

《論 説》

国籍取得の「権利」性と国家の「裁量」論

高 佐 智 美

はじめに

帰化という行政行為は、伝統的に国際法上も国内法上も、国家の“自由”裁量事項と位置づけられ、そこでの法務大臣の決定の妥当性については、法的には今までほとんど不問に付されてきた。

しかし、人の国際的な移動が活発化し、主要先進国内において国籍を持たないまま定住化する外国人が増加しつつある今日、いわゆる伝統的な「国民国家」の枠組み、ひいてはそこでの「国民」、あるいは「国籍」といった概念の再構築が主張されている中で、帰化という「国籍」取得の行為だけが等閑視されつつけていいのだろうか？

本稿はこうした問題意識のもと、行政裁量に関する学説と、国籍に関する国際法上の原則とその変容を踏まえた上で、日本の国籍法における帰化のあり方について検討を試みるものである。

1 日本における帰化

(1) 概 要

国際法上、国籍の得喪については、条約や領土の変更などに関して制約を受ける場合を除いては、国家の専権事項とされており、各国は自由にそれに関する法制度を定めることができると解されている¹⁾。

国籍の取得には生来的なものと後天的なものがあり、前者については、国際法上、出生地主義と血統主義の二大原則があり、どちらかを採用することになる。しかし実際には、ほとんどの国が無国籍者をなくすために、どちらかを原則として、もう一方を例外としてともに採用している²⁾。他方、後天的な国籍取得については、帰化などが考えられるが、これについては各国が独自に定めているので、その条件、手続、法的性質等は一律ではない。

日本の場合、1899年(明治32年)に初めて国籍法が制定され、そこでは単なる血統主義ではなく、父系優先血統主義が採用された。また、外国人が日本人の妻になった場合や、出生後に日本人に認知された場合、あるいは日本人の養子になった場合などには自動的に日本国籍を取得するという、本人の意向にかかわらず国籍取得を認める規定(旧国籍法5条)や、これとは逆に外国人との婚姻または養子縁組などによって自動的に国籍を失うという規定(同法18、19、23条)も設けられていた³⁾。

しかし、1950年(昭和25年)に現行の国籍法が制定された際に、そのような個人の意思を無視した国籍取得は廃止され、夫婦であろうと親子であろうと国籍は独立と考えられるようになった。そして1984年の大改正によって父系優先血統主義が改められ父母両系血統主義となり、現行国籍法で認められている国籍取得の原因は、出生による場合(2条1、2号。同条3号で補充的に出生地主義を採用)、帰化(5～9条)あるいは届出による国籍取得(3、5、6、17条)となっている。

-
- 1) たとえば、1930年の「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約」は1条で「何人が自国民であるかを自国の法令によって決定することは各国の権限に属する。右の法令は、国際条約、国際慣習及び国籍に関して一般的に定められた法の一般原則と一致するかぎり、他の国により承認されなければならない」、2条で「個人がある国の国籍を有するか否かに関するすべての問題は、その国の法令によって決定する」と定めている。
 - 2) 無国籍者の防止に関する条約としては、1930年の「無国籍のある場合に関する議定書」や1961年の「無国籍の減少に関する条約」などがある。
 - 3) 日本における国籍法制史については、鳥居淳子「日本国籍の得喪における自由と平等(一)」成城法学69号(2002年)111頁参照。

帰化に関しては、普通帰化（5条）と日本と特別の血縁または地縁関係を有する外国人に認められる簡易帰化（6～8条）、日本に特別の功労がある外国人に認められる大帰化（9条）の規定が設けられているが、ここでは普通帰化についてのみ見ていくことにする。

国籍法5条に定められている普通帰化の条件は、①5年以上日本に住所を有すること、②20歳以上で本国法により無能力者でないこと、③素行が善良であること、④自分（または配偶者あるいは親族）で生計を営むことができること、⑤国籍を持たない、または日本の国籍取得によって元の国籍を失うこと、⑥日本国憲法施行後に暴力主義的な政治活動を行ったことがないこと、である。⑤の要件は重国籍者防止の観点から設けられたものであるが、他国へ帰化する際の国籍離脱の要件は国によって千差万別であるから、これを厳格に要求すると日本への帰化が極めて困難になる可能性も高い。そこで1984年の改正の際に5条2項が追加され、本人の意思にかかわらず原国籍を失うことができない場合には、この要件を満たさなくとも帰化を許可されることとなった。

(2) 法的性質

帰化については、法定の条件を備えている外国人に対しては当然に帰化を認める場合（例、アメリカ合衆国）と、法定の条件を備えていても帰化の許可を行政機関の決定に委ねる場合（例、イギリス）とがあるが、日本は後者の立場を採用している⁴⁾。

すなわち、日本への帰化を希望する外国人は、上述の条件を満たさなければならず、これらの条件を満たしていない申請者に対して法務大臣は帰化を許可することはできないが、逆にこれらの条件を満たしているからといって、必ずしも帰化を許可しなければならないというわけではない。つまり、国籍法5条は「法務大臣が帰化の許可処分をなしうる最低条件を定めたものであって、許可しなければならない条件を掲げたものではない。この意味で帰化の許可処分

4) ドイツはこれら両方を採用し、権利として帰化を認める場合と裁量で帰化を認める場合とを定めている。江川＝山田＝早田『国籍法（第三版）』（有斐閣、1997年）96、98頁。

は覇束行為ではなく自由裁量行為である」と一般に考えられているのである⁵⁾。

日本において帰化の性質がこのように捉えられていることは行政不服審査法にも反映されている。同法4条1項には不服申立の対象外とされる行政処分が列挙されているが、その10号に「外国人の出入国又は帰化に関する処分」が挙げられている。これは、帰化の許否は本来国家が自由に決められる性質のものであるという理由によるとされている。同様に行政手続法3条10号においても、帰化に関する処分は「国家主権にかかわる事項」であり「一般国民に対する通常の処分」とは異なるという理由で行政手続法の対象外とされている⁶⁾。

