

國際人權條約中有關社會權保障的裁判適用  
—從日本外國人社會保障訴訟看國內法院援引國際人權條約的可能性—

鄭 明政

一、序

本文藉由近時的一則日本國內下級法院（第2審控訴審<sup>1</sup>）有關外國人生活保護的判例之評析，檢討日本國內社會保障法制是否對保障外國人負有國際法上之義務？而日本國內法院對國際人權公約採用了何種的態度？而此一案例主要是系爭於在日永住外國人是否可為生活保護法（相當於我國的社會救助法）所準用的保護對象。其案件事實主要如下：

原告（以下稱X）為一日本出生長大的具有永住者在留資格的大分市中國籍女性。X於1979年與丈夫結婚後一同經營餐飲店，但在2004年9月時，原告丈夫因認知症（老年痴呆症）而住院，其小叔（其夫之弟）便在2006年4月開始搬入X住處一起生活。但之後常受小叔言語或毆打等暴行，又被取走銀行儲金與印章等，使X蒙受經濟上和精神上的虐待，生活也為之陷入苦境。於是於2008年12月15日X向大分市（市政府福利事務所所長）開始申請生活保護救助。大分市則以X及其丈夫名義下仍有一定金額的儲金為理由駁回X的申請。X不服於2009年2月6日依生活保護法第64條對大分縣知事（縣長）請求審查，但該縣知事於同年3月17日以外國人的生活保護並非是法律上所保護之權利為理由，將本件駁回處分認為不該當於行政不服審查法（第2條第1項）所說的「處分」，故本件請求審查並非適法，故裁決駁回不服申訴。

於是X則以大分市為被告向大分地方法院提起取消本件駁回處分以及要求開始生活保護之訴訟。而原審（第1番：大分地裁2010年10月18日判決（行ウ）9号＝裁判所HP登載）認為含永住資格的外國人並不適用於生活保護法，故駁回了本件的取消駁回處分之要求。X不服而提及上訴。

二、判決要旨：取消原判決

（1）對於外國人生活保護法之適用：為「準用」法律所保護之對象

---

· 日本北海道大學法學研究科助理教授；北海道大學法學博士  
E-mail: [cheng@juris.hokudai.ac.jp](mailto:cheng@juris.hokudai.ac.jp)

<sup>1</sup> 本文所探討的主要判例為：日生活保護開始決定義務づけ等請求控訴事件（永住外国人の生活保護訴訟）福岡高裁2011年11月15日判決（平成22年（行コ）第38号）判例集未搭載・Westlaw JAPAN 文献番号 2011WLJPCA11156001

福岡高等法院首先觸及生活保護法的立法經過，認為相對於舊生活保護法第 1 條<sup>2</sup>的保護對象明言為：「有需要生活保護狀態者」，1950 年開始實施的現行生活保護法第 1 條<sup>3</sup>和第 2 條的文言上為「所有國民」，故「現行的生活保護法至少在立法當時乃是將生活保護受給者的範圍限定在具有日本國籍者」。然而福岡高等法院接著又說：「依本件通知，外國人雖不為生活保護法的適用對象，但當下對生活窮困的外國人還是認為有必要準用生活保護法所決定的措施來對待」。且考慮了「當初的生活保護法之對象雖限定為日本國民，但實際上依本件通知，外國人也成為其保護之對象，以與日本國民同樣的基準和手續運用著。之後，因隨著難民條約的批准而產生了問題，儘管在修法時並無表示要修改其他存有國籍條項的法律，但生活保護法以持續以上述的運用法式而暫緩改正，同時對於生活保護法的外國人適用對象並不限定於難民，但在 1990 年 10 月以後，鑑於生活保護制度的意旨，將生存保護法的對象限定於永住外國人」。因此，可以說「國家因批准了難民條約而以在送國會審議這一契機下，對於外國人的生活保護，在一定的範圍內可以承認國家負有國際法以及國內法上的義務。亦即，行政府和立法府，在不與當時的出入國管理令上的關係發生問題的前提下，對於一定範圍的外國人，可給予準用日本國民的生活保護法之待遇」。據此，對於一定範圍的外國人之生活保護受給地位乃承認為法所保護。「因此，儘管生活保護法或文件通知的文言上有所侷限，但仍可解為一定範圍內的外國人可依生活保護法的準用而成為法所保護的對象，故身為永住外國人的原告上訴人亦為此保護對象可謂清楚明白之事」。

## (2) 本件駁回處分的處分性

外國人生活保護請求的法的地位既被承認，意味著並不如原審認為其保護只是一行政措施進，因此本判決自然認為本件的駁回處分具有處分性。

## (3) 生活保護法的受給要件：該當於「急迫事由」

福岡高等法院認為本件申請當時①原告其夫雖具有扶養義務，但因認知症住院而無法履行扶養義務。②同住的小叔反覆對其施以暴行和暴言等虐待等，並完全無扶養意思。③原告除儲金以外並無資產。④賴以生活的儲金簿等又被拿走。⑤原告目前除住院處之外並無住居和收入，若被迫出院則無法生活。基於以上事實認定，

<sup>2</sup> 日本舊生活保護法第 1 條規定：「國家應對需生活保護狀態者的生活，不予以差別或優先對待，一律平等保護，以增進社會福祉為本法之目的」。

<sup>3</sup> 現行日本生活保護法第 1 條規定：「本法基於日本國憲法第 25 條規定之理念，國家對生活窮困之所有國民，按其窮困之程度採取必要之保護，在保障其最低限度之生活時，亦幫助其自立為本法之目的」。

