

判例研究

外国人東京都管理職選考受験資格訴訟大法廷判決

—— “法律によらない行政” という観点から ——

大石和彦

一 事案の概要および上告に至るまでの経緯

原告（被上告人）は日本国内で出生した韓国籍を持つ特別永住者である。一九八六年、東京都（被告、上告人）が保健婦の採用につき日本国籍を要件としないとしたことを受け、一九八八年、原告は外国人としては始めて、都に保健婦として採用された。

一九九四（平成六）年、原告が都の管理職選考を受験しようとしたところ、管理職となれば公権力の行使や公の意思形成に参画する職にも就く可能性があるが、日本国籍を持たない職員はそのような職に就くことはできないという理由

で、申込書の受取を都の職員に拒否された。都においては、管理職職員に終始本人が専門とする特定分野の職務を担当させるというのではなく、その他の分野の仕事を担当することもあり、また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。

当時、都には、管理職選考の受験資格につき、日本国籍を持つものに限る旨の明文の規定は存在せず、また原告においては日本国籍を持たない点以外、「平成六年度管理職選考実施要綱」(例年東京都人事委員会が定める)所定の受験資格を備えていた。翌九五年度の管理職選考実施要綱には、日本国籍を持つことが受験資格要件であることが明記されたが、都が原告に右要綱および受験申込用紙を配布しなかつたため、原告は選考を受験することができなかった。

原告は、管理職選考受験資格の確認と、都に対し慰謝料の支払を請求する訴えを提起。一・二審とも管理職選考受験資格確認の訴えは却下。都に対する慰謝料支払請求につき第一審(東京地判平成八年五月一六日・判時一五六六号二三頁)は原告の訴えを棄却したが、同じ争点につき控訴審(東京高判平成九年一月二六日・判時一六三九号三〇頁)は本件受験拒否が憲法二二条一項および一四条一項に違反するとして、原告の訴えを一部認容した。これを受け都が上告に及んだ。

二 判旨

最大判平成一七年一月二六日・判時一八八五号三頁は次のように判示し、被上告人(原告)の主張を退けた。

「地方公務員のうち、…公権力の行使に当たたる行為を行い、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。）については」、憲法の採る国民主権原理に照らし、「原則として日本の国籍を有する者が…就任することが想定されているとみるべきであり、…外国人が…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…」。「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つて、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つ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、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と解するのが相当である。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。」

三 評釈

(1) 本件をめぐり、一審地裁判決から最高裁判決に至るまで、十分に答えられなかった、決して小さいとはいえないはずの問題がある。日本国籍を受験資格要件として定める法律あるいは条例上の明文が無いのである（ただし人事委員会に受験資格要件を定める権限を与える地方公務員法一九条二項）。「平成六年度管理職選考実施要綱」には、日本国籍

を持たない者には受験資格が無い旨の明文が置かれたというが、原告が管理職選考を最初に受験しようとした九四年には、東京都人事委員会の定める管理職実施要綱にすら明文が無かったのである。いずれにせよ「法律による行政の原理」(法治主義)の要求する「法律」とは議会制定法のことであろうから、人事委員会の定める右要綱は、その要求を満たさない。

一審判決が認定した事実によれば、現に原告側は右問題(本件受験拒否が「法律による行政」でないこと)を取り上げ、本件受験拒否が違法であるとの主張の理由の一つとしている。一審は、「国民」という文言を用いる地方公務員法一三条ならびに同法一九条一項および二項をもつて、「わが国の国籍を有する者を対象とすることを明示」する規定だとするが、最高裁判決(多数意見)が「地方公務員法は、一般職の地方公務員に本邦に在留する外国人を任命することができるところかについて明文の規定を置いていない」と述べるとおり、在留外国人の地方公務員就任資格につき法律上の明文は無いというのが一般的理解である。法律上の規定が無いことにつき、本件最高裁判決における金谷利廣裁判官意見は、「地方公共団体は、外国人を当該地方公共団体の職員に採用できることとするか否かについて、裁量により決めることができるものといわなければならない」と述べる。金谷裁判官意見がいう、「外国人を一般の地方公務員に就任させることができるかどうかについて」「裁量により決める」「地方公共団体」とは、具体的には自治体のどの機関か。地方自治法一四条二項は、「普通地方公共団体は、義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない」と規定する。本件では最高裁(多数意見)も、原告の平等権が制約されていることを認めるので、その根拠は条例になければならないということになるはずである。地方自治法の右規定を待たずとも、行政に対する民主的コントロールという「法律による行政の原理」の一つの目的からすれば、「法

