

外国人に対する生活保護支給決定と処分性

— 最判平成26年7月18日を素材として —

坂 東 雄 介

1. 問題の所在

現在、生活に困窮し、生活保護を申請した外国人には、後述のように、昭和29年5月8日社発第382号厚生省社会局長通知「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」（以下「昭和29年通知」と略記する）に基づいて、生活保護法に準じた支給措置が採られている。そして、外国人に対する生活保護は、後述のように、明確な法律上の根拠があるとは言いがたく、処分性の有無について、近年の裁判例では、処分性を肯定する裁判例¹⁾と否定する裁判例²⁾に分かれていたが、最判平成26年7月18日（判例地方自治386号78頁）では処分性を否定した。

ところで、行政事件訴訟法3条2項が規定する「行政庁の処分」は、行政法学において、講学上の行政行為とほぼ等しいものと考えられており、また、「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの³⁾」という定義が判例上も定着している。しかし、近年の判例は、「従来

1) 福岡高裁平成23年11月15日（判例タイムズ1377号104頁）及びその原審である大分地判平成22年10月18日（裁判所ウェブサイト）。なお、同一事案であり、審査請求適格を争った大分地判平成22年9月30日（判例時報2113号100頁）がある。

2) 名古屋地判平成25年8月29日（裁判所ウェブサイト）。なお、この事件は、生活保護費の障害者加算が誤りであるとして保護費の返還決定に対する取消訴訟が提起された事案であるが、返還決定と支給決定では処分性に関する問題は共通しているため、本稿では同様に扱うこととする。

3) 最判昭和39年10月29日（民集18巻8号1809頁）。

の公式」⁴⁾の定義をそのまま用いながらも、実効的な権利救済という観点から処分性を実質的に拡大する傾向がある⁵⁾。それでもなお拡大の限界点は存在するだろう⁶⁾。そして、本稿で取り扱うように、外国人に対する生活保護支給決定の問題は、処分性拡大傾向の限界線上にあると考えられる。

最高裁判決により一応の結論は出たが、その理論の妥当性を検証することが必要である。また、処分性が認められなかった場合、ほかにどのような訴訟形態が考えられるのか。本稿では、前記最判平成26年7月18日以前の裁判例において対立している見解を整理・検討し、次いで、最判平成26年7月18日について分析・検討した上で、あるべき訴訟のあり方について考える。なお、本稿は処分性について扱うものであり、生活保護の支給が認められるかどうか、という本案の論点に関しては触れない。

2. 最判平成26年7月18日以前の各理論構成の検討

以下では、最判平成26年7月18日以前の、外国人の生活保護支給に関して処分性を否定した裁判例と肯定した裁判例を分析・検討する。

2.1. 単なる行政措置を理由とする処分性否定論一名古屋地判平成25年8月29日（裁判所ウェブサイト）

2.1.1. 判旨の内容

「従来の公式」の延長線上で考えると、外国人に対する生活保護支給決定には法律上の根拠を直ちに見出すことが困難であるため、処分性を否定する理屈も成立しうると考えられる。この見解を採用したのが名古屋地判平成25年8月29日である。なお、本件は、生活保護費返還決定の取消訴訟として請求された

4) 藤田 (2013)・383頁。

5) 例えば、最判平成16年4月26日（民集58巻4号989頁）、最判平成17年7月15日（民集59巻6号1661頁）、最大判平成20年9月10日（民集62巻8号2029頁）など。

6) 藤田 (2013)・417頁。ただし、本稿では、「従来の公式」の変更までは検討せず、「従来の公式」を維持したまま実質的に拡大する傾向にある現在の状況を前提とする。

ものであるが、本稿の検討対象である支給決定と処分性に関する問題は共通である。本判決は、生活保護法の改正経緯から、生活保護法の対象が国民であると確認した後に、次のように判示した。

「昭和29年通知は、『生活保護法第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』旨を定め、一定範囲の外国人については、生活保護法に基づく生活保護に準じた生活保護の措置が執られているけれども、昭和29年通知は、法律の委任を受けて定められたものではないから、昭和29年通知によって行われる生活保護の給付や返還に関する措置は、あくまでも行政措置として行われるものにすぎないというべきである」。

「そうすると、本件決定は、『権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているもの』ではないから、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらない」。

この判示は、外国人に対する生活保護は通知に基づく一方的な行政措置として行われているものであるから、法律上の根拠があるとは言いがたく、よって処分性が認められない、という結論を導いている。処分性を否定する根拠は、法律上の根拠の有無である。では、法律上の根拠があるとは明確には言い難い給付決定の処分性について、我が国の裁判例はどのように判断しているのか。まずは、この点についての検討が必要になる。

2.1.2. 関連事例の検討—最判平成15年9月4日を中心として

明確な法律上の根拠が無い給付決定の処分性について、我が国の判例は、「法全体の体系的解釈」⁷⁾アプローチにより処分性を認める。その一例として、最

7) 山本 (2012)・319頁。

判平成15年9月4日を挙げることができる。この事件は、労働者災害補償年金法に基づく遺族補償年金の受給権者である上告人が、被上告人に対し、外国の大学に進学した子の学資に係る労災就学援護費の支給申請をしたところ、被上告人から、同大学が労災就学援護費の支給対象となる学校教育法所定の学校に当たらないとして、労災就学援護費を支給しない旨の決定（以下「本件決定」という。）を受けたため、その取消しを求めた事案である。

この判決では次のように述べる。

労災「法23条1項2号は、政府は、労働福祉事業として、遺族の就学の援護等、被災労働者及びその遺族の援護を図るために必要な事業を行うことができる」と規定し、同条2項は、労働福祉事業の実施に関して必要な基準は労働省令で定めると規定している。これを受けて、労働省令である労働者災害補償保険法施行規則…1条3項は、労災就学援護費の支給に関する事務は、事業場の所在地を管轄する労働基準監督署長が行うと規定している。そして、『労災就学援護費の支給について』と題する労働省労働基準局長通達…は、労災就学援護費は法23条の労働福祉事業として設けられたものであることを明らかにした上、その別添『労災就学等援護費支給要綱』において、労災就学援護費の支給対象者、支給額、支給期間、欠格事由、支給手続等を定めており、所定の要件を具備する者に対し、所定額の労災就学援護費を支給すること、労災就学援護費の支給を受けようとする者は、労災就学等援護費支給申請書を業務災害に係る事業場の所在地を管轄する労働基準監督署長に提出しなければならない、同署長は、同申請書を受け取ったときは、支給、不支給等を決定し、その旨を申請者に通知しなければならないこととされている。

このような労災就学援護費に関する制度の仕組みにかんがみれば、法は、労働者が業務災害等を被った場合に、政府が、法第3章の規定に基づいて行う保険給付を補完するために、労働福祉事業として、保険給付と同様の手続により、被災労働者又はその遺族に対して労災就学援護費を支給することができる旨を規定しているものと解するのが相当である。そして、被災労働者

又はその遺族は、上記のとおり、所定の支給要件を具備するときは所定額の労災就学援護費の支給を受けることができるという抽象的な地位を与えられているが、具体的に支給を受けるためには、労働基準監督署長に申請し、所定の支給要件を具備していることの確認を受けなければならず、労働基準監督署長の支給決定によって初めて具体的な労災就学援護費の支給請求権を取得するものといわなければならない。

そうすると、労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給又は不支給の決定は、法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であり、被災労働者又はその遺族の上記権利に直接影響を及ぼす法的効果を有するものであるから、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるものと解するのが相当である。」

この判決は、「労災就学援護費の支給に関する仕組みを、通達による部分も含めて、全体として法律（労災保険法）が規定したものと解したうえで、保険給付…と同様の手続が定められていると解釈することにより、労災就学援護費の支給決定に処分性を認めた」⁸⁾。もう少し一般化して説明すると、次のように言えよう。「行為 a を処分とする法律の明文の根拠があるが、別の行為 x を処分とする法律の明文の根拠はない場合にも、法全体の体系的解釈により、行為 x を処分とする可能性が認められる。いわば、法の体系的解釈によりゆるやかに処分の法律上の根拠を認める」⁹⁾。このアプローチは、「鷹揚な解釈態度」¹⁰⁾から処分性を肯定する「大雑把」¹¹⁾な論証¹²⁾を採用したと評価されている¹³⁾。

8) 中原（2015）・310-311頁。

9) 山本（2012）・319頁。榊原も、本判決は「要求される法律規定を従来より緩和的に判断している」（榊原（2004）・153頁）と指摘している。

10) 山本（2012）・319頁。

11) 太田（2012）・341頁。この点、太田は、本判決が、「複数の仕組みそれぞれの関係を主従関係で捉え主たる仕組みの解釈に合わせた」と理解する。

12) 例えば、米田は、「労働福祉事業に関して不服申立てをしなかったということは、処分性を否定する立法者の判断が明確に現れている」点、「労働福祉事業が、保険給付を中心とした関連法規定の中に明確に位置付けることができない、保険給付

確かに、最判平成15年9月4日については、「直接の根拠規範たる本件要綱が法律の委任に基づくものではない¹⁴⁾」ことから「処分性否定が素直である¹⁵⁾」と批判¹⁶⁾されているものの、体系的解釈アプローチにより、法律上の根拠を一応は導き出すことができる点では、処分性を肯定する理屈は成立していると評価することは可能である。

従来裁判例においても、特に補助金行政¹⁷⁾において問題となっている。例えば、大阪高判昭和54年7月30日¹⁸⁾のように、処分性を肯定するためには

とは性質の異なる制度である」点を指摘し、本判決による労災法全体の法的仕組みに関する解釈には疑問があると批判している(米田(2005)・112-115頁)。同様の指摘として、室井ほか(2006)・48頁[岡村周一執筆]。

- 13) 一般に、処分性を肯定する際に「最高裁判所がとくに着目しているのが、行政上の不服申立ての途を法律が開いていることである」(塩野Ⅱ(2013)・105頁)と言われるが、最判平成15年9月4日は、不服申立ての規定がないにもかかわらず、処分性を認めたものである(神橋(2012)・90頁)。
- 14) 下井(2008)・125頁。
- 15) 下井(2008)・125頁。
- 16) 他に、「本判決では、労災法が援護費に関し保険給付と同様の手続を予定していたことの根拠が全く示されず、むしろ要綱上の手続規定から帰納的に労災法の趣旨を理解するという逆の論理思考に従った」(高さやか「判批」法学教室283号105頁(2004年))とも批判されている。
- 17) なお、国による補助金の場合、補助金交付適正化法については、同法が、申請、決定、取消という用語を用いていること、補助事業遂行の過程で、各省各庁の長が命令することが認められていること、罰則が定められていること、地方公共団体が不服申立てができることを総合的に考慮すれば、国による補助金交付決定は、たとえ直接の法律上の根拠がなくとも当該決定に処分性が認められる、と解される(塩野(2001)・177-178頁)。
- 18) 大阪高判昭和54年7月30日(判例タイムズ395号98頁)では、大阪市が同和対策事業の一環として、妊産婦対策費支給要綱を制定していたところ、原告が同要綱に基づく申請を行い、それについて不作為の違法確認の訴えを提起した事例である。この事例では、要綱に基づく申請が「法令に基づく処分の申請」に該当するかどうかが争点となった。この判決では、次のように判示し、処分性を肯定した。

