

# 国民と外国人の間

——判例法理における「外国人の人権」論の再検討——

柳 井 健 一

## は じ め に——射程の設定

外国人の人権享有主体性、就中、定住外国人の選挙権・公務就任権の社会問題化等を背景に、当該主題について、近時の憲法学では数多くの議論の蓄積が行われてきた。加えて、二つの重要な最高裁判決が<sup>(1)</sup>、このような傾向に拍車をかけた。この分野における、現状での原理的ないし実体的な論点も概ね明確になったといってよい。これらの問題が、外国人の人権という主題に関して「最後の課題として残されている」との指摘は、現在においてなお、解決を見ていない。

先に掲げた二つの判決を含めて、判例が提示する基本的な構図は、国民主権＝国籍保持者たる国民による統治に関わる作用の確保の要請＝日本国籍を持たない外国人の参政権に関する<sup>(2)</sup>と解される領域からの排除というものである。

かくして、そこでの中心的な論点は、国民主権原理を採用する日本国憲

---

(1) 二つの判決とは、地方参政権最高裁判決（最三判平成7・2・28民集49巻2号639頁）と東京都管理職選考資格最高裁判決（最大判平成17・1・26民集59巻1号128頁）である。

(2) 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。

法のもとで、国民＝国籍保持者ではない外国人が、政治的意思決定ないしは統治に関わる公権力の行使に参加・参与することが、そもそも可能であるのか、可能であるとしてどの程度まで可能なのか、そしてその程度を憲法上の権利保障との関係でどのように根拠づけることができるのか、という問題である。これらの点についての根本的な再検討を行うためには、「憲法解釈論に現在でも基本概念を提供している、国民国家を範型とする従来の国家学を再考するところから、議論をはじめめる必要があろう」との指摘<sup>(3)</sup>がなされているところである。

本稿は、さしあたり、このような大上段からの原理論を展開しようとするものではない。以下で行われる考察は、最高裁が採用していると考えられる外国人の人権論という判断枠組について再検討を加え、そこでの理解に依拠しつつ、当該判断枠組に内在的に、近時の判決中で示された具体的な判断を批判することを目的としている。すなわち、通常、「定住外国人」と呼ばれることが多い、一定の定住性を備えて日本に在留する外国人のうち、特別永住者<sup>(4)</sup>について特段の処遇の必要性を考慮するのか、あるいは定住外国人一般の問題として同列に検討すべきであるのかという問題である<sup>(5)</sup>。具体的には、上記東京都管理職選考資格判決における法廷意見と、藤田宙靖裁判官補足意見に疑問を呈しつつ、泉徳治裁判官反対意見が、最高裁の

(3) 石川健治「人権共有主体論の再構成——権利・身分・平等の法ドグマ－ティク」『法学教室』320号（2007年）66頁。

(4) 「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法」参照。以下、入管特例法と表記する。

(5) 一定の定住性を持って日本に在留する外国人については、後に詳細に検討するように、在留法制の観点から説明すれば、出入国管理及び難民認定法（以下、入管法と略記する）別表第2に定める永住者、日本人の配偶者等、永住者の配偶者等、定住者に、上記特別永住者を加えたものがこれに該当すると考えられる。以下では、当該在留資格のうち「永住者」の地位を有する者を「永住者」ないし一般永住者と表記する。

判例法理に適合的である旨の立論を提示してみたい。

以下での考察に際しては、当該論点、すなわち「外国人の人権」を論じるに際して一般永住者と特別永住者を別異に扱うべきか否かという問題についての自らの立場や、その根拠等を提示することは、さしあたり、しない。本稿では、あくまで、判例法理内在的にはいずれの立場が、過去の判例の枠組に整合的か、という考察のみが行われる。

それゆえ、一般永住者と特別永住者についての選挙権・公務就任権の保障ないし享受可能性のありかたについての自説を展開することもしない。この点は、統治の組織としての国家ないし地方の別、あるいはそれらがもつ権利としての性質等を踏まえて個別のかつ原理的に考察されるべきものであろう。よって、これらについての考察は、他日を期さざるをえない。

本稿が、このように、本来であれば憲法学の根幹に関わる問題のなかから、かくも限定的な射程に徹した議論を行おうとするのは、以下の理由による<sup>(6)</sup>。

第一に、特別永住者のみならず、一般永住者等を含めた定住外国人が、日本国籍を保持しない外国人であるということは、厳然たる法的事実である。そして、現実の憲法運用あるいは憲法学さえもが、国民国家を範型としつつ歴史的に形成されてきた理論枠組を、さしあたりは前提とせざるをえない以上、国籍を基準とした国民と外国人という二分法自体を当面は維持せざるをえない。

また、憲法および国際慣習法上、一般的に、外国人が他国に入国ないし在留することを権利であるとは認められておらず、その反面、主権国家がいかなる外国人をいかなる条件のもとで受け入れるかについての専管的決

