

# 条例による外国人地方選挙権付与の合憲性

後藤 光男

## 目次

- 1 はじめに
- 2 外国人への地方選挙権付与の合憲性
  - (1) 外国人の類型
  - (2) 外国人の権利保障
  - (3) 外国人地方選挙権の保障
  - (4) 「地方自治の本旨」と外国人地方選挙権
- 3 条例による外国人地方選挙権付与の合憲性
  - (1) 憲法上の「法律の留保」との関係
  - (2) 法律と条例との関係
- 4 残された課題——外国人の被選挙権付与について——

## 1 はじめに

外国人の参政権（選挙権）について、最高裁判所1995年2月28日判決は、地方自治体レベルで付与することの可能性に言及し、次のように判示した<sup>1)</sup>。

憲法にある地方自治の保障は、地方自治が民主主義社会において重要であるということ为前提に、「住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務」は、その地域の「住民の意思」に基づいて、「その区域の地方公共団体が処理する」政治形態を憲法上の制度として保障しようとするものである。それゆえ、日本に在住する外国人のうちでも、永住者など、「その居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係」をもつ人に、地方参政権を与えることは憲法上禁止されていない<sup>2)</sup>。

これを受けて、それ以後、定住外国人に対して地方参政権を付与すべきであるとの意見が強まり、1999年には、自民、自由、公明の与党三党によって、定住外国人に地方選挙権を付与する法律案の提出が合意された。しかし、さまざまな政治的事情により、その法案の提出は遅れているというのが現状である<sup>3)</sup>。

1) 最判1995（平成7）・2・28民集49巻2号639頁、判例時報1523号49頁。

2) 渋谷秀樹『憲法への招待〔新版〕』（岩波新書、2014年）39頁。

しかし、こうしたことを解決するひとつの方法として次のようなことが考えられないであろうか。渋谷秀樹は「地方公共団体が条例を制定してその長と議会の議員の選挙権を付与することができるであろうか？」（『日本国憲法の論じ方 [第2版]』2010年<sup>4)</sup>）と問うている。また、それ以前には、和田進が外国人選挙権条例として、「歴史的事情から在日朝鮮・韓国人の居住者の多いA市では、日本に3年以上居住し、A市に3か月以上住所を有する外国人に対して、市長および市議会議員の選挙権を与える条例を制定した。この条例は、憲法に反しないか」と問うている（『別冊法学セミナー司法試験シリーズ憲法 I [総論・統治（第3版）] 1994年』<sup>5)</sup>）。同様に、戸波江二も次のようなケースを考えている。「歴史的事情から在日朝鮮・韓国人の居住者の多いA市では、1年以上市内に居住している外国人に対して、市長および市議会議員選挙の選挙権を与える条例を制定しようとしている」。この条例にはどのような憲法問題が含まれているか。条例制定権の範囲と限界との関係でこの条例を制定することができるか（公職選挙法9条2項、地方自治法18条参照）、また、市長および市議会議員の被選挙権を与える条例の場合はどうか、というものである（「条例制定権の範囲と限界」法学セミナー 1993年7月号 [463号]<sup>6)</sup>）。

この問題の関連法令は以下である。

#### 公職選挙法

##### （選挙権）

第9条 日本国民で年齢満二十年以上の者は、衆議院議員及び参議院議員の選挙権を有する。

2 日本国民たる年齢満二十年以上の者で引き続き三箇月以上市町村の区域内に住所を有する者は、その属する地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を有する。

3 （略）

##### （被選挙権）

第10条 日本国民は、左の各号の区分に従い、それぞれ当該議員又は長の被選挙権を有する。

一 衆議院議員については年齢満二五年以上の者

二 参議院議員については年齢満三十年以上の者

三 都道府県の議会の議員についてはその選挙権を有する者で年齢満二五年以上のもの

四 都道府県知事については年齢満三十年以上の者

3) 「1999年、自民・自由・公明連立政権の合意事項を公明党が主導した、……共産党も被選挙権すら認める法案を作成した。国際社会では、すでにEUが92年にマーストリヒト条約で『EU市民権』を確立し、加盟27カ国のいずれに居住しようとも、加盟国市民は地方参政権を行使できるようになった。2005年6月に韓国もアジアで最初に先行した。」徐龍達「外国人地方選挙権—アジア市民社会への道」『世界』(岩波書店) 2010年4月号51頁。藤井俊夫『憲法と人権 I』(成文堂、2008年) 52頁、『歴史教科書・在日コリアンの歴史』(明石書店、2006年) 122頁、及び田中宏「疎外の社会か、共生の社会か—外国人の参政権はなぜ必要か」『世界』(岩波書店) 2010年4月号41頁以下参照。

