

日本の外国人¹法制のあらましと課題

柳赫秀・殷勇基

はじめに

2014年6月現在日本には2,086,603名の外国人が短中長期的に滞在している²。日本の人口の1.64%に該当する。国/地域別にみると、中国が648,734名で一番多く、韓国/朝鮮の508,561名、フィリピンの213,923名、ブラジルの177,953と続き、アジアと南米が圧倒的な比率を占める³。2012年7月15日から施行された新入管法は外国人を短期滞在・外交官等、中長期在留者及び特別永住者の三つの種類に分けているが、中長期在留者のうち、永住者、日本人配偶者等、永住者の配偶者等及び定住者と、特別永住者を合わせた1,362,718名⁴が、日本を生活の本拠地として長期的に滞在している、いわゆる「定住外国人」である⁵。そして、外国人の中でも二つの特別なカテゴリーである特別永住者が363,893名、日系人が約23万名に上り、合わせて定住外国人の半分弱を占めている。本稿（及び本連載）が考察の対象とする「外国人法制」は、もちろん外国人全体に関わるものであるが、その議論の中心は定住外国人である。

現在世界は、2001年3.11以後の「テロとの戦い」にもかかわらず、第3の「人の移動の時代」を迎え、主要国は優秀な技能・知識労働力（者）の獲得競争を繰り広げている⁶。日本政府も全国6地域の国家戦略特区で外国人労働者の受入れを拡大するための検討に入るなど、「専門的・技術的分野のうち特に優秀な者」（高度人材）の受入れに本格的に取り組み始めているが⁷、日本における外国人のおかれた状況は必ずしも満足し得るものではない。新入管法は、ごく端緒的ではあるものの、新しい在留制度に基づく

¹ 「外国人」は「日本国民でない者」（国籍法3条1項）、または「日本の国籍を有しない者」（入管法2条2号）と定義されている。「外国人」という用語は差別的だという指摘があるが、本稿では、法令等にあわせ、「外国人」という用語を使用することとする。

² 外国人の数は2008年2,217,426名でピークに達して以来年々減って2012年に2,033,656名になったが、現在は何とか下げ止まっている。

³ なお、外国人総数では中国が1位であるが、定住外国人の数では韓国/朝鮮が450,665名で1位、中国は285,543名で2番手である。

⁴ 永住者、日本人配偶者等、永住者の配偶者等及び定住者は入管法別表第二で規定されている類型であるが、共通しているのは活動内容に制約がないことである。これら以外にも、何らかの理由で永住権を取らないで事実上定住している人々がいるので実際の数はいくらか多いと思われる。

⁵ 「定住外国人」とは、それを最初に体系的に提唱した大沼保昭の定義によると、「日本社会に生活の本拠を持ち、その生活実態において自己の国籍国をも含むいかなる国にもまして日本と深く結びついており、その点では日本に居住する日本国民と同等の立場にあるが、日本国籍を有しない者」とされる。この定義は在韓国・朝鮮人を念頭においていると思われるが、内外国人を問わず、サプライ・チェーンのグローバル化の下で、個人が以前にもまして移動の自由を獲得しつつある時代状況においては、「定住性」の内包をより柔軟にとらえる必要があると思われる。

⁶ I.Goldin,G.Cameron and M.Balarajan, *Exceptional People : How Migration Shaped Our World and Will Define Our Future* (Princeton University Press, 2011).

⁷ 出入国管理局「第4次出入国管理基本計画」2010年。

在留の「安定化」のための施策が含まれ、研修・技能実習制度や日系人の受入れといった、単純労働者の「裏口」からの導入に一定程度の手直しが加えられているが、依然として「出入国管理政策」としての基調が維持され、言われているほど「移民政策」への転換を語るには課題が多くて、微温的なものにとどまっている⁸。

ところで外国人が滞在国においてどのような法的・社会的位相にあるのかを示す一つの尺度が「移民統合政策指数」(Migration Integration Policy Index : MIPEX)であるが、2010年の3回目のMIPEX調査で日本は39か国の中で34番目という低い成績であった⁹。MIPEXは、差別禁止、教育、家族結合、労働市場、政治参加、定住及び国籍取得の容易さの7つの項目において外国人がどれくらい社会に溶け込んでいける状況にあるのかについての「成績」であるが、日本は特に差別や教育で非常に低い点数がついており、政治参加や国籍取得の容易さが後を追っている。

世界的に優秀な技能・知識労働力(者)の獲得競争が展開されている中、日本が外国人の受入れ法制を整備して、「必要な」外国人を呼び寄せ、社会構成員として受入れながら、真の開かれて豊かな社会となるためには、MIPEXのスコアを引き上げるとともに、その根幹をなす外国人受入れ法制と政策のあり様を点検し課題を整理することが急務である。本稿は、日本の外国人法制のあらまし、すなわち、新入管法をはじめとする外国人に関する法制度の全体像をかいつまんで示すことを目的とするもので、「日本の外国人法制の現状と課題」連載の巻頭論文である¹⁰。

1. いくつかの前提的考察

(1) 「安念教授のパラドクス」と外国人の人権

外国人法制の問題を考える際に避けて通れないのが、いわゆる「安念教授のパラドクス」である。外国人の人権についてのリーディング判例であるマクリーン事件の最高裁判決は、「憲法第3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、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべき」であると一般論を述べてから、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、…外国人在留制度の枠内で与えられているにすぎない」とする。安念潤司は、「(憲法によっても、国際法によっても)外国人の入国・在留を認めるか否かが国家の完全な自由裁量に任されている結果、入国・在留の条件を付すという意味で在留外国人の人権を自由に制限できることになるのだとすれば、外国人の入国・在留が憲法上

⁸ 「特集日本移民政策の転換点?—2009年入管法改正をめぐって」『法律時報』2012年11月号。

⁹ MIPEXについては、第2回目連載の近藤敦「移民統合政策指数(MIPEX)における欧米韓日比較」を参照。韓国は11番という好成績をつけているが、その理由は外国人処遇基本法など法制度の整備と外国人地方参政権が認められていることが主因であると思われる。

¹⁰ 本稿は連載「日本の外国籍者法制の現状と課題」シリーズの巻頭論文であるが、筆者たちの怠りで3回目の論考になってしまったことに連載に参加されている方々に心からお詫び申し上げます。本稿の課題としては、本来なら比較法制度的な観点から諸外国との比較のなかで日本をより客観的に位置づけるべきだが、この点は連載後出版等の機会を捉えて補うことを考えている。

の権利ではないという原則を維持しつつ、なお、本邦に在留している外国人の人権を論ずることが、そもそも問の立て方として正当が、という疑問が生じよう」と問いかけたのである¹¹。

「外国人の地位、すなわち外国人の権利享有に関する法律」である外人法は、国際社会は主権国家の併存の上に成立しており、法秩序が各主権国家によって維持されていることから、二つの点で重要な内容規定を与えられている。一つは「法の国家主義」で、権利が法に基礎付けられ、法が国家権力に由来するものであるならば、すべての権利の根拠は国家法であるとする考え方で、もう一つは国籍を媒介として結合された国家と国民の間には、忠誠と保護の関係が成立し、内国法上の権利は内国民については保護されるが、それは当然には外国人に及ばないとする「自国民保護主義」である。内外人平等思想はフランス革命において唱導された諸理念の一つであるが、フランス民法が外国人の権利享有について、条約上の相互主義を採用したため、外国人の地位は、条約上の保証がないときは、恩恵ないし国際礼譲の問題としてしか捉えられなかった¹²。内外人平等という理念が国際法上の原則にまで高められることなく、外国人の権利享有、あるいは外国人に対する権利制限が各主権国家の立法政策上の問題として捉えられたことから、「安念教授のパラドックス」は当然の帰結といえよう。

