HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランスにおける国籍制度と国民概念（１）　－その歴史的考察－
Author(s)	館田, 晶子
Citation	北大法学論集, 55(4), 87-122
Issue Date	2004-11-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15313
Type	departmental bulletin paper
File Information	55(4)_p87-122.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

フランスにおける国籍制度と国民概念（一）

――その歴史的考察――

館田晶子

目次

序章
第一節　憲法学にとっての国民概念
第一款　外国人の人権論と国民概念
第二款　権利性質説と国籍

a. 出入国の権利
b. 社会権
c. 経済的権利
d. 表現の自由
e. 政治的権利
第三款　定住外国人論
第四款　憲法学と国籍研究
第二節　国籍制度の諸相
第一款　国籍法制と憲法
第二款　国籍得喪に関する原則
a. 国内管轄事項
b. 国籍唯一の原則
c. 国籍自由の原則
第三款　我が国の国籍法制
第三節　外国人の人権論と国籍
第一款　二つのベクトル
第二款　本稿の対象
第一章　革命前夜からナポレオン民法典へ　－フランス国籍法成立期－
第二章　一九世紀　－加重的出生地主義の採用から出生地主義へ－
第三章　二〇世紀以降　－国籍法制と国民概念－
終章

（以上本号）

序章

第一節　憲法学にとっての国民概念

第一款　外国人の人権論と国民概念

憲法学にとって「国民」とは何かという問題は、外国人の人権享有主体性をめぐる議論を契機に、近年盛んに論じられるようになってきた。

伝統的な理解によれば、「国民とは」という問いに対する答えは、その問いの発せられた局面によって、大まかに次の三つのように説明される。すなわち、①国家構成要素としての国民または個人としての国民、②主権者としての国民または主権の主体としての国民、③国家機関としての国民または有権者団としての国民、である(1)。これら三つの国民の意味の関係は、次のように言いあらわすことができよう。すなわち、「国家の構成員である個々の国民」の総体が「主権の担い手としての国民」であり、また個々の国民のうち国家の意思形成に参加する制度上の資格を有する（すなわち選挙に関与する資格を有する）者が、「機関として行動する国民」である(2)、と。そしてこのうち、国家の構成要素である国民が通常、国籍保持者としての国民であり、日本国憲法第一〇条の定める意味の国民であるとされている。憲法第一〇条は「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」としており、これを承けた法律すわなち国籍法が、国民たる要件を定める。このためか、憲法の教科書等においても通常は、国家の構成員としての国民とは当該国家の国籍を有する者である、と説明され、続いて国籍法の定める国籍取得要件が紹介されることが多い。

このような国民概念の理解を前提にして、日本国憲法上の、とりわけ外国人の人権享有主体性が語られるとき、国籍の有無をどう評価するかは憲法解釈上重要である。実際、日本国憲法第三章に定められる「国民の権利」にいう「国民」が国籍を持つ者としての「国民」を意味するか否かは訴訟においても争点となっており、憲法が「国民」という文言を用いているにもかかわらず、憲法上の人権享有主体は国籍を持つ者に限定されないとされている。すなわち、日本国憲法上の人権諸規定は「権利の性質上日本国民のみをその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べきものと解すべき」[3]とする、権利性質説である。学説も同様に、憲法上の「国民」が必ずしも厳密に国籍を有する者を意味するわけではないとして、権利性質説を支持している。

しかしこのことは、「国民」概念自体が国籍によらないことを意味するものでは勿論ない。権利性質説は憲法上の人権規定が国民にのみ保障されるものか否かという観点から解釈論を展開するのであるが、これは、国民ではない者にも憲法上の人権共有主体性を認めることが可能かを論じるものであって、少なくとも当初は、憲法上の国民が国籍保持者のみを意味するのか否かという点については自覚的に論じられていたわけではなかった。

第二款　権利性質説と国籍

我が国では、周知のように、旧植民地出身者であるいわゆる在日韓国／朝鮮／台湾人（比較的近年になって主に就労を目的として来日した外国人をニューカマーと呼ぶのに対し、オールドカマーとも呼ばれる）の法的地位や人権保障の問題が深刻なものとして存在しており、外国人の人権の問題は、これら在日外国人による運動や訴訟を契機に顕在化してきた。具体的には、外国人登録制度における指紋押捺、外国人登録証携帯義務、社会保障受給権、再入国、政治参加

の権利などが法的問題として俎上に乗せられてきた。また、これらの問題は、外国人労働者の流入と滞在の長期化に伴って、いわゆるニューカマーにも該当する問題となってきている。

外国人の人権共有主体性を論じる際に、国民の定義そのものを問う必要があると認識されるようになったのは、外国人の参政権を求める動きが盛んになったことを一つの大きな契機としている。主権的権利であるがゆえに排他的であるとされた参政権の権利共有主体性の有無を判断する前提として、これまで自明のものとされてきた国籍と国民主権との関係を改めて検討する必要が出てきたからである。

外国人に「権利の性質上」制限されるものとして挙げられる人権[4]としては、これまで、出入国の権利、社会権、表現の自由、経済的権利、政治的権利などが挙げられ、検討が加えられてきた。これらの諸論を眺めると、そこには共通する理由付けが見られる。以下、簡単に確認しておきたい。

a、出入国の権利

外国人の出入国に関する制度設計は国際慣習法上国家の裁量事項とされているが、出国に関しては、基本的には自由が保障されているとされる[5]。しかし、入国の自由は原則として認められないとするのが通説である[6]。我が国の判例においても、マクリーン事件最高裁判決[7]が「憲法上、外国人は、我が国に入国する自由を保障されているものでない」と述べるなど、消極に解されている。学説も同様に、外国人の入国の自由は憲法上保障されているわけではないとするのが通説であるが、これに対しては、基本的には外国人の入国の自由も認め、「国家の独立と安全を侵すかあるいは公序良俗に反する現実かつ明白なおそれがある外国人の入国を拒否すれば足りる」とするものも見られる[8]。もっとも、これらの学説の対立に関しては、「外国人の入国の憲法上の自由を否定する見解によっても、有効な旅券に査証を受け、在留

資格を有する外国人が出入国管理令（現・出入国管理及び難民認定法：筆者）五条に定める上陸拒否事由に該当しないときは、上陸許可が与えられなければならないのであり、他方、肯定説も、現行の入国規制を公共の福祉のためにする必要な人権の規制と解するのであれば、両説の実質的差異はほとんどないといえよう」との指摘もある。(9)

外国人の入国には新規入国と再入国の二つの場合があり得るが、たびたび問題となってきたのは、我が国に適法に在留（居住）している者が一時的に海外渡航する場合の再入国許可についてである。この点判例は、下級審ではあるが東京高裁昭和四三年の在日朝鮮人祝賀団事件控訴審判決(10)が、憲法第二二条により認められるべき海外旅行の自由から、外国人の再入国の自由を積極的に導き出していた。しかし昭和五七年一〇月、法務省入国管理局によって、外登法改正を機に指紋押捺拒否者に対して原則として再入国の許可を与えないという「行政方針」(11)が打ち出され、最高裁においても、指紋押捺拒否者に対する再入国不許可処分の適否が争われた森川キャサリーン事件(12)に見るように、新規入国と再入国とを区別せず、新規入国の場合と同様の論理で外国人の再入国の自由が否定された。これら判例の動向に対し、学説は、再入国の許可に際しての法務大臣の広範な自由裁量を否定し、一定の制約に服さしめるべきであるとするものが多く見られる。たとえば、憲法第二二条の海外渡航の自由が外国人にも保障されることから再入国の権利を導き出すものがある一方(13)、憲法第九八条を根拠に国際人権規約などの規定から、外国人の再入国に対する国家の裁量を限定的に解するものもある。これには、国際人権規約B規約第一二条第四項にいう「自国に戻る権利」を「定住国」を含むものと解して、永住者についてはこの権利が憲法第九八条第二項を媒介にして外国人にも保障されているとするもの(14)と、国際慣習法上、再入国は新規入国と同様に憲法上の権利の問題たり得ないが、新規入国とは事情を異にしており、また在留外国人にも様々のタイプがあるため特別の配慮を加える必要があり、法務大臣の広範な自由裁量は認められないとするもの(15)がある。もっとも、両者は外国人の再入国を権利として認めるか否かで異なるが、結論としてはそれほどの違いはない。