認為原告該當於生活保護法第 4 條第 3 項的「急迫事由」，而宣告有須予以開始生活保護。

另外，有關生活保護的被保護者的資產認定，法院並非只從名義等客觀事實來判斷其歸屬，而是認為對非客觀所能得知但稍加調查即可明白的調查仍負有一定義務。而本件只以儲金簿的名義人為原告而不探究其原資乃是由他處而來，忽略了不一定完全可為自己所支配之實態。

#### (4) 課予生活保護法開始的義務之訴以及確認之訴

福岡高等法院認為本件依判決即可獲救濟，故未滿足行政訴訟法第 37 條之二的「為避免損害而無其他適當方法時」之要件，認為原告請求課予義務訴訟並不適法，同法因無訴之利益故對其確認之訴也認為不適法。

### 三、檢討- 「準用」的意思

#### (一) 修法的經過與制度運用的實態

本件是日本法院第一次承認永住外國人與日本國人同樣為生活保護法所保護之對象的初次判決。其中最大的爭點便是在究竟外國人有無生活保護受給權。而本判決先從生活保護法修法的過程出發來論及外國人生活保護的法地位。申言之，在舊生活保護法（1946 年制定）裡有規定保護對象為「需生活保護狀態者」，但現行法（1950 年制定）則變更為「所有國民」。因此法院認為，現行法在當時是有意限定保護受給人為本國人，故對生活保護法上的國籍要件之合憲性判定沒有問題。此點可說與原審是相同的。

#### (1) 過去的判決：否定憲法第 25 條（生存權）的具體權利性＋立法裁量論

本案原審引用了 2001 年宋訴訟最高法院的判決（對否定不法居留者的生活保護之適用（H13.9.25 第 3 小法廷）），指出：「憲法第 25 條第 1 項並不是國家對國民負有具體的、現實的義務之規定。同條第 2 項所指的國家責務乃是在創造並擴充社會性立法和社會性措施，來具體充實每位國民的生活權，按同條意旨，究竟具體要採用何種立法措施的選擇決定，須解為要委由立法府來做廣泛的裁量，故是否將具有永住資格的外國人納入保護對象實屬立法裁量的範圍」。

且，有關具永住資格的外國人是否為保護對象的立法決定，本件承襲了堀本訴訟最高法院（最大判 S57.7.7）的判決，指出「除非是明顯欠缺合理性且不得不說

是明白逸脫了裁量或濫用了裁量權，否則不生違憲的問題」。有此可知，含生活保護法在內，有關如何將生存權具體化的各種社會保障立法，司法皆難以介入。

若拘泥於憲法第 25 條及生活保護法第 1 條和第 2 條的「所有國民」之文義，則當然會認為生活保護受給權只限定於日本國民享有。而有關生活保護法排除外國人的相關訴訟有於 1978 年的金基元訴訟<sup>4</sup>（東京地裁 S53.3.31 行 29.3.473）中認為：舊生活保護法的適用範圍雖採用了內外國人平等原則，但其受給乃是一反射利益的享有，本質上乃具有恩惠性之色彩。與此相對的是，將適用對象做為「所有國民」之規定的現行法中，「至少在文理上，生活保護法的適用對象為日本國民，故應解為外國人乃其適用對象之外」。而依此解釋否定了外國人生活保護法上的法之適用，雖實際上受生活保護法所保護，但被認為只是一種行政措施。

而後在 1995 年的 Godwin 訴訟（神戶外國人緊急醫療費の負擔請求事件（H7.6.19.判例自治 139.58））中曾判示：「生活保護法第 1 條和第 2 條將該法所受保護者限定為「國民」，所以外國人並無法將之解為依該法有具體權利之享有」<sup>5</sup>。而在翌年的宋事件（1996 年，不法残留者の生活保護法適用拒否事件 1 審（H8.5.29 判時 1577.76）、2 審（H9.4.24 判時 1611.56））中，乃至於本案原審所引用的宋事件最高法院判決所持之意見，基本上都否認外國人生活保護受給權的權利性。判例上一貫皆認為此乃立法政策的問題。如此，法院在尊重立法府措施選擇決定的前提下，認為外國人適用生活保護法上若無明白的法之根據的話，則外國人縱享有實際的保護給付，其性質上為一種恩惠性的反射性利益。

## （2）本判決的判斷：從「間接」性的準用到「直接」性的適用

本件第 2 審控訴審承認了本案申請的處分性，並基於修法歷程的公知事實而支持生活保護法上國籍要件的合憲性。但和以往判例不同的是，在本判決中指出「當初生活保護法所保障的對象雖只限定為日本國民，但實際上依本件通知，外國人也得以成為保護之對象，是以在運用上得以依和日本國民幾近相同的基準和手續來保護之。而之後，在批准了難民條約而產生了存在了國籍條項的問題，但儘管還有其他存有國籍條項的法律並未依公約意旨做修正，而因有關生活保護法實際上以上述的方式持續運用著而未被修正，且生活保護法所為措施的保護對象

