

外国人の生活保護 : 最判平成26・7・18賃社1622号  
30頁

森保, 滉大  
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/2800470>

---

出版情報 : 学生法政論集. 14, pp.51-69, 2020-03-23. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :



# 外国人の生活保護

—最判平成26・7・18賃社1622号30頁—

森 保 滉 大

## <目 次>

- I はじめに
- II 事実の概要
- III 裁判所の判断
  - 1 第1審判決
  - 2 控訴審判決
  - 3 最高裁判決
- IV 外国人と生活保護
  - 1 生活保護法における外国人の法的地位
  - 2 憲法25条・14条1項との関係について
- V 検討
  - 1 外国人の生存権、生活保護法の適用について
  - 2 国籍に基づく別異取扱いと平等原則
- VI 私見
- VII おわりに
- VIII 参考文献

## I はじめに

憲法25条は、国民が健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有することを明記し、国は社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上増進に努める旨を定めている。また、憲法14条では、すべて国民は法の下に平等とされ、差別されないことが定められている。

わが国の社会保障法制に関する立法のうち、日本国籍を有するという適用の要件としているものが3つ存在する。戦傷病者戦没者遺族等援護法、恩給法、そして生活保護法である。労働保険に関する法律は、成立当初から国籍条項が置かれていなかった、もしくは第二次世界大戦終結後に撤廃されたか、である。国民健康保険法や国民年金法などの社会手当に関する法律については、国籍要件が設けられていたものの、昭和56年の「難民の地位に関する条約」（以下「難民条約」という。）への加入とこれに伴う関係法律の改正によって撤廃された。

生活保護法は、「全ての国民に対し」（1条）や「すべて国民は」（2条）という文言を使っており、この法律による保護受給者の範囲を「国民」に限定している。但し、外国人に対して全く保護が行われていないかといえ、そうではない。外国人に対しては、通知に基づき生活保護法の準用を認め<sup>1</sup>、当分の間生活に困窮する外国人に対して必要と認める保護を行うこととされてきた<sup>2</sup>。もっとも、準用による生活保護の措置はあくまで一方的な行政措置であり、生活保護法が適用されるわけではないとされ、法に基づく処分でもないことから不服申立ての対象ともならないと解されてきた<sup>3</sup>。さらに、準用の対象となるのは、出入国管理及び難民認定法の別表第二記載の外国人<sup>4</sup>に限定するという運用が行われてきた。

本稿で取り上げるのは、永住外国人を含め外国人への生活保護法の適用及び準用を否定した最高裁平成26・7・18第二小法廷判決<sup>5</sup>（以下「本判決」という。）である。本判決は、生活保護法の文言解釈に終始しており、外国人に対する生存権を真摯に検討していない。本稿では、本判決が前提にしていると思われる外国人の人権に対する考え方を取り上げ、その問題点を指摘し、検討する。

## II 事実の概要

X（原告・控訴人・被上告人）は、永住者の在留資格を有する外国人（以下「永住外国人」という。）である。Xは、永住外国人の夫とともに料理店を営んで生活していたが、昭和53年頃に夫が体調を崩した後は、夫所有の建物と亡義父所有の駐車場賃貸収入等で生活していた。平成16年9月頃から夫が認知症により入院し、同年4月以降、Xは自宅で夫の弟と生活を共にするようになった。その後、夫の弟に預金通帳や届出印を取り上げられるなどされ、生活費の支弁に支障をきたすようになった。

平成20年12月15日、XはY（大分市一被告・被控訴人・上告人）に対し生活保護の申請をしたが、同福祉事務所長は、X及び夫名義の預金残高が相当額あるとの理由で、同月22日付で同申請を却下する処分（以下「本件却下処分」という。）をした。そこで、XはYに対し、主位的に①本件却下処分の取消し、および②保護開始の義務付けを求め、予備的に③生活保護基準に従った保護の実施、及び④生活保護法による保護の実施を受ける地位の

---

<sup>1</sup> 「生活保護法における外国人の取扱に関する件」昭和25年6月18日社乙発第92号厚生省社会局長通知。

<sup>2</sup> 「生活に困窮する外国人に対する生活保護の措置について」昭和29年5月8日社発382号厚生省社会局長通知。

<sup>3</sup> 渡辺豊「外国人の生活保護受給権・再論（最判平26・7・18判自386号78頁、LEX/DB文献番号25504546）」法政理論第47巻第2号（2014年）170-203頁。

<sup>4</sup> 永住者、日本人の配偶者等、永住者の配偶者等、定住者等がこれにあたる。

<sup>5</sup> 最判平成26・7・18賃社1622号30頁。

確認を求める訴訟を提起した。

### Ⅲ 裁判所の判断

#### 1 第1審判決<sup>6</sup>

第1審は外国人による生活保護の申請には、①-1生活保護法に基づく申請と②-2行政措置としての生活保護の開始を求める申請があり、本件における申請は①-1と①-2との双方を含んだ申請であるとした。

そして、①-1について、生活保護法1条、2条に定める国民とは、旧生活保護法との比較から日本国籍を有するものに限定され<sup>7</sup>（生活保護法の解釈）、このことは立法府の広い裁量に委ねられているため、憲法25条、14条及び社会権規約<sup>8</sup>に違反しない（憲法25条及びA規約との関係）とした上で、外国人であるXに同法の適用はなく、生活保護受給権は認められないとして、主位的請求のうち生活保護法に基づく本件却下処分の取消しを求める部分を棄却した。

①-2について、永住外国人に対する生活保護は、通知に基づき、生活保護法を直接適用しない任意の行政措置として行われてきた事実から、この申請の法的性質は贈与の申込みであるとして処分性を否定し、主位的請求を却下した。加えて、「贈与の申込みの意思表示に当たる保護開始申請に対し、贈与の承諾の意思表示に当たる保護開始決定がなされて初めて贈与契約が成立し、Xに生活保護受給権が発生することになるところ、本件においては生活保護開始決定はなされておらず、かえって、贈与の拒絶に当たる申請却下がなされたのであるから、贈与契約は成立しておらず、Xに生活保護受給権は発生していない」として、予備的請求も棄却した。

