

外国人の社会権と国際人権条約

後藤 光男

目次

- 1 はじめに
 - (1) 在日外国人の国民年金訴訟
 - (2) 難民条約の批准を契機として
- 2 外国人の社会権について
 - (1) 外国人の人権と社会権の本質
 - (2) 外国人に対する差別の合憲性
- 3 外国人の社会権保障の現状
 - (1) 社会保険
 - (2) 公的扶助 (生活保護)
- 4 今後の課題—国際人権条約との関係について—

1 はじめに

外国人がそもそも人権の享有主体となりうるかという議論は、こんにちでは意味を失っている。「なぜなら、1966年の国連総会で採択された国際人権規約が、外国人を含むすべての個人に対して平等に人権を保障すべきことを定めているように、もはや自国民だけの人権保障で足りるとする考え方は、国際的にも通用しないし、また日本の判例上も、外国人の享有主体性それじたいを否定したものは存在しないからである」(浦部法穂)¹⁾。しかし、問題は外国人にいかなる人権がどの程度保障されると考えるべきかである。

そこで、本稿では、日本における外国人の社会権の問題を扱う。従来、外国人に保障されない人権の代表的なものとして、社会権、参政権、入国の自由が挙げられてきた。高橋和之は外国人の社会権について、「実際には、日本が外国人差別を原則的に禁止した国際人権規約(経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約2条2項参照)等を批准したのに伴い、それまで社会保障関係法令に存在した国籍要件は原則として撤廃されたので、今日では特

1) 浦部法穂『憲法学教室(全訂第2版)』(日本評論社、2006年)56頁。

にこの問題を論ずる実益はなくなっている」(『立憲主義と日本国憲法 [第3版]』2013年)という²⁾。はたしてそうであろうか。現状はおよそこのように評価できるものではない。外国人の社会権の問題を矮小化しすぎているように思える。田中宏は2013年刊行の『在日外国人 (第3版)』(岩波新書)の「『黒船』となったインドシナ難民」という章のなかで、外国人の社会権の問題に言及している。その章の冒頭で、在日韓国人の金鉉鈞(キムヒョンジュ)国民年金裁判を紹介することから始めている³⁾。

この判例は公法判例として著名なものであるが、本稿も、この年金裁判の紹介と法的検討から入ることとしよう。本稿の主題は国際人権条約が在日外国人の社会権に与える影響について検討し、外国人の社会権の問題を考えることである。この問題について、判例・学説ともに国際人権条約の視点からの考察が不十分であることが指摘できる。もっとも、本稿は序論的なものであり、判例・学説の現時点における問題状況を概観するものである。それゆえ、かなりのスペースをさいて判例の紹介を行っている。(1) 憲法と条約との関係、(2) 条約の自動執行性、(3) 社会権保障における「国民」概念の再検討、など個別の論点の立ち入った検討は、次稿において行われることをあらかじめお断りしておきたい。

(1) 在日外国人の国民年金訴訟

在日韓国人の金鉉鈞(キムヒョンジュ)は、1960年10月、東京都荒川区役所の国民年金担当職員から、国民年金への加入を勧められたが、韓国籍だからとして断った。しかし、勧誘職員に日本に永住するなら加入しなければならない、また、加入した方が得であると説得されて加入した。以降、足かけ12年にわたって保険料をかけ、年金の支給が受けられる65歳になった時、区役所を訪れ年金請求手続きをとろうとしたところ、韓国籍であるから資格なしとして断られた。

判例の認定によると事実の概要は次のようなものである。難民条約加入に伴う昭和56年法律86号による改正までの国民年金法は、国民年金の受給資格を日本国籍を有することを要件にしていたにもかかわらず、これを知らなかった区の国民年金勧誘担当職員の勧めで国民年金に加入し、130か月にわたり合計3万3100円の保険を納めてきたのに、受給段階になってから、国籍要件を欠き受給資格がないことを理由に国民年金(老齢年金)の支給を拒否された在日韓国人が、1979年7月、社会保険庁長官を相手取り、支給を拒否した裁定却下処分を取り消しを求めて、東京地方裁判所に提訴した。原告はそこで次のような主張を行った⁴⁾。

2) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 (第3版)』(有斐閣、2013年)90頁。

3) 田中宏『在日外国人 (第3版)』(岩波新書、2013年)162頁。

4) 東京地判昭和57・9・22判例時報1055号7頁。

①本件処分は国民年金法（昭和56年法86号による改正前のもの。以下「法」という）7条1項、8条、9条2項の解釈を誤った違法がある。（下線は筆者、以下同様）。法7条1項、8条、9条2項は、国民年金の被保険者資格の取得及び保有要件として「日本国民」であることを掲げているが、実定法の解釈は、単なる字句の形式的解釈にとどまることなく、法の立法趣旨、目的、理念に適うよう、目的論的、実質的に解釈すべきであり、右各条項は、少なくとも、日本国籍を有しない者（以下「外国人」という。）に対する法の適用を禁止するものであると解すべきではない。生存権に代表される社会権とは、国籍を基準としてその享有主体が決定されるべきではなく、外国人に対しても等しく保障されるべき権利であり、世界人権宣言が「人はすべて社会の一員として社会保障を受ける権利を有し」（22条）と規定するのもその表れである。つまり社会権とは、人が社会の一員として労働し、生活を営むこと、すなわち共同体の一員たることを基礎とし、国家がかかる共同体の維持存続について責めを負うが故に、国家によってその保障がされなくてはならない権利であり、法1条にいう「国民の共同連帯」も、日本国籍を有する者という観念的な共同体によってではなく、同一社会内に共に生きる者という現実的共同体によって実現されなくてはならないのである。

②本件処分は憲法14条、25条に違反する。憲法14条が保障する法の下での平等は、難民条約、雇傭及び職業における差別に関する条約、教育における差別を禁止する条約、あらゆる形態の人種差別撤廃に関する条約、国際人権規約のような国際連合の各規約及び各国国内法で確立された内外人平等主義と同一の流れの中に位置づけられなければならない。すなわち、憲法下においては、日本国民と外国人は原則的に平等であり、例外的に合理性がある場合にのみ、内外人差別が許されるものと解すべきである。しかしながら外国人を国民年金制度から排除する合理性は何ら存しないのであり、このことは、難民条約の批准に伴い、整備法により法の国籍要件が撤廃されたことから明らかである。憲法25条はその1項において「すべて国民は」と規定しているが、同条項は、そこに定める権利を外国人に対して否定する趣旨と解すべきではなく、特に、日本社会に居住し、国民と同一の法的・社会的負担をしている居住外国人、とりわけ、在日韓国人・朝鮮人に適用されなければならない。これら在日韓国・朝鮮人は、昭和27年4月19日法務省民事局長通達（民事甲第438号）により同月28日をもってそれまで有していた日本国籍を自らの選択によらず喪失せしめられたのであり、しかも、納税等の国民としての義務は以後も日本国籍を有する者と同様に負担させられているのである。社会保障法理として、国籍の有無という形式的側面よりも、共同体の一員として生活している社会的事実に着目して適用対象を捉え、在日韓国・朝鮮人の実態を直視し、その定着化傾向に鑑み、社会保障の諸給付については、日本国民と同等の待遇を保障すべき義務が存するといわなければならない。以上のとおり法を外国人に適用することができないとの解釈及び運用に基づく本件処分は憲法

14条、25条に違反するものというべきである。

これに対して、東京地方裁判所は、1982年9月22日、原告敗訴の判決を下した。①法は強制加入・任意加入の別なく「日本国民」であることを被保険者資格の取得及び保有の要件として定めていることは明らかであり、右「日本国民」が日本国籍を有する者を意味し、日本国籍を有しない者を除外する趣旨であることは、その文言から明白であるといわなければならない。②国民年金制度のように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ものであり、当然に外国によって保障されるべき権利を意味するものではないから、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14条に違反するものではない。③国民年金制度に関し、憲法25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⁵⁾。

