

### 国民国家と外国人の権利：戦後ドイツの外国人政策から

SATO, Shigeki / 佐藤, 成基

---

(出版者 / Publisher)

法政大学社会学部学会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

社会志林 / Hosei journal of sociology and social sciences

(巻 / Volume)

63

(号 / Number)

4

(開始ページ / Start Page)

59

(終了ページ / End Page)

97

(発行年 / Year)

2017-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00021229>

# 国民国家と外国人の権利

——戦後ドイツの外国人政策から——

佐藤成基

## 1. はじめに

### ——国民国家と外国人

国民国家とは定義上、その構成メンバーである国民のためにある国家のことである。しかし、そこにはまた、相当数の外国人が生活している。第二次世界大戦後、先進諸国には労働者や難民としてやって来た外国人の多くが定住し、移住先の国家に生活の基盤をつくるようになった。現在、北米のみならず、西欧の先進諸国のほとんどが、事実上移民国家となっている。ながらく「移民国ではない」とおおよげに宣言してきたドイツにもそのことは当てはまる。すでに1980年代に、ドイツは事実上の移民国になっていたばかりでなく、世界有数の難民受け入れ国となっていたのである。

外国人は、国民のメンバーではないという点において、国民国家にとっては例外的な存在である。しかし欧米先進諸国の多くの国民国家では、国民にしか認められていなかった権利の一部を外国人に拡大し、彼らの権利を一定程度保障するようになった。それは、どのようにして可能だったのか。国民の国家であるはずの国民国家が、なぜ本来のメンバーではないはずの外国人にまで権利を広げ、彼らに持続的な生活の場を提供し、やがて移民国家になっていったのか。

本論文はこの問いに対し、戦後ドイツ連邦共和国の外国人政策の事例をとりあげ、「リベラルで民主的」な国民国家という観点からその分析を行う。一方において、外国人にも国民と同等に権利を保障しなければならないという「リベラル」な論理が法的な拘束力として作用している。しかしそれはまた、国民主権に基づく「民主的」な論理と矛盾を来すことにもなる。本論では、このような「リベラルで民主的」な国民国家が持つパラドックスに注目しながら、ドイツ連邦共和国における外国人の権利の向上の過程について考察していく。

## 2. 欧米先進諸国における外国人の権利の向上

17～18世紀西欧の啓蒙思想に起源を持つ人権の概念、すなわち人間は生まれながらにして平等な権利を持っているという考え方は、フランス革命以後進んできた国民国家形成のもとでそれなりに実効性のある権利として確立されてきた。すなわち個人の権利はまず何よりも国民の権利として保護され、保障されることが目指されてきたのである。例えば所有権や裁判を受ける権利、政治に

参加する権利，教育を受ける権利などを，国家が国民に対して法の下での平等を保障するという形式のもとに制度化されてきたわけである。そのような国民国家は，法的な秩序の維持を担う法治国家として，「民主的」な政治を実現する民主国家として，また国民の「福祉」を保証する福祉国家としてとらえられた。社会学において，そこで保障された個人の権利の問題は，イギリスの社会学者 T. H. マーシャル以来，「シティズンシップ」という概念を通して議論されてきた<sup>1</sup>。語源的には「都市の住民の資格」を意味するシティズンシップ概念は近代において，事実上「国民としての地位」「国民の権利・義務」を意味することになった。マーシャルがシティズンシップを構成する三つの権利として，市民的権利，政治的権利，社会的権利の三つをあげたことは有名だが，そのどれもが国民国家の下で実現されてきたものである。シティズンシップの確立と国民国家形成とは相互に密接に関連しあっている。

その名が示すように，国民国家とは国民の国家であり，国民のための国家である。すなわち国民国家は，統治する側もされる側も国家が法的に定めた「国民」からなるものであり，まず何よりも「国民の意思」に従い，「国民の利益」に奉仕することが求められる<sup>2</sup>。そのような国民国家において，権利保護の範囲も，その原則上，国民に限定される。よって外国人は権利保護の範囲から除外されるはずである。

国民国家は国民に対しては「包摂的 (inclusive)」であるのに対し，外国人に対しては「排他的 (exclusive)」である。第二次世界大戦後の先進諸国における国民国家は，そのような包摂と排除の体制を明確化してきた。下層階層に加え女性や人種マイノリティ（例えばアメリカの黒人）など，これまで排除されていた人々が国民として法の下での平等の名の下に包摂され，その国民に対して優先的に手厚い福祉国家（国家によって「手厚さ」の違いはあるが）が形成されてきた。その反面でパスポートやヴィザによる情報管理技術，生体認証装置などを用いた出入国管理のシステムが厳格化され，人間が国境を越えて移動することがそれまで以上に厳しく管理され，制限されるようになった。このようにして，戦後の先進諸国において，「国民」と「外国人」との差異は歴史上かつてないほどに明確化されるにいたったのである。

しかしそれは，国民国家が外国人の国内における滞在や居住を一切認めないということの意味していたわけではなかった。特に西側諸国においては，様々なかたちで外国人を受け入れ，彼らの滞在・居住を認めてきた。戦後の西欧諸国では，旧植民地から，あるいは二国間協定を結ぶことにより，外国人を労働者として積極的に受け入れてきた。戦争で荒廃した経済を復興させるにあたり，外国人労働者の役割は大きいものだった。彼らはまた，自らの家族を出身国から呼び寄せ，その多くが西欧の受入国に定住するようになった。また，難民として受け入れられることになった外国人

---

<sup>1</sup> シティズンシップと国民国家の関係については，佐藤成基「国民国家とシティズンシップの変容」宮喬・佐藤成基・小ヶ谷千穂編『国際社会学』（2015年）12-18頁を参照。

<sup>2</sup> このような「国民国家」の発生については，佐藤成基『国家の社会学』（青弓社，2014年）151-155頁を参照。

も少なくなかった。1970年代までは社会主義国からの亡命者が中心であったが、1970年代後半からは発展途上国からの難民が増え、その数は急激に増大した。さらに、先進諸国の経済的な発展に促され、統計上ははっきりと現われないような非合法の移民の流入も続いた。

このようにして1970年代から80年代にかけて、欧米先進諸国における外国人の数は増大した。ここで注目すべきなのは、外国人を受け入れた諸国が、その国民国家としての原理に従うならば国民に限定されているはずの諸権利を、外国人へと拡大させたということである。定住の権利や移動の権利、裁判を受ける権利、労働の権利や職業選択の権利、教育や社会福祉を受ける権利、家族と一緒に生活できる権利などが、国民だけでなく外国人にも認められるようになった。一部の国では、外国人の地方参政権も認めるようになってきている<sup>3</sup>。これまでこのような外国人の権利の拡大は、社会科学の分野において、トマス・ハンマーの「デニズンシップ (denizenship)」の概念 (すなわち、合法的に定住する外国人の権利)、あるいはヨセミン・ソイサルの「脱国民的メンバーシップ」という概念をもちいて議論されてきた<sup>4</sup>。どちらの概念も外国人の地位が実質的に国民に近づき、国民と外国人のメンバーシップ上の区別が次第に希薄化していく事態を示すものであった。

では、本来その定義上、「国民の、国民のための国家」であるはずの国民国家が、なぜ外国人の権利まで認めるようになったのか。戦後の西洋先進諸国はたしかに一面において、労働力として必要な外国人を進んで受け入れた。しかし彼らが長期間滞在すること、家族を呼び寄せることを最初から想定していたわけではなかった。また、西側諸国において社会主義圏からの亡命者の存在は、自由民主主義圏の優越性を示すプロパガンダとして有効な面があった。しかし1980年代以降の発展途上国 (第三世界) からの難民の急増はむしろ大きな負担となった。つまり、外国人の多くが「求められていない移民 (unwanted immigrants)」として流入したのである。戦後の欧米の先進諸国は、その「求められていない移民」たちの多くに合法的な滞在資格を与え、ある程度の権利を保障してきた<sup>5</sup>。それはいったいなぜだったのか。これは現代の国民国家と外国人との関係をめぐる根本的な問いである。

### 3. 国際人権体制と「リベラルで民主的」な国民国家

#### 国際人権体制論

なぜ国民国家において外国人の権利が認められるようになったのか。この問いに関する社会学や

<sup>3</sup> Rogers Brubaker, "Membership without Citizenship: The Economic and Social Rights of Noncitizens", in Brubaker ed., *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*. (University Press of America, 1989), 佐藤成基「国民国家とシティズンシップの変容」18-20頁。

<sup>4</sup> Tomas Hammar, *Democracy and the Nation-State*. (Avebury, 1990), Yasemin Nuhoglu Soysal, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*. (The University of Chicago Press, 1994).

<sup>5</sup> Christian Joppke, "Why Liberal States Accept Unwanted Immigration", *World Politics* 50 (1998): 266-93.

政治学でのこれまでの議論では、国際条約や国際機関が求める人権保護への規範的圧力がその要因として語られることが多い。世界人権宣言、各種国連人権条約、1951年の難民の地位に関する条約や1967年の議定書、ヨーロッパ内に限って言えば欧州人権条約やEUのガイドラインなど、第二次世界大戦直後から現在に至るまで、国際的なレベルで人権保護の義務を課す法令や機関が、国民国家の主権に様々な制約をかけてきた。そのため国家は、国籍にかかわらず（すなわち、国民であるか否かに関わらず）、「人（間）」であることを基準にした普遍的な権利の実現につとめる国際法上・人道上の義務を負うことになったのである<sup>6</sup>。

例えば、ソイサルは「国民国家におけるメンバーシップ資格にかかわらず、国際的協定や憲章が人（person）に普遍的権利を付与する。それらが国民国家に対し、市民的、社会的、政治的権利を与えるに際し、国籍を根拠とした区別をおこなわないように命ずるのである」と述べている<sup>7</sup>。現在では、ソイサルに代表されるこのような国際人権体制論が、国民国家における外国人の人権の向上を説明する最も有力な学説になっている。

しかしこの議論にはいくつかの問題点を指摘することができる。そのひとつは、国際人権体制と国家との抽象化された二項図式を前提としているところにある。たしかに国際条約や国際機関は人権保護という規範に関して国家に様々な義務を課している。だが、国際人権体制を「トランスナショナル」で「普遍的」なもの、国家を「ナショナル」で「特殊的」なものとする二分法は単純にすぎない。国際人権体制論が注目する国際条約は、じっさいのところ（「国際」という名が暗示するように）国家間で結ばれた条約であり、また国連やEUなどの国際機関もそれに自主的に加盟した国家から構成されたものである。それゆえ、そのどちらも主権国家の利害関心と根本的に対立しあうものではありえない。（もしも対立すると見なされた場合は、国際条約や国際機関から脱退することもありうる。）しかも、国際条約・国際機関は締結国・加盟国の国家の主権を認めることにより、むしろ国家の役割を保証し、強化することも少なくない。そのような意味で、国際人権体制が国民国家の主権を制限する力には限界がある。

また、ふたつ目の問題点として、国際人権体制それ自体は物理的強制力に裏打ちされた「ハード」な法的拘束力をもつものではない。国際的な人権規範も、国民国家の法律のなかに書き込まれることにより、実効性をもった法規範となる。たしかに現在では、国際条約上の人権に関する項目が国内法に転化されている（特にEU諸国においては）。だが、それには各国民国家の主権のもとに成立している立法機関や司法機関の合意や承認が必要となる。単なる国際条約上の人権保護義務だけでは、国際人権体制は「ソフト」な規範的な力にとどまるのである。

---

<sup>6</sup> 代表的な議論として、Soysal, *Limits of Citizenship*, Rainer Bauböck, *Transnational Citizenship: Membership and Rights in International Migration*. (Edward Elgar, 1994), Saskia Sassen, *Losing Control?: Sovereignty in a Age of Globalization* (Columbia University Press, 1996), David Jacobson, *Rights across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship*. (The Johns Hopkins University Press, 1996), 樽本英樹『国際移民と市民権ガバナンス——日英比較の国際社会学』（ミネルヴァ書房、2012年）などがある。

<sup>7</sup> Soysal, *Limits of Citizenship*: 145.

## 国民国家に内在する人権原則

外国人への権利の拡大をめぐり、上で紹介した国際人権体制論とは対立する、もうひとつの別の視点がある。それは、外国人への権利の拡大につながる「人権」の原則が、そもそも国民国家に内在していると見るものである。その見方によれば、戦後の欧米先進諸国で形成された「リベラルで民主的」な国民国家においては、普遍的な人権尊重の原則が、憲法などを通じて国内のレベルで法的にコード化されている。その法制度が結果として国家の領土内に入国した外国人に対して権利の保護や権利の拡大につながったとされるのである<sup>8</sup>。

このような国民国家論的視点からの議論においては、司法の相対的に独立した役割が強調されることが多い。例えば、クリスチアン・ヨブケは次のように論じる。

立憲国家としての西洋の国家は、国内的に法の支配によって拘束されている。法の支配は重要な点において国民 (citizens) だけでなく、人 (person) の権利をも擁護する<sup>9</sup>。

「法の支配」においてじっさいに重要な役割を果たすのが裁判プロセスである。欧米諸国においては、裁判の判決が行政や政治に抗してまでも外国人の権利を擁護する場合がある。もちろん司法は、政治とは違い、能動的に外国人の権利の保護・拡大のための立法行為を行うことはできない。司法は提訴されたケースに対して判決を下すだけである。よって、その役割は受動的なものにとどまる。しかしながら、三権分立の原則が維持されている限り、政治も行政も司法が下した判断に従わざるをえない。

このように司法は、裁判所の判決を通じて政治や行政を拘束する力をもつ。そのプロセスは、原則的には法的論理に従って、公衆 (publics) にさらされることなく (特にメディアの注目を集める場合以外は)、「粛々と」なされるものである。それは、民主主義国家の政治が、国民一般の支持を基盤とした権力によって運営されるのとは根本的に異なる。民主主義政治において外国人の問題は、しばしば国民からの政治的支持を得る道具として用いられ、そこで外国人が排外主義的なバッシングの対象となることも少なくない。その点において、欧米諸国においてそれほど大きな違いがあるわけではない。だが、その一方では外国人の地位や権利は、司法手続きを通じて少しずつ向上し、外国人住民と国民との間の権利上の差異は次第に縮小していった。そのプロセスはあまり国民世論の注目を引くものではなかった。だが現在、欧米諸国 (特に西欧諸国) において多くの外国人が合法的に定住し、労働し、生活する「移民国家」になっている背景には、このような国家の司法

<sup>8</sup> 代表的な議論として Christian Joppke, *Immigration and the Nation-State: The United States, Germany, and Great Britain*. (Oxford University Press, 1999), Virgine Guiraudon, “Citizenship Rights for Non-Citizens: France, Germany, and the Netherlands”, in Christian Joppke (ed.). *Challenge to the Nation-State: Immigration in Western Europe and the United States*. (Oxford University Press, 1998), James F. Hollifield, “The Emerging Migration State”, *International Migration Review* 38/3 (2004): 885-912 などがある。

<sup>9</sup> Joppke, “Why Liberal States Accept Unwanted Immigration?”: 268.

