

學術論文

日本之外國人參與政治活動與居留的權利

The Right to Participate in Political Activities and Residence for Foreign Nations in Japan

蘇俊斌 *Chun-Pin Su*

中國文化大學行政管理學系副教授

*Associate Professor of Department of Public Administration and Management
Chinese Culture University*

摘要 / Abstract

在全球化的時代，人民的跨國界移動已是非常稀鬆平常，地主國要如何保護外國人的權利與自由則是一項非常重要但爭論的議題。在日本，戰後的憲法 14 條保障著所有的人民在法律之前一律平等而且也不許有對任何個人及團體的歧視。然而因為不同的人權性質，外國人卻無法如同日本國民受著一樣的憲法保障。在馬克林案上，最高法院認為除了因為權利性質而只能適用日本民眾之例外，憲法的保障也應該及於外國人，但是法務大臣卻可以因其政治動而拒發該外國人的簽證更新。然而最高法院的此一判決卻引發諸多爭議。許多人認為此一對行使表現自由的處罰是違法違憲的，畢竟表現自由是一種先於憲法及國家就存在的人權。本文正是以法院的判決為中心，並試著對居住日本外國人的特別是參與政治活動自由與居留權之人權的保障與限制加以檢討。

In the age of globalization, people's cross-border movements are very common. How the host country protects foreigners' rights and freedoms is a significant but arguable issue. In Japan, Article 14 of the post-war Constitution guarantees that all people are equal under the law and that there shall be no discrimination against any person or group. Due to the different natures of human rights, however, foreign nations shall not be afforded the constitutional protection as Japanese people. In the McLean case, the Supreme Court held that the Constitution applied to foreigners except for the rights, which by their nature were applied only to Japanese people, but the Minister of Justice had the right to reject a foreigner's visa renewal because of his political activities. The Court's decision caused many debates. Many regard the punishment for exercising free expression, a human right that predated the Constitution and nation, as illegal and unconstitutional. This paper focuses on the court's decisions and intends to study the guarantee and restriction of foreigners' human rights in Japan, particularly the right to participate in political activities and residence.

關鍵詞：日本憲法、人權、法院、外國人、少子高齡化

Keywords: Constitution of Japan, Human Rights, the Court, Foreigners, Low Birthrate and Aging Population

壹、前言

在交通、資訊科技高度發達的全球化當下，人們的跨國界移動已是稀鬆平常之事。比起過去的封建時代，土地與人往往固定化，除非是征服者，少數的外來異地人士常被歧視，甚至是受迫害。而在現代，這些身為外籍人士的人身與言論自由、財產與人格權，在人權保障普世化的今日，都是受著所在國一定程度的保護，也就是傳統的國民國家構成員之外的居留人民人權也需受到保障。只是內外有別，要將外國人與本國人立於同一水平給予人權的保障，無論在學理或實務上仍是無法被完全認可之事。尤其是參與該國政治的權利，往往在民主權原則下限於本國人。然而這並非意味著要完全禁止外國人對政治的參與，畢竟參與政治也有各種層面，最直接的方式便是投票或成為候選人，較間接的就是參加示威遊行或公開發表自己對政治的看法，尤其後者已非止於參政權，更是屬於前國家權利之言論自由。不過就算受到高度保護的言論自由也非毫無界線，因而如何界定外國人的政治活動權利，則成為一項爭論的議題。

2019 年在台灣就曾發生兩位境外人士因為在台有政治言行而引發的爭議事件，¹ 雖然這兩件事情性質有異，所以結果不同，然而政府對其政治活動的自由與限制確實擁有非常大的裁決權並因此決定其去留，如此實權與日本政府相似。而在日本也因此問題多次訴諸司法，並還上訴到最高法院，尤其是著名的馬克林案。不過近年來因為居留外國人的增多，法令也不得不跟著修改，法院也有一些新的判決。本文便是以法院的判決為中心，探討日本政府對外國人的政治活動與居留權的保障與限制，以為國內

¹ 一是大陸學者在台主張武統時，遭到政府驅除出境事件。另外是加拿大籍的香港歌手在台灣參加挺港活動遊行並上台演講，但被政府許可之事。參閱〈武統宣講者禁入台灣李毅被逐事件引發言論自由爭議〉，《BBC News/中文》，2019 年 4 月 20 日(2022/12/10 瀏覽)，<https://www.bbc.com/zhongwen/trad/chinese-news-47989417>；〈何韻詩「來台觀光」不能參加遊行？內政部說話了〉，《自由時報》，2019 年 9 月 29 日(2022/12/10 瀏覽)，<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2931036>。

之對照。² 尤其戰後憲法從未修改過的情況下，身為終審法庭的最高法院（日本憲法 81 條）對法最高位階憲法的解釋，便成為政府決策的最高指標。

貳、日益增多的外國人及其人權保障

一、居留日本的外國人

在全球化的浪潮下，再加上少子高齡化的衝擊，日本政府也不得不開放更多的外國人入境居留，以補救此一世界最高齡的國家，³ 特別是人手不足的衝擊。不過在日本，外籍勞工與移民仍有些區別，前者偏向臨時待在日本工作者，後者是以永住者為主，但國際上只要在一定時間以上變更定居國就屬之。⁴ 至於外國人的定義，最一般的就是出入國管理及難民認定法（入管法）第 2 條所規定的不具有日本國籍者。原則上日本政府要求只能選擇單一國籍，⁵ 但從蓮舫議員身上還是可以看出當中的例外。⁶

早在 2000 年的小淵惠三首相諮詢機關「21 世紀日本的構想」懇談會就已建言要更多的外國人在日本居住與工作的移民政策，⁷ 之後來自政商

² 鑑於居住台灣的外國人也日益增加，亦有一些文章探討此相關議題文章，如近年來則有李念祖的〈平不平等？談憲法解釋裡的外國人〉（《在野法潮》28 期（2016 年），頁 4-7）、許義實的《入出國法制與人權保障》修訂第三版（台北：五南圖書，2010）等，其中許氏的專書對於日本的情況亦有所著墨，這些文章可為相關研究之參考。

³ 根據日本總務省調查局的統計，在 2022 年 9 月 15 日，65 歲以上老人比例高達 29.1%，為世界最高。〈令和 4 年の総人口に占める 65 歳以上の高齢者の割合「29.1%」過去最高〉，《PSRnetwork》，2022 年 9 月 20 日（2022/9/20 瀏覽），<https://www.psrn.jp/topics/detail.php?id=23641>。

