

生活保護基準の設定に対する法的コントロール

山下 慎一

I はじめに

生活保護基準（以下、保護基準という）は、生活保護法（以下、法という）の要諦をなしており、保護基準の設定は、「生活保護という閉じた制度の中での給付水準をどのようにすべきかということよりはむしろ、福祉サービスや社会参加、税制や雇用政策といった各種施策のなかで、法制度的に保障すべきものは何かというナショナルミニマム体系の中での生活扶助という位置づけに転換された」〔丸谷（2011）, p.152〕¹⁾ともいわれる。つまり、現代社会において、保護基準は、生活保護法自体による最低生活の保障という役割はもちろん、それを超えて、市民生活一般に強く影響を及ぼす。しかしながら、そのように重要な役割を担う保護基準の設定に対して、どのような方法で法的なコントロールを及ぼすかという論点は、いまだ議論の途上にあるといえよう。本稿は当該論点に関して、憲法・行政法等の議論状況をも参照しつつ、これまでの判例・裁判例・学説について一定の整理を試みるものである。

以下では、まずⅡにおいて、保護基準の法的位置づけについて確認をする。続いて、Ⅲで、保護基準の法的コントロールが初めて問われたと考えられる朝日訴訟最高裁判決と、同判決を巡る学説状況を概観する。さらにⅣでは、保護基準の法的コントロールに関して新たな議論状況を作成した、近年の老齢加算廃止訴訟を検討し、Ⅴにおいて、本稿の叙述に関する小括的な考察を実施する。最後に、Ⅵにおいて、本稿の検討を簡単にまとめ、

残された課題について言及したい。

なお、本稿においては、時間と紙幅の都合上、保護基準の「設定」と「改定」の異同につき十分な検討を加えることができなかったため、両者の関係については、必要な限りで言及するにとどまる。

II 保護基準の法的位置づけ

1 保護基準の位置づけ

保護基準の設定にかかる根拠規定は法8条であり、同条により、厚生労働大臣が「基準」を定めることが明らかにされる。当該基準（「生活保護法による保護の基準（昭和38年厚生省告示第158号）」）がいわゆる「生活保護基準」である。保護基準は、保護を実施するか否かを決する基準（保護の要否決定基準）となるとともに、どれだけの保護を実施するかを基準（保護内容の具体的決定基準）としても働く〔園部ほか（1980）, p.571〔神永勲執筆〕, 阿部（2012）, p.236〕。保護基準には8種類が定められており、その射程は単に所得保障のみにとどまるものではないが²⁾、本稿においては、主として所得保障の側面（生活扶助）を念頭に置くこととする。

2 保護基準の法的性質

上記のとおり、法8条1項による委任を受けて、厚生労働大臣が保護基準を定めるのであるが、同条同項が特に法形式を特定せず、「厚生労働大臣の定める基準」とのみ規定していることから、「省令」のほかに「告示」も利用可能と解されることとなり〔小早川（1999）, p.110, 大橋（2013）, p.139〕、

保護基準については告示の法形式が選択されている。

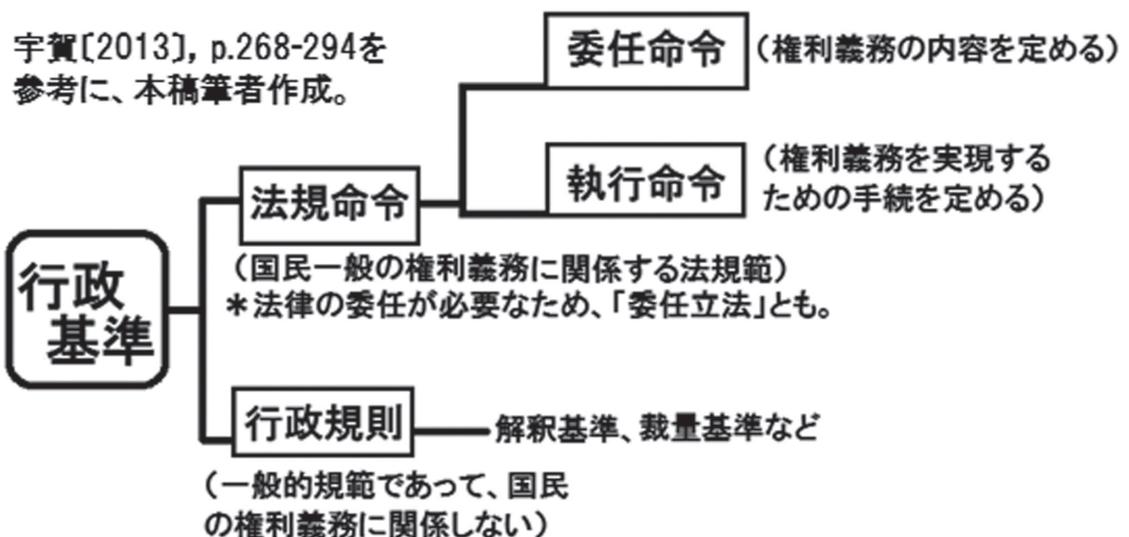
告示については、「各省大臣、各委員会及び各庁の長官は、その機関の所掌事務について、公示を必要とする場合においては、告示を発することができる」（国家行政組織法14条1項）との規定が置かれている。各省大臣らの所掌事務のうち、公示を必要とする内容には、単なる「お知らせ」にすぎない場合から、法規範性が問題となるような一般的規定³⁾まで、様々なものが含まれる。そうすると、当該告示によって公示されている内容いかんによって、当該告示の法的性質を決定する必要がある。保護基準についても、「生活保護法が定めている法的しくみの中で生活保護基準がどのような役割を果たしているか」によって、その法的性質が決定されることとなる〔原田(2013), p.265〕。

行政機関が策定する、「法律と個別具体的な行政行為の中間に」存する「法律の定めを具体化した基準」は、一般に「行政基準」と呼ばれ〔宇賀(2013), p.269〕、保護基準はこの行政基準に含まれる。行政基準の分類に関しては、行政法学上、必ずしも用語法が統一されているわけではないようであるが、敢えて分類整理をすれば下図のようになろう。