その後、東京高等裁判所に控訴され、1983年10月20日、今度は、控訴人（金鉉鈞）の勝訴判決を下した。①形式上は実定法上の関係規定所定の受給権発生の要件が完全には充足されていない場合であっても、特別の事情により請求者にこの要件が充足された場合と同視するのを相当とするような法律状態が生じているときには、形式上の要件の欠缺は老齢年金の受給権者である裁定をする妨げにはならない。②本件において、自己に国民年金被保険者の資格があると信じ、将来、給付されることを期待し信頼して、保険料の支払いを続けたことが明らかであり、そのように信じたことをあながち軽率であったということとはできない。このような、信頼関係が生じた当事者間において、それを覆すことが許されるかどうかは、信義衡平の原則によって規律されるべきであり、控訴人の信頼は法的保護を要請されるものである。なお、控訴人が支払った保険料の金額が控訴人に返戻されただけでは、右信頼を擁護したことにはならない。③そして、この信義衡平の原則に従うと、行政当局が信頼関係を覆すことができるのは、やむを得ない公益上の必要がある場合に限られ、それ以外には許されない。控訴人は国籍要件を欠いているが、国籍要件をあらゆる場合につき維持・貫徹することは、やむを得ない公益上の必要には当たらない。なんとなれば、法制定当初から米国籍人には日米友好条約を根拠に国籍要件は適用されておらず、昭和54年以来我が国は国際人権規約（A規約）9条により外国人に対しても社会保障政策を推進すべき責任を負っており、昭和57年に至って難民の地位に関する条約等への加入に伴い整備法による改正で国籍要件は撤廃されたことからして、国籍要件は、一切の例外を許さないような意味において国民年金制度の基幹に係るものではないというべきであり、控訴人の右信頼に反してまで国籍を維持・貫徹する必要性が公益上存するものでは

5) 東京地判昭和57・9・22判例時報1055号18頁。

ないと解される。してみれば、控訴人と行政当局の間で生じた信頼関係を行政当局が覆すことができないから、結局、国籍条件が充足された場合と同視するのを相当とするような法律状態が生じているというべきであり、国籍要件が充足されていないことを理由として、これを却下することはできない⁶⁾。

社会保険庁は、1983（昭和58）年11月2日、上告しないことを決め、判決が確定した。

(2) 難民条約の批准を契機として

原告の勝訴が確定した時には、じつは国民年金法の国籍条項は撤廃されていた（判決は、原告の資格が取り消された時点の旧法に基づいての判断）。外国人の社会権と国際人権条約との問題の背景を明らかにするために、難民条約批准前後の状況をトレースしておこう。

① 1975年4月30日、南ベトナムのサイゴン市（現在のホーチミン市）が陥落し、南北ベトナムは統一されたが、「難民」が大量流出することとなり、インドシナ難民問題にどのように対応するかは国際社会の大きな課題となった⁷⁾。

② ベトナム難民が発生した1975年、主要先進国首脳会議（サミット）が発足し（当初は6カ国、その後は8カ国に）、以降毎年開かれるサミットには、日本の首相も出席することとなった。

③ 日本は難民の一時滞在を認めるだけでは済まなくなり、新たな対応を迫られることとなった。1978年4月、当時の福田首相は「定住許可」の方針を打ち出した。1979年4月には、定住枠「500人」が発表され、その後、徐々に拡大されて、1994年には1万人となる。さらに、その対象も「ベトナム難民」から「インドシナ難民」に拡大された。

④ 定住許可を打ち出した以上、定住難民は、日本に生活するほかの外国人と基本的には同じ地位や処遇に置かれることとなる。「しかし、当時は国民健康保険に加入できる自治体ばかりとは限らなかった（外国人の加入は原則不可、一部の自治体が例外的に門戸を開いていた）ので、外国人が病気になっても自費治療を余儀なくされることも多かった。子どもの養育を助ける児童手当（2010-12年は子ども手当）、児童扶養手当（母子家庭など）、特別児童扶養手当（障害児をもつ家庭など）などの制度があっても、それらはいずれも『日本国民』に限られていた。……公団住宅などは外国人は入居できず、一部の自治体が公営住宅の入居資格を認めていたにすぎない。」⁸⁾

⑤ こうした難民を受け入れるようになり、日本政府は人権に関する国際条約への加入を

6) 東京高判 58・10・20 例時報 1092 号 31 頁。

7) 主として、田中宏・前掲 165 頁以下参照。及び、高佐智美「外国人」杉原泰雄編『新版体系憲法事典』（青林書院、2008 年）398 頁-399 頁参照。

8) 田中宏・前掲 167 頁。

進めざるをえなくなる。1979年、国際人権規約（1966年、国連採択）の批准に際しては、国内法の改正は何ひとつ行われなかったが、それでも公共住宅関係の4つの法律、住宅金融公庫法〔2005年、独立行政法人住宅金融支援機構法に移行〕、公営住宅法、日本住宅公団法〔1981年住宅都市整備公団法に、1999年都市基盤整備公団法に、2003年独立行政法人都市再生機構法に移行〕、地方住宅供給公社法を運用するうえでの「国籍要件」の撤廃がなされ、外国人に門戸が開放された⁹⁾。

⑥ 1981年、難民条約（1951年、国連採択）が批准された。国際人権規約に比べて、難民条約はより厳格な条約といわれており、その内容と矛盾する国内法があれば、改正を余儀なくされる。とりわけ、この条約は社会保障について「内国民待遇」を求めている（第24条）。難民条約の批准にあたって、国民年金法および児童手当に関する三法の「国籍条項」が削除され、外国人にも適用されることとなった。なお、この法改正の時、「出入国管理令」が「出入国管理及び難民認定法」となった。

⑦ 国民年金法（昭和34年法律141号）は、国籍要件を設け、同年金の被保険者を日本国民に限定していた（以下「旧法」7条1項、53条1項）。拠出制の国民年金は老齢年金の給付を行うもので、20歳以上60歳未満の日本に住所を有することを被保険者の資格要件とし、原則25年以上の保険料納付済期間を満了した被保険者が65歳に達したときに給付される。一方、老齢福祉年金は、国庫負担の無拠出制の福祉年金として、70歳に達した者に支給される。しかし、旧法は7条1項等で国籍要件を定めたため、日本国籍を有しない者には、老齢年金の被保険者資格と老齢福祉年金の受給資格とが与えられなかった。

⑧ 日本は、⑥で述べたとおり、1981（昭和56）年に難民条約に加入し、難民に対する社会保障に関しては「自国民に与える待遇と同一待遇」を与える義務を負う（同条約24条1項）こととなった。これを受けて、「難民の地位に関する条約等への加入に伴う出入国管理令その他法律の整備に関する法律」（昭和56年法律第86号。以下「整備法」という）が制定され、国籍条項が撤廃された。その結果、外国人にも国内年金加入の道が開けた。ところが、25年間の支払い期間を満了しないことを理由に、当時35歳を超えていた人を老齢年金から排除した。老齢福祉年金についても、旧法の国籍要件で受給資格を有しない者については「なお、従前の例による」（整備法附則5項）とされ、給付されなかった。

⑨ その後、1985（昭和60）年国民年金法改正（以下「60年改正」という）において、老齢基礎年金（老齢年金は、「改正」後、老齢基礎年金に変わった）に関しては、「（加入していたとみなす）カラ期間」が導入され、1982年当時排除されていた人が一部救済された。しかし、1986年時点での年金支給年齢であった当時60歳を超えていた人は排除されたままであった。そのうえ日本人高齢者なら受給できる無拠出の老齢福祉年金の受給も認めら

9) 田中宏・前掲168頁。

れなかった。

また、国籍条項の削除時に、すでに障害状態、母子状態などにあった外国人は、日本国民のように「障害福祉（基礎）年金」を受けることはできなかった¹⁰⁾。先に言及したごとく、1982年、国民年金法の国籍条項が削除されたが、難民条約関係法の整備に関する法律（1981年）には、無年金者が生まれえないための経過措置が設けられなかった。児童手当などは国籍条項が削除されればすぐ外国人にも支給されるが、年金についてはそうはならない。したがって、通常は無年金を避けるための経過措置がとられる。たとえば、小笠原、沖縄復帰時、中国帰国者、拉致被害者の日本帰国時に、それぞれ国民年金法に必要な経過措置が設けられたのである。このため、各地で在日外国人による無年金訴訟が提訴されることとなった¹¹⁾。関連訴訟については後述する。

市民的及び政治的権利に関する国際規約（人権B規約いわゆる自由権規約）の2条1項では、「この規約の各締約国は、その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する」とする。また、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（人権A規約いわゆる社会権規約）2条2項では、「この規約の締約国は、この規約に規定する権利が人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位によるいかなる差別もなしに行使されることを保障することを約束する」と定める。また、難民条約は、難民に対する社会保障に関しては、「自国民に与える待遇と同一待遇」を与える義務を負う。

このように、自由権、社会権を問わず、少なくとも外国人であることだけを理由として差別されることはないという保障がなされており、日本はそのような条約上の義務を負っているのである。以下で、外国人の社会権の本質に言及し、国際人権条約との関係をみていく。

2 外国人の社会権について

(1) 外国人の人権と社会権の本質

問題は外国人にはいかなる人権がどの程度保障されると考えるべきか、について、判例・通説の立場（「権利の性質」説）から、外国人が享有しえない、あるいは、大幅な制限を受けてもやむを得ないとされる人権は、①入国の自由、②参政権（選挙権・被選挙権）・公務就任権、③社会権（特に生存権・社会保障権）である。外国人の人権を考える

