

生活保護法における稼働能力活用義務をめぐって

——日独比較の視点から

木 下 秀 雄

(一) 問題の設定

日本の完全失業者数は、2010年6月で344万人、失業率は5.3%であると発表されている¹。こうした失業者に対する生活保障制度として、日本ではまず雇用保険が対応することになるが、2009年の雇用保険からの失業手当の年間平均支給者数は85万4617人である。失業者のうち失業手当受給者は25%程度にとどまっている²。この点は、2009年3月のILO報告書「金融危機と経済危機—デーセントワークからの対応」が、日本は、失業者の中で失業保障給付を受給していない給付受給失業者の比率が77%、実数で210万人に達しており、ブラジルの93%（150万人）、中国の84%（1700万人）と並ぶ位置にある、と指摘しているところである³。また、以前ドイツにもあった失業扶助制度も、現在日本には存在していない。

こうした状況の下では、失業者に対する生活保障を担う制度として、日本では、最低生活保障制度としての生活保護制度が果たなければならない役割は大きい、と考えられる。ところで、生活保護受給者数は、2010年1月で受給者数は182万7652人、対人口比率で約1.43%である。しかし、生活保護世帯の類型で、保護受給世帯構造を見ると、稼働能力がある人が

1 労働力調査2010年6月分速報。

2 雇用保険事業年報（平成21年版）。

3 ILO, The Financial and Economic Crisis; A Decent Work Response (2009)

世帯内に含まれる保護受給世帯は、保護受給世帯の中の14, 5%で、19万1404世帯にとどまっている。日本の保護受給世帯のほとんどは、高齢者世帯（43, 3%）、母子世帯（7, 9%）、障害者世帯（11, 4%）、傷病者世帯（22, 6%）である⁴。

つまり、日本では、現在、失業者344万人の生活保障制度として、雇用保険による失業手当が十分機能していないにもかかわらず、最低生活保障制度である生活保護法も失業者の生活保障制度としての役割を果たしていない、というのが現状である。

本稿では、日本における失業者の生活保障として、最低生活保障制度である生活保護法が、今後がどのような役割を果たすべきなのかについて、まず、生活保護法の稼働能力活用義務規定の検討をおこない、その上で、失業者に対する生活保障を一般的最低生活保障制度が引き受ける場合の問題と課題を確認し、そうした問題を克服する上で、司法的コントロールの役割の重要性を確認する。

（二）日本の生活保護法における稼働能力活用義務規定の構造

日本の生活保護法は、「保護の補足性」と題して4条1項において「保護は、生活に困窮する者が、その利用し得る資産、能力その他あらゆるものを、その最低限度の生活の維持のために活用することを要件として行われる。」と規定している。この「利用しうる能力」とは稼働能力、つまり就労して収入を得る能力を意味すると解されており、この稼働能力を活用することが保護実施の要件であると規定されている。

この条文の文言を根拠に、日本の生活保護制度は、稼働能力はあるが現に就労していない者、つまり失業者はただちに「稼働能力」を活用していないと解釈し、失業者をすべて最低生活保障制度の対象から排除してい

4 福祉行政報告例（平成22年1月分概数）。

る、と考える立場もとれないわけではないかもしれない。

しかし、第一に、現行生活保護法が1950年に成立する立法経過から見て、現在の生活保護法が失業者を全面的に適用対象から排除しているとは考えられない。現行生活保護法以前に施行されていた旧生活保護法は、「能力があるにもかかわらず、勤労の意思のない者、勤労を怠る者その他生計の維持に努めない者」をそもそも生活保護支給対象から排除するという規定を含んでいた（同法2条1号）。しかし、1950年現行法への改正に際して立法者は、意識的にこの条文を削除し、「外で働くことができる者でも、働き口がない場合は、当然その困窮の程度に応じて保護を受け得る」という見解を表明している⁵。

第二に、実際に現行法実施以後失業者に対する生活保護支給が行われていたのである。つまり、敗戦直後の混乱期、1947年に現在の雇用保険法の前身である失業保険法が成立するが、その失業手当の受給者数は20万から40万人程度にとどまっていた⁶。他方生活保護では、稼働能力がある人が世帯主である保護受給世帯が保護受給世帯全体に占める割合は1952年で55.6%、39万世帯であった。

