

外国人の公務就任権をめぐる 一般永住者と特別永住者

後藤 光男

目次

- 1 はじめに
 - (1) 永住外国人の東京都管理職選考試験受験訴訟
 - (2) 外国人に保障される人権の範囲
- 2 国民主権と基本的人権の相克
 - (1) 国民主権の原理と外国人の公務就任
 - (2) 基本的人権の原理と外国人の公務就任
- 3 一般永住者と特別永住者の相異
 - (1) 藤田宙靖裁判官補足意見と一般永住者
 - (2) 泉徳治裁判官反対意見と特別永住者
- 4 結び—判例・通説の問題性—

1 はじめに

「外国人の公務就任権」の問題について、筆者は、以前、浦田賢治編『立憲主義・民主主義・平和主義』（三省堂、2001年）¹⁾の中で一定の検討を行った。そこでは東京都管理職試験受験訴訟控訴審判決（東京高裁1997年11月26日判決）までの判例・学説を踏まえてのものであった。その後、2005年（平成17）年1月26日最高裁大法廷判決が下された。本稿では、この最高裁判決を俎上にのせて再度、この問題を考えてみたい。その際、特に一般永住者と特別永住者という相異についても配慮しながら検討を行うこととする。

憲法は外国人の公務就任について制限規定をおいているわけではない。法律で国籍条項が明記されているのは外務公務員法のみである。国家公務員法は任免の基準を人事院規則に委ね、人事院規則8-18が「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」と規定し、国家公務員採用試験の受験資格を外国人に否定している。地方公共団体の公務員については、募集要項に「国籍」を規定することによって、外国人の受験資格を認

1) 後藤光男「外国人の公務就任権」浦田賢治編『立憲主義・民主主義・平和主義』（三省堂、2001年）466頁。

めてこなかった。地方公務員法はじめ法律には特に明文化されているわけではない。市町村の中には一般的に国籍条項をはずしているところもある。また、「公権力の行使または公の意思の形成への参画に携わる公務員」以外の公務員については、各地方公共団体の判断と実情に応じて任用されている。

保健婦など専門職については、政府は採用を認めるように指導を行ってきた。東京都では1986（昭和61）年に、保健婦、看護師、助産婦の国籍条項を撤廃した。そして、1988（昭和63）年、在日韓国人が保健婦（その後、保健婦助産婦看護婦法の一部を改正する法律〔平成13年法律第153号〕により、「保健婦」は「保健師」に改められている）として初めて採用された。そして、本件事例（東京都管理職選考試験受験訴訟）の原告は、1992（平成4）年には主任試験に合格し、翌年に主任となる。1994（平成6）年に、課長以上に昇任する資格を得るために申込書を提出したところ、都は「公権力の行使または公の意思の形成への参画にたずさわる職員になるには日本国籍を必要とする」とする「当然の法理」をもちだして、申込書の受理を拒否した。そこで、同年4月に、都知事を相手とする「管理職受験資格」の確認、受験資格を拒否されたことによる精神的苦痛に対する損害賠償を求めて提訴した。

(1) 永住外国人の東京都管理職選考試験受験訴訟

先ず、本件の事実関係の概要は次のようなものである。

(イ) 原告は、1950（昭和25）年に岩手県で出生した大韓民国籍の外国人であり、「日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法」（平成3年法律第71号）に定める特別永住者である。被告東京都は、1986（昭和61）年、保健婦の採用につき日本の国籍を有することを要件としないこととした。原告は、1988（昭和63）年4月、東京都に保健婦として採用された。

(ロ) 平成6年度及び同7年度の管理職選考が実施された当時、東京都における管理職としては、知事の権限に属する事務に係る事案の決定権限を有する職員（本庁の局長、部長及び課長並びに本庁以外の機関における上級の一定の職員）のほか、直接には事案の決定権限を有しないが、事案の決定過程に関与する職員（本庁の次長、技監、理事〔局長級〕、参事〔部長級〕、副参事〔課長級〕等及び本庁以外の機関の一定の職員）があり、さらに、企画や専門分野の研究を行うなどの職務を行い、事案の決定権限を有せず、事案の決定過程にかかわる蓋然性も少ない管理職も若干存在していた。東京都においては、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は行われておらず、例えば、医化学の分野で管理職選考に合格した職員であっても、管理職に任用されると、その職員は、その後の昇任に伴い、そのまま従来の医化学の分野にだけ従事するものとは限らず、担当がその他の分野の仕事に及ぶことがあり、いずれの分野において

も管理的な職務に就くことがあることとされていた。

(ハ) 東京都人事委員会が実施する管理職選考は、東京都知事、東京都議会議員、東京都の公営企業管理者、代表監査委員、教育委員会、選挙管理委員会、海区漁業調整委員会及び人事委員会が任命権を有する職員に対する課長級の職への第一次選考としてされるものである。管理職選考には、A、B及びCの選考種別とそれぞれについての事務系及び技術系の選考種別とがあり、原告が受験しようとした選考種別Aの技術系は土木、建築、機械、電気、生物及び医化学に区分される。管理職選考に合格した者は、任用候補者名簿に登載され、その数年後、最終的な任用選考を経て管理職に任用される。

(ニ) 東京都人事委員会の平成6年度管理職選考実施要綱は、上記(ハ)の職員に対する課長級の職への第一次選考について受験資格を定めており、明文の定めは置いていなかったものの、受験者が日本の国籍を有することを前提としていた。

原告は、上記要綱に基づいて実施される管理職選考種別Aの技術系の選考区分医化学を受験することとし、1994(平成6)年3月10日、所属していた東京都八王子保健所の副所長に申込書を提出しようとしたが、同副所長は、原告が日本の国籍を有しないことを理由に、申込書の受領を拒絶した。原告は、国籍の点以外は上記要綱が定める受験資格を備えていたが、上記のとおり申込書の受領を拒絶されたため、同年5月に実施された筆記考査を受けることができなかった。

東京都人事委員会の平成7年度管理職選考実施要綱には、日本の国籍を有することが受験資格であることが明記されるに至った。原告は、日本の国籍を有しないために同管理職選考を受けることができなかった。