10) 田中宏・前掲174、175頁。

11) 田中宏・前掲176頁。

にあたっては「権利の性質のみから問題に迫るのではなく、外国人の存在態様も考慮しなければならない」。外国人にも、一時的旅行者のほか、日本に生活の本拠をもちしかも永住資格を認められた定住外国人、難民など類型を著しく異にするものがあることに、とくに注意しなければならないとすでに指摘されてきた¹²⁾。日本に滞在する外国人の在留資格については、出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」）第2条の2および同法別表第一および第二で詳細に定められている¹³⁾。

「特別永住者」については、現行の法令上は日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法（平成3年施行。以下、「入管特例法」という）で定める。「特別永住者」は、日本がかつて植民地として支配した朝鮮、台湾から強制連行その他の形で日本に移住した人々で、第2次世界大戦前から日本に在住する外国人およびその子孫をいう。これらの人々は、日本の支配下にあった時は「帝国臣民」とされたが、第2次世界大戦での日本の敗戦後の戦後処理として、平和条約発効の日（昭和27年4月28日）に、日本に生活の本拠を有するままで自動的に外国籍にきりかえられたという歴史上の経緯をもつものである。これらの人々は、同法第3条により宣言的に（すなわち、申請とか許可処分などをせずに自動的に）資格を付与される「法定特別永住者」と、例えば同法施行後に出生した子孫などのように、第4条および第5条による法務大臣の許可を受けた「特別永住者」とに分かれる。通常は、これらの人々が狭義の「定住外国人」（より具体的には、在日韓国人、在日朝鮮人など）とよばれている。「一般永住者」とは、入管法22条の永住許可を受けた外国人である。この許可を受けるためには、「素行が善良であること」および「独立の生計を営むに足る資産または技能を有すること」の要件に加えて、「その者の永住が日本国の利益に合する」と認められるときに限り許可するとされ、現実にはおおむね20年以上引き続き在留していることが許可のための審査基準の一つとされている（ただし、日本人、特別永住者の配偶者等については、3年から5年程度でもよいとされる）。例えば、日本人と結婚し、日本に生活の本拠を有するために永住許可を受けた者とか、仕事上の理由により長期にわたって在留した後に永住許可を受けた者などがこれにあたる。広義の「定住外国人」という語は、これらの外国人を含むものとして用いられている。

外国人の存在態様からみると次のように大別される。

- ①「特別永住者」とされる外国人、
- ②その他の「永住許可」を受けた外国人、
- ③永住許可を受けてはいないが、結婚、就職、留学など、比較的長期に（数年から数十年）日本に在留する外国人、

12) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法第5版』（岩波書店、2011年）93頁。

13) 藤井俊夫『憲法と人権I』（成文堂、2008年）43頁。

④観光などのように短期間のみ滞在する外国人、

⑤入管法 14 条から 18 条の 2 までの寄港地上陸その他に該当する者で、船員など、短期間の特別上陸許可を受けた外国人、

である¹⁴⁾。

現実には、この中で①から③までのように永続的あるいはかなり長期間、日本に生活の本拠を有する外国人の人権が問題となる。こうした分類については、「参政権とくに選挙権とか、生存権、再入国の自由などの保障との関係で検討する必要がある。ただし、これは、反面では、外国人の間での差別をすることになるから、権利の付与あるいは制限などに際してはそれぞれについての個別的な根拠づけが必要となる」点が考慮されなければならない¹⁵⁾。

それでは理論的には社会権の本質についていかに理解すべきであろうか。憲法の保障する社会権が外国人にも保障されるかについて、従来から議論のあるところであった。有力学説は、「それらを保障する責任は、もっぱら彼の所属する国家に属する」とする見解(宮沢俊義)をとっていた¹⁶⁾。判例や通説がよく引用するこの宮沢説は、具体的には次のように述べている。「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。日本が社会国家の理念に立脚するとは、日本が何よりもまず日本国民に対してそれらの社会権を保障する責任を負うことを意味する。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、もっぱら彼の所属する国家に属する」。こうした外国人の類型化を行なわない外国人概念の構成論が、今日まで、多くの社会権判例で引用され定住(永住)外国人の権利を否定する論拠として使用されてきたといえる。

それでは社会権の中核である生存権の本質をどのように考えるべきであろうか。生存権は「人間としての生存」を保障することに意義がある¹⁷⁾。この権利の主体として「国籍」要件は必然性を伴うものとはいえない。生存権の保障は、その根底にある国家観は社会国家観であり、国家が社会構成員の生存の保障のために積極的にかかわりをもつべきとするものである。ここで重要なのは「その国家の基礎となっている社会の実質的な構成員であるかどうか」ということである¹⁸⁾。ここでは、「人間としての生存を保障するに際して日本国民と同じく日本国内に居住して生活をともにする外国人を差別すべき合理的な理由が

14) 藤井俊夫・前掲 44 頁。

15) 藤井俊夫・前掲 45 頁。

16) 宮沢俊義『憲法Ⅱ(新版)』(有斐閣、1971年)241頁。

17) 生存権の人権性とその強化を試みる理論については、戸波江二「憲法学における社会権の権利性」『講座国際人権法2 国際人権規約の形成と展開』(信山社、2006年)参照。

18) 藤井俊夫・前掲 53 頁。

あるかが問題となる」といえる。その点からみると、「納税義務における居住地主義と社会保障における国籍主義とは矛盾しないか」が問題となる。以上に対しては、より徹底させて、「生存権（社会権）は国家とか国籍を超えて普遍的に保障されるべき権利である」とする考え方もある。この考え方に立てば、日本に居住するすべての外国人に対して例外なくこの権利が保障されるべきであるということになる。しかし、こうした考え方に対しては、社会権は自由権と異なり、国家の財政的裏付けがあって権利の実現が可能であるということも事実である。ただし、今日では、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約）の2条2項の外国人に対する差別禁止がかかるため、それがどこまで妥当するとされるべきか」が問題となる¹⁹⁾。

(2) 外国人に対する差別の合憲性

生存権の保障、具体的には、社会の実質的な構成員にあたる者に対しては差別的な取り扱いが許されないと考えるべきである。この点が問題となった著名な判例として塩見訴訟がある。

原告（塩見日出）は、1943（昭和18）年に大阪で出生し、戦後は韓国籍をもっていたが、その後日本人の夫と婚姻し、1970年12月16日に帰化して日本国籍を取得した。原告は、子供の時に失明して、国民年金法別表の定める一級程度の廃疾（障害）状態であったので、障害福祉年金を申請したところ、国籍条項を理由として拒否されたので、その違憲性を憲法25条および同14条1項、さらには憲法98条2項違反を理由として訴えた²⁰⁾。

塩見訴訟において、第一審判決（大阪地判昭和55・10・29）、第二審判決（大阪高判昭和59・12・19）いずれも原告の請求を退ける判決を下した。最高裁（最判平成元・3・2）も、要旨以下のような理由で、原告の上告を退ける判決を下した。①無拠出制の障害福祉年金については、「立法府は、その支給対象者の決定について、もともと広範な裁量権を有している」。②加うるに、社会保障上の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は、国は、特別の条約の存しない限り、その政治判断で決定することができ、「その限られた財源の下で福祉的給付を行うに当たり、自国人を在留外国人より優先的に扱うことも許される」。したがって、障害福祉年金の受給者から在留外国人を除外することも、立法府の裁量の範囲内に属するものであり、そのような区別については合理性があり、憲法25条並びに同14条1項には違反しない。③経済的、社会的および文化的権利に関する国際規約9条は、個人に対して即時に具体的権利を付与すべきことを定めたものではないので、同規約違反ではなく、憲法98条2項違反の主張もその前提を欠く。²¹⁾

19) 藤井俊夫・前掲54頁。

20) 山内敏弘「外国人の人権保障」『新版憲法判例を読み直す』（日本評論社、2011年）54頁。

21) 最判平成元・3・2判時1363号68頁、山内敏弘・前掲54頁参照。

ここにおける先例は、堀木訴訟最高裁判決（最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁判時1051号29頁、判タ477号54頁）であり、「憲法25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、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に適しない事柄である」として、憲法25条には具体的権利性はないとするものである。その後、塩見訴訟最高裁判決（最判平成元・3・2判時1363号68頁）の中核は次の点である。国籍による差別は許されるとし、「社会保障上の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は、国は特別の条約の存しないかぎり、国はその政治判断により決定できるのであり、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とした上で、障害福祉年金の受給に関して、制度発足時の昭和34年11月1日において日本国民であることを受給資格要件とすることは立法裁量の範囲内であり、その区別について合理性を否定できない」というものである²²⁾。この判決は、生存権が立法府の広い裁量に委ねられた権利であるとし、さらに在留外国人に生存権の保障を及ぼすかどうかは国の政治的判断による決定に委ねられている、という二重の立法裁量を肯定したものである²³⁾。

