

外国人の権利

— 永住外国人の地方参政権を中心に —

近 藤 敦

外国人の権利

- 1 はじめに：外国人の人権とシティズンシップ（市民権）の関係
- 2 憲法と人権条約にみる外国人の態様と権利の性質
- 3 憲法と人権条約の諸規定をめぐる課題
- 4 おわりに

1 はじめに：外国人の人権とシティズンシップ（市民権）の関係

外国人の人権と外国人のシティズンシップは、コインの裏表の関係にある。日本国憲法第3章のタイトルは「国民の権利および義務」とある。これを国民に保障される「市民的権利」と国民の負う「義務」と解する少数意見もある¹。しかし、一般には、そこで定めているのは、文字通りの国民の権利にとどまらず、「人間性」、「人間の尊厳性」ないし「人格的自律の存在性」に由来する人一般の権利としての人権と解されている²。外国人の人権を問題とする憲法学は、例外的に外国人に制約される人権の性質と外国人の態様を考察する。

他方、政治体における構成員の一連の権利義務を意味するシティズンシップは、社会学をはじめ多くの分野での研究が盛んになされており、日本では市民権と訳されることも多い。この市民権は、従来、国民の権利義務を問題としてきたが、今日、EU市民権や永住市民権など外国人住民の諸権利を検討する必要も大きくなっていく³。かつて、市民的権利、政治的権利、社会的権利の順で、シティズンシップの発展の歴史が説明された⁴。これに対し、今日の福祉国家における外国人の権利の発展は、社会的権利のあとに政治的権利が問題となると指摘されている⁵。さらに、マイノリティが完全な市民権を得るには、文化的権利などが必要であるという⁶。

-
- 1 松井茂記『日本国憲法【第3版】』（有斐閣、2007年）320頁。
 - 2 宮沢俊義『憲法【新版】』（有斐閣、1974年）240頁（以下、宮沢（1974）と略す）、芦部信喜『憲法学 人権総論』（有斐閣、1994年）122頁（以下、芦部（1994）と略す）、樋口陽一『憲法【第3版】』（創文社、2007年）178頁。佐藤幸治『憲法【第3版】』（青林書院、1995年）394頁。
 - 3 T.H. Marshall and Tom Bottomore, *Citizenship and Social Class* (London: Pluto Press, 1992), p. 84. T.H.マーシャル/トム・ボットモア著、岩崎信彦/中村健吾訳『シティズンシップと社会的階級』（法律文化社、1993年）189-191頁。
 - 4 Ibid., p. 14. 同上、19頁。
 - 5 Tomas Hammar, *Democracy and the Nation State* (Aldershot: Avebury, 1990), pp. 54-5. 参照、近藤敦監訳『永住市民と国民国家』（明石書店、1997年）78頁。
 - 6 Stephen Castles and Alastair Davidson, *Citizenship and Migration* (New York: Routledge, 2000), pp. 121-6.

外国人の権利

日本でも、第2次世界大戦後の国際的な人権保障の進展もあって、第1期および第2期に、市民的権利および社会的権利の保障がすすみ、第3期および第4期に、政治的権利および文化的権利の保障の課題が意識されるようになってきた⁷。

本稿は、まず、外国人の権利をめぐる憲法と人権条約との関係を考察する。その際、外国人の態様と権利の性質に配慮する。ついで、いくつかの個別の人権規定を検討する。とりわけ永住外国人の地方参政権をめぐる、国民主権・民主主義・住民自治の関係、性質説と許容説との関係、禁止説と文言説との関係について、考察するものである。

2 憲法と人権条約にみる外国人の態様と権利の性質

近代立憲主義諸国においては、当初、フランス人権宣言やアメリカ合衆国憲法では、自然権思想を背景に、人一般の権利としての人権を保障し、選挙権や公務就任権などを例外的に市民の権利と定めていた。その後の憲法は、ナショナリズムの影響が強く、明治憲法のような「臣民の権利」が「市民の権利」のみを定める傾向があった。人権のルネッサンスと評される第2次世界大戦後の憲法は、国際的な人権保障の展開を背景として、日本国憲法をはじめ「人権」章典を有する傾向にある。

マッカーサー草案13条1項が「すべての自然人は、法の前に平等である」、同16条が「外国人は、法の平等な保護を受ける」と定めており、アメリカ側には明治憲法の不十分さを改革する意図があった⁸。しかし、外国人と国民との平等規定に困惑を感じた日本の官僚の判断で、「国民は法の下に平等」という1つの規定にし、「何人も」と書いてある人権規定をすべて「国民は」と書き換えた。これに対し、アメリカ側から、peopleとpersonは厳密に書き分けられており、personの場合は、外国人も含む意味で「何人も」とした元の規定に戻すように指示され、かなりの規定を戻した経緯がある⁹。

7 近藤敦「在日外国人をどう受け入れていくのか：多文化共生社会の課題と展望」『外交フォーラム』250号(2009年)48-51頁。

8 高柳賢三ほか『日本国憲法制定の過程』(有斐閣、1972年)275、431頁。

9 佐藤達夫『日本国憲法成立史 第3巻』(有斐閣、1994年)118-119、176、334頁。最終的

そこで、当初、憲法第3章のタイトルを根拠とする「無保障説」¹⁰ や、「何人も」で始まる規定は外国人も含まれ、「国民は」で始まる規定は、外国人を含まないとする「文言説」¹¹ も唱えられた。しかし、人権の前国家性と国際協調主義から、文言よりも、権利の性質によって、判断する「性質説」が通説とされる¹²。判例も、マククリーン事件最高裁以後、性質説を採用し、「基本的な人権の保障は、権利の性質上日本国民のみを対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」という¹³。もっとも、今日の通説は、定住外国人などの外国人の態様に応じて、判断するように修正されている¹⁴。いわば、「性質・態様説」とでも呼ぶべき内容である。しかし、通説には、性質や態様の判定基準を何に求めるのか、文言を無視できるのかなど、克服されるべき以下の3つの問題点が残っている。

第1に、権利の性質の判定基準が明らかでない。前国家的権利は外国人にも保障されるが、後国家的権利は国民にかざられると説明されることがある¹⁵。しかし、

には、法制局第1部長の佐藤達夫が「困った形になった」として、白洲次郎を通じ、司令部に電話で交渉し、「日本国民タルト否トヲ問フス」法律の下に平等である部分と、「国籍」ないし「国籍起源 (national origin)」による差別禁止の部分削除したとある。また、極東委員会から *people* と *person* がどのように訳されているかという照会もあり、すべてを「国民」と訳した理由を司令部が尋ねた。第3章の表題が「国民の権利及び義務」となっていることに求める日本側の回答に対し、司令部は、ならば「表題の方を変える外はない」といったので、やむをえず、*person* を「何人も」と表現する元に戻したが、先方の口ぶりでは必ずしも全部もとの形に戻さなくてもよいと感じたので、「教育」と「勤労」に関する規定は、英文の方を *all people* すなわち「すべて国民は」という表現に改めてもらったという。

10 佐々木惣一『日本国憲法論』(有斐閣、1949年)467頁。

11 入江俊郎『日本国憲法読本』(海峽書店、1948年)66-7頁。

12 芦部信喜「人権享有の主体」芦部信喜編『憲法 人権(1)』(有斐閣、1978年)9頁。

13 最大判1978・10・4民集32巻7号1223頁。

14 芦部(1994)130頁。

15 たとえば、福井地判1994年10月5日判タ881号76頁では、「選挙権は、国家の存在を前提として初めて成立する権利であり、…権利の性質上当然に日本国民のみを対象としてい