「安念教授のパラドックス」は、長い年月をかけて形成されてきた国際法上の外人法によってその一角が崩れ、グローバリゼーションの波がその足取りを確かなものにしてきた¹³。

国家法としての外人法による各国の厳格な外国人規制は外国人の法的地位をきわめて不安定なものにし、増大しつつある国際経済交流の大きな障害要因となったので、友好通商航海条約という条約法の形で国際法上の外人法が出現し、その後一般国際法上の外人法の存在が認められるようになる。各主権国家は、一般国際法上、外国人を保護する義務を負うことが認められ、一定範囲の事項については、外国人の権利が承認された。しかし、せっかく形成されてきた国際法上の外人法は、承認されるべき外国人の権利概念の抽象性とそれらを例外的に拒否しうるための要件の抽象性の故に、国際的な私権の保護の場で、国際法違反を追及するための有効な法律的道具として機能し得なかった¹⁴。

外国人保護という点で画期的な転機が訪れるのは第2次世界大戦後、特に1960年代

¹¹ 安念潤司『『外国人の人権』再考』芦部信喜先生古稀『現代立憲主義の展開 上』(1993年)167頁。「いったん入国を認められた外国人に人権の享受が保障されるべきだとすれば、入国にあたって人権の全部または一部を行使しないことを条件とすることはもはや許されない…。しかし、本邦に在留する外国人の人権を認める以上、外国人に入国・在留は認められないという原則自体を根本的に変更するしかなくなる」が、「この難問を突破するアイディアはない」と一流の皮肉で論稿を締めくくっている。

¹² この部分は澤木の優れた記述によっている。澤木敬郎「国際人権規約と外人法」『国際法外国雑誌』第79巻第5号(1980年)4-5頁。

¹³ 19世紀後半ヨーロッパにおけるグローバリゼーションと1990年代以降のその比較については、“Schools Brief: One world?”, *The Economist* Oct.18th 1997, pp.99-100 を参照。

¹⁴ 澤木「前掲論文」(注12)11頁

以降の国際人権法の成立によってである。

かつて澤木は 1976 年発効した国際人権規約の意義を、外人法という観点から、次のように提示した¹⁵。第 1 に、国籍による差別の禁止、すなわち内外人平等の原則の適用範囲を実体規定において明確化するとともに拡大することによって、国際法上の外人法の内容を具体的に設定したことである。次に、外国人の権利保護を拒否しうる例外事態を明確に限定することで、内外人平等原則を絶対的なものに仕上げた。最後に、国際法と国内法という従来の外人法の二元性を超克する新しい方向性が打ち出された。従来の外人法体系においては、国家法が基本であり、国際法は外国人保護の最低基準を定めても、それにより直接権利が発生するのではなく、国家責任、外交的保護などの国際法上の法的効果しか認められなかったが、国際人権規約は、単なる外人法上の権利のリストを作成したにとどまらず、国家法の諸規定が現実国際法の内容に合致することを手続的に確保する実施措置をも定めているのである。

もちろん現在の国際社会が国民国家の併存（≡共存）から成っている以上、当分の間「安念教授のパラドクス」の完全な解決、すなわち、内外人の完全な法的平等はおおよそ考えにくい。しかし、「国民対外国人」という二元主義的な枠組みの下で各国の立法者に認められている外国人の処遇に対する自由裁量が、グローバル化の進展による伝統的主権・国籍概念の再検討の必要¹⁶、定住外国人の存在の常態化に伴う社会構成員性の判断基準の（国籍を含む）複数化の動向¹⁷、国際的な人権保障の進展による非差別原則の普及、サプライ・チェーンのグローバル化による主要国間の優秀な技能・知識労働力（者）の獲得競争などの要因により、様々な形で影響を受け、国ごとに大きな違いがあるが、各国の立法者は、時には他律的に、時には自発的に、一部ながら、自由裁量の返上を余儀なくされつつある。

(2) シビック・ネーションとエスニック・ネーション

「国民対外国人」という伝統的な二元主義的な枠組みが動揺しているとはいえ、どのような外国人を受け入れ、どのように処遇するのかは、（当然ながら）依然として国ごとに大きな違いがある。日本は、MIPEX のスコアが物語るように、外国人の受入れや処遇に問題がないわけではないが、その理由を日本がエスニック・ネーションであることに求める見方があるがそれは当たっているのか。

シビック・ネーション(civic nation)とエスニック・ネーション(ethnic nation)の区分法は、

¹⁵ 澤木「前掲論文」(注 12) 14-15 頁

¹⁶ 柳井健一、「憲法学における国籍研究の意義・試論」『早稲田大学大学院法研論集』第 80 号(1997 年) 361 頁。

¹⁷ 安念は、本邦に在留する外国人の人権一般について考えているので、実定法令が作り出したカテゴリーに過ぎない「定住外国人」を別個に考察する必要はないというが、すでに大沼保昭の提唱した「外国人類型論」を無視するわけにはいかないと思われる。大沼保昭、「『外国人の人権』論再構成の試み」、『単一民族社会の神話を超えて』所収。

ある政治共同体がどのような構成原理に基づいているかについてのある種の理念型である¹⁸。

シビック・ネーションとは、出自・慣習・言語・地域・宗教・身体特徴などにかかわらず、特定の政治的信条、または市民的価値に合理的かつ自発的に賛同した人々の集団としての国家である。すなわち、政治共同体を、同じエスニシティの人々の集団としてではなく、諸個人の社会契約という人為の産物（*demos*）であると説明する（*nation* ≠ *ethnicity*）。多民族国家の場合が多く、イギリス、米国、フランスが典型であるが、ハーバマスは、EU市民の新たなアイデンティティとして「憲法パトリオティズム」（*constitutional patriotism*）を唱える¹⁹。これらの国々の場合は、国籍付与要件としては「出生地主義」を採用している場合が多い。

それに対して、エスニック・ネーションは、共通の出自・慣習・言語・地域・宗教・身体特徴などを共有する同じエスニシティの人々の集団として国家を同定する（*nation* = *ethnicity*）。民族的・血統的オリジンを共有している自然の存在（*ethnos*）として政治共同体を説明するのである。単一民族国家に多く、ドイツ、日本及び韓国が典型例であり、国籍付与要件としては「血統主義」を取る国が多い²⁰。

この二分法は、あくまでも理念型であり、現実の国家は両者の混合である。ヤックのいうように²¹、現在のどの政治共同体も政治的忠誠と共同体そのものへの忠誠の両面を持っている。その意味で、この区分は分析概念としては限界を持っているが、国家（社会）の構成・運営のウェイトがどちらにより置かれているかという点から考えれば、認識の軸としてはそれなりの意味はあると思われる。

日本の場合は、後述するように、明治以来まぎれもないエスニック・ネーションとしてネーション・ビルディングを行ってきた²²。第2次世界大戦後日本国憲法の前文に掲げた諸価値をシェアするシビック・ネーションとして再スタートをする機会があったが、

¹⁸ Michael Ignatieff, *Blood and Belonging : Journeys into the New Nationalism* (The Noonday Press, 1993) p.4. ; Bernard Yack, "The Myth of the Civic Nation", *Critical Review* Vol.10, No. 2 (Spring 1996) p.193.

