

国民主権・民主主義・住民自治のトリレンマ

—永住市民の参政権—

近 藤 敦

はじめに

国民主権原理の論理的帰結として、外国人の参政権はすべて禁じられると従来は、考えられてきた。かつての通説によれば、「公務員の選定・罷免権に至っては、国民主権の帰結であり、そうした参政権の保障がもっぱら日本国民に対してなされるべきことは、ことの性質上、きわめて当然である」とされる⁽¹⁾。また、判例上も、「アラン(H. Alan)参議院選挙権訴訟」大阪地裁判決において、「公務員の選定罷免権は、よって立つ国民主権原理に照らし、その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」⁽²⁾とされる。そして、この事件の最高裁判決も、マクリーン事件判決の「趣旨に徴して明らか」⁽³⁾との簡単な理由により、この原審の判断を正当としている。しかし、なぜ、「キム(金正圭)地方選挙権訴訟」最高裁判決のように、「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密接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⁽⁴⁾、地方

選挙では許容されるのに対し、国政選挙では禁じられるのかについての説明は、明らかではない。また、「永住者等であってその区域の地方公共団体と特段に密接な関係を持つに至ったもの」の範囲が不明確であり⁽⁵⁾、「選挙権」だけが許容され、被選挙権は、これと同じに考えることができないのか等々の疑問もある。

ここでは、国民主権原理と民主主義原理をどのように考えるかということが問題解決の手がかりになると思われる。というのも、「アラン(H. Alan)参議院選挙権訴訟」の原告によれば、「選挙権は、国民主権のあらわれであり、民主主義の実現に不可欠の基本的人権である」ため、「社会構成員が代表民主制を通じてその政治的決定に従い、納税等の義務を負わざるを得ない以上」、「憲法15条1項にいう『国民』とは、国籍保持者のみのことではなく、社会の構成員として日本の政治社会における政治決定に従わざるを得ない者をいうと解すべきである」としているからである⁽⁶⁾。こうした、国民主権原理の新しい理解は、「国民主権」の実質が「自己の政治的決定に自己が従う」との「民主主義」と同義であり、「主権者たるべき者」が「その政治社会における政治的決定に従わざるをえないすべての者」であるとする学説の影響を受けている⁽⁷⁾。この学説は、「治者と被治者の同一性」を民主主義の定義とするカール・シュミットの「同一性理論」を一面で採り入れるものといえよう。ただし、もともと、同一性理論は、国民の間においてのみ民主主義的平等を志向し、それゆえ、外国人の参政権を禁じるものであった⁽⁸⁾。これまで、国民主権と民主主義の関係がはっきりせず、正当化の契機としての国民主権を現実に作動させる制度的仕組みを民主主義というように⁽⁹⁾、両者は同じ国民国家の目的に仕えるように考えられてきた。元来、国民国家として組織された民主主義は、フランス革命の理念だけでなく、外国支配に対するナポレオン戦争にも基づいている。民主主義、

国民国家、国民主権および自己決定権の相互関連は、歴史的には当然のことである。⁽¹⁰⁾しかしながら、今日、両者のベクトルは別の方向を向いているようである。というのも、利害関係者が決定に参加すべきであるとする民主主義原理が外国人の参政権をも要請するのに対し、国民主権原理がこれを禁じるとされるからである。いわば、民主主義原理がアンチ・ナショナリズムを志向し、国民主権原理がナショナリズムを守ろうとする。とはいえ、民主主義の考えは多様であり、また、国民主権も一義的ではない。

第1節 「国民主権」ゆえの禁止と「主権の制限」による許容

1 国民主権と人民主権

国民主権については、見解が分かれている。とりわけ、「国籍保持者」である「国民(nation)」を主権の担い手とする「国民主権(souveranité national)」が外国人の参政権を禁じると解されてきた。しかし、「政治社会の構成員」である「人民(peuple)」を主権者と説く「人民主権(souveranité du peuple)」の考え方が、外国人の参政権を要請する理論的根拠を提供しうるかが、いま問題とされているのである⁽¹¹⁾。

そもそも、フランスにおいても、国民主権原理は、革命当初、外国人ではなく、むしろ国王の権力に対抗して主張された原理であることから、外国人の参政権を絶対に禁ずるものではないとする議論があった⁽¹²⁾。この点に、国民主権原理を再検討する手がかりがある。というのも、かつてフランス革命を担った外国人も議員となりえたわけである⁽¹³⁾。この点、浦部法穂氏は、国民主権原理は、君主主権に対抗する原理であり、歴史的には、国民は、「君主および封建的特権階級以外の人々(人民)を総称するもの」を意味するという。したがって、国民主権における「国民」とは、外国人

に対する国籍保持者を意味するものではなく、国民主権を民主主義政治と同義と理解し、日本における政治的決定に従わざるをえない「生活実態」にある外国人も、国民と解し、選挙権を保障することを要請している⁽¹⁴⁾。しかし、「日本における政治的決定に従わざるをえない『生活実態』」という不明確な概念への批判もある⁽¹⁵⁾。また、「いったい、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状況をつくることを、主権国家の憲法論は容認するであろうか」⁽¹⁶⁾との疑問もあり、「国家主権を前提」⁽¹⁷⁾とする伝統的な主権論の立場からの批判もある。

とはいえ、フランスの伝統的な見解としての、「国民主権」における「国民とは、特定の時点における有権者のみではなく、過去およびとりわけ将来の世代(*génération d'hier et surtout celles de demain*)をも包含するものである」との指摘を想起しよう⁽¹⁸⁾。「将来の世代」をも主権者である「国民」に含める発想を、現代の国外移住や帰化の多い国際化された社会に応用するならば、永住者を外国人とみるのではなく、国民との中間的な立場にある「将来の国民」として位置づけ、これまた主権の担い手とすることも不可能ではないであろう。たとえば、永住者をも国会の選挙権者としている現在の実例としては、ニュージーランドのような国もある。帰化すれば、将来、国民となりうる永住者に参政権を認めることも、伝統的な国民主権原理からいって、あながち禁止されるとは限らないとの結論を導く可能性は、人民主権論の中だけではなく、国民主権論においても胚胎しているように思われる。

なお、ドイツにおいても、国家の支配の民主的正当性の根拠としての「人民主権(*Volks souveränität*)」原理の理解において、共和主義的・人権的開放性をもって、外国人の地方参政権を求める新しい見解に対しては、国

民国家的排他性をもって、外部に対して境界づける「国民主権(National-souveränität)」原理が置き換えられ、または融合され、ここでの「人民」とは「国籍保持者の総体」とされているのである⁽¹⁹⁾。一方、国民主権原理は、理論的には、「自律的で平等な個人の集合体としての国民を主権の主体として想定する」ため、国民の政治的意思の自律的形成に参加する者を国籍保有者に制限しないことを要請する。他方、国民主権原理は、具体的には、「過去の伝統への立脚、現在の状況の把握、将来起こるべき結果について責任を引き受ける覚悟、という三つの要素」を含む「国民意識」に規定されるという⁽²⁰⁾。そして、「特定の国家の運営に積極的に参加しようという意思」の存在を推定させるものは、当面、国籍に対する明示または黙示の同意ということになる⁽²¹⁾。しかしながら、国際的な人口移動が激しく、人権意識の高まりをみせている今日、人が本来もつ権利を実効的に確保する目的のためには、旧来の国籍制度には難点があり、新しい市民権の構想は、新たな市民意識に根ざす、政治的共同体の参加資格を模索しつつある。

- (1) 宮沢俊義、『憲法II〔新版〕』(有斐閣, 1959) 236頁。
- (2) 判例タイムズ779号(1992) 96頁。
- (3) 判例時報1452号(1993) 38頁。
- (4) 判例時報1523号(1995) 52頁。
- (5) 学説上、参政権者としての外国人の範囲については、政治判断能力説、帰化資格準拠説および永住資格要件説がある。しかし、永住資格をもたず、在留資格が不安定な外国人が参政権を行使する場合には、マククリーン事件判決の先例に従えば、法務大臣が「国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動」と判断する政治活動(立候補、選挙活動、政党参加および投票活動等)を行う外国人の在留資格の更新を拒否することも、法務大臣の自由裁量となる。そこで、法治国家における自由選挙の原則と議員の独立という憲法上の要請に反し、法務大臣の気に入らない選挙権者と議員の在留期間の更新を拒否する運用の危険性を完全になくすには、参政権者に永住権を保障することが望まれる。永住権は、論理的には、参政権に先行すべきものと思われる。参照、拙稿、「人権と外国人の参政権」九州産業大学商経論叢 36巻1号(1995) 160頁。
- (6) 判例タイムズ、前掲779号(1992) 95頁。

