

「制度後退禁止原則」の可能性

久富, 隆一
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/19431>

出版情報：学生法政論集. 5, pp.51-61, 2011-03-23. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics)
Kyushu University
バージョン：
権利関係：

「制度後退禁止原則」の可能性

久 富 隆 一

I. はじめに

1. 問題背景
2. 判例

II. 制度後退禁止原則概観

1. 棟居快行教授の制度後退禁止原則
2. 内野正幸教授の制度後退禁止原則
3. 制度後退禁止原則批判

III. 検討

1. 25条1項か2項か
2. 「配分的な最適化要請」とは
3. 違憲の判断方法
4. 正当化論証
5. 憲法25条違反が認められた場合の救済手段

IV. おわりに

I. はじめに

1. 問題背景

小泉内閣のもとで、所謂「骨太方針」（「経済財政運営と構造改革に関する基本方針2003（骨太の方針2003）」、「骨太の方針2006」）が示され、この方針のもと、社会保障費の伸びを年間2200億円抑制することが目標とされた。そして、この政策の一環として、生活保護費受給者のうち特別の需要のある者に対して、通常的生活保護費に上乘せして給付するために創設された加算制度のうち、老齢加算と母子加算が廃止されることとなった。これらの制度は、それぞれ「老齢者は咀嚼力が弱いため、他の年齢層に比し消化吸収がよく良質な食品を必要とするとともに、肉体的条件から暖房費、被服費、保健衛生費等に特別な配慮を必要とし、また、近隣、知人、親戚等への訪問や墓参などの社会的費用が他の年齢層に比し余分に必要となる」¹こと、「母子については、配偶者が欠けた状態にある者が児童を養育しなければならないことに対応して、通常以上の労作に伴う増加エネルギーの補填、

¹ 厚生労働省ホームページ<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/11/s1118-3b6.html>を参照。

社会的参加に伴う被服費、片親がいないことにより精神的負担をもつ児童の健全な育成を図るための費用などが余分に必要となる」²ことを理由に、老齢加算は生活保護受給者のうち70歳以上の高齢者を、母子加算は生活保護を受給している18歳までの子どもがいる母子家庭を対象に、生活保護費に上乗せ給付を行ってきたものである。そして、老齢加算は「一般の低所得高齢者の消費支出は70代の方が60代より少ない」として、2004年度から段階的に削減され、2006年度から廃止。母子加算も「一般母子世帯の消費支出と比べると保護母子世帯の方が高い」として、16歳以上の場合は2005年度から段階的に減額され、2007年度からは廃止されることとされた。

2. 判例

さて、この加算制度の一部廃止を受け、従来加算給付を受けていた母子家庭、高齢者が「加算制度の廃止決定は、生存権を保障した憲法25条に反する」として、全国各地で加算廃止による給付額の減額を内容とする保護変更決定処分の取消を求めて、各区ないし市を相手取り訴訟を提起した。母子加算については、2010年6月に国との基本合意締結³にともない訴訟が取り下げられ、後にいわゆる一人親加算として民主党政権において復活されているが、老齢加算については廃止決定後これまで復活されることなく、訴訟も現在なお全国各地で行われている。そして、2010年6月14日に福岡高裁において初めて原告勝訴の判決が下された⁴。この判決は、まず、老齢加算の廃止について「被保護者は、正当の理由がなければ、既に決定された保護を、不利益に変更されない」という生活保護法56条が適用されるとした上で、56条の「正当な理由」について「保護基準の不利益変更についての厚生労働大臣の判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の逸脱又は濫用として『正当の理由』のない不利益変更にあたると解するのが相当である」と解している。そして、厚生労働省の専門委員会が2003年12月に出した、老齢加算を「70歳以上に老齢加算に見合う特別な需要はなく、廃止の方向で見直すべき」とする中間とりまとめにおいて、「高齢者世帯の最低生活水準が維持されるよう検討が必要」「生活水準が急に低下しないよう、激変緩和措置を講じるべき」との但し書きが付けられていたにもかかわらず、中間取りまとめのわずか4日後に実質的に保護基準の改定を決定したことについて、「老齢加算の廃止という方向性と並んで重要な事項である本件ただし書の内容について何ら検討せず…中間取りまとめが老齢加算を廃止の方向で見直すべきであるとした

