
特集：社会保障の政策形成と施行と運用—法的な側面から考える

生活保護基準の法形式とその効果

嶋田 佳広*

抄 録

生活保護基準に対する法的統制が課題となっているが、同時に、生活保護基準が厚生労働大臣による告示として長年運用されてきていることの意味についても考えなければならない。現状は歴史的経緯によるところが大きく、必ずしも法的な必然性があるという告示形式が用いられているとはいえず、別の在り方についてもかねてから議論がある。保護基準の設定にはそれ自体の特殊性が備わっているとしても、現行法の規定を、大臣の広範な裁量を許す趣旨として捉えるのではないのはもちろん、国民生活におけるセーフティネットや国家のナショナルミニマムといった視点も交えて、制度全体の民主性や正統性を確保する方向で検討していくことが求められる。他の社会保障制度との比較などを通じた問題の相対化も有用である。

キーワード：生活保護、保護基準、告示、行政立法、法的統制・訴訟

社会保障研究 2023, vol.7, no.4, pp.306-319.

I 保護基準にかかる法的統制の進捗

2013年度以降に実施された生活保護（生活扶助）基準の引き下げに対して、全国29地裁で訴訟が提起された。2023年1月段階では、9つの地裁（判決の言い渡し日順に、名古屋、札幌、福岡、京都、金沢、神戸、秋田、佐賀、仙台）では原告側の敗訴、対して4つの地裁（同じく、大阪、熊本、

東京、横浜）では原告側の勝訴と、結論が分かれている¹⁾²⁾。2023年以降は、宮崎地裁で2月10日に言い渡しが予定されているのを皮切りに、そのほかの地裁でも続々と判決が出される見通しとなっており、さらに高裁レベルでは大阪高裁（大阪地裁の控訴審）が4月14日に判決を言い渡す予定である。本稿締め切り時点では、各地裁や高裁でどのような判断がなされるかはまったく予想もつかないが、大阪や東京といった比較の大きな地裁で

* 龍谷大学 教授

¹⁾ 直近の批評として、常森裕介「生活保護基準引下げ処分取消等請求事件（大阪地判令3・2・22賃社1778号22頁、判時2506・2507号20頁）」賃金と社会保障1816号（2022年12月）57頁以下。

²⁾ 一連の訴訟とも関連する最近の論考として、松本奈津希「専門的知見との整合性要請と憲法25条〔令和4.5.25熊本地裁判決他〕」賃金と社会保障1814号（2022年11月）2頁、巽智彦「憲法訴訟の醸成：実務と学説が導く可能性（18）生活保護基準の改定に係る厚生労働大臣の裁量の範囲について」法律時報94巻12号（2022年11月）110頁、稲森公嘉「生活保護基準改定の法的統制」週刊社会保障3174号（2022年6月）42頁、高さやか「生活保護基準改定における裁量と司法審査」週刊社会保障3179号（2022年7月）24頁など。

勝訴するなど、流れのようなものはできつつあるともいえる。

通知通達の読み込みにかかる生活保護の運用の問題や、近年では自動車保有や稼働能力活用についてなど、保護を求める側からの訴訟では原告側の請求が認容されるケースが増えてはいるものの、制度のいわば中核部分についての司法審査にあっては、裁判所の姿勢はなおも慎重であり（例えば外国人の保護受給権についても、解釈上の問題や政策上の方針が絡み合っており、あえていうなれば“前向きに覚醒した”判決は見られない状況である）、実際、加算訴訟では一つの例外³⁾を除いてすべて敗訴となったことからすると、拮抗しているとはまではいわずとも、それなりに勝負になっている－13の地裁で4勝9敗という「戦績」を軽んずべからず－。後続の結果次第ではあるものの、2023年内にはもしかすると趨勢が見えてくるかもしれない。

基準設定者の側で、ややもすると裁判の旗色が思わしくないと判断せざるを得ないような状況になったとして⁴⁾、それでも最高裁まで争いを継続する可能性は大いにある。形勢がどちらともいえない状況が続き、とりわけ高裁段階での判断が大きく割れるような事態になれば、最高裁が判例統一のようなかたちで動き出すことも考えられる。そうなったらそうなったで、最高裁の判断が示されればその有する意味は極めて重く、理論的にも実務的にも大きな影響を与えるに違いない。判例百選のラインナップも入れ替わりは必須である⁵⁾。

ただしそうなるのはもう数年先であろう。ある

いは、政治的な決着が図られる可能性も捨てきれない。実際、生活保護基準のうち、老齢加算および母子加算の削減・廃止について争われた一連の訴訟においては、政権交代の関係もあって母子加算復活の運びとなり、母子加算部分にかかる訴えは取り下げられた。理論的には、老齢加算と母子加算は異なる加算なので、その縮減廃止に対する評価が常に平行になるわけではなく、最高裁判例⁶⁾で示されたような一般論がたとえ両加算で設定されたとしても、あてはめの段階で結論が異なったかもしれないことを思うならば、もし訴訟が継続していれば（ただしこの前提は母子加算の復活なかりせば、という点にあるので、経緯はどうあれ母子加算の消除により保護費を減額された被保護者の立場からすれば首肯しがたい仮定であることはその通りであり、あくまでイフのレベルであると理解されたい）、事案の性質に応じて、基準の上げ下げや加算の増減についてより理論を深める機会になった可能性はあろう。障害者加算など金額や規模の大きな加算の今後を考えれば、本体基準と加算との関係をもそもどう考えるのかという、日本の保護基準の作りにかかるメタの問題ともつながってこよう。

II 告示としての生活保護基準

いずれにしても、生活保護（生活扶助）基準のあるべき論が争われている点においては、加算であれ本体基準であれ、様相は変わらない。他方、一連の訴訟で正面から争われていないのが、基準

³⁾ 福岡高判平22・6・14民集66巻6号2505頁。

⁴⁾ 判決の効力との関係でいうと、下級審における原告請求認容判決と棄却判決が、上訴されることなくそれぞれ確定した場合、客観的には同じ一つの保護基準が適用される場合とそれが否定される場合とが併存することになり、考える素材としても興味深い。もちろん、保護基準は同じでも適用の際の判断が分かれた結果である、という整理も可能であろうが、一連の訴訟では保護基準の引き下げそのものが攻撃されている（保護基準は引き下げられたとしてもその保護基準をこの個別ケースについては当てはめるべきではない、なぜならば・・・、という訴えが前面に出ているわけでは必ずしもない）以上、政治介入の可能性をとりあえず措くならば、理論的には対世効の有無を視野に入れながら（さらにはこの種の訴訟の争い方そのものについて立法論も交えつつ）議論を深めていくべきであろう。

