

早稲田大学博士論文概要書

すべての在独外国人に認められる「最低生活保障への基本権」の

規範的意義および射程

——日独比較のための序論的考察——

早稲田大学大学院法学研究科

山本響子

研究の目的

本研究は、すべての在日外国人に人間らしい生活を送ることを保障する国家の義務を論ずるための、憲法上の枠組みを構築しようとするものである。現在の日本では、外国人に生活保護法が適用されない。これに加えて、行政措置による事実上の生活保護の対象とならない外国人は、あらゆる公的援助から排除されることになる。人間はどこにいても尊厳ある生活を営むことができるべきであると考える筆者は、すべての在留外国人に最低生活保障を行うことを国家に義務付けるような憲法論を確立することを目指す。

序章 先行研究および本研究の課題

【要旨】これまでの研究は、生存権を保障すべき外国人の範囲を、生活保護法の適用対象として「ふさわしい」者、または「社会構成員」にまで広げるものであった。しかし、このような議論には、上記に含まれない者、例えば難民申請中の者や非正規滞在者、活動に制限のある在留資格を有する者の、「人間らしい生活」を度外視することに繋がる危険がある。筆者は、日本に滞在するあらゆる外国人に、滞在していること以外に何らの条件なく「人間らしい生活」を送る権利を認めるべきだと考えている。このような権利は、如何なる理由で認められ、またどのような規範的意義と射程を有するののかという問題を、ドイツでの議論を素材として明らかにしたい。

学説および判例はいずれも、外国人の人権享有主体性を、権利の性質に鑑みて判断する。学説においては、生存権の享有ないし国家による最低生活保障の対象として、外国人は原理的に排除されるわけではないとされてきた。他方判例は、生存権はそれを具体化する法律があってはじめて保障されるものであるとし、その上で、具体化法律が適用対象を日本国民に限定するとしても、そのことが違憲とまではいえないとする。判例のいう生存権の「性質」は、「人間らしい生活」を送るといふ、国籍に関わりなく観念できる利益ではなくて、対象者も含めて、「給付の内容形成を立法者に委ねる」という「性質」なのである。判例のかような見解と、生活保護法が設けている国籍要件に対抗すべく、学説は生存権を「社会構成員」の権利であるとして、国民のみならず、国民と同様の生活状況にある外国人も、困窮に陥った場合には、共に暮らし支え合う「社会の一員」として、最低生活の保障を国家に求めることができるはずだと論じてきた。

しかし、このような議論は、解決困難な二つの問題を生じる。第一に、社会の構成員とは誰であるかという問題、そして第二に、それに含まれない者の「人間らしい生活」は保障しなくてよいのかという問題である。第一の問題について、学説ではおおよそ、日本国民と同一視しうる居住実態を有する者がこれにあたりとされる。確かに、在日コリアンの人々などは、日本に生まれ育っているという意味で、生活の本拠が完全に日本にあるといえるため、かれらを「社会構成員」とみなすことは妥当であろう。しかし、そのような背景をもたない外国人のうち、どこまで「社会構成員」と呼ぶことができるのかは明らかでなく、憲法上にもその手掛かりがあるようには思われない。この困難さは、「国民と同視しうる人的範囲」

と、「生活保護法の対象とすべき人的範囲」とが異なる場合に一層明らかになる。例えば、滞在期間そのものは長きにわたっていて、日本人と同等の居住実態があるといえる者でも、活動に制限のある在留資格の保持者である場合には、入管法上「生計確保」を要件に滞在を認められているため、つまり生計確保不能となれば出国させられるため、日本における「自立」を目的とする生活保護法の適用は、端から予定されていない存在ともいえる。

また、第二の問題について、不法入国者や、日本に来てまもなく難民申請を行った者などは、どんなに「社会構成員」の範囲を広く解するにせよ、それに該当するとは言い難い。しかし、かような者を、全く無保護の状態に置くことが許容されるであろうか。この点、入管施設で医療ケアを受けることができずに被收容者が死亡した事件を発端として、被收容者の待遇をはじめとした、入管政策に対する国民の関心が高まった。この関心ないし政策批判の根底にあると思われるのは、国籍に関わらず人は誰でも尊厳を尊重されるべきであり、その最も基本的な要素としての「人間らしい生活」が確保されてしかるべきだという思想である。