原告は、このように国籍を有しないことを理由に受験が認められなかったため、東京都に対し、(イ) 受験資格の確認、(ロ) 受験を拒否されたことによる慰謝料の支払い等を求めて出訴した。

東京地裁は、1996(平成8)年5月16日(判例時報1566号23頁)、受験資格の確認と慰謝料を求める訴えを退けた。その際の論理は、国民主権の原理は、「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考えられるから、憲法は、我が国の統治作用にかかわる職務に従事する公務員が日本国民すなわち我が国の国籍を有する者によって充足されることを予定している」とした上で、外国籍の保健婦が管理職となることは、「決定権限の行使を通じて国の統治作用にかかわる職への任用を目的とするもので、試験を受けさせなかったことに違憲・違法はない」とした。

(2) 外国人に保障される人権の範囲

外国人(日本国籍を有しない者、無国籍者を含む)の人権について、日本国憲法が、①人権は人間が生まれながらにして持っている前国家的な権利であるという思想に基づいて

人権規定を設けていること、②憲法は国際協調主義を採用していること、③人権の国際化の中で、国際法上確立した自国民と外国人を差別してはならないことを根拠にして、外国人の人権享有主体性を認める説が多数である。

また、多数説は、保障の範囲についても、個々の権利の性質によって、外国人にも適用可能なものとそうでないものを区別し、権利の性質の許すかぎり保障されるとする（権利の性質説）。マクリーン事件最高裁判決も「憲法第3章の諸規定によ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ものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」として権利の性質説を採用している（最大判昭和53・10・4民集32巻7号1223頁）。

問題はいかなる人権がどの程度保障されると考えるべきか、という点である。判例・通説の立場（「権利の性質」説）から、外国人が享有しえない、あるいは、大幅な制限を受けてもやむを得ないとされる人権は、①入国の自由、②参政権（選挙権・被選挙権）・公務就任権、③社会権（特に生存権・社会保障権）である。それでは何故、これらの権利が外国人には制限してもやむを得ないと考えられてきたのであろうか。結局、これらの権利が「①後国家的なもの、つまり国家の存在を前提として成り立つ権利であり、厳密に考えるなら本来の人権ではないこと、②日本の国家と国民の安全や福祉に深く関わるものであること、③日本の国民に固有の意思決定事項に関わるものであること」によるものである。共通しているのはいずれも、きわめて抽象的で観念的で形式的な「性質」論であり、人権・権利の限界・制約の決め手にすることはできない²⁾。

外国人の人権を考えるにあたっては「権利の性質のみから問題に迫るのではなく、外国人の存在態様も考慮しなければならない」。外国人にも、一時的旅行者のほか、日本に生活の本拠をもちしかも永住資格を認められた定住外国人、難民など類型を著しく異にするものがあることに、とくに注意しなければならない³⁾といわれる。

外国人の公務就任権についての実務の運用基準となっているのが、1953（昭和28）年3月内閣法制局が出した見解である。行政実例において、「一般に我が国籍の保有が我が国の公務員の就任に必要とされる能力要件である旨の法の明文の規定が存在するわけではないが、公務員に関する当然の法理として、公権力の行使又は国家意思の形成への参画にたずさわる公務員となるためには日本国籍を必要とするものと解すべきであり、他方においてそれ以外の公務員となるためには日本国籍を必要としない」（昭和28年3月25日内閣法制局第一部長回答）とされ（公務員の当然の法理）、当該事務が学術的もしくは技術的事務を処理するもの、機械的労務を提供するもの、性質上私企業における事務と変わらないものについては、日本国籍が不要と解されている（昭和30年3月18日人事院事務総長回答、昭和23

2) 根森健「『外国人の人権』論はいま」法学教室1995年12月号45頁。

3) 芦部信喜＝高橋和之補訂『憲法第5版』（岩波書店、2011年）92頁。

年8月17日法務調査意見長官回答)。地方公共団体については「国家意思の形成」が「公の意思の形成」とされる。

しかし、この基準は広汎かつ抽象的であるため、拡張解釈されるおそれが大きいとし、より明確で限定的・具体的基準が必要とされ、公権力を行使する職務であっても、「調査的・諮問的・教育的な職務」には定住外国人も就任できるとする考え方が通説的立場を占めてきた⁴⁾。それゆえ、地方公共団体が、管理職に限らず、外国人の公務就任を全面的に禁止した場合は違憲となると考えるべきであろう、という。

この公務就任権の問題について、憲法テキストで詳しく言及しているのは、高橋和之である。高橋説的な考え方が学説の主流であるように思える。その考え方を聞いてみよう。

公務にも様々な種類がある。たとえば国会議員、国務大臣、自治体の長や議員の職務も公務である。そのためもあって、従来、公務就任権を参政権とパラレルに理解し、外国人にも参政権（被選挙権）が認められないのと同様に公務就任権が認められないとする見解が支配的であった。しかし、政治的な政策決定に携わる公務員と執行を本務とする公務員（国家公務員法2条2項にいう一般職の公務員が中心）は、職務の性格をまったく異にするから、両者を同じに扱うべきではない。一般職に関しては、公務就任権は憲法上の権利の問題としてではなく職業選択の自由（22条1項）の問題と捉え、それを外国人に制限することは平等権・職業選択の自由の侵害にならないかを考えていくべきだと思われる。一般職の公務に関しては、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。一般職の公務にも広範な裁量権を含むものから、定められたルール・基準に従って事務を処理するだけでほとんど裁量の余地のないものまで色々であるが、裁量権の広範な公務であっても、主任の大臣等の上位の任免権者・監督権者のコントロールの下にあり、上位者が特定の外国人の能力を認めて任務に就け、自己の監督の下にその任務を遂行させる限り問題は生じないと思われる。外国人の人権主体性という問題に関しては、……人権主体性を前提にして、具体的事例において外国人であることを理由にその享有を制限することに合理性があるかどうかを考える方が生産的である。かかる観点から問題を考察するとき、次の二つの設問が区別される。一つは、外国人に公務就任を否定することに合理性があるかどうかであり、他の一つは、外国人であることを理由に昇格を否定することに合理性があるかどうかである。

