

社会法判例研究(第58回)

社会法判例研究会

丸谷, 浩介
佐賀大学経済学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/25414>

出版情報 : 法政研究. 79 (1/2), pp.151-164, 2012-10-16. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

社会法判例研究(第58回)

社会法判例研究会

生活保護受給要件としての利用し得る能力の活用―新宿
七夕訴訟

東京高裁平成二四年七月一八日 平成二三年(行コ)第
三九九号、平成二四年(行コ)第一一〇号 生活保護開
始申請却下取消等請求控訴、同附帯控訴事件、控訴棄却、
判例集未登載(原審 東京地判平成二三年一月八日貫
社一五五三号六三頁)

丸谷 浩介

【事実の概要】

一 X(原告・被控訴人)は、昭和二五年生まれの男性で
あり、平成二〇年六月頃、東京都新宿区において路上生活
をしていた。

二 Xは、Y(被告・控訴人)(新宿区長)から生活保護の
決定及び実施に関する権限の委任を受けた訴外処分行政
A(新宿区福祉事務所長)に対し、平成二〇年六月二日付
で生活保護の開始申請(以下、「本件申請」という。)及び
アパート転宅のための一時金支給申請(以下、「第一次支
給申請」という。)をした。さらにXは、同日Yに対して
第一次支給申請に対する不作為についての審査請求をした。

Aは、平成二〇年六月一三日付で、Xに対し本件申請を
却下する旨の決定(以下、「本件却下決定’)及び第一次支
給申請を却下する旨の決定(以下、「第一次不支給決定’)を
した。本件却下決定の通知書には「Xには重大な就労阻
害要因があるとは見受けられない。更に、業種を問わな
ければ就労努力により適切な仕事は十分確保できるもの
と考えられる。Xにはこれまで稼働能力を活用する機会が複数
あったにもかかわらず、活用にいたっていない。したがっ
て、生活保護法四条一項にある『稼働能力』を十分に活用
しているとは判断できない。また、居住地をもたないXの
自立のためには、更生施設を事実上代替する自立支援シ
ステムがあり、その利用が先ず求められるものである。」と
いう理由が付記されていた。また、第一次不支給決定の通
知書には、「生活保護の申請を却下することから、一時扶

助の適用はあり得ないものであり、却下する。」との理由が付記されていた。

三 本件却下決定を受領したXは、同日、東京都知事に対して本件却下決定及び第一次不支給決定についての審査請求をするとともに、Aに対し、生活保護の開始申請（以下「第二次保護開始申請」という）及び一時金支給申請（以下「第二次支給申請」）をし、さらにYに対して第二次保護開始申請に関する不作為の審査請求をした。

Yは、平成二〇年六月二三日、本件申請に対し本件却下決定がされていることを理由に、第一次支給申請に係る不作為についての審査請求を却下する旨の裁決をした。

Aは、平成二〇年六月二六日、第二次保護開始申請を却下する旨の決定（以下「第二次却下決定」）及び第二次支給申請を却下する旨の決定（以下「第二次不支給決定」）をした。Xは同日、Yに対し生活保護の開始申請（以下「第三次保護開始申請」）をし、同年七月四日には第二次却下決定及び第二次不支給決定についての審査請求をした。

四 Xは、平成二〇年七月七日、第一次申請に係る本件却下決定を不服とし、①本件却下決定の取消しを求めるとともに、②行訴法三条六項二号所定の申請型義務付けの訴えとして、処分行政庁が本件申請に対し平成二〇年六月二日

から生活保護を開始する旨の決定（保護の種類及び方法につき居宅保護の方法による生活扶助及び住宅扶助とするもの）をすべき旨を命ずることを求め、さらに③同法四条後段所定の当事者訴訟として平成二〇年六月二日から同年八月二四日までの生活扶助費及び住宅扶助費の支払いを求める訴えを提起した。原審（東京地判平成二三年一月八日質社一五五三号六三頁）はXの請求を認め、本件却下決定の取消と本件申請に係る生活保護開始の義務付けを認めた。これを不服としてYが控訴したのが本件である。

