

## [III] 当然の法理

一般に公務員となるについて日本国籍を必要とする旨の明文の規定はないが、公務員に関する当然の法理として、公権力の行使又は公の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を必要とし、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と、政府は從来から解しており、これを当然の法理という。

当然の法理の理由付けとして、昭和二三年一八月一七日付けの法制意見は、①信頼性、②忠誠心、③当該外国人の属する外国の対人主権の侵害のおそれ、④民情風俗の通曉を挙げている。

「公権力の行使」とは、通常國家統治権に基づく優越的意の発動をいうものとされているが、必ずしもこれに限られるものではなく、いわゆる特別権力関係、公物管理権に基づく権力作用を含む。

「公権力の行使に携わる公務員」であるから、必ずしも公権力を自らの法令上の権限として行使する者でなくとも、その者の命を受けて公権力を行使する者をも含む。

「公の意思の形成への参画」とは、国家の活動について、その企画、立案、決定等に関与することをいう。この場合の国家の活動は、必ずしも権力作用に限らず、私経済作用を含む非権力作用に属する活動も含まれると考える。

これに対し、その職務の内容が単に学術的若しくは技術的な事務を処理し、又は機械的労務を提供するに過ぎないようなものは、ここにいう「公権力の行使」又は「公の意思の形成への参画」には含まれない。

公権力の行使又は公の意思の形成への参画に携わる公務員であるかどうかは、当該公務員の任用にかかる職の職務内容を検討して、任命権者において、具体的に決定すべきものである。

当然の法理は、国家公務員のみならず、地方公務員の場合も適用がある。

八 当然の法理の効果として、公権力の行使又は公の意思の形成への参画に携わる職務に、外国人を任用したときは、当該任用は当然無効と解される。また、本法理は一種の法規範であるから、その例外を設けるには、その必要性について合理的根拠が必要であり、かつ、立法事項になるものと解せられる。

九 現行法令として、当然の法理の趣旨を確認的に明文化したものとしては、外務公務員法第七条、公職選挙法第一〇条、人事院規則八一一八第八条等がある。

また、当然の法理の適用除外を明文化したものとしては、国立又は公立大学における外国人教員の任用等に関する特別措置法第一条及び第三条並びに研究交流促進法第三条がある。

(参照条文)

○外務公務員法（昭二七・三・三一 法四一）

(外務公務員の欠格事由)

第七条 国家公務員法第三十八条の規定に該当する場合の外、国籍を有しない者若しくは外国の国籍を有する者又はこれを配偶者とする者は、外務公務員となることができない。

2 外務公務員は、前項の規定により外務公務員となることができなくなつたときは、政令で定める場合を除く外、当然失職する。

○公職選挙法（昭二五・四・一五 法一〇〇）

(被選挙権)

第十条 日本国民は、左の各号の区分に従い、それぞれ当該議員又は長の被選挙権を有する。

- 一 衆議院議員については年齢満二十五年以上の者
  - 二 参議院議員については年齢満三十年以上の者
  - 三 都道府県の議会の議員についてはその選挙権を有する者で年齢満二十五年以上のもの
  - 四 都道府県知事については年齢満三十年以上の者
  - 五 市町村の議会の議員についてはその選挙権を有する者で年齢満二十五年以上のもの
  - 六 市町村長については年齢満二十五年以上の者
- 2 前項各号の年齢は、選挙の期日により算定する。

○人事院規則八一一八（昭四一・三・一 公布、施行）

第八条 前条の受験資格を有しない者並びに法第三十八条の規定に該当する者及び日本の国籍を有しない者（第三条第一項第四号及び第七号に掲げる採用試験については、外国の国籍を有する者又は国籍を有しない者若しくは外国の国籍を有する者を配偶者とする者を含む。）は、採用試験を受けることができない。

○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（昭五七・九・一 法八九）

（外国人の国立又は公立の大学の教授等への任用等）

第二条 国立又は公立の大学においては、外国人（日本の国籍を有しない者をいう。以下同じ。）を教授、助教授又は講師（以下「教員」という。）に任用することができる。

2 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。



3 第一項の規定により任用される教員の任期については、大学管理機関の定めるところによる。

(外国人の大学共同利用機関等の職員への任用等)