外国人の権利

受益権は国務請求権とも呼ばれるように国家の存在を前提とする後国家的権利であるものの、一般に外国人にも保障される¹⁶。前国家的権利といわれる自由権であっても、居住の自由や職業選択の自由は、外国人に制約される。また、マククリーン事件以後の判例は、外国人の基本的人権の保障は「在留制度のわく内」という常套句を用い、憲法の下位の入管法が、人権保障の有無に関する性質の判定基準であるかのような転倒した思考方法を採用する傾向にある。しかし、マククリーン判決自体が「特別な条約がない限り」国家が自由に決定できると判示しているように、日本の批准した条約にも目を向けるべきである¹⁷。この点、憲法 98 条 2 項の条約の誠実遵守義務からすれば、性質を判断する基準を日本の締結した人権諸条約に求める学説もあり¹⁸、条約と憲法の整合性が図られるべきであろう。ここでいう整合性とは、

ると解される」という。大阪地判 1991 年 3 月 29 日判タ 779 号 94 頁でも、「公務員の選定罷免権...は人たるものが当然に有するという意味での人権（前国家的権利）ではなく、国家の存在を前提として初めて成立する国民の権利である」という。

- 16 例外的に、国家賠償請求権については、国家賠償法 6 条が相互保証主義を定めている。しかし、本国法の不備のために個人が泣き寝入り余儀なくされることのないように同条の削除が望まれる。
- 17 自由権規約 12 条 1 項および 13 条が正規滞在外国人の居住の自由および追放禁止、同 12 条 4 項が、(永住外国人の) 自国に戻る権利 (再入国の自由)、同 7 条が (非正規滞在も含む) 外国人の非人道的な取扱いとしての退去強制の禁止、同 17 条 1 項および 23 条 1 項が (非正規滞在も含む) 外国人の家族結合の保護、子どもの権利条約 3 条 1 項が子どもの最善の利益を定めており、難民条約 33 条および拷問等禁止条約 3 条 1 項がノンルフールマン原則を定めている。これらが外国人の態様に応じた段階的な居住の自由 (恣意的に退去強制されない権利) の内容と関係する根拠規定となっている。これらの人権条約と整合的に解釈するならば、日本国憲法 22 条 1 項における公共の福祉とは、公共の安全などの具体的な利益と個人の制限される利益とを比較衡量しながら、比例原則を適用することを意味し、居住の自由は、「比例原則に反し、恣意的に退去強制されない権利」を内容として含んでいると解するのがよい。外国人の人権保障は、「在留制度のわく内」というのではなく、比例原則に照らし退去強制により達成される利益が侵害される利益を上回っているかなどの裁判所の審査が必要となる。
- 18 岩沢雄二「外国人の人権をめぐる新たな展開」『法学教室』238 号 (2000 年) 15 頁。

自由権規約 5 条および社会権規約 5 条にあるように、締約国である日本の「基本的人権」については、国際人権規約が認める範囲が狭いことなどを理由として、それらの権利を制限してはならないことはいうまでもない。逆に、日本国憲法などの人権規定が、人権条約よりも保障内容が狭い場合は、憲法などの解釈指針として、人権条約を参照し、人権保障の内容を広げることを意味する¹⁹。

第 2 に、通説は、外国人の態様に応じた定住外国人などの権利保障についての憲法の明示的な根拠が不明ではないかと指摘されている²⁰。そこで、憲法 11 条および 97 条の「将来の国民」の規定を媒介として、外国人の態様に応じた権利保障の強化の度合いを説明することが考えられる²¹。ここでの「将来の国民」とは、将来の国民となりうる現在の国民に近い客観的な条件の充足度に応じた外国人の段階的な権利保障を導くための根拠規定としての意味合いをもつ。もともと、定住外国人という用語を考案し人口に膾炙させた徐龍達²²、研究者の間に普及させた大沼保昭²³の両氏が、それぞれ 3 年、5 年を定住外国人の居住要件としたのは、帰化して国籍を取得するのに必要な居住要件が最短 3 年、原則 5 年となっていることに依拠している。そして、定住外国人、広義の難民、その他の一般外国人という従来外国人の態様の 3 分類²⁴は、永住市民、有期の正規滞在者、非正規滞在者の 3 分類を中心とする 3 ゲートモデルの方が今日の問題状況に即している²⁵。

19 憲法に適合的な人権条約として、留保や解釈宣言を付すことなしに政府や国会が承認した以上、人権条約の規定は、類似の憲法上の人権規定の重要な解釈指針となりうる。

20 安念潤司「外国人の人権：再考」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣、1993 年）180 頁。

21 近藤敦「外国人の『人権』保障」自由人権協会編『憲法の現在』（信山社、2005 年）330-331 頁。

22 徐龍達「定住外国人の地方参政権」徐龍達編『定住外国人の地方参政権』（日本評論社、1992 年）5-6 頁。

23 大沼保昭『[新版] 単一民族社会の神話を超えて』（東信堂、1993 年）205 頁。

24 同 203-210 頁。

25 「出稼ぎ外国人」ではなく、「将来の国民」ないし「移民」と考えることにより外国人の権利保障が進むことは多くの国で一般的である。入国時に永住許可を認める 2 ゲートモデルが一般の伝統的な移民国家と違い、日本やヨーロッパ諸国では、一定期間の滞在後、永住許可が認められる 3 ゲートモデルが基本である。

外国人の権利

非正規滞在者	< 有期の正規滞在者	< 永住市民	< 国民
正規化	永住許可	帰化	
大半の市民的権利 (自由権・受益権・包括的人権)	一部の居住権	ほぼ完全居住権	完全な居住権
(緊急医療)	一部の職業の自由 一部の社会権	ほぼ完全な職業の自由 ほぼ完全な社会権 (一部の参政権)	完全な職業の自由 完全な社会権 完全な参政権

図 1 3ゲートモデルにおける権利の段階的保障

また、国際的な人権諸条約では、「すべての人」の人権を原則とする一方で、特定の人々の権利をさす場合は、明文で区別している²⁶。たとえば、自由権規約は、「すべての人」に、権利を保障する規定が一般である。ただし、12条4項の「自国」に戻る権利は、国籍国にかぎらず「永住国」も含むと規約人権委員会は解しており²⁷、永住外国人の権利ともいえる。他方、「すべての市民」に、25条の参政権と公務就任権は保障される。また、「合法的居住者」に、12条の移動の自由と居住の自由、13条の恣意的に追放されない権利が保障される。3ゲートモデルによる3類型は、自由権規約等の整理にも有用である²⁸。

26 世界人権宣言は、一般に「すべての人」に権利を保障する形式で定められている。しかし、12条1項が、各国の領域内における移動の自由と居住する権利を定めており、国民の権利と考えることができる。12条2項は、自国に戻る権利を定めており、有力な見解は永住外国人の権利を含むと解している。25条は、自国の政治に参与する権利と自国においてひとしく公務につく権利を定めており、一般には国民の権利を保障するものと考えられる。

27 U. N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, General Comment No.27 (Art.12), par. 20.

28 社会権規約では、「すべての人」に権利を保障する規定が一般である(ただし、植民地主義的な外国人の経済支配を排除するため、2条3項により発展途上国での外国人の経済的権利の制限規定を定めている)。また、2条1項の「権利の完全な実現を漸進的に達成」という規定により、一定の外国人の一定の権利制限を正当化する解釈がなされている。日本がまだ批准していない1990年の移住労働者とその家族の権利条約では、「すべての移住労働者とその家族」の人権として、出国の自由、出身地国への入国の自由、恣意的追放の禁止などの多くの権利を保障している(第3部)。一方、「合法的居住者」の権利として、移

