

## 人権と外国人の参政権

近 藤 敦

はじめに

- 1 「後国家的性格」ゆえの禁止と「幸福追求権」に基づく要請
  - 1-1 後国家的性格と自然権
  - 1-2 人間の尊厳と自己決定権
- 2 「平等権」に基づく要請
  - 2-1 絶対的差別禁止と恣意禁止
  - 2-2 公務と権利
- 3 「市民の権利」ゆえの禁止と「永住市民権」ゆえの要請
  - 3-1 市民の権利と人の権利
  - 3-2 政治判断能力説・帰化資格準拠説・永住資格要件説

おわりに

はじめに

「キム（金正圭）地方選挙権訴訟」最高裁判決において、永住者などの一定の外国人の地方選挙権は、憲法上許容されており、立法政策の問題とする「許容説」の立場が鮮明に打ち出された。したがって、外国人の地方選挙権については、憲法上の要請とみる原告側の「要請説」も、憲法上、禁止されているとする被告側の「禁止説」も、ともに採用されなかったことになる。この判断の妥当性について、検討すべき論点は多い。とりわけ、憲法上の「要請」または「禁止」を導く根拠は、なぜ説得力を欠いているのであろうか。また、かつての「アラン（H. Alan）参議院選挙権訴訟」最

高裁判決のように国政レベルでは認められなくて、なぜ今回の判決のように地方選挙は認められ得るのか。その際、選挙権に限るのか、また永住者に限るのか等々の疑問が残る。このうち、人権論に関する問題だけを本稿は扱うことにする<sup>(1)</sup>。日本国内の議論の参考として、この問題につき最も旺盛な研究蓄積を有するドイツの公法学説に限らず、イギリス、フランス、スウェーデン、オランダその他の諸外国の政治学および社会学などの研究成果も踏まえる方法を採用する。複数の国を視野に置くことで、各国の特殊事情を相対化し、日本の特質とつきあわせながらバランスよく論点を整理する。学際的な研究成果を採り入れることで、19世紀以来の国民国家の修正を迫るこの新しい重大問題について、伝統理論と先端理論の対話と架橋につとめるものである。

そもそも、人権の国際化という問題把握において、外国人の参政権問題をとらえることは、一見、もっともらしい議論であるが、国際法上の諸規定を検討してみると、そこからは明確な解決の指針を導くことは容易ではないように思われる。

たとえば、「イ(李鎮哲)地方選挙権訴訟」福井地裁判決において、市民的及び政治的権利に関する国際規約(以下、B規約)25条が争点となっている。同条によれば、「政治に参加する」権利主体を「すべての市民(citizen)」とし、「国籍を有する国民」とはしていないことから、原告は定住外国人がこの「市民」に含まれるべきであるとの要請を導いている<sup>(2)</sup>。しかしながら、判決によれば、「B規約25条は世界人権宣言21条」の「自国の統治に参加する権利」に対応する規定である以上、「B規約25条が国籍を条件とすることを否定する趣旨で『すべての市民』という用語を使用したものではないことは明らかである」と原告の主張をしりぞけている。ドイツにおいても、世界人権宣言21条の「自国」は「出身国(Haimatstaat)」と解さ

れ<sup>(3)</sup>、B規約25条の「市民」は「国民 (Staatsangehörigkeit)」と解されている<sup>(4)</sup>。たしかに「自国」とは、出身国である国籍国のことを考えがちであるが、定住外国人にとっては、定住国と解する余地がないわけではない。かつて、欧州裁判所の長官をつとめたことのあるオランダのドネルは、世界人権宣言21条にいう「自国」とは、出身国よりも、人が生活し、その法秩序と社会秩序に服している国と考えられるとの見解を表明している<sup>(5)</sup>。また、定住外国人の地方参政権が少なからぬ国で認められる今日、「自国」に「定住国」を、「市民」に「定住外国人」を含めることは、絶対に禁止されるものとも思われぬ。

したがって、国際法が外国人の参政権の明白な要請も、禁止もともに導くものではない。むしろ、各国の伝統的な憲法学説がこれを禁じており、近年、その修正を迫る新しい理論が展開されつつある。こうした状況を以下に検討しよう。

- (1) 民主主義原理に基づく国民主権論および地方自治論については、稿を改めるものとする。なお、民主主義を治者と被治者の「同一性」と考える立場からは、選ぶ者のレベルと代表者のレベルとの人的な相互作用の可能性が必要であり、選挙権だけを認め、被選挙権を認めないことは、この民主主義原理に反するとの見解がある。J. Sennewald, Kommunalwahlrecht für Ausländer?, in: Verwaltungsrundschau, 1981. p.83.
- (2) この判決は未掲載であるが、一部、省略した形で掲載されている。徐龍達編『共生社会への地方参政権』（日本評論社、1995年）324頁。
- (3) K.-P. Dolde, Die Politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik, 1972, p.168; C. Tomuschat, Zur politischen Betätigung des Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, p.17.
- (4) K. Bücking, Die Beteiligung von Ausländern an Wahlen zum Deutschen Bundestag, zu den Parlamenten der Länder und den kommunalen Vertretungskörperschaften unter besonderer Berücksichtigung der Wahlen zu den hamburgischen Bezirksversammlungen, 1992, p.34.
- (5) C.A. Gronendijk, Vom Ausländer zum Mitbürger: Die symbolische und

faktische Bedeutung des Wahlrechts für ausländische Immigranten in den Niederlanden, in: H. Bammel / F. Sen (eds.), Kommunales Wahlrecht und politische Partizipation am Beispiel ausgewählter europäischer Länder, 1986, p. 42.

## 1 「後国家的性格」ゆえの禁止と「幸福追求権」に基づく要請

### 1-1 後国家的性格と自然権

まず、外国人の参政権を否定する論拠として、生来の自然権とは違ふ、参政権の後国家的性格が考えられる。「キム（金正圭）地方選挙権訴訟」大阪地裁判決によれば、「公務員を選定し、これを罷免する権利（参政権）は、他の基本的人権のように、人が人として生まれた以上、何人といえども当然にこれを保障されるものとは、権利の性質を異にする。すなわち、参政権は、それが成立するためには、まず国家の存在することがその前提として必要であり、右国家の政治に参加する権利（及び義務）は、その権利の性質からして、その国家を構成する者に当然帰属すべきものである」とされている<sup>(1)</sup>。したがって、参政権は前国家的な自然権ではなく、国家を前提とする権利であるため、国家の構成員のみに帰属するのであって、外国人は享有できないことになる。学説上も、「人権が国家成立以前の人々の自然状態においても各人が享有しているはずの権利だとすると、選挙権をこのような意味での人権と考えることに困難がある」との見解がある<sup>(2)</sup>。

しかしながら、外国人の参政権を認めないかつての通説たる宮沢説においては、すでに、この後国家的性格という論拠への疑問が芽生えていた。いわく、社会権や参政権は「もっぱら権利者の属する国家によって保障さ