4) 渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方 [第2版]』(有斐閣、2010年) 434頁。

5) 和田進『別冊法学セミナー司法試験シリーズ憲法 I [総論・統治 (第3版)]』(日本評論社、1994年) 215頁。

6) 戸波江二「条例制定権の範囲と限界」法学セミナー 1993年7月号 [463号] 76頁。

- 五 市町村の議会の議員についてはその選挙権を有する者で年齢満二五年以上のもの
- 六 市町村長については年齢満二五年以上の者
- 2 前項各号の年齢は、選挙の期日により算定する。

地方自治法

(住民の選挙権)

第11条 日本国民たる普通地方公共団体の住民は、この法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の選挙に参加する権利を有する。

(選挙権)

第18条 日本国民たる年齢満二十年以上の者で引き続き三箇月以上市町村の区域内に住所を有するものは、別に法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を有する。

(被選挙権)

第19条 普通地方公共団体の議会の議員の選挙権を有する者で年齢満二五年以上のものは、別に法律の定めるところにより、普通地方公共団体の議会の議員の被選挙権を有する。

2 日本国民で年齢満三十年以上のものは、別に法律の定めるところにより、都道府県知事の被選挙権を有する。

3 日本国民で年齢満二五年以上のものは、別に法律の定めるところにより、市町村長の被選挙権を有する。

本稿では、この問題に焦点を当て、条例による外国人選挙権付与の可能性について一定の検討を行ってみよう。

## 2 外国人への地方選挙権付与の合憲性

### (1) 外国人の類型

外国人にも、一時的旅行者などの一般外国人のほか、日本に生活の本拠をもち、しか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。

具体的には次のように類型化されている。

- ① 観光や会議出席などの旅行で短期間滞在するもの、
- ② ビジネスや技術研修・留学・研究などの目的で1年以上滞在するもの、
- ③ 在留を更新して5年以上にわたり「帰化」（日本国籍取得）を申請するのが可能になるほど日本社会に密着して長期間滞在するもの、
- ④ 「帰化」せずに永住権を取得したもの（「一般永住者」という）、
- ⑤ 戦前の旧植民地（旧「外地」）出身者で戦前（連合国との降伏文書に調印した1945年9月2日以前）から「本邦」（旧「内地」）に居住するもの、および、戦後（同9月2日以

後)から平和条約発効日(1952年4月28日)までに「本邦」で出生したもの(「平和条約国籍離脱者」)ならびに「平和条約国籍離脱者の子孫」(これらの人々を併せて「特別永住者」という)。

「定住外国人」とは、この類型のうち「一般永住者」と「特別永住者」を指すが、5年以上の長期滞在者を含める場合もある<sup>7)</sup>。特に、特別永住者の場合、植民地支配時には「帝国臣民」とされ、第2次大戦後には、一方的な法的措置によって「外国籍」とされているのである。日本を生活の本拠にしているものであり、生活実態からみると同様の権利保障が必要とされる。ここで問題となるのは日本に生活の本拠をおいて一定の居住年数を経た外国人である。

## (2) 外国人の権利保障

外国人の権利保障について、最高裁は、外国人の人権享有主体性を認める立場をとっており、「いやしくも人たることにより当然享有する人権は不法入国者といえどもこれを有する」とする(最大判1950〔昭和25〕年12月28日)<sup>8)</sup>。さらに、政治活動等を理由に在留期間の更新を拒否されたマククリーン事件判決で、「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」(最大判1978(昭和53)年10月4日)<sup>9)</sup>として権利の性質説を採用しているが、外国人一般の選挙権については認められないとするのが判例の立場である。

## (3) 外国人地方選挙権の保障

国政選挙権については公職選挙法9条1項、地方選挙権については同条2項、両者の被選挙権については同10条1項が規定しており、そこでは選挙権・被選挙権の資格として「日本国民」という要件が課されている。地方自治体の選挙権について規定している地方自治法11条・18条においても同様である。

外国人の参政権を考察する場合、

①外国人の権利が憲法上禁止されている(禁止説——憲法は国政・地方とも「日本国民」以外に参政権を付与することを禁止しているので、法律を制定すれば違憲となる)、

7) 古川純「外国人の政治参加(参政権)」法学教室1999年5月号40頁。

8) 最大判1950(昭和25)・12・28民集4巻12号683頁。

9) 最大判1978(昭和53)・10・4民集32巻7号1223頁、判例時報903号3頁。

②外国人の権利が憲法上肯定されている（要請説——憲法は外国人に参政権付与を要請しており、それが実現されていない現行法または立法不作為は違憲となる）、

③外国人の権利は禁止も肯定もされおらず立法によって容認することができる（許容説——憲法は外国人参政権付与をなんら禁止していないので、国会の立法政策に委ねられている）、を明確に区別して論じなければならないことが指摘される<sup>10)</sup>。

