



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日本側主報告 日本における外国人 ―憲法の観点から―
Author(s)	常本, 照樹; TSUNEMOTO, Teruki
Citation	北大法学論集, 46(6), 290-311
Issue Date	1996-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15649
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(6)_p290-311.pdf



日本側
主報告

日本における外国人——憲法の観点から

常
本
照
樹

一 外国人の法的地位

A 憲法上の地位——人権保障の根拠

1 人権の本質

フランス憲法とは異なり、日本国憲法には外国人の人権に関する規定は存在しないが、憲法の基本原理である「個人の尊重」原理に照らし、在留外国人にも日本国憲法の人権保障はおよぼするのが通説の立場であり、判例も、早くから「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いえどもこれを有する」⁽¹⁾ことを確認している。

2 憲法の国際主義

人権の本質とともに外国人の人権主体性を基礎づけるのが、憲法が前文および九八条二項で宣明する国際主義である。

B 条約・法令上の地位

1 条約

国際人権規約は、社会権規約二条二項および自由権規約二条一項によって外国人を含むすべての個人に対して平等に人権を保障すべき義務を締約国に課している。また、難民の地位に関する条約は、とりわけ労働権と生存権について在留外国人（直接には難民）に対し自国民待遇を保障している（二四条）。

なお、難民条約自体は一九五四年に発効したが、これは、もともと第二次大戦の戦後処理的な性格を持つもので、一九五一年以前に生じた事件の結果として難民となった者を対象としている。これに対し、こうした時間的制約等はずすための「難民の地位に関する議定書」が一九六七年に発効した。わが国においては、ともに一九八二年に発効している。

2 法令

国籍法は、憲法一〇条をうけ、国民の定義（したがって「外国人」の定義）および血統主義の採用を明らかにしている。

出入国管理および難民認定法は、後述の在留資格制度を採用し、外国人の在留中の活動と期間を制限すると同時に、これを遵守する限り在留を保障することとしている。

外国人登録法は、在留期間が九〇日を超える外国人に対し外国人登録を義務づけるとともに、外国人登録証の常時携帯義務を定めている。

C 外国人の類型

1 類型化の意義

外国人の人権享有主体性を考えるに際しては、外国人を一律に捉えるべきではなく、類型化すべきであるというのが近時の学説の傾向である。類型としては、在留資格が特定され、三年を超えない在留期間が定められる者たる「一般外国人」、いわゆる政治難民を意味する「難民」、そして「定住外国人」に分類されるのが通例である。とりわけ、日本に生活の本拠を有する「定住外国人」については、その生活実態を重視し、可及的に日本国民と同様の人権保障がなされるべきであるとされる。

2 定住外国人

法的定義が存在するわけではないが、一般永住者（入管法二二条の永住資格者）と特別永住者（一九九一年の「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国に関する特例法」三条）が含まれることは共通の理解となっている。一般的には「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かなる国にもまして日本と深く結びついでおり、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」と解されている。²⁾この定義によれば、永住資格を持つ者には限定されないこととなる。

二 出入国および在留制度⁽³⁾

A 入国と在留

1 出入国管理制度の特徴

日本の入管制度の主要な特徴としては、つぎの三点をあげることができる。

第一に、外国人の入国の許否が主権国家の自由裁量事項であることから、入国管理には国の広い裁量が認められるとする建て前がとられている。第二に、現行の出入国管理及び難民認定法の前身は、ポツダム政令として一九五一年に制定された出入国管理令であるが、これはG H Qの顧問として来日したアメリカ移民法の専門家の指導と助言の下で立案され、同法の影響を色濃く受け継いだものとなった。とくにアメリカ移民法と類似性の高い部分として、上陸拒否事由、在留資格制度の採用、退去強制事由のほかに、上陸許否手続および退去強制手続における手続的保障への配慮を指摘することができ。なお、これらの手続について、入管法は行政手続法や行政不服審査法の一般規定によらない独自の手続規定を設けている。これは、出入国管理は国家の自由裁量によるものであり、また迅速に行う必要があることによるとされているが、これらの手続保障が適正なものであるかについては議論がある。

2 在留資格制度

入管法は、外国人は原則として在留資格を持って本邦に在留するものとし（二二条の二第一項）、二七の在留資格を定

めている。この在留資格によって、行うことができる活動の範囲および行つてはならない活動が定められるのである。なお、これらの資格に該当しない者、また入管法に定める上陸拒否事由にあたる者は入国することができない。これらの者を送り返すのは、乗せてきた飛行機等の責任とされる。

在留資格制度の利点は、外国人側については、入国許可の可能性および在留期間が予見しやすいこと、在留期間内に許される活動の範囲が明確になること、許された活動の範囲を逸脱しなければ在留期間内の在留が保障されるので安定した在留ができること、という点が指摘され、国の側にしても、入国・在留の許否について、「国益」のような抽象的基準ではなく、客観的基準に基づき、公平かつ迅速な審査が可能になるとされている。

3 在留資格制度の例外

在留資格を有することなくわが国に入国・在留できる場合として入管法は、特例上陸の許可を受けた者（一時庇護のための上陸が含まれる）、日米地位協定該当者（米軍関係者）、国連軍の構成員等のほかに、前述の特別永住者をあげる。ある統計によると、一九三九年の国家総動員体制成立時から敗戦時までには強制連行された朝鮮人は七二万強とされる。これらの人々を含め、敗戦時には約二三〇万人の在日朝鮮人がいたが、戦争終結とともに約四分の三が帰国した。一九四六年三月の登録数は六五万人弱となっている。⁴しかし、帰国した人々も、母国の有り様をみて再度来日した例が少なくない。この人々は一九五二年の平和条約の発効とともに、その意思を確認されることなく、日本国籍を一律に消滅させられた。その後、これらの人々については、ポツダム政令、韓国との協定をへて、一九九一年に前述の入管特例法が制定された。これは、在日韓国・朝鮮人および台湾人並びにその子孫について、その歴史的経緯とわが国における定住性に照らし、法的地位を一元化し、より一層の安定化を図るため、特別永住者という特別の地位を認め、入管法上の在