プロセスがある。

特に、外国人労働者の定住化を可能にしたのは、受け入れ国での「家族の合流」だったが、その権利を保護したのが司法だった。その意味でも、戦後欧米先進諸国の「移民国家」化は、「ゲストワーカーとその家族の滞在の権利を拡大する裁判所の介入によって可能になった」と言えるのである<sup>10</sup>。そこでは、国際人権体制論者が論じるのとは異なり、国際法の人権規範はほとんど直接的な役割を果たしてはいない。「国際的な人権規範や協定は、国内の立法に取り入れられ、国内の裁判所の法の枠組を形成したとき、最も効力をもつようになる」<sup>11</sup>のである。

国籍ではなく、普遍的な「人」格に基づいた権利も、一定の法共同体への加入を前提にしている。そしてその法共同体は「国家の力（Staatsgewalt）によって定義され、その力が貫徹されることで保証されるもの」である<sup>12</sup>。「リベラルで民主的」な国民国家（特に戦後欧米先進諸国における国民国家）は、多かれ少なかれ、そのようは普遍的な「人」権を保障する法共同体を前提にしている。外国人もその法共同体に包摂されることを通じて、その権利を一定程度向上させることができたのである。

### 人権と国民主権 —— 「リベラルで民主的」な国民国家のパラドックス

欧米の国民国家が、このように人権原則を内在させている理由のひとつは、その「リベラルで民主的」な自己理解にある。第二次大戦後の西側先進諸国は、ふたつの世界大戦、ファシズム、ホロコーストなどがもたらした歴史的悲劇への反省から、「リベラル」でかつ「民主的」であることを、あらためて国民国家の理念として掲げることになった。

「リベラルで民主的」な国民国家にはふたつの根本的な必須要件がある。人権と国民主権というふたつの原理がそれにあたる。どちらも17～18世紀西欧の啓蒙思想に起源をもち、アメリカ独立革命やフランス革命に思想的バックボーンとなったものである。戦後欧米諸国は、戦争やファシズムの悲劇から自らの正当性を回復するためのイデオロギー的な資源として、「リベラルで民主的」な原理を必要とした。人権を尊重すること、民主主義的であることは、「先進的」な国民国家の自己理解の要素として不可欠なものとなったのである。

ユルゲン・ハーバーマスが、この「リベラルで民主的」な国民国家の本質をみごとに言いあてている。彼は人権と人民主権という理念と近代国家との関係について、次のように述べている。

人民主権と人権のふたつの思想は、現在に至るまで立憲国家の規範的な自己理解を形成してき

---

<sup>10</sup> Hollifield, “The Emerging Migration State”: 895

<sup>11</sup> Randall Hansen, “The Poverty of Postnationalism: Citizenship, Immigration, and the New Europe,” *Theory and Society* 38 (2009): 8. また、国際人権条約のひとつに人種差別撤廃条約があるが、そこには国籍による差別は含まれていないとされている。Guiraudon, “Citizenship Rights for Non-Citizens”: 282を参照。

<sup>12</sup> Dieter Gosewinkel, *Schutz und Freiheit? Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert* (Suhrkamp, 2016): 517.

た。第一の思想において、私たちは民主的共同体のメンバーが自分たち自身によって集合的に統治されるということを前提にし、第二の思想においては、彼らが人間（men）ではなく法によって統治されることを前提にする<sup>13</sup>。

人民主権は「人民（demos）」という共同体の自己決定による統治を意味し、人権は法という非人格的な規則による統治を意味する。具体的に人民主権は、「国民」と定義された人間たちを構成員とする民主主義的政治制度によって担保され、人権は憲法や司法制度などによって保障されることになる。

だが、ここで問題となるのは、ハーバーマスの「立憲国家」モデルが想定するように、人権と人民主権とは必ずしも協和的には作用しないということである。なぜならば、人権の原理は「人（person）」一般に適用されるという点において、普遍的で限界がないのに対し、人民主権が想定する「民」にはメンバーシップが存在し、必然的に限定的にならざるをえないからである。人権の原理において、誰がどこに帰属するのは原則として問題にならない。それに対し人民主権の原理は、絶えず誰がどこに帰属するのかが問題にされる。人民主権の原理に基づき、国民国家は自身に帰属する国民を、非・国民に対して優先的に処遇することができるのである。「国家は誰が入国し、誰がその「一般意志」に参加し、誰が国民の一員になるのかを決定することができる。すなわち国家は立法過程において、「自分自身」を優遇することを正統性をもって行うことができるのである」<sup>14</sup>。

このように「リベラルで民主的」な国民国家は、その主権者である構成メンバー（国民）の福祉と安全とを守ることを求められていながら、それ自身のなかに人権の保障という普遍的な基準を内在させている。その意味において、「リベラルで民主的」な国民国家は、その内部に根本的なディレンマを抱えているのである。

このディレンマは、外国人政策において集中的にあらわれる。人権の原理に従えば、国民も外国人も同様に「人」として権利が保障されなければならない。その一方で、人民主権の原理に従えば、主権が存するとされる国民を国家のメンバーとして優先しなければならない。その結果、外国人は「非・国民」として差別され、排除されることになる。だが、それは人権の原理に矛盾するのである。

政治学者ジェームス・ホリフィールドは、第二次世界大戦後の欧米先進諸国の外国人政策にみられるこのようなディレンマを「リベラル・パラドックス」と呼んだ<sup>15</sup>。「リベラルで民主的」な国民国家は、主権者である国民の労働環境、社会保障、治安などを守るために外国人の流入を管理・

<sup>13</sup> Jürgen Habermas, "Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions", *Ratio Juris* 7 (1994): 1.

<sup>14</sup> Guiraudon, "Citizenship Rights for Non-Citizens": 282.

<sup>15</sup> James F. Hollifield, *Immigrants, Markets, and States: The Political Economy of Postwar Europe*. (Cambridge University Press, 1992).

制限しながら、同時のその法制度の「リベラル性」ゆえに、外国人に対しても国民の同等の権利を認めるようになっていく。国民国家がその「ナショナル」な主権の原則によって外国人を排除している一方で、国内にいる外国人の権利保護が拡大し、彼らに様々な権利を認め、事実上「移民国家」化していくのは、この「リベラルで民主的」な国家の「リベラル」な論理によるものだが、それが国民主権という「民主的」な論理と矛盾を来す。これが「リベラル・パラドックス」である。

ドイツの歴史学者ディーター・ゴゼヴィンケルによれば、この「リベラル・パラドックス」は、戦後のイギリス、フランス、ドイツなどの西欧諸国でとりわけ顕著に見いだせる。これらの諸国では、自国の労働者を守るために外国人の流入を管理・制限したが、流入した外国人にも「リベラル」な原則によって権利が認められるようになった。そこで、裁判プロセスを通じた外国人の法的保護が重要な役割を果たしていた。

このような権利（特に家族を援助する権利や家族を呼び寄せる権利がそこに含まれるが）、外国人労働者移民を純粋に経済的な入手可能性からみる見方に、明確に法的な制約を加えるものだった。とりわけ、国家の移民管理政策（例えば滞在権や労働力の強制的ローテーションなどに関わる政策）や家族呼び寄せの法的制限に対する裁判を通じた法的保護は、外国人住民の法的地位をその国籍いかんに関わらず安定化させるのに重要な役割を担っていた<sup>16</sup>。

では、じっさいに「リベラルで民主的」な国民国家において、いかにして外国人の権利が認められていったのか。それがいかに、国民主権という「民主的」な論理と衝突するのか。そこで本論では、典型的な「リベラルで民主的」な国家の典型的な一事例としてドイツ連邦共和国をとりあげ、1970年代以後、外国人の権利がどのようにして認められるに至ったのかを具体的に見ていきたい。

## 4. ドイツ連邦共和国と外国人

### 受け入れから定住へ

まず、戦後ドイツ連邦共和国（以下、統一以前、以後の時代を通じてドイツ連邦共和国を「ドイツ」と呼ぶ）における外国人の受け入れから定住にいたる過程を簡単に振り返っておくことにしたい。

すでに日本でも広く知られているが、ドイツ連邦政府は戦後の経済復興期に二国間協定を結んで外国人を労働者として受け入れることになった。二国間協定は、先ず1955年のイタリアとの間で結ばれ、その後スペインやポルトガルと続き、1961年にはトルコ、1969年にはユーゴスラヴィアとの間でも結ばれた。「ガストアルバイター」と呼ばれたこれらの外国人労働者には、当初1年間の滞在資格が与えられたが、その後の更新が禁じられていたわけではなかった。企業にとって新た

<sup>16</sup> Gosewinkel, *Schutz und Freiheit?*: 495（傍点による強調は引用者による）。

に外国人をリクルートするよりもすでに労働経験のある労働者の雇用を継続した方が有利であり、また外国人労働者の多くもそれを望んだため、彼らの滞在資格は延長されていった。

1960年代のドイツ経済は労働者への需要が高く、ドイツ国内の外国人労働者の数は急増した。1961年には68万6千人（人口比1.2%）であったドイツの外国人人口は、1970年には273万8千人（人口比5.1%）にまで達した<sup>17</sup>。建設業や製造業を中心に、彼らは労働力としてドイツの経済復興に貢献することになった。しかし、1970年代のオイルショックを機に状況は大きく変わった。景気の後退により失業者が増えたため、1973年にドイツ政府は外国人労働者の募集停止を決定したのである。

ドイツ政府が外国人労働者の受け入れを始めたとき、彼らは単にドイツ経済に必要な労働力として見なされていた。決して強制的なローテーション政策がとられていたわけではない。だが、外国人労働者はドイツ国内で職を失えば、当然祖国に帰国するものと考えられていた。滞在期間が短く制限されていたのも、そのためである。「ガストアルバイター」の名が示す通り、外国人労働者はドイツにとって「客人」と考えられていたのである。

しかしながら、募集停止以後、それまでほとんどゼロに近かった外国人労働者の失業率が増加し、ドイツ人労働者の失業率を上回るようになっても、彼らの多くは（特にヨーロッパ共同体外から来たトルコ人労働者は）帰国しようとはしなかった<sup>18</sup>。それどころか、1973年の募集停止は、むしろ再入国が不可能になることを恐れたトルコ人労働者の滞在継続を促進したばかりか、祖国からの家族の呼び寄せを促す結果になったのである。1973年以後、トルコ人の家族移民の数はむしろ増大した。家族を呼び寄せ、夫婦と子どもと一緒にドイツに暮らすことにより、外国人労働者の定住化が進むことになった。

1973年には399万1千人（人口比6.4%）だった外国人の数は、1980年には456万6千人（人口比7.4%）、そして統一直前の1989年には500万7千人（人口比8.0%）へと増加した。しかもそのなかには、ドイツで生まれた二世世も多く含まれていた。このようにドイツは、すでに1980年代の段階で「事実上の移民国」へと転換していた。

## 外国人政策と旧外国人法

だが、ドイツの行政と政治は、外国人の滞在は一時的なものであるという「ガストアルバイター」政策の前提をそのまま維持した。1973年の募集停止以後、ドイツは外国人労働者を受け入れなくなり、連邦政府は「ドイツは移民国ではない」という方針を公式に掲げるようになった。この標語はヘルムート・シュミットの政権時にみだされた1977年「帰化ガイドライン」のなかで言及されたものだが<sup>19</sup>、その後ヘルムート・コール政権に受け継がれ、1998年に社会民主党と緑の党によ

<sup>17</sup> 佐藤成基「移民政策」西田慎・近藤正基編『現代ドイツ政治——統一後の20年』（ミネルヴァ書房、2014年）296頁。

<sup>18</sup> Ulrich Herbert, *Geschichte der Ausländerpolitik in Deutschland* (Beck, 2003): 237-8.

る政権への交代が起きるまで放棄されることがなかった。

1965年には、外国人に対する処遇の仕方を定めた外国人法が出された（以後、これを「旧外国人法」と呼ぶ）。この法律には、当時のドイツにおける外国人の捉え方が示されている。先ず、この法律の第2条には「外国人の存在が、連邦共和国の利益（Belange）を損なわない場合に滞在許可（Aufenthalterlaubnis）が付与される」と書かれ、第10条では「ドイツ連邦共和国の安全を危うくする」という理由で外国人の国外退去処分も可能とされた<sup>20</sup>。また、外国人の滞在資格の付与に関しては行政（地方の外国人局）の大幅な裁量権（Ermessen）が認められて、外国人がドイツ国内に滞在する権利は想定されていなかった。外国人の権利よりも「ドイツ連邦共和国の利益」や「安全」が優先され、その範囲内で外国人の滞在が「許可」されるにすぎず、その「許可」は国家が外国人に対して与える「恩恵行為（acts of grace）」に等しかった<sup>21</sup>。

しかしその一方で、旧外国人法はまた第6条において、「外国人は、ドイツ連邦共和国基本法においてドイツ人のものとされていないかぎりの全ての権利を享受する」としていることにも注意を向ける必要がある。次項で述べるように、連邦共和国の憲法に相当する基本法（Grundgesetz）には、「基本権」が数多く列挙されているが、そのなかには「ドイツ人」に限定されているものもいくつが存在する。旧外国人法第6条では、そのようなドイツ人のみに限られているもの以外の全ての基本権が外国人にも認められているということが述べられているわけである。旧外国人法第6条は、この法律が基本法に抵触しないことへの法的な配慮から挿入されたものだと推測されるが（抵触すれば、旧外国人法は「違憲」とされて効力を失う可能性がある）、ここに連邦共和国の「リベラルな国家」として一面を垣間みることができる。実際、その後の外国人をめぐる裁判において、この第6条で確認されている外国人の基本権（これについては後で説明する）が重要な役割を果たすことになる。

### 「リベラルで民主的」な国民国家としての連邦共和国 ——基本法による枠組

1949年に建国されたドイツ連邦共和国の「リベラルで民主的」な憲法的枠組となったのが基本法である。以下、この基本法にみられる「リベラルで民主的」な国民国家としてのドイツ連邦共和国の特徴について簡単に説明する。

先ず、第1条から第19条までからなる第1章が「基本権（Grundrechte）」に関する条項である。なかでも「人間の尊厳は不可侵である」（第1項）や「ドイツ人民は侵すこと、譲り渡すことのできない人権を、世界のあらゆる人間共同体、平和、正義の基礎として認める」（第2項）を含む第

---

<sup>19</sup> Karl-Heinz Meier-Braun, *Integration und Rückkehr? Zur Ausländerpolitik des Bundes und der Länder* (Mattias Grünewald Verlag, 1988): 14. 「ドイツは移民国ではない」という文句は、その1年前（1977年）に開かれた、外国人政策に関する連邦と州の委員会のなかで初めて用いられた。

<sup>20</sup> *Bundesgesetzblatt I* 19 (8.5.1965): 353-362.