すでに述べたとおり、保護基準は、保護の要否と給付内容を確定させる（すなわち国民の権利義務一般に関係する＝法規たる性質を有する）ものであるため、その法的性質は「法規命令」〔原田(2013), p.265, 加藤ほか(2014), p.378〔前田雅子執筆〕, 宇賀(2013), p.8〕（より詳しくは、権利義務の内容にかかわり、厚生労働大臣が法8条1項によって委任を受けた「委任命令」〔豊島(2013), p.30〕）であると解される⁴⁾。

3 保護基準と行政裁量—2つの法的コントロール手法

一般に、専門技術的事項については国会の審議になじまないこと、状況の変化に対応した柔軟な改正の可能性を確保する必要があること等から、法規命令の必要性が根拠づけられる〔宇賀(2013), p.270〕。法8条が保護基準の設定を厚生労働大臣に委任した趣旨に、上記のような考慮が存在するとすれば、法規命令としての保護基準の設定に関して、設定権者である厚生労働大臣の裁量の余地を否定することは困難であるといえよう⁵⁾。そうすると、現行法の枠組みを前提とした場合の論点は、厚生労働大臣による保護基準の設定行為が、いかなる場合に、裁判所によって当該裁量を逸脱・濫用していると判断されるか、であることになる。



裁判所によるこのような法的コントロールを、本稿では「司法的統制」と呼ぶことにする。

さらに、現行法上、司法的統制の程度に限界があるということになれば、保護基準設置にかかる厚生大臣の裁量の幅をより制限する（あるいはその権限自体を奪う）ための法律の改正が要求されるということにもなろう。このように、法律（の改正）による法的コントロールを、本稿では「立法的統制」と呼称する。

以上、本稿で保護基準の設定に対する法的コントロールと述べる場合には、これらの2つの手法を区別して論ずることとする。

なお、この点に関しては、政治的プロセスへの信頼の重視を根拠として、生存権保障にかかわる論点全般（無論、その中には保護基準の設定も含まれよう）の法的コントロール（特に司法的統制）そのものに否定的であると思われる見解もある〔松井(1993), p.73〕。しかしながら、現行法上、保護基準は言うまでもなく、憲法および法8条の枠組みに従って定められる必要があり、また、判例・裁判例も、法解釈論による一定の枠付けを示している〔丸谷(2011), p.153〕。その意味において、現行法上、（その程度の適否は措くとして）司法的統制・立法的統制の両者はともに存在する。ここにおいて、保護基準に対する司法的統制をより強めようとする場合には、基本的に法解釈論によることとなろうし、立法的統制をより強めようとする場合には、主として立法論によることとなろう。ただし、立法的統制は、必然的に司法的統制に影響を与える（これに対しその逆はそれほど自明ではない）点、また、これらの二分類にうまく当てはまらないような法的コントロール手法もあり得る点には注意が必要である。立法的統制と司法的統制の関係に関するより詳細な検討は、本稿の最後に実施する。

Ⅲ 朝日訴訟最判と、学説による法的コントロール手法の模索

1 朝日訴訟

保護基準の法的コントロール（そのうちの司法

的統制）という論点に関して、初めて最高裁判所が言及したのが、下記の朝日訴訟最高裁判決⁶⁾（以下、朝日最判という）傍論においてである。当該判決は、保護基準の設定に関しては厚生大臣（当時。以下同じ）に「合目的な裁量」が存することを前提として、「現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等」の場合に限って違法の問題が生ずると論じている。

朝日最判が傍論において示した、厚生大臣による保護基準設定行為に対する上記のような審査手法は、その傍論たる性質にもかかわらず、その後の裁判例においても踏襲され⁷⁾、その後の議論に絶大な影響力を及ぼしたと評価できよう⁸⁾。

2 学説による評価と法的コントロール向上に向けた主張

(1) 学説の方向性—立法的統制

朝日最判に対しては⁹⁾、当該判示は保護基準設定にかかる厚生大臣の「自由裁量」を示したものであるとする見解〔成田(1967), p.8, 南(1967), p.138, 奥平(1967), p.142, 芦部(1968), p.122〕がある一方で、「羈束裁量」であることを前提に裁量の幅が同事件の下級審と比較して相対的に広げられただけであり、自由裁量としたものではないとの見解〔園部ほか(1980), p.571〔神長勲執筆〕など〕¹⁰⁾もある。ただ、このような解釈の違いはあるにせよ、朝日訴訟最判に対する学説の評価は、厚生大臣の裁量に対する司法審査の密度（司法的統制の程度）が極めて低いことを問題視する点で一致していたといえよう¹¹⁾（ただし一部の見解¹²⁾を除く）。

朝日最判を厳しく批判する学説は、保護基準の設定に対する法的コントロールの向上を目指し、様々な主張を行う。それらは大略、下記の4つに類型化することができよう。

第一は、保護基準そのものを（例えば別表のような形で）生活保護法自体に置く（立法化する）べきであるとの見解〔片岡(1992), p.91, 菊池(2004), p.429, 木下(2012), p.154〕¹³⁾である。

第二は、保護基準の設定を行政に委ねるが、その設定を厚生（労働）大臣から独立・中立の行政

委員会に委ねる、あるいは諮問機関を設けて同大臣に諮問の義務を負わせる、という主張〔成田(1967), p.8, 原田(1967), p.36, 園部ほか(1980), pp.572-573〔神長勲執筆〕¹⁴⁾である¹⁵⁾。

第三は、厚生(労働)大臣が法規命令として保護基準を定めるという形式は維持するとしても、少なくとも告示ではなく省令で定めるべきであるとの主張〔園部(1964), p.50(*ただし朝日最判以前のもの)、大橋(2013), pp.139-140〕である。

