

判例研究

在日外国人の公務就任と基本的人権

——最大判平成一七年一月二六日民集五九卷一号二二八頁——

中村孝一郎

【事件の概要】

原告は在日韓国人二世であり、東京都の保健婦として勤務していた。原告が管理職選考試験を受験しようとしたところ、日本国籍を保持しないことを理由に都が受験の申込書の受取を拒否し、それが複数年にわたって繰り返された。そこで原告が受験資格の確認と精神的損害に対する慰謝料を都に請求した。

第一審である東京地裁は、憲法の定める国民主権原理から国の統治作用の根本となる権限行使や主権者国民の意思が体现される職務遂行を伴う権限を直接的に行使する公務員については、外国人が就任することは憲法違反であること、それ以外の職については憲法上は禁止はされていないが保障もされていないとして、原告の訴えを斥けた。

原審である東京高裁は、まず公務員を①国の統治作用の権限を直接行使する公務員と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つて間接的に国の統治作用に関わる公務員と③それ以外の上司の命を受けて行う補佐的・補

助的な事務又はもつばら学術的・技術的な専門分野に従事する公務員と、三つに大別する。そして①については国民主権原理から当然に外国人の就任は憲法上禁止されているとし、②については個別具体的に検討して国民主権原理から憲法上禁止されているものとそうでないものを明らかにしていく必要があるとし、③については在留外国人に対しても憲法二二条一項（職業選択の自由）や憲法一四一条一項（平等権）の保障が及ぶとする。また、在留外国人の地方公務員の就任についても同様のことがいえ、同じ「管理職」であつても職務の種類によつて外国人の認容が許されない職種とそうでない職種があり、後者については憲法二二条一項や一四一条一項の保障が及ぶと考えるべきであるとする。そして本件についていえば受験申込書の受取拒否は憲法二二条一項及び一四一条一項に違反するとした。

この控訴審判決を不服として都側が上告したのが本件である。^(一)

【判 旨】

原審破棄自判。被告勝訴。多数意見の他、藤田裁判官による補足意見、金谷裁判官および上田裁判官それぞれによる意見、滝井裁判官および泉裁判官それぞれによる反対意見がある。

多数意見

原審の判示するところでは、都が外国人の管理職選考試験の受験を認めなかったことは憲法二二条一項、一四一条一項に違反する違法な措置であるとされている。しかし以下の理由によりこの論旨を是認することはできない。

一般職の地方公務員（以下「職員」という。）に本邦に在留する外国人（以下「在留外国人」という。）を任命することができるかどうかについて明文の規定を置いていない地方公務員法の規定は普通地方公共団体が職員に採用したる在留外国人の処遇につき合理的な理由に基づいて日本国民と異なる取扱いをすることまで許されないとするものではない。また、そのような取扱いは、合理的な理由に基づくものである限り、憲法一四一条一項に違反するものでもない。

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地方公務員の職務の遂行は住民の権利義務や法の地位の内容を定め、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かわりを有するものである。それゆえ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が想定されているとみるべきであり、我が国以外の国家に帰属し、その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではないものといふべきである。そして、普通地方公共団体が、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も、その判断により行うことができるものといふべきである。そうすると、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こと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、憲法一四一条一項に違反するものではないと解するのが相当である。そして、この理は、前記の特別居住者についても異なるものではない。

よつて職員の昇進に際して国籍保持者と在留外国人を区別する措置は憲法一四一条一項に違反するものではない。本件についていえば、東京都では管理職に昇任した職員に終始特定の職種の職務内容だけを担当させるという任用管理を行つておらず、管理職に昇任すれば、いずれは公権力行使等地方公務員に就任することのあることが当然の前提とされていたということができるから、原告が在留外国人であることを理由に昇進試験の受験が認められなかったことは違憲とはいえず、東京都の管理職のうちに、企画や専門分野の研究を行うなどの職務を行うにとどまり、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、そのことがこの判断を左右するものではない。

藤田由靖補足意見

原審は、日本国憲法上、外国人には、公務員に就任する権利は保障されていない、との出発点に立ちながらも、憲法上の国民主権の原理に抵触しない範囲の職については、憲法二二条、一四条等により、外国籍の者もまた、日本国民と同様、当然にこれに就任する権利を、憲法上保障される、との考え方を採るものであるように見受けられる。しかし、①外国人の公務就任権を否定する理論的理由は原審のいう国民主権原理に限られるものではなく、②憲法上、外国人の公務就任が禁止されている職があるということはそれ以外の職について外国人もまた、就任する権利を憲法上当然に有するということと同義ではなく、さらに③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つて、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う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こと、等にかんがみると、原審の考え方には、幾つかの論理的飛躍がある。

東京都が、一般的に管理職への就任資格として日本国籍を要求したことは、それが人事政策として最適のものであつたか否かはさておくとして、なお、その行政組織権及び人事管理権の行使として許される範囲内にとどまるものであつた。

金谷利廣意見（上田豊三意見は憲法問題については金谷意見と同旨なので省略）

憲法上の公務就任権は明文の保障規定はないものの、憲法が当然の前提とするものとして、あるいは、国民主権の原理、一四条等を根拠として、解釈上これを認めることができる。そして公務員（地方公務員を含む。）制度をどのように構築するかは国の統治作用に重大な関係を有し、また公務員の種類は多種多様であることからいつて、公務就任権は権利の性質上、外国人には及ばない。憲法は憲法上の制限の範囲内において、外国人が公務員に就任することができるかどうかの決定を立法府の裁量にゆだねているのである。

滝井繁男反対意見

憲法一四条に由来し、国籍を理由として差別することを禁じた労働基準法三条の規定に反する違法なものであると考える。

私は、地方行政においては、国民による統治の根本へのかかわり方が国政とは異なることを考えれば、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のであって、その余の公務員への就任については、憲法上の制約はなく、立法によって制限し得るにしろ、立法を待つことなく性質上当然のこととして日本国籍を有する者に制限されると解すべき根拠はないものと考ええる。

長や議会は選挙で選ばれ公権力行使の主体であるが、その他の地位の公務員はそうではないことから国民主権原理に基づく制約はない。但し国民主権原理以外からの制約も許容され得る。住民の一般的規範意識や公務員観からそれは判断される。しかし都側は国籍要件という措置を執らなければ任用制度の適正な運用ができないことなどは明らかにしていない。

泉徳治反対意見

憲法に規定する平等原則及び職業選択の自由が特別永住者にも及ぶ。職業選択の自由は人格的側面を有し、特別永住者は当該地方公共団体との結びつきが強い。よって地方公務員となることにつき、日本国民と平等に扱われるべきであるということが、一応肯定されるのである。以上のことから特別永住者の公務就任の制限にあたっては目的手段の厳格な合理性を都が論証する必要がある。

