

# 生存権と社会保障受給権に関する一考察（1）

— 介護保険給付の受給権を中心に —

伊 藤 周 平

## 目次

- 1 問題の所在—社会保障改革と生存権
- 2 生存権論と社会保障の権利論の展開
- 3 構造改革と生存権論，社会保障の権利論（以上本号，以下（2・完）次号）
- 4 生存権保障と介護保険給付の受給権
- 5 介護保険給付受給権の特徴と問題点
- 6 むすびに代えて—残された課題

## 1 問題の所在—社会保障改革と生存権

現在の日本では、長期不況と企業の相次ぐリストラにより、国民の生活不安や生活困難が深刻化している。完全失業率は4～5%に達し、特に15歳から24歳までの若年層の失業が深刻で、その失業率は10%を超え、若年フリーターも急増している。就業者についても、非正規・不安定雇用（パート、アルバイト、派遣労働者など）、さらには低賃金労働が増え、非正規の従業員・社員数は1500万人近くにのぼっている。

失業や不安定就業・低賃金労働の増大は、当事者（世帯）の生活基盤を揺るがし、社会保障の給付に頼らざるをえない人を増大させている。生活保護受給者は、失業者や自己破産、路上生活者の急増などにより右肩上がりに増大しており、2003年6月現在で約130万人（約90万世帯）、全人口に占める受給者の割合（保護率）は1%を超えている。一方で、社会保障の主要な財源である社会保険料については、滞納問題が深刻化している。例えば、市町村国民健康保険（以下「国保」という）の保険料滞納世帯は、2003年6月時

点で 454万7000世帯と、国保加入世帯2373万（02年より約90万世帯増加）の20%近くを占める。国保加入者には低所得者や無職者が多く、リストラなどにより、職域保険から国保に移る人が急増していること、人口の高齢化が進むなか、月額数万円以下の国民年金受給者や無年金者が増えていることが原因とみられる。

日本国憲法25条1項は、国民の「健康で文化的な最低限度の生活」を権利として保障し、また同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、国（都道府県や市町村など自治体も含むとされている）の社会福祉・社会保障における責任を明らかにしている。憲法25条の規定は、こうした公的責任のもと、国民の生存権保障を最高法規化したという意味で、憲法史上でも画期的なものであったといえよう。

そして、国民の生活不安や生活破壊が深刻化している今こそ、生存権規定にこめられた理念を問いなおし、現実化していくことが求められているのだが、実際には、現在の小泉政権の社会保障改革のもと、社会保障給付の削減、応益（受益者）負担原則にもとづく社会保険料や利用者負担の増大、保険原理の強化（例えば、国保については、保険料滞納者に対し、資格証明書を交付するなどの制裁措置の強化）などが進められ、社会保障が本来の生活保障の役割をはたすことができなくなり、憲法25条が形骸化、空洞化しつつある。

こうした受益者負担や保険原理の強化などの社会保障改革の内容を先駆的に実現したのが、2000年4月から施行されている介護保険法で、それは従来の高齢者福祉を最もドラスティックな形で契約制度に転換し、その基本構造をモデルに、措置制度後の社会福祉法制が構想され、さらに医療保険など社会保障全体の改革と再編が進められている<sup>(1)</sup>。

本稿では、以上のような問題意識から、まず憲法学での生存権論、社会保障法学での社会保障の権利論の展開を概観し、その問題状況を整理する。ついで介護保険法のもとでの社会保障受給権（具体的には介護保険給付の受給権）の特徴と問題点を明らかにし、介護保障を含む社会保障制度再編の方向を生存権保障という観点から展望する。

## 2 生存権論と社会保障の権利論の展開

### (1) 生存権規定の法的性格をめぐる議論

戦後の憲法学では、周知のように、憲法25条の規定する生存権の法的性格について、プログラム規定説、抽象的権利説、具体的権利説の3説が唱えられてきた。

このうち、プログラム規定説は、憲法25条は、国に対して、政治的、道義的義務を課したにとどまり、国民に裁判上救済を受ける具体的な権利を付与したものでないとする説で、従来の学説や最高裁の立場<sup>(2)</sup>であった。そして、その根拠としては、①日本が資本主義経済体制をとっていること、②生存権を具体化する立法には予算を必要とし、その予算配分は国の財政政策に依存すること、③権利内容が抽象的であることなどが挙げられた。しかし、①については、そもそも、生存権は、歴史的にみて、資本主義体制の要請として生まれしてきた権利であること、②については、予算配分も上位規範である憲法の拘束を免れるものではないこと、③については、権利の具体的な保障規定が憲法上存在しないのは、生存権に限られたものではなく、いわゆる受益権にも該当し、権利内容の抽象性は、法的権利を否定する根拠にはなりえないなどの批判が加えられてきた<sup>(3)</sup>。

こうした学説状況は、朝日訴訟の第1審判決（東京地判昭和35・10・19行集11巻10号2921頁）を契機に転換する。従来のプログラム規定説に代わり、生存権規定の裁判規範性を明確に認める法的権利説が登場し、憲法学において活発な議論が展開されたからである。そして、この法的権利説も、抽象的権利説と具体的権利説の2説に区分され、前者の抽象的権利説は、生存権を具体化する法律がある場合には、その裁判規範性が充足され、当該法律に基づく訴訟において憲法25条を援用できるとする。これに対して、具体的権利説は、憲法25条は、その規範内容の保障を請求できる具体的な権利を個々の国民に認めており、生存権規定を具体化する立法がなくても、立法の不作為の違憲確認訴訟が提起できるとする<sup>(4)</sup>。

いずれにせよ、この時期の生存権論は、生存権の法的権利性（裁判規範性）を否定するプログラム規定説を批判しつつ、生存権を法的権利性として確立

することを中心的課題としていたといえよう<sup>(5)</sup>。

## (2) 違憲審査基準をめぐる問題

その後、1971年の児童手当法の制定により、一通りの社会保障立法が整備されてくると、生存権を具体化する法律が存在しない場合に、立法の不作為の違憲性を争うのかを主要争点とした抽象的権利説と具体的権利説との相違が明確でなくなり、生存権規定が裁判規範性をもつことを前提として、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が裁判上保障されるかの問題を検討すべきとの主張がなされるようになってくる<sup>(6)</sup>。実際に、生存権をめぐる学説の争点は、生存権の法的性格をめぐる議論から違憲審査基準のあり方などの議論に移行していく。

