

# 社会法における生存権理論の変容

## The Transformation of Theories on the Right to Live in the Constitution and the Social Laws of Japan

法学研究科法律学専攻博士後期課程在学

谷 口 陽 一

Yoichi Taniguchi

はじめに

### I. 生存権の意義

1. 生存権の歴史
2. 日本国憲法25条
3. 生存権の概念

### II. 従来 of 生存権論

#### 1. 生存権の法的性格

##### (1) 学説

- ① プログラム規定説
- ② 抽象的権利説
- ③ 具体的権利説

##### (2) 判例

- ① 食糧管理法違反事件最高裁判決
- ② 朝日訴訟
- ③ 堀木訴訟

##### (3) 近年の動向と新しい展開

#### 2. 生存権の法的内容

##### (1) 憲法25条1項と2項との関係

- ① 1項2項一体説
- ② 1項2項分離説

##### (2) 訴訟類型と違憲審査基準

### III. 新しい生存権論

#### 1. 生存権の基礎付け論と社会法

- (1) 社会保障法における新しい展開
- (2) 労働法における新しい展開

#### 2. 生存権論と社会福祉との関係

おわりに

## はじめに

日本国憲法は、個人の尊重を根本原理として制定された<sup>1</sup>。そして同憲法は、その25条1項で「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」と規定した。これは生存権を定めたものである。

生存権とは、人間の尊厳に値する生活を営むために必要な諸条件の確保を、国家に対して要求する権利のことをいう。国家はその実現に努力すべき義務を負っている。この生存権は、日本国憲法が保障する社会権の中心をなす権利であり、社会権の中で総則的な規定となっている。

日本国憲法では25条の生存権の他に、26条の教育権、27条の労働権、28条の労働基本権（団結権、団体交渉権、団体行動権）などの社会権がある<sup>2</sup>。日本国憲法25条1項の生存権は、これら社会権のすべてを基礎づけることを担い、そしてそれら権利の解釈基準としての役割を果たしている<sup>3</sup>。

日本国憲法施行以降、生存権は、とくにその法的性格に関して、プログラム規定であるか、それとも法的権利であるのか、学説上、また裁判上、長い間議論されてきた。長い論争を経て今日、生存権に関する議論の中心であったその法的性格について、学説上の基本的な対立はなくなり、訴訟手続や違憲審査基準の問題だけが残るとされる状況になっている<sup>4</sup>。

そのような中で、これまで法的性格を中心に議論されてきた生存権に対して、そのような裁判規範のレベルを離れて生存権論が展開されてこなかったとの指摘がなされている<sup>5</sup>。具体的には、従来の生存権論において、頻繁に法改正が行われる社会保障分野において必要とされる生存権の政策論あるいは制度論レベルの権利論が展開されてこなかった点、また、生活保護制度以外の社会保障分野での権利論の展開が不十分な点が挙げられている。また、それとともに、「生存権」の理念的根拠づけが必ずしも十分になされていないとし、「生存権」の根拠をより深く探求することの必要性が指摘されている。これに対応して、特に生存権を直接的に具体化させる社会保障との関係で、新しい生存権論の展開がみられるようになり注目されている。それは、個人の自律を基調に据えて、憲法25条と社会保障のあり方を基礎づけようとしている<sup>6</sup>。

以上を踏まえ、本稿は、生存権論の基礎的な研究をまとめるとともに、社会法の主要領域である社会保障法と労働法にみられる新しい生存権論の若干の考察を試みたものである。具体的には、第一に、生存権の歴史的背景、日本国憲法25条の意義、生存権の概念を明らかにする。第二に、日本国憲法制

---

<sup>1</sup> 日本国憲法13条前段。「すべて国民は、個人として尊重される」。

<sup>2</sup> 「社会権」と同じ内容をさす用語として、「生存権的基本権」、「社会国家的基本権」などもある。樋口陽一ほか『注解法律学全集2憲法Ⅱ』（青林書院、1997）140頁〔中村睦男執筆〕参照。

<sup>3</sup> 佐藤幸治『憲法』（青林書院、第3版、1995）619-620頁。

<sup>4</sup> 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ』（有斐閣、第4版、2006）480頁〔野中俊彦執筆〕。

<sup>5</sup> 中村睦男「生存権と社会保障制度」ジュリスト第1192号（2001）127頁参照。

<sup>6</sup> 菊池馨実「社会保障の規範的基礎付けと憲法」社会保障研究第41巻4号（2006）307頁。

定以降、長い間、生存権に関する議論の中心であったその法的性格に焦点をあて、これまでの学説と判例上の議論を整理する。そして、生存権の法的性格に関する近年の動向を考察する。第三に、近年とくに社会保障法の分野においてみられる生存権論の新しい展開を取り上げ、考察を試みる。

## I. 生存権の意義

### 1. 生存権の歴史

広く生存権とは、人間の生存が保障される権利である<sup>7</sup>。それは人間の生存本能を基礎としている。この人間の生きる権利としての生存権の思想は、西欧の中世まで遡ることができる。それは、中世のスコラ哲学者トーマス・アキナス（Thomas Aquinas）の思想の中に認められる<sup>8</sup>。これは生存権を宗教的な観点からとらえたものであった。その後、グロチウス（Grotius, H.）、ゴッドウィン（Godwin, W.）、フィヒテ（Fichte, J.G.）やフーリエ（Fourier, C.）などの思想家によって、自然法的、また社会主義的な観点から生存権が唱えられた<sup>9</sup>。しかしこれらはまだ、思想的、また理念的なものにとどまっていた。

生存権が国家によって保障されるようになるのは、近代国家が成立してからである。市民革命期のフランス憲法においての生活困窮者の生活を配慮する国家の義務にみることもできる<sup>10</sup>。しかし、それはあくまでも経済的自由の原則を前提としたものであった。

その後、資本主義が発展し、高度化されたことにより、貧富の差の拡大、労働条件の悪化、失業、貧困などによって人間の生存が脅かされるようになっていった。その結果、それらの弊害を除去し、社会的、経済的弱者を保護する必要性が高まった。それは単に生きる権利としての生存権ではなく、人間に値する生活の保障という現代的意味での生存権が問題となってきた<sup>11</sup>。