⁴ 山田亮介，〈日本における移民・外国人労働者 受け入れ政策の現状～シンポジウム：移民・外国人労働者問題の諸相〉，《政治研究》，第 10 号（2019 年），頁 128-129。

⁵ 〈国籍の選択について〉，《法務省》（2022/12/10 瀏覽），<https://www.moj.go.jp/MINJI/minji06.html>。

⁶ 〈蓮舫氏、ついに「戸籍」一部公開「二重国籍」騒動から 10 か月もかかった理由〉，《JCAST ニュース》，2017 年 7 月 18 日（2022/12/10 瀏覽），<https://www.j-cast.com/2017/07/18303540.html?p=all>。

⁷ 織田一、藤崎麻里，〈日本はすでに「移民大国」場当たりの受け入れ政策はもう限界だ〉，《朝日新聞 GLOBE+》，2020 年 12 月 8 日（2022/12/10 瀏覽），

界的提議更是不斷，尤其近年的修法緩和了禁止單純勞力工作外國人的原則⁸。而除了外籍員工，每年仍有約占 5% 的國際結婚⁹，以及以各項專業入境居留與移民者，如今在日本工作定居的外國人正在迅速增加中，只是比起歐美國家，日本的定居外國人數和比率都算是少的。

表 1：居留日本外國人人數變化

年	1990	2000	2010	2021
人數(萬人)	108	167	213	288
占總人口比例	0.87%	1.23%	1.67%	2.29%

出處：日本法務省〈在留外國人統計〉與總務省統計局〈人口推計〉

10

表 2：2019 年 G7 國家的外國籍人數

美國	德國	英國	法國	加拿大	義大利	日本
5066 萬	1313 萬	955 萬	833 萬	796 萬	627 萬	250 萬

出處：〈移民問題とは難民との違いや日本と諸外国の移民政策を知ろう〉《World Vision》¹¹

近年來由於烏俄戰爭，日本迅速地收留了約兩千名的烏克蘭「避難民」。這種「避難民」的特別措施雖是罕見的寬大，然而畢竟有別於一般難民

<https://globe.asahi.com/article/13996571>。

⁸ 〈外国人の単純労働禁止の範囲？禁止の理由 雇用する際の注意点〉，《Guidable Jobs》，2023 年 11 月 8 日（2024/2/24 瀏覽），<https://guidablejobs.jp/contents/law/834/>。

⁹ 在 2021 年的國際結婚達 34393 人，約占總結婚數的 4.8%，確實比過去十年已有減少的趨勢。〈國際結婚の総数と国籍別の割合〉，《オリ行政書士事務所》（2022/12/10 瀏覽），<https://kokusaikekkon-renai-shien.com/152/ratio-by-nationality/>。

¹⁰ 轉載自千葉縣〈国籍別外国人住民数〉資料（2022/7/1 瀏覽），<https://www.pref.chiba.lg.jp/kokusai/toukeidata/gaikokujinjinumin/documents/r2-6.pdf>。

¹¹ 2022/12/12 瀏覽，https://www.worldvision.jp/children/crisis_07.html。

身分，而且如緬甸、阿富汗與敘利亞等紛亂地區的逃難者卻未有如此的待遇，還是引發一些批判。¹² 然而日本政府向來對於難民認可非常嚴格，近年來每年向日本提出難民申請的人數約一萬多人，但被認定者也不過區區數十人，如以 2016 年為例，只有 28 人被承認，比例僅為 0.3%。另外在該年度，承認難民最多的就是德國，人數高達 263622 人，承認比例為 41%；其次是法國，人數為 24007 人，承認比例為 21%；而美國與英國的難民人數分別為 20437 與 13554 人，其承認比例則是 62%與 33%。¹³

二、外國人的人權保障

基於戰前體制的反省，日本戰後憲法更積極地保障基本人權，但這些人權保障對象是否包含日益增多的外國人，而且保障到如何的程度、範圍，則成為一項重要的議題。而在日本學界，對於外國人是否為人權保障的主體，大致上有著消極說、準用說與積極說的區別。¹⁴ 而從日本的學界多數以及歐美先進國家的例子來看，主要還是認同積極說。¹⁵ 也就是除了只以國民為對象的權利，就算保障程度有所差別，但人權的保障應該及於外國人。而對於外國人的人權保障根據，學界大致上又從以下三個觀點加以說明：

（1）人權是生而為人擁有的，多為前國家權利；（2）憲法採取國際協調主義；（3）在人權的國際化下，國際法基本上不許本國人與外國人的差別存在。¹⁶

¹² ウユジン，〈ウクライナ避難民の現在と未来日本におけるウクライナ人難民政策の再検討〉，田中秀一、土方祐治譯，2023 年 4 月 7 日（2024/2/21 瀏覽），<https://ggr.hias.hit-u.ac.jp/2023/04/07/the-present-and-future-of-displaced-ukrainians-rethinking-refugee-policies-in-japan/>。

¹³ 〈日本の難民認定：2018 年も申請の 1%に届かず—わずか 42 人〉，《nippon.com》，2019 年 5 月 9 日（2022/12/5 瀏覽），<https://www.nippon.com/ja/japan-data/h00449/>。

¹⁴ 戸部信喜，《憲法学II：人權總論》（東京：有斐閣，1994），頁 121-125。

¹⁵ 浦部法穂，《憲法教室》全訂第 2 版，（東京：日本評論社，2006），頁 56。

¹⁶ 後藤光男，〈外国人の公務就任権をめぐる一般永住者と特別永住者〉，《早稻田社会

至於法院的判決，最高法院早在戰後初期的人身保護請求案¹⁷中就明言：「身為人當然就享有人權，雖是非法入國者亦應被承認。」而後最高法院在違反出入國管理法案¹⁸中便指出從權利的性質來決定是否適用於外國人身上。自此，權利的性質說就被確定。¹⁹後來在馬克林案上，²⁰最高法院更明言：「根據憲法第三章的諸多規定而對基本人權的保障，除了在權利性質上只以日本國民為對象外，對於居留於我國（日本）的外國人應是平等適用。」

