

論 説

「永住的でない」外国人の生活保護受給権 ——1980年代および1990年代のドイツを素材とした検討——

山 本 響 子

序

- 1 連邦社会扶助法における外国人の取扱いの複線化
 1. 1 一部の外国人に対する最低生活保障の新規制
 1. 2 裁判所による統制
 1. 3 小括
- 2 庇護申請者給付法の成立と裁判所の統制
 2. 1 庇護申請者給付法の制定
 2. 2 裁判所による統制
 2. 3 庇護申請者給付法判決による「補強」
 2. 4 小括
- 3 困窮外国人の出入国管理法上の処遇
 3. 1 一般的規制
 3. 2 庇護申請者に関する規制
 3. 3 扶助法と外国人法の「境界」
 3. 4 小括

結

序

日本において、外国人に対する公的扶助は、保障の強度および人的範囲において二重に限定されている。まず保障の強度の限定は、法的請求権と

してではなくて行政措置として保護を行う点に⁽¹⁾、そして保障の人的範囲の限定は、誰にでも保護を行うのではなくて、「永住的外国人」⁽²⁾にのみ、保護を行う点にみられる。

これらの限定が、外国人の生存権保障を不安定かつ不確実なものにする。行政措置による保護の対象にならない外国人は、困窮に陥った時点で帰国を事実上強いられることになる。また、行政措置の対象となる外国人であっても、通達によりその範囲から除外される危険にさらされるうえ、不服申し立ての途が十分に確保されていないため、受給に際して不当な取扱いを受けた場合に救済を受けられないおそれがある。⁽⁴⁾

⁽⁵⁾ 他方、戦後ドイツは、憲法上の「人間の尊厳原理」に依拠して、上記のいずれの限定も伴わない公的扶助制度を作った。しかし、1980年以降の庇護申請者の増加に対処するために講じられた外国人政策の影響を多分に受けて、公的扶助制度における外国人の取扱いは変容する。ただし、そのような中でも、保障の強度と人的範囲は変わらなかった。つまり、外国人政策の大規模な変化にかかわらず、どのような外国人に対しても、法的請求権としての扶助が認められる点を維持したのである。

(1) 永住者も含め、あらゆる外国人に対して生活保護法の受給権（法的請求権）を認めないという従来の行政解釈を追認した最高裁判決として、最二小判平26・7・18賃社1622・30を参照。

(2) 「永住的外国人」とは、行政措置による生活保護の対象とされている人的範囲を指す言葉で、注1の最高裁判決、およびその下級審判決である福岡高判平23・11・15賃社1561・36において用いられている。具体的には、入管法別表第2の在留資格を有する者（永住者、日本の配偶者など）、在日コリアン等のいわゆる特別永住者、および入管法上の認定難民を指す。なお、その他の者が保護を受けうる場合について、移住者と連帯する全国ネットワーク編『外国人の医療・福祉・社会保障相談ハンドブック』（明石書店、2019年）82頁を参照。

(3) 1990年に行政措置による保護を受ける外国人の範囲の縮小が行政通達によってなされたことは、周知の通りである。この通達については、高藤昭『外国人と社会保障』（明石書店、2001年）118頁以下を参照。

(4) 移住者と連帯する全国ネットワーク（前掲注2）83頁以下を参照。

(5) 本稿のいう「ドイツ」は、再統一までの期間については、旧西ドイツのことを指す。

本稿が明らかにするのは、第一に、ドイツにおいて、公的扶助制度は「需要を充足せよ」という規範にのみ拘束されることが、すなわち上記の限定を全く付さないことが、扶助法の本質であるとの位置づけが、専ら行政裁判所によりなされたこと、そして第二に、この本質の認定と維持が、出入国管理法における困窮状態についての評価の相対性を確保する意義を有していることである。第一の点については、特に1980年代および1990年代のドイツにおける、庇護申請者の急増に対処するという外国人政策上の動機によってなされた、公的扶助制度の改正（1）および改編（2）を中心的素材とする。これらの法制度の変化により、一部の外国人に対する扶助につき、請求権が認められる扶助の範囲が縮小されはしたもの、生計扶助についての請求権は確保され、あらゆる扶助から一律的に排除される外国人が生ずることはなかった。これを可能としたのは、扶助法の本質に反するような外国人政策を認めないという行政裁判所の判断であった。

第二の点については、当時の出入国管理法である「外国人法」が、外国人排斥的潮流の中にあっても、困窮という一事のみをもって外国人の入国を妨げるわけでもなければ、出国を義務付けるわけでもなかったことを示す。そして、どのような外国人にも生活扶助への請求権を認めるという扶助法の原理が、外国人を多様な観点から評価した上で滞在を認めるか否かを決するという出入国管理法の仕組みを支える基盤となっていることを明らかにする（3）。

外国人政策の影響を直接的に被るところの、ドイツでの長期滞在が保障されていない人的範囲にこそ、請求権としての公的扶助を認める意義がある。このことを示すために、本稿では、一時的滞在者、および、非正規滞在者などの出入国管理法上・外国人政策上、滞在が「望ましくない」と評価される外国人を中心的に扱う。そのため、ドイツが他国と締結した協定や欧州経済共同体での取り決めに依拠した特別な滞在の地位をもつ外国人は、検討の対象外とする。

1 連邦社会扶助法における外国人の取扱いの複線化

ここでは、外国人の最低生活保障法上の取扱いが、庇護申請者の増加への対応という外国人政策の影響を受けて複線化していった過程を概観し、行政裁判所が最低生活保障と外国人政策の関係をどのように評価していたかをみる。これにより、扶助法の運用において外国人政策的な考慮を行うことは行政裁量の行使においてのみ認められ、受給権の有無や給付切り下げの根拠として、外国人政策的意図を持ち出すことを行政裁判所が禁じていた点を明らかにする。

1.1 一部の外国人に対する最低生活保障の新規制

1.1.1 第二次予算構造法——庇護申請者に対する給付の制限

(1) 背景；1980年頃のドイツ国内における外国人

1970年半ばに1万件ほどに達した庇護申請件数は徐々に数を増やし、1980年には10万件を超えた。⁽⁶⁾ 1975年以降のレバノン紛争でのパレスチナ難民、1980年のトルコでの軍事クーデターとその影響下でのクルド系住民への迫害、そして1983年以降のスリランカ内戦から逃れてきた者たちが、庇護を求めてドイツへやってきたのである。⁽⁷⁾ しかし、この時期にドイツで庇護申請を行ったのは、必ずしも政治的迫害や紛争から逃れてきた外国人だけではなく、豊かな生活を求めてドイツへやってきた人々が、合法的な入国の方法の一つとして、庇護申請を利用していたのである。政府はこ

(6) Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF), Aktuelle Zahlen (11/2021), S. 5 (URL:https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/AsylinZahlen/aktuelle-zahlen-november-2021.pdf?__blob=publicationFile&v=2). 最終確認2021年12月17日。

(7) 公益財団法人日本国際交流センター (JCIE) 「ドイツの移民・難民政策の新たな挑戦」(URL:<https://www.jcie.or.jp/japan/cn/german-research/final.pdf>、最終確認2021年12月25日) 22頁。また、昔農英明『「移民国家ドイツ」の難民庇護政策』(慶應義塾大学出版会、2014年) 45頁も参照。

のような外国人（いわゆる「経済難民」）が、庇護権を「濫用」していると⁽⁸⁾して、これに対処すべく数々の外国人・庇護関連法規の改正に着手する。

なお、この時期に新たにやってきたわけではなく、50年代の外国人労働者募集に応じてドイツへ入国し、事実上定住化していた外国人についても触れておく。ドイツは1950年代以降外国人労働者を一時的滞在者（ガストアルバイター）として受け入れてきたが、次第に労働力の追加的導入を抑制するようになり、オイルショックが決定打となって、ついには1973年に募集を停止した。⁽⁹⁾経済危機のさなかにあつて、政府は、失業外国人の入国制限・帰国促進のための施策を打ち出し、1982年のコール政権への政権交代後は、帰国一時金の支払いや拠出した保険料の返還という方法で、帰国促進政策がより強く推し進められたものの、期待されていたほどの効果は上らず、滞留した外国人労働者が家族を呼び寄せて定住化した結果、1973年に397万人だったドイツ在住の外国人数は、1980年には445万人にまで拡大していた。⁽¹¹⁾

（２）庇護申請者に関する別異取り扱い

（2-a）第120条第２項の追加

ドイツの最低生活保障法である連邦社会扶助法が⁽¹²⁾1961年に成立して以来、同法第120条により、ドイツに事実上滞在する外国人はすべて、⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾ドイツ

（８） 昔農（同上）43頁以下を参照。

（９） 近藤潤三『ドイツ移民問題の現代史』（木鐸社、2013年）138頁。

（10） 概説として、中村圭介「西独における外国人労働者政策の展開」日本労働協会雑誌348号（1988年）57頁以下を参照。

（11） 近藤（前掲注9）142頁以下。

（12） 公的機関が主体とする、補足性を前提とした無拠出の最低生活保障制度を規律する法を指す。なお本稿では同様の意味において「扶助法」「公的扶助法」という言葉も使用する。

（13） Bundessozialhilfegesetz v. 30.6.1961, BGBl. I S. 815. 当該法律における用語の邦訳にあつては、古瀬徹ほか編『先進諸国の社会保障４ ドイツ』（東京大学出版会、1999年）151頁以下を主に参考としている。

（14） 「外国人」とは、基本法第116条第１項の意味におけるドイツ人以外の者のこと

ツ人と同様の手続により、生計扶助（食料、住居、衣服、身体の手入れ、家具、暖房及び日常生活上の個人的需要が含まれる）と、特別扶助のうち、疾病扶助、妊産婦扶助、結核扶助、介護扶助に対する給付請求権（受給権）が認められていた（第 1 項第 1 文前段）。ドイツ人に対しては受給権が認められる他の種類の特別扶助については、行政裁量により支給されうる（同項第 2 文）。

1981年の第二次予算構造法成立により、外国人についての給付を定める第120条には、新たに第 2 項が追加されることになった。その主たる内容は、庇護申請者について、①その庇護手続が確定的に終結するまでの間は、給付請求権は生計扶助に限定される、②その他の社会扶助は裁量により保障される、③扶助は、可能な限り現物給付として保障される、④経常的金銭給付は裁量により、生計に不可欠な分にまで制限されることができ⁽¹⁶⁾る、というものであった。

(2-b) 改正の背景

実は、庇護申請者に対する規定の追加は、第二次予算構造法の制定過程当初から予定されていたものではなかった。法案の段階では第120条の改正⁽¹⁷⁾は問題になっていなかったのである。後の両院協議会の議決勧告の中で、唐突に第120条第 2 項が挿入⁽¹⁸⁾された。両院協議会における議論は公開されないため、当該規定の目的や運用に関する立法者の見解を知るための

である。なお、特に断りがない限り、本稿における「外国人」はすべてこの定義による。

(15) Zweites Gesetz zur Verbesserung der Haushaltsstruktur (2. Haushaltsstrukturgesetz – 2. HStruktG) v. 22.12.1981, BGBl. I S. 1523.

(16) 「生計に不可欠な分」(zum Lebensunterhalt Erläßliche) という概念は、この改正で初めて用いられたものではない。労働を拒んだ受給権者に対する制裁的減額を定める連邦社会扶助法第25条においても、同じ表現が使われていた。

(17) 両院協議会 (Vermittlungsausschuss) とは、基本法第77条第 2 項に基づいて組織される、連邦議会と連邦参議院の各代表者が法案についての合意を形成するための委員会である。参照、小林公夫「ドイツの議会制度」調査と情報1055号 (2019年) 11頁。

(18) BT-Drucks. 9/1140, S. 6.

