

成年被後見人・被保佐人の公務員就任権の制約の合憲性

——国家公務員法三八条一号・四三条・七六条および地方公務員法一六条一号・二八条四項の合憲性——

竹 中 勲

目次

はじめに

- (1) 成年被後見人の選挙権欠格条項を違憲とした二〇一三年の東京地判平成二五年三月一四日と公職選挙法の改正
 - (2) 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項の合憲性の検討の課題
 - (3) 「公務員就任権」という権利名称・用語法について
- 一 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項を定める国家公務員法・地方公務員法の諸規定
- (一) 国家公務員法三八条一号・四三条・七六条
 - (二) 地方公務員法一六条一号・二八条四項

二 憲法学以外の分野からの問題指摘の動向

(一) 当事者団体およびリーガルサポートからの問題指摘

(二) 民事法学・成年後見法学からの問題指摘

三 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項に関する憲法学の動向

(一) 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項の合憲性に関する個別具体的検討の懈怠

(二) 公務員就任権の憲法上の根拠規定に関する諸学説

(1) 憲法一三条後段説（参政権の権利説）

(2) 憲法二二条一項説（職業選択の自由説）

(3) 立憲民主制のコロラリー説

(4) 憲法一五条一項説

(5) 憲法一四条一項説

四 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項の合憲性の検討において参照しうる関連判例

五 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項を定める地方公務員法・国家公務員法の諸規定の合憲性

(一) 憲法事例問題（被保佐人に関する一般職地方公務員受験資格否定・自動失職事件）

(二) 憲法訴訟における審査項目

(三) 一般職地方公務員の公務員就任権の憲法上の根拠規定

(四) 訴訟形式

(五) 憲法適合性の判断枠組み・違憲審査基準

(1) 立法目的の確定と審査

(2) 立法目的達成手段の審査 1——憲法一三条説の立場からの立論方法の一例

(3) 立法目的達成手段の審査 2——憲法二二条一項説の立場からの立論方法の一例

(六) 私見（試論）

おわりに

はじめに

本稿は、成年被後見人・被保佐人の公務員就任権の制約の合憲性——国家公務員法三八条一号・四三条・七六条および地方公務員法一六条一号・二八条四項の合憲性——について、検討しようとするものである。⁽¹⁾

本稿は、(a)「成年後見制度を借用する欠格条項をめぐる憲法問題」の検討の一環をなすもの、(b)「高齢者法と憲法」研究の一環をなすもの、および、(c)「判断能力が十分でない成年者と基本的人権」研究の一環をなすもの、である。⁽²⁾

(1) 成年被後見人の選挙権欠格条項を違憲とした二〇一三年の東京地判平成二五年三月一四日と公職選挙法の改正

右の(a)の問題の最たるものとして、これまで、成年被後見人の選挙権欠格条項である公職選挙法一一条一項一号の憲法適合性（合憲性）が問題とされてきた。同法一一条一項は、「次に掲げる者は、選挙権及び被選挙権を有しない。

一 成年被後見人 二 禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者 三 禁錮以上の刑に処せられその執行を受けることがなくなるまでの者（刑の執行猶予中の者を除く。） 四 公職にある間に犯した刑法（明治四十年法律第四十五号）第百九十七条から第百九十七条の四までの罪又は公職にある者等のあつせん行為による利得等の処罰に関する法律（平成十二年法律第百三十号）第一条の罪により刑に処せられ、その執行を終わり若しくはその執行の免除を受け

た者でその執行を終わり若しくはその執行の免除を受けた日から五年を経過しないもの又はその刑の執行猶予中の者
五 法律で定めるところにより行われる選挙、投票及び国民審査に関する犯罪により禁錮以上の刑に処せられその刑の執行猶予中の者」と規定していた。

成年後見制度は一九九九年に大幅に改正され、二〇〇〇年四月に介護保険法と同時に施行された。同改正前の公職選挙法二一条一項一号〔禁治産者〕の合憲性については、憲法学においては、合憲説のみで、違憲説はみあたらなかった。

が、この「禁治産者」の選挙権欠格条項については、憲法学以外の分野からその問題性が指摘されてきた。筆者は、民事法学・成年後見法学における村田彰説⁽⁴⁾（一九九四年）の立法改正論から示唆を得て、拙稿「成年後見制度と憲法」（一九九六年）において、公職選挙法二一条一項一号〔禁治産者〕について、憲法解釈論として、「禁治産者の判断能力が」一時的に回復した状態での選挙権の行使をも否定しなければ生じる害悪としてどのようなものが想定されているのか明らかではなく、LR Aの法理「基本的人権に対しより制限的でない制約手段を選択すべきとの法理」に照らして、簡単に合憲としうるのか疑問なしとしない」と指摘した。

この「成年後見制度を借用する、禁治産者の選挙権欠格条項」は、一九九九年―二〇〇〇年の成年後見制度の改革の際に削除・改正されるべきものであったが、公職選挙法の改正は同一号の名称を「禁治産者」から「成年被後見人」に変更するにとどまり、成年被後見人の選挙権欠格条項自体は存置・残置された⁽⁶⁾。

その後、二〇〇五年の最大判平成一七年九月一七日（在外国民選挙権確認訴訟）は、「選挙権及びその行使」の制約の憲法適合性審査の厳格度を高める基準―「やむを得ない事由」基準―を提示した⁽⁷⁾。

拙稿「成年被後見人の選挙権の制約の合憲性―公職選挙法二一条一項一号の合憲性」（二〇〇九年）⁽⁸⁾は、平成一七年

大法院判決のいう「やむを得ない事由」基準に照らせば、成年被後見人の選挙権欠缺条項（公職選挙法二一条一項一号）の目的として、「投票に際して必要な判断を行うことができない者を選挙過程から除外するためという制約目的」が仮に一応正当とされる場合にも、同一号の採用する制約手段（成年被後見制度を借用するという一律的画一的手段）は違憲であるとして、次のように指摘した。

△「成年被後見人」の中には「投票に際して必要な判断を行うことができる者」ないし「投票行為の性質・効果を理解する判断能力を有する者」がいることを前提とすると、「成年被後見人」たる地位を選挙権資格（ないし選挙人名簿に登録されるための資格）の有無の決定基準として法律上「公職選挙法上」利用することは、「投票に際して必要な判断を行うことができる者（この選挙・投票行為に関する判断能力が一次的に回復している者を含む）」についても選挙権行使（投票行為）を許容しない結果を招き、「投票に際して必要な判断を行うことができない者を選挙過程から除外するという目的」に照らしてこの手段は過剰包摂（over-inclusive）とならざるをえず、したがって、選挙権の制約手段の最小限度性の要件―より具体的に言えば最大判平成一七・九・一四にいう「国民の選挙権又はその行使を制限するために、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」という要件、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合」でなければならぬという要件―を充足しえていないことになる。それゆえ、民法にいう「成年被後見人」を『投票に際して必要な判断を行うことができる者（この選挙・投票行為に関する判断能力が一次的に回復している者を含む）』か否かの決定基準として利用している公職選挙法二一条一項一号は、憲法一五一条一項および三項、四三條一項ならびに四四條ただし書に違反すると解さざるをえない。▽。

また、有田伸弘説（二〇〇九年）は、「選挙権は単に選挙人団に加わる資格ではなく、自分たちに代わって政策決定

を行う代表者を選ぶ権利であり、国民の政治参加のいわば最低限の権利であつて、奪うことのできない永久の権利であると解すべきであろう」とし、選挙権の制限には厳格な審査が要求されるとし、「能力論」を加味して、違憲説を提示した。⁽⁹⁾

そして、二〇一一年二月一日に成年被後見人の選挙権制限規定違憲訴訟（成年被後見人の選挙権確認訴訟）が日本で初めて提起された。二〇一三年の東京地判平成二五年三月一四日⁽¹⁰⁾は、法令違憲（法令違憲の類型としては、法令の意味上の一部違憲）の判断を示し、成年被後見人の選挙権確認請求（行政事件訴訟法四条後段）を認容する判決を下した。被告国側により控訴が行われたが、国会は同一号を削除すること等を内容とする公職選挙法の改正を行った。併せて、日本国憲法の改正手続に関する法律（平成一九年法律五一号）の四条（成年被後見人は、国民投票の投票権を有しない。）を削除する同法改正が行われた。その後、両訴訟当事者の間で和解（被告国側は控訴を取り下げること等を内容とするもの）が成立した。そして、成年被後見人は、二〇一三年七月七日に行われた参議院議員選挙において、主権者として憲法上の権利である選挙権を行使するに至った。

(2) 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項の合憲性の検討の課題

前記の(a)「成年後見制度を借用する欠格条項をめぐる憲法問題」として、次の重要検討課題の一つとして憲法学以外の分野から指摘されているのは、「成年後見制度を借用して成年被後見人・被保佐人の公務員就任権を剥奪する欠格条項の合憲性」の問題である。

成年後見制度を借用する権利制限規定としては、①成年被後見人の選挙権欠格条項（公職選挙法二一条一項旧一号（前除）のほか、②成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項（後述する国家公務員法・地方公務員法の諸規定など）、

③成年被後見人・被保佐人のその他の(②以外の)権利制限・職業資格制限条項(社会福祉士及び介護福祉士法三条一号、精神保健福祉士法三条一号、弁護士法七条四号、司法書士法五条一号、医師法三条など)がある。

本稿は、前記の②のうち、成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項を定める国家公務員法・地方公務員法の諸規定の合憲性の検討に着手しようとするものである。

