

# 日本国憲法と外国人の参政権について

—市民法学の観点から—

小林 正 士

- 1 問題の所在
- 2 学説状況—総論として
- 3 判例と学説の状況—各論として
- 4 市民法学における国家論の観点からの検討
- 5 結語

## 1 問題の所在

日本国憲法について研究を行う上で、避けて通ることのできないものとして、「国家論」、「国家観」という重要な問題がある。即ち、「国家」をどのように理論的に把握し、認識するかという問題が、日本国憲法を考察する上で大切なことである。「国家論」に関係するものとして、私は、これまで「ヘーゲル『法哲学』と市民法学の原理」というテーマで研究を行ってきた<sup>(1)</sup>。その中で、ヘーゲル法哲学の原理的な理論から、先駆者の研究業績を踏まえ<sup>(2)</sup>、「国家」は、理論的に、二つに大別することができることを説いてきた。即ち、「権力機構としての国家」と「共同体としての国家」である。前者は、「立法、司法、行政という中央政府」と「議会、首長をはじめとする地方政府」から成る「狭義の国家」と呼ばれるものである。後者は、「権力機構または政治的国家としての国家」と「市民社会」、「家族」を包含する「広義の国家」と呼ばれるものである。

一方、戦後憲法学において、「国家概念の混用が見られる」とし、「国家は権力ないし統治機構としての国家 (state) と共通の歴史・文化・伝統を有

する国民の共同体としての国家（nation）の二側面を有する<sup>(4)</sup>」と説く学者もいる。また、長尾一紘氏も、「戦後の憲法学において国家論の軽視がひとつの傾向をなしているが、こうしたなかでも少数の論者によって国家論の重要性が主張されてきた<sup>(5)</sup>」とした上で、「『国家』を論ずる場合、『共同体としての国家』と『権力機構としての国家』を区別する必要がある<sup>(6)</sup>」と述べている。その上で、本稿の課題と関わるもので、続けて長尾氏は、「外国人の参政権を議論する場合において、この区別は重要である<sup>(7)</sup>」と述べている。

本稿では、日本国憲法と外国人の参政権を考察しながら、同時になぜ上記のような区別が重要なのか、即ち国家論、国家観の重要性を明らかにしていくことを課題とする。そこで以下、「2」では憲法学における学説状況について総論として述べ、「3」判例と学説の状況を各論として述べ、「4」では「2」、「3」を踏まえて、市民法学における国家論の観点から日本国憲法における外国人の参政権について検討し、「5」で結語としたい。

## 2 学説の状況—総論として

### (1) 参政権の意義について

日本国憲法では、一般に「人権は、大別して、自由権、参政権、社会権に分けることができる<sup>(8)</sup>」と考えられ、この人権項目の中に参政権が出てくる。そして、参政権は、次のように説明されている。「参政権は、国民の国政に参加する権利であり、『国家への自由』とも言われ、自由権の確保に仕える。具体的には、選挙権・被選挙権に代表されるが、広く憲法改正国民投票や最高裁判所裁判官の国民審査も含まれる。公務員になる資格（公務就任能力または公務就任権<sup>(9)</sup>）を含める場合もある」。本稿では、紙幅の関係から、選挙権・被選挙権に代表される「狭義の参政権」について考察していく。

### (2) 選挙権の法的性格について

国民の参政権の内では、議員を選挙する選挙権が最も一般的で重要なものであるとされており<sup>(10)</sup>、そこでの選挙権の法的性格が問題になる。この点、

「その権利性を強調する考え方（権利一元説）、権利としての性格の他に公務としての性格をも併有するとの考え方（二元説）とが対立して<sup>(11)</sup>」おり、多数説は「二元説」となっている。

### (3) 被選挙権の法的性格について

被選挙権に関して、最高裁の判例では、「『被選挙権、特に立候補の自由』は、『選挙権の自由な行使と表裏の関係』にあるものとして、一般に憲法十五条一項によって保障される権利と解している<sup>(12)</sup>」と考えられている。

### (4) 人権の享有主体性について

憲法15条1項は、「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」ことから、また憲法第3章が「国民の権利及び義務」であることから、人権の享有主体として「外国人」が含まれ得るのか問題になる。

この点、主な学説には、「権利性質説」と「国民の権利説」とがある<sup>(13)</sup>。「権利性質説」は、「①外国人にも基本権保障は及びうる。②ただし、日本国民と同様ではない。③ある権利が外国人に及びうるか否かを判断する基準は、個々の権利の性格である<sup>(14)</sup>」とする。一方、「国民の権利説」は、「日本国憲法における基本権の享有主体は、明文の示すとおり『国民』であり、外国人は基本権の享有主体になりえない<sup>(15)</sup>」とする。

この「国民の権利説」と「権利性質説」との違いは何かといえば、「国民の権利説」は、『ある権利について、保障が要請される』とは、その権利を与えることが必要であり、与えなければ違憲であるということ<sup>(16)</sup>を意味する」というカテゴリーを否定するのに対して、「権利性質説」はこれを承認する点にある。それ故、「国民の権利説」であっても、「基本権は外国人に与えてはならないもの（中略—引用者注）と、外国人に与えるか否かは立法裁量に委ねられているもの<sup>(17)</sup>」<sup>(18)</sup>とに分けて考える。

では、判例・通説はどのように考えられているかという、マクリーン事

件最高裁判決から、「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<sup>(19)</sup>」と解されている<sup>(20)</sup>。

一般に判例・通説と考えられている「権利性質説」に立つとしても、従来から、外国人に保障されない権利の一つとして、「参政権」（本稿では、狭義の参政権に絞る）が挙げられていた。即ち、「禁止説」が主流であった。私見においても、国政・地方の選挙権・被選挙権に関して、「禁止説」をとるべきであると考えるが、以下に論じるように、今日、立法裁量として認め得るとする「許容説」や、これを保障しなければ憲法違反になるという「要請説」が主張されており種々議論がある。そこで、以下、これらの議論を整理してみていく。