<sup>21</sup> Christian Joppke, *Immigration and the Nation-State: The United States, Germany, and Great Britain* (Oxford University Press, 1999): 66.

1条は、第79条で改定が禁じられている基本法の支柱のひとつになっている。また、第16条はドイツの外国人政策にも大きな意味を持つ「庇護権」に関して規定を行っている（かつての第2項、現在は第16a条第1項）。基本権に関する第1章は、戦後の連邦共和国がナチス時代の失敗の反省の上を経ち、人間の尊厳や人権を尊重する「リベラル」な国家として再出発したことを象徴するものとしての意味もっている。

さらに、第1章に続く第2章「連邦と州」の第20条第1項では「ドイツ連邦共和国は民主的で社会的な連邦国家である」とされ、第2項では「すべての国家権力は人民から来る」と述べられている。この第20条もまた改定が禁じられている条項だが、そこではドイツ連邦共和国が「民主的」な国家であるとともに、「社会的」国家（福祉国家とほぼ同じ意味）でもあることが宣言されている。その「民主国家」や「社会国家」の及ぶ範囲がどこまでなのか、そこに外国人は含まれるのかどうか以下での考察の焦点になる。

また基本法では、「ドイツ人」についての定義（「ドイツ国民」ではなく）を明記している。第116条第1項によれば、「ドイツ人（Deutscher）」には二種類のカテゴリーがある。その第一はドイツ国籍保持者（つまり「ドイツ国民」）であり、第二は「ドイツ民族帰属（Volkszugehörigkeit）」を持つ被追放者である。第一の意味での「ドイツ人」の根拠となるドイツ国籍については、1913年に制定されたドイツ帝国・国籍法が戦後の連邦共和国においても用いられた。純然血統主義を採用したこの国籍法の下では、ドイツ国籍は親から子どもへと「血統」を通じて継承された。第二の意味でのドイツ人の地位は、東欧からロシアにかけて広く散在していたドイツ人マイノリティが、戦争直後の時代に避難と追放により連邦共和国内に流入した際に与えられたものである。この地位はまた、「ドイツ民族帰属」さえ証明できれば、1950年以後に東欧ソ連圏から移住してきた者に対しても与えられた（このような「ドイツ人」移住者を「アウスジードラー」と呼ぶ）。この第二の意味でのドイツ人には、自動的にドイツ国籍が与えられ、ドイツ国民と全く同等の権利が与えられた<sup>22</sup>。

このふたつの意味での「ドイツ人」が、ドイツ連邦共和国の「国民」となる。血統と「民族帰属」によって規定された「ドイツ国民」は、「エスニック」な属性もっている。

さらにもう一点、国民国家としてのドイツ連邦共和国のあり方を深く規定していたのは、東西の分裂である。戦後冷戦体制の下での東西ドイツへの政治的分裂という状況に対し、ドイツの国家的統一の達成が連邦共和国に課された憲法上の義務であるとされた。「ドイツ人民」の「自由な自己決定」によるドイツの統一について、基本法前文と第146条に明記されていた。連邦共和国は、それまでの間の「暫定的」な国家に過ぎないというのが、建国当初の前提であり、統一までは連邦共

---

<sup>22</sup> 第二次大戦末期および直後におけるドイツ人の「避難」と「追放」については、佐藤成基『ナショナル・アイデンティティと領土——戦後ドイツの東方国境をめぐる論争』（新曜社、2008年）50-61頁を参照せよ。基本法第116条第1項にある「ドイツ人」の定義については、佐藤成基「国境を越える「民族」——アウスジードラー問題の歴史的経緯——」『社会志林』第54巻、第1号（2007年）を参照せよ。

和国がドイツの「ネーション」を代弁する唯一の政治組織であった。連邦共和国が第二帝政時代の国籍法を維持し、ドイツ民主共和国（東ドイツ）の住民も連邦共和国の住民とともに「ドイツ国民」であるという立場を維持したのは、そのためである<sup>23</sup>。

このようにドイツ連邦共和国は、「リベラルで民主的」であるとともに「エスニック」な国民国家であり、また、国民全体の統治を実現していないという意味で「不完全」な国民国家（当初の前提としては、統一までの間の過渡的・暫定的な国家）でもあった。この国民国家は、「エスニック」でかつ「不完全」であったために、エスニックな意味での「ドイツ人」や「ドイツ国民」に対しては大幅に包摂的であった（連邦共和国は、民主共和国からの移住者や東欧ソ連からの「ドイツ人」移住者に対しても、自動的に国籍を開放した）。だが、その体制は国籍も民族帰属も共有しない「非・ドイツ人」に対しては排他的に作用した。1980年代に「ガストアルバイター」の子どもたちが成長してくると、この排他性は矛盾として現われた。ドイツで生まれ、ドイツの学校で教育を受け、ドイツ語をネイティブとして話す彼らが、血統主義の国籍法に基づいて「外国人」として「ドイツ国民」から排除されることになった。それに対し、何世代にもわたり東欧に居住し、ドイツ国籍を持たないどころかドイツ語さえ十分に話せないような「ドイツ人」たちに無条件でドイツ国籍が付与されたのである。

## 外国人と基本権

では、その基本法の下で外国人はどのような位置づけにあったのか。

まず、原則としては外国人にも基本権は認められていた。「基本法において、基本的に外国人はドイツ人と同様の基本権を享受する」というのが連邦共和国の憲法上の原則だった<sup>24</sup>。

しかしながら、全ての基本権が外国人に適用されていたわけではなかった。上で述べたように、基本権のなかには、「ドイツ人」だけに留保されていたものがあつたからである。基本法の規定では、「あらゆる人 (jeder)」や「人間 (Menschen)」に認められた権利と、「ドイツ人 (Deutscher)」のみに留保された権利とがある。前者が「あらゆる人の基本権 (Jedermanngrundrechte)」、後者が「ドイツ人の基本権 (Deutschengrundrechte)」と呼ばれている<sup>25</sup>。このように基本権は、普遍的なものと限定的なものとのふたつの種類に分かれるのである。

「あらゆる人の基本権」としては、第2条第1項「あらゆる人は人格を自由に発展させる権利を有す」、同第2項の「あらゆる人は生命への権利および身体を害されない権利を有す」、第3条第1項「全ての人間は法の下に平等である」、第6条第1項「婚姻と家族は国家秩序の下で特別な保護

---

<sup>23</sup> それに対してドイツ民主共和国（東ドイツ）の方は、1967年に独自の国籍法を制定したので、「ドイツ民主共和国国民」という新たな領域的国民概念を形成したことになる。

<sup>24</sup> Markus Heintzen, "Ausländer als Grundrechtsträger", in Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (C. F. Müller, 2006): 1176.

<sup>25</sup> *Ibid.*: 1177.

の下にある」、同第2項「子どもを養育し、教育することは両親の自然な権利であり、両親に課せられた第一の義務である」、第19条「公権力によりその権利が損なわれた者には誰にも正規な裁判に訴える方法が開かれている」などをあげることができる。それは普遍的な権利として、連邦共和国の法域内にある者には誰に対しても適用されるものである。よって、外国人に対しても適用される。特に上にあげた条項は、外国人に関する裁判のなかでも重要な役割を果たした。

それに対し、「ドイツ人の権利」には、第9条第1項にある「全てのドイツ人は結社や会を結成する権利を有する」、第11条第1項「全てのドイツ人は全連邦共和国内での移動の自由を有する」、第12条第1項「全てのドイツ人は職業、職場、職業訓練の場所を自由に選ぶ権利を有する」などがある。これらの権利はドイツ人のみに認められ、外国人は認められていない。

基本法には、外国人の基本権とドイツ人の基本権のあいだの差異が設けられている。だが、特にドイツ人に留保されていない限り、基本権は原則として外国人にも認められていたともいえる。その意味において外国人も、限定的ではあるが、連邦共和国の「リベラル」な法共同体に包摂されていたのである。このような憲法上の基本秩序が、基本法第1条の「人間の尊厳は不可侵である」という基本権の土台となる一般的理念とともに、連邦共和国内の外国人の権利の向上を促す枠組となり、行政や立法過程に対して憲法上の効力を持つようになる。

## 5. 外国人の基本権をめぐる司法の役割（1970~80年代）

### 裁判所の判決と外国人の権利

外国人の権利にとって重要な判決を出してきた裁判所は、連邦憲法裁判所と連邦行政裁判所である。行政裁判所は、外国人の地位や権利に関する行政手続きに対する訴訟が提訴される場であり、また連邦憲法裁判所は、一般の裁判所（通常裁判所、行政裁判所、財政裁判所、労働裁判所、社会裁判所の5系列からなる）の上位に位置し、法令や法律の合憲性・違憲性を判断している。裁判所の判決では「法と公共の秩序との均衡（Verhältnismäßigkeit）」を基本とし、法治国家における「法」の原則とともに、「国家の利益」や「国民の安全」を含む国内の「公共の秩序」も考慮に入れられる。外国人の事例に関しても、基本法にある基本権の原則は当然重要な憲法上の基準となるが、その判断は「公共の秩序」との「均衡」を加味してのものである。しかしながら、行政があまりに「公共の秩序」の方に傾きすぎる場合は、基本権の原則から、時に政府の方針に反してまでも、一定の外国人の権利を認める判決が出されることになる。

連邦共和国の法域内であれば、基本法における基本権の多くが外国人にも適用される。そのため「外国人の入国が認められれば、その外国人に対する基本権上の保護が発生し、その地位は均衡性と信頼保護の法治国家的原則に基づき、次第に確定化される」<sup>26</sup>。それは基本権が連邦共和国に課す憲法上の拘束である。これをドイツの憲法学者ヨーゼフ・イゼンゼーは「立憲国家の自律的自己

<sup>26</sup> *Ibid.* 1177.

拘束」と呼んでいる<sup>27</sup>。この憲法による「自律的自己拘束」によって、連邦共和国の司法は外国人の権利を認めざるをえなくなっていくのである。

例えば外国人の滞在の権利、移動の自由、家族結合の権利などでの基本権が認定されていく。さらに、外国人の国内での滞在の長さに応じて、「ドイツ人の権利」の一部も外国人へと拡張されていく（職業の自由など）。特に連邦レベルの裁判所の判決は、州以下の下級裁判所の判決を覆して外国人の権利を認める場合が少なくなかった。ダグラス・クルスマイヤーとデミトリ・パパデメトリッが指摘するように、「連邦裁判所の判決は、滞在の権利、家族の権利、外国人労働者の法的権利、差別などを含む多くの領域において外国人の権利保護を向上させた」<sup>28</sup>。こうして、外国人とドイツ人の間の権利における差異が次第に縮小していった。

そのような外国人の権利の認定において、重要な意味をもった判決について、以下で詳しく見ていくことにしたい<sup>29</sup>。

### 滞在の権利

旧外国人法によれば、外国人の滞在許可は「連邦共和国の利益を損なわない」限りにおいて付与され、「連邦共和国の安全」が損なわれるのであれば停止されることになっていた。裁判所の判決のなかには、そのような観点からの行政の裁量に抗して、外国人の滞在の権利を保護するものがあった。

まず、かなり初期の判決に、連邦憲法裁判所による1973年6月18日のパレスチナ人判決がある<sup>30</sup>。この判決は、ミュンヘン五輪の時のテロを行ったテロリストと接触のあったパレスチナ人学生2名（シリア国籍とヨルダン国籍）に対し、バイエルン州政府が即刻国外退去命令を出したことに關するものだった。この強制的な国外退去命令に対し、連邦憲法裁判所は違憲の判決を下したのである。その際裁判所は、基本法第2条の「自由に人格を發展させる権利」、第6条の「婚姻と家族は国家の秩序の下で特別な保護の下にある」という規定、第19条第4項の「公権力に権利が損なわれている場合は、裁判の方法に訴える」ことのできる権利などを参照した。

判決は「基本法第2条第1項から来る自由な人格の發展の基本権は、連邦共和国において外国人にもまた開かれている」という原則を確認する<sup>31</sup>。たしかに滞在許可は外国人法によって行政の裁

---

<sup>27</sup> Josef Isensee, “Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer* 32 (De Gruyter, 1974): 74.

<sup>28</sup> Douglas B. Klusmeyer and Demetrios G. Papademetriou, *Immigration Policy in the Federal Republic of Germany* (Berghahn Books, 2009): 120.

<sup>29</sup> 全体的な概観として、Gerald L. Neuman, “Immigration and Judicial View in the Federal Republic of Germany”, *New York University Journal of International Law and Politics* 23 (1990): 35-85, Klusmeyer and Papademetriou, *Immigration Policy*: 119-125がある。

<sup>30</sup> *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 35: 382-417.

<sup>31</sup> *Ibid.*: 399.

量範囲とされているが、判決は外国人にも基本法の基本権に従った法的保護が保証されるべきであると主張している。

外国人には法治国家の原則と行政の合法性の基本原理に基づき、法によって規制され、物的に根拠づけられた前提によってのみ国外退去処分が行われるべきである。そこにおいては均衡性（Verhältnismäßigkeit）の基本原理が尊重されるべきであり、基本法第19条第4項に従って、実効的な法的な保護が保証されるべきである。（中略）実効的な（単なる形式的なものではない）法的保護の保証は、即刻国外退去処分の実施が修正不能な帰結をもたらすものである限り、その行政行為の実施は法的安定性が得られるまで中断することを要する<sup>32</sup>。

このようにして判決は、州政府にテロとの関わりが明確ではないパレスチナ人学生2名の国外退去処分を中断することを命じたのである。これは、旧外国人法によって認められた州政府の行政行為を違憲とし、外国人の滞在の権利を保護した判決として大きな意味をもつものだった。外国人の国外退去処分への制約は、基本法から来る「基本的な法治国家要請」だったのである<sup>33</sup>。

もうひとつの事例は、1978年9月26日出されたインド人に対する判決である<sup>34</sup>。この判決の対象となったインド人は、1961年にドイツに入学し、工場労働者として働きながら滞在資格の更新を続けた。しかし1973年（この年は外国人労働者の募集停止が行われた年である）、このインド人の滞在資格の更新が却下された。インド人はこの外国人局の決定に不服を申し立てて行政裁判所に提訴した。行政裁判所はこの行政の決定を支持したが、その後連邦憲法裁判所がそれに違憲判決を下したのである。

連邦憲法裁判所は、ここで基本法第2条第1項の「自由な人格の発展」の基本権を滞在の権利と解釈し、「基本法第2条第1項は、外国人に憲法秩序の枠組において滞在の権利を保障している」と主張している<sup>35</sup>。

さらに連邦憲法裁判所は、旧外国人法で認められている行政の裁量範囲を次のように制限する。

外国人局はその決定において法的に認められた裁量範囲を持つとはいえ（中略）、法治国家における不可避の要請として平等性を尊重しなければならない。また、均衡性と「法治国家に対する」信頼の保護（Vertrauensschutz）の基本原理を引き受けなければならない。<sup>36</sup>

すなわち、法治国家における平等の原則を尊重するということ、これまで何度も滞在許可の延長

<sup>32</sup> *Ibid.* 394-5（傍点による強調は引用者による）。

<sup>33</sup> Isensee, “Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer”: 71.