こうした判決には次のような疑問が投げかけられる。「社会権、とりわけ生存権が文字通り人間としての最低限の生存を確保することへの権利であるとしたならば、このような権利は基本的に日本に在住するすべての人間に、したがって定住外国人に対しても保障されて然るべきだからである。憲法の前文が、『全世界の国民が、ひとしく……欠乏から免れ……生存する権利を有する』と規定していることも、そのような解釈の根拠となりうるであろう。学説の多数は、少なくとも本件原告のような特別永住外国人に対して国籍条項が適用される限りで、国民年金法の前記規定は違憲と解しているが、けだし妥当な見解というべきであろう」という²⁴⁾。また、この判決は、社会権規約第9条は、『政治的責任』を宣言しただけで、個人に対して即時に具体的権利を付与すべきことを定めたものではないとしている。「しかし、かりにこのように解するとしても、現実に『障害福祉年金』という制度ができている以上は、同規約2条2項の『差別禁止』が適用されると解すべきである。すなわち、判決においては、社会保障の制度作りに関する立法裁量の問題と差別に関する立法裁量の問題とを区別していないという難点がある。これを憲法レベルの問題に対応させていうならば、25条の『権利性および社会保障制度の作り方』にかかわる立法裁量論と14条の『平等原則および合理的な差別』にかかわる立法裁量論とは、本来、別個のものであって、これらの両者は必ずしも一致するわけではないということである」。

22) 藤井俊夫・前掲55頁。

23) 武村二三夫「生活保護法の外国人への適用」『講座国際人権法2 国際人権規約の形成と展開』（信山社、2006年）524頁。

24) 山内敏弘・前掲54頁。

その点からも、この判決には問題がある²⁵⁾。

経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約は「社会保険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」(9条)と規定し、また難民の地位に関する条約(24条1項)も、締約国に対して、社会保障に関して難民に自国民に対する同一の待遇を与えることを義務づけている。日本も、前者の規約には1979年に、後者の条約には1982年に加盟・発効したことに伴い、外国人に対する社会保障についての考え方を根本的に余儀なくされたが(国民年金法の改正、出入国管理令24条4号ホの削除など)、塩見訴訟の最高裁判決は、これらの国際条約は、個人に対して即時に具体的な権利を付与したものではないとし、そのことは、上記規約2条1項が締約国は立法措置等により「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」と規定していることから明らかであるとしている。しかし、この規定の意味は、どの程度の水準の社会保障を行うかは国によって達成の度合いが異なるとしても、締約国が一定水準の社会保障を行う以上は、同規約9条によって内外人平等原則に基づくべきことを定めたものと解されるのである。最高裁は、国民年金法の改正もこのような趣旨に基づいて行われたことに留意した判決を書くべきであったといえる。

この判決に対しては、生存権が「人間の尊厳」に欠かせないものであることから、日本国民と生活実態の変わらない定住外国人に対しては、生存権が保障されるべきであるとする批判が強い。「とくに、ここでの年金は実質的には人間としての生存そのものの保障に直接にかかわるものであるだけに、問題があるといわなければならない。また、より特殊的には、すでに述べた『特別永住者』たるいわゆる在留外国人に関する歴史的経緯からすれば、むしろいわば潜在的な国籍取得者として日本国民と同様に生存権が保障される」と考えるべきである²⁶⁾。

3 外国人の社会権保障の現状

(1) 社会保険

社会保険での関係では、拠出制で、かつ、雇用関係を基礎とする厚生年金保険とか健康保険などと異なり、必ずしも雇用関係を基礎としない国民年金とか国民健康保険などにおける国籍条項が問題となる。これについて、難民条約への加入(昭和57年)にともなう難民条約関係整備法により、国民年金法、児童扶養手当法、特別児童扶養手当法、児童手当法の国籍要件は撤廃され、居住要件のみとなった。ただし、例えば国民年金法などは経過規定がおかれなかったため、定住外国人の一部は、保険料の納入期間との関係で、老齢

25) 藤井俊夫・前掲 56頁。

26) 藤井俊夫・前掲 55頁。

基礎年金の適用対象外となる（昭和 60 年法改正で一部は可能となった）。また、国籍条項撤廃時にすでに障害状態あるいは母子家庭の状態にあった者は「福祉年金」を受給できない。塩見訴訟の最高裁判決は、この状態を正当化したものである。

国民健康保険についても基本的に同様である（昭和 61 年に国籍条項は撤廃された）。しかし、不法入国とか不法滞在等による不法就労者については、この制度が適用されないため、現実には必要な時に適切な医療が受けにくいという人道にかかわる問題が生じる。ただし、特別の事情のある場合には、不法滞在の形となっている外国人でも住所を有している者については国民健康保険の被保険者資格が認められることがあり得るとする判決（東京地判平成 10・7・16 判時 1649 号 3 頁）もある。なお、労災補償（保険）については、現実の労働関係を基礎とするものであるから、本質的には、たとえ不法就労であってもその受給資格が保障されるべきである（この点は、労働賃金の保障と同様である）²⁷⁾。

国民年金法に関する最新の判例として在日コリアン無年金高齢者訴訟（福岡高判平成 23 年 10 月 17 日判例時報 2138 号 63 頁）がある。在日コリアン無年金高齢者が、自分たちは、その国籍が韓国又は朝鮮とされている在日外国人であるが、①国民年金法の制定に関し国籍要件を設けて同年金の被保険者から自分たちを除外した立法行為、及び、②同法の改正過程で国籍要件を撤廃した際に、自分たちに対する救済措置等をとらなかった立法不作為が、国際人権規約 A 規約 2 条 2 項及び 9 条ならびに B 規約 26 条を批准した状況下において、憲法 14 条 1 項に違反するとし、国に対し国家賠償法 1 条 1 項に基づき損害賠償を請求した。上記原告らは次のような主張を行った。

①旧法の違憲性について

国民年金に加入し、老齢年金を受給する権利は、憲法 25 条 2 項のみならず、同条 1 項及び同 13 条を具体化するものであって、最低限度の生活を保障するとともに人格的生存権をも保障する重要な権利である。その制限に広範な立法裁量はなく、国籍要件により在留外国人を排除することは、憲法 25 条、13 条及び 14 条に反する差別である。社会保障制度とは、日々の生活から生じる生活危険（要保障事故）に対して、社会構成員が連帯して対処するという制度であるところ、その意義からすれば、社会保障の責任を負うのは、その者の国籍国ではなく、その者が現に居住し生活する居住国である。それゆえ、居住国が自国民と同様に在留外国人に対しても社会保障の責任を負うことは当然の理である。しかも、社会保障が政治的背景ではなく経済的背景から生まれてきたという歴史的経過も考慮すれば、国籍の有無という形式的要件よりも共同体の一員として生活しているという社会経済的事実に着目して適用対象を画することが本来の姿である。原告は日本国籍者として出生したこと、その原因は日本の国家行為にあること、自らの意思に関係なく日本国籍

27) 藤井俊夫・前掲 56 頁-57 頁より引用。

を喪失させられたのであり、このような事情を有する在留外国人が社会給付において日本国民と差別されるいわれはない。このような事情の人々を一般の在留外国人と区別することは立法技術的にも容易である（現に、入管特例法において、昭和20年9月2日以前から日本に引き続き在留し、サンフランシスコ平和条約で国籍を離脱した「平和条約国籍離脱者」とその子孫という要件により特別永住という一般の在留外国人とは異なった在留資格が付与されている）。

②整備法及び昭和60年改正法の違憲性について

旧法の国籍要件自体が憲法14条1項に反する違憲なものであった以上、整備法等を制定する際、経過・救済措置を講じる義務があったことは明白であるし、仮に、旧法の国籍要件が直ちに憲法14条1項に違反すると断定できないとしても、その合憲性を基礎付けていた、自国民を優先すべき財政事情、在日コリアンが我が国に在住することが、必ずしも安定的とはみられなかったという事情が、整備法制定時には、いずれも消失していたことは明らかであるから、旧法における国籍要件の存在により国民年金に加入できなかった在日コリアンについて、実質的に国民年金を受給できるようにするために、経過措置・救済措置が必要不可欠であったというべきである。

③国際人権規約違反について

国際人権規約A規約が社会保障を受ける権利を具体的権利として付与すべきことを定めたものではないことを考慮すれば、B規約26条及びA規約2条2項も、国の財政事情や社会的諸事情等を踏まえた立法府の裁量を許容しているものと解さざるを得ないとする考え方もある。しかしながら、規約人権委員会は、B規約26条の解釈に関し、憲法14条に関する国内裁判所の解釈よりもはるかに厳格な基準によるべきであるとしているから、憲法14条の違憲審査基準としては、これと同程度の厳格な基準によるべきである。また、A規約2条2項の場面において、立法裁量権を持ち込むことは、同条項につき、裁判規範性を有する差別禁止義務規定であると解釈した意義をも没却するものである。

