

永住外国人の生活保護に関する 最判平 26.7.18 のレベルと誤り

——主として行政法，民訴法論点から——

斎藤 浩*

目 次

- 第1 問題意識
- 第2 判決の内容
- 第3 外国人を憲法，生活保護法の保障外におく判断
- 第4 前提としての不服審査
- 第5 行政法，行政訴訟レベルで，今どき，信じがたい判断
- 第6 民事訴訟法からの逸脱
——請求の併合と移審に関する基本的かつ致命的誤り
- 第7 劣化判決の影響力を削ぎ，早期に是正するための方策（試論）

第1 問題意識

永住外国人の生活保護に関する最判平 26.7.18 判例地方自治386号78頁（以下「本件判決」ともいう。）を，行政法，民事訴訟法の面から検討してみると，同判決が明白な誤りを含み，あまりにもレベルが低いとの思いを強くした。どうも最高裁判例委員会も問題ありと思っているふしもある。

本稿では外国人の社会保障受給権についての憲法論的，社会保障論的誤りについては，簡潔にしか触れない。

本稿で述べることは，同判決が，判例を含む現代行政法理論を理解していないのではないかとと思われること，さらに民事訴訟法の明文解釈を踏み外していること，また，このような判決が出た場合に，その影響を排除

* さいとう・ひろし 立命館大学大学院法務研究科教授

し、早期に判例変更をするための方策はいかにという試論である。

第 2 判決の内容

1 事案の概要

本件は、永住者の在留資格を有する中国籍の外国人である A が、夫とともに駐車場や建物の賃料収入等で生活を送っていたところ、A 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、生活に困窮したことから、生活保護法に基づく生活保護を申請した（「本件申請」）が、大分市福祉事務所長（「処分行政庁」）が却下処分をした（「本件却下処分」）ため、主位的に本件却下処分の取消（取消訴訟）及び保護開始の義務付け（義務付け訴訟）を求め（主位的請求）、予備的に保護の給付（当事者訴訟）を求め（第一次予備的請求）、さらに予備的に保護を受ける地位の確認（当事者訴訟）を求めた（第二次予備的請求）。

大分地判平 22.11.18（本稿では、以下でも、裁判所ウェブサイト収録されている判例には出典を省略する）は、本件申請は生活保護法に基づくものではなく「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」（厚生省社会局長の昭和29年5月8日付社発第382号通知＝「本件通知」）に基づく行政措置の申請だと認定し、そのように本件での請求を解釈して、主位的請求のうち行政措置として行われた保護申請却下処分の取消しを求める部分及び主位的請求 2 項をいずれも却下し、生活保護法に基づくものと解しての主位的請求 1 項のうち保護申請却下処分の取消しを求める部分及び原告のその余の請求をいずれも棄却するとの判決をくだした。

そこで A は控訴しこれらすべてを争うとともに、第三次予備的請求（通知に基づく保護の給付、当事者訴訟）ないし第四次予備的請求（通知に基づく保護を受ける地位の確認、当事者訴訟）を追加した。

福岡高判平 23.11.15 判例地方自治386号88頁は、本件申請を生活保護法に基づくものと解して、主位的請求のうち本件却下処分を取り消した。そ

してその余の主位的請求に係る訴えを却下し、第一次予備的請求を棄却し、第二次予備的請求に係る訴えを却下し、第三次予備的請求を棄却し、第四次予備的請求を却下した。

大分市が敗訴部分を上告したところ、本件判決は、「1 原判決中上告人敗訴部分を破棄する。2 前項の部分につき、被上告人の控訴を棄却する」とする判決を言い渡した。

2 本件判決の判旨

「(1) ……旧生活保護法は、その適用の対象につき「国民」であるか否かを区別していなかったのに対し、現行の生活保護法は、1条及び2条において、その適用の対象につき「国民」と定めたものであり、このように同法の適用の対象につき定めた上記各条にいう「国民」とは日本国民を意味するものであって、外国人はこれに含まれないものと解される。

そして、現行の生活保護法が制定された後、現在に至るまでの間、同法の適用を受ける者の範囲を一定の範囲の外国人に拡大するような法改正は行われておらず、同法上の保護に関する規定を一定の範囲の外国人に準用する旨の法令も存在しない。

したがって、生活保護法を始めとする現行法令上、生活保護法が一定の範囲の外国人に適用され又は準用されると解すべき根拠は見当たらない。

(2) また、本件通知は行政庁の通達であり、それに基づく行政措置として一定範囲の外国人に対して生活保護が事実上実施されてきたとしても、そのことによって、生活保護法1条及び2条の規定の改正等の立法措置を経ることなく、生活保護法が一定の範囲の外国人に適用され又は準用されるものとなると解する余地はなく、……我が国が難民条約等に加入した際の経緯を勘案しても、本件通知を根拠として外国人が同法に基づく保護の対象となり得るものとは解されない。なお、本件通知は、その文言上も、生活に困窮する外国人に対し、生活保護法が適用されずその法律上の保護の対象とならないことを前提に、それとは別に事実上の保護を行う行政措

置として、当分の間、日本国民に対する同法に基づく保護の決定実施と同様の手続により必要と認める保護を行うことを定めたものであることは明らかである。

(3) 以上によれば、外国人は、行政庁の通達等に基づく行政措置により事実上の保護の対象となり得るにとどまり、生活保護法に基づく保護の対象となるものではなく、同法に基づく受給権を有しないものというべきである。

