

外国人の法的地位と 国籍に関する覚書

L'essai sur le statut juridique de l'étranger et la nationalité

館 田 晶 子

要 旨

少子高齢化に伴う人口政策の一環として外国人の受入を進めるべきことが政策課題として取り上げられることがある。本稿は、外国人受入の前提条件として、現在の我が国における外国人の人権保障の状況がいかなる背景の下にあるかを、外国人の定住化現象をふまえて考察する。権利性質説の下では外国人には保障されないとされてきた社会権や参政権について、近時の学説や判例は、外国人の社会構成員性を根拠に、積極的に解する傾向にある。外国人が社会構成員たりえないという考え方は、国籍制度成立期に見られたものであるが、このような前提が近年のグローバル化により修正を迫られていることは明かである。本稿は、これらの現象を整理し、覚書として書き留めておくものである。

なお本稿は、2003年春学期跡見学園女子大学公開講座「日本の元気をマネジメントする」における「外国人は日本を救うか——共生時代の国籍概念」の報告原稿に2003年度跡見学園女子大学特別研究助成費の交付を受けた研究の一部を反映させて加筆修正したものである。記して感謝の念を表す。

はじめに

人口政策としての外国人の受入は、大戦後の人口減少期などを典型として、各国で行われてきた。日本でも、近時の例としてはいわゆる「バブル景気」における労働力不足を補うために平成元年に入管法を改正し、外国人が従事できる職種を緩和している。現在は少子高齢化に伴って、再び将来の労働人口（そして社会保障負担人口）の確保のために外国人を受け入れよとの声が聞かれる⁽¹⁾。しかし、外国人を人口政策や景気の安全弁としてのみ観念することは、必ずしも現状に合致しない。日本に入国・滞在する多様な外国人を一括りに論じることができないことは、も

はや常識である。

我が国の外国人登録者数は、年々増加している。平成14年末の統計では1,851,758人であり対前年比4.1パーセント増、10年前に比べると44.5パーセント増で、日本の総人口に占める割合は1.45パーセントとなり過去最高である⁽²⁾。また、国籍別構成を見てみると、韓国・朝鮮は減少しているのに対し、中国、フィリピンといったアジア系と、ペルー、ブラジルといった南米系が増加している⁽³⁾。外国人登録における在留資格のうち、特別永住者は漸減傾向にあるのに対し、一般永住者の登録は毎年増加しており、平成14年末の統計によれば対前年比21.6パーセント増で他の在留資格の伸び率を上回っている⁽⁴⁾。留学や修学、研修などの在留資格も年々増加しており、これらの資格者は修学等が終了した後も日本に滞在し続ける傾向があると言われる⁽⁵⁾。

このような状況は、日本がかつての移民送り出し国から実質的な移民受入国になっていることを示していると言ってよい。つまりそれは、外国人が日本社会の一構成員となることを意味する。外国人の受入は、その後の定着度の如何を含めた外国人自身の行動や生活実態を見極めた適切な政策と、密接な連携を持って行われなければならないことは言うまでもない。しかし、この現状に政策が追いついていない状況も、つとに指摘されてきたところである⁽⁶⁾。

ところで、日本の外国人問題は、外国人労働者の流入に始まったわけではない。ニューカマーと呼ばれる外国人労働者に対して、日本には、旧植民地出身者である、いわゆる在日と呼ばれるオールドカマーの法的地位や人権保障の問題が深刻なものとして存在しており、日本の外国人問題はまず、これらオールドカマーによる運動や訴訟を契機に顕在化してきた。オールドカマーは、植民地時代に強制移住で来日し、皇国臣民として強制労働や兵役などに従事させられてきたにもかかわらず、戦後処理の過程で国籍選択権を与えられることなく、通達により一方的に外国人とされ、日本国民とは異なる法的地位の下に置かれてきた。具体的には、外国人登録制度における指紋押捺⁽⁷⁾、外国人登録証携帯義務、社会保障受給権、再入国、政治参加の権利などが差別的制度または人権問題として取り上げられ、訴訟でも争われてきた⁽⁸⁾。これらは、憲法学において、外国人の人権論として盛んに論じられてきた点である。そしてこれらの問題は、基本的には日本に長く滞在するニューカマーにも該当するものである。