---

(6) 外国人の「人権保障の前進のために」は、以下のような作業が不可欠であるというのが、そもそもの理由である。参照、芹沢斉「定住外国人の人権」法学セミナー406号41頁。

定権を有するという前提のもとで、「あらゆる人に国内でいかなる活動を行うかを顧慮することなく入国・在留の自由を認める制度は『ほとんど戦慄すべきもの』であって、実施しうるとはにはわかには考えにくい」のだとすれば、<sup>(7)</sup>「現実に実施可能なのは、同国人をまずは権利主体として想定し、つぎにそれをどこまで拡張しうるかを考えるアプローチのみである」<sup>(8)</sup>、ということになりそうである。このようなアプローチを試みる場合、本稿が検討する問題は、有意義な視点を提示し得るものと考ええる。

第二に、そのうえで、定住外国人の選挙権・公務就任権について、「かりに判例を整合的に説明し、正当化するような理論があるとする、それは何だろうという突き放した視点から」<sup>(9)</sup>、最高裁の判例を分析することは有益であろうと思われる。「判例を前提に動く実務の場で、いかに説得的な議論を展開しうるかを示すこと」が「学説の果たすべき役割の一つ」<sup>(10)</sup>だからと考えるからである。

さて、特別永住者について特段の処遇の必要性を考慮するのか、あるいは定住外国人一般の問題として同列に検討すべきであるのかという立場の違い。このような立場の分岐が明確に顕在化したのが、先に掲げた東京都管理職選考資格最高裁判決であった。

前者の立場を明確にとるのが、泉徳治裁判官の反対意見である。泉反対意見によれば、

---

(7) 安念潤司「『外国人の人権』再考」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣、1993年）180頁。

(8) 長谷部恭男「『外国人の人権』に関する覚書」同『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）119頁、同『Interactive 憲法』（有斐閣、2006年）34頁も参照。

(9) 同上、『Interactive 憲法』183頁。

(10) 同上。

「当該地方公共団体の住民ということでは、特別永住者も、他の在留資格を持って在留する外国人住民も、変わるところがないと言えるかも知れないが、当該地方公共団体との結び付きという点では、特別永住者の方がはるかに強いものを持っており、特別永住者が通常は生涯にわたり所属することとなる共同社会の中で自己実現の機会を求めたいとする意思は十分に尊重されるべく、特別永住者の権利を制限するについては、より厳格な合理性が要求される<sup>(11)</sup>」。

とされている。

他方、『特別永住者』という術語を現行法令上の意味に徹底して限定する解釈<sup>(12)</sup>をとりつつ、はっきりと後者の立場に立つのが藤田宙靖裁判官の補足意見である。すなわち、

「入管特例法の定める特別永住者の制度は、それ自体としてはあくまでも、現行出入国管理制度の例外を設け、一定範囲の外国籍の者に、出入国管理及び難民認定法2条の2に定める在留資格を持たずして本邦に在留（永住）することのできる地位を付与する制度であるにとどまり、〔中略〕法律上、特別永住者に、他の外国籍の者と異なる、日本人に準じた何らかの特別な法的資格が与えられ」てはいない。また、「我が国現行法上、地方公務員への就任につき、特別永住者がそれ以外の外国籍の者から区別され、特に優遇されていると考えるべき根拠はなく、その

---

(11) 最大判平成17・1・26民集59巻1号157頁。

(12) 駒村圭吾「特別永住者の法的地位と『帰属なき身分』のゆくえ」『法学教室』319号（2007年）66頁。ただし、後に示すとおり、本稿は、以下の藤田補足意見が、「現行法令上の意味」を、正確に理解していないのではないかという疑問を提示する。

ような明文の規定がない限り、事は、外国籍の者一般の就任可能性の問題として考察されるべきもの<sup>(13)</sup>と考える」。

との判断が示されている。

このような、特別永住者を特別に扱うか、定住外国人一般の問題に含めて考えるかという見解の相違は、個別の権利の保障・享受可能性とはさしあたり別に、予てより、定住外国人の人権について論じられる際には潜在的な論点であったと思われる<sup>(14)</sup>。また本判決についての学説上の評価においても、同様の分岐が見られる<sup>(15)(16)</sup>。

(13) 最大判平成17・1・26民集59巻1号137頁。

(14) 選挙権をめぐる学説という文脈において、旧植民地出身者が、一定の歴史段階まで、日本国籍を保持しつつ日本に定住した者およびその子孫であり、日本が植民地統治と戦争についての責任を有するという歴史的経緯を根拠にしつつ前者の立場を採るものとして、江橋崇「定住外国人の地方参政権と民主主義」徐龍達編『共生社会への地方参政権と民主主義』（日本評論社、1995年）76-79頁。他方、生活実態をキーワードにしながら後者の立場に立つものとして、浦部法穂、前掲註2，45頁。