直接的な手がかりはない。ただし、庇護申請者数の急激な増加という当時の状況に鑑みて、立法者の主眼は、給付の内容を少なくすることで経済難民がドイツへやってくるインセンティブを減らし、財政負担を抑えることにあったと推測されていた⁽¹⁹⁾。

1. 1. 2 1984年予算随伴法——給付制限の対象範囲の拡大

1983年12月の「1984年予算随伴法」成立により、連邦社会扶助法第120条第2項はさらに改正された。当該改正により、第2項の請求権の範囲減少と給付切り下げの対象となる人的範囲が拡大された⁽²⁰⁾。これにより、当該規定の対象者は庇護手続中の外国人のみならず、出国を義務付けられている外国人で、国際法上、政治上そして人道上または外国人法上掲げられた理由により出国を猶予されている者（第1文第2号）、その他の外国人で、出国を義務付けられている者（第1文第3号）にも及ぶことになった。「猶予（Duldung）」とは、出国義務を負っているが、法的または事実上の理由によって、国外退去強制が停止されている者の法的状態をいう（これについては改めて3において扱う）。

当該改正の理由は、出身国における状況の不明確性に依拠して庇護申請を行わず、あるいは申請を取り下げること、猶予者として（第2項による制限のない）完全な社会給付を得ようとするインセンティブを現行の第2項が生じさせているからであると説明された⁽²²⁾。つまり、第2項による給

(19) Vgl. Michael Stolleis/Gudrun Schlamelcher, Zur Verfassungsmäßigkeit des 120 BSHG, NDV 1985, S. 313; Hermann Gottschick/Dieter Giese, Das Bundessozialhilfegesetz Kommentar, 8. Aufl., 1984, § 120 Rn. 8.

(20) Gesetz über Maßnahmen zur Entlastung der öffentlichen Haushalte und zur Stabilisierung der Finanzentwicklung in der Rentenversicherung sowie über die Verlängerung der Investitionshilfeabgabe (Haushaltsbegleitgesetz 1984) v. 22.12.1983, BGBl. I S. 1532.

(21) 当該改正はこの他にも、商品券の交付を可能な扶助の形式として加え、そして、生計に不可欠な分への切り下げは、経常的金銭給付の額のみならず商品券や現物給付の価値の切り下げにも及ぶものとした。

付制限を避けるためにあえて庇護申請をしない者がおり、当該改正はそのような事態に対処することを目的としたものであった。立法者によれば、このような外国人の状況は庇護申請者と同列に置くことができるものである⁽²³⁾ので、出国義務を負う外国人を、庇護申請を行うために滞在する人たちよりも扶助法上優遇するようなことは、是認しがたいという。

1.2 裁判所による統制

1.2.1 法解釈による統制——ベルリン上級行政裁判所1983年1月3日

⁽²⁴⁾ 決定

(1) 事案の概要と争点

申立人ら一家は1982年にレバノンから西ベルリンへと空路で入域した。彼らはレバノンのパスポートを持っていたが、有効なビザを有していなかったため、ベルリン警察署長により滞在許可の付与の申請を拒否され、国外退去強制の予告を受けた。ただし、レバノンの現況に鑑みて、国外退去強制措置は見合わせられている。申立人らは庇護申請を行っていなかったが、社会扶助主体は、庇護申請者について設けられた連邦社会扶助法第120条第2項の規定を申立人らに類推適用し、通常の外国人に対するよりも低い額での給付を支給していた。本件では、違法に入国し、滞在している外国人に対して、(1984年予算随伴法による改正前の)第120条第2項の規定を類推適用することが認められるかが争われた。

(2) 決定

裁判所は、そのような類推適用は認められないと判示した。すなわち、

(22) BT-Drucks. 10/335, S. 105. そこに示されているベルリン外国人局のデータによれば、庇護申請者と猶予者の扶助受給者の比率は、1981年の8月から12月までの間はおよそ46対54だったのに対して、1982年1月及び2月においては、およそ5対95であったという。

(23) Ebenda.

(24) OVG Berlin, Beschl. v. 3.1.1983 - 6 S 117/82=FEVS 34, 137-142.

連邦社会扶助法は、法的請求権の保障の際には原則として、要扶助外国人がドイツに合法的に滞在しているかどうかを問わない。第120条においても、問題となっているのは外国人一般に対する請求権の範囲の限定と、庇護申請者に対する裁量による給付切り下げの可能性だけであって、滞在の合法性は焦点となっていない。むしろ、諸状況の下にある違法滞在を、国外退去強制の措置を通じてでも終わらせようとするかどうか、それをいつやるかについての判断は、依然として所管の外国人局に委ねられているのである。外国人法第10条第1項第10号によれば、合法にドイツに滞在している外国人であっても、社会扶助の受給は退去強制の理由になりうる。このような中で、連邦社会扶助法第120条第2項を連邦領域内に違法に滞在している外国人に対して類推適用することは、滞在関係法と社会扶助法との体系的な区分と矛盾することになる。滞在の合法性如何により異なった取扱いをすることは、外国人にさらなる給付を認めるかどうかについての裁量行使の枠内において余地が残されているにすぎないのであって、給付請求権が保障されている点については認められない⁽²⁵⁾。

ただし、申立人らは社会扶助を受給する目的で入国したと考えられるため、扶助に対する請求権を持たない（第120条第1項第1文後段⁽²⁶⁾）。申立人1）は1972年にあったいくつかの事件について、レバノン政府から搜索を受けていると主張するが、その後1982年にパレスチナ難民用のパスポートの発行をレバノン政府から受けていることとの整合性が取れない。そもそも、政治的な迫害から逃れてきたのなら庇護申請をするはずであるが、それをしていないことから、社会扶助の受給が入国の目的であったことが推測される⁽²⁷⁾。なお、請求権が否定されたとしても裁量により給付が行わ

(25) FEVS 34, 137 [139 f.].

(26) 本稿では立ち入らないが、この「扶助を受けるために入国した者に対しては請求権を認めない」という規定の解釈等についてはさしあたり、庄谷怜子ほか「ドイツ連邦共和国における外国人に対する社会扶助」社会問題研究42巻2号（1993年）100頁以下〔木下秀雄〕を参照。

(27) FEVS 34, 137 [140].

れうる旨規定されているが、そこでの裁量行使にあつては、庇護申請の濫用的不行使 (mißbräuchlichen Unterlaßen) に対処するために、連邦社会扶助法第120条第2項の給付枠組みを使う権限が社会扶助主体には認められる⁽²⁸⁾。

(3) 検討

当該決定はまず、連邦社会扶助法と外国人法のそれぞれにおいて、滞在の違法性がどのように評価されるか検討している。一方において扶助法は、受給権を認めるか否かの判断の際に、滞在の合法性を問題としていない。それゆえ、違法滞在者であるというだけでは、受給権を否定することはできない。他方において外国人法は、違法滞在者に対する処分、例えば国外退去強制について定めているが、その対象を決定し、措置を執るのは所管の外国人局である。さらに、扶助法と外国人法が全く異なる体系をもつ法であることの証左として、社会扶助の受給が国外退去命令事由となっていること、つまり合法に滞在する外国人であっても、扶助を受給したことを理由として、外国人局により国外退去の対象とされうることを挙げている。滞在の違法性を受給権の有無の判断にかからしめることは、扶助法上の規定の文言に反するのみならず、本来は外国人局に委ねられているはずの違法滞在者の処遇を、社会扶助主体が肩代わりすることになるため認められないのである。

ここで指摘しておくべきは、扶助法と外国人法が体系を異にする法であるという点が意識されながらも、外国人政策的考慮が扶助法の運用にあたって完全に排除されているわけではない、という点である。このことは、給付請求権については、その有無を滞在の違法性に左右させてはならないといいつつも、裁量給付については、外国人政策上非難さるべき態度 (満額の給付を得るために庇護申請をしないこと) を、減額の根拠としてもよいと判断している点にみられる。このように、扶助法と外国人政策を一応は

(28) FEVS 34, 137 [142].

区別しながらも、扶助法の運用にあたって外国人政策的考慮を完全には排除しないという点に、人たるに値する生存の確保という憲法上の要請と、増加する困窮外国人への対処という外国人政策の衝突を、なんとか調和させようという行政裁判所の苦慮が感じられる。⁽²⁹⁾

1. 2. 2 個別性原理に基づく統制

(1) 法的問題

1. 1. 1 (2-a) で見たところによれば、庇護申請者に対する規定の内容は、①請求権の生計扶助への限定、②他の扶助は裁量による、③可能な限り現物給付で保障する、④扶助は生計に不可欠な分にまで制限されうる、というものであった。しかし、並列的に規定されたこれらの規範のうち、①請求権の生計扶助への限定と、④給付は生計に不可欠な分にまで制限されうる、という二つの規定の関係について、解釈上の問題があった。すなわち、ほとんどのラントでは、第2項に該当する者には基本的に①により生計扶助が満額で支給されていたのであるが、地域によっては、第2項に該当する者に対して一律に、つまり個別事例に応じた審査なしに、④による生計扶助の減額が行われていた。⁽³⁰⁾ この①と④の適用に関する実務の混乱に一応の決着をつけたのが、以下の二つの連邦行政裁判所判決である。

(2) 連邦行政裁判所1985年3月14日判決⁽³¹⁾

生計扶助を生計に不可欠な分にまで切り下げることを(④)を原則とし、

(29) Vgl. Walter Schellhorn/Hans Jirasek/Paul Seipp, Kommentar zum Bundessozialhilfegesetz, 14. Aufl., 1993, § 120 Rn. 21.

(30) バイエルンでは15%の減額を一律に行っていた。Vgl. Barbara Dietrich, Sozialhilfe für Asylsuchende, Wiesbaden 1992, S. 23. また、20%から30%の減額を行うところもあったという。Hartmut Schubert, Sozialhilfe für Ausländer - Konsequenzen der Neufassung des § 120 Abs. 2 BSHG im Rahmen des Haushaltsbegleitgesetzes 1984 -, InfAuslR 1984, S. 81.

(31) BVerwG, Urt. v. 14.3.1985 - 5 C 145/83 = BVerwGE 71, 139-150. 邦語での解説として、庄谷怜子ほか「ドイツ連邦共和国における外国人に対する社会扶助・完」

満額で支給すること (①) を例外とするような行政実務は、法律上の裁量の限界を踏み越えるものであり、許されない。この裁量の限界は、一つは庇護申請者への社会扶助保障に関する規定が存在する脈絡全体から、そしてもう一つは連邦社会扶助法第120条第2項の体系から生じる。第一の点については、庇護申請者に関する当該規定が、別異の法律として設けられるのではなくて、連邦社会扶助法の規定の一つとして置かれたということが重要である。なぜならそのことにより、社会扶助を特徴づける諸原則の適用を認めることになるからである。そのため、庇護申請者についての諸規定にも、連邦社会扶助法の原則の一つである個別性原理が適用される。第二の点については、第120条の規定が、あらゆる外国人に対して生計扶助への請求権を認めており、それもドイツ人と同じ基準に基づいて行われることとされているが、このことは、庇護申請者に関する規定の挿入後も原則として変わっていない。庇護申請者には請求権が生計扶助に限られるという規定 (①) は、その生計扶助がドイツ人と同じ基準で、あらゆる外国人に認められる生計扶助なのだとを確認するものである。そこではただ、他の外国人には認められる特別扶助 (疾病扶助・妊娠婦扶助・結核扶助・介護扶助) への請求権から、庇護申請者は除外されるのだと言われているにすぎない。これが、原則としての規制なのである。これとの関係で、経常的金銭給付の制限可能性 (④) は、例外となる。そこでは、生計に不可欠な分というかたちで、制限可能性の限界が示されている。これによっても、社会扶助主体の裁量行使には境界が引かれる。経常的金銭給付の制限を行う理由付けから裁量行使の際に扶助主体が出発点とした観点で認識できるようになっていなければならないということが、ここから帰結されるのであるが、その不可避性について、当裁判所はすでにかつての判例⁽³²⁾の中で指摘している。したがって、この原則例外関係を反対にするような指針、つまり庇護申請者に対しては給付の切り下げ (④) が原則であ

社会問題研究43巻1号 (1993年) 127頁以下〔瀧澤仁唱〕を参照。

(32) BVerwG, Urt. v. 13.10.1983 - 5 C 67/82 = BVerwGE 68, 91-97 [93].

