

# 外国人の選挙権・被選挙権

後藤 光男

## 目次

### 1 序説

- (1) 外国人選挙権否定説
- (2) 外国人選挙権肯定説とそれを根拠づける実質論

### 2 外国人の選挙権

- (1) 外国人の地方選挙権—地方政治の選挙権だけを認める限定承認説
- (2) 外国人の地方選挙権付与論の問題点
- (3) 新しい学説の流れ—外国人の国政選挙権付与の論理

### 3 外国人の被選挙権

- (1) 地方自治体における外国人の被選挙権
- (2) 国政における外国人の被選挙権

### 4 結び

## 1 序説

筆者は、本誌前号において、外国人の地方選挙権付与の問題を検討した<sup>1)</sup>。この問題について、最高裁はすでに20年前、1995年2月28日判決において、次のような見解を表明した。「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

1) 後藤光男「条例による外国人地方選挙権付与の合憲性」『早稲田社会科学総合研究15巻1号』(2014年)。

る<sup>2)</sup>。このことが追い風になって、1999年、自民・自由・公明連立政権の与党三党によって、定住外国人地方選挙権付与法案の提出が合意された。共産党は、被選挙権すら認める法案を作成したといわれている<sup>3)</sup>。しかし、さまざまな事情により、その法案は今日まで成立していない。

そこで筆者は、社会契約論に立ち返って、地方自治体が条例を制定して、その長と議員の選挙権を付与することができるかどうかを検討した。そして、結論として、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した<sup>4)</sup>。

地方政府を構成するのはそこで生活を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付与を設定するのは当然のことであるし、被選挙権付与についても当然可能となる、という結論を導いたのである。

最高裁の前述の見解は、民主主義のきわめて常識的なことを述べているにすぎない。社会契約論から考えた場合、その地方政府と特段に緊密な関係をもつ人（その地方団体の構成員）には、地方政府の参政権（選挙権・被選挙権・公務就任権など）が与えられることにならざるを得ないのである。しかし、外国人選挙権の理論的積み重ねはなされてきているものの、被選挙権についてはほとんど議論がなされていないというのが現状である。

本稿では、日本における外国人の選挙権・被選挙権の問題を検討する。まず外国人の選挙権に関する判例・学説を整理し、それと不可分の関係にある被選挙権の問題について焦点を当てて検討してみよう。

本誌前号では、外国人参政権の残された課題として被選挙権の問題があることを指摘した。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、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、否定されざるを得ないであろうと述べる<sup>5)</sup>。

もっとも、少数ながら、外国人の被選挙権付与を積極的に解する説もあったのである。例えば、山内敏弘は、2003年の『人権・主権・平和一生命権からの憲法的省察』（日本評論社）<sup>6)</sup>の中で次のように述べた。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。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意思の反映

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

3) 徐龍達「外国人地方参政権」『世界』（岩波書店）2010年4月号51頁。

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

5) 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）77頁。

6) 山内敏弘『人権・主権・平和一生命権からの憲法的省察』（日本評論社、2003年）238頁。

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。

それより以前では、根森健が、1995年の論文の中で、未解明のまま残された問題として、地方参政権の中の地方議会議員選挙や首長選挙での被選挙権付与の問題が重要であることを指摘した。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し、「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、市町村長になることは必要だからとしたのである<sup>7)</sup>。

また、1995年の同時期に、萩原重夫も次のように指摘している。「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5年以上の居住要件、ただし納税条件はとらない）外国人に、あらゆる段階の選挙権・被選挙権が認められる。外国籍の国会議員など考えられないとするのは、「国籍」の機能を国家への忠誠義務といった旧い観点から見ているためである。「国民代表」としての国会議員は、拡大された「国民」の信託により国権を行使するのだから、その者の「国籍」は問題とならない。「国民」の信託をうけているかどうかの問題なのであると<sup>8)</sup>。筆者もこうした見解に共感を示し、現時点における判例・学説を整理して、永住外国人の選挙権・被選挙権の問題点を探ってみたい。

国政選挙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。

公職選挙法（下線筆者）

（選挙権）

第9条① 日本国民で年齢20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20年以上の者で引き続き3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。

（被選挙権）

第10条① 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25年以上の者
- 二 参議院議員については年齢満30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25年以上のもの
- 四 都道府県知事については年齢満30年以上の者
- 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25年以上のもの
- 六 市町村長については年齢満25年以上の者

7) 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。

8) 萩原重夫「『外国人の選挙権論』の課題—1995・2・28判決にふれて—」法学セミナー1995年7月号（487号）19頁。

## 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与する権利を有する。

### (選挙権)

第18条 日本国民たる年齢満20年以上の者で引き続き3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① 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25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30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25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。

このように外国人の選挙権・被選挙権を認めていない現行公職選挙法の違憲性を争う訴訟が全国各地で提起され、今日までいくつかの裁判所の判断が示されてきた。

外国人の参政権を考察する場合、地方自治体レベルと国政レベル（衆議院・参議院選挙）が区別される。認められるとした場合には、地方自治体の場合、議員と長について検討されなければならない。

その際、①外国人の権利が憲法上禁止されているか（禁止説一憲法は国政・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、法律を制定すると違憲となる）、②肯定されているか（要請説一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）、あるいは、③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か（許容説一憲法は外国人参政権付与を何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ている。

### (1) 外国人選挙権否定説

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いる<sup>9)</sup>。選挙権・被選挙権などの参政権は、国政レベルに関するかぎり、いずれの国においても外国人には認められておらず、国民主権の憲法の下では、選挙ないし「自国の公務に携わる」政治的権利の主体が、その性質上、当該国家の「国民」に限定されるのはきわめて当然のことと言わねばならず、外

9) 宮沢俊義、伊藤正己など多数。

国人の選挙権を認めることは国民主権の原理に反する。日本でも、実定法上、選挙権・被選挙権とも外国人には否定されている（公職選挙法9条、10条、地方自治法18条）。伊藤正己は端的に次のように述べている。

