



Title	公法判例研究
Author(s)	館田, 晶子; TATEDA, Akiko
Description	判例研究
Citation	北大法学論集, 50(1), 165-184
Issue Date	1999-05
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/27951">https://hdl.handle.net/2115/27951</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	50(1)_P165-184.pdf



# 公法判例研究

館田晶子

我が国に在住する外国人である地方公務員の管理職のうち公権力を行使せず公の意思の形成に参画する蓋然性も少ない職への任用については、憲法二二条一項、一四条一項の規定による保障が及ぶものと解するのが相当であるとされた事例

## 〔事実の概要〕

X（原告・控訴人）は、岩手県に生まれた大韓民国籍を有する特別永住者であり、一九八八（昭六三）年にY（東京都、被告・被控訴人）に保健婦として採用されたものである（なお、Yは既に一九八六（昭六一）年には保健婦の採用につき国籍要件をはずしており、XはYに外国人としては初めて保健婦として採用された）。その後Xは、一九九二（平四）年に主任試験に合格し、一九九三（平五）年四月より主任として勤務していたが、一九九四（平六）年三月、さらに技術系の管理職をめざ

東京高裁平成九年一月二六日判決（平八（行コ）第六二号、管理職選考受験資格確認等請求控訴事件）高民集五〇卷三号四五九頁・判例タイムス九六〇号七九頁・判例時報一六三九号三〇頁

し、Y人事委員会が実施する平成六年度管理職選考種別A技術系医科学を受験するため申込書を提出しようとしたが、当時Xが勤務していたY八王子保健所副所長は、日本国籍を有しないことを理由に、この申込書の受け取りを拒否したため、Xは、当管理職選考を受験することが出来なかった。また、翌一九九五（平七）年には、前年には受験資格として記載のなかった「日本国籍を有すること」という項目が平成七年度管理職選考実施要項に付け加えられ、Xに対しては当該要項及び受験申込書用紙は配付されず、このためXは、同年度の管理職選考も受験できなかった。そこでXは、①平成七年度及び平成八年度管理職選考の受験資格の確認と、②平成六年度及び平成七年度管理職選考を受験できなかったことに対する慰謝料の支払いを求めて、訴えを提起した。

原審（東京地裁平成八年五月一六日判決、判例時報一五六六号二三頁）は、①受験資格の確認請求について、平成七年度管理職選考の受験資格の確認を求める点については、試験が既に実施済みであり、右の確認が現在の原・被告の法律関係になんら影響をおよぼすものではないため確認の利益がないこと、平成八年度管理職選考受験資格については、本件口頭弁論終結時点で未だ同年度の実施要項が決定されておらず、従って本件口

頭弁論集結時点では、原・被告間の具体的な権利義務関係をめぐる紛争が存するということはできないため、確認の利益がないことを理由に、却下した。また、②慰謝料の請求については、Yの主張をほぼ全面的に認め、次のように述べて、請求を棄却した。すなわち、(1)国民主権の原理は、国家権力の正当性の究極の根拠が日本国民の意思に存し、日本国民が国の政治のあり方を最終的に決定することをいうものと解されるが、これは単に公務員の選定罷免を決定する場面のみに日本国民が関与することでは足りず、我が国の統治作用が主権者と同質である国民によって行われることを要請している。(2)従って、憲法上国の統治作用の根本とされる立法、行政、司法の権限を行使し、主権者たる日本国民の意思が職務遂行の中に体现していると認められる重要な権限を直接に行使する公務員については、憲法上日本国民であることを要するものであり、法律をもって外国人がかかる地位につくことを認めるのは、国民主権の原理に反する。(3)公権力の行使あるいは公の意思の形成に参画することによって間接的に国の統治作用に関わっていると認められる場合についても、憲法は、外国人の就任を保障するものではない。もっとも、このような場合については、法律をもって明示的に、日本国民でない者にもこうした権限を授与することは国民主権

の原理に反するものではなく、憲法上禁止されているものでもない。よって、憲法二二条一項及び同一四条一項の規定は、右に述べたところと抵触しない限りにおいてその保障が及ぶにすぎないのであり、これを禁止する法律がないからといって、外国人が右の職責を有する公務員に就任することが保障されているということとはできない。(4)それ以外の、上司の命を受けて行う補佐的・補助的な事務、もっぱら専門分野の学術的・技術的な事務等に従事する地方公務員に外国人が就任することは、許容されている。(5)我が国に在留する外国人のうち、永住者等であつてその居住する区域の地方公共団体と密接な関係を持つにいたつたと認められるものについては、特段の考慮を払う余地があるとしても、地方公務員に就任することについては、なお右の通り解すべきことの妨げになるものではない。(6)本件の管理職選考は、決定権限の行使を通じて公の意思の形成に参画することによつて我が国の統治作用に関わる職への任用を目的とするものであり、実際そのような職への任用が行われているといえるから、外国人である原告はこのような職への就任を憲法上保障されているとはいえず、管理職選考を受験できなかったとしても、地方公務員法一三条、一九条に違反しない。これに対し、Xが控訴したのが、本件である。

【判旨】

本判決は、管理職選考の受験資格の確認については、いずれも既に管理職選考が実施済みであるから確認の利益がなく不適法であるとして、この部分の控訴を棄却したが、慰謝料支払いの請求については、次のように判断してYの不法行為を認め、Xに対する四〇万円の慰謝料の支払いを命じた。

① 国民主権原理について

憲法の定める「国民主権の原理の下における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有するものを意味することは明らかであり、憲法第一五条の規定は、その権利の性質上日本国民のみをその対象としたもので、その保障は、我が国に在住する外国人には及ばない。また、憲法第九三条第二項にいう「住民」とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味し、我が国に在住する外国人は、右規定による権利を保障されていないと解される。従つて、我が国に在住する外国人は、「憲法上、国又は地方公共団体の公務員に就任する権利が保障されている」ということはできない。もつとも、「我が国に在住する外国人について、公務員に選任され、就任することを禁止したものではないから、国民主権の原理に反しない限度において我が国に在住する外国人が公務