第三条 国立学校設置法（昭和二十四年法律第百五十号）第三章の三から第三章の五までに規定する機関においては、外国人を国立の大学の教員に相当するこれらの機関の職員又は当該機関の運営に関する重要な事項について、当該機関の長に助言し、若しくはその諮問に応ずる職員に任用することができる。

2 前条第三項の規定は、前項の規定により任用される職員について準用する。この場合において、同条第三項中「大学管理機関」とあるのは、「文部省令で定めるところにより任命権者」と読み替えるものとする。

○研究交流促進法（昭六一・五・一〇 法五七）

(外国人の研究公務員への任用)

第三条 国家公務員法（昭和二十一年法律第二百一十号）第五十五条第一項の規定その他の法律の規定により任命権を有する者（同条第二項の規定によりその任命権が委任されている場合には、その委任を受けた者。次項及び次条において「任命権者」という。）は、外国人（日本の国籍を有しない者をいう。次項において同じ。）を研究公務員（前条第二項第一号に規定する者を除く。）に任用することができる。ただし、次に掲げる職員については、この限りでない。

- 一 試験研究機関等の長である職員
- 二 試験研究機関等の長を助け、当該試験研究機関等の業務を整理する職の職員その他これに準ずる職員として政令で定めるもの
- 三 試験研究機関等に置かれる支所その他の政令で定める機関の長である職員

2 任命権者は、前項の規定により外国人を研究公務員に任用する場合において、当該外国人を任用するため特に必要であるときには、任期を定めることができる。

(質問主意書・答弁書)

(昭五八・四・一 対斎藤実・衆)

一から三までについて

(1) 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を必要とするものと解している。

公立の小学校、中学校及び高等学校（以下「公立小学校等」という。）の教諭については、校長の行う校務の運営に参画することにより公の意思の形成への参画に携わることを職務としていると認められ、右の法理の適用があると考えている。

なお、公立小学校等の教諭の職務は、各地方公共団体によつて異なることはないと認められるから、右の法理の適用について各地方公共団体によつて判断を異にする理由はないと考えている。

(国会答弁例)

[参・予算委 昭五三・三・一〇]  
真田内閣法制局長官 答弁

○政府委員（真田秀夫君）……わが国の公務員制度といったしまして、公権力の行使とかあるいは国家意思の形成に関与するという仕事、そういうポストにつくためには、これは日本国民つまり日本の国籍を持つている者に限るんだという考え方があるわけなんですが、法制局といったしましても多年にわたってそういう考え方

方で各省庁からの御照会にお答えもしておりますし、また、各省での運用もそういうふうな線に沿ってなされておるのだろうと思います。

そこで、もし国立大学の正規の教授として外国人をお迎えした場合には、現在の法制でいきますと、当然教授会のメンバーになられます。そして、御承知のことと思いますけれども、教育公務員特例法という法律がございまして、教授会はいろいろ大学の人事だと運営を決定する、審査する、いろんな権限が与えられておりますので、そのことと、先ほど申しました国家意思の形成には関与していただくわけにはいかないんだという考え方とをどうマッチするか、調整するかとに帰するわけなんですね。その方法としましては、教授会の権能からそういう人事とか大学の運営なんというようなことを取り去っちゃってもっぱら教育のあり方についてだけ仕事をしていただぐというようなことも一つの方法として考えられますが、これはまた大学の自治という大変な重要な問題に関連いたしますので、とてもいろいろむずかしい問題が出てくるのだろうと思うのです。

そこで、そういう手荒なこともできませんので、それでは外国人である教授の方は国家意思の形成に関与するというようなそういうことだけ遠慮していただぐ、そして教育なり研究なりそういうことに専念していくだくというような道が開かれれば両方の要請が満たされるということになろうかと思いますので、そういう方向でいろいろ検討してみる価値はあるだろうというふうに考えます。