参政権については、国民主権原理を根拠にして、国のレベル、地方自治体のレベルともに、選挙権・被選挙権を否定するのが通説となってきた。

しかし、近年の有力説は、地方自治体のうち市町村レベルでの定住外国人の選挙権を認める見解である。芦部信喜は次のように述べている。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。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（公職選挙法9条・10条、地方自治法18条参照）。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ができる、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（最判1995〔平成〕7年2月28日<sup>11)</sup>）。また、佐藤幸治は、憲法93条2項も国民主権の原理を基礎に考えるべきであるが、地方公共団体の中でも、とりわけ元来住民の日常生活に密着する市町村レベルにあって、団体ないしその機関の行使する権能の種類や性質いかんによっては、法律により定住外国人に選挙権を認めることは可能であると解すべきであろう、という<sup>12)</sup>。

都道府県レベルでも認める見解は樋口陽一、中村睦男等のとるところである。樋口陽一は次のように述べる。参政権については、それを外国人に認めることが国民主権の伝統的理解と抵触する、という意味で憲法問題が生ずる。近代国民国家の枠組を前提とする限り、国政についての選挙権・被選挙権を外国人に認めることは、国民主権原理と両立し難いとしても、地域社会構成員としての性格に着目して、地方自治体の選挙につきそれらを見とめることは、一般的にいて、違憲の問題を生じないと解することができよう、という<sup>13)</sup>。中村睦男も次のようにいう。日本国憲法の枠組みのなかでの国民主権原理は伝統的な国民主権原理を維持しているものと解されるので、国政レベルの参政権は日本国民に限られるのである。地方公共団体レベルの選挙権については、選挙権が禁止されていないとする禁止説、選挙権の保障が憲法上要請されており、外国人を排除するのは違憲とする

10) 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年）9頁。

11) 芦部信喜＝高橋和之補訂『憲法（第5版）』（岩波書店、2011年）92頁、最判1995（平成7）・2・28民集49巻2号639頁。

12) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）145頁。

13) 樋口陽一『憲法（第3版）』（創文社、2007年）186頁。

要請説、外国人に選挙権を保障するか否かを立法政策に委ねられているとする許容説に分類されている（長尾一紘・外国人の参政権94頁注（2）[2004年]）。禁止説は、地方公共団体レベルの選挙権も国政レベルの選挙権と同様に国民主権の原理に基づくものであり、憲法93条2項の「住民」は、憲法15条1項の日本「国民」を前提にしていることを理由としてあげている。しかしながら、外交、国防、幣制などを担当する国政と住民の日常生活に密接に関連を有する公共的事務を担当する地方公共団体の政治・行政とでは、国民主権の原理とのかかわりの程度に差異があることを考えると、地方公共団体レベルの選挙権を一定の居住要件の下で外国人に認めることは立法政策に委ねられている。最高裁も、憲法93条2項が外国人の選挙権を保障したものではないが、「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」、法律で地方公共団体での選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されるものではないとして、許容説の立場に立っている（最判平成7年2月28日民集49巻2号639頁）<sup>14)</sup>。

以上の説は、市町村レベル、都道府県レベルの違いはあるものの、法律で定住外国人に地方選挙権を付与することは憲法上可能とするものである。しかし、こうした説にあっても条例で定住外国人に地方選挙権を付与できるかどうかについては言及がなされていない。この点については後述する。なお、山内敏弘は、定住外国人に選挙権を認めるか否かは当該自治体が地方自治の本旨、あるいは住民自治の原則に則って決めればよいのであって、法律で一義的に定住外国人の選挙権を剥奪することは、やはり憲法の趣旨にそぐわないと思われる、と指摘している<sup>15)</sup>。

このように地方自治体の選挙については外国人にも認められるとするのが近年の有力説である。その理由として、和田進は以下の点を挙げて整理する<sup>16)</sup>。

(1) 地方自治体は、外交、防衛などの対外的な関係での事務を処理せず、地域住民の日常生活に密着した事務を取り扱うのであり、その地域共同体の一員としての生活を送っている外国人に対して、当該地域の管理・運営についての共同決定に参加資格を認めることは許容される。

(2) 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」と規定するが、他方、93条2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」と規定している。ここにいう「住民」とは必ずしも「国民」の部分を指すものではなく、地方自治法

14) 中村睦男・野中俊彦ほか『憲法 I [第5版]』（有斐閣、2012年）225頁。

15) 山内敏弘「人権の国際化」樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす』（日本評論社、1994年）195頁。