れるべき性質の権利であるが、それが『人間性』に由来する前国家的・前憲法的な性格を有するものである点において、どこまでも人権たる性格をもつとされるのである<sup>(3)</sup>。ここにみられる、参政権も「人間性」に由来する前国家的性格をもつ人権であるとの立場は、のちの要請説につながるものである。また、参政権の性質として、自然権そのものでないにしても、自然権との結びつきを強調する見解もしだいにみられるようになる<sup>(4)</sup>。たとえば、「およそ人間はすべてその所属する国家において自らの利益(とくに自然権)を守るため国家作用の手續に能動的に参加する民主的権利をうまれながらにもっている」とも考えられる<sup>(5)</sup>。この所属する国が、国籍国であるのか、定住国であるのかがいまや問題となっているのである。

そもそも、イギリスでは、人が政府や国家に縛られない自然状態を想定するフィクションとしての自然権という観念そのものに懐疑的傾向もある<sup>(6)</sup>。いわば、外国人の参政権が認められないのは、伝統的な観念の問題と思われる。この観念を疑う者は、国家を前提として、外国人にも認められる「裁判を受ける権利」に思いをめぐらす。後国家的権利と自然権という対立図式で外国人の人権の制約を根拠づける論法は、同じく後国家的であるとされてきた「社会権」が、今日、外国人にも大幅に保障されていること<sup>(7)</sup>、協定永住資格者の「入国の自由」においても再入国の拒否処分に一定の制約があることからして<sup>(8)</sup>、外国人の参政権を全面的に禁ずるだけの説得力は縮減しつつある。

(1) 判例タイムズ825号138頁。過去の判例上、選挙権は「国民の最も重要な基本的権利の一つである」とし、あえて「人権」でない旨の意見が添えられている。最大判昭和30年2月9日刑集9巻2号221, 224頁。しかし、その後の判例は、選挙権および被選挙権としての「立候補の自由」を「基本的人権の一つ」とする。最大判昭和43年12月4日刑集22巻13号1431—1433頁。

- (2) 長谷部恭男「いま『国家』とは？」樋口陽一編『ホーンブック 憲法』（北樹出版，1933）105—106頁。
- (3) 宮沢俊義『憲法II』（有斐閣，1959）236頁。
- (4) 浦田一郎「公務員の選定・罷免権」樋口陽一・佐藤幸治編『憲法の基礎（入門編）』（青林書院，1975）421頁。
- (5) 手島孝『憲法解釈二十講』（有斐閣，1980）73頁。
- (6) P. Jones, Rights, 1994, p. 90.
- (7) 高藤昭「外国人労働者とわが国の社会保障法制」社会保障研究所編『外国人労働者と社会保障』（東京大学出版会，1991）10頁。
- (8) 判例タイムズ855号（1994）159頁。

## 1—2 人間の尊厳と自己決定権

一方、外国人の参政権を要請する立場は、国籍国だけを念頭におく場合、長期にわたって、選挙権の行使が不可能な状態に置かれている、とりわけ永住者の現状が、人間の尊厳や自己決定権に反すると考えるようになる。

「イ（李鎮哲）地方選挙権訴訟」の原告によれば、憲法13条の「幸福追求権に基礎づけられる選挙権は、個人の尊厳の原理と結びつき、個人の人格的生存に必要不可欠の権利であり、自己決定と自己実現のための不可欠な基本的人権である」という。たしかに、「幸福追求権」から参政権も派生するとする有力な見解がある<sup>(1)</sup>。そこで、外国人の参政権を要請する論者にとって、参政権は「参加者に参加の充実感、喜びをもたらす」いわば「個人の幸福追求の一部」としての人権と考えられる<sup>(2)</sup>。そして「選挙権の本質」は、「個人が生活する社会の意思決定過程に自らの意思を反映させうる点に意義を見いだせる」とすれば、「必ずしも国家を前提とせずとも、所与の社会において個人が当然に有する権利として、選挙権を理解することも可能」とされる<sup>(3)</sup>。しだいに、参政権の自然権としての性格に光が当てられてくる。

また、「自由の獲得は、たんに、権力を排除するだけでは、はなはだ不十分であって」、「権力の構成と運営に能動的に参加することこそ、人間としての尊厳にふさわしい生活態度である」と考えられるようになる<sup>(4)</sup>。アメリカ憲法に思想的淵源をもつ「幸福追求権」は、ドイツでも、基本法1条の「人間の尊厳」その他で定められている。そこで、基本法1条が最低限の政治活動のみを含むのであって、国家意思形成への正式に参加する選挙権と被選挙権を保障するものではないとしながらも、少なくとも外国人の地方選挙権を肯定する見解がある<sup>(5)</sup>。また、基本法1条の人間の尊厳は、その意味内容を「自己決定に関する人間の能力」から獲得し、各人は「自己決定権」から自己に不利益を与える全体の決定への参加権をもつとする学説もある<sup>(6)</sup>。本来、「政治決定の過程に参加しうる権利は、自らの運命と共同体の運命とをともにすることのできる」<sup>(7)</sup>、「人間の尊厳の本質要素が示す自己責任を負い、自己決定する人物像」に基づくはずである<sup>(8)</sup>。この点、ギリシアでも、「すべての人は人格を自由に発展させ、政治生活……に参加する権利がある」とする憲法5条1項から外国人の地方参政権を導く見解がある<sup>(9)</sup>。

しかし、この種の論拠の立脚点は、社会のなかで自ら責任を負う人格としての人間の評価にかかっている。これを消極的に解せば、外国人は選挙に参加する以外の方法で政治的に参加し、場合によっては出身国での参政権に基づいて投票し<sup>(10)</sup>、自己責任を負う人格を表明する可能性をもつ。したがって、参政権を保障しないことが人間の尊厳への侵害であると確認するものではないといわれている<sup>(11)</sup>。

(1) 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995）449、465頁。

(2) 江橋崇「外国人の参政権」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 上』（有

斐閣, 1993) 197—8頁。

- (3) 門田孝「選挙権の否定はもはや『常識』ではない」法学セミナー471号 (1994) 45頁。
- (4) 萩野芳夫「外国人の定住と政治的権利」徐龍達編『定住外国人の地方参政権』(日本評論社, 1992) 131頁; また, イギリスでも「政治への参加は, ただ欲求を充足させ, 利益を守り, あるいは自由を守るだけのためになされる犠牲なのではなく, それ自体人間を豊かにするものであり, 「個々人の人生の可能性を拡張し, 改善するためのものである」, 「公民権の付与は, 個人の道徳的および知的価値と尊厳を社会的に認識する」ものであるといわれている。ジャック・ライブラリー著, 櫻井陽二/外池力訳『デモクラシーとは何か』(芦書房, 1989) 214—215頁。
- (5) K.-P. Dolde, op. cit., pp.75-78. 参照, 鈴木隆「ドイツにおける外国人の政治的権利 (二・完) 早稲田大学大学院法研論集65号 (1993) 145頁。
- (6) M. Zuleeg, Die Vereinbarkeit des Kommunalwahlrechts für Ausländer mit dem deutschen Verfassungsrecht, M. Zuleeg (ed.), Ausländerrecht und Ausländerpolitik in Europa, 1987. p.158.
- (7) M. Zuleeg, Grundrechte für Ausländer: Bewährungsprobe des Verfassungsrechts, in: DVBl 1974, p.347.
- (8) M. Zuleeg, Zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung des kommunalwahlrechts für Ausländer in Nordrhein-Westfalen, in: KritV 1987, pp.322-323.
- (9) Bericht des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, in: J. Isensee / E. Schmidt-Jorzig (eds.), Das Ausländerwahlrecht vor dem Bundesverfassungsgericht, 1993, p.294.
- (10) この場合, 外国人の参政権を認めることは, 外国人に二重投票の特権を許すことになり, 平等原則に反するとの見解もある。J. Isensee, in: J. Isensee / E. Schmidt-Jorzig (eds.), op. cit., p.42.
- (11) K. Bücking, op. cit., p.30.