後者の昇格差別の問題は、公務就任が原則的に許されることを前提にして生じる問題である。外国人公務員に対する昇格差別は、公務が階層上の上部に位置し裁量権限が大きくなればなるほど、合理性の認められることが多くなろう。政府見解にいう「公権力の行使または国家意思の形成への参画」という定式が捉えているのも、このような公務と理解す

4) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）134頁。

べきであると思われる。管理職とされているポストには、そのような性格のものが多いが、では管理職に就く資格要件として管理職試験に合格することを要求し、外国人にはその受験資格を認めない制度をつくることは許されるか。管理職とされたポストのすべてが外国人に否定してもよい性格のものならば問題はない。しかし、そのポストのいくつかは、外国人に拒否することの合理性が認められないような性格のものであるという場合はどうか。東京都がそのような制度を設置・運用していたのを在日外国人が争った事件で、最高裁判所は、これを違憲とした原審判決を覆して合憲判断を下している（最大判平成17年1月26日民集59巻1号128頁）。「公権力行使等地方公務員の職〔外国人に否定するのに合理性がある職〕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〔それ自体としては外国人に否定するのが必ずしも合理性があるとはいえない職〕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、裁量の範囲内であり、「この理は、前記の特別永住者についても異なるものではない」というのである。しかし、在日外国人に関しては、可能な限り日本人と同様に扱うべきであり、そのような制度設計がどうしても困難だとする事情があったかどうかを審査すべきではなかったであろうか⁵⁾。

以上の解説が従来の憲法テキストの中では、もっとも詳細な解説のひとつといえるが、ここでは「管理職とされたポストのすべてが外国人に否定してもよい性格のものならば問題はない」という。言われていることは観念的には理解できるが、それでは具体的にどのような管理職が該当し、どのような弊害をもたらすものなのであろうか。このように、ほとんどの説が弊害の具体的中味を何ら語っていないのである。

最高裁は以下で詳しく紹介するように国民主権原理をベースに在日外国人の公務就任に否定的な見解を表明している。

2 国民主権と基本的人権の相克

外国人への公務就任について、樋口陽一は次のように問題設定をしている。公務就任権への外国人のアクセスを論ずる際には、確かに、国民主権原理との関係をどのように理解するかという点までのさかのぼった、詰めた議論が必要である。本事例はその素材を提供している。その際、外国人の公務就任権としてとりあげられることがらの多くは、参政権（公の統治作用への参加）というよりは幸福追求権や職業選択の自由（生きがいある職場を求めること）の問題ではないか、そうだとしたら、そのような人権主張を制約するために主権を援用することの是非（主権と人権の対抗をどちらに優位に解釈すべきか）、とい

5) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法第2版』（有斐閣、2010年）87-89頁。

ったことが議論されてよいであろう。樋口の問題設定によれば、本事例は「主権」の強調が「人権」保障に制約を加えている問題としてみている。これに対して、渋谷秀樹は、公務就任権と「主権」の問題とは無関係と考えるべきであろうという⁶⁾。

(1) 国民主権の原理と外国人の公務就任

最高裁は、本件で、外国人は公権力の行使に携わる公務員になれないのであるからこの措置は違憲ではないとしている（最大判平成17・1・26民集59巻1号128頁判例時報1885号3頁）。職員として採用しながら課長以上の管理職に昇進させないというのは合理性のない差別であり、根本的問題点は、公務就任権を参政権の一種と把握し、外国人に認めることは国民主権の原則に反するとする前提である。行政事務を担当する普通の公務員になる権利は、むしろ憲法22条の「職業選択の自由」において保障されていると捉えるべきではないか、ということである。しかし、最高裁は、国民主権の原理に依拠して次のように述べている。

1、「公権力行使等地方公務員」の職務遂行（「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」）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1条、15条1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見るべきであり、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」（下線、筆者。以下もすべて同様）。

2、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うべきである。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

6) 樋口陽一『五訂憲法入門』（勁草書房、2013年）68頁、同「日本の人権保障の到達点と今後の課題」『憲法の21世紀的展開』（明石書店、1997年）。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17年1月26日大法院判決をめぐって」ジュリスト2005年4月15日号（1288号）6頁。大沢秀介は、外国人の公務就任権を広義の参政権と見た場合と職業選択の自由からアプローチした場合とでは、出発点で大きく相異し異なる結果を導き出す可能性が高いと指摘する。後掲（注）16文献14頁。

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、労働基準法3条にも、憲法14条1項にも違反するものではない。」「そして、この理は、特別永住者についても異なるものではない」。

3、これを本件についてみると、当時、東京都においては、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っておらず、管理職に昇任すれば、いずれは公権力行使等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ことができるから、東京都は、公権力行使等地方公務員の職に当たる管理職のほか、これに関連する職を包含する一体的な管理職の任用制度を設けているといえる。そうすると、東京都において、上記の管理職の任用制度を適正に運営するために必要があると判断して、職員が管理職に昇任するための資格要件として当該職員が日本の国籍を有する職員であることを定めたとしても、合理的な理由に基づいて日本の国籍を有す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3条にも、憲法14条1項にも違反するものではない。原審がいうように、東京都の管理職のうち、企画や専門分野の研究を行うにとどまり、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、上記の判断を左右するものではない。

多数意見は、「公権力行使等地方公務員」となることは参政権と密接に関係しているということで、国民主権原理を持ち出して根拠づけているのであろうが、こうした事案に国民主権原理を持ち出して議論しないといけないことであろうか。一般職公務員でも専門職公務員でも、また、たとえそれが管理職であっても、法令の枠内で法令の縛りをうけて公務を遂行するというものではないのか。

たとえ国民主権を持ち出すとしても、国民主権の本質的な問題は、筆者には、根森健が指摘するように、「国民主権」=君主に対抗する、国家の政治的意思決定の最終のありかとしての「国民」とは、「国籍保有者」としての国民だったのか、それとも国家の領土内に住む住民という意味での「国民」だったのか。その場合、より本質的であったのは、形式すなわち結果としての「国籍保有者」たる国民のではなく、実質としての「領土に住む住民」たる国民ではなかったか⁷⁾、ということである。本判決多数意見にはこの問題意識が欠落している。また、本件について特に考慮しないといけないのは、原告が特別永住者である、という点である。特別永住者は憲法10条にいう「日本国民」に該当しないのか、特別永住者の法的地位、及び、国民主権との関係については、筆者は別稿で検討したことがあるので、そちらにゆずる⁸⁾。

