

## 出入国・在留法の研究

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学社会科学研究所 公開日: 2013-05-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中村, 義幸 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/15371">http://hdl.handle.net/10291/15371</a>

いう一般的且つ形式的な要件を判定基準とせず、個々の権利の性質をその判定基準としており、最近の国際人権法におけるいわゆる「内外人平等原則」の発展に対応するものとして基本的に正当である。ところが、この見解の論者による個別・具体的な権利についての検討結果をみると、そこではもはや権利の性質如何は実質的な判定基準としての役割を果たさず、別のより具体的且つ実質的な判定基準の導入を必要としている。例えば、「外国人の公務就任権」についてみると、通説は、「公権力の行使又は公の意思の形成への参画に携わることを職務とする公務員となるためには日本国籍を必要とし」、このことは法の明文の有無にかかわらず「当然の法理」であるとする内閣法制局や人事院の行政解釈が広汎且つ抽象的であると批判し、同じく公権力の行使にかかわる職務であっても、公権力の発動として「人民に対する命令強制を内容とする職務」か「調査的・諮問的・教育的な職務」かによって判別すべきであり、さらに少なくともいわゆる「定住外国人」については後者の職務について広く就任の機会を付与することが必要であるとしている。スクリーニングの最初の基準として、公務就任権という権利の性質それ自体を、参政権の一種と理解するか職業選択の自由の一環とみるべきかの権利の性質をめぐる見解の相異がまず存在するが、仮に前者であると理解しても、次段階では「職務の性質」が、最終段階では当該外国人の「定住性」が判定基準とされており、両者とも又は少なくとも後者については、権利の性質それ自体とは直接関係がないのである。ここでは、紙幅の関係で上記の一例にとどめるが、かかる問題点の指摘は、各種自由権さらには社会権や参政権についても妥当するように思われる。

### 3. 「定住外国人」概念の提唱とその意義

最近、権利性質説を前提としつつ、その一般性・抽象性から生ずる不合理を克服するための判定基準として、上述のように、外国人の日本における「定住性」をも判定基準とすべきであるとする注目すべき見解が提唱されている。如何なる要件を「定住性」の判定基準とするかについてなお相当の見解の相異があるため、法律学上の概念としてはなお生成途上にあるといえるが、この基準自体は国際人権法の今後の発展をも射程に含むものとして、基本的に正当であるといえる。筆者は、一定の範囲の「定住外国人」については権利性質説に代わる判定基準となるべきであると考えており（その意味で通説と見解を異にする）、かかる見地から個別の権利について、さらには「定住性」に

## 出入国・在留法の研究

中村 義 幸

1. 前年度の「人権の国際化のための公法理論」の枠組の構築（本誌29号53頁以下）を受けて、本年度はとくに「人権の“内なる、国際化”のかかえる法的諸問題を検討した。
2. 外国人の権利享有主体性については積極説が、その具体的な判定基準については権利性質説が日本の公法学界の通説である。この見解は、日本国籍の有無と

ついてこれを論証してゆくことが今後の課題である。