このように、帰化が国家の“自由”裁量行為と捉えられ、行政不服審査法からも行政手続法からも対象外とされていることから問題となってくるのは、申請者が国籍法5条の条件を満たしていると思われるにもかかわらず帰化が認められず、そのことに不服があった場合、はたしてどのような手段をとりうるのか、ということである。具体的には、帰化の不許可決定を裁判(行政訴訟)で争うことができるのか、すなわち、帰化の不許可処分決定が行政事件訴訟法3条2項のいう「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為」に該当するか否か、が問題となってくる。この点について次章で検討していくことにする。

2 帰化の「処分」性

(1) 判例・学説

帰化の不許可処分が行政事件訴訟法3条2項のいう「行政庁の処分」にあたるかどうかについて、従来の学説では帰化申請の不許可決定は単なる事実上の措置にすぎず、行政庁の処分にはあたらないという考え方が一般的であったが、判例は早くからこれに肯定的であった。

帰化の不許可決定が行政庁の「処分」にあたるかどうか争われた1972年の

5) 同上、100頁。

6) 同上、115頁。

事件で原審の横浜地裁判決は、「原告がなした帰化申請は、もっぱら外国人たる原告が日本国籍を被告により付与されるについての事前の同意承諾としての性質のみを有するものと考えらるべきであり、これに対し被告により本件不許可決定がなされたところで原告はそれによって従来有していた権利を喪失するわけでもなければ、法律関係に不利益な変更を受けるわけでもないのであるから、本件不許可決定は単なる事実上の措置にすぎ」ないので、行政事件訴訟法第3条第2項にいう「処分」には該当しないと判示したのに対し⁷⁾、控訴審の東京高裁は、次のように述べている。

「外国人から帰化の申請があった場合には、法務大臣はこれに対して所定の手続によってなんらかの応答をしなければならない」のであるから、「申請者は処分が適法になされることにつき権利ないし法律上の利益を有する」といえる。したがって、「申請に対してなされた処分が、その手続または内容において違法であるときは、これにつき裁判所の審査を求めるため〔行政事件訴訟〕法3条2項、8条以下により『処分の取消しの訴え』を提起することができる。ただこの場合は法務大臣の裁量権の範囲がきわめて広いので、違法の問題を生ずることが少ないのにすぎないものといわなければならない。」⁸⁾

この他にも、1988年の東京地裁判決は、前記判決が指摘した帰化の手続的性格から導き出される申請者の「適正かつ適法な決定を求める権利」だけでなく、帰化の実体的性格にも着目し、「申請者に帰化が許可され国籍が付与されれば、当該申請者は日本国の国民としての地位、資格が与えられ、国民としての権利、義務を有することになるから、帰化の許否は申請者の個人的権利義務の存否、範囲を確定し、その法律的地位に重大な変動をもたらす」として、その「処分」性を認めている⁹⁾。

7) 横浜地判1972年1月27日訟月18巻5号761頁。

8) 東京高判1972年8月9日判時675号22頁。他に同趣旨の判決として広島地判1982年9月21日(訟月29巻4号732頁)、その控訴審である広島高判1983年8月29日(訟月30巻2号220頁)。

9) 東京地判1988年4月27日判時1275号52頁。その控訴審である東京高判1989年1月24日、上告審である最判1991年7月18日(いずれも判例集未登載)も同旨。

このように判例はほぼ一貫して帰化の許否の「処分」性を認めているのに対し、学説は当初は否定説が多数であったが、近時は肯定説が有力である。否定説を主張しているのは実務家が多く、その根拠としては、帰化は「極めて高度な行政行為」であるから一般の行政処分と同様に解するのは妥当ではない、上述のように行政不服審査法や行政手続法から対象外とされている、などが挙げられる¹⁰⁾。

これに対して肯定説は次のように主張する。すなわち、行政庁の自由裁量行為といえどもそれには常に行政の目的による条路上の一定の限界があるものであるから、裁量権の範囲を超え、またはその濫用があった場合には、その処分は不当にとどまらず違法といわざるをえない（行政事件訴訟法30条も明文でこれを認めている）。従って、自由裁量行為には常に裁量権の限界という問題が付随し、その限りにおいては処分を違法ならしめる可能性が常に存在する。また、取消訴訟の原告適格についても、近年これを広く認めようとする傾向もあるように、取消訴訟において取消を求める申請者は処分が適法になされることにつき権利ないし法律上の利益を有するものであるから、帰化を申請する外国人についても、申請そのものから生ずる適法処分を求めるという抽象的な権利・利益が保護の対象となるというべきである¹¹⁾。

(2) 検 討

帰化の不許可決定の「処分」性については、そもそもどう考えるべきであろうか。

日本国憲法が実質的な意味での立憲主義的憲法である以上、あらゆる国家作用（立法・行政・司法）は憲法上保障された権利・自由による羈束が受けることになる。そしてこのような観点から行政訴訟のあり方を見た場合、行政訴訟

10) 佐々木暁「帰化不許可処分取消訴訟をめぐる諸問題」民月50巻1号14頁以下。他に、橋田博「法務大臣の帰化不許可決定の行政処分性」民月44巻2号81頁以下。

11) 江川＝山田＝早田・前掲注(4)117—118頁。他に、山村恒年「抗告訴訟の対象となる行政処分」民商法雑誌59巻4号571頁。小早川光郎「帰化不許可処分決定に対する取消訴訟の適否」判例評論169号13頁。

における権利救済の範囲・内容・程度等も憲法に羈束されるといえる。そこから帰結される行政訴訟の基本原則は、ボン基本法19条4項に「何人も、公権力によって自らの権利を侵害されたときは、権利救済の道が開かれている。他の管轄が認められていない場合においては、通常裁判所への権利救済の道が開かれている。」と規定されているような「包括的救済の原則」であるとされる¹²⁾。これを日本国憲法にあてはめてみると、詳細な権利保障規定、及び32条で保障されている「裁判を受ける権利」を総合的に解釈すれば、同様の原則が導き出されるといえよう¹³⁾。