って、満額での支給（①）が例外であるというような指針に依拠した裁量判断は誤りである。⁽³³⁾

このことへの反論として、第2項が、外国人法及び外国人政策、特に庇護政策的な目標を基礎に置いているなどということを持ち出すことはできない。そのような見解によれば、当該規定がかような目標に基づいていることで、社会扶助主体の裁量は端から給付の切り下げ（④）へと拘束されているのだという。庇護政策的な目標設定—これが、連邦社会扶助法の基本原則に現れている社会扶助法の目標と両立するのかがまず問われねばならないのだが—は、法律の条文からは読み取ることができない。第120条第2項は詳しい理由付けもなく挿入されたが、この規定を含む第二次予算構造法全体の目標設定は、社会保障の根幹を損なわずに、公的支出の増加を制限することにあつた。⁽³⁴⁾ 上述した体系理解からすれば、当該規定は、庇護申請者を、出費がかさみがちな特別扶助への請求権から除外することで、この目標をすでに達成しているのである。これに付け加えられるのが、生計扶助を不可欠な分にまで制限する可能性であるが、これは、社会扶助法の目標設定の枠内において制限する、という意味である。庇護政策によって理由付けられた（庇護申請者に対しては原則として給付を切り下げるといふ）準則がなければ第2項には意味がない、などということではできない。⁽³⁵⁾

⁽³⁶⁾ （3）連邦行政裁判所1991年9月26日判決

当裁判所が（2）の判決により提示した原則例外関係は、1984年予算随伴法を経てもなお維持される。第2項の対象となる外国人は当該改正により増えたものの、第2項の対象となるだけでは、やはり例外としての給付

(33) BVerwGE 71, 139 [146 ff.].

(34) BT-Drucks. 9/842, S. 1.

(35) BVerwGE 71, 139 [148 f.].

(36) BVerwG, Urt. v. 26.9.1991 - 5 C 61/88 = BVerwGE 89, 87-93. 邦語での解説として、庄谷ほか（前掲注31）131頁以下〔瀧澤仁唱〕を参照。

切り下げを正当化することはできない。⁽³⁷⁾ もっとも、この原則例外関係の中で、例外に相当するケースを一般的に定めることが完全に否定されるわけではない。例外に該当するかどうかを決める一般的基準として認められないのは、第 2 項の対象者が典型的に満たすことになるような基準、例えば、一定期間だけ認められている不安定な滞在資格という基準や、出国義務を負っているという基準である。したがって、それよりも狭いケース、例えば自由刑に相当する犯罪を行ったことが理由で国外退去強制の対象とされている、というケースを、例外の対象となる一般的基準として定立することは、上記の原則例外関係を覆すものではないため、認められる。当法廷の以下のような定式、すなわち、裁量の行使によって給付を生計に不可欠な分にまで制限することが可能となるのは個別事例の状況を顧慮する場合だけであるという定式は、例外事例が、ある特殊性によって、庇護を求める外国人ないし出国を義務付けられている外国人という原則的事例から区別されればよいという意味である。⁽³⁸⁾

もっとも、そのような一般的な基準を作るにしても、個別の基準を作るにしても、切り下げは、それが社会扶助法の目標設定の枠組みにおいて正当化されるかどうかという観点から、審査されねばならない。連邦社会扶助法第 120 条第 2 項の改正の基礎になっている、公的支出の増加を抑制するという法律の目標にしたがって、社会扶助の財源を切り詰めることで社会扶助財源のさらなる節約をしようとすることに、社会法上の問題は無い。扶助受給者がその出国義務を履行する場合には、これが生じるかもしれない。国外退去強制を猶予された外国人が外国人法上出国を強制されないからといって、社会扶助の制限によってその者の出国とそれに伴う社会扶助の終了を目指すこと自体が、⁽³⁹⁾ 妨げられるわけではない。

(37) BVerwGE 89, 87 [90].

(38) BVerwGE 89, 87 [90 f.].

(39) BVerwGE 89, 87 [91].

（４）検討

まず、いずれの判決も、第120条第2項においては、①請求権の生計扶助への制限が原則であって、④給付内容の切り下げは例外である、という見解を示している。その根拠となっているのは、連邦社会扶助法の解釈と運用の指針となる基本原則の一つである、個別性原理（Individualisierungsprinzip）である。個別性原理とは、「社会扶助の種類、方法及び程度は、個別事例の特殊性、とりわけ受給者の人格、その需要の種類及び地域的關係に応じたものでなければならない」という原則であり、同法に明文で規定されている（第3条第1項）。ここから、扶助を一律的ではなく、個人⁽⁴⁰⁾の個別的事情に応じて保障する義務が導かれる。庇護手続中という地位ないし出国義務の存在を理由として、該当者に対して一律に給付内容の切り下げ（④）を行うことは、個別的な事情を無視しているため、個別性原理に反することになる。⁽⁴¹⁾

問題は、第120条第2項という外国人政策的意図をもって定められたと考えられる規定にも、この原理が適用されるのか、という点であった。この規定が加えられた背景からすれば、立法者は外国人政策的意図の下で、第120条第2項の対象者に対しては基本的に給付を切り下げる方向へと扶助主体の裁量を拘束する、つまり④を原則とするつもりであったと考えられる。⁽⁴²⁾しかし連邦行政裁判所はあえて、第2項が連邦社会扶助法の中に置かれた規定であること、そして、立法資料から読み取れる当該規定の目的は、外国人政策にではなく、公的負担の節減にあることに依拠して、当該規定も扶助法の基本原理たる個別性原理の適用対象であるとした。「当該規制の憲法適合的解釈を行うため、そして、外国人政策と社会扶助の混合

(40) Gottschick/Giese (Anm. 19) § 3 Rn. 1 ff.

(41) 早くからこの問題を指摘していた学説として、vgl. Schubert (Anm. 30) S. 81.

(42) Schellhorn/Jirasek/Seipp (Anm. 29) § 120 Rn. 36. 当該規定の立法理由について、「いわゆる経済難民ないし見せかけの庇護希望者（Scheinasylanten）から入国のインセンティブを奪うため」であったとの考えを示すものとして、vgl. OVG Berlin, Beschl. v. 7.1.1983 - 6 S 123/82 = NVwZ 1983, 430 [431].

に対する法的な疑念を補正するために⁽⁴³⁾、あくまでも給付切り下げは個別事例の判断を前提とする例外的場合であるとしたのである。この判断は、当該規定を「なお社会扶助法の枠組みに組み込むための唯一の可能性」で⁽⁴⁴⁾あった。

これらの判決ではさらに、給付切り下げの根拠は扶助法上の目標設定の枠組みにおいて正当化されねばならない、という定式が確認されている。この定式からすれば、外国人政策的な目標をもって、例えば出国義務を負う者を自発的に出国させることを目指して給付を切り下げことは認められない、と結論付けられそうである。しかしながら(3)判決は、出国義務を履行することが、ひいては扶助法上の目標設定(公的支出の節減)に資する可能性をもつとして、出国義務のある外国人に対する給付切り下げの可能性を、結果的に肯定している。ここでも、1. 2. 1の行政裁判所決定と同様、法律上の受給権の保障については外国人政策に基づく制限を排除するが、行政裁量行使の範囲内では外国人政策的考慮を行うことを認めるという方法で、扶助法と外国人政策の対立に折り合いをつけようとしていることがわかる。

1.3 小括

1980年頃の庇護申請数の激増を背景として、庇護申請者と出国義務を負う外国人に対して、扶助を限定する規定が置かれた。この規定の挿入は、今までになかった外国人間の差異取扱いを導入するものであったにも関わらず、詳しい説明が付されていなかったため、扶助法を実施する社会扶助主体に混乱をもたらした。このような状況に対し、行政裁判所は、扶助法の解釈にあたって外国人政策上の考慮を行うのは行政裁量行使の場面に限られ、受給権の保障については外国人政策に左右されないとの線引きを行った。

(43) Schellhorn/Jirasek/Seipp (Anm. 29) § 120 Rn. 36.

(44) Ebenda.

2 庇護申請者給付法の成立と裁判所の統制

ここでは、庇護申請者給付法の成立によって、庇護申請者と出国義務を負う外国人に対して、一律的に減額された扶助が保障されることとなった点を確認する。そして、今や連邦社会扶助法の体系からはずれ、外国人政策的な性質が強められた当該法律の解釈・運用に対して、行政裁判所がいかなる統制を加えたのかをみる。最後に、連邦行政裁判所決定により庇護申請者給付法にも妥当するとされた「需要充足原理」を、立法者をも拘束するものとして補強した連邦憲法裁判所の判決を検討し、外国人がもつ憲法上の最低生活保障への権利から生ずるのは、適切に算定された「需要の充足」を阻むような外国人政策を排除することであると結論する。

2. 1 庇護申請者給付法の制定

2. 1. 1 立法目的

(1) 立法の背景

庇護手続の改正等による庇護申請者数の増加への対応にも関わらず、庇護申請者は80年代後半以降再び増加した。そのような中、1992年11月に、庇護申請者等に対する扶助についてのさらなる改正が、連邦社会扶助法120条の改正として提案されたが、その翌月、基本法上の庇護権規定の改正に関する与野党間の妥協（「庇護の妥協（Asylkompromiß）」）が成立したことを受け、これに基づく庇護関連諸法改正の一環として、庇護申請者給付法という新たな法制度が連邦社会扶助法とは別に作られることになった。⁽⁴⁶⁾

(45) BT-Drucks. 12/3686.

(46) Gesetz zur Neuregelung der Leistungen an Asylbewerber v. 30.6.1993, BGBl. I S. 1074.

(2) 立法趣旨

立法資料によれば、庇護申請者給付法の立法趣旨は以下のとおりである。すなわち、連邦社会扶助法第120条には1982年以来、本質的な変更が加えられていない一方で、庇護希望者ないし国際法上・人道上の理由でドイツでの滞在を保障される外国人の数が著しく増加している。そのような外国人の増加から生ずる政治的・社会的問題状況によって、1990年に外国人法が改正されることとなった。この外国人法の改正が、今日の外国人への社会扶助に対して影響を与えており、規制を改正することが望ましい⁽⁴⁷⁾。庇護申請者の生計のための給付を連邦社会扶助法の外側で規制することによって、給付を簡素化し、原則として狭められている一時的な滞在の需要に適合させることができる。連邦社会扶助法は、個別性原理を出発点としており、生存の確保と同時に社会的に統合された生活を受給権者が「自立して営むこと」を目的としたものである。この別異の規制が、給付法を本質的に外国人法及び庇護法に適応させることになる。膨大な数の庇護申請者に対処するという喫緊の課題が、調和的な、目的を一にする解決策を必要としているのである⁽⁴⁸⁾。もっとも、庇護申請者に対する給付の保護的な⁽⁴⁹⁾ (fürsorgerisch) 諸観点は、引き続き保障される。しかし、核心にあるのは、庇護手続法による外国人の滞在及び居住の権利を規制することである⁽⁵⁰⁾。

2.1.2 主な規制内容

(1) 対象者

庇護申請者給付法の受給権者とされたのは、庇護手続中の者と、執行可

(47) BT-Drucks. 12/4451, S. 5.

