

憲法理論の問題としての無国籍

Stateless as a Problem of Constitutional Theory

渡貫 諒

Ryo WATANUKI

大阪経済法科大学 21世紀社会総合研究センター 客員研究員

目次

- I. 序論
- II. 無国籍者法外化の政治理論
- III. 国籍の「消極的抵触」問題としての無国籍
- IV. 憲法理論における無国籍者と外国人の区別
- V. 結論

キーワード：無国籍、国籍の抵触、国籍への権利、憲法理論、外国人と人権

I. 序論

現在世界には、無国籍の状態に置かれている者が約一千万人いるとされる。国際人権法の飛躍的な発展と比較して、無国籍問題は近年まで忘れ去られていたといっても過言ではない状況であった。状況が変化したのは、2000年代に入ってからである。その代表としては、ジェームス・ゴールドストーン (James Goldston)¹やローラ・ファン・ワース (Laura van Waas)²による研究が挙げられる。前者は、権利論に基づく法枠組みの限界を論じる中で、無国籍状態が基本権の享受を妨げるということに改めて光を当て、後者は、2つの無国籍関連条約を含む国際人権法体系を詳細に論じ、法的及び事実上の無国籍者という分類に一石を投じようとしたほか、加盟国がわずかに留まる「無国籍者の地位に関する条約」(以下、地位条約)「無国籍者の削減に関する条約」(以下、削減条約)の限界と、その克服のため取られるべき国際法上の変革について具体的に論じている。また、ワース及びアリス・エドワース (Alice Edwards) を編者とする論文集は³、国家の専決事項であると自明視されてきた国籍が⁴、国際人権法の発展に伴い国際法の次元でも議論の対象になることを示し、無国籍問題を国際法の観点から論じる方法論を提示する。また人と物の移動が活発化・流動化するグローバル化社会の観点から、無国籍問題を足掛かりに国籍概念を政治理論的に再考する取り組みとしては、ケリー・ステイプルス (Kelly

Staples)⁵や、ジェイソン・タッカー (Jason Tucker)⁶による研究がある。

こうした理論的側面からの関心に加えて、無国籍問題の法的問題を実証的な事例を通じて論じる研究も増加している。モウリーン・リンチ (Maureen Lynch)⁷やキャサリン・サウスウィック (Katherine Southwick)⁸、無国籍者の政治的権利や人権状況に関する国別調査を発表した。キャロライン・ソーヤー (Caroline Sawyer) とブラド・ブリッツ (Brad Blitz) を編者とする研究は⁹、英国やフランス、スロヴェニア、エストニアにおける無国籍者の現状、EUレベルにおける無国籍者の法的地位を実証的に示した。ブリッツとリンチを編者とする論文集は¹⁰、各国における無国籍者の現状を実証的に比較検討し、権利保障を受ける前提として国籍が果たしている役割を論じている。

こうした学術界の関心に加えて、国連難民高等弁務官事務所 (UNHCR) による無国籍問題への取り組みも注目に値する。UNHCRは、無国籍者の数を2024年までにゼロにすることを目指す*I Belong*というキャンペーンに加え、各国における無国籍者の実情を把握することを目指すマッピング調査を進めている。現状ではその数は多くはないものの、ヨーロッパにおける調査報告書が蓄積されつつある。日本においても、UNHCRによる研究委託を受け、阿部浩己¹¹、新垣修¹²が無国籍者に関する日本の法制度を論じたほか、無国籍研究会主導により、日本における無国籍者のマッピング調査報告書が発行された¹³。同報告書は、これまで無国籍問題を数多く取り上げてきた学者や実務家による包括的な研究成果であり¹⁴、委託研究書という形式ではあるが、その内容は学術的にも非常に高水準である。

これら一連の研究に共通するのは、国家に対して、無国籍者認定制度確立の必要性を示し、無国籍者の認定及び削減に関係する国際的な枠組みに加わることの重要性を指摘する点である。その際援用されるのが、「国籍への権利」である。無国籍問題は、何人もいずれかの国家に属しているという社会契約論が有する擬制的性格のいわば裏面であるが、大沼保昭が指摘するように、既存の実定国籍法学、政治理論双方とも、人がいずれかの国家に属することを当然視する「社会契約説の不自然さ」¹⁵には、全くといってよいほど関心を寄せてこなかった。国籍は国家の専決事項であるという命題の絶対性が揺らぐ今日、国際法学の観点から無国籍問題を論じる意義は少なくない。だが問題は、国際法学に基づくアプローチは、既存の国家法体系に対する外在的批判にとどまっており、国家の側から内在的に無国籍者の法的地位を巡る議論を展開しているわけではないということである。先行研究の多くは、国籍を国際法の射程に収め、無国籍の問題が国家制度ゆえに発生することを指摘しながら、その結論部分では、問題解決を国家に委ねる政策論に留まるといふ議論の行き詰まりを解消できずにいる。

他方、無国籍問題を国家の内側から議論する憲法学や国籍法学は、これまで無国籍問題をほとんど取り扱ってこなかった。国籍法学の観点からは、無国籍は「国籍の消極的抵触」として重国籍の問題と共に議論されてきた。しかし、その議論の対象は、国籍唯一の原則及び無国籍者の予防という国籍法上の要請に従い、無国籍になる自由の否定及び無国

国籍防止に関わる各国法制度の取り組みに限定されてきた。また、従来の憲法学も、無国籍問題は「国際社会の組織化」¹⁶に関する政治的問題とみなし、無国籍者の存在を憲法上「迷惑」¹⁷であるとする傾向が強かった。そのため、問題の解決を国家に委ねる国際法学との議論が噛み合わないばかりか、国内法体系において無国籍者がいかなる法的地位に置かれているのかという論点が、これまでの議論では顧みられてこなかった。こうした学問状況を踏まえ、本稿は、憲法理論に内在しながら、無国籍者をめぐる国際法学の問題提起に応答することを目指す。本稿の構成は以下の通りである。第二章では、国際法学が前提とする、法外の者としての無国籍者像が、いかなる政治理論的含意に基づいているのかを検討し、国際法学による先行研究の多くが直面している矛盾を理論的に解明する。第三章では、国籍法学及び憲法学による無国籍論を考察し、無国籍者を国籍の抵触問題として捉えることの意義を検討する。第四章では、無国籍者が憲法上及び国籍法上いかなる地位にいるのかについて、「外国人の権利」論との比較を通じて考察する。従来の憲法学は、滞在国内の権力に全面的に服していることを理由として、無国籍者の社会権を行使することを認める一方で、政治的諸権利については認めていない。だが、国籍の抵触問題としての無国籍者は、必ずしも「外国人」と同一ではないことに留意する必要がある。そのため、本章では、無国籍を巡る理論的齟齬を批判的に検討し、無国籍者が憲法上占める地位についても併せて検討する。