員に就任することは、憲法上禁止されていないものと解すべきである」。なお、特別永住者についても、憲法上の主権者すなわち日本国民と同視することはできないから、国民主権の原理に反しない限度において国又は地方公共団体の公務員に就任することができるにすぎないものというべきである。

### ② 外国人の人権享有主体性について

いわゆる権利性質説の立場から、憲法三二条一項の職業選択の自由、一三条の幸福追求権、一四条一項の平等原則についても、外国人にも原則としてその保障が及ぶとする。

### ③ 外国人の公務就任権について

国民主権の原理は、「我が国の統治作用が実質的に主権者である日本国民によって行われること、すなわち、我が国の統治作用の根本に関わる職務に従事する公務員は日本国民をもって充てられるべきことを要請しているものと解される」とした上で、まず、国家公務員をその職務内容に即して、(1) 国の統治作用である立法、行政、司法の権限を直接に行使する公務員、(2) 公権力を行使し、又は公の意思の形成に参画することによって間接的に国の統治作用に関わる公務員、(3) それ以外の、上司の命を受けて行う補佐的・補助的な事務又はもっぱら学術的・技術的な専門分野の事務に従事する公務員、

の三つに大別し、第一の種類の公務員については、国の統治作用に直接関わる公務員であるから、これに就任するには日本国民であることを要し、法律をもってしても、外国人がこれに就任することを認めるのは国民主権原理に反し憲法上許されないが、第二の種類の公務員については、国の統治作用へのかかわりの程度は第一の種類のものにくらべると間接的であり、しかもその職務内容は広範多岐にわたり関わりの程度も強弱様々であるから、憲法が外国人がこれに就任することを一切認めていないと解するのは相当でなく、「その職務の内容、権限と統治作用との関わり方及びその程度を個々、具体的に検討することによって、国民主権の原理に照らし、外国人に就任を認めることが許されないものと外国人に就任を認めて差し支えないものとを区別する必要がある」とする。第三の種類の公務員については、国の統治作用に関わる蓋然性及びその程度は極めて低く、外国人がこれに就任しても、国民主権の原理に反する恐れはほとんどない。このように見ると、国の公務員にも我が国に在任する外国人の就任できる職種が存在するものというべきであり、そのような職種の公務員については、我が国に在任する外国人に対して、これへの就任について憲法三二条一項、一四条一項の各規定

の保障が及ぶものというべきである。これは当然に地方公務員への就任についても原則的に妥当するが、「住民の日常生活に密接な関連を有する公共的職務は、その地方の住民の意思に基づいてその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨」と解されることからかんがみて、「特別永住者等その居住する区域の地方公共団体と特段に密接な関係を有するものについては、その意思を」地方公共団体に事務に反映させ、また、自ら参加していくことが望ましい。従って、特に特別永住者等の地方公務員就任については、国の公務員への就任の場合と較べて、おのずからその就任しうる職種は広く、機会も多くなる。

④ 地方公務員管理職への外国人任用可能性について

地方公務員の職務は広範多岐に渡っており、「公権力を使用することなく、また、公の意思の形成に参加する蓋然性が少なく、地方公共団体の行う統治作用に関わる程度の弱い管理職も存在する」ことから、これを含めてすべての管理職について、「外国人をこれに任用することは一切禁じられて」と解するのは相当でなく、「職務の内容、権限と統治作用との関わり方及びその程度によって、外国人を任用することが許されない管理職と許される管理職とを分別して考える必

要があり、後者については、憲法二二条一項、一四条一項の保障が及ぶものと解するのが相当である。

⑤ Yにおける管理職任用について

Yにおける「課長級の管理職の中にも、外国籍の職員に昇進を許しても差し支えないものも存在するというべきであるから、外国籍の職員から管理職選考の受験の機会を奪うことは」、その者の課長級の管理職への昇進の途を閉ざすものであり、憲法二二条一項、一四条一項に違反する。

そこで本件について検討すると、Yが受験申込書受け取りを拒否することによってXに平成六年度管理職選考を受験させなかったこと、平成七年度実施要項及び受験申込書を配付しなかったことよって同年度管理職選考を受験させなかったことは、憲法に違反する違法なものであることが明らかである。

【評釈】

本件は、日本在住外国人の公務就任権に関する初の高裁判決として注目されたものである。本件における争点は①外国人公務員の管理職選考受験資格の確認と、②当該管理職選考を受験できなかったことに対する損害賠償請求の二点であり、本判決

は、①については原審判決を維持したが、②については原審を  
変更し、損害賠償請求を認めている。本判決の特徴は、②の判  
断にあたって、外国人公務員の管理職就任につき一定の場合に  
は憲法の保障が及ぶとした点にある。本評釈では、この外国人  
の管理職就任権に関する判断に絞って、検討を加えることとし  
たい。<sup>(1)</sup>なお、本件は上告されており、最高裁に係属中である。<sup>(2)</sup>

### 一、外国人の人権享有主体性と国民主権

#### (一) 外国人の人権享有主体性

日本国憲法の定める様々な人権規定の保障が外国人に及ぶか  
否かについて、学説では、権利の性質によって外国人に保障さ  
れる権利とされない権利を区別し、できるだけ外国人にも人権  
保障を及ぼすべきであるとする性質説が通説である。<sup>(3)</sup>最高裁も  
昭和五三年一〇月四日のいわゆるマクレーン事件判決において、  
憲法に定める基本的人権の保障は「権利の性質上日本国民のみ  
をその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留す  
る外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」として、  
性質説を採用している。権利の性質上外国人には保障されないと  
される人権としては通常、入国の自由や社会権、参政権が挙  
げられる。しかし社会権については、第一次的には国籍国によつ

て保障されるべき権利だとしても「外国人に対して原理的に排  
除されていると解するのは、妥当ではない」として立法政策に  
より外国人にも社会権を保障するのが望ましいとする学  
説や、<sup>(4)</sup>「日本社会に居住し、国民と同一の法的・社会的負担を  
担っている定住外国人」については社会権の保障が及ぶとする  
学説もあり、また現在では、立法によって外国人にも保障が及  
ぶようになってきている。<sup>(5)</sup><sup>(6)</sup>