(48) Ebenda.

(49) „Fürsorge” (保護) という言葉は、慈恵的な意味合いが強く、権利としての最低生活保障には相応しくないと考えられ、連邦社会扶助法制定時において „Hilfe“ (扶助) という語が意識的に選択された (参照、古瀬ほか編 (前掲注13) 152頁)。このような経緯にもかかわらず、庇護申請者給付法の立法時にこの言葉が立法者により用いられている点は、示唆的である。

(50) BT-Drucks. 12/4451, S. 5.

能な出国義務を負う外国人及びその家族（配偶者と未成年の子ども）であった。ただし、上記に当てはまる者であっても、6カ月以上の滞在を認められる特別滞在権を付与された者は、庇護申請者給付法ではなく連邦社会扶助法の対象とされる。給付請求権は、当該外国人が出国した時点か、受給要件を満たさなくなった月、庇護権者として認定された月または裁判によって認定が義務付けられた月に終了する。

連邦社会扶助法第120条第2項の場合と同様に、庇護手続中でなく出国義務を負っている非正規滞在者も、庇護申請者と扶助法上同列に置かれることとなった。この点についての立法者の説明は、以下の通りである。すなわち、庇護申請を却下された者が、給付が得られるからという理由でドイツに引き続き滞在し続けることは望ましくない。また、庇護申請をしていなくとも、却下された者と同じ理由で出国義務を負っている外国人を、それらの者より給付法上優遇するべきではない。⁽⁵¹⁾この人的範囲を庇護申請者と同等に取り扱うことは、かれらが皆安定した（verfestigt）滞在の権利を持っていないという点からして必要なことである。この集団を庇護申請者給付法の対象としないことにすると、それはそれで新たな問題を生じる⁽⁵²⁾ような相応の解決策を、他の方法により講じなければなるまい。

（２）給付の内容

庇護申請者給付法の給付には、基礎給付（第3条）と、疾病・妊産婦扶助（第4条）がある。基礎給付は、栄養、宿泊、暖房、衣服、健康管理、耐久消費財等に係る必要需要と、日常生活の個人的な欲求のための需要により構成される。日常生活の個人的な欲求のための需要を満たす給付を除いて、給付は原則として現物によって保障される。疾病扶助による給付は、切迫した病状に緊急的に対処するための最低限度のもののみを内容とする。⁽⁵³⁾

(51) Ebenda.

(52) Ebenda.

立法者によれば、一時的な期間に限って行われる給付についての規制という目的に照らすと、この給付の程度は許容されるもの (zumutbar) であって、最低限の生計保障により人間の尊厳の原則に見合うような生活を可能とするものであるという⁽⁵⁴⁾。

2. 1. 3 検討

庇護申請者給付法の目的と内容について、1 でみた連邦行政裁判所の連邦社会扶助法第120条第2項についての判断との対比で検討してみよう⁽⁵⁵⁾。まず、給付切り下げの対象者を類型的に分けることが個別性原理に反するという連邦行政裁判所の判断に対し、立法者は対象者を異にする法制度を新たに作ることで⁽⁵⁶⁾、個別性原理の適用を否定した。そこでの類型化の基準となっているのは、滞在の期間と結びついた「安定した滞在の権利」である。連邦社会扶助法は「社会への統合」や「自立」を目指すものという特

(53) 「急性疾患及び急性痛の治療のために、医薬品及び包帯類の支給並びに病気又は予後の回復、改善又は軽減に必要な他の給付を含む医師及び歯科医師による治療を保障しなければならない。歯科医師による診察は、個別の場合において、医学上の理由からこれを延期することができない場合に限り行う」(第4条第1項)。なお、同法の邦訳にあつては、渡辺富久子「庇護申請者給付法」外国の立法264号(2015年)76頁以下を参照した。

(54) BT-Drucks. 12/4451, S. 6. なお、1990年代の時点で、連邦社会扶助法第120条所定の外国人に対する扶助に比べて、庇護申請者給付法による給付額はおよそ20%ほど低いとされた。ただし、疾病ないし妊娠出産にかかる扶助がカバーする範囲の違いや、連邦社会扶助法第120条が他の給付についての裁量の余地を開いていることを加味すると、実際には20%よりもかなり大きい差があるという指摘がある。Vgl. Stefan Horrer, Das Asylbewerberleistungsgesetz, die Verfassung und das Existenzminimum, Berlin 2001, S. 178 f.

(55) 本稿では立ち入らないが、制定初期の庇護申請者給付法に対する批判的研究の代表的なものとして、vgl. Klaus Sieveking, Verfassungsrechtliche Fragen zur Absenkung von Sozialhilfeleistungen für Flüchtlinge, ZDWF-Schriftenreihe Nr. 63, 1995 m. w. N.

(56) 庇護申請者給付法が社会扶助法の体系から乖離すること自体を批判的に検討するものとして、vgl. Horrer (Anm. 54) S. 30 ff.

徴づけがなされ、これに対して庇護申請者や出国義務を負う者は、庇護手続の期間中ないし出国義務の履行までの間という、一時的滞在を予定した地位にすぎず、そもそも連邦社会扶助法の目的に合致しないという。滞在期間を類型化の基準としていることは、比較的長期間の滞在が認められる庇護申請者を連邦社会扶助法の対象としている点からも読み取ることができる。

次に、連邦行政裁判所は1. 2. 2で見た判例において、連邦社会扶助法第120条第2項の立法目的は、あくまでも公費負担の軽減という、社会扶助法上正当化される目的であると判示した。これに対して庇護申請者給付法は、それが庇護申請者の増加に対処するという庇護政策上の目的をもった法であることを明言している。これにより、給付切り下げの目的を扶助法上のものと解して正当化することはできなくなる。しかし立法者は他方で、同法は保護的な観点を維持しており、しかも（切り下げられた）給付内容は人間に値する生存を確保するに足るとも述べている。ここに、立法者が外国人政策的な意図をもって給付内容を切り下げることをどのように評価すべきかという、それまで行政裁判所が判断してこなかった問題が再び立ち現れる。

2.2 裁判所による統制

2.2.1 法解釈による統制——ハンブルク上級行政裁判所1993年12月28日⁽⁵⁷⁾決定

（1）事案の概要と争点

申立人は、有効なパスポートを有していないが、本人が主張するには英国籍者である。滞在に必要ないかなる資格も有さず、以前に有していた滞在資格の期間延長も新たな滞在資格の付与申請も行っていなかった。申立人の出国義務は執行可能であり、申立人は庇護申請者給付法の定める受給権者である。しかし社会扶助主体は、法的に課された滞在区域の制限に違

(57) HmbOVG, Beschl. v. 28.12.1993 – BS IV 222/93=FEVS 45, 76–79.

反した者には、扶助を「必要最低限」にまで引き下げてよいとする同法第 11 条第 2 項を類推適用して、ドイツから出国するのに必要な旅費のみを申立人に支給した。このような類推適用が認められるかどうかを争ったのが本件である。

(2) 決定

第 11 条第 2 項を、執行可能な出国義務を負う外国人である申立人に対して類推適用することは認められない。同規定はその適用対象を、庇護関連法ないし外国人関連法による領域的制限に反して滞在している受給権者であると明文で定めている。申立人は庇護申請者でもなければ、滞在にかかる領域的制限を受けてもいないので、同規定の直接の適用対象にはならない。⁽⁵⁸⁾ また、被申立人の見解と異なって、とりわけ基礎給付の最終的な (endgültig) 拒否を行う目的で、同規定を類推適用することは認められない。第 11 条第 2 項が扶助を必要最低限にまで減らすことを認めているのは、限られた期間、つまり受給権者が法的に指定された滞在场所へと戻らない間だけであるということからすでに、類推適用の否定が推論される。該当事が指定滞在区域に戻れば再び、満額での給付請求権を持つことになる。当該規定が目的とするのは単に、庇護関連法ないし外国人関連法上の領域的制限が破られ、効果を失うことがないようにする、というにすぎない。つまり当該規定の立法者は、執行可能な出国義務を負う外国人の自発的な出国を促し、それによって退去強制の手間を省こうなどという意図を追求しているのではない。⁽⁵⁹⁾ また、第 11 条第 2 項の類推適用が必要になるような規制の空隙も存しない。立法者にとっては、執行可能な出国義務を負う外国人の集団を、普通より低められた給付を規定する庇護申請者給付法の対象とすることで、引き続きドイツに滞在する給付法上のインセンティブを避け、それによって自発的な出国を促すことで十分なのである。ま

(58) FEVS 45, 76 [77].

(59) FEVS 45, 76 [77 f.].

た、立法資料によれば、給付請求権は、該当者の（違法な）連邦領域における滞在の間、とりわけ出国の催告の後に終了するのではなく、外国人が⁽⁶⁰⁾出国して初めて終了することが、明文で規定されている。

（３）検討

本件の事案から、非正規滞在者といういわば「望ましくない外国人」に対して、給付を出国費用にまで切り下げることで、出国を促そうとする実務が行われていたことがわかる。ここでも、1. 2. 1でみた場合と同様、行政裁判所が文言に忠実な解釈と立法資料に基づいた立法者の意図の特定を行うことでこのような実務を統制している。庇護申請者給付法が庇護政策的意図の下で制定されたことは明白であるけれども、同法の受給権者を「ドイツに長居させないようにする」という立法目的は、通常の給付額を他の外国人やドイツ人に比して低く据え置くことすでに達せられているとした。このような解釈から、立法者が一二義的にはあるが—認めたところの、庇護申請者給付法がもつ「保護的な観点」を維持しようという裁判所の意図を読み取ることができる。立法目的が何であれ、それが一応は人間に値する生存を確保するという、扶助法としての性質を持ち合わせているという点に着目して判断を行っている⁽⁶¹⁾のである。

2. 2. 2 需要充足原理による統制—連邦行政裁判所1998年9月29日決定⁽⁶²⁾

（１）事案の概要と争点

庇護申請者たる原告が、庇護申請者給付法の合憲性を争ったのが本件である。原告の主張によれば、庇護申請者給付法第1条、第3条などが、社

(60) FEVS 45, 76 [78].

(61) コンメンタールにおいて当該決定は、「庇護申請者給付法は給付法律として、自発的な出国を給付切り下げによって目指す道具などではない」ことを示す判例として紹介されている。Vgl. Grube/Wahrendorf/Flint/Leopold, 7. Aufl. 2020, AsylbLG § 1 Rn. 59.

(62) BVerwG, Beschl. v. 29.9.1998 – 5 B 82/97 = NVwZ 1999, 669.

会国家原理を定める基本法第20条、人間の尊厳原理を定める第1条及び平等原則を定める第3条に反し違憲であるという。原告によれば、連邦社会扶助法で定められている基準額が、憲法上保障されるところの最低生活の内容であるため、連邦社会扶助法の基準額を下回る給付額を設定している時点ですでに、庇護申請者給付法は憲法に違反する。なお、本件は、庇護申請者給付法の合憲性について連邦の最上級裁判所が初めて見解を示した決定である。

(2) 決定

当該異議申立には理由がない。原告は、人間に値する生存のための最低条件をつくり出すことは国家の任務であり、この意味で、最低生活が憲法上保障されるのだということを出発点としており、それは正当である。しかし原告は、最低生活が「連邦社会扶助法の通常給付により具体化され」、そのために庇護申請者給付法がより少ない給付しか規定していないことは憲法に違反するのだと考えており、この点は不当である。確かに、連邦憲法裁判所はかつて、所得税法上の最低生活の大きさは、社会扶助法においてその都度認識される最低需要であるとした⁽⁶³⁾。しかし同裁判所はその際、最低需要を見積もることは立法者の任務であることを明言し、さらに基準額が頻繁に改正されることを考えると、それに依拠している生計扶助が、憲法上要請される最低限度の扶助と同一視されてはならないことは明らかである。さらに、連邦社会扶助法はそもそも一つの基準額ではなく、世帯主か単身者か、世帯構成員の中でも高齢者がいるかどうかという形で複数の基準額を設定しており、扶助給付について集団ごとの差異づけを行っている。連邦憲法裁判所は、税法上の最低需要について、集団ごとに需要を把握することは、憲法上許容されると判断している⁽⁶⁴⁾。したがって、庇護申

(63) BVerfG, Beschl. v. 25.9.1992 - 2 BvL 5, 14 und 8/91 = BVerfGE 87, 153-181 [171].