而政府的立場，內閣法制局長官曾經在國會的質詢上明白指出：「在與國家政治利害關係的事情上，依照政治上的利害而對外國人的行動依法在合理的範圍內做些特別的限制，並不會違反憲法。也就是在憲法上外國人並不能與日本國民受同樣程度的基本人權之保障，但是在此範圍內且未有特殊的限制下，在我國（日本）領域內生存的人們，就算是外國人在形式上也不妨害與日本國民同樣地享有憲法上的基本人權。」²¹

不過在人權多樣化的現代，除了自由權、社會權與國政參政權的主要分類外，也有出現在日本憲法中的包括性基本權（13 條）、平等權（14 條）以及受益權（16 條、32 條）等等。²²面對如此多樣的人權，的確需因權利的性質不同，來區別外國人跟本國人在人權的保障範圍。例如德國基本法原則上也保障著外國人與德國人同樣享有基本權，但在明文上就區分為「人們」、「所有人」以及「德國人」。前者之人權稱為「所有人的權利」，如人格自由發展權（2 條 1 項）、對生命的權利與身體不受迫害

科学総合研究》，14 卷 1 号(2013 年)，頁 47-48。

¹⁷ 最高法院第二小法庭判決 1950 年 12 月 28 日民事裁判集 4 卷 12 號 683 頁。

¹⁸ 最高法院大法庭判決 1957 年 12 月 25 日刑事裁判集 11 卷 14 號 3377 頁。

¹⁹ 芦部信喜，前掲書，頁 126。

²⁰ 最高法院大法庭判決 1978 年 10 月 4 日民事裁判集 32 卷 7 號 1233 頁。

²¹ 〈法務委員會會議錄第 25 號〉，《第 61 屆國會眾議院》，1969 年 7 月 2 日(2022/12/1 瀏覽)，

<https://kokkai.ndl.go.jp/#/detail?minId=106105206X02519690702¤t=15>。

²² 戸波江二，《憲法》新版(東京：ぎょうせい，1998)，頁 124-125。

的權利（2 條 2 項），法律之前的平等權（3 條 1 項）等；而後者之人權稱為「德國人的權利」，如結社的權利（9 條 1 項）、國內自由移居的權利（11 條 1 項）、選擇職業的權利（12 條 1 項）等。²³

外國人所享有的人權保障雖因權利性質而有所不同，而居留日本的外國人其資格也非常多樣，²⁴ 除了前述的避難民之特別例外，依其身分大致上可分為一般外國人、難民與定居外國人與三種：

首先是一般外國人則是指因工作、留學之長期居留者，以及因觀光而短期居留者。其次是難民，只限於政治難民。至於定居外國人，彼等是以日本社會為生活基礎，其生活型態已與日本人無異，包含入管法上的永住資格者、日韓法地位協定之協定永住者與依照波茨坦宣言後所制定相關法令之特定在留者和特別在留者。²⁵

雖然外國人受到保障的人權，會因權利的性質與當事者的居留資格而有所不同，但這並非固定不變的法則。例如社會權本是屬於個人所屬國家所保障的權利，但這並非意味著憲法否定及於外國人，尤其是定居日本之外國人，因為彼等的生活環境條件已鮮異於日本人。但隨著跨國移居的人數增多，不只在國內的社會福利上已逐漸地減少國籍因素，也有以國際協定與國際組織制定的社會保障法規來擴及外國人。²⁶ 而最高法院在鹽見案²⁷ 中便表示社會福利的給付在有限的財源下，是可讓本國人優先於外國人，而這是歸於立法裁量的問題，因此外國人的社會權享有範圍可因政府政策而有所變動。

²³ 佐藤成基，〈国民国家と外国人の権利—戦後ドイツの外国人政策から〉，《社会志林》，63 卷 4 号（2017 年），頁 70-71。

²⁴ 居留資格詳細種類可參閱〈在留資格一覽表〉，《出入国在留管理庁》（2022/12/15 瀏覽），<https://www.moj.go.jp/isa/applications/guide/qaq5.html>。

²⁵ 網中政機編著，《憲法要論》（京都：嵯峨野書院，2013），頁 190。

²⁶ 岡伸一，〈国際社会保障法の基本構造：二国間社会保障協定を中心に〉，《明治学院大学社会学・社会福祉学研究》，136 号（2011），頁 70-71。

²⁷ 最高法院第一小法庭判決 1989 年 3 月 2 日判例時報 1363 號 68 頁。

參、政治意見上的表現自由

表達意見的自由，除了具有發展自我人格之自我實現的價值外，更是國民參與政治意思決定之自我統治價值的實踐，²⁸ 因此是民主政治運行所不能或缺的，一般受著憲法的明文保障，如戰後的日本憲法 21 條。又在反省戰前憲法對言論自由保障的形式化，明文禁止對言論的事前檢查，且廢除了戰前憲法的「法律的範圍」內的限制規定。

因為鑑於意見表現自由為主的精神自由之重要性，在所謂「雙重基準」²⁹ 的原則下，比起經濟自由是更處於優越的地位³⁰。然而意見表現自由既然是形之於外，就容易與其他的權益發生衝突，如國家機密與安全、社會秩序、他人的名譽與隱私等等，此時就需要有界限的存在。考量到表現自由的優越性，對其限制必須是明確及最小限度，或是造成的傷害會是「明白且立即的危險」³¹ 等。另外戰後早期判例（查泰萊夫人情人案）³² 亦有以合乎憲法明文的公共福祉（12 條）為由限制色情文書的發行，只是以公共福祉之抽象概念限制人權還是多有爭議，而且隨著社會風氣開放，該書也已完全解禁。

不過言論內容是非常多樣，例如商品廣告的商業言論，是為保障消費者對資訊的自由流通，雖受言論自由所保護，但保護的程度較低。³³ 相對

²⁸ 芦部信喜與高橋和之，《憲法》第 3 版（東京：岩波書店，2002），頁 162。

²⁹ 此「雙重基準」（double standard）乃源於美國對卡羅雷納製造廠案（United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)）之註腳。也就是對於經濟規範的審查應基於推定合憲源則，法院的審查因此較為寬鬆，但是對於言論規範的審查則需趨於嚴格。松井茂記，《アメリカ憲法入門》第 8 版（東京：有斐閣，2018），頁 234-235。