(15) ここでも、前者の立場を採る論者がその根拠とするのが、旧植民地出身者とその子孫である特別永住者<sup>(14)</sup>がもつ歴史的・社会的特性である。中西又三「東京都管理職選考受験資格確認等請求事件上告審判決の意義と問題点」『ジュリスト』1288号（2005年）25頁、大沢秀介、判評、『ジュリスト臨時増刊 平成17年度重要判例解説』（2006年）13頁。他方、後者の立場を規定する要因は、国際化のもとでの人の移動の流動性を踏まえた、普遍的・一般的な定住外国人への権利保障の必要性という認識であると思われる。参照、渋谷秀樹「定住外国人の公務就任・昇任をめぐる憲法問題——最高裁平成17年1月26日大法廷判決をめぐって」『ジュリスト』同上（2005年）2頁。なお、後者の立場への理解を示しつつ、それが適わないのであれば、せめて、前者の立場を採るべきとするものとして、山内敏弘「外国人の公務就任権と国民主権概念の濫用」『法律時報』77巻5号（2005年）76-77頁。

(16) なお、本判決に付された二つの反対意見のうち、泉裁判官の立場は前

このような見解の対立状況において、いかなる理由からどちらの立場に立つべきかという問題自体、重要な論点である。だが、以下では、最高裁の当該分野での判例理論内在的に考えたとき、前者の立場、すなわち特別永住者について特段の処遇の必要性を考慮する必然性があること、もしくは敢えて一般永住者と特別永住者を同列に処遇することが正当であるという見解をとるのであれば、その法的根拠について、より立ち入った説明責任が果たされるべきではないのかということを指摘したい。

## 1. 「外国人の人権」論の再検討

「外国人の人権」論についてのリーディング・ケースとして、その基本的な判断枠組を提供しているのは、いわゆるマクリーン事件判決である。<sup>(17)</sup>

マクリーン事件において、最高裁は、外国人が日本国においていかなる法的条件のもとに在留する存在であるのかという点から、検討を説き起す。

「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とどまり、外国人がわが国に入国することについてはな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」<sup>(18)</sup>。

---

者に、滝井裁判官の立場は後者に、各々親近性を示すものと考えられる。

(17) 最大判昭和53・10・4民集32巻7号1223頁。

(18) 同上、1230頁。なお、ここでは、最大判昭和32・6・19刑集11巻6号1663頁が先例として引用されている。

「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はないと解すべきである。そして、上述の憲法の趣旨を前提として、法律としての効力を有する出入国管理令は、外国人に対して、一定の期間を限り〔中略〕特定の資格によりわが国への上陸を許すこととしているものであるから、上陸を許された外国人は、その在留期間が経過した場合には当然わが国から退去しなければならない<sup>(19)</sup>」。

その上で、これら外国人に対する憲法上の権利の保障については、権利性質説を採ることを明示しつつ、先に触れたとおり、外国人がそもそも入国・在留する権利を、憲法上保障されているわけではないという点を確認すべく、以下のように述べる。

「思うに、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、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。しかしながら、前述のように、外国人の在留の可否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているのではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、

(19) 最大判昭和53・10・4民集32巻7号1230頁。



したがって、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る<sup>(20)</sup>。

以下では、ここに引用した本判決の中核部分、すなわち「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、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」だが、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は」「外国人在留制度のわく内で与えられているに過ぎない」という二つの部分の関係をいかに理解するべきかについて検討を加えてみたい。つまり、このような判断枠組に基づいて、外国人が具体的に享受しうる権利の範囲が、どのように画定されることになるのかという問題である。

この問題は、いわゆる「権利性質説」と「外国人の人権が在留法制のわく内」で与えられているという二つの要素が、相互にいかなる連関のもとにあるのかという観点から考えることができる。その際、以下に述べる二通りの連関関係が論理的には成立するように思われる。

第一は、これらの要素は相互に独立した別の論理であって、まず、権利性質説に基づいて外国人が享受可能な権利の範囲が独立に決定されることになるが、そもそも、入国・在留する権利をもたない外国人に対しては、入管・在留法制が当該制度の論理に従って適用されるため、後者の適用のあり方次第で、結果として、外国人に及ぶ基本的人権の範囲は、いかようにも縮減するという理解である<sup>(21)</sup>。

---

(20) 同上。

(21) 「在留資格制度こそが外国人の人権を最もドラスティックに制限している」ことを鮮やかに描き出したものとして、参照、安念潤司、前掲註7、176頁。また、学説もこのような理解のもとで、これを「難問」であると

