

2018（平成30）年度 法学既修者入学試験（2月試験）出題趣旨

【憲法】

1.

本問は生活保護の廃止という架空の事例を用いて、憲法25条の保障する生存権に関する基礎知識の有無を試すとともに、法的な論理の整った主張を文章にする（用いるべき規範を明らかにし、その規範を適用して結論に至る）能力の有無を試そうとするものです。なお本問は、本問法律の合憲性を第三者的立場から論じることを求めるのではなく、本問法律を違憲であると主張するよう求めています。これは、本学における未修者1年次における学修の目標として「人権制約を違憲と主張する構成を考え、それを論理的な文章として表現できるようになること」をあげていることに対応するものであり、さらに言えば、司法試験論文式公法第1問設問1の形式を睨んだものです（ただし本問は生存権の「制約」の事例ではありません）。

2.

本問は生活保護に関する事例問題ですから、何はにおいてもまず憲法25条の保障する生存権を思いついてほしいところです。生存権に関する重要最高裁判例である朝日訴訟最大判昭42.5.24民集21巻5号1043頁（憲法百選ⅡNo.136）の事案は、まさに生活保護に関するものでした。

他方で生存権といえ、生存権の法的性格をめぐる議論、すなわち、①プログラム規定説、②抽象的権利説、③具体的権利説の3説をめぐる議論が頭に浮かびます。このような議論がなされる理由は、生存権が自由権のような防御権ではなく、国家に対する請求権という性格を有するからです。本問に解答する際には、生存権は自由権とは異なるのだということを自覚した主張をすることが期待されます。

もっとも、本問法律の合憲性を論ずるにあたって、①～③のどれを採るのかを詳しく論ずる必要はありません。通説は②とされ、3に述べる理由で最高裁判例も②の立場とされています。そうであるなら、②に沿って本問法律を違憲であると主張できればよいわけです。もちろん、その前提として3説の内容を正確に理解していることは重要です。「憲法25条の規定を根拠として個々の国民が直接特定の社会保障の給付を請求することはできない」という点で3説は共通すること、憲法25条を法規範とみるか否かで①と②③が大きく異なること、②と③の違いは立法の不作为の違憲確認訴訟を提起できるか否かの点にあること、以上に注意しましょう。

3.

2においてあげたように朝日訴訟最高裁判決は生存権に関する重要最高裁判例です。しかし、朝日訴訟においては法律の合憲性が争われたわけではありません。法律を違憲と主張

することが求められている本問への解答に際してまずベースにおくべきなのは、児童扶養手当法における併給調整条項の合憲性を判断した堀木訴訟最大判昭57.7.7民集36巻7号1235頁（憲法百選ⅡNo.137）です。同判決における「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるのかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、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を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄といわなければならない」という判示が重要です。

堀木訴訟最高裁判決は、憲法25条を実現するための法律が憲法25条に違反するか否かを判断する際に、立法府の広い裁量を認める極めて緩やかな判断基準を採用しています。しかし、同判決は「法律が憲法25条に違反することは一切ありえない」としているわけではなく、「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」には違憲となることを認めています。そのため、この判決は憲法25条が裁判規範となることを認めている、憲法25条の法的効力を認めているなどと理解されています。

生活保護を廃止するという本問法律を「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるのかの選択決定」の一環であるにとらえ、最高裁判例を意識した解答をするのなら、堀木訴訟最高裁判決の判断基準に照らしても本問法律は違憲であると主張することが考えられます。すなわち、堀木訴訟最高裁判決の判断基準は緩やかなものですが、これを用いれば必ず合憲という結論になるわけではありません。また、同判決は児童扶養手当法における併給調整条項を合憲とする際に、児童扶養手当の性格などについて分析をしたうえで結論を出しています。本問への解答として、堀木訴訟最高裁判決の判断基準を用いたうえで、問題文にあがっている程度の生活保護廃止理由では「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」と結論づけたとしたら、これはこれで一つの筋の通った解答として評価できます。

#### 4.

3とは異なる立論として、「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるのかの選択決定」について常に堀木訴訟最高裁判決の緩やかな判断基準を採用しなければいけないわけではない、という立論もあり得ます。もしも受験生の皆さんが表現の自由や職業選択の自由の制約事例に直面したなら、どのような表現行為・職業にかかわるどのような制約かを指摘して判断基準を設定するはずです。「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるのかの選択決定」についても同様で、一定の場合には立法裁量の幅を狭める（言い換えると、判断基準を厳しい方向に持っていく、あるいは、審査密度をあげる）という見解が提示されてきました。

例えば、堀木訴訟における控訴審大阪高判昭50.11.10行集26巻10=11号1268頁は、憲法25条1項・2項分離論と呼ばれる考え方を採りました。それによると、憲法25条2項の防貧施策については広い立法裁量が妥当するが、同条1項の救貧施策に

については立法裁量の幅が狭くなります。大阪高裁の考え方によれば本問法律が対象とする生活保護は救貧施策にあたりますから、この考え方に依拠して判断基準を厳しい方向に持っていくことが可能です。学説は大阪高裁の憲法25条1項・2項分離論には批判的です。しかし、学説の多くは「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるのかの選択決定」のなかに立法裁量の広い分野とそれほど広くない分野があるという考え方の方向そのものには賛同しており、生活保護の場合は立法裁量の幅が狭くなるという考え方は共有されていると思われます。

もうひとつ、本問法律が長年にわたって存在してきた生活保護という制度を廃止するものであるという点に着目して、これまで存在してきた制度を廃止ないし後退させる場合には正当な理由が必要である、あるいは、立法府の裁量が狭くなる、という主張（「制度後退禁止原則」）の活用が考えられます。生活保護に関しては老齢加算の廃止をめぐりこのような主張がなされたことがあります。かつて「生存権の自由権的效果」が語られたことがありますが、「生存権の自由権的效果」が「国家が積極的に国民の生存権を害する行為をしてはならない」という意味であるとするならば、「制度後退禁止原則」は「生存権の自由権的效果」に匹敵するものを判断基準設定の際の考慮要素として取り込んだ議論であると言ってもよいでしょう。

また、②の立場のなかには「憲法25条の生存権が生活保護法のような施行立法により具体化されている場合には、憲法と生活保護法とを一体として捉え、生存権の具体的権利性を論ずることも許される」という見解（芦部 p. 269）があります。難解な見解ですが、これを「生活保護のように生存権の中核をなすとともに長年確立してきた制度を廃止するのは原則として許されない」という主張に読み替えるなら、上記の諸見解の方向性と共通することになるでしょう。

以上については、高橋 p. 318～、長谷部 p. 276～など参照。

以上