いずれにしても、再入国の自由については、これがすべての在留外国人に認められるのではなく、永住者を含む定住外国人など特定の外国人についてのみ認められるべきであるとする点では共通している。しかし、先に見たように、原則として入国の自由は外国人にはないとする結論は、通説・判例ともに認めているところである。外国人の入国を国家が管理するのは、国家の利益や安全を維持することがその大きな理由と言える。国家に加えられるおそれのある外的脅威を警戒し、その危険を避けるために、あらかじめ国家への立ち入りの制限を広く認めておくのである。言い換えれば、国家が自らを安定的に保存するために外的脅威を排除し対外的独立を維持する手段のひとつとしての機能が想定されており、それゆえに国家の裁量に専ら委ねられているということであろう。従って、外国人への入国の自由の制限は、国家の主権的権利に基づく権限として認められる、外国人に対する制約であると言うことができよう。

b．社会権

社会権とりわけ生存権について見ると、従来はこれが後国家的権利であり「まず各人の所属する国家によって保障されるべき権利」[16]であるという「権利の性質」から、外国人に当然に保障されるものではないとされてきた。判例は、塩見訴訟最高裁判決[17]が生存権を立法裁量の範囲内とし、外国人の生存権享受を正面から扱うことはなかった。しかし、一九七〇年代後半以降の国際人権規約の批准および難民条約への参加[18]や塩見訴訟をはじめとする外国人の生存権に関わる訴訟を契機に議論が進展し[19]、現在の学説は、三つに大別することができる[20]。

第一説は、従来の通説の立場であり、社会権はまず各人の所属する国によって保障されるべき権利であって、当然に外国によっても保障されるものではないとするもの[21]である。この立場からすれば、社会権を実現する各種法制度に国籍要件を設けるか否かは、立法府の広い裁量に委ねられることになり、外国人を制度の対象から排除しても直ちに違憲の

問題となるわけではない。

第二説は、社会権は第一次的には各人の所属する国によって保障されるべき権利で、合理的な理由があれば「国民」にそれを享受する優先権を認めることも許されるが、立法政策によって社会権の保障を外国人に及ぼすことは社会権の性質に矛盾するものではなく、むしろ望ましいものであるとするもの[22]である。この立場は、生活の実態を考慮せず国籍の有無のみによって一律に社会権共有主体から外国人を排除することについてはこれを是としない点で、第一説よりは外国人の権利を広く認めているようであるが、たとえば外国人を社会保障制度から排除するがごとき政策がとられたときに合憲違憲の判断をいかにすべきかについては必ずしも明らかではなく、第一説との違いは相対的である。

第三説は、外国人にも基本的には社会権は保障されるとする点で、上述の二つの説とは一線を画している。すなわち、社会権については国籍を基準とするのではなく「社会構成員性」を基準とすべきであり、外国人にも基本的に保障されるとするものである[23]。この説は、旧植民地出身者の人権享有主体性を論ずる中で、少なくとも日本社会で生活を営み日本国民と同一の法的・社会的負担を担っている外国人にも、社会権の保障は認められるべきであると主張し、注目された[24]。更に近年では、外国人労働者の社会保障問題を論じる中で、生存権・社会保障権は国家以前に存在する社会連帯関係に基礎を置いており人類普遍的な性格を有するものであること、国際人権規約A規約およびB規約の内外人平等待遇の実現を図る国際的義務があることから、外国人の在留資格や入国の正規・不正規を問わずすべての外国人に生存権・社会保障権が保障されなければならないと主張するものもある[25]。いずれにせよ第三説は、長期に渡って日本に居住し社会に定着しているという在留外国人の実態を重視しており、これを根拠に、社会権を「権利の性質上」認めるべきであると説く。

このような学説や訴訟の動向および難民条約への加入に伴い、かねてから批判を受けていた社会保障関連法令におけ

る国籍要件はその多くが削除され、現在では多くの社会保障制度が外国人に対しても適用されるようになっている。[26] もっとも、このように立法的解決によって外国人にも社会保障制度が適用されるようになったとはいえ、このことがただちに外国人にも社会権が憲法上の権利として保障されるようになったことを意味するわけではない。[27] 更に、国籍要件の撤廃によって少なくとも合法的に日本に滞在する外国人の社会権の問題が事実上解決されたことで、外国人の社会権の問題は現在、不正規滞在者への社会保障制度適用の可否に関心が移っており、なお「権利の性質」が問われ続けている。

一般に社会保障制度の運用においては、不正規滞在者は対象者から除外され、正規滞在者のみを対象とする対応がとられるのが普通である。不正規滞在者への国民健康保険制度の適用が争われたいくつかの下級審判決の中には、不正規滞在者であっても国民健康保険法第五条にいう「住所を有する」と認める場合も存するとして国民健康保険被保険者の資格を認めたものもあるが、[28] 最高裁は、不正規滞在者の人権享有主体性を認めるものの、[29] 社会保障制度については在留資格を有する者のみを対象とするのが原則であるとしている。[30] [31] [32]

以上の立法や判例を見ると、社会権に関する内外人平等は制度的に解決が図られてきており、その点では進展が見られる。しかしこれらはあくまでも在留許可制度を前提としたものであって、在留資格を持たない不正規滞在者については、前述の地裁の例を除けば、権利保障の対象外という立場が取られている。[33] 先に見たように、出入国に関わる制度設計については、国際法上、国家の主権的裁量事項とされており、ここでも権利享有主体性を否定する根拠となっているのである。

c．経済的権利

外国人に対する経済的権利の制限には、職業又は営業の制限と財産権の制限とがある。

外国人がその職に就くことを禁じている立法には、たとえば、資格に国籍要件を設けているものとして公証人法（公証人）、水先法（水先人）、電波法（無線局の許可）、有線テレビジョン放送法（有線テレビ放送施設の許可）などがある。[34]また、外国銀行支店、外国船舶、外国国籍の航空機なども、その営業について様々な規制を受けている。また、財産権に関しても、外国人土地法、特許法、鉱業法、船舶法、航空法などにより外国人の権利享有が制限されている。

そもそも経済的権利は、通説によれば二重の基準論に従って広範な立法府の裁量が認められる分野であるが、内外人平等の原則から、これらの制限が特に外国人にのみ課せられることについては合理的な理由が必要であることが指摘されており、[35]また、これらの規制が違憲の疑いのあることも指摘されている。[36]

経済的権利がこのように制限されているのは、これら制限されている事柄が、公的性格を有する職務に関わるもの、国家の安全保障や社会公共の重要な利益の維持に関わるもの、国民共有の財産と言うべき資源に関わるものなどであることが理由として挙げられている。[37]従ってここでも、安全保障上の問題や権利ないし職業の公的性質（国民主権原理につながる）が外国人の権利享有を制限する理由に関与していることが伺われる。後述のように、公務就任権への制限を職業選択の自由への制限として見る場合であっても、その制限は国民主権原理が理由として挙げられることになる。

d．表現の自由

精神的自由たる表現の自由は、原則として外国人にも保障されるが、外国人の表現の自由が問題となりうるのは、政治的表現の場合である。後述の参政権の場合と同様、政治が専ら国民自身によって選択決定されるべき性質の事柄であることが、ここでは強調されることになる。マクリーン事件最高裁判決[38]は、「我が国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き」外国人には政治的

活動の自由が保障されるとして、政治的表現又は政治活動が外国人に対しては制限される可能性があることを認めている。学説も、参政権的機能を果たすような政治活動や表現については外国人には保障されないとするものが通説的見解とされているが[39]、他方で、精神的自由たる政治的表現の自由や政治的活動の自由の参政権的機能を強調する通説・判例の理解を批判して、政治的表現ではあっても外国人に保障されるべきであるとする論者も多い[40]。

マクリーン事件に見る政治的表現の制限は、表現を直接に禁ずるのではなく、表現を行ったことにより在留資格制度上の不利益を与えるというかたちでの間接的な制約である。しかし、間接的であっても萎縮効果を生むのであれば権利制限に当たることは疑いの余地はない。ここでも政治的表現への制約は国民主権原理によって説明され、このことを在留資格更新拒否の理由とすることも国家の持つ出入国管理制度についての広い裁量権によって説明されている。

e．政治的権利

外国人の政治的権利に関しては、国民主権原理を錦の御旗として否定されてきたが、やはり訴訟等でその是非が争われてきた。具体的には、参政権や公務就任権が問題となる。

参政権に関しては、判例では、永住資格を有する外国人が参議院議員選挙に投票できなかったことに対する国家賠償を求めた平成五年の国政選挙権請求訴訟最高裁判決[41]、平成七年に永住者たる地位を有する在日韓国人らが選挙人名簿不登録処分に対する異議申立却下決定取消を求めた地方選挙権請求訴訟最高裁判決[42]が、それぞれ選挙権について判断している。前者が、国政選挙権については国民主権原理に照らし、権利の性質上日本国民のみをその対象としていることが明らかであって権利の保障は外国人には及ばないとしたのに対し、後者は、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るものではないと解するのが相当である」として、立法による地方選挙権付与の可能

