

公法判例研究

近藤, 敦
九州産業大学経済学部講師

九州公法判例研究会
九州産業大学経済学部講師

<https://doi.org/10.15017/2045>

出版情報 : 法政研究. 62 (3/4), pp.253-285, 1996-03-27. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

公法判例研究

九州公法判例研究会

永住市民の参政権訴訟

第一節 各国の立法の変化と判決への影響

第二節 「キム(金正圭)地方選挙権訴訟」の論点と意義

一 事実の概要と論点の分析

二 最高裁判決の引用の意味

第三節 判決の動向

一 国政レベル

二 地方レベル

第四節 学説の整理

一 全面禁止・許容・要請説

二 国政と地方を区別する説

第五節 永住市民権説

第一節 各国の立法の変化と判決への影響

今日、日本でも人口に膾炙している「定住外国人」という用語は、適当とは思われない。というのも、この概念が国民と外国人との違いを強調する排他的な民族の共同体であるドイツで用いられる場合の限界性を意識したからである。他方、イギリス、フランス、スウェーデンで用いられる「移民」という包摂主義的な用語も、適切でない。そこで、永住を決意しながらも、政治過程から排除されている人々の参政権（選挙権と被選挙権）を問題とする本稿では、永住市民という中立的な概念が有用である。

国際化の影響を受けながら、人権論、国民主権論および地方自治論において、従来の憲法学が見直されつつある。そもそも、第二次世界大戦後のヨーロッパの憲法典には、国際機関への主権の移譲または制限を定めるものが多い¹⁾。また、国家の構成員たる国民のための憲法という発想を転換し、国内に住む外国人の人権規定を定める憲法が一九七〇年代から登場している²⁾。この頃からヨーロッパでは、法律改正または憲法改正による外国人の参政権の導入が重大問題となってきた³⁾。というのも、第二次オイルショック以

後、新たな外国人労働者の受け入れを拒否する一方で、すでに定住している多くの外国人の統合が問題となったからである。このため、一九七五年に三年以上定住している外国人の地方参政権導入の法律改正をしたのは、スウェーデンであった。その後、デンマーク、ノルウェーと続き、一九八五年にオランダは法律改正に先だつて、憲法改正を行った。フィンランド憲法も一九九一年に変わった。⁴この種の定住要件型の外国人の地方選挙権は、すでにスイスのヌーシャテル州では一八四九年以来（一八六一年から一八七四年まで中断、一九八〇年からはジュラ州でも）みられ、アイルランドでも選挙権は一九六三年から、被選挙権は一九七四年以後である。

また、スペインやポルトガルの場合、互惠条約を要件として、地方参政権を相互に承認し合う憲法を有していた。この互惠要件型のモデルも、北欧にあり、依然としてアイスランドは、北欧諸国の市民にのみ相互に地方参政権を認めている。そして一九九三年のマーストリヒト条約により、この互惠要件型の地方参政権を欧州連合市民に対して相互に認めるべく、各国は一九九六年一月一日までに必要な法改正をする義務が生じた。したがって、ドイツ、フランス、

イタリアなど、これまで外国人の地方参政権の導入に難色を示してきた国々も含め、今後は何らかの形で外国人の地方参政権を認めることになる。図1に示すように様変わりする西欧諸国では、新たな市民権論、民主主義論および住民自治論の構想が盛んになされている。

一方、日本でならば、外国人とみなされる旧植民地の出身者の国政レベルも含む参政権のモデルとしては、イギリスをあげることができよう。そして図2に示すように、オーストラリアやアイルランドも、歴史的経緯から一定の外国人に国会の参政権を認めている。さらに、ニュージーランドは、一九七五年から英連邦諸国出身の市民に限らず、永住者に国会の選挙権を承認している。⁵

他方、日本国憲法は、外国人の人権に関する明文の規定を定めていない。しかしながら、文言にとらわれず、通説および判例の立場は、「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」として、原則的に外国人の人権を肯定する、マクレーン事件最高裁判決⁶にみられる「性質」説である。従来、参政権（ここでは選挙権と被選挙権）は、社会権とともに、その性質上、日本国民のみに

図1 外国人の地方議会における参政権

国	1990年(地裁提訴時)		1995年(最高裁判決時)	
	選挙権	被選挙権	選挙権	被選挙権
スイス	○	×	○	×
アイルランド	○	○	○	○
スウェーデン	○	○	○	○
デンマーク	○	○	○	○
ノルウェー	○	○	○	○
オランダ	○	○	○	○
フィンランド	△	△	○	○
アイスランド	△	△	△	△
スペイン	△	×	△	△
ポルトガル	△	△	△	△
イギリス	△	△	△	△
オーストラリア	△	△	△	△
ニュージーランド	○	△	○	△
カナダ	△	△	△	△
フランス	×	×	△	△
ドイツ	×	×	△	△
イタリア	×	×	△	△
ギリシア	×	×	△	△
ベルギー	×	×	△	△
ルクセンブルク	×	×	△	△
オーストリア	×	×	△	△
アメリカ	×	×	×	×

※アメリカのタコマパーク市でも、1992年に外国人の地方参政権を認める。

図2 外国人の国会における参政権

ニュージーランド	選挙権(要件) ○ (1年以上住んでいる永住者)
	被選挙権(要件) △ (1975年8月22日以前に登録したイギリス臣民)
イギリス	選挙権(要件) △ (英連邦市民、アイルランド市民)
	被選挙権(要件) △ ()
オーストラリア	選挙権(要件) △ (1984年1月26日以前に登録したイギリス臣民)
	被選挙権(要件) △ ()
アイルランド	選挙権(要件) △ (イギリス市民)
	被選挙権(要件) ×

○は定住(永住)を条件に、すべての外国人に参政権を認めている国

○は特定の州がすべての外国人に参政権を認めている国

△は特定国出身の外国人に参政権が限定されている国

△は特定の州が特定国出身の外国人に参政権を認めている国

保障されるものとして理解されてきた。しかし、一九八一年の難民条約批准を契機として、大幅に社会権に関する法制度が見直される⁽⁷⁾。いままた、一九九〇年代になって、「定住外国人」の地方参政権を求める声が各自自治体で高まっている⁽⁸⁾。この運動に大きな影響を与えた最初の訴訟が本件である。植民地支配の結果、日本に定住を余儀なくされている原告らの訴えが、奇しくも、戦後五〇年目の節目の年に、最高裁において、しりぞけられながらも、今後の法改正の可能性が示唆されることになったのである。

(1) 参照、ドイツ憲法二四条、フランス憲法前文、イタリア憲法二一条、ベルギー憲法二五条の二、ギリシア憲法二八条三項、ルクセンブルク憲法四九条の二。

(2) 参照、スウェーデン憲法一章二〇条、ポルトガル憲法一五条、オランダ憲法一条。

(3) 拙稿「『国民』と『住民』の参政権をめぐるヨーロッパと日本の比較研究—外国人の地方参政権の導入は憲法改正か法律改正か?—」九州産業大学・商経論叢三五巻二号(一九九四)二六一頁以下。

(4) 一九七六年に北欧諸国の互恵型に変わり、デンマークやノルウェーと同じく、一九九一年に定住型へと移行した。

互恵型は定住型への過渡期としての性格を強めている。

(5) Report of the Royal Commission on the Electoral System: Towards a Better Democracy, 1986 AJHR H3, p. 232.

(6) 最大判昭五三・一〇・四民集三三巻七号一二三三頁。

(7) 高藤昭「外国人労働者とわが国の社会保障法制」社会保障研究所編「外国人労働者と社会保障」(東京大学出版会、一九九一)一〇頁。

(8) 徐龍達編「共生社会への地方参政権」(日本評論社、一九九五)三五八—三六五頁(以下、徐編(一九九五)と省略する)。

第二節 「キム(金正圭)地方選挙権訴訟」の論点と意義

一 事実の概要と論点の分析

韓国国籍である原告らは、日本に生まれ、日本の社会に生活の本拠を置く、いわゆる「定住外国人」である。日本語の能力を有し、生活を支える資産を日本で保有し、租税その他公共生活における負担の点で日本人と異ならない。原告らは、一九九〇年九月二日の選挙人名簿に登録されていなかったため、その居住する大阪市内の各区の選挙管理

委員会に対し、異議を申し立てている。これが却下されるに及び、原告らは、同月一日に各選挙管理委員会を被告とし、この却下処分決定の取消しを求めて、大阪地方裁判所に公職選挙法上の「名簿訴訟」^①を提起した。同裁判所は、一九九三年六月二十九日に、この請求を棄却した。

本案について、原告、被告および地裁判決を四つの争点に即して整理するとおおむね次のようになる。

第一の争点は、憲法一五条一項の「国民」の解釈である。一五条一項によれば、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」。

原告側は、この「国民」には、「日本国内における定住者が含まれる」と主張する。その根拠は、憲法前文に由来する「人類民主主義」的「一人一地域一票原則」と「参政権の定住地域性」に基づく。原告によれば、憲法前文は、「全世界、全人類的な民主主義及び人権・平和保障を承認し、かつその実効性確保を国家目標」とする。こうした目標から、「地球上にいる人は、どこか一箇所で、自分の属する地域の政治に参加すべきであるとの原則」が導き出される。この「どこか一箇所」とは、「参政権の性質上、その人が定住している地域でなければならない」とされる。

