

早稻田大学・日本法学丛书

早稻田大学比较法研究所

生存权论

〔日〕大须贺明 / 著 林浩 / 译 吴新平 / 审校

法律出版社

早稻田大学·日本法学丛书

生存权论

【日】大须贺明 / 著

林 浩 / 译
吴新平 / 审校

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

生存权论/(日)大须贺明著;林浩译.—北京:法律出版社,2000
(早稻田大学日本法学丛书)

ISBN 7-5036-3161-9

I. 生… II. ①大…②林… III. 生存-权利-研究 IV. D082

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 65384 号

著作权合同登记

图字:01-2001-0390 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/10.5 字数/255 千

版本/2001 年 3 月第 1 版

2001 年 3 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(市场销售部) 88414121(总编室)
88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3161-9/D·2881

定价:(精)25.00 元 (平)22.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

早稻田大学·日本法学丛书 出版宗旨

早稻田大学比较法研究所建于 1958 年,其宗旨是对日本及其他各国法制进行比较,在促进日本法学研究、教育的同时,对世界的法学发展做出贡献。最初,研究侧重外国法对日本法的影响,各位研究员的研究积累了丰硕的成果。随着外国对日本法制信息需求的增加,近来,早稻田大学比较法研究所除了作为研究各国法制的据点外,其作为面向外国传播日本法基地的功能也在增加。

去年(1998 年)时值比较法研究所创立 40 周年,作为纪念活动的一环,研究所管理委员会通过一项计划,即从日本法学各主要领域具有代表性的法学家著作中至少选择 1 卷组成体系,编辑并译成中文在中国出版,以期对中国法学发展做出贡献。众所周知,随着实行社会主义市场经济,中国经济迅速发展,法制建设广泛展开。现在,日本具有的法律中国几乎均已制定。虽然中国已经完成了从人治国家向法治国家的过渡,但人们认为,中国在法治应用的基础理论研究和实务规范方面尚未十分完备。在这个意义上,我们研究所策划、提供的这套日本法学丛书,对中国法学家和实务专家以及学生均具有很大的参考价值,并将能对今后中国法学、法制的发展做出很大的贡献。也许在日中两国法文化交流的历史上,这也是一个值得纪念的事业。

从这一目的出发,我们希望尽量从各个法领域中选择众多的

著作翻译出版,但是因为资金的限制,我们以中国当前急需的法领域为中心首批选择 12 卷著作翻译出版。期待这套丛书能够引起中方的热烈反响,并借此机会进一步扩大、发展这项计划。

在选择本丛书时设立了编辑委员会,以下编辑委员参加了这项工作。中国方面的编辑委员由法学各领域的一流学者组成,日本方面的编辑委员由早稻田大学法学院的法学各领域的教授组成。

中国方面编辑委员:王叔文、高铭喧、刘海年、吴志攀、罗耀培、陈忠槐。

日本方面编辑委员:西原春夫、篠塚昭次、酒卷俊雄、佐藤笃士、大须贺明、小口彦太、岸阳子。

此外,为实现这套丛书的出版计划,比较法研究所前所长大须贺明教授倾注、付出了很大的热情与努力。在此,对与上述编辑委员的合作以及各位译者、审阅者所做出的努力一并表示感谢。

早稻田大学比较法研究所所长

酒卷俊雄

1999 年 3 月 10 日

原版序言

立宪主义的市民宪法不断地为之努力但至今尚未能付诸实现的理想社会,是精神与物质都均衡地获得解放的社会。而该社会必然是这样的一种社会,即它以个人主义与自由主义为基本原理,保障着以精神自由为主的诸种自由,且社会成员能够将打碎封建且非合理的为数众多的桎梏从而解放出来的精神性能源和活动化作原动力,从而使个人资质和能力能尽情地开花,并能自由地享受其丰硕之果。

