

Table 3 Proportion of Foreigners with Spouse/Child Residence Status at Year End (%): 1984-2004

Nationality (Origin)	1984	1986	1988	1990	1992	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Total	4.0	4.8	6.1	12.1	16.3	17.1	17.9	18.3	18.5	17.5	17.4	16.6	15.8	14.7	13.7	13.0
Asia	2.8	3.6	5.0	7.4	8.7	9.9	10.7	11.1	11.5	11.6	11.8	11.3	11.1	10.5	9.9	9.5
Afghanistan	8.5	10.0	4.2	7.0	9.8	9.0	8.9	9.2	7.8	6.3	5.2	3.0	4.3	2.9	3.7	3.6
Bangladesh	5.5	3.7	4.2	8.4	8.2	7.3	6.6	6.4	6.9	7.2	9.2	9.3	8.8	7.7	6.5	5.6
China	15.5	15.5	13.0	15.3	14.9	16.0	16.7	17.1	17.3	16.9	16.6	15.1	14.0	12.5	11.2	10.6
India	7.9	7.0	6.7	7.1	6.6	5.3	5.0	4.5	4.2	3.9	4.2	4.0	3.7	3.2	3.1	2.9
Indonesia	14.4	16.2	13.8	12.1	13.7	14.1	13.9	12.3	10.5	9.8	10.3	9.7	10.2	10.8	11.0	10.8
Iran	23.2	14.4	15.6	15.4	5.2	3.5	4.5	6.3	9.5	13.6	20.4	24.9	26.2	23.6	21.4	19.4
Malaysia	11.5	11.6	9.0	9.5	10.1	13.8	14.6	14.7	14.5	13.8	13.3	11.2	10.5	9.9	9.6	9.7
Pakistan	17.0	10.7	11.4	18.1	13.0	14.8	16.0	16.9	18.5	19.8	22.3	21.7	21.0	18.9	16.9	15.7
Philippines	30.8	28.0	35.1	41.8	45.6	42.4	53.7	50.3	47.8	43.3	39.9	31.9	29.5	26.9	24.0	22.0
Saudi Arabia	2.1	5.5	5.0	3.4	5.5	3.6	2.5	1.8	2.7	2.1	1.9	1.5	1.6	1.3	1.5	2.5
Turkey	24.2	20.8	19.8	13.5	20.2	19.5	16.8	17.0	15.1	16.1	18.4	19.2	17.3	16.9	16.1	17.6
Europe	18.3	16.5	14.9	14.2	14.2	14.8	15.3	15.2	15.2	15.2	15.5	14.3	14.3	14.3	14.9	15.3
Uzbekistan	-	-	-	-	-	5.0	4.5	3.4	4.3	2.5	2.9	4.3	5.0	5.3	5.3	7.2
Africa	15.5	14.9	17.0	18.9	12.7	14.4	15.5	16.5	18.1	20.1	24.7	24.9	23.9	20.8	18.9	18.6
Morocco	48.1	66.7	74.5	74.6	64.1	55.2	55.0	52.5	50.3	49.1	48.3	43.8	44.6	45.0	38.3	32.8
Nigeria	0.0	2.1	2.8	6.7	2.2	5.7	8.0	11.8	18.5	24.2	36.0	36.5	33.4	27.6	26.1	29.4
Egypt	14.3	13.5	14.0	15.8	13.5	10.4	10.7	9.5	8.7	8.4	8.3	7.7	6.6	6.1	5.3	4.9
North America	20.8	20.3	18.4	18.0	19.7	21.4	21.8	21.7	22.2	22.1	22.2	20.6	19.3	18.3	18.3	17.5
USA	20.7	20.3	18.5	18.3	20.1	22.1	22.3	22.3	23.0	22.9	22.9	21.2	20.0	18.8	18.7	17.9
South America	40.5	38.1	44.4	68.2	56.9	53.8	51.8	49.1	45.3	41.3	40.1	37.0	33.7	31.0	28.4	26.1
Oceania	13.7	11.2	10.5	9.7	10.9	13.0	14.5	15.6	16.1	16.0	16.0	14.8	13.5	13.2	13.8	13.9
No Nationality	12.7	8.6	10.9	10.8	10.6	8.5	7.7	7.0	6.4	5.5	5.9	5.8	6.3	6.1	6.1	5.9

Ministry of Justice, Statistics on the Foreigners Registered in Japan, 1985-2005

Table 4 Sex Ratio and Proportion Intermarried among "Muslims" Aged 15+ (%): 1995 and 2000

Sex Nationality	Sex Ratio	% Married	Nationality Dist. of Spouses			Population Aged 15+	Married Population Aged 15+			
			Subtotal	Same	Japanese		Others	Subtotal	Same	Japanese
1995										
Male	(Pop 15+)						Ratio(2000/1995)			
Foreigner	98	46.0	-	26.1	-	110.4	114.0	-	122.9	-
Asian	88	47.9	-	25.1	-	105.5	104.3	-	116.5	-
Bangladeshi	807	20.1	50.7	43.1	6.2	101.3	171.3	154.5	205.2	73.1
Indonesian	217	17.4	60.7	36.7	2.6	256.2	204.4	183.1	244.2	138.9
Iranian	1456	15.4	25.4	56.3	18.2	55.6	176.2	64.2	254.9	89.5
Malaysian	187	13.2	59.2	29.2	11.6	77.1	127.7	105.9	180.4	106.3
Pakistani	1704	26.6	14.0	77.4	8.6	90.4	172.7	149.4	186.1	91.0
Female	(Married)									
Foreigner	82	55.4	-	39.8	-	122.4	122.2	-	139.4	-
Asian	76	55.5	-	43.2	-	120.5	117.8	-	140.4	-
Bangladeshi	188	86.1	95.5	4.0	0.4	151.0	152.0	154.5	94.4	150.0
Indonesian	73	51.9	44.2	53.0	2.8	188.1	189.6	183.1	195.7	177.8
Iranian	314	71.2	79.8	17.8	2.4	70.8	69.0	64.2	86.4	100.0
Malaysian	53	46.8	31.2	61.9	6.9	106.6	127.2	105.9	139.7	111.3
Pakistani	623	72.7	87.1	9.1	3.8	133.2	139.2	149.4	52.9	114.3
2000										
Male	(Pop 15+)									
Foreigner	88	47.6	-	28.1	-					
Asian	77	47.4	-	28.0	-					
Bangladeshi	541	34.0	45.7	51.6	2.6					
Indonesian	295	13.9	54.4	43.8	1.7					
Iranian	1143	48.7	9.3	81.5	9.3					
Malaysian	135	21.8	49.1	41.2	9.7					
Pakistani	1156	50.8	12.1	83.4	4.5					
Female	(Married)									
Foreigner	76	55.3	-	45.3	-					
Asian	67	54.3	-	51.5	-					
Bangladeshi	212	86.7	97.1	2.5	0.4					
Indonesian	79	52.3	42.7	54.6	2.6					
Iranian	802	69.4	74.2	22.3	3.5					
Malaysian	53	55.8	26.0	68.0	6.0					
Pakistani	773	76.0	93.4	3.5	3.1					