【研究】

はじめに

第一章 それぞれの意見の異同

第一節 概観

第二節 小括

第二章 外国人と平等権

第一節 外国人の人権享有主体性

第二節 平等権の一般理論と外国人

第三章 外国人と公務就任権

第一節 外国人の類型化

第二節 外国人の参政権とその一環としての

公務就任権

第四章 若干の考察

第一節 外国人の平等権に関する考察

第二節 外国人の公務就任権に関する考察

第三節 小括

むすびにかえて

はじめに

第二次世界大戦終了後、在日韓国人や在日朝鮮人その他多くの戦争を原因とする在日外国人を抱える我が国において、在日外国人の権利を考える必要性が高いことは誰しも認めるところであろう。しかし現在、ニュー・カマー等、戦後になつてから日本に来て在留する在日外国人も増えていることから、「戦後処理」の問題として在日外国人の権利を論じるだけでは事(4)が済まなくなつてきている。

本件は戦後の平和条約発効によつて国籍を喪失した在日韓国人二世に関する判決であり、その点で「戦後処理」の問題として論じる余地がある。しかしながらとりわけ多数意見はそのような議論枠組みをとらず、「在日外国人一般」という枠組みで議論している。これが妥当であるかどうかは別にして、このような議論枠組みは「戦後処理」問題としての在日外国人の権利の問題を超えて在日外国人一般の憲法上の権利に関する議論に本格的な考察を与えることを可能にするものである(5)。

本評釈はこのような「在日外国人一般の憲法上の権利」という視座から、本件のような事例で憲法上議論されるべき問題

について考察をしていきたい。⁽⁶⁾

第一章 それぞれの意見の異同

第一節 概 観

今回、最高裁の大法廷の中で反対意見が二つ出ている。また、一つの補足意見と二つの意見が出ている。多数意見とこれらの各種意見との異同についてまず解説していきたい。

多数意見の論理はおおよそ次のようなものである。在日外国人である職員の処遇について日本国民とは別扱いすることに合理的な理由があれば平等違反となるものではない。その合理的な理由として国民主権原理をあげることができる。国民主権原理からすると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り、原則として公権力行使等地方公務員には国籍保持者が就任するものと憲法上想定されている。よつて昇進にあたって国籍による別扱いを行うことは合理的理由に基づくものであり、管理職の中には必ずしも公権力行使等地方公務員にあたらぬ職種があつたとしても、平等違反となるものではない。このようにして多数意見は外国人と日本人との間の公務就任に関する別扱いについて「合理的理由」の必要性があるとしつつこれを認定し、さらに、別扱いとなる職種がこの合理的理由にびつたりと合うように限定的に仕組まれている必要はなく、過大包摂も許されるとしている。

藤田補足意見はこの多数意見に基本的に同調している。その上で原審がなした憲法判断について多数意見とは異なつて詳細な分析を行う。藤田補足意見によれば、原審は在日外国人が憲法上の公務就任権を有していないことを前提に職業選択の自由や平等権から公務就任権を生み出すという手法をとり、その制約について論じているとされている。これに対して藤田補足意見は、外国人の公務就任権を否定する根拠が国民主権原理から導かれるとしてもその他の根拠がないということには

ならず、また特定の職種に外国人が就任することが憲法上禁止されていることが他の職種については外国人が就任する権利を有することを導かず、さらに職業選択の自由や平等権は自由権的権利であるが故にもともとある権利の制限について語ることはできても、もともとない権利を創出するものではないということを描している。原審の判断に対して多数意見が考察を欠いていると思われた部分を補つたものといえよう。^(七)

金谷意見及び上田意見は、憲法上の公務就任権は外国人には及ばない日本国民のみのものであるとする。そして外国人の公務就任が憲法上禁止されるもの（これは国民主権原理から導かれる）と憲法上許容されるものがあるとはするもの、これについては立法裁量であるとして、多数意見が主張する「別扱いに際しての合理的理由の必要性」を否定していると思われることができる。

滝井反対意見は国民主権原理から在日外国人の公務就任が禁止される職種があること自体は肯定する。しかし地方政治の国政との違いを強調して、国民主権原理から導かれる禁止の範囲を首長や議員に限定して捉え、その他の職種については国民主権原理から見ると首長とは質的に異なるとしている。そして憲法上禁止はされていない職種についての外国人の公務就任については住民の一般的な規範意識や公務員観から合理性を認めうる場合には差別にはあたらず、法律上の禁止も可能であるとする。しかし本件についていえばこの合理性が認められないとして平等違反であるとしている。

泉反対意見は国民主権原理から在日外国人の公務就任が否定される場合があることを前提としつつ、本件が永住外国人に關する問題であることを強調して都の主張を斥ける旨、主張している。その際、特別永住者に関する権利の制約については厳格な合理性を都側が立証すべきことを明言し、本件については平等違反と職業選択の自由違反を認めることができるとしている。

第二節 小 括

以上見たように、国民主権原理から在日外国人に禁止されるべき公務があることについてはすべての裁判官の意見の中に見ることができ、その禁止にあたらぬ職種について、多数意見は合理的理由があれば平等違反にならないとし、藤田補足意見は原審である高裁の議論に答えて、国民主権原理や国家主権原理以外にも外国人の公務就任を否定することが合憲となる場合があることを示唆し、金谷意見及び上田意見は基本的に立法裁量の問題であるとして多数意見のような平等権侵害に関する審査の必要性を否定し、滝井反対意見は別扱いの合理性を多数意見よりも厳しく問い、泉反対意見は本件を永住外国人に関する問題として特別のものと考へて職業選択の自由の人格的側面や平等原則の観点から別扱いについて厳格な合理性を都が論証すべきことを主張している。

このような最高裁の判断は従来の学説からはどのように見ることができようであろうか。

最高裁の議論は外国人に対する平等保護と外国人の公務就任権の二点を問題にして展開されている。そこでこれらを順に従来の学説の視点から見ていきたい。⁽⁸⁾

第二章 外国人と平等権

第一節 外国人の人権享有主体性

憲法は第三章の章題として「国民の権利及び義務」と定めている。これを文字通りに解せば第三章に掲げられている基本的人権は国民が有する権利であり、外国人の権利について憲法は沈黙していると読むことが可能である。しかしそのような

