

社会保険法判例

島崎謙治

不法在留外国人が国民健康保険法第5条所定の「住所を有する者」に該当するとされた事例

最高裁判所第一小法廷平成16年1月15日判決(平成14年(受)第687号損害賠償請求上告事件)民集58巻1号226頁、『判例時報』1850号16頁

I 事実の概要

1 X(原告・控訴人・上告人)は、昭和27年12月2日、在外華僑を父母として大韓民国において出生した。Xは昭和46年2月26日、短期滞在の在留資格で日本に入国したが、その際、大韓民国の再入国許可を受けなかったため、同国における永住資格を喪失した。その後、Xは、大韓民国と台湾を行き来し、大韓民国における永住資格の回復あるいは台湾での国籍の確認を図ったがいずれも成就せず、昭和51年7月2日、72時間の寄港地上陸許可を得て日本に上陸し、上陸時間経過後も日本に残留し調理師として稼働した。

2 Xは、昭和52年3月28日、台湾国籍の女性と結婚し、昭和60年12月頃から平成12年12月まで、妻子と横浜市K区内に居住していた。この間、Xは、不法滞在状態を解消するため平成6年及び平成8年に入国管理局に出頭したが、Xの国籍を確認できなかったこともあり、違反調査が数回行われただけで、入国管理局からの連絡は途絶えた。

3 Xは、平成9年3月21日に横浜市K区役

所で外国人登録をし、その際、国民健康保険(以下「国保」という)の被保険者証の交付を請求したが拒否された。Xは、長男が脳腫瘍に罹患していることが判明した後、平成10年5月1日、妻子と共に東京入国管理局横浜支局に在留特別許可を求める書面を提出し、同月20日付けで国保の被保険者証の交付を請求した。横浜市K区長は、同年6月9日、Xに対し、在留資格がなく国民健康保険法(以下「法」という)5条所定の被保険者に該当しないとして、被保険者証を交付しない旨の処分(以下「本件処分」という)を行った。

4 そこで、Xは、国(被告・被控訴人・被上告人：Y₁)が法5条につき誤った解釈を前提とする通知を発し、横浜市(被告・被控訴人・被上告人：Y₂)K区長がこれに従ったことにより違法な本件処分がされたとして、Y₁及びY₂に対し、国家賠償法に基づき損害賠償を請求した。

5 1審(横浜地判平成13年1月26日・判例時報1791号68頁)は、在留資格の有無は法5条の「住所」該当性を判断する重要な要素ではあるが、これを一律の要件とする解釈は妥当性を欠き、本事案の諸事実に照らせばXは法5条所定の「住

所を有する者」である旨判示した。ただし、国家賠償責任は否定し請求は棄却した。

6 Xは控訴したが、原審（東京高判平成14年2月6日・判例時報1791号63頁）は、法5条の「住所」の意義として、外国人については一定の在留資格を有していることを「住所」の概念に内包しており、Xは「住所を有する者」とは認められず国保の被保険者資格は有しないとして、控訴を棄却した。Xはこれを不服として上告した。

II 判 旨

上 告 棄 却

1 法5条にいう「住所を有する者」は、市町村の区域内に継続的に生活の本拠を有する者と解するのが相当である。法制定当初は外国人を適用除外とする規定が存在したが、その後、この規定が削除されたことにかんがみれば、法5条が、在留資格を有しない外国人を被保険者から一律に除外する趣旨を定めた規定であると解することはできない。

2 一般的には、社会保障制度を外国人に適用する場合には、社会連帯と相互扶助の理念から、国内に適法な居住関係を有する者のみを対象とするのが一応の原則であるが、具体的な社会保障制度においてどの範囲の外国人を適用対象とするかは、それぞれの制度における政策決定の問題であり（最判昭和53年3月30日・民集32巻2号435頁）、法の規定や法施行規則の改廃の経緯に照らして、法が上記の原則を当然の前提としていると解することはできない。

3 また、国保は、国民の税負担に由来する補助金や一般会計からの繰入金等によって費用の一部が賄われているとはいえ、基本的には、国保保険料（税）によって保険給付を行う保険制度の一種であるから、我が国に適法に在留する資格のない外国人を被保険者とすることが国保の制度趣旨に反するとまでいうことはできない。

4 なお、社会保障制度を外国人に適用する場合には、その対象者を国内に適法な居住関係を有

する者に限定することに合理的な理由があるから、法施行規則又は各市町村の条例において、在留資格を有しない外国人を適用除外者として規定することが許されることはいうまでもない。（筆者注：判決原文は判旨4に続く長い括弧書きであり、傍論として述べられている。）

5 もっとも、外国人は、憲法上我が国に在留する権利等を保障されているものではなく、適法に入国した者であっても、在留期間を経過して残留する者については、退去強制することができるものとされている。

6 「このような我が国に在留する外国人の法的地位にかんがみると、外国人が法5条所定の『住所を有する者』に該当するかどうかを判断する際には、当該外国人が在留資格を有するかどうか、その者の有する在留資格及び在留期間がどのようなものであるかが重要な考慮要素となる。」。そして、「在留資格を有しない外国人が法5条所定の『住所を有する者』に該当するというためには、単に市町村の区域内に居住しているという事実だけでは足りず、少なくとも、当該外国人が、当該市町村を居住地とする外国人登録をして、入管法50条所定の在留特別許可を求めており、入国の経緯、入国時の在留資格の有無及び在留期間、その後における在留資格の更新又は変更の経緯、配偶者や子の有無及びその国籍等を含む家族に関する事情、我が国における滞在期間、生活状況等に照らし、当該市町村の区域内で安定した生活を継続的に営み、将来にわたってこれを維持し続ける蓋然性が高いと認められることが必要であると解するのが相当である。」。

7 Xは、①大韓民国で出生し、同国での永住資格を喪失し、台湾でも国籍が確認されないという特殊な境遇にあったため、やむなく我が国に残留し続け、この間、不法滞在状態を解消するため、二度にわたり、自ら入国管理局に出頭したものの、上記事情から不法滞在状態を解消することができず、その後入国管理局からは何の連絡もなかったものであり、②本件処分までの滞在期間は約22年間もの長期に及び、本件処分当時の居住地である横浜市では、調理師として稼働しながら、約