<sup>4</sup> 在日朝鮮人金氏受日本生活保護給付，但之後發現其在職業安定所接受就業媒介，福利事務所所長便將其保護給付予以減額，到後來更做成廢止之處分。於是金氏主張該當廢止保護之處分違法而提起取消訴訟。

<sup>5</sup> 惟，神戶地方法院強調了外國人的緊急醫療（權？），並期待立法能改善之。亦即在判決書上言明：「有鑑於憲法以及社會權公約、自由權公約之意旨，以及考量營造健康且文化的最低限度之生活權利（憲法第 25 條生存權保障之文言）與人之生存有直接關係，本院希望能在法律上對外國人的生存權採取相關保障措施。特別是對重大傷病的緊急治療是為生命的緊急救濟措施，說與國籍和在留資格無關，亦十分妥當」。

也不只限於外國人難民...故肯認了將生活保護對象限定為永住外國人」。進而又判示了：「國家因批准了難民條約而以送國會審議這一契機下，對於外國人的生活保護，在一定的範圍內可以承認國家負有國際法以及國內法上的義務。亦即，行政府和立法府，在不與當時的出入國管理令上的關係發生問題的前提下，對於一定範圍的外國人，可予以準用生活保護法而與日本國民受同樣待遇之法的保障。換言之，一定範圍內的外國人受上述待遇是為法律所保障之地位」。

申言之，本判決基於①法修正的歷程和制度的運用實態。②國際條約上的義務。③出入境管理相關法令的遵守此三點，即便是依通知而「準用」外國人的形式，進而能承認乃是受「法」所保護。於是，本判決所說的準用的意思似與以往準用的意思有所不同<sup>6</sup>。或可說是從 30 多年來的「長期化準用保護之事實」終使其保護權利受到肯定。但以生活保護法的國籍要件存在為前提，將過去以行政措施的通知來加以保護外國人的樣態究竟其權利性是如何產生，此判決的說明似乎仍是不清。縱如前述此判例和學說將其處分性做積極的解釋，若還是拘泥於條文上「國民」的文義，則外國人生活保護受給的權利性可說依然是被否定的。而本判決將社會保障法上的「國民」概念予以重構，雖承認了原告的受給權，但是否還是難以謂之並不違反國際人權公權之意旨。又本判例之見解是否僅止於極端的個案或有可能成為通案，這除須進一步觀察判例的走向外，為了解該法所謂「國民」的意思，有必要回顧一下日本社會保障法上國籍要件限制條項的變化。

### (3) 從外來壓力而生的內外人平等要求

回顧戰後日本的社會保障立法，一開始相關保障條文並無國籍條項的規定。從外部壓力的角度來看，這或許也可以說是由於 1945 年日本接受了「波斯坦宣言」（第 10 條尊重基本人權），以及受憲法上因明白要求要採取民主主義與國際協調主義等影響。在當時 GHQ 占領政策下，為因應戰後全面性的貧窮狀況，開始致力於社會保障制度的改革。依當時 GHQ 的「雇用政策備忘錄（SCAPIN360·1945 年 11 月 28 日）指示禁止設立國籍條項。而基於此號備忘錄，廢除了 1941 年厚生年金保險法中的國籍條項之限制，外國人因而也可成為厚生年金保險的被保險人<sup>7</sup>。而翌年 1946 年的「社會救濟備忘錄<sup>8</sup>」（SCAPIN775·1946 年 2 月 27 日）亦

<sup>6</sup> 依西片聰哉所言，將準用的意思說明如下。「依該通知，並不是生活窮困的外國人的法律上之權利，而是受單方性的行政措施所保護。因此，做為法的權利的保護措施請求或受保護之權利遭侵害時並無法申訴之」。以此理解的話，則判決所用的「準用」之意，是將之解為「生活保護法實質上適用於永住者等，而肯認了是受法所保護」，其理由的說服力似有不足。西片聰哉「外国人の生活保護」ジュリスト 1440 号 300 頁。

<sup>7</sup> 田中宏「外国人の生活保護受給權、その前後左右」賃金と社会保障第 1534 号（2011 年 3 月下旬号）5 頁

<sup>8</sup> 指令第 775 号 1-a:「日本帝國政府透過都道府縣或是地方政府機關，皆應設立單一的全國性政府

對日本政府指示：對於「所有的窮困者」皆應實施無差別平等的公共扶助<sup>9</sup>。之後，1946年9月的舊生活保護法在此背景下，於是採取了內外人平等原則，該法不只適用於日本人，亦適用於居住在日本的外國人<sup>10</sup>。基於此，當時的厚生省發出了以下的通知：「依本法所為之保護，不得採取差別性或是優先性的待遇，皆須平等保護，故不可因宗教性、社會性或國籍之關係而給予不利之待遇」。而據此通知所為的行政指導，在當時可說是十分先進<sup>11</sup>。然而，為具體化實踐新憲法 25 條生存權保障，1950年5月公布並實行了新的生活保護法，並在該法中明示生活保護請求權之對象為「所有的國民」等用語。此用語似對照了憲法 25 條中「所有的國民」之用語，但是否意謂排除外國人在社會保障法的適用即成為問題。

