

## 論 説

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

高 乗 智 之

## 目 次

- 1 問題の所在
- 2 外国人の公務就任と当然の法理
- 3 行政作用の権力性と正当性
- 4 当然の法理の理論的内容と検討すべき課題

## 1 問題の所在

外国人の公務就任をめぐる問題は、外国人の人権享有主体の問題、公務就任権の法的性格、主権問題、民主的正当性の問題などが交錯しており、さらには国家公務員と地方公務員との差異や各自治体の人事制度の違いなどもあり、理論上の論点が多岐に亘っている。これについては、平成17年1月26日に最高裁判所の判決が出されたが、多数意見も一定の枠内での判断に止まることや、各裁判官の補足意見や反対意見の内容、あるいは学説状況を概観すると未だ理論的課題を残している。

そもそも外国人の公務就任に関する問題は、内閣法制局が示した「公権力の行使または国家意思の形成への参画に携わる公務員となるためには日本国籍が必要」とした問題（いわゆる「当然の法理」）を中心に展開されてきた歴史的背景がある。また、この問題は、理論上の整理がなされないまま各自治体における人事制度改革や職員採用資格の変化などの実態が先行してきたという特徴がある。

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

外国人の公務就任問題は対外的な独立を意味する国家の主権との関係をも考慮して総合的に考察をするべき問題であるが、本稿では、当然の法理の展開を中心に外国人の公務就任問題を捉え直し、残されている法的問題点の整理を試みる。

## 2 外国人の公務就任と当然の法理

### (1) 公務員に関する当然の法理

昭和23年8月17日の「外国人が日本国政府の警察官になることができるかについての照会」に対する法務省調査意見長官の回答<sup>(1)</sup>では、警察官は国家に対し単に経済的労務を給付するものではなく、国家からその公権力の行使を委ねられるものであるから、国家が十分にこれを信頼し得るものでなければならないとした。その理由としては、公権力の行使を担当する公務員は、①国家に対し忠誠を誓い一身を捧げて無定量の義務に服し得るものであることを要すること、②国が外国人を単にその者との間の行為によって自国の官吏に任命することは、右の忠誠義務とその堅実なる遂行に関しその者の属する国家の対人主権をおかすおそれがあること、③その国の民情風俗について詳しく知っていることなどを挙げている。そして、本回答では、「公の権力の行使を担当する官吏となる権利については、これを国民のみの占有する権利としているのが各国の通例」であるとし、「わが法令上明文の規定のないことをもって日本国政府警察官となるには日本国籍を必要としないと解すべきでなく、官吏たるには原則として日本国籍を必要とすることを当然とする立場から、特に明文を設けなかったものと解すべきである」としている。さらに、公権力の行使ではなく「国家のために学術的もしくは技術的の事務を処理し、または機械的労務を提供」するような職に従事する公務員については、「その性質上私企業におけるそれと何ら変わりなく、偶々事業の主体が国家であるために公務員とされる

に過ぎないから、これ等の公務員は特に国家に対し忠誠を誓う関係にあるものではなく、従ってかような公務員になるためには日本国籍を必要としない」と述べている。このようにここでは、公権力の行使を担当する公務員は日本国籍を有することを前提としており、日本国籍を有しない者は公権力の行使を担当することができないことを確認している。

また、昭和28年3月25日の「わが国の公務員が日本国籍を喪失した場合にその者は公務員たる地位を失うかについての照会」に対する内閣法制局回答<sup>(2)</sup>では、「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、公権力の行使又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」とし、「日本国籍を必要とする旨の法の明文の定がある官公職又は公権力の行使若しくは国家意思の形成への参画にたずさわる官公職にある者は、国籍の喪失によって公務員たる地位を失うが、それ以外の官公職にある者は、国籍の喪失によって直ちに公務員たる地位を失うことはない」としている。ここでは、公務員は原則として日本国籍を必要とすることを当然とする立場を現行法制度は採用していると解しており、「公務員に関する当然の法理」という文言が使用された。この回答の特徴は、就任にあたって国籍を有することが必要な公務員の職務について、公権力の行使に携わる公務員のみを対象とするだけでなく、国家意思の形成への参画にたずさわる公務員をも対象にしたという点を挙げることができる。

この流れの中で、国家公務員については、昭和42年に人事院規則8-18が制定され、同規則第9条において日本国籍を有しない者は採用試験を受けることができない旨の規定が設けられた。

一方、地方公務員については、昭和27年7月3日の京都府知事あて地方

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

自治省公務員課長回答<sup>(3)</sup>で、「外国の国籍を有する者を地方公務員に任用することについて、地方公務員法その他の国内法に何ら制限規定がないので、原則として差しつかえないものと解する」としたように初期の頃には外国籍の者を採用することは法的に禁止されていないとの立場が提示されていた。しかし、地方公務員法が施行されたことにより、公務員採用試験は、人事委員会で行うことになり、受験資格にいわゆる国籍条項を設けるに至った。