¹⁹ Jurgen Habermas, "Citizenship and National Identity : Some Reflections on the Future of Europe", in R. Beiner ed., *Theorizing Citizenship* (State University of New York Press, 1995).

²⁰ エスニック・ネーションの場合は、例えば、日本「国民」はすべて「日本人」であるべきという考えがベースに横たわっている。しかし、単に日本人であることから団結が生まれるはずがなく、*ethnic nationalism* は「敵」を想定しないと維持できなくなる可能性が高いといわれる。*supra* note 18, p.7.

²¹ Yack は、民族的アイデンティティ（*national identity*）が自発的同意に基づいているとのシビック・ネーションの前提も、アイデンティティを民族的（血統的）または文化的オリジンにのみ求めるエスニック・ネーションの前提も、神話（*myth*）でしかなく、現実は中間にあるという。Bernard Yack, *supra* note 18, 193.

²² 日本を「単一民族国家」と自己規定する言説が圧倒的に優勢になったのは実は戦後になってからにすぎず、戦前期には多民族帝国、混合民族と自己規定する言説がむしろ優勢だったとされる。小熊英二『単一民族神話の起源——<日本人>の自画像の系譜』（新曜社、1995年）。もっとも、戦前の多民族帝国は、決して真の多民族多文化主義に立脚した多民族国家ではなかった。日本民族以外の他民族を、ある時は同化させ、ある時は排除する、日本民族、日本文化を価値の基準とする国家であった。

冷戦の勃発と国体思想に染まっているエリート階級の画策でエスニック・ネーション(的発想)へ回帰し今日に至っている。「日本で『外国人の人権』がしばしば論じられながら、その理論的な探求が十分でなかった原因は、おそらく日本社会全体に根強い単一民族・同質社会の神話にまで遡りうる」という大沼の指摘は同じ脈絡で理解することができよう²³。

(3) 単一民族・同質社会の神話の実定性

現行の日本法である民法、戸籍法等の条文に「日本人」という言葉が見える²⁴。これらの法律に現れる「日本人」は日本国籍保持者と解釈運用されているといわれるが²⁵、そもそもなぜ「日本国民」でなく、「日本人」と規定されているのであろうか。佐藤潤一は、日本が「帝国」として出発する前段階で、まずは国家形成のために「国民」が創出されねばならなかった際に「日本人」という民族概念的な抽象的な概念類型によったが、「国民」といいうる程度に「日本人」の意識が高まった段階で、明治維新政府はあえて「臣民」という「国家に服従する存在」という意味合いの強い概念により大日本帝国憲法を制定した。その後、植民地拡大の過程で、帝国の「臣民」を、「内地」の「日本人」とそれ以外の「外地」帝国臣民とに分ける論理が貫かれ、その論理が立法者にまだ拭いがたく残存していることが、現行法の「日本人」文言を含んだ法律に具体化されているという²⁶。

第2次世界大戦後いかに「帝国臣民」から「日本国民」へと変わりながら、単一民族神話の(再)生産が行われたのかについては、すでに尹健次が詳細に指摘している²⁷。その過程で、戦後も日本に留まった朝鮮や、中国・台湾出身の「外地」帝国臣民の「外国人化」による人権無視が長らく続いたことは周知のことである。

GHQが1946年2月に日本政府に提示した憲法草案では第13条に「すべての自然人は、法の前に平等である」と書かれ、第16条には「外国人は、法の前の平等な保護を受ける」とあった。ところが日本政府は「すべての自然人」を「すべての国民」と書き換え、「外国人は、法の前の平等な保護を受ける」の条項を削除した。こうして出来上がった日本国憲法は1947年5月3日に施行されたが、その前日に、在日朝鮮人・台湾人を日本国籍を持つものの、当分の間「外国人とみなす」とする外国人登録令が施行された²⁸。そして、日本国憲法の制定に続いて、1948年1月には新戸籍法が、1950年7月には新国籍法が施行される。1952年4月28日サンフランシスコ講和条約が発効すると、朝鮮人・台湾人はすべて

²³ 大沼保昭、「前掲論文」(注17)180頁。

²⁴ 戸籍法第6条：日本人でない者(以下「外国人」という)。民法第741条(外国に在る日本人間の婚姻の方式)：外国に在る日本人間で婚姻をしようとするときは、その国に駐在する大使、公使又は領事にその届出をすることができる。

²⁵ 佐藤潤一、『日本国憲法における「国民」概念の限界と「市民」概念の可能性』(専修大学出版局、2004年)19頁。

²⁶ 同上、55頁。

²⁷ 尹健次『日本国民論』第3章(筑摩書房、1997年)。そして、大久保史郎『人権主体としての個と集団：戦後日本の軌跡と課題』(日本評論社、2003年)10-17頁を参照。

²⁸ 日本国憲法の人権に関する部分である第3章のタイトルは「国民の権利と義務」である。

日本国籍を喪失したとされるのである。尹健次は、「日本政府が被占領下における憲法制定過程において旧植民地出身者を人権保障の対象から巧妙に排除する手立てをとったことからして、日本国憲法は世界に通じる「平和憲法」に値しないというのが真実である」と手厳しい²⁹。吉見義明も、「日本の民主主義と平和は、朝鮮や朝鮮人を犠牲にした上で築かれたとまではいえないかもしれないが、その犠牲が見えないままに受け入れられていったことは事実であろう」と書いている³⁰。

いまだに実定法律の中に「日本人」という言葉が残存している中、一方で戦後「日本人」は「帝国臣民」から「日本国民」へ、他方は朝鮮人・台湾人は「帝国臣民」から外国人へと作り直された歴史は、いかに日本（社会）がエスニック・ネーションとしての色彩が強いかを示すものにほかならない。

2. 日本の戦後外国人法制の時期区分

ここでは紙幅の関係上戦後だけを取り扱う。そもそも時代区分とはどうしても論者の主観からくる恣意的性格を免れにくい、ここでは4期に分けて簡単に整理する³¹。

第1期(1945-1979)：「排除と差別と同化」の時代

前節で述べたように、1945年8月15日敗戦から1952年1952年4月28日サンフランシスコ講和条約発効までの時期は、一方で「日本人」は「帝国臣民」から「日本国民」へ、他方は朝鮮人・台湾人は「帝国臣民」から外国人へと作り直された時期であった。その後「外国人」は「国民対外国人」という形式的で、厳格な二元主義的な枠組みの下で、出入国管理法と外国人登録法の両輪の下で厳しく管理されていく。日本国籍を喪失した在日韓国・朝鮮・台湾人は、治安維持の対象として指紋押捺を強制されるとともに、戦争犠牲者援護立法の対象から排除される理不尽極まりない状況に置かれた³²。「当然の法理」に基づいて「公権力の行使または公の意思の形成への参画」に携わる公務員になるためには帰化による日本国籍を取得するしかなかった。しかも、1985年までの帰化手続は、日本的氏名に変えることが要求されるなど、徹底的な同化主義に基づいていた。