(3) 「公務員就任権」という権利名称・用語法について

本稿の標題・タイトルに用いた「公務員就任権」という権利名称・用語法は確定的なものではなく、裁判例や憲法学説において微妙に異なる用語——「公務就任権」、「公職就任権」、「公務員就任権」、「公務員になる権利」などが用いられ、また、その権利名称・用語法を選択する理由が必ずしも自覚的に述べられているわけではない。たとえば、最大判平成一七年一月二六日(外国人東京都管理職選挙受検訴訟上告審判決)¹⁾では、多数意見は原審の説明として、原審は国又は地方公共団体の「公務員に就任する権利」は憲法上外国人には保障されていないことを述べた旨指摘するが、多数意見自体は特定の権利名称について明示的には述べていない。藤田宙靖裁判官の補足意見は「公務員への就任資格(以下『公務就任権』という。)」という用語を、金谷利廣裁判官の意見は「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。)」という用語を、上田豊三裁判官の意見は「我が国の公務員に就任することができる地位」、「地方公務員への就任」という用語を、滝井繁男裁判官の反対意見は「ある公務に就くことができるかどうかの資格」、「公務員への就任」という用語を、泉徳治裁判官の反対意見は「地方公務員となる」という用語を用いている。

本稿では、これらを互換的なものとしてとらえ、さしあたり、「公務員就任権」という用語を用いることとする。

一 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項を定める国家公務員法・地方公務員法の諸規定

現行の成年被後見制度（法定後見と任意後見）のうち、法定後見として民法は「後見」「保佐」「補助」の三類型について定めている。¹² 成年被後見人とは、家庭裁判所により「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者」として「後見開始の審判を受けた者」で成年被後見人が付された者をいう（民法七条、八条）。被保佐人とは、家庭裁判所により「精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分である者」として「保佐開始の審判を受けた者」で保佐人が付された者をいう（同法二条、一二条）。被補助人とは、家庭裁判所により「精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分である者」として「補助開始の審判を受けた者」で補助人が付された者をいう（同法一五条、一六条）。

（一）国家公務員法三八条一号・四三条・七六条

一九四七年制定の国家公務員法（昭和二年法律二二〇号）は、「国家公務員たる職員について適用すべき各般の根本基準（職員の福祉及び利益を保護するための適切な措置を含む。）を確立し、職員がその職務の遂行に当り、最大の能力を発揮し得るように、民主的な方法で、選択され、且つ、指導されるべきことを定め、以て国民に対し、公務の民主的且つ能率的な運営を保障することを目的とする。」（同法一条一項）。同法一条（一般職及び特別職）は、「国家公務員の職は、これを一般職と特別職とに分つ。」（一項）、「一般職は、特別職に属する職以外の国家公務員の一切の職を包含する。」（二項）、「特別職は、次に掲げる職員の職とする。一 内閣総理大臣 二 国务大臣 三 人事官及び検査官 四 内閣法制局長官 五 内閣官房副長官 五の二 内閣危機管理監及び内閣情報通信政策監 五の三 国家安全保障局長 五の

四 内閣官房副長官補、内閣広報官及び内閣情報官 六 内閣総理大臣補佐官 七 副大臣 七の二 大臣政務官 七の三 大臣補佐官 八 内閣総理大臣秘書官及び國務大臣秘書官並びに特別職たる機関の長の秘書官のうち人事院規則で指定するもの 九 就任について選挙によることを必要とし、あるいは国会の両院又は一院の議決又は同意によることを必要とする職員 十 宮内庁長官、侍従長、東宮大夫、式部官長及び侍従次長並びに法律又は人事院規則で指定する宮内庁のその他の職員 十一 特命全權大使、特命全權公使、特派大使、政府代表、全權委員、政府代表又は全權委員の代理並びに特派大使、政府代表又は全權委員の顧問及び随員 十一の二 日本ユネスコ国内委員会の委員 十二 日本学士院会員 十二の二 日本学術会議会員 十三 裁判官及びその他の裁判所職員 十四 国会職員 十五 国会議員の秘書 十六 防衛省の職員（防衛省に置かれる合議制の機関で防衛省設置法（昭和二十九年法律第百六十四号）第三十九条の政令で定めるものの委員及び同法第四条第二十四号又は第二十五号に掲げる事務に従事する職員で同法第三十九条の政令で定めるもののうち、人事院規則で指定するものを除く） 十七 独立行政法人通則法（平成十一年法律第百三号）第二条第二項に規定する特定独立行政法人（以下「特定独立行政法人」という。）の役員」（三項）、「この法律の規定は、一般職に属するすべての職（以下その職を官職といい、その職を占める者を職員という。）に、これを適用する。人事院は、ある職が、国家公務員の職に属するかどうか及び本条に規定する一般職に属するか特別職に属するかを決定する権限を有する。」（四項）、「この法律の規定は、この法律の改正法律により、別段の定がなされない限り、特別職に属する職には、これを適用しない。」（五項）、と規定する（傍線は筆者。以下、同じ）。

国家公務員法三八条（欠格条項）は、「次の各号のいずれかに該当する者は、人事院規則の定める場合を除くほか、官職に就く能力を有しない。一 成年被後見人又は被保佐人 二 禁錮以上の刑に処せられ、その執行を終わるまで又は執行を受けることがなくなるまでの者 三 懲戒免職の処分を受け、当該処分の日から二年を経過しない者 四 人事

院の人事官又は事務総長の職にあつて、第九十九条から第一百二十二条までに規定する罪を犯し刑に処せられた者 五 日本国憲法施行の日以後において、日本国憲法又はその下に成立した政府を暴力で破壊することを主張する政党その他の団体を結成し、又はこれに加入した者」と規定し、同法四十三条（受験の欠格条項）は、「第四十四条に規定する資格に関する制限の外、官職に就く能力を有しない者は、受験することができない。」と規定し、同法七六条（欠格による失職）は、「職員が第三十八条各号の一に該当するに至つたときは、人事院規則に定める場合を除いては、当然失職する。」と規定する。

現行の人事院規則では、国家公務員法三八条一号、四三条、七六条に関する特別の定めは設けられていない。

(二) 地方公務員法一六条一号・二八条四項

一九五〇年制定の地方公務員法（昭和二五年法律二六一号）は、「地方公共団体の人事機関並びに地方公務員の任用、職階制、給与、勤務時間その他の勤務条件、休業、分限及び懲戒、服務、研修及び勤務成績の評定、福祉及び利益の保護並びに団体等人事行政に関する根本基準を確立することにより、地方公共団体の行政の民主的かつ能率的な運営並びに特定地方独立行政法人の事務及び事業の確実な実施を保障し、もつて地方自治の本旨の実現に資することを目的とする」（同法一条）。

同法三条（一般職に属する地方公務員及び特別職に属する地方公務員）は、「地方公務員（地方公共団体及び特定地方独立行政法人（地方独立行政法人法（平成十五年法律第百十八号）第二条第二項に規定する特定地方独立行政法人をいう。以下同じ。）のすべての公務員をいう。以下同じ。）の職は、一般職と特別職とに分ける。」（二項）、「一般職は、特別職に属する職以外の一切の職とする。」（二項）、「特別職は、次に掲げる職とする。一 就任について公選又は地方公共団

体の議会の選挙、議決若しくは同意によることを必要とする職 一の二 地方公営企業の管理者及び企業団の企業長の

職 二 法令又は条例、地方公共団体の規則若しくは地方公共団体の機関の定める規程により設けられた委員及び委員会（審議会その他これに準ずるものを含む。）の構成員の職で臨時又は非常勤のもの 二の二 都道府県労働委員会の委員の職で常勤のもの 三 臨時又は非常勤の顧問、参予、調査員、嘱託員及びこれらの者に準ずる者の職 四 地方公共団体の長、議会の議長その他地方公共団体の機関の長の秘書の職で条例で指定するもの 五 非常勤の消防団員及び水防団員の職 六 特定地方独立行政法人の役員（三項）と規定し、同法四条（この法律の適用を受ける地方公務員）は、「この法律の規定は、一般職に属するすべての地方公務員（以下「職員」という。）に適用する。」（二項）、「この法律の規定は、法律に特別の定がある場合を除く外、特別職に属する地方公務員には適用しない。」（二項）と規定する。

同法一六条（欠格条項）は、「次の各号の一に該当する者は、条例で定める場合を除くほか、職員となり、又は競争試験若しくは選挙を受けることができない。一 成年被後見人又は被保佐人 二 禁錮以上の刑に処せられ、その執行を終るまで又はその執行を受けることがなくなるまでの者 三 当該地方公共団体において懲戒免職の処分を受け、当該処分の日から二年を経過しない者 四 人事委員会又は公平委員会の委員の職にあつて、第五章に規定する罪を犯し刑に処せられた者 五 日本国憲法施行の日以後において、日本国憲法又はその下に成立した政府を暴力で破壊することを主張する政党その他の団体を結成し、又はこれに加入した者」と規定し、同法二八条四項は、「職員は、第十六条各号（第三号を除く。）の一に該当するに至つたときは、条例に特別の定がある場合を除く外、その職を失う。」と規定する。

現在、「条例に特別の定めがある場合」としては同法一六条二号に関するものがあり、たとえば、「京都市職員の分限に関する条例」（昭和二十六年一〇月一日、条例第三六号）¹³は、八条（失職の例外）で、「法第一六条第二号に該当するに至つ

た職員のうち、刑の執行を猶予せられた者については、情状により、特に失職しないものとする¹⁴ことができる。」と定めている。が、同法一六条一号に関する特別の定めを置く条例はみあたらない。

二 憲法学以外の分野からの問題指摘の動向

地方公務員法一六条一号等の成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項については、障がい者家族関係当事者、障がい者等支援団体、および、民事法学・成年後見法学から、その問題性が指摘されてきた。

(一) 当事者団体およびリーガルサポートからの問題指摘

たとえば、細川瑞子氏（全国日本手をつなぐ育成会中央相談室長）は、知的障害者団体の当事者の立場から、二〇〇七年に成年被後見人の選挙権欠格条項の問題性を指摘し、二〇〇九年に地方公務員法等の成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項の問題性を指摘し、「地方公務員法の欠格条項は、知的障害者の就業チャンスを入り口で妨げるものです。早急に対応して下さい。」と述べている。¹⁵

三重県議会は、二〇〇九年に、財団法人三重県知的障害者育成会による請願書（平成二十二年六月四日提出）を受けて、「国家公務員法・地方公務員法における欠格条項の見直しを求める意見書」を地方自治法九九条に基づき、衆議院議長・参議院議長・内閣総理大臣・総務大臣あて提出している（同年六月三〇日¹⁶）。