ただし、すべての滞在外国人に生存権が保障されるといっても、最低生活保障のための給付の具体的な内容決定は、第一義的には立法者に委ねられる。憲法論として求められているのは、最低生活保障をすべての滞在者に及ぼすべき根拠を明らかにすること、そして、具体的な給付立法において守られるべき下限を示すことである。しかし、日本の現行法や議論にはそのための手掛かりがない。そこで本研究は、すべての滞在外国人に憲法上の「生存権」を認めているドイツの制度と判例を分析することを通じて、上記の点を明らかにしたい。

第1章 外国人の生存基本権享有主体性の根拠——「基礎」と「範囲」の区別から

【要旨】2012年の連邦憲法裁判所判決によれば、「人間に値する最低生活保障を求める基本権」は、ドイツに滞在するすべての外国人に「等しく」認められるのだという。ただし、この基本権が「等しく」保障するのは、給付内容ではなくて、給付請求権の「基礎」、すなわち、最低生活を確保するのに必要な物質的条件を整えることを国家に求めるという地位である。なぜこの「基礎」がすべての人に保障されているかといえば、それが「個人を国家行為の単なる客体として扱ってはならない」という基本決定の反映であり、この原理は、国籍を考慮に入れる余地を認めないものだからである。

ドイツでは2010年の連邦憲法裁判所判決により、人間の尊厳原理と社会国家原理という憲法上の二つの原理を結びつけて、「人間に値する最低生活保障を求める基本権」（「生存基本権」）を導き出した。この比較的「新しい」基本権が外国人にも認められることを、2012年7月18日の連邦憲法裁判所判決（「2012年判決」）は明らかにした。しかしながら、生存基本権からは、公的扶助給付の具体的な内容を導き出すことはできず、給付内容の決定は、社会国家原理から生ずる内容形成の余地の範囲内で、専ら立法者に委ねられる。ここで、給付内容を決定する権限が社会国家原理から生じるのだとすると、給付の対象の決定も、社会国家原理から生じるのではないか、との疑問が生じる。つまり、生存基本権がすべての滞

外国人に保障されるという根拠は、憲法にあるのではなく、立法者の決定によるものにすぎないのではないか。

しかし、生存基本権が外国人にも認められる根拠は、社会国家原理にではなくて人間の尊厳原理にあり、立法によって外国人を生存保障の対象外とすることはできない。なぜなら、生存基本権が保障する給付請求権の「基礎」が、人間の尊厳原理から生ずるものであり、その性質からして、外国人を排除するものではないからである。連邦憲法裁判所曰く、人間らしい最低生活を可能にする給付請求権は、「基礎」と「範囲」に分けることができるが、憲法により直接保障されるのは「基礎」の部分だけである。「基礎」とはいわば、最低生活保障を国家に求める地位であり、「範囲」とは、最低生活に必要とされる給付の具体的内容である。「範囲」の決定は第一義的には立法者に委ねられる。

2012年判決は、「基礎」が人間の尊厳原理に由来し、かつそれゆえに外国人を排除しないものであることに依拠して、外国人にも生存基本権を認めた。そしてこの「基礎」は、当該判決で突如として導出された概念ではなく、戦後(西)ドイツの公的扶助法を枠づける原理なのである。要扶助者に対して初めて公的扶助への請求権を認めた連邦社会扶助法は、1954年の連邦行政裁判所判決の要請に応じて立法された。裁判所は、「個人を国家行為の単なる客体としてではなく、権利主体として扱わなければならない」ことが、基本法に通底する思想であり、そこから、最低生活保障のための給付も、治安維持を目的とした恩惠的措置ではなく、個人が権利の担い手として国家に求めることができるものでなければならないとしたのである。「具体的内容はともかく、最低生活のための何らかの給付を求める資格」が、国籍を問わず、すべての「個人」に対して認められるべきことが示されたのである。そして立法者は実際に、ドイツ人のみならず滞在するすべての外国人に対して、給付請求権を認めたのであった。庇護申請者や違法滞在者などの「社会構成員」とはいえない者にも、恩惠的給付ではなく請求権としての給付を認める、という立法者の決定も、この原理の表れである。すなわち、1993年に、上記の者に対する給付を、連邦社会扶助法とは別の法律により規制することとなったが(庇護申請者給付法)、その際にも、給付は訴訟により貫徹可能な請求権として認められた。今日に至るまで、すべての滞在外国人に対して原則的な給付請求権を認めているのは、その「基礎」が、国家と個人の関係についての、ドイツの基本的決定に根差したものである。

