

I 総論

1 外国人の出国の自由

最高裁判昭和三十一年二月二十五日大法廷判決
(昭和二十九年(第)第三八九号出入国管理令違反関税法違
反被告事件)
(刑集一一卷一四号三三七七頁)

〈事実の概要〉

被告人(控訴人・上告人)らX1およびX2
は、昭和三十二年一月税関の免許を受け
ないで貨物を朝鮮に密輸しようとして
本邦から不法に出国を企てた。ところが
この企てが発覚し、出入国管理令(現行
法は「出入国管理及び難民認定法」以下同)
ただし、現行法では出国の「証印」が「確認
」と改正された。同法二五五条および関税法違
反の現行犯として逮捕され、昭和二十八年
三月二〇日長崎地方裁判所武生支部に
おいて、X1は出入国管理令二五五条二項違
反の罪により懲役六か月、X2は出入国管
理令二五五条二項および関税法七六条一項
違反の罪により懲役一年二か月の刑を言
い渡された。被告人らはこれを不服とし
て福岡高等裁判所に控訴したが、昭和二
八年一〇月一五日X1は六か月の懲役、X2
は一〇か月の懲役に処せられたため最高
裁に上告した。

〈判旨〉

「憲法二二条二項は「何人も、外国に
移住し、又は国籍を離脱する自由を侵さ
れない」と規定しており、ここにいう外
国移住の自由は、その権利の性質上外国
人に限って保障しないという理由はな
い。次に、出入国管理令二五五条一項は、
本邦外の地域におもむく意図をもって出
国しようとする外国人は、その者が出国
する出入国港において、入国審査官から
旅券に出国の証印を受けなければならな
いと定め、同二項において、前項の外国
人は、旅券に証印を受けなければ出国し
てはならないと規定している。右は、出
国それ自体を法律上制限するものではな
く、単に、出国の手續に関する措置を定
めたためであり、事実上かかる手続的措
置のために外国移住の自由が制限される
結果を招来するような場合があるにして
も、同令一条に規定する本邦に入国し、
又は本邦から出国するすべての人の出入
国の公正な管理を行うという目的を達成
する公共の福祉のため設けられたもので
あつて、合憲性を有するものと解すべき

〈解説〉

本件最高裁多数意見は外国人の出国の
自由もその「権利の性質」上憲法二二条
二項「外国に移住」により保障されると
の判断を示した。私見としては、わが国
に在留する外国人の法的地位(権利保障)

である」と判示した。
この多数意見に対し、小谷裁判官は
「憲法二二条二項は、直接外国人の国外
移住の自由を保障した規定とは解せられ
ない。……本項の自由の保障はわが国民
のみを対象とした規定と考える。……し
か、わが国内に居住する外国人がその本
国への帰国のための出国は勿論、その他
の外国へ移住することの自由が保障せら
るべきであることは、右憲法……同条同
項の規定は外国人を対象とした規定でも
ないが、憲法の精神は外国人に対しては
国民に対すると同様の保障を与えておる
ものと解すべきである」と述べて、また、河村・下飯坂裁判官は「憲法
二二条二項は外国人には適用がないもの
と解する。憲法第三章の所謂権利宣言
は、その表題の示すとおり国民の権利自
由を保障するのが原則であつて、外国人
に対しては凡ての権利自由を日本国民と
同様に保障しようとするものではない。
「条約及び人権宣言を尊重して合理的に
して公正な管理規制が行わなければならない」と
憲法九八条二項に照し明らかである
従つて憲法上の保障がないからと謂
つて、外国人に対し国政上不当な取扱い
をするとは考えられない。」「要するに
憲法二二条二項の「何人も」の中には外
国人を含まないものと解すべきであり、
被告人両名は外国人で同条項の外国移住
の自由を保障された者でないから、論旨
違憲の主張はその前提を欠き、理由がな
い」との意見を述べた。