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

そして、理由中の最後で「なお、原判決中上記請求に係る部分以外の部分(被上告人敗訴部分)は、不服申立てがされておらず、当審の審理の対象とされていない」と述べた。

第 3 外国人を憲法、生活保護法の保障外におく判断

本件判決に関する憲法論上、国際法上、社会保障法上の批判的検討は多く公表されている¹⁾。それらの文献にあらわれた批判的論点を箇条書き的に述べれば次のとおりである。

外国人、とりわけ永住外国人には国民に準じた社会権ないし憲法25条1項の保障が及ぶべきである。

本国人と外国人との社会保障における差別の撤廃は、社会権規約9条に含意されており、即時実施の義務が課されている。また難民条約23条に反している。

なお、本件判決の評論にはあまり現れていないが、憲法訴訟という視点からの事案の捉え直し、訴訟法の留保からの解放という視点の検討も不可

1) 遠藤美奈「永住外国人と生活保護受給権」(ジュリスト重要判例解説平成26年度28頁)及びそこで引用される文献、その他、本件の代理人であった瀬戸久夫弁護士の「外国人の生活保護訴訟」(法学セミナー2015年2月号19頁)参照。

欠であろう²⁾。筆者としては他日を期したい。

第4 前提としての不服審査

生活保護法は審査請求前置主義になっているから、Aは大分県知事に審査請求した。大分県知事はAの審査請求に対して、行政不服審査法上、不服申立ての対象は「処分」とされているところ、外国人に対する生活保護は法律上の権利として保護されたものではなく、本件却下処分は「処分」に該当しないから、本件審査請求は不適法であるとして、これを却下する旨の裁決をした。

この判断は誤っている。

第一の誤りは、生活保護法の外国人に対する適用性の問題であり、憲法論、行政法論、社会保障法論からのもので、本稿全体を貫くテーマそのものであるからここでは省略する。

第二の誤りは1審判決も指摘するように、生活保護申請の却下処分はどのような立場に立とうと処分であるから、その点でも誤っている。却下裁決の点は1審判決がただし、前置がなされていることとして2審3審の判決が出ているので、あまり論点とすることではなかろう。ただし、外国人の生保申請には生活保護法は適用されないという立場にたつなら、そもそも前置の問題は起こらない。

第5 行政法、行政訴訟レベルで、今どき、信じがたい判断

本件事案で起こったことは、原告Aに生活保護費が支給されていない行政運営がなされ、裁判所も本件判決でその行政運営を司法でただすことは

2) 棟居快行『『基本権訴訟』の可否』（「人権論の新構成 改版」信山社、2008年、285頁以下）、奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」（公法研究41号97頁、1979年）、神橋一彦「行政訴訟の現在と憲法の視点」（ジュリスト1400号43頁、2010年）など参照。

ないと結論づけたということである。

その理由は、要するに外国人には生活保護法が適用されないからというに尽きる。

仮に生活保護法の適用がないとしても、なぜ行政実務で実施されている本件通知にもとづく給付方法を法的に位置付けないのか、信じがたいというのが行政法、行政訴訟法的な疑問である。この疑問の解決には、民事訴訟的検討も必要となる。

以下、順次論ずる。

1 行政法，行政訴訟的に常識になってきていることからの離反

それはひとことでいえば、実効的救済のための法解釈からの逃避である。

実効的救済の必要性は、塩野宏教授の行政訴訟検討会での次のような座長としての発言で象徴的に明確にされている。

「抗告訴訟かどうかという点については、今発言があったように、被告が抗告訴訟の行政庁となっていたので、その問題があったが、今度は被告の点が解消されたので、実は抗告訴訟も当事者訴訟である。そうすると、あとは条文の準用の仕方の問題になって、大体全部準用していくことになると、取消判決固有のものは別として、そんなに従来の垣根はさほどにはならない。あと、学問的にどう処理するかは、出来てから考えてほしいというのが率直な気持ちで、今、国民の権利利益をどうやって確保しようか、そして、確認の道がありますよというときに、抗告訴訟だと確認の道は狭いとか、当事者訴訟になると広いとかということではなくて、とにかく国民の救済を広げられるような方向は何かということを考えていただき、それを抗告訴訟に振り分けるかどうかは、最後の法制的な詰めがあるが、救済に穴があることになると、大変なことなので、そこは救済に穴がないようにするのがプロの役目ではないかということで、常々お願いしているところである。実は理論的には大変悩ましいので、一体どうなるのか

ということをよく聞かすが、抗告訴訟なんてやめてしまえばいいではないかとまで言うが、なかなか難しいところがあるようで、これはその制度設計のプロにお任せする以外にないと思うが、プロが見落としていけないのは、国民の包括的な権利救済という理念だけは常に頭に置いていただきたい。……それを使うかどうかは弁護士と裁判官の頭の働かせ方いかんによるということになる。他方、確認訴訟だけではなかなかうまくいかない領域は行政計画、行政立法があり、そこも十分にらみながら考えていくことになるが、ただ、出だしはとにかく道があるということを確認することだと思う³⁾（下線引用者）。

2004年の行訴法改正を機に、実効的救済のための議論は噴出し、盛り上がった⁴⁾。現在では公法上の争いに関する限り、抗告訴訟、当事者訴訟、民事訴訟のいずれかで救済することが常識となっている。