この時期、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1286頁）が憲法25条1項・2項分離論（以下「分離論」という）を展開したのを契機に、生存権保障に関する違憲審査基準の議論が活発化する。もともと、分離論は、憲法25条1項が公的扶助（生活保護）である防貧施策、同条2項がその他の社会保障施策など防貧施策を定めたものとし、後者については司法審査が及ばないとする議論で、1970年代ははじめから社会保障訴訟において国側が主張してきたものとされている<sup>(7)</sup>。憲法学説では、分離論の当否には争いがあり、特に前記堀木訴訟控訴審判決については、1項に関わる生活保護以外の社会保障施策に対する司法審査の可能性を遮断するものとして批判が多い<sup>(8)</sup>。

ただ、分離論は、少なくとも憲法25条1項の「最低限度の生活」保障にかかわる法律については、厳格な違憲審査基準の適用の可能性を示唆しており、それを受けて、例えば、外国籍保持者に対する障害福祉年金の支給の可否が争われた塩見訴訟第1審判決（大阪地判昭和55・10・29行集31巻10号2274頁）では、25条1項の「健康で文化的な最低限度の生活」には「絶対性のある基準」があり、厳格な審査をすべき可能性を示唆し、2項に基づく防貧施策に関する立法裁量の当否も、1項的な救貧施策と関連づけて立法されている場合は、その限度で、厳格な審査に服するとした。

分離論とはやや異なるが、学説でも、25条の「健康で文化的な最低限度の

生活を営む権利」のなかに、人間としてのぎりぎりの「最低限度の生活」の保障を求める権利と、より快適な生活保障を求める権利の双方が含まれると解し、前者には、より厳格な審査基準が適用されるとの主張もなされ<sup>(9)</sup>、違憲審査基準をめぐる議論が活発化していった。

### （3）堀木訴訟最高裁判決と生存権論の停滞

しかし、以上のような生存権保障に関する違憲審査基準の精緻化の議論は、少なくとも判例においては、堀木訴訟最高裁判決（最大判昭和57・7・7民集36巻7号1235頁）が、朝日訴訟最高裁判決（最大判昭和42・5・24民集21巻5号1043頁）を援用しつつ、憲法25条の具体化にあたり立法府の広い裁量（朝日訴訟の場合は厚生大臣の裁量＝行政裁量）を認め、「裁量の逸脱・濫用」あった場合にのみ司法審査が及ぶとする「広い立法裁量論」（「明白の原則」とも呼ばれる）を採用したことで断ち切られる。

広い立法裁量論により生存権保障に関する司法審査を極端に限定する、この堀木訴訟最高裁判決の影響力は絶大で、老齢福祉年金の併給制限を争った岡田訴訟判決（最判昭和57・12・17訴務月報29巻6号1075頁）や前述の塩見訴訟の上告審判決（最判平成1・3・2判例時報1363号68頁）など、その後の憲法25条をめぐる生存権訴訟の最高裁判決には必ず引用され、憲法25条違反の主張を排斥する、きわめて強力な法理として確立していく。この法理は、当然のことながら下級審裁判でも用いられ、それ以降、裁判所が、社会保障関連立法の合憲性を問題とすることはほとんどなくなり、それら立法の合憲性を前提とした上で行政庁の具体的な処分の適法性が問題にされるにすぎなくなったとされている<sup>(10)</sup>。

そして、こうした最高裁の立場が、現在にまで至る生存権に関する判例理論の停滞、閉塞状況をもたらしたことは否定できない。実際、憲法25条違反を主張する生存権訴訟の判決は、もはや定式のあてはめだけで、判例法としても何ら進展がないという認識からか、最高裁判例集にも掲載されなくなる<sup>(11)</sup>。戦後の憲法判例における生存権論の展開は、生存権規定の画期的意義を現実のものとするより、その意味を空洞化ないし相対化するものとして機能してきたとの指摘<sup>(12)</sup>があるが、正鵠を射た指摘といえよう。

また最高裁の立場に批判的であった学説の側でも、生存権訴訟が、広い立法裁量論の法理の厚い障壁に阻まれ、ことごとく退けられていく現実の中で、最高裁のいう「裁量の逸脱・濫用」の具体的内容や判断基準を理論的に精緻化できないまま、少なくとも憲法学の分野では論稿の数も減少し<sup>(13)</sup>、生存権そのものに対する関心が薄れていく。

#### (4) 権利としての社会保障論

一方、社会保障の権利論については、憲法学での生存権論の展開を受けて、1960年代に、ようやく独立した学問領域として確立してきた社会保障法学において展開がみられた。そして、この社会保障法学の通説的見解に従えば、社会保障法とは、憲法25条1項が規定する「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」としての生存権を直接的に実現する法体系とされ<sup>(14)</sup>、生存権が社会保障法の基本原理・理念と捉えられてきた。社会保障法制度の規範的根拠が憲法25条の生存権規定に求められ、国・自治体の社会保障や社会福祉などに対する責任を明記した同条2項の規定とあいまって、社会保障法は、公的責任に基づき国家が行う国民の生存権保障のための給付に関する法と位置づけられてきたといつてよい<sup>(15)</sup>。

同様に、社会保障の権利も、主として、個々の国民が「健康で文化的な最低限度の生活を営む」うえで、国や自治体に対して社会保障の給付を求める実体的な給付請求権や受給権として観念されてきた。そして、個々の国民の生存権保障の要求を吸い上げ、社会保障給付の請求権と構成し、社会保障分野における国や自治体の作為義務（責任）を明らかにしていくこと、それを通じて社会保障制度の拡充をはかっていくことが課題とされた。いわゆる「権利としての社会保障」論であり<sup>(16)</sup>、この法理論は運動論的な性格を強めつつ、1960年代には、朝日訴訟に代表される社会保障裁判運動の理論的根拠となり、社会保障給付（特に生活保護給付）の不十分さや制度の不備を批判し、戦後日本の社会保障制度の拡充に大きな成果をあげてきた。

