



Title	空間軸から見た「国民」および「住民」：補遺
Author(s)	齊藤，正彰
Citation	北大法学論集，76(3)，1-32
Issue Date	2025-09-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/96040
Type	departmental bulletin paper
File Information	01_Saito_lawreview_76_3.pdf



空間軸から見た「国民」 および「住民」——補遺

齊 藤 正 彰

はじめに

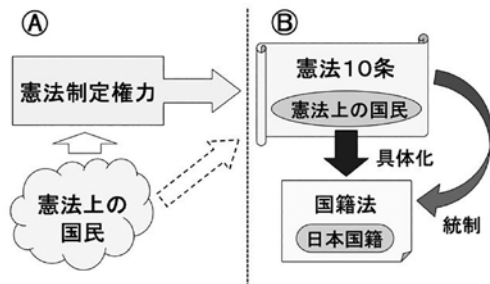
本稿は、日本公法学会第88回総会（2024年10月12日）における報告「空間軸から見た「国民」および「住民」」¹を公法研究86号（2025年）に掲載するにあたり割愛した註記等と、報告準備の段階では検討したが総会報告では論及しなかった内容を、取りまとめて再構成したものである。

I 憲法10条の解釈——「憲法上の国民」の意義

1 国籍法制以前の「国民」

憲法10条は、日本国民の要件を明示せず、広い立法裁量に委ねているようにみえる。しかし、「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」はずである。したがって、次の図の③のように、「憲法が想定したはずの国民」いわば「憲法上の国民」が

¹ 報告の題名は、学会から与えられたものである。本報告には、〈「国民」概念について、一定の領域が設定された国家空間の存在を前提にして、空間軸の観点からの検討の全体像（人権享有主体としての「国民」概念の検討も含めて）を提示することをめざす。併せて、居住の契機と政治的統合の契機からなる「住民」概念との関係を論じる〉ことが求められていた。



措定されることになるであろう。国会は、国民の範囲を自由に定めうるのではなく、論理上は法律制定以前に想定されている「憲法上の国民」を具体的に判定する基準を法律で定めるのである。「憲法上の国民」がいかなる者であるかは、「憲法解釈として明らかにする」ことが求められる²。

国籍法制とは「憲法上の国民」の範囲を確認するものであると解する

²「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るれば、憲法の下位にある法律が国民の範囲を自由に定めうると考えることはできない。人権が憲法により与えられたものではなく、論理上は憲法に先行するものであるとすれば、なおさらのことである。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」のであり、「憲法10条のいう国民……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置くという趣旨に解される。そうである以上、憲法が想定したはずの国民（憲法上の国民）がいかなる者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」とされる（高橋和之『立憲主義と日本国憲法〈第6版〉』（有斐閣・2024年）91頁）。同様に、「国民は、憲法制定という行為によって日本国という政治共同体を組織し、政府を樹立し、その組織を定め、その権限を授権し、その権限行使のプロセスを定めた。その権力が由来する国民を当然前提としているはずである。その権力が由来する国民を、憲法によって与えられた権限で自由に定義できるというのは矛盾する」こと等から、「国籍を定める国会の権限は憲法によって大きく制約されていると考えなければならない」とされる（松井茂記『日本国憲法〈第4版〉』（有斐閣・2022年）128-129頁）。

ことは、「憲法上の国民」となるべき者は、憲法以前に社会に存在して、社会契約に参加した人々である」とする図の④の考え方と親和的な面もある。そのような「憲法上の国民」が憲法制定権力を発動して日本国憲法を制定したと説明されることもある。

それに対して、憲法制定権力者としての「国民」の存在を論ずることを批判し、「国民」が「法的な概念」として憲法以前に存在すると考えることはできないとする見解も知られる³。しかし、そのような見解においても、制定された憲法の下で「憲法上の国民」の範囲を確認するのが国籍法制の役割であると考えすることは可能であろう。つまり、「憲法上の国民」を指定する思考と憲法制定権力論は、別個のものとして扱うことができると思われる⁴。

憲法の規律が及ぶ「空間軸」において「国民」について考えるならば、「憲法上の国民」を指定して、法律が定める制度の内容に憲法的統制を及ぼすことが求められるはずである⁵。

国籍法制が国民の範囲を独自に決定するのではなく、「憲法上の国民」を認定するしくみとして国籍法制が設定され、生没・移転等によって日々変動する人々の国籍を判定する基準を示すことが求められる。しかし、実際の国籍法制が「憲法上の国民」を常に適切に包含している保障はない。そこで、国籍法制の憲法的統制が求められる。もし、憲法10条

³ 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣・2017年) 41-42頁[長谷部]。

⁴ 憲法制定権力消去論として、長谷部恭男『憲法の境界』(羽鳥書店・2009年) 第1章。しかし、国籍法制以前の「憲法上の国民」を指定することと、憲法体制以前の「憲法制定権力主体としての国民」を想定することを要するか否かの問題とは、関心や論点を異にすると考えられる。

⁵ 「憲法10条は、「国民たる要件」の内実について明示するところがない。そこで、要件の定め方については国会の裁量に委ねる趣旨と解する余地もあるが、国籍というものは、国際法的にも(例えば、在留国に対する自国民保護要求権[いわゆる外交保護権])、また、国内法的にも(例えば、……基本的人権の保障のあり方)、重要な意味をもつのであって、憲法上の規律が働いているとみるべきである」(佐藤幸治『日本国憲法論〈第2版〉』(成文堂・2020年) 124-125頁)。また、「理論的にいって、憲法典がその存立の基盤とする国家の同一性の基本にかかわる部分があるはず」(樋口陽一ほか『注解法律学全集(1)憲法Ⅰ』(青林書院・1994年) 209頁[佐藤幸治])とされる。

が「憲法上の国民」の概念を有さず、国民の範囲の設定を法律に白紙で委任していて、国籍法が国民の範囲を創設的に規定しているとするならば、構造的にはプログラム規定説と類似したことになり、国籍法制の憲法的規律は不可能となろう。国籍法違憲判決（最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁）が国籍法の規定を「日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するもの」と判断した論理の説明も困難になるおそれがある。

「憲法上の国民」の概念を措定しなくても、具体的な国籍法の規定について、法の下での平等の規定等を手がかりに違憲審査を行えばよいといわれるかもしれない。しかし、生存権をめぐる判例を想起するならば、憲法の規定が抽象的で、広汎な立法裁量を認めていると解された場合には、憲法14条による踏み込んだ違憲審査を期待することは難しいのではないかと懸念される。

なお、「憲法上の国民」を措定する思考は、国籍が「我が国の構成員としての資格」であるとともに、基本的人権の保障等において意味を有する「重要な法的地位」でもあるとされることから、国籍法制の憲法的統制の根拠を検討するものである⁶。したがって、国籍ではなく「生活の

⁶ 「憲法上の国民」を措定する思考は、「誰が主権者であるかは、国籍付与の要件を定める法律より前に、憲法レベルで決まっていなければならない」のであって、憲法10条が国民の範囲設定を法律に白紙委任しているとする解釈は、「憲法レベルで決まっているべきことを法律に依存させるものであり、論理が転倒している」（興津征雄「人権としての国籍」の可能性について考える——行政法の観点からのコメント」エトランデュテ5号（2024年）209頁）と解するものである。「主権者たる国民集団がどのような者をその構成員とするか、どのような者にその代表者を選任する資格（選挙権）を与えるかを、現在の代表者（国会議員）を通じて（法律により）決定することは、背理とはいえない。その範囲が憲法上決定されている必要があるのは、国籍法が制定される前の、歴史的に最初に存在する国民集団についてである」（同210頁）と考える際には、論理的な先後の問題と時間的な先後の関係の区別に注意が必要かもしれない。「憲法上の国民」を措定する思考は、「現在の代表者（国会議員）」が国籍保有者の範囲を「（法律により）決定すること」を制約なく任意に行うことができるのか（立法政策に任されているのか）を問題とするものである。

実態」をもって「国民」の範囲を論ずべきとする思考⁷とは異なる⁸。

もちろん、「憲法上の国民」の概念を憲法10条が創設するわけではない。10条以前に「憲法上の国民」の存在は措定されていて、10条は「憲法上の国民」を具体的に判定する基準を法律で定めることを求めるものである。講学上、「主権主体としての国民」とか「人権主体としての国民」が論じられるとしても、それは、「日本国民たる要件」を満たして国家の構成員と考えられる「憲法上の国民」を前提に、憲法の各条項の解釈に際して、必要に応じて、時間軸の思考を導入して拡張したり、行為能力の観点から限定したりする場面があるということであろう。

2 国籍法定主義と法律主義の例外

憲法10条は、「国籍法定主義」の規定とされる。ただし、憲法学説は、国籍については、その性質上、条約で変動を規律することも許されると説明してきた。条約による国籍の規律を認める解釈は、明治憲法のそれと共通している。

しかし、日本国憲法にいくつかある法定主義・法律主義の規定において、条約による規律を認めることは一般的ではない。国籍法定主義について特に条約による規律が許されるとする根拠を、憲法学説は十分に説