留資格を有することなく永住できることとしたのである。

4 在留資格と活動の制限

在留目的の活動を変更または追加しようとするときは、在留資格の変更の許可または資格外活動の許可を受けなければならぬ。これらを受けないで、たとえば就労活動を行ったときは不法就労となり、刑事罰の対象となるほか、退去強制の対象ともなる。

B 退去強制

1 退去強制の意義と対象

退去強制とは、国家が自国にとって好ましくないと認める外国人を国家の強制力をもって国外に退去させることをいう。日本においては、法治主義の理念に基づき、入管法二四条が対象者の類型を列挙し、これに該当する外国人を所定の手続によって国外に退去強制できることとしている。この類型に該当せず、この手続によらなければ、退去強制されることはない。

2 退去強制手続

a 入国警備官の違反調査

入国警備官（定数は七八二人）が退去強制事由に該当する疑いがあると判断する外国人（以下、容疑者）がいる場合

に、容疑者を発見・確保し、また当該違反事実の有無を明らかにするために必要な関係資料を収集する。

b 入国審査官の違反審査

違反調査によって退去強制事由に該当すると疑うに足りる相当の理由が認められた場合、入国警備官は主任審査官の発する収容令書により当該容疑者を収容し、入国審査官（定数は一一七人）に引き渡す。入国審査官が違反審査を行うが、これは容疑者が退去強制事由に該当するか否かを認定する、いわば第一審としての審理手続である。

c 口頭審理と異議申出

違反審査による事由該当の認定に不服があるときは、第二審としての特別審理官の口頭審理を求め、さらに不服があるときは三日以内に、第三審として法務大臣への異議申出を行える。

d 退去の強制

最終的に退去強制事由に該当すると認定された外国人は、主任審査官の発付する退去強制令書に基づき、入国警備官によって国外への退去が強制される。なお、退去強制を受けた者が自費で国外退去したい旨を申請した場合は、入国者収容所長または主任審査官の許可に基づいて出国できる。これにより、長期間の収容を避けることができる利点があるといわれる。

3 退去強制の問題⁽⁵⁾

第一の問題は言葉の壁である。容疑者が日本語をまったく解さない場合を除いて、通訳の立ち会いはない。そのため、取り調べにおける意思疎通が不十分であり、また調書の読み聞かせも日本語で行われるため、その信用性や任意性に問題が生じうるといわれる。

第二に、入管法には不服審査手続の具体的方式について規定がなく、実際には、容疑者に弁護人、通訳、補助者が付くことはなく、非公開で行われているといわれる。そのため、十分な反論や証拠収集ができず、入国審査官の認定が覆ることはほとんどないという指摘がある。

第三に、収容手続についても以下のような問題があげられている。

a 令状主義

収容は行政上の即時強制による身体の自由の侵害であり、刑事手続における逮捕と異ならない。にもかかわらず収容令書を裁判所ではなく行政官が発付するのは、令状主義に反する疑いがある。憲法学説においても、収容処分には憲法三三条が準用されるとする見解がある。⁽⁶⁾ ただし裁判例には、収容処分は行政処分であり、刑事手続ほど厳格に憲法の制約に服すべきものではないとするものがある。⁽⁷⁾

b 弁護人依頼権

弁護人依頼権は憲法三四条の要請であり、これも行政手続に準用されるべきであるにもかかわらず、⁽⁸⁾ 裁判例にはやはり憲法三四条は刑事手続のみに適用されるとするものがある。⁽⁹⁾

c 収容期間

入管法によると、収容令書による収容期間は最長六〇日（四一条）となり、退去強制令書発付後は収容期間に制限がない（五二条四項）。この間司法審査はない。収容期間の実態も、六ヶ月以上収容されている者も多く、なかには二年に及ぶ者もいるとされる。長期化の原因の一つに「自費出国の原則」がある。法上は自費出国が可能とされているだけであるが、運用上、自費出国が原則とされ、知人等に依頼して費用を工面できるまで収容を続けているともいわれる。

d 収容所内での処遇

収容所内での処遇についても問題事例が報告されている。⁽¹⁰⁾

C 外国人登録

1 登録制度の概要

在留外国人は居住関係および身分関係を明らかにするため、上陸の日から九〇日以内に居住地の市町村区長に対し外国人登録をし、登録証明書の交付を受けて同証明書を常に携帯していなければならない。

2 指紋の押捺と署名・家族事項の登録

一年以上在留する外国人は、同一性確認のため新規登録に際して登録原票及び指紋原紙に左人差し指の指紋を押さなければならぬ。また、一九九二年以降、永住者および特別永住者は、あらたに外国人登録の申請をするに際して指紋の押捺の代りに登録原票及び署名原紙に署名および家族事項の登録をすることとなった。

3 指紋押捺問題

一九九二年以前は、永住者に対しても指紋の押捺が義務づけられていたが、これに対し、定住外国人により、プライバシー権の侵害であるなどとして裁判上争われてきた。各地の地裁、高裁は、みだりに意に反して指紋の押捺を求められない権利はプライバシーないし私生活上の自由の一つとして憲法一三条により保障されるとしたが、この権利も公共の福祉のための合理的制約に服するとしたうえ、指紋が個人の内部の身体的・心理的性質の情報ないし思想内容に関わ

る情報を表すものではないことに着目し、指紋捺捺は外国人登録制度の目的に照らして必要性と合理性が認められるとされている。⁽¹¹⁾

なお、各事件は、係争中に昭和天皇の大喪の礼に伴う恩赦（大赦令・政令第二七号第一条五号）により免訴となったため、いずれも最高裁にまでは至らなかった。^(11a)

D 難民⁽¹²⁾

1 制度の概要

入管法の適用上、難民とされる者は、難民の地位に関する条約一条および難民の地位に関する議定書一条に掲げる者とされている。すなわち、難民とは、人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であることまたは政治的意見を理由に迫害を受ける恐れがあるという十分に理由のある恐怖を有するために、国籍国の外にいる者であつて、その国籍国の保護を受けることができない者またはそのような恐怖を有するために国籍国の保護を受けることを望まない者、をいう。たんに自国の政治的体制に不満がある者とか、経済的困窮により流出した経済難民や、戦火・風水害・干ばつなどにより流出した避難民は該当しない。