この現代的な生存権を憲法上初めて規定したのは、1919年のドイツのワイマール憲法である。同憲法の151条1項は「経済生活の秩序は、すべての人に、人たるに値する生存を保障することを旨とす、正義の諸原則に適合するものでなければならない。各人の経済的自由は、この限界内においてこれを確保するものとする」と規定した<sup>12</sup>。これは、伝統的な経済的自由が「人間たるに値する生存」という見地から一定の制約を受けることを宣言したものであった。ただし、同規定は、プログラム規定と解され、立法の指針や法律解釈の基準といった意味以上の法的意味をもたなかった。

<sup>7</sup> 堀勝洋『社会保障法総論』（東京大学出版会、第2版、2004）95頁。

<sup>8</sup> 小林直樹『憲法の構成原理』（東京大学出版会、1975）293-295頁、奥貴雄『生存権の法理』（東京新有堂、1985）24-25頁。

<sup>9</sup> 小林・前掲注8 295-302頁、奥・前掲注8 38-39頁、61-67頁。

<sup>10</sup> 芦部信喜編『憲法Ⅲ人権（2）』（有斐閣、1981）319-320頁〔中村睦男執筆〕。

<sup>11</sup> 堀・前掲注7 96-97頁。

<sup>12</sup> 樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』（三省堂、1988）209頁。

しかしその趣旨は第二次大戦後に生かされ、フランス、イタリアなどの諸国が憲法上に生存権を規定した<sup>13</sup>。生存権は次第に新しい基本的人権として国際的に認められるようになっていった。

そして日本も、第二次大戦の敗戦後、この流れの中で、日本国憲法25条の生存権を中心とする社会権保障の規定を新たに設けることになった。これにより、それまで日本が行っていた恩恵としての救貧制度から、国民の権利としての生存権が確立されることになったのである<sup>14</sup>。

## 2. 日本国憲法25条生存権

日本国憲法25条1項は、当初、制定過程において、マッカーサー草案にも、また日本政府原案にも存在していなかった<sup>15</sup>。同条項は、衆議院での審議の過程で社会党によって提案され、その結果、加えられることになった<sup>16</sup>。高野岩三郎や森戸辰男らによる憲法研究会作成の「憲法草案要綱」の中の「国民ハ健康ニシテ文化的水準ノ生活ヲ営ム権利ヲ有ス」と規定した条文がその原型になったとされる<sup>17</sup>。同条項は、アントン・メンガー（Anton Menger）の生存権理論やワイマール憲法の151条1項の規定の影響をうけた日本側の創意によって成立したものである<sup>18</sup>。

「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」と生存権の保障を定める日本国憲法25条1項は、同憲法の社会権の中で原則的規定となっている。そして、同25条1項の趣旨を実現するために、同25条2項は「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」と規定している。これは、国に生存権の具体化について努力する義務を課したものである。これを受けて、様々な法律が制定されている。具体的には、労働基準法や生活保護法、児童福祉法、老人福祉法、身体障害者福祉法などの各種の社会福祉立法の制定、また、国民健康保険法、国民年金法、雇用保険法などの各種の社会保険立法などによる社会保障制度の構築である。そして、公衆衛生の整備に、保健所法、食品衛生法、環境基本法などが制定されている。

## 3. 生存権の概念

日本国憲法25条の生存権は、社会権の中に分類されている。社会権の基礎には自由権が存在するため、社会権には自由権的側面と請求権的側面（社会権的側面）がある<sup>19</sup>。そのため、生存権は、複合的な構造をもつ。

---

<sup>13</sup> 横川博「生存権の保障」清宮二郎・佐藤功編『憲法講座2』（有斐閣、1963）220-221頁。

<sup>14</sup> 山内敏弘編『新現代憲法入門』（法律文化社、2004）197-198頁。

<sup>15</sup> 高柳賢三ほか編『日本国憲法制定の過程Ⅱ－連合国総司令部側の記録による』（有斐閣、1972）170-176頁。

<sup>16</sup> 中村睦男「生存権」中村睦男・永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社、1989）33-34頁。

<sup>17</sup> 樋口・前掲注2 140頁、遠藤美奈「「健康で文化的な最低限度の生活」再考－困窮者のシティズンシップをめぐる」飯島・川岸『憲法と政治思想の対話』（新評論、2002）107-110頁。

<sup>18</sup> 樋口・前掲注2 139-140頁。

<sup>19</sup> 中村・前掲注16 119頁。他にも、山下健次『人権規定の法的性格』（三省堂、2002）109頁参照。

日本国憲法制定後、生存権を中心とする社会権を、伝統的な自由権と区分する説が主張された<sup>20</sup>。そこでは、社会権の特質として、国家の役割が、国家権力の制限ではなく、国民の現実的な生存の保障を目的とする積極的な配慮にあるとして、自由権との異質性が強調された<sup>21</sup>。この考え方が、通説的見解となっていった<sup>22</sup>。

しかしこの通説的見解に対して、自由権と社会権とを単純に分類することはできないとの指摘がなされた<sup>23</sup>。日本国憲法25条1項生存権には、自由権的側面と社会権的側面とがあり、自由権的側面は、国民は自らの自主的な活動によって健康で文化的な最低限度の生活を確保する自由を有しており、国家によってそれを阻害あるいは侵害されない権利であるとしている。そして、社会権的側面とは、国民は国家に対して健康で文化的な最低限度の生活の実現を要求することができる権利であるとしている。今日の学説は、社会権と自由権を区分する有用性を前提に、社会権と自由権の間には相互関連性があり、両者の区別は相対的であるという立場となっている<sup>24</sup>。

## II. 従来の生存権論

生存権は、国の積極的な配慮を求める性格を持つ権利である。そのため、日本国憲法制定当初より、同25条1項の生存権に関して、とくにその法的性格をめぐり、学説上争われ、活発に議論されてきた。

### 1. 生存権の法的性格

#### (1) 学説

憲法25条1項生存権の社会権的側面の法的性格をめぐって、憲法制定当初から論議がなされ、学説が対立した。学説は大きく分けてプログラム規定説、抽象的権利説、具体的権利説の3つがある。初期の学説においては、プログラム規定説が通説となっていた。しかし、初の生存権訴訟である朝日訴訟以降、学説は展開されていった。抽象的権利説の立場が次第に有力となっていき、今日では最有力説となっている<sup>25</sup>。