⁷ 浦部法穂「憲法と「国際人権」——「外国人の参政権」を中心に」国際人権1号(1990年)27頁、同「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・1992年)58-61頁、浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」徐龍達編『共生社会への地方参政権』(日本評論社・1995年)100-103頁、浦部法穂「外国人の参政権」再論『憲法理論研究会編『人権理論の新展開』(敬文堂・1994年)45頁以下、浦部法穂『憲法学教室(第3版)』(日本評論社・2016年)65-68頁。

⁸ 「主権者ないし有権者の範囲を画定するメルクマールを国籍という国家への帰属に求めるか、それとも居住なり生活なりという事実・実態に求めるか」という意味での「帰属 vs 実態の対抗軸」(興津征雄「在留外国人の地方選挙権について——最高裁平成七年二月二八日判決と地方自治」地方自治857号(2019年)10頁)を設定した場合に、「憲法上の国民」を措定する思考は、その「対抗軸」において「生活実態を基準」とする側に分類されるものではない。

明していない。そこには、いくつかの疑問がある。

第1に、国籍の変動が条約によって生ずることと、変動の内容を法律の形式で規定することとは、別問題である。憲法学説の一般的理解と考えられる「条件つき憲法優位説」によれば、領土の変更等を含む講和条約等の内容は、憲法にも優位するとされる。その意味では、法律によらずとも国籍の変動が生じ、そのような条約による国籍の変動に、法律では（憲法でも）対抗できないことになる。しかし、そのことと、具体的な規律を国会制定法で行うことを求める法律主義の要請とは、別個に扱うべきである。

第2に、明治憲法18条と日本国憲法10条の規定ぶりの類似にもかかわらず、国籍を法律事項とする論理の相違には、注意が喚起されてきた⁹。しかし、それだけでなく、条約による規律の意味の違いにも留意すべきであろう。明治憲法では、法律事項を含む条約に帝国議会の協賛が必要かが論点であったはずである¹⁰。天皇の外交大権と、立法への議会の協

⁹ 「文章表現の上ではきわめて似通っており、本条はこの旧規定に倣って置かれたかに見えるが、……天皇主権原理を前提として統治の客体たる「臣民」の範囲を法律事項とした旧規定とは異な」とされる（長谷部編・前掲書（註3）40-41頁〔長谷部〕）。

¹⁰ 「問題ハ……我が憲法上果シテ議會ノ協賛ヲ經ズシテ国内法規タル条約ヲ有効ニ締結シ得ベキヤ否ヤニ在リ。……我が憲法……総テノ条約ニ付キ無条件ニ天皇之ヲ締結スルコトヲ定ム（一三条）。唯憲法ハ一方ニ於テ立法権ハ議會ノ協賛ヲ要スル原則ヲ定ムルヲ以テ、立法的性質ヲ有スル条約ニ付テハ、条約ノ締結ガ無条件ニ天皇ノ大権ニ属スルコトノ原則ト立法権ニ議會ノ協賛ヲ要スルコトノ原則トハ互ニ相矛盾シ、其ノ何レニ重キヲ置クベキカニ付キ疑ヲ生ズ。若シ立法権ニ議會ノ協賛ヲ要スルノ原則ニ重キヲ置カバ、条約ノ形ヲ以テ法規ヲ定ムル場合ニモ尚其ノ協賛ヲ要スルモノト解スベク、若シ又反対ニ条約ノ締結ガ天皇ノ大権ニ属スルノ原則ニ重キヲ置カバ、立法ノ性質ヲ有スル条約ト雖モ尚議會ノ協賛ヲ要セズシテ有効ニ成立スルモノト解セザルベカラズ。我が従来ノ実例ハ常ニ後ノ見解ヲ取り、国内法規タル条約ト雖モ嘗テ議會ニ提出シテ其ノ協賛ヲ經タルコトナク、総テノ条約ガ其ノ協賛ナクシテ有効ニ成立シ得ルコトヲ認ム。憲法（一三条）ニ天皇ハ『諸般ノ条約ヲ締結ス』ト曰ヒ之ニ対スル何等ノ特例ヲモ認メザルコト及ビ議院法ニ条約案ノ審議手續ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケザルコト此ノ見解ヲ助クルモノノ如シ。之ヲ實際上ノ見地ヨリ見ルモ、

賛の原則との関係を考えての結果、国家の意思は単一であるとの思考もあり、立法権についての議会の協賛の原則の例外であるとの結論が導かれたのである。

第3に、明治憲法の解釈の前提にあった先例では、条約に国籍の扱いに関する具体的な定めがあった¹¹。その点では、「主権を放棄すべき領域について規定するだけで、これに関連する国籍の変動については、なにも規定していない」¹²とされるサンフランシスコ平和条約とは事情が異なる。つまり、明治憲法下においては、天皇の大権を前提に、国籍の変動に関する条約の規定を直接適用することが認められていたものと解される。しかし、そのことは、日本国憲法の法律主義・法定主義の下で self-executing な条約規定を法律に替えて直接適用できるかという問題に、解答の根拠を与えないであろう。

敗戦による領土の変更に伴う国籍の問題を法務府民事局長通達¹³で処理したことを是認した判決（最大判昭36・4・5民集15巻4号657頁）は、条約によって国籍の変動が生ずることを認めつつ、憲法10条の国籍法定主義の要請については、国籍法（昭和25年法律第147号）の制定時には国籍の処理方法が未確定であったこともあり、共通法（大正7年法律第

条約ヲ以テ国内法規ヲ定ムルコトハ其ノ場合自ラ限ラレ、之ヲ政府ノ専断ニ任ズルモ甚シク議會政治ノ原則ヲ破ルモノト謂フヲ得ズ、我が憲法ノ如キ比較的議會ノ権限ヲ制限セルモノニ在リテハ、国内法的条約ト雖モ尚其ノ締結ヲ天皇ノ大権ニ任ジタルハ寧ロ当然ナリト謂フベシ。故ニ我が憲法ノ解釈トシテ此ノ見解ヲ正当ト為スベク、即チ我が憲法ニ於ケル条約締結ノ大権ハ、恰モ命令大権ノ如ク、凡テ立法権ハ議會ノ協賛ヲ要スル原則ニ対スルニ例外ヲ為スモノニシテ、外国トノ条約ニ依リ法規ヲ定ムル場合ニ於テハ、議會ノ協賛ヲ經ルコトヲ要セズシテ条約ガ直ニ国内法規トシテノ効力ヲ有スルナリ」（美濃部達吉『憲法提要〈改訂第5版〉』（有斐閣・1935年）548-549頁）。なお、引用に際して、漢字を新字体に置き換えた。

¹¹ たとえば、樺太・千島交換条約5款、下関条約5条、ポーツマス条約10条。

¹² 江川英文ほか『国籍法〈第3版〉』（有斐閣・1997年）205頁。

¹³ 昭和27年4月19日民事甲438号法務府民事局長通達「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について」（法務局長・地方法務局長に通達した旨を、法務総裁官房長から内閣官房長官・各省次官・最高裁事務総長・人事院事務総長に通知）。

39号)を前提とする戸籍の扱いに委ねたものと解される¹⁴。

領土の縮減による国籍の変動に際して当事者に国籍選択の機会を認めなかったことに関しては、「関係国との取り決めが成立しないなかで解決がもとめられていた」¹⁵という事情も考慮する必要があるだろう。ただ、問題は、「日本が連合国・GHQの占領管理の下で、日本国民を再構成しようとし」、「初期設定として、旧日本国籍保持者から外地人を控除した形で日本国民を決定した」¹⁶ことにとどまらない。「朝鮮の独立に伴う国籍の喪失については、ほんらい内地人であって朝鮮人の妻となった者が、実際には最も問題」¹⁷とされていたのであり、最大判昭36・4・5民集15

¹⁴ 「戦前の外地法論」をめぐる、「帝国憲法が及ばないという意味で、「外地」は永らく〈憲法のなかの「外国」〉とも呼ぶべき「法域」だった」として、「かつての大日本帝国は、複数の異「民族」によって構成された多民族帝国であり、今風にいえば、複数の異「法域」をかかえ込んだ「一国多制度」の国制であった」とみる見解(石川健治「憲法のなかの「外国」」早稲田大学比較法研究所編『日本法の中の外国法——基本法の比較法的考察』(成文堂・2014年)13頁)は、「内地・朝鮮・台湾は、「一つの国家の中における小国家」の如き観を呈していたと考えられる」(田代有嗣『国籍法逐条解説』(日本加除出版・1974年)795頁)という説明と通底するようにみえる。ところで、外地における「外地籍」や内地の内地籍は「地域籍」であり、その相互間の問題を定めるのが「地域籍法」であって、「それは手続的には戸籍事務の問題」と説明される。そこで、「戦前の旧国籍法が廃止されて、現行国籍法が施行されたのは、昭和二五年七月一日であり、戦後、朝鮮・台湾が日本から分離して地域籍の問題が消滅したのは、昭和二七年である」と捉えるならば(同789頁)、「多元的で輻輳した「帝国」秩序は1945年8月15日に崩壊し、「帝国」の時間と空間を仕切った「憲法の憲法」は、だるま落としのように一段低くなって、戦後の「国民国家」秩序のなかに嵌り込んだ」(石川・同論文36頁)という憲法学説による受けとめとの間に、視座の相違が見出されよう。