13年間にわたって妻と我が国で生まれた二人の子と共に定住して家庭生活を営んできたものであって、③本件請求時には、横浜市を居住地とする外国人登録をして、在留特別許可を求めており、その約半年後には、在留資格を定住者とする在留特別許可を受けた。これらの事情に照らせば、Xは、横浜市の区域内で家族と共に安定した生活を継続的に営んでおり、将来にわたってこれを維持し続ける蓋然性が高いものと認められ、法5条にいう「住所を有する者」に該当する。そうすると、本件処分は違法であるというべきであり、これと異なる原審の判断は是認することができない。

8 しかし、ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解し公務を遂行したときは、後にその執行が違法と判断されたからといって、直ちに上記公務員に過失があったものとするは相当ではない(最判昭和46年6月24日・民集25巻4号574頁、最判平成3年7月9日・民集45巻6号1049頁)。

9 本件各通知には相当の根拠があり、在留資格を有しない外国人が国保の適用対象となるかどうかについては定説がなく、本件処分当時には、これを否定する判断を示した東京地裁判決があっただけで、本件各通知と異なる見解に立つ裁判例はなかった。したがって、Y₁及びY₂の担当者に過失があったとはいえず国家賠償責任は認められないから、Xの請求を棄却すべきものとした原審の判断は、結論において是認することができる。

10 なお、主文判決は裁判官全員一致の意見であるが、2名の裁判官から「本件処分が違法とはいえないとした原審の判断を正当と考える」旨の意見が付されている。(筆者注：この少数意見の内容等についてはⅢの解説の中で紹介する。)

Ⅲ 解 説

主文判決には賛成。法5条の該当性を認めた結論及び判旨に反対

1 はじめに

外国人に対する国保の適用については、昭和61年3月7日の法施行規則改正(施行は同年4月1日)により国籍条項が削除され、日本に適法に在留する外国人で1年以上滞在が見込まれる等の要件¹⁾を満たす場合には国保の適用が行われている(平成4年3月31日保険発41号国保課長通知等を参照)。しかし、不法入国者や不法残留者(以下、これらを併せて「不法滞在外国人」ということがある)については、退去強制の対象となること等から法5条の「住所」を有さず国保の被保険者資格はないとの行政解釈²⁾に基づき運用されてきた。しかし、在留資格のない外国人は当然に法5条の「住所」を有しないといえるかは議論の余地があり、現に訴訟として争われる事例が生じた。

この問題をめぐっては学説上争いがあるのみならず下級審の判決も分かれ、最高裁がどのような判断を下すのか注目されていた。本判決の意義は、最高裁が初めてこの問題に判断を示したことにある。ただし、7で後述するように、本判決後、不法滞在外国人は法の適用除外とする旨の法施行規則改正が行われており、「本判決の意義は事実上ほとんど失われた」(高杉 2005, 223頁)ことにも留意する必要がある。

なお、本事案は国家賠償請求事件であり³⁾、最高裁判決は、本件処分は違法であるとしつつも、Y₁及びY₂の担当者に過失はないとし、上告を棄却した。この論理構成については、判旨8で引用する最高裁判決の先例があり、学説上も争いはない(今村・雄川 1966, 古崎 1971等)。したがって、本判決の意義及び争点はもっぱら不法滞在外国人に対する国保の適用の可否にあり、本稿においても、この点に焦点を絞り検討を行う。

2 下級審裁判例及び学説

最高裁判決の具体的検討に入る前に、下級審裁判例及び学説について概観しておく。

(1) 下級審裁判例

本件以外に不法滞在外国人に対する国保の適用をめぐる下級審裁判例は二つある。

一つは、東京地判平成7年9月27日・判例時報1562号41頁(以下「平成7年判決」という)である。これは、他人名義の旅券で不法入国し、その後日本人男性と婚姻して長女を出生した外国籍女性が、国保の被保険者証の交付申請を行いそれが拒否された事案である。判決は、国保の被保険者は我が国社会の構成員として社会生活を始めることができる者を当然の前提としており、違法な入国を基礎として作られた居住の事実状態だけをとらえて「住所を有する」と評価することには躊躇を感じざるをえないと判示し、原告の法5条の「住所」該当性を否定した。ただし、この事案は不法入国であり(しかも不法入国発覚後に国保の被保険者証の交付申請を行っている)、本事案とは内容・性格が異なる。

もう一つは、東京地判平成10年7月16日・判例時報1649号3頁(以下「平成10年判決」という)である。この事案は、日本人の前夫と婚姻し「日本人の配偶者」として適法に在留を開始した外国人女性が、来日して間もなく再上陸許可を得て一時帰国し、再上陸後在留期間の更新を受けず不法在留となったものである。同人は前夫と離婚した後現在の夫(日本人)と婚姻し在留特別許可申請を行い、その数ヵ月後に国保被保険者証の交付申請を行ったが、在留資格がないことを理由に拒否されたため訴訟に至ったものである。判決は、在留資格のない外国人であっても、当該外国人が我が国に入国した経緯、入国時ないしその後における在留資格の有無及び在留期間の長短等を考慮し、法5条の「住所を有する者」として認められる場合があるとして、原告の国保の被保険者資格を認めた。

(2) 学 説

学説も分かれている。大別すれば次の三つがある。第1は、不法滞在外国人に対する国保の適用を否定する見解〔否定説〕(岡村 1997)である。ただし、岡村の論稿は平成7年判決の評釈であり、不法入国外国人に限定して議論を展開していることに注意を要する。第2は、社会権規約等を根拠に不法滞在外国人にも国保が適用されるという見解〔肯定説〕(高藤 2001, 国京 2000)である。

第3は、入国形態、在留期間の長短等を考慮して不法滞在外国人でも国保が適用される場合があり得るとする見解〔限定肯定説〕(岩村 1998, 山田 1997, 中野 1999, 倉田 1996, 水谷 1999, 原田 2003等)である。

