

外国人と生存権

常岡(乗本)せつ子

一、問題の所在

外国人とは、法的概念においては日本の国籍をもたない者、すなわち外国の国籍をもつ者と無国籍者をさす。

国際化が進行するに伴って、外国人が憲法の保障する人権を享有しうるかという問題は、ますます重要性を増している。これは、今日各国に共通する問題であるとも言えよう。しかし、わが国の場合は、とくに外国人の人権の問題は、在日韓国人・朝鮮人に集中的に現われていることを忘れてはならない。現在日本に在留する外国人の八割以上が在日朝鮮人・韓国人である。歴史的には、これらの人々は戦前の日本の植民地支配により強制的・半強制的に日本に連行され、日本国籍を取得させられながら、サンフランシスコ講和条約の発効と同時に、本人の意思とは無関係に一方的に日本国籍を剥奪され、その結果さまざま社会的な不利益を蒙ってきた人々とその家族である。とりわけ、日本で生まれ育った二世・三世は、わが国の国籍法が出生地主義を採用していたなら、当然に日本の国籍をもっていたはずの人々である。日本に生活の本拠をもち、日本社会の一員として暮らしており、納税の義務も果たしているこれ

らに日韓国人・朝鮮人が、外国人であることのみによって不当な差別を受けてきた現実からこそ、わが国において外国人の人権の問題を取り上げるべき緊要性が存すると言えよう。

ところで、外国の憲法のなかには、外国人についてかなり詳細な規定を設けているものもあるが、日本国憲法は、外国人の法的地位や外国人に保障される人権の範囲について明確な規定は何も置いていない。そのため、日本国憲法が第三章で規定している基本的人権の保障がわが国に在留する外国人にも適用されるか否かという問題については見解が分かれることになる。

この問題についての学説は大きく二つに分かれる。第一は、消極説、第二は、積極説である。

消極説は、憲法は本来国民に対する権力の発動の仕方を定めたものであること、外国人と内国人は国家に対する関係が根本的に異なること、第三章の表題および基本的人権の総則的規定（第一〇条、第一一条、第一二条、第一三条）並びに最高法規の章（第九七条）には「国民」と明記されていることなどを根拠として、第三章で保障する基本的人権の規定は、外国人には適用されないとする見解である。消極説の典型的見解によれば、外国人に基本的人権の享有を認めるか否かは専ら立法政策の問題となり、憲法上の保障を受けるものではない。もっとも、立法政策としては、むしろ内外人を平等に扱い、外国人にも人権を積極的に保障すべきであるとする見解を示す論者もいる。^①しかし、消極説によれば、基本的人権の享有において内外人を差別する立法がなされても、違憲の問題を生ずる余地はない。^②

これに対して、近年有力に主張されている見解として、憲法上の人権保障規定の直接的適用を否定して、基本的には消極説の立場をとりつつ、合理的な修正を加えながら憲法の人権規定を外国人にも準用していこうとする見解がある（準用説）。これは、後に紹介する性質説が、国家と国民の関係と当該国と外国人の関係との差異を軽視するものであること、「国民」とある語に「外国人」も含めて解することは、あまりにも憲法上の文言を無視するものであること^④を批判しながら、外国人の人権にも憲法的保障を及ぼして、積極説の理念を生かそうとするものである。

外国人に対する処遇をすべて立法政策の問題とし、外国人の人権侵害に対して違憲判断の可能性を否定する従来の消極説は、今日ほとんど支持を得ていない。それに対し、基本的には消極説に与しながらも、準用という手法により、外国人の人権に憲法上の保障を与えていこうとする見解は、注目される。しかし、この説が消極説である限りにおいて、憲法第三章の人権規定の外国人への適用がそもそも原理的に否定されるという点では変わりなく、この点については疑問が提起されよう。^⑤

他方、積極説は、憲法第三章の人権規定は外国人にも適用されるとする。その論拠は、日本国憲法で保障する基本的人権は、前国家的・前憲法的な性質を有するということ、日本国憲法は国際協調主義を採用していることなどに求められている。^⑥しかし、積極説が外国人への人権規定の適用を承認するとは言っても、あらゆる人権につき、外国人にも憲法上の保障が与えられるとする見解はむしろ少ない。そこで、いかなる範囲の人権が外国人にも保障されるかという問題が生ずることになる。外国人にも保障されるべき人権の種類をどのように決定するかという基準により、積極説は、さらに三つの説に分かれる。

積極説の第一のものは、憲法上の文言に区別の基準を求めようとするものである（文言説）。この説によると、各人権規定上、「国民は」とあるものは、国民のみに保障されるべき人権であり、「何人も」とあるものないし人的対象を明らかにしないものは、外国人にも保障されるべき人権であるとされる。^⑦しかし、憲法制定者がそれほど意識して「国民は」という文言と「何人も」という文言を使い分けていたのではないこと、憲法第二二条の国籍離脱の自由は「何人も」と規定しているが、外国人に自国の国籍を離脱する自由まで認められたものとは解しえないことなどから、文言説をとる論者は必ずしも多くない。

積極説の第二のものは、権利の性質によって、外国人にも保障されるべき人権と日本国民のみに保障されるべき人権を区別し、権利の性質上可能な限り、外国人にも憲法の規定する人権の保障を及ぼそうとする説である（性質説^⑧）。