「律」とは民主的代表機関の定立するものでなくてはならないはずで、人事委員会の定める要綱などは、その要請を満たさないといふべきである。判決を見る限り、管理職選考の受験あるいは管理職に就くための資格につき、都の条例上の定めは存在しない。だとすれば、本件受験拒否は、「法律によらない行政」として違法あるいは違憲と断ぜられるべきものではないのか。^①

(2) 本件のように、国民ではなく、外国人に対し不利益を課す場合に、法律の根拠が必要か否かは、一応問題となる。なぜ行政活動が法律によらなくてはならないか、ということの説明の際、しばしば、「国民」の予測可能性を確保するためなどといわれる。法律によらないで行政立法によつて新設してはならない法規範すなわち「法規」の内容としても、「国民の権利・義務に變動を及ぼす一般的規律」などといわれる。^② これらの表現には、外国人を排除しようとの積極的意図は無いように思える。だが、警察署長や税務署長など民主的代表であるとは限らない行政庁の行政活動に対して間接的にせよ民主的コントロールを及ぼすという、「法律による行政の原理」の民主主義的側面は、もともと参政権を持たない外国人との関係では本来無意味なはずである。参政権の無い外国人に対しては、行政活動に先立つて予め明文規定を提示することで予測可能性を与えるという、同原則の自由主義的側面のみが意味を持つのであつて、予め提示され、ある程度の安定性を持った（朝令暮改ではない）明文規定であれば、議会制定法だろうと行政立法だろうと、どちらだつてかまわないはずではないか。もつとも、憲法上の権利を実体権として保障するというより、事前に議会の判断を通すという手続を保障するのみの、戦前の「法律の留保型」保障すら外国人に対しては与えられないという一方で、「性質上外国人にも認められるべき権利」につき「外国人の人権享有主体性」を肯定するのも、何かバランスが悪い。不法入国者に対する処遇にまで法律（「出入国管理及び難民認定法」）の根拠を用意している現在の日本のプラクティス

は、外国人に対する行政も法律によらなければならないという頭で運用されているのであろう。^③

(3) 九四年に、原告が最初に受験拒否された際、管理職選考受験のために日本国籍が必要であることは、「管理職選考実施要綱」にすら定めが無かった。そこでその代わりに根拠とされたのが、公務員の職を公権力の行使や公の意思形成に参画する職としからざるものに分け、日本国籍を持たない職員は前者に就くことはできないという、いわゆる「当然の法理」^④である。つまりそこにいる「当然」とは、日本国籍を持たない者が公権力の行使や公の意思形成に参画する職に就けないことは、国民主権原理を採る憲法の下あまりに「当然」なので、それをいちいち法律で定める必要すらないという意味である(憲法を直接執行する行政?)^⑤。

「当然の法理」が果たしてどこまで「当然」なのかについては、一審判決中に記された原告側主張が疑義を呈しているところであるが、全国規模でそれが問題となつたことがある。事の発端は一九九六年、川崎市が公権力の行使や公の意思形成に与らない職につき、外国人の一般事務職等受験資格を認めたことを追認する形で、自治省(当時)がそれまでの「当然の法理」の解釈を変更したことであつた。この自治省の「条件つき撤廃」を受け、その後多くの自治体が「川崎方式」に倣つた。^⑥これは、解釈対象が法律か否かの違いはあれ、解釈変更による被治者の権利義務・地位の変更という点で、いわゆる課税通達が問題とされた「パチンコ遊技機事件」^⑦に似るが、パチンコ遊技機事件の場合、不利益的解释変更が問題であつたのに対し、右自治省の条件付容認論は受益的解釈変更であるという違いもある。もつとも、条件付容認論がたとえ受益的変更であるとしても、それまで「公権力行使等公務員」以外の地方公務員にすらなれなかつた外国人に対する不利益が、「当然」の名の下に、法律・条例によらずにまかり通つてきたことには、やはり拭い切れない疑問が残るし、細かく見れば各自治体によってまちまちの現下の運用も、果たしてどこまで「当然」なのか。思え