普通に外国人に保障されない性質をもつ人権の典型的なものとしてあげられるのが、参政権である。参政権は、その国の政治に参加する権利であり、とくに選挙権と被選挙権とは国家意思の形成に参加する国民固有のものと考えてよい。その意味で主権者である国民の人権といってよい。世界人権宣言は「自国の政治に参加する権利」（世界人権宣言21条1項）とし、国際人権規約（B規約）25条（a）も、すべての者ではなく、すべての「市民」の権利としていることも、これを示していよう。さらに参政権を広く考えて「公務に就く権利」をとりあげても、外国人に全面的に排除することの合理性は別として、憲法上の権利として外国人に及ぶと解する必要はないであろうという<sup>10)</sup>。

確かに、この命題を一応首肯するものとして、ここで言われている「国民」とは一体だれのことをさしているのだろうか。国民概念は論者により異なり、それほど自明なこととはいえないように思える。

このような支配的な見解の論拠は次のように整理されている。

①国会議員の選挙権（15条1項）と地方議会の選挙権（93条2項）は、ともに国民主権条項（1条）から派生する。

②15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把握される。すなわち、「国民」と「住民」との相違は、地域的広がりによるのみかわるものである。

③前者に外国人を含ませることが不可能である以上、後者に外国人を含ませることも不可能である。

このような通説の根底には、「外国人に対して自国の国家意思形成に決定的に関与することを認め、外国人が国政を動かさうる状況をつくることを、主権国家の憲法論は容認するのであろうか<sup>11)</sup>」という考え方がある。しかし、ここでいわれている「外国人」とはいったい誰なのか、また、「国民」は誰なのか、という解明が必要であるように思える。

1993年（平成5年）2月26日最高裁判決<sup>12)</sup>は、イギリス国籍を有する定住外国人の提起した参議院議員選挙権訴訟で、マクリーン事件大法廷判決に徴して、「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条の規定に反するものではない」ことは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

10) 伊藤正己『憲法』（弘文堂、1982年）195頁。

11) 大石眞「定住外国人と国会議員の選挙権」ジュリスト1046号17頁。

12) 最判1993（平成5）2・26判例時報1452号37頁。

否定し、国会議員の選挙権は権利の性質上日本国民のみに限るとする<sup>13)</sup>。

## (2) 外国人選挙権肯定説とそれを根拠づける実質論

外国人の選挙権否定説は、「国民主権」という場合の「国民」を国籍保持者と理解しているわけであるが、はたして国籍保持者に限定されるのか、「国民主権」だから当然に「外国人」が排除されるという論理が成立するのか、従来、十分な検討がなされてきたわけではなかった。外国人の選挙権保障を根拠づける実質論として以下の根拠をあげることができる<sup>14)</sup>。

①本来、選挙権は国家と国民との関係に関する基本原理である国民主権（地方自治においては住民主権）と結びつけられたものであり、その意味では、選挙権は国民にのみ与えられるべきものである。そして、本来、国籍をもった国民とそこに住む住民が一致している場合には、民主主義は「国民」主権およびそれに基づく代表民主制であったといえる。しかし、日本においては、こうしたことを前提として考えることのできない事情がある。かつては「帝国臣民」とされ、一方的に「外国人」とされるという在日韓国人・朝鮮人などに関する歴史的経緯をみれば、以上の論拠を純粋な形で前提とすることができなかつたということに留意する必要がある。

②資本や情報やモノだけでなく、ヒトもまた国家の制約をこえて移動するボーダーレス時代の今日、人間の自由や平等以上に国籍が重視されなければならない理由はない。人々は多重国籍を認めあうほうが望ましい歴史を生きており、日本も例外ではない<sup>15)</sup>。「今日では、国籍とそこに住む住民とが必ずしも一致しなくなりつつある。一つの国家社会の構成員とか運命共同体の一員などという点では、その一員たる住民は、国籍にはかかわらなくなってきた」<sup>16)</sup>。

③「代表なきところ課税なし」は民主主義の一つのスローガンであり、憲法上も納税の義務は「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。そして、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というものではなく、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<sup>17)</sup>。定住外国人から税金を徴収する以上、その税金をいかに使うかを定める最低限度の権利を与えるのは当然である。どう使うかの決定過程に参加させないというのでは筋が通らない<sup>18)</sup>。義務と権利との相関を説く近代法の「当然の法理」に立つかぎり、「外国人」の参政権を否定する根拠はなく

13) 後藤光男「外国人の選挙権」別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ（3版）』8頁。

14) 藤井俊夫『憲法と国際社会』（成文堂、2000年）277頁以下。

15) 後藤光男「外国人の人権」法学セミナー1996年11月号37頁。

16) 藤井俊夫『憲法と国際社会』（成文堂、2000年）233頁。

17) 藤井俊夫・前掲書234頁。

18) 後藤光男『共生社会の参政権』（成文堂、1999年）115頁。

なる。例えば、納税の義務を課しながら、その税をどのように使われるかの決定に参加し、それがどのように使われるかをチェックする権利を認めないことは、ほとんど詐欺に近い不法行為である<sup>19)</sup>。

④民主主義を「共同体の自治」であると考えたら、そこに「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いえる。とくに、代表民主制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り、「国籍」の有無は、それに付随した技術的なものである。本質論としては、憲法の前提とする民主主義＝国民主権（住民主権）は、日本に生活の本拠をおく住民たる外国人（いわゆる定住外国人）に対して選挙権を付与することを禁じてはいないと解することもできる<sup>20)</sup>。

## 2 外国人の選挙権

### (1) 外国人の地方選挙権—地方政治の選挙権だけを認める限定承認説

[1] 最近の有力説は、地方自治体のうち市町村レベルでの選挙権を認める見解である。「地方自治体、とくに市町村という住民の生活に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<sup>21)</sup>。

佐藤幸治は近著で次のように述べている。地方公共団体レベルについては、憲法が「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」(93条2項)と定めていることとも関連して(下線、佐藤幸治)、様々な議論がある。当初は国政レベルと当然のごとく同一視する傾向があった(A説。否定説)。が、いわゆる国際化などの状況変化も反映して、むしろ地方公共団体においては定住外国人にも選挙権を認めるべきであるとする見解(B説。要請説)や少なくとも法律でこれを定めることは憲法上排除されないとする見解(C説。許容説)が主張されるようになり、現在C説が次第に有力になってきている。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と解すべきであろう(下線、筆者)。また、広く公務就任権を参政権的な権利と捉えた場合、教育的・調査的・技術的等の職務についてまで外国人を排除するのは行き過ぎというべきである<sup>22)</sup>。