他方、第二に、両要素は有機的に連関しており、その相関によって保障ないし享受可能な権利の範囲が決定されるという理解が成立するものと思われる。すなわち、外国人が享受可能な権利の範囲は、単に国民であるか外国人であるかという二項対立的な区別のもとで、独立して権利の性質を踏まえた画定が行われるのではなく、入管・在留法制上の法的地位如何が、享受可能な権利の範囲を決定するに際して一定の作用を果たすという理解である。<sup>(22)</sup>

上記に引用した判決文自体について、とりわけ、最高裁が採用したといわれる権利性質説なるものの立場については、論理的に、このような二様の解釈が成立すると考えられる。そして、この判決を読む限りでは、最高裁がどちらの立場に立つのかを、かならずしも明確にはできないように思われる。<sup>(23)</sup>

---

してきた。樋口陽一他『注解法律学全集 憲法Ⅰ』（青林書院，1994年）189頁（佐藤幸治執筆）。ただし、安念自身は、当該論稿において第一に「『定住外国人の人権』といった fashionable な問題を取扱うことを意図していない」こと、また第二に「問題を簡略化するために、考察の対象を本邦外から本邦に上陸して在留する外国人に限定し」ていること等を慎重に明言している（いずれも前掲註7，168頁）。なお、本稿は、安念がここでいう、第一ないし第二の立場のいずれかを採っているとは考えていない。

(22) もちろん、入管・在留法制は、享受可能な権利の範囲の画定とは別に、適用されることとなるという点は同様である。さらに、森川キャサリーン事件（最一判平成4・11・16集民166号575頁）が示すように、永住資格を有する者についても、再入国許可制度が、在留許可の更新と同様な人権縮減的機能を果たしうる。したがって、第二の理解も、外国人の人権論という枠組に関する「難問」には返答の用意がないこととなる。

(23) 「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が与えられているものと解することはできない」（最大判昭和53・10・4民集32巻7号1230頁）との件からは、第一の立場が窺われるとも言いうるが、他方、第二の理解からは、本件で問題となった権利が、在留法上の地位を斟酌す

ここで、この論点に関わる、もう一つの重要な最高裁判決を補助線として、いずれの理解が適切かを考えてみる。そうすると、最高裁自体の論理は、実は、第二の立場であると解さざるを得ないのではないか、という問題提起をしてみたい。その判決とは、前記の定住外国人の地方参政権を扱った平成7年2月28日の第三小法廷判決である。この判決は、特別永住者である原告らが、自分たちは、憲法上地方選挙権を保障されているとの前提で、これを国民に限定している公職選挙法等の違憲を主張した事例であるが、この点について、最高裁は、憲法15条1項および93条2項を一体的に解釈した上で、当該主張を否定したものである。この点で、以下に引用する部分は、この判決にとっては、あくまで「傍論」ととどまるものと思われる。<sup>(24)</sup>とはいえ、目下の検討課題との関連では、重要性を有するものと思われるので、問題となる部分を引用してみる。

「我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であって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的事務の処理に反映させるべく、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<sup>(25)</sup>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」。

この引用部分が重要であると考えられるのは、以下の理由からである。

---

ることが、問題となった権利の享受可能性の判断に必要でないと考えたがゆえに、このような論点が顕在化しなかったということになる。

(24) この点に関連して、青柳幸一「憲法判決における『主論』『筑波ロー・ジャーナル』創刊号（2007年）12頁以下を参照。

(25) 最三判平成7年2月28日民集49巻2号639頁。

既述の通り、当該部分に先立ち、判決は、憲法上ないしは権利の性質上、外国人に対して、それが地方レベルのものであったとしても、選挙権が保障されていることを明示的に否定している。<sup>(26)</sup>その上で、外国人に対して、地方選挙権の行使を認めることは、立法政策の問題ではあるが、全面的な立法裁量に委ねられるものでもないことをも示している。なぜなら、上記引用部分は、「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」以外にまで地方選挙権を付与することは、憲法上禁止されているとの立場を含意しているものと理解できるからである。

他方、地方選挙権の付与が認められうる「特段に緊密な関係」の有無を判定するための指標として、「永住者等」という文言が用いられている。ここで、「永住者等」が具体的に在留法上のいかなる資格を意味するのかは、判決からは直ちに明らかではない。<sup>(27)</sup>だが、「特段に緊密な関係」の有無についての判定は、在留資格を指標とすることで、初めて可能となるとの立場を、最高裁は採っているものと理解するのが自然である。

つまり、外国人に対して地方選挙権を付与するような何らかの立法措置が実際に取られた場合、その合憲・違憲の判断基準となるのは、その対象となった外国人が、「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有するに至った」か否かであり、この点は、在留法上の地位に照らして判断される、というのが引用部分についての素直な理解である。

そうであるとすれば、外国人に対して地方選挙権を付与することが合憲か違憲かという判定は、国籍の有無を指標とした国民と外国人という二項

---

(26) 同上。

(27) ただし、マククリーン判決以来、外国人の人権に関わる問題について、最高裁が一貫して在留法制をその判断枠組であるとしてきたことを考えれば、判決が用いる「永住者等」という用語は、当然に在留法上のものであると考えられる。

