主　　文

１　原判決のうち上告人敗訴部分を破棄する。

２　前項の部分につき被上告人の控訴を棄却する。

３　控訴費用及び上告費用は被上告人の負担とする。

理　　由

上告代理人金岡昭ほかの上告理由について

１　本件は，上告人に保健婦として採用された被上告人が，平成６年度及び同７年度に東京都人事委員会の実施した管理職選考を受験しようとしたが，日本の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，国家賠償法１条１項に基づき，上告人に対し，慰謝料の支払等を請求する事案である。

２　原審の適法に確定した事実関係等の概要は，次のとおりである。

(1)　被上告人は，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に定める特別永住者である。

(2)　上告人は，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。被上告人は，同６３年４月，上告人に保健婦として採用された。

(3)　後記の平成６年度及び同７年度の管理職選考が実施された当時，上告人における管理職としては，東京都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。上告人においては，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。

(4)　東京都人事委員会が実施する管理職選考は，東京都知事，東京都議会議長，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１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，被上告人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。

(5)　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(4)の職員に対する課長級の職への第１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。

(6)　被上告人は，上記要綱に基づいて実施される管理職選考の選考種別Ａの技術系の選考区分医化学を受験することとし，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，被上告人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。被上告人は，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。

(7)　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。被上告人は，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。

３　原審は，上記事実関係等の下において，上告人の職員が被上告人に平成６年度及び同７年度の管理職選考を受験させなかったことは，被上告人が日本の国籍を有しないことを理由に被上告人から管理職選考の受験の機会を奪い，課長級の管理職への昇任のみちを閉ざすものであり，違法な措置であるとして，被上告人の慰謝料請求を一部認容した。

原審の上記判断の理由の概要は，次のとおりである。

(1)　日本の国籍を有しない者は，憲法上，国又は地方公共団体の公務員に就任する権利を保障されているということはできない。

(2)　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，又は公の意思の形成に参画するなど地方公共団体の行う統治作用にかか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が，日本の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。しかしながら，管理職の職務は広範多岐に及び，地方公共団体の行う統治作用，特に公の意思の形成へのかかわり方，その程度は様々なものがあり得るのであり，公権力を行使することなく，また，公の意思の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かかわる程度の弱い管理職も存在する。したがって，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。そして，後者の管理職については，我が国に在住する外国人をこれに任用することは，国民主権の原理に反するものではない。

(3)　上告人の管理職には，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

在している。このように，管理職に在る者が事案の決定過程に関与するといっても，そのかかわり方，その程度は様々であるから，上告人の管理職について一律に外国人の任用（昇任）を認めないとするのは相当でなく，その職務の内容，権限と事案の決定とのかかわり方，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区別して任用管理を行う必要がある。そして，後者の管理職への任用については，我が国に在住する外国人にも憲法２２条１項，１４条１項の各規定による保障が及ぶものというべきである。

(4)　上告人の職員が課長級の職に昇任するためには，管理職選考を受験する必要があるところ，課長級の管理職の中にも外国籍の職員に昇任を許しても差し支えのないものも存在するというべきであるから，外国籍の職員から管理職選考の受験の機会を奪うことは，外国籍の職員の課長級の管理職への昇任のみちを閉ざすものであり，憲法２２条１項，１４条１項に違反する違法な措置である。被上告人は，上告人の職員の違法な措置のために平成６年度及び同７年度の管理職選考を受験することができなかった。被上告人がこれにより被った精神的損害を慰謝するには各２０万円が相当である。

４　しかしながら，前記事実関係等の下で被上告人の慰謝料請求を認容すべきものとした原審の判断は，是認することができない。その理由は，次のとおりである。

(1)　地方公務員法は，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が（同法１９条１項参照），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。普通地方公共団体は，職員に採用した在留外国人について，国籍を理由として，給与，勤務時間その他の勤務条件につき差別的取扱いをしてはならないものとされており（労働基準法３条，１１２

条，地方公務員法５８条３項），地方公務員法２４条６項に基づく給与に関する条例で定められる昇格（給料表の上位の職務の級への変更）等も上記の勤務条件に含まれるものというべきである。しかし，上記の定めは，普通地方公共団体が職員に採用した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１４条１項に違反するものでもない。

管理職への昇任は，昇格等を伴うのが通例であるから，在留外国人を職員に採用するに当たって管理職への昇任を前提としない条件の下でのみ就任を認めることとする場合には，そのように取り扱うことにつき合理的な理由が存在することが必要である。

(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。）については，次のように解するのが相当である。すなわち，公権力行使等地方公務員の職務の遂行は，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うべきである。

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うべきである。そうすると，【要旨１】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，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と解するのが相当である。そして，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。

(3)　これを本件についてみると，前記事実関係等によれば，昭和６３年４月に上告人に保健婦として採用された被上告人は，東京都人事委員会の実施する平成６年度及び同７年度の管理職選考（選考種別Ａの技術系の選考区分医化学）を受験しようとしたが，東京都人事委員会が上記各年度の管理職選考において日本の国籍を有しない者には受験資格を認めていなかったため，いずれも受験することができなかったというのである。そして，当時，上告人においては，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，上告人は，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うことができる。