#### (4) 條文上「國民」的意義

從其他的條文來看，憲法文句上「國民」這一主詞並不一定只意謂著只限於「具有國籍者」之意義。若僵硬地只將文義上做單一的解釋則會產生矛盾之事。以日本憲法文言上有使用了「國民」和「所有人」的用語為例，日本憲法第 30 條規定：「國民依法律規定，負有納稅的義務」，然而事實上，依情況外國人亦負有納稅的義務。另外，憲法第 17 條規定：「所有人因公務員的不法行為所受損害時，依法律之規定可向國家或公共團體請求其賠償」。然而，現行日本國家賠償法採相互主義，事實上外國人的國家賠償請求權通常是不被保障的<sup>12</sup>。況且，從日本制憲當時的草案來看，對於基本權和平等原則之適用並不「只限日本國民」，要說當時參與憲法草案制定者有意將「所有的國民」限定為「具有國籍者」似乎太過牽強<sup>13</sup>。

有關外國人的權利，日本在馬克林事件（最判 S53.10.4 民 32.7.1231）以後，不論是判例或是學說通說基本上都是採取所謂的權利性質說，但這也不能說是完全否定外國人可做為社會權享有之主體，毋寧應說須視各種情況來對保護程度和

---

機關對窮困者給予適當的食糧、衣物、住宅以及醫療措施，且一律平等並不得為差別或優先性的對待」。

<sup>9</sup> 小川正亮『家族・国籍・社会保障』（勁草書房・1964年）188頁。

<sup>10</sup> 惟，舊生活保護法上並無明記生活保護請求權。

<sup>11</sup> 據當時統計（1948年12月1日），受此制度所保護的外國計有 99 戶（198 人）小川正亮、前掲書 188-189 頁。

<sup>12</sup> 又，日本憲法第 22 條有關移住海外和脫離國籍自由之規定使用了「所有人...」的字眼。但，此規定乃是對具有國籍者才有意義。另，日本憲法第 13 條有關「個人的尊重」之規定，以本質論而言應不該只限定國民為對象，但在文言上則使用了「所有的國民...」之文句表現。因此，在論及外國人權利的時候，除了表面的文言以外，亦應考慮權利性質等其他要素。

<sup>13</sup> 有關平等的憲法草案，在 1946 年 2 月 13 日の麥克阿瑟憲法草案中有規定「所有的自然人，不論是否為日本國民在法律下一律平等...」（新 13 條）。而之後的幣原內閣所發表的「憲法修正草案綱要」中也提到：「第 13 所有人在法之下一律平等...」，顯示對於平等原則的適用應及於外國人。田中宏、前掲論文、5-6 頁。

範圍做調整的問題。再加上，憲法第 31 條規定：「所有人不經法律所定之手續，不能剝奪其生命或自由，或是科以其他之刑罰」。在此正當法律程序條項中似未只限定具國籍身分者。而在行政處分中，行政不服審查法第 1 條 1 項中，文言的主語雖為「國民<sup>14</sup>」，但實際上並不拘泥其文字之意思。在判例上，成田新法事件中（最判 H4.7.1 民 33.7.1223）最高法院曾指出：「是否給予行政處分對象事前的告知或是辯解、防禦的機會，應依行政處分所限制之權利利益的內容、性質、限制程度，與行政處分所要達成之公益內容、程度、緊急性等來綜合衡量決定」。由此可知，在行政手續法中國民並不只限定是日本國民。

### （5）國籍差別的復活

日本在 GHQ 統治過後，有關社會保障立法則陸續設有國籍條項之限制。而之所以會有如此的現象，有被認為是與 1952 年 4 月 9 日由日本政府所發出一則對法務府民事局長有關國籍之通達（民事甲 438 号・1952 年 4 月 19 日）有關。亦即，當時日本政府為對應對日和平條約的成立（1952 年 4 月 28 日），對各法務局長發布有關殖民地國民的國籍及戶籍之通達。之後依此通達<sup>15</sup>，在日朝鮮人以及台灣人的「日本國籍」為之喪失，也進而被宣告為「外國人」。並且，在對日平和條約成立的同時，實施了外國人登錄法（1952 年 4 月 28 日），因而所有的外國人在入境時皆被課予按捺指紋之義務。在此之後，有關戰爭補償的法律（如援護法等）<sup>16</sup>、1959 年的國民年金法、1961 年的兒童扶養津貼法、1964 年的特別兒童扶養津貼、1971 年的兒童津貼法等社會給付受給皆設有「國籍條項」。如此，可明顯地看出，社會保障立法中的國籍條項之目的，其實主要乃是意圖排除適用於在日的舊殖民地出身者。

然而，在社會保障立法相關法律中，有些並無明確的國籍要件，但卻以行政

---

<sup>14</sup> 同法第 1 條第 1 項規定：「有關行政廳的違法或不當處分及其他該當公權利之行使，依對國民廣泛開啟了對行政廳不服申訴之途，可以簡易且快速的手續來對國民的權利予以救濟，來確保行政的適切運作」。

<sup>15</sup> 本通達（S27.4.19 民事甲 438 号）指示：第一「朝鮮和台灣自條約發效日起，隨著從日本國領土分離後，連同居住在內地的朝鮮人和台灣人皆喪失了日本國籍」。但這與當時西德給予植地人民可以以自由意思選擇國籍之權利有所不同。而日本憲法第 10 條也規定國籍的得喪須有法律保留，由此可說此一通達即違反此上述法律保留。田中宏、前掲論文 6 頁。