本稿では、従来憲法学の立場から議論されてきた日本における外国人の人権に関わる論点のいくつかを改めて確認した上で、今後の外国人の人権論が立つべき視点を示すことを試みる。その際には、近時注目される憲法学からの国籍研究の必要性を強く認識する立場から、フランスにおける国籍制度成立の過程に若干のヒントを得たい。憲法学にとっては特に目新しい議論ではないが、筆者の問題関心を明らかにするための覚書としたい。

1. 日本における外国人の人権論の傾向

1) 現状の整理

周知のように、「日本国憲法の定める人権規定は権利の性質上国民にのみ保障されるべきものを除き外国人にも保障される」とする権利性質説の下では、いわゆる後国家的権利については、外国人には当然に保障されるものではないとされてきた。これまでに見られた社会保障制度における国籍条項の撤廃などの措置⁹⁾も、社会的評価はともかくとして、法的評価としては、違憲状態を解消する目的ではなく政策的になされたものであって、必ずしも憲法上の権利として認められたことを示すものではない。

これに対して、在日朝鮮・韓国人の権利問題を契機に提唱された定住外国人論の浸透に伴い、従来の外国人の法的地位に対する画一的理解を改め、多様な在留形態の外国人が存在するという実態をふまえて、外国人を類型化し、それぞれに対応した人権保障のあり方を判断していくのが、現在の学説の趨勢である。これまで国籍のみを絶対的判断基準としてきた権利性質説に対して、より詳細に権利の性質を検討し、その享受の有無を国籍によって判断するのが果たして適切かどうかも含めて外国人の権利享有可能性を判断しなければならないことになる。このことは、国籍以外の要素を考慮して判断されるべきものが、たまたま当該要素と国籍とが一致していたために国籍によって区別される外観を形成していたに過ぎないものなのではないかという問題意識に基づくものである。実際、近年の外国人の人権論は、このような認識の下に、従来の権利性質説では外国人には保障されないとされてきた各人権規定につき検討を加えている。

このような検討の際によく言及されるのが、外国人の居住国への定着性である¹⁰⁾。外国人住民の社会定着性または社会構成員性は、定住外国人の定義¹¹⁾でも重要な要素であり、定住外国人論が寄って立つ根拠となる点であるが、国籍ではなく社会との関係の密度が権利享有の根拠となる可能性を示したことは、国籍のみが絶対的基準ではなく、判断材料の一つに過ぎないことを示したこととなり、その意味は大きいものというべきであろう。また近年では、判例においても一部このような立論に関心を示すものが見られる。様々な文脈の下での判断であり、これを過大に評価することはできないが、一つの傾向を示すものとして、以下いくつかについて眺めてみたい。

2) 社会権と国民健康保険訴訟

社会権への外国人の権利主体性については、国籍条項が存在した旧国民年金法の塩見訴訟最高裁判決¹²⁾が、社会権は具体的権利ではなく外国人に対して社会保障を及ぼすかどうかは立法裁量の範囲内であるとしており、この判断が現在に至るまで維持されている。

社会権は、国家に対する請求権的性格を持つことから従来は後国家的権利のひとつであるとされ、外国人には当然に保障されるものではないとされてきた。しかし近年の学説では、社会構成員性を根拠に異なる見解も示されているところである。

外国人の社会権に関する学説は、三つに大別することができる。すなわち、1) 社会権はまず各人の所属する国によって保障されるべき権利であり、当然に外国によっても保障されるもので

はないとするもの¹³、2) 社会権は第一次的には各人の所属する国によって保障されるべき権利で、合理的な理由があれば「国民」にそれを享受する優先権を認めることも許されるが、立法政策によって社会権の保障を外国人に及ぼすことが社会権の性質に矛盾するものではなく、むしろ望ましいものであるとするもの¹⁴、3) 社会権については国籍を基準とするのではなく「社会構成員性」を基準にすべきであり、外国人にも基本的に保障されるとするもの¹⁵、以上の三つである¹⁶。

第三説は、社会権とりわけ社会保障の根拠となる生存権は外国人に保障されて然るべきであると説く。オールドカマーばかりではなく、新規入国者である外国人労働者への社会保障の不十分さが深刻な問題となっていることへの関心から、社会権や社会保障権は、国家以前に存在する社会連帯関係に基礎をおいており人類普遍的な性格を有するものであること、国際人権規約A規約およびB規約の内外人平等待遇の実現を図る国際的義務があることを根拠に、外国人の在留資格や入国の正規・不正規を問わずすべての外国人に生存権・社会保障権が保障されなければならないとするのである¹⁷。社会連帯関係を根拠とすることで、権利の性質を考えればなおさら社会権は外国人に保障されるという結論を導こうとするものである。