の問題と外国人の出入国の自由の問題と
は次元が異なる性質のものと考えられる
が、ここではまず前提として、外国人の
人権保障についての憲法上の論議を整理
しておく必要がある。
一 憲法第三章と外国人の人権
外
国の憲法の中には外国人の法的地位につ
いて明文の規定をおいている例もあるが
イタリヤ共和国憲法二〇条、オーストラリア憲法
一九条など、わが国の憲法はこの種の規
定を設けていない。日本国憲法の制定過
程ではマッカーサー草案第一六条に「外
国人は平等に法律の保護を受ける権利を
有す」との規定があつたが、結局日本国
憲法には明記されないままに終わった。
そこで憲法第三章の「国民の権利及び義
務」に関する規定が外国人に対して適用
されるのか否か、もし適用されるとす
ればその根拠・範囲について、あるいは
適用されないとするれば、外国人の人権は
どのような方法で保障されるべきかにつ
いて論議されるにいたつたが、憲法によつ
てニュアンスの差があるが、憲法解釈上
つぎのような見解がある。大別して消極
説と積極説に分かれる。

消極説(不適用説)は憲法第三章の規定
は外国人には適用されないとする説であ
る。その主たる論拠は憲法第三章は「国
民の権利及び義務」という表題を掲げて
おり、このことは第三章で保障する基本
的人権の享有主体が日本国民であること
を意味し、外国人は第三章の規定する権
利・義務を有するものではなく、外国人
の人権をどのように保障するかは立法政
策の問題であるとす。ただし、外国人
に對してもできるだけ公平に取り扱うの
が望ましいと説く(佐々木忠一・改訂日本
国憲法四七〇頁)。

これに對し積極説は可能なかぎり憲法
による保障を認めようとする説である。

これにはおおよそつぎの諸説がある。(a)
文言説は憲法第三章で規定する条項のう
ち「国民は」という文言と「何人も」と
いう文言とを区別して、前者は日本国民
のみ適用され、後者は日本国民のみな
らず外国人にも適用されるとする(福田
正次・憲法提要二二頁)。ただしこの説に
對しては「何人も」と定められている場
合にも二二条二項の国籍離脱の自由のよ
うに性質上外国人に適用不可能なもの
もあり、また「国民は」と定める条項の中
にも人権の性質上外国人にも適用され
べきものもあるという批判がある。(b)権
利性質説は人権の本質(自然権・前國家的
権利)や日本国憲法の精神(国際協調主義)
からして、「権利の性質」上日本国民に
のみ認められるべき条項を除いて外国人
にも適用(保障)されるべきであるとす
る説である(宮沢俊義・戸部信喜・全訂日本
国憲法一八七頁、伊藤正己・憲法(第三版)一
九六頁、法学協会・註解日本国憲法(二九八
頁)。これが多数説であり、判例もほぼ一
貫して権利性質説に立っている。見ると
とがでさう(本件判決のほか、最一小判昭
和三二・一一・二八民集四卷二二号六八三頁、
最大判昭和三五・一一・一八刑集一八卷九号
五七九頁、最大判昭和五三・一〇・四民集三
二卷七号二二三頁一本書I2事件)。(c)憲
法九八条二項根拠説は権利性質説に對す
る批判から、明文上「国民は」とされて
いる条項が外国人にも適用されるという
根拠を「条項」だけに求めるの説で根拠
がないとして、外国人の人権保障の根拠
を憲法九八条二項(条約・国際法規の遵守)
と前文(二段、三段)に求め、憲法第三章
の人権規定は国際法上も国民だけに特に
留保されている権利条項を除き外国人に
も適用すべきであるとする説である(宮
崎繁樹「人権規定と外国人の権利」思想・信仰
と現代(法増刊)一〇〇頁)。(d)準用説は

権利性質説と不適用説を批判して主張さ
れたもので、憲法第三章の規定を準用す
ることによつて、日本国民に對して発生
する法律事実に関する規定を、それと本
質の異なる外国人に對して発生する法律
事実にあてはめることにより外国人の人
権を保障しようとする説である(萩野芳
夫・基本的人権の研究六一頁)。