解釈をする憲法學説は皆無に等しいといつてよいであらう。古くからある議論としては、文言説、準用説、權利性質説の対立がある。しかしこの対立も今となつては過去のものといえる。現在は圧倒的に權利性質説が支配的な學説である。最高裁もかねてより權利性質説にたつことを明らかにしてきた。⁽⁹⁾そしてこの權利性質説に従つて、各基本的人權それぞれの性質によつて外国人も日本人と同様に当然に享有するもの、外国人には外国人故の特別の制約のあるもの、外国人が享有しないものに分けて議論されるのが基本である。

この一般論を前提として憲法一四條の平等權については、一四條一項に「すべて國民は……」とあるが外国人も權利の性質上当然に平等權を有する存在であると考えられてきた。芦部もまた外国人に「保障されない人權」のカタログの中に平等權を含めてはいない。⁽¹⁰⁾「保障されない人權」のカタログにあがつているのは、參政權、社會權、入國の自由である。⁽¹¹⁾より積極的に平等權は權利の性質上、外国人にも適用される權利として位置づけられており、「内外人平等原則」を個々の權利や外国人の種類によつてきめ細かく議論すべきことを説いている。⁽¹²⁾

それでは外国人と日本人とを別扱した場合、平等權の問題としてどのように議論されてきたであらうか。次にこの点についてまとめていきたい。

第二節 平等權の一般理論と外国人

平等權に関する一般理論において、もはや法適用平等説と法内容平等説の対立や絶対的平等説と相對的平等説の対立を論じることは、ここでは必要ないであらう。問題はやはり何よりも違憲審査基準である。

もはやこれも教科書レベルの問題となつているが、憲法一四條一項に関する違憲審査基準は次のように解されるのが支配的な見解となつている。⁽¹⁴⁾すなわち、政府行為（立法や行政等）が一四條一項の後段列挙事由である「人種、信條、性別、社會的身分又は門地」を理由にある人とその他の人とを別扱いする（とりわけそれを理由に不利益を与える）場合には、裁判所

はその政府行為の合憲性について厳格に審査をするというものである。そしてこの厳格な審査とは、政府行為の目的及び手段についての審査であり、目的がやむにやまれないほどの政府利益を促進しようとするものであるかどうか、手段がその目的達成のために必要不可欠であり過大把握や過小把握となっていないかどうか、という審査である。しかもこの審査においては立法事実において合憲性の推定が排除される。この審査にパスしない別扱いはすべて「不合理な差別」として違憲とされる。逆に政府行為において用いられている区分が一四条一項の後段列挙事由にあたらぬ場合には緩やかに審査を行う。すなわち目的は正当であればよく手段は目的達成と合理的に関連していれば合憲といえる。立法事実についても裁判所は政治部門の判断を基本的に尊重して合憲性を推定する。¹⁵⁾

以上の憲法学界のほぼ統一した見解からすると、本件の事例を、「在日外国人一般」というクラス分けが憲法一四条後段列挙事由である「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」にあたるかどうかを検討することで、考察を進めることがこれまでの憲法学のあり方からして順当だということになる。ただ「外国人」の後段列挙事由該当性について正面から論じたものが現在ではあまり見られないことから、これについての検討は後に行うことにしたい。

第三章 外国人と公務就任権

第一節 外国人の類型化

上述したように、外国人の基本的人権については権利性質説が憲法学界の支配的な見解である。しかし外国人といってもいろいろな種類がある。そこで現在では外国人を類型化してそれぞれの類型ごとに考えるようになっていく。このような外国人の類型化がなされるようになった背景としてはやはり戦前戦中から日本に居住していた在日韓国人や在日朝鮮人等の旧植民地人の存在を無視することはできないであろう。そして本章が問題としてしている外国人の参政権が議論されると

きにこそ、この類型化論が非常に強く議論の中心に据えられることになる。

外国人を類型化するにあたって一般的には、旅行者などの一般外国人、難民、定住外国人に区別をする見解が有力である。⁽¹⁶⁾そしてとりわけ定住外国人もしくは永住外国人の地方選挙における選挙権が活発に議論されてきた。⁽¹⁷⁾本件訴訟で争われている公務就任権は選挙権や被選挙権と同じく参政権的な性格を持つ権利とすることができることから、本章においても定住外国人もしくは永住外国人を中心に議論を進めることが有用であろう。

第二節 外国人の参政権とその一環としての公務就任権⁽¹⁸⁾

かつて憲法学界では参政権はその権利の性質上「日本国を構成する国民のみが」有する権利であり外国人には否定されると考えられていた。⁽¹⁹⁾

しかし現在ではこのような一律否定の見解はむしろ少数であるといえるのではないだろうか。たとえば芦部は「参政権は、国民が自己の属する国の政治に参加する権利であり、その性質上、当該国家の国民にのみ認められる権利である」としつつも、「しかし、地方自治体、とくに市町村という住民の生活にもっとも密着した地方自治体のレベルにおける選挙権は、永住資格を有する定住外国人に認めることもできる」⁽²⁰⁾としている。また本件でも問題となつた公務就任権についても「一般の公務について、ある種の限られた職に従事する権利(ないし資格)を一定の類型の外国人に認めても、参政権的権利の性格と矛盾することにはならない」⁽²¹⁾としている。同様に佐藤も選挙権や被選挙権が国民に限定されていることについて「国民主権の観点から帰結されるところである」としつつもそれは「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」としている。また公務就任権についても「教育的・調査的・非管理的職務についてまで外国人を排除するのは行き過ぎというべきである」⁽²²⁾としている。最高裁もこの流れに

乗ってか、地方参政権について規定する憲法九三条二項にいう「住民」は国民の一部としての住民であると捉えつつも、永住者等の一定の定住外国人に地方自治体レベルにおける選挙権を付与することは立法政策の問題であるとしている。⁽²³⁾

しかしながらこれらの見解は基本的には外国人の参政権の権利について立法府にその判断を委ねるものであり、外国人に憲法上の基本的人権の保障をしたものではない。つまり法律上、権利が与えられていないことについて違憲の主張をすることはできないのである。これに対してさらに踏み込んで外国人の権利を保障することに好意的な見解が主張されるようになってきている。

たとえば浦部は「日本に生活の本拠を置くいわゆる『定住外国人』については、日本国民とまったく同じように人権が保障される」⁽²⁴⁾べきであると主張し、参政権も含めて定住外国人の基本的人権の保障に積極的である。また辻村はプーブル主権論を唱えて「新しい市民権」概念の確立を主張し、永住外国人については国政参政権及び地方参政権（選挙権、被選挙権の両方を含む）をも憲法上の権利として考え得ることを主張している。そして公務就任権についてもこの議論が及びうることが示唆されている。⁽²⁵⁾