¹⁵ 高橋正俊「日本国民の観念」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。経緯の詳細について、江川ほか・前掲書(註12)222-223頁註4、古川純＝高見勝利「「外地人」とは何か——終らない戦後」大石眞＝高見勝利＝長尾龍一編『〈対談集〉憲法史の面白さ』(信山社・1998年)220-222頁等参照。

¹⁶ 高橋・前掲論文(註15)534頁。

¹⁷ 江川ほか・前掲書(註12)215頁。

卷4号657頁も、その趣旨を確認して憲法22条違反を否定した最判昭40・6・4民集19巻4号898頁も、そうした問題を含む事案であった。そこでは、「内地」と「朝鮮」のように異なる戸籍制度に属する者の間で婚姻等の身分行為がなされた場合の戸籍の処理について規定していた共通法（正式には廃止されていないが、現在は事実上失効しているとされる）の扱いが問題となる。身分行為により内地の戸籍から除籍された者の国籍喪失（終戦後の混乱や引揚げ、朝鮮半島への帰還、家族の分断や離別等の生活実態に合わせた戸籍手続が行われていなかったという事情も絡んでいる）をめぐって、共通法の失効時点が実質的な争点となっていたとされるのである¹⁸。

そうした状況を背景とした解決は、当時の特殊な事情の下でやむをえなかったものであって、現在の憲法解釈に持ち込むべきではないと考えられる。条約による国籍の変動は、「法律に対する条約の優位」あるいは「条件つき憲法優位説」に関わって論ずべき問題であり、憲法の法律主義の例外と位置づけるのは適切ではないと解される。そうでなければ、罪刑法定主義や法律による行政の原理に関わる場面で、条約による直接の規律が排除されることの説明が難しくなるおそれがある。

¹⁸ 失効時点についての理論的な可能性としては、①昭和20年8月15日（ポツダム宣言受諾）、②昭和20年9月2日（降伏文書調印）、③昭和20年10月15日（民事甲第452号民事局長回答で内外地間の戸籍の交流を停止）、④昭和22年5月3日（憲法施行により、家制度を前提とする共通法が違憲無効になったと解される）、⑤昭和27年4月28日（平和条約発効）が挙げられる（江川ほか・前掲書（註12）207頁以下参照）。政府見解は、⑤時点まで「共通法秩序の存在を観念的に認めて」（同216頁）、「もと内地人であつた者でも、条約の発効前に朝鮮人又は台湾人との婚姻、養子縁組等の身分行為により内地の戸籍から除籍せらるべき事由の生じたものは、朝鮮人又は台湾人であつて、条約発効とともに日本の国籍を喪失する」（民事甲438号法務府民事局長通達）とした。婚姻で内地の戸籍から除籍されることになる元内地人女性は、平和条約発効によって配偶者とともに日本国籍でなくなる。他方で、最高裁も、日本国籍を失った元内地人女性については「国籍法に定める帰化の手続……によつて国籍を簡易に回復することができる」のを前提としていたものと解される。

Ⅱ 憲法22条の解釈——人権保障における国籍の位置

1 文言説批判の空間識失調

日本国の領域内にあって日本国籍を有しない者に憲法上の人権の保障が及ぶかについては、「外国人の人権享有主体性」の問題として論じられてきた。外国人に憲法上の人権の享有主体性は認められず、外国人の人権は法律によって保護されるとする否定説ないし消極説に対して、外国人の人権享有主体性を肯定するのが通説的見解とされる。

外国人に人権享有主体性が認められるとしても、国民すなわち国籍保有者と同様の保障が認められるわけではないとされるが、憲法第3章の規定における「国民は」とか「何人も」といった主体の定め方によって外国人への保障の有無を判断する「文言説」に対しては、否定的態度がとられる。

文言説を否定する際、憲法学説は、異口同音に、日本国民だけが対象となるはずの「国籍離脱の自由」を規定する憲法22条2項が「何人も」としているのは背理であると難ずる。しかし、そのように断言できるであろうか。

第1に、たとえば、日本滞在中の表現活動について、当該外国人がその本国政府すなわち国籍国から不利益な扱いを受けることがあったとしても、日本国憲法の保障は及ばないであろう。外国人に日本国憲法の保障が及ぶかという問題は、当該外国人と日本国政府との関係で論じられるはずである。したがって、外国人の「国籍離脱の自由」も、当該外国人の国籍国との関係ではなく、日本国との間での問題であろう。

第2に、国籍離脱には、従来の国籍を放棄するだけでなく、代わりに、いずれかの国の国籍を有することが必要である。無国籍者の発生を防止することが国際社会の要請であり、憲法22条も、無国籍になることを認めていないとされる。したがって、個人主義に立脚する国家における重要な権利として日本国民に国籍離脱の自由を保障するならば¹⁹、(論理的

¹⁹ 「国籍離脱の自由……はいわば非任意的大結社である国家からの離脱を認めるもので、個人の精神の独立に究極の価値をおいて国家を捉える立場の帰着点

には)日本国籍を離脱する個人を構成員として受け入れてくれる国家の存在が前提となろう。そうであるならば、逆に、国籍離脱を希望する外国人を日本国が全く受け入れないスタンスをとることには、憲法上問題があろう²⁰。

第3に、憲法22条で問題となる「国籍」が日本国籍だけに限られない可能性は、事例は異なるが、早くから論じられていたところである²¹。

これらを合わせ考えると、日本に在留する外国人が本国からの国籍離脱を望む場合に、日本国が帰化を認めないことは、直ちに憲法22条に違反するものではないとしても、故なく日本国籍の取得を拒むことは、日本国憲法の空間内で政府が外国人の国籍離脱の自由を制約するものといえそうである。つまり、22条2項が「何人も」としていることは、必ずしも論理的に矛盾しているとは断じられないであろう²²。

といえる」(佐藤・前掲書(註5)332頁)のであり、「日本国憲法によって立つ個人主義的国家観の論理的帰結」(同127頁)とされる。

²⁰ 国籍離脱の自由を憲法で保障する意義と「憲法22条2項に対する視座の転換」をめぐる展開される考察に関して、ペドリサ・ルイス「何人も国籍を離脱する自由を侵されない——国籍離脱の自由と帰化の憲法上の位置づけについて」初宿正典先生古稀祝賀『比較憲法学の現状と展望』(成文堂・2018年)564-565頁も参照。

²¹ 法学協会編『註解日本国憲法(上)』(有斐閣・1953年)439頁・446頁。そこでは、アメリカ法において国籍離脱の自由が規定されるに至った経緯が参照されている。関連して、芹田健太郎『永住者の権利〈著作集(3)〉』(信山社・2020年)75-77頁参照。さらに、この経緯を手がかりに、国籍離脱の自由は外国人にとってこそ意味があるところの庇護権の保障であると論ずるものとして、小畑郁「『定住外国人の人権』論と地球上のどこかに住む権利の間——世界と日本の「無国籍」問題と「向こう岸」に開かれた公法学への展望」江島晶子編『講座立憲主義と憲法学(6)グローバルな立憲主義と憲法学』(信山社・2024年)211-215頁、山元一ほか編『憲法学と憲法学者の〈アフター・リベラル〉——戦後憲法学の「これまで」と「これから」を語る』(弘文堂・2024年)249-250頁[小畑郁]がある。ただし、そこで引用される拙稿は、憲法22条によって外国人の庇護権が保障されると論ずる趣旨ではない。齊藤正彰「亡命者・政治難民の保護——尹秀吉事件」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編『憲法判例百選Ⅰ〈第5版〉』(有斐閣・2007年)22-23頁参照。

²² 憲法学説が憲法22条2項の「何人も」という規定を等閑視する解釈を採るこ

もちろん、ここで文言説の復権を唱えるものではない。他方で、あまり一方的に文言説を批判するならば、憲法15条1項の「国民固有」や93条2項の「住民」という規定の意味を論ずることとの平仄も問題となりそうである。性質説は、〈文言だけが決め手ではない〉〈文言だけでは決められない〉と述べるもので、憲法の文言を等閑視する趣旨ではなかったはずである²³。

2 国籍を越える国民の移動と国籍²⁴

(1) 「入国の自由」の位置づけ

参政権、社会権、入国の自由は、一般に、外国人に保障されない憲法上の人権の代表例とされる。ただし、参政権と社会権は、国民には憲法上の人権として保障されるが、外国人には同様には保障されないというものである。それに対して、入国の自由は、そもそも憲法に規定されておらず、国民についても憲法の人権規定による保障に含まれていないと解される。

「国の構成員がその国に在住するという関係は、基本的人権以前の問題といふべきであり、憲法の保障をまつて明らかにされるべきものではない」²⁵と考えられる。たとえ国外で出生した日本国民が初めて日本の

とは、外国人の日本国への帰化に関して、日本国政府の広汎な裁量を支持することになろう。

²³ 中村睦男『憲法30講〈新版〉』（青林書院・1999年）27頁、横田耕一「外国人の人権——マククリーン事件」大須賀明ほか編『憲法判例の研究』（敬文堂・1982年）100頁。