その後、昭和48年5月28日の大阪府総務部長あて自治省公務員第一課長回答<sup>(4)</sup>では、地方公務員法上、日本の国籍を有しない者を地方公務員として任用することについて直接の禁止規定は存在しないが、公務員の当然の法理に照らして、地方公務員の職のうち公権力の行使または地方公共団体の意思の形成への参画にたずさ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はできないと解すべきかどうかという照会に対して「できないものと解する」との見解が示された。また、公権力の行使または地方公共団体の意思の形成への参画にたずさわる職につくことが将来予想される職員の採用試験において日本の国籍を有しない者にも一般的に受験資格を認めることの適否はどうかという照会については、「適当ではない」との回答をしている。

この二つの回答を比較すると、昭和27年の回答では外国人の地方公務員への任用についてそれぞれの自治体の裁量を広く認めるものであるのに対して、昭和48年の回答では自治体の裁量に一定の枠をはめていることがわかる。昭和48年の回答では、昭和28年の内閣法制局の回答を基本的に踏襲し、外国人が「地方公共団体の意思の形成への参画」に携わる職に就くことができないと明言している。また、昭和48年の回答では、公権力の行使や地方公共団体の意思の形成への参画に将来的に携わると予想できる職種に外国人を採用することについて消極的な見解を提示している。ただ、将来的に公権力の行使や地方公共団体の意思の形成への参画に就くことが予

想される職員については、あくまでも予想にすぎず、一般事務職の職員として採用された者が全て公権力の行使や公の意思形成への参画に携わるとは限られないことから、「適当でない」という表現に止まっている。

その後、昭和54年に出された大平正芳内閣総理大臣の答弁書<sup>(5)</sup>では、「政府は、従来から、公務員に関する当然の法理として公権力の行使又は公の意思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が、それ以外の公務員となるためには必ずしも日本国籍を必要としないものとして解して」いるとしており、地方公務員の場合も同様であるとの見解を示した。そして、昭和48年の回答で昇任や転任等によって将来的に公権力の行使または公の意思形成への参画に携わる職につくことが予想される職員の採用試験の受験資格を日本国籍を持たない者にも認めることは「適当でない」と回答したことに関しては、「職員の将来における昇任、転任等の人事管理の運用に支障をきたさないようあらかじめ適切な配慮がなされるべきこと」を確認した表現であるとして、これを肯定している<sup>(6)</sup>。

## (2) 外国人の公務就任に関する運用実態

地方公務員に関する一連の回答や答弁書をみると、公権力の行使や地方公共団体の意思形成への参画に携わる職に就くためには日本国籍が必要であるとして公務員に対する当然の法理が繰り返し確認されている。また、将来的に公権力の行使や地方公共団体の意思形成への参画に携わると予想される職について外国人の受験資格を認めるか否かについては、将来的に問題が生ずるおそれがあることから「適当でない」との見解を示しているものの、基本的には各自治体がそれぞれの人事制度の中で適切に判断するものであることを示したことが注目される。

つまり、これらの回答の特徴は、将来的に公権力の行使や地方公共団体の意思形成に参画する可能性がある一般事務職への受験資格に外国人を含めることについて国側は「適当でない」との立場を表明したものの、基本

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

的にはどのような職種区分にするか、どのような人事制度を構築するかは自治体の裁量であることが確認されているということである。そのため実務上では、いくつかの差異が生じることとなった。そこでの考え方は、従来の職員採用試験の職種区分について将来的に公権力の行使や地方公共団体の意思形成への参画に携わる可能性がある職を検討した上で、その可能性があると判断された職については日本国籍を有する者に受験資格を限定し、その可能性がないと判断された職については受験資格に国籍条項を設けないとのことである。

しかし、これは、各自治体が有する人事制度がそれぞれ異なるためにその対応も様々なものとなることを意味した。自治体によってはすべての職種の受験資格について日本国籍を有する者との条件をつけているところもあれば、特定の職種については国籍条項を設けないところもあるという現象がみられたのである。

これとは別に、昭和54年から昭和63年にかけて、大阪府内の市では、政令指定都市である大阪市を除いて一般事務職員の採用試験の受験資格から国籍条項を削除するという現象がみられ、大阪府内では町村レベルにおいても国籍条項の削除が進められていくことになった。そして大阪市では、平成5年に一般事務職員の職務の一部を区分し、将来的に公権力の行使や地方公共団体の意思の形成へ参画する可能性のない職種を新設するという対応をとった。このように、同じ府内においても受験資格についての対応に差異が生じる現象もみられた。

その他、平成3年に文部省は、「日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する日本国と大韓民国との間の協定」に基づく「日本国に居住する大韓民国国民の法的地位及び待遇に関する協議」の結果を受けて、「在日韓国人など日本国籍を有しない者の公立学校の教員への任用について」<sup>(7)</sup>の通知を出した。この通知は、「公務員に関する当然の法理」を前提として、日本国籍を有しない者にも公立学校教員採用選考試験の受験