7) 根森・前掲48頁。

8) 後藤光男「日本国憲法10条・国籍法と旧植民地出身者」早稲田社会科学総合研究13巻3号（早稲田大学社会科学学会、2013年）19頁以下。

(2) 基本的人権の原理と外国人の公務就任

控訴審判決（東京高判平成9・11・26判例時報1639号30頁）は、最高裁判決と異なり、国民主権の原理に反しない限度において、管理職にあっても職種により、憲法22条、14条1項によって保障されるとする。次のように判示している。

1、憲法は、前文第1項および第1条において、国民主権の原理を明らかにしている。この国民主権の原理の下における国民とは、日本国民すなわちわが国の国籍を有する者を意味する。憲法15条1項、93条2項の規定は、わが国に在住する外国人に対して国および地方公共団体の公務員を選定罷免し、または公務員に就任する権利を保障したものではない。けれども、わ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、公務員に就任することは憲法上禁止されていない。

2、まず、(1) 国の公務員をその職務内容に即してみると、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（たとえば、国会の両議院の議員、内閣総理大臣その他の国務大臣、裁判官等）と、(2) 公権力を行使し、また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・補助的な事務またはもっぱら学術的・技術的な専門分野の事務に従事する公務員とに大別することができる。

3、(1) の公務員については、日本国民であることを要し、法律をもってしても、外国人に就任を認めることは、国民主権の原理に反し、憲法上許されない。(2) の公務員については、憲法が日本国民であることを要求していて、外国人に一切認めないと解するのは相当ではない。その職務の内容、権限と統治作用との関わり方および程度を個々、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、認めることが許されないものと認めても差し支えないものを区別する必要がある。(3) の公務員については、その職務内容に照らし、国の統治作用に関わる蓋然性およびその程度は極めて低く、外国人が就任しても、国民主権の原理に反するおそれはほとんどない。このようにみると、国の公務員にもわが国に在住する外国人の就任することができる職種が存在し、これへの就任については憲法22条1項、14条1項の規定の保障が及ぶ。

4、このことは、わが国に在住する外国人の公務就任についても、原則的に妥当する。憲法第8章の地方自治に関する規定の趣旨にかんがみれば、わが国に在住する外国人であっても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、また自らこれに参加していくことが望ましいものというべきである。したがって、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の種類は広く、その機会は多くなるものということが

できる。

5、地方公務員の中でも、管理職は、地方公共団体の公権力を行使し、または公の意思形成に参画するなど地方公共団体の行う統治作用に関わる蓋然性の高い職であるから、地方公務員に採用された外国人は、日本国籍を有する者と同様、当然に管理職に任用される権利を保障されているとすることは、国民主権の原理に照らして問題がある。しかし、管理職であっても、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など、公権力を行使することなく、また、公の意思形成に参画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。このように、すべての管理職について、国民主権の原理によって外国人を任用することは一切禁じられていると解することは相当ではなく、ここでも、職務の内容、権限と統治作用との関わり方およびその程度によって、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る。後者の管理職については、国民主権の原理に反するものではなく、憲法22条1項、14条1項の規定によって保障される。

本判決は、外国人の公務就任について、それを一律に否定せず、職業選択の自由や平等原則といった憲法上の保障が及ぶものであることを明言している。

すでに一部の論者が指摘しているように、①「公務就任権は、その人がその人らしく暮らすこと（＝自己実現）に深く関わるものである。職業選択の自由の一環としてとらえる方がよい」といえる。また、「文字通りに自己統治に関わる参政権と理解するなら、『孤立する少数者』の声がきちんと反映するという意味でも、（定住）外国人を排除すべきではないという結論になろう」。②かりに通説のように、権利というより公務という側面に重点をおいた参政権として理解するとしても、国家・社会を構成する人たちの多様な声が公務に反映する必要があることを考えるなら、「公権力を発動し人民に対する命令強制を内容とする職務」や「地位」の公務員を含めて広く、（定住）外国人も就任できると結論づけることもできる⁹⁾、と考える方が妥当であるといえる。

3 一般永住者と特別永住者の相異

日本に滞在する外国人の在留資格については、出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」）第2条の2および同法別表第一および第二で詳細に定められている¹⁰⁾。「特別永住者」とは、現行の法令上は日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法（平成3年施行。以下、「入管特例法」という）で定める。

「特別永住者」は、日本がかつて植民地として支配した朝鮮、台湾から強制連行その他

9) 根森・前掲46頁。

10) 藤井俊夫「外国人の人権」『憲法と人権I』（成文堂、2008年）43頁以下。

の形で日本に移住した人々で、第2次世界大戦前から日本に在住する外国人およびその子孫をいう。これらの人々は、日本の支配下にあった時は「帝国臣民」とされたが、第2次世界大戦での日本の敗戦後の戦後処理として、平和条約発効の日（昭和27年4月28日）に、日本に生活の本拠を有するままで自動的に外国籍にきりかえられたという歴史上の経緯をもつものである¹¹⁾。これらの人々は、同法第3条により宣言的に（すなわち、申請とか許可処分などをせず自動的に）資格を付与される「法定特別永住者」と、例えば同法施行後に出生した子孫などのように、第4条および第5条による法務大臣の許可を受けた「特別永住者」とに分かれる。通常は、これらの人々が狭義の「定住外国人」（より具体的には、在日韓国人、在日朝鮮人など）とよばれている。

「一般永住者」とは、入管法22条の永住許可を受けた外国人である。この許可を受けるためには、「素行が善良であること」および「独立の生計を営むに足りる資産または技能を有すること」の要件に加えて、「その者の永住が日本国の利益に合する」と認められるときに限り許可するとされ、現実にはおおむね20年以上引き続き在留していることが許可のための審査基準の一つとされている（ただし、日本人、特別永住者の配偶者等については、3年から5年程度でもよいとされる）。例えば、日本人と結婚し、日本に生活の本拠を有するために永住許可を受けた者とか、仕事上の理由により長期にわたって在留した後、永住許可を受けた者などがこれにあたる。広義の「定住外国人」という語は、これらの外国人を含むものとして用いられている。

