

基本権の効力範囲について

——安念潤司「『在外外国人』の人権?」へのコメント——

工藤達朗*

I

本誌前号(11巻3号〔2014年12月〕103頁以下)に、「『在外外国人』の人権?」と題された安念潤司教授の「授業実践報告」(以下、「安念論文」という)が掲載されている。「外国人の人権」は憲法の基本論点の一つで、どのテキストでも触れられているが、そこで扱われているのはもっぱら日本に在留する外国人の人権であって、外国にいる外国人(在外外国人)の人権は問題とされていない。というのは、在外外国人の人権は、日本国憲法の対象外だと考えられてきたからである。ところが、安念論文は、この対象外とされてきたものを対象としている。そこでは、「外国にいる外国人が、日本についての記事をウェブ上にアップして日本人向けに発信するか、日本の証券市場を通じて日本企業の株式に投資するか、いくらでも例は考えつく」とされている。従来の憲法学説が、これほど明白に対象となるはずのものを見落としてき

たのはなぜなのか。本稿は、安念論文の提起した問題について若干の感想を述べようとするものである。「外国人の人権」は、私も授業で必ず取り上げるし、安念論文には、私の名前と酷似した弁護士が登場する(本誌前号113頁・資料4)ことでもあり、私の勝手なアンサーソングも許してもらえらるだろう。

II

私は以前、「在外日本人」の人権保障をテーマとして、「基本権の属人的保障と属地的保障」という文章を書いたことがある(法学新報120巻1・2号〔2013年6月〕107頁。以下、「前稿」という)。そこで私は、憲法の保障する基本権の中には、①日本国内に住んでいるすべての人に、国籍の如何にかかわらず保障される権利と、②日本国籍を有するすべての人に、日本国内に住んでいるか否かにかかわらず保障される権利の区別がある、として、①を属地的基本権、②を属人的基本権と呼んだ。自由権は(入国の自由を除いて)外国人にも保障されるから①の属地的基本権であり、それに対して、国会議員の選挙権は、

* 中央大学法科大学院教授

日本国民だけに保障される②の属人的基本権であるとしたのである。

ここで、基本権の保障対象となる人的範囲を、(a)日本国内に居住する日本人、(b)外国に滞在する日本人、(c)日本に滞在する外国人、(d)外国に居住する外国人の4つに分類し、それぞれ(a)在留日本人、(b)在外日本人、(c)在留外国人、(d)在外外国人と呼ぶことにしよう。すると、①の属地的基本権は、(a)と(c)の人々に保障され、②の属人的基本権は、(a)と(b)の人々に保障される。実は、社会権のように、(a)だけに保障される基本権もあるが、いずれにせよ、どの基本権の効力も(d)の在外外国人には及ばない。

どうしてこうなるのか。

日本国憲法の効力が及ぶ範囲は日本国内に限られるからである。アメリカにはアメリカの、ロシアにはロシアの、中国には中国の憲法と法秩序がそれぞれ妥当しているのであって、日本国憲法の規定する基本権の効力が、これらの国々に及ぶことはない(逆にいえば、アメリカやロシアや中国の憲法が日本で効力を有することはない)。したがって、アメリカ人等が日本に滞在している場合は別として、アメリカにいるアメリカ人や、ロシアにいるロシア人、中国にいる中国人に対してはもちろん、アメリカにいるロシア人やロシアにいる中国人などに対しても、日本国憲法の基本権保障が及ぶことはない。それらの人々の人権は日本国憲法とはさしあたり無縁である。

このことは日本人がアメリカやロシアや中

国にいる場合にも同じはずである。日本国憲法の効力は日本国内限りで、アメリカやロシアや中国には及ばないからである。けれども、日本国民がこれらの国々にいた場合であっても、日本国憲法の権利保障の効力がそこまで及ぶ場合がある。在外日本国民選挙権訴訟最高裁判決(最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁)はそう解さなければ理解できない。同判決は、1998年に改正される以前の公職選挙法が在外国民に国政選挙の投票をまったく認めず、改正後の公選法も衆議院小選挙区選出議員や参議院選挙区選出議員の選挙について投票を認めていないことを、選挙権行使の制限であるととらえた上で、これらの制限をすることがやむを得ないと認められる事由があるとはいえないので、制限は憲法違反であるとした。この判決の論理は、在外国民にも選挙権保障の効力が及ぶということを当然の前提として組み立てられているのである。