### 3 判例と学説の状況—各論として

外国人による選挙権について、最高裁判例はどのようになっているかといえば、国政選挙について最判平成5年2月26日判決<sup>(21)</sup>、地方選挙について最判平成7年2月28日判決がある<sup>(22)</sup>。

前者は、イギリス国籍を有する原告が、永住者として我が国に居住しているのに、参議院議員選挙での投票を行うことができなかった為、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9条1項の規定が、憲法15条1項及び14条に違反するとして国家賠償請求訴訟である。判決では、昭和53年10月4日の最高裁大法廷判決（マククリーン事件判決）の判旨に倣して、上記の公職選挙法の規定は憲法15条1項、14条に違反するものではないと判断を下した。

後者は、在留外国人ら原告が、定住外国人は憲法上地方公共団体における選挙権を保障されているとして、被告選挙管理委員会に選挙人名簿に登録することを求める異議の申出をし、これを却下された。その為、定住外国人に地方公共団体の選挙権を認めない地方自治法11条、18条、公職選挙法9条2項は、憲法15条1項、93条2項等に違反するとして、却下決定取消しを求めた名簿訴訟である。判決では、原告の訴えは退けられた。

判決の中で「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものである」とした。その上で、原告の訴えが退けられた理由は、第一に、公務員を選定罷免する権利を定める憲法15条1項の規定が在留外国人にも及ぶかについて、憲法15条1項の規定は、「国民主権の原理に基づき、公務員の終局的任免権が国民に存することを表明したものにほかならないところ、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」とし、在留外国人にこれは及ばないとした。第二に、憲法93条2項の「住民」に関して、「前記の国民主権の原理及びこれに基づく憲法十五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成すものであることをも併せ考えると、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と解するのが相当」であるとして、在留外国人には、93条2項は及ばないとした。第三に、「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共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」とし、在留外国人に対して、立法措置として地方選挙権を付与することは、憲法上禁止されていないとした<sup>(23)</sup>。

では、学説上、外国人の選挙権はどのように考えられているのだろうか。例えば、以下のように整理されているので<sup>(24)</sup>、順にこれをみていく。

- ① 国政禁止・地方禁止とする見解
- ② 国政禁止・地方許容とする見解
- ③ 国政許容・地方許容とする見解
- ④ 国政許容・地方要請とする見解
- ⑤ 国政要請・地方要請とする見解

(1) 外国人による国政選挙権・地方選挙権が禁止されていると解する主要な論拠について

第一に、外国人による国政選挙権について、日本国憲法は、前文および1条により、国民主権を定めていること。そして、国民主権の原理から派生するものとしての憲法15条1項は、「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」規定している。ここで、「国民固有の権利」であるとしているが、「国民」とは何を指すか。そして、「固有」とはどのような意味かが問題になる。前者は、憲法10条に「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」とし、その定めは国籍法に規定されている。この点、大石眞氏は、「一般に国民とは、ある特定の国家法に属人的に原則として支配される人間、すなわちある国家に対し原則として永久忠誠義務を負う者をいう。その意味における国民、つまり特定の国家の構成員として認められる法的資格は、とくに『国籍』と呼ばれる<sup>(25)</sup>」としている。従って、国籍を有する者が「国民」とであると解され、その国民は国籍法の規定にはないが、国家に対し原則として「永久忠誠義務」を負うことが前提とされている。故に、国籍を有さない外国人が国政選挙権を持つことは原理的に認められないと解される<sup>(26)</sup>。また、後者の「固有」の意味は、文言通り「国民だけが有する権利<sup>(27)</sup>」と解し、従って、「外国人への選挙権の付与が違憲であることは、この文言からも明らかである<sup>(28)</sup>」と解されている。

第二に、外国人による地方選挙が禁止されていると解する主要な論拠について

- (i) 外国人による地方選挙が問題になるのは、憲法15条1項とは異なる

り、憲法93条2項が「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」とあり、ここでの「住民」の意義が問題となるからである。この点、禁止説からは次のように説明されている。「憲法九三条二項にいう『住民』とは、その地方公共団体の区域内に住所を有する者をいうが、選挙を通じてその地方公共団体の政治過程に能動的に参加する者であるから、当然の要求として日本国民であることが要件とされる。ここにいう『住民』は日本国民であることを前提にした文言であり、その地域における居住という事実をもって国民を特定化したものと解するのを妥当とする<sup>(29)</sup>」。つまり、憲法15条1項と93条2項は、共に国民主権条項から派生するものであると解する<sup>(30)</sup>。

(ii) また、「15条1項における『国民』と93条2項における『住民』とは全体と部分の関係にあり、両者は質的に等しいものとみるべきである。両者の相違は、地域的拡がりのみにかかわるものである。憲法上、地方選挙権の主体とされている『住民』に外国人が含まれないと解される以上、外国人に選挙権を与えることは許され<sup>(31)</sup>」とする。

(iii) さらに、「憲法九五条は、住民に国会制定法の効力を左右する権能を明確に認めている」こと、「地方公共団体はわが国の統治機構の不可分の要素であり、地方レベルの政治と国家・政府レベルでの政治とは明確に区分でき<sup>(32)</sup>ない」という論拠がある。

## (2) 外国人による国政選挙権は禁止されているが、地方選挙権は許容されていると解する主要な論拠について

国政選挙については禁止説を採りつつ、地方選挙権は許容する見解も多くある。例えば、次のような見解である。「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。したがって、狭義の参政権（選挙権・被選挙権）は外国人には及ばない。「しかし、地方自治体、とくに市町村という住民の生活に最も密着した地方自治体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。判例も、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<sup>(33)</sup>。このように、地方選挙権も市町村レベルと都道府県レベルに分けて、特に前者を認める議論がある一方、両者を含めて議論するものもある。