そして「包括的救済の原則」は、「救済領域無欠缺の原則」、すなわち、権利保障のための裁判的救済は、いずれかの裁判において実現されるべきであって、いずれの裁判によっても救済されない領域があってはならない、という原則と、「各救済領域十全の原則」、すなわち、各種の裁判の領域内において権利救済に欠けるところがないようにすべきである、という二つの原則から構成されることとなる¹⁴⁾。

これを具体的に行政訴訟にあてはめてみると、まず「救済領域無欠缺の原則」は、行政による権利侵害が行政に係わる訴訟を通して裁判的救済を保障されるべきことを意味する。そして、その際の「権利」侵害とは、憲法で保障されたもののみならず、憲法に基づき制定された法律や条例上の権利・利益も含み、また「侵害」も作為によるもののみならず不作為によるもの、あるいは不十分な保障も含むものと解すべきであるとされる¹⁵⁾。

また、「各種救済領域十全の原則」は「行政事件訴訟法十全の原則」となり、それは「普遍的近代化に基礎づけられた現代化の要請と連動して、訴訟類型の多様化」と、さらに「包括的権利救済に適合した処分性および原告適格の拡大」を要請することとなる¹⁶⁾。元来、近代市民社会において行政訴訟とは、行

12) 高田敏「法治主義と行政訴訟・憲法訴訟」佐藤幸治・清水敬次編『園部逸夫先生古希記念・憲法裁判と行政訴訟』(有斐閣、1999年)386頁以下。

13) 同上、388頁。

14) 同上、389頁。

15) 同上、393頁。

16) 同上、395頁。

政府の違法な“処分”によって自らの“権利”を侵害された市民がその処分を争い、自らの権利救済を受けるといふ意義を有していた以上、行政が肥大化した現代社会においては、市民の生活に多種多様に係わる行政処分からの権利救済の要請は一層高まっているといえる。だからこそ処分性および原告適格の解釈についても、「実体法的処分・利益観」から「手続法（訴訟法）的処分・利益観」への推移を受け、拡大の傾向を見せているのである¹⁷⁾。

以上のような前提に立って考えるならば、個人の法的地位に大きく係わる帰化という行政処分を、「国家という一つの共同体が、本来その共同体に属さない個人を新に共同体の構成員として認め、国籍を付与する」という「極めて高度な行政行為」¹⁸⁾であるとして一般の行政行為と区別して解する必要はないし、むしろ他の行政行為に比べて個人に及ぼす影響の大きさを考えれば、そのような区別をすべきではない。確かに帰化はその国の国民ではない「外国人」を対象とする行政処分であるが、日本国憲法で保障されている権利はその“性質上”可能なものは外国人にも等しく適用されるというのがすでに確立した判例・通説である。そして、32条の「裁判を受ける権利」はもちろん、「帰化申請に対する法務大臣の応答（決定）は、法律上、その手続においても、また、その内容においても、適法なものでなければならない」から¹⁹⁾、31条を根拠に「法務大臣の適法な決定を求める権利」もその性質上外国人にも当然に保障される。したがって、いくら帰化決定が法務大臣の広範な裁量に委ねられているといっても、その処分「性」が否定されることには、すなわち、裁量権の逸脱あるいは濫用という違法な行政処分からの権利救済の道が絶たれることがあってはならないのである。

3 帰化の「裁量」の範囲

(1) 判 例

17) 同上、395—6頁。

18) 佐々木・前掲注(10)、27頁。

19) 東京地判1988年4月27日判時1275号52頁。

上述のように、判例はほぼ一貫して帰化の許否行為の処分性を認めてきているが、実際には法務大臣の裁量の逸脱あるいは濫用を認定した事例はまだ存在しない。

地裁レベルでは裁量の逸脱あるいは濫用が認められたものの、高裁で否定された事例として次のようなものがある。日本で日本人父母の間に生まれ、元々日本国籍だった原告(女性)が、1948年に台湾国籍の男性と結婚し、台湾籍に移籍したものとされ、その後サンフランシスコ講和条約の発効により自動的に日本国籍を「喪失」したものの、1959年には夫と離別、1968年に正式に離婚した。一方、原告は1959年に日本人男性と事実上結婚し、内縁の夫婦生活を営み、1968年にその男性との間に長女を出産したが、日本国籍を有しない者として取り扱われたため、長女の出生届を提出できなかった。原告は1973年に中華民国政府から同国国籍の喪失を許可され、これによって無国籍となり、1979年に単独で帰化申請をしたところ、親権に服する未成年の子の帰化申請を同時に行っていないとの理由で帰化を不許可とされたため、原告は上の不許可理由は国籍法所定の帰化要件に定めがなく、不許可処分は法務大臣の裁量権を逸脱・濫用した違法があるとして取消を求めたものである。

第一審の広島地裁は、帰化の許否行為の処分性を認めた上で、法務大臣の裁量の逸脱・濫用につき、長女が帰化申請するにあたっては前夫との父子関係不存在確認の裁判を得なければならず、そのためには「前夫との共同生活や交渉の不存在等、外観上明白な事実により、〔前夫〕の子の懐胎が不可能であることの明らかな二乗を主張立証する必要がある」、それには「かなりの期間と有効適切な訴訟活動」を経なければならない一方で、原告は現在無国籍であり、そのことは「原告の基本的人権にかかわる無視できない事実」であるから、「被告〔法務大臣〕としては帰化申請に対し、原告が帰化条件を具備している以上、できる限りすみやかに帰化の許可をすべきものと考えられる。」

また、「原告は日本人の父母の間に生まれ、ごく平均的な日本人として成長したが、終戦後平和条約発効前に台湾籍を有する〔前夫〕と婚姻したことから、その発効によって日本国籍喪失の効果を受けざるを得なくなった者であり、その出生から今日まで日本に住所を有し善良な市民として生活し、昭和34