二〇一三年一月一日に開催されたリーガルサポート（社会福祉法人成年後見センター）主催による『市民公開シンポジウム「成年被後見人が受ける一七〇を超える権利制限―選挙権は回復したけれど―」』では、二〇〇〇年の成年後

見制度改革に際して欠格条項は一五八件から一一八件に削減されたが、その後、一七〇以上に増加していることの問題性について、参加されたシンポジストから鋭い問題指摘が行われたとの報告がなされている。¹⁶⁾

(二) 民事法学・成年後見法学からの問題指摘

民事法学・成年後見法学において、上山泰教授は精力的に問題提起をされ、同「身上監護に関する決定権限―成年後見制度の転用問題を中心に―」(二〇一〇年)および「公職選挙法改正と成年後見制度の転用問題」(二〇一三年)、「成年後見制度の転用問題(1)(2)」(二〇一四年)などの諸論稿において、「『成年後見制度が他の法領域における法律や条例等を通じて、本人(成年被後見人等)側の資格・権限の剥奪・制限や、支援者である後見人等の側の権限・義務の拡張のための画一的・形式的な評価基準として、機械的に流用されている状況』一般を、『成年後見制度の転用問題』と名付けて、こうした立法政策の問題点を包括的に精査すべきことを主張してきた¹⁷⁾。この「転用」「借用・流用」問題には、「法令上の転用問題」(民法典以外の種々の法律や省令に基づく転用)と「事実上の転用問題」とがあり、法令上の転用問題には、①「欠格条項問題」(本人側の資格・権限の剥奪・制限問題)と②「成年後見人等の権限拡張問題」(後見人側の権限・義務の拡張問題)があるとされる。また、「欠格条項問題の二つの次元」として、(i)「ある法令における欠格条項の存在自体の是非」と(ii)「成年後見の利用を機械的に転用することの是非」とを識別して論ずる必要があるとし、(ii)の主たる問題点として、五点―「成年後見制度の本来の趣旨との矛盾」、「成年後見」制度の適正な利用を阻害する危険性」、「個人的カテゴリーによる画一的判断という手法に潜む問題性」、「転用という手法の形式的基準性から生じる不平等リスク」、「デュー・プロセスに関する問題」―を指摘する。そして、最後に、「いずれにしても、現存する欠格条項すべての全面的な見直しが必要だろう。この際に留意すべきは、わが国が既に障害者権利条約を批准した以上、平

成一年民法改正時よりも、さらに厳格な基準によって欠格条項を見直す必要があるということである。たとえば、現行の根拠法上に個別的能力審査手続が存在しない（平成一一年民法改正時の法務省基準①）というだけでは、もはや正当化は許されず、行政コスト面からの画一的・形式的な審査の必要性（平成一一年民法改正時の法務省基準②）との兼ね合いは残るものの、むしろ、適正な個別的能力審査手続を新設して、本人の現有能力に釣り合わない過剰な能力制限となる成年後見制度の転用を廃止することまでが求められているというべきであろう。」と指摘している。

三 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項に関する憲法学の動向

(一) 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項の合憲性に関する個別具体的検討の懈怠

憲法学は、公務員就任権については、これまで、主として、外国人の基本的人權享有主体性の論点および外国人東京都管理職昇進試験受験資格訴訟との関連で、同権利の憲法上の根拠規定の論点を中心に論議してきた。このため、日本国民の公務員就任権の制約の憲法適合性の判断枠組み・違憲審査基準や、成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項の合憲性については、個別具体的検討を怠ってきたきらいがあることは否めない。

(二) 公務員就任権の憲法上の根拠規定に関する諸学説

明治憲法一九条は、「日本臣民ハ法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得」と規定していた。⁽¹⁸⁾

日本国憲法は、憲法四四条（国会議員の資格）以外の場合について、公務員就任権に関して明示的には規定していな

いが、公務員就任権が憲法上の権利であることにについては、憲法学説上多数の一致がみられる。が、同権利の憲法上の根拠規定の論点等については、必ずしも一致をみていない。¹⁹⁾

以下、主要と思われる諸学説を列記する（なお、学説紹介に際して付した「〇年」という表記は、憲法学説の到達点・現段階を把握するために、極力、最新の文献を引用しようとする趣旨であり、同論者が同「〇年」に同説を初めて提示したという趣旨ではない）。

(1) 憲法二三条後段説（「参政権の権利説」） 佐藤幸治説（二〇一一年）は、国民の統治参加の直接的方法として「公職就任と国家意思決定のための投票など」があるとし、「公職就任」については、憲法四四条は国会議員になる資格に關し定めているが、その他の場合には明示するところがないことを指摘し、「公職就任権」は憲法二三条の補充的適用により根拠づけることができるとして、次のように述べている。「この問題に關し、憲法一四一条一項の『政治的』差別禁止の中に、一般に公職就任の資格が包含されているとされ（A説。小嶋和司）、あるいは、被選挙権、立候補の自由は憲法一五一条一項によって保障されているとされ（B説。判例〔最大判昭和四三年二月四日刑集二卷三号一四二五頁〕）、あるいは、現行憲法の基礎をなす立憲民主制のコロラリーとして構成することが適切であるとされる（C説。大石眞）。しかし、四四条や一四一条一項は間接的であることは否めず、また、公職は選挙にかかるものとは限られないことを考慮しつつ、一つの実体的な主観的権利として構成しようとするれば、上述のように『公的幸福』の側面ももつ『幸福追求権』の補充対象と解すべきであろう（D説）。なお、こうした参政権の一環としての公職就任権としての捉え方に対して、そもそもこのような問題の立て方に反対し、むしろ個人の職業（選択）の自由と捉えるべきであるとする見解がある（渋谷秀樹）。上述のように、公務員の労働基本権や政治活動の自由あるいは外国人の享有主体性の問題を考えると、この

見解にも理解できるところがあるが、公務員制度の特殊性も考慮しなければならない（この点、七三条四号に関連して、・・・四九八頁⁽²⁰⁾）。

(2) 憲法二二条一項説（職業選択の自由説） 市川正人説（二〇一四年）は、諸説に言及した後、「公務就任権」（＝「公務員になることができる資格」）の憲法上の根拠規定に関して、「国や地方公共団体の職務の多くは、非権力的な、国民・住民へのサービスの提供であるという実状からしても、職業選択の自由説が妥当であろう。ただ、そのように公務就任権の性格を捉えるとしても、国民主権・国家主権の見地から、高度な政治的政策的判断や広範な裁量を伴う職や直接国民・住民に対して命令し強制する職などへの就任に国籍要件を課すことは許されるであろう。」と指摘する⁽²¹⁾。

渋谷秀樹説（二〇一三年）は、「政府の政策の企画・執行などの過程に参加することを職務とする公務員となる機会の保障、すなわち、公務就任資格」の憲法上の根拠規定に関して、憲法一五条一項説および憲法一四条一項説を批判した後、「公務員として公務の遂行をなすことがそのひとの『いきがい』であるとして、一三条の保障する幸福追求権に含める説もある〔注七〇で佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院 一九九五年）四六五頁を引用）。しかし、そうすると職務に専念して生計を維持するという経済的側面が軽視されることになる。今や公務員は、生計を維持するための職業の一つとみなすのがむしろ一般的ではないか。とすれば憲法二二条一項に公務就任資格の根拠を求めるべきである〔注七一で、浦部法穂説（二〇〇六年）を引用〕。」と指摘する⁽²²⁾。

高橋和之説（二〇一三年）は、「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。・・・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（国家公務員法二条二項にいう一般職の公務員が中心）は、職務の内容を異にするから、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は参政権ではなく職業選択の自由（二三条一項）の問題と捉え、それを外国人に制限するのは平等権・職業選択の自由の侵害にならないかどうかを考えていくべきだと思われる。」「従来の学説は、公務員になる資格（公務就任権）を参政権の権利と捉え、参政権に関連して説明してきたが、議員という公務に就く資格（被選挙権）は別にして、通常の公務に関しては、参政権というよりはむしろ職業選択の自由の問題と考えた方がよいように思われる。」と指摘する。⁽²³⁾

(3) 立憲民主制のコロラリー説 大石眞説（二〇二二年）は、「公職就任権」（＝「個々の国民自身のみならずから国家意思を形成し又は決定する公務に直接に就くことのできる地位・能力」）につき、「この権利を国民一般にみとめることは、国政担当者特定の者のみに固定した絶対制の論理を否認する立憲民主主義の一つの眼目でもあり、同権利の憲法上の根拠規定としては「現行憲法の基礎をなす立憲民主制のコロラリーとして構成することが適切であろう」、と指摘する。⁽²⁴⁾

(4) 憲法一五一条一項説 最大判昭和四三年一月四日は、「憲法一五一条一項には、被選挙権者、特にその立候補の自由について、直接には規定していないが、これもまた、同条同項の保障する重要な基本的人権の一つと解すべきである」と述べたが、公務員就任権それ自体について（また、被選挙権、立候補の自由、公務員就任権との異同について）述べたものではない。⁽²⁵⁾ 憲法一五一条一項説としては、長尾一紘説（二〇一一年）がみられる。⁽²⁶⁾ なお、憲法一五一条一項により根拠づけられるのは、公務員就任権のうち選挙を媒介とするものに限定されることになるであろう。このため、一般職の国家・地方公務員の公務員就任権の憲法上の根拠規定として憲法一五一条一項を援用するのは困難であろう。

(5) 憲法一四条一項説 小嶋和司説（一九八七年）は、憲法一四条一項は、「公職就任資格における平等」の保障」をも含んでいると解されている」と指摘する²⁷⁾。

四 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項の合憲性の検討において参照しうる関連判例

成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項の合憲性について直接的に述べた最高裁判例・下級審裁判例はみあたらない。この合憲性の検討において参照しうる関連判例としては、前記の憲法二二条一項説（「職業選択の自由説」）との関連では、最大判昭和五〇年四月三〇日（薬事法薬局開設距離制限規定違憲判決²⁸⁾）、をあげることができよう。