(Source) Bureau of Statistics, 1995/2000 Population Census of Japan

Table 5 Proportion Intermarried by Migrant Status among "Muslim" Men (%): 2000

Nationality	Married Male Pop	Nationality Dist. of Spouses		
		Same	Japanese	Others
Total				
Foreigner	258287	70.1	28.1	1.8
Asian	179680	71.2	27.9	0.9
Bangladeshi	1455	45.2	51.1	3.7
Indonesian	1437	54.4	43.8	1.7
Iranian	1836	9.3	81.5	9.3
Malaysian	692	49.1	41.2	9.7
Pakistani	2002	12.1	83.4	4.5
Migrants				
Foreigner	57527	76.1	21.4	2.5
Asian	25376	77.6	21.5	1.0
Bangladeshi	451	75.2	23.1	1.8
Indonesian	896	57.8	41.3	0.9
Iranian	300	25.3	65.0	9.7
Malaysian	313	68.1	27.2	4.8
Pakistani	478	25.3	70.5	4.2
Non-Migrants				
Foreigner	200753	68.3	30.0	1.6
Asian	154299	70.1	29.0	0.9
Bangladeshi	1004	31.8	63.6	4.6
Indonesian	541	48.8	48.1	3.1
Iranian	1535	6.1	84.7	9.2
Malaysian	379	33.5	52.8	13.7
Pakistani	1524	7.9	87.4	4.7

(Source) The author's tabulation of the 2000 Population Census Microdata

6. 政策志向的研究

外国人労働者と公的医療・公的年金

東京大学 岩村正彦

I はじめに

わが国の国内に滞在している外国籍の者(以下では、便宜上「外国人」という⁽¹⁾の中には、就労活動を行っている者も数多く存在する。正規の就労資格を持って労働者または自営業者として就労している者がいることはもちろんであるが⁽²⁾、正規の就労資格を持たずに就労している者も多数いる(資格外活動者、不法残留者、不法入国者など⁽³⁾)。前者には、欧米先進諸国の企業からわが国に拠点のある支店・営業所、子会社または提携先の日本企業に派遣されてきている労働者(典型的には子会社の幹部層の労働者や技術者)が見られる一方で、定住者という資格で入国し就労している南米諸国出身の日系人が数多く含まれている。後者に含まれるのは、とくに東アジア・東南アジア諸国から観光ビザ、興行の滞在資格、就学生や研修生の滞在資格等で入国し、在留期限後もそのまま残留して不法に就労する者や様々な手段・ルートで密入国して不法に就労する者等である。

以上のように、様々な資格(あるいは無資格)でわが国で就労する外国人の就労者(場合によっては、その扶養家族も含む)の増加に伴い、就労の場のみならず、住宅、子供の教育など生活の各方面にわたって、彼らの処遇が問題となりつつある。しかも、アジア諸国等とのFTA(自由貿易協定)の締結交渉が進展する中で、人の自由移動も具体的視野に入ってきており、外国人のわが国社会における処遇をどうするかの問題がますます重要度を増すことは疑いの余地がない。外国人就労者達の公的医療・公的年金制度上の扱いも、そうした問題の一つである。後述するように、外国人就労者達の公的医療・公的年金制度上の地位は、その在留資

(1) 「外国人」という表現は、多義的であり、法的な見地からは、いかなる意味で用いるのかを明確に定義しておかないと、混乱を招く。とくに本稿で扱う「外国人労働者」についてはそうである。本稿で扱うテーマとの関係で問題となる「外国人」とは、本文で述べたとおり、国籍が日本ではなく、外国籍であるという意味での「外国人」であり、人種・血統、出生地などの観点からの「外国人」ではない。したがって、たとえば、血統としては純粋の日本人であっても、外国籍であれば、本稿においては「外国人」であり、人種・血統としては、全く日本人ではなくても、日本国籍を有していれば、本稿においては「外国人」ではない。

(2) 2004年では、約20万人弱にのぼる(法務省入国管理局『平成17年版 出入国管理』)。このほかに、就学生や研修生という資格で入国している者がいる。また、就労に制限のない、永住者(2004年で約31万人強)、特別永住者(2004年で約46万5000人)、日本人の配偶者等(2004年で25万人強)、永住者の配偶者等(2004年で1万人弱)、定住者(2004年で約25万人)もいる。

(3) 法務省入国管理局の推計では、不法残留者約20万7000人、不法入国者約3万人とされる(『平成17年度版 出入国管理』)。

格上の地位と従事する業務の種類によって異なる⁽⁴⁾。本稿では、まず、外国人の就労者とその家族の公的医療保険・公的年金制度上の地位の現状を確認した上で、現状が抱える問題点を探り(Ⅱ)、それをもとに、いかなる解決の方向が考えうるかについて考察を試みる(Ⅲ)。

Ⅱ 現状と問題点

外国人の就労者とその家族の公的医療保険・公的年金制度上の地位は、当該外国人の在留資格、より正確には就労可能な在留資格の有無によって異なる。そこで、最初に、就労可能な在留資格を持つ外国人について検討し(1.)、つぎに就労が認められない外国人の公的医療保険・公的年金制度上の地位を考察する(2.)。

1. 正規の就労資格を持つ者

就労可能な在留資格を持つ外国人の公的医療保険・公的年金制度上の地位を考えるにあたっては、被用者社会保険の適用を受ける者(a.)と、それ以外の者とを区別しなければならない(b.)。

a. 被用者社会保険の被保険者となるべき者

従事する職務・業務に該当する在留資格を持つ外国人が健康保険・厚生年金保険の適用事業所⁽⁵⁾に常用で雇用されており⁽⁶⁾、その所定労働時間が週30時間以上、所定労働日数が月あたりおおよそ16日以上であるときには、当該外国人は健康保険・厚生年金保険の被保険者となる⁽⁷⁾。このように、健康保険・厚生年金保険の被保険者となるときには、適正に加入手続がとられていれば、当該外国人本人およびその扶養家族は、業務外の傷病に罹患したときには、健康保険による療養の給付等の医療サービスを受けることができるし、障害・死亡の場合には障害基礎年金・障害厚生年金および遺族厚生年金(要件を満たす受給権者がいるときには遺族基礎年金も)を受給できる。