【判旨】 控訴棄却（確定）

一 稼働能力の活用要件の充足性の判断の枠組み

「法は不可能を強いることができないのであって、生活保護法四条一項は、そのような趣旨から、生活に困窮する者がその最低限度の生活を自ら維持するために活用すべき資産、能力等を『その利用し得る』もの、すなわち、本人の意思のみに基づいて直ちに利用することができるものに限定している。そこで、ここで資産、能力等の利用可能性と保護の補正性の要件の充足との関係を特に能力（稼働能力）についてみると、①生活に困窮する者がその意思のみに基づいて直ちに利用することができる稼働能力を有して

いるのに、現にこれが活用されていない場合には、生活保護法四条一項所定の『その利用し得る能力を、その最低限度の生活の維持のために活用すること』という稼働能力の活用要件を充足していないことになり、また、②生活に困窮する者が稼働能力を有しているものの、それは当該生活困窮者の意思のみに基づいて直ちに利用することができるものではなく、現にこれが活用されていない場合で、当該生活困窮者においてその稼働能力を活用する意思を有していないときも、稼働能力の活用要件を充足していないことになるが、③上記の場合であっても、当該生活困窮者においてその稼働能力を活用する意思を有していることを求職活動の状況等から客観的に認めることができるときは、なお稼働能力の活用要件を充足しているということが出来るものと解するのが相当である。なぜならば、生活に困窮する者が稼働能力を有しているものの、それは当該生活困窮者の意思のみに基づいて直ちに利用することができるものではなく、現にこれが活用されていないとしても、当該生活困窮者においてその稼働能力を活用する意思を有していることを求職活動の状況等から客観的に認めることができるのである。当該生活困窮者は、その最低限度の生活を自ら維持するための最善の努力を尽くしていることというこ

とができるのであって、当該生活困窮者がそのようにして努力を尽くしているにもかかわらずなおその最低限度の生活を維持することができないことから、これを補足するために保護が行われることは、資本主義社会の基本原則の一つである自己責任の原則に適合しないものではなく、かえって、そのような生活困窮者に対し必要な保護を行うことは、生活に困窮する全ての国民に対し必要な保護を行うことを国の責務とする生活保護の前記理念に適合することとなるからである。」

「以上によれば、…(中略)…稼働能力の活用要件は、生活に困窮する者が稼働能力を有しているのに、現にこれが活用されていない場合であっても、直ちにそれを充足することが否定されるものではないのであり、当該生活困窮者が、その具体的な稼働能力を前提として、それを活用する意思を有しているときは、当該生活困窮者の具体的な環境の下において、その意思のみに基づいて直ちにその稼働能力を活用する就労の場を得ることができると認めることができないう限り、なお当該生活困窮者はその利用し得る能力を、その最低限度の維持のために活用しているものであって、稼働能力の活用要件を充足するということができると解するのが相当である。」

「しかし、…(中略)…生活に困窮する者が就労意欲を喪失している場合には、当該生活困窮者はその利用し得る能力を、その最低限度の生活の維持のために活用しているものではなく、稼働能力の活用要件を充足するということができないから、保護を受けることができないというべきである。」

「稼働能力活用要件の充足性の判断において問題にされる生活に困窮する者の稼働能力を活用する意思是、真正なものであることを必要とするというべきであるが：(中略)：生活に困窮する者が生活保護の開始申請前にした求職活動等がその態様においてまじめさ又は真剣さに欠け、ひたむきな努力を伴わないなど、一般的な社会的規範に照らして不十分な又は難のあるものであるとしても、当該生活困窮者が申請時において真にその稼働能力を活用する意思を有している限り、生活保護の開始に必要な稼働能力の活用要件を充足しているというのを妨げないというべきである」

二 稼働能力の有無

「Xは、平成二〇年六月当時、稼働能力を有していたと認めることができる」が、「原告が平成二〇年六月当時有していた稼働能力はそれほど高度なものではなく、軽度な

単純作業に従事することができるとどまるものであったというべきである。」

三 稼働能力の活用の意思の有無

Xは本件申請当時、「現にその稼働能力が活用されていなかったということになる」が、「その具体的な稼働能力を前提として、それを活用する意思を有していたことを客観的に認めることができるというべきである」。Xが「自立支援システム等を利用することを拒んだことをもって、Xがその稼働能力を活用する意思を有していなかったということはできない」。