性を示し、注目を集めた。

学説は、外国人の参政権を多かれ少なかれ積極に解する見解が有力であるが、その内容にはいくつかのバリエーションがある。すなわち、最高裁判決と同様、外国人の選挙権につき国政選挙権と地方選挙権それぞれが異なる「性質」を持つと解しこの二つの選挙権を区別する見解と、国政選挙権と地方選挙権は権利の性質として異なるところがないとして両者を区別しない見解とが対立し、更に、そのような性質を有する選挙権を外国人に付与することについて、憲法がこれを要請しているか許容しているか禁止しているかの組み合わせによって、説が分かれる。このうち有力説と言えるのは、最高裁と同じ立場である地方選挙権許容・国政選挙権禁止説である。[43] しかし、地方選挙と国政選挙を区別して考えるべきではないとする立場からは、地方選挙権・国政選挙権共に許容されているとする全面許容説[44]や、地方選挙権・国政選挙権共に要請されているとする全面要請説[45]もみられる。[46] これらのうち許容説や要請説は、外国人が日本社会に定着していることを多かれ少なかれ根拠に挙げており、選挙権という「権利の性質上」外国人は権利享有から必ずしも排除されないことを主張する。

公務就任権については従来、「公権力の行使又は公の意思の形成への参画」に携わるような職種については日本国籍を有することを必要とするという「当然の法理」によって、外国人の公務員への就任は実務上制限されてきた。しかし、平成九年の東京都外国人公務員管理職選考受験資格訴訟東京高裁判決[47]は、外国人には憲法上、公務員に就任する権利が保障されているとは言えないが、国民主権の原理に反しない程度において就任することは憲法上禁止されていないと判示した上で、外国人が管理職公務員に就任する可能性を肯定した。[48] このような判例の動向に対して学説では、上記のような「当然の法理」は余りにも広汎かつ抽象的に過ぎるとして批判するものが多く、[49] 外国人に対し「主権又は統治権を直接行使する職務」については就任から排除しうる[50]ことを前提に、その範囲を明確化することが試みられている。すな

わち、外国人は、公権力の発動として人民に対する命令強制を内容とするような職務を行う職、統治的作用に直接関係又は関与する公務員、国家機密を扱う地位や国政の重要問題につき決定を下すことのできるような地位、等には就くことができないとされ、具体的な職名としては（経済的自由で触れた職種と若干重複するが）、国会議員、国務大臣、各省次官・局長、都道府県知事、外交官、自衛官、裁判官、検察官などの職種が挙げられている。[51] 公務就任権は政治的権利の問題ではなく職業選択の自由の問題として検討されるべきであるとの見解もあるが、[52] その場合も前述のように、制約が認められる根拠としてその職業の公的性質が挙げられる。

政治的権利は、国民主権原理に基づき国民に政治参加の実効的な機会を与えるものであるという「権利の性質」から、ストレートに外国人には（多かれ少なかれ）制限されると結論づけられることが多い。国民主権原理は、国民との関係では政治参加の確保という積極的側面を持つが、その反面、対外的独立という観点からは国民以外の者が国家運営をはじめとする公的分野に関与することを排除するという意味合いも持ち、外国人の人権共有主体性が問題となる場合には、後者の側面が強調されることになるのである。

以上見たように、外国人の人権享有主体性が問題となる人権をそれぞれ眺めると、外国人が享有を制限される「権利の性質」とは、主権的性質および安全保障体制との抵触の可能性の二つに収斂される。これらを根拠に、外国人への権利制限は平等原則における例外としての合理的区別であるとされ、あるいは権利制限に関する裁量の範囲が広く解されるのである。

第三款　定住外国人論

外国人への人権共有主体性の制限は、国民主権原理および国家の安全保障と結びついた外国人管理法制への広い裁量権を根拠に語られる。とりわけ後者は、外国人を国家にとって異質な存在であることを前提にして管理の対象とするものであり、従って、管理の必要のあることが前提となっていることになる。

前款に見たように、権利性質説が通説・判例とはいえ、学説の中には、従来の権利性質説を激しく批判するものが少なくない。これらの学説の論調からも明らかなように、従来の権利性質説に対する批判は、現実には様々な在留形態を持ちそれに伴って我が国との関係の強度も様々である外国人を、ひとくくりにして論じることへの疑問から始まったと言える。

外国人と一口に言っても我が国における在留形態は様々である。そのような現状をふまえた上で、一時的にしか日本にいない外国人と、人生の大半（場合によってはすべて）を日本で送る外国人とを同列に論じるのではなく、外国人を我が国との密着度によって類型化し、我が国との密着度がより高いものについては日本国民に準じた権利保障をすべきだという主張から、一九七〇年代に定住外国人論（または外国人類型論）が登場した[53]。定住外国人論においては、一般に「日本社会に生活の本拠をもち、その生活実態において自己の国籍国をも含む他のいかなる国にもまして日本と深く結びついており、その点では日本に居住する日本国民と同等の立場にあるが、日本国籍を有しない者[54]」を「定住外国人[55]」と定義し、その上で在留外国人を①定住外国人、②難民、③一般外国人の三種類に分類して、それぞれに保障されるべき権利・自由の範囲と程度を具体的に考えることが必要であると説く。この議論は、いわば従来暗黙の前提とされてきた国民・外国人二分論を見直し、「国籍を持つ・持たない」ということ以外に権利保障の基準を見いだそうとするものである。権利性質説が「いかなる人権がどの程度保障されるか」を問題にしたのに対して、定住外国人論においては「いかなる者にどの程度保障されるか」という、享有主体そのものの属性がまず問題とされる。このような定住外国

人論は権利性質説と別個のものではなく、権利性質説を補強するものとして登場したのであり、権利性質説に定住外国人論が加味されることによって、外国人の人権論は、より緻密で立体的な構造を持つに至ったものと評価できよう。現在の学説はほとんどがこの定住外国人論を前提とし、従来権利の性質上外国人には保障されないとされてきた権利であっても、定住外国人には保障されるべきであるとか、憲法上保障されるとまでは言えないまでも保障するのが望ましいなど、よりあつい権利保障を求めるようになってきている。

外国人の人権論において主権的権利および出入国管理制度に抵触する権利が頑なに制限される傾向にあることは確認した。問題となる権利が国民主権／国家主権と関連を持てば持つほど、国籍の有無が権利享有主体性に及ぼす影響は強くなる。このことは、外国人の人権共有主体性の議論にとって、主権の担い手としての性質と国籍との関連性が本質的な問題であることを示している。そうだとすれば、主権的性質を持つ権利／権限との関連の故に国籍を持たない者には権利享有主体性は認められないと冷淡に割り切るのではなく、そもそもいかなる個人が主権的権利の担い手であるべきかという議論が不可避であるように思われる。外国人の人権共有主体性に関わる運動や訴訟の過程で、定住外国人論が提唱され、そこから、国籍を持たない者であっても主権的権利の担い手となりうるという主張にみられるような国籍を相対化する議論が登場しているのも、このような問題意識の中から生まれてきたものである。

第四款　憲法学と国籍研究

このように、従来「国籍を持たない者」として控除説的かつ一義的に解されていた外国人の定義が定住外国人論により揺らぐことによって、国籍により国民と外国人を絶対的に分かつことの正当性、更に言えば、国民を定義づけるもの

としての国籍の機能と制度としての妥当性が、検討される必要が増していると言える。外国人の人権論における定住外国人論の登場は、「外国人とは何か」という外国人の人権論にとっては先決的な問題を、改めて定義しようという試みに他ならず、それはとりもなおさず、「国民とは何か」という問いを当然に内包するものだからである。