然而,在此同时,这个社会必须要有使如此精神解放成为可能的丰富的物质保证以及公正的分配,牢牢地将其支撑起来。为此之故,在一方面,我们要确立起这样一种体制,即确保个人能够相应其本人的能力与努力之程度,自由地获得由个人的自由经济活动与社会活动所创造出来的财富;在另一方面,我们亦有必要确立起这样的再分配体制,即可以将如此财富的一定程度的部分,不断地分享于全体社会,以此确保社会成员最低限度的基础生活是健康且文化性的生活。在此,尽管我们无法描绘出一幅精神与物质都均衡地获得解放的该社会的整体蓝图,但是它确实具备如此之基本框架、而且必然是这样的一个社会:在这个社会中,精神与物质的尊重和解放得到高度的协调发展,自由受到广泛的保障,人性受到高度的尊重。尚且,从该社会的基本框架中我们还明确可知,生存权之类的社会权,将与诸精神自由权一道,成为极大地贡献于这种社会之形成的重要的基础性权利。在此之际,以保障“健康且文化性的最低限度生活”为内容的生存权,将应作为具体的“法的

权利”而加以确立,因为此乃增强这种社会的形成力量所必不可缺的权利。

一般而言,不管是学说也好,还是判例也好,关于生存权等社会权的见解,均被原则上不承认其为具体的法的权利的“纲领性规定论”所支配着;诸如笔者之见解那样,主张其为个人可以向国家等请求一定给付的法的权利这样的“具体权利论”者,可以说实属少数派学说。站在与多数派学说相异的立场之上,通常少数派学说更多追求这种法规范的理论上的可行性。故在这里,既有从解释论上提出崭新的命题者,亦有主张促进新的立法之性质者。立法论在其他法学之场合不大为人所重视,这乃是因为实在法具有详细且具体的规范内容,而且提供了解决在适用之时实际所发生的法律问题的理论,故在此之上有其存在的主要理由;然而,立法论在宪法理论之中,却有着非常大的重要性。若究其故,乃是因为宪法规范是在历史潮流之中,方磨练成其内容,思想上考虑谨慎,严密地追求它与社会基础之间的妥当性,而且是耗费漫长时日才制定而成的。再者,作为最高规范,它将为数众多的低位阶的法规范统辖于一身,因而其内容是抽象性的,高度概括性的。为此之故,一方面在宪法规范之中,有着制约国家权力之行使的严密构造;但是,在另一方面,它又同时存在着有待于进行理论性开拓的余地,而且它还内藏着一种幅度较大的灵活的体质,以便历史性地在各种各样的社会状况之下,均能保持其妥当性。因而,如果我们站在将市民宪法高度评价为人类智慧的历史性产物这样的立场上的话,那么我们就有必要在确保市民宪法作为硬性宪法的法的稳定性之同时,也不要让它止步于此,而应该不断地寻找出宪法规范理论的尚需开拓的余地,以获得解决新出现的宪法问题的手段,从而强化市民宪法在社会中的法的妥当性。正是从这样的观点来看,可以说立法论或者少数派学说明确地在宪法理论中亦占有重要地位的。

本书首先对生存权等社会权的性质作了历史考察,并分析了

现代市民国家在社会权的保障上是如何进行的。然后,笔者以通过这种分析所得到的历史性认识为基础,构筑起与此相对应的关于生存权的规范理论。在此,笔者否定了生存权的“纲领性规定论”,而彻底地将生存权作为法的具体性权利而加以追求。进而,笔者再以这些论证为基轴,来阐释一系列生存权侧面上的社会权的法的性质与权利内容。诸如在生存权的历史发展中,从单纯的经济性内涵,到社会性内涵,再到文化性内涵,其对象极大地展开来了之类。通过这样的对生存权的变迁的考察,释明了它与此相应的基本权的权利内容。而且,笔者并非停步于对这种权利的实体论之上,还就该权利遭受侵害之时获得救济的诉讼手续进行了探讨,也就是说是配合该权利的手续论而展开论证的。总而言之,本书试图将对生存权的历史性认识、评价与逻辑性认识、评价,统一于一体之中来加以把握。这种尝试虽仅属些微之举,但笔者对此之追求却可以说是确实无疑的。

本书是以原刊载于《早稻田法学》、《公法研究》、《法律时报》、《法学讲座》以及《法学教室》等刊物的诸论文为基础编就而成的。对所有的论文均重新入手,该修正者则修正,该新添内容者则新添内容,甚至有与原论述相比面目已非而成了新论文者。此外,尚插入了部分实属新近写就的内容,为的是尽可能努力使其成一体系统化,而并非既刊各论文的单纯汇录。为此之故,亦在此提请读者注意,笔者今后关于生存权等社会权的研究,将会以本书为基础而再行展开。

