

伊藤参考人追加提出資料

老齢加算訴訟最判の「要請である」との説示は修正されたこと

2025 年 9 月 1 日

弁護士 伊藤 建（富山県弁護士会）

第1 ご質問の内容

第2回本委員会において、太田委員より、要旨、生活保護法8条2項は「最低限度の生活の需要を...「中略」...こえないものでなければならない」と定めているところ、同項について、老齢加算訴訟最判は 高齢者の特別な需要が認められないというのであれば、老齢加算の減額又は廃止をすべきことは、同項の規定に基づく要請である」と判示していることから、需要が認められないのであれば、厚労大臣は、法8条2項により基準を引き下げることが法的に義務付けられるのではないかとのご質問があった。

第2 当職の見解

当職は、厚労大臣は、法8条2項により、基準を引き下げることが法的に義務付けられるものではないと考える。その理由は、以下のとおりである。なお、略語は、従前の当職配布資料の例による。

1 太田委員指摘の判示部分は差戻後上告審や本判決で削除された部分である

太田委員が論拠としているのは、老齢加算訴訟のうち、福岡訴訟最判 最2小判平成24年4月2日民集66巻6号2367頁)の 仮に、老齢加算の一部又は全部についてその支給の根拠となっていた高齢者の特別な需要が認められないというのであれば、老齢加算の減額又は廃止をすべきことは、同項の規定に基づく要請であるということができる」との説示であると思われる。たしかに、要請である」との表現は、生活保護基準に見合う需要が存在しないのであれば、厚労大臣は、法8条2項により保護基準の引下げが法的に義務付けられるという意味のようにも読める。

しかしながら、当職が発言の根拠とした東京訴訟最判 最3小判平成24年2月28日民集66巻3号1240頁)は、仮に、老齢加算の一部又は全部についてその支給の根拠となっていた高齢者の特別な需要が認められないというのであれば、老齢加算の減額又は廃止をすることは、同項の規定に沿うところであるということができるとしており、要請である」との記述は存在しない。「沿うところである」との表現は、生活保護

基準に見合う需要が存在しないならば、厚労大臣が保護基準を引き下げたとしても、法 8 条 2 項に「違反しない」が、厚労大臣が保護基準を引き下げないことを許容する意味である。このような場合に引き下げが法的に義務付けられているとすれば、法 8 条 2 項内で論理矛盾を引き起こし（後述 3 参照）、被保護者の期待的利益に配慮した激変緩和措置等を講じることも違法となってしまうため、引き下げが法的義務であるとの誤解を生む余地のある「要請される」という表現を修正したものと理解できる。

また、福岡訴訟最判の「同項の規定に基づく要請である」との記述は、その後の差戻後上告審（最 1 小判平成 26 年 10 月 6 日判例秘書 L06910077）において、東京訴訟最判と同様に「同項の規定に沿うところであるということが出来る」との記述に修正され、同日の京都訴訟最判（最 1 小判平成 26 年 10 月 6 日判例秘書 L06910076）も東京訴訟最判と同様の表現を用いている。このように、最高裁は、福岡訴訟最判と東京訴訟最判の異なる記述を、東京訴訟最判の記述で統一したことは、複数の憲法学者や行政法学者が指摘する著名な論点である¹。

さらに、本判決も「保護基準は、最低限度の生活の需要を超えないものでなければならないのであり、仮に本件改定前の生活扶助基準が上記需要を超えたものとなっていたというのであれば、これを引き下げるとは、生活保護法 8 条 2 項の規定に沿うところであるということが出来る」というように、老齢加算東京訴訟最判と同一の表現をしている。しかも、本判決は、この説示の直後で、東京訴訟最判のみならず、あえて福岡訴訟最判の双方を「参照」しているから、福岡訴訟最判の「要請である」との文言を明確に上書きしているのである。

以上のとおり、4 つの老齢加算訴訟に関する最判を整合的に理解し、かつ、本判決により上書きされたことを踏まえれば、福岡訴訟最判の「要請である」との文言を根拠として、引き下げが法的に義務付けられていると解することはできない。

2 老齢加算最判の調査官解説の見解は削除後の最高裁の統一見解と整合しない

もしかしたら、太田委員は、老齢加算東京訴訟最判の調査官解説（以下「岡田解説①」

¹ 異智彦「生活保護基準の改定に係る厚生労働大臣の裁量の範囲について」法律時報 94 巻 12 号 126 頁以下、128 頁、山下慎一「専門家会議体不在の保護基準改定と厚生労働大臣の裁量」法律時報 93 巻 2 号 88 頁以下、90 頁註）7、山本龍彦「『生存権』の財政統制機能に関する覚書」法学研究 91 巻 1 号 121 頁以下、128～130 頁参照

という。) ²と福岡訴訟最判の調査官解説³ (以下「岡田解説②」という。) には、「保護基準が上記『最低限度の生活の需要』を超えているというのであれば、当該保護基準は法8条2項に反するものといわざるを得ず、それに基づく保護基準も瑕疵を帯びるということになると考えられる」との記述を根拠としているのかもしれない。

しかし、そもそも調査官解説は、当該調査官の個人的見解にすぎず、最高裁判例の判決文を書き換えるほどのものではない⁴。

また、東京訴訟最判の岡田解説①は、判決文のテキストに整合しないことも指摘されている。岡田解説①は、「実質的に考えても、いわゆる右肩上がりの経済成長が終わり、勤労者世帯の賃金はおしなべて抑制され、財政赤字が未曾有の規模に拡大し、少子高齢化も進展する現在の状況に照らせば、保護基準の設定に当たって財政事情等の生活外的要素を考慮する必要性は上記各判例の当時と比べて勝るとも劣らず、その判断を基本的に厚生労働大臣の専門技術的なし政策的裁量に委ねざるを得ないことは今日においてより一層明らかなのではないかと考えられよう」と述べている。しかし、老齢加算東京訴訟最判は「保護基準中の老齢加算に係る部分を改定するに際し、最低限度の生活を維持する上で老齢であることに起因する特別な需要が存在するといえるか否か」という改定の要否に係る厚労大臣の判断においては「国の財政事情」を考慮事項として挙げず、激変緩和措置に係る判断において挙げている⁵。

これに対し、福岡訴訟最判は、改定の要否に係る判断と激変緩和措置に係る判断とを区別しない一般論としてではあるものの、「国の財政事情」を考慮事項として入れ込んでいる。福岡訴訟最判に関する岡田解説②には、上記の「生活外的要素を考慮する必要性」に関する記述が存在しないことからすると、岡田調査官は、東京訴訟最判の判決文に入れ込むことができなかったので、判決文のテキストには反するものの、東京訴訟最判に係る岡田解説①において、これを読み替えようと試みたものと考えられる。

岡田調査官による「保護基準が上記『最低限度の生活の需要』を超えているというの

² 岡田幸人「判解」最判解民事篇平成24年度(上)288頁以下、291頁。

³ 岡田幸人「判解」最判解民事篇平成24年度(上)451頁以下、457頁。

⁴ 中野次雄[編]『判例とその読み方〔三訂版〕』(有斐閣、2009年)108頁参照。

⁵ 前掲註1)参照。

であれば、当該保護基準は法8条2項に反するものといわざるを得ず、それに基づく保護基準も瑕疵を帯びる」との記述は、福岡訴訟最判の「要請である」の解説としてなされたものであろうが、上記のとおり、福岡訴訟最判と東京訴訟最判の記述の違いは、後に東京訴訟最判の「沿うところである」との記述に統一された判決文のテキストに反するものであり、到底根拠とすることはできない。

実際、岡田調査官は、自らが本件訴訟と同種事件の裁判長であった判決（東京地判令和6年5月30日判例秘書L07931727）において、「仮に、生活扶助基準に基づいて算定される生活扶助費が衣食その他日常生活について最低限度の生活におけるそれらの需要を満たすに足りる程度を超えると認められるというのであれば、生活扶助基準を必要な限度において引き下げることは、同項の規定に沿うところであるということができ」と判示しており、老齢加算福岡訴訟最判の文言ではなく、東京訴訟最判の文言を用いている。

したがって、岡田調査官自身も、岡田解説①及び②の見解を撤回しているのである。

3 「こえないものでなければならない」を法的義務と解すると法8条2項は矛盾する

ところで、法8条2項は、「前項の基準は…（中略）…最低限度の生活の需要を①満たすに十分なものであるとて、且つ、②これをこえないものでなければならない」と定めている。同項の①は、単に「満たすもの」では足りず、「満たすに十分なもの」でなければならないと定めているため、「最低限度の生活の需要」と完全に一致するだけでは足りず、これを上回るものでなければならない。

本判決は、同項の②の「これをこえないものでなければならない」を「最低限度の生活の需要を超えないものでなければならない」と解している。仮に、②に法的義務があるとすれば、一方で②「最低限度の生活の需要を超えないものでなければならないこと」を法的に義務付けておきながら、他方で①「最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」、すなわち「最低限度の生活の需要」を上回ることを法的に義務付けることとなり、①②とで法的義務が矛盾・衝突することになる。したがって、①は法的義務であるものの、②は法的義務ではないと解さなければならない。

こうした解釈は、現行法の制定経緯からも明らかである。法8条2項に相当する旧生活保護法10条1項は、「保護は、生活に必要な限度をこえることができない」定めていた。同項は、河合国務大臣（当時）が「『必要な限度』というのはどういう意味かというお尋ねであります、この法律は最低の生活を保障していくというところに目標を置

いており、ともかくも生きていくという点に重点を置いております。だから、これは最低限に止まるものであって、それ以上上げるという訳にはいかぬのだという意味であります」⁶と答弁しているとおり、保護費の上限を画することに意味があった。

これに対し、現行法は、「憲法 25 条の理念に基づき」制定されたものであり（法 1 条）、「ともかくも生きていく」だけではなく、「健康で文化的な生活水準を維持することができる」ことを保障するものである（法 3 条）。だからこそ、法 8 条 2 項は「最低限度の生活の需要を満たす」だけでなく、「満たすに十分なもの」と定めることで、保護費の下限を画したのである。

したがって、法 8 条 2 項が、厚労大臣に対し、④「最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」という下限を法的に義務付けている以上、⑤の「最低限度の生活の需要…（中略）…をこえないものでなければならない」を法的義務と解することはできない。福岡訴訟最判の「仮に、老齢加算の一部又は全部についてその支給の根拠となっていた高齢者の特別な需要が認められないというのであれば、老齢加算の減額又は廃止をすべきことは、同項の規定に基づく要請であるということが出来る」との説示は、「高齢者の特別な需要が認められない」場合には、直ちに引下げを義務付けているかのような誤解を生むおそれがあるため、差戻し後福岡訴訟最判や本判決では「沿うものである」との表現に修正・統一されたのである。

4 厚労大臣には法 8 条 2 項の「こえないものでなければならない」に抵触する措置をする権限がある

老齢加算東京訴訟最判は、「老齢加算の全部についてその支給の根拠となる上記の特別な需要が認められない場合」、すなわち、法 8 条 2 項の「こえないものでなければならない」との条項に抵触する場合においても、「厚生労働大臣は、老齢加算の支給を受けていない者との公平や国の財政事情といった見地に基づく加算の廃止の必要性を踏まえつつ、被保護者のこのような期待的利益についても可及的に配慮するため、その廃止の具体的な方法等について、激変緩和措置の要否などを含め、上記のような専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権を有している」と判示している。

こうした厚生労働大臣の裁量権は、法 8 条 2 項の文言に形式的に抵触するものであるが、同法に明文の根拠はないものの、これが認められるのは、授益的措置であること

⁶ 昭和 21 年 8 月 1 日衆議院生活保護委員会における発言。

のほか、「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」と憲法 25 条 2 項が定めているからである。仮に、法 8 条 2 項の「こえないものでなければならない」を法的義務であると解すると、憲法 25 条 2 項の規定と矛盾することになるから、法 8 条 2 項は憲法適合的解釈がなされなければならない。