最高裁においても、在外邦人の選挙権に関する最大判平 17.9.14⁵⁾、日の丸君が代関係の懲戒処分・義務不存在確認訴訟の最判平 24.12.9において救済の穴をなくす解釈を打ち出している。また誤納付登録免許税の返還請求に関する最判平 17.4.14 は、不還付通知の取消訴訟でも当事者訴訟としての給付の訴えでも可能とした。さらに保育所廃止条例に関する最判平 21.11.26 は、条例の取消訴訟と条例の効力を争う当事者訴訟または民事訴訟との優劣を論じて前者の方が合理的だとする検討を判決中でしている。

つまり実効的救済のためには、単に訴訟類型の選択の柔軟さということと

3) 行政訴訟検討会第26回議事概要。

4) 本稿の関係で、取消訴訟、確認訴訟に関する代表的な論稿は、山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」（民商法雑誌130巻4・5号640頁，2004年），同「改正行政事件訴訟法をめぐる理論上の諸問題」（論究ジュリスト8号71頁，2014年），同「改正行政事件訴訟法をめぐる理論上の諸問題——拾遺」（自治研究90巻3号49頁，2014年），中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」（民商法雑誌130巻6号963頁，2004年），同「行政処分の法効果とは何を指すか」（石川正先生古稀記念論文集所収，2013年），同「行政訴訟の基本構造（一）（二）」（民商法雑誌150巻1号1頁，2号171頁，2015年）などである。

5) 本稿でも、裁判所のウェブサイトに掲載されている事例については、出典を省略する。

どまらず、実定法、実体法の解釈をも可能な限り柔軟に施すことに最高裁判例の努力の跡がみえるのである。

これら行政法学説、一連のすぐれた最高裁判決と比べ、本件判決は裏切りの離反の、その結果低レベルの内容となっている。

2 本件判決のスタンス

本件においては、上記判旨のように、最高裁は外国人に対する生活保護費の給付は生活保護法に基づかないものと判断しただけで、本件通知に基づく救済、要するに当事者訴訟としての救済をおこなわず、上記のように「なお、原判決中上記請求に係る部分以外の部分（被上告人敗訴部分）は、不服申立てがされておらず、当審の審理の対象とされていない」と判示して突き放した。

Aは控訴審で取消訴訟の最も力点を入れていた主位的請求を認容されたものの、その他の主位的請求を却下され、第一次予備的請求を棄却され、第二次予備的請求に係る訴えを却下され、第三次予備的請求を棄却され、第四次予備的請求を却下されていたのであるが、最高裁は正面から本件通知に基づく救済、当事者訴訟による救済の是非を判断しないままに、上述のように突き放して事件を終わらしたのである。

最高裁が、行政法、行政訴訟的に常識になってきていることの検討をなさず、最高裁自身も他の重要判決で当事者訴訟の活用方法に工夫を見せていることを顧みずに、事件をなぜ終わらせてしまったのであろうか。

後述第6のように、民訴法的には最高裁は予備的請求を判断しなければならない立場にあるのに、判断しなかった。

そこに現れる本件最高裁判決の心象風景は、実効的救済の目標からすると殺伐としたもので、いささかの評価も与えられないし、実効的救済への努力が色褪せたものとなってしまったというほかはない。

3 実効的救済の必要性からどう誤っているか

判旨の最後のところ「外国人は、行政庁の通達等に基づく行政措置により事実上の保護の対象となり得るにとどまり」というところが誤っている。

二重の意味で誤っている。

(1) 本件通知を生活保護法にもとづくものと読めなかった誤り

通達にもとづく給付を法律にもとづくものとして救済した事例などとの対比をおこないたい⁶⁾。

① まっさきに想起されるのは最判平 15.9.4 である。

労働者災害補償保険法に基づく遺族補償年金の受給権者である上告人が、被上告人労基署長に対し、外国の大学に進学した子の学資に係る労災就学援護費の支給申請をしたところ、支給しない旨の決定を受けたため、その取消しを求めた事案で、労働基準監督署長の行う労災就学援護費の支給又は不支給の決定は、「労災就学援護費の支給について」と題する労働省労働基準局長通達（昭和45年10月27日基発第774号）にもとづくが、法を根拠とする優越的地位に基づいて一方的に行う公権力の行使であり、被災労働者又はその遺族の権利に直接影響を及ぼす法的効果を有するものであるから、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たるものと解するのが相当であるとした事例である⁷⁾。

6) これから取り上げる二つの最高裁判決は筆者の著作においてもつとに注目してきたものである（なお斎藤浩「行政訴訟の実務と理論」（三省堂、2007年）39頁、32頁）。泉徳治「私の最高裁判所論～憲法の求める司法の役割」（日本評論社、2013年）191頁以下を見ると、二つの判決とも同元判事が関与されたものであることがわかる。なお以下述べる通達や通知の議論は、最高裁が一貫して否定している（最判昭 43.12.24、前述の最判平 24.2.9）ところの、通達そのものの処分性、法規性の問題ではないことに注意されたい。

7) 注4)の中川「行政訴訟の基本構造(二)」では、処分性の概念として法効果性と権力性に分けて考察し、処分性を認める最高裁判例が権力性について詳しく判断するのは法律の根拠があると言えるかどうかの事案であるとし、この判決と後述する②判決をあげる。山本隆司「判例から探究する行政法」（有斐閣、2012年）325頁は、この判例を詳細に検討