第三に、以上のような歴史的経過のみならず、現在の時点で、中央政府はくりかえし、生活保護法4条1項の規定を根拠として、稼働能力があるというだけで生活保護適用対象から排除してはならない旨を各地方自治体の実施機関に通知を出している。つまり、中央政府レベルでは、失業者に対する生活保障制度として生活保護制度が機能することを当然のこととして考えているのである。少なくとも、建前としては。また、裁判例でも、1996年の名古屋地裁判決は、稼働能力があっても、就労場所が見つからない場合には生活保護受給資格を有する、と判示し、この解釈自体は高裁判

5 小山進次郎、生活保護法の解釈と運用（初版1950年、改訂増補復刻版1975年）125頁。

6 労働省職職業安定局失業保険課編、失業保険十年史（1960年）、900頁。

決でも、最高裁判決でも支持されている（最終的な結論は、1審では保護申請を認めたが、2審、最高裁はこれを否定するものとなっているが。）⁷。

以上のことから、現行生活保護法は、上記の4条1項のような文言にもかかわらず、その法的な意味は、稼働能力のある者を最初から最低生活保障の対象から排除するものではないことは明らかであった。

しかし、1960年代、日本では高度経済成長の中で失業率が1、5%程度にまで低下し、その後失業問題が日本の社会問題の焦点として取り上げられなくなる、という傾向が出てくる。

このような中で、生活保護行政の実務の中で、稼働能力のある者を生活保護の対象から排除する傾向が定着するようになる。つまり、65歳未満の、稼働能力のある者、すなわち障害や傷病等の稼働能力に関する阻害要因を有しないとみなされる者は、そもそも生活保護支給対象とはならない、とする行政実務が広がりかつ定着していく。こうした行政実務を推進したのは、日本的な暗黙の合意に下で、中央政府自身であり、また、地方自治体・実施機関であった。

そして、稼働能力のある者を生活保護受給対象から排除する論理として、二つの論理が用いられるのである。

一つは、稼働能力活用義務を、保護受給要件のレベルの問題としてとらえ、保護申請を拒否する根拠としてこれを上げる論理である。つまり、保護申請者が稼働能力を有する場合、稼働能力を活用すれば最低生活を営むことができるはずであるから、そもそも生活保護受給要件を満たさない、という理由で、保護申請段階で申請を却下する、というものである。

二つは、保護受給者に対する制裁の根拠として稼働能力活用義務を用いる場合である。つまり、保護申請を容認して保護受給に至った後、稼働能

7 林訴訟判決。1996年10月30日名古屋地裁判決（賃金と社会保障1193・1194号76頁）、1997年8月8日名古屋高裁判決（賃金と社会保障1212号28頁）、2001年2月13日最高裁三小判決（賃金と社会保障1294号21頁）。

力を活用するようにとの指導指示（生活保護法62条）に従わないことを理由とする、制裁としての保護廃止、という場合である。

以下では、日本での具体的な事例を見ながら、稼働能力活用義務をめぐる法的問題を検討する。

（三）稼働能力活用義務と最低生活保障給付

（ア）最低生活給付受給要件としての稼働能力活用義務

（i）日本の生活保護行政実務ではまず、保護受給要件として稼働能力活用義務履行を論じられる。そこで、稼働能力活用義務が履行されているか否かの判断基準として用いられることが多いのが、当該地域労働市場における有効求人倍率である。つまり、有効求人倍率が1以上である場合、すなわち保護申請者の居住する地域における全体としての求人数が求職者数より多い場合、「就労の場を得ることができる」と判断し、稼働能力があるにもかかわらず就労の場を得られないのは、稼働能力活用義務を果たしていないからであり、それは保護受給要件を満たさないことになる、という論理である。

また、保護受給要件の存否を判断する段階で、保護申請者の求職活動の「真摯さ」の程度を問題にする傾向が強い。つまり稼働能力活用によって最低生活を維持することが出来る収入を得られるかどうかを判断するのではなく、むしろ、保護申請者の主観的努力の程度によって、いわば「保護に値するかどうか」を評価する傾向が見られる。