II. 無国籍者法外化の政治理論

国籍概念は近代国民国家の発展と共に形成された歴史がある。とりわけ、国民国家を防衛する国民軍が組織されていく中で、国籍は共同体の構成員たる国民を他者から区別する指標として重要な意味を持つようになり、国籍に関わる法制度は急速に発展していった。また、国籍に関連する国際慣行も蓄積されていき、国籍は「国家と個人を結びつける法的絆帯」¹⁸として国際法上も認識されていくこととなった。つまり、国民国家の枠組みにおいて、人は出生の時から国籍を取得することが当然視されてきたのである。

しかし、第一次世界大戦後に表面化した少数民族問題や、国籍を剥奪もしくは自ら放棄した亡命者の著しい増加は、出生と国籍の連結を基礎とする国民国家体制の前提を大きく揺るがした。こうした国民国家体制の枠外に置かれた者を論じる研究の嚆矢をなすのが、ハンナ・アーレント (Hannah Arendt) の議論である。アーレントは、無国籍者の出現に、庇護権、帰化制度のみならず、国民国家体制そのものの崩壊を見て取った。いずれの国家にも属さない無国籍者は、国家にとって、本来国民国家の成員とはみなされないにも拘わらず、送還先が存在しないが故に、その滞在を合法的には拒絶できない者であった。そればかりか、無国籍者は国民国家の法の外に置かれた存在であるがゆえに、国家内部に事実上「自然状態」を持ち込むこととなった。これは、国家にとって、「野蛮」を克服したはずの国家「自身の内」から「野蛮人」¹⁹を生み出していることを意味していた。

そして、皮肉なことに、無国籍者が法の枠内に戻る唯一の方法は、既存の法規範を破ることにより、法の保護を受ける犯罪者になることであった。ここに、アーレントは無国籍者が直面する法律上の根本的矛盾を見出した。すなわち、人権の喪失は、何らかの権利を失った場合ではなく、「人間世界における足場を失った」²⁰場合に発生するということである。アーレントはこれを「諸権利を持つ権利」²¹と呼び、無国籍者の無権利状態が、無国籍であるという事実それ自体から生じることを指摘したのである。

「諸権利を持つ権利」の喪失がもたらす非人道性の極致を目の当たりにした第二次世界大戦後の国際社会は、無国籍問題の解決に対して一定の関心を示すようになった。この点を示す例が、1949年に国際連合が発表した、*A Study of Statelessness*と題する報告書である。同報告書の特徴は、無国籍者に関する「法的無国籍者」及び「事実上の無国籍者」の区分を導入した点である。前者は、「いずれの国籍も有さない者」であるのに対し、後者は、形式上国籍は有しているが、「国籍国からの外交的保護を享受していない、国籍国政府により保護を拒まれている、もしくは国籍国による保護を自ら放棄した者」²²を指すとされる。報告書は、法律上は両者の区別は明白であるものの、その差は実務上相対的であることを認めている。また、無国籍者の多くが実態としては難民であるとしつつも、「難民の地位に関する条約」第1条「人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であることまたは政治的意見を理由に迫害を受けるおそれがある」者のうち「国籍国の外にいる者」に相当する難民であることは、法的あるいは事実上の無国籍者であることと同一ではなく、両者は重なり合うが区別されるべき存在だと指摘をされている²³。そして、無国籍に関わる解決すべき問題として、無国籍者が置かれている状況の改善及び無国籍者の削減の2つを挙げる。

こうした国際的な流れを受け、1954年には地位条約が、1961年には削減条約が採択された。地位条約1条1項は、無国籍者を「いずれの国家によってもその法の運用において、国民とみなされない者」と定義する。これは、1949年の報告書の区分に従えば、法的無国籍者に相当するものである²⁴。他条約との関係では、「その条約によって保護されない多くの無国籍者が存在することを考慮」し、「国際的合意によって無国籍者の地位を規律し、改善する」との前文から伺えるように、地位条約はいわば難民条約を補完するものとして位置づけられた。これにより、法的無国籍者あるいは難民は、それぞれ条約により保護される可能性が開けた一方で、事実上の無国籍者であり、かつ難民には相当しない者は、地位条約及び難民条約の対象からは除外される結果となった。1948年に採択された世界人権宣言第15条1項が、無国籍者の削減を目的とし「すべて人は、国籍をもつ権利を有する」と規定していることと比較すると、地位条約や削減条約がその対象を法的無国籍者に限定したことは、無国籍の削減が新たな義務を生み出すのではないかと各国が警戒したことを示している²⁵。その後も、多くの条約が何らかの形で「国籍への権利」に言及こそするものの、いくつかの地域的条約を除き、国際法上普遍的な権利として「国籍への権利」を認める条約は存在しないのが現状である²⁶。

こうした国際法の状況を鑑み、無国籍の法的問題をめぐる初期の研究は、「国際国籍法」とも呼ぶべき国籍に関わる国際法の発展を議論してきた。ポール・ワイズ (Paul Weis) は、国際国籍法の構成要素として、種々の条約を通じて国籍事項に関する国家の自由裁量を制限すること、国籍の取得及び喪失に関わる条件が国際慣習法の要請と合致すること、国籍抵触を国内法上処理する際に国際慣習法に従うこと、の3点を挙げている²⁷。その一方で彼は、国籍に関わる国際法の法的効力をどの程度評価については、論者が依拠する理論的立場によって左右されるとし、「いかなる国際慣習法も、国籍への権利の基盤を提供するものではない」ことを認めている²⁸。同様に、バロネス・エレス (Baroness Eless) も、国家に国籍を与える義務を課す国際法上の原則は存在しないことを認め、この点を、無国籍者を国際法上一般的に保護する上での「欠陥」²⁹であると結論づけている。一連の研究の特徴は、伝統的な国際法学の立場から国籍に関わる国際法を検討し、国際法が国家に課す義務は何かという観点から考察を進めている点にある。しかし、「国際国籍法」に相当する国際慣習法の成立が非常に限定的であるという現実の前では、国籍が国家の専決事項に留まっていることを追認するほかなかつた。