年〔1959年〕以来、日本人と内縁関係を続け、〔長女〕を養育していることを考慮すれば、原告は〔旧国籍法〕4条の帰化条件を具備している者といえることができる」として、「帰化実務上、一般院親子同時申請の取扱が被告の正当な裁量の範囲に属すると言い得るとしても、本件においては、その取扱を例外的に停止または解除すべき特段の事情があるというべく、この点を十分に考慮することなく、原則的取扱に反する故をもって原告の帰化申請を不許可とした被告の処分は、その合理的な裁量の範囲を超えたものとして違法の評価を免れず、これを取消すべきもの」とした²⁰⁾。

これに対し、控訴審の広島高裁は、帰化の許否行為の処分性は認めたものの、法務大臣の裁量の逸脱あるいは濫用については、そもそも「外国人の出入国、在留について法務大臣に付与されている裁量権の範囲と、帰化の許否について法務大臣に付与されている裁量権の範囲」とでは、「帰化の許可は、外国人に対し、出入国及び国内在留の権利を付与するのみでなく、主権者たる国家の構成員とする行為」であり、「帰化の許否の決定の方が国家の利益につき、より密接活重大な契機をはらんでいると考えられる」ので、「後者の方がよりいっそう広い裁量権を付与されている」とした上で、「親とその親権に服する未成年の子が国籍が異なる状態を人為的に創出する」と、「それぞれの祖国に対する忠誠義務と親子の情誼とが相反する事態を生じ、人倫に反する結果が生じうる」、「諸外国の法制とみると、親の国籍の得喪の効果はその子、特に未成年の子に当然に及ぶものとするものが大勢を占めており、親子が国籍を異にする状態を人為的に現出されることが著しく妥当を欠くことは国際的な通念である」、原告が帰化の申請をする場合、事前に長女の父子関係を整序していないと戸籍簿に虚偽の記載をすることになる²¹⁾、としている。また、被控訴人が無国籍で

20) 広島地判1982年9月21日訟月29巻4号732頁。

21) 余談であるが、この点につき高裁判決は、長女の父子関係の整序が必要な理由は「〔被控訴人〕が〔前夫〕との間の婚姻を解消しないまま〔内縁の夫〕との間に〔長女〕を懐胎したこと」にあるから、「被控訴人が〔長女〕の親権者として父子関係の整序の手続をとるべき道義上の義務があることは、社会通念上も明らかである」と述べているが、親子関係を理由に帰化の申請が認められなかったことの責めは、いわゆる“身持ちの悪い”被控訴人（原告）にあるといわんばかりの記述には裁判官の封建的な男女観・家族観が反映されているように思われる。広島高判1983年8月29日訟月30巻2号222頁、236頁。

あることについても、被控訴人が中国国籍を失ったのは自らの意思に基づくものであること、さらに「我が国の現行法規上、日本国民と外国人との間に異なる法的地位を定めたものは多数あるが、外国人とは通例日本の国籍を有しない者をいうのであって、外国の国籍を有する外国人といずれの国籍をも有しない外国人との間に法的地位の差異を定めた法律はない」ことを根拠に、親子同時帰化申請の取扱いを例外的に停止または解除すべき「特段の事情」があるとはいえないとして、国側の主張を全面的に認めた²²⁾。

また、この他にも、先に挙げた1988年東京地裁判決は、10年以上日本に居住し、日本で違法行為も行っておらず、個人資産も一億円以上あり、日本に帰化するためにすでに中国国籍を喪失している男性からの帰化申請が認められなかったことを不服として訴えた事例につき、帰化の許否行為の処分性は前提として認めた上で、原告が「単に、我が国において法律違反行為を行って、日本語の理解力は充分であり、在日中の生活態度も勤勉かつ真面目であり、性格的にも能力的にすぐれた資質を有し、日本社会において充分貢献できる人材であると主張するだけであり、仮に右主張事実が立証されても、直ちにそのことだけで被告〔法務大臣〕が裁量権を逸脱又は濫用して本件処分を行ったものとは必ずしも認められないのみならず、そもそも原告は右主張について何ら立証を行っていない」として、これも裁量権の逸脱・濫用を否認している²³⁾。

(2) 検 討

以上のように、判例は帰化の許否について、ほぼ無制限ともいえるような裁量権を法務大臣に対して認めているが、帰化という行政行為における「裁量」は一体どのように理解されるべきであろうか。

上述のように、日本において帰化は羈束行為ではなく“自由”裁量行為とされている。したがって法務大臣に法定条件を満たした申請者に対して帰化を許可しなければならないという義務が生じるわけではなく、帰化の許否を決定するにあたり、法務大臣は「国内の治安と善良の風俗の維持、保険・衛生の確

22) 広島高判1983年8月29日訟月30巻2号222頁。

23) 東京地判1988年4月27日判時1275号52頁。

保、労働市場の安定などの国益の保護の見地に立って帰化申請者の申請事由の当否のみならず、当該外国人の一切の行状、国内の政治・経済・社会等の諸事情、国政情勢、外交関係、国際礼讓など諸般の事情を斟酌した上で、「適切、的確な判断」を行うものと解されている²⁴⁾。

一般に行政機関の行為は裁量行為と非裁量行為（羈束行為）に区別される。法律の規定が抽象的でどのような行為を選択するかという判断が行政機関に委ねられている行為が裁量行為であり、逆に法律の規定が詳細で行政機関の自由な判断の余地が小さく、法律の機械的執行として行われる（すなわち、通常人の経験則で判断できる）行為が非裁量行為である²⁵⁾。たとえば、原子炉の設置許可処分は前者とされ、運転免許取消処分は後者とされている²⁶⁾。そして、上述のように、外国人の出入国管理や帰化に関する処分は前者に分類されているわけであるが、果たしてこれは妥当といえるのだろうか？