ここで判例というのは、平成7年2月28日最高裁判例である。先に述べた理由の第三を指す。しかし、この点、主文を導く論拠とならないことから、「傍論」との批判があることは先に指摘した通りである。

### (3) 外国人による国政選挙権、地方選挙権、双方許容されていると解する 主要な論拠について

例えば、辻村みよ子氏は、次のように述べている。「要は、国民とも住民とも異なる『市民』概念を定立し、とくに『永住市民』を主権者＝選挙権者に含めることで、国民主権原理を根拠に国籍保持者以外の主権行使を排除してきた議論をまず克服することが先決であろう。さらに『人民（プープル）主権』論の立場からすれば、主権行使の一貫性から、地方と国政は区別せず、選挙権と被選挙権も区別せずに扱うことが理論的帰結になる<sup>(34)</sup>。「私見は『市民主権』の立場から、主権者としての市民のなかに、国籍を有する市民に準じることのできる『永住市民』を含めて、国政レベル・地方レベルの選挙の選挙権のみならず、被選挙権をも認めるものである<sup>(35)</sup>」。このように、主権者の中に、永住市民を含めることで、国政・地方選挙権を問わず、さらに被選挙権をも認めようとする見解がある。

外国人に国政・地方選挙権を認めない全面禁止説に対して、辻村氏は、次のように述べている。「今日では、政治的権利を含む諸権利の国際的保障の拡大や、近代国民国家を前提とした従来 of 国民主権概念と国籍概念の相対化、日本国内における在日韓国・朝鮮人をはじめとする地方参政権要求の拡大等を背景に、全面禁止説が見直されている。このような『状況の論理』や実態論のみならず、憲法解釈上も、十五条一項の国民を一〇条でいう国籍保持者と同一視する論法が批判されるべきであろう。憲法制定過程にも示され

たように、またその英訳が示すように、憲法一〇条の国民は Japanese national であり国籍保持者としての国民を意味するのに対して、十五条一項でいう国民とは、主権者としての国民すなわち people（人民）であり、当然に国籍保持者としての国民と一致するわけではないからである<sup>(36)</sup>。このように、現状の論理だけでなく、憲法解釈上も全面禁止説に対しては批判的であり、全面許容説か、あるいは全面要請（＝違憲）説、全面要請（＝政治的義務）説が導かれるとしている<sup>(37)</sup>。

#### （4）外国人による国政選挙権は許容されており、地方選挙権は要請されると解する主要な論拠について

この見解の論者は、外国人の国政選挙に関して、次のように述べる。「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考えられる。現在、通説は、一〇条で言う日本国民の要件を定める法律は、単一の国籍法であると解釈している。しかし、筆者は、必ずしもそのように解釈する必要はなく、各法の分野ごとに異なった日本国民の定義をすることは可能であると考えている。もちろん、その定義は、憲法と憲法原則に合致するものでなくてはならない。したがって、国籍法の要件と比べて、平等原則に反する形で日本国民の範囲を拡大したり、信頼保護の原則に反する形で範囲を縮小したりすることはできない」。しかし、「平等原則に合致する形で日本国民の要件を拡大することは、憲法上許されているのではないかと思われる<sup>(38)</sup>」。

続けて地方選挙権については、憲法93条2項が「住民」と規定しているが、『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。また、日本国憲法制定の際に、『住民』が『国民』＝『日本国民』の下位概念として観念されていたという、規範的事実たりうる明らかな証拠はない。したがって、地方公共団体レベルの選挙権者は、『国民』＝『日本国民』だけでなく、『住民』が特にこれを有するとされていることになろう。「外国人たる住民を日本国籍を有す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ということを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ねばならないのである<sup>(39)</sup>」と解するものがある。

(5) 外国人による国政選挙権、地方選挙権、双方要請されていると解する  
 主要な論拠について

例えば、浦部法穂氏は、次のように述べている。「『国民主権』だから外国人の選挙権・被選挙権が否定されるのは当然だ、とする『常識』は、誤れる常識である。「少なくとも、日本以外に生活の本拠を持たない『定住外国人』に対しては、選挙権・被選挙権を保障することが、要請されると考えるべきである<sup>(40)</sup>」。

浦部氏は、「国民主権」という場合の「国民」が果たして日本国籍保持者という意味での「国民」に限られるかという問題を提起して、次のように述べている。「『国民主権』原理の『国民』が具体的にどの範囲の者を指すかは、どの範囲の者が主権者であるべきかによるのであって、当然『国籍保持者』に限られるというものではない<sup>(41)</sup>」。

では、どの範囲の者が主権者であるべきだと浦部氏は考えているのだろうか。この点、まず、国民主権とは、「国の政治のあり方を最終的に決定する権力は国民にある、とする原理である」と規定する。次に、国民主権の原理は、「『民主主義政治』と同じ実質をもつ」ものであり、つまり、「人民による自己統治」であり、「したがって、政治的決定に従う者（従わざるをえない者）は、当然、その決定に参加できるものでなければならない<sup>(42)</sup>」としている。故に、「『国民主権』原理のもとでの主権者たるべき者は、民主主義の観点から、その政治社会における政治的決定に従わざるをえない者すべてである<sup>(43)</sup>」と考えている。このような考えから、選挙権・被選挙権は、国政・地方を問わず、国籍の有無ではなく、その滞在国の政治的決定に従わざるをえない者全てに付与されると考えられている<sup>(44)</sup>。