16) 和田進・前掲216頁。

10条1項が「住民」を「市町村の区域内に住所を有する者」と定義しているように、「国民」とは異なる概念と理解することが可能である。

(3) 憲法92条にいう「地方自治の本旨」の基本的構成要素である「住民自治」の確保の実現にとって、当該地域に生活の本拠を持ち、地域共同体の一員である外国人に選挙権を保障することは「住民自治」に適合的なこととなる。

選挙権に関する判例では、イギリス国籍を有する外国人が起こした参議院議員選挙権訴訟がある。この原告は、1981年に日本人女性と婚姻し、翌年から日本に定住して、1987年に永住許可を取得。同人との間に日本国籍を有する二人の子どもがいる。原告は、1989(平成元)年7月23日施行の参議院議員選挙での投票を行うことができなかつたため、公職選挙法9条1項の規定が国民の参政権を保障した憲法15条1項の規定及び法の下での平等を保障した憲法14条の規定に反するとして、国に対し、国家賠償を求めて出訴した。最高裁判決は、「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、14条に違反するものではないこと」は、1975(昭和50)年10月4日のマクリーン事件最高裁大法廷判決の趣旨に徴して明らかであるという簡単な理由のもとで、外国人の選挙権を否定し、参議院議員選挙における選挙権の行使は認められないとしている(1993[平成5]年5月26日判例時報1452号37頁)。

その後、日本で生まれ、日本に生活の本拠をおいている永住資格を有する在日韓国人が起こした地方選挙権訴訟がある。原告らは、いずれも日本で生まれ、日本に生活の本拠をおいている永住資格を有する在日韓国人である。原告らは、自分たちは地方公共団体における選挙権は憲法上保障されているとして、1990(平成2)年、居住地の選挙管理委員会に対して、選挙人名簿に登録することを求めて異議の申出をした(公選法24条)。しかし、選挙管理委員会により却下されたので、この却下決定の取消しを求めて訴えを提起した(公選法25条[名簿訴訟])<sup>17)</sup>。

原審(大阪地判1993[平成5]・6・29判タ825号134頁)は、(1)憲法15条により参政権を保障されている「国民」とは、「日本国籍を有する者」に限られるので、定住外国人には公務員の選定・罷免権は認められない、(2)憲法93条2項の「住民」と憲法15条1項の「国民」とは別個の概念でとらえるのは適切ではなく、93条2項の「住民」は日本「国民」であることが前提となっている、(3)以上によれば、日本国籍を有しない定住外国人は参政権を憲法が保障していると認めることはできない、として請求を棄却した。

これに対して、最高裁は1995年2月28日、本論文の冒頭で紹介したごとく、次のような趣旨の判決を下した。①「憲法の国民主権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

17) 後藤光男「外国人の地方参政権」『別冊ジュリスト憲法判例百選Ⅰ[第5版]』(2007年)12頁。

する権利を保障した憲法15条1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」、②国民主権の原理と憲法15条1項の趣旨と、地方公共団体が国の統治機構の不可欠の要素であることからすると、憲法93条2項にいう「住民」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。日本に在留する外国人は、地方公共団体の長、議会の議員等の選挙の権利を保障したものということとはできない、とする。

それでは外国人には、地方選挙権は認められないということになるのか。最高裁は次のように述べる。③「憲法第8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」として、定住外国人の地方選挙権付与に道を開いた（許容説）。

最高裁は、地方レベルの場合には、「日常生活に密接な関連を有する」とか、「特段に緊密な関係」をもつというように、地域への事実上の帰属関係がありさえすれば、国籍がなくても、地方参政権を認めることを憲法は禁止していない、つまり法律でそれを認めることができる、といっている。

渋谷秀樹は、この点を次のように評価している。最高裁は、参政権の根拠には、国籍という法的帰属関係、つまり約束事の世界における帰属関係のみならず、日常生活における事実上の帰属もありうることを指摘した。このことは、現実に統治される人が政策決定に参加するという社会契約説の原点への覚醒、つまり「国家の領域に暮らす人々＝国民」の論理への復帰とすることができる。つまり「ある地域に住む国籍保有者＋ある地域の居住者」＝「住民」→地方参政権、という図式が成り立つからである。そして、この論理は、国政レベルでも地方政治レベルでも質的な違いはないはずである<sup>18)</sup>。筆者も同様な理解をしている。すなわち、立憲主義の原点にある社会契約論の理念の地方自治体への適用ということである。その地方自治体に生活の実態を有するもの、生活の本拠を有するものが、その地方自治体の政治に参加するのが筋である。地方自治体という共同社会の自治と捉えるのである。