他方、「基礎」のみをすべての外国人に保障したことの裏返しとして、「範囲」を移民政策的な意図に基づいて改正することへの憲法的統制が不十分であったことが指摘できる。1980年代以降、庇護申請者等から入国と滞在のインセンティブを奪うことを目的として、給付内容が切り下げられていった。これに対して、行政裁判所による法解釈を通じた枠付けは、最低生活保障の領域から移民政策を排除することに一定程度寄与したとはいえ、立法者による給付「範囲」の決定に対して統制を及ぼすには、生存基本権の登場を待たねばならなかった。

第2章 公的扶助法における内外人・外国人の取扱いの差異と生存基本権

【要旨】立法者の決定に対する「控えめな」司法的統制により、具体的な給付の要件や内容についての内外人・外国人間の様々な差異が許容されている。また、ドイツ最低生活保障法における完全な内外人平等取扱いは、日本で言われているような「社会構成員」性を基準に行われているとされているが、その人的範囲の画定に、憲法上の根拠はない。立法者が随意に決められることができる「構成員」論に依拠して最低生活保障を求める権利の享有の有無を論じることが危険である。

生存基本権は、最低生活保障を求める原則的請求権(「基礎」)をすべての人に保障するだけでなく、立法者が設定した具体的な給付の内容(「範囲」)につき、算定の根拠に説得力があるかという観点から、司法的統制を加えることを可能にする権利である。2012年判決によれば、特定の集団に対する給付を別異に設ける際には、立法者は、その集団の「需要」が他の者と異なるのだということを、後から検証可能な形で示さなければならない。例えば、短期間滞在者用の給付を設定するときには、短期間滞在者の需要がなぜ他の者よりも少ないのか、という点を説得的に根拠づけなければ、生存基本権違反となる。

2012年判決を受けて、庇護申請者給付法の給付額は、一般公的扶助法におけるのと同等の額にまで引き上げられた。しかしそれでもなお、庇護申請者給付法と一般公的扶助法には種々の差異が設けられている。差異は、給付の種類、社会文化的生存にかかる給付額、給付形式(金銭/現物給付)、医療扶助がカバーする範囲にまで及ぶ。これらのうち、社会文化的生存にかかる給付額や医療扶助の範囲については、生存基本権適合性に疑念が生ずる。いずれも、一般公的扶助法の対象者との比較において、「需要」に著しい差異があるとはいえないからである。しかしながら、社会文化的生存にかかる給付の内容形成については、生存基本権自体が、肉体的生存にかかる給付に比べて広い内容形成の余地を認めていること、そして、医療扶助の範囲については、少なくともこれまでの判決では言及されておらず、生存基本権が設定する下限が明瞭でない。また、2012年判決によれば、給付形式の決定は立法者に完全に委ねられているため、庇護申請者給付法の受給者の大半は現在、現物給付により最低生活を保障されている。しかし現物による給付は、給付の用途を決める利益という意味での、受給者の人格権に対する制約であることを見逃すべきではない。結局、今のところ一般公的扶助法において「需要」の差異がないと憲法上いうことができるのは、食事、身体衛生、住居、衣服にかかる肉体的生存を保障する給付のみであり、そこから自己決定の利益が差し引かれているという意味で、内外人平等とは相当に距離がある。さらに、受給者に対する一般公的扶助法の準用の待機期間を、立法者はほとんど何らの制限もなく設定できる。このことも、2012年判決が、「短期滞在者」用の給付は、「短期」滞在者にしか適用してはならないと述べるだけで、いつになったら滞在が「短期」でなくなるのかについては、憲法上の基準をほとんど何も示さなかったという点に起因する。