19) 加藤節「国を開くということ」朝日新聞1996年5月15日夕刊。

20) 藤井俊夫・前掲234頁。

21) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、1994年)131頁、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第5版)』(岩波書店、2011年)92頁、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2010年)145頁。

22) 佐藤幸治・前掲書145-146頁。

また、芦部信喜の理解は次のようなものである。選挙権・被選挙権などの参政権は、国政レベルに関するかぎり、1、2の特殊な例外を除き、いずれの国においても外国人には認められていない。国際人権規約（自由権規約）も政治的権利の主体だけは、「市民」（citizenすなわち、わが国で言う「国民」）であると定める（25条）。国民主権（ないし民主化された立憲君主制）の憲法の下では、選挙ないし「自国の公務に携わる」政治的権利の主体が、その性質上（下線、芦部）、当該国家の「国民」に限定されるのはきわめて当然のことと言わなければならない。それを認めることは国民主権の原理に反する（下線、筆者）と言えよう。わが国でも、実定法上、選挙権・被選挙権とも外国人には否定されている（公選法9条・10条、地方自治法18条参照）。しかし、次の点は問題であろう。地方自治体レベル（下線、芦部）における参政権まで国政レベルのそれと同じように、権利の性質上、「日本国民」に限定されなければならないものであるのかどうか、具体的には、公選法・地方自治法を改正して地方自治体レベルで一定の種類の外国人に選挙権を法律上認めることも、憲法解釈上許されないのかどうか、という問題である。まだ学説上の議論はそれほど熟していないが、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の参政権を一定の種類の外国人（とくに永住権保有者およびそれに準じる外国人）に認めることは可能であるとする説が漸次増えつつある。しかし、その立場が正当だとしても、被選挙権は、地方公共団体の長および議員のように国家意思の形成に参与する公務に携わることを認められることになるので、選挙権と同じように考えることはできないという問題は残るであろう。

これらの見解のキーワードは「国民主権」原理の理解であろう。地方自治体レベルの選挙権を与えても国民主権原理には反しないとする。被選挙権について、芦部説は端的に言及して認められないとしているが、こうした説明をする見解は少ない。佐藤説は被選挙権については直接的には言及せず、公務就任権の文脈で認められないと考えている。本稿では、他の説も紹介していくが、多くの説が必ずしも選挙権と被選挙権を対のものとしては考えない、あるいは言及しないで、公務就任権の文脈で「公権力行使を担当する職」には外国人はつけないとして、被選挙権を否定するような説明になっているのである。

[2] 次に、都道府県レベルでも認める見解は「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な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」と述べている<sup>23)</sup>。

二人の見解を詳しく見ておこう。中村陸男は次のように理解している。日本国憲法の枠

23) 中村陸男・野中俊彦ほか『憲法 I（第5版）』（有斐閣、2012年）225頁以下、樋口陽一『憲法（第3版）』（創文社、2007年）186頁。

組みの中で国民主権原理は伝統的な国民主権原理を維持している（下線、筆者）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、選挙権の保障が憲法上禁止されているとする禁止説、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ているとする許容説に分類されている。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にあげている。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な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ものと解される。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権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）。被選挙権への言及はない。

次に樋口陽一の理解は次のようなものである。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（下線、筆者）、という意味で憲法問題を生じる。近代国民国家の枠組みを前提とする限り、国政についての選挙権・被選挙権を外国人にみとめることは、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認めることは、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。在留外国人のうちでも永住者等であってその居住する地方公共団体と特別に緊密な関係を持つ者について、地方選挙の選挙権を与える立法裁量を講ずることは憲法上禁止されていない、とした最高裁の判断がある（最判1995・2・28）。

ここでもキーワードは、「伝統的な国民主権原理」とか「国民主権の伝統的理解」であろう。それでははたして国民主権原理の伝統的理解の内実はいかなるものであろうか。中村睦男の場合、被選挙権についての言及はない。樋口陽一の場合、国政レベルでは選挙権・被選挙権は認められないとするが、地方自治体レベルでは、選挙権には直接言及していても被選挙権については言及されていない。

[3] それでは最高裁はどのように理解しているのであろうか。1995年2月28日最高裁判決（最判平成7・2・28民集49巻2号369頁）は「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者について」、法律で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て、定住

外国人の参政権付与に道を開いた（許容説）。しかし、国民主権を根拠に、国籍を保有しない外国人には国政レベルの選挙権を否定するものとなっている。判決は次のように説いている。

①「公務員を選定罷免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ものと解するのが相当である」。

②「国民主権の原理及びこれに基づく憲法15条1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も併せ考えると、憲法93条2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り、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものであるということとはできない」。

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者について、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。

④「以上検討したところによれば、地方公共団体の長及びその議会の議員の選挙の権利を日本国民たる住民に限るものとした地方自治法11条、18条、公職選挙法9条2項の各規程が憲法15条1項、93条2項に違反するものということとはでき」ない。

国民主権の原理を根拠に、国籍を保有しない外国人には国政レベルの選挙権を否定するものとなっている。本判決は被選挙権との関係については言及していない。

以上が最高裁の外国人地方選挙権付与の論理であり、定住外国人の地方選挙権付与の論理が浸透しつつある。前述した学説における地方自治体レベルでの外国人の選挙権を認める説の論拠をまとめておこう。それは次のようなものである。

①日本国憲法は、選挙権の主体について、15条1項では「国民」とし、93条では「住民」としている。学説は「住民」について、「その地方公共団体を構成する者、すなわち、その地域内に住所を有する者をいう」としており、国籍要件を特に付加していないのが通例である。文理解釈の観点からすれば、93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。