他方、裁判所は、外国人の社会保障に関する判例においては、社会権の享有主体性については広く立法裁量を認める塩見訴訟の立場を維持しつつ、個別法の文言や趣旨にてらして外国人に法の適用が認められるか否かを判断している。

社会保障に関する立法では、合法的滞在者のみを対象とするという措置がとられるのが普通である。最高裁は、一般論としては「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雖もこれを有するものと認むべきである」と述べて不正規滞在者の人権享有主体性を認めているが¹⁸、社会保障については、「一般の社会保障法についてこれを外国人に適用する場合には、そのよって立つ社会連帯と相互扶助の理念から、我が国に適法な居住関係を有する外国人のみを対象者とすることが一応の原則である」と述べて、社会保障制度が在留資格を有する者のみを対象とするのが原則であることを確認している¹⁹。

これに対し、下級審判決には、法の趣旨から不正規滞在者への社会保障制度の適用を認めたものがある。国民健康保険法（以下、国保法）の適用について争われたいくつかの事件がそれである。国保法は、被保険者資格の要件として当該区域内に「住所を有する者」であることを挙げているが、平成4年の「外国人に対する国民健康保険の適用について」と題する厚生省通知で、在留資格のない者と外国人登録を行っていない者を国保法の適用除外とすることが明らかにされた。この通知に基づく行政の措置が争われたのがこれらの事件である。そこでは、不正規滞在者が我が国に「住所を有する」かどうかが主な争点となったのである。最初の事件である平成7年の東京地裁判決²⁰は、国保法上の「住所」とは人の生活の本拠すなわちその者の生活全般の活動の中心となる本拠であるとした上で、不法入国者は我が国内に生活全般の活動の中心となる本拠

を置くこと自体が容認されていない立場にあり、また国保制度の持つ相互扶助及び社会連帯の精神からすると、法的には我が国社会の構成員となることを拒否されている不法入国者が国保制度の対象となることは法の予定するところではないとし、結論として、外国人が「住所を有する」と言えるためには少なくともその者が適法に入国し在留する地位を有していることが必要であるとして、原告の訴えを棄却している。これに対し、平成10年の東京地裁判決²³⁾は、不正規滞在者の「住所」を認めている。平成10年判決は、在留資格は「住所」の有無を判断する一要素にすぎず、「在留資格のない外国人につき、一律に我が国に生活の本拠を有し得ないものと解するのは相当でなく、在留資格のない外国人であっても、居住関係を中心とした客観的生活状況及びその者の定住意思から、我が国に住所があると認めるべき場合も存するというべきである」とし、在留者の生活実態に即した判断を行ったのである²⁴⁾。

高裁レベルでは、平成14年の東京高裁判決²⁵⁾が、国保法の「住所」の意義について外国人の場合は在留資格を有していることが当然に内包されているとしており、不正規滞在者への国保法適用を排除している。この事件の地裁判決²⁴⁾は、平成10年東京地裁判決と同様に不正規在留者が居住地を生活の本拠にしていたことから「住所」を認定したが、高裁判決では、外国人の日本国内での地位について、「日本国内で自由に生活し活動することを国に要求する権利を保障されているわけでもなく、ただ、入管法所定の入国許可を受け、同法に基づく外国人在留制度の枠内において、その許容された期間と活動の範囲内でのみ、日本国内において生活し活動することが許されているものにすぎない」として、外国人の活動範囲が入管法制の枠内に限定されていることを明言する²⁶⁾。

以上、不正規在留者の国保訴訟について簡単に見てきたが、ここでは、地裁レベルではあるが、不正規在留者に対する社会保障の適用を判断する際に「居住関係を中心とした客観的生活状況及びその者の定住意思」を積極的に勘案するものが見られることを確認するにとどめたい。なお、言うまでもないが、これらの判決はあくまでも国保法の解釈上外国人が「住所」を有するか否かが判断されたのであり、ただちに地裁レベルで外国人の社会権享有主体性が認められたと評価できるものではないことは、前述の通りである。