また、一般公的扶助法内でも、ドイツ人と全く同じ給付内容を請求権として保障される外国人の範囲は限られている。一般公的扶助法における内外人平等取扱の根拠には、難民条約

や締約国国民の扶助に関する二国間・多国間協定と、労働者や EU 市民の自由移動の権利を保障する EU 法規定がある。これらの規範の対象となる外国人は、必ずしも滞在が長期にわたっているわけではなく、また今後も滞在し続ける見込みがあるわけでもない。その意味では、ドイツ人と全く同じ「需要」があるとはいえないにも関わらず、平等に取り扱われている。他方、就労不能な外国人に対しては、請求権として認められる給付の範囲に差異が設けられているところ、上記の要件を満たす者、すなわち滞在の実績があるか、今後の長期滞在が見込まれる者は、ドイツ人と平等に扱われる。そしてこれに当てはまる人的範囲は、立法者が特段の理論的根拠に基づかずに設定している。滞在実績や滞在の見込みをもつ者を「連帯共同体の構成員」とみなし、これを平等取扱いの根拠とすることには説得力があるが、この「構成員」性は、「最低生活」がすべての滞業者に保障されることを前提に、そこにさらに上乘せする際に初めて援用されるにすぎず、最低限度の生活保障をするかしないかというレベルで用いられているのではないという点に留意すべきである。だから、生活保護法の内外人平等適用を「生存権」保障とし、同時に「社会構成員の権利」として位置づける日本の議論はある意味で一貫しているけれども、給付の内容を分解して、「構成員」でなくとも保障されるべき「最低生活」を模索する視点が、「すべての外国人への生存権」論には必要なのではないか。

第 3 章 送還忌避者に対する制裁的減額の合憲性

【要旨】生存基本権は、「需要」に伴わない給付の減額を禁じるものではないが、義務賦課と減額のそれぞれが比例的であることを要求する。また、生存基本権は、庇護申請者給付法の対象者のうち、出国義務を履行しない者への制裁的減額をも、比例性を保つ限りにおいて許容する。しかしながら、同法において制裁的減額を定める現行規定は、より穏当な制裁方法が存すること、および、制裁による給付の切り下げ幅が制裁として過大であることから、必要性と相当性を欠き、生存基本権に違反する。

2012 年判決によれば、給付内容の差は、「需要」の差として説明できるのでなければならない。しかし、庇護申請者給付法には、出国義務が課せられており、出国可能であるにもかかわらず当該義務を履行しない者や、退去強制を避けるためにあえて自己の身元を明かさなない者などに対して、給付を減額することで制裁する規定がある。この減額は需要に基づくものではないため、2012 年判決の判示に反するよう思われる。そしてまた、出国を促すために給付を乏しくするという方法は、公的扶助を移民政策の道具として使うことを意味し、「人間の尊厳は、移民政策的に相対化されてはならない」とする 2012 年判決に矛盾するのではないかと疑問が生じる。

しかしながら、生存基本権は、受給者への義務賦課と、義務違反に対する制裁としての給付減額を禁じない。2019 年の連邦憲法裁判所判決（「2019 年判決」）では、一般公的扶助法において、受給者にとって過大でない労働を、重大な理由なく拒否した者に対して給付を減額する規定が、部分的に違憲とされた。裁判所は、生存基本権から生ずる国家の最低生活保障

障義務は他の政策的目的により相対化されてはならないと指摘しつつ、公的扶助よりも自助を優先するという、公的扶助の後順位性は、生存基本権に整合するとした。そして、立法者は、受給者が自ら要扶助性を克服すべく努力し、またはそもそも要扶助状態に陥らないように努力することを義務付けることができ、また義務違反に対して、減額をもって制裁することができる。ただし、受給者への義務賦課は、該当者の行為自由の制約になり、給付の減額は該当者の「人間らしい生活」と鋭い緊張関係に立つものであるから、義務賦課と減額のそれぞれが、比例性を保っていなければならないとされた。そして、30%までの減額は合憲であるが、60%の減額および完全な給付の廃止は比例性の要請を満たさず、違憲であるとした。

