

東弁 24 人第 446 号
2013 (平成 25) 年 2 月 14 日

最高裁判所

長官 竹崎博允 殿

東京地方裁判所

所長 岡田雄一 殿

東京弁護士会

会長 斎藤義房

国籍を問わず司法委員の選任をあらためて求める意見書

第1 意見の趣旨

- 1 当会は、東京地方裁判所に対し、2013年4月選任見込みの司法委員の候補者として当会が推薦した会員のうち、当会が東京地方裁判所からの国籍についての問い合わせに対して回答を拒否した会員について、国籍が確認できないこと、ないしは日本国籍を有していないことを理由として選任しないとした決定を撤回するよう求める。
- 2 当会は、最高裁判所に対し、司法委員について、日本国籍を有することを選任要件とする取扱いを速やかに変更し、日本国籍の有無にかかわらず、適任者を選任する扱いとするよう求める。

第2 意見の理由

1 本件の経緯

2012年7月17日、東京地方裁判所から当会に対し司法委員の推薦依頼があったので、同年9月10日、当会は外国籍者である当会会員を推薦した。

同年10月9日、東京地方裁判所から当会宛に、推薦した司法委員候補者の国籍の照会がなされたが、同年11月2日、当会は回答を拒否した。

同年12月5日、東京地方裁判所総務課担当者から、推薦を受けた当会会員宛、選任できない旨の電話があり、その際、選任できない理由として「東京弁護士会や候補者に国籍の確認を行ったが、回答の筋合いでないということで回答が得られず、候補者の国籍の確認ができなかった。公権力の行使又は公の意思の形成に参画する公務員には日本国籍が必要」との説明があった。

同年12月7日、当会の推薦を受けた当会会員は、東京地方裁判所所長宛、あらためて不選任理由の説明を求め、また、本人の意見を述べる機会を与えるよう申し入れる旨の申入書を送付した。申入れの理由として、「公権力の行使又は公の意思の形成に参画

する公務員には日本国籍が必要」とする不選任理由は、かつての判例理論によるもので、十分な検討が行われていない疑いも否定できないことなどを挙げた。

同年12月8日、東京地方裁判所民事部所長代行者から当会副会長宛、当会の推薦した候補者の国籍が確認できないことを理由として司法委員への選任を拒否するとの連絡がなされた。

同年12月14日、東京地方裁判所総務課担当者から、推薦を受けた当会会員宛電話があり、12月7日の申入れには応じられない旨の口頭での回答があった。担当者は、この回答を書面で交付することもできないと述べた。

2 本件以前の経緯

- (1) 当会は、2006年3月31日、韓国籍(特別永住者)である当会会員が日本国籍を有しないとの理由で司法委員選任を拒否されたことに関し、東京地方裁判所に対し、選任拒否された会員の採用を求める「外国人の司法委員採用拒否に対する意見書」を提出した。

2008年3月27日、当会が推薦した会員のうち、当会が東京地方裁判所からの国籍の問い合わせに対して回答拒否した会員について、同裁判所が調停委員への採用を拒否したことに関し、東京地方裁判所及び最高裁判所に対し、日本国籍の有無に関わらず、適任者を選任するように求める「外国人の調停委員採用拒否に対する意見書」を提出した。

また、当会は、2012年3月16日付けでも同旨の「国籍を問わず司法委員の任命を求める意見書」を最高裁判所、東京地方裁判所宛に提出した。

- (2) ところで、同種の問題は、他の裁判所においても発生している。

2003年、兵庫県弁護士会が韓国籍の会員を家事調停委員候補者として推薦したところ、神戸家庭裁判所より選任しないとの説明があり、同弁護士会は推薦を撤回せざるを得なかった。2006年3月、仙台弁護士会がやはり韓国籍の会員を家事調停委員候補者として推薦したところ、仙台家庭裁判所から採用を拒否された。