【要旨２】そうすると，上告人において，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，上告人の管理職のうちに，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，上記判断を左右するものではない。また，被上告人のその余の違憲の主張はその前提を欠く。以上と異なる原審の前記判断には，判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。この趣旨をいう論旨は理由があり，原判決のうち上告人の敗訴部分は破棄を免れない。そして，被上告人の慰謝料請求を棄却すべきものとした第１審判決は正当であるから，上記部分についての被上告人の控訴を棄却すべきである。

５　よって，裁判官滝井繁男，同泉徳治の各反対意見があるほか，裁判官全員一致の意見で，主文のとおり判決する。なお，裁判官藤田宙靖の補足意見，裁判官金谷利廣，同上田豊三の各意見がある。

裁判官藤田宙靖の補足意見は，次のとおりである。

私は，多数意見に賛成するものであるが，本件被上告人が，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（以下「入管特例法」という。）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をしておくこととしたい。

被上告人が，日本国で出生・成育し，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，本件において上告人が執った措置が，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

ものとまでは言えないのではないかと考える。その理由は，以下のとおりである。

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，現行出入国管理制度の例外を設け，一定範囲の外国籍の者に，出入国管理及び難民認定法（以下「入管法」という。）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号，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８－１８）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，特に優遇さるべきものとされていると考えるべき根拠は無く，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考える。

２　ところで，外国籍の者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ように見受けられる。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，一定の職域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とすることにつき，合理的な理由が認められるかどうかについて考える。記録を参照すると，上告人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日自治公一第２８号大阪府総務部長宛公務員第一課長回答）。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たものであることが，改めて確認されるべきである。

ただ，その具体的な範囲をどう取るかは別として，いずれにせよ，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り，私もまた，そのこと自体に対し異を唱えるものではない。そして，本件の場合，上告人東京都は，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，したがってまた，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。この点につき，原審は，管理職に在る者が事案の決定過程に関与すると言っても，そのかかわり方及びかかわりの程度は様々であるから，上告人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。もとより，そのような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ろうが，他方でしかし，外国籍の者についてのみ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こともまた，否定することができない。こういったことを考慮して，上告人東京都が，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，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。

もっともこの点，専ら，本件における被上告人の立場についてのみ考えるならば，本件において，被上告人を管理職に昇任させることが，現実に全体としての人事の流動性を著しく損なう結果となるおそれが大きかったか否かについては，原審において必ずしも十分な認定がなされているとは言い難く，したがって，この点について審理を尽くさせるために，原判決を破棄して本件を差し戻す，という選択をすることも，考えられないではない。しかし，いうまでも無く，在留外国人に管理職就任の道を制度として開くかどうかは，独り被上告人との関係のみでなく，在留外国人一般の問題として考えなければならないことであって（例えば，将来において被上告人と同様の希望を持つ在留外国人が多数出て来た場合には，そのすべてについて同様の扱いをしなければならないことになる），こういったことをも考慮する

ならば，上告人東京都が，本件当時において外国籍の者一般につき管理職選考の受験を拒否したことが，直ちに，法的に許された人事政策の範囲を超えることになるとは，必ずしも言えず，また，少なくともそこに過失を認めることはできないのではないか，と考える。

裁判官金谷利廣の意見は，次のとおりである。

私は，原判決が上告人において被上告人に対し平成６年度及び同７年度の管理職選考を受験させなかった措置は憲法に違反する違法な措置であると判断したことについて，これを是認できないとする多数意見の結論には賛成するが，その理由付けの一部には同調できない。

１　憲法は，我が国の公務員に就任できる地位（以下「公務員就任権」という。）について，これを一般的に保障する規定を置いてはいないが，日本国民の公務員就任権については，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，１４条等を根拠として，解釈上これを認めることができると考える。

しかし，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すること，公務員の種類は多種多様で，その中には，外国人が就任することが国民主権の原理からして憲法上許容されないと解されるもの（ただし，その範囲をどう考えるかは議論が分かれる難しい問題である。）や外国人の就任が不相当なものが少なくないこと，また，外国人にも就任を認めるのが妥当であるか否かは当該具体的職種の職務内容，人事運用の実態等により左右されること，さらには，これまでの内外の法制の歴史等にかんがみると，日本国民に対し解釈上認められる憲法上の公務員就任権の保障は，その権利の性質上，外国人に対しては及ばないものと解するのが相当である（国の基本法である憲法において公務員の職種を区別してその一部については外国人の公務員就任権を保障していると解するこ

とは，明文の規定がない以上，妥当であるとは思われない。）。憲法は，外国人に対しては，公務員就任権を保障するものではなく，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こととするかどうかの決定を立法府の裁量にゆだねているものというべきである。

２　そこで，地方公務員に関する法制をみると，地方公務員法は，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規定を置いていないし，その就任を禁止する規定も置いていないから，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。すなわち，我が国の現行法制上，外国人に地方公務員となり得るみちを開くか否かは，当該地方公共団体の条例，人事委員会規則等の定めるところにゆだねられているのである。