(64) BVerfGE 87, 153 [172].

請者給付法第3条にいう基礎給付の額が、連邦社会扶助法のそれに相当する給付額よりも低く抑えられているからといって、立法者が憲法上の要請に背いているなどということはできない。また、原告は、彼に対する給付が、人間に値する生活のための最低条件を満たすことができていないという⁽⁶⁵⁾、個別事例における証明を全く行っていない。

「費用を節約し、ドイツ連邦共和国への入国を妨げるという、（原告の思う）立法者の意図」という原告の異議申立における主張も、庇護申請者給付法の合憲性への疑念を正当化しない。費用を節約し、庇護の濫用を助長するような経済的インセンティブを減少するという立法者の目的が憲法上憂慮すべきものであることが明白とはいえないことを度外視しても、人間に値する生活を送る（基本法第1条第1項、第20条）可能性という観点においては、そのために必要な扶助給付が十分に算定されていることが、決定的なのである。立法者が行うその判断を、原告は論証もせずに疑問視している⁽⁶⁶⁾。

原告は、庇護申請者給付法が基本法第3条にも違反していると主張しているが、個別事例については何も述べていない。立法資料によれば、庇護申請者給付法第1条において挙げられている者は安定した滞在の権利を持たず、社会的な統合についての需要がない。この基準は集団⁽⁶⁷⁾に関する差異づけを行うものである。

（3）検討

当該決定は、庇護申請者給付法の給付額を連邦社会扶助法のそれよりも低く設定することが憲法に反しないとした。本件は1992年の連邦憲法裁判所決定を援用しつつ、需要を算定するのは立法者の任務であること、そして、憲法の要請する「人たるに値する生存の保障」にとっては、最低生活

(65) NVwZ 1999, 669.

(66) NVwZ 1999, 669.

(67) NVwZ 1999, 669.

のために必要な需要を立法者が十分に把握・算定していることが決定的であるとする。その前提にあるのは、最低生活保障法の基本原理の一つである、「要扶助者が現在直面している困難な状況において、具体的で個人的な需要を社会扶助がカバーしなければならない」という原理である（需要充足原理⁽⁶⁸⁾；Bedarfsdeckungsprinzip）。給付額に現れる「最低生活」の中身を決めるのは立法者であるが、その多寡は、充たされるべき受給者の需要を適切に把握できているか、という観点から評価されるのであって、他の者に対する給付との単純比較において評価されるのではない。庇護申請者給付法の対象者は、連邦社会扶助法の対象者とは典型的に需要が異なっているのだ、という立法者の認識からすれば、一方の給付額が他方のそれより相対的に低くても、それだけで憲法に反することにはならない。

本件でも、外国人政策的な意図で給付内容を切り下げることについての判断は避けられている。庇護申請者給付法が外国人政策的意図をもって作られたものであろうがなかろうが、それが最低生活保障法である限りにおいては、需要が充足できていさえすればよい、ということになると、扶助法から外国人政策を完全に排除することはできないように思われる。ただし、「需要の充足」にのみ扶助法を拘束することは、基準額の低廉さを正当化する根拠として、外国人政策を引き合いに出すことはできないということを意味する。この限りで、外国人政策は排除されているといえる。

そうすると、当該決定の最大の意義は、実は何よりも「庇護申請者給付法は、最低生活保障法である」と認定した点にあることがわかる。この法制度に、人間の尊厳を基礎とした最低生活保障法ではなく、庇護政策上の単なる人道的措置という位置づけを与えてしまえば、扶助法の基本原理たる需要充足原理の適用もなく、憲法上の保障も及ばない領域の問題となっ

(68) 田畑洋一『現代ドイツ公的扶助序論』（学文社、2014年）174頁。また、古谷徹ほか『先進諸国の社会保障④ドイツ』（東京大学出版会、1999年）157頁も参照。需要充足原理については特に、嶋田佳広「ドイツ公的扶助における構造原理としての需要充足原理」札幌学院法学34巻1号（2017年）85頁以下が詳しい。

てしまうからである。連邦社会扶助法が第1条で、人間の尊厳に見合う生活を送ることを可能ならしめることが社会扶助の目的である、と明言しているのに対して、このような規定が庇護申請者給付法にはないことを考えると、場合によっては大幅な給付切り下げをも許容するような、広範な裁量の下にある措置としての位置づけを行うことも不可能ではない。しかも1.2.2(2)判決において、ほかならぬ連邦行政裁判所自身が、扶助法の基本原理の適用可能性の根拠を、庇護申請者に係る規定が別異の法律ではなく、連邦社会扶助法の中に定められていることに求めているのだから、なおさらである。当該決定において、庇護申請者給付法の性質に関する言及は特になされていないが、同法に人間の尊厳原理と社会国家原理を基底とする最低生活保障法としての性格付けを行った意義は、きわめて大きいといえる。

2.3 庇護申請者給付法判決による「補強」

2.3.1 庇護申請者給付法判決⁽⁶⁹⁾

(1) 概要

上で見たように、立法者が最低生活に必要な需要を十分に算定しているかどうか、憲法から生ずる最低生活保障にかかる国家の義務にとって決定的であるとの認識は早くから示されていた。しかし、扶助の基準額の算定手続について司法が統制を加えるようになったのは、2010年の第一次ハルツ IV 判決からである。⁽⁷⁰⁾以下では、このハルツ IV 判決の判断枠組みを基本的に踏襲しつつ、庇護申請者給付法の給付額を違憲とした連邦憲法裁判所判決をごく簡単にみて、上記連邦行政裁判所決定の内容が維持されて

(69) BVerfG, Urt. v. 18.7.2012 - 1 BvL 10/10, 2/11=BVerfGE 132, 134-179. 当該判決の邦語での評釈は、大西楠・テア「庇護申請者の生活保護に関する違憲判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 IV』（信山社、2018年）242-245頁、拙稿「外国人の『人間の尊厳に値する最低生活保障を求める基本権』をめぐる現況と可能性」早稲田法学会誌70巻2号（2020年）291頁以下を参照。

(70) BVerfG, Urt. v. 9.2.2010 - 1 BvL 1/09=BVerfGE 125, 175-260.

いることに加え、給付額の算定に係る立法裁量の統制により、外国人の最低生活保障が「補強」されていることを確認する。

(2) 判示

(2-a) 一時的に滞在する（予定の）集団に対する給付

一時的な滞在の権利しか持たない人の生活に不可欠な給付にかかる需要を、他の要扶助者の法定需要から、法律上逸脱して決定することができるか、またどの程度できるのかは、以下の事情のみに左右される。すなわち、滞在の期間が短いことを理由とした、定住権を有する受給者に比して少ない需要（Minderbedarfe）を、後から検証可能な方法で確定し、算定することができるかどうかには左右される。また立法者は、一時的な滞在という状況に特有の、通常の場合よりも大きい需要によって、少ない需要が補われていることも、確保せねばならない⁽⁷¹⁾。

また、短期間の、長期間の滞在を目的としているわけではないような滞在について、事情に応じて特に少ない需要が確定され、そのゆえに立法者が一定の人的集団に対して生存に不可欠な給付を別個に設定しようとする場合には、その法律が、通常は短い間しか滞在しない集団のみを対象としていることが、確保されねばならない⁽⁷²⁾。

(2-b) 給付の切り下げと移民政策的考慮

給付水準が他国よりも高いことが理由で人口流入が進むことを避けるために、庇護申請者に対する給付を低く抑えるという移民政策的考慮は、給付水準を肉体的及び社会文化的最低生活よりも下にするものを正当化するものではない⁽⁷³⁾。

(71) BVerfGE 132, 134 [164 Rn. 74].

(72) BVerfGE 132, 134 [164 f. Rn. 75].

(73) BVerfGE 132, 134 [173 Rn. 95].

2.3.2 検討

庇護申請者給付法は、連邦社会扶助法に比して低い水準の給付を定めている。その根拠は、庇護申請者給付法が対象とする外国人がもつ、短期間に限られた滞在という特殊性にある。連邦憲法裁判所は、ある集団の特殊性に着目して、類型的に低い給付を設定する場合について、立法者は、その集団が有する需要が少ないということを説得的に示さねばならないとした。ここでは特に、滞在の地位に基づく一律的な差異取扱いが禁じられている点が重要である。集団の特殊性に見合う最低需要が適切に把握されているかどうか、決定的なのである。上記連邦行政裁判所決定との違いは、需要の算定根拠に説得力があるかについて、裁判所が審査できるようになった点にある。これにより、需要充足原理は単に扶助法の解釈や運用の指針であるばかりでなく、憲法上の保障を受け、司法審査を通して立法者をも拘束する原理へと「格上げ」されたといえる。⁽⁷⁴⁾ 連邦憲法裁判所はさらに、滞在期間の短い人がもつ需要を充たすための給付が、実際に滞在期間の短い人だけを対象とするように、立法者を義務付ける。この点は、庇護申請者給付法の受給権者の多くが実に6年以上もドイツに滞在しているという事実があったために、強調されている。明瞭な根拠に基づいた規制が、実態に沿うように行われることが、基本法上の要請として立法者を拘束する。⁽⁷⁵⁾

しかし結局、外国人政策的な意図に基づいて給付額を引き下げることに対する評価を、当該判決ははっきりと下してはいない。(2-b)における判示は、比較的高い給付がドイツ入国・滞在のインセンティブとならないようにするという意図をもって、給付額を「最低生活以下へと」引き下げはならないとするが、そのような移民政策的意図をもって給付額を「引き下げること自体」は禁じられていない、というふうに読むこともできる。

(74) 参照、石塚壮太郎「枠組的権利としての生存権」憲法理論研究会編『憲法の可能性』（敬文堂、2019年）221頁。

(75) BVerfGE 132, 134 [171 f. Rn. 93].

何にせよ「最低生活」が保障されているかどうかにすべてがかかっているのであって、引き下げの意図は問題にならない。また、当該判決は、給付の形式（現物給付か金銭給付か等）については立法者の裁量に委ねられると判示している⁽⁷⁶⁾。このことも、最低生活さえ保障できていれば、それ以外のことは基本的に憲法に基づく司法的統制の範囲外にあることを示している。そうすると、「一時的滞在者にとっての最低生活（需要）とは何か」という問題が、外国人の最低生活保障において残された究極の問いだということになる。

2.4 小括

2では、庇護申請者給付法の成り立ちと運用をみて、裁判所がこの法を外国人政策との関係でどのように位置づけたかを示した。庇護申請者給付法の成立によって、一部の外国人は他の外国人やドイツ人とは全く異なる取扱いを扶助法上で受けることになった。また、連邦社会扶助法とは独立の制度とされたために、扶助法の基本原理はもはや適用不能と思われた。しかし行政裁判所は、庇護申請者給付法が最低生活保障法であることを認めたとえ、需要を充足することが最低生活保障にとって決定的であるという観点から、需要充足を妨げるような外国人政策的意図は排除されるとの判断を示した。その後の庇護申請者給付法判決も、外国人政策的考慮を扶助立法において完全に否定するわけではないものの、需要が適切に算定され、事実在即した仕組みとなっているかについて司法判断を行うことで、需要充足原理の実質化を行った。

3 困窮外国人の出入国管理法上の処遇

ここでは、当時のドイツの出入国管理法であった外国人法の中で、外国人の困窮性がどのように位置づけられていたかを概観する。これによっ

(76) BVerfGE 132, 134 [160 f. Rn. 67].