<sup>34</sup> *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 49: 168-88.

<sup>35</sup> *Ibid.*: 180.

<sup>36</sup> *Ibid.*: 184.

が認められているという点から来る法治国家への「信頼」を守るということが、外国人局の裁量権限よりも優先するというのが連邦憲法裁判所の判断なのである。そして次のように述べられる。

信頼の保護という観点からみて、外国人局の裁量範囲は強く制限されており、確実な根拠なく滞在許可の延長は拒否できない。(中略) 延長申請の拒否にとって、「連邦共和国は移民国ではない」という一般的な根拠づけではもはや十分ではないのである<sup>37</sup>。

これは、すでに繰り返し滞在許可が延長されてきたという事実が、外国人の滞在の権利につながるということを認めた点で、画期的な判決であった。しかも判決文が、連邦政府が掲げている「ドイツは移民国ではない」という公式の標語が、延長の申請拒否の根拠として無効であるということにまで踏み込んでいる。ドイツの法学者カイ・ハイルブロンナーは、1984年刊の外国人法のハンドブックのなかで、この判決を外国人の滞在の権利に関する「主導的判決 (Leitentscheidung)」と呼んでいる<sup>38</sup>。後で述べるように、この判決は連邦政府の外国人政策にも影響を与えた。

## 家族の権利

基本法第6条第1項に記されている「家族の保護」は、外国人労働者（主として男性）が出身国から配偶者や子どもを呼び寄せる場合や、ドイツにおいて夫婦と子どもが共同で家族生活を継続していく場合に、いわゆる「家族合流 (Familienzusammenführung)」の権利を根拠づけるものとしてしばしば参照されている。

外国人の家族の権利に関する判決として、配偶者を国外退去命令から守った例がある<sup>39</sup>。これは1980年9月16日に連邦行政裁判所によって出された判決である。この裁判では、トルコ人労働者の配偶者（同じくトルコ人）が無許可で労働を行ったために外国人局から出された国外退去命令をめぐって争われた。裁判所の判決は基本法第6条第1項の観点からみて「均衡性を欠く」という理由で、国外退去命令の差し止めを求めるものだった。

基本法第6条第1項に従って外国人に対しても適用される婚姻と家族の保護が、外国人の出国に対する「連邦共和国の」利害に優先して要求できるのかどうか、吟味してみなければならない<sup>40</sup>。

判決はこう述べ、「婚姻と家族の保護」に対する外国人の権利が、「連邦共和国の利益」のために外国人を国外退去させることよりも優先されると判断したわけである。

<sup>37</sup> *Ibid.*: 186 (傍点による強調は引用者による)。

<sup>38</sup> Kay Hailbronner, *Ausländerrecht. Ein Handbuch* (Müller Jurist, 1984): 66.

<sup>39</sup> *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* 61: 32-40.

<sup>40</sup> *Ibid.*: 32.

1965年制定の旧外国人法には、そもそも家族移民に関する規定がなかった。そのため（連邦制の原則に基づき）、家族移民に関する決定は事実上州政府の裁量に任されることになる。1965年に行われた州内務大臣会議では、外国人労働者が1年間の滞在後に家族を呼び寄せることが認められた。その決定により、外国人労働者の多くが出身国から家族を呼び寄せ、定住化が進むことになる。しかしながら、1980年代に入り、外国人への排外主義が高まり、一部の州から家族移民の制限を求める声が上がった。それを受けて連邦政府は、1981年に家族の呼び寄せに関するガイドラインを決議する。それによれば、配偶者を呼び寄せるには結婚後1年間の待機期間が必要であり、さらに第二世代（外国人労働者の子どもとしてドイツに来た者と外国人労働者の子どもとしてドイツに生まれた者の両方を含む）の場合には8年間のドイツ滞在が配偶者呼び寄せの条件となった。もっとも、これはガイドラインに過ぎないから法的拘束力はなく、依然として州政府が決定権をもっていた。連邦政府の決議の後、ほとんどの州は連邦政府のガイドラインに従ったが、バーデン・ビュルテンベルク州だけは、第一・第二世代に対してともに結婚後3年間の待機期間を条件とした。

このような状況のなかで行われたのが、1987年5月12日のユーゴスラヴィア人とトルコ人に関わる3つのケースに対する連邦憲法裁判所での裁判である<sup>41</sup>。どれも外国人の配偶者として申請した滞在許可が拒否されたことへの不服から裁判が起こされた。第一のユーゴスラヴィア人のケースでは、すでに無期限滞在許可を持つトルコ人（第一世代）と再婚した女性とその前の夫の息子が、再婚後1年未満であることを理由に滞在許可が拒否された。第二のトルコ人のケースでは、1978年に父親による呼び寄せで来独し、その後無期限滞在許可を得た第二世代のトルコ人と1983年に結婚した女性が、夫が8年間ドイツに滞在していないために滞在許可が拒否された。第三のトルコ人のケースでは、1966年に子どもとして来独し、その後無期限滞在許可を得たトルコ人男性と1982年にトルコで結婚した女性が、その直後に来独し、滞在許可申請を提出した。申請はバーデン・ビュルテンベルク州で行われたが、そのトルコ人女性が結婚後、同州の規定である3年間を経ていなかったために拒否された。3つとも、一度行政裁判所において敗訴し、連邦憲法裁判所に抗告されたものだった。

この3つのケースに対する連邦憲法裁判所の判決は、1981年の連邦政府のガイドラインとバーデン・ビュルテンベルク州の規定の合憲性を問うものだった。果たしてこの判決は、基本法第6条第1項の家族の権利が外国人に対しても適用されるという基本の前提を確認しながらも、結婚後の待機期間1年間、第二世代の滞在期間8年間という連邦政府のガイドラインは、「偽装結婚を防ぐ」という点で「均衡性」の原理にかなうと判断した。例えば、第二世代に対する8年間の滞在期間の要件についても、「そこで追求されていた公共の利益と婚姻・結婚上の〔原告の〕利益との比較考量を経てなされた。この比較考量の根拠と結果には、憲法上異議を唱えるべきものはない」とされたのである<sup>42</sup>。

---

<sup>41</sup> *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 76: 1-83.

<sup>42</sup> *Ibid.*: 55.

しかし、バーデン・ビュルテンベルクが導入した結婚後3年間の待機期間は、同様の「比較考量」からみても「均衡性を欠く」ために、違憲であると判断された。判決文は次のように述べる。

結婚後3年の待機期間により、憲法上守られている連邦共和国での滞在を求める配偶者の利益や、基本法第6条第1項第1文、第2文によって守られている自由の領域を、許容範囲を越えて均衡性を欠いた方法で不利に扱うことは、「偽装結婚を制圧する」ことへの関心によって可能になるものではない<sup>43</sup>。

このように「均衡性」を重視した連邦憲法裁判所の判決は、外国人の権利を「連邦共和国の利益」「公共の秩序」の名の下に損なうことに対しては、一定の歯止めになっていた。この判決は、一方で基本法第6条第1項に基づく「家族の保護」が外国人にも適用されるということを基本としながらも、その「家族の保護」をそのまま外国に住む家族のメンバーの入国・滞在の権利として認める根拠としたわけではなかった<sup>44</sup>。しかし、「連邦共和国の利益」を過度に重視した行政による呼び寄せ制限に対しては「違憲」の判断が下されたのである。

## 司法と外国人政策

1970年代以後ドイツ政府は、「ドイツは移民国ではない」という前提の下で「連邦共和国の利益」を優先する外国人政策を進めてきた。それに対し司法（特に連邦憲法裁判所）は、基本法における基本権や法治国家の原則を根拠にしながら外国人の権利（滞在の権利や家族合流の権利）に一定の保護を与え、政治や行政行為に憲法上の制約をかけてきた<sup>45</sup>。もちろん裁判所は国家の一機関なので、「国家の利益」も重視される。しかしそれも、法治国家の原則にしたがい、権利保護の観点からの外国人の利益と比較され、両者の「均衡性」の考量から判決が出されたのである。

旧外国人法は、行政（具体的には外国人局）に大きな裁量の余地を認めていた。しかしながら旧外国人法は、外国人政策に関するいくつかの重要な問題についての規定を欠いていた。例えば、外国人の内部でのカテゴリーの違いが設けられていず（例えば、労働者、移民、庇護請求者、庇護権保持者など、「外国人」も入国の経緯によって様々にカテゴリー化されるはずである）、しかも外国人の家族の地位については言及すらなかった。そのような法律上の不備を補っていたのが、政府の出す行政命令（Verwaltungsvorschriften）であり、さらにその行政命令に対し、基本権と法治国家の原則に立って法的なコントロールを加えていたのが裁判所だったのである。その意味で裁判所は、

---

<sup>43</sup> *Ibid.*: 70.

<sup>44</sup> Otto Kimminich, "BVerfG 05.12.1987-2 BvR 1226/83. Zum Familiennachzug im Ausländerrecht," *Juristen Zeitung* 43/7 (1988): 355.

<sup>45</sup> そのため、リベラル派の弁護士からは、外国人法それ自体が違憲であるという批判もなされていた。Olaf Köppe, "The Leviathan of Competitiveness: How and Why Liberal States (Not) Accept Unwanted Immigration?," *Journal of Ethnic and Migration Studies* 29/3 (2004): 434.

外国人政策の形成に関し（特に外国人の地位の規定に関して）重要な役割を担っていた。ハイルブロンナーはそのような裁判所の役割について、次のように述べている。

当然裁判所は、個々のケースに関心を向けるわけだが、そうすることで外国人政策の形成に加わるようになった。[その結果]外国人政策は、議会の責任による十分に明確な指針を欠いたまま、憲法の基本条項を抛り所とすることができたのである<sup>46</sup>。

裁判所は基本法で定められた婚姻と家族の保護や自由な人格の発展の権利、法治国家における「均衡性」の原則などを重視した判決を行った。それは時に行政行為の違憲性を指摘し、政治にも影響を及ぼした。特に1978年に出されたインド人判決は、旧外国人法に定められた行政の裁量権を制約するものであり、外国人の権利についての政治的な再考を迫るものであった。連邦政府内では外国人法の改定の必要性が認識されるようになったが<sup>47</sup>、外国人労働者募集停止以降の「ドイツは移民国ではない」という公式方針との整合性をとる必要性があった。そこで出されたのが、1978年7月7日の「外国人法施行に関する行政命令」である。この行政命令は、外国人の「滞在資格の強化」を目指したもので、5年間の滞在中で「無期限滞在許可（unbefristete Aufenthaltserlaubnis）」が得られ、8年間の滞在中で「滞在権（Aufenthaltberechtigung）」が得られるということが定められた。これは行政命令ながら、司法の判断を受け、連邦政府が外国人の滞在権の向上に向けて動かされたことを示すものである。この行政命令について、内務事務次官ゲルハルト・バウム（自由民主党）は連邦参議院での答弁のなかで、「私たちは移民国になろうとは思っていません」と述べながらも、外国人と基本法との関係について次のように発言している。

基本法、そのなかの家族の保護は、外国人に対してもまた適用されるものです。それゆえ連邦政府は、家族合流の妨害に対して、強く反対しています。私たちはまた、滞在の更なる継続をめぐる不安定性を取り除かなければなりません。なぜならばこの不安定性は、外国人を私たちの国の社会生活のなかに、社会的・人道的な理由から要請されるように適切に統合することを妨げるからです<sup>48</sup>。

1978年の新たな規定は、決して文書上の文言に留まるものではなかった。その後じっさいに、「無期限滞在資格」や「滞在権」の取得者は急増した。そのどちらかの地位を取得した外国人の数は、1978年に338,254人であったのに対し、1984年には1,337,694人へと6年間で4倍近くに増え

<sup>46</sup> Kay Hailbronner, "Ausländerrecht und Verfassung", *Neue Juristische Wochenschrift* 36/38 (1983): 2016

<sup>47</sup> Simon Green, *The Politics of Exclusion: Institutions and Immigration Policy in Contemporary Germany* (Manchester University Press, 2004): 39.

<sup>48</sup> *Bundesrat Stenographischer Bericht* 459 (2.6.1978): 154（傍点による強調は引用者による）。

た<sup>49</sup>。その割合は1984年の総外国人数の約30%にあたる。このような変化は、連邦政府が外国人の定住を事実上承認していたことを示している。旧外国人法はそのままだったが、外国人の法的地位はより安定したものになっていった。基本法の原則により、外国人の滞在に関する行政裁量の権限が実質的に骨抜きにされていったのである。このような変化について、法学者アルベルト・ブレックマンは次のように述べている。

[旧] 外国人法による滞在資格に関する外国人局の裁量範囲は、基本権に立ち戻ることによって次第に空洞化された。基本法によって、外国人の滞在権を定着させないという [旧外国人法における] 原則とは反対の方向に発展することが可能となったのである<sup>50</sup>。

その結果、「ドイツ人は移民国ではない」という連邦政府が公式に掲げていた標語は、次第にシンボリックな規範としての意味しか持たなくなった。それにむけた民主主義的な手続きを経た政治合意が構築されることなしに、ドイツは「事実上の移民国」となっていった。「ガストアルバイター」と呼ばれていた外国人労働者とその家族たちは、いつしか「外国人共市民 (ausländische Mitbürger)」と呼ばれるようになっていた<sup>51</sup>。

長い政治抗争の末<sup>52</sup>、ようやく1990年6月に改定された外国人法（これを「新外国人法」と呼ぶ）は、旧外国人法の不備を是正し、外国人の地位に関する法的な明確化と安定化をはかったものだった。そこでは、16歳以下の家族移民を認め、配偶者と子どもにも自身の滞在資格を与え（そうすることで、配偶者が離婚した場合の法的地位が安定化する）た。さらには、連邦政府のガイドラインで設けられていた結婚後1年間の待機期間が廃止された。これらの点で新外国人法は、これまでの裁判過程ですでに認められていた判断を法律で確定したものであるという特徴をもっていた。すなわち「1990年の新しい外国人法は、司法過程で確立し、判断されてきた立場に政治的過程が追いついただけのもの」<sup>53</sup>だった。待機期間1年間の廃止に関しては、むしろ司法の判断よりも先に進んだとも言える。新外国人法は「ドイツは移民国ではない」という従来の立場は基本的に堅持して

---

<sup>49</sup> Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, *Ausländerpolitik* (1985): 15.

<sup>50</sup> Albert Bleckmann, “Ausländer und Verfassung”, *Deutsches Verwaltungsblatt* 17/18 (1980): 694.