四 稼働能力の活用の場の有無

Xと「年齢等の条件を同じくする男性」ととって、「その稼働能力を活用する就労の場を得ることが不可能ではなかったと認めることができる」が、「現に特定の雇用主がその事業場において当該生活困窮者を就労させる意思を有していることを明らかにしており、当該生活困窮者に当該雇用主の下で就労する意思さえあれば直ちに稼働することができるといふような特別な事情が存在すると認めることができない限り、生活に困窮する者がその意思のみに基づいて直ちにその稼働能力を活用する就労の場を得ることができる」と認めることはできないというべきである。」

「そこで、本件について、上記のような特別の事情を認めることができるかどうかを検討する」と、「板金工、旋盤工のような業務に従事するために必要となる特殊な技能はなく、就労に必要な「身元保証人のなり手が見つから」ず、「実際に得ることができた就労の場は、その稼働能力に即したものであったとはいいいない」。したがって、Y主張の「公共職業紹介制度、自立支援システム等の存在を考慮したとしても、Xについて前記のような特別の事情があったとは認めがたい」。

五 稼働能力の活用要件の充足性

「以上によれば、Xは、…(中略)…生活保護法四条一項所定の『その利用し得る能力を、その最低限度の生活の維持のために活用すること』という稼働能力の活用要件を充足するといふべきである。」

【検討】 結論賛成・理由付けに反対

一 本判決の意義

本判決は、保護の受給要件としての稼働能力活用要件の判断において、稼働能力活意思を軸に判断すべきものと示したものであり、従来の裁判例とはその判断方法を異にしている点で注目される。そのほか、Xが希望する居宅保護

(法三〇条一項)を認めなかったことが保護実施機関の裁量権濫用にあたるとして処分を取り消しを認めると同時に、保護の種類を特定した上で保護開始を義務付けたという点で特色がある。もつとも、後二者についてはこれまでいくつかの裁判例が見られたのであり、その判断方法も過去の裁判例を踏襲したものである。そこで、本評釈では、法四条一項にいう稼働能力活用の判断方法について検討を加えるものである。

二 稼働能力活用要件の意義

法四条一項は、「利用し得る…能力…を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「能力」とは労働能力あるいは稼働能力のことと理解されているが(小山進次郎『改訂増補生活保護法の解釈と運用(復刻版)』(中央社会福祉協議会、一九七五年)一一二頁)、法の文言からその規範的意義が一義的に明らかにならないことから、稼働能力があれば保護を否定する運用が可能となり、稼働年齢にある要保護者にとって生活保護を利用する妨げとなっていた。

稼働能力があることと本要件の充足をめぐっては、従来から三つの考え方が存在していた(布川日佐史『生活保護の論点』(山吹出版、二〇〇九年)七四頁)。

一つは、稼働能力があるのに実際に働いていない場合にはこの要件を充足しないと考える立場である。「活用」との文言を結果として稼働していることとみるのである。

第二が、一九四六年の旧生活保護法が規定するように、勤労の意思がない者は要件を充足することがないとする立場である。活用するということが要保護者の意思の存否に委ねられていると理解するのである。したがってこの場合には、実際に利用可能な就労の場が存在しているかいないかにかかわらず、要保護者の稼働能力活用の意思のみによって決せされることになる。

第三に、一九五〇年に「勤労の意思」を削除した法改正の趣旨から、就労意欲が存在しない場合であっても本要件を欠くことがないとする立場である。しかしながら、このような理解では稼働能力の存否にかかわらずすべての要保護者が本要件を充足してしまい、法が能力活用を明文上置く必要がなくなることから、文理上採用し得ない解釈である。

そこで、保護行政では長らく第一の立場に近い運用が行われてきたといえる。すなわち、稼働能力がある者については申請保護の適用を否定するけれども、急迫した事由（法四条三項）がある場合には保護するという取扱いを原