「行訴法3条5項にいわゆる『法令に基づく申請』とされるためには、その申請権が法令の明文によって規定されている場合だけでなく、法令の解釈上、該申請につき、申請をした者が行政庁から何らかの応答を受け得る利益を、法律上保障されている場合をも含むと解すべきであり、本件のように、その支給・不支給の決定権限を自らが有するとなす被控訴人が、その給付手続について定めた本件要綱に申請制度を採用している場合においては、右支給・不支給の決

根拠となる法律・条例との関連性が必要と解されている¹⁹⁾。

定をただの私法上の契約の申込に対する承諾の類とみるか、行政処分としての決定と捉えるかは、単にその規定の仕方が規則、形式に適っているかどうかだけで決することはできず、右申請制度を含めた本件給付制度の総体について、その制度の趣旨、目的を探り、そこから該申請に対し、被控訴人が行政庁として応答をなすべきことが一般法理上義務付けられると認められる場合においては、本件申請（制度）は、行訴法3条5項にいう『法令に基づく申請（制度）』となり、これに対する被控訴人の応答（支給・不支給の決定）は自ずと処分性を具備するものと解するのが相当である。』

同要綱は同和対策事業特別措置法制定以前に策定されたものであるが、「本件要綱に具体化された本件給付制度の総体は、大阪市が同対法の要綱を具体化するためにしているもので、少なくとも同法施行後は、その存在が同法によって裏付けられた一つの法制度といえることができる」。

「各地方公共団体が、その選択した具体的施策を実施するに当り、必ずしもこれを条例・規則化する義務はないとしても、一旦、地方公共団体が同法の掲げる同和対策の実施としての具体的施策を、たとえ要綱（それが被控訴人主張のとおり、長の事務執行権限に基づくものとしても）によつてではあれ、対象地域の住民に対し宣明しこれを制度化したときは、同制度は、同対法に基づく制度として機能し、且つ機能さすべきものと解するのが相当である」。

「これに法の平等原則とを重ね合わせれば、同対法が、…その同和対策事業の内容が本件の如く対象地域住民を対象に、一定の受給要件を定めて補助金給付をなすものである場合においては、その受給要件を備えた者には等しくこれに与らしめようとするものであることは疑を容れる余地のないところである」。よって、「その支給・不支給が被控訴人の権限にあるとはいえ、それが絶対的な自由裁量に委せられて、要綱の定める受給要件を充たす者についても、支給しないこととする恣意的自由を有するものとは到底考えられず、本件要綱に定められた受給要件を充たした者からの受給申請に対しては、これを拒否するにつき合理的な事由の存しない限り、被控訴人は本件要綱の定める給付をなすべき義務が生ずるものと解すべきである」。

19) 例えば、福岡地判昭和55年9月26日（行集32巻7号1291頁）では、次のように判示し、最判平成15年9月4日と同様に、体系的解釈を採ることを明らかにしている。

「本件要綱が窮極的に依拠する同対法とその基盤となる同対審答中等によつて右給付の制度全体を觀察し、同要綱に定めた右給付に関する規定の内容と従来の行政実務における取扱いの実状をも参酌して、同要綱に基づいてなされた申請に対して、被告が行政庁としての応答義務を負う法制度があると評価できる場合においては、行訴法3条5項の『法令に基づく申請』にあたり、これに対する被告の応答（支給するか否かの決定）は処分性を有するものと解するのが相当である」（行集32巻7号1308頁）。

控訴審である福岡高判昭和56年7月28日（行集32巻7号1290頁）のほか、札

もちろん、処分性の認定の際に「体系的解釈」アプローチを採用したとしても限界はある。つまり、「体系的解釈」アプローチでは、「関連の強い給付について処分の制度が法律・条例に明確に定められている事情」²⁰⁾を必要とする。要綱に基づく給付について処分性が否定された従来の裁判例²¹⁾は、このような事情が見当たらないもの、と整理されている²²⁾。

そして、処分性を判断する際は、「当該給付の根拠法規の文言、趣旨、支給通知の規定の有無、不服申立てに関する規定の有無及び内容等」²³⁾を手掛かりとして、「契約として構成できる行為を、立法政策上行政処分として構成した、ということが個々の法律規定を含む法的仕組み全体から読み取ることができるか否か」²⁴⁾という観点から解釈することが求められる²⁵⁾。

「立法政策上行政処分として構成した」かどうかを判定する際に、特に注目すべき要素は、「行政上の不服申立ての途を法律が開いている」²⁶⁾かどうか、である（ただし、最判平成15年9月4日が示すように不服申立て制度が無いことと処分性の有無は直結しない）。

梶高判昭和44年4月17日（行集20巻4号467-469頁）も同様である。

20) 山本（2012）・321頁。

21) 処分性を否定した事例（東京地判昭和60年6月27日（行集36巻6号1063頁）、東京地判昭和63年9月16日（判例タイムズ698号204頁）、控訴審である東京高判平成元年7月11日（判例タイムズ717号135頁）、長崎地判平成4年12月22日（訟務月報39巻10号2040頁）、那覇地判平成5年12月9日（訟務月報41巻1号10頁）、控訴審である福岡高判平成5年12月9日（判例時報1508号120頁））もあるが、これらの事例では、給付を定めた要綱が、法律または条例に根拠を求めることができないことから処分性を否定した。

22) 山本（2012）・321頁。

23) 米田（2005）・110頁。

24) 米田（2005）・111頁。

25) 個別法の規定において「当該行為が処分であることを前提として、処分であることをうかがわせる文言（申請、決定、決定の取消し、命令、等々）が用いられたり、何らかの例外的な取扱い、すなわち、行手法上の処分手続の（一部）適用除外とか、当該行為につき行政上の不服申立てを経なければ取消訴訟を提起できないこと」（中原（2015）・306頁）などの規定を手掛かりとして処分性の有無を判定する。

26) 塩野Ⅱ（2013）・105頁。

2.1.3. 名古屋地判の評価

では、このような分析を前提として、上記の名古屋地判はどのように評価されるのであろうか。

第一に、根拠法規の文言・趣旨について、昭和29年通知に根拠を求めるとすれば生活保護法となるであろう。

昭和21年10月1日に制定された生活保護法（旧生活保護法）では、第1条の目的規定において、「この法律は、生活の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扱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」と掲げ、外国人も生活保護法の対象から排除していなかった。しかし、昭和25年5月4日に新たに制定された生活保護法（現行法）では、第1条において「この法律は、日本国憲法25条に規定する理念に基き、国が生活に困窮するすべての国民に対し、その困窮の程度に応じ、必要な保護を行い、その最低限度の生活を保障するとともに、その自立を助長することを目的とする」と規定し、その対象を国民に限定した²⁷⁾。その理由としては、旧生活保護法は「社会福祉の法であり、最低生活保障の趣旨が明らかでないなど保護の内容等に問題があり、要保護者に保護請求権を与えるものでもなかった」²⁸⁾が、現行生活保護法は、「最低生活を保障するなど社会保障の面を強化し、保護の請求権を認める代わりに、適用対象を日本国憲法10条及び国籍法1条にいう『国民』に限ることとした」²⁹⁾と説明されている³⁰⁾。

こうした経緯から、現行の生活保護法は、法文上、国民を対象としていることは明らかである。

第二に、外国人に対する生活保護の根拠となる昭和29年通知自体も、立法者の意思を裏付けている。

27) なお、2条においても「すべて国民は」と規定し、国民であることを前提としている。

28) 山崎（1995）・44頁。

29) 山崎（1995）・44頁。

30) なお、小山（2004）・90頁も請求権を認めた結果として対象を限定したことを指摘している。

昭和25年に現行の生活保護法が制定された後、外国人が生活に困窮し、生活保護を申請した場合に備えて、「昭和29年通知」が発せられた。以降、これを根拠として、生活保護法を準じた措置が定着し、外国人は、昭和29年通知に基づく行政措置の決定として一方的な行政措置による利益を受ける立場にある、と考えられるようになった。また、どのような範囲の外国人を保護の対象とすべきかは、昭和29年通知では明らかではなかったが、平成2年開催された全国ブロック会議において、厚生省保護課企画法令係長による口頭指示によって、生活保護法の対象をいわゆる定住外国人（入管法別表第二）に限定することが決定され、以降、その運用が定着している³¹⁾。

この昭和29年通知には、「外国人は法の適用対象とならない」と明記され、さらに、後述する大分地判平成22年9月30日（〔2.2〕参照）後に出された平成22年10月22日事務連絡では、昭和29年通知に基づく保護決定の内容については審査請求を提起することができない旨が記されている³²⁾。

第一点から、立法者の意思は明らかであろう。また、第二点は、昭和29年通知の根拠を解釈によって生活保護法に求めることが困難であることを示している。最判平成15年9月4日では、根拠となった法律及び通達の仕組みに着目して処分性を肯定しているが、たとえ処分性について柔軟な解釈態度を採る「体系的アプローチ」であっても、通達が明示的に適用を排除している法律に根拠があると解することは無理があるのではないか。解釈方法に様々な批判が向けられている最判平成15年9月4日よりも強引な解釈態度ではないか。そうであれば、外国人に対する生活保護支給決定の処分性を認めることは困難であると言わざるを得ない（形式的行政処分論から処分性を肯定する見解については注を参照³³⁾）。

31) 吉永（2012）・6頁、手塚（2005）・324頁。また、行政側の立場を説明したものとして、「社会保障審議会 福祉部会 生活保護制度の在り方に関する専門委員会」第12回（平成16年6月8日）資料1。

32) 賃金と社会保障1534号16頁掲載資料参照。

33) 形式的行政処分の観点から処分性を肯定する見解もある。これは次のように説く。「社会保障行政等の給付行政については法律の根拠を要し、したがって法律に

一方、近年の裁判例の中には、処分性を肯定するものも登場している。以下

基づく処分を行政訴訟の対象とすることに十分な根拠があった。しかし、社会保障行政等の給付行政については侵害留保説の観点からは必ずしも法律の根拠を要しないとされ、実際にも通知、要綱等により多くの給付がなされており、これらについての行政庁の決定を処分ととらえず行政訴訟の対象としないのは国民の利益保護に欠けるところが大きい」（堀（1996）・343頁）。このような観点から、給付決定は、処分としての要素は欠けているが、国民の権利利益の保護のために、形式的行政処分と捉え、処分性を肯定し、行政訴訟の対象とするのが望ましい、と説く（堀（1996）・344頁）。