こうした方法論上の行き詰まりに対して、近年の研究は、発展の著しい国際人権法を通じた無国籍者の保護及び削減という観点を議論の中心に据える。国籍の喪失が最も基本的な人権の喪失につながる、というアーレントによって示された構図は現在も変わっていない³⁰。そこで、多くの論者はアーレントの指摘に立ち戻り、無国籍問題に対して国際人権法が適用可能な範囲を確定することを目指している³¹。先に挙げた先行研究の多くは、既存の法的枠組みの遵守を徹底することの必要性を強調した上で、地位条約による無国籍者の定義の狭さを指摘し、その改善を求める。ワースは、地位条約や削減条約、国際人権法いずれもが、無国籍者をどのように認定するかについて十分な規定を設けていないと批判する³²。なぜなら、先に指摘したように、地位条約及び難民条約のみでは、事実上の無国籍者が漏れ落ちてしまう一方で、無国籍となる原因が条約制定当時と比べて一層多様化し、例えば出生登録システムの欠陥や、不法移民や人身売買を含む広い意味での移民により、事実上の無国籍となる可能性が増加しているからである³³。一方、無国籍者問題と難民問題を切り離してきた従来の取り組みを批判し、両者を一体のものとして再構成しようとする、エリック・フリップ (Eric Fripp) の試みもある³⁴。しかし、ワースを含め多くの論者は、無国籍者の予防及び削減という面においては、削減条約の有用性を指摘し、国際法が無国籍問題の解決に資する有効な規範を提供していると指摘する³⁵。なぜなら、削減条約に基づく無国籍認定制度及び無国籍者に対する国籍付与は、法外の者としての無国籍者を権利保障の体系内に戻すこととなるからである。

だが、削減条約を通じたアプローチは、無国籍者が絶対的な無権利状態に陥っている者に他ならないとするアーレントの議論が有する重大な意味を見落としている。個人の基本権は、個人の自由の領域を前提とした前国家的な権利、国家における国家公民としての民主制的権利、そして国家の給付を得るための社会権という、性質の異なる複数の権利に

区別される³⁶。「国籍への権利」は、国家の存在を前提として成り立つものである以上、前国家的な権利となりえないことは明白である。しかし、社会権や民主制的権利など後国家的な権利は、その権利を主張する個人が、その国家の構成員であることを前提としている。だがこの前提こそ、まさに無国籍者に欠落しているものなのである。そのため、無国籍者に対する国籍付与は、国籍の付与を国家に強制する国家に優越する法の成立がない限り構成されえず、前国家的な権利、社会的権利に基づくものではない。ジョルジョ・アガンベン（Giorgio Agamben）によるアーレントの無国籍論に関する分析は、こうした国際法が抱える手詰まり感の構造を浮き彫りにする。アガンベンは、国民国家の終焉と人権の終焉を結びつけるアーレントの議論を批判的に継承し、無国籍者を政治理論上「定義づける」³⁷ことの困難さを指摘する。なぜなら、無国籍者の存在は、生まれが即座に基本権の享有主体たる国民へと暗黙裡に結びつく「近代の主権の原初的虚構」が「自己調整能力」を失った結果の産物であり、いわば国民ではない「剥き出しの生」の出現に他ならないからである³⁸。言い換えれば、無国籍者とは、近代国民国家の虚構性の裏側で、生まれと国籍が分離した状態に置かれた者に相当する。だが、無国籍認定制度及び後天的な国籍付与は、生まれと国籍の連続性を後付けで与えるものではない。なぜなら、生まれと国籍の結びつきを欠く法外の者たる「剥き出しの生」として無国籍者を捉える限り、彼らは、近代国民国家の虚構性を介してない他者に留まらざるを得ないからである。

無国籍者は、国民国家が抱える原始的な虚構システムの限界が生み出す産物である。そこで、国家に「無条件の歓待」³⁹を求めることは、国際法学が抱える行き詰まりに対する解決策とはならない。無国籍問題を人権と国家の二項対立でのみ捉えることは、なぜ無国籍者が国家にとって「剥き出しの生」として認識されるのかという核心的な問題を見落とすことになってしまう。むしろ必要とされるのは、アガンベンが指摘するように、「剥き出しの生」が国家秩序や人権において「例外化」⁴⁰されない仕組みなのである。

Ⅲ. 国籍の「消極的抵触」問題としての無国籍

日本国憲法第10条が「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と規定するように、各国の国籍要件を決定するのは、憲法を頂点とする国内法体系である。憲法学及び国際法学の共通理解として、国民は、国家領域と並び国家を構成する主体であるとされる。マルティン・クリーレ（Martin Kriele）によれば、国民とは、単に「領土高権に服している者」や、国内法によって定められる「公民」、国家領域内に居住するすべての人を指し示す「住民」とは区別された概念である⁴¹。国民の特殊性は、国内法によって定められた主権者となる国家の構成員であると同時に、国家領域内における被統治者でもあるという、二重の性格に由来する。伝統的な憲法学は、国民の二重の側面を重視し、権利主体である国家構成員たる国民が、「国家の統一性によって、一つの団体」を形成している点こそが、近代国民国家と近代以前の共同体を区別する指標であると理解していた⁴²。

もっとも、国民の資格要件である国籍の法的性質に関して、国家と国民との法的関係であるか、それとも個人の法的地位であるかにつき、国籍法学上二つの異なった理解が存在する。国籍を国家と個人の法的関係であるとする見解は、中世の封建時代から続く国王と臣民の「永続的忠誠義務の思想」が、国王が国家へと置き換えられる過程を経て、個人と国家の紐帯としての国籍概念の形成に至ったと説明する⁴³。他方、国籍を個人の法的地位とみなす説は、ローマ法由来の市民権概念を国籍の中心に据える。フランス民法典における国籍規定や、ドイツ国法学による国籍理解は、この法的地位説に基づくとされる。日本においても、山田三良⁴⁴や細川清⁴⁵らが法的関係説を、江川英文⁴⁶らが国籍地位説の論者として挙げられることがあるが、両者とも、国籍が国家との法的紐帯であると同時に、国家の構成員たる資格であることを認めており、その差は相対的なものに留まっている。そのため、両学説を統合し、国籍に法的関係・法的地位の両側面を認める折衷説が通説的理解となっている⁴⁷。こうした通説に対して、奥田安弘は、国籍から生じる権利義務は時代によって変遷することから、「あたかも一定の権利義務の成立を前提とするかのような定義はのぞましくない」と批判する⁴⁸。奥田の主張は、国籍が国民の法的地位として、いわば「器」であることを認めつつ、その中に「基本的人権が詰まっている」が故に、国籍は「人権として保護される」必要があるというものである⁴⁹。だが、クリーレが指摘するように、国籍保有者に認められる権利の内容は、「法的地位の典型的な特殊性」を列挙しているに過ぎず「必然的な特殊性」を網羅したものではない⁵⁰。言い換えれば、国籍は、法律によって定められる『基本的人権』の享有の基礎たる資格に留まり、国籍を有する者に保障される権利の内容は、法律により定められるものなのである。こうした理解に基づけば、国籍自体を「各人の主観的利益」である人権とすることは、理論上「誤導的」であるといえる⁵¹。

