

判例研究

いわゆる

## 東京都管理職選考受験資格訴訟判決

西條 潤

地方公共団体の管理職選考試験の受験資格要件として日本国籍を有することを定める措置が労働基準法三条、憲法一四条一項に違反しないとされた事例（平成一七年一月二六日最高裁大法廷判決民集五九卷一号一二八頁）

## 【事実の概要】

東京都（被告、被控訴人、原告人）は、昭和六三年四月、韓国籍の特別永住者である原告（控訴人、被上告人）を保健婦として採用したが、平成六年度および平成七年度の管理職選考においては、日本国籍をもたないことを理由として原告に受験の機会を与えないこととした（以下、「本件措置」と略記）。そこで原告は、（一）本件措置は外国人に対し公務就任権を保障する憲法一四条一項および同二二条一項に違反する、（二）本件措置は国籍を理由とする差別的取扱いを禁ずる労働基準法三条等に違反するとして、平成七年度および平成八年度管理職選

考受験資格の確認、ならびに平成六年度およ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提訴した。

一審判決（東京地判平八・五・一六）は、受験資格確認請求については、確認の利益がないとして却下し、慰謝料支払請求については、管理職選考の結果任用されることとなる職に就任する権利は憲法上在留外国人に保障されていないと説示して、棄却した。

これに対し原審判決（東京高判平九・一一・二六）は、受験資格確認請求については却下したが、管理職選考の結果任用されることとなる職のうち、一定の職に就任する権利は憲法上在留外国人にも日本国民と平等に保障されている、と説示し、慰謝料支払請求については一部認容した。

## 【判旨】破棄自判

① 地方公務員法は、「普通地方公共団体が、法による制限の下で、条例、人事委員会規則等の定めるところにより職員に在留外国人を任命することを禁止するものではない」。

② 「地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とするもの（以下「公権力行使等地方公務員」という。）」は、「住民の権利義務や法的

地位の内容を定め、あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど、住民の生活に直接間接に重大なかわりを有する」ため、わが国の法体系は、「国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものであること（憲法一条、一五条一項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任すること」とを想定している。

③ 普通地方公共団体は、「公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用を図ること」ができる。そのため、「普通地方公共団体が上記のような管理職の任用制度を構築した上で、日本国民である職員に限って管理職に昇任することができる」とする措置を執ることは、合理的な理由に基づいて日本国民である職員と在留外国人である職員とを区別するものであり、上記の措置は、労働基準法三条にも、憲法一四条一項にも違反するものではない。

本判決には、多数意見のほか、藤田宙靖裁判官補足意見、金谷利廣裁判官意見、上田豊三裁判官意見、滝井繁男裁判官反対意見、泉徳治裁判官反対意見が付されている。

## 【研究】

(一) 公務就任における日本国籍保有要件の正当化根拠としての国民主権原理について

本判決における各裁判官の見解は、上田裁判官を除き、二つに大別される。一つは、一定の地方公務員については日本国籍の保有を就任の資格要件とすることが憲法上許容される、とする見解である。この見解に立つのは、多数意見と、藤田、泉岡裁判官である。もう一つは、一定の地方公務員については日本国籍の保有を就任の資格要件とすることが憲法上要請される、とする見解である。この見解に立つのは、金谷、滝井両裁判官である。これらの見解をとる裁判官はいずれも、その論拠を国民主権原理に求めている。

学説の多くも、一定の公務員については日本国籍の保有を就任の資格要件とすることが憲法上許容、または要請されることを前提としたうえで、そこにいう一定の公務員の範囲を画定することを主たる問題関心としてきている<sup>1)</sup>。

従来、この一定の公務員の範囲を画定する論拠としてあげられてきたのが、いわゆる「公務員に関する当然の法理」である。同法理によれば、公権力の行使または国もしくは地方公共団体の公の意思の形成に携わる公務員に就任しうるのは日本国籍保有者に限られる、とされる。しかしながら、上記の問題関心をもつ学説においては、同法理は広範かつ抽象的にすぎ、同法理

のいう公務員すべてに外国人を就任させないことに合理性はない、と批判されている。このことは、本判決においても藤田裁判官により言及されている。学説の問題関心からすれば、日本国籍の保有を就任の資格要件とすることが憲法上許容、または要請される一定の公務員の範囲を限定的かつ具体的に画そうとしている滝井、泉両裁判官の立場が、評価されよう。