難民の認定は、難民に対して難民条約に定める各種の保護措置を与える前提として法務大臣が行う。認定された者は、その効果として、永住許可要件の一部が緩和され、難民旅行証明書の交付を受けることができ、また退去強制手続において法務大臣が在留特別許可を与えるかどうかの判断につき有利な立場に置かれる。

2 制度確立の経緯

一九八一年以前は、わが国には難民受け入れのための制度がなかった。しかし、一九七五年のインドシナ難民の発生といわゆるボートピープルの大量到着にともない、それへの対処が迫られるようになったのである。当初は、旧入管法の水難上陸許可（三〇日）と上陸特別許可（三〇日、その後一八〇日）で対処していたが、これも、国連難民高等弁務官が日本政府に対して正式に受け入れを要請し、生活費等の経費を負担することを約束し、さらに、日本以外の受け入れ国およびそこへの出発便が決定していた場合に限られた。

一九八二年に難民条約への加入に伴い入管法が改正され、「一時庇護のための上陸の許可」がボートピープルの一時上陸制度として創設された。取扱いも柔軟になされ、難民認定も非常に簡易になされて、ボートピープルに対してはほぼ例外なしにこの許可が与えられた。同年、長崎県に大村難民一時レセプション・センターが、翌年に東京に国際救援センターが開設されて、収容施設も一応確保された。しかし、一九八九年にジュネーブで開催されたインドシナ難民国際会議において、インドシナ政変後十数年経過しているにもかかわらず難民の流出が絶えないため、ボートピープル等に対し難民性の審査（スクリーニング）を実施することを含めた「包括的行動計画」が採択され、日本もスクリーニングを実施することとなった。すなわち、わが国に到着したボートピープルは審査のための仮上陸の許可を受けて大村センターに入所したあと、国連難民高等弁務官事務所の職員の立ち会いの下でスクリーニングの審査を受け、難民性が認められた者に「一時庇護のための上陸の許可」が与えられることとされたのである。その後のプロセスは、わが国への定住を希望するか、第三国定住を希望するかにより異なる。

難民の定住化については、一九七八年の閣議了解により、ヴェトナム人ボートピープルの定住が認められることになった。これを皮切りに、以後、対象国をラオス、カンボジアに広げ、さらに海外キャンプからの難民受け入れ等も行わ

れるようになった。一九九一年末までにのべ八〇〇〇人の定住を受け入れている。

3 偽装・経済難民問題

一九八九年、中国からの出稼ぎ目的の偽装難民および香港の難民キャンプを脱出した難民を大量に含むボートピープルがひんぱんに到着するようになった。そこで同様の問題を抱えるアセアン諸国の主導で上記のインドシナ難民国際会議がひらかれ、難民性の審査（スクリーニング）を実施することとなったのである。

4 難民制度の課題

インドシナ難民の大量発生によりわが国の難民受け入れ体制の整備が進んだことは事実である。しかし、受け入れ後の体制（住宅、就職、教育などのアフターケア）になお問題が多いことが指摘される。

また、インドシナ難民のような大量難民とは異なる個別難民の受け入れにはなお難しい問題があるようである。たとえば、アムネスティ・インターナショナルは、一九九三年に発行された「日本における難民の保護」と題する報告書のなかで、わが国の難民認定手続が利用されづらく密行主義的であることを指摘している。

同書は、また、難民不認定処分は「難民認定の必要を裏付ける証拠が不十分」というような簡単な理由しか示されないのが通常で、不服申立がやりづらいのみならず、裁判に持ち込んでも係争中に退去強制されることもあるという指摘も行っている⁽¹³⁾。

三 在留外国人の人権

A 一般原則

1 現行法制度

選挙権・被選挙権については、公選法九条一項、二項、一〇条、二一条一項、地自法一一、一八、一九条が国籍要件を課している。また、地自法一二、一三条の条例の制定改廃、事務監査、議会解散、首長・議員らの解職請求権の行使および民生委員、人権擁護委員、教育委員等への就任にも国籍が要求される。

ちなみに、在留外国人にも所得税、住民税等（所得税法二条一項三号、地自法一〇条二項、二二三条等）の納税義務が課されている。また、今年（一九九五年）から政党助成法により政党に対する公費助成が行われることとなったが、その財源にも外国人が寄与しているのである。

2 マクリーン判決⁽¹⁴⁾

参政権の権利を中心に外国人の人権に関する最高裁の判断枠組みを明らかにしたのが一九七八年のマクリーン判決である。同判決は、まず前提として、外国人の入国・滞在の自由の不存在を確認し、続いて、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、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ものと解すべき」であるとして、在留外国人の人権保障に関し「性質説」をとることを明らかにしたのである。

そして、参政権の権利については、「政治活動の自由について（は）わが国の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」を除いて保障されることとされたのである。

3 塩見訴訟⁽¹⁵⁾

社会権については、最高裁は一九八九年に、「社会保障上の施策において在留外国人をどのように処遇するかについては、国は、特別の条約の存しない限り、・・・その政治的判断によりこれを決定することができるのであり、その限られた財源の下で福祉的給付を行うに当たり、自国民を在留外国人より優先的に扱うことも、許されるべき」であった。