日本国憲法の効力は日本国内限りのはずなのに、どうして在外国民にも選挙権の保障が及ぶのか。判決は何も説明していないし、調査官解説(杉原則彦・法曹時報58巻2号279頁)を読んでもこの問題が意識されていた節は感じられない。そこで私は、統治権の及ぶ範囲からこの問題を考えてみた(前稿111頁)。憲法は国家権力(=国家の統治権)を拘束する規範だから、日本国の国家権力が及ぶ限り、日本国憲法の効力も及ばなければならない(戦前の「憲法の外地適用」の議論を考えると、これもあくまで原則にとどまる

かもしれないが)。国家統治権の及ぶ地理的・空間的範囲が領土高権の問題である。国家の統治権は領土内に存在するすべての人に及ぶ。国籍の如何を問わない。したがって、憲法の規定する基本権の効力も、日本国内にいるすべての人に国籍の如何を問わず及ぶのである。他方で、国民は、国籍を有する国家の領土を離れても国民であることをやめる（国籍を失う）ものではなく、他国の領土に入ったからといってその国の国民となる（国籍を取得する）わけでもない。国民は、たとえ国外にあって、自己の所属する国家の統治権に服するのである。これが対人高権である。したがって、外国にいる日本国民にも、対人高権が及ぶ限りで日本国憲法の権利保障が及ぶのである。ただし、すべての基本権が等しく在外日本人に保障されるわけではない。最高裁判決は、選挙権の保障が日本国外に及ぶことを認めた。けれども、表現の自由についてそうはいえないだろう。なぜなら、日本国憲法の保障する言論・出版の自由が、例えば中国国内にいる日本人の言論・出版に適用され、日本国内にいるときと同じように保障されるということはないからである。そして、社会権も在外日本人には保障されないから、結局、在外日本人に保障されるのは、国民固有の権利である選挙権に限られるということであろう。

III

安念論文では、外国にいる外国人が、日本

についての記事をウェブ上にアップして日本人向けに発信し（表現の自由）、あるいは、日本の証券市場を通じて日本企業の株式に投資すること（経済的自由）が、在外外国人の人権行使の問題とされているから、ここからしばらく、問題を自由権に限定して考えよう。

前稿でも、基本権主体が滞在する場所と行為する場所が離れている事例を全く意識しなかったわけではない。私は前稿で、自由権の属人的保障と属地的保障の区別についてこう述べた（前稿 115 頁。〔 〕は今回補足）。

「在外国民〔在外日本人〕が、国外にしながら日本国内で表現活動（あるいは経済活動）を行う場合、国内にいるときと同じように保障されるので、属人的な保障〔在外日本人にも日本国憲法の権利保障が及んでいること〕のようにも思われるが、たとえば外国にいる外国人が（適切な翻訳者を得て）その著書を日本で出版する場合にも同じく保障が及ぶ。そうすると、日本国憲法の人権保障は全世界の人に及ぶといわざるをえないことになり、区別が曖昧になってしまう。ここでは、外国における権利行使が保障されている場合だけを属人的保障としておきたい」。

在外日本人であれ在外外国人であれ、外国にしながら日本国内での権利行使が保障されるのは、基本権の属地的な保障の問題だと考えたのである。つまり、行為（権利行使）する場所を基準としたわけである。次のようにも述べている。

「たとえば、日本人がインターネットを通

じて日本国内から世界に向けて何らかの情報を発信したとき、A国・B国では自由に閲覧できるのに対し、C国・D国では閲覧が禁止または制限されていたとする。この場合、A・B国には日本国憲法の人権保障の効力が及ぶのにC・D国には及ばない、ということではなく、それぞれの国の〔国内〕法による保障の在り方の問題である。同じように、在外日本人が滞在国から日本に向けて情報を発信したときに、日本国内で自由にその情報に接することができるのであれば、それは日本国憲法の人権保障の効力が在外国民に及んでいるのではなく、日本の国内法の問題であり、属地的保障なのである」（前稿120頁注(9)）。