これに対し、憲法第三章が、本来は国民の権利・義務を定めたものであって、直接には外国人の権利・義務を定めたものではないとする点では消極説と立場を同じくするが、憲法九八条と前文を根拠に外国人にも憲法上の基本的人権を保障すべきだとする点で積極説に分類されうる見解がある。その主張するところは、主として、憲法九八条二項は、条約と確立された国際法規を誠実に遵守することを定めており、日本は外国と締結した条約や一般国際法の強行規範によって、外国人についても基本的人権の尊重遵守を促進する義務を負っているということにある。この説によると、憲法第三章の人権規定は、国際法上国民だけに特に留保されている権利条項を除外して、外国人にも適用すべきものとされる。⁹⁾従って、この説によるならば、外国人にも人権が保障されるか否か、保障されるとすればいかなる人権の範囲が保障されるかは、国際法を基準に決定されることになる。また、当該条約規定が強行規定であるか否かによっても、外国人の人権保障の程度が左右されることになる。

右の諸説のうち、性質説が学説・判例とも通説である。しかし、性質説をとったからといってただちに外国人の人権保障が実効性を伴ったものになるわけではない。ここに、いかなる人権がどの程度外国人に保障されるかを、個別の人権ごとに検討する必要性が出てくる。

日本国憲法は、第二五条で生存権を規定しているが、外国人の人権のなかでも外国人の生存権は、参政権、入国の自由などとともに、通常、外国人には保障されない権利とされている。¹⁰⁾しかし、在日朝鮮人・韓国人が職業選択の場で差別を受けている結果、内外人平等主義がとられている被用者保険立法の対象から事実上排除されており、被用者以外の者を対象とする社会保障立法に頼らざるをえない。こうした現状に目を向けるとき、これらの法令が内外人平等に立脚するものであることが一層強く要請されるといえよう。確かに、難民条約への日本の加入とそれに伴う国内法の改正によって、事態は改善の方向に向かっているということは一応いえるだろう。難民条約関係整備法により、かつて国民年金法、児童手当法などに規定されていた国籍要件は、一九八二年一月一日から撤廃され、同時に旧出入

国管理令に定められていた外国人の退去強制事由から貧困者であることなどは削除された。しかし、国民年金法は経過規定を設けておらず、そのため、たとえば老齢福祉年金については、国民年金法改正時に三五歳を越える外国人は、年金受給に必要な二五年以上の保険料納付期間または保険料免除期間という条件を満たすことが事実上不可能であり、依然として年金の受給対象から排除されるという状況にある。また、恩給法、戦傷病者戦没者遺族等援護法などには、相変わらず国籍要件が置かれている一方、生活保護法については、保護を受ける権利を有するものを「国民」と表現していることから、行政当局による外国人排除の法解釈がなされており、外国人に対する社会保障は、いまだ十分なものとはなっていない^⑩。

本稿は、このようなわが国における外国人に対する社会保障の実態を憲法上どのように評価すべきかという問題をめぐる判例および学説を整理し、外国人の生存権に関する現在の問題状況を明らかにしようとするものである。

二、判例にみる外国人の生存権

社会保障立法の国籍要件の合憲性が争われた事件として、国民年金法、生活保護法、戦傷病者戦没者遺族等援護法などに関するものがある。これらは、それぞれ独自の争点をもち、同じく憲法違反が問題にされたといっても、そこで検討された憲法条項は、たとえば戦傷病者戦没者遺族援護法については、二九条三項が含まれるなど、必ずしも共通の枠にくだらない側面もある。しかし、いずれの場合も、社会保障立法の国籍要件と外国人の生存権という共通の問題を指摘することができる。この問題に関して検討の対象となるのは、言うまでもなく二五条であるが、通常同時に一四条一項も問題にされている。なぜなら、外国人の二五条享有主体性の問題は、とりもなおさず生存権の保障に關して一四条一項が外国人にも適用されるかという問題であり、両者は表裏一体の関係にあるからである^⑪。以下、社会保障立法の合憲性が争われた主な事件の判決のうち、年代順に二五条および一四条一項にかかわる部分を紹介する。

「防貧的施策である法〔国民年金法……筆者註〕八一条一項の障害福祉年金の支給対象を日本国籍がある者に限るかどうかは、純粹に立法政策の問題であり、立法府は広い裁量権が与えられているのであって、立法府の判断が、恣意的なものであって、明らかに合理性を欠き、立法府が与えられた裁量権を著しく濫用したと認められない限り、これが憲法二五条二項に違反することはないといわなければならない。……立法府が、法八一条一項の障害福祉年金の支給を制限するものとして法五六条一項ただし書の規定〔国籍要件……筆者註〕を設けたことには、首肯するに足りる合理的理由があるから、立法府が、恣意的な判断をしたり、裁量権を著しく濫用したとすることは到底できない。」

「憲法一四条一項は、法の下の平等の規定であるが、この平等原則に従えば、国の社会保障上の施策でも、平等的な取扱いがなされなければならない。しかし、右憲法の条項は、国民に対し絶対的な平等的取扱いを保障したものでなく、事柄の性質に即応して合理的と認められる差別的取扱をすることは、何ら右条項の否定するところではないと解するのが相当である。……右の差別的取り扱い〔障害福祉年金の国籍要件……筆者註〕は、不合理なものではない。」（大阪地裁昭和五五年一〇月二九日判決・行裁集三一巻一〇号二二七四頁）