---

<sup>6</sup> 大分地判平成22・10・18賃社1534号22頁。

<sup>7</sup> 第1審は以下のように述べている。  
旧生活保護法1条が、「この法律は、『生活保護を要する状態にある者』の生活を国が差別的又は優先的な取り扱いをなすことなく、平等に保護して、社会の福祉を増進することを目的とする。」と規定し、その適用対象を日本国民に限定していなかったにもかかわらず、現行生活保護法が「すべての国民」、「すべて国民」と改めたのは、生活保護受給権者を、日本国籍を有する者に限定した趣旨と解することができる。

<sup>8</sup> 第1審は「社会権規約は、個人に対し、即時具体的な権利を付与すべきことを定めたものではない」と判断した。

	請求内容	判断	上級の裁判所への申立て
主位的請求	本件却下処分の取消し。…①	生活保護法に基づく申請却下の取消しを求める部分について棄却。…①-1 行政措置として行われた保護申請却下処分の取消しを求める部分について却下。…①-2	Xが第1審判決の取消しを求めて控訴。また、③④と同様の請求も予備的請求として追加している。
	生活保護法による保護開始の義務付け。…②	却下。	
予備的請求	生活保護法に基づく生活保護基準に従った保護を行うこと。…③	棄却。	
	生活保護の実施を受ける地位にあることの確認。…④	棄却。	

## 2 控訴審判決<sup>9</sup>

第1審判決を取り消して、Xの請求のうち、生活保護法による本件却下処分の取消しを求める部分を認容し、その他の請求に係る訴えを却下した。

控訴審は、生活保護法改正の経緯及び厚生省社会局長通知<sup>10</sup>（以下「昭和29年通知」という。）の運用実態について検討し、難民条約批准の時期に同法の国籍条項だけが改正を見送られた<sup>11</sup>のは、国が「外国人に対する生活保護について一定範囲で国際法及び国内公法上の義務を負うことを認めたもの」であり、「行政府と立法府が、当時の出入国管理令との関係上支障が生じないとの認識の下で、一定範囲の外国人に対し、日本国民に準じた生活保護法上の待遇を与えることを是認したものである」ということができるのであって、換言すれば一定範囲の外国人において上記待遇を受ける地位が法的に保護される」と判断した。

そして、「生活保護法あるいは本件通知の文言にかかわらず、一定範囲の外国人も生活保護法の準用による法的保護の対象になるものと解するのが相当であり、永住外国人である

<sup>9</sup> 福岡高判平成23・11・15判タ1377号104頁。

<sup>10</sup> 前掲注2)。

<sup>11</sup> 従来から外国人に対しても日本人と同様の保護が運用上行われてきたから、法改正の必要はない、という説明が社会保障制度審議会の審議において厚生省説明によってなされた。第94回衆議院法務委員会外務委員会社会労働委員会連合審査会議録第1号（昭和56年5月27日）。

Xがその対象となる」。

	請求内容	判断	上級の裁判所への申立て
主位的請求	上記表①	上記表①—1については認容 <sup>12</sup> 。 上記表①—2については却下 <sup>13</sup> 。	Yが敗訴部分、すなわち①—1につき上告。
	上記表②	却下 <sup>14</sup> 。	
予備的請求	上記表③	棄却 <sup>15</sup> 。	
	上記表④	棄却 <sup>16</sup> 。	

### 3 最高裁判決

最高裁は以下のように述べて、原判決中Y敗訴部分を破棄、当該部分につきXの控訴を棄却した。

「旧生活保護法は、その適用対象につき『国民』であるか否かを区別していなかったのに対し、現行の生活保護法は、1条及び2条において、その適用対象につき『国民』と定めたものであり、このように同法の適用の対象につき定めた上記各条にいう『国民』とは日本国民を意味するものであって、外国人はこれに含まれない。「現行の生活保護法が制定された後、現在に至るまでの間、同法の適用を受ける者の範囲を一定の範囲の外国人に拡大するような法改正は行われておらず、同法上の保護に関する規定を一定の範囲の外国人に準用する旨の法令も存在しない。」「したがって、生活保護法を始めとする現行法令上、生活保護法が一定の範囲の外国人に適用され又は準用されると解すべき根拠は見当たらない。」

「また、本件通知<sup>17</sup>は行政庁の通達であり、それに基づく行政措置として一定範囲の外

<sup>12</sup> 「本件申請当時、控訴人には生活保護法第4条3項所定の急迫した事由が存在したことが認められ、これに基づいて生活保護を開始すべきものであったものと認められる」とした。

<sup>13</sup> この点における却下理由は判決文中で明確に述べられていない。

<sup>14</sup> 「控訴人は、被控訴人に対し生活保護開始の義務付けあるいはこれに代わる保護の給付を求めるところ、義務付けについては、行政事件訴訟法第33条2項に基づき、本件取消判決の趣旨に従った処分をすることが行政庁に求められるから、義務付け訴訟の要件を定めた同法第37条の2第1項所定の要件のうち『その損害を避けるため他の適当な方法がないとき』を充足するものとは認められず、その訴えは不適法である」とした。

<sup>15</sup> 「予備的請求のうち給付の訴えについては、いまだ生活保護開始決定がなされていない時点では受給権が発生していないから理由がな」とした。

<sup>16</sup> 予備的請求のうち「確認の訴えについては、同法33条2項に鑑み、確認の利益がないから不適法である」とした。

国人に対して生活保護が事実上実施されてきたとしても、そのことによって、生活保護法1条及び2条の規定の改正等の立法措置を経ることなく、生活保護法が一定の範囲の外国人に適用され又は準用されるものとなると解する余地はなく、「わが国が難民条約等に加入した際の経緯を勘案しても、本件通知を根拠として外国人が同法に基づく保護の対象となり得るものとは解されない。なお、本件通知は、その文言上も、生活に困窮する外国人に対し、生活保護法が適用されずその法律上の保護の対象とならないことを前提に、それとは別に事実上の保護を行う行政措置として、当分の間、日本国民に対する同法に基づく保護の決定実施と同様の手続きにより必要と認める保護を行うことを定めたものである」。