憲法一三条説（「参政権的権利説」）との関連では、憲法一五条等により保障される「選挙権及びその行使」の制約については「やむを得ない事由」基準が妥当するとした最大判平成一七年九月一四日をあげることができよう。また、成年被後見人の選挙権欠格条項を、平成一七年大法院判決の判断枠組みを踏まえて慎重に吟味し、これを法令違憲とした東京地判平成二五年三月一四日（前述）をあげることができよう。

五 成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項を定める地方公務員法・国家公務員法の諸規定の合憲性

（一）憲法事例問題（被保佐人に関する一般職地方公務員受験資格否定・自動失職事件）

成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項を争う憲法訴訟は、こんにちまで提起されていない。考察の便宜の

ために、想定しうる憲法訴訟の一例（被保佐人に関する一般職地方公務員受験資格否定・自動失職事件）を憲法事例問題として、以下に掲げることとする。

憲法事例問題——【事例1、事例2、事例3の各事例】のもとで、【設問1】および【設問2】について解答しなさい。

【設問1】事例1、事例2、事例3の各事例において、A、B、Cの訴訟代理人は、依頼人の要望を実現するために、どのような訴訟形式を用いるべきか、また、その訴訟形式において、どのような憲法上の主張を行うべきかについて、述べなさい。

【設問2】この訴訟における被告側（Y₁、Y₂、Y₃市側）の反論についてポイントのみを簡潔に述べた上で、あなた自身の見解を述べなさい。

【事例1】A（成年者）は、Y₁市の一般職地方公務員として働きたいという希望をもっている。そして、Aは、最近、若年性認知症の疑いがあるとの診断を受けたことや、計算能力が十分でないところがあることから、将来の人生設計として、民法の成年後見制度を利用するため保佐開始の申立て（民法一条～一四条、一九条参照）をした方がよいと考えている。しかし、障がい者支援団体から、「家庭裁判所による保佐開始の審判を受けて被保佐人になると、地方公務員法一六条一号により一般職地方公務員競争試験を受けることができなくなる」旨の情報提供・アドヴァイスを受けた。Aは、法律事務所を訪れ、「成年後見制度を利用し、かつ、一般職地方公務員競争試験を受験することができるようにするための法的手段はないものか、また、裁判で争うことは可能か」との法律相談を行った。

【事例2】B（成年者）は、Y₂市で一般職地方公務員競争試験を受け、採用され、これまで働いてきた。そして、Bは、最近、若年性認知症の疑いがあるとの診断を受けたことや、計算能力が十分でないところがあることなどから、将来の人生設計として、民法の成年後見制度を利用するため保佐開始の申立てをした方がよいと考えている。しかし、障がい

者支援団体から、「家庭裁判所による保佐開始の審判を受けて被保佐人になると、地方公務員法二八条四項により当然失職・自動失職になる」旨の情報提供・アドヴァイスを受けた。Bは、法律事務所を訪れ、「成年後見制度を利用し、かつ、当然失職にならず、現在有している職務担当能力がある限り働き続けることを確保するという法的手段はないものか、裁判で争うことは可能か」との法律相談を行った。

【事例3】C（成年者）は、Y₃市で一般職地方公務員競争試験を受け、採用され、これまで働いてきた。そして、Cは、最近、若年性認知症の疑いがあるとの診断を受けたことや、計算能力が十分でないところがあることなどから、将来の人生設計として、民法の成年後見制度を利用するため、自ら保佐開始の申立てを行い、家庭裁判所による保佐開始の審判を受け被保佐人となった。その後もCは、職務担当能力の点では変化・支障を感じることなく引き続き働いていた。しかし、Y₃市から、突然、「被保佐人となったので地方公務員法二八条四項の適用により失職となりました」旨の通知を受けた。Cは、法律事務所を訪れ、「成年後見制度を利用しつつ、これまで同様、引き続き、Y₃市で一般職地方公務員として、職務担当能力がある限り働き続けることを確保するという法的手段はないものか、裁判で争うことは可能か」との法律相談を行った。

(二) 憲法訴訟における審査項目

憲法訴訟における審査項目は、たとえば、次の五つに大別することが可能である。⁽²⁰⁾

審査項目Ⅰ―①訴訟当事者が援用する憲法条文により保障される憲法上の権利利益の内容の審査、および、②争われる当該公権力の行為（法令、行政処分など）は当該憲法上の権利利益を制約するものととらえられるか（および、当該制約は当該憲法上の権利の直接的制約か間接的な制約かなど）の審査。

審査項目Ⅱ―当該憲法上の権利利益を制約する当該公権力の行為の法令上の根拠規定の有無・十分性の審査（行政活動に対する立法部による授権の原則・憲法四一条等）、当該行政処分等の直接の根拠規定となっている行政規則は法律の委任の範囲内にあるかの審査（憲法七三条六号、国家行政組織法二三条）、当該根拠規定となっている条例は法律の範囲内にあるかの審査（憲法九四条、地方自治法一四条・一五条）。

審査項目Ⅲ―目的審査（当該憲法上の権利利益の制約目的の確定とその正当性の審査）。

審査項目Ⅳ―手段審査（当該制約目的を達成するための手段の確定とその正当性の審査）。

審査項目Ⅴ―救済方法の審査（当該憲法上の権利利益の制約が違憲と判断された場合に付与されるべき救済方法の審査）。

なお、論者により、審査項目Ⅱは「形式的正当化」レベル、審査項目ⅢおよびⅣは「実質的正当化」レベルと称されている。^{③〇}

（二）一般職地方公務員の公務員就任権の憲法上の根拠規定

前述の現在の憲法学説の動向に照らせば、一般職地方公務員の公務員就任権の憲法上の根拠規定としては、少なくとも、憲法二三条一項、憲法一三条を援用することが可能であろう。

（四）訴訟形式

【事例Ⅰ】については、Aは、Y市を被告としてY市の一般職公務員採用試験受験資格確認訴訟（行政事件訴訟法四条後段）を利用することになろう。この事例では未だ保佐開始の審判が下されていない段階にあるゆえ、確認訴訟における即時確定の利益がないとしてこの確認訴訟は不適法であるとの被告側の反論を想定できないではない。が、若年性認

知症の疑いがあるとの診断に直面して早期の人生設計を行うことが極めて重要であり、若年性認知症が漸次的に（次第に、段々と）進行することや、保佐開始の申立て前の段階からの準備の必要性などを考慮すると、この段階でも、憲法上の権利利益の侵害を防止するための実効的司法的救済を付与するとの見地から、地方公務員法一六条一号の違憲性を主張し、AはY₁市の一般職地方公務員採用試験の受験資格を有することの確認を求める訴訟（行政事件訴訟法四条後段）を肯定することができないかが、検討されるべきであろう。

なお、保佐開始の審判を受けた後、被保佐人としてAが同受験資格確認訴訟を提起することは許容されよう。

【事例2】については、Bは既にY₂市の一般職地方公務員に採用されているため、その法的利益（一般職地方公務員として現在有している「職務担当能力がある限り働き続けるという権利利益」）の確保のため、地方公務員法二八条四項の違憲確認訴訟の形式を援用することができないかが検討されるべきであろう。この関連で、最大判平成一七年九月一四日（前述）における「第三 確認の訴えについて」の判示部分は、法令の違憲・違法確認訴訟をどの範囲で肯定する余地を示すものかの検討が必要になってこよう。^{③1}

【事例3】については、Cの失職は失職事由と同時に法令上発生し、Cに対する失職通知は行政処分ではないと判示されている（最三小判平成元年一月一七日）^{③2}ことに照らせば、Cは、Y₃市との間に雇用関係が継続していることの確認訴訟（行政事件訴訟法四条後段）を提起し、地方公務員法二八条四項が違憲であるとの主張を行うことになろう。

(五) 憲法適合性の判断枠組み・違憲審査基準

(1) 立法目的の確定と審査

地方公務員法一六条一号等・国家公務員法三八条一号等の成年後見制度を借用する公務員就任権欠格条項の立法目的

については、必ずしも明らかではない。国家公務員法制定当時の一九四七年の解説書『国家公務員法の解説』³⁹⁾では、「この二つの事由（三八条一号「禁治産者及び準禁治産者」および二号）は、衆議院議員の選挙権及び被選挙権の欠格条項と同一であつて、国民の代表たる衆議院議員になることのできない者、及びそれを選挙することのできない者は、等しく国民の奉仕員となることができないとするのが適当であらう」（旧漢字は新漢字に直した）と解説されている。ここには、国民の選挙権・被選挙権の資格と公務員（「国民の奉仕員」）になるための資格とを連動させて位置づける考え方がうかがわれる。しかし、前述のように、成年被後見人の選挙権を制限していた公職選挙法一条一項一号は、二〇一三年の東京地判平成二五年三月一四日より憲法一五条等に違反する旨判示され、この後の法改正により同一号は削除され、現行法のもとでは、成年被後見人も選挙権・被選挙権を行使しうる状況になっている。こうした違憲判決・法改正の展開過程に照らせば、一九四七年当時の上記の解説をこんにちの時点において受け入れることは困難であらう。

そこで、国家公務員法三八条柱書・地方公務員法一六条柱書の立法目的は、△公職（公務）遂行能力を欠く一般職公務員を除外すること▽にあると仮に想定して、以下論を進めることとする。

この立法目的自体については（憲法一三条説や憲法二二条一項説のいずれにおいても）、直ちに正当でないことが明らかに違憲の目的であるとするとは困難であらう。

(2) 立法目的達成手段の審査1——憲法一三条説の立場からの立論方法の一例

憲法一三条説の立場からは、地方公務員法・国家公務員法の成年被後見人・被保佐人の公務員就任権の制限規定の憲法適合性審査においては、最大判平成一七年九月一四日の「やむを得ない事由」基準に準ずる厳格な基準が妥当すべきであると立論することになろう。

そして、当該一般職地方公務員（および受験希望者）の公務担当・遂行能力を個別的に評価判定するという手段・方法ではなく、成年後見制度を借用する形での一律画一的な手段・方法は「やむを得ない事由」基準を充足するとはいい難いであろう。