「憲法一四条は、『すべて国民は……』と規定し、直接には日本国民を対象とするものではあるが、その趣旨は、特段の事情の認められない限り、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。……しかしながら、憲法一四条は絶対的な法の下の平等を保障したのではなく、一般社会観念上合理的な根拠にもとづいて必要と認められるものである場合には、法規の制定又はその適用において異なる取扱いがなされたとしても憲法一四条の法の下の平等原則に反しないものと解するのが相当である。……その給付〔恩給並びに援護法上の援護……筆者註〕を受けることができる者を、わが国の構成員である日本国籍を有する者に限定することにも合理性があるものといふべきである。」（東京地裁昭和五七年二月二六日判決・判例時報一〇三二号三一頁）

「憲法一四条の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推されるべきものと解される。しか

しながら、……外国人に対し自国民と同様に社会権を保障しなくても、憲法一四条に違反するものではないと解すべきである。」「また、国民年金制度に関し、憲法二五条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量に委ねられており、同制度の対象者を日本国籍を有する者に限定するか否かも立法政策上の裁量事項である。」（東京地裁昭和五七年九月二二日判決・判例時報一〇五五号七頁）

「右規定〔憲法二五条……筆者註〕の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるを得ないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄であるといわなければならない。……そうとすれば、憲法二五条を受けた社会保障施策の一環としての法についても、その定めが、生存権の理念に照らして著しく合理性を欠き、明らかに立法府に与えられた裁量権を逸脱・濫用していると見られる場合において、はじめて違憲・無効の判断を受けることになるというべきである。……法〔国民年金法……筆者註〕が国民年金の対象者を日本国民に限り外国人に及ぼさなかったことが憲法二五条の理念に反するもの、もしくは立法府が裁量権を逸脱又は濫用したことによるものということはできず、むしろ、法の国籍要件の定めは国会の裁量の範囲内のものであるということが出来る。」「憲法一四条一項は、直接には日本国民を対象とするものではあるとはいえず、その認める法の下の平等の原則は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても及ぶべきものと解するのが相当であるが、法の下の平等の原則は、現実の具体的な人間の間存する差異を一切無視した絶対的な平等の取扱を要求するものではなく、事柄の性質に応じて日本国民と外国人との間あるいは日本国民相互の間に一般社会観念上合理的と認められる差別を設けることは、なんら法の下での平等の原則に反するものではない。……しかし、この日本国民と外国人との差別的取扱〔障害福祉年金の支給について廃疾認定日に日本国籍がある者とそうでない者との間に差別が設けられていること……筆者註〕が必ずしも不合理なものとはいえない……。」（大阪高裁昭和五九年一月一九日判決・行裁集三五卷一二号二二二〇頁）

「国民年金制度に関しては、憲法二五条の規定の趣旨を受けてどのような措置を講ずるかは、そもそも立法政策の問題であり、……被保険者資格を有する者の範囲については、立法府に広い裁量が認められているということができるのである。」（東京地裁昭和六三年二月二五日判決・判例時報一二六九号七一頁）

これらの判決はいずれも社会保障立法上の国籍要件を憲法二五条ないし一四条に反しないとしたものであるが、その理論構成は、概ね次のとおりである。

まず、憲法二五条については、広汎な立法裁量が認められるとした上で、社会保障立法の対象者を日本国籍をもつ者に限定することは、立法裁量の範囲内であるとし、したがって国籍要件が二五条には反しないと結論づける。他方、憲法一四条については、最高裁昭和三九年一月一八日大法院判決（刑集一八卷九号五七九頁）に依拠しつつ、同条が原則として外国人にも類推されるべきものであることを認める。しかし、同時に合理的差別は違憲とはならないとする立場に立って、社会保障立法上の国籍要件は不合理な差別にはあたらないから、憲法一四条には反しないとする。二五条に広汎な立法裁量を認めることや、一四条一項を合理的差別を容認したものと理解すること自体には、議論の余地がある。しかし、ここでは、これらの解釈を一応前提にした上で、合憲の結論を導き出す過程において、どのような考慮が最も大きく働いたかを検討しておきたい。すなわち、国籍要件が、二五条については、立法府の裁量の範囲内であるとされた理由付け、一四条については、合理的差別の範囲内であるとされた理由付けは何なのかという問題である。

この点に関し、いずれの判決にもほぼ共通する最も大きな理由付けは、全額または一部国庫負担の給付は、その費用がわが国の国民の税負担に依存することになるから、対象者は日本国籍のある者に限られるべきであるということ^⑤（大阪地裁昭和五五年一〇月二九日判決・行裁集三一巻一〇号二二七四頁、東京地裁昭和五七年二月二六日判決・判例時報一〇三二号三一頁、東京地裁昭和六三年二月二五日判決・判例時報一二六九号七一頁）とともに、生存権の性

質自体に求められている^⑥。すなわちこれらの判決は、外国人の人権の問題については、性質説の立場をとりつつ、生存権については、その性質上外国人への適用を否定する。以下、判決が、生存権の性質について述べた部分を引用しておこう。

「国民の福祉を図ることは、本来その国の政府の責務であつて、他国の政府の責務ではないとする思想は、今日なお世界各国において有力な思想である。」（大阪地裁昭和五五年一〇月二十九日判決・行裁集三二卷一〇号二二七四頁）