折衷説に従って国籍を解釈した場合、国籍の付与及び取得方法が問題となる。先の章で触れたアガンベンに立ち戻れば、国籍の取得方法は、近代国家の虚構的性格を、法律がいかに治癒しているのかという点と関連する。国籍の原始的取得については、アメリカやカナダ、オーストラリアなどが採用する生地主義、フランス、ドイツ、日本などが採用するの血統主義の対立がある。つまり、国籍概念自体から国籍取得の方法に関する規定は導き出せず、その方法は各国の立法に委ねられている。国籍法は国家法であり、また国籍は現時点においてもなお原則として国家の専決事項である以上、国法学の観点からすれば、「二重国籍や無国籍が生じることは、国法上の規律の仕方がさまざまであることからすれば、当然」であるといえる⁵²。もっとも、国際法及び国内法とも、重国籍や無国籍が被るとされる不利益を踏まえ、一定限度の制約を課している。

国籍取得の制約に関わる第一の原則は「国籍唯一の原則」である。「国籍の抵触についてのある種の問題に関する条約」（1930年採択）で示されたこの原則は、条約の加盟国数こそ多くはないものの、国籍立法の上で重要な指標とみなされてきた。同条約の狙いは、無国籍者の防止と共に、兵役義務や外交的保護権行使などを原因とする国際紛争を防

止することにあつたとされる⁵³。その後も、「重国籍の減少に関する条約」(1961年採択)や、欧州評議会が1963年に採択した「重国籍の場合の減少及び重国籍の場合の兵役義務に関する条約」などが、国籍の抵触を削減しようと努めてきた。だが現在では、「国籍唯一の原則」に基づく重国籍の防止は、必ずしも国際法上の原則とはみなされていない⁵⁴。とりわけ、1997年に採択された「国籍に関するヨーロッパ条約」第14条は、出生及び婚姻を原因とする重国籍についての容認義務を締約国に課すほか、その他の場合についても重国籍を容認する。また同条約第17条は、重国籍者が「当事国の他の国民と同一の権利を有し、義務を負う」と規定し、重国籍者が単一国籍者と平等に取り扱われるべきことが定められている⁵⁵。このように、国際的潮流では、一定の条件付きながらも重国籍を容認し、その不都合は各国の立法で調整する方向へと向かいつつある⁵⁶。

他方、重国籍の容認は、国籍取得の制約に関わる第二の原則である「無国籍の予防」という原則を変更するものではない。これは一見自明のことのようにであるが、国籍法学が無国籍を「国籍の消極的抵触」とみなしていることを踏まえれば、必ずしも理論的に必然の結果とはいえない。なぜなら、重国籍の容認に伴い、個人が複数の国家構成員として、2つ以上の法的紐帯を有することが認められるのであれば、その反対の現象とも呼べる無国籍を「国籍唯一の原則」で認めないことは、理論的一貫性を欠くことになってしまうからである。この点について、多くの学説は、国籍の消極的抵触が重国籍とは異なった独特の事情を抱えているため容認することが出来ないとする結論においては一致するものの、その理由づけは一様ではない。カール・メルクツェル (Karl Melczer) は、世界規模に広まった「国家制度そのものから長期にわたって脱走」することが「不可能」であることを、無国籍の予防が許容される理由として挙げる⁵⁷。奥平康弘は、「国際社会の現状及び国内の諸行政その他の社会諸過程」を前提とすれば、無国籍者の容認は「客観的にコスト」がかかることから認められないとし、国家が無国籍を防止するのは「正当なパターンリズム」に当たるとする⁵⁸。木棚照一は、「個人の権利保護という観点」から無国籍予防及び無国籍となる権利に対する制限を正当化する⁵⁹。そして、無国籍を選択する自由に対する制約と共に、無国籍者の予防を図る手段として用いられるのが、国籍法上の原則が血統主義か生地主義であるかに拘わらず、出生地によって国籍を付与する法制度の導入である。すなわち、出生の時点で国籍との連続性が明確でない場合、生地主義を補完原則として取り入れる、もしくは領域内で生まれた国籍が定かでない子を自国民の者と推定することにより、生まれと国籍の一体性を確保するという仕組みであり、フランス、イタリア、ベルギー、ドイツ、オーストリア、オランダ、日本など、血統主義を採用する国においても多く採用されている⁶⁰。

こうした法政策上の手段は国籍原理自体から導き出されるものではなく、国際法上の規範意識としての無国籍の予防が、国内法制度に影響を与えた結果である⁶¹。出生地主義による無国籍者発生予防は、理論的には「過度の擬制」⁶²を伴うものである。だが、こうした擬制が必要となるのは、近代国民国家それ自体が、生まれと国籍の連続性を暗黙裡に

前提としてきたことの結果に他ならない。なぜなら、無国籍者を「剥き出しの生」ではなく、基本的人権の享有主体である個人として法の枠内で認識するためには、近代国家の虚構性を介在することが不可欠だからである。この理解に従えば、無国籍を国籍の消極的抵触とみなすことは、無国籍をいわば国籍不確定と擬制することにより、何らかの国籍を有する近代国家の虚構性を経た権利主体性を認め、無国籍者が法外化することを回避するための仕組みであるといえる。そして、出生時に無国籍とみなされている者の国籍を推定するという法政策は、出生と国籍が結びつく範囲を法律により拡大し、無国籍者を法の内側で把握するための施策として理解することが可能である。

もっとも、出生地主義に基づく無国籍防止の射程は、あくまでも自国内で出生し、無国籍者と推定される者に限られる。だが、この制約は法政策上のものであり、無国籍者を国籍の消極的抵触とみなすことの原理的制約とは区別されるものである。むしろ、無国籍者を国籍の抵触として捉えた場合であっても、一般的な無国籍者防止という観点から、無国籍を選択する権利が発生することは否定される。また、無国籍者が関係を有すると推定される複数の国家に対して帰属を求め、無国籍者がある種の重国籍者となることを積極的に認めるか否かは、各国家の裁量に依拠する政策論の問題である。だが強調されるべきは、出生と国籍が暗黙裡に連続する近代国家の虚構性と、無国籍者を「法外化」せず、国内法の内側で認識するために必要な法的擬制が、類似の性質を有するという点である。言い換えれば、無国籍を国籍の抵触とする理解は、無国籍者を「剥き出しの生」として例外化せず、国内法の枠内で問題を把握する視座を提供し得るのである。