しかしながら、まず明確にすべきは、公務員への就任にあたり日本国籍保有要件を課すことがなぜ国民主権原理に基づき正当化しうるか、という点であると思われる。

代表的学説によれば、国民主権原理は、統治権力の正統性根拠が国民にあることを要請する側面と、統治構造の民主化を要請する側面とをもつ<sup>3)</sup>。前者の側面は、国民が憲法制定権者、憲法改正権者であることを要請するが、一定の公務員につき日本国籍の保有を就任の資格要件とすることを要請してはいない。後者の側面は、国会の組織構成のあり方として普通選挙制を要請しているが、一定の公務員につき日本国籍の保有を就任の資格要件とすることを当然に要請してはいない。このように、一定の公務員につき日本国籍の保有を就任の資格要件とすることを国民主権原理に基づいて正当化できるとは、必ずしもいえないのである<sup>3)</sup>。

にもかかわらず、多数意見は、一定の地方公務員につき日本国籍の保有を就任の資格要件とすることが国民主権原理に基づき正当化しうると判断している。多数意見がこのように判断し

たのは、国民主権原理が「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つて行われることをも要請している」とする一審判決と同様の理解をもとにして「いるためと思われる。しかしながら、多数意見は、治者と被治者の同質性の要請が国民主権原理に含まれることを論証しているとはいえない<sup>3)</sup>。

かりに、国民主権原理が治者と被治者の同質性の要請を含むとしても、そこにいう被治者にはわが国の統治権に服する在留外国人も含まれると解することもできよう<sup>5)</sup>。このように解するならば、公務就任における日本国籍保有要件を国民主権原理に基づいて正当化することはできなくなる。

さらに、かりに、多数意見の説くように、一定の公務員への就任にあたり日本国籍保有要件を課すことが国民主権原理に基づき正当化されるとしても、そこにいう一定の地方公務員の範囲は多数意見の説くそれよりも限定的に解されるべきである、とする滝井、泉両裁判官のような批判もある<sup>6)</sup>。このうち、滝井裁判官は、一定の公務員への就任につき日本国籍保有要件を課すことが国民主権原理に基づき正当化されることを以下のように説明している。

「国の主体性の維持及び独立の見地から、統治権の重要な担い手になる者については外国人を排除すべき」ことを要請する「国民主権の見地からの当然の帰結として日本国籍を有する者でなければならぬものとされるのは、地方行政機関については、その首長など地方公共団体における機関責任者に限られ

る」。

この見解は、民主権原理という主権が対外的独立性を意味する概念であることに着目している。つまり、この見解は、外国人の就任を認めれば国家の対外的独立性が損なわれかねない公務についてのみ、民主権原理は外国人の就任を禁止している、と解しているのである。

以上のことから明らかなように、民主権原理は、「国民」と「主権」という二つの概念をそれぞれのように解釈するかにより、多数意見とは全く異なる結論を引き出しうる。民主権原理の解釈をめぐる学説上も見解が多岐に分かれているだけに、多数意見が民主権原理のあいまいな理解をもとに判断を下したことは、大いに疑問が残る。

(二) 在留外国人に対する公務就任機会保障の憲法上の根拠について

公務に就きうる資格ないし能力、つまり公務就任の機会が憲法上保障されるか否か、保障されるとしてその憲法上の根拠を何に求めるか、さらに、公務就任の機会が在留外国人に対しても保障されるか否かについても、多数意見と各裁判官の個別意見とは見解を異にしている。

これらの点につき、学説もまた、大別して二つの見解に分かれる。一つは、公務就任の機会の保障根拠を憲法一四一条一項に

求めたうえで、平等原則の保障は外国人にも及ぶ、とする見解である。もう一つは、公務就任の機会の保障根拠を憲法上の個別的権利保障規定に求めたうえで、当該権利の保障は外国人にも及ぶ、とする見解である。

公務就任の機会の保障根拠を憲法一四一条一項に求める見解によれば、次のように説かれる。国民が政治的關係において差別されないことを定める憲法一四一条一項は、公務に就きうる資格ないし能力が等しく与えられること、つまり公務に就きうる機会が平等に開かれるべきことを保障内容としている。<sup>8)</sup>この理解によりつつ、平等原則の保障は在留外国人にも及ぶと解すれば、合理的理由なく在留外国人に公務就任の機会を与えないことは許されないこととなる。<sup>9)</sup>

本判決においてこの見解に立つことを明確にしているのは、滝井裁判官である。滝井裁判官によれば、「選挙権、被選挙権のように、その憲法上の保障が日本国民に限られることが国民主権の原理から帰結される権利」とは異なり、参政権の側面をもつにすぎない公務就任資格は一定範囲で在留外国人に対しても日本国民と平等に保障される、という。滝井裁判官によれば、ある公務への在留外国人の就任を許さない措置が合理的区別か否かは、当該公務の性質によって決せられることとなる。