しかし、1980年代に入り、低成長の時代を迎えると、政策的に社会保障への財政的制約が強く認識され、個人や家族の自助努力を強調する「日本型福祉社会」論のもと、社会保障給付費の抑制政策がとられるようになる。これ

にともない、権利としての社会保障論に代表される「権利主義的社会保障論」は、低成長のもとでパイの増大が容易に望めなくなった現状では、その有効性を失ってきたと批判されるに至る<sup>(17)</sup>。

#### （5）社会福祉法制と措置制度

一方、憲法25条2項の条文は「社会福祉」と「社会保障」とを並列して用いており、両者の区別は明らかにしていないが、日本では、通常、高齢者や障害者など何らかの社会的援助を必要とする人（以下「要援助者」という）に対して、サービスを給付する仕組みが「社会福祉」とされ、「社会保障」に包摂される概念として用いられる。

そして、1960年代の高度経済成長の時期に、福祉施設の増大とその利用が進み、戦後まもなく制定された生活保護法、児童福祉法、身体障害者福祉法に加えて知的障害者福祉法、老人福祉法、母子及び寡婦福祉法があいついで制定された。その結果、この時期、生活保護中心の法制度から脱し、児童福祉法や老人福祉法など社会福祉各法を根拠にした、措置制度と呼ばれる社会福祉法制度が確立する。

措置制度は、国や自治体などの行政機関（行政庁）が、要援助者に対して、必要なサービスを決定し給付する仕組みで、社会福祉各法に基づき行われる行政庁のサービスの給付や内容の決定（「措置決定」といわれ、行政処分とされている）から実際のサービス提供（事実行為）にいたる一連の行為が「措置」といわれるので、この名称がある。措置制度は、戦後日本の社会福祉の基本構造をなし、国（自治体も含む）の責任で、要援助者に必要なサービスを給付（現物給付）することで、要援助者の生活や生存権を保障する仕組みであり、その意味で、社会福祉法制において憲法25条を具体化したものといえた。

#### （6）措置請求権をめぐる問題

もっとも、生活保護法では、同法の規定上、要援助者に保護請求権が認められていることに異論がないが、老人福祉法等にはそうした規定はなく、法文上は、例えば、特別養護老人ホームの入所であれば、市町村は「措置を採

らなくてはならない」(老人福祉法11条)とされ(義務づけ規定)、ホームヘルプサービスなどの居宅における介護の場合は、市町村は「措置を採ることができる」(老人福祉法10条の4)と規定されるにとどまり(いわゆる「できる規定」)、要援助者の側に、措置請求権があるかどうかは定かでなかった。

そして、行政解釈は、措置制度のもとでのサービス利用は、措置という行政処分<sup>18)</sup>の反射的利益であり、要援助者は行政処分の対象(客体)にすぎないとし、要援助者の申請権や措置請求権を一貫して否定してきた<sup>18)</sup>。この行政解釈では、措置は行政庁の職権行使によって開始される一方的な行政処分と構成され、要援助者によるサービスや施設の選択の余地はなくなる。裁判例も、養護老人ホームの入所者の個室への入所を求める訴えに対して、行政解釈と同様の見解を示している(最判平成5・7・19判例集未登載)。

これに対し、学説では、早くから要援助者の申請権や措置請求権を認める見解が有力で、行政解釈が、職権主義を根拠に措置請求権を否定していることについても、職権主義の原則は論理的必然的に申請を排除するものではなく、職権主義の原則から申請権や措置請求権を否定することは論理の飛躍ないし歪曲であるなどの批判が加えられてきた<sup>19)</sup>。

特に保育所入所の場合には、大半が保護者からの申込みにより(しかも保護者が希望する保育所を書いて)、入所決定がなされている実態があったこと、児童福祉法の旧施行令にも、保護者からの申込みを前提とした規定があったことなどから、申請を基本的要件とし、行政庁がそれに応諾する義務を負う仕組みとの認識が一般的であった<sup>20)</sup>。

老人福祉の場合は、サービスや施設が、保育所に比べて不足しており、「できる規定」ととどまっていたホームヘルプサービスなどの居宅介護等の措置については、学説も請求権を認めるものと、認めないものに分かれていた<sup>21)</sup>。しかし、少なくとも特別養護老人ホームの入所措置のように、措置権者(市町村)に実施が義務づけられているものに関しては、要援助者に入所(措置)請求権を認めるのが、通説といえた<sup>22)</sup>。実務でも、ホームヘルプサービスの利用も、申請書を提出する手続きがとられている場合が多く、特別養護老人ホームの入所申し込みが、申込者の希望を書いて行われていた自治体もあった。

いずれにせよ、従来の措置制度は、職権による措置と申請による措置とを併存させており、後者については、施設入所の措置だけでなく、居宅介護等の措置の場合も含めて、要援助者に申請権や措置請求権が認められると解するのが、実態にあった解釈ではなかったかと考える。しかし、結局、介護保険法施行などにより措置制度が原則廃止されるまで、要援助者の権利性を否定する行政解釈・判例は変えられることはなかった。前述のように、実務の実態は、多くの場合、申請を前提にサービス提供が行われていたにもかかわらず、行政解釈では、それらも市町村の職権発動の契機や情報収集の手段として説明され、あくまでも職権主義の枠内の問題とされてきた。

以上のように、要援助者の権利そのものが、行政解釈や判例で否定され続けてきた社会福祉の分野では、生存権論や社会保障の権利論の発展の余地は限られていた。憲法学の生存権論についても、その射程は、生活保護（公的扶助）分野に（生活保護法がまさに憲法25条の直接的な具体化であると認識されたがゆえに）限定されがちであり、社会福祉分野では、保育分野を除いて訴訟になること自体が少なかつたためもあって、判例理論はもとより学説でも一部の例外を除き<sup>(23)</sup>、権利論の十分な理論的展開がみられなかった。