<sup>51</sup> Bernhard Santel und Albrecht Weber, “Zwischen Ausländerpolitik und Einwanderungspolitik: Migrations- und Ausländerrecht in Deutschland”, Klaus Bade und Rainer Münz (Hg.), *Migrationsreport 2000* (Campus, 2000): 112.

<sup>52</sup> コール政権は発足当初から外国人法の改定を政治課題のひとつに掲げていたが、外国人に権利を拡大して彼らの「統合」をはかろうとするリベラル派と、外国人の権利を制限して彼らの「帰還」を考える保守派のあいだに大きな意見の隔たりがあった。両者の対立は政権与党内にもおよんでいて、それが改定作業を滞らせていた。特に、内務大臣のフリードリヒ・ツィンマーマンと外国人問題委任官リーゼロッテ・フンケの対立は決定的であった。外国人法改定をめぐる政治対立については、Herbert, *Geschichte der Ausländerpolitik*: 278-284を参照せよ。

<sup>53</sup> Joppke, *Immigration and the Nation-State*: 75.

いた。しかしその反面で、外国人の滞在資格を行政裁量によるものから権利へと近づけたものになった。

このような変化を主導する役割を担ったのが司法であった。司法は「非移民国」としての行政や政治に抗してまでも、基本権と法治国家の原則を根拠にして外国人の地位の安定・向上を進める作用を果たした。このような点に、司法が国家の一機関でありながら、国家の政治・行政から相対的に自律した「リベラル」な役割を果たす一面をみることができる<sup>54</sup>。

## 6. 外国人の社会的権利と政治的権利

滞在や家族の合流といった基本権の次に、外国人の権利として社会的権利と政治的権利についてみておくことにしたい。基本法第20条には「ドイツ連邦共和国は民主的で社会的な連邦国家である」とあるが、社会的権利と政治的権利は、この条項の「社会的」「民主的」という言葉に対応している。ドイツ連邦共和国は「社会的」であるとともに「民主的」な国家でなければならない。それは、この条項（第1条とともに改定が禁じられた条項である）が連邦共和国に課している憲法上の義務である。

### 「社会国家」と社会的権利

基本法にいう「社会的な国家」とは社会的な生活の安全性（セキュリティ）の保障を目指す国家という意味で、一般に言う「福祉国家」とほぼ同じ意味である。ドイツでは、福祉国家という意味でしばしば「社会国家（Sozialstaat）」という言葉が使われる。

ドイツ連邦共和国における社会権に関する法令を集成したものが「社会法典（Sozialgesetzbuch）」である。社会法典は現在の時点で第12巻まで存在しているが、その第1巻が制定されたのが1976年である。第1巻は「総則」にあたり、ドイツの社会保障と社会的権利に関する一般的な法令が集められている。

この社会法典第1巻の第30条では、「この法律の条項は、その効力範囲に住居を持ち、日常的に滞在している全ての人間に適用される」とされている。ここで「効力範囲（Geltungsbereich）」と

<sup>54</sup> ドイツが「移民国」になることへの政治的モメントとして重要なのは、連邦政府が強制的ローテーション政策を採用しなかったことである。1973年に募集停止が決定された前後、バイエルン州やシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州からの提案により、外国人労働者の滞在に5年の上限を設け、強制ローテーションの仕組みを導入することが議論されたことがあった。しかし連邦政府は、法の支配や人権への配慮から、それを採用しなかったのである。フィル・トリエイダフィロポロスとカレン・シェンヴェルダールは、そこには「リベラルで民主的」な国家としての「戦後規範に動機づけられた政治」があったと指摘している。Phil Triadafilopoulos and Karen Schönwälder, "How the Federal Republic Became an Immigration Country: Norms, Politics and the Failure of West Germany's Guest Worker System", *German Politics and Society* 24/3 (2006): 1-19.

は連邦共和国の法律が効力を及ぼす空間的領域、すなわち連邦共和国の（事実上の）領土のことを意味している。つまりドイツの社会的権利は、「領域原理」に従い、ドイツ連邦共和国の領土内に住む人間全てに適用され、その人間の国籍いかんは問わないことになる。よって、ドイツに滞在する外国人に対しても、社会保障を受給できる権利は認められるわけである<sup>55</sup>。1985年に労働社会秩序省（現在の労働社会省）が出している『外国人政策』という小冊子には次のように記されている。

ドイツ連邦共和国において社会的ネットは外国人被雇用者に対しても同じように分厚い。全ての国籍保持者がここで雇用されている限り、法的な年金保険、健康保険、傷害保険においてドイツ人の同僚と全く同一の要求ができる権利を持っている。このような同等の立場は、長期失業の場合においても、大部分の外国人に対してあてはまる<sup>56</sup>。

このようにドイツの社会的権利は外国人に対して開かれたものだった。特に年金保険、健康保険、傷害保険などの社会保険の領域においてそうだった。だが、だからといって外国人とドイツ人が全ての面で平等であったというわけではない。特に失業手当においては、その受給できる権利は滞在期間の長さや滞在資格に依存していた。滞在期間が長く、無期限滞在資格や滞在権をもつ外国人であれば、ドイツ人と同等に失業手当を得ることができた。このような社会的権利の差異化についてハイルブロンナーは次のように説明している。

社会的水準は経済システムの生産力に依存するのだから、その滞在期間や滞在の権利を考慮することなく外国人を社会的権利の上で内国人（Inländer）と対等化するのは理性的な社会政策とは言えない<sup>57</sup>。

だが、ここでの「内外」の権利の差異が、必ずしも国籍（ないし「民族帰属」）によって区別されたものではないことにも注意すべきであろう。重要なのはドイツ国内に滞在し、居住地をもっているかどうかという点であり、その意味で社会法典に規定された領域原理の原則はここでも適用されていると考えることができるからである（ハイルブロンナーがわざわざ「内国人」という言葉を使っているのも、そのことを示唆したものであろう）。

生活扶助、子ども手当、養育扶助、疾病扶助などの社会的扶助の領域においても、外国人はドイツ人同様にそれら受給できる権利が認められていた。だが、無期限滞在資格ないし滞在権を持つ外国人と持たない外国人との間には重要な区別がなされていた。もし滞在無期限資格ないし滞在権を

---

<sup>55</sup> Constanze Janda, *Migration im Sozialstaat* (Mohr Siebeck, 2012): 57.

<sup>56</sup> Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, *Ansländerpolitik.*: 27.

<sup>57</sup> Kay Hailbronner, “Die Ausländer in der deutschen Sozialordnung”, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* 2 (1992): 87.

持たない外国人が社会的扶助を受給した場合、その外国人は国外退去処分になる可能性があったからである。

また、ドイツの社会的扶助の受給を目的に入国したことが明確である場合、その外国人は受給を受ける資格が取り消されることになっていた<sup>58</sup>。これらの条件は、他の西欧諸国に比して比較的条件のよいドイツの社会的給付を目当てに、社会的権利が「乱用」されることを避けるための制約であった。

### 民主主義国家と政治的権利

このように社会的権利は、領域原理に基づきながら原則は外国人に対しても開かれていた。では、政治的権利の方はどうであったのだろうか。

外国人のための政治的権利の問題として一時大きな政治的な争点となっていたのが外国人の地方参政権であった。この問題はすでに1970年代末から一部で話題には上っていたが、リベラル・左派勢力によって広くとりあげられるようになったのは1980年代に入ってからのことである。新たに州議会・連邦議会に進出した緑の党に加え、社会民主党や自由民主党の一部からからも外国人地方参政権が主張されるようになった。労働組合や教会、外国人支援団体からも外国人地方参政権を支持する声が聞かれるようになり、ドイツ人の34%がそれに賛成しているとする調査結果も発表されていた<sup>59</sup>。ヘッセン、ノルトラインヴェストファーレン、バーデン・ビュルテンベルグなどの州議会では、野党から外国人参政権を認める法案が何度となく出された。1989年には、社会民主党と自由民主党が政権をとるハンブルク市とシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州において、ついに外国人地方参政権を認めた法律が議会を通過することになったのである。

外国人参政権を支持する者の主張のなかで共通していたのは、すでにその半数以上がドイツ社会に10年以上住み、ドイツ社会を生活の根拠にしている外国人が政治的意思決定に参加する権利を持たないというのは、民主主義の原理に反しているという点である<sup>60</sup>。確かに1984年の段階で、ドイツの総人口の7%を越える外国人のうち57.4%が10年以上、77.8%が5年以上住んでいるという状況だった<sup>61</sup>。これらの外国人は、「外国人」であるという理由でドイツ連邦共和国の政治的権利から全く排除されていた。しかし、外国人地方参政権を支持するリベラル派からみれば、彼らもドイツに住む「共市民 (Mitbürger)」である。「私たちともにすでに長く生活しているこれらの人々は、共市民として認められることを主張する権利を持っている」とシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州議会でも州の内務大臣ハンス・ペーター・ブルが述べている<sup>62</sup>。ドイツに定住する外国人を「共

<sup>58</sup> Hailbronner, *Ausländerrecht*: 460.

<sup>59</sup> “Wahlen sollen deutsch bleiben”, *Tageszeitung* (17.7.1987): 2.

<sup>60</sup> Gabriele Liegmann, *Kommunales Wahlrecht für Ausländer in den Bundesländern und Europa* (Kommunalwissenschaftliches Zentrum, 1989): 13-15.

<sup>61</sup> Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, *Ausländerpolitik*: 25.

<sup>62</sup> *Schleswig-Holsteinischer Landtag. Plenarprotokoll* 12/9 (8.11.1988): 399.

市民」とみなし、彼らに政治的権利を与え、彼らをドイツの政治と社会に統合していくこと。これが民主主義国家としての連邦共和国にとって必要であるというのが、外国人地方参政権導入の中心的な論拠になっている。

ここで求められている民主主義の原理は、憲法上の条文を根拠にするものというよりは、むしろドイツの（特にナチズムの）歴史的経験への反省から生まれた理念だった。この民主主義の原理は、しばしば「民主主義への命令（Demokratiegebot）」という言葉で語られている。1989年にヘッセン州議会で「外国人のための地方参政権の導入に関する法律」を提案した緑の党のルパート・フォン・プロットニッツは、この法案の趣旨について次のように説明している。

私たちが連邦共和国という、民主主義への命令を自らに課しているということを了解している国家において、民主主義がここに住まい、生活の拠点としている全ての市民に有効でなければならない社会に住みたいと思うのか。あるいははかかるべき歴史的な理由ですでに長らく時代遅れになっている腐りきった民族至上主義のために、この民主主義への命令をだいなしにしなければならないような社会を選ぶのか。ここにあるのはその選択の問題なのである<sup>63</sup>。

「民主主義への命令」という言葉は、外国人参政権導入を説明するための規範的な根拠として言及されている。シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の州議会でも、社会民主党の議員が「この民主主義への命令が、外国人地方参政権を導入することを強いているのである」と述べている。

だが、「民主主義への命令」という言葉で表現された民主主義の理念に基づき、定住する外国人に対して政治的権利を認めるために導入がはかられた外国人地方参政権は、司法の力によって否定されてしまうことになる。連邦憲法裁判所がそれに違憲の判決を下したのである。

ハンブルク市とシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の議会で外国人地方参政権導入の法案が可決された直後、保守政党のキリスト教民主同盟とキリスト教社会同盟が、この法律と基本法との適合性を審査するための「規範統制手続き（Normenkontrolle）」の告訴を連邦憲法裁判所に対して行った。果たして連邦憲法裁判所は、外国人の地方参政権を基本法に違反していると判断し、ハンブルクとシュレスヴィヒ・ホルシュタインの議会で成立した外国人地方参政権導入の法律の停止を命じたのである<sup>64</sup>。

その論拠は皮肉なことに、連邦共和国を「民主的な国家」と規定している基本法第20条であった。第20条第2項には次のように記されている。

---

<sup>63</sup> Hessischer Landtag. Plenarprotokoll 12/12 (25.4.1989): 3927（傍点による強調は引用者による）。

<sup>64</sup> 判決は1990年10月31日に出された。シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の法律に対する判決は、*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 83: 37-59、ハンブルク市の法律に対する判決は *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 83: 60-81。

全ての国家権力は人民（Volk）に由来している。全ての国家権力は選挙と投票において、また立法、執行権、司法の特別な機関において人民により行使される。

また、第28条第1項の第2文はつぎのようになっている

州、群、市町村において、人民は普遍的で普通、直接、自由、平等、秘密な選挙に基づく代表機関を有しなければならない。

裁判においては、この「人民」とはいったい誰のことであるのかが争点となった<sup>65</sup>。「人民」とは「ドイツ人民」に限定されるのか、あるいは国籍や民族帰属とは関係なく、国家権力との関わりをもつ（例えば継続的に納税している）人間全体（そこにはドイツ社会に定住する外国人も含まれる）をさすものなのか。連邦憲法裁判所は前者の解釈、すなわち「人民」を「ドイツ人民」とみる解釈をとった。

連邦裁判所の判決はその主文において「基本法第20条第2項は、ドイツ連邦共和国の国家民（Staatsvolk）が国家権力の担い手であり主体であることを定めている」と述べ、基本法第20条第1項にある「人民」が「国家民」（すなわち国家に帰属する人民）であることを明確にする。さらに判決は「ドイツ連邦共和国における国家権力が由来するところの国家民は、基本法によりドイツ人から、すなわちドイツ国籍保持者と基本法第116条第1項によりドイツ国籍保持者と同等の資格をもつ人々から成り立っている」と述べる<sup>66</sup>。基本法第116条第1項に規定された「ドイツ人」の概念は、本論文の3章ですでに簡単に紹介してある。その「ドイツ人」は、ドイツ国籍保持者とドイツ民族籍を持つ被追放者（「地位におけるドイツ人（Statusdeutsche）」と呼ぶ）の2つのカテゴリーからなるものだった。この判決文において「国家民」は、ドイツ国籍保持者と「地位におけるドイツ人」の両方から構成される人間集団（基本法上の「ドイツ人」）とされている。州、群、市町村における選挙もまた、そのように定義された「ドイツ人」のみによって行われるものでなければならない。そこには、ドイツ国籍を持たない「非ドイツ人」は含まれていない。判決は、そのような「ドイツ人」のみによる選挙が、市町村までを含めた一体としての民主主義国家としてのドイツ連邦共和国の正当性を保証するものであると主張している。

[この判決文が示す] 規定は、ドイツ連邦共和国の領土内での全ての領域的機関のために民主的な正当性根拠の一体性を保証するものであり、それにより民主主義国家の構造における地方の領域的機関の特別な地位を考慮にいたったものである<sup>67</sup>。

<sup>65</sup> Hans Schueler, “Wer ist das Volk?“, *Die Zeit* 27 (29.6.1990).

<sup>66</sup> *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 83: 37.

<sup>67</sup> *Ibid.*: 37.