- (7) 浦部法穂「憲法と『国際人権』—『外国人の参政権』を中心に—」国際人権1号 (1990) 27頁。；参照，同『憲法学教室 I』（日本評論社，1988）70頁。
- (8) C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, p. 234；C・シュミット著，尾吹善人訳『憲法理論』（創文社，1972）288頁。
- (9) 手島孝『憲法解釈二十講』（有斐閣，1980）45頁。
- (10) H. A. Stöcker, *Der Binnen- und der Aussenaspekt der Volkssouveränität*, in: *Der Staat*, 1991, p. 263.
- (11) 棟居快行「声なき者の声 [定住外国人の地方参政権訴訟]」法学セミナー482号 (1995) 89頁。
- (12) Ph. Ardant, *Les Exclus, Pouvoirs*, 1978, no.7, p. 57.
- (13) アメリカ人のトマス・ペイン，ドイツ人のアナカルシス・クローツ，イギリス人のプリーストリーもフランス市民であった。B. Kriegel, *La crise de la citoyenneté*, in: Ph. Herzog et. al. (eds.), *Quelle démocratie, quele citoyenneté*, 1995, p. 47. さらに，参照，西川長夫「フランス革命と国民統合」思想789号 (1990) 125—126頁。
- (14) 浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」徐龍達編『定住外国人の地方参政権』（日本評論社，1992）56—9頁。
- (15) 戸松秀典「定住外国人選挙権訴訟上告審判決」判例時報1467号 (1993) 181頁。
- (16) 大石眞「定住外国人と国会議員の選挙権」ジュリスト・平成5年度重要判例解説 (1994) 17頁。
- (17) 市川正人「定住外国人の地方参政権」法学セミナー485号 (1995) 85頁。
- (18) G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, p. 131；杉原泰雄『国民主権の研究』（岩波書店，1971）298頁。
- (19) J. Marko, *Autonomie und Integration*, 1995, pp. 227-233.
- (20) 栗城壽夫「日本国憲法のもとで，政治活動の自由の保障に関して，国民と外国人とを区別することは許されるか」法学教室95号 (1988) 81頁。
- (21) 同「ドイツにおける『国民』理解のしかたについて」樋口陽一・高橋和之編『現代立憲主義の展開 下』（有斐閣，1993）668頁。

2 主権の委譲と制限

つぎに，伝統的な主権国家の見直しについて考察することにしよう。伝統的な国民主権の考え方からは，これまで主権は不可分のものとされてきたのに対し，主権の委譲ないしは制限により，相互に地方議会および欧州議会の参政権を認め合う欧州連合の動向は，主権論の新たな地平を示しつ

つある。

国際的な移動や交流の激しい現代、国民経済が一国内の市場経済で成立するものではなく、政治的にみても、国民代表による議会が中心に決定を行う国民国家という理念が、実体とはいささかかけ離れてきている。とりわけ、欧州統合の動きに伴って、伝統的な主権の不可分性がくずれ⁽¹⁾、出入国管理権、関税権、軍事権など、国家の主権が様々に制限され、地方、国家および超国家の三つのレベルで主権が問題とされながら、国際協調主義の必要が生じている。対外的な国家主権の制限または移譲に伴い、対内的な国民主権原理の変容がもたらされる。この一つの現象として、欧州連合市民への地方参政権の問題がクローズアップされてくるのである⁽²⁾。

ドイツでは、基本法24条1項が、もともと「連邦は法律により、主権(Hoheitsrecht)を国際機関に移譲(übertragen)することができる」と定めていた⁽³⁾。しかし、主権の移譲への内在的制約があると判例および学説上考えられており⁽⁴⁾、この規定はマーストリヒト条約に十分な憲法上の授権を与えるものではないと憲法委員会は判断した⁽⁵⁾。そこで同条約の批准に際して、新設された同23条によれば、同20条などの憲法改正を禁ずる同79条3項が適用される。このため、同28条の3項により導入された欧州市民の地方議会および欧州議会の参政権により、同20条の国民主権原則を侵害することは許されないとの制約が課されることになった。連邦憲法裁判所の1993年のマーストリヒト条約判決によれば、原告が憲法異議の根拠とした基本法38条は、地方参政権について、ドイツ人でない候補者や選挙権者に対抗する権利を保障するものではないとしてしりぞけている⁽⁶⁾。そのうえで、欧州連合への主権の移譲の前提条件として、国民による正当化と影響力がこの国家連合内でも確保されることをあげている⁽⁷⁾。そして具体的には、構成国としてのドイツの地位の変更には、国民代表である連邦議会が

同79条2項の定める3分の2の特別多数という同23条1項3文の要件による法律が必要であることなどから⁽⁸⁾、合憲との判断を下している。しかも、従来の同24条の解釈としては、連邦参議院の同意を不要としていたのに対し、新設された同23条により連邦参議院の特別多数の同意も要件とされたのである⁽⁹⁾。判決はドイツの主権を強調し⁽¹⁰⁾、民主主義原理から欧州統合の限界を導くと評される⁽¹¹⁾。

一方、フランスの場合、主権の移譲は認められないが、主権の制限は可能としている。しかし、ドイツにおける用語法とは必ずしも同じではないようである。1958年憲法の前文により確認された1946年憲法の前文は、「相互主義の留保のもとに、フランスは、平和の組織と擁護のために必要な主権の制限(limitations)に同意する」旨を定めている⁽¹²⁾。憲法院は、かつて、欧州議会の直接選挙に関する1976年の判決において、この文言にこだわり、「主権の制限」に同意することは可能であるという。しかし「主権の移譲(transfert)」は認められないとしていた⁽¹³⁾。マーストリヒト条約の批准の前に憲法改正の必要を判断した1992年のいわゆるマーストリヒト第1判決においては、相互主義の留保のもと、加盟国により同意された「権限の移譲(transfert de compétence)」の結果、法人格を有し決定権限を与えられる国際機関である欧州連合の設立のための条約の締結そのものは認められるとしている⁽¹⁴⁾。もともと、学説により、主権の移譲と主権の制限の区別は、明確ではないと批判されていたのであるが⁽¹⁵⁾、この区別を認めていない欧州裁判所が用いてきた権限の移譲という表現を使うことで、憲法院はこの区別を放棄したとする評価もある⁽¹⁶⁾。ともあれ、あらかじめ憲法を改正しなければならない主権の移譲と違って、主権の制限（そして場合によっては、権限の移譲）は、「国の主権行使の本質要件」を侵害しない限り、許される⁽¹⁷⁾。元老院（国会の上院）議員が地方議会議員の代表による

間接選挙で選ばれる関係においてのみ、国の主権の行使の侵害を問題とするフランスでは、国政レベルの立法権を国民主権原理の本質要素としているようである。したがって、地方参政権は欧州市民に門戸を開くことが認められるのである。

このほかに、主権の委譲または制限に関する規定はいくつかの国の憲法にみられる。1956年に改正されたルクセンブルク憲法49条の2によれば、「憲法上、立法権、執行権および司法権に留保された権限の行使は、条約により、一時的に国際法上の機関に移譲(dévolu)することができる」と定められている⁽¹⁸⁾。また、1970年に改正されたベルギー憲法25条の2により、「一定の権力の行使は、国際法上の機関に対して、条約または法律により移譲(attribué)することができる」とある⁽¹⁹⁾。そしてギリシア憲法28条3項によれば、「ギリシアは、重大な国家利益が要求し、人権と民主的な国家秩序の基礎が侵されることがなく、同権と正義を行う場合には、議員総数の過半数を必要とする法律により、国民主権の行使の制限に自由に同意する」と規定されている⁽²⁰⁾。さらにイタリア憲法11条2文により、「イタリアは、他国と等しい条件の下で、各国の間に平和と正義を確保する制度に必要な主権の制限(limitazioni)に同意する」と定められている⁽²¹⁾。

かくして、欧州連合加盟国の外国人が地方議会や欧州議会の参政権を行使することは、主権の移譲または制限の範囲内であり、国民主権原理の本質要素を損なうものではないとの認識がヨーロッパでは一般的傾向となりつつある。

(1) H.-J. Blanke, Der Unionsvertrag von Maastricht-Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat, Die Öffentliche Verwaltung 1993, p. 420.