<sup>16</sup> 有關國籍條項的合憲性，最高法院 1992 年年 4 月 28 日（第 3 小法廷・台灣住民元日本兵戰爭補償請求事件）判決中指出：「補償問題乃是預定由兩國政府以外交交涉方式解決」、「無論採取何種措施皆屬立法政策的問題」，故有其合理性之根據因而判示合憲。與此相對的是，考量了因殖民地政策非由自由意思而被強加日本國籍，之後又因殖民地統治結束，也在沒有自由意思可選擇的余地下被剝奪日本國籍，因而有有力學說認為對於本件的國籍條項「只以國籍之理由來做差別對待與因人種而差別一樣，皆違反平等原則」。高野幹久「国籍条項の合憲性」ジュリスト憲法百選（第四版）19 頁。

解釋的方式來決定保護對象的範圍。如公營住宅法<sup>17</sup>和現行的生活保護法（相當於我國「法會救助法」）中便是以行政解釋來付加國籍要件之限制。以公營住宅法為例，當時的行政解釋（住發 922 号・1954 年 11 月 8 日）將條文上的「國民」的意思解釋為「限定為具日本國籍者」，因而否定了外國人的入居資格。相對於此，本案的生活保護法之通知乃是透過行政解釋而「準用」於外國人，實質上是承認可對其保護，但若遭駁回並無救濟管道。亦即，依當時由厚生省所發出的「對生活窮困之外國人的生活保護措施」之本案通知（發社第 382 号・1954 年 5 月 8 日）指出：「外國人雖不為（生活保護）法所適用之對象，但在此當下，對於生活窮困的外國人準以對其決定實施如同對一般國民的生活保護之對待，因而...可承認其保護的必要性」，惟「日本國民因是受法律所保護，是為法律上所保障之權利，其受保護之權利在遭侵害時，有（不服申訴制度）排除之途。但外國人並無法提及申訴」。據此，雖將條文上的「國民」之意解為「只限日本國民」，但並不排除外國人之適用，對外國人是以不承認其權利性的前提下以準用的方式來保護之。如此，在當時同樣是基於憲法 25 條而制定的社會保障立法中，文言上同樣有「國民」的公營住宅法和生活保護法，在實際運用上對外國人之適用則有截然不同的結果。然而，依 1990 年 10 月的政府通達，以強調「自立可能」的理由，將準用於生活保護法的外國人限定在入管法附表第二類永住者<sup>18</sup>。換言之，其他的合法入境之外國人或是非法入境的外國人並不在準用的範圍內。如此新的生活保護法雖在明文上確定了給付受給的權利，但也大幅地限定了生活保護適用於外國人的範圍。但，所謂的「特別永住者」做為一「潛在的國籍取得者」或是「社會恆常的構成員」，實際上是與日本國民具有同樣的生活實態，因此有學說著眼於此，認為文言中的國民之文意是沒有必要限制「具有國籍者」<sup>19</sup>。

## （二）國際條約上的義務：外壓的再臨

### （1）做為社會成員的生存事實：從「生活窮困的個別事實」的視點出發

本案將「準備保護」予以權利化的一個重要因素便是在於國際人權條約。亦即，日本於 1979 年時因批准了國際人權公約，於是將公營住宅、住宅供給公社、住宅金融公庫等與住宅相關法規裡的國籍要件以通知的方式予以廢除，因而外國

<sup>17</sup> 公營住宅法第 1 條：「本法以增進國民生活之安定和社會福利的進步為目的。而國家和地方公共團體協力來整備足以營造健康且文化生活之住宅，來對無住宅之低所得者提供或轉貸廉價之住屋。」

<sup>18</sup> 入出境管理法第 2 條的「附表第二」對持以下在留資格者並不限制其國內之活動。亦即：永住者、永住者的配偶等、日本人的配偶者等（日本人的配偶或是依民法為有特別養子身分或以日本人之子身分出生者）等定住者。

<sup>19</sup> 藤井俊夫『憲法と人權Ⅰ』（成文堂・2008 年）55 頁。三輪まかど「外国人と生活保護」宮崎産業経営大学法学論集第 19 卷第 2 号、169 頁。



人也能為之適用。另外，日本於 1981 年批准了難民條約之後，國民年金法、兒童津貼三法也隨之配合修正，因而消除了「國籍條項」。如此，「國民年金法」中的「國民」之規定要件即是指：「在日本國內具有住所之人（同法第 7 條 1 項）」。<sup>20</sup>於是乎，對照該法第 1 條的立法目的：「依國民的共同連帶，幫助維持並提升健全國民生活」，是以基於共同連帶的原理，若將居住該國的外國人亦承認為「社會的一員」，則文句上的「國民」即可解為「住民」之意。<sup>20</sup>學說上亦有主張：「生存權和社會保障的基盤做為社會之原理為國家之前所存在，原本便應與國民和國籍等觀念無關。不論其國籍或在留資格，社會應以其為構成員而加以涵攝保護之<sup>21</sup>」，亦即除表示生存權具有自然權性質之意涵外，以社會連帶原理為社會保障制度為意圖的話，則其主體並不應只限本國國民，應包涵所有社會的構成員才是。另有學說指出，比起外國人是否為其保障的權利主體之問題，應基於做為共同體成員為一同生生活的社會事實，按外國人的旅居性質而為合理的限制。亦即依外國人的居住的性質而在範圍內做調整<sup>22</sup>。以上兩說所涵攝的範圍雖有不同，但同樣都是將生活保護法制度的目的和保護對象指向「生活窮困的個別實情」<sup>23</sup>，故比起形式的國籍要件，要重視的為「該當做為日本社會的一員，從事著與所有國民同樣之生活」的這樣一個社會構成員的性質。換言之，「社會的成員」才是社會保障制度真正所要求之要素。以此觀點來看，實際上是與國際人權規範十分相近。而本判決多少即以此觀點將生活貧困者做為保護對象。世界人權宣言第 22 條規定：「所有人做為社會的一員，擁有受社會保障之權利...」。本判決雖未觸及世界人權宣言，但基於國際人權條約和難民條約，注意到了前述保護措施的運用之變化<sup>24</sup>，並明言難民條約一旦被批准復經國會審議後，在一定的範圍內國家即負有國際法上以及國內公法上的義務。然而，具體而言是什麼樣的義務似乎仍不夠清楚。