³⁰ 如小賣市場案（最高法院大法庭判決 1972 年 11 月 22 日刑事裁判集 26 卷 9 號 586 頁）與藥事法違憲案（最高法院大法庭判決 1975 年 4 月 30 日民事裁判集 29 卷 4 號 572 頁）。

³¹ 此「明白且立即的危險」（clear and present dangerous）原則做為言論自由的利益比較衡量雖然源於美國，但傳入日本後更受支持。小林直樹，新版《憲法講義》上（東京：東京大學出版會，1980），頁 397。

³² 最高法院大法庭判決 1957 年 3 月 13 日刑事裁判集 11 卷 3 號 997 頁。

³³ 戶波江二，前揭書，頁 259。

地政治意見的表達，是關係著民主政治的運作，並且與公共利益有極大的關係，其保護的價值就應該較高。

對於意見的表現自由，是包含著各種形式，除了語言文字的表達外，更常見於具體行動，例如集會遊行或組織團體。因而在日本憲法 21 條中便同時將集會結社與言論、出版自由並列。在日本，依照道路交通法和各地的公安(地方自治)條例規定，集會遊行是採事前申請制，然而此些規定也引發是否違反憲法 21 條所禁止的對言論事前檢查之爭議。對此爭議，尤其最高法院一直以來都給予合憲的判斷，例如在東京都公安條例案³⁴上，便以集團行動的危險性做為合憲的理由，但因此也被批判是缺乏對集團行動之表現手段的重要性之認識。³⁵ 另外對於以道路交通法來規範集會遊行，也認為這是因為「公共福祉而必要且合理的限制」。³⁶

至於組織團體之結社自由，是受著「破壞活動防止法」的規範，也就是不許伴隨著暴力主義的破壞活動，不過此一限制則需有嚴格的條件。例如引發地下鐵沙林事件的奧姆真理教，曾被公安調查廳長官申請解散該教團，但是公安審查會卻認為該教團已大不如前，不只教團幹部多被逮捕、宗教法人也被解散，其教團更宣告破產，所以該團體在不太可能有暴力的破壞活動下，否決了解散的申請處分。因此也讓國會迅速通過「團體規制法」以規範無差別的大量殺人，並做為原本法規的補強。³⁷

對於政治團體結社權的規範，畢竟這是關係到民主運作的根本，就鮮有限制。尤其是日本並沒有如同德國採用「防衛性民主」(Streitbare Demokratie)，可以反民主自由為由來解散政黨。而在政黨上，除了長期執政的保守傾向自民黨外，在野黨往往分分合合，包括從左派的共產黨到右派的日本維新會都在國會擁有席次，泡沫政黨更是不勝枚舉。

³⁴ 最高法院大法庭判決 1960 年 7 月 20 日刑事裁判集 14 卷 9 號 1243 頁。

³⁵ 野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利，《憲法 I》第 3 版(東京：有斐閣，2001)，頁 339。

³⁶ 最高法院第三小法庭判決 1972 年 11 月 16 日刑事裁判集 36 卷 11 號 908 頁。

³⁷ 浦部法穂，前揭書，頁 181-182。

而利益團體在二次戰後更是蓬勃發展，使得日本步入了所謂利益團體的時代。³⁸ 尤其是當中的企業團體曾經與政治人物、官僚有著密切關係，因而形成腐敗現象，更加大民眾對長期執政自民黨的不信任。³⁹

在各種的團體中也有如「不許在日特權市民之會」（在特會）是極力主張排外主義及狹隘的民族主義，雖其仇外歧視的言行引發不少爭議，但受害者只能針對個別爭議尋求司法救濟，政府也難以將之完全否定。不過這些「仇恨言論」的訴訟，幾乎都被日本法院否認受言論自由所保障而敗訴，例如京都朝鮮學校公園占用抗議案，在一二審敗訴後，在特會的上訴也被最高法院駁回；⁴⁰ 而德島縣教組業務妨害案也是在特會敗訴。⁴¹ 又在顧及言論自由下，日本國會因而在 2016 年通過一部傾向宣揚理念的「仇恨言論消除法」，而一些地方政府也制定各項地方自治條例加以規範，並設有罰則。⁴²

而與政治表現自由有著極密切關係的就是參政權，最重要的是參與選舉活動，而這也是一種政治理念的表示。只是公職選舉法對此卻有相當多的限制，如限制選舉期前的活動（129 條）與署名活動（128 條 2 項），限制競選辦公室的數量（131 條）及選舉用車的乘車人數（141 條 2 項），並且不許在夜間進行街頭演說（164 條 6 項）。當中最常引發爭議就是禁

³⁸ 真淵勝，第 23 章〈利益団体と政治〉，收於久米郁男、川出良枝、古城佳子、田中愛治、真淵勝編，《政治学》（東京：有斐閣，2003），頁 472。

³⁹ 大谷博愛，〈压力団体〉，收於渋谷浩編，演習ノート《政治学》改訂第 2 版（東京：法学書院，1999），頁 61。

⁴⁰ 第三小法庭判決 2014 年 12 月 9 日，〈在特会側に 1200 万円の損賠が確定京都のヘイトスピーチ〉，《The Huffington Post》，2014 年 12 月 10 日（2024/2/21 瀏覽），<https://www.city.ikoma.lg.jp/cmsfiles/contents/0000007/7520/080412.pdf>

⁴¹ 最高法院第法庭第三小法庭判決 2016 年 11 月 1 日，〈在特会への賠償命令確定 徳島県教組事件「人種差別行為」〉，《徳島新聞》，2016 年 11 月 3 日（2022/12/11 瀏覽），<https://www.topics.or.jp/articles/-/11807>

⁴² 持田讓二，〈ヘイトスピーチは止まったか：川崎市が全国初の罰則付き条例〉，《nippon.com》，2020 年 11 月 12 日（2024/2/21 瀏覽），<https://www.nippon.com/ja/in-depth/d00648/#>。

止到個別家庭的訪問拜票（138 條），但當上訴到最高法院都是以容易形成買票、造成選民的困惑與公共福祉等理由而作出合憲的判斷。⁴³ 對於選舉宣傳的文書、圖片也都有著數量、內容等限制（142-147 條），也是引起不少的法律爭議，但是最高法院也都基於公正的選舉而作出合憲的判決。⁴⁴