従来国籍は国際私法の一分野に分類され、私権享有の前提として位置づけられることが多かった。実際、各国憲法は、国籍の要件を法律事項とする旨の規定を民事的権利の法律への授権と並列して定めるものも多く、またフランスのように、国籍の得喪に関する規定が民法（身分法）に盛り込まれている場合も珍しくない。このような位置づけから、国籍に関しては従来、憲法学からは十分なアプローチがなされてきたとは言えなかった。しかし、国家にとって国民がその中核的要素であることは疑う余地がなく、国民概念が重大な関心事であることもまた、同様である。このことは、外国人の人権論が憲法学において盛んに論じられるようになって以来、多くの論者によって指摘されてきた。[56] 憲法学においても、国民たる要件としての国籍研究の必要性が説かれるに至っており、[57] また近時は、国籍そのものについて憲法学の立場から本格的に研究をすすめたものも見られる。

そこで次節では、国籍法制と憲法学との関係について簡単に整理してみたい。

第二節　国籍制度の諸相

第一款　国籍法制と憲法

日本国憲法第一〇条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と規定する。そして、ここにいう「日本国民

たる要件」がすなわち国籍であり、この第一〇条を承けて国籍法が国籍得喪の要件を定める。つまり、「誰を国民とするか」について憲法は法律に授権しており、実定法上は「いかなる要件を満たすときに国籍を付与するか」という問題としてたち現れることになる。

国民の要件を定めることは、比較法的に見ても法律事項とする国が多い。多くの国の憲法は、文言の違いはあれ、国籍（あるいは市民権）の要件を法律事項とする明文の規定を置いている。例えば、ドイツやフランスは、立法事項を列挙する条文中に国籍を挙げている[58]。また、スペイン、ベルギー、スェーデン、ポーランド、ロシアなどは、日本国憲法に類似した、国民もしくは国籍の要件を法律で定める旨の規定を置く[59]。これに対し、フィリピン、ブラジル、インドなどは、憲法の中に、多くの国では通常は法律で定められるような詳細な国籍取得要件を書き込んでいる[60]。

国籍要件を法律事項とすることについて、日本ではどのように評価されているのであろうか。

父系優先血統主義を定めていた改正前国籍法の合憲性が争われた東京地裁昭和五六年三月三〇日判決[61]は、「国民たる資格の決定の問題は、国家構成の基本に関するものとして、本来、国の最上位法たる憲法をもって規定すべき事項であ」るとし、憲法第一〇条が上述のような前提に立った上で「その内容の具体化を法律に委任したものであ」るとしている。学説においても、「国籍の得喪に関する事項は時勢の必要に応じて改正する必要性が生ずることが想定され、改正困難な憲法典中に該事項に関する立ち入った規定を設けることが適当かどうかは問題のあるところ」であるとする見解が一般的であり[62]、実定法上国籍を法律事項とすることについては異論がないものと思われる。

もっとも、国籍法制は当然ながら、「単に技術的な観点から自国の構成員たる者の範囲を量的に確定するものなどではありえない[63]」と指摘されるように、専ら国家の構成員を確定する技術としての意味合いしか持たないわけではない。実定法上の国籍制度には、当該国家が自らかくあろうとする国家像から導かれる、観念的なものとしての国民像が前提

としてあり、国籍法制はその範囲を具体化するものであろう。国籍制度の持つ技術性とは、観念的国民像に合致するものであることを推定するためのいくつかの要件にほかならない。

次に、国籍制度が制度としてこれまで精緻化させてきた技術的側面とそれを支える原理原則とはいかなるものであったかを確認する。

第二款　国籍得喪に関する原則

国際法上、国籍の得喪に関してはいくつかの原則がある。ここでは、国内管轄事項の原則、国籍唯一（単一）の原則、国籍自由の原則の三点を取り上げる。

a．国内管轄事項

まず、国籍の得喪に関する規則は、国内管轄事項であることが挙げられる。誰を国民とするかについては、すべての国で同一の基準によることはありえず、歴史や伝統、社会状況など諸般の要因によって左右されやすいものであるので、国によって異ならざるをえないという事情があるためと説明される(64)。このことは国際条約でも確認されており、例えば一九三〇年の「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約」いわゆる国籍法抵触条約（又はハーグ国籍条約(65)）第一条は「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」と定めている。

国籍法制が、国家がいかなる者を自らの構成員とするかを定めるものである以上、国内管轄事項であることは、国家の主権的権限として当然に認められるものであろう。ただしこの権限も、条約等によって拘束されることは認められて

いる。[66] 特定の国家同士が条約によって互いの国籍の得喪について合意をもつことは珍しくない。また、後述の「国籍自由の原則」との関連で、個人への国籍の強制や合理的理由のない剥奪などは許されず、その限りで国家の権限は制約を受けることになる。

b. 国籍唯一の原則

国籍唯一の原則は国籍の抵触を避けるべきとするもので、「人は必ず国籍をもち、かつ、唯一の国籍をもつべきである」とし、無国籍を防止するとともに重国籍をも望ましくないものとする原則である。各国の国籍法制がそれぞれ異なる国籍取得要件を定めていることに鑑みれば、国籍の抵触を完全に防ぐことは現実として不可能であるが、最大限これを防止すべきであるという理想を謳うのが国籍唯一の原則である。[67]

国籍とは国家の構成員を言う、という伝統的理解からすれば、無国籍はすなわちいずれの国家の構成員でもないことを意味する。憲法上／民法上の権利、とりわけ国民のみに認められる権利など様々な権利享有の前提として、あるいは外交的保護を求める基礎として、当該国家の国籍を有することが要件とされていることから、個人の権利保障を確保する意味で、無国籍の防止が主張されることになる。ここから、国籍をもつ権利（国籍権、国籍取得権などと言われる）が導き出される。条約においても、世界人権宣言第一五条が「すべて人は、国籍を持つ権利を有する」とし、また、自由権規約第二四条第三項や子どもの人権条約第七条第一項において、子どもの国籍取得権が謳われている。「国籍を持つ権利」がいかなる性質や内容を持つ人権と言えるかについては検討を要するところであるが、[68] 国籍を持つ権利を人権としてとらえる場合には、国籍それ自体に権利が付随しているというのではなく、国籍が現実に果たす機能によって、つまり実定法上権利の享有が国籍を要件としているという事実によって国籍を持つ権利が人権概念に取り込まれること

になると指摘するものもある。(69)

また、重国籍についてはその弊害として、兵役義務などの国民としての義務の重複、外交的保護をどこに求めるかの問題、戦時における忠誠の問題などがしばしば挙げられる。(70) 国際法上も、一九六三年のヨーロッパ評議会による「重国籍の場合の減少及び重国籍の場合の兵役義務に関する条約」(71)が、重国籍の防止を唱っている。しかし重国籍に関して言えば、近年ではこれを必ずしも望ましくないものとはしない傾向にある。ヨーロッパ評議会で一九九七年に採択された「国籍に関するヨーロッパ条約」(72)は、それまでの国籍条約が無国籍および重国籍の両方を望ましくないものとする立場であったのに対し、重国籍については中立の立場に立っており、更に一定の場合には重国籍を容認すべきことを定めている。

このように重国籍に寛容になってきた理由としては、国際法・国内法における重国籍防止規定にも関わらず事実上重国籍が多く発生していること、人の移動が容易かつ頻繁になった結果、一国への忠誠の概念は大幅に変化したこと、(73)などが挙げられる。

c．国籍自由の原則

更にもう一つの原則として、国籍自由の原則（または国籍非強制の原則）が挙げられる。つまり、国籍の得喪に関して個人の自由意思を尊重すべきであるとする原則である。これは、一九世紀半ば頃までみられた永久忠誠の原則(74)により、国籍変更が認められなかったことと対照的である。一九世紀半ばにアメリカが国籍離脱の権利を議会で宣言したことをきっかけにヨーロッパ各国が国籍離脱の権利を認めるようになったことから、国籍離脱や国籍変更の自由が国籍立法に関する原則のひとつに挙げられるようになったとされる。(75)

もっとも、国籍の得喪には「一定の限られた場合においてのみ、個人の意思が関係してくるにすぎない」のであり、「そういう場合において、個人の意思を尊重することが国籍法制上の要請である」と限定的に解するか[76]、それにとどまらず、個人の権利としての国籍離脱／変更／選択の権利をも射程に取り込みうるものであるかは、見解が分かれよう。人権としての国籍取得がたびたび言及される今日では、後者の立場が強く主張されている。