しかし、現実には、就労可能な正規の在留資格を持つ外国人であっても、健康保険・厚生年金保険の加入手続がとられていないことが少なくない。とくに、業

(4) 労働災害の問題も重要であるが、労災保険については、在留資格の有無を問わず、その適用を認めて、被災労働者・遺族に給付を支給している。したがって、本稿では検討の対象としない。

(5) 常時被用者を少なくとも一人使用する法人の事業所(国家公務員共済組合法等の適用を受けるものを除く)は、その行う事業の種類を問わず、健康保険・厚生年金保険の適用事業所である(健保3③2号、厚年6①2号)。

(6) ただし、日々雇用の者(一月を超えて引き続き雇用されるに至った場合を除く)、2か月以内の期間を定めて使用される者(所定の期間を超えて引き続き雇用されるに至った場合を除く)、季節的業務に使用される者などは、適用事業所に使用されていても被保険者とはならない(健保3①2号、厚年6②)。

(7) 厚生年金保険の被保険者は、国民年金の第2号被保険者であるから(国年7①2号)、この外国人は基礎年金の被保険者でもあることになる。

務処理請負業で多く就労する日系人についてよく見られる事象である。これは、事業主が人件費増を嫌って健康保険・厚生年金保険の被保険者資格取得の届出を怠ること(手取増を望む日系人が健康保険・厚生年金保険への加入を必ずしも希望しないことに事業主が乗じていたり、あるいは希望しないように事業主が仕向けることもある)、日系人自身も、健康保険はともかく、(将来受給できることが確実ではない)厚生年金保険の被保険者となることを望まないことによる。とくに厚生年金保険についていえば、障害年金や遺族年金は、被保険者期間が短くても万一保険事故が発生すれば受給する可能性はあるものの、老齢年金の受給には現行法上25年の被保険者期間が必要であるため、わが国で就労して稼いだ後は帰国することを予定している日系人が老齢年金を受給する見込みは少ないことが、被保険者となって保険料を負担しようとする動機を失わせている。そして、現在の実務では、健康保険と厚生年金保険の被保険者資格手続を一体として行っているため、かりに日系人が健康保険の被保険者資格取得のみを希望しても、それは認められない扱いになっている。加えて、健康保険・厚生年金保険は強制適用のはずであるが、実態としては、健康保険法等で用意されている事業所への強制立ち入り権限を行使しての職権による被保険者資格の確認や保険料の強制徴収はほとんど行われていないために任意適用に限りなく近い。したがって、結局、日系人は健康保険の被保険者にも、厚生年金保険の被保険者にもならない結果となる。

しかし、こうした健康保険・厚生年金保険への未加入は、当然のことながら問題を引き起こす。とくに、外国人本人や、その家族が傷病に罹患したときには、健康保険による診療を受けることができない。自ら海外旅行保険など民間の保険に加入していない限り、自費で診療を受けなければならない。医療費負担を避けるために、重症化しない限り医療機関には足を向けないこととなり、ときとして深刻な事態となる⁽⁸⁾。また、被保険者資格取得手続をしていない日系人を雇用する業務処理請負業の事業主(およびその業務処理請負業を利用している(健康保険等の被保険者資格取得手続を取っていないことを経験則上知していると考えられる)元請事業主)は、適正に被保険者資格取得手続を行って健康保険料・厚生年金保険料を負担している事業主との関係では、不公正な競争を行っていることになる。このことも看過すべきではない。

なお、日系人等のようにわが国での就労に制限のない在留資格を持つ者や外国人研修・実習制度の枠組みで在留資格を得て就労する外国人を除くと、わが国の事業所でいわゆる単純労務に就く者はそもそもそれに対応する在留資格がないので、この範疇には含まれず、後述2.のカテゴリーに属することになる。

(8) 健康保険の被保険者・被扶養者は、国民健康保険の被保険者とはならない(国健保6条1号・4号)ので、こうした日系人は国民健康保険の被保険者となることもできない。生活保護法による医療扶助によることも考えうる。外国人には生活保護法の適用はないものの、定住者や特別永住者などへの準用は認められているので、日系人にはその限度で医療扶助の保護がありうる。しかし、補足性の原理(生保4①・8①)によって、就労による所得が生活保護基準の最低生活費を下回らない限り、生活保護の対象にならない。

b. 国民健康保険・国民年金の被保険者となるべき者

正規の就労資格を持つ外国人であっても、①自営で就労活動を行っている外国人(およびその扶養家族)、②被用者として就労しているが、健康保険・厚生年金保険の非適用事業所に使用されている外国人、③健康保険・厚生年金保険の適用事業所に使用されているが、被保険者とならない者⁽⁹⁾は、外国人登録をしている市町村の国民健康保険の被保険者となり、また国民年金の第1号被保険者となる。

もっとも、国民健康保険の被保険者となるには、外国人登録が必要であるとともに⁽¹⁰⁾、入管法にもとづいて決定された入国時の在留期間が原則として1年以上であることが要求される。したがって、短期の在留しか予定していない者は、国民健康保険の被保険者とならない。以上のことは国民年金についても同様である。

2. 正規の在留資格・就労資格を持たない者

就労を可能とする在留資格を持たない外国人(資格外活動)、在留期間満了後も(更新をせずに)そのまま在留して就労する外国人(不法残留者)、様々な手段で密入国して在留・就労する外国人(不法入国者)の公的医療保険・公的年金制度上の地位は、1.で見た正規の就労資格を持つ外国人とは大きく異なる。とくに問題となるのは、傷病時の診療である(a.)。これらの者については、生活保護法による医療扶助の適用の有無も問題となる(b.)。

a. 公的医療保険・公的年金制度上の地位

正規の就労資格や在留資格を持たない外国人は、そもそも外国人登録をしていないことが多く、また外国人登録をしている場合であっても、在留資格がないことの発覚を恐れることや、保険料負担による減収を嫌って、公的医療保険・公的年金制度の被保険者資格取得手続を取らない⁽¹¹⁾。

こうした外国人についてとくに問題となるのは、先の1.と同じく、傷病に罹患した場合である。健康保険や国民健康保険の被保険者資格を持たないので、医療機関での診療は、自ら海外旅行保険等民間の医療保険に加入していない限り、すべて自費となる。したがって、重症化してから初めて医療機関での診療を受けるために、より医療費がかかる結果となる。

在留資格を持たない外国人であって、ある程度の年月、わが国に滞在している者に関しては、外国人登録をしている市町村に住所地があるものとして、国民健康保険の被保険者資格を認めることができないかということが問題となりうる。