### 3 構造改革と生存権論，社会保障の権利論

#### (1) 措置制度批判・見直し論の展開

1990年代に入ると、バブル経済が崩壊し、経済不況が顕著となり、さらに急速な高齢化の進展を背景に、社会保障の構造改革が政策課題とされるようになる。特に社会福祉分野での改革は、構造改革に「基礎」を付して「社会福祉基礎構造改革」と称され、サービス供給体制、給付の構造、公的責任の範囲などにわたり、その基本構造を大きく変える改革、すなわち措置制度の解体と契約制度への再編が進められていく。もともと、措置制度が公費による費用負担という形で、財政的な公的責任を果たす仕組みである以上、この仕組みを維持しているかぎり、高齢化の進展等による福祉需要の増大にともなう国の財政負担の増大は不可避であった。その意味で、国や自治体の財政赤字が顕著化したこの時期、措置制度解体を視野にいれた改革路線が登場し

てくる必然性はあったといえる。同時に、生存権論や社会保障の権利論においても、政府文書を中心に措置制度批判・見直し論が台頭する。

例えば、1995年7月の社会保障制度審議会（当時）の「社会保障体制の再構築－安心して暮らせる21世紀の社会を目指して－」と題する勧告（以下「95年勧告」という）では、「施設への入所は一方的な措置によるものから利用者との契約とするように検討すべき」とし、「措置という言葉に代表されるような、利用者の立場からみて好ましくない用語」を見直すことを提言している。また、1998年6月の中央社会福祉審議会社会福祉構造改革分科会（当時）の「社会福祉基礎構造改革について（中間まとめ）」は、措置制度により福祉サービスの充実がはかられてきたことを認めつつも、措置制度では「サービス利用者は行政処分の対象であるため、（中略）サービスの利用者と提供者との対等な関係が成り立たない」とし、今後の社会福祉制度は「個人自らがサービスを選択し、それを提供者との契約により利用する制度を基本」とすべきとしている。

措置制度批判論の主な論点は、①措置制度は、低所得者等を対象にした選別的な制度であり、しかも行政が一方的にサービスの提供や内容を決定するもので、要援助者（福祉サービスの利用者）にはサービス選択の自由がない。したがって、②要援助者は従属的立場に置かれ、サービス請求権や受給権をもちえない（これは先の行政解釈に依拠している）。③公的サービスが中心のため、柔軟性に欠け、多様化する福祉需要に対応しえない、と整理できる。措置を行政の一方的処分（決定）とし、措置制度を要援助者の権利と選択権が保障されていない硬直的制度と捉えるところに措置制度批判論の最大の特徴がある<sup>(24)</sup>。

とはいえ、これらの批判は、措置制度のもとでも、要援助者からの申込みに基づいてサービスの提供決定がなされていたなどの実態を無視した一面的なものであったし、措置制度見直しを即同制度の否定と契約制度への転換につなげる議論には論理の飛躍があった。措置制度を前提とした上で、例えば、要援助者のサービス過程への参加等によって官僚主義的な運用や行政裁量を統制していく方向も選択肢としてはありえたからである。

何よりも、反射的利益説に立脚し、措置制度を官僚主義的・恩恵的に運用

してきたのが、措置制度批判の急先鋒であった厚生省（当時）であったことを考えれば、その批判は自己撞着にほかならなかった。しかし、措置制度下で、サービス利用を実質的に阻害され、利用できても高い利用者負担や官僚主義的運営に不満を感じていた中高所得層を中心に、こうした措置制度批判は一定の支持をえ、それをバックに、1990年代後半から、措置制度解体をめざした社会福祉基礎構造改革が推進されていくことになる。官僚主義に対置すべきは改革が、厚生省（当時）という官主導で行われた点に、社会福祉基礎構造改革の矛盾的性格が端的に現れているといえよう<sup>(25)</sup>。

## （2）生存権理念の相対化と社会連帯論の台頭

そして、以上のような改革の結果、まず、1998年4月からの改正児童福祉法の施行により、市町村に保育の実施についての責任を残しながらも（児童福祉法24条1項）、保育所入所については「措置」の文言はなくなり、2000年4月からの介護保険法施行で、高齢者福祉分野でも措置制度は原則廃止された。さらに2003年4月からは、身体障害者福祉法、知的障害者福祉法等の改正部分が施行されて障害者福祉分野においても支援費制度が導入され、一部に措置を残しつつも（養護老人ホームの入所等）、措置制度から契約制度への転換という社会福祉基礎構造改革による再編が一応の実現をみることとなる。

これにともない、社会保障の権利論においても、社会保障法制度の規範的根拠を憲法25条の生存権規定に求める従来の通説的見解に対し、生存権規定の位置づけを相対化する見解が提起されるようになってくる。代表的批判論者の言葉を借りれば「自由」基底の理論と称されるこの見解は、従来の生存権論が、ともすれば社会保障法関係を国家から国民に対する一方的な給付関係と捉えがちであり、そこでの個人（国民）とは「積極的能動的な法主体」というよりも、「保護されるべき客体」として位置づけられてきたと批判し、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、憲法13条を社会保障法制度の規範的根拠とすべきだとする<sup>(26)</sup>。

そして、近年、生存権に代わる社会保障法制度の理念として挙げられるよ

うになってきたのが、「社会連帯（共同連帯）」や「相互扶助」の理念であり、例えば、介護保険法では「共同連帯の精神」が明記されるに至っている（介護保険法1条）<sup>(27)</sup>。先の「95年勧告」も「社会保障制度は、みんなのためにみんなで作くり、みんなで支えていくもの」とし、社会連帯の理念が「21世紀における社会保障の基本理念」になるべきとしている。

社会連帯の理念を生存権とならぶ社会保障法の基本理念とする見解は、社会保障法学説においても有力に主張されてきたが<sup>(28)</sup>、その規範的内容は必ずしも明確とはいえず、日本では、同理念をささえる制度的前提自体が欠如しており、社会保障法の法理念とする法原理的基盤を欠いているとともに、法理上の効用にも疑問があるとの批判がなされている<sup>(29)</sup>。もっとも、前記学説は、生存権と社会連帯の理念をともに社会保障法の基本原則と位置づけ（生存権と社会連帯の二重原理性）、また、「95年勧告」も「社会保障制度は、憲法に基づき生存権を国家の責任で保障するものとして整備されてきた」として生存権理念を排除していないのに対して、近年の社会連帯論では、両理念の関係が明確にされないまま、生存権理念に代わるものとして社会連帯理念が打ち出されている点に特徴がある。憲法13条を社会保障法制度の規範的根拠とすべきとする「自由」基底的理論にしても、憲法25条は国家から国民に対する一方的な給付関係を律するものと断じ、憲法25条と13条の関係性を切断し、憲法25条の国の生存権保障責任をあいまい化している点で問題がある<sup>(30)</sup>。