ば、そもそも一九五二年まで日本国籍であった在日コリアンを外国人としたのも、法務府民事局長通達(一九五二年四月一九日、民事甲四三八)であった。さらに九六年に始まる、「川崎方式」による「国籍条項条件つき撤廃」は、外国人が就ける公務員の職としからざるもの(公権力の行使や公の意思形成に与る職)との間の線引という難問を提起した。多くの自治体ではこの線引を人事委員会が「規定」や「要綱」の形で定めてしまつたが、地方自治法一四條二項に鑑みれば、条例で行うべきでなかつたか。高知県の橋本大二郎知事は、「公権力の行使」などの概念があいまいで、線引の基準にならないことを理由に、知事が裁量で個別に判断するとした。これは民主的の代表者による決定とはいえようが、外国人受験者の予測可能性を十分確保できない(仮に「当然の法理」に対し、一九五二年に「ポツダム政令」に対してそうしたように、法律や条例の形式を後追的にまとわせたところで同じ悩みは生じるであろう)。

(4) 本件につき、「法律によらない行政」という観点から考察するに際し、参考となる判例が合衆国にある。連邦公務員への外国人の採用を禁ずる人事委員会規則が連邦憲法に違反するとして、採用を拒否された定住外国人が提起した Hampton v. Mow Sun Wong (一九七六)⁸⁾ である。合衆国最高裁は当該規則の目的を、①A国国籍の定住外国人に対し特別に就任資格を付与する可能性を大統領に与えることを通し、大統領の持つA国との外交交渉上のカードを増やすこと、②定住外国人に帰化を促すこと、③忠誠心ある公務員組織の確保、および④外国人採用を一律禁止することで行政上の手間を省くことであるとした。このうち①②に関する政策形成は連邦議会ないしは大統領に委ねられるべきであり、人事委員会の所轄に属するのは③④のみである。人事委員会の持つその分野に関する専門的能力をもつてすれば、外国人採用の一律禁止とは別の、より制限的でない手段のメリット・デメリットを十分比較衡量しえたにもかかわらず、最高裁が把握する事実を見る限り、それはなされていない。以上要するに、議会や大統領のレベルでの政策形成を受け

ないで、また人事委員会が考慮すべき事項を考慮しないまま、原告のかくも重要な「自由」およびそこに「編入」される「法の平等保護」を奪う当該規則は、合衆国憲法第五修正の保障するデュー・プロセスに違反するものであるとした。

この判決の特徴は、人事委員会規則の**実体的権利侵害性**よりも、規則制定の**手続・過程**が法の定める要請を満たしていないことに着目した点にある。より細かくいえば、①②については、大統領や連邦議会の判断を経ないで——それらの憲法上の最高機関の頭越しに——憲法がそれらの最高機関の決定事項としている事項につき人事委員会が決定を行ったことの手続的瑕疵に着目した議論、③④については日本でも行政裁量統制の一手法としてよくいわれる「判断過程審査」が、混合的に用いられている。被治者の重要な憲法上の権利を制約するに際しての手続的要請を、合衆国最高裁はその国の憲法のデュー・プロセス条項（連邦の行為につき第五修正、州の行為につき第一四修正）に見出したが、被治者の権利を制約する規範は国民代表機関たる国会の決定を経て形成されなくてはならないという手続的要請（右合衆国最高裁判例における①②をめぐる議論に相当）は、日本国憲法では四一条に見出すことが可能であろう。

(5) “法律によらない行政”の典型例として、根拠法律の授権の範囲を超越した行政立法の定立があり、最高裁判例上違法とされた実例もある⁹⁾。当該行政立法や行政上の措置の実体的権利侵害性でなく、“法律”立法府の（裁量）判断によらない”という手続的瑕疵に着目した議論のメリットは、立法裁量論と真正面から衝突しないで済むことである（これに対し原告主張の実体権侵害に着目した議論は、そうした実体権侵害により得られる政府利益——「公共の福祉」——を重視した立法府の判断に対し、裁判所独自の逆の衡量判断でもって代置することを、裁判所にせまることになる）。このことは、——あくまでその理論的良し悪しとは別に——立法に対する違憲判断に裁判所が極端に消極的で、立法裁量論が判例上ヘゲモニーを確立している日本の現状下で、いかにして原告を勝訴させられる可能性をもつカードを増や