「援護法が国家補償の精神にもとづく使用者責任類似の性格を有するとしても、他面において、いずれも、老齢、廃疾又は生計の担い手の死亡といった事由に対して、その本人又は遺族の生活の維持を援助するという性格を具有することも否定し得ないところであり、現在の世界の実状においては、各自に対し、生活の保障ないし援助をするのは、それぞれの国民の所属する国家の責任においてなされることが国際間の基本原理として容認されているものと解することができる……。」（東京地裁昭和五七年二月二十六日判決・判例時報一〇三二号三一頁）

「国民年金制度のような社会保障に関する権利、いわゆる社会権については、もっぱら権利者の属する国家によって保障されるべき性質の権利であり、当然に外国によつても保障されるべき権利を意味するものではない……。」（東京地裁昭和五七年九月二二日判決・判例時報一〇五五号七頁）

「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つ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持って……。」。「外国人も基本的人権の享有を妨げられず、権利の性質上日本国民のみを対象としているものを除き日本国民と同様の権利を有すべきものではあるが、わが国が健康で文化的な最低限度の生活を営むことを保障する責務を有する者の中に外国人は含まれていないと解すべき……である（る）……。」（大阪高裁昭和五九年一月十九日判決・行裁集三五卷一二号二二二〇頁）

このように、判例は、社会保障立法の国籍要件が立法裁量の範囲内もしくは合理的差別に当たるとする理由付けの

最も大きなものとして、生存権が、その性質上、外国人には適用されるべき権利ではないということをおあげる。そしてこうした生存権の性質は、「国際間の基本原理」であり、「今なお世界において通用性を持っている」原則だと説明されている。^⑩このような判決の立場によっても、立法政策上外国人にも生存権の享有を認めることは、むしろ望ましいことであるとされる。たとえば、塩見訴訟の第二審判決では、「ある国が自国に居住する外国人一般に対し、自国民に対すると同様に、健康で文化的な最低限度の生活を営むことを保障することは望ましい事態であるということができる」(大阪高裁昭和五九年一二月一九日判決・行裁集三五卷一二号二二二〇頁)と述べられている。しかし、外国人に生存権が保障されるか否かはあくまで立法政策上の問題であって、憲法上生存権が外国人にも保障されるべきであるとされているのではない。したがって、社会保障立法上国籍要件を設けても、憲法違反の問題は生じない。こうした判決の立場は、原子爆弾被爆者の医療等に関する法律が、わが国に不法入国した外国人被爆者についても適用されると判示した孫振斗事件最高裁判決(最高裁第一小法廷昭和五三年三月三〇日判決・民集三二卷四三五頁)においてもとられている。同判決は、「一般の社会保障法についてこれを外国人に適用する場合には、そのよって立つ社会連帯と相互扶助の理念から、わが国内に適法な居住関係を有する外国人のみを対象者とすることが一応の原則である」とする。これは、社会保障法を「わが国内に適法な居住関係を有する外国人」に適用することが、憲法上要請されていくというのではなく、その趣旨は、むしろ立法政策として内外人を平等に取り扱うことは可能であるが、社会保障制度が外国人に及ぼされる場合であっても、その対象となる外国人は、日本国内に適法に居住関係をもつ者でなければならぬということをも「一応の原則」としたものであると理解すべきであろう。^⑪

右のように判例は、一貫して性質説に立ちつつ、生存権については、その性質上外国人には適用されない権利であると捉え、それを社会保障立法の国籍要件の合憲性を導き出すための中心的な論拠としている。次に、外国人と生存権に関する学説の状況を概観してみたい。

三、外国人の生存権をめぐる学説の状況

憲法二五条の生存権の規定が外国人にも適用されるかという問題に対しては、従来これを否定する説が多数説であった。外国人の人権をもつばら立法政策の問題として憲法上の保障を否定する典型的な消極説においては、当然のことながら、他の基本的人権の諸条項と同様二五条の規定も外国人には及ばないとされる。基本的人権の各条項の文言によって外国人にも適用される人権と日本国民にのみ適用される人権を区別しようとする文言説においても、二五条が「国民」という文言を用いているところから、生存権は憲法上もつばら日本国民にのみ保障される権利だということになる。また、本来は人権条項は外国人には適用されないとしつつも、準用という手法によって外国人の人権に憲法上の保障を与えようとする準用説も、「ほんらいは、外国人の福祉については、その外国人の本国が、もつばら増進をはかり、保障を徹底すべき義務を負っている。このことは、今日においても否定することのできない原則であると思える^⑨」と述べて、外国人に対する生存権の保障を否定する。さらに、判例・学説の通説的位置を占めてきた性質説に立つ論者によっても、従来多くの場合、参政権や入国の自由とともに生存権をはじめとする社会権はその性質上外国人には適用されないと次のように主張されてきた。

「たとえば、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利や、教育をうける権利や、勤労の権利は、基本的人権の性格を有するとされるが、それらを保障することは何より、各人の所属する国の責任である。……外国人も、もちろん、それらの社会権を基本的人権として享有するが、それらを保障する責任は、もつばら彼の所属する国家に属する。……社会権も、「参政権と……筆者註」同じように、まず各人の所属する国によって保障されるべき権利を意味するのであり、当然に外国によっても保障されるべき権利を意味するのではない。」^⑩