## （2）難民條約的批准：相互主義的理念

本案原審認為：「有關社會保障的權利依國家的社會政策而確認值得予以保護，此乃宣示締約國為實現其權利負有積極推進動社會保障政策之政治責任，並非給予個人直接而具體的權利，...個人根據 A 公約（社會權公約）並無法請求生活保

<sup>20</sup> 基於生存權的普遍性和人性尊嚴等，對於社會保障受給權不應以國籍為基準而左右給付之有無，有力說認為應以是否為『社會的構成員』來認定。

<sup>21</sup> 高藤昭「外国人に対する生活保護法の適用について」社会労働研究 42 卷 3 号（1995 年）29-30 頁。

<sup>22</sup> 三輪、前掲論文、165 頁。

<sup>23</sup> 第二次塩見訴訟第 2 審控訴審（大阪高裁 H8.7.26 判自 176.69.）對公共扶助（生活保護）的性質認為是「在保護生活窮困的個別實體能享有最低限度的生活」。

<sup>24</sup> 當時厚生省社會局長於國會（1981 年 5 月 27 日）上指出生活保護法無須修正的原因在於①已有行政單方面的給付，故未必須要法律。②和出入境管理戈上的調整問題。③基於補足性原理，有必要調查外國人的親屬扶養關係。因而即便不修法也不會違反條約。

護之開始」。此一見解很清楚的是承襲日本塩見訴訟最高法院判的判決（H1.3.2 判時 1363 号 68 号）。而在此思維下，縱然承認條約具有國內法上的法之拘束力，但並不能具此就立即可以排斥國籍條項之限制<sup>25</sup>。而終究是結合所謂的社會權的「漸進性實現說」來否定了條約上的立即執行義務。本判決主要是以審查生活保護法的適用資格為中心，並未對和國際條約之間的關係做判斷。然而，判決上言及「國際法及國內公法上之義務」，首先應指向為難民條約第 23 條<sup>26</sup>所要求的「社會保障於國內外人均應平等待遇之義務」。而基於此，不只國民年金、兒童津貼等社會保障立法中的「國籍條項」之限制被廢除，隨著出入國管理和難民認定法的制定，該法前身的出入國管理令中該當於強制出境的漢生病患者、精神病患者以及公共負擔者（即生活保護受給者）之限制也被刪除。此意謂著保護對象並非只限制於難民，含窮困者在內的社會弱者也在保護範圍內。如此，有關日本的社會保障制度可說是再次因外來壓力而從「母國中心主義」移往「國際相互主義」的方向前進。

### （3）漸進性達成之條項：最低限的核心義務

若認為社會權公約之實現為國家的公法上之義務的話，則須正視該公約第 9 條<sup>27</sup>規定的社會保障權利之性質的這一個問題。對於此點，上述的塩見訴訟最高法院判決（1989 年）指出國家只負有政治責任，故將該公約第 2 條的「實現義務條項」解為「漸進達成條項」，進而否定了此權利的法規範性。因此，即使不廢除國籍要件之限制也不生違反公約之問題。而此看法基本上與生存權的方針規定說的見解一致。然而，這樣的見解與之後由社會權公約委員會所做出來的一般意見是有所不同的。亦即，在一般意見 3（1990 年）<sup>28</sup>中指出，權利的完全實現須漸進地方能達成，但對達成目標所為之措施，對關係國而言乃須在公約生效後於「合理的短時間內」來予以達成。除此，締約國具有為確保充足各權利最低限不可欠缺之水準的「最低限之核心義務」。另外，依該公約第 2 條第 1 項規定各締約國必須「將可利用之資源最大化利用」。據此，各締約國有義務採取必要之措施。而根據以上一般意見的解釋，涵攝於本案的話，或可說國家負有：①在合理的短期間內，

<sup>25</sup> 最高法院既然採「母國主義」，說明：「在判斷國籍條項合憲性的同時，做為過渡措施對有關非共同提取年金，原本立法即有廣泛的裁量權，以及在社會保障措施中的外國人之待遇等問題是屬國家的政治判斷事項」。倉田聡「外国人の社会保障」ジュリスト 1101 号（1996 年）47 頁。