本件で最高裁多数意見は権利性質説
の立場から外国人の出国の自由も憲法二
二条二項により保障されるとしている。
これに對し少数意見の小谷裁判官はそれ
は同条二項によつて保障されるものではな
く憲法の精神から保障されるとし、河
村・下飯坂裁判官は同条二項は外国人に
適用されず条約や人権宣言を尊重して合
理的・公正な管理規制が行われるべきで
あると述べている。そこで、はたして外
国人の出入国(入国と出国)の自由は日本
国民と同様憲法によつて保障されるべき
権利であるか否か検討が必要となる。

二 日本国民の出入国の自由
憲法
は外国移住の場合を除き、国民の出入国
(二時的な海外渡航)の自由については明
記してはいないのでその根拠については見
が分かれていない。国民の出国については
一時的な海外渡航と外国移住があるが、(a)多数
説はいずれの場合にも自国からの出国を
意味するので一時的な海外渡航も憲法二
二条二項の「外国に移住」に含まれると
解している(法学協会・註解日本国憲法四四
五頁)。これに對し、(b)一時的な海外渡航
(出国と帰国)を外国移住に含ませるのは
概念的に無理であり同条一項の「移住」
に含ませるのが妥当であるとする説(伊
藤正己「居住移転の自由」日本国憲法体系七卷
二二六頁)、(c)一時的な海外渡航の自由は
憲法二二条二項により保障されるのではな
く、一般的自由または幸福追求の権利
の一部として憲法一三条によつて保障さ

れるとする説がある(最大判昭和三三・
九・一〇民集二二卷一三三三頁一九六九頁一本書
I14事件の田中・下飯坂裁判官の補足意見)。
これら三説とも日本国民の出国・帰国の
自由が憲法によつて保障される権利であ
るとする点では一致している。ただし、
(c)説に對しては(a)説、(b)説から文理解釈
上憲法二二条にその根拠を求めることが
可能であるとの批判がある。(a)説と(b)説
との差異については、一項の「公共の福
祉に反しない限り」という文言に特別の
意味をもたせざるならば格別、憲法の保障
する自由は無制限ではなく一般的に「公
共の福祉」により制約されると解すれば
実質的にはその差異は問題でなくなる。
なお、国民の出国についても「出国の確
認」現行法六〇条が必要とされ、旅券の
発給が制限される場合もある(旅券法一三
条)。

三 外国人の出入国の自由
外国人
の出入国(入国と出国)についても憲法は
ならん明記するところはない。しかし外
国人の入国の自由については、学説・判
例とも憲法によつて保障されるものでは
なく、国際慣習法上入国の許否は当該國
家の自由裁量により決定されるとしてい
る(最大判昭和三五・六・一九刑集一一卷六
号一六六三頁)。したがつて外国人は当該
國家に入国する自由(権利)はないと解
されている。

外国人の出国の自由についてはどのよ
うに考えるべきであろうか。本件多数意
見は外国人の出国の自由も憲法二二条二
項の規定から「権利の性質」により保障
されるとした。しかし日本国民の出国と
外国人の出国とはそもそもその性質が本
質的に異なるものであるとすれば、日本
国民の出国と外国人の出国を同次元の問
題として扱うのは妥当でないと思われ
る。世界人権宣言(一九四八年)は一すべ

て人は、自国その他いづれの国をも立ち
去り、及び自国に帰る権利を有する(一
三)条。市民及び政治的権利に関する國際
規約)も同様に「移動・居住・出国の自由
および自国に戻る権利」(二二条)を規定
している。このような観点からすれば、
外国人の出国の自由は日本国民と同様に
憲法二二条によつて保障される権利でな
く、むしろ國際慣習法(または確立された
國際法)上認められると解するのが妥
当であろう。しかし外国人といえども無
制限に出国が認められるべきでなく、重
大な犯罪を犯し訴追されている者など
(飛行法二五条の二参照)や逃亡犯罪人引渡
法の対象となる者(逃亡犯罪人引渡法二
参照)の出国の自由が制限されることは
ありうる。以上勘案して、本判决が外国
人の出国に際し旅券に証印(確認)を受
けることを要するとの規定は「出入国の
公正な管理を行う」という目的を達成す
る公共の福祉のため設けられたものであ
つて、合憲性を有する」とした判断は妥
当である。ただし、外国人の出国の自由は
國際法上認められる権利と解すれば(当
該國家は原則として外国人の出国を拒否で
きない)、出入国管理制度の目的を達するた
めその違反者に対し日本国民と同様の罰
則(現行法七一条。一年以下の懲役、禁錮ま
たは三〇万円以下の罰金)を科する必要性が
あるかについては疑問なしといえない。