第三款　我が国の国籍法制

以上の原則をふまえた上で、次に、日本の国籍法制がどのように設計されているかを確認しておきたい。

まず、憲法第一〇条は国籍の得喪を法律に委ねているが、それが立法府の無制約な自由裁量にかかるものでないことは当然であり、憲法の定める諸規定に反しないものでなければならないことは言うまでもない。先に見た東京地裁昭和五六年判決[77]においても、本来憲法で定めるべき事項についてその具体化を法律に委任したのであり、「右立法による具体化にあたっては、憲法の各条項及びそれらを支える基本原理に従いこれと調和するように定めるべきことを要求しているものと解すべきである」としている。我が国の国籍法は、かつて父系優先血統主義を採用していたことから憲法第一四条の平等原則違反が問題とされており、この昭和五六年判決もこの点についての立法府の裁量が問題となったケースであった。この東京地裁昭和五六年判決と、その控訴審である東京高裁昭和五七年六月二三日判決[78]では、出生の時に父が日本国民であったときには子は日本国籍を取得するが、母のみが日本国民であった場合には父が知れない場合または無国籍の場合にのみ日本国籍を取得するとしていた国籍法を、合憲と判断した。しかしこの判決に対しては、立法裁量を広く認めすぎるものであるとの批判が学説からは多く寄せられた。その後、女性差別撤廃条約の国内発効に先立つ

昭和五九年にこの規定は改正され、現在では父母両系主義が採用されている。

次に、血統主義と出生地主義のいずれを採用するかについてである。言うまでもなく、血統主義とは出生した場所にかかわらず親の国籍を子に与えることを言い、出生地主義とは出生した国の国籍を出生した者に与えることを言う、国籍の生来取得の方法である。血統主義・出生地主義いずれにも長短があり、一方に徹底すると不可避的に国籍の抵触を生むことになるため、各国の国籍法制を見ても、いずれかを原則としつつもう一方を補完的に用いるといった形で、両方を併用するのが一般的である。とはいえ、原則をどちらに定めるかは国籍法制上なお重要な問題である。出生による国籍取得の要件を定める国籍法第二条は、出生の時に父又は母が日本国民であるとき、また出生前に死亡した父が死亡の時に日本国民であったときには子は日本国民であるとして、原則として血統主義を採用した。そして、同条第三項で父母がともに知れないときまたは無国籍のときには日本で生まれた場合に日本国民とすると定め、例外として出生地主義を認めている。つまり、いかなる者を日本国民とするかという国民の構成の原則を、日本国民としての血統の連続性に求めているわけである。このように、出生による国籍取得について出生地主義・血統主義のいずれを原則とするかによって、その国家の国民構成が定まることになる。

更に、国籍唯一の原則との関係では、国籍の抵触すなわち無国籍と重国籍の防止を意図した規定が問題となる。国籍法上の無国籍防止規定としては、まず、「父母がともに知れないとき」の出生地主義を採用した第二条第三項の規定がある。この規定に関するリーディングケースであるアンデレ事件[79]で、最高裁は、国籍法第二条第三項の規定が無国籍防止を意図したものであることを認めた上で、「父母がともに知れない」という要件は「父及び母のいずれもが特定されないときをいい、ある者が父又は母である可能性が高くても、これを特定するには至らないときも、右の要件に当たるものと解すべきであ」り、それは「ある者が父又は母である可能性が高いというだけでは、なおその者の国籍を前提と

して子の国籍を定めることはできず、その者が特定されて初めて、その者の国籍に基づいて子の国籍を決定することができるからである」とした。

重国籍に関しては、日本の国籍法は基本的にこれを認めていない。帰化は元の国籍の喪失を要件としており（第五条）、日本国民が外国の国内法上当然にその国の国籍をも有するに至った場合には、二二歳に達する前かまたは二年以内に、国籍の選択をすべきことを定めている（第一四条）。しかし前述の通り、国際的には次第に重国籍を認める方向に向かいつつある。我が国でも、外国人への人権保障の一つの解決策として、重国籍の広い容認を主張するものがある。そこでは、権利性質説を前提として外国人への権利保障の限界を認め（つまり国籍を持たなければ享受し得ない人権の存在を認め）、さらに元の国籍の放棄を促すことの不当性も認識した上で、元の国籍を維持したまま日本国籍の取得を認めることで、権利の享受を促すべきであると主張される。(80)

日本国憲法第二二条第二項の定める国籍離脱の自由は、国籍自由の原則を条文化したものであるとされる。外国人の人権論との関連でいえば、この個人の意思を尊重することを旨とする国籍自由の原則が、国籍の離脱だけではなく国籍選択権や国籍保持の意思の尊重まで射程に含みうるかが問題となりえよう。日本的な問題に引きつければ、旧植民地出身者およびその子孫である定住外国人は、国籍法第六条および第八条によって帰化要件が緩和されているにもかかわらず日本国籍を取得しない選択をした者たちである。このような彼らの選択について、国籍によって自己のアイデンティティに対する権利ないし利益が保障されてきたのではないかという指摘がなされており、これを「少数民族の権利」ないしそれに類するものとしてとらえうるとする見解がある。(81) 国籍選択の自由とアイデンティティとの関係については別途検討を要するであろうが、我が国における外国人の人権論が主として、上述のような帰化要件を満たしていながら帰化しない者の人権問題を契機に注目され議論が深化してきたことには、留意する必要がある。

第三節　外国人の人権論と国籍

第一款　二つのベクトル

以上、我が国の外国人の人権論および国籍法制について、簡単に確認してきた。これらをふまえると、現在、外国人の人権論に関する議論の方向には、大きく二つのベクトルがあるように思われる。

一つは、一定の外国人に対し、外国人の身分のまま、享有する権利を可能な限り拡大していこうという方向である。伝統的な外国人の人権論は、この枠内で議論されてきた。この議論が現在、定住外国人という概念の登場により、外国人と国民との区別の相対化、言うなれば国籍の相対化を説く学説をもたらすに至っていることは、すでに見たとおりである。国籍を国家構成員性の絶対的要件とはせず、国籍と主権的権利を直結させない立場である。外国人の選挙権に関して、国民と生活の実態がほとんど変わらずただ国籍を持たないという一点のみで異なっているような者には国政選挙権までも認めるべきである、と説く学説はこの典型であろう(82)。この主張は、国籍によって国民の範囲が確定されるのではなく、先に国民がいてそれに事後的に国籍が付与されたのである、という考え方に基礎を置いている(83)。ここでは、国籍と国民との関係についての従来の理解に疑義が呈されていることになる。このような主張に触発されて、学説から国民と国籍との関係を歴史的に検証する必要が指摘され(84)、憲法学において国籍研究が注目されるひとつの契機となったことは、先に述べたとおりである。国籍が国民としての権利を享有する資格としての機能を持ち得ないとすれば、国籍制度をとることに一体いかなる意味があるのかが検証されなければならないであろう(85)。

二つ目のベクトルは、国籍保持者としての「国民」のいわば間口を広くすることにより、権利保障を確保しようとす

るものである。[86] ここでは、現行国籍法制度の適否が問題とされる。具体的には、出生地主義を採用することによる在留外国人二世への生来的な国籍付与の拡大、帰化の要件の簡易化、重国籍の容認などが主張される。国籍＝国民の資格という定式を受け入れた上で、いかなる者に国籍が与えられるかが検討されることになるわけだが、そのためには、あるべき国民像についての議論が不可欠となろう。一つには、原理的な意味での「国民とは何か」を問う視点がある一方で、二つに、制度としての国籍法においていかなる者が「国民」とされているか、また、されるべきかが明らかにされなければならない。

これら二つのベクトルは、二者択一者的なものではない。しかし、近時の外国人の人権をめぐる（とりわけ政治部門の）議論の中には、国籍を持たない以上一定の権利が保障されないことはやむなしと考え、現状を肯定した上で、専ら国籍取得要件を緩和することにより問題の解決を図ろうとするものが見られる。このような動きは例えば、外国人への地方参政権付与を容認した最高裁平成七年判決以降、外国人に地方参政権を付与することを目的とした法案が野党により国会に提出されたことに対抗し、代替案として与党自民党の中から浮上してきた議論に見ることができる。[87]

しかし、これら二つの方向性は、外国人の人権保障にとっては互いに深く関連性を有するものであり、相互補完的なものであるべきだろう。

第二款　本稿の対象

我が国での外国人の人権論は、基本的には外国人に認められる権利を拡大する方向で発展してきた。しかもその過程で、外国人と国民との区別の相対化により、単なる人権共有主体性論にはとどまらない、国家の枠組みに関わる議論に