1970年までは公的な国籍差別だけでなく、雇用に関する国籍差別は民間企業でも多く、それが緩和されていくのは、1970年11月の「日立就職差別裁判」を通じて、日立製作所の採用試験に合格しながら、在日朝鮮人とわかると採用を取り消された朴鐘碩が勝訴した時以来とあっていい³³。朴鐘碩事件以上に日本社会と在日社会へ大きな帰結をもたらしたのは司法試験に合格した金敬得が司法研修所の入所を断られたことである。2つの

²⁹ 尹健次『前掲書』（注27）120頁。

³⁰ 吉見義明『焼け跡からのデモクラシー：草の根の占領期体験 下』（岩波現代全書、2014年）204頁。

³¹ 近藤敦の時代区分を参考にした。近藤敦「日本における多文化共生法制」韓国人研究者フォーラム第31回定例研究会原稿4頁。

³² 詳細は、田中 宏『在日外国人—法の壁、心の溝 第3版』第2章から第4章を参照。

³³ 崔勝九・加藤千香子編『日本における多文化共生とは何か—在日の経験から』（新曜社、2008年）。

事件を通じて徐々にではあるが、日本社会における根強い就職差別の一角が崩れていき、市民的権利の幅が広がり始まる。

第2期(1980-1989) : 「平等と国際化」の時代への下地

1975年4月30日南ベトナムのサイゴン市の陥落に始まるインドシナ難民の大量発生はこれまでに頑なに門戸を閉じていた日本の難民受入れという事態をもたらした。日本政府は1979年に2つの国際人権規約に、1982年に難民条約への加入を余儀なくされる。いわばインドシナ難民が「黒船」になったのである³⁴。それによって「内外人平等原則」に基づいて社会保障法の様々な改正を必要とし、住宅金融公庫、国民根金、児童手当、国民健康保険などから国籍条項・要件が撤廃されていった。他方で、女性差別撤廃条約の批准によって、1985年から国籍法が改正され父系血統主義から父母両系血統主義へ帰結した。この改正によってすでに結婚相手の80%以上が日本人になっていた在日韓国・朝鮮人の人口動態にかなりの変化をもたらされた³⁵。他方国籍法改正と同時に戸籍法も改正され、「外国姓」が認められることになり、日本的氏名を強要する帰化手続の変更に帰結した³⁶。

1970年代に始まった在日韓国・朝鮮人の差別反対闘争は、1980年代に入ってからより組織的に展開された。これらの運動は支援する日本人市民団体の協力の下で、地方公務員採用、公立学校教員採用、老齢年金問題、地方参政権問題などいろんな方面で展開されたが、「人差し指の自由」というスローガンの下で人権問題として激しく行われたのが外国人登録証の指紋押捺反対運動であった。1980年9月韓宗碩さんの指紋押捺拒否から始まり、その後相次ぐ逮捕者が出る中、1983年7月全国市長会が、8月には民団が運動に加わった。日本政府は拒否者を逮捕するなど抑圧政策で対応したが、1987年9月外国人登録法改正で「指紋1回限り」に、1992年6月の法改正で永住者及び特別永住者についての指紋押捺廃止を経て、1999年8月に完全に廃止された。

第3期(1990-2005) : 「定住と共生」の時代への一歩

1989年に施行された改正入管法は、入国管理の根幹をなす在留資格を現在のような別表式の在留資格に整備する傍ら、経済界の要請に基づいて日系人とその家族に永住類似

³⁴ 日本の2つの条約批准は、あくまでもインドシナ難民に対する国際的負担の一環としてなされてもので、国内にいる外国人、特にその多数を占める在日韓国・朝鮮人の処遇改善のためのものではなかった。要するに反射的利益に過ぎなかったのである。「黒船となったインドシナ難民」と名付けた第6章の中の田中の次のような指摘を韓国政府・国民及び在日社会は肝に銘ずるべきであろう。「このような転換が、植民地支配にかかわる日韓条約によってでなく、インドシナ難民という『黒船』によってしか実現しなかったことは、明記すべきであろう」と。田中 宏『前掲書』(注32) 174頁。

³⁵ 改正法では、すでに出生している日本人の母から生まれた20歳未満の子には両系血統主義が遡って適用される経過措置が盛り込まれ、改正後の3年間に限って「届出」によって日本国籍の取得ができる経過措置が設けられ、約3万に(半数が韓国・朝鮮人)が日本国籍を取得した。

³⁶ 田中 宏『前掲書』(注32) 181頁。

の在留資格である「定住者」を導入し、いわば単純労働の「裏道」が設けられる³⁷。そして、1991年「日韓法的地位協定に基づく協議の結果に関する覚書」に基づいて「入管特例法」³⁸が制定され、旧植民地出身者とその子孫に「特別永住」資格が認めら身分的な安定がもたらされた³⁹。それから1998年に公表された永住許可基準では、従来の20年ではなく、一般に10年の居住が目安とされたが、日系2世は1年でよいとされた⁴⁰。外国人の中の2つの「特別な」カテゴリーである特別永住者と日系人を中心に「定住」が進み、1994年には在日韓国人団体である民団の名称から「居留」の二文字が削除され定住の進行という事実が反映された。

民団の運動の中心は地方参政権の獲得へ移り、1995年最高裁が、永住者等の地方参政権を法律で認めることは憲法で禁止されておらず、立法政策の問題であると判示したことに励まされ⁴¹、地方参政権運動は1998年当時の新進党や公明党などの「外国人地方参政権付与法案」でピークに達したが、自民保守派たちの特別永住者への国籍簡易取得法案などのかく乱戦術もあって頓挫し⁴²、2002年北朝鮮拉致問題が表面化してからは樋口直人のいう「東アジアの地政学」の桎梏の中で出口が見つからないままになっている⁴³。

他方で、1996年から川崎市で導入された外国人市民会議、地方公務員への門戸開放、2002年以後条例に基づく住民投票への外国人参加も各地で広がり始め、「定住と共生」への一歩が踏み出された。留学生10万人受け入れを謳いながら日本国内の外国人学校卒業業者へ頑なに門戸を閉ざしていた文科省と国立大学も2003年に大学入学資格を認め、「内なる国際化」が一步進んだ⁴⁴。このような変化は、2000年の法務省の第2次出入国管理基本計画に「今後は一層、日本人と外国人が円滑に共存・共生していく社会づくりが必要であり、我が国社会の構成員、居住者たる外国人に対して、個々の行政分野の断片的な関与ではない総合的な外国人行政を構築していく必要がある。」と反映された⁴⁵。

³⁷ 田中は、日系人の入国・在留は日本人との身分関係に基づくもので、「本来」は外国人労働者の受入れとは無関係で、日本の政策の「歪み」が投影されているという。上同 224 頁。韓国も中国の朝鮮族に、日系人類似の地位を付与し、同じ手口のことをやっている。さらに、団体管理型の「研修生」の受入れを可能にし、その延長線上に1993年「技能実習制度」の創設があったといわれる。明石純一「日本の『移民政策』の変遷における2009年入管法改正」『法律時報』2012年11月号,11-12頁。