すかという観点からも重要であろう。例えば児童福祉手当法施行令一条の二第三号(当時)の「(父から認知された児童を除く)」という部分を違法とした最一小判平成一四年一月三二日・民集五六卷一号二四六頁に関する調査官解説は次のように述べる。「いわゆる社会保障立法において、給付の対象とされた類型とその対象とされなかつた類型との差異を個別的に取り上げ、これだけを比較してその差異を十分に合理的根拠がない限り直ちに憲法一四一条一項違反とするような判断手法は、結局、社会保障立法における立法者の裁量権を極めて狭く解することにもなりかねず、最大判昭和五七・七・七民集三六卷七号一三三五頁「堀木訴訟大法廷判決」の示した判断基準からみても、なお疑問のあり得るところであろう^①」。ちなみに本件大法廷判決でも、金谷利廣裁判官意見や上田豊三裁判官意見が、定住外国人の地方公務員への就任について、立法府の裁量を強調している。たとえそれが立法裁量事項^②としても、就任資格の有無及びその範囲は本来立法府が考慮すべき事項で、それを十分考慮した上での判断を法律(条例)の条文に表現することを立法府が怠ることに、やはりプロセスに瑕疵がある。

(6) 右に引いた児童福祉手当法施行令事件のように、ある行政活動が現にある根拠法律の授權の範囲を越えて行われた場合、これが違法(根拠法律違反)だというのは解り易い。これ(「法律の優位の原則」^③「違背のケース」)に対し、本件における問題はむしろ、根拠法律が無いことである(「法律の留保の原則」の問題。もつとも本件の場合、地方公務員法一九条二項(「人事委員会は、受験者に必要な資格として職務の遂行上必要な最少且つ適當の限度の客観的且つ画一的要件を定めるものとする」)を授權規範とした上、憲法四一条を根拠に、人事委員会への委任の包括・抽象性を攻撃する論法、あるいは右に引いた児童福祉手当法施行令事件と同じように、人事委員会制定の「要綱」の根拠法律違反を攻撃する論法も考えうる)。法律が無いのに違法(法律違反)というのは変である。であれば、憲法四一条に違反す

るもの(違憲)というべきか(もつとも、現にある根拠法律の授權を踰越した行政立法の定立のケースにしても、背後に憲法四一条との抵触問題を孕んでいても考えうる)。なお、ある行政活動の瑕疵が違法にとどまるか、それとも違憲かの違いは、最高裁への(特別)上告理由になるかならないかという実際上の効果を伴う(憲法八一条、民事訴訟法三二二条一項、同法三二七条一項)。

(7) そもそもここでの話題の前提として、「当然の法理」の内容は、本来法律(あるいは条例)の形式をとらねばならないもの、すなわち「法規」(被治者の権利義務に直接影響する一般的法規範)であろうか。それが「法規」であるとするれば、それは本件原告のいかなる《権利》を制約するものか。本件原告および二審によれば、それは、原告の《職業選択の自由》と《平等権》であるという。さて、最高裁多数意見も扱った後者に対する制約問題はともかく、前者が問題である。つまり、公務就任権は《自由権》なのか。公務就任権が、国家活動に与る一定の地位に就く資格のことであるなら、それはいうまでもなく参政権に引き付けられて理解されるべきものであり、「前国家的権利」といわれる自由権の一つというのはおかしい。最高裁多数意見が、本件で問題となる原告の権利から《職業選択の自由》をはずし、平等権制約の合理性のみを問題としたのは、この点からして、無難であった。

本件原告側が、右のような、理屈の上での無理をおかしてまで、本件原告の「職業選択の自由」に対する制約という構成をなぜ採ったのか。その《性質》上外国人に対しても認めるべきものに限り、外国人に対しても日本国憲法所定の基本的人権規定の適用があるという、一般論レベルでは確立した判例および通説の下では、本件を原告の《自由権》制約事例として構成する必要があつたのではないか。

いずれにせよ、主観訴訟において原告の平等権に対する制約の合憲性問題を取り上げている以上、本件最高裁判決多

多数意見の枠組の下でも、「当然の法理」の内容の《法規》性は否定されないのである。仮にそれが《法規》でない（従つて憲法四一条との関係で問題とならない）としても、今度は「法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理すること」という憲法七三条四号との関係で問題を生ずる。¹²片や原告主張の権利、片や都の行政上の利益という実体的価値の軽重というよりもむしろ、当該事項の法形式に決定機関にこだわつた本稿の議論は、どのみち、その前提を失わないであらう。