(2) M. Degen, Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag über die europäische Union unter Berücksichtigung des Wahlrechts, Die Öffentliche Verwaltung

- 1993, p. 753.
- (3) A. Kimmel (ed.), *Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten*, 3rd ed. 1993, p. 51.
 - (4) Ch. Kirchner / J. Haas, *Rechtliche Grenzen für Kompetenzübertragungen auf die Europäische Gemeinschaft*, JZ 1993, p. 762.
 - (5) Ch. Tomuschat, *Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts* EuGRZ 1993, p. 492.
 - (6) I. Winkelmann (ed.), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993*, p. 582.
 - (7) I. Winkelmann (ed.), *op. cit.*, p. 585.
 - (8) *Ibid.*, p. 590.
 - (9) J. Schwarze, *Das Staatsrecht in Europa*, JZ 1993, p. 586.
 - (10) J. A. Frowein, *Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1994, p. 5. (以下, ZaöRV と省略する)。
 - (11) D. König, *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht - ein Stolperstein auf dem Weg in die europäische Integration?* ZaöRV 1994, p. 35.
 - (12) H. Oberdorff (ed.), *Les constitutions de l'europe des douze*, 1994, p. 161.
 - (13) 76-71 DC (30. 12. 1976), in: L. Favoreu (ed.), *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993*, 1994, p. 42.
 - (14) 92-308 DC (9. 4. 1992), in: *Ibid.*, p. 499.
 - (15) F. Luchaire, *L'Union européenne et la constitution*, R.D.P. 1992, pp. 595-599 ; P. Oliver, *The French Constitution and the Treaty of Maastricht*, *International and Comparative Law Quarterly*, 1994 vol.43, p. 8.
 - (16) S. Boyron, *The Conseil Constitutionnel and the European Union*, *Public Law* 1993, pp. 33-34.
 - (17) L. Favoreu / P. Goia, *Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au traité sur l'Union européenne*, R.F.D.C., 1992, pp. 405-406.
 - (18) P. Majerus, *L'état luxembourgeois*, 1990, pp. 139, 407.
 - (19) D. Colas (ed.), *Textes constitutionnels français et étrangers*, 1994, p. 308.
 - (20) A. P. Blaustein / G. H. Flanz (eds.), *Constitutions of the Countries of the World*, 1988, p. 26.
 - (21) F. Pergolesi, *Diritto costituzionale*, 1962, p. 22.

第2節 「民主主義的平等」ゆえの禁止と「同一性理論」に基づく要請

民主主義の意味についても多様な見解があり、定説があるわけではない。現代のイギリスおよびアメリカにおける一般的な定義としては、「人民による統治(government by the people)」といわれる。しかし、peopleの定義はなされていないことが多い⁽¹⁾。民主主義の理念は、個人の無能力を裏づけるゆるぎない証拠が示されるのでないかぎり、全員が平等に公民権をもつ能力がある者としてとり扱われることを要求する⁽²⁾。民主主義の実務は、「人民の選出された代表による統治」であり、「多数者の支配」を意味することをいかに克服するかが問題とされている⁽³⁾。一方、ドイツにおいては、この一般的な「多数者の支配」という定義に異を唱え、「治者と被治者の同一性」という定義を「民主主義的平等」の要請から導くシュミットの見解があった⁽⁴⁾。外国人の参政権を考える上でも、様々な民主主義観が語られている。このうち、最も重要な民主主義の理論枠組みは、この民主主義的平等と同一性理論と思われる。シュミットによれば、外国人の参政権は明確に否認しているものの、今日、彼の民主主義に関する理論展開は、禁止説と要請説の双方に理論的根拠を提供しているように思われる。

1 国民民主主義

シュミットにあっては、民主主義的平等とは、すべての人間の平等という外向きの議論ではなく、民主主義国家の内部では、すべての国家構成員が平等であることを意味するにすぎない。すなわち、国家構成員でない外国人は、この民主主義的平等にとっては問題とならない。したがって、民主主義的平等という前提の結果として、国民の参政権の平等が導かれる一

方で、外国人の参政権の禁止が正当化される。もともと、「民主主義的平等 (demokratische Gleichheit)」における「民主主義」とは、国民国家における民主主義である。これは国民的同質性を前提としており、この種の民主主義観に反対する立場から「国民民主主義 (Nationaldemokratie)」と呼ばれている⁽⁵⁾。そして、今日、つぎの理由により、国籍が民主主義的平等の前提であるとされているが、とりわけ永住者については、これらの論拠は反証可能のように思われる。

民主主義的平等の観点から、参政権に関して国民と外国人とを区別すべきとする根拠として、よく引き合いに出されるのが、「利害関係性 (Betroffenheit)」である。個人は選ばれた議会が行う決定に関係ある限り、利害関係性をもつ⁽⁶⁾。この利害関係性が同じならば同じ参政権が認められ、利害関係性が違えば異なるべきである⁽⁷⁾。この発想は一言でいえば、「権利と義務とのつりあい」である。しかし、そもそも、民主主義にとって利害関係性が重要とする議論を徹底させると、たとえば、成年の議員が利害関係性のない青少年保護法を議決してはならないことにもなりかねない⁽⁸⁾。また、参政権に対応する義務は何であるかは、論者により分かれる。

第1に、国家への忠誠義務を欠く外国人には、参政権を認めないとする論拠がある⁽⁹⁾。たしかに、国王に忠誠を誓う臣民が国民であった絶対君主制の時代には、この忠誠義務が参政権の前提条件となりえた。しかし、近代市民革命を経て、この君主に忠誠を誓う臣民は市民に変わった。そして、今日の民主制下の法治国家では、憲法や法律を遵守すべきであることにおいては、原則的には、国内にいる外国人も国民と同じである。したがって、国民の忠誠義務とは、「法的意味をもたない倫理的・政治的要請」にすぎないといわれている⁽¹⁰⁾。また、この論法を徹底すれば、国家に忠誠を誓わない反体制勢力の参政権を否定することになる⁽¹¹⁾。しかも、とりわけ、地方

参政権の場合、外国人にあっても、1つの自治体にしか属さず、二重の選挙権も、忠誠の衝突も問題とならないのである⁽¹²⁾。

第2に、外国人は兵役義務に服さないゆえに、利害関係性をもたず、参政権は認められないとする論拠が有力である⁽¹³⁾。しかし、この発想によれば、女性である国民も参政権が否認されかねないとの反論がある⁽¹⁴⁾。これに対しては、女性の兵役免除は性差によるものであり、国との結びつきとは無関係であること、また女性に兵役を課す法改正も憲法上可能であることを理由とする再反論がある⁽¹⁵⁾。しかしながら、外国人にも兵役を課す可能性がありうるとの更なる批判もある⁽¹⁶⁾。とはいえ、外国人の兵役義務は各国の国家慣行に反し、国際法上問題があるようにも思われる。そこで、ドイツの国政レベルでは、この論拠が重要だとしても、地方レベルでは問題とはならないとみることができる⁽¹⁷⁾。この点、兵役義務のない日本では、国政、地方選挙、いずれにおいても、外国人の参政権を否認する論拠となりえないことは、特筆すべきであろう。

第3に、参審員や選挙の立会人といった公的な名誉職引受義務のあるなしが国民と外国人の違いとしてあげられる⁽¹⁸⁾。ただし、この論拠は、兵役ほどに重要ではない。また、たとえ、参審員を引き受ける義務を外国人に課しても、その出身国との二重の忠誠の衝突が生ずるものとは思われない。しかも、緊急事態にあつては、外国人も一定の役務を義務づけられうるように、名誉職などの一定の義務を外国人に引き受けてもらうことは可能である⁽¹⁹⁾。選挙人となりうる外国人の中からも選挙の立会人を選ぶことは、およそ問題がないであろう。陪審員や参審員という制度の現実に存在しない日本では、この論拠の意義はあっそう少ないものと思われる。

また、上記の利害関係性に加えて、第4に、国民は国家と長く結びついているので、「離脱不能性(Unentrinnbarkeit)」を有するといわれる。これ

に対し、外国人はつねに「離脱可能性(Entrinnenbarkeit)」を有することも、民主主義的平等の観点から国民と外国人とを区別する論拠として有力である⁽²⁰⁾。というのも、離脱が自由な外国人は、出国の権利を有し⁽²¹⁾、その国籍に基づき出身国に対し入国許可請求権があるとされるからである⁽²²⁾。これに対し、国民は憲法上⁽²³⁾および国際法上⁽²⁴⁾、出国の請求権があるとされるものの、他国に対する入国請求権がない点が違っている⁽²⁵⁾。しかし、憲法上、国民にも外国旅行や移住の権利があり⁽²⁶⁾、また国籍離脱権があるので⁽²⁷⁾、国家と運命的に解きがたい結びつきがあるわけではない⁽²⁸⁾。他方、外国人の特権といわれる出国の自由も法律の留保があり、国民同様、一定事由⁽²⁹⁾のもとでは制限されるので、国民との法律上の違いは、それほど明確ではない。しかも、事実上、永住者の場合は、経済的にも社会的にも滞在国との結びつきが大きく、国籍国に移ることは大きな犠牲を伴う⁽³⁰⁾。さらに、人口移動の激しい今日、とりわけ、地方レベルでは、この論拠の説得力は乏しく⁽³¹⁾、国民は他の自治体に移る移動の自由を憲法上⁽³²⁾保障されているので、離脱可能性について外国人との区別は問題とならないとする見解がある⁽³³⁾。