## 2 「平等権」に基づく要請

### 2-1 絶対的差別禁止と恣意禁止

これに対して, 今日, しだいに社会的合意が形成されつつあるのは, 国民と同じように, 税金を納めている外国人に参政権を認めないのは, 国籍



による差別ではないかという認識である。たしかに、いずれの訴訟の原告も、憲法14条の平等権を憲法上の「要請」の根拠としている。そこで、地方参政権を定住外国人に認めないことは平等権の侵害にあたるかどうか、重要な争点となっている。日本国憲法14条1項の前段と後段は、後述するドイツ基本法3条1項と3項とを合わせもつように規定されている。すなわち、「すべて国民は、法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」。この点、通説は、後段の列挙事項を単なる例示にすぎないとみて、この他にも同じように平等権違反となりうる場合を広く認めている<sup>(1)</sup>。この例示説のほかに、ドイツの学説に似て、一般に別異の取扱いが恣意的でなく、「合理性」を有するか否かを裁判所は審査するのに対し、この後段列挙事項を特に厳格な審査基準を定めたものと解する有力説がある<sup>(2)</sup>。そこで、日本の問題を検討する上でも、ドイツの議論は参考となる<sup>(3)</sup>。審査の基準は、2つある。1つは、基本法3条3項の厳格な基準であり、いま1つは、同条1項のゆるやかな基準である。

第1に、基本法3条3項によれば、「何人も、その性別、血統 (Abstammung)、種族、言語、出身地 (Heimat) および門地 (Herkunft)、その信仰、宗教的または政治的見解を理由として、不利益を受け、または優遇されてはならない」。ここに列挙された事項は、「絶対的平等の要請」、すなわち「絶対的差別禁止の要請」を定めたものとされている<sup>(4)</sup>。この要請に反する別異の取扱いは、許されない<sup>(5)</sup>。少数説によれば、国籍による区別の場合、血統、出身地および門地の「差別禁止の要請」に違反することもありうるという<sup>(6)</sup>。この点、ツレークの論法は興味深い。まず、ドイツの国籍法は血統主義に基づくので、「血統」において、外国人はドイツ人と区別される。ついで、生地主義を採用する外国の国籍法の適用

を選ぶ場合は、「出身地」が決定的な区別のメルクマールとなる。さらに、国籍がこの二つの主義に基づかない場合がありうるとしても、「門地」が統括的なメルクマールとして提供されるという<sup>(7)</sup>。なるほど、国籍とこれらのメルクマールとは、大きな事実上の合致がありそうである。しかし、通説によれば、「国籍」は、基本法3条3項に明示されている差別禁止要請に属しないとされる<sup>(8)</sup>。そもそも、「血統」とは、人の生物学的な関係を表し、「出身地」は場所的な出自を示し、また、社会学的または民族学的な要素を含む「門地」とも違って、三者は三様に法学的な概念である「国籍」とは異なる。判例上も、ドイツ人の中での血統、出身地または門地の区別のみが問題とされる<sup>(9)</sup>。

この点、日本においては、血統や出身地が明文にはない。また、出生によって決定された国籍も帰化により変更可能なことを考えるならば、「社会的身分」または「門地」による差別（14条後段）と結びつけて厳格な審査を行うことは、非常に困難であろう。

第2に、基本法3条1項によれば、「すべての人は法律の前に平等である」と規定している。そしてここで問題となる基準は、「恣意禁止」といわれる「限定的差別禁止」<sup>(10)</sup>の要請である。そこで、この「一般平等原則」に違反しない限り、二つのものの間の法的区別を認めることになる。この場合、憲法裁判所が採用する審査基準は「明白性」の基準と呼ばれ、大幅な立法裁量が認められる<sup>(11)</sup>。とはいえ、参政権に関する外国人と国民との間の区別について、事物に即した理由（sachliche Gründe）が明らかでなければ、平等原則に反するともいわれている<sup>(12)</sup>。この理由として、国民とは違い、外国人が、第1に、国家への忠誠義務をもっていないこと、第2に、兵役義務が免除されていること、第3に、参審員や選挙立会人などの公的な名誉職引受義務がないこと、第4に、国家からの「離脱可能性（Entrinnenbar-

keit)」を有することが挙げられている<sup>(13)</sup>。

これらの論拠は、次のように反論されている。第1に、国の法律を遵守する義務は、在留外国人も国民と同様にある<sup>(14)</sup>。また、こうした論拠を徹底すれば、国籍に関わらず、国家に忠誠を誓わない反体制勢力や、第2に、兵役義務のない女性の参政権を否定することになりかねない<sup>(15)</sup>。かりに、兵役と第3の名誉職引受の義務が国民に限定されていることが、国政レベルでの参政権を禁止する根拠となるとしても、地方レベルでは根拠とはならない<sup>(16)</sup>（この点、とりわけ兵役義務のない日本では、国政レベルでも問題とならないように思われる）。第4に、国民も国籍離脱権を有しているので、国家と運命的に解きがたい結びつきがあるわけではない<sup>(17)</sup>。しかも、人口移動の激しい今日、地方レベルではこの論拠の説得力は乏しく<sup>(18)</sup>、また、国民は他の自治体に移る移動の自由を憲法上、保障されているので、外国人との区別は問題にならない<sup>(19)</sup>。

したがって、参政権に関する国民と外国人の区別の合理性は、よく検討してみると、疑問なしとしない。しかしながら、明白な立法裁量の濫用を論証できるかという点、それも疑問である。この点、参政権に対応する義務は、納税義務であるとする観点から、多くの国で、「代表なき課税は専制である」というアメリカ独立戦争時代の有名なスローガンが指摘されている<sup>(20)</sup>。しかし、この論拠も反論が可能である。まず、この議論を徹底させると、税金を納めない者には、選挙権を認めないとするアナクロニズムの結論につながる可能性がある<sup>(21)</sup>。また、納税義務は国家の社会保障の給付と対応するとの見解もある<sup>(22)</sup>。

加えて、社会国家（福祉国家）原理に基づき、外国人に参政権を認めることは、労働者や女性がそうしてきたように、民主的な意思形成への参加が許されることで、不利な状況にあるグループが社会的な改善を獲得する

のに役立つとする論拠もある<sup>(23)</sup>。しかし、一般に、事実上の社会的な不平等が国民と外国人の間にあるとしても、この種の国家目的規定は、人権に基づく要請とは別問題であろう。いずれも、立法政策上、検討に値する論点であるとしても、憲法解釈上は、平等権に基づく要請は、決め手を欠いているように思われる。