「以上によれば、外国人は、行政庁の通達等に基づく行政措置により事実上の保護の対象となり得るにとどまり、生活保護法に基づく保護の対象となるものではなく、同法に基づく受給権を有しない」。

## IV 外国人と生活保護

本判決はXを含む外国人の生活保護法の適用について、生活保護法の文言から否定したものである。また、外国人は通知に基づく行政措置による事実上の保護の対象にとどまることを確認し、行政措置に基づく生活保護法の準用の対象となる外国人についても、生活保護法の適用を否定した。この点は従来からの生活保護法の準用の対象となっていた一定範囲の外国人については、法定保護の対象となりうると判示した控訴審判決とは対照的であり、外国人の生活保護法上の地位について従来の行政解釈を踏襲したものといえる<sup>18</sup>。

本稿では、本判決の前提となっていると思われる考え方を指摘し、問題点を検討する。そのため、まず以下の1で生活保護法における外国人の法的地位について概観し、2でわが国における外国人の人権に関する議論について確認する。

### 1 生活保護法における外国人の法的地位

#### (1) 生活保護法の沿革

第二次世界大戦後の日本では、GHQ（連合国軍最高司令官総司令部）の支配の下、公的扶助の近代化が推進された。その中で、GHQは日本政府に対し「社会救済に関する覚書」を発した。そこには、公的扶助について、無差別平等、国家責任の明確化、必要な保護費に制限を加えないことの3原則が示され、昭和21年に旧生活保護法が成立した。旧生活保護法は、第1条で「生活の保護を必要とする状態にある者」に対し、国が無差別平等に保護することを規定し、内外人平等を掲げ、救護法のような制限扶助主義ではなく一般

---

<sup>17</sup> 前掲注2)。

<sup>18</sup> 前掲注3) 175頁。

扶助主義を採用した。しかしながら、旧法は勤労を怠る者や素行不良な者などには保護を行わないと定めるとともに、保護受給権を否定した。

## (2) 現行法の解釈・運用

これに対して、現行の生活保護法は、第1条で「日本国憲法第25条に規定する理念に基づき」と規定し、第2条で、「すべて国民は、この法律の定める要件を満たす限り、この法律による保護を、無差別平等に受けることができる。」と規定した。これによって、旧法で規定されていた怠惰・素行不良による欠格条項が廃止され、保護受給権が認められた一方で、生活保護受給者の範囲は「国民」に限定された。

しかし、上述のように外国人に対する保護がなされなかったわけではない。現行生活保護法が制定された直後、外国人であっても、「困窮の状態が現に急迫、深刻であって、これを放置することが社会的人道的に見てもこれが妥当でなく他の救済の途が全くない場合に限り、当分の間、本法の規定を準用して保護して差し支えない」という通知<sup>19</sup>が出され、これによる保護が行われていた。さらにその後旧厚生社会局長通知<sup>20</sup>では、「第1条により、外国人は法の適用対象とならないのであるが、当分の間、生活に困窮する外国人に対しては、一般国民に対する生活保護の決定実施の取扱いに準じて左の手續により必要と認める保護を行うこと。」とされ、その準用が認められてきた。

## (3) 難民条約批准時における審議の経緯

昭和56年、控訴審判決でも子細に述べられているように、日本は難民条約に加入した際、難民条約23条（公的扶助）、24条（労働法制及び社会保障）に基づき、国民年金法、国民健康保険法などに規定されていた国籍条項を撤廃した一方で、生活保護法における国籍条項は撤廃しなかった。その理由は、条約批准に際して行われた社会保障制度審議会において以下のように語られた<sup>21</sup>。「…今回国籍条項が撤廃されるという対象になっているのは国民年金、児童手当、児童扶養手当、特別児童扶養手当、こうなるのだらうと思うのです。ところが、生活保護法、国民健康保険法というのは国籍条項を置いたままになるのですね。この取り扱いは従前どおりということになるのだらうと思うのですが、どのようにこの点は今後改革を迫られるか、どういうふうにお考えになりますか」という土井たか子議員の質疑に対して、山下眞臣政府委員は「生活保護法につきましては、昭和二十五年の制度発足以来、実質的に内外人同じ取り扱いで生活保護を実施いたしてきているわけでございます。去る国際人権規約、今回の難民条約、これにつきましても行政措置、予算上内国民と

<sup>19</sup> 前掲注1)。

<sup>20</sup> 前掲注2)。

<sup>21</sup> 前掲注11)。



同様の待遇を致してきておるといふことで、条約批准に全く支障がないといふふうにご考慮くださる次第でございます」と答えた。

以上のように、政府委員は「通知によって行政措置として日本国民と同様の保護を行っているから改正は必要ない」と答えたわけである。そうすると、国籍条項を撤廃した国民年金などの社会保障法制なども、以前から通知によって外国人に対して日本国民と同様の取扱いをしていけば生活保護法のように国籍条項は撤廃されなかったのであろうか。この点について、山下政府委員は以下のように述べている。すなわち、「…一つには、国民年金等につきましては給付するだけではございませんので、どうしても拠出を求めるとか、…法律が必要だろうと思うのでございますが、生活保護で行っております実質の行政は、やはり一方給付でございまして、必ずしもそういう法律を要しないでやれる措置であるということが一つの内容になるわけでございます。…ただ、改正してもよろしいではないかという御議論もあろうかと思うのでございます。その辺につきましては、十分検討いたさなければならぬと思うわけでございますが、いろいろ難しい問題がございます。…たとえば出入国管理令でございますが、今度は法で、出入国の拒否事由といたしまして貧困者等国、地方公共団体の負担になる者、これにつきましては入国を拒否することができるという規定があるわけでございまして、そういった規定との関連を、この生活保護を法律上のものとして改正する場合にどう調整していくかというような問題もございます。あるいは生活保護につきましては…補足性の原理というのが強くあるわけでございますが、そういった外国人の方の親族扶養の問題等をどう解決していくか等々非常に詰めなければならぬ問題が多うございますので、今回は、とにかくこういった条約の批准には何ら支障がないし、実質的には同じ保護をいたしておるのであるからこれによってご了解を頂きたい、かように考えているわけでございます。」