こうした論拠の背後には、外国人は、民主的決定に責任を負う立場にないとする考えがあるものと思われる。いわば、「国民の自由な自己決定に基づく民主主義の本質は、決定の結果に同じように責任を負わなければならない場合にのみ、一切の共同決定の本当の平等が存在する点にある」とされる⁽³⁴⁾。しかしながら、いずれ本国に帰ることを前提とする外国人と永住を決意する外国人とを一律に論ずべきではない。永住者ならば、その決定に責任を負う立場にあることが考慮される必要があるように思われる。したがって、国民民主主義の観点において、民主主義的平等をとらえるとしても、とりわけ、永住者の参政権を否定する根拠としては、その説得力が

失われつつあることが確認される。

- (1) J. B. Baskin, *Legal Aliens, Local Citizens: The Historical, Constitutional and Theoretical Meanings of Alien Suffrage*, in: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 141, 1993, p. 1391.
- (2) A. Arblaster, *Democracy*, 2nd ed. 1994, pp. 3-5; アンソニー・アブラスター著, 渋谷浩・中金聡訳『民主主義』(昭和堂, 1991年) 4-7頁。
- (3) 桜井陽二・外池力訳『デモクラシーとは何か』(芦書房, 1989年) 21-23頁。
- (4) C.Schmitt, *op. cit.*, pp. 228-236; C・シュミット著, 尾吹善人訳, 前掲書, 281—290頁。
- (5) M. Zuleeg, *Juristische Streitpunkte zum Kommunalwahlrecht für Ausländer*, in: K. Sievering et.al. (eds.), *Das Kommunalwahlrecht für Ausländer*, 1989, p. 118. (以下, M. Zuleeg in: K.Siebering et.al.と略す)。広渡清吾「ドイツにおける外国人の地方選挙権」徐龍達編『共生社会の地方参政権』(日本評論社, 1995) 228—238頁では, 「国籍者民主主義」, 廣田全男「外国人参政権における『民主制』理解について」杉原泰夫教授退官記念論文集刊行会『主権と自由の現代的課題』(勁草書房, 1994) 350—353頁においては, 「国民的民主制」と訳されている。
- (6) K. Bücking, *Die Beteiligung von Ausländern an Wahlen zum Deutschen Bundestag, zu den Parlamenten der Länder und den kommunalen Vertretungskörperschaften unterbesonderer Berücksichtigung der Wahlen zu den hamburgischen Bezirksversammlungen*, 1992, p. 60.
- (7) T. Spies, *Die Schranken des allgemeinen Wahlrechts in Deutschland*, 1979, p. 24. 外国人は, 出身国の対人主権と滞在国の領土主権に服するという「三角関係」にある点が, 国民と異なる。J. Isensee, *Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland*, *VVDStRL* 32 (1974), pp. 55-56. 外国人は, 出身国の対人主権に服し, 外交上の保護請求権を有する。しかし, 外国人の参政権を保障することにより, 出身国の対人主権が侵害される問題は生じないように思われる。K.Bücking, *op. cit.*, pp. 54, 75.
- (8) H. Quaritsch, *Staatsangehörigkeit und Wahlrecht*, *DöV* (1983), p.9.
- (9) M. Birkenheier, *Wahlrecht für Ausländer-Zugleich ein Beitrag zum Volksbegriff des Grundgesetzes*, 1976, p. 66. この忠誠義務は, イギリスなどでは古くから, 帰化による国籍取得の要件としても用いられていたのも同じ理由であろう。
- (10) H. Kelsen, *Staatsrechtslehre*, p. 159; 参照, ケルゼン著, 清宮四郎訳『一般国家学』(岩波書店, 1971) 265頁。
- (11) M. Zuleeg, in: K. Sieveking et al.(eds.), *op.cit.*, p.119.
- (12) B.-O.Bryde, in: J. Isensee / E. Schmidt-Jortzig (eds.), *Das Ausländerwahlrecht*.

- cht vor dem Bundesverfassungsgericht, 1993, p.270.
- (13) F. Ruland, Forum: Wahlrecht für Ausländer?, JuS 1975, p.11 ; T.Spies, op. cit., p. 25 ; N.Bernsdorff, Probleme der Ausländerintegration in verfassungsrechtlicher Sicht, 1986, p. 129 ; P.Scholtz, Wahlrecht für Ausländer?, Jura 1980, p. 586 ; H.-H.Schild, Kommunalwahlrecht für Ausländer?, D V 1985, p. 671 ; E. Schmellenkamp, Das Ausländerwahlrecht in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage nach den deutschen Landesverfassungen, 1985, p. 35.
 - (14) M. Zuleeg, Grundrechte für Ausländer: Bewährungsprobe des Verfassungsrechts, DVBl 1974, p. 348.
 - (15) M.Birkenheier, op. cit., p. 65.
 - (16) M. Zuleeg, in: K. Siebering et al. (eds.), op. cit., p. 119.
 - (17) K. Bücking, op. cit., pp. 66, 105.
 - (18) D. Breer, Die Mitwirkung von Ausländern an der Willensbildung in der Bundesrepublik Deutschland durch Gewährung des Wahlrechts, insbesondere des Kommunalwahlrechts, 1982, p. 53.
 - (19) K. Bücking, op. cit., pp. 67.
 - (20) F. Ruland, op. cit., p. 11 ; J. Isensee, op. cit., p. 59 ; J. Henkel, Politische Integration und Repräsentation ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland, ZfParl. 1974, p. 101 ; P.Scholtz, op. cit., p. 586.
 - (21) 外国人法62条1項「外国人は連邦の領域から自由に出国できる」。W.Kanain / G. Renner, Ausländerrecht Kommentar, 6th 1993, §62(1).
 - (22) M. Birkenheier, op. cit., p. 63.
 - (23) ドイツ連邦共和国基本法2条1項によるすべての人の「人格の自由な発展についての権利」から国民と同様に外国人の行動の自由を導く。ドイツ人の「移転の自由」を定めた基本法11条に基づくのではない。W.Kanain / G.Renner, op. cit., §62(1).
 - (24) 市民的及び政治的権利に関する国際規約12条2項「すべての者は、いずれの国(自国を含む。)からも自由に離れることができる」。
 - (25) M. Birkenheier, op. cit., p. 63.
 - (26) 基本法2条1項。出国の自由は、「人格の自由な発展」の権利、すなわち一般的行動の自由の権利から派生する。大西芳雄「旅券延長申請却下事件」ドイツ判例百選(有斐閣, 1969) 64頁。
 - (27) 国籍法26条1項により「ドイツ人は複数の国籍をもつ場合にその国籍を喪失する」とある。R. Stober, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, 1995, §26(1) RuStAG.
 - (28) L. Gramlich, Wahlrecht für nichtdeutsche Inländer, ZAR 89, 1989, p. 56.
 - (29) 外国人法62条2項によれば、旅券法10条1項および2項が国民に課す禁止事項に相当する。すなわち、内外の安全の危険、刑事訴追、麻薬の輸出入、納税義務回避、

兵役義務や民役義務(Zivildienstpflichtig)違反の場合である。W.Kanain / G. Renner, op. cit., §62(2).

(30) M. Zuleeg, op. cit., DVBL 74 p. 348 ; M.Zuleeg, Einwanderungsland Bundesrepublik Deutschland, JZ 1980, p. 430.

(31) D. Breer, op. cit., p. 125.

(32) 基本法11条「すべてのドイツ人は、連邦のあらゆる領域において移転の自由を有する」。

(33) K. Bücking, op. cit., p. 104.

(34) M. Birkenheier, op. cit., p. 61.