この判例の通達は、「労災就学援護費は法23条の労働福祉事業として設けられたものであることを明らかにした上、その別添『労災就学等援護費支給要綱』において、労災就学援護費の支給対象者、支給額、支給期間、欠格事由、支給手続等を定めており、所定の要件を具備する者に対し、所定額の労災就学援護費を支給すること、労災就学援護費の支給を受けようとする者は、労災就学等援護費支給申請書を業務災害に係る事業場の所在地を管轄する労働基準監督署長に提出しなければならない、同署長は、同申請書を受け取ったときは、支給、不支給等を決定し、その旨を申請者に通知しなければならないこととされている」という内容である⁸⁾。

これに対して本件通知は、生活保護法第1条により、「外国人は法の適用対象とならないのであるが」として、外国人は生活保護法の対象にならないことを明文でうたって、生活保護法に準じる旨を明らかにしているのである。また「外国人の場合には不服の申立をすることはできない」とも記している。

通達自体が基本法の事業としておこなうのであることを内容とするのと、通知自体が基本法の対象とならないことを内容としていることを比べることにより、本件判決は外国人の生保制度を生活保護法と切り離して終了と考えたのかもしれない。

しかし、そうだとすれば短慮である。

本件通知の冒頭には、「外国人は法の適用対象とならないのであるが」という文言に続いて「当分の間、生活に困窮する外国人に対しては一般国

↘した上で、「本件最判は、援護費に関する法解釈を行ったものであり、直接の射程は援護費にしか及ばない。しかし、本件最判が処分性を認めるためにとった法の解釈方法は、給付行政の分野で一般的に援用される可能性がある」としている。太田匡彦「労災就学援護費の支給に関する決定」(行政判例百選Ⅱ第6版)340頁は従来型の処分性検討である。

8) 曾和俊文「行政法総論を学ぶ」(有斐閣, 2014年)244頁は、この支給決定を処分と解さない場合は当事者訴訟になるのだから、原告の訴訟選択を尊重した最高裁判決に意義があるという。このように捉えることも実効的救済の観点から重要である。裁判実務家としての整理は藤山雅行・精松晴子「給付行政と行政契約」(青林書院, 2012年)173頁以下参照。

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により必要と認め
る保護を行うこと」と規定している。

加えて、本件通知の後半についている運用指針は、「保護の内容等につ
いては、別段取扱上の差等をつけるべきではない」としている。「差等をつ
ける必要はない」というのではなく「差等をつけるべきでない」とする
のである。その意味は、国が地方公共団体に対して、生活保護法による給
付と全く同等の保護内容等を保障せよと命じているのである。

地方自治をめぐる法制度の変化にもかかわらず国が地方公共団体に一律
に「保護の内容等については、別段取扱上の差等をつけるべきではない」
と指示しているのである。周知のように、平成12年の地方分権一括法の施
行により、生活保護事務は、機関委任事務から法定受託事務に分類され、
国の包括的指揮監督権は廃止された。このような変化の中でも、本件通知
は従前の各都道府県知事あて厚生省社会局長通知のままで存続しているの
である。

筆者において厚生労働省の保護課と政令指定都市の関係課に電話で問い
合わせてみると、生活保護は日本人のそれと外国人のそれとは生活保護法
にもとづく基準で全く同一に実施され、予算費目も同じであるというの
が、電話応対主の職名氏名を聞いての共通の答えであった。

本件最高裁判決は思い違いをしたのではないか。

すなわち、外国人に対する生活保護給付を、生活保護法にもとづくもの
と解するか、そうでないと解するかを決定するのは最終的には裁判所であ
り、行政ではなく、まして行政通知のあれこれの断片的文言ではないので
ある。この行政分野の実態から裁判所が判断すべき事柄である。国から地
方への指示により、保護の内容等については日本人と差をつけるべきでな
いとして厳密に実施されている外国人への生活保護行政を、「行政庁の通
達等に基づく行政措置により事実上の保護の対象となり得るにとどまり」
として生活保護法と無関係のような判示はとうてい納得できないものであ
る。通知が、不服申立はできないと記し、さすがに裁判もできないと書い

ていないことも重要である。行政は行政に関することしか通知できず、裁判ができるかどうかは管轄外の判断事項であるからである。

外国人の生活保護給付も行政の運用実態からすると生活保護法にもとづくものと考えられ、本件却下処分は行政処分であり、しかも違法というべきである⁹⁾。

② いま一つは食品衛生法違反通知に関する最判平 16.4.26 である。

上告人が、冷凍スモークマグロ切り身 100 kg を輸入しようとしたところ、検疫所長である被上告人から食品衛生法 6 条（平成15年改正前のもの）に違反する旨の通知を受けたため、通知の取消しを求めた事案で、法 6 条等の規定については、同法16条に根拠を有し、厚生労働大臣の委任を受けた被上告人が、上告人に対し、本件食品について、同法 6 条の規定に違反すると認定し、輸入届出の手续が完了したことを証する食品等輸入届出済証を交付しないと決定したことを通知する趣旨のものであり、届出済証がなければ、関税法70条 2 項、3 項により輸入許可を得られないのであるから、取消訴訟の対象となると解するのが相当であるとした事例である¹⁰⁾。食品衛生法「16条は、販売の用に供し、又は営業上使用する食品等を輸入しようとする者は、厚生労働省令の定めるところにより、その都度厚生労働大臣に輸入届出をしなければならないと規定しているのであるから、同条は、厚生労働大臣に対し輸入届出に係る食品等が法に違反するかどうかを認定判断する権限を付与していると解される」との解釈を施し、その過程で関税法の基本通達による手続き形成をその解釈に盛り込んでいる。