#### ① プログラム規定説

第一にプログラム規定説である。プログラム規定説とは、憲法25条1項の生存権は、国家の政治的・

<sup>20</sup> 我妻栄は、日本国憲法で保障される基本的人権の分類にあたって、25条生存権、26条教育権、27条労働権、28条労働基本権を、生存権の基本権の名称の下に分類して、伝統的な人権である自由権と区別した。我妻栄『新憲法と基本的人権』（国立書院，1948）163頁〔民法研究Ⅷ（有斐閣，1970）所収，206頁〕。

<sup>21</sup> 我妻・前掲注20 28-31頁。

<sup>22</sup> 中村睦男「人権観念の歴史的展開」高見勝利編『人権論の新展開』（北海道大学図書刊行会，1999）26頁。

<sup>23</sup> 中村睦男『社会権法理の形成』（有斐閣，1973）311頁。

<sup>24</sup> 樋口・前掲注2 141-142頁。

<sup>25</sup> 野中・前掲注4 479頁、遠藤美奈「憲法に25条がおかれたことの意味—生存権に関する今日的考察—」季刊社会保障研究41巻4号（2006）335頁。

道徳的義務を明らかにしたものであり、個々の国民に対して具体的権利を保障したものではないとする立場である<sup>26</sup>。したがって、憲法25条1項の権利は、立法の指針や法律解釈の基準といった意味以上の法的意味はないとし、裁判上請求することができないとするものである。

プログラム規定説は、我妻栄によって唱えられたものである<sup>27</sup>。ドイツのワイマール憲法下の学説の理論の影響の下に形成された。プログラム規定説の論拠としては主に以下の三点が挙げられた。第一に、資本主義体制の下では、生存権を具体的権利として保障するための実質的な前提を欠いていること<sup>28</sup>。第二に、生存権の権利の具体的内容とその実現方法が法律上明確ではないこと<sup>29</sup>。第三に、生存権の具体的な実施に必要となる予算は、国の財政政策の問題であり、それは政府の裁量に委ねられること<sup>30</sup>。以上の三点がプログラム規定説の主な論拠であった。

同プログラム規定説は日本国憲法施行後、長らく通説的見解とされた<sup>31</sup>。しかし、後に判例理論および学説の発展によって克服されていくことになった。

## ② 抽象的権利説

第二の抽象的権利説は、上記プログラム規定説を克服しようとした学説であった。抽象的権利説とは、憲法25条1項が直接に具体的な法的権利を国民に与えたものではないことは認めるものの、国民は国家に対して立法その他の必要な措置を講ずることを要求する抽象的権利があるとするものである<sup>32</sup>。憲法25条1項の規定を具体化する立法がなされ、法律が存在するようになると、その限りで具体的な権利となり、裁判規範性を持つようになるとする<sup>33</sup>。

この抽象的権利説の論拠として、ワイマール憲法の規定には「権利」という言葉がないが、日本国憲法25条1項の生存権は明確に「権利」として規定していることが挙げられている<sup>34</sup>。そして、プログラム規定説の論拠の反論として以下が挙げられた<sup>35</sup>。第一に、生存権は、資本主義経済体制の矛盾から生じた貧困等の害悪への対応として、その保障が必要になった経緯を持つ権利であること。第二に、憲法の下位法である予算によって憲法上の権利の実現が制約されるべきではないこと。第三に、25条1項に限らず憲法の規定は、程度の違いはあるにしても、およそすべて抽象的である。以上のような反論がなされた。

この抽象的権利説は、昭和35年に出された朝日訴訟第一審判決（東京地判昭35年10月19日行集11

<sup>26</sup> 法学協会編『註解日本国憲法上巻』（有斐閣，1953）487-489頁。

<sup>27</sup> 我妻・前掲注20 215頁。

<sup>28</sup> 法学協会・前掲注26 487頁。

<sup>29</sup> 法学協会・前掲注26 487-488頁。

<sup>30</sup> 樋口・前掲注2 143頁。

<sup>31</sup> 中村睦男『社会権の解釈』（有斐閣，1983）69-71頁。

<sup>32</sup> 橋本公直『憲法原論（新版）』（有斐閣，第3版，1973）256頁。

<sup>33</sup> 堀・前掲注7 129頁。

<sup>34</sup> 横川・前掲注13 228-229頁。

<sup>35</sup> 佐藤功『日本国憲法概説』（学陽書房，全訂第4版，1991）279頁。

卷10号2921頁)を契機として、学説においても一般に承認されるようになった<sup>36</sup>。今日の学説では、抽象的権利説が多数を占めて、最有力説となっている<sup>37</sup>。

### ③ 具体的権利説

第三に具体的権利説である。具体的権利説は、抽象的権利説をさらに発展させ、憲法25条を具体化する立法が存在しない場合においても、国の不作為の違憲性を確認する訴訟を提起できるとするものである<sup>38</sup>。ただし、具体的権利説といっても、必ずしも憲法25条1項の規定を根拠として直接なんらかの給付請求権が発生するということを主張するものではない。

具体的権利説の理由としては以下の考えが挙げられる<sup>39</sup>。憲法25条1項は、現実的な効力を有する規定であり、完全な権利を保障されている。したがって、同25条1項についての国の不作為は、憲法で保障される基本的人権の現実的・具体的な侵害となり、国民はその違憲確認訴訟を提起できるとする。また他の見解としては、憲法25条1項の権利内容は、行政権を直接に拘束できるほど明確ではないが、立法権と司法権を拘束できるほどには充分明確な具体的権利であるとする<sup>40</sup>。したがって、憲法25条1項への国の不作為に対して、その違憲確認訴訟を提起することができると主張する。

具体的権利説への批判としては、以下の問題が挙げられている<sup>41</sup>。第一に、立法の不作為について、どの程度に至ると違憲となるのかという問題であり、第二に、提訴権について、どのような場合にどのような立場の者に認めるのかという問題、第三に、権力分立との関係の問題、そして第四に、立法不作為の違憲確認判決が具体的にどのような法的意味を持つのかという問題が挙げられている。

## (2) 判例

先に示したように、学説において、初期はプログラム規定説が通説であった。しかし、朝日訴訟第一審判決を契機として、抽象的権利説が有力となっていき、今日では抽象的権利説が多数を占めている。それに対して、判例はどうであったのかをみていく。以下、生存権に関する主要な判例をみていく。