社会権については、とりわけ社会保障の分野で立法的解決が図られてきたことから、外国人の権利享有主体性について権利性質説の立場からの検討が必ずしも十分でないまま、議論の中心が、不正規滞在者への法の適用の可否に移っていった。しかし、そのこと自体の評価はここでは留保することにして、次に進みたい。

3) 在留特別許可

ところで、平成7年と平成10年の二つの国保訴訟は、控訴されたが、いずれも原告が地裁判決後に在留特別許可を得て配偶者ビザが発給されたため、訴えの利益が消滅したとして判決に至ら

ずに終了している。

この在留特別許可は、不正規滞在者を正規化する手続であり、日本では特に1990年代以降に不正規滞在の外国人労働者に対して急増している²⁶。出入国制度における在留資格については、国際慣習法上国家の専決事項であり、従ってこの在留特別許可も政策的・裁量的に行われるもので、義務的なものでも外国人の在留する権利を認めるものでもない。

この点に関して、フランスでは、外国人の入国・滞在を憲法上の権利として認めている。「家族再集結権 (droit au regroupement familial)」あるいは「正常な家族生活を営む権利 (droit de mener une vie familiale normale)」である。これらは、具体的には外国人が家族を呼び寄せる権利として機能するもので、コンセイユ・デタ⁽²⁶⁻²⁾及びフランス憲法院⁽²⁶⁻³⁾が、憲法上の権利として、外国人とりわけ家族を出身国に残してきた外国人労働者に認めてきたものである。「正常な家族生活を営む権利」が認められれば、呼び寄せた家族を国内に受け入れることを当該国は認めなくてはならないのであり、その限りで出入国に関する国家の裁量の幅を限定するものである。ここで国家の出入国に関する権限に優位するのは、私生活の尊重とりわけ家族生活の尊重である²⁷。

4) 参政権訴訟

参政権は、国民主権原理を根拠に、外国人には認められないのが権利の性質上当然である典型的な例として挙げられてきた。しかし、定住外国人論を背景に外国人選挙権が主張され、現在は学説においても判例においても、必ずしも外国人の参政権が完全に否定されているわけではない。最も革新的な立場は、国民主権についても、国民主権とは自己統治の原理であり、国籍が先にあったのではなく国家を形成し当該国家に帰属する者を国民と呼んだのであって、「国民」を国籍保持者に限定する必要はないと説く²⁸。これもまた、参政権の権利の性質を再検討する試みであり、国籍の相対化が顕著に見られる。

現在、外国人の選挙権については、この問題に早くから取り組んだ学説が権利の性質を検討する際に国政選挙と地方選挙を区別し、判例も国政選挙と地方選挙を区別したことから、それに倣って理解しそれぞれの立場を表明するが多い。

国政選挙と地方選挙のそれぞれについて、外国人の人権が国民主権にてらして禁止されるか(従って認めれば違憲であるか)、許容されているか(すなわち立法政策に委ねられているか)、要請されているか(すなわち認めなければ違憲であるか)によっていくつものバリエーションがあり得るが、学説の多くは、そのうちの三つの立場に集約されよう。第一に、前述の革新的な立場であり、国政選挙と地方選挙を区別せずいずれも外国人に選挙権を認めることは憲法上の要請であるとする、全面要請説である²⁹。第二に、やはり国政選挙と地方選挙を区別しないが、外国人に選挙権を与えるか否かは立法政策に任されており、認められていなくとも直ちに違憲の問題

は生じないとする、全面許容説である⁶⁰。第三に、国政選挙については外国人に選挙権を認めることは民主権原理から憲法に違反し許されないが、地方選挙については外国人に認めるか否かは立法政策の問題であるとする、国政選挙禁止・地方選挙許容の考え方である。この第三の立場が現在最も支持されている有力説であり、最高裁も、国政選挙については平成5年判決⁶¹で、地方選挙については平成7年判決⁶²で、この立場を明らかにしている。すなわち、国政選挙については民主権原理にてらして権利の性質上日本国民のみをその対象としていることは明らかであるとしたのに対し、地方選挙については、「我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であつてその居住する区域の地方公共団体と特段に密接な関係を持つに至つ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、立法政策による外国人への参政権付与の可能性を肯定したのである⁶³。