²⁴ 総会報告で扱った内容のうち、マククリーン判決（最大判昭53・10・4民集32巻7号1223頁）に関する部分は、さらに考察を展開して、齊藤正彰「外国人の人権とマククリーン判決——出入国管理の憲法的統制」北法76巻1＝2号（2025年）1頁以下として公開されるので、ここでは省略する。

²⁵ 城富次・最判解刑事篇昭和32年度323頁（最大判昭32・6・19刑集11巻6号1663頁の調査官解説）は、次のように説明している。「憲法二二条一項の居住移転の自由については、勿論これに出入国の自由を含めて解する余地がないことはない。しかしそうすると同条二項の外国移住（旅行を含む）の自由については重複して規定されていることになる。また本来制限されるべきでない日本

土を踏む場合であっても、それは「入国」ではなく「帰国」である。国際法上も、各国家は、自国の構成員を領域内に受け入れる義務を有するとされる²⁶。

(2) 国籍離脱の自由と国籍法制

日本国民が、居住国や家族の国籍国の法制度との関係で、当該国の国籍を取得したことになったとしても、本人が明示的に国籍離脱の自由を行使するのではない限り、日本国政府が日本国籍の放棄・離脱を強制することは許されないはずである。他国の国籍を具備したことは、直ちに「憲法上の国民」であることを否定する根拠にならないと解される。憲法によって構成される政府が、本人の意思に反して「憲法上の国民」の地位を剥奪したり消滅させたりする行為こそ、背理というべきではなかろうか²⁷。

人の帰国についても、憲法上公共の福祉に反するとの理由で制限される場合もあり得ることにもなる。これらの難点は右解釈に無理のあることを示すものであつて、判旨はこれを採らなかつたものであるが、その結果外国人の入国の自由と共に前掲宣言 [= 世界人権宣言] 一三条の「自国に帰る権利」の保障がないという反対意見の非難が生じている。判旨は「自国に帰る権利」のことについて触れていないが、その権利が一般に入国という観念に含まれるならば、憲法二二条はこれが保障を与えていないという趣旨になるであろう。しかし、私疑が許されるならば、入国と帰国とは必ずしも同じ範疇の観念ではないのであつて、国の構成員がその国に在住するという関係は、基本的人権以前の問題というべきであり、憲法の保障をまつて明らかにされるべきものではないと思われる。世界宣言が特に帰国の権利の保障を掲げているのは、なにか国際的な特殊な事情に基く要請ではなかろうか。また国民と国家との関係を特殊なものを見ないと、憲法二二条で日本人に対し公共の福祉に反するからといって全く居住を許さない措置（国外追放）すら可能だといわなくてはならないであろう」。

²⁶ 憲法22条の外国移住の自由は、外国での生活を中断・断念して帰国することも保障しているとされる。この帰国する権利は、究極的には、憲法22条自体に淵源するのではなく、「憲法上の国民」の当然の権利であろう。ただ、外国移住の自由について、「憲法上の国民」であることを前提ないし根拠として、帰国の権利も併せて保障されていると説明することは可能である。

²⁷ 「日本国民から日本の国籍を剥奪することは、国民から主権者としての地位を奪うことを意味するので、やむにやまれない政府利益を達成するために必要

これに関して、憲法22条から「国籍を離脱しない自由」ないし「国籍離脱を強制されない自由」が導かれるとする見解がある²⁸。それは、「憲法上の国民」は国籍を維持するのが原則であるという趣旨を、22条の解釈に読み込んで、本人の明示の意思がない限り国籍離脱の自由の行使を推認ないし擬制してはならないと論ずるものであろう。

しかし、憲法による自由の保障が作為の自由とともに不作為の自由の保障を含むと考えられることを引き合いに出して、憲法22条の「国籍を離脱する自由」は「国籍を離脱しない自由」を当然に含むと説明することには疑問がある²⁹。表現をするか／しないかとは異なり、日本国籍を

不可欠な場合でなければ許されないものと考えるべき」とされ、「日本国民はその日本国籍を不当に剝奪されない権利を有している」のであり、「二重国籍を否定し、外国の国籍を取得した場合に日本国籍を否定することは、明らかに違憲と考えられる」といわれる（松井・前掲書（註2）129頁・344頁）。なお、樋口ほか・前掲書（註5）207-208頁〔佐藤〕参照。国際私法学からは、「重国籍の防止という立法目的はおよそ合理的でないとはまでは言えないとしても、一般的には日本と人格的なつながりを有している者の日本国籍を喪失させることを相当とするほどのものではない」のであり、「重国籍の弊害の発生する具体的な危険性があるとしても国籍選択制度の運用で対処できよう」との指摘（国友明彦「国籍法11条1項の憲法適合性」ジュリ臨増『令和3年度重要判例解説』（有斐閣・2022年）269頁）もなされている。

²⁸ たとえば、近藤敦『国際人権法と憲法——多文化共生時代の人権論』（明石書店・2023年）59頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権〈第2版〉』（日本評論社・2023年）340-341頁〔松本和彦〕、辻村みよ子ほか『概説憲法コンメンタール』（信山社・2018年）78頁〔糠塚康江〕。なお、高橋・前掲書（註2）333頁も、「離脱の自由は、離脱しない自由を含むかという問題もある」と指摘して、「国際化が進展する今日、二重国籍は特権ではなく当人のアイデンティティーの重要な要素であることを考えると、選択を強制することが個人の尊厳に反しないかどうか、真剣に考えるべき時がきている」とする。他方で、同91頁は、「国民の要件を定める……立法は憲法上の国民を「確認」とすると同時に国籍の抵触を避ける等の目的から「限定」とするという意味をもつものと解される。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」としている。その平仄には疑問の余地があるかもしれない。毛利透「判評」法教489号（2021年）165頁も参照。

²⁹ 論拠として不作為の自由に言及する見解として、近藤・前掲書（註28）59頁、

離脱するか／しないかは、等しく扱われうる作為・不作為の選択肢ではないであろう³⁰。

訴訟でも争われている国籍法11条について、「外国国籍の取得を希望する日本国民について日本国籍の保有が外国への帰化の妨げとならないようにして、国籍離脱の自由を保障したもの」³¹とする旧来の説明に対しては、「自己の志望によって外国国籍を取得するからといって、当然に本人が従来 of 国籍を放棄する意思を有していたとするのは一つの擬制に過ぎず、実際には従来 of 国籍を放棄する意思を有していない場合もあ

同『多文化共生と人権——諸外国の「移民」と日本の「外国人」』（明石書店・2019年）245-246頁、同『人権法〈第3版〉』（日本評論社・2025年）45-46頁、館田晶子「人権としての国籍の可能性」憲法理論研究会編『憲法の可能性』（敬文堂・2019年）107頁、高佐智美「国籍法11条1項の憲法及び国際法規適合性について」青山ローフォーラム12巻1号（2023年）45-46頁、菅原真「グローバル化の進展と重国籍——日本国憲法第22条第2項の「国籍離脱の自由」の新解釈」憲法問題35号（2024年）99-100頁等。なお、柳井健一「国籍を離脱させられない自由——国籍法11条1項による日本国籍の剥奪」関学69巻2号（上）（2018年）199頁以下は、この論点における先行業績としてしばしば引用されるけれども、上掲の諸見解とはやや趣を異にする。すなわち、「日本国民が自発的な意思に基づいて帰化等によって他国の国籍を取得し、その上で日本国籍を離脱する権利を行使することを保障する」のが憲法22条の目的であり、「それに対応して国が日本国籍離脱のための規定を国籍法上設ける義務が当然に発生する」のであるが、「日本国籍を離脱する意思がないことを明示的に主張している」者について政府が「日本国籍を権力的に喪失せしめること」は、「国籍離脱の自由の保障という目的と、それを可能とするための日本国籍喪失のための制度創設という手段との関係性を取り違えた本末転倒の法解釈」であると批判するのである（同210-211頁）。つまり、国籍離脱の自由は「国籍の変動が当事者の「自由意思」によって帰結されること」を保障しているとして、そのことから直ちに〈不作為〉の保障を論ずるものではなく、〈作為〉の実現のための制度を「想定を越え」て用いることを「国籍法11条1項による日本国籍の剥奪」として指弾するものと解されるのである。

³⁰ 「憲法22条2項……の場合には結社の自由や信教の自由とは異なり、作為の自由が不作為の自由を含むとは言えない」（国友・前掲論文（註27）269頁）。

³¹ 江川ほか・前掲書（註12）131頁。

り得る」³²との批判もなされる。国籍法11条の前身とされる規定は、同法12条とともに、沿革的には、大正年間の改正で、「重国籍であるためにアメリカ国内で不利益を被っている「在外同胞」の日系移民を保護するため」に設けられたものであり、「重国籍問題を解消する目的で積極的に離脱制度を設けたわけではなく、国外の「日本人」がその居住地で差別や不利益を受けないためのやむを得ない措置」であったといわれる³³。