多数意見も同様に、憲法一四一条一項が在留外国人に対しても日本国民と平等に公務就任の機会を保障していることを前提として、当該機会を在留外国人に対して閉ざす本件措置に合理的

理由があるかどうかを検討した、と理解しえよう。対照的に、金谷裁判官は、憲法一四条一項は日本国民に対しては公務就任の機会を平等に保障しているが、この保障は在留外国人に対しては及ばない、との見解に立っている。

公務就任の機会の保障根拠を憲法一四条一項に求めるこれらの見解とは対照的に、公務就任の機会の保障根拠を憲法上の個別的権利保障規定に求める見解もある。この見解に立つ学説は、以下の三つに大別される。(i)憲法一三条にいう幸福追求権を根拠とする見解、(ii)憲法二二条一項にいう職業選択の自由を根拠とする見解、(iii)国民主権原理に根拠づけられる参政権の一内容として保障されるとする見解、である。

従来、学説上支配的であったのは、(iii)の見解である。この見解によれば、国民固有の権利である参政権は権利の性質上在留外国人には保障されなため、狭義の参政権である選挙権、被選挙権と同じく、広義の参政権である公務就任権も在留外国人には保障されないとされる。

しかしながら、近時、この(iii)の見解は以下の見解により批判されている。

第一は、参政権の保障は日本国民に限られず、定住外国人にも及ぶ、との見解である。

この見解によれば、国民主権原理の前提とする国民概念に定住外国人が含まれるのだから定住外国人にも日本国民と平等に公務就任を認めるべきである、または、国民主権原理が日本国

籍保有者のみの国政参加を要請するとしても、住民である定住外国人には日本国民と平等に地方公務員への就任を認めるべきである、とされる。この見解は、国民主権原理が治者と被治者の同質性の要請を含むことを前提としつつ、被治者である在留外国人にも国政または地方自治への参加を認めるべきであると説いているのである。

本判決においては、滝井、泉両裁判官が、住民である在留外国人は地方公共団体の政治に公務員として間接的に参加しようとして、この見解と同様の立場に立っている。もつとも、両裁判官ともに、地方公共団体の議会の議員および長の選挙権、被選挙権等の地方参政権の中核となる権利は住民である在留外国人でも日本国民と平等には保障されない、と解しているようである。

第二は、公務就任権を参政権と性質づけることが誤っていると批判する(ii)の見解である。

近時有力となりつつあるこの見解は、国民固有の権利である参政権は権利の性質上在留外国人には保障されない、との結論を避けることができるという意義をもつ。それにとまらず、「自分のとりむすんでいる——あるいは、とりむすばうとする——共同社会のなかで、よりよい自己実現の機会を求めている」原告にとつては、(ii)の見解こそが相応しい、とも説かれる。本判決においては、泉裁判官がこの見解に立っている。

しかしながら、この見解は、藤田裁判官により批判されている。

る。藤田裁判官によれば、「職業選択の自由、平等原則等は、いずれも自由権としての性格を有するものであって、本来、もともと有している権利や自由をそれに対する制限から守るといふ機能を果たすにとどまり、もともと有していない権利を積極的に生み出すようなものではない」とされる。つまり、藤田裁判官の指摘によれば、「管理職への昇任の機会を付与するよう求める作為請求権と、自己の従事する職業の選択とその遂行につき国家による妨害を排除する不作為請求権としての職業選択の自由とは、その性質は大きく異なるとされる。

作為請求権を不作為請求権に根拠づけることはできないとするこの指摘に対しては、学説から反論がなされている。職業選択の自由は単なる不作為請求権にとどまらず、昇任の「機会」の提供を求める積極的な請求権の側面<sup>19)</sup>をも併せもつ、との反論である。つまり、選択肢が存在しなければ画餅にすぎない職業選択の自由は、選択肢の提供を受けることまで保障していると解するのである。この見解によれば、管理職への昇任という選択肢を失わせることは職業選択の自由に対する制約と理解されることとなる。

もつとも、職業選択の自由はあくまでも不作為請求権であるとの見解に立つとしても、藤田裁判官の指摘に反論することはできると思われる。

職業選択の自由は、自らの望む職業に自由にアクセスする機会が万人に平等に開かれていることを保障している、とする見

解によれば、公務就任権とは、公務に就任しうる「資格を判断するさいに、関連性のない要素によって選別されることのない『職業選択の自由』の一側面である<sup>20)</sup>」、とされる。つまり、公務就任権は、職業選択の自由の保障内容であって、「就任にあたって職務の性質と、応募者の能力・適性以外の選別基準を国家は設定できない、という妨害排除請求(自由)権である」とされる<sup>21)</sup>。