判例がいうように、帰化という行政処分が、「外国人に対し、出入国及び国内在留の権利を付与するのみでなく、主権者たる国家の構成員とする行為」であり、帰化の許否の決定が「国家の利益につき、より密接活重大な契機をはらんでいると考えられる」²⁷⁾のであれば、国民主権の原理からすればむしろ帰化の許否行為こそ、国民の意思を反映した法律の規定に拘束されるべきであろう。同じ共同体の一員としてどういう人物を迎え入れるのかということは、原子炉設置許可基準のような行政府の専門的知識など必要なく、まさに「通常人の経験則」で判断できるものといえる。また、政策的な判断が必要なのではないかということについても、判例がいうように帰化の許否を決定するのに「国内の政治・経済・社会等の諸事情、国政情勢、外交関係、国際礼讓」を考慮に入れてしまうと、特定の国の外国人の差別を惹起する可能性が高くなる恐れが出てくる。いかなる人物を共同体を迎え入れるかを判断する際には、その個人の日本へのコミットメントや資質を見れば充分であり、その時々政策的な判断な

24) 最大判1978年10月4日民集32巻7号1223頁。

25) 武田真一郎「裁量処分の取消し」法学教室263号37頁。

26) 最判1992年10月29日民集46巻7号1174頁。

27) 広島高判1983年8月29日訟月30巻2号222頁、233頁。

どは無用な差別を生じさせることになりかねず、むしろ不要といえるのではないだろうか²⁸⁾。

たとえ従来どおり「裁量行為」として分類されるとしても、実質的法治主義を採用する日本国憲法の下では、行政府の「裁量行為」といっても行政府のまったくの“自由”な判断に委ねられているとはいえず、それはあくまでも授權法律の趣旨・目的に則して、市民の権利・利益を不当に侵害することのないように行使されることが当然に要求されていると解すべきである。にもかかわらず、これまでの判例においては、いったん「裁量行為」と認められると、その裁量の範囲内とされる行政活動（実際にそういえるかどうかは甚だ疑わしい場合も多々あるが）についてはほとんど司法的なチェックが機能せず、裁量権の逸脱が認められることはほとんどないというのが実状であり²⁹⁾、まさに先の1983年広島高裁判決が自ら指摘しているように、行政府の裁量権は広範であるから範囲を確定することが「極めて困難」であるということがいったん認められてしまうと、「法務大臣の裁量権の範囲を問題とし、その逸脱を指摘すること」は「観念的な空論」となってしまう³⁰⁾。

また、これとの関連で、行政機関の裁量の行使が恣意的になるのを防ぐために、少なくとも大量的にまたは反復して行われるような行為については、行政機関が拠るべき裁量基準を予め定めておくことが合目的といえるが、このような基準の設定が果たして法的な要請といえるかどうか、さらにそれが司法審査に服するかどうかが問題とされてきた³¹⁾。この点につき、具体的基準を設けることは法的要請であるということについては判例・学説とも一致しているようであるが³²⁾、その法的性格については、たとえばマクリーン事件上告審判決

28) いいかえれば、立法を定める際の基準としては、帰化の場合にはまさに「不確定概念」よりも「確定概念」が適切といえるのではないだろうか。「不確定概念」と「確定概念」については、阿部泰隆『行政の法システム（下）〔新版〕』（有斐閣、1997年）645頁以下参照。

29) 曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト1219号60頁、66頁。

30) 広島高判1983年8月29日訟月30巻2号222頁、234頁。

31) 芝池義一『行政法総論講義（第四版）』（有斐閣、2001年）86頁以下。阿部泰隆『行政の法システム（下）〔新版〕』（有斐閣、1997年）647頁以下。

は、「行政庁がその裁量に任された事項について裁量権行使の準則を定めることがあっても、このような準則は、本来、行政庁の処分の妥当性を確保するためのものなのであるから、処分が右準則に違背して行われたとしても、原則として不当の問題を生ずるにとどまり、当然に違法となるものではない」と述べている³³⁾。

しかし、その後、最高裁は原子炉設置許可処分の取消を求めた訴訟（いわゆる伊方原発訴訟）につき、「原子炉施設の安全性に関する判断の適否が争われる原子炉設置許可処分の取消訴訟における裁判所の審理、判断は、原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の専門技術的な調査審議及び判断を基にしてされた被告行政庁の判断に不合理な点があるか否かという観点から行われるべきであって現在の科学技術水準に照らし、右調査審議において用いられた具体的審査基準に不合理な点があり、あるいは当該原子炉施設が右の具体的審査基準に適合するとして原子力委員会若しくは原子炉安全専門審査会の調査審議及び判断の過程に看過し難い過誤、欠落があり、被告行政庁の判断がこれに依拠してされたと認められる場合には、被告行政庁の右判断に不合理な点があるものとして、右判断に基づく原子炉設置許可処分は違法と解すべきである」として、裁量基準が司法審査に服することを認めている³⁴⁾。また、行政機関が裁量基準を設置しながら特定の者に対してこれを適用しないである行為を行った場合には、そのことにつき合理的な理由がない限り、その行為は平等原則違反として違法であることも判例上認められており³⁵⁾、元々行政内部的な裁量基準といえども、司法のチェックから逃れることはできないというのが判例・通説であるといえる³⁶⁾。

32) たとえば、最判1971年10月28日民集25巻7号1037頁（個人タクシー事件判決）。また、行政手続法は5条で申請に対する処分についての、12条で不利益処分についての処分基準の制度を設け、それらの定立だけでなく公表の義務ないし努力義務を定めている。芝池・同上、87頁。

