

## 紹介

Danièle LOCHAK, *Étrangers : de quel droit ?*,  
Paris, PUF, 1985, 256 p.

光 信 一 宏

一 「外国人の置かれている状況(Condition)——法が反映し、永続させるところの——の基礎に関する、歴史研究および比較研究に富んだ、刺激的かつ立場の明確な批判的省察の書」。フランスの法理論雑誌 *Droits*(三号、一六〇頁)が簡潔に紹介しているように、本書「外国人——いかなる *droit* の？」は、外国人の地位の基底にある法原理を考究することを試みたものである。筆者、ダニエル・ロシヤクについて一言すると、筆者は一九四六年生まれであり、アミアン大学等を経て、現在パリ第十大学教授である。専攻は行政法、公的自由 (*libertés publiques*)、行政学、および法

理論であり、最近の著書として *La justice administrative, Montchrestien, 1992* が有名 (cf. *Annuaire des juristes et politistes universitaires, 2<sup>e</sup> éd., 1993*)。なお筆者は「*L'étranger et les droits de l'homme*」、Service public et *libertés, 1981* ならびに「*Étrangers et citoyens au regard du droit*」、C. Wintol de Wenden (éd.), *La citoyenneté, 1988* 等でも、本書と同様のテーマについて論じており、「外国人の人権」論においてフランスを代表する法学者のひとつに数えることができる。

本書の目次は次のとおりである。「序」「第一部 法の鏡

紹介  
に映された外国人」(第一章 étrangerの姿)、「第二章  
法により把握されたétranger」(第二章 外国人、法律の  
外にある?)、「第一章 排除の論理」(第二章 劣位の表  
徴)、「第三章 移民の試験を受ける法」(第一章 法、政  
治の下で)、「第二章 infra-droitの構造」(結論 徴候と  
しての外国人)。以下では、特に興味深いと思われる部分を  
重点的に紹介し、最後に感想を簡単に述べることにする。

二 第一部では、まず第一章において、言語学的方法論  
を駆使して《étranger》の概念の基本構造を析出するととも  
に、同概念の意味内容の歴史の変遷を跡づけている。

筆者によれば、《étranger》は広義には「集団に所属しな  
い者」、すなわち「よそ者」を指し、その「他者性(alterité)」  
が不信、拒絶さらには憎悪の念を集団の構成員に呼び起こ  
す(ちなみに《étranger》は、「不可解な」「異様な」を意味  
するétrange)に由来するという(二二頁)。そして、「他  
者の姿が対照的に集団それ自身の姿を投影することで、集  
団の結合が強化されるのであるから、集団はすべて排他  
的である」(二四頁、傍点は引用者)。

このように《étranger》に対する拒否反応は、程度の違い  
こそあれ、あらゆる人間社会に共通して見られるが、しか

し《étranger》の具体像は時代および地域により一様ではな  
い(例えばヨーロッパ中世の「旅人」、「異教徒」、「aubain」  
等)。では、多様な《étranger》の姿が今日の「外国人」へ  
と収斂していった経緯は何であろうか。筆者はこれを、封  
建社会の崩壊およびこれに代わる「国民国家(Nation)」の形成・確立の過程と関連づけて理解する。そし  
て具体的には、「国境による内と外の厳格な分離」、「集権  
的・同質的な国内空間の創出」、および「国民意識の形成」  
等の諸事象に注目する。かくして、「個人の最高度の忠誠が  
国民国家に向けられなければならないとする国民思想は、  
《étranger》の問題と取り組む場合の用語法(termes)を根  
本的に変える以外にありえない。国民は、内部の差異を最  
小にするだけでなく、他の国民に対する自己の特性を強調  
することによって、集団としての同一性を創造するのであ  
り、したがってそれは排除装置として機能する」(三三頁)。  
しかし他方、「歴史上の短い脱線(Paranthèse)」との断り  
書きをつけたうえで次のように述べている点は興味深い。  
いわく、「初期において、フランス革命は国境なき革命であ  
ろうと欲し、他の人民を解放し、外国人に対して無差別に  
広く開かれようとした」(三四頁)と。ここでは、「国民的