このように現在の憲法学界は定住外国人あるいは永住外国人の参政権について、一定の権利については「認めても憲法違反とはいえない」という見解（許容説）と「認めなければ憲法違反となる」という見解（要請説）とに大きく分かれている。⁽²⁶⁾ 最高裁のとする立場は前者の許容説であろうが、その前提となる「一定の権利」がどれほどのものであるのかは定かではない。⁽²⁷⁾

第四章 若干の考察

さて、本件を考察するにあたっての憲法学界の学説状況は以上のようなものである。しかしこの学説状況から少し離れ

て、従来の憲法学界によつて構築されてきた基本的人権に関する一般理論から本件を考察し直すことが近々の課題であると思われる。そこで本評釈はこの章において、従来の憲法学界の通説的な見解が打ち立ててきた基本的人権に関する一般理論から本件がどのように検討されるべきかを見ていきたい。その意味で本章は本件に関する憲法学界の通説的な見解からの内在的な考察である。

第一節 外国人の平等権に関する考察

外国人の平等権享有主体性については学説内に特に異論はないものと思われる。問題は外国人であることを理由に別扱いをする法律に対して裁判所が厳格審査を行うべきかどうか、別の言葉でいえば、外国人であるということが憲法一四一条一項の後段列挙事由にあたるかどうかということである。⁽²⁸⁾

では「外国人」という集合体をひとくくりにして「国籍保持」の有無で別扱いを行うという、「国籍」に基づく区分は、憲法一四一条一項後段列挙事由該当性という観点から、どのように考えられることになるであろうか。本件が性別に基づく差別でないことは明らかである。また人種差別問題でもない。問題は「国籍」の有無なのであつて「大和民族」ではないというわけではない。「はじめに」で述べた通り、本件を外国人一般の問題として捉え、在日韓国人や在日朝鮮人などの歴史的な事情を持つた人々に特殊な問題として捉えないとすれば、本件は信条に基づく差別の問題ともいえない。日本国籍を取得することに心理的に抵抗を感じているということが信条に基づく差別の問題として論じることが仮に可能だとすれば、本件を信条に基づく差別として議論することは不可能ではない。しかし在日外国人一般という区分の合理性の検討という前提から出発すれば本件は信条に基づく差別の問題でないことも明らかであるし、そもそも国籍取得に対する心理的抵抗を「信条」として理解すること自体、その妥当性に疑問が残ろう。

残るのは「社会的身分又は門地」である。社会的身分とは何かということが問題であるがこれには広狭の見解があり得

る。広義説によると「広く人が社会において一時的ではなく占めている地位」とされ、狭義説によると「人の生まれによって決定される社会的地位」とされている。しかし広義説では後段列挙事由に基づく区分に厳格審査を適用できないことから適切ではないと考えられ、狭義説では後に述べる「門地」とほぼ同じ意味となることから「社会的身分」が持つ独自の意味が失われてしまう。そのため「後天的に人の占める社会的地位にして一定の社会的評価を伴うもの」という中間説が唱えられ、「社会的身分」が規定されていることに独自の意味を見いだすべきことが主張される。ただしこの中間説についても「本人の意思ではどうにもならないような、固定的な社会的差別観を伴っているもの」という限定が加えられるべきことが指摘されている。²⁹⁾ 一四条一項後段列挙事由に特別の意味を与え、これに基づく区分に対して厳格審査を適用しようという前提から考えれば中間説が狭義説が妥当ということになる。 「門地」は通常は「家柄」を指すとされている。³⁰⁾ 「華族」等の特権的な身分に限るのか、逆に虐げられてきた元「被差別部落」出身者をも含むのかについては議論のあるところであろう。ただそれは「社会的身分」の解釈によって決まるところでもあり、ここではとりあえず「社会的身分又は門地」としてまとめた上で、厳格審査を適用すべき区分といえるかどうかを個々のに検討していく方が有益であると思われる。

では「外国人」であることは「社会的身分又は門地」であろうか。「外国人」かどうかは国籍を保持しているかどうかで決まる。これは国籍法上どのようにその人を意味づけるにかかっている。血統主義をとる日本においては外国人かどうかはまず出生によって決まる。しかし「帰化」という日本国籍取得方法もあり、外国人かどうかは必ずしも「出生」によってすべて決定されているわけではない。

またこの問題を考えるにあたっては「外国人」は国籍法上の地位であることを念頭におかなければならない。つまり「外国人」は「社会的地位」ではなく「法的地位」なのである。もともと「社会的身分又は門地」は華族のような特権的身分やかつての被差別部落の出身者に対する差別を念頭において議論が進んできたといつてよい。微妙な問題として尊属殺人の重罰規定の違憲性が議論されてきた。近時においては非嫡出子が問題とされている。その他の例としては帰化人やその子孫、破産者、前科者が考えられていたものの、³¹⁾ 「外国人」がこれに含まれると考えられてきたわけではない。しかも帰化をすれ

ば当該外国人は日本人となることからして、「外国人」という法的地位は可変的なものである。日本人という法的地位を獲得してもなお「帰化人」として差別的取扱いを受けるということであれば、それについては「社会的身分又は門地」に基づく差別として厳格審査もあり得るが、「外国人」という可変的な法的地位を後段列挙事由でカバーすることは従来の学説の平等権に関する一般理論からは困難なようである。⁽³²⁾

実際、外国人であることを理由にした種々の規制がある。たとえば電波法五条一号では外国人は無線局の免許を受けられないことが定められている。また国家賠償法六条では外国人が被害者である場合は相互保証がある場合のみ国家賠償法による救済が受けられることとされている。外国人土地法一条も外国人の土地所有について同様に相互主義をとっている。これらの法律がすべて厳格審査をパスして合憲と考えられているわけではないであろう。

第二節 外国人の公務就任権に関する考察

第三章で見た通り、在日外国人の参政権については禁止説、許容説、要請説の三説があり得る。これについて国政と地方で分けてパリエーションを考えれば、国政地方禁止説、国政禁止地方許容説、国政禁止地方要請説、国政地方許容説、国政許容地方要請説、国政地方要請説の六つの説を考えることができよう。しかしこのような従来の学説が行ってきた議論には重大な疑問がある。⁽³³⁾ 基本的人権に関しては一般的な議論、とりわけ二重の基準論について学説はこれまで精力的に研究を進めてきたはずである。⁽³⁴⁾ 本件のような在日外国人の参政権の問題もここから再構成する必要があるのではないだろうか。この節では日本の憲法学説がこれまで精力的に研究してきた二重の基準論から在日外国人の参政権の問題に迫ってみたい。