### ① 食糧管理法違反事件最高裁判決

本件により、憲法25条生存権に関する初めての最高裁判所の判断が示された。同判決は、闇米を購入、運搬したために食糧管理法違反として起訴された事案に対するものである<sup>42</sup>。

最高裁は本件でプログラム規定説を採用した。同判決では、憲法25条1項は「積極主義の政治とし

---

<sup>36</sup> 樋口・前掲注2 143-144頁。

<sup>37</sup> 野中・前掲注4 479-480頁。

<sup>38</sup> 樋口・前掲注2 144-146頁。具体的権利説には、独自の立法不作為違憲確認訴訟が認められるべきだとするものと、行政事件訴訟の一つとして無名抗告訴訟が提起できるとするものがある。

<sup>39</sup> 高田敏「生存権保障規定の法的性格—ドイツ憲法におけるプログラム規定の性格をめぐって」公法研究26号(1964)95頁。

<sup>40</sup> 大須賀明「社会権の法理—生存権を中心として—」公法研究34号(1972)95頁。

<sup>41</sup> 佐藤・前掲注3 347頁。

<sup>42</sup> 最判昭和23年9月29日刑集2巻10号1235頁。

て、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るよう国政を運営すべきことを国家の責務として宣言したものである」としたが、個々の国民に対して、国が具体的また現実にその義務を課せられているということではないとして、「この規定により直接に個々の国民は、国家に対して具体的、現実的にかかる権利を有するものではない」と判示し、生存権の請求権的側面の具体的権利性を否定した。同判決は、その後の裁判において、憲法25条の解釈についての先例となった。ただし、本判決は、憲法25条が国民に具体的権利を与えたものではないことは判示しているが、同条の裁判規範性を否定しているわけではない。

## ② 朝日訴訟

本件は、生活保護法という生存権を具体化する法律の下での行政訴訟の中で、生存権を裁判上で主張した最初の訴訟であった。生存権の請求権的側面について、法律に基づく行政処分の適法性を争うと同時にその合憲性を争った。同訴訟は、生存権理論の発展に大きな影響を与えた。

本訴訟第一審判決では、裁判所は抽象的権利説を採用した<sup>43</sup>。同判決は、生活保護法の解釈にあたって、同法3条と憲法25条とを一体的な関係としてとらえて解釈し、厚生大臣の処分は違法であり、また憲法にも違反するとした。同判決は、「健康で文化的な最低限度の生活」は、「理論的に特定の国における特定の時点において一応客観的に決定すべきものであり、またしうるものである」として、厚生大臣の裁量を否定した。そして、最低限度の生活水準は、決してその時々予算の状況によって左右されるべきものではないとし、むしろ憲法25条が予算の配分を指導支配するべきものであるとした。同判決は、憲法25条の裁判規範性を、その具体化法を媒介として認めた。

これに対して、朝日訴訟上告審判決は、傍論において、先の食糧管理法違反事件最高裁判決を引用して、生存権の具体的権利性を否定した<sup>44</sup>。しかし、生活保護法などの法律に基づく行政処分の適法性の判断にあたっては、憲法25条1項が裁判規範として効力を有することを認めた。ただし、厚生大臣の裁量権の範囲を広く認め、裁量の範囲内を超えて違法となるのは、「現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等」の場合に限られるとした。

## ③ 堀木訴訟

堀木訴訟は、児童扶養手当と他の公的年金給付との併給禁止を定めた昭和48年改正前の児童扶養手当法4条3項3号の規定の合憲性を争ったものである。同上告審判決において最高裁は次のように判示した<sup>45</sup>。最高裁は、まず、先の食糧管理法違反事件上告審判決以来の最高裁判例に従い、生存権が具体的権利ではないとした。そして、先の朝日訴訟最高裁判決において行政庁に広い裁量権を認めた趣旨を、法律の違憲審査基準にも及ぼした。最高裁は、法律の違憲審査基準について立法府の広い裁量権を認め、「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」に

<sup>43</sup> 東京地判昭和35年10月19日行集11巻10号2921頁。

<sup>44</sup> 最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁。

<sup>45</sup> 最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁。

限り、裁判所は審査判断することができるとした。したがって最高裁は、児童扶養手当と障害福祉年金は同一の性格を有しているため、併給禁止は立法裁量の範囲内であり、憲法25条違反の問題は生じないと判示した。

本判決が、朝日訴訟最高裁判決と同じく、プログラム規定説を文字通り採用することなく、法律が憲法25条に違反して無効となる余地を認めて、憲法25条に裁判規範としての効力を認めたことは重要であると指摘されている<sup>46</sup>。

以上みてきたように、食糧管理法違反事件最高裁判決では、憲法25条1項の具体的権利性が否定された。朝日訴訟上告審判決及び堀木訴訟上告審判決は、この食糧管理法違反事件最高裁判決を先例としたが、行政府や立法府の決定が著しく合理性を欠き明らかに裁量権を逸脱、濫用した場合には司法審査の対象となり得ると判示した。ただし、基本的には、広汎な立法裁量及び行政裁量を認めている。この後者2つの最高裁判決は、その後多くの裁判において憲法25条の解釈の先例となり、判例として確立している。

### (3) 近年の動向と新しい展開

今日、生存権が抽象的権利であり、また裁判規範となることは、学説及び判例がほぼ一致して認めるところとなっている<sup>47</sup>。学説において、純粋な意味でのプログラム規定説を主張する学説はほとんどみられなくなっている。そして、抽象的権利説と具体的権利説の間に実質的な大きな違いはないと言われている。その理由として以下が挙げられている<sup>48</sup>。第一に、両説とも、直接憲法25条1項を根拠として、具体的請求をすることはできないとされる点、第二に、同条項は立法その他の措置を要求するという点、第三に、具体的に制定された法律について憲法25条違反を主張できるという点で一致しているとする。両説は、立法不作为についての訴訟が成り立つかどうかの点だけが異なっているが、この点は生存権に固有の実体的な問題ではなく、訴訟手続上の問題であるとする。したがって、今日、生存権の法的性格について学説の基本的な対立はなく、訴訟手続や審査基準の問題だけが残っているわけである<sup>49</sup>。その結果、従来の学説による分類では、生存権の法的性格の問題を議論するのに適当ではない。