本件において、本判決の形成力により、本件原告らには、ゆがみ調整及びデフレ調整を含む本件改定前の基準に基づく本件各給付請求権が認められるところ、仮に、その「需要」が認められないとの判断をした場合、法 8 条 2 項の「こえないものでなければならない」との条項に抵触することは、老齢加算訴訟最判と同様である。また、少なくとも、本件原告は、本件各給付請求権という具体的権利を有しており、老齢加算最判のこのような単なる「期待的利益」ではない。

既に発生している具体的権利が存在する以上、これを事後的に不利益変更することは、遡及立法の禁止に反するとともに、憲法上ないし行政法上の比例原則による正当化の要請を満たさないことは、既に第 2 回本委員会における当職の提出資料において主張したとおりである。受益的処分の撤回制限法理は、「法律による行政の原理」の例外として認められていること、老齢加算訴訟も法 8 条 2 項に違反する場合にも厚労大臣に授益的措置をする裁量権を認めていること、憲法 25 条 2 項に定めがあることを踏まえれば、仮に法 8 条 2 項の「こえないものでなければならない」に法的拘束力があると解するとしても、厚労大臣は、デフレ調整のみならず、ゆがみ調整に係る部分も含み、減額分の差額の全額を支給しなければならない。

5 結論

したがって、法 8 条 2 項に基づき、厚労大臣が改定を義務付けられているとの解釈は、先例に基づく主張とはいえない。むしろ、最高裁が「要請である」との文言が「沿うところである」との文言に書き換えた趣旨を踏まえれば、法 8 条 2 項の「こえないものでなければならない」というのは、法的拘束力のあるものではない。

仮に、法的拘束力があると読むとしても、「こえないものでなければならない」とは、「最低限度の生活の需要」ではなく、「最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」をこえてはならないことを意味するものであるから、需要がないとの判断に至ったとしても、直ちにこれを引き下げる法的義務があるわけでもない。

厚労大臣には、これに違反する措置をする裁量権があること、遡及立法の禁止、憲法

上ないし行政法上の比例原則による正当化の要請を満たさないことから、引下げの法的義務があるか否かにかかわらず、厚労大臣は、少なくとも、本件原告らとの関係では、減額分の差額の全額を支給しなければならない。もちろん、生活保護受給者間の平等を考えれば、本件原告らとそれ以外の生活保護受給者とを区別すべきでないこともまた当然である。また、ゆがみ調整を改めて行わないとしても、増額された世帯に対して返還請求を行うことは、比例原則の観点から許されるものではない。

第3 当職の配布資料の誤字の修正

第2回本委員会で当職が提出した資料6-1-1「新たな水準の引下げが許されない理由（要旨）」の3段落1～2行目の「デフレ」とあるのは、「ゆがみ」の誤記であるから、これを訂正する。

以 上

鑑 定 書

日本国憲法と生活保護法

高 田 篤



鑑定書

日本国憲法と生活保護法

日本国憲法 25 条 1 項は、「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」として、「すべて」の「国民」に生存権を保障している。生活保護法は、憲法の保障する生存権を具体化したものといえる。本鑑定では、憲法 25 条 1 項とそれをめぐる公法学説等から、生活保護法の解釈とその適用について、いかなる帰結が導かれるかが示される。

I 日本国憲法 25 条 1 項の理解

1. 生存権の性格

生存権を保障する 25 条 1 項について、日本国憲法制定直後は、それを、ドイツ・ヴァイマル憲法下の生存権規定に関する学説を参照することによって、プログラム規定と解する見解が唱えられた。すなわち、ヴァイマル憲法下の通説は、経済生活の秩序が「各人に対して人間に値する生存を保障するという目的をもった正義の原則」に適合すべきことを定めた 151 条 1 項、婚姻と家族を保護し、多子家庭と母性に扶助を求める権利を保障する 119 条等を、プログラム、すなわち、国の政策的目標を定めたにすぎず、法的権利を保障したものではないとしていた。このドイツのヴァイマル憲法下の学説を、日本国憲法 25 条の解釈に応用したのである。

しかしながら、この見解は、1960 年代以降、駆逐されることとなった。ドイツのヴァイマル憲法下での理解を日本国憲法 25 条 1 項の解釈にそのまま応用するのは不適切であるということが、1960 年代前半に明確化されたからである。第一に、ヴァイマル憲法下の規定の大部分が、国家の基本的性格の表明、施策の宣言、国家に対する作為義務の形式をとり、国民に対する権利付与の形式をとっていなかった。これに対し、日本国憲法 25 条 1 項は明確に「権利」と表現している。第二に、権利付与の表現をとる規定（ヴァイマル憲法 119 条 2・3 項）についても、第二次大戦後の憲法・ボン基本法（以下「基本法」）下で同様の規定（6 条 4 項：「母」が「共同社会の保護と配慮」を求める権利）が存在するが、既に当時のドイツにおいて、それが、判例で、直接的に効力を有する法、国家に保護・促進を義務づける「価値決定的原則規定」¹等と解され、また、それを完全な権利と解する学説も存在した²。第三に、ドイツの諸憲法規定が単に保護等を求める権利と規

¹ BVerfGE 6, 55 (76). (1957 年 1 月 17 日の連邦憲法裁判所決定 (Beschluß))

² 現在では、代表的なコンメンタールのすべてにおいて、この権利が、「基本権」であるとされている (Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu / Hofmann/Hennke, Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl., 2018, Art. 6, Rdnr. 65; Robbers, in: Mangoldt/Klein Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl., 2010, Art. 6, Rdnr. 281; Brosius-Gersdorf, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., 2013, Art. 6, Rdnr. 211; von Coelln, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2018, Art. 6, Rdnr. 95; Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl., 2012, Art. 6,

定するのみで、保護等の基準が憲法の中で示されていなかったのに対し、日本国憲法25条1項は、「健康で文化的な最低限度の生活」という客観的な意味を有する権利内容を明確に規定している。第四に、戦後のドイツ憲法・基本法下において生存権保障規定を積極的に解する学説・判例は、その根拠の一つとして、基本権が「直接に効力を有する法として、立法、行政および司法を拘束する」ことを定める1条3項を援用するが、日本国憲法下でも、基本的人権の不可侵性（11条・97条）および憲法の最高法規性（98条）の規定から、同趣旨のことが妥当せしめられる³。

したがって、現在の学説は、一様に、25条1項の保障する生存権を「権利」であるとす。この「権利」の性格に関しては、25条1項を直接の根拠として裁判的救済を求めることができるか否かについて、争いがある（「具体的権利説」と「抽象的権利説」）。この争いは、理論的に重要であるだけでなく、生存権に関して法律で規定されていない分野が問題になった場合を想定すると、実務的にも意義がある。しかしながら、25条1項の生活保護法における具体化とその解釈が問題となっている本件には、25条1項の保障する「権利」の性格をめぐる争いが影響を与えることはないため、本鑑定では、これに立ち入る必要がない。

2. 「健康で文化的な最低限度の生活」

25条1項の保障する生存権について、何が「健康で文化的な最低限度の生活」であるかは、一義的に定まっているものではなく、その社会的条件によって決定されるが、「最低限度の生活」のその都度の内容には客観的に定まったものがあると捉えられる、ということが学説において強調される。

II 生存権＝「権利」の帰結

憲法25条1項が保障する生存権が「権利」であり、「最低限度の生活」のその都度の内容が客観的に定まるとすれば、それが具体化される生活保護法との関連で、様々な法的帰結が生じる。その中で特に重要なのは、「権利」の具体化についての本質的決定を、国会が自ら行い、それを法律に規定しなければならないということである。これは、日本国憲法下の「法律による行政」のあり方に基づく。

1. 大日本帝国憲法下の「法律による行政」とその限界

日本国憲法下の「法律による行政」のあり方は、大日本帝国憲法下の「法律による行政」のあり方と比較することによって、明確化される。

（1）大日本帝国憲法下の「法律による行政」

「立憲主義」（＝政治共同体の統治が「憲法」に基づいて行われなければならないとする

RdNr. 104; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 14. Aufl., 2016, Art. 6, RdNr. 66 <但し、Coester-Waltjenは、それを、保障対象がドイツ人に限定されない「人権」としてしている>。

³ 高田敏「生存権保障の法的性格」同『社会的法治国の構成』（信山社、1993年〔初出「公法研究26号」1964年〕）所収145～147、151～153頁。

原理)、「法治主義」(＝人権保障を目的とし、法による統治作用、すなわち法による立法・司法および行政を要求する原理)の下では、「法律による行政」原理が妥当する。すなわち、「立憲主義」成立以前の「絶対主義」(それが「啓蒙的」であったとしても)の段階においては、君主は、外政、公共体の良い秩序の状態を維持するために必要な作用(＝警察)を法的制約を受けずに行う権能を有していた。しかしながら、「憲法」が制定されると、統治権能が、行政権(執行権)、司法権、立法権に分割され、君主は、基本的に、自らの官吏・行政組織に依ってそのうちの行政権を担うものとされ、その行政権も、他の権能を担う統治機関(裁判所、議会)が自らに与えられた権限を行使することを通じて抑制されることとなった(＝権力分立)。その際、権力分立が目的とする個人の権利保障にとっては、君主による裁判干渉が許されなくなった(大権判決の廃止等)ことによって「司法権の独立」が認められ、「法による裁判」が成立したこととともに、国民代表議会の定立する法＝「法律」による行政の原理が生まれたことが決定的に重要であった。

立憲君主制の下においても、君主の権能は、絶対君主の無制約な包括的権能を歴史的淵源としていたため、その自由性・包括性を原則とした(「執行権は、本来、それ自体自由(オットー・マイヤー)」)。しかしながら、「立憲主義」の下においては、「法律による行政」原理が妥当し、まず、議会が法律を制定した場合、権力分立の当然の帰結として、行政権の行使はそれに違反してはならないという原理が確立した(「法律の優位」)。また、権利保障という目的からして、個々の臣民の権利・自由を「侵」す(例えば明治憲法 26 条、27 条)行政権の行使(行政の個別行為)については、特に国民代表議会の制定する法律の根拠を要するとされた(「法律の留保」)。さらに、命令制定などの立法権限(行政の立法行為)についても、臣民の権利・自由を侵害する規定(＝法規)の定立を含むものではなく、法規定立は議会によって、すなわち、形式的意味における法律の形式でなされなければならないとされたのである(「法律の法規創造力」)。

つまり、立憲君主制の下では、一般論として、臣民の権利・自由を侵害する作用について法律の規定が必要であるとされた。しかし、臣民の権利・自由を侵害しない作用、例えば社会保障給付については、法律の根拠は不要であるとされた。(「侵害留保」説)。しかも、この段階においては、憲法適合性等といった法律の内容は問題とされず(「形式的法治主義」)、また、法律がどの程度まで規律を及ぼしているかは問われなかったのである(命令等への包括的授權も可能であった)。

(2) 大日本帝国憲法下の「法律による行政」の限界

このように、立憲君主制における法律事項は臣民の権利・自由を侵害する作用に限られていたが、大日本帝国憲法の下ではそれをさらに限定する要因が存在した。まず、立憲君主制一般ということでは、行政組織を定めるのは君主の権能とされ、そのあり方が臣民の権利に影響を与えるものであったとしても、法律による規律は原則として排除された(官制大権、明治憲法 10 条)。また、官吏について、あるいは営造物利用については、君主と官吏・営造物利用者とは特別な関係に立つのであって(官吏の任命大権については明治憲

法 10 条)、たとえ官吏や利用者の権利侵害をもたらしたとしても、そこにおいては「法律の留保」は妥当しないとされた(「特別権力関係」)。

次に、明治憲法に特有の事情としては、そこにおける統治権が天皇によって総攬されており、立憲君主制に典型的な権力そのものの分立は採用されず(天皇の権力行使に際しての翼賛権限および機関の分立が認められていたにすぎない)、天皇の下に広範な大権が維持されていた。その結果、帝国議会の立法権限は、通常の立憲君主制におけるそれよりも限定され、立法について、帝国議会の法律と天皇の勅令の二元的立法構造が採られていたのである。したがって、そこにおいては、緊急勅令(8条)、独立命令(9条)その他大権命令が、法律から独立して法規を創造することが出来た。また、天皇の大権事項については法律の制定が認められないとする説(大権事項説)が通説だったのである。