これに対し、被告側は、公務員の選定罷免権を定める憲法一五条一項の「国民」は、「日本国民のみ」をさすと抗弁する。その論拠は、同条同項の「国民」という「文言」、憲法前文および一条の「国民主権原理」および「参政権の後国家性」に依拠する。いわく、「権利の主体として、国民と明記し」、さらに、「選挙権が憲法前文及び憲法一条の国民主権の原理から導かれるものである以上、日本国民のみに与えられるものである」。また、参政権は「国家の存在を前提として初めて成立する権利であり、国家の機関受託者としての法的地位を有する者のみに与えられる」のである。

この点、地裁判決は、憲法一五条一項の「国民」は、「日本国籍を有する者」に限る。その理由は、「各国の立法状況」、「国民主権原理」および「参政権の後国家性」に求められる。判旨によれば、憲法前文は、「国民主権、平和主義、国際協調主義等の憲法の基本原理を明らかにしたにとどまり」、一人一地域一票原則が導き出されるものではない。そして「各国の立法状況からみても、そのような原則が、国際的に一般に承認されているものとも認められない」とする。また、参政権は「国民主権の原理に基づくも

のであるが、他方、憲法一〇条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し^①ており、「現行の血統主義を基本とする国籍法には、憲法の各条項及び基本原理と調和しない点があると認めることはできない」とする。さらに、参政権は「その権利の性質からして、その国家を構成する者に当然帰属すべきものである」という。

第二の争点は、憲法九三条二項の「住民」の解釈である。九三条二項は「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する」と定めている。

原告によれば、ここでの「住民」とは、当該地域の「居住者」であるとする。その根拠は「利害関係者民主主義^②」と「住民自治」に基づく。いわく、地方参政権は、「限定された地域共同体において、共同生活上の利害関係について共同決定するという趣旨」から、定住者に限らず「居住者」に与えられるとする。また、「このことは、地方自治の本旨（憲法九二条）の根幹というべきである」と主張されている。

しかし、被告によれば、憲法九三条二項の「住民」は、憲法一五条一項の「国民」を前提とし、「日本国籍を有す

る者」に限られるという。その論拠は、「国民主権原理」および「国と地方の同質性」に求められる。被告の抗弁によれば、「地方公共団体は、国民主権の枠組みの中で、地域社会の公共事務を自ら処理する機構として存在している」という。いわば、国と地方の政治的意思決定は「不可分の関係にあり」、「地方公共団体の多くが国の事務を処理している」。したがって、「国と地方で、選挙権について別異の取扱いをすることはできない」のである。

また、地裁判決も、同様の「国民主権原理」および「国と地方の同質性」から、憲法九三条の住民は、憲法一五条の国民を前提とするとの考えを打ち出す。判旨によれば、「地方公共団体についての選挙権も、国民主権の原理に基づくものである。また、「地方公共団体の政治、行政は、国の政治、行政と互いに関連しており、地方公共団体が国の事務を処理することもある」。したがって、憲法九三条の住民を、憲法一五条の国民とは「別個の概念としてとらえるのは適切ではなく、これを統一的に理解すべき」とする。

第三の争点は、憲法一四条の「平等」の解釈である。原告によれば、地方自治法一一条、一八条および公職選

拳法九条二項の定める地方選挙権者には、「定住者が含まなければならない」と結論づける。この根拠は、「平等権」およびこれまでにみてきた、憲法の各条項の解釈から導かれる。したがって、地方選挙権者を「日本国籍を有する者と限定的に解したのでは、右の各条は、憲法（一四条、一五条、九二条、九三条等）に違反することになる」という。

この点に関する被告の主張はみられない。

地裁判決は、マクリーン訴訟最高裁判決⁴を引きながら、「性質説」を型どおりに言明する。法の下の平等を定める憲法一四条は、「その性質上、特段の事情が認められない限り、外国人に対しても類推されるべきものである」。しかし、憲法上、「そもそも選挙権が保障されていない」のであり、「日本国籍を有しない者について、選挙権を認めないからといって、そのことが右規定に違反するということはできない」とする。

第四の争点は、原告の参政権が認められるか否かの問題である。

原告は、「生活実態」を根拠として、「日本で生まれ、日本で教育を受け、日本の社会に生活の本拠を置いてきた」

「定住者」である旨を主張する。また、「歴史的経緯」から、「原告らあるいはその父祖らは、日本国籍保持者であり、第二次世界大戦後、日本国籍を喪失した」事実を述べる。さらに、「各国の立法状況」から、原告らは、地方自治法一一条、一八条、公職選挙法九条二項所定の「日本国民」にあたり、地方公共団体の選挙権を有するという。

しかし、被告によれば、「各国の立法状況」をみて、「外国人に地方公共団体に関する選挙について、選挙権を与える国が現れてきていることは事実であるが、世界の趨勢であるということは到底できない」とする⁵。

結局、地裁判決は、地方選挙権者に「定住者も含めなければならない」と主張する原告の憲法解釈を採用することはできず、請求を棄却する。原告らの主張の通りの生活実態であるとしても、「日本国籍を有しない定住外国人」については、地方選挙権を「憲法が保障していると認めることはできない」と判示した。

ただし、「国政のそれと比べると政治的色彩の薄い地方公共団体の政治・行政についてさえ、これに参加する機会が与えられていない現実是不当にすぎるとの意見が出てくるのも一面もつともなことを考えられないではない」と原

告の主張に一定の理解を示す。しかしながら、「仮に右の者に参政権を付与することが憲法に違反しないとの立場を採り得るとしても、これを付与するか否かは立法政策の問題にすぎない」と補足している。

そこで、大阪地裁に「名簿訴訟」を棄却された原告らは、地裁判決に対し、公職選挙法二五条三項に基づき、「控訴することはできないが、最高裁判所に上告することができ」とあるため、ただちに最高裁に上告した。

(1) 名簿訴訟にあっては、裁判所は、他の訴訟の順序にかかわらず、すみやかにその裁判をし、事件を受理した日から一〇〇日以内に判決を下すようにつとめなければならない。林田和博『選挙法』(一九五八、有斐閣)九一頁。しかし、実際の訴訟実務は一〇〇日で終わることは珍しく、本件の地裁判決は提訴後二年半あまりを要しており、慎重な審理がなされたものと思われる。

(2) 出生に伴う国籍取得には、親の国籍を承継する「血统主義」に加えて、出生地の国籍を取得する「生地主義」や、親や本人の居住歴に応じて国籍の取得を認める「居住主義」の三つの要素が重要となる国が、多くなっている。D. Cinar, *From Aliens to Citizens. A Comparative Analysis of Rules of Transition*, in: R. Bauböck (ed.), *From*

Aliens to Citizens, 1994, pp. 59-61. とりわけ移民の二世の権利としての国籍取得を認める国が増えていることは、日本の議論の再考を促す可能性がある。

(3) 国家権力の行使により利害関係をもつ者は、この決定に参加できなければならないという「利害関係者民主主義(Betroffendendemokratie)」に外国人の参政権を認める考へ方は依拠している。J. Isensee / E. Schmidt-Jortzig (eds.), *Das Ausländerwahlrecht vor dem Bundesverfassungsgericht - Dokumentation der Verfahren*, 1993, p. 25.

(4) 最大判昭五三・一〇・四民集三三卷七号一三三三頁。

(5) この訴訟段階では、マーストリヒト条約が締結されておらず、フランス、ドイツ、イタリアをはじめ多くのヨーロッパ諸国が外国人の地方参政権の導入に消極的であったが、最高裁判決が出る頃には、図1に示すように、事情が変わっていることに注意する必要がある。さらに、近年の二重国籍も含む移民の二世の国籍取得の承認傾向から、原告らのような永住者の二世の参政権は、一般に認められるものと思われる。

二 最高裁判決の引用の意味

最高裁は上告を棄却した。

第一の争点において、憲法一五条の「国民」は、「国民主権原理」ゆえに「国籍を有する者」と解釈されている。

いわく、「主権が『日本国民』に存するものとする憲法前文及び一条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法一五条一項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である」という。このあとの判決理由では、マクリーン最高裁判決が引用されている。この判決から、第一の争点において、憲法一五条一項の公務員の選定罷免の権利の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし在留外国人に対しては及ばないと解すべきことが導かれたと推測されている。⁽¹⁾しかし、「マクリーン判決と参政権問題は異なる事例であるので」、「引用の趣旨がよく分らない」との評価もある。⁽²⁾

第二の争点において、憲法九三条の「住民」は、「国民主権原理」と「国と地方の同質性」ゆえに、「日本国民」に限るとされた。最高裁によれば、「国民主権の原理及びこれに基づく憲法一五条一項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素をなすものであ

ることを併せ考えると、憲法九三条二項にいう『住民』とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当である」としている。そして、公選法六八条の二により、地方議会の選挙について、同じ氏名、氏または名の候補者がいた場合の按分加算を認めていることは、立法政策上の問題であって、憲法一五条一項に違反しない旨の先例も引用されている。⁽³⁾この判決から、第二の争点において、憲法一五条一項は、地方公共団体の公務員の選定罷免にも及ぼされることが導かれると評されている。⁽⁴⁾