④立法行為及び立法不作為の国家賠償法の違法性について

国は、救済措置等の必要性について、遅くとも1981（昭和56）年の時点で認識していたことは明らかであり、それにもかかわらず、1982（昭和57）年の整備法による国籍要件撤廃時においても、1985（昭和60）年の改正法制定時においても、救済措置等の整備をしていない。

原告を無年金に追いやった立法行為または立法不作為が憲法14条1項に違反することは明らかであり、また、立法事実は年々さらに変化し、在日コリアンの日本への定住はもはや揺るぎない歴史的な事実となり、老齢に達する人口も増えていき、さらには無年金者とその受給を受けられないままに死亡してしまうという事態を招いている状況に照らせば、国が、正当な理由なく長期にわたって、救済措置を怠っていることは明らかであるか

ら、最高裁平成 17 年 9 月 14 日判決に照らしても、国家賠償法上違法であることは明白である。

それでは判決は以上のような問題点についてどのように判断しているのであろうか（福岡高判平成 23 年 10 月 7 日判決判時 2138 号 63 頁）。

①旧法の違憲性について

国民年金制度が、憲法 25 条 2 項の規定の趣旨を実現するため、老齢、障害又は死亡によって国民生活の安定が損なわれることを国民の共同連帯によって防止することを目的として創設されたものであること、憲法 25 条は、福祉国家の理念に基づき、社会的立法及び社会的施設の創造拡充に努力すべきことを国の責務として宣言したものであって、憲法 25 条の規定の趣旨に依っ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、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ことは、確立した判例（最高裁昭和 57 年 7 月 7 日大法廷判決、同平成元年 3 月 2 日第一小法廷判決）である。社会保障上の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は、国は、特別の条約が存しない限り、当該外国人の属する国との外交関係、変動する国際情勢、国内の政治・経済・政治的判断により、これを決定できるのであるから（最高裁平成 14 年 7 月 18 日第一小法廷判決）、自国民優先論は、国の財政事情のみに根拠を置くものではないし、当時の立法政策として、厚生年金保険法等による年金制度の適用外であった自営業者・農業従事者を対象とした公的年金制度を創設し、国民年金制度の確立を図るために、まず日本国民に対し社会保障を行うことが急務とされていたという我が国の歴史的・社会的事情に照らせば、仮に在日コリアンからの保険料収入が老齢年金等の給付費の支出を上回る事が予測されたとしても、旧法において国籍条件を設けたことが、直ちに合理的根拠を欠くということとはできない。旧法における国籍要件は、何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いであるとはいえず、憲法 14 条 1 項に違反しない。

②整備法及び昭和 60 年改正法の違憲性について

旧法における国籍要件が違憲、違法でない以上、もともと制度の対象になっていなかった外国人について、将来に向かって新たな年金制度を構築する際に、すでに高齢となっていたため被保険者とはなり得ない、あるいは、保険料納付期間等が 25 年以上という受給要件を満たし得ないため制度の対象とならない者につき、遡及して何らかの取扱いをするか否かは立法府の裁量に任されている領域であり、特別の遡及措置を講じるか否かはまさに立法府がその裁量により行うべき政策選択というべきである。したがって、経過措置・救済措置を設けなかったこと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、違憲、違法とならない。国籍要件撤廃に伴う経過措置の必要性については、国会において検討されたことが認められるのであって、その検討結果の合理

性について種々の意見があり得るとしても、最終的に経過措置を講じるか否かは立法裁量に任されるというべきであるし、小笠原諸島の復帰に伴う法令の適用の暫定措置等に関する法律（昭和43年法律第83号）に基づく小笠原諸島に住所を有する者に対する特別措置は、旧法制定当時、日本の施政権が及ばなかったため、結果的に国民年金制度に加入できない状態にあった者に対して行われたものであって、その当否はともかくとして制度発足当時から国籍要件撤廃まで明確に国民年金制度の適用対象外とされた在日コリアンに対する特例措置を、小笠原諸島に住所を有する者に対する特例措置と同視することはできない。以上によれば、整備法及び昭和60年改正法において、経過措置・救済措置を設けなかったこと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ということとはできない。

③国際人権規約違反について

A規約9条は、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、即時に具体的権利を付与すべきことを定めたものではないと解すべきであり（最高裁平成元年3月2日第一小法廷判決）、A規約2条2項は、締約国において、積極的に社会保障政策を推進する施策をとる際、前記の諸要素につき政治的、社会的理由により現実には種々の対応をとらざるを得ない面があり得ることを当然の前提として、それにもかかわらず、上記権利の平等な実現を積極的に推進すべき政治的責任を負うことを宣明したものと解さざるを得ない。そして、B規約26条が、我が国において裁判規範性を有するとしても、A規約に規定された社会保障上の法律の規定がB規約26条に違反するか否かの判断においては、立法によってA規約に規定された社会保障を拡大していくというA規約の趣旨とその要請との間に整合性を持つように解釈せざるを得ないというべきである。このような観点からすれば、B規約26条においても、少なくとも、A規約の趣旨に沿った社会保障政策を推進する目的で立法府が立法や法改正をする際の規制については、ある程度、その国の予算上の制約、経済、社会、国際状況等の事情による区別が何ら合理的理由のない不当な差別取扱いかどうかの観点から判断されるべきであるから、B規約26条との関係で立法府の裁量が全くないと解することはできない。

④立法行為及び立法不作為の国家賠償法の違法性について

整備法及び昭和60年改正法において原告らに対する経過措置及び救済措置がとられていないことは、いずれも憲法14条1項ないしB規約26条に違反するものではない。これらに関する国会議員の立法行為又は立法不作為について、原告らの関係で、救済措置等の整備をしないことが国家賠償法上違法であるということとはできない。

外国人の社会権について、国側が援用している宮沢説は、すでに述べたごとく「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。日本が社会国家の理念に立脚するとは、日本が何よりもまず日本国民に対してそれらの社会権を保障する責任を負うことを意味する。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、それらを保持する責任は、もっぱら彼の所属する国家に属する」としていた²⁸⁾。しかし、社会権の保障を定めた国際人権 A 規約 2 条 2 項が内外人平等待遇の原則を定めていることなどを契機として、現在の通説は、「法律において外国人に社会権の保障を及ぼすことは、憲法上何ら問題はない」として、「とりわけ、わが国に定住する在日韓国・朝鮮人および中国人については、その歴史的経緯およびわが国での生活の実態等を考慮すれば、むしろ、できるかぎり、日本国民と同じ扱いをすることが憲法の趣旨に合致する」とされている²⁹⁾。

これをさらに進めて、在日韓国・朝鮮人について、国籍選択権が与えられなかった以上、「日本国籍を有しなくても、日本国内にいる限り日本国籍を有する人と同等の権利をもって扱われることを認めるべきではなかろうか。」「根本的な問題は、在日韓国・朝鮮人を『外国人』として扱うこと自体にあるとみるべきである」と指摘する見解がある³⁰⁾。この見解に立てば在日韓国・朝鮮人は国民という範疇に属するということになる。すなわち、「在日コリアンらは、理論上、『国民』として社会権の保障を受ける」³¹⁾こととなる。

こうした事例の難関となっている立法裁量について、堀木訴訟最高裁判決は、憲法 25 条の趣旨にこたえて、どのような立法措置を講ずるかは、立法府の広い裁量にゆだねられており、裁判所の審査に適しない事柄である。社会保障給付全般の公平を図るために公的年金相互間における併給調整を行うかどうかは、立法府の裁量に属する事柄であるとする（最大判昭和 57 年 7 月 7 日民集 36 卷 7 号 1235 頁）。また、塩見訴訟において、最高裁は「社会保障上の施策においては在留外国人をどのように処遇するかについては、国は……その政治的判断によりこれを決定することができるのであり、その限られた財源の下で福祉的給付を行うに当たり、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」としている（最判平成元年 3 月 2 日）。この判例の立法裁量論は強固なものであり、これを克服することはなかなか難しいことが指摘される。

それゆえ、以降の在日コリアン障害・老齢年金訴訟においては、「国籍により社会保障給付を差別することの 14 条違反の主張に軸足が置かれ、平等原則の規範内容を、国際人

28) 宮沢俊義・前掲 241 頁。

29) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 [第 5 版]』（岩波書店、2011 年）241 頁。

30) 松井茂記『日本国憲法〈第 3 版〉』（有斐閣、2007 年）139 頁。

31) 小泉良幸「国民年金法の国籍要件を撤廃した際に改正法の効力を遡及させる等の救済措置をとらなかった立法不作為等が憲法 14 条 1 項に反しないとされた事例」法学セミナー増刊速報判例解説 vol. 11『新判例解説 Watch』2012 年 10 月参照。