<sup>26</sup> 難民條約第 23 條：「締約國對於合法居住在其領土上之難民，對有關公共扶助和公共援助方面，應給予同本國國民一樣之對待」。

<sup>27</sup> 社會權公約第 9 條：「此公規的締約國應對所有人承認皆享有社會保險及其他的社會保障之權利」。

<sup>28</sup> 社會權公權一般意見的日文翻譯可參見申惠川訳：

[http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human\\_rights/society\\_\\_general-comment.html](http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/society__general-comment.html)  
（[http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights\\_library/treaty/data/CESCR\\_GC\\_01-05j.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/CESCR_GC_01-05j.pdf)）

有採取廢除差別性國籍要件規定之措施。②有確保最低限生存保障，充足生活保護法之義務。③對於有限的預算和物質資源上的運用，以及有效率的行政調查等行政資源的運用有將其盡可能最大化利用之義務。此三項的「國際法及國內法上的義務」。

#### (4) 條約的整合性：國際人權公約的可能生

最近，在一般意見 19 (2007 年)<sup>29</sup> 中更進一步將締約國的實現義務階段性地劃分為有尊重的義務、保護的義務、充足的義務、國際性義務以及核心義務等予以類型化。而在一般意見 20<sup>30</sup> 中又指出，依該公約第 2 條第 2 項的差別禁止條項之規定，締約國被課予應「即時」廢除形式性或實質性的差別。這些意見是在塩見訴訟最高法院 (1989 年) 判決後才做出的，而本案是否受到這些意見所影響不得而知，但在最近的在日韓國人年金訴訟福岡高等法院判決 (H23.10.17 判時 2138 号 74 頁) 中仍是承襲了塩見訴訟的先例而否定了社會權公約的裁判規範性。同時對於自由權公約的一般意見以及個人通報等意見，僅認為是促進公約的實行以及喚起締約國的注意，故充其量只為一參考文書。再加上，日本並未批准選擇議定書，所以委員會的意見並不會立即具有法的拘束力。且，縱使承認了自由權公約上的裁判規範性，但「社會權公約所規定的社會保障相關法律規定，是否違反自由權公約第 26 條之判斷，應與立法與社會權公約所規定所要求擴大社會保障意旨間的整合性做解釋 (若做此解釋的話，照社會權公約的意旨，即使為擴大社會保障立法或是社會保障制度而有必要修改法律時，若經常要求要嚴格適用於平等原則來修改相關立法，則結果恐造成無法漸進性地完成立法或修法，或是造成時期上的延宕。如此反而會違反了社會權公約所規定之意旨)」。也就是說，此判決指出如果要如自由權公約般地嚴格要求禁止差別待遇 (平等) 則恐會出現有損社會權公約漸近達成目標的「反效果」。

而與此相對的是在在日韓國人年金差別訴訟大阪地方法院判決 (H17.5.25 判夕 254 頁) 中，對於社會權公約第 2 條第 2 項以及第 9 條有關自由權面向的事項，承認了社會權公約的自動執行以及裁判規範效力，也就肯認了內外人平等原則 (社會權公約第 2 條第 2 項、自由權公約第 26 條) 的法的拘束力。然而對於立法府的必要措施則認為必須注意「一定程度的合理期限」。亦即，此判決指出：「有關社

<sup>29</sup>日文翻譯見川本紀美子記：

[http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights\\_library/treaty/data/19.pdf#search='一般的意見 19'](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/19.pdf#search='一般的意見 19')

<sup>30</sup>日文翻譯見川本紀美子記：

[http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights\\_library/treaty/data/20.pdf](http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/kokusai/humanrights_library/treaty/data/20.pdf) 日文翻譯見川本紀美子記：

會保障的權利，既然被法律所承認則依本公約規定（自由權公約第 26 條）而有受保護之可能，依法律所被承認的社會保障之權利若有該公約所禁止的差別狀態發生時，則應解為締約國有義務為消解此等差別狀況而須採取應為之措施。但，在採取消解有關社會保障權利的差別狀態時，與創設社會保障權利（社會保障立法）時一樣，皆需要合理的期間，然而在經過一定的合理期間而無採取必要措施時，則可說是違反了上述（人權公約）的義務。

如此，可以看出對於國際人權公約的規範性以及締約國的義務，福岡高等法院與大阪地方法院的想法截然不同，這也反映出當下司法援引社會權公約時，其實效性並不穩定<sup>31</sup>。但此二判決較之於過去在生存權或社會保障受給權訴訟領域中常被援引的廣泛的立法裁量論來說，還是多少可以看出較富積極性。例如：即便是否定了社會權公約裁判規範性的福岡高等法院，對於有關自由權公約第 26 條和社會權公約之間的關係做出以下的判示。亦即：「憲法第 25 條 2 項（生存權相關社會保障制度的充實）和憲法第 14 條（法之下平等）間的關係一樣，因可由該當社會保障上的法律規定之區別，而從有無合理的理由以及是否有不當的差別待遇之觀點來判斷，故和自由權公約第 26 條間的關係不可解之為立法府全無裁量空間」。換言之，對有關社會權公約擴大社會保障的趣旨（漸進立法義務）的審查也將之納入平等條款的審查範圍之內，所以因立法而具體化後的社會保障制度運用上的差別之合理性並不是以向來為法院所主張的「有顯著欠缺合理性，明白逸脫或濫用了裁量權」之寬鬆的明白性原則之審查，而是在不否定立法裁量的前提下，對國籍造成之區別，其「區別是否有何合理的理由以及不當的差別對待」這一略為嚴格的審查基準審查。而最重要的是，就以往的國內法（憲法等）理論中的議論而言，向來是以「防線性地裁量統制」為中心，亦即對最低限度保障的確定做最低限度的裁量統制。但在國際人權公約中議論，不只明示有「最低限度的核心義務」，另外做為手段的「最大限度之充足」原理亦為公約所要求，故國內法院援用國際人權公約自然會被期待能導引出更為積極的審查機能<sup>32</sup>。