第3に、文言が決め手にならないとすると、外国人住民にとっては自分の権利状況が把握できない問題がある。一方で、「何人も」という権利規定は、立憲主義諸国の憲法の人権規定にあっても、在留外国人を含むのがスタンダードな解釈である²⁹。「何人も」という規定を無視することは、成文憲法をかかげ国家権力から個人の権利を守るという立憲主義の基本を無視していないだろうか³⁰。他方、性質説への理解は法律家以外には普及しておらず、「国民は」という文言は、文字通りの国民の権利を保障するにすぎないと解釈する政治家の発言が国民に浸透しやすい問題をはらんでいる。外国人の地方参政権に反対する政治家は、憲法が公務員の選定権を「国民固有の権利」と書いてあることを根拠とする³¹。また、元首相や元文科相は、「教育を受ける権利」が憲法および教育基本法上「国民」と書いてあるので、国民の教育にかぎられると国会で答弁している³²。

今日、日本国憲法の人権の類型としては、包括的人権、自由権、受益権、参政権、社会権の5つに分類される³³。これに対して、国際人権規約は、自由権規約が市民的権利（包括的人権、自由権、受益権）と政治的権利（参政権）、社会権規約が経

動の自由・居住の自由、結社の自由、出身地国での公務就任権と参政権、雇用地国が認める場合の参政権、法律で制限されていない場合の職業選択の自由などを定めている（第4部）。

29 近藤敦「外国人の権利保障と憲法」『現代思想』32巻12号（2004年）97-98頁。たとえば、非正規滞在者の子どもの入学を拒否する州法を違憲と判断する上で、アメリカ合衆国憲法は、「すべての人」に法の平等な保護を保障し（修正14条）、市民に対してではないとして、外国人への適用を認めた連邦最高裁判例がある *Plyer v. Doe*, 457 U.S. 202, 215 (1982)。

30 自説の立憲性質説については、近藤敦『外国人の人権と市民権』（明石書店、2001年）274-278頁参照（以下、近藤（2001a）と略す）。

31 近年では、衆議院予算委員会2009年11月5日・同法務委員会2010年3月12日（稲田朋美議員）、衆議院予算委員会2010年2月9日（高市早苗議員）、同委員会2010年3月5日（衛藤晟一議員）。

32 衆議院教育基本法に関する特別委員会2006年12月13日（安倍晋三内閣総理大臣）、参議院文教科学委員会2007年3月20日（伊吹文明文部科学大臣）、同委員会2006年3月22日（小坂憲次文部科学大臣）。

33 包括的人権と自由権が前国家的権利、受益権、参政権、社会権が後国家的権利といわれる。

外国人の権利

済的権利と社会的権利（職業選択の自由と社会権）と文化的権利の5種類を定めている。文化的権利の明文規定をもたないのが日本国憲法の特徴であるが³⁴、近年、制定される憲法では、一般に文化的権利も保障される傾向にあり、日本国憲法の解釈においても、文化的権利の保障が問題となる。また、地方参政権を一定の外国人に保障する国も増えており、この点の日本国憲法の解釈も問題となる。

3 憲法と人権条約の諸規定をめぐる課題

(1) 地方参政権

自由権規約25条が、参政権の主体を「すべての市民」と定めている。ここでの市民は、国民ないし子どもなどを除いた国民中の有権者を意味することが多いが、永住者などの一定の外国人への権利保障を禁止するものではなく、許容すると解されている³⁵。むしろ、自由権規約委員会の一般的意見では、締約国の定期報告書では、永住者等のグループが地方選挙権を有しているかどうかを示すことを求めている³⁶。

34 ただし、教育を受ける権利は、文化的権利の1つと考えられている。Elsa, Stamatoulou, *Cultural Rights in International Law* (Leiden: Nijhoff, 2007), p. 2.

35 Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary 2nd revised ed.* (Kehl: N.P. Engel, 2005), pp. 576, 569; Johan Bair, *The International Covenant on Civil and Political Rights and its (First) Optional Protocol* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005), p. 108. さらに参照、Karl Josef Partsch, Freedom of Conscience and Expression, Political Freedom. In Louis Henkin ed., *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights* (New York: Columbia University Press, 1981), p. 239; Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 496.

36 U. N. Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, General Comment No. 25: (Art.25), par. 3. また、地域的な人権条約としては、5年以上の合法的な常居所を有する外国人に地方選挙権と被選挙権を要請する条約として、1992年の欧州評議会の条約6条1項がある。Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level.

憲法規定に即して検討すると、憲法1条、15条1項および93条2項において外国人の地方選挙権は「保障」されていないものの、「禁止」もされていないというのが最高裁判決である。最高裁によれば、「憲法の国民主権の原理」、「憲法15条1項の規定の趣旨」および「地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素をなすものであること」を考えると、憲法93条2項にいう「住民」とは、「地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民」の意味であり、この規定は、「外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものである」ということはできない。ここに要請説の否定がみられる。しかし、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、「永住者等」に、「法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではない。…措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」。ここに禁止説の否定がみられ、立法政策の問題とする許容説の立場が表明されている。

国民主権を定める憲法にあって、なぜ、許容説を採用するのかについての最高裁の専門調査官の説明は、以下の3点にある。第1に、外国人の地方選挙権の場合は、実質的にみて、国民主権原理とのかかわりが少ないからである。第2に、国会が法律で認めることにより国民主権原理の正当性が担保されるからである。第3に、条例が「法律の範囲内」で制定されるため国民主権原理との抵触が回避されるからである³⁷。いわば、上からの民主的正当性としての国民主権原理をもつばら国の立法権との関係でみて、法律には国民の意思だけが反映されるのであれば、下からの民主的正当性としての住民自治原理により、条例には住民である一定の外国人の意思も反映されても、条例は法律に反することなく制定されるのであるから、国民主権原理には反しないという。

国民主権・民主主義・住民自治のベクトルの違いが最高裁判決の背景にある。伝統的な（ナショナリズムを重視する）国民主権原理は外国人参政権を否定するが、「代表なければ課税なし」にみられるような政治決定の関係性や治者と被治者の同

37 福岡右武「最高裁判所判例解説」法曹時報50巻3号（1998年）212 - 213頁。

外国人の権利

一性を重視する) 民主主義原理は外国人参政権を肯定し、(民主主義原理の1つとしての) 住民自治原理は、当該地域と特段に密接な関係を有する住民の意思を反映させるべく「永住者等」の地方参政権を特別に肯定する。そして、「永住者等」の地方選挙権を導く立論からは、政治決定により影響を受ける関係者が民主主義の担い手になるべきだとする「関係者民主主義」の要素を住民自治の理念のうちに求めている。すなわち、「憲法第8章の地方自治に関する規定は、…住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨」である。したがって、「永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つ」場合、その関係性から、地方選挙権を法律で認めることも是認される。

国民主権には、民主主義の側面とナショナリズムの側面がある。ナショナリズムからは、外国人参政権を否定するベクトルが働き、逆に、民主主義は外国人参政権を肯定するベクトルをもちうる。国民主権だから外国人参政権が否定されると考えられているが、歴史的には天皇主権の時代にも否定されたのは、ナショナリズムの側面での共通性があるからである。他方、民主主義の歴史は、選挙権者を拡大する歴史であり、財産と教養のある男性から、労働者、女性、さらには定住外国人やEU市民などにも拡大している。EUでは、「民主主義の赤字」がいわれ、その不足を補うべく、EU市民の地方参政権の保障をEU市民権として加盟国に義務づけ³⁸、定住外国人の地方参政権の導入を望ましいという³⁹。憲法が国民主権を定める国にあっても、ナショナリズムを強調するフランスなどはEU市民権にとどまっているが、ナショナリズムを強調しないスウェーデンなどは、許容説的な憲法解釈がなされている。

国民主権は、通説においても、国民主権(ナシオン主権)と人民主権(プーブル

38 (マーストリヒト条約8b条、EC条約19条) 基本権憲章39条。

39 ヨーロッパ議会は、たびたび3年以上の合法的の居住者である非EU市民にも拡充することを加盟国に勧告している。Resolution A5-0223/2001; Resolution A5-0451/2002; Resolution A5-0281/2003。