この見解をもとにすれば、ある職に就く機会を閉ざすことは職業選択の自由に対する妨害として理解される。公務員という職業に就任する機会、管理職に昇任する機会は、在留外国人に對しても本来的に開かれていなければならず、その機会を閉ざすことは職業選択の自由に対する制約であると考えられるのである。藤田裁判官の指摘するとおり、職業選択の自由は、ある職を設けること、さらに、ある職に就くことまで保障してはいない。しかし、職業選択の自由は、すでに設けられている職に就任する機会がすべての個人に開かれていることを保障している。原告は、職業選択の自由を根拠として、管理職に昇任させることまたは管理職への昇任の機会を創設することを請求しているのではなく、管理職への昇任の機会を閉ざす妨害を排除するよう請求していると解しうるのである。

## (三) 本件措置の合理性について

多数意見は、日本国民である職員のみが管理職に昇任しうることとする本件措置は合理的理由に基づく区別であり、労働基準法三条、憲法一四一条一項に違反しない、としている。多数意見によれば、これは以下の理由による。

国民主権原理に基づき、「原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されている」ため、日本国民である職員のみが管理職に昇任しうることを本件措置は合理的理由に基づく区別である。管理職中に「公権力行使等地方公務員には当たらないものも若干存在していたとしても、上記判断を左右するものではない」。

このように、多数意見は、在留外国人の任用が許される職と許されない職とを区別する目的との関連で実際に採用された分類が過大包摂であるとしても、当該分類は合理性を有する、と理解している。このことを論拠づけるために、多数意見はさらに、地方公共団体が広範な人事裁量権を有することにも言及している。多数意見によれば、地方公共団体は、「公務員制度を構築するに当たって、公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用を図る」ことができる」とされる。

人事裁量権に関する多数意見のこの立場は、藤田裁判官によ

り敷衍されている。藤田裁判官によれば、在留外国人の任用が許されない管理職とそれが許される管理職とを区別して「任用管理を行うことは、人事政策として考え得る選択肢の一つではあるが、他方でしかし、外国籍の者についてのみに常にそのような特別の人事的配慮をしなければならないとすれば、全体としての人事の流動性を著しく損なう結果となる可能性がある」という。藤田裁判官は、行政運営の効率性確保に資する本件措置は人事裁量権の合理的行使の範囲内にとどまる、と解しているのである。

以上のように、多数意見も藤田裁判官補足意見も、本件措置の採用する分類は合理性を有しており、憲法一四一条一項に違反しない、としている。しかしながら、本件措置が合理的理由に基づく区別であるとするについては疑問が残る。本件措置により奪われる公務就任の機会という憲法上の利益が重要であること、さらには、本件措置が管理職への昇任の可否をからしめている日本国籍の有無という資格要件が能力とは関連性をもたないことを重くみて、本件措置の合理性はより厳格に検討されるべきであったと思われる。

多数意見は、公務就任の機会が憲法上保障されているか否かについては、明示的に判断してはいない。しかしながら、多数意見は、本件措置が憲法一四一条一項に反しないかどうかを検討しているため、憲法一四一条一項が在留外国人に対しても日本国民と平等に公務就任の機会を保障していることを前提として、

当該機会を在留外国人に対して閉ざす本件措置が合理的理由に基づく区別といえるかどうかを判断した、と理解できよう。そうであれば、公務就任の機会という憲法上の利益の重要性に鑑み、本件措置の合理性はより厳格に審査されるべきであったと思われる。

多数意見および藤田裁判官の説くように、地方公共団体の人事裁量権に対する裁判所による敬讓が一定程度求められることは否定できないであろう。しかしながら、地方公共団体の人事裁量権も、憲法および地方公務員法上の制限の範囲内で行使されねばならないことはいうまでもない。

公務員制度の根底にある基本理念は、国家公務員法一条一項にいう「公務の民主的且つ能率的な運営」であると説かれる。<sup>(2)</sup>この理念は具体的にいえば、公務員制度が専ら公務員の能力、事務効率という客観的要素に基づいて構築されるべきである、との要請を指しているとされる。<sup>(3)</sup>国家公務員法三三条一項、地方公務員法一五条が職員任用において能力本位原則によることを定めているのは、この要請を受けているからにはかならない。