しかし、次の2点から、堀の見解には支持できない。

第一に、処分性の認定の際に考えるべき法律の根拠の問題は、法律の留保の問題とは別の問題である（塩野Ⅱ（2013）・117頁）。「契約によっても行政行為によっても給付という同じ機能が果たされるのであれば、なぜ行政行為という形式を採用した場合のみ法律の根拠が必要であるのか説明することができないであろう。法律の留保の原則は、行為の『内容』と関連するのであって、行為の『形式』とは無関係であるからである。以上の整理に立てば、『法律上認められているもの』というのは、法律の留保の原則にいう法律の根拠ではなく、法律の法規創造力の原則にいう法律の根拠を意味するということは明らかであろう」（米田（2005）・111頁）。なお、ここでは、法律の法規創造力とは「一般的規律の定立の立法権独占」（塩野Ⅰ（2013）・68頁）と解する。

であるならば、堀の見解は、法律の留保の問題と処分性の問題を混同したものと見えよう。

第二に、形式的行政処分にはさまざまな意味があるが（塩野Ⅱ（2013）・121-122頁、池田（1990）・62頁）、堀の見解は、「法令が本来公権力性を有しない行為を行政処分と構成」（室井ほか（2006）・48頁 [岡村周一執筆]）した場合ではなく、「救済の便宜のために、必要がある場合には行政行為以外の行為にも処分性を拡大し取消訴訟の利用を認めようとする」（原田（2012）・387頁）見解と伺うことができる。

この見解は「解釈論上は端的に行政行為（処分）として取消訴訟の対象とすればよく」（塩野Ⅱ（2013）・122頁）、敢えて形式的行政処分という概念を用いる必要性が乏しいが、この見解は、処分性を柔軟に解する立場に対応すると思われる。そして、最判平成15年9月4日は、最高裁が、柔軟に処分性を解している立場に立脚しているのは前述の通りである。しかし、外国人の生活保護の場合は、生活保護法上の根拠は、本文で見たように、最判平成15年9月4日と比べてとしても、少なくとも生活保護法だけを見ている限りでは見出すことはできない。国際人権規約などを用いて生活保護法の対象範囲を拡張する見解はあるが、その見解が成立するかどうかは別の問題である。したがって、最判平成15年9月4日と比較してもなお、処分性肯定は困難と思われる。

上記の2点から、率直に評価して、形式的行政処分論の観点から処分性を正面から肯定することは困難であることは認めざるをえない。

では、処分性を肯定した裁判例を参考にしつつ、処分性が認められるのかどうか、他の可能性も探る。

2.2. 昭和29年通知に基づく行政措置と法律上の措置を区分する考え方について

外国人に対する生活保護不支給決定の処分性を肯定する考え方として、昭和29年通知に基づく行政措置と法律上の措置を区別し、後者について処分性を肯定する見解がある。この見解は、これまでも各所に伏在していたが³⁴⁾、明示的な判断としては、大分地判平成22年10月18日（裁判所ウェブサイト）と同一事案の審査請求に関する大分地判平成22年9月30日（判例時報2113号100頁）がある。以下では、前者の判決について紹介する。

2.2.1. 判旨（大分地判平成22年10月18日（裁判所ウェブサイト））

判決は、まず、生活保護法1条が旧生活保護法とは異なり国民を対象とすることを明言していることを確認する。そして、最判平成13年9月25日（判例時

34) 例えば、不法残留外国人が交通事故に遭遇して障害を負い、生活保護法による保護の開始を申請したが、不法残留外国人には生活保護法には適用されないという理由に基づいて申請却下処分を受けたため、その取消しを求めた東京地判平成8年5月29日（行集47巻4・5号421頁）では、次のように判示している。

「本件訴えは、生活保護申請に対する却下処分の取消しを求めるものであるから、適法な審査請求に対する裁決を経ていることを要するところ（生活保護法69条）、本件処分に係る審査請求が却下されていることは当事者間に争いがないので、この点について検討するに、…右裁決は、審査請求期間等の手続要件の欠缺をもって却下したのではなく、原告が同法の適用を受けないとする本件処分の理由を正当として維持し、その結果原告には不服申立適格がないとしてされたものであることが認められる。しかしながら、本件処分が同法に基づく処分としてされたことは明らかであり、その名宛人である原告には本件処分に対する審査請求適格自体はあるものと解すべきであるから、本件訴えは審査請求前置の要請を満たしているものといえることができる。」

上告審である最判平成13年9月25日（判例時報1768号47頁）も本案について判断しているため、同様の考え方を採用していることが看取し得ないではない（匿名コメント判例時報2113号101頁）。

報1768号47頁)の趣旨から、永住資格を有している外国人を保護の対象に含めるべきかどうかは立法府の裁量の範囲に属すること、最大判昭和57年7月7日(民集36卷7号1235頁)の趣旨から、その立法府の選択決定は、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用とみざるを得ないような場合を除いては、違憲の問題は生じないことを述べた後に次のように判示した。

「外国人に対する生存権保障の責任は、第一次的にはその者の属する国家が負うべきであるし、国は、その限られた財源の下で、国内外の政治・経済・社会的諸事情等を考慮しながら、その政治的判断により、種々ある社会保障政策の中から憲法25条の要請を満たす立法措置を選択することができる」と解すべきところ、生活保護制度に係る費用は原則として全額公費から支弁されるものであること(生活保護法第10章)、永住資格を有する外国人といえども、本国における資産や扶養義務者の有無等が問題となることがあり得るが、その調査が困難であって、これらの者に対して生活保護を実施するときには、事実上無条件で生活保護を与えるに等しくなってしまうことが予想されること、生活保護は生活に困窮する国民に必要な保護を行うものであって、担税力ある者に対する給付ではないから、納税義務を果たしていることと生活保護受給権の有無とは直接的に結び付くものではないことから、生活保護法の適用対象を日本国籍保有者と限定する現行の生活保護法の規定は、憲法25条に違反しない。また、同様の理由により、憲法14条にも違反しない。

そして、外国人には生活保護法の適用がないことを前提に以下のように判示した。

「外国人に生活保護法の適用はないのであるから、本件通知による外国人に対する生活保護の実施は、生活保護法を直接適用するものでない任意の行政措置として行われてきたものであって、その法的性質は贈与であると認められる。

もっとも、本件通知によれば、同行政措置は、国民に対する生活保護法に基づく決定手続に準じた手続により行われることになっており、外国人から保護の申請書を提出させ、所要の調査を行った上で保護を実施するか申請を却下することになっている」。

「そうすると、一般に、外国人が行う生活保護申請には、外国人にも生活保護法の適用があるとの解釈を前提に同法に基づいて生活保護の開始を求める趣旨の申請と、生活保護法に基づかない任意の行政措置としての生活保護の開始を求める趣旨の申請とがあるものと解される」。

「そこで、本件申請がいずれの趣旨の申請かであるが、…本件申請書には『生活保護法による保護を申請します。』との記載が存するので、本件申請は生活保護法に基づいて生活保護の開始を求める趣旨の申請と認められる。

もっとも、弁論の全趣旨によれば、原告は、外国人が行う生活保護申請に上記のような2つの趣旨の申請があることを特段意識せず、いずれの趣旨の申請にせよ、それが認められて生活保護が開始されることを期待して本件申請をなしたものと認められるから、本件申請は、生活保護法に基づいて生活保護の開始を求める趣旨の申請に限定してなされたものではなく、上記両趣旨の双方を含んだ申請であると認めるのが相当である」。

次に「本件却下処分通知書には、『平成20年12月15日付けで申請のあった生活保護法による保護については、次の理由により却下します。』との、本件申請が生活保護法に基づいて生活保護の開始を求める趣旨の申請であることを前提とした却下通知である旨の記載及び同趣旨の本件却下処分に対し審査請求ができる旨の教示の記載が存する一方で、却下理由として、本件申請が生活保護法に基づかない任意の行政措置としての生活保護の開始を求める趣旨の申請であることを前提とした『預貯金調査の結果、C銀行にD、A名義の預金残高が相当額あると判明したため。』との記載が存することが認められる。

そうすると、前記両趣旨でなされた本件申請に対して、処分行政庁は、外国人には生活保護法の適用がないから同法に基づく申請は認められないとの

黙示の判断を前提に、行政措置としての生活保護の開始を求める申請に対して実体判断を行って本件申請を却下したものであり、本件却下処分は、前記両趣旨でなされた本件申請をいずれも却下したものと認めるのが相当である」。

「そこで、以上を前提に、まず、本件却下処分のうち、生活保護法に基づく申請に対してなされた部分…（以下、この項における『本件却下処分』は同部分をいうものとする。）についての処分性についてみると、本件却下処分は、原告の生活保護法に基づく本件申請に対し、申請人が日本国籍を有しなければならないとの生活保護法の要件に該当しないとの判断に基づいてなされた却下処分であるから、法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であって、原告の権利義務ないし法律上の地位に直接影響を及ぼす法的効果を有するものといえることができ、本件却下処分は処分性を有するものと認められる。

そうすると、本件審査請求も適法になされたものと認められ、本件裁決は誤ってこれを却下したこととなるから、主位的請求1項は審査請求前置の要件も満たすといえる。

よって、主位的請求1項のうち生活保護法に基づく保護申請却下処分の取消を求める部分は適法な請求と認められるが、前判示のとおり、外国人である原告に生活保護法の適用はなく、同法に基づく生活保護受給権は認められないから、原告が外国人であることを理由として却下をした本件却下処分に誤りはなく、主位的請求1項のうち生活保護法に基づく保護申請却下処分の取消を求める部分は棄却されるべきである」。

「次に、本件却下処分のうち、行政措置としての生活保護の開始を求める申請に対してなされた部分（以下、この項における『本件却下処分』は同部分をいうものとする。）の処分性についてみると、本件却下処分は、生活保護法に基づく申請に対してなされたものではなく、行政庁が発した本件通知を根拠とした行政措置を求める申請に対してなされたものであって、法を根拠とするものではない。そうすると、本件却下処分は、法を根拠とする優越

的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であって、原告の権利義務ないし法律上の地位に直接影響を及ぼす法的効果を有するものではないから、処分性は認められない（法を根拠とする必要がある点につき最高裁平成15年9月4日第一小法廷判決…参照）。

したがって、主位的請求1項のうち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は不適法である。

2.2.2. 検討一法による保護と通知による保護の区分論の妥当性

まず、前半の外国人に対して生活保護法は適用対象とはならず、また、外国人を生活保護法から排除しても憲法25条、憲法14条に違反しないという本判決の結論については、学説上の異論³⁵⁾はあるが、少なくとも現在の裁判例³⁶⁾に

35) 片岡は、「社会保障の適用に関しては、その者が当該国家の領域内に居住し、共同体の一員として生活しているという社会的事実こそが重要なのであって、共同体の一員として生活しているにもかかわらず外国人であるからという理由だけで共同体共通の利益から排除することは不当である」（古賀（1997）・125頁〔片岡直執筆〕）と批判している。

小川は、「普遍的人權としての生存権、国際人權規約にも示される国際的にも確立した人權としての社会保障権、生きるための最後の拠点いわば社会的安全網ともいべき生活保護法の性格、そして在日朝鮮人等のおかれてきた歴史的社会的状況からするならば…在日外国人とりわけ在日朝鮮人こそは権利として生活保護を受けると解すべき」（小川（1981）・31頁）と述べる。