そして第四は、同じく厚生労働大臣が保護基準を設定するとして、その際に同大臣が考慮すべき事項を、現在の法8条2項よりもより詳細に定める(法律を改正する)べきであるとの主張¹⁶⁾である。

これらのうち第三を除くすべてのものが、保護基準の立法的統制を目指すものである(第三のものは、本稿の設定した二分類にうまく当てはまらないようである)。その中でも第一は、保護基準それ自体を立法化するという意味において、特に徹底したものであるといえよう。また、学説は、上記4つのうちいずれか一つを主張するというよりは、いくつかを組み合わせて主張することが多かった。

(2) 学説による、司法的統制に関する示唆

上記のように、立法的統制が頻繁に語られていた朝日最判当時の状況において、行政法学者の原田尚彦が将来の司法的統制の方向性を予見するような指摘を行っていた。すなわち、朝日最判を前提とすると、保護基準の内容(金額の高低)を司法審査の内容として取り上げることは困難であり、「今後、保護基準に対する司法審査は、主として、厚生大臣が基準額を決定するに至る推論過程が生活保護法の趣旨目的を実現するにふさわしいものかどうか、推論過程に基準額の公正を疑わせるような不合理な行為が介在しなかったかどうかという、手続的・形式的側面から、行われることにならざるを得ないと考えられる」〔原田(1967), p.36〕。ただしこの指摘は、文脈上、司法的統制の程度を上昇させるようなものとは考えられていなかった〔奥平(1967), p.143-144, 芦部(1968), p.124, 坂本(1973), p.105〕点に注意が必要である。

Ⅳ 老齡加算廃止訴訟

1 老齡加算廃止訴訟

上記のような判例・裁判例の流れに変化が生じたのは、老齡加算廃止をめぐる一連の訴訟においてであった。本稿においてそれらすべてを検討対象とすることは紙幅の都合上困難であるため、2つの最高裁判決(以下、両者をまとめて老齡加算最判といい、2つの判決を区別する際には、東京判決¹⁷⁾あるいは福岡判決¹⁸⁾という)を中心に扱うこととする。

老齡加算最判における、保護基準の設定(老齡加算の廃止)にかかる行政裁量に関連する議論の特徴として、①保護基準の設定に関して、従前どおり、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」を認めた点、および②当該裁量の違法の有無の審査は、「最低限度の生活の具体化に係る判断の過程及び手続における過誤、欠落の有無等の観点からみて裁量権の範囲の逸脱又はその濫用がある」か否かという観点から実施される(いわゆる「判断過程の統制(判断過程審査)」法理¹⁹⁾)ということを明らかにした点を、挙げることができよう²⁰⁾。

2 学説による評価—司法的統制の向上

老齡加算最判が、従前どおり保護基準設定にかかる厚生労働大臣の裁量を認め(その点では朝日最判以降の流れを踏襲し)つつ、判断過程審査を用いることによって²¹⁾、朝日最判よりも違法性審査の密度を向上させた(あるいは少なくともその手法を精緻化した)という点については、衆目の一致があるとみて差し支えなからう〔片桐(2012), p.153, 豊島(2013b), p.60, 新田(2012), p.355〕²²⁾(しかしながら、判断過程統制をさらに三分類する見解〔村上(2013b), pp.12-13〕²³⁾もあり、この場合に老齡加算最判をどのように位置付けるかについては、学説は一致していないようにも見受けられる²⁴⁾。

ただしここでは、①行政裁量の幅が広いか否か、②裁判所がいかなる行政裁量の統制手法を採る

か、③裁判所がどれほど厳しく審査を行うか（審査密度）、というそれぞれの問題が、論理必然的に関連し合うわけではないとされることが多い点に、注意を払う必要がある[村上(2013b), p.14, 橋本(2008), p.533]。

ともあれ、老齢加算最判において、保護基準の設定にかかる法的コントロールは、(学説が朝日最判以降、主として立法的統制の向上を意図していたこととは対照的に)司法的統制の側面において、向上したと評価できる。

3 さらに司法的統制の模索

また、老齢加算最判によっては採用されなかったものの、一連の訴訟の過程において、保護基準の「設定」と「改定」を区別したうえで、「保護基準改定についての厚生労働大臣の裁量の幅は、その新規の制定におけるそれよりも狭い旨を述べる裁判例が現れた²⁵⁾。

この点に関し、社会保障給付の「『切り下げ』の裁量は厳格に統制され、換言すれば厳格な司法審査をうけてしかるべきである」[棟居(2012), p.391]²⁶⁾という議論(制度後退禁止原則)を主張する有力な憲法学説が存在し、老齢加算にかかる一連の裁判例の中には同原則を支持したものととの評価をする学説が見られる[片桐(2012), p.150]。

以上の諸議論は、判断過程統制と相乗的に、あるいは別個に、保護基準設定に対する司法的統制を高めようとする試みであるといえよう。

さらに、老齢加算廃止訴訟は、それらに加えていま一つ、保護基準の司法的統制に関し、法56条(不利益変更禁止規定)の適用の有無という重要な論点を形成した。

4 法56条の位置づけ

法56条については、老齢加算廃止訴訟において、訴訟の結論を左右するほどの重要な役割を果たしていたとする学説が見られる[豊島(2013a), p.34ほか]。これに対し、例えば京都地判平21.12.14は、「法56条の正当な理由は、保護基準設定行為時の厚生労働大臣に与えられた裁量に対する制約と同

様の制約を意味するにすぎない」と述べており、そこにおいては法56条は実質的には何ら特別な機能を果たしていないようにも見える。また学説上も、「法56条の適用があるとする解釈をとっても、同条のいう『正当な理由』は独自の違法判断基準を提供しないとする分析[太田(2011), p.55, 新田(2012), p.353]がある。

このように、法56条は生活保護法の解釈上、重要な論点を提起していると考えられるのであるが、判例評釈の他には、法56条に関する検討を実施する論考は多くはない²⁷⁾。

法56条は、「被保護者は、正当な理由がなければ、既に決定された保護を、不利益に変更されることがない」とする規定である。ここで、保護基準の設定をめぐる一連の局面と法56条の関係は、以下のように文節化することが可能である。