「社会権は、原理的に外国人に享有能力がないとはいえないが、現在の状況のもとで、それは国家の政策への指導

原則としての意味がつよく、したがって、各国ともまず自国民の社会権の充実に努力することは合理的であり、自国民を優先させることは許されてよい。したがって、外国人も憲法上の人権としての社会権を享有し、たとえば外国人を社会保障から排除することが違憲の措置となるとはいえないであろう。^{②①}

「権利の性質上外国人に保障されないことが明らかかな権利の適例は、選挙権、被選挙権等の能動的権利がある。日本国を構成する国民のみがこれらの権利を有することは、当然である。健康で文化的な最低限度の生活を営む権利もまた、原則として、外国人にまで保障は及ばないものとみてよいであろう。^{②②}」

「具体的に外国人に保障される人権の範囲または種類はなにかということになるが……人権の中、国民固有の権利を除くという法理から判断すべきであって、これに該当する人権は、選挙権、憲法改正承認権等のいわゆる参政権のほか、外国移住、国籍離脱の自由あるいは生活保護請求権、労働権ぐらいであって、その種類および量はきわめて少ない。^{②③}」

このように、憲法二五条の生存権条項は、その権利の性質から、原則的に外国人には適用されないというのが学説のうちでも支配的な見解であった。そこにおいて外国人への適用が否定される根拠となった生存権の性質は、右に引用したところからも明らかのように、「各人の所属する国によって保障されるべき権利」あるいは「国民固有の権利」であると説明されてきた。生存権の性質をこのように捉えると、外国人の中でも、所属国をもたない外国人すなわち無国籍人のみには例外的に生存権が適用される余地がある。^{②④}ただし、外国人への生存権条項の適用を否定するこれらの見解も、立法政策としては、外国人が社会保障権の享有主体となることは、必ずしも否定していない。むしろ、立法政策上、望ましいこととされる。^{②⑤}しかし、従来の通説においては、外国人に生存権を保障するか否かはあくまで立法政策の問題であって、社会保障立法において外国人を排除しても、違憲の問題は生じない。これに対して、最近の学説の中には、「限られた財政状態の下での社会保障等、積極的な国の配慮義務は、まず『国民』に対するものであ

る」としつつ、「合理的な理由があれば、『国民』にそれを享受する優先権を認めることも許されると思われる」として、合理的理由がない場合には外国人を差別する立法は違憲となる余地を認めた見解も主張されている。

外国人に生存権の憲法上の保障を一律に否定するこれまでの学説においては、外国人と国民を分ける唯一の基準は国籍のみに求められてきた。こうした「『国民対外国人』という二元主義的枠組」^⑦に対しては、最近、国籍は必ずしも絶対的な基準とはなりえないとする批判が呈示されるに至っている。その理由は、次のような点にある。第一は、

「日本国民たる要件は法律で定めることとされ（憲一〇）、国籍法は、父系優先血統主義を採用しているが、日本国民たる要件の定めとして、これが唯一絶対のものではありえず、別の定め方（たとえば生地主義）をすれば、日本国民の範囲も、現在とはまた異なったものとなるはずである。要するに、日本国民であるか外国人であるかの違いは、本質的なものではなく、いわば偶然的なものでしかない」ということである。第二の理由付けは、「二〇世紀も後半に至り、人間の経済・文化活動が著しくその活動領域を拡大した結果、今日では、国家の壁はしばしばそのような現実への妥当性を失っており、管轄権の機能化、相互乗り入れは日常的な現象となっている。これに対応して、主権概念も、伝統的な絶対的・一体的主権概念から、次第に機能的管轄権、機能的国籍の方向へ修正を余儀なくされている。……しかしながら、『外国人の人権』論は、ある特定の時期、国家に典型的に妥当した国家観を議論の暗黙の前提とし、国籍の一体性の神話から議論を出發させており、国民と外国人の観念的差異を、現実に比してきわめて過大に評価したまま今日に至っている」という点にある。

国籍のみを基準とする二元主義的枠組みを批判する立場においては、多様な外国人を画一的に取り扱うことに対する反省から、いくつかの基準による外国人の分類が試みられる。いかなる基準により、いかなる種類の外国人に分類するかは、論者によって、やや見解を異にする。第一の分類方法は、生活の本拠をわが国に置いているか、一時的な滞在者にすぎないかという日本社会とのつながりの程度によって、在日朝鮮人・韓国人を含む定住外国人とその他の

外国人を分けるものである。^③

第二の分類方法は、第一の社会構成員性という分類基準に、「個人が生存していくうえで彼(女)が連結点をもつ国家とのつながりをどれだけ必要としているかという生存権の必要性の基準」^④を加えて外国人を分類するものである。この説によると、外国人は、「日本社会に生活の本拠をもち、その生活実態において自己の国籍国をも含む他のいかなる国にもまして日本と深く結びついており、その点では日本に居住する日本国民と同等の立場にあるが、日本国籍を有しない者」^⑤である定住外国人と、「自己の個人的責任に帰すべからざる事由により、自己の国籍国または本来の居住国にあつては平和的な生存が脅かされ、自己の国籍国の効果的な保護を期待できないため他国に避難所を求める者」^⑥である(広義の)難民と、「定住外国人、広義の難民のいずれにも属さない残余の部分」^⑦である一般外国人の三つの類型に分類される。^⑧さらに、無国籍者を難民には含めず、外国人を「それぞれの性格等の違い」により無国籍者、難民、旅行者などの通過的外国人、定住外国人に四分類する見解もある。^⑨