て、要扶助性は入国・滞在について基本的にはネガティブな影響を与えるものの、それ以外の多様な考慮要素により、相対化される性質をもつことを示し、最低生活保障がこの困窮状態の相対的性質を保持するのに資する点で意義を持つこと明らかにする。

3.1 一般的規制

3.1.1 一般的滞在要件としての生計確保可能性

(1) 滞在資格付与の要件

(1-a) 1965年外国人法⁽⁷⁷⁾

1965年の外国人法第2条は、滞在資格の付与を行政の裁量に委ねてお⁽⁷⁸⁾り、要件が法律上明文化されていなかった。ただし、当該法律の一般的施行規則⁽⁷⁹⁾において、滞在資格の付与にあつては、「外国人の存在がドイツ連邦共和国の利益を損なう場合には、拒否されなければならない。このことは通常、外国人法第10条第1項にしたがい、国外退去命令を正当化するような事情がある場合のことである」（第2条についての規則第4号）と規定されている。外国人法第10条第1項は、自身やその扶養家族の生計の確保ができない者を、国外退去命令の対象にできる旨定めている。ここから、自身の力で生計確保ができない外国人に対しては、正規の滞在資格を与えないという実務が行われていたことが伺える。

(1-b) 1990年外国人法⁽⁸⁰⁾

この要件は、1990年の改正によって法律上明文化された。すなわち、同法は滞在資格付与の原則的拒否事由として「外国人が疾病保険による十分

(77) Ausländergesetz v. 28.4.1965, BGBl. I S. 353

(78) 石井五郎「ドイツの外国人法」外国の立法34巻1・2号（1995年）162頁。

(79) Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Ausländergesetzes (AuslVwV) v. 7.7.1967, GMBI. S. 231.

(80) Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts v. 9.7.1990, BGBl. I S. 1354. 条文の邦訳は、石井五郎監修 / 調査立法考査局ドイツ法研究会訳「外国人の連邦領域への入国及び滞在に関する法律（外国人法）」外国の立法34巻1・2号（1995年）169頁以下を参考とした。

な保護を含めてその生計を自己の就職活動、財産その他の資力により、家族構成員若しくは第三者の扶養により、奨学金、職業転換助成金若しくは職業教育助成金により、又は失業手当その他拠出に基づく公費により維持することができない場合」を挙げている（第7条第2項第2号）。

なお、1990年法において特に指摘しておくべきは、1965年法とは異なり、滞在目的に応じた一時的な、原則として延長を認めない滞在資格が設けられたということである。1990年法は、外国人の新規の流入を抑制するために、性質上一時的滞在为目的とする滞在（留学生、季節労働者、観光客等）について「滞在認可（Aufenthaltsbewilligung）」という滞在資格を新設し、滞在目的の変更や、それに応じた滞在期間の延長を原則として認めないものとした。⁽⁸¹⁾

（2）滞在期間延長の要件

（2-a）1965年外国人法

1965年外国人法第7条は、滞在許可の期間を延長する可能性を認めているが、その可否は裁量に委ねられている。これも上記一般施行規則の中で、「滞在許可の延長の申請がなされた場合には、外国人局は新たに、外国人が引き続き存在することによって、ドイツ連邦共和国の利益が損なわれるかどうかを審査しなければならない。その他、外国人局は義務的裁量によって、延長に関する判断を行う。この判断にあつては、第2条についての規則第4号…が参照される」と規定されている（第7条についての規則第7号）。つまり、滞在期間の更新にあつても、滞在資格の付与の要件を満たしているかが問われるのである。ここから、生計確保可能性が、滞在資格の更新の際にも求められることがわかる。

（2-b）1990年外国人法

同法は滞在資格の延長について、「滞在資格の付与の場合と同一の規定

(81) 広渡清吾「外国人受け入れの法的論理」梶田孝道ほか編著『外国人労働者論』（弘文堂、1992年）78頁以下。

を適用する」と定めている（第13条第1項）。1965年法と同様に、滞在期間の延長の要件として、生計が確保できていることが、原則として求められる。

（３）検討

1965年法においても1990年法においても、困窮状態にあることが滞在期間の延長の判断において、不利に斟酌される可能性があることがわかった。ここで、扶助の受給が、滞在継続に対してどの程度影響を及ぼすのかについて、Gerd-Heinrich Kemper⁽⁸²⁾の論考を参照しつつ、確認してみよう。

Kemperによれば、1990年法におけるほうが、1965年法におけるよりも、運用の柔軟性に乏しいという。というのも、1990年法は第7条第2項によって、滞在資格の付与が原則として拒否される事項を明文で規定しているからである。1965年法にこのような定めはなく、社会扶助を受給したことが滞在期間の延長にどれほど影響するかは、もっぱら行政裁量に委ねられていた。また、その裁量について、連邦行政裁判所が以下のような判断を示していた。すなわち、単に国外退去命令事由が存在するからといって、それだけで常に滞在期間の延長が拒否されねばならないわけではなく、むしろ外国人の滞在継続の利益を斟酌する裁量の余地を残さないほどに、その者の滞在がドイツ連邦共和国の利益を害するという場合にのみ、国外退去命令事由を理由とした期間延長の拒否が説得力あるものになる。⁽⁸³⁾

ところが、1990年法においては、生計を確保できない場合には「原則として」滞在資格の付与ないし延長が拒否されると明文で定められている。ここで問題になるのは、この原則に対する例外とは一体何であるのかということであるが、Kemperはこの問題について一応の定式を示した連邦行

(82) Gerd-Heinrich Kemper, Die Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis wegen Sozialhilfebezugs, in: Klaus Barwig/Gisbert Brinkmann/Bertold Huber/Klaus Lörcher/Christoph Schumacher (Hrsg.), Ausweisung im demokratischen Rechtsstaat, Baden-Baden 1996, S. 147-154.

(83) BVerwG, Urt. v. 21.10.1980 - 1 C 19/78=BVerwGE 61, 105-112 [107 f.].

政裁判所判決⁽⁸⁴⁾を検討している。この判決では、「例外事例は変則的な出来事が生じることによって認識され、それが極めて重大であるがために法律上の原則的拒否事由が通常持っている決定的な重みを覆すに至るような事例⁽⁸⁵⁾である」との定式化がなされた。しかしこの定式化は例外の何たるかを決定づける基準にはならず、何でも例外事例にされる可能性がある。また、例外事例に該当する場合には、滞在期間延長の可否は行政の裁量に委ねられることになるが、この裁量も司法審査の対象となる。裁量判断の適法性は、利益衡量が行われたか、その際に基本権と法治国家原理、とくに比例原則⁽⁸⁶⁾と信頼保護の原則が顧慮されたかどうかによって決定され、その際には、外国人の滞在継続を支持し、または否定する公的・私的な利益のすべてが比較衡量される。外国人法第 7 条第 2 項の原則的拒否事由も、その利益衡量において引き合いに出されうるが、決定的な重みがそれに付されるわけではない⁽⁸⁸⁾。ただ、社会扶助の受給には、実施主体たる自治体の社会扶助負担がここ数年間恒常的に増えていることに鑑みて、また比較的高い外国人割合に鑑みて、それなりの重みが与えられると Kemper は指摘する⁽⁸⁹⁾。

また、年齢や滞在期間は絶対的な値ではなく、裁量の限界は一覧表のよ

(84) BVerwG, Urt. v. 29.7.1993 - 1 C 25/93=BVerwGE 94, 35-53.

(85) BVerwGE 94, 35 [43 f.].

(86) その証左として Kemper は、連邦行政裁判所の判断においては、原告が1960年以来ドイツで生活していたこと、ドイツ国籍者との婚姻が終了した後、1981年以来失業状態にあったために長期間の社会扶助受給を受けていたこと、1979年から始まった健康上の問題が理由で長期間もはや雇用契約を結ぶことができず、家族がドイツに住んでいたことが、例外事例を根拠づけるとしたが、他方原審では原告が11カ月の間健康上の問題を抱え、見通しのきく期間に関してはもはや、自身の生計を賄うことができるような労働契約を結ぶことができなかつたという点が、例外事例というには十分であるとされたことを挙げている。Vgl. Kemper (Anm. 82) S. 151 f.

(87) BVerwGE 94, 35 [46].

(88) BVerwGE 94, 35 [45].

(89) Kemper (Anm. 82) S. 153.

うに（tabellarisch）画定できるわけではない。⁽⁹⁰⁾ 社会扶助を受給していた当該事例の原告は57歳で、33年もの間ドイツに滞在し、出身国に家族はいなかったものの、滞在期間延長の拒否は適法とされた。その理由は、かつて原告は労働のために、そしてドイツ人と婚姻関係にあったために、滞在を認められていたが、いまや婚姻関係は解消し、健康上の問題で労働不能となっているからであるという。ここから分かるのは、滞在期間の更新を認めるか否かという判断にあっては、外国人の困窮性が滞在継続に与えるネガティブな重みづけが、極めて多様な考慮要素によって相対化されうる、ということである。年齢や滞在期間のみならず、入国当時の目的やその都度変わりうる滞在の根拠をも判断材料にするとすれば、文字通り千差万別の状況が、それぞれの外国人にあるのであって、困窮性はその一要素にすぎないのである。

3. 1. 2 国外退去命令事由としての生計確保不能性

（1）原則

（1-a）1965年外国人法

すでに言及したように、1965年の外国人法は第10条第1項第10号において、「外国人が、自分自身またはその世帯構成員のための生計を、社会扶助を受けることなしには賄うことができないか、現に賄っていない場合」⁽⁹¹⁾ には、その者に対して国外退去を命じることができるとしている。

（1-b）1990年外国人法

1990年の外国人法は、第45条第1項において、「外国人の滞在がドイツ

(90) Ebenda, S. 154.

(91) なお、困窮状態に陥ったことにつき、自己に責任があるかどうかは問われな
い。Vgl. Günter Weißmann, Ausländergesetz: Kommentar, Berlin 1966, § 10 (S.
113); Werner Kanein/ Günter Renner, Ausländerrecht: Kommentar, 4. Aufl., 1988,
§ 10 Rn. 76. 出入国管理にかかる法制度は変遷を遂げているものの、困窮外国人に
対して退去強制を命じることが、ヴァイマル期のドイツにおいてすでに行われてい
た。Vgl. Carl Weil, Das Fürsorgerecht der Ausländer, Gießen 1933, S. 45 ff.