² 厚生労働省ホームページ<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2003/11/s1118-3b6.html>を参照。

³ 厚生労働省ホームページ<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r98520000005gqy.html>を参照。

⁴ 福岡高判平成22・6・14（判時2085号76頁）。

ことなどの理由で行われた本件保護基準の改定は考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠き、その結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠き、「『正当な理由』のない保護処分の不利益変更」に当たるとして、違法判断を下している⁵。

この福岡高裁判決は、憲法25条のリーディングケースである朝日訴訟最高裁判決⁶のように、厚生労働大臣の広汎な裁量を認めるのではなく、生活保護法56条をもって裁量に縛りをかけ、従来の憲法25条に関わる訴訟と比較してかなり厳しい審査を行っているものと評価できる。しかしながら、ここで留意しておきたいのは、この判決は「あくまで制度後退場面において手続的な観点から裁量統制を行ったもの」であり、「老齢加算の廃止は『健康で文化的な最低限度の生活』を下回る生活を高齢受給者に強いる違法・違憲なものである」という、実体的判断をしたわけではない⁷ことである⁷。

今回の福岡高裁の判決は、老齢加算廃止の取り消しを求める訴訟のなかで現在唯一の原告勝訴判決である⁸ため、その判例検討を詳細に行うことは大変重要な意味をもつに違いないが、本稿では判例検討はひとまず脇におき、「制度後退禁止原則」という、憲法25条の法意に関する論争のなかでも少し異色な主張について検討することにしたい。この「制度後退禁止原則」とは、端的に言えば、社会保障分野の制度の廃止又は切り下げを原則違憲と観念するものである。この主張は、まさに老齢加算廃止のような事案において、その廃止について正面から憲法25条違反を認めようとするものである点で、今回の福岡高裁判決とは異なっている。

まずは、その代表的論者の一人であり「行政基準の一律の変更に基づく福祉の右肩下がり」を、「まさにいま本格化しつつある新しい現象」ととらえ、従来から25条の法的効果として一部で主張されていた「制度後退禁止原則」の俎上に乗せて考察している棟居快行教

⁵ 本稿の主題である制度後退禁止原則を主張する棟居快行教授は、「『制度』の変更として、厚生労働大臣が定める『保護基準』（同法〔生活保護法〕8条1項）の『切り下げ』が遂行される場合には、常に不利益変更の『正当な理由』の要件が満たされているという解釈がありえ、…（老齢加算の廃止が争われている訴訟で国側はそうのように主張しているようである）、また、仮に同法56条の不利益変更禁止原則が基準全体の『切り下げ』にも及ぶものであるとしても…基準定立にかかる行政（厚生労働大臣）の（広い）裁量論に飲み込まれたのでは、同条も用をさしてなさない。」と指摘して、生活保護法の解釈とは別に憲法論として制度後退禁止原則を論じることの意義を2008年執筆論文で主張しているが、この点棟居教授の危惧は福岡高裁判例によって良い意味で裏切られたと言える。棟居快行「生存権と『制度後退禁止原則』をめぐって」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配』佐藤幸治先生古稀記念論文集下巻（成文堂・2008年）380頁。

⁶ 最大判昭和42・5・24民集21巻5号1043頁。

⁷ 葛西まゆこ「老齢加算廃止に対する初の違法判断」法セミ671号（2010年）48-49頁参照。

⁸ 東京地判平成20・6・26（判時2014号48頁、判タ1293号86頁）、広島地判平成20・12・25（賃社1485号49頁、賃社1486号52頁）、福岡地判平成21・6・3（判例集未掲載）、京都地判平成21・12・14（判例集未掲載）、東京高判平成22・5・27（判時2085号43頁）の5判決はいずれも原告敗訴の判断を下している。