- (1) 佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第四版〕』（学陽書房，1991）164頁。
- (2) 佐藤幸治，前掲書，478頁；阿部照哉／野中俊彦『平等の権利』（法律文化社，1984）93頁以下（阿部照哉執筆）。
- (3) 「ドイツ人の権利」と「すべての人の権利」との基本法の文言上の区別により，外国人が享有主体とならない権利か否かを区別して解釈する，「文言説」が通説であるドイツは，「性質説」が通説である日本とは異なる。したがって，国籍に基づく別異の扱いをドイツの基本法は予定しているようにも思われるが，平等権の主体が「すべての人」となっていることから，結局，外国人の国籍による差別が問題となりうるのである。
- (4) J. Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: VVDStRL 32 (1974), p.75.
- (5) ここで列挙された以外にも，連邦憲法裁判所により，黙示的に認められた差別禁止事由があるとされる。たとえば，基本法38条1項の平等選挙の原則に関して，国家意思の形成に参加するすべての国民の無条件の平等，すなわち投票の数的価値における差別の禁止が，民主主義原理から導かれる。しかし，これはあくまでも，国民の間での平等であり，誰がここでの国民であるのか，誰に選挙権は属するのかということここでは，問題としていない。普通選挙原則も含め，選挙の原則からは，国籍による差別禁止の要請を導くことは一般には，否定されている。E. Stein, Staatsrecht, 14th ed. 1993, p.399；いかなる「国民 (Staatsbürger)」も「やむをえない理由 (zwingend Gründe)」がない限り，排除されてはならない。BVerfGE 41, 1(12).
- (6) M. Gubelt, In: v. Münch (ed.), Grundgesetzkommentar, 1992 4th ed. art.3, no. 99.
- (7) M. Zuleeg, Zur staatsrechtlichen Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, in: DÖV 1973, p.363.
- (8) H. Mangold / F. Klein, Art.3 Abs.3 Rn.276. なお，基本法116条1項が「ドイツ民族に属する亡命者もしくは難民」などをドイツ国籍保有者とともにドイツ人として扱う旨の規定をしているのは，血統その他に基づく差別禁止の要請からいって問題がないわけではない。しかし，憲法制定者自らが区別している規定は，特別な

例外規定として理解することもできよう。

- (9) VG Hannover, in: DVBl. 1981, p.1111.
- (10) K.-P. Dolde, op. cit., p.57.
- (11) K. Bücking, op. cit., p.28.
- (12) D. Breer, Die Mitwirkung von Ausländern an der Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gewährung des Wahlrechts, insbesondere des Kommunalwahlrechts, 1982, p.52.
- (13) J. Henkel, Politische Integration und Repräsentation ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland, in: ZfParl (1974), p.101; F. Ruland, Forum: Wahlrecht für Ausländer?, in: Jus (1975) p.11; M. Birkenheier, Wahlrecht für Ausländer, 1976, pp.63-67; T. Spies, Die Schranken des allgemeinen Wahlrechts in Deutschland, 1978, pp.25-26.
- (14) H. Rolvering, Die Rechtsgarantien für eine politische Betätigung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1970, p.102.
- (15) M. Zuleeg, Ausländerwahlrecht ohne Verfassungsänderung?, in: U.O. Sievering (ed.), Integration ohne Partizipation?, 1981, p.119.
- (16) K. Bücking, op. cit., pp.60-63, 105.
- (17) L. Gramlich, Wahlrecht für nichtdeutsche Inländer, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (1989), p.56.
- (18) D. Breer, op. cit., p.125.
- (19) K. Bücking, op. cit., p.104; なお, アメリカにおいても, 少し古い研究であるが, 外国人の参政権を否定する法律の合憲性は, 平等保護条項のよとの「厳格な審査 (strict scrutiny)」に服し, 「やむをえない (compelling)」国家利益を示す必要があるという。しかし, 外国人の①政治への利害関係性の欠如, ②不正投票, ③集団投票との論拠は正当化されず, ④知識不足, ⑤忠誠心の欠如という論拠も説得的とはいえないとする見解がある。G.M. Rosberg, Aliens and Equal Protection: Why not the Right to Vote?, in: American Political Science Review, 1977, pp.1109-1110, 1115-1117, 1135.
- (20) B. Björnsson, Ausländer in Schweden, in: H. Bammel / F. Sen (eds.), op. cit., p.30; É. Peuchot, Droit de vote et condition de nationalité, R.D.P.1991, P.505.
- (21) 長谷部恭男「いま『国家』とは」樋口陽一編『ホーンブック憲法』(北樹出版, 1993) 105頁。
- (22) K. Bücking, op. cit., p.62. 他方, 「税金は単なる社会サービスの見返りではない」として, 納税義務を「社会サービスのあり方に対して発言し, サービスの使い道についての決定に参加する権利」と表裏一体のものとする見解もある。李鎮哲「外国人参加は地方自治確立の道」朝日新聞 (1995・2・27) 朝刊4面。
- (23) M. Zuleeg, op. cit., KritV 1987, pp.325-326.

## 2-2 公務と権利

通説のように、選挙権は、単なる個人的な「権利」ではなく、「公務」の性質をあわせもつという、二元説に立つならば、外国人には、公務としての性格から、選挙権を認めないということが考えられる。たとえば、「イ(李鎮哲) 地方選挙権訴訟」福井地裁判決によれば、「各選挙人が選挙に参加すること自体は、国民主権の実をあげるため、国家の機関として、『公の職務』を執行する側面も有しており、憲法15条1項にいう公務員の選定罷免権すなわち選挙権は権利であるとともに義務である」という。たしかに、イタリア共和国憲法48条2項のように、「投票の行使は市民の義務である」と定めている場合は、強制投票制という形で、明確に公務(義務)性が認識されるが、日本の参政権における公務の性格については、学説上、異論もある。そもそも、外国人の参政権を論ずる上で、公務とは、何か、という問題は、「公務就任権」を外国人に認めない論理と軌を一にするように思われる<sup>(1)</sup>。1953年の内閣法制局および人事院の解釈によれば、「公権力の行使または国家意思の形成への参画にたずさわる公務員となるためには、日本国籍を必要とする」<sup>(2)</sup>。このいわゆる「公務員に関する当然の法理」のように、「選挙権と被選挙権とは国家意思の形成に参加する国民固有のものであると考えてよい」とされる<sup>(3)</sup>。フランスでも、「国民のみが国家のために意思を表明できる」ことが「選挙の権利(droit)または公務(fonction)から外国人を排除する根拠」の1つとされる。というのも、第1に、「外国人は国家に対する潜在的な脅威」であり、第2に、「外国人は国民の願望を無視する」からといわれている<sup>(4)</sup>。