⁵⁾ 実務上も理論上も、生活保護基準の法的統制にかかる議論は実際大きく進展している。近時の整理として、豊島明子「生活保護基準改定に係る裁量審査の深化 熊本地方裁判所2022（令和4）年5月25日判決を念頭に」賃金と社会保障1811・1812合併号（2022年10月）52頁以下。

⁶⁾ 最三小判平24・2・28民集66巻3号1240頁〔東京〕、最二小判平24・4・2民集66巻6号2367頁〔福岡〕参照。

の法形式（告示としての生活保護基準）である。法的にいうならば、生活保護基準はなぜ告示されているのか、告示になっている意味は何なのか、告示でないなら何が適当なのか、告示であることが（最低）生活保障という目的との関係で何らかの影響を有するのか、紛争や訴訟との関係ではどうか、といった、制度論的には公的扶助の総論に属する問題群である。確かにこれらの論点自体を裁判で直接問うことは難しいであろうから、学術的な議論が求められる分野ということになる。

さりとて、なぜそれを、わざわざこの時期に問う必要があるのか。なかなか難しいところであるが、現況に鑑みるのであれば、一つは、生活保護制度の重要性や、生活保護基準の持つ意味（の広がり）に、その根拠を求めたい。コロナ以降、日本社会の貧困がなおいっそう深刻となり、しかし生活保護の利用が劇的に増加するには至っていない。予想される膨大な漏救の存在は、最低生活保障制度の存立を揺るがす大問題である。他方、例えば基準訴訟のニュースがネットで流れるたび心ないコメント欄で溢れるのを見るにつけ、社会の分断の強まりも看取される。このようなことで果たしてよいのだろうか。その限りでは、人々の生活において本来は身近な仕組みであるはずの生活保護を、国民（ひとまず国民としているが外国籍の者を排除する意図ではない；以下同じ）にとってより利用・活用しやすいものにしていく努力が欠かせず（まして申請主義を標榜するのであれば、制度に対する理解が国民の側において成立していることが大前提であろう）、その努力の一端には、現行法の在り方を不断に見直していくことも含まれるはずである。そして生活保護が届いていない人々の存在を思うなら、方向としては「わかりやすい生活保護（＝この場合は最低生活保障と自立支援を含む）」をあらためて目指していくべきではないか。法律を見ても保護が果たしてどれだけ利用できるのかよくわからず、あるいは金額が明記されてもおらず、基準額表などにたどり着けばなんとなくはイメージできるものの、それを誰が責任を持って決定しているのかや、受け取る保護費では生活できないと思ったと

きにどうすればよいのか、裁判はできるのかなど、一般市民の目線で現在の有り様を問うこともそうした作業の一環である。

一方で、生活保護基準それ自体は、現行法の制定から70年余を経るなかで、いちおうは安定しているようにも思える。今更になって、例えば告示ではなく法律に書き込めなどと言い出しても、無用な混乱を招くだけかもしれない。確かに、保護基準には理論的に難解な論点も多く存在するし、ゆえに専門的技術的な側面を否定できず、あるいは政策的な判断もときには求められよう。さりとて、生活保護が直接的には生活に困窮する者を対象とするのではあるけれども、とりわけこの時代にあつて誰もが生活に困窮するかもしれない、その限りでは誰も生活保護に無関係ではないのであり、すなわち、生活保護制度の今後を議論するに際しても、日本で生活する自分たちにかかわる社会保障、生活保護であるという国民の側の意識や関心はやはり重要であると思われ—コロナだけでなくこれからどのような危機が襲来するのか誰にも予想できず、そうであるからこそ、少なくとも最低限度の生活は保障されるはずだという主観的な認識とそれにふさわしい実態が成立してこそ、まともな社会生活が営んでいけること（セーフティネットの側面）、また基準の引き下げにおいて明らかとなったように生活保護基準は各種の福祉的な措置（就学援助が典型）と連動しており、あるいは最低賃金の議論においても生活保護との整合性が法律でうたわれるなど、受給するしないにかかわらず生活保護制度の存在そのものが客観的に日本社会の底抜けを防止する機能を果たしていること（ナショナルミニマムの側面）を想起せよ—、まして国民主権の世の中である以上、民主的な正統性との関係でも、法律ないし法制度の在り方を国民との関係で、国民との距離感から考える意味は決して少なくないのである。

かかる次第で、生活保護基準が告示という形態をとっていることの意味をいくつかの側面から考察してみることにする。

Ⅲ 現行法制における保護基準の告示

1 現行制度の確認

生活保護基準は、周知のように、生活保護法（以下、単に法）8条により定められている⁷⁾。

（基準及び程度の原則）

第8条①保護は、厚生労働大臣の定める基準により測定した要保護者の需要を基とし、そのうち、その者の金銭又は物品で満たすことのできない不足分を補う程度において行うものとする。

②前項の基準は、要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に応じて必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであつて、且つ、これをこえないものでなければならない。

この種の検討をおこなううえで小山に遡ることはある意味で常識でもあるので、ひとまず解釈と運用の8条にかかわる部分⁸⁾をみると、告示という方式が用いられる点に関して以下のような記述がある。すなわち、

・要旨の一つとして、「第一 保護の基準は、厚生大臣が定めること。」

・その理由として、「(一) 保護の基準は、旧法においては形式的には厚生大臣の認可を受けて都道府県知事が決めることになつていた（旧施行令第10条）。新法を制定する際にこれを厚生大臣が直接定めることとしたのは、保護の基準をどう決めるかがこの制度の性格をも決定する重大な問題であること及び保護の基準における地域差の問題は保護の基準の内容に関する問題であつて厚生大臣が直接決めても十分解決可能な問題であること、特に、社会保障の理念に立ち国の直接責任を徹底させる立場を採れば技術的に不可能でない限り国の責任者たる厚生大臣が直接決める建前を採