今日においては、生存権の法的性格について、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として、どのような訴訟類型において、また、どのような違憲審査基準によって、生存

---

<sup>46</sup> 樋口・前掲注2 150頁。

<sup>47</sup> 野中・前掲注4 483頁。

<sup>48</sup> 野中・前掲注4 480頁。

<sup>49</sup> ただし、新しい学説が唱えられていないわけではない。従来の具体的権利説をより発展させた見解も唱えられている。遠藤・前掲注25 335頁、堀・前掲注7 131頁参照のこと。

権に裁判規範の効力を認めるかという問題の究明に移っている<sup>50</sup>。この点については、次の2.(2)でみていく。

## 2. 生存権の法的内容

### (1) 憲法25条1項と2項との関係

これまでみてきた法的性格の他に学説上議論があるのは、憲法25条1項と同2項との関係である。

生存権は、「健康で文化的な最低限度の生活」水準を確保することを権利の内容としている。そのため、国によって確保されるべき「最低限度の生活」水準を具体的に確定できるか否かが問題となり、議論された。憲法25条の保障する水準については、同条1項と2項の関係についての議論と相互に関連しながら展開していった<sup>51</sup>。

憲法25条はその1項で、すべての国民に「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を保障し、2項では、国民の生存権を実現するために、国が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」に努めるべき義務があることを定めている。この1項と2項の関係について、両者を一体的に解釈すべきであるとする一体説と、それを分離して解釈する分離説とが主張されている<sup>52</sup>。現在、一体説が通説とされている<sup>53</sup>。ただし今日では、人により内容に差異があるものの、憲法25条1項と2項は異なる内容を規定すると解する分離説に立つ学説も多くなっている<sup>54</sup>。

#### ① 1項2項一体説

1項2項一体説は、憲法25条1項と同2項を一体的な関係ととらえて、1項は生存権保障の目的ないし理念を、2項はその実現のための国の責務を定めたものであるとする立場である<sup>55</sup>。1項は国民の主観的権利としての生存権を直接定め、その中には人間としての最低限度の生活の保障を求める権利と、より快適な生活の保障を求める権利の両者が含まれるとし、2項はこの国民の権利に対応した国の責務をとくに定めたものとする主張する。

#### ② 1項2項分離説

1項2項分離説は、憲法25条1項と同2項とを分離して捉える立場である。同説は、1項を前提として、2項をさらにより広い社会国家的な視野から捉え、最低限度を越えた生活を保障する国の責務を規定したものであると理解する<sup>56</sup>。そのため、2項に対する立法府の裁量は、1項と比べてより広くなるとされる。そして1項についてはより厳格な審査基準が妥当するが、2項には広い立法裁量が

---

<sup>50</sup> 野中・前掲注4 483頁。

<sup>51</sup> 遠藤・前掲注25 335頁。

<sup>52</sup> 名称は様々にある。分離説の内容は複数の考え方に分かれる。

<sup>53</sup> 堀・前掲注7 141頁、野中・前掲注4 483頁。

<sup>54</sup> 中野妙子「高齢基礎年金・高齢厚生年金の給付水準—法学の見地から」ジュリスト1282号(2005)70頁。

<sup>55</sup> 野中・前掲注4 483頁。

<sup>56</sup> 佐藤・前掲注3 619頁。

認められるとする。この立場は、堀木訴訟控訴審判決で採用された<sup>57</sup>。

同判決では、1項による施策を「救貧施策」、2項による施策を「防貧施策」として分けて捉える立場をとった。そして、憲法25条2項は、国の事前の積極的な防貧施策を行うべき努力義務があることを定めたのに対して、同1項は同2項の防貧施策の実施にもかかわらず、なお落ちこぼれた者に対して、国は事後的、補足的、また個別的な救貧施策を行うべき義務があることをそれぞれ宣言したものであるとした。そして同2項の場合には、その内容に関して広い立法裁量が認められ、いかなる防貧施策をどの程度実施するかは立法府の裁量に属するとし、原則として違憲問題を生じる余地はないとされた。

同判決に対して、学説は支持していない。同判決に対する批判としては以下が挙げられる。上記のように1項と2項とを機械的に分離した場合、現実には救貧政策の一環として行われている防貧政策の説明ができなくなること、また生存権の理念とかけ離れてしまうことを理由として、同説は妥当ではないとする<sup>58</sup>。さらには、1項の救貧施策を生活保護法による公的扶助に限定し、他の施策をすべて防貧施策として、広い立法裁量を認めている点で問題があるとしている<sup>59</sup>。

学説上の分離論は、上記判決の考えと必ずしも同じ立場をとっていない。有力な学説上の分離論の一つとして、二重構造的把握論がある<sup>60</sup>。これは、1項は「最低限度の生活」を保障する「緊急的生存権」を定め、2項はそれを上回る条件の維持・向上についての国家の努力義務を要求する「生活権」を定めたものと解する説である<sup>61</sup>。「緊急的生存権」を保障しない場合は違憲評価を免れないとするが、後者については直ちに違憲評価とはされないとする。しかし、後者も合理的理由なしの差別や従前の保障水準の切り下げの場合は違憲評価を免れないとされている。

他にも、憲法25条1項を最低生活保障、同2項をその最低生活保障を超えた生活の向上を図る国家の努力義務という二重の規範内容をもつとする説がある<sup>62</sup>。1項の義務の程度は、2項よりも強いとする。同説は、1項における最低生活保障は、生活保護法のみではなく、所得保障、医療保障、福祉サービス保障、その他あらゆる法政策によって、国が実現していく義務とされる。

また、一体説の立場に立ちつつ、生存権の違憲審査基準について、1項の内容をさらに「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」に分け、後者に対しては、「明白の基準」を適用し、前者に対しては、より厳格な基準を適用するという見解がある<sup>63</sup>。

<sup>57</sup> 大阪高判昭和50年11月10日行集26巻10=11号1268頁。

<sup>58</sup> 伊藤正巳『憲法』（弘文堂、第3版、1995）379頁。

<sup>59</sup> 遠藤・前掲注25 335頁。

<sup>60</sup> 榎井常喜『社会保障法』（総合労働研究所、1972）86-95頁。

<sup>61</sup> 榎井・前掲注60 86-87頁。

<sup>62</sup> 堀・前掲注7 141-142頁。

<sup>63</sup> 樋口・前掲注2 158-159頁。

## (2) 訴訟類型と違憲審査基準

現在、生存権の合憲性を争う場合の訴訟類型は次の4つに分類されている<sup>64</sup>。①生存権の自由権的側面の法的効果を求める場合、②憲法25条を具体化する法律の存在を前提に行政処分の合憲性を争う場合、③憲法25条を具体化する法律の規定の合憲性を争う場合、④立法の不作为の合憲性を争う場合である。

