであって、国民の生活水準を後退させることが明らかなような施策をし、裁量権の行使を著しく誤り裁量権の範囲を逸脱したような場合であれば、憲法第二五条第二項に反することが明白となり、司法審査に服することになる」と論じられていた。さらに、堀木訴訟控訴審判決(大阪高判昭五九・一二・一九行集三五卷一二号二二二〇頁〔二二七四頁])は、堀木訴訟最高裁判決の注(90)前段所引の判旨を引用しつつも、それに続けて、「憲法二五条を受けた社会保障施策の一環としての法についても、その定めが、生存権の理念に照らして著しく合理性を欠き、明らかに立法院に与えられた裁量権を逸脱・濫用している」と見られる場合において、はじめて違憲・無効の判断を受けることになる」と述べていた。なお、佐藤功・前掲『憲法(下)』九四五

頁では、「裁判所は立法権（立法部）がその裁量権を逸脱し、その法律が著しく不合理であることの明白な場合に限って、これを違憲とすることができる」とされている。

(95) この点は、司法審査（裁判所の審査）という言葉の使い方の問題になるが、注(90)所掲の判例は、この語を裁判所の判断（合憲か否かの判断および不当の判断）ないしそのための審査という意味のものとして使用していることに帰着しよう（筆者の用語法では、司法審査とは合憲性の判断・審査をいう、と捉えられることになる）。

(96) なお、同様のことは、注(95)で述べたことを含めて、行政裁量事項の司法審査についても妥当しよう（その場合、本注に対応する本文や注(95)にいわれる「合憲」を「合法」とおきかえて考えればよいことになる）。

四 既成の基礎概念の再検討

(一) 立法指針・プログラム規定

(1) 憲法的規範の中には、二五条に示される規範に代表されるように、立法指針、立法の基準、ないし立法上の指導原理と評されるものもある。これらの語は、ときに、△当該憲法的規範の指示するところを満足させる法律を定立することが憲法上の要請になる \surd 、という意味で（ないしそのような意味を含むものとして）使われることもないではないが、⁽⁹⁷⁾多くの場合、△かかる立法を行なうことが憲法上望ましい \surd という趣旨で用いられてきたといえる。後者のように解するかぎり、ある憲法的規範が立法の指針としての意義をもつ、ということは、それに法的拘束力を認めたことにならないことになる。同様のことは、当該規範は国政の指針（すなわち立法および行政の指導原理）としての性格を担う、といわれる場合についても妥当する。⁽⁹⁸⁾まさに、ある憲法的規範が「立法（および）行政……に指針を与える」ということは、それが「綱領的ないしプログラムの性格を有する」ことを意味するものにほかならないので

ある。

(2) プログラム規定という概念は、一次的には、ある憲法規定（全体）の法的性格にかかるものであり、憲法的規範の法的性格を問う——その中でプログラム規範（三（一）参照）を語る——本稿の枠組とするに親しまないものである（もっとも、プログラム規定の語は、たとえば、△二五条は——全体としてではなく——主たる生存権規範たる側面においてプログラム規定としての性格をもつ▽、というように用いることも可能であるが、それは、△二五条の主たる生存権規範はプログラム規範である▽と語るのと異ならなくなる）。が、ここでは、プログラム規定という言葉が一般にやや多義的な形で使われてきたことにかんがみ、本稿の立場からあえて定義を与えておけば、それは、いかなる憲法上の法規範をも直接導き出しえないような憲法規定をいう、とされるべきことになる。よって、プログラム規定は、およそ裁判規範となりえないことになる。⁽¹⁰¹⁾ これまでの学説においては、プログラム規定は、それを狭く捉える論者にとっては、「法規範的な意味〔を〕およそもたない」、⁽¹⁰²⁾「直接に法的拘束力を有するものではない」、⁽¹⁰³⁾あるいは「国家に対して政治的・道義的義務を課しただけで、裁判規範としての効力を有しない」、⁽¹⁰⁴⁾といった性格づけがなされてきたが、他方、それは、より広く、「ある憲法規定が」プログラム「規定」だというのは、単に、「当該規定を」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、⁽¹⁰⁵⁾という形で、⁽¹⁰⁶⁾換言すれば、当該規定を具体化する法律ができた場合には裁判規範性を獲得するにいたる憲法規定をも含むものとして、⁽¹⁰⁷⁾語られたりもしてきた。筆者による前述の概念規定は、右のうち狭い把握と軌を一にするものである。なお、「プログラム規定とは、個人に対し裁判による救済をうけうるような具体的な権利を付与するものではなく、国家に対しその実現に努めるべき政治的・道義的目標と指針を示すにとどまる

種類の規定をいう⁽¹⁰⁸⁾、といった説明の仕方、少なからずみられるが、これは、前述の狭い定義と広い定義の両方を併用したものと位置づけ直すことができよう（それが広狭いずれの捉え方に帰するのかは、必ずしも明らかであるとはいえない）。

私見によれば、このような意味でのプログラム規定と解する余地のあるものの例としては、——部分的に本稿の考察範囲からはずれるものであるが——勤労の義務を定めた二七条一項後段をあげることができよう。⁽¹⁰⁹⁾⁽¹¹⁰⁾ かかる憲法条文については、九八条一項後段の「憲法の条規」に反する法律……は、その効力を有しない」という条文は事柄の性質上適用をみないのであり、さらにいえば、最高法規性という語の理解の仕方如何によっては、それは最高法規性を具⁽¹¹⁾有しないということもできる。

(97) たとえば、佐藤功・前掲『憲法(上)』四二三頁が二五条に関していう「立法の基準」や、石村善治「知る権利と情報公開」公法研究四三号(一九八一)一〇二頁以下、一一三頁が知る権利に関していう「立法指針」が、これに当たると思われる。

(98) 国政の指針という語の用例については、注(47)を見よ。

(99) 芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三四八頁〔中村執筆〕、前掲『注釈日本国憲法・上巻』五八〇頁〔同執筆〕、なお同・前掲『社会権の解釈』三二二頁をも参照。

(100) この点については、すぐ後に本文(およびそれに付した注)で述べる。なお、ドイツにおいてもプログラム規定の語が様々な意味で用いられてきたことについては、前掲拙稿(注(26))二・定 法律時報五三卷一〇号一一五頁参照。ちなみに、そこで紹介できなかった学説につき言及すれば、R. Wank, Das Recht auf Arbeit im Verfassungsrecht und im Arbeitsrecht (1980), S. 44 は、「社会権をプログラム規定にすぎないとしつつ、しかし、かかるプログラム規定も、立法者に対して社会権の目的に反するような恣意的な措置をとることを禁ずるという点においては、立法者を有効な司法審査に服させることができ、と論じている。

(101) 注(90)で示した堀木訴訟最高裁判決につき、前掲『注釈日本国憲法・上巻』五七九頁〔中村執筆〕は、「文字どおりのブ

プログラム規定説を採用することなく、法律が憲法二五条に違反して無効となる余地を認めて、憲法二五条に裁判規範としての効力を認めた」という位置づけを与えている(さらに、中村・前掲『社会権の解釈』六八頁参照)。この点に対しては、「本判決は、抽象的な言葉のあやにかかわらず、結果的には憲法第二五条の裁判規範性を(全くではないにしても)ほとんど否認し、『文字どおりのプログラム規定性』をいっそう強めたとみるのが妥当である」との批判がなされている(渡辺洋三「現代日本法における社会権論」東京大学社会科学研究所編『福祉国家4』(東京大学出版会、一九八四)一〇五頁以下、一一四頁注(7)、傍点渡辺)。また、有力な憲法学説も、判決をプログラム規定説として理解している(芦部信喜「生存権の憲法訴訟と立法裁量」月刊法学教室二四号(一九八二)九五頁以下、九八頁、佐藤功・前掲書(注(43))一四六一一四八頁、大須賀・前掲『生存権論』二七二頁など)。なお、戸松秀典「堀木訴訟最高裁判決と立法裁量論」ジュリスト七七三三(一九八二)一三頁以下、一四頁は、この判決につき、「最高裁(は)二五条はプログラム規定かという」問いかけとは別の観点から結論をつけ、「二五条の法的性格は、立法府の広い裁量を許す規定だと断言したと理解すべきである」としている。

さらに、注(94)で示した堀木訴訟控訴審判決の判旨についても、「(文字どおりの)プログラム規定論とは質的な差異を有する」とする見解(中村・前掲『社会権の解釈』六六頁、七八頁)と、プログラム規定説として位置づける見解(中村・前掲『社会権の解釈』五四頁注(3))に引用された諸学説)とが、別言すれば、二五条に「裁判規範としての効力」を認めたものとする理解(中村・前掲『社会権の解釈』六〇頁、七七頁、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三四五頁(中村執筆))と、「かかる判旨をもって何故憲法二五条に裁判規範性を認めている事例と解するのであろうか」という疑問を投げる学説(大須賀・前掲『生存権論』一一二頁)とが、対立しあっている。

なお、奥平康弘「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」前掲『憲法学3』五四頁以下、六六一六七頁においては、プログラム規定説と立法裁量説とは異なるが、立法裁量説は「立法裁量の余地を大きくとればプログラム規定説とひとしくなる」と論じられている。

以上の点は、多分に、プログラム規定という用語の問題に関わっている。筆者による定義を前提とすれば、この点にかかる堀木訴訟の上告審判決や控訴審判決の判旨(注(90))および(94参照)は、文理解釈するかぎり、プログラム規定説を採用したものとしてみるのは妥当でない、と説かれるべきことになる(もっとも、両判決の判旨が実質的にプログラム規定説にきわめて近いことも、確かである)。

とまれ、より重要なことは、二五条一項の主たる生存権規範に法規範性が認められるか、という問題であり、この点につき、堀木訴訟上告審判決は、——周知のように、実質上、最低限度の生活の内容は確定できない旨判示したのであるから——プログラム規範説をとったことになるといえる。

(102) 奥平・前掲論文(注(101))六六頁。

(103) 佐藤功・前掲『日本国憲法概説』三九五頁。また、同二三七—二三八頁では、「そこからは」直ちに法的効果は生じない」とされ、また、同・前掲『憲法(下)』九四四頁においては、「そこから直ちに法的拘束力が生ずる条項ではな(い)」と説かれている。

(104) 前掲『注釈日本国憲法・上巻』五八〇頁(中村執筆)、芦部編・前掲『憲法Ⅱ人権(1)』三四六頁(中村執筆)、さらに、同・前掲『社会権の解釈』七四頁、六四頁。ただし、「文字どおりのプログラム規定説」についての立言。

(105) 池田政章「プログラム規定における消極性と積極性」(一九六五)大須賀編・前掲『生存権』七七頁以下、八九頁。また、樋口陽一ほか『憲法入門(1)』(有斐閣(新書)、一九七七)一七一頁(中村陸男執筆)にも、「プログラム規定ということは、〔当該規定が〕直接具体的請求権を認めていないということを意味〔する〕」、という叙述がみられる。ただし、この叙述および本注に対応する引用文は、あくまでも人権規定の形をとるもの(具体的には二五条)についての立言である。なお、プログラム規定の語を右のように広く解すると、立法不作為違憲確認訴訟の必要を説くにすぎない——憲法規定からただちに具体的な給付請求権を認めるわけではない——いわゆる具体的権利説(四(2)参照)も、プログラム規定説の中の一類型として位置づけられることになろう。