学説の多数説は③の限定肯定説であるが、仔細にみれば、限定的に認められる範囲をどの程度広く考えるか、いずれの要件(例えば、入国時の適法性、居住期間の実績、配偶者の有無など生活態様)を重要視するか等については、論者によって差異がある⁹⁾。

ちなみに、判例で肯定説が採られたものはなく、本件最高裁判決法廷意見(3名の多数意見。以下「多数意見」という)及び1審判決並びに平成10年判決は限定肯定説に、本件最高裁判決少数意見(2名)及び原審判決並びに平成7年判決は否定説に分類できる。

3 争 点

本件の最大の争点は、法5条の「住所」の意義として、外国人については在留資格があることを要するかということである。多数意見が「在留資格を有しない外国人を一律に除外する趣旨を定めたと解することはできない」と判示するのに対し、少数意見は「不法在留外国人は日本国内に生活の本拠を置くことが法律上認められていない以上、法5条の住所は有しない」とし、見解は対立する。

もっとも、多数意見も、在留資格の有無は法5条の「住所」を判断する際の重要な考慮要素であることは否定しておらず、さらに、不法在留外国人が「住所を有する」というためには、少なくとも在留特別許可を求めているほか、判旨6で列举する要件を満たす必要があるとしている。実際、不法滞在外国人がこれらの要件をすべて満たすことは容易ではなく、本判決の射程は広いとはいえない。また、多数意見は、(傍論とはいえ)判旨4で、「法施行規則又は各市町村の条例において、在留資格を有しない外国人を適用除外者として規定することが許される」とまで判示している。しかし、在留資格を有することが法5条の「住所」の概念に内包されると解するか否かは、多数意見

と少数意見の根本的な相違である。そして、両者の判断の分岐点を突き詰めれば、①法5条の「住所」の解釈に当たって、国保制度の趣旨・目的に由来するいわば内在的制約（例えば逆選択防止）をどの程度重視するか、②外国人の法的地位と法5条の「住所」との関係性をどのように捉えるか、にある。また、③不法滞在外国人の法5条の「住所」該当性の考慮要素についても本判決は判示しているが、この判断枠組みについても多数意見と少数意見は対立する。以下、これら三つの論点ごとに検討を行い、筆者の見解を述べる。

4 法5条の「住所」の意義と国保の趣旨・目的による内在的制約

(1) 法5条の「住所」の意義

社会保障法において法律関係等を「場所」で律する基準としては、大別すれば、①生活保護法19条や原子爆弾被爆者に対する援護に関する法律2条など居住地主義を採っているもの、②法5条や国民年金法7条など住所地主義を採っているもの、の二つがある⁹⁾。

①の居住地主義を採っている法令の場合、「居住地を有する」という文言は受給要件を規定したのではなく、「居住地」は管轄行政庁を決定する技術的基準にとどまる¹⁰⁾。これに対し、②の住所地主義を採っている法令において、「住所を有する」ことは各法令の適用要件であり、「住所」は権利・義務を律する基準である。例えば、法5条の「市町村に住所を有する者」は、被用者保険に属さない等の適用除外要件に該当しない限り、当該市町村国保に強制的に加入することとされ、国保の受給権が付与される一方、保険料(税)の賦課・強制徴収の対象となる(法76条、79条の2等)。

なお、民法21条の「住所」(生活の本拠)は、客観的な居住事実を基礎とし定住意思を補充的に考慮し決められると解されている(谷口・石田編1988, 336頁等)。論者の中には、法5条の「住所」も一般規定である民法21条の「住所」と同様に素直に解釈し、「外国人のなまの居住・生活実態を直視」(高藤 2004, 72頁, 傍点は高藤

すべきと説く者がいる。また、不法滞在外国人が仮に法5条の「住所」を有しないとしても、民法22条及び23条の規定を援用し、居所をもって法5条の「住所」とみなすべきであるとの議論(一例として上告理由)もある。しかし、各法における「住所」は、文理を逸脱しない限り、当該各法の趣旨・目的に即して解釈されるべきものであり¹¹⁾、民法上の「住所」(債務履行の場所の標準や裁判管轄の標準等の法律効果が主なもの)と、法の権利・義務を律する基準としての意義を有する法5条の「住所」とを同一のものと解すべき理由は無い。

(2) 国保の趣旨・目的と内在的制約

むしろ問われるべきことは、法5条の「住所」にこのような法律効果を付与する実質的な理由は何かである。それは、我が国は公的医療費保障制度として社会保険方式を採用し、被用者保険と地域保険の二本建てにより国民皆保険を成立させていることに由来すると考えるべきである。その意味は次のとおりである。

社会保険は、一定の社会政策上の目的(医療保険に即していえば罹患状況・既往歴や所得の多寡に関わらず傷病リスクをヘッジする)を達成するために「保険」という技術的手法を用いた制度である。ただし、社会保険も保険制度であるが、民間保険と全く同一には論じられない。民間保険の場合には、保険に加入しようとする者が自由意思に基づき保険会社に加入の申込みを行い、保険会社が応諾した時点で保険契約が成立する。また、脱退も原則として自由である。これに対して、社会保険の場合には、個々人の保険事故の発生確率や所得に関わりなくリスクヘッジ(危険分散)することに本質があり、こうした社会政策目的を達成するには、一定の保険集団を設定し、本人の意思に関わりなくその集団に強制加入させなければならない。仮に、民間保険のように「加入・脱退自由原則」を認め、また、リスクに見合った保険料設定を行えば、いわゆる「逆選択」(正確に定義すれば、リスクが低いうちは保険に加入せず、リスクが高まるあるいは発現すれば保険に加入するというプロセスないしはその行動)等が生じ、