この判例の処分性の認め方の特徴は、食品衛生法の通知の法的効果を、根拠法令でない関税法の通関手続実務（通達）から基礎づけている点であ

9) なお、筆者が本稿で述べているのは主として永住者、日本人の配偶者、定住者、特別永住者などのことであり、これから入国しようとする外国人などのことではない（平成23年 8月17日付厚生労働省社会・援護局保護課長社援保発0817第 1号通知「外国人からの生活保護の申請に関する取扱いについて」も参照のこと）。

10) 注 7) の山本「判例から探究する行政法」327頁、注 4) の中川「行政訴訟の基本構造（二）」176頁参照。

る¹¹⁾。そのことにより、輸入者の負担を加重するわけでも、食糧衛生法や関税法の定めに抵触するわけでもなく、むしろ手続の効率化が図られていると評価される¹²⁾。

外国人の生活保護制度に関する本件通知や運用指針は、前述もしたように「保護の内容等については、別段取扱上の差等をつけるべきではない」と明確に定めてその通り実施しているのであるから、通知がいくら、生活保護法「第1条により、外国人は法の適用対象とならないのであるが、当分の間、生活に困窮する外国人に対しては一般国民に対する生活保護の決定実施の取扱に準じて左の手続により必要と認める保護を行うこと」などという大雑把な法解釈を施してみても、給付の内実は日本人のそれと変わらない。本件判決が②判例のように行政手続きを流れる背骨のような実務を直視し、無駄な訴訟法の壁を取り除く努力を全くしていないことは惜しまれる。その結果、本件判例が、給付の内実を無視して、行政の大雑把な法解釈に乗っかってしまっていることは、司法による実効的救済を放棄している姿をみることができる。

②判決と同様の解釈を実施すれば、外国人の生活保護給付は、通知の根幹的内容である外国人に対しても日本人に対するのと同様「保護の内容等については、別段取扱上の差等をつけるべきではない」との行政の運用実態からすると生活保護法にもとづくものと解することができ、本件却下処分は行政処分であり、しかも違法というべきである。

(2) 本件通知にもとづく給付を公法関係と読めなかった誤り

本件判決が、外国人の生保につき、「生活保護法に基づく保護の対象となるものではなく、同法に基づく受給権を有しない」とする点は、(1)で述べたように誤りであるが、仮にその立場に固執するとしても、「外国人は、

11) 橋本博之「行政判例と仕組み解釈」(弘文堂、2009年)70頁参照。

12) 注7)の山本「判例から探究する行政法」335頁参照。なお、この判決の是正訴訟一本化の立場からの評価につき阿部泰隆「行政法解釈学Ⅱ」(有斐閣、2009年)118頁参照。

行政庁の通達等に基づく行政措置により事実上の保護の対象となり得るにとどま」とすることは、次の誤りに踏み込んだことになる。

本件却下処分が生活保護法にもとづく受給権でないとしても、Aがいくつかの予備的請求で表現しているところの公法上の当事者訴訟について、それぞれに対応する給付や確認をしなかったことは誤りである。

なぜこの判断も最高裁がしなければならないのかの民事訴訟法上の根拠は後の第6で述べることにして、仮に本件は主位的請求が仮に成り立たないと考えたとしても予備的請求としての公法上の当事者訴訟としては成立することをここでは論ずる。

前述したように、厚生労働省の見解も、地方公共団体の実務も、外国人の生保給付を日本人のそれと区別せずにおこなっており、予算費目も同じである。

形式的な表現を使えば、日本人への給付は生活保護法で、外国人への給付は予算措置でと言えるかもしれない。

それでは後者のそれは「公法上の法律関係に関する訴訟」(行訴法4条)ではないのか。

予算の法的性質について、法律とは異なった国法の一形式であるとする予算法規範説が多数説であり、予算法律説も有力である¹³⁾。

これらの立場に立って、本件通知を今一度検討する。

参考にすべき判例としては東京地判平 18.9.12がある。

この判例は、独立行政法人雇用・能力開発機構が、中小企業における労働力の確保及び良好な雇用の機会の創出のための雇用管理の改善の促進に関する法律等の規定に基づき、雇用安定事業として行う中小企業基盤人材確保助成金の支給、不支給の決定が、抗告訴訟の対象となる処分当たらないとされたが、同助成金の支給を受けられる地位の確認を求める訴えが、適法とされた事例である。

13) 野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利「憲法Ⅱ第4版」(有斐閣, 2006年) 336頁, 市川正人「憲法」(新世社, 2014年) 386頁。

同法7条1項各号に係る業務の実施については、同法その他の関係法令及び被告の作成する「中小企業における労働力の確保及び良好な雇用の機会の創出のための雇用管理の改善の促進のための情報の提供、相談その他の援助等実施要領」にもとづいている。この要領は同法や同法施行令同施行規則からの委任条項はない。