第三の争点において、憲法一四条の「平等」規定への違反は、「いずれも実質において憲法一五条一項および九三条二項の解釈の誤りをいうに帰するものであって、右主張に理由がないことは既に述べたとおりである」。したがって、実際には、なんら内容上の判断を行わず、原告の主張をしりぞけている。

しかし、第四の争点において、法律上の地方選挙権者として、「国と地方の異質性」に基づき、「永住者等」を含めしめることは、憲法上、「禁止されているものではな」く、「立法政策」の問題であるとした。禁止説を最高裁がとら

ない旨を明らかにした部分はずぎの通りである。「憲法九三条二項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体における選挙の権利を保障したものとはいえないが、憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であつてその居住する区域の地方公共団体と特段に密接な関係を持つに至つたと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもつて、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である。しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であつて、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」。

このあとの判決理由では、特別区の区長公選廃止が憲法

九三条二項に違反しない旨の先例が引用されている。⁵⁾この判決から、制度的保障説に立ちつつ、憲法第八章は地方自治の重要性を認めていること、地方自治は住民自治の原則と団体自治の原則に基づくもの、とりわけ住民自治の理念に基づくことから、地方公共団体の区域内に居住する在留外国人の意思を地方公共団体の事務処理に反映させることを憲法が禁じているものではないという判断が導かれると推測されている。⁶⁾この判例の解釈がポイントとなるように思われる。具体的には、区長公選廃止事件判決の中の「住民の日常生活に密接な関連をもつ公共的事務は、その地方の住民の手でその住民の団体が主体となつて処理する政治形態を保障せんとする趣旨に出たものである」という部分が関連する。また、「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社会的基盤が存在」している「実体を無視して、憲法で保障した地方自治の権能を法律を以つて奪うことは、許されない」という部分も関連する。⁷⁾この二つの命題が合わさつて、自治権が憲法上伝来するという制度的保障説においても事実上地方公共団体と密接な関連をもつて共同生活を行っている住民の自治を導いているのであろう。この一九六三年の先例を

評して、特別区が「社会生活の実体であるという既成事実」をとらえる点で「固有権説」にも目を配りつつ、「制度的保障説」の見解をとつたと指摘されている。⁽⁸⁾ おそらくは制度的保障説の幅は広いものであり、その枠内で、住民の自治の内容をいかに充実させるかは、共同体意識や実体を問題とする固有権説との緊張関係いかにかかっているように思われる。ついで、本件最高裁判決においては、衆議院定数訴訟判決⁽⁹⁾および参議院定数訴訟判決⁽¹⁰⁾も引用されている。両判決からは、選挙制度をどのように定めるかは立法政策にかかわる問題であるという判断が導かれるものと評されている。⁽¹¹⁾

もつとも、憲法九三条二項が「選挙の権利を保障したものとはいえない」ということと、「憲法上禁止されているものではない」ということとの関係がいささかわかりにくいかもしれない。この場合、憲法が「保障」しないとは、「要請」しないという意味であろう。そして「禁止」もしないならば、立法による地方の選挙権の導入は、憲法上「許容」されていることを表明しているものと解されてよい。後述する「イ（李鎮哲）地方選挙権訴訟」福井地判のように、「許容」という表現を用いる場合と同じと考えて

よいであろう。

- (1) 判例時報一五二三号（一九九五）五一頁。
- (2) 横田耕一「外国人の『参政権』—地方自治体での選挙権を容認した最高裁判決を契機に—」法律時報六七巻七号（一九九五）四頁。
- (3) 最大判昭三五・一二・一四民集一四巻一四号三〇三七頁。
- (4) 判例時報一五二三号（一九九五）五一頁。
- (5) 最大判昭三八・三・二七刑集一七巻二号一二二頁。
- (6) 判例時報一五二三号（一九九五）五一頁。
- (7) 最大判昭三八・三・二七刑集一七巻二号一二二頁。
- (8) 大隈義和「特別区と憲法上の地方公共団体」芦部信喜・高橋和之編『憲法判例百選II』（有斐閣、一九九四）四三七頁。
- (9) 最大判昭五一・四・一四民集三〇巻三号二二三頁。
- (10) 最大判昭五八・四・二七民集三七巻三号三四五頁。
- (11) 判例時報一五二三号（一九九五）五一頁。

第三節 判決の動向

つぎに、最高裁判決の判旨とその他の判決とを比較しながら、本件判決の意義を検討してみよう。これまで、外国

人の地方選挙権に関する判決は、四つの地裁判決と一つの高裁判決および二つの最高裁判決がある。また、最も早い時期に、国政レベルの選挙権訴訟の地裁判決が一つあり、これは高裁および最高裁判決もある。さらに、国政レベルの被選挙権訴訟の地裁判決が一つある。多くの判決は、第一、第二および第三の争点は、理由づけにおいて違いがあるとしても、結論においては異ならない。しかし、第四の争点においては、そのニュアンスを異にする。また、本案前の争いとして、訴えの適法性が争われる事例が多く、定住外国人の参政権をめぐり、いかなる訴訟形式が可能であるかを検討することも、興味深いものがある。本件も含めて外国人の参政権に関する判例を時期的に早いものから順に番号を付しながら、国政レベルと地方レベルに分けて、その動向を検討することにしよう。

一 国政レベル

① 「アラン (H. Alan) 参議院選挙権訴訟」大阪地判 (一九九一年三月二九日)

まず、本件は、国家賠償請求訴訟である。⁽¹⁾ 参議院議員選挙に投票できないと告げる選挙管理委員会の行為は、観念

の通知であって、「処分」ということはできない。したがって、抗告訴訟を提起できず、国賠請求の道しか残されていない⁽²⁾と評されている。

原告によれば、選挙権の行使を定住外国人に認めない公職選挙法は違憲である。国会議員、内閣総理大臣、国務大臣は違憲状態を解消すべく、法律を改廃しなかった。この立法不作為により、日本人を配偶者にもち、永住権を有する英国国籍の原告に精神的損害を与えたとする。また、国賠法一条の「公務員の故意または過失」とは、合議制機関である国会の行為の場合は、個々の議員の故意過失を問題とするのではない。国会自体の故意過失を論ずれば足りるとする。

これに対し、被告側は、在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決⁽³⁾そのままに、国会議員の立法行為に関する国家賠償を限定する。すなわち「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず、国会があえて当該立法を行うということがとき容易に想定し難いような例外的場合」に限る。また、「内閣総理大臣及び国務大臣が、個別の国民に対する関係で職務上の具体的な義務を負うことはあり得ない」とする。

判決は、以上の点に立ち入ることなく、原告の請求を棄却した。その理由は、まず、「参政権の後国家性」および「国民主権原理」ゆえに、憲法一五条の「国民」は、「日本国民のみをその対象としている」からである。というのも、公務員の選定罷免権は、「人たるものが当然に有する」という意味での人権（前国家的権利）ではなく、国家の存在を前提として初めて成立する国民の権利である。したがって、右権利の内容は国家のあり方を定めた憲法によって規定される」。そして「憲法前文及び一条は主権が日本国民に存することを宣言し、それを受けて憲法一五条は『公務員を選定し、罷免することは国民固有の権利である』と規定している」のである。

また、国政レベルを問題とする本件では、第二および第四の争点は問題とならない。そして第三の争点における憲法一四条の「平等」条項違反にはならない。というのも、「公職選挙法が日本国籍の有無により国会議員に対する選挙権の行使の可否を区別している点は、前述のとおり選挙権の保障が外国人には及ばない以上、未だ合理的な区別であるから」と判決はいう。

② 「アラン (H. Alan) 参議院選挙権訴訟」大阪高判

(一九九二年七月二二日)

つぎに、大阪高裁は、控訴を棄却した⁽⁴⁾。その際、原審の通りとして、詳しい理由の説明を省略している。一点だけ補充した論拠は、国家意思の形成に参画するという「参政権の公務性」である。すなわち、「参政権（参議院議員の選挙権）は、国の政治に参加し、国家意思の形成に参画する国民固有の権利であるから、その性質上、日本国民にのみ与えられるものといわざるをえない。「日本国内に生活の本拠を有する定住外国人であるからといって、これに参政権を付与すべきことが憲法上の要請であると解する余地はない」とされる。

③ 「アラン (H. Alan) 参議院選挙権訴訟」最判（一九九三年二月二六日）

さらに、最高裁は、上告を棄却した⁽⁵⁾。第一および第三の争点に関して、いわゆるマクリーン事件最高裁判決の「趣旨に徴して明らかである」という。なぜなら、「権利の性質上日本国民のみを対象としていると解されるもの」として、国会議員の選挙権・被選挙権が含まれることについては、マクリーン事件判決の中で、「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を『外国人の地位に