5) 小括

権利性質説の立場から外国人には保障されないとされたいくつかの権利について、近年の見直しの傾向をごく簡単に見てきた。この中で、外国人に政策的にであれ憲法上の要請としてあれ権利保障を及ぼそうとするときの論拠として用いられるのが、日本での社会構成員性である。このことは、定住外国人論に端的にあらわれている。国籍を権利主体性の根拠となしえないとするこの立場は、外国人が国家にとって例外的な存在であることを前提に設定された国籍概念とそれに基礎を置いた外国人の法的地位が、国内のあらゆる場面で外国人の存在が常態化している現代には合致しなくなつてきていることを現すものである。

外国人の法的地位を考察するに際して、国籍がいかなる意味を持ち得るのかについては、すでに憲法学の立場からも研究が進められつつあるが、本稿でも若干の手がかりを求めてみたい。

2. 近代国籍制度成立期における外国人観⁶⁴

国家に所属する者に与えられる資格を国籍と呼ぶなら、そのようなものとしての国籍は近代より前の時代から存在していた。国民国家を背景とした近代国籍制度は、国民国家の母国であるフランスにおいて、1804年に成立したいわゆるナポレオン民法典で体系化されたと言われる。それ以前も「フランス人の要件」は様々な形で規定されていたが、これらをふまえて、民法典ではフランス人の資格要件がまとめられたのである⁶⁵。

この民法典の草案作成作業において、誰を生来のフランス人と定めるかで激しい議論が交わされた。問題となったのは、フランスにおいて外国人を父として生まれた子⁶⁶、つまり移民二世を、フランス国民とするか否かであった。今日的な用語で言えば、生地主義を採用するか血統主

義を採用するかの対立である。

生地主義を主張したナポレオンは、国益の観点から外国人出身者の子であってもフランス人として人口に取り込む必要性を訴えるとともに、そうして差し支えないことの根拠として、フランスで生まれた子はフランス人としての精神や習慣を身につけていること、そして生まれた国であるフランスに自然な愛着を持っているであろうことを挙げた⁸⁷⁾。法案はいったんはナポレオンの意を汲んで生地主義を採用したが、この法案に対し、護民院から血統主義を支持する意見書が提出された。そこでは、外国人たる親は来訪者であっていずれは祖国に帰る存在であり、その子もまた親とともにいずれは祖国に帰って再びフランスに戻ってくるものではないこと、彼らがフランスに生まれたのは偶然であること、このように定住の意思がなく祖国に帰ってしまうため公的負担を負うこともない者にフランス人としての特権を与えることは不当であること、等が述べられていた⁸⁸⁾⁹⁾。

最終的に、民法典は血統主義を採用し、外国人を父としてフランスで生まれた子については、成年に達したときに簡易帰化が可能であると定めるにとどまった。簡易帰化に際しては、定住意思を示すことが要件となっている（第9条）。これに対し、フランス人を父として外国で生まれた子については、他の要件を要せずフランス人であるとされた（第10条）。但し、フランスに帰国する意思がない場合は、フランス人の資格喪失の対象となる（第17条）。

以上を見ると、フランス人の資格を付与する場合に重視されているのが、フランスへの定住性の如何である。そして、定住性を推定する根拠として挙げられたのが、外国人であれフランス人であれ、人はその出身国に帰るものであるという強固な信念である。血統主義を採用するか生地主義を採用するかは選択は政策的なものであるが、国籍概念の成立期に、強い帰国の推定と、それを前提とした当該国家への定住可能性を国民確定の重要な要素と考えたことは興味深い⁴⁰⁾。

おわりに

これまでの外国人政策は、「社会の一員たりえない異質な存在」という外国人観を暗黙の前提として設計されてきたように思われる。そのようなものとして外国人を観念するのは、そもそも国籍制度が、社会の一員たりえるか否かの判断をその制度の中に内包していたからである。

現在の、外国人に対して生活の実態を考慮し国民と同等の法的地位を認めていこうとする動きは、外国人が、国籍制度の成立した当初とは異なり、一過性の存在ではなくなったことの現れである。そうだとすれば、このような現状に対応して、国籍の意義も変化を余儀なくされるのではないだろうか。実際、従来国籍の一要素とされてきた国家への忠誠は、現在ではその意義を薄くしており、むしろ権利性の方が強調される。

これまでの検討から明らかになったのは、これまでの国籍制度が前提としてきた外国人観と、現実に国内に居住する外国人の現状との齟齬である。定住外国人論は、この齟齬を埋めるものと