社会保険は本来カバーすべき者（医療保険でいえば病気がちで低所得の者）が脱漏する結果を招き、所期の目的を達することができない⁸¹。

そして、我が国の公的医療保険においては、保険集団を、構成員の帰属意識（相扶共済意識）に着目し、大別すれば被用者と非被用者に区分した。前者が被用者保険、後者が地域保険としての国保であり、被用者保険に属さない者すべてを地域保険である国保に強制加入させることにより国民皆保険を達成するという社会政策が我が国では採られている。そして、保険関係の成立の根拠を、被用者に関しては「雇用関係」（正確には「使用関係」）に、非被用者に関しては「住所を有する」ことに求めた。もとより、後者は前者に比べ保険関係を成立させる要件・基準としては「緩やかな」ものである。しかし、「緩やかな」要件・基準であるとはいえ、法5条の「住所」は、単なる「居住」（事実上人がある場所で起居していること）とは異なり、法の権利・義務を律するに足る居住の継続性・安定性が求められる。

以上をまとめれば、法5条所定の「住所」は、単なる「居住」とは異なり、権利・義務を律する基準としての意義を有しており、その実質的根拠は、「社会保険としての国保の政策目的」と「強制加入」、「逆選択の防止」、「保険料（税）の納付」が分かちがたく結びついていることにある。強制加入は社会保険の本質として揺るがせにできず、また、逆選択を容認すれば強制加入は形骸化し社会保険としての国保制度はその目的を達し得ない。筆者は、国保制度の趣旨・目的に内在する制約として、法5条の「住所」の解釈においてこのような判断要素を持ち込むことは、文理を逸脱しない限り許されると考える。

（3）本論点についての検討

本論点について、多数意見は、判旨3で「国保制度は、基本的には、国保保険料（税）によって保険給付を行う保険制度の一種であるから、我が国に適法に在留する資格のない外国人を被保険者とすることが国保の制定趣旨に反するとまではいうことはできない」旨述べる。この論旨は筆者には理解しがたい。むしろ国保も保険制度の一種で

あるというならば、「国保の制定趣旨に反する」ことになるか否かについて、国保制度の存立基盤まで掘り下げ緻密な検討が行われなければならない。

一方、少数意見は次のように述べる。「国保制度は、市町村の区域内に住所を有する者を被保険者として強制加入させて保険団体を形成した上、保険料（税）の納付を義務付けて共同の基金を作り、偶発的に疾病等の保険事故に遭遇した住民に療養等の保険給付を行い、当該住民個人の経済的負担を市町村の住民全員で分担するもので、住民の相扶共済の精神に立脚した地域保険である（最判昭和33年2月12日・民集12巻2号190頁）。国保制度の健全な維持運営のためには、住民の強制加入と、大数の法則、収支均等の原則を基本として算出される保険料等の徴収が不可欠であり、また、疾病等が発生する場合に初めて加入するという、保険事故の偶発性を排除するいわゆる逆選択を防止する必要もある。法5条の『住所』は、客観的居住の事実を基礎とし、これに当該居住者の主観的居住意思を総合して認定するべきであるが、国保の上記のような地域保険としての性格に照らし、この居住には継続性・安定性が要求される。」（なお原文を適宜省略し引用している）。

法5条の「住所」の意義について、国保の強制加入や逆選択の防止の必要性を含め国保制度の趣旨・目的を的確に捉えている点において、筆者は少数意見に賛成する。

5 外国人の法的地位と法5条の「住所」との関係

（1）多数意見と少数意見の論理構成の相違

外国人の法的地位について、多数意見は、判旨2において、昭和53年3月30日の最高裁判決（不法入国した外国人被爆者の原子爆弾被爆者の医療等に関する法律の適用の可否が争われた事案の判決。以下「孫振斗訴訟判決」という）を引用し、「具体的な社会保障制度においてどの範囲の外国人を適用対象とするかは、それぞれの制度における政策決定の問題」と述べる。そして、不法滞在外国人を国保の適用除外とすることは法令・条例に規定することは許されるが、そのよう

な規定がない以上、法5条の解釈論としては、一律に適用除外とすることは認められないとする。ただし、多数意見は、入国管理の法秩序との整合ないしはその規範性を無視しているわけではない。すなわち、我が国に在留する外国人は憲法上我が国に在留する権利等が保障されているわけではなく、不法在留外国人については入管法に基づき退去強制することができることとされており、このような外国人の法的地位にかんがみると、法5条の「住所を有する者」に該当するかどうかを判断する際には、在留資格及び在留期間がどのようなものであるかが重要な考慮要素である旨判示する。そしてさらに、不法滞在外国人が法5条の「住所を有する者」に該当するための要件を列挙した上で、本事案への「当てはめ」を行うという論理構成を採っている。

率直な印象を述べれば、多数意見は、原則論としては不法滞在外国人の国保適用について厳しい立場を採りつつ（少なくとも肯定説には立っていない）、本事案について法の適用を認めるために、相当無理な論理構成となっている。また、多数意見が不法滞在外国人の国保適用に途を開くことに主眼があるのであれば、あるいは（行政裁量ではなく）立法的解決を要するという趣旨であれば、あえて傍論として、「法施行規則又は条例において不法滞在外国人を適用除外者として規定することは許される」（傍点は筆者）と判示する必要はなかった。

いずれにせよ、多数意見の論理が逆接や留保条件の連続であるのに対して、少数説の論理は単純明快である。すなわち、不法滞在外国人は日本国内に生活の本拠を置くことが法律上認められておらず出入国管理法に基づき退去強制されうる状態にある以上、その居住地を法5条の「住所」と評価することはできず、不法滞在外国人は地域保険たる国保の被保険者になじまない、とする。

（2）本論点についての検討

筆者は、本論点についても、国保制度の趣旨・目的に由来する内在的制約と結びつけた論理の展開が図られるべきであったと考える。その意味は次のとおりである。

孫振斗訴訟判決では、「一般の社会保障法についてこれを外国人に適用する場合には、そのよって立つ社会連帯と相互扶助の理念から、わが国内に適法な居住関係を有する外国人のみを対象とすることが一応の原則であるとしても、原爆医療法について当然に同様の原則が前提とされているものと解すべき根拠はない。」とし、「不法入国した被爆者に同法の適用を認めた場合でも、その者に対し入国管理法令に基づく退去強制手続をとることはなんら妨げられるものではないから、右の適用を認めることが、外国人被爆者の不法入国を助長することになるとか、入国管理制度の適正な執行を阻害することになるとかを危惧することは、当たらないというべきである。」旨述べられている。