主権)との折衷的な説明がなされており、「国民」は国籍保有者の総体として子どもを含むため「主権」の意味は「権威」と解される一方で、「主権」を「権力」と解す場合は有権者の総体である「人民」が「国民」と解される。ただし、本来、通説がいう国民が自ら国の政治のあり方を最終的に決定するという権力的な主権は、憲法改正権であり⁴⁰、最高裁判決や専門調査官の説明が問題とする立法権や条例制定権のレベルの統治権を主権と考えているのではない。

2010年の参議院選挙における自民党のマニフェストでは、「国のかたちを壊す¹外国人地方参政権」導入に反対します。永住外国人への地方参政権の付与は、国民主権・民主主義の根幹にかかわる重大な問題です。憲法上、公務員の選定罷免権は「国民固有」の権利です。最高裁判所判例でも、地方選挙を含めて選挙権が保障されているのは「日本国民」であることから、永住外国人に対して地方選挙の選挙権を付与する法案は憲法違反であり、反対します」とある。しかし、永住者等に法律をもって地方選挙権を付与することは憲法上禁止されていないと判示している最高裁判例をもとに、憲法違反とする論拠は、説得力に乏しい。「保障している」のは「日本国民」であることから、憲法違反の結論を導くのは、要請説の否定がただちに禁止説を意味するという論理の飛躍があり、許容説の余地を認めていない問題もある。こうした自民党の違憲論の背景には、(1) 憲法が外国人に地方選挙権を「保障したものであるということはいかない」という部分が本論(判決理由と呼ぶ)であり、(2) 永住者等に地方選挙権を法律をもって付与することは「憲法上禁止されているものではない」という部分は傍論として、判例としての効力をもたないという少数説に基づいているものと思われる⁴¹。しかし、この最高裁判決に関与した園部元判事が指摘しているように、本判決の判例部分は、(3) 日本国民たる住民に地方選挙権を認める地方自治法や公職選挙法の規定が「憲法15条1項、93条2項に違反しない」という部分である。したがって、(1)と(2)の部分は、ともに(3)の

40 芦部信喜『憲法[第4版]』(岩波書店、2007年)41-42頁。

41 百地章「憲法と永住外国人の地方選政権 反対の立場から」『都市問題』92巻4号(2001年)31頁(以下、百地(2001)と略す)。この点に関する自民党議員の国会での発言については、注25参照。

外国人の権利

先例法理を導くための「理由づけ」であり、(1) や (2) のいずれかを重視したり、無視したりする解釈は判決の理解としては不正確である⁴²。しかも、判例法主義をとらない日本では、先例法理と傍論の区別をしない。またこの区別は、司法権に対する効果の議論であって、立法権に対する効果の点で、国会が立法の根拠づけに傍論を持ち出していると批判したり、本論と傍論が矛盾しているとして立法権の制約理由としたりするのは筋違いの議論と思われる。なお、許容説に立ち、立法政策の問題とする最高裁判決は、外国人の地方参政権の判決に特有のものではない。後述する生存権に関する塩見訴訟も「立法府の裁量に属する事柄」としている⁴³。2005年の地方公務員の管理職就任に関する最高裁判決も、「国民主権の原理に基づき」、「原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されている」と判示し⁴⁴、基本的には原告らの訴えを退ける上で、国民と同じ憲法上の保障を否定するものの、立法政策の問題として、許容説の立場に立っている。そもそも、文言説に立つ場合、文言が禁止説の根拠規定となりうるが、性質説に立つ場合、禁止説の根拠規定とはなりにくい。これは文言のもつ規範力が弱いためである。

こうした自民党の違憲論の背景に、選挙権を含む公務員の選定罷免権は、「国民固有の権利」とあるので、「国民だけが有する権利」であり、「他人（外国人）に譲り渡すことができない権利」と解する少数説がある⁴⁵。しかし、「譲り渡す」とは、「自己の権利を他人に移転すること」を意味するのであって、永住者等の外国人住民に一定の参政権を認めても、国民の参政権が認められる以上、参政権を譲り渡すものではない⁴⁶。通説は、「国民固有の権利」とは、「国民が当然にもっているとき

42 園部逸夫『最高裁判所十年』（有斐閣、2001年）140-142頁。

43 最判1989年3月2日判時1363号68頁。

44 最大判2005年1月26日民集59巻1号128頁。

45 百地（2001）32頁。衆議院政治倫理の確立及び公職選挙法改正に関する特別委員会2000年5月23日（中谷元議員）

46 近藤敦『新版 外国人参政権と国籍』（明石書店、2001年）14頁（以下、近藤（2001b）と略す）。

れる権利、したがって、他人にゆずりわたすことのできない権利」の意味に解する⁴⁷。天皇主権の明治憲法では、官吏の任免権が天皇にあり、国民から奪われていたこととの対比で、公務員の選定罷免権が、国民から奪われることのない権利であることをさす。「固有の (inalienable)」とは、「譲渡できない、奪うことができない」という意味である。「自然法思想に基づき人間としての基本的な権利で法律によっても奪いえないとされるものをさす」⁴⁸。たとえば、国際人権規約の前文の第1文に「奪い得ない権利 (inalienable rights)」(外務省訳) という表現がみられる。本来は、人間から奪うことのできない権利として用いられる言葉を、日本国憲法では国民から奪うことができない権利としかえたにすぎない。戦後のナショナリズムの昂揚期に外国人参政権否定論が有力であった政府の憲法解釈でも、「『固有』の権利とは、国民のみが『専有』する権利」ではなく、「『奪うべからざる権利』の意味に解するのが正し」と説明している⁴⁹。

また、この違憲論は、通説や判例の性質説と違い、一種の文言説に立っている点にも注意を払うべきである。文言説は、国民という文言に照らし、憲法改正がなければ、外国人への法律上の権利保障が不可能という禁止説の立場をとりうるのに対し、本来的に、性質説は、憲法の文言の改正を不要とする許容説と整合的である。ドイツ⁵⁰やフランス⁵¹の憲法判例を引き合いに、憲法を改正しなければ外国人の地方参政権は認められないという意見がある⁵²。しかし、以前行った22カ国の事例研究

47 宮沢俊義 [芦部信喜補訂] 『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年) 219頁。

48 田中英夫編 『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)、431頁。

49 1953年3月25日法制局1発第29号。(高辻正巳法制局第一部長が、いわゆる公務員に関する当然の法理を示した「高辻回答」) この点に関する国会での社民党・民主党・共産党・公明党議員の発言については、衆議院政治倫理の確立及び公職選挙法改正に関する特別委員会2000年11月16日(北側れん子議員、北橋健治議員)。同委員会2000年11月17日(大幡基夫議員、冬柴鐵三議員)。

50 BVerfGE 83, 37, (31, 10, 1990); BVerfGE 83, 60, (31, 10, 1990)。

51 92-308 DC (9.4.1992), in: Louis Favoreu (ed.), *Recueil des décisions du Conseil Constitutionnel 1959-1993* (Litec: Paris, 1994), pp. 497-502.