連邦共和国の公共の安全秩序その他の重大な利益を侵害する場合には、当該外国人に国外退去を命令することができる」としており、個別の国外退去命令事由を定める第46条第6号において「自己のため、自己の一般的扶養義務のもとにある連邦領域に滞在する家族構成員のため、若しくは自己の家計内にありその扶養義務を受け若しくは同意に基づき扶養を受けなければならない者のため、社会扶助を請求し、若しくは請求しなければならない者」を挙げている。

ただしこの要件を満たしたからといって、必ず国外退去命令の対象となるわけではない。国外退去命令の決定に際しては、当該外国人の合法的滞在期間および保護に値する人的、経済的及びその他の関係、家族共同生活に対する命令の影響等を考慮しなければならない(第45条第2項)。決定的であるのは、当該外国人の存在が、ドイツの公共の安全秩序その他重大な利益を侵害するといえるかどうかであるが、概説書によれば、「外国人が扶助の請求権を認められず、行政裁量によっても社会扶助が保障されないような場合において、出国せず、また合法的に連邦領域内で必要な資金を調達できる可能性を持たない限りで、当該外国人の要社会扶助性⁽⁹²⁾は一般的に公共の安全秩序にとっての危険を基礎づけることになる」という。

(2) 例外

1990年法第48条第1項においては、国外退去命令からの特別の保護の対象として、滞在権⁽⁹³⁾を有している者、無期限の滞在許可を有していて、ドイツで出生した者または未成年の時に入国した者、及びその者と婚姻している者、ドイツ人の家族と共同生活を営む者、庇護権者ないし条約難民とし

(92) Michael Fraenkel, Einführende Hinweise zum neuen Ausländergesetz, Baden-Baden 1991, S. 254.

(93) 滞在権(Aufenthaltsberechtigung)とは、比較的長期に合法的に滞在し、法律・経済・社会秩序に編入されたとみなされる者に認められる、期間や場所の制限・条件や負担を課せられることのない滞在資格である。参照、石井(前掲注78)161頁。

て認定された者を挙げている。これらの者に対しては、公共の安全秩序にとっての重大な理由がなければ、国外退去を命じることはできず、生計確保不能性はこの「重大な理由」にはあたらないとされる⁽⁹⁴⁾。また、1990年法の制定時に「生計確保のための社会扶助の利用という国外退去命令事由は残されたままであるが、これは—今までと同様—連邦領域に滞在する大部分の外国人にとっては、実務上意味を成さない⁽⁹⁵⁾」との解説がなされていることから、生計を確保することができない外国人であっても、引き続き国内に滞在することが認められるケースが相当数あったことが伺える⁽⁹⁶⁾。

3.2 庇護申請者に関する規制

3.2.1 潜在的な扶助受給者の削減

(1) 制度

1946年に成立した基本法においては、第16条第2項第2文に「政治的に迫害された者は、庇護権を有する」との規定が置かれた。この基本権を援用する途を確保するためには、庇護手続の間何らかの形で在留を保障しなければならない。そこから、入国・滞在の合法性如何にかかわらず、庇護申請を行った者には、庇護権者としての認定を受けることなく庇護手続が確定的に終結したものでない限り、原則として国外退去されないことが導かれる⁽⁹⁷⁾。

(94) Fraenkel (Anm. 92) S. 258.

(95) Kay Hailbronner, Das Gesetz zur Neuregelung des Ausländerrechts, NJW 1990, S. 2158. ここで「大部分の外国人」の例として挙げられているのは、国外退去命令からの特別の保護を受ける者や、欧州共同体の自由移動権を有する者である。

(96) 生計確保不能性のみを理由とする国外退去命令の対象にならないカテゴリについては、vgl. Fraenkel (Anm. 92) S. 254.

(97) 庇護申請者は、1990年外国人法では、第48条第3項において国外退去命令からの保護を受ける対象とされている。もっとも、不法に入国し滞在している庇護申請者の地位の法的根拠については、1982年の庇護手続法制定まで明確化されておらず、争いがあった。この議論については、本間浩『個人の基本権としての庇護権』（勁草書房、1985年）263頁以下を参照。また、庇護手続の終結よりも前に滞在終了

庇護申請手続は幾多の変遷を経て、1982年には庇護手続法という、外国人法から独立した法制度が成立した。⁽⁹⁸⁾この庇護手続法の下で、「明らかに理由のない庇護申請」⁽⁹⁹⁾に対しては、本案審査に入る前に先決的に却下する手続が導入された。⁽¹⁰⁰⁾この対応は功を奏し、1980年代前半の庇護申請者の減少に寄与したものの、90年代にかけて再び増加し、庇護申請件数は1992年には40万件を超えた。⁽¹⁰¹⁾この爆発的な増加に対処するため、庇護手続法は1992年に大規模に改正され、⁽¹⁰²⁾本来の庇護権者と経済難民を区別するスクリーニングの強化、審査手続の迅速化、審査結果に対する異議申し立ての法的手続きの制限が行われた。⁽¹⁰³⁾⁽¹⁰⁴⁾

1992年12月、基本法上の寛大な庇護権規定の改正に当初は否定的であった野党・社会民主党 (SPD) と、改正を強硬に主張していた与党・キリスト教民主・社会同盟 (CDU/CSU) 及び自由民主党 (FDP) の間で妥協が成立し、⁽¹⁰⁵⁾庇護権規定が第16a 条として新たに設けられることとなった。こ

の措置を行うことを違憲とした連邦憲法裁判所決定として、vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.2.1981 - 1 BvR 413/80 = BVerfGE 56, 216-244.

(98) 初山銚吾「ドイツ出入国管理法の動態」朝日法学論集25号 (2000年) 151頁以下、及び本間浩「ドイツにおける難民保護と難民庇護手続法」外国の立法216号 (2003年) 67頁以下を参照。

(99) Gesetz über das Asylverfahren (Asylverfahrensgesetz - AsylVfG) v. 16.7.1982, BGBl. I S. 946.

(100) 名前や出身国の虚偽申告、偽名による複数の申請、その時点よりも前に申請してきたにもかかわらず、滞在の終結を阻む手段として申請を行っている場合などがこれにあたる。参照、久保山亮「ドイツの移民政策」小井戸彰宏編著『移民政策の国際比較』(明石書店、2003年) 171頁 (注35)。なお、1987年の同法改正により、「明らかに理由のない庇護申請」として、「当該外国人が、経済的理由のみから又は一般的困窮状態若しくは戦闘を逃れる目的でのみ連邦領域内に滞在していることが、個別の事例における事情から明らかである場合」という要件が明文化された (BGBl. I 1987 S. 89)。

(101) 昔農 (前掲注 7) 46頁。

(102) BAMF (Anm. 6) S. 5.

(103) Gesetz zur Neuregelung des Asylverfahrens v. 26.6.1992, BGBl. I S. 1126.

(104) 松本奈穂子『ドイツの移民・統合政策』(成文堂、2019年) 18頁。

(105) 詳細な経緯は、昔農 (前掲注 7) 46頁以下を参照。

の庇護権規定の改正に伴い、庇護手続法上の規定もさらに改正された⁽¹⁰⁶⁾。この結果、安全な第三国を経由してドイツへ入国した者には庇護権の援用を認めず、そのため庇護申請の提出以前に入国が拒否され（第18条第2項）、迫害のない出身国からドイツへやってきた者については、空港内において入国手続に先んじて庇護手続が簡略的に行われ、明らかに理由がない庇護申請と判断された場合には、入国が拒否されることとなった（第18a条）。これらの施策の結果、庇護申請件数は1994年には12万件へと、前年の半分以下に減少した⁽¹⁰⁷⁾。

（2）検討

ここから分かるのは、庇護申請者という、困窮状態でも滞在が（暫定的に）認められる地位については、一旦入国を認めれば庇護手続の終結まで出国させることができないがゆえに、そもそも入国をさせない、という政策が行われている点である。至極当然のことであるが、外国人の扶助受給者を増やさない、という目的を達成するためには、外国人の入国を阻むことが最も効果的である。庇護申請者給付法の制定が庇護権改正に伴う立法政策の一環として行われたことはすでに見た通りであるが、同法の給付内容の切り下げと並行して、出入国管理政策の中で潜在的な受給権者が削減されたという点を、ここで指摘しておく。

3. 2. 2 庇護申請を却下された外国人の取扱い

（1）制度

庇護手続を経て申請を却下された外国人は、出国義務を負い、国外退去強制の警告を受ける（庇護手続法第34条）。ただし、この場合でも、ドイツ滞在が甘受されることがある。その一つは、法律上ないし事実上の理由で

(106) Neufassung des Asylverfahrensgesetzes v. 27.7.1993, BGBl. I S. 1361. 邦訳は本間浩訳「ドイツ庇護手続法」外国の立法216号（2003年）77頁以下を参考とした。

(107) BAMF (Anm. 6) S. 5.

出国できないため、国外退去強制が停止される場合である（1965年法：第7条/1990年法：第55条）。これは「猶予」と呼ばれる地位であるが、正規の滞在資格ではなく、猶予者はあくまで出国義務を負った「非正規滞在者」⁽¹⁰⁸⁾である。

猶予は3カ月ごとに更新される不安定な身分であり、また滞在の違法性を維持している点が、人道的または政治的理由による滞在を保障するのに適切でないとされたため、1990年外国人法改正で、猶予者であって2年以上ドイツに滞在する外国人に対して、2年ごとに延長可能な正規の滞在資格たる「特別滞在権（Aufenthaltsbefugnis）」を付与することができるとされた（第30条第4項）。また、確定的に出国義務を課せられた外国人が、自己が責任を負うべきでない障害により任意の出国及び国外退去強制を阻まれている場合にも、特別滞在権が付与されうる（第30条第3項）。

（2）検討

庇護申請が却下されても、何らかの事情で、猶予者としてドイツ国内に留まる者がおり、1990年法においてはその一部の外国人について、正規の滞在資格である「特別滞在権」を付与することが認められた。しかし、ここで一つの解釈問題が生じた。それは、3.1.1で見た、第7条第2項の滞在資格付与の原則的拒否事由としての生計確保不能性と、特別滞在権の付与との関係である。すなわち、庇護申請を却下された後にドイツに滞在している外国人が扶助を受けずには生活ができない場合、特別滞在権の付与は原則として拒否されることになるのかが、問題となったのである。この点につき Michael Dick は、第30条第3項及び第4項の要件に該当する場合には、第7条第2項による原則的拒否事由の適用が排除される、との見

(108) その他にも、各ラントの内務省には、特定国の外国人又はその他の方法で特定された外国人集団の国外退去強制の停止を最長6カ月もの間命じる権限が認められている（第54条）。この場合も猶予者と同様に、該当者の滞在の違法性が払拭されるわけではない。

⁽¹⁰⁹⁾ 解を示している。Dick はその理由として、第30条第3項及び第4項の①成立史、②目的、そして③法律上の権限配分を守らねばならないことの三点を挙げる。①については、立法資料において、第30条における特別滞在権は特別な理由から認められる滞在の保障という性質をもち、そのゆえ当該滞在資格の付与・延長については、第7条第2項の原則的拒否事由が顧慮されない⁽¹¹⁰⁾ということ⁽¹¹¹⁾を明文化する必要がある、と述べられていることから、原則的拒否事由の不適用が推論される。②については、とりわけ猶予との比較から、原則的拒否事由の不適用が裏付けられる。すなわち、猶予は、必ずしも国際法上・政治上・人道上の理由が出国を阻んでいるのではない場合も含めて、一時的に該当者を国外退去強制から免れさせる措置であるにすぎないのに対して、特別滞在権は出国を阻む国際法上、政治上ないし人道上の理由が存在することによって長期的にドイツにとどまる者の滞在の地位を安定させるために設けられたのである。庇護申請を却下された者には就労が認められず、そのため大抵は扶助を受給するので、かれらに原則的拒否事由を適用してもよいことになると、例外的に滞在を基礎づける事情がなければ特別滞在権は付与されないことになる。これは当該滞在資格の目的に反し、その意義を大幅に失わせる解釈。⁽¹¹²⁾③については、もし原則的拒否事由を適用するとすれば、外国人が、生計確保可能性の根拠となる労働認可（Arbeitsgenehmigung）を得ているかどうか、特別滞在権の付与の決定にあたって先決的な問題となる。これは二つの点で憂慮すべきことである。第一に、労働認可がなければ特別滞在権が付与されない、また逆に、特別滞在権が付与されないがゆえに労働認可が下りない、という「悪循環（Teufelskreis）」⁽¹¹³⁾が起こりうる。第二に、労働局は、労働

(109) Michael Dick, Die Auswirkungen von Sozialhilfebezug auf die Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen an abgelehnte Asylbewerber, InfAuslR 1998, S. 404-407. なお、適用可能性を肯定する見解として、vgl. Fraenkel (Anm. 92) S. 101.