2019年判決に照らしてもなお、受給者が出国することを、給付法上で義務付けることはできないのではないかと、との疑念が生じる。国家による最低生活保障の義務は、「他の政策的目的により相対化」されてはならないのであって、出入国管理はまさに最低生活保障以外の政策的な目的だからである。しかし、庇護申請者給付法の受給者への出国義務の賦課は生存基本権に反しない。2019年判決が義務賦課の正当な目的としたのは、社会法典第2編の一般目的であるところの「要扶助性の克服」である。他方で、庇護申請者給付法は、法の目的として、最低生活保障と、受給者の滞在の統制とを含んでいる。連邦憲法裁判所が2012年判決の時点で、当該法律自体を違憲としていないことからすると、最低生活保障と受給者の出入国管理という二つの目的を同一法律内で追求することも許容され、生存基本権の禁じる「移民政策的相対化」にはあたらないと考えられる。したがって、滞在の統制を目的として、入管法上の義務を課し、違反者に対して給付減額により制裁することが、一般的に生存基本権違反であるとはいえない。

ただし、現行の制裁的減額規定には、義務賦課および減額のそれぞれにつき、適合性、必要性、相当性に問題がある。このうちいくつかは、規定の憲法適合的解釈により、違憲性を回避することができる。しかしどのみち、給付の減額は必要性和相当性を満たさず、違憲である。すなわち、身分証明義務への違反に対しては、最低限度の生活を切り詰めるという方法によらずに、就労を禁じたり、居住区域に制限を設けるなどの、より制限的でない方法がありうる。また、肉体的生存しか保障しないことは生存基本権に反すると2019年判決は強調しているにもかかわらず、減額は一切の裁量の余地なく社会文化的生存にかかる保障を否定するものであり、この点で過大な減額である。

第4章 「望ましくない」外国人に対する給付否定の生存基本権適合性

【要旨】比例性の要請を満たしていれば、入管法上滞りが「望ましくない」外国人に対して、給付を否定することをも、生存基本権は許容する。なぜなら、出身国に帰国することができ、自国で最低生活保障が受けられる外国人には、出国を「自助」として要求することができるからである。このことは、入管法上で正式に出国を義務付けられていない外国人にも妥当する。ただし、出国可能性や帰国後の最低生活保障が確実でない者に給付を否定することは相

当性を欠き、生存基本権に反する。

一般公的扶助法においては、一部の要扶助外国人に、通常の給付を否定し、肉体的生存の一部のみを保障する給付を、最長1カ月という期限つきで認める規定がある。この規定は、滞在が「望ましくない」外国人に自発的な出国を促すための減額規定といえ、「人間の尊厳の移民政策的相対化」にあたるのではないか。本章では、この給付否定・減額規定の生存基本権適合性を、2019年判決により示された基準に照らして検討する。

庇護申請者給付法は、法律そのものが、出入国管理をも目的に含んでいるため、受給者に入管法上の義務を課すことが、正当と認められうる。それでは、一般公的扶助法においては、要扶助外国人に対して出国を義務付けることができるであろうか。この点、立法者は、当該規定の該当者には、「出国を自助として要求することができる」との見解に立つ。生存基本権は自助努力の義務を課すことと矛盾しないのだから、「自助」の中に出国が含まれるといえれば、出国の義務は給付法により課すことができることになる。一般的には、ドイツから出て行くことが要扶助性の克服に直結するとはいえないから、出国が自助に含まれるとするのは誤りであるようにも思われる。しかし、連邦行政裁判所はかつて、扶助を目的としてドイツに入国するなどの濫用的な受給者で、自国での自助の可能性が十分にあり、帰国に障害がない者については、公的扶助の給付主体が出国を指示してもよいと判示した。出国を給付に優位させることはできないとか、外国人に出国義務を課すのは入管当局であって扶助主体にはその権限がないとかいう見解は、憲法原理ではない。出国が、要扶助性の克服のための「自助」に含まれると解することも、法的には可能なのである。

