



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国籍の役割と国民の範囲：アメリカ合衆国における「市民権」の検討を通じて（7・完）
Author(s)	坂東, 雄介
Citation	北大法学論集, 65(6), 476[139]-428[187]
Issue Date	2015-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/58391
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no6_16.pdf



国籍の役割と国民の範囲—アメリカ合衆国 における「市民権」の検討を通じて（7・完）

坂 東 雄 介

目 次

序

第1章 本稿の視座

第1部：移民規制と絶対的権限の法理

第2章 「絶対的権限の法理」の生成とその背景—19世紀末の移民法の検討

（以上、62巻2号）

第3章 「合衆国市民」の範囲—帰化事例を中心に

（以上、62巻4号）

第4章 絶対的権限の法理の理論的背景

第5章 絶対的権限の法理の修正—20世紀後半の判例の展開と Zadvydas v.Davis 判決が有する理論的意味

（以上、63巻2号）

第2部：合衆国市民と異質な他者—インディアン、植民地住民、黒人

第6章 インディアン、島嶼住民への絶対的権限の法理の拡張—異 質な他者との接触と合衆国市民の自己理解

第7章 拡張した「絶対的権限の法理」に基づく異質な他者への対 応と、20世紀前半の合衆国社会の自己理解

（以上、63巻6号）

第8章 「異質な他者」であり続けるインディアン部族と島嶼住民— 20世紀後半の展開

（以上、64巻5号）

第3部：合衆国市民権の価値と役割—Warren Court 再検討

第9章 二級化した合衆国市民の存在—南北戦争以後の憲法修正と政府の取組み

第10章 Warren Court の論理—合衆国市民権を基礎とした権利保障の対価としての排除

（以上、65巻2号）

第4部 日本における国籍理論と残された課題

第11章 国籍の役割と国民の範囲

1. 国籍の役割

1.1. 最大判平成20年6月4日が示した国籍の位置付け—権利の土台としての国籍

1.2. 第一の結論—外国人の排除

1.2.1. 問題の設定

1.2.2. マクリーン判決との整合性—性質説の質的相違と主体＝国民－拡張型性質説

1.3. 第二の結論—二級化した国民の地位の解消

1.4. 国籍の役割の強調

1.4.1. 参政権

1.4.2. 他の事例—生存権を例として

2. 国民の範囲設定

2.1. マクリーン判決—政治部門の判断の過剰な尊重

2.2. 最大判平成20年6月4日の法廷意見と反対意見の対比

2.3. 国民の範囲の基準設定に対する統制が可能となった理由

2.4. 最大判平成20年6月4日の可能性—「国籍を取得する自由」とマクリーン判決の読み直し

3. 国民国家の基本論理と国籍

4. 本章の結論

第12章 残された課題

（以上、本号）

第4部 日本における国籍理論と残された課題

第11章 国籍の役割と国民の範囲

本稿は、第1部から第3部まで、合衆国市民の範囲設定と合衆国市民権の役割に関する法理論について明らかにしてきた(本稿の目的①)。本章は、アメリカ法研究によって得られた知見に着想を得つつ、日本における国籍に関する法理論の検討を行う¹(本稿の目的②)。具体的には、

¹ 日本法解釈を提示する前に、外国法を日本法解釈の際に参照することの意義について筆者なりの言及が必要であると考えため、以下で述べる。

比較憲法の目的として、君塚正臣は、「教養としての比較憲法」、「科学としての比較憲法」、「実践としての比較憲法」に整理する(君塚正臣「大学における「比較憲法」の存在意義」法学論集52巻2号1頁(2002年))。第一の立場について、君塚は、「果たして実定法学者や広義の政策に関わる学問を営とする研究者が、興味がある、の一言をもって自己の学問を正当化できるかは、難しい問題」と批判する(同5-6頁)。第二の立場について、君塚は、「科学と実践の区別が可能なかは疑問である」と批判する(同10頁)。そして、第三の立場、すなわち、「他国の憲法条文や判例、理論などの間に共通性を発見し、或いはその中で自国憲法に関する特殊性を強調し、自国の憲法解釈についての自説の根拠を強める手段」としての比較憲法を—「真理であるかのように強制することは避けつつ」(同17頁)と前置きをした上で控えめに—「提唱」している。

本稿も、基本的には君塚と同様に、第三の立場に立つ(ただし、君塚は、第一の立場を批判するが、この批判は、学問は役に立たなければならないという言葉に拘りすぎるあまり、極論をすれば—もとよりこれは君塚が意図することではないであろうが—基礎理論研究を蔑ろにする思考につながるのではないかとと思われる)。すなわち、本稿は、「アメリカの憲法理論をすべて日本に直輸入しようとするのではなく、「当該理論については日本においても妥当するのではないか、アメリカの憲法理論を持ち込むことによってわが国の法制度・実務を批判的に考察できるのではないか」(市川正人「アメリカ憲法研究の50年」法律時報67巻12号7頁(1995年))という意識に立脚している。

本文でも述べたように、国籍に関する法理論については、国民の範囲設定が主権に基づくものである点、国籍が権利保障の基礎となっている点について、日米共通であるため、国籍理論に関しては、アメリカの法発展を適宜取捨選択しながら(時には加工した上で)導入することは可能と思われる。無論、本稿

第1章において述べたように、国籍がどのような役割を果たすと解すべきかという問題（序章において提示した第一の疑問点）と、政治的な領域と理解されている国民の範囲の設定について、なぜ規範的な統制が可能なのかという問題（序章において提示した第二の疑問点）を検討する。

1. 国籍の役割

本稿は、第3部において、合衆国市民権が権利保障を実現するための根拠として機能していること、Warren Court は合衆国市民権をベースとした権利保障を展開していたことを指摘した。以下では、日本の判例においても第3部において示したアメリカ合衆国の判例と類似した思考が見られる点を示す。

1. 1. 最大判平成20年6月4日が示した国籍の位置付け—権利の土台としての国籍

最大判平成20年6月4日は、日本国民である父と日本国民ではない母との間に出生した後に、父から認知を受けた子につき父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得する場合にのみ日本国籍の取得を認めている規定は憲法14条1項に違反すると判断した判決である。判決中において法廷意見は、国籍の役割について次のような注目すべき判断を下している。

は、アメリカ合衆国憲法解釈を、日本法解釈に「直輸入」（奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店・1995年）54頁）し、ストレートに反映させるものではない（橋本公巨「アメリカ憲法の移植と日本国憲法」日本比較法研究所（編）『比較法の方法と今日的課題』（中央大学出版部・1990年）66頁）。

むしろ、本稿は、第1部から第3部までは、アメリカ合衆国の法理論の客観的な紹介に努め—山元の言葉を借りれば「醒めた目で外国憲法のあり方を解明しつつ、そのことを通じて『対話』すべき法素材についての正確な理解を自らに確保し」（山元—「憲法解釈と比較憲法」公法研究66号114頁（2004年）—、そして、本章は、検討によって明らかにした合衆国の法理論から示唆を得つつ、必要に応じて応用しながら—アメリカ合衆国憲法の知見を日本法「解釈論を考案する際の様々な着想のための豊かな源泉—いわば《知恵袋》として—」（山元・前掲107頁）用いて—日本法解釈を提示するものである。

「日本国籍は、我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な地位でもある²⁾」

この判示には、二つの要素が含まれている。第一に、国籍が、日本における構成員の資格であること、第二に、国籍が基本的人権の保障などにとって重要な意味を持つことである。国籍を国家の構成員資格と解する判断は、既に最判平成14年11月22日³⁾において下されているため、最大判平成20年6月4日の特徴は、第二点にある。このような国籍の捉え方は、藤田宙靖意見、横尾和子・津野修・古田佑紀反対意見も共有している。

判示の第二点目は、「国籍が個々人の権利保障と密接に結びついている点⁴⁾」を明らかにした。法廷意見は、「公的給付を受ける地位や公的資格の付与はもちろん、マクリーン判決で問題となった表現の自由のような典型的な自由権についてさえ、日本国籍を有することはそれを国内において実質的に享受し続けるための本質的な条件⁵⁾」と捉えている。すなわち、最大判平成20年6月4日は、国籍には、国家構成員資格であると同時に、権利保障の前提条件としての役割があることを示した⁶⁾。したがって、「同判決は、こうした諸々の『基本権行使権』の確認を、国籍そのものの確認判決（という装いの給付判決）によって、一挙に行った⁷⁾」。

²⁾ 民集62巻6号1372頁。

³⁾ 訟務月報50巻4号1325頁。

⁴⁾ 青柳幸一＝柳井健一＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝宍戸常寿「〔座談会〕外国人の選挙権・公務就任権」ジュリスト1375号78頁（2009年）〔青柳発言〕。

⁵⁾ 長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店・2009年）63頁〔初出：ジュリスト1366号77頁（2008年）〕。

⁶⁾ 石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって―憲法の観点から(1)」法学教室343号37-40頁（2009年）、長谷部恭男＝阪口正二郎＝杉田敦＝最上敏樹「〔座談会〕グローバル化する世界の法と政治―ローカル・ノレッジとコスモポリタニズム」ジュリスト1378号4頁（2009年）〔阪口正二郎発言〕。以下では、石川（2009）と略記する。

⁷⁾ 棟居快行「〔基本権訴訟〕としての確認訴訟」公法研究71号134頁（2009年）。

1. 2. 第一の結論—外国人の排除

1. 2. 1. 問題の設定

国籍が、権利の土台として地位を有するがゆえに得られる第一の結論は、判例は、日本国憲法が定める権利保障から、外国人をひとまずは排除している点である。

一般的な日本国憲法解釈では、「人が人たるがゆえに」、社会の構成員、生活実態などの論理に依拠し、外国人に対する権利規定の適用を当然視していた。選挙権、被選挙権や生存権は、外国人にも保障が認められない権利としつつも、それ以外の権利は、外国人にも当然に保障が及ぶと解していた⁸。

しかし、最大判平成20年6月4日は、異なる思考を展開していると思われる。この判決は、「公的資格の付与、公的給付」—通常は国民が享有すると捉えられている—のみならず、「基本的人権」までも、国籍と結びついた権利と捉えている⁹。したがって、この論理を貫徹すると、外国人は、日本国籍を有していないため、権利保障の対象から外れることになる。

このような論理は、従来の憲法学にとって異質なものである。したがって、最大判平成20年6月4日に対しては、「本来、基本的人権は、人が人であるという理由だけで、誰でも持っているはずなので、国籍によって変わるのはいおかしい¹⁰」という批判が投げかけられている。

しかし、他方で、判例は、マクリーン判決¹¹の下、一貫して、権利の性質によっては、外国人に対して日本国憲法上の保障が及ぶことを承認している。では、マクリーン判決と最大判平成20年6月4日は、どのような関係にあると解すべきなのか。

⁸ このような見解は数多くあるため、全てを取り上げることは避けるが、代表的な見解として、例えば、芦部信喜(著)/高橋和之(補訂)『憲法〔第5版〕』(岩波書店・2011年)92-97頁。なお、以下では、芦部(2011)と略記する。

⁹ 石川(2009)・前掲37-39頁、長谷部ほか座談会・前掲4頁〔阪口発言〕、青柳ほか座談会・前掲78頁〔青柳発言〕、同79-80頁〔長谷部発言〕。

¹⁰ 長谷部ほか座談会・前掲4頁〔阪口発言〕。

¹¹ 最大判昭和53年10月4日(民集32巻7号1223頁)。

1. 2. 2. マクリーン判決との整合性—性質説の質的相違と主体＝国民—拡張型性質説

(1)マクリーン判決では、「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¹²⁾」と判示している。

マクリーン判決が、特定の権利を除いて広く外国人にも権利保障を認める判断を下している（と捉えられている）一方で、最大判平成20年6月4日は、国籍を権利保障のための重要な地位と位置づけている。確かに、両判決は、一見すると、衝突するようにも思われるかもしれない。

しかし、最大判平成20年6月4日が国民説¹³⁾を採用した、と解することは適切ではない。なぜならば、従来、外国人に対しても基本的人権は、権利の性質によっては保障される場合があるとして、一貫して性質説に基づいて判例が下されてきた以上、性質説から国民説へと、判例を大規模に変更するならば、相応の説明を必要とするからである。

では、外国人の権利保障について、いわゆる性質説を採用したマクリーン判決の判示と、国籍を権利の土台として位置づけた最大判平成20年6月4日の判示について、どのように整合的に解すればよいのか。