52 百地章 『新版 外国人の参政権問題 Q&A 地方参政権付与も憲法違反』(日本会議事業センター、2009年) 19頁。

からすれば、比較法上、「住民」という用語を用いる日本国憲法では、憲法改正の必要性に乏しい⁵³。地方選挙権の主体を「国民」と定めていたドイツや⁵⁴、地方選挙権の主体を定めることなしに選挙権の主体を「国民」と定めていたフランスでは⁵⁵、憲法を改正して「EU市民」も地方参政権の主体であることを付加する必要があったが、「住民」と定めていたスペインでは憲法改正が不要であった⁵⁶。かりに、日本で憲法改正が必要として、実際、「住民」とある規定をどのように改正するのであるか。「日本国民である住民と永住外国人である住民」と改正するのも立法技術的には得策とはいえず、解釈で十分に対応できる。文言説を基本とする諸外国とは違い、本稿のおわりに述べるように、性質説に立つ日本の場合は、地方選挙権の主体の文言だけを改正することは体系性を欠く。文言を基本とする国では、地方選挙権規定を改正することで、国民主権原理そのものは改正しなくても整合的な解釈を可能にするのに対して、性質説の日本では、地方選挙権規定の改正自体が不要である。この点、性質説と類似の解釈を行う韓国では⁵⁷、憲法1条2項に「大韓民国の主権は、国民にあり、すべての権力は国民から発する」と国民主権原理を定め、同24条で「すべて国民は、法律の定めるところにより、選挙権を有する」とし、同118条により地方選挙権の主体を明示することなく、法律で定めるとしていた場合

53 参照、近藤敦『「外国人」の参政権』（明石書店、1996年）25-95頁。同「外国人住民の地方参政権」芹田健太郎ほか編『国際人権規範の形成と展開』（信山社、2006年）499-501頁。

54 ドイツ基本法28条1項2文「州、郡および市町村において、国民は…選挙に基づく議会をもたなければならない」という旧規定のあとに、「郡および市町村の選挙においては、ヨーロッパ共同体の構成国の国籍保有者も、ヨーロッパ共同体法に基づいて選挙権および被選挙権を有する」という新規定を付加した。また、ルクセンブルク憲法52条は

55 フランス第5共和国憲法88条の3において「市町村議会選挙の選挙権および被選挙権は、フランスに居住するEU市民にのみ付与することができる」などの新規定を付加した。

56 スペイン憲法140条3文において「市町村議会議員は、…市町村の住民によって選出される」という規定により、憲法改正なしに、オランダや北欧諸国の国民の地方選挙権を法律改正で認めた。

57 たとえば、「すべての国民」と定める幸福追求権の享有主体の解釈については、金哲洙『韓国憲法の50年』（敬文堂、1998年）121頁。

にも、2005年の選挙法改正により、永住外国人の地方選挙権の導入を、憲法改正なしに行っていることも参考になる⁵⁸。

また、永住外国人の地方参政権の法制化に反対する意見書が都道府県で増えている。たとえば、そうした意見書の雛型のような役割を果たしている2009年10月8日の熊本県議会の意見書は、上述の自民党のマニフェスト原案と類似の最高裁判決の解釈を根拠としつつ、「また、先進8カ国(G8)を見ても、ロシアを除く7カ国は、国として永住外国人に地方参政権を付与していない」という国際比較の論点も付け加えている。しかし、移民および移民の背景を有する人の参政権の保障のあり方は、参政権を拡充する方法と国籍を拡充する方法の2通りがある。外国人地方参政権の問題を比較検討する上では、生地主義の国籍法を採用して重国籍に寛容であるのか、血統主義が基本で重国籍に不寛容であるのかという観点が重要である。一般に、生地主義の国では、移民の2世は国民であり、重国籍に寛容で帰化を奨励するため、外国人としての地方参政権の必要性が相対的に少ない。G8のうち、伝統的な移民国家(アメリカ、カナダ)は、純粋な生地主義で重国籍に寛容である。イギリスとドイツは、永住者の子は生地主義で国民となる。フランスは、移民の2世は大人になると自動的にフランス国籍を取得し、3世からは生地主義で国籍を取得するとともに、重国籍に寛容である。イタリアは血統主義が基本であるが、重国籍には寛容である。外国人の地方参政権は、主として、血統主義を基本とし、重国籍に不寛容な国々での採用が問題となり、それらの国々では、近年、重国籍に寛容な国籍法の改正に取り組む国も増えてきている⁵⁹。欧米各国と日本における重国籍の状況を整理すると表1のようになる。

別の見方(民主党の議員連盟)によれば、OECD加盟国のうち、外国人の地方参政権を認めず、重国籍にも寛容ではなく、外国出身者の政治参加についての両方

58 鄭印燮「韓国における外国人参政権 その実現過程」田中宏・金敬得共編『日・韓「共生社会」の展望 韓国で実現した外国人地方参政権』(新幹社、2006年)45-54頁。

59 外国人の地方参政権を導入した後に、国政参加の導入に代え、スウェーデンは2001年に重国籍を全面的に容認するようになった。フィンランドは2003年に、ルクセンブルクは2008年に重国籍を容認する法改正を行った。

外国人の権利

表1 欧米各国とロシアと日本における重国籍の状況
(太字の網掛けがG8、下線が永住外国人の地方選挙権を認めている国)

	無条件の 生地主義	生地主義の 優勢な混合形態	混合形態	血統主義の 優勢な混合形態	血統主義
重国籍には 非常に寛容	<u>アメリカ</u> <u>カナダ</u> <u>ニュージーランド</u>	<u>イギリス</u> <u>オーストラリア</u> <u>アイルランド</u>	<u>フランス</u> <u>ベルギー</u>	ポルトガル トルコ	<u>イタリア</u> <u>ギリシア</u> <u>スウェーデン</u> <u>フィンランド</u> <u>ルクセンブルク</u>
重国籍には かなり寛容				<u>オランダ</u> <u>スペイン</u>	<u>ノルウェー</u> <u>ロシア</u>
重国籍にはか なり制限的			<u>ドイツ</u>		<u>オーストリア</u> <u>デンマーク</u>
重国籍には非 常に制限的					<u>日本</u>

の政策をどちらも取り入れていない国は、日本だけという⁶⁰。

外国人地方参政権について先進諸国の状況を整理したのが表2である。日本国憲法の主権原理だけが今なお外国人の参政権に対する違憲論を導くとする説得力は乏しい。EUの27カ国のうち、斜字体の11カ国だけがEU市民に限り、下線の12カ国は永住外国人にも認め、太字の4カ国はEU市民+に認めている⁶¹。なお、スウェーデン以外の北欧4カ国は、当初、北欧だけの相互主義による互惠型であったが、その他の出身国の外国人との間の差別が問題となり、すべて定住型に移行した⁶²。同様に、EUも相互主義で始めたが、ベルギーやルクセンブルクは定住型に移行した⁶³。

60 永住外国人法廷地位向上推進議員連盟「永住外国人への地方選挙権付与に関する提言」(2008年)4頁。

61 詳しくは、佐藤令「外国人参政権をめぐる論点」国立国会図書館調査及び立法考査局『人口減少社会の外国人問題』(国立国会図書館調査及び立法考査局、2008年)186-188頁、近藤敦『新版 Q&A 外国人参政権問題の基礎知識』(明石書店、近刊予定)。

62 デンマークは1981年に、ノルウェーは1985年に、フィンランドは1991年に、アイスランドは2002年に定住型に移行した。

63 ベルギーは2004年に、ルクセンブルクは2003年に定住型に移行した。

表2 外国人の地方参政権

(定住型) 永住または一定期間の定住を条件	
スウェーデン、ノルウェー、デンマーク、フィンランド、アイスランド、オランダ、アイルランド、リトアニア、スロバキア、ロシア、イスラエル	選挙権と被選挙権
ベルギー、ルクセンブルク、エストニア、スロベニア、ハンガリー	被選挙権はEU市民のみ
韓国、ニュージーランド	被選挙権は国民のみ
スイス、アメリカ、オーストラリア	一部の州や自治体
(互恵型) お互いの国だけで認め合う	
スペイン、ドイツ、フランス、イタリア、ギリシア、オーストリア、キプロス、チェコ、ラトビア、ポーランド、ブルガリア、ルーマニア	
(伝統型) 旧植民地出身者にも認める	
イギリス、ポルトガル、マルタ、かなりの英連邦諸国	EU市民と一部の旧植民地
カナダ	一部の州

今日の外国人の地方参政権のモデルのような役割を果たしたのは、スウェーデンである。その改革を導いた立法趣旨として、移民の政治的影響力、政治的関心、自尊心、社会との連帯感を高めること、社会の公正を高め、民主主義を発展させ、自治体を活性化し、国の移民統合政策を実行可能にすることが期待された⁶⁴。このことは、日本にも共通する。