#### (6) 外国人による国政・地方被選挙権について

外国人による国政・地方被選挙権について、通説は、禁止説であり、判例もこの立場に立つ<sup>(45)</sup>。被選挙権の法的性質であるが、前述したように、「『被選挙権、特に立候補の自由』は、『選挙権の自由な行使と表裏の関係』にあるものとして、一般に憲法十五条一項によって保障される権利と解している<sup>(46)</sup>」。そして、憲法15条1項は、国民主権の原理を制度化したものであり、従って、国民ではない外国人にはこれを認めることができないと禁止説は解する。少数説として、例えば、上記(3)のように、辻村氏は、主権者は、日本国民だけではなく、特に永住市民もこれに含まれると考えるので、国政・地方問わず、一定の外国人に対して被選挙権を認めるとする立場がある。また(5)浦部氏のように、国民主権の主権者の範囲は、国籍保持者に限らず、滞在国の政治的決定に従わざるを得ないもの全てであるとする考えから、国政・地方問わず、定住外国人に対して被選挙権は要請されるべきだと考えている。さらに、例えば、「『国民代表』あるいは『自治体代表』において重要なことは、国家意思あるいは『自治体意思』の最終決定権を有する選挙権者の信任を受けているか否かである<sup>(47)</sup>」とし、選挙民の信任を受けるのであれば、被選挙権を有するのは国籍保持者に限らなくても問題とならないと解する論者も<sup>(48)</sup>いる。

#### 4 市民法学における国家論の観点からの検討

前述したが、日本国憲法に関して研究を行う上で、避けて通れない重要なものとして、国家論、国家観の問題がある。つまり、「国家」をどのように理論的に把握し、認識するかという問題である。これは本稿での「日本国憲法と外国人の参政権」という問題を考察する上でも重要な観点になる。「国家論」に関係するものとして、私は、これまで「ヘーゲル『法哲学』と市民法学の原理」というテーマで、先駆者の業績を踏まえて研究を行ってきた。市民法学には、以下のように二つの理論的柱がある<sup>(49)</sup>と考えられている。それは、「共和主義」と「立憲主義」である。前者は、「『国家共同体』としての

『国家』を支え、形成する国民の精神の在り方」である。これは、総じて「『市民的徳 (civic virtue)』と呼ばれる。後者は、「近代・現代における『統治機構』としての『国家』と『市民社会』に生きる国民との関係である。特に、その国民の『人権』の重要性である」。市民法学という場合、このような二つの理論的柱を念頭に議論を進めていくことになる。

そこで、市民法学における国家論において、重要な理論的な枠組みが存在する。即ち、国家は、理論的に二つに大別される。一つは、「権力機構としての国家」というものであり、これは「立法、司法、行政という中央政府」と「議会、首長をはじめとする地方政府」から成る「狭義の国家」と呼ばれる。もう一つは、「共同体としての国家」というものであり、これは「権力機構または政治的国家としての国家」と「市民社会」、「家族」を包含する「広義の国家」と呼ばれる。

「権力機構としての国家」という点で重要なのは、権力を分けて、国民の権利を保障するという「立憲主義」の観点である。これは、国家の不当な干渉から個人を守る側面であり、また個人の主体的な自由の原理を重んじる観点である。一方「共同体としての国家」という点で重要なのは、国家の独立、国防、忠誠、愛国心、歴史・文化・伝統などの観点である。これは、国家と個人を結びつける側面であり、また共同体としての自由の原理を重んじる観点である。そして、重要なのは、「個人の自由」と「共同体としての自由」は、どちらかが重要で、どちらかが重要ではないというように規定できず、「個人の自由」は「共同体の存立・自由」が支えるものであり、また「共同体としての自由」は「個人の主体的な自由」と結びついてはじめて成り立つという関連性が存するということである。従って、肝心なことは、こうした国家論の理論的な枠組みから派生するいわば「自由と共同」との調和という内在的な論理の観点を保持することであると考える。

では、以上の市民法学における国家論の理論的枠組みから、憲法学における国家観をみていく。様々あるが、対照的な例として以下のものがある。まず、例えば、浦部法穂氏は、国を国たらしめる要素は、伝統的に、領土、国

民、統治権といわれてきたことを指摘して、これを認めた上で、次のように述べている。「しかし、一定の土地とそこに住む人々というのは、国家というものがなくても存在する。いわば国家以前の存在である。そこに国家が成立するのは、その土地および人々を支配する統治権力が現われることによって、である。つまり、国家の三要素とされるもののなかでは、統治権こそが、国家を国家たらしめる本質的な要素なのである。国家の本質は『権力』にあり、『権力』こそが国家の実体だ、ということである<sup>(50)</sup>」。

さて、このような国家＝統治権＝権力という国家観は、先の国家論の理論的な枠組みの中では、「権力機構としての国家」に当てはまる国家観であると言えるだろう。そして、浦部氏は、続けて、「『権力』とは、他者を支配できる力、あるいは他者に対して服従を強制しうる力であり」、国家は、そのための「強制装置なのである<sup>(51)</sup>」。従って、国家は、「『権力』の座にない（＝支配される立場にある）私たちにとっては、本来、自分たちの側にあるものではなく、自分たちに対立する存在であるはずのものである。つまり、『国』というものは、本来、私たちにとって、『わが』といえるような存在ではない<sup>(52)</sup>」。さらに、「『国を愛する心』とか『国を守る必要』とかの言葉が、私たちに、ある種反論を許さない響きをもって受けとめられるのは、私たちが、想像の中の存在としての『国』をイメージして、これらの言葉を受けとめるからである。しかし、それは『国』の実体ではない。そこでいわれる『国』の実体は、ほかならぬ『権力』そのものである。そうであれば、『国を愛する心』とか『国を守る必要』というのは、じつは、『権力を愛する心』、『権力を守る必要』というのと同義となり、私たちには無縁の言葉であることが一日瞭然となろう。自分が暮らしている土地やそこでともに暮らす人々を愛する気持ち、あるいはそれを守りたいという気持ちは、誰でももっているだろう。しかし、それは、『国』を愛するとか『国』を守るということとは、まったく別のことなのである<sup>(53)</sup>」。