そして，地方公共団体のこの裁量権は，オール・オア・ナッシングの裁量のみが認められるものではなく，一定の職種のみに限って外国人に公務員となる機会を与えることはもちろん，職務の内容と責任を考慮し昇任の上限を定めてその限度内で採用の機会を与えること，さらには，一定の職種のみに限り，かつ，一定の昇任の上限を定めてその限度内で採用の機会を与えることも許されると解されるのであって，その判断については，裁量権を逸脱し，あるいは濫用したと評価される場合を除き，違法の問題を生じることはないと解される（この点に関する詳細については，上田裁判官の意見を援用する。）。

労働基準法１１２条により地方公務員にも適用があるものとされる同法３条との関係についていうと，外国人に地方公務員に就任する門戸を開くか否かについては地方公共団体の判断にゆだねられていると考える私のような見解によると，外国人に対し一定の職種の地方公務員に就任するみちを全く開放しないこととしても，原則として違法の問題が生じないのに，その一部開放である昇任限度を定めた開放措

置については裁量に関し制約が伴うこととなるのは，甚だ不合理なことであり，また，それでは外国人に対する公務員となるみちの門戸開放を不必要に慎重にさせるおそれもあると思われる。したがって，労働基準法３条は，門戸を開く裁量については適用がなく，開かれた門戸に係るその枠の中での運用において適用されるにとどまるものと解することになる。

３　本件においては，多数意見の４(3)の第１段に記述されているのと同様の理由により，上告人（東京都）におい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ていたことが，裁量権の逸脱・濫用として違法性を帯びることはなく，したがって，上告人が被上告人に対し平成６年度及び同７年度の管理職選考を受験させなかった措置に違法はないと考える次第である。

４　なお，付言すると，公務員の職種の中には外国人が就任しても支障がないと認められるものがあり，国際化が進展する現代において，定住外国人に対しそれらの公務員となるみちの門戸を相当な範囲で開放してゆくことは，時代の流れに沿うものということができるし，また，被上告人のような特別永住者がその一層の門戸開放を強く主張すること自体については，よく理解できる。しかし，この問題は，私の見解からすると，基本的には，政治的ないしは政策的な選択の当否のレベルで議論されるべきことであって，違憲，違法の問題が生ずる事柄ではないということである。

裁判官上田豊三の意見は，次のとおりである。

私は，上告人が被上告人に対し平成６年度及び同７年度の管理職選考を受験させなかった措置に違法はなく，これが違法であるとして被上告人の慰謝料請求を認容すべきものとした原審の判断は是認することができないとする多数意見に賛成するものであるが，その理由を異にする。

1　憲法は，在留外国人につき我が国の公務員に就任することができる地位を保障するものではなく，在留外国人が公務員に就任することができることとするかどうかの決定を立法府の裁量にゆだねているものと解するのが相当である。

ところで，地方公務員法は，在留外国人の地方公務員への就任につき，これを就任させなければならないとする規定も，逆にこれを就任させてはならないとする規定も置いていない。したがって，同法は，この問題につき，それぞれの地方公共団体が条例ないし人事委員会規則等において定め得るという立場（すなわち，当該地方公共団体の裁量にゆだねるという立場）に立っているものと解されるのである。

2　それぞれの地方公共団体は，在留外国人の地方公務員への就任の問題を定めるに当たり，ある職種について在留外国人の就任を認めるかどうかという裁量（便宜「横軸の裁量」という。）を有するのみならず，職務の内容と責任に応じた級についてどの程度・レベルのものにまでの就任（昇任）を認めるかどうかについての裁量（便宜「縦軸の裁量」という。）をも有するものと解すべきである。換言すれば，在留外国人の地方公務員への就任の問題をどのような制度として（横軸・縦軸の両面において）構築するかは，それぞれの地方公共団体の裁量にゆだねられていると解されるのである（民間事業の経営者がどのような種類の，またどのような規模の事業を経営するかは，その経営者の自由な選択にゆだねられており，たとえ在留外国人を雇用する予定であったとしても，その選択は労働基準法３条により制約されるものではなく，その事業に雇用された在留外国人は，その経営者の選択した事業の種類・規模の範囲において同条による保護を主張することができるにすぎない。すなわち，同条は，経営者による事業の種類・規模の選択に当たっては制約原理としては働かないのであり，同様に，地方公共団体が在留外国人の地方公務員制度を構築するに当たっても，同条は制約原理として働かないものと解すべきである。）。