〈参考文献〉
本文中に引用するもののほか
戸部信喜「人権享有の主体」戸部信喜・憲法II人権
(1)(有斐閣大学双書)
(1)なかのしよんじ
(中野昌治) 愛知学院大学
教壇

5 外国人の地方参政権

最高裁判平成七年二月二十八日第三小法廷判決
 (平成五年(行ツ)第一六三号選挙人名簿不登録処分に対する異議の申出却下決定取消請求事件)
 (民集四九卷二号六三九頁、判時一五二二号四九頁)

〈事実の概要〉

原告らは、いずれも日本で生まれ、日本に生活の本拠を置いておる永住資格を有する在日韓国人である。原告らは、自分たちは地方公共団体における選挙権は憲法上保障されているとして、一九九〇年、居住地の各選挙管理委員会に対して、選挙人名簿に登録することを求めて異議の申出をした(公職選挙法二四条)。しかし、選挙管理委員会により却下されたのでこの却下決定の取消しを求めて訴えを提起した(公職選挙法二五条の名簿訴訟)。原審(大阪地判平成五(一九九三)・六・二九判タ八二五号一三四頁)は、(一)憲法一五九条により参政権を保障されている「国民」とは、「日本国籍を有する者」に限られるので、定住外国人には公務員の選定・罷免権は認められない、(二)憲法九三条一項の「住民」と憲法一五九条一項の「国民」とは別個の概念でとらえるのは適切ではなく、九三条二項の「住民」は日本「国民」であることが前提となつていて、(三)以上によれば、日本国籍を有しない定住外国人は参政権を憲法が保障していると認めることはできない、として請求を棄却した。

そこで、原告らは、公職選挙法二五三条(専属管轄を有する地方裁判所の判決に不服がある者は、控訴することはできないが、

最高裁判所に上告することができる)の規定に基づいて最高裁に上告した。

〈判旨〉

上告棄却。
 (一)「憲法一五九条一項にいう公務員を選定罷免する権利の保障が我が国に在留する外国人に対しても及ぶものと解すべきか否かについて考えるとき、憲法の右規定は、国民主権の原理に基づき、公務員選定の最終的任権が国民に存することを表明したものにほかならぬところ、主権が「日本国民」に存するものとする憲法前文及び一五九条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。そうすると、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法一五九条一項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である。」

(二)「前記の国民主権の原理及びこれに基づき憲法一五九条一項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることをも併せて考えると、憲法九三条二項にいう「住民」とは、地方公共団体の区域内に住居を有する日本国民を意味するものと

解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものであることはできない。」

(三)「このように、憲法九三条二項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体における選挙の権利を保障したものであるといえないが、憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性を鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的業務の区域の地方公共団体の意思に基づきその政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、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緊密な関係を持つに至つたと認められるものについては、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業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、憲法上の禁止されているものではないと解する上が相当である。しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であつて、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない。」

(四)「以上検討したところによれば、地方公共団体の長及びその議会の議員の選挙の権利を日本国民たる住民に譲るものとしての地方自治法一八条、一八条、公職選挙法九条二項の各規定が憲法一五九条一項、九三条二項に違反するものということはできない。」