以上のことを整理すると、まず、「難民条約を批准するために生活保護法の国籍条項を撤廃する必要がある/必要はない」という次元で考え、現実には、生活が窮迫した外国人に給付を行っているから「必要はない」と判断している。次に、「生活保護法の国籍条項撤廃の必要はないから改正しない/撤廃の必要はないが改正する」という次元では、前者を選択し、大きく分けて2つの理由を示している。第1に、出入国管理令で出入国の拒否事由として「国、地方公共団体の負担になる者」と定めていることである。この規定と法律上のものとしての外国人に対する生活保護をどう調整するかという点を検討するのに多くの時間がかかるので改正を見送った、ということである。第2に、生活保護法には補足性の原理（4条）があり、その原理に関する判断をするにあたって、外国人の親族の状況の調査が非常に困難であるということである。

このようにして生活保護法による保護は国民に限られ、外国人に対する保護は行政措置による一方的なものになった。そして、この時点では、生活保護の対象となる外国人の範

囲は特段示されているわけではなかった。しかし、平成2年に口頭指示<sup>22</sup>という形式で、生活保護法を準用する外国人は、出入国管理及び難民認定法の別表第二記載の外国人に限定された<sup>23</sup>。

## 2 憲法25条・14条1項との関係について

### (1) 外国人の人権享有主体性

#### (a) 学説

外国人の基本的人権の享有主体性については、否定説<sup>24</sup>と肯定説に分かれている。現在では後者が支配的であり、それを支える根拠は、基本的人権の前国家的権利性や憲法によって立つ国際協調主義である。否定説も政治道義上は外国人にも基本的人権保障の趣旨を及ぼすべきであるとしているが、基本的人権の本質はまさに「個人として尊重される」ことの帰結であるから、考え方の筋道としては、肯定説が妥当であるということができ<sup>25</sup>、最高裁判所も多くの事件で外国人が憲法上の主張を行う適格性を、問題とすることなく判断してきている。

#### (b) 判例の変遷

外国人が憲法の定めるいかなる基本的人権をいかなる程度で享有するかについて、かつて、最高裁は、「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者と雖もこれを有すると認むべきである<sup>26</sup>」とし、憲法14条の趣旨は、「特段の事情が認められない限り、外国人に対しても類推されるべきものと解するのが相当である<sup>27</sup>」と述べ、基本権が外国人にも及ぶかのように説いていた。

しかし、その後のマクリーン判決<sup>28</sup>によって示されたように、最高裁は性質的理解に立

<sup>22</sup> 平成2年10月25日厚生省社会局保護課企画法令係長による口頭指示。

<sup>23</sup> 生活保護を実施する地方公共団体が仮に保護措置をとった場合、その費用は全額自治体が負担するという仕組みになった。口頭指示の根拠として以下の4点を挙げ、国際人権規約の下でも「合理的な取扱の区分」は許されるとした。非定住外国人は、①活動に制限があるので生活保護法1条にいう自立を助長するための前提を欠く。②同法4条の補足性の前提となる稼働能力を活用することや、資産調査、扶養調査を行うことが事実上困難である。③同法60条所定の稼働能力の発揮、生活向上の努力義務を事実上果たせない。④外国人に対して無差別で保護することは、生活保護を目的とした入国を助長するおそれがある。なお、この口頭指示の法的根拠や法的地位が不明確であるとして批判がなされている。林弘子「最低生活保障と平等原則」日本社会保障法学会編『住居保障法・公的扶助法（講座社会保障法第5巻）』（法律文化社、2001年）133-159頁。

<sup>24</sup> 否定説として代表的なものとして佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣、1952年）67頁。

<sup>25</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2016年）142頁。

<sup>26</sup> 最判昭和25・12・28民集4巻12号683頁。

<sup>27</sup> 最判昭和39・11・18刑集18巻9号579頁。

<sup>28</sup> 最判昭和53・10・4民集32巻7号1223頁。

ち、「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみを対象としておりと解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」とした。そのため、一般に各種自由権や裁判を受ける権利を享有するものとされる一方、参政権や社会権などは享有しないものとされてきた。特に社会権については、その保障は各人の属するそれぞれの国の責務であるとの考えの下に外国人の享有主体性を否定する見解が通説であった。

もっとも、そこには、判断枠組みの変化があったことは看過できない。すなわち「外国人」の基本権享有の拒否について性質説を採るとともに、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、外国人在留制度の枠内で与えられているにすぎない」としたことである。これは、出入国システムを人権の射程から外したうえで、人権の射程から外された出入国システムによって外国人の人権の保障は枠づけられるとするもので、ここでは憲法の人権保障の存否が出入国システムを規定する法律の定め依存することになる。マクリーン判決は、この根拠を以下のように示している。つまり、「国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされている」、と。この点について、まず、国際慣習法上外国人の受け入れは主権国家の自主判断に任されているということ、そして、次にわが国の憲法はこの点について開放的であることが指摘される。したがって、外国人の基本権享有はいったん、人権の射程から外れた出入国システムによって入国した外国人につきはじめて問題となる。

## (2) 外国人の生存権

既に述べたように、社会権は各人の所属国によって保障されるべき権利であって、当然に保障されるべき権利ではない、と解する立場がある。このような見解を生存権についても展開する説を林弘子は「生存権否定説」と呼んで整理している<sup>29</sup>。無拠出制年金制度について立法府の広範な裁量を認め、また社会保障施策において在留外国人をどのように処遇するかについて、国は諸般の事情を考慮しながら政治的判断によって決することができ、「その限られた財源の下で福祉的給付を行うにあたり、自国民を在留外国人より優先的に扱うことも許されるべきことと解される」とした、塩見訴訟<sup>30</sup>もこの立場によるものである。