兹以衷心的谢意与无限的哀思,将本书谨献给笔者之已故恩师有仓辽吉博士。笔者在有仓先生之下,历20余年承蒙其严厉而又心存温暖的教诲,方能步入研究之道以至今日。本来想在先生健在之时,编纂成研究专著,然因囿于私事长期未果,真让人遗憾不已。本书虽为笔者的微薄研究成果,且只能是让九泉之下的先生所耻笑之物,然在此仅想把自己的研究作一汇总、告一段落而已。

最后,对于本书之付梓,日本评论社山本雄先生曾予以诸多关照,在此谨表衷心的感谢;此外,早稻田大学研究生院博士课程研究生中岛彻君为本书编制了事项索引,亦一并致谢。

大须贺明

1983年12月

中文版序

“早稻田大学日本法学丛书”(以下略称为“早稻田法学丛书”)是我担任早稻田大学比较法研究所所长期间,由我提议出版的,并且本人参与了其后的大多具体事务,因而实为一件令人记忆尤深的作品。

1997年春之际,我在迫切地思考将举办一项什么事业,以作将于翌年来临的比较法研究所创立40周年纪念。日本自进入明治时代之后,长期间几乎将全部精力倾注于引进欧美各国的法学理论与法律制度、并使其在日本社会植下根来之上。借此之故,日本的法学理论与法律制度获得了高度的发展,而现在则是将日本的经验转告给外国、为各国的法治建设作出甚大贡献的时候了。如此之念头一生,顿使我内心为之沸腾起来。

作为如此纪念事业的一个可以考虑的具体项目,是支持亚洲各国的法治建设事业。首先,我就东南亚和中亚地区,开始着手调查这些国家近年转向市场经济以及致力于与此相适应的法治建设的现状,当然也包括日本对此的援助状况。我或前往日本法务省征询意见,或向现在从事着各种援助事业的学者听取他们介绍当地的情形。1997年9月,作为长期与中国社会科学院法学研究所合作的学术交流活动中的一环,我赴北京与中方共同举办了题为“21世纪的宪法与行政法”的学术研讨会。会议结束并同诸教授辞别之后,我应邀赴西安,在西北大学作了学术演讲;随后再转回北京,在北京大学和中国政法大学讲学与进行学术交流。在这次为期不

短的学术之旅中,我对中国的法学研究和法学教育的现状,拼命地作了细致的考察。

据称,中国的法学研究和法学教育,长期是以社会主义国家的法学理论为中心而展开的,而且当时依然如此。图书馆中收藏了为数不少的外文法学著作,但译成中文者却并不很多。中国目前以日新月异之速度实现着经济的发展,若说尚存问题的话,那就是国民权利与自由的进一步扩充了。与经济的发展相比,法治环境的建设落后于形势,尤其是法学基础理论的研究,更有难以适应时代要求之感。假如诚然如此的话,那么将日本的代表性法学家的学术著作翻译为中文在中国出版,或许能为中国的发展作出某些贡献。

为此之故,我们筹划了“早稻田法学丛书”中文版在北京的出版之事。其宗旨在于以下之处:

首先,是要有助于作为法治建设基础的法学理论的研究。据称,中国法学的基本理论,在20世纪50年代之后,长期受到前苏联法学体系的影响,简单地把法律看成了阶级斗争的工具。现在,中国的法学理论已经开始从前苏联的法学体系中脱出身来,朝多文化、多体系的方向迈进。因而,“早稻田法学丛书”的出版,对于中国的法学理论之研究来言,将与欧美等法学体系一道,成为可供参考的另一重要法学体系的一个部分。

其次,是希望它能成为迈向21世纪的日中法文化交流的一翼。近代之前,以律令为中心,日本从中国接受了大量的法文化。而进入近代之后,中国反过来从成功地走向现代化的日本,引入了包括宪法、民法和新闻法在内的诸多法文化。比如清末《钦定宪法大纲》(1908年)就是典型之一例。然而自日中战争至70年代,鉴于社会体制的不同,两国的法文化交流暂时中断了。进入80年代后,这样的交流方才重新开始,但亦停留于个别的交流之上。因而现在将日本的法学理论著作系统地译为中文出版,这从两国法文化的历史来看,也是一项将镌刻于文化交流史上的大事业。