また「相互扶助」の理念は、特に国保制度における国保料滞納者に対する資格証明書交付などの制裁措置を正当化する根拠として、市町村の現場で自治体関係者によってしばしば用いられている<sup>(31)</sup>。しかし、そもそも「相互扶助」の理念は、戦前の1938年に制定された旧国保法の第1条の「国民健康保険ハ相互共済ノ精神ニ則リ疾病、負傷、分娩又ハ死亡ニ関シ保険給付ヲナスコトヲ目的トスル」という規定に由来するもので、同条は、戦後1958年の改定により、憲法25条の精神に則して「この法律は、国民健康保険事業の健全な運営を確保し、もって社会保障及び国民保健の向上に寄与することを目的とする」と改定された経緯がある<sup>(32)</sup>。少なくとも国保制度についていえば、「相互扶助」の理念は旧法の理念であり、憲法25条に基づく現行国保法

の理念とは相いれないのである。

### （3）社会保険至上主義と社会連帯の擬似的再編

そして、2001年の小泉政権成立以降は、政府関係者や厚労省寄りの研究者を中心に、社会保険至上主義ともいべき主張が目立つようになってきた。

その先鞭をつけたのも、前記の「95年勧告」で、そこでは「社会保険は、その保険料の負担が全体としての給付に結びついていることからその負担について国民の同意を得やすく、また給付がその負担に基づく権利として確定されて」おり、「増大する社会保障の財源としては社会保険料負担が中心になるのは当然である」と述べられている。同勧告にみられる社会保険優位の考え方は、その後の高齢者福祉分野での介護保険法成立により実現をみるが（むしろ高齢者介護の社会保険化を実現するため社会保険至上主義が流布されたともいえる）、介護保険法施行後は、それを梃子にしつつ、社会保険の社会保障制度としての側面を無視する形で、保険原理と応益負担原則の徹底がはかられている。

社会保障法学でも、給付の普遍性や給付水準の高さから社会保険の優位性を主張する議論<sup>(33)</sup>や、被保険者による制度運営への参加や保険者自治、さらには拠出と給付の対価的性格などの観点から、社会保険方式の規範的意義を評価しようとする議論<sup>(34)</sup>もある。

しかし、前者の議論は、措置制度を行政による一方的な給付＝恩恵的で選別的な制度と断じ、それを公費方式一般と同一視している点で問題がある。前述のように、措置制度も、官僚的運営の是正とサービスの量的拡大、要援助者の権利保障の仕組みが整備されれば、普遍的福祉制度へと発展できる可能性はあったからである（行政責任を基盤に公費方式で運営されている北欧諸国の福祉制度が恩恵的で選別的な制度とはいえないだろう）。

また後者の議論も、少なくとも日本の社会保険の現状をみるかぎり説得力に乏しい。相互の連帯的な拠出金を基金として行う自主的な共済組合を国家が包摂する形で展開してきたフランスやドイツの社会保険と異なり、日本の社会保険は、被保険者の運営参加や保険者自治の伝統に乏しく、現行の被保険者の運営参加システムも形骸化が進んでいるからである。例えば、介護保

保険法では、市町村の策定する介護保険事業計画への被保険者の意見反映措置が規定されているが（介護保険法117条5項）、介護保険制度の仕組みが複雑で、一般市民の理解が難しく、結局、被保険者の参加といっても形だけで、ほとんど議論もなく、事務局が説明するだけの審議を繰り返している計画策定委員会が多い<sup>(35)</sup>。

何より、国保制度のような地域保険において、加入者相互の連帯意識や保険者自治を想定することは難しく、職域保険も、企業のリストラなどで加入者が激減し、財政危機が顕在化し、自治機能は低下している。抛出と給付の対応関係も、現実の社会保険関係においては、ほとんど擬制的なものにすぎず、そうした社会保険の擬制的な対価性を根拠に、税負担よりも保険料負担の方が国民的理解が得られやすいという、社会保険至上主義者の主張も、その妥当性に大きな疑問がある（例えば、制度不信からの保険料滞納は、現在でも国民年金制度に顕著にみられる）。

そして、社会保険方式を支える理念として、しばしば援用される前記の社会連帯の意識なるものは、共同体構成員の同質性と共通の価値観を、つまり、ある程度平等で均質的な社会を前提として成り立ちうるものなのだが<sup>(36)</sup>、小泉政権のもとで進められている構造改革は、社会における不平等や階層格差を拡大することで、社会連帯の存立基盤そのものを掘り崩している。その意味で、現在の構造改革路線は、市場原理の導入による社会保障の再編を進めつつ、一方で、上からの社会連帯の擬似的な再編をめざしているといえる。だが、それは低所得層を就労や奉仕活動へ半強制的に誘導し、保険料滞納者には懲罰的な対応を行い、なおかつ保険料滞納者を監視するために国民総背番号制をも構想する、膨大な治安・監視コストを必要とする監視国家への道につながる危険性がある。

#### (4) 福祉国家化の否定と改憲論の台頭

以上のような社会保障分野における急速な改革と再編は、憲法25条に基づく福祉国家理念の否定や近年の改憲論の台頭とも歩調をあわせている。

憲法25条の生存権規定を根拠に日本国憲法が福祉国家の理念に立っていることは、戦後の憲法学説によって一般に承認されてきたといつてよい<sup>(37)</sup>。

憲法学説では、近年の新自由主義の論者が唱えるように、福祉国家は自由を抑圧するものではなく、むしろ自由を積極的に実現するものとして好意的に捉えられていた。もっとも、日本では、家族や企業（得に大企業）が福祉の提供者として大きな役割を果たしてきており、公的部門の役割や財政規模は限定的なものであった。そのため、戦後の日本が、憲法25条の規範的要請に応え福祉国家体制を確立してきたかについては議論があるが、そこでは、不十分なものであったとしても、憲法25条に規定された公的責任をもとに、福祉国家化の方向はめざされていたといえよう。そして、それを具体化した制度が社会福祉分野では措置制度であった。