①の生存権の自由権的側面の法的効果を求める場合とは、国家が国民の生存の自由や権利をあえて侵害してきた時に、国家による生存権の侵害の排除を求める場合である。事例としては、所得税法の課税最低限の合憲性が争われた総評サラリーマン税金訴訟（所得税返還請求事件）が挙げられる<sup>65</sup>。同訴訟の第一審判決及び控訴審判決は、立法府の広汎な裁量権を認めて、違憲審査基準として「明白性の原則」を採用した。なお、この①の場合は、国だけでなく、他の私人による生存権の侵害も含まれる。

②の憲法25条を具体化する法律の存在を前提に、行政処分の合憲性を争う場合とは、生存権を具体化する生活保護法などの法律に基づいた具体的な行政処分が、国民に健康で文化的な最低限度の生活を保障していない時に、その適法性と同時に合憲性を争う場合にあたる。事例としては、先の朝日訴訟が挙げられる。同訴訟第一審判決は、厳格な基準を採用し、行政府の裁量権を否定し、行政処分を違憲としたが、同訴訟最高裁判決は、「明白性の原則」を採用して、行政府に広い裁量を認めた。

③の憲法25条を具体化する法律の規定の合憲性を争う場合とは、生存権を具体化する各種年金や手当を支給する法律において、併給禁止規定などの支給制限規定によって権利の実現が妨げられている時に、その支給制限規定の合憲性を争う場合である。事例としては、先の堀木訴訟が挙げられる。同訴訟控訴審判決では、25条1項2項分離説の立場をとり、2項について「明白性の原則」を採用し、1項についてはより厳しい審査基準の必要性を示した。しかし同訴訟最高裁判決では、25条1項2項分離論を否定し、生存権全般について、立法府の広い裁量権を認めて、「明白性の原則」を採用した。

④の立法の不作为の合憲性を争う場合とは、生存権を具体化する立法が存在しない場合にあたる。先の具体的権利説は、違憲確認訴訟を提起することができる主張するが、現行法上④を認める訴訟手続は認められていない。立法不作为の違憲性を国家賠償請求訴訟で争うことは可能であるとされる。ただし、判例は国家賠償法上違法となる場合を「容易に想定し難いような例外的な場合」に限定している<sup>66</sup>。

憲法25条生存権の違憲審査基準について、最高裁の判例は、憲法25条の生存権全体が抽象的・相対

<sup>64</sup> 樋口・前掲注2 152頁。他にも山下・前掲注20 121頁参照。3種類に分類する方法もある。堀・前掲注8 137頁参照。

<sup>65</sup> 第一審判決（東京地判昭55年3月26日行集31巻3号673巻）。控訴審判決（東京高判昭57年12月6日行集33巻12号2399頁）。

<sup>66</sup> 在宅投票制廃止違憲訴訟判決（最一判昭60年11月21日民集39巻7号1512頁）。

的概念であるとして、立法府の広い裁量権を認め、緩やかな審査基準である「明白性の原則」を採用している<sup>67</sup>。これに対して学説は、生存権の重要性からして問題があると指摘している。そして、生存権を、人間としての「最低限の生活」にかかわる部分と、より快適な生活の保障を求める部分に分け、後者に対しては「明白性の原則」を用い、前者に対してはより厳格な審査基準を用いるのが妥当であるとする説が有力となっている<sup>68</sup>。

### Ⅲ. 新しい生存権論

前章でみてきたように、これまで憲法25条生存権の議論は、主にその法的性格を中心に行われてきた。それは、従来の生存権論は、生存権を主として裁判規範としての権利の視角から捉えてきたことを意味する。これに対し、近年、裁判規範のレベルを離れた生存権論を展開する試みがなされてこなかったとの指摘がある<sup>69</sup>。具体的には、従来の生存権論において、頻繁に法改正が行われる社会保障分野で必要とされる生存権の政策論あるいは制度論レベルの権利論が展開されてこなかったこと、また、生活保護制度以外の社会保障分野での権利論が十分展開されてこなかったとする声が挙げられている。また、それとともに、「生存権」の理念的根拠づけが必ずしも十分になされていないとし、「生存権」の根拠をより深く探求することの必要性が指摘されている。これに対応して、とくに社会保障との関係で、新しい生存権論の展開がみられるようになり注目されている。それは、個人の自律を基調に据えて、憲法25条と社会保障のあり方を基礎づけようとしている<sup>70</sup>。以下では、新しい生存権論として、憲法25条生存権の基礎付け論と社会法における新しい展開、また生存権と社会福祉の関係をみていく。

#### 1. 生存権の基礎付け論と社会法

日本国憲法制定以降、生存権を含む基本的人権の根拠として、宮沢俊義により「人間の尊厳」が挙げられ、それで十分であるとされた。この宮沢説が、通説的見解となった<sup>71</sup>。

しかし、1980年代後半以降、基本的人権の根拠として、「人間の尊厳」という観念のみでは必ずしも十分ではないとの指摘がなされるようになった<sup>72</sup>。そして、基本的人権とは「人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠な権利」であるとして、「人格的

<sup>67</sup> 朝日訴訟最高裁判決及び堀木訴訟最高裁判決。

<sup>68</sup> 樋口・前掲注2 158頁。

<sup>69</sup> 中村・前掲注5 127頁参照。

<sup>70</sup> 菊池・前掲注6 307頁。

<sup>71</sup> 中村・前掲注22 21頁。

<sup>72</sup> 中村・前掲注22 22頁、辻村みよ子「人権の観念」樋口陽一編『講座・憲法学 第3巻 権利の保障』（日本評論社、1994）20頁。

自律」を中核とする道徳理論（人格的自律権論）が基本的人権の根拠として有力に主張されている<sup>73</sup>。

こうした中、近年、生存権の議論の上でも、生存権の根拠をより深く探求することの必要性が指摘されている<sup>74</sup>。それは、とくに社会保障法との関係から主張されている。その理由として、生存権を具体化する社会保障法においては、国家から国民に対する一方的な給付関係として捉えられ、そこでの個人は、積極的能動的な法主体というよりも、受動的な保護されるべき客体として位置付けられているからであった<sup>75</sup>。