①法56条は、厚生労働大臣による保護基準の改定行為そのものについても適用があるか否か。

②改定された保護基準を受けて実施された、個々の被保護者に対する保護変更決定に、法56条の適用があるか否か。

③個々の保護変更決定に法56条の適用があるとして、保護基準の改定を理由とする保護変更決定は、法56条にいう「正当な理由」を備えているといえるか否か。

この点に関して、老齢加算廃止訴訟における一連の裁判例は立場を異にしており、最高裁の判断が注目されたところ、老齢加算最判は、「保護基準自体が減額改定されることに基づいて保護の内容が減額決定される本件のような場合については、同条【法56条を指す一引用註】が規律するところではない」と判示した。この判示に対しては、学説も調査官解説も一致して、老齢加算廃止の一連の局面において(つまり上記の①②いずれの意味においても)、法56条の適用は否定されたとの理解を示す[岡田(2013), p.95, 菊池(2014), p.232, 原田(2014), p.33脚註(15)など]。確かに、上記引用部分の表現からは、学説等の言うように、上記の①②いずれの意味においても法56条の適用

は否定されたと解することが自然であるかもしれない。しかしながら、法56条にかかる判示の全体を併せ読むと、別様に解する余地も皆無ではないように思われる〔山下(2013), pp.23-25〕。

V 小括的考察—保護基準に関する法的コントロールの方向性

1 従前の判例・学説の展開

ここまで検討した判例・学説の展開は、以下のようによまとめられる。

法制定当初から、法8条による立法的統制は存在しており、また朝日最判によって、司法的統制が及ぶことも確認された。ただし、その司法的統制の程度はごく低いものであった。学説はそれを批判し、主として立法的統制の程度を上昇させることによって、保護基準の設定に対する法的コントロールを向上させようとした。

しかしながら、学説の努力にもかかわらず、現在に至るまで、立法的統制の向上は皆無であった(ただし後退もしていない)。その代わり、裁判所が厚生労働大臣の裁量審査に対する判断過程統制法理を採用することによって、司法的統制の程度は上昇した。その結果、保護基準に対する法的コントロールの程度は、かつてに比べていくらか上昇したと評価できる。

2 立法的統制の向上

ここまでの検討を前提に、保護基準に関する法的コントロールの方向性に関して小括的な考察を実施する。考察に際しては、立法的統制と司法的統制を区別したうえで、まず、現行法の枠組みに多かれ少なかれ変更を加えるような、立法論にわたる手法(すなわち前者)について考察する。

保護基準と法の関係に変更を加えるものとして、①保護基準自体の(法別表などによる)法定化という方向と、②法8条2項を、厚生労働大臣の考慮すべき要素をより詳細に定めた規定に書き換えるという方向を想定できよう。

このうち前者①は、保護基準の立法的統制という点では究極型であり、保護基準が保護の実施の

要否を判定する(さらに給付量をも規定する)要件として機能していることを考慮すれば、法律の留保・法治国原理からは最も望ましいものである。しかしながらこの場合、保護基準の設定は、行政裁量ではなく、(議会による決定に属する、純粋な意味での)立法裁量に服することとなる²⁸⁾。そうすると、ここでは行政裁量と立法裁量における裁量の広狭の問題が生ずる。すなわち法8条を受けて厚生労働大臣が法規命令を設ける現行方式(=行政裁量)と比して、国会が設ける保護基準にかかる立法裁量は、なお一層の広い裁量に属する事項とされる可能性があり²⁹⁾、仮に立法権によって劣悪な保護基準が設定された際に³⁰⁾、当該保護基準を司法上争おうとする場合には、裁判所による審査密度が現在よりも一層低くなる危険性が生じよう。この点において、保護基準について立法的統制を極限まで強めることは、必ずしも司法的統制が同様に強まることを意味しない。さらに、保護基準を直接に立法によって定めるとした場合、当該保護基準を争う際には、憲法論を持ち出さざるを得ない。こうした場合、「憲法裁判権と立法権との[日常的な]正面衝突」〔太田(2008), p.97・脚注(52), 太田(2000), pp.115-117〕が生じるという困難にも直面しよう。

これに対して後者②は、保護基準を定めるに際して厚生労働大臣を手続的に拘束するという意味において立法的統制の程度を強めることは間違いない。しかしながら、その効果は立法的統制のみにとどまるものではない。

3 司法的統制と立法的統制、憲法との関係

(1) 司法的統制と立法的統制の「混合」

上記②は、保護基準にかかる厚労大臣の行政裁量統制の手法として、判断過程統制の手法が確立しつつある現状を考慮した場合、司法的統制を強める可能性を有するといえそうである。すなわち、判断過程統制法理においては、優先的に考慮すべき利益・比較的重視すべき利益・考慮してはならない利益等を、(憲法や)法律を根拠として区別することが重要となる〔山本(2012), p.309〕。そうであれば、法8条2項が、より詳細で³¹⁾、かつ

各要素間における「重みづけ」の手掛かりを与えるような規定振りになれば、裁判所が審査密度の高い判断過程統制を実施することがより容易になるのではないかと考えられる^{32) 33)}。

(2) 憲法との関係

ここで、保護基準を行政裁量の問題とした場合、そこでの裁量は法8条によって枠づけられたものであり、違法か否かが問われるにすぎず、憲法論としてこれを問題にすることができなくなるのではないかと懸念が生ずる余地がある。また、保護基準に関して、生活保護法の要求する水準と憲法の要求する水準とが一致している〔太田(2008), p.97・脚注(52)]ことを考慮すると、殊更に憲法論を持ち出す実益がないようにも思われる。そして実際に、老齢加算最判は、判断過程審査において、憲法論を持ち出していない(少なくとも、憲法を考慮した各要素の「重みづけ」を実施していない)ように見受けられる³⁴⁾。