(1) 藤田宙靖裁判官補足意見と一般永住者

藤田宙靖裁判官は、原告が、日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法（「入管特例法」）に定める特別永住者であること等にかんがみ、多数意見に若干の補足しておくこととしたい、と述べて意見を開陳している。原告が「日本で出生・生育し、日本社会で何の問題も無く生活を営んで来た者であり、また、我が国での永住を法律上認められている者であることを考慮するならば、本人が日本国籍を有しないとの一事をもって、地方公務員の管理職に就任する機会をおよそ与えないという措置が、果たしてそれ自体妥当と言えるかどうかには、確かに、疑問が抱かれないではない。しかし私は、最終的には、それは、各地方公共団体が採る人事政策の当不当の問題であって、本件において東京都が採った措置が、このことを理由として、我が国現行法上当然に違法と判断されるべきものとはまでは言えないのではないかと考える」として、その理由を述べている。

1、入管特例法の定める特別永住者の制度は、それ自体としてはあくまでも、現行法上

11) 後藤光男・(注8) 論文参照。

出入国管理制度の例外を設け、一定の範囲の外国籍の者に、出入国管理及び難民認定法2条の2に定める在留資格を持たずして本邦に在留（永住）することのできる地位を付与する制度であるにとどまり、これらの者の本邦内における就労の可能性についても、上記の結果、法定の各在留資格に伴う制限（入管法19条及び同法別表第1参照）が及ばないこととなるものであるにすぎない。したがって例えば、特別永住者が、法務大臣の就労許可無くして一般に収入を伴う事業を運営する活動又は報酬を受ける活動（同法19条）を行うことができるのも、上記の結果生じる法的効果であるにすぎず、法律上、特別永住者に、他の外国籍の者と異なる、日本人に準じた何らかの特別な法的資格が与えられるからではない。

また、現行法上の諸規定を見ると、許可制等の採られている事業ないし職業に関しては、各個の業法において、日本国籍を有することが許可等を受けるための資格要件とされることがあるが（公証人法12条1項1号、水先法5条1項、鉱業法17条本文、電波法5条1項1号、放送法52条の13第1項5号イ、等々）、これらの規定で、特別永住者を他の外国人と区別し、日本国民と同様に扱うこととしたものは無い。他方、日本の国籍を有しない者の国家公務員試験受験資格を否定する人事院規則（人事院規則18-18）において、日本郵政公社職員への採用に関しては、特別永住者もまた郵政一般職採用試験を受験することができることとされるが、このことについては、特に明文の規定が置かれている（同規則8条1項3号括弧書）。以上に照らして見るならば、我が国現行法上、地方公務員への就任につき、特別永住者がそれ以外の外国籍の者から区別され、特に優遇されるべきものとされていると考えべき根拠は無く、そのような明文の規定が無い限り、事は、外国籍の者一般の就任可能性の問題として考察されるべきものとする。

2、ところで、外国籍の公務員就任可能性について、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、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22条、14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。しかし、例えば、①外国人に公務員への就任資格（以下「公務就任権」という）が憲法上保障されていることを否定する理由として理論的に考え得るのは、必ずしも、原審のいう国民主権の原理のみに限られるわけではない（例えば、一定の転職について外国人の就労を禁じるのは、それ自体一国の主権に属する権能であろう）こと、また、②「憲法上、外国人には、公務員の一定の職に就任することが禁じられている」ということは、必ずしも、理論的に当然に「こうした禁止の対象外の職については、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いこと、更に、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、原審の上記の考え方には、幾つかの論理的飛躍があるように思われ、我が国憲法上、そもそも外国人に（一定の範囲での）公務就任権が保障されているか否か、という問題は、それ自体としては、なお重大な問題として残されていると言わなければならない。しかしいずれにせよ、本件は、外国籍の者が新規に地方公務員として就任しようとするケースではなく、既に正規の職員として採用され勤務してきた外国人が管理職への昇任の機会を求めるケースであって、このような場合に、労働基準法3条の規定の適用が排除されると考える合理的な理由の無いことは、多数意見の言うとおりであるから、上記の問題の帰すうは、必ずしも、本件の解決に直接の影響を及ぼすものではない。

3、そこで、進んで、本件の場合に、労働基準法の同条の規定の存在にもかかわらず、外国籍の者を管理職に昇任させないことににつき、合理的な理由が認められるかどうかについて考える。東京都がこのような措置を執ったのは、「地方公務員の職のうち公権力の行使又は地方公共団体の意思の形成に携わるものについては、日本の国籍を有しない者を任用することができない」といういわゆる「公務員に関する当然の法理」に沿った判断をしたためであることがうかがわれる（参照、昭和48年5月28日自治公1第28号大阪府総務部長宛公務員第1課長回答）。しかし、一般に、「公権力の行使」あるいは「地方公共団体の意思の形成」という概念は、その外延のあまりにも広い概念であって、文字どおりにこの要件を満たす職のすべてに就任することが許されないというのでは、外国籍の者が地方公務員となる可能性は、皆無と言わないまでも少なくとも極めて少ないこととなり、また、そのことに合理的な理由があるとも考えられない。その意味においては、職務の内容、権限と統治作用とのかかわり方、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それが許される管理職とを分別して考える必要がある、とする原審の説示にも、その限りにおいて傾聴に値するものがあることを否定できないし、また、多数意見の用いる「公権力行使等地方公務員」の概念も、この点についての周到な注意を払った上で定義されるものであることが、改めて確認されるべきである。

ただ、少なくとも地方公共団体の枢要な意思決定にかかわる一定の職について、外国籍の者を就任させないこととしても、必ずしも違憲又は違法とはならないことについては、我が国において広く了解が存在するところである。そして、本件の場合、東京都は、一たび管理職に昇任させると、その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するのではなく、外国人の任用が許されないとされる職務を担当させることになる可能性もあった、というのである。原審は、東京都の管理職について一律に在留外国人の任用を認めないとするのは相当ではなく、上記の基準により、在留外国人を任用すること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必要がある、という。しかし、外国籍の者についてのみそのような特別の人事的配慮をしなければならぬとすれば、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。

こうしたことを考慮して、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ったか否かはさておくとしても、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った、ということができよう。