- (1) 本件に「法律によらない行政」という問題が含まれていることはこれまでも指摘されてきている。例えば近藤敦（『憲法判例百選Ⅰ』第四版 二〇〇〇）一四「二五」頁（本件二審判決評釈）は、「憲法三一条は、『何人も、法律の定める手続きによらなければ』、『自由を奪われ』ないと定めている」と述べ、さらに榊原秀訓（『行政法の争点』（第3版 二〇〇四）一七六頁）も、『当然の法理』とそれを前提とした法制度は、その内容とともに制限の法形式が法治主義の観点から問題とされてきた」と指摘する。また渋谷秀樹「定住外国人の公務就任・昇任をめぐる憲法問題」ジュリ一二八八号二頁（二〇〇五）も、近藤敦「諸外国における公務員の就任権」法時七七卷五号六八頁（二〇〇五）は、当該事項が諸外国においては法律事項であることを教えている。
- (2) 例えば参照、藤田宙靖『行政法Ⅰ（総論）』（第四版 二〇〇三）五三頁。
- (3) もっとも現行「出入国管理及び難民認定法」の前身である「出入国管理令」は、その名が示すとおり、もともと政令（一九五一年一〇月）として制定され、翌年国会において法律として追認されたものである（この時期、当初いわゆる「ポツダム政令」として制定されたもののうち、あるものは国会にかけたうえ法律としての効果をもたせ、その他のものは廃止するという措置が講ぜられている）。従つて、政令として施行された一九五一年一月一日から、法律として施行された翌四月二十八日までの法務大臣の入国・在留（不）許可は「法律によらない行政」だったということになる。ちなみに、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」二三条には、外国人は「法律に基づいて行なわれた決定によつてのみ」国外退去させることができる、とある。
- (4) 現在我々が「当然の法理」の内容として念頭に置くものを典型的に語っているのはおそらく一九五三年三月二五日付け内閣総理大臣官房総務課長宛内閣法制局第一部長回答である。いわく、「一般にわが国籍の保有がわ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

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、公権力の行使また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ものと解せられる。これが、一九九六年の川崎市に始まる国籍要件の「条件つき撤廃」をめぐる自治省(当時)および各自治体(の)人事委員会)の見解、さらには本件に関する一・二審から大法院判決(多数意見)の議論までを決定的に規定していることは一読して明らかである。

- (5) 「この憲法…の規定を実施するために、政令を制定すること」という憲法七三条六号の表現は、憲法を直接執行する行政立法がありうるかの点とくである。
- (6) 当時の状況につき『朝日新聞』一九九七年六月一日、「当然の法理」の解釈動向につき詳しくは、岡崎勝彦「自治体における外国人の公務就任権」法時七七巻五号七八頁(二〇〇五)。
- (7) 最判昭和三十三年三月二十八日・民集一二巻四号六二四頁。
- (8) 426 U.S. 88.
- (9) 本文で引く児童福祉手当法施行令事件の他、「二四歳未満ノ者ニハ在監者トノ接見ヲ為スコトヲ許サス」とする監獄法施行規則一二〇条(当時)が、「接見中略」二関スル制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」とする監獄「法五〇条の委任の範囲を越えた無効のもの」とした最三小判平成三年七月九日・民集四五巻六号一〇四九頁、さらに古くは農地法施行令一六条を法に違反するとした最大判昭和四六年一月二〇日・民集二五巻一号一頁。
- (10) 本文で引いたHampton v. Mow Sun Wongをはじめとする合衆国の判例やそれらをめぐる議論を含め、手続的瑕疵に着目した違憲審査手法につき、より一般的に論じたものとして、拙稿「司法審査における反専門技術性という困難——法形成過程の民主性補強的司法審査方法論の可能性と課題——」法学六七巻五号六九頁(二〇〇四)を参照いただければ幸甚である。
- (11) 曹時五六巻一号一二三一二三三三四頁[竹田光広](二〇〇四)、『最高裁 時の判例Ⅰ 公法編』一三三一二三四頁[竹田光広]も同じ。
- (12) 渋谷・前掲(一)九頁は、この問題を指摘する。