もっとも、今日では、参政権と同じように、外国人に対して絶対的に保障が排除されると解するのは妥当ではないとして、一定の憲法的保障を及ぼそうとする考えが有力となり

---

<sup>29</sup> 前掲注23) 135-138頁。

<sup>30</sup> 最判平成1・3・2判時1363号68頁。

つつある。その一つが「生存権保障拡張説」である。この説の論者は以下のように権利性質説を批判する。権利性質説は、憲法の人権カタログの各性質が外国人一般について及ぶかどうかを抽象的に検討するのみであり、詳細な分析を怠ったことによって、結果的に外国人の基本権を制限する方向で影響を及ぼしてきた。そのため、外国人の社会権は、第一次的には各人の所属する国によって保障されるべきであるとしたうえで、立法政策によって社会権の保障を外国人に対しても及ぼすことは望ましいと主張する<sup>31</sup>。

さらに進んで、外国人にも生存権を肯定する見解も存在する（「生存権肯定説」と呼ばれる）。この見解を支える論拠は様々であるが、代表的なものとして以下の3つをあげる。第1に、憲法前文・本文の自然法的理念と国際協調主義を根拠に、生存権が外国人にも具体的に保障されるとする見解、第2に、生存権ないし社会権は、国家との関係ではなく、社会との関係で有する人類普遍の権利であり、現在ではわが国も従わなくてはならない国際規範になっているという見解、第3に、経済・社会的人権は、人が共同体の一員たることを基準とし、外国人一般ではなく、日本国民と同じように納税義務を負担している外国人に対して生存権を肯定する見解である。この説は、一口に外国人といっても、観光によって在留しているものもいれば、日本人の配偶者を有し定住している者もいるし、先の大戦後、自らの意思に関係なく国籍を剥奪され永住しているものもいる、こうした在留資格を無視して憲法上一概に取り扱うのは憲法の趣旨に合致しないと主張する<sup>32</sup>。

### (3) 外国人と平等原則

一般的に、平等原則は前掲・マククリーン事件判決の示した権利性質説に立ったとしても、その保障は外国人に及ぶ。しかし本判決を含め、非正規滞在の外国人に対する生活保護の適用が争われた中野宗事件第1審判決<sup>33</sup>や同じく<sup>34</sup>緊急医療における生活保護の適用が問題となったゴドウィン事件<sup>35</sup>では憲法25条の広範な立法裁量を根拠として平等原則に反しなかったとした。国籍に基づいた別異取扱いをすることにつき、憲法14条に反しないという判断が出された根拠として、すでに述べた憲法25条の広範な立法裁量のほかに、3つ挙げられる<sup>36</sup>。第1に社会権は、もっぱらその者の所属国によって保障されるものであること、第2に、生活保護は全額国庫負担となっており、その費用は国民の税負担に依存するから

<sup>31</sup> 前掲注25)。

<sup>32</sup> 浦部法徳『全訂憲法学教室』（日本評論社、2002年）58-61頁。

<sup>33</sup> 第1審（東京地裁平成8・5・29判時1577号76頁）、第2審（東京高裁平成13・9・25）、最高裁（最判平成13・9・25判時1768号47頁）。

<sup>34</sup> 中野宗事件では、交通事故に遭った不法滞在者が医療費を払えない場合でも生活保護申請が却下されたことが問題となった。

<sup>35</sup> 神戸地裁平成7・6・19判自139号58頁。

<sup>36</sup> 河野正輝「外国人と社会保障—難民条約関係整備法の意義と問題点」ジュリストNo.781（1983年）50頁。

適用対象は日本国民に限定されるということ、第3に、平等原則違反を主張する者たちの根拠となっている国際人権規約A規約9条<sup>37</sup>は締約国に積極的に社会保障を推進すべき努力義務を負わせる趣旨であり、これによって外国人に具体的な権利が与えられるとは理解されない、ということである。

## V 検討

### 1 外国人の生存権、生活保護法の適用について

#### (1) 外国人の生存権

外国人の生存権についての考え方はいくつか存在することは既にみた。生存権否定説と生存権肯定説との対立は、結局のところ、国家の主権的な裁量権の範囲を広く認める国家主権主義と、世界人権宣言や国際人権規約に基づく普遍的人権主義との対立である<sup>38</sup>。生存権保障拡張説は、生存権否定説を基礎としながらも、その人道的見地から外国人にも社会権の保障を及ぼそうとするものである。

以前のように、各国がそれぞれの領域を単位として、経済活動をしていた時代においては、その社会に参加するものも国民に限られていた。その国民が憲法制定権力を行使し、制定した憲法において、国家の積極的作為を要する社会権の保障が、性質上外国人に及ばないと解釈することは首肯できる。しかし、現代において、経済活動は一国の枠内にとどまらず、世界的交流が常態化している。このような時代にあつて、日本社会の構成員は日本人だけということとはできず、数多くの外国人がこの社会を形成している。社会権を国家による給付的作用の権利と解するのではなく、社会に対する自由権的権利、生存権を前国家的権利であると解すれば、生存権否定説や生存権保障拡張説は、妥当しないということができる。

一方で、生存権肯定説のうち、外国人でも日本国民と同様に生活をし、納税義務を果たしている定住外国人に対しては生活保護法を適用することが妥当であるとする見解がある<sup>39</sup>。しかし、外国人に対して生存権を保障する際に、在留資格によってその範囲を制限してよいのだろうか。現在の出入国管理システムは法務大臣の広範な裁量を幅広く認めており、外国人の権利は、その裁量による出入国管理システムの枠内で保障される。そのため、外国人の生存権は入国時の条件設定によって自由かつ根本に制約され、また在留期間更新時にも憲法の保障の範囲内の行為すらも不利益な事情として考慮される。従つて、生存権は人が人として生きるための最低限を保障するものであり、これを保障するか否かに