以上の藤田裁判官補足意見をどのように評価すべきであろうか。この点、学説において、外国人の人権論に関して関心をひくのは、藤田補足意見の永住者論であり、特別永住者論であると指摘されている。藤田補足意見は、「永住者」というのは出入国管理及び難民認定法上の位置にすぎないのであって、特別な扱いをすべきことではないと述べている。しかし、一般入管法上の永住者については、定住性が考慮されて永住権が与えられていると思うが、特別永住者にはそれに加えて歴史的経緯というものがさらにその地位の要因として存在している。このように、両者はかなり違っているにもかかわらず、共通点のみを理由に、特別永住者を特別扱いする必要がない、もしくは他の外国籍の者一般と同列に扱っている藤田補足意見に、かなり違和感を覚える、という正当な指摘がある¹²⁾。

藤田裁判官補足意見は、あまりにも形式的・観念的な議論である。また、歴史認識・社会認識を欠如させて理論構成を行っている。この点、歴史的な経緯を踏まえた滝井繁男裁判官反対意見・泉徳治裁判官反対意見の方が説得的であるといえる¹³⁾。

この点を明確に指摘している滝井繁男裁判官反対意見に共感を覚える。滝井裁判官は次のように述べる。①公務員としての適性は、国籍のいかんではなく、住民全体の奉仕者として公共の利益のために職務を遂行しているかどうかなどのことこそが重要性を持つということが、改めて認識されるようになってきているのである。……外国籍であることをこのような管理職選考の段階で絶対的障害としなければならない理由はないのである。②原告は、日本人を母とし、日本で生まれ、我が国の教育を受けて育ってきた者であるが、父が朝鮮籍であったことから、日本国との平和条約の発効に伴い、本人の意思とは関係なく日本国籍を失ったものである。原告のように、このように、この平和条約によって日本国籍を失うことになったものの、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たる外国人の数が在留外国人の多数を占めているところ、本件のような国籍条項は、そのような立場にある特別永住者に対し、その資質等によってではなく、国籍のみによって昇任のみちを閉ざすこととなって、格別に苛酷な意味をもたらしていることにも留意しなければならない。このような見地からも、我が国にお

12) 柳井健一発言、青柳幸一「外国人の選挙権・被選挙権と公務就任権」[座談会] 青柳幸一＝柳井健一＝長谷部恭男＝大沢秀介＝川岸令和＝宍戸常寿 ジュリスト 2009年4月1日号(1375号) 68頁。

13) 後藤光男・前掲論文参照。山内敏弘は次のように指摘する。「このようにいわば純粋な人権問題に関しても司法消極主義の立場をとり続けた場合には、最高裁は果たして『憲法の番人』たり得るのかについて国民の間に改めて疑念が生ずることはさげがたいのではないと思われる。せめてもの救いは、2名の裁判官の反対意見が、この問題について適切な判断を示した点である」(「外国人の公務就任権と国民主権概念の濫用」法律時報 2005年5月号 79頁)。

いては、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ものと考えるのである。

筆者は、特別永住者と一般永住者は、理想としては同等に処遇すべきであろうと考える。しかし、他方で、両者は歴史的経緯といった構造性は明らかに異なるので、あくまでも理屈の上では分けて考えたほうがよい¹⁴⁾、といえる。この点が意識されているのが二人の裁判官の反対意見である。そこで、泉裁判官反対意見の特別永住者論をみておこう。

(2) 泉徳治裁判官反対意見と特別永住者

1、まず、特別永住者が地方公務員（選挙で選ばれる職を除く。以下、同じ）となり得るか否かに関連して、国が法令においてどのような定めをしているかを見る。(1) 国は、日本国との平和条約に基づき日本の国籍を離脱した者等の出入国管理に関する特例法3条において、特別永住者に対し日本で永住することができる地位を与えている。特別永住者は、出入国管理及び難民認定法2条の2第1項の「他の法律に特別の規定がある場合」に該当する者として、同法の在留資格を有することなく日本で永住することができ、日本における就労活動その他の活動において同法による制限を受けない。そして、地方公務員等の他の法律も、特別永住者が地方公務員となることを制限はしていない。(2) 憲法3章の諸規定によ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と解すべきである（最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁）。そして、憲法14条1項が保障する法の下での平等原則は、外国人にも及ぶ（最大判昭和39年11月18日刑集18巻9号579頁）。また、憲法22条1項が保障する職業選択の自由も、特別永住者に及ぶと解すべきである。

上記のように、国家主権を有する国が、法律で、特別永住者に対し、永住権を与えつつ、特別永住者が地方公務員になることを制限しておらず、一方、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ことを考えれば、特別永住者は、地方公務員となるにつき、日本国民と平等に扱われるべきである（[1]、番号表記は筆者、以下同様。）ということが、一応肯定されるのである。

2、そこで、次に、地方公共団体において、特別永住者が地方公務員となることを、一定の範囲で制限することが許されるかどうかを検討する。(1) 憲法14条1項は、絶対的な平等を保障したのではなく、合理的な理由なくして差別することを禁止する趣旨であって、各人の事実上の差異に相応して法的取扱いを区別することは、その区別が合理性を有する限り、何ら上記規定に違反するものではない（最大判昭和60年3月27日民集39巻2号

14) 柳井・前掲85頁。渋谷秀樹は「定住外国人一般の問題として扱う方が今後の内なる国際化にとってより普遍的・一般的な理論が展開・構築できるのではないか」という。渋谷・前掲注(6)2頁。確かに筆者もこのように考えるが、現時点では、一般永住者と特別永住者の相異は意識しておく必要があるだろう。

247頁)。また、憲法22条1項は、「公共の福祉に反しない限り」という留保の下に職業選択の自由を認めたものであって、合理的理由が存すれば、特定の職業に就くことについて、一定の条件を満たした者に対してのみこれを認めるということも許される（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）。(2) 憲法前文及び1条は、主権が国民に存することを宣言し、国政は国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使することを明らかにしている。国民は、この国民主権の下で、憲法15条1項により、公務員を選定し、及びこれを罷免することを、国民固有の権利として保障されているのである。そして、国民主権は、国家権力である立法権・行政権・司法権を包含する統治権の行使の主体が国民であること、すなわち、統治権を行使する主体が、統治権の行使の客体である国民と同じ自国民であること（これを便宜上「自己統治の原理」と呼ぶこととする）を、その内容として含んでいる。地方公共団体における自治事務の処理・執行は、法律の範囲内で行われるものであるが、その範囲内において、上記の自己統治の原理が、自治事務の処理・執行についても及ぶ。そして、自己統治の原理は、憲法の定める国民主権から導かれるものであるから、地方公共団体が、自己統治の原理に従い自治事務を処理・執行するという目的のため、特別永住者が一定の範囲の地方公務員となることを制限する場合には、正当な目的によるものということができ、その制限が目的達成のため必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、上記制限の合憲性を肯定することができる。と解される。