2. 日本国憲法下の法律の意義

明治憲法下の「法律による行政」原理においては、法律事項はきわめて限定されたものであったが、このあり方は、日本国憲法が制定されると、根本的に転回することとなった。日本国憲法の制定によって、立憲君主制から立憲民主制への転換が行われた。憲法は、「主権」の「存する」「日本国民」自身が「確定」した(前文第1段)「最高法規」(98条)である。それは、「侵すことのできない永久の権利」としての基本的人権を保障するが(11条、97条)、それを可能にするために権力分立が徹底されている(41条、65条、76条1項・3項)。また、「国政」は国民の「信託」によるものとされ、その「権威」は「国民に由来し」、その「権力」は「国民の代表者」によって「行使」されるとされている(前文1段)。つまり、日本国憲法の制定により、「民主主義」が導入されると同時に、「立憲主義」も明治憲法下におけるそれから大きく発展することとなったのである。当然、それらのことは、法律に新たな意義を与えることとなった。

(1) 立憲主義の徹底と法律

「立憲主義」の発展は、第一に、権利保障の面で顕著に表れる。すなわち、人権保障は、前述の通り不可侵の人権という形でなされるのであって、公権力が行使されて個人に対する介入が行われても、個人の人権については「公共の福祉」(12条・13条、22条1項・29条2項)による制限が可能なのである。したがって、明治憲法下におけるのとは異なつて、憲法上の権利を侵害するような立法行為(たとえば国会による法律であっても)や個別行為(たとえば法律に基づいていても)はおおよそ許されない⁴。

ところで、日本国憲法が保障する人権には、公権力の介入から個人の自由を防禦する自由権にとどまらず、公権力の積極的行為も促す生存権(25条)等の社会権も含まれている⁵。つまり、「立憲主義」が個人の権利保障を目的とするという場合、日本国憲法の下では、自

⁴ したがって、日本国憲法下において、およそ「侵害」行政や「侵害」留保説などが存立し得る余地はない。日本国憲法下では、「介入」の語が使用されるべきである。

⁵ 公権力の積極的行為は、自己情報コントロール権、知る権利など、伝統的には自由権の典型として位置づけられてきた権利に関するものについても要請される。

由の制限だけが問題になるのではなく、社会権も含めた憲法上の権利全てが問題になるのである。それ故、権利保障のために国会が法律を通じてなす関与も、憲法上の全ての権利にわたることとなる。

また、個人の権利保障には、権利・義務をめぐって個人とかかわる行政組織のあり方が密接な関係を有している。したがって、明治憲法下では行政組織権が天皇にあったが、日本国憲法下では行政組織に関して、「行政各部」(72 条)も含めて、法律による規定が必要とされる⁶。

さらに、明治憲法下では法律の規定が排除されるとされた「特別権力関係」についても、法律による規律が求められる。なぜならば、例えば、公務員といえども不可侵の人権を享有しており、その権利は制限することが出来るだけであり、したがって、その制限については、(制限の程度は別様であり得るとしても)他の個人と同じく、法律によって行われなければならないのである。

第二の権力分立の面では、国会が「唯一の立法機関」(41 条)とされ、明治憲法下での二元的立法構造が破棄され、立法が国会の下に一元化されたことが重要である。確かに、行政機関は、命令を制定することが出来る(73 条 6 号、81 条、98 条 1 項)。しかしながら、立法の一元化を志向する 41 条の趣旨からして、命令は、「憲法…の規定を実施するため」であっても、「憲法…の規定を」直接「実施」して法律に代替することはできず⁷、また、法律の存在意義を掘り崩すような命令への包括的委任も許されない。

最後に、憲法が最高法規となったことは、文字通り「立憲主義」の徹底を意味した。あらゆる場面に介在する法律も、憲法の最高法規性の故に、全て合憲的・憲法適合的でなければならないのは当然である。したがって、明治憲法下に妥当した「法律の優位」については、それを超えて「合憲的な法律への適合」が求められることとなる(「実質的法治主義」)。

(2) 民主主義の導入と法律

「民主主義」の導入ということでは、まず、主権者たる国民が憲法を制定し、それによって立法権、司法権および行政権が産み出された、という建前がとられていることが重要である。そこでの行政権は、理論的には、あらかじめ存在する社会的実体ではなく、憲法によって創設されたものであり、明治憲法の下におけるような本来的に「自由な行政」というあり方は否定されているのである。

また、「国政」の国民信託ということで、その「権威」が「国民に由来し」、その「権力」が「国民の代表者」によって「行使」されるとされているが(前文 1 段)、それは、二つの方向での民主主義的正統性を要請する。すなわち、ひとつには、「国政」を司る「公務員」(15 条)が、国民に直接的または間接的に任命されることによって(15 条 1 項・3 項、43

⁶ 憲法は内閣の組織について法律で定めるとしているだけであるが(66 条 1 項)、上記の趣旨から「行政各部」についても法律規定が必要とされる。佐藤幸治『憲法[第三版]』(1995 年、青林書院)144～145 頁参照。

⁷ 佐藤・前掲(6)146～147 頁参照。

条1項、67条、68条、6条2項、79条1項、80条1項）、国民にまで途切れることなく遡る正統性の連鎖が生じていることが求められる（「組織的・人的正統性」）⁸。もうひとつには、「国政」の具体的なあり方について、「全国民」を「代表」する議員で組織される（43条1項）「国権の最高機関」たる「国会」が「唯一の立法機関」（41条）として議決した法律に合致すると同時に、「内閣」が「法律を誠実に執行」し（73条1号）、「内閣」が「行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負」い（66条3項）、「内閣総理大臣」が「行政各部を指揮監督」することにより（72条）、民主的責任が問われることを通じて、内容的に見て「国民に由来」していると言い得ることが必要である（「事項的・内容的正統性」）⁹。後者の観点からすれば、「国政」上の特定の行為が「国民に由来」していると言えるためには、それは、原則として、具体的な法律規定に基づき、法律規定による十分な拘束を受けていなければならないことになる。

3. 日本国憲法下の「法律による行政」

日本国憲法制定により、立憲主義が徹底され、民主主義が導入されることを通じて、法律にあらたな意義が与えられることとなった。それにともない、「法律による行政」原理も、明治憲法の下におけるそれを根本的に転換することとなった。以下においては、法律による行政活動への授権の場面と法律による行政活動の拘束・羈束の場面とに分けて、説明する。

（1）法律による授権

前述の通り、行政権は憲法によって創設されたものであり、本来的に自由なものではない。したがって、「民主主義」の観点からして、その発動には、憲法によって直接的・明示的に与えられた権限の場合（いわば「行政留保」）を除いて、原則として法律の授権が必要となる¹⁰。

すなわち、行政への授権ということでは、理論的には第一に、行政機関を構成し、それに権限を付与する必要がある（組織法的授権）。それは、民主主義的正統性について、組織的・人的正統性の連鎖のあり方を明確にするということを意味する。また、それは、個人の権利保障に行政組織のあり方が密接にかかわることから、「立憲主義」の観点からも求め

⁸ 「国民」に選ばれた国会議員に選ばれた総理大臣に選ばれた大臣に選ばれた…に選ばれた公務員のAさん。このように捉えることにより、国会議員以外の「公務員」を「選定」し、およそ「公務員」を「罷免」する「国民固有の権利」（15条1項）の意義が明確化され得る。

⁹ この民主主義における「組織的・人的正統性」・「事項的・内容的正統性」をめぐる議論は、現代ドイツ公法学に由来するが、その詳細については、E-W・ベッケンフェルデ（初宿正典編訳）『現代国家と憲法・自由・民主制』（1999年、風行社）215～20頁参照。日本国憲法に即した議論としては、高田篤「行政機関との関係における議会—行政統制を中心に—」公法研究72号（2010年）41～42頁を参照。

¹⁰ 明治憲法下では、原則として行政権は自由に発動でき、例外的な一定領域についてのみ「法律の留保」が必要とされたが、日本国憲法下ではそれが逆転し、法律による授権が原則となる。

られる。

第二に、「国政」の「権力」（前文第1段）行使の内容自体についても、つまり行政機関についてのみならず行政作用それ自体についても、法律による授權（作用法的授權）が必要である。それは、「民主主義」が「国政」の具体的なあり方について事項的・内容的正統性を要求するからであり、また、行政作用が個人の権利・義務にかかわる場合は、人権保障という「立憲主義」的要請から導かれるのである。その際、まず行政の「立法」行為についてであるが、国会が「唯一の立法機関」（41条）であることの意義を、「民主主義」の事項的・内容的正統性の要請に照らして考えれば、作用法的授權が必要となる¹¹。次に、行政の個別行為についても、行政法学の分類にいう権力的公行政と非権力的公行政の両方を含む公行政において作用法的授權が求められる。行政権が私人同様に社会における一構成員として私法にしたがって行動する私行政とは異なり、行政権が行政権そのものとして活動する公行政の場合は、私人と対等な立場で行われる行政契約、行政指導等の非権力的公行政作用であっても、憲法前文にいう「国民」に「信託」され、「国民」によって「権威」を与えられるべき「国政」上の「権力」行使であると言えるからである。

このように、行政権の発動には原則として組織法的・作用法的授權を要するが、それ（特に作用法的授權）を要しないことについて行政機関が立証出来た場合、例外的に授權無しに発動出来ると解される。ひとつには、行政権の発動に厳密な法律の授權を求めることによって、かえって法律の授權を導く人権保障が脅かされるような場合が考えられる（規律を求めることの弊害、法律の授權という手段の自己目的化の排除）¹²。また、行政権の発動といっても些事・非本質的な事柄についてのものであるならば、それにまで法律の授權を

¹¹ この点で、平成3年7月9日の最高裁判決（監獄法施行規則に基づく面会不許可処分取消請求事件、最三判平3・7・9民集45・6・1049）以降、命令が法律の委任の範囲を逸脱している、または、命令として許される範囲にない、とする最高裁判決が続いていることが注目される。

そこでは、命令による自由の制限（前掲面会不許可処分取消請求事件など）、給付を受けることのできる者の限定（児童扶養手当資格喪失処分取消請求事件、最一判平14・1・31民集56・1・246）、参政権の制限（解職請求署名簿無効決定異議申立棄却決定取消請求事件、最大判平21・11・18民集63・9・2033）など、自由権、社会権、参政権といった様々な型（イエリネックの「地位論」にいう消極的地位、積極的地位、能動的地位という＜受動的地位＝義務を除く＞全ての型）の権利保障について、法律の授權を越える命令制定が違法とされているのである。また、最高裁は、医薬品ネット販売の権利確認等請求事件（最二判25・1・11）において、第一類医薬品（薬事法36条の3第1項1号）、第二類医薬品（同項2号）に係る郵便等販売を一律に禁ずる命令を、「立法過程における議論をもしんしゃく」した上で、違法、無効とした。

このように、最高裁は、行政の「立法」行為に対する法律による授權について、「立憲主義」と「民主主義」の両方の観点から統制を強める傾向を示しているのである。

¹² 例えば、生命・健康に甚大な被害を及ぼす新種の感染症について、必要な授權規定がないため、有効な対策を行えない、といった緊急事態にあたる場合や、逆に、役所の窓口相談が、授權規定がないので行えず、市民が適切な申請を出来ない、といった日常的な（非権力的）事実行為にあたる場合等が考えられよう。