参政権のうちでも選挙権については、従来は、国政レベルに  
おいても地方自治体レベルにおいても外国人の選挙権は認めら  
れないとする全面禁止説が通説とされていたが、近時では、国  
政レベルにおける外国人の選挙権は国民主権原理に基づき憲法  
上禁止されるが、地方自治体レベルの選挙権については「住民」  
という立場から外国人にも認めることは憲法上禁止はされてはい  
ないという、国政選挙権禁止・地方選挙権許容説が有力に唱え  
られている。<sup>(9)</sup><sup>(10)</sup>判例においても、平成五年二月二六日最高裁判決  
が「国会議員の選挙権を有する者を日本国民に限っている公職  
選挙法」の規定は憲法に違反しないと、国政選挙について  
外国人の選挙権を否定したのに対し、平成七年二月二八日最高  
裁判決は、「憲法九三条項にいう『住民』とは、地方公共団体の  
区域内に住所を有する日本国民を意味する」ものであり日本

に在留する外国人に地方選挙権を保障したものではないと述べつつ、「我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であつてその居住する区域の地方公共団体と特段に密接な関係を持つに至つたと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもつて、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である」として立法政策による外国人への参政権付与の可能性を肯定しており、国政選挙権禁止・地方選挙権許容説に立っているものと解される<sup>(13)</sup>。他方、学説においては、「外国人に選挙権を認めるか否かについて、憲法は沈黙していると理解すべきである<sup>(14)</sup>」あるいは「国政・地方いずれを問わず、よく練り上げた立法であれば、「外国人に」参政権を与えるのに憲法上の困難はないと思ふ<sup>(15)</sup>」とする全面許容説や、民主権原理における「国民」を国籍保持者とイコールでとらえる考え方に疑問を呈し、「生活の実態という点で日本国民一般と変わらないような外国人に対しては、参政権でさえ保障されてしかるべきであらう<sup>(16)</sup>」とする全面要請説も唱えられている。

(二) 定住外国人論と民主権原理

上述のように外国人の選挙権に関しては許容説・要請説共にいくつかのヴァリエーションがあるが、そのいずれを問わず、外国人に選挙権を付与し得る又はすべしと説く学説の背景となつていのが、いわゆる外国人類型論（定住外国人論）である。それは、従来「外国人」として一括されていた人々にも様々な在日形態があることを考慮し、外国人を①定住外国人、②難民、③一般外国人の三種類に分類し、それぞれに保障されるべき権利・自由の範囲と程度を具体的に考えることが必要であるとするものである。このうち定住外国人については、法令上決まつた定義はないが、一般に「日本社会に生活の本拠をもち、その生活実態において自己の国籍国をも含む他のいかなる国にもまして日本と深く結びついており、その点では日本に居住する日本国民と同等の立場にあるが、日本国籍を有しない者<sup>(17)</sup>」とされ、具体的にどういう者を指すかについては論者によつて若干の違ひはあるものの、おおむね、(a) 入管法上の永住資格者たる一般永住者、(b) いわゆる日韓法的地位協定および同協定の実施に伴う入管特別法に基づく協定永住者、(c) いわゆる平和条約国籍離脱者等入管特別法に基づく法定特別永住者が定住外国人に含まれると説かれて<sup>(18)</sup>いる。そして、従来「権利の性質上」外国人には保障されないとされてきた権利であっても、前

述のような定住外国人に対しては認めることが許容されている、望ましい、もしくは要請されていると説かれるのである。

またこれをさらに進めて、立法によって要件が定められる「国籍」によって国民主権原理における「国民」の範囲が確定することの矛盾を指摘し、「国民主権」原理のもとでの主権者たるべき者は、民主主義の観点から、その政治社会における政治的決定に従わざるをえない者すべてである」と解して、国民主権原理における国民<sup>(19)</sup>国籍保持者とする<sup>(20)</sup>ことを疑問とする主張がある。これもまた、外国人の国籍ではなく、定住性すなわち地域・社会密着性に、民主的結びつきを見出すものと言えよう。

判例には、定住外国人という概念を認めたものはない。在日韓国人の再入国不許可処分<sup>(21)</sup>の取消しと違法性が争われた平成一〇年四月一〇日最高裁判決は、再入国不許可処分を受けた日本に在留する外国人が再入国許可を受けないまま出国した場合、それにより在留資格が消滅するために、右不許可処分の取消しを求める訴えの利益が失われ、このことは特別永住者についても異なる<sup>(22)</sup>ところがないとし、指紋押なつを拒否した者に対して再入国の許可を与えないとの方針で臨んだことについてもその必要性和合理性を肯定した上で、外国人の在留資格いかんを問

わずに右方針に基づいてある程度統一的な運用を行うこともやむを得ないとし、日本での在留資格による外国人の類型化を認めていない。ただし選挙権に関しては、前述平成七年最高裁判決が「我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であつてその居住する区域の地方公共団体と特段に密接な関係を持つに至つたと認められるものについて」立法によって地方選挙権を付与することは憲法上禁止されていないとして、外国人の地域への密接性に地方参政権付与の手がかりを求めている。

## 二、外国人の公務就任権

### (一) 公務就任権の法的性格

公務就任権は、通説では、そのもつ参政権的性格から、権利の性質上外国人には保障されないとされてきたが、一方で、教育的・調査的・非管理的職務なども含めた、あらゆる公務から外国人を排除することは行き過ぎであるとされている<sup>(23)</sup>。現行憲法には、明治憲法とは異なり「公務就任権」という権利を明文で保障する規定はない。「公務就任権」と呼ばれる権利は、学説上「国若しくは公共団体の職又は地位に就く権利のことであるが、①その「就任」が任用によって一定の任命権者による任命行為をもつて職に就く権利と、②選挙により当然に一定の地