つまり、①不法滞在外国人には一般的には社会保障法は適用されないが、法律の性格・立法趣旨等から適用されることがある、②入国管理制度の問題と社会保障法の適用の問題は直接には連動しない、ということが孫振斗訴訟判決の要点である。したがって、本件に関し多数意見が同判決を引用するのであれば、「具体的な社会保障制度においてどの範囲の外国人を適用対象とするかは、それぞれの制度における政策決定の問題」という部分のみを引用するのではなく、解釈論として、（法の改廃経緯等を論拠にするのではなく）法の性格・立法趣旨を真正面から分析し適用の可否を判断する必要がある。また、少数意見も法廷意見に反対するならば、上記②の点につき見解を述べるべきであったと思われる。

順番を変え、まず②に関していえば、入国管理法制上の規範と法5条の「住所」の存否は観念的には別箇の問題であるというべきである。例えば、仮に不法滞在者に法の適用を認めたとしても、そのことが入管法上の取扱い（例：特別在留許可に係る法務大臣の判断）に直接影響を及ぼすものではない。確かに、我が国全体の法秩序の維持という規範的な観点を無視することはできない⁹¹が、少数意見のように、公法上の違法性等の規範概念を法5条の「住所」の解釈と連動させ、「在留資格を有しない外国人は（中略）日本国内に生活の

本拠を置くことが法律上認められていないというべきであるから、その居住地を法5条の住所と評価することはできない」とまでいい切ることは法解釈論としては疑問である¹⁰⁾。

次に①についていえば、不法滞在者外国人に国保の適用を行った場合に国保制度の存立基盤が損なわれるかどうかの吟味が重要である。筆者は、社会保険制度は、その字義どおり「社会的要素」と「保険的要素」の微妙なバランスの上に成り立つ制度であり、それゆえ、制度に対する国民(住民)の信頼が失われれば瓦解しかねないという意味において「脆弱な制度」であると考えている。むしろ、だからこそ、国保の存立基盤を損ないかねない要素、具体的には、①対象者を捕捉できないなど強制加入が形骸化すること、②逆選択を容認すること、③国民(住民)の保険料の納付意欲を減退させること、は避けなければならない¹¹⁾。そして、この三つが相互に関連することは4で既述したとおりである。

以上のような観点を重視すると、外国人登録を行わず、また、不法滞在の状態を解消する努力(具体的には、在留特別許可の求め)もせず、いわば「逃げ回った」あげく、病気に罹った時点で国保被保険者証の交付申請を行う不法滞在外国人については、仮に居住期間が長期にわたるなどの事情があったとしても、「住所を有する者」とは認めるべきではない。また、国保制度は保険制度であり、法5条の「住所」の解釈に当たっては、法の権利・義務を律するに足る居住の継続性と安定性が見込まれることが重要であることから、このように解することは文理解釈上も不合理ではない。

そして、一般論でいえば、不法滞在外国人であって「住所を有する者」と認められる事例はそれほど多くはないと考えられる。なぜなら、仮に本最高裁判決の判断枠組みに準拠したとしても、「設定しているハードルはかなり高い」(福井2005, 155頁)からである。外国人登録を一例として挙げれば、不法滞在外国人も外国人登録の義務がある(外国人登録法18条1項1号, 最判昭和56年11月26日・刑集35巻8号896頁参照)

とはいえ、不法滞在事実の発覚を恐れ外国人登録が行われていない例が圧倒的に多い¹²⁾。

ただし、不法滞在外国人であっても法5条の「住所を有する者」と認められる事例が想定できないわけではない。例えば、留学の在留資格で入国し国保の適用が認められ、国保保険料(税)の納付実績もあるが、日本人と結婚したことを契機として在留資格を「日本人の配偶者等」や「永住者」に変更申請をし、(その許可が下りないまま)適法な在留期間が過ぎ不法残留となっているといった事例である。このような場合、在留許可の変更事務手続が遅延し不法残留の状態となっているからといって、そのことを理由に国保の適用除外とすることは適当ではない。「逃げ回っている」不法滞在外国人とは異なり、保険料(税)の徴収等も可能であり逆選択も生じないことから、国保の存立基盤を崩すことにならず、文理上も居住の継続性と安定性が見込まれると考えることに違和感はないからである。

問題は、どのような要素を重視しどこで「線引き」するかであるが、これは各人の社会保険観が反映される。本事案は、それに加えXの特殊事情など斟酌すべき内容を含んでおり、だからこそ、1審と原審で判断が分かれ、最高裁判決においても裁判官の判断が3対2に分かれたとみることもできる。確かに、Xは大韓民国の永住資格を喪失し台湾でも国籍が確認されないという特殊な境遇にあり、自ら入国管理局に出頭し不法滞在状態を解消しようと試みたこと等の斟酌すべき事情がある。少なくとも「逃げ回っている」外国人とは同一には論じられない。また、入国管理局に出頭した際、Xの国籍を確認できなかったこともあり、違反調査を数回行っただけで連絡が途絶えたというのは、入国管理局の「落ち度」でもある。以上の事情等は、在留特別許可の諾否に当たって斟酌されたと推測されるし、多数意見の心証形成にも大きく影響したと考えられる。しかし、筆者は、Xの法5条の「住所」該当性を認めた判断及びその論理構成については、なお疑問を感じざるをえない。なぜなら、多数意見は、判旨7のとおり、Xの在留特別許可が認められた(Xは本件

処分の約半年後の平成10年11月24日に在留特別許可を受け、横浜市K区長は同月25日付けでXに対し国保の被保険者証を交付している)ことを法5条の「住所を有する者」に該当する理由の一つに挙げているが、在留特別許可が認められたのは結果論である。また、少数意見も指摘するように、Xは長男が脳腫瘍に罹患したことが判明した後に在留特別許可を求め、その20日後に国保被保険者証の交付申請を行ったものであって、このような場合に国保の被保険者証の交付を行うことは逆選択を容認することになるからである¹³⁾。