して登場してきたとも言えよう。多くの論者によって検討が加えられてきたように、国籍を権利享有の基準として相対化し、いくつかの要件の一つにすぎないものとして位置づけることもまた同様である。このような動きを受けて、権利性質説も、それぞれの権利の性質を改めて検討する必要に迫られていると言える。

国籍と居住国が必ずしも一致しない今日、新たな外国人観が求められている。その具体像をいかに描くべきかについては今後の検討課題としたい。

注

- (1) このことは、平成12年の出入国管理基本計画（第2次）の冒頭でも言及されている。外務省ウェブサイト「出入国管理基本計画（第2次）」<http://www.moj.go.jp/PRESS/000300-2/000300-2-2.html> (last visited Nov. 2003)。
- (2) 外務省ウェブサイト「平成14年末現在における外国人登録者統計について 1. 総数及び推移」<http://www.moj.go.jp/PRESS/030530-1/030530-1-1.html> (last visited Nov. 2003)。
- (3) 外務省ウェブサイト「平成14年末現在における外国人登録者統計について 3. 国籍（出身地）別」<http://www.moj.go.jp/PRESS/030530-1/030530-1-3.html> (last visited Nov. 2003)。
- (4) なお、日本人の配偶者等および定住者は増加傾向にあったが、平成14年末はわずかに減少した。外務省ウェブサイト「平成14年末現在における外国人登録者統計について 6. 在留資格（在留目的）別」<http://www.moj.go.jp/PRESS/030530-1/030530-1-6.html> (last visited Nov. 2003) 参照。
- (5) 宮島喬『共に生きられる日本へ』（有斐閣2003）、19～21頁参照。
- (6) もっとも、政府も受け入れた外国人への対策の必要性は認識しており、そのことは前掲註(1)の出入国管理基本計画（第2次）にも現れている。そこでは、「受け入れた外国人にどのような社会生活環境を提供していけるかという処遇の問題などを徐々に緻密に調整しつつ、社会に摩擦をもたらさないような形での受入れを図っていくことにより、経済社会の活力の保持、そして社会生活の有形・無形の豊かさの向上を目指す必要がある」とされる。ただしこの部分は、人口減少時代に外国人を受け入れるに際して、外国人を受け入れるべき分野や受け入れるに適した外国人を取捨選択することを前提とした文脈でのものであり、少子高齢化対策としての外国人受入を念頭に置いている。
- (7) 指紋押捺は回数や対象在留資格によって段階的に廃止され、現在は完全に廃止されて署名に代わっている。
- (8) その他、在日外国人については、住宅問題、教育、家族の問題などが、法学以外の様々な観点から指摘され、研究されている。
- (9) かつて国民年金法や児童手当法などの社会保障法に存在した国籍条項は、1982年の難民条約批准に先立つ国内法整備措置の一環として、そのほとんどが削除された。また、1986年には国民健康保険法も国籍要件を撤廃している。