(3) 立法目的達成手段の審査2——憲法二二条一項説の立場からの立論方法の一例

憲法二二条一項適合性の判断枠組みとしては、薬事法違憲大法院判決を踏まえた立論が可能である。同大法院判決の基本構造・骨組みは、以下のとおりである（番号、見出し、「」の判決文抜粋の中の傍線およびゴチック体は、筆者が追加）。

I 憲法二二条一項が保障する権利の内容 II 「職業の自由」（「狭義における職業選択の自由」および「職業活動の自由」）

「職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。」。憲法二二条一項が「職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものということができる。そして、このような職業の性格と意義に照らすときは、職業は、ひとりその選択すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。」

II 「職業の自由」の制約の憲法二二条一項適合性の判断枠組み

1 比較考量（衡量）の手法

「もつとも、職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大

さいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請が¹つよく、憲法二二条一項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実には職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によっては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法二二条一項という公共の福祉のために要求されるものとしては認められるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の（立法府の）合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。

2 職業の許可制の憲法適合性の判断枠組み

(i) 「一般に（職業の）許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」。

(ii) 職業の許可制のような職業の自由に対する強力な制限の目的が消極的目的である場合の当該許可制の憲法適合性の判断枠組み

「また、それが〔職業の許可制のような職業の自由に対する強力な制限が〕社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措施である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができな」と認められることを要するもの、というべきである。そして、この要件は、許可制そのものについてののみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。」

3 薬事法における職業の許可制の憲法適合性

(i) 許可制そのものの憲法適合性

「不良医薬品の供給（不良調剤を含む。以下同じ。）から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要な合理的措置として肯認することができる」（最高裁昭和三八年（あ）第三二七九号同四〇年七月一四日大法廷判決・刑集一九卷五号五五四頁、同昭和三八年（オ）第七三七号同四一年七月二〇日大法廷判決・民集二〇卷六号一二二七頁参照）。

(ii) 許可条件の憲法適合性

「薬事法六条（この規定は薬局の開設に関するものであるが、同法二六条二項において本件で問題となる医薬品の一般販売業に準用されている。）は、一項一号において薬局の構造設備につき、一号の二において薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数につき、二号において許可申請者の人的欠格事由につき、それぞれ許可の条件を定め、二項においては、設置場所の配置の適正の観点から許可をしないことができる場合を認め、四項においてその具体的内容の規定を都道府県の条例に譲っている。これらの許可条件に関する基準のうち、同条一項各号に定めるものは、いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性和合理性を肯定しうるものである（前掲各最高裁大法廷判決参照）」のに対し、二項に定めるものは、このような直接の関連性をもつておらず、本件において上告人が指摘し、その合憲性を争っているのも、専らこの点に関するものである。それ故、以下において適正配置上の観

点から不許可の道を開くこととした趣旨、目的を明らかにし、このような許可条件の設定とその目的との関連性、及びこのような目的を達成する手段としての必要性和合理性を検討し、この点に関する立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えないかどうかを判断することとする。」

4 薬局の適正配置規制規定の合憲性

(i) 立法目的の確定と審査

薬事法六条二項、四項の適正配置規制は、立法提案の理由によると「主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置」である。この消極的目的は「それ自体としては重要な公共の利益ということができる」。

(ii) 立法目的達成手段の審査

「薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の（消極的）目的を達することができない」かについて検討すれば、①「薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、**実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的效果を有するものである**。」②「現行法上国民の保健上有害な医薬品の供給を防止するために、薬事法は、医薬品の製造、貯蔵、販売の全過程を通じてその品質の保障及び保全上の種々の嚴重な規制を設けているし、薬剤師法もまた、調剤について厳しい遵守規定を定めている。そしてこれらの規制違反に対しては、罰則及び許可又は免許の取消等の制裁が設けられているほか、不良医薬品の廃棄命令、施設の構造設備の改修命令、薬剤師の増員命令、管理者変更命令等の行政上の是正措置が定められ、更に行政機関の立入検査権による強制調査も認められ、このような行政上の検査機構として薬事監視員が設けられている。これらはいずれも、薬事関係各種業者の業務活動に対する規制として定められているものであり、刑罰及び行政上の制裁と行政的監督のもとでそれが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができるはずである。」。「このような予防的措置（不良医薬品の供給による国民の保健に対する危険を完全に防止するための万全の措置として違反の原因となる可能性のある事由をできからぎり除去する予防的措置）として職業の自由に対する大きな制

約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上は認められるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とするといふべきである。」「競争の激化―経営の不安定―法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとすることは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない。」「薬局等の設置場所の地域的制限の必要性和合理性を裏づける理由として被上告人の指摘する薬局等の偏在―競争激化―一部薬局等の経営の不安定―不良医薬品の供給の危険又は医薬品乱用の助長の弊害という事由は、いずれもいまだそれによつて右の必要性和合理性を肯定するに足りず、また、これらの事由を総合しても右の結論を動かすものではない。」「無薬局地域等の解消を促進する目的のために設置場所の地域的制限のような強力な職業の自由の制限措置をとることは、目的と手段の均衡を著しく失するものであつて、とうていその合理性を認めることができない。』

「以上のとおり、薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法六条二項、四項（これらを準用する同法二六条二項）は、不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものといふことができないから、憲法二二条一項に違反し、無効である。」

右の大法廷判決の判断枠組み・違憲審査基準を踏まえて、成年被後見人・被保佐人の「職業の自由」の制約の合憲性について検討すれば、次のような立論が導出されることになる。

第一に、「強力な制限」を正当化する「重要な公共の利益」の有無について検討する。

成年被後見人・被保佐人の一般職公務員受験資格欠格条項は「職業の開始の自由」の制限に該当し、そして、同自動失職条項は「職業の継続の自由」の制限に該当し、いずれも「狭義における職業選択の自由」の制約であり、「職業の自由に対する強力な制限」であるため、「その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために

必要かつ合理的な措置であることを要」する。同欠格条項の制約目的としての「公職（公務）遂行能力を欠く一般職公務員を除外すること」という目的は、直ちに「重要な公共の利益」でないことが明らかであるとは言い難いであろう。

第二に、「強力な制限」が消極的目的による場合において、「より制限的でない制約手段」が存在するかについて検討する。

「公職（公務）遂行能力を欠く一般職公務員を除外すること」という制約目的は、典型的には（消極的目的、租税収入確保目的、積極的目的のうちの⁽³⁴⁾）、消極的目的（または積極的目的でも税収確保目的でもない目的）であると考えられることができる。この消極的目的であるとの認定を前提とすれば、「狭義における職業選択の自由」の制約という現行法の「強力な制限」につき、現行法の制約手段（＝成年後見制度を借用し後見開始・保佐開始審判により成年被後見人・被保佐人となった場合は一律的画一的に一般職公務員就任資格を剥奪し、一般職公務員として働き続ける機会を一律的画一的自動的に剥奪するという手段）よりも「より制限的でない手段」ではこの（消極的な）制約目的を達成できない場合に限り合憲となると解せられることになる。が、現行の公務員法は、上記欠格条項以外に同目的を達成する手段とならうる「より制限的でない制約手段」、すなわち、一般職公務員応募者の公務遂行能力の個別的判定により「職業の開始」の可否を決する手段Ⅱ一般職公務員の競争試験制度、および、公務遂行能力の事後的喪失の個別的判定により「職業の継続」の可否を決する手段（地方公務員法二八条一項等）をすでに設けている。したがって、現行の一般職公務員の公務員就任権欠格条項という一律画一的制約手段は、過度の制約として憲法二二条一項に違反すると解せられることになる。

(4) 立法目的達成手段の審査3——東京地判平成二五年三月一四日に依拠する立場からの立論方法の一例

東京地判平成二五年三月一四日の判断枠組みにおける「選挙権」を「公務員就任権」に置き換えて読み熟考すると、以下のような示唆的な立論が導出されるように思われる。

成年後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項の憲法一五条等適合性①「成年後見制度は国際的潮流となっている高齢者、知的障害者及び精神障害者等の自己決定の尊重、残存能力の活用及びノーマライゼーションという新しい理念に基づいて制度化されたものであるから」成年被後見人・被保佐人の公務員就任権「の制限についても同制度の趣旨に則って考えられるべき」であり、多種多様な職務（公務）の中のある特定の職務（公務）について職務（公務）担当能力を有しうる成年被後見人・被保佐人から一般職公務員採用試験受験資格を一律的画一的に剥奪することは「成年後見制度が設けられた上記の趣旨に反するものであること」（判例時報二七八号一五頁二段）、②後見開始・保佐開始「の可否の際に判断される能力は、その制度趣旨とされる本人保護の見地から『自己の財産を管理・処分する能力』を判断することが予定されているのであって、そのようないわゆる財産管理能力の有無や程度についての家庭裁判所の判断が」多種多様な職務（公務）の中のある特定の職務（公務）を担当「するに足る能力があるか否かという判断とは、性質上異なるものであることは明らかである」こと（同二二頁一段―二段）、③「成年後見制度を借用する以外の方法を採用すること」が容易か否か（同二六頁三段）について検討すると、一般職職員採用・選考について応募者の特定の職務（公務）担当遂行能力の個別的判定の方法が法律上採用されており、免職についても個別的判定の方法が法律上設けられていること（たとえば、地方公務員法二八条一項は「心身の故障のため、職務の遂行に支障があり、又はこれに堪え得ない場合」（二号）や「前二号に規定する場合の外、その職に必要な適格性を欠く場合」（三号）には、その要件の個別的判定に基づき、当該職員を「その意に反して、これを降任し、又は免職することができると規定していること）等を総合考慮するとき、現行の欠格条

項はきわめて違憲の疑いの濃いものであることは否めないように思われる。

(六) 私見（試論）

以上の検討によれば、△公職（公務）担当遂行能力を欠く一般職公務員を除外すること▽という立法目的を達成するための手段として、成年被後見人・被保佐人「概念を借用し、公務担当能力の個別的判定という手段・方法ではなく、一律的画一的に当該公職（公務）担当遂行能力を欠く者として処遇することは、当該立法目的との間の合理的関連性を欠き、過剰包摂・過度の制約として違憲といわざるをえないのではなからうか。