33) 最大判1978年10月4日民集32巻7号1223頁。

34) 最判1992年10月29日民集46巻7号1174頁。

35) 大阪地判1969年5月24日行集20巻5=6号675頁、東京地判1996年7月31日判時1593号41頁。

36) 芝池・前掲注①88頁、阿部・前掲注②647—8頁。

以上の点を踏まえて、次章では、帰化という行政行為を、国籍取得という個人の側の視点から捉えて、再度検討を加えてみたいと思う。

4 帰化＝国籍取得の再検討

(1) 日本における国籍取得の意味

「国籍」とは、法的には「国家の構成員資格」を意味する。しかし、多くの論者が指摘するように、歴史的には国籍には単なる法的な地位以上の意義あるいは価値が付与されて考えられてきた。元々国籍とは政治共同体を確定すべく“国民”ではない者を排除するための判断基準であり、この政治共同体の統一をより強固なものにするために、歴史、言語、宗教、外見的特徴といった「象徴」を「国籍」と連結させる運動＝ナショナリズムによって nation＝「国民」が成立したといえる³⁷⁾。そして日本の場合、「男統」の「万世一統」である天皇制と結びついた家父長制戸籍制度を背景に、1899年に初めて国籍法が制定されたとき、日本国籍を決定する基準として父系優先血統主義が採用されることとなった³⁸⁾。こうした血統主義の考え方は戦後の「帰化」行政にも色濃く反映されている。すなわち、帰化＝日本国籍を取得しようとする者に対して日本社会への“同化”を求める傾向が顕著に見られる。たとえば、戦後の日本政府にとって、在日韓国・朝鮮人の人々の存在はいわゆる“単一民族神話”を脅かす国内の少数民族の問題だったわけであるが、これに対して日本政府は1960年代に在日韓国・朝鮮人の本国帰還および帰化の奨励を行っている。その中で政府は、「在日朝鮮人」は「生活の基盤を日本社会に持っており、言語、風俗、生活様式などあらゆる面で日本社会に同化している人たちである」から日本国籍取得はなんら問題ないとした上で、「むしろ帰化することによって名実ともに日本人になりきって、就学就職、結婚をはじめ市民生活においても、国籍について何らの心配もなく、生業に励みたいと熱望している人たちが多い」として、

37) T.HAMMER, DEMOCRACY AND THE NATION STATE (Abebury, 1990), 62.

38) 佐々木てる「近代国家における国籍原理」社会学ジャーナル27号83頁、88—90頁。

「在日朝鮮人」自らが積極的に帰化＝日本への同化を希望していると強調している³⁹⁾。

さらに今日でもなお残る問題として、帰化を申請する窓口で日本風の氏名への変更を求める行政指導がある。こうした帰化＝同化という発想がもっとも露骨に現れているのが1975年に『民事月報』に書かれた以下の一節である。

「日本国家が単一民族国家であることから、日本国民間には日本国民を一つの血縁集団として観念する傾向が強い。……また、民族意識の発露としてことさらに外国人的な呼称の氏に固執するということになる、帰化により日本国民とするにふさわしい者とはいえないだろう。

このように帰化者の氏名は原則として自由に設定することができるという取扱いは、帰化によって新たな日本人が生まれるのであるから、当然その際に日本人としての氏名を新しく設定することができるはずであるという基本的な考え方に基づくものであると思われる。」⁴⁰⁾

このような行政指導については、帰化申請時に半ば強制的に日本風の氏名に変更を求められた者に対して家裁が事後の氏名変更を認める決定を下したこともあり⁴¹⁾、1983年に「帰化後の氏名の指導・相談については、強制にわたるとの誤解を生ぜしめないよう留意し、従前の氏名を使用することを希望する者についてはその事情を調査書に記載の上、進達する」という通達が出されたが、現在、各地方法務局が作成・配布している『帰化許可申請の手引』の帰化申請書の「帰化後の氏名」の欄の記入例が日本式氏名に変わっているなど、事実上の強制が残っているのが現状である。上述のように帰化の許否行為が判例上も運用上も法務大臣のまったくの“自由”裁量行為と考えられている実状に照らし合わせると、いくら法律上帰化後の氏名変更の強制はないといったところで、帰化申請者に自由な選択の余地はないという他ない⁴²⁾。

39) 1966年、1967年の官報より。佐々木・同上、91頁に引用。

40) 稲葉威雄「帰化と戸籍上の処理」民月30巻9号13頁。

41) 神戸家決1982年11月8日家月36巻2号88頁。

42) 実際、1983年の通達後も帰化後に氏名変更を求める事例は多数ある。変更が認められた事例としては、京都家決1987年6月16日家月39巻9号57頁、大阪家決1987年10月12日家月40巻1号203頁がある。逆に認められなかった事例としては、京都家決1984年10月1日家月37巻11号67頁、大阪高決1985年10月18日家月38巻2号136頁がある。

(2) 国籍取得の「権利」性

冒頭で述べたように、国籍の得喪については、従来、国家の専権事項とされ、国際法上の一般原則によって制約を受ける場合を除いては、その国が自由に決定することができるかと解され、個人の意思とは無関係にそれぞれの国で国籍法が定められてきた。

しかし、市民革命期以降、「永久忠誠の原則」(「誰も自分の祖国や忠誠を放棄することはできない」=国籍離脱の禁止)が否定され、代わって国籍離脱の自由の考え方が登場し、国籍の得喪に関し、限定的ながら個人の自由意思が意識されるようになった⁴³⁾。そして、第二次大戦以後、国際的な人権保障の枠組みが整備されるにともない、国籍の得喪についても、個人の意思を尊重したり、性別や出生による差別の禁止を謳ったりした条約や宣言、決議が採択されるようになってきた⁴⁴⁾。

中でも重要なのは、1948年に採択された世界人権宣言であろう。なぜなら、同宣言は15条ですべての人間に対し国籍を持つ権利を保障しているからである。最終的にこの文言に至るまでには作業部会などでいくつもの草案が出されているが、その議論の流れを見ると、この条文がかなり積極的に無国籍者の防止を図ろうとする意図で起草されたことがうかがわれる。たとえば、この条文を起草するにあたって中心的な役割を果たしたとされるフランス代表のルネ・カッサンの案は「何人も、国籍を持つ権利を有する。国際連合は、加盟国とともに、人間の権利と人間社会の利益とに反する無国籍を防止する義務を有する」と明言しており、また作業部会もこの条文案のコメントとして「国際連合は現在国籍を持っていない人々に対する何らかの責任を引き受けるべきであり、本状の原則が諸国間の協力によって現実のものとなるよう一または二以上