を認めること、選考に合格した者については任用の期限を附さない常勤講師として任用するための措置を講ずることを各教育委員会を指導したものである。その結果、すべての都道府県・指定都市では、平成4年度教員採用選考試験から日本国籍を有しない者にも受験や採用の道が開かれることになる。さらに、非権力的行政作用であるという理由から、技術的・学術的な労務に携わる公務員への外国人の採用を承認する動きがみられたが、これらは、必ずしも統一的に行われてきたものではないものである。

これらの動きは、いずれにしても前述の各回答や答弁書の趣旨を念頭におきつつも、表面的には外国人の地方公務員の受験機会を拡大していく動きとみることにもできる。ただ、地方公務員の外国人の任用資格については、権利の獲得という形で拡大したのではなく、あくまでも各自治体の裁量によって拡大をしていったとみることが妥当であり、各自治体の人事制度の関係上、表面的に受験資格の緩和の程度や対応に著しい差が生ずることになったのである。しかも、何をもちて公権力の行使とみることによって、各自治体の対応の結果も異なるという事態を生起したことを考えると、当然の法理が基準としては曖昧なものであるという指摘も否認しない。

### (3) 外国人の公務就任についての新たな展開

地方公務員の外国人の公務就任に関する新たな展開は、平成7年以降、高知県、大阪市、川崎市の公務員採用制度の改革によってもたらされた。ここでは、公権力の行使に直接的に携わる公務員以外であれば外国人も任用の対象となること、あるいは地方公共団体の意思形成へ参画する職を精査し、それと同時に採用後の人事管理の工夫をすることによって将来的にも適正な運用が可能であるとの主張がなされた。

このような流れの中で、平成8年11月22日に白川勝彦大臣は、外国人任用問題について談話を発表し、従来の見解を前提としつつも各自治体における組織編成が多様であることから、「公権力の行使又は公の意思の形成

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

への参画』にたずさわる地方公務員」であるかどうかは一律にその範囲を明確にすることが困難であるとし、それぞれの自治体が職員の職務内容を検討した上で、自主的に判断すべきであるとの見解を示した。その上で、外国人の公務就任については、「公務員に関する基本原則」に基づく一定の制約を前提にして、本人がその制約について同意しているのであれば、それは地方公共団体の人事行政の問題であるとした。一方で、将来的に公権力の行使や地方公共団体の意思形成への参画に携わる可能性がある職について国籍条項を削除することについては、将来における人事管理の運用で支障が生じ、適当でないのではないかと国側が助言することもあり得ることを示唆した。

この白川大臣談話については、これを従来の自治省の回答の大きな解釈変更とみるか、若干の修正とみるかについて評価の分かれるところである。この談話の特徴としては、第一に、公権力の行使や公の意思形成への参画に携わる公務員には日本国籍が必要としていること（ここでいう「公務員に関する基本原則」とは当然の法理を意味しているとみることができること）、第二に、将来的に公権力の行使や公の意思形成への参画に携わる可能性がある公務員については、基本的には人事行政が地方公共団体における裁量事項であるがと確認したこと、第三に、将来の運用上の支障が予想されることから自治省として「適当ではない」との見解を示すこともあり得るとしたことを挙げることができる。これらを総合すると白川大臣談話は、従来の解釈や立場との間に大きな転換はないものと思われる。ただし、白川大臣談話の後、実務上で、地方公共団体が外国人任用は裁量事項であるとの自覚が強まり、外国人の公務就任に関して自治省への相談が減少したという面については、この談話が一つのきっかけになったということもできる。事実、平成9年には、川崎市に加えて、高知県、神奈川県、大阪市、横浜市、神戸市において一般事務職員の採用試験の受験資格から国籍条項を削除したという現象も生じた。

このように、国の行政機関と地方公共団体（特に都道府県、政令指定都市）の関係の変化は、法的な解釈問題というよりも構造上の問題の影響も少なからずあり、従来は例え人事行政が裁量問題であったとしても地方公共団体は出来る限り国の行政機関の見解に適した運用を心がけていたのではないかという点も指摘しうると思われる。また、国側は従来から将来的に公権力の行使や公の意思形成への参画にたずさわる可能性のある地方公務員の外国人任用については裁量問題であると位置づけていたのであるから、それを白川大臣談話は異なる表現で再確認したとみることもできよう。

#### （４）当然の法理と判例理論

当然の法理に関して判例は、具体化を試みている。別稿<sup>(8)</sup>において判例そのものを紹介したところであるが、ここでは、職務内容に基づいて類型化を図ったという点に焦点をあて、再度確認の意味で参照することとする。