雖然對於選舉活動有著不少的限制，但是不管是言論自由及參政權，對於日本國民都是同等地保護，但是若為外國籍人士，其保障的範圍為何，則存有不少的爭議。而此一問題在馬克林案上，最高法院給予了更明確的答案，但爭議又因此而展開。

肆、外國人的政治權力與限制

一、馬克林案的判決與批判

本案的原告馬克林（Ronald McLean）是一位美籍人士，在韓國的日本大使館得到 1 年的居留證後，於 1969 年入境日本。在日期間，則在語言學校擔任英文教師，不過該員除了在沒申請下轉換職場外，更多次參加反越戰、反安保條約的集會遊行。後來在居留期滿前便申請延長，最初得以準備出國為由，給予 120 日的延長，但當該員想要再申請一次延長居留時，卻被法務大臣否決，於是該員就提起司法救濟，而法務大臣則以原告的無申請就轉職與多次參加政治動作為理由。

在一審的東京地院的判決中，雖然承認法務大臣對於外國人的居留更新具有廣泛的裁量權，但也須受憲法及其他法令的限制，而從憲法的國際協調主義及基本人權保障的理念觀點，法務大臣的該處分是超越裁量權的

⁴³ 如最高法院第法庭大法庭判決 1950 年 9 月 27 日刑事裁判集 4 卷 9 號 1799 頁；第一小法庭判決 1969 年 2 月 6 日裁判集刑事篇 170 號 225 頁；第三小法庭判決 1981 年 7 月 21 日刑事裁判集 35 卷 5 號 568 頁。

⁴⁴ 浦部法穂，前掲書，頁 519-520。

違法處分。⁴⁵ 然而上訴到二審時，東京高院卻認為只要法務大臣有適當的理由，就可以自由裁定其在留期間更新與否，因此取消一審的判決。⁴⁶

最後本案上訴到了最高法院，大致針對以下幾個爭議展開論述：

一是除了簽有特定條約外，國際習慣法上，國家並無負有接受外國人的義務，該國家因此可自由決定接受外國人與否。二是法務大臣的裁量在超越法律認可的範圍與權限濫用的情況下，法院是可取消該處分。三是由於對重要事實的誤認以及完全欠缺事實基礎之判斷，因而從社會通念來看是明顯地缺乏妥當性之判斷，才是超越法律認可的範圍與濫用的情況。四是法務大臣可從國內治安、善良風俗、保健與衛生、勞動市場等國益上的觀點，以及該外國人居留時的一切舉止、國內的政治經濟社會之諸般情形、國際情勢、外交關係、國際禮讓等各種事情加以衡量，以決定是否更新其居留期限。五是除了因權利性質只適合日本人為對象外，外國人亦為人權的享有主體。而政治活動是會影響到國家的政治意思決定與實施，但除了被認為不符合外國人的地位外，外國人的政治活動自由也是受到保障。⁴⁷

對於最高法院的判決，在日本學界則引起諸多批判，其理由包含可能由於政府認可的政治活動基準不夠明確而形成全面否認的狀況，而且與法人的政治行為自由⁴⁸ 相比，更失去了權衡的準則。⁴⁹ 更有學者指出最高法院判決中所謂的「依照國際習慣法」，而外國人的入國與居留是由國家裁量，指的是 1892 年國際法協會在日內瓦通過的「外國人入國許可及強制驅離國際規則」的前文，這是基於 19 世紀觀點的國際法觀念，⁵⁰ 並沒有

⁴⁵ 東京地院判決 1973 年 3 月 27 日判例時報 702 號 46 頁。

⁴⁶ 東京高院判決 1975 年 9 月 25 日判例時報 792 號 11 頁。

⁴⁷ 民事裁判集 32 卷 7 號 1233 頁。

⁴⁸ 法人的人權問題見於八幡製鐵案，最高法院大法庭判決 1970 年 6 月 24 日民事裁判集 24 卷 6 號 625 頁。

⁴⁹ 芦部信喜與高橋和之，前掲書，頁 94。

⁵⁰ 例如 19 世紀末的美國聯邦最高法院在馮越庭案(Fong Yue Ting v. United States, 149 US. 1968 (1893))中，便強調美國是主權國家，是可以規範包含驅除出境的外國人之居留權。

考慮到對二次大戰時大規模人權侵害的反省而形成的戰後國際和平及國際人權保障之發展。⁵¹ 何況近年來的人權保障更趨向國際化，⁵² 這從歐洲人權條約以及歐洲人權法院的判決更可顯露端倪，與馬克林案判決將人權保障歸於強大的國家架構下大為不同。⁵³

二、嚴格限制的外國人政治參與權力

從馬克林案判決可以看出最高法院基本上允許外國人的政治活動的權利可由政府做決定，因此當更進一步地保障外國人參政的權利問題，不只行政與立法機關，法院的消極態度也顯而易見。

對於外國人的政治活動限制，在日本學界則有各種的看法。如學者萩野芳夫便認為應該限於是為了直接介入日本政治而組織政治團體並推動推翻政府的活動，尾吹善人則主張應該限於影響到選舉投票行為且與居留外國人鮮有直接利害關係的活動，而佐藤幸治則以為受限制的政治活動需是超越個人精神自由範圍並對國民的政治選擇有不當之影響者。⁵⁴ 學界多數則以參政權是國民的權利為由，認為必須對外國人有著一些限制，連帶地政治活動上也只能享有限定的自由。可是相對地，也有部分學者主張外國人的參與政治活動只是會影響國人的政治上之意思決定，這與國民直接

當時美國剛好排華風氣興盛，所以也制定了相關法案以限制華人入境與居留。但相對地，也有一些個案靠著訴訟而獲得救濟，例如聯邦最高法院在黃金德案就駁回移民官的決議，確認在美出生的華人是具有美國籍(United States v. Wong Kim Ark, 169 U.S. 649 (1898))。美國華人移民的人權議題及法院的相關判決可參閱陶龍生的《華人與美國法律：歷史性的法律判決》(台北：聯合文學，2017)與邱彰的《龍與鷹的搏鬥：美國華人法律史》(台北：米樂文化，2012)，正可與日本外國移民做對照。

⁵¹ 中村義幸，〈日本型外国人受入れの研究—「移民法系」と「非移民法系=入管法系」の間〉，《明治大学社会科学研究所紀要》，57 卷 1 号(2018 年)，頁 84。