授の制度後退禁止原則を概観することから始めたい⁹。

II. 制度後退禁止原則概観

1. 棟居快行教授の制度後退禁止原則

棟居快行教授は、福祉の「切り下げ」についての立法・行政の裁量は厳格に統制されるべきだと主張し、その根拠として、憲法25条から導かれる「客観的憲法原則」としての「配分的な最適化要請」なる概念を持ち出す。すなわち、「民主的多数派は、自らが享受する様々の所得控除等は固守しながら、切り捨てやすい少数者への給付を安易にカットしがちである。しかしながら、25条の法意は、このようなパイの縮小期にこそ発揮されるべきである」ことから、「全体としての縮減のコストを、弱者により優しく各層に再分配することの客観的要請（いわば『配分的な最適化要請』）が、25条から導かれる法意として成り立つ」とするのである¹⁰。そして、この客観的憲法原則から制度後退禁止原則が導かれるとする。また、棟居教授はこれに続けて、25条についての通説とされる抽象的権利説が25条1項に法的規範内容を見出すためには、この制度後退禁止原則が認められなければならないと指摘し、佐藤幸治教授や芦部信喜らの抽象的権利説を引用しながら、抽象的権利説から制度後退禁止原則が導かれることを論証する。まず、抽象的権利説は次の2つの命題（A）立法・行政上の保護基準が「健康で文化的な最低限度」以下の場合には、当該基準は違憲・違法となる（B）立法・行政の現行の保護水準を正当な理由なく切り下げる措置は、生存権の侵害として違憲・違法となりうる、に集約されることを述べる。そして、「25条1項に量的下限の役割を期待するのは実際には、困難¹¹であるから（A）の命題は達成されないと指摘し、抽象的権利説が25条1項に法規範性を認めるのであるならば、（B）の命題、すなわち制度後退禁止原則を認めなければならないとするのである。

2. 内野正幸教授の制度後退禁止原則

棟居教授の他にも25条に関して制度後退禁止原則を主張する論者は存在する。その論者の一人が内野正幸教授である。内野教授は「下位規範に先行して確定しているはずの憲法上の法規範の内容が、下位の制度の有無（ないし内容によって）逆に規定されてしまう」¹²

⁹ 以下の棟居教授の主張については、主に前掲注5の文献を参照。

¹⁰ 棟居教授はまた、「客観的憲法原則として、国家予算の配分やその裏付けとなる立法、ならびに行政基準や実際の給付において、福祉水準の『切り下げ』にあたっては、福祉以外の給付とのバランスどりの福祉内部での給付対象の選別、ならびに『切り下げ』の度合いが『弱者』により優しく行われなければならないという要請が、立法・行政に対する法的義務として存在するのではないか」との説明を加えている。

¹¹ 棟居・前掲注5・379頁。

¹² 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社・1991年）155頁。

ことを制度後退禁止原則の難点として指摘し、一般論としての制度後退禁止原則は支持しがたいという立場をとる。しかし、内野教授は25条の解釈論として1項2項分離論¹³を採用したうえで、25条2項について「プログラム規範ではあるが、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、すなわち合理的な理由なく後退をもたらすことをしてはならない」という内容の憲法上の法規範、つまりは制度後退禁止原則を導き出すことができる」とする。一般論としての制度後退禁止原則は成り立たないが25条については、2項の存在に注目して制度後退禁止原則を認めるべきであるとの主張である。

3. 制度後退禁止原則批判

制度後退禁止原則は、上に挙げたような論者によって支持されてきたと同時に、多くの批判にもさらされてきた。棟居教授の論文でもその大部分が取り上げられている¹⁴が、確認の意を込めてここでそのいくつかを取り挙げることにしたい。

まず、先述した内野教授からの「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」という批判がある。また、松本和彦教授は、生存権は「健康で文化的な最低限度の生活」の確保を目的としたものであって「生存権は既得権の保障それ自体を目指すものではない」¹⁵と述べて制度後退禁止原則批判を展開する。そしてこれに続けて「法制度の後退が許されないとしても、その救済は制度を元に戻すことなのか、それとも戻すことができるのは、客観的に確定された『健康で文化的な最低限度の生活』水準までなのか」と述べ、救済の方法が不明確であることを指摘する。さらに、「憲法25条1項が『健康で文化的な最低限度の生活』という文言を用いている以上、憲法25条1項によって保障される抽象的権利の内容は、『健康で文化的な最低限度の生活』以上でもそれ以下でもない。…ある法律が『健康で文化的な最低限度の生活』+ α の生活を保障しているのであれば、(そのような立法が望ましいことは言うまでもない)、その+ α の部分は、憲法25条の要請ではなく、その廃止は、抽象的権利説からは阻止できないことになる」¹⁶との批判が小山剛教授からなされている。