実例1：K市に居住する35歳の男性と42歳の女性の夫婦が保護申請をした例である。男性は、学歴は中学校卒業で、自動車運転免許を持っていない。この男性は、学校卒業後派遣労働などの単純労働への就労を繰り返していたが、2008年頃K市に転居してきて、求職活動をしたが仕事が見つからなかった（龍法 '11）43 - 3, 250（1134）

らずK市に保護申請をした。しかし、K市福祉事務所は、この男性の年齢が稼働年齢であること、特に疾病や障害がないこと、当該地域の有効求人倍率は0.90であるが、隣接する大都市では1.18あることなどを根拠として、「稼働能力の活用が図られるため最低生活維持可能」という理由で、保護申請を却下した。

保護申請した段階で、手持ち金は400円であった。

実例2:これは東京で起こっている事例であるが、57歳のホームレスが保護申請をした例である。この事例の申請拒否理由としては「業種を問わなければ就労努力により適切な仕事を十分確保できるものと考えられる。」と述べられている。さらに、この事件については弁護士が支援し、仮の権利保護を求める請求を行った。しかし裁判所はこれを拒否したのであるが、裁判所の仮の権利保護拒否の理由は「稼働能力を活用する意思をもって真摯な努力をしていれば、その稼働能力を活用する機会を得ることが可能であった」というものであった。

(ii) 日本では以上のような論理で、保護申請の段階で、失業者に対する最低生活給付支給を拒絶する例が多く見られるのが現実であり、稼働能力活用義務履行を最低生活給付を支給する要件とすることの理論的問題を考える必要がある。

これに関しては、第一に、ドイツでも、このように稼働能力活用義務を保護受給権発生要件としてとらえることについて議論が分かれているようである⁸。一方では、ドイツでも稼働能力活用義務違反については保護支給中の制裁の問題として捉える見解が、学説でも裁判例においても有力であるように思われる⁹が、他方では、抽象的な理論的可能性として、保護

8 Ralf Rothkegel, Arbeit und Sozialhilfe, in Rothkegel (Hrsg.), Sozialhilferecht (Nomos, 2005), S.285ff.

9 例えば、Helga Spindler, info also 2002, 35は、連邦社会扶助法の解釈として、社

受給要件と、保護受給後の制裁とは、局面が異なるとする見解である。たしかに労働能力活用によって要扶助性が消滅する場合には、そもそも保護請求権自体が発生しないことになり、保護受給権発生を前提に当該受給権の制限をもたらす労働能力活用義務違反を根拠とする制裁とは、抽象的かつ論理的に区別することはできることになる。しかし、たとえ両者を区別するとしても、以下の点には注意しなければならないであろう。

第二に、労働能力活用義務をめぐる問題が、一つには、保護申請者の人格的自由に関わる極めて繊細な問題であることと、二つには労働市場における就労の可能性という極めて不確定な問題に関わっている点、三つには就労による収入、つまり賃金が現実に支払われるのは、特に日本では月給制が多いため、就労から一定期間後になることに注意する必要がある。金銭的資産を有していることを理由に要扶助性が否定される場合には、当事者は、所有している金銭を使って直ちに日常生活品を一般消費市場で自由に購入できることは確実である。これによって資産は減少するが、それは直ちには当事者の生存そのものに抵触するとは考えられない。その点で、労働能力活用義務をめぐる問題と、資産や収入の活用による要保護性の否定とを同じように考えることはできない¹⁰。このことから、労働能力活用義務不履行を理由として保護受給要件そのものを否定する場合には、資産や収入の存在を理由として保護受給要件を否定する場合と異なり、慎重な対応が求められることになる。

そして第三に、労働能力活用義務履行の可能性¹¹があることを理由にして

会扶助法の後位原則は一般的には同法2条に根拠を置いているが、その具体化はそれ以下の個別規定において行われている、とした上で、労働能力活用義務違反の場合には、同法18条3項と結びついた25条から義務違反の法律効果が生じるのであって、同法2条からではない、としている。

10 ドイツにおいても1968年1月31日連邦行政裁判所判決（Urteil vom 31. Januar 1968 des BVerwG, BVerwGE 29, 99ff.）は、労働能力の活用と資産及び収入の活用とを区別すべきである、ということを強調している。