例えば、東京地裁平成8年5月16日判決<sup>(9)</sup>は、公務員に関する当然の法理（基本原則）と関連する点について「国民主権の原理は、単に公務員の選定罷免を決定する場面のみ日本国民が関与することで足りるものではなく、我が国の統治作用が主権者と同質的な存在である国民によって行われることをも要請している」とし、統治作用に関与する公務員が「我が国の国籍を有する者によって充足されることを予定しているものというべきである」とした。そして、本判決は、その職務内容に照らして次のように公務員の類型化を示した。まず、第1類型は、「国の統治作用の根本とされる立法、行政、司法の権限を行使し、主権者たる日本国民の意思が職務遂行の中に体现していると認められる重要な権限を直接的に行使する公務員」（例えば、国会議員、内閣総理大臣その他の國務大臣、裁判官等）である。このような公務員は、日本国民であることが必要であるとし、「法律をもって外国人がかかる地位に就くことを認めるのは、国民主権の原理

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

に反して許されない」とした。また、第2類型は、「公権力の行使あるいは公の意思の形成に参画することによって間接的に国の統治作用にかかわっていると認められる」（決定権限の行使を通じて公の意思の形成に参画することによって我が国の統治作用にかかわる）公務員である。これについては、「主権者たる日本国民の意思の発動として、法律をもって明示的に、日本国民でない者にもこうした権限を授与することは、何ら国民主権の原理に反するものではない」として立法裁量の余地を認めた。そして、第3類型は、「それ以外の職務、いうならば上司の命を受けて行う補佐的・補助的な事務、もっぱら専門分野の学術的・技術的な事務等に従事する地方公務員」である。このような公務員は、特に法律上の明示がなくても就任することが許容されているとした。

その他、東京高裁平成9年11月26日判決<sup>100</sup>は、公務員に関する当然の法理（基本原則）に関連する点について、国民主権原理の要請は「単に公務員の選定罷免の場面についてのみ日本国民が関与すれば足りるとするのではなく、我が国の統治作用が実質的に主権者である日本国民によって行われること」であると指摘し、公務員の職務内容に照らして公務員を次の3種類に分類した。まず、第1類型は、「国の統治作用である立法、行政、司法の権限を直接に行使する公務員（例えば、国会の両議院の議員、内閣総理大臣その他の国務大臣、裁判官等）」であるとし、「国の統治作用に直接に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を要し、法律をもってしても、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」とした。また、第2類型は、「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って間接的に国の統治作用に関わる公務員」であるとし、「その職務の内容、権限と統治作用との関わり方及びその程度を個々、具体的に検討することによって、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

る」とした。さらに、第3類型は、「上司の命を受けて行う補佐的・補助的な事務又はもっぱら学術的・技術的な専門分野の事務に従事する公務員」であり、「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」とした。

これらを受けて、最高裁判所平成17年1月26日判決<sup>(4)</sup>は、公務員に関する当然の法理（基本原則）を具体的に地方公務員に当てはめた上で、東京地裁と東京高裁が示した公務員の類型化とは異なる視点から「公権力行使等地方公務員」との概念を示した。この「公権力行使等地方公務員」は、地方公務員の中でも「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」を意味し、このような公務員については、「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」とした。

このように東京地裁判決や東京高裁判決は、公務員一般を対象として、その職務内容に基づいて類型化し、公務員に関する当然の法理（基本原則）の具体化を図ったものとみることができる。そして、最高裁判決においては、これを地方公務員に限定し、外国人の公務就任が禁止される地方公務員を「公権力行使等地方公務員」として限定的に示したともいえる。ただ、ここでも抽象性が払拭できているとは言い難いが、それは、各地方公共団体の裁量に基づく人事制度の多様性が背景にあるのであり、一律に特定の職位のみを「公権力行使等地方公務員」と限定できるような状況ではないからであるとみることができる。そのため、長年の争点であった将来的に公権力の行使や公の意思形成への参画にたずさわる可能性のある公務員の採用と昇任について最高裁判決は、「公権力行使等地方公務員の職とこれ

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

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」として地方公共団体の裁量を確認し、これを併せて考えねばならないことを示している。

### 3 行政作用の権力性と正当性

外国人の公務就任の問題は、公務員の中でも主として地方公共団体の行政作用に関する公務員の職務の性質に関するものである。その職務の性質、地位の特殊性に照らして外国人を地方公務員として任用することが憲法上許されるのかという点が問題となってきたが最高裁判決に従えば、その職務内容に権力性が認められるが故に「公権力行使等地方公務員」に外国人を任用することは憲法が認めていないとされる。また、石川健治教授は、外国人の公務就任問題を国民主権原理の要求する「支配の正統性」の問題と関連させ、「被治者の服従根拠として<国民による統治>が要求されるのは、主に政治的指導・決断に関わる執政 (Regierung) の領域」<sup>(12)</sup>であり、「狭義の行政 (Verwaltung) への服従根拠としては、執行機関としての遂行能力にこそ (とりわけ非権力的行政の場合) 重点があるとみる余地がある」<sup>(13)</sup>としているように、単に行政といっても政治指導的な執政の領域と行政機関としての執行の領域があることを指摘し、後者の場合には「国民による統治」が要求されないとしている。