⁵² 在人權法上，憲法國際化與國際法憲法化已同時成為潮流。最上敏樹，13 章〈人權〉，收於小寺彰、岩沢雄司、森田章夫，《國際法講義》2 版(東京：有斐閣，2010)，頁 364。

⁵³ 岡田正則、古谷修一、渡辺彰悟，〈対談「マククリーン判決を乗り越える」—行政法・國際法の視点から見たマククリーン判決と退去強制処分取消訴訟〉，《Law and Practice》，2 号(2008 年)，頁 63。

⁵⁴ 芦部信喜，前掲書，頁 151-152。

參與國政決定之參政權在本質上還是有所不同。⁵⁵ 畢竟政治活動，也有如示威遊行是跟發表評論一樣都是屬於前國家且優越人權的意見表現自由，所以從權利性質上而言，原則上也應讓外國人受到保障。

雖然對此也有一些爭議，但是外國人投入助選活動在公職法上並無限制，⁵⁶ 相較地選舉與被選舉之參政權卻只限於日本國人身上。只是在參政權上仍有著國家與地方層次之區別，而在國政上，基於國民主權的原理，最高法院就曾明言國家選舉權是不及於外國人。⁵⁷ 但是在外國人的地方選舉權上，理應重視的是在地「居民」更勝於「國民」的身分，因而最高法院雖然在判決文中強調選舉罷免權因其性質而只限於日本國民，且憲法第 93 條第 2 項所規定的地方公共團體的居民只指日本國民；但是另一方面在「傍論」上又指出尤其是外國人的永住者因與居住區域具有密切的關係，所以憲法並不禁止彼等擁有對該地區的首長或地方議員行使選舉，⁵⁸ 等於說是可由立法來決定永住者外國人是否擁有地方選舉權。因此包含原民主黨、共產黨、社民黨、公明黨等皆表示容許的立場，⁵⁹ 尤其是旅日韓僑更積極地主張。⁶⁰ 然而相對地，執政的自民黨基本上對此則抱持反對的態度⁶¹。反對者除了以國民主權為由外，更質疑外國人的忠誠問題⁶²，尤其是日

⁵⁵ 那須俊貴，〈憲法と外国人〉，收於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》（東京：国立国会図書館調査及び立法考査局，2008），頁 156。

⁵⁶ 和田浩明，〈SNS で拡散「外国人に選挙運動はできない」は誤り〉，《毎日新聞》，2021 年 10 月 22 日（2022/12/26 瀏覽），<https://mainichi.jp/articles/20211020/k00/00m/010/379000c>。

⁵⁷ 最高法院第二小法庭判決 1993 年 2 月 26 日判例時報 1452 號 7 頁。

⁵⁸ 最高法院第三小法庭判決 1995 年 2 月 28 日民事裁判集 49 卷 2 號 639 頁。

⁵⁹ 〈外国人参政権〉，《日本政治.com》（2022/12/13 瀏覽），<http://nihonseiji.com/policy/4>

⁶⁰ 〈地方参政権獲得運動〉，《在日本大韓民国民団》（2022/12/13 瀏覽），https://www.mindan.org/jigyo_b.php

⁶¹ 〈外国人参政権付与法案断固、反対します〉，《自民党》，2010 年 2 月 5 日（2022/12/13 瀏覽），<https://www.jimin.jp/news/policy/130379.html>。

⁶² 對於以因非本國人來判斷其忠誠度問題，就在珍珠港事件後，羅斯福總統的 9066 號行政

本與鄰國的糾紛土地上會不會因外國人的投票而產生不利結果，⁶³ 並且強調國政與地方政治密不可分。⁶⁴ 不過一些地方自治團體亦曾試著賦予了外國人地方公投的權利，只是尚未形成通識，所以也有如武藏野市議會將之否決的例子。⁶⁵

其實如烏拉圭、厄瓜多及馬拉威等開發中國家，早已承認一定資格的外國人投票權。⁶⁶ 另有不少國家除了地方選舉，更開放國政選舉權，如英國政府就賦予了英國協與愛爾蘭的公民的國會選舉與被選舉權；愛爾蘭則在總統選舉之外，同樣地給予英國公民選舉權；而澳大利亞及葡萄牙也在一定條件下給予部分外國籍居民國政的選舉權。⁶⁷

除了選舉與被選舉權外，就任公職也是一種直接參與政治的方式。雖然在學界也有從參政權的觀點加以論述，但是多數仍把它視為職業自由的保障範圍內，⁶⁸ 不過公職是非常多樣，實難一概論之。在國家公務員方面，除了外務公務員法 7 條有國籍限制外，憲法與其他法律雖無直接禁止外國人擔任，但是人事院規則 8-182 第 9 條規定卻不許外國人參與國家公務員考試。而地方公務員，則由各地方自治團體自行規定，但原則上不禁止。但外國人是否能擔任參與決定地方政務的管理職位，又是一項爭議。

命令竟讓美國太平洋沿岸的日僑被送進收容所，但當時的聯邦最高法院也認同政府的做法 (Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944))。

⁶³ 「外国人参政権」外国人地方参政権付与法案に反対する基本考へ，《日本会議》，2010 年 3 月 5 日 (2022/12/26 瀏覽)，<https://www.nipponkaigi.org/opinion/archives/1159>。

⁶⁴ 百地章，《憲法の常識常識の憲法》(東京：文芸春秋，2005)，頁 152-157。

⁶⁵ 〈外国人条例を否決武蔵野市議会の判断重い〉《産経新聞》2010 年 2 月 5 日 (2022/12/26 瀏覽)，<https://www.sankei.com/article/20211222-VMNIZD6X3VMUTG57UNWMUDI2MI/>。

⁶⁶ 參閱 David Earnest 的〈Noncitizen Voting Rights: A Survey of an Emerging Democratic Norm〉(美國政治科學會 2003 年報告)，引自〈外國人沒有投票權？這些國家都讓外籍人士投票，智利連總統跟公投都開放〉，《風傳媒》，2018 年 1 月 3 日 (2022/12/26 瀏覽)，<https://www.storm.mg/article/378155?page=1>。