現行国籍法制においては、13条によって憲法22条の国籍離脱の自由の具体化が実現されている。1984年の国籍法改正で父母両系血統主義が導入される際に、重国籍（複数国籍）の増大に対する懸念から、「従来存在した複数国籍防止の制度を、その弊害をあまり大きなものと受け止めることなく、できる限り広く承継する方向が採られ」³⁴たとしても、新しい制度が定着して安定した運用がされるようになった段階においてはその合理性は失われ、国民の現況や諸外国の法制等の事情の変化に照らしても不合理な制度となっているとの批判もある³⁵。

³² 木棚照一『逐条国籍法——課題の解明と条文の解説』（日本加除出版・2021年）547頁。「比較法的にみても、日本の国籍法のように志望による外国国籍の取得を無条件に自動的国籍喪失原因とする国のほか、自国外に住所を有することやその外国に住所を有することを条件として国籍喪失原因とする国、志望による外国国籍取得を当然に国籍喪失原因とせず、別に国籍離脱の意思表示をすることによって国籍喪失の効果が生じるとする国、志望による外国国籍の取得の場合であっても国家の許可を得なければ国籍喪失の効果が生じないとする国がある。たとえば、志望による外国国籍の取得が従来の国籍を放棄する意思を含むものと擬制するのにより自然となるような条件を付けることも立法政策上十分あり得るのであるから、本項 [= 国籍法11条1項] を憲法二二条二項等によって根拠づける見解に直ちに賛成することはできない」（同頁）とされる。

³³ 中村安菜「日本国籍における血統主義の徹底性の懸隔——「権利としての国籍」の可能性への端緒」エトランデュテ5号（2024年）175-176頁。日本の政府に対する手続を必要としないことも、当時の状況との関係で理解するべきではなかろうか。

³⁴ 木棚・前掲書（註32）550頁。

³⁵ 同書554-558頁。

国籍法は重国籍の防止を徹底するしくみとなっておらず、5条2項の存在³⁶や15条の運用³⁷等の関係で立法者の首尾一貫性に疑問も示される。国籍が各国の「主権事項」として定められ、在外国民について滞在国の国籍を有するかを正確に把握する方法が存しないとすれば³⁸、政府が国民の国籍離脱を覚知するのは国籍法13条の届出によるのであって、11条を援用しうるのは当該国民の側であろう。日本の国籍法制は伝統的に国籍の「剥奪」の制度を有さなかったとすれば³⁹、「実質的に不衡平な扱い」⁴⁰を生じさせることが疑われるかたちで政府が同胞の国籍を否定するような法の運用を行うことは、国籍法制の歷程に悖るのではないかと懸念される。

(3) 在外国民の人権保障と「権利の性質」

憲法上の人権の保障が及ぶかを「権利の性質」によって判断するという枠組みは、在留外国人だけでなく、在外の日本国民について考える際にも手がかりとなりそうである。

在外国民の法的扱いについては、「一定の領域が設定された国家空間

³⁶ 同書550頁。

³⁷ 高佐智美「国籍の現代的理解に向けて——国籍留保制度を中心に」浦田一郎先生古稀記念『憲法の思想と発展』（信山社・2017年）79-80頁、同「国籍法の日本国籍剥奪条項の合憲性——国籍法11条1項違憲訴訟」国際人権33号（2022年）102頁。

³⁸ 木棚・前掲書（註32）550-551頁。また、田代・前掲書（註14）659-660頁。

³⁹ 小嶋和司『憲法概説』（良書普及会・1987年）86頁、佐藤・前掲書（註5）128頁註10、大石眞『憲法概説Ⅱ基本権保障』（有斐閣・2021年）32頁・188頁。

⁴⁰ 「複数国籍を容認する国が増えてくると、或る人がその国の国籍を持つかどうかはその国の主権事項であり、外国からの問い合わせがあっても、条約や政府間合意がない限り外国の機関にそれに答える義務を負うことがないので、当事者がそれを認めるかどうかにかかわることが多く」なるが、日本の領事館等からの外国籍保有の有無の問合せに対して、「曖昧にごまかせば、日本国籍を維持することができ、正直に「はい」と回答すれば国籍喪失届の提出が迫られたり」することになり、「外国の国籍を取得した国民の間で実質的に不衡平な扱いを生じさせ、法における正義の原則に反する現象を広範に生じさせる」と指摘される（木棚・前掲書（註32）556頁）。

の存在を前提にして、空間軸の観点からの検討」を行うという、ここで
の課題に立ち戻ると、次のような整理を前提とすることができるのでは
ないかと考えられる。

そもそも、「権利の性質」を検討することの詳細が、従来は必ずしも
意識的に説明されていなかったと解される。しかし、従来も、暗黙のう
ちに、次の2点が考慮要素になっていたはずである。つまり、憲法上の
人権の保障に関しては、いわば属地的な観点、すなわち日本の領域内に
居住あるいは滞在して日本国の統治に服している、日本国政府の公
権力行使に晒されるという観点から「権利の性質」上保障が及ぶと考
える筋道と、いわば属人的な観点、すなわち日本国の構成員であるとい
う観点から「権利の性質」上保障が及ぶと考える筋道とがあると解され
るのである。

在留外国人は、居住（あるいは滞在）有り・国籍無しの人々で、属
地的な観点から保障が求められる自由権や国務請求権は原則として保障さ
れ、属人的な観点から保障される参政権や社会権は基本的に保障されな
いことになるであろう。また、表現の自由や経済的自由であっても、属
人的な観点からの考慮によって保障が制限される場合があるとされる。
「権利の性質」とともに「外国人の類型」も考慮すべきといわれる。こ
れは、属人的な観点からの検討において、国籍だけで判定するのではな
く、より丁寧に考察すべきということであろう。

これに対して、在外国民は、国内の居住無し・国籍有りの人々といえ
る。憲法22条の外国移住の自由は、各種の憲法上の人権の保障について
も不利益に扱われないことの保障を含むであろうか。逆に、個人は、権
利・利益の面で不利益が生ずる可能性（国内に居住する場合よりも保障
の程度が制限されること、少なくとも国内居住時とは条件が異なること）
をも甘受したうえで、自らの意思で国外への移住を選んだのではないか
との議論もありえよう⁴¹。

ただし、憲法15条・25条は「国民」に言及しており、「権利の性質」
の考慮において、国籍すなわち属人的な観点到重みがかかる可能性があ
ろう。

⁴¹ 内野正幸「在外日本国民の選挙権」法時78巻2号（2006年）80-81頁。

Ⅲ 憲法15条と25条の平仄——在外国民の人権保障

1 在外国民の地方選挙権

在外日本国民の選挙権（在外選挙権）については、最高裁判例もあり、学説の議論も多くなされてきた。ただし、それは国政選挙をめぐるものであって、在外国民の地方選挙権について言及されることは少ないように見える⁴²。他方で、日本国内の定住外国人の地方選挙権については、かねて多くの議論がなされてきた。

現行制度上、在外国民が地方選挙で投票することはできない。その理由は、端的には、公職選挙法および地方自治法に3か月の居住要件があるからとされる。しかし、この要件が選挙直前の不正転入防止のために導入されたものならば⁴³、直ちに在外国民の選挙権を排除する理由とはならないと解される。

日本で在外選挙権の導入が議論されていた時期の憲法学説によれば、「選挙権者の範囲の基準」として「国籍」と「居住」の2つが挙げられていた。この2つの要件は、前述の属人的観点と属地的観点に対応するとも解される。そして、この学説は、「居住要件を設ける理由」はいくつか挙げられるが、今日いずれも「説得的でない」として、「選挙権の要件に「居住」要件を設け、在外国民の選挙権を否定することは違憲と判断してよい」としていた。他方で、この学説は、「地方自治体の選挙については、地域に住んで生活の基盤をもっている「住民」が選挙に参加すべきであって、在外日本国民は地方選挙権を有しないと解してもあながち不当ではない」と論じている⁴⁴。

⁴² 工藤達朗「基本権の属人的保障と属地的保障——在外日本人の基本権保障の視点から」新報120巻1＝2号（2013年）119頁註6は、「地方選挙権については国政選挙権とは異なる考慮が必要」とするが、「地方公共団体の選挙には当該地域に生活の本拠を有する住民が参加すべき」との根拠が示されるにとどまる。

⁴³ 遠藤美奈「住所による個人の把握と人権保障」公法75号（2013年）133頁参照。

⁴⁴ 戸波江二「在外日本国民の選挙権」法教162号（1994年）42-43頁。なお、外務省大臣官房領事移住部領事移住政策課の委託に基づく在外選挙制度研究会の調査研究書である岡沢憲芙＝戸波江二編『在外選挙——外国の制度と日本の課題』

しかし、居住要件について、国政選挙と地方選挙を截然と区別しうる根拠は、必ずしも明確には示されていないように見える。在外国民が海外転出届によって住民票を消除している場合、地方選挙権を行使すべき自治体が特定できないといわれるかもしれない。しかし、国政選挙については、本籍地または出国前の最終住所地の市町村の選挙管理委員会が調製する「在外選挙人名簿」によって、選挙区における選挙でも投票が可能である。全国一斉に実施される国政選挙と異なり、区々に実施される地方選挙に合わせて在外投票の機会を保障することが事務的に煩瑣であるとしても、判例の見地からは、事務的な制約事情は在外地方選挙権を制限することの正当な根拠とはなりにくいであろう。