〈解説〉

一 国政選挙権については公職選挙法九条一項、地方選挙権については同条二項、両者の被選挙権については同一〇条

ならないことが指摘されている(横田耕一・後掲三頁、古川純・後掲四二頁)。
 二 外国人の参政権について、国のレベル、地方自治体のレベルとも、選挙権・被選挙権を否定する全面的否認説が通説になつて(宮沢俊彦・憲法II(新版)二四二頁、伊藤正己・憲法一九七頁など)。その制約法理は国民主権に基づくもので、「自国の主権の保持・独立および国家利益という見地から、国防、外交、内政などに関する重要事項については、原則として、自国民のみ関与させ、外国人の参加を認めない」とされてきた。また、この見解は、「国民主権」という場合の「国民」を国籍保持者と理解しているわけであるが、はたして国籍保持者に限定されるのか、「国民主権」だから当然に「外国人」が排除されるという論理が成立するの十分な検討がされてきたわけではない。

最近の有力説は、地方自治体のうち市町村レベルでの選挙権を認める見解である。「地方自治体」としては、地方自治体の住民の生活に最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、と解すべきであろう」という(宮部信喜・憲法(新版補訂版)九〇頁、同旨、佐藤幸治・憲法(第三版)四二〇頁など)。都道府県レベルでも認める見解は「外交、国防、幣制などを担当する国政と住民の日常生活に密接な関連を有する公共的業務を担当する地方公共団体の政治・行政とは、国民主権の原理とのかかわりの程度に差異があることを考えると、地方公共団体レベルの選挙権を一定の居住要件の下で外国人に認めることは立法政策に委ねられてはいる」という(中村野中ほか憲法I(新版)二〇七頁、樋口陽一・憲法一七七頁など)。本判決も「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緊密な関係を持つに至つたと認められるものにつ

いて、法律で地方参政権を与えることは憲法上禁止されていないとして、定住外国人の参政権付与に道を開いた(許容説)。しかし、国民主権原理を根拠に、選挙権を保有しない外国人には国政レベルの選挙権を否定するものとなつていて、本判決は被選挙権との関係について言及していない。

こうした見解は、外国人は国政レベルの参政権は有しないという前提に立っているのであるが、なぜ外国人には地方選挙権だけ認められないのか十分な説明が行われていないように思える。従来の通説と同じ疑問が生ずる。また、この説は、「住民自治」と「国民主権」を別個の原理としてとらえるものであり、地方における住民自治の横上げによつて国のレベルの民主政治が実質化するといふという指摘がある(浦部法穂・新版憲法学教室II三〇頁)。また、通説の見解から「たとえ地方レベルであつても、外国人に選挙権を認めることは、とくに外国人のきわめて多い地域の場合には、国籍保持者の一票の重みを相当に低下させる可能性があり、国民主権との関係で問題が生じはしないか」「地方自治であるがゆえに国民主権原理とは別の原理で統治が行われるわけではない」(初稿・法教一五二号五三頁)とする批判が加えられている。

三 こうして日本における政治的決定に従わざるをえない生活実態にある外国人、すなわち日本に生活の本拠を有する外国人(定住外国人)には、地方・国政を問わず、選挙権および被選挙権を保障すべきであるという見解が主張される(浦部・人権理論の新展開七頁)。治者と被治者の自同性を要請する民主制の理念が、国民主権の一面面であると考えられたら、定住外国人への選挙権をはじめとした参政権を保障することは、その趣旨にかなうこそすれ、反することにはならない。こ

一項が規定しており、ここでは選挙権・被選挙権の資格として「日本国民」という要件が課されている(地方公共団体の選挙権について規定している地方自治法一一八条一にも同様である)。

このように外国人の選挙権・被選挙権を認めない現行公職選挙法の違憲性を争う訴訟が全国各地で提起され、今日までいくつもの裁判所の判断が示されてきた。国政選挙については、イギリス国籍を有する定住外国人の起した参議院選挙権訴訟で、最高裁は「マクドリン事件大法廷判決(最大判昭和三三(一九七八)・一〇・四民集三巻七号一三三頁)本書Iの事件)の趣旨に徴して、「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九条一項の規定が憲法一五九条、一四条の規定に違反するものではない」ということは、明らかであるという簡単な理由のもとで、外国人の選挙権を否定し、国会議員の選挙権は権利の性質上日本国民のみに限るとした(裁判平成五(一九九三)・二・二六判時一四五二号三七頁)。その後、最高裁は本判決で、定住外国人の地方自治体の選挙権については初判の注目すべき憲法判断を下した。