かんがみ』て除外する旨を明言している点から明らかだから」と説明されている。⁽⁶⁾ 他方、「マクリーン訴訟判決は、外国人の政治活動の自由の保障を問うもので、本件と事案を異にする」。そして、従来の学説とは異なる新しい見解のもとに、外国人の選挙権をはじめ争う最高裁判決としては、「もう少しことばを尽くして説くべきであった」といわれる。⁽⁷⁾ また、ほとんど何の理由づけもなされていないに等しい。「この判決は日本国民に限ったことが違憲でないとしただけで、外国人の国政レベルでの選挙権を認めることまで違憲としたものではない」との評価もある。⁽⁸⁾

⑧ 「リ（李英和）参議院被選挙権訴訟」大阪地判（一九九四年二月九日）

原告は、在日朝鮮人三世の李英和氏を代表者とする「在日外国人参政権⁹²」、略称「在日党」である。同党は、政治資金規制法六条一項に基づき設立された政治団体であり、在日外国人を構成員とする。その綱領は、「人種差別・民族差別に反対し、基本的人権の擁護に努め、民主主義を発展させるために、日本に定住する外国人の政治的自由と権利、参政権の獲得をめざす」ことを掲げている。在日党は、「参政権獲得のあかつきには解散する。この公約の一日も

早い実現を望んでやまない」という。⁽⁹⁾

この事件も、国家賠償請求訴訟である。⁽¹⁰⁾ 原告は、一九九二年七月二六日の参議院比例代表選挙に立候補すべく、同月八日に一〇名の候補者名簿を届け出たところ、選挙長がこれを受理しなかった。その理由は、名簿搭載者らの戸籍謄本または抄本が添付されていなかったことにある。原告は、これに代わる外国人登録済証明書を添付したが、選挙長は、それでは受理できないとの決定を下したのである。そこで、原告は、この不受理の決定が被選挙権および選挙運動の自由を侵害するとして、国家賠償法一条に基づく損害賠償を請求した。

まず、選挙長が立候補届書についての形式的審査権を行使して、届出を受理しないことが許されるかという問題が争われた。判決によれば、この審査は「事実行為」として書類の「受付行為」ではない。「法的意思の表明を含む法的判断」としての「行政処分行為」であるから、受理しないことも許されるとする。

ついで、立候補届出書添付書類として、外国人登録済証明書または外国人登録証明書を提出することが認められるかという争点もあった。公職選挙法および同施行令にある

「戸籍の謄本又は抄本」を提出する要件は、「立候補届出の効力要件であり、添付書類として、限定的に解釈すべきものである」と判決はいう。

第一に、憲法一五条の「国民」の解釈が争われている。原告によれば、これをいかに解するかは、「国民主権」の概念に関係する。民主主義の同一性理論的「国民主権原理」の考え方に立てば、国民主権の実質は、「人民による自己統治」という「民主主義」の原理と結びつく。したがって、「その政治社会における決定に従わざるを得ない構成員たるすべての市民」が主権者である。また、「代表なきところに課税なし」との近代立憲主義の基本理念に照らし、「納税者」は、主権者であるという。よって、「納税者主権」⁽¹¹⁾の立場から、原告ら定住外国人は、主権者として、憲法一五条により、選挙権と被選挙権が保障されているとする。

判決によれば、選挙権および被選挙権は、憲法一五条によって保障されており、「国民主権原理」に基づくものである。それゆえ、同条の「国民」は、「日本国籍を有する者であることは明らかである」。また、「定住性の点をもって、他の外国人と殊更異別に解する憲法上の理由について

は、憲法一三条、一四条に照らしても、これを見出し難い」とする。そして、「納税義務」は、参政権の保障に関して、定住外国人と他の外国人とを区別する理由にならない。というのも、「国会における決議事項が租税に関わる事項に限られない」からである。

第二に、国際人権規約のB規約二五条の「市民」の解釈が争われている。原告は、B規約二五条により、「政治的に参与する権利を有している」権利主体は、「国籍を有する国民」ではなく、すべての「市民」としているので、原告ら定住外国人にも選挙権および被選挙権が保障されるとする。しかし、判決はB規約二五条が、定住外国人の選挙権まで保障する趣旨であると解することはできないという。

第三に、原告は、投票日には帰化して日本国民になるものの、立候補届出時にはいまだ外国人である者の立候補の権利を侵害する公職選挙法施行令は、憲法一五条、一三条、一四条および国際人権規約B規約二五条に違反するという。判決は、「立候補の権利は被選挙権の存在を前提とするから、その可能性の存在だけでは足りない」として、平等違反その他は問題とならないとする。

なお、本件原告は、控訴した⁽¹²⁾。また原告らの在日党は、

一九九五年七月一九日に、同年一月一日に施行された政党助成法に基づく政党公費助成が、原告らも納税する税金を財源としながら、参政権を有しない原告らには政党交付金の交付対象である政党を結成し、政治活動を行うことを認めていないのは、憲法一九条、二二条、一三条、一四条および民主主義原理違反であるとして、政党交付金に使われる税金の返還訴訟を提起している。

- (1) 判例タイムズ七七九号(一九九二)九六一九七頁、中富公一「定住外国人に選挙権を認めていない公選法の合憲性」法学セミナー四五三号(一九九二)一二三頁。
- (2) 阿部照哉ほか編「憲法判例(第三版)」(有斐閣、一九九四)二七四頁。
- (3) 最判昭六〇・一一・二一民集三九卷七号一五一頁。
- (4) 平成三年(ネ)第七七七号損害賠償請求控訴事件。
- (5) 判例時報一四五二号(一九九三)三八頁、小栗実「外国人の国政選挙での選挙権」法学セミナー四六八号(一九九三)三七頁、後藤光男「外国人の選挙権」芦部信喜・高橋和之編「憲法判例百選II(第三版)」(有斐閣、一九九四)八頁。
- (6) 大石眞「定住外国人と国会議員の選挙権」ジュリスト平成五年度重要判例解説(一九九四)一六頁。

(7) 戸松秀典「国会議員の選挙権を有する者を日本国民に限っている公職選挙法九条一項と憲法一五条、一四條」判例時報一四六七号(一九九三)一七九頁。

(8) 横田、前掲、三頁。

(9) 李英和「在日韓国・朝鮮人と参政権」(明石書店、一九九三)六七頁。

(10) 判例タイムズ八九二号(一九九六)一六七頁。

(11) 参照、北野弘久「納税者の権利」(岩波書店、一九八一)四二―四三頁。

(12) 平成六年(ネ)第三四九七号。

二 地方レベル

④ 「キム(金正圭) 地方選挙権訴訟」大阪地判(一九九三年六月二九日)

すでにみたように、この本件の原審は、選挙管理委員会への異議についての決定の取消訴訟であり、いわゆる公職選挙法上の名簿訴訟である。本案前の争点としては、原告適格と訴えの利益が争われた。被告側は、公職選挙法二五条の名簿訴訟は、同二四条により、「選挙人」である「異議申出人又は関係人」でなければならず、日本国籍を有しない原告は、選挙人としての原告適格をもたないという。

判決によれば、「選挙人」の要件は、「選挙権を有している」と主張する者」であれば足りるとして、原告適格を認めている。また、被告側は、同二一条一項所定の選挙人名簿の被登録資格を有しない原告らは、訴えの利益がないと主張するが、「被登録資格を有すると主張する」原告らの主張は、「選挙人名簿の登録に関する不服」を理由としているとして、判決はこれまた被告の主張をしりぞけているのである。

しかし、本案については、逆に原告の主張がしりぞけられるものの、第四の争点については、つぎのようにいつている。「確かに、日本国民と同じようにその地域社会の重要な構成員として、これを維持発展させるのに大きな貢献をしてきたと自負している定住外国人にとって、国益を巡って諸外国と利害が対立する場合に、日本の国家意思を確定し、これに基づき諸外国との外交を直接担当しなければならぬ国政、すなわち政府レベルの政治への参加はともかくとして」と、まずは、国政レベルでの許容性は少ない旨を前置きとする。一方、「その行政機能の内容も地域住民生活の福祉を図ることを直接の目的とするものが多く、また、国政のそれと比べると政治的色彩も薄い地方公共団

体の政治・行政についてさえ、これに参加する機会が与えられていない現実是不当にすぎるとの意見が出てくるのも一面もつともなことと考えられなくもない」と、今度は、地方レベルの許容性の大きいことを述べている。しかし、結論としては、「憲法上は右のような外国人に対して右参政権は保障されていないといわざるを得ない」とする。

とはいえ、「仮に右の者に参政権を付与することが憲法に違反しないとの立場を採り得るとしても、これを付与するか否かは立法政策の問題にすぎないというべきである」との法律改正による導入の可能性を認める旨の萌芽的な指摘がみられる。したがって、本件地裁判決は、否定説ではあるものの、いずれも「許容説が成り立つ余地を認めている⁽²⁾」とか、「許容説の含みもなお残している⁽³⁾」または、「立法裁量の余地を認める⁽⁴⁾」と評されているのである。

⑤ 「アラン (H. Alan) 地方選挙権取消訴訟」大阪地判(一九九四年一月二八日)

⑥ 「アラン (H. Alan) 地方選挙権国賠訴訟」大阪地判(同日)