(9) 週の所定労働時間が30時間未満か、または月の所定労働日数がおおむね15～16日にいたらない者、および注6に述べた者が該当する。

(10) どの市町村の国民健康保険の被保険者となるかを決定するためである(国健保5の「住所地」を決定する指標)。住所地の把握を日本人について住民登録によって行っているのと同じである。

(11) 健康保険・厚生年金保険に関しては、在留資格のない外国人は、たとえ健康保険等の適用事業所に使用されていても、それは常用の使用関係とはいえないので(常に退去強制の対象であるため)、被保険者資格がないというのが行政実務である。

この点につき、下級審裁判例の判断が分かれていたところ、最高裁は、最1小判平成16・1・15民集58巻1号226頁で、一定の要件を満たす場合には、不法残留外国人も外国人登録地の市町村の国民健康保険の被保険者となることを認めた。しかし、この判決の後、国民健康保険法6条8号によって施行規則で定める者として、在留資格を持たない者等が規定され、これらの者は被保険者とならないこととなっている。

b. 生活保護法上の地位

公的医療保険の適用がないときに最後の救いとなるのは生活保護法の定める医療扶助である。しかし、生活保護法は、その適用を「国民」としており(生保1および2)、特別永住者・定住者等への準用はあるものの、外国人には同法の適用はないというのが実務である。したがって、不法残留者・不法入国者等にも生活保護法の適用はなく、医療扶助による保護は及ばない。最高裁も、不法残留者を生活保護法による保護の対象としないことは憲法25条、同14条には違反しないと判断し、前記の実務を支持している(最3小判平成13・9・25判時1768号47頁)。

かくして、不法残留者・不法入国者に関しては、彼らが傷病に罹患したときには、法令に根拠を置く社会保障制度による医療の保護は存在しない。

以上のように、わが国での就労を認める様々な在留資格で働く外国人や、無資格で就労する外国人についての公的医療保険・公的年金制度の適用には問題や限界がある。なかでも不法在留者・不法入国者については、とりわけ深刻となりうる傷病罹患時の医療に関しても、法的な保護はない。しかし、そうした状況には問題がある。そこで、何らかの解決が考えうるのかを つぎに検討することにしよう。

Ⅲ 模索しうる解決方向

外国人の医療・年金に関する問題点を解決する方策としては、現行制度(あるいはその運用に関する実務)を抜本的に改革するというものも考えうる⁽¹²⁾。そうした方向は魅力あるものではあるが、やや理想的にすぎ、実際には実現困難であることは否定できない。したがって、以下では、実現可能性をできる限り確保するという視点に立ち、現行制度を前提としつつ、制度設計や運用を大きく手直しすることなく、問題点の解決を図りうる方策があるかを考えていくことにしたい。

考察の順序としては、まず、正規に就労することのできる在留資格を持つ外国人を取り上げ(1.)、ついでそれ以外の外国人について検討する(2.)ということにする。

1. 正規に就労できる在留資格を持つ外国人

欧米先進諸国の企業からわが国に所在する営業所・支社・子会社等に派遣され

(12) その方向を目指す学説として、たとえば高藤昭『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、2001年)がある。

てくる外国人は別として、この範疇に属する外国人で公的医療保険・公的年金の被保険者資格取得の有無が問題となるのは、既に見たように主として業務処理請負業に雇用される日系人である。これらの者は、厚生年金保険の被保険者となる気は持っていないものの、傷病罹患時のことを考え、健康保険の被保険者となることは望んでいることが多い。このような状況に対応できる解決策があるかが問題である⁽¹³⁾。

第一に考えられるのは、健康保険・厚生年金保険が強制適用であるという制度の基本的原則に立ち戻り、職権による被保険者資格の確認および保険料の強制徴収を行うという方策である。世帯や個人単位で被保険者を把握して保険料徴収をしなければならず、そのための対費用効果を考えなければならない国民健康保険や国民年金とは異なり、事業所単位で被保険者の把握や保険料徴収が可能な健康保険・厚生年金保険については、職権による適用を積極的に行うべきである。実務上は、未適用事業所に加入促進の働きかけを行うものの、事業主から拒否されると、職権適用や保険料の強制徴収は行わないようであるが、健康保険・厚生年金保険の制度の本旨からいって到底考えられない対応である。まず適用の徹底を行うのが本筋の議論である。

第二の方策としては、現在実務で行われている健康保険・厚生年金保険の被保険者資格取得手続を一括で行うことをやめ、たとえば健康保険のみの被保険者資格取得を認めるといったものが考えられる。実際、2001年10月の外国人集住都市会議は、一括手続の緩和を提言している。しかし、この方策には、①外国人にのみ厚生年金保険の強制適用を事実上行わないことの合理的理由がない、②外国人を雇用する方が、日本人を雇用するよりも人件費が安くなることを事実上正面から許容することになるが、それは雇用政策上大きな問題がある上、なぜ外国人の人件費のみを引き下げることが認められるかの合理的理由がない、など問題が存在し、賛成できない。

第三としては、とくに日系人が多く雇用されている業務処理請負業についても、労働者派遣業と同じ仕組みを導入するという方策が考えられる。労働者派遣業法は、健康保険・厚生年金保険の被保険者資格の取得の確認等を労働者派遣企業が派遣先企業に通知する義務を負わせるとともに、その責任者を置く義務を課し(35条、41条1号ハ)、派遣先企業に対しても、指針によって(47条の3)、講ずべき措置として派遣労働者の社会保険の適用の促進を定めている。これと同様の制度を業務処理請負業にも導入するということはかなり有効であろう。前出の外国人

(13) 健康保険・厚生年金保険の被保険者資格を持たない自営で就労する外国人については、とくに国民健康保険について、たとえば自治体間の保険料負担の格差や保険料の滞納という問題が指摘されている(2001年10月の外国人集住都市会議の提言)。しかし、これは外国人特有の問題ではなく、国民健康保険制度そのものの制度設計のあり方の問題である。したがって、国民健康保険制度全般の見直しの中で検討する必要がある。国民年金の第1号被保険者についても同様である。

集住都市会議も同旨の提言をしている⁽¹⁴⁾。ただ、こうした仕組みを法制化すると
なると、外国人についてのみ制度を導入するというわけにはいかないから、業務
処理請負業全般について、日本人・外国人を問わず同じ仕組みを導入するという
規制を新たに行わなければならない。これは、規制緩和が(その当否はともかく)
政府の方針となっている現状では相当に困難な道のりであるといえよう⁽¹⁵⁾。

第四に考えうるのは、業務処理請負業から派遣される労働者の健康保険・厚生
年金保険の被保険者取得手続や保険料徴収について、業務処理請負業の事業主で
はなく、受入先企業の事業主に義務を負わせるという方策である。労働保険の数
次請負事業の一括適用のような仕組みを導入するということである。この制度は
非常に有効であることは疑いないが、その実現には前記・第三の方策と同様の困
難があろう。