外国人の参政権を考察する場合、地方自治レベルと国政レベル(衆議院・参議院選挙)との選挙権と被選挙権が、考察されなければならない。その場合、外国人の権利が憲法上禁止されているか(禁止説)憲法は国政・地方とも「日本国民」以外に参政権を付与することを禁止している、法律を制定するは違憲となる、肯定されているか(要請説)憲法は外国人に参政権付与を要請しており、それが実現されていない現行法は立法不作為は違憲となる、あるいは、禁止も肯定もされおらず立法によつて容認することができるか(許容説)憲法は外国人参政権の付与を何ら禁止していないので、国会の立法政策に委ねられる、を明確に区別して論じなければなら

の問題で問われているのは、統治権の対象とされた「国民」とは「国籍保有者」としての国民か、それとも国家の領土内に住む住民であるのか、国家の政治的意志決定を行う「国民」とは「国籍保有者」としての国民か、それとも国家の領土内に住む住民であるのか、ということである。形式としての国籍保有者である国民ではなく、実質としての国家の領土内に住む住民が実質であると考えるべきである(根森健・後掲四八頁)。「当該国家社会を構成し当該国家権力に服属するふつあるのひとが……国家意思の最高決定者である」という点こそ「国民主権」のポイントがある(奥平康弘・憲法II五五頁)とするならば、国民主権原理の国民は国籍保有者に限定されるべきではないという理解がむしろ自然である(横田・後掲四頁)。国民主権原理は外国人の参政権を排除するものではない。地方自治体と国レベルは同様に考えるべきで、また、選挙権と被選挙権を区別する理由もない。外国人の参政権については立法上の解決が要請されるのである(永住者に参政権を与える「デニズンシップ」(永住市民権)の構想について、「国民」と「外国人」の中間に「永住市民権」を設ける構想は、日本の「特別永住者」として、実質的にも理論的にもすぐれたアプローチである。古川・後掲論文、近藤敦・外国人の参政権・デニズンシップの比較研究参照)。

四 日本国憲法は、つねに開かれた社会をつくることを旨としているのである。外国人でも一定の資格(居住要件など)を満たせば参政権付与が可能である。外国人の選挙権・被選挙権をどのように実現していくかは、日本社会の民主主義の質・水準が問われる問題である。参政権を開放することはむしろその内実を豊かにすることになる。

大きい、こうした理論を克服する時期にきているように思える(例えば萩原重夫・後掲一九頁参照)。「外国籍の国会議員など考えられない」とするのは「国籍」の機能を国家への忠誠義務という観点からみて、ためであり、「国民代表」としての国会議員は、拡大された「国民」の信託により国権を行使するのだからその者の「国籍」は問題とならない。「国民」の信託をうけているどうか問題なのである)。

〈参考文献〉

- 本判決の評釈として
 市川正人「定住外国人の地方参政権」法七四八五号八二頁
- 稲正樹「定住外国人の地方参政権」判例セレクト95(法教一八六号別冊付録一四頁)
- 宇都宮純一「地方自治と定住外国人の選挙権」平成七年度重刊録「ジュリ」(一九九二)二〇頁
- 萩原重夫「外国人の選挙権論」法七四八五号八二頁
- 横田耕一「外国人の「参政権」」法時六七七号二頁
- 参政権の全般的問題については本文中引用したもののほか
 根森健「外国人の権利論」法教一八三三号四二頁、近藤敦「外国人参政権と国籍」(明石書店一九九六年)、古川純「外国人の政治参加(参政権)」法教二三四号四〇頁、後藤光男・共生社会の参政権(成文堂一九九九年)

(後藤光男 早稲田大学教授)