則としたのである（「生活保護法の施行に関する件」（昭和二五年五月二〇日厚生省発第四六号））。

しかしこれは現実には採用されなかった。稼働能力のある者が就労していないとしても、急迫保護を適用せず、本要件を満たす場合があるとして運用されていたのである。「勤労の能力」と判断されたとしても、その勤労の能力を活用するには、それを活用する場がなくてはならない。しかし、実際の労働市場においては能力を有しながらこれを活用することができない場合もあることは否定できないであろう。したがって、あらゆる努力をほらつてもなおかつ勤労収入を上げることができない場合には、本人が能力の活用に努力している限りにおいて、保護の要件を満たすものといえる。（厚生省社会・援護局保護課監修『生活保護手帳（別冊問答集）』（社会福祉振興・試験センター、一九九三年）三九四頁）

つまり、稼働能力を活用する場が存在しない限りにおいて、「あらゆる努力」をしていることが「稼働能力を活用」しているという解釈を導いていたといえることができる。そのようなことから、稼働能力を有する者が実際に就労していない場合、能力活用意思の外形的表明としての求職活動に関するあらゆる努力を客観視することができ、それにも

かわらわらず実際に働く場が存在しないことが客観的に明らかであるというときには、本要件を充足しているものと考えたのであった。

しかし、文理上、稼働能力を活用するということは、現実に就労していることの結果をいうのが一般的な理解であろう。活用という文言が、就労に向けた努力をするということ、ひいてはその表れとしての求職活動手段を指すということとは困難である。この文言は、実際に就労していることを意味するのが通常であろうから、本件も、「活用」という文言をそのような意味で用いている。これを解決しようとしたのが林訴訟であった。

林訴訟（名古屋高判平成九年八月八日判タ九六九号一四六頁）は、次のように述べる。

「法四条一項の補足性の要件は、申請者が稼働能力を有する場合であっても、その具体的な稼働能力を前提とした上、申請者にその稼働能力を活用する意思があるかどうか、申請者の具体的な生活環境の中で実際にその稼働能力を活用できる場があるかどうかにより判断されるべきであり、申請者がその稼働能力を活用する意思を有しているも、「利用し得る能力を活用していない」とはいえない（下線評者）」。

つまり、林訴訟は「活用している」と「活用していない」の間に、「活用していないとはいえない」という状態をつくりだし、要件を充足しているとみるのであった。そして、この充足判断方法として①具体的な稼働能力の有無、②稼働能力活用意思の存否、③稼働能力活用場の存否によって判断することを示したのである。この三要件を受け、実施要領が改訂された。リーマンショック以降の稼働年齢層に対する生活保護行政の適正化については、林訴訟と実施要領の改訂（徹底）が少なからず寄与している。そして、林訴訟以降の裁判例（北九州市違法指導指示事件（福岡地判平二一・三・一七賃社一四九三三〇頁）、長浜市事件（大津地判平二四・三・六（TKC文献番号二五四八〇七三二））でもこの判断方法が採用され、裁判例において定着したと見てよいであろう。

三 本判決の判断枠組み

林訴訟で示された三要件（①具体的な稼働能力の有無、②稼働能力活用意思の存否、③稼働能力を活用できる場の存否）によって本要件が充足されるかどうかを決するという点においては、過去の裁判例と本件では変わることがない（なお、奇妙なことに、この三要件については学説上「三要素」と論じることによって一致している。判決でもそれら

学説の論述でも、三要素の総合考慮を主張しているものは見当たらず、三要素がすべて備わっていないなければならないということを当然視している。判決では明確に「要件」と述べているのであるから、これを三要素ということはできず、三要件であると把握すべきであろう。

しかしここに至る論証は奇妙であると言わざるを得ない。本判決ではまず法四条一項にいう「その利用し得る」との文言を重視し、これを「本人の意思のみに基づいて直ちに利用することができる」と読み替える。そして、①意思のみに基づいて利用可能になる稼働能力を有している場合と、②稼働能力の存在は疑うことがないものの、それを活用する意思が存在しない場合には本要件を充足していないとするが、③活用意思を客観的に認めることができるときには本要件を充足するとする。つまり、稼働能力活用の意思が、本要件を充足させるための唯一の判断要件であるとするのである。

しかしながら、③のように最善の努力を尽くして現実にも求職活動を行っていることを客観視できるにもかかわらず、実際に「活用していない」＝就労していない、という事実をもって要件を充足させるためには、「生活困窮者の具体的な環境の下において、その意思のみに基づいて直ちにそ