保護受給要件そのものを否定することを認めるとした場合、稼働能力活用の場としての就労をどのように考えるかが重要になる。ドイツの裁判例には、稼働能力活用義務履行のためには、原則としてあらゆる仕事が期待可能である、として、補助的労働、有給休暇代替労働、あらゆる種類の臨時労働であっても引き受けることを求めるとするものがある¹¹⁾。しかし、稼働能力活用による要保護性否定という場合、労働市場での安定的就労によって最低生活水準を上回る収入を得ることが可能であるということを意味するはずである。低賃金で劣悪な労働条件の就労場所が見つかる可能性があるという理由で、そうした就労可能性を利用しなければ、稼働能力活用義務違反で保護支給要件を満たさないとして保護を支給しないとすれば、その最低生活保障制度は、結果的に、失業者の生活保障制度としてはほとんど機能しないことになるであろう。

第四に、たとえ論理的に、稼働能力活用義務履行を保護受給要件として捉えることができるとしても、その場合の稼働能力の活用可能性は、日本の一部の行政実務や裁判例が考えているように抽象的なものにとどまってはならないと考えるべきであろう。保護申請時点で、具体的に、しかも最低生活費水準を超える収入が得られる就労の場が存在していなければ、少なくとも、具体的に就労による収入が保護申請者の手元に入って利用できるまでは、保護支給を行なうことになる、と考えるべきである。これは、最低生活保障制度が具体的に現実的な生活保障を目指していることから帰結する当然の結論である。

(イ) 稼働能力活用義務と制裁

(i) 日本の生活保護行政実務では、例えば次のような事例が起こっている。

実例3:63歳の生活保護受給中の男性に対して、リーマンショックで失業

11 Beschluss des OVG Hamburg vom 14.4.1998 (FEVS 49,44)。

者が急増している最中の2008年12月5日に、「①2009年1月30日までに就労を開始し、同日午前11時までに来庁し、就労内容届書を提出すること。②ハローワークなどを利用し、積極的に求職活動を行い、求職状況報告書を毎週1回以上提出すること。」という指導指示を出した。これに対してこの男性は、1月30日までに3回求職活動を報告したが、就労先を決められなかった。これに対して福祉事務所は、2009年4月30日に、「真摯な求職活動を行っているとは認められない。」という理由で、5月1日から保護費全額について支給停止という制裁を決定している。なお、この男性は、糖尿病をわずらっており、外来通院が必要と診断されていた他、腰部椎間板症とも診断されていたが、他方で医師は、「軽労働への就労はできる」とも診断していたため、福祉事務所側は、稼働能力はある、と判断していた。

この事例のように、日本での稼働能力活用義務違反を理由とする制裁は、いわば懲罰的、あるいは見せしめのため、とでもいうべき性質を持っている場合が多い。

いずれにせよ、日本の生活保護制度では、一方で、ドイツの労働統合扶助に対応するような具体的な就労機会を創出する制度が存在せず、保護行政実施機関側は、保護受給者に、具体的な就労機会を提供したり、就労プログラムを提供する手段を持っていない。現在行われている自立支援プログラムは、ほとんどが公共職業安定所（ハローワーク）に通って、そこでの職業紹介を受けることを勧めること程度にとどまっている。他方で、ドイツにおけるような保護給付の段階的減額や、現物給付制度が定められていない。このため日本では、制裁として保護全額についての停止か、廃止しか予定されていない。この結果、稼働能力活用義務履行にかかわる指導指示の内容は極めて一般的な内容のものがほとんど、たとえばハローワークに出向いて求職活動を行い、それを頻繁に福祉事務所に届け出ることを義務付けるというようなものが多い。そしてここでも評価の中心は、保護受給者の求人活動の「真摯さ」となる。つまり保護受給者の「瑕疵ある態

(龍法 '11) 43 - 3, 254 (1138)

度」が制裁または懲罰の対象とされているとしか考えられない事例が多い。しかし、生活保護法上そうした「懲罰」的な保護受給要件否定は認められていない。

(ii) 稼働能力活用義務に関わる制裁を検討する上で、理論的には、第一に、そもそも制裁の目的は何であるか、という問題がある。ドイツでは、基礎保障制度において、制裁は「要請」原則と密接に関連しているとされる。具体的には要（被）保護者の労働市場への統合の機会を改善し、自己責任能力を強化するために必要とされた義務に違反した場合に課されるものと理解されているが、制裁自体が要（被）保護者を懲罰に付すという意味での自己目的化されてはならない、とも解されている¹²。ところが、日本では、そもそも、制裁の目的とは何か、ということが十分議論されておらず、上記のように具体的支援手段が不十分で、しかも具体的制裁手段も限られているため、目的と手段との相当性や、制裁の厳しさの比例性についての検討がほとんどなされていないのが実態である。