しかしながら、二元説にあっても、ただちに全面的に外国人の参政権が禁止されるとは限らない。たとえば、「被選挙権は、地方公共団体の長およ

び議員のように国家意思の形成に参加する公務に携わること認めることになるので、選挙権と同じに考えることはできない」といわれる<sup>(5)</sup>。また、「国会議員、地方公共団体の長および議員は、国家意思の形成に直接参与する」<sup>(6)</sup>としながら、「ただし、選挙権・被選挙権についても、地方公共団体の選挙については立法政策に委ねられているものと解される」<sup>(7)</sup>との留保がつくこともある。したがって、国会議員に対する制約がもっとも強く、地方の長や議会の被選挙権、ついで選挙権の順に、公務性は弱まるようである。論者により、内容に差があるものの、制約の根拠として、「国家意思の形成」という参政権の「公務」としての性質が持ち出されることに変わりはない。

これに対して、選挙権の公務としての性質を捨象し、「権利」として一元的に構成する権利説にたてば、「公務」を理由に、外国人の選挙権を否定することはできないはずである。ところが、「権利説の場合も、国籍要件が前提とされるべきものと思われるが、主権者と同視することが可能な、あるいは特別の事情によってその必要が認められる定住外国人については、別に検討する余地があるように思われる」とあまり明確ではなかった<sup>(8)</sup>。しかも、「選挙権の主体を国民（国籍保持者）に限ることは、それが国家意思の形成にかかわるものである限り当然に認められよう」との指摘は、はからずも、「国家意思の形成」という本稿において問題とする「公務」の性格を前提にしているように思われる<sup>(9)</sup>。

いずれの説に立つかは、国民主権の論理では、選挙権は国民が若干の個人に認める「公務」となり、人民主権の論理では、投票は各市民に属する「権利」となるというように<sup>(10)</sup>、主権の問題と関係するので、別稿にゆずることにする。もともと、デュギーにおいても「選挙は権利であると同時に公務である」と説明された際、「権利」とは、「市民の資格を承認させる

権利」であり、「公務」とは、「市民の資格をもつ一定の個人に与えられた、投票という一定の公的活動を行う権限」を意味した<sup>(11)</sup>。この「公務」の問題も、先ほどの「前国家的性格」も、もとは、参政権がすべての人のもつ「人権」ではなく、「市民の権利」だとするフランス革命以来の固定観念にあるといえよう。

- (1) 岡崎勝彦「公務員への外国人採用」青鶴3号(1990)20頁によれば、公務の内容を区別しながら、「主権または統治権を直接行使する職務」としての国会議員は、外国人には認められないものの、地方議会議員は別だとしている。
- (2) 上田章・浅野一郎『憲法』(ぎょうせい, 1993)374頁。
- (3) 伊藤正己『憲法』〔新版〕(弘文堂, 1990)197頁。
- (4) É. Peuchot, op. cit., pp.496-500.
- (5) 芦部信喜『憲法学 II』(有斐閣, 1994)133頁。
- (6) 中村睦男『憲法30講』(青林書院, 1984)29頁。なお、国家意思の形成に「直接」参与する職務のみを制限可能と考える見解として、岡崎勝彦「外国人の地方参政権」公法研究56号(1994)111, 114頁。
- (7) 中村睦男『論点憲法教室』(有斐閣, 1992)70頁。
- (8) 辻村みよ子『「権利」としての選挙権』(勁草書房, 1989)21頁, 23頁註(2); 同「国際化・地域化のなかの国家主権」法律時報67巻6号(1995)22頁では、「日本でも『新しい市民権』概念の確立による選挙権者の拡大が可能である」と明確な参政権への支持がみられる。人民主権論および権利説の論理的帰結として、どのような外国人の参政権が要請または許容されるのかについての検討が待たれる。
- (9) 同書, 21頁。公務という意味を「全国民の代表を選出し、国家機関を形成するという公の職務」と理解している。同書, 11頁。
- (10) D. Rousseau, Libertés politiques et droit de vote, in: R.Cabrillac et al. (eds.), Droits et libertés fondamentaux, 1994, p.262.
- (11) L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 1928, p.585.



### 3 「市民の権利」ゆえの禁止と「永住市民権」ゆえの要請

#### 3-1 市民の権利と人の権利

そもそも、フランス人権宣言は「人および市民の権利」という名称をもつ。選挙権には、「人権」と区別され、「市民の権利」と呼ばれてきた伝統がある<sup>(1)</sup>。人は、自由、所有、安全などの自然権をもち、市民は、法律の形成に参加し、公務就任などの権利を有するとされた<sup>(2)</sup>。本来、「主権に参加する者」<sup>(3)</sup>としての「市民」はすべて選挙人となるべきとの見解があったものの、実際には、市民の概念は広狭二義に分かれる。すべてのフランス人は「受動市民 (citoyen passifs)」としての権利をもち、「能動市民 (citoyen actif)」だけが投票の公務を果たした<sup>(4)</sup>。1804年にナポレオン法典が国籍制度を確立する際、能動市民の資格ではなく、民事上の権利行使の前提としたことから、広義の市民としての国民と国籍保有者を同一視するようになる<sup>(5)</sup>。かくして、市民権と国籍との結合がなされ、国籍が能動市民の権利たる「公民権 (droit civique)」の必要条件となる<sup>(6)</sup>。イタリアでも、外国人は、不可侵の人権をもつが、能動的な市民状態の地位と密接に関係する本質的に政治的権利を享有しないとされた<sup>(7)</sup>。ドイツでも、参政権は国民の能動市民という属性から生じると説明される<sup>(8)</sup>。したがって、人権と市民(=国民)の権利の区別が外国人の参政権を禁じてきた。

しかし、いまや、市民を国民から切り離す議論が盛んになる<sup>(9)</sup>。このとき、1793年の施行されなかったフランス憲法4条が一部の外国人の参政権を認めていたことが援用される<sup>(10)</sup>。たしかに、フランス革命の影響を受けたいくつかの国では、一時、外国人の参政権を認めていた<sup>(11)</sup>。そして、今

日、外国人の参政権を要請する論法は、2通りある。第1に、人権と市民の権利の区別を重要視せず、選挙権も人権と考える見解がある。たとえば、基礎的な民主的権利である選挙権は、権利の普遍性と諸個人の平等の名において、選挙人となることの人権が尊重されるべきとの論拠がフランスにもある<sup>(12)</sup>。この場合、原理的には、すべての外国人の参政権が要求されるものと思われる。

第2に、人権と市民の権利とを区別することなく、ともに市民の権利として理解する見解もある<sup>(13)</sup>。もともと、イギリスでは、「市民権の権利 (citizenship rights)」すなわち「市民の権利 (rights of citizen)」には、大雑把に言って、18世紀以来の個人の自由に必要な権利としての「市民的権利 (civil rights)」と、19世紀来の「政治的権利 (political rights)」と、20世紀の「社会権 (social rights)」があると説明されてきた<sup>(14)</sup>。いわば、「市民の権利」と「人権」とのフランス人権宣言的な二分法の発想は、ベンサム以来、ナンセンスであるとしてきた伝統がある<sup>(15)</sup>。そして、今日の選挙権の拡大は、「永住市民 (denizens)」が社会のメンバーであり、少なくとも地方の決定に発言することを認められるべきであるという事実を確認するものであるといわれている<sup>(16)</sup>。この場合は、一定の外国人が市民として参政権を享有するものと思われる。