さて、本評釈では公務就任権について参政権として見てきた。⁽³⁴⁾ それでは参政権は二重の基準論ではどのように位置づけられることになるのだろうか。二重の基準論でもっとも有力なのは芦部による民主政過程論であろう。精神的自由は民主政の過程に不可欠な権利であるが故にその制約に対しては裁判所は厳格審査でその制約の違憲性を判断すべきであるというので

ある。⁽³⁵⁾ この民主政過程論からすれば、当然のことながら参政権の制約は厳格審査されなければならない。公務就任権についても同じことがいえる領域がある。公務の中には単なる経済的自由の行使に含まれる見るべき領域と公権力行使にあたり民主政過程の一部を担っている権利といえるべき領域がある。後者の公務に就任する権利を含めて参政権はまさに民主政過程そのものの一部を形成している権利といえるはずである。この領域については公務就任権の制約に際しては厳格審査を適用する必要があるであろう。では現在、公務就任権についてどのような制約があるだろうか。国家公務員法や地方公務員法などの欠格条項において様々な制約がある。しかし基本的人権の制約というのはまさに直接的にその基本的人権の行使を妨げる場合だけではない。

たとえば議員定数不均衡訴訟を考えてみよう。議員定数不均衡訴訟を平等権からではなく選挙権ないし投票権から考察すれば直接的な基本的人権行使の妨げとは異なる基本的人権制約の姿が見えてくる。議員定数に不均衡がある場合、過小代表区の選挙民の選挙権ないし投票権は価値が薄められているが故に選挙権ないし投票権を侵害されると捉えることができるし、議員定数不均衡訴訟はそのような捉え方をする方が正当であろう。⁽³⁶⁾ そしてこの「権利の価値を薄める」ということが権利の侵害にあたるということは議席配分以外においてもアメリカにおいて認められてきている。⁽³⁷⁾ そして公務就任権のうちで公権力の行使に携わる民主政過程の一部をなす公務に就任する権利を考えると、これは民主政過程の一部をなすものであるが故に当然に当該民主主義的統治体制の構成メンバーのみが有する権利と考えるべきではない。仮に外国人にこの種の公務への就任を認めることが許される場合があるとしても、外国人は当該民主主義的統治体制の構成メンバーからはずれる以上は基本的人権としてこの種の公務就任権は有していないのは当然であり、本件最高裁の判旨の通りであろう。そして公務就任者選考試験が定員制を設けていけば、外国人に受験資格を認めなければ競争率としては低くなるはずが外国人に受験資格を認めることで競争率が高くなり、公務就任のチャンスが減る、すなわち、公務就任を希望する日本国民にとって公務就任は狭き門となる。そういう意味では公務就任権を有していない外国人に受験資格を認めることは公務就任権の制約とならずである。⁽³⁸⁾

以上のように、基本的人権のうちのととりわけ参政権の一つとして位置づけられるべき公務就任権については本来、国民が有している基本的人権であり、外国人にこの種の公務への就任を認めることは日本国民個々人の基本的人権としての公務就任権の価値を薄めるが故に制約と考えられなければならない。⁽³⁹⁾ もちろん外国人にこの種の公務への就任を認めることで公務就任を希望する国民の権利が制限される程度は非常に小さいものだといえるかもしれない。しかし制限の程度の強弱は違憲審査基準に影響を与えるものではない。厳格審査を適用した上で許される程度の制約といえるかどうかを考えると、制約の程度が問題とされるだけであるべきではないだろうか。⁽⁴⁰⁾

だとすればこれら参政権の権利について外国人に認めるような法律を制定するということであれば、そのような法律は国民個々人の参政権の権利の価値を薄め、権利を制限する法律であるが故に厳格審査に付されるべきである。もちろん、国家主権あるいは国民主権の原理から日本国民のみに認められるべきで外国人には認めてはならない、いわゆる禁止説が妥当する公務就任権の領域もあり得よう。逆に公務就任という名目となつても民主政過程に不可欠な権利とはいえないような経済的自由に分類すべき公務就任権もあり得る。そのような公務就任権については外国人に認めることによつて日本国民個々人が有する公務就任権の価値が薄められて制約とされるとしても緩やかな審査が妥当することになろう。但しそのような公務就任権を外国人が制約されたとして訴訟を提起したとしても、経済的自由に分類すべき公務就任権である以上は裁判所は緩やかな審査をすべきということになる。

第三節 小 括

以上をまとめると次のようにいうことができる。

まず平等権の観点からは、外国人であることをもつて「疑わしい区分」で憲法一四条一項の後段列举事由にあたるとはいえず、外国人であることを理由にして別扱いがなされているとしてもそれについて裁判所は緩やかな審査をすべきである。

公務就任権の観点からは、① 国家主権あるいは国民主権の原理から日本国民のみに認められるべきで外国人には認められてはならない公務、② 民主政過程に不可欠な権利であり外国人はこの権利を有さず外国人に就任を認めること自体が国民個々人の持つその権利の価値を薄めるという意味で国民個々人の民主政過程に不可欠な権利を制限していることになることから厳格審査をパスしなければ外国人に就任を認めてはならない公務⁽⁴¹⁾、③ 民主政過程に不可欠な権利とはいえない経済的自由に類型化されて外国人に就任を認めること自体が国民個々人の持つその権利の価値を薄めるという意味で国民個々人の権利を制約しているもののそれについては緩やかな審査をパスすれば外国人に就任を認めることができるとともに逆に外国人が就任を認められなかったとしても緩やかな審査で権利制約の合理性について審査されるような公務⁽⁴²⁾、の三つに分けた上で事案に応じて個々の審査しなければならない。さらに本評釈では考察をしなかったが、明治期のお雇い外国人のような非常に政治的に重要な公務であっても統治行為論もしくは「立法政策上の問題」論の観点から裁判所が就任の是非について口出しすべきでないような場合もあり得るであろう。

むすびにかえて

簡単にはあるが最高裁の各意見で示された主張と、従来の憲法学説が本件のような事例においてどのように考えてきたのか、そしてそれが従来の憲法学とりわけ基本的人権に関する一般理論から見たときにどのように考えられるべきかを考察した。繰り返しをいとわずにまとめると、外国人の公務就任については以下のように考えるべきであるといえる。

国家主権あるいは国民主権の原理から日本国民のみに認められ外国人の就任が禁止される公務の領域については、外国人の公務就任権は当然認められない。民主政過程に不可欠な権利として考えられるような公務就任権については外国人の公務就任は憲法上完全一律禁止はされないもの、日本国民個々人の民主政過程に不可欠な権利を制限するものとして厳格審査をした上でこれをパスする場合のみ外国人のこの種の公務への就任が許容される可能性があるが、逆に厳格審査をパスしな