の稼働能力を活用する就労の場」が存在しているかどうかを見なければならぬとするのである。

つまり、本判決は稼働能力がある場合に、稼働能力を活用する意思があるかどうかによって要件が充足されるかどうかを判断するというのである。意思があるにもかかわらず就労していない事実で意思の存在を否定させないために就労の場の存在というファクターを用いる、という奇妙な理論構成を採用するのである。そして、結局は稼働能力の活用を活用の意思の存否に置き換えるということにしてるのである。

しかしながら、具体的事実の当てはめ方法においては、①具体的な稼働能力、②具体的な環境下における活用意思（の存否）、③（意思のみに基づいて利用可能となる）就労の場の存否、という図式になり、一見、従来の裁判例と異ならない当てはめ方法を採用することになるのである。

四 稼働能力活用意思を重視することが適当なのか

そもそもXが主張していたように、要件充足判断において稼働能力活用意思の存否を不可欠な要件とみることは、あるいはそれが唯一の要件であるような本判決は適当な理解なのであろうか。これを検討してみよう。

まず二つの前提を置く。一つは、「活用していない」と

活用意思 活用の場	あり	なし
あり	働いているはず=心裡留保（真意は意思無し）=非充足	非充足
なし	充足（活用していないとはいえない）	非充足

というのは「現実には就労していない」ということである。このこ

とは、「活用していないとはいえない」というのがいかなる場面であるのか、ということになる。もちろんこれは現に就労している者を保護から排除すべきだという解釈を導かない。就労している者との関係で問題になるのは増収指導であり（生活保護損害賠償請求事件（京都地判平二三・一一・三〇判時二一三七号一〇〇頁）、法二七条指導指示の違法性の問題として処理されるので、本要件充足判断方法には影響しない。

もうひとつの前提として、判断要件①稼働能力の有無がある。要保護者に稼働能力がないとされた場合には「利用し得る」もがないのであるから、本要件

を充足するのは当然である。

したがって、本要件が問題になるのは、程度の差、あるいは具体的な生活環境、就労阻害要因の有無程度に照らして、僅少であっても稼働能力が存在するけれども実際に就労していないという場合である。医師による「就労可」あるいは「軽作業可」という診断は、それ自体では稼働能力を否定し得ない。それが実際に「利用し得る」かどうかは、具体的な生活環境の下で利用可能な就労の問題として処理されよう。

そうすると、本判決の理解に従えば、②稼働能力活用意思の存否、③稼働能力活用の場の存否との関係で、要件充足判断は表のようになる。

多少解説が必要な箇所がある。稼働能力活用の意思があつて、活用する場が存在しているという場合は、法九条の要請を満たすような個別性に配慮する限り（具体的な生活環境下における利用可能な能力を判定し、それが具体的な労働市場において利用可能な就労先があることを、保護の実施機関が証明できたとき）、就労していないということとはあり得ず、働いているはずである。これが現実には就労していないということであれば、能力判定あるいは就労の場の評価が適切でなかったのか、あるいは意思があるとい

うのは外形上の表意に過ぎず、内心は就労の意思がなく就労を忌避している、ということになる。評価の適切性は保護実施機関に帰責するために考慮する必要がない。そうだとすれば、このようなカテゴリーが現実には存在することがなく、実際には「活用意思なし―活用の場あり」というカテゴリーに属することになる。本判決は意思の不存在をすべて要件非充足とするために、このカテゴリーは要件を満たさないという結果になる。

本判決の理解に従うと、活用の場が存在する状態というのは「意思さえあれば直ちに稼働することができる」というような特別な事情」であるとしている。しかし、労働契約が労働者と使用者の意思の合致によって成立するという一般原則（労働契約法一条）からすれば、契約成立意思の合致に使用者の判断が介在しないということは考えられず（使用者が「あなたがおの気になればいつでも採用してやろう」と意思表示しているような「特別な事情」が存在することは、どのような経済状況下であれ、どのように能力の高い労働者であれ、あり得ないことである）、想定しがたい状況となる。本判決でも「現に特定の雇用主がその事業場において当該生活困窮者を就労させる意思を有していることを明らかにしており、当該生活困窮者に当該雇用主