---

<sup>37</sup> 「この規約の締約国は、社会保険その他の社会保障についてこのすべての者の権利を認める」。

<sup>38</sup> 前掲注23) 137頁。

<sup>39</sup> 大沼保昭『『外国人の人権』論再構成の試み』法協百年論集2巻（有斐閣、1983年）390-391頁。

ついて、在留資格を考慮することは妥当ではない。行政の裁量が大きく認められる状況でこのようなこのような解釈を許してしまえば、かえって外国人の生存権保障をはじめ、様々な権利が制約される。大沼保昭は、「従来の『外国人の人権』論にあつては、外国人の類型論、制限される権利の類型論が展開されてないのみならず、権利制限の態様論も十分論じられておらず、権利制限は多くの場合、外国人の当該権利からの除外というかたちで問題が処理されてきた」が、『外国人の人権』論の具体的検討に当たっては、外国人の類型、権利の性質、制限の基準、制限の態様という観点を含む解釈が要請される」と述べる<sup>40</sup>。たしかに、外国人の在留資格に応じて保障される権利を論じることは望ましいが、基本権の射程から外れた出入国システムを採用している現状では、類型論を展開するために、先立って法務大臣の裁量を統制する手法を論じる必要がある。

## (2) 生活保護法の適用

わが国における社会保障による生活の保護は様々である。国連の「経済的、社会的、文化的権利に関する規約委員会」（以下「社会権規約委員会」という。）は、社会保障を「人間としての基本的なニーズに当たる部分」と「それ以外の」部分に分け、締約国に対して履行義務に差を設ける解釈を示している<sup>41</sup>。具体的にどの社会保障が、「人間としての基本的なニーズに当たる部分」であるかは定かではないが、生活保護は他の社会保障<sup>42</sup>でカバーできない者たちの生存権を保障する制度であり、「最後の受け皿」とされている<sup>43</sup>ことからすると、生活保護は社会権規約委員会の言う、「人間としての基本的なニーズに当たる部分」ということができる。

わが国における生存権の法的性格について、かつて、プログラム規定説をはじめ具体的権利説や抽象的権利説など様々な主張が展開された。しかしながら、佐藤幸治は、生存権の法的性格をどれかに分類することは適切ではないと指摘し、以下のように述べる。すなわち、憲法上の生存権は、その一般的な実現のためには法律による具体化が必要であるが、そのことは実現されるべき憲法上の実体は何もないことを意味するものではない。憲法25条1項にいう生存権は本来的に不確定のものではなく、法律の制定を待つことなく、核となる内実を持つ、と。

生活保護法の目的・趣旨からすれば、法律の制定を待つことなく核となるその内実とは、社会権規約委員会の言う「人間としての基本的なニーズに当たる部分」であり、「最後の受け皿」としての生活保護法による生活保護はこの核となる内実の一部をなすものであると考えられる。

<sup>40</sup> 前掲注39) 392頁。

<sup>41</sup> 多谷千香子「社会権規約委員会（CESCR）」国際人権2号（1991年）70頁。

<sup>42</sup> 保険料を支払う必要のある医療保険等。

<sup>43</sup> 椋野美智子・田中耕太郎『初めての社会保障福祉を学ぶ人へ』（有斐閣、第16版、2019年）77頁。

したがって、定住外国人に対しては生活保護法の反射的利益としての保障ではなく、生活保護法の適用対象としての保障がなされることが必要である。

## 2 国籍に基づく別異取扱いと平等原則

一般に、何らかの別異取扱いが行われたとき、直ちに平等原則違反となるわけではなく、合理的根拠のある別異取扱いについては憲法違反とならないとされてきた。わが国において、最高裁は、合理的根拠のある別異取扱いであるかどうかを審査するとき、目的の正当性・手段の合理性について審査してきた。もっとも、平等原則について審査するとき、多くの場合、平等原則のみならず他の権利も同時に問題となっている場合がほとんどである。このとき、たびたび他の権利、とりわけ社会権と平等原則の審査が分離せず、同時に審査されてきた<sup>44</sup>。本件においても、塩見訴訟を引いて、生存権保障の広範な立法裁量を盾に平等原則の審査を緩和している。また、先に見た3つの合憲の根拠が加わることで、その判断の正当性を補強している。以下では、この3点について検討していく。

### (a) 国際人権規約A規約を根拠とした主張は妥当か

わが国では、A規約9条は努力義務を定めた条項であり、国家に対して具体的な責務を負わせるものではないとする、憲法25条の解釈におけるプログラム規定説的な考えが有力である。中でも、A規約2条1項の「立法措置その他のすべての方法によりこの規約において認められる権利の完全な実現を漸進的に達成するため、自国における利用可能な手段を最大限に用いることにより、…行動をとることを約束する」という部分が先に述べた、塩見訴訟やゴドウィン事件訴訟等の裁判例において、ほとんど手放しの立法裁量を導く根拠となってきた。しかしながら、以下の2点においてこのような考え方には問題がある。

第1に、憲法前文、98条2項において、国際協調主義を掲げているにもかかわらず、世界人権宣言が採択されて40年を経て、さらに国際人権規約A規約の批准をなした後において、なお国内におけるこのような憲法解釈は不可解であるということである<sup>45</sup>。

第2に社会権規約人権委員会の解釈として一定の影響力を有する一般意見3は2項で、締約国の義務の性格について、漸進的なものではあっても、「関係する権利の完全な実現に向けた行動は、規約が発効した後、合理的な短期間のうちにとられなければならない」、としている。そして、9項では、「漸進的実現」という用語を用いているのは、「全ての経済的社会的文化的権利の完全な実現は一般的に短期間にはなしえないであろうという事実を認めるもの」ではあるが、「この義務から意味のある内容をすべて奪うものと誤解すること

<sup>44</sup> 小山剛『「憲法上の権利」の作法第3版』（尚学社、2016年）126頁。

<sup>45</sup> 高藤昭『内外人平等待遇の原則と我が国の法体系・法理論—生存権の外国人権利主体性論を中心に』季刊社会保障研究24巻4号（1989年）419頁。