れば外国人のこの種の公務への就任は禁止される。民主政過程に不可欠とはいえないような経済活動の一環としての公務への就任については外国人に禁止はされないし日本国民個々人の基本的人權制限と考えても緩やかな審査をパスすれば外国人の公務就任は許容されるが、逆にこの種の公務については外国人の公務就任が禁止ないし制約されていたとしても同じく緩やかな審査をパスすればその禁止ないし制約も合憲となる。このことから緩やかな審査すらもパスしないような外国人の公務就任権の制約は違憲となり外国人の公務就任権の尊重が要請される場合があるといふことはいえよう。さらに、高度の政治性から外国人の公務就任について裁判所が政治部門の判断に口出しすべきでない場合、すなわち統治行為論もしくは「立法政策上の問題」論があてはまる場合もあり得る。⁽⁴³⁾

以上の憲法的考察からの帰結から再び最高裁の判決を見ると、基本的に多数意見の見解は妥当であると思われる。さらに特筆すべきは藤田による補足意見である。とりわけ藤田が原審を批判して、①外国人の公務就任権を否定する理論的根拠が国民主権原理に限られるわけではない、②外国人の公務就任が憲法上禁止されている職があるということがすなわちそれ以外の職について外国人の公務就任権が当然認められるとはいえない、と述べたことは非常に示唆に富んでいる。憲法學説が外国人参政権について、外国人を一律で捉えず類型化して類型ごとに考えろという「進化」を遂げて少々ながらも理論的精密さを高めたものの、禁止説、許容説、要請説といった三つの区分で粗い議論しかしてこなかったことは事実である。⁽⁴⁴⁾このことを反省しさらなる理論的洗練さを増すことが実務の場での利用においては必要とされているのだという訴えかけを、藤田が補足意見という形で行つたと見るべきであると思われる。

なお、本評釈は国籍法上の国民を日本国憲法上の国民であるという前提で議論を進めてきた。もちろんこの前提自体への異論はあり得るし、この前提を検討した上で「国民」を必ずしも「国籍保持者」に限定しないという議論も可能であろう。しかし「国民」概念を拡張してもなお、本評釈が考察した問題は残る。たとえば永住資格を有する在日外国人を憲法上の国民だと観念しても永住資格を有しない定住外国人はやはり外国人として捉えることになり、本評釈が考察した問題に取り組まなければならぬ。「国民」概念の拡張によつて本件で問われた問題が解決するわけではない。国籍法に基づかなくても

「外国人」と類型化される人がいる限り本評釈が示した問題は残り続けるのである。

注

- (1) 但し母は日本人であり平和条約発効によつて日本国籍を失っている。このいわゆる悪名高い「父系血統優先主義」による国籍喪失そのものが違憲であるとも考えられるが、本評釈ではこれについては度外視した上で考察を進める。本評釈の目的は在日外国人の憲法上の平等権や公務就任権に関する一般論の考察である。
- (2) 後に触れる憲法学界で唱えられているいわゆる「許容説」である。
- (3) なお、地裁判決は東京地判平成八年五月一六日判例時報一五六六号二三頁、高裁判決は東京高判平成九年一月二六日判例時報一六三九号三〇頁である。
- (4) なお、外国籍のままの移民を受け容れた際にも同様のことは問題になることを付け加えておきたい。
- (5) なお、本評釈では便宜上、「国民」に国籍保持者」として議論を進める。日本国憲法上の「国民」と国籍法上の「国民」が同じであるかどうかは憲法一〇条の解釈とあわせて考えなければならぬ重要な問題であり、そもそもこの想定自体が間違っているという議論は可能である。但し本評釈がこれから行う考察によつて導かれる従来の議論の問題点はこの前提を崩したところで解消されないと思われる。この点については最後に少し言及したい。
- (6) なお本評釈は憲法上の権利に関する考察であることから地方公務員法等の行政法や労働基準法からの考察は行わない。また法律上定められていないにもかかわらず「当然の法理」を用いて管理職選考試験の受験を認めないことの是非についても扱わない。本件に関する「当然の法理」については、岡崎勝彦「自治体における外国人の公務就任権——『当然の法理』の現状と課題——」法律時報七七巻五号七八頁（二〇〇五年）などを参照。
- (7) もっとも、藤田補足意見によるこの言及が最高裁判決を下すにあつて必要なものであつたというわけではないだろう。当該事件を適切に処理するのに必要な法原理のみを確定すればよいということからすれば多数意見の論旨のみで十分であつたといえる。藤田補足意見は原審である高裁に対する敬意および多数意見に同調しなかつた他の四人の裁判官への応答と受け取ることに適切であろう。長谷部恭男「外国人の公務就任権」法学教室二九五号七九頁、八三頁（二〇〇五年）。
- (8) なお泉反対意見は本件が特別永住者に関する事例であることを重視しているように思われる。本評釈の目的は在日外国人一般の権利であることから特別永住者であることを重視した議論を展開している泉反対意見は考察の対象からは一端は外すこととし

- たい。但しこの点は最後にまた言及する。前掲注(4)も参照。
- (9) 最大判昭和五四年一〇月四日民集三二巻七号一二三頁(マクリン事件)。
- (10) 芦部信喜『憲法學Ⅱ 人權総論』二二九—一四五頁(有斐閣、一九九四年)。
- (11) 入国の自由の一環として在留権、出国の自由、再入国の自由、亡命権が考察されている。芦部・前掲書注(10)二三九—一四五頁。
- (12) 芦部・前掲書注(10)一四五頁。
- (13) 芦部・前掲書注(10)一四六頁。なお、同一四六一—一五八頁も参照。外国人の種類分け(類型化)についてはまた後に触れる。
- (14) ただしこれは判例の採用するところとはなっていない。
- (15) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第三版)』二二七—一三二頁(岩波書店、二〇〇二年)。但し芦部教授は後段列挙事由があげている「順番」に意味を持たせているのか、列挙事由のうちの「人種、信条」については厳格審査を、「性別、社会的身分」については「厳格な合理性」の基準が適用されるべきことを指摘している。同一二八頁。これに対して佐藤幸治教授は後段列挙事由に基づく区分に対しては一律に厳格審査で臨むべきと考えているようである。佐藤幸治『憲法(第三版)』四七八頁(青林書院、一九九五年)。
- (16) 但しこの最後の「定住外国人」については範囲が明確ではないことから「永住外国人」に限るとする見解もある。辻村みよ子『憲法(第二版)』一六六頁(日本評論社、二〇〇四年)参照。
- (17) 参政権を含む在日外国人の基本的な権利一般に関する議論の詳細な分類と検討については中谷実「外国人の権利——七つのアプローチと二つのパラダイム——」ジュリスト一二四四号一五八頁(二〇〇三年)参照。
- (18) 本件に関する論致で公務就任権を参政権とは直接関係をもたない、職業選択の自由として位置づけるべきであるとしているものとして、渋谷秀樹「定住外国人の公務就任・昇任をめぐる憲法問題——最高裁平成一七年一月二六日大法院判決をめぐって——」ジュリスト一二八八号二頁、一一頁、三一五頁(二〇〇五年)がある。後に述べるように、本評釈は公務就任権のすべてが参政権的権利であるとは考えられない点について渋谷に同意する。しかしたとえ一五一条一項と表裏の關係にないとしても最高裁多数意見がいう「公権力行使等地方公務員」は参政権的権利であると捉えるべきであろう。補佐的・補助的業務等のみに携わる公務員になる権利と「公権力行使等地方公務員」になる権利とを同一の次元で扱うのは、やはり民主政過程論の視点から問題があると思われる。
- (19) 橋本公巨『日本国憲法(改訂版)』一三〇頁(有斐閣、一九八八年)。