2 利害関係者民主主義

一方、利害関係性を参政権と結びつける論法は、逆に、外国人の参政権を要請する根拠ともなりうる。というのも、参政権に対応する義務は、納税義務であるとする論者によれば、民主主義的平等の原理からは、外国人の参政権が要請されることになるからである。これに反対する論者からは、国家権力の行使により利害関係を有する者がその決定にも参加できなければならないと主張される。こうした立場をドイツでは、「利害関係者民主主義(Betroffendemokratie)」と呼ぶ⁽¹⁾。日本でも、多くの訴訟でこの論法は用いられている。たとえば、「イ(李鎮哲)地方選挙権訴訟」においても、原告は、日本国憲法30条の納税基本権との関係において、「代表なき課税は民主主義原理に反する」という。しかし、この論拠にも反論が可能である。まず、参政権の根拠が納税でなく、滞在となっているのがおかしいとされる⁽²⁾。本当に納税が根拠ならば、長い滞在要件は不要であろう。また、この議論を徹底させると、税金を納めない者には、選挙権を認めないとするアナクロニズム(時代錯誤)の結論につながる可能性がある⁽³⁾。むしろ、納税義務は国家の社会保障の給付⁽⁴⁾や法秩序による保護⁽⁵⁾と対応するとの見解もある⁽⁶⁾。

人権宣言の国、フランスにあっても、「何人も直接またはその代表により、同意していない税金は払う必要がない」との原則が問題とされる。しかし、① 1789年の人権宣言14条は「すべての市民」が課税同意権をもつのであって、「何人も」とはしていないこと、② これは国王の臣下の決定への参加を認めるためのものであり、200年前の定式に縛られる必要はないこと、③ 税金は社会の構成員が国の保護を求める権利に対応するものであり、地方財政に貢献することが参政権に対応するのであれば、別荘生活などにより、複数の地方で税金を払うフランス人が複数の参政権をもたなければ、逆に不平等となることを理由にこの論拠への反対が説かれている⁽⁷⁾。なお、フランスでは、主権の担い手である「市民(citoyen)」の政治代表に対比して、政治・経済・家族などの「所属者(homme situé)」の利益代表を配置する図式は⁽⁸⁾、ドイツにおける「国民民主主義」と「利害関係者民主主義」との対比に近いものがある。

この利害関係者民主主義の発想は、カール・シュミットのいう治者と被治者の同一性こそが民主主義の定式であるとする理論に支えられている。税金を納めながらも、一方的に治められるだけの多くの外国人を抱えた社会が果たして、民主主義といえるかという共通認識がそこにはある。したがって、被治者である外国人も参政権を通じて治者となりうる民主主義を「被治者民主主義」と呼び、これを人間に由来する民主主義としての「人間民主主義」といいかえることもできよう⁽⁹⁾。ただし、シュミットにあっては、被治者とはあくまでも、「国民民主主義」を前提とする国民であり、政治形式としては、「人間民主主義」というものではなく、「人民民主主義」のみが存在するとされている⁽¹⁰⁾。他方、治者と被治者の同一性は、徹底すれば、直接民主制を志向するのに対し、国民民主主義の立場からは、今日の代表民主制（間接民主制）においては、被治者民主主義の直接民主制的要

求は望むべきではないとされる。この点、利害関係者民主主義は、両者の中間的立場にあるものと思われる。国民と外国人との中間的ステイタスにある永住市民が、この利害関係者として民主主義の担い手となる要求が各地で高まっている。その際、帰化することなく永住する外国人が参政権を認められないでいる、国民国家における民主主義のジレンマがいわれている。これは国民国家が国民民主主義を自明のこととしていた時代には、問題とされていなかった論点である。しかし、今日、国民国家と被治者民主主義との間の矛盾が認識されるようになる⁽¹¹⁾。そこで、両者の矛盾をいくぶん解消すべく、地方参政権のレベルでの利害関係者民主主義の制度化がヨーロッパ諸国にみられるようになってきたのであろう。もともと、民主主義は政治における構成員のステイタスの平等を含んでおり、自由主義は政治権力に服する各人がその権力との関係で自律を守る自由を享受すべく要請する⁽¹²⁾。その意味では、この新しい潮流は、個人の自律的決定を重視する自由主義原理をも背景にもっているともいえよう。

なお、税金その他による収入をいかに支出するかという、所得再配分が国政の重要な要素であるならば、社会国家（福祉国家）原理に基づき、外国人に参政権を認めることは、労働者や女性がそうしてきたように、民主的な意思形成への参加が許されることで、不利な状況にあるグループが社会的な改善を獲得するのに役立つとする論拠もある⁽¹³⁾。この点、外国人の参政権の要請は、国民国家における国民民主主義と対立する、社会国家における社会民主主義の構想を背後にもつように思われる。利害関係者を被治者としてだけでなく、同権の市民としてみる場合に、「社会的民主制 (Soziale Demokratie)」と呼ぶのも同じである⁽¹⁴⁾。労働力として呼び寄せた人々への社会的人道的責任をはじめ⁽¹⁵⁾、民主主義原理、社会国家原理および人間の尊厳から、外国人の共同市民も生活および運命共同体において、

利害関係性をもつことが事実上の移民国家とされるドイツでは唱えられている⁽¹⁶⁾。日本においても、定住外国人は、親として、家の所有者として、労働者として、納税者として、消費者として、国民と同じ利害関係性をもっている⁽¹⁷⁾。一方、日本では、植民地支配の清算の観点がこれに加わり、社会政策上は、いっそう大きな要請を認めることができる。しかし、この種の国家目的を大上段に掲げる論拠は、従来の実務を踏襲するかぎり、憲法解釈上は、立法者の裁量の問題にとどまらざるをえないであろう。

- (1) J. Isensee, in: J. Isensee / E. Schmidt-Jortzig (eds.), op.cit., pp. 25, 374 ; E.-W. Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, p. 312.
- (2) J. Isensee, in: J. Isensee / E.Schmidt-Jortzig, op. cit., p. 27.
- (3) 長谷部, 「いま「国家」とは」樋口陽一『ホーンブック憲法』(北樹出版, 1993) 105頁。
- (4) M. Birkenheier, op.cit., p. 68.
- (5) J. Isensee, op. cit., p. 94.
- (6) K. Bücking, op. cit., p. 62.
- (7) É. Peuchot, Droit de vote et condition de nationalité, R.D.P. 1991, pp. 505-506.
- (8) J. Boulouis, La loi n° 82-974 du novembre 1982, A.J.D.A. 1983, p. 80.
- (9) 広渡清吾「ドイツにおける外国人の地方選挙権」徐龍達編『共生社会への地方参政権』(日本評論社, 1995) 228頁。
- (10) C.Schmitt, op. cit., pp. 231, 234 ; 訳書, 285, 288頁。
- (11) 外国人の参政権の禁止は、民主主義の原理ではなく、国民国家原理にこそあてはまる。A.Bleckmann, Ausländerpolitik und Verfassung, DVBl. 1980, p. 687.
- (12) R. Bauböck, Transnational Citizenship, 1994, p.207.
- (13) M.Zuleeg, Zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung des Kommunalwahlrechts für Ausländer in Nordrhein-Westfalen, KritV 1987, pp. 325-326.
- (14) J. Wilhelm, Kommunalwahlrecht für Ausländer?, Die Demokratische Gemeinde 1975, p. 18.
- (15) H. Kues, Kommunales Wahlrecht für Ausländer, Die Demokratische Gemeinde 1980, p. 594.
- (16) B. Kämper, Kommunalwahlrecht für Ausländer in Nordrhein-Westfalen, ZRP 1989, p. 97.
- (17) 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

学四卷一号（一九九五）六一頁。

第3節 「同質性原則」ゆえの禁止と「二重の正当性」による許容

つぎに、国民主権と地方自治の関係も、重要な論点である。たとえば、「イ(李鎮哲)地方選挙権訴訟」福井地裁判決においては、国と地方の同質的な関係から、「国民」と「住民」の同質性を導き出している。すなわち、「地方公共団体における選挙権も、国民主権原理に基づくものであって、憲法15条1項の国民が選挙する公務員には、地方公共団体の長等の地方公共団体の公務員も含まれていると解されるから、地方公共団体の公務員を選挙する『住民』と憲法15条1項の『国民』とは同一の概念に基づくと解すべきところ、地方公共団体は、国の統治団体の枠組みの中で、一定の地域の公共事務を処理する自治機構として存在するのではなく、実際にも地方の政治・行政と国の政治・行政は、相互に密接に関連し、地方における政治的意思決定は、国における政治的意思決定と不可分の関係にあり、地方公共団体が多くくの国の事務を処理している関係にある」という。そして、「憲法93条2項の『住民』は、憲法15条1項の『国民』を当然の前提としたうえで、全体の『国民』に対する部分としての『住民』と解するのが相当であ」としたのである⁽¹⁾。

1 地方自治の位置づけ

外国人の地方参政権に反対するか、賛成するかは、国と地方の同質性と異質性のどちらを重視するかという地方自治の位置づけの問題にある。同質性に比重を置く論者は、禁止説に傾き、異質性を重視する者は、

許容説を唱える傾向がある。というのも、国政選挙における国民と地方選挙における住民とが同質的であるべきとする議論は、住民もまた、全体の国民の部分としての日本国民以外であることを禁じるからである。他方、国民と住民が異質的であるべきとする論者は、一定の外国人が住民に含まれる社会実態にできるだけ近づけようとするからである。