スウェーデンでも、人権を自然権と位置づける説明は有力ではない<sup>(17)</sup>。むしろ、すべての人権を含む「市民の権利 (medborgarrätt)」を憲法が保障しているのは、ある種の権利が生まれながらにして与えられているとする自然法に基づくからではなく、憲法の定める民主的な統治制度にとって必須条件であるからこそ、憲法に表明されるべきだとする見解がとられている<sup>(18)</sup>。いわば、市民の権利の保障は、「個人としての人間の尊厳と民主的な社会システムの維持」という2つの目的をもち<sup>(19)</sup>、人権の民主主義理念

による説明が試みられる。長いこと、地理的にも文化的にも孤立していたため、不可譲かつ不可侵の人権思想がスウェーデン法の発展に影響を与えることはなかったといわれる<sup>(20)</sup>。けれども、歴史的に見て、スウェーデンの人々の人権意識が希薄なものであったということはできないであろう<sup>(21)</sup>。デンマークでも、地方参政権が人権であり、公正の観点が強調される<sup>(22)</sup>。ここでも、人権と市民の権利の区別がない<sup>(23)</sup>。

さらに、オランダでも、諸外国の議論の中で、外国人の地方参政権に賛成するおそらく最も重要な論拠は、それが人権であり、居住国の政治課程に参加する権利が人間生活の不可欠の要素であるからと説かれている<sup>(24)</sup>。日本でも、「人権の発展史と、これからの発展の可能性を考えた場合」<sup>(25)</sup>、または「人権とは、人が人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在としてあり続ける上で不可欠な権利である」<sup>(26)</sup>と理解するならば、参政権は人権ではなく、市民の権利だから、外国人には認められないとする論拠は、説得力を失うことになるだろう。

(1) 辻村みよ子『人権の普遍性と歴史性』（創文社、1992）88頁以下。

(2) 主に、人権は前社会的性格をもつ「市民的自由 (liberté civile)」であるのに対し、市民の権利は「国家 (Cité)」の存在と関係する「政治的自由 (liberté politique)」といわれる。J. Robert / J. Duffar, *Droit de l'homme et libertés fondamentales*, 1993, p.40. ただし、人権である労働や教育の権利は、自由ではないとしている。

(3) ルソー、桑原武夫・前川貞次郎訳『社会契約論』（岩波書店、1954）31頁。

(4) R. Dugit, *op. cit.*, pp.582-583.

(5) E. Grabitz, *Europäisches Bürgerrecht*, 1970, p.39.

(6) S. Bouamama, *Petite histoire d'une grande idée*, in: S. Bouamama et al., *La citoyenneté dans tous ses états*, 1992, pp.38-41.

(7) M. Luciani, *La Constitution italienne et les obstacles à l'intégration européenne*, R.F.D.C. 1992, p.673.

(8) K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol.1 2nd ed. 1984, p.323.

- (9) C. W. de Wenden, *Citoyenneté nationalité et immigration*, 1987, pp.43-47.
- (10) 「フランスにおいて一年以上居住し、自己の労働で生活し、または所有権を取得し、またはフランス人女性と結婚し、または養子を取り、または老人を扶養する、満21歳以上のすべての外国人か、立法府によって、人類に多大な功績があったと判断された外国人」は、「市民の権利」をもつ。M. Duverger, *op. cit.*, p.81. 参照、辻村みよ子『フランス革命の憲法原理』（日本評論社、1989）409頁。
- (11) オランダについては、C. A. Groenendijk, *op. cit.*, p.41. ドイツについては、BVerfGE 83, 37, p.56.
- (12) É. Peuchot, *op. cit.*, p.511.
- (13) 第二次世界大戦後、17, 18世紀に支配的であった自然法のルネッサンスを迎え、独裁政権に苦しんだドイツや日本では自然権の理念を採り入れたのに対し、イギリスや北欧諸国では、その影響は少ない。K.-G. Algotsson, *Medborgarrätten och regeringsformen*, 1987, p.339.
- (14) T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, 1950, pp.10-14. また、「市民的自由 (civil liberties)」を「人権」と同じ意味に用い、市民的、政治的、社会的、経済的権利を含めているように、市民の権利と人権とを区別する発想は少ない。E. C. S. Wade / A.W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, 1993, p.409.
- (15) D. Heather, *Citizenship*, 1990, p.255.
- (16) Z. Layton-Henry, *Citizenship or Denizenship?*, in: Z.Layton-Henry ed., *op. cit.*, p.9.
- (17) K.-G. Algotsson, *op. cit.*, p.144.
- (18) O. Nynann, *Some Basic Features of Swedish Constitutional Law*, in; S. Strömholm, *An Introduction to Swedish Law*, 2nd ed 1988, pp.51-52.
- (19) H. Strömberg, *Grundlag och medborgarrätt*, 1974, p.21.
- (20) H. Danelius, *Human Rights in Sweden*, 1981, p.9.
- (21) 下條芳明「スウェーデンの憲法にみられる基本権の特徴」日本法政学会法政論叢 28号 (1992) 61頁。
- (22) B. Baungard, *Kommunales Wahlrecht ist ein Menschenrecht-Erfahrungen in Dänemark*, H. Keskin ed., *Menschen ohne Recht? Einwanderungspolitik und Kommunaiwahlrecht in Europa*, 1984, p.34.
- (23) R. Gralla, *Der Grundrechtsschutz in Dänemark*, 1987, p.65. 比較的最近のスウェーデン、ポルトガル、オランダの憲法と違って、第二次大戦後の早い時期にできた日本、ドイツ、デンマークの憲法は、外国人に関する明示の規定をもたない。後者のうち、権利主体の文言により、人権と市民 (=国民) の権利とを区別するドイツと違って、デンマークでは、日本と同様に文言にとらわれることはない。デンマークの「市民 (borger)」は、もともと1849年憲法が採択された頃から、デンマーク国籍をもたなくても、国に住み続けているすべての者を含んでいたとの説明もなき

れている。

- (24) J. Rath, Voting Rights, in; Z. Layton-Henry ed., op.cit., p.140.
- (25) 長谷川正安「選挙権論をめぐって—奥平康弘教授の批判に応える—」法学セミナー—348号(1984) 28頁。
- (26) 佐藤幸治, 前掲書, 392—395頁。

### 3—2 政治判断能力説・帰化資格準拠説・永住資格要件説

そこで、外国人に地方参政権を認めるとしても、アイルランドのように国民と同じく6カ月、当該自治体に居住していればよいとする場合は例外的である。一般に、参政権を認められる外国人の要件は、もう少し厳格である<sup>(1)</sup>。1970年代から80年代にかけてのドイツの議論においても、地方参政権を認める外国人の滞在期間は、2年から10年までの幅の広がりが見られる<sup>(2)</sup>。それらは、何を基準とするかにより、様々に論じられている<sup>(3)</sup>。日本やその他の国々の議論も踏まえて、整理すると、おおむね、つぎの3つに分類されよう。