ただし、国が法律により特別永住者に対し永住権を認めるとともに、その活動を特に制限してはいないこと、地方公共団体は特別永住者の活動を自由に制限する権限を有しないこと、地方公共団体は法律の範囲内で自治事務を処理・執行する立場にあることを考慮すれば、地方公共団体が自己統治の原理から特別永住者の就任を制限できるのは、自己統治の過程に密接に関係する職員、換言すれば、広範な公共政策の形成・執行・審査に直接関与し自己統治の核心に触れる機能を遂行する職員、及び警察官や消防職員のように住民に対し直接公権力を行使する職員への就任の制限に限られるというべきである（[2]）。自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員への就任を、自己統治の原理でもって合理化することはできない。

3、また、地方公共団体は、自治事務を適正に処理・執行するという目的のために、特別永住者が一定範囲の地方公務員となることを制限する必要があるというのであれば、当該地方公務員が自己統治の過程に密接に関係する職員でなくても、合理的な制限として許される場合もあり得ると考えられる。

ただし、特別永住者は、本来、憲法が保障する法の下での平等原則及び職業選択の自由を享受するものであり、かつ、地方公務員となることを法律で特に制限されてはいないのである。そして、職業選択の自由は、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発揮し、自己実現を図るという人格的側面を有しているのである。

その上、特別永住者は、その住所を有する地方公共団体の自治の担い手の一人である。すなわち、憲法8章の地方自治に関する規定は、法律の定めるところによりという限定は付しているものの、住民の日常生活に密接に関連する地方公共団体の事務は、国が関与することなく、当該地方公共団体において、その地方の住民の意思に基づいて処理するという地方自治を定め、「住民」を地方自治の担い手として位置付けている。これを受けて、地方自治法10条は、「市町村の区域内に住所を有する者は、当該市町村及びこれを包括する都道府県の住民とする。住民は、法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の役務をひとしく受ける権利を有し、その負担を分任する義務を負う」と規定し、「住民」が地方自治の運営上の主体であることを定めている。そして、この住民には、日本国民だけではなく、日本国民でない者も含まれる。もっとも、同法は、地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権・被選挙権（11条、18条、19条）、条例制定改廃請求権（12条）、事務監査請求権（12条）、議会解散請求権（13条）、議会の議員、長、副知事若しくは助役、出納長若しくは収入役、選挙管理委員若しくは監査委員又は公安委員会若しくは教育委員会の委員の解職請求権（13条）等、地方参政権の中核となる権利については、日本国民たる住民に限定しているが、原則的には、日本国民でもない者をも含めた住民一般を地方自治運営の主体として位置付け、これに住民監査請求権（242条）、住民訴訟提起権（242条の2）なども付与している。

特別永住者は、上記のような制限はあるものの、当該地方公共団体の住民の一人として、その自治事務に参加する権利を有しているものということができる。当該地方公共団体の住民ということでは、特別永住者も、他の在留資格を持って在留する外国人住民も、変わるところがないといえるかも知れないが、当該地方公共団体との結び付きという点では、特別永住者の方がはるかに強いものを持っており、特別永住者が通常は生涯にわたり所属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く、特別永住者の権利を制限するについては、より厳格な合理性が要求される。

4、以上のような、特別永住者の法的地位、職業選択の自由の人格的側面、特別永住者の住民としての権利等を考慮すれば、自治事務を適正に処理・執行するという目的のために、特別永住者が自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員となることを制限する場合には、その制限に厳格な合理性が要求されるというべきである。換言すると、①具体的に採用される制限の目的が自治事務の処理・執行の上で重要なものであり、かつ、②この目的と手段たる当該制限との間に実質的関連性が存することが要求され、その存在を地方公共団体の方が論証した時に限り、当該制限の合理性を肯定すべきである（[3]）。

5、以上の観点から、東京都人事委員会が特別永住者である原告に対し本件管理職選考の受験を拒否した行為が許容されるものかどうかを検討し、特別永住者である原告に対す

る本件管理選考の受験拒否は、憲法が規定する法の下での平等及び職業選択の自由の原則に違反するものであることを考えると、国家賠償法1条1項の過失の存在も、これを肯定することができる。したがって、以上と同旨の原審の判断は正当であるとしている。

違憲審査基準について、本判決が、管理職任用制度の構築を地方公共団体の裁量に委ね、緩やかな審査基準である「合理性の基準」を使って合憲と判断したが（これについて、あたかも一番緩やかな「合理性の基準」を用いたように見える。しかし、判旨は、国民主権の原理が合理的な理由であるとしているにすぎず、審査基準論によるアプローチはなさなかったとみられる。本件では、憲法上の実体的な権利制約が問題となるとしていないので、このようなアプローチは不要としたのであろう、と評価する見解もある〔渋谷・注(6)13頁〕)、泉徳治裁判官反対意見は、特別永住者が享受する職業選択の自由は単に経済活動の自由を意味するにとどまらず、自己実現を図るという人格的側面を有しており、当該地方公共団体との結びつきという点で強いものを持っている特別永住者の権利を制限するについては、「厳格な合理性」が要求されることから、本件管理職選考試験の拒否を違憲と判断した¹⁵⁾。

外国人の公務就任権についての位置づけについて、憲法22条の職業選択の自由説に立った場合、特に職業選択の自由に対する制約の合理性を判断する違憲審査基準が問題となる。職業選択の自由の人格的側面、地方自治における住民の意味に加えて、泉反対意見が説くように、特別永住者等の定住外国人の法的地位を考慮すると、厳格な合理性の基準が適用されるべきであると指摘される¹⁶⁾。