まで発展する可能性を含んでいる。権利性質説は、当該権利が国民にのみ留保され外国人には必ずしも保障されない「性質」を持つことを合理的理由とともに説かなければならないが、このことは、国民と外国人が「性質上」異なることを証明することにほかならず、究極的には、国民とはいかなる存在かという、近代国民国家が所与としてきたことを改めて検証することにつながるからである。外国人の人権論が国籍を論じる方向に進化してきたのは、必然と言えよう。

本稿の関心は、国家によって人権が保障されるべき「国民の性質」と、必ずしも人権の保障が確保されないとされる「外国人の性質」とを知ることにある。「権利の性質上」外国人に一定の権利が制限されるならば、国民と外国人との決定的な違いが示されなくてはならないだろう。最終的にそれが国籍の有無に還元されるとすれば、国籍の違いをその根拠とする正当な理由が示される必要がある。

国籍が果たして、人権享有主体としての外国人の範囲を確定するにあたって決定的なメルクマールとなりうるかは、繰り返し述べたように、近時の外国人の人権論からは疑問が投げかけられている。国籍が国内管轄事項であり、国籍法に定められた要件によって憲法上の人権享有主体の範囲が左右されるという立場から見れば、国籍によって識別される国民とは、当該国家が権利を保障すべき範囲として引き受けた者であると言うこともできる。しかし国籍付与の要件は、必ずしもそのような観点からのみ定められてきたわけではなく、むしろ、たぶんにその時々の政策的な観点から決せられている場合が多い。それでもなお、あるいはそうであるからこそ、国籍がいかなる者に与えられてきたのか、つまり国家が制度としていかなる者を国民としてきたのかについて歴史的に検証することは重要であろう。それは、国家はいかなる者を外国人として、権利享有主体から排除してきたかを知ることでもある。

本稿では、近代国民国家および国民主権の母国とされているフランスの経験を手がかりに、外国人と国民との異同が如何に認識されてきたかを歴史的に検証したい。

革命期の諸憲法は自らの中にフランス人たる資格を定める規定を置いていた。このフランス人たる資格についての規定はその後ナポレオン民法典に引き継がれたが、その制定過程においては、民事的権利の享有主体としての国民をいかに確定するかについて、激しい議論が交わされている。その後もフランスではナポレオン民法典の時代から現在までに数度の国籍法の大改正を経ており、そのたびに大きな争点となってきたのが、外国人たる親からフランス国内で出生した子の国籍をどのように扱うかという点であった。現行のフランス一九五八年憲法第三四条はその第二条第二号で国籍が法律事項であることを定めているが[88]、周知のようにフランスはアルジェリアをはじめとする旧植民地出身者が多く国内に居住しており、彼らは世代を重ねてフランス国内に定住している。また近隣諸国からの移民も多く、EU域内の自由移動が実現した今日では、その数はますます増えていくことが予想される。彼ら移民二世・三世のフランスへの統合と国籍の問題は現在でも重要な関心事であり、特にアルジェリア人については、国籍法においても特例が設けられるなど慎重な扱いがなされている。更に国籍と権利享有主体性との関係では、一九九二年のマーストリヒト条約批准に伴う域内外国人の地方選挙への参加制度の導入をめぐって、選挙権などを含む市民権と国籍との異同が議論の対象となり、国籍の意味を問い直す動きがみられた。

このような状況をふまえた上で、本稿は以下、フランスにおける外国人と国民との異同を確かめる作業として、国籍制度の変遷を検証する。フランスの国籍法の歴史を振り返ってみると、その特徴によっていくつかの時期に区分することが可能である。一九九八年の国籍法改正に先立って提出されたWeilを座長とする国籍法・移民法研究委員会[89]の報告書[90]は、国籍法に定められたフランス国民となる要件の変遷を、そこで採用される原則に従って大きく三つの段階に分けている。すなわち、大革命期を含むそれ以前の出生地主義の時代、ナポレオン民法典から一八八九年国籍法までの血統主義の時代、そして一八八九年以降の出生地主義の時代、である[91]。本稿も、この区分に倣ってフランス国籍法史を追っ

ていくこととする。ここではさしあたり、大革命期以降を考察の対象とする。(92) 第一章では大革命期からナポレオン民法典における国籍法制の完成に至るまでの議論と制度内容を検証する。第二章では、一九世紀に移民の子孫に対してフランス国籍を与える意図で導入された加重的生地主義の採用を中心に扱う。第三章では、一九九〇年代の国籍法改正時に国民とは何かが大いに議論された、その経緯を見る。

この過程では主に、血統主義と出生地主義という二つの原則に着目しながら、生来の国籍がいかなる者にいかなる理由で与えられてきたかを中心に見ていくことになろう。帰化制度も後天的に外国人を国民と認定する手続であるから、何を以て国民とするかが端的に現れるものであるとも言えるが、帰化は言うなれば国民となることを望む者が自らの意思で自己が国民となる旨を積極的に選択する手続でもある。しかし、多くの場合自己が積極的に選択したのではないにも関わらず、国民たる資格を有しそれに付随する権利を享受することになる生来取得の場合は、国家の側による国民の選択的確定といった面がより強く現れるであろう。従って、生来の国籍取得をいかに制度化しているかは、その国が自国民をいかなる存在として定義しているかを如実に表現するものであると思われる。この点フランスでは、先に述べたように、外国人たる親からフランスで生まれた子の国籍をめぐって、国籍法の改正が重ねられてきた。この制度の変遷の中から、フランスがいかなる者をいかなる理由で自国民としてきたかが明らかになろう。従って本稿では、フランスで生まれた外国人の子に関して国籍法がいかに対応してきたかを中心に見ていくこととする。

（1）佐藤幸治『憲法［第三版］』（青林書院・一九九七）九〇～九一頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣・一九九七）一〇五～一〇六頁以下、伊藤正己『憲法第三版』（弘文堂・一九九七）一〇一～一〇二頁など。初宿正典『憲法2基本権』（成文堂・一九九七）一三九頁は、このことを「国民の地位の重層性」という言葉で表現している。

（2）このような説明は、本来、これまでの主権や選挙権の性質をめぐる議論をふまえた上で行うべきであり、その意味ではいささか乱暴な整理ではある。しかし本稿ではこの点に立ち入らず、右のような一般的理解を提示するにとどめたい。

（3）マクリーン事件最高裁判決、最高裁大法廷昭和五三年一〇月四日判決・民集三二巻七号一二二三頁・判時九〇三号三頁。

（4）芦部・前掲書（1）一二九頁以下は、社会権、政治的権利、出入国の権利を「保障されない人権」の問題、経済的権利および表現の自由を「保障される人権の限界」の問題として一応の区別をしているが、多くの学説はこれらを総じて「制限される人権」としている。

（5）申恵丰「外国人の人権」国際法学会［編］『日本と国際法の一〇〇年第四巻　人権』（三省堂・二〇〇一）一六一頁など。

（6）芦部信喜編『憲法・人権（2）』（有斐閣・一九八一）三一頁（中村睦男執筆）、横田耕一・判時一二〇六号（一九八六）一五二頁［判評三三三号一四頁］など。

（7）前掲註（3）。

（8）作間忠雄「外国人の基本的人権」ジュリ増刊『憲法の争点（新版）』（一九八五）七一頁。

（9）阿部照哉・判時九一九号（一九七九）一四七頁［判評二四三号一七頁］。

（10）東京高裁昭和四三年一二月一八日判決、判時五四二号三四頁。なお、本判決の上告審である最高裁昭和四五年一〇月一六日判決・民集二四巻一一号一五一二頁・判時六〇七号一四頁は、不許可処分取消の判決を求める訴えの利益が消滅したとして実体判断をしなかったため、再入国の自由についての最高裁の見解はこのときには示されなかった。

（11）神長勲「再入国不許可処分における裁量」青山法学論集三二巻三・四号四四～四五頁参照。

（12）最高裁平成四年一一月一六日第一小法廷判決・集民一六六号五七五頁。

（13）山下威士「外国人の再入国の権利」ジュリ別冊『憲法判例百選Ⅰ［第四版］』（二〇〇〇）一五頁、小高剛「出入国管理における法務大臣の裁量権の問題点」ジュリ四八三号（一九七一）三二頁、横田・前掲論文（6）一五二頁［一四頁］など。