第五としては、厚生年金保険で既に存在する脱退一時金の制度(厚年附則 29。
基礎年金についても存在する。国年 9 の 3 の 2)をより充実し、受給しやすくする
という制度の手直し・改善を考えることができる(前出の外国人集住都市会議も同
旨の提言をしている)。もっとも、厚生年金保険をはじめとする公的年金制度は、
個人の貯蓄ではなく、被保険者が、一定年数の間、保険料を拠出して年金受給世
代の老齢年金給付の財源確保に貢献したことを条件として、将来、自分自身が老
齢年金を受給するという制度であるので、貯蓄的性格を強調する脱退一時金とい
う仕組みを充実させることが制度設計のあり方としてそもそも適切かは疑問の残
るところである。

第六番目の方策として考えることができるのは、公的年金について、現行の老
齢年金受給資格の取得要件である被保険者期間(25年)を短縮(たとえば5年、10
年など)または撤廃するというものである。これは、第1号被保険者の未加入問
題とも関連する、わが国の公的年金制度のあり方そのものに関わる改革となる。
したがって、その実現には慎重な検討が必要である。それでも、老齢年金受給資
格の取得に要求される被保険者期間が25年というのは長すぎるという批判はか
ねてから存在するところであり、撤廃はともかく、被保険者期間の短縮は一考に
値しよう(もっとも、たとえば日系人との関係では、5年にするといった思い切
った短縮が必要となる)。この改革案に対しては、①少なくとも老齢年金の受給資
格を取得する者が現状よりは増加するので、事務コストの上昇を招く、②被保険
者期間が短いために、少額の老齢年金受給者が増加し、老後の生活を支えるに足
る老齢年金の保障という公的年金制度の趣旨が損なわれる、などの反論が考えら
れよう。しかし、①が指摘する事務コストの増加は、たとえばパートタイマーへ
の被保険者資格の拡大等の改革によっても生じるものであり、決定的な支障とは
考えられない。②の反論は、公的年金制度の趣旨に関わるものであるが、比較法

(14) 厚生労働省の「外国人労働者の雇用・労働条件に関する指針」は、健康保険法・厚生
年金保険法の遵守を求めるとどまる。

(15) ただし、製造業について労働者派遣が可能となった現在、実態に差がない労働者派
遣と業務処理請負業について、たとえば健康保険等の被保険者資格の取得に関し、規制が異
なるということは望ましいことではない。立法政策としては真剣な検討が必要であらう。

的には、被保険者期間が短いことによる少額年金の問題は、税財源などを投入する最低額保障年金制度を設けることによって解決されており(わが国でも、基礎年金の保険料免除者については同様の仕組みが設けられている)、決定的な批判とは必ずしもいえないように思われる。

最後に考える七番目の方策は、既に欧米先進諸国を中心として締結が進められている年金通算協定の締結を一層推進するというものである(前出の外国人集住都市会議も同旨の提言をしている)。日系人を多く送出している南米諸国との年金通算協定の締結を進めるということが優先課題として挙げられよう。年金通算協定は、一方で公的年金保険料の二重負担を解消するとともに(この点がわが国で欧米先進諸国との年金通算協定の締結が急速に進んだ大きな理由である)、他方で、厚生年金保険の被保険者となることに伴い負担する保険料の掛捨て観念を払拭するという利点がある。したがって、年金通算協定の締結は、外国人の健康保険・厚生年金保険の被保険者資格取得の推進に有効な方策と評価できる。ただ難点は、主として問題となっている日系人を送出している南米諸国では、公的年金制度が存在するとはいえ、必ずしもその基盤が盤石ではなく、年金通算協定を確実に運用する基礎が整っているとはいえないところである⁽¹⁶⁾。

以上の検討が示すように、現実性のある方策としては、正規に就労できる在留資格を持つ外国人については、第一の強制適用の徹底と、第七の年金通算協定の締結による厚生年金保険の保険料掛捨て観の解消とを組み合わせるといえるであろう(年金通算協定の締結促進が早急には期待できないというときには、次善の方策として第五番目の脱退一時金制度の拡充に取り組むことになる)。

正規に就労できる在留資格を持つ外国人と異なる側面を持つのが、不法残留者・不法入国者である。これらの者の扱いをどう考えるかをつぎに考察しよう。

2. 正規の滞在資格・就労資格を持たない外国人

結論からいえば、不法残留者・不法入国者は、広義の社会保険制度(国民健康保険・国民年金制度を含むもの)による解決は、実現可能性のある範囲で考えることは困難である。なぜなら、とくに必要性の高い医療に限ってみても⁽¹⁷⁾、①不法残留者等であっても、健康保険・厚生年金保険の適用事業所に使用されていれば、被保険者資格を認めるべきであるとの立場に立っても(実務は反対の解釈を取る(注11参照))、不法残留者等は不法残留等の発覚を恐れて、また手取り収入の減少を嫌って、實際上被保険者資格取得の手続きをとらない、②かりに国民健康保険の被保険者資格に関して前掲・最1小判平成16・1・15の立場に立ったとしても、入管法上の滞在資格との整合性を完全に無視するわけにはいかないこと、③

(16) これ以外にも、医療についていえば、出身国の在外公館での査証発給時に民間医療保険加入の有無を確認するといった方策も考える。ただ、その有効性は確実とはいえないであろう。

(17) 公的年金も、障害年金や遺族年金のことを考えれば検討を要するが、不法残留者等にとって切実なのは医療であるので、本稿では医療に的を絞って考察する。

不法残留者等は、外国人登録をしていない場合も多く、国民健康保険料(税)納付・徴収の前提となる住所地の把握が難しい、④前記①③の帰結として、傷病が重症化して、診療費が負担できなくなってから被保険者資格の取得を求めるというモラル・ハザードが発生する、という問題があるからである。

そのため、傷病罹患時の治療に限定すれば、広義の社会保険制度以外の仕組みによる解決を模索するしかないといえよう。まず念頭に浮かぶのが生活保護による医療扶助である。しかし、①生活保護制度は、生活保護基準の定める最低限度の生活以下の場合には、医療に限らず、必要に応じてその所得・資産等では賄えない生活部分すべてを保護する制度であるため、公的保険制度の被保険者たりえないという理由で医療扶助に限って保護を及ぼすという解釈は困難である、②不法残留者等について、わが国で現有している所得・資産に限定して生活保護基準の定める最低限度の生活以下であるかの判断をすることは、しばしば就労による稼働所得を出身国に送金していることを考慮すると公平とはいえない面があることは否定できない、などの理由で医療扶助による保護を不法残留者等に与えることには難点がある。けれども、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」をわが国も批准している以上、(最高裁は同条約の自動的執行力を否定するものの⁽¹⁸⁾)同条約9条の趣旨に鑑みると、不法残留者等に医療の保護、とりわけ救急医療の保護を全く拒否するのは、立法政策の妥当性という観点からは大いに疑問のあるところである。