権規約によって補充し、『厳格な合理性の基準』の適用を求める」という戦略が用いられる傾向がみられる。そこで、「国が社会保障上の権利（A規約2条2項・B規約26条）の要請が上からかぶさり、立法裁量も、後者の原則により制約される、という戦略が展開されることとなる」³²⁾。また、学説では、塩見第一次訴訟最高裁判決以来、外国人に対する国際人権規約A規約9条の裁判規範性が否定され続けている中では、憲法学としては、25条の権利の性質論を見直すと共に、13条の社会権論を開拓する必要性も大きい³³⁾ことが指摘される。なお、これは本事例で原告のとった立場でもある。

(2) 公的扶助（生活保護）

生活保護法（昭和25年制定）においては、国籍要件はそのまま残されている。この生活保護については、行政上の運用によって定住外国人への給付は行われているが、「権利性」は認められていない。生活保護の受給権を定めた昭和25年制定の生活保護法では、権利主体を「国民」と定めていたが、昭和29年5月の厚生省通達では、人道上の観点から外国人に対しても当分の間これを「準用」するものとした。ただし、平成2年10月の政府口頭通達からは、正規入国者については入管法別表第2の永住的外国人に限定するものとされている³⁴⁾。また、不法残留中の外国人に対しても同法の適用を否定している（東京高判平成9・9・24行集48巻4号272頁）。ただし、留学のために入国した外国人に対する医療扶助に関する事例で、同法の適用を否定した神戸地判（平成7・6・19）では、判決の傍論として、立法政策の問題としては重大な傷病に対する緊急治療については何らかの措置が保障されることが望ましいとしている³⁵⁾。

憲法25条1項にいう「国民」は、生活保護法1条、2条の「国民」も同様に、一定範囲の定住的外国人を含むものと解し、生活保護法上の「権利性」が保障されるべきである。（これを最も徹底すれば、「国民」を「住民」と読み替えるべきだとすることになる）。そして、この点は、生活保護法の上で明文化されるべきである。また、その他の外国人についても、緊急的な医療扶助などの一時的な保護措置については国の責務のうちに含まれると解すべきである³⁶⁾。

憲法25条が規定する生存権の保障は、少なくとも永住資格を有する外国人にも及び、生活保護法が適用される。憲法の保障する基本的人権は、性質上日本国民固有の権利と解されるものを除き広く外国人にも保障されるところ、憲法25条が保障する生存権は、人の生存を支える極めて重要な基本的人権であるから、少なくとも日本人と変わらない生活

32) 小泉良幸・前掲参照。

33) 近藤敦「外国人の『人権』保障」『憲法の現在』（信山社、2005年）347頁。

34) 藤井俊夫・前掲57頁。

35) 藤井俊夫・前掲57頁-58頁。

36) 藤井俊夫・前掲58頁。

実態を有し、納税義務を果たしている永住資格を有する外国人について保障されており、それを具体化した生活保護法も適用がある。

これに対して、最高裁判決はこれを否定する。生活保護法1条は、生活保護の対象者を「国民」と規定しているから、外国人に生活保護法の適用はない。各国ともまず自国民の社会権の充実に努力することが合理的であり、外国人を社会保障から排除することが憲法25条に反するとはいえない。同条の趣旨に依っ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、生活保護法の適用を在留外国人に認めないこと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立法措置とはいえない（堀木訴訟最大判昭57・7・7）という。

憲法14条と国籍による差別について、厚生年金法、国民年金法、身体障害者福祉法および労働者災害補償法等においては、所定の要件の下に外国人にも適用があるにもかかわらず、生活保護についてのみ外国人、とくに永住資格を有する外国人に適用が認められないのは、合理的理由が全くなく、国籍を理由とする差別であり、法の下での平等を定めた憲法14条に違反する。少なくとも永住資格を有する外国人にも生活保護法が適用されなければ違憲である。もっともこれに対して、判例・通説は、限られた財源の下で福祉的給付を行うに当たり、自国民を在留外国人より優先的に扱うことは、当然許されるべきであるから、外国人に生活保護の申請権を認めないことは憲法14条に反しないとしているのである。

4 今後の課題—国際人権条約との関係について—

外国人の社会権保障については、憲法上の主張に加えて、社会権規約及び難民条約に基づく保障の意義をどのようにとらえるかが問題となる。

ところで、これに関連して、次のケースでこの問題が争われた。事案は、永住資格を有する中国国籍の外国人である原告が、夫とともに駐車場や建物の賃料収入で生活を送っていたところ、原告宅に引っ越してきた義弟から暴言を吐かれる、預金通帳等を取り上げられるなどの虐待を受けて生活に困窮したことから生活保護を申請した。市福祉事務所長が本件申請につき却下処分をしたため、原告は、主位的に本件却下処分の取消しおよび保護開始の義務付けを求め、予備的に保護の給付を求め、さらに予備的に保護を受ける地位の確認を求めた。

原告は憲法25条、14条の主張に加えて、社会権規約に基づく主張を展開した。憲法については、25条が規定する生存権の保障は外国人、少なくとも永住資格を有する外国人にも及び、生活保護法が適用される。また、厚生年金法、国民年金法、身体障害者福祉法および労働者災害補償保険法等においては、所定の要件の下に外国人にも適用があるにも

かわらず、生活保護についてのみ外国人、とくに永住資格を有する外国人に適用が認められないのは国籍を理由とする差別であり、法の下での平等を定めた憲法 14 条に違反するとする。

原告は、こうした憲法上の主張に加えて、社会権規約に基づく次のような議論を展開した。社会権規約の①2条2項は「この規約の締約国は、この規約に規定する権利が人種……によるいかなる差別もなしに行使されることを約束する」としており、また、②9条は、「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のすべての者の権利を認める」としており、③11条1項は、「この規約の締約国は、自己及びその家族のための相当な食糧、衣類及び住居を内容とする相当な生活水準についての並びに生活条件の不断の改善についてのすべての者の権利を認める。締約国は、この権利の実現を確保するために適当な措置をとり、このためには、自由な合意に基づく国際協力が極めて重要であることを認める」としている。社会権規約が自動執行条約であり³⁷⁾、これらの各規定によれば、外国人に生存権が保障されること、さらには、外国人に生活保障を受ける権利が認められることは明らかである。

これに対して行政側は、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約2条2項、9条及び11条1項は、社会保障についての権利等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、その権利の実現に向けて国が積極的に社会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、個人に対し即座に具体的権利を付与すべきことを定めたものではない、という。大分地裁平成22年10月18日判決は、こうした行政側の主張を追認するものである。社会権規約9条の「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のすべての者の権利を認める」との規定は、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、締約国において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言したものであって、個人に対し直接具体的な権利を付与したのではないし、そのことは同規約11条1項についても同様であり、それはその文言に照らして明らかであるから、個人が社会権規約を根拠に生活保護の開始を請求することはできない。社会権規約について、直接個人の具体的な権利を規定し付与したのではないとし、自動執行力を否定している。これに対して、福岡高裁平成23年11月15日判決は原審と結論を異にしている³⁸⁾。

37) 国際人権規約の自動執行性については対立する判例・学説の議論がある。本稿では紙数の関係で扱うことができない。後藤光男「マイノリティの教育権と憲法26条」小林武＝後藤光男『ロースクール演習憲法』（法学書院、2011年）137頁以下。及び、高藤昭「不正規入国者の社会権をめぐる日米二判決の検討」ジュリスト1996年9月1日号（1096号）119頁以下、高藤は次のように述べる。A規約2条2項は即効的である。条約に“self executing”（直接効）が認められるとすれば、即効的な法的拘束力がある条約では、条約履行に立法を要する場合はただちに立法をなし、既存立法の解釈変更で可能な場合は即座に司法、あるいは行政による解釈変更がなされるべき条約上の義務がある。それは、国内法の次元では憲法98条2項上、わが国が当然に負う義務であって、もはやこの点について国家機関の裁量の余地はない。この点、従来判例は根本的に誤ってきた、と。

高裁判決は、まず、生活保護法が受給者の範囲を日本国籍を有するものに限定していることを確認する。厚生省社会局長は、昭和29年5月8日社発382号により、「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」（本件通知）と題する通知を各都道府県知事宛に発し、これに基づき外国人に対する生活保護を行ってきたが、「本件通知は、外国人に生活保護法の適用対象とはならないとしつつ、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必要と認める保護を行うものとされた。」「平成2年10月に、生活保護の対象となる外国人は出入国管理及び難民認定法別表第2記載の外国人（「永住的外国人」）に限定された。その理由は、本来最低生活保障と自立助長を趣旨とする生活保護が予定する対象者は自立可能な者でなければならず、この見地からは永住的外国人のみが生活保護の対象となるべきである」というものである。