この場合にも憲法は、単なる法8条の解釈枠組みを示す基準としての機能を超えて、行政裁量の統制にその力を発揮すると考えるべきであろう³⁵⁾。しかしながら、この議論において(憲法13条・14条等を利用する可能性も大いにあり得るが)さしあたり憲法25条を想定した場合、同条の生存権規定は、例えば表現の自由のような典型的な自由権とは異なるため、行政裁量の統制において自由権と同じような論理構造において作動すると考えることは困難であるように思われる³⁶⁾。いずれにせよ、憲法が、保護基準の設定に関する行政裁量の統制過程において具体的にどのように機能する(すべき)かを示すことは、本稿の能力を超えるため、検討は他日を期したい。

(3) 行政委員会ないし諮問機関の設置

続いて、③行政委員会あるいは諮問機関(以下、行政機関等という)を設け、当該行政機関等に保護基準の設定権限を委ねる、あるいは厚労大臣から諮問機関への諮問手続きを法的に義務付けるといった方法があり得る。これらはそれぞれ、厚労大臣から保護基準設定の権限を奪う(前者)、あるいは厚労大臣が保護基準設定を実施する際の手続きを現行法よりも厳しくする(後者)という点で、

広い意味において立法的統制であるということができよう。

ただし、これらいずれの場合においても、行政機関等に裁量の余地が残る点では同じである。そうすると問題は、当該機関の裁量をいかに司法的統制に服させるかという点に移ることになる。この場合、最判平4.10.29民集46巻7号1174頁(伊方原発訴訟)等を念頭に置けば、当該行政機関等における議論の過程が、「判断過程統制」の法理によって審理されることになる。そうであれば、この手法も、司法的統制と立法的統制の混合形態であるといえそうである。しかしこの場合、当該行政機関等における議論を、裁判所がどの程度の審査密度をもって審理するかは現段階では不明というほかなく、司法的統制の程度がどのほど向上するかという問題は明らかではない。

4 立法論なき司法的統制——生活保護法解釈論の精度向上

(1) 法解釈による司法的統制の向上

ここまで述べてきたような立法論にわたる議論は、それが立法的統制のみを目指すものであれ、立法的統制と司法的統制との混合形態を示すものであれ、そのような立法を実現するか否かということ自体が、立法府の広い裁量に属することとなる。その点が、これらの立法論を含む議論の、一つの限界であるといえよう。

これに対して、法学者が精緻な解釈論を提示することによって、司法的統制の向上を裁判所に要求することは、何らの立法的措置がなくとも可能である³⁷⁾。その点において、生活保護法の解釈論の精度を向上させることは、社会保障法学の重要な使命であるといえるであろう。

(2) 生活保護法解釈論の重要性——法56条の役割

しかしながら、上記のように法56条による法的コントロール手法を検討しようとした場合、そもそも法56条そのものの生活保護法上の機能が明らかではないということに気づかされる。

生活保護法上、不利益変更が実施される根拠となる規定として、法24条5項の申請による保護の

変更、法25条2項の職権による保護の変更、法26条の職権による保護の停止及び廃止、法28条4項の立入調査拒否等における保護の変更等があるが、当該各条文に基づく不利益変更を受けた被保護者が、当該不利益変更の違法の有無を争う場合には、当該各条文の違法の有無を直接に争えば足りる（例えば指導指示違反に基づく保護の停廃止の場合には、当該指導指示自体の違法性が認められれば、保護の停廃止も違法となる。実際に、法56条に全く言及せず不利益変更を違法とする裁判例も多い）。つまり、法56条を用いなくとも、法理論的には、被保護者の権利は行政による違法な侵害から守られる。そうであれば、法56条は単なる確認的規定ということになるのであろうか。

確かに、そう解することもあり得ようが、そのような解釈は論理必然ではない。むしろ、保護が（単なる恩恵や反射的利益でなく）国民の権利であるとした現行生活保護法の基本原理を「法律上確立する」ために当該規定が置かれたのであり〔小山（1951），p.624〕、その意味において当該規定は「憲法的な光を放っているコア規定」〔駒村（2011），p.81〕なのだとなれば、当該規定を何らかの法理論的意義を有するものと解釈する方が自然ではなかろうか。

この場合、法56条が法理論的に意味を持ち得るとすれば、法56条の「正当な理由」概念を使用することによって、通常実施される違法性の審理とは（審理の手法あるいは審査密度等の点において）異なる審理が実施されるという点——それはまさに、老齢加算廃止訴訟においていくつかの下級審が採った判断手法であり、一部の学説が主張する論理である——においてであろう。

（3）要保護者の個別の状況に対する配慮

なお、法56条の解釈論としていま一つ考え得るのは、老齢加算廃止訴訟におけるいくつかの下級審が実施したような、判断過程統制とは別個の実体的な判断を求める規定としての役割である。すなわち、保護基準改定自体は違法でなくとも、改定を受けて実施された個々の不利益変更に着目して、当該不利益変更自体が個々の被保護者に対してあまりにひどい場合には、実体判断によって当

該不利益変更を「正当な理由なし」と判断する方法である。ただしこの解釈論については、保護基準自体の法的コントロールとは場面が幾分ずれるため、本稿ではこれ以上論じない。

さらに、同様の局面において、厚労大臣は法9条の必要即応の原則に基づき、「特別基準」を設定すべき義務を負う場合がある、とする綿密な解釈を提唱する、行政法学者による議論〔常岡（2014）〕があり、社会保障法学の立場からも大変注目に値する。

Ⅵ むすびにかえて

これまで論じてきたように、保護基準に対する法的コントロールを向上させるための手法としては、司法的統制と立法的統制という、二つの、一応は区別される方向性があり得る。これらのうちどちらを採るか（あるいはどちらに重心を置くか）という問題は、結局のところ、保護基準を法的にコントロールするといった場合に何を目的とするか、あるいは司法過程ないし立法過程のうちどちらをどれだけ信頼するか、という論者の立場に強く影響を受けるものと考えられる³⁸⁾。