- (20) 芦部・前掲書注(15)九〇頁。
- (21) 芦部・前掲書注(10)一三四頁。
- (22) 以上、佐藤・前掲書注(15)四二〇頁。
- (23) 最三小判平成七年二月二八日民集四九卷二号六三九頁。但しこの判決に加わった当時の学者裁判官であった園部は定住外国人の地方参政権に関する部分は「先例法理を導くための理由付けに過ぎない」としており、先例としての価値がないと考えているようである。園部逸夫『最高裁判所十年』一四〇—一四六頁(有斐閣、二〇〇一年)。確かに、司法機関たる裁判所は当該事件解決に必要な限りでのみ法的判断を下すべきと考えれば、このときのこの踏み込みは当該事件解決に不要なことにまで法的判断を示しており、司法権の作用として最高裁はあまりに不注意であつたといわなければならない。
- (24) 浦部法穂『全訂憲法教室』六〇頁(日本評論社、二〇〇〇年)。
- (25) 辻村・前掲書注(16)一六六—一六七頁。
- (26) ごく少数説ながら全面的な禁止説も見られる。百地章「憲法と永住外国人の地方参政権——反対の立場から——」都市問題九二巻四号二五頁(二〇〇一年)。
- (27) 但し前掲注(23)の通り許容説を明言した判決に加わった当時の裁判官であつた園部によつて判決文中のこの許容説を述べている部分は先例性という点においては無意味であるとされていることから、最高裁が許容説をとつていと断言することにはいささかの留保が必要である。
- (28) 平等権については区分の事由ではなく区分の対象となる利益を問題にして違憲審査基準を変えろという議論もある。芦部・前掲書注(15)一二五—一二六頁参照。しかしこれは個別的基本的人権の制約の問題として議論することが可能であり、平等権の文脈で議論する必要性は乏しいものと思われる。これについては、後掲注(36)も参照。
- (29) 以上について、佐藤・前掲書注(15)四七四—四七五頁参照。
- (30) 佐藤・前掲書注(15)四七五頁。
- (31) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)〔増補版〕』四七頁(有斐閣、二〇〇〇年)。
- (32) なお、「外国人」を「切り離され孤立した少数者」と考え、外国人について日本人と異なる取扱いをすることに厳格審査を主張する見解として、松井茂記『日本国憲法〔第二版〕』三一—三一四、三八一頁(有斐閣、二〇〇二年)がある。しかし一四条一項の平等権の問題として捉えるのかどうかについては微妙な言い回しとなっており、むしろ九八条二項の国際協調主義からの議論となつているように読める。これは九八条二項による司法審査をどこまで認めるのかという問題にまで広がらうる議論で

ある。興味深い論点ではあるが本評釈では深入りを避けることにしたい。またこれとは別に、近藤敦「諸外国における公務員の就任権」法律時報七七巻五号六八頁（二〇〇五年）は本件のような国籍要件について「国民によつて『一定の魅力的な安定した職へのアクセスを独占したい』という意図」が背景にあるかのように受け取られかねない」としているが、これは「外国人」を「疑わしい区分」と見ているということだろうか。それは憲法一四一条一項後段列挙事由のどれにあてはまると考えるのだろうか。仮に本件規制を魅力的な安定した職へのアクセスを国籍保持者に独占させることを意図した規制であると考えるのであれば、経済的自由としての職業選択の自由の規制の観点からは、本件規制は積極目的規制と見るべきであるということになる。これに反対するものとして、小山剛「外国人の公務就任権——東京都管理職選考受験訴訟上告審判決——」受験新報六五〇号一二頁、一三頁（二〇〇五年）がある。

(33) 松井茂記「二重の基準論」(有斐閣、一九九四年)はその代表例でもある。

(34) 公務就任権の根拠条文を憲法一五一条一項と考えるべきか二二条一項と考えるべきかという問題がある。藤田補足意見は二二条一項が「自由権」という消極的権利であるが故に公務就任に関する積極的な権利(従来の憲法学では「能動的権利」と位置づけられよう)をここから創出することに対して消極的である。多数意見はそもそも二二条一項の問題に言及していない。興味深い問題ではあるが、学説上はいずれにしても公務就任権が基本的人権と考えられることには異論はないであろう。なお公務就任権が従来から「能動的権利」として分類されてきたことに関するイエリネクの身分論(法的地位論)からの説明として、石川健治「人権論の視座転換——あるいは『身分』の構造転換——」ジュリスト一二二二二二頁、七頁(二〇〇二年)を参照。

(35) 芦部・前掲書注(15)一〇〇頁。

(36) 松井・前掲書注(32)四〇〇一四〇七頁。もちろんアメリカにおいて議席配分の問題は平等保護条項の問題として捉えられている。しかしそれは合衆国憲法が日本のような豊富な人権カタログを持つておらず、国民個人々の選挙権に関する規定が欠如していることから起こったことである。実体的な権利について基本的人権として豊富に保障し、明文根拠がなくとも基本的人権として保障すべき権利だと論証できれば憲法二三条の幸福追求権で基本的人権として保障可能である日本国憲法の下で、アメリカと同じ理論構成をすべき理由はないのではなからうか。本件判決に関する論叢で明示的にこの理論構成を支持する可能性を示唆し、泉反対意見を高く評価しているものとして、渋谷・前掲評釈注(18)一三一—一四頁がある。

(37) 那委員会委員の選出において複数人選挙方式(那委員会の委員の選出にあたって選挙人が委員の数だけの投票権を持つて各委員それぞれを選出するという方式で、この方式ではマイノリティが委員として選出されることは非常に難しくなる。)をとるこ

とによって黒人委員の選出がなされない結果となつてゐることから、黒人の投票価値を實質的に薄める *dilute* ことをねらつた差別的意図をもつた制度であるといふことで違憲判決が下されてゐる。Rogers v. Lodge, 458 U.S. 613 (1982).