6 外国人の公務就任権

東京高裁平成九年一月二六日判決

(平成八年(行)コ第六二号管理職選考受験資格確認等請求事件)
(高民集五〇巻三号四五九頁、判時一六三九号三〇頁)

〈事実の概要〉

韓国籍の特別永住者であるX(原告・控訴人)は、一九八八年に保健婦として東京都(被告・被控訴人)に採用され、一九九四年度および一九九五年度に実施された課長級の職への管理職選考試験を受験しようとしたところ、日本国籍を有していないことを理由として、受験が認められなかった。そこでXは、一九九五年度および一九九六年度に実施される管理職選考試験の受験資格を有することの確認と、過去二度の受験を拒否されたことを理由とする損害賠償を求めた。

九六年一月に自治大臣が、「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公務員となるためには、日本国籍を必要とする」といふゆる「当然の法理」の解釈を各自治体に委ね、公務員の国籍要件の見直しが多額の自治体でなされている中、本控訴審判決は下された。

〈判旨〉

一部認容。

「憲法は、国民主権の原理を国家統治の基本原則として採用している。このことは、単に公務員の選定罷免の場面に於いてのみ日本国民が関与すれば足りるものではなく、我が国の統治作用が實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つて充てられるべきことを要請している。国の公務員は、その職務内容によって、第一に「国の統治作用」に直接関与する公務員、第二に「公権力を行使し、又は公の意思の形成に参画する

ことによつて間接的に国の統治作用に関わる公務員」、第三に「上司の命を受け行つた補佐的・補助的な事務又はもつぱら学術的・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、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が要し、法律をもつてしても、外国人がこれに就任することを認めることは、国民主権の原理に反するものとして、憲法上許されない。この点、間接的に国の統治作用に関わる第二の種類の公務員は、その職務の内容、権限と統治作用との関わり及びその程度を個々、具体的に検討することによつて、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支えないものとを区別する必要がある。これに対し、第三の種類の公務員は、その職務内容に照らし、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おそれはほとんどない。」

このことは、地方公務員についても「原則的に妥当する」。憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性にかんがみ、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に出たものと解さ

〈解説〉

一 本判決の特徴は、外国人の人權として公務就任権の問題を正面から説示する一方で、従来の「当然の法理」を限定

性質説、いわば立憲性質説に立つならば、憲法二二条により「何人も、公共の福祉に反しない限り」、「職業選択の自由」を有するのであるから、公益としての安全保障上の必要と個人の当該公務員職を選択する利益との比較衡量に基づく制約のみが許されると解すべきである(近藤敦「居住権と正規化」エコノミクス四巻三・四号二四〇頁)。

三 公務員の類型については、法令の根拠なしに、憲法の国民主権原理だけから、公務就任の制約基準を導こうとする裁判所の苦心のあとがうかがえる。本件の場合には第二の種類の公務員にあたる。本判決と一審判決との違いは、この第二の種類の(さらに二タイプに分け)スタッフ職とライン職に区別した点にある。ただ、川崎市その他の自治体の実務を反映し、「決済権を有するライン職」と「それへの助言と勧告を行うスタッフ職」を区別しているものの、実務上「決済権」は必ずしも明確ではない(岡崎勝彦・外国人の公務員就任権九四頁)。本件では、管理職が問題になっている関係からもつぱら「公の意思の形成」のみが問題とされる。しかし、地方選挙権に関する最高裁判決(最三小判平成七・二・二八民集四九巻二号六三九頁―本書I5事件)が、永住者等に地方の長や議会の選挙権を通じた事案の究極的な決定権への参加を憲法上禁じていないのに、「公の意思の形成への参画」という制約基準を本判決が維持していることは整合性を欠く。実務上も、公の意思の形成という不明確な概念で昇進区別