43) このような考え方はアメリカにおける独立革命を契機に発展してきた。この点に関しては、拙著『アメリカにおける市民権』(勁草書房、2003年)第I部参照。

44) たとえば、国際人権B規約24条3項、子どもの権利条約7条1項は子どもの国籍取得権を、女性差別撤廃条約9条は国籍の得喪における男女平等を、人種差別撤廃条約5条(d)(i)は国籍にかかわる権利における人種差別の禁止をそれぞれ謳っている。

の条約を作成すべきである」と述べている⁴⁵⁾。

個人の「国籍を持つ権利」をあまり強調すると、国家に対して自国にいる無国籍者に国籍を付与する義務が生じる、あるいは無国籍者にならないよう国籍剥奪を制限される恐れがあるということで最終案に落ち着いたようであるが⁴⁶⁾、その後も国際人権B規約24条や子どもの権利条約7条で、少なくとも子どもに関しては無国籍の防止のために国家になんらかの義務が課せられることが認められるなど、国際社会において権利としての国籍取得という考え方は定着しているといえよう。

他方、国籍に関して国際法上要求されてきた伝統的な考え方として、無国籍者の防止とともに、重国籍の防止、すなわち「単一国籍の原則」がある。しかし、なぜこのような要請が出てきたかといえば、元々は兵役義務や忠誠義務など国家への義務が果たせないという、いわば個人の立場を考慮してというよりも、もっぱら国家の都合に基づく要請であったことから、近年においては冒頭で指摘した国籍取得における個人の自由意思の尊重を受けて、重国籍を一定の条件の下で容認する動きが見られる。たとえば、まさに軍事的義務という観点から重国籍を制限する1963年の「重国籍の場合の減少及び重国籍の場合における軍事的義務に関する条約」については、1993年に第2議定書によって婚姻および出生による子どもの自動的国籍取得の場合に原国籍が保持されることが確認され、さらに1997年にはヨーロッパにおける移住労働者の増加と定住、受入国への統合の必要性、国際結婚の増加、EU間の自由移動といった社会情勢の変化を受けて重国籍防止を見直すためにヨーロッパ国籍条約が採択されている⁴⁷⁾。

(3) 国籍取得のあり方

以上のように、抽象的あるいは限定的ながらも国籍取得の権利性が国際法上

45) 芹田健太郎『永住者の権利』(信山社、1995年)94—96頁。

46) 同上、97頁。

47) 奥田安弘＝館田晶子「1997年のヨーロッパ国籍条約」北大法学論集50巻5号93頁。他にも1999年のドイツにおける国籍法改正による二重国籍の承認などが例として挙げられよう。

認められるようになってきている一方で、誰を共同体の構成員として迎え入れるかを決定する権限は各国に委ねられるという原則は、主権国家を単位とする国際法秩序からも憲法における国民主権の原理からも依然として導き出されることになる。しかし、その決定は国家の全くの自由裁量に委ねられるという意味では決してなく、国際法的には第二次大戦後特に発展した諸々の国際人権条約に、そして国内法的には憲法で保障されている人権規定に拘束されるといえる⁴⁸⁾。

具体的には、まず憲法上の要請としては、14条の平等原則から帰化の要件において「人種、心情、性別、社会的身分または門地」、あるいはその他の不合理な理由による差別が禁止されることとなる⁴⁹⁾。さらに、31条からは、帰化の要件およびその手続に関して実体的・手続的保障が導き出される。たとえば、帰化の要件を定めるにあたっては法の予見可能性という観点から文言の明確性が要求されるし、手続的にも帰化の許否について告知・聴聞の権利が保障されると解すべきであろう⁵⁰⁾。また32条からも帰化処分について最終的には司法的救済を受ける権利が保障されるべきである⁵¹⁾。

次に、各種の国際人権条約からは、まず憲法上の要請と同様に不当な差別が

48) このことは、1997年のヨーロッパ国籍条約に関する報告書においても「第二次世界大戦後の人権法の発展に伴い、この分野における国家の裁量は個人の基本権をより一層考慮すべきである、という認識が高まっている」として認められている。奥田＝館田・同上、94頁。

49) ちなみに1997年のヨーロッパ国籍条約第5条第1項は「国籍に関する締約国の規則は、性、宗教、人種、皮膚の色又は民族的若しくは種族的出身による差別に相当する区別を定めてはならず、又はかかる国家慣行を伴ってはならない。」と規定している。同上、100頁。

50) この点に関し、1997年のヨーロッパ国籍条約は第11条で「各締約国は、国籍の取得、保持、喪失、回復又は証明(書の交付)に関する決定に書面により理由を付することを確保しなければならない」と規定している。同上、110頁。

51) 1997年のヨーロッパ国籍条約は第12条で「各締約国は、国籍の取得、保持、喪失、回復又は証明(書の交付)に関する決定について、国内法により行政上又は司法上の審査の途が開かれていることを確保しなければならない」として、国籍に関するあらゆる決定が行政審査また司法審査に服することを定めている。またこれらの手続にかかる手数料についても第13条で不当に高くなならないようにとの定めがある。同上、111頁。

禁止されることになるが⁵²⁾、さらに国際人権B規約27条において国内の少数民族の文化、宗教、言語共有権が保障されていることから、帰化申請者に対して帰化＝国籍取得の引き換えとしてその者の属する民族の文化や宗教、言語を否定すること、すなわち強制的な“同化”の禁止が導き出されると思われる⁵³⁾。上述のように、確かに国籍という概念は「政治共同体の構成員」という法的な意味以上の意義がプラスされて認識されてきたが、それは歴史的に見ても偏狭なナショナリズムと結びつき、「国民」に該当しないと認識された他者を迫害する結果をもたらしてきた。誰を共同体の構成員として迎え入れるかについては、その者のその共同体に対するコミットメントを評価すれば足りるのであり、種族的、文化的、宗教的差異などを理由に政治共同体から排除しようとする行為は人権条約上も憲法上も許されないだけでなく、これまでナショナリズムと結びついた「国民」の名の下に隠蔽されてきた国内のマイノリティに目を向け、多文化的社会を構築していくことが新たな課題となっている現代社会の流れに逆行するものである⁵⁴⁾。