この裁判においては、2つの対立する基本法解釈が競合したという点で興味深い。外国人地方参政権の導入を違憲とする原告側（キリスト教民主同盟と社会同盟）に対し、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州議会は次のように反論した。

基本法の基礎となるのは、国民（Nation）という集合体ではなく人間（Menschen）からなる民主主義構造のモデルである。この概念は国家とそれ以下のグループとの間に区別をつけ続けることを許さないのである。それゆえ、連邦共和国がそうであるように、住民全体に占める外国人の割合の顕著な増加は、外国人参政権導入の必要性を示唆するものであり、その逆ではない<sup>68</sup>。

ここでシュレスヴィヒ・ホルシュタイン州議会は、連邦共和国基本法における民主主義の原理が「国民」ではなく「人間」をその構成要素であるとみなす開放的・普遍主義的な「リベラル」モデルを唱えている。だが、連邦憲法裁判所はこのような解釈を退けた。ドイツの民主主義国家における主権者は「ドイツ人民」であるというのが、連邦憲法裁判所の解釈だった。たしかにこの基本法第20条の解釈は、基本法の他の箇所との整合性がとれたものだった。例えば前文と第146条で「自由な自己決定」によって国家的統一を達成し、新たな憲法を起草する主体は「ドイツ人民」とされていた。「基本法前文と第146条の間のこの無視できない並行性が、ドイツ人民がドイツ連邦共和国という国家の担い手であり、主体であることを説明している」と判決文は主張した<sup>69</sup>。そして「ドイツ人民」の定義は、前述のように第116条第1項の「ドイツ人」の規定からそのまま導き出された。

このように、基本法によって形づくられた「ドイツ人」からなる（1990年以前には未完成の）国民国家としてのドイツ連邦共和国の「民主的」な構造が、外国人地方参政権と矛盾していた<sup>70</sup>。この場合「ドイツ人」が、民主主義国家の主権者たる「人民」だった。その「人民」から外国人は排除された。基本権や社会的権利がドイツ人とほぼ同様に適用された外国人に対し、政治的権利は憲法上認められなかったのである。

これは、決してドイツに特有な状況ではない。民主主義国家における政治的権利が、その主権者である特定の「人民」からなる政治共同体を前提にしたものであるとすれば、その共同体は閉鎖的・制限的にならざるをえない。ドイツ連邦共和国の「民主的な国家」としての原理もまた、「非ドイツ人」に対して閉鎖的であった<sup>71</sup>。基本権や社会的権利においてはかなりの程度開放的で「リ

---

<sup>68</sup> *Ibid.*: 42.

<sup>69</sup> *Ibid.*: 51.

<sup>70</sup> ただし、この判決の出された同じ月の10月3日、東西ドイツは統一され、もはやドイツ連邦共和国は「未完成」の国民国家ではなくなっていた。

ベラル」な側面をもっていた連邦共和国が、政治的権利の面では閉鎖的であった。ここに、「リベラルで民主的」な国家のパラドックスがよく示されている<sup>72</sup>。

## 7. 庇護権

### 基本法と庇護権

庇護権は基本法制定当初第16条第2項第2文に置かれ、「政治的に迫害された者は庇護権を有する (Politische Verfolgte genießen Asylrecht)」というたった4ワードからなるシンプルな条文によって規定されている (1993年に第16条が改定された際、第2項第2文は削除されたが、条文それ自体はそのまま第16a条に移され、現在に至っている)。この庇護権は、基本法に記載されている多くの基本権のなかでも、外国人にのみ適用されるという点で特別な項目である。外国人にのみ適用される権利を自国の憲法で規定しているという点で、ドイツ連邦共和国は世界の「リベラルで民主的」な諸国家のなかでも際立っている。

さらにこの庇護権の条文は、庇護の主体的な権利を規定しているという点において、世界でも極めて「リベラル」なものである<sup>73</sup>。ここで「主体的」とは、個人が国家に対して要求できる権利ということの意味する<sup>74</sup>。基本法において「政治的に迫害された者」の庇護は、国家の権限で付与されるのではなく、個人 (この場合は外国人) が要求できる権利である。よって、国家には政治的庇

<sup>71</sup> そもそも、外国人の政治的権利に関する議論が地方参政権レベルに留まっていたことに、「リベラル」な基準からすれば不徹底なものがあつた。仮に、政治的権利も「普遍的」であるならば、「外国人共市民」に対して国政選挙レベルの参政権も認められなければならない。じっさい緑の党は1989年6月に連邦議会に「外国人のための定住法」を提出し、国政レベルでの外国人の政治的権利も要求した。「外国人がドイツ国民よりも権利が少ないのは権利の平等に反する」という普遍主義的前提がそこにある。*Deutscher Bundestag. Plenarprotokoll 11/149: 1125, Deutscher Bundestag. Drucksache 11/4466*。しかしこのような立場は、広く受け入れられることはなかった。

<sup>72</sup> しかし、ここで民主主義国家の正統性の基礎とされた「人民」=「ドイツ人民」というこの原則は、絶対的なものではないことがその後明らかとなった。EU市民 (=EU加盟国民) に地方参政権が認められることになったからである。その際ドイツは、基本法第28条第1項を改定して憲法上それを可能にした。ここにEU市民と非EU市民に対するダブルスタンダードが見てとれる。しかし、ドイツ人でないEU市民は、「外国人」でありながらEU市民であるという特別な地位 (ドイツ人対外国人の二分法ではとらえきれない) を与えられているという問題もはらんでいる。「EU市民であること」と「外国人であること」との関係性については、また別途考察してみたい。

<sup>73</sup> ヨブケは「世界のなかでドイツの憲法だけが政治的庇護の主体的権利を認めている」と指摘している。Christian Joppke, "Asylum and State Sovereignty: A Coparison of the United States, Germany, and Britain", *Comparative Political Studies* 30/2 (197): 273.

<sup>74</sup> ドイツの法学者は、これを「主体的で公共的な権利」と呼んでいる。Uusla Münch, *Asylpolitik in der Bundesrepublik Deutschland. Entwicklung und Alternativen* (2. Überarbeitete und ergänzte Auflage) (Leske + Bucrich, 1993): 22-23を参照。

護を必要とする者に対して庇護を拒否することができない。その意味で基本法第16条第2項は国家の「政治的行為能力の喪失」をもたらすものであり、国家の主権を制限するものでさえあるとみることができる<sup>75</sup>。しかも1993年以前の基本法では、第16条第2項の条文にはなんら制限が示されておらず、庇護を必要とする外国人に対し無条件で庇護への権利を認めたものであった。

ドイツ連邦共和国はこのように極めて「リベラル」な庇護権を、1951年にジュネーブ国際難民協定が国連の特別委員会で採択される以前に、すでに憲法上の条項として導入していた。それはいわば「ホームグロウン」な普遍的人権条項ということになるだろう<sup>76</sup>。

この庇護権が導入された経緯は、ナチズム時代への反省に由来するところが大きい。1948年から49年にかけて基本法の制定作業を行った議会評議会のメンバーのなかには、ナチスによる政治的迫害を受けて他国へ亡命した者も含まれていた。庇護権をめぐる議論は議会評議会のなかで論争もあったが、「ナチス支配の下での苦痛に満ちた、そのメンバーの一部は自身がその被害にあった政治的迫害と対峙しながら、不可欠の道徳的価値への支持を表明するにいたった」。こうして、制限のない「絶対的」な庇護権が基本法に盛り込まれることになった。その後も庇護権は、ナチスの経験と結びつけて理解され、「他のどの基本権よりもナチスの経験に継続的な現前に依拠」して語られてきたのである<sup>77</sup>。

このようにして導入された「寛大」で「リベラル」なドイツの庇護権は、これまで世界の多くの難民を惹きつけてきた。1980年代から90年代にかけて、世界で難民が急増するが、そのなかでドイツ連邦共和国は、1988年から1992年までのあいだ、西ヨーロッパで6割から7割の難民を受け入れ、1992年にはその割合が約8割にまでなった。その規模は、西欧北米諸国のなかでも突出している<sup>78</sup>。皮肉にも、「移民国ではない」と宣言したドイツが、世界有数の「難民受け入れ国」になっていたのである。現在でもなお、ドイツは「寛大」に難民を受け入れている国として知られている。それは、ドイツの「特殊な」歴史の下に導入された憲法上の庇護権規定が、ドイツ連邦共和国に課している歴史的な「宿命」であるともいえる。

---

<sup>75</sup> Helmut Quaritsch, *Recht auf Asyl* (Duncker & Humlot, 1985): 21.

<sup>76</sup> Joppke, "Asylum and State Sovereignty": 274.

<sup>77</sup> Frank Rottmann, "Das Asylrecht des Art.16 GG. Als liberal-rechtsstaatliches Abwehrrecht", *Der Staat* 3 (1984): 344. だが、議会評議会で無制限の庇護権が導入されるにいたる理由として、ナチズム時代への反省はそのひとつでしかない。当時はまた、東方から大量に流入する避難民や被追放者の受け入れが大きな問題になっており、それとの関係も無視できない。議会評議会における庇護権をめぐる論争については、Münch, *Asylpolitik*: 17-22に簡単な記述がある。なお、庇護権をナチズムの歴史に結びつける理解の仕方は、1970年代までそれほど顕著にはみられない。そのような理解は、1980年代になって広く語られるようになったものでもある。戦後ドイツにおける庇護権の語られ方については、別途歴史的に検討してみるべき問題である。

<sup>78</sup> Joppke, "Asylum and State Sovereignty": 278, Klusmeyer and Papademetriou, *Immigration Policy*: 134-137. 1982年から2001年までの期間では、ドイツはどの欧米諸国よりも多くの難民を受け入れている。ただ、人口あたりの難民受入数では、スウェーデンがドイツを上回っている。

しかし同時に、庇護権に対してはこれまで、ドイツ国民の労働、社会保障、治安を中心に考える立場から数多くの批判や攻撃にさらされ、1980年代以後、庇護権は繰り返し論争の対象になってきた。そのなかで、庇護権には様々な制約が加えられてきた。まさに庇護権をめぐる論争は、外国人の普遍的権利としての「リベラル」な論理と、主権者としての国民を優先する「国民主権」の論理とが剥き出しに対峙しあう場であった。にもかかわらず、「リベラル」な論理を具現化させた庇護権規定が、なぜ、いかにして効力を維持し続けてきたのだろうか。その問題をここでは検討する。

## 難民保護の法的根拠

ドイツ連邦共和国の難民保護の法的根拠は基本法第16条だけではない。ドイツはまた、1953年にジュネーブ難民協定に加入し、難民保護の国際法上の義務を負うことにもなっていた。ジュネーブ難民協定は、難民を「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という十分に理由のある恐怖を有する者」（第1条）と定義した上で、締結国に難民を「いかなる方法によっても、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、または政治的意見のためにその生命または自由が脅威にさらされるおそれのある領域の国境へ追放しまたは送還してはならない」（第33条）ことを求めた。

このようにドイツの難民保護の法的根拠として基本法とジュネーブ難民協定が並列することになる。1965年の旧外国人法はジュネーブ難民協定第1条を取り入れ、これを「庇護権」のもとに基本法第16条と一体のものとして扱うようになる<sup>79</sup>。旧外国人法第28条では次のように規定されている。ここで「難民に関する協定」とはジュネーブ難民協定のことである。

請求に基づき、庇護権保持者（Asylberechtigte）は以下のものが認定される。

1. 難民に関する協定の第1条の意味における難民
2. その他の外国人で、基本法第16条第2項第2文における政治的に迫害された者

つまりドイツでは、基本法第16条第2項における「政治的に迫害された者」と、ジュネーブ難民協定第1条の「難民」とを、ともに庇護権認定の対象としてあついたのである。また、基本法での「政治的な迫害」には、ジュネーブ難民協定第1条のいう「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た」ことが含まれるものとされ、ドイツの行政裁判所もそのような解釈をとるようになる<sup>80</sup>。

では、「政治的に迫害された」とは具体的にどのようなことをさすのか。連邦難民認定局における庇護権の認定手続は、庇護請求をした外国人が本当に「政治的迫害」を受けているのかどうかを

<sup>79</sup> なお、基本法第25条では「国際法の一般の規定は連邦法の一部」とされている。そのため、国際条約の条項もこのように国内法化されるのである。

<sup>80</sup> Mary Ellen Fullerton, “Prosecution Due to Membership in a Particular Social Group: Jurisprudence in the Federal Republic of Germany”, *Georgetown Immigration Law Journal* 4 (1990): 389.

審査する過程である。庇護請求をした者の全てが庇護権を認められるわけではない。基本法の庇護権の規定がいくら寛大なものであっても、行政の認定手続が常に寛大であるわけではない。じつのところ、ドイツの庇護権の歴史は、後でみるように、庇護権の認定範囲を次第に狭めていく過程であった。立法や司法も、ここでは庇護権の制約を促進した。基本法の庇護権規定があまりに「リベラル」であったぶん、行政・政治・司法による庇護権制約の動きもまた強いものであった。1983年の国連難民高等弁務官の報告では、「リベラルな庇護法制と厳しい阻止体制との分裂」が指摘されているほどである<sup>81</sup>。その結果、正式に基本法の意味での庇護権が認定される割合は著しく低下し、現在にいたっては庇護請求者のわずか1% (!) 程度となっている。

では、ドイツの庇護権は効力を失ったのだろうか。基本法の庇護権規定は単なる名目上の条文にすぎなくなったのか。結論から先にいうならば、基本法の庇護権がじっさいに「寛大」であったのは、庇護権の付与それ自体に関してではなく、庇護を請求した者に対してであった。つまりドイツの庇護権は、庇護そのものへの権利としてではなく、庇護請求者の権利としてその効果を発揮したのである<sup>82</sup>。

連邦共和国の領域内に到達した外国人は、その信憑性はどうあれ「政治的に迫害されている」と主張しさえすれば入国が認められ、庇護権認定のための行政的（かつ法的）手続きへと参入することができた。そこで庇護を求め、庇護請求を行うことはどの外国人に対しても開かれているのである。1982年制定の庇護手続法第9条によれば、すでに他国での庇護が認められている場合を除き、「国境管理局で庇護を求めた外国人は、入国地を所管する外国人局に庇護請求のために転送される」とされている<sup>83</sup>。そしていったん外国人局で庇護請求が行われれば、庇護権認定手続きが終わるまでの間、庇護請求者には滞在資格が与えられ、住居が用意され、緊急医療や一定程度の社会給付が受けられることになる<sup>84</sup>。認定手続に時間がかかれば（じっさい、1980年以後請求者の増加により、認定手続に時間がかかることなる）、ドイツでの滞在期間は延長されることになる（1980年代には認定までに約1年から2年がかかった）<sup>85</sup>。

それだけではない。一度庇護請求が却下されても、弁護士の援助を得て、行政裁判所において不服を申し立てることができる。すでに指摘したように、それは基本法第19条第4項に定められた、外国人にも適応される基本権のひとつだった。さらに、裁判の判決で庇護が認められなかったとしても、判決が出るまでのあいだに（じっさい、裁判にはかなりの時間がかかった）出身国での状況

<sup>81</sup> Joppke, "Asylum and State Sovereignty": 276.