すなわち、保護基準の設定が行政（厚生労働大臣）の専権に委ねられていること自体を問題視し、議会（立法権）による行政の拘束それ自体に重要な価値を見出すのであれば、立法的統制のうちでも「保護基準を法別表に置く（基準そのものの法定化）」という方法が最良の選択肢ということになろう。しかしその方法は、保護基準の内容面に関しては、何らの保障も与えない。また、この場合、保護基準の内容を司法によって争うことは、生存権という憲法上でも特異な権利にかかる立法裁量の違憲審査という問題になり、かなりの困難が予想される。

これに対して、むしろ生活保護法のような少数者の権利にかかる問題は、民主的過程では適切に保護されないのではないかという危惧を強く感じる立場では、保護基準は行政裁量に属する事項としたうえで、行政裁量の判断過程統制による司法審査の密度向上という議論をにらみつつ、司法過

程で争う余地をできるだけ広く残すという手法を採ることになろう。

確かに、法律による行政の理論を前提とすれば、保護基準の設定を議会事項にしたうえで、憲法による立法裁量統制の議論をより精緻化させるという手法が正道であるように感じられる。しかしながら、そのような「迂遠な」手法が現実には困窮している人々に対する実質的な救済に資するのか、という問題はあり得る。ただしもちろん、ここでは、実質的な救済とは何か、そもそもなぜ民主的過程において決定されることとなる保護基準に対して「救済」を議論しなければならないのかという、困難な問いが立ち現れる。

保護基準に対する「法的コントロール」を議論する際には、当該議論によりどのような価値の実現を目指すのかという前提問題について自覚的に検討した上で、その価値の実現に最も適した手法を模索する必要がある。

注

- 1) 同様の指摘として、木下 (2012), p.144。
- 2) この点に関し、保護基準が単に所得補償における「最低保障」だけではなく、医療等における「最適 (オプティマム) 保障」をも含む旨を指摘するものとして、木下 (2012), p.143, 阿部 (2012), pp.251-252。
- 3) 学校教育法上の学習指導要領など。社会保障法領域で言えば、健康保険法76条2項の保険医療費決定の告示がこれに当たるとされる。芝池 (2006), p.15。
- 4) これに対し、芝池 (2006), p.15は、保護基準を「裁量基準」とみることができるとする。
- 5) 塩野 (2013), p.123は、いわゆる行政行為に限らず、行政のあらゆる行為形式において裁量は認められるとする。また、太田 (2008), p.96も参照。
- 6) 最大判昭42.5.24民集21巻5号1043頁。
- 7) 赤石 (1991), p.176。例えば、東京高判昭46.12.21判時654号47頁など。
- 8) これに関して、朝日訴訟当時は、厚生大臣の基準引上げ行為が物価の上昇等に追いついていない (つまり保護基準を引き上げないまま残している) ことの違法性が問われていたが、それに対して現代では、いったん引き上げた保護基準の切下げの違法性が問われている点において、当時の問題状況と現在の問題状況では前提自体が全く異なるという事実を、強調する必要があると思われる。
- 9) 朝日訴訟第一審から最高裁までの訴訟の展開を法社会学的に検討し、関連学説を整理した文献として、坂本 (1969)。
- 10) 最高裁調査官による、渡部 (1967), p.51は、保護基準設定行為を、「いわゆる法定立行為」と表現する。
- 11) 上に掲げたもののほか、菊地 (1967), p.3, 沼田 (1967), p.5。
- 12) 例えば、原田 (1967), p.35は、「裁判所は、その判断の当否につき国民に政治責任を負わない機関である以上、この結論はやむを得ないとおもう」、法創造と社会政策推進という「問題まで裁判所に要求するのは、期待過剰というものである」と述べる。我妻 (1965) pp.67-70, 同 (1967) pp.324-327は、いずれも朝日最判が出る前のものであるが、この種の政策問題を裁判所が判断するのは適当ではなく、国民の監視のもとに国会が立法を通じて、あるいは国会の監視の下で政府・行政が誠意をもって解決すべき問題であるという。中川 (1967), p.52も参照。
- 13) なお、園部ほか (1980), p.572 [神長勲執筆] も参照。碓井 (2009), pp.405-406は、保護基準の設定権限が立法府ではなく行政府に属することに對して批判的である。
- 14) 阿部 (2012), pp.257-258は、本稿の言う第二の類型と、後述の第四の類型の両者にかかるものと考えられる。
- 15) この点に関し、現行法制制定当時、すでに特別の審議会を設置すべきとの意見があったものの、「厚生省当局は、保護基準は合理的基礎資料によって算定されるべきであり、決定に際し政治的色彩の混入は厳に避けられるべきであること等を理由にして、これを拒否した」旨を指摘するものがあり [片岡 (1992), p.90], 非常に興味深い。
- 16) 法8条2項の規定が簡易なものにすぎないことを指摘するものとして、原田 (2013), p.265, 笠木 (2014), p.8。
- 17) 最三小判平24・2・28民集66巻3号1240頁。
- 18) 最二小判平24・4・2民集66巻6号2367頁。
- 19) 橋本 (2008), p.510によれば、「判断過程統制とは、行政決定に係る考慮要素を解釈論的に抽出した上で、それらの考慮のされ方に注目しながら、当該決定に至る判断形成過程の合理性につき追率的に審査する裁量統制手法である」。
- 20) ここでは、朝日最判の時代における原田 (1967) の指摘とは逆の形で (審査密度を上昇させるために) 判断過程統制が使われていることが興味深い。
- 21) 老齡加算最判は、行政裁量の幅が広い (裁判統制が強く抑制される) 場合にも判断過程統制の法理を採用したものと評価される [山本 (2012), p.308, 豊島 (2013a), p.34]。また、老齡加算廃止訴訟において初めて、「行政立法裁量」の司法審査に判断過程統制の手法が用いられたことを