¹³ 堀木訴訟控訴審判決 大阪高判昭和50・11・10行集26巻10・11号1268頁。

¹⁴ 棟居・前掲注5・382頁。

¹⁵ 松本和彦「生存権」小山剛＝駒村圭吾編『論点探求憲法』（弘文堂・2005年）236頁。

¹⁶ 棟居快行＝小山剛＝工藤達朗編著『プロセス演習憲法〔第2版〕』（信山社・2007年）387頁。

Ⅲ. 検討

1. 25条1項か2項か

棟居教授の主張する制度後退禁止原則と内野教授の主張する制度後退禁止原則の決定的な違いは、前者が主に25条1項から制度後退禁止原則を導くのに対して、後者は2項にその根拠を求めている点である¹⁷。

「向上及び増進に努めなければならない」のだから、向上・増進に反する「後退」は違憲である、とする内野教授の主張する制度後退禁止原則は一見分かりやすいようにも思われる。しかしながら、プログラム規範であると自身が述べている2項に、それに反するかのように法的規範としての「制度後退禁止原則」を認めていることは疑問視せざるを得ない。内野教授はこの点に関して2項は「基本的には」という留保つきでのプログラム規範なのである旨を述べている¹⁸が、しかしこれは技巧に走り過ぎている感が否めない。いかなれば、ひとつの規範について「法規範ではないと同時に法規範である」と主張しているようなものである。

また、2項は「国家は…努力しなければならない」と定めたあくまで国家の「努力」義務の定めであるとしか読めないのもあって、そこから国家に何かしらの作為不作為を国民が権利として要求するというのはなかなか難しいのではないと思われる。

やはり「すべて国民は…権利を有する」と定めた25条1項に法規範性を認め、1項から制度後退禁止原則を導くほうが理論的にも無理のないものと思われる。そこで、制度後退禁止原則を憲法25条1項に見出す棟居教授の主張をもとに、これから詳しく制度後退禁止原則の内容を検討していくことにする。以下では、なぜ制度後退禁止原則が25条1項に認められるのか、どのような制度の後退禁止が求められるのか、どのような場合に制度後退が正当化されるのか、制度後退が25条違反となった場合の救済方法を順番に検討していく。

2. 「配分的な最適化要請」とは

棟居教授は、内野教授のように直接条文の文言に制度後退禁止原則の根拠を見出すのではなく、憲法25条の「客観的法原則」としてパイの縮小期に、その縮小分のしわ寄せを弱者に負わせることなく、弱者に優しい再配分を行わなければならないという「配分的な最適化要請」を見出す¹⁹が、この「配分的な最適化要請」とはどのようにして25条に認めら

¹⁷ なお、棟居教授は「客観的憲法原則」としての「配分的な最適化要請」を、25条1項からというよりは、1項と2項を一体と捉えた25条自体から導かれるものとし、25条1項の法的規範として「制度後退禁止原則」を認めているようである。

¹⁸ 内野正幸＝小山剛「社会権の保障」井上典之ほか編『憲法学説に聞く』（日本評論社・2004年）142頁。

¹⁹ 棟居教授は、主観的作為請求権と対置させて客観的憲法原則と述べているようである。棟居・前掲注5・372頁。

れるのだろうか。この点について棟居教授が明確に述べている部分は見当たらないが、生存権がなぜ保障されなければならないかを振り返って考えてみれば、それはある種自明のことのようにも思われる。