なお、念のために付言すれば、「判断能力が十分でない成年者」は、本件憲法訴訟において△当該公務担当能力の有無程度にかかわらず優先的に雇用されるべきである旨の主張▽を行っているのではない。△個人の公務担当能力の個別的判定に基づく処遇ではなく一律画一的に公務員就任権を否定するという処遇の仕方は、憲法一三条を根拠とする「基幹的な自己人生創造希求権」の保障の要求および「個人の尊重原理に適合した適正な処遇をうける権利」の保障の要求に反するとの主張▽が、この問題の核にあることを踏まえた憲法解釈論が求められるように思われる。⁽³⁶⁾この立場からすれば、人間として一個人として国民主権の担い手の一人として自己人生創造希求（私的幸福および公的幸福の希求）の営みを行おうとする際に一律的画一的にその機会を剥奪するという法制度は、個人の尊厳・人間存在を否定するとのメッセージを伴っていることは否めない。このことからすると、このような法制度（成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠缺条項）は、憲法一三条にも違反するといわざるをえないように思われる。最近の最高裁大法廷判決にこのようなステイグマ（劣等の烙印）⁽³⁶⁾のメッセージを伴う法制度を違憲とし個人の尊重・尊厳原理を確認することの重要性を指摘するものがあることにも、留意されるべきである。

おわりに

本稿は、表題の重要な憲法問題の検討の緒についたにすぎず、資料的覚え書きにとどまる。

①判断能力が十分でない成年者の公務員就任権につき具体的イメージを把握するために、多種多様な職務（公務）の洗い出し作業が必要であり、②（批准した）障がい者権利条約二九条(a)(ii)（障害者が「政府のあらゆる段階において実質的に在職し、及びあらゆる公務を遂行する権利を保護すること」に関する定め）や障害者の雇用の促進等に関する法律（昭和三五五年法律第一二三号、最終改正…平成二六年六月一三日法律第六九号）三八条（国・地方公共団体の任命権者は「身体障害者又は知的障害者の採用に関する計画を作成しなければならない」旨の規定）と成年被後見人・被保佐人の一般職公務員就任権欠格条項とは矛盾してないかの検討、③前記の障がい者雇用促進法の実施過程において、厚生労働省は、若年性等認知症者・知的障害者・精神障害者の公務員としての採用・雇用の実態の調査も行うべきであること、④憲法訴訟の提起は判断能力が十分でない成年者（や家族）のプライバシー権の制約（放棄）を伴わざるを得ないため、訴訟以外の実効的な非司法的救済方法を探求することなど、憲法解釈論上・立法論上の多くの検討課題が残されている。

（１） 本稿は、竹中勲「成年被後見人・被保佐人の公務員就任権欠格条項をめぐる憲法問題」村田彰先生還暦記念『現代法と法システム』（酒井書店、二〇一四年）五一頁以下に、加筆したものである。

（２） 竹中勲「高齢者の人権と憲法学」（二・一・元）座談法学二八卷三・四号（二〇〇五年）二二頁以下参照。
権保障・憲法学」法律時報七七卷五号（二〇〇五年）二二頁以下参照。

（３） 竹中勲「判断能力が十分でない成年者と基本的人権」同志社法学六四卷七号（通巻三六〇号）（二〇一三年）一二七頁以下参照。

（４） 民法法学・成年後見法学において、村田彰教授は、いちはやく、成年後見制度を借用する欠格条項の問題の検討に着手され、同「禁治産」・準

禁治産」制度の各種法令上の効果」法と精神医療七巻八号（一九九四年）八四頁以下では、禁治産者の選挙権制限制度の廃止を提案し、オーストリア、ノルウェー、フィンランドでは精神疾患を理由として選挙権は制限されていないことを紹介した。また、同「特別法との関係」須永淳編『被保護成年者制度の研究』（勁草書房、一九九六年）九九頁以下、同「資格制限」判例タイムズ九六一号（一九九八年）三三頁以下、同「本人に対する資格制限」判タ九七二号（一九九八年）三二頁以下、同「補助制度と資格制限」東京経大会誌二二七号（二〇〇〇年）一一頁以下参照。

（5） 竹中勲「成年後見制度と憲法」法学教室一九二号（一九九六年）五三頁。

（6） 伊藤正志「成年後見制度の創設に伴う公職選挙法等の改正について」選挙時報四九巻四号（一九九九年）二三頁以下、二九頁。

（7） 最大判平成一七年九月一四日民集五九巻七号二〇八七頁。なお、杉原則彦「最高裁判所判例解説民事篇平成一七年度」（法曹会、二〇〇七年）六〇三頁参照。

（8） 竹中勲「成年被後見人の選挙権の制約の合憲性」公職選挙法二一条一項一号の合憲性」同志社法学六一巻三三三号（通巻三三五号）（二〇〇九年）一五九—一六四頁。

（9） 有田伸弘「成年被後見人の選挙権」関西福祉大学社会福祉学部研究紀要二二二（二〇〇九年）一九頁以下、同「アメリカ合衆国における『成年被後見人選挙権剥奪』の正当化理由の変遷」関西福祉大学社会福祉学部研究紀要一六巻一号（二〇一二年）一頁以下、同「『成年被後見人選挙権回復訴訟判決』についての若干の考察」東京地裁平成二五年三月一四日判決、平成二三年（行ウ）第六三三号選挙権確認請求訴訟事件」関西福祉大学社会福祉学部研究紀要一七巻一号（二〇一三年）一頁以下参照。

（10） 東京地判平成二五年三月一四日判例時報二二七八号三頁。本判决の評釈としては、たとえば、戸波江・早稲田法学八八巻四号（二〇一三年）一頁、杉浦ひとみ・賃金と社会保障一九九〇号（二〇一三年）一七頁、今川泰緒・賃金と社会保障一九九〇号（二〇一三年）四八頁、有田・前掲注（9）、小島慎司・判例セレクト二〇一三（一）法学教室四〇二号別冊（二〇一四年）一一頁、中山茂樹・ジュリスト一四六六号（二〇一四年）二八頁、武川真固・高田短期大学紀要三三二号（二〇一四年）一五頁、村重慶一・戸籍時報七〇九号（二〇一四年）八四頁、榎透・判例評論六五九号（判例時報二〇〇二二二）一四八頁、葛西まゆこ・大東法学三三巻一号（二〇一三年）三頁、井上亜紀・実践成年後見四七号（二〇一三年）九九頁、三宅裕一郎・法学セミナー七〇一号（二〇一三年）一一四頁参照。

（11） 最大判平成一七年一月二六日民集五九巻一号二八頁、判例時報一八八五号三頁。なお、この大法廷判決の射程について注意すべきであろう。本件は東京都に保健婦として採用されていた外国人職員の昇任についての管理職選考受験資格に関する事案であり、本判决は、地方公共団体が日本国民である職員に限って管理職に昇任できることとする措置を執ることは労働基準法三条、一四条一項に違反しないと判断したにとどまる。「外国人

の公務員就任権は憲法上保障されているか」という論点それ自体については述べておらず、また、「日本国民の公務員就任権は憲法上保障されているか（および、保障されているとされる場合の憲法上の根拠規定いかなど）」の論点について述べたものではない。本判決の射程を同様にとらえるものとして、たとえば、高世三郎『最高裁判所判例解説民事篇平成一七年度』（二〇〇八年）六〇頁、七三頁、および、野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』（有斐閣、二〇一一年）四〇六頁参照。

- (12) 成年後見制度の憲法上の位置づけについては、竹中「成年被後見人の選挙権の制約の合憲性」前掲注(8) 一三七―一四二頁、同「判断能力が十分でない成年者と基本的人権」前掲注(3) 一三七―一三九頁参照。

- (13) 「京都市職員の分限に関する条例」(昭和二十六年一月一日、条例第三六号) については、<http://www.city.kyoto.jp/sonu/bunso/REIJSY/reikuhonbun/k1020227001.html>参照。

- (14) 細川瑞子「知的障害者の成年後見の原理（第二版）―「自己決定と保護」から新たな関係の構築へ―」（信山社、二〇一〇年）三〇五頁以下（二〇〇七年一月に成年後見法学会制度改正委員会へ報告）、三一九頁（二〇〇九年二月の民事法務協会ヒアリングで述べた意見）参照。また、佐藤彰一「その人らしく生きる―成年後見 自己決定からコミュニティフレンドまで」（Sプランニング、二〇〇九年）四一―四二頁参照。

- (15) 「国家公務員法・地方公務員法における欠格条項の見直しを求める意見書」（三重県議会。平成二十二年六月三〇日）については、<http://www.pref.mie.lg.jp/KENGOKA/katsudou/honkai/ken2009/2009-1-37.htm>参照。

- (16) 市民公開シンポジウム「成年被後見人が受ける一七〇を超える権利制限 選挙権は回復したけれど…普通の市民として歩める社会をめざして―」（二〇一三年十一月二八日）のリーガルサポートによる開催報告の概要については、<http://www.legal-support.or.jp/act/symposium.doc/20131116honkoku.pdf>参照。「成年後見制度を借用する」制限規定一覧」については、<http://www.legal-support.or.jp/act/symposium.doc/20131116seigenhou.pdf>参照。また、井上具美子「成年被後見人が受ける一七〇を超える権利制限―実践成年後見四九号（二〇一四年）八八頁以下、「市民公開シンポジウム『成年被後見人が受ける一七〇を超える権利制限』月報司法書士五〇五号（二〇一四年）八八頁以下、小林昭彦・原司『平成一一年民法一部改正法等の解説』（法曹会、二〇一二年）五三七頁以下参照。