3　この地方公共団体の裁量にも限界があり，裁量権を逸脱したり，濫用したと

評価される場合には，違法性を帯びることになる。縦軸の裁量における限界については，私は，現在，次のように理解すべきものと考えている。すなわち，当該地方公共団体が縦軸の裁量として行使したところが，地方公務員法を中心とする地方公務員制度全体から見ておよそ許容することができないと思われる場合には，裁量の限界を超えていると解することになる。例えば，地方公務員のうち，地方公共団体の公権力の行使に当たる行為若しくは地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い，又はこれに関与する者について，解釈上，その就任に日本国籍を有することを必要とするものがあるとされる場合に，地方公共団体がそのような地方公務員にも在留外国人の就任を認めることとしたとき（すなわち，在留外国人への門戸を開放しすぎた場合，換言すれば縦軸の裁量の行使が広すぎた場合）には，裁量の限界を超えていると解することになる。また，逆に，例えば，在留外国人については，その給与を特段の事情もないのに初任給程度に限定することとし，そのような級に相当する職務を専ら行うものと位置付けて地方公務員への就任を認めることとしたような場合（すなわち，門戸の開放が極端に狭い場合，換言すれば縦軸の裁量の行使があまりにも狭すぎる場合）には，在留外国人を蔑視し，在留外国人に苦痛のみを与える制度として，あるいは在留外国人の労働力を搾取する制度として構築したものとして地方公務員制度上のいわば公序良俗に反し，裁量の限界を超えていると解することになろう。

そして，在留外国人の地方公務員への採用につき当該地方公共団体の構築した制度が裁量の限界を超えていないと判断される場合には，在留外国人に対しその制度上許容される範囲を超えた取扱いをしなくても，違法の問題は起きないことになる。なお，その構築した制度の範囲内においては，労働基準法３条や地方公務員法１３条の平等取扱いの原則の精神に基づき，在留外国人同士あるいは在留外国人と日本人との間において平等取扱い等の要請が働くことになる。

４　本件においては，上告人は保健婦（当時）について在留外国人の就任を認めることとしたが，課長級以上の管理職についてはこれを認めないこととしたというものであるところ，その制度は，上記に述べたような縦軸の裁量の限界を超えているものではなく，その裁量の範囲内にあるものとして，違法性を帯びることはないというべきである。

したがって，上告人が被上告人に対し平成６年度及び同７年度の管理職選考を受験させなかった措置に違法はないと解すべきである。

裁判官滝井繁男の反対意見は，次のとおりである。

１　私も，外国籍を有する者が我が国の公務員に就任するについては，国民主権の原理から一定の制約があるほか，一定の職に就任するにつき日本国籍を有することを要件と定めることも，法律においてこれを許容し，かつ，合理的な理由がある限り，認めるものである。しかしながら，上告人のように，多数の者が多様な仕事をしている地方公共団体において，その管理職に就く者が，その職務の性質にかかわらず，すべて日本国籍を有しなければならないものとすることには，その合理的根拠を見いだすことはできない。したがって，上告人が管理職選考において日本国籍を有することを受験資格とした措置は，在留外国人である職員に対し国籍のみによって昇任のみちを閉ざしたものであり，憲法１４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３条の規定に反する違法なものであると考える。以下，その理由を述べる。

２(1)　国民主権の原理の下では，統治に参加することができるのはその国に帰属する者だけであって，参政権を保障されているのはその国民だけである。そして，国民は統治の担い手となる者を自由に選び得るのであるが，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

ものとされているのである。

(2)　憲法１５条１項は，公務員を選定し，及びこれを罷免することは，国民固有の権利であると定めているが，これは，国民主権の原理に基づいたものであって，権利の性質上この規定による保障は我が国に在留する外国人には及ばないものと解されているのである。

(3)　憲法９３条２項は，地方公共団体の長，その議会の議員及び法律の定める公務員についてもその地方公共団体の住民が直接選挙すると規定しているが，ここで権利を保障されているのも日本国民に限られている。

我が国実定法も，これに基づいて公務員の選定に関する規定を置いており，地方公共団体についていえば，地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権，被選挙権を国民に限定する（地方自治法１１条，１８条，１９条）ほか，国民にのみ，議会解散請求権，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委員並びに教育委員会委員の解職請求権などを認めているのである（同法１３条）。

しかしながら，我が国憲法は，住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務についてはその地方の住民の意思に基づいて，地方公共団体で処理することを保障していることから，我が国に在留する外国人のうち，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者については，その意思をその地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるため，法律によって，地方公共団体の長，その議員等に対する選挙権を付与することを禁止しているものではないのである（最高裁平成５年（行ツ）第１６３号同７年２月２８日第三小法廷判決・民集４９巻２号６３９頁参照）。

すなわち，我が国実定法は，一定の公務員に関する選挙権及び被選挙権については日本国民に限定してこれを付与しているが，そうであるからといって，参政権の

側面を持つ権利のすべてについて，国民主権の原理からの帰結として当然に，その保障が日本国民に限られることになるというものではないのである。

(4)　本件で問題になっているのは，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ではなく，ある公務に就くことができるかどうかの資格である。すべての公務員の選任は，終局的には国民の意思に懸かるべきものであって，その意味でその選任に参政権的な側面があるとしても，すべての公務員に就任するについてその職務の性質を問うことなく，国民主権の原理の当然の帰結として日本国籍が求められているというものではないのである。

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ないものとされるのは，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る。

(5)　多数意見は，そのいうところの公権力行使等地方公務員は，その職務の遂行が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から，国民主権の原理に基づき，その統治の在り方について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に照らし，原則として日本国籍を有しない者がこれ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というのである。