かかる状況下、日弁連は、2008年、最高裁判所に調停委員・司法委員の採用について日本国籍を必要とする理由について照会した。これに対し、最高裁判所事務総局人事局任用課は同年10月14日付けで「照会事項について、最高裁判所として回答することは差し控えたいが、事務部門の取り扱いは以下の通りである。」として、法令等の明文上の根拠規定はないとしながらも、「公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは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公務員には、日本国籍を有する者が就任することが想定されていると考えられるところ、司法委員・調停委員はこれらの公務員に該当するため、その就任には日本国籍が必要と考えている。」との回答があった。この回答をふまえて、

日弁連は、2009年3月18日、最高裁判所に対し、日本国籍の有無にかかわらず、民事調停委員及び家事調停委員に任命すること、司法委員についても、各地方裁判所に対し、日本国籍の有無にかかわらず選任できる旨の通達を求める意見書を提出した。

また、1974年1月から1988年3月まで中華民国国籍の張有忠弁護士(大阪弁護士会所属)が民事調停委員に選任されていた事実が判明し、日弁連は、2011年3月30日、最高裁判所に対し、この点を指摘した要望書を提出した。

さらに、2012年には、仙台、大阪、京都、兵庫県の4弁護士会が、最高裁判所に対し、この問題に関して、是正を求めるため、裁判所法82条に基づく不服申立てをそれぞれ行った。不服申立書には、不服申立ての理由が詳細に記載されていた。これに対し、最高裁判所は、2012年3月、各弁護士会に対し、人事局長名で、不服申立てを認めない旨の書面を送付した。そこには「最高裁判所は司法行政の監督権を行使しないこととしましたので、お知らせします」とのみ記載され、実質的な理由は述べられていなかった。

3 関連事案にみる最高裁判所の判決とその検討

- (1) 東京都管理職選考事件に関する最高裁判所判決(2005年1月26日)多数意見は、「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(公権力行使等地方公務員)」について、次のとおり判示した。

すなわち、「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に照らし、原則として日本の国籍を有する者が就任されてい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。」

- (2) この判決などを理由に、国民主権原理の帰結として、公権力行使等公務員については日本国籍が要求され、外国籍者(無国籍者も含む。以下同じ。)は就任を禁止されていると言われることがある。

しかしながら、国民主権原理には、国の政治のあり方を最終的に決定する権力を国民自身が行使するという権力的契機と、国家の権力行使を正当づける究極的な権威は国民に存するとの正当性の契機の2つの契機が存すると一般に理解されている。この2つの契機は、直ちには、「日本の国籍を有する者しか公権力行使公務員に就任することができない」との結論を帰結しない。すなわち、「国の政治のあり方を最終的に決定する権力を国民が行使する」という国民主権原理と「公権力を

使用する公務員は日本国籍を有する者でなければならない」とは別の原理である。また、「国家の権力行使を正当づける究極的な権威は国民に存する」との国民主権原理から「公権力を行使する公務員は日本国籍を有する者でなければならない」という結論が出てくるわけでもない。このことは、仮に外国籍の首相であっても、国民がその者を首相に選任することに同意するのであれば、その当否は別として、理論的には、上記の国民主権原理に反しないことからわかる。

- (3) のみならず、そもそも、国民主権は、君主主権と対置される原理であって、本来、「公の事柄」に対する参加の原理のほずであり、排除の原理ではないはずである。その根底には、「統治権を行使する主体が被治者であること」という原理(いわゆる「治者と被治者の自同性」の原理)が存在する。自同性の原理が「統治されている者は一方的に統治されることはなく自らも統治する側に回る資格を持つ」という原理である以上、外国籍者であっても、とりわけ定住している外国籍者であるなら、一方的に統治されることはないという結論が導かれる。自同性、つまり、「自分たちのことは自分たちが決める」という原理を基底とする国民主権を排除の理由とするのは論理が転倒していると言わなければならない。
- (4) 最高裁判所は、「統治者としての国民」という「国民」を「日本国籍の保有者」とであると無前提に理解している。すなわち、「統治権を行使する主体が国民であることが要求される」、従って「統治権を行使する主体が日本国籍の保有者であることが要求される」、よって「統治権を行使する主体には外国籍者はなり得ない」という論法を展開した。