それでは、これらの外国人のうちいかなる範囲の者に憲法上の生存権が保障されるとみるべきであろうか。注意すべきは、外国人をいくつかの範疇に分類する立場は、必ずしも憲法上の生存権の規定を外国人にも適用すべきだとする見解とは結びつかないということである。外国人を分類しつつ、ある種の外国人については、立法政策上、積極的にこの種の権利を保障すべきだという主張がなされることもある。たとえば「生存の基本にかかわるような領域で一定の要件を有する外国人に憲法の保障を及ぼす立法がそもそも社会権の性質に矛盾するわけではないのである。わが国の場合には、とくに永住権をもつ在留朝鮮人・台湾人については、日本国民に準じて取り扱うのがむしろ憲法の趣旨に合致する、といわなければならない」^⑩という見解は、その代表的なものである。しかし、外国人を分類しながら憲法上の生存権の規定を外国人にも及ぼそうとする立場をとる論者においては、少なくとも定住外国人については、二五条を適用すべきだというのが、ほぼ共通した主張である。^⑪しかし、ここで重要なことは、一定の範囲の外国人に

生存権の規定が適用されるという場合、そこでは、外国人の類型化と同時に、生存権の性質そのものの捉え直しが行なわれているということである。仮に、生存権の性質が、従来の性質説のいうように、国家への帰属から生ずる権利であるならば、外国人をいくら類型化してみたところで、外国人に生存権が保障されるところとは論理上不可能だからである。

最近、生存権の性質を、社会の一員であることによって保障されるべき基本的人権と捉え直す有力な見解が主張されている。もっとも、ここで従来の通説のように、社会を国家と捉えるなら、生存権はあくまで国家の一員として保障される権利ということになり、外国人の二五条享有主体性は否定されることになる。しかし、生存権の性質の捉え直しを主張する立場においては、社会とは、「領域共同体」^④ないし「人類共同体」^④の意味にはかならない。生存権が少なくとも定住外国人に保障されなければならないのは、「政治共同体としての国民国家への帰属が意味をもつ分野にあっては国籍が基準となるのに対し、社会一般の利益享有資格は、現実の事態により適合的な社会構成員性が基準とされなければならない」^④からである。

生存権の性質を社会の一員として保障される権利と捉えるべき根拠は、次のような点に求められる。第一は、国際法は、すでに生存権についての右のような考え方を採用しているということである。たとえば、世界人権宣言二二条が、「何人も社会の一員として社会保障に対する権利を有する」としていること、国際人権規約A九条が、「この規約の締約国は、社会保健その他の社会保障についてのすべての者の権利を認める」と規定していることなどである。^④第二は、「社会保障は、人間の尊厳を現代社会において本質的に無産・勤労階層に属するものが実質的に確保しうるよう金銭給付、現物給付いずれにせよ経済的うらづけを以て行われる給付の総体である」^④という点に求められる。つまり、生存権は、人間の尊厳の現代社会における実質化のうらづけにほかならないということである。第三は、憲法前文が、「われらは、全世界の国民がひとしく恐怖と欠乏から免れて平和のうちに生存する権利を有することを確認す

る」とうたっていることである。^④

三、まとめ

これまで概観してきたように、社会保障立法の国籍要件の合憲性が問題となった事件において裁判所が合憲の判断を下した決め手となったのは、生存権は、外国人には適用されない権利であるということであり、その主たる論拠は、生存権の性質そのものに求められていた。憲法九八条でわが国が誠実に遵守する必要があるとされている条約が外国人に対して保障すべき人権のなかに生存権を含めていることからすると、外国人に社会保障の権利が及ぼされるために、憲法二五条の外国人享有主体性を問題にする実益は乏しいようにもみえる。しかし、現在もなお残されている社会保障立法の内外人差別とこれを支持する判例の理由付けに着目するとき、いまだこの問題は重要性を失っていないとはいえないだろう。

性質説自体の妥当性については、判例における性質説の定着とともに学説においても現在ほぼ異論のないところだといえよう。しかし、性質説が外国人の人権保障を確保する方向で働くか否かは、もっぱら人権の性質をどのよう捉えるかにかかっている。人権の性質の捉え方いかんによっては、実質的に消極説に限りなく近づくこともありえよう。生存権についても、従来通説の立場は、これを各人の所属する国家によって保障されるべき性質の権利であるとして、外国人の享有主体性を否定してきた。しかし、憲法二五条の規定を個人の尊厳を定めた一三条および前文とともによむならば、ここで規定された生存権は、国籍の有無にかかわりなく、社会の一員として保障されるべき権利であるとするべきであろう。また、生存権が憲法上保障される外国人の範囲については、一般外国人についても生存権の憲法上の保障を及ぼすべきだとする見解はむしろ少ない。多くは定住外国人を享有主体に含めるが、さらに、定住外国人に加えて、条約難民についても憲法上生存権が認められるべきであるとする見解もみられる。^⑤生存権を領域共

同体の一員としての権利とするなら、定住外国人と無国籍人を含む難民までが憲法上の生存権の享有主体の人的範囲であることは妥当であろう。しかし、生存権を人類共同体の一員としての権利と捉える立場は、一般外国人にも生存権の保障が及ぼされる可能性を示唆したものと興味深い。