ることが望ましいこと等の点を考慮したからである。

なお、生活保護の基準をどう決めるかは国家財政に影響するところが大きいから厚生大臣が大蔵大臣と協議して決めるべきだという意見もあつたが、この事務に対する終局的な責任者を明確にするためには厚生大臣のみとすべきだとする意見が採択され現在のようになつたのである。」

「(四) 保護の基準を法文上明確に規定することができないとすれば、その決定に対し国民の声を反映させるために特別の審議会を設けよという意見が極めて強力に衆参両院から述べられた。両院の公聴会における意見にもこれに触れているものが多かつた。この意見には傾聴に値するものがあつたが、厚生省当局側としては、保護の基準は飽く迄合理的な基礎資料によつて算定さるべく、その決定に当り政治的色彩の混入することは厳に避けらるべきこと、及び合理的な基礎資料は社会保障制度審議会の最低生活水準に関する調査研究の完了によつて得らるべきことを説明し、且つ、社会事業審議会に部会を設け実際の運用に当りその趣旨を生かすことを言明して了解を得た次第であるが、問題は残つているようである。」

・「厚生大臣の定める基準」の解釈として、「(1) 一般的には各種類の保護について定められ告示されるのを例とする（一般基準）。このほか特別の場合に定められる特別基準がある。これはその場合限りのものであつて特に告示されない。これらはいずれも第二項の要件を満たすものでなければならない。」

・運用については記載はない。

以上を要するに、旧法（1946年の生活保護法）との関係では、都道府県知事から厚生大臣に権限を集約し（垂直的な整理）、大蔵大臣との協議制はとらず（水平的な整理）、特別の審議会などの設置

⁷⁾ 本稿では直接の関心とはならないが、憲法25条との関係、法8条の実体的・手続的な規範内容について、憲法学の立場から精力的な解釈論が展開されているので、一連の訴訟における理論的問題を深めるためにもぜひ参照されたい。笹沼弘志「憲法とその具体化としての生活保護法の解釈－大臣による保護基準改訂とそれによる保護費減額処分に関する法的統制について（全3回）」賃金と社会保障1739号（2019年10月）4頁、1740号（2019年10月）27頁、1741号（2019年11月）40頁。

⁸⁾ 小山進次郎『生活保護法の解釈と運用』166頁以下。

が見送られた理由として政治から距離をとるべきことが挙げられ（中立性の側面）、さらには、審議会での調査研究により資料を得べきこと（科学性の側面）、審議会に部局を設けて実際の運用で趣旨の実現を図っていくこと（運用（の積み重ね）への期待）が述べられている。ただし問題が残ることも認識されている。また形式として告示が言明されているが、特別基準は告示しないとしているところからみると、一般基準が基本的なルールとして告示（公開）される一方で、特別基準はそのケース限りでの運用である、という整理をしようとしたものであろう。

1950年の現行法制定時点においてすでに国民の声の反映が課題であることが認識されていること、にもかかわらず70年以上この課題が解決されていないことにあらためて驚きを禁じ得ない。しかし逆にいえば、少なくとも一頃までは、政治の介入などから距離を置き、基礎研究をもとにしながら生活保護基準の前進向上が図られてきたのだともいえようか。実際、マーケットバスケットからエンゲル、格差縮小、水準均衡、というように、保護基準の設定にかかる手法やそれを支える知見が、厚生省内の運用で積み重ねられ、かつブラッシュアップされてきたのである。

上述を踏まえると、告示か告示でないか、という議論の立て方も一つであるが、告示だとしてもその告示がどのような告示なのかも重要である。すなわち、まともな説明もなくただ金額が数字として書かれているだけの告示と、運用の積み重ねで内容的に科学的合理性を備えた告示とでは、自ずから重みは違ってくるのではないか、ということである。この点は民主的正統性とも関連してくる。小山の記述をよく読むと、「決定に対し国民の声を反映させるために特別の審議会を設ける」可能性があった、というだけで、いわゆる「特別の審議会」なるものが本当に国民の声を反映できるのか、その担保はあるのかなどがこの記述で詰められているわけではない。また、国会が直接法律によって基準を決定するという意味でのオルタ

ナティブに言及しているわけでもない。そうした限界を踏まえつつも、国民の声を可能な限り反映した告示か、そうした回路を経ないで厚生大臣が主として決定するものとしての告示か、という問題も、発展的には指摘可能であろう。

2 法形式としての告示

法令の用語としては、ひとまず辞典をみると、「告示」や「公示」は、ともに公の機関が決定した事項その他一定の事項を公式に一般に知らせることをいう。⁹⁾とある。制定法上の用例では、作用の名称として用いられることもあれば（例として、都道府県以外の地方公共団体の名称の変更について、地方自治法3条7項「前項の規定による通知を受けたときは、総務大臣は、直ちにその旨を告示するとともに、これを国の関係行政機関の長に通知しなければならない。」、その一般に知らせるもの・この名称を指す場合もある（例として、国家行政組織法14条1項「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。」。告示をすることが法的効力と連結している例も見られる（都道府県の廃置分合・境界変更にかかる内閣の承認について、地方自治法6条の2第5項「第一項の規定による処分は、前項の規定による告示によりその効力を生ずる。」。告示は、国であれば官報、地方公共団体であれば公報に掲載される。

生活保護法では、医療機関を指定した場合の告示（法49条と関連する法55条の3）について用例がある。下位規範では、例えば保護に関する事務の委託（法19条）に基づいて委託をした場合はその旨を告示すること（生活保護法施行令1条3項）といった定めがある。

保護基準については、法律では、「厚生労働大臣の定める基準」としか書かれておらず（法8条1項）、その内容をどのようにオープンにするかまでは定められていない。現行の法制度で告示が長年用いられているのは、以下に述べるように、歴

⁹⁾ 田島信威『最新 法令用語の基礎知識（3訂版）』（ぎょうせい、2005年）260頁以下。角田禮次郎ほか編『法令用語辞典第10次改訂版』（学陽書房、2016年）278頁も同様。