- 指摘するものとして、豊島 (2013a), p.29, 村上 (2013a), p.211。
- 22) ただし片桐は、判断過程統制を用いたことが最良だったか否かは、現時点では判断できないとする。また、豊島 (2013b), p.59は、老齢加算最判による審理は「『最小限審査』に限りなく近い」と評価する。
- 23) そこでは、判断過程の合理性ないし過誤・欠落を審査する「判断過程合理性審査」・考慮すべき事項を考慮し、考慮すべきでない事項を考慮しなかったかのみを審査する「形式的考慮要素審査」・それぞれの考慮要素について「重みづけ」を行い、その評価を誤った場合にも裁量権の逸脱濫用を認める「実質的考慮要素審査」の3類型が挙げられる。
- 24) 村上 (2013b), pp.12-13は、東京判決を「判断過程合理性審査」を実施したものと位置づけるが、豊島 (2013a), p.33は、福岡判決を「実質的考慮要素審査」を行ったものと捉えているようである。東京判決と福岡判決に、このような違いを見出すことは困難であると考えられる立場からは、学説の不一致という見解が導かれよう。
- 25) 広島地判平20.12.25。その他に、京都地判平21.12.14, 福岡地判平21.6.3なども、類似の議論を展開する (ただし、理論構成に差異があるようである)。
- 26) 当該議論に関しては、内野 (1991), pp.154-157, pp.375-379も参照。
- 27) 法56条に関する叙述については、山下 (2013) 参照。
- 28) 村上 (2013b), p.11・脚註 (11) 参照。ただし村上と同脚註において、行政裁量と立法裁量との対比を用いず、「国会の立法裁量」と「法規命令の立法裁量」との対比をする。同じく、笠木 (2014), p.7ほかも、現行方式に関して「大臣の立法裁量」という表現を用いる。これらは、行政行為を典型とする「行政裁量」と、法規命令の定立行為における裁量との異質性に着目した議論であると考えられる。しかしながら、法律という法形式によって裁量の範囲が画されるという点においては法規命令定立行為もその他の行政の活動も同一である点、行政法学において「行政立法」という用語を使用することを避けようとする傾向が生じている点等を考慮すると、現行の厚生労働大臣の保護基準設定行為は、さしあたり行政裁量の問題と解して差支えないと考えられる。
- 29) なお、老齢加算最判が、(立法裁量が問われた) 堀木訴訟最高裁判決 (以下、堀木最判という) を引用していることから、両者の裁量の範囲を最高裁が同一のものと見ているのではないか (あるいは厚生労働大臣の法規命令定立行為を立法裁量と異なるものと見ているのではないか) との疑問が生じる。しかしながら、老齢加算最判が堀木最判を引用しているのは、保護基準の具体化が「高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策判断を必要とするものである」という部分 (すなわち厚生労働大臣の裁量を導くための前提となる議論) においてであって、裁量の内容・性質に関する部分ではない点に注意が必要であろう。また、もし老齢加算最判が、堀木最判の定式を使うことによって、立法裁量統制のための法理を行政裁量統制に適用 (準用) したとする分析 [新田 (2012), p.354] が正しいとしても、そのことがただちに、行政裁量と立法裁量の「裁量の幅」が同じである (あるいは審査密度の高さが同じである) ことを意味するわけではなからう。なお、行政立法と議会立法の関係については、片桐 (2012) 参照。
- 30) 保護基準のような、社会的少数者・社会的「弱者」の権利に関する問題は、必ずしも民主主義的過程によって適正に保護されるとは限らないことを考えると、このような懸念は単に「考え過ぎ」であるとは言えまい。参照、池田 (1967), p.24。
- 31) 前掲註 (16) 参照。
- 32) ただしここでは、実質的考慮要素審査が形式的考慮要素審査よりも審査密度が上昇するという仮説に立っている。審査手法と審査密度が必ずしも連動しない点については、本稿IV. 2参照。他方、「『形式的考慮要素審査』が『実質的考慮要素審査』よりも審査密度が高い傾向にあると整理する見方」 [豊島 (2013a), p.32] もある。
- 33) ただし、そもそも立法的統制は必然的に司法的統制に影響を与える点につき、本稿II. 3参照。
- 34) この点、岡田 (2013), pp.96-97は、老齢加算最判が「憲法的価値や人権保障等」の「観点から厚生労働大臣の裁量権に一定の枠付けを図ったものといえよう」と述べるが、本件判旨からそのような趣旨を看取することは困難であるように思われる。
- 35) 法8条 (ひいては生活保護法全体) が憲法25条に基づいている点において、「誤解をおそれずに言えば、生活保護法による行政裁量統制はその実質において憲法的統制とみて差し支えない」 [駒村 (2011), p.81] とも考えられ、この場合、不当に低い保護基準の設定は単に違法だけでなく「違法かつ違憲」となる [駒村 (2011), p.84・脚注14, 葛西 (2012), pp.5-6]。
- 36) 山本 (2006), p.13は、「基本権は、行政裁量が認められる場合にも、法律を適用する際に考慮すべき指針としてのみならず、独立・直接に『外側から』行政を羈束する規範としても、機能させるべきであろう」と指摘し、穴戸 (2009), pp.100-111も、行政裁量統制における人権の役割を重視する。ところが、これらの議論はいずれも、典型的な自由権を念頭に置いていると考えられる点で、憲法25条の生存権規定にそのまま当てはめる

ことは非常に困難であると考えられる。これに対し、尾形 (2013), p.728は、生存権と自由権等との差異自体は承認しつつも、なお生存権による行政裁量・立法裁量論への切込みの可能性を示唆する。

- 37) 例えば、高木 (2014), p.25は、行政裁量統制の場面において、裁判所の審査基準が可変的であることが「裁量統制のあり方について裁判所の裁量を認めること」につながることを問題視し、審査基準の明確化・類型化を進めることによって、裁判所の恣意を排除すべきことを論じる。
- 38) この点につき、すでに池田 (1967), p.25は、「憲法の保障機能を、そして生存権の実質化についても、それを、ガバンメンタル・プロセスを中心に求めるか、それともジュディシアル・プロセスを中心に求めるか、について、公法学者の、より精緻な論究が必要である」との指摘を行っている。