同質性を強調する理論は、地方公共団体の国家における地位について、その自治権が国家に由来するという伝來說をとり、そのバリエーションの1つとしての憲法から伝来したとする制度的保障説が日本でも⁽²⁾、ドイツでも⁽³⁾、通説といわれている。他方、異質性を重視する理論は、国とは別に自治体は固有の権利をもっているとする固有権説であり、国家と社会の二元論に立ちながら、地方はかつての絶対国家に対抗する市民社会の原理により正当性をもっているとする社会的原理説がドイツでは唱えられている。

地方自治体が「固有権 (originäre Hoheitsgewalt)」をもつとの前提に立てば、自治体は国家からの伝來権を行使するものではなく、この権力の正当性は市町村自身に負っていることになる⁽⁴⁾。この固有権説の理論的根拠は、自然法や補充性原理に求められ⁽⁵⁾、または国家よりも古い自治体の歴史に求められる。なるほど、ドイツの市町村の多くは、歴史的にみれば、ドイツ連邦共和国が誕生したときには、すでに存在していたといえよう。国家権力が消滅した第二次世界大戦後の占領下にあっても、市町村は存立し続けた。しかし、この固有権説は、自治体の事実上の存在と法的存在とを区別しておらず、また現行憲法とは適合しないと批判されている。というのも、基本法20条2項1文では国家権力の一体性を定めており、今日の市町村の地位は国家によりつくられた法秩序によりはじめて法人格を取得するからである⁽⁶⁾。そこで、この固有権説に基づいて、外国人の地方参政権を認める議論を明確に打ち出す論者は、ドイツでもいないようである。ドイ

ツよりも、近年において積極的に固有権説が唱えられる日本においても⁽⁷⁾、これまでのところ固有権説の論者は、外国人の地方参政権への本格的な検討をしていないようである。この点、今後の理論動向が注目される。

つぎに、ドイツで見られた固有権説と類似の論法として、国家と社会の二元論に立ち、国家とは別の「社会の原理(gesellschaftlicher Prinzip)」から、外国人の地方参政権の許容性を求めるものがある⁽⁸⁾。この論者は、市町村を「社会の自治組織(gesellschaftlicher Selbstorganisation)」とみて⁽⁹⁾、地方自治を「社会の自治(gesellschaftlicher Selbstverwaltung)」と考える⁽¹⁰⁾。ここでは、国民による国家組織の正当性からは原則的に独立した、地域共同体の自律した民主的正当性が問題とされる。この社会的原理説の根拠は、19世紀の君主制に基づく国家権力から解放された市民社会に形成された自治組織の自治権が、20世紀のワイマール憲法において、国家に対する社会の自由を拡大すべく「基本権」と位置づけられたとする歴史事実由来する。しかし、ワイマール時代でも、すでに地方自治は基本権とは別の制度的保障と考えられていたし⁽¹¹⁾、現行憲法はこのため地方自治を「連邦と州」の章に置いているとの批判がある⁽¹²⁾。

したがって、これらの歴史的アプローチは、君主主権下の図式を国民主権下に当てはめる無理をしているとして、少数説にとどまっている。しかしながら、他面において、伝統理論の自明性を再検討する契機をもたらすことになる。

(1) 判例タイムズ881号(1995)79頁。同じ趣旨のものに、「キム(金正圭)地方選挙権訴訟」大阪地裁判決、判例タイムズ825号(1993)138頁。

(2) Th.Maunz(1959/1977), Art.28, Rn. 45 in: Th.Maunz / G.Dürig, Grundgesetz Kommentar.

(3) 成田頼明「地方自治の保障」宮沢還暦記念『日本国憲法体系5巻』(有斐閣, 1964)

- 240頁。
- (4) K.Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol.1, 2nd ed. 1984, pp. 402 ; K.Bücking, *op. cit.*, p. 93.
 - (5) K.Linckelmann, *Zum staatsrechtlichen Lehrbegriff der "mittelbaren Staatsverwaltung"*, *DöV* 1959, p. 565.
 - (6) D.Breer, *op. cit.*, p. 84.
 - (7) 参照, 大隈義和『「地方自治の本旨」をめぐる理論動向』*公法研究*56号(1994) 68—74頁。
 - (8) K.Bücking, *op. cit.*, 93.
 - (9) C.Sasse / O.Kempen, *Kormunalwahlrecht für Ausländer?*, 1974, p. 37.
 - (10) J.Salzwedel, *Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft*, *VVDStRL* 1965, p. 237.
 - (11) C.Schmitt, *op. cit.*, p. 171 ; 訳書, 212頁。
 - (12) D.Breer, *op. cit.*, p. 82.

2 政治選挙と間接国家行政

地方自治と国民主権との関係からいえば、一般には、地方分権がすすめば、それだけ国と地方の異質性が強調され、外国人の地方参政権が許容される余地が大きくなるものと思われる。しかし、逆説的ながら、中央集権的であればあるほど、外国人の地方参政権が認められやすくなり、地方分権がすすむほど困難な要素が大きくなる問題もある⁽¹⁾。たとえば、フランスでは、伝統的な中央集権構造において、かつて地方議会の選挙は「行政選挙(*élection administrative*)」と考えられ、「政治選挙(*élection politique*)」である国政選挙とは質的に異なる旨の理解が一般にあった⁽²⁾。ところが、1982年からの地方分権の強化もあって、憲法院は、地方選挙も「政治選挙(*suffrage politique*)」であると判断している⁽³⁾。そこで、地方選挙の性質が問題となる。今日、国政選挙と地方選挙の同質性を強調する論者は、地方選挙も「政治選挙」として理解する⁽⁴⁾。これに対し、両選挙の異質性を強

調する論者によれば、不可分ゆえに他の一切の主権を廃する国民主権の表明を可能にするのは、国政選挙だけということになる⁽⁵⁾。もともとは、国民主権は地方選挙には適用されないとするのが法学者の多数派の見解といわれていた⁽⁶⁾。なお、外国人も参加できる「他の自治団体(anderer Selbstverwaltungskörperschaft)」⁽⁷⁾としての大学や社会保障組合における「同業組合選挙(suffrage corporatif)」を引き合いに出す見解もあるが⁽⁸⁾、地方公共団体の選挙は、一般に、これらとは区別される。そして、オランダでは、1979年のロッテルダムと1981年のアムステルダムの区議会については、外国人の地方参政権の導入が条例レベルの改正のみでなされた事例もある⁽⁹⁾。また、地方選挙が政治選挙か行政選挙かという論点は、イタリアにもあるようだが⁽¹⁰⁾、日本やドイツ⁽¹¹⁾では、一般には、地方選挙も政治選挙と考えるようである。

ついで、ドイツにおいては、アメリカその他の連邦制の国にみられる、同質性の原則が連邦と州の間だけでなく、郡や市町村の間にもみられるか。だとすれば、その内容として、選挙の諸原則に加えて、民主主義の担い手たる国民概念の同質性も含むのかどうか争われている。

まず、禁止説によれば、「民主主義の担い手の同質性」を定めているのであり、市町村においても国家と同じ民主主義的構造が義務づけられるとする「同質性の要請(Homogenitätsgebot)」があるとする⁽¹²⁾。そこで、外国人の地方参政権は、連邦、州、郡および市町村という国家のあらゆるレベルでの民主主義観、国民概念および選挙権の諸原則の一致を保障する、この連邦国家の同質性条項に反するという⁽¹³⁾。しかし、許容説にあっては、この規定はそのような民主主義の担い手を定めるものではなく、たんにドイツ国民の「最低保障(Mindestverbürgung)」を定めたにすぎないとする⁽¹⁴⁾。というのも、成立史解釈からは、すべての政治選挙における選挙手

続の同質性がここでは問題とされ、選挙の諸原則を遵守することが憲法制定者の意思と思われるからである⁽¹⁵⁾。したがって、もともと民主主義の担い手の同質性が要請されていたわけではない。

一方、要請説の論者にあつては、地方選挙は、通常、当該地域における最低限の居住要件が課されているのに対し、国会の選挙権は、国外のドイツ人も参加できるので、同質性は不要であるという⁽¹⁶⁾。また、基本法30条によれば、「国家の権限の行使及び国家の任務の遂行は、この基本法が別段の定めをせず、または認めない限り、州の事務である」と定められている。これは、むしろ各州の独自性を尊重する規定である。しかも、連邦制のアメリカでも、外国人の参政権を認める州と認めない州があったのであり、スイスでは現にいまもこうした状態にある。この点、連邦制でない日本では、いっそう同質性の要請が問題となる要素は少ないものと思われる。