- (10) 居住国への定着性を権利享有の根拠とする考え方は、これまでの権利の性質の認定過程に重大な影響を与え、見直しを迫るものである。従って、権利性質説と定住外国人論を整合的に説明しようとする場合には、各人権規定について、改めてその性質を明らかにする作業を行わなければならない。選挙権についてはこれまで議論が試みられているが、たとえば社会権などについては、立法的解決がなされたことで、その性質と国籍や社会構成員性の関係についての検討はかえって深化しなかったように思われる。
- (11) 定住外国人は、一般には、「日本社会に生活の本拠をもち、その生活実態において自己の国籍国をも含む他の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」（大沼保昭『単一民族社会の神話を超えて』（東信堂・1993）204頁）と定義されている。具体的にどのような者を指すかについては論者によって若干の違いはあるものの、おおむね、(a) 入管法上の永住資格者たる一般永住者、(b) いわゆる日韓法的地位協定および同協定の実施に伴う入管特別法に基づく協定永住者、(c) いわゆる平和条約国籍離脱者等入管特例法に基づく法定特別永住者が定住外国人に含まれると説かれている（芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣・1997）、130頁）。またより広く、日本で生まれた外国人で出生後基本的に日本国内で育ち生活している者、かつて永住資格ないしそれと同視し得る法的地位にあったが本質的に日本における生活実態とはかかわりない事由により右の地位を否認された者、日本に一定期間（五年を一応の基準とする）在住して生活を営んでいる者も定住外国人に該当するとするものもある（大沼・前掲書、204頁）。
- (12) 最一小判H元.3.2、判時1363-68。
- (13) 宮沢俊義『憲法Ⅱ【新版】』（有斐閣・1971）242頁など。
- (14) 芦部・前掲註(11)、137頁など。
- (15) 高藤昭「外国人に対する生活保護法の適用について」社会労働研究42巻3号（1995）29頁、大沼・前掲書(11)、237～240頁など。
- (16) 学説の分類については中村睦男「外国人の生存権・社会保障健の権利主体性」社会保障5号（1990）65～66頁など。
- (17) 高藤昭・前掲註(15)、27～30頁
- (18) 不法在留者人身保護請求事件、最二小判S25.12.28、民集4-12-683。
- (19) 不法入国者原爆医療費訴訟、最一小判S53.3.30、判時886-3。但し、本件で問題となった原爆医療法は、社会保障法であると同時に原爆被害者の救済を図るための実質的な国家補償的趣旨を持つ制度であることから、法の趣旨にてらして不正規滞在者にも適用されるとした。
- (20) 東京地判H7.9.27、判時1562-41。
- (21) 東京地判H10.7.16、判時1649-3。
- (22) ただし、この判断は専ら国保法の「住所」の解釈についてのものであって、平成7年判決が認定し平成10年判決も言及している国保制度の「相互扶助と社会連帯の精神」から導かれたものでないことは、注意が必要である。むしろ、平成10年判決は、平成7年判決と同様、「相互扶助と社会連帯の精神」に基づく

外国人の法的地位と国籍に関する覚書

制度は不正規滞在者には基本的には適用されないと考えているようである。

- (23) 東京高判H14.2.6、判時1791-63。
- (24) 横浜地判H13.1.26。
- (25) 外国人の法的地位と権利享有が入管法制によって限定されていることは、学説からも指摘されているところである。たとえば、安念潤司『『外国人の人権』再考』芦部古希『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣・1993）、163頁以下。
- (26) 不正規滞在外国人の正規化には、個別のものと一斉のものがあり、我が国の在留特別許可は個別のものである。なお、一斉に行われるものはアムネステイと呼ばれ、一定の要件を満たしたものについて一律に在留資格を与えるもので、欧米を中心に各国で行われている。近藤敦『外国人の人権と市民権』（明石書店・2001）286頁以下参照。
- (26-2) n° 93-325 DC, 13 août 1993, loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, Recueil, p. 224; JO du 18 août 1993, p. 11722.
- (26-3) CE. Ass., 8 décembre 1978, GISTI, Rec., p. 493.
- (27) この問題に関しては、別稿を期したい。なお、光信一宏「1990年代フランスの出入国管理法制」中村睦男・高橋和之・辻村みよ子編『欧州統合とフランス憲法の変容』（有斐閣・2003）224頁以下参照。
- (28) 浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社・2000）、477頁。
- (29) 浦部・前掲註(30)、507頁。
- (30) 奥平康弘『憲法Ⅲ憲法が保障する権利』（有斐閣・1993）、56頁。
- (30-2) 芦部・前掲註(11)、132～133頁など。
- (31) 最二小判H5.2.26、判時1452-37。
- (32) 最三小判H7.2.28、民集49-2-639。
- (33) 平成7年判決を受けて、外国人の地方選挙権を認める公職選挙法改正の動きがあったが、調整がつかず未だ成立していない。なお、住民投票において外国人の投票を認める自治体が増加したことは周知の通りであるが、このような動きには、この平成7年判決が影響しているものと思われる。
- (34) 以下については別途詳細な検討を行う予定であるため、本稿の関心と関連する限りで概要を紹介するとどめる。
- (35) 以下、民法典成立過程の議論については、P. A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, tome septieme, Otto Zeller, 1968 による。
- (36) 当時は父系主義がとられていたため、母の出身国は問題とならなかった。
- (37) Fenet, op. cit. (35), p. 6.
- (38) ibid., p.592.
- (39) 血統主義の主張は、生地主義が従来持っていた封建的関係の否定という意味合いもあったようである。
ibid.

- 40) なお、このうちフランスは、移民三世にフランス国籍を与える加重的生地主義 (le double jus soli) を採用することになるが、これもまた、複数世代に渡ってフランスに定着した者には国籍を与えようとするものである。