最近の反対論は、「武力攻撃事態法や国民保護法は有事における国と自治体の協力を定めている。日本に敵対する国の国籍を持つ永住外国人が選挙を通じて、自治体の国への協力を妨げることもありえよう」という⁶⁵。しかし、有事法制における知事の権限が重要となったとしても、この種の立論の前提として、どれだけの特定国の有権者の比率を想定しているのであろうか。外国人の出身国は多岐に分かれる。

64 Tomas Hammar, *Det forsta invandrarvalet* (Stockholm: Publica, 1979), pp. 39-42.; Atsushi Kondo, *Transnational Citizenship and Constitutional Principles*. In Atsushi Kondo and Charles Westin eds., *New Concepts of Citizenship* (Stockholm: CEIFO, 2003), p. 8

65 読売新聞社説 (2009年10月10日)。

同じ国籍であっても、投票行動は多様であるのが先行する諸外国での調査結果である⁶⁶。反対論の背景には、古典的な友敵理論があって、外国人は敵、国民は見方という、単純な二分法があるが、現実の人間は、地域、国、職場、学校など、多様な所属に伴う多様な利害関係と多様な政治志向をそなえている。外国人の投票率は低く、いかに参加をはかるのかが、諸外国での現実的課題である。また、関東大震災という有事の先例を想起すれば、有事において住民の安全を守るためには、むしろ内外人の平等と協力を、常日頃から醸成する多文化共生政策に取り組む必要があり、外国人の地方選挙権は、こうした政策の重要な柱となる。

(2) 国籍をめぐる差別禁止原則と国籍剥奪禁止

憲法 10 条が「日本国民たる要件」を定める「法律」とは、国籍法である。そもそも、国籍の取得と喪失は、国家の主権の作用により、国際慣習法上、国家は誰が国民であるかを決定する自由を一般には有する⁶⁷。しかし、国家は、まったくの自由裁量をもつわけではない。国際的に一般に承認された差別禁止原則、国籍剥奪禁止原則、無国籍防止原則などを守ることが要請されている⁶⁸。日本国憲法上も、同

66 近藤 (2001b) 53-55 頁。Anthony M. Messina, *The Logics and Politics of Post-WWII Migration to Western Europe* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), pp. 194-223. Lise Paulsen Galal, Partizipation- Eine frage der Rechte?, Politische Partizipation ethnischer Minderheiten in Danermark, *Wiener Hefte* 1:1 (2003), p. 91; Elena Dingu-Kyrklund, politische Partizipation in Schweden und damit verbundene Aspect der Integration von Immigrantinnen, *Wiener Hefte* 1:1 (2003), pp. 79-81.

67 江川英文ほか『国籍法 [第3版]』(有斐閣、1997年) 16頁 (以下、江川ほか (1997) と略す)。このことは「国内管轄の原則」と呼ばれる。憲法学上は、「国家主権原則」ないし「立法裁量原則」と呼ぶ方が、内容の理解の上では適当と思われる。

68 たとえば、1997年の欧州評議会のヨーロッパ国籍条約3条では、「何人が自国民であるかを自国の法令によって決定することは、各国の権限に属する。この法令は、国際条約、国際慣習および国籍に関して一般的に認められた法原則と一致するかぎり、他の国により承認されなければならない」と定め、同4条および同5条が無国籍防止原則、国籍剥奪禁止原則、夫婦国籍独立原則、差別禁止原則などの一般原則を定めている。

14条1項が人種・性別等の差別禁止原則を、同13条の個人の尊重に由来し、同22条2項の「国籍離脱の自由」が国籍剥奪禁止原則を導くものと思われる。父系血統主義⁶⁹、認知の準正要件⁷⁰が差別禁止原則に抵触し、国籍選択制度や国籍留保制度は国籍剥奪禁止原則に抵触する。

通説は、日本国憲法22条2項の「何人も、…国籍を離脱する自由を侵されない」規定の解釈指針として、世界人権宣言15条2項が「国籍を変更する権利」と規定していることを援用して、無国籍となる自由を保障するものではないとの解釈を導いている⁷¹。しかし、この通説は、同宣言同項が「何人も、ほしいままに国籍を奪われ」と定める国籍剥奪禁止原則の内容には、無頓着である。国籍選択制度や国籍留保制度が、本人の意思に反して、国籍を剥奪する危険性にも目を向けるべきであろう。国籍を「離脱する自由」は、「自己の意思に基づいて離脱する自由」を意味し、その内容には、「自己の意思に反して離脱しない自由」、すなわち「恣意的な国籍剥奪の禁止」も含むものと解すべきである。

かつて、「国籍唯一の原則」がいわれた⁷²。しかし、この原則は、2つの内容をもっており、一方の無国籍防止原則は、依然として国際法上の要請であるが、他方の複数国籍防止原則は、もはや国際法上の要請とはいえない。今日、平和主義、民主主義

69 もっとも、日本の判例は、1984年改正前の父系血統主義の国籍法を合憲とし、父母両系主義を採用するかどうかは立法裁量の問題としながら、性差別の禁止を軽視した。東京地判1981・3・30 訟月27 卷9号1675頁、東京高判1982・6・23 判タ470 号90頁。これに対し、ドイツの連邦憲法裁判所の判決では、当時の父系血統主義の国籍法が、子の看護に対する両親の権利（基本法6条2項）と結びついた男女平等の権利（同3条2項）に反して違憲とされた。BVerfGE 37, 217 (1974)。

70 最大判2008・6・4 民集62 卷6号1367頁では、法律上の婚姻関係にない日本人の父と外国人の母との間に生まれ、父から生後認知された子について、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した」準正子の場合に限り国籍取得を認める国籍法3条1項は、父母の婚姻の有無という「子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない」事柄による区別をする規定であり、憲法14条1項の法の下での平等に反するとした。

71 芦部信喜『憲法学 人権各論(1)』（有斐閣、2000年）586頁。

72 江川ほか（1997）18頁。

義、人権擁護などを促進する手段として、複数国籍を認める国や学説が増えている⁷³。近年の複数国籍の増大要因として、冷戦の終焉、徴兵制の廃止、移民・国際結婚の増大、国際法の変化を挙げることができる。複数国籍の賛成論の根拠は、国の安定、移民の統合・安定した将来計画・人権擁護・複合的なアイデンティティへの対応に役立つ点などである⁷⁴。移民と移民送り出し国では、複数国籍への異論が少なくなり、移民受け入れ国では、国によって、賛否が拮抗状態にあるといわれる⁷⁵。複数国籍への反対論として、日本では、忠誠の衝突、外交上の保護権の衝突、重婚などの身分関係の混乱が指摘されるが、具体的な問題が生じた例がないとの法務省民事局長の答弁にあるように⁷⁶、実証的な根拠は乏しい。2008年に、人権救済の申立を受けて、日弁連は、国籍選択制度を見直す旨の意見書を提出している⁷⁷。これまで法務大臣が催告を行なった例はない⁷⁸。国籍選択制度の廃止は、憲法 22 条 2 項の「国籍離脱の自由」の憲法上の要請として位置づけるべきであろう。

73 David A Martin, The Trend Toward Dual Nationality. In David A. Martin and Kay Hailbronner eds., *Rights and Duties of Dual Nationals: Evolution and Prospects* (The Hague: Kluwer law International, 2003), pp. 5-10. (以下、Martin and Kay Hailbronner eds. (2003) と略す)。

74 近藤 (2001b) 173 頁。Horst Schade, Mehrstaatigkeit - neuere Entwicklungen im Europarat. In Klaus Barwig et al., *Vom Auslander zum Burger* (Baden-Baden: Nomos, 1994), p. 409; Randall Hansen and Patrick Weil, Dual Citizenship in a Changed World. In Randall Hansen and Patrick Weil eds. *Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the U.S. and Europe. The Reinvention of Citizenship* (New York: Berghahn, 2002), p. 9.