小川（1981）と同様に生存権の人類普遍性を主張し、国民国家的憲法感覚からの脱却、内外人平等原則を説くものとして、高藤（1995）・26-49頁。また、憲法学の観点から上記の見解を支持する者として、中村（1990）・66頁。

外国人一般ではなく、定住外国人の生存権を肯定する見解もある。例えば、大沼は、次のように説く。「経済・社会的権利を基礎づける『強い社会連帯意識』なるものは、まさに同一社会において生活を共にする者としての連帯意識であり、本来擬制的性格を含む国籍を媒介とする連帯意識ではない」として、「憲法14条の平等原則は、社会権の享有につき、少なくとも日本社会に定住し、国民と同一の法的・社会的負担を担っている定住外国人にも妥当するものであり、25条の『国民の生存権』は、むしろ定住外国人を含む社会構成員の権利と構成されるべき（大沼（1983）・411頁）。

また、萩野は「日本国民とおなじような生活実態をもっている者があり、実質上、日本社会の一員として一定の納税義務をも負担して、国や地方公共団体の財政の充実に貢献している者があることである。これらの者については、外国人であるからというので、社会保障上の利益を、まったく拒否することは不公平のそし

において定着している見解と言えよう³⁷⁾。

その上で、処分性について、外国人が行う生活保護申請には、外国人にも生活保護法の適用があるとの解釈を前提に同法に基づいて生活保護の開始を求める趣旨の申請と、生活保護に基づかない任意の行政措置としての生活保護の開始を求める趣旨の申請の2つが含まれており、前者は法を根拠とする優越的な地位に基づく一方的な公権力の行使であるから処分性が認められ、後者は法を根拠とするものではないから、処分性が認められない、と判示する。

この考え方は、[2.2]の冒頭においても指摘したように、従来から審査請求について存在していた考え方であるが、本判決は、審査請求ではなく処分性に関するものとして、明確に採用した点に特徴がある。

しかし、生活保護法による申請と任意の行政措置としての申請を区別する考え方にも問題点がある。

第一に、通常は意識されない区別をあたかも当初から存在したかのように想定する点である。判決自身も「弁論の全趣旨によれば、原告は、外国人が行う生活保護申請に…2つの趣旨の申請があることを特段意識せず、いずれの趣旨の申請にせよ、それが認められて生活保護が開始されることを期待して申請をなしたものと認められる」と判示している。また、処分性の有無を、保護決定を下した際の通知書の文言だけで判断する形式主義のきらいがある。そして、

りを免れない」(萩野(1980)・252頁)と説く。

36) 東京地判昭和53年3月31日(行集29巻3号482頁)。緊急医療につき、神戸地判平成7年6月19日(判例自治139号58頁。東京地判平成8年5月29日(行集47巻4・5号421頁)、控訴審である東京高判平成9年4月24日(行集48巻11号1910頁)、上告審である最判平成13年9月25日(判例時報1768号47頁)においても、一貫して外国人を生活保護法から排除しても憲法25条・14条に違反しないと判断している。ただし、最判平成13年9月25日について、「本件は不法残留者について判示したもので、永住者、定住者については判示されていない」(近田正晴「判批」判例タイムズ1125号263頁(2003年))と評されている。

37) 西村(2003)・496頁。西村は、「生存権を普遍的な人権として理解することには問題があり、またわが国が批准した上記の条約(社会権規約及び自由権規約一引用者注)の解釈から直ちに外国人に対する生活保護法を適用しないことが違法とはいえない」と述べる。

その申請時に存在する区別は、申請する側も、申請を受ける実務側も³⁸⁾、通常は意識していない。

第二に、この手法は一回きりしか用いることができない点である。確かに、本件の手法は、当該事案の解決という点では有効である。しかし、事後に何らかの申請行為があった場合、仮に通常は意識されない区別を意識し、保護決定の判断を生活保護法ではなく、全て行政措置による保護を申請するものと構成した場合、本判決の判示を前提にする限り、処分性を肯定することはできない。

実際に、審査請求に関するものであるが、国側も、本件の同一事案であり審査請求適格に関して、本件と同様の区別を用いて却下の処分性を肯定した大分地判平成22年9月30日（判例時報2113号100頁）が出た後に、「生活保護に係る外国籍の方からの不服申立ての取扱いについて」（社援保発1022第1号）という通知を出し、対応を変えた。この通知について、行政解釈では、次のように説明されている。

外国人が生活保護申請をする場合に用いる申請書に「『生活保護法による保護』との記載があるため、外国人から提出された同申請書を受理した場合、法に基づく保護を外国人に適用していないことから、保護の実施機関において、一旦『却下決定』を行い、同決定の通知とともに、同申請書を提出した外国人が要保護状態であると認められる場合には、『通知に基づく保護』を適用する旨の記載をした保護決定通知を併せて交付することとします³⁹⁾。つまり、この通知は、外国人への「保護が法に基づかないものであり、通知に基づくものであることを明確に示す⁴⁰⁾」という観点から出されたものであることが明らかである。

この論法については、「『法による保護』と『通知による保護』を切り離すことによって『現行どおり』を貫く⁴¹⁾」ものであり、両者を区別した判決の思考

38) ケースワーカーの経験からこの点を指摘するものとして、吉永（2012）・5頁。

39) 保護課（2010）・23頁。

40) 保護課（2010）・23頁。

41) 田中（2011）・9頁。

を「逆手にとった“悪智慧”というほかない」⁴²⁾と評されている。

この指摘は、審査請求に関するものであるが、生活保護支給決定の処分性についても同様に当てはまるであろう。したがって、両者を区別する手法は、現行の仕組みの間隙を突いたものであり、当該事案の解決という点では有効であるが、問題の根本的な解決には至らない。

2.3. 福岡高判平成23年11月15日（判例タイムズ1377号104頁）の検討

[2.1]において示したように、外国人に対する生活保護決定についてそのままでは処分性を肯定することができず、[2.2]において示したように、法による保護と通知による保護を区分する手法も問題の根本的な解決には至らないとすると、次に考えられる手法は、条約を処分性を肯定するための解釈に用いる手法である。なお、以下で取り上げる福岡高判平成23年11月15日は、前述した大分地判平成22年10月18日の控訴審判決に当たる。

2.3.1. 判旨

まず、判決は、旧生活保護法から現行の生活保護法に改正されたときに対象が日本国籍保有者に限定されたこと、昭和29年通知により外国人は準用により保護が認められるに至ったこと、平成2年の口頭指示により、永住外国人のみが生活保護の対象となったことを確認する（[2.1.3]参照）。そして、難民条約批准に伴い、国民年金法などにおいて国籍条項が削除されたが、生活保護法については法改正が見送られた、と述べる。その際、判決によれば、国会審議では、次のような議論が行われている。

「生活保護法については法改正を見送るとしたことから、上記批准に伴う国会審議において問題となったところ、昭和56年5月27日に開催された衆議院外務委員会において、政府関係者は『生活保護につきましては、昭和25年

42) 田中（2011）・9頁。

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、予算上内国民と同様の待遇をいたしてきておるということで、条約批准に全く支障がないというふうに考えておる次第でございます。』『改正した場合は出入国管理令との関係等、様々な問題が生じる。』『現行のままでも難民条約の批准には何ら支障がないし、実質的には（本件通知により日本国民と）同じ保護をしている。』『（生活保護の）予算も保護費ということで、国内の一般国民と同じ予算で保護費の中で処置をいたしておるわけで、特にそれを改める必要はない。』などと答弁し、上記法改正は見送られ、従前の運用が継続された。」

そして、判決は次のように述べた。

〔Ⅰ〕「上記経緯によれば、当初生活保護法の対象は日本国民に限定されていたものの、実際には本件通知により外国人もその対象となり、日本国民とほぼ同様の基準、手続により運用されていたものである。その後、難民条約の批准等に伴い国籍条項の存在が問題となったところ、国籍条項を有する他の法律はこれを撤廃する旨の法改正が行われたにもかかわらず、生活保護法については、上記運用を継続することを理由に法改正が見送られる一方、生活保護の対象となる外国人を難民に限定するなどの措置も執られなかったこと、その後の平成2年10月には、生活保護法の制度趣旨に鑑み、生活保護の対象となる外国人を永住的外国人に限定したことが認められる。」

〔Ⅱ〕「すると、国は、難民条約の批准等及びこれに伴う国会審議を契機として、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ということができる。すなわち、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定の下で、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ことになったものである。」

「よって、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る。」

2.3.2. 検討—雑多な論拠と荒い論理構成

本件は、上記判示の理由により通知による保護であったとしても処分性を肯定したが、判決の理解をめぐって、見解の対立がある。

2.3.2.1. 処分性認定の根拠について

まず、本判決は、〔I〕において示したように、①旧生活保護法から現行法に改正されたものの、昭和29年通知以降、運用実態が外国人と日本国民では差がないこと、②難民条約の批准などに伴う国会審議、という「本件通知を契機に蓄積された『経緯』という事実を用いて」⁴³⁾法律上の根拠があると判断したものである。

(1) 要素①について

要素①について、奥貫は、「54年通知に基づく長期にわたる運用をいわば『確立された慣行』として認め、その実質的な効果を重視した上でくださった」⁴⁴⁾ものであるから、「『処分性がある』という結論もごく自然に引き出される」⁴⁵⁾と評価する。

同様の見解は従前から存在していた。例えば、又坂は、「外国人に対する生活保護法の『準用』が1954年以來」⁴⁶⁾長期に「わたってなされた制度として定

43) 豊島 (2013)・7頁。

44) 奥貫 (2012)・21頁。

45) 奥貫 (2012)・21頁。

46) 又坂 (1990)・301頁。

着し、要保護状態にあることが認定されれば日本人と同様の手続で保護の実施がなされること等からすれば、基本的には保護申請の拒否や保護の廃止について処分性を認め争訟の提起可能性を承認することができる⁴⁷⁾と主張する⁴⁸⁾。

要素①及び奥貫、又坂の見解は、実務上は差がなく、実質的には国民と同じで状態が継続していることから、裁判的救済の必要のために、「要綱なり行政指針なりに慣習法的効力をみとめ」⁴⁹⁾て、法律上の根拠がある、と構成する立場かと推察される⁵⁰⁾。

しかし、外国人に対する生活保護が予算措置として長期間行われてきたことが直ちに「法律上の根拠」となるのか、そして、それがなぜ処分性を認めるための要素、とりわけ処分性を認定する際の「法律上の根拠」の判断要素となりうるのか、説明が必要であろう。今回は、法律による行政の原理のうち、法律の法規創造力の意味における法律⁵¹⁾が、慣習法として成立するかどうか、が問題となっている。法律の法規創造力の問題について、従来は、法規命令を中心に議論されていたため、慣習法によって法規が創造される場合を肯定できるのかという議論は成熟していない。