なるものの主張 (affirmation nationale) が相対的な「戸開放と両立しうる」ことの一例が挙げられている。

次に第二章では、国民と外国人を法的に区別する基準である国籍の問題に言及している。そのなかで筆者は、国籍は国民ではなく国家への個人の帰属を示す概念だとして、*«nationalité»* に代えて *«étaticité»* という用語を提案している (四九頁)。また、外国人が帰化 (*naturalisation*) の後も肌、文化、宗教等の違いを理由に社会の一員として必ずしも受け入れられない現状を指摘している (六九頁以下) のが目を引く。

三 第二部第一章では、外国人の地位を特徴づけるものとして、「不安定性」と「差別性」という関連しあう二つの原理を挙げ、各々の内容について丹念に論じている。

まず「不安定性」の原理であるが、現在、外国人は人間として最低限度の待遇を受けることができるものとされており、かつてのように生命・財産を直接脅かされる危険はほとんどないものの、しかしその地位は依然として不安定である。そして、それは詰まるところ、「国家主権」あるいは「領土主権 (*souveraineté territoriale*)」原理からの論理的帰結として、外国人の入国および在留の要件を任意に決

定し、「好ましくない (indésirable)」とみなされる外国人を強制的に退去させる権限が国家に認められていることに由来する (但し一八八八年十月二日のデクレのもとで、フランスに滞在する外国人に在留届けの義務が新設されるまでは、「移住の自由 (*flux migratoires*)」の長い期間があったとのことである (七七頁))。

なかでも退去強制権について筆者は、それが、国外退去の強制という直接的效果に加えて、在留外国人の権利行使に一種の萎縮的效果を及ぼすことを繰り返し指摘している。例えばいわく、退去強制権は、「外国人に不断の脅威を与えることによって、外国人が本来ならば享受しうるすべての権利の行使を不確実なものにする」と (七九頁)。なお、これとほぼ同様の効果は、在留期間の更新拒否等にもいえるよう。こうして外国人は「執行猶予中の (*graves*)」身に例えられることになるが、しかし退去強制権に対する規制は、国内法ならびに国際法における取り組みにもかかわらず、なお十分な成果を挙げてはいない。

「差別性」の原理については、同原理に対立するものとして、内外人「平等処遇 (*assimilation*)」の原則がフランス革命以後、徐々に確立していったことはよく知られている。

しかし筆者によると、現在でもなお「差別性」の原理は根強いものがある。国民固有の権利とされる「政治的権利 (droits politiques)」はいうまでもなく、さらに「私権 (droits civils)」の局面でも、今日、公的自由と呼ばれる領域でも、平等処遇の主張が最終的に優位に立ったというわけではない(一九四頁)。

まず私権については、現在のフランスの判例および学説によれば、外国人は、民法典その他の法律が明文上、否認している場合を除くほか、すべての私権を享有する。しかし同時に、民法典十一条は「平等処遇」とは異質の「相互主義」を採用していること、および私権の享有を制限もしくは禁止する法律が多数存在していることにも留意すべきである。

公的自由については、人権としてのその普遍性にもかかわらず差別的規定が数多くあり、「平等処遇」の原則が完全に支配するには至っていない。そもそも、外国人への公的、自由の保障の問題が本格的に論議されるようになるのは、比較的最近のことにすぎない(その契機をなすものとして筆者は、一九四六年憲法前文の規定により保障された「通常 (normal) 家族生活を営む権利」を外国人に認めた一

九七八年十二月八日のコンセイユ・デタ判決に着目する)。

一方、一般国際法の領域において、「平等処遇」の原則は承認されてはならず、「条約に特別の定め——しばしばそれは、制限的に列挙された領域に限定されているが——のある場合を除き、国籍を理由とする差別は違法ではない」(一〇八頁)。

第二章では、「外国人の間の差別」(一一〇頁)の問題を取り上げ、外国人は国民と比較対照される場合にのみ同質的であると言いうるにすぎず、出身国、在留資格、および在留期間といった地位の相違に応じて劣位 (inferior) の程度が異なることを明らかにしている。

四 第三部第一章では、今日、外国人の身分が滞在国の移民政策に大きく左右される現状を浮き彫りにするとともに、経済的および政治的諸事情の変化が移民政策に及ぼす具体的影響を歴史的に検証している。