<sup>82</sup> Kay Hailbronner, "Asyl in Europa – Wenn, wie, wann", *FAZ Online* (12.10.2015).

<sup>83</sup> Victor Pfaff, "Flucht und Einwanderung. Die Nation im Umgang mit Fremden", *Kristische Justiz* 25 (1992): 131.

<sup>84</sup> ドイツの難民受け入れ体制の簡単な紹介として佐藤成基「難民受け入れ国としてのドイツ」『Migrants Network』(12月号, 2015年)を参照せよ。

<sup>85</sup> フランツ・ヌシェラーによれば、1980年代半ばには平均の手続期間が約2年間であり、その後行政スタッフを増員することで90年代初頭には約11ヶ月に短縮された。Franz Nuscheler, *Internationale Migration. Flucht und Asyl* (Leske+Budrich, 1995): 143.

が変化したと主張すれば、再請求を行うことも可能だった。このようにして、いったん庇護請求をすれば、その外国人には様々な滞在延長の機会が与えられていたのである。しかもその間、「庇護手続の継続に影響を与えようという全ての試みについて、それが庇護の基本権に反していないかどうか吟味されなければならなかった」<sup>86</sup>。庇護手続が長引けば、そのぶん庇護請求者の滞在期間も長くなる。たしかに庇護請求者の地位は正式な滞在資格ではなく、移動の自由にも制限があり、不安定であった。しかしその期間、少なくともドイツに滞在することは可能だった。しかも後で述べるように、庇護請求が最終的に拒否されても、様々な法的カテゴリーの下でドイツに滞在する道が開かれていた。たしかに、このような形でのドイツへの滞在は、庇護を求めてドイツにやってきた人々の期待とは食い違ったものだったかもしれない。だがドイツでは、庇護請求者として受け入れることが、事実上の「難民の受け入れ」として機能していたのである。

### 庇護権の制限に向けて

その一方で、ドイツの行政・政治・司法は、庇護請求者が増加する1970年代後半以後<sup>87</sup>、様々な方法で段階的に庇護権を制限してきた<sup>88</sup>。その方法の第一は、認定手続の簡略化である。1978年には、庇護請求が却下された場合に難民局内で上告できる方法を廃止した（それ以後、請求が却下された場合行政裁判所に提訴しなければならなくなった）。1980年には、それまで庇護認定を行っていた3名からなる認定委員会を廃止し、行政官1名だけで認定を行うようにした。さらに1982年の庇護手続法では、特別な困難がある場合をのぞき行政裁判所の判事は1名とされ、また行政裁判所での上告も制限されるようになった。またこの庇護手続法は、「非有意な (unbeachtlich)」、あるいは「明らかに根拠がない (offensichtlich unbegründet)」と認定された庇護請求者の出国義務を明記した<sup>89</sup>。こうした認定手続の簡略化は、庇護認定に必要な作業の負担を軽減させるとともに、庇護認定にかかる時間を短縮することをめざしていた。特に庇護認定手続の迅速化は、その期間に必要な庇護請求者の生活を援助するコストを縮小させる。それは、庇護請求者にとってみれば、

<sup>86</sup> Münch, *Asylpolitik*: 13.

<sup>87</sup> 1970年代前半まで、庇護請求者は主として東欧社会主義国から来る場合がほとんどであった。その数も毎年5000人以下のことが多かった。しかし、1970年代後半以後、庇護請求者の数は急増していった。その背景には、第三世界での政治的不安定や内戦といった国際情勢の変化があり、さらには1973年以後ドイツが外国人労働者の受け入れを停止したため、庇護申請がそれに代わる唯一の経路（家族合流以外の）になったこともあった。その数は1976年に1万人を越えたのを皮切りに、1980年には10万8千人にまで増加した。Klusmeyer and Papademetriou, *Immigration Policy*: 135を参照せよ。

<sup>88</sup> Klusmeyer and Papademetriou, *Immigration Policy*: 134, Nuscheler, *Internationale Migration*, 141-150, 174-178, Friedrich Blahusch, *Zuwanderungspolitik im Spannungsfeld ordnungspolitischer un ethnisch-nationalistischer Legimitationsmuster* (Peter Lang, 1999): 162-169, Münch, *Asylpolitik*, 72-110, Wolfgang Bosswick, "Development of Asylum Policy in Germany", *Journal of Refugee Studies* 13/1 (2000): 43-60 Köppe, "The Leviathan of Competitiveness" など多くの文献がこの問題をカバーしている。

<sup>89</sup> *Bundesgesetzblatt I* (1982): 946-954.

ドイツの社会給付によるメリットが減らされることを意味する。手続の迅速化には、庇護請求者がドイツに来る社会経済的インセンティブを低下させようという意図もあった。

第二の方法は、庇護請求者の社会経済的条件を悪化させることである。例えば、庇護請求者の労働の機会が制限された。1980年に入国後1年間の労働許可が停止され、さらにその停止期間は1981年には2年、1985年には5年にまで引き延ばされた。これはドイツでの労働の機会を求めてドイツに来る庇護請求者（「経済難民」などとバッシングの対象になっていた）の条件に制約を加えたものである。また、1982年には庇護請求受付後数ヶ月間、原則集合宿泊所に滞在することが義務づけられ、移動の自由が制限された。さらには、庇護請求者への社会扶助が減額され、現物支給に置き換えられた。また、庇護手続期間中の子ども手当が廃止された。

第三に、庇護権付与の前提となる「政治的な迫害」の定義を狭く解釈することである。ここでは司法が重要な役割を果たした。庇護権の認定においては、庇護請求者が「政治的迫害」を受けていることの根拠が示される必要がある。その根拠について、連邦憲法裁判所の1980年7月2日の判決は、単なる主観的な「恐れ」ではなく、「迫害の危険の客観的評価」が必要であるとした。また、「政治的迫害」は「政治的に動機づけられた」ものでなくてはならなかった。「政治的な動機」がそこに確認できなければ「政治的迫害」にはならない。そのため行政裁判所は、拷問が刑罰の一部として行われており、政治的な意図がない場合には、その拷問は「迫害」とはいえないと解釈するのである<sup>90</sup>。

1980年代後半になると、連邦憲法裁判所が次々と判決を出して政治的庇護の範囲を限定していく。まず1986年の判決で、ドイツ入国後に始めた政治活動や入国後の改宗によって迫害の危険が生じた場合は、その外国人は原則として庇護の対象にはならないと判断した。さらに1987年には私的領域における宗教活動の「存在の最小限度」が損なわれない限り（つまり公的な宗教活動が制限されただけでは）庇護の対象とならないとされた。また、同じ判決では、出身国で迫害にあった経験のない外国人は、帰国した場合に50%以上の確率で迫害にあう可能性が認められない限り、庇護権を享受できないともされた。1989年には、「政治的迫害」が国家による迫害の意味であること、つまり非国家的な主体による迫害は「政治的迫害」とはみなさないとされた。この結果、内戦で国家が崩壊している地域から避難してきた庇護請求者の多くに、庇護権が認められなくなったのである<sup>91</sup>。

なぜ、庇護請求者の増大が、ドイツの行政・立法・司法を庇護権の制約へと向かわせるのだろうか。それは、ドイツの行政・立法・司法が何よりもまず「ドイツ国民のため」にあるものだからである。国民国家の機関として、行政・立法・司法には「ドイツ国民」の生活や安全を優先して守る義務がある。あるいは、そのような義務があるものとして振舞う必要がある。1980年代に庇護請求

---

<sup>90</sup> Münch, *Asylpolitik*: 30-32, Nuscheler, *Internationale Migration*: 150-154.

<sup>91</sup> Paul Tiedemann, “Das konstitutionelle Asylrecht in Deutschland – Ein Nachruf –”, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 161 (2009): 165.

者が増大し、ドイツ人のあいだに難民に対する排外主義が広まった。それは、庇護権を「乱用」し、社会保障費に「寄生」する庇護請求者によって、ドイツ人のための労働市場や社会保障費が奪われてしまうというドイツ人たちの不安や恐怖から来たものであった。また、じっさいに庇護請求者の収容のためには、住居や食事の用意、生活費の援助などのための費用がかかるが、その費用は州政府や地方自治体が負担することになっていた。庇護請求者が増加すれば、当然その費用も増える。1980年代には、それに対する抗議や異論が、州政府や地方自治体から上がっていた<sup>92</sup>。庇護権の制約は、このようなドイツの国民・住民の声への配慮から発したものだ。

庇護権制約への動きは、やがて基本法第16条第2項の改定を求める運動へとつながっていった。はやくからこの歴史的改定を推進したバイエルン州の内務大臣エドムント・シュトイバー（キリスト教社会同盟）はこれについて次のように語っている。

私の政治家としての義務は、ここに生活している人々の条件を最善なものすることです。世界の全ての問題を平等に取り扱うことが私の義務なのではありません<sup>93</sup>。

ここでシュトイバーが語っているのは、ドイツ国民を第一に優先する「国民主権」の論理である。それは庇護権における普遍的人権の論理と真っ向から対立している。当初無制限に定義されていた基本法上の庇護権は、「国民」の利益を優先する論理によって制約されていく。その帰結が1993年の基本法第16条第2項の改定であった<sup>94</sup>。

この改定で「政治的に迫害された者は庇護権を有する」という条文が第16条第2項から削除された。そしてこの条文は、新たに設けられた第16a条第1項に移され、同上第2項以下で強く制限されることになる。その制限なかでも最大のものが第2項である。それは以下のような条文である。

ヨーロッパ共同体の構成国から入国する者、または難民の法的地位に関する協定の適用もしくは人権および基本的自由の保護に関する規約の適用が保障されているその他の第三国から入国する者は、第1項を援用することはできない。ヨーロッパ共同体の構成国以外の国で、第1文の要件に該当する国は、連邦参議院の同意を必要とする法律によって規定される。

つまり、人権および基本的自由が保護されている「安全な」国を経てドイツに入国した者には庇護権を認めないという規定である。EU加盟国以外、どの国が「安全」なのかは連邦参議院の同意によって決められる。ドイツの隣接諸国はどれもみな「安全」とされたので、陸路でドイツに入国した外国人には庇護権は認められないということになる。この規定により、基本法第16条により

<sup>92</sup> Bade, *Ausländer, Aussiedler, Asyl*: 100-110, Herbert, *Geschichte der Asylpolitik*: 263-273.

<sup>93</sup> “„Wettrenne in Schübigkeit“”, *Der Spiegel* 45 (1990): 52 (傍点による強調は引用者によるもの).

<sup>94</sup> Klusmeyer and Papademetriou, *Immigration Policy*: 169-176, 佐藤「移民政策」303-305頁。

庇護権を認められるのは、空路を利用してドイツに入国した者のみである。基本法での庇護権は、それ自体の実質的な効力をほとんど失ってしまったのである。

それに加え、基本法改定と同時に庇護請求者給付法が制定され、庇護請求者が社会法典の枠組の外部に置かれるようになった。また、庇護請求者への給付も削減された。彼らは最初の12ヶ月間現物支給を受けることになり、15歳以上の場合の日当は月額80マルク（その後40.90ユーロ、子どもは半額）とされた。それは、最低限の生活のためにさえ低過ぎる額である。

このような庇護権の制限の効果は端的にあらわれた<sup>95</sup>。1992年には43万8千191人まで増加していた庇護請求者は、2年後の1994年には12万7千210人へとほぼ半減したのである<sup>96</sup>。

### 難民保護の法的迷宮

しかし、ドイツのパラドックスは、このような度重なる庇護権の制約にもかかわらず、ドイツが世界有数の難民受け入れ国であり続けたところにある。なぜそれが可能だったのか。それは庇護認定の経路を延長し、いくえにも分岐させ、しかも滞在の法的カテゴリーを何重にも増殖させて複雑な法的迷宮をつくり出したことによってであった。

庇護権の制約は、何よりも認定率の著しい低下にあらわれている。1972年に39.8%であった認定率は、1985年には29.2%、1990年には4.4%にまで減じた<sup>97</sup>。基本法改定後、1995年には9.0%と少し回復したが、2002年以後、2%を越えることはなくなったのである<sup>98</sup>。

先に述べたように、ドイツの庇護権は、事実上庇護請求者の権利として作用した。ドイツ領内に入り、庇護を請求すれば、ドイツで庇護認定の手続を受けることができた。しかし、庇護が認められなければ、認定手続の後ドイツに滞在することは理論上不可能となる。では、庇護権が認められなかった場合、庇護請求者はほんとうに出身国に戻るか、他国に移動するかしたのであろうか。そうではなかった。庇護権を却下された庇護請求者の多くは国外に退去することなく、そのままドイツに留まり続けたのである。それを可能にするような方法が、ドイツの法的枠組のなかに存在していた。

その方法は大きく分けて2つあった。ひとつは、行政裁判所への不服申し立てである。基本法第

---

<sup>95</sup> 連邦憲法裁判所は、基本法第16条改定による「安全な第三国」の規定を、1996年5月14日の判決で合憲と判断した。しかし同裁判所は、2012年7月18日の判決で、庇護請求者給付法での給付額が、物価の上昇にも関わらず1993年以後引き上げられていないのは違憲であるとした。判決はそこで基本法第1条の「人間の尊厳」の原則、第20条の社会国家の原則に言及し、給付額が人間の尊厳にかなう「生活最低限度」を満たしていないと主張している。その後、庇護請求者への給付は引き上げられ、2016年9月時点の給付総額は354ユーロで、ドイツ人の取得でき長期失業手当（ハルツIV）より若干低い額である。しかしそれも現在減額される方向にある。

<sup>96</sup> 佐藤「移民政策」296頁。

<sup>97</sup> Franz Nuscheler, *Internationale Migration* (2.Auflage) (VS Verlag, 2004): 153.

<sup>98</sup> *Migrationsbericht des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge im Auftrag der Bundesregierung* (Bundesministerium des Innern, 2011): 90.