以上を要約すれば、筆者は、不法滞在在外国人は当然に法5条の「住所を有する者」とは認められないとする部分を除き、基本的に少数意見の論旨及び結論に賛成する。多数意見については、Xの法5条の「住所」該当性を判断するに当たっては、国保の内在的制約に由来する逆選択の是非にまで踏み込んで審理すべきであったと考える。

6 本判決が判示する法5条の「住所」該当性の判断枠組みの是非

(1) 本判決が判示する考慮要素と国保実務の対応可能性

多数意見は、判旨6のとおり、不法滞在在外国人が法5条の「住所を有する者」に該当するかどうかを判断する際の考慮要素を六つ掲げている。筆者は、国保の内在的制約を重視すれば、この六つの考慮要素は等しい重要性を有するものではないと考えている。すなわち、外国人登録を行っていること(なお現に登録地に居住していることも必要)及び在留特別許可を求めていることは、(強制加入との関係上)対象者を捕捉できるという意味で必要不可欠であるが、逆選択の防止の観点重視すれば、これらの行為を行った時期も重要である。また、配偶者や子が日本国籍を有するかも重要な考慮要素である。これは、在留特別許可裁決の「大きな有利な情状」(山田・黒木 2004, 99頁)に該当するということもさることながら、将来に向けて我が国における居住が継続する蓋然性の高さを判断する重要な要素だからである。これらに比べ在留期間(実績)の長短はそれほど重

要な考慮要素ではないと考える。

それはさて置き、最高裁判決が示した六つの考慮要素につき市町村によって判断が区々にならず客観的・統一的に判断できるか検討する。これについては、実務という「尻尾」が法の適用という「本体」を振り回すことは本末転倒した論理であり、個別具体的な事案に即した「当てはめ」を行えばよいとの批判もあり得よう。しかし、筆者は、実務が対応できるかは国保制度の存立基盤に関わる問題であると考え。その理由は、ミーンズテストをはじめ多くの調査を必要とする生活保護とは異なり、本来定型的に行うべき社会保険事務に過重な負担を課すことを避けるという理由もさることながら、保険者(市町村)によって判断が区々となることは法の適用という制度の根幹が揺らぐことを意味するからである。また、要件の具体化ができるとともに市町村の実務対応が可能でなければ(要件が具体化されても市町村がその確認を行えないことはあり得る。両者は観念的には別箇の問題である)、市町村は処分の違法性が問われるリスク(例えば、国保被保険者証不交付処分を行ったが事後に在留特別許可が認められた場合には、当該不交付処分が違法であると訴えられるリスクがある)を抱える。そして、市町村はこれを回避するため、結果として本来法の適用を認めることが適当ではない事例にまで適用を拡大する事態を招き、国保の制度的基盤(加入者の信頼や公平感等)を損ないかねない。

以上のような観点に立ち、具体的に要件化できるか、また、市町村において実務対応が可能であるかについて検討すると次のとおりである。

六つの考慮要素のうち、要件化でき、かつ、どうか国保実務の対応が可能なのは、a. 外国人登録をしていること、b. 在留特別許可を求めていること、c. 入国の経緯、入国時の在留資格の有無及び在留期間その後における在留資格の更新又は変更の経緯、の三つである。ただし、b及びcについては、地方入管局が市町村の照会に応じる仕組みの構築が必要であるという条件がつく。また、d. 我が国における滞在期間については、在留特別許可における総合勘案の一要素であって

何年という基準を設定できず、しかも不法入国の場合には確認は困難、e. 配偶者や子の有無及びその国籍等を含む家族に関する事情については、要件の明確化はある程度できても、事実関係を調査し実態判断を行うことが求められ客観的・統一的な国保実務の運用は困難、f. 生活状況等については、要件の明確化自体ができず、また、事実関係を調査し実態判断を行うことが求められ客観的・統一的な国保実務の運用は困難であるといわざるをえない¹⁴⁾。

(2) 在留特別許可の法的性格と法5条の「住所」認定

多数意見は、入国管理法における法規範性と国保制度上の被保険者資格の有無を一旦は遮断したように見えながら、在留特別許可を求めていること等を重視している。こうした論理は、帰するところ、少数意見がいうように、「法廷意見は、言葉を換えれば、在留特別許可が与えられる可能性が高い場合は、当該外国人を法5条の『住所を有する者』と認定すべきであるというもの」である。しかし、そもそも在留特別許可の法的性格は、「容疑者が退去強制事由に該当する場合においてなお特別に在留を許可すべき事情があると認めるときに、法務大臣がその自由裁量権に基づき恩恵的措施として在留を許可するもの」であり、「在留特別許可を与えるかどうかは、単に容疑者の在日経歴、家族関係等の個人的事情のみならず、出入国管理を取り巻く状況、送還に関する事情、内政外交政策等を総合的に考慮した上、法務大臣の責任において決定されるものであって(中略)、これらの考慮すべき諸事情は相互に関連し、個人的事情、客観的事情は個々に異なり、国内事情、国際情勢は時代とともに変化するものであるから、在留特別許可の諾否についての固定的、一義的な基準は存在しない」(坂中・齋藤 2000, 655-657頁)。

以上を要約すれば、不法滞在外国人について六つの考慮要素により法5条の「住所」該当性を国保の保険者(市町村)に判断させるという枠組みは、客観的・統一的な判断が行えないことに加え在留特別許可の性格等からみても適切ではない。

7 本判決後の行政当局の対応

本判決が下された約半年後、厚生労働省は法施行規則1条を改正(平成16年6月8日厚生労働省令103号)し、不法滞在外国人については法5条の適用除外とした。これは、次のような論理を辿ったと考えられる。