このように、在外国民に対する選挙権の保障が困難とはいえず、また、選挙区内に居住していることが必須ともいえないと解される。

しかし、現行法上、都道府県や市町村に係る選挙においては、たとえ隣接する自治体に転居した場合であっても、従前に居住していた自治体での選挙権は（たとえそれが長年住み慣れた出生の地であっても）失われる⁴⁵。地方公共団体における選挙権は、居住地の移動が国内であるか国外であるかを問わず、転出すれば消滅し、転入した先で新たに保障されるという性質のものと説明できるかもしれない。転入先の地方公共団体では、区域内に居住するだけで直ちに「住民」として認められ、3か月の居住で選挙権も付与されることになる。

憲法上の地方選挙権は、いわば抽象的に保障されており、国土に遍く存在するいずれかの地方公共団体⁴⁶への居住によって選挙権の保障が具

（インフォメディア・ジャパン・1998年）では、在外国民の地方選挙権を認めている国として、ノルウェーが紹介されていた（戸波江二「外国の在外選挙制度の概要」同書112頁、吉武真理「ノルウェーの在外選挙制度」同書200頁・207頁）。

⁴⁵ 興津・前掲論文（註8）15頁。「当該市町村の区域内に住所を有しなくなった日後四箇月を経過するに至ったとき」に選挙人名簿から抹消される（公選法28条2号）。

⁴⁶ 「ある地域において、憲法上の地方公共団体が全く存在しないということは憲法の予定していないところ」（塩野宏『行政法Ⅲ行政組織法（第4版）』（有斐閣・2012年）151頁）であり、「制度としての地方公共団体の存在の保障は、国土の一部にだけ地方公共団体が設けられていれば足りるとする趣旨ではなく、国土

体化するものと考えられるであろう。在外国民は、特定の地方公共団体に居住していない状態であり、具体的な地方選挙権がないことになる。在外国民については、地方選挙権があるのに行使できないのではなく、特定の地方公共団体での「住民」の資格とそれに伴う選挙権が発生していない状態といえるかもしれない。

2 在外国民の生存権

在外国民の社会権保障については、どのように考えられるであろうか。在留外国人について「社会権の保障は国籍国の責任である」と論じたときにも、日本国が国籍国として在外国民に十分な社会権保障を行っていることが前提とされていたわけではなかったと解される。他方で、定住外国人に対して、社会構成員性を根拠に権利の保障を認める見解も、その論理を在外日本国民にも当てはめることが日本国憲法の解釈として適切であるかについて、必ずしも明確な議論を示していなかったようにみえる。

もちろん、現行制度上、在外国民に対して社会権の保障が全く行われていないわけではなく、国際化・グローバル化の進展に応じた制度的対応もみられる。国内と国外とで事情は異なるから、在外国民には国内と

の区域がすべて地方公共団体の区域に分割されるとする趣旨であり、したがって、国土の中に、アメリカのコロンビア地区のように、地方公共団体の存在しない国の直轄地域を置くことは許されない」(成田頼明『地方自治の保障——著作集』(第一法規・2011年)118頁)とされる。また、「わが国では、すべての区域は、いずれかの市町村に帰属させるという立法政策がとられている。したがって、日本に居住する住民は、いずれかの市町村の住民であるという制度になっている」(宇賀克也『地方自治法概説〈第11版〉』(有斐閣・2025年)21頁)とされる。そして、「日本では、憲法第8章で「地方自治」が保障され、憲法上の地方公共団体について、長や議員を選挙する権利が与えられているから、ある地域の住民が憲法上の地方公共団体に属しないということは、その住民には、憲法上保障された地方自治が存在しないことになる。したがって、日本国憲法は、すべての住民は、少なくとも1つの憲法上の地方公共団体に属することを念頭に置いているとみるべき」(同43頁)とされる。

は異なる内容・程度で社会権を保障することも許されるかもしれない。

しかし、そうした国内と国外の相違があるとしても、在外国民にも社会権は保障され、生存権であれば「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」の保障として許容される範囲内かという意味で、憲法の要求水準を満たしているかを検討する余地は残されているのではなかろうか⁴⁷。

生活保護受給者の海外渡航事件判決(最判平20・2・28判時2044号50頁)で、最高裁は、生活保護法には受給者(要保護者)が「国内に現在していることを保護の要件とする規定は存在しない」としながらも⁴⁸、生活保護法が居住地主義(19条)と居宅保護の原則(30条)を採用していることから、生活保護受給者への実際の対応にあたるのは「実施機関」とされる地方公共団体であることを認めている。こうした制度を前提とすれば、「実施機関」が存在しない海外で生活する在外国民には、生活保護が実施されないことになるであろう。

しかし、そのような説明には疑問が生ずる。日本の国土には遍く地方公共団体が存在しているから、憲法上の人権の実現を地方公共団体が担っていることも、大きな障害とはならなかったであろう。在外国民への人権保障は、そこに潜む問題を炙り出したともいえる。本来は国(中央政府)が責任を負うはずの憲法上の人権の保障について、在外国民の場合は、国に替わって実務を担当する地方機関が存在しないのであるから、政府が自ら保障を実現する方途を整備しなければならないはずであ

⁴⁷ 昭和50年版『わが外交の近況』(外交青書)には、第6章「邦人の渡航・移住及びその保護」の第6節「在外邦人に対する保護、援助及び啓蒙」において、「生活困窮者」への援助に関する詳細な記述がある。また、「日本国民は、外国にあって、日本政府に対し、基本的人権の保障を受ける権利を有している。それゆえ、外国における、日本の大使館・総領事館の日本国民に対する対応には、日本国憲法が適用され、基本的人権の侵害は許されない」(松井・前掲書(註2)345頁)との指摘もある。

⁴⁸ ただし、本件は一時的な海外渡航の事案であり、本判決は「被保護者が、当初の居住地を離れて国外に滞在し続けるなどした結果、国内に居住地も現在地も有しないこととなった場合には、保護の停止又は廃止の決定をすべき」としている。

る。〈国外には実施機関がないから在外国民には保障されない〉というのでは、論理が逆転していることになろう⁴⁹。

憲法の保障する生存権が在外国民には保障されないとすれば、それは憲法レベルでその制約の根拠ないし正当化事由が説明されなければならないはずである。現在の国際社会のなかで、国籍国主義と居住地主義のいずれが適切であるのかといった問題についても、国内の定住外国人だけでなく、在外国民も視野に入れて、憲法と整合的な解釈を示す必要があろう。

従来の学説の議論が示すように、参政権は、属人性の観点からの要請が強い権利であるのに対して、社会権は、属人性と属地性の双方の観点からの要請が、それぞれの場合に応じた割合で併存していると考えられる。たとえば、生活保護法の扶助は、保護を求める個人が現在する場所での保障の要請が高いものとされる。生活保護法19条も、地方公共団体の「住民」でなくても、その者の居住地または現在地を区域とする地方公共団体が生活保護実施義務を負うとしている。それゆえ、日本の国家機関の活動が制約される他国の領域内では、保障程度は低くなると解することもできるかもしれない。

Ⅳ 憲法第8章の構想——領域における区処と個人の把握

選挙権や生存権の保障をめぐるのは、地方公共団体が、地理的に分割された担当区域ごとに国の業務を遂行する姿が見出される。ここでは、空間軸の観点から「国民」概念と「住民」概念の検討が求められている。

⁴⁹ 在外被爆者の保護をめぐる一連の訴訟は、在外国民（現在も日本国籍を有する者）だけが問題となったわけではないので、ここでの議論に直結させることには注意が必要であるが、法律が国籍や国内での居住を要件としていないにもかかわらず、「厚生省（のちに厚労省）と援護事務を処理する地方自治体」は、「国外医療機関には厚労大臣の監督が及ばない」とか、「わが国の主権の及ばない国外の医療機関で医療を受けることが常態である在外被爆者」には法の適用は予定されない、といった理由で在外被爆者を受給対象から除外しようとしたと指摘されている（永嶋靖久「在外被爆者医療費訴訟」法セ734号（2016年）25-27頁）。

そこで、憲法第8章が構想する「地方公共団体」について簡単に言及する。

1 「地方公共団体」の性格

憲法自身は第8章に規定する「地方公共団体」の種類や要件について明示していないところ、特別区長公選制廃止合憲判決（最大判昭38・3・27刑集17巻2号121頁）は、「事実上住民が経済的文化的に密接な共同生活を営み、共同体意識をもっているという社会的基盤」の存在を、憲法上の「地方公共団体」の要件として挙げた。そこには、住民が相互に密接な結びつきを有する、〈濃密な地縁的共同体〉のイメージが投影されているともいわれる⁵⁰。

他方で、地方自治法は、「住所」のみを市町村および都道府県の住民の要件としている。住民になろうとする個人の「加入意思」も、その個人を構成員として承認するという当該地方公共団体の「決定」も必要なく、地方公共団体からみれば他者であるはずの国が定めた法律に基づいて、区域内に住所を定めたという事実に対する法律上の効果として、いわば「自動的」に住民となるとされる。つまり、地方公共団体は、その構成員を自ら選択できないという意味で「開放的」である⁵¹。また、地域の「公共的事務」を処理するためのしくみとして、それぞれの時代の要請を受けて合併も行いながら形成されてきた「人為的」なものでもある⁵²。これらの面に注目すれば、〈開放的で人為的な装置〉としての地方公共団体のイメージが見出されそうである。