第二に、ドイツでは、これまで連邦社会扶助法の下では、制裁規定(BSHG25条1項)自身が、「扶助規範(Hilfenorm)」であると理解されてきた¹³。制裁規定を扶助規範として捉えるということは、制裁により給付の減額ないし廃止が行なわれても、最低生活保障行政は当事者を支援対象から排除してしまうのではなく、制裁の結果としてたとえ経済的給付を行なわない場合でも引き続き支援対象として把握し続けることを意味するとされている。しかも、給付の減額ないし廃止という経済的圧力は、保護申請者を稼働活動に統合するための一般的に見て信頼できる手段であるとは言えず、それぞれの個人に合わせて個別の処遇を模索する必要があると考え

12 Klaus Lauterbach, Die Absenkung der Leistungen nach § 31 SGB II in Spellbrink, Das SGB II in der Praxis der Sozialgerichte - Bilanz und Perspektiven (Boorberg, 2010), S.13ff.

13 Urteil vom 17. Mai 1995 BVerwG (BVerwGE 98, 203).

られていた¹⁴。そうすると、他方で失業という大量のしかも構造的な社会現象に起因する生活困窮に対する生活保障と、こうした個別的処遇としての制裁が果たして制度的に整合しているのか、根本的な疑問が生じる。

第三に、そうすると、失業扶助と最低生活保障制度を統合したドイツの社会法典2編の制裁において、旧来の連邦社会扶助法において強調されてきた制裁規定を「扶助規範」として把握する視点は果たして維持されているのか、あるいは維持できるのか、ドイツの議論動向にも注目する必要がある。

(四) 稼働能力活用義務と裁判官による法的統制

(i) 日本では現在のところ、失業者の生活保障において最低生活保障制度である生活保護法が担わなければならない役割は大きいと考えられるが、実際には、上記のような稼働能力活用義務不履行を理由として、失業者に対する保護給付支給は極めて抑制されている。つまり、日本では、稼働能力活用義務をめぐる現実の保護行政は、地方自治体行政のレベルで相当大きな格差が生じており、しかも全体として極めて支給抑制的方向で実施されている。そうした運用が行われる背景には、まず中央政府自身が各種通達で、稼働能力活用義務を保護受給要件と定めた法4条1項を厳格に解釈するように指示していることがある。そしてこれに加えて、実際の生活保護給付支給について判断するケースワーカーが、自治体職員として、自治体の財政負担が増加することを懸念して、生活保護法の本来の趣旨を遵守しないだけでなく、中央政府の通達にすら違反する運用を行なう傾向があることである。

とりわけ重大なことは、日本では、こうした稼働能力活用義務の解釈と運用がほぼ全面的に地方自治体・実施機関の行政裁量に委ねられてしまっ

14 Beschluss des OVG Hamburg vom 14.4.1998.

ていて、中央政府からの統制も十分でないだけでなく、何より、裁判官による法的統制がほとんど及んでいない、ということである。この結果、機能的に見ても、生活保護制度が失業者の生活保障制度として本来果たすべき役割を十分に果たせておらず、失業者の生活保障問題が深刻化している。そしてそれだけではなく、失業者に対する生活保障について裁判官による法的統制が十分でないため、行政裁量にゆだねられて失業者の生活保障が権利として十分確立されていないという状況が生じている¹⁵。

(ii) 日本では社会保障分野での行政裁量行使に対する裁判官による法的統制が極めて弱い。日本には、ドイツの社会裁判所に対応するような社会保障に関する問題を専門に管轄する裁判制度はない。そうした事情もあって、社会保障に関連する訴訟件数の統計資料は存在しない。そこで、差し当たり生活保護制度にかかわる行政不服申し立て（審査請求）の件数を見てみると、最近増加したとはいえ年間1000件以下にとどまっている。日本では生活保護給付に関する訴訟は、行政不服申し立てに対する裁決を経てからでないと提起できないことになっているので、少なくとも生活保護に関する行政訴訟の件数は、この行政不服申し立て件数を超えることはないことになる。これをドイツの社会法典2編に関する異議申し立て件数と比較すると、ドイツ全体で異議申し立て件数は2008年に78万8627件で、訴訟提起件数が13万2356件と言われているから¹⁶、日独のさまざまな制度上の違いを考慮したとしても、日独の裁判官による法的統制の違いは歴然としている。