³⁸ 正式な名称は、「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を逸脱した者等の出入国管理に関する特例法」である。1991年「日韓法的地位協定に基づく協議の結果に関する覚書」以後の在日社会がどのように変貌していったのかについては、柳赫秀「在日韓国・朝鮮人の法的地位と社会的位相：1991年合意覚書以後を中心に（ハングル）」『日本批評』12号（2015年2月）を参照。

³⁹ 外国人の中でも2つの特別なカテゴリーである特別永住者が363,893名、日系人が約23万名に上り、合わせて定住外国人の半分弱を占めている。

⁴⁰ 近藤 敦「前掲論文」（注31）5頁。

⁴¹ 最三小判平成7・2・28民集49巻2号639頁。

⁴² 鄭寅燮編『在日弁護士金敬得追慕集』（ハングル）、143頁。

⁴³ 樋口直人『日本型排外主義—在特会・外国人参政権・東アジア地政学』（名古屋大学出版会、2014年）第7章以下を参照。

⁴⁴ 田中 宏『前掲書』（注32）291頁。

⁴⁵ 法務省「第2次出入国管理基本計画」（2000年）92頁。

第4期(2006-) : 「多文化共生」社会へ向けての足踏み

2006年に総務省は、「今後のグローバル化の進展及び人口減少傾向を勘案すると、外国人住民の更なる増加が予想されることから」、「地域における多文化共生推進プラン」を策定し、「国籍や民族などの異なる人々が、互いの文化的差異を認め合い、対等な関係を築きながら、地域社会の構成員として共に生きていくような地域づくりの推進」⁴⁶のために、全国の都道府県や政令指定都市に指針や計画の整備を求めた。一方、2010年策定された第4次出入国管理基本計画も「我が国社会に活力をもたらす外国人の円滑な受入れ」の必要性を強調しながら、「日本の人口が減少していく中で、地域社会の活力を維持するためには、外国人を含めたすべての人が助け合い、能力を最大限に発揮できるような社会づくりが不可欠であり、この点からも、地域において外国人との共生を推進していく必要性は一層高まると考えられる」と謳う⁴⁷。要するに、「外国人の選別的な受け入れ」と「受け入れた外国人の地域社会の構成員としての共存」である。しかし、地域づくりとしての「社会参画」に参政権の保障が加えられていないなど国の法改正が必要な問題は手つかずの状況である点⁴⁸、ある種の文化的権利の保障にかかわる「コミュニケーション支援」に民族的少数者の言語保持などが含まれていないなどの重大な限界がある。

以上の基調を実践する法的枠組みが現在の2009年改正され、2012年7月から施行されている新入管法である⁴⁹。本法は、何よりも従来の入管法と外登法による2元的在留管理制度を統合することによって、外国人の在留に関する情報・管理体制を一元的に再構築した。具体的には、在留カード新設と外国人本人の届出による情報の継続的把握、外国人の所属機関による届出、適法な在留外国人の台帳制度の整備、事実の調査による在留資格の取消・罰則強化などによる情報の正確な担保である。他方で、在留期間の上限の伸長、再入国許可制度の見直し及び特別永住者規定などにより適法に在留する外国人の利便性を向上させた。いわば飴と鞭の同時使用である⁵⁰。

3. 外国人法制のあらまし

前述したように、外国人の法的地位は、第1次的に各国の憲法秩序によって規定される。しかし、国際法上の外人法の発展によって国家法としての外人法が制約を受けるよ

⁴⁶ 多文化共生の定義といていいだろう。「地域における多文化共生推進プラン」3頁。

⁴⁷ 出入国管理局「第4次出入国管理基本計画」28頁。

⁴⁸ 近藤 敦「前掲論文」(注31)5頁。

⁴⁹ 「特集日本移民政策の転換点?—2009年入管法改正をめぐって」『法律時報』2012年11月号

⁵⁰ とりあえず山田利行他『新しい入管法：2009年改正の解説』(有斐閣,2010年)が便利である。しかし、新改正法の下で飴よりは鞭の方が先行しているのではないかというのが筆者の実感である。阿部浩巳も「新たな在留管理制度は、入国管理官署が行っていた情報の把握と市区町村が行っていた情報の把握を一元化するところに最大の特徴がある」がそれは国家が社会にさらに奥深く侵入していくことを意味し、監視統治機能の強化に他ならないという。「外国人の定住受入れ—安全保障化と人権保障の交錯—」『法律時報』2012年11月号、29頁。

うになり、特に 1960 年代以降の国際人権法の発展によって、国際法と国内法という従来の外人法の二元性が超克されうる新しい方向性が打ち出された。従って、日本の外国人法制については、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規」（憲法 98 条の 2 項）の中の 国際法上の外人法⁵¹と国家法としての外人法⁵²両方を見る必要があるが、それを網羅的に紹介することは不可能なので、詳細は外国人法制についての一般書に委ね⁵³、ここでは主に外国人に認められないとされるか、認められても制約が伴うとされるものを取り上げ簡単に整理する。

(1) 外国人の人権享有主体性

そもそも日本国籍を有さない外国人が日本国憲法の保障する人権享有主体であるか否かについては、通説及び判例はそれを認めている。芦部(高橋補訂)は、「人権が前国家的・前憲法的な性格を有するのであり、また、憲法が国際主義の立場から条約及び確立された国際法規の順守を定め、かつ、国際人権規約等にみられるように人権の国際化の傾向が顕著にみられるようになったことを考慮するならば、外国人にも、権利の性質上適用可能な人権規定は、すべて及ぶと考えるのが妥当である。」と「権利性質説」を唱える⁵⁴。前述したマクリーン事件最高裁判決は「憲法第 3 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、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」という⁵⁵。要するに、どのような権利が外国人に及ぶかについては、「権利性質説」に基づいて、個別具体的に判断していくことになるが、大沼保昭が「外国人類型論」を主唱して以来⁵⁶、「外国人にも、一時的な旅行者などの一般外国人のほか、日本に生活の本拠を持ちしか

⁵¹ 現在日本はほとんどの国際人権諸条約に加入しているが、個人の通報を受理しそれを検討することを規定した主要選択議定書は受諾しておらず、主要条約には国内体制との整合性を保つためにさまざまな留保を付している。外国人の法的地位との関連で重要なのは、あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約第 4 条の「人種的優越主義に基づく差別と扇動の禁止」(a)及び(b)の規定に当たり、「…日本国憲法の下における集会、結社及び表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度において」順守するという部分で、現在日本のヘイトスピーチ問題と関連して大きな議論を呼んでいるのは周知のことである。もう一つは、児童の権利に関する条約に付してある解釈宣言で、同条約第 9 条 1 項の「親からの分離禁止」が出入国管理法に基づく退去強制の結果としての分離には該当しないことと、第 10 条 1 項の定める家族の再統合を、目的とする締約国への入国または出国の申請について「積極的、人道的かつ迅速な方法」で取り扱う義務は申請の結果に影響を与えるものではないとの解釈宣言である。日本国が行っている諸留保と解釈宣言については、田中則夫、薬師寺公夫、坂本茂樹編、『ベーシック条約集』（東信堂、2015 年）第 3 章を参照。