（14）芹田健太郎『永住者の権利』（信山社・一九九一）二三一頁。

（15）佐藤・前掲書（1）四一八頁、芦部・前掲書（1）一四一～一四三頁。

（16）宮沢俊義『憲法2（新版）』有斐閣（一九七四）二四二頁。

(17) 最高裁平成元年三月二日第一小法廷判決・判時一三六三号六八頁。
(18) 日本は、一九七九年に国際人権規約を批准し、また一九八一年には難民の地位に関する条約に加入している。
(19) 塩見訴訟第一審判決（大阪地裁昭和五五年一〇月二九日判決・判時九八五号五〇頁）があったのは、まさに上述の国際条約の批准・参加がなされた時期である。なお、控訴審判決は大阪高裁昭和五九年一二月一九日判決・判時一一四五号三頁。
(20) 中村睦男「外国人の生存権・社会保障健の権利主体性」社会保障五号（一九九〇）六五～六六頁など参照。
(21) 宮沢・前掲書（16）二四二頁など。
(22) 芦部・前掲書（1）一三七頁など。
(23) 小川政亮『家族・国籍・社会保障』勁草書房（一九六四）一九一～一九二頁、同「社会保障権・差別事由・最後の障壁・国籍」社会事業の諸問題（日本社会事業大学紀要）二四号（一九七八）二一九頁、中村・前掲論文（20）六六～六七頁。
(24) 大沼保昭『単一民族社会の神話を超えて』（東信堂・一九九三）二三七～二四〇頁、萩野芳夫『基本的人権の研究』（法律文化社・一九八〇）二五二頁など。
(25) 高藤昭「外国人に対する生活保護法の適用について―ゴドウィン訴訟第一審判決を契機として―」社会労働研究四二巻三号（一九九五）二七～三〇頁。
(26) ただし、第三説のうちニューカマー問題を念頭に置いた学説は、むしろ、立法的解決がなされたのちも社会保障制度から排除された不正規滞在者の社会権問題に対応する中から主張されてきたものである。この点に関する判例の動きについては後述参照。
(27) たとえば、立法府が国籍要件の復活を試みることがあれば、外国人の社会権共有主体性が再び正面から取り上げられることとなるであろう。
(28) 東京地裁平成七年九月二七日判決・判時一五六二号四一頁は、「国民健康保険制度の持つ相互扶助及び社会連帯の精神からすると」、「法的には、わが国社会の構成員となることを拒否されている」不法入国した外国人は国保制度の対象者となることは国保法の予定するところではないとしたが、その後の東京地裁平成一〇年七月一六日判決・判時一六四九号三頁は、「在留資格のない外国人であっても、居住関係を中心とした客観的生活状況及びその者の定住意思から、我が国に住所

があると認めるべき場合も存するというべきである」として、不正規滞在者の「住所」を認めた。もっとも、平成一〇年判決は、平成七年判決が不正規在留者の被保険者資格を否定する根拠の一つに挙げた「相互扶助及び社会連帯の精神」については特に検討することなく、専ら国保法上の住所の有無に限定して検討し、結論を導き出している。また、横浜地裁平成一三年一月二六日判決・判時一七六一号六三頁も、平成一〇年判決とほぼ同様の結論である。

なお、平成七年判決および平成一〇年判決はいずれも控訴されたが、当事者たる不正規在留者が訴訟係属中に在留特別許可を受けて正規滞在者となり、訴えの利益が消滅したとしていずれも訴訟が終了している。不法滞在者の社会保障に関する訴訟は、同様の経緯をたどることが多い。

(29) 前註平成一三年判決の控訴審である平成一四年東京高裁判決は、外国人の日本国内での地位について、「日本国内で自由に生活し活動することを国に要求する権利を保障されているわけでもなく、ただ、入管法所定の入国許可を受け、同法に基づく外国人在留制度の枠内において、その許容された期間と活動の範囲内でのみ、日本国内において生活し活動することが許されているものにすぎない」として、外国人の活動範囲が入管法制の枠内に限定されていることを明言している。東京高裁平成一四年二月六日判決・判時一七九一号六三頁。

(30) 不法在留者人身保護請求事件、最高裁昭和二五年一二月二八日第二小法廷判決・民集四巻一二号六八三頁。「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者と雖もこれを有するものと認むべきである」と述べている。

(31) 不法入国者原爆医療費訴訟、最高裁昭和五三年三月三〇日第一小法廷判決・判時八八六号三頁。「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、我が国に適法な居住関係を有する外国人のみを対象者とすることが一応の原則である」と述べる。但し、本件で問題となった原爆医療法は、社会保障法であると同時に原爆被害者の救済を図るための実質的な国家補償的趣旨を持つ制度であることから、法の趣旨にてらして不正規滞在者にも適用されるとした。

(32) 最高裁平成一三年九月二五日第三小法廷判決・判時一七六八号四七頁は、従来の社会権についての広い立法裁量を認める立場から、不正規滞在者を生活保護法の対象としないことは平等原則に反しないとしている。

(33) 外国人の法的地位と権利享有が入管法制によって限定されていることは、学説からもつとに指摘されているところである。たとえば、安念潤司「『外国人の人権』再考」芦部古希『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣・一九九三）一六三頁以

下。

(34) 外国銀行支店は、支店又は代理店ごとに金融再生委員会の免許を受け、一定の場合には届け出をなさなければならないなど、制約を受けている（銀行法第四七条以下）。外国船舶の場合も、主務大臣の特許を受けている場合を除き不開港寄港や沿岸貿易に従事することが禁じられている（船舶法第三条）。外国国籍の航空機も、様々な運用が運輸大臣の許可を得ない限り禁じられている（航空法第一二六条以下）。

(35) 芦部・前掲書（1）一五五頁。

(36) 同右、大沼・前掲書（24）二三四頁、後藤光男「外国人の人権」ジュリ増刊『憲法の争点［第三版］』（一九九九）六五頁など。

(37) 芦部・前掲書（1）一五五頁。

(38) 前掲註（3）。

(39) 芦部・前掲書（1）一五二頁、佐藤・前掲書（1）四二二頁、萩野芳夫『判例研究外国人の人権－国籍・出入国・在留・戦後補償－』（明石書店・一九九六）一八一頁など。

(40) 奥平康弘『憲法　憲法が保障する権利』（有斐閣・一九九三）六九～七一頁、浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社・二〇〇〇）五七頁、大沼・前掲書（24）二一六～二一七頁など。

(41) 最高裁平成五年二月二六日第二小法廷判決・判時一四五二号三七頁。

(42) 最高裁平成七年二月二八日第三小法廷判決・民集四九巻二号六三九頁・判時一五二三号四九頁。

(43) 芦部・前掲書（1）一三二～一三三頁、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法　第三版』（有斐閣・二〇〇一）二一一～二一二頁（中村執筆）、佐藤・前掲書（1）四二〇頁、樋口陽一『憲法改訂版』（創文社・一九九八）一七九～一八〇頁、長尾一紘『外国人の参政権』（世界思想社・二〇〇〇）四頁など。

(44) 奥平・前掲書（40）六一頁など。

(45) 浦部・前掲書（40）五八～六〇頁、同五〇七～五〇八頁、近藤敦『「外国人」の参政権－デニズンシップの比較研究』（明石書店・一九九六）二六九頁以下、辻村みよ子『憲法第二版』（日本評論社・二〇〇〇）一六六頁など。

(46) 学説の整理については、近藤・前掲書（45）二五九頁以下、長尾・前掲書（43）三頁、辻村・前掲書（45）一六五～一

六六頁参照。

(47) 東京高裁平成九年一一月二六日判決・判時一六二九号三〇頁。

(48) 本判決では、外国人が就任することのできる職種の公務員については、これへの就任について憲法上の職業選択の自由と平等原則規定の保障が及ぶとしており、この部分の判示との整合性について検討が必要なように思われる。拙稿「公法判例研究」北法五〇巻一号（一九九九）一六五頁参照。

(49) 大沼・前掲書（24）二三〇頁、芦部・前掲書（1）一三四頁、根森健「『外国人の人権』論はいま」法教一八三（一九九五）四六頁、西浦公「自治体管理職選考における国籍条項」ジュリ臨増『平成九年度重要判例解説』（一九九六）九頁。