#### 政治判断能力説

第1に、政治判断能力説は、外国人の政治社会構成員としての資格認定において、一定期間の滞在により、必要な能力が獲得されることを想定している。たとえば、選挙人は、選ばれた者をコントロールすることが保障され、公共生活の情報を得て、自ら共同体の運命に責任を負うことが前提であり、十分な言語能力を必要とするとの根拠から、選挙権の基準は3年とする意見がある<sup>(4)</sup>。スウェーデンが3年を参政権の基準としたのも、その時の自治体の政策問題だけではなく、長期的に重要な問題に対しても必

要な知見をもつことを期待したからと説明されている<sup>(5)</sup>。したがって、この説においては、政治判断に必要な情報を獲得する言語能力が必要であり、場合によっては、議員となりうる被選挙権には、それよりも高い言語能力が要求されることもある<sup>(6)</sup>。さらに、運命共同体といえるほどに政治共同体に組み込まれていることも要件とされる。しかし、これに加えて、文化共同体に積極的に編入されることを必要とする見解<sup>(7)</sup>は批判されている。というのも、外国人が独自の文化的アイデンティティを維持することは、ドイツの経済・社会・法的生活に順応することと対立するものではないからである<sup>(8)</sup>。文化的な「同化」と政治的な「統合」とは違う<sup>(9)</sup>。また、さきがけ島根県支部の提案が「5年」としているのも、「首長、議員の任期<sup>(10)</sup>は4年で選挙権を得る前に、確実に選挙を見守ることができる」からと説明されている<sup>(11)</sup>。

この政治判断能力説は、あくまでも「外国人」としての参政権のあり方を論じたものである。しかし、基準としては曖昧な点が多く、公職選挙法以外の何らかの準拠法が示される必要があるようにも思われる。

### 帰化資格準拠説

第2に、帰化資格準拠説に基づき、定住外国人の国民に準ずる地位の根拠を国籍法に求める議論が日本では、注目されている。国籍法5条1項1号の原則的な帰化条件である「引き続き5年以上日本に住所を有すること」を一応の基準として、国民と同程度の日本社会との結びつきを有する外国人の地方参政権を認める見解がある<sup>(12)</sup>。また「日本国民であった者の子」(同6条1号)、「日本で生まれた者」(同2号)および「日本国民の配偶者」(同7条)などは「3年」の継続居住で帰化資格を取得することに着目する意見もある<sup>(13)</sup>。もちろん、これらの論者も、いわゆる在日韓国・朝鮮人

および中国・台湾人の地方参政権を問題としている。ただし、これに限らず、「日本に居住して3年(国籍法上、帰化の最短年数)以上の者で、生活の基盤が日本にあって納税の義務を果たしているその他の外国人」にも地方参政権を承認する<sup>(14)</sup>。一方、ドイツでは、1990年の法改正までは、帰化に必要な滞在期間は、10年であったのが、今日、最短8年となっている<sup>(15)</sup>。しかし、10年を主張していた見解はまれである<sup>(16)</sup>。他方、オランダでは、北欧諸国にならって3年を主張する積極派と消極派との妥協の産物として、帰化に必要な5年の滞在期間に準拠した<sup>(17)</sup>。

この帰化資格準拠説は、「国民」に引きつけて定住外国人を想定することになる。しかし、たとえば、学位を取得するために来て、取得後は本国に帰る留学生が、かりに5年間日本に滞在しても、「国民」と擬制するのは、不合理なように思われる。また、帰化が原則5年であるのに対し、(日本人または永住者の配偶者や子でなければ)、20年の滞在を永住資格要件とする実務にも問題がある。そこで、在留許可の更新に際し、法務大臣の裁量に基づく不安定な地位にある定住外国人を除くか、永住制度の見直しが必要と思われる。

### 永住資格要件説

第3に、永住資格要件説は、永住意思を有する者が決定に対する政治的責任を国民とともに引き受けることに着目する。この点、ドイツでは、事実上の永住権とでも呼ぶべき無期限の滞在権に関する国内法規に根拠を求める議論が有力であった。1965年の外国人法8条により、「少なくとも5年以上、合法的に滞在し、ドイツ連邦共和国における経済および社会生活に順応してきた外国人は、滞在権(Aufenthaltsberechtigung)としての滞在許可を与えられうる」<sup>(18)</sup>。そこで、この滞在権を根拠として、「5年」の定

住が責任ある政治活動には必要であるとする見解がある<sup>(19)</sup>。というのも、安定した滞在権の資格をもたなければ、外国人官庁 (Ausländerbehörde) が、気に入らない外国人の選挙人や議員の滞在許可の更新を拒否する誘惑にかられかねないからである<sup>(20)</sup>。このように、外国人の地方参政権の行使を行政裁量に依存させることは、法治国家思想からも問題があり、自由選挙の原則と議員の独立という憲法上の要請にも反するといわれている<sup>(21)</sup>。もっとも、当時の外国人法 8 条は「できる (kann)」という規定であった。そして、1978年の外国人法 8 条に関する行政規則 4 a 条により、「ドイツ連邦共和国における経済および社会生活に順応し、とりわけ、ドイツ語の十分な知識を有する外国人は、原則として (in der Regel) <sup>(22)</sup>、8 年の合法的な滞在のあとに、請求に基づき、滞在権が与えられるべきである (ist...zu erteilen)<sup>(23)</sup>」。そこで、8 年の滞在を要件とする見解もある<sup>(24)</sup>。実際、1989 年にシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州が定住外国人の地方参政権を認める法改正をしたときには、滞在権を有し、8 年以上合法的に滞在する者を想定していたのである<sup>(25)</sup>。

日本でも、通説を代表する論者において、永住資格を有する者を定住外国人と呼ぶ狭義の用法がある<sup>(26)</sup>。さらに、この永住資格要件説は、外国人と国民との中間的ステータスである「永住市民 (denizen)」が、参政権や社会権その他の「永住市民権 (denizenship)」を手にする、新しい市民権の構想の広がりをもつ。日本国憲法 11 条および 97 条の「将来の国民」として永住市民の人権保障が要請される射程の解明が今後の課題であろう<sup>(27)</sup>。永住資格を有する者が欧州各国の地方議会や欧州議会の参政権を認められているのに限らず、ニュージーランドでは、国会の選挙権も、国籍に関わらず、「永住者 (permanent resident)」に認めている<sup>(28)</sup>。この永住市民権に基づく参政権の要請が、従来の国民国家における民主主義のジレンマを解決す