東日本大震災における原発事故の影響により市町村の区域外に避難・

⁵⁰ 興津・前掲論文（註8）16頁。

⁵¹ 太田匡彦「居住・時間・住民——地方公共団体の基礎に措定されるべき連帯に関する一考察」嶋田暁文ほか編著『地方自治の基礎概念——住民・住所・自治体をどうとらえるか？』（公人の友社・2015年）26-27頁。宇賀・前掲書（註46）22頁参照。

⁵² 「たまたま同じ地域に居合わせた人々が、日常生活に密接な関連を持つ利害を政治に反映させるための、人為的な装置が地方公共団体」であるとする理解のほうが「地方自治法の趣旨にもかかなう」とされる（興津・前掲論文（註8）19頁）。

移転を余儀なくされた「住民」についても、「住所」のみを市町村への帰属の要件とする地方自治法との平仄を考えながら、(原発避難者特例法等の)法整備が工夫されているようである。

いずれにせよ、地方自治法の「制定以来のさまざまな制度改革」をみると、「地方自治制度のあり方が実に多様なものでありうる」ことが指摘される⁵³。

日本国憲法が想定する地方公共団体が、〈濃密な地縁的共同体〉を前提とするのか、〈開放的で人為的な装置〉なのか、あるいは両方の性格を併有あるいは許容するものなのか、憲法学説の議論は、必ずしも明確ではないようにみえる。居住・移転の自由との関係についても、説明が求められるであろう。

しかし、判例が、憲法上の「地方公共団体」について、額面通りに住民の「密接な共同生活」や「共同体意識」を求めていたとすれば⁵⁴、それには批判が示されてきたところである⁵⁵。近年、社会保障の領域等で論じられる「地域共生社会」との関係で、判例のいう「共同体意識」に積極的な意義を見出そうとする見解もみられる⁵⁶。ただし、そこでは、大きくなり過ぎた基礎自治体に代えて、市町村よりも小規模という意味

⁵³ 大石眞『憲法概論Ⅰ総説・統治機構』(有斐閣・2021年)482頁。

⁵⁴ 慎重な検討の必要性について、興津・前掲論文(註8)28頁註26、斎藤誠『現代地方自治の法的基層』(有斐閣・2012年)114-116頁、仲野武志「国及び公共団体の概念」稲葉馨先生・亘理格先生古稀記念『行政法理論の基層と先端』(信山社・2022年)63頁参照。

⁵⁵ たとえば、樋口陽一ほか『注解法律学全集(4)憲法Ⅳ』(青林書院・2004年)252頁[中村睦男]、渋谷秀樹「都道府県と市町村の関係——二層制の憲法原理的考察」公法62号(2000年)217頁、宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法——行政法と隣接法分野との対話』(有斐閣・2003年)248-249頁[渋谷秀樹]、宇賀・前掲書(註46)37-38頁、大石・前掲書(註53)477頁。

⁵⁶ 尾形健「福祉国家における「地域」の意味——憲法学の側からの一考察」法時95巻10号(2023年)23頁、同「「地域共生社会」の理念的基礎——「相談支援」のための制度的基盤に向けて」菊池馨実編著『相談支援の法的構造——「地域共生社会」構想の理論分析』(信山社・2022年)162-164頁、飯島淳子＝井手英策＝菊池馨実＝西村淳＝山本龍彦＝笠木映里「〈座談会〉地域共生社会におけるソーシャルワークと法」法時94巻1号(2022年)21頁[飯島]・21-22頁[山本]。

での「地域」に着目した議論がなされているものと解される⁵⁷。

そうすると、日本国憲法のいう「地方公共団体」は、〈濃密な地縁的共同体〉から〈開放的で人為的な装置〉までをも含みうるものかもしれないが、実際の法制度は、市町村合併の進展をみても、地方公共団体を〈開放的で人為的な装置〉と扱う方向に進んでおり、それが直ちに違憲ともされていないといえそうである。

このように憲法上の地方公共団体を捉えるならば、在外国民についても、〈濃密な地縁的共同体〉の構成員が一時的に国外に居住していると考えerる必要はなく、在外地方選挙権の保障が求められることもないであろう。逆に、国民に憲法上保障されるはずの生存権が、〈濃密な地縁的共同体〉によってその構成員に対して保障されると考えることには、疑問があろう。

従来、憲法学説が条例について論ずる際には、〈濃密な地縁的共同体〉としての地方公共団体の議会が、法律とは独立に、条例を制定するという意識が強かったかもしれない。ただ、国会が制定する法律との関係を見るときに、条例の性格と機能について改めて検討する必要があると解される⁵⁸。

定住外国人地方選挙権判決（最判平7・2・28民集49巻2号639頁）は、外国人登録制度および機関委任事務が存在した時代の判断であるが⁵⁹、判決の論理によれば、(a)「永住者等であって」かつ(b)「その居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるもの」の要件は、「専ら国の立法政策にかかわる事柄」として国会が「法律をもって」定めて、国会が「選挙権を付与する措置を講ずる」ことに

⁵⁷ 岡田正則「地域・地方自治・地域共生社会」菊池編著・前掲書（註56）167頁以下参照。なお、その際に、「地域社会と「関係したくない」個人の存在をどう位置付けるのが重要」（飯島ほか・前掲座談会（註53）16頁〔山本〕）との指摘もなされている。

⁵⁸ 条例の種類に応じて「地方議会は行政機関に近いものとして位置付けられる」（川端倅司『条例の法的性質と地方自治の保障』（弘文堂・2024年）279頁）場合があることを論ずる行政法学説との接続を図ることも重要であろう。

⁵⁹ 興津・前掲論文（註8）20-21頁参照。

なる⁶⁰。

地方公共団体は、「我が国の統治機構の不可欠の要素を成す」ところの〈開放的で人為的な装置〉として統治の一翼を担っている面があるとすれば、第8章の総則的規定である憲法92条が、「地方自治の本旨に基づいて」という要件を付して、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項」について法律主義を採用していることの意義を、再確認することが重要かもしれない。10条の国籍法定主義について「憲法上の国民」を指定して立法裁量を統制することが必要であるのと同様に、法律主義の規定である92条において、立法裁量を統制する憲法解釈を構築することが求められるであろう。しかも、92条は、31条と同様に、法律主義の規定であるとともに総則的規定であることに留意すべきかもしれない⁶¹。

ここでは、「居住の契機と政治的統合の契機からなる「住民」概念」について検討することが課題とされている。しかしながら、現行法上、都道府県・市町村は、「居住の事実」のみを「住民」の要件とするものである。もし、憲法93条の「住民」について15条の「国民」とは別個に考える可能性を追究するならば、地方公共団体が〈濃密な地縁的共同体〉

⁶⁰ (a)は、国民についての国籍に相当するもので、相応の在留資格が前提となることを示している。(b)は、国民についての3か月の居住要件よりも高度の要求を認める趣旨を含むものと解される。「特段に緊密な関係を持つに至った」と判定する基準の具体的な内容は、国会に任されている。国民は、憲法上の地方選挙権が保障されており、国土に遍在する地方公共団体の間で移転しても、直ちに移転先の自治体で選挙権の行使が認められる(3か月は合理的な最低限度の制限とされるのであろう)。これに対して、外国人の場合は、法律によって認められる地方選挙権の行使について、転居による制約が国民より大きいとしても許容されるであろう。

⁶¹ 従来の憲法学説の思考によれば、総則的規定に盛り込まれた理念から導かれる重要な内容が個別的规定に具体化されており、逆に、個別的规定に照らせば総則的規定の理念を具像化できることになる。しかし、総則的規定はそれにとどまるものではなく、時代・状況の変化に対応して、必要な規範を導き出す母体となると考えられている。つまり、憲法92条をめぐるのは、地方公共団体の編成・役割の変化に応じて、法律主義の内容の憲法的規律の問題と、総則的規定としての憲法的規律の問題とを検討する必要があると解される。

を实体とするものと解することを求められるのではなかろうか。

定住外国人の「政治的統合」をめぐっては、「地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることをも併せ考え」たうえで、領域内に居住しているが日本国籍を有さない人々に対して、日本国の統治機構の全体構造におけるどの部分で、どの程度の参加を認めるべきかを検討することが重要であろう。

選挙権が重要な権利であるとしても、学説が国政選挙や地方選挙という個別の論点に注力してきたのは、人権享有主体性の問題を「縦割り」的に扱う思考の影響を否めないと解される。「政治的統合」の問題としては、より総合的に、たとえば、外国籍の住民にも住民訴訟の提起が可能であり、法律上の争訟の枠外で地方公共団体の政策について違憲審査を求める道が開かれていることも勘案して、考察すべきかもしれない。