⁶⁷ 田中宏，〈外国人地方参政権はなぜ必要か、疎外の社会か、共生の社会か〉，《世界》，803 号 (2010 年)，頁 40。

⁶⁸ 長尾英彦，〈外国籍地方公務員の昇任資格〉，《中京法学》，40 卷 3/4 号 (2007 年)，頁 363。

在東京都管理職選考案上，對於東京都拒絕特別永住資格韓國人的申請管理職升等考試問題上，東京地院（1996 年 5 月 16 日）雖然否認如此作法的違憲違法性，但是東京高院卻以管理職的多樣性而認為部分由外籍人士擔任也不違反國民主權原理。⁶⁹ 只是最後上訴到最高法院則認為地方政府在「錄取居留外國人為職員時，因為合理手段的理由，是可以和本國人有不同的待遇」；而且「為了人事上的適當運用，是可以建構一個一體性的管理職任用制度。」⁷⁰

另外一提的是政治獻金，在前述的八幡製鐵案上，最高法院也明言這是「行使政治行為自由」的一部分，但因為是會直接影響選舉的過程，是與純粹的政治意見表達不同，所以日本的政治資金規正法 22 條便明文禁止外國人的捐獻。前原誠司議員就是因為接受外籍人士的政治獻金而辭掉外務大臣（外交部長）職務。⁷¹ 而除了日本外，法國、美國也是禁止外國人捐獻政治獻金；然而也有如德國並不直接禁止外國人對政治獻金的捐款，只是規範每位外國人的捐款不得超過一千歐元。⁷²

伍、外國人居留的爭議

如前所述，日本政府對於外國人的政治權利是做了相當多的限制，尤其是馬克林案，最高法院更是將外國人的政治活動與其居留問題相結合，並認可由政府決定。其實對於外國人去留問題，早在本案之前的林榮開案上，最高法院早就明白宣示，外國人的入國可否乃是該國政府的自由裁

⁶⁹ 東京高院判決 1997 年 11 月 26 日判例タイムズ 960 號 79 頁。

⁷⁰ 最高法院大法庭判決 2005 年 1 月 26 日民事判決集 59 卷 1 號 128 頁。

⁷¹ 〈前原外相が辞任、外国人からの献金問題で〉，《REUTERS》，2011 年 3 月 27 日（2022/11/27 瀏覽），<https://jp.reuters.com/article/idJPJAPAN-19841120110306>。

⁷² 河島太朗，〈米英独仏における外国人の政治献金規制〉，《調査と情報》，542 号（2006 年），頁 8。

量。⁷³ 而後又因為在日朝鮮人要參加北朝鮮建國 20 周年慶典而被拒發再入國許可證的訴訟上，引發了合法居留的外國人是否有再入國的權利爭議。此案在一審的東京地院（1968 年 10 月 11 日）則認為：「應該只對於沒有危害日本的利益及公安之虞者才允許再入國。」而上訴到二審的東京高院（1984 年 12 月 18 日）仍支持一審判決，最後再上訴到最高法院（第二小法庭判決 1970 年 10 月 16 日）則因喪失訴訟利益而駁回。⁷⁴

而在馬克林案上，最高法院雖然也舉出了簽有特別條約以及其判斷是完全欠缺事實基礎的例外狀況，卻也更確定了法務大臣對外國人之居留有著極大的裁量權，之後的尤其是最高法院判決也多是傾向尊重法務大臣的判斷。例如在森川凱薩琳案，原告是與日本人結婚的美國人，卻因按壓指紋的問題而造成再入國的不許可，因此提出訴訟，然而上訴到最高法院卻認為：「在我國（日本）居留之外國人，憲法上並無保障其到外國暫時旅行之自由。」⁷⁵ 而後在也因不願按壓指紋而被取消再入國資格的協定永住者韓僑崔善愛案上，⁷⁶ 最高法院仍然認為法務大臣的不允許再入國處分是基於外國人登錄法的規定，並明言這是因於「當時的社會情勢與按壓指紋制度的維持」以及對「居留外國人及其出入國之公正管理的必要性而做出的判斷，就算會對原告有極大的不利，也不能說是違法處分。」

的確在一般國際法上，國家並無負有讓外國人入國的義務，⁷⁷ 入管法 5 條就詳列各項理由來拒絕外國人入境，所以當 2020 年新冠肺炎流行之際，日本政府便曾嚴格限制外國人入境。可是當外國人一旦合法進入國門後，要將其驅離則另依出管法 24 條需經一定程序，這在 B 公約的 13 條已明白指出，除了緊迫的國安問題外，該國政府也要經過一定的合法手續才

⁷³ 最高法院大法庭判決 1957 年 6 月 19 日刑事裁判集 11 卷 6 號 1663 頁。

⁷⁴ 網中政機編著，前掲書，頁 198-199。

⁷⁵ 最高法院第一小法庭判決 1992 年 11 月 16 日最高裁判所裁判集民事 166 號 575 頁。

⁷⁶ 最高法院第二小法庭判決 1998 年 4 月 10 日民事裁判集 52 卷 3 號 776 頁。

⁷⁷ 河野真理子，第 12 章〈個人の管轄〉，收於小寺彰、岩沢雄司、森田章夫，前掲書，頁 337-338。

可驅除居住的外僑。也就是說要將居留的外國人驅離雖說是國家的裁量權，但也不容忽視是否有相關條約及習慣法的規範。⁷⁸ 因而日本政府若沒考慮個人狀況，就將違法居留外國人一律強制遣返，東京高院則認為這是剝奪該外國人的裁判權而承認國家賠償，此案因日本政府未再上訴而確定。⁷⁹

除了當事人本身外，其與家族間關係的維繫等因素，也是在遣返外國人時所需重視的。此一議題在美國，尤其川普總統的嚴格移民政策，曾引發不少的司法爭議⁸⁰。然而日本與美國不同的是，其國籍取得並沒有採用出生屬地主義，特別是非法移民在日本生育的子女，就算從未踏入原來的祖國，反而已習慣日本的生活下，若因未取得日本國籍而要強制驅離，難免引發爭論。尤其 B 公約 24 條也強調家庭、社會及國家對於未成年兒童保護的重要性，而且兒童權利公約第 3 條也明文保障兒童的最大利益。因而如東京地院在強制驅離長期但逾期旅居的伊朗人家族問題上，便認為「兩歲時就來到日本且居住長達十年以上的原告長女」之強制驅離所重視的事情在比較衡量下，絕非大於原告家庭因此所受的弊害，因此是違反比例原則的違法處分。⁸¹ 本案東京地院則是明白地引用狹義比例性之比例原則，⁸² 但是上訴到東京高院卻被逆轉原告敗訴，⁸³ 而且最高法院（2006