の合理性を導くことは容易ではないであろう(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一五号一八頁)。地方公務員については、国家公務員よりも、就任し得る職務の範囲が広いと本判決がいうならば、具体的な基準の違いを示す必要がある。たとえば、公の意思の形成への参画という制約基準を地方公務員には適用せず、公権力の行使だけを基準とする方が国家公務員との区別が明瞭になるはずである。ただし、生活保護の実施などに含める自治体の実務も公権力の行使に含める自治体の実務も問題が多い(岡崎勝彦・笹岡克比人「外国人職員任用の新動向」自治総研三三九号四〇頁)。根本的には、「当然の法理」といふ、今日の西歐諸国からみれば当然でないルールそのものから日本も早く卒業することが望まれる。国民と外国人という二分法に無理があり、「永住市民」の有する「永住市民権」のルール化が待たれる(近藤敦・外国人参政权と国籍一七五頁以下)。

〈参考文献〉

本文中に引用したもののほか
西浦公「自治体管理職選考における国籍条項」平成九年度重刊版(ジュリ一三三三三)八頁
晴山一徳「外国人に対する公務員管理職選考の受験拒否の合憲性」対句一四四二二六頁
橋本第一「在日外国人である地方公務員の管理職選考受験拒否事件(東京都)判一七七号」岡崎勝彦「外国人の地方公務員任用判例の動向」島大法學二二巻四号

(近藤敦 九州産業大学 助教授)

的に適用し、日本国籍要件の可否について、公務員を三種類(実質的には四タイプ)に分けながら、国民主権原理との関係において整理した点にある。しかし、国民主権原理から、公務就任権の国籍要件を導く大前提には、そもそも論理の飛躍がみられる。一般に、国会議員の選挙権・被選挙権を国民に限定することは、国の最終的な意思決定が国民に由来することを求める国民主権原理から説明される。これに対し、国民主権原理を憲法に明記する多くの国で、公務就任権の制約は、この原理から説明されてはいない。たとえば、ドイツでは「行政においては、国民意思の形成ではなく、その実施が重要である」ので、一九九三年の連邦官吏法の改正により、上級公務員たる「官吏」の国籍要件も撤廃され、EU加盟国の国民(EU市民)も原則として任用可能となった。スウェーデンやアイルランドでも、公務員の国籍要件は、別に憲法や法律が明文で定める場合であり、そうでなければ原則的にEU市民以外の外国人住民も就任可能である。また、「当然の法理」の原型は、天皇主権の明治憲法下にもみられ、国民主権原理の本質要素であるデモクラシーの問題ではなく、むしろナショナリズムの問題にすぎない。今日

の比較法および国際協調主義からすれば、「自国の主権を維持」することの本質とは直接に関係のない地方公務員の職にまで国籍要件を課す、「偏狭」なナショナリズムにいつまでも固執することは、共生社会をめざす今日の「国際社会

において名譽ある地位を占めたい」とする憲法前文の理念に反する(参照、近藤敦「外国人の公務就任と国民主権原理」九大法学七七号、同「ヨーロッパにおける外国人の公務就任」エコノミクス二巻一七号)。また、法令によることなく、憲法の国民主権原理だけから、公務員の国籍要件を導く論法は、法治主義の理念からいっても疑問である。憲法三二条は「何人も、法律の定める手続によらなければ」、「自由を奪はれ」ないと定めている。

二 公務員という職業を選択する自由

であつても、原則として憲法二二条の職業選択の自由の問題となりうることは、本判決も、近時の有力な学説も認めている(浦部法穂・憲法教室II(新版)二三九頁)。問題は、例外的に、職業選択の自由が、外国人に保障されないことの正当化事由を何に求めることができるかである。本判決は、国民主権原理により、制約されると説明する。しかし、国民主権が自由を制約する切り札として用いられる定式への警戒感が皆無であることが、本判決の最大の問題点と指摘されている(石川健治「外国人の公務就任権と地方公共団体の統治作用」外国人公務員東京都管理職選考受験訴訟」判例セレクト97(法教二二〇号別冊付録)五頁)。権力の制限を本質とする立憲主義の論理からいえば、人権に有利な立法裁量の法価値を否定する文脈で主権を援用することはできないはずである(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「憲法の二二世紀的展開」二八頁)。むしろ、立憲主義に根ざした