藤井俊夫も同様であろう。「代表なきところ課税なし」は民主主義のスローガンであり、

18) 渋谷秀樹『憲法への招待』（岩波新書、2001年）40頁。



憲法上納税の義務は「国民」の義務となっているが、日本では納税義務は居住地主義によっている。そもそも本質的には「民主主義」というのは必ずしも「国籍」のみを単位として考えなければならないわけではなく、国籍にかかわらず、そこに「生活の本拠をもつ住民」を単位として考えることもできないわけではない。民主主義を「共同体の自治」であると考えれば、「生活の本拠をもつ住民」を単位とすることの方が当然である。とくに代表制民主主義および選挙権の問題を原理的にさかのぼって、「社会契約論」の観点から考え直してみると、そこで重要なことは「共同体の一員」であるかどうかが基本的なものであって、「国籍」の有無はむしろそれに付随した技術的なものである<sup>19)</sup>。また、渋谷秀樹は、地方参政権のあり方は、本来は全国一律ではなく地方住民がそれぞれに考えるべき問題で、全国一律に否定されているという現実こそがおかしいという発想が重要であるといえるという<sup>20)</sup>。

#### (4) 「地方自治の本旨」と外国人地方選挙権

「地方自治の本旨」とは、団体自治と住民自治の二つの要素からなり、団体自治とは地方政府の地方統治権であり、住民自治とは地方選挙権であると把握できる。95条は、地方特別法について地方住民の意思が中央政府の議会の意思に優越することを定め、地方参政権の地方における最高性を示している。地方参政権のあり方を定めるのは、地方公共団体の専権的事項とすることができる。地方定住者がその地で行われる公共政策の決定プロセスに参加することは憲法の要請であり、なんら憲法に反するものではない。

筆者は以前の論稿で日本国憲法における「国民」概念を検討したことがある。とりわけ特別永住者についての検討を行い、そこにおける一定の結論として、「国民」という概念の中に含まれ、二重国籍的地位を有することを指摘した。こうした理解に立てば、特別永住者の国政・地方の選挙権、被選挙権行使を排除している現行制度は論理的には違憲ということになる<sup>21)</sup>。

この点、一歩譲って、永住外国人は外国人という範疇に属するとしうえで、最高裁判決の論理に立った場合、国政選挙権は認めることはできないが、地方選挙権については、ある一定の特性を備える外国人（「日常生活に密接な関連を有する」外国人、地方公共団体と「特段に緊密な関係」をもつ外国人）には認めることができるのではないか。この問題を憲法上、どのように位置づけ理解するかということである。

19) 藤井俊夫『憲法と人権Ⅰ』（成文堂、2008年）48頁。

20) 渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方【第2版】』（有斐閣、2010年）384-385頁。

21) 後藤光男「憲法10条・国籍法と旧植民地出身者」早稲田社会科学総合研究13巻3号（2013年）19頁以下、「日本国憲法制定史における『日本国民』と『外国人』」比較法学45巻3号（早稲田大学比較法研究所、2012年）1頁以下、参照。

この問題に関連して、渋谷秀樹は次のように述べている。明治憲法から現行憲法になって、天皇の臣民（subjects）、すなわち、天皇の統治権に服する、日本領土内に生活の本拠を有する者が主権者となった、つまり定住外国人を含む住民（citizen）すべてが国民主権という国民であると理解するのが憲法の論理であろう。このように理解すると、国籍法の規定はともかく定住外国人に選挙権を付与していない公職選挙法の規定（9条等）は論理的に違憲と解されることになる<sup>22)</sup>。

定住外国人参政権付与条例は、国会の法律の定立あるいは改正の不作为を地方公共団体が条例で補おうとしたものと理解できる。

### 3 条例による外国人地方選挙権付与の合憲性

近年の有力説、最高裁判例の「許容説」に立つと、公職選挙法や地方自治法を改正して外国人に選挙権を付与することは憲法上認められるということになる。憲法では外国人の地方選挙権付与が許容されるのにかかわらず、法律が未だ制定されていない状況において、その不備を条例で補うことができるであろうか、ということである。この問題についてどのように考えるべきであろうか。

日本国憲法は二つの政府を予定している。一つは中央政府であり、一つは地方政府である。中央政府の参政権の主体は、日本の領域内に生活の本拠を有するものであり、定住外国人をも含む。地方政府の参政権の主体は、その自治体内に生活の本拠を有するものであり、定住外国人を含む。

日本国憲法の地方自治に関する規定は次のようなものである。

#### 日本国憲法 第8章 地方自治

第92条 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いて、法律でこれを定める。

第93条 地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する。

②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。

第94条 地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。

第95条 一の地方公共団体だけに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定することができない。

22) 渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方〔第2版〕』（有斐閣、2010年）436頁。