この事件は、二つの訴えが併行してなされている⁽⁵⁾。一つは、前述の④の「キム (金正圭) 地方選挙権訴訟」と同じ

名簿訴訟といわれる取消訴訟であり、判決も同じ理由でこれを適法としている。いま一つは、前述の①の「アラン(H. Alan)参議院選挙権訴訟」と類似の国賠訴訟である。今度は、地方選挙権の行使を定住外国人に認めない公職選挙法および地方自治法の規定の違憲に基づく、国会議員、内閣総理大臣、国务大臣の違法性を原告が訴え、被告は①と同じ理由で抗弁している。今回もまた判決は、この点を判断するまでもなく、原告敗訴を導いている。同じ日に出された両判決の本案に関する理由づけは同じである。

第一に、「国家が国民によって構成される団体であり、主権が国民に存する以上」、「国民主権原理」から、憲法一五条一項の「国民」は、「国家の構成員としての国民すなわち、憲法一〇条を受けて制定された国籍法に基づき日本国籍を有する国民であることを当然の前提としている」という。しかも、「選挙権を含む参政権は、国家の主権と不可分の関係にあるものであるから、外国人に保障されないことは、国家というものの性質上当然というべきである」からとされる。したがって、「国家の性質」上当然とする根拠として、マクリーン事件最高裁判決を引用している。

第二に、「制度的保障説」に立って、「国と地方の同質

性」を理由に、「憲法一五条一項にいう『国民』と憲法九三条二項にいう『住民』とは同一の概念に基づく」と解す。というのも、「憲法九二条が、地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基づいて定める、と規定するのは、民主主義を實行する方式として、その地方の公共事務がなによりもその地方の住民の意思に基づいて行われることを制度的に保障したものであるところ、地方公共団体は、国の領土の一部を区域とし、その区域内においてその区域に関する公共事務を行うことを存立の目的とするのであるから、その存在は国家の統治体制の一側面にほかならず、地方公共団体と国の間には不可分の関連関係があつて国から独立した存在ではあり得ない」からとされている。

第三に、「そもそも選挙権が保障されていない」という①と同じ理由で「平等」条項に違反しないとされた。

第四に、否定説を展開するのみであり、立法裁量に関する言及はみられなかった。そこで、この判決は、④よりも、「その理由づけが簡略化している」と評されており、⁶⁾「極めて形式的・概念法学的な論理に終始しており、説得力に欠ける」との批判もある。⁷⁾とりわけ、定住外国人の地方選挙

権の導入について、⑤および⑥は、④よりも、後退する内容となった感がある。この相異は、前者の原告が「イギリス国籍の保有者」であり、後者の原告が、敗戦とともに本人あるいは親の日本国籍を否定された「歴史的経緯を有する韓国国籍の保有者」である点にかかりがあるとの指摘がなされている。⁽⁸⁾

⑦ 「イ（李鎮哲）地方選挙権訴訟」福井地判（一九九四年一〇月五日）

これは、選挙管理委員会の名簿不登録の違法確認を求め無名抗告訴訟である。⁽⁹⁾ この判決では、訴訟形式についての比較的詳しい判断がなされている。そもそも、名簿訴訟は、選挙人団の構成員を決定するという公の利益に関する訴訟であり、客観訴訟に位置づけられる。選挙に参加する資格の公証を拒否されたという行政処分に対する救済手続の機能も有するので、通常は、不登録につき名簿訴訟以外に行政訴訟を提起することは許されていない。名簿訴訟は早期に選挙人団を確定し、選挙の公正を確保する目的から、いわゆる百日裁判とされている。しかし、名簿訴訟が設けられた趣旨からは、住民基本台帳に登録されていない外国人の登録に関する紛争を百日裁判で審理しなければならな

い理由は見いだせないという。そこで、抗告訴訟の規定として、いかなるものが考えられるかというところ、登録されていないという状態では、行政処分がなされたとはいえないので、取消訴訟や無効確認訴訟を認める余地はなく、申請行為を前提とする不作為の違法確認訴訟を提起できる場合でもない。したがって、無名抗告訴訟として考える。その際、登録することを求める義務付け訴訟または登録義務確認訴訟は、登録について法改正を必要とするので、せいぜい違法確認訴訟の限度で許容されるにすぎないという。

本案の争点について、判決は、第一に、伝統的な「国民主権原理」、「参政権の公務性」、「参政権の後国家性」ゆえに、「国民」とは、日本国籍を有する者という。第二に、国と地方の同質性ゆえに、「住民」は、国民を前提とする。第三に、憲法一四条および国際人権規約B規約（以下、B規約）二六条の「平等」違反は認められない。第四に、その一方で、「各国の立法状況」ゆえに、「市町村レベルでの選挙権を一定の外国人に認めることは憲法の許容するところであるとの見解が十分に成り立ち、実施可能であることの実例ではあろう」との許容説の立場を明確に打ち出した。したがって、定住外国人の地方選挙権にとっては、⑤はも

とより、④の判決よりも、「一步前進」する内容であったと評されている。⁽¹⁰⁾

さらに、この訴訟は、以下に述べる憲法一三条、三〇条、国際人権規約B規約二五条の解釈を争う。

第五に、原告は、憲法一三条の幸福追求権が、「政治的決定に参画し、自己の意思を表明する権利、すなわち、政治過程に参画する権利」を内包すると説く。そして、「幸福追求権に基礎づけられる選挙権は、個人の尊厳の原理と結びつき、個人の人格的生存に必要不可欠の権利であり、自己決定と自己実現のための不可欠な基本的人権である」。したがって、「選挙権は、自己が居住する国や地方自治体の政治的決定に従わざるを得ない社会構成員である個人に対し、等しく保障されなければならない」という。しかし判決は、「選挙権が幸福追求権に内包されるものとしても、幸福追求権が憲法第三章に規定される他の個別的人権と重なる場合には、その個別的人権の問題として論じるべきであって、独自に幸福追求権を問題とする必要はない」という。この点、学説にいう保障競合説ではなく、補充的保障説を採用している。すなわち、各個別的人権と幸福追求権とが競合関係にあるのではなく、個別的に列举されて

いないものだけを一三条は補充的に保障することになる。⁽¹¹⁾

第六に、原告は、「代表なきところに課税なし」の理念は、近代立憲民主主義の基本原則であって、「納税義務者は自己が支払った租税の用途を監視し、違憲・違法な租税支出が国や地方自治体によってなされた場合には、これを積極的に是正する権利が保障されなければならない」という。したがって、納税義務者は、憲法三〇条の「納税者基本権を具体的に実現する不可欠の手段として選挙権が保障されなければならない」とする。これに対し、判決は、「右理念が近代立憲民主主義確立のために重要な役割を果たしたことは否定できないものの、憲法三〇条から、直ちに、納税者には国籍を問わず選挙権が保障されなければならないとの結論を導くことはできない」という。

第七に、原告は、国際人権規約二五条により、「直接に、又は自由に選んだ代表者を通じて、政治に参与する」権利を有する主体は、「すべての市民」とあり、「国籍を有する国民」となっていないことに着目する。そこで、「原告ら定住外国人は、日本社会の住民として定住し、労働と納税を通じて当該社会の維持・発展に寄与し、地方自治体の政治的決定に従わざるを得ない者である以上、B規約二五条

の『市民』に該当する」という。一方、判決は、B規約二五条は、法的拘束力のない世界人権宣言二一条に法的拘束力を具備させるべく、「世界人権宣言二一条に対応して設けられた規定」である。同条一項は、「自国の統治に参与する権利を有する」と定め、「選挙権の行使が自国民の手によるものであることを明言している」。したがって、「B規約二五条が国籍を条件とすることを否定する趣旨で」、「すべての市民 (Every citizen)」という用語を使用したものではない。この「市民 (citizen)」という用語は、人 (people)、者 (one) などと異なり、一般に、公民権を有する者という意味で用いられて「いることなどからして、B規約二五条の『市民』に定住外国人を含むと解すことはできないという。

第八に、原告は、B規約二六条の「平等」違反をいう。他方、判決は、「日本国籍を有しない者については、そもそも選挙権が保障されていないのであるから」同規定に違反しないとする。

第九に、原告は、「旧植民地出身者とその子孫は日本社会のマイノリティである」として、B規約二七条から、「マイノリティが自らの民族的・文化的アイデンティ

ティを確立し、発展させることは、日本政府の国際的義務である」という。そして、「マイノリティがマイノリティの人権を確立し、発展させるためにも選挙権が不可欠の権利として必要であり、保障されなければならない」とする。とはいえ、判決は、B規約が「自己の文化を享有し、自己の宗教を信仰しかつ実践し又は自己の言語を使用する権利」を少数民族に保障する規定自体は、「定住外国人の存在とその選挙権についてはなんら言及しておらず、同条によって定住外国人の普通地方公共団体における選挙権を保障することが要請されているということはできない」とする。

この原告も控訴している。¹²⁾

⑨ 「アラン (H. Alan) 地方選挙権国賠訴訟」大阪高判(一九九五年一月三一日)