B 参政権

1 選挙権

在留外国人に対する参政権の付与の可否は、日本において、最近とくに注目を集めている問題である。この問題に関する諸説を検討するに際しては、国政レベルの選挙権・被選挙権と地方レベルのそれに分けて考えるのが適当である。

a 国政選挙権

国政レベルに関しては、禁止説、要請説、許容説の三説が対立している。

「禁止説」とは、外国人に参政権を付与することは、法律によっても許されないとする説である。外国人に参政権が

認められないのは国民主権原理の当然の帰結として、それ以上論じられないのが従来⁽¹⁶⁾の通説の態度であった。最高裁も、一九九三年二月二六日判決⁽¹⁶⁾で、マクリーン判決の趣旨を引用するだけで済ませている。しかし、後述の許容説等が出るにおよび、最近その論拠の再検討が進んでいる⁽¹⁷⁾。すなわち、①参政権は国家の存在を前提とする権利であり、自然権的権利ではない。②国家は国民によって構成される団体であり、選挙を通じて国家意思の形成へ決定的に参与することは国家の構成員である国民にのみ認められる。③参政権は国家主権と不可分の関係にあるから、外国人に保障されないことは国家の性質上当然である。④国民主権原理は、国民のみが国家権力行使の正統性の源泉であることを要請する。⑤憲法一五条一項は、公務員の選定罷免権について「国民固有の権利」という他ではみられない特殊な文言を用いている。

「要請説」は、国民主権原理を民主主義政治と同じ実質を持つものであり、人民による自己統治、つまり自己の政治的決定に自己が従うということの意味すると捉える。そして、国民主権原理のもとでの主権者たるべきものは、その政治社会における政治的決定に従わなければならない者すべて、すなわち、その政治社会を構成するすべての人であるとする。定住外国人はこの構成員に含まれるから、国政参政権を認めなければならないのである⁽¹⁸⁾。

国政レベルの「許容説」は、国家社会を構成し国家権力に服属する普通の人が国家意思の最高決定者であるという点にこそ国民主権原理のポイントがあるのだから、ふつうの国民と変わらない外国人に参政権を付与しても国民主権原理には反しない、という。しかし、参政権は国家権力へのある種のコミットメントを含むから、一律に外国人に付与するのは問題で、政治的討論を通じて立法的に解決すべきであるとするのである⁽¹⁹⁾。

b 地方選挙権

地方レベルでの「禁止説」は、地方公共団体も国家の統治体制の一側面にほかならず、間接的であれ国家権力を行使していると指摘する。国民主権原理は地方自治に対しても貫徹しなければならぬのであり、地方選挙権も国民主権原

理から派生するのである。それゆえ、憲法一五条の公務員には地方の公務員も含まれるのであって、憲法九三条二項の「住民」は日本国民たる住民を指す。したがって、国政選挙権を外国人に付与できない以上、同じく国民主権原理から派生する地方選挙権も付与できないのである。⁽²⁰⁾

地方レベルの「許容説」は、国政レベルでは禁止説と結びつくことが多いので、部分許容説という方が適切かもしれない。その論拠は、憲法九三条二項は「住民」という表現を用いており、定住外国人はその属する地域社会の住民と解するのが筋である。憲法九三条は一五条の特別法と解することができ、地方自治体レベルでは住民が選挙権を有する。

住民に外国人を加えても、条例は法律の範囲内で制定されるのだから上からの正統性の連鎖は切斷されない。地方自治体の事務は政治的色彩が薄く、住民の福祉を図ることを直接の目的とするものが多い、などである。この立場が、近時、支持を増やしている。⁽²¹⁾

要請説は、国と地方を区別しないことに一つの特徴がある。

c 最高裁一九九五年二月二八日判決⁽²²⁾

今年（一九九五年）に入つて、外国人の参政権に関して、最高裁は注目すべき判断を示した。すなわち、永住資格を持つ在日韓国人が原告となつて、地方選挙権の不存在を實質的に争つた事件で、最高裁第三小法廷は、まず前提として国政選挙権は国民主権原理により外国人には付与できないこと、この趣旨は地方選挙権にも及び、しかも国民と住民を区別することはできないこと、を確認した。しかし、他方で、憲法が保障する地方自治制度の核心にある住民自治の趣旨に照らせば、外国人のうちでも永住者等であつて地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至つた者について選挙権を付与することは憲法は禁じていない、と判示したのである。

本判決は、一定の在留外国人に対する地方選挙権の付与を可能にするものであり、その意義は大きい。しかし、一方

で、参政権的権利の門戸を開くことがもつインプリケーションを意識してか、相当に慎重な構成をとっているという点も指摘できる。第一に、対象となる外国人の範囲については、諸外国の例を参照しながら五年程度以上の居住要件を満たす者と解する説（原告もこれを主張していた）があるが、判決は、永住者等として、限定的に捉えている。第二に、判示事項が地方選挙権に限られている。これは、直接には原告の請求がそれに限られていたためであるが、事柄の性質上、被選挙権や公務就任権、とりわけ国政レベルのそれへの波及を断つ構成をとろうとしたともいえよう。

ちなみに、同じ第三小法廷が四月二五日に、やはり定住外国人の地方選挙権に関する判決を下しているが、今回は、たんに公選法および地方自治法の合憲を確認するにとどまった。この事件の原告は、婚姻を通じて永住許可を取得した英国人であったが、選挙権付与の可能性に触れなかった理由は、原告の違いにあるのか、あるいは傍論を再説する必要性を認めなかったのであらうか。

2 被選挙権

要請説は選挙権と被選挙権の区別を否定するが、多数説たる部分許容説は被選挙権までは承認しない立場と、長と議會を分け、前者についてのみ否定する立場、さらに地方レベルについては被選挙権も許容する立場に分かれる。被選挙権を一切否定する立場は、被選挙権が政治的意思決定に直接携わる点を重視するのに対し、ともに許容する説は、国政と地方の違いを重視する。これに対し、長について否定する立場は、長が国の機関として機関委任事務を遂行する点を指摘する。

3 公務就任権

法律の明文で国籍要件を課しているのは外務公務員法だけである（なお、内閣総理大臣については憲法六七条、公選法一〇条がある）。しかし、一九五三年に内閣法制局と人事院が出した見解は、国家意思の形成あるいは公権力の行使に携わる職務には外国人は就くことができないとしている。これは法律に明文の規定はないが、国家主権の本質から当然に導かれる法理とされ、「公務員に関する当然の法理」と呼ばれる。実際には、公務員試験の受験資格に国籍を入れることにより広範に外国人を排除している（人事院規則八一―一八、八条）。地方自治体における公務員採用も原則的にこれにならっている（地方公務員法一九条）。