最大判平成20年6月4日の発想とマクリーン判決を矛盾なく説明するためには、性質説にはいくつかのパターンがあることを認識することが必要である。従来、日本の学説及び判例は性質説を採用していると言われてきたが、外国人に対する日本国憲法上の権利保障を認めるという意味について、質的に相違がある見解が併存していたように思われる。学界は、異なる発想の性質説が並立していたことに無自覚なまま議論を展開していたのではないか。

以下では、学説を整理した上で、主体＝国民—拡張型性質説が法理論

¹²⁾ 同・1233頁。

¹³⁾ 国民説については、小嶋和司『憲法概説』（信山社・2004年）156-157頁、佐々木惣一『日本国憲法論〔改訂版〕』（有斐閣・1952年）468頁、高橋正俊「外国人の基本的人権保障の対象性」新正幸＝早坂禧子＝赤坂正浩（編）『公法の実想と制度 菅野喜八郎先生古希記念論文集』（信山社・1999年）85頁。

的にも適当であって、最大判平成20年6月4日が示した国籍理解及び判例理解としても整合的であることを主張する。

(2)外国人の権利保障について、憲法学では次のように説明するのが一般的であろう。

日本国憲法上の権利主体は自然人である。したがって、外国人も当然に日本国憲法上の権利主体である。人権が人間性に由来する前国家的性格を有するものであることを根拠に、特に精神的自由権の領域については、当然に保障される¹⁴。

このような人権の普遍性を強調する発想では、「憲法は外国人にも、権利の性質上国民に限られるものを除いて人権保障を及ぼす趣旨であると解すべきであるから、『国民』という表現にはそれほど重要な意味はない¹⁵」という帰結が導かれる。

さらに、この立場の論者は、「いやしくも人が人たるが故に保障されている権利は不法滞在者であっても等しく保障が及ぶ¹⁶」と判示した最判昭和25年12月28日を挙げ、判例も同様の見解に立脚していると主張する¹⁷。

本稿では、便宜上、これを「主体＝人－当然保障型性質説」と呼ぶ。おそらく、多くの憲法学の体系書・基本書の類でも上記のような説明が一般的かもしれない。

(3)しかし、外国人も日本国憲法の権利保障体系に最初から織り込み済みであると捉える主体＝人－当然保障型性質説の発想とは異なり、日本国憲法は日本国民の権利保障を目的として制定されたのであって、外国人の権利保障を否定しているわけではないが、第一に想定すべき権利主体は国民であるという発想に基づく性質説がある（なお、このような見解を、本稿では便宜上「主体＝国民－拡張型性質説」と呼ぶ）。この見解は、外国人と国民との間に法的地位について本質的差異が存在することを肯

¹⁴ 例えば、芦部信喜『憲法Ⅱ 人権総論』（有斐閣・1994年）122-123頁、151頁。なお、以下では、芦部（1994）と略記する。

¹⁵ 同・64-65頁。

¹⁶ 最判昭和25年12月28日（民集4巻12号686頁）。

¹⁷ 伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂・1995年）196頁。

定する。

例えば、宮沢俊義によれば、「外国人ももとより基本的人権を享有する。そのことを憲法11条は決して否定するものではない。しかし、人権宣言では、とりあえず、国民の基本的人権を保障することを目的とする¹⁸」。「日本国憲法第三章は、『国民の権利および義務』と題される。『国民』の権利および義務を宣言・保障することがその主な狙いであることは、明らかである¹⁹」。

また、阿部照哉は、「憲法第三章は『国民』の権利および義務を定めるものであるが、このことは外国人には何らの基本権も保障されないことを意味するのではない。しかし、基本権なおのまず第一の主体は国民である²⁰」と指摘する。

憲法が国家と国民の関係を規律するものである以上、日本国憲法は、主体が日本国民であることを念頭において制定されたことは否定できないであろう²¹（後述のように、この点については国民説に傾聴すべき点が多い）。

このとき、注目すべきは、「憲法は、人である以上、当然に保障すべき権利をすべての人に保障しようとしているわけではなく、もともと日本人という特定の人々の権利のみを保障しようとするものであり、その上で、そうした権利の保障をどこまでそれ以外の人々に拡張して適用することが可能かという問題が学説や判例によって議論されてきたのではなかろうか²²」という長谷部恭男の指摘である。

¹⁸ 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕（オンデマンド版）』（有斐閣・2001年）211頁。

¹⁹ 同・240頁。

²⁰ 阿部照哉『憲法』（青林書院・1982年）76頁。

²¹ 憲法制定過程の議論でも、金森徳次郎大臣は、「現実にこの憲法が保障いたしますのは、日本国民に保障するのである、それ以外には必然の原理として及ぶものではない」、「この憲法は日本国民に権利義務を保障するということを当面の目的としております」と発言している（清水伸（編）『逐条日本国憲法審議録 第2巻』（有斐閣・1962年）193、195頁）。金森大臣は、外国人に対する日本国憲法上の権利保障を否定しているわけではないが、日本国憲法の「当面の目的」は日本国民の権利保障である、という立場に立脚している。

²² 長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会・2006年）118-119頁〔初出：長

以下では、外国人の権利論に関する従来の見解を捉え直す長谷部の指摘に留意しつつ、以下の二点及び補足を理由として、主体＝人－当然保障型性質説は理論的に適当とはいえず、外国人の権利保障を考える際には、日本国憲法上の権利主体は第一次的には日本国民であると設定した上で、外国人に対しては、権利の性質を検討した上で、当初の保障対象を拡張して認めるという論理構成を用いるべきであると主張する。

第一点は、日本国憲法に内在する範囲限定性である。芦部は、日本国憲法下において権利主体としてまず第一に想定すべきは日本国民であるという発想には批判的である。例えば、上記の「『国民』という表現にはそれほど重要な意味はない²³」という記述や、「人権規定の外国人への適用を原理的に否定しているところに問題が存する²⁴」という準用説に対する批判から読み取ることができる。

しかし、外国人に対する日本国憲法上の権利保障は、「原理的」には一あるいは考え方の出発点としては一否定すべきである。日本国憲法上の権利主体として、当然に観念されるべきは外国人ではなく、日本国民である。権利主体を国民として想定すべきという見解については、国民説に傾聴すべき点が多い。

国民説に対しては、文理解釈に偏りすぎているという批判²⁵や外国人を人だと思わない差別主義に基づく発想であるという批判²⁶が向けられ

谷部恭男「『外国人の人権』に関する覚書—普遍性と特殊性の間—」小早川光郎＝宇賀克也(編)『行政法の発展と変革：塩野宏先生古稀記念 上』(有斐閣・2001年) 387頁]。

²³ 芦部 (1994)・前掲65頁。同様の説明として、例えば、「消極説は、憲法第三章が『国民の権利及び義務』と題している点を重視」(中村陸男『憲法30講〔新版〕』(青林書院・1999年) 26頁) など。

²⁴ 同・123頁。同趣旨の指摘として、「日本国民と外国人との間に本質的差異があるとする準用説の出発点そのものに疑問がある」(野中俊彦＝中村陸男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ〔第5版〕』(有斐閣・2012年) 222頁[中村陸男執筆])。

²⁵ 芦部 (1994)・前掲123頁。

²⁶ このような批判に対して、尾吹善人は、同様の理解から、国民説は「厳格な文理解釈の結果」であって「差別主義的という非難を受けるべきではない」(尾吹善人『日本国憲法—学説と判例』(木鐸社・1990年) 189頁) と指摘している。

ることがあるが、このような批判は、国民説を誤解したものであって、国民説批判として適切ではない。

国民説は、「憲法の基本権規定は本来国民と国家の間の権利・義務の個別的関係を規律するにある、という基本権の性質に関する実質的理解²⁷⁾」を前提に、「憲法第三章の定める権利及び義務は、国民のみについてその権利、義務を定めるのである²⁸⁾」と捉える²⁹⁾。国民説は、このような憲法に関する理解を示す証拠として章のタイトルに着目しているのであって、文理解釈に偏っているわけではない。

さらに、これは、国民国家の基本論理からも正当化される。日本国憲法の前文では、「日本国民は」、「われらとわれらの子孫のために」「この憲法を確定する」と述べている。それに続いて、「国民の代表者が」権力を行使し、「その福利は国民がこれを享受する」と宣言している。

この前文は、「人がいずれかの国家に帰属し、その構成員が国家を担うとともに、国家はその構成員を正当に扱う責任を負う³⁰⁾」という国民国家体制を採ることを宣言している。そして、「国民国家は、まずは自国民の安全と繁栄を追求するという意味で利己主義的なところがある³¹⁾」。「日本国憲法第3章の標題も『国民の権利及び義務』とあり、さらに、『基本的人権』に関する総則的規定ないし包括的基本権保障規定において、『国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない』(11条)、『この憲法が国民に保障する自由及び権利』(12条)、『生命、自由及び幸

²⁷⁾ 高橋正俊「外国人の基本的人権保障の対象性」新正幸＝早坂禧子＝赤坂正浩(編)『公法思想と制度』(信山社・1999年)96頁。高橋は、佐々木惣一『改訂 日本国憲法論』(有斐閣・1952年)387-389頁を挙げている。

²⁸⁾ 佐々木・前掲468頁。

²⁹⁾ 他の国民説支持者も同様である。例えば、榎原猛は、「憲法は、本来、国民に対する国権発動の規範としての性格を持つものであること」(榎原猛『憲法一体系と争点』(法律文化社・1986年)107頁)を根拠に挙げている。また、国民説に関する詳細な整理として、太田益男『日本国憲法下の外国人の法的地位』(啓文社・1964年)、吉田隆「外国人の憲法上の地位—外国人地方選挙権について—」日本大学大学院法学研究年報26号71-73頁(2006年)。

³⁰⁾ 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣・2002年)170頁。

³¹⁾ 同。

福追求に対する国民の権利』（13条）というように述べられており…、憲法は直接には『国民』を名宛人として『基本的人権』を保障している。このことは、憲法が元来それぞれの国家の統治のあり方に関する基本法であることに鑑み、当然想定されうることである³²。結論的には基本的人権の保障を外国人に認めるにせよ、日本国憲法の権利保障体系として最初から外国人も織り込み済みである、という考え方は、憲法の基本原則を無視した見解と評価せざるを得ない。

つまり、国民説は、日本国憲法は国家と日本国民の権利関係を規律するものであるという憲法上の大原則を貫徹した見解であって、理論的には一貫性を有し、明快である。この大原則は、「国民国家の論理³³」に基づいて制定された憲法である限り否定し難い³⁴。およそ各国の憲法が他国民の権利保障を実現するために制定されたとは考えにくいであろう。主体＝人－当然保障型性質説は、憲法上の大原則を無視したものであって、適当ではない。問われるべき問題は、この大原則を貫徹することで良いと割り切るかどうか、ではないか³⁵。

³² 樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『憲法Ⅰ』（青林書院・1994年）182-183頁〔佐藤幸治執筆〕。

³³ 石川健治「人権享有主体性論の再構成－権利・身分・平等の法ドグマ－」法学教室320号66頁（2007年）。以下では、石川（2007）と略記する。石川によれば、「近代国家は、…法的な承認の回路を独占し、『自由人の身分』『国民の身分』『能動的国民の身分』を、一括して承認するに至った（人権宣言）」（同・64頁）ものである。そして、「すべての自然人に法人格（権利能力）を承認する人権思想が、画餅に帰さないで住んでいるのは、『国民の身分』に基づく国家の権利保護によって、それが下支えされているからにほかならない」（同・63頁）。「『国民の身分』『能動的国民』に外国人を含めることは、…国民国家の論理によりかかる限り、憲法上は困難である」（同・65-66頁）。

³⁴ 準用説は、このような意識に立脚しているともと思われる。準用説については後述。

³⁵ 貫徹することで良いと割り切るべきかという悩みは、実は、国民説の論者も共有している。例えば、「この立場をとっても、外国人に憲法的権利の保障がないとは思わない。国際社会において通念となっている程度の保障は当然で、これは憲法典前文に宣言する国際協和の立場からの要求である」（小嶋和司『憲法概説』（信山社・2004年）156頁）という記述である。

国民説の貫徹に踏み切ることが出来ない場合、考え方の筋道としては、日本国憲法上の権利保障の主眼が日本国民であることを正面から認めた上—したがって考え方の出発点としては外国人に対する権利保障は認められない—で、次いで、外国人にも権利保障を認めるという論理構成になる。外国人の権利保障に関する学説も、本来は、このような議論の筋道を採用していたのではないか³⁶。