位に就く権利<sup>(25)</sup>」の双方を含むとされ、後者については憲法一五  
 条および九三条に規定があるが、前者については、通常その憲  
 法上の根拠は国民主権原理、公務員選定・罷免権（一五條一  
 項）、職業選択の自由（二二條一項）、平等原則（二四條）、幸  
 福追求権（二三條）などに求められている。しかし近時は、公  
 務就任権を独自の権利としてみるよりも、専ら職業選択の自由  
 の一部ととらえる学説が主張されている。それは、「現実的に  
 は公務員の職に就くということは、統治作用への関与としてよ  
 りもまさに職業の選択として意識される場合が多い<sup>(26)</sup>」という現  
 状が強く認識されるのに伴うものと思われるが、公務就任権の  
 意義を、「公権力は国民の公務への就任にあたって、それぞれ  
 の公務の性質や応募者の適正を選別の基準とする以外には、国  
 民に公務への就任を選択する自由（すなわち公務員という職業  
 を選択する自由）を奪ってはならない<sup>(28)</sup>」ことと解することで、  
 「『公務就任権』と通称されてきた権利は、二二條の職業選択  
 の自由として処理すれば足る<sup>(29)</sup>」とされるのである。

（二）「当然の法理」

他方実務では、外国人の公務就任について、従来から「公権  
 力の行使又は公の意思の形成への参画」に携わるとする職種に  
 ついては日本国籍を有することを必要とするという「公務員に

関する当然の法理」（以下、単に「当然の法理」という）に基  
 づき、日本国内に居住する外国人の公務員への就任について、  
 一定の制限を設けてきた。

外国人の公務就任を直接否定する法的根拠は、憲法には見ら  
 れない。しかし法律のレベルでは、外務公務員法七条が国籍要  
 件を定め、また、公職選挙法一〇条は、衆参両院議員、都道府  
 県議会議員及び知事、市長村議会議員及び長の被選挙権を日本  
 国民に限るものとしている。さらに、国家公務員法は三八条の  
 欠格事由の中に国籍を含めていないが、任用のための競争試験  
 の受験資格につき、第四四条で、「その職務の遂行に欠くこと  
 のできない最小限度の客観的かつ画一的な要件」を人事院規則  
 により定めることができるとし、それを承けた人事院規則八一  
 一八（一九八四）第八条で、日本国籍を有しない者は採用試験  
 を受けることができない旨定められている。この段階で初めて、  
 国家公務員につき一般的に外国人が排除されることになるわけ  
 である。地方公務員法もまた、欠格事由に日本国籍を含めてお  
 らず（第一九条）、受験資格について「職務の遂行上必要な最  
 小且つ適當の限度の客観的且つ画一的要件」を人事委員会が定  
 めるものと規定し、これを承けて多くの自治体が、何らかのか  
 たちで採用試験に国籍要件を設けているようである。<sup>(3)</sup>

これら外国人に対する公務就任権拒否の法運用の根拠となっているのが、前述の「当然の法理」である。<sup>(32)</sup>その萌芽は、一九四八（昭二三）年の法務調査意見長官回答<sup>(33)</sup>に見られる「官吏たるには原則として日本国籍を必要とすることを当然とする」という考え方である。そしてこれ以降、行政実務における照会・回答の蓄積を経て、「公権力の行使又は公の意思の形成への参画にたずさわる公務員となるには日本国籍を要する」とする「当然の法理」が明確化され、確立されていくのである。

しかし、これら回答は「公権力の行使又は国家意思（あるいは地方公共団体の意思）の形成への参画にたずさわる公務員」とはいかなるものなのかについて、明確な判断基準を示したも  
 のではなかった。国家公務員については、公権力の行使にたず  
 さわる公務員に当たるかどうかは、「当該公務員の任用にかかる  
 官職の職務内容を検討して具体的に決すべきものと解する<sup>(34)</sup>」と  
 され、また、地方公務員については、一九七九（昭五四）年の  
 衆議院答弁書において、「当然の法理」に該当するものとして  
 地方公務員への外国人の任用を拒否するかどうかは、それぞれ  
 の地方公共団体の実情に応じ、当該地方公共団体において具体  
 的に判断されるべきであるとの見解<sup>(35)</sup>が示されている。なお、国  
 公立大学の教員への任用については、一九八二（昭五七）年の

「国公立大学外国人教員任用等特別措置法」によって、それま  
 では助手までしか認められていなかった外国人の任用が、講師、  
 助教授、教授への任用が可能になった。しかし、教員採用試験  
 を経る高校までの国公立学校の「教諭」については、今なお開  
 かれていない。<sup>(36)</sup>

これらの政府見解とその法運用に対し、各地方自治体におい  
 て、職員採用について国籍条項を撤廃する動きが近年とみに高  
 まっていることは、周知のとおりである。<sup>(37)</sup>政令指定都市以外の  
 市町村ではすでに一九七〇年代からそのような動きがあり、ま  
 た、都道府県や政令指定都市でも、一九九六（平八）年川崎市  
 で、市の三五〇九に及ぶ全職種を検討し、食品衛生管理、医療  
 機関等監視、徴税、建築確認などの一八二種を「命令・処分な  
 どを通じて、対象となる市民の意思にかかわらず、権利・自由  
 を制限することになる職務」<sup>(38)</sup>「公権力の行使」にあたるとして、  
 それ以外の職につき国籍要件を撤廃し、課長職までの昇進を容  
 認する方式（いわゆる「川崎方式」）を採用したのをはじめ、  
 一九九七（平九）年には、都道府県では高知県・神奈川県が、  
 政令指定都市では横浜市・神戸市・大阪市などが一般事務職に  
 ついても国籍条項を撤廃している。

上記のような「当然の法理」に対して、学説は一般にその内

容とするところが余りにも広汎かつ抽象的に過ぎると批判し<sup>(38)</sup>、その上で、外国人に対し特定の公務への就任を制限しうることを前提に、その範囲を明確化することを試みている。たとえば、外国人は「公権力の発動として人民に対する命令強制を内容とするような職務を担当する職」<sup>(39)</sup>、「統治的作用に直接関係又は関与する公務員」<sup>(40)</sup>、国家機密を扱う地位や国政の重要問題につき決定を下すことのできるような地位<sup>(41)</sup>には就くことができないとされ、具体的には、国会議員、國務大臣、各省次官・局長<sup>(42)</sup>、都道府県知事、外交官、自衛官<sup>(43)</sup>、裁判官、検察官などの職種が挙げられている。