(38) このように考えると本来、選挙権や被選挙権のない人にそれらの権利を認めることは国民個々人の選挙権や被選挙権の価値を薄めることになり、これらの権利の制約として考えるべきということになるはずである。制約のあり方として外国人への選挙権の付与が許されるかどうかは別途検討が必要である。仮に許される場合があるとしても、日本国民の選挙権の制約として考えなければならぬ以上は厳格審査をパスする場合だけであらう。

(39) もちろん誰がどのようにして訴訟を提起することが可能であるかは別途検討を要する重要な問題である。例えば受験者が自らの受験結果の情報公開を求めて外国人に受験を認めなければ合格するほどの順位であつた場合に自らの合格と公務就任を求めて不合格処分取消訴訟や公務員としての地位確認訴訟を提起することが考えられる。また地方公務員試験についていえば外国人を雇ふといふことで不当な公費支出を行つてゐるとして住民監査を行つてその上で客観訴訟を起すことも考えられる。但し本評釈は実体論のみに焦点をあてるためにこの問題には深く立ち入らないことにしたい。

(40) 但しこの言い切りには少々の留保が必要である。佐藤・前掲書注(15)五五九頁は、経済的自由に対する厳しい制限にはより厳格な審査をすべきであると主張している。小山・前掲評釈注(32)一三頁もまたこれを判例法理であるとしている。確かに表現の自由の領域においても、検閲の禁止や事前抑制の原則的禁止のような、規制手段の強度に基づく違憲審査基準の使い分けが一般的に肯定されている。しかしこの議論を裏側から見れば、制限の程度が小さいことを理由に違憲審査基準を緩やかにしていいということになりかねず、やはりこれを肯定してよいかどうかは慎重に検討すべきではないかと思われる。規制の強度に基づく違憲審査基準の使い分けは明確な根拠付けに基づいて極めて限定的に捉えられるべきではないだろうか。

(41) この領域についても禁止説を貫くべきであるのかもしれない。この種の公務は当該民主主義的統治体制の一部であり、そうである以上はその統治体制の構成メンバー以外に就任を認めることは国家主権あるいは国民主権の原理から許されないといふ議論もあり得るからである。ただ本件において多数意見は「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とみるべき」としており、例外がある可能性を示唆していることから、とりあえずは多数意見の前提を受け容れた上で考察をしている。参政権に対して厳格審査の下でどのような制約であれば許されるのかは本格的な研究が必要であり、外国人への公務就任を認めるという形で日本国民に対する参政権の制約が許されるかどうかその一環として検討されなければならぬ。よつて本評釈ではとりあえず多数意見に従つて例外の可能性を前提とした上で、この分類を残しておくこととした。

- (42) これは日本国民の経済的自由としての公務就任権の制約としても、人権相互の調整原理という意味で内在的制約と位置づけられることになる。経済的自由の制限については憲法学界においては目的二分論が極めて有力である。しかし本件で問題とされた国籍条項を積極目的規制と見るべきか消極目的規制と見るべきかは、経済的自由としての公務就任権の制約という観点からすれば、それほど明確ではないと思われる。よって目的二分論については本評釈では扱わないことにしたい。目的二分論および職業選択規制と職業遂行規制とで違憲審査基準を異ならせる二分論法理であるとして、その判例法理から本判決を批判しているものとして、小山・前掲評釈注32)一三頁。同じく、泉反対意見を好意的に捉え、職業選択の自由の人格価値に着目するものとして、山内敏弘「外国人の公務就任権と国民主権概念の濫用」法律時報七七巻五号七二頁、七三頁(二〇〇五年)がある。なお、目的二分論については、棟居快行・小山剛「経済的自由権と規制二分論」井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く——ロースクール・憲法講義——』一二三頁(日本評論社、二〇〇四年)参照。また、目的二分論を強く批判する見解として、松井・前掲書注(33)二八八—二九一頁、同「厳格な合理性の基準」阪大法學四二巻二・三号(上巻)六二九頁、六五二頁(一九九二年)などがある。
- (43) どの公務がどの分類にあたるかはそれぞれの公務ごとに考えていく必要がある。その意味でこの検討については判例の蓄積を待ちたい。

- (44) なお蛇足的に以下のことを付け加えておきたい。本件は地方自治体の職員選考に関する事件である。国家公務員が問題とはされていない。滝井反対意見は地方政治と国政とを大きく分けて議論を展開している。しかし国民主権原理を地方政治から切り離して議論することには一定のリスクがあることの認識は必要である。両者を切り離した理解は本評釈が考察の前提に据えた憲法学界の通説である芦部の民主政過程論を国民主権原理以外から適切に根拠づけるべきことを必要とするからである。憲法九二条の「地方自治の本旨」の中に住民自治を読み込んで、地方政治に関する民主政過程に不可欠な権利を保護する民主政過程論を展開するのには、国民主権論がまったく役割を果たさないと考えるべきかどうかは慎重に検討する必要がある。この点、佐藤の国民主権論は国民主権原理から通常政治における統治制度の民主化の要請を導いており、注目に値する。佐藤・前掲注(15)二〇〇—一〇一頁。なお、地方自治の本旨の一つとして住民自治があるという理解はドイツ公法学に由来していると指摘するものとして、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集④ 憲法IV(第七六条)第一〇三條』二三九頁(中村執筆箇所)(青林書院、二〇〇四年)がある。本評釈のような議論は確かに国民主権原理を基本的人権制約の切り札として見るようになるかもしれない。近藤敦「外国人の公務就任権」一五頁『憲法判例百選1(第四版)』別冊ジュリスト一五四号一四頁(二〇〇〇年)。この批判は決定的はすれなわけではない。しかしもともと国民主権原理と基本的人権論が予定調和するという前提

そのものが間違っているのかもしれない。本判決を機に主権論と人権論の両方を憲法学がいかに理解して再構成していくべきかは今後の課題である。本評釈の理解とは異なり、国民主権原理と地方自治の本旨とを切り離して理解していると思われるものとして、山内・前掲論文注(42)七四頁がある。

〔二〇〇五年五月九日 脱稿〕