第二に、主体＝人－当然保障型性質説が支持できない理由として、従来の見解は、自然権と憲法上の権利を混同していた点を挙げることができる。例えば、国民説を出発点とする準用説は、性質説に対して、次のように批判している。「人が人たるがゆえに」という論理は、自然権と実定法上の権利を同一視する発想であるが、「自然権のすべてがただちに実定憲法上の基本権でありえないのはもちろんであって、日本国憲法は、日本国民と外国人との本質的差異を認識したうえで、何よりもまず国民の人権を保障する立場に立ったものであることは、規定上明白である³⁷」。

これと同様の批判が主体＝人－当然保障型性質説にも当てはまる。つまり、主体＝人－当然保障型性質説は、自然権の領域の議論を、実体法たる日本国憲法の解釈に、そのまま持ち込んでいるように思われる。

憲法学では、論者によって使用する用語に差異があるものの³⁸、「憲法上の権利」と「自然権」(あるいは「人権」)は区別されている^{39 40}。前者は、

³⁶ 上記の引用した宮沢の記述及び長谷部の指摘を参照。

³⁷ 萩野芳夫『基本的人権の研究—日本国憲法と外国人—』(法律文化社・1980年) 63頁。

³⁸ 例えば、尾吹善人は、「憲法上の人権」という用語を用いている(尾吹善人『憲法の基礎理論と解釈』(信山社・2007年) 173頁)。また、奥平康弘は、「憲法が保障する権利」という用語を用いている。奥平の見解に関しては後述する。

³⁹ 萩野芳夫「基本権・基本的人権」杉原泰雄(編)『憲法学の基礎概念Ⅱ』(勁草書房・1983年) 2頁。また、この点に関する学説の整理として、辻村みよ子「人権と憲法上の権利」大石眞＝石川健治(編)『新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』(有斐閣・2008年) 64頁、辻村みよ子『憲法〔第4版〕』(日本評論社・2012年) 106-109頁。

石川健治によれば、「人権は、人間性のみを根拠とする以上、時間的・空間

実定憲法上規定されたものであり、後者は、実定法を超えた理念的なものである。前者の中には、後者に由来するものも含まれるが、あくまで実定法上のものである。自然権そのものと、自然権に由来する実定法上の権利は、異なる。通常、我々が日本国憲法上の権利について語るとき、あくまで実定法化された条文に基づいて語っているのであって、その後にある原理論について語っているわけではない⁴¹。自然権の理念を肯定するにせよ、自然権と実定法上の権利は区分すべきである⁴²。

的拘束を受けない主観法であるが、憲法上の権利条項は、国家による承認を介在させた『この憲法が国民に保障する』権利を規定しており、しかも、時間的・空間的な限定のある『国家』を名宛人とする客観法である。仮に、ここから主観法を導出することができたとしても、それは『憲法上の権利』であって、『人権』はその正当化根拠となる政治思想に過ぎない（石川（2007）・前掲65頁）。

また、この点に関し、先駆的な指摘として、奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣・1993年）1、19-21頁。奥平も、日本国憲法が日本国を成立させる目的のために日本国民が制定したことを宣言している憲法前文を根拠に、『憲法が保障する権利』の保障の名宛人、つまり権利の主体は、さしあたりまず、自分たち、すなわち『日本国民』を念頭に置いているのは間違いない」（同・49頁）と主張している。

⁴⁰ なお、筆者は、過去に両者を区別することを意識せずに「人権」という用語を用いたことがあるが（坂東雄介「アメリカにおける外国人の人権に関する一考察—絶対的権限の法理の生成と展開—」ジュニア・リサーチ・ジャーナル13号241頁（2007年））、立場を改めた。

⁴¹ 憲法上の権利と人権を区別し、前者を解釈の対象とすることについては、宍戸常寿「『憲法上の権利』の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣・2009年）233頁。宍戸は、日本国憲法に関する「個別の解釈論では」「実定憲法内在的な『基本的人権』が、超憲法的『人権』観念に道徳哲学的根拠を求めつつ」、区別されていることが前提となっていると指摘し、「解釈論の対象は『人権理念』そのものではなく『憲法上の権利』であることを明言する方が、生産的だろう」と指摘する。

⁴² 例えば、同様の区別を行う論者であり、国民説の支持者でもある論者として、覚道豊治『憲法〔改訂版〕』（ミネルヴァ書房・1977年）68-69頁。

「実定法化された人権は、その実体法の効力の及ぶ範囲において存在する。自然権たる人権は、古今東西をとわず、永久不変に場所と時間を超えて存するものと観念せられるが、日本国憲法によって保障された人権は、現在の日本という歴史的・時間と場所的空間に限定されている。しかしそれによって現実

おそらく、自然権と実定法上の権利を混同してしまった原因は、「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⁴³」という判示だろう。この判示は、外国人は人であるがゆえに、という主体＝人－当然保障型性質説に立脚していることが読み取ることができる。この判示を出発点とする限り、「憲法上の権利」と理念としての「人権」は同一のものとして観念されてしまう。その結果として、本来であれば日本国民の権利保障を目的として制定された第三章の権利規定の適用対象に外国人も最初から当然に組み込まれている、という説明困難な事態が生じているように思われる⁴⁴。

しかし、本来であれば、両者は区別されるべきである。例えば、マクリーン判決は、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障」は、権利の性質によっては「わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶもの」と判示しているため、自然権そのものではなく、あくまで「憲法上の権利」の保障を問題としている⁴⁵。

我々が議論する対象は、直接には憲法上の権利である以上、日本国憲

力を持ちうる法上の権利となる。その内容も各人が単に恣意によって認識すべきものではなく、客観的に存する条文の文言によって実証され、種々の国家的制度によって実効性を持ちうる。したがってかかる実定法上の、そして憲法上の権利は自然権としての人権そのものではない。

権利の内容的な観点から自然権に由来する憲法上の権利と、憲法によってはじめて保障された権利が混在することになるが、「これらすべては実体法としての憲法上の権利であるという点において、法的には同じ効力を有」する。

同様の指摘として、石川（2007）・前掲65頁、太田・前掲153頁-155頁。

⁴³ 最判昭和25年12月28日民集4巻12号686頁。

⁴⁴ 同様の指摘として、柳井健一「外国人の人権論—権利性質説の再検討」愛敬浩二（編）『講座 人権論の再定位2 人権の主体』（法律文化社・2010年）168頁。柳井は、「理念としての人権と実定憲法上保障された権利とは、密接な関連を有することを確認しつつも、両者がレベルを異にする別の概念であるという理解」が広く共有されている点を指摘した上で、「人権理念の普遍性からただちに、憲法上の権利が外国人にも原理的に及ぶという結論に至るのは、わずかの論理の飛躍があるように思われる」と述べる。

⁴⁵ 松本和彦「基本的人権の保障と憲法の役割」西原博史（編）『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』（岩波書店・2007年）33頁。

法は日本国民のために制定されたという憲法上の大原則に服さなければならない。外国人も日本国憲法が定める基本的人権の保障体系の中に最初から織り込み済みであるという見解は、法的な権利と理念上の人権を混同させたものと言うべきである⁴⁶。

補足的な批判として、従来の見解は判例理解が適切ではない点も指摘しておこう。従来の一般の学説は、「いやしくも人が人たるが故に保障されている権利は不法滞在者であっても等しく保障が及ぶ⁴⁷」と判示した最判昭和25年12月28日とマククリーン判決を併せ読むことによって、判例も主体＝人－当然保障型性質説を採用していると理解している⁴⁸。

しかし、主体＝人－当然保障型性質説が根拠として挙げる最判昭和25年12月28日を重視すること自体、判例理解として適切とは言えない。なぜならば、最判昭和25年12月28日の前述の判示は、「なお」書きに過ぎないからである。しばしば見落とされがちだが、上記判示は、すでに退去強制が違法ではないという結論が提示された後で下された判断であって、上記判示は、本判決の結論とは関係がない傍論に過ぎない。

他方、国籍が権利保障の基礎となることを示した最大判平成20年6月4日の上記引用箇所は、法廷意見が、国籍取得基準の合理性を検討する際には慎重な検討が必要であることを導くために、国籍が法的に重要なものであることを指摘した箇所である。法廷意見は、上記の認識を元に違憲判断を下し、それを前提に、原判決破棄、控訴棄却という結論を導いている。

傍論に過ぎない昭和25年判決と最大判平成20年6月4日の上記判示事項を比べたときに、重視すべきがどちらかは明白である。従来の見解は、傍論に過ぎない最判昭和25年12月28日を過剰に重視していたと言うべきである。

以上の理由から、日本国憲法の権利主体を人として想定し、外国人に対して当然に適用を認める見解は支持できない。日本国憲法上の権利主

⁴⁶ 同様の指摘として、柳井・前掲168頁。

⁴⁷ 最判昭和25年12月28日（民集4巻12号686頁）。

⁴⁸ 例えば、伊藤・前掲196頁。

体として想定すべきは日本国民であることを正面から認めるべきである⁴⁹。

では、国民説のように、外国人は憲法上の権利の適用対象ではない、と割り切ることができるのか。

通説は、基本的人権が人間性に由来する自然権的性格を有していること、憲法98条2項が国際協調主義の立場を採用し、世界人権宣言、各種の国際人権条約において外国人も権利保障の対象となっていること、を根拠として外国人にも憲法上の権利が保障される、と解している⁵⁰。

通説は、この根拠を外国人の憲法上の権利を認めるべき一般的な根拠として挙げているが、筆者は、これは、外国人に適用対象を拡張する場合に個別の権利の性質を検討する際の一要素として位置付けるべきだと考える。この点については後述する。

上記の前提を思考の出発点としつつも、何らかの解釈手法を用いた上で、外国人にも権利保障を認めるという論理構成を用いるべきであると考えるならば、問題は、このような論理を活かすために、どのような解釈手法を用いるべきか、である。

(5)ここで、主体＝国民－拡張型性質説と発想が近い裁判例を整理及び紹介する。

名古屋高判昭和37年8月2日は、次のように判示している。「いずれの国においても国家というものが法体制の基礎となっているのであるから、内外人について若干の取り扱いを異にすることがあっても、やむを

⁴⁹ 本稿と同様の議論及び重要な問題提起を行う近年の見解として、柳井健一「外国人の人権論－権利性質説の再検討」愛敬浩二(編)『講座 人権論の再定位 2 人権の主体』(法律文化社・2010年)158頁。柳井によれば、「憲法という制度が、一定のメンバーシップを享有する人間集団を前提として当該政治共同体の統治のありようを規定する制度である以上、そこで保障された人権は、そのメンバーたる国民を第1次的には保障の対象として」いる(同・169-170頁)。柳井の問題意識は、上記の前提を踏まえた上で、外国人に対する権利保障を認める理屈をどのように構築するのか、という点にあると思われる。そして、従来外国人に対する権利保障を認めてきた根拠(人権の普遍性、国際協調主義)の再検討を行っている。

⁵⁰ 例えば、芦部(1994)・122頁。

得ないものといわねばならない。わが憲法第14条第1項もこうした見地から、もっぱら日本国民を対象として法の下における平等を規定したものと解される」。「しかしながら元来法の下における平等の理念は人類普遍の基本的原理であるから、右憲法第14条第1項における『国民』という文言にかかわらず、国家と直接関係のないような生活関係については、合理的理由のない限り、内外人を立法その他の国政の上において差別しないことが、憲法第14条第1項の精神にかなう⁵¹」（下線部は引用者）。

考え方の出発点としては国民説に依拠する準用説も、主体＝国民－拡張型性質説とほぼ同様の思考である。準用説によれば、「外国人は、わが国の構成員ではなく、したがって、わが国の政治の基本的方向の決定に参与する地位にはなく、この点で、国民とは、地位が異なる。この地位のちがいは、人権の享有ということについて、根本的なちがいが存在するという結果をみちびくはずである」。「国民と外国人は、根本的に立場が違っており、日本国憲法にも、第三章を外国人に適用するという規定がないだけでなく、かえって文言上は、国民の権利を保障するようになっているのであるから、憲法は、外国人に第三章の適用を認めるものではない」。「しかし、他方で、人類の何千年もの間の自由獲得の努力が、今日ようやく実りつつあり、市民の権利ではなく、人間の権利がどこにいても保障されるべきであるという思想と制度が確立」していることから、外国人には、適用ではなく、準用という解釈技術によって基本的人権の保障を及ぼすべきである⁵²。