生存権がその性質上、外国人にも適用されるべき権利であるとするなら、社会保障立法における国籍要件は、単なる立法裁量の問題として処理することはできない。しかし、外国人の生存権が憲法上の権利であることが、外国人の類型論と生存権の捉え直しによって明らかにされただけでは、外国人の生存権は真に実態を伴ったものとなることはできないだろう。立法事実論を含めこの分野での具体的な違憲審査基準を確立することが、次に残された課題である。

① たとえば太田益男「外国人と憲法上の人権」法律のひろば二六巻一号二三頁は、「いうまでもなく、日本国憲法は、内外人を不平等に取り扱うべしとは規定していない。それゆえ、国権の発動にあたっては、立法ないし政治規範上、内外人を平等に取り扱い、日本国民と同様に、外国人の人権を保障することは、妥当であるのみならず、大いに、のぞましいことである」としている。

② この種の消極説の代表的なものとしては、佐々木惣一『改訂日本国憲法論』四六七頁以下、覚道豊治「憲法第二二条は外国人の日本入国の自由を保障するか」民商法雑誌三八巻六号一四七―一四八頁など。

③ 準用とは、「特定の事項に関する規定をそれと本質的に異なる事項についてあてはめることつまり、日本国民に関して発生する法律事実に関する規定を、それと本質の異なる外国人に関して発生する法律事実にあてはめる」とことと説明されている。萩野芳夫『基本的人権の研究』六四頁。

④ 萩野芳夫前掲書三六頁、六三頁―六四頁。

⑤ このような点に関する準用説の問題点については芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』八頁参照。

⑥ 『注解日本国憲法』一九六一―一九七頁、伊藤正巳『憲法』一九四頁など。

⑦ この説をとるものとして、たとえば稲田正次『憲法提要・新版』一四四頁、俵静夫『新版憲法』四八頁。

⑧ この説の支持者は、たとえば宮沢俊義『憲法Ⅱ・新版』二四〇頁以下、橋本公亘『日本国憲法・改訂版』一二九頁以下。

- ⑨ 宮崎繁樹「外国人の人権」ジュリスト五八六号四五頁。同「人権規定と外国人の人権」『思想・信仰と現代』八法学セミナー増刊V一〇〇一—一〇一頁。
- ⑩ たとえば、宮沢前掲書二四一—二四二頁。
- ⑪ 一九八二年前後の社会保障立法の状況および残された問題点については、小川政亮「社会保障権・差別事由・最後の障壁・国籍」日本社会事業大学研究紀要二四集二〇五頁以下、同「在日外国人の社会保障法制上の状況」法律時報五七卷五号四三頁以下参照。
- ⑫ 阿部照哉「平等原則と外国人」Law School 二八号四五頁は、『平等原則と外国人』の問題は、形式的には、憲法一四條一項が外国人にも適用され、外国人も『法の下での平等』権の主体なのかどうかということであるが、実質的には、憲法の保障する実体的基本権を外国人が享有するか、またその程度いかん、という問題になる」と述べる。同旨、斎藤靖夫「外国人と平等」公法研究四五卷八七頁。これに対し、「外国人の人権」論と「外国人と平等」論の妥当範囲は完全には一致せず、憲法上の人権にあらざる法的利益についての国籍による差別は、「外国人と平等」論のアプローチによった場合のみ違憲と判定される可能性が出てくるとする批判が、内野正幸・行政判例研究二八八号一二九、一三二頁で加えられている。この指摘は正当であろう。しかし、憲法二五條の法的性格については、今日完全なプログラム規定をとる学説・判例はむしろ少なく、立法権の逸脱・濫用の場合には違憲となる可能性を認めているところからすると、社会保障立法の内外人差別を二五條の立法裁量の逸脱・濫用として構成することも不可能ではなからう。
- ⑬ しかし、いずれかの条項のみが判断の対象とされている判決もある。一四條のみが問題とされている判決は、たとえば、東京地裁昭和五七年二月二六日判決・判例時報一〇三二号三一頁、二五條のみが検討されている判決は、たとえば東京地裁昭和六三年二月二五日判決・判例時報一二六九号七一頁。
- ⑭ 同じく広い立法裁量を認める場合も、二五條一項と二項を一体として捉え、二五條全体をプログラム規定的に理解するもの（たとえば大阪高裁昭和五九年一月一九日判決・行裁集三五卷一二号二二〇頁）と一項二項区分論に立つもの（たとえば大阪地裁昭和五五年一〇月二九日判決・行裁集三一巻一〇号二二七四頁）とがある。
- ⑮ この点については、定任外国人が納税の義務を果たしている事実から、根拠がないとする批判が加えられている。河野正輝「外国人と社会保障」ジュリスト七八一号五一—五二頁。
- ⑯ 東京高裁昭和六〇年八月二六日判決・判例時報一一六三号四一頁および東京地裁昭和六三年二月二五日判決・判例時報一二