外国人に地方選挙権を付与する条例の問題点として、(1) 憲法92条で「地方公共団体の組織及び運営は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める」とし、93条で「法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する」としていることとの関係（憲法上の「法律」の留保）、次に、(2) 公職選挙法9条2項、地方自治法11条、18条が地方選挙権の行使について「日本国民」を要件としていることとの関係（法律との関係）、の二点があげられる<sup>23)</sup>。

#### (1) 憲法上の「法律の留保」との関係

外国人選挙権条例について、戸波江二は、積極・消極の両説ともに成り立つと思われるが、おそらく実務や学説の多数は違憲論に立つものと推測されるという<sup>24)</sup>。そこでは次の理由が主張される。①憲法92条が「法律で定める」としている趣旨は「地方公共団体は、国から完全に独立な存在ではあり得 [ない]」（宮沢俊義・憲法コメ761頁）ことを示すことであり、地方公共団体の基本的組織についても法律で定めなければならない。②選挙権者の範囲の確定は重要事項であり、また、全国で統一的に規制されるべきであるので、条例の規制は許されない。

しかし、戸波江二は、外国人選挙権条例を適法とすることは十分可能であるとして、次の理由をあげている。①憲法92条の力点は「地方自治の保障」にあり、法律の規定が「地方自治の本旨」に適合すべきことにあるのであって、「法律」という定めにより条例制定権を限定する意味を読み込むことは妥当ではないこと、②地方自治の基本組織の前提をなす「住民自治」の理念からすれば、組織・運営のあり方について住民の意思を尊重することは認められるべきこと、という理由からして、条例で地方自治の組織および運営について定めることを、憲法92条は必ずしも否定していない<sup>25)</sup>。

この点について、和田進も「憲法92、93条の規定の趣旨は、『地方自治』の理念に基づいて地方公共団体が設置されること、地方公共団体には『議事機関として議会』が設置されなければならないことを規定するものであり、『地方公共団体の組織及び運営』について法律以外に何らかの規定をすることを否定するという趣旨のものではなく、条例によって定めることも認められると解すべきである。条例制定権は、地方自治の本旨から派生する本質的な要素であり、地方の実情に応じて住民の意思に基づき、地方自主法たる条例により組織・運営に関する事項を規定することも当然に認められると解すべきである」という<sup>26)</sup>。

こうした見解に立てば、選挙に関する事項は法律の留保事項であるが、条例で外国人に

23) 戸波江二・前掲79頁。

24) 戸波江二・前掲79頁。

25) 戸波江二・前掲80頁。

26) 和田進・前掲217頁。

地方選挙権を付与することは認められるということになる。

地方公共団体の基本的組織については、基本構造は憲法で規定されている。憲法の規定と異なる条例を制定することには限界があることが確認されなければならない。例えば、憲法が規定するものと異なる組織構造を定めることは認められないと解される。憲法は、地方自治のレベルでは中央政治のレベルよりも強力な民主主義（住民による参加・自治）を保障しており、かつ、中央政府から独立した団体として自治能力を発揮すること（団体自治）を期待している。そうだとすると「地方自治の本旨」とは、こういった観点を踏まえたものであるといわなければならない。ともあれ、憲法はつぎのことだけは自ら命じている。第1、地方公共団体には、「その議事機関として議会を設置する」こと（93条1項）、第2、「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」こと（同条2項）、である。「地方公共団体」であるからには、憲法上この二つの要件だけはみたさなければならない。としても、その組織を作用させる選挙権については、その地方政府に生活の基盤を有する住民が、住民自治によって画定することができることは十分可能であるように思われる。

## （2）法律と条例との関係

公職選挙法9条2項、地方自治法11条・18条は、地方選挙権の行使につき、「日本国民」を要件としている。憲法94条は「地方公共団体は、……法律の範囲内で条例を制定することができる」と規定し、これを受けて地方自治法14条1項は「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第2条第2項の事務に関し、条例を制定することができる」と規定している。条例制定事項として「2条2項の事務」であるという条件をあげ、さらに「法令に違反しない限り」ということを要求している。

条例は、地方公共団体の事務に関ししなければならないという点について、戸波江二が指摘しているように、「結局、何が地方公共団体の事務に該当するかは、条例制定権ひいては地方自治権を広く理解することを基本にして、具体的な事務の内容に応じて地方公共団体の任務かどうかを考えていくべきことになる」という<sup>27)</sup>。

法律と条例の効力関係について、徳島市公安条例事件最高裁判決の示した基準が支配的な見解になっている。同判決は「……普通地方公共団体の制定する条例が国の法令に違反する場合には効力を有しないことは明らかであるが、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者のあいだに矛盾抵触があるかどうかによってこれを決しなくてはならない」と判示している（最大判1975〔昭和50〕年9月10日）。