つまり、準用説も、日本国憲法上の権利主体が日本国民であることを前提とした上で、準用という手法を用いることによって外国人に対する権利保障を認めるように処理する。

類推適用説も準用説と同様の思考をたどる。実際、準用説を提唱した

⁵¹ 判例時報319号51頁。

⁵² 萩野芳夫『国籍・出入国と憲法—アメリカと日本の比較—』（勁草書房・1982年）433-434頁。なお、準用説とは異なるが、佐々木惣一は、日本国憲法制定時に、日本国憲法の権利規定の適用対象は国民であることを前提に、「この条文の何処かの規定は、外国人にこれを準用すと云う規定を一文入れる」（清水伸（編著）『逐条 日本国憲法審議録 第2巻〔増訂版〕』（原書房・1976年）197頁〔佐々木惣一発言〕）ことを提唱していた。

萩野は、「憲法14条は『すべて国民は、法の下に平等であつて・・・』と規定し、直接には日本国民を対象とするものであるが」、権利の性質を鑑みれば、「わが憲法14条の趣旨は、特段の事情の認められない限り、外国人に対しても類推さるべきものと解するのが相当である⁵³」（下線部は引用者）と判示した最大判昭和39年11月18日を、準用説と近い思考を展開していると指摘する⁵⁴。

また、中川剛は、「外国人は法人同様、主権主体でなく、人権主体としての国民でもない⁵⁵」が、「外国人にも憲法上の人権を類推適用することは望ましい⁵⁶」と述べ、類推適用説を提唱している。ただし、類推適用説の場合、類推という解釈技術を用いるため、準用説と同レベルには国民と外国人との距離を明確に意識できなくなるだろう。

端的に整理すれば、本稿が問題としているのは、思考過程の相違である。主体＝人－当然保障型性質説は、日本国憲法上の権利主体は人であると想定するため、外国人に対しても、人が人であるがゆえに保障される権利については、当然に保障が及ぶと解する。

他方、主体＝国民－拡張型性質説の場合、《日本国憲法上の本来的権利主体は日本国民である。争点となっている A という憲法上の権利も、本来の享有主体は日本国民である。しかし、A という憲法上の権利について権利の性質を検討すると、外国人に対しても保障を認めるべきである》という論理構成を用いる。A という権利の性質の検討が外国人に対しても権利保障を認めるかどうかを区分する軸となる。

権利の性質を判定する際には、様々な要素を検討すべきである。権利の性質を判断する際には、当該憲法上の権利が人権に沿革を持つものであること、国際的にも保障の必要性が高いこと、各種の権利保障を実現するために必要性が高いこと（例えば、裁判を受ける権利）などが考

⁵³ 刑集18巻9号579頁。

⁵⁴ 萩野芳夫『基本的人権の研究－日本国憲法と外国人－』（法律文化社・1980年）65頁。

⁵⁵ 中川剛『基本的人権の考え方』（有斐閣・1991年）29頁。

⁵⁶ 同・30頁。

慮されるであろう⁵⁷。

この点につき、第一の検討要素、すなわち、基本的人権が自然権に由来するものであるという根拠は、今までの指摘した内容から、根拠として用いることは不適切であって、主張が矛盾している、と受け取られるかもしれない。しかし、次のように考えれば矛盾は生じない。

主体＝国民－拡張型性質説の思考では、適用対象を拡張する憲法上の権利の性質を検討することになる。その際に、当該憲法上の権利は、本来は国民が適用対象であるが、その権利は自然権に由来するものであるから、適用対象を拡張して外国人にも認めるべき、と解釈することは排除されていないだろう。なぜならば、これは、拡張して適用を認める際に自然権に由来するもの、と述べるにとどまり、当該権利が自然権そのものである、と述べているわけではない。権利規定の由来を考慮することは、法解釈における一般的な思考方法である。人が人たるがゆえにという大仰な論理は、あくまで当該憲法上の権利の性質を判断する際の一要素に過ぎない⁵⁸。

第二の検討要素は、国際人権条約においても外国人の権利保障が認められているため、日本国憲法を国際人権条約に適合的に解釈して、日本国憲法解釈上も外国人に権利保障が認められるべきという主張だと解される⁵⁹。この内容をもう少し敷衍すると以下のように説明できる。

憲法と国際条約の関係につき、通説・判例である憲法優位説の下であっても、「日本国が締結した条約…は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定した憲法98条2項には、「憲法的決定として明確に規定⁶⁰」された「国際法調和性の原則の基礎を見出すことができる⁶¹」ことか

⁵⁷ なお、「およそ法解釈をすることは、合理的に関連する限り、いかなるものでも根拠となしうる」(須賀博志「人権条約の裁判規範性」大石眞＝石川健治(編)『新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』(有斐閣・2008年)342頁)。

⁵⁸ なお、この要素は、当然のことながら、理念としての人権(ないし自然権)に由来する憲法上の権利(特に自由権)において妥当するが、それ以外の領域には当てはまらない。

⁵⁹ 宮崎繁樹「外国人の人権」ジュリスト586号45頁(1975年)。

⁶⁰ 斉藤正彰『国法体系における憲法と条約』(信山社・2002年)402頁。

⁶¹ 同。

ら、憲法98条2項は、「最高法規である憲法の規定と矛盾するのではない限りにおいて、憲法解釈においても『日本国が締結した条約』を顧慮することを要請するもの⁶²⁾」であって、「日本国が締結した国際人権条約に適合的に憲法を解釈するという手法については、条約規定の援用は憲法98条第2項の要請として行われる⁶³⁾」。つまり、「憲法解釈に複数の可能性がある場合において、それらの選択肢の中で、可能な限り、国際人権条約に適合的なものを選択する⁶⁴⁾」ことが求められる⁶⁵⁾。

例えば、上記の最大判昭和39年11月18日では、世界人権宣言7条が、

⁶²⁾ 同。

⁶³⁾ 同。

⁶⁴⁾ 齊藤正彰『憲法と国際規律』（信山社・2012年）80頁。

⁶⁵⁾ 憲法の条約適合的解釈に対する批判として、内野正幸「条約・法律・行政立法—交付や罪刑法定主義にもふれつつ—」高見勝利＝岡田信弘＝常本照樹『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣・2004年）428頁。

しかし、国際人権条約が憲法の解釈基準となることについて、江島晶子は、「単一の絶対的解答が存在しない」状況において、「複数の機関によって、答えを出し、検証し、比較するプロセスを重層的に用意」する多層のモデルが有用である、と指摘する。多層のモデルとは、「多層的レベル（国際・地域・国内）において取り組まれている様々な方向を向いた人権実現の試み（と反発）を考慮に入れながら、進行形の『人権』を捕捉し、そこから部分的・一時的・地域的にせよ了解の得られる一定の基準を抽出し、さらにそれを試していく方法である」。すなわち、「国際人権保障システムは、国内基準を国際基準に近づけるという単線モデルではなく、むしろ国内システムと国際システムとの『対話』を通じた検証の中で試行錯誤を重ねながら人権実施を促進する」思考である（芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎（編）『別冊法学セミナー No.210 新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社・2011年）515-516頁〔江島晶子執筆〕）。その一環として、憲法解釈の際にも国際人権条約が解釈基準として機能する。江島の見解は、プラクティカルなものであるが、「人権の普遍性」といった漠然とした、かつ合意を容易に得ることが困難な概念に頼らない、「現実的な処方箋」だと評価できる（江島晶子「日本における「国際人権」の可能性」阪口正二郎（編）『岩波講座 憲法5 グローバル化と憲法』（岩波書店・2007年）206頁、江島晶子「憲法の未来像における国際人権条約のポジション—多層レベルでの「対話」の促進」辻村みよ子＝長谷部恭男（編）『憲法理論の再創造』（日本評論社・2011年）316頁）。

外国人に対しても憲法14条の保障を認めるべき根拠として用いられている。

(6)思考の筋道としては、主体＝国民－拡張型性質説は、まずは日本国憲法は日本国民の権利保障を対象としているという点において、準用説ともそれほど差がない。この点について、早くから性質説にはいくつかパターンがあることを指摘していた論者が「権利性質説といっても論者により内容の異なりをみせ、実質的には準用説と同じ立場もあろう⁶⁶⁾」と指摘していた通りである。

しかし、適用（法の本来の対象に法律の条文を当てはめること）と準用（法の本来の対象ではないが、類似する対象にその規定を当てはめること）は、異なる解釈手法である⁶⁷⁾。では、両者はどのように異なるのか。

準用説は、当てはめのレベルで処理する考え方である。法の本来的適用範囲については国民として想定したままであって、規範については動かさない。上記のように、類推適用説も準用説と近い発想である。

主体＝国民－拡張型性質説（適用説という枠組みを採用）は、準用説とは異なり、規範のレベルの処理である。解釈によって、法本来の対象範囲を外国人にまで拡張し、その結果として、外国人も法の適用対象となる。ここに主体＝人－当然保障型性質説との考え方の違いが浮き彫りになる。主体＝人－当然保障型性質説の場合、本来の適用範囲は、最初から人であるため、外国人も当然に含まれると解する。

準用説、あるいは主体＝国民－拡張型性質説の手法を選択するにせよ、『日本国憲法上の権利保障は、本来は日本国民を対象としている』という前提を出発点としている。このような解釈手法に相違があるが、どちらを支持すべきなのか。

準用説は理論的には明快な見解であるが（主体＝人－拡張型性質説は

⁶⁶⁾ 戸松秀典「人権の享有主体」芦部信喜（編）『ユーブンゲ憲法』（有斐閣・1989年）15頁。なお、第2版では、準用説についてはほとんど扱っておらず、記述も削除されているため初版を引用した。

⁶⁷⁾ 吉田利宏＝いしかわまりこ『法令読解心得帖』（日本評論社・2009年）118-119頁、長野秀幸『法令読解の基礎知識〔第1次改訂版〕』（学陽書房・2014年）41-42頁。

規範レベルの操作であるため、前提を修正することになり、解釈手法としてはやや迂遠な印象がある)、日本の判例が一貫して性質説を採用してきた以上、性質説の枠組みを維持した方が法解釈として受け入れやすいと思われるため、主体＝国民－拡張型性質説を適当とすべきである。

以上より、主体＝人－当然保障型性質説は、理論的視点、判例理解の観点からも適切とは言えない。国籍が権利保障の基礎となると解しつつも、マクリーン判決を覆したわけではない最大判平成20年6月4日は、日本国憲法は、第一次的には日本国民の権利を保障し、外国人の権利保障は日本国憲法上の主眼ではないと捉えた上で、外国人に権利保障規定の適用を認めるにせよ、当初憲法が想定していた適用範囲を解釈によって拡張することによって外国人にも権利保障が認められるようになった、という性質説に立脚していると解すべきである。結局のところ、最大判平成20年6月4日は、日本国憲法上、外国人の権利保障を否定していないが、日本国憲法にとって主眼ではないことを明らかにした、と解すべきである。

なお、上記の解釈は、考え方の筋道の相違を示すものであって、具体的な結論に差が出るとは考えにくい⁶⁸。マクリーン判決が展開した性質説を上記のように解釈すれば、国家構成員の資格たる国籍を権利保障の前提として捉えた最大判平成20年6月4日とも整合的であり、かつ国民国家に基づく日本国憲法の基本的発想にも合致すると述べているに過ぎ

⁶⁸ 本稿について、ある法解釈論と異なる法解釈論を提示する際には実益が必要である、結論が異ならなければ法解釈論として意味が無い、と指摘を受けたことがある。筆者も、一定の結論を変更させるために異なる法解釈論を提示する場合が存在することを認めるが、それだけが法解釈論である、という見解は支持しない。なぜならば、法が理論的に構築されているものである以上、生じる結論を抜きにしてその理論構成の妥当性を検証することは必要な作業だと考えられるからである。本文でも説明したように、従来の見解は、主体＝人－当然保障型性質説と主体＝国民－拡張型性質説の相違を意識せず、性質説という括りの下で問題となっている権利の性質を議論していたのであって、この点から見ても、どちらの見解に立脚したとしても結論に差が出ないことを傍証できる。

ない。

むしろ、従来の発想と結論に差異が出やすいのは、二級化した国民の地位（例えば、海外に居住することによって特定の権利保障を奪われた国民）である。この点については、次に述べる。

1. 3. 第二の結論—二級化した国民の地位の解消

生活実態をベースとした権利保障か、国籍をベースとした権利保障か。我が国の判例は、後者を選択した。ここから導かれる第二の結論は、国籍は、二級化した国民の地位を解消する役割を果たすという点である。同様の発想は、Warren Court にも見られる（詳細については第10章）。