(4) 現行法の解釈・運用のあり方

以上の点を踏まえた上で現行国籍法についていえることは、まず国籍法で帰化の要件を定めることは認められるが、その要件は上記のような国際法および憲法の規定に違反するものであってはならず、すなわち平等原則およびデュープロセス、さらにはマイノリティの文化共有権を保障するものでなければなら

52) たとえば、国際人権B規約3、26条。人種差別撤廃条約2、5条。

53) B規約27条の理念は、憲法13条に読み込むことも可能である。たとえば、二風谷ダム訴訟において、札幌地裁判決は憲法13条の幸福追求権を「多様性ないし相異を前提として、相異なる個人を、形式的な意味ではなく実質的に尊重し、社会の一場面において弱い立場にある者に対して、その場面において強い立場にある者がおごることなく謙虚にその弱者をいたわり、多様な社会を構成し維持して全体として発展し、幸福等を追求しようとしたもの」であると位置づけ、「多数者が社会的弱者についてその立場を理解し尊重しようとする民主主義の理念にかなう」とも述べている。札幌地判1997年3月27日判時1598号33頁。

54) W.KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP, A LIBERTY THEORY OF MINORITY RIGHTS (Oxford, 1995).

ない。また、誰が共同体の構成員かを決定する重大な事項であるから、国民主権の原理からも帰化の要件は法律で一義的に定められるべきであるから、帰化＝羈束行為とすべきである。

となると、そもそも現行国籍法は根本的な改正が望ましいが、実際には極めて困難であり、時間もかかるであろうから、当座の課題としては、現行法をこのような観点で解釈運用していくことが求められる。

具体的には、まず国籍法5条の要件は抽象的にすぎるので、裁量基準の設定（もちろん、その裁量基準は上で示した国際人権条約および憲法に違反する内容であってはならない）、及びその裁量基準の事前告知あるいは公表が要求されることになる。また、この点に関し、帰化の要件を満たしているかどうかの立証責任は、帰化が裁量行為とされていることから一般に取消訴訟を提起する側にあるとされる。しかし、何度も指摘しているように、行政府の裁量行為とは行政府に対してまったくの“自由”裁量を認めるものではなく、それが憲法および法律に則ったものであることが当然に要求される⁵⁵⁾。であるならば、帰化申請者が法律上の要件と裁量基準を満たしているにもかかわらず、あえて帰化を認めないとするならば、法務大臣はその裁量権行使の適法性について自ら主張立証する責任があるといえよう。

このような観点からすれば、先に挙げた1983年の広島高裁判決は、国籍法自体が親子国籍独立主義を採用しているにもかかわらず、親子同時申請主義を厳格に適用している時点で裁量権を逸脱しているといわざるを得ず、さらには全体的な国際法の流れとして無国籍者の徹底的な防止と国籍取得の権利性が求められているにもかかわらず、「外国の国籍を有する外国人といずれの国籍をも有しない外国人との間に法的地位の差異を定めた法律はない」などと言い切るなど、国籍に関する国際条約についての裁判官の無知ぶりを露呈しているとしかしいようがない。また、B規約27条に照らせば、帰化申請者に対して日本風の氏名を半ば強要するような現行の行政指導のあり方も厳しく批判されるべきである。

55) 阿部泰隆『行政裁量と行政行為』（三省堂、1987年）246—50頁。

おわりに

今日、「国民国家」システムの揺らぎによって、国籍はその絶対性が薄らいでいるということがよく指摘されている。実際、国際的な人の流れの活発化や、第二次大戦後の国際人権法の発達により、外国人といえども、一定の権利が保障されるようになってきている。またそれに伴い、外国人の人権論も従来の「権利の類型化」（いわゆる性質説）による保障から、外国人の実質的地位に着目した、いわば「外国人の類型化」による権利保障へと議論がシフトしてきているともいえる⁵⁶⁾。

他方で、従来の「国民国家」のシステムはある程度の変容は迫られつつも、急激に変化することなく、基本的な枠組みとして今後も残っていく可能性が高い。このような状況下で、実質的に「国民」と変わらない生活を送っている定住外国人に包括的な権利が保障されるためには、国籍取得のプロセスを明確にして帰化を容易にするとともに、重国籍を認めていく政策が必要であろう。特に日本の場合、“単一民族神話”と結びついた血統主義を反映した排他的な帰化政策がある一方で、いわゆる「在日」の人々にとっても、日本への帰化は民族的アイデンティティの放棄、民族に対する裏切りとして見なされ、日本社会で権利を獲得するための一手段としてはあまり考慮に入れられてこなかった。このように帰化＝同化という点では、皮肉なことに法務省及び日本社会一般の認識と「在日」の人々の認識が一致していたため、かえって日本政府が今日まで帰化政策、ひいては国籍のあり方について見直しを迫られる必要がまったくなかったともいえる⁵⁷⁾。

こうした状況を打破するためにも、また文化的多様性を前提とした社会を構

56) たとえば、近藤敦『「外国人」の参政権』（明石書店、1996年）、辻村みよ子『市民権の可能性』（有信堂、2002年）。「外国人の人権」論のアプローチの分類については、中谷実「外国人の人権」ジュリスト1244号158頁を参照。

57) 柏崎千佳子「第6章 国籍のあり方」駒井洋監修・近藤敦編著『講座 グローバル化する日本と移民問題第1期 第2巻』（明石書店、2002年）205頁。

築していくためにも、これまであまり検討を加えられてこなかった帰化政策を今一度根本的に見直すことによって、国籍のあり方、ひいては外国人の権利保障のあり方を考えていくことが必要であろう。