⁵² 手塚和彰『外国人と法』資料 1「外国人への諸制度の適用」（374-379 頁）は、外国人に対する日本の国内法の適用如何について一目瞭然な整理である。

⁵³ 2009 年の新入管法が含まれていないなどやや古くなっているが、以下の 2 冊が代表的である。手塚和彰、同上。荻野芳夫、『外国人と法』（明石書店、2000 年）。

⁵⁴ 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第四版』（岩波書店、2007 年）90 頁。

⁵⁵ 最大判昭和 53・10・4 民集 32 卷 7 号 1223 頁

⁵⁶ 大沼保昭『前掲書』（注 17）180 頁。

も永住資格を認められた定住外国人（…）、難民など、類型を著しく異にするものがあることに、特に注意しなければならない」という認識が一般的になりつつある⁵⁷。

(2) 入国、再入国及び在留

マクリーン事件最高裁は、国際慣習法上、国家は、外国人を受け入れる義務を負うのではなく、特別の条約がない限り、外国人の受け入れと、受け入れる場合どのような条件を付するかを自由に決定することができる。外国人には憲法上在留の権利ないし引き続き在留することを要求する権利が保障されているものではないといった。その上、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるかどうかの判断についての法務大臣の裁量権を国益保持の見地から広く認めた。

入国の自由については、日米通商航海条約上の「条約上の商人」のように⁵⁸、条約上の外人法による国家裁量への制約があり、後述する職業選択の自由との関連で国際法の外人法は増え続けている。問題は、いったん入国が認められた外国人の在留の権利とそれに対する当局の裁量権についてであるが、国際人権法の発展という一般的な状況はさておき、永住者のように、日本社会を本拠地として生活を営んでいる定住外国人の社会構成員性と家族生活を営む権利がより体系的に尊重される必要が在留国の義務として要請されつつあることを忘れてはならない⁵⁹。法務大臣の広範な裁量権の存在との関係で、行政手続法 3 条 1 項 10 号では「外国人の出入国、難民の認定又は帰化に関する処分及び行政指導」が、行政不服審査法 4 条 1 項 10 号では「外国人の出入国又は帰化に関する処分」が適用除外となっていることについても検討の必要があろう⁶⁰。

(3) 公的領域への参加の権利

① (地方)参政権

⁵⁷ 芦部信喜(高橋和之補訂)『前掲書』(注 54) 90 頁。新井信之「外国人の類型化と権利の性質」、畑博行・水千之編『国際人権法概論第三版』213 頁。

外国人の権利という場合、「外国人」を一律にとらえて上、「権利の性質」から抽象的な結論を引き出すのではなく、当該個人の生活実態に着目した権利保障を考える必要を力説したものとしては、申恵 豊「外国人の人権」国際法学会編『日本と国際法の 100 年第 4 巻人権』(2001 年) 157-8 頁を参照。

⁵⁸ 日米通商航海条約第 1 条。

⁵⁹ 出入国管理法に家族結合についての体系的な指針がかけられていると指摘しているのは、Kondo Atsushi & Yamawaki Keizo, “MIPEX and Japan: Findings and Reflections”, *OMNES*, 2014, Vol. 4.No2, p.72.

⁶⁰ 前掲 JCLU 意見書は、適用除外規定の根拠として、元来国家主権に属し、国家が自由に決しうるもので法的統制になじまず、「国民」の権利利益の救済を目的とする同法の対象とすることは妥当でないからとされるが、「個人の権利利益・尊厳の確保及び行政の公正性の実現という点において、日本国籍を有するか否かに違いはなく、国家主権という本質論から演繹的に入管行政等を行政手続法及び行政不服審査法の適用除外とすることは妥当でなく」、「適用除外とされている局面で行政手続法及び行政不服審査法を適用しても、国家主権が脅かされるという事態は想定し難い」と反論している。

なお、韓国の行政節次法 3 条 9 号も同じ規定をしている。

参政権は、国民が自己の属する国の政治に参加する権利であり、その性質上、当該国家の国民にのみ認められる権利であると一般的に理解されている。特に狭義の参政権（選挙権・被選挙権）は外国人には及ばない（公職選挙法 9 条・10 条、地方自治法 18 条）とされる。これは、基本的人権に対する「公共の福祉」による制約でなく、国家機関としての国民、すなわち、統治機構上の「国民主権」原理の問題として論じられているもので⁶¹、国家のレベルの政治参加が国民に限られることには学説上も判例においても一致がある。

問題は地方レベルでの政治参加である。「地方自治体、特に市町村という住民の生活に最も密着した 地方自治体のレベルにおける選挙権は、永住資格を有する定住外国人に認めることもできる、と解すべきであろう」という有力説があり⁶²、定住外国人に法律で選挙権を付与することは憲法上禁止されていないとする判例⁶³がある反面、「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」の最たるものが立憲民主主義の下での選挙権・被選挙権であり、それに国籍要件を定める公職選挙法 9 条・10 条は、立法政策による創設的規定でなく、憲法上の要求を具体化した確認的規定だとする多数説を上回る有力な論拠はいまだ提起されていない」とする強力な反論が対置している⁶⁴。

この問題は、最終的には立法政策の問題として日本社会の選択にかかるが、2002 年北朝鮮の拉致問題が明るみに出たうえ、中国の台頭による日中関係の悪化という、樋口直人のいう「東アジアの地政学的条件」が立ちほだかり⁶⁵、今後の展望は決して明るくないが、日本社会が高齢化・低出産による衰退を克服し、開かれた社会へ向かうためには避けては通れない問題であろう⁶⁶。

② 公務就任権

従来日本においては、「当然の法理」、すなわち「公権力の行使又は国家意思の形成への参画に携わる公務員となるためには、日本国籍を必要とする」という政府見解（1953 年内閣法制局第一部長回答）によって、一定の公務員への外国人の任用は禁止されていると解されてきた。

(i) 国家公務員

⁶¹ 新井信之「日本における外国人の人権」『国際人権法概論第 3 版』（有信堂、2002 年）140 頁。それに対して、参政権には、国民主権原理の側面だけでなく、人権の含意があることを指摘し、参政権が個人の幸福追求の一部であることを強調するものとして、江橋 崇「外国人の参政権」『塩野宏先生古希記念 行政法の発展と変革上巻』（有斐閣、2001 年）183 頁。

⁶² 芦部信喜（高橋和之補訂）『前掲書』（注 54）90 頁。

⁶³ 最一小判平成 7・2・28 民集 49 卷 2 号 639 頁。

⁶⁴ 手塚和彰『前掲書』（注 52）229 頁。

⁶⁵ 樋口直人、『前掲書』（注 43）。

⁶⁶ すでに、住民投票条例を制定した数多くの地方公共団体が、永住外国人に投票権を認めてきた実績がある。また、2012 年 7 月に施行された改定住民基本台帳法において、中長期在留者や特別永住者など一定の外国人が同法の適用対象に加えられたことに示されているように、今や外国人住民が、地域社会の欠くことのできない構成員であることは明らかである。