行政法分野における慣習法の成立可能性について、一般に、「行政権限行使の対象となる私人の権利自由の根拠に関しては、既存の法律に反しない限り、慣習法の成立の余地」⁵²⁾があると解されるが、「公権力の行使を内容とする公法上の法律関係については、そもそも具体的な根拠がなければ行政権を行使することが出来ないものであるから」⁵³⁾、「法律による行政の原理が強く支配する領域においては、慣習法の成立は認め難い」⁵⁴⁾と解される。租税法の領域にお

47) 又坂 (1990)・301頁。

48) 佐藤 (1991)・175頁。

49) 宮崎 (1984)・283頁。

50) 堀 (1996)・343頁は、慣習法が成立する可能性があるとして解している。

51) [2. 1. 3] 及び米田 (2005)・111頁、高木 (1995)・47-48頁。

52) 宇賀 I (2013)・11頁。

53) 福岡高判平成1年7月18日 (判例タイムズ721号145頁)。

54) 塩野 I (2013)・61頁。

いて「租税通達の現実を基礎とし」⁵⁵⁾て、慣習法の成立を認める見解⁵⁶⁾もあるが、「具体的な成立を見るのは、極めて限られた場合である」⁵⁷⁾と評されている。

慣習法上の水利権を認めた事例（長野地判昭和32年5月28日（行裁集8巻5号912頁）、奈良地葛城支判平成11年3月24日（判例タイムズ1035号190頁））もあるが、前者は発電水利許可処分が水利権の制約になるかどうか、後者はゴルフ場開発の差し止めを求める妨害予防請求権の根拠となるかどうか争われたものであり、いずれも「行政権限行使の対象となる私人の権利自由の根拠」⁵⁸⁾が問題となっている事例であって、法律の法規創造力については争点となっていない。

一般に、慣習法の成立要件として、「社会の成員のあいだに一定の慣行が存在するほか、その慣行が成員によって法的拘束力のあるものとして意識されること（法的確信）が必要である」⁵⁹⁾と解されているところ、外国人に対する予算措置としての生活保護は、確かに一定の慣行と評価できるが、当事者にとって法的拘束力のあるものとして意識されているとは言い難い。なぜならば、国側は、一貫して法的拘束力のあるものとして外国人に対する生活保護を実施してきたとは考えられないからである（〔2.1.3〕参照）。今回は、法律上の根拠そのものが争われている事案であって、根拠法規である法律について一定の解釈を示した通達が争われている税務行政とは事案が異なるため、税務行政に引きつけて捉えることは困難である。さらに、処分であるすれば、出訴期間の制限などの制約が課せられるが、このような性質を有する決定を、慣習という漠然としたものを根拠として成立することを認めて良いのだろうか、という疑

55) 塩野 I（2013）・61頁。

56) 田中二郎は、「通達によって示達された租税法規の解釈が、長年にわたり、税務行政庁によって実施され、相手方である人民の側においても、その取扱いが異議なく諒承され、それが正しい法の解釈として、法的確信にまで高められるようになった場合には、そこに一種の慣習法としての行政先例法が成立するに至ったとみることができる」（田中（1968）・95-96頁）と説く。

57) 塩野 I（2013）・61頁。

58) 宇賀 I（2013）・11頁。

59) 五十嵐（2015）・59頁。

問も残る。

また、法律の留保の問題であるが、仮に慣習法が成立するとすれば、外国人側は、慣習法を根拠に生活保護受給権を請求することになるであろう。そして、行政側も、慣習法を根拠に生活保護を認めることになるが、行政が行使する権限の根拠を、形式的意味の法律以外のものに求めること⁶⁰⁾は、不用意な行政権限の拡大を肯定することになるのではないか。

上記を前提とすると、昭和29年通知に基づいて外国人に対して生活保護が長期にわたって実施されてきたとしても、直ちに慣習法として成立したと解することは困難であろう。

(2) 要素②について

判決も、要素①だけでは根拠として十分ではないと判断したのか、要素②を挙げているが、国会審議を理由に挙げることについても、理論的な難点が指摘されている。

第一に、鈴木は、「そもそも生活保護法の改正等の立法措置を経ることなく、立法府と行政府が同法の規定の内容や効果を改編することはできないのではないか」⁶¹⁾、「難民条約の批准やこれに伴う国会審議の過程で、同法を根拠として外国人に生活保護の申請権や受給権が認められることになるといった議論がされた形跡はうかがわれない」⁶²⁾と指摘する。

確かに、1981年改正では、生活保護法に手を付けていない。これは、従来の行政運用を継続するため法改正の必要がない、という理由に基づくと解した方が素直であろう⁶³⁾⁶⁴⁾。

60) 塩野宏は、法律の留保論において、「規範の存在形式としては、当然、形式的意味の法律が考えられていた」(塩野 I (2013)・74頁)と述べている。

61) 鈴木 (2013)・123頁。

62) 鈴木 (2013)・123頁。

63) 河野 (1983)・49頁。

64) 難民条約批准に合わせて国民年金法等において国籍要件が削除されたにも関わらず、生活保護法では国籍要件を削除しないことは平仄が合わないのではないか、という趣旨の土井たか子委員の質問に対して、当時、厚生省社会局長であった山

「難民条約の批准に当たり、我が国が外国人の生活保護に関して生活保護法の国籍条項を撤廃せず、本件通知による行政措置として実施することを継続する選択をしたということは、本判決がいうように一定範囲の外国人に法的保護を与えることを是認したというよりも、立法政策として、外国人に同法の適用ないし準用を認めない趣旨を明らかにしたものと理解するほうが自然ではないか」⁶⁵⁾。

第二に、福田は、「立法措置がない中、難民条約の批准等とそれに伴う国会審議のみを契機に、一定範囲の外国人の地位が法的に保護されることになったという論理が成り立つにはどのような場合があるのだろうか。具体的にどの条

下眞臣政府委員は、次のように答弁している。

「難民条約で、難民の方に対しましても日本国民と同じ待遇を与えるようにと書いてあるわけでございますが、それはその形がどうであれ、実質が同じ取り扱いをしておれば差し支えないという解釈であることは先ほど申し上げたとおりでございます。

生活保護法につきまして今回なぜ法律改正を行わなかったかということでございますが、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で、どうしても拠出を求めるとか、そういった法律上の拠出、徴収というようなことにどうしても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、やはり一方的給付でございます、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、いろいろむずか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等もございます。あるいは生活保護につきましては国民無差別平等にやるわけでございますが、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御了解をいただきたい、かように考えているわけでございます。」(1981年5月27日第94回国会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3頁)

約のどの条項による効果なのか説明が十分でない⁶⁶⁾い、と指摘する。

さらに、福田によれば、判決は「1982年で難民条約の批准と1990年の行政府の指示(法令担当係長が口頭で行ったそれ自体軽いもの)による対象の限定を、関連づけ、全体としてとらえて永住的外国人に対する法的保護の確立を認めているようにも読めるが、両者には約10年の空白があるだけでなく、前者はインドシナ難民対策、後者は不法就労外国人の増加による入管法改正を背景としており、基本的には無関係に行われた事項として捉えるべきもの⁶⁷⁾と批判している。

(3) 国際法及び国内公法上の義務?

判決は、要素①及び②から、「国は、難民条約の批准等及びこれに伴う国会審議を契機として、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」と導いている。

これは、「ある種の『外圧』として国際法規範に頼る⁶⁸⁾手法と言えるが、上記に見たように、要素①及び要素②を根拠することでさえ異論があるにもかかわらず、なぜ国際法及び国内公法上の義務が生じたのか、十分な説明がなされていない。もう少し丁寧な論証が必要であろう⁶⁹⁾。

この点につき、論理的な説明を加えるとすれば、社会権規約及び一般的意見を参考にしながら⁷⁰⁾国家の義務を導く見解が参考になるだろう。これは、以下のように考える。

まず、社会権規約9条につき、社会権規約委員会が示した一般的意見19によれば、締約国には5つの中核的義務があり、その中の一つとして、「あらゆる

66) 福田 (2013)・461頁。

67) 福田 (2013)・461頁。

68) 葛西 (2013)・87頁。

69) 葛西 (2013)・86頁。

70) 規約委員会は条約に関する有権的解釈機関ではないため、一般的意見に法的拘束力は認められないが、権威あるものとして、条約解釈する際の参考価値がある、と解されている。この点については、徳川 (2004)・40頁、申 (2013)・100頁参照。

個人及び家族が、少なくとも、不可欠な医療、基礎的な居所及び住宅、水及び衛生設備、食品及び最も基本的な教育を入手することを可能にする彼らに対する給付の必要最低限のレベルを規定した、社会保障スキームへのアクセスを確保すること⁷¹⁾がある。そして、社会権規約2条2項では、社会権規約上の権利に関する差別禁止を定めている。これは、一般的意見20によれば、即時的義務と解される⁷²⁾。

以上の2つの規定を併せ読むことによって、締約国には外国人に対する社会保障を実現する義務がある、と考える⁷³⁾。

しかし、この見解についても疑問が残る。

第一に、社会権規約2条2項は「社会権を充実するという目的から国家の積極的な（新たな支出を伴う）行為を求める場合には…残余のものに対しては保障実現のための努力義務すなわち漸進的義務が課せられているにすぎない」⁷⁴⁾と捉えられている。

初川によれば、即時的義務とは、「可能な限り迅速かつ効果的にその目的に向けて進む義務」⁷⁵⁾、「締約国は、同規約に規定する権利を支えるために国民のためにできることを行うという即時的義務」⁷⁶⁾と解され、社会権規約の条項は「裁判規範として即時実施の義務を生じさせるのは例外であり、原則としては漸進的義務に過ぎない」⁷⁷⁾ところ、同条項を即時適用ができると思われる条項は、同規約中、3条、7条(a)(i)、8条、10条3項、13条2項(a)、2、3項、15条3項などであり、これらの規定は、13条2項(a)を除いて、「出費を即時的

71) UN Doc.E/C.12/GC19, para.59. なお、訳出の際には日本弁護士連合会の国際人権ライブラリーを参考にした。http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/19.pdf 以下同様である。

72) UN.Doc.E/C.12/HC/20, para.7. なお、日本弁護士連合会の国際人権ライブラリーを参考にした。http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/20.pdf 以下同様である。

73) 西片(2012)・300頁、申(2011)・103頁。

74) 初川(1998)・162頁。

75) 初川(1999)・50頁。

76) 初川(1999)・50頁。

77) 初川(1999)・50頁。

に締約国に求めるものとは言えない」⁷⁸⁾。

つまり、社会権規約2条2項は「いったん法律が制定された以上はその内容においても適用においても、差別は禁じられる」⁷⁹⁾という点までは肯定できるとしても、さらに国家に対して差別撤廃のための立法等の義務までも即時に課すと考えられない。その理由として、他の条約においても⁸⁰⁾明確な根拠が無い限り漸進的な達成を目的としていること⁸¹⁾、社会保障に関する問題については社会権規約委員会の国際監視機関としての役割はI.L.O. と比べて二次的・補完的にならざるを得ないこと⁸²⁾、「quarantee」という文言の使用をもって直ちに即時性を根拠付けることができないこと⁸³⁾、一般的意見3 (para.59)において即時適用可能性があると思われる条項を例示しているが、そこには2条2項が含まれていないこと⁸⁴⁾が挙げられる。