しかしながら，我が国の地方公共団体にはその意思決定機関として議会が置かれている一方で，執行機関は，地方公共団体の事務を自らの判断と責任において誠実に管理し，執行する義務を負うとされているところ（地方自治法１３８条の２），

法規定上，その名において執行する権限を有するのは，知事，市町村長等の長又は行政委員会だけであって，副知事，助役，その他の補助職員は長を補助するにとどまるものである（同法１６１条以下）。

もっとも，長は，実際の事務をしばしば補助機関に委任したり，代理させたりしており（地方自治法１５２条，１５３条），また，一つの行政決定は，補助機関の検討を経て最終的に行政庁の名で表示されるというのが通例であるから，地方公共団体の行政運営，組織運営にかかわる重要な事項が実務的には補助機関において行われているとみるべきことは事実である。しかしながら，これらの者は長の指揮監督の下でその職務を行うものであって（同法１５４条），その職務を遂行するに当たって，法令，条例，地方公共団体の規則及び地方公共団体の機関の定める規程に従い，かつ，上司の職務上の命令に忠実に従わなければならないものである（地方公務員法３２条）。すなわち，これらの者は，法規定上，地方公共団体の長がその判断と責任において行う事務の執行を補助するものとしてその任に当たっているのである。したがって，その関与する仕事が重要なものであっても，主権の行使との関係でみる限りは，補助機関の地位は，長のそれとは質的に異なるものである。憲法９３条２項が，地方公共団体の長に限り，住民の公選によることを保障し，その余の公務員については公選によることにするかどうかを立法政策にゆだねているのも，その性質の相違によるものである。その職務の住民生活へのかかわり方に重要性があるからといって，補助機関への就任について，長への就任と同じく日本国籍を要求することを国民主権の原理から当然に法体系が想定しているとまでいうことはできないと考える。

３　このように，外国人が地方公共団体の長の補助機関に就任するについては，国民主権の原理に基づく制約はない。昇格等を伴う補助機関に昇任することができる資格は労働基準法３条にいう労働条件に当たるから，既に職員に採用された者は

，同条の適用により上記の資格を有する。職員に採用された外国人についても，これと別異に解する理由はない。

しかしながら，国民主権の原理に基づく制約がない職であっても，そのすべてについて外国人が当然にその職に就任することができる資格を認めなければならないというわけではない。一定の職について日本の国籍を有する者だけが就任することができるとすることも，法律においてこれを許容し，かつ，合理的な理由がある限り，許される。すなわち，執行機関は地方公共団体の事務を誠実に管理し，執行すべきところ，それが適切に行われることについては，住民の理解と支持を得ることが必要であって，公務における外国人の影響の排除を求める住民の一般的規範意識や公務員観からみて，法律によって，ある種の職に就任するについては日本国籍を有することを要件と定めることはできると解される。

のみならず，ある職にどのような人材を配するかは，その仕事の内容と職員の資質を勘案し，個別具体的に検討し決定されるべきものであって，その判断は法律に反しない限り，使用者の広い裁量にゆだねられているところである。したがって，地方公共団体がある種の公務，例えば，高度な判断や広範な裁量を伴うもの，あるいは直接住民に対して命令し強制するものについて，住民の理解と信頼という観点から日本国籍を有する者のみを充てることとすることには合理性を認め得るのであって，そのような措置を執ることは地方公務員法が許容していると解されるから，そのような措置を執ったことをもって合理的理由に基づかない差別ということはできない。

４(1)　しかしながら，上告人は，管理職の職務の内容等を考慮して一定の職への就任につき資格を制限したというのではなく，すべての管理職から一律に外国人を排除することとしていたのである。本件で問題となるのは，そのような上告人の措置に合理性があるかどうかである。

職員の昇任における不平等な取扱いもそのことに合理的な理由があれば差別となるものではないが，その合理性は使用者において明らかにすべきところ，本件において上告人はそれを明らかにしているとはいえない。なぜならば，仮に地方公共団体の長の補助職員の中に法体系上日本国籍を有することを要件とすることが想定される職のあることを是認し得るとしても，そのことからすべての管理職を日本国籍を有する者でなければならないとすることにまで合理性があるとし，管理職選考において一律に外国人である職員を排除することもできると解するのは相当でなく，ほかに，上記の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されていないからである。

(2)　一般に管理職というとき，それは，部下を掌握し管理する地位にある者をいい，部長，課長などの組織上の名称を付されていることが多いが，部下の管理監督を行わない者も，処遇の均衡上管理職と同じ扱いを受けていることがある（そのほかに，重要な行政上の決定を行い又はそれに参画する地位にある職員及び他の職員に対し監督的地位に立つ職員を，職員団体の組織等に制約を受ける管理職員とするという制度も採られている。）。このような管理職は，各地方公共団体が具体的な任用制度を構築するに当たり，民主的効率的な公務員制度や人事行政を実現することなどの見地から設けたものであって，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というようなものではない。