要領に基づく支給、不支給の決定には処分性はないとしながら、同判決は次のような理由で公法上の当事者訴訟、確認訴訟を認容した。

「本件助成金の支給関係については、一般民事法上の権利義務関係として解釈するほかなく、本件助成金に係る具体的な給付請求権は、申込み（支給申請）と承諾（支給決定）により成立する贈与契約を原因として発生するものと解するのが相当である。そうすると、承諾（支給決定）のない本件においては、贈与契約がまだ成立しておらず、具体的な給付請求権も発生していないことになる。したがって、原告が確認を求める「支給を受けられる地位」なるものが本件助成金に係る具体的な給付請求権を意味するものであるとすれば、存在しないことの明らかな権利の存在確認を求めるものとして、確認の利益ないし確認の対象の適格性を欠く不適法な訴えと扱われるか、そうでないとしても請求棄却を免れない。

しかしながら、本件助成金支給のような行為は、契約（贈与契約）という形式で行われるものであるとしても、行政目的を実現するために行われるものであって、公益的性格を有していることは明らかなのであるから、純然たる私法上の契約とは異なり、契約自由の原則について一定の制約が課されるのであり、例えば、その支給要件を満たしている点では同様であるにもかかわらず、合理的な理由もなく、一方の者に対しては助成金を支給しながら、他方に対してはこれを支給しないなどといった挙に及ぶことは許されないものというべきである。特に、本件助成金に関しては、雇用保険法施行規則118条3項1号が、一定の要件を満たした者に対しては、一律にこれを支給することを予定しているものと解されることから、このような平等取扱いの要請が働くことは明らかなのであって、具体的に

は、被告において本件助成金の支給事業を行うに当たっての基準として実施要領を定めた以上、これに定められた支給要件に該当する申請者に対しては、平等に本件助成金を支給しなければならない義務を負うものと解すべきである。また、このような平等取扱いの要請は、究極的には憲法14条に基づくものであるということも可能であることを考慮すると、上記のような平等取扱い義務は、単なる被告（行政機関）の内部的義務にとどまるものと解するのは相当ではなく、これによる平等取扱いの利益は、国民である申請者の利益としても保護されたものと解すべきである。そして、本件助成金の支給を受けられる地位にあることの確認訴訟を提起し、本件助成金支給の可否について裁判所の公権的判断を求めることは、助成金支給の要否をめぐる問題を解決するための適切な手段であるといえる一方、他に適切な解決手段も存在しないことからすれば、上記の確認訴訟については、確認の利益を肯定することもできるものと解される」。

この判決は控訴されず、後に第7で述べる判例の第一レベルのものとして最高裁判例委員会からは扱われている。

外国人の生保給付の法律関係を考察するにあたって参考にすべきこの判示のポイントは、当該制度の支給・不支給の決定が行政処分でないならただちに純然たる私法上の贈与契約と考えるのではなく、公益的性格を有し、契約の自由の原則は制約を受ける、その制約の重要な要素は平等取扱いの原則であり、申請者には平等に支給がなされる義務があるという点である。

本件通知も、何度も述べているように「保護の内容等については、別段取扱い上の差等をつけるべきではない」との原則が定められ、行政内部の規律にとどまらず、生活に困窮する外国人であれば、相互に平等に、また日本人とも平等にすることが明確になっているのである。

加えて外国人の生保制度も予算で確保され、予算の法的性格は予算法規範説、または予算法律説いずれの立場でも法的なものなのであるから、生活に困窮する外国人がかかる法的地位にあることを裁判所に公権的に確認

を求めることは当然と言わなければならない。

このような事実に即した判断を怠った本件最高裁判決は誤っている。

第6 民事訴訟法からの逸脱

——請求の併合と移審に関する基本的かつ致命的誤り

最高裁は、高裁の「大分市福祉事務所長が平成20年12月22日付で控訴人についてした生活保護法による保護申請却下処分を取り消す」という主文を破棄する場合には、予備的請求について自ら判断するか、差し戻すべきであった。

本件最高裁判決は民事訴訟法に関する基本的かつ致命的誤りを犯した。

本件では、高裁が認容した上記主文が主位的請求であり、その他の請求は実質的にはすべて予備的請求である。

民訴法136条の請求の併合に関する上訴審での審判の範囲については次のように説かれており、大筋で異論はない。

すなわち、主たる請求を認容する判決に被告側が上訴すると、予備的請求も上訴審に移審する。上訴審は、主たる請求に理由なしと認めるときは、附带上訴をまつまでもなく予備的請求につき審判すべきである（最判昭33.10.14）。もし、上訴審がとくに審理し直すのを適当と思えば、民訴法308条313条によって差し戻せばよい。「主たる請求を認容する控訴審判決に対して上告がなされ、もし主たる請求につき請求棄却、予備的請求につき請求認容の自判をなしうるのであれば、原判決を破棄してその旨の全部判決をする。主たる請求の棄却のみ自判しうるとどまるときは、原判決を破棄し、主たる請求を棄却するとともに、予備的請求につきなお審判させるため事件を原審に差し戻す判決をすべきである。この場合、差戻審の審判の対象は予備的請求のみとなる」¹⁴⁾。

14) 「条解民事訴訟法 第2版」(弘文堂, 2011年) 804～5頁, 井上繁規「民事控訴審の判決と審理 第2版」(第一法規, 2013年) 17, 85頁参照。