これに対して、「社会連帯」という概念もしくは理念は、日本国憲法が重視する価値として積極的に位置づけられ、憲法解釈にとりいれられてきたとはいいがたいとの指摘<sup>(38)</sup>もあるように、戦後の憲法学説では、市民的自由や人権理念と対立する理念として、むしろ否定的に捉えられてきた。例えば、1956年に設置された憲法調査会の最終報告書（1964年7月）は、日本国憲法の「第3章は個人の権利を尊重するに急なあまり、義務および国家を軽視しているものであり、また国家と個人を対立的なものとのみ考え、国家協同体における社会連帯の観念や個人の社会的責任の観念を軽視している」とし、「国民の社会連帯的な義務に関する規定を強化する」<sup>(39)</sup>ことや「社会連帯的な団体本位の思想を植えつけなければならない」<sup>(40)</sup>ことが強調されているが、こうした「社会連帯」の理念に対しては、すでに当時から、憲法学者により「天皇制や家族主義と裏側で結びついた社会連帯論」として痛烈な批判が加えられてきた<sup>(41)</sup>。

しかし、1990年代に入ると、前述のように、措置制度批判・見直し論の台頭と並行して、社会連帯論が新たな装いで唱えられるようになり、憲法学の分野でも、福祉国家の理念や生存権保障の実現は政治的プロセスに委ねられるべきとする立場から、憲法が福祉国家の理念を採用したことに疑問を呈する見解<sup>(42)</sup>も出されるに至る。

また、欧米諸国では、公的扶助や失業給付の受給に際して就労や職業訓練を義務づける強制的プログラムの実施など、雇用や所得保障政策の面で、福祉国家が「就労なき福祉」から脱却することを目的とした「ワークフェア

(workfare)」と呼ばれる施策が展開され<sup>(43)</sup>、それに連動する形で、日本の社会保障の権利論においても、社会保障給付の見返りとして保険料負担などの拠出のほかに、負担能力のない人には奉仕義務等を課すべきだとする議論もなされるようになってきた<sup>(44)</sup>。

すでに現実の国会の政治勢力においては、社会民主党や共産党の護憲勢力が大きく後退し、民主党議員も含めて改憲論者が多数を占め、国会による憲法改正の発議（各議院の総議員の3分の2以上の賛成。憲法96条1項）も可能な状況にある。2005年には、衆議院と参議院の憲法調査会による最終報告書をまとめ、同年の通常国会には憲法改正のための国民投票法案の提出が予定されている。改憲のターゲットとなっているのは、周知のように、憲法9条だが、近年の少年犯罪の深刻化などを背景に、家族における個人の尊厳や平等を定めた憲法24条の改正、それに連動する教育基本法の改正も検討されている。憲法25条の生存権規定については、前述のような現実の裁判過程での生存権規定の空洞化、形骸化のゆえか、今のところ改正の動きは出ていないが、社会保障給付の見返りとしての拠出・奉仕義務が盛り込まれる可能性も否定できない。そして、そこから国家への奉仕義務としての兵役義務、つまり徴兵制の主張が出てくることは容易に想像できる<sup>(45)</sup>。

#### (5) 生存権論、社会保障の権利論の展開可能性

冒頭で述べたように、日本は今、小泉政権のもとで、社会保障給付の削減、応益負担原則にもとづく社会保険料や利用者負担の増大、保険原理の強化などが進められ、社会保障の所得再分配効果が弱体化している。同時に、高額所得層や大企業には大規模な減税が行われ、税の累進度が低下し、税制の所得再分配効果も弱体化し（所得税の最高税率は1986年の70%から現在は37%にまで引き下げられ、法人税率も1988年の40%から現在は30%に引き下げられている）、所得格差や貧富の格差が拡大しつつある。加えて長期にわたる不況の影響で税収不足が顕著になり、消費税への依存度が高まり、社会保険方式をとっている国民年金や国保制度では、前述のように、滞納問題が深刻化している。

そして、税・保険料負担の新たなターゲットにされているのが、これまで

負担能力がないか、もしくは低いとして非課税や保険料減免とされてきた低所得者や主婦層、高齢者である。特に高齢者については、介護保険料負担にみられるような相互扶助や社会連帯の理念を名目に、負担能力のない人にも課税や保険料を賦課徴収しようとする施策が展開されている。税制改革でも、累進性の強化ではなく、フラット化が指向され、所得税の課税最低限の引き下げや年金課税の強化、遺族年金への課税すらも検討されている。

こうした、なし崩し的な負担増の政策や前述の改憲論の台頭といった状況に対する危機意識から、憲法学や社会保障法学においても、近年、生存権論や社会保障の権利論の新たな理論的展開を模索する試みが徐々にではあるがなされるようになってきた。

例えば、憲法25条1項の生存権を具体的に裁判所で救済を受けることができる憲法上の権利と位置づけ、過去の給付に対する請求については、損害賠償請求に対する金銭給付判決が、将来の給付に対する請求については、義務づけ判決や給付判決が可能であるとする見解<sup>(46)(47)</sup>や生存権の権利内容を、①人間としての生命のぎりぎりの維持を求める権利である生命権の保障、②最低限度の物質的な生活権の保障、③文化的、精神的意味で良好な生活を営む権利の保障に分けて構成し、違憲審査基準において、①については最も厳格な審査を、②については「厳格な合理性の基準」を、③については「合理性の基準」もしくは「明白性の基準」を適用していくべきとする見解<sup>(48)</sup>が散見される。

また、EU諸国の社会政策で克服すべき中心課題となっている「社会的排除(social exclusion)」の概念を援用しつつ、「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」が社会保障の給付によって実現されるとき、他の憲法上の権利（典型的には自由権）が損なわれることのないよう積極的な配慮が要請されるとし、生存権の内実を自由権との関連で再構成しようとする試みもなされている<sup>(49)</sup>。

一方、社会保障裁判については、戦後第3の波といわれるように、1990年代後半から、生活保護訴訟を中心に、多くの訴訟が提起され、中嶋訴訟判決（最判決平成16・3・16賃金と社会保障1367号8頁）のように、上告審段階で原告の主張が認められたり、学生無年金障害者訴訟判決（東京地判平成16・