対立を前提に、(地方)選挙権という権利が有する性質を判断要素とすることのみによっては、できないこととなる。なぜなら、そこに、「永住者等」であることという在留資格が、権利付与の可否のための判断要素として持ち込まれていることになるからである。そして、当該要素が、外国人が享受可能な権利の範囲の画定に影響を及ぼしているのであれば、実は最高裁が外国人の人権を判断するに際して採用している枠組は、必然的に、前記の第二のものとなるのではないだろうか。

換言すれば、最高裁が実際に外国人の人権について判断する際に依拠している権利性質説とは、単に国籍の有無を基準として、保障ないし享受を認める人権の範囲を独自に決定するというものではなく、外国人の在留法上の地位の違いを踏まえて、保障・享受可能な人権の範囲を画定するとい(28)うものであることになる。

それでは、一般入管法上の在留資格に基づく「永住者」と、入管特例法に基づく特別永住者とを比較した場合、永住資格を有し、在留活動について制限がないという点において両者の間に差異はなく、「我が国現行法上、地方公務員への就任につき、特別永住者がそれ以外の外国籍の者から区別され、特に優遇されるべきものとされていると考えるべき根拠はなく、そのような明文の規定が無い限り、事は、外国籍の者一般の〔中略〕問題として考察されるべきもの」(29)であるといえるのであろうか。次節では、入管法と入管特例法に各々基づきつつ、両者の法的地位の相違について検討することとしよう。

---

(28) このような主張自体は、学説上、別段、新奇なものではなく、予てから主張されてきた。代表的なものとして、萩野芳夫、「外国人の法的地位」公法研究43号(1981年)37頁以下、大沼保昭『『外国人の人権』論再構成の試み』同『単一民族神話を超えて』(東信堂、1986年)202頁以下、辻村みよ子『憲法〔第三判〕』(日本評論社、2008年)143頁以下等を参照。

(29) 藤田補足意見、最大判平成17・1・26民集59巻1号137頁。

## 2. 「特別永住者」と「一般永住者」

以下での検討の結論を先取りの要約しておきたい。特別永住者は、入管特例法によって、一般入管・在留法制の枠外にあるという点で、形式的ないし技術的に特別であるだけではない。マクリーン事件判決は、外国人の人権享有主体性を論じるに際して、外国人の一般的な法的属性として、「外国人の在留の可否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎない<sup>(30)</sup>」ことを前提としていると思われる。換言すれば、形式的に外国人が日本国籍を有さないという点で国民とは区別されることに加えて、外国人という法的地位には、上記のような実体的な要素が本質的に付随するという点が、具体的な権利保障の画定に幾ばくかの作用を及ぼしているとも理解できる。この点をも共慮に入れたとき、そもそも歴史的に外国人として本邦に入国しておらず<sup>(31)</sup>、その地位が宣言的もしくは羈束的に付与されるという点で、権利に準じて日本に在留できる特別永住者という地位の特別性は際立つ。

以下では、その具体的特徴を示しながら、最高裁が言う「永住者等」のうち、一般永住者と特別永住者は、別異に取扱われるべきではないのかという問題提起を、とりわけ先に提示した外国人の人権について最高裁が採用すると考えられる判断枠組を踏まえつつ論じたい。

(30) 最大判昭和53・10・4 民集32巻7号1233頁。

(31) この点に関わる歴史的経緯については、例えば、江川英文・山田鎌一・早田芳郎『国籍法〔第三版〕』（有斐閣、1997年）203頁以下を参照。

入管特例法制定時の国会での議論によれば、同法制定の目的は以下のような事情である。

「在日韓国・朝鮮人及び台湾人並びにその子孫を対象として、その歴史的経緯及び我が国における定住性を考慮し、これらの人々の法的地位のより一層の安定化を図るため、出入国管理及び難民認定法の特例を定めることを目的とする<sup>(32)</sup>」。

また、ここに言う「歴史的経緯」とは以下のような事情であると説明されている。

「我が国には、終戦前から引き続き居住し、昭和二十七年の日本国との平和条約の発効に基づき日本の国籍を離脱した在日韓国・朝鮮人及び台湾人並びにその子孫が多数在留しておりますが、これらの人々の我が国社会における定住性がますます強まりつつある今日、これらの人々が我が国の社会秩序のもとでできる限り安定した生活を営むようにすることが重要であると考えられ<sup>(33)</sup>る」。

その上で、同法のもたらす法的効果として、以下の点が指摘されている。<sup>(34)</sup>  
第一に、「これらの対象者について、特別永住者として本邦で在留することができる資格を設けること」である。