要するに、外国人にも広く公務就任権を認めるべきとであるとする学説が、外国人を排除し得る職種として念頭に置くものは、「主権又は統治権を直接行使する職務」<sup>(44)</sup>であり、いわゆる一般職の公務員や教員などについては、外国人の任用を制限することが「その職務の機能・目的上とくに必要であること」<sup>(45)</sup>（傍点原文）が立証できない限り、就任可能であるとするのである<sup>(47)</sup>。

### 三、本判決の評価

#### (一) 定住外国人論について

本判決は、前述マククリーン事件最高裁判決に従って、外国人の人権享有主体性について性質説を採用し、公務員の選定罷免権を保障する憲法第一五条第一項は権利の性質上日本国民のみをその対象としたもので外国人にその保障は及ばないとし、また、前述平成七年最高裁判決に倣い憲法第九三条第二項にいう住民とは地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民の意味であつて外国人はその保障の対象外であるとしながらも、特別永住者に対して特別な配慮を示している。すなわち、「特別永住者であることをもって、憲法上の主権者すなわち日本国民と同視することはできない」が、地方自治の重要性にかんがみ、我が国に在住する外国人でその居住する地域と密接な関係を有するものについては、その意思を地方公共団体の公共的事務に反映させ、又自ら参加していくことが望ましく、したがって、特別永住者等については、地方公務員への就任は国家公務員への就任の場合と較べて自ずから職種は広く、機会は多くなるものといえる、というのである。これは、学説で主張される外国人類型論を正面から肯定したものではないが、特別永住者につき一定の配慮をすべきとした点で、一歩踏み込んだ判断であつたと言える。

しかし、このように特別永住者の地域密着性を認める傾向は、

最高裁では地方参政権の分野に限られており、前述の平成一〇年最高裁判決に見るように、入管法や外登法に関わる一連の訴訟においては、最高裁は依然として特別永住者であっても一般外国人と異なるところがないという立場を維持している。本判決の上告審で、外国人の公務就任権について最高裁がどのように判断するのが注目される。

### (一) 公務就任権について

本判決はまず第一に、公務就任権と国民主権との関係につき、「国民主権の原理の下における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有するものを意味することは明らかである」とし、国民主権の原理は「我が国の統治作用が実質的に主権者である日本国民によって行われること、即ち、我が国の統治作用の根本に関わる職務に従事する公務員は日本国民をもつて充てられるべきことを要請しているものと解される」として、国民主権の原理に反しない限りにおいて外国人の公務就任も憲法上保護されると述べる。これは、「我が国の統治作用が主権者と同質的な存在である国民によって行われることをも要請している」とする原審判決とは若干ニュアンスを異にしているように思われる。原審判決にはない「統治作用の根本に関わる職務」という文言は、後述の公務員の類型化とその憲法的保障の有無につ

き、原審判決よりも日本国民をもつて充てられるべき職務を限定的に解する判断の布石であると考えられることもできよう（後述(三)参照）。

その上で第二に本判決は、国民主権の原理に反しない限り、外国人にも憲法一四条の平等原則や二二条一項の職業選択の自由の保障が及ぶとする。これは公務就任権が職業選択の自由の問題であることを認めたものと積極的に評価することもできるが、反面、国民主権原理によって自由権が制約を受け得ることを容認したものと解する余地もある。とすれば、ここで示されているのは、職業選択の自由対国民主権原理という対立の図式である。このような図式は果たして成り立ちうるか。この点、「△外国人の職業選択の自由を国民主権原理が掣肘する▽という構図で問題を捉える」<sup>(48)</sup>ことに疑問を呈する声もある。そもそも国民主権原理が君主主権に対抗する理論としてあらわれ、治者と被治者の同質性を意味する原理であることを考慮すれば、それは自由権の保障を担保するものでこそあれ、自由権を制限するものであってはならないはずである。

思うにここで問題とされるべきは、外国人の職業選択の自由が国民主権に反しないかどうかではなく、外国人に当該職務への就任を認めることが国民主権原理が本来目指すべき「治者と

被治者の「同質性」を損なうほどのものであるかどうか、ということであろう。つまり、外国人に一定の公務への就任が制限されることを「規定そのものの性質」(内在的制約)と言換えることも可能であろう)ととらえるアプローチである。「適材適所の人事のために国籍の如何が問題となる場合でも、個別具体的な人事の適否を判断するための諸般の事情の一つとして、他の諸事情とともに総合勘案して決するようにすべきである」との考え方も、この文脈で語ることができよう。

(三) 外国人に就任可能な公務

本判決は、「当然の法理」という文言を用いず、国民主権原理から直接外国人の公務就任権の有無に関する基準を導き出している。

判決は、国家公務員についてその職務内容からこれを三つに類型化している。すなわち、第一に、国の統治作用である立法、行政、司法の権限を直接に行使する公務員。第二に、公権力を行使し、又は公の意思の形成に参画することによって間接的に国の統治作用に関わる公務員。第三に、上司の命を受けて行う補佐的・補助的な事務又はもっぱら学術的・技術的な専門分野の事務に従事する公務員、の三つである。そしてこれは地方公務員の場合にも妥当するとする。この分類は、すでに原審で示

されたものをそのまま踏襲したものであるが、原審がこのうち第一類型については国籍を必要とし、第二類型についてはいわば公務就任許容説ともいべき考え方を採ったのに対し、本判決では、第一類型については原審と同様、国民主権原理に基づきそれへの就任には日本国籍を要するとしたが、第二類型については、その職務内容の多様性を認め、外国人にも就任を認めて差し支えない職があり、そのような職務には、第三類型と合わせて、憲法二二条一項及び一四条一項の保障が及ぶとした。

原審が第二類型のみならず第三類型についても「許容されている」と述べたのに対し、本判決は外国人の公務への就任が憲法上の権利として認められる場合があることを明言しており、この点思いきった判断であったと言えよう。制約基準としての法的性格に問題があると指摘されてきた「当然の法理」に基づき、広汎に外国人の公務就任を制限してきた従来の実務に対して、それが違憲となる可能性を明示したことは、評価できるものと考ええる。但し、全く疑問がないわけではない。原審の類型化を踏襲しつつ、第二類型を更に二分したことは本判決の特徴の一つであるが、これに関連して、以下の二点を指摘しておく。