(106) なお、伊藤・前掲『憲法』八九頁は、プログラム規定を、「国の政策の方向を指示するもので、これを補充する立法や措置をまわって裁判規範性をもつこととなる……規定」として捉えている(さらに、伊藤・前掲論文(注(3))七頁、一六頁参照)。(107) また、「具体的権利性の有無にもとづくプログラム規定の定義の現実にもつ理論的な有効性」を指摘する大須賀・前掲『生存権論』一—三頁の立場も、プログラム規定の語をかなり広く解するものに帰着しよう。

(108) 佐藤幸治・前掲『憲法』二八一頁。大体同様の説明は、阿部照哉『憲法』(青林書院新社、一九八二)一五三頁、大須賀ほか・前掲『憲法講義2』二二七頁(藤井執筆)、阿部照哉『池田政章編『新版憲法(2)』(有斐閣、一九八三)七〇頁(田口精一執筆)、同じく『憲法(3)』五一頁(山下健次執筆)、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三三三頁(中村執筆)などにもみられる。

(108 a) なお、大須賀・前掲『生存権論』二二〇頁によると、「プログラム規定」消極説は、たとえば社会保障に関する国民の受益は、『国の配慮』の反射的利益にすぎないから、国民の具体的な受給請求権はいささか認められないという」とされ、また、渡辺洋三「社会保障と人権」法律時報五四巻七号（一九八二）一六頁においては、「憲法二五条プログラム規定という見解も、……人間を動物と同視する「恩恵的保護の対象として捉える」発想に由来する」と説かれている。しかし、かかる理解は疑問である。一方で、憲法二五条を筆者のいう意味でのプログラム規定（いわば純然たるプログラム規定）として把握しつつ、他方で、生活保護受給権を認める法律を制定すべきであるという立法論を展開したり、生活保護法は受給権を認めたものとして解釈すべきであるとする法律解釈論を主張することも、完全に可能であるというべきであろう。実際、プログラム規定的立場を表明した朝日訴訟最高裁判決（最大判昭四二・五・二四民集二一卷五号一〇四三頁（一〇四五頁））も、「生活保護法の規定に基づき要保護者または被保護者が国から生活保護を受けるのは、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」と判示していた、ということに留意する必要がある。

(109) 二七条一項後段は、個々の国民を名宛人とする(a)労働すべしと規定し、(b)労働義務を具体化する法制度を設けるべし(c)労働義務の否認や免除を定める法令・制度を作るべからずと規定し、(d)労働義務と捉えるのが妥当であると考えている（この点については、注(133)を見よ）。問題は(c)であるが、かりにそれを法的拘束力のない規範として捉えるのが妥当だとしたら、二七条一項後段はプログラム規定であると説明されるべきことになろう。

(110) なお、九条を政治的マニフェストとして捉える学説（高柳賢三「平和・九条・再軍備」ジュリスト二五号（一九五三）二頁以下、五頁など）や、地方自治についての保障否定説（柳瀬良幹「憲法と地方自治」『有信堂、一九五四』一三一―一六頁など）は、それぞれ九条および九二条をプログラム規定として位置づけていることになろう。

(111) この点は、憲法は全体として最高法規性を有すると説く一般的見解に対する一定の批判を含蓄している。

(二) 裁量の限界づけ

ある憲法的規範に立法裁量や行政裁量を限界づける法的性格が認められる、と説かれたりもする。

憲法的規範の法的性格

(1) 立法裁量論⁽¹³⁾においては、△ある事柄は、原則として立法府の広い裁量に委ねられるが、例外的にその限界を越えた場合には違憲になる√という説き⁽¹⁴⁾方や、△ある事柄については立法裁量の働く領域は狭い√という論じ方がみられたりする。が、それは、厳格憲法解釈論の立場からいえば、下位規範委任説(二)(2)参照)の言いかえ以外の何物でもない。まさに、ある事項が立法裁量に属するということは、それは憲法上許容されるが要請されないということ、また、立法裁量の範囲を越えるということは、憲法上許容されないということ、それぞれ意味するものなのである。△ある事柄に関しては立法裁量の幅が広い(あるいは狭い)√といった命題も、そこにいわれる△ある事柄√のうちどの範囲までが合憲で、どこから先が違憲となるかを明確に指摘するのが實際上困難な場合に、援用すると便利である、といえるにとどまる(同様のことは、△ある事柄に関しては、緩やかな(あるいはかなり厳格な)違憲審査基準が採用されるべきである√、といわれる場合についても妥当する)。

よって、理論的には、憲法上の法規範に関しては、立法裁量の認められる余地はないが、他方、憲法理念上の法規範との関係では百パーセントの立法裁量が認められる、と説かれるべきことにならう。たとえば、二五条の生存権は、憲法上の法規範と憲法理念上の法規範とからなると解すべきであるが、この場合、ある立法・行政措置(不作為)が憲法上の法規範の要請を満たさないときは、それは違憲になるが、その反面、それが憲法理念上の法規範に反するにとどまるときは、立法裁量の範囲を越えた著しく不当なものとして違憲となる、とされる余地はない、といふべきである(もしも違憲になるのであれば、それは憲法理念上の法規範に違反していたにとどまらず、憲法上の法規範に違反していたことに帰着する⁽¹⁵⁾)。

有力な憲法学説は、「(二五条)一項の中に、(イ)人間としての『最低限度の生活』の保障と、(ロ)より『健康で』

より『文化的な』『最低限度の生活』の保障が含まれて「いる」⁽¹¹⁶⁾、としたうえで、「生存権の違憲審査基準については、……人間としてのぎりぎりの『最低限度の生活』の保障と、より快適な生活の保障を分け、両者の間に立法府の裁量の幅の広狭の差を認め、後者に『明白の原則』を適用し、前者にはより厳格な審査基準を適用するのは妥当な解釈方法である」⁽¹¹⁷⁾が、「しかし、このような生存権に関わる『二重の基準』を二五条一項・二項分離論と結びつけ「る」……のは妥当でない」⁽¹¹⁸⁾と論じている。ここで、右の引用文の(イ)および(ロ)にかかる規範を、それぞれ最低生存権規範および快適生存権規範と呼ぶことにしよう。この場合、右の二つの規範は、その内容においては量的な違いをもつにとどまるといえるのであるから、両者の区別は、最低生存権規範⇨憲法上の法規範、快適生存権規範⇨憲法理念上の規範、という形でしか語りえないのではなからうか。⁽¹²⁰⁾ そうだとすると、ある社会保障措置（不作為を含む）が最低生存権規範に違反しない（合憲）とされた場合には、それが快適生存権規範に著しく違反することが明白であるがゆえに違憲になるとされる余地はない、というべきではあるまいか。⁽¹²¹⁾ 右の引用に示される文脈で「二重の基準」を語る⁽¹²²⁾ことが理論的に妥当なのかは、再検討の余地があるといえよう。

とまれ、立法裁量の限界づけやその広狭を語ることによって、本稿のいう法的拘束力とは別の何らかの法的効力が指摘ないし発見されたことにはならない、というべきであろう。

(2) 次に、ある憲法的規範が行政裁量を限界づける——たとえば、二五条の主たる生存権規範が生活保護法三条の下での行政のあり方を規律する——とされる場合⁽¹²³⁾については、この場合も、当該憲法的規範は法的拘束力をもつものであるということ、ある局面において表現し直したものにすぎないことになる。この場合、いつてみれば、憲法上の法規範は、行政府に対して、△当該規範の許容する領域では——法律の範囲内で——自由に行動してよい

が、その禁止する領域には足を踏み入れてはならない、という指示を与えていることになるのである。

なお、四(一)で言及した「立法の基準」という語は、いかなる内容の立法が憲法上望ましいかについての基準という意味のほか、どのような法律が合憲となるかを示す(立法裁量の範囲の内外を分ける境界線を指示する)基準という意味でも用いられる。この点の事情は、行政裁量の基準といわれる場合も同じである。

(112) 山下・前掲論文(注(31))七二頁、阿部Ⅱ池田編・前掲『憲法(3)』五五―五六頁(山下執筆)参照。

(113) 立法裁量論の意義については、さしあたり、戸松秀典「立法裁量論」現代憲法学研究会編・前掲書(注(69))一八五頁以下参照。ただし、本稿の四(1)の文脈では、立法裁量の概念を、右の戸松論文とは異なり、一次的には、裁判法理の観点からではなく、立法府の立法についての自由という側面から捉えてある(同様の把握を行なうとみられるものとして、戸松・前掲論文一九二―一九三頁注(1)所掲の文献のほか、橋本・前掲『日本国憲法』六〇六頁、佐藤功・前掲『日本国憲法概説』三九五―三九六頁など参照)。

(114) それは、とくに、注(94)所掲の判例にみられる。また、注(90)や(92)で掲げた判例も、同旨のことを説くものに帰しよう。

(115) もっとも、ここでの本文の言明は、憲法理念上の規範および憲法上の法規範という言葉の定義(三(一)参照)により当然に真になるトートロジーにすぎない。

(116) 中村・前掲『社会権の解釈』六四頁。似た説き方としては、注(43)の第三段の中で引いた浦部説を参照。なお、かかる中村説に対する批判として、梶井・前掲論文(注(43))五三二頁。

(117) 前掲『注釈日本国憲法・上巻』五八八頁(中村執筆)、さらに、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三五七頁(中村執筆)、中村・前掲『社会権の解釈』六四―六五頁、七八頁、九一頁。なお、そこにいわれる「より厳格な審査基準」としては、「厳格な合理性」の基準が主張ないし示唆されている(『注釈日本国憲法・上巻』五八八頁、『憲法Ⅲ人権(2)』三五八頁)。

(118) 同様の文脈で、事例により、立法裁量の幅ないし審査基準が異なってくるとするものとして、大須賀明ほか・前掲『憲法講義2』二四七―二四八頁(藤井執筆)、佐藤功・前掲書(注(43))一四四頁、浦部・前掲書(注(20))二四九頁、井上英夫

「社会保障法の提起するもの」法の科学一〇号（一九八二）四三頁以下、五三頁。このうち、最後の文献は、「①人間らしい生活Ⅱ『最低生活』の保障については『厳格な審査』基準が、②それ以上の生活の保障の場合はより緩やかな『厳格な合理性』の基準が適用になる」と論じている。

(119) 芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三五七頁〔中村執筆〕、さらに、中村・前掲『社会権の解釈』八〇—八二頁注(23)。

(120) なお、大須賀・前掲『生存権論』四〇頁によると、「憲法二五条一項の定める『健康で文化的な最低限度の生活』……の保障は、国の具体的な憲法上の義務であるが、それを上まわる生活の保障は、国の政策的事項であり、立法府の裁量に属する」とされ（さらに同四二頁参照、また、注(121a)をみると）、また、浦田・前掲論文（注(43)）三六三頁では、「政策目標は『健康で文化的な』もっと高い水準の生活におかれるにしても、少なくともその『最低限度の生活』については国民は権利を有し、国家は義務を負う」と論じられている。

(121) きわめて単純化していえば、最低生存権規範および快適生存権規範が、それぞれ一か月の生活費を一〇万円および二〇万円とする規範だとした場合、一一万円的生活費を給付する社会保障措置は、最低生存権規範を満たすものとして合憲になるのであり、それが快適生存権規範に著しく反することが明らかであるとしても、違憲とはならない、ということになる。