この背景には、第一に日本では、例えば行政訴訟上の仮の権利保護制度ができたのが、2005年4月からであるというように、社会保障法上の権利

15 Dirk Hölzer, Richterliche Kontrollpflichten bei Rechtsstreitigkeiten im SGB II, in Spellbrink, Das SGB II in der Praxis der Sozialgerichte - Bilanz und Perspektiven (Boorberg, 2010), S.111ff.

16 2009年9月にBAで入手した資料による。

保護に必要な制度整備自体が遅れていたことを指摘しなければならない。また、第二に、大量行政である社会保障行政についての争訟を処理する裁判所の体制の整備も大幅に遅れていることも見逃せない。ドイツでは社会裁判所裁判官総数（2008年）は1635人と言われており、各種専門裁判所及び通常裁判所をあわせると裁判官総数は20101人になるという¹⁷。日本では、2009年の裁判官総数は3566人であるといわれており、これらの裁判官の一部が、多様な行政事件訴訟の中のごく一部として社会保障訴訟を担当している。そして最後に、第三として裁判官自体の問題も指摘しなければならない。つまり、一つには、一般に、裁判官自身が、貧困問題や失業問題について無理解であることと、二つには、日本の裁判官全体に見られる傾向であるが、行政裁量や立法裁量に対して司法統制を加えることに極端に消極的なことである。こうしたことから、行政訴訟上の仮の権利保護制度ができて以後も、生活保護行政訴訟において仮の権利保護決定がほとんど出されておらず、事例2で紹介したように、現に路上生活を送っているホームレスの人からの生活保護申請に関しても、稼働能力活用義務履行を求めて仮の権利保護を拒否する決定が出される状況である。

（iii）日本においては、稼働能力活用義務に関する行政裁量行使に対して裁判官による法的統制を強化することまず求められているといえるが、そのためには、何より、訴えを提起する原告を多数作ることが日本で当面の課題であるといえる¹⁸。この点について、日本では2007年から弁護士や司法書士など法曹関係者が、生活保護申請支援のためのボランティアを全国的に組織し始めていることが注目される。これは、日本の各地で生活保護申請に関する相談助言活動を弁護士・司法書士が行い、場合によっては保護申請に福祉事務所に同行する活動を行っている。こうした申請段階の支

17 Rechtspflege 2009 - Fachserie 10, Reihe 1 (Statistisches Bundesamt, 2009).

18 ドイツでも「原告がいなければ、裁判官も必要ない」と指摘されている（“Kein Kläger - Kein Richter”（Hölzer, a.a.O., S.121））。

援から、生活保護行政の不当な決定に対する行政不服申し立てや、場合によっては裁判提起に至る例も出てきている。

(五) まとめ

以上のように、日本で当面失業者の生活保障を整備する上で重要なことは、生活保護法における稼働能力活用義務規定を現在の大量失業状況に適した形で解釈・運用していくことであり、そのためにも行政裁量に対する適切な裁判官による法的統制であると思われる。

しかし同時に失業者に対する生活保障制度を政策的にどのように制度設計していくべきであるか、そしてその際最低生活保障制度としての生活保護法はどのような役割を担うべきであるか、という政策課題も現在大きな焦点になってきている。

この場合、二つの方向が考えられるであろう。

一つの方向としては、失業者に対する生活保障制度を独自に強化する、という方向であり、つまり、雇用保険の整備拡充と失業扶助制度の創設を図り、生活保護はあくまでそうした失業者の生活保障制度の整備充実から漏れてくる人たちに対する最後のセーフティーネットとしての役割を担う、という方向である。もう一つは、ドイツの求職者基礎保障制度のように、最低生活保障制度自体を失業者に対する生活保障制度としての性質を持つものに改善していく、という方向である。

いずれの方向をとるのか、ドイツの経験をふまえながら、日本独自の方向を探っていかなければならない。