さらに、ドイツにおいて、地方議会は連邦や州の議会と違って、立法する議会ではなく、合議による執行権の行動ユニットにすぎないとの見解もある⁽¹⁷⁾。この場合、国民主権原理により、国民が国家権力の担い手であるのは、立法機関の選挙における代表原理を要請しているが、地方議会は立法機関ではなく、行政に属する独自の合議機関であるので、市町村の住民は国家権力を行使するものではない⁽¹⁸⁾。したがって、外国人の地方参政権は法律改正により可能であるとする許容説は、主権の本質要素を立法権に求めることになる。いわば、市町村や郡は、連邦や州のように本来の国家権力の担い手ではなく、国家から伝来された権限に基づいて間接的にのみ国家権力を行使するにすぎないのである。

これまで通説は、市町村により「間接国家行政(mitterbare Staatsverwaltung)」としての地方自治が行われると解してきた⁽¹⁹⁾。国と州は直接国家行政を行うのに対し、国から独立した団体である市町村と郡は間接国家

行政を行うことになる。ここから、間接的ながら、国家行政を行う自治体の選挙は、国の選挙と同じく、国民のみによって行われる必要があるとする論法もある。しかし、この間接国家行政論は、国家の他の団体に対する全能という絶対主義国家の言い回しや法律に基づくものであると批判されている⁽²⁰⁾。そのうえ、通説である先ほどみた制度的保障の考え方とも、これは矛盾するといわれている。というのも、市町村が国家により侵されてはならない核心をもつならば、市町村は単なる国家の執行機関とみなされてはならないからである⁽²¹⁾。いわば、国家により与えられた任務である日本でいうところの機関委任事務だけを履行するのではなく、基本法28条2項は、市町村に自己責任を負う事務、すなわち自治事務を保障している。したがって、通説によれば、間接国家行政を行う国の行政機関であると同時に、市町村は地方自治体であり、いわば「二重の任務」をもつのである⁽²²⁾。また、許容説の中には、同質性の要請は州に対してのみであり、地方自治行政と直接国家行政との違いから、市町村や郡は国家にあらざる公法上の団体であるとの考え方もある⁽²³⁾。地方公共団体は国の任務とともに地方の固有の任務を遂行しており、この2つの側面に対応する形で、「二重の正当性」をいかに説明するかにより、ドイツにおける外国人住民の地方参政権が許容されたり、禁止されたりするようである。そして、この二重の民主的正当性の発想に基づき、国政とは異なる「地方自治の本旨」から外国人の地方参政権の許容性を導く理論が日本でも有力に唱えられている。つぎに、この点を見ることにしよう。

(1) 光信一宏「フランスにおける外国人の選挙権・補論—憲法学説について—」愛媛法学会雑誌21巻3号(1995)115—126頁。

(2) É. Peuchot, op. cit., p. 513.

(3) Decision no. 82-146 DC, in: Recueil des Décisions du Conseil constitutionnel,

- 1982, p. 68.
- (4) L. Favoreu / P.Gaïa, *op. cit.*, p. 390.
 - (5) É. Peuchot, *op. cit.*, p. 518.
 - (6) D. Lochak, *La citoyenneté : un concept juridique flou*, in: D.Colas et al. (eds.), *Citoyenneté et nationalité*, 1991, p. 183.
 - (7) D. Breer, *op. cit.*, p. 114.
 - (8) L. Favoreu / P.Gaïa, *op. cit.*, p. 392.
 - (9) J. Rath, *La participation des immigrés aux élections locales aux Pays-Bas*, *Revue Européenne des Migrations internationales*, vol. 4, no. 3, 1988, p. 28.
 - (10) M.Luchiani, *La Constitution italienne et les obstacles à l'intégration européenne*, *R.F.D.C.* 1992, p. 663.
 - (11) BVerfGE 6, 104, p. 114.ただし、地方議会は行政に属するため、基本法28条1項2文における国民は、全体の国民の部分ではないとする見解もある。D.Breer, *op. cit.*, p. 97.
 - (12) M. Birkenheier, *op. cit.*, p. 119.
 - (13) J. Isensee, in: J. Isensee / E. Schmidt-Jortzig (eds.), *op. cit.*, pp. 31-32.
 - (14) C. Sasse / O. Kempen, *op. cit.*, pp. 44, 45, 48.
 - (15) D. Breer, *op. cit.*, p. 120.
 - (16) M. Zuleeg, *op. cit.*, *KritV* 1987, p. 328.
 - (17) E. Schmidt-Jortzig, in: J. Isensee / E. Schmidt-Jortzig (eds.), p. 221.
 - (18) v. Löhneysen, *Welch rechtlichen Vorkehrungen empfehlen sich, um die Rechtsstellung von Ausländern in der Bundesrepublik angemessen zu gestalten*, *Gutachten A zum 53.DJT*, 1980, L 147-148(以下, 53.DJT, 1980と略す).
 - (19) E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10th ed 1973, p. 478 ; K. Stern, *op. cit.*, p. 402.
 - (20) K. Linckelmann, *Nochmals: Zum staatsrechtlichen Lehrbegriff der "mittelbaren Staatsverwaltung"*, *DV* 19 5 9, p. 813
 - (21) K. B cking, *op. cit.*, p. 95.
 - (22) ただし、自治事務と国家の委任事務という伝統的な区別を廃し、任務の一元性を説く場合もある。H.-J.Papier, *Verfassungsfragen des kommunalen Ausländerwahlrechts*, *KritV* 1987, p.313 ; E.Schmidt-ABmann (ed.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10th ed. 1995, p. 29.
 - (23) G. Schwerdfeger, *53.DJT*, 1980, A 110.

3 国家による正当性と地域団体による正当性

この二重の任務に対応して、二重の民主的正当性がいかなる形でなされるべきかについて、おおむね三通りの立場に分かれているものと思われる。

第1に、制度的保障説の論者によれば、自治事務といえども、国家から伝来したものと考え、国家による法監督により「国民」へのフィードバックがなされる必要があるとともに、市町村の代表を国民とすることで「市町村における国民」による正当化がなされるという⁽¹⁾。したがって、国民主権条項が要請する「国民」による正当化と地方議会条項が要請する「部分としての国民」たる「住民」による正当化の同質性が強調されることになる⁽²⁾。

第2に、社会自治説の論者によれば、市町村は、国家の監督下に法律を執行するかぎり、間接的に国民に正当性を求めるが、自治事務を行うかぎりでは、市町村選挙からの固有の正当性を直接的に市町村民に対して求めることになる⁽³⁾。したがって、地方選挙の場合、自治事務を遂行するために、「住民」からの民主的正当性に基づくだけでよく、国政における「国民」からの民主的正当性とは、異質であってよいことになる。

第3に、制度的保障説にあっても、利害関係人が地域の決定事項に最大限参加することを前提とする自治の理念を重視する場合は、国民主権原理に基づく「国家による正当性(staatliche Legitimation)」は、すべての事務が法律の範囲内でなされるかぎり地方公共「団体による正当性(körperschaftliche Legitimation)」として、条例を制定する地方議会に外国人住民が参加することを許容する⁽⁴⁾。この場合、社会自治説と違って、市町村は自治事務においても間接国家行政を行うことになる⁽⁵⁾。しかし、自治事務による利害関係性は、国籍に基づくものではないから⁽⁶⁾、外国人も地域団体の構成員として正当性の基礎として数えられることができるのである⁽⁷⁾。

この第3の「二重の正当性」理論を長尾一紘氏は、日本に採り入れる⁽⁸⁾。これによれば、憲法15条が選挙権を含む公務員の選定・罷免権を「国民固有の権利」とするのは、国民主権原理から派生するわけであるが、これを従来の解釈と換えて、国政選挙の主体に関する規定とだけ理解する。他方、同93条が地方選挙権の主体を「住民」とするのは、同92条の「地方自治の本旨」から派生する。その際、① 規範の定立者と名宛人との距離を縮めること、② 立法者が地域的特殊性を考慮する負担を軽くすること、③ 関係者の専門知識を活用すること、④ 地域によって異なる政党支持構成を考慮すること、⑤ 地域的連帯を考慮することなどといった、基本趣旨から、地方自治と外国人の地方議会選挙権は、適合する関係にあるという。そのうえで、国民主権原理との関係では、地方自治体において外国人に選挙権を認めたとしても、地方自治体の条例は「法律の範囲内」で制定されるものであるから、「国民」による権力の正当化という国民主権の原理とはなんら矛盾しないということになる。いわば、憲法15条が「国民」による「上から」の正当性を媒介とする規定であるとすれば、同93条は「住民」による「下から」の正当性を媒介する規定ということになる。