この、職員の任用において能力本位原則によるべきとの要請は、国家公務員法、地方公務員法だけでなく、憲法にも基礎をもつと思われる。

職業選択の自由は、身分に応じた職業に就くことを余儀なくされる社会構造から個人を解放し、自己の能力と業績に応じて

職業を選択する機会を個人に与える契機となった。職業選択の自由保障のこのような歴史的経緯をふまえれば、能力や業績と関連性をもたない要素をもちだして、自らの望む職業に自由にアクセスする機会を閉ざすことは許されないと考えられる。このことは、公務就任の機会の保障根拠を憲法一四条一項に求める場合にも、妥当と思われる。憲法一四条一項は機会の平等を保障している。機会の平等保障は、身分制秩序から個人を解放することにより実現されたという歴史的経緯をもつ。つまり、職業の選択をはじめとする様々な機会を、能力や業績とは関連性のない生来の身分に応じて振り分けることは、不合理な差別として憲法一四条一項により禁止されると解されるのである。

このことを前提とすれば、地方公共団体の人事裁量権は、行政運営の効率性を確保する観点のみならず、能力に応じた任用を確保する観点をもふまえてつ行使されなければならないと考えられる。くわえて、本件措置により奪われる公務就任の機会という憲法上の利益が、「一人の人格価値ないし精神生活と緊密な関係を有する」<sup>(4)</sup>職業選択の自由を保障する憲法二二条一項、これと通底する同一四条一項によって保障されることもあわせて考えれば、本件措置を講じるさいには一層慎重な人事裁量権の行使が求められよう。つまるところ、在留外国人を管理職に任用すれば行政運営の効率性が阻害されかねないことのみを根拠としては、能力とは関連性のない日本国籍の有無により管理



職への昇任の可否を決する本件措置を正当化できないと思われるのである。

以上のことをふまえれば、本件措置の合理性の立証責任を都に転換し、本件措置につき多数意見よりも厳格な合理性を要求している滝井、泉両裁判官の反対意見が注目される。なかでも泉裁判官は、職業選択の自由が「単に経済活動の自由を意味するにとどまらず、職業を通じて自己の能力を發揮し、自己実現を図るという人格権的側面」を有することを根拠として、同自由を制約する本件措置につき厳格な合理性を要求しており、注目される。本件措置により奪われる公務就任の機会という憲法上の利益の重要性に鑑みれば、滝井、泉両裁判官のように、目的と目的達成手段との間の実質的関連性を要求して、本件措置を講じなければ人事の適正な運用を図ることができず実際に行政運営の効率性が阻害されることとなるかどうかをより厳格に検討すべきであったと思われる。

もっとも、滝井、泉両裁判官は、公務就任の機会という憲法上の利益の重要性のみを論拠として本件措置につき厳格な合理性を要求しているわけではない。両裁判官はこれ以外にも、本件措置が管理職への昇任の可否を決するにあたり能力とは関連性のない日本国籍の有無を区別指標としていること、本件措置により不利益処遇を受ける外国人、とりわけ特別永住者の地位などを論拠として、本件措置につき厳格な合理性を要求している。両裁判官は、本件措置のもたらす不利益の性質のみならず、

本件措置の用いる区別指標の性質にも着目しているのである。

学説においては、憲法一四条一項後段列挙事由（以下、「後段列挙事由」と略記）は不合理な差別であるおそれのある、合憲性の疑わしい区別の指標を例示しており、それらに基づく区別およびこれに準ずる区別はより厳格な司法審査に服さしめるべきである、と主張されている。この見解は、「憲法は、平等思想の根源と過去の経験（過去の悲惨な差別、本人の努力によつてはどのようなもならない社会的汚名、等々）に鑑み、一定の事項（後段列挙事由）についてはとくに「差別」を警戒し」ている、と理解し、後段列挙事由に特別な意義を見出しているのである。

この見解が範とするアメリカ合衆国の判例理論によれば、ある区別が合理性を厳格に問われるべき疑わしき分類かどうかを判断するさいには、主として以下の要素が考慮される。

第一に、当該分類が、多数者支配的政治過程から疎外されており政治的に無力な集団を対象としていること。この要素は、政治的に無力な集団の利害は政治過程において十分に代表されていないため、当該集団を対象とする分類の合理性は厳密に検証されねばならない、という点に着目している。

第二に、当該分類が、偏見に基づく悲惨な差別的取扱いを受けてきた過去をもち、いまだ根強い偏見のもたれている集団を対象としていること。この要素の着眼点は、偏見のもたれている集団を対象とする分類は不合理な分類の典型例であるため、

当該分類の合理性は疑わしい、という点にある。

第三に、当該分類が、個人によるコントロールの及ばない偶然、不変の特性をもつ集団を対象としていること。この要素は、多数者が自分の属することのない集団を対象として設けた分類の合理性は厳密に検証されなければならないという点、さらに、個人の能力や責任と関連のない特性に基づく不利益処遇は個人主義理念に反するということを基礎としている。