はできない」とし、「その目標に向けて、可能な限り迅速かつ効果的に移行する義務を課している」とする。したがって、A規約に定められる締約国の義務の性格は、「合理的短期間のうちに可能な限り最大限の行動をとる」というもの<sup>46</sup>であり、関係権利の実現、とりわけ生存権については広範な立法裁量に委ねられていると解釈することはできない。

したがって、国籍に基づく別異取扱いを合憲とする根拠として、国際人権規約A規約の努力義務的性格をあげることは妥当ではない。

#### (b) 生存権はもっぱらその者の所属国によって保障されるものなのか

わが国では、生存権の保障責任は居住国にはなく、居住者の母国であることを論拠としてその権利主体性を外国人に否定する見解は極めて有力であり、塩見訴訟第2審判決では、「一国の国民の福祉を図り生存権（社会権）の保障をなすことは先ずその者が属している国の責任であって他国の責任ではないとの原則は、今なお世界において通用性をもっている」と示し、世界的通用性までも認める判断をしている。

しかし、本件で問題となっている生活保護のような「人間としての基本的なニーズに当たる部分」を保障する制度についてまで、その保障を「先ずその者が属している国の責任である」とするのは妥当ではない。というのも、人間として生存するための基本的なニーズに当たる部分の保障は、人間が人間としての尊厳を保つための権利として、自由権と同様に国家以前に存在するものとして捉えられる<sup>47</sup>ためである。芦部信喜も「社会権も、…生存権など、公権力によって不当に制限されてはならないという自由権的側面を有し」と指摘している<sup>48</sup>。そもそも、外国人というのはその国におけるマイノリティであり、平等原則の基本理念からして率先して平等な取扱が求められる集団であるといえる。

したがって、生存権が社会権であることから、その前提にある社会国家・積極国家の思想を前面に持ち出し、別異取扱いについて合憲判断を下すのは妥当ではない。

#### (c) 生活保護の財源を根拠とした主張は妥当か

生活保護法は憲法の定める生存権を制度化したものであり、生活保護法の原理の一つとして「無差別平等の原理」がある。例えば医療保険のような社会保険は、予め加入し、保険料を支払う必要がある。つまり、医療保険料を支払うことができない者は医療保険制度によっては生存権が保障されないということである。このような者を全て受け止め、生存権を保障するためには、保険料や利用者負担を財源にすることはできない。したがって、

---

<sup>46</sup> 日本弁護士連合会『国際人権規約と日本の司法・市民の権利—法廷に活かそう国際人権規約』（こうち書房、1997年）292-293頁。

<sup>47</sup> 多谷千香子「国際協力の法的性格（上）—『基本的社会権』の視点から」ジュリストNo. 950（1990年）114頁。

<sup>48</sup> 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法』（岩波書店、第7版、2019年）84-85頁。



財源は全て公費となっており、国が4分の3、生活保護を実施する自治体が4分の1を負担することとなっている。このように生活保護費の財源を税金によって賄っていることを根拠に、外国人には生活保護を実施しなくても平等原則に反しないと主張が存在する。

現行税制下では、国税・地方税を合わせて50種類近くの租税がある。租税には様々な税目があり、いくつかの視点からの分類が可能である。例えば、税負担を経済活動のどの局面に求めているかに着目して分類した場合、所得課税、資産課税、消費課税という3種類に分類できる。

消費課税は、消費するという経済活動に担税力を見出したものであり、令和元年度予算の国税・地方税を合わせたもののうち33%を占めている<sup>49</sup>。代表的な消費税をはじめ、酒税、たばこ税等について、もちろん外国人も納めている。

次に、所得課税は全体の税収の5割を超える部分を占めている<sup>50</sup>。所得課税はその者の所得に基づいて課されるものであるが、個人が支払う代表的なものとして所得税、住民税がある。

所得税法は、日本との結びつきの程度によって納税義務者を居住者<sup>51</sup>と非居住者に、所得を国内源泉所得と国外源泉所得に、それぞれ区分し、居住者には国内源泉所得及び国外源泉所得に所得税を課し、非居住者については、国内源泉所得にのみ所得税を課している。なお、一定の居住者<sup>52</sup>は非永住者とされ、課税の範囲が制限される<sup>53</sup>が、これは二重課税を回避するためのものである。つまり、定住している外国人はもちろん、観光目的で入国した者、留学生などは別として、多くの日本に住む外国人は所得税を納めている。

また、住民税もその地方公共団体との結びつきを持つ個人に対して広く課税するものである。住民税は都道府県によるものと市町村によるものとに分かれるが、いずれも均等割と所得割の2つの部分からなっている。均等割りは、地方公共団体内に住所を有する個人及び地方公共団体に住所はないが事務所・事業所・家屋敷を有する者を納税義務者としている。一方で、所得割は地方公共団体内に住所を有するものを納税義務者としている。ここにいう「住所を有する者」は住民基本台帳に記録されている者を指し(地方税法24条2項、

---

<sup>49</sup> 財務省「国税・地方税の税目・内訳」

<[https://www.mof.go.jp/tax\\_policy/summary/condition/001.pdf](https://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/condition/001.pdf)> (最終アクセス2019年11月29日)。

<sup>50</sup> 前掲注49)。

<sup>51</sup> 国内に住所を有し、又は、現在まで引き続いて1年以上居所を有する個人を指す(所得税法2条3項)。なお、ここにいう住所とは、「個人の生活の本拠」をいい、居所とは、「生活の本拠ではないが、現実に居住している場所」をいう。

<sup>52</sup> 居住者のうち、日本の国籍を有しておらず、かつ、過去10年以内において国内に住所又は居所を有していた期間の合計が5年以下である個人をいう(所得税法2条4項)。