国籍と権利保障を結びつけ、外国人に対する日本国憲法上の保障を否定はしないものの、保障の主眼ではないと捉える判例の思考は、確かに、「自国籍中心主義⁶⁹」と言うべきかもしれない。

しかし、国籍と権利保障を結びつける論理は、国民の中で、本来国民であれば有する権利（国籍と結びついている権利）が保障されていない者、すなわち、二級化した国民が存在する場合、その者の地位を引き上げる論理を提供する。

国籍が、二級化した国民の地位を解消する論理として機能した事例としては、在外国民の選挙権の行使に関する判断を下した最大判平成17年9月14日を挙げることができる。この判決は、「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべき⁷⁰」であると捉える。その上で、「在外国民は、選挙人名簿の登録について国内に居住する国民と同様の被登録資格を有しないために、そのままでは選挙権を行使することができない⁷¹」状態にあると指摘する。

⁶⁹ 安藤仁介「国際社会と日本—日本国憲法と国際協調主義」佐藤幸治＝初宿正典＝大石眞（編）『憲法50年の展望Ⅰ』（有斐閣・1998年）334頁。

⁷⁰ 民集59巻7号2095頁。

⁷¹ 同・2096頁。

このように、最大判平成17年9月14日の法廷意見が、国民の基本的権利である選挙権を行使できない状態に置かれた在外国民は二級化した国民の地位にあると認識している。

二級化した国民の地位を解消するために法廷意見が採用した論理は、選挙権が国民固有の権利であるため、海外に居住する国民であっても特別な理由が無い限り保障されなければならない、というものである。ここに、国籍が二級化した国民の地位を解消する論理として機能している点を見出すことができる⁷²。

1. 4. 国籍の役割の強調

1. 4. 1. 参政権

上記で示したように、国籍には権利の土台としての側面があるがゆえに、外国人の保障は日本国憲法にとって主眼ではなく、二次的に過ぎない。しかし、国籍が権利の土台であるからこそ、二級化した国民を、通常の国民と同レベルにまで引き上げる役割を果たす。

近年の判決において、このような論理を強調した事例は、在外国民の選挙権について争われた最大判平成17年9月14日と、外国人が地方公務員の管理職に昇任する条件として設定された国籍要件について争われた最大判平成17年1月26日である。

上記で指摘したように最大判平成17年9月14日では、国民である以上は海外に居住する者であっても選挙権は保障される、という思考に立脚している。

他方、外国人が地方公務員の管理職に昇任する前提として設定された国籍要件について争われた最大判平成17年1月26日では、「国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきであること（憲

⁷² 内野正幸は、選挙権を社会の構成員の権利として捉えた上で、現実には日本社会の構成員ではない、在外国民の選挙権保障を導くことは厳しいと告白する（内野正幸「在外国民の選挙権」法律時報78巻2号79頁（2006年））。これは、内野の立場からの批判であるが、これは、法廷意見が、選挙権が国籍に付着する権利である点を強調しているからこそ、成立する批判であろう。

法1条、15条1項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきであり、我が国以外の国家に帰属し、その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではない⁷³」と判示している。

公務就任権は、選挙権と同じく、広い意味での参政権として位置づけられている⁷⁴。最大判平成17年9月14日と最大判平成17年1月26日は、参政権は国民の権利であるという論理を強調した点において一貫している。すなわち、参政権は国民の権利であるからこそ、海外に居住する国民であっても保障されなければならない。他方、参政権は、国民の権利であるからこそ、日本国内で出生し、生活実態が通常の日本人とほとんど差が無い旧植民地出身者であっても、公権力行使等地方公務員に就任することは、「本来我が国の法体系の想定するところではない」という判示が導かれる。

両判決は、参政権が国民の権利である点を重視する思考に立脚しているために⁷⁵ ⁷⁶、一方では二級化した国民の地位を解消する論理として機能し、他方では、外国人を排除する役割を果たしている⁷⁷。ここには、従来の憲法学が、外国人の地方選挙権を容認する際に用いた、生活実態と

⁷³ 民集59巻1号134-135頁。

⁷⁴ 宮沢・前掲92-93頁。

⁷⁵ 青柳ほか座談会・前掲79頁〔柳井発言〕。

⁷⁶ 両判決とも、国民主権を強調している。国民主権は多様な概念であるが、その一つは、国民が参政権を有することである。なお、両判決が用いている国民主権概念の混乱と整理については、岡田信弘「主権論再考」ジュリスト1334号39頁（2007年）。

⁷⁷ 坂東雄介「アメリカにおける外国人の人権に関する一考察—絶対的権限の法理の生成と展開」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル13号276頁（2006年）。同趣旨の見解として、棟居快行『憲法フィールドノート〔第3版〕』（日本評論社・2006年）211頁。なお、在外国民の参政権を肯定する論理と在日外国人の参政権を否定する論理の関係について検討している点については、瀧川裕英「国民と民族の切断—外国人の参政権問題を巡って—」法学雑誌49巻1号12-13頁（2002年）。

いう発想は存在しない⁷⁸。

1. 4. 2. 他の事例—生存権を例として

〔1. 4. 1〕において取り上げた事例は、一般に、国籍と結び付けて捉えられやすい参政権の事例である。国籍と権利を結びつける論理は、外国人を権利保障から排除する結論を招くが、二級化した国民の地位を解消する論理として機能するという発想は、参政権以外の、他の具体的な事例においても見出すことができるのか。

例えば、生存権に関する判例を検討してみよう。生存権も、一般に、国籍と結び付けて捉えられている権利である^{79 80}。事実、最大判平成20年6月4日も、国籍を「公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な地位」

⁷⁸ 青柳ほか座談会・79頁〔柳井発言〕。

⁷⁹ 西村健一郎『社会保障法』（有斐閣・2003年）496頁。西村は、「生存権を普遍的な人権として理解することには問題があり、またわが国が批准した上記の条約（社会権規約及び自由権規約—引用者注）の解釈から直ちに外国人に対する生活保護法を適用しないことが違法とはいえない」と述べる。裁判例としては、例えば、東京地判昭和53年3月31日（行集29巻3号482頁）。

⁸⁰ なお、反対説は、次のように指摘する。片岡は、「社会保障の適用に関しては、その者が当該国家の領域内に居住し、共同体の一員として生活しているという社会的事実こそが重要なのであって、共同体の一員として生活しているにもかかわらず外国人であるからという理由だけで共同体共通の利益から排除することは不当である」（古賀昭典（編著）『新版現代公的扶助法論』（法律文化社・1997年）125頁〔片岡直執筆〕）と批判している。また、憲法学の観点から上記の見解を支持する者として、中村睦男「外国人の生存権・社会保障権の権利主体性」社会保障法5号66頁（1990年）。

外国人一般ではなく、定住外国人の生存権を肯定する見解もある。例えば、大沼は、次のように説く。「経済・社会的権利を基礎づける『強い社会連帯意識』なるものは、まさに同一社会において生活を共にする者としての連帯意識であり、本来擬制的性格を含む国籍を媒介とする連帯意識ではない」として、「憲法14条の平等原則は、社会権の享有につき、少なくとも日本社会に定住し、国民と同一の法的・社会的負担を担っている定住外国人にも妥当するものであり、25条の『国民の生存権』は、むしろ定住外国人を含む社会構成員の権利と構成さ」れるべき（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100周年記念論集第2巻』（有斐閣・1983年）411頁）。

と捉えている。

外国人の生存権に関する基本原則を示した判決は、最判平成1年3月2日（いわゆる塩見訴訟）である。この判決では、傍論ながら「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、当該外国人の属する国との外交関係、変動する国際情勢、国内の政治・経済・社会的諸事情等に照らしながら、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、福祉の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、許されるべきことと解される⁸¹⁾」と判示した。

判決によれば、社会保障から外国人を排除し、日本国民を優先的に扱うことも可能である。

例えば、それは、不法滞在外国人を、緊急医療からさえも排除した立法を合憲と判断した最判平成13年9月25日⁸²⁾にも現れている。これは、「人の生存は人権享有の前提となるものであり、また、その性質上日本国民のみを対象としているものを除く、人であることによって認められる基本的人権は、国籍又は在留資格の有無を問わず尊重されるべきであるから、生存そのものの危機に瀕している者の救護は、わが国に在留する資格の有無にかかわらず、法律上の配慮を受けるべきものというべき⁸³⁾」と判示した控訴審判決と対照的である（ただし、控訴審では、立法的検討を促すものの、請求を棄却している）。例外的な事例は、不法入国した外国人に対する原爆医療法の適用を認めた最判昭和53年3月30日⁸⁴⁾を挙げることができるが、これは、人道を理由として適用を認めた判決であって、外国人に対する生存権の保障を正面から認めた事例ではない。

このように、日本の判例は、外国人を、生存権の保障から徹底的に排除している。

では、対照的に、判例は、生存権について、本来、保障されなければ

⁸¹⁾ 判例時報1363号70頁。

⁸²⁾ 判例時報1768号47頁。

⁸³⁾ 判例時報1611号56頁。

⁸⁴⁾ 民集32巻2号435頁。

ならない筈であるのに、十分に保障されていない国民、二級化した日本国民を、国籍を理由として、本来有すべき保障の基準にまで引き上げる論理を展開しているのだろうか⁸⁵。

本稿が Warren Court に着想を得つつ我が国の判例から抽出した思考を貫徹するならば、国籍は、参政権と同様に、十分に保障されていない日本国民の公的給付を、本来有すべき保障の基準にまで引き上げる論理として機能するはずである。

⁸⁵ 同様の発想として、次のような疑問が投げかけられている。

『『国民』の権利とされてきた生存権ないし生活保護制度について、在外国民も憲法によって生存権を保障されていることに変わりはなく、国内と同一制度を同様に実施することが困難としても、制度の公正な運営が事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、国には権利行使を可能にするために所要の措置を執るべき責務があるといえるだろうか。

『海外移住の自由は、それを行使することによって……日本での社会保障給付を国内在住の時期に比べて十分に受けられなくなる不利益を化せられないことの保障を含む』か否かについて、在外国民は自分の意思で十分な人権保障を犠牲にしてまで海外に居住する道を選んだとして……、22条の問題に吸収することが可能であろうか。

国籍国としての責務は、国民の移動・居住がグローバル化しても、帰国援護にとどまるのであろうか。これまでも行われてきた在外邦人に対する援助は、専ら政策的なものであって、25条の『精神』に基づいて考える余地もないのであろうか。

逆に、生存権保障は国籍国の責務であるという主張は、在外国民について日本国が責務を免除されるという趣旨を含むであらうか」（齊藤正彰「グローバル化と憲法における国籍の意味」阪口正二郎(編)『岩波講座 憲法5 グローバル化と憲法』（岩波書店・2007年）193頁）。

齊藤の問題提起は、生存権の基礎を国籍に求めるのか、それとも日本社会における生活実態に求めるのかという問いの具体的な問題状況を指摘している。最大判平成20年6月4日が示した判例の思考は、前者、すなわち、海外に居住する日本国民の権利保障の貫徹を選択するであろう。このように、生活実態ではなく、国籍を基礎とした権利保障を想定した場合、海外に居住する日本国民の権利保障を実現する理屈を導き易くなる。

類似した事例としては、在外被爆者に対する健康管理手当の支給について争われた最判平成19年2月6日⁸⁶を挙げることができる。これは、本来支給されるはずであった健康管理手当が、海外に居住していることを理由に支給されなかったことについて争われた事例であり、一見すると、在外国民の選挙権訴訟と類似した構造にある。

しかし、これは、広島県が、消滅時効を援用して支給をしなかった方が信義則に反するかどうか争われた事案であり、在外国民の選挙権判決のように、在外被爆者が二級化した国民として捉えられるかどうかについては判断していない。

したがって、この事案も、国籍をベースとした権利保障が、参政権以外の他の事例において機能するかどうかについて、十分に証明する根拠ではない。結局のところ、現時点では、本稿が最大判平成20年6月4日から導出した発想について、判決を挙げながら説明できる領域は、せいぜい参政権程度しか見当たらない。

2. 国民の範囲設定

上記では、第一の問題関心について検討した。以下では、第二の問題関心、すなわち、国民の範囲の基準設定について検討する。

2. 1. マクリーン判決—政治部門の判断の過剰な尊重

(1)国籍法は一間接的には出入国管理法も一国家構成員＝国民の範囲を設定する法律であって、時代状況に応じて、《国民として望ましくない人々》と《国民として望ましい人々》を区分している。M.Waltzerによれば、このような区分をすること、すなわち「入国許可と排除」することは、「共同体自治の核」であって、「自己決定の最も深い意味を示している⁸⁷」。国籍や出入国管理を規制することによって「自己」の範囲を決定することは、主権行使の本質的要素であって、まさに「政治的な」領