#### (1) 行政概念論争

日本国憲法第65条では「行政権は、内閣に属する」と規定している。そして憲法第73条では内閣の職務権限として7項目掲げられているが、この規定は例示であってこれらの他に内閣は一般行政事務を行うものと規定されている。ここでいう一般行政事務とは何を意味するのかという点につい

ては明確でなく、学説上も対立をしている。たしかに、行政の概念を積極的に定義する試みは繰り返されているものの、特に行政国家化した現代においては行政作用が広域に亘っていることも相俟って、一義的な定義が難しく、国家作用から立法作用と司法作用を除いたものが行政作用であるとする控除説を前提とせざるを得ない状況である。

ところで、そもそも権力という用語自体の多義性や曖昧性は指摘されるところであるが、ここでは、さしあたり権力を相手方の意思に無関係（当事者間の合意がない場合）にある者の意思が他者を強制する力とし、一方の当事者の意思が相手方の意思に優越することの意味で捉えることとする。この意味での権力を前提とすれば、国家作用の中でも立法作用と司法作用については、当人の意思に関係なく国民を拘束したり、当事者を拘束する力を有することからそれぞれの作用は国家作用の本質を形成するものであるということが出来る。しかしながら、行政の作用は、国家が様々な目的を達成するための活動であり、支配権の行使を必然に伴うものではない。特に行政の役割が肥大化した現代においては、控除説にいう行政作用の全てをそのまま法的意味の権力作用と置き換えることができる訳ではないという点を指摘できる。

## （2）行政作用の権力性

統治権は、警察権、経済統制権、課税権、公用収用権にみられるように、命令および強制によって個人に義務を課したり、権利を制限したり、または実力を行使したり、あるいは個人との法律関係を形成したり、変更したり、消滅させるような国家的な作用である。例えば、行政庁における実質的意味の立法行為、異議申立の決定・審査請求の裁決にみられるような実質的意味の司法行為、財産の差押、警察上の即時強制のような権力的事実行為や行政処分である。

まず、行政作用の権力性は、法が行政機関に実力行使を認めている場合

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

が顕著である。例えば、行政機関は、相手方の意思に関係なく自己内部の判断により、土地の明渡しや引渡しを求めたり、違法建築物であればそれを除却することができる。また、食品衛生の問題については、行政機関の職員が営業所に対して臨検を行ったり、検査のために物を取去ることができる。その他、伝染病患者については強制入院をさせることもできる。このような行政作用は、土地収用のように直接的に目に見える形での実力行使のみならず営業所への臨検や取去のように行政機関の職員の事実行為の通用力を罰則で担保しているという意味で実力行使とみることもでき、いずれも行政作用の権力性を示す例に含めても良いと思われる。

また、行政作用が法的な行為である場合は、権力性が多様な形で顕れる。それは、行政機関の法行為が実力行使の先行行為となっている場合や実力行使が法行為の執行行為となっている場合もある。例えば、違法建築物の除却は建築基準法第9条に基づく違法建築物の除却命令の執行行為であり、河川法違反の工作物を管理者である行政機関が除却する場合は河川法第75条の除却命令が先行するものであるから除却行為そのものは命令の執行行為となる。また、行政機関の法行為が不服従に対する罰則による制裁の担保を有しているが故に実効性を持つ場合も権力性は顕れる。例えば、営業規制に関する命令や営業許可の取消については、事業所閉鎖などの実力行使ではなく命令違反に対する罰則の適用という担保によって、相手方の義務履行を確保するものとなっている。

ただし、これらの法的行為の行政作用が権力的であると言えるのは、罰則や実力行使などの制度的な担保の有無ではなく、行政行為の公定力や不可争力によって担保されているからであると見ることができるものである。なお、このような権力性を伴う行政作用は、社会保障の分野にもみられるものであり、生活保護法上の保護決定や国民健康保険法上の保険給付などの各種の行政決定も権力性を有する作用として位置づけられる。

さらに、行政の活動には、いわゆる非権力行政と位置づけられるものが

ある。非権力的行政の定義は様々なものがあるが、法的根拠を有する権力を用いる権力行政と対比させて、このような権力を用いない行政（非権力的な行為形式）のことを指す。その中の一つに行政指導がある。行政指導とは、「行政機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であって処分に該当しないもの」（行政手続法第2条6号）であり、行政目的の達成のための一つの手段である。

しかし、行政指導は、法的拘束力を有するものでなく、行政機関の相手方に対する事実上の協力要請行為に止まるものである。したがって、行政庁が公権力を発動して指導の内容を強制することはできない。要望に止まるということは、それに従うか否かは相手方の自由であることを意味するのであって、行政指導に法的な権力性を認めることはできない。そもそも何らかの権力的色彩をもって行われる場合は、それを行政指導とみることが妥当かという点についても疑問があるが、例えば、負担金納付の勧誘が強要にあたる場合は民法第96条の脅迫に該当し<sup>(14)</sup>、指導に従わない者に対して制裁として水道水の供給を拒否することは水道法第15条に違反するなどの判例もある<sup>(15)</sup>。つまり、行政指導の基準である要綱に建築確認の留保や上下水道の停止などの制裁を定めたり、実際にそのような制裁を行うことはできない<sup>(16)</sup>。