IV. 憲法理論における無国籍者と外国人の区別

憲法及び国籍法上、無国籍は国籍の消極的抵触問題として議論される。このことは、国内法上、無国籍者が外国人とは区別される存在であることを意味している。

無国籍者と異なり、外国人は、特別な法的擬制を経ることなく、基本権を有する個人としてみなされる。なぜなら、外国人はいずれかの国の国籍を有しており、出生と国籍の連続性に基づく個人としての地位を有しているからである。しかし、原理上、国家は構成員たる国民に対してのみ権利保障の責任を有しており、国民ではない者の権利保障を第一義的に保障するのは、その個人が属する国家である。だが、個人の自由に基づく基本権の前国家性や、人権保障の国際的な広まりに従い、外国人についても人権の権利主体性を認める見解が、ほぼ異論なく認められている⁶³。もっとも通説は、全ての権利が外国人に一律に認められるのではなく、「いかなる人権がどの程度保障されるかを具体的に」⁶⁴考慮し、各権利の性質に応じて段階的に保障を定める「権利性質説」の立場を採る⁶⁵。この説に従えば、自由権が基本権の主体たる外国人に保障されることについてはいうまでもない。一方、後国家的な権利とされる社会権や民主制的権利については、その付与をどこまで認めるのかについて、理論上の問題が生じることとなる。この問題について、宮沢俊儀

は、原則として外国人は社会権の享有主体にならないとする一方で、居住している国家に全面的に服する無国籍者に限り、「人権を保障すべき責任を負う国がない」ことを理由として、国民に準じた社会権の付与が認められるべきであると指摘する⁶⁶。宮沢の主張は、無国籍者を国民とは区別される存在であるとする一方で、居住国の権力に全面的に服する点で、他の外国人とも区別されるというものである。その後、外国人に対して一律に社会権を認めない議論は修正されていき、永住資格を有する者等については、社会の構成員に準ずる立場であることから、社会権を国民と同様に扱うことに法理論上の問題はなく、また立法政策上も望ましいとする見解が有力となってきた⁶⁷。この議論に従えば、無国籍者は永住権を有する外国人と同様の法的地位に位置付けられることとなる。

もっとも、「権利性質説」を支持する論者も、国民にのみ認められる基本的人権は少ないことを認めている⁶⁸。また、「権利性質説」は、権利の享有主体を国籍により制限する原理が、憲法上いかなる理論に基づくのかについて、十分な議論を展開していない。これに対し、権利保障の場面における国籍の相対性という点を理論的に追求した論者としては、ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) が挙げられる。ケルゼンの議論の出発点は、「国民の統一は、法秩序の統一によってのみ基礎づけ」られた「人間の行為の結合」とみなすことである⁶⁹。ケルゼンにとって、国民は「人間の義務づけをもってする人間の組み合わせ」に過ぎず、法秩序の内容としての人間の行態は、規範への服従、創設、そして規範からの自由という「法秩序に対して三重の関係」で把握される⁷⁰。個人の行態が法義務の内容となるのは、その義務に法的強制が結合されている場合に限られるとする理論の帰結として、ケルゼンは、人は「義務的に拘束されないかぎり、自由」であると結論づける⁷¹。ケルゼンの議論の特徴は、憲法による自由の保障を、個人の自由を侵害する立法の禁止と区別する点にある⁷²。もっとも、ケルゼンも、国民を構成する人に一定程度の権利が付与されている「現実」を認めている。だが、国籍や市民権の役割に対する彼の評価は極めて消極的である。ケルゼンが強調するのは、国家が、国民とみなされる人の集合体そのものではなく「法秩序に服する諸個人の存在に依存」することであり、国民と外国人といった区分が国家の本質には必要ないということである⁷³。

大沼保昭も、国籍概念は「個人の国家への帰属」を示す「形式的な法概念」であるとして、国家観や「国籍基準性観念」からの「相対的自由の必要性」を説いている⁷⁴。大沼が批判するのは、憲法学で当然のように議論されてきた「外国人の人権」論である。大沼は、「権利の享有主体はあくまでも権利の性質により判断されるべき」であるからこそ、通説が自明視するように、条文上の文言が一義的に国籍保持者に権利付与を限定する根拠とはなりえないと主張する⁷⁵。むしろ、大沼によれば、経済・社会的権利は「共同体の一員たること」が基礎となっているのであり、「生存権的必要性」を踏まえれば、定住外国人等に社会権を認めないことは、社会権の本質から考えて不適切なのである⁷⁶。

こうした主張に対して、尾吹善人は、ケルゼンや大沼らの国籍を相対化する主張が、国際法上位一元説の前提とする「反対方向の『人類共同体的イデオロギー』」を有している

点を批判する⁷⁷。尾吹が問題とするのは、国際法上位一元説は法理論上当然に導き出せるものではないにも拘わらず、「実定法でもないただの『規範意識』」を前提として、国際法を憲法理論に優位させる思考方法は、憲法学の通説とは相反するということである⁷⁸。もっとも、ケルゼンらの主張は、憲法上の権利を国籍によって区分することが、必ずしも憲法理論上必然の結果ではないことを明らかにした点で、憲法学上無視できるものではない。この点と関連して、安念潤二が提示した「外国人の人権」論に対する疑問は、ケルゼンや大沼による国籍相対論の問題意識を、別の角度から検討したものと見える。安念によれば、「外国人の人権」論が想定する外国人に認められる人権は、憲法によって保障されているのではなく、むしろ、国家の裁量が広く認める外国人在留制度などが定める範囲内でのみ保障されているに過ぎず、いわば下位法である入国管理法が、上位法である憲法上の権利を保障するための根拠となることを是認してしまう結果となる⁷⁹。普遍的に認められるとされる権利と国民にのみ認められる権利の差を生み出す根拠が、憲法原理ではなく個別の法律に依拠したものである以上、各権利の差異そのものは程度問題に過ぎないこととなる⁸⁰。この理解に従えば、普遍的に認められる権利と、国民にのみ認められるとする権利の相対性は、実定法を超える規範意識によってもたらせたものではなく、むしろ権利保障の制度が国家を前提とすることから生じる理論的帰結と捉えても矛盾は生じない⁸¹。

国民と外国人の区別は憲法理論上のものであるのに対し、国籍に基づく権利主体性の区別が法律によって定められた相対的なものであるということは、無国籍者と永住外国人を同一視する「権利性質説」の問題点を浮き彫りにする。無国籍を選択する自由を制限するという形で国籍選択権に一定の制約を設けるなど、無国籍者の性質を考慮し、一定の法的制約を課すことは、基本的人権の相対性からも正当化することが可能である。この点について、権利保障の面で、無国籍者が国民と一定の範囲で区別されることはあり得る。だが、このことは、無国籍者が外国人と同一の法的地位にいることを意味するものではない。なぜなら、こうした場面における制限は、あくまでも政策上の理由から設けられた区別に基づく制約であり、憲法理論上の区別である国民と外国人の差とは性質が異なるからである。前章で指摘した通り、憲法学や国籍法学は無国籍を国籍の抵触捉え、無国籍者を憲法の枠内で認識する。それにもかかわらず、国民と取り扱いが異なる面があるが故に、無国籍者を外国人として把握することは、結果として、国際法学が直面する矛盾と同じ問題を、国内法体系に持ち込むこととなってしまふ。無国籍者を憲法体制における他者として扱い、社会権等を認める根拠を滞在国の権力に全面的に服しているという事実委ねることは、無国籍者の基本的人権の保障を法律に委ねることに他ならない。そればかりか、無国籍者を外国人と同一視することは、無国籍者を国民ではないばかりか、外国人とも区別される「剥き出し生」として、その存在を法外化されることを追認してしまう。なぜなら、無国籍者の権利保障を政策に委ねられることによって、無国籍者が近代国家の虚構性を介していないという理論的性質を治癒することにはならない。以上のことから、無国籍者の人権保障を「外国人の人権」論によって規定することは、権利保障の幅を広げ