求めると、議会に加重負担を課すこととなり、かえって必要な立法活動に支障が出る、というような場合も考えられよう（規律過剰による弊害の排除）。

（２） 法律による規律・羈束

明治憲法下では、特定事項に関する行政権の発動が法律によって根拠づけられることだけが問題となり、その根拠法律がどの程度まで規律を及ぼしているかは問われなかった（包括的授權も否定されない）。それに対し、日本国憲法下では、行政権の発動について、法律による授權のみならず、法律による具体的規律・羈束、つまり、行政作用の内容やそれを実施する方法・手続が法律によって具体的に定められていることが求められる。なぜならば、「民主主義」の内容的正統性の要請から、行政作用が内容的に見て「国民に由来」していると言い得るためには、それが「全国民」を「代表」する議員で組織される（43条1項）国会が議決した法律によってあらかじめ十分具体的に定められていなければならないからである。また、「立憲主義」の要請である権利保障は、「裁判所において裁判を受ける権利」が認められていることにより（32条）、最終的に裁判所によって確保される。裁判官は「憲法及び法律にのみ拘束される」のであり（76条3項）、国民にとって重要な権利の保障が裁判所によって実効的に行われるために、国会は裁判官による権利保障の際の判断基準を整える義務、つまり行政作用の内容やそれを実施する方法・手続を法律によって具体的に定める義務を有する。国会が裁判官の判断基準の策定、法律による具体的規律・羈束から逃避することは、許されないのである。

その際、どの程度まで法律によって具体的に規律・羈束しておかなければならないかは、困難な問題である。それについては、例えば、ドイツにおいて1970年代に連邦憲法裁判所の判例・学説で採られるようになった「本質性理論(Wesentlichkeitstheorie)」が、法律による根拠づけだけでなく法律の規律密度をも問題にしたが、それによると、「本質的」事項については行政に委ねず議会自身が決定しなければならない¹³、とされる。同理論は、日本の多くの行政法研究者によって支持されているが、「民主主義」の事項的・内容的正統性の要請から見ても、また、人権にかかわる事項が「本質的」事項であるため「立憲主義」から見ても、日本国憲法に適合的であり得る¹⁴。

¹³ 「本質性理論」の最も詳細な紹介として、大橋洋一『現代行政の行為形式論』（1993年、弘文堂）1～67頁。

ドイツにおいて、通説である「本質性理論」に対して、何が「本質的(wesentlich)」であるかを明確化することが困難であるとの批判が加えられることがある。このような批判に対しては、特定の事項が「非本質的」であることを示すことは可能であって、それ故、「本質的／非本質的」は法的カテゴリーとして機能し得るのであり、また、「非本質的」であることの立証を行政に負わせるという構造が重要である、との反論がなされている。

¹⁴ この点で、国家公務員に禁止される政治的行為の定めを人事院規則に授權している国家公務員法102条1項の規定は、法律による具体的規律・羈束を欠いており、問題であろう。しかしながら、最高裁は、「猿払事件判決」において、当該人事院規則が、国家公務員法102条1項に基き、一般職に属する国家公務員の職責に照らして必要と認められる政治的行為の制限を規定したものであるから、実質的に何ら違法、違憲の点は認められないばかりで

Ⅲ生存権の法律による具体化と憲法—国会と裁判所

憲法25条1項の保障する生存権は、憲法によってあらかじめ保障されており、国会は、それを具体化する立法に際して、国民が「健康で文化的な最低限度の生活を営む」ことを可能にするよう義務付けられている。生存権保障は、様々な法律によって具体化されているが、生活保護法はその最も重要なものの一つである。

1. 法律による生存権の具体化と「法律による行政」原理—「本質的」事項の規定

法律による生存権の具体化についても、日本国憲法下の「法律による行政」の原理がそのまま妥当する。法律による授権について、憲法が保障する生存権を実現すべく行政機関が保護を行うには、法律によって、組織法的授権のみならず、原則として、作用法的授権が行われなければならない。したがって、生活保護法は、生活保護の「本質的」事項を規定するものなのであり、具体的な行政機関に生活保護を行う権限を与えると同時に、生活保護についての具体的規律・羈束、つまり、生活保護の内容やそれを実施する方法・手続の具体的定めを行うものなのである。

2. 生存権の具体化についての立法者の義務と裁判所による審査—ドイツにおける司法実務

それでは、国会が生活保護の内容・手続の具体的定めを行うにあたって、憲法はどのように義務づけているのであろうか。また、裁判所は、国会が果たすべき憲法上の義務について、どのように審査すべきなのであろうか。この問いについては、裁判所が憲法によって「人間の尊厳に値する生活の最低限を保障する基本権」が保障されていると解釈し、その法律による具体化について審査をおこなった、ドイツにおける裁判実務が、適切な比較対象となり得る。ドイツ法との比較は、前述した「法律による行政」についての日本公法とドイツ公法の相似性からしても、ふさわしいと言い得る。

(1) ドイツ連邦憲法裁判所判決—生活の最低限を保障する基本権の下における立法

ドイツ連邦憲法裁判所は、2010年2月9日の判決において、2003年12月24日（2005年

なく、当該人事院規則には国家公務員法の規定によって委任された範囲を逸脱した点も何ら認められず、形式的にも違法ではない、として、憲法31条違反の主張を斥けた。この点で、同判決の大隅裁判官他3名の反対意見において、国会が、法律自体の中で、特定の事項に限定してこれに関する具体的な内容の規定を他の国家機関に委任する場合、その具体的な定めがほしいままにされることのないように「当該機関を指導又は制約すべき目標、基準、考慮すべき要素等」（傍点は鑑定者による）を指示することが求められる、としていることに留意する必要がある。（最一判昭33・5・1刑集12・7・1272）。

注(11)で示された最高裁の近年の傾向が、法律による規律・羈束に対して、どのような影響、変化をもたらしていくのかについて、見守っていく必要がある。その点で、最高裁が、前掲医薬品ネット販売の権利確認等請求事件判決において、薬事法授権の趣旨を、第一類・第二類医薬品に係る郵便等販売を一律に禁止する旨の命令制定までもを委任するものとして、「規制の範囲や程度等に応じて明確であると解するのは困難である」（傍点は鑑定者による）、と判示したことが注目される。

1月1日発効)のハルツ第4(HarzIV)法による求職者の基礎保障給付金の算定法方式で、社会法典第2編に基づく求職者の子供に対する給付額について、成人に対する給付金の60~80%と一律に決めていたこと等を、人間の尊厳に価する生活の最低限をカバーする額に達しておらず、憲法に違反するとした。

同判決は、立法者の憲法上の義務について、まず、「人間の尊厳に値する生活の最低限を保障する基本権は、基本法20条1項[社会国家原則]と結びついた基本法1条1項[人間の尊厳]から生じ¹⁵⁾」、「立法者が、生活の最低限を規定する憲法に適合する義務を十分に果たさなければ、立法は、不足して形づくられた範囲で憲法に違反する¹⁶⁾」、とする。

そして、「基本法1条1項から生じる給付請求権」が、「憲法によって前もって与えられている」、としつつも、その内容について、「この請求権の範囲は、需要の性質と需要に必要な手段を顧慮すれば、直接には憲法から導き出されない。この範囲は、人間の尊厳に値する生存に必要なものに関する社会の見方、保護を必要とする者の具体的な生活状況及びその都度の経済的・技術的所与に依存し、それに従って立法者によって具体的に規定されるものである。基本法20条1項の社会国家原則は、立法者に、社会的現実を、時代と実情にふさわしく、人間の尊厳に価する生活の最低限の保障に関して、把握するよう促す。保障は、例えば、技術化された情報社会においては、それ以前と比べて、異なって現れる¹⁷⁾」、という。

また、「請求権の具体化」の方法及び手続について、「立法者は、全ての生活に必要な費用を、首尾一貫して(folgerichtig)、透明なそして事項にふさわしい手続において、実際の需要に従って、測らなくてはならない。」「基本法は、立法者に対して、そのために、特定の方法を定めていない。立法者は、方法を、むしろ、有用性と事項適合性の枠内で、自ら選択してもよい。但し、選ばれた方法からの逸脱には、事柄に即した正当化を要する」とし、「そのような形で見出された結果は、絶え間なく点検され、さらに発展されなければならない¹⁸⁾」、というのである。

(2) ドイツ連邦憲法裁判所判決—裁判所による審査のあり方

次に、同判決は、裁判所の行う審査について、まず、最低限保障の内容審査に関して、「生活の最低限を測るにあたって立法者に与えられている形成の余地には、連邦憲法裁判所による法律規定の控えめなコントロールがふさわしい。基本法自体は請求権の正確な見積もりを与えていないので、——結果に関して——実質的なコントロールは、給付が明白に不十分であるか否かに限られる」、とする¹⁹⁾。

また、方法・手続審査について、「この明白性審査に委ねられる実質的変動幅の内側では、人間の尊厳に価する生活の最低限を保障する基本権は、定量化できる基準値を提示するこ

¹⁵⁾ BVerfGE125, 175 (222).

¹⁶⁾ BVerfGE125, 175 (224).

¹⁷⁾ a.a.O.

¹⁸⁾ BVerfGE125, 175 (225).

¹⁹⁾ BVerfGE125, 175 (225 f.).

とはできない。だからこそ、この基本権は、給付の量定について、それが基本権の目標にふさわしいものとなるか、量定の基礎と方法をコントロールすることを要求する。また、それ故に、基本権保護は、生活の最低限を産出する手続に及ぶ。なぜならば、結果のコントロールが、限定的にのみ可能だからである。基本権の重要性にふさわしい法律による保護給付についてあとづけ可能性(Nachvollziehbarkeit)を保障するために、及び、それを裁判所がコントロールすることを保障するために、給付の確定は、信頼できる数値と筋道の立った算定手続の基礎の上に、支えることができるように正当化されなければならない²⁰、という。

最後に、要約して、「連邦憲法裁判所は、立法者が、人間の尊厳に値する生存を保障するという目標を、基本法20条1項と結びついた基本法1条1項にふさわしくなる仕方で把握しかつ画定したか否か、立法者が、その形成余地の枠内で、生活の最低限の量定に根本的に向いている算出手続を選んだか否か、立法者が、必要な事実を、本質的に、完全かつ適切に算定したか否か、そして、最後に、立法者が、あらゆる算出段階において、あとづけ可能な数値によって、選ばれた手続及びその構造原理の範囲内において、是認できる枠内で行動したか否かを、審査する²¹」、とするのである。

3. 「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の具体化についての国会の義務と裁判所による審査

日本の公法学説を基礎としつつ、ドイツにおける裁判実務を比較・参照した場合、日本国憲法下における生存権の具体化についての国会の義務と、それについての裁判所による審査とについて、どのような憲法的帰結が導かれることになるのであろうか。

(1) 生存権の具体化についての国会の義務

まず、日本国憲法下における国会の義務についてである。日本国憲法25条1項が保障する生存権は、学説が一致して認めるように、憲法によって国民に前もって与えられた権利である。憲法が国民に保障する人権の不可侵性及び憲法の最高法規性(98条)からして、国会は、この権利を具体化する立法に際して、国民が「健康で文化的な最低限度の生活を営む」ことを可能にするよう義務付けられている。国会が、憲法による義務を果たさなければ、連邦憲法裁判所の判決がいうように、立法はそれに不足して具体化された範囲で憲法に違反する。

そして、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の内容について、日本の学説が強調するように、「健康で文化的な最低限度の生活」は一義的に定まっているものではなく、その都度、客観的に定められるものである。したがって、国会による生存権の具体化は、連邦憲法裁判所の判決で示されているように、保護を必要とする者の具体的な生活状況、その都度の経済的・技術的条件及び「健康で文化的な最低限度の生活」についての社会の見方などに即して、客観的に行わなければならない。つまり、国会は、生活保護法を通じ

²⁰ BVerfGE125, 175 (226).