### （3）行政作用の正当性

上記のことを前提としてもなお、行政作用の正当性の根拠については、『公権力行使等地方公務員』は、日本国民の中から直接選挙で選ばれる普通地方公共団体の長の下でその職務権限を分掌するものであり、法令、条例等に従ってその職務を遂行する（地公法32条参照）。職務遂行の正当性根拠としては、このことを指摘すれば十分ではないか<sup>(17)</sup>とする見解もある。また、先の最高裁判決の多数意見に対する滝井裁判官の反対意見は、

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

「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り、「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」とし、「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」と述べている。さらに、同判決の泉裁判官の反対意見は、まず国民主権について「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」（泉裁判官はこれを便宜上、「自己統治の原理」と呼んでいる）を要求する原理であるとし、「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…（中略）…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」としている。

しかしながら、今までみてきたような権力性を有する行政活動そのものの他に、行政活動の中でも政策決定が各行政機関の行政立法という形式で行われることもあり（行政手続法第2条8号）、また企画立案のための情報収集をする活動も行政活動に含まれることは言うまでもない。そうすると行政活動については、国民主権の要請からみてその正当性の根拠が求められると考えざるを得ないはずである。

そもそも国民主権の原理は、泉裁判官が指摘するように、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を要求するものである。この点、橋本公巨教授は「民主主義は、各人の尊厳を最高の価値とするものであるから、国家の統治組織を構成するについて、支配者と被支配者との自同性 (identitat von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten) を要求する。両者の間に、自同性が成立していない政治組織は、もはや各人の尊厳を認めているとはいえない。すなわち、かかる自同性は、民主主義の本質的要請である」<sup>148)</sup>とし、清宮四郎教授は、民主制とは「法律、命令、裁判判決、行政処分など、いろいろな形式であらわれる国家の統治意志と、それらによって統治される国民各自の意志とを一致せしめ、統治する者と統治される者との間に自同性 (identity) の関係を持たせようとする原理」<sup>149)</sup>としている。

地方公共団体における自治事務の処理や執行は、たしかに国民の意思に基づいて制定される法律の定める範囲内で行われるものであるが、国民主権の原理から導き出される治者と被治者の自同性の原理は、自治事務の処理や執行、そしてその主体の適格性についても及ぶものである。つまり、治者と被治者の自同性の要求は、行政の活動の法的な根拠が国民の意思に基づくことのみを要求するものに止まらず、行政活動の主体の適格性に対しても国民主権の原理が貫かれるものであるといえる。

国民主権原理の下では、行政はすべて国家意思に基づいて展開されなければならない、国民を代表する議会で集約された国民の意思の表明である法律に基づいて行政の枠組みや作用が決定され、そしてその主体は被治者である国民と同じ自国民であることが前提とされるのである。行政とは、公益の実現を図ることのみに限られるものではなく、同時に国民生活の充実を期して発動されるものであることから、行政活動の全てを当局の独断に委ねることは民主国家においてはできないのである。なぜならば、治者である権力者は、福祉や給付の名目で国民生活に過度に干渉し、個々人の権利や自由を侵害する可能性があるからである。

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

この意味で法治主義は、歴史的にみれば行政の権力活動に含まれる権力濫用の可能性に基づいた権力制約の手段であり、為政者の権力濫用から人権を保護しようとする自由主義的な理念を有するものであるといえる。

そうであるならば、公務員の職務遂行の正当性の根拠は、国会の制定した法律に基づいているということや上司の命令に従って職務を遂行しているということのみでは十分でないと言えるのではないかとの疑問が生ずる。

#### 4 当然の法理の理論的内容と検討すべき課題

今までみてきた「公務員に関する当然の法理」、あるいは「公務員に関する基本原則」とは、「公権力の行使又は公の意思形成への参画にたずさわる公務員については、当然のこととして日本国籍を有する者が予定されている」というものである。ここで、公権力とは、国家の統治権に基づく優越的意思の発動たる作用のみならず、特別権力関係、公物利用権に基づく権力作用を含む意味である。そして、「公権力に携わる」とは、直接的に公権力を行使する者だけに限らず、公権力の行使に関与する者も含むことを意味している。また、「国家意思の形成への参画」とは、国家の諸活動（非権力作用や私経済活動に属するものも含まれる活動）について、企画・立案・決定等に関与することを意味している<sup>(20)</sup>。

しかし、この定義によって全てが判断できるわけではない。この定義は外国人の公務就任の可否についての大まかな判断基準を示したものであり、職員の職務内容が自治体によって多種多様である実態を鑑みると、形式的に管理職であるかということをもって判断することもできない。

しかも、この当然の法理そのものについては、いくつかの批判もある。例えば、当然の法理が基準として不明確であること、公務員から排除される外国人を一律に扱っていること、外国人が排除される職を過度に広範に