○秦野章君　　・・・そうすると、日本の国籍がなくても、公権力の行使あるいは国家意思の形成に参与しないという立法をとれば、学問、研究そのものに従事するというまともな教授、そういうものに採用するということは、先進国がやっているように日本でもできるんだという立法論としての意見は、いま私が申し上げたとおりでよろしいわけですな。

○政府委員（眞田秀夫君）　法律の改正が必要かと思いませんけれども、おっしゃいますような方法は、これ

は別に憲法違反とかそういうことはないので、立法論の問題であろうというふうに考えます。

〔衆・内閣委 昭五三・三・一四〕  
今村人事院事務総局任用局長 答弁

○今村（久）政府委員……公権力の行使または国家意思の形成にあずかる職員というものの範囲の問題で、実はこれは非常にむずかしい問題でございまして、いつも先生の方からそれが明確でないのではないかという御質問があるわけでございます。根本的に言いますと、外国人の任用問題というものは、日本国憲法の basic concept であります本国の主権の尊重ということ、それから外国の主権の尊重、この二つのものを理念として出てきておるわけでござりますから、その関係はきわめて重要な問題でございますので、やはりそういう関係について十分留意した上でこの問題を処理していかなければいけませんので、この基準を簡単に、明快に出すという段階には現在ありません。

それで、私どもの立場は、従前の法制局の見解あるいは今までの事例に即しまして具体的に、個別的にその外国人の任用できる官職というものについての決定をしているという状況でございまして、これも御承知だと思いますけれども、たとえば国立大学における外国人の先生方あるいは病院における看護婦さんとか、あるいは特定の職場における技術的作業員というようなものについては、これは公権力の行使または国家意思の形成にあずからないから外国人を任用できるという事例を出しております。今までのそういうやり方というのは、結局一般的な画一的な基準というものがなかなかむずかしいという前提でこういう状況が出ておるんだろうと思います。……

[参・外務委 昭五四・五・一四  
茂串内閣法制局第一部長 答弁]

○政府委員（茂串俊君） 政府は、従来から、公務員に関する当然の法理といたしまして、公権力の行使とか、あるいは公の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を必要といたしますけれども、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というふうに解しております。この点につきましては、国家公務員だけではなくて、地方公務員の場合も同様であるというふうに考えておるわけでございます。

○政府委員（茂串俊君） ただいま公権力とかあるいは公の意思の形成への参画とは一体どういうもののか、具体的にいわば公務員の職を分けて、これに当たるものと当たらないものについて資料を出してほしいというような御要望があつたわけでございますが、公権力とかあるいは公の意思の形成への参画といいますのはきわめて抽象的な概念でございますとともに、公務員が携わる職務もきわめて複雑多岐にわたっておりますので、一般的にその範囲を確定するということは非常にむずかしいでございます。それで個々具体的の公務員の職の職務内容を検討しまして、そして個別に判定をするよりほかはないわけでございます。

ただ、公務員の職の職務内容が単に学術的あるいは技術的な事務を処理するとか、または機械的な労務を提供するということにすぎないようなものでございましたら、これはここに言うところの公権力の行使とかあるいは公の意思の形成への参画というものには含まれてこないというふうに考えておるわけでございます。

[参・決算委 昭六三・四・一五  
味村内閣法制局長官 答弁]

(1)ロメモ)

○政府委員（味村治君）……公の意思の形成に参画するかどうかということは、その職務の内容として参画するかどうかという、そういう参画する職務になるかどうかということによって決まるわけでございまして、具体的にある行為が場合によってはそういうことではないというケースがあるかどうかということは別にいたしまして、個別具体的に決めるわけではございませんで、職務の内容それによって決めるということを申し上げておきたいと存じます。

それから、先ほどは国家公務員について申し上げたわけでございますが、この法理は地方公務員についても適用があるというふうに從前から申し上げている次第でございます。

○関嘉彦君 そうしますと、国立病院においても差し支えない、看護婦長になるとかというふうになればこなれば別になるかもしれませんけれども、普通の看護婦であれば差し支えないというふうに、国立病院の場合でもあるいは国立大学の病院の場合でも、そういうふうに理解していいわけでござりますね。