公務員たる資格として日本国籍を有することについて、憲法上の規定はなく、法律に委ねられているが、国家公務員についての任用などの基準を定める国家公務員法は、任用の基準を人事院規則に委ねている。国籍条項を設けているのは人事院規則8-18第9条1項3号で「日本の国籍を有しない者は採用試験を受けることができない」としている。そのために「人事院規則が、日本国籍を有しない者を一律に採用試験から排除していることは、法律上の根拠を欠く権利の制約である」と批判を受けている⁶⁷。

ただし、「公権力の行使に当たる職」と「国家意思の形成に参画する職」にあたりと考えられてはいない、「肉体的機械的技術的勤務を内容とする職」、政府またはその機関と外国人の間に個人的基礎においてなされる勤務の契約、あるいは、個別の法によって認められる職(国立大学への外国人任用法)などの場合は外国人が任用されうる。それらの場合でも、管理者への任用はできず⁶⁸、任期が定められうる上、「行政機関の職員の定員に関する法律」上の定員総数の範囲内にある一般職職員としての身分は持たないものがほとんどである⁶⁹。

(ii) 地方公務員

地方公務員についても、地方公務員法は人事委員会に受験資格を定めるようにしているが、「当然の法理」(1973年自治省公務員第一課長回答)に基づき、受験資格者を日本国籍を有する者に限定する扱いがなされてきた。しかし、近年では「公権力の行使または国家意思の形成への参画に携わる」者以外の公務員については、各地方自治体の判断や実情に応じて、日本国籍を有しない者も任用しうると考えられるようになり、外国人に門戸を広げる動きが広がっている。

ただし、「当然の法理」は、依然として任用における基本原則とされており、これに抵触すると判断される職への就任は制限されている。しかし、管理職への昇任制限については、憲法14条1項の法の下での平等の保障のほか、国籍を理由として勤務条件について差別的取扱いを受けないという平等取扱いの原則(労働基準法3条、112条、地方公務員法58条3項)に反しないかが問題となる⁷⁰。

また、多くの自治体が消防吏員(消防職員のうち階級を有し、消火活動等の業務を行う者)への就任を日本国籍を有している者に限定しており、公立学校の教員については、文部省の通達(「在日韓国人など日本国籍を有しない者の公立学校の教員への任用について」(1991年3月22日、文教地第80号))により、外国人について教員採用試験の受験を認められたが、教諭にはなれず、「任用の期限を附さない常勤講師」として任用

67 「JCLU 公的な国籍差別の撤廃を求める意見書」(2013年)6頁。

68 国立大学の時代に外国人教員は学(総)長や学部長等管理職になれないと解されていたが、国立大学法人になってからその制限がなくなった。

69 手塚和彰『前掲書』(注52)232頁。

70 「JCLU 公的な国籍差別の撤廃を求める意見書」(2013年)7頁。なお、東京都の保健師である韓国籍の在日2世鄭香均が1994年・95年に管理職試験の受験を「当然の法理」を理由に拒否されたことをめぐる「管理職選考受験資格確認等請求の訴」については、鄭香均編著、『正義なき国、「当然の法理」を問いつづけて』(明石書店、2006年)を参照。

し、「主任」に充てることはできないとされている。

(iii) その他

人権擁護委員、民生委員及び児童委員（いずれも市町村議会議員選挙権者に限定）についても、日本国籍を有することが法令上明文で要求されているが、民事・家事調停委員、司法委員、日本学術会議会員の場合は、法律上の明文の根拠なく、日本国籍所持者に限って任用されている。

(4) 職業選択の自由と財産権

日本国憲法が 職業選択の自由・営業の自由(憲法 22 条 1 項)と財産権(憲法 29 条)を、日本人だけに限定して保障しているかどうかは条文からは明らかでないが、公共の福祉の概念を用いて、外国人の自由や権利の取得を制限することを留保している。これを受けて、民法 2 条は、外国人は法令または条約に禁止する場合を除くほか、私権を共有するとしている。学説も「経済的自由権は、権利の性質上、国民と異なる特別の制約を加える必要がある」とする⁷¹。

財産権については、土地の取得については、外国人土地法が、外国人が土地に関わる権利を享有できるかどうかについて相互主義の立場をとっているが、外国人は原則として土地の所有権、質権、抵当権を取得できるとされている。しかし、船舶・航空機取得、株式の取得及び知的財産の取得にはさまざまな制限が課せられている。

外国人の職業選択の自由・営業の自由については、公益上の理由から、さまざまな制限が加えられている。まず、公益上の理由から、外国人に営業を認めないものや営業の許可を与えないもの、あるいは国際取引などについて法人の日本国籍を認めないもの、営業の規制を行っているものがある。次に、公益上の理由から日本政府の免許ないし認可または登録を受けることとされているもの、そして、公的な資格試験が課せられ、この試験に合格し、一定の実習などを経て、登録、免許を受けなければならないものなど多様である⁷²。

他方で、19 世紀の後半を通じてヨーロッパで多角的な貿易・決済システムの形により、第 2 次世界大戦後は、米国主導の国際的な経済活動の自由化が推進され、外国人の私権の享有が拡大してきた。このような動きは最初友好通商航海条約の形態で二国間で進められたが、やがて GATT を経て多角化してして今日の WTO に至っている。特に、WTO 体制はサービスや知的財産権まで射程に収めて私権の享有の範囲が格段と拡大されている。その過程の中で、各国が公益上の理由から自国民に留保し、友好通商航海条約においても、厳格な相互主義によってのみ認め合ってきた⁷³、外国人の職業選択の自

⁷¹ 芦部信喜(高橋和之補訂)『前掲書』(注 52) 94 頁。

⁷² 手塚和彰『前掲書』(注 52) 211-220 頁。

⁷³ 例えば日米通商航海条約第 7 条(営利活動)2 項は、「その領域内で公益事業を行う企業もしくは造船、航空運送、水上運送、銀行業務(預金業務又は信託業務に限る)もしくは土地その他の天然資源の開発を行い企業を設立し、当該企業における利益を取得し、又は当該企業を営むことが

由・営業の自由への制限がかなり緩和されるようになった。

(5) 教育を受ける権利

日本では、外国人には「教育を受ける権利」がないとされ、そのため、行政実務上も「外国人は就学義務を負わない」とされている⁷⁴。日本国憲法 26 条は「すべて国民は [中略] その能力に応じて等しく教育を受ける権利を有する」、「すべて国民は [中略] その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負う」と規定する。これを受けて、教育基本法は「国民はその保護する子に、別に法律で定めるところにより、普通教育を受けさせる義務を負う」と規定する(5 条 1 項)。文部科学省は、「国民とは、日本国民をさす。外国人に対する義務教育の実施については、憲法上及び教育基本法上要請されていない。」「そのため、日本国内に居住する者であっても、その者が外国人である限り、その子を小・中学校等に就学させる義務は生じない」と解釈している⁷⁵。

4. 課題

「安念教授のパラドックス」は主権国家からなる国際社会の現状を鋭く問うものである。長谷部は、功利主義哲学者であるロバート・グッティンの考え方に基づいて、「我々が同胞市民に対して負っている権利保障の義務は、本来は普遍的に妥当する義務であるが、それをすべての人がすべての人に対して遂行しようとするよりは、特定の人のみが特定の人のみに対して遂行した方がより効果的に義務が遂行でき、権利も効果的に実現できるという、一種の調整問題である。」「国籍を標識として同国人と外国人を区分することは、あくまでも普遍的にあてはまるべきことを効果的に実現するために便宜的に認められること」であり、『同国人』や『同国市民』という関係は結局のところさして特別なものではない」と興味深い主張をしているが⁷⁶、現実の国民国家における「内と外の区分」は「便宜的」というにはあまりにも歴史・構造的に刻印されたものであるというべきである。