設定していることから目的と手段との合理的関連性に欠けること、当然の法理により示されている制約の内容は立法に期待できないほど細部にわたるものとはいえないことから法律による行政の原理・法律の留保に反すること、などがこれである<sup>21)</sup>。

したがって、外国人に公務就任が禁止される職については、①国家公務員か地方公務員か、②公の意思形成をする職であるといえるか、③公の意思形成に参加する職であるといえるか、④個人との関係で強い権力を行使する職務内容であるか、などを検討すると同時に、憲法上外国人の就任が禁止される職務内容と外国人の就任が憲法上許容されている職務内容に分けて考える必要があるだろう。

しかしながら、職務内容に着目して考察した場合、外国人の公務就任について具体的にどのような職が問題となるのかについては、学説も必ずしも一致しているとはいえない状況であることも否めない。

例えば、大沼教授は、「国民主権原理から直接派生する職務、三権分立の国家機構における国家意思形成に直接参与する職務、国際社会における独立国としての存立を対外的に担当する外交・防衛の担い手、および、法の強制的・権力的作用を直接左右する裁量的権限の担い手であり、これらについては、定住外国人をも含めて外国人を排除することも、憲法上許されるだろう」<sup>22)</sup>とし、これに該当する職として、国会議員、国務大臣、裁判官、外交官、自衛官、検察官を挙げている。また、岡崎教授は、公務員資格から外国人を排除することが許される職を主権又は統治権を直接行使する職務に限定し、これに該当する職として、国会議員、国務大臣・政務次官等の政治的職員、裁判官を挙げている<sup>23)</sup>。さらに、田中二郎教授は、職務内容を「公権力の発動として人民に対する命令強制を内容とするような職務」と「調査的・諮問的・教育的な職務」に区分し、前者の職については外国人を排除することは許されるとしている<sup>24)</sup>。

このように、外国人が公務就任を憲法が禁止している部分と憲法が許容

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

している部分について具体的な職務内容と照らし合わせて考察することは必要だとしても、何を前提とするか、どこで線引きをするかについては、自治体による職種分類の多様性も併せて考えると、議論にずれが生ずる。また、先の滝沢裁判官の反対意見にみられるように、形式的に考察し、行政決定権限を有するのは行政庁であるからそれ以外の補助機関については外国人の就任が否定されていないとすることは、実態に即しているとはいえないと思われる。

実態に即してみれば、たしかに国民個人個人に対して行政上の決定権を有しているのは行政庁である。しかし、例えば決定権限が知事に帰属するとしても全ての事柄を知事一人で決定し、事務を処理するということは現実的に考えることができないはずである。形式的には、知事に最終決定権が帰属することは明らかであるが、実務上では、知事を補佐する組織があり、事案によっては下級職員に権限を委任することもあり得る。そのため、知事の実際の権限行使については、委任に関する各種規程や運用の実態、意思決定過程の規程や運用の実態をみる必要がある。

さらに、国家作用の正当性の理論との関連で言えば、たしかに行政活動の全てにおいて法的意味の権力性を認めることはできないが、ここで留意する点は、権力性の有無に関わらず行政作用は国家活動であり、どのような職であったとしても公務員である限りはその活動の正当性の根拠が求められるということである。国や地方公共団体の機関のいかなる職務行為についても民主的正当性の要請が必要になるということは、国民自らが国家の統治作用を担うことが民主的正当性の一側面であることを意味し、たとえ国家作用の一部が外国人によって行われたとしても、それをそのまま国家作用そのものとみることはできないと考えられる。

そもそも公務員は、いかなる職務内容、いかなる職位かを問わず国家の行政団体の一員としてそれぞれの立場において役割を分担する存在である。行政の活動の中でも私法行為を行う職務や、学術的・技術的な専門分

野の事務技術を担い事実上の活動を行うものは、表面的にみれば行政行為の直接的な担い手ではないが、国家の行政団体の構成者という視点から見ればそのような職務を分担する者も行政作用の主体を構成する立場の者としての性質を失うことはないと考えられる。これらの者は、行政団体の構成者という立場において学術的・技術的な活動や私法上の行為を行っていると考えなければならないであろう。

そうすると、外国人の公務就任に関する問題の出発点としては、職務行為の私人の権利義務や法的地位に対する効果や影響の強弱や機関の職務権限の強弱による考察のみに止まるのではなく、まずは行政作用の性質、公務員の性質についての解明をすることが求められると思われる。そして同時に、外国人の公務就任の問題は、対外的な独立を意味する国家主権との関係をも考慮して総合的に考察をするべきものである。その上で、実際の職務内容との関連において外国人に公務就任が憲法上禁止される職はどのような職であるのか、公権力の行使に該当する職は何か、公の意思形成や意思形成に参与する職はどこまでの範囲かについて考察をすべきである<sup>25)</sup>。さらに、外国人の就任が許される職があるとするならば、外国人による職務行為の性質は正当性の根拠との関係でいかなる法理を有するものなのかについて考察するべきであろう。