第二に、「これら特別永住者に対する出入国管理及び難民認定法の特例

---

(32) 「第百二十回国会衆議院法務委員会議録第九号」平成3年4月9日、2頁、左藤恵法務大臣答弁。

(33) 同上。

(34) 以下の諸点については、同上、3頁。

法を定めること」であり、その具体的な特徴として、1. 退去強制の限定（「内乱、外患もしくは国交に関する罪、外交上の重大な利益を害する罪またはこれに準ずる重大な罪を犯した者に限定する」とされる）。2. 再入国許可の有効期間の延長（「再入国の有効期間を四年以内とし、さらに、一年以内に限り在外公館での延長を認め、再入国許可による出国期間を最大五年とすること」、3. 「再入国許可を受けて上陸する特別永住者につき〔いて〕は、出入国管理及び難民認定法五条に定める上陸拒否事由につき審査しないものとする」とすること」である。

さらに、以下の点は非常に重要であると考えられる。入管特例法第3条によれば、同条が定める要件に、同法施行日（平成3年11月1日）に該当する者については、永住許可の申請や許可処分なしに、宣言的に「特別永住」が付与されている。<sup>(35)</sup> さらに、入管特例法第4条および5条に係る特別永住許可が、羈束裁量であることが法案の審議に際しても明言されている。<sup>(36)</sup> ここに、マクリーン事件判決が当然の前提としている、外国人には入国・在留の権利はなく、それゆえ、その許否は完全に国家の自由裁量であるという論理は、当てはまらない。

以上のように、特別永住者の法的地位については、

---

(35) 参照、山田鐸一・黒木忠正『よくわかる入管法』（有斐閣、2006年）128頁。

(36) 「この四条、五条の許可の意味〔中略〕は羈束裁量である、ですから申請があったら必ず許可しなければいけないという趣旨でございますよね」という北側一雄委員の質問に対し、股野景親政府委員は、「この内容につきましては、〔中略〕一定の要件を満たしておればこれは必ず許可しなければならぬということで、羈束的な規定になっております」と答弁している。「第百二十回国会衆議院法務委員会議録第十号」平成3年4月12日、31頁。



「歴史的経緯とか定住性というものを十分考慮して、そして平和条約に基づく国籍離脱者は原則として何ら手続を要することなく、法定の特別永住者ということにするほかに、これらの子孫につきましても裁量の余地なく特別永住を許可する、こういうことにしまして、その法的地位の安定化を図ろう、こういうのが今回の制度の特段配慮をしておるところでございます」、

との説明がなされている<sup>(37)</sup>。

他方、一般入管法上、「永住者等」に該当し得る在留資格は、入管法別表第2に掲げられている、「永住者」<sup>(38)</sup>、「日本人の配偶者等」<sup>(39)</sup>、「永住者の配偶者等」<sup>(40)</sup>そして「定住者」である。これらの在留資格は「身分又は地位」に基づくものとされており、これらに該当する場合には、本邦内で許される活動の範囲に特段の制限はない。ただし、「永住者」以外の者については、在留期間が3年を超えることができないものとされており（2条の2-2項）、地位の安定性という点で明らかに一般永住者に劣後する。それゆえ、ここでは「永住者」の法的地位を検討すれば、特別永住者との関係での法的地位の比較という問題関心との関連では、さしあたり十分である

(37) 「第百二十回国会参議院法務委員会会議録八号」平成3年4月25日、20-21頁、左藤恵法務大臣答弁。

(38) 具体的には、日本人の配偶者、民法817条の2の規定による特別養子および日本人の子として出生した者が、この資格に該当する（山田鎌一・黒木忠正、前掲註35、77頁）。

(39) 具体的には、永住者、特別永住者の配偶者または永住者、特別永住者の子として日本で出生しその後引き続き日本に在留している者が、この資格に該当する（同上、78頁）。

(40) 法務大臣が特別な理由を考慮し一定の在留期間を指定して居住を認める者。具体的には平成2年法務省告示132号（いわゆる定住者告示）に規定。

と思われる。

入管法上、「永住者」の地位が上陸に際して付与されることはないため（入管法7条1項2号）、在留している外国人は、その他の在留資格での上陸の後、相当期間を経過した上で、<sup>(41)</sup>在留資格の変更によって「永住者」の地位を取得することとなる。「永住者」以外の在留資格の変更については、法務大臣が変更を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り許可されているのに対して、「永住者」への在留資格の変更については、「素行が善良であること」（入管法22条2項1号）および「独立の生計を営むに足りる資産または技能を有すること」（同22条2項2号）の要件に適合し、かつ、「その者の永住が日本国の利益に合する」（22条1項）と認められるときに限って許可するとされている。

また、退去強制についても、「永住者」であることが特段の別異取扱をもたらずものではなく、その他の在留期間をもって適法に在留している外国人と基本的には同様に、当該処分の対象となるものとされているとともに（入管法24条）、再入国に際しても上陸拒否事由に該当するか否かの審査が行われるものとされている（同5条および7条）。