16条第4項は、外国人にもドイツ人同様に裁判に訴える権利を認めていた。しかも争点となるのは、基本権のひとつである庇護権に関する問題である。1990年代の初頭、新聞の報道によれば、連邦難民局により請求が却下された庇護請求者の99.9%が不服申し立てをしている<sup>99</sup>。裁判に約1年から2年がかかり、その判決で認定を認められなければ、引き続き難民局に再請求を行う。このように裁判所を介して庇護認定期間を延長することによって、庇護請求者はドイツに滞在し、庇護請求者としての社会的扶助を得ることができたのである。また、行政裁判所での判決により、庇護請求者の庇護権認定率は倍増した。結果として、その家族も含めれば（庇護権保持者には家族の合流も認められたから）、正式な認定率が5%を割っていた1980年代末でも、実際上の認定率は約2割になっていたことになる<sup>100</sup>。

庇護権が却下された外国人がドイツに残ることができるもうひとつの方法は、滞在のための法的カテゴリーの多重化によって生み出された。すでに1965年の旧外国人法のなかで、庇護申請を拒否された人々の滞在の可能性が残されていた。それは同法第14条第1項にある「外国人は人種、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、または政治的意見のためにその生命または自由が脅威にさらされるおそれのある国家に退去させてはならない」という条文である。これはジュネーブ難民協定の第33条（いわゆる「ノン・ルフールマン原則」）を取り入れたものである。庇護認定で公式に「庇護権保持者」と認定されていなくても、「生命または自由が脅威にさらされるおそれのある」と認められた場合には、国外強制退去処分が行われず、ドイツへの滞在が許されることになった。例えば、庇護権の基準が厳しくなった結果、内戦地域からの避難してきた人々に庇護権が与えられなくなっていたが、彼らの多くにこの旧外国人法第14条第1項が適用され、同第17条に規定された「黙認（Duldung）」というカテゴリーによってドイツでの滞在を許されたのである。これらの人々は「事実上の難民（de-facto-Flüchtlinge）」と呼ばれた。その地位は合法的な滞在資格ではないため極めて不安定なものであり、いつ国外強制退去処分が実施されるかもわからなかった。自由な労働も認められず、移動の自由も制限されていた。だが、彼らはその地位を何度も更新し、ともかくも「黙認」のままドイツに滞在を続けたのである。1980年代末においては、庇護認定が拒否された庇護請求者のうちの約3分の1が、「黙認」の地位でドイツに滞在していた<sup>101</sup>。

1988年に広い意味での難民<sup>102</sup>が約80万人ドイツに滞在していたが、そのうちの約8万人が庇護権保持者、約16万人がその家族、そして約30万人が「事実上の難民」であった。庇護権保持者とそ

<sup>99</sup> フランクフルト秩序局（外国人課がそこに属する）の局長の発言。“Zur Abschiebung kommt es nur selten”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (10.8.1991): 35.

<sup>100</sup> Bade, *Aysländer, Aussiedler, Asyl*: 111.

<sup>101</sup> *Ibid.*: 110. 「黙認」を更新し続けることでドイツに滞在することを「連鎖黙認（Kettenduldung）」と呼ぶ。

<sup>102</sup> 「広い意味での難民」とは、他国に庇護を求めて移動する人々全般をさす。日常的に「難民」というと、この意味での難民をさすことが多い。また、国際機関が「難民」と呼ぶ時もこの意味である場合が多い。それと区別されるのが、法律上の地位としての「難民」である。これは国家が与える法的地位であり、この地位が与えられた者は合法的にその国に滞在でき、様々な権利も保障される。

の家族のみならず、庇護請求者約20万人よりも多い数の外国人が「事実上の難民」としてドイツに滞在していたことになる<sup>103</sup>。

だが、このカテゴリー化は、その後の法改定によって変わっていった。まず、1992年の庇護手続法の改定により、「事実上の難民」が合法化された。以後、庇護請求が行われた場合、庇護請求者は第16条第2項（1993年以降は第16a条）により庇護権が認定されるか（この場合「庇護権保持者」になる）、あるいは1990年新外国人法第51条第1項に規定された（2004年に滞在法第60条第1項に取り入れられる）ジュネーブ協定第33条の「国外退去からの保護」が与えられるかのどちらかであるが、自動的に審査されることになったのである。これにより、それまでは非合法であったジュネーブ協定第33条による滞行者にも、正式の滞在許可が与えられた。さらに2013年制定の庇護法第3条第1項では、この地位が法律上の「難民」とされ、庇護権保持者と同等の権利が認められるにいたるのである。法律上の「難民」は、「安全な第三国」を経由して入国した場合でも、ジュネーブ協定第1条の難民の属性が認められればその地位が認められる。その点において、基本法第16a条第2項での制約が課せられる庇護権保持者とは異なっている。現在、庇護請求者の多くが、法律上の「難民」の地位を認められてドイツに滞在している。例えば2014年において、基本法の庇護権を認められた者が庇護請求者全体のわずか1.8%であったのに対し、「難民」の地位が認められた者の割合は25.8%にのぼっている。

「事実上の難民」が合法化されたのにともない、「黙認」の地位も変化した。基本法やジュネーブ難民協定の規定では認定されなかった庇護請求者に対し、「国際法または人道的な理由で」、あるいは「法的ないし事実上の理由で」国外退去処分を「延期（aussetzen）」しなければならない場合、「黙認」の地位が与えられ、3ヶ月から6ヶ月の滞在が許可される。例えば、庇護請求者や病気や妊娠中の場合、パスポートなどの出入国に必要な書類を喪失している場合、庇護請求者の出身国が受け入れを拒否している場合、交通機関が利用できない場合などがこの例にあたる（病気の場合には、医者 の証明が必要である）。庇護請求を拒否された庇護請求者のかなりの部分が、この「黙認」によって国外退去を免れているのである。2011年の時点で、庇護請求が却下され、国外退去義務のある外国人のうち、強制送還と自ら出国したものを含め、実際に国外退去した者の割合が20%弱とされているので、それ以外は「黙認」されたか、あるいは地下に潜ったかということになる<sup>104</sup>。

現在、「黙認」によってドイツに滞在を続ける外国人は多い。連邦政府によると、2015年6月の段階で、「庇護権保持者」が38,637人、「難民」が144,933人であるのに対し、「黙認」が129,258人とされている。また、「黙認」のうち46,488人が4年以上滞在している<sup>105</sup>。

<sup>103</sup> Herbert, *Geschichte der Ausländerpolitik*: 270.

<sup>104</sup> Albert Scherr, “Wer soll deportiert werden? Wie die folgenreiche Unterscheidung zwischen den „wirklichen“ Flüchtlingen, den zu Duldenden und den Abzuschiebenden hergestellt wird”, *Soziale Probleme* 2: 153.

<sup>105</sup> *Deutscher Bundestag. Drucksache* 18/5862 (26.8.2015): 24.

しかし、この数字は単にこれまで「黙認」されたことのある人の累積ではない。「黙認」の地位で長くドイツに滞在することにより、その外国人に正式の滞在許可が出される例が少なくない<sup>106</sup>。連邦政府によると、2015年6月時点で庇護申請が却下された経験をもつ外国人が53万8千57人ドイツで生活しているが、そのうち47.1%が無期限の滞在許可、36.9%が期限付きの滞在許可を持っていて、「黙認」のままなのは16%に過ぎない<sup>107</sup>。「黙認」が更新され続けることが滞在資格に繋がる。つまり、「黙認」が合法的な滞在資格への「裏道」の入り口になっているのである。しかも2004年の移民法以来、「黙認」を更新し続けることでドイツに滞在する「連鎖黙認」の外国人の地位を安定化させる政策も進められている。例えば、滞在法第25a条と第25b条により、「黙認」の地位において大人で6年間、子どもで4年間ドイツに滞在し、「よく統合された」外国人に対し、合法的な滞在資格を与える道も規定されている。

認定経路の延長と分岐、滞在資格の重層化によって形成されたこの法的迷宮により、基本法における庇護権が拒否された庇護請求者にも広く滞在の機会が与えられた。その地位は基本法における庇護権保持者と比べると不安定であり、基本権の保障も不十分である。しかしながら、度重なる制約により基本法第16条の庇護権が骨抜きにされるなか、ドイツの経済的繁栄と「寛大」な（とみなされてきた）庇護権を目標にしてドイツにやってきた庇護請求者たちを受け入れ、彼らに何らかの「保護」を提供してきたのはこの複雑な法的迷宮であった。庇護権が拒否された庇護請求者たちは、そのどこかに居場所を見つけてドイツでの滞在を続けたのである。

そこで、ドイツ連邦共和国の「リベラル」な原則はどう作用したのか。やはりそこで作用していたのは、制約され、不十分であったとはいえ、基本法における基本権の原則であった。本来の機能を果たさなくなっていたとはいえ、第16条の庇護権の規定のもつ意味は少なくなかった。すでに何度か述べたように、基本法の庇護権は、庇護請求者の権利として作用した。そしてドイツで庇護請求を行った者には、基本権の少なくとも一部は認められた。

どの庇護請求者も（中略）法治国家として規則化された庇護手続を、行政的決定に対する裁判所の審査を、またその判決に対して上級の裁判所へと上告することを要求する権利を、すなわち基本法第19条第4項の法的手続の保証を要求する権利を持っていた。また、その手続が続くあいだ、疑問の余地なく却下されて終わるまで、暫定的な滞在許可を要求する権利を持っていた。なぜなら、彼らにも基本法第1条の人間の尊厳は守られていたからである<sup>108</sup>。

たしかに、この権利も庇護請求者の増加とともに高まった国民国家の論理によって次第に制約され

<sup>106</sup> 例えば、"Duldung wird zum Regelfall: Abgelehnte Asylbewerber bleibt oft hier", *Kölnische Rundschau* (Online, 9.12.2015) がそのような事情について報告している。

<sup>107</sup> *Deutscher Bundestag. Drucksache 18/5862*: 29.

<sup>108</sup> Nuscheler, *Internationale Migration* (2004): 144.

ていったが、完全に消失することはなかった。その結果生まれたのが、庇護権認定と国外退去とのあいだに広がった複雑で不透明な迷宮である。これが「難民受け入れ国」としてのドイツを支えた法的な構造物であった<sup>109</sup>。

## 8. 人権と国民主権の間 ——むすびにかえて

本論文は、「リベラルで民主的」な国民国家に内在する人権と国民主権というふたつの論理のあいだの逆説的な関係に注目しながら、ドイツ連邦共和国の外国人政策について分析してきた。人権の論理は外国人も国民同様に「人」として権利を認めていく普遍的なものであるのに対し、国民主権の論理は国民を外国人よりも優先する。1990年代までのドイツは、一方で閉鎖的でエスニックな国民概念を基盤にしつつ、他方で「リベラル」な基本権を憲法に規定していた。外国人に対しては「移民国ではない」として制限的な方針をとりながら、同時に彼らを「外国人共市民」として包摂するという矛盾した側面を見いだすことができた。そこでは、「国籍へのアクセスを厳しく制限していた閉鎖的なエスニック・ネーションの持続的レガシーゆえに、外国人の地位が例外的によく保護されていた」という、「エスニックでリベラル」な国民国家の逆説を指摘することができるであろう<sup>110</sup>。

しかし1990年代以後、ドイツの外国人政策は大きく転換した。国内の外国人人口の増加に伴い、外国人に権利を認めることによって彼らをドイツ社会に包摂するという方法に限界が出てきた。国民国家の下で、国民と外国人との差異を完全に解消するわけにはいかなかったからである。そこでドイツ国家は、外国人にドイツ国籍を付与することで、つまり彼らを「外国人共市民」としてではなく、「国民」として包摂していくという方針が変わっていった。いいかえるならば、権利付与による包摂から包摂による権利付与へと転換したのである。

1980年代まで、ドイツでは帰化に対して厳しい条件が課せられていた。しかも、帰化の決定は行政の裁量によって行われていた。しかし1990年新外国人法から帰化の条件が緩和され、1993年の改定により帰化請求権が認められるようになった。これは一定の条件を満たした外国人に対し、行政の裁量によるのではなく、権利として帰化を認めたものである。さらに1999年の国籍法改定によって出生地主義が導入され、8年間合法的に滞在した外国人の子どもには自動的にドイツ国籍が付与されることになった。このような国籍法制の変化とともに、1990年代以後帰化する者の数が

---

<sup>109</sup> 現在ドイツ政府がとりこんでいるのは、この法的迷宮の解体作業である。出身国により庇護請求者を選別することによって庇護認定作業を迅速化すること（これにより、バルカン諸国、北アフリカ諸国からの庇護請求者は即時的に却下されることになる）、拒否された庇護請求者を迅速に強制送還すること。このふたつの方法により、庇護ないし難民の地位を与えられる者とそれ以外の者との区別を明確にし、その中間に広がる「迷宮」を解体することが目指されている。

<sup>110</sup> Joppke, “Asylum and State Sovereignty”: 274.

増えた。逆に外国人人口は頭打ちとなり、2000年代にはわずかながら減少の傾向さえあらわれたのである。

また、2004年に移民法（正式には移民の管理と制限のための法律）が制定され、「外国人」に代わり「移民」という言葉が政府レベルで用いられるようになる。連邦政府は「移民の背景をもつ人々」の「統合」を重要な政策課題として掲げ、彼らがドイツ社会のルールや価値観に適応し、ドイツ語に習熟するための努力を始めた。それとともに、ドイツ国家が前提とすべき「国民」の概念も、「エスニックで同質」なものから、「シヴィックで多様」なものへと変化しつつある<sup>111</sup>。

その一方で、「リベラル」な人権保護体制の超国家化が進んでいる。特にヨーロッパでは、法令や司法判断によって共通基準が示され、それが各国の法制度にも法的な効力を及ぼしている。難民政策に関して、EUの規約や指令があり、ドイツの庇護／難民法制にも取り入れられている<sup>112</sup>。諸国家は人権保護のためのグローバルな「法共同体」を維持するため、超国家レベルで国民国家間の国際的な協調の必要に迫られている。

このように現在でも、「リベラルで民主的」な国民国家のディレンマは解消されていない。一方で普遍的な人権を保護することに対する法的な拘束力が作用し、他方では国民の権利を保護するための政治的な義務が課せられている。一方にかかる力が他方の許容域を越えると、相互のあいだに亀裂があらわれる。現在の難民の急増がドイツに（そしてその他のヨーロッパ諸国にも）もたらしめているのは、この亀裂である。「リベラル」な人権の原則（基本法に示された庇護の基本権）に従って受け入れられた難民は、治安や社会保障などの確保を要求する主権者（＝国民）からの要求と対立している。しかしまた、先進諸国へと流入する難民に対して、その権利保護が喫緊の国際的課題となっている。「人」と「国民」とどちらを優先するのか。そのディレンマはこんにちますます先鋭化している。

【注記】 本論文は、2016年9月18日に「国家と人権」を共通テーマとする第2回比較歴史社会学研究会（水林彪早稲田大学特任教授主催）で行った同一タイトルの報告を下敷きにしている。報告の機会を与えていただいた同研究会と、貴重なコメントをくださった研究会参加者の皆さまに謝意をあらわしたい。

<sup>111</sup> 多様性の増加とともに変化している「ドイツ人」概念については、佐藤成基「「ドイツ人概念」の変容——〇〇系ドイツ人から考える」駒井洋監修・佐々木てる編著『マルチ・エスニック・ジャパニーズ 〇〇系日本人の変革力（移民・ディアスポラ研究5）』（明石書店、2016年）を参照せよ。

<sup>112</sup> Kay Hailbronner, “Das Grundrecht auf Asyl – unverzichtbarer Bestandteil der grundgesetzlichen Wertordnung, historisches Relikt oder gemeinschaftsrechtswidrig?“, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 11/12 (2009): 369-376.