これに対し、一九八二年に施行された国立大学外国人教員任用法は、研究教育の国際的性格に鑑み、学長、学部長等の管理職を除いて、外国人が教授会構成員たる教授等に就任することを認めた。もつとも、立法に際しては、右の法理との関係から、政府提案とすることには抵抗が強かったため、議員提案とされた経緯がある。⁽²³⁾

初等中等教育機関における教員としての任用については、とりわけ在日韓国人から教諭採用を目指す強い運動がなされてきた。自治体によっては積極的な姿勢を見せるところもあったが、文部省は公務員の法理を盾に一貫して消極的な態度をとり、一九九一年三月になってようやく、校務運営に参画しない常勤講師としての任用のみを認めるようになった。

4 参政権付与に関する若干の問題

右に述べた「要請説」の根底にある考え方、すなわち、国籍を機能的に捉え、あるいは国民主権という観念そのものを否定するという考え方は、国際化社会において訴えるものを持つともいわれる。また、わが国自身の問題として、在

日韓国・朝鮮人の人々の民族的アイデンティティを維持したいという希望を尊重し、国籍をとらないままに政治参加を実現すべきだという主張も理解するに難くない。このような主張が、国政レベルも含めて参政権を保障すべきという解釈を支えていると思われる。

たしかに、国籍法の改正により一九八五年から父母両系血統主義が採用されたことの影響として在日韓国・朝鮮人の結婚相手の七五パーセントが日本人になったとか、経過措置を利用して約一五〇〇〇人の在日韓国・朝鮮人が日本国籍を取得したという事実は指摘されるが、これは逆に言えばこのような機会にもかかわらず日本国籍を取得することを選択せず、民族的アイデンティティを固守しようとする人々も少なくないことを示しているともいえる。

しかし、民族的アイデンティティの維持という問題を直ちに憲法の基本原理の解釈にからめてしまうというのはやや短絡に過ぎる感なしとしない。日本国憲法は、その前文から明らかなように、独立主権国家が併存する国際社会における一つの主権国家の憲法として自らを位置づけているのであって、その国家の構成員たる指標が国籍に他ならない。そして対外的国家主権の行使に関わる決定が当該国家の構成員のみによつて行われるべきことは否定できない。したがって、国家意思の形成に関わるプロセスに参加する資格として国籍を要求することは現行憲法の予定することであろう。問題は、国籍の取得に際して、名前を日本風にあらためるなど、従来、民族的同化までが実際に要求されてきたというところにある。したがって、あらためられるべきは国籍イコール民族という神話であつて、主権行使の資格としての国籍ではないように思われる。他方、国家主権の行使と直結しない地方参政権は、憲法上の原則である住民自治の観念との調和を考ふる余地がある。その意味で、地方参政権の付与に際して国籍を要求しない制度を設けることは憲法は禁じていないと思われる。

C 社会権

これまでの通説・判例は、外国人は社会権（とくに生存権）を享有するとしても、その保障は各人の属する国の責務であるとの考えに立っていた。しかし、これは、あくまでも日本国が保障しなくても違憲ではないという趣旨であって、国際協調主義に鑑み、立法措置が講ぜられるべきであることは、学説のほぼ一致して主張するところである。

実際、前述の難民条約加入に伴って、社会保障関係法令中、国民年金法および児童福祉三法からの国籍要件が撤廃された。また、退去強制事由から、ハンセン氏病患者、精神障害者、生活保護受給者が除かれた。なお、生活保護法は一九五四年以来、行政措置として外国人にも準用されている。

注

(1) 最二判一九五〇（昭二五・一二・二八民集四卷一二号六八三頁）。

(2) 大沼保昭「『外国人の人権』論再構成の試み」法協百周年(2)（有斐閣、一九八三）三八四頁、芦部信喜・憲法学Ⅱ（有斐閣、一九九四）一三〇頁。

(3) 制度については、参照、法務省入国管理局出入国管理法令研究会編・出入国管理法講義（日本加除出版、一九九五）、坂中英徳・齋藤利男・出入国管理及び難民認定法逐条解説（日本加除出版、一九九四）、法務省入国管理局編・出入国管理（大蔵省印刷局、平成四年版、一九九三）、外務省条約局法規課法令研究会編・わが国における外国人の法的地位（日本加除出版、全訂版、一九九三）、本多滝夫「入国管理法制度の手続き及び現行法上の問題」法学セミナー四八二号（一九九五）五一頁、加澤正樹ほか「入管法制と刑事手続」ジュリスト一〇五六号（一九九四）七頁。

(4) 田中宏・在日外国人（岩波新書、一九九二）五七、一九三―一九六頁。

- (5) 鬼束忠則「外国人退去強制手続きの実態」法学セミナー四八二二号（一九九五）四六頁、なお米村俊郎「退去強制の現状と不法就労の実態」ジュリスト一〇五六号（一九九四）四六頁。
- (6) 芦部信喜編・憲法出入権(2)（有斐閣、一九八二）一四三頁（芦部執筆）。
- (7) 東京高判一九七二（昭四七）・四・一五判時六七五号一〇〇頁。
- (8) 芦部・前掲注6、一五七頁。
- (9) 大阪高判一九六〇（昭三五）・五・二六判時二二八号三四頁。
- (10) 鬼束、前掲注5。
- (11) 例えば、東京高判一九八六（昭六一）・八・二五判時二二〇八号六六頁、定住外国人を別異に扱いうることを示唆するものとして、大阪高判一九九〇（平二二）・六・一九判タ七四二号五五頁等。また、芦部信喜ほか「外国人登録制度と指紋押捺問題」ジュリスト八二六号（一九八四）六頁。
- (11a) 本報告後の九五年一月二十五日に、指紋押捺の合憲性に関する初の最高裁の判断が示された（裁判所時報一一六一号三頁）。本件の原告は定住外国人ではない（アメリカ国籍を有し、現在ハワイに在住する）が、一九八一年当時居住していた神戸市において外国人登録の新規申請をした際に指紋押捺を拒否したため起訴されたものである。最高裁第三小法廷は、下級審におけるのと同じ論旨で押捺制度は合憲であるとした。
- (12) 参照、田中信也「日本の難民受入れ」加藤節Ⅱ宮島喬編・難民（東京大学出版会、一九九四）一四一頁以下。
- (13) アムネスティ・インターナショナル編・日本における難民の保護（日本評論社、一九九三）三四―三六頁。
- (14) 最大判一九七八（昭五三）・一〇・四民集三三二巻七号一一三三頁。
- (15) 最一判一九八九（平元）・三・二判時一三六三号六八頁。
- (16) 最二判一九九三（平五）・二・二六判時一四五二号三七頁。
- (17) 例えば、中村睦男「外国人の地方参政権」ジュリスト一〇三六号（一九九三）九五頁、初宿正典「外国人と憲法上の権利」法学教室一五二号（一九九三）四九頁。
- (18) 例えば、浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」徐龍達編・定住外国人の地方参政権（日本評論社、一九九二）四五頁以下。