参考文献

- 赤石壽美 (1991) 「判批」『別冊ジュリスト』133号。
- 芦部信喜 (1968) 「判批」『法学協会雑誌』85巻7号。
- 阿部和光 (2012) 『生活保護の法的課題』成文堂。
- 池田政章 (1967) 「朝日訴訟判決とその憲法論的意義」『ジュリスト』374号。
- 宇賀克也 (2013) 『行政法概説 I 行政法総論 (第5版)』有斐閣。
- 碓井光明 (2009) 『社会保障財政法精義』信山社。
- 内野正幸 (1991) 『憲法解釈の論理と体系』日本評論社。
- 太田匡彦 (2000) 「『社会保障受給権の基本権保障』が意味するもの—『憲法と社会保障』の一断面」『法学教室』242号。
- (2008) 「リスク社会下の社会保障行政(下)」『ジュリスト』1357号。
- (2011) 「判批」『ジュリスト』1420号。
- 大橋洋一 (2013) 『行政法 I 現代行政過程論 (第2版)』有斐閣。
- 岡田幸人 (2013) 「判解」『ジュリスト』1449号。
- 尾形健 (2013) 「老齢加算廃止違憲訴訟をめぐる」『同志社法学』64巻7号。
- 奥平康弘 (1967) 「判批」『判例評論』104号。
- 片岡直 (1992) 「生活保護基準の今日的課題」『社会保障法』7号。
- 片桐由喜 (2012) 「判批」『判例時報』2163号。
- 葛西まゆこ (2014) 「憲法25条と生活保護制度」『月報司法書士』483号。
- 笠木映里 (2014) 「社会保障法と行政基準」『社会保障法研究』3号。
- 加藤智章 = 菊池馨実 = 倉田聡 = 前田雅子 (2014) 『社会保障法 (第5版)』有斐閣。
- 菊池勇夫 (1967) 「判批」『判例時報』481号。
- 菊池馨実 (2004) 「公的扶助の法的基盤と改革のあり方—『自由』基底的社会保障法理論の視角から—」『季刊・社会保障研究』39巻4号。
- (2014) 『社会保障法』有斐閣。
- 木下秀雄 (2012) 「最低生活保障と生活保護基準」『新・講座社会保障法 第3巻』法律文化社。
- 小早川光郎 (1999) 『行政法 上』弘文堂。
- 駒村圭吾 (2011) 「憲法訴訟の現代的転回—憲法的論証を求めて [第13回] 生存権」『法学セミナー』682号。
- 小山進次郎 (1951) 『改訂増補 生活保護法の解釈と運用』中央社会福祉協議会。
- 坂本重雄 (1969) 「朝日訴訟の法社会学的検討 (一) (二・完) —訴訟技術・判決・学説をめぐって—」『民商法雑誌』59巻4号, 6号。
- 塩野宏 (2013) 『行政法 I 行政法総論 (第5版補訂版)』有斐閣。
- 穴戸常寿 (2009) 「裁量論と人権論」『公法研究』71号。
- 芝池義一 (2006) 『行政法総論講義 (第4版補訂版)』有斐閣。
- 園部逸夫 (1964) 「生活保護基準と司法統制」『ジュリスト』298号。
- 園部逸夫 = 田中館照橋 = 石本忠義編 (1980) 『社会保障行政法』有斐閣。
- 高木光 (2014) 「社会観念審査の変容—イギリス裁量論からの示唆」『自治研究』90巻2号。
- 常岡孝好 (2014) 「生活保護基準改定の合理性と必要即応の原則に基づく特別基準設定新政権—須藤裁判官の意見を踏まえて (一) (二・完)」『自治研究』90巻2号, 同3号。
- 豊島明子 (2013a) 「行政立法の裁量統制手法の展開—老齢加算廃止訴訟・福岡事件最高裁判決を念頭に」『法律時報』85巻2号。
- (2013b) 「生活保護基準の改定と行政裁量の統制手法」『法と民主主義』475号。
- 中川善之助 (1967) 「判批」『法学セミナー』136号。
- 成田頼明 (1967) 「判批」『判例時報』481号。
- 新田秀樹 (2012) 「判批」『季刊・社会保障研究』48巻3号。
- 沼田稲次郎 (1967) 「判批」『判例時報』481号。
- 橋本博之 (2008) 「行政裁量と判断過程統制」『法学研究』81巻12号。
- 原田尚彦 (1967) 「朝日判決と行政訴訟」『ジュリスト』374号。
- 原田大樹 (2013) 『例解行政法』東京大学出版会。
- (2014) 「条文の使い方から学ぶ行政法IV『生活保護法』の適用」『法学教室』408号。
- 深澤龍一郎 (2010) 「裁量統制の法理の展開」『法律時報』82巻8号。
- 松井茂記 (1993) 「福祉国家の憲法学」『ジュリスト』1022号。
- 丸谷浩介 (2011) 「生活保護法研究における解釈論

- と政策論』『社会保障法研究』創刊第1号。
南博方(1967)「判批」『判例評論』104号。
棟居快行(2012)『憲法学の可能性』信山社。
村上裕章(2013a)「判批」『法政研究』80巻1号。
——(2013b)「判断過程統制の現状と課題」『法律時報』85巻2号。
山下慎一(2013)「生活保護法56条の解釈に関する一試論」『賃金と社会保障』1591・1592合併号。
山本隆司(2006)「日本における裁量論の変容」判例時報1933号。
——(2012)『判例から探究する行政法』有斐閣。
我妻 栄(1965)「裁判所と国民」憲法問題研究所編『憲法読本(下)』岩波書店。
——(1967)『民法と50年—古稀を記念して—身辺雑記(4)』有斐閣。
渡部吉隆(1967)「いわゆる朝日訴訟事件最高裁判決の解説—最高裁昭和42年5月24日判決—」『ジュリスト』374号。
(やました・しんいち 福岡大学講師)