第一に、第二類型に関して原判決は「憲法は：保障しない」が「憲法上禁止されているものでない」として、立法裁量の余

地を示唆している<sup>(52)</sup>。これに対して本判決は、第二類型につき外国人に就任を「認めることが許されないもの」と「認めて差支えないもの」とを区別し、後者には憲法の保障が及ぶとしている。前者については「国民主権の原理に照らし」許されないと述べているため、憲法上禁止されるとの趣旨であると解すべきであろう。後者の「認めて差し支えないもの」に「憲法の保障が及ぶ」ということの意味はどうか。「認めて差し支えない」という文言から、立法裁量を認めていると解する余地もあろうが、<sup>(53)</sup>本判決は専ら憲法上の規定を援用することにより被控訴人の措置の違法性を導き出しており、むしろ、立法裁量のあることを前提にはしていないようである。「憲法の保障が及ぶ」と明言していることからみても、外国人の公務就任権が立法裁量に委ねられているという趣旨ではなく、直接憲法によって保護されるものであることを示したものと思われる。

ただしそのように考えると、第一類型に近い場所に位置する第二類型の公務員につき、原審において立法裁量により認められ得た外国人の就任が、本判決では憲法上認められないものとされることも起こりうる。もともと、これは原審と本判決が示す類型化がそれぞれの階層につき全く同じ範囲を想定しているという前提の下でのことであって、原審の類型化と本判決の類

型化の範囲につき「ずれ」があるということも考えられる。しかし、そもそも類型化の範囲に「ずれ」があるのか否かは、文面からは明らかではない。従って、本判決の類型化は、一見カテゴリカルに整理されているようでありながら、実はいかようにも解釈のできるあいまいなものにとどまっていると言えよう。このことは、次に述べる第二の問題点にも関係する。

第二点は、本判決が示す基準が依然としてあいまいなままであるということである。判決は、第一類型について、「間接的に」という若干の絞りがかかっているものの「当然の法理」と同様の「公権力の行使または公の意思の形成に参画する」という文言を用い、その内容について具体的な説明を加えていない。内容らしきものが述べられているとすれば、地方公務員の管理職就任につき判断している部分で「管理職であつても、専ら専門的・技術的な分野においてスタッフとしての職務に従事するにとどまる」ものについては公権力を行使せず、公の意思の形成に参画する蓋然性が少なく、統治作用にかかわる程度が弱いとする箇所、および、Yの管理職を検討する中で、事案の決定権限を有するものと事案の決定権限は有しないが事案の決定過程に関与するものを区別している箇所であるが、いずれの場合においても第二類型を更に「外国人に就任を認めることが

許されないもの」(仮にaと呼ぶ)と「認めて差し支えないもの」(同じくbと呼ぶ)に二分する基準を明確にしているわけでもなければ、それぞれを具体的に例示しているわけでもない<sup>(54)</sup>。本件で争われたのが管理職への任用そのものではなく、その前段階である管理職選考の受験資格であるという性質上、このような判断になったとも考えられるが、公務員を①第一類型、②第二類型a、③第二類型b、④第三類型と、事実上四つに分類したことになるにもかかわらず、また憲法の規定の保障が及ぶか否かの基準として示されたものであっただけに、各類型の内容及び明確にされなかったことには不満が残る。

本判決は、受験の機会を奪うことは違憲であるといった点で外国人に管理職公務員への就任を一部認めたものの、その基準については敢えて明確にしなかったかのような感すらあり、結局のところ「当然の法理」を限定的に適用して外国人の公務就任の範囲を広げたもの<sup>(55)</sup>であって、従来の「当然の法理」を超えるものではないと言えよう。

註

(1) 本判決の評釈としては、石川健治・法学教室二二〇号別冊判例セレクト97(一九九八)五頁、西浦公・平成九

年度重要判例解説(一九九八)八頁、橋本勇・判例自治一七七号(一九九八)九六頁がある。また、本判決にかかわる論稿として、岡崎勝彦「外国人の公務就任権」

(自治総研ブックレット五九・地方自治総合研究所・一九九八)一〇〇頁以下参照。原審の評釈としては、相澤

直子・法政研究第六四巻二号(一九九七)四一三頁、加藤

藤美枝子・判例タイムス九四五号平成八年度主要民事判

例解説(一九九七)三七二頁、末岡峰雄Ⅱ谷内徹・判例

自治一五〇号(一九九六)五頁、地方自治職員研修二九

巻四〇一号(一九九六)三四頁、高橋正俊・平成八年度

重要判例解説(一九九七)一一頁、石川健治・法学教室

一九八号別冊判例セレクト96(一九九七)一五頁。また、

上村貞美「外国人と公務就任権」香川法学一七巻(一九

九七)一頁一頁が、原判決を批評している。なお、本判

決の控訴人側鑑定意見書の元原稿として、岡崎勝彦「外

国人の公務就任権(3)・完」自治総研二三巻二二六号

(一九九七)一頁(岡崎・前掲書五七頁以下所収)がある。

(1-2) 一九九八(平一〇)年二月現在。

(2) 芦部信喜「憲法学Ⅱ人權総論」(有斐閣・一九九四)一

二六頁、伊藤正己「憲法第三版」(弘文堂・一九九六)一

九六頁、佐藤幸治「憲法第三版」(青林書院・一九九

七)四二〇頁、野中俊彦Ⅱ中村睦男Ⅱ高橋和之Ⅱ高見勝

利「憲法I」[新版] (有斐閣・一九九七)二〇三頁(中

- 村執筆)など。
- (3) 最高裁昭和五三年一〇月四日大法廷判決、民集三三巻七号二二三三頁(判例時報九〇三号三頁)。
- (4) 芦部・前掲注(2)一三六〇一三七頁。
- (5) 大沼保昭『単一民族社会の神話を超えて』(東信堂・一九九三)一三三九頁。
- (6) 国民年金、福祉年金、児童手当、児童扶養手当、特別児童手当、福祉手当などは、従来は国籍要件があったが、一九八一年の難民条約加入に伴う法改正によって国籍要件が撤廃され、内外人平等となっている。
- (7) 宮沢俊義『憲法Ⅱ「新版」』(有斐閣・一九七二)二四一〜二四二頁、橋本公巨『日本国憲法「改訂版」』(有斐閣・一九八八)一三〇頁、小島和司『憲法概説』(良書普及会・一九八七)一五六〜一五七頁。なお、伊藤正己『憲法新版』(弘文堂・一九九〇)一九七〜一九八頁や樋口陽一『佐藤幸治Ⅱ中村睦男Ⅱ浦部法穂』(注解日本国憲法上巻)〔青林書院・一九八四〕一九八頁(佐藤執筆)も全面禁止説として引用されることがあるが、伊藤・前掲注(2)(伊藤・本注前掲書の第三版)一九八頁では「たとえば永住権をもつ外国人に地方公共団体の議員等に対する選挙権を与えることは、憲法の禁ずるところではない」と付け加えられており、また佐藤・前掲注(2)四二〇頁でも「地方自治体のレヴェル、とりわけ元来住