- (17) 上山泰「欠格条項制度に関する覚書―『成年後見制度の転用問題』の視点から」村田彰先生還暦記念『現代法と法システム』（酒井書店、二〇一四年）九三頁以下、同「成年後見制度の転用問題(12) 月報司法書士五一〇号四八頁以下、五一二号四八頁以下（二〇一四年）、同「身上監護に関する決定権限―成年後見制度の転用問題を中心に―」成年後見法研究七号（二〇一〇年）四一頁以下、同「専門職後見人と身上監護（第三版）」（民事法研究会、二〇一五年）三三〇頁以下、同「制限行為能力制度の廃止・縮減に向けて」成年後見法研究八号（二〇一二年）二九頁以下、同「公職

選挙法改正と成年後見制度の転用問題」週刊社会保険二七三二号（二〇一三年）四四頁以下参照。

- (18) 伊藤博文・宮沢俊儀校註『憲法義解』（岩波書店、一九四〇年）四七―四八頁では、明治憲法一九条について、門地・門閥の弊を克服し「就官の平等」につき定めたもの、但し、法律命令を以て定むる所の相當資格、即ち年齢・納税及試験能力の諸般資格は仍官職及公務に就く要件たるのみ、「特別の規定あるに依るの外、外國臣民に此の權利を及ぼさざる」と知るべきなり」などの解説が付されている。また、杉村章三郎『官吏法』（日本評論社、一九四〇年）九四頁以下、富井幸雄「公務就任権―明治憲法一九条の残影」法学新報一九九卷七・八号（二〇一三年）四七九頁以下参照。
- (19) なお、渡辺康行「地方公務員の自動失職事件」木下智史ほか編著『事例研究憲法（第二版）』（日本評論社、二〇一三年）四五―一頁は、「公務就任権も職業の自由によって保護されているというのが、現在の通説的な考え方である」とするが、同権利の憲法上の根拠規定および同権利の制約の憲法適合性の判断枠組み・違憲審査基準等につき、学説上決着がついているわけではない。

- (20) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）一九四―一九五頁。また、「公職就任権」に関する具体的な法制について、「国民は国会議員のみならずその他の公職に就任する権利を有するが、それぞれの公職の特性に応じて法律に一定の資格要件が設けられている（国会議員などの被選挙権に関しては、・・・四〇一頁。一般職の任用については、国家公務員法三三条は、同法および人事院規則の定めるところにより、受験成績、人事評価またはその他の能力の実証に基づいて行うものとしている。また、裁判官の任命資格については、裁判所法に定めがある）。なお、導入された裁判員制度に関しては、一般国民にとって、憲法に潜在していた権利の顕在化とみることができる。」（三八〇―三八一頁）との指摘があるが、国家公務員法三八条一号等（欠格条項）の合憲性に関する記述はみられない。

- (21) 市川正人『基本講義 憲法』（新世社、二〇一四年）七六―七七頁、二三―四頁。

- (22) 渋谷秀樹『憲法（第三版）』（有斐閣、二〇一三年）五〇四頁。浦部法穂『全訂憲法學教室（全訂第二版）』（日本評論社、二〇〇六年）五〇六頁は、「公務就任権」のうち「みずからが公務員となって政策決定・執行に直接携わる権利」は、「国民の政治参加の権利」の「内容」、「参政権の一つの内容」をなすが、「公務就任権についても、公務にはさまざまな種類のものがあることから、そのすべてが政策の決定・執行に直接かわるものとはいえず、したがって、公務就任権のいっさいを参政権として位置付けるのは、適当ではない。行政事務を担当する普通の公務員になる権利は、参政権というよりも、むしろ、職業選択の自由としてとらえられるべきである。」と指摘する。なお、浦部説や渋谷説においては、国家公務員法三八条一号等（欠格条項）の合憲性に関する記述はみられない。

また、初宿正典『憲法2基本権』（成文堂、二〇一〇年）は、「公務員になる権利（公務就任権）は、広義では参政権の一種とさえいえないわけではないが、これを公務員という『職業』に就く権利と考えれば、これを職業選択の自由（第二二条一項）に包摂される権利の一つと言うこともできよう。」

(八二頁)、「日本国憲法は、明治憲法(第一九条)とは異なつて、《公務員就任権》(公職就任権)を明文では保障していない。《公務員》も職業の一部であり、それゆえ、たとえば競争試験を受けて国家公務員になる自由も、自己の職業を選択する自由と解することができるとすれば、公務員就任権も《職業選択の自由》条項によつて根拠づけられることになる(同旨『阪本・憲法Ⅱ一九七頁』)とした後、「公権力は国民の《公務員》への就任に当たつて、それぞれの《公務員》の性質や応募者の適性を選別の基準とする以外には国民に公務への就任を選択する自由(すなわち公務員という職業を選択する自由)を奪つてはならない、という意味では、これを端的に職業選択の自由の一部と解すれば十分であるように思われる。」(二三八―三三九頁)と指摘する。阪本昌成『憲法理論Ⅱ』(成文堂、一九九三年)一九七頁は、「日本国憲法は『公務員就任権』なる基本権を保障していない、と理解すべきである。・・・『公務員就任権』と通称されてきた権利は、二二条の職業選択の自由として処理すれば足ると考える。すなわち、『公務員就任権』と呼ばれてきた利益は、参政権の一つではなく、就任にあつて職務の性質と、応募者の能力・適性以外の選別基準を国家は設定できない、という妨害排除請求(自由)権であると理解すれば足りる」と指摘する。なお、阪本説や初宿説では、国家公務員法三八条一号等(欠格条項)は「就任にあつて職務の性質と、応募者の能力・適性」という「選別基準」の二内容として憲法二二条一項違反とならないことになるのか、必ずしも明らかではない。

(23) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第三版)』(有斐閣、二〇一三年)九〇―九一頁、二八三頁。この高橋説は浦部説(前掲注(22)参照)と類似のものであるといえよう。

(24) 大石眞『憲法講義Ⅱ(第二版)』(有斐閣、二〇一二年)二八八頁。なお、「公職就任権がどのように制度として具体化されるかについては、明治憲法も示唆しているように、基本的には法律の定めるところに委ねられる。現に、一般職の国家公務員に関する試験・任免などの官職の基準は、詳しく法定されている(国公二七条以下など参照)」との指摘がみられるが、国家公務員法三八条一号等(欠格条項)の合憲性に関する記述はみられない。

(25) 最大判昭和四三年二月四日刑集三卷一三三―一四二五頁、判例時報五三七号一八頁は、「憲法二五条一項は、『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。』と規定し、選挙権が基本的人権の一つであることを明らかにしているが、被選挙権または立候補の自由については、特に明記するところはない。ところで、選挙は、本来、自由かつ公正に行なわれるべきものであり、このことは、民主主義の基盤をなす選挙制度の目的を達成するための基本的要請である。この見地から、選挙人は、自由に表明する意思によつてその代表者を選ぶことにより、自ら国家または地方公共団体等の意思の形成に参与するのであり、誰を選ぶかも、元来、選挙人の自由であるべきであるが、多数の選挙人の存する選挙においては、これを各選挙人の完全な自由に放任したのでは選挙の目的を達成することが困難であるため、公職選挙法は、自ら代表者にならうとする者

が自由な意思で立候補し、選挙人は立候補者の中から自己の希望する代表者を選ぶという立候補制度を採用しているわけである。したがって、もし、被選挙権を有し、選挙に立候補しようとする者がその立候補について不当に制約を受けるようなことがあれば、そのことは、ひいては、選挙人の自由な意思の表明を阻害することとなり、自由かつ公正な選挙の本旨に反することとならざるを得ない。この意味において、立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要である。このような見地からいえば、憲法一五条一項には、被選挙権者、特にその立候補の自由について、直接には規定していないが、これもまた、同条同項の保障する重要な基本的人権の一つと解すべきである。さればこそ、公職選挙法に、選挙人に対すると同様、公職の候補者または候補者となろうとする者に対する選挙に関する自由を妨害する行為を処罰することになっているのである（同法二二五条一号三号参照）。と判示した。また、伊藤正己『憲法（新版）』（弘文堂、一九九〇年）一一一―一二二頁参照。

(26) 長尾一紘『日本国憲法（全訂第四版）』（世界思想社、二〇一一年）一八四頁は、「職業の自由は『私民』としての権利である。これを『公民』の権利である公務就任権と同一視することはできない。公務就任権の根拠は、一五条一項に求めるべきものと思われる。」と指摘する。

(27) 小嶋和司『憲法概説（良書普及会、一九八七年）二八三―二八四頁、小嶋和司・大石眞『憲法概観（第七版）』（有斐閣、二〇一一年）一五六頁。最大判昭和五〇年四月三〇日民集一九卷四号五七二頁、判時七七号八頁。

(28) なお、竹中勲『憲法一九条適合性の判断枠組み・違憲審査基準―国旗国歌起立斉唱事件を中心的検討素材として』（同志社法学六五卷二号）〔通卷三六四号〕（二〇二三年）四頁以下参照。

(30) たとえば、小山剛『憲法上の権利』の作法〔新版〕（尚学社、二〇一二年）、松本和彦『基本的人権の『保護領域』』（小山剛・駒村圭吾編『論点探究憲法（第二版）』（弘文堂、二〇二三年）一〇三頁以下参照。

(31) 最大判平成一七年九月一四日は、以下の三つの確認訴訟―主位的確認請求①②および予備の確認請求③―のうち、③のみを適法として、次のように判示した。

「第3 確認の訴えについて」

1 本件の主位的確認請求に係る訴えのうち、①本件改正前の公職選挙法が別紙当事者目録一記載の上告人らに衆議院議員の選挙及び参議院議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴えは、過去の法律関係の確認を求めるものであり、この確認を求めることが現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のために適切かつ必要な場合であるとはいえないから、確認の利益が認められず、不適法である。

2 また、本件の主位的確認請求に係る訴えのうち、②本件改正後の公職選挙法が別紙当事者目録一記載の上告人らに衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴えについては、他により適切な訴えによつてその目的を達成することができるとき場合には、確認の利益を欠き不適法であるといふべきところ、本件においては、後記3のとおり、③予備の確認請求に係る訴えの方がより適切な訴えであるといふことができるから、上記の②主位的確認請求に係る訴えは不適法であるといわざるを得ない。