○政府委員（味村治君） 国立大学の病院なり国立病院なりにおきます看護婦のお仕事、これは保健婦助産婦看護婦法に規定されている仕事と同じだろうと思うんですが、そういうものでござります限りは、これは先ほど申し上げました公権力の行使とか公の意思の形成への参画というような仕事とは別でございますので、それ以外のことだということでござりますので、外国人の看護婦を国立病院等に任命することも可能であるとというふうに考えております。

○関嘉彦君 そうしますと、ほんとそれと同じように考えられるところの栄養士であるとかそれに類する職種があるんじゃないかなと思いますが、そういう人たちも国立病院あるいは国立の学校の栄養士として採用しても差し支えないというのが当然の法理として結論される、そう考えてよろしいでしょうか。

○政府委員（味村治君） 栄養士というのは、栄養士法によりますと栄養の指導に従事することを仕事ということになりますので、そういうたよな仕事を公務員として行うということでござりますれば、そ

れは単なる専門的な技術的な業務だということでござりますので、当然国家公務員なり地方公務員に採用することも可能であるというように解しております。そのほかにもいろいろ職種としてあろうかと思いますが、先ほど申し上げましたように非常にたくさん職種があるのでござりますので、公権力の行使に当たらない、あるいは公の意思の形成への参画をしないという基準で判断していただきたいと存ずるわけでございます。

〔参・地方行政委 平八・五・一三〕  
秋山内閣法制局第一部長 答弁

○政府委員（秋山収君） 公務員の国籍要件についてのお尋ねでございますが、政府は従来から、公務員となるにつきまして日本国籍を必要とする旨の法律上明文の規定がない場合におきましても、公権力の行使または公の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を必要とし、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解しております、このことは国家公務員のみならず地方公務員の場合も同様でござります。

その理由でございますが、理由といたしましては、自國の主権の維持及び他國の主権の尊重という憲法の前文にも触れられております基本的な理念を踏まえまして、公務員という職務の性質を考慮いたしますと、公権力の行使または公の意思の形成への参画に携わる公務員は、國家に対し全体の奉仕者として全力を挙げて尽くし、またその信頼を十分に期待し得るものでなければならない。このようなことから、そのような公務員に任用するには日本国籍を保有する者であることが必要であること、また外国人をそのような公務員に任用することは当該外国人の属する国の対人主権を侵害するおそれがあることなどが挙げられているところでござります。



## (参考資料)

## ○自治大臣談話

(外国人の地方公務員への任用について) (平成八年一月一日)

外国人の公務員への任用問題につきましては、政府は從来から、公権力の行使又は公の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であり、このことは国家公務員のみならず地方公務員の場合も同様であると解しております。

最近、外国人の任用について一部の地方公共団体で議論がみられ、また、先頃、初めての司法の判断が示されたところであります。このため、有識者の方々から意見をお聴きしながら法的側面を中心にして議論の整理をしてまいりましたが、これまで伺った有識者の方々の大の方の考え方についてお話をいたします。

1 「公権力の行使又は公の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」という見解(いわゆる公務員に関する当然の法理)については、「日本国憲法は国民主権の原理を基礎としており、その主権を誰が行使するかということは、自國の主権の維持ということを踏まえて、主権者である国民が決める事柄である。主権者が他の者に統治作用を行わせることについて明文での定めはないのであるから、主権者である国民が自ら行うことを予定しており、公権力の行使等にたずさわる公務員への外国人任用を制約していると解するのが素直である。外国においても、一般的には外国人の公務員就任権の制限が認められていることとも考へるべきである」とのことであります。

この法理の性格については、「國務大臣等法律でも例外を設けることのできない部分と、法律によつてのみ特例を設けることのできるところの、憲法上の要請として法規範性を有するもの」との