民の日常生活に密着する市町村のレヴェルにあつて、団体ないしその機関の行使する権能の種類や性質如何によつては、法律により定住外国人に選挙権を認めることまでを排除するものではないと解される」とされていて、いずれも地方許容説に立っている。

- (8) 岡崎勝彦『外国人の地方参政権』(公法研究五六号)一九九四)一〇八頁、近藤敦『国籍条項と選挙権・被選挙権』(ジュリスト一〇一〇号)一九九六)二四頁参照。
- (9) 伊藤・前掲注(2)一九八頁(注(7)参照)、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂・一九九三)一九六頁、佐藤・前掲注(2)四二〇頁(注(7)参照)、中村睦男『論点憲法教室』(有斐閣・一九九〇)七〇頁、長尾一敏『外国人の人權』(芦部信喜編『憲法の基本問題』(有斐閣・一九八八)一七七頁、野中Ⅱ中村Ⅱ高橋Ⅱ高見・前掲注(2)二〇七頁(中村執筆)、萩野芳夫『基本的人權の研究』(法律文化社・一九八〇)二五四〜二五五頁等)。
- (10) 憲法九三条二項が「国民」ではなく「住民」という文言を用いていることを根拠とすることに対しては、国政レベルの選挙権を国民主権の問題、地方自治体レベルの選挙権を住民自治の問題と、両者を切断してしまうことは疑問であるとの批判がある。初宿正典『憲法2基本権』(成文堂・一九九六)一五五頁、奥平康弘『憲法Ⅲ』(有斐閣・一九九三)六〇頁。

- (11) 平成五年二月二六日最高裁第二小法定判決、裁判集民事一六八号下五七九頁(判例時報一四五二五号三七頁)。
- (12) 最高裁平成七年二月二八日第三小法定判決、民集四九卷二号六三九頁(判例時報一五三三号四九頁)。
- (13) なお、第一四三回臨時国会(一九九八年七月三〇日、同年一〇月一六日)で、民主党と平和・改革が「永住外国人に対する地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権等の付与に関する法律案」を提出しており継続審議になっているほか、一九九八(平一〇)年十月二三日、西田司自治大臣が、在日本大韓国民団の辛容祥団長との会談の中で、永住外国人の地方参政権法制化につき前向きに検討したい旨の発言をしており(一九九八(平一〇)年一〇月二四日付「朝日新聞」朝刊、一九九八(平一〇)年一〇月二四日付「毎日新聞」朝刊参照)、また、一九九八(平一〇)年三月二〇日には、小淵恵三総理大臣が金大中韓国大統領との会談において、定住外国人の地方参政権について今後検討していく旨を述べている(一九九八(平一一)年三月二三日付「毎日新聞」朝刊参照)。
- (14) 戸松秀典・判例評論四一七号(一九九三)一八一頁。
- (15) 奥平・前掲注(10)六一頁。
- (16) 浦部法穂「新版」憲法学教室Ⅰ(日本評論社・一九九四)七〇頁。
- (17) 大沼・前掲注(5)二〇四頁。
- (18) 芦部・前掲注(2)一三〇頁。なお、大沼・前掲注(5)二〇四頁は、これに加えて①日本で生まれた外国人で出生後基本的に日本国内で育ち生活している者、②かつて永住資格ないしそれと同視し得る法的地位にあってが、本質的に日本における生活実態とはかかわりない事由により右の地位を否認された者、③日本に一定期間(五年を一応の基準とする)在住して生活を営んでいる者も、定住外国人に該当するとしている。徐龍達「定住外国人の地方参政権」徐龍達「編」定住外国人の地方参政権(日本評論社・一九九二)五頁も参照。
- (19) 浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」徐「編」前掲注(18)五九頁、同「新版」憲法学教室Ⅱ(日本評論社・一九九六)二二三頁以下。
- (20) 「国民主権」原理がそもそも「君主主権」への対抗原理として成立したものであること、すなわち民主主義の理念である自己統治に国民主権の実質的な意義を見出し、その主体である主権者たるべき者に国籍が与えられるという前提をとるこの主張は、理論的に国民主権原理成立の根本に立ち戻らうとするもので、魅力的なものであるが、国籍と国民、国民主権原理との関係について今少しの理論的精緻化が必要なるように思われる。柳井健一「憲法学における国籍研究の意義・試論」早稲田大学大学院法研論集第八〇号(一九九七)は、国民概念と国籍制度

との齟齬を指摘し、憲法学において国籍概念及び国籍制度を研究することの意義を論じており、示唆に富む。

(21) 原判決で結論が分かれ、控訴人と被控訴人とがそれぞれ上告したため、最高裁において別事件となっている。

平成一〇年四月一〇日最高裁第二小法廷判決、民集五二卷三号六七七頁及び民集五二卷三号七七六頁（共に判例時報一六三八号六三頁）。

(22) 伊藤・前掲注(7) 一九七頁。

(23) 佐藤・前掲注(2) 四二〇頁。

(24) 明治憲法一九条は、日本国民が法律命令の定めるところに従って均しく公務に就き得ることを規定していたが、これも「公務就任権」という特別の権利を認めたものではなく、公務（中略）に就きうる資格ないし能力の法定とその平等を定めたものである」と解される。芦部・前掲注(2) 三五三頁。