75 Michael Jones-Correa, Under Two flags: Dual Nationality in Latin America and Its Consequences for naturalization in the United States. In Martin and Hailbronner eds. (2003), pp. 312-320.

76 衆議院法務委員会・2004年6月2日(房村精一法務省民事局長発言)。

77 日本弁護士連合会「国籍選択制度に関する意見書」(http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/data/081119_3.pdf)。

78 参議院法務委員会・2003年7月17日(房村精一法務省民事局長発言)。

(3) 幸福追求権

憲法 13 条は、性質上、外国人にも適用される。同条から「何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由」を導く判例もある⁷⁹。かつての外国人登録法上の指紋押捺義務は、一般犯罪捜査に指紋情報を使わないことが濫用のおそれのない正当化事由とされていたことから⁸⁰、近年の入管法上の指紋押捺義務は、一般犯罪捜査への情報提供など深刻なプライバシー侵害のおそれが大きい。

(4) 平等権

憲法 14 条が外国人にも類推適用されることを 1964 年の最高裁判決が導く上で、世界人権宣言が参照されていることにも注目すべきである。「世界人権宣言の 7 条においても、『すべて人は法の前に平等であり、また、いかなる差別もなしに法の平等な保護を受ける権利を有する。…』と定めているところに鑑みれば、わが憲法 14 条の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推さるべきものと解するのが相当である⁸¹」という。

憲法 14 条 1 項後段の禁ずる「人種」差別は、1995 年に人種差別撤廃条約を批准してからは、同条約 1 条の「民族的出身」による差別を含む解釈が有力になりつつある⁸²。しかし、特別永住者の国籍による不利益扱いは、憲法 14 条 1 項前段の国籍差別の問題ではなく、14 条 1 項後段の人種差別（民族的出身による差別）の問題として、厳格な審査基準が望まれるが、そうした判例はまだみられない。そもそも、

79 最判 1995 年 12 月 15 日刑集 49 卷 10 号 842 頁。

80 大阪高判 1990 年 6 月 19 日判時 1385 号 134 頁。「指紋押なつを要求された在留外国人が前記のように幾分かの不快感や抵抗感を感じるがあったとしても、押なつが前記のとおり正当な行政目的を達成するために必要な手段であり、別段外国人を犯罪者扱いするものではなく、現実にも指紋が一般の犯罪捜査に使われるものでないことを理解すれば、その感じる不快感等は相当程度減じるものと考えられ、外国人として受忍限度内のものと解せられる」。

81 最大判 1964 年 11 月 18 日刑集 18 卷 9 号 579 頁。

82 野中俊彦ほか『憲法 I [第 4 版]』（有斐閣、2006 年）284 頁＜野中俊彦執筆＞。

外国人の権利

「旧植民地出身者とその子孫」である「特別永住者」について、朝鮮戸籍や台湾戸籍を理由として、日本国籍を喪失させたことに伴う不利益は、朝鮮戸籍等の民族的徴表を理由とする差別にあたり、広義の人種差別（厳密には national origin に基づく差別）に該当する。一般に、イギリス、フランス、オランダ、ドイツなど、植民地をもったり、国を併合した歴史のある先進民主主義国に居住し続ける旧植民地出身者とその子孫などの場合、植民地の独立後も、居住国での国籍の維持が可能であった⁸³。したがって、サンフランシスコ平和条約後の 1952 年の法務府の通達⁸⁴に基づいて、旧植民地出身者の子孫の国籍を喪失させたことにより、国民と比べ不利益に取扱うことは、不公正な処分といえる。従来の憲法解釈上も、この場合の国籍喪失は、「法律」によらず、法律よりも上位の法形式である平和「条約」の内容上は明らかではなく、もっぱら法律よりも下位の法形式である「通達」によるものであり、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と規定した憲法 10 条に違反するとの形式的違憲論がある⁸⁵。

より実質的な違憲論は、national origin による差別が問題となる。自由権規約 2 条 1 項が「国民的出身」による差別を禁じ、人種差別撤廃条約 1 条が「民族的出身」による差別を広義の人種差別として禁じているように、「国をつくって国民となることを意識した民族の出身」に基づく差別の問題として考慮すべきである。そこで、日本国憲法 14 条 1 項前段の法の下での平等の問題として合理性の基準の下に審査される一般的な外国人の国籍差別の問題というよりも、同項後段の禁ずる「人種」差別の問題としての意味合いをもっており、特別永住者の不利益取扱には厳格な審査基準が適用されてしかるべきである。

こうした国家承継に伴う国籍喪失が national origin による差別の問題として国際人権法違反が論じられる類似の事例としては、1990 年にソビエト連邦から独立

83 大沼保昭『在日韓国・朝鮮人の国籍と人権』（東信堂、2004 年）104、126、144 頁（以下、大沼（2004）と略す）。

84 昭 27、4、19 民事甲 438 号民事局長通達「平和条約に伴う朝鮮人台湾人等に関する国籍及び戸籍事務の処理について」。

85 大沼（2004）312 頁。

したバルト3国のうち（リトアニアでは国籍選択権が認められたが）、ラトビアとエストニア⁸⁶において多くの民族的少数者（主としてロシア語系）の住民が国籍を失った問題がある。とりわけラトビアにおける民族差別は、国際的な非難を浴び、国連の人種差別撤廃委員会の是正勧告の対象にもなっている⁸⁷。ラトビア政府の場合は、新たなラトビア国家の国籍取得要件について、民族性ではなく、1940年のソビエトによる占領という入国時期を基準として採用した結果であるとの反論も可能である。しかし、朝鮮戸籍などを理由とした日本政府の場合は、「朝鮮人という種族ないし民族を標準として国籍の帰属を定めるのが適当である」として⁸⁸、（婚姻による場合を除いて）民族的ラインを国籍喪失の基準としたことは明らかであり、その種の反論の余地はない。また、世界人権宣言15条2項の理念を具体化すべく2000年に制定された国連の「国家承継に関する自然人の国籍」宣言11条、24条、25条および26条が、領土内に常居所を有する当事者の意思を尊重し、国籍選択権を認めない場合の国籍の剥奪を禁じている⁸⁹。したがって、旧植民地の出身者とその子孫の国籍剥奪は、今日の国際法上の国籍剥奪禁止原則にも抵触する。

私人間の差別事例について損害賠償を認める判決はみられるが⁹⁰、行政の取組の根拠法令としても、人権侵害救済法案などの差別禁止法が望まれる。

(5) 生存権

性質説と許容説の関係は、たとえば、憲法25条の生存権に関する判例をみるこ

86 エストニアでは、外国人の地方選挙権が、認められている。

87 'Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Latvia. 12/04/2001.