史的経緯にもっぱらよるものと思われる。

すなわち、旧生活保護法（以下、単に旧法（これに対して現行生活保護法を新法とすることがある））では、保護の種類を掲げる旧法第11条において、同2項「前項各号の保護の程度及び方法は、勅令でこれを定める。」とあり、委任立法として勅令を予定していた¹⁰⁾。それが（旧）生活保護法施行令（昭和21年勅令第438号）であり、さらに「保護のため支出する費用、生活保護法第十七条第一項の葬祭費及び同条第二項の規定による葬祭のため支出する費用の程度は、厚生大臣の認可を受け、地方長官がこれを定める。」（旧法施行令10条）によって、（先の小山の言及にあるように）地方長官に権限が委ねられていた。地方長官（地方自治法の施行後は都道府県知事）はこれを告示していたようである¹¹⁾。

1950年に新法と入れ替わりになるまで、勅令への委任と都道府県知事への授権という枠組みは変わらなかった¹²⁾。また、保護基準の実質的な決定者は厚生大臣であったようである¹³⁾。

いずれにしても、法文上、決定者として厚生大臣が出てきたのは、やはり法8条¹⁴⁾が登場してから

である¹⁵⁾。繰り返しになるが、厚生大臣の定めた基準がどのような方式で公にされるかについては、告示をもっておこなうとの特段の定めは法にはない。それでも、予想の限りではあるが、形式的な権限行使に過ぎないとはいえ、各都道府県知事による告示がいちおうは続いていたこととの関係で、新法施行後も告示という形式が引き続き選択されたのであろう。

3 告示の法的性質？

この点もものの本によると、「告示の形式でなされる行為は、法規命令、行政規則、一般処分、事実行為など様々の性質のものを含んでおり、その法的性質は個別的に判断されねばならない。」¹⁶⁾という。それはその通りである。

行政法の教科書類では、いわゆる行政立法のうち、法規命令の例として、保護基準の告示がよく挙げられている¹⁷⁾。これらは、行政立法という枠組みをいちおう立てたうえで、私人の権利義務との関係で法規命令と行政規則に二分した場合の位置づけの問題に引きつけた説明である。すなわち、保護基準が私人の権利義務に直接関係し、言

¹⁰⁾ 旧法11条は、形式的には前身の救護法10条2項「前項各号ノ救護ノ範囲、程度及方法ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」を踏襲したものである。

¹¹⁾ 戦後間もない時期の公報ではあるが（古い資料なので全文検索が難しく、たまたまたどり着いたものである）、三重県でその例が見つかった（三重県告示第339号、昭和22年8月13日第5813号）。<https://www.pref.mie.lg.jp/common/content/000367806.pdf>

¹²⁾ この間の保護基準の内容変遷については、菅沼隆『被占領期社会福祉分析』（ミネルヴァ書房、2005年）193頁以下参照。

¹³⁾ 旧法制定にあわせて、昭和21年9月16日厚生省発社第107号各地方長官宛厚生省社会局長「生活保護法による保護等のために支出する費用の程度に関する件」が発せられている。その後の改定では、基本的に通知をあらためて発出しそれが各都道府県知事による権限行使によって内容上反映されていくことで、保護基準が改定されていったと思われる。第10次改定までは旧法下で進行し、第11次改定（昭和26年5月1日厚生省発社第47号各都道府県知事宛厚生事務次官通知「生活保護法による保護の基準改訂について」）以降は新法（現行法）に属するが、質的に大きな変化があったのは第8次改定である。岩永理恵『生活保護は最低生活をどう構想したか－保護基準と実施要領の歴史分析』（ミネルヴァ書房、2011年）58頁以下参照。

¹⁴⁾ 菅沼・賃金と社会保障1740号27頁以下が詳しい。

¹⁵⁾ 厚生大臣だけが決定していたかどうかは、政治過程を見なければ判断できない。籠山京は、厚生大臣と大蔵大臣との予算折衝における協議によって定まるのが通例であると記している。同『公的扶助論』（光生館、1978年）43頁。

¹⁶⁾ 高橋和之ほか編集代表『法律学小辞典第5版』（有斐閣、1999年）429頁。

¹⁷⁾ 例として、塩野宏『行政法I（第6版）』（有斐閣、2015年）108頁、112頁、高木光『行政法』（有斐閣、2015年）100頁など。原田尚彦『行政法要論（7版補訂2版）』（学陽書房、2012年）114頁も同様であるが、行政による法律の補充作用の一環として行政立法をとらえている。「法定の細目的行政立法」とするものもある（大浜啓吉『行政法総論第四版行政法講義I』（岩波書店、2019年）165頁）。

い換えれば外部効果を持つことが一般的な学説では承認されていることが示されている¹⁸⁾。

ただしこの点は、「保護基準が告示だから」法規命令に分類されるとしているのではなく、「私人の権利義務を規律する性質を有する保護基準だから」法規命令であると考えていることを意味している。すなわち、告示であること自体には、保護基準の法的性質を考えるうえではポイントはおかれなことになる。そうなると、告示であるかどうかはあまり問題にならないようである。

では保護基準を告示しない可能性はあるのか。形式的には、法8条が明文で告示を要求しているわけではなく、すなわち法規命令（委任命令）としての保護基準の設定については、厚生労働大臣が定めさえすれば、告示以外の選択も理論上は排除されない¹⁹⁾。

この点で、保護基準の持つ意味の重要性に鑑みて、少なくとも省令事項とすべきという主張がある²⁰⁾。さらに踏み込んで、立法の迅速、柔軟性を害しない範囲で保護基準に関して具体的な法律の定めを求める見解も存在する²¹⁾。加えて、立法論としては、厚生労働大臣の裁量を抑制する観点から、立法府が保護基準の基本的部分を決定することを前提に、専門的知識の動員とならんで国民的

合意の形成を諮るべく、例えば、第三者機関が最低生活水準を判定し、行政は保護基準決定においてその決定を尊重する義務を負うようにする方式が唱えられている²²⁾。韓国では実例がある²³⁾。

4 行政手続法との関係

生活保護法における保護基準の設定が告示形式によることが固定して以降、事後的に生じた現象ではあるが、行政手続法（以下、単に行手）との関係についても一考の余地はある。行政手続法は、1993年の制定時点では行政立法に関する定めを有していなかったが²⁴⁾、その後の法改正において、「意見公募手続等」の章が起こされ（2005年公布、2006年施行）、命令等を定める場合の一般原則行手38条）などが明文化された。