さらに、最高裁判決における泉裁判官反対意見は傾聴に値し、「特別永住者」としての地位を考慮しなければならないとして、以上のように説いているのである（特に、上述の下線[1][2][3]を参照）。この泉裁判官の違憲審査基準の設定とあてはめは高く評価されてよいが、「ただ、何ゆえに『厳格な合理性』という中間審査基準を用いるのかがなお明確ではない。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ものであれば、厳格な基準を用いる余地もあったのではないか」、なお検討の余地が残されている（渋谷・前掲(注)13頁）と指摘される。

本稿では、多数意見・藤田裁判官補足意見と泉裁判官反対意見の判旨をかなり詳細にスペースをとって紹介し、その考え方の対比を明らかにすることを目的とした。その意味では、本稿は資料的側面の強いものであるが、この対立が今後、学説にも強く反映されることと思われる。本稿は筆者がこれから論じようとする構図を示したにすぎない。紙数も限られているので、両者のまとまった批判的検討は次稿で行いたい。

15) 中村睦男「外国人」野中ほか『憲法I（第5版）』（有斐閣、2012年）228頁。

16) 大沢秀介「国籍と地方公務員—東京都管理職選考試験—」『ジュリスト平成17年度重要判例解説』2006年6月10日号（1313号）14頁、近藤敦「外国人の公務就任権」別冊ジュリスト『憲法判例百選〔第5版〕』（2007年）14頁。

4 結び—判例・通説の問題性—

外国人の公務就任権は、憲法 22 条の「職業選択の自由」において保障されている。職業選択の自由は、自分が就こうとする職業を決定する自由である。「職業というものは、人それぞれが、自分の能力を発揮する場であり、たんに経済的利益の追求というだけではない、精神的あるいは人格的価値と密接に結びついたものである。さらには、それは、各人の生計の手段としての意味をもっている」¹⁷⁾。職業選択の自由は、労働権 (27 条) と密接に関わるものとなる。

こうした観点からいうと「公権力の行使又は国家意思への参画に携わる公務員」については日本国籍を要するとして、一般行政職公務員への外国人の任用を一律に排除している内閣法制局の当然の法理は、職業選択の自由に対する不当な制限として違憲ということになろう。公務員職への外国人の制限は、外国人の職業選択の自由を制約し、定住外国人については国民との関係における非差別原理を破るものである。

もっとも泉裁判官の反対意見も、筆者の考え方とはいろいろな面で前提を異にしている。泉裁判官のいう「自己統治」には、筆者の場合、永住外国人も含まれると考えるものであり、地方・国政も区別する必要はないという前提に立っており、選ぶ権利があれば選ばれる権利もあるとするものであるが、しかし、多数意見・藤田裁判官補足意見よりはるかに共感を覚えるものである。泉裁判官反対意見は、歴史的経緯を踏まえた正当な理解の仕方であると考えられる。

根森健も、「一定の居住要件を満たす外国人には人権として国政レベルの選挙権・被選挙権も付与可能という立場に立っている」。「未解明のまま残された問題として、地方参政権のうちの地方議会議員選挙や首長選挙での被選挙権の付与が重要である」「なぜなら、『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』には、どうしても地方議会へ議員を送ること、都道府県知事、市町村長といった首長になることは必要だからである」¹⁸⁾と述べている。筆者も同様に考えている。青柳幸一も次のような指摘をしている。そもそも「国民国家」とともに始まる「国民」、「国籍」とは何であるのか、そこから根本的に検討する必要がある。そのような「学び、そして問う」中で、国家を構成する「国民」とは、同じ所に住み、同じ言葉を話す、ということが、その核心的内容であることが明らかになった¹⁹⁾、と。国民主権の概念の見直しが迫られている。国民主権の国民とは「国籍保有者」なのか「社会構成員」=「実質としての領土に住む住民」なのか、筆者は国民主権の国民を社会の構成員性（実質としての領土に住む住

17) 浦部法穂『憲法学教室 [全訂第 2 版]』(日本評論社、2006 年) 215 頁。

18) 根森・前掲 47 頁。

19) 青柳幸一「外国人の選挙権・被選挙権と公務就任権」[座談会] 青柳幸一=柳井健一=長谷部恭男=大沢秀介=川岸令和=宍戸常寿 ジュリスト 2009 年 4 月 1 日号 (1375 号) 64 頁。

民) という点から考える。泉裁判官の「自己統治」という言葉を借りれば、前述した選ぶ権利があれば選ばれる権利もあり、日本では、それは「国籍保有者」に限定されるというものではない。永住外国人は「国民」に含まれるのであり、日本の社会の構成員であるといえる。こうした立場に立てば、判例・学説は大きな問題を内包しており、根本的な再検討が求められているように思えるのである。

また、公権力行使等公務員に永住外国人が就任した場合、日本社会にどのような不都合なことが生じるのであろうか。この点、諸説は観念論的には述べているが、具体的には何ら論証していないように思える。この点、例外として、渋谷秀樹は肯定すべきである例として具体的に次のように述べている。現実には実力を行使する執行機関である公務員、たとえば、消防署の職員に国籍は必要か。政府は、火災が発生した建物を壊したりする消防活動は、公権力の行使、つまり財産権の侵害になるから、国籍を必要とする代表職種であるとし、日本国籍をもたない人が、地域の消防団員になることにも難色を示している。しかし、現実燃えている建物の火を消すことは、危機に瀕した人命や財産を救うという人類普遍の要請に基づくものであり、「国籍がないから消防士になれない」というのは法律に名を借りた形式論で、一般市民の常識から決定的にずれた議論である、と²⁰⁾。日本の行政は法律による支配の原則を採用しているのではないのか。確かに職務に裁量を入れる余地の広狭はあるであろう。しかし、いかに広い裁量権があるといっても、それは基本的には憲法・法律・条例等の法令の縛りをうけてのことであるのではないのか。不適切な行為を行う人間は国籍によるとは思えない。それは個人の資質の問題であり、そのような個人をその都度排除すれば足りると考える。こうした考え方はあまりにも素朴すぎるであろうか。

20) 渋谷秀樹『憲法への招待』(岩波新書、2001年)42頁。

*以上、参考文献の引用紹介は必要最小限にとどめた。