の下で就労する意思さえあれば直ちに稼働するというような特別な事情」としている。その一方で、「求人側と求職者との間で雇用契約を締結する旨の意思の合致があること」によって初めて雇用契約が締結されるのが通常であることは、公知の事実」としており、本判決のこのような「特別な事情」、つまり「就労の場」は、ほとんど存在しえない、ということになる。

しかしながら、場の存在というものをこのように狭くとらえるべきなのであろうか。就労することができる場というものは、その時代、地域、産業構造等の求人側の要因と求職者の知識経験職業歴、生活環境、心身状態など様々な要因との関係で決せられる相対的なもので決まるのではない。労使間で契約締結意思の合意が形成されるのは、これら求人側と求職側との市場マッチングによって設定された交渉を通じて得られる成果なのである。場が存在して、そのあとに合意が形成される。したがって意思のみに基づいて利用可能となる場の存在をもって決する、というのは意思の有無によって判断するという原則を無理に貫いた結果生じた無理な判断方法である。その意味で、場の存在に関する特別事情論は不適切であるということができよう。

それで次に問題になるのは「活用意思なし―活用の場な

し」のカテゴリーである。活用の意味がないというときには、活用の場が存在していても要件を充足されることがない。しかしこのような活用の意思なし、という状態はいかなる状態なのか。本判決は場の存在をかなり限定的に理解しているために、一般的には活用の場が存在していないことが通常であるということが出来る。その中で活用すべき意思が形成できない、ということになる。すなわち、要保護者には特別事情のようなかなり例外的な事情が存在しないことから、活用意思が形成され得ない場合（具体的な生活環境においていつでも採用してくれる事業主が現れていないから、就職することをあきらめている）を想定せざるを得ない。しかしこのような場の存在を前提とする限りにおいては、活用意思が否定されるのは当然のこととなる。それでも判旨が言うような場の存在を獲得するべく求職関連活動を行うことが外形的に認められるということをもつて意思の存在を肯定するのであれば、特別事情の場を獲得することがきわめて容易な要保護者の存在を前提とするのか、あるいはほとんど不可能な場（いつでも採用してくれる使用者の存在）を獲得するといふきわめて困難な要求を強制してしまうことになるのではないだろうか。

つまり、本判決は意思の存在を軸に判断することにした

ために生じた、現実的に不可能な場の存在に立脚して判断するという方法を採用せざるを得なかったのである。場の存在をそれほど限定的に見るべきではないということは前述の通りであるが、それを導いた意思を軸に判断することをどう考えるべきなのであるか。

結局、本判決で、本要件を充足することができるのは「活用意思あり―活用の場なし」のカテゴリーだけということになる。「活用意思あり―活用の場あり」というカテゴリーが存在しないと言うことは既に述べたが、そうだとすれば、活用の意思を判断要件に据えることにどれだけ実益が有るのだろうか、という疑問が生じる。

評者としては、活用意思というものが活用の場との関係において決せられるものと考えている。法は人の内面を推し量ることができないのであるから、意思の存在は表面の評価に係る。そして求職活動などの行動を規定するのは、労働市場や要保護者の個人的事情との関係で決まるものであろう。そうだとすれば、ある一定時期に意思が存在しているかどうかを他人が把握することは不可能ということになる。

これに加え、場の存在が具体的な生活環境の中で利用可能な雇用が存在するか否か、といった個別事情に応じた判

断粹組みを設定する限りにおいて、場が存在しているのに就労していないのであれば「利用し得る能力を活用していない」ということになるし、場が存在していないのであれば「利用しうる」ものがないということになる。そうすると、意思の存在を強調する必要性はなく、場の存在のみによって判断すれば足りる、ということになる。

したがって、評者としては、少なくとも保護開始要件としての稼働の力活用要件の判断方法は、要保護者の具体的な生活環境の中で利用可能な就労の場が存在するかどうかを判断すれば足り、稼働能力を活用する意思の存否を判断する必要はないものと考ええる。かかる見地から、意思の存否を軸に判断する本判決には容易に首肯できないのである。

五 稼働能力活用意思要件の判断方法

本判決の理論的基軸である意思の存否については、判旨の一般論にあるように意思が全く存在しないときには要件充足性が否定されるけれども、ごくわずかでも存在していれば肯定されるとしている。