そうすると、一つには、欧州大陸諸国などに見られるように、医療のみを扱う独立した扶助制度を導入するということが考えられる。しかし、この案は、生活保護制度の大きな枠組みの変更等を行わなければならないことを考えると、現実性に乏しい。もう一つ考えられるのは、生活保護とは別の制度枠組み、具体的には、福祉的な見地から措置を講ずるといふ施策である。実際、外国人の多い都道府県は、比較的早期に外国人の救急医療を行った病院に対する補助事業を始めているし、国も「医療施設運営費等補助金及び地域医療対策費等補助金交付要綱」⁽¹⁹⁾による「救命救急センター運営事業」として、救急救命センターにおける在日外国人にかかる前年度の未収金(1か月1人当たり30万円超のもの)に限って30万円を超える部分に関して補助を行っている。こうした事業の拡充を図るといふことがまず考えられる施策である。また、不法残留者等に国や地方公共団体が直接に医療サービスの提供を行うのは、入管法制との整合性の問題を生ぜしめるというのであれば、不法残留者等を支援する福祉活動を行う民間の非営利団体(NPO等)への補助金の交付という形で、医療のサービスを行うということも検討に値する

(18) 最1小判平成元・3・2判時1363号68頁。

(19) 平成10・6・24発健政137。

方策と考えられる⁽²⁰⁾。

IV おわりに

ここまでの考察を簡単にまとめると、第一に、正規に就労が可能な在留資格を持つ外国人については、健康保険等の職権による被保険者資格の取得や保険料徴収の徹底と年金通算協定の締結促進(次善の策として、脱退一時金制度の充実)とが、現行制度の基本的な諸原則と大きく抵触することなく実現できる可能性が高い、第二に、不法残留者等に関しては、医療に限定してみても、現行制度の基本的な枠組みを大きく超えずに問題の根本的な解決を図るのは容易ではなく、既存の救急救命センター運営の補助事業の拡充や、NPOの活用といった方向が現実的である、ということである。もちろん、本稿で行ったのは、あくまでも、具体的な実現可能性という範囲内での外国人の公的医療・公的年金に関するごく粗い検討にすぎない。外国人の公的医療・公的年金については、他の様々な制度等も視野に入れて、巨視的な見地から考察をする必要があるが⁽²¹⁾、それについては今後の検討課題としたい。

(20) ただ、モラル・ハザードを防止するために、(実行に移すのは困難を伴うが)事後的に費用の徴収を行う仕組みを整えるということも考えられなくはない。とくに、公的医療保険の被保険者たりうるが、既に指摘した現行制度上の諸々の問題点のために被保険者資格取得の手続を取っていない外国人も、救急救命センター運営事業の補助事業や本稿で示唆したNPO等を介した医療サービスの提供の対象となることを考えると、その必要性は相当に存在するといえよう。しかし他方で、費用徴収の仕組みを導入することによって、かえって不法残留者等に非営利団体等を通しての医療サービスの受給を躊躇させてしまう萎縮効果が生じることも視野に入れて検討すべきである。モラル・ハザードと萎縮効果との微妙なバランスを取ることが求められる。

(21) 外国人労働者問題を考えるにあたって、その前提として考慮しておくべき論点を提示するものとして、たとえば厚生労働省『外国人雇用問題研究会報告書』(2002年7月)の第5章「5. 受入れの実施に当たっての前提として考慮しておくべきこと」がある。

外国人労働者と労働法適用上の問題点

慶應義塾大学 山川隆一

はじめに

外国人労働者に限らず、労働者一般について、労働法と社会保障法は相互補完関係に立つ面があるということが出来る。労働者が現実には労働している局面においては、労働関係を規律する労働法が適用されるのが一般であるが、労働関係から離れた局面では、社会保障法が適用される事態が生じうる。すなわち、高齢や障害などの理由で労働市場から引退した場合には、年金による所得保障が問題になり、生活が困難になった場合には、生活保護が問題となることもある。また、疾病等により診療を受けることとなった場合には、健康保険が問題になるのである。

かくして、外国人労働者と社会保障制度をめぐる問題を考えるにあたっては、社会保障法の適用だけではなく、労働法の適用についても検討しておくことが有用である。そこで本稿では、外国人労働者に関する労働法の適用に当たっての問題点を検討することとする。具体的には、まず、検討の前提として、入管法における在留資格制度に照らして、外国人労働者を類型化する。次に、労働法の適用のあり方に影響を与えうる、外国人労働者の雇用状況や雇用形態について現状を確認する。その上で、労働法の適用に当たっての問題点を、いくつか具体的な例を挙げて検討を行う。以上を前提として、今後の対応のあり方についても若干の検討を加えることとしたい。

1 外国人労働者の類型

外国人労働者は、いうまでもなく外国籍をもった労働者であるが、わが国への外国人の入国の可否、及び、就労を含めた国内に滞在中の活動は、出入国管理及び難民認定法（入管法）の在留資格制度等により規律され、それが外国人の労働法上の地位に影響を与えることがあるので、まず、就労という活動に着目して、入管法における外国人の地位を簡単に整理しておきたい。

(1) 適法就労者

① 就労内容に制限がない者

活動内容に特段の制限なくわが国に滞在している外国人は、当然、就労も適法に行うことができる。入管法上の在留資格では、永住者、日本人の配偶者、および定住者等がこれに当たる。いわゆる日系人も、日本人の配偶者ないし定住者の在留資格を認められているため、在留期間の範囲内で、職種等を問わずに就労することができる。さらに、近年では、永住者としての在留資格を取得する日系人も増加している。

② 就労内容に制限がある者

以上のような在留資格を除けば、わが国の入管法は、就労することを内容とする在留資

格については、専門的・技術的職種など一定範囲のものに限って認めることとしている。入管法上、このような就労を目的とする在留資格としては、教育、技術、技能、人文知識・国際業務、企業内転勤、興行などが代表的なものである。また、いわゆる技能実習生は、研修（在留資格の一つであるが、研修活動は労働を内容とするものではない）を経たうえで一定要件を満たした外国人が、特定活動という在留資格を与えられて労働に従事するものである。これらの在留資格をもつ外国人は、その在留資格の範囲内で、かつ与えられた在留期間の範囲内で就労をなし得る。