保護基準に照らしてみると、行手2条（定義）のレベルでは、「命令等 内閣又は行政機関が定める次に掲げるものをいう。」（同条8号）のうち、「イ 法律に基づく命令（処分の要件を定める告示を含む。次条第二項において単に「命令」という。）又は規則」に保護基準が該当することは問題なく、行手3条による適用除外も及ばないため、行手38条の段階では、同条の規律がひとまず保護基準設定にも及ぶと考えると差し支えない。ただし行

¹⁸⁾ なお、法規命令に関してなされるもう一つの区別としては、委任命令と執行命令の問題があるが、保護基準が権利義務の内容を形成し、かつ、法の委任が明文で存在する（法8条1項）ことからしても、前者であることに疑いはない。

¹⁹⁾ 宇賀克也「行政法概説I（第7版）」（有斐閣、2020年）311頁；小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）110頁。

²⁰⁾ 行政法学説では、大橋洋一『行政法I（第4版）』（有斐閣、2019年）132頁以下；社会保障法学説では、菊池馨実『社会保障法（第3版）』（有斐閣、2022年）326頁、加藤智章ほか『社会保障法（第7版）』（有斐閣、2020年）389頁以下〔前田雅子執筆部分〕も参照。ちなみに、告示か省令かは単なる選択だけの問題でもないようである。芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』（有斐閣、2006年）14頁以下は、告示には実務上法律の委任は必要とされておらず、省議も不要であって、効力は省令に劣るとされると指摘している。

²¹⁾ 笠木映里「社会保障法と行政基準」社会保障法研究第3号（2014年3月）3頁、8頁。

²²⁾ 阿部和光『生活保護の法的課題』（成文堂、2012年）253頁、256頁以下。片岡直「最低生活基準の今日的課題」日本社会保障法学会編講座社会保障法第5巻（法律文化社、2001年）227頁以下も、議会の関与および国民の参加保障を説く。

²³⁾ 1999年実施の国民基礎生活保障法では、中央生活保障委員会という審議会が最低生計費の決定について審議、議決することを前提に、保健福祉部長官が最低生計費を決定、公表するという方式によっている（同法6条、20条）。

²⁴⁾ 行政手続法がその出自において行政立法手続にそもそも無関心であったというわけではないようである。法案に至るまでの経緯については、小早川光郎編『行政手続法逐条研究』（有斐閣、1996年）24頁以下。告示などの形式の多様性、実際の政策形成過程・政治過程の複雑さ、審議会の位置づけや法的規律の及ぼすべき範囲など、結果的に成法に至らなかった原因やハードルについての指摘は興味深い。

手38条1項が定めている内容は、いってみれば当たり前の話であるので—法令の趣旨に適合するように命令等を定めるのは法治国家である以上当然の事理であり、行政手続法の規定の有無には関係なく、法令に適合しない命令等は違法であって裁判所により効力を否定される—、保護基準の内容形成に直接の影響を及ぼすとはまでは解されない。保護基準は直接的には生活保護法に基づいて設定・改定されるものであり、ゆえに生活保護法が根拠規範であって、行政手続法のような規制規範がそれに取って代わるものでもない。とはいいつつ、同時に行手38条2項は、社会経済情勢等の変化を勘案し、内容についての再検討を求めており、努力義務に過ぎないとはいえ、適正確保により意を尽くすことが行政機関に要求されている点は、単に当然だと見なすにはもったいない意味内容を含んでおり、注視すべきであろう（意見公募手続きは適用されなくとも、行手38条は変わらず適用される）。

しかしいづれにしても、保護基準の設定（2005年改正行政手続法施行以降の事象であるので、保護基準の改正というべきであるが）については、意見公募手続（行手39条以下）はとられていないようである。e-govのパブリック・コメント<https://public-comment.e-gov.go.jp>で検索してみても、ヒットしたもので最も古いものが、「「生活保護法による保護の基準の一部を改正する件（平成19年厚生労働省告示第127号）」について」であるが、これによると、意見公募手続を実施しない理由として、「生活保護の基準は、国民の消費動向等、社会経済情勢等を総合的に勘案し、毎年度政府予算に基づいて所要の改正を行っているものであり、行政手続法第39条第4項第3号に定める「予算の定めるところにより金銭の給付決定を行うために必要となる当該金銭の額の算定の基礎となるべき金額及び率並びに算定方法についての命令等の施行に関し必要な事項を定める命令等を定めようとするとき」に該当するため、意見公募を行わないこととした。」が挙げられており、すなわち行手39条4項3号を根拠に手続きはとられていない。改正の内容によっては、同項8号の「軽微な変更」

が援用されている場合もあるが、手続きを回避するという結果は同じである。

かように、保護基準の告示については行政手続法による意見公募手続きが用いられていないことまでは確認できるが、それが正しいかどうかは理解の問題である。担当部局がいう行手39条4項3号該当性についても、おそらく金銭給付にかかる事項であるという点にポイントがおかれているのであろうが、民主的正統性を確保するための別の方策が予定されているわけではないことに加えて、加算や本体基準のような重要な改定についても同様の論理で意見公募が回避され、実際訴訟に至っていることを考えれば、現状には疑問が残る。

Ⅳ 検討

1 告示形式の違憲性？

そもそも国法形式として告示を採用、選択すること自体が憲法との関係で問題となることはあるのだろうか。もし生活保護基準を告示することが違憲であるとする、憲法98条により、おそらく「国務に関するその他の行為」としての告示行為はその効力を失うことになる。これは、告示に書いてある内容が、例えば保護基準が低すぎるので最低生活保障に違反して違憲無効だ、という意味での違憲ではなく、そもそも（たとえ内容的には最低生活保障水準を満たしていたとしても）ただ告示であるという理由により、その違憲性が根拠づけられるような場面を想定している。

直感的には、これを肯定するのはなかなか難しいように思える。確かに生活保護法自体は保護基準の設定方式の選択をオープンにしており、必ず告示でなければならないとはしてはいないが、歴史的経緯を除いたとしても、大臣が定める基準などは往々にして告示されることが多く、告示であることのみを理由に違憲とするならば、ほかの仕組みも同じ評価を受ける可能性があり、そこまでして告示という形式を葬り去る法的な必然性、必要性はいまのところ見当たらない。もちろん、告示はしているけれどもそれが実質的にほとんど意味のないような定め方になっている場合（例えば