(121a) 大須賀・前掲『生存権論』一〇三—一〇四頁によると、「国の作為が生存権によって保障されている法的な権利内容を上まわる保障をする場合」、「かかる国の保障は本来違憲問題を生じえないのである。そして、かかる保障は国の政策の問題であり、したがって国の裁量に属するものであるから、その保障の不作為は憲法上の義務違反を構成しないのである」とされる。

(122) 中村・前掲『社会権の解釈』六五頁は、自説における「二重の基準」は経済活動の自由についてのそれと対比される旨述べている。が、経済的自由の場合は、消極目的の制限からの自由および積極目的の制限からの自由という原理的に（実際的にはなく）異質の二つの規範が問題になるのに対し、（注(116)および(117)に対応する本文に示される）中村説の文脈では、最低生存権規範および快適生存権規範という原理的に同質の（量的な違いがあるにとどまる）二つの規範が問題になる。前者の脈絡で「二重の基準」が妥当するからといって、後者の場面でも同じことがいえるであろうか。生存権領域における「二重の基準」論は、むしろ、二五条一項の内容とする規範と二項に示される規範とは質的に異なるものであるとする一項・二項区分論（注(43)参照）と結びつけた方が、より有効に語りうるのではなからうか。

その点はさておき、そもそも、ある社会保障措置（不作為を含む）は、一項のいう「最低限度の生活」を保障する措置といえれば合憲、いえないければ違憲となるのであり、この場面では、原則として、厳格審査基準ないし厳格な合理性の基準といった意味での違憲審査基準を語るにすぎないのである（この点は、ある制度は二・一・二項前段の「検閲」に当たれば違憲、当たらなければ合憲とされるということと対比されよう）。思うに、違憲審査基準論は、一面においては、△ある規範（たとえば自由）を原則とすべきであるが、場合によっては例外（たとえば自由の制限）も認めるべきである▽という「原則・例外」思考と結びついているといえよう。その意味で、それは、生存権領域では、ある措置が「最低限度の生活」の基準を満たすか否かを判定する文脈においてではなく、次のような場面で適用されるにふさわしいものであるといえよう。それは、△「最低限度の生活」を保障するのが原則であるが、場合によっては（たとえば本人が自己の労働能力を活用しない場合）例外も認めるべきである▽といった命題や、いったん成立した社会保障制度や給付水準は廃止・後退させてはならないのが原則であるが、場合によっては例外も認めるべきである▽といった命題（四(四)で後述する制度後退禁止原則）がかりに妥当とした場合における、当該措置が右の例外に当たるかを判断する文脈である。もっとも、審査基準論は、他面においては、裁判所が政治部門の判断をどの程度尊重すべきかという思考枠組とも結びついているのであり、その意味では、ある措置が「最低限度の生活」を保障する措置に当たるかを判定する文脈でも、十分活用しようともいえよう。

とまれ、生存権領域における「二重の基準」論——さらには違憲審査基準論一般——は、本稿の土俵である抽象理論の次元のものではなく、（裁判所による）憲法判断の仕方についてのルールという実際的見地にかかる法理である、と位置づけてはじめて、有意義に語りうるものとなる、というべきであろう。

(123) 注(112)所掲。

(三) 法律解釈の基準・憲法解釈の基準

(1) 生存権にかかる規範などにつき、それは法律解釈の基準（ないし法令の解釈基準）として働く、と説かれる傾向にあり、また、このことはそれに「法的意味」を認めたことになる、と評されたりもする。⁽¹²⁴⁾しかし、法律解釈の基準とは一体どのような意味なのであろうか。⁽¹²⁵⁾それには、(イ)法律を解釈する場合には憲法の趣旨により適合するような

形になされるべきである、(ロ)憲法上の要請を満たすような解釈が施されるべきである、および(イ)右の(イ)と(ロ)の双方、の三つの意味が考えられる。⁽¹²⁷⁾この語は(ロ)の趣旨で使われることもありえたが、それは、(イ)（ないし場合により(ロ)）を内実とするものとして語られる傾向にあったように思われる。厳格憲法解釈論のルールにのせられるのは、あくまでも(ロ)であり、よって、法律の解釈基準（解釈指針）というのは、(イ)に示される意義を担うものである以上、厳格憲法解釈論上法的意味のないものとして捉えられるべきであろう。なお、法律解釈の基準といわれる場合の解釈の主体としては、裁判所のほかに行政府が考えられるが、行政府が法律を解釈するに際しての基準は四(一)(1)で前述した国政の指針という概念にも含まれることになる。

(2) 法律解釈の基準と似て非なるものに、憲法、法律、解釈の基準（憲法規定の解釈準則）という概念がある。この概念は、憲法前文の法的性格を説く文脈でしばしば使われるほか、たとえば、「憲法四一条における国会の」^(128a)「最高機関性の宣言は、……国家諸機関の機能および相互関係を解釈する際の解釈準則とな」^(128b)「る」といった形で用いられたりする。その意味するところは、必ずしも一義的ではないが、一般的には、 \wedge ある憲法解釈論的言明、 A は憲法規定 A を憲法規定 B の趣旨に照らして解釈すると導き出される V という命題が成立するとき、憲法規定 B は憲法解釈の基準として働いたことになる、とされるべきことになろう（もつとも、この命題と、 $\wedge A$ は憲法規定 A および B によって直接根拠づけられる V という命題との区別は、相対的でありうる）。この点は、本稿の立場からは、ある憲法規定 A から憲法的規範 A' を導き出す際に、憲法的規範 B' を示す別の憲法規定 B が手助けをするという関係にある場合、 B' は憲法解釈の基準として働いたことになる、と説明されることになる。そして、ここでは、 B' は憲法の基本原理にかかるともよい（憲法の基本原理に照らしての憲法解釈においては、当該原理は憲法解釈の基準としての役割を果た

したことになる)、としておくことにしよう。また、導き出される憲法解釈的言明Aについては、(イ)それが厳格憲法解釈上の命題である場合と、(ロ)そうでない場合(何が憲法の趣旨により適合するかについての言明である場合)とがあり(たとえば、前文および一条後段に謳われる国民主権にかかる規範を解釈準則として、⁽¹²⁹⁾八命令的委任の制度を採用することが憲法上要請される(もしくは許容される)√という命題を提示する場合が、(イ)に当たり、八それが憲法上望ましい√という言明を示す場合が、(ロ)に当たる)、また、従来、憲法解釈の基準といわれるとき、それは(ロ)をも眼中において語られる傾向にあったと思われるが、憲法解釈の基準が法的意味をもつのは(イ)に限られるというべきであろう⁽¹³⁰⁾(以下、(イ)のみを視野に収め、それに対応するものとして憲法解釈の基準の語を用いる)。かかる憲法解釈の基準としての作用の仕方は、(i)右のAが憲法上の許容を示す消極的規範である場合と、(ii)憲法上の要請ないし禁止を示す積極的規範である場合とがある。(i)の例としては、一四条一項および二六条一項に示される八教育における実質的平等を確保すべし√⁽¹³¹⁾という規範が、八九条後段を八私学への公費助成は合憲である√という趣旨に解するに際して解釈基準として機能すること、国民主権に関する規範や一五条の罷免請求権にかかる規範が、七条三号および六九条を八国民による衆議院解散請求の制度を設けることを禁止していない√⁽¹³²⁾という趣旨に解釈するに際して基準として働くこと、などがあげられよう。⁽¹³³⁾(ii)の例としては、八〇条一項後段に再任原則的解釈を施すに際して、七八条の裁判官の身分保障の規範や七六条三項の裁判官独立の原則にかかる規範が憲法解釈の基準として作用することなどがあげられよう。⁽¹³⁴⁾

(124) 前掲拙稿(注(8))一三四—一三五頁注(95)所掲のほか、佐藤功・前掲『日本国憲法概説』二三九頁、奥貴雄『生存権解釈の原理』(東京新有堂、一九八五)一六七—一六九頁、同・前掲書(注(43))一二六頁、二八一頁、徳静夫「経済的基本権

の法的特質」鶴飼信成編『憲法行政法論集』（河出書房新社、一九六〇）一〇六頁以下、一〇七頁。その例としては、二五条一項が、生活保護法八条二項の「最低限度の生活」という言葉を解釈する基準となることや、裁判費用も生活保護の対象となるかについての法律解釈に際して二五条が基準として働くことなどがあげられよう。なお、神戸地決昭四八・三・二八判例時報七〇七号八六頁（九〇頁）は、憲法二五条、児童福祉法一三条および四五条の規定の趣旨を根拠に、「厚生大臣が適正な保護をするに足りると認めて設立した保護基準（最低基準）による保護を受ける（保育所児童の）権利」を認めたが、ここでは、憲法二五条が法律の解釈基準として働くことが示唆されているといえよう。また、二五条の周辺領域のものであるが、佐藤幸治・前掲『憲法』四二九頁によると、「職業安定法、緊急失業対策法、雇用保障法などの」法律の解釈運用にあたって、「二七条の」趣旨が生かされなければならない」とされる。さらに、注(12)をみよ。

(125) 中村・前掲『社会権の解釈』五七頁、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三三四頁〔中村執筆〕。

(126) なお、前掲拙稿（注(26)）（二・完）法律時報五三卷一〇号一一五—一一六頁では、ドイツにおける解釈基準説の意味を整理しておいた。

(127) これに相当することは、「法律の合憲解釈」という概念についても指摘しうる。ここでは立ち入る余裕はないが、その場合、本文という(向)に対応する意味で使われることが多かったのではないかと思われる。

(128) 山下健次「生存権の裁判的保障」（一九七三）大須賀編・前掲『生存権』一一五頁以下、一一七頁にいわれる「憲法の規定を解釈基準とする法律の積極解釈（制限条項にそくしていえばその限定合憲解釈）」は、その例として捉えうる。

(128 a) 憲法前文の法的性格については、たとえば佐藤功・前掲論文（注(6)）参照。

(128 b) 佐藤幸治・前掲『憲法』一〇五頁。また、山下健次編『概説憲法』（有斐閣、一九八四）一五五頁によると、国会を「国権の最高機関」とする四一条の規定は、「四一条」以下の条文について国会優位に解釈をするという解釈の指導原理とならる」とされる。

(129) 杉原泰雄『国民主権と国民代表制』（岩波書店、一九八三）三四一頁によると、「主権原理が一定の規範内容をもつことによつて、憲法規定の解釈準則・選択基準とならる」とされる（ただし、日本国憲法だけに關わる文脈で語られた言明ではない）。なお、拙稿「国民主権」受験新報昭和六〇年一〇月号一五〇頁以下、一五四頁においても、国民主権を「法解釈原理（憲法の関連諸条文の法解釈を指導する原理）」として位置づけるべきことを指摘しておいた。

(130) なお、ある憲法規定が解釈基準としての意義をもつということは、それに法的意味を認めたことになるか、という点については、肯定説(そう受けとれるものとして、伊藤・前掲『憲法』五七頁のほか、注(128b)所掲)と否定説(芦部・前掲『憲法の焦点3』二八頁)との対立がみられるが、筆者は、本文のように解しておきたい。