²¹ a.a.O

た「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の保障に関して、時代と実情に照らして、社会的現実を把握する義務を負うのである。

また、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を法律によって具体化する場合、日本とドイツにおける「法律による行政」の考え方からすれば、「本質的」事項、すなわち、「健康で文化的な最低限度の生活」を保障する活動を実施する権限を具体的な行政機関に与えると同時に、実施する内容及び方法・手続についても具体的な定めを行わなければならない。この定めが憲法上の権利を具体化する、「民主主義」と「立憲主義」にかなった、本質的な事柄を規律するものであると言い得るには、国会は、「健康で文化的な最低限度の生活」を、連邦憲法裁判所判決で指摘されているように、全ての生活に必要な費用を、首尾一貫して、実際の必要に即して測ることができるような方法を探り、それを実施する透明で客観的な手続を定め、それらを適正に遂行しなければならない。この選択された方法・手続からの逸脱については、事柄に即した正当化を要する。

さらに、25条1項の保障する生存権が、日本の学説が指摘するとおり、客観的に定まってはいるが、その都度、具体化されるものであるため、連邦憲法裁判所判決で述べられているように、保障の結果は、国会によって絶えず点検され、発展させられなければならないのである。

（2）裁判所による審査のあり方

次に、日本国憲法下における裁判所による審査についてである。日本の学説が述べるとおり、何が「健康で文化的な最低限度の生活」であるかは一義的に定まっているものではないため、その内容の決定には国会の裁量が認められる。したがって、まず、国会が行った最低限保障に対する裁判所による内容審査に際しては、連邦憲法裁判所判決がいうように、保護が明白に不十分であるか否かが問われる。法律によって与えられた保護によっては「健康で文化的な最低限度」を明らかに下回る生活しか営むことが出来ない事例が頻発すれば、法律は違憲と判断されよう。

このように「健康で文化的な最低限度の生活」が一義的に定められていないため、裁判所による内容上のコントロールは限定的にしか行えない。だからこそ、裁判所は、測定の方法及び手続を、憲法上の権利を取り扱うのにふさわしい仕方で、審査する必要がある。すなわち、連邦憲法裁判所の判決で示されているように、国会が「健康で文化的な最低限度の生活」を測るのにふさわしい方法を選ったか否か、最低限を測るのに根本的に向いている算出手続を選んだか否かが、審査されなくてはならない。そして、裁判所は、採られた方法に基づいて、必要な事実が、本質的に、完全かつ適切に測られたか、その測定があとづけ可能な数値によって、適正な手続において行われたかを厳密に審査する。特に、一旦選択された方法・手続からの逸脱については、それが合理的なものとして正当化できるかが厳しく審査される。

さらに、国会が法律で方法及び手続についての本質的事項を規定し、その運用が行政に委ねられている場合、立憲民主制における「法律による行政」の原理をめぐる日本の公法

学説と、行政「立法」に対する法律の委任について統制を強めている最高裁判所の判例²²とに基づけば、裁判所は、行政による運用が、憲法の趣旨と国会の本質的決定に合致して行われたか否について、「健康で文化的な最低限度の生活」を保障する活動の内容及び方法・手続のそれぞれを審査する。特に、方法・手続については、首尾一貫性とあとづけ可能性の審査が厳格になされねばならないのである。

IV生活保護法の解釈

生活保護法は、前述したように、憲法が保障する生存権を具体化する法律の最も重要なものの一つである。したがって、同法の解釈は憲法に定位し、それに適合するようになされなくてはならない。

1. 生活保護法8条2項の憲法適合的解釈

生活保護法では、「日本国憲法第二十五条に規定する理念に基き、国が生活に困窮するすべての国民に対し、その困窮の程度に応じ、必要な保護を行い、その最低限度の生活を保障するとともに、その自立を助長することを目的とする」（法1条）とされ、憲法25条への定位が明示されている。

そして、「法律による行政」に関して、同法は、「保護」の「基準」を定める権限を厚生労働大臣に与え（法8条1項）、「保護」の「決定」と「実施」を行う権限を「都道府県知事」、「市長」、「福祉事務所」を管理する「町村長」に与えており（法19条1項）、組織的授権がなされていると容易に解し得る。

これに対し、同法に、作用法的授権、「保護」についての具体的規律・羈束、つまり、「保護」の「基準」及び「程度」に関してその内容やそれを決める方法・手続についての具体的な定めを見出すことは、組織法的授権の規定を見出すことに比べて、容易ではない。それでは、生活保護法は、憲法の求める「法律による行政」の水準を充たしていない違憲の法律なのであろうか。

この違憲の疑いを回避しようとするれば、「保護」の「基準」及び「程度」の原則を定めた生活保護法8条2項を憲法適合的に解釈することによって対応するしかない。すなわち、同項は、厚生労働大臣の定める「基準」が、「要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じた必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであつて、且つ、これをこえないものでなければならない」とするが、ここに生活保護の「基準」及び「程度」の内容やそれを決める方法・手続についての具体的な定め、つまり国会の「本質的」決定を見出そうとするのである。

生活保護法8条2項のこのような解釈が許されか否かは、それが「法律による行政」の意義にかなっているかどうかによる。そして、この判断においては、「法律による行政」が日本国憲法下の「立憲主義」（特に「権利保護」）と共に「民主主義」に由来するものであ

²² 本鑑定書注(11)参照。

るため、同法の提案から決定に至るまでの立法過程における議論が重視される²³。

その点で、第一に注目されるのが、同法案の提案理由・趣旨である。

「生活保護法案提出理由説明」においては、同法案が、昭和21年10月1日に（すなわち日本国憲法施行前に）施行された旧生活保護法を、「強化拡充してよりよき制度たらしめようとするもの」であり、「いわば生活保護法改正案とも申すべきもの」とであるとされる。すなわち、旧法が、「終戦直後の国内情勢の極めて混乱しております際に急遽発足せざるを得ませんでしたために、各般の基礎的研究の完成を俟つ暇なく、取り敢ず当時存在いたしました救護法等の形式を利用し、これを換骨奪胎して新たな制度といたしましたために、新しい理念をもるに相應しい新しい形式を十分に整備することが出来なかった」ため、政府は、「生活保護法の全面改正を提案する」こととなったという。そして、「改正」の主な点の第一に掲げられるのが、「制度を憲法第二十五条の想定にもられた国民の生存権保障の理念を体现するに相應しいものとしたこと」である。すなわち、旧法の下における「保護」の「実施の殆ど全部が行政機関の広い範囲の自由裁量に委ねられ」、「保護の範囲、保護の方法等、保護の内容」が、総て「政令以下の命令等で定められている」が、「このような行き方は建前の問題としてこれを眺めた場合望ましいものでない」。よって、今回の改正では、第一章総則において、「国民は一定の要件の下においてこの法律による保護を当然に受ける権利ある旨を明らかに」すると同時に、第二章保護の原則、第三章保護の種類および範囲、第五章保護の方法等において、「この法律に依って行われる保護の内容を法律に於て規定する」こととしたというのである²⁴。

次に、旧生活保護法10条「保護は、生活に必要な限度を超えることが出来ない」が、現行生活保護法8条に改正される趣旨²⁵について、まず、「生活保護法案逐条説明」において、「この法律における保護の実質をなすところの保護の基準及び程度は如何にして定め、如何なる程度のものでなければならぬかということについての基本原則を明らかにしたものである」とされる²⁶。そして、「保護の実体をなすところの基準及び程度の定め方について、もっと具体的に法律に規定すべきではないかという異論も生ずると思うが、最低限度の生活の基準の定め方を明確に具体的に規定することは、技術的に殆ど不可能に近く、

²³ この国会における議論に定位して法律の意味を解釈しようとする態度は、最高裁が、前掲医薬品ネット販売の権利確認等請求事件において、命令を「立法過程における議論をもしんしゃく」した上で、違法、無効としたことと（注(11)）、軌を一にするとはいえる。

²⁴ 寺脇隆夫編『生活保護法基本資料 第5巻《資料集 戦後日本の社会福祉制度Ⅰ》』（柏書房、2012年）177～180頁。

²⁵ 法案の趣旨については、厚生省社会局が国会審議のために作成した「説明資料」の中で、「生活保護法案逐条説明」と「生活保護法案質疑応答」が参照されるが、これら二つの資料には「立案当局者の立法意思とでもいうべき内容が見られ」る、とされている（寺脇隆夫「解説 生活保護法（新法）の制定と施行直後の状況」同編『生活保護法基本資料 第4巻 資料集 《戦後日本の社会福祉制度Ⅰ》』（柏書房、2012年）14頁）。

²⁶ 寺脇隆夫編『生活保護法基本資料 第6巻 資料集 《戦後日本の社会福祉制度Ⅰ》』（柏書房、2012年）333～334頁。

却って固定化する虞があるので、この程度の抽象的な規定により情勢に即応した融通無礙なる運用をはからんとするものである」という。また、「生活保護法案質疑応答」においては、「基準の設定」について、それが「相当複雑且つ技術的なものであるから、常置研究機関を置くなればとも角、諮問機関の程度では実効が期待できない。厚生大臣が決定するにしてもできる限り各方面の調査研究機関の協力を求めて最も合理的に決定するものである」とされている²⁷。

第二に、提案理由・趣旨と並んで重要なのが、同法案8条2項についての国会における審議である。特に、昭和25年3月25日衆議院厚生委員会において、青柳一郎議員の「日本においていわゆる最低生活とはいかなるものであるか。最低生活の基準をいかなるところに置くべきかという問題でございます。この問題につきまして、御当局の御所見を承りたいと存じます」、との質問に対する、木村忠二郎・政府委員（厚生省社会局長）の答弁が注目される。木村委員は、「現在の最低生活がどの程度のものでなければならぬかということにつきましては、客観的には一応きまったものがあるものというふうに考えられるのでありますが、これがどこに線を引くべきであるかということについて、現在の状況といたしまして、はつきりここだといわれる的確なる資料がまだできておらないのであります。従いましてわれわれといたしましては、この最低生活の線というものは、でき得る限り高い線まで持って行きたい。もちろんこれは国民の平均の生活水準というもので達することはできないということは当然であります。それは平均の水準に達しますほどの程度のところまでが、その最低基準になるかということにつきましては、まだ十分なる研究ができておりません。従いまして現在では、できるだけ従来の基準をなお合理的に高い基準にまで引上げるというふうに努力するというのが、この際われわれとしましてはやらなければならぬことであるというふうに考えている。もちろんそれと並行いたしまして、最低生活の基準を確立するという面にはできるだけ努力したいと思っております」、とした。

これらの立法過程における議論から、厚生労働大臣の定める「基準」は、「要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じて必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであつて、且つ、これをこえないものでなければならない」との規定について、以下のことが明らかになる。

(1) 昭和25年施行の生活保護法は、日本国憲法施行前の昭和21年に施行された旧生活保護法が憲法25条で想定された「新しい理念をもるに相應しい新しい形式を十分に整備することが出来なかった」ために、それを「憲法第二十五條の想定にもられた国民の生存権保障の理念を體現するに相應しい」制度に「全面改正」したものである。

(2) 生活保護法は、旧法の下における「保護」の「実施の殆ど全部が行政機関の広い範囲の自由裁量に委ねられ」、「保護の範囲、保護の方法等、保護の内容」が、総て「政令以下の命令等で定められていた」ことが「望ましいものでない」ため、生活保護法では、「保護の内容を法律に於て規定する」ようにした。

²⁷ 寺脇編・前掲注(26)380頁。

(3) 旧生活保護法10条「保護は、生活に必要な限度を超えることが出来ない」が、現行生活保護法8条2項で、厚生労働大臣の定める「基準」が「要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じて必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであつて、且つ、これをこえないものでなければならない」と改正されたことにより、「保護の基準及び程度は…如何なる程度のものでなければならないかということについての基本原則」が「明らかに」された。

(4) 「保護の実体をなすところの基準及び程度の定め方について」、「この程度の抽象的な規定」としたのは、「最低限度の生活の基準の定め方を明確に具体的に規定することは、技術的に殆ど不可能に近く、却って固定化する虞があり、規律を求めることによるそのような弊害を排除するためである。

(5) 厚生労働大臣が行う「基準の設定」については、それが「相当複雑且つ技術的なものであり」、「諮問機関の程度では実効が期待できない」ため、「厚生労働大臣が決定するにしてもできる限り各方面の調査研究機関の協力を求めて最も合理的に決定」しなくてはならない。