浦部氏の国家観は、明瞭に「権力機構としての国家」観である。これは、私が先に述べたように、立憲主義の観点、国家の不当な干渉から個人を守る

側面を重んじる国家観である。従って、国家の本質が、権力であり、強制装置であるというように、それが本質か否かという議論は別として、確かに「権力機構としての国家」観からは、国家は「自分たちに対立する存在」であると捉え得ると考える。そして、浦部氏が述べるように、「権力機構としての国家」観からすれば、「国を愛する心」とか「国を守る心」という時の「国」とは「権力機構」であることから、『権力を愛する心』、『権力を守る必要』と同義になり、私たちにあって無縁となる言葉になることも確かだろう。しかしながら、そもそも「国を愛する心」や「国を守る心」などは、「共同体としての国家」観から派生するものであり、またこれは国家と個人を結びつける側面であり、共同体としての自由を重んじる上で重要なものである。従って、「権力機構としての国家」観からの議論の土台からは当然に出てこない問題なのである。それ故に、「国を愛する心」や「国を守る心」の問題は、「権力機構としての国家」からアプローチするのではなく、「共同体としての国家」からアプローチすべき問題である<sup>(54)</sup>と考える。

次に、上記と対照的な国家観についてみていく。例えば、西修氏は次のように述べている。「戦後憲法学の『国家』観は、国家＝悪、国民＝善とみなし、国家は国民の権利を抑圧するものであり、国家権力から国民の権利を保護することに憲法の意義を求めようとする。たしかに、かつての絶対君主制の時代には、そういう側面があった。しかし、今日の代表制民主主義のもとでは、国家と国民とを対立関係で捉えるべきではない。それぞれの国民が、それぞれの立場でいかなる国家を作り上げていくべきかを考えていかなければならない。国家をみずからの外側ではなく、内側に存在するものとみなすべきである。時代の変遷のなかで、国家の役割、機能、制度のありようを模索していく必要がある。それらを秩序づけるものが憲法であり、憲法で国家を論じなければならない必然性がここに<sup>(55)</sup>ある」。

ここで示される国家観は、市民法学における国家論の理論的な枠組みからみれば、「共同体としての国家」観に共鳴するものである。なぜなら、「国家と個人を対立関係で捉えるべきではない」、「国家をみずからの外側ではな

く、内側に存在するものとみなすべきである」という主張は、国家と個人を結びつけ、共同体としての自由を重んじる「共同体としての国家」観と重なるものであるからである。

このように「権力機構としての国家」と「共同体としての国家」、そのどちらの国家観を強調するかによって、主張が異なってくる。しかしながら、「権力機構としての国家」を重視し、立憲主義の立場を強調すればするほど、同時に、「共同体としての国家」も同程度に重要になってくるものであると考える。なぜなら、国民の権利・自由を保障するためには、国家の独立が大前提の条件となってくるからである。一方、「共同体としての国家」を重視し、国家の独立、国防、忠誠心、愛国心などを強調すればするほど、「権力機構としての国家」も同程度に重要になってくる。なぜなら、「共同体としての国家」の独立、忠誠心、愛国心等は、権利・自由が保障された国民の内在的で主体的なものとして立ち現われなければならないからである。従って、この両者の国家観は、不可分一体のものとして近代国家論の理論的枠組みを成すものであると考えるのである。それ故、また重要なのは、両者を見据えた上で、どのような問題を、どのような国家論からアプローチするかという問題であるとする。では本稿の課題である「外国人の参政権」は、どのように考えればよいのだろうか。

結論を先に述べれば、参政権問題は、基本的に、国民の権力機構への参加を保障する権利として重要なものであるので、「権力機構としての国家」論の観点、別言すれば、立憲主義の観点から吟味し得る事柄である。その上で、参政権を「外国人」に認めるかどうかという問題には、「共同体としての国家」論が立ち現れてこざるを得ないものとする。従って、「共同体としての国家」論の観点が重要になってくる。そこで、「共同体としての国家」論から導かれるものとして、国家の独立、国防、忠誠心、愛国心、歴史・文化・伝統など、国家と個人を結びつける観点がある。この点を踏まえて、日本国憲法と外国人参政権の議論に入っていきたい。

参政権は、憲法第3章「国民の権利および義務」の15条1項に規定されて

いる。この15条1項は、国民主権の原理を制度化したものとして解されている。そこで、憲法前文および1条に規定されている国民主権とは何か、また国民主権の「国民」とはいかなるものかが問題になる。

第一に、国民主権とは「『国の政治のあり方を最終的に決定する力または<sup>(56)</sup>権威』が国民にあるとする原理である」が、加えて次のようにも解されている。「国民主権の原理は、自国の主権の保持と独立、国家利益の確保という見地から、安全保障は勿論、外交・内政に関する重要事項に関しては、原則として自国民のみに関与させ、外国人には参加を認めないというものである。国民主権原理は、国家構成員すなわち国籍保有者と外国人との区別を構造的に要請する<sup>(57)</sup>」。ここでは、国民主権原理が、国家構成員と外国人を構造的に区別する働きがあることが指摘されている。

第二に、国民主権の「国民」とは、憲法10条が「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と規定されていることから、国籍法により日本国籍を有するものが日本国民であると解される。その上で、「共同体としての国家」論を踏まえれば、憲法に明文が存在しなくても、例えば、大石眞氏のように解しうるであろう。即ち、「一般に国民とは、ある特定の国家法に属人的に原則として支配される人間、すなわちある国家に対し原則として永久忠誠義務を負う者をいう。その意味における国民、つまり特定の国家の構成員として認められる法的資格は、とくに『国籍』と呼ばれる<sup>(58)</sup>」。確かに、憲法10条から国籍法が日本国民の要件を定めるのであるが、ここでは、その前提として「国家に対する忠誠義務」が述べられている。同じように、「国家への忠誠」を前提にする論者として、長尾一紘氏は次のように述べている。「国家に対する忠誠義務は、近代国家の存立条件である」。国家に対する忠誠は、「近代国家の条件であり、また国民主権、民主主義の条件でもある。選挙への参加には、この『国家への忠誠』が当然の前提とされる<sup>(59)</sup>」。加えて、百地章氏は、外国人に参政権を認めた場合、本国への忠誠義務と矛盾・衝突することを指摘している<sup>(60)</sup>。さらに、「国会議員・地方議会議員選挙での選挙権・被選挙権の行使は、わが国の国家意思の形成、決定に直接、間接に関与する