以上に対し、一般事務や販売、あるいは製造などの単純労働を内容とする在留資格は、わが国の入管法においては基本的に認められていない。

(2) 不法就労者

上記のような入管法上の在留資格の制限を超えて就労している労働者は、いわゆる不法就労者として位置づけられる。その中でも、いったんは適法に入国したが、認められた在留期間を超えて滞在している外国人（不法残留）が就労している場合、当初から上陸許可を与えられずにわが国に入国した外国人（不法上陸）が就労している場合、適法に入国し、在留期間の範囲内で滞在しているが、就労活動をすることが、在留資格により認められた範囲を超えている場合（資格外活動）などの類型がある。

2 外国人労働者の雇用状況と雇用形態

外国人労働者への労働法及び社会保障法の適用やそこでの問題点を考えるに当たっては、彼らや彼女らの雇用形態をはじめとする雇用状況がいかなるものであるかが重要な意味をもつ。労働法や社会保障法の適用のあり方は雇用形態等によって異なりうるからである。そこで以下では、わが国における外国人労働者の雇用状況や雇用形態について簡単に把握することとする。

(1) 在留資格ごとの状況

わが国において就労する外国人の数については、出入国管理統計に基づく厚生労働省の推計がある¹。それによれば、平成 14 年において就労している外国人は約 76 万人であり、日本の労働力人口の約 1 パーセント以上を占めている。そのうち、適法就労者は約 54 万人であり、不法就労者は約 22 万人（不法残留者）プラスアルファ（資格外活動者等）とみられる。在留資格別に見ると、技術・人文知識・特定活動（技能実習）および資格外活動（アルバイト）が増えており、その反面、不法残留者は減少している。就労内容に制限のない定住者や日本人の配偶者などの在留資格を持ついわゆる日系人の数は 23 万人あまりであり、数としては多いが、近年では増加傾向に歯止めがかかっている。なお、同じく就労内容の制限がなく、かつ在留期間も無制限となる永住者の在留資格を持つ外国人は増加しており（平成 12 年で 14 万 5000 人あまりであったが、同 16 年には 31 万 3000 人近くになっている）、長期にわたり日本に滞在し就労する外国人が増えているものと推測される。

(2) 外国人雇用状況報告による分析

次に、外国人労働者の雇用される事業の種類や雇用形態については、上記の推計では必ずしも明らかにはならないので、厚生労働省が発表した平成17年の外国人雇用状況報告の結果（平成17年12月22日発表）にもとづき、これらの点を検討する（ただし、同報告は、一定規模以上の事業所が公共職業安定所に提出するものであって、これにより外国人労働者の全数を把握するものではない）。

① 概要

平成17年においては、155,009事業所に対して報告が求められ、うち94,143事業者から回答があった。回答のあった事業所のうち25,106事業所が外国人（198,380人）を直接雇用しており、産業別に見ると、事業所数でも外国人労働者数でも、製造業が過半数を占めている（事業所数では50.9%、外国人労働者数では54.4%）。外国人労働者の出身国で見ると、東アジアが最も多く（43.2%）、中南米がこれに次いでいる（30.4%）。従来は中南米の比率の方が高かったが、平成16年から東アジアの方が多くなり、その傾向は強まっている。在留資格別に見ると、「日本人の配偶者、永住者」等の就労内容に制限のない在留資格が最も多い（48.2%）。

また、職種別では、「生産工程作業員」が最も多く（55.9%）、「専門・技術・管理職」（19.6%）、「販売・調理・給仕・接客員」（13.5%）がこれに続いている。もっとも、企業規模による違いも大きく、企業規模が大きくなると、職種としては、「生産工程作業員」の比率が減少する一方で、「専門・技術・管理職」や「販売・調理・給仕・接客員」の比率が増える傾向がみられる（1000人以上の事業所では、「専門・技術・管理職」も「販売・調理・給仕・接客員」も37.6%であるが、「生産工程作業員」は11.0%にとどまる）。出身国や在留資格についても、企業規模が大きくなると、中南米出身者の比率や「日本人の配偶者、永住者」の在留資格の比率は低くなる傾向がある。

② 「正社員」か非典型雇用か

外国人労働者の雇用形態については、まず、直接雇用している事業所との関係で、外国人が「正社員」であるか、あるいは、いわゆる非典型雇用形態にあるかが問題になる（ここで「正社員」とは、期間の定めのない雇用契約のもとで就労し、1日または1週間の所定労働時間が通常の労働者より短くないものをいう）。

平成17年の外国人雇用状況報告の結果では、外国人労働者全体における「正社員」の比率は25.2%であった。前年は24.5%であったから、正社員比率はわずかに上昇しているが、逆にいえば、今回報告のあった事業所における外国人労働者の75%程度は非典型雇用形態にあるということが示されている。わが国における労働者全体のうち非典型雇用形態にある者は、平成15年時点で34.6%であったから²、外国人労働者は日本人の労働者等に比べて非典型雇用形態にある比率は相当に高いことが推察される。もっとも、この点は職種等による違いも大きく、「営業・事務職」や「専門・技術・管理職」の正社員比率はそれぞれ66.5%、53.0%

であるが、「販売・調理・給仕・接客員」や「生産工程作業員」の場合は、それぞれ 6.1%、17.4%と低くなっている。

次に、非典型雇用形態の中でも、期間の定めのある雇用契約を結んでいる者と所定労働時間が短い者との割合がどの程度のものであるかが問題となるが、この点は外国人雇用状況報告からは明らかにはならない。期間の定めのある雇用契約を結んでいる者につき、雇用期間の長さはどのくらいか、また、期間満了後も契約を更新して就労を続けることがどの程度あるかについても同様である。また、契約を更新して就労を続けることも、有期契約労働者一般によく見られる現象であり、平成 12 年の調査では、契約期間は 6 か月ないし 1 年とするものが多く、平均更新回数は 6 回程度である³（外国人の場合は在留期間の制約があるので以上の数字は参考程度のものにすぎないが）。

③ 間接雇用

次に、間接雇用、すなわち、他の事業主に雇用され、請負契約ないし労働者派遣契約に基づいて他の事業主の事業場で就労している外国人の状況についてみると、平成 17 年の外国人雇用状況報告では、外国人を間接雇用している事業所（間接雇用の他に直接雇用も行っている事業所を含む）は、5,889 事業所であり、間接雇用されている外国人数は 144,891 人であった。外国人雇用状況報告は外国人労働者の全数を示すものではないが、平成 8 年と平成 17 年のデータを比較すれば、直接雇用されている外国人の数が、103,044 人から 198,380 人と変化しているのに対し、間接雇用されている外国人の数は、51,739 人から 144,891 人と推移しており、間接雇用者が増加しているのみならず、その伸び率が高いことがうかがわれる。