- (19) 例えば、横田耕一「外国人の『参政権』」法律時報六七卷七号（一九九五）二二頁。
- (20) 例えば、伊藤正己・憲法（弘文堂、新版、一九九〇）五九六頁は、その趣旨とも思われる（初宿、前掲注17、五二頁）が、九五年末に出版された第三版（一九八頁）では、公務就任権、生存権とならんで、永住者に対する地方選挙権の付与は立法政策の問題とされている。
- (21) 例えば、芦部、前掲注2、一三二―一三三頁。
- (22) 判時一五二三号四九頁、評釈として常本照樹・法学セミナー四八六号（一九九五）八二頁。
- (23) 常本照樹「外国人教員任用法の立案過程」中村睦男編・議員立法の研究（信山社、一九九三）所収。

LES ÉTRANGERS AU JAPON

— Perspectives constitutionnelles —

Teruki TSUNEMOTO*

- I. Le statut légal des étrangers
 - A. Le statut constitutionnel — Les bases de la protection constitutionnelle
 - 1. Nature des droits de l'homme
 - 2. Internationalisme au sein de la constitution
 - B. Le statut selon les traités et les différentes législations
 - 1. Les traités
 - 2. Lois et ordonnances
 - C. Catégorie d'étrangers
 - 1. Raison du classement des étrangers
 - 2. L'étranger général
 - 3. Les réfugiés
 - 4. L'étranger "TEIJU" (résident permanent et de longue durée)
 - 5. Statistiques concernant les étrangers au Japon (en 1993)
- II. Immigration et contrôle du séjour au Japon
 - A. Entrée et séjour
 - 1. Caractéristiques générales
 - 2. Le système du "statut de résident"
 - 3. Exception au système
 - 4. Statut de résident et restrictions d'activités
 - B. L'expulsion
 - 1. Qu'est ce que l'expulsion
 - 2. Les raisons de l'expulsion

*Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Hokkaido

3. La procédure d'expulsion
4. Les problèmes de l'expulsion
- C. Enregistrement des étrangers
 1. Le système dans ses grandes lignes
 2. Empreintes digitales et enregistrement de la signature et des affaires familiales
 3. Constitutionnalité des empreintes digitales
- D. Les réfugiés
 1. Les grandes lignes du système de reconnaissance du statut de réfugié
 2. Bref aperçu historique
 3. Les faux réfugiés et ceux pour des raisons économiques
 4. Les problèmes restants
- III. Les droits constitutionnels des étrangers
 - A. Principes généraux
 1. Statut légal
 2. Arrêt "McLean", décision de la cour suprême 04/10/1978
 3. Arrêt "Shiomi", décision de la cour suprême 02/03/1989
 - B. Droits politiques
 1. Le suffrage
 2. Éligibilité électorale
 3. Emploi à la fonction publique
 - C. Droits sociaux

Foreigners in Japan **— Constitutional Perspective —**

Teruki TSUNEMOTO*

I. Legal Status of Foreigners

A. Constitutional Status — Bases of Constitutional Protection

1. Nature of Human Rights

Although the Constitution of Japan lacks specific provision to guarantee rights of foreigners, the Supreme Court and most of constitutional commentators maintain that fundamental human rights of foreigners are protected by the Constitution because liberties guaranteed by the *Constitution is believed to be pre-existing natural rights.*

2. Internationalism of the Constitution

a. Art.98 Sec.2 of the Constitution

The section reads, "The treaties concluded by Japan and established laws of nations shall be faithfully observed." It is construed as statement of internationalism that requires payment of due respect to rights of foreign nationals.

B. Status based on treaties and laws

1. Treaties

a. International Covenants on Human Rights

b. Treaty concerning the Status of Refugees

Japan ratified International Covenants in 1979 and the Refugee Treaty

*Professor of Constitutional Law, Hokkaido University.

This outline is based on a paper read at the 3rd Japano-French Symposium on Legal Studies held at Hokkaido University on July 8, 1995.

in 1981. These treaties, which proclaim the principle of equal treatment of foreigners, are binding as domestic law.

2. Laws and Ordinances

a. Nationality Law

Article 10 of the Constitution provides "The conditions necessary for being a Japanese national shall be determined by law." And the Nationality Law determines Japanese national as a person having Japanese nationality that is inherited by pedigree.

b. Immigration Control and Refugee Recognition Law

The law adapts "Status of Residence" system explained below, and a foreigner is granted a privilege to stay and to engage in activities as specified under the system.

c. Alien Registration Law

Foreigners granted 90 days of stay or longer must register at a municipal office and carry the registration certificate at all times with him/her.

C. Categorization of Foreigners

1. Reason to categorize

Foreigners in Japan can be grouped into three classes based on period and purpose of stay. Traditional model of legal status of aliens presupposes foreigners of short stay for business and pleasure. But it may be unreasonable and unjust to apply the traditional theory of aliens to people who lack Japanese nationality but live their whole life in this country just like Japanese and pay taxes. Most of the commentators assert that these permanent and long-term resident foreigners ("Teiju" foreigners noted below) be given utmost similar treatment to Japanese citizens.

2. General Foreigner

Foreigners whose period of stay does not exceed 3 years.