ことであります。

また、地方公共団体へのこの法理の適用については、「地方公共団体の行使する権限は基本的には国家の統治権の一部と考えられるものであり、地方公共団体の事務の中にも、公権力の行使の事務や公の意思の形成に関する事務が存在する以上、この考え方は地方公共団体においても同様である」とのことであります。

なお、外国人をこの考え方へ反して任用した場合に何が実際に問題であるのかということについては、「」の法理自体は、國民主権の原則、自國の主権の維持ということから導かれる公務員制度の基本に係わる原則的な事柄であり、実際上の問題点の有無というような視点から考えるべき問題ではないが、そのような外国人が行った行為の法律的評価について實際上議論となることもあります。

2 「公権力の行使又は公の意思の形成への参画にたずさわる公務員」については、「一般的に『公権力の行使』とは、統治権の発動として行われる行為を広く指し示すものであり、國又は地方公共団体が、人の権利義務を直接変動させ、又はその範囲を確定する効果を法律上認められている行為など人の権利義務に直接具体的な効果を及ぼす行為、『公の意思の形成への参画』とは、國、地方公共団体の活動について、その企画、立案、決定等に関与することをいう」とのことであり、また、「一般事務職等将来公権力の行使又は公の意思の形成への参画にたずさわる職につくことが予想される職種に外国人を採用することについては、将来の人事管理に支障を生じるおそれがある」とのことあります。これに対して、その職務の内容が学術的若しくは技術的な事務を処理し又は機械的な労務を提供するようなものは、『公権力の行使又は公の意思の形成への参画』には含まれない」とのことであります。

3 なお、外国人の公務員への就任能力について立法化することについて、「基本方針なり職種区分を明文化したらどうか、わかりやすいのではないか」という意見がある一方、「地方公共団体の職種、人事運用

は千差万別であり、網羅的に法令で明示することは不可能ではないか」、「既に法規範性のあるものを今、明文化する必要はなく、実際の運用で対処していくべきではないか」、「国家公務員における考え方との関係も考えるべきである」等のさまざまな意見がありました。

以上、有識者の方々の大の方の考え方を紹介したところですが、公務員の任用に関する基本原則として、国家公務員、地方公務員を問わず、公権力の行使又は公の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、日本国籍が必要であり、それ以外の公務員となるためには必ずしも日本国籍は必要ではないものであります。

最近、一部の地方公共団体が一般事務職等の採用試験について、日本国籍を有しない者は将来公権力の行使又は公の意思の形成に参画させないとする条件を付し、国籍要件を設けないことを決定し、試験が行われたところがありますが、自治省としては、一般事務職等について、このような条件で国籍要件を撤廃することは、将来にわたる適切な人事管理という点及び将来における公務員に関する当然の法理に基づいた任用の確保という点から見て適當でないと考えてています。

これまで自治省としては、職位によっては業務の内容が公権力の行使又は公の意思の形成への参画に該当することとなる場合もあるが、一般的にその職種としての本来的業務を行う限り、必ずしも日本国籍を有することを必要としない職種としては、保健婦、助産婦、看護婦等の専門的・技術的な職種や、専ら技術的、機械的労務を提供する職種等があるとしております。その他、これまで、地方公共団体からご相談があり、その職務内容、人事管理等を検討の結果、必ずしも日本国籍を有することを必要としないと判断した事例としては、専門職としての国際職、情報職等があります。この他、臨床検査技師等医療技術職、栄養士、保母等についても一般的には必ずしも日本国籍を有することを必要としないことが多いと考えられます。いずれにせよ、具体的にある職種が必ずしも日本国籍を有することを必要としない職種であるか

否かについては、地方公共団体の組織機構・職制等が千差万別であることから、一律にその範囲を画定することは困難であり、当該職種の職務内容、人事運用の実態等を検討の上、具体的に判断されるべきものであります。

各地方公共団体においては、公権力の行使等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との原則を踏まえ、適切に対処して頂く必要があるとともに、この考え方と抵触しない範囲での外国人の採用機会の拡大について、ご努力頂きたいと思います。自治省としても、地方公共団体からのご相談には積極的に応じて参りたいと考えているところであります。