- 六九号七一頁などは、社会保障立法上の国籍要件が違憲でないことの理由付けに生存権の性質があることは特に明記していないが、暗黙の前提に置かれてみるとみることができよう。
- ⑰ この点に関し、「国際人権規約(A)が効力を発生して、すでに六年余になるのに、判決が「基本原理」というのは時代錯誤の響きが感じられる」(萩野芳夫『台湾人元日本兵の補償請求事件』をめぐって)ジュリスト七七八号六一頁)とする正当な批判が加えられている。
- ⑱ 荒木誠之「不法入国した外国人である原子爆弾被爆者と原子爆弾被爆者の医療等に関する法律」民商法雑誌八〇巻一号一〇七頁は、居住要件の充足を社会保障受給権の前提条件とすることを、この判決が「絶対の原則」ないし「基本原理」とせず、「一応の原則」としたことに注目し、「事情によっては居住要件を充足しなくても社会保障受給権を認めうる余地がありうるとみただからであろう」と評価している。仮にこの判決の趣旨をこのように理解できるとしても、それはあくまで立法政策のレベルの問題であって、憲法のレベルの問題ではないことに注意しておかなければならぬだろう。
- ⑲ 萩野芳夫前掲書二五一―二五二頁。
- ⑳ 宮沢俊義前掲書二四一―二四二頁。
- ㉑ 伊藤正巳前掲書一九五頁。
- ㉒ 橋本公巨前掲書一三〇頁。
- ㉓ 作間忠雄「外国人の基本的人権」『憲法の争点』五九頁。
- ㉔ 宮沢俊義前掲書二四二頁は、「社会権については、現在人間の生活の保護は、彼の所属する国家の任務とされてはいるが、無国籍人は、自分の所属する国家をもたない結果、その居住する国家の権力に全面的に服するものであり、その点では、その国民と同じ地位にあるのであるから、国民に準じて、社会権の享有をみとめられるべきものである」と述べる。
- ㉕ たとえば、伊藤前掲書一九五―一九六頁は、次のように言っている。「ただ注意すべきは、公務に就く能力にしても社会権にしても、憲法上の人権として外国人に保障されていないというのは、それを外国人にみとめなくても違憲とならないという点であり、立法政策としてそれを認めることが、権利の性質からいって違憲となるということではない。むしろある限度で立法政策としてそれらの権利の享有を外国人(あるいは範囲を限定した外国人、たとえば永住権をもつ者)に及ぼすことが憲法の趣旨にかなうことが多いと思われる。」

- ②⑦ 大沼保昭『外国人の人権』論再構成の試み』『法学協会百周年記念論文集』第二卷三七〇頁。
- ②⑧ 浦部法穂「障害福祉年金の支給要件について、廃疾認定日において日本国民でない者を除外する旨を定めた国民年金法（昭和四一年法律第九二号による改正前及び同改正後）五六条一項ただし書は、憲法一三条、一四條一項、二五條に反するか（消極）——障害福祉年金国籍要件違憲訴訟第一審判決」判例評論二七〇号一一頁、判例時報一〇〇四号一五七頁。
- ②⑨ 大沼前掲論文三六五—三六六頁。
- ③⑩ 少なくとも定住外国人については、その他の外国人と異なる取り扱いをすべきだとするものとして、たとえば芹沢斉「定住外国人の人権」法学セミナー四〇六号四〇頁。
- ③⑪ 大沼前掲論文三七七頁。
- ③⑫ 大沼前掲論文三八四頁。
- ③⑬ 大沼前掲論文三八六頁。
- ③⑭ 無国籍者については、これも広義の難民に含めて考えるべき場合があるとされている。大沼前掲論文三八六頁—三八七頁。
- ③⑮ 大沼前掲論文三八七頁。
- ③⑯ ただし、大沼説においては、社会構成員性、生存権の必要性という基準のほかに、副次的基準として、個別具体的な法関係における権利享有資格の決定基準として意味をもつものが多数存在するとされていることに注意すべきであろう。大沼前掲論文三七八—三七九頁。
- ③⑰ 青柳幸一「外国人と社会保障上の権利」憲法判例百選（第二版）Ⅱ一一頁。
- ③⑱ 芦部信喜前掲書二—一三頁。
- ③⑲ 河野正輝「外国人と社会保障」『行政法の争点』三〇二頁、内野正幸前掲論文一二六、一三〇頁など。
- ④⑰ 大沼前掲論文三七五頁。
- ④⑱ 澤木敬郎「国際社会における外人法」ジュリスト六八一号六八頁。
- ④⑲ 大沼前掲論文三七五頁。
- ④⑳ この点に関し、東京地裁昭和五七年二月二六日判決が、「各自に対し、生活の保障ないし援助をするのは、それぞれの国民の所属する国家の責任においてなされることが国際間の基本原理として容認されている」としたことは、現実に適合しないというべきである。河野正輝「外国人と社会保障」ジュリスト七八一号五〇—五一頁も、国際社会保障条約の展開とイギリ

- ④④ ス・アメリカ・西ドイツ・フランスの公的扶助法制の分析から、同様の結論を導き出している。
- ④⑤ 小川政亮前掲論文二一三頁。
- ④⑥ 小川「在日外国人の社会保障法制上の状況」法律時報五七巻五号五〇頁は、憲法前文が単なる指導理念にすぎず法的根拠にならぬとした塩見訴訟大阪高裁判決を批判して、「この民主的普遍的平和的生存権条項を定めた憲法前文自体に法源性を認める判例もあるのであり、それ自体、法源性をもたぬとしても、対応する憲法本条の趣旨を示すものであることは異論のないところと考えられる」と述べている。
- ④⑥ 大沼前掲論文三八六頁。