(131) この点は、通常、八九条後段と二六条などとの体系的解釈という形で説明される(たとえば、小林・前掲『憲法講義・下』四〇一頁、中村陸男「私学助成の合憲性」前掲『芦部信喜先生還暦記念』四二二頁以下、四四九頁)。なお、かりに、私学助成は憲法(二六条)上の要請にかかるとする立場(中村・同右論文四四九頁における「私学助成に対する国家の義務は憲法二六条の教育を受ける権利の保障から生ずる」との叙述はこの趣旨と読める)をとると、二六条から導かれる「教育を受ける権利を保障するための私学助成を行なうべし」という憲法的規範に解釈基準以上の意味(法的拘束力)を認めることになるが、そこまでいきれるかについては、疑問の余地がある。

(132) かかる解釈を採用すべきことについては、とりわけ、高見・前掲論文(注(15))七一―九二頁参照。なお、反対説としては、阿部・前掲『憲法』二二二頁がある。

(133) そのほかには、次の例をあげることができよう。それは、生活保護法四条一項が「保護は、生活に困窮する者が、その利用し得る……能力……を、その最低限度の生活の維持のために活用することを要件として行われる」と定めていることは、憲法二五条一項に対する合理的制限として同項に違反しない、と解釈するに際し、二七条一項後段から導かれる八国は国民の勤労の義務を具体化する法制度を設けるべきである√という規範が解釈基準として機能する、ということである(大体同様のことは、雇用保険法三二条一項が「失業給付の」受給資格者……が、公共職業安定所の紹介する職業に就くこと……〔など〕を拒んだとき」は原則として所定の給付制限を受ける、と規定している点についても、妥当しよう)。もっとも、学説上、右に引いた生活保護法や雇用保険法の規定は、「労働の義務に関する憲法の趣旨を確認し、具体化したものであり」、このような範囲で労働の義務も法的効力を有すると解するのが妥当である、と説かれたりする(芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』四四三頁〔中村執筆〕。「法的効力」という語を使わないにせよ、大体同旨の説き方をする学説は少なくない(同四四三―四四四頁参照)。が、前述した生活保護法や雇用保険法の規定は、憲法(二七条一項後段)上の要請にかかるとはなく、立法政策上の規定であると解すべきであり、その意味で、右の点については、二七条一項後段に法的拘束力が認められたことにはならない(解釈基準としての意味づけがなされたにとどまる)、と論じられるべきであろう。

(134) 下級裁判所裁判官の再任をめぐる解釈については、さしあたり野中・前掲論文(注(25))参照。

(135) そのほかの例としては、九条一項を戦争等の無限定的放棄、二項を戦力の無限定的不保持をそれぞれ定めたものであると解釈するに際し、「前文が平和主義を憲法制定の目的としてまで示した趣旨」を援用する学説(前掲『注釈日本国憲法・上巻』一七〇—一七一頁〔樋口執筆〕)、『生存権』は、……勤労権(二七条)や労働基本権(二八条)などの他の社会権を生起せしめる母体として、それらの権利の解釈準則としての役割を担う」と論じる学説(佐藤幸治・前掲『憲法』四二二頁)、『生活権補償は、憲法二九条三項の『正当な補償』を二五条の生存権保障の趣旨によって解釈することによって導かれる憲法上の要請と解すべきである』とする学説(前掲『注釈日本国憲法・上巻』六九三頁〔中村執筆〕、さらに同・前掲『憲法30講』一九四頁)、などがあげられよう。

なお、最大判昭五八・六・二二民集三七巻五号七九三頁(七九六—七九七頁)によると、「閲読の自由が憲法上保護されるべきことは、思想及び良心の自由の不可侵を定めた憲法一九条の規定や、表現の自由を保障した憲法二一条の規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところであり、また、すべて国民は個人として尊重される旨を定めた憲法一三条の規定の趣旨に沿うゆえんでもあると考えられる」とされるが、それは、△閲読の自由は一九条と二一条を一三条の趣旨に照らして解釈することにより導き出される▽と主張したものととして読み直すことができよう。

(四) 抽象的権利・具体的権利

(1) 抽象的権利という言葉は、生存権の法的性格論の文脈のほか、情報公開請求権などについて語られたりする。

この語は、明確な定義なしに用いられることが多く、よって、それに対する理解の仕方は、漠然としていたり論者によって異なっていたりする傾向にあるといえるが、そこに共通して認められる要素は、「その一般的実現には法律の制定を待たなければならない」ような権利という意味⁽¹³⁶⁾であろう。ここで問題なのは、ここにいわれる「法律」は、(イ)それを制定すべきことが憲法上の要請となる法律、(ロ)その定立が憲法上望ましい法律、(ハ)かかる(イ)と(ロ)の双方、のう

ちのいずれを内実とするものなのか、ということである。もし、(イ)だとすると、抽象的権利は、本稿のいう法的拘束力をもつ人権規範（法的権利）に属することになる。『抽象的権利』といえども『法的権利』であるから、それを具体化する法律が存しない場合には権利侵害（＝違憲）ということにな¹³⁷る』、といわれる場合がそれに当たる。他方、(ロ)だとすると、抽象的権利は、プログラムの権利と同一のものに帰する。(イ)であれば、それは、法的権利と綱領的権利とからなるものとして位置づけられよう。

他方、具体的権利の語も、様々な意味で用いられてきたといえる。ここでは、抽象的権利と具体的権利を、お互いに対をなす概念として捉えたうえで、両者のありうる用法を整理してみることにしよう。¹³⁸

まず、抽象的権利を法的権利に属するものとした把握した場合は、次のような三様の概念規定の仕方が考えられる。それは、(a)具体化立法がない場合、裁判規範として機能しえないような権利が抽象的権利であり、機能しうるような権利が具体的権利であるとするとするもの、(b)具体化立法がない場合、裁判的実現が不可能となるような権利が抽象的権利であり、可能となるような権利が具体的権利であるとするもの、および(c)具体化立法がない場合、一般的実現が不可能となるような権利が抽象的権利であり、可能となるような権利が具体的権利であるとするもの、である。つきに、抽象的権利をプログラムの権利として理解したときは、具体的権利は法的権利の同義語となる。すなわち、(d)法的拘束力のない権利が抽象的権利であり、法的拘束力のある権利が具体的権利である、ということになる。最後に、抽象的権利を法的権利に属するものとプログラムの権利とからなるものとして捉えた場合は、右の(a)～(c)に対応した三通りの定義が考えられる¹³⁹(a)～(c)。

(a)の概念規定によると、自由権はすべて具体的権利であるが、生存権などは、立法不作為違憲確認訴訟を認める立

場に立てば具体的権利、認めない立場に立てば抽象的権利となる、とされる。(b)の定義をとった場合は、自由権の位置づけはさておくとして、生存権などは、それを具体化する法律が存しない場合でも裁判上実現しうる生活保護給付請求権となると説く立場からは、¹⁴⁰具体的権利となるが、それ以外の立場に立つかぎり——立法不作為違憲確認訴訟を認めると否にかかわらず——、抽象的権利となる、と説かれることになる。(c)の定義によった場合は、自由権は具体的権利であるとされ、また、生存権などについての事情は、(b)の場合と同じになる。また、(d)の概念規定においては、自由権は具体的権利であるが、生存権などは、それは法的拘束力をもつとする立場からは具体的権利、もたないとする立場からは抽象的権利である、とされることになる。

抽象的権利・具体的権利の二分法は、(a)、(c)および(d)にあっては、自由権を含む人權全体についての分類として捉えられているが、¹⁴¹(b)にあっては、人權のうち給付(作為)請求権の構造の権利についての分類として位置づけられている。¹⁴²先に、(b)および(c)の定義を示す叙述において、権利の裁判的実現および一般的実現という概念を用いたが、¹⁴³給付請求権の構造をもたない自由権については、原則として権利の裁判的実現を語るになじまないのである¹⁴⁴(自由権は、自由の享受ないし自由権の行使を通じて裁判外で一般的に実現されるといえる)。

(2) 生存権などの法的性格論の文脈においていわれる抽象的権利説の意味づけの仕方、必ずしも一樣でないが、前述の諸定義のうち、かなり一般的な捉え方に近いのは、(a)の概念規定であろう。それによると、抽象的権利説とは、¹⁴⁵社会権としての生存権を内容とする規範は、具体化立法が存在しない場合は裁判規範として機能しえないが、それが存在するにいたっては裁判規範として機能しうるものとなる、と論じる説をいう、とされることになる。¹⁴⁶他方、具体的権利説は、具体化立法が存しない場合に、立法不作為に対する違憲確認訴訟の提起を認めるべきこ

とを主張するものである。そうすると、両説の分かれ目は、かかる立法不作為違憲確認訴訟を認めるべきか否かという点に存することになる。¹⁴⁶しかし、二五条の主たる生存権規範については、それが憲法上の法規範たる人権規範であること(このことは、もちろん「健康で文化的な最低限度の生活」の内容は理論上確定しうるとすることを前提とする)が確認されればたりるのであり、立法不作為違憲確認訴訟の可否は、それとは論理的に別個の事柄として処理されるべきものである。換言すれば、二五条の主たる生存権規範の法的性格論として発言すべきことは、それが憲法上の法的権利であるのか否かという点にとどまるのであり、立法不作為違憲確認訴訟の問題は、それが憲法上許容されるかを七六条、八一条および四一条の解釈論として論じ、さらに、許容されるとした場合、それが憲法上要請されるかを七六条、八一条および三二条の解釈論として主張すべき性質のものである、というべきなのである。

なお、抽象的権利説や具体的権利説に関しては、有力学説により、これらの説の主張者は、現に存在する生活保護法などの二五条関係の法律がおよそ存在しないことを想定した観念論的な議論を進めてきたことになるのではないかと、という趣旨の鋭い批判が提起されている。¹⁴⁸確かに、議論の実益を重んじる立場からは、かかる批判はきわめて正当なものとして評価されよう。しかし、純然たる憲法論の提示こそ重要であるとする見地からは、生活保護法などの完全欠如を想定した観念論的な議論こそ憲法解釈論にふさわしいといえるのではなからうか。というのは、憲法上の法規範の内容は、下位の法律の有無とは無関係にそれに先行して確定されるべきものであり、だとすると、法律の存在を視野に収めず憲法規定だけを觀察することによって、はじめて、厳格憲法解釈論を展開するための理論的地平が開けてくるといえるからである。これまでの学説は、この点について、明覚な自覚を伴わなかったにせよ、いわば素朴に感じとっていたともいえるのであり、その意味で、法律不存在を想定した抽象的権利説や具体的権利説の発想は、そ

れ自体健全な憲法学的思考方法であったと評することができよう。⁽¹⁴⁹⁾⁽¹⁵⁰⁾

(136) 佐藤幸治・前掲『憲法』四二三頁、さらに、前掲『注釈日本国憲法・上巻』二四二頁〔佐藤執筆〕参照。

(137) 前掲『注釈日本国憲法・上巻』二四〇頁〔佐藤執筆〕。

(138) なお、ドゥウォーキン『権利論』〔木下毅ほか訳〕（木鐸社、一九八六）一一四―一一五頁における抽象的権利と具体的権利の区別は、ここでは扱わない。（なお、前掲『注釈日本国憲法・上巻』二四二―二四三頁〔佐藤執筆〕、阪本昌成『ブライヴァン権利論』（日本評論社、一九八六）二〇頁参照）。