3・24判例時報1852号3頁)のように、立法不作為に対する国家賠償請求を認める注目すべき判断も出てきている。また後述する介護保険法に関しては、低所得者への介護保険法料賦課処分の違憲性を争った杉尾訴訟では一審判決(旭川地判平成14・5・21賃金と社会保障1335号58頁)、二審判決(札幌高判平成14・11・28賃金と社会保障1336号55頁)ともに、違憲性を否定し、原告の主張を退けているが、大阪地裁では生存権保障と介護保険法との関係を正面から争う介護保険料賦課処分の取消訴訟が係争中である。

もっとも、憲法学説の生存権論は、法的性質や審査基準を論じる局面においても、審査基準に差をつける議論においても、制度そのものではなく、最低生活保障が目的となっているか、それ以上かに焦点をあわせる議論がなされてきたとの指摘があるように<sup>(50)</sup>、生存権論の具体的な社会保障制度への応用という点では、研究はまだ端についたばかりといえる。次節以降では、生存権論の介護保険法への適用の試みとして、介護保険法のもとの社会保障受給権(介護保険給付の受給権)の特徴を明らかにし、受給権侵害の場合にはどのような形での司法救済が可能なのか、さらに、介護を必要とする要介護者にとって、生存権保障のためにどのような制度改革が必要なのかを探っていききたい。

## 注

- (1) この点については、伊藤周平『社会福祉のゆくえを読む一介護保険見直し・保育制度改革・支援費制度』(大月書店、2003年)148頁以下参照。
- (2) 食料管理法違反事件判決(最判昭和23・9・29刑集2巻10号1235頁)が、生存権の法的性格についての最高裁のリーディング・ケースになったとされる。ただし、同事件が生存権の法的性格に関連する事例、少なくとも、それを論じるに適した事例であったかには疑問が残る。同様の指摘は多い。例えば、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(青林書院、1995年)621頁参照。
- (3) 大須賀明『生存権論』(日本評論社、1984年)77頁以下参照。
- (4) 棟居快行「生存権の具体的権利性」長谷部恭男編『リーディングス現代の憲法』(日本評論社、1995年)167頁は、今日の学説は、プログラム規定説はみあたらず、生存権の裁判規範性を認めたくえで、抽象的権利説を通説とし、具体的権利説を少数説とする分布をなしているとする。
- (5) 同様の指摘として、藤井俊夫「憲法25条の法意」『ジュリスト増刊・憲法の争点〔第3版〕』(有斐閣、1999年)152頁参照。

生存権と社会保障受給権に関する一考察（1）

- (6) 中村睦男＝永井憲一『生存権・教育権』（法律文化社，1989年）73頁参照〔中村睦男執筆〕。
- (7) 木下智史「生存権保障と違憲審査基準」法学教室 218号（1998年）85頁。
- (8) 例えば，初井常喜『社会保障法』（総合労働研究所，1972年）95頁以下参照。
- (9) 中村＝永井・前掲注(6) 75頁〔中村執筆〕，及び中村睦男「生存権と社会保障制度」ジュリスト1192号（2001年）129頁をそれぞれ参照。
- (10) 山内敏弘『人権・主権・平和』（日本評論社，2003年）73頁以下参照。
- (11) 戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣，1993年）122頁以下参照。
- (12) 木下智史「プログラム規定説から立法裁量論へ」法学教室 217号（1998年）56頁参照。
- (13) 同様の指摘として，米沢広一「生存権－最近の動向」法学教室185号（1996年）60頁参照。
- (14) 荒木誠之『社会保障法読本〔第3版〕』（有斐閣，2002年）247頁参照。
- (15) 倉田聡「社会連帯の在処とその規範的意義」民商法雑誌 127巻4・5号（2003年）614頁以下は，こうした従来の通説的定義に共通するのは，戦間期から第2世界大戦前に隆盛を極めた「積極的な介入国家観」であるとする。
- (16) もっとも，この法理論においても，社会保障の権利の内容として，実体的給付請求権のほか手続的権利や争訟権などの自己貫徹的権利が挙げられていたことは注目される。小川政亮『権利としての社会保障』（勁草書房，1964年）152頁以下参照。
- (17) 福武直「社会保障と社会保障論」社会保障研究所編『社会保障の基本問題』（東京大学出版会，1983年）1頁参照。
- (18) 例えば，老人ホームへの入所措置については「措置の実施機関に課せられた義務であって（中略）希望者からの請求にもとづくものではない。したがって，措置を受けることにより，老人ホームにおいて養護されることは，老人に与えられた権利ではなく，公的機関に措置義務があることから派生する『反射的利益』」と解されてきた。厚生省社会局老人福祉課監修『改訂・老人福祉法の解説』（1987年）88頁。
- (19) 宮崎良夫『行政争訟と行政法学〔増補版〕』（弘文堂，2004年）361頁参照。
- (20) この点については，秋元美世「保育制度改革と児童福祉法の改正」法律時報69巻8号（1997年）29頁以下参照。
- (21) 法が申請とそれに対応する応答の仕組みを前提としていることを根拠に，申請権を肯定する見解として，前田雅子「介護保障請求権についての考察」賃金と社会保障1245号（1999年）20頁以下，「できる規定」であることを根拠に否定する見解として，嵩さやか「社会保障判例」季刊社会保障研究35巻2号（1999年）224頁以下参照。
- (22) 田村和之「福祉施設の利用関係」『ジュリスト増刊・行政法の争点〔新版〕』（有斐閣，1990年）304頁以下参照。