3. Refugee

Japan's Immigration Control and Refugee Recognition Law uses the Refugee Treaty's definition of refugee.

4. "Teiju" (Permanent and Long-Term Resident) Foreigner

a. Definition

There is no legal definition of *Teiju* foreigner. A widely used academic definition is that *Teiju* foreigners are those whose bases of living are located in Japan and who are tied to Japan far tighter than to their countries of nationality in the sense of living but who do not hold Japanese nationality.

b. Special Status of "Zainichi (Residing in Japan)" Koreans and Taiwanese

In World War II great number of Koreans and Taiwanese were taken from their homelands that were then Japanese territories to this country to serve as cheap labor. When the War was over, about 2.3 million Koreans existed in Japan. After the War, Japan abandoned all of its colonies including Korea and Taiwan, and the people from these territories lost Japanese nationality without their consent. About 3/4 of them returned to their countries but considerable number of the people could not help remaining in Japan. Almost a half of registered aliens and most of "Teiju" foreigners in today's Japan are those people and their descendant. Japan is morally obligated to pay regard to their wish to keep national identity and to recognize the reality that they have virtually no choice to leave Japan.

5. Statistics concerning Foreigners (as of 1993)

a. Number of Registered Foreigners (stay over 90 days)

1320000

b. Number of Permanent and Long-Term Residents

983600

i. "Zainichi" Koreans

630000

ii. Japanese children marooned in China after WWII, raised in

Chinese family and returned to Japan

130000

iii. Foreigners married to Japanese and their children

220000

II. Immigration and Residential Control of Japan

A. Entrance and Residence

1. General Characteristics

a. Inheritance of the United States Immigration System

Japanese immigration law was made under the guidance of American Occupation Army and inherited the basic characteristics of the American system.

b. Wide discretion of the Administration

Japanese government retains wide discretionary power to permit and to condition entrance and residence of aliens because they do not have right of entry.

c. Procedural Guarantees

Immigration Control and Refugee Recognition Law has its own procedural guarantee provisions. But some argue that they do not meet the constitutional requirement of due process.

2. "Status of Residence" system

"Status of Residence" is the status of a foreigner under which he/she is permitted to conduct activities in relation to his/her residing in Japan (*as shown in table below*). Immigration Control and Refugee Recognition Law lists 27 status in total and a foreigner with one of 13 among these 27 can work in Japan. No foreigner is allowed to land in Japan without a status of residence.

3. Exception to the system

Special permanent residents (i.e. *Zainichi* Koreans and Taiwanese) are permitted to stay in Japan without a status of residence.

4. Status of Residence and Restriction of Activity

As a general rule, activities other than those allowed under the status of residence are prohibited, although one-time activities such as giving a speech are considered allowable. If a foreigner is found to be working without proper status of residence, he/she will be considered an illegal worker and may be deported and/or penalized. If a foreigner wants to engage in activities other than those allowed under the status of residence, he/she is required to obtain either permission for those activities or permission to change the status.

B. Deportation

1. What is Deportation

2. Reasons to Deport

Immigration Control and Refugee Recognition Law specifies, in view of the principle of rule by law, 24 types of persons who may be deported in accordance with the procedure provided for in the Law. No aliens who does not come under any one of these types will be deported.

3. Deportation Procedure

a. Investigation of violations by the Immigration Control Officer

b. Examination and decision by the Immigration Inspector

A foreigner has the right to object to the deportation decision within 3 days following the decision.

c. Hearing by the Special Inquiry Officer concerning the decision of the Immigration Inspector

A foreigner will be informed of the decision based on the hearing. He/she has the right to object and seek review by Minister of Justice. If no objection is made, he/she will be deported.

d. Following the above procedures, a warrant of deportation will be issued, after which actual deportation will take place. After the warrant is issued, a foreigner still have the right to object by filing a lawsuit.

Having been subjected to deportation, if a foreigner wants to leave Japan at his/her own expense, he/she may be allowed to leave with permission from the head of the detention center and/or the Chief Immigration Inspector. There are advantages in leaving one's own expense, such as avoiding long term detention.

4. Problems of Deportation

a. Language Barrier

Throughout the procedure, officers reportedly use only Japanese and provide no translator unless a suspect foreigner completely lacks the knowledge of Japanese. The Law provides that the immigration control officer shall write the suspect's statement in the form of a protocol, and read it to the suspect, and make him/her sign it. But how could a protocol be reliable if the foreigner has very limited knowledge of Japanese.

b. Review System

Although the Law gives the right to object to a foreigner, there is no provision for the review procedure. It is said that the review session is held in closed settings without the help of a counsel nor a translator.

c. Detention

i. Warrant

ii. Right to counsel

iii. Period of detention

iv. Treatment at the detention center

C. Registration of Foreigners

1. Outline of the System

Every foreigner has to carry his/her passport at all times and be prepared to show it when asked, for example, by a police officer. Foreigners staying in Japan for more than 90 days have to register at a municipal office, obtain a Certificate of Alien Registration, and carry it at all times instead of a passport.

2. Fingerprinting and Registration of Signature and Family Matters

A foreigner who is going to stay in Japan more than 1 year must give his/her fingerprint of left forefinger at the initial alien registration for identification. Since 1992 permanent residents give his/her signature and family record instead of fingerprint.

3. Constitutionality of Fingerprinting

Before 1992 fingerprints were taken even from permanent residents. A number of foreigners including Koreans considered this to be an infringement of the right to privacy protected by article 13 of the Constitution and the degrading treatment prohibited by the International Covenant on Human Rights and filed lawsuits. District courts and high courts admitted that the article 13 guaranteed a right to refuse arbitrary fingerprinting, but this right is respected to the extent it does not interfere with the public welfare. The courts noted the fingerprinting is necessary and reasonable for the purpose of alien registration system. (The Supreme Court accepted this rationale for the first time in its judgment on Dec. 15, 1995.)

D. Refugee

1. Outline of the Refugee Recognition System

Minister of Justice runs the System in order to give a qualified foreigner the various privileges prepared by the Refugee Treaty. The privileges include the loosening of the qualification of permanent residence, issuance of the refugee travel certificate, and advantage in deportation procedure.