ものであり、それはわが国と政治的運命を共にし、国家に対する黙示の忠誠義務を負い、時代と国際環境によっては国家防衛の義務を果たすべき国民に留保されていると解すべきである<sup>(61)</sup>」。このように、「国家に対する忠誠義務」と「国防の義務」が、国民の前提となると解するものもある。国防の義務については、種々議論があるが、我が国が政策として志願制を採用していたとしても、何らかの事情により志願制が採用できなくなる等不測の事態があった場合、共同体としての国家を構成する主権者たる国民が当然負わなくてはならない義務であると考えられる。従って、国防の義務は、「共同体としての国家」論を前提にすれば、国民に潜在的に内在化されている義務であると考え得るものである。

このように、国籍法が日本国民の要件を定めるのであるが、その前提として、国家に対する忠誠が存在することをみてきた。これと関連するものとして、国籍法があって初めて国民が生じるのではなく、「国家の構成員たるべき者にその資格を公に賦与する制度」として国籍制度があると解する論者もいる<sup>(63)</sup>。では、国家の構成員たるべきものとは、どのような者を指すのだろうか<sup>(64)</sup>。この点、高橋正俊氏によれば、憲法における日本国民とは、二つある。一つは「統合された集合体としての国民」、もう一つが「個々の国民」であるとする。そして、後者において、個々人が国民かどうかを決定する法的仕組が「国籍制度」であるとしている。そして、この後者の国民は、前者の「統合された集合体としての国民」を前提にするとしている。そこで、憲法前文と1条に関連して、「統合された集合体としての国民」とはいかなる者かと言えば、二つの性格があると考えている。一つは、「主権者としての国民・民主主義の担い手としての国民」。もう一つが、「天皇を統合の象徴とする国民」である。従って、高橋氏によれば、国籍制度により国籍を賦与される国民は、その前提として国家の構成員たるべき者として、憲法上上記のような二つの性格を有する者とされると考えている。

以上のことは、三つにまとめられるだろう。外国人の参政権問題を考えるにおいて、国民主権と国民の意義が問題になる。第一に、国民主権原理は、

国家共同体の構成員と外国人とを構造的に区別すること。第二に、国民とは、憲法10条から国籍法の規定により国籍保持者を指すが、「国家に対する忠誠義務」、「国防の義務」が前提とされるとき考え得るということ。第三に、その上でまた国民とは、憲法前文・1条の規定から、「主権者としての国民・民主主義の担い手としての国民」および「天皇を統合の象徴とする国民」が前提にされるということである。国籍保持者たる国民は、こうした事柄が前提とされていると解しうると考える。従って、以上の理由から外国人に対して選挙権・被選挙権を付与することは、国政・地方を問わず、認めることはできないと解されると考える。地方参政権について、若干述べれば、93条2項により、「国民」ではなく「住民」となっているため問題になるが、次の三つの理由から認められないと解されるだろう。第一に、憲法15条1項と93条2項は、共に国民主権条項から派生するものであると解すること。第二に、「15条1項における『国民』と93条2項における『住民』とは全体と部分の関係にあり、両者は質的に等しいものとみるべきである<sup>(66)</sup>」と解すること。第三に、「地方公共団体はわが国の統治機構の不可分の要素であり、地方レベルの政治と国家・政府レベルでの政治とは明確に区分できない<sup>(67)</sup>」と解することである。

## 5 結 語

以上述べてきたように、日本国憲法を考察する上で、「国家論」、「国家観」というものが肝要になる。外国人の参政権を考える上での主要な論点の一つとなるのは、国民主権と国民の意義である。国民は、国家と無関係に存在するわけではないので、国家と国民の関係を問題にせざるを得ない。そこで、国家とは何かという問題になる。市民法学における国家論の理論的枠組みとして、国家は、「権力機構としての国家」と「共同体としての国家」と分けることができる。しかし、「外国人」の参政権を考える上で、国家を、「権力機構としての国家」とだけ規定してアプローチすると、そこでの国家と国民との関係は、「国家の独立」、「国防」、「忠誠心」、「愛国心」、「歴史・

文化・伝統」等と結びついた国民を観念できない。その為、国民と外国人との間の違いが、国家との関係において、不明確になる。その結果、民主権原理に基づいてある参政権の範囲も不明瞭になり、参政権を外国人に認めるものとして構成し得ることになる。逆に、「共同体としての国家」からアプローチすると、国民は、「国家の独立」、「国防」、「忠誠心」、「愛国心」、「歴史・文化・伝統」等と結びついた国民を観念することになるので、国家共同体の構成員と外国人との違いが明瞭になる。その結果、民主権原理に基づいた参政権は、外国人には認められないと構成し得ることになる。いずれの立場をとるにせよ、またこれを意識するにしても、しないにしても、日本国憲法の条文解釈以前に、国家とは何かという問題や、国家と個人の関連性をいかに考えるか、という問題が根底に控えていると言える。それ故、国家論、国家観という問題は、特に憲法学においては重要な位置をしめる論点になっているといえるだろう。本稿では、これを市民法学における国家論の観点から考察していったものである。