このように、「永住者」という法的地位に関しては、当該在留資格の付与という点で、大幅な裁量的判断の余地が認められている。加えて、入国および在留についての権利性の保障は、退去強制および再入国拒否に際しての上陸拒否事由の該当性審査いずれに鑑みても、在留期間を定めない「永住」が許可されているにも拘らず、一般外国人と同質の位置づけがなされているものと考えられる。この点で、「永住者」という在留資格を有する外国人は、マクリーン事件において想定されている外国人一般の法的属性に沿うものとなっている。

---

(41) 運用上は、概ね10年以上引き続き在留していることが、永住許可の審査基準となっている。参照、山田鎌一・黒木忠正、前掲註35，101頁。

他方、先に整理した特別永住者という法的地位は、一般入管法上の在留外国人と比較した場合にその特質が際立つと思われる。なぜなら、入国および在留に関して制度上認められている権利性が、国家の裁量権に全面的に服する外国人というよりも、むしろ国民に近いものであるということが<sup>(42)</sup>できるからである。

とりわけ、既述のように、最高裁判例における外国人の人権論が、憲法上の権利の享受可能性を具体的に画定するに際して、在留法上の地位に対して相応の考慮を払わざるをえないという特徴を有すると理解できる以上、このような特別永住者を一般永住者、ましてや在留外国人一般と同列に論ずることにこそ、むしろ無理があるのであって、敢えて同列というのであれば、その理由が説得的に提示されるべきであろう。

### 3. 小 括

公務就任権は、学説上、憲法13条の幸福追求権ないし22条の職業選択<sup>(43)</sup>の自由による保障の対象であるとの理解が有力である。以上の考察を踏まえた時、そのコロラリーとしての管理職選考試験の受験資格が、特別永住者に対して否定された事例において、本稿が問題としてきた論点について相対立する見解、いずれに説得力があるのだろうか。

「この理は、〔中略〕特別永住者についても異なるものではない」。<sup>(44)</sup>

---

(42) ちなみに、平成18年5月24日公布、平成19年11月20日施行の、入管法の一部改正法6条3項は、外国人に対して、指紋、写真その他の個人を識別することができる電磁的方式による個人識別情報の提供を義務づけたが、同条同項1号は、特別永住者をその対象外としている。

(43) 例えば、渋谷秀樹、前掲註15、3-5頁参照。

(44) 法廷意見。最大判平成17・1・26民集59巻1号135頁。

「入管特例法の定める特別永住者の制度は、それ自体としてはあくまでも、現行出入国管理制度の例外を設け、一定範囲の外国籍の者に、〔中略〕入管法2条の2に定める在留資格を持たずして本邦に在留（永住）することのできる地位を付与する制度にとどまり、これらの者の本邦内における就労の可能性についても、上記の結果、法定の各在留資格にともなう制限〔中略〕が及ばないこととなるものであるにすぎ」ず、  
「特別永住者が、法務大臣の就労許可なくして一般に『収入をともなう事業を運営する活動又は報酬を受ける活動』（同法）を行うことができるのも、上記の結果生じる法的効果であるにすぎず、法律上、特別永住者に、他の外国籍の者と異なる日本人に準じた何らかの特別な法的資格が与えられているからではな」く、「我が国現行法上、地方公務員への就任につき、特別永住者がそれ以外の外国籍の者から区別され、特に優遇されるべきものとされていると考えるべき根拠は無く、そのような明文の規定が無い限り、事は、外国籍の者一般の就任可能性の問題として<sup>(45)</sup>考察されるべきものとする」。

特別永住者と一般永住者を同列に扱うこの見解は、在留期間および活動に制限がないという両者の共通点のみに着目した表層的な理解であるとともに、入管特例法の歴史的ないし社会的背景およびその内実を顧慮することなく、「明文の規定が無い限り」、別異の検討を行わないという点で、あまりに<sup>(46)</sup>法文言依存的であるとの批判は、言葉が過ぎるであろうか。

(45) 藤田補足意見。最大判平成17・1・26民集59巻1号137頁。

(46) その意味で、藤田補足意見は、「現行法令上の意味」（駒村，前掲註12，66頁）を過度に部分的ないし形式的に解釈しているに過ぎず、その本質的な意味を正確に捉えていないのではなかろうか。

「当該地方公共団体の住民ということでは、特別永住者も、他の在留資格を持って在留する外国人住民も、変わるところがないと言えるかも知れないが、当該地方公共団体との結び付きという点では、特別永住者の方がはるかに強いものを持っており、特別永住者が通常は生涯にわたり所属することとなる共同社会の中で自己実現の機会を求めたいとする意思は十分に尊重されるべく、特別永住者の権利を制限するについては、より厳格な合理性が要求される<sup>(47)</sup>」