(110) BT-Drucks. 11/6321, S. 66.

(111) Dick (Anm. 109) S. 405.

(112) Ebenda, S. 406.

認可の付与に関する判断においては、人道上の理由には拘束されない。しかし原則的拒否事由の適用ありとすれば、人道上及び政治的な理由のゆえ避けることのできない、特別滞在権にかかる判断が、本来無関係である労働認可の付与に関する判断によって先取りされることになる。⁽¹¹⁴⁾

ここに見られるのはまさに、外国人への人道的配慮と、公的負担を抑えるという国家の利益との衝突である。ここへ労働政策という事情が入り込み、さらに問題は複雑さを増す。どのような外国人に滞在を認めるかという問題、どのような外国人に労働を認めるかという問題、そして、公的負担となる外国人をどのように処遇するかという問題が、いずれか一つに答えようとする则他の問題にも同時に直面することになる、というふうに、絡み合っているのである。

3.3 扶助法と外国人法の「境界」

3.3.1 「困窮外国人」の多様性と相対性

「困窮外国人」と一口に言っても、その実情が極めて多様であることは、すでに指摘した。単に滞在が正規か非正規かという区別のみならず、非正規滞在中の中でも、何らかの理由でやむを得ず国内に留まる者もいれば、出国が可能であるにもかかわらず送還を忌避する者もいる。また、入国の時点ですでに扶助を必要とする者もいれば、長年滞在したのちに困窮に陥った者もいる。前者についてはさらに、政治的迫害から逃れてきた庇護希望者もいれば、ドイツの比較的内容豊かな公的扶助に依拠して生活することを目的に入国した者もいよう。また、出身国に家族や、それに類する人間関係があるかという点でも、彼らの事情は異なっている。

そのような多様性の帰結として、「困窮外国人を入国させない / 出国させる」という外国人法上の原則は、多分に相対化されうるものとなっている。ここでもっとも重要な点は、出入国管理法上、自力で生計を確保でき

(113) Ebenda.

(114) Ebenda.

ないという一事のみをもって、出国が義務付けられる仕組みにはなっていない、ということである。本稿ではとりわけ国際法上、人道上の理由に基づく生計確保要件の相対化をみてきたが、他にも、例えば家族の結合という基本法上保護される利益や、出身国とドイツの間で締結された二国間協定⁽¹¹⁵⁾や多国間条約に鑑みて、困窮状態⁽¹¹⁶⁾にもかかわらず引き続き滞在することが認められる場合がある。

3.3.2 扶助法が需要充足原理のみに拘束されることの意味

(1) 「困窮外国人」という存在の相対性の確保

2で示した通り、扶助法は、需要を充足することをその至上目的としている。これが意味するのは、第一に、要扶助性以外の要素（滞在の地位など）に関わらず、文字通り、人間なら誰でも最低生活保障の対象としなければならないということである。外国人間、そしてドイツ人と外国人の間の給付の差異は、その人の最低生活における需要の差異のみを根拠として、正当化される。その限りで、外国人政策は排除される、つまり例えば出国が望まれるからという理由で、給付を需要に満たない量へと切り下げることは許されない。

第二に、この「最低生活」への請求権を認めるか否かの判断において外国人法上の地位を一切問わないことによって、上述した困窮外国人の相対性を確保することにつながる。例えば、非正規滞在者をあらゆる扶助法の

(115) とりわけ退去強制命令との関連でこれを論じるものとして、Markus Schuback, Die Ausweisung nach dem Ausländergesetz in der Rechtsprechungskonzeption der Gerichte, Frankfurt am Main 2003, S. 205 ff.

(116) 連邦社会扶助法の制定以前から定められていたものとして、ドイツ・スイス間の扶助に関する二国間協定（Deutsch-Schweizerische Fürsorgevereinbarung v. 14.7.1952, BGBl. II S. 31）、欧州扶助協定（Europäisches Fürsorgeabkommen v. 11.12.1953, BGBl. 1956 II S. 564）がある。他にも欧州経済共同体における労働者の滞在に関する法（Aufenthaltsgesetz/EWG v. 22.7.1969 BGBl. I S. 927）による滞在資格を有する者は、困窮のみを理由として国外退去命令を受けることはない。Vgl. Fraenkel (Anm. 92) S. 254.

受給権から排除するという仕組みを考えてみよう。このような仕組みは、該当者の滞在の継続を不可能にし、事実上出国を強制することになる。ここでは「誰に滞在を認めるか」という、無数の考慮要素を基に外国人法上行われるべき判断を経ることなく一困窮した非正規滞在者であってもなお滞在継続を支持する理由があるかもしれないのにもかかわらず一困窮状態のみを理由として出国が強いられている。困窮外国人に扶助を行わないことで出国を強制することは、外国人の裁判を受ける（自らの在留の適否を争う）権利を奪うことにもなる。そこで、その時の滞在の状態がどのようなものであれ、要扶助性があれば扶助を行うという原則を貫徹することで、「滞在を認めるべきか否か」についての行政ないし司法上の審査を経なければ国外退去という不利益を課すことはできない、という意味での手続的正義が確保される。⁽¹¹⁷⁾

（２）憲法上の「扶助を求める権利」と滞在の継続

「需要は充足されねばならない」という命題がもつ最大の留保は、それが「ドイツでの滞在期間中」に限定されることである。これは、ある外国人を入国・滞在させない/出国させる、という外国人法上の判断に対して、扶助法の命題は何らの影響も及ぼしえないことを意味する。庇護申請者給付法判決によって、最低生活保障を求める憲法上の権利が外国人に認められた後も、この点に変わりはない。だから例えば、滞在期間の延長にかかる裁量判断の中で、扶助受給という事実が外国人にとって不利な考慮要素となるからといって、そのことが憲法上の生存権に違反すると主張することはできない。つまり、最低生活の保障を求める憲法上の権利は、国内に

(117) 事実上の出国強制を防ぎ、司法判断への途を確保することによって、広範な裁量の下にある出入国管理行政の司法的統制に関する以下のような議論の実質性を高めることにも繋がると思われる。参照、服部麻理子「外国人の出入国管理における行政裁量統制と『外国人』の権利」自治研究89巻（2013年）10号61頁以下（一）、11号23頁以下（二）、12号70頁以下（三・完）、新井信之『外国人の退去強制と合衆国憲法』（有信堂、2008年）。

引き続き滞在することまでも保障するものではない、ということである。⁽¹¹⁸⁾

3.3.3 今後の課題

外国人ごとに異なる需要の根拠が何であるか、という扶助法上の検討に加えて、困窮状態にある外国人に対する出入国管理法上の取扱いにつき、判例の動向も含めたより詳細な検討を行うことが、次なる課題である。本稿で、外国人の困窮性は、入国・滞在に不利な要素となり、ときには国外退去を基礎づけるものである一方、これが様々な要素によって相対化されうるということを示したが、どのような場合に、どのような要素が外国人の困窮性を相対化するのかについて、事例を踏まえた検討を行うことはできなかった。また周知の通り、ドイツの外国人法は本稿で扱った1990年代以降、大きな変化を遂げて現在に至っている。扶助法上での外国人の取扱いのみならず、外国人の困窮性が出入国管理法上どのように評価されるのかについて、通史的・体系的に整序することが、「外国人の最低生活保障」論をより精緻化させるために必要である。

3.4 小括

3では、まず出入国管理制度の中で外国人の困窮性がいかなる評価を受けるかを概観した。困窮性は、外国人の入国や滞在に影響を与える一要素でありながら、それでも常に、生計確保不能であるということだけでは、出国を強制されることはないという点が明らかになった。そして次に、このような相対的な位置づけを踏まえて、あらゆる外国人に対して、扶助によって最低生活を保障することの意味を捉えなおした。扶助法は要扶助性の克服、つまり最低生活に係る需要の充足のみに拘束される。この、滞在

(118) 誤解を恐れずにいえば、この限りにおいて生存権はまさに、マクリーン事件判決（最大判昭53・10・4民集32・7・1223）のいう「在留制度のわく内」で保障される権利と位置づけうる。

の地位を問わずに最低生活保障をする仕組みは、誰にでも人たるに値する生存が保障されるべきであるという理念に合致するばかりか、これによってまさに、外国人に入国や滞在を認めるべきか否かについての出入国管理法上の議論の前提が確保されるといえる。

結

本稿 1 および 2 の事例検討で明らかにしたのは、滞在の地位や合法性を問わずに最低生活にかかる需要を充足することが、扶助法の使命であるということ、そしてそのことを行政裁判所が確認し、外国人政策的意図に基づく給付制度についても扶助法としての性質を認定して需要充足原理を適用し、今やそれが憲法上の原理にまで至っていることである。

しかしながら同時に、受給の根拠を請求権にではなく行政裁量に求めると何が起きるかということもまた、同検討は浮き彫りにしているように思われる。すなわち、最低生活を保障しなくてもよいという余地が制度上残されているときには、財政的ないし外国人政策的な動機から保障をしないという判断が、往々にしてなされるということである。この傾向は、日本においてもみられる。日本における難民認定申請者に対しては、外務省が予算措置として行う「難民認定申請者に対する保護措置」による保護費が支給されている⁽¹¹⁹⁾。2008年および2009年には、難民申請者の増大とそれに伴う予算不足が原因となり、保護費の支給が一時的に停止され、一部の外国人に対する保護の打ち切りが行われた⁽¹²⁰⁾。このような取扱いは、当該保護費

(119) 制度の概要については、浅川聖「日本の『内』への難民政策の特徴」横浜国際経済法学21巻3号(2013年)396頁以下を参照。なお、現在の支給額は生活保護の6割程度である。詳しくは、社会福祉法人日本国際社会事業団ホームページ(https://www.issj.org/refugees/social_resources)を参照(最終確認2022年3月5日)。

(120) 小川昂子「難民認定申請者への生活保護費の打ち切り」部落解放630号(2010年)114頁以下。

が生活保護と同様、法的請求権として認められていなかったからこそ可能であったといえる。確かに、一時的滞在者と永住の外国人とでは、生活における需要が異なると考えられる。ただし、そのことは給付額の差異づけの根拠とはなりえても、後者に最低生活保障を行い、前者には行わないという差異を設ける理由にはならない。

また、3において示した困窮外国人の出入国管理法上の取り扱いについても、日本の問題とパラレルに論ずる余地がある。というのも、日本においても、在留期間更新の要件として「独立の生計を営むに足る資産又は技能を有すること」が挙げられているものの、⁽¹²¹⁾生活保護の受給が在留期間更新の不許可へと直結するわけではないからである。⁽¹²²⁾もっとも、現在生活保護を受けることができるのは原則として永住の外国人だけであるから、在留期間更新の場面に問題を限定したとしても、ドイツにおける議論と無媒介に比較できるわけではないが、少なくとも、日本の現行法においても「要扶助外国人＝入管法上出国すべき存在」という等式がそう簡単に成り立つものではないことは、推測可能である。

【付記】本稿は、早稲田大学特定課題研究助成（課題番号2021C-032）による研究成果の一部である。

(121) 出入国管理庁「在留資格の変更，在留期間の更新許可のガイドライン〔令和2年2月改正〕」https://www.moj.go.jp/isa/publications/materials/nyuukokukanri07_00058.html（最終確認2022年3月5日）

(122) 山脇康嗣『〔新板〕詳説 入管法の実務』（新日本法規、2017年）112頁。