ここで指摘されるべきは、給付を否定すべき「濫用的受給者」の範囲について、生存基本権は何らの基準も提供しないということである。滞在の適法性にかかわらず、国家にとって「望ましくない」と立法者が考える外国人に給付を否定することができる。EU市民の場合、生計確保が適法滞在の要件とされる期間は、自己都合によらない失業でない限り給付が否定され、このこと自体は憲法上問題とされえない。

生存基本権が禁じるのは、該当者にとって過大な義務を課すことである。例えば、該当者が出国・帰国ができない状態に置かれているとか、たとえ帰国しても要扶助性の克服が不可能であるようなときには、給付否定は違憲となる。現行法規定をみても、義務賦課についての比例性要請は概ね充足されている。「滞在権を有しない者」には給付が否定されるところ、EU市民には基本的に帰国可能性と自助可能性があるといえるため、出国義務は原則として過大でないといえる。もっとも、個々の適用の場面において、帰国可能性や帰国後の要扶助性克服の可能性がないと考えられる場合には、義務賦課は違憲となる。なお、EU市民でない違法滞在者は庇護申請者給付法の対象となるため、給付否定規定の合憲性に影響を与えない。

問題は、「濫用的受給者」に該当するものの、滞在が適法である場合である。例えば、濫用的受給として制定当初から掲げられている「受給目的での入国」に該当する者は、滞在が適法であっても、給付法により出国が義務付けられることになる。これについては、人道的

な理由により滞存する者は給付を否定されないことや、「受給目的での入国」の認定要件を狭く解する運用によって、相当性が一応顧慮されているといえる。しかしここでもなお、帰国不能であるとか、自国での最低生活を期待できない者に給付を否定することは過大であり、認められない。

また、減額の比例性、とりわけ相当性については、個別事例において給付の内容および期間を増長する規定(苛酷規定)を憲法適合的に解釈することで、満たされうる。この点、何を苛酷事例とするか、いかなる場合に無保護の状態に置かれうるかについては、更なる検討と議論が必要である。

終章 結論と課題

本研究の結論のうち最も重要であるのは、すべての滞存外国人に保障される憲法上の「最低生活保障への権利」とは、具体的な給付内容を抜きにした、「最低限度の生活」を可能にする何らかの給付を、国家に求める地位だということである。この請求権の内容としての具体的な給付の形成は第一義的には立法者に委ねられるが、恣意的に形成することは禁じられる。給付は需要に基づいて算定されなければならない、その算定過程は後から検証可能な形で、説得的に根拠づけられるのでないかぎり、憲法に反する。

しかしながら、この権利は同時に、給付内容の差異を種々の形で許容し、しかも、滞存が「望ましくない」外国人に対して、給付の切り下げによって出国を促すことを禁じることができないという脆弱性をも有する。ただし、国籍などの属性を一切問わない、まさに「人間」としての権利であるという位置づけによって、最低生活のための「需要」の把握にあっては移民政策的考慮が排除され、また、需要によらずに給付を切り下げる際には、比例原則による下限が引かれる。

本研究は日独比較研究を最終的な目的とするが、そのための課題として以下のものが挙げられる。まずはドイツにおける保障の実態を把握することである。これは、公的扶助法の運用の観点と、入管法の制度および運用の観点に分けて行われる。前者について、本研究は、外国人に対する生存基本権保障を、主に法律上の規定に即して検討してきたが、とりわけ憲法適合的解釈を要する規定が、給付主体によりどのように解釈され、また司法上の統制を受けるかについては十分に明らかにできなかった。これを示すことで、ドイツの生存基本権の保障内容を一層明らかにすることができるであろう。

後者については、外国人の「要扶助性」が、入国および滞存に関する入管法上の判断においてどの程度の比重をもっているかを検討する。滞存期間中に扶助を受けることが、いくら制度上確保されているとしても、受給しただけで出国義務を課せられることになるのと、最低生活保障へのアクセスの可能性が事実上狭められ、結果として「外国人の生存権」が内実を伴わなくなってしまうからである。出入国管理をみることで初めて、外国人の人権の保障実態を完全に把握することができるのである。