(3)　多数意見は，公権力行使等地方公務員の職を公務員の中での上級公務員として位置付けた上で，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ものとして下位の管理職を設けるなどして，その一体的な管理職任用制度を構築し，人事の適正な運用を図ることも地方公共団体はその判断でできることができ，そのためにすべての管理職に昇任することのできる者を日本国籍を有する職員に限定して

も，そのことによって国籍を理由とする不当な差別をしたことにはならず，労働基準法３条に違反したことにはならないというのである。

確かに管理職に就いた者に特定の職種の職務だけを担当させるという任用管理をしないことは，それなりの合理性を持つものと考えられる。しかしながら，ここで問題とされるべきことは，管理職に昇任すれば，公権力行使等地方公務員に就くことがあり得ることを理由に，すべての管理職の資格として日本国籍を要件とすることの当否である。

住民の権利義務を形成するなどの公権力の行使に当たる行為を行い，若しくは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地方公務員という限定は，それだけでは必ずしもその範囲を明確にし得るものではなく，際限なく広がる可能性を持つものであるが，私は，その中で国民主権の原理に基づいて日本国籍を有する者のみが就任することが想定されているものとして説明し得る職は，仮にそれを肯定するとしても，高度な判断や広範な裁量を伴うもの，あるいは直接住民に対して命令し強制するものなどに限られるのであり（３の末尾を参照），その数がそれほど多数になることはないと考える。

今日，地方公共団体の扱う職務は私企業のそれと差異のみられない給付行政的なものに拡大し，本来的には非権力的行政といわれるものが多くみられるようになってきており，職務全般における権力性は減少しているため，公務員職の概念にも変容がみられるのであって，今日の国民の規範意識に照らせば，国民主権の見地から，その能力を度外視して外国人であるというだけの理由で排除しなければならないと考えられる職は限られたものであると考える。したがって，相当数ある管理職の中には日本国籍を有する者に限って就任を認め得るものがあるとしても，そのために管理職の選考に当たって，すべて日本国籍を有する者に限定しなければその一体的な任用管理ができないとは到底考えられないのである。

(4)　上告人の職員の中で，多数意見のいう公権力行使等地方公務員の数がどれだけのものになるのか必ずしも明らかではない。しかしながら，原判決の認定するところによれば，上告人の平成９年４月１日現在の一般管理職（警視庁及び消防庁を除く。）の総数は２５００に及ぶというのであって，その中には，相当数の公権力行使等地方公務員以外のものが含まれていると思われるのである。しかるに，上告人は，課長級の職は，事案の決定権限を有するか，その決定過程に関与するものであり，公の意思形成に参画するものであるとし，そのことを理由に管理職選考において日本国籍を要求することは合理性があると主張するのみで，管理職全体の中で上級の管理職と位置付けられ，日本国籍を要件とすることが法体系上想定されていると考え得る管理職がどの程度いるのかについて明らかにしていないのである。

しかしながら，そのような管理職の数が相当数に及ぶこと，そして，終始特定の職務だけを担当させるという任用管理をしていないため，下位の管理職にも日本国籍を有することを要件としなければ一体的な任用制度の運用ができないことを明らかにすればともかく，そうでなければ，あらゆる管理職について日本国籍を有することを選考の受験資格とすることの合理性を明らかにしたものということはできない。

結局，上告人は，管理職選考に当たって一律に日本国籍を要件とすることが不合理な差別ではなく，違法でないといえるだけの合理性を明らかにしておらず，上告人の執った措置は外国人である職員に対し違法な差別をするものといわざるを得ないのである。

(5)　また，管理職に就くことの適否は，職員本人の資質，能力等によって決せられるべきところ，上告人においては，管理職選考に合格し，任用候補者名簿に登録された後，最終的な選考を経て管理職に任用されるのは数年後のことであるというのであって，その間に合格した職員が管理職としての資質等を備えているかどう

かについては十分観察し，吟味する機会があるのである。

したがって，本件で問題となった管理職選考は，管理職に昇任する候補者の選考の段階ともいうべきものであって，管理職としての適性の有無を判定するという見地からみても，日本国籍を有しないことを理由に一律に排除するまでの必要性は認められないのである。

(6) 今日，人間の経済文化活動はその活動領域を国境を越えて広げてきており，一般的にいって，国民と外国人との観念的な差異を意識することは減少しつつあるといってよい。特に地方公共団体では，外国籍を有する者もその社会の一員として責務を果たしている以上，国民と同等の扱いを求め得るということ（地方自治法１０条参照）に対する理解は広がりつつあって，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。そして，管理職選考に合格した職員がそのような観点からみて管理職としての適性を備えているかどうかの判定は，管理職選考に合格された後の勤務の実績等をみた上ですることもできることであって，国籍もその一つの判断の材料になることがあり得るにしろ，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。

付言するに，記録によれば，被上告人は日本人を母とし，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。我が国の場合，被上告人のように，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，格別に過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。

(7)　以上のとおりであるから，日本国籍を有しないというだけで管理職選考の受験の機会を与えず，一切の管理職への昇任のみちを閉ざすというのは，人事の適正な運用を図るというその目的の正当性は是認し得るにしろ，それを達成する手段としては実質的関連性を欠き，合理的な理由に基づくものとはいえないと考えるのである。