再次,是希望能有益于中国正在急速展开之中的立法事业。中国目前已进入从“人治”转向“法治”的过渡时期,各种各样的法律相继被制定了出来。然而,据称或许是长期之间经验不足,故在法治建设中的未解决问题,依然堆积如山。如此看来,系统地介绍日本的立法体系,这对于促进目前已为当务之急的中国的立法实务,亦是不欠缺的。

1997年11月,为出席荣获西北大学名誉教授的授予仪式,我再访中国。在北京之时,我向法律出版社提出了此项事业的计划,对方当即表示了极大的欢迎意向,并明言将予以积极协助。法律出版社为中国司法部直接所辖的、也是中国最大的法律专业出版社,有着最高的出版成果,精通法学学术著作的出版实务,作为承担对象或许是最为合适的。1998年2月,我再度访问北京,又同法律出版社作了进一步的协商。其结果,是早稻田大学比较法研究所管理委员会决定该“早稻田法学丛书”由12卷组成,以硬皮精装印制。在这样的基本条件之下,由早稻田大学方面提供一定数额的援助。

在本丛书试图从法学理论上支援中国的法治建设之出版意图上,具体书目的选定则有着非常重要的意义。为此之故,我们组成了由中国与日本双方学者共同组成的编辑委员会。在由中国法学界的代表性学者构成的中方编辑委员会的会议上,或者在个别交谈中,我们细心地听取了中方的意见与要求。在这样的基础之上,我们最后才将丛书的重点置于中国目前最迫切需要的法学领域,从而着手选定了与此目的相符的具体书目。

然而,最大的困难之事,是物色到合适的译者。我们决定,将搜寻的焦点,主要对准那些三四十岁的现居于中国国内的学者,而且均须在日本大学的研究生院法学研究科曾经学习和研究过数年以上法学的人。幸得我弟子等人的协助,终于物色到一些居于日本法研究领域之先的学者。他们大多为各大学或者研究所的副教授和研究人员,其中还有数名已经取得了日本大学的法学博士学

位。前后两次,我们在北京就翻译的具体事项进行了磋商,故与其中的大多译者作了会面。他们知识水准极高,而且积极明快,充盈着参与翻译的意欲。同时通过他们,我切身地感到中国法学界的将来确实充满着希望。

鉴于要将本丛书准确地翻译过去,除了靠优秀的译者之外,还要有一流审校者之见地,在物色各卷的审校学者时,我们还打算恳请四五十岁以上的一流的学者来担任。结果均如愿以偿。

此外,据我所知,中国学术著作现在亦是处于一种若无什么援助就难以出版的困境之中。其因据说是自 80 年代出版界也开始导入市场经济原理后,出版社从经营的眼光出发,销售量少的学术著作就难以问世了。此外,中国的出版社尽管依然属国家管辖的法人机关,但已无来自国库的援助金。再者,中国虽人口众多而读者相应也多,但图书发行销售体制并非像日本那样采取委托销售而是采用包销体制,故作为主要流通渠道的国营发行书店为不滞销,将尽量控制订货册数,尤其是销售量少的学术著作就更不给订货了。如此一来,学术著作仅靠回收的资金来筹措全部出版费用,就实为不可能之事了。

考虑到如此之中国的出版现状,我们商定将初版印数的决定权委任于出版社方面,销售回收的费用归属于出版社,以充当部分出版费用。包括翻译费、审校费等诸经费在内,不足者由早稻田大学方面筹措。在我尚担任比较法研究所所长时,校方已正式决定从学校财政预算中支付总经费的半额;退任之后,承蒙早稻田大学总长奥岛孝康先生的积极指示,其余半额亦纳入了预算之中。此外,为了表示对此项事业的支持,我本人亦捐赠了 100 万日元的款项;再加上后来从日本“三得利财团”获得 60 万日元的出版补助费,故计划之外又增加了两卷。另外,该丛书各卷的原作者,为表示支持之意,均承诺放弃中文版初版的原版稿酬。