著名な民法学者であった我妻栄は、憲法25条「生存権」26条「教育を受ける権利」27条「勤労の権利」28条「労働基本権」の4つをまとめて生存権的基本権²⁰（現在は広く「社会権」として受け入れられている権利である）と名付け、この「生存権的基本権は、19世紀の後半から資本主義経済組織のなかに現れた、甚だしい富の不平等、極度の資本の集中と企業の独占、資本と労働との対立などの現象によって、自由権的基本権が社会の大衆にとっては全く有名無実のものとなったことを認識し、国民のすべてに対して、実質的な自由・平等・幸福の追求の理想を現実には保障しようとしたものである」²¹とする。芦部信喜も憲法25条～28条の権利について「社会国家（福祉国家）の理想に基づき、とくに社会的・経済的弱者を保護し、実質的平等を確保するために保障されるに至った人権」²²と述べ、我妻の見解をほぼ踏襲している。この我妻・芦部の見解は広く受け入れられていると言えよう。しかしながら、とりわけ生存権を説明するには、これでは不十分なように思われる。生存権は、単に実質的平等を確保することだけを目的としたものではない。少なくとも、「健康で文化的な最低限度」水準の生活が送れていない状態では自由権的基本権の行使もままならないのであって、ひいては近代立憲主義の根源的価値である「個人の尊厳」が達成できなくなるのであるから、生存権を保障することは自由権のように直接的でないとはいえ、「個人の尊厳」に必要不可欠なものなのである。ならば、「最適限度の生活」を営む弱者の生活は、いかにパイの縮小期であるとはいっても脅かされることがあってはならないものであるから、パイの縮小分を、弱者保護を目的とする制度を後退させることで補填することは許されないことであると言える。つまるところ、「配分的な最適化要請」はこのようなことを主張するものであると考える。

3. 違憲の判断方法

棟居教授が「配分的な最適化要請」を25条に見出し、それを根拠に制度後退禁止原則を主張することは上述の通りであるが、棟居教授の論ずる「制度後退禁止原則」は、棟居教授自身が「筆者はこれまでの福祉給付の水準が、不可侵のものとして保障されるべきであるなどと考えるわけではない」²³と述べている通り、制度の「後退」が必ず「違憲」になるという議論の立て方はしていないようである。また、他の論者を見てもこのような主張は

²⁰ 我妻栄『民法研究Ⅷ憲法と私法』（有斐閣・1970年）57頁、89頁。

²¹ 我妻・前掲注20・168頁。

²² 芦部信喜『憲法〔第4版〕』（岩波書店・2007年）252頁。

²³ 棟居・前掲注5・372頁。

あまり見当たらない²⁴。法律によっていったん到達した水準から後退すれば違憲であるという厳格な制度後退禁止原則はやはり難しく、「正当な理由なしに法制度を後退させてはならない」という程度の、緩やかな制度後退禁止原則が多数を占めていると言えよう。

それでは、「緩やかな制度後退禁止原則」においては、いかなる場合にその「違憲」が観念されるのであろうか。以下、棟居教授の論旨を参考にしながら検討することにしたい。

棟居教授は、抽象的権利説から制度後退禁止原則が導かれると主張した上で、先述した内野教授の「法律による法規範の『下剋上』となってしまう²⁵という批判を回避するために、生存権の法的性格について長らく通説の位置を占めている抽象的権利説を再構成する。すなわち、「健康で文化的な最低限度」という文言は抽象的ではあるけれども、「25条1項は社会保障立法にその具体的内容を『丸投げ』しているわけではなく、その都度の歴史や社会状況における『社会通念』としての『健康で文化的な最低限度の生活』をそのまま憲法規範に吸い上げている」とし、「立法者はその時点時点での『社会通念』を…遅れ気味に規範化する」のであるから、「25条1項が『社会通念』の関数として捉えた生存権の具体的内容は、ほぼそのまま社会保障立法の現行水準と一致することになる²⁶。そして、この「社会通念」は『右肩上がり』には寛容であるが、逆に『右肩下がり』には不寛容」であるから、少なくとも制度の切り下げに当たって、国は「そのような切り下げが『社会通念』に合致するものであること」が正当化理由として論証されなければならない、とする。

まず、「健康で文化的な最低限度の生活」水準が時代によって大きく移り変わるものであり、加えて、多様な要素を勘案しなければ確定することができないものであることは間違いない。その意味で、憲法から「これが最低限度の生活である」との普遍的な具体的水準を読みとることは不可能である。また、時代・場所を特定すればある程度「最低限度の生活」水準は確定できるとの指摘²⁷があるが（筆者もこれに同意する）、多様な考案要素を集約し、その中から「最低限度」を見出していく作業は、多くの情報収集手段を有する立法府・行政府には可能かもしれないが、少なくとも司法には馴染まないものであると考えるのが妥当だろう。裁判所が独力で「最低限度の生活水準」を具体的に求めるのは困難であるのは間違いない。