第二に、仮に国家の即時的義務を肯定するとしても、「スキームへのアクセスを確保すること」(一般的意見19) ことと外国人に対する生活保護支給決定に処分性要件の法律上の根拠となることは直ちに結合しないのではないか。すなわち、2条2項は、日本国が、外国人に対して、生活保護法上の待遇を与える義務までも認められるのだろうか。仮に2条2項を即時的義務であると解したとしても、現行制度下では、定住外国人は行政措置として生活保護を受けることができるため、最低限の要請は満たしていることになるだろう。外国人に対する生活保護を法律上の根拠に基づいて実施しなければならない、という要請が即時的義務に含まれると解する根拠は一般的意見19を読んでいる限りでは見いだせない⁸⁵⁾。

78) 初川 (1999)・50頁。

79) 初川 (1999)・51頁。

80) 雇用・職業差別を禁止するI.L.O. 第111条約2条, 教育における差別を禁止するユネスコ条約3条・4条, 女子差別撤廃条約2条, 人種差別撤廃条約2条1項。

81) 初川 (1999)・53頁。

82) 初川 (1999)・53頁。

83) 初川 (1999)・53頁。

84) 初川 (1999)・53頁。

85) 例えば、本判決を国際人権規約の観点から批判する渡辺 (2015)・325頁におい

上記の理由によるのか、塩見訴訟（最判平成1年3月2日）では、9条について「締約国において、社会保障についての権利が国の社会政策により保護されるに値するものであることを確認し、右権利の実現に向けて積極的に社会保障政策を推進すべき政治的責任を負うことを宣明したものであって、個人に対し即時的に具体的権利を付与すべきことを定めたものではない」⁸⁶⁾と判示している。本判決の原審（大分地判平成22年10月18日）も、同様の判断をしている。

2.3.2.2. 生活保護受給権の承認？

さて、上記のように判示〔I〕の内容についても議論の余地があるが、判示〔II〕では、「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」といえるのであって、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ことになったもの」と述べている。

この判示については、「判決は『法的保護』と述べているにとどまりこれを『法的権利』とまでは認めていない」⁸⁷⁾とする見解がある一方、「実質的評価に徹するならば、法的保護の結果として、生活保護法の準用による本件却下処分が『処分性あり』と明確に認められていることに鑑みて、本判決を『法的権利の保障』と同義の趣旨を含んだものと捉えることができる」⁸⁸⁾と評価する見解が提示されている。

しかし、この点について、実体的な生活保護受給権は本案の問題であって、訴訟要件の問題である処分性の問題では、実体的権利の成立の有無について触れる必要がないと考えるべきであろう⁸⁹⁾。また、権利ではなく法的地位という

でも、この点については論証を欠いている。本判決を批判するならば、援用した国際人権規約が処分性要件を満たすための法律上の根拠となりうる点について論証が必要であろう。

86) 判例時報1363号71頁。

87) 渡辺（2012）・195頁。

88) 奥貫（2012）・21頁。

89) 実体的な権利が認められるならば処分性を肯定できる。しかし、権利がなくても処分性が肯定できる例として、例えば、外国人の入国を求める権利がなくても

表現を用いることは処分性に関する事例においてよく見られることであり、とりたてて特別視されるべきことではない⁹⁰⁾。

3. 最判平成26年7月18日（判例地方自治386号78頁）

これは、福岡高判平成23年11月15日の上告審判決である。判旨は、以下のよう述べて破棄自判の結論を導いた。

3.1. 判旨

まず、判決は、旧生活保護法から現行の生活保護法への改正経緯を確認した後（〔2.1.3〕参照）で、次のように判示した。

「旧生活保護法は、その適用の対象につき『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、その適用の対象につき『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ものと解される。

そして、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。」

入国不許可処分には処分性を肯定できる点からも明らかである。

90) 例えば、最判平成21年11月26日では、「当該保育所において保育を受けることを期待しうる」「法的地位を奪う結果を生じさせるものであるから、その制定行為は、行政庁の処分と実質的に同視し得るもの」と述べている（民集63巻9号2129頁）。ほかにも、最大判平成20年9月10日（民集62巻8号2033頁）など。

「また、本件通知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、…我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ことは明らかである。」

「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ものというべきである。

そうすると、本件却下処分は、生活保護法に基づく受給権を有しない者による申請を却下するものであって、適法である。」

3.2. 検討—従来論の踏襲

昭和29年通知に基づく外国人に対する生活保護は、生活保護法による処分ではないため処分性が認められないと結論を下した本判決は、従来の通説的見解に則した判断であり、概ね賛成できる。なぜならば、外国人に対する生活保護には、処分性の要件であるための（法律の法規創造力の意味における）法律が存在するとは解することができないからである⁹¹⁾。詳細については、本稿において筆者が今まで述べてきた内容と重なるため、省略する（特に〔2.1.3〕〔2.3.2.1〕参照）。

ところで、本判決は、処分性判断の際における法律の根拠の有無に関する文

91) 同様の立場から本判決を妥当と評価する見解として、斎藤（2014）・100頁。

脈であるが、外国人には生活保護法上の受給権がない、と判示している。明確に権利を否定した点は、原審である福岡高判平成23年11月15日とは異なる（〔2.3.2.2〕参照）。ただし、本判決は、外国人には生活保護法に基づく生活保護受給権がないと判示したにとどまり、昭和29年通知に基づく生活保護自体を否定したわけではない。したがって、これまでの行政運用上の措置による外国人に対する生活保護は継続される⁹²⁾。

なお、本判決に対して、斎藤は、被上告人の状況を考えると、憲法25条を被上告人に適用・準用されるべきであり、同時に生活保護法も適用・準用すべきと批判を展開している⁹³⁾。この見解は、いわゆる定住外国人論を背景に、被上告人が典型的な定住外国人であって、基底にある憲法25条が被上告人にも適用されるのであるから、それを実現するための法律である生活保護法の対象にも含まれる、という見解だと推測される。生活保護法だけの解釈としては法律上の根拠を見出だすことができないため、憲法レベルによって解決しようとする発想が背景にあるとした場合、当然、憲法上の解釈が問題となりうる。

この点につき、我が国の判例は、国籍と社会保障は結びついているため⁹⁴⁾、外国人は、憲法25条に基づく社会保障から排除されているという立場に立脚している（〔2.2.2〕参照）。定住外国人論は、長期間、日本国内に居住している外国人は、生活実態は通常の日本国民と変わらないのだから日本国民と同様に考えるべきである、という見解であり、外国人であることを理由に、国民を中心とした権利保障体系から一律に排除する思考⁹⁵⁾に対する批判を展開す

92) 奥貫（2014）・20頁，村田（2014）・15頁。

93) 斎藤（2014）・100頁。定住外国人論から本判決を批判するものとして、他に瀬戸（2015）・21頁。

94) 最大判平成20年6月4日の法廷意見は、「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位」（民集62巻6号1372頁）と判示している。

95) 例えば、東京都が管理職に昇任するための資格要件として日本国籍を有することを定めた措置の合憲性が争われた事件において、最高裁は、日本国民である職員に限って管理職に昇任することが出来る措置が憲法に違反しないという「理は、…特別永住者についても異なるものではない」（最大判平成17年1月26日（民集59

る⁹⁶⁾。しかし、国籍と権利保障を結びつける論理は、外国人を排除する代わりに二級化した国民の地位を引き上げる役割を果たす機能を有することを考えると、一概に排斥してよいものなのか疑問がある⁹⁷⁾。

3.3. 小括一処分性肯定論に対する評価

既に見たように、処分性を肯定する見解のうち、[2.2]において取り上げられた通知による措置と法律による措置を区別する見解にも欠点があり（詳細は[2.2.2]参照）、福岡高判平成23年11月15日も理論的難点を多く抱える（詳細は[2.3.2]参照）。このように、外国人に対する生活保護の不支給決定に対して処分性を肯定する見解は説得的とはいえない。

また、処分性を認める場合、当然に不服申立ての前置、出訴期間の制限、仮処分の排除などの特殊な制限を課せられてしまう⁹⁸⁾。これ自体の是非もちろん、「このような性格を持った決定を内部規範によって行政が任意に作り出して良いか⁹⁹⁾」という問題も生ずるだろう。

以上のように考えると、処分性を肯定する論理構成は若干苦しいのではないかと思われる。しかし、処分性を否定したからと言って、争訟提起可能性を否定したことにはならない¹⁰⁰⁾。なぜならば、処分性が問題とならない別な訴訟によって争うことが可能だからである。次に、公法上の当事者訴訟として構成す

卷1号135頁))と判示している。

96) 学説・判例の整理については、坂東(2015)・146頁参照。

97) 筆者としては、国籍が権利保障と結びつくことを正面から肯定した上で、国籍取得基準の合理性を問いなおす筋道もありうるのではないかと考えている。詳細については、坂東(2015)・165頁。

98) 池田(1990)・62頁。

99) 太田(2012)・341頁。下山も、労災援護費の「支給要件や手続等を定める通達(要綱)は行政内部にのみ妥当する行政規則で、対外的効力はない。それにもかかわらず、法律による行政の原理の観点から、これに基づく支給・不支給決定に公権力性を認め、処分性を認めることができるのか、が問題となる」(下山(2004)・114頁)と述べる。

100) 下井(2008)・124-125頁。したがって、外国人を「司法的救済を与えない状態に置き続けていること」(渡辺(2015)・326頁)は、本件では問題ではない。もっとも、司法的救済を、抗告訴訟に限定する意味であるならば、話は別である。

る手法を検討する。

なお、筆者の見解には、事前の権利救済手続を用いることができないという欠点もある。なぜならば、一般的には、行政事件訴訟法上の処分と行政不服審査法上の処分は同一のものと解されているため¹⁰¹⁾、処分性を否定して当事者訴訟として構成した場合、行政不服審査法上の不服申立てができないからである。しかし、これは、やむを得ないものとして割り切るしかないだろう。

4. 公法上の当事者訴訟として構成する手法

4.1. 贈与契約の成立？

処分性の有無に拘泥せずに、公法上の当事者訴訟と構成する方法は十分に考えられる。この点につき、大分地判平成22年10月18日（裁判所ウェブサイト）では、次のように判示し、当事者訴訟として構成する手法を否定している。

「原告は、本件通知による給付を拒否された場合には、当事者訴訟としての給付の訴え（第一次予備的請求）あるいは確認の訴え（第二次予備的請求）が認められるべきであると主張する。

しかしながら、本件通知による生活保護の実施の法的性質は…贈与であるから、贈与の申込みの意思表示に当たる保護申請に対し、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、原告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