そうすると、属地的保障で重要なのは、権利主体が滞在する場所ではなくて、実際に権利を行使する場所である。これまでは、滞在する場所で権利を行使することが暗黙の前提であったのに対して、現在では滞在地と行為地が異なることは日常的なことになっている。そこで、最初に基本権の保障対象となる人的範囲について、行為者の国籍と滞在地を基準として、(a)日本国内に居住する日本人（在留日本人）、(b)外国に滞在する日本人（在外日本人）、(c)日本に居住する外国人（在留外国人）、(d)外国に滞在する外国人（在外外国人）の4つに分類したが、これに行為者の行為地を付け加え、(a)～(d)のそれぞれについて、行為地が日本国内の場合と外国の場合の2つとして、全体で8分類にしたらどうか。こうすれば、「在外外国人の人権」が日本国憲法上も問題となりうるということが明確になるよ

うに思われる。

けれども、(b)の在外日本人であれ、(d)の在外外国人であれ、自由権で実際に問題になるのは、日本国内における権利行使の場合だけである。（何度も繰り返すが）日本国憲法の規定する自由権は、日本国外では保障されないからである。とすると、(b)の在外日本人が日本国内で権利行使する事例は、(a)の在留日本人の人権と同じことになるし、(d)の在外外国人が日本国内で権利行使する事例は、(c)の在留外国人の人権と同じことになる。安念論文で扱われている事例を見ても、外国の投資ファンドの日本国内における活動を規制できるかどうかの問題であって、そこで述べられているように、「外国法人の日本国内における行動が憲法上の保護を受けるか」という(c)の問題に還元されるのである（外国「法人」であることから生じる問題点についてはここでは触れない）。

したがって、権利保障の有無を問題にする限り、必要な修正を加えれば、最初の4類型でも十分であるように思われる。ただし、外国人は、その行為が憲法上の保護を受けるものであるとしても、日本国民とは異なる制約に服するかどうかはまた別に問題になる。その際、日本国内において権利を行使する当該外国人が(c)か(d)かで、権利制限の許される程度に差が生じることは考えられる。例えば、外国人の土地所有を日本国民よりも制限することが許されるかという問題のほか、在外外国人の土地所有を在留外国人の場合よりも制限することは許されるか、という問題は考え

られよう。その意味では8分類も無意味ではなさそうである。

自由権以外の基本権についてはどうか。

そもそも在外外国人が日本国憲法の選挙権や生存権の保障を受けることはありえない。これらは日本人のみを対象とする権利だから、在留外国人もこれらの権利を保障されているわけではないのである。問題になるのは在外日本人の場合だけである。在外国民選挙権訴訟では、海外に滞在しつつ日本国内の選挙に参加する権利を要求していたから、行為者の滞在地と行為地を分けることは有効であろう。在外日本人の場合、自由権は行為地が日本国内のときだけ保障されるのに対し、選挙権は行為地が外国でも保障されるのである。これも、日本国内で実施される選挙において投票するわけだから、属地的保障ではないかとの疑問が生じるが、投票するのは国外だから、投票という権利行使は国外だと考えることができる。

この点は、国民の権利に対応する国家の(作為)義務の側面から考えれば明瞭である。自由権の場合、外国にいながら国内で権利行使する方法は一切個人に委ねられており、国家が権利行使を可能にする制度を用意する義務は存在しない。これに対して選挙権は、海外で投票する制度を設ける義務を国家が負うのである。国家が選挙制度を形成する義務を負うのは国内で投票する場合でも同じだが、本件の作為義務は国外における制度形成であ

る。その意味で、選挙権の保障の効力は在外日本人にも及んでいるのである。

同じく国家による制度形成を前提とする権利でも、社会権の場合は異なっている。例えば、教育を受ける権利を考えると、海外においても日本の普通教育を受ける権利があるから、国にはそのような学校を海外に設置する義務があるといえそうであるが、実務上も学説でも、そうは解されていない。教育を受ける権利は、日本国民が日本国内にいる場合だけ保障される権利だというわけである。この点は生存権も同様である(最近、最高裁は、外国人は生活保護法の保護対象ではなく、同法に基づく受給権を有しないと述べた。最判平成26・7・18判例地方自治386号78頁)。したがって、行為(権利行使)する場所が国外であっても保障が及ぶのは、選挙権に限られるのである。

IV

安念論文に触発されて考えたことを書いてみた。実は2014年最後の「公法総合Ⅲ」の授業は立法不作為がテーマだったので、在外日本国民選挙権訴訟をメインの判例として取り上げた。そこで、安念論文を紹介しながら、以上のようなことを話してみたのであるが、学生も興味を持ってくれたように感じられたので、その内容を整理して本誌に紹介してみた次第である。