る可能性こそあるものの、無国籍概念の法的理解としては適切ではない。むしろ必要なことは、無国籍を国籍の消極的抵触と法的に擬制し、近代国家の虚構性を介して無国籍者を国内法の枠内に取り込み、無国籍者に認められる権利の範囲を決定するという方法論的視座である。

世界に無国籍者が多数存在するとされるなか、国際法学による無国籍者認定制度の導入という問題提起に対し、国内法の側から、無国籍者認定制度運用の前提として、無国籍者の国内法上の地位を提示することは、無意味なことではないであろう⁸²。本稿が、国際法学に対し、国内法の側から無国籍問題について応答を試みたのも、こうした理由に基づくのである。

V. 結論

本稿の問題関心は、無国籍がもたらす問題がいかなる法的性質を有するのかを、憲法を中心とする国内法理論に内在し検討することであった。国際法学者が関心を寄せるように、無国籍の問題は、複数の領域主権国家にから構成される現在の国際秩序が抱える矛盾が表面化した問題である。だが、国際法が未だに主権国家を規律する法として認識され、国際法上位一元説が支配的な見解ではない現状において、無国籍問題を法的に認識することが可能であるか否かを検討するためには、国家を構成する法秩序の考察が不可避である。一連の考察を通じて明らかにしたように、無国籍者を人権に基づき国家法秩序に組み入れようとする先行研究が暗礁に乗り上げている原因は、無国籍者を法の外側に置かれた存在として定義した上で、そうした存在を法の枠内に再定位化するというアプローチにある。なぜなら、近代国家の虚構性を前にして、絶対的な無権利者に対する権利付与という形態では、無国籍者が政治的他者にとどまり続けてしまうことを治癒できずにいるからである。

他方、国籍法学や憲法学は、無国籍を消極的国籍の問題として、いわば無国籍者を法の枠内に捉えて議論している。だが、権利保障の面では、無国籍者を、滞在国の権力に全面的に服する存在としつつ、重国籍者としてではなく、外国人と同様の存在とみなしている。無国籍者を外国人と捉えた場合、権利保障の範囲は、政治的他者に対する一定の範囲内での保障に留まるのであり、結果的に、国際法学からの問題提起と同様の矛盾に陥ることとなる。そこで本稿は、無国籍が消極的国籍の抵触であるという点を基礎として、無国籍者を法の枠内で認識する方法を探るため、無国籍者の国籍を推定することにより、近代国家の虚構性を治癒し、無国籍の問題を、重国籍の問題と類似の関係としてみなす方法論的可能性について議論した。この方法は、確かに、領土内で発見された者を自国民と推定するとする立法以上に法的擬制を伴うことは否めない。だが、本稿が主張したいことは、重国籍に対する国際的な潮流が変化する中で、無国籍者の問題を「国籍唯一の原則」にのみ即して議論することには限界があるということである。いうまでもなく、無国

籍となる権利を認めることは、国家の虚構性を裏側から追認することに繋がり適切ではない。だが、アレントやアガンベンの問題提起を受け止め、憲法学の立場から無国籍を議論する場合、これまで当然視してきた生まれと国籍の連続性に加え、さらなる法的擬制が必要になるに指摘することは、既存の権利体制の限界を乗り越える上で必要不可欠な作業である。

なお最後に、蛇足との批判を覚悟の上、無国籍に関する日本の状況について言及する。国籍法第2条3項や第8条4項による生地主義の導入により、日本で発生し得る無国籍の防止については一定の法整備がなされている。だが、無国籍が国籍の抵触問題としての側面を有していることは、重国籍を認めるべきとする立法論においても、これまでほとんど着眼されてはこなかった。また、日本は地位条約や削減条約には加盟しておらず、日本国外で発生する無国籍問題について法的な義務は負っていない。だが、このことは、日本が世界の無国籍問題に無関心であることを肯定するものではない。国内法に内在するという本稿の趣旨との関連で指摘するならば、今後、憲法学や国籍法学に求められることは、重国籍の議論に無国籍問題の観点を組み込みつつ、日本における重国籍の在り方を、無国籍者の削減という観点を交えつつ検討することであろう。憲法理論の問題として無国籍を論じることは、「国籍唯一の原則の理念と重国籍者の増加という現実の調和」⁸³を探る政策論にとどまらず、むしろ、近代国民国家の虚構性の裏面という観点から、日本国憲法において長年議論の対象であり続けている主権の意味を問い直すこととも通じるのである⁸⁴。

注

- ¹ Goldston, James, “Holes in the Rights Framework: Racial Discrimination, Citizenship, and the Rights of Noncitizens”, *Ethics and International Affairs*, Vol. 20 No. 3, 2006
- ² van Waas, Laura, *Nationality Matters: Statelessness under International Law*, Intersentia: Maastricht, 2008
- ³ Edwards, Alice, van Waas, Laura eds., *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ⁴ 国籍が国家の専決事項であることは、1930年採択の「国籍法の抵触についてのある種の問題に関する条約」等で明確に確認されている。他方、1923年時点で、「テュニス・モロッコ国籍法事件」PCIJ勧告的意見が、国籍が国内管轄事項であることを認めつつ、国籍の管轄は「本質上相対的な問題」であり、その決定は「国際法の発展に依存する」としている点は注目に値する。
- ⁵ Staples, Kelly, *Rethorising Statelessness: A Background Theory of Membership in World Politics*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012.
- ⁶ Tucker, Jason, *Challenging the Tyranny of Citizenship: Statelessness in Lebanon*, Thesis (Doctor of Philosophy (PhD)). University of Bath, Department of Social & Policy Sciences, 2013