(25) 岡崎勝彦「外国人の公務就任権」ジュリスト一〇一〇号（一九九六）三五頁。

(26) 根拠を二三条に求めるのは、佐藤・前掲注(2) 四六五頁の見解であるが、これに対しては、「個別の憲法規定によって合理的に根拠付けることが可能であるならば（中略）、それによるのが原則と言わねばならない」という芦部教授の指摘や、「権力への参加を二三条に含ませてはならない」とする阪本教授の批判がある。芦部・前掲

注(2) 三五三頁、阪本・前掲注(9) 一九七頁。

(27) 相澤・前掲注(1) 四一三頁。

(28) 初宿・前掲注(10) 三六三頁。

(29) 阪本・前掲注(9) 一九七頁。

(30) これらの説は、前述の岡崎教授の公務就任権の定義のうち「①その「就任」が任用によって一定の任命権者による任命行為をもって職に就く権利」が念頭にあることは間違いないが、「②選挙により当然に一定の地位に就く権利」までを念頭に置いているのかどうかは不明である。しかし、論点が拡散することを避け、ここではこの問題は論じない。

(31) 岡義昭・水野精之編「外国人が公務員になる本」（ポット出版・一九九八）、田中清定「外国人の公務就任について」関東学園大学法学紀要第一五号（一九九七）三八頁参照。

(32) 「当然の法理」成立の経緯については、田中・前掲注(31) 一頁以下、岡崎勝彦「外国人の法的地位に関する一考察」法政論集七五号（一九七八）七九頁以下、渡辺賢「いわゆる外国人教員任用法と『当然の法理』」北大法学論集四〇巻五十六号（一九九〇）三八九頁以下に詳しい。

(33) 一九四八（昭二三）年八月一七日法務省調査一発第一五五号、法務総裁意見年報第一卷七二頁（前田正道編

- 『法制意見百選』(ぎょうせい・一九八六) 三六七頁所収。
- (34) 一九五五(昭三〇)年三月一八日二二二二六、判例・通達実務大六法(第一法規) 第一卷第三編四四頁(国家公務員法三八条関連)。
- (35) 一九七九(昭五四)年四月一三日衆議院「在日韓国・朝鮮人の地方公務員任用に関する質問書」に対する大平総理大臣答弁書、第八十七回国会衆議院会議録第二十号(一九七九年四月二四日)。同旨、一九八二(昭五七)年四月二一日衆議院「在日韓国人に対する行政差別に関する質問書」に対する鈴木総理大臣答弁書、第九十六回国会衆議院会議録第十九号(一九八二年四月三三日)。
- (36) 外国人教育公務員に関する問題を論じるものとして、岡崎・前掲注(32) 一七九頁、岡崎勝彦「外国人の教育公務員適格」ジュリスト七八一号(一九八三) 三九頁、田中宏「外国人の教育公務員資格、その問題と背景」法律時報五七巻五号(一九八五) 三七頁、常本照樹「外国人教員任用法の立法過程」北大法学論集四〇巻五十六号(一九九〇) 三五七頁、渡辺・前掲注(32) 三八九頁。
- (37) 岡崎勝彦「外国人の地方公務員就任権」法律時報六九巻三号(一九九七) 三頁以下参照。
- (38) 大沼・前掲注(5) 一三〇頁、芦部・前掲注(1) 一三四頁、根森健「外国人の人権」論はいま」法学教室一八三号(一九九五) 四六頁、西浦・前掲注(1) 九頁。
- (39) 田中二郎「新版行政法中巻全訂第二版」(弘文堂・一九七六) 二四六頁。
- (40) 芹田健太郎「永住者の権利」(信山社・一九九二) 三〇〇頁。
- (41) 萩野邦夫「外国人の法的地位」公法研究第四三号(一九八二) 四〇頁。公務の本質を人民への奉仕(IIサービス)ととらえ、これへの就任権は外国人にも解放されるべきとする。
- (42) 大沼・前掲注(5) 一三二頁、芹田・前掲注(40) 三〇〇頁、岡崎・前掲注(25) 四〇頁参照。特に注のない場合は、三者が共通して挙げる職種である。
- (43) 芹田・前掲注(40) 三〇〇頁。
- (44) 岡崎・前掲注(25) 四〇頁。
- (45) 大沼・前掲注(5) 一三二頁。但し、芹田・前掲注(40) 三〇〇頁は、フランスの外人部隊や傭兵の例などを挙げて、たとえ防衛の職であっても自国民に限定する理由に乏しいとする。
- (46) 岡崎・前掲注(25) 三九頁。
- (47) 大沼・前掲注(5) 一三二頁、一三三頁。なお、岡崎教授は「外国人の公務員任用を原則とし、例外的にのみ否定されるべき」とし、その例外が「首相・大臣・国会議員・裁判官・都道府県知事等の国及び自治体における機関責

任者 (Organwaler) であり、「もっぱら他から導き出された指示に拘束された、取消可能な公権力を行使する職務担当者 (Amtswalter) 』とは区別されなければならないとする。岡崎・前掲注 (37) 五頁。なお、機関責任者 (Organwaler) と職務担当者 (Amtswalter) につき、ヨルゼフ・イーゼンゼー／斎藤靖夫 (訳) 「ドイツ連邦共和国における外国人の国法上の地位 (三・完)」ジュリスト六二四号 (一九七六) 九六頁参照。

(48) 石川・前掲注 (1) 五頁。

(49) 西浦・前掲注 (1) 九頁。

(50) 高橋・前掲注 (1) 一二頁。

(51) 田中・前掲注 (31) 一四頁。

(52) 本件のような事案に立法裁量論を用いること自体についても、その是非につき検討の余地があるように思われるが、ここではこの点については触れない。

(53) 西浦・前掲注 (1) 九頁が、第二類型に含まれる公務員につき、本判決は「外国人の就任には法律による明示の承認を要するとし」たと述べるのは、判決が「認めて差し支えない」とした部分を捉えたものであろう。

(54) 浦部教授はこの点につき、「今回は課長だが、部長、局長だったらどうなるかといった疑問には答えていない」と指摘している。一九九七 (平九) 年十一月二七日付

「読売新聞」朝刊参照。

(55) 西浦・前掲注 (1) 九頁。