５　したがって，上告人が，日本国籍を有しないことのみを理由として被上告人に管理職選考の受験の機会を与えなかったのは，国籍による労働者の違法な差別といわざるを得ない。また，このような差別が憲法１４条に由来する労働基準法３条に違反するものであることからすれば，国家賠償法１条１項の過失の存在も肯定することができるので，被上告人の請求を認容した原判決は結論において正当であり，本件上告は棄却すべきものと考える。

裁判官泉徳治の反対意見は，次のとおりである。

１　被上告人は，昭和２５年に岩手県で出生した特別永住者であり，日本の法律に従い昭和６１年に看護婦免許，昭和６３年に保健婦免許をそれぞれ受け，同年４月に東京都日野保健所の保健婦として採用され，平成５年４月から東京都八王子保健所西保健相談所に４級職主任の保健婦として勤務していた（なお，記録によると，被上告人の母は，日本人であったが，昭和１０年に日本において朝鮮人と婚姻し，内地戸籍から除籍されて朝鮮戸籍に入籍し，日本国との平和条約の発効に伴い日本国籍を喪失した。また，被上告人は，日本において，義務教育を受け，高等学校，専門学校を卒業している。）。

２　被上告人は，東京都人事委員会により，日本国籍を有しないことを理由として，平成６年度及び平成７年度の管理職選考（以下「本件管理職選考」という。）の受験を拒否された。管理職選考の受験資格として日本国籍を有することが必要であることを定めた東京都条例や東京都人事委員会規則はない。東京都人事委員会は，平成６年度管理職選考実施要綱では，日本国籍の要否について触れていなかったが，平成７年度管理職選考実施要綱で，初めて，受験資格として日本国籍を有することが必要であることを定めた。

３　国家は，国際慣習法上，外国人を自国内に受け入れる義務を負うものではなく，特別の条約がない限り，外国人を自国内に受け入れるかどうか，また，これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを，自由に決定することができるものとされている（最高裁昭和２９年（あ）第３５９４号同３２年６月１９日大法廷判決・刑集１１巻６号１６６３頁，最高裁昭和５０年（行ツ）第１２０号同５３年１０月４日大法廷判決・民集３２巻７号１２２３頁参照）。国は，国家主権の一部として上記のような自由裁量権を有するのであり，地方公共団体にはかかる裁量権がないから，地方公共団体は，国が日本における在留を認めた外国人について，当該地方公共団体内における活動を自由に制限できるものではない。

４　そこで，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こととする。

(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ついて同法

による制限を受けない。そして，地方公務員法等の他の法律も，特別永住者が地方公務員となることを制限してはいない。

(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（最高裁昭和５０年（行ツ）第１２０号同５３年１０月４日大法廷判決・民集３２巻７号１２２３頁参照）。そして，憲法１４条１項が保障する法の下の平等原則は，外国人にも及ぶ（最高裁昭和３７年（あ）第９２７号同３９年１１月１８日大法廷判決・刑集１８巻９号５７９頁参照）。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。

５　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。

６　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ものではなく，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（最高裁昭和５５年（行ツ）第１５号同６０年３月２７日大法廷判決・民集３９巻２号２４７頁参照）。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（最高裁昭和４３年（行ツ）第１２０号同

５０年４月３０日大法廷判決・民集２９巻４号５７２頁参照）。

(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，法律の定める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。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の制限を，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権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の制度を定め，「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の提供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）など，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。

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権的側面，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，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，この目的と手段たる当該制限との間に実質的な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で論証したときに限り，当該制限の合理性を肯定すべきである。

７　以上の観点から，東京都人事委員会が特別永住者である被上告人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する。

(1)　本件管理職選考は，「課長級の職」への第一次選考である。課長級の職に

は，自己統治の過程に密接に関係する職員が含まれていることは明らかで，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下に，特別永住者が上記職員となることを制限しても，それは合理的制限として許容される。

しかし，本件管理職選考は，知事，公営企業管理者，議会議長，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又は人事委員会に任命権がある職員の課長級の職への第一次選考であって，選考対象の範囲が極めて広く，「課長級の職」がすべて自己統治の過程に密接に関係する職員であると当然にいうことはできない。

上告人は，課長級の職は，事案の決定権限を有するか，事案の決定権限は有しないが事案の決定に参画することにより，すべて事案の決定過程に関与しているものであり，公の意思の形成に参画しているものである，と主張する。しかし，事案の決定あるいは公の意思の形成といっても，その内容・性質は各種・各様であって，地方公共団体の課長級の職員が行うこれらの行為のすべてが，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ものと評価することは困難である。

もともと，課長級の職員も，地方公務員の一員として，政治的行為をすることを禁じられているとともに，その職務を遂行するに当たって，法令，条例，地方公共団体の規則及び地方公共団体の機関の定める規程に従い，かつ，上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない義務を負っていることに留意すべきである（地方公務員法３２条及び３６条参照）。