⁷⁸ 岡田正則、古谷修一、渡辺彰悟，前掲文，頁 58。

⁷⁹ 斯里蘭卡人強制遣送案，東京高院判決 2021 年 9 月 22 日，指宿昭一，〈難民申請者の強制送還に違憲判決〉，《NIBEN Frontier》，2022 年 5 月號，頁 42-45。

⁸⁰ 川普總統也曾為了國家安全等原因，簽訂了第 1376 號與第 13780 號總統命令，以及第 9645 號總統文告以限制來自伊朗、敘利亞、葉門等回教為主的國家人民入國。但如此的限制令引發了是否違反憲法所保障的政教分離及正當法律程序等爭議。雖然下級法院判決多有分歧，但聯邦最高法院在川普對夏威夷案(Trump v. Hawaii, 575 U.S. (2018))中，多數法官意見還是認為法院應該在外交及國家安全事務上還是要保持「司法謙讓」(judicial deference)的立場，尊重總統在這些領域上的憲法權力。李怡俐，〈評析川普旅遊禁令與其相關司法判決〉，《台灣人權學刊》，4 卷 4 期(2018 年)，頁 46。

⁸¹ 東京地院判決 2003 年 9 月 19 日判例時報 1836 號 16 頁。

⁸² 近藤敦，〈自国に入国する権利と在留権：比例原則に反して退去強制されない権利〉，《名城法学》，64 卷 4 号(2015 年)，頁 14。

⁸³ 東京高院判決 2004 年 3 月 30 日訟務月報 51 卷 2 號 511 頁。

年 10 月 10 日)亦駁回原告的上訴。⁸⁴ 不過在經過民間奔走，政府則妥協地允許家中長女繼續在日本求學。⁸⁵

另外在 B 公約 23 條也明文保障家族結合的權利，所以在強制驅除外籍配偶的問題上，東京地院便明言：「基於真意的婚姻，卻不給予保護，依照條理及 B 公約 23 條的主旨，將會產生不良的後果；而且從社會一般來看，不得不認為是明顯地欠缺妥當性。」⁸⁶

從整體看來，法院雖然還是廣範承認法務大臣對外國人去留的裁量權，但近年來認為裁量權濫用而原告勝訴的下級法院判決則有增多的趨勢，可說是對法務大臣的裁量權做出一定的限制。⁸⁷

陸、結論

在日本因少子高齡化而呈現人口萎縮的當下，越來越多的外國人進入日本長居。這些外國人的確解決了部分的人力不足問題，並刺激經濟的發展，且促進相異文化間的國際交流。只是在社會氛圍上，保守排外仍是一股難以忽視的勢力。彼等一直強調日本是高比例的單一民族性且同質性高的社會，對於帶來了不同的風俗、習慣、文化的外國人要來日本移居，多抱持著反對的態度。更何況來日最多的外國人就是韓國與中國人，⁸⁸ 這兩

⁸⁴ 西岡弘之，〈イラン人一家在留特別許可申請事件〉，《東京中央法律事務所》，2007 年 1 月(2022/12/13 瀏覽)，<https://www.chuolaw.com/letter/letter57/letter57-003/>。

⁸⁵ 〈日本で暮らす権利～法務大臣の裁量～〉，《【松井】弁護士松井淑子 2002-2010》，2007 年 2 月(2022/12/13 瀏覽)，
<http://songjing55.cocolog-nifty.com/20022010/2007/02/post-d435.html>

⁸⁶ 東京地院判決 1999 年 11 月 12 日判例時報 1727 號 94 頁。

⁸⁷ 川崎まな，〈退去強制事例における家族と子ども：ヨーロッパ人權裁判所の判例を素材として〉，《北大法政ジャーナル》，18 号(2012 年)，頁 101、131。

⁸⁸ 但在 2021 年，越南籍(45 萬，16%)人士已超過韓國籍(42 萬，15%)，而成為僅次於中國籍(75 萬，26%)的第二大外籍族群。〈令和 3 年 6 月末現在における在留外国人数について〉，《出入国在留管理庁》(2022/12/13 瀏覽)，
https://www.moj.go.jp/isa/publications/press/13_00017.html。

個國家又因歷史、領土等問題與日本有些矛盾。反對者更常舉德國等歐盟國家就因接受過多的移民而造成不少社會問題為教訓。⁸⁹

外國人在日本的政治活動，包含示威遊行理論上目前基本上是容許的，例如 APA 飯店因為擺放否定南京大屠殺的書籍而引起旅日中國人聚集新宿該飯店的周圍抗議事件。⁹⁰ 但若涉及到違法事情又另當別論，例如因到靖國神社抗議戰爭責任的中國籍男女而被以「建造物侵入」罪判刑的事件。⁹¹ 然而又如同馬克林案中最高法院所承認的，這是會影響到政府對其簽證的發行，就算該活動沒有任何違法行為，所以此一前國家前憲法的人權不能說是受到充分的保障；更遑論包含永住者的參政權依然被禁止，儘管目前已越來越被各國接受的地方選舉權。

至於在日外國人的居留權雖然仍由行政機關決定，但尤其是下級法院近年來也扮演更積極的角色，來制衡行政權限的濫用，而最高法院是否會修正馬克林案判決則是值得觀察。

責任編輯：鍾辰函

⁸⁹ 川口まーん恵美，《移民難民~ドイツヨーロッパの現実 2010-2019》（東京：グッドブックス，2019）。

⁹⁰ 〈在日中国人のアパホテル抗議デモ、中国で賛否両論、「外国人のデモ認める日本の寛容さ」感心する声も〉，《Record China》，2017 年 2 月 6 日（2022/12/5 瀏覽），<https://www.recordchina.co.jp/newsinfo.php?id=162824>。

⁹¹ 〈靖国神社境内は「建造物」侵入し抗議の中国人 2 人有罪〉，《朝日新聞デジタル》，2019 年 10 月 10 日（2022/12/13 瀏覽），<https://www.asahi.com/articles/ASMBB51J2MBBUTIL01X.html>。