結局のところ、1993年のマーストリヒト条約の批准に伴い、基本法28条1項3文が補充され、欧州市民への地方参政権が拡充されたことは、同79条3項により憲法改正が禁じられている同20条の国民主権条項と抵触するものではないとされた。このことの説明として、地方自治体(Kommun)は、その民主的正当性が必要であるにも関わらず、国家の資格(Staatsqualität)をもたないからといわれている⁽⁹⁾。また、外国人の地方参政権を国政レベルよりも優先的に考える論拠として、地方が立法権を行使しないことを挙げるのでは、外国人は二級の政治参加しか認められなくなる。そこで、一つの説明は、国内のどの地方にも住む権利を合法的に在留する外国

人は国民と同様に認められていることに着目する⁽¹⁰⁾。この場合、地方の民主主義は国政のそれと同じように、国の領土主権に拘束されるものではないことが強調される⁽¹¹⁾。

- (1) M. Birkenheier, op. cit., pp. 113-116.
- (2) 長尾一紘「外国人の地方議会選挙権」徐編, 前掲書, 72頁。
- (3) C. Sasse / O.Kempen, op. cit., p. 43.
- (4) D. Breer, op. cit., pp. 106-109, 118.
- (5) S. Niedermeyer-KrauB, op. cit., p. 44.
- (6) H. Rittstieg, Juniorwahlrecht für Inländer fremder Staatsangehörigkeit, NJW 1989. p. 1019.
- (7) K.Bücking, op. cit., p. 103.
- (8) 長尾一紘「外国人の選挙権」法学教室54号(1985) 24頁。
- (9) B.Schmidt-Bleitreu / K.Klein, op. cit., p. 595.
- (10) 世界人権宣言13条; 国際人権規約B規約12条。
- (11) R. Bauböck, Changing the Boundaries of Citizenship, R. Bauböck (ed.), From Aliens to Citizens. Redefining the Status of Immigrants in Europe, 1994, pp.223-224.

おわりに

おそらくは、北欧その他にみられるように、国民主権の本質要素を立法権に求め、その立法権を行使する国会の参政権を外国人に認めない一方で、地方議会の参政権は直接には立法権を本質要素とする国民主権原理を侵害しないとする論理が説得的かつ現実的であろう。そこで、多様な論点を総合的に勘案したうえで、日本に定住する外国人とりわけ「将来の国民」としての永住者の参政権は、今日の理論および実務状況においては、地方議会の選挙権と被選挙権において許容されるとする結論が妥当なように思わ

れる。

しかしながら、私見によれば、「現在及び将来の国民」に基本的人権を保障する日本国憲法11条および97条から、「将来の国民」としての永住者に基本的人権としての参政権を完全に保障し、民主主義の担い手となりうるための方策を講じる要請が立法者に課せられているものと理解する。他方、国民主権原理は、国家権力自体の帰属の問題か⁽¹⁾、正当性の所在の問題か⁽²⁾、両方の契機を融合すべきであるか⁽³⁾、が論じられている。実のところ、いかなる国民がいかなる決定権をもつ制度を要請する組織原理であるかは、諸説に分かれている。そこで、国民主権は、組織原理上、永住者が将来の国民としての資格で参政権を行使することまでも否定するものではないと考える余地は十分にある。すでにみたように、人民主権原理においても、伝統的な国民主権原理においても然りである。

なお、国民主権原理から国政レベルの参政権は無理とする現実にあつて、地方レベルの参政権だけを永住者に保障し、国政レベルは、国籍法の帰化制度の見直しによるとする解決方法がヨーロッパでは考えられている。そもそも、帰化することなしに永住する外国人が増大し、民主主義のジレンマを抱えるヨーロッパにおいても、1970年代および80年代に高まってきた、定住外国人の参政権を含む各種の権利を国民と対等にする要求は⁽⁴⁾、80年代から90年代にかけて、二重国籍による解決の方法を模索し始めている⁽⁵⁾。1992年から、イタリア、オランダおよびスイスでは、外国人が国籍を取得した場合にも、従来の国籍を放棄することを帰化の要件からはずした⁽⁶⁾。したがって、従来の国籍を喪失することからくる帰化への心理的抵抗要因がずいぶんと軽減される。また、もともと、ベルギー、フランスおよびイギリスでは従来の国籍を放棄することを帰化の要件とはしていない。依然として、日本と同じく、原則的に従来の国籍の放棄を要件とするスウェーデ

ン、ドイツ、オーストリアおよびルクセンブルクでも、例外事例の増大により、二重国籍が増大しつつある。たとえば、スウェーデンでは、毎年、2分の1⁽⁷⁾、ドイツでは4分の1の帰化者が二重国籍を維持することが認められる状況にあり⁽⁸⁾、およそ120万人の二重国籍者がドイツにはいるという⁽⁹⁾。たしかに、1963年5月6日に欧州評議会の「重国籍の事例の減少および重国籍の場合の兵役義務に関する協定」が採択されるなど、従来、どの国の法が適用されるべきかが複雑になる二重国籍をできるだけ少なくしようとする考え方が一般的であった。しかし、その後もヨーロッパでは、国際結婚や移民の第2世代の増大に伴い、二重国籍の数は増大傾向にあり、二重国籍を容認する国の方が先の協定に参加した国の中では多くなっているのが現状である。そこで、欧州評議会も、1993年には、配偶者や移民の2世の二重国籍を認めるための第2議定書を議決している⁽¹⁰⁾。二重国籍の難点として、従来考えられてきた外交上の保護と兵役義務における不都合および二重投票の問題が国際的な取り決めにより、将来、解決不可能な問題ではなく、居住者が完全な市民的および政治的権利を享受することができる利点が見直されつつある⁽¹¹⁾。従来の二重国籍を悪とみる見方に代え、移民労働者の統合に役立つとする見方が登場しつつある⁽¹²⁾。とりわけ、戦後50年ものあいだ、国籍による差異に苦難を強いられてきた日本の在日韓国・朝鮮人の法的地位に関する問題と増大する国際結婚の問題は、二重国籍の可能性も射程において、論じられる必要があるように思われる⁽¹³⁾。

(1) 杉原泰雄『憲法Ⅰ』（有斐閣、1987）301頁。

(2) 樋口陽一ほか『憲法Ⅰ』（青林書院、1994）30頁〔樋口陽一執筆〕。

(3) 芦部信喜『憲法学Ⅰ』（有斐閣、1992）243頁。

(4) ドイツでは、1979年の初代連邦外国人オンブズマンのキューン・メモにおいて、すでに帰化の容易化は政策課題としてあげられていたが、ようやく1990年の外国人

法の改正により、限定的ながら一定の成果を得た。たとえば、二重国籍についても、外国人法87条により、「従来の国籍離脱が不可能または特に困難な条件が課される場合」には、従来の国籍の放棄が免除されるにすぎない。

- (5) 1993年に第3代連邦外国人オンブズマンのヤコブゼンや社会民主党が従来の国籍の放棄を要件とせず、二重国籍を大幅に認める提案をしている。広渡清吾「ドイツ外国人法制の新段階—ドイツ統一後の政策展開—」社会科学研究46巻4号(1995)36—38頁。
- (6) D. Çinar, *From Aliens to Citizens. A Comparative Analysis of Rules of Transition*, in: R. Bauböck (ed.), *op.cit.*, pp. 51-53.
- (7) T. Hammar, *Democracy and the Nation State—Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, 1990, p. 123. (以下, T.Hammar (1990), と省略する)。
- (8) H. Rittstieg, *Dual Citizenship: Legal and Political Aspects in the German Context*, in: R. Bauböck (ed.), *op. cit.*, p. 115.
- (9) D. Çinar, *op. cit.*, p. 54; F. Şen, *Bundesrepublik Deutschland*, in: K. Balwig et al. (eds.), *Vom Ausländer zum Bürger, Problemanzeigen im Ausländer-Asyl- und Staatsangehörigkeitsrecht*, 1994, 1994, p.219.
- (10) Europarat: *Zweites Protokoll zur Änderung des bereinkommens Über die Ver-ringerung von Mehrstaatigkeit und die Wehrpflicht von Mehrstaatern* (2.2.1993), in: K.Barwig et al. (eds.), *op.cit.*, pp. 411-412.
- (11) T. Hammar (1990), pp. 106-118.
- (12) K. Hailbronner, *Einbürgerung von Wanderarbeitnehmern und doppelte Staatsangehörigkeit*, 1992, pp. 109-111.
- (13) 李英和「戦後五〇年, 参政権喪失の半世紀」現代思想23巻12号(1995)70頁。