②地方自治の理念は、自治体の高権行為が国家意思と区別される「住民」意思による地域的正当性（「下から」の正当性）によって支えられることを必要とするが、外国人に選挙権を認めても、地方自治体の高権行為は法律に基づき法律の枠内で行われる以上（条例も「法律の範囲内」で制定される自主法である）、正当性の淵源が「国民」に存するという国家的正当性（「上から」の正当性）の契機が切断されてしまうわけではないから、93条の「住民」に外国人を含める解釈は「国民主権原理との関係で何らの不都合も生じない」。

③15条1項が国民主権原理（1条）から派生するものであるとすれば、93条2項は、直接的には地方自治の原則（92条）から派生するものである。地方自治体レベルにおける外国人の選挙権を認めても「国民主権」原理に反するものではなく、地方自治の本旨からすれば、住民である外国人の選挙権を排除することは「地方自治の本旨」に反するものである。

最高裁判決にしても最近の有力説にしても、外国人に地方参政権を与えるのは立法政策の問題であると言っているのであるが、しかし、永住外国人には立法政策の問題といわれても、自分たちは意見表明権をもたないわけであるから、一体どうすればよいのであろうか。選挙権のある人すべての責任があらためて意識されるのである<sup>24)</sup>。

## (2) 外国人の地方選挙権付与論の問題点

こうした見解は、外国人は国政レベルの参政権は有しないという前提に立っているのであるが、なぜ外国人には地方選挙権だけしか認められないのか十分な説明が行われていないように思える。従来の通説と同じ疑問が生じる。

また、この説は、「住民自治」と「国民主権」を別個の原理として捉えるものであり、地方における住民自治の積み上げによって国のレベルの民主政治が実質化するという「地方自治の本旨」に照らし妥当ではないという指摘がある<sup>25)</sup>。国政における国民主権論も、地方政治における住民主権論も、選挙権の保障によって民主主義の実現を目指すという点では同じ本質のものである。主権に関する本質論からは両者に差異を設ける根拠はない<sup>26)</sup>。

民主主義を「共同体の自治」であると考えらるなら、「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。「共同体の一員」であるかどうかは基本的なものであり、「国籍」の有無はそれに付随した技術的なものである<sup>27)</sup>。

24) 石田雄『一身にして二生、一人にして両身—ある政治研究者の戦前と戦後—』（岩波書店、2006年）3頁。

25) 浦部法穂『憲法学教室 [全訂第2版]』（日本評論社、2006年）583頁。

26) 藤井俊夫・前掲236頁。

27) 藤井俊夫『憲法と人権I』（成文堂、2008年）48頁。

前述①について、限定承認説の根拠の一つとして、憲法93条は「住民」としているだけで「国民」とはしていないということが挙げられる。「しかし、そのような形式論ですむのかどうかは問題である。現実には、従来は、93条にいう『住民』とは『日本国民たる住民』として理解されてきたのである。その意味では、この区別はあくまでも実質論で根拠づけられる必要がある」。]

前述②、③について、この考え方は、国政における選挙権と地方自治における選挙権とは「質」が違う、いいかえれば、国民主権と住民主権は質が異なるということを前提としている。しかし、これについては、これらの民主主義の「質」がどのように異なるのかという点が必ずしも説得的に説明されているとは思われないという難点がある。また、この説では、国政と地方政治を区別しながらも、「住民」の範囲の拡大を各自治体に任せるのではなく、国の法律で決めるとする考え方に問題がないわけではない。

また、通説的見解からも、「日本国憲法における国民主権原理は、日本国の統治の最終的決定権が日本国民に存するということであるとすれば……地方自治についてもこの原理に導かれているのであり、地方自治であるがゆえに国民主権原理とは別の原理で統治が行われるわけではない」<sup>28)</sup>とする批判が加えられている。

### (3) 新しい学説の流れ—外国人の国政選挙権付与の論理

こう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（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見解が主張される<sup>29)</sup>。治者と被治者の自同性を要請する民主制の理念が、国民主権の一側面であると考えらるなら、定住外国人への選挙権をはじめとした参政権を保障することは、その趣旨にかなわないこそすれ、反することにはならない。外国人の参政権否定論は再検討を迫られており、立法上の解決が要請される<sup>30)</sup>。

地方自治体レベル、国のレベルともに外国人に選挙権を認める説の有力な唱導者は浦部法穂である。

この見解によると、「国民主権」原理の「国民」がどの範囲をさすかは、どの範囲の者が主権者であるべきかによるものであって、当然に「国籍保持者」に限定されるものではない。政治理念としての民主主義は、人民の自己統治であり、自己の政治決定に自己が従うということである。したがって、政治決定に従うものは、当然、その決定に参加できるものでなければならない。「国民主権」が民主主義と同義としての実質を持つものであるとするなら、そこでの主権者は、民主主義の観点から、その政治社会における政治的決定

28) 初宿正典「外国人と憲法上の権利」法学教室1993年5月号53頁。

29) 浦部法穂「外国人の人権再論」『人権理論の新展開』（敬文堂、1994年）47頁。

30) 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）61頁。

に従わざるをえないすべての者であるということである、その政治社会を構成するすべての人である。日本における政治的決定に従わざるをえない「生活実態」にある外国人には選挙権を保障すべきである。日本国民と全く同じように日本の政治のあり方に関心をもっているであろうし、もつことが当然である。国民主権の原理は、こういう外国人の参政権を否定するものとして理解しなければならないものではない。「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<sup>31)</sup>。

日本国憲法は、常に開かれた社会をつくることを目指しているのであり、外国人でも一定の資格（居住要件など）を満たせば参政権付与が可能である。外国人の選挙権・被選挙権をどのように実現していくかは、日本の民主主義の質・水準が問われる問題である。参政権を開放することはむしろその内実を豊かにすることになる。

外国人の権利制約を大幅に認める説は、それぞれ論者の在来型の古い「国家主権」「国民主権」理解によるところが大きいだが、こうした理論を克服する時期にきているように思える。「外国籍の国会議員など考えられないとするのは『国籍』の機能を国家への忠誠義務という観念から見ているためであり、『国民代表』としての国会議員は、拡大された『国民』の信託により国権を行使するのだからその者の『国籍』は問題とならない。『国民』の信託をうけているかどうか問題なのである」<sup>32)</sup>といえる。