従来の裁判例では、北九州市違法指導指示事件においてみられるように、数回の電話や福祉事務所の指示による面接を受けたけれども不採用になった場合や、職業安定所に行く約束を反故にするといった事実関係において、「自ら

稼働し収入を得ようとする意欲は乏しい」として意思の存在を否定している。また、林訴訟控訴審判決においても「稼働の意思がなかったとはいえない」としつつも「真摯に就業のための努力をすべきところ、…就業の場があっても就業のための努力をしたり、自己の労働能力の程度に相応する就業場所を開拓しようとする努力」が活用意思の存在を推認させる要素とみているようであった。もともと、林訴訟地裁判決では「可能な限り、職を見つけて稼働」していたという事実で意思の存在を推認するものであり、長浜市事件においては「就職活用のあり方においては必ずしも合理的とはいえない面もあるものの、少なくとも稼働能力を活用する真正な意思を有していた」としている。意思の存在を否定するもの（あるいは積極的には肯定しないもの）については後述のように場の存在を肯定する結論を導くための論証として使用されているように思われる。つまり、意思の存在に関する判断方法が確立しているというよりはむしろ、場の存在によって意思の存在を推認するという思考方法があるように思われるのである。このような観点からすれば、本件の判断方法は、従来の裁判例が暗黙の了解としていた場の存在から意思の存在を推認する方法を採用することができないということにより、かなり無理をして

意思の存在を認めているようにも思われる。それが本件で保護申請前後を通しての職歴を認定することにより、保護申請時点で真摯な意思が存在しているかどうかを直接判断するのでなく、それを推認するという認定方法を採用している。そしてこれを「客観的に認めることができる」と、本判決の理論的支柱であるはずの認定についてはかなりあつさりとして認めている印象を受ける。

そうはいうものの、本件の事実関係からすれば、要保護者の具体的な生活環境の下で「可能な限り職を見つけて稼働」していたことは明らかであるし、意思の存在を否定する要素に乏しい。その意味で結論的にはこの判断は妥当である。

六 稼働能力活用場の判断方法

既に繰り返し述べたように、場の存在についてはきわめて奇妙な判断方法を採用している。特別事情の存否によって場の存在を認めるものである。

そもそも従来の裁判例が「場が全くなかったとはいえない」とか「有効求人倍率からすれば、就労の可能性はあった」といったような、就労の可能性を否定できない以上は場の存在を肯定するという判断方法を本件は採用することがなかった。他方で、場の存在を認める裁判例は具体的な

生活環境の中で利用可能な就労先があるのかという要素を軸にして判断しているように思われる。本判決は、特別事情の存在が結局は具体的な生活環境を検討することによって結論を導いている。

本判決の事実関係からXにとって利用可能な就労先の可能性はかなり限定される。そうだとすれば、従来の判断方法に従うと、意思の存在を認める以上は、可能性の存在が場の存在に直結しないということから、場の存在をも否定され得る。本件の事実関係では、この判断が妥当なものと考ええる。

もつともこの場合、場の存在／不存在の立証責任が誰にあるのか、という問題は残る。確かに、要件事実論からすれば存在／不存在の立証責任はXであろう。しかしながら就労する場が「ないとは言えない状態」を立証することは事実上不可能であり、その限りで立証責任が被告側行政に転換されるかもしれない。

しかしここで問題にしなければならないのは、裁判の場での立証責任ではなく、行政決定に資する事実関係の主張立証である。一般に、国民の自由を制限し、あるいは義務を課す行政行為の要件事実においては行政庁が立証責任を負うべきであると理解されている。憲法上の権利を生活保

護法によって実現させるといふ法構造からすれば、生活保護受給権は憲法上の権利を確認する行政行為になるのであるから、憲法上の権利を阻害する行政行為によって確定されることになる。それゆえに、国民の権利を制限することになる本件第一次申請にかかる保護却下決定並びに第一次不支給決定は、それが成立しているか否かを行政機関側で立証できない限り、要保護者に受給権が発生することになる。その意味で、原告に対して実際に就労できる場を具体的に証明することが被告行政庁にとって必要となるであろう。