第四の論点について、控訴人は、⑦において、一定の外国人に地方選挙権を認めるかどうかは「立法政策の問題である」と判示した点を批判している。¹³⁾ というのも、「基本的人権と位置づけられるべき参政権は、そもそも『立法政策の問題』ではない。しかも『参政権』という立法府に訴えるべき手段がない者に対し、その手段の行使を前提とす

る『立法政策の問題』と結論づけることは論理矛盾である」からである。

高裁判決によれば、参政権は、「主権（国家権力）を直接的に行使する権利の一形態であるから、国家の存在を前提とし、かつその構成員である国民に保障されるものと解するのが相当である」とされる。しかも「定住外国人参政権は憲法上保障されていないと判断するものであり、それをもって本件の判断としては十分である」。そこで、「立法政策の問題」か否かという論点には、言及していない。

また、控訴人は、多数の地方議会が定住外国人に地方参政権を認めるべく立法府に働きかけを行っている事実から、「殊に地方議会において、もはや『国籍』によって参政権を制限することがいかに不合理で実態に合致しないかを如実に示すものである」という。

高裁判決は、この点、「立法府への働きかけ」の「事実が、直ちに定住外国人に対して地方参政権を認めなければ違憲になることを推認させるものではないことは明らかである」としている。

⑩ 「キム（金正圭）地方選挙権訴訟」最判（一九九五年二月二八日）

本件は、このような判例の流れの中で、判決が下されたとりわけ、第四の争点において、「永住者等」に「法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されていないものではなく、「専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」。しかし、一方で、「憲法九三条二項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体における選挙の権利を保障したものとはいえない」と判示している。

そこで、定住外国人の地方選挙権の導入について、⑦よりも「積極的」であり、④よりも「明白」であると評価されている。¹⁴ いわば、「立法政策にすべからず判断を一任したことになる」とはいえ、「当該区域と『特段に密接な関係を持つに至ったと認められるもの』という強度の定住性を必要とするとの要件」をどうとらえるかという問題が残る。¹⁵ 立法による具体化にあたって、「本判決が想定している外国人の範囲は、『五年以上の居住』といった一部の見解よりもかなり限定的である」とも評されている。¹⁶

また、本件最高裁判決の特徴は、従来の判決が、マク

リーン事件最高裁判決だけを援用していたのに対し、他の判例を援用した点にもある。明確に立法政策の問題であることを表明することで、先端理論を採り入れる反面、これまでの司法判断の伝統を継承することを留意する姿勢がみられる。

⑩ 「アラン (H. Alan) 地方選挙権取消訴訟」最判 (一九九五年四月二五日)

この判決は、⑩とそこに掲げられている地方議会議員選挙における同一氏名の按分加算、特別区の区長公選制廃止および参議院議員定数に関する判決の該当頁を示すだけである。⁽¹⁷⁾ 何ら実質的な説明はなく、「当裁判所大法廷判決」の「趣旨に徴して明らかである」とまことにそっけないものであった。そこで、イギリス国籍の永住者の場合には、立法裁量論を最高裁が採用していないこととの関連において、⑩の「『永住者』等とはその前提要件に過ぎず」、⁽¹⁸⁾ 十分条件ではないとする評価もできる。⑪の訴訟の弁護団によれば、最高裁は、定住外国人の地方選挙権ではなく、在日韓国人のそれとして、リップサービスをしたとの評価も可能という。

以上が、裁判所の判決の動向である。つぎに、学説状況

をみることにしよう。

- (1) 判例タイムズ八二五号 (一九九三) 一三八頁。名簿訴訟の法的性格については、名取俊也「在日外国人地方選挙権訴訟第一審判決」法律のひろば四六巻一一号 (一九九三) 四六頁以下。
- (2) 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) 九七頁、向井久了「定住外国人の地方参政権」平成五年度重要判例解説 (一九九四) 一九頁。
- (3) 門田孝「選挙権の否定はもはや『常識』ではない」法学セミナー四七一号 (一九九四) 四四頁。
- (4) 横田、前掲、四頁。
- (5) 判例タイムズ八四八号 (一九九四) 一一七頁。
- (6) 初宿正典・時本義昭「定住イギリス人の地方選挙権」ジュリスト一〇四五号 (一九九四) 七二頁。
- (7) 小林武「地方政治における外国人の選挙権」ヒッグス・アラン地方政治参政権訴訟大阪地裁一九九四年一月二八日判決―南山法学一八巻四号 (一九九五) 一七一頁。
- (8) 初宿・時本、前掲、七四頁、牧野忠則「定住外国人の地方参政権」法学教室一七四号 (一九九五) 一一頁。
- (9) 判例タイムズ八八一号 (一九九五) 七六頁。
- (10) 岡崎勝彦「定住外国人の地方自治体における選挙権」法学教室一七七号 (一九九五) 四六頁。

- (11) 樋口陽一ほか『憲法I』（青林書院、一九九四）二六六頁。
- (12) 李鎮哲「地方参政権への福井からの主張」徐竜達編『共生社会への地方参政権』（日本評論社、一九九五）三二九頁。
- (13) 平成六年（ネ）第三五三号。
- (14) 横田、前掲、三頁、田中館照橋「地方公共団体における定住外国人の参政権」法令解説資料総覧一六一号（一九九五）一一二頁。
- (15) 岡崎（一九九五）四七頁。
- (16) 常本照樹「定住外国人に地方選挙権は付与できるか〔積極〕」法学セミナー四八六号（一九九五）八三頁。
- (17) 平成六年（行ツ）第六五号。
- (18) 岡崎（一九九五）四七頁。

第四節 学説の整理

一 全面禁止・許容・要請説

本件の原告は、地方レベルの選挙権だけを争ったので、地方選挙権だけについて最高裁は、一定の外国人の参政権を憲法が禁止していないとの判断を示している。しかしながら、「アラン（H. Alan）参議院選挙権訴訟」の最高裁判決では、国政レベルの可能性を否定している。この点に

ついでに学説の動向を以下に検討しておこう。

これまでの学説の論点は、主として二つの場面、細かくみれば五つの場面で対立をみせている。第一の論点は、憲法上、外国人の参政権が禁止されるのか、許容されるのか、要請されるのかという問題である。そもそも、ドイツの学説を引きながら、禁止説（消極説）、許容説（積極説）と要請説を分けている見解があつた。⁽¹⁾ ついで、日本の学説について、否定説、許容説（立法政策説）、要請説に整理する見解がみられる。⁽²⁾ この同じ整理方法がさらに名称を変え、今日、否定説（禁止説）、消極的肯定説（許容説）および積極的肯定説（要請説）の三通りに区別されている。⁽³⁾

ついで、第二の論点として、外国人の参政権が、国も地方も認められないか、地方レベルだけ認められるか、国も地方も認められるかという問題が組み合わさる。外国人の参政権を全く認めない従来通説を「消極説」と呼び、地方参政権のみを認める近年の有力説を「積極説I」とし、地方および国政レベルの参政権を承認する説を「積極説II」と分類されている。⁽⁴⁾ この同じ分類を「全面的否認説」、「部分的承認説」および「全面的承認説」と名づける場合もある。⁽⁵⁾

この第一の論点と第二の論点を総合して、学説を整理すると、つぎのようになる。

- (I) 全面禁止説 国政および地方において外国人の参政権が、否定されるのは、憲法がこれを禁じていると考える立場である。
- (II) 全面許容説 国政および地方において外国人の参政権が憲法上、保障されていることを否定するが、憲法上、禁止されているわけではなく、立法政策の問題として許容する立場である。
- (III) 全面要請説 国政および地方において外国人の参政権が肯定されるのは、憲法がこれを要請していると考える立場である。
- (IV) 国政禁止地方許容説 国政において外国人の参政権が、憲法上、禁止されているが、地方においては、立法政策の問題として許容する立場である。
- (V) 国政禁止地方要請説 国政において外国人の参政権が、憲法上、禁止されているが、地方においては、憲法上、要請されていると理解する立場である。
- (VI) 国政許容地方要請説 国政において外国人の参政

権は、憲法上、許容されているにとどまるが、地方においては、憲法上、要請されていると理解する立場である。

さらに、細かくみれば、第三の論点として、外国人の選挙権と被選挙権が両方否定されるか、選挙権に限定されるか、両方肯定されるかという問題も組合わさる。加えて、地方公共団体の長と議会の議員とを区別する第四の論点もある。そのうえ、都道府県と市町村を区別する第五の論点もこれに加わる。したがって、予想される学説のパターンは、多岐にわたる。しかしながら、あまり細かな類型化を試みるよりも、主要な学説の対立を、前述の六通りに整理し、その余の問題を今後の課題として、別に検討することが適当と思われる。以下に、いくつかの学説をこの六つの類型において整理しながら、検討することにしよう。

第一に、いずれの訴訟の被告および判決も依拠している伝統理論は (I) の全面禁止説の立場であったと思われる。この根拠は、かつての通説を代表した宮沢説のように、『国民主権原理』から導かれる。⁶⁾ この場合は、大石説のように、法律を改正して外国人に地方参政権を付与すること