3 本件の③予備の確認請求に係る訴えは、公法上の当事者訴訟のうち公法上の法律関係に関する確認の訴えと解することができる。その内容をみると、公職選挙法附則八項につき所要の改正がされない、在外国民である別紙当事者目録一記載の上告人らが、今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において投票をすることができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、同上告人らが、同項が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる。

選挙権は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによつては権利行使の実質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれに有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。そして、本件の③予備の確認請求に係る訴えは、公法上の法律関係に関する確認の訴えとして、上記の内容に照らし、確認の利益を肯定することができるものに当たるといふべきである。なお、この訴えが法律上の争訟に当たるとは論をまたない。

そうすると、本件の③予備の確認請求に係る訴えについては、引き続き在外国民である同上告人らが、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができるといふ地位にあることとして適法な訴えといふことができる。

4 そこで、本件の③予備の確認請求の当否について検討するに、前記のとおり、公職選挙法附則八項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法一条一項及び三項、四三条一項並びに四四条ただし書に違反するもので無効であつて、別紙当事者目録一記載の上告人らは、次回の衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙及び参議院議員の通常選挙における選挙区選出議員の選挙において、在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができるといふ地位にあるといふべきであるから、本件の③予備の確認請求は理由があり、更に弁論をするまでもなく、これを認容すべきものである。」(①から③は筆者が追加)。

すなわち、②平成一〇年改正後の公職選挙法附則八項が在外国民である上告人らに衆議院小選挙区選出議員の選挙および参議院選挙区選出議員の選挙において選挙権の行使を認めていない点において違法であることの確認を求める訴え（「主位的確認請求②」）については、「他により適切な訴えによつてその目的を達成することができる場合には、確認の利益を欠き不適法であるといふべきところ、・・・③予備の確認請求に係る訴え（「公職選挙法について所要の改正がなされないと、在外国民である上告人らが、今後直近に実施されることになる衆議院議員の総選挙における小選挙区選出議員の選挙における選挙区選出議員の選挙において投票することができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために、上告人らが、公職選挙法附則八項の規定が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴え」の方がより適切な訴えであるといふことができるから、上記の②主位的確認請求に係る訴えは不適法であるといわざるを得ない」と判示しており、このくだりは、③の行政事件訴訟法四条後段の公法上の確認訴訟が認められない場合には、②の法令の違憲違法確認訴訟を肯定する余地があるとしたものと読むことが可能であらう。

- (32) 最一小判平成元年一月一七日判例時報一三〇三号一三九頁（雇用関係存在確認等請求事件（昭和六十二年（行ツ）第一一九号）は、地公務員法一六条二号該当の失職（二八条四項）の事案において、「所論のうち地公法二八条四項、一六条二号は憲法三一条に違反するという点については、地公法二八条四項、一六条二号に基づく失職の効果は禁錮以上の刑に処せられたことにより発生するものであつて、任命権者による行政処分により発生するものではないから、行政処分における公正な手続の要請はこれを考慮する余地がないのみならず、禁錮以上の刑に処せられる場合には厳格な刑事訴訟手続のもとで被告人に防御の機会が与えられているのであり、禁錮以上の刑に処せられたかどうかの点につきあらためて防御の機会を与える必要がないことなどからみれば、所論憲法三一条違反の主張は、前提を欠くものと解するほかはない。」（傍線は筆者が追加）と判示した。また、藤田宙靖『行政組織法（第三版）』（有斐閣、二〇〇六年）二八二頁、北村和生「ワンポイント解説…公務員の失職の争い方」曾和俊文・金子正史編著『事例研究行政法（第二版）』（日本評論社、二〇一二年）二九七頁参照。

- (33) 磯田好祐・佐藤功・高柳忠夫『国家公務員法の解説（時事通信社、一九四七年）六九頁。また、橋本勇『新版逐条地方公務員法（第三次改訂版）』（学陽書房、二〇一四年）一三〇頁は、「成年被後見人または被保佐人は、自己の財産についてさへ自らの判断だけで処分などをする能力がないとされるのであるから、そのような者に公務の遂行を委ねることはできないとされたものである」、「被補助人であることが欠格事由とされていることから、理由が不明であるが、未成年者との均衡を考慮したものとしても、事理を弁識する能力が不十分な者を公務員とすべき理由はないのであるから、任用および分限における能力の実証に際して十分に留意すべきであろう」と指摘する。

- (34) 最高裁判所は、憲法二二条一項の「職業の自由」の制約目的として、①積極的目的、②消極的目的、③租税収入確保目的を認定したことがある。

①につき、最大判昭和四十七年一月三日刑集二六卷九号五八六頁、判例時報六八七号二三頁（小売商業調整特別措置法違反被告事件）は、「憲法二二条一項と」憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといふことができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右社会経済政策の実施の一段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきである」とし、「本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的發展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとつた措置といふことができ、その目的において、一応の合理性を認めることができないわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない。そうすると、本法三条一項、同法施行令一条、二条所定の小売市場の許可規制が憲法二二条一項に違反するものとすることができないことは明らかである」とした。②については薬事法違憲判決（本稿の本文参照）がある。③については、最三小判平成四年二月一日五日民集四六卷九号二八二九頁、判例時報一四六四号三頁（酒類販売業免許拒否処分取消請求事件）は、薬事法違憲判決（最大判昭和五〇年四月三〇日）を引用した後、「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図る」という国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、その必要性及び合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法二二条一項の規定に違反するものといふことはできない。」と判示した。

(35) なお、竹中勲「成年被後見人の自己人生創造希求権と選挙権」新井誠ほか編『成年後見法制の展望』（日本評論社、二〇一一年）二二―二五頁、同『憲法上の自己決定権』（成文堂、二〇一〇年）四三―四八頁参照。

(36) たとえば、最大判平成二五年九月四日民集六七卷六号一三三〇頁、判例時報二一九七号一〇頁（婚外子法定相続分區別規定違憲判決―遺産分割審判に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件）は、「昭和二十二年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向、我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化、更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして、法律婚という制度自体は我が国に定着しているとして

も、上記のような認識の変化に伴い、上記「法律婚という」制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとつては自ら選択しないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる。」と述べている。また、最二小判平成二四年四月二日民集六六卷六号二二六七頁、判例時報二二五二一三頁（生活保護変更決定取消請求事件〔生活保護老齢加算廃止訴訟（北九州）上告審判決〕）における須藤正彦裁判官の補足意見参照。

- (37) 川島聡「欧州人権条約と合理的配慮」法律時報八七卷一五五頁以下、東俊裕「障害者差別解消法と合理的配慮」法律時報八七卷一五五頁以下、長谷川珠子「障害者雇用促進法と合理的配慮」法律時報八七卷一五五頁以下、植木淳「日本国憲法と合理的配慮」法律時報八七卷一五五頁以下、岩村正彦・菊池馨実・川島聡・長谷川珠子「座談会―障害者権利条約の批准と国内法の新たな展開―障害者に対する差別的解消を中心に」論究ジュリスト八号（二〇一四年）一六頁以下、富永晃一「改正障害者雇用促進法の障害者差別禁止と合理的配慮提供義務」論究ジュリスト八号二七頁以下、菊池馨実・中川純・川島聡編著『障害法』（成文堂、二〇一五年）参照。なお、橋本『新版逐条地方公務員法（第三次改訂版）』前掲注（33）二二二頁は「障害者の雇用の促進等に関する法律により一定の数を採用する計画を義務づけられている知的障害者（第三条（趣旨）三参照）」というのは、児童相談所などの知的障害者判定機関により知的障害があると判定された者をいうとされている（同法施行規則一の二）ので、それと民法上の成年被後見人もしくは被保佐人または被補助人とは重なり合うことがあり得るが、成年被後見人または被保佐人である知的障害者を職員に採用する余地はなく、一旦職員として採用された知的障害者が成年被後見人または被保佐人の審判を受けたときに失職する（法二八四）ことは当然である。」と述べているが、疑問である。

- (38) 厚生労働省は、ホームページで、（二〇二三年一月に実施した）「平成二五年度障害者雇用実態調査の結果の公表」を行い、「雇用者数は前回調査より大幅に増加、障害者の雇用は着実に進展」との副題見出しを付している（平成二六（二〇一四年）年二月一八日）〈<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000068921.html>〉。がこの調査は、「民営事業所に雇用されている身体障害者、知的障害者、精神障害者を対象に実施されたもの」で、これらの障がい者の公務員としての採用・雇用の実態調査は行われていない。成年後見制度を借用する公務員就任権欠格条項の検討・克服のためには、厚労省により、若年性等認知症者・知的障害者・精神障害者の公務員としての採用・雇用の実態の調査も行われるべきである。

- (39) 法務省の人権侵犯救済申立等や日本弁護士連合会の人権侵犯救済申立等の非司法的救済方法、請願権（憲法二六条・請願法に基づく請願）という非司法的救済方法の活用も、違憲の疑いのある法律の削除改正を促す重要な契機となりうるものとして検討する必要がある。法務省による非司法的救済方法―人権侵犯事件調査処理規程（法務省訓令 等）に（こいつは）〈http://www.moj.go.jp/JINKEN/index_chousa.html〉参照。

日弁連（人権擁護委員会）による非司法的救済方法―「人権救済申立てに関する手続」等に（こいつは）〈<http://www.nichibenren.or.jp/activity/>

成年被後見人・被保佐人の公務員就任権の制約の合憲性

同志社法学 六七卷二号

二四四（五九八）

human/rights/noushitate.html／参照。

また、日本弁護士連合会人権擁護委員会編『日弁連 人権侵犯申立事件——警告・勧告・要請事例集四（一九八八～二〇〇四年度）行政・制度、捜査機関、裁判所、刑務所・拘留所による侵害』（明石書店、二〇〇五年）および、『同事例集五（一九八八～二〇〇四年度）地方自治体、報道・出版機関、医療機関、教育機関、企業・団体、個人・近隣による侵害、および戦前の国家政策等による人権問題、戦後補償問題、国際的人権問題』（二〇〇五年）参照。