また、外国人を直接雇用している事業所（25,106 所）のうち、主として労働者派遣または請負事業を行っているものは 2,412 所であり、そこで直接雇用されている外国人労働者の数は 53,032 人であり、直接雇用されている外国人労働者（198,380 人）の 26.7%を占めている。さらに、こうした労働者派遣または請負事業を主として行っている事業に雇用されている労働者は、出身地域が中南米で（77.5%）、在留資格が「日本人の配偶者等、永住者」等（89.3%）、職種は「生産工程作業員」（86.6%）である者が多い。ここでは、いわゆる日系人が、間接雇用の形で製造現場において就労するという状況を典型的なイメージとして描くことができよう。

(3) 小括

以上のような外国人労働者の雇用状況については、その多様性に留意する必要がある。すなわち、外国人労働者と一口に言っても、その雇用状況は、出身国、在留資格、職種、事業所規模などにより差異が見られ、一律のとらえ方ができるわけではない（また、不法就労者については、事柄の性質上データの収集が困難である）。しかし、大まかな傾向としてみれば、入管法上は専門・技術的な職種につき外国人の入国・滞在を認める方針をとっているものの、実際には、職種に制限のない日系人や技能実習生などが生産工程作業員などとして就労していることが多く見られる。また、外国人労働者は非正社員の比率が高いことや、上記のよう

な日系人を中心に、間接雇用で働く外国人が増加していることが指摘できよう。

3 労働法適用上の問題点

以下では、これまでみてきた外国人労働者の入管法上の地位と雇用状況等を踏まえて、まず、わが国の労働法が外国人労働者にいかに適用されるかを検討し、進んで、適用に当たってはいかなる問題があるかについて、その要因ごとに検討することとしたい⁴。

(1) 労働法の適用

① 労働法規の適用可能性

まず、外国人労働者に対しては、わが国の労働法がそもそも適用されるのか、外国法の適用はあり得るかという、適用法規の決定に関する問題が生じうる。この問題は国際私法ないし抵触法の枠組みで検討され、民法などの私法については法例により準拠法の選択が決定される。法例7条によれば、労働契約上の問題については、当事者の選択した法があればそれにより（ただし、当事者の選択した法が外国法であって、それを適用することが公序に反する場合には、日本法が適用される）、選択がなされていなければ法律行為がなされた国（契約締結地）の法が適用されるが⁵、裁判例では、労務が供給されている日本の法律を選択すると明示又は黙示の意思表示を認定することが多い⁶。そのため、外国人労働者の労働契約をめぐる問題については、日本法が適用されるのが一般である。

次に、不法行為（民法709条）については、法例11条により、当該行為がなされた土地の法律が適用されるのが原則であるが、日本で就労している労働者に対する不法行為は日本でなされることが多いので、やはり日本法が適用される。これらについては、労働者が不法就労者であるか否かは影響を与えないのが原則である。ただし、日本法を適用するに当たって、不法就労者であることが影響を与えることはありうる。たとえば、不法就労者が労働災害に遭ったため使用者に対して安全配慮義務違反を理由に損害賠償を求める場合、災害による逸失利益の算定は日本の賃金水準によるか、または出身国等の賃金水準によるかが問題になるが、最高裁は、被災労働者が滞在して就労し得たと認められる期間については日本の賃金水準により、その後は出身国等の水準により逸失利益を算定するとしうえ、不法就労者が災害にあっても事実上日本に滞在し続けることはあり得るが、その期間は長期にわたるとは認められないとして、被災した企業を離職した後3年に限って日本の賃金水準による逸失利益の算定を認めている⁷。

以上は民法などのいわゆる「私法」にかかわる問題であるが、労働基準法や労災保険法などのいわゆる「公法」は、準拠法の選択にかかわらず、労働者が日本国内の事業において就労している限り適用される⁸。これらの公法についても、一般に、労働者が不法就労者であるか否かにかかわらず適用されると解されている⁹。これは、労働法規が、現実存在した労働関係における労働者の利益を守ることを主眼としているからだと思われる。しかも、労働災害の場合、労災保険法による保険給付の額は法律で定められているので、上記の損害賠償に

おける取扱いとは異なり、現行法のもとでは、不法就労者であることは補償額の決定についても影響を与えないことになる。

② 外国人差別の禁止

労基法3条により、使用者は労働者の国籍、信条または社会的身分を理由として、賃金、労働時間その他の労働条件について差別してはならないとされている。したがって、外国人に対する労働条件面での差別は違法と評価される。この規定により、外国人には、労働条件面での内国民待遇（national treatment）が保障されることになるので、同規定は、労働条件という側面からの外国人の社会的統合を図る手段として位置づけられる。また、この規定は、外国人に労基法が適用されることを前提としたものとみることができる。

もっとも、差別が禁止されるのは、賃金、労働時間その他の労働条件についてである。解雇がこれに該当するかについては問題がないではないが、一般には肯定に解されている¹⁰。他方、採用については、労働条件とは採用後のものをいうとして、労基法3条の禁止する差別の対象とはならないとするのが最高裁の立場である¹¹。

この解釈は、実質的には、使用者に広い採用の自由が認められていることが考慮されたものとみられるが、男女雇用機会均等法において採用における女性差別が禁止されるなど（5条）、採用の自由についても従来に比べて制約が認められるようになってきているので、立法論としては、採用差別についても本条を適用することについて検討に値しよう（ただし、差別が認められた場合の効果として、採用の強制まで認めうるか、損害賠償に留めるかは別問題である）。

以上とも関連すると思われるが、同じ職種について、日本人については期間の定めのない労働契約（いわゆる正社員の契約）を結ぶこととする一方で、外国人については期間の定めのある労働契約（有期労働契約）を結ぶものとするという取扱いが労基法3条に違反しないかが問題となる。この点については、有期労働契約の方が賃金等では有利な面があることなども考慮し、雇用形態の違いには合理性があるとして、同条違反を否定した下級審裁判例がみられる¹²。採用差別も禁止されるようになった場合には同じ結論が導けるかどうかは検討の余地が残る。

(3) 労働法適用上の問題点

① 外国人であることに起因する問題

ア 制度面から生ずる問題

以上のように、わが国で就労する外国人にわが国の労働法が適用されるのが原則であるとしても、労働法の適用にあたって、外国人であることに起因する問題は生じうる。不法就労者について、労働災害に基づく損害賠償責任の内容をめぐって生ずる問題については上述したとおりであるが、適法就労者についても、入管法の在留資格制度により活動内容や在留期間が制限される場合があることなどから、様々な問題が生じうる。

たとえば、在留期間が定められている外国人が期間の定めのある労働契約を締結し、契約