は禁止されており、「反つて憲法違反の措置とみなされ」ることにならう。⁷⁾とはいえ、国民主権原理については、後述するように別の理解もありうる。なお、憲法一五条の公務員選定罷免権は「国民固有」の権利という「他の規定には見られない特殊な文言を用いている」⁸⁾。しかし、このことが参政権を日本国民に限る論拠として指摘されるのは適切ではないように思われる。ここでの「固有」の文言は、「限られる」という意味ではなく、憲法の公定英訳からもわかるように、「譲り渡すことができない (inalienable)」という意味である。国民から奪わなければ、定住外国人にも参政権を認めることがこの文言から不可能というわけではない。⁹⁾ 文言ではなく、権利の性質により、外国人にも人権が等しく及ぶか否かを検討する、今日の通説・判例はここでも適用されるべきである。

第二に、奥平説は、(II)の全面許容説の立場を表明している。というのも、『国民主権』の原則にとつて、「国籍のあるなしはけつして重要ではない」からである。「当該国家社会を構成し当該国家社会に服属するふつうのひとが」、「国家意思の最高決定権者である」という点にこそポイントがある」。したがって、「国政・地方いづれを問わず、

よく練り上げた立法であれば、参政権を与えるのに憲法上の困難はないと思う」¹⁰⁾とする。また、萩原説によれば、「人民主権的理解に立てば、選挙権者は契約参加者の総体」¹¹⁾となる。そこで、『国民主権』原理の再構成により、一定の資格を満たす（たとえば五年以上の居住要件、ただし納税要件はとらない）外国人に、あらゆる段階の選挙権・被選挙権が認められる」という。¹²⁾ 内野説も、「少なくとも定住外国人に対し、地方公共団体についての選挙権を付与することは、憲法九三条二項の『住民』という文言などに照らし違憲にはならない」という。そして「国政の選挙権を付与することも、治者と被治者の自同性を内実とする国民主権原則からみて、また、憲法四四条の文言に照らし違憲とはいえないであろう」¹³⁾。さらに、戸松説も、「外国人に選挙権を認めるか否かについて、憲法は沈黙していると理解すべきである」という。¹⁴⁾ 明確な禁止も要請も憲法から導くのではなく、こうした中庸の解釈は、そのぶん批判の余地が狭くなることにならう。

第三に、浦部説は、(III)の全面要請説である。結論として、『日本における政治的決定に従わざるをえない生活実態にある外国人』すなわち『日本に生活の本拠を有する

外国人』（いわゆる『定住外国人』）には、地方・国政を問わず、選挙権および被選挙権を保障すべきである」という¹⁵⁾。その根拠は、『国民主権原理』を治者と被治者の同一性という民主主義と同じ意味に理解することにより、主権者である「国民」を「その政治決定に従わざるを得ないすべての者」と解釈する点にある¹⁶⁾。たしかに、国民主権は「君主主権」を否定する概念であり、そこでいう「国民」は「君主および封建的特権階層以外の人びと（人民）を総称するもの」であって、必ずしも「外国人」に対する「国籍保持者」という意味での「国民」を意味するものではなかった。この立場は、①および⑤⑥の原告が依拠するものである。この見解は「魅力的だが難点がある」というのも、「フランス革命からナポレオン戦争をへて確立された近代民主制」における「国民主権は、対内的に君主の支配に対抗するだけでなく、対外的に外部の支配に対抗する意義も」ち、「国籍保持者としての『国民』および『国民国家』と不可分に結びついていた」という「歴史的事実を軽視している」からである¹⁷⁾。

(1) 長尾一紘「外国人の選挙権」法学教室五四号（一九八

五）二二―二三頁。

(2) 岡崎勝彦「外国人の地方参政権」公法研究五六号（一九九四）一〇八―一〇九頁。

(3) 同「定住外国人の地方自治体における選挙権」法学教室一七七号（一九九五）四四―四五頁。

(4) 渡辺久丸「『外国人の人権』と日本国憲法―とくに定住外国人の参政権に限定して―」同「現代憲法問題の分析」（信山社、一九九四）一五七―一六五頁。

(5) 廣田全男「定住外国人の地方参政権に関する覚書」都市問題八六卷三号（一九九五）八五―八八頁。

(6) 宮沢俊義「憲法II（新版）」（有斐閣、一九七二）二四一頁。

(7) 大石眞前掲、一七頁。

(8) 初宿正典「外国人と憲法上の権利―とくに定住外国人の《参政権》を中心に―」法学教室一五二号（一九九三）五一頁。

(9) 拙稿「外国人と国民の中間的ステイタスに基づく参政権―『市民権をもつ永住者（*denizen*）の出現―九州産業大学・商経論叢三五卷三号（一九九五）二〇四頁。

(10) 奥平康弘「憲法III」（有斐閣、一九九三）五五、六一頁。

(11) 萩原重夫「憲法上の権利と内外人平等原則」愛知県立大学紀要一七号（一九八七）六九頁。

(12) 萩原重夫「『外国人の選挙権論』の課題」法学セミ

ナ―四八七号（一九九五）一九頁。

(13) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、一九九一）八四頁。

(14) 戸松、前掲、一八一頁。なお、全面許容説を「立法的可能説」と呼び、その立場をとるものとして、青柳幸一・山越由理「定住外国人の参政権・選挙権と被選挙権」横浜国際経済法学四巻一号（一九九五）四八―五五頁。

(15) 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、一九九四）四七頁。

(16) 浦部法穂「憲法と『国際人権』―『外国人の参政権』を中心に―」『国際人権一号（一九九〇）二六―二七頁。

(17) 廣田全男「定住外国人の地方参政権に関する覚書」都市問題（一九九五）八六頁。

二 国政と地方を区別する説

第四に、長尾説は、(IV)の国政は禁止しながら、地方は許容する説である。その要点は、憲法九三条二項の「住民」には、「外国人を含むものではない」と否定する一方、憲法一条の国民主権原理も「外国人の地方議会議員選挙権を排除するものではない」という点にある。したがって、

「地方議会議員選挙に外国人を参加させることは、日本国憲法の許容するところであり、その当否の判断は、国会の

裁量に委ねられている」とする。⁽¹⁾

この立場が学界において近年の有力説となっている。たとえば、「国民主権原理からみて、国民が国政に対して直接ないし間接に参加する権利である参政権を日本国民に限ることは、権利の性質上認められる合理的な制約である。

なお、参政権については、地方公共団体レベルでの選挙権や住民の直接請求権については、地域共同体の一員として外国人にも参政権を認めることは立法政策に委ねられているものと解される」という。⁽²⁾

本件⑦の最高裁判決が近年の有力説であるとされるこの立場に近いことはすでにみた。⁽³⁾しかし、この判決が、許容説に近い立場でありながら、憲法九三条二項の「住民」は、日本国民に限っている。これに対し、「代表的な許容説としての長尾説が同項の『住民』概念自体に外国人を含ませて解釈する点において、両者は異なっている」との評価がある。⁽⁴⁾この点の解明については、もともとの長尾説は、むしろ地方選挙権に関しては、要請説の側面をもっていたことに留意する必要がある。

第五に、旧長尾説は、(V)の国政は禁止しながら、地方は要請する説であったと思われる。というのも、同九三

条二項の文言解釈からは「必ずしも外国人を排除するものではなく、体系解釈から同一条の「国民主権原理との関係で何らの不都合も生じない」し、目的論的解釈からは、「地方自治の原則は、外国人の地方議会選挙権をむしろ要請するものとみなすことができる」との解釈手法を示していたからである。⁽⁶⁾

第六に、高田説は、(VI)の国政許容地方要請説の立場に近いものと思われる。まず、九三条二項の「『住民』という概念は、行政法上、明治憲法下でも、国籍とは無関係なものとして使用されていた」歴史的解釈と「憲法一五一条一項と九三条二項は、一般法と特別法の関係にある」との体系解釈から、「憲法を改正することなく地方自治レベルの外国人選挙権を導入できる」とする。しかも、「外人たる住民を日本国民たる住民と区別する措置が、厳格で形式的に理解された平等原則の解釈に合致することが証明できるのでなければ、現行の法律は違憲ということになり、外国人住民にも選挙権が与えられなければならないのである」という。他方、四三条一項の「全国民を代表する」ことの意義は明らかではなく、「立法者が、憲法を改正することなしに、外国人の国会議員選挙制度を導入する

余地はある」としている。⁽⁶⁾なお、荻野説もこの(VI)の国政許容地方要請説の立場に近い。ただし、この場合の要請説とは、現行の公職選挙法や地方自治法の違憲を唱える「違憲説」ではなく、「政治的義務説」と呼ばれるものである。その限りで、(II)の全面許容説にも近く、⁽⁷⁾上述した六つの類型方法には、必ずしもなじまない。まず、国政については、「公務員の終局的任免権を国民が持ちながら、日本国民に準じる立場にある人にできるだけ広く権利を認めていくことは、国民主権の権利上可能なことである。国民を代表する議会が、国会議員の一定数を『定住外国人』に割り当てる決定をすることは、公務員の終局的任免権を国民がもつことと何ら矛盾するものではない」という。この記述は、要請説か、許容説か不明確である。「憲法上可能」という表現は、許容説に一般的であると思われる。これに対して、地方については、「現在の国際社会と、外国人の実態に着目すれば、早急に、少なくとも、地方参政権を承認する措置を講じるべきことが政府の政治的義務にまで達していると解するものである。この立場からは、現段階では、公選挙法、自治法をただちに違憲とは判断しないが、できるだけ早く外国人参政権（とくに地方参政権）を