しかし、法理的にあって、憲法上の「国民」と、「日本国籍の保有者」としての「国民」とは同義とはいえない。後者が、国籍法という法律によって範囲が確定されるものであるに対し、前者は、言うまでもなく法律以前のものだからである。

確かに、憲法10条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」としている。しかし、この法律は国籍法だけに限られるものではない。例えば、公務員の選定罷免権に関する法律などの立法により、憲法15条第1項にいう「国民」の要件を国籍法とは別に定めることは憲法が禁止しているところではない。

憲法上の「国民」と、「日本国籍の保有者」としての「国民」という2つの「国民」の意味内容が同じとはいえない以上、日本国籍を保有していないことだけを理由として外国籍者が憲法上の「国民」に含まれないという結論を導くことはできない。

- (5) 当会では、2012年11月28日、日弁連、第一東京弁護士会、第二東京弁護士会と共催で、「外国人の公務就任権を中心とした民族的少数者の人権—国民概念の再構築—」と題するシンポジウムを行った。その際、政治学者の森政稔東京大学教授は、「外国人の権利と民主主義の思想空間」と題して基調講演を行い、「歴史的にみると、民主政は外国人の定住が当然視されていた都市空間から始まった。その

後、19世紀に国民国家空間ができて国民主権が成立するとともに、人はすべてどこかの国に所属しなければならなくなった。その結果、いずれの国にも所属できない外部が生まれ様々の不条理が生じて来た。在日コリアン問題もその一例だ。しかし、外国人として長く住み続けることが恒常化するようになった現在、在日コリアンなども包摂した第3の空間を考えるべきだ。」と強調された。国民主権についての最高裁判所の見解は、時代にそぐわなくなっているのである。

4 東京地方裁判所の今回の決定について

- (1) 東京地方裁判所の今回の決定の理由は、当該会員の国籍が確認できないというにある。これは、2012年4月選任見込みの司法委員の場合なども同様であった。

しかしながら、「当該会員の国籍が確認できない」ということと、「当該会員が外国籍である」ということとは同じでない。従って、「当該会員の国籍が確認できない」ことはそもそも選任を拒否する理由とはなりえない。東京地方裁判所は、これまで司法委員候補者について、例えば戸籍の提出を求めるなどの国籍の確認手続きを行っていない。従って、当該会員以外の当会が推薦した当会会員である司法委員候補者についても国籍は確認されていない。同じく国籍が確認されていないにもかかわらず、当該会員についてのみ拒否することは不当というべきである。

- (2) ところで、東京地方裁判所は、2011年においても2012年においても、当会が推薦した候補者のうち当該会員についてのみ当会に対して国籍の照会手続きを行っている。しかし、その根拠は示されていない。実際には当該会員の「姓」がいわゆる日本風の姓ではないことによるのではないかと推測されるが、日本風の姓ではないことによって、日本国籍者と外国籍者とを識別することはできない。

以上の点から、そもそも東京地方裁判所による今回の不採用決定の理由は、理由たり得ていないというべきである。

- (3) 前記「1 本件の経緯」にもみたとおり、本件では、2012年12月5日の東京地方裁判所総務課担当者からの電話において、推薦できない理由として「公権力の行使又は公の意思の形成へ参画する公務員には日本国籍が必要」という説明がなされた。このことから言えば、東京地方裁判所による今回の決定の真の理由は「当該会員の国籍が確認できない」という点ではなく、「当該会員が日本国籍を有していない」という点にあったと考えられる。