<sup>53</sup> 居住者の国外源泉所得には、その外国からも課税を受けている。そのため、国外源泉所得にかかる課税のうち外国に支払った所得税が、日本に支払う所得税から免除される(所得税法95条1項)。但し、国外源泉所得に日本の実効税率を乗じた金額が限度となる。

294条3項)、所得税法にいう「住所」、つまり「生活の本拠」とは異なる場合があるように見える<sup>54</sup>。しかし、日本に滞在居住していた外国人が、東京都特別地区に「住所」を有していたかが争われた事例で、東京地方裁判所<sup>55</sup>は「住所」について「その人の一般的生活にもっとも関係の深い場所(全生活の中心)であると解するを相当とする<sup>56</sup>」と判示した。したがって、住民税についても、多くの外国人も税を負担しているといえる。

最後に資産課税であるが、資産課税は税込全体の13.6%を占めている<sup>57</sup>。このうち大部分が固定資産税、相続税・贈与税である。

固定資産税の納税義務者は、賦課期日現在における固定資産の所有者である。所有者とは、土地について土地登記簿若しくは土地補充課税台帳に所有者として登記され、また建物について建物登記簿もしくは家屋補充課税台帳に所有者として登記されている者を指す。

相続税は、人の死亡によって財産が移転する機会にその財産について課される租税であり、贈与税は、贈与によって財産が移転する機会にその財産に対して課される租税であるが、相続税の補完税としての性質をもっている。相続税の納税義務者は、相続又は遺贈によって財産を取得した個人である。その者が、財産の取得の時に日本国内に住所<sup>58</sup>を持っている場合は、無制限納税義務者としての納税義務を負う。その者が財産取得の時に、日本国内に住所を持っていない場合には、制限納税義務者として、相続又は遺贈によって取得した財産のうち日本国内にあるものについてのみ相続税の納税義務を負う。贈与税の仕組みも同様である。したがって、資産課税についても、日本に住んでいる外国人の多くは税を負担している。

以上のことから、生活保護の費用が税負担に依存していることを理由に、外国人の生活保護法適用につき別異取扱いの合憲性を認めることは妥当ではない。

## VI 私見

以上のように、本稿では外国人一般が生活保護法の適用対象外であることの問題点を検討した。本判決は、Xを含む外国人への生活保護法の適用について、生活保護法の文言から

---

<sup>54</sup> 坪内みのり「租税府における住所の意義についての一考察—相続税法上の住所の判定を中心として」公益社団法人租税資料館『租税資料館賞受賞論文第20回中巻』(2011年)402-403頁。

<sup>55</sup> 東京地判昭和45・3・9行集第21巻第3号466頁。

<sup>56</sup> 地方税法の趣旨が地方公共団体区域内に居住する住民にその担税力に応じて、その地方公共団体の経費を負担させることにあるとし、各人の「生活の本拠」とはその者が最も身近に行政サービスを受けている地方公共団体の区域内であると考えられる。これは、住民税の基礎である、負担分任思想とも合致する。

<sup>57</sup> 前掲注49)。

<sup>58</sup> 相続税法基本通達1の3・1の4共一5は「法に規定する『住所』とは、各人の生活の本拠をい、い、「生活の本拠であるかどうかは、客観的事実によって判定するものとする」としている。

明確に否定したものである。控訴審判決は、従来から生活保護法の準用の対象となっていた一定範囲の外国人について、法的保護の対象となりうるとしていたため、対照的な判決が下されたものといえる。加えて、本判決は、終始生活保護法の文言を解釈しているのみであり、その前提にある憲法の問題に立ち入って検討が行われていない点は問題である。また、一連の外国人の生活保護に関する判例が広範な立法裁量を認め、平等原則の判断について基準を緩やかにしていることも、上述のことから問題であるといえる。

外国人に対する生活保護の支給について、わが国では感情的な批判がみられるが、「当分の間」といいつつ数十年も法の適用外にしている点は改善が求められるであろう。そのためにも、生活保護法の根本となる生存権や平等原則について真摯な検討が必要である。

## Ⅶ おわりに

本稿では、外国人の生存権及び、国籍に基づいて生活保護法により別異取扱いをされることについて、その前提にあるであろう考え方を検討した。しかしながら、国籍に関する別異取扱いがわが国以外ではどのように考えられているのかについては検討していない。加えて、永住者等が独自に生計を営めなくなった場合の取扱いについての調査も必要であろう。これらの点については、また次の機会に検討することとしたい。

## Ⅷ 参考文献

以上、脚注で挙げたもののほかに、

- ・金子宏『租税法』（弘文堂、第22版、2018年）622-628頁、650-652頁、699-701頁。
- ・岡村忠生・渡辺徹也・高橋祐介『ベーシック税法』（有斐閣、2011年）166-172頁。
- ・多谷千香子「国際協力の法的性格（下）—『基本的社会権』の視点から」ジュリストNo. 951（1990年）68-72頁。
- ・渡辺豊「外国人の生活保護受給権（福岡高等裁判所平成23年11月15日判決：生活保護開始決定義務付け等請求事件）」法政理論第45巻第2号（2012年）172-199頁。
- ・永野仁美「外国人への生活保護法の適用または準用を否定した事例（生活保護開始決定義務付け等請求事件）」社会保障法判例Vol. 50No. 4（2015年）464-472頁。
- ・渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、第3版、2017年）120-121頁。
- ・櫻井智章『判例で読む憲法』（北樹出版、2016年）238-239頁。
- ・堀勝洋『社会保障法総論』（東大出版、2004年）58-164頁。
- ・倉田聡「外国人の社会保障」ジュリストNo. 1101（1996年）46-50頁。
- ・日比野勤「外国人の人権（3）」法学教室No. 218（1998年）65-81頁。
- ・田中宏「貧しさを憂えず、等しからざるを憂う—生活保護大分訴訟、高裁勝訴と上告審」

賃社No. 1561 (2012年) 4-9頁。

- ・奥貫妃文「外国人の生活保護の法的権利に関する考察—福岡高裁判決（福岡高判平成23・11・15）の意義と課題」賃社No. 1561 (2012年) 10-25頁。