Aは高裁で主位的請求で勝訴しているから、予備的請求について上告できないのは当然である。

このような民事訴訟法の基本的シチュエーションに対して、本件最高裁判決が上述のようにその理由中の最後で、「なお、原判決中上記請求に係る部分以外の部分（被上告人敗訴部分）は、不服申立てがされておらず、当審の審理の対象とされていない」と判示したことは、驚くべきことである。

判決書の原案を起案する調査官も、4人の最高裁判事も、一切気づかなかったのであろうか。憲法論、行政法論ばかりを検討していて、訴訟法の基本を等閑にしたのであろうか¹⁵⁾。

第7 劣化判決の影響力を削ぎ、早期に是正するための方策(試論)

1 判例集搭載の審議

まずすでにある制度のことを述べる。

故滝井繁男元最高裁判事は、まとまった論文としては絶筆となった調査官論を、研究会で発表されたのち執筆された¹⁶⁾。

滝井論文によると、最高裁の判例委員会¹⁷⁾は、各小法廷から2名の裁判官が委員になり¹⁸⁾、毎月1回開かれ、前月のすべての裁判書の中から

15) 基本的ルール違反は野球で言えば投手のボークのようなものである。公認野球規則によればボールデッドとなり、走者がいる場合には進塁となるのであるから、本件最高裁のルール違反は、被上告人敗訴の判決を覆滅させ、A勝訴と更正すべきほどの誤りである。

16) 滝井繁男「最高裁審理と調査官」(市川正人・大久保史郎・斎藤浩・渡辺千原編「日本の最高裁判所～判決と人・制度の考察」日本評論社、2015年、234頁)。滝井繁男「最高裁判所は変わったか～一裁判官の自己検証」(岩波書店、2009年、31頁以下)も参照のこと。なお、山村恒年「『調査官解説論』——行政法」(市川ら編「日本の最高裁判所」265頁参照)。

17) 昭和22年12月15日最高裁判所規程第7号(最新改正は昭和40年3月21日最高裁判所規程第3号)により、委員会は、当該裁判所の裁判を判例集に登載するかしないかを審議する(2条)。

18) 規程によると、最高裁においては、委員は7人以内(規程3条)。

判例集に登載するものを選ぶ。実際には、調査官¹⁹⁾が選び、要旨を作成し、最高裁判例については調査官解説、判例時報、判例タイムズ、ジュリストの解説を調査官が書いている。

ここからは筆者の分析だが、判例委員会および調査官室において、判例にはいくつかのレベル付けがおこなわれていることになろうか。

第一レベルは最高裁の判例集に登載するもの。これらは裁判所ウェブにも自動的にアップされる。

第二レベルは最高裁判例集には登載しないが、判例時報等の上記3誌には登載するもの。

第三レベルはそれ以外の判例。訟務月報、判例地方自治、賃金と社会保障、金融法務事情、NBLなどに収録されることもある。

なお、裁判所ウェブはこれらとは別のアップ基準があるようである。第二第三レベルの判例のうち、判例集には遑って掲載されることはないが、ウェブには後日収録される判例もある²⁰⁾。

本件判決は、本稿執筆時点で1年以上経っているが、判例集には登載されず、裁判所ウェブにも収録されていない²¹⁾。つまり最高裁として、第三レベルのなかでも更に低位置においている。第四レベルというべきであろうか。

最高裁がこのように位置付けているものを、ジュリストが平成26年度重要判例解説に入れるのはいかかなものかと思うが、本件判決が外国人分野、社会保障分野で猛威を振るわないようにするためには必要なことかもしれない。筆者は、2で述べるような、もう少し実践的な方策が必要であ

19) 調査官は委員会においては幹事である（規程6条2項）。

20) たとえば、行訴法改正の折、9条2項の条文づくりのために参照された3判例のうちの一つ、伊達火力発電所関係埋立免許取消請求の最判昭60.12.17判時1179号56頁は、最高裁判例集には掲載されていないが、裁判所ウェブには収録されている（斎藤浩「行政事件訴訟法改正の到達点と課題」自由と正義2009年8月号14頁参照）。

21) 生活保護法27条1項の指示が書面で行われた場合の欄外事項の効力に関する最判平26.10.23判時2245号10頁は、本稿執筆時点ですでに裁判所ウェブには収録されている。

ると考える。

なお、ここまで筆者が最高裁の判例選別を書いてきたことから、筆者が最高裁判例委員会の現状を肯定していると誤解をされないために、少し書き加えておきたい。

筆者の判例・裁判状況発信に関する基本的考えは、次の通りである。

判例・裁判状況発信機能の充実が必要である（アメリカの連邦最高裁では、判例の網羅的公表，口頭弁論の音声の公開などがすでに実施されている）。現在の最高裁判例委員会での判例選別などをやめ，理由付けのある裁判結果はすべて公表すべきである。このことにより，最高裁お墨付き判決内容の位置づけがなくなる²²⁾。

そもそも注20) にあげた伊達火力の昭和60年判決の例は，最高裁が判例委員会においてその時代の選別基準で判例集登載を選んでいるから起きた悲喜劇なのである。昭和60年の判例委員会が判例集登載の価値がないと考えた判例が（しかも当時はウェブはなかったから最高裁の意思は判例集登載においてのみ裁判官たちと世間に周知された），ほぼ20年後の平成16年に，行政事件訴訟法改正の最重要項目である原告適格に関する9条の立法事実として必要となってくるなど，誰が予想できるであろうか。法律分野の歴史的喜劇である。このようなことはアメリカのように判例の網羅的公表が行われていたならば起きなかったという意味では悲劇でもある。