生活扶助基準を漠とだけ定めて、実際の内容を法的拘束力のない通知通達に任せてしまうような場合は、そういう告示は許されないと判断される可能性はあるが²⁵⁾、これは再委任の限界の問題として処理できるであろうから、違憲性に言及しなければ解決しない筋のものでもない。

それでは、ステージを少し上げて、告示が違憲というよりも、告示に保護基準を委ねている生活保護法の定め方が違憲である、という主張は成り立つであろうか²⁶⁾。この場合は、正確には、生活保護法で直接保護基準が（別表などで）定められていないことの違憲性と、それを告示に委任していることの違憲性ととの二重構造になる。いずれにしても、確かに、遙か遡れば恤救規則（明治7年太政官達第162号）では、「一ケ年米壹石八斗ノ積」というように米俵の量が直接書き込まれてあり（ただし実際には金銭給付である：「救助米ハ該地前月ノ下米相場ヲ以テ石代下ケ渡スヘキ事」）、（そもそも恤救規則が明治憲法すら誕生する前の法規であって現在一般的な法的根拠の議論と同列に判断できるわけではないが）いちおうその点は措く）、これはこれでわかりやすいといえる。我が国の公的扶助法制はその次の救護法を挟んで新旧の生活保護法へと、段階的にはあるが内容を近代化させていったとの評価が一般的であるが、こと保護基準に関してはむしろ専門性や技術性が強調されるなかで、行政の大きなテントに覆われて見えにくくなってきているという一種のパラドッ

クスがあり（すなわち、法規の本文（恤救規則）→勅令（救護法、旧法）→告示（新法））、それに対するあらためての法的評価の問題であるともいえる。

当たり前の話であるが、内容がスカスカの白紙委任は、民主主義や法治国家の原理からして認められない。たとえ話であるが、学生の貧困を救済するなどという目的で「学生手当法」が成立したとして、中身を見てみると、“第一条 学生に学生手当を支給する。”、“第二条 学生手当の額は厚生労働大臣がこれを定める。”だけで法律が終わってしまっている場合、実質的には行政への白紙委任であり、我が国の民主的統治構造との関係でも大きな問題をはらむことになる。このような無限定の裁量を肯定するような法制度は、むしろ違憲として撤廃した方が全体としては好ましいという判断もあり得よう。

以上の点からすると、現在の生活保護法のような定め方は、保護基準の設定に関してまったく無内容なわけではなく、歴史的経緯もあって今は告示となっているが、その告示であること自体が焦点というよりは、やはり国民の権利保障や最低生活保障制度の実現という、社会保障実体法の観点から、その適否を判断すべきことになろう。

2 訴訟による統制？

その意味では、一連の保護基準訴訟の判決で鎗矢となった名古屋地裁判決²⁷⁾は、極めて問題のあ

²⁵⁾ しかし住宅扶助でいうとこの種の懸念は当たらないではない。告示されている住宅扶助一般基準は級ごとに13,000円以内ないし8,000円以内であるが、これは事実上機能しておらず、実際には一般基準限度額や特別基準が適用されている。これらの金額は告示本体に含まれておらず（毎年の生活保護手帳にも記載されない）、2015年以降は、「生活保護法による保護の基準に基づき厚生労働大臣が別に定める住宅扶助（家賃・間代等）の限度額の設定について（通知）」（社授発0414第9号平成27年4月14日）を基に毎年の額が決められている。実質的に通知で基準が定められており、しかも厚生労働省ウェブサイトの検索でもヒットしない。こういった基準の定まり方は、構造上の問題もさることながら、制度の民主制という点でも深刻な問題を抱えている。次の脚注も参照のこと。

²⁶⁾ 定め方が違憲である、という点では、例えばドイツの生活保護制度（社会法典第2編および第12編）において、住居費給付が基準（金額）として示されず、「適切な金額」というように不確定法概念が用いられ、運用に委ねられている（ないしは解釈に開かれている）点について、法律での具体化が欠けており、憲法に定める手続きや憲法上求められる内容に反しているとして、マインツ行政裁判所が違憲の確信を表明した点が参考となる（嶋田佳広『住宅扶助と最低生活保障』（法律文化社、2018年）231頁以下参照）。法律の留保にかかるいわゆる本質性理論との関係でも、法律の定め方は常に留意すべきであり、とりわけ法律の占める位置の高い社会保障制度では規定振りに常に敏感でなければならない。

²⁷⁾ 名古屋地判令2・6・25判時2474号3頁。

る判断を示している。すなわち、法8条2項所定の事項を考慮することが義務付けられている、国の財政事情、国民感情、政権与党の公約等を考慮してはならない、との原告の主張について、「憲法25条の規定を保護基準として具体化するに当たっては、高度の専門技術的な考察とそれに基づいた政策的判断を必要とするものであり、厚生労働大臣が保護基準を設定するに当たっては専門技術的かつ政策的な見地からの裁量権が認められるというべきであるところ、前記の政策的判断においては、国の財政事情、他の政策等の多方面にわたる諸事情を広く考慮する必要がある、前記の厚生労働大臣の裁量権もそれらの諸事情を広く考慮して行使されるべきものであると解される。このような生活扶助基準の設定における厚生労働大臣の裁量権の性質に照らすと、厚生労働大臣がこれを行使用するに当たり、生活保護法8条2項所定の事項を考慮することが義務付けられるということではできず、他方で、同項及び9条に定められた事項以外の事項を考慮することが許されないということではできない。」「生活保護費の削減などを内容とする自民党の政策は、国民感情や国の財政事情を踏まえたものであって、厚生労働大臣が、生活扶助基準を改定するに当たり、これらの事情を考慮することができることは前記(1)に説示したところから明らかである。以上によれば、本件各告示による生活扶助基準の改定には、これを実施する必要性が存在しており、当時の自民党の政策の影響を受けたものであるとしても、そのことをもって本件各告示による生活扶助基準の改定が違法であるということではできない。」というのである。