(139) 芦部信喜『司法のあり方と人権』（東京大学出版会、一九八三）一二六頁においては、「抽象的な権利」とは、「特別な法律が制定され、その裏付けがないと、憲法〔の規定〕だけを根拠にして直接国家権力を拘束することができない権利」、「具体的権利」とは、「法律の裏付けがなくても、直接憲法の規定だけで国家権力を最終的には裁判を通じて拘束できる権利」をそれぞれ意味する、と説かれるが、それが本文の用語法のうちいずれに該当するのかは、必ずしも明らかであるとはいえない。

(140) この立場（に近い見解）をとる学説としては、森田友喜「生存権の法的保障」『清水望先生選暦記念・憲法における制度と思想』（成文堂、一九八四）一八三頁以下、この立場をとるべきことを示唆する学説としては、萩井・前掲書（注（43））九五―九六頁がある。

(141) かかる把握は、注（139）所掲の学説の中にみとることができよう。

(142) 前掲『注釈日本国憲法・上巻』二四〇頁〔佐藤執筆〕では、「抽象的権利と具体的権利の」区別の意義は、主として請求権的性格の基本的人権に関連して生ずる、と説かれている。

(143) ここでは、この概念について検討を加えたり、明確な規定を与えたりする余裕はないが、金銭給付請求権についていえば、訴訟を通じて金銭が得られる場合が権利の裁判的実現、訴訟を通じて得られない場合が権利の一般的実現である。

(144) 自由権の行使を理由に逮捕・起訴された場合に裁判で無罪判決を勝ちとることは、自由権の裁判的実現とは呼べないであろう。

(145) これまでの学説にあって、抽象的権利説の名の下に、生存権は法律が存在しない場合は抽象的な権利であるが、法律によ

つて具体的な権利となる（佐藤功・前掲『日本国憲法概説』二三九頁、同・前掲『憲法（上）』四二三頁）、と説かれたり、プログラム規定積極説の名の下に、「生存権は、……（立法）政策によって実現される権利である」が、「法律によって実質化された憲法上の生存権は、法律と一体になって権利性をおびた……ということになる」（池田・前掲論文（注106）七九頁、八八一―八九頁）、と論じられたり、あるいは、「生存権が」具体的権利としての性格をもつには、二五条を具体化した法律（生活保護法）が存在しなければならぬ。しかし、生活保護法によって具体化された生存権（保護受給権）の内容は、『憲法の条項と一体化してその権利的性格が論ぜられるべきであり、法律の段階において始めて権利性が承認されるとみるべきではない』（芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、一九七三）四二〇頁、さらに、芦部信喜『演習憲法』（有斐閣、一九八二）一八二頁頁参照）、と主張されたりするのも、論者の主観的意図にあつてはかたはさておき、ここでの本文に示した命題を語つたものとして捉え直すことができよう。

なお、大須賀・前掲『生存権論』一二五頁は、右に引用したプログラム規定積極説につき、「ここにみられる思考方法の特徴は、下位の法律の内容によって上位の憲法の内容が確定されるということであ（り）」、これは、「法規範の授權段階構造にもとづく正常な法的思考とはおよそ逆の思考方法」である、としている。この指摘は、かりに、プログラム規定積極説が、人生存権は具体化立法が存在しない場合はプログラム規範であるが、法律ができると法規範となる√とする趣旨をもつものとすれば、正当なものといえようが、ここでの本文のような形に再解釈された抽象的権利説に対しては妥当しないといふべきであらう。

(146) 従来、このように説かれるとき、立法不作為の違憲性を国家賠償請求訴訟で攻撃する可能性の問題は、眼中におかれてこなかったものであり、ここでも、便宜上それを視野に収めないことにする。

(147) 二五条一項の「最低限度の生活」の内容は理論的に確定できるかという問題につき肯定説と否定説の対立があり、両者はそれぞれ確定説および不確定説と名づけることができよう。もっとも、実際には、両者に相当する説は、絶対的確定説および相対的確定説と呼ばれる傾向にある（大須賀・前掲『生存権論』九六―九九頁、二五三―二五四頁、大須賀ほか・前掲『憲法講義2』二四三―二四四頁〔藤井執筆〕など）。しかし、「両説は」、いずれもその水準の具体的内容が当該国家の歴史的社会的条件によって規定される相対的なものであること〔を〕認めている」（大須賀・前掲『生存権論』二五三頁、さらに同九六頁参照）のであるから、かかる用語法は、やや誤解を招きやすいといえるのではなからうか（ただ、絶対的確定説は、大須賀

・前掲『生存権論』二五三頁によると、「特定の国家の、特定の時期において、『最低限度の生活』水準の具体的な内容は科学的に算定することができる」とする説として規定される(傍点内野、さらに同書九六頁参照)のであるから、それは、筆者のいう確定説と完全に一致するものではない、とみる余地もあろう。

(147a) 二五条一項については、本文で述べたように確定説を主張することが重要であるが、この点に関しては、確定説と不確定説の違いは、實際上、相対的なものにとどまるのではないか、との指摘がありえよう(芦部・前掲書(注(145))四一六頁は、この両説に相当する二つの説につき、「実際上は結論的に『さほど大きな差異を招来するものとはいえない』という解釈も成り立つ」と論じている。また、不確定説的主張と確定説的主張を併用する佐藤幸治・前掲『憲法』四二三頁の叙述も、両説の区別の相対性を示唆するものといえよう)。が、確定説と不確定説の理論上の区別は十分可能である、ということができよう。

なお、大須賀ほか、前掲『憲法講義2』二四六頁〔藤井執筆〕によると、「絶対的確定説は具体的権利説を前提とするものであり、相対的確定説はプログラム規定説ないしは抽象的権利説を前提としている」とされる(さらに、同二三九―二四〇頁、戸松秀典「生存権の性格と司法審査」樋口陽一編『憲法の基本判例』(有斐閣、一九八五)一二三頁以下、一二四頁参照)。が、具体的権利説を採用することなく確定説を主張する立場をとることも可能であるといえよう。実際、かかる立場に立つ学説もみられる(芦部・前掲書(注(145))四二〇頁。なお、具体的権利説をとるとはいえない中村陸男教授も、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三五六頁においては、「生存権のうちでも、『人間としての生活の最低限度』については、特定の国の特定の時点という限定を置けば、裁判所によって客観的に確定しうるものと解すべきである」と述べている)。

(148) 奥平・前掲論文(注(10))六三頁、六九頁、七〇―七一頁、七四頁。大体同旨の指摘は、より以前には、西原・前掲論文(注(43))一四〇頁にみられる。曰く、「もしこれらの『憲法二五条を具体化するための』法令がまったく存在しなかったとすれば国民が憲法二五条のみを根拠に国に対して立法や給付を裁判上請求できるかどうかは、生存権が具体的な権利として実定法上にかなり定着しているわが国の現状では、まったく仮定の議論であってあまり意味がない」(傍点西原)(さらに、芦部・前掲書(注(145))四二〇頁、河野正輝「憲法二五条と『防貧施策』」法律時報四八巻五号(一九七六)一五頁以下、一六頁参照)。なお、戸波江二「立法の不作為と憲法訴訟」Law School 二五号(一九八〇)四〇頁以下、四九頁では、「現在の法制度の完備した状況の下で現実不作為の違憲確認訴訟の制度が利用されることがあるのか、という実際上の疑問が残る」。

と論じられている(さらに、同「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(五・完) 自治研究五四卷一―号(一九七八) 一一頁以下、一一八頁、野中・前掲論文(注(67)) 一一八頁、鳥居・前掲論文(注(43)) 七一―八頁参照)。

(149) 中村睦男教授は、「抽象的権利説は、朝日訴訟のように、生存権を具体化する法律が存在し、その法律に基づく行政処分
の合憲性を争う場合を念頭において形成された理論である」とし、(前掲『注釈日本国憲法・上巻』五八〇頁、さらに、芦部編 前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三四六頁)、また、「『抽象的権利説』にあっても、……〔一定の場合には〕生存権の裁判規範としての効力を否定しないのであるから、『抽象的権利説』という名称も妥当なものとはいえない」(『憲法Ⅲ人権(2)』三四六頁)、と論じている。が、抽象的権利説の概念は、何よりも、生存権は、それを具体化する法律が存しなかったとしたら抽象的な權利にとどまる、という発想に基づくものというべきであり、このような思考方法をとる以上、抽象的権利説という呼称も自然なものといえるのではなからうか。

(150) この点については、注(24)およびそれに対応する本文をみよ。

(甲) 原則規範・原理的権利

(1) 憲法学説において、原則規範の概念が語られたりもする。そのいわば首唱者によると、原則規範とは、基本権規定の中にもみられるものであり、それは、「(イ) 憲法より下位の法のうちの一定の分野について最高の規範であるもの、または「(ロ) 憲法を含むいっさいの法秩序の最高の規範であるものをいう」とされる。そして、(イ)に属するものとして、憲法一七条、二四条、二五条、三一条および三三条以下の刑事手続に関する規定、(ロ)に属するものとして、一二条後段前半、一三条および一四条があげられている。かかる原則規範のもつ「法的効力」については、それは、(i)原則規範に反する法令の規定の効力を否認し、(ii)場合により原則規範に反する個々の法律行為を無効にする効力や、(iii)立法者に原則規範に反する法律の制定を禁止する効力(これは(i)の系である)のほか、(iv)立法法の指導原理としての意味や、(v)「行政機関および司法機関は、原則規範の精神に従って法令を解釈しなければならない」という意

味での「解釈原則」を定めるものとしての意義をもつ、とされる¹⁵²。しかし、右のうち、(i)と(ii)は、本稿のいう法的拘束力、およびそれに伴う(九八条一項後段によって示される)「効力を有しない」という効果を語ったものであり、また、(iv)と(v)については、それぞれ四(一)(i)および四(三)(i)で指摘したことが妥当しよう。はたして、このような種々のいわゆる法的効力をもつ混合体としての原則規範の概念がどの程度有用なのか、疑問の余地がないではない¹⁵³。

(2) また、ある学説にあっては、原、理、的、権、利、(義、務)の概念が、次のような形で語られている。「憲法二六条二項後段は、」国民の教育をうける権利に対応して義務教育費をすべて無償化していくべきことを国に原、理、的、に、義、務、づ、けているものと解される。この国の義務教育無償義務は、授業料無償のほかは原則として直ちに裁判で金、銭、支、払、請、求、されえず、立法・予算等を通じて具体化されるものではあるが、旧来のプログラム規定説が説くように国が適宜に立法政策をたてていけばよいという政治的義務にすぎないものではなく、憲法上、国民の教育をうける権利に対応している法、原、理、的、義、務、であると解される。¹⁵⁴「国民・住民の政治・行政を知る権利は、それ自体憲法原理であって、たんにプログラムにとどまるものではなく憲法上の原、理、的、権、利、であると解されるが、行政機関が持つ文書の開示を求めうる国民・住民の権利に制度化されるために、情報公開立法を憲法原理的に要請することになる。¹⁵⁵」かかる憲法上の原理規定の意味については、「必ずしも直接の具体的制度効果を伴わない」が、「制度的にも、(a)裁判¹⁵⁷」における「関係法規の解釈原理として、また(b)教育行財政上の裁量基準としても働く可能性がある¹⁵⁶」、とされる¹⁵⁷。が、右の(a)および(b)については、それぞれ四(三)(i)および四(二)(の末尾)で指摘したことが妥当しよう。とまれ、厳格憲法解釈論の平面には、憲法上の法的権利とプログラムの権利の間に原理的権利なる中間物が存する余地はなく、¹⁵⁸いうところの原理的権利は、法的権利、綱領的権利もしくは両者の混合体のうちのいずれかに帰着するものとなる、と説くことが