关于丛书出版的基本协议书也耗费了诸多的时间与精力。我们为此曾数次召集研究所的管理委员会,广集各专家的智慧,敲定

了大致事项。但为求其无瑕疵,最后还是托付给了与中国关系甚深的涉外律师起草而成。但是,意料不到的是在此却耗费了大量的时间,待成之时已是1998年9月了。该契约由基本协议书和各卷的单项合同组成,实际上是要在各卷的单项出版合同签署之后,才能付诸印刷。

1998年9月,我的所长任期告终之时,本丛书计划的七八成工作亦已告毕。比起原先想象来,实际上投入的精力要远远大得多。但因其将会成为日中法文化交流的一个纽带,为此我也感到非常自豪与满足。而且我的弟子等长期毫无报酬地充任译员并协助日中之间的联系等工作,就是对丛书的事务亦提出了许多富于启示的意见。对其富于牺牲的贡献,在此也致以衷心的感谢。

大须贺明

2000.12

目 录

第一编 生存权总论

第一章 生存权保障的性质和变迁	3
一、生存权保障的历史性展开	3
二、社会权的历史性质和功能	6
三、社会权的法律保障和现代市民国家	10
四、生存权的理论特征	16
五、社会主义国家宪法中的生存权保障	17
六、日本生存权保障的历史展开	19
七、附论：自由权的社会权侧面的性质	28
第二章 生存权与平等原则	31
一、导言	31
二、自由与形式上的平等	32
三、社会权保障与平等原则的变化	34
四、实质性平等与宪法第 14 条	36
五、宪法第 14 条第 1 款与社会福利立法	38
六、生存权与社会福利立法	38
七、差别性待遇的合理性的违宪审查	39
八、违宪审查的效果与方法	45
第三章 行政国家的福利国家观点	51
一、导言	51
二、行政国家的概念	52

三、行政国家的评价·····	55
四、对现代行政国家的对策·····	59
五、结语·····	65

第二编 生存权的法的性质与内容

第四章 作为具体性权利的生存权 ·····	69
一、宪法上的不作为论·····	69
二、“纲领性规定论”的根据与批评·····	70
三、否定“纲领性规定论”的理论·····	81
四、对“具体性权利论”的一般性论证·····	89
五、对“具体性权利论”的个别论证·····	93
六、宪法诉讼中的诸问题 ·····	102
七、结语 ·····	112
第五章 生存权的司法保障·····	114
第六章 对生存权理论的批判性分析·····	119
一、“纲领性规定”的概念 ·····	119
二、对“积极纲领性规定论”的疑问 ·····	124
三、违宪审查基准与违宪确认诉讼的问题点 ·····	127

第三编 生存权性质侧面的基本权

第七章 生存权性质侧面的基本权·····	137
一、教育基本权论与宪法学 ·····	137
二、“教育社会权”的形态 ·····	141
三、“教育社会权”的具体权利性 ·····	152
四、“教育社会权”的手续性侧面 ·····	159
第八章 教育条件的配备与教育内容·····	162
一、教育基本权中的社会权与自由权性质 ·····	162

二、教育条件配备理论与教育权理论	166
三、受教育权的文化性侧面	167
四、来自教育自由论的反驳	169
五、关于教育内容面的条件配备	172
六、结语	176
第九章 教科书无偿论与教育内容	178
一、引言	178
二、教科书有偿化的问题点	179
三、教科书无偿化措施对教育的干预	184
第十章 生存权与公害	190
第十一章 生存权与环境权	194
一、环境权的意义	194
二、环境权的法的根据	195
三、环境权的种类及其内容	197
四、环境权的主体	200
五、环境权的对象——受保护的环境	201
六、环境权与利益衡量	203
第十二章 生存权视角中的劳动权	208
一、导言	208
二、对劳动权“纲领性规定论”的批评	209
三、劳动权论的展开	213
四、作为具体性权利的劳动权	215
五、劳动条件法定条款的意义与内容	221
六、劳动权的审判性保障	224
七、劳动义务的意义及其法的效果	224

第四编 审判中的生存权论

第十三章 “纲领性规定论”的判例化	229
--------------------------------	-----