既述したとおり、本判決が出されるまで、行政当局は、不法滞在外国人は法5条の「住所を有する者」には当然に該当しないと解釈していた。したがって、法施行規則で不法滞在外国人を適用除外者と規定することは、その必要がないばかりか論理的に矛盾することになる。しかし、本判決は、不法滞在者も一定の要件を満たせば「住所を有する者」と認められることがあり得ると判示した。ただし、本判決は、同時に傍論としてではあるが、社会保障制度の適用に関する原則を踏まえると、法施行規則等において不法滞在外国人を適用除外者として規定することは許されることも判示している。したがって、本判決を踏まえれば、行政当局として採り得る選択肢としては、次の二つしかない。

A：最高裁が判示した判断基準に沿って、不法滞在外国人であっても「住所を有する者」に該当する場合の要件を具体化し、一定の割り切りの下に国保の適用を行う。

B：法施行規則において不法滞在外国人については適用除外者であることを明記する。

新聞報道等によればAの選択肢も検討された模様であるが¹⁵⁾、6で述べたとおり市町村の実務対応が可能な要件の客観化は困難であり、国保の存立基盤を損ないかねないこと等からAの選択肢は採り得ず、結局、Bの選択肢を採ったものと考えられる。

本判決は不法滞在外国人について法の適用を認めた判決でありながら、不法滞在外国人は法の適用がないことを法施行規則に明記する結果を「誘引」したことになる。

本最高裁判決の評釈の中には、「在留資格を有しない外国人の法5条該当性が肯定されるかについては、今後の事例判断の集積が待たれる」(福井 2004, 155頁)と述べるものがある。また、

筆者は、かつて、不法滞在外国人であっても例外的に法の適用が認められるべき事例として、5で既述したような事例（これは要件化も認定も可能である）を挙げ、それ以外にも、（偽装結婚も考えると多少乱暴ではあるが）日本人配偶者との婚姻という市町村が客観的かつ統一的に判断できる事情等があれば¹⁶⁾、在留特別許可の判断が速やかに行われるという条件整備等を前提に、不法滞在外国人であっても法の適用が認められないかは一考の余地がある、と論じたことがある¹⁷⁾。本判決は、結果的にこうした議論の途をも閉ざすこととなった。

IV おわりに

最後に、判例解説の域を超えるが二点述べておく。

第1は、不法滞在外国人の緊急医療の取扱いである。筆者は、本稿で社会保険としての国保制度の存立基盤を損なってはならないことを強調した。しかし、当然のことながら、不法滞在外国人であっても緊急に医療が必要な場合にそれを放置することは人道に許されない。この点について、医師には応招義務があり（医師法19条1項）、医療費の支払いが行えないことは同条の「正当な事由」には該当しないと解されている¹⁸⁾。法制的には、医療自体の提供と費用負担の問題は別箇の問題である。ただし、国保の適用や生活保護の適用（準用）も受けられない（最判平成13年9月25日・判例時報1768号47頁参照）ということになれば、その費用は医療機関が被ることになるため、実態上は診療拒否といったことも生じうる。こうした事態を避けるため、国も外国人の緊急医療の未払い費用の負担措置等を講じているが¹⁹⁾、これらの措置も含め不法滞在外国人の緊急医療の取扱いについては別途議論する必要がある。

第2は、入国管理局と国保担当部局との事務連携の必要性である。入国管理行政と国保行政はその趣旨・目的が異なるが、適法滞在者が在留資格等の変更申請が行ったが入国管理局の審査が日時を要し不法在留状態となったり、不法滞在者が在

留特別許可の求めを行ったが長期にわたり判断が保留されることは、法的安定性や適正な法秩序の確保という観点からみて適当ではない。入国管理局の審査事務が実態に追いつかない感が否めないが、本件のような特別な事情がある事案が国保担当部局に持ち込まれた場合には、当該部局から入国管理局に連絡し、在留特別許可の諾否の判断が速やかに行われるようにすることも行政課題であると考えられる。

注

- 1) 国保課長通知等で滞在が見込まれる期間を「1年以上」としている理由や、これが内外無差別原則に反しないことについては、島崎（1995 a）及び（1995 b）を参照。
- 2) 行政当局が不法滞在外国人には国保の適用を認めることができないと考えていた理由については、（国保の適用の可否について直裁に答弁したのではないが）草川昭三議員の質問趣意書に対する平成3年4月19日の答弁で、「我が国に不法滞在する外国人は入管法の規定に基づき退去強制の対象となること、また、これらの者に対し医療保障を行うことが結果として不法滞在を容認し、更にこれを助長するおそれがあることから、不法滞在中であることを前提とした医療保障を行うことは、困難である」と述べられている。我が国の入管管理政策との整合・法秩序維持違反に重きを置いていることがうかがえる。
- 3) 抗告訴訟ではなく国家賠償請求訴訟とした理由は、三木（2005）、37頁を参照。
- 4) 例えば、筆者も限定肯定説論者に分類されることがある（例えば、中野 1999、125頁）が、筆者の主張は社会保険制度としての国保の内在的制約を強調するものであり、否定説に近い限定肯定説である。
- 5) 詳しくは、島崎（1995 b）を参照されたい。
- 6) 孫振斗訴訟の福岡地判昭和49年3月30日・判例時報736号29頁では、居住地等は「管轄特定のための技術規定」（同34頁参照）であり住所地とは区分されるべき旨が明確に述べられている。同旨、堀勝洋（2004）『社会保険法総論第2版』、東京大学出版会、236頁。したがって、居住地を有しない場合（生活保護法19条1項、被爆者援護法2条1項）であっても受給資格は喪失しない。
- 7) この「法律関係基準・相対説」はほぼ通説化している（谷口・石田編 1988、339頁以下参照）。なお、「住所主義」を採っている各法令でも、趣旨・目的が異なれば「住所」の解釈は同一とは限らない。