(151) 橋本・前掲『日本国憲法』一二九—一三二頁。なお、橋本教授による原則規範概念の導入は、すでに、同『憲法原論』(有斐閣、一九五九)においてなされていた。

(152) そのほかに、橋本教授の原則規範説に原則的に従うものとして、川添利幸『憲法概論』(文久書院、一九六二)一四七頁がある。また、一三条前段の性格づけを行なうに際し、それは原則規範であって法律の解釈準則となる旨説くものとして、佐藤幸治・前掲『憲法』三一頁、前掲『注釈日本国憲法・上巻』二六四頁(佐藤執筆)、および芦部編・前掲『憲法Ⅱ人権(1)』一三四頁(種谷執筆)がある。なお、そのほかに、和田鶴蔵・前掲書(注(33))六六七頁にも、原則規範の語がみられる。

(153) なお、芦部編・前掲『憲法Ⅱ人権(1)』七三頁(芦部執筆)は、「私人間にも効力を有するという、具体的・確定的な内容をもつ『原則規範』の概念が不明確ではないか」と論じている。

(154) 兼子仁『教育法』[新版] (有斐閣、一九七八)二二七頁。それに対する評価として、前掲拙稿(注(8))一三〇頁注(84)参照。

(155) 兼子仁「情報公開と行政の改革」公法研究四三号(一九八一)七四頁以下、七六頁。

(156) 兼子仁「書評・永井憲一著『憲法と教育基本権』新版」法律時報五七卷二二号(一九八五)一二六頁以下、一二八頁。

(157) さらに、兼子仁『行政法総論』(筑摩書房、一九八三)一五頁によると、『法原理』は、制度的法論理がなお未発達な場合にも、行政裁量に対して原理・原則的な規律を行ない、けっして行政を野放しにはしない効果をもつ(たとえば『行政上の公正手続の原理』)、とされる。

(158) これは、原理的権利説に対する有意味な批判というより、厳格憲法解釈論の定義上当然に真になる無意味なトリトリジャーを述べたものに帰しよう。

(159) 兼子・前掲「書評」一二八頁は、「オーソドックス憲法学も、……こうした憲法上の原理規定ないし原理的権利……の余地を考えてくれないのではないかと思う」と主張する。が、かかる「原現規定」の発想は、本稿の枠組では捉えがたい反面、かえって、厳格憲法解釈論を自覚的に展開しているとはいえないかなりの既成憲法学説——それは、たとえば、「団体自治にかかれる公の事務の配分については、国民主権(『人民主権』)の原理からは、地方優先の原則が要求される」(杉原泰

雄「地方自治権の本質」前掲『憲法学6』一一九頁以下、一三六頁、さらに、同「地方自治権の本質(三・完)」法律時報四八巻四号(一九七六)一三三頁以下、一三七頁)といった言明の中にみてとることができる——と親和性をもつ、と評することができよう。

(160) なお、兼子・前掲『教育法』二三七頁などでは、原理的義務を語ることの運動論的意義が指摘されているが、この点については、奥平・前掲論文(注(9))における批判的コメントを参照。

(六) 制度的保障

制度的保障の概念の有用性については、最近次のような見解が提示されている。すなわち、「いかなる立法が制度的保障の本質的内容を侵して違憲となるかの判断にあたって、実は、制度的保障の理論は何の役にも立たない」のであり、よって、「制度的保障の理論は、ある憲法上の規定が制度的保障とされることによって、そこから具体的な法的命題が導き出されるという意味での道具概念とはいえず、当該憲法規定の特質を示すという意味での説明概念に過ぎない」⁽¹⁶²⁾、と論じられたり、「制度的保障という概念は」⁽¹⁶³⁾ある種の制度を認識する……ための道具としては使っていないだろう」が、「解釈論上の概念としては要らない」、と主張されたりするのがそれである。この点につき、どのように評価すべきであろうか。

本稿の枠組を使つていえば、ある憲法的規範が制度的保障としての性格をもつということは、当該規範(の中核部分)が法的拘束力のある客観法規範であるということの意味することになる。すなわち、第一に、ある制度(の中核)が憲法上保障されるとすることは、それを維持すべしという規範が憲法上の法規範であることを(また、制度の周辺部分は立法により改廃できるとすることは、それにかかる規範がプログラム規範であることを)別の言葉で表現し直したものにすぎない。第二に、制度的保障規範は、それに対する違反が必然的に人権規範への違反をもたらす場

合（たとえば私有財産制を維持すべしという規範）と、必ずしもそれをもたらさない場合（たとえば地方自治の保障を内容とする規範）とがあるが、いずれにしても、それ自体としては人権規範と論理的に区別される客観法規範であるといふことができる。⁽¹⁶⁴⁾よつて、確かに、制度保障規範には、人権規範とは異なり、それに対する違反（＝違憲）を裁判上是正する道を保障すべきことが憲法上要請されているわけではない、という帰結を結びつけることができる⁽¹⁶⁵⁾（かくいうことは、制度的保障規範は裁判規範となりえないという言明を含蓄するものでないこと、もちろんである⁽¹⁶⁶⁾）。しかし、この点は、制度的保障規範に固有の問題ではなく、客観法規範一般に妥当する事柄である（三）（二）参照。その意味では、——そして制度的保障論が具体的な憲法解釈論上の命題を引き出す役割を演じうるものではない、といふことをも含めた形でいえば——制度的保障規範自体に対してはいかなる法的帰結も結びつかない、といふことができる。

それでは、制度的保障の概念は、講字上の認識ないし説明のためには有用なものといえるであろうか。この点は、その概念規定の仕方に関わっている。

第一に、元来の制度的保障論によると、保障の対象とされる制度は、憲法制定前より存立する伝統的な制度でなければならぬとされる（A₁説）。これに対しては、そこでの制度は、必ずしもわが国における既存の制度ではなく、近代立憲国家の共有財として認められてきた制度であればよい、と論ずる学説（A₂説）⁽¹⁶⁷⁾が存し、また、端的に、それは伝統的な制度でなくてもよい（憲法制定後に創設されたものをも含む）、と説く見解（A₃説）もありえよう。

第二に、制度の創設と忌避に関わつては、次のように説明する学説が存する。すなわち、人権と制度との関係については、憲法が一定の制度を創設ないしは前提する場合（たとえば二九条一項にかかる私有財産制度）と一定の制度

を忌避する場合（たとえば一四二条二項の貴族制度）とがあるが、制度的保障の理論は前者の場合のみに関わる、とするものである（B₁説）。この点については、制度的保障論は制度の忌避の場合にも語りうるとする見解（B₂説）を対置させることができよう。

第三に、本来の制度的保障論は、制度の中核は憲法上保障されるが、周辺は保障されないとする理論を含意している。よって、制度的保障の対象となる制度は、かかる「中核・周辺」論を適用するに親しむものでなければならぬことになる（C₁説）。が、他方には、「中核・周辺」論に拘泥せずに、あるいはそれを放棄したうえで、制度的保障を語る学説（C₂説）も、少なからずみられる。

制度的保障の概念につき、右のA₁とA₃説、B₁・B₂説およびC₁・C₂説の組み合わせを考えると、最狭義説から最広義説に及ぶ様々な見解が現われうることが知られよう。制度的保障論の適用範囲に関しては、大学の自治（二三条）、私有財産制（二九条一項）および地方自治（九二条）をそこに取り入れるべきことにつき、学説は大体一致しているが、⁽¹⁷³⁾政教分離原則については賛否両論が対立しており、⁽¹⁷⁴⁾さらに、一部の学説は、婚姻および家族に関する制度（二四二条）や通信の秘密（二二条二項後段）をもとりこむべきものとし、⁽¹⁷⁵⁾また、公務員制度や社会権に関する制度にまで適用範囲を拡張すべきことを主張ないし示唆する見解もみられる。⁽¹⁷⁶⁾かかる適用範囲についての学説の相違は、まさに、制度的保障の概念の理解の仕方の違いに由来しているといえるのである。さしあたっていえば、A₁―B₁―C₁説をとると、制度的保障論の適用を受けるのは私有財産制のみである、とされることになるが、A₂―B₁―C₁説を採用すればそこに大学の自治や地方自治をとりこむことが可能になり、さらに、A₃―B₁―C₁認においては社会保障制度、また、A₂―B₂―C₂説にあっては検閲禁止までもが、制度的保障論の射程にはいつてくることになるのである。⁽¹⁷⁷⁾そして、かりにA₁―

B₂—C₂ 説をとると、制度的保障という言葉は、単に憲法による制度（政教分離などのいわば負の制度も含む）の保障という意義を担うにとどまるものに墮してしまふのである（この場合、少なくとも統治機構領域の憲法的制度はすべて制度的保障の対象をなすことになるう）。

このように考えると、——制度的保障という多義的な概念に対して一つの明確な定義を与えることによって問題に対処することも不可能ではあるまいが——現状では、制度的保障の概念は、認識のための道具としてもあまり役に立つとはいえない、と論じることができよう。⁽¹⁷⁹⁾ これまでに制度的保障に属するとされてきた規範については、統治機構領域の憲法規定に示される規範と同じ性格をもつ客観法規範である、と説明すればたりよう。⁽¹⁸⁰⁾ 筆者は、かかる見地から、制度的保障論不要説を唱えておきたい。⁽¹⁸¹⁾⁽¹⁸²⁾

(16) 制度的保障（の理論）の意味については、ここでは一応周知のものとして扱い、以下、四内の叙述では、とくに必要のないかぎり、それに関わる説明や文献注を付さないことにする。

(162) 戸波江二「制度的保障の理論について」筑波法政七号（一九八四）六六頁以下、九五頁（さらに一〇九—一一〇頁参照）。この戸波説への好意的言及として、山下・前掲論文（注（一））六五頁。

(163) 奥平・前掲（注（57））七六頁。

(164) 別言すれば、制度的保障規範は、それへの違反がただちに人権規範違反を引き起こす場合でも、人権たる規範のすぐ裏にある八当該人権を保障すべし \vee という客観法たる規範とは論理的に区別される別個の客観法規範として位置づけられるべきこととなる（ここでは、たとえば、 \wedge 所有権を保障すべし \vee という規範と \wedge 私有財産制を保障すべし \vee という規範とは別のものとして捉えられることになる）。

(165) なお、成田・前掲論文（注（30））三〇七—三〇八頁によると、「憲法第八章の地方自治の保障は、地方公共団体の基本権又は主観的公権の保障ではなく、制度的保障であるから、地方公共団体は、この規定を直接の根拠にして、地方自治の本旨に反する法律が違憲であると主張して訴訟を提起することはできない。また、住民が違憲訴訟を提起しても、わが国では、法律

に特別の規定のない限り民衆訴訟は認められないから却下せよう」とされる(ただし同三〇八一—三〇九頁をも参照)。

(166) なお、松井茂記「津地鎮祭訴訟」前掲『法セミ増刊・憲法訴訟』一〇九頁は、「制度的保障の意義は信教の自由の侵害の可能性の排除だと考えるなら、信教の自由侵害の主張が困難・不可能な場合にこそ、政教分離原則違反の主張を認めて信教の自由保護をはかることに意味があるのではなからうか」と説いている。