これを要するに、保護基準設定においては、法8条2項に掲げる考慮要素をいわば無視してもかまわない、同項や法9条2項に書かれていない事項を

考慮してもよい、ということであり、あまつさえ、政権党の政策に影響されても問題ないと、政治的性格を正面から肯定したわけである。

まことに驚くべき判断としかいいようがない。司法が法律の明文を否定するような言及であり、これが許されるというならば、究極的には三権分立の否定、法律による行政の原理の否定にすらつながりかねない。名古屋地裁のこうした態度については、原告側敗訴判決を下した後続の裁判所も事実上これに追随しており、憂うべき状況である。その限りで、高裁は単に2回目の裁判ということではなく、下級審のチェックという重要な任務を帯びているのであるから、名古屋地裁そのほかの地裁のこのような姿勢を果たしてとがめ立てするのかどうか、名古屋高裁ほか各地の高裁の鼎の軽重が問われよう²⁸⁾。

話をもとに戻すと、いちおう法の規定があって、手続き的にも実体法上もそれに基づいて告示が発せられているのであれば、形式の問題だけで違憲性を話題にするよりも、その内容や判断過程をつぶさに検討するのがより生産的である。そうであれば、技術的問題としては、一つは、司法審査から逃れるような自由なスペースを行政に与えることになっていないかどうかを、実定法解釈できちんと詰めること、二つには、告示であれ、場合によっては法律の別表であれ、今般のような引き下げが起これば²⁹⁾どのみち訴訟は起こるわけで、実際、加算や本体基準にかかる一連の訴訟では告示であることが訴訟提起との関係で何らかの障害になっているわけでもないようであり、その意味では告示かどうかは相対的な問題であって³⁰⁾、やはり内容に対する統制手法のさらなる開発が目指さるべきことが指摘できようか。

そのうえで、生活保護を含む社会保障の在り方

²⁸⁾ 名古屋地裁判決の問題点について、小久保哲郎「裁判所は生きていた！(3)」賃金と社会保障1811・1812合併号(2022年10月)4頁以下、伊藤周平「生活保護基準の改定と裁量審査」賃金と社会保障1813号(2022年11月)4頁、17頁以下、笹沼弘志「生存権、呪縛からの解放～生活扶助基準引下げによる生活保護費減額訴訟」賃金と社会保障1816号(2022年12月)19頁、40頁など参照のこと。

²⁹⁾ 予断を持つことは避くべきであるが、2013年の引き下げは、それに至る経緯からして、いみじくも名古屋地裁が指摘したように、その背景において政治的色彩が非常に濃いものであったといわざるを得ない。デフレ調整をしたら保護基準が下がったというよりも、保護基準を下げるという結論を得るためにデフレ調整が方便として用いられた、というのが実相に近いのではないだろうか。

を決定するのは、究極的には国民自身である。ゆえにこそ、国民は社会保障制度に無関心であってはならない。もちろんこれは保護基準の設定や改定をいちいち国民投票にかけることまで意味しているのではない。民主的正統性の担保の問題や諸種の提案も、保護基準の決定には専門的技術的側面が備わらざるを得ないことを前提に、行政の一方的決定ではなく、そこに何らかのかたちで国民の関与を求める、強めることからきているものと思われる。その限りで、保護基準に関する議論においては、政府ないし政治の問題と国民との関係を法的に規律する憲法と、行政法総論、そして行政法各論としての社会保障法、生活保護法とを立体的にとらえて、発展的に考察を深めていくことが欠かせないのである。

3 告示以外の可能性？

少し視野を広げて、ほかの社会保障給付の状況はいかがであろうか。

社会保障で代表的な金銭給付としては、まず公的年金が挙げられる。例えば老齢基礎年金は、法律で「老齢基礎年金の額は、七十八万九百円に改定率（次条第一項の規定により設定し、同条（第一項を除く。）から第二十七条の五までの規定により改定した率をいう。以下同じ。）を乗じて得た額（その額に五十円未満の端数が生じたときは、これを切り捨て、五十円以上百円未満の端数が生じたときは、これを百円に切り上げるものとする。）とする。」（国民年金法（国年）27条本文）とされており、数字がきちんと書き込まれている。もちろんこれは満額がそうだということであって、受給権の有無や満額からの減算いかんは、保険料の納付実績などから判断され、最終的には裁定により基本権等が定まるが、それは主として個別の受給額の算定プロセスの問題であって、基礎年金の満額が780,900円であるという事実には変わりがない。

確かに、改定率の存在を侮ることはできず、実際、令和4年度では777,792円が満額とされているように、法律の金額がそのまま当てはめられているものではない。とはいえ改定率の導出も法律本体の定めるところにより（国年27条の2以下）、また算定の結果は、国民年金法による改定率の改定等に関する政令により公にされるのであるから、生活保護の基準が告示されるのと比べると、法的根拠の備わり方には大きな懸隔が認められる。

厚生年金は満額という考え方を採用せず、平均標準報酬月額に給付乗率と被保険者期間の月数を乗じて算出するというように比例的な原則に立っているが（厚生年金保険法（厚年）43条1項）、改定率の適用も含めてすべて法律本文で定められており、法的根拠の確かさについては国民年金と同様である。

年金は生活保護のように最低生活保障を直接の目的とはしておらず（「生活の安定」国年1条、厚年1条）、典型的なニーズベースの仕組みである生活保護のように何がニーズかを判定するために最低生活保障水準がその都度定められなければならないという構造にはなっていない。それゆえ、法律で金額を確定的に規定ないし算出することにはストレスは伴わない。しかしながらこの点を踏まえたうえで、いかにも厚生労働大臣の裁量により保護基準が決定されるかのような生活保護法の規定振りは、告示という法形式的には下位のランクによることを措いたとしても、生活保障システムの安定性、公共性、国民にとっての理解のしやすさ（ただしマクロ経済スライドの意味するところも含めて、年金の改定率なる変数の原理や計算根拠が法律を読んだだけで理解できるとは思えず、その限りでは課題は残るが）といった点で大きく劣る、ないしは時代遅れになっていることは否定しがたい。

他方で、年金のような社会保険、あるいは紙幅の関係で検討を省くが雇用保険や労災のような労

³⁰⁾ 恤救規則は別としても、救護法や母子保護法、軍事扶助法における実質的な意味での保護基準は、勅令（母子保護法6条4項）や命令（軍事扶助法7条）で定められており、しかしその内容の当否を直接裁判所で争えるかという点、当時の行政裁判法の運用下ではおそらく難しく、その意味では、新憲法で国民主権に転換し、国や行政に対する訴訟が可能になったことは、権利救済の枠組みの重要性を直接間接に示している。