⁸⁶ 民集61巻1号122頁。

⁸⁷ マイケル・ウォルツァー(著)/山口晃(訳)『正義の領分—多元性と平等の擁護』(而立書房・1999年)109頁。

域であると捉えられている⁸⁸。

国民の範囲設定は、政治的な領域である以上、立法による判断に広く委ねられる領域のはずである。出入国管理の事例について、政治部門の判断を重視した見解は、マクリーン判決であろう。改めて、判示内容を振り返る。

マクリーン判決では、「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り、政治活動の自由についても、わ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、その保障が及ぶものと解するのが、相当である⁸⁹」と判示し、外国人の権利保障を肯定する。

しかしながら、「憲法22条1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり、外国人がわが国に入国することについてはなんら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される……。したがって、憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」と解すべきである⁹⁰」。

このことから、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であって、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障

⁸⁸ 杉田敦『境界線の政治学』（岩波書店・2005年）15-16頁、176-177頁。

⁸⁹ 民集32巻7号1233頁。

⁹⁰ 同1230頁。

が与えられているものと解することはできない⁹¹」。

マクリーン判決は、上記の論理を用いて、在留期間更新不許可処分を違法ではないと判示した。

このようなマクリーン判決の判示について、日比野勤は、マクリーン判決を「出入国管理システムと基本的人権は異なる次元にあり、入国・在留・出国など出入国に関わる事柄は基本的人権の射程に含まれない、在留外国人の基本的人権は出入国管理システムの枠内で保障される⁹²」という出入国管理システム優位説を採用したもの、と指摘している⁹³。

(2)このような発想は、アメリカ合衆国にて展開された絶対的権限の法理と共通していると思われる。日本も、基本的には、アメリカにおける絶対的権限の法理と同様に、国民の範囲を設定する権限は、主権的な権限であって、政治部門に委ねられるべきであり、裁判所が介入することは適当ではないという立場に立脚している。

これを端的に示した近年の判示は、最判平成16年1月15日において提示された、「在留特別許可の付与は、国家主権発動の一つとして政府（所管者法務大臣）が一元的に行うものであり、しかも政府の広範な裁量にゆだねられているものである⁹⁴」という見解である。

日本の判例も、外国人の入国を許可する権限を、主権的権限として位置づける。このような思考を貫徹する限り、合衆国と同様に、政治部門に対して、広範な裁量が承認されるため、原則として、憲法が保障する権利を理由として、構成員を設定する権限を統制することは考えにくい。

2. 2. 最大判平成20年6月4日の法廷意見と反対意見の対比

(1)マクリーン判決と同様の思考を貫徹するならば、最大判平成20年6月4日で争われた、国民の範囲の基準設定＝国籍付与の在り方は、「完全

⁹¹ 同1233頁。

⁹² 日比野勤「外国人の人権(2)」法学教室217号44頁（1998年）。

⁹³ 同様の指摘として、安念潤司「『外国人の人権』再考」樋口陽一＝高橋和之（編）『現代立憲主義の展開 上』（有斐閣・1993年）164頁。

⁹⁴ 民集58巻1号240頁。

に立法府に委ねられるべき、政治過程の問題⁹⁵」であって、違憲と判断する余地は到底出てこない。

この見解に近い思考を展開したのが、最大判平成20年6月4日における横尾・津野・古田反対意見であろう。横尾ら反対意見は、「国籍の付与」を「国家共同体の最も基本的な作用であり基本的な主権作用の一つ」と捉え、「特定の国の国籍付与を権利として請求することは認められないのが原則」とする⁹⁶。その上で、「国籍付与の在り方は、出入国管理や在留管理等に関しても、様々な面で大きな影響を及ぼすものであり、そのような点も含めた政策上の検討が必要な問題⁹⁷」と位置づけている。

また、百地章と山田亮介は、反対意見に賛成した上で、法廷意見に対し、「判例は外国人の入国の自由も憲法上保障されていないとしているのだから、ましてや未だ日本国籍を有しない外国人への国籍付与は、本来主権の問題であって国籍取得の権利など認められないと考えるのがスジではないか⁹⁸」と批判を展開している。

(2)しかし、最大判平成20年6月4日⁹⁹は、構成員の範囲を設定する権限について、次のように判示した。

「憲法10条は、『日本国民たる要件は、法律でこれを定める。』と規定し、これを受けて、国籍法は、日本国籍の得喪に関する要件を規定している。憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものであると解される。

⁹⁵ 青山治城「民主主義と立憲主義—日本国憲法のディレンマ—」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣＝竹下賢＝長谷川晃(編)『法の理論27 特集：日本国憲法をめぐる基本問題』(成文堂・2008年)12頁。

⁹⁶ 民集62巻6号1399頁。

⁹⁷ 同1404頁。

⁹⁸ 百地章＝山田亮介「判批」日本法学75巻1号223頁(2009年)。

⁹⁹ 民集62巻6号1367頁。

しかしながら、このようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生ずることはいうまでもない¹⁰⁰」。

法廷意見は、上述のように、国籍と権利、利益を結びつけて捉えている。しかし、国籍の取得が恣意的なルールによって設定されるならば、本来保障されるはずの権利、利益を享受できない。したがって、構成員資格を設定する際であっても、立法府が自由に設定できるものではなく、一定のルールに服さなければならない。本件の場合、立法府が服すべきルールは—我が国の構成員設定ルールが血統主義を原則としていることを前提とした上で—非嫡出子に対する差別の禁止である。法廷意見は、このような論理を展開し、時勢の変化を理由に、非嫡出子に対する差別の禁止を、構成員設定ルールを統制する規範として承認した。

この点については、抽象度の高い次元ではあるが、日米共通の現象が生じていることが指摘できる。すなわち、日本においても、出入国管理や国籍取得基準の設定は、政治的な領域と位置付けられ、アメリカにおける絶対的権限の法理と類似の思考を展開している。したがって、望ましい国民／望ましくない国民の区分は存在している。しかし、国籍を権利保障の前提と捉えるとしても、国籍保有者の範囲は恣意的に設定されるべきではない。最大判平成20年6月4日は、この区分をすることが、必ずしも自由に設定できるわけではないことを示している。国籍の取得基準を設定することは、確かに国家主権に基づくものであるが、自由に設定して良いわけではなく、何らかの規範的統制に服する。

(3)このような判決理解から読み直されるべき判決は、出生時の国籍取得に関し、父系優先主義を定めていた国籍法（改正前）の合憲性について争われた東京地判昭和56年3月30日¹⁰¹である。国籍法が規定していた父系優先主義は既に昭和59年改正によって父母両系主義に改められた

¹⁰⁰ 同・1371頁。

¹⁰¹ 行裁集33巻6号1374頁。

が¹⁰²、東京地判昭和56年3月30日は、最大判平成20年6月4日と同様の論理を展開していると思われるため、ここで取り上げる。東京地判昭和56年3月30日は、次のように判示した。

〔判示①〕「日本人と外国人との間に生まれた子が日本国籍を与えられないときは、わが国において憲法の定める基本的人権の保障を完全には享受し得ず、例えば、出入国及び在留の制限（出入国管理令4条、24条、外国人登録法3条、13条、18条等）、参政権及び公職の制限（公職選挙法9条、10条、地方自治法12条、13条、国家公務員法2条7項、人事院規則8-18第9条、同1-7、外務公務員法7条等）、職業及び事業活動等の制限（公証人法12条、弁理士法2条、水先法5条、電波法5条等）、財産権の制限（外国人土地法1条、4条、鉱業法17条、船舶法1条、航空法4条、特許法25条等）、社会保障の制限（生活保護法1条、2条、児童扶養手当法4条、国民年金法7条、9条等）などを受けるに至るのであるし、また、日本国籍を有しない子は日本人親の戸籍にも記載されないこととなっているため、戸籍によってその存在を証明し得ないことからくる不利益ないし不都合も少なくない（例えば、予防接種や就学の通知を受けられないなど）。このように日本国籍の有無が社会生活における各種の関係において極めて重要な意義を有する¹⁰³」。

〔判示②〕「国籍は、国と個人との間の個々の権利義務の集合体のごときものではないにしても、具体的内容を伴わない単なる抽象的記号のごときものではなく、国籍の有無によって基本的人権の保障が直接左右されることもあり得るという意味で個人の憲法的利益に必然的に関わりを有するものであり、恣意的な国籍得喪の定めのため本来受けられるはずの右基本的人権の保障を受けられないという事態を招くことは、もとより憲法の許容するところではないと考えられる。このような見地からすると、憲法10条の前記規定は、国籍

¹⁰² 概要については、奥田康弘『家族と国籍〔補訂版〕』（有斐閣・2003年）18-22頁。

¹⁰³ 行裁集33巻6号1386-1387頁。

の得喪についていかなる基準も法律で自由に定めることができるとしているものではなく、国籍の得喪に関する事項が憲法事項であるとの前提に立ったうえで、その内容の具体化を法律に委任したものであり、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理解すべきである¹⁰⁴」。

判示①・②から明らかなように、判決は、「国籍を、人権あるいは人権保障を享受する基礎となるようなもの¹⁰⁵」、「国籍が憲法の保障する基本的人権の完全な享受にとって重要¹⁰⁶」と捉えている。ここでも、最大判平成20年6月4日と同様に、国家への所属とその対価としての権利保障という発想に依拠している。

しかし、であるからといって、国籍保有者＝権利主体の範囲は恣意的に設定されてはならない。これを示しているのが、判示②である。判示②は、国籍保有者の範囲を設定するに際し、「憲法の各条項及びそれらを支える基本原理」に従わなければならないことを明らかにした。

本件の争点は、国民の範囲を設定するルールとして、父系優先主義に合理性が認められるかどうか、である。この点について、判決は、重国籍を回避する必要性を承認し、それを達成するためには、父系優先主義は有用であることから、本件規定を合憲と判断した。

東京地判昭和56年3月30日は、最大判平成20年6月4日と同様の判断枠組みに依拠し、国籍を権利保障の前提と捉えた上で、父系優先主義が国民の範囲を恣意的に設定するものではない、と判断していると読み直されるべきである。

2. 3. 国民の範囲の基準設定に対する統制が可能となった理由

アメリカ合衆国の場合、2001年に下された *Zadvydas* 判決の箇所を検討したように、先例を根拠として用いて、絶対的権限の法理に対する制

¹⁰⁴ 同・1388頁。

¹⁰⁵ 高良鉄美「判批」法政研究49巻4号441頁（1983年）。

¹⁰⁶ 欧龍雲「判批」ジュリスト768号（昭和56年度重要判例解説）275頁（1982年）。

約を認めるようになった。しかし、日本の場合、唐突に同様の結論に達したかのような印象を受ける。国民の範囲の基準設定という「政治的な」領域¹⁰⁷であっても、なぜ憲法上の統制に服しなければならないのか、という原理的な疑問が残されたままである。

手がかりとなるのは、最大判平成20年6月4日自身が、「日本国籍の取得に関する法律上の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱となるときは、憲法14条1項違反の問題を生じることはいうまでもない」と判示している点である。この判示の「いうまでもない」という表現から、〈国籍法であっても法律である以上は、憲法上の統制に服するのが当然〉という当然制約の発想に立脚していると推測できる。

筆者としては、この判示に対しては、T.Alexander Aleinikoff が、絶対的権限の法理に対する制約を認めた *Zadvydas* 判決に対して、「新米読者にとっては極めて普通に映るかもしれない¹⁰⁸」と指摘したことと同様の感想を抱く。

当然制約が最高裁の発想だと思われるが、明確な理論的基盤があるわけでもない。上記の問いに対して、もう少し理論的な説明を加えるならば、高橋和之による「憲法上の国民」を想定する見解が参考になる。高橋は、次のように述べる。

「憲法10条は『日本国民たる要件は、法律でこれを定める』と規定するが、人権が憲法により保障されたものであり、国民はその当然の主体であるとすれば、憲法の下位にある法律が国民の範囲を自由に定めうと考えることはできない。…そこで、論理上は国民の範囲は『社会構成員』として憲法以前に定まっていると想定しなければならない。…国民の範囲を法律で定めることとされたのであるが、自由に定めるというよりは、論理上法律制定以前に想定されている国民をいわば確認する規定をおくという趣旨と解される。そうであ

¹⁰⁷ 杉田・前掲。[2.1] 参照。

¹⁰⁸ T. Alexander Aleinikoff, *Detaining Plenary Power : The Meaning and Impact of Zadvydas v. Davis*, 16 Georgetown Immigration. Law Journal 365, 366 (2002).