101) 高木 (1995)・48頁。なお、継続的な事実行為が行政不服審査法上の処分に含まれることが明文によって定まっている点については行政事件訴訟法上の処分とは異なるが、行政事件訴訟法上の処分であったとしても継続的な事実行為を含む場合もありうる（塩野Ⅱ (2013)・19頁, 114頁）。また、「直接国民の権利義務を形成したまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」という処分性の定義における法律の有無が争われている本件においては無関係であるため、詳しくは扱わない。

あるから、贈与契約は成立しておらず、原告に生活保護受給権は発生していない。」

判決によれば、「外国人に対する生活保護の適用はないものであるから、…通知による外国人に対する生活保護の実施は、生活保護法を直接適用するものではない任意の行政措置として行われてきたものであって、その法的性質は贈与である」¹⁰²⁾と解される。しかし、以下に述べるように、通常の民法における贈与と同一視して争訟提起可能性を排除することは適切ではない。

4.2. 給付訴訟として構成—贈与契約の擬制

民法549条が規定するように、贈与は、当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思表示し、相手方が受諾することによって、その効力が生ずる。しかし、外国人に対する生活保護の場合、受贈者（外国人）の申込みに対して贈与者が承諾することによって、その効力が発生し¹⁰³⁾¹⁰⁴⁾、「贈与者が公的な機関であり、贈与の内容が通達・要綱で定められているという特徴がある」¹⁰⁵⁾。その上で、外国人に対する生活保護が、贈与契約として、「民法という法技術によってはいるが、公の行政の一手段であることに注意しなければならない」¹⁰⁶⁾。

以上の点を踏まえると、次の点に留意する必要がある。

102) 大分地判平成22年10月18日（裁判所ウェブサイト）。

103) 水島（2003）・826頁。なお、水島の説示は、補助金行政に関するものであるが、本件においても基本的に当てはまると考えられる。以下も同様である。

104) なお、阿部は、補助金行政に関する文脈であるが、「要綱に基づく補助金について、要綱を契約の申込みと解すれば、要件を満たした補助金の申請はこの契約の応諾ということにな」と述べるが（阿部（1998）・355頁）、要綱を申込みの誘引、申請行為を受贈者の承諾を包含する申込み、申請に対する判断を受贈者の意思表示と解した方が素直であろう。後記大阪高判平成14年7月3日も同様に解している（判例時報1801号51頁）。

105) 水島（2003）・826頁。

106) 塩野（2001）・202頁。なお、塩野の説示は、補助金行政に関するものであるが、本件においても基本的に当てはまると考えられる。以下も同様である。

第一に、「公の目的に奉仕しなければならないのであって、単なる贈与は公の行政としてなすことは許されない」¹⁰⁷⁾。

第二に、上記の点に関連して、「そこには平等原則が働くものとみられる」¹⁰⁸⁾。確かに、どのような外国人に対して生活保護の支給を認めるかについては、行政主体の広い裁量に委ねられていると解されるが、「その交付については、それが公金の使用であること、重要な行政手段の一つであることからして、恣意的取扱は許されず、平等取扱の原則が妥当するものと解される」¹⁰⁹⁾。

第一点及び第二点から、「贈与者は自由な意思に基づき承諾するか否かを決定することはできないと理解すべきである」¹¹⁰⁾。

外国人に対する生活保護も同様に考えられるのではないか。すなわち、昭和29年通知により生活保護法に準じた行政措置が行われているのだから、贈与者たる生活保護実施機関（生活保護法19条1項・2項）は、生活保護法が規定する実体的要件を要保護者が満たしているかどうかについて、日本国民に対する生活保護支給決定と同様に審査し、要保護性を満たした場合については、要保護者との間で贈与契約を締結しなければならない、と解するべきである。また、贈与契約の内容（支給額・支給方法）も、生活保護法において定められているのだから¹¹¹⁾、この点についても、保護実施機関は、生活保護法が認める範囲において保護を行わなければならない、完全に自由な贈与ができるわけではない。

少なくとも、実体的要件が客観的に具備されており、保護基準を明白に満たしている場合には、日本国民に対する生活保護支給決定を求める義務付け訴訟を提起できる場合と同様に考えて、裁判所が贈与契約を擬制することは可能で

107) 塩野 (2001)・202頁。同趣旨の見解として、阿部 (1998)・339頁。

108) 塩野 (2001)・202頁。

109) 塩野 (2001)・202頁。同趣旨の見解として、宇賀 I (2013)・373頁。

110) 水島 (2003)・826頁。

111) 生活保護法11-18条。

あろう¹¹²⁾¹¹³⁾。この場合は、昭和29年通知に外部効果を認めることになる¹¹⁴⁾。

4.3. 確認訴訟として構成—平等取扱いの利益

要綱に基づく補助金行政に関する説示であるが、「要綱に違反して給付が拒否された場合は、平等原則違反で拒否決定は違法とされる可能性がある。…そのような場合、給付を受ける法的地位の確認ないし給付義務の確認訴訟を提起

112) 水島 (2003)・827頁。

113) 同様に贈与契約を擬制した事例として、大阪高判平成14年7月3日(判例時報1801号38頁)。

民法上の財団法人として設立された財団法人阪神・淡路大震災復興基金(以下Y、被告、控訴人)が、被災者自立支援金制度を実施していたところ、阪神淡路大震災の被災者であるX(女性、原告、被控訴人)1と震災後に結婚したX2(男性、世帯主、非被災者、原告、被控訴人)が申請したが、世帯主が被災していることという世帯主被災要件が満たされないとし、申請が却下された。本件は、X1・X2が、被災者が非被災者と結婚して世帯主でなくなった世帯を不当に差別するものであり、憲法14条ないし公序良俗に違反し、無効であるとして、Yに対して自立支援金の支給を求めて訴訟を提起した事案である。

本判決は、第一審判決とほぼ同様の理由で控訴棄却の結論を導いた。その理由は以下である。Yは、その設立母体・基本財産の支出者・事業実施の財源、事業内容、理事・事務局員の構成、事務局の所在場所、広報活動の主体などに照らすと、民法上の財団法人であってもきわめて公共性の強い法人であり、実質的には地方公共団体に準ずる性質を有すると評価できる。また、本件自立支援金制度も高度の公益目的を有する。

このようなY及び自立支援金制度の性質から、Yは、自立支援金の支給申請は、法的にはYに対する贈与契約の申込であると解されるが、Yは、その承諾の意思表示をするか否かについて私人として完全な自由を有してはならず、公平・平等な取扱いをすることが要求されている。

そして、自立支援金の世帯主被災要件は、世帯間差別に該当し、また、結婚により夫が世帯主になることが一般的であるという事情の下では女性被災者を事実上不利益に扱う結果をもたらすから男女間差別にも該当するため、公序良俗に反し無効である。

以上より、Yは、世帯主被災要件を満たしていないことを理由に申請を却下することは許されず、Yが申請を却下したとしても、同申請がなされた後、それに応答をなし得る相当期間が経過した時期に贈与契約の成立が信義則上擬制されると解するのが相当である。

ただし、上記の判示について、阿部(2009)・131頁では、特殊な事案であるから一般化は困難と位置づけている。

114) 塩野(2001)・203頁、阿部(2009)・131頁参照。

して救済を求めることが考えられ¹¹⁵⁾るという見解を参考としつつ、確認訴訟として構成する手法も考えられる¹¹⁶⁾。なお、確認訴訟の補充性の原則から給付訴訟が可能であれば確認の利益は否定されるため¹¹⁷⁾、給付訴訟を原則とすべきである¹¹⁸⁾。

確認訴訟として構成する手法については、東京地判平成18年9月12日（裁判所ウェブサイト）が参考になる¹¹⁹⁾。

この事件は、独立行政法人であるY（被告）が、中小企業における労働力の確保及び良好な雇用の機会の創出のための雇用管理の改善の促進に関する法律等の規定に基づいて、雇用保険法及び同法施行規則に定める雇用安定事業として行う、中小企業基盤人材確保助成金（以下「本件助成金」という。）の支給事業について、被告の都道府県センターの長である東京センター所長に対し本件助成金の支給申請をしたX（原告）が、同所長から、本件助成金を支給しない旨の決定を受けたことから、(1)本件助成金の支給・不支給に関する決定が抗告訴訟の対象となる行政処分であることを前提として、当該不支給決定の取消しと当該支給申請に係る本件助成金の支給決定の義務付けを求めるとともに、(2)公法上の当事者訴訟として、原告が当該支給申請に係る本件助成金の支給を受けられる地位を有することの確認を求めた事案である。

判決では、(1)については、処分性が無いとして却下したが、(2)については、次のように判示し、確認の利益を肯定した。

「本件助成金支給のような行為は、契約（贈与契約）という形式で行われ

115) 神橋（2012）・290頁。

116) 法律構成に若干の疑問があるが、清水（2012）・22-25頁も同様の発想だと思われる。

117) 笠井＝越山（2010）・531頁 [名津井吉裕執筆]、高橋（2013）・365頁。

118) 給付判決と異なり、確認判決には執行力がなく、強制執行が対応していないため、実際上の紛争解決の力は弱い。したがって、この点も給付の訴えを原則とするべきである（高橋（2013）・70頁、365頁）。

119) 東京地判平成18年9月12日を確認訴訟の活用例として評価する見解として、塩野Ⅱ（2013）・263-264頁。

るものであるとしても、行政目的を実現するために行われるものであって、公益的性格を有していることは明らかなのであるから、純然たる私法上の契約とは異なり、契約自由の原則について一定の制約が課されるのであり、例えば、その支給要件を満たしている点では同様であるにもかかわらず、合理的な理由もなく、一方の者に対しては助成金を支給しながら、他方に対してはこれを支給しないなどといった挙に及ぶことは許されないものというべきである。特に、本件助成金に関しては、雇用保険法施行規則118条3項1号が、一定の要件を満たした者に対しては、一律にこれを支給することを予定しているものと解されることから、このような平等取扱いの要請が働くことは明らかなのであって、具体的には、被告において本件助成金の支給事業を行うに当たっての基準として実施要領を定めた以上、これに定められた支給要件に該当する申請者に対しては、平等に本件助成金を支給しなければならない義務を負うものと解すべきである。また、このような平等取扱いの要請は、究極的には憲法14条に基づくものであるということも可能であることを考慮すると、上記のような平等取扱い義務は、単なる被告（行政機関）の内部的義務にとどまるものと解するのは相当ではなく、これによる平等取扱いの利益は、国民である申請者の利益としても保護されたものと解すべきである。そして、本件助成金の支給を受けられる地位にあることの確認訴訟を提起し、本件助成金支給の可否について裁判所の公権的判断を求めることは、助成金支給の要否をめぐる問題を解決するための適切な手段であるといえる一方、他に適切な解決手段も存在しないことからすれば、上記の確認訴訟については、確認の利益を肯定することもできるものと解される」。