そこで、「立法府・行政府の現行の保護水準を正当な理由なく切り下げる措置は、生存権の侵害として違憲・違法となりうる」という制度後退禁止原則は、立法または行政が定め

²⁴ 「厳格な意味での制度後退禁止原則」が成り立たない理由として、内野教授は「25条の文脈に限らず、…地方自治その他の文脈でも、いったん住民訴訟とか進歩的な制度を設けた以上、それを後から廃止するのは憲法違反である」という理屈はやはりとりえないことを例に挙げて説明している。内野・前掲注12・140頁。

²⁵ 棟居・前掲注5・384頁。

²⁶ 棟居・前掲注5・384頁。

²⁷ このような「本来の意味での具体的権利説」を論じるのも棟居教授である。棟居『憲法学再論』（信山社・2001年）。

た水準が「最低限度の生活」水準を示しているものと同視できる場合に成り立ちうると考えられる。詳しく言うと、立法もしくは行政が、なんらかの貧困者に保護給付を与える決定をする場合、そしてその決定に際し「給付対象者が営む生活水準が『最低限度の生活』水準に達していない」という判断があると言っている制度の廃止または後退の場面においてのみ制度後退禁止原則は機能するのである。今回の考察対象である「母子加算」を例にとると、まず、立法府・行政府が母子加算の給付開始決定の判断を下すにあたっては、母子加算なしの状態の母子家庭が「最低限度の生活」水準に達していないのだから、少なくとも生活水準を引き上げなければならないという見解が先に立っていると思われる。そして、生活保護費にあらたに母子加算を上乘せして母子家庭の生活水準を「最低限度の生活」水準まで引き上げるために給付をなす。つまり、この場合に立法者が「生活保護+母子加算」で母子家庭が営むことのできる生活水準が「最低限度の生活」水準であると考えているのである。そうであるならば、これを引き下げるとは、原則としては「最低限度」以下の生活水準に割り込むことになり、原則違憲状態にあると観念できることになる。まさに、制度後退が違憲状態をひきおこすことになるのである。

このように制度後退による違憲状態の発生を考えると、正当化理由は、母子加算給付を決定した際、立法者が「生活保護費+母子加算」を受給した上での生活水準が「健康で文化的な生活を営める最低限度」と判断したのであるから、少なくとも、制度を廃止するときは母子加算なしでも「最低限度の生活水準」を営むことのできることの論証が必要であると思われる。ここで重要なのは、少なくとも財政上のパイの縮減はこの場合の正当化理由にはなりえないということである。また、制度開始から制度廃止・後退に至るまで長期間が経過していた場合に、開始決定時に想定された「最低限度の生活水準」は参考にならないのではないかという批判があるかもしれないが、制度は大体において何度かの見直しを経ていくはずであるから、最後の見直し改定の際に参考にされた「最低限度の生活水準」を参考にすれば足りるのではないかと考える。

問題は、その給付政策が給付決定に際して「給付対象者が営む生活水準が『最低限度の生活』水準に達していない」という判断があった政策（以下、これを救貧政策とする）であるのか、それとも最低限度の生活水準+ α の生活を営んでいる者にも広く給付する性格の政策（以下、防貧政策）であるのかの判断をいかに行うかであるが、やはりここでは給付の対象者によって判断することが適切であろう。昨年給付が開始された「子ども手当」なる給付政策は、いわゆる低所得層に限らず広く子供をもつ家庭を対象に金銭給付が行われたもので、これは上述の分類では「防貧政策」に当たる。しかしながら、本稿で主に問題としている母子加算・高齢加算については、その対象がもともと生活保護を受けている母子家庭・高齢老人に限定されており、「救貧政策」とみればよい。そして、この給付決定に際し、立法府もしくは行政府内において、対象者のなかのさらに最低所得者がある程度の生活水準まで引き上げるために必要な額の給付を行う決定をしたはずであり、

ここで考えられた「ある程度の生活水準」をすなわち「最低限度の生活水準」と見なすことができるのである。

裁判所は「最低限度の生活水準」を、この水準を参考に決めればいいのであり、したがって、裁判所が能力的に「最低限度の生活水準」を判断するのに適しないという主張はここでは妥当しない。また、救貧政策に限定して考えれば、Ⅱの3で挙げた小山教授の「ある法律が『健康で文化的な最低限度の生活』+ α の生活を保障しているのであれば、…その+ α の部分は、憲法25条の要請ではなく、その廃止は、抽象的権利説からは阻止できない」という批判もここでは妥当しないことになる。