- ⁷ Lynch, Maureen, *Lives on Hold: The Human Cost of Statelessness*, 2005, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/0BF295ED3E8AB5B3C1256FA9003537EB-Stateless_RI_Feb_2005.pdf, 2017.11.26.12:25.
- ⁸ Southwick, Katherine, Lynch, Maureen eds., *Nationality Rights for All: A Progress Report and Global Survey on Statelessness*, 2009, <http://www.refworld.org/pdfid/49be193f2.pdf>, 2017.11.26.12:29.
- ⁹ Sawyer, Caroline, Brad K. Blitz eds., *Stateless in the European Union: Displaced, Undocumented, Unwanted*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- ¹⁰ Lynch, Maureen, Brad K. Blitz eds., *Statelessness and Citizenship: A Comparative Study on the Benefits of Nationality*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.
- ¹¹ 阿部浩己『無国籍者の情景—国際法の視座、日本の課題』、2010年、<http://www.unhcr.org/4ce643ac9.html>、2017.12.27.15:58。
- ¹² 新垣修『無国籍条約と日本の国内法—その接点と隔たり』、2015年、http://www.unhcr.or.jp/html/protect/pdf/Statelessness_Conventions_and_Japanese_Law.pdf、2017.12.27.16:12。
- ¹³ 無国籍研究会編『日本における無国籍者- 類型論的調査-』、2017年、http://www.unhcr.org/jp/wp-content/uploads/sites/34/2017/12/TYPOLOGY-OF-STATELESS-PERSONS-IN-JAPAN_web_JP.pdf、2018.01.03.11:56。
- ¹⁴ 同報告書の論者による論考としては、小田川綾音「国籍・無国籍認定の現状と課題—改正入管法を踏まえて」、付月「無国籍条約加入の意義と日本の課題」『移民政策研究』、現代人文社、5号、2013年。新垣修「無国籍者地位条約の成立と展開」、付月「フィリピンにおける無国籍者の保護の歴史と現状」、小田川綾音「フィリピンの難民・無国籍認定手続」『難民研究ジャーナル』、現代人文社、4号、2014年。小豆澤史絵「無国籍を生きる人々—法律家による支援の現場から」、小田川綾音「本企画の趣旨」「未来に向けた提言」『法学セミナー』、日本評論社、717号、2014年。新垣修「無国籍者地位条約と無国籍削減条約—成立までの経緯と概要」、小田川綾音 = 付月「日本の無国籍問題をめぐる現状と課題」『法律時報』、日本評論社、86巻11号（1078号）、2014年；中村安菜「無国籍者となった台湾人—その発生原因、及び日本国憲法・国籍法との交錯」阪口正二郎他編『憲法の思想と発展—浦田一郎先生古稀記念』、信山社、2017年が挙げられる。
- ¹⁵ 大沼保昭『国際法 はじめて学ぶ人のための』、東信堂、2009年、294頁。
- ¹⁶ 芦部信喜（1994）『憲法学Ⅱ 人権総論』、有斐閣、114頁。
- ¹⁷ 奥平康弘『憲法〈3〉 憲法が保障する権利』、有斐閣、219頁。
- ¹⁸ ノッテボーム判決は、国籍付与の要件として、忠誠義務に基づく個人と国家の真正な結びつきを挙げた。山本草二は、国家の専決事項である国籍に対する制限の一つとして「真正結合」があると指摘する一方で、その適用は、外交保護権を行使する際に国

籍の有効性を証明する場合に限られるとする。山本草二『国際法』、有斐閣、2000年、503-506頁。もっとも、国籍に関するILC草案は真正結合理論を採用しない方針であり、国籍の国際法上の意味には流動的な側面がある。

¹⁹ ハンナ・アーレント『全体主義の起源 2 帝国主義』、みすず書房、1971年、290頁。

²⁰ 同上、280頁。

²¹ 同上、2頁。

²² E/1112, *A Study of Statelessness*, 1949年8月<http://www.refworld.org/pdfid/3ae68c2d0.pdf>, 2018.01.03 19:56.

²³ 国際連合難民高等弁務官事務所（UNHCR）は条約上の定義に加えて、「武力紛争や人権侵害などを逃れるために国境を越えて他国に庇護を求めた人々」を難民であるとしているほか、事実上難民と同じ境遇にありながら国境を超えていない国内避難民なども、難民と等しい補語が必要であるとしている。UNHCR「難民とは？」http://www.unhcr.org/jp/what_is_refugee 2018.1.3. 20:31。もっとも、難民の定義を拡大することは、本稿の扱う範囲を超えることから、ここでは議論の紹介にとどめる。

²⁴ UNHCRは、「その法の運用において、国民とみなされない」という文言は「法と事実の混ざった問題」であるとする。例えば法的には国民とみなされているが、法の運用において法の文言が「歪められている」場合、その者は、地位条約1条の無国籍者に該当すると解される。UNHCR, *Handbook on Protection of Stateless Persons*, 2014. http://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/04/CH-UNHCR_Handbook-on-Protection-of-Stateless-Persons.pdf, 2018.01.14. 11:12.

²⁵ 「国籍を持つ権利」を巡っては、国家に新たな義務を発生させないかと争点となり、起草段階において一度は条文が削除された。だが、最終段階において、草案者ルネ・カッサンが再度問題提起したことにより、最終的には文言が復活した経緯を有している。

²⁶ 「市民的及び政治的権利に関する国際規約」第24条3項、「児童の権利に関する条約」第7条、「全ての移住労働者及びその家族の権利の保護に関する国際条約」第29条は、児童に限り「国籍への権利」を認めている。また「あらゆる形態の人種差別に関する国際条約」第5条、「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」第9条1項、「障害者の権利に関する条約」第18条は、国籍をめぐる差別を禁止しているに留まる。

²⁷ Weis, Paul, *Nationality and Statelessness in International Law*, Sijthoff & Noordhoff: Alphen aan den Rijn, 1979, p.90.

²⁸ 同上、248頁。

²⁹ E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1., Elle, Baroness, *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*, United Nations: New York, 1980, pp.20-21.

³⁰ Goldston、前掲脚注1、pp.323-324.