(167) 川添利幸「制度的保障」芦部信喜ほか編『演習憲法』(青林書院、一九八四)一六五頁以下、一七二頁。それは、日本国憲法制定時以前に存在したわが国の「大学の自治」や地方制度は、制度的保障の対象とするにふさわしいものではない(同一七二頁)、という点を考慮したうえでの立言であり、また、「地方」自治制度の歴史的伝統から現行の自治の本質内容を決定しようとする方法は、ときには反憲法原理的にもなりかねない(杉原・前掲論文(注159)『憲法学』6 一三〇頁、同・前掲論文(注159)法律時報四八巻三号九一頁)という指摘に一面で応えようとする性格を担うものといえる。

(168) 佐藤幸治・前掲『憲法』二七九—二八一頁(なお、かかる制度の場合分けについては、覚道豊治『憲法』(ミネルヴァ書房、一九七三)二二—二二三頁をも参照)。政教分離原則との関わりで基本的に同趣旨の見解を述べるものとして、戸波・前掲論文(注57)五二九—五三〇頁。

(169) この学説が、制度の創設と忌避を語る点については、両者の区別はときに相対的なものになりうるのではないか(たとえば大学の自治を保障する制度の創設は、それを否認する制度の忌避と等置できる)、との指摘がありえよう。が、より具象的な制度をもってここにいう制度と観念することにすれば、両者の区別は有意義に語ることができよう。

なお、制度的保障論との関わり制度の創設を語るのは、用語としてやや問題があるようにも思われる。というのは、元來、制度的保障の対象をなす制度は、憲法による創設にかかるとはならず、既存のものでなければならぬ、とされてきたからである。しかし、創設の語も、忌避との対比において使われるものであるかぎり、あながち不適切なものとはいえない、と論じることでもできよう。

(170) 政教分離原則を制度的保障として捉える従来の通説は、この見解に立脚していたことに帰着しよう。なお、ドイツにおける制度的保障論の首唱者であるC・シュミットも、例外裁判所の禁止(ワイマール憲法一〇五条)を制度的保障の例としてあげていた(戸波・前掲論文(注162)七四頁注18)およびそこに引かれた原典を参照。

(171) かかる「中核・周辺」論の問題性を指摘した論稿としては、とくに、山下健次「制度的保障論覚書」立命館法学一五〇—

一五四号（一九八〇）七七九頁以下を参照。

(172) たとえば、「客観的な制度そのものを保障しようとしている」という点に着眼して制度的保障論を語る宮沢俊義『憲法Ⅱ「新版」』（有斐閣、一九七四）二〇四頁の見解（なお同一〇六一―〇八頁をも参照）は、「中核・周辺」論へのこだわりをあまり示さないものとして位置づけることができよう。また、「中核・周辺」論を制度的保障論の本質的要素とみなさないことに帰する学説としては、制度的保障を語りつつ、「中核の周辺部も立法による変更は許されない」とする手島孝『憲法学の開拓線』（三省堂、一九八五）二六四頁や、制度的保障を既存の制度の現状の保障と等置する長尾一紘『日本国憲法』（世界思想社、一九七八）七五頁があげられよう。

(173) 佐藤幸治・前掲『憲法』は、制度的保障論に対して必ずしも好意的でない態度を示すが（二八一頁）、この学説にあっては、大学の自治、私有財産制および地方自治は制度的保障の概念で捉えられている（三四七―三四八頁、三三八頁、一九五頁）。

(174) さしあたり戸波・前掲論文（注(57)）五二九―五三六頁参照。

(175) 橋本・前掲『日本国憲法』一二八―一二九頁。

(176) 戸波・前掲論文（注(162)）一一一―一二頁注(79)、阿部Ⅱ池田編・前掲『憲法(2)』七三頁（池田執筆）。また宮沢・前掲『憲法Ⅰ』二〇四頁は、義務教育の無償制を制度的保障として位置づけている。なお、西ドイツの学説において、ときに、社会的制度保障の理論（社会国家原理の具現化たる社会的制度に対して制度保障的効力を認めるべきであるとする理論）が語られることについては、前掲拙稿（注(26)）（二・完）法律時報五三卷一〇号一一一頁をみよ。さらに、拙評・自治研究五九卷一号（一九八三）一三一頁以下、一三九頁では、日本国憲法の解釈論の場面でも社会的制度保障の理論が援用されうる旨述べておいた。

(177) 実際、以前には、検閲禁止をも制度的保障として捉える説明がみられた（田上稷治編『体系憲法事典』（青林書院新社、一九六八）一二六頁〔橋本公亘執筆〕、樋口陽一Ⅱ佐藤幸治編『憲法の基礎〔入門編〕』（青林書院新社、一九七五）二六〇―二六一頁〔中村睦男執筆〕）。

(178) なお、深瀬忠一「長沼判決の積極的・創造的側面の考察（一）」法律時報四五卷一四号（一九八三）二五頁以下、三八頁において、九条は「明確な客観的制度的保障を規定」したものであるとされ、また、『平和的生存権』の制度的・情況的保

障」が語られている(さらに、同・前掲論文(注(55))二五八頁)。ここでは、九条の人権性を導き出すために「制度的保障」論が援用されているといえるが、かかる「制度的保障」概念は、本文にいうA₁—B₂—C₃説をとった場合にはじめて出てくるものと評することができよう(なお、尾吹善人「いわゆる『平和的生存権』概念の用い方を批判している」。そのほかに、吉田善二)一頁以下、一〇—一一頁は、右の深瀬論文における「制度的保障」概念の用い方を批判している)。そのほかに、吉田善明『日本国憲法論』(啓文社、一九八二)二七六頁にも、「平和的生存権の制度的保障」という表現がみられる。

(179) 戸波・前掲論文(注(162))一〇九頁によると、制度的保障(の理論)は、「当該憲法規定の一般的特質を基本的に指摘するにとどま(る)」「概括的説明概念」であり、「それについて指摘しうる」諸特徴についても、ある憲法規定が制度的保障とされる以上は当該憲法規定は当然にそれらの諸特徴を有しなければならぬ、ということになるわけではない(傍点内野)と論じられる。しかし、これは、制度的保障の概念の明確な定義を断念するものとも受けとることができ、いずれにせよ、かかる「概括的」な捉え方では、説明概念としての有効性も半減してしまうのではなからうか。

(180) ただし、大学の自治については、大学という団体のもつ人権として位置づける余地がないかが検討されるべきであり、ここでは、大学の自治を内容とする規範を客観法規範として捉えるのが妥当か否かにつき、見解を留保しておくことにする。

(181) 注(176)の末尾で言及したかつての私見は、ここに改めることにする。

(182) なお、本稿とは異なった視点から制度的保障論の採用に対して消極的な態度を示す学説として、芦部・前掲『演習憲法』七二頁、山下・前掲論文(注(17))七九二頁、大須賀ほか・前掲『憲法講義2』三五—三六頁(大須賀執筆)、佐藤幸治・前掲『憲法』二八一頁などがあり、これらを含めて、制度的保障論の問題点を指摘する学説はかなりの数にのぼるが、ここでは、この点には立ち入られない。これまでに見られた典型的な制度的保障論批判に対する再批判としては、戸波・前掲論文(注(162))九一—九八頁の叙述が参照されるべきである。

(七) 制度後退禁止原則

へある制度の設立(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√という命題を制度後退禁止原則と呼ぶことにしよう。それは、かかる制度設立は憲法上望ましいとする憲法理念上の規範について、特別の法的効果を認めるものといえよう。ただ、実際、制度後退禁止原則が語られる場合には、合理的理由のある場合は例外とされるべきである、といった留保が付されることが多い。

制度後退禁止原則を説く学説の例としては、九二条の「地方自治の本旨」との関わりで、「憲法理念は、その法律レベルでの実現の後では、一種の憲法規範の効果をもち、その改廃、他の制度への移行にあたっては、⁽¹⁸³⁾理念の合理的実現という観点からの厳格な根拠づけが要求され、それが十分に示されないかぎり違憲の評価を免れない」と主張するものがあげられよう。また、二五条の生存権（より広くは社会権）に関しても、△同条の理念を具体化した法律によってひとたび国民に権利が与えられた以上は、それを合理的理由なく奪うことは憲法上許されなくなる√といった命題が語られることがよくあり、それは、ときに、生存権の「自由権的效果⁽¹⁸⁴⁾」のうちの一範疇として位置づけられ⁽¹⁸⁵⁾たり、抽象的権利説（プログラム規定積極説⁽¹⁸⁷⁾）の一帰結として説明されたりするが、この命題も、制度後退禁止原則を内実とするものである可能性⁽¹⁹⁰⁾がある。⁽¹⁹¹⁾

かかる制度後退禁止原則は、確かに、憲法的規範の法的拘束力の働く領域を拡張させるものとして魅力的である。しかし、この原則に対しては、何よりも、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法的拘束力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拡がる）という難点が指摘されよう。もっとも、この点に関して、制度後退禁止原則を主張する論者は、△憲法理念上の規範の内容はあらかじめ定まっておき、その領域に関して制度後退禁止原則を主張しているのであるから、憲法の内

容が下位の法制度によって規定されることになる、という批判は当たらないし、また、憲法理念上の規範も一定の範囲をもっているのであるから、制度を設立するに依りて憲法上の法規範の内容が限りなく拡張することにはならない。V、¹⁹²といつて反論するかもしれない。しかし、このように論じてみても、憲法理念上の規範ではなく憲法上の法規範の内容が下位の制度のあり方によって左右されるという帰結は、依然として回避できないままであるといふべきであらう。また、制度後退禁止原則を主張する者は、次のように論じて自説を弁明しようとするかもしれない。すなわち、合憲・違憲の判断の対象はある制度の存在・不存(ないし内容)という静的な状態であると考えるかぎり、同説は、制度設立の前後で憲法上の法規範の内容が変化してしまふことを認めるものとして論難されることになる。が、しかし、憲法適合性の判断の対象は、ある制度の設立・廃止といった動的な行為であると考えれば、Aある制度を設立しないことは合憲であるが、それがひとたび設立されたから廃止することは違憲であるVといふ命題を認めても、——制度の不設立と廃止とで法的評価が異なってもよいのであるから——制度の設立の前後で法的拘束力ある憲法的規範の内容が変わることを認めたことにはならない、といふことである。しかし、右の(A∴∴∴Vで示した)命題は、論理的には成立しようとしても、はたして妥当なものといえるか、十分な根拠のあるものといえるか、といふ点については、疑問があるといふべきであらう。

かくて、筆者は、一般論としては、制度後退禁止原則は支持しがたいものと考える。¹⁹³私見の立場からは、憲法理念上の規範を具体化するにとどまる制度を後退させる措置は、合理的理由のない場合であつても、憲法上望ましくないといふ評価を受けるにとどまり、違憲と判定される余地はない、と論じられるべきことになる(他方、憲法上の要請に依る制度を後退させる措置は、合理的理由のある場合でも違憲となる考へるべきこと、もちろんである)。もつ