働保険では、財政システムが根本的に異なっており、権利の発出原因においても保険料拠出の果たす役割は否応なく高い。そうすると生活保護との比較は必ずしも適当でないかもしれない。であれば、同じく租税給付である社会手当においてはどうか。

我が国の社会手当の代表例が児童手当である。児童手当は、一時期の子ども手当の時代を挟んで、2012年度以降、支給金額については、所得制限にかかる特例給付の場合を除き、3歳未満は一律15,000円、小学生までは10,000円（第3子以降は15,000円）、中学生は一律10,000円となっている（いずれも月額）。1972年に児童手当が実施導入されたときは第3子以降を対象とし、月額3,000円であった。その後の増額、範囲拡大を経て、現状に至っている。

これらの金額はすべて法律に明記されている（児童手当法（児手）6条1項）。年金のような自動調整の仕組みも予定されず、法律が改正されない限りは変動しない。その意味では、極めてわかりやすい制度設計である。社会経済の状況や政治情勢の関係で金額は上方改正されてきたが、法律に金額が書き込まれているという一点においては揺るぎはない。他方で、なぜ1万円なのかという説明は特段施されていない。この金額で適切なかどうかの検証も必ずしも十分でない。法律に書かれているという意味では法治国家的にはオーケーであるとしても、その実質的妥当性をどのように測り、高めていくかは、制度そのものの課題であるし、法的な議論が要請される場所である。

社会手当のもう一つの例である児童扶養手当も同じくシンプルな設計であり、現行法では、月額41,100円と規定されている（児童扶養手当法（児扶手）5条）。この金額になったのは1994年からで

あり（平成6年法95号による改正）、1961年の児童扶養手当法制定時点の月額800円から逐次引き上げられてきた³¹⁾。加算についても同様であり、現在は第二子について月額10,000円、第3子以降について月額6,000円である。

児童扶養手当の金額はすべて法律に書かれており、その点で紛れはない。ただし、物価スライドが適用されるのが児童手当との違いである。すなわち、平成元年法86号の改正により児扶手5条の2が挿入され、以降はスライドによる変動が実施されるようになった（改定措置は政令で定められる；なお加算額への自動改定の適用は遅れて2016年8月からである（平成28年法37号による改正））（以上の言及は全部支給を想定としたもの）。

このスライドを前提とすると、昭和年間に定着していた公的年金準拠による手当額上昇の結果を法律に書き込むという法律実務は平成以降途絶え、1994年の金額がいまだに法律上は生きているという、ややわかりにくい構図となった。

この点で、例えばの話をしてみると、児童扶養手当の存在をまったく知らずたまたまネット検索なり書店で六法をめくるなりして児童扶養手当法を見たところどうやら41,100円が支給されるようだと思いい役所に相談にいったら実際に支給されてみると法律とは異なる金額だったというケースを考えた場合³²⁾、はっきりいって不親切というか立法府の怠慢という印象を受けないわけではない（国会は法律を改正して最新の金額を書き込もうと思えば書けるので）。確かに実質的には物価スライドにより金額は加増されているため（令和4年度で43,070円）実質的なマイナスはなく³³⁾、強調されるほどの瑕疵があるとまではいえなくてもいいかもしれない。ただしスライドで金額が下がってしまっているような場合で、法律上の表面的な金額を割り

³¹⁾ 基本的に公的年金との連動による。福田素生「児童扶養手当の現状と課題」日本社会保障法学会編講座社会保障法第2巻（法律文化社、2001年）299頁、306頁以下。

³²⁾ 架空の話と侮るなかれ。永井訴訟（京都地判平3・2・5判時1387号43頁、大阪高判平5・10・5訟月40巻8号1927頁）を想起すべし。広報は社会保障を行き届ける意味でも極めて重要である。

³³⁾ ただし細かくいうとマイナス改定は実際にはおこなわれる。スライドによる金額の変動性をどう評価するのかについて、年金や生活保護も含めて、日本経済が長年停滞しているという実態との関係で、だから給付も引き下げるといって方向で勘案するのか、むしろ給付は維持して底抜けを防止するというストッパーだと見なすのか、社会の後退局面における社会保障の役割をしっかりと議論すべき時期にきている。

込むようなときにあつては、便益を受ける側の期待を損ねているという意味で法的に問題がないわけではなかろう。

これらの点を生活保護との関係であらためて考えてみると、以上取り上げた諸制度は、生活保護基準のように告示が仕組みの中心に座っているわけではなく、法的にはむしろ安定している存在である。児童手当が典型であるが、租税を中心とする財政システムの社会手当においてはこうした傾向は明らかであり、固定額をきちんと書き込むことが、金額設定のいわば大前提ともなっている。ただし同時に、社会手当は政策の振れ幅がそのまま当てはめられる傾向が強く、真の意味での安定感という点では憾みを残している。

V 終わりに

ここまでの検討によれば、告示の利用という形式面の問題も含めて、生活保護基準が告示であることの積極的な意味はあまり見いだせなかった。そうであれば、保護基準決定の民主性、客観性の担保のための意思形成・決定システムの導入や、少なくとも基本部分については法律できちんと金額を明定するような制度の作り方が本当に不可能なのか、あるいは生活保護の特殊性との関係で必ずしもそうした仕組みがそぐわないものなのならば、その特殊性とは何か、他制度との相違はどこにあるのか、といった議論が求められているというべきであろう。

(しまだ・よしひろ)

本稿は、科学研究費助成事業若手研究（課題番号19K13533）による研究成果の一部である。

The Legal Form of the Public Assistance

SHIMADA Yoshihiro*

Abstract

Legal control over the standards of the public assistance has been an issue for 10 years and more. In Japan, these standards are determined or confirmed as their amounts through the public notification by the Minister of Health, Labor, and Welfare. The reason why we are in this current situation is because of a historical background, but it's not be able to be said that the public notification is needed out of legal necessity. It shouldn't be thought that the current system allows the minister an unlimited administrative discretion on these determinations, but should be caught that the system may contain a whole of the perspective of democratization and legitimacy, including the safety-net on people's lives and the national minimum of the state.

Keywords : National Minimum Standard, Public Notification, Administrative Discretion, Legal control and Litigation

* Ryukoku University Professor