(50) 岡崎勝彦「外国人の公務就任権」ジュリ一一〇一号（一九九六）三九頁。

(51) 田中二郎『新版行政法中巻全訂第二版』（弘文堂・一九七六）二四六頁、芹田・前掲書（14）三〇〇頁、萩野芳夫「外国人の法的地位」公法研究四三号（一九八一）四〇頁、大沼・前掲書（24）二三一頁、岡崎・前掲書（50）四〇頁など。拙稿・前掲論文（48）一七四～一七五頁参照。

(52) 相澤直子・法政研究第六四巻二号（一九九七）四一三頁（前掲註（47）事件評釈）、初宿正典『憲法2基本権』（成文堂・一九九六）三六三頁、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂・一九九三）一九七頁など。また、拙稿・前掲論文（48）参照。

(53) この議論は、昭和五〇年代半ば（一九七〇年代後半）頃から見られるようになった。「定住外国人」の語は、提唱者である徐龍達教授の造語であるという。徐龍達編『定住外国人の地方参政権』（日本評論社・一九九二）六頁参照。

(54) 大沼・前掲書（24）二〇四頁。

(55) 定住外国人という語は、法令上の用語ではない。具体的にどのような法的地位にある者を指すかについては、論者によって若干の違いがあるものの、概ね入管法、入管特別法および入管特例法上の永住者が含まれると説かれている（芦部・前掲書（1）一三〇頁など）。また、大沼・前掲書（24）二〇四頁は、これに加えて①日本で生まれた外国人で出生後基本的に日本国内で育ち生活している者、②かつて永住資格ないしそれと同視し得る法的地位にあったが、本質的に日本における生活実態とはかかわりない事由により右の地位を否認された者、③日本に一定期間（五年を一応の基準とする）在住して生活を営んでいる者も、定住外国人に該当するとしている。

(56) たとえば柳井健一「憲法学における国籍研究の意義・試論」早稲田大学大学院法研論集八〇号（一九九七）二六一頁（の

ちに同著『イギリス近代国籍法史研究－憲法学・国民国家・帝国』（日本評論社・二〇〇四）十三頁以下所収）、山内敏弘「外国人の人権と国籍の再検討」国際人権八号（一九九七）二頁、門田孝「憲法における『国籍』の意義」憲法問題九号（一九九八）一一五頁。

(57) この分野での先駆的業績として、光信一宏「フランス旧体制下の外国人の法的地位に関する覚書－『内国人』、『外国人』、『国籍』－」愛媛法学会雑誌二三巻二号（一九九六）七九頁、柳井・前掲書（56）、高佐智美『アメリカにおける市民権－歴史に揺らぐ「国民」概念－』（勁草書房・二〇〇三）、佐藤潤一『日本国憲法における「国民」概念の限界と「市民」概念の可能性－「外国人法制」の憲法的統制に向けて』（専修大学出版局・二〇〇四）などがある。

(58) ドイツ連邦共和国基本法七三条二号、フランス共和国憲法三四条二項。オーストリア連邦憲法も、十一条（連邦の立法事項と邦の執行事項の競合）一項一号に「国民の資格」を挙げている。

(59) スペイン憲法十一条、ベルギー国憲法八条、スウェーデン憲法八章二条、ポーランド共和国憲法三四条、ロシア連邦憲法六条。

(60) フィリピン共和国憲法四条（第一節～第五節）、ブラジル連邦共和国憲法十二条、インド憲法五条～十一条。なお、以上の各国憲法条文については、阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集〔第二版〕』（有信堂・一九九八）を参照した。

(61) 東京地裁昭和五六年三月三〇日判決・判時九九六号二三頁。

(62) 樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『注解日本国憲法上巻』（青林書院・一九八四）二〇九頁（佐藤幸治執筆）。

(63) 柳井健一・前掲書（56）二三～二四頁。

(64) 江川英文＝山田鐐一＝早田芳郎『国籍法〔第三版〕』（有斐閣・一九九七）一六頁。

(65) Convention on certain questions relating to the conflict of nationality laws. 日本は、署名しているが批准はしていない。主要国でも批准している国は多くはない。

(66) 江川＝山田＝早田・前掲書（64）一七頁。

(67) 同右、一九頁。

(68) 芹田・前掲書（14）一〇〇～一〇一頁は、「今日では人権としての国籍という考え方が定着しているとみることができるであろう」としている。

(69) 奥田安弘「国際人権法における国籍取得権」高見勝利編『人権論の新展開』（北海道大学図書刊行会・一九九九）一〇〇頁。門田・前掲論文（56）一二三頁も、「個人の権利としてここで問題になっているのは、国籍そのものではなく、従来『国籍』によって保障されてきた権利ないし利益である」としている。

(70) 江川＝山田＝早田・前掲書（64）一二一～一二三頁。

(71) Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality and on Military Obligations in Cases of Multiple Nationality.

(72) European Convention on Nationality, European Treaty Series/166. 奥田安弘＝館田晶子「一九九七年のヨーロッパ国籍条約」北法五〇巻五号（二〇〇〇）一二〇七頁以下に紹介がある。

(73) 奥田＝館田・同右、一二二六頁参照。

(74) 封建的属地主義に由来するという。江川＝山田＝早田・前掲書（64）二〇頁参照。ただし現実としては、人口政策や兵役従事者確保などの政策的判断もあったと思われる。この点については、のちに詳述する。

(75) 江川＝山田＝早田・前掲書（64）二〇～二一頁、高佐・前掲書（57）一四八～一五一頁。

(76) 江川＝山田＝早田・前掲書（64）二一頁。

(77) 前掲註（61）。

(78) 東京高裁昭和五七年六月二三日判決・判時一〇四五－七八。

(79) 最高裁平成七年一月二七日第二小法廷判決・民集四九巻一号五六頁・判時一五二〇号三二頁・判タ八七二号七八頁。

(80) 山内・前掲論文（56）六頁。近藤敦『外国人参政権と国籍』明石書店（一九九六）一七八頁以下では重国籍のメリットとデメリットを検討している。なお、芹田・前掲書（14）一〇四頁以下も参照。

(81) 門田・前掲論文（56）一二四～一二五頁。

(82) 浦部法穂教授の所論に代表される。浦部・前掲書（40）五八～六〇頁、同五〇七～五〇八頁。

(83) 同右、四七七～四八八頁。また、門田・前掲論文（56）一二六頁は、国籍の国内管轄の原則に関連して、「憲法の理念からすれば、国家が構成員を決めるのではなく、逆に、構成員がいて国家が定まると考えるべきなのである。それでは、その場合、いかにして構成員が決まるかといえば、共同体に恒常的に所属しているという端的な事実に求めるしかないであろう」と述べる。

(84) 光信一宏「フランス一七九三年憲法と外国人の選挙権」愛媛二四巻一号（一九九七）六七頁。
(85) 門田・前掲論文（56）一二六頁は「国家統治における『国籍』の意義は、統治の安定のための法技術以上のものではない、というほかないのではないだろうか」と述べるが、それに続いて、国家の前に構成員がいると考える場合にも、だからといって「国籍」が全く不必要というわけではないと述べる。
(86) 山内・前掲論文（56）六頁など。
(87) 例えば、毎日新聞二〇〇一年（平成一三年）二月八日朝刊、同四月二〇日朝刊参照。
(88) この規定の射程につき Luchaire は、国籍法は国籍の効果まで定めることはできないとして、憲法第三四条の射程は国籍の得喪に関してのみであるとしている。一定の職業に対する国籍要件など国籍による権利の制限については、憲法の他の条文から導かれるべきものとする。F. Luchaire, «Les fondements constitutionnels du droit civil», Rev. Trim. dr. civ., 1982, p.287-288.
(89) Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration. 学識経験者・裁判官など一一名からなる。
(90) P. Weil, Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration: rapports au Premier ministre, La documentation française, 1997. 国籍法に関する部分 Des conditions d'application du principe du droit du sol pour l'attribution de la nationalité française と、移民法に関する部分 Pour une politique de l'immigration juste et efficase の二部構成となっている。林瑞枝「フランスの入国・滞在管理法令の現在②」時の法令一五五八号（一九九七）五一～五四頁参照。
(91) ibid., p.13-14. 但し、いずれの時代も純粋な出生地主義・血統主義を採用していたわけではなく、他方の性質を加味した制度をとっていたことは言うまでもない。
(92) 革命期以前のアンシャン・レジーム下での外国人の法的地位に関しては、光信・前掲論文（57）がある。

※本稿は、平成一二年度・一三年度文部科学省科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果に基づく、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇一年六月二九日授与）の一部に補筆したものである。