これらの要素を後段列挙事由の解釈にあてはめれば、次のようにいえよう。本件措置の採用する分類の対象である外国人は、参政権を保障されていないため政治的に無力であるばかりか、偏見の対象となりがちな集団である。さらに本件措置は、能力と関連なき要素である国籍を区別指標としている点で、個人主義理念に抵触してもいる。したがって、日本国籍の有無を区別指標とする本件措置については、その合理性をより嚴格に検討するため、より厳格な司法審査がなされるべきであったと思われる。

もっとも、本件措置の合理性を、滝井裁判官のように在留外国人一般との関係において判断するのではなく、泉裁判官のように、特別永住者との関係においてのみ判断するにとどめるという手法もある。この手法は、外国人を類型化し、特別永住者を含む定住外国人として類型化される外国人はそれ以外の類型の外国人に比してより日本国民と平等な取扱いが求められると論じてきた学説の立場からも、首肯されよう。<sup>35)</sup> 特別永住者が他

の在留外国人よりも根強い偏見にさらされがちであることに鑑みれば、泉裁判官が、特別永住者は他の在留外国人以上に裁判所による特別の配慮を要すると判断したことも、妥当と思われる。<sup>36)</sup>

- (1) 芦部信喜「憲法学Ⅱ 人權総論」(有斐閣、一九九九年) 一三三—一三四頁、佐藤幸治「憲法」(第三版) (青林書院、一九九五年) 四二〇頁、高橋和之「立憲主義と日本國憲法」(有斐閣、二〇〇五年) 八四—八五頁参照。

- (2) 前掲注(2) 佐藤「憲法」(第三版) 九八—一〇一頁、高橋和之「国民内閣制の理念と運用」(有斐閣、一九九四年) 一九〇—一九七頁、樋口陽一「憲法Ⅰ」(青林書院、一九九八年) 七八—八四頁参照。

- (3) 上村貞美「定住外国人の地方公務員任用問題」香川法学一八卷三・四号(一九九九年) 七—七三頁参照。渋谷秀樹「定住外国人の公務就任・昇任をめぐる憲法問題」最高裁判平成一七年一月二六日大法廷判決をめぐって」ジュリスト二二八八号(二〇〇五年) 一五頁も、「国民主権の原理からは、自明のごとくに公務就任権の否定は出てこない」とする。

- (4) 同じことが各裁判官の意見についてもいえる。各裁判官の意見は、国民主権原理の内実を明らかにしないまま、同原理に治者と被治者の同質性の要請を読み込んでいるためである。もっとも、後に述べるように、滝井裁判官は、他の裁判官とは異なる国民主権原理の理解に基づき、一定の地方公務員への就任に

- (5) この点については、後に(二)で言及する。
- (6) もっとも、両裁判官のいう一定の地方公務員の範囲に差異があることは、留意を要する。
- (7) 市川正人「外国人の人権と国家主権」生田勝義ほか編「法の構造変化と人間の権利」(法律文化社、一九九六)三七頁。岡崎勝彦「外国人の地方公務員就任権」『当然の法理』の崩壊 法律時報六九卷三号(一九九七)四一—四五頁は、「国民主権原理の下で、自国の主権の確保および独立にとつて、外国人が他国の統治権の重要な担い手となることは、その国の主権の独立性を損なわしめる可能性がある」ため、機関責任者への外国人の就任は否定される、としている。前掲注(1)高橋「立憲主義と日本国憲法」八四頁は、「主権原理が国家の自律的統治を困難とするような事態の作出を禁止していることは疑いない」とし、「一般職の公務員に関しては、外国人が就任すると自律的統治が困難となるという事態は、ほとんど想定できない」と説いている。
- (8) 前掲注(1)芦部「憲法学Ⅱ」(有斐閣、一九九九)三三三—三五四頁。
- (9) 伊藤正巳「憲法(第三版)」(弘文堂、一九九五)一九七頁は、公務就任から「外国人を全面的に排除することの合理性は別として」との留保を付し、在留外国人の公務就任を認めないことが合理性を欠く場合のあることを示唆する。
- (10) もっとも、後の(三)で述べるとおり、多数意見は二通りの理解の仕方がある。
- (11) 上田裁判官は、人事裁量権行使の違法性評価の仕方につき金谷裁判官と同様の見解に立つものの、金谷裁判官と異なり、憲法が日本国民に対し公務員に就任しうる地位を保障しているか否かについて判断していない。
- (12) 前掲注(1)佐藤「憲法(第三版)」四六五頁。
- (13) 浦部法穂(全訂 憲法学教室)(日本評論社、二〇〇〇)四九八—四九九頁、後藤光男「地方自治における外国人の権利」時岡弘先生古稀記念論文集刊行会編「人権と憲法裁判時岡弘先生古稀記念」(成文堂、一九九二)四八九頁、阪本昌成「憲法理論Ⅱ」(成文堂、一九九三)一九六—一九七頁、前掲注(3)渋谷「定住外国人の公務就任・昇任をめぐる憲法問題」四一—四五頁、樋口陽一「憲法 改訂版」(創文社、一九九八)一八〇頁等参照。
- (14) 前掲注(1)芦部「憲法学Ⅱ」一三二—一三四頁、前掲注(9)伊藤「憲法(第三版)」一〇二、一〇〇、一九七頁、野中俊彦ほか「憲法Ⅰ(第三版)」(有斐閣、二〇〇二)二二—二二二頁参照。
- (15) 徐龍達編「共生社会への地方参政権」(日本評論社、一九九五)所収の浦部法穂「日本国憲法と外国人の参政権」八七頁以下、金正圭「在日韓朝鮮人と地方参政権」二九五—二九八頁参照。
- (16) 前掲注(3)上村「定住外国人の地方公務員任用問題」五二—五四頁参照。
- (17) 樋口陽一「日本の人権保障の到達点と今後の課題」田村武夫ほか編「憲法の二十一世紀的展開」(明石書店、一九九七)二