(6) 「現在の最低生活がどの程度のものでなければなら」ないかは、「客観的には一応きまったものがある」が、「これがどこに線を引くべきであるかということについて」、「はっきりここだといわれる的確なる資料がまだできて」おらず、その把握は困難である。

(7) 「最低生活の線」について、その把握の困難さを前提に、それが「国民の平均の生活水準」まで達するものではないことに留意しつつ、確実に「最低生活」を上回るものとなるよう、「でき得る限り高い線」、「合理的に高い基準にまで引上げ」ようとするものである。

(8) 「最低生活の線」の把握の困難さの故に、「最低生活の基準を確立する」「努力」を絶えず続けていかなければならない。

以上のことから、生活保護法8条2項は、「基準」及び「程度」の内容及びそれを決める方法・手続についての具体的な定め、つまり国会の「本質的」決定として憲法適合的に解することができるのである。

2. 生活保護法8条2項の憲法適合的解釈の帰結

生活保護法8条2項を憲法適合的に解釈し、「要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じて必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであつて、且つ、これをこえない」との規定が、「保護」の「基準」及び「程度」の内容及びそれを決める方法・手続についての具体的な定め、国会の「本質的」決定であると解すると、行政が行う「保護」について、またそれについての裁判所による審査について、以下のような帰結が生じる。

行政機関は、行う「保護」の内容及び「最低限度の生活の需要」を一義的に定めることが困難だとしても、「国民の平均の生活水準」に達するように高いものであつてはならないとの限定の下で、「最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」となるようにしなければ

ならない²⁸。内容形成にあたっては、国会の本質的決定として同項で列举された「要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じた必要な事情」に即して、それを行わなければならない。そして、「要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じた必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」を、首尾一貫して、実際の必要に即して測ることができるような方法と、それを実施する透明で客観的な手続を採らなくてはならない。適正な方法、透明で客観的な手続を確保するために、それに適うように、できる限り各方面の知見を集め得る人的・組織的配置をし、厚生労働大臣の具体的決定を最も合理的にする基礎としなくてはならな

²⁸ この点について、岡田幸人は、本鑑定の見解とは異なり、以下のように説く。「法3条によれば、法により保障される最低限度の生活は、健康で文化的な生活水準を維持することができるものでなければならず、法8条2項によれば、保護基準も、要保護者の最低限度の生活の需要を満たすに十分なものでなければならぬが、他方で、『要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じた必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであって、且つ、これをこえないものでなければならない。』（下線部・筆者）ともされていることから、保護基準が上記『最低限度の生活の需要』を超えているというのであれば、当該保護基準は法8条2項に反するものといわざるを得ず、それに基づく保護決定も瑕疵を帯びるということになると考えられる。」（同「生活扶助の老齢加算の廃止を内容とする生活保護法による基準（昭和38年厚生省告示第158号）の改定が生活保護法3条又は8条2項の規定に違反しないとされた事例」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇 平成24年度（上）（1月～2月分）』（2015年）所収291頁）

しかしながら、「最低生活」の基準の設定が困難であることを前提に、「最低生活」が「国民の平均の生活水準」まで達するものではないことに留意しつつ、設定される「生活保護基準」が確実に「最低生活」を上回るものとなるようにしよう、という国会における議論からすれば、「最低限度の生活の需要」が把握できるとの前提に立って、それを超える「保護基準」が生活保護法8条2項に反し、それに基づく保護決定も瑕疵を帯びるとする岡田の見解を採り得る余地はなく、本鑑定のように理解する他ない。岡田の解釈は、日本国憲法制定以前に施行された旧生活保護法の10条（「保護は、生活に必要な限度を超えることが出来ない。」）に対しては、妥当し得る余地があるかもしれないが、現行の生活保護法8条2項の解釈としては、全くの無理筋である。

ところで、岡田は、上記の叙述に続けて、堀木訴訟最高裁判決を引用しつつ、「最低限度の生活」の具体的内容が、その時々における経済的・社会的条件、一般的な国民生活の状況等との相関関係において判断されるべきものであるから、これを保護基準において具体化するにあたっては、高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものであるとして、具体化にあたっては厚生労働大臣に専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権が認められるので、大臣が生活保護法8条2項を文字通り適用する必要はないという（岡田・同上291～291頁）。しかしながら、引用された堀木訴訟最高裁判決は、立法府の広範な裁量について説いている箇所であり、生活保護法8条2項の文言の解釈と厚生労働大臣によるその適用について同判決を援用することは、全く意味をなさない。そして、仮に岡田の主張するように、保護基準が「最低限度の生活の需要」を超えていれば生活保護法8条2項に反するというのであれば、何故厚生労働大臣にその法律規定に違反して行動する裁量権があるのか（明治憲法下で既に妥当していた「法律の優位」に反する）。全く意味不明である。

岡田の生活保護法8条2項解釈は、調査官解説として提起されているものであるにもかかわらず、完全に破綻していると評さざるを得ない。

い。方法・手続の確立にあたっては、同項で列挙された「要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じて必要な事情」の観点が重視されなければならない。一旦選択され、採られた方法・手続から逸脱する場合には、その合理的な正当化が求められる。さらに、行政機関は、「保護」が「最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」となっているか、絶えず点検し、「最低生活の基準を確立」する努力をしなければならないのである。

裁判所は、行政機関が行った「保護」の内容が、明白に「最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」でないかどうかを審査する。裁判所で取り扱われる事案を含め、「最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」を明らかに下回る保護しかなされていない事例が頻発すれば、厚生労働大臣の定めた「基準」は違法と判断される。そして、裁判所は、行政機関が「健康で文化的な最低限度の生活」を測る方法・手続について、それが「最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」となるように具体化されているかを審査する。また、裁判所は、採られた方法に基づいて、「最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」を測るのに必要な事実が、本質的に、完全かつ適切に測られたか、その測定があとづけ可能な数値によって、適正な手続において行われたかを厳密に審査する。その際、具体的な測定について、それが適正な人的・組織的配置の下になされたか、国会の本質的決定として同項で列挙された「要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じて必要な事情」の観点が重視されているか、それらが相対化されていないかが、厳しく審査される。さらに、一旦選択された「最低限度の生活の需要を満たすに十分なもの」を測る方法・手続からの逸脱があった場合には、行政機関がそれを合理的なものとして正当化できるかが、特に厳しく審査されることとなる²⁹。

V 生活保護法 8 条 2 項と社会保障制度改革推進法

2012年に社会保障制度改革推進法が制定され、その附則 2 条において、「政府」が行う「生活保護制度」に関する「措置その他必要な見直し」の一つとして、「生活扶助、医療扶助等の給付水準の適正化…を早急に行うこと」と定められた。この規定は、生活保護法の解釈・適用に変化をもたらすことになるのであろうか。

この社会保障制度改革推進法附則の規定は、今後の政府が行う取り組みの方向を示すもので、この規定は生活保護法 8 条 2 項に変更を加えるものではない。また、「生活扶助、医療扶助等の給付水準の適正化」という文言は、国民の生存権を具体化する生活保護の水準

²⁹ 近年、最高裁が、行政裁量の統制規準として判断過程審査の方法を広く採用し、注目されている。ここでは、裁判所が、行政機関の提示する判断過程を追跡し、他事考慮・考慮遺脱・過剰考慮・過小考慮を審査すること、及び、現実の行政過程において必要な調査・検討に瑕疵がないかどうかを審査することに、焦点が当たっている（山本隆司「行政裁量と判断過程審査——その意義、可能性と課題——」行政法研究第 14 号（2016 年）所収参照）。本鑑定で生活保護法 8 条 2 項の憲法適合的解釈から導かれた裁判所による審査に対する帰結は、行政訴訟における新傾向とも重なり合うものである。

について、「本質的」決定に価する具体的規律・羈束を含んでいない。したがって、上記の生活保護法 8 条 2 項の憲法適合的解釈およびその行政機関・裁判所に対する帰結に変わりはない。現在の所、「生活扶助、医療扶助等の給付水準の適正化」は、生活保護法 8 条 2 項の憲法適合的解釈の枠内でしか行い得ない。

政府が「生活扶助、医療扶助等の給付水準の適正化」を従来の給付水準に変更を加える形で進めようとする場合、そのような変更は、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の具体化にかかる「本質的」事項であることから、法律による具体的規律・羈束、つまり、「保護」の「基準」及び「程度」に関してその内容やそれを決める方法・手続についての具体的な定めを法律改正を必要とする。この「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」を新たに具体化する法律改正についても、Ⅲ 3 で述べた国会の義務と裁判所による審査に関する憲法的帰結が妥当することは、言うまでも無い。

学会等役員

日本公法学会 理事
日独法学会 監事
日独文化研究所 常任理事

主な学会発表

2009 年 10 月 日本公法学会総会報告
 「行政機関との関係における議会—行政統制を中心にして」

2014 年 10 月 ドイツ国法学者大会 対話サークル「公法の基礎」
 「ドイツ国法論の特性とその将来の課題」
 „Die Eigenschaften der deutschen Staatsrechtslehre und ihre künftigen
 Herausforderungen“
 (1922 年創立の「国法学者協会」＜日本の公法学会に該当＞の公式行事に
 おける初めての外国人非学会員による報告)

業績目録

高田 篤

Ⅰ 著書等

1. ケルゼンのデモクラシー論の意義とその発展可能性

京都大学大学院法学研究科博士論文 136 頁（学位取得）

1996 年 1 月

博士論文

2. これでわかる憲法

阪本唱成、高田篤他著

有信堂

全 235 頁（41－79 頁）

1998 年 4 月

共著、分担執筆

3. 「高齢社会の法理論に関する総合研究」研究成果報告書

平成 17－19 年度科学研究費補助金基盤研究（B）課題番号 17330008

研究代表者 高田 篤

全 105 頁

2008 年 3 月

編著

4. シュテルン・ドイツ憲法 I 総論・統治編

高田篤、赤坂正浩、片山智彦他編訳、K・シュテルン著

信山社

全 551 頁

2009 年 9 月

共訳

5. 越境する司法—ドイツ連邦憲法裁判所の光と影

高田篤、鈴木秀美、棟居快行、松本和彦監訳、Ch・シェーンベルガー、M・イエシュテッ
ト、O・レプシウス、Ch・メラース著

風行社

全 380 頁

2014年9月

共訳

5. ドイツ公法学における「ケルゼン・ルネッサンス」の検討

平成24-26年度科学研究費補助金基盤研究(B) 課題番号24330010

研究代表者 高田 篤

全101頁

2015年3月

編著

II 学術論文

1. ケルゼンのデモクラシー論(一) —その意義と発展可能性—

「法学論叢」第125巻第3号(47-79頁)

1989年6月

2. ケルゼンのデモクラシー論(二) —その意義と発展可能性—

「法学論叢」第126巻第1号(84-111頁)

1989年10月

3. ドイツ統一直前のボン基本法(一) —その評価と争点—

「自治研究」第66巻第11号(105-117頁)

1990年11月

4. ドイツ統一直前のボン基本法(二) —その評価と争点—

「自治研究」第66巻第12号(110-122頁)

1990年12月

5. ドイツ統一直前のボン基本法(三) —その評価と争点—

「自治研究」第67巻第1号(107-120頁)

1991年1月

6. 外国人の選挙権 —ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決の論理—

「法律時報」第64巻1号(83-93頁)

1992年1月

7. ドイツにおける新たなデモクラシー観の胎動 —ドイツ統一の周辺／「平和革命」の中核—

「法社会学」第44号（200—204頁）

1992年4月

8. 「法治国家の再形式化」をめぐる論争と形式化論・手続化論の意義

「広島法学」第16巻第4号（103—130頁）

1993年3月

9. 戦後ドイツにおける多数決論の展開（一）

—ケルゼンのデモクラシー論（「社会学的」研究）の発展可能性—

「広島法学」第17巻第3号（183—214頁）

1993年11月

10. 戦後ドイツにおける多数決論の展開（二）

—ケルゼンのデモクラシー論（「社会学的」研究）の発展可能性—

「広島法学」第17巻第4号（265—301頁）

1994年3月

11. 戦後ドイツの憲法観と日本におけるドイツ憲法研究

樋口陽一編「講座・憲法学 別巻 戦後憲法・憲法学と内外の環境」（日本評論社）（40—72頁）

1995年6月

12. 日本の「憲法変遷」論の背景 —日本の憲法状況における問題点の表れとしての—

「比較憲法学研究」第7号（57—79頁）

比較憲法学会

1995年10月

13. Das Parteienrecht in Japan

Mitteilungen des Instituts fuer Deutsches und Europaeisches Parteienrecht, Heft 6, Dezember 1996 (S.41—79)

1996年12月

14. シュミットとケルゼン—民主制論における相反とその意義—

初宿正典・古賀敬太編「カール・シュミットとその時代」(風行社)(3-47頁)

1997年5月

15. 現代民主制から見た議院内閣制 —「国民内閣制」論の意義・限界と議会・内閣の
役割再検討の視角(覚え書き)—

「ジュリスト」1133号(71-79頁)1998年5月

1998年5月

16. 政党法制の展開とその脈絡

「社会システム研究」第2号(15-34頁)

1999年1月

17. 民主制における政党と「結社」

「法学教室」226号(82-88頁)

1999年7月

18. 選挙法制における「規範衝突」

—ドイツ選挙法制に関する司法審査をめぐって—

高田敏・畑博行編「憲法と行政法の現在」(北樹出版)(279-312頁)

2000年2月

19. 民主制の展開から見た会派

「ジュリスト」1177号(57-64頁)

2000年5月

20. ドイツにおける法曹教育の中核としての「法学」・「法学部」

—法治国家の前提条件—

「法社会学年報」第53号(122-145頁)

2000年12月

21. Die "Verwaltungsreform" in Japan

—Abkehr vom "System des informellen Verwaltungshandelns"?