とも、時の経過によって憲法解釈が変更される可能性を認める立場に立てば、別の結論を導くこともできるが、しかし、その場合でも、それは、制度後退禁止原則のもたらす帰結ではなく、憲法解釈の変更の結果によるものにならざるべきことになり、と説明されるべきことになる。

以上は一般論であるが、ただ、二五条二項については、そこから制度後退禁止原則の趣旨を読み取ることができよう。同項の主たる内容とする規範は、三(1)の中で前述したように、プログラム規範であるが、しかし、同項からは、同時に、△「向上および増進に努める」ことに明白に反すること、すなわち合理的理由なく後退をもたらすことをしなくてはならない」という内容の憲法上の法規範を導き出すことができよう。⁽¹⁹⁴⁾⁽¹⁹⁵⁾

(183) 前掲『現代憲法講座・上』三〇〇頁(さらに三二〇頁)「山下健次執筆」。この点については、前掲拙稿(注(8))一三四頁注(94)の叙述をあわせて参照されたい。なお、山下教授は、かつては、制度保障とプログラム規定の結合により制度禁止後退原則が導かれることを示唆していた(山下「制度保障の法的性格とその問題点」公法研究二六号(一九六四)八一頁以下、八四頁)。

(184) とりあえず、前掲拙稿(注(8))一三四頁注(49)をみよ。そのほかに、山下編・前掲『概説憲法』一〇三頁は、二七条一項の勤労権に関し、「それを具体化する」法令上の権利を憲法と一体のものとしてとらえ、もしそれを後退させる措置がとられるならば、違憲の評価を受けることもあると考えるべきであろう」とし、また、同書一〇二頁は、二六条二項後段ないし教科書無償制との関わりで、「憲法の趣旨を積極的に具体化した法律を逆の方向に改めるにはその合理性を十分に証明する必要がある」と論じている。

(185) なお、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人権(2)』三七二頁「奥平執筆」は、「一般論としていえば、ある立法政策が現にある『教育を受ける権利』を縮減するような内容のものであるときに、縮減しなければならないことについて、それ相応にはっきりした理由がなければならぬ。しかしこれは、……権利ということの一般的な効果であるように思う」と論じている。

(186) 「自由権的效果」の作用する一場面として、「既に実施され運用されている制度への事後的な新たな所得制限等の制限条

項の法改正その他による導入に対して抵抗する場合」があげられたり（鳥居・前掲論文（注(43)）六九七頁注(4)、なお、同七一〇頁では、「いわば社会権に関する『憲法上の既得権保護効果』（傍点鳥居）」という表現が用いられている）、「自由権的効力」の内容として、「法律上既にみとめられていた基準が合理的理由がなく後退剝奪されてはならない」という命題が語られたり（奥・前掲書（注(43)）六〇頁、傍点奥）するのが、その例である。なお、生存権の自由権的効果（ないし自由権的側面）についての一般的検討（および文献参照）は、ここでは割愛することにする。

(187) 注(145)をみよ。

(188) 大須賀・前掲『生存権論』一二五頁、奥平・前掲論文（注(10)）六〇—六一頁など。

(189) なお、大須賀・前掲『生存権論』三八頁は、「社会権的性の平等権」の位置づけについては、プログラム規定積極説が正当である、としている。

(190) なお、西ドイツにおいても、ときに、社会権的制度についての制度後退禁止原則を含意する「社会的後退禁止」が語られることがある（前掲拙稿（注(26)）(二・完) 法律時報五三卷一〇号一一一頁参照）。

(191) が、本文に示した生存権についての命題は、 \wedge 生存権を具体化する法律の制定は憲法上要請されるが、法律が存在しない段階では、訴訟手段を通じてかかる要請を実現することはできないのに対し、法律が制定された段階では、当該法律によって具体化された権利を合理的理由なく奪う行為は、裁判上違憲なものとして阻止することができる \vee 、といった趣旨のものとして語られることもあったのではないかと思われる。その場合、それは、憲法上の法規範に関して、 \wedge 当該制度を定める法律の制定は憲法上の要請であり、よって、いったん成立した法律を廃止することは憲法上許されない \vee という自明の命題を語りつつ、そのうえで、 \wedge 裁判的統制は法律の制定に対しては及ばないが、廃止に対しては及ぶ \vee 、と論ずる性格のものに帰着しよう。かかる考え方は、かりに立法不作為に対する違憲審査は憲法上許容されないとする立場（注(63)の後段を参照）をとった場合に必然的に出てくるものであり、それは、——実践的に支持されるべきかはさておき——論理的に十分成立しうるといつてよからう。

(192) なお、合憲・違憲の判断（より狭くは裁判所の憲法判断）の対象は、静的に捉えられた法律（制度）やその不在なのか、それとも動的に捉えられた立法（制度設立）や法律（制度）廃止ないし立法不作為なのか、という問題は、憲法学界ではあまり意識されていないようである。

(193) なお、小林節「生存権の本質」受験新報昭和六〇年四月号一五八頁以下、一六二頁によると、「プログラム規定説の立場からすれば、生存権は、単なる政治的期待であって、法的な権利ではない以上、それをどのように与えるか与えないかは法的には政治部門のまったくの自由であるはずで、したがって、一旦立法によって具体化した基準を後の立法で切り下げたとしても、法的には問題はないはずである」とされる。

(194) 大体同旨の見解は、これまでに、**萩井・前掲書**(注(43))九〇頁、九四頁、同・**前掲論文**(注(43))五三六頁のほか、**堀木訴訟控訴審判決**(注(94))参照)や**塩見訴訟第一審判決**(大阪地判昭五五・一〇・二九行集三一巻一〇号二二七四頁〔二三〇〇頁〕)にもみられた。なお、二五条二項の効果という形においては、河野・前掲論文(注(148))一六頁や、**岡田訴訟控訴審判決**(札幌高判昭五四・四・二七行集三〇巻四号八〇〇頁〔八〇八頁〕)および**宮訴訟第一審判決**(東京地判昭四八・四・二四行集二五巻四号二七四頁〔三〇六頁〕)も、二五条領域での制度後退禁止原則を説いていた(なお、この点にかかると後者の判決の判旨への批判として、森順次「公的年金給付の受給を理由とする老齢福祉年金の支給停止と憲法一四条及び二五条」佐藤進・西原道雄編『社会保障判例百選』(有斐閣、一九七七)二〇頁以下、二二頁)。

(195) かかる私見は、まさに、「社会権全体の中での『自由権的效果』の機能に関する〔二五条二項領域への〕限定」(鳥居・前掲論文(注(43))七一〇—七二二頁)を行なおうとするものである。

五 五 五 五 五

憲法二五条の法的性格に関して、ある論者は、初期のいわゆるプログラム規定説に対して、「生存権の法的性格を多元的・複合的性格をもつものとして把握しようとした」という評価を与えるとともに、自らも「二五条に、法の解⁽¹⁹⁶⁾釈適用の基準、裁量範囲の限界づけ、裁量権行使の限界づけ、あるいは、法律上の……規範を扶助請求権たらしめる直接的根拠等の法的性格を与える展望」を語ったりしている。また、最近では、「複合的権利説」を自称しつつ、「生存権は①綱領的効力、②解釈指針的効力、③裁判規範的効力(法的権利性)、④社会権的(請求権的)効力、⑤自

由権的効力などにおいて特異の性格を有〔する〕⁽¹⁹⁸⁾、と論じる学説も出されている。が、そこにいわれる解釈基準としての効力を始めとする様々な効果は、憲法上の法規範のもつ法的拘束力か、プログラム規範のもつ作用（法的拘束力の否定を前提とした何らかの効果）かに理論的に解消されるのではなからうか。ここでも、当該憲法的規範は法的拘束力をもつか否か、という二者択一的な問題の立て方は、依然として有効であるといふべきであらう。学界では、本稿のような原理論的な思考法は好まれない傾向にあると思われる。実際、近時では、「現在、生存権の法的性格を論ずるにあたって必要なことは、生存権が一定の範囲で裁判規範としての効力を有することを前提にして、いかなる訴訟類型において、いかなる違憲審査基準によって、生存権に裁判規範としての効力を認めるかという問題を究明することである⁽¹⁹⁹⁾」⁽²⁰⁰⁾と論じる学説がきわめて有力であり、また、生存権の裁判的保障を訴訟類型ごとに検討する作業もなされてきている。このような学問的営為が重要であることは、いうまでもないが、それとは別に、法的性格論を抽象理論の次元で考察してみることに、それなりの価値が認められるのではなからうか。

また、客観法規範と人権規範の区別に関しても、本稿は、それを語ることの厳格憲法解釈論上の実践的意味を示したにとどまるのであり、実用法的には、両者の区別は、現行訴訟制度論における憲法訴訟の当事者適格（原告適格⁽²⁰¹⁾および違憲の争点を提起する適格）との関わりでどのような意味をもちうるのかという点が、検討されなければならぬ⁽²⁰²⁾。

右のような憲法訴訟上の問題の考察は、憲法規定や憲法上の制度だけではなく、下位の具体的な法律制度をも視野に収めた規範的議論の平面においてはじめてなしうるものであり、⁽²⁰²⁾「厳格憲法解釈論の立場から」という副題をもつ本稿のよくするところではない。そもそも、この論稿は、全体として、具体性や実益を欠いた一般理論に傾いてしま

ったが、それは、あらかじめ、厳格憲法解釈論の立場という視座の限定を付したからにはかならない。このことは、厳格憲法解釈論の任務の射程とその限界を示してくれるものともいえよう。

(196) 山下・前掲論文(注(31))七〇頁。さらに、芦部編・前掲『憲法Ⅲ人權(2)』三三五頁〔中村執筆〕、前掲『注釈日本国憲法・上巻』五七一―五七二頁、五八〇頁〔同執筆〕、同・前掲『社会権の解釈』七四頁参照。

(197) 山下・前掲論文(注(31))七二頁。

(198) 奥・前掲書(注(43))二八一頁。

(199) 芦部編・前掲『憲法Ⅲ人權(2)』三四六頁〔中村執筆〕、同・前掲『社会権の解釈』七四―七五頁、さらに、前掲『注釈日本国憲法・上巻』五八一頁〔同執筆〕。

(200) 山下・前掲論文(注(128))、中村・前掲『社会権の解釈』五七―六二頁、七五―七九頁、宮崎良夫「社会保障行政と権利保護」東大社研編・前掲『福祉国家4』二四九頁以下、二六九―二七七頁。

(201) 芦部信喜ほか「研究会・憲法判断の基準と方法」ジュリスト七八九号(一九八三)一四頁以下、一九頁における川添利幸発言は、「一般に、憲法上の客観的な法原則の侵害と、個人の人權の侵害との区別、および、憲法訴訟における、それら相互の関係について、もう少し突っ込んだ議論がほしい」と論じ、また、川添・前掲論文(注(47))二二頁も、「平等原則違反が必ずしも平等権の侵害を意味しないと、平等をめぐる憲法訴訟の Standing の特殊性についても、もっと詰めた議論がなされなければならなかったのではなからうか」と述べている。なお、注(58)で言及した野中論文も、平等原則と平等権をめぐる問題を主として憲法訴訟論の土俵で検討している。

(202) 違憲の争点を提起する適格の厳格憲法解釈論上の位置づけについては、三(二)(2)の中で示した通りであるが、実践的見地からみてより重要なのは、その現行訴訟制度論上の位置づけであるように思われる。