### 3 外国人の被選挙権

被選挙権の法的性格については、従来は、「選挙人団によって選定される時、これを承諾し、公務員となりうる資格」であると説明してきた<sup>33)</sup>。最判昭和30・2・9刑集9巻2号217頁<sup>34)</sup>の斎藤・入江補足意見は、「権利ではなく、権利能力であり、公務員全体の奉仕者である公務員となり得べき資格」と理解してきた。しかし、その後、最高裁が三井美唄炭鉱事件判決で、「立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要である。このような見地からいえば、憲法15条1項には、被選挙権者、特にその立候補の自由について、直接には規定していないが、これもまた、同条同項の保障する重要な基本的人権の一つと解すべきである」<sup>35)</sup>とした。

こうして学説においても、被選挙権の内容を立候補の自由として捉え、被選挙権は選挙

31) 浦部法穂・注(29)47頁。

32) 萩原重夫「外国人の選挙権論の課題」法学セミナー1995年7月号19頁。

33) 清宮四郎『憲法I(第3版)』(有斐閣、1979年)142頁。

34) 最判昭和30・2・9刑集9巻2号217頁、判例時報45号2頁。

35) 最判昭和43・12・4刑集22巻13号1425頁。

権と同様、15条1項を根拠として、立候補権を中心とする個人的権利として捉えられるようになった（もっとも被選挙権の憲法上の根拠については明文規定がないので憲法13条説、44条説などがある）<sup>36)</sup>。

本誌前号で、「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」という問題に言及したが、多くの説は公務就任権の文脈で外国人の被選挙権を扱っていることが判明した。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、多くの説は消極に解するものと思われる。例えば、戸波江二は、前述のごとく、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>37)</sup>。外国人の人権論に一石を投じたのは国際法学者の大沼保昭であった。外国人の人権を広く認める大沼保昭にあっても、公務就任権の観点から、「主権または統治権を直接行使する職務」（国会議員、国务大臣、裁判官など）には外国人は就任できないという。こうして外国人は国会議員の被選挙権は有しないと述べているのである<sup>38)</sup>。

山内敏弘も公務就任権の文脈で、「国民主権」の担い手に定住外国人を含めることにはにわかには賛成できないが、自治体レベルでは、「住民自治」の観点から外国人は被選挙権をも持ちうるとすれば、自治体の意思形成に一般職の公務員（管理職を含めて）として参画することがあったとしても、「住民自治」に抵触することはないと思われるという。問題は、国家公務員の場合であるが、たしかに国家公務員で「国家意思の形成」に直接的に参画するポスト（国会議員、国务大臣、裁判官など）については、国民主権の原則との抵触の問題が出てくることは否めないであろう、という。山内敏弘は、自治体レベルの外国人被選挙権は「住民自治」の観点から認められるが、国政レベルにおいては「国民主権」の観点から認められないと述べている<sup>39)</sup>。

そこで、外国人の被選挙権の問題を検討してみよう。判例・学説において、外国人の選挙権に関する言及は多いのであるが、被選挙権についてはほとんど言及されていないというのが現状である。選挙権と被選挙権が表裏一体のものであることを考えると、このことは奇異というほかない。地方自治体レベルと国政レベルに分けて、外国人の被選挙権の問題を見てみよう。

36) 後藤光男「選挙権・被選挙権の本質と選挙の公正」別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅱ（第6版）』322頁。

37) 戸波江二・（注5）77頁。

38) 大沼保昭「『外国人の人権』論再構成の試み」法協百年記念論文集2巻（1984年）361頁。

39) 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）231頁、238頁、239頁。

### (1) 地方自治体における外国人の被選挙権

少数ながら外国人被選挙権を積極的に解する説が唱えられてきた。ここでは外国人の被選挙権につき、地方自治体レベルでは認められるが、しかし国政レベルでは認められない学説の代表的な論者として山内敏弘の見解から先ず見ていこう。参政権の観点から次のような理解を示している。

選挙権と並んで問題となるのが被選挙権であるが、選挙権に関する国政禁止地方許容説をとる学説においても、これを消極に解するのが有力説である。しかし、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。

また、山内敏弘は、地方議会議員と首長を分けて、長には被選挙権は認められないという見解に言及し、地方議会議員の被選挙権については肯定しつつ、知事・市町村長にあっては「国の事務をおこなう地位にあるため、外国人がその地位に就くことは、憲法上許されない」という見解もあるが、しかし、このような理由で地方議会議員の被選挙権と知事・市町村長の被選挙権を区別することは困難であろう。知事や市町村長が国の事務を行うことがありうるとしても、その職務は本来的には自治体の事務を行うことにあるのであり、その点では地方議会議員とは異なるからであるという。

山内敏弘は、自治体レベルでは「住民自治」の観点から被選挙権は認められるが、国政レベルでは「国民主権」の原理から被選挙権は認められないというのである。ここでは国民主権の原理をどのように理解しているのかが問題となる。この点は後に検討する。

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>40)</sup>。

スウェーデン現代政治を分析している政治学者の岡沢憲美は、1993年の著書『スウェーデンを検証する』(早稲田大学出版部)<sup>41)</sup>において、在住外国人の選挙権・被選挙権につ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

40) 根森健・(注7) 47頁。

41) 岡沢憲美『スウェーデンを検証する』(早稲田大学出版部、1993年) 28頁。

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>42)</sup>。

## (2) 国政における外国人の被選挙権

次に国政における外国人の被選挙権を認める論者として、萩原重夫と根森健を取り上げる。

萩原重夫は、外国人の地方選挙権を認めた最高裁1995年2月28日判決について言及し、この判決が被選挙権との関係について言及していないことは理論上問題を回避したことになる、という<sup>43)</sup>。続けて、地方選挙権は、国政選挙権とは質的に異なるので、外国人に地方選挙権を認めても差し支えないという考え方が支配的になりつつあるが、しかし、理論的には、外国人の地方選挙権、国政選挙権および両方の被選挙権を区別する根拠は薄いという。