- 8) 筆者の社会保険観について、詳しくは島崎(2005)を参照されたい。
- 9) 不法滞在は自然犯ではないという論者がいるが、出入国管理法違反は決して微罪というべきではない。
- 10) 同旨、岩村(1998)、109頁、中野(1999)、124頁、岡村(1997)、212頁。
- 11) 日本人でも逆選択は生じうる。しかし、だからといって不法滞在外国人の場合に逆選択を容認してよいという理由にはならない。筆者は、日本人についても逆選択は容認すべきでないという立場を採る。
- 12) 不法滞在外国人で外国人登録を行っている者の数は不詳であるが、法務省入国管理局(2004)、35頁の表中「その他」の一部に含まれていると考えられる。仮に、「その他」がすべて不法滞在者であると仮定しても、不法滞在外国人は約25万人と推定される(同著、50頁)から、外国人登録率は最大でも7%ないし8%程度である。なお、外国人登録が行われても当該登録地に居住しているとは限らない。
- 13) なお、それ以前の平成9年3月21日にXは外国人登録をしており、その際、国保の被保険者証の交付申請を行っている(事実の概要3参照)。そして甲の長男が同年3月27日に倒れ30日に脳腫瘍が発見されている(三木 2005、36頁)。事実認定に関わる問題であるが、少数意見も逆選択の防止を原審賛成の論拠にするのであれば、この点についても判断が加えられて然るべきであったと考えられる。
- 14) ちなみに、平成16年8月、法務省入国管理局は、「在留特別許可処分の透明性・公平性の観点から、平成15年度に許可された事例のうち今後の参考になると思われる事例を公表することとし」、26事例を掲げている。しかし、これらの事例は個性が非常に強く、帰納的にこれらの事例から共通項を抽出し要件化を図ることは困難である。また、26事例のうち「他に法令違反が認められなかった」ことが記載されているものが20例あり、不法滞在以外の法令違反の有無が重要な斟酌要素であることがうかがえるが、他の法令違反の有無を市町村に調査・判断させることは到底困難であるとともに適当でもない。
- 15) 『国保新聞』(国民健康保険中央会発行)2004年1月20日号、同年6月20日号を参照。
- 16) なお、外国人が日本人と婚姻しその後破綻の危機に瀕しているが未だ離婚していない場合に、当該外国人に対して行われた「日本人の配偶者等」の在留資格での在留期間の更新を許可しないという入国管理事務所の処分が取り消された裁判例(東京地判平成6年4月28日・判例時報1501号90頁)もある。
- 17) 島崎(1995 a)、12頁を参照。筆者は、市町村

の判断が区々になるくらいならば、多少の割り切りを行っても統一的・客観的な基準により法5条の「住所」該当性を判断するほうが適当であると考えている。

- 18) 昭和24年9月10日医発752号医務局長通知参照。
- 19) 1996年度以降、救命救急センターに対する補助金の中で、不法滞在外国人を含め在日外国人に係る前年度の未収金に限って、30万円を超える部分について、国は3分の1、都道府県が3分の1を補助している(厚生労働省発医政0816001号平成16年8月16日医政局長通知参照)。

参考文献

- ※判例評釈については、対象となる判決の特定の便宜及び紙幅の都合上、論文の正式な題名ではなく、「平成7年判決評釈」のように略称を用いている。
- 今村成和・雄川一郎(1966)『国家補償法・行政争訟法(再版改訂)』、有斐閣、114頁。
- 岩村正彦(1998)「不法在留の外国人と国民健康保険の被保険者資格」『ジュリスト』1147号、107-109頁。
- 岡村世里奈(1997)「社会保障判例—平成7年判決評釈」『季刊社会保障研究』33巻2号、209-218頁。
- 国京則幸(2000)「不法在留外国人の国民健康保険被保険者資格」『別冊ジュリスト社会保障判例百選(第3版)』、34-35頁。
- 倉田 聡(1996)「外国人の社会保障」『ジュリスト』1101号、46-50頁。
- 坂中英徳・齋藤利男(2000)『全訂出入国管理及び難民認定法逐条解説』、日本加除出版、655-657頁。
- 島崎謙治(1995 a)「外国人医療費保障問題について—医療保険の適用を中心として—」『社会保険旬報』1871号、6-13頁。
- (1995 b)「居住移動と社会保障(上)」『千葉大学法学論集』9巻3号、75-127頁。
- (2005)「わが国の医療保険制度の歴史と展開」、遠藤久夫・池上直己編著『講座医療経済・政策学(第2巻)医療保険・診療報酬制度』、勁草書房、1-53頁。
- 高杉 直(2005)「涉外判例研究—平成16年本最高裁判決評釈」『ジュリスト』1282号、220-223頁。
- 高藤 昭(2001)『外国人と社会保障法—生存権の国際的保障法理の構築に向けて—』、明石書店、243-261頁。
- (2004)「最高裁、外国人の社会保障権保障に半歩前進」『法学セミナー』593号、70-74頁。
- 谷口知平・石田喜久夫編(1988)『新版注釈民法(1)総則(1)』、有斐閣、334-352頁。

- 中野妙子 (1999) 「行政判例研究—平成 10 年判決評
積」『自治研究』77 卷 1 号, 118-127 頁。
- 原田啓一郎 (2003) 「社会保障法判例—平成 14 年高
裁判決評積」『季刊社会保障研究』39 卷 2 号,
204-209 頁。
- 福井章代 (2005) 「時の判例—平成 16 年本最高裁判
決判例評積」『ジュリスト』1281 号, 153-155 頁。
- 古崎慶長 (1971) 『国家賠償法』, 有斐閣, 154 頁。
- 法務省入国管理局編 (2004) 『出入国管理 (平成 16
年版)』, アイネット, 35, 50 頁。
- 三木恵美子 (2005) 「在留無資格外国人の社会保障
訴訟」『法学セミナー』602 号, 36-39 頁。
- 水谷里枝子 (1999) 「平成 10 年判決評積」『判例タ
イムズ』1005 号, 296-297 頁。
- 山田 洋 (1997) 「行政判例研究—平成 7 年判決評
積」『自治研究』73 卷 2 号, 102-110 頁。
- 山田鎌一・黒木忠正 (2004) 『わかりやすい入管法
(第 6 版)』, 有斐閣, 97-99 頁。
(しまぎき・けんじ 国立社会保障
・人口問題研究所副所長)