難民条約批准の際に、23条が「締約国は、合法的にその領域内に滞在する難民に対し、公的扶助及び公的援助に関し、自国民に与える待遇と同一の待遇を与える」と定めていることから、生活保護法、国民年金法、児童手当法等のいわゆる国籍条項が問題になり、国民年金法等は国籍条項が削除された。生活保護法については、生活保護に関して、外国人に内国民と同様の待遇をしてきており、条約批准に全く問題がないと考えられていた。この経緯によれば、「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、日本国民と同様の基準、手続により運用されていたのである」。難民条約の批准の際も、「生活保護法については、上記運用を維持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外国人に限定した」。このように、「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、一定範囲で国際法および国内法上の義務を負うことを認めたものといえることができる。」「生活保護の対象となる外国人を永住外国人に限定したことは、これが生活保護法の制度趣旨をその理由としているところからすれば、外国人に対する同法の準用を前提としたものと見るのが相当である。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り」、永住外国人が生活保護法の対象になることは明らかである。

こうして、難民条約を契機として、永住的外国人の生活保護を国際法・国内法上の義務であるとの見解を示した。

今後は国際人権条約を踏まえて外国人の生存権保障の充実化をはかる必要があることが

38) 福岡高判平成23・11・15判例タイムズ1377号104頁、兼原敦子「国際法判例の動き」ジュリスト臨時増刊平成23年度重要判例解説2012年4月10日号（1440号）322頁参照。

課題であるといえる。紙数も尽きているので、不十分ながら本稿のまとめを行って次稿の課題としたい。

[1] 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り、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かと解すべきである。こうした考え方を判例（堀木訴訟など）・通説（宮沢説）はとってきたといえる。これに対しては、世界人権宣言や社会権規約に依拠して、生存権は、国籍ではなく「社会の一員」「社会の構成員」（世界人権宣言 22 条）を基準にして認められるべきとの見解も主張されている³⁹⁾。小川政亮の考え方については重要なので、その見解を聞いておこう。

1、人権として社会保障権を明確にうたった最初のもとのとされる 1948 年 12 月の世界人権宣言 22 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、何人に対しても、「社会の一員」たることによって一したがつて、もちろん、国籍をこえて一保障されるべきものであることを明らかにしている。また、同時に、22 条は、社会保障権を含む経済的、社会的、文化的権利がまさに人間の尊厳を現代社会において実質的に担保していくために不可欠のものとして要請されるものであることを明らかにしている。ここから、国家権力をもってしても不可侵の人間の尊厳が現代社会において平等に誰にも保障されるためにこそ、国家に対する給付請求権としての生存権が論理的帰結として要請される。世界人権宣言 22 条、25 条、日本国憲法 25 条は、この当然のことを明文化したものとイえる。そして人間の尊厳が何人も人間たることにおいて国籍にかかわらず尊重されるべきものである以上、社会保障権も、国籍を問わず何人に対しても平等に保障されるべきものとなる⁴⁰⁾。

2、日本国憲法前文自身、「われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する」とうたうのも、人間の尊厳についての以上のような世界史的理解においてうたわれている。したがって憲法 25 条や生活保護法にいう「国民」は、現代社会における一員というほどの意味において理解さるべく、これを「日本国民」に限定したものと解することは憲法前文に示された普遍主義の観点からも誤りであるといえるべきである。

3、世界人権宣言 22 条をうけた国際人権規約 A 規約 9 条は、社会保障がこの規約の締約国内にあるすべての者の権利であることと、社会保障が権利であることの 2 点を明確にしている。

39) 小川政亮「社会保障と国籍」法律時報 1981（昭和 56）年 6 月号（646 号）34 頁以下。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 1983 年 1 月 1 日号（781 号）参照。

40) 小川政亮・前掲法律時報 34 頁-36 頁。

4、国際人権規約 A 規約 9 条は、「社会保険その他の社会保障」（「社会保険を含む社会保障」）として、社会保障の範囲が社会保険に限られるものではないことも明らかにされているのが注目に値する。すなわち何人もが権利として要求しうる社会保障とは社会保険に限らず、一般財源からするところの公的扶助（その一般制度が生活保護）はもちろん、児童手当諸制度や福祉年金制度のごとく社会扶助・社会手当・社会援護などと通称されるいわゆる無拠出の諸制度をも含むとすべきである。ことに社会扶助は人間の尊厳の現代的保障という観点から近時発展してきたものであり、一般財源からするものであるから、併給制限してよいとか、国籍による差別も当然だという考え方は、人権としての社会保障の観点からしても許されない。

5、難民条約との関連で社会保障立法上の排外的差別的な国籍条項に関する改正の動きが示されるに至ったが、その範囲は極めて限定されている。基本的人権保障の観点と在日外国人中の圧倒的多数を占める在日朝鮮人の歴史的社会的特質と、そして国際人権規約発効の状況のもとでは、本来、社会保障の全分野にわたって内外人平等に権利として、人たるに値する生活の保障にふさわしい社会保障給付を受けるよう法改正と行政改善が行われるべきである。日本のごとき高度に発展した国が国際人権規約 A 規約 2 条 1 項の「漸進的」という文言を援用することは許されない。

もっとも、以上の小川政亮の理解について「この見解によれば、例えば不法滞在している外国人は、『社会の構成員』ではなく、生存権は認められない場合もある」との指摘がある⁴¹⁾。あるいは、次のような指摘も同様であろう。社会的連帯の立場からすれば、定住外国人ではなく、短期滞在者や「不法」滞在者など「社会の一員」とはみなし難い場合はどうなるのか。最低限、本国への送還までの間は保護を実施すべきである、とする立場である⁴²⁾。しかし、人間的生存そのものが救助対象となっている医療扶助については、その緊急性にかんがみて、非定住外国人であっても、適法な入国者か「不法入国者」か、を問うことなく、生活保護法の適用を排除すべきではない、と考えるべきであろう⁴³⁾。生活保護は、人間の尊厳から導かれる最低限度の生活を保障するものであり、外国人であることを理由にこれを対象から除くことは、社会権規約 2 条 2 項が禁止するところであり、到底合理性があるとは解されない⁴⁴⁾。また、非正規滞在外国人が一概に「社会の構成員」ではないと断定することはできない⁴⁵⁾。

41) 西片聡哉「外国人の生活保護」ジュリスト臨時増刊平成 23 年度重要判例解説 2012 年 4 月 10 日号 (1440 号) 300 頁。

42) 山田省三「非定住外国人への生活保護適用」別冊ジュリスト社会保障判例百選 (第 3 版) 171 頁。不法滞在者については、「共同体の一員」とみることが困難ではあるとしても、このような者については国外退去が求められるから、最低限、本国への送還までの間は、保護を実施すべきであろう、という。

43) 小林武「在日外国人の生活保護受給権」南山法学 19 卷 4 号 119 頁。

44) 武村二三夫・前掲 530 頁。

[2] 社会権規約9条が、社会保障の権利を保障していることについて、塩見訴訟最高裁判決は⁴⁶⁾、「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、締約国において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、個人に対し直接具体的な権利を付与したのではない」と判示している。このような解釈は、同規約2条1項が権利の実現について締約国に漸進的な達成義務を課していることを踏まえたものである。

しかし、こうした見解に対しては、次のような指摘が重要である。「外国人には生存権は必ずしも保障されず、それゆえにそれを生活保護から適用除外することも立法裁量の範囲内という判例の独自の国内的判断を、条約の解釈にそのままもちこめるとは考え難い。生活保護は、人間の尊厳から導かれる最低限度の生活を保障するものであり、外国人であることを理由にこれを対象から除くことは、まさに社会権規約2条2項が禁止する」ところのものである⁴⁷⁾。また、社会権規約9条、11条、12条などの規定は、同規約2条1項によって漸進的な達成義務を国に課している。しかし、これらの各権利の最低限の不可欠なレベルの充足については、最低限の中核的義務に該当し、締約国はその履行の義務が課せられている⁴⁸⁾。社会権規約委員会一般意見第三「締約国の義務の性格」第10項では、「委員会は、最低でも、各権利の最低限の不可欠なレベルでの充足を確保することは各締約国に課された最低限の中核的義務であるという見解である」と述べている。このような最低限の中核的義務（ミニマム・コア・オブリゲーション）については、その履行がすべての締約国に課せられているとし、「締約国が少なくともその最低限の中核的義務を履行できないことを利用できる資源の制約に帰するためには、当該国は、これらの最低限の義務を優先事項として充足するためにその利用可能なすべての資源を用いるためあらゆる努力がなされたことを証明しなければならない」とする⁴⁹⁾。このような条約機関などの解釈をふまれば、塩見訴訟の最高裁判決に型どおりに依拠し続けることの妥当性が問われる⁵⁰⁾。