この理由付けが憲法上誤りであることは、前述したとおりである。

5 司法委員の職務内容、その他の観点からの検討

- (1) 仮に百歩譲って公権力の行使にあたる公務員は日本国籍を有する者に限るべきという論に立ったとしても、司法委員の具体的職務内容に照らすならば、司法委員は

公権力行使等公務員に該当しないというべきである。

すなわち、司法委員の職務内容は純然たる裁判官の補助機能しかなく、何をもって公権力の行使にあたるのか全く不明である。

- (2) また、公務員たる資格として日本国籍を必要とするとの規定は、憲法上はもちろんのこと、国家公務員法、地方公務員法にもない。

司法委員について国籍を理由に選任しないことは、法律に定めのない事項を理由とする処分であり、法治主義に反すると言わなければならない。特に、弁護士は法律専門家であり、当然に紛争解決に必要な専門知識を有するものと位置づけられているのであって、国籍が問題となる余地はない。

- (3) 現在の日本には、在日コリアン等のサンフランシスコ条約の発効に伴う通達によって日本国籍を失った旧植民地出身者やその子孫等の特別永住者、定住外国人をはじめとする外国人が多数暮らしている。司法委員が関与する裁判事件の当事者にこのような外国人がなることも多い。このような事件の解決には、当該永住及び定住外国人独自の文化的背景についての知識を有する司法委員が関与することが有益な事案も存在する。すなわち、外国籍を含む多様な司法委員の存在は、具体的な事例における合理性のある、かつ、当事者の納得を得る解決の観点からも有益というべきである。

ちなみに、最高裁判所は、2002年3月20日に司法制度改革推進計画要綱を公表し、司法委員等について「その選任方法の見直しを含め、年齢、職業、知識経験等において多様な人材を確保するための所要の措置を講ずる」としている。外国籍であることのみを理由として、弁護士である者の司法委員の選任を拒むことは、「多様な人材を確保する」としている同要綱にも違反している。

- (4) さらに職業選択の自由、平等原則の観点から、外国籍の司法委員が日本国籍の司法委員と平等に事件に関与できることが当然の帰結というべきであり、それは多民族・多文化社会形成のための基本的要請でもある。

6 特別永住者に対する差別の不当性

- (1) 特別永住者は、戦前の旧植民地の出身者(韓国朝鮮人と台湾人)及びその子孫である。南北朝鮮について言えば、日本政府は、朝鮮人は1910年の植民地化により日本国籍を取得した日本国民(臣民)であるとの立場に立った。ただし、同じ日本国民であっても、植民地住民は参政権等の制限を受けた。同じ国籍保有者であるのに、取扱いに差異を設けるための法技術としては戸籍法が主として使われた。すなわち、植民地住民には戸籍法の適用がないとされ、戸籍法に基づく日本本土(内地)人の戸籍とは別に朝鮮戸籍、台湾戸籍が設けられ、戸籍法の適用のない者については権利が制約された。つまり、戦前においては、国籍ではなく、戸籍が権利制約の根拠とされた。このことは、日本国憲法施行後も、1952年までは同様であった。

- (2) 日本政府は、第二次世界大戦後も、在日韓国人を日本国籍を有する者としていた。1948年に南北朝鮮はともに独立したが、日本政府は、1948年以降も在日韓国朝鮮人は日本国籍を有しているとして扱った。ところが、在日韓国朝鮮人は、日本国籍を有する「国民」に該当しているにもかかわらず、1945年12月に公布された衆議院議員選挙法は、在日韓国朝鮮人らの参政権を当分のあいだ停止するとの規定を置き、選挙権の行使を認めなかった。
- (3) その後の地方自治法(昭和22年4月17日法律67号)、公職選挙法(昭和25年4月15日法律100号)にも同様の附則が置かれ、結局、旧植民地出身者は、日本国籍があっても参政権を行使することはできなかった。
- (4) サンフランシスコ平和条約には、在日韓国朝鮮人の日本国籍の取扱いについての明文の規定はなかったが、日本政府は、同条約の発効(1952年4月28日)により、朝鮮戸籍、台湾戸籍の者は日本国籍を喪失するとして扱った。最高裁判所も、この扱いを是認した。1952年4月28日以降は、戸籍ではなく、国籍の有無が在日韓国朝鮮人の権利制約の根拠とされた。
- (5) 朝鮮戸籍、台湾戸籍を理由とする日本国籍の喪失は、「国民的出身 **national origin**」を理由とする取扱いであり、日本国籍法が血統主義を採用している結果、植民地出身者の子孫についてもこの取扱いが継続している。
- (6) 国際人権規約(自由権規約)2条第1項、25条、26条は「国民的出身」による差別を禁止している。また人種差別撤廃条約1条1項は「人種差別」を定義しているが、そこには「民族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限又は優先であって、政治的、経済的、社会的、文化的その他のあらゆる公的生活の分野における平等の立場での人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを妨げ又は害する目的又は効果を有するもの」が含まれている。
- 朝鮮戸籍、台湾戸籍を理由とする国籍喪失に起因する不利益の継続は、人種差別に該当する疑いが強い。また、「国民的出身」による差別は、日本国憲法14条第1項後段の「人種」による差別に該当する疑いも強い。