三一―二八頁参照。

- (18) 村田尚紀「地方公務員就任権と国籍要件―外国人公務員東京都管理職選考受験訴訟最高裁判決」関西大学法学論集五五巻一号(二〇〇五)一三一頁。

- (19) 阪本昌成「憲法理論Ⅲ」(成文堂、一九九五)二三四頁。

- (20) 前掲注(13)阪本「憲法理論Ⅱ」二六〇頁。

- (21) 同一九七頁。

- (22) 調査官解説によれば、本判決は「憲法が日本の国籍を有しない者に対して公務員に就任し得る資格を平等に認めるという意味で公務員就任権を保障しているのかどうか」については特に判示していないとみるべきであろう」とされる。「東京都管理職試験最高裁大法廷判決の解説と全文」ジュリスト二二八号(二〇〇五)三〇頁。

- (23) 藤田宙靖「行政組織法」(有斐閣、二〇〇五)二六六頁。

- (24) 同一二六六頁。

- (25) 前掲注(19)阪本「憲法理論Ⅲ」二〇九―二一〇、二三三―三三四頁。

- (26) 前掲注(13)阪本「憲法理論Ⅱ」八四頁、前掲注(1)高橋「立憲主義と日本国憲法」一三〇頁参照。

- (27) 前掲注(1)佐藤「憲法」(第三版)五五六頁。

- (28) 前掲注(18)村田「地方公務員就任権と国籍要件」一三〇頁も、「職業選択の自由が単なる経済的自由ではなく、人格的発展に不可欠な権利でもある」ことをふまえば、職業選択の自由の内容である「公務員就任権の制約の違憲審査基準としては、厳格な合理性の基準が妥当である」とする。もっとも、前掲注

(3) 渋谷「定住外国人の公務員就任・昇任をめぐる憲法問題」

- 一三一―一四頁のように、「職業が生計を維持する上で不可欠であり、かつそれが人格的利益に関わるのであれば、厳格な基準を用いる余地もあつたのではないか」とし、厳格な合理性の基準ではなく厳格審査基準が妥当する余地のあることを示唆する見解もあり、職業選択の自由に対する制約がどの程度厳格な司法審査に服すべきかについては議論の余地がある。人格的利益を基底におく憲法論を展開する見解においては、職業選択の自由に対する制約は厳格審査基準を用いた司法審査に服すべきであるとはされていない。佐藤幸治「立憲主義といわゆる『二重の基準論』樋口陽一ほか編『現代立憲主義の展開』上」(有斐閣、一九九三)二九―三一頁、前掲注(1)佐藤「憲法」(第三版)五五八―五五九頁参照。

- (29) 前掲注(1)高橋「立憲主義と日本国憲法」八五頁も、可能な限り日本国籍の有無にかかわらず任用を行う「制度設計がどうしても困難だとする事情があつたかどうかを審査すべきではなかつたであろうか」とする。滝井、泉面裁判官反対意見に即していえば、このような事情があるとはいえないだろう。本件措置の目的は、在留外国人の任用が許される職と許されない職とを区別することであるにもかかわらず、本件措置の採用する分類は、滝井裁判官の指摘するように、「ある職の就任から外国籍の者を排除する必要があるかどうかについて基準となるべき主権の行使への関与の度合いの高いものを選び出して定めたい」というものではない。ため、目的と分類との実質的関連性があるとは思われない。