2. Brief History

Before 1981 we had no system for refugee. Since the end of Vietnam War, considerable number of "Boat People" began to rush to Japan, and we had to cope with them. When the Immigration Law was amended in accordance with the Refugee Treaty in 1982, "landing permission for temporary asylum" was created for Boat People. In the same year two of

the accommodation centers for refugee were established. In 1978 Japanese government decided to let Boat People settle down in Japan, and about 8000 of them were allowed to settle so far (as of the end of 1991).

3. Disguised and Economical Refugees

Since 1989 “disguised refugees” mainly from China began to sail to Japan to earn money. Japan and other Asian countries having the same problem hold a conference in Geneva in 1989 and decided to introduce the screening system. Since then, those seeking asylum are requested to be screened by the Japanese authority with the presence of officers from the United Nations High Commissioner for Refugees' Office.

4. Remained Problems

Japan's refugee reception system was created due mainly to Indochina Boat People, but the problem still remains in their “aftercare” including housing, job and education. The fundamental problem, however, resides in consciousness of Japanese people.

III. Constitutional Rights of Foreigners

A. General Principles

1. Legal Status

- a. Public Offices Election Law requires nationality for suffrage and eligibility at both national and local elections.
- b. Resident aliens are obligated to pay national income tax and local residence tax.

2. “*McLean*” case (Supreme Court Judgment, Oct. 4, 1978)

a. Denial of Right of Entrance and Residence

The Court reaffirmed that the international law does not guarantee alien's right of entry to other countries and there was no reason for Japan to consider otherwise.

b. Guarantee depending on nature of specific right

Fundamental human rights are guaranteed to aliens staying in Japan so long as the nature of right admits.

c. Denial of Right to Political Participation

Rights to engage in activities that affect the formation and implementation of political will of the nation are not applicable to aliens in view of the nature of the right.

3. "Shiomi" case (Supreme Court Judgment, March 2, 1989)

a. Limitation of Social Rights (Right to Wholesome and Cultured Living)

The Court noted that it was reasonable to give priority to Japanese nationals in assuring rights to social welfare on account of the limited financial resources.

B. Political Rights

1. Suffrage

a. National Diet

i. "Prohibition" theory

Most of the publicists have supported this theory on the national suffrage of foreigners. It maintains that the Constitution gives suffrage exclusively to Japanese nationals on account of the national sovereignty.

ii. "Request" theory

Recently some commentators assert that the Constitution requests the Diet to make a law to give suffrage to permanent and long-term residents. According to this theory, the principle of national sovereignty means the identification of the governor and the governed. The sovereign people, the theory goes, are those who have to obey the decision in the political society. It is apparent that the permanent and long-term residents are included in these people. So they should be allowed to take part in the political decision making.

iii. "Allowance" theory

A few scholars basically support "Request" theory, but point out

that the right to political participation implies a commitment to sovereign power and it is problematic to give suffrage indiscriminately to all of the permanent and long-term residents. It is better solved to admit suffrage through legislative adjustments.

b. Local Government (Chief Executive and Member of Assembly)

i. "Prohibition" theory

Traditionally many of the commentators did not find meaningful difference between national suffrage and local one. A local government is just a part of national polity and the principle of national sovereignty is applicable to local self-government as well, they thought.

ii. "(Partial) Allowance" theory

Recently this theory has been gaining more support. In the Constitution, article 15 provides the national suffrage and article 93 deals with local suffrage. Although the formal English translation of the Constitution uses the same term "people" in both articles, the Japanese words are different. Article 15 says that the "*Kokumin*" or a national has the right to vote and article 93 gives the right to "*fumin*" or inhabitants. Scholars in this camp argue that article 92 provides that local governments shall be operated in accordance with the principle of local autonomy, and this principle implies self-governance by the inhabitants. And they assert that permanent and long-term residents may be included in the inhabitants of a community. They also point out that because local ordinances may be enacted "within a law" (art. 94 of the Constitution), the Japanese nationals secure the final say as long as they monopolize the national suffrage.

iii. "Request" theory

The same reasoning as that of national suffrage.

c. Supreme Court Judgment, Feb. 28, 1995

The Court denied the national suffrage of aliens but, to the surprise of court watchers, noted that the Constitution does not prohibit the Diet to

give local suffrage to such foreigners that have specially tight relationship with a local public entity like permanent residents in view of the constitutional principle of local autonomy.

2. Eligibility for Election

Those who support "Request" theory finds no difference between suffrage and eligibility. "Allowance" theorists can be divided into three groups. Group one denies eligibility both at national and local level. Group two recognizes eligibility at local election. Group three admits eligibility at election of the member of an assembly but not the chief executive like governor and mayor.

3. Employment in Governmental Positions

a. Legislative Refusal

The only law that specifically requires Japanese nationality for employment is the Diplomat Law.

b. General Refusal based on "Political Function Doctrine"

The government maintains this doctrine, i.e. "If a governmental position involves a significant policy-making function or requires the exercise of important discretionary power over citizens, the government may reserve that position for a Japanese citizen" and uses it expansively as the basis for general refusal of foreigners.

c. Exceptional Admission

i. Special Measure to Employ Foreign Nationals as National and Public University Professors of 1982

ii. Ministry of Education's notice of 1991/3/22 that foreigners may be hired as instructors (lacking authority to participate in school administration) at primary and intermediate schools

C. Social Rights

1. Corresponding Application of the Livelihood Protection Law since 1954

2. Ratification of Refugee Treaty and Removal of Nationality Requirement
from several Welfare Laws

*Table —— List of Status of Residence

Diplomat, Public Service, Professor, Artist, Religious, Press,
Investor/Business, Legal/Accounting, Medical, Researcher, Instructor,
Engineer, Humanities/International Service, Intra Company Transferee,
Entertainer, Skilled Labor, Cultural, Short Stay, College Student, Other
Schools, Trainee, Family Stay, Designated Activities, Long Term Residents,
Permanent Residents, Spouse of Japanese, Spouse of Permanent Residents.