---

27) 戸波江二・前掲78頁。

例えば、①ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体から見て、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に反することとなし、②逆に特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例とのあいだにはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえない。

学説においては、次のような見解が支配的である。法令先占論は問題を単純化しすぎていたのであって、各法律の趣旨を地方自治のかかわりで解明すると、次の二つに大別される<sup>28)</sup>。

A 規制限度法律（最大限規制法）

B 最低規制基準法律（全国的な規制の最低基準法）

Aパターンの法律は取締りの限度・最大限を合憲的に定めていると解すべき場合だから、規制「上乘せ条例」を原則的に違法とする。これに対し、Bパターンでは、国の法律はゆきすぎ規制にならないように全国的な最低規制を定めた趣旨なので（ナショナル・ミニマム）、地方自治的な上乘せ条例をむしろ容認・予定していると解される。

人身の自由を抑える身体強制の定めは限度法になりやすいが、住民の生存権・人間らしい生活の保障のために企業の財産権を制限し、しかも行政需要に地域差があるような、産業公害規制の法令にあっては、AではなくBパターンの解釈が適合しやすい。

それでは本条例をどのように考えるべきであろうか。地方選挙権についての法律の規定は、地方の実情にかかわらず全国一律に守るべき基本的基準を設定したものと解すべきであるとし、従って、条例によって選挙権を制限したり、年齢要件を18歳に低下したりすることは許されないが、定住外国人に選挙権を認めることは、法律で定める選挙資格要件の積極的侵害ではなく、選挙資格を付与することであり許されると解すべきである、とする理解がある<sup>29)</sup>。

条例によって既存の権利を制限する条例は憲法上認められないが、外国人に地方選挙権を付与するような権利を拡大する条例は認められるということになる。この点について、

28) 兼子仁『新 地方自治法』（岩波新書、1999年）194頁以下。

29) 和田進・前掲217頁。

戸波江二は次のように指摘している。地方自治法、公職選挙法との抵触について、法律と条例との関係については基本的に弾力的解釈によるべきであるという立場から、①たしかに選挙権の要件は統一的に定められるべき重要事項といえるが、しかし、問題が地方選挙に関することがらである以上、各地方自治体の自主的な判断を尊重することには理由があること、②とくに在日朝鮮・韓国人が多いというような地方自治体の特質などを考慮に入れることは可能かつ必要なこと、③市内在住の外国人に選挙権を付与するという条例は、法律で定められた基本要件を変更するものではなく（たとえば選挙権者を18歳に下げることが選挙権の要件一般に関する規律であり、条例には適さないであろう）、一般の選挙資格はそのままにして特別の選挙権者を付加するにとどまること、という理由をあげ、外国人地方選挙権条例を容認している<sup>30)</sup>。

法律による付与が許容され、あるいは望ましいにもかかわらず、法律がそれを制定していない状況において、条例でその不備を整備することは、憲法上どのように評価されるか、という問題である。最高裁が、地方選挙権について許容説をとっている（最判平成7・2・28）ことを考え合わせれば、条例による当該地方公共団体の参政権の付与は、法律の規定を横出し的に広げて定める規定ということになる。

法律の沈黙をどのように理解するかということになるが、権利を制限する範囲を広げる条例の規定であれば、憲法との整合性を慎重に判断する必要がある。しかし、そのような場合とは異なり、定住外国人に地方参政権を付与するような場合、つまり、権利付与を広げる条例の規定を同視しなければならない必要性はない、といえる<sup>31)</sup>。

地方参政権のあり方は、本来は全国一律ではなく地方住民がそれぞれに考えるべき問題で、全国一律に否定されているという現実こそがおかしいという発想が重要である<sup>32)</sup>。法律や条例で選挙権者の範囲を定めるというのは法技術上の問題に過ぎないといえる。筆者もこうした理解が正当であると考え、前述の戸波江二、和田進は、条例により外国人参政権付与は認められると解しており基本的に妥当なものである。ただ、そこにおいて、両説ともに選挙権年齢を18歳に引き下げることは認められないという。しかし、条例によって18歳にするということは認められないのであろうか。権利を拡大する条例ということにはならないのか、検討の余地があると考え。

地方政府を構成するのはそこで生活している住民である。住民自らの生命・自由・財産を守るために契約を結んで地方政府をつくるのである。このように考えるならば、地方政府をつくる住民が契約によって選挙権年齢の範囲を18歳に設定したとしても特段支障は

---

30) 戸波江二・前掲80頁。

31) 渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方 [第2版]』（有斐閣、2010年）438頁。