Die öffentliche Verwaltung, 2002. (S265-275)

2002年4月

22. Die Parteiinstitution in Japan

Dimitris Th. Tsatsos (Hrsg.), 30 Jahre Parteiengesetz in Deutschland

— Aspekte aus Wissenschaft und Politik —, Nomos Verl. (S.301-311, 321-322)

2002年5月

23. 戦後ドイツにおける「法治国家」・「法治国家」論の文脈についての一考察

—裁判所と議会を中心に

初宿正典編 科研報告書『法の支配』と『法治国家』—新世紀統治システムの型と文脈

(1-21頁)

2005年8月

24. 憲法「改正」議論から何を学ぶか 統治システムについて

招待

「法学セミナー」50巻12号(612号)(18-23頁)

2005年12月

25. 議会制についての憲法理論的・憲法科学的省察

2006年5月

「憲法問題」[17] 109-130頁

26. ドイツ議会制民主主義論における議会の位相

—連邦議会の解散をめぐる論議を手懸かりとして

2006年5月

「ジュリスト」1311号 115-124頁

27. 生存権の省察

—高田敏教授の「具体的権利説」をめぐって—

2007年2月

村上武則+高橋明男+松本和彦編

「高田敏先生古稀記念論集 法治国家の展開と現代的構成」(法律文化社) 132-188頁

28. Der Einfluss von Hans Kelsen auf die japanische Vergassungsrechtswissenschaft nach dem Zweiten Weltkrieg

Wilhelm Brauneder/Kazuhiro Takii(Hrsg.), Die österreichischen Einflüsse auf die Modernisierung des japanischen Rechts, Peter Lang, (S.41-56)

2007年3月

29. 戦後ドイツにおける基本権保障の意義と展開—「他者」を「抱え込む」メディアとしての

「ドイツ研究」No.41 36—44 頁

2007年3月

30. ドイツ「連邦参議院」の展開についての一考察

佐藤幸治、平松毅、初宿正典、服部高宏編

「現代社会における国家と法 阿部照哉先生喜寿記念論文集」(成文堂) 427—451 頁

2007年5月

31. 「法治国家」の型から見る人権の「ゆらぎ」—憲法学の立場から

「国際人権」No.18 59—67 頁

2007年10月

32. 現代における選挙と政党の規範理論的分析—民主制をめぐる危険な徴候？

長谷部恭男、土井真一、井上達夫、杉田敦、西原博史、阪口正二郎編

「岩波講座 憲法4 変容する統治システム」(岩波書店) 29—51 頁

2007年11月

33. 議会制の意義—近年のドイツにおける議会制擁護論—

「佐藤幸治先生古稀記念 国民主権と法の支配(上巻)」(成文堂) 271—304 頁

2008年9月

34. 高齢社会における法曹新職域デザインに際しての大学教育の課題

—ドイツの大学における教育をめぐる現状に鑑みて—

平成 17—20 年度科学研究費補助金基盤研究(A) 課題番号 17203009

「法曹の新職域グランドデザイン構築」研究成果報告書

研究代表者 三成賢次

212—217 頁

2009年3月

35. グローバル化時代の地方分権

「ジュリスト」1378号 154—165 頁

2009年5月

36. 佐藤幸治教授の「国民主権と政治制度」をめぐって

「法律時報」81巻11号（通巻1014号） 68-74頁

2009年10月

37. 行政機関との関係における議会—行政統制を中心にして—

公法研究72号 36頁-63頁

2010年10月

38. ドイツにおける議会制論についての一考察—ドイツ議会制論検討の予備的考察—

大石 眞・土井真一・毛利 透 編

「各国憲法の差異と接点 初宿正典先生還暦記念論文集」（成文堂）123-140頁

2010年10月

39. Die „Erneuerung der Verwaltung“ in Japan

Verfassung und Recht in Übersee, 44 Jahrgang (2011 4), (S. 543-558)

2011年12月

40. 戦後ドイツ公法学におけるケルゼン

—ケルゼンのタブー化と「ケルゼン・ルネッサンス」について

文明と哲学 4 （日独文化研究所 年報 2012年 第4号） 74頁-85頁

2012年6月

41. ケルゼンの民主制論の意義について

文明と哲学 5 （日独文化研究所 年報 2013年 第5号） 107頁-119頁

2013年5月

42. ドイツにおける民主制論—その文脈と意義

文明と哲学 5 （日独文化研究所 年報 2013年 第5号） 236頁-255頁

2013年5月

43. グローバル化された法創設過程と議会—日本における議会の法的地位と機能態様

松本和彦編

「日独公法学の挑戦：グローバル化社会の公法」（日本評論社）79頁-96頁

2014年3月

44. 続・戦後ドイツ公法学におけるケルゼン

—「国法学の主要問題」100周年、生誕130周年記念シンポジウムについて—
文明と哲学 6 (日独文化研究所 年報 2014年 第6号) 46頁—60頁
2014年3月

45. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Rechtsschutzes in der alternden Gesellschaft
Japans – insbesondere zur Zulässigkeit von Altersgrenzen,
Herausgegeben von Martin Gebauer, Tamotsu Isomura, Hiroyuki Kansaku und Martin Nettesheim,
Alternde Gesellschaften im Recht
Japanisch-deutsches Symposium in Tübingen vom 3. bis 4. September 2012,
Mohr Siebeck, S.95-104,
2015年3月

46. Die Eigenschaften der deutschen Staatslehre und ihre künftige
Herausforderungen,
in: Christoph Schönberger,
Der „German Approach“ Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich,
Mit Beiträgen v. Atsushi Takada u. András Jakab,
(Fundamenta Juris Publici)
2015,
Mohr Siebeck,
S. 55-73.
2015年9月

47. ドイツにおけるケルゼン「再発見」と国法学の「変動」の兆し
「法律時報」88巻3号(101頁—106頁)
2016年3月

48. 憲法の論じ方—カール・シュミットの緊急事態の論じ方を例に
文明と哲学 8 (日独文化研究所 年報 2016年 第8号) 155頁—165頁
2016年3月

49. ポツダム宣言の受諾—憲法的断絶について語られたことの意義と射程
「論究ジュリスト」2016年/春号 18頁—25頁
2016年4月

50. Hans Kelsen in der japanischen Verfassungswissenschaft

2017年2月

5 1. 非常事態とは何か—憲法学による捉え方

「論究ジュリスト」2017年/春号4頁—12頁

2017年4月

5 2. 各國公法學說之解讀及其脈絡——Dietrich Jesch 理論在日本與德國之解讀 (林美鳳譯)

「憲政時代」42卷4期363～373頁

2017年4月

5 3. ドイツ連邦憲法裁判所の「自己言及」

「法律時報」89巻5号(32頁—38頁)

2017年5月

5 4. ポツダム宣言の受諾—憲法的断絶について語られたことの意義と射程

長谷部恭男編「論究憲法 憲法の過去から未来へ」(有斐閣) 31～45頁

2017年5月

(49を加筆修正)

5 5. Verfassungsänderung und ihre Grenzen in Japan,

in: hersg. v. Matthias Jestaedt und Hidemi Suzuki,

Verfassungsentwicklung I Auslegung, Wandlung und Änderung der Verfassung

Deutsch-Japanisches Verfassungsgespräch 2015,

2017,

Mohr Siebeck,

S. 99-112

2017年9月

5 6. 日本における憲法改正とその限界

鈴木秀美/M・イエシュテット/小山剛/R・ポッシャー編

「憲法の発展 I —憲法の解釈・変遷・改正—」(信山社) 109～125頁

2017年9月

5 7. ドイツにおけるケルゼン「再発見」と国法学の「変動」の兆し

辻村みよ子・長谷部恭男・石川健治・愛敬浩二〔編〕

『『国家と法』の主要問題』（日本評論社） 75～91頁

2018年3月

（47を加筆修正）

58. イエッシュによるケルゼンの受容と批判の検討

文明と哲学 10 （日独文化研究所 年報 2018年 第10号） 195頁～207頁

2018年3月

59. 首相の解散権

「法学教室」451号 52～57頁

2018年4月

Ⅲ その他

1. ガボール・ハルマイ「ハンガリー現行憲法と『新憲法』の構成原理」

「ジュリスト」946号（63～69頁）

1988年12月

共訳（小山剛と）及び高田による解説

2. ガボール・ハルマイ「ハンガリーにおける基本権・人権の保護：過去および現在」

比較憲法学会

比較憲法学会編「人権擁護の強化を求めて」（成蹊堂）（389～398頁）

1991年2月

翻訳

3. クラウス・シュテルン「ドイツ統一への道における憲法上の基本問題」

招待

「立命館法学」第214号（80～102頁）

1991年3月

翻訳

4. フランクフルト憲法 —1849年3月28日のドイツ・ライヒ憲法—

「法学論叢」第131巻第6号。（95～132頁）

（高田敏・初宿正典編「ドイツ憲法集」信山社〔平成6年年9月〕にも所収〔16～51頁〕）

1992年9月

共訳

5. ヴィルヘルム・レール「統一ドイツにおける法の統一」

日独法学会

「日独法学」16号(1-15頁)

1993年3月

翻訳

6. ベルンハルト・シュリンク「円卓会議憲法草案」

「広島法学」第17巻2号(459-478頁)

1993年7月

翻訳と解説

7. ヨーゼフ・H・カイザー「具体的秩序思考」

ヘルムート・クヴァーリチュ編／初宿正典・古賀敬太編訳「カール・シュミットの遺産」(風行社)(309-328頁)

1993年10月

翻訳

8. 政党の地位

「別冊法学セミナー」128号 司法試験シリーズ 第三版 憲法I〔総論・統治〕(61-63頁)

1994年4月

解説

9. 平成四年参議院議員定数不均衡訴訟東京高裁判決

「ジュリスト」1068号 平成6年度重要判例解説(17-18頁)

1995年7月6日

判例評釈

10. 5%阻止条項と平等選挙の原則—南シュレスヴィヒ有権者連盟事件—

ドイツ憲法判例研究会編「ドイツの憲法判例」(信山社)(60-65頁)

1996年2月

判例評釈

1 1 . Ungleiche Verteilung der Mandate auf Wahlkreise; Gleichheitsgrundsatz

U. Eisenhardt, H. G. Leser u.a. (Hrsg.),

Japanische Entscheidungen zum Verfassungsrecht in deutscher Sprache,

Koln · Berlin · Bonn · Munchen: Heymanns, 559Seiten. (S.237-249)