2 個人を把握する主体

憲法上の人権の保障を属人的観点から検討する場合には、「国民」概念が関わってくる。そこには国家による個人の把握の問題がある⁶²。

日本国籍の有無を判定する主たる基盤は、戸籍である。すべての日本国民は戸籍に記載され、日本国籍を有しない者は戸籍に記載されないという制度の建前に着目して、日本国籍保有者の把握は戸籍制度に依存している⁶³。国籍法によって日本国民の要件が規定されているが、実際には、国籍制度は、いわば観念的な存在に留まっていて、身分登録制度としての戸籍制度を「借用」して国家の構成員を特定しているようにみえ

⁶² 公法75号(2013年)所収の諸論文参照。

⁶³ 大西広之「日本の行政機関における国籍管理の現状と複数国籍者把握の可能性」佐々木てる編『複数国籍——日本の社会・制度的課題と世界の動向』(明石書店・2022年)135頁、齊藤笑美子「戸籍による国民の把握とその揺らぎ」公法75号(2013年)120頁・122頁。田代・前掲書(註14)6-7頁は、「戸籍は日本国民登録簿である」という。他方で、「外国人の除外は、身分登録制度としては必ずしも合理的なものではない」(齊藤・同論文122-123頁。多賀谷一照「公的機関による外国人の把握」公法75号(2013年)144頁・150頁も参照)との指摘がある。

る⁶⁴。

明治31年の戸籍法では、外国人は本籍を定めることができないと規定していたものの、大正3年の戸籍法以降は、戸籍法制にこのような明文規定はないとされる⁶⁵。ただ、引き続き、日本国籍を有しない者には戸籍を編製しない制度運用がなされてきた。他方、出生・帰化等の国籍取得の原因や、国籍喪失の原因が生じたときには、届出義務を課し、すべての日本国籍者について戸籍が編製されるかたちになっている。こうしたことから、日本の官公署に対して日本国籍を証明する場合には、戸籍謄本が用いられる。しかし、戸籍には国籍が明記されていないため、外国官憲に対しては、戸籍謄本等では日本国籍の証明として十分でなく、行政上の取扱いとして法務省民事局が国籍証明書を発行しているとされる⁶⁶。

戸籍と国籍の不一致も生ずる。「戸籍の記載は原則として届出に基づいて形式的審査で行われる」ので、届出の懈怠、虚偽の届出、戸籍事務担当者の過誤等によって、日本国籍を有するのに戸籍がない、あるいは、その逆の事態が発生する。戸籍制度に固有の問題によって戸籍への登録が適切になされないこともあり、家族という私人の事情が国家構成員の把握に支障をきたすことになる。「戸籍は日本国籍の存在を推定させるきわめて重要な証拠資料ではあるが、公信力を有するものではない」とされている⁶⁷。

さらに、生地主義の国では本人の出生地を確認すれば国籍の有無を判

⁶⁴ たとえば、国籍を失った者は従前の戸籍から除籍される（戸籍法23条）。また、国籍の得喪に関する手続は、戸籍法102-106条で規定されている。たしかに、各国の国籍法制も、その国の身分登録制度と有機的な関係を有していることが多いかもしれない。それでも、憲法上は、国籍制度は必要であるとしても、戸籍制度（家族単位的身分登録制度）は必須ではないところ、日本の国籍制度は、固有の完結した法制度や事務組織を有せずに戸籍制度を「借用」しているともみることも可能であろう。なお、田代・前掲書（註14）はしがき1-2頁参照。

⁶⁵ 大西・前掲論文（註63）134頁。

⁶⁶ 木棚・前掲書（註32）135頁。江川ほか・前掲書（註12）49頁参照。

⁶⁷ 木棚・前掲書（註32）127頁。田代・前掲書（註14）7頁、江川ほか・前掲書（註12）49頁参照。

定できるのに対して、戸籍で分かるのは親族の血筋であり、論理的には、何代も遡って調査しても国籍の有無は確定できないとされる。日本国籍を有しない者が戸籍に記載されることはありうるとされ、そうなる時の経過によって戸籍の消除は困難となっており、表見上は日本国民として扱われることになり、そのことは子孫の国籍にも代々波及することになる⁶⁸。

戸籍事務を地方公共団体（市町村）が法定受託事務として行っていることの理解には議論があるかもしれないが⁶⁹、ここでは措くこととする。また、地方公共団体の「デジタル化」や「グローバル化」が国民概念・住民概念に対して有する意味合いについては種々の議論があるが、ここでは在外国民との関係で言及する。

個人番号（マイナンバー）は、住民票を基礎として付番されることから、国外に転出し住民票が消除されると失効するしくみであった。2024年からは、本籍地の市町村が管理する「戸籍の附票」の情報と連携させることで、在外国民もマイナンバーカードと公的個人認証サービスを利用できるようになった⁷⁰。「戸籍の附票」という名称であるが、戸籍法で

⁶⁸ 大西・前掲論文（註63）140-141頁、田代・前掲書（註14）12-13頁参照。

⁶⁹ 小早川光郎「地方分権改革——行政法的考察」公法62号（2000年）171-172頁および243-245頁（討論要旨）参照。なお、「現在、日本の戸籍事務は、人の身分関係を公証し、場合により身分関係の形成に関与する重要な国家事務であるが、この事務を処理するための国の機関は設置されておらず、市区町村長が法定受託事務としてこれを行っている（戸籍法一条二項）。しかし、事務の性質上、全国的に統一された取扱いが必要であることもあり、法務大臣は、戸籍事務の処理基準を定めることができ、当該市区町村役場所在地を管轄する法務局または地方法務局の長は必要に応じて報告を求め、または助言もしくは勧告をすることができる」とされている」（大西・前掲論文（註63）134頁）と説明される。

⁷⁰ 「情報通信技術の活用による行政手続等に係る関係者の利便性の向上並びに行政運営の簡素化及び効率化を図るための行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律等の一部を改正する法律」（令和元年法律第16号）による、戸籍附票に係る改正の主目的は、在外国民にも個人番号（マイナンバー）制度と公的個人認証サービスを利用できるようにするためとされている。戸籍附票の記載事項に追加される住民票コード等は、戸籍情報を個人番号と紐付けるためにも利用するとされる。

はなく住民基本台帳法に規定されている。戸籍附票は、住民票のある市町村と、本籍地の市町村の情報連携によって、それぞれの記録の正確性を担保するものとされる。

戸籍附票には住所の履歴が記録されており、戸籍のある限り存続するので、在外国民の国内での最終住所地を特定することができる。この戸籍附票のデータベースを整備し、住基ネットと接続することで、在外国民のマイナンバーカード利用を実現したのである。つまり、住民ではない在外国民について事務を担当すべき地方公共団体を決定するために、「本籍地」という戸籍制度の概念と結びついた戸籍附票を用いたことになる⁷¹。

もちろん、戸籍附票を用いる方策は、システムの構築・運用上の技術的な事情もありうるので、これを直ちに理論的な問題に引き写して論ずるのは、必ずしも適切ではないかもしれない。

ただ、日本の国土には憲法上の地方公共団体が遍在することを前提として、「領域における区処」に当たる地方公共団体が、そこに居住する「個人の把握」を実現するしくみになっているように見える。そうであるとすれば、地方公共団体の住民ではない在外国民について、「マイナカード」に相当するサービスを政府が別途に提供するのではなく、「住民ではない国民」も特定の地方公共団体に割り当てて役割を担わせるようにしたもの、理由のあることかもしれない。

おわりに

今日、国民は、自国の領域内から領域外に及ぶ「空間軸」上で、さまざまに活動し、また生活（居住）している。国内と国外が截然と区別され、しかも「国外」にいる国民を例外的状況として扱えば足りる時代ではない。在外国民の人権を論ずることは、広大な「空間軸」における人

⁷¹ 「国民の身分に関する事項が戸籍という形で管理され、それが「本籍」という概念で接合されている点にも、憲法一四条・二四条に照らし重大な疑問がある」（松井茂記「住民基本台帳法の改正とその問題点」ジュリ1168号（1999年）93頁註13）との指摘もある。

権保障を考えることに結びつく。

そのうえ、この「空間軸」上の自国内でないところは、「無色透明」な「国外」ではなく、そこには他の主権国家の領域が存在しており、在外国民が存在しているのは、ほとんどの場合、その部分である。在外国民の保護が、国家からみれば対人主権の拡張であり、国民個人からみれば国籍という紐帯による結びつきの維持であるとすれば、外国籍「住民」の統合を図ろうとする領域国（居住国）との関係も視野に入れる必要があるかもしれない。ここでは空間軸上の人を意識して論じてきたが、「民法の適用範囲」という観点からの考察も求められるであろう。

そして、近代日本の歴史的経緯と結びついて「国籍」と「民族」の関係を考察することが求められた「住民」だけでなく、「空間軸」上を新たに移動してくる「住民」の増大に憲法学説は対処しなければならないはずである。

そうした考察において、とりあえず到達したのは、①関連法制の憲法適合性を検討するためにも「憲法上の国民」の措定が必要であること、②国籍法制は「憲法上の国民」の一応の判定基準に過ぎないこと、③憲法上の人権の保障を考える際には、在留外国人にしても在外国民にしても、「権利の性質」について属地的観点と属人的観点から検討しながら、取扱いの区別の合理性を判断する必要があること、④日本国籍の台帳として戸籍制度を「借用」する方法には再検討の余地があること、であった。