これに対し、いわば本論のまとめに相当する第二章では、「法治国家 (Etat de droit)」原理と対極にある「警察国家 (Etat de police)」原理の支配という現状認識に立って、外国人の法的地位の問題点を抉りだしている(なお「警察国家」について、筆者はカレ・ド・マルペールによる定義に

したが、「状況に対処し各時点で目的を実現するため率先することが有益だと判断されるあらゆる方策を、行政機関が裁量的に、そして多かれ少なかれ完全な決定の自由を伴いつつ、講ずることができる国家」の意味に捉える（二〇六頁）。

筆者によると、「droit」の概念には「客観法」ならびに「主観的権利」という二つの意味が同時に含まれるが、外国人に適用される「droit」を特徴づけるものは、「主観的権利の原則的否認」およびそれと表裏一体をなす「客観法的手段化 (instrumentalisation)」に他ならない。すなわち外国人は、入国・在留の権利を認められないのもちろんのこと、憲法上保障される権利についても、既述のように、退去強制権の発動への不安からその行使を抑制せざるをえない。かかる状況は、「外国人をひとりの全人格的人間と見ることに對して国民が覚える困難さ」を示しているが、しかしそれだけではない。外国人に主観的権利を承認することで、国益に適う移民政策の実施が妨害される危険が生ずるといふのが、その真の理由である。こうして、「主観的権利がひとたび削除されると、droit は強制的側、一方的な命令の側に完全に傾いて」しまい（二一〇頁）、「権力の手中にある

道具」（二〇九頁）、「移民を監視し、さらには隷屬させる手段」（二〇七頁）でしかなくなる。しかし、これは価値の低下した「droit」、すなわち「infra-droit」であると筆者はみなす。

ところで外国人の規制および監視は、その大半がデクレ、アレテ、通達、さらには「窓口の法 (droit du guichet)」を通じて行われるのであり、法律の占める比重は必ずしも大きくはない。しかもそこでは、「適用されるルールの公開、規範および地位の安定、……行政に対して権利を行使する具体的可能性」といった「法治国家」の構成要素が欠落しており、代わりに「秘密文書、既得権を尊重せず状況にあわせて自由に変更されるルール、行政に付与されたほとんど無制限の判断権」（二二六頁）が見いだされる。しかし、かかる行政に対する司法統制の実効性は必ずしも十分ではなく、種々の限界が存在しているという。

五 最後に「結論」では、「外国人の存在により、他者に対する人間社会の寛容度、開放度を試すことができる」と述べ、「社会の真の性格を表す徴候」としての外国人の意義を指摘している。そしてそのうえで、「国民国家」原理が現在でもなお「我々」と「他者」を峻別する究極の準拠」と

介

して「外国人排除の要因」であり続けていること、およびその裏返しとして、人権保障を基本理念とする「法治国家」原理が原則的に否認されていることを再確認している。

紹

六 本書の概要は以上のとおりである。ところで外国人の人権享有主体性について、わが国の判例および学説がこれを肯定してきたことは周知の事柄であるが、最近、「外国人の人権」という問題の立て方そのものに疑問を呈し、「外国人の人権を根本的に制約するもの」としての在留資格制度の問題点を浮かび上がらせようとする見解が出されている（安念潤司「『外国人の人権』再考」『現代立憲主義の展開 上』一九九三年所収）。右の見解の当否はさておくとして、入管法制のあり方も含め、外国人が人権の享有主体たるにふさわしい処遇を受けているかどうか、総合的かつ実証的に考察することが必要であることについては何人も異論はないであろう。そしてそのためのひとつの手掛りを提供するものとして、本書は有意義な価値を有すると思われる。

本書の基調をなすのは、外国人の置かれた状況をありのままに直視しようとする観察者としての姿勢である。もちろん現実を冷徹に認識することは、現実をそのまま容認す

ることを必ずしも意味しない。むしろ筆者の批判的態度を本書の行間から読み取ることが困難ではない。但しそこでは、現状打開のための方が具体的に示されているわけではない。その意味でこれは今後の検討課題であるが、ここではさしあたり、「国民国家」原理の内容およびその歴史性をどう把握するのがひとつの重要な論点であることを指摘するにとどめておきたい。