(1) 国家（民）主権原則の変容と内外人区分の認識の変化の必要

しかし、今日の国際社会の発展は政治的成員資格をめぐる実践にも確実に及び、もはや国家（民）主権の原則は絶対的なものではない。国際法上の管轄権の行使は、一定の場合においては、権利であるよりは、義務の問題としてみなされつつある⁷⁷。S. ベンハ

できる限度を定める権利を留保」しつつ、相互主義によって緩めることを規定している。

⁷⁴ 同じエスニック・ネーションに区分されるドイツでは 100 年前から外国人児童にも教育を受ける権利が認められ、その父母に教育義務が課せられていた。Neumeyer, *Internationales Verwaltungsrecht* (J.Schweitzer Verlag, 1936).

⁷⁵ 鈴木勲『逐条学校教育法』学陽書房、第 7 次改訂、2009 年。

⁷⁶ 長谷部恭男「『外国人の人権』に関する覚書—普遍性と特殊性の間—」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革上巻』(2001 年) 387 頁

⁷⁷ Alex Mills, “Rethinking Jurisdiction in International Law” *British Yearbook of International Law*(2014) Vol.84. 187-239.

ビブのいうように、「外国人という地位は、いかなる基本的権利も剥奪されるものであってはならないのだ。さらに、正しい成員資格には、いくつかの条件を満たした外国人に関しては、市民資格への権利もまた含まれている。永遠によそ者であることは、自由民主主義的な人間共同体の理解と両立しないだけでない。それは基本的人権の侵害でもある」ことを真摯に考えるべきである⁷⁸。

そのためには日本・社会・国民（人）の中に根強く残っているエスニック・ネーション性を脱皮し、外国人を対等な市民・住民として受け入れる、認識の変化が必要である。出入国管理局の第4次出入国管理基本計画が「…地域社会の活力を維持するためには、…外国人との共生を推進していく必要性」を認めていることはとても鼓舞的な出来事であるが、いまだ日本社会・国民（人）の間で外国人を対等な社会構成員としてみる視線は多くない⁷⁹。現在の状況を変化させるもっとも早くて効果的な方法は、外国人住民の政治参加を通じて「市民化」を進める方法であるので、「多文化共生社会基本法」を制定する傍ら、まず外国人住民の住民投票参加を拡大し、それと同時に地方参政権の実現が図られるべきである。

（2）出生地主義の部分導入と「日本人でない」日本国民の認知

それとともに、国家構成員＝政治的成員資格を決める国籍法を改正して、出生地主義の部分導入を提案したい。現行の厳格な血統主義は時代の変化にそぐわないものとなってきている。例えば、日本国内に定住する外国籍の両親から生まれた子供は、多くの場合、日本の学校教育を受け、日本国籍を持つ子と変わらない人間として成長し、日本社会の一員となったとしても、国籍の上では外国籍のままという矛盾が生じることとなる。

ただし、私たちは、日本の血統主義の原則を放棄して出生地主義を採用することを主張するものではない。伝統的に血統主義を採用してきたヨーロッパ諸国が近時採用しているところの、子の両親の一定期間以上の国内定住や、世代の積み重ね（例えば、祖父母の代から国内に定住する外国人家族の場合、第三世代（孫）には出生によって国籍を与えるとすること）を要件として子に国籍を付与することなど、血統主義の原則は維持しつつ一部に出生地主義を取り入れることが、日本においても必要であると考え⁸⁰。

それと合わせて考えるべきは、現在日本では、「日本人でない」日本国民は認められていない。帰化を通じて後天的に日本国籍を取る場合は（現在外国性を使うことは認め

⁷⁸ セイラ・ベンハビブ、向山恭一訳『他者の権利：外国人・居留民・市民』（法政大学出版局、2006年）3頁。江橋は、参政権は個人の幸福追求の一部であり、これは外国人住民にとっても当てはまるので、在留外国人、特に在日韓国・朝鮮人に地方参政権が付与されないことは、自己実現の機会を奪っているという意味で人権侵害の要素が強いことに気をつける必要があるという。江橋崇「前掲論文」（注61）198頁。

⁷⁹ 多くの外国人・多文化共生関係の市民団体の関係者の方々にとって外国人は、自分たちの助けを必要とし、近々本国に帰国するか、第3国へ出て行く可愛そうな人々であって、いずれ日本社会の対等な構成員となる人たちとはあまり思っていないフシがある。

⁸⁰ 日本代表としてMIPEXへ参加している近藤敦と山脇啓造の2人は、出生地主義(the jus soli)または住所地主義(jus domicile)の導入を提唱している。Kondo Atsushi & Yamawaki Keizo, *supra* 59.

られてはいるが)依然として「日本人」になり、マジョリティの中で「埋もれた」存在として生きることが暗黙に想定されていて、日本社会で「〇〇〇系」日本国民の承認が行われていない。今後は帰化を通じて、あるいは(やがて)出生地主義の部分導入が実現した暁には、日本国籍を取得した日本国民が自らの民族的・文化的オリジンをさらけ出すことができ、それに見合う権利主張ができるようになるべきである⁸¹。

(3) 外国人処遇に関する基本法の制定及び外国人行政の合理化

「権利性質説」が学会や判例の主流になってきている中で、今後は時代適応的・合理的な基準に基づいて「当然の法理」の適用範囲を制限し修正していくことが必要である。そのためには、権利保障法ないし差別禁止法のような、外国人処遇に関する基本法を制定し、内閣・省庁の裁量行政に頼る現行の統治手法を改める必要がある⁸²。外国人処遇に対する基本法の制定、出入国管理法上の法務大臣の広範な裁量の合理的な制限など出入国管理行政・外国人行政の合理化によって、日本の MIPEX の格段の向上が期待できよう。

最後に、外国人の人権は、まず内国民との非差別・平等の問題として現れるが、それが内国民の人権(向上)と連動していることを忘れてはならない。在留国の国民一人一人が、同じ個人として、同じ人間としての観点から、自らの足元を見つめ人権が貫徹する社会を築くと、(直結するとは言わないが)自ずと外国人の人権向上に帰結するはずである⁸³。長谷部の言うように、国籍はあくまでも普遍的にあてはまるべきことを効果的に実現するために便宜的に認められたことであり、『同国人』や『同国市民』という関係は結局のところさして特別なものではない」という問いかけに真剣に耳を傾ける必要があるのではないだろうか。

⁸¹ 「〇〇〇系」日本国民が承認されると、彼らの民族言語及び文化保存の権利が認められ、中央政府及び地方自治体にはその実現に努める義務が生じる。

⁸² 同じくエスニック・ネーションである韓国の MIPEX スコアが高い理由の一つが外国人法制の立法的な整備にあることについては、本シリーズの第 2 回目の近藤論稿を参照。

⁸³ 例えば、一日も早く日本による主要人権条約の選択議定書の受諾が行われるべきである。