- (1) 博士論文として、小林正士「ヘーゲル『法哲学』と市民法学の原理」（国士舘大学、2014）がある。
- (2) 例えば、以下の文献を参照。篠原敏雄『市民法学の輪郭 「市民的徳」と「人権」の法哲学』（勁草書房、2016）、篠原『市民法学の可能性—自由の実現とヘーゲル、マルクス—』（勁草書房、2003）、篠原『市民法学の基礎理論—理論法学の軌跡—』（勁草書房、1995）
- (3) 高乗正臣『人権保障の基本原則』38頁（成文堂、2007）
- (4) 高乗・前掲注（3）38頁
- (5) 長尾一紘『外国人の選挙権 ドイツの経験・日本の課題』161頁（中央大学出版部、2014）
- (6) 長尾・前掲注（5）161頁
- (7) 長尾・前掲注（5）161頁
- (8) 芦部信善著／高橋和之補訂者『憲法〔第五版〕』83頁（岩波書店、2011）
- (9) 芦部／高橋・前掲注（8）83頁
- (10) 芦部／高橋・前掲注（8）83頁参照
- (11) 長谷部恭男『憲法〔第六版〕』297頁（新世社、2014）
- (12) 芦部／高橋・前掲注（8）255頁

- (13) 長尾一紘『日本国憲法〔全訂第4版〕』50-55頁参照（世界思想社、2011）
- (14) 長尾・前掲注（13）50頁
- (15) 長尾・前掲注（13）51頁
- (16) 長尾・前掲注（13）51頁
- (17) 長尾・前掲注（13）51頁
- (18) 長尾氏は、基本権とは、憲法上の権利すべてを指すとして、この用語を用いている。長尾・前掲注（13）49頁参照
- (19) 芦部／高橋・前掲注（8）92頁
- (20) 一方、「国民の権利説」の立場として、長尾・前掲注（13）50-55頁参照
- (21) 以下、判例時報1452号37-40頁参照
- (22) 以下、判例時報1523号49-57頁参照
- (23) 第三の点について、主文を導く論拠ではない「傍論」との批判がある。長尾・前掲注（13）182頁参照。高乗・前掲注（3）106頁参照。百地章「憲法と永住外国人の地方参政権」『都市問題』第92巻第4号（2001）27頁参照
- (24) 長尾一紘「永住外国人の地方参政権—現状と課題」『都市問題』第92巻第4号（2001年4月号）3頁参照
- (25) 大石眞『憲法講義Ⅰ〔第三版〕』78頁（有斐閣、2014）
- (26) 大石・前掲注（25）81頁参照
- (27) 百地・前掲注（23）32頁
- (28) 長尾・前掲注（13）175頁
- (29) 高乗・前掲注（3）106頁
- (30) 長尾・前掲注（5）28頁参照
- (31) 長尾・前掲注（5）28頁
- (32) 高乗・前掲注（3）107頁。なお、国政レベルの選挙権と地方レベルの選挙権は切断できるものではないという趣旨で、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—」法学教室通巻152号53頁参照（1993）
- (33) 芦部／高橋・前掲注（8）92頁。同様の見解として以下のものがある。佐藤幸治『日本国憲法論』144-146頁参照（成文堂、2011）。佐藤幸治「人権の観念と主体」公法研究 第六十一号31-32頁参照（1999）。樋口陽一『憲法〔第三版〕』186頁参照（創文社、2007）また、長谷部恭男氏は、「選挙権はその性質上、外国人に保障されてはいないというこの結論は、議論の余地もないほど当然のことではない」として、禁止説には慎重でありながら、一方で「定住外国人に選挙権を与えることが憲法によって要請されているとまで結論づけることは困難であろう」とし、要請説には反対の立場である。長谷部・前掲注（11）118頁
- (34) 辻村みよ子『市民主権の可能性—21世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』249頁（有信堂、2002）

- (35) 辻村・前掲注 (34) 256頁
- (36) 辻村・前掲注 (34) 253頁
- (37) 辻村・前掲注 (34) 253-254頁参照。外国人の選挙権・被選挙権を国政・地方を問わず認めうる立場として、奥平康弘『憲法Ⅲ』49-61頁参照（有斐閣、1993）。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」横浜国際経済法学第4巻第1号39-63頁参照（1995）。外国人の地方選挙権・被選挙権につき、特に市町村レベルで双方を認めうる立場として、岡崎勝彦「外国人の地方参政権」公法研究第56号105-116頁参照（1994）
- (38) 高田篤「外国人の選挙権—ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決の論理」法律時報64巻1号92頁（1992）
- (39) 高田・前掲注 (38) 92頁
- (40) 浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』546頁（日本評論社、2016）
- (41) 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』100頁（日本評論社、1995）
- (42) 浦部・前掲注 (41) 100-101頁
- (43) 浦部・前掲注 (41) 101頁
- (44) その他に、江橋崇「外国人の参政権」樋口陽一／高橋和之『現代立憲主義の展開上』199頁参照（有斐閣、1993）。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』65-86頁参照（日本評論社、1995）
- (45) 「本判決は、国政選挙での外国人の被選挙権の有無につき、最高裁が初めて判断を下した事件である」。1995年2月28日の最高裁判決も、「憲法十五条一項は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、日本国に在留する外国人には及ばない旨を明言していた。本判決は外国人の国会議員の被選挙権について、従来の判例の流れを踏まえて否定したものである」。最判平成10年3月13日（判例集未登載）、法学教室別冊付録判例セレクト98（憲法）222巻4頁参照。
- (46) 芦部／高橋・前掲注 (8) 255頁
- (47) 青柳／山越・前掲注 (37) 56頁
- (48) 青柳／山越・前掲注 (37) 56頁参照
- (49) 以下、篠原『市民法学の輪郭』前掲注 (2) i - ii 頁参照
- (50) 浦部・前掲注 (40) 9-10頁
- (51) 浦部・前掲注 (40) 10頁
- (52) 浦部・前掲注 (40) 10頁
- (53) 浦部・前掲注 (40) 10-11頁
- (54) 「『国を愛する』という場合の『国』とは、いうまでもなく歴史、文化、伝統を共有する『国民の共同体』、つまり『ネーションとしての国家』であって、権力機構としての国家、つまり『政府』ではない」。百地章『憲法と日本の再生』41頁（成文堂、