4. 正当化論証

問題となった政策が救貧政策だとして、制度を廃止した立法者若しくは行政はどのような正当化論証をすれば憲法25条に違反の疑いを取り除けるのであろうか。

棟居教授は、「切り下げが『社会通念』に合致するものであることが、国側により裁判上立証されなければならない」と述べている。『社会通念』に合致することの論証は、「切り下げても社会通念に合致する最低限度水準の生活を営むことができること」を論証しなければならない、ということであろう。この論証方法としては、①廃止しても廃止前と同水準の生活を営むことができること、若しくは②生活水準に対する社会通念自体が下がっており、今回の切り下げはその水準を下回るものではないこと、を論証しなければならないと考えられる。①については、これが論証されれば正当化理由となりうるのは特に異論ないであろう。つまり、廃止される制度と同等の代替措置が確保されている、若しくは急激な貨幣価値の上昇などの特殊事情がある等の論証がなされればよいのである。残るは②であるが、生活に対する社会通念が右肩下がりについて「不寛容」であることは棟居教授も述べている通り、「テレビが無くて大丈夫」というような社会通念は端的に言って想像できない。たとえ全体の生活水準が下がっても、社会通念が想定する「最低限度の生活水準」は簡単には下がらないのである。この論証の成功は困難であり、②の論証を求める場合は、実際にはかなり制度後退「禁止」に近づくといえるのではないか。

5. 憲法25条違反が認められた場合の救済手段

最後に、制度の後退が違憲とされた場合の救済方法について少し触れておきたい。Ⅱの3において松本教授の「法制度の後退が許されないとしても、その救済は制度を元に戻すことなのか、それとも戻すことができるのは、客観的に確定された『健康で文化的な最低限度の生活』水準までなのか」という制度後退禁止原則批判を挙げたが、この点についてはやはり廃止・後退決定の「取消し」を行い、制度を元に戻して、廃止されてから判決が下されるまでの不足分の給付を行わせることが適当であろう。元に戻した制度下で営める生活水準と「最低限度の生活」水準が異なる場合があったとして、もしも前者が後者を上回

っている場合であっても、最低限度の生活水準制度と廃止された状態での生活水準の差額を補填する額の補償で足りるわけではない。ここで保障される生活水準が一時的に「最低限度」を上回っても、少なくとも違憲・違法ではないと考えられる。

IV. おわりに

以上、棟居教授の主張する制度後退禁止原則を参考にしながら、生存権を保障する25条1項から導かれる制度後退禁止原則について筆者が考えるところを論じてきた。

以下、要点だけまとめる。

- ① 制度後退禁止原則は、25条1項から導き出される法規範である。
- ② 制度後退禁止原則の根拠は、生存権保障の背景にある、「配分的な最適化要請」に求められる。
- ③ 制度後退禁止原則は救貧政策の廃止・後退の場面で機能する。
- ④ 制度後退が原則違憲を観念できる場合、その後退が正当化されるためには、少なくとも「制度創設時の生活水準 \leq 制度廃止後の生活水準」であること、若しくは社会通念が想定する最低限度の生活水準が下がったことを論証しなければならない。
- ⑤ 後退の25条違反が認定された場合、救済方法は処分の取消しと、元の制度下で保障されるはずだった金銭給付額と廃止下で給付された額の差額の補償が適切である。

「制度後退禁止原則」は、基本的に救貧政策の廃止もしくは後退という実に限られた場面でしか機能しないものである。しかしながら、憲法25条において用いられがちな曖昧な裁量論に終始するのではなく、明確な論理をもって憲法25条の法意を実現しようとしている点は高く評価できる。また、昨今の日本は少子高齢化社会等の問題によって財政のパイは縮小していくことが予想されていることから、これからの社会において制度後退禁止原則のもつ意味、機能する機会が大きくなっていくのではないだろうか。本稿冒頭で紹介した福岡高裁判決後、被告である北九州市は上告しており、最高裁が数年内には判断を下す。まずは、今回の事案において最高裁が制度後退場面での憲法25条の法意をどのように捉え、厚生労働大臣の裁量をいかに限定するのか（若しくはしないのか）、その際に制度後退禁止原則の要素をどれだけ見出すことができるのか、注目したい。