88 江川ほか（1997）212頁。

89 Resolution adopted by the General Assembly, "Nationality of natural persons in relation to the succession of States". 参照、近藤敦「特別永住者の National Origin に基づく差別」国際人権17号（2006年）81-82頁。

90 浜松入店拒否事件：静岡地判浜松支部1999年10月12日判時1718号92頁、小樽入浴拒否事件：札幌地判2002・11・11判時1806号84頁、札幌高判2004・9・16判例集未登載、最判2005・4・7判例集未登載。

外国人の権利

とで、明らかになる。判例は、塩見第1次訴訟最高裁判決以来、国の財政事情を根拠に広い立法裁量を認め、「立法府の裁量に属する事柄」としている⁹¹。憲法25条の生存権については自国民優先説に立ちつつも、外国人の享有主体性については曖昧な立場をとっている。加えて、「社会保障についてのすべての者の権利」を定める社会権規約9条の具体的権利性は同2条の「漸進的に達成する」規定を根拠に近年の外国人高齢者⁹²や障害者⁹³の訴訟でも否定され続けているが、早期の法改正が望まれる。少なくとも、永住市民に対する国民に準じた社会権の保障が憲法の趣旨に合致し、緊急医療など生物的生存の保護については、「生命」をかかげる憲法13条の生存権の問題として国籍や在留資格の有無を問わない人権と位置づけるべきである。

(6) 教育をめぐる権利と義務

教育を受ける権利の第1の問題は、外国人には「就学義務」がないことを理由として、外国人登録をしていない学齢期の子どもを受け入れを教育委員会が拒否したり⁹⁴、不登校または未就学となっている学齢期の外国人の子どもを放置したり、義務教育である中学校などの退学届を本人の意思を確認することなしに受理すること

91 最判1989年3月2日判時1363号68頁。

92 大阪地判2005年5月25日判時1898号75頁、大阪高判2006年11月15日判例集未登載。

93 京都地判2003年8月26日最高裁ウェブサイト、大阪高判2005年10月27日最高裁ウェブサイト。

94 2010年春にも、岐阜市教育委員会が、給食費滞納の恐れを理由に（日本人の父に認知されず、在留資格を有しないフィリピン人の母に養育されている）学齢期の子どもが岐阜県内の小学校から転校して市内の小学校に入学することを認めない事件がみられた。しかし、2006年6月22日の文部科学省初等中等科教育局長通知「外国人児童生徒教育の充実について」（文科初第368号）では、「外国人の子どもの就学手続きの際に、居住地等の確認を行う必要がある場合には、外国人登録証明書による確認に限らず、居住地等の確認に関して、一定の信頼が得られると判断できる書類による確認とするなど、柔軟な対応を行うこと」とある。したがって、在留資格の有無にかかわらず、入学を認めることが、政府の方針であり、最終的には岐阜市も転校入学を認めた。

が⁹⁵、許されるかどうかである。就学義務の意味は、多様であり、憲法 26 条 2 項では、保護者の就学させる義務を意味し、具体的には、学校教育法 91 条により、保護者の就学義務不履行の場合には、10 万円以下の罰金が課せられる。学校教育法の就学義務は、同 1 条の学校（いわゆる 1 条校）に対するものであり、朝鮮学校などの各種学校や、ブラジル学校などの無認可学校に通っている場合も義務違反となる。この場合は、外国人学校を 1 条校にする改正、もしくは就学義務の免除要件として外国人学校を加えることを合わせた抜本的な法改正が必要となる。むしろ、外国人に対する「就学義務」とは、日本国民の場合とは違い、社会権規約 13 条および子どもの権利条約 28 条 1 項が「初等教育は、義務的なもの」とする規定に対応し、親の就学させる義務ではなく、初等教育を提供する国や学校や教育委員会の義務を意味し、不就学対策もその義務内容の 1 つと解すべきであろう。

第 2 の問題は、外国人の子どもの民族教育を受ける権利を保障するために、公立学校での母語教育の設置、私立の外国人学校への公費助成を請求することができるかどうかである。憲法 13 条と結びついた 26 条において、民族教育を受ける権利は、民族的少数者が民族学校を設置・維持することを公権力により妨害されないという自由権的側面と、民族学校を設置・維持のため、公費助成を受けることができると

95 大阪地判 2008・9・26 判時 2027 号 42 頁では、在日韓国人 4 世の子どもの親の退学届を中学校の校長が子どもの被る不利益について十分な説明なしに受理したことは、「わが国に在留する外国籍の子ども（の保護者）に対して、一律にわが国の民族固有の教育内容を含む教育を受けさせる義務を課して、わが国の教育を押しつけることができない」ので、「憲法 26 条 2 項前段によって保護者に課せられた子女を就学させるべき義務は、その性質上、日本国民にのみ課せられたものというべきであって、外国籍の子どもの保護者に対して課せられた義務ということではできない」と判示した。しかし、子どもは「中学校に在籍し続け、あるいは、転学に当たっては指導要録等の引継ぎを受けるなどして、卒業の際には卒業認定を受けるべき法的利益を有し」、地裁では本人に校長が説明をしなかったことが、「退学によって被る不利益について十分に理解しているか否かを直接確認すべき義務」を怠ったとして、30 万円の慰謝料が認定された。しかし、大阪高判 2009 年 7 月 31 日判例集未登載では、未成年者に対する親の監護養育権の濫用がみられないこと、本人の意見を聴取する義務のないことを理由として、すべての請求を棄却した。

外国人の権利

いう社会権の側面をもつ。二風谷事件札幌地裁判決では、憲法 13 条が、アイヌ民族の「文化を享有する権利」の保障を判示している⁹⁶。この点は、先住民族以外の民族的少数者の文化享有権も保障されるものと解することができると思われる。ただし、高槻市教育委員会が、「多文化共生・国際理解教育事業」を縮小し、いくつかの小中学校で行われていた「学校子ども会」の行政的位置付けを廃止した措置がマイノリティの教育権を侵害したとして、高槻市に対し賠償を求めて提訴したが、裁判所はマイノリティの教育権の具体的権利性を否定し、請求を棄却している⁹⁷。

4 おわりに

外国人の権利は、時代とともに保障内容が広がる傾向にある⁹⁸。外国人の権利保障に関する法改正に際して、性質説の場合、個別の人権主体に関する憲法改正は不要と思われる。むしろ、法改正の内容に応じて、憲法の当該規定の主体を修正することは、当該規定の文言説的理解によるものであり、他の人権規定の性質説的解釈との整合性を損なうことに目を向ける必要がある。国民主権原理だけを修正して、参政権の主体の規定を修正しない憲法改正は、立法技術的に困難のように思われる。文言説的な解釈を基本とする諸外国での憲法改正は、地方参政権の主体を拡充することで、間接的に国民主権原理の解釈に影響を与えているのであって、性質説的な解釈を基本とする日本国憲法の場合は、憲法改正なしに、解釈での対応で十分である。なぜならば、外国人地方参政権を導入するために、たとえば、憲法 93 条 2 項の地方選挙権や 15 条 1 項の公務員の選定罷免権（選挙権）の主体を改正することは、性質説としての体系的な解釈を損なうことになるからである。25 条の生存権の主体を国民としたまま、外国人の社会保障を法令上認めることや、26 条の教育を受ける権利を国民としたまま、外国人の入学を認める行政実務も、憲法改正なし

96 札幌地判 1997 年 3 月 27 日判時 1598 号 33 頁。

97 大阪地判 2008 年 1 月 23 日裁判所ウェブサイト、大阪高判 2008 年 11 月 27 日判例集未登載。

98 David Weissbrodt, *The Human Rights of Non-citizens* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pp. 18-44.

に続けることとの矛盾が生じるからである。同様に、13条の幸福追求権や14条の平等権の文言の改正も必要ということになったりはしないだろうか。この点、性質説と（憲法改正を不要とする）許容説とは整合性を有するのに対し、文言説と（憲法改正を必要とする）禁止説とが整合性を有することを確認することができないだろうか⁹⁹。

憲法と人権条約との整合性は、21世紀の多くの国で課題とされている。人権条約と矛盾する憲法規定を改正する国も多い。性質説という解釈手法は、人権条約との整合性を担保する上では、多くの利点を有している。ただし、その反面において、成文憲法をかかげ国家権力から個人の権利を守るという立憲主義の基本を無視した形で、「何人も」という規定を無視するこれまでの性質説の欠点を克服する上では、立憲性質説とでも呼ぶべき解釈手法が望まれる。立憲性質説に立って、外国人の態様に応じた権利保障の違いについて、人権条約の発展との整合性のうちに確認することも、これからの憲法学の課題といえよう。

99 もちろん、性質説からも、文言説からも、要請説を導くことはできる。また、性質説にあっても、憲法改正限界論に立って、（憲法改正を不能とする）禁止説を導くことはできる。