この課題を克服するため、生存権の根拠として憲法13条を挙げて、個人の自律または個人の自由を基調に据え、憲法25条と社会保障法のあり方を基礎付けようとする学説が主張されている<sup>76</sup>。これは、憲法25条の背後あるいは基底にある憲法13条を顕在化させる試みであるとされる<sup>77</sup>。

従来から、生存権を憲法13条の「人間の尊厳」に基盤を置いた学説は存在していた<sup>78</sup>。そこでは、生存権理念に導かれて登場する諸権利の内容には、個人の自由の保障が不可欠であると指摘されていた。近年、この考え方を展開させ、より具体化させる動きを社会法の主要な構成領域である社会保障法、そして労働法にみることができる<sup>79</sup>。

### （１）社会保障法における新しい展開

社会保障法は、憲法25条1項の生存権を直接的に実現する法である<sup>80</sup>。より具体的には、社会保障法は、生存権を基礎とした、国家から国民に対する生活保障のための社会的給付に関する法と位置付けられている<sup>81</sup>。しかし近年、このような通説的な捉えかたでは、社会保障は、国家から国民への一方的な給付関係となり、そこでの個人は、能動的な法主体というよりも、受動的な保護されるべき客体として把握されてしまうとの指摘がなされている<sup>82</sup>。この課題を克服するため、従来社会保障法が直接的根拠としてきた生存権をより深く探求する試みがみられている。

この中で注目されている試みの一つとしては、菊池馨実による自由基底的な生存権の基礎付け論が挙げられる。ここでは、政策論レベルでの権利論を展開し、社会保障の目的が、従来通説にいう「生

<sup>73</sup> 佐藤・前掲注3 392頁、同「人権の観念と主体」公法研究第61号（1999）20-21頁。

<sup>74</sup> 尾形健「「福祉」問題の「憲法理論」（一）—現代正義論を手がかりに—」法学論叢第147巻5号（2000）92頁、菊池馨実『社会保障の法理念』（有斐閣，2000）23頁、遠藤・前掲注25 336頁、葛西まゆこ「生存権の規範的意義」法学政治学論究第64号（2005）242-243頁。

<sup>75</sup> 菊池・前掲注74 139頁。

<sup>76</sup> 菊池・前掲注6 307頁、倉田聡「社会連帯の在処とその規範的意義—社会保障法における「個人」と「国家」そして「社会」」民商法雑誌127巻4・5号（2003）132-135頁。

<sup>77</sup> 押久保倫夫「個人の尊重：その意義と可能性」ジュリスト1244号（2003）22-23頁。

<sup>78</sup> 片岡昇・西村健一郎「社会保障の権利」社会保障講座編集委員会『社会保障講座第1巻社会保障の思想と理論』（総合労働研究所，1980）161頁。

<sup>79</sup> 本稿では、社会法の中の社会保障法と労働法のみを取り上げる。

<sup>80</sup> 荒木誠之『社会保障法読本』（有斐閣，第3版，2002）246-247頁。

<sup>81</sup> 荒木・前掲注80 249-251頁。倉田・前掲注76 130-131頁参照。

<sup>82</sup> 菊池・前掲注74 139頁。

活保障」にとどまらず、より根本的には憲法13条を基盤とした「個人的自由」の保障にあるという点に着目し、これを基に、社会保障をめぐる法理論の再構築を試みている<sup>83</sup>。菊池は、「個人的自由」とは、「個人が人格的に自律した存在として、主体的に自らの生を追求できること」を意味し、社会保障の目的を、「自律した個人の主体的な生の追求による人格的利益の実現のための条件整備」と捉えている<sup>84</sup>。したがって、個人生活に対して国家の過度の介入を導かない社会保障制度を構想する<sup>85</sup>。そして、個人を能動的主体的な権利義務主体であるとして、具体的に社会保障制度において尊重されるべき「選択」「参加」「負担」の原則を導きだしている<sup>86</sup>。「選択」の原則とは、社会保障受給者あるいは利用者の自らの意思による選択権を認める原則であり、「参加」の原則は、社会保障の政策立案過程や制度運営における可能な限りの個人の参加あるいは関与の機会の積極的な保障を意味する。そして「負担」の原則は、能力に応じた負担であり、負担能力がない場合でも当然に受給資格を失わないとする。同社会保障により達成されるべきものは「生き方の選択の幅の平等」であるとされる<sup>87</sup>。

菊池の他の試みとしては、竹中勲と尾形健が挙げられる。竹中は、日本国憲法が念頭に置く具体的な人間像は、「自己統合希求的個人像」であるとした<sup>88</sup>。「自己統合」とは、「個人が自らのおかれた状況・環境の中で自分なりのまとまりをもつ人生を築き上げること」の意味であるとする<sup>89</sup>。そして、憲法13条により、「判断能力・自己決定能力が十分な個人だけでなく、それが十分でない個人も、かけがいのない独自の存在として自分なりのまとまりのある人生をつくりあげてを模索し希求する」権利（自己人生創造希求権）を持つとされる<sup>90</sup>。そして、憲法25条生存権を含む社会権を「自己統合希求のための諸条件の整備を公権力に要求する権利」であるとしている<sup>91</sup>。

尾形は、生存権ないし社会保障の憲法的基礎付けとして、欧米の政治哲学であるヌスバウム(Martha Nussbaum)とセン(Amartya Sen)の潜在能力論、そして佐藤幸治の人格的自律権論を取り上げた<sup>92</sup>。そこから、社会保障制度の目的を、各個人が、自分の人生を自律的また主体的に構想し、そして達成していく有責な主体であり続けるための条件の整備であるとしている<sup>93</sup>。

この他に、憲法13条の「人間の尊厳」、「幸福追求権」から導かれる「自己決定権」に貫かれた社会

---

<sup>83</sup> 菊池馨実「社会保障法理論の系譜と展開可能性—とりわけ個人基底の理論の見地から—」民商法雑誌127巻4・5号(2003)112頁、同・前掲注74 139-146頁。