2 代表的学会選抜学者と実務家による判例評価機構の設立へ

(1) 誤った判例が42年間居座った例

前掲滝井論文が印象深かったことは，つぎのくだりである。

「嘗ては，判例解説と法協雑誌，民商法雑誌などの判例批評が時を接して公刊されており，それらと読み比べて批判的に解説（引用者注 調査官解

22) 斎藤浩「法曹一元の裁判所と最高裁」（前掲市川正人ら編著「日本の最高裁判所」）346頁。注20) で述べた斎藤浩「行政事件訴訟法改正の到達点と課題」参照。

説のこと）を読むことも可能であった。しかし、昨今、法協雑誌に出る判例批判は激減し、判例解説がその質量化とあいまって、いわば独走状態という観すらある。判例批評は、判例の推論の正しさを検証し、批判し、それを正しく位置づける必要があるということを考えれば、現在のような解説（引用者注 調査官解説のこと）の存在が大きすぎるというような状況は決して好ましいことではない²³⁾。

ここで故滝井判事が言われているのは、何も東京大学の法律協会雑誌のことだけではないと思う。概して、調査官解説に対抗できる判例批評の必要性のことであろう。まして、最高裁が判例集に登載せず、調査官解説も存在せず、ウェブにも収録しないような判例を野放しにして、それを都合よく行政実務が活用することのないような歯止めが重要である。

思い起こせば土地区画整理事業計画についての最大判平 20.9.10 が出るまで、実に42年間も、事業計画は土地区画整理事業の青写真にすぎず、処分性がないという最大判昭 41.2.23 が厳然としてこの分野を席卷し、処分性拡大を妨げてきた。学説の大半は批判していたが、裁判所は頑なだった。

どうしてこのような事態がまかり通ったのかを少し歴史的に振り返ってみたい。

近頃でこそ、学説の大半は批判的だと言えるが、昭和41年判決が出たとたんの学会（界）での扱いがあいまいであった。南博方教授は最初に判旨反対の批評をされた²⁴⁾。しかし調査官解説²⁵⁾が判旨の立場で書かれているのは当然であるとして、法協に雄川一郎教授が賛成批評²⁶⁾をしておられるのである。田中二郎判事は多数意見であった。率直に言って、それ以

23) 前掲滝井論文240頁。なお各分野の調査官解説批判は、前掲市川正人ら編著「日本の最高裁判所」に、前掲の行政法についての山村論文ほか、憲法につき大久保史郎論文、刑法につき松宮孝明論文、刑事訴訟法につき瀧野貴生論文が収録されている。

24) 判例時報447号111頁。

25) 渡部吉隆・法曹時報18巻4号。

26) 法協84巻1号191頁。

後の同判例への各学者の評論は、しばらくは、鮮明なものではない。「行政判例百選Ⅱ」の四版(1999年)に至りやっと、「学説の多くが本判決に批判的である」となったにすぎない。

版を重ねる「行政判例百選」で同じ判例の評釈の変化を見るのは実に興味深い。この判例が百選で最初に扱われたのは「行政判例百選(新版)1970年」である。「いずれの見解も十分理由があり」とされている。「行政判例百選Ⅱ1979年」もこの線が維持されている。「行政判例百選Ⅱ第二版1987年」,「行政判例百選Ⅱ第三版1993年」では、批判的トーンであるが、学会、学説全体の評価はない。そして上述のように四版になって山下竜一教授により「学説の多くが本判決に批判的である」となった。判例が出てから33年の歳月が流れている。

8対5の脆弱な評決であったにもかかわらず、学会の状況がこのようなことであったのは、行政法学の代表的存在の一人である判事が多数意見であり、それに続く代表的学者の一人が初期に賛成と評釈したことへの遠慮があったとしか思えない。

何でも最初が肝心である。おかしい判決が出れば速やかに権威をもって叩く、このような体制が必要である。

本稿で論じた平成26年判決は、おそらく最高裁判例委員会からみても問題ありと言えるような内容であろうが、たとえ大法廷判決であっても、おかしい判決をすみやかに叩く体制が必要である。

(2) 権威ある民間組織(機構)の必要性

3権の一つである最高裁判所の判例を批評する民間組織(機構)をつくり、各分野の全最高裁判例を当該分野の権威者で速やかに評価することにはいかがであろうか。

機構は従来の基本的な法律系学会(日本公法学会、日本私法学会、民事訴訟法学会、日本刑法学会、国際法学会、経済法学会、租税法学会)と日弁連法務研究財団とで作ることが好ましいのではないか。

批評担当者は各学会であらかじめ1年ごとに総会で選出する，選出される担当者はその学会の代表的研究者である50歳未満の会員とする，選ばれた担当者は1年間，自らの分野の最高裁判決につき，論点によっては，単独または他の分野の担当者と共同して，調査官解説を凌ぐ判例批評をすることを研究者としての最大の任務・職務と位置づける，どの担当者が担当するかもその8人（委員会）で決めるのはどうか。法務研究財団は，その判例分野に精通するがその判例事件と利害関係をもたない40歳未満の弁護士一人を担当者のための幹事（補助者）としてつけるのはどうか。

このようにして最高裁判例を出るに任せず，調査官解説の跳梁跋扈を許さず，判例批評を厳しく展開し，理論と実務の相互の発展を期すことが国民的視野で求められる。