1 9 9 8 年 2 月

ドイツ語への翻訳と解説

1 2 . Beschluß über die Entziehung des Anwesenheitsrecht von Abgeordneten im
Kommunalparlament und die Grenzen der Gerichtsbarkeit

(mit Bin Takada)

U. Eisenhardt, H. G. Leser u.a. (Hrsg.),

Japanische Entscheidungen zum Verfassungsrecht in deutscher Sprache,

Koln · Berlin · Bonn · Munchen: Heymanns, 559Seiten. (S.527-532)

1 9 9 8 年 2 月

ドイツ語への共訳

1 3 . E · W - ・ベッケンフェルデ「国家形態および統治形態としての民主制原理」

E · W - ・ベッケンフェルデ著／初宿正典編訳

「現代国家と憲法・自由・民主制」(風行社)(213—239 頁)

1 9 9 9 年 2 月

翻訳

1 4 . 憲法と政党

「ジュリスト増刊」 法律学の争点シリーズ 2

高橋和之・大石眞編「憲法の争点[第 3 版]」(有斐閣) (22-23 頁)

1 9 9 9 年 6 月

解説

1 5 . 機能から捉えた憲法システムとその反省的相対化

—多数決システムを例として—

京都大学総合人間学部

「総合人間学の可能性—2 1 世紀における学問の展望—」(99—102 頁)

2 0 0 0 年 3 月

シンポジウム

1 6 . 政党による除名処分と比例代表選挙における繰り上げ当選

—日本新党繰り上げ当選事件

「別冊ジュリスト」155号 「憲法判例百選Ⅱ（第四版）」(336－337 頁)

2000年10月

判例評釈

17. 「狂牛病」とヨーロッパレベルでの「公共」の生成

京都大学大学院人間・環境学研究科「人環フォーラム」(50－51 頁)

2002年5月

解説

18. 衆議院憲法調査会政治の基本機構のあり方に関する調査小委員会報告「政党について」

第百五十五回国会衆議院憲法調査会政治の基本機構のあり方に関する調査小委員会議録第一号(1－18 頁) (http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_kaigiroku.htm においても)

2002年11月

衆議院委員会報告

19. 在日外国人の地方参政権

磯部力他編

「地方自治判例百選[第三版]」(有斐閣)(24－25 頁)

2003年10月

判例評釈

20. 「関連私企業からの隔離」条項該当の有無の決定と不服申立権者

磯部力他編

「地方自治判例百選[第三版]」(有斐閣)(220 頁)

2003年10月

判例評釈

21. 議会内における議員の発言・表決の自由

磯部力他編

「地方自治判例百選[第三版]」(有斐閣)(220 頁)

2003年10月

判例評釈

22. 法律用語辞典解説

編集代表佐藤幸治他

「コンサイス法律学用語辞典」(三省堂)

2003年12月

解説

項目

憲法、議会制民主主義、法治国家、抵抗権、ラーバント、具体的規範統制、憲法訴願制度、抽象的規範統制、違憲政党、共産党袴田事件、憲法の番人など計39項目

23. ベルンハルト・シュリンク「過去の責任と現在の法」

ベルンハルト・シュリンク「過去の責任と現在の法」(岩波書店)(1-149頁)

2005年2月

翻訳監修

24. 法学者としてのシュリンク

ベルンハルト・シュリンク「過去の責任と現在の法」(岩波書店)(151-162頁)

2005年2月

解説

25. 法律事項

小山剛・駒村圭吾編「論点探求 憲法」(弘文堂)(281-292頁)

2005年7月

解説

26. ドイツ法学者に聞く<インタビュー> 憲法ができること、できないこと

「世界」2006年6月号(no.753)108-117頁

2005年6月

ベルンハルト・シュリンク(フンボルト大学・小説家)へのインタビューと解説

27. ヘラー理論の現代的意義

「風のたより」第32号 1-4頁

2007年8月

解説

28. シュテルン著、赤坂正浩、片山智彦、高田篤他編訳『シュテルン・ドイツ憲法I 総論・統治編』信山社(全551頁)

2009年9月

編集、翻訳監修

29. 佐藤幸司・土井真一編、土井真一、高田篤、毛利透他著『判例講義 憲法Ⅱ 基本的人権・統治機構』悠々社 「統治機構 Chapter1 国会・内閣」担当

238—241 頁、250—253 頁

2010年4月

判例評釈

30. 日本公法学会『公法研究 73 号』「学界展望 憲法 憲法総論」

233 頁-243 頁

2011年10月

31. 芹沢斉、市川正人、阪口正二郎編『別冊法学セミナー no.210 新基本法コンメンタール 憲法』「内閣」（憲法 73 条、74 条、75 条）担当

386 頁-396 頁

2011年11月

コンメンタール

32. 対談 「内なるコロニー」と「外なるコロニー」

上山安敏・高田篤

文明と哲学 4 （日独文化研究所 年報 2012 年 第 4 号） 6 頁—31 頁

2012年6月

対談

33. 日本公法学会『公法研究 74 号』「学界展望 憲法 憲法総論」

234 頁-245 頁

2012年10月

34. Der globalisierte Rechtsetzungsprozess und das Parlament

— Rechtsstellung und Funktionsweise des Parlaments in Japan—

Rechtswissenschaftliches Symposium der Osaka University School of Law und des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

„Neue Herausforderungen des öffentlichen Rechts in Japan und Deutschland“ 1.10.-2.10.2012, Berlin

S. 87-93

2013年1月

シンポジウム報告

35. 法治主義発展史とそこにおける中国

大阪大学中国文化フォーラム編『現代中国における13の問い—中国地域研究講義—』

OUFCブックレット

2013年3月

47頁—63頁

教科書分担執筆

36. Bedeutung des japanisch-deutschen Austausches in der Wissenschaft des öffentlichen Rechts

Veranstaltung des Festvortrags von Professor Takada – aus Anlass der Verleihung des Philipp-Franz-von-Siebold-Preises

Osaka University Law Review, Nr. 61, February 2014. (S. 84 – 93)

2014年2月

講演

37. ジーボルト賞受賞記念講演 公法学における日独学術交流の意義

阪大法学63巻6号(通巻288号) 161頁—173頁

2014年3月

講演

38. 国民主権・民主制(前文・1条・15条1項)

法学教室405号 8—10頁

2014年6月1日

コンメンタール

39. 解題

高田篤他監訳、M・イエシュテット他著『越境する司法—ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』
風行社

129-132頁

2014年9月

翻訳解題

40. 解説

高田篤他監訳、M・イエシュテット他著『越境する司法—ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』

風行社
366・376 頁
2014 年 9 月
翻訳解説

4 1. 対談 法治主義を考える 普遍化と具体化の中で
高田敏・高田篤
文明と哲学 7 (日独文化研究所 年報 2015 年 第 7 号) 98 頁—127 頁
2015 年 4 月
対談

4 2. 私のドイツ公法学との対話
文明と哲学 7 (日独文化研究所 年報 2015 年 第 7 号) 139 頁—149 頁
2015 年 4 月

4 3. 議会によるコントロールと議会の機能 パネリスト・コメント
「国会による行政統制—ドイツの『議会留保』をめぐる憲法理論と実務」
平成 26 年度国際政策セミナー報告書
(国立国会図書館 調査及び立法考査局 2015 年 8 月)
51—58 頁、63—65 頁、73—74 頁、75—76 頁
パネリスト・コメント

4 4. 日本国憲法研究第 17 回「緊急事項条項」座談会
論究ジュリスト 2015 年/秋号 (Number 15) (150 頁—168 頁)
2015 年 11 月
座談会

4 5. 純粋法学に照らしてみた行政裁量——「ケルゼン・ルネッサンス」シンポジウム——
解題
阪大法学 66 巻 6 号 (2017 年 3 月 31 日) (261 頁—263 頁)
2017 年 3 月
シンポジウム解題

IV受賞など

1. フィリップ・フランツ・フォン・ジーボルト賞

2012年6月19日にドイツ連邦共和国大統領官邸にてヨアヒム・ガウク大統領より

2. 大阪大学総長による表彰

(フィリップ・フランツ・フォン・ジーボルト賞の受賞について)

2012年10月5日に平野俊夫大阪大学総長より

3. 大阪大学総長顕彰

社会・国際貢献部門

2013年8月2日に平野俊夫大阪大学総長より

法学研究科・高田篤教授がジーボルト賞を受賞

法学研究科の高田篤教授がフィリップ・フランツ・フォン・ジーボルト賞を受賞され、19日にドイツ連邦共和国大統領官邸にてヨアヒム・ガウク大統領よりこれを授与されました。

ジーボルト賞は毎年1名の日本人研究者を対象とし、学術上顕著な業績を上げ、日独文化・社会交流へ多大な貢献をなした功績に対して授与されるものです。大阪大学の現役教員としての受賞は、高田教授が初めてです。

高田教授は公法学専攻で日独憲法の統治機構・原理を中心に顕著な業績をあげられました。あわせてドイツ人研究者の招聘、国際会議・学術集会の主催、若手研究者の育成とドイツでの研究支援等多方面で尽力されました。1960年生まれ、2004年4月1日より本研究科の教授として教鞭をとられています。

この度の受賞にあたり、高田教授は「私自身は、日本公法学の先達の業績に基づいて研究を行い、大阪大学の公法学が1960代以降培ってきた日独学術交流の伝統を受け継いでいるにすぎません。今回の受賞は、日本のそして大阪大学の公法学の努力の蓄積が評価されたものとして、ありがたく存じております」と述べられています。

* 高田教授の受賞及びジーボルト賞の詳細につきましては下記の URL をご覧下さい。

http://www.tokyo.diplo.de/Vertretung/tokyo/ja/08_Ku/Aktuelles/Siebold-Preis_2012.html

<http://www.humboldt-foundation.de/web/annual-meeting-photos-gauck-2012.html>

http://tokyo.daad.de/wp/scholarship_siebold/

(2012年6月25日記)

高田篤大阪大学教授、第 34 回フィリップ・ フランツ・フォン・ジーボルト賞を受賞

2012 年 6 月 19 日、ベルリンの連邦大統領官邸ベルビュー宮殿庭園での式典において、第 34 回フィリップ・フランツ・フォン・ジーボルト賞が、ヨアヒム・ガウク連邦大統領より本年の受賞者である高田篤教授に授与されました。

1979 年に学術交流促進を目的に創設されたフィリップ・フランツ・フォン・ジーボルト賞は、毎年、日独の文化社会の相互理解促進に貢献のあった日本人科学者に大統領から直接授与されます。賞金は 5 万ユーロです。

高田教授は、1960 年 7 月 11 日、広島市河原町に生まれ、京都大学に進学され、法学の博士号を取得されました。その後京都大学助手、広島大学及び京都大学で助教授として勤務され、現在は大阪大学大学院法学研究科教授でいらっしゃいます。

教授は、子供時代に両親と共にドイツに滞在され、早い時期にドイツとの関係を築かれました。大学在学中に、DAAD(ドイツ学術交流会)奨学生としてケルン大学に留学され、後に再び客員教授としてドイツに研究滞在しておられます。

高田教授は大学におけるドイツ法研究の促進と日本人の後進の育成において大きな業績を挙げられました。そして国家の統治機関、作用そして構造を研究され、国家機構の基本原則としての民主性原則を解明されました。更に「憲法理論」を確立され日本憲法学の新たな指針の確立に貢献されました。また教授の研究により、日本においてドイツ憲法の歴史、発展、現状の新たな理解が生まれました。

更に日本におけるドイツ法研究を促進され、ドイツ法の専門家となる後進の育成にあたられました。これにより、ドイツ法に関する知見が日本で一層普及することとなりました。また外国人客員教授の日本滞在を支援するとともに会議や講演会を開催されました。こうした多方面にわたる功績を称え、この度、高田教授にフィリップ・フランツ・フォン・ジーボルト賞が授与されました。