- 2009)
- (55) 西修『憲法改正の論点』23頁（文春新書、2013）。西氏は「外国人への参政権の付与は、国政はいうまでもなく、地方政治においても、認めるべきではない」との立場である。同書・146頁
- (56) 高乗・前掲注（3）102頁
- (57) 高乗・前掲注（3）103頁
- (58) 大石・前掲注（25）78頁
- (59) 長尾・前掲注（13）297頁
- (60) 百地・前掲注（23）28頁参照
- (61) 高乗・前掲注（3）110頁参照
- (62) 「忠誠心」、「忠誠義務」に対する反対論もある。青柳／山越・前掲注（37）56頁参照。近藤敦『外国人参政権と国籍〔新版〕』74頁参照（明石書店、2001）
- (63) 高橋正俊「日本国民の観念」『現代立憲主義と司法権 佐藤幸治先生還暦記念』529-530頁参照（青林書院、1998）。また、「日本国民の要件は、国籍法以前に日本国民の観念が歴史的に成立している」と解するものとして、高乗正臣「定住外国人の参政権」憲法研究第28号19-20頁参照（憲法学会、1996）
- (64) 以下、高橋氏の議論は、高橋・前掲注（63）515-547頁参照
- (65) 長尾・前掲注（5）28頁参照
- (66) 長尾・前掲注（5）28頁
- (67) 高乗・前掲注（3）107頁

#### 主要参考文献

- 芦部信善著／高橋和之補訂者『憲法〔第五版〕』（岩波書店、2011）
- 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」横浜国際経済法学第4巻第1号（1995）
- 浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』（日本評論社、2016）
- 「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）
- 江川英文・山田鎌一・早田芳郎『国籍法〔第3版〕』（有斐閣、1997）
- 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』（日本評論社、1995）
- 「外国人の参政権」樋口陽一／高橋和之『現代立憲主義の展開 上』（有斐閣、1993）
- 大石眞『憲法講義Ⅰ〔第三版〕』（有斐閣、2014）
- 『憲法講義Ⅱ〔第二版〕』（有斐閣、2012）
- 大沼保昭「『外国人の人権』論再構成の試み」法学協会編『法学協会百周年記念論文集

- 第二巻』（有斐閣、1983）
- 岡崎勝彦「外国人の地方参政権」公法研究第56号（1994）
- 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993）
- 小林正士「ヘーゲル『法哲学』と市民法学の原理」（博士論文・国士舘大学、2014）
- 「ヘーゲルとランケー国家における自由と義務―」国士舘法研論集第17号（2016）
- 「ヘーゲル法哲学における自然と自由―Manfred Riedelの所説に即して―」国士舘法研論集第16号（2015）
- 「ヘーゲルにおける法、道徳、人倫―Bruno Liebrucksの所説に即して―」国士舘法研論集第15号（2014）
- 「ヘーゲル法哲学の構造と市民法学」国士舘法研論集第14号（2013）
- 「ヘーゲルの社会理論と市民法原理」国士舘法研論集第13号（2012）
- 「ヘーゲルの社会哲学と市民法原理」国士舘法研論集第12号（2011）
- 「市民法学における社会認識のための一考察」国士舘法研論集第11号（2010）
- 「市民法学の論理とヘーゲル『法の哲学』」国士舘法研論集第10号（2009）
- 近藤敦『外国人参政権と国籍〔新版〕』（明石書店、2001）
- 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）
- 「人権の観念と主体」公法研究 第六十一号（1999）。
- 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―」法学教室通巻152号（1993）
- 篠原敏雄『市民法学の輪郭「市民的徳」と「人権」の法哲学』（勁草書房、2016）
- 『市民法学の可能性―自由の実現とヘーゲル、マルクス―』（勁草書房、2003）
- 『市民法学の基礎理論―理論法学の軌跡―』（勁草書房、1995）
- 高田篤「外国人の選挙権―ドイツ連邦憲法裁判所違憲判決の論理」法律時報64巻1号（1992）
- 高乘正臣『人権保障の基本原則』（成文堂、2007）
- 「定住外国人の参政権」憲法研究第28号（憲法学会、1996）
- 高橋正俊「日本国民の観念」『現代立憲主義と司法権 佐藤幸治先生選歴記念』（青林書院、1998）
- 辻村みよ子『憲法〔第5版〕』（日本評論社、2016）
- 『比較憲法〔新版〕』（岩波書店、2011）
- 『市民主権の可能性―21世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』（有信堂、2002）
- 「選挙と『市民の意思形成』」公法研究第五十九号（日本公法学会、1997）
- 「国際化・地域化のなかの国家主権・国民主権 フランスからの考察」法律時報67巻6号（1995）

- 長尾一紘『外国人の選挙権 ドイツの経験・日本の課題』（中央大学出版部、2014）  
『日本国憲法〔全訂第4版〕』（世界思想社、2011）  
「永住外国人の地方参政権—現状と課題」『都市問題』第92巻第4号（2001）
- 西修『憲法改正の論点』（文春新書、2013）
- 長谷部恭男『憲法〔第六版〕』（新世社、2014）
- 樋口陽一『憲法〔第三版〕』（創文社、2007）
- 百地章「国家論の再構築に向けて—試論—」『憲法における普遍性と固有性』（憲法学会  
設立五十周年記念論文集編集委員会、2010）  
『憲法と日本の再生』（成文堂、2009）  
「憲法と永住外国人の地方参政権」『都市問題』第92巻第4号（2001年4月号）
- 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67巻7号（1995）
- 判例時報1452号  
判例時報1523号  
法学教室別冊付録判例セレクト98（憲法）222巻