として、管理職選考の受験拒否を、法の下での平等および職業選択の自由違反とした泉少数意見こそ、特別永住者の在留法制における位置づけについて、制度的に適切であるとともに、過去の判例とより整合的な理解である。

### むすびにかえて

広義の在留法制を構成するところの、入管法と入管特例法上の地位の相違をもとに憲法上の権利の保障ないし享受可能性を論じてきた本稿に対しては、「憲法は、法律よりも上位の法であるから、上位の法である憲法の保障する権利を誰がもつのかということが下位の法律によって決まるというのも、筋の通らない話というべきである<sup>(48)</sup>」との批判がなされよう。

だが、先述のとおり本稿は、あくまで、判例の枠組に照らして、一般永住者と特別永住者とを、その権利享受の可能性について、同列に論ずることが妥当か否かを検討するものであった。さらに、憲法から見て下位法規である実定制度によってつくられた法人についての人権論が語られるように、「人権の享有主体性を、ある実定法上の制度を作り出す立法者の自由

(47) 泉反対意見。最大判平成17・1・26民集59巻1号157頁。

(48) 浦部法穂，前掲註2，47頁。

な決断にかからしめるという意味で conditional なものとする発想は、本末転倒のように見えて、実は珍しいものではない<sup>(49)</sup>。実際、憲法上の権利を十全なかたちで保障される国民という地位自体、法律である国籍法によって決定されている一方、制度上は、国籍を有さない者が外国人であるとされる。それゆえ、両者は不即不離の関係にある。これらの下位法規ないし実定制度について、違憲・合憲あるいは憲法との関係での当・不当を論ずることは、無論必要である。だが、それとは別途、実際に運用されている制度を前提に、人権保障を含む憲法上の理念ないし規定を、実定制度に即していかにして実現を図るかを検討することも同様に重要であろう。

理論上は、憲法との関係で、特定の在留資格を創出すべき義務を立法府は負ってはいないといえるのかもしれない。だが実際には、歴史的経緯や国際関係、そして一般入管法制との制度的な整合性の実現等からの要請の結果として、旧植民地出身の在留外国人については、在留について一般外国人とは明らかに異なる法的処遇が行われている。このような処遇は、「国民たる要件」を法律によって定めることを憲法が求めている場合と異なり、憲法上立法府に課せられた義務ではないとの立場もありえよう。しかし、日本国憲法制定時において、日本国籍を有していた植民地出身者についてまで、このようにいえるのかどうかは、検討してみるべき価値のある問題であるように思われる。<sup>(50)</sup>さらに、社会的ないし歴史的必然性が、こ

(49) 安念潤司，前掲註7，178頁。

(50) 本稿の背後にある問題意識は、以下のようなものである。現在、特別永住者という地位を占める人びとは、日本国籍をもたないという点で、確かに国籍保持者という意味での「国民」ではないだろう。だが、例えば、度々言及したマクリーン事件において、最高裁が想定していたような一般的な法的属性を有する外国人とも明らかに異なる。このような人びとを構造的に抱える日本国を法的側面において構成する日本国憲法は、かれらを「国民」に準じて法的に処遇する責務を、国に課しているとは考えられな

のような特別永住者という法的地位を作り出したことは、決して軽視されるべきではない。

少なくとも現在の在留法上、一般永住者と特別永住者との間には、当該地位およびそれにとまなう在留法上の位置づけについて、かなりの距離があるように思われる。換言すれば、特別永住者の方が、一般永住者よりも、在留法上、国民に近いことは確実である。説

そして、最高裁は、外国人の人権の保障の射程を画定するに際しての判断枠組において、当該外国人が日本との関係でいかなる地位にあるのかについて、在留法制上の地位を考慮する必要があるとの立場を採っていると考えざるをえない。そうである以上、この枠組に則って考える限り、特別永住者については、一般入管法上の外国人等と異なり、「特別」な考慮の対象とすべきだという結論は、避け難いものになるのではないだろうか。

---

いのであろうか。しかし、このような、現時点で、漠然とした疑問は、最高裁の判例枠組の分析を課題とした本稿の射程をはるかに超えるものである。機会を改めて、考えてみることにしたい。

## Japanese Nationals, Aliens and Special Permanent Residents

Kenichi YANAI

This article analyzes the Jurisprudence of the Supreme Court of Japan concerning the protection of constitutional rights of aliens.

The purpose of this article is twofold. One is to reconstruct the framework of the jurisprudence of the Supreme Court of Japan which concerns the rights of aliens; The other is to emphasize the legal distinction between usual resident aliens and Special Permanent Residents which distinction was ignored by the Supreme Court.

As a result of these considerations, this article insists that Special Permanent Resident who originated in the ex-colonies of the Imperial Japan should be legally treated as equally as possible with Japanese nationals, especially as to the suffrage and the right to be public employees.