保障すべきものと解することになる」という⁽⁸⁾。したがって、地方のレベルでは、政治的義務としての要請が明確に打ち出されている。

- (1) 長尾一紘「外国人の地方議会選挙権」徐編（一九九五）一一二—一一三頁。
- (2) 野中俊彦ほか「憲法I」（有斐閣、一九九二）二一一—二二二頁。同様の見解として、樋口陽一「憲法」（創文社、一九九二）一七七頁。
- (3) ただし、憲法が保障していないということは、禁止を意味するものでないと理解する場合には、先程みたように「アラン（H. Alan）参議院選挙権訴訟」最高裁判決においても、最高裁は、国政レベルを禁止することを意味しないという指摘もある。そこで、本件判決も、(II)の全面許容説に立つものと整理する余地も全くないわけではない。
- (4) 判例時報一五二三号（一九九五）五一頁。なお、長尾一紘「外国人の人権—選挙権を中心として—」芦部信喜編『憲法の基本問題』（有斐閣、一九八八）一七七一—一七八頁では、「要請」という表現は消えたものの、まだ、憲法「九三条における『住民』概念は、必ずしも外国人を排除するものではない」との文理解釈を行っていた。
- (5) 長尾一紘「外国人の選挙権」法学教室五四号（一九八

五）二五—二六頁。

- (6) 高田篤「外国人の選挙権」法律時報六四卷一号九二頁。
- (7) とくに、萩野芳夫「外国人の定住と政治的権利」徐編（一九九五）一七七頁。なお、同「基本的人権の研究」（法律文化社、一九八九）二五五頁では、(IV)の国政禁止地方許容説に近い。
- (8) 同「定住外国人選挙権訴訟上告審判決」判例時報一五四〇号（一九九五）一六一—一六二頁。

第五節 永住市民権説

ところで、本件の原告側の鑑定意見を書いている江橋説の主張は、もともと、参政権を認めうる外国人のカテゴリーを三つに分け、二つの命題を立てているので、やや複雑である。まず、江橋説の第一命題は、「永住権を持っており、しかも国籍国での選挙への参加が期待できない在日の旧植民地出身者の選挙権・被選挙権の剝奪は違憲と考えられる」とし、国籍法または公職選挙法の改正を促している。したがって、第一カテゴリーの在日韓国・朝鮮人については、(III)の全面要請説である。ついで、江橋説の第二命題は、さらにダブルスタンダードの基準を適用する。

いわゆる在日の旧植民地出身者「以外の長期滞在者については、その滞在が、生活の本拠を日本に移したという程度に達した場合には中央・地方の選挙権が、そこまでいならずとも一定地域での居住が相当の期間に達したときには地方選挙権が、認められるべきである」としながら、この場合は「現在の制度を違憲無効とするものではない」とする⁽¹⁾。したがって、この第二命題の前半により、第二カテゴリーの在日でない「生活の本拠」者については、(II)の全面許容説である。最後に第二命題の後半から、第三カテゴリーの相当の期間の滞在者については、おそらく(IV)の国政禁止地方許容説に整理することができるように思われる。この説の根拠としては、まず、「個人の幸福追求の一部」としての「参政権の人権性」が指摘され、とりわけ在日韓国・朝鮮人の場合には、参政権を認めないことが「自己実現の機会を奪っているという意味での人権侵害の要素が強いこと」⁽²⁾があげられる。ついで、最大の根拠は、「すべての人間に、地域住民、国民、地球市民という三層で政治的な自己決定、自己実現を保障する政治システム」としての「地球民主主義」の理念に求められる。そして、「『国民主権』とは、地域を生活の根拠としている者が政治

的な決定権を持つべきであるという平明な原理以上のものではなく、一八・一九世紀と違い、国際移動の進んだ今日では、「主権者の存否を識別する指標として」、「『国籍』という指標では不都合になったから」、「『国籍』保有者として『国籍』なき『生活の本拠』者とをあわせて国民主権という『国民』と理解」することになる。⁽³⁾

理念的には、こうした区別も可能であろうが、實際上、このような三類型に分ける場合の制度的メルクマールは、不明確である。日本の植民地政策との関連性を問うことなく、一律に出身地ごとに区別することが合理的であるか否か、生活の本拠を日本に有するか否かの認定をどうするか、複雑な問題を多く抱えることにならないであろうか。やはり、「永住権」をもっていることを拠り所とするのがよい。そこで、自説の永住市民権説は、生活の本拠を日本に置き、引き続き日本に永住する意思のある者には、永住権を認めるような永住権の拡充をめざしながら、この永住権を参政権の前提と考える。今後も日本に永住する者は、日本に対する政治的決定に責任を負いうる。⁽⁴⁾この場合、(II)の全面要請説に近いが、理由づけと具体化の方法の多様性において異なる。

というのも、根拠条文として、憲法一一條および同九七條の「将来の国民」にも基本的人権を保障する点に着目するからである。⁽⁵⁾ 将来の国民としての永住者は、同一五條の定める基本的人権としての公務員の選定権をもつことにより、永住市民としての国籍によらない新しい市民権を取得する。この点、永住者の参政権が国民主権原理と抵触しないのは、そもそも「過去、現在および将来の国民」が主権者であるという伝統的な理解の上でも、将来の国民を主権者とすることは可能だと考えるからである。⁽⁶⁾

また、国民主権原理から国政レベルは認められないとする議論も、日本に限らず、ヨーロッパ諸国にも根強いことから、同一一條および九七條の基本的人権の具体化の要請に応える方法としては別の道もある。たとえば、永住市民権の構想は、同九三條から導かれる「住民」の地方参政権に限定しながら、立法政策上、二重国籍を承認するなど同化の要素を重視することなく、将来の国民である永住者の国籍請求権を実質的に保障することにより、完全な基本的人権を保障する方策もありうる。⁽⁷⁾ いずれにせよ、憲法九七條の明文上、将来の国民の参政権も要請されているが、この信託を具体化する道筋は、多様である。

ロックが信託理論を考案した時代は、明示の社会契約をしていない「外国人」を、国の臣民とすることなどは、思ひもよらなかつたであろう。生涯他国の政府のもとに生活し、特権と保護とを享有することによって、外国人は黙示の同意を与えており、「永住市民 (Denizen)」の程度において、その施政に服すべき義務を負うのではあるが、その国の臣民となることはないという。⁽⁸⁾ このロックのデニズンシップの概念を現代に再定式化するのがスウェーデンのトマス・ハンマーである⁽⁹⁾と評されている。⁽¹⁰⁾ しかし、同意の形態が君主への忠誠ではなく、国籍に移行した今日、たんに服従の点でこの外国人は、かつてのイギリスのデニズンと同じであるというのではない。いまや、市民と対等の権利と義務を含む黙示の契約に由来するステータスが導かれ、さらに、国籍によらない新たな市民権の構想が問題となるのである。

(1) 江橋崇「外国人の参政権」芦部古希記念「現代立憲主義の展開(上)」(有斐閣、一九九三)一九九頁。

(2) 同一九七—一九八頁。

(3) 江橋崇「定住外国人の地方参政権と民主主義」徐編

- (一九九五) 七四―七五頁。
- (4) 拙稿「人権と外国人の参政権」九州産業大学・商経論叢三六卷一号(一九九五)一五九頁。
- (5) 拙稿「外国人と国民の中間的ステイタスに基づく参政権―『市民権をもつ永住者(Denizen)』の出現―」九州産業大学・商経論叢三五卷三号(一九九五)二〇五―二一一頁。
- (6) 拙稿「国民主権・民主主義・住民自治のトリレンマ―永住市民の参政権―」九州産業大学・商経論叢三六卷四号(一九九六)。
- (7) 拙稿「永住市民権の立法政策上の課題―「外国人」参政権の具体化―」九大法学七一号(一九九六)。
- (8) J. Locke, Th. I. Cook (ed.), *Two Treatises of Government*, 1974, p.183. 鵜飼信成訳『市民政府論』(岩波書店、一九六八)一二六頁では、denizenは「住民」と訳されている。奇しくも、日本国憲法九三条所定の地方選挙権者たる「住民」に日本の「デニズン(永住市民)」を含むことができるかがいま問題とされているのである。なお、権者たる「住民」に日本の「デニズン(永住市民)」を含むことができるかがいま問題とされているのである。なお、宮川透訳『統治論』『世界の名著32』(中央公論社、一九八〇)二七〇頁および鈴木秀勇訳「統治論第二篇」『世界大思想全集8』(河出書房、一九五五)一二五頁では、デニズンを「国民」と訳している。日本国憲法一五条所定の公務員の選定権者である「国民」に日本の永住市民を含むことができるかも、また問題である。
- (9) T. Hammar, *Democracy and the Nation State*, 1990, pp.14-15.
- (10) R. Bauböck, *Transnational Citizenship*, 1994, p.65.
(近藤 敦)