<sup>84</sup> 菊池・前掲注74 140頁。

<sup>85</sup> 菊池・前掲注74 143頁。

<sup>86</sup> 菊池・前掲注74 143-146頁。

<sup>87</sup> 菊池・前掲注6 308-309頁。

<sup>88</sup> 竹中勲「社会保障と基本的人権」日本社会保障法学会編『講座社会保障法 第1巻 21世紀の社会保障法』(法律文化社、2001)42頁。

<sup>89</sup> 竹中・前掲注88 42頁。

<sup>90</sup> 竹中勲「高齢者と人権保障・憲法学」法律時報77巻5号(2005)22頁。

<sup>91</sup> 竹中・前掲注88 43頁。

<sup>92</sup> 尾形健「「福祉」問題の憲法学—「自由で公正な社会」における社会保障制度の意義」ジュリスト1244号(2003)109-111頁。

<sup>93</sup> 尾形・前掲注92 111頁。

保障制度を主張する声もある<sup>94</sup>。

## （２）労働法における新しい展開

労働法も、生存権の実現を目的とする社会法の一つである。労働法は、労働条件を通して、生存権を具体化させるものである。近年、労働法の分野においても、労使関係における労働者の従属性の強調、また、就業規則にとくにみられる労働条件の画一性などにより、労働条件決定過程に労働者の意思が反映されず、逆に多くの場合排除されているとの指摘がなされている<sup>95</sup>。これら労働法の従来の制度的画一性を克服するために、個人の自由、自律を基調とする憲法13条の「人間の尊厳」を根拠に労働法の根本理念を捉えなおそうとする動きがみられる。

その一つとしては、労働法の目的を、国民が個人として充実した生活を実現するための条件を保障すること、またその基盤となる経済的生存を確保することと捉え、そのために、各個人の自発的意志による選択の可能性と多様性を拡大することの必要性が主張されている<sup>96</sup>。

この他には、憲法13条の「人間の尊厳」をより具体化した「自己決定」の理念を労働法の根本理念に据える考えが主張され、注目されている<sup>97</sup>。西谷敏は、労使関係において従属的立場の労働者を、自分の自由な意思を放棄するのではなく、自ら決定し、その決定を可能な限り実現しようと努める人間と捉える<sup>98</sup>。そして「自己にもかかわる事項について他人と共同して決定に関与する権利」が労働法において特に重要であるとする<sup>99</sup>。したがって、そのような自己決定の理念に基盤を置いた労働法の役割は、労働者が使用者に対して、選択可能な条件を求めて交渉を行い、その自由意思にもとづいて合意をすることができる環境の整備であるとされる<sup>100</sup>。

## 2. 生存権論と社会福祉との関係

従来の生存権論は、主に生活保護制度を対象として議論されてきた。そのため、生活保護制度以外の社会保障分野での生存権論が十分に展開されてこなかった<sup>101</sup>。そのため、とくに介護などの社会福祉サービスに関する「健康で文化的な最低限度の生活」の保障が不十分であるとの問題が指摘された<sup>102</sup>。1997年12月に介護保険法が制定されて以降、介護サービス保障は進展したと評価されて

<sup>94</sup> 福祉文化学会監『自己実現のための福祉と人権』（中央法規出版、1995）296頁〔大熊政一執筆〕。

<sup>95</sup> 西谷敏「労働法における自己決定の理念」法律時報66巻9号（1994）26頁。

<sup>96</sup> 河野正輝・菊池高志編『高齢者の法』（有斐閣、1997）30-31頁〔菊池高志執筆〕。

<sup>97</sup> 西谷敏『規制が支える自己決定—労働法的規制システムの再構築—』（法律文化社、2004）152-154頁。

<sup>98</sup> 西谷・前掲注97 234頁。

<sup>99</sup> 西谷・前掲注97 153頁。

<sup>100</sup> 武井寛「労働者と自己決定」法の科学第28号（1999）92-93頁。

<sup>101</sup> 菊池・前掲注74 184頁。

<sup>102</sup> 菊池馨実「新しい生存権論」法学教室250号（2001）67頁、河野正輝『社会福祉の権利構造』（有斐閣、1991）40-42頁。

いる<sup>103</sup>。しかし、現在の介護保険法にも課題が残されている。それは、40歳未満の者は被保険者とはしない点、また、先天的な障害や交通事故など加齢に伴わない障害を抱える65歳未満の者は、給付を受けることができない点である<sup>104</sup>。先にみた個人の人格的自律を基礎とする新しい生存権論の視点からは、とくに、自らの意思で在宅で暮らすことを選択した障害を抱える若年者に対しては、違憲といえるほど「健康で文化的な最低限度の生活」の保障が不十分であるとしている<sup>105</sup>。

## おわりに

以上本稿は、生存権論の基礎的な研究をまとめ、新しい生存権論の展開の若干の考察を試みた。筆者の力不足から、十分に考察できていない点が多々残る。不十分な点は、今後の研究課題としていきたい。以下、簡潔に本稿のまとめと結論を述べる。

日本国憲法制定以降、長い間、生存権論は憲法25条の法的性格を主な対象として議論されてきた。しかし、先にみてきたように、現在生存権論は変容を遂げているということができる。この変容はとくに社会法との関係でみられる。

生存権論は憲法学上においては、憲法25条についての従来の法的性格の問題から、一定の裁判規範性を前提とした上での、生存権規定の違憲審査基準の問題の究明へと移っている。

そして、社会保障法や労働法などの社会法との関係において生存権論は、新しい見地から新たな展開をしている。それは、従来の生存権論による国民個人が受動的あるいは従属的客体となってしまう問題を克服しようとするものである。この試みは、生存権の根拠をより深く探求することによって行われている。そして、生存権の根拠として憲法13条を挙げて、個人の自律または個人の自由を基調に据え、憲法25条と社会保障あるいは労働法のあり方を基礎付けようとする学説が主張され、注目されている。この生存権論から導かれる国家の役割は、国民個人が自由に自らの意思で選択可能な条件を整備することである。

---

<sup>103</sup> 菊池・前掲注6 312頁。2000年4月に施行される。

<sup>104</sup> 菊池・前掲注102 68頁。

<sup>105</sup> 菊池・前掲注6 312頁。堀・前掲注7 145頁参照。