る以上、憲法が想定したはずの国民（憲法上の国民）がいかなるものであるかを憲法解釈として明らかにすることが必要となる。諸外国が国民を決める方法として採用しているものに生地主義（生まれた場所が帰属する国家の国籍を取得する）と血統主義（親の国籍を取得する）があり、日本国憲法がそのいずれかを明示的に選択していない以上、そのいずれかにより国民となりうるものが憲法の想定する国民であると解すべきではないか。それが近代国家が領土と国民団体を構成要素としていることとも調和すると思われる。それを前提に、憲法10条に基づき法律で国民の要件を定めるのであるが、その立法は憲法上の国民を『確認』すると同時に国籍の抵触を避ける等の目的から『限定』するという意味を持つものと解される。ゆえに、その『限定』に合理性がなければ違憲・無効となり、限定のない状態が回復されることになる¹⁰⁹。

このような立場に立脚すれば、最大判平成20年6月4日は、「限定した規定が違憲である以上、限定のない状態にもどるのは当然¹¹⁰」ということになる。

2. 4. 最大判平成20年6月4日の可能性—「国籍を取得する自由」とマクリーン判決の読み直し

(1) 出入国管理に関する裁判例を検討すると、法務大臣の裁量権は必ずしも無制約ではなく、「在留制度上認められた在留がみだりに打ち切られない権利¹¹¹」という限度ならば在留権の存在を肯定することが可能、と解されている¹¹²。

国籍取得の基準設定に対して憲法上の統制を承認した最大判平成20年

¹⁰⁹ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣・2010年）83頁。

¹¹⁰ 同・84頁。

¹¹¹ 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・1996年）178頁。

¹¹² 門田孝「在留権」近藤敦（編）『外国人の法的地位と人権擁護』（明石書店・2002年）65-66頁。

6月4日は、上記の発想と同様に、日本国憲法上の基本原則に違反する不合理な基準設定が行われないという限度において「国籍を取得する自由」を観念しうる、と構成しているのではないか。

法廷意見の発想に立脚すれば、外国人には特定の国の国籍を取得する自由はないというテーゼから演繹的に推論し、国家は自らの主権行使の一環として国籍の取得基準を自由に設定して良い、という結論を導く反対意見の発想は適切ではない。

第5章にて紹介したように、移民規制権限であっても合衆国憲法による統制がもともと存在していたと判例を読み直すことによって、絶対的権限の法理を放棄することは劇的な変化を招くわけではない。国籍取得基準の設定であっても憲法上の統制に服さなければならないことを認めた最大判平成20年6月4日は、合衆国における絶対的権限の法理の変化を、日本でも同様に導入することが可能であることを示唆している。このような見解を主張したとしても、「ほとんど戦慄すべきもの¹¹³⁾」とはならないだろう。

(2)国籍取得基準という「政治的な」領域であっても憲法上の統制に服し、自由に設定して良いわけではないと結論を下した最大判平成20年6月4日は、マクリーン判決の読み直しを迫る可能性がある。

上記に説明したように、マクリーン判決は、「国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるもの」と判示している。そして、国家の決定については、基本的人権が優位する構造ではなく、「出入国管理システムと基本的人権は異なる次元にあり、入国・在留・出国など出入国に関わる事柄は基本的人権の射程に含まれない、在留外国人の基本的人権は出入国管理システムの枠内で保障される¹¹⁴⁾」という出入国管理システム優位説を採用したもの、と理解されている。

横尾・津野・古田反対意見が「国籍付与の在り方は、出入国管理や在

¹¹³⁾ 安念潤司「『外国人の人権』再考」樋口陽一＝高橋和之(編)『現代立憲主義の展開 上』(有斐閣・1993年)180頁。

¹¹⁴⁾ 日比野勤「外国人の人権(2)」法学教室217号44頁(1998年)。

留管理等に関しても、さまざまな面で大きな影響を及ぼすものであり、そのような点も含めた政策上の検討が必要な問題である¹¹⁵」と示しているように、国籍取得を設定する基準と出入国管理規制は、構成員の範囲をめぐる問題として、共通の性質を有している。実際、最大判平成20年6月4日の法廷意見に反対する批評（百地・山田）は、マクリーン判決の論理を引用して、最大判平成20年6月4日を批判している。

しかし、最大判平成20年6月4日では、国籍取得基準の設定であっても、憲法上の統制に服すると判示した。国籍取得基準と出入国管理が共通の性質を有することから、従来、出入国管理システム優位説を採用していたと捉えられてきたマクリーン判決であっても、事案次第例えば、出入国管理法を統制するほどの不利益に斟酌してはならない外国人個人の利益が存在している場合—では、基本的な人権優位説が成立する場面も肯定できるのではないか。

実際に、下級審判決の中には、「婚姻は、夫婦が同等の権利を有することを基本とし、相互の協力により維持されなければならないものであり（憲法24条参照）、我が国の国民が外国人と婚姻した場合においては、国家としても、当該外国人の在留状況、国内仕様、国際情勢等に照らして当該外国人の在留を認めるのを相当としない事情がある場合は格別、そうでない限り、両名が夫婦として互いに同居、協力、扶助の義務を履行し、円満な関係を築くことができるようにその在留関係等について一定の配慮をすべきもの¹¹⁶」と判示している。この判決では、出入国管理において、「在留権が憲法上の人権としては保障されることはなくても、他の人権—本件では家族生活の権利—について配慮する必要¹¹⁷」を認め、憲法24条の観点から、出入国管理に関する法務大臣の裁量の統制を認めている¹¹⁸。結論として、日本国民との真摯な婚姻関係が形成されていることは法的な保護に値すると判断し、当該外国人に対して法務大臣が在

¹¹⁵ 民集62巻6号1404頁。

¹¹⁶ 東京地判平成11年11月12日（判例時報1727号103頁）。

¹¹⁷ 武市周作「判批」法学新報108巻11・12号232頁（2002年）、山下威士「判批」判例時報1746号207頁〔判例評論509号29頁〕。

¹¹⁸ 同様の指摘として、高佐智美「判批」法学セミナー558号108頁（2001年）。

留特別許可を付与しなかったことを違法と判断した。

このように考えると、マクリーン判決は、デモ行進の自由については出入国管理上考慮する必要がなく、この場合には出入国管理システム優位説に立脚している判決であるとして理解すべきであって、国家が自らの主権を理由に、外国人の出入国の可否を自由に判断することが常に可能であると述べているわけではない、と読み直す可能性も出てくる。

ただし、最大判平成20年6月4日を根拠として、出入国管理事案一般において、基本的人権優位説に判例が立脚しているとはまでは言えない。上記の指摘は、日本においても、広い視点から見ると、アメリカと同様に、「絶対的」な権限という思考から脱却しつつある、という抽象的な指摘にとどまる。具体的な状況下で、どのような規範が出入国管理規制権限を統制する規範として承認されるのか、という問題については、現在のところ、提示できる素材は十分ではない。今後は、出入国管理に関する権限が、どのような場面において、どのような内容の規範に服するのかを明らかにすることが検討課題となる。

3. 国民国家の基本論理と国籍

(1)上記に示したように、日本の判例は、国籍の役割を重視している。近年の判例に対しては、国籍は「統治の安定のための法技術以上のものではない¹¹⁹⁾」という立場から、国籍に過剰な役割を持たせるべきではなく、生活実態をベースとする発想へ転換するべきであるという批判がありうるかもしれない¹²⁰⁾。

しかし、判例が示した、国家への所属とその対価としての権利保障という発想は、原理論的にも、十分に根拠がある理論である。

この点について、杉田敦による、国民国家の原理論的なイメージが詳しい¹²¹⁾。国民国家の基本論理では、国籍は、人々を、一定の境界線によっ

¹¹⁹⁾ 門田孝「憲法における「国籍」の意義」憲法問題9号126頁（1998年）。

¹²⁰⁾ 浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』（日本評論社・2006年）60-31頁、長谷部ほか座談会・4頁〔阪口発言〕、青柳ほか座談会・前掲77頁（2009年）〔柳井発言〕。

¹²¹⁾ 杉田敦『境界線の政治学』（岩波書店・2005年）。

て区切り、人々を囲い込む役割を有する。それと同時に、囲い込まれた人々は、一定の同質的存在として扱われる。実際、国民国家は、義務教育などを通して、国民内に存在する生活様式や言語などの多様性を抑圧し、同質的な国民を作り上げていった¹²²。

他方、国民国家は、一定の同質性を生み出そうとすると同時に、囲い込まれた人々の生活を保障する役割を担う。杉田は、動物を飼育することに喩えつつ、国民という群れを食べさせるために国民化が必要であった、と説く¹²³。杉田によれば、国民は、ネーションの構成員であることによって、平等な権利を期待できるようになった¹²⁴。

国籍を権利保障の基礎と捉える判例は、このような国民国家観と親和的である。現在、EU 統合、グローバル化した市場などを背景に国家という枠組みの揺らぎを提唱する見解も登場している¹²⁵。このような流れを受けて、今後は、旧来型の国民国家のイメージは相対化し続けるであろう。しかし、これは、基本原則の消滅を意味しない¹²⁶。であるならば、

¹²² 同・32-33頁。

¹²³ 同・30頁。

¹²⁴ 杉田敦「憲法とナショナリズム」杉田敦（編）『岩波講座憲法3 ネーションと市民』（岩波書店・2007年）62頁。以下では、杉田（2007）と略記する。

¹²⁵ グローバル化に伴う国家の衰退、国家の役割の変容、あるいは国家の復権に関する論攷は枚挙に暇がないため、すべてを網羅することは不可能であるが、ここでは以下の文献を挙げておく。工藤達朗「市場のグローバル化と国家の位置付け—憲法の視点から」公法研究74号1頁（2012年）、辻村みよ子「国家の相対化と憲法学—21世紀の主権・市民・ジェンダー」法律時報73巻1号18頁（2001年）、長谷部恭男＝阪口正二郎＝杉田敦＝最上敏樹「〔座談会〕グローバル化する世界の法と政治—ローカル・ノレッジとコスモポリタニズム」ジュリスト1378号4頁（2009年）、藤谷武史「企業・投資活動の国際的展開と国家」公法研究74号100頁（2012年）、棟居快行「グローバル化が主権国家にもたらすもの」長谷部恭男＝安西文雄＝穴戸常寿＝林智更『現代立憲主義の諸相 上』（有斐閣・2013年）697頁。

¹²⁶ 国家の復権・再強化を説くものを除いて、前注で掲げた論者も、国家の役割は変容するであろうが、いまだ国家は撤退していない、という見方だと思われる。例えば、長谷部ほか座談会・前掲21頁〔阪口発言〕。また、浦部法穂＝山元一「外国人の人権」井上典之＝小山剛＝山元一（編）『憲法学説に聞く—ロー

国民国家の基本原則をひとまずは承認した上で、そこから生じる不都合に対処することが現実在即した発想ではないか。

(2)国民国家観をベースとした権利保障と国籍の関係を考えるときに生じる問題点は、構成員の範囲設定の「恣意性¹²⁷」である。日本国憲法の基本原則に反する構成員設定ルールの問題について、本稿では、非嫡出/嫡出子の区分の合理性や父系優先主義の合理性について検討した。

なお、本稿は、旧植民地出身者の問題については扱っていない。戦後の憲法学は、旧植民地出身者の存在を背景に、生活実態に基づく社会構成員性を根拠としながら、外国人に対する権利保障を当然のことと主張してきた。しかし、国籍を権利保障の基礎と位置づける判例及び本稿の立場からすると、問題は、生活実態という論理に基づいて外国人に対する権利保障を当然視することではなく、国籍を取得するときのルール設定の合理性である¹²⁸、ということになるだろう。ただし、この点につい

スクール・憲法講義』(日本評論社・2004年)147頁、森英樹「『グローバル化』変動と憲法・憲法学」樋口陽一＝森英樹＝高見勝利＝辻村みよ子『国家と自由—憲法学の可能性』(日本評論社・2004年)206頁。