このように、未だ外国人の公務就任に関する理論的課題は山積しているが、この点については、憲法上、外国人に就任させることが禁止される職務と許容されている職務の分析に関する今後の検討を通じて明らかにしていきたい。

- (1) 昭和23年8月17日法務省調査1発第155号。
- (2) 昭和28年3月25日法制局1発第29号。
- (3) 仲原良二『在日韓国・朝鮮人の就職差別と国籍条項』（明石書店、平成5年）56頁。
- (4) 同書42-43頁。
- (5) 第87回国会衆議院会議録第20号（官報号外、昭和54年4月24日）。

## 外国人の公務就任をめぐる法的問題

- (6) 同趣旨のものとして、第96回国会衆議院会議録第19号（昭和57年4月23日）の鈴木総理大臣答弁書がある。
- (7) 文部省教育助成局地方課「在日韓国人など日本国籍を有しない者の公立学校の教員への任用について（通知）」『教育委員会月報』第487巻（文部省、平成3年）17-21頁。
- (8) 拙稿「外国人の公務就任権と主権問題」『高岡法学』第32号（平成26年）52頁以下。
- (9) 東京地判平成8年5月16日『最高裁判所民事判例集』第59巻1号184頁以下。
- (10) 東京高判平成9年11月26日『高等裁判所民事判例集』第50巻3号459頁以下。
- (11) 最大判平成17年1月26日『最高裁判所民事判例集』第59巻1号128頁以下。
- (12) 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」『判例セレクト'96』（平成9年）15頁。
- (13) 同論文同頁。
- (14) 東京高判昭和51年10月28日『判例時報』第843号55頁。
- (15) 東京地判昭和50年12月8日『判例時報』第803号18頁。
- (16) あるいは、行政サービスや私経済活動の場合も検討の余地はあるが、そのような行政活動には法的意味の権力性がないと考える。
- (17) 野坂泰司「外国人の公務就任・管理職昇任」『法学教室』第337号（平成20年）69頁。
- (18) 橋本公巨『憲法（改訂版）』（青林書院新社、昭和52年）39頁。
- (19) 清宮四郎『憲法I（新版）』（有斐閣、昭和46年）55頁。
- (20) 前田正道編『法制意見百選』（ぎょうせい、昭和61年）370頁（君島護男執筆箇所）参照。
- (21) 同書372頁参照。
- (22) 大沼保昭「『外国人の人権』論再構成の試み」『法学協会百周年記念論文集』第二巻（有斐閣、昭和58年）405頁。
- (23) 岡崎勝彦「外国人の法的地位に関する一考察－国公立大学教員任用問題に即して－」『法政論集』第75号（昭和53年）200頁。
- (24) 田中二郎『新版行政法中巻』（弘文堂、昭和59年）247頁。
- (25) これらの先行研究としては、本文中に引用したものの他、例えば、菊井康朗「外国人の公務員就任能力（その1）」『自治研究』50巻4号（昭和50年）41頁、和田英夫「基本的人権と身分」清宮四郎・佐藤功編『憲法講座』第2巻（有斐閣、昭和53年）58頁以下、日高六郎・徐龍達編『大学の国際化と外国人教員』（第三文明社、昭和55年）、岡崎勝彦「外国人の教育公務員適格―「制約基準」「当然の法理」に即して―」『ジュリスト』第781号（昭和58年）40頁、同「外国人の地方公務員就任権」『法律時報』第69巻3号（平成9年）3頁以下、大沼保昭・徐龍達編『在日韓国・朝鮮人と人権』（有斐閣、平成17年）、徐龍達「外国人教員任用法の機能と課題」『桃山学院大学経済経営学論集』第26巻2号（昭和59年）54頁、喜多村和之『大学教育の国際化（増補版）』（玉川大学出版部、昭和62年）、田中宏「外国人の教育公務員資格、その問題と背景」『法律時報』第57巻5号（昭和60年）37頁、常本照樹「外国人教員任用法の立法過程」『北大法学論集』第40巻5・6号（平成2年）357頁、渋谷秀樹「定住外国人の公務就任・昇任をめぐる憲法問題―最高裁平成17年1月26

日大法廷判決をめぐって』『ジュリスト』第1288号（平成17年）4－5頁、猪野積「公務員任用と国籍（上）」『自治研究』第81巻4号（平成17年）62頁、上村貞美「主権と外国人の公務就任権」『名城ロースクール・レビュー』第5号（平成19年）2頁、野坂泰司「外国人の公務就任・管理職昇任」『法学教室』337号（平成20年）65頁、市川正人「外国人の人権と国家主権」生田勝義・大河純夫編『法の構造変化と人間の権利』（法律文化社、平成8年）45頁、根森健「『外国人の人権』論はいま」『法学教室』第183号（平成7年）46頁、芹田健太郎『永住者の権利』（信山社、平成3年）300頁、萩野邦夫「外国人の法的地位」『公法研究』第43号（昭和56年）40頁、などを挙げるができる。