また，原審は，上告人の管理職の中には，計画の企画や専門分野の研究を行うなどのスタッフとしての職務を行い，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ることを指摘している。

そして，上告人の東京都組織規程（昭和２７年東京都規則第１６４号）によると

，知事及び出納長の権限に属する事務を処理するための機関だけでも，８条で掲げる「本庁」の局・室・課のほか，３１条及び別表３で掲げる「本庁行政機関」，３４条及び別表４で掲げる「地方行政機関」（その一つである保健所だけでも８箇所存在する。）及び３７条で掲げる「附属機関」があり，上告人は，多数の機関で広範な事務を処理している。

さらに，上告人は，職員の給与に関する条例（昭和２６年東京都条例第７５号）５条所定の医療職給料表（三）が適用される保健師，助産師，看護師，准看護師の採用については，国籍要件を付していないが，初任給，昇格及び昇給等に関する規則（昭和４８年東京都人事委員会規則第３号）３条及び別表第１チ「医療職給料表（三）級別標準職務表」は，７級の標準的な職務として本庁の課長の職務等，８級の標準的な職務として本庁の統括課長の職務等を掲げており，医療職給料表（三）の適用職員が課長級の職員となることを予定している。

以上のような状況からすれば，課長級の職には，自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員が相当数含まれていることがうかがわれるのである。

そうすると，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を達成する手段として，特別永住者に対し「課長級の職」への第一次選考である本件管理職選考の受験を拒否するということは，上記目的達成のための必要かつ合理的範囲を超えるもので，過度に広範な制限といわざるを得ず，その合理性を否定せざるを得ない。

(2)　次に，上告人は，本件管理職選考に合格した者は候補者名簿に登載し，数年後に最終的な選考を経て管理職に任用するところ，最終的な選考に合格した者については，職種ごとの任用管理は行っておらず，他の職種の管理職に就かせることもあるとともに，まず出先課長に任用し，次に本庁副参事へ，更に本庁課長へと昇任させる等の任用を行っており，また，同一人を特定の職に退職まで在籍させると

いうことは行っていないから，退職までの昇任過程において必然的に事案決定権限を有する職に就かせることになるので，特別永住者に対し本件管理職選考の受験そのものを拒否することが許される旨主張する。

事案決定権限を行使することがそのまま自己統治の過程に密接に関係することにならないことは，前述のとおりである。上告人の上記主張は，上告人の昇任管理ないし人事管理の下では，本件管理職選考に合格した者はいずれ自己統治の過程に密接に関係する職に就かせることになるから，この昇任管理ないし人事管理政策の遂行のため，特別永住者に対して本件管理職選考の受験そのものを拒否し，「課長級の職」の中で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も制限することが許されるべきであるとの主張を含むものと解して，その是非を検討することにする。かかる場合の制限が正当化されるためには，前述のとおり，具体的に採用される制限の目的（すなわち，上告人の昇任管理ないし人事管理政策を実施すること。）が自治事務を処理・執行する上において重要なものであり，かつ，この目的と手段たる当該制限（すなわち，特別永住者に対し本件管理職選考の受験を拒否し，「課長級の職」の中の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こと。）との間に実質的な関連性が存することが必要である。

上告人の上記昇任管理ないし人事管理政策を実施するためという目的は，自治事務を適正に処理・執行する上において合理性を有するものであって，一応の正当性を肯定することができるが，特別永住者に対し法の下の平等取扱い及び職業選択の自由の面で不利益を与えることを正当化するほど，自治事務を処理・執行する上で重要性を有する目的とはいい難い。

また，４級の職員が第一次選考である本件管理職選考に合格しても，直ちに課長級の職に就くわけではなく，更に選考を経て５級及び６級の職をそれぞれ数年間は経験しなければならないのであり，上告人が多数の機関を擁し，多数の課長級の職

を設けていることを考えれば，特別永住者に本件管理職選考の受験を認め，将来において課長級の職に昇任させた上，自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員に任用しても，上告人の昇任管理ないし人事管理政策の実施にさほど支障が生ずるものとは考えられず，特別永住者に対し本件管理職選考の受験自体を拒否し，自己統治の過程に密接に関係する職員以外の職員になることを制限するという手段が，上告人の昇任管理ないし人事管理政策の実施という目的と実質的な関連性を有するとはいい難い。

したがって，上記の制限をもって合理的なものということはできない。

８　以上のとおり，特別永住者である被上告人に対する本件管理職選考の受験拒否は，憲法が規定する法の下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ものというべきである。

９　したがって，以上と同旨の原審の判断は正当であり，本件上告は棄却すべきものと考える。

(裁判長裁判官　町田　顯　裁判官　福田　博　裁判官　金谷利廣　裁判官　北川弘治　裁判官　梶谷　玄　裁判官　濱田邦夫　裁判官　横尾和子　裁判官　上田豊三　裁判官　滝井繁男　裁判官　藤田宙靖　裁判官　甲斐中辰夫　裁判官　泉　徳治　裁判官　島田仁郎　裁判官　才口千晴　裁判官　津野　修)