る手段として、各国で部分的に具体化されつつある。

- (1) 拙稿「『国民』と『住民』の参政権をめぐるヨーロッパと日本の比較研究—外国人の地方参政権の導入は憲法改正か法律改正か?—」九州産業大学商経論叢35巻2号(1994)261頁以下。
- (2) D. Breer, op. cit., p.136.
- (3) S. Niedermeyer-Krauß, Kommunalwahlrecht für Ausländer und Erleichterung der Einbürgerung, 1989, pp.97-102の整理によれば、最低滞在期間は、当該議席の期間ではなく、国語の習熟、安定した滞在権の地位、文化圏への積極的編入、多重投票権の危険を考慮している。
- (4) J. Henkel, op. cit., p.115.
- (5) T. Hammar, Det första invandrarvalet, 1979, p.40.
- (6) J. Henkel, op. cit., p.115によれば、被選挙権は4年とされている。
- (7) N. Bernsdorff, Problem der Ausländerintegration in verfassungsrechtlicher Sicht, 1986, p.144によれば、国家の基本秩序への信奉の確認も必要とされる。
- (8) S. Niedermeyer-Krauß, op. cit., p.100.
- (9) スウェーデンやオランダで見られるように、外国人の参政権は、少数者政策の延長線上に位置づけられるべきであろう。たとえば、民族語教育などの異質な文化の自由な選択が保障される一方で、国民と外国人との社会的な平等と協働に仕えるべく、参政権が志向されているのである。SOU 1984: 11, pp. 59-60; H. Entzinger, Das Ausländerwahlrecht: Erfahrungen in den Niederlanden, in; H. Keskin (ed.), Menschen ohne Rechte? Einwanderungspolitik und Kommunalwahlrecht in Europa, 1984, pp.57-58.
- (10) 欧州統合に伴い、EU加盟国間の国民の地方参政権の相互承認に際して、最長でも、当該公職の任期までとし、被選挙権はその2倍を越えてはならないという指令も、この説と発想を同じくするように思われる。Bulletin of the EC, Supplement 2/88, p.33-34.
- (11) 岡崎勝彦「定住外国人に地方参政権を一いま政策法務がおもしろい—法改正求め島根からの発信」法学セミナー482号(1995)8頁。
- (12) 大沼保昭「『外国人の人権』論再構成の試み」法学協会編『法学協会百周年記念論文集 第二巻』(東京大学出版会, 1983)385頁。
- (13) 萩野芳夫, 前掲書, 85頁。
- (14) 徐龍達「定住外国人の地方参政権」同編, 前掲書, 5—6頁。
- (15) Ausländergesetz § 27, in: W. Kanein / G. Renner, Ausländerrecht Kommentar, 6th ed. 1993, p.298.
- (16) しかも、かつての廃案となったベルギーの法案に依拠するものであった。P.

Kevenhörster, *Ausländische Arbeitnehmer im politischen System der Bundesrepublik*, 1974, p.68.

(17) C. A. Croenendijk, *op. cit.*, pp.48, 50.

(18) 経済生活への順応とは、独立生計を営む能力要件であり、政治生活への順応とは、刑法などに違反しないことに加えて、ドイツ語の十分な能力を必要とし、外国人官庁は、公共の利益に合致するかについて大幅な裁量を有する。W. Kanein, *Ausländergesetz*, 3 ed 1980, pp.98-101.

(19) H. Rolvering, *op. cit.*, p.111.

(20) D. Breer, *op. cit.*, 137.

(21) H. Rittstieg, *op. cit.*, 66-68; S. Niedermeyer-Krauβ, *op. cit.*, p.99.

(22) W. Kanein, *op. cit.*, p.104 では「原則として (grundsätzlich)」と注釈されている。

(23) W. Kanein, *op. cit.*, p.98. なお, S.Niedermeyer-Krauβ, *op. cit.*, p.99 では「べきである (soll)」と説明されている。

(24) S. Niedermeyer-Krauβ, *op. cit.*, pp.97, 100.

(25) なお, この法律は, 1990年の連邦憲法裁判所の違憲判決により, 失効している。

BVerfGE 83, 37. また, 外国人法も1990年に改正され, 5年の滞在で「無期限滞在許可」, 8年で「滞在権」を獲得する旨が定められている。加えて, 今日, EU市民は, 永住資格を付与されている。

(26) 芦部信喜『憲法学II人権総論』(有斐閣, 1994) 130頁。

(27) 拙稿「外国人と国民の中間的ステイタスに基づく参政権—「市民権をもつ永住者 (denizen)」の出現—」九州産業大学商経論叢35巻3号(1995) 185頁以下。

(28) 18歳以上の国民と永住者であって, ニュージーランドに1年以上, 当該選挙区に1カ月以上生活していることを要件としている。New Zealand Official Yearbook 94, Statistics New Zealand, p.23. なお, 選挙権については, 1993年選挙法74条に定められているが, 被選挙権については, 同47条により, 国民または1975年8月22日に選挙民として登録されている者(英国臣民)に限られている。

## おわりに

「一国の人権状況は, 外国人の人権保障の実態に象徴される」という見識がある<sup>(1)</sup>。従来, 人権の発展の歴史においては, 後進的とされてきた北辺の

国が、外国人の参政権の問題の震源地となりうることは、どう考えたらよいのであろうか。後進性が逆に新しい社会に適応する先進性を生み出す土壌をはぐくんでいるのであろうか。ここに人権の到達度を数量評価するという無謀な研究がある<sup>(2)</sup>。そこでは、人権のトップランナーと目されてきたアメリカやフランスが日本よりは、上位にあるものの、北欧諸国やオランダよりも下位にランクされている事実がある。

かつて、19世紀の半ばまで、賃金生活者は、参政権から排除されており、20世紀になって、はじめて女性の参政権が認められた<sup>(3)</sup>。そして、いまや、普通選挙の原則が外国人の参政権を要請するという考えも登場する<sup>(4)</sup>。外国人には、社会権が先に承認され、あとから政治的権利が承認される。人権の発展史の順番が変わる理由は、社会権が福祉国家の基礎をなし、参政権は国家との結びつきがより緊密であると考えられてきたからとされる<sup>(5)</sup>。

いまのところ、人権としての外国人の参政権を弁証する体系だった研究はみられない。人権を自然権として位置づけ、市民の権利は国民主権の問題であり、人権論とは切り離して考えるべきであるとする固定観念を一度取り除いて、新たな理論的説明がどの国でいかなる形でなされるのか、今後も、注目していきたいものである。とはいえ、一般に、外国人の参政権の制約法理は、国民主権原理との関係で説明されるのであるならば、次稿では、国民主権と民主主義について考察する必要があるだろう。

(1) 萩野芳夫「外国人の人権保障のあり方について」法と民主主義269号（1992）16頁。

(2) C. Humana, World Human Rights Guide, 3rd ed. 1992, xvii—xix

(3) いまだ、独立国家ではないニュージーランドが、アメリカの2州を除いて、最も早く1893年に婦人選挙権を認めている。ただし、先住民族のマオリは別の議会をつくっており、女性の被選挙権は1919年である。そこで、財産、宗教、皮膚の色、または性別に基づく参政権の差別の撤廃が実現したのは、ノルウェー1913年、デンマ

ーク1917—18年, スウェーデン1918—21年, イギリス1928年, アメリカ1965年 (裁判所の判決により, 人種差別が実効的に終結する) とある。A. Norton, *International Handbook of Local and Regional Government*, 1994, p.10. 日本の婦人参政権の導入は, 1946年であり, フランスは1945年である。

- (4) H. Rittstiegl, *Kommunales Wahlrecht für Ausländer*, *KritV* 1987, pp.318-319; W. Roters, in: I.v. Münch, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol.2, 2nd ed. 1983, art. 28 no.27; H.-J. Papier, *Verfassungsfragen des kommunalen Ausländerwahlrecht*, in: *KritV* 1987, p.313.
- (5) T. Hammar, *Democracy and the Nation State*, 1990, p.55.