¹²⁷ 杉田(2007)・前掲62頁。

¹²⁸ 旧植民地出身者が抱える問題は、「日本国民の再構成」が適切に行われたのか、である。仮に、日本国民の再構成に問題が無い、すなわち、構成員ルールが公正に設定されているならば、国籍に付随する権利を拡張して保障すべき必然性はない。日本国民の再構成が公正に行われたならば、国籍に付着する権利(例えば選挙権)を求める外国人は、帰化することによって保障を享受すべきである。

逆に、日本国民の再構成が不公正に行われたと捉えるならば、本来有すべき権利を失ったため、何らかの解釈によって権利を保障すべきである必要性、あるいは、構成員ルールを公正に設定しなおす必要性が生じてくる。

例えば、松井茂記は、「憲法の保障する基本的人権はあくまで国民の権利である」と捉えた上で、国籍について選択権を認めるべきであった、と述べる。そして、「そのような選択権が与えられなかった以上、日本国籍を有しなくても、日本国内にいる限り日本国籍を有する人と同等の権利を持って扱われることを認めるべき」と説く(松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』(有斐閣・2007年)359頁、139-140頁。319-320頁も同趣旨)。

このような記述から明らかなように、松井は、選択権を認めなかった日本国民の再構成に合理性がないため、本来は日本国民を対象とする権利保障であっ

ては、旧植民地出身者を例外とする論もありうるため、留保を付したい¹²⁹。

旧植民地出身者に関して合理性が再検討されるべき事例として、日本国民の「再構成¹³⁰」—戦後処理の中で通達438号によって旧植民地出身者の日本国籍を喪失させる措置—が適法かどうかという問題¹³¹や、旧植民

ても、旧植民地出身者については、特別に保障を認めるべき、という発想に依拠している。

結局、ここでも問題は、日本国民の再構成に合理性があるかどうか、である。¹²⁹ 従来の憲法学では、旧植民地出身者を外国人一般の問題へと拡張していたように思われる。しかし、一般外国人の人数が逆転し、今後も一般外国人の流入が続くであろうと予想される現状では、考え方の出発点そのものに見直しが必要であろう。

本稿では、外国人一般を念頭において議論しているが、本文にて言及したように、外国人一般を念頭において国籍取得の合理性を問題とすべきである、と論を構築した場合であっても旧植民地出身者を例外とするべきだ、という論は成立する可能性もあるだろう。

¹³⁰ 高橋正俊「日本国民の観念」米沢＝松井＝土井（編）『佐藤幸治先生還暦記念現代立憲主義と司法権』（青林書院・1998年）534頁。

¹³¹ この点については、大沼保昭が提示した有名な論争を参照。大沼保昭は、通達438号は「サンフランシスコ平和条約に存在しない国籍条項をあたかも存在したかのようなフィクションに基づき、法律によらず50万に及ぶ人々の国籍を剥奪する不法な措置」と批判する（大沼保昭『在日韓国・朝鮮人の国籍と人権』（東信堂・2004年）iv頁）。

他方、溜池良夫は、サンフランシスコ平和条約によって旧植民地出身者の国籍が喪失することについて「関係当事国間に黙示の合意があった」として、通達438号の合理性を承認する。桑田三郎も、通達438号を、条約の合理的な解釈の範囲内であると述べ、大沼の見解を批判する。また、江川英文も、「平和条約が、朝鮮との関係においては、日韓併合前の状態に復せしめるという趣旨」とであると解し、実務を支持する。各論者の見解については、溜池良夫「判批」別冊ジュリスト133号（池原季雄＝早田芳郎（編）『涉外判例百選〔第3版〕』（1995年）253頁、桑田三郎「判批」ジュリスト731号330頁（1981年）、江川英文「判批」ジュリスト231号93頁（1961年）を参照。

判例及び実務は、一貫して、サンフランシスコ平和条約の領土条項が日本国籍の一斉喪失も含むと解釈した通達438号を支持している。この点については、最大判昭和36年4月5日（民集15巻4号657頁）、最判平成10年3月12日（民集

地出身者が帰化をする際に日本人らしさを過剰に求めることの適否¹³²な

52巻2号347頁))、小柳稔「対日平和条約による国籍の変動について—昭和27年4月19日民事甲第438号民事局長通達「平和条約の発効に伴う朝鮮人、台湾人等に関する国籍及び戸籍事務の処理」の背景について」民事月報46巻8号21頁(1991年)を参照。

韓国政府が、日本に居住する旧植民地出身者は日本国籍を有さず、大韓民国の国籍を有していると主張し、日本政府の解釈を支持していたことについては、岩崎美和子(訳)「駐日韓国代表部がマッカーサー連合司令官に伝えた在日韓国人法的地位に関する見解(1949年10月7日)」現代コリア309号75頁(1991年)、木村幹「在日韓国・朝鮮人問題と外国人参政権—錯綜する理論の根拠とその原因—」河原祐馬・植村和秀(編)『外国人参政権問題の国際比較』(昭和堂・2006年)264-269頁、浅川晃広『近代日本と帰化制度』(溪水社・2007年)226-229頁参照。

¹³² 帰化実務の担当者は、帰化の際に、民族、習慣的な意味において、日本人になること、日本社会へ同化することを強要する発言を繰り返している。例えば、佐藤重元は、「民事月報」において、次のように述べている。

「わが国籍法には明文をもって規定されていないが、帰化政策上の当然の理として、帰化者は、日本社会に同化していることを条件の一つとして要求される。

ここでいう同化とは、『外国人が日本社会の生活に馴染み、その風習・生活様式等を自分のものとして完全に取り入れ、以前の生活様式を退化させていること』である。

この条件は、大切なものであって、各国とも帰化法上に明記されているところであるが、わが国は帰化条件上当然の理として特に規定するまでもないとしたからであろう。

帰化者が、わが国に同化するということは、単に衣食住を日本様式とするだけでは足りない。更に日本語の読み書き能力についても可能とならなければならない」(佐藤重元「帰化手続小論」民事月報20巻12号61頁(1965年))。

また、門田稔永は、帰化者に対して「正しい日本文字としての漢字」を使用することを求め、「正しい日本文字としての漢字に引き直して記載できない氏名については、原則に戻り片仮名で記載する」と、実務上の取り扱いを解説している(門田稔永「改正国籍法施行後における帰化関係事務取扱上の若干の問題点について」民事月報40巻11号21-22頁(1985年))。日本人にふさわしい氏名を使用することについて、稲葉威雄によれば、「日本国家が単一民族国家であることから、日本国民間には日本国民を一つの血縁集団として観念する傾向が強い。このように同族意識が強い反面として、排他的な国民感情もみられ、

どが挙げられる。このような問題群について、本稿は直接応答するものではない。

4. 本章の結論

本章では、以下の内容を示した。

第一に、本稿は、権利の土台としての国籍について検討した。日本国憲法は第一次的には日本国民の権利を保障している。判例は、日本国憲法上の保障が、外国人にも及ぶことを否定していないが、判例にとって、外国人の権利保障は、日本国憲法上の主眼ではなく、二次的なものである。他方、国籍が権利保障の前提である以上、国籍は、二級化した国民の地位を解消する論理として機能する。

国民国家体制、国家同士の境界は、今後、相対化するかもしれないが、

外観上外国人あるいは帰化人とみられることは同化上の妨げとなる…。また、民族意識の発露としてことさらに外国人的な呼称の氏に固執するということになると、帰化により日本国民とするのにふさわしい者とはいえないであろう」（稲葉威雄「帰化と戸籍上の処理」戸籍357号2-3頁（1975年））。

田代有嗣も、日本を、血統主義に基づく「単一民族国家」として捉えた上で、「私は、帰化というものは他民族（外国人）を他民族のままではなく、自民族に同化融合せしめて自国籍を付与するものであることが望ましいと思う。他民族（外国人）が他民族のままで帰化したのでは、分離の恐れがある」と断言する（田代有嗣『国籍法逐条解説』（日本加除式出版・1974年）397頁、401頁）。

このような主張に対して、常本照樹は—旧植民地出身者に対する選挙権の保障に関する文脈であるが—次のように指摘している。

「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って、主権行使の資格としての国籍ではない」（常本照樹「日本における外国人」北大法学論集46巻6号308頁（1996年））。

この主張は、選挙権が国籍に付随する権利であることを前提とした上で、国籍取得＝民族的同化という、構成員ルールが不公正に設定されてきた点を指摘し、構成員ルールの改善を説いている。

それは、国民国家体制に代わる、新たな体制が構築されることを意味しない。このような状況が続く限り、国民と外国人には、なお埋まらない距離が依然として存在し続けるだろう。日本国憲法は日本国民のために権利を保障しているという原則は覆らない。結局、100パーセントの権利保障を求めるならば、国籍取得しか道はない。

しかし、国籍保有者が恣意的に制限されるならば、権利主体も恣意的に制限されることになる。したがって、国家構成員を設定するルールから恣意性を排除する必要がある。

第二に、日本においても、アメリカと同様、構成員ルールを設定する権限は、主権的権限と捉えられているが、必ずしも、その権限は無制約なものとして位置づけられているわけではない。構成員ルールの恣意性は排除されるべきである。

具体的事例としては、非嫡出子に対する差別の禁止を、構成員を設定するルールを統制する規範として位置づけた最大判平成20年6月4日がある。そのほかに、東京地判昭和56年3月30日は、最大判平成20年6月4日と同様の判断枠組みを採用した上で、14条が定める性差別の解消を、本事例については構成員を設定するルールとして承認しなかった、と読み直されるべきである。

第12章 残された課題

以下では、残された課題として、三点指摘しておく。

第一に、前章では、出入国管理であっても、必ずしも自由に判断できるわけではなく、状況次第では日本国憲法が保障する権利の観点から、法務大臣が行う在留可否判断に対する統制が及ぶ場合もありうるという理論的な可能性を指摘した。

筆者に突きつけられた課題は、このようなマクリーン判決の読み直しを実例に即しながら検証することである。どのような状況下において、出入国管理判断に対する統制が可能となるのか。これが筆者の課題である。もちろん、この際には、日本国憲法以外の視点（例えば、国際人権法上の観点からの制約可能性の有無など）も必要だろう。

出入国管理は、複雑な状況が関連しているため、一つの事例だけを挙げて検討することは、適当ではない。したがって、前章にて提示した理論的可能性を、実際の裁判例の分析を通じて明らかにすることが今後取り組むべき課題の一つである。

第二に、本稿（特に第4章）では、合衆国において絶対的と捉えられていた移民規制権限をもう一度再検討する見解を紹介したが、本稿で上げた見解以外にも、移民法の判例を読み直す見解が提示されている。したがって、本稿は、移民法理論の動向の一部を反映させたに過ぎない。移民規制権限に対する統制を認める理論を構築しようとする合衆国の移民法研究者の動向を踏まえること、そして、そのような理論が日本法へのどのように応用できるのか考えることも、今後の課題としたい。

第三に、より大きな課題として、将来的に移民社会を迎える可能性を有する日本において、外国人に関する法理論をどのように再構築すべきなのか、という課題を抱える。具体的には、以下のような課題に取り組む予定である。

近い将来、外国人人口の増加によって、国籍取得基準の再検討が促される可能性がある。前章で指摘したように、実務担当者は、日本国籍取得の際に過剰なまでの同化を求めている。ここで生じている問題は、国籍を取得することが、特定の生き方を強制することを意味していることである。均質、同質な人民を自明視し、非構成員が構成員に加入すると

きに、非構成員を異質な存在として捉え、構成員の主流派への同化を強要する発想は、今後は克服されるべきであろう¹。そのためには、杉田敦が主張しているように、アイヌ民族や旧植民地出身者などの記憶の継受、ハイフン付のアメリカ人論を参考にした移民社会の視点²の導入などが必要かもしれない³。

今後は、杉田の主張のように、多文化主義的視点を導入する必要性あるだろう。しかし、法理論として多文化主義を選択したとしても、すべてが解決するわけではない。例えば、どこまで多様な国民を受け入れることができるのか。社会分裂を引き起こすようになった場合、どのような対応が必要なのか。そのためにはどのような法制度構築が可能か。このような寛容の限界は問題として残るが⁴、この点については、本稿で検討する余裕はない。

¹ 杉田敦『境界線の政治学』（岩波書店・2005年）78-79頁。また、本稿と同様に帰化要件を問題とする論攷として、例えば、近藤敦『外国人参政権と国籍〔新版〕』（明石書店・2001年）94-101頁。

² 杉田・前掲70頁。

³ 同・79頁。

⁴ マイケル・ウォルツァー(著)/大川正彦(訳)『寛容について』（みすず書房・2003年）48-50頁、55-59頁。