- (23) そうした例外的試みの代表的なものとして、河野正輝『社会福祉の権利構造』（有斐閣、1991年）がある。
- (24) 横山寿一『社会保障の市場化・営利化』（新日本出版社、2003年）47頁以下は、措置制度批判は、措置制度をもっぱら行政処分＝選択不能の制度として描くと同時に、個々人の多様なニーズに応えるには供給側も多様でなければならないとする「供給多元化」論、多様な供給主体が競争することでサービスの質が高まるとする「競争＝サービスの質向上」論、サービスの質が確保されれば営利・非営利は二義的な問題であるとする「営利・非営利相対化」論がワンセットで持ち出されている点に特徴があるとしている。
- (25) 佐藤卓利「福祉サービス『準（疑似）市場論』の覚え書き」賃金と社会保障1361・1362号（2004年）70頁以下は、官僚主義に對置されるべきは民主主義であるべきだが、それが「消費者主権と市場原理」にすり替えられ、措置制度の乱暴な解体を進めつつあるのが、社会福祉基礎構造改革の本質とみる。
- (26) 菊池馨実『社会保障の法理念』（有斐閣、2000年）139頁以下、同「社会保障法理論の系譜とその展開可能性」民商法雑誌127巻4・5号（2003年）595頁以下参照。また竹中勲「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年）43頁以下も、社会保障の規範的根拠は、憲法25条等の社会権規定・憲法13条に求められるとする。
- (27) 他の実定法でみると、例えば、国民年金法1条に「共同連帯」の文言が、身体障害者福祉法3条2項および知的障害者福祉法2条2項に「社会連帯」の文言が、老人保健法2条1項に「連帯」の文言がそれぞれ見られる。
- (28) 高藤昭『社会保障法の基本原理と構造』（法政大学出版局、1994年）22頁以下参照。
- (29) 初井常喜「総論的検討－社会保障法の理念と制度体系」社会保障法12号（1997年）151頁以下参照。坂本重雄「高齢社会における社会保障の基本理念」民商法雑誌118巻4・5号（1998年）428頁も同旨。
- (30) 「自由」基底的理论に関しては、構造改革路線に親和的で、現在の政策状況に合わせたものに社会保障法の体系を転換させていくために利用されかねない側面を有しているとの批判もある。山本忠「社会保障の権利と社会福祉の公的責任」福祉労働・福祉経営共同研究会編『民間社会福祉事業と公的責任』（かがわ出版、2003年）67頁参照。
- (31) この点、自治体パンフレットや厚労省の自治体向けQ&Aなどに「国保は被保険者の相互扶助で成り立っている」と公然と明記されていること自体が問題とされるべきであろう。相野谷安孝「国保をめぐる根本問題は何か」矢吹紀人＝相野谷安孝『国保崩壊』（あけび書房、2003年）228頁以下参照。
- (32) この経緯については、相澤興一「戦後日本における社会福祉と社会保険の循環的再編－日本的な反「福祉国家」への途」総合社会福祉研究24号（2004年）10頁以下参照。

- (33) 典型的な議論として、堀勝洋『現代社会保障・社会福祉の基本問題』（ミネルヴァ書房、1997年）第5章参照。
- (34) 菊池馨実「社会保険か税か」法学教室 251号（2001年）107頁以下参照。
- (35) 国保制度の国保運営協議会（国民健康保険法11条1項）の実態も同様である。この点については、矢吹＝相野谷・前掲注(31)135頁以下〔矢吹執筆〕が詳しい。
- (36) この問題をT・マーシャルの市民権理論を参考に考察したものとして、伊藤周平『福祉国家と市民権』（法政大学出版局、1996年）第5章参照。
- (37) 中村睦男「生存と憲法」樋口陽一編『講座憲法学・第4巻／権利の保障(2)』（日本評論社、1994年）64頁参照。
- (38) 遠藤美奈「『健康で文化的な最低限度の生活』の複眼的理解」齋藤純一編著『福祉国家／社会連帯の理由』（ミネルヴァ書房、2004年）156頁参照。
- (39) 憲法調査会「憲法調査会報告書」法律時報36巻9号（1964年）170頁～171頁。
- (40) 憲法調査会・前掲注(39) 179頁。
- (41) 小林直樹「日本の政治文化と改憲論」法律時報36巻11号（1964年）7頁。
- (42) 松井茂記「福祉国家の憲法学」ジュリスト1022号（1993年）72頁以下参照。
- (43) ワークフェア政策については、宮本太郎「就労・福祉・ワークフェアー福祉国家再編をめぐる新しい対立軸」塩野谷祐一ほか編『福祉の公共哲学』（東京大学出版会、2004年）218頁以下が詳しい。
- (44) 例えば、菊池・前掲注(26)論文 600以下は、社会保障法制度・政策において尊重すべき規範的価値として、①強制的契機への慎重な対応、②個人の「主体性」の尊重を挙げ、②から導かれる具体的原則として、「参加」「選択」「貢献」の原則を挙げている。このうち「貢献」の原則は、社会保障法関係における基礎的法主体としての個人は、本来 能動的主体的な権利義務主体であり、一方的に給付を受けるにとどまらず、費用負担など、制度に対する一定の「貢献」が求められるというもので、生活保護受給者のように費用負担能力を欠く場合でも、職業訓練やボランティア活動への従事などの役務を通じての「貢献」が求められるべきとされる。しかし、こうした「貢献」原則を提示することは、論者の意図はどうかであれ、低所得者や生活保護受給者に対し、能動的権利義務主体であることを名目に、奉仕活動などの「貢献」を強制することにつながり、①の規範的価値に反するという論理矛盾をきたすこととなる。
- (45) 実際に、憲法調査会・前掲注(39) 176頁には「社会連帯の原則に基づく公共的義務」の観点から、新たに設けるべき義務として「憲法および法令を尊重し遵守する義務、国に対する誠実または忠誠の義務、国土防衛の義務など」が挙げられている。また、近年では、読売新聞の改憲案が、25条の条文に第3項を設けて、「国民は、自己の努力と相互の協力により、社会福祉及び社会保障の向上及び増進を図るものとする」との規定を加えることを提案している（『読売新聞』2004年5月3日）。
- (46) 藤井樹也「『権利』の発想転換」（成文堂、1998年）414頁以下参照。

- (47) なお、棟居・前掲注(4)163頁以下は、特定の現物ないしサービスの給付を求める訴えは認められないが、金銭給付を求める訴えに対しては、裁判所は生存権を裁判規範として金銭給付判決を行うことは可能だとしている。
- (48) 山内・前掲注(10) 77頁以下参照。
- (49) 遠藤・前掲注(38) 174頁以下参照。
- (50) 太田匡彦「『社会保障受給権の基本権保障』が意味するもの」法学教室242号(2000年) 121頁以下参照。