外国人に対する生活保護についても上記判示を参考に確認の利益を肯定することができると思われる。

第一に、贈与契約であったとしても公金支出である以上は、平等取扱いの原則にしたがって支出されなければならない点については、[4.2]と同様に考えられる。

第二に、東京地判平成18年9月12日では、一定の要件を満たした場合については一律に支給しなければならない規定であることが、平等取扱いの利益を肯定した根拠の一つとして機能している。日本国民に対する生活保護については、「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」（生活保護法2条）と規定し、要件を満たした場合には保護義務が生じると解されている¹²⁰⁾。そして、昭和29年通知によって生活保護法に準じた行政措置が行われる場合も2条については同様に考えられるのであって、保護要件を明らかに満たしているにも関わらず保護を認めない場合は、不合理と評価できる。

以上より、外国人の生活保護についても、平等取扱いの利益を導くことができると考えられる。このような平等取扱いの利益は、平等という比較の上で考えられるものであるから、例えば、要保護性が明らかであって、通常は保護が認められる事例であるにも関わらず、保護を否定した場合という比較の対象が設定できる場合において有効な手法であろう。

4.4. 小括

[4.3]において触れた東京地判平成18年9月12日では、争われた助成金の支給が処分には該当せず、他の救済方法が無いことが、付随的に、確認の利益を肯定する根拠として用いられている。

[4.2]及び[4.3]において検討した、給付又は確認を求める当事者訴訟として構成する考え方も、同様に考えられる。すなわち、外国人に対する生活保護不支給決定について、処分性を肯定することが困難であるから、抗告訴訟の対象にはならないと考えられるが¹²¹⁾、争訟可能性を排除することは適切ではない。上記のように公法上の当事者訴訟として構成する手法は、適切な手段であり、かつ他に適切な解決手段も存在しないため、抗告訴訟以外の救済方法

120) 小山(2004)では、「自由裁量の羈束裁量化のような新法の特徴」の根拠が生活保護法2条に求められる、と述べている(小山(2004)・105頁)。

121) [2.2][2.3.2][3.2]参照。

を開くべきである。

5. 終わりに

本稿では、外国人に対する生活保護不支給決定の処分性を検討し、その上で、適切な争訟手段を検討した。以下、本稿の結論を簡潔に示す。

第一に、外国人に対する生活保護不支給決定について、処分性を肯定する理屈は、成立しがたい。昭和29年通知に基づく行政措置として考えるのが理論面からも肯定できる。処分性を肯定した福岡高判平成23年11月15日は、雑多な論拠に基づくものと評価せざるを得ない。ただし、処分性肯定論のうち、任意の措置と法律上の措置を区分する手法については理論的には成立しうるが、これも実務の間隙を突いた手法であり、一般的に用いることができる手法とは言えない。

第二に、処分性を否定したとしても争訟可能性を排除したわけではない。公法上の当事者訴訟として、外国人に対する生活保護支給決定を贈与契約と解し、信義則の観点から贈与契約を擬制し給付を求める訴え又は平等取扱いの利益を肯定し、生活保護を受けることができる地位確認の訴えの提起を認めるべきである。

参考文献一覧

- ・阿部 (2009)
阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣・2009年)
- ・阿部 (1998)
阿部泰隆『行政の法システム (上) [新版]』(有斐閣・1998年)
- ・五十嵐 (2015)
五十嵐清『法学入門 [第4版]』(悠々社・2015年)
- ・宇賀 I (2013)
宇賀克也『行政法概説 I [第5版]』(有斐閣・2013年)
- ・池田 (1990)
池田敏雄「形式的行政行為」成田頼明 (編)『行政法の争点 [新版]』(有斐閣・1990年) 62頁
- ・太田 (2012)
太田匡彦「判批」宇賀克也=交告尚史=山本隆司『行政法判例百選Ⅱ [第6版]』(有斐閣・2012年) 340頁。
- ・大沼 (1983)
大沼保昭「『外国人の人権』論再構成の試み」法学協会 (編)『法学協会100周年記念論集第2巻』(有斐閣・1983年) 362頁
- ・小川 (1981)
小川正亮「社会保障と国籍」法律時報53巻7号28頁 (1981年)
- ・奥貫 (2012)
奥貫妃文「判批」賃金と社会保障1561号10頁 (2012年)
- ・奥貫 (2014)
奥貫妃文「判批」賃金と社会保障1622号16頁 (2014年)
- ・葛西 (2013)
葛西まゆこ「永住の外国人と生活保護制度・コメント—福岡高裁2011 (平成23)年11月15日—」国際人権24号84頁 (2013年)
- ・笠井=越山 (2010)
笠井正俊=越山和広 (編)『新・コンメンタール 民事訴訟法』(日本評論社・2010年)
- ・河野 (1983)
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781号47頁 (1983年)
- ・神橋 (2012)
神橋一彦『行政救済法』(信山社・2012年)
- ・古賀 (1997)
古賀昭典 (編著)『新版現代公的扶助法論』(法律文化社・1997年)

- ・ 小山 (2004)
小山進次郎『改訂増補 生活保護法の解釈と運用 (復刻版)』(全国社会福祉協議会・2004年)
- ・ 斎藤 (2014)
斎藤一久「判批」法学セミナー718号100頁 (2014年)
- ・ 榊原 (2004)
榊原秀訓「判批」民商法雑誌130巻1号150頁 (2004年)
- ・ 佐藤 (1991)
佐藤敬二「判批」佐藤進=西原道雄=西村健一郎(編)『社会保障法判例百選〔第2版〕』(有斐閣・1991年) 174頁
- ・ 塩野 (2001)
塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」塩野宏『法治主義の諸相』(有斐閣・2001年) 175頁
- ・ 塩野 I (2013)
塩野宏『行政法 I〔第5版補訂版〕』(有斐閣・2013年)
- ・ 塩野 II (2013)
塩野宏『行政法 II〔第5版補訂版〕』(有斐閣・2013年)
- ・ 清水 (2012)
清水泰幸「判批」賃金と社会保障1562号18頁 (2012年)
- ・ 下井 (2008)
下井康史「判批」西村健一郎=岩村正彦(編)『社会保障判例百選』(有斐閣・2008年) 124頁
- ・ 下山 (2004)
下山憲治「判批」法学セミナー594号114頁 (2004年)
- ・ 申 (2011)
申へボン「判批」小寺彰=森川幸一=西村弓(編)『国際法判例百選〔第2版〕』(有斐閣・2011年) 102頁
- ・ 申 (2013)
申へボン『国際人権法—国内基準のダイナミズムと国内法との協調—』(信山社・2013年)
- ・ 鈴木 (2013)
鈴木和典「判批」行政判例研究会(編)『平成23年 行政関係判例解説』(ぎょうせい・2013年) 114頁
- ・ 瀬戸 (2015)
瀬戸久夫「外国人の生活保護訴訟—外国人は日本社会の構成員ではないのか」法学セミナー721号19頁 (2015年)
- ・ 高木 (1995)

- 高木光「判批」判例評論437号44頁（1995年）〔判例時報1527号206頁〕
- ・高橋（2013）
高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上〔第2版補訂版〕』（有斐閣・2013年）
 - ・高藤（1995）
高藤昭「外国人に対する生活保護法の適用について—ゴドウィン訴訟第一審判決を契機として—」社会労働研究42巻3号13頁（1995年）
 - ・田中（1968）
田中二郎『租税法』（有斐閣・1968年）
 - ・田中（2011）
田中宏「外国人の生活保護受給権, その前後左右一大分地裁の二つの判決にふれて」賃金と社会保障1534号4頁（2011年）
 - ・手塚（2005）
手塚和彰『外国人と法〔第3版〕』（有斐閣・2005年）
 - ・徳川（2004）
徳川信治「国内裁判における自由権規約の援用」部落解放・人権研究所（編）『国際人権規約と国内判例』（解放出版社・2004年）27頁
 - ・豊島（2013）
豊島明子「判批」判例セレクト2012〔Ⅱ〕7頁
 - ・中原（2015）
中原茂樹『基本行政法〔第2版〕』（日本評論社・2015年）
 - ・中村（1990）
中村睦男「外国人の生存権・社会保障権の権利主体性」社会保障法5号57頁（1990年）
 - ・西片（2012）
西片俊哉「判批」ジュリスト1440号299頁（2012年）
 - ・西村（2003）
西村健一郎『社会保障法』（有斐閣・2003年）
 - ・萩野（1980）
萩野芳夫『基本的人権の研究—日本国憲法と外国人—』（法律文化社・1980年）
 - ・初川（1998）
初川満「判批」ジュリスト1146号159頁（1998年）
 - ・初川（1999）
初川満「社会権規約二条二項（非差別条項）の即時性についての一考察」研究紀要4号43頁（1999年）
 - ・原田（2012）
原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂2版〕』（学陽書房・2012年）
 - ・坂東（2015）

- 坂東雄介「国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて（7・完）」北大法学論集65巻6号139頁（2015年）
- ・ 福田（2013）
福田素生「判批」季刊社会保障研究48巻4号457頁（2013年）
 - ・ 藤田（2013）
藤田宙靖『行政法総論』（青林書院・2013年）
 - ・ 堀（1996）
堀勝洋「判批」季刊社会保障研究32巻3号340頁（1996年）
 - ・ 保護課（2010）
厚生労働省社会・援護局保護課「生活保護に係る外国人からの不服申立てについての見直しの経緯と見直し後の取扱い」生活と福祉657号22頁（2010年）
 - ・ 又坂（1990）
又坂常人「外国人と社会保障」成田頼明（編）『行政法の争点〔新版〕』（有斐閣・1990年）300頁
 - ・ 水島（2003）
水島郁子「判批」民商法雑誌128巻6号821頁（2003年）
 - ・ 宮崎（1984）
宮崎良夫「社会保障行政と権利保護」東京大学社会科学研究所（編）『日本の法と福祉』（東京大学出版会・1984年）249頁
 - ・ 三輪（2012）
三輪まどか「外国人と生活保護」アカデミア社会科学編3号141頁（2012年）
 - ・ 村田（2014）
村田悠輔「判批」賃金と社会保障1622号11頁（2014年）
 - ・ 室井ほか（2006）
室井力＝芝池義一＝浜川清（編著）『コンメンタール行政法Ⅱ 行政事件訴訟法・国家賠償法〔第2版〕』（日本評論社・2006年）
 - ・ 山崎（1995）
山崎文夫「外国人と生活保護法」国士館法学27号43頁（1995年）
 - ・ 山本（2012）
山本隆司『判例から探求する行政法』（有斐閣・2012年）
 - ・ 吉永（2012）
吉永純「生活保護実務からみた外国人と生活保護及び本件における問題点」賃金と社会保障1562号4頁（2012年）
 - ・ 米田（2005）
米田雅宏「判批」法学69巻3号108頁（2005年）
 - ・ 渡辺（2012）
渡辺豊「判批」法政理論45巻2号172頁（2012年）

・渡辺（2015）

渡辺豊「判批」新・判例解説Watch16号323頁（2015年）

*本稿脱稿（2015年4月8日）後に触れた文献には応答できなかった。