萩原の理解は大意、以下のようなものである。「国民主権」原理は、「国民」の自己決定を内容とし、治者と被治者の同一性を要請する。「自己統治」に参加する者の範囲を確定する基準として「国籍」が従来用いられてきた。日本国憲法もそのようなものとして制定されたと解される。しかし、日本国民の決定の下で、一定範囲の外国人を「主権者」に加える可能性を排除しているとは思わない。とりわけ対象となる外国人が、国籍国との政治的関係が切断され、日本以外に政治過程に参加する可能性がない場合、日本においてこそ政治的決定に参加できるようにすべきであろう。「国籍」という形式的基準だけに拠るのではなく、「国民」と同視しうる生活実態を備えているかどうか、外国人については基準に加えてよい<sup>44)</sup>。要するに、日本の政治過程に「定住外国人」を参加させるべきかどうかが問われているのである。「国民主権」原理がそのことの制約となるのかどうか、憲法解釈論の焦点である。ただし、その際、国と地方とを区別して、後者のみ許容するという方策は、「被選挙権」についてみると、外国人は地方議員や首長にはなれても、国会議員や閣僚にはなれないという線引きをすることになる。そのような解釈は妥当であろうか。「定住外国人」は、憲法の言う「国民」に含まれるとする包括的解釈が望ましく、憲法はそれを許容している<sup>45)</sup>。

萩原重夫は同年の別の論文において、「国民主権原理」のいう国民は日本国籍保有者に限定すべき必然性はないと解されるから、国・地方の何れにおいても、外国人の選挙権・

42) 後藤光男『共生社会の選挙権』（成文堂、1999年）116頁。

43) 萩原重夫『『外国人の選挙権論』の課題—1995・2・28判決にふれて—』法学セミナー 1995年7月号（487号）16頁。

44) 萩原重夫・前掲17頁。

45) 萩原重夫・前掲18頁。

被選挙権を認めることができる、という。国政はだめだが、地方ならよいとする見解は、「日本国の構成員ではない地方住民」という類型をつくり出すもので、疑問であると述べている<sup>46)</sup>。

次に、根森健の理解は次のようなものである。①一定の居住要件を満たす外国人には人権として国政レベルの選挙権・被選挙権も付与可能である。最高裁1995年2月28日判決の論理は、定住外国人と国政との密着性について論証できるなら、言い換えると、裁判所を説得できる（裁判所に共感を持たせられる）なら、国政レベルでの参政権の立法による付与を認めざるをえない可能性を内包している。②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。「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が必要だからである<sup>47)</sup>。参政権とは、政治における自己実現・自己統治が個人の尊厳にとって不可欠であるがゆえに（基本的な）人権のカタログに属するようになったものである<sup>48)</sup>。

最高裁1995年2月28日判決以前において、地方自治体レベル、国政レベルにおける被選挙権の容認を説いてきた代表的な主唱者は浦部法穂と奥平康弘である。

まず、浦部法穂の外国人の選挙権・被選挙権の理解から見ていこう。1992年の論文<sup>49)</sup>において、次のような理解を示している。

①法律上の用語としての「国民」は、日本国籍保持者を意味する場合もあれば、日本の統治権に服する者、日本に住む者を意味する場合もあるのであって、憲法でも法律でも「国民」と書いてあるから、日本国籍を有する者のことであって外国人を含まないと簡単にいってしまうわけにはいかない。

②「国民主権」の原理は、「君主主権」論に対抗する概念として登場した。「神の意思」にもとづく君主の権力ではなく、「国民の意思」にもとづく権力こそ最高のものであるというのが「国民主権」という考え方の出発点であった。そこでいう「国民」は君主および封建特権階級以外の人びと（人民）を総称するもので、それは「外国人」に対する国籍保持者という意味の「国民」ではなかった。「国民主権」原理の前に「国籍」が確定されていたのではなく、主権者たりうる者に「国籍」が付与されたという関係である。「国籍」が「国民主権」の内容を規定したのではなく、「国民主権」が「国籍」の内容を規定したとみるべきである。こうした見方からすれば、「国民主権」原理を「国籍をもつ者」による権力の正当化原理ととらえるのは正確なとらえかたではない。

46) 萩原重夫「日本の〈国際化〉と外国人の権利保障」平野武ほか編『日本社会と憲法の現在』（見洋書房、1994年）204・205頁。

47) 根森健・注（7）47頁。

48) 根森健・注（7）49頁。

49) 浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」『共生社会への地方参政権』（日本評論社、1995年）93頁以下。

この見解によると、前述したごとく、「国民主権」原理の「国民」の範囲は、どの範囲の者が主権者であるべきかであり、当然に「国籍保持者」に限定されるというものではない。民主主義とは、人民の自己統治であり、自己の政治的決定に自己が従うということである。したがって、政治的決定に従うものは、当然、その決定に参加できるものでなければならない。主権者とは、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うすべての者である。すなわち、その政治社会を構成するすべての人である。日本における政治的決定に従わざるをえない「生活実態」にある外国人には当然に選挙権が保障される、ということになる。浦部はまた、次のようにも述べている。少なくとも、日本以外に生活の本拠をもたない「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。定住外国人に選挙権・被選挙権を保障すべきであるというような議論は、常識はずれだと感じられるかもしれないが、逆に、外国人だから選挙権・被選挙権をもたないのは当然だという常識は、その昔の「天動説」と同じ類の、誤れる常識ではないかと思われる<sup>50)</sup>。

次に奥平康弘は1993年の著書『憲法Ⅲ』<sup>51)</sup>において、国民主権と外国人の参政権について次のような理解を示している。

①国民主権の原則にとって、国籍のあるなしはけっして重要ではない。当該国家社会を構成し、当該国家権力に服属するふつうのひと（傍点、奥平）（シェイエスのいわゆる「第三身分」＝「すべてのひと」）が、国家意思の最高決定者であるという点にこそポイントがある<sup>52)</sup>。

②たまたま、ふつうの圧倒的多数は同時に同一国人であるから、自国中心主義的な統治制度が出来上がった。参政権は自国民のみが保持し外国人には与えないという制度になった。しかし、このことが参政権を外国人に与えることは国民主権の原則に反するというところに結びつくわけではない。その外国人がふつうの国民と変わらないのだとすれば、そのひとを仲間に加えても、国民主権の原則は、全然ゆがむところがない<sup>53)</sup>。