[3] 難民条約23条、社会権規約9条の意義に関してであるが、福岡高裁判決が、難民条約批准を契機として、国が永住的外国人の生活保護を国際法上および国内公法上の義務とみなしたという見解を示した点では注目される（社会権規約には言及しなかったが）。次のように述べた。「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

45) 後藤光男「非正規滞在外国人の人権」『憲法と国家機能の再検討』（信山社、刊行予定、脱稿2010年3月30日）。

46) 最大判平成元・3・2判時1363号68頁。

47) 武村二三夫・前掲530頁。

48) 武村二三夫・前掲533頁。

49) 武村二三夫・前掲532頁。

50) 西片聡哉・前掲300頁。

たものということができる。」「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は、これが生活保護法の制度趣旨をその理由としているところからすれば、外国人に対する同法の準用を前提としたものと見るのが相当である。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、一定範囲の外国人に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、永住的外国人である控訴人がその対象となることは明らかである」とした。

難民条約 23 条は、締約国が自国内に合法的に滞在する難民に対して公的扶助に関して自国民と同一の待遇を与えることを義務付け、社会権規約 9 条では、すべての者に社会保障に関する権利が認められている。日本が難民条約に加入した際に生活保護法の国籍条項を撤廃しなかったことについては、これらの条約に基づく必要な措置を怠っていると、加入当時から問題とされてきたものである⁵¹⁾。

こうした永住者・定住者以外の外国人を生活保護の対象から一律に除外する行政措置は、社会権規約や難民条約の内外人平等原則に照らして、今日合理性を保持しているのか検討されなければならない。「問題となる外国人の在留資格、必要な保護の種類その他の関連事情などを個別に考慮しながら生活保護法に基づいて給付の可否を判断すべきである」といえる⁵²⁾。この点、最初の問題提起を行った大沼保昭は、世界人権宣言 22 条がすべての者は「社会の一員として」社会保障の権利を有すると規定しているとおり、「人が社会の一員として労働し、生活を営む、つまり共同体の一員たること」が重要であると主張した。大沼によれば「もし国家への帰属が決定的意味をもつのであれば、国家構成員は、領域管轄下であろうと、海外にであろうと、各種の経済・社会的権利を享有できるはず」であるが、実際の法制度はそのようにはなっておらず、「明示の居住要件」か「黙示的に領域管轄下にあること」を要求している。したがって、社会権の保障は「すくなくとも日本社会に居住し、国民と同一の法的・社会的負担を担っている定住外国人」に等しく及ぶものであり、「第 25 条が『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」であると主張した⁵³⁾。また、近藤敦は次のように述べている。世界人権宣言が「社会の一員」と定めていることを基本にすれば、社会構成員は、すべての外国人を含むことになる⁵⁴⁾。この点、社会構成員性の強弱の度合いが外国人の態様により分かれており、その強弱の度合いに応じた権利性を主張することの方が現実的であり、生存権についても、オール・オア・ナッシングで考える思考法を改める必要がある⁵⁵⁾。筆者の理解によれば、先にふれたごとく非正規滞在外国人も社会の構成員性を否定されるべ

51) 小川政亮・前掲法律時報 646 号 31 頁、河野正輝・前掲ジュリスト 781 号 52 頁。

52) 西片聡哉・前掲 300 頁。

53) 大沼保昭『単一民族社会の神話を超えて』（東信堂、1993 年）238 頁-239 頁。

54) 近藤敦・前掲 347 頁。

55) 近藤敦・前掲 348 頁。

きではないと考える。なお、筆者は、非正規（不法滞在）外国人の人権については、別稿で検討を行ったことがある⁵⁶⁾。大沼保昭は『『外国人の人権』論再構成の試み』という論文を次のような言葉で締めくくっている。定住外国人への社会保障適用が難民条約という「外圧」によらなければならなかったという事実は、日本にとって、また、そのような解釈を許してきた公法理論にとって、残念なことであったといわなければならない。

憲法学においては、かなりの長いあいだ基本的に定住外国人の生存権を否定する解釈理論を構築し（宮沢理論がその典型である）、判例・実務を支えてきたのであり、いまもその面を否定できない。新しい理論もみられるようになったが、これも憲法学の内発的なものというより、国際法学や社会保障法学の「外圧」によらなければならなかったということは残念なことであるといわなければならない。

56) 後藤光男・前掲（注45）論文参照。

〈関連法令〉

○世界人権宣言

第 22 条 [社会保障の権利]

すべて人は、社会の一員として、社会保障を受ける権利を有し、かつ、国家的努力及び国際的協力により、また、各国の組織及び資源に応じて、自己の尊厳と自己の人格の自由な発展とに欠くことのできない経済的、社会的及び文化的権利を実現する権利を有する。

○難民条約（難民の地位に関する条約）

第 23 条 [公的扶助]

締約国は、合法的にその領域内に滞在する難民に対し、公的扶助及び公的援助に関し、自国民に与える待遇と同一の待遇を与える。

○経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（「A 規約」あるいは「社会権規約」という）

第 2 条 2 項 この規約の各締約国は、この規約に規定する権利が人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位によるいかなる差別もなしに行使されることを保障することを約束する。

第 9 条 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のすべての者の権利を認める。

第 11 条 1 項 この規約の締約国は、自己及びその家族のための相当な食糧、衣類及び住居を内容とする相当な生活水準についての並びに生活条件の不断の改善についてのすべての者の権利を認める。締約国は、この権利の実現を確保するために適当な措置をとり、このためには、自由な合意に基づく国際協力が極めて重要であることを認める。

○市民的及び政治的権利に関する国際規約（「B 規約」あるいは「自由権規約」という）

第 2 条 1 項 この規約の各締約国は、その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等によるいかなる差別もなしにこの規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する。

第 26 条 すべての者は、法律の前に平等であり、いかなる差別もなしに法律による平等の保護を受ける権利を有する。このため、法律は、あらゆる差別を禁止し及び人種、皮膚の色、性、言語、宗教、政治的意見その他の意見、国民的若しくは社会的出身、財産、出生又は他の地位等のいかなる理由による差別に対しても平等のかつ効果的な保護をすべての者に保障する。

○生活保護法

第 1 条 この法律は、日本国憲法第 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する。

第 2 条 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（以下「保護」という。）を、無差別平等に受けることができる。

第4条 ①保護は、生活に困窮する者が、その利用し得る資産、能力その他あらゆるものを、その最低限度の生活の維持のために活用することを要件として行われる。

②民法（明治29年法律第89号）に定める扶養義務者の扶養及び他の法律に定める扶助は、すべてこの法律による保護に優先して行われるものとする。

③前二項の規定は、急迫した事由がある場合に、必要な保護を行うことを妨げるものではない。

○昭和29年5月8日付社発第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」

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は、貴職におかれても遺漏なきを期しておられることと存するが、今般その取扱要領並びに手続きを下記のとおり整理したので、了知のうえ、その実施に万全を期せられたい。

1 生活保護法（以下単に「法」という。）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続きにより必要と認める保護を行うこと。

但し、保護の申請者又はその世帯員が急迫した状況にあるために、左の各号に規定する手続きを履行する暇がない場合には、とりあえず法第19条第2項或いは法第19条第6項の規定に準じて保護を実施し、しかる後左の手続きを行って差し支えないこと。

(1) 生活に困窮する外国人で保護を受けようとするものは、外国人登録法により登録した当該生活困窮者の居所地を管轄する保護の実施機関に対し、申請者及び保護を必要とする者の国籍を明記した保護の申請書を提出するとともに有効なる外国人登録証明書を呈示すること。

(2) 保護の実施機関は前号の申請書の提出及び登録証明書の呈示があったときには申請書記載内容と登録証明書記載内容とを照合して、申請書記載事項の確認を行うこと。

(3) 前号の確認が得られた外国人が要保護状態にあると認めた場合には、保護の実施機関はすみやかに、その申請書の写並びに申請者及び保護を必要とする者の外国人登録番号を明記した書面を添えて都道府県知事に報告すること。

(4) 保護の実施機関より報告を受けた都道府県知事は当該要保護者が、その属する国の代表部若しくは領事館（支部又は支所のある場合にはその支部又は支所）又はそれらの斡旋による団体等から必要な保護又は援護を受けることができないことを確認し、その結果を保護の実施機関に通知すること。

2 生活に困窮する外国人が朝鮮人及び台湾人である場合には前記1(3)及び(4)の手続は、当分の間これを必要としないこと。

*平成2年10月、厚生省は、生活保護の適用を受ける外国人を、出入国管理及び難民認定法別表第二記載の外国人（永住者、日本人の配偶者等、永住者の配偶者等及び定住者。「永住の外国人」という。）に限定した。