- 31 ワースやタッカーの研究に加えて、Hayden, Patrick, “From Exclusion to Containment: Arendt, Sovereign Power, and Statelessness”, *Societies Without Borders*, No. 3, 2008, pp. 248-269; Mancheno, Tania, *Between Nomos and Natality: Hannah Arendt on the "Stateless"-Condition*, 2016, <http://www.hannaharendt.net> 2018.01.03.12:22.; Draper, James, “The Enduring Relevance of Arendt’s Understanding of the Harm of Statelessness”, *Statelessness Working Paper Series*, No. 2016/06, 2016等。
- 32 van Waas、前掲脚注2、420頁。
- 33 同上、151-192頁。
- 34 Fripp, Eric, *Nationality and Statelessness in the International Law of Refugee Status*, Hart Publishing: Oregon, 2016.
- 35 van Waas、前掲脚注2、421-423頁。
- 36 カール・シュミット（尾吹善人訳）『憲法理論』、創文社、1972年、212頁。
- 37 ジョルジョ・アガンベン（高桑和巳、上村忠男訳）『ホモ・サケル 主権権力と剥き出しの生』、以文社、2003年、182頁。
- 38 同上、182；184頁。
- 39 土佐弘之『安全保障という逆説』、青土社、2003年、216-244頁。；市野川容孝、小森陽一『難民』、岩波書店、2000年、173-176頁。
- 40 アガンベン、前掲脚注37、185頁。
- 41 マルティン・クラーレ（初宿正典ほか訳）『平和・自由・正義 国家学入門』、御茶の水書房、1999年、151-155頁。
- 42 ゲオルグ・イエリネク（芦部信喜ほか訳）『一般国家学』、学陽書房、1974年、331頁。
- 43 木棚照一『逐条解説 国際法』、日本加除出版株式会社、2003年、4頁。
- 44 山田三良『国際私法』、有斐閣、1940年。
- 45 細川清「第二部 国籍 第一章総論」黒木忠正、細川清『外事法・国籍法』、ぎょうせい、1988年、237-238頁。
- 46 江川英文、山田鎌一、早田芳郎『国籍法 第3版』、有斐閣、1997年、3頁。
- 47 木棚、前掲脚注43、6頁；山田鎌一『国際私法 第3版』、有斐閣、2004年、99頁；溜池良夫『国際私法講義 第3版』有斐閣、2005年、94頁。
- 48 奥田安弘『家族と国籍 国際化の安定のなかで』、明石書店、2017年、16頁。
- 49 同上、18頁。
- 50 クラーレ、前掲脚注41、152頁
- 51 阪本昌也『憲法理論Ⅱ』、成文堂、1993年、179-180頁。
- 52 クラーレ、前掲脚注41、153頁。
- 53 立松美也子「国籍に対する国際人権条約の影響」『共立国際研究』30巻、2013年、106頁。
- 54 同上；奥田安弘『国際家族法』、明石書店、2015年、81頁。

- 55 奥田安弘編『国際私法・国籍法・家族法資料集 外国の立法と条約』、中央大学出版部、2006年、110頁。
- 56 木棚、前掲脚注43、402頁。
- 57 メルクツェル・カール（有倉遼吉・小林孝輔・時岡弘訳）『一般国家学概要—イエリネク的一般国家学に基づき、ケルゼン、メンツェル、ベルナチックの学説も考慮に入れて』、日新出版株式会社、1955年、65頁。
- 58 奥平、前掲脚注17、219頁。
- 59 木棚、前掲脚注43、383-390頁。
- 60 同上、185-186頁。
- 61 立松、前掲脚注52、108頁。
- 62 木棚、前掲脚注43、186頁。
- 63 芦部、前掲脚注16、124頁；宮沢俊儀、芦部信義『全訂 日本国憲法』、日本評論社、1978年、187頁；佐藤幸治『日本国憲法論』、成文堂、2011年、142頁；坂本、前掲脚注50、192頁；尾吹善人『日本憲法-学説と判例』、木鐸社、1990年、189頁等。また判例としては、マクリーン事件に関する最大昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。
- 64 芦部、前掲脚注16、124頁。
- 65 憲法上の権利を普遍的に認められる権利と国民にのみ認められる権利とに分類する手法は、フランスやドイツなど、諸外国の憲法に広く見受けられる。那須俊貴「憲法と外国人」国立国会図書館調査及び立法考査局編『人口減少社会の外国人問題：総合調査報告書』、2008年、157-159頁。
- 66 宮沢俊儀『憲法II 基本的人権 新版』、有斐閣、1974年、242頁。
- 67 芦部、前掲脚注16、138頁；野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法 I 第5版』（中村執筆箇所）、有斐閣、2012年、222-230頁。
- 68 佐藤、前掲脚注63、149頁
- 69 ハンス・ケルゼン（清宮四郎訳）『一般国家学』、岩波書店、2004年、249-250頁。
- 70 同上、251頁。
- 71 同上。
- 72 新正幸『ケルゼンの権利論・基本権論』、慈学社、2009年、296；324頁。
- 73 ハンス・ケルゼン（尾吹善人訳）『法と国家の一般理論』、木鐸社、1991年、370頁。
- 74 大沼保昭『単一民族の神話を超えて：在日韓国・朝鮮人と出入国管理体制』、東信堂、1986年、202頁。
- 75 同上、238頁。
- 76 同上。
- 77 尾吹、前掲脚注63、220頁。
- 78 ケルゼン自身、国際法上位一元説を採るか、国内法優位一元説を採るかについては、法の科学では決定ができず、その選択が各人の政治的趣向に委ねられることを認めて

いる。ケルゼン、前掲脚注73、563頁。

79 安念潤二「『外国人の人権』再考」樋口陽一、高橋和之編『現代立憲主義の展開—芦部信喜先生古稀祝賀〈上〉』、有斐閣、1993年、177頁。樋口陽一は、日本国憲法前文が「全世界の国民」が「ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有する」と規定していることから、「出入国管理と難民認定にあたって法務大臣の裁量を制約する可能性」があると指摘するが、ここでは議論の紹介にとどめる。樋口陽一『憲法 第3版』、創文社、2007年、187頁。

80 安念の問題提起に対し、功利主義の立場から応答を試みたものとして、長谷部恭男『憲法の理性』、東京大学出版会、2016年、116-127頁。長谷部によれば、国籍を基準として権利保障の段階的に付与することは、国際社会全体として、より効果的に権利を保障するための手段として正当化されるとする。だが、長谷部の議論に従った場合であっても、憲法理論自体から、権利区分として国籍を基準とする原理を導き出すことはできない。

81 尾吹、前掲脚注63、190頁。

82 現状では、無国籍者認定制度を整備している国の数は多くはなく、また制度を有している国は、歴史的に無国籍者と関係の深い特別な事情を有していることが多い。その一例として、ラトビアの無国籍者認定制度を挙げることが出来よう。無国籍者が憲法上いかなる法的地位にいるのかという問題は、こうした認定制度を議論する出発点となり得る。

83 大山尚「重国籍と国籍唯一の原則—欧州の対応と我が国の状況—」『立法と調査』、295号、2009年、118頁。

84 なお、本稿執筆時に、国籍法第11条「日本国民は、自己の志望によって外国の国籍を取得したときは、日本の国籍を失う」という規定が違憲であるとする訴訟が提起された。原告側の主張は、重国籍の禁止や国籍単一の原則が、グローバル化する社会的現実と乖離しているというものである。その上で、日本国憲法第13条が規定する幸福追求権や、同法第22条が定める国籍自由の権利を根拠として、重国籍の禁止が導き出せるとする。本訴訟に対して裁判所がいかなる法理論を構成するかが注目される。