外国人の被選挙権について、的確に、次のような指摘を行っている。

③積極論者は、参政権の観念のもとで主として選挙権を念頭に置き、被選挙権付与については、それほど雄弁ではない。しかし、積極論の論理に即して言えば、選挙権と被選挙権とは全然違うという議論は容認されてはならないであろう<sup>54)</sup>。

④国政・地方いずれを問わず、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。しかしながら、それが立法的に可能であると考えられるものの、積極論者と

50) 浦部法穂『憲法学教室（全訂第2版）』（日本評論社、2006年）514頁。

51) 奥平康弘『憲法Ⅲ—憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）49頁以下。

52) 奥平康弘・前掲書55頁。

53) 奥平康弘・前掲書56頁。

54) 奥平康弘・前掲書58頁。

違って、立法を媒介するまでもなく、憲法自身が命じているという見解をとらない。参政権拡張の理論は選挙権・被選挙権のいずれにも妥当する性格のものである。前者はいいが後者はだめだというのは、理論では十分に説明できない、妥協の産物（すなわち政治論）である<sup>55)</sup>。

その後の注目すべき見解として、辻村みよ子の永住市民権論を紹介しておく。辻村は2002年の書著『市民主権の可能性』（有信堂<sup>56)</sup>）の中で次のような理解を示している。

先ず、従来から使用されている「定住外国人」という概念について、今後は「定住外国人」の用法をさらに厳密にするか、この用法に代えて現行法制上の「永住者」の概念を明確にして用いることが求められる。日本の問題を考察する際には、特別永住者と一般永住者のうち、政治的意思決定能力をもつ年齢に達した者に対して「永住市民」の位置づけを与え、この「永住市民」を主権者の構成員に含める立論が有効である。

「永住者」たる成年の外国人を「永住市民」として認めて国政・地方をとわずその参政権を承認し、公職選挙法を改正して選挙権・被選挙権者のなかに国民とならんで「永住者」ないし「永住市民」を加えることで解決することが妥当である。「永住市民」の理論を用いるにしても、歴史的的特殊事情を根拠に特別永住者を一般永住者と区別すべきか、また、自己の民族的アイデンティティーから同化政策に反対したい事情をどう扱うかなどを慎重に議論しなければならない。

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る。「人民（プーブル）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となる。

以上の辻村見解を含めた国政・地方レベルで選挙権・被選挙権を認める考え方について、これを批判的に検討しているのが長尾一紘の2014年の著書『外国人の選挙権』（中央大学出版部<sup>57)</sup>）である。この見解については別稿をもって検討することとしたい。

筆者は日本国憲法の背景にある社会契約論に基づいて考える。憲法では二種類の政府が予定されている。一つは中央政府であり、一つは地方政府である。ここにおける選挙権・被選挙権は、国、地方自治体におけるその社会の構成員によって行使される。選挙権があれば、当然被選挙権が認められるのであり、選ぶ権利があれば選ばれる権利もある。それが国民主権の内実であり、すなわち国民とはその社会の構成員である。その社会の構成員を他の社会の構成員と区別するための指標として国籍が使われているのである。国籍は後

55) 奥平康弘・前掲書61頁。

56) 辻村みよ子『市民主権の可能性』（有信堂、2002年）240頁以下。

57) 長尾一紘『外国人の選挙権』（中央大学出版部、2014年）。

からついてくる指標であり、基本は社会の構成員であるかどうかであると考えらるべきであろう。

#### 4 結び

政治学者の宮田光雄は、選挙権を歴史形成の主体として生きる権利であり、自己実現を果たし、十分に発達した成熟した人格となることを可能にする権利であると位置づけた。筆者は、従来より、この選挙権の捉え方に共感を示し、日本で生活する永住外国人にこうした歴史形成の主体として生きる権利が否定されるべきではないと指摘してきた。

宮田光雄の人権理解は次のようなものである。人権は、人間をして人間的存在たらしめる本質であり、それは、人間を人類の一員たらしめるもの、いわば人間のしるしである。人権を保障することは、人間であることの本当の内容を形づくることなのである。特に重要なのは、思想の自由、選挙権、労働権であり、思想の自由＝人間のアイデンティティの根幹をなすもの、選挙権＝歴史形成の主体として生きる権利、労働権＝自己自身の能力を開発し社会に貢献していく権利、これらの人権を含めた自由や人権は、私たち一人びとりにとって自己実現をはたし、そして十分に発達した成熟した人格となることを可能にするものといえる。これらの人権を侵害することは、まさに人間から、人間として生きていく、あるいは人間としての成熟のチャンスを奪うことであり、人間性そのものを侵害することにほかならない。また、宮田光雄は、真のナショナル・アイデンティティは普遍的な人間の価値に開かれていなければならないと述べられ、人間であることは〈地球市民〉として生きる責任と結びついている。人類の共生ということ、単なる理想や義務の問題としてではなく、のっぴきならない現実の課題として認識されているのである<sup>58)</sup>。

選挙権を歴史形成の主体として生きる権利という趣旨について、高柳信一は次のような見解を述べている。1969年の「戦後民主主義と『人権としての平和』」<sup>59)</sup>という論文の中で、日本国憲法の基調は、人が精神的な、物理的な諸能力を、最大限に展開して、その人のみが作れる、その人自身のかけがえのない生を、どう作り上げていくか、それをその人自身に任せるといこと、そういう人間が相集まって、どういう社会を作っていくか、それを人民にまかせる、これが憲法思想である点を指摘し、人民が歴史をつくるのであって、国家や政府が歴史をつくるのではない、それが憲法の基調であり、それを志向することを宣言しているのが憲法である、と。こうした人民の中に日本社会を構成する永住外国人は当然に含まれると筆者は考えるのである。