就生活保護法原本的目的即在實現生存權保障的最低限度之要求。而本判決雖肯認了立法當時的國籍條項限制之合憲性，但之後依通知的準用規定來認定了永住者的保護受給權。在此意義下，本判決對於有關「事前性」的社會保障制度之立法，以及對「事後的」制度運用事態的司法審查似採取了不同的態度。前著一如先例以立法裁量為前提來進行審查，而後者則是著眼於制度的運用實態以及國際條約的批准和當事者的貧困實況，並不拘束於文句的「國民」之意，因而認為永住外國人具有接受生活保護的「法的」地位。因此，本案的「準用」具有基

<sup>31</sup> 葛西まゆこ「国際人權規約と憲法 25 条」法律時報 84 卷 5 号（2012 年 5 月）64-65 頁。

<sup>32</sup> 依葛西教授所言「批准負有義務更有具拘束力的條約」是最有效果的。葛西、同前掲論文。

於生活實態而擴大了權利主體之機能，將法的保護對象從以往「具國籍者」移動為原本為保護目的「生活貧困者」，故有評價此一判決為「將法的「國民」概念實質地予以再構成，並階段性地形成國家對永住外國人的生活保護之義務」<sup>33</sup>。

### （三）有關出入國管理法令的遵守

只因歷史的特殊性或國際人權公約並不能立即賦予本案「準用」的權利性。其決定性的因素還是在於須要生活保護的實態上。生活保護的本質原本就在於貧困的救助，故著眼於生活窮困的事情乃為當然，而就生活保護法的趣旨而言，一般乃認為是基於社會連帶的理念，因此基於「助其自立」此一認識，對身陷窮困狀況的「社會構成員」施以救助乃是很自然的思考。惟，在實務上，已有將出入國管理法附表第二記載中的外國人（永住外國人等）納入生活保護法的準用對象。因此，對於有無適用於本件的主要問題，比起國籍要件上的問題毋寧應說是在受給要件的充足性（財產狀況的認定），或是補足性原理的要求（扶養責任的認定）此等手續上或技術上的紛爭。若是如此，在本判決以準用的形式獲得權利性是否只僅止於個案。或是也會影響到日後判決的實體面上，值得關注。從過往的判例來看，否定外國人社會保障權利性的塩見訴訟最高法院的判決架構基本上並沒有被鬆動，即便在本件上也只是將外國人的社會保障受給權之享有限定在永住外國人。因此也是不違反政府既有的見解。而本件裡的國籍條項與社會權公約間的關係終究沒有被釐清。

現今世界為所謂的地球村之環境，各國間的人口流動是以前如未見的速度交流著，而在此情況之下，相信所謂的社會保障母國主義的妥當性也將會被不斷地被質疑著。過去，依照過去的出入國管理令有將貧困者、公共負擔者（生活保護受給者）<sup>34</sup>列為強制出境之對象，但在批准了難民條約之後配合修法，現行的出入國管理法第5條第3項所規定：「貧困者以及流浪漢等，有生活上須由國家或是地方公共團體來負擔之虞者」可拒使之入境。據此，因外國人的生活保護受給原因應是在外國人入境以後才產生，往後在日外國人的生活保障更成為無法回避的問題<sup>35</sup>。

而出入國管法附表第二以外的外國人的社會保障該如何保障。在學說上，對於外國人的權利現在的通說為權利性質說，但從社會保障權利的性質以及經濟背

<sup>33</sup> 三宅裕一郎「生活保護法に基づく永住の外国への生存権保障」（法セ 686 号・2012 年 3 月）122 頁。

<sup>34</sup> 出入國管理令第 24 條第 4 項規定該當於「貧困者、流浪漢、身體障礙者等，生活上成為國家或公共團體之負擔者（ホ）」，可強制其出境。

<sup>35</sup> 田中、前掲論文、10 頁。

景等產生出來的事實為根據，有學說認為應將外國人納為權利的主體重新構築社會保障制度<sup>36</sup>。此外，亦有學說指出，在權利性質的可及範圍，亦即在社會保障權利之中，應檢討是怎樣的一個個別的或具體的權利，以及何種外國人和保障到何種程度<sup>37</sup>。而本判決的結論並未使用「永住者」此一字眼，但著眼於判決書上所用「一定範圍內的外國人」之詞來看，仍存有上述學說的可能性。

（附記：本案例曾於 2012 年 5 月 11 日於日本北海道大學公法研究會發表，藉此次中華民國國際法學會年會報告機會，希望以此案為契機來進一步思考並討論國際人權法在國內法下的適用問題。另，本報告為日本學術振興會科學研究費補助研究計畫（課題編號：23830002；計畫主持人：鄭明政）的部分研究成果，併此述明。）

---

<sup>36</sup> 河野正輝「外国人と生活保護」ジュリスト 781 号（1983 年）52 頁。

<sup>37</sup> 三輪、前掲論文、161 頁。