32) 渋谷秀樹・前掲書439頁。

生じないのではないか。また、当然被選挙権付与についても可能と考えられるであろう。

日本国憲法は「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」(前文1段)と規定している。地方政府については、「そもそも地方政治は、住民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は住民に由来し、その権力は住民の代表者がこれを行使し、その福利は住民がこれを享受する」と読み込むことになるであろう。

中央政府について、憲法44条は「両議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める」とするのみで、地方選挙権の資格を定めることについては法律に留保していない。それゆえ地方政府は本来的には「長・議会の議員及びその選挙人の資格は、条例でこれを定める」ということになるだろう。

最高裁は、日本に在留する外国人のうちでも、永住者など、「その居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係」をもつ人に、地方参政権を与えることは憲法上禁止されていない、とした(最判1995・2・28)。社会契約論の原点に立ち返って考えた場合、その地方政府と特段に緊密な関係をもつ人には、地方政府の参政権(選挙権・被選挙権、公務就任権など)が与えられているということにならざるを得ないであろう。つまり、立憲主義の原点にある社会契約論の理念から考えると、地方政府の統治権の及ぶ空間内に生活の本拠を有する者(定住者、特別永住者などを含む)が、統治に参加する権利(参政権)を有するということになる。

参政権は、政府の公共政策の作成と遂行に参加する権利であり、その具体的な内容として、選挙権・被選挙権、公務就任権(公務員になる権利)がある。こうした権利は地方政府に生活の本拠を有する者(定住者、特別永住者など)は、当然保有しているというのが筋ということになる。

#### 4 残された課題——外国人の被選挙権付与について——

外国人に被選挙権を付与する条例をどのように考えるべきであろうか。公務就任能力に関し、政府は、1953年の内閣法制局見解(「公権力の行使または国家意思の形成への参画にたずさわる公務員となるためには、日本国籍を必要とする」)により、資格を制限してきた。

被選挙権の問題は未解明の問題であるが、多くの説は消極的に解するものと思われる。例えば、戸波江二は、被選挙権については、外国人の公務就任能力の問題とも関連するが、長・議員が公権力の行使に直接参与する地位である以上、否定されざるをえないであろうという<sup>33)</sup>。

もっとも少数ながら積極的に解する説もある。選挙権と並んで問題となるのが被選挙権

であるが、憲法の「地方自治」の観点からすれば、選挙権と被選挙権を区別して論じなければならない理由は基本的にはないと思われる。最高裁判決の表現を使えば、自治体の公共的事務への住民の意思の反映の仕方は、選挙権行使と並んで、被選挙権行使という形で行うこともできるからである（山内敏弘）<sup>34)</sup>。根森健は、未解明のまま残された問題として、地方参政権のうちの地方議会議員選挙や首長選挙での被選挙権の付与の問題が重要である、という。最高裁判決の論理は、被選挙権の付与を否定するものになっていない点に注目する。なぜなら、「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」には、どうしても地方議会へ議員を送ること、都道府県知事、市町村長といった首長になることは必要だからである<sup>35)</sup>。

筆者は以前の著書『共生社会の参政権—地球市民として生きる—』（成文堂、1999年）において、次のような紹介を行った。スウェーデンでは外国人の籍のまま地方公務員になることができる。18歳以上で3年間スウェーデンに住めば、外国人でも選挙権、被選挙権が地方レベルで与えられる。現に外国人で地方議員になっている人がかなりいる。現在、多くの国で選挙権はすでに18歳であるが、スウェーデンでは被選挙権も18歳である。選挙公職の違いによる被選挙権年齢に格差は一切ない。どの選挙公職も18歳である。「選ぶ能力」があれば「選ばれる能力」もあるに違いないという発想がこの思想の背景にある。国籍よりも「いま現にどこに住んでいるのか」という事実を重視して選挙権に新しい意味を付け加えた。〈地球選挙権〉〈地球市民権〉の発想と表現できる<sup>36)</sup>。

現実に統治される人が政策決定に参加するという社会契約論の原点に立ち返って被選挙権の問題を考えた場合、その社会の構成員は、当然肯定されるということにならざるを得ないのである。条例による外国人参政権付与の問題は、社会契約を核心とする近代立憲主義の観点から原理的に考究することが求められているといえる。

---

33) 戸波江二・前掲77頁。

34) 山内敏弘『人権・主権・平和—生命権からの憲法的省察』（日本評論社、2003年）238頁。

35) 根森健『『外国人の人権』論はいま』法学教室1995年12月号（183号）47頁。

36) 後藤光男『共生社会の参政権—地球市民として生きる—』（成文堂、1999年）116頁、岡沢憲美『スウェーデンの政治』（東京大学出版会、2009年）250頁。