58) 宮田光雄『いま人間であること』(岩波ブックレット312号、1993年)参照。

59) 高柳信一『世界』1969年6月号32頁。

60) 高柳信一『世界』1970年2月号47頁以下。

また高柳信一は1970年の「民主主義における人権の問題」<sup>60)</sup>という論文の中で、戦後民主主義が、その定着過程において、自覚的に対決せずに、存続を許してきたところの人権侵害の諸事態（未解放部落、在日朝鮮人、沖縄、ベトナム戦争加担等）を十分に克服していないことを指摘していたが、その後、40年を経た今日の時点においても残念ながら未だ十分に克服されていないことを指摘せざるをえないのである。本稿主題の関連でいえば、在日韓国・朝鮮人を含む永住外国人の人権問題である。これは人権論だけでは解決できる問題ではないので、今いちど、近代憲法を確認しておこう。

近代憲法を理解しようとする場合、ビル・オヴ・ライツ（権利章典）と、フレ임・オヴ・ガヴァメント（統治機構）の二つに分けて考察する。統治機構＝民主主義を人権の理念と切り離すことなく密接不可分の関係において、統一的に把握する必要がある。「元来、典型的にはロックにおいてみられるように、人の自然権が政治に関するあらゆる議論のアルファであり、オメガであった。そこでは、政治のしくみに関する諸原則は、この自然権を保全するための理論的提案としての役割を担った。議会制も多数決も権力分立も法治主義も、すべての人権保障に奉仕するためのものであった」<sup>61)</sup>。日本国憲法は生命・自由・幸福追求権（憲法13条＝ロックのいう生命・自由・財産）を保全するために、政府のしくみに関する諸原則を規定し（憲法第4章以下）、政府が人権保障に奉仕することを謳っているのである（憲法前文）。「人民の政治的自由が剥奪されている時、議会の審議は意義をもちうるはずがない。人民の政治的自由にさらされることのない議会の審議は有名無実化し、茶番化するのである」<sup>62)</sup>。こうした人民の中には、日本社会を構成している定住外国人も当然に含まれるのである。また定住外国人には選挙権のみならず、被選挙権も保障される必要がある。

本稿で述べてきたことを平易な言葉でまとめておこう。その人が生活している日本社会で、社会共通のルールをつくる際、その社会の構成員の一部を排除し意思表示をさせないで（選挙権を認めない）、またルール作成の審議過程に参加させないで（被選挙権を認めない）、その社会の構成員のための自由かつ豊かに生きるための適切な条件整備のルール（法律）をつくれるものであろうか。

1945年以前のルール作りの有資格者は国籍をもった有産者であり（国籍をもった無産者を排除）、また、国籍をもった男性（国籍をもった女性を排除）であった。しかし、日本国憲法の下では、こうした不合理を撤廃した。日本国憲法で使われている「国民」とか「日本国民」とは、日本の国籍を取得した者を意味するとは、憲法自体は一言も語っていないのである。「国民」概念は憲法の規範構造・その背景にある立憲主義思想から確定する必要がある。憲法には明確に社会契約論を読み取ることができる。こうした理解による

---

61) 高柳信一（注60）49頁。

62) 高柳信一（注60）52頁。

ならば、ルールづくりの有資格者の標識を「国籍」に求めるのではなく「その国に住み生活する住民」<sup>63)</sup>、「憲法上国民とは、国籍保持者に加えて、日本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）」<sup>64)</sup>、「その社会の構成員性」に求める必要があるのであり、このことは民主主義の観念と結びついた民主権の原理、あるいは立憲主義の原点にある社会契約思想の理念からいえば奇異なものではなく、常識的なものである。社会の構成員（日本国籍を取得して生活の本拠を日本社会にしている市民と生活の本拠を日本にしか置いていず日本社会において生活している定住外国人＝市民）には選挙権と、代表者となって審議・討論・ルール作成権（被選挙権）が認められるということにならざるをえない。代表者となる権利・資格は、その人がその社会の構成員から「信託」されているかどうかのポイントとなるのである。

今日まで被選挙権の法的性格、選挙権と被選挙権との関係について、十分に議論されてきたわけでない。この点、今後のさらなる究明が求められているといえるであろう。

\*本稿は、筆者が今まで発表してきた外国人の選挙権に関する下記の文献を参考にしながら、現時点における筆者の外国人の選挙権・被選挙権に関する考え方をまとめたものであることをお断りしておきたい。

- [1] 「地方自治における外国人の権利—参政権・公務就任権を中心として」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』（成文堂、1992年）。
- [2] 「外国人の参政権」芦部信喜・高橋和之編別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ（第3版）』（有斐閣、1994年）。
- [3] 「外国人の参政権—地球選挙権に向けて—」大須賀明編『社会国家の憲法理論』（敬文堂、1995年）。
- [4] 「外国人の人権」高橋和之・大石眞編ジュリスト増刊『憲法の争点（第3版）』（有斐閣、1999年）。
- [5] 『国際化時代の人権 [改訂版]』（成文堂、1999年）。
- [6] 『共生社会の参政権—地球市民として生きる—』（成文堂、1999年）。
- [7] 「外国人の地方参政権」芦部信喜・高橋和之・長谷部恭男編別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ（第4版）』（有斐閣、2000年）。
- [8] 「外国人の地方参政権」ソシオサイエンス7号（早稲田大学大学院社会科学研究所、2001年）。
- [9] 「外国人の地方参政権」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅰ（第5版）』（有斐閣、2007年）。
- [10] 「外国人の人権」大石眞・石川健治編ジュリスト増刊『憲法の争点』（有斐閣、2008年）。
- [11] 「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）。
- [12] 「ニュージーランドの外国人参政権」『比較法学46巻1号』（早稲田大学比較法研究所、2012年）。
- [13] 「日本国憲法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）。
- [14] 「選挙権・被選挙権の本質と選挙の公正」長谷部恭男・石川健治・安戸常寿編別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅱ（第6版）』（有斐閣、2013年）。
- [15] 「条例による外国人地方選挙権付与の合憲性」『早稲田社会科学総合研究15巻1号』（2014年）。

63) 根森健「人権保障の原理」川添利幸・山下威士編『憲法詳論』（尚学社、1990年）139頁。

64) 渋谷秀樹『憲法への招待新版』（岩波新書、2014年）44頁。