- (30) 滝井裁判官は、「その資質等によってではなく、国籍のみによって昇任のめちを閉ざす」本件措置は「永らく我が国社会の構成員であり、これからもそのような生活を続けようとしている」特別永住者に対し「格別に過酷」であるとし、「多様な外国人を一律にその国籍のみを理由として管理職から排除することの合理性が問われなければならない」としている。泉裁判官は、先述のとおり職業選択の自由が「自己の能力を發揮し、自己実現を図るという人格権的側面を有している」ことをあげ、「特別永住者が通常は生涯にわたりに所屬することとなる共同社会の中で自己実現の機会を求めたいとする意思は十分に尊重されるべきである」としている。
- (31) 芦部信喜「憲法学Ⅲ 人權各論（二）〔増補版〕」（有斐閣、二〇〇〇）二二三頁、前掲注（一）佐藤「憲法〔第三版〕」四七七—四七八頁。
- (32) 前掲注（一）佐藤「憲法〔第三版〕」四七一頁。
- (33) 青柳幸一「知的障害者の権利と平等保護——『威力のある合理性の基準』」憲法訴訟研究会ほか編「アメリカ憲法判例」（有斐閣、一九九八）二二二頁、阪本昌成「優先処遇と平等原則——審査基準と実体的価値——」ザ・ロー・スクール二八号（一九八二）三一—三二頁、西村裕三「平等保護条項とサスペクトな分類」判例タイムズ六一号（一九八六）一〇九頁。
- (34) 国籍を指標とする区別に関するアメリカ合衆国判例理論については、前掲注（一）芦部「憲法学Ⅱ」二四六一—二五〇頁参照。判例理論の難点について分析を加えた文献として、門田孝「外国人の公務就任権をめぐる憲法問題（二）〔完〕」六甲台論集三、四卷四号（一九八七）一五九頁以下参照。わが国の学説上、後段列挙事由に特別の意義を見出しつつ、国籍を指標とする区別は厳格審査されるべきであるとする見解として、松井茂記「日本国憲法（第二版）」（有斐閣、二〇〇二）三一四、三五〇、三八一頁。対照的に、後段列挙事由に特別の意義を見出しながらも、国籍がそこに含まれないことを論拠として、国籍を指標とする区別に厳格な合理性は要求されないとする見解として、中村孝一郎「在日外国人の公務就任と基本的人権」南山法学二九卷一号（二〇〇五）一一〇—一二頁。大沼保昭「『外国人の人權』論再構成の試み」法学協会編「法学協会百年記念論文集 第二卷」（有斐閣、一九八三）三九一頁の指摘するように、後段列挙事由に国籍が含まれていないのは前段が「国民」と定めていることの当然の帰結にすぎない。いわゆる文言説が通用力をもたなくなつた現在では、文言のみを根拠として、国籍に基づく区別は疑わしき分類ではない、とはいえないと思われる。後段列挙事由にあげられている区別指標の疑わしさを支える要素は国籍という区別指標にもあてはまるため、国籍に基づく区別も疑わしき分類と理解してよいと思われる。
- (35) 前掲注（一）芦部「憲法学Ⅱ」一四九頁。
- (36) 長谷部恭男「外国人の公務就任権」法学教室二九五号（二〇〇五）八四頁は、「特別永住者に選挙権がなく、政治過程を通じての権利の実現がむずかしいこと、少数者として偏見の対象になりがちであることを勘案すれば、より厳格な審査基準を採用すべきだ」という議論にも説得力がある」とする。安西文雄「法の下での平等について（四）〔完〕」国家学会雑誌一一二卷三・

四号(一九九九)一一三頁は、在日韓国人・在日朝鮮人である特別永住者に対する区別は、後段列挙事由にいう人種に含まれる民族に基づく区別であるため、当該区別は厳格審査に服すべきであるとしている。後段列挙事由にいう人種に民族を含める見解として、前掲注(13) 阪本『憲法理論Ⅱ』二七三—二七四頁参照。

(37)

もちろん、特別永住者ではない在留外国人が本件措置の適法性を争う場合に泉裁判官が本件と結論を異にするかは、定かでない。この点で、泉裁判官反対意見は、在留外国人一般との関係において本件措置の合理性を否定した滝井裁判官反対意見とは決定的に異なっている。