7 外国人に公務就任等を認めている取扱い例や、公務の民営化等の実例

現在の社会状況や法制度をみるならば、外国人に公務就任を認めている実例は、下記のとおり、確実に拡大している。

- (1) 外国人教員任用法は、公権力行使等公務員への外国籍者の就任を認めた法律であると理解することができる。
- すなわち、議員立法で成立した「国立又は公立の大学における外国人教員の任用等に関する特別措置法」(昭和57年9月1日法律89号。現・「公立の大学における外国人教員の任用等に関する特別措置法」。いわゆる「外国人教員任用法」)は、外国人を(国)公立大学の教員に任用することができるとしたうえで(2条1項)、「前

項の規定により任用された教員は、外国人であることを理由として、教授会その他大学の運営に関与する合議制の機関の構成員となり、その議決に加わることを妨げられるものではない」(2条2項)と定めている。なお、政府解釈によっても、外国籍者が、国立大学の学長等の管理職に就任できるとされるに至っており、すでに就任例もある。

- (2) 前記のとおり、1974年1月から1988年3月まで中華民国国籍の張有忠弁護士が民事調停委員に選任されていた事実が判明し、日弁連は、2011年3月30日、最高裁判所に対し、この点を指摘した要望書を提出している。

なお、同弁護士が民事調停委員として行った職務において何らの問題が生じたということはない。

- (3) 2011年2月、当会の外国籍会員が、東京第四検察審査会から、検察審査会法41条の2の規定による審査(いわゆる強制起訴についての審査)のための審査補助員の委嘱を受けた。

- (4) 民営化などの結果、従来、政府が行ってきた業務が民間に委託されている。例えば、建築基準法上の建築確認及び検査を行う指定確認検査機関には、外資系株式会社が含まれているし、また、外国籍の一級建築士等が建築確認等の実質判断を行うことは何ら排除されていない。諸外国、例えばイギリスなどでは、刑務所等の民営化の結果、身柄の拘束などの権力業務も民間人が行っている。そこでも担当職員の国籍が問題とされるということはない。

8 結論

日本国籍の取得をしないまま初めて司法修習生に採用されたのは金敬得(キム・キョンドク)弁護士であった(1977年)。最高裁判所は、外国籍者の採用を拒否していた従前の態度を変更して、金敬得氏を司法修習生に採用し、同氏は外国籍のまま弁護士となった。その後、すでに100名を優に超える外国籍弁護士が誕生し、活動している。しかし、このことによって何らの害悪も発生することはなかった。外国籍弁護士の活動は、裁判を含む、日本の公共社会を確実に豊かにしたはずである。司法修習生、ひいては弁護士について外国籍者を拒否していた最高裁判所の従前の態度は適切なものではなかったといえる。

いま、最高裁判所は、司法委員、さらに調停委員への外国籍の弁護士の就任を拒否している。外国籍の弁護士の就任によって一定の害悪が発生することが拒否の実質的理由であるはずである。しかし、以上検討してきたことに徴すれば、そのような害悪が発生することはありえない。

最高裁判所及び東京地方裁判所は、速やかに態度を変更するべきである。