

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

Title	自治体主導の法変容：日本国籍を持たない者の地方公務員への任用をめぐって
Author	阿部, 昌樹
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 57 巻 2 号, p.159-203.
Issue Date	2011-03
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	
DOI	10.24544/ocu.20180117-093

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

自治体主導の法変容

——日本国籍を持たない者の地方公務員への任用をめぐる——

阿 部 昌 樹

一 法解釈主体の複数性

法の解釈は、裁判所のみによって行われているわけではない。判決に際して裁判所としての法解釈が提示されるに先だって、法廷において、訴訟当事者双方から、あるいはその代理人を務める弁護士から、その各々が妥当と考える相互に対立し合う法解釈が主張されることは、ごく一般的なことである。また、そもそも、訴訟を提起することそれ自体が、特定の法解釈を前提とすることによってのみ可能な実践である。紛争当事者は、自らが陥っている苦境が、法によって保護されている権利の侵害であり、かつ、それが紛争の相手方当事者の責めに帰すべきものであることを主張し、その権利侵害状態からの救済を求めて訴訟を提起するのであるが、この、自らの法的な権利が侵害されており、そうした事態が生じたことに対する責任が紛争の相手方当事者にあるという主張は、法を特定の意味内容を有するものとして解釈することによって、はじめて導かれる結論である。別の法解釈を採用するならば、同じ苦境が、自分以外の誰にも責めを負わせることのできない、甘受すべき不幸と見なされるかもしれないのである。

法の解釈はまた、訴訟提起に際してはじめて行われるわけではない。紛争当事者が、裁判外の交渉の場において、紛争の相手方当事者に対して、自らの法的な権利を主張するとき、その権利主張もまた、特定の法解釈を踏まえたものである。法を別様に解釈すれば、紛争の相手方当事者に対して主張することができる、いかなる法的権利も有してはいないという認識に至るかもしれないが、そうした認識からは、権利主張という行為は生まれようがないのである。⁽¹⁾

訴訟提起のみならず、紛争の存在すらも、法の解釈が行われるための不可欠の前提ではない。不慮の災害に見舞われた者が、自らの苦境は誰の責めにも帰すことのできない不幸であると考え、その困難な状態を耐え忍ぶことを決めるとき、その決断もまた、特定の法解釈を前提としたものであるかもしれない。もちろん、その者は、法をまったく意識することなく、常識や世間知といったものに照らし合わせて、自らの苦境を甘受すべき不幸として受け止めているかもしれない。しかしながら、もしもその者が、その困難を他者の責めに帰すべき法的権利の侵害と見なすような法解釈が可能であることを知らされたならば、最終的には訴訟提起に至るような、果敢な権利主張を行うかもしれない。そうであるとしたならば、法的な権利主張をしないのは、自らには主張すべき法的な権利はないという思い込みゆえにであり、その思い込みは、特定の法解釈を前提としたものであるということになる。法的な権利主張がそうであると同様に、法的な権利を主張しないという不作為もまた、特定の法解釈を受け容れたことの帰結である場合が少なくないと考えられるのである。

さらに、ある行為を法によって禁止されていると考え、その行為を控えるとき、やはり法の解釈が行われている。違法であると考え、それゆえに思いとどまった行為は、もしもその行為がなされたとしても、誰からも違法であるという非難を受けることはないようなものであるかもしれないし、たとえその行為を違法であると非難する者があらわれたとしても、最終的には裁判所によって、その行為はまったく合法なものであることが確認されるようなものであ

るかもしれない。しかしながら、行為がなされない以上は、その行為に対する他者による評価もなされることはない。重要なことは、法的な権利主張だけではなく違法行動も、それがまったく法を意識することなく遂行される日常的な行為ではなく、意識的な違法である限りは、特定の法解釈を前提としたものであるということである。

裁判所による法解釈は、このような、訴訟に先行して、あるいは訴訟とは無関係に、社会の随所において多数の主体によって行われる法解釈から隔絶したものではあり得ない。自らの法的権利が他者の責めに帰すべき行為によって侵害されていると主張して訴訟を提起する者が存在しなければ、裁判所はそもそも、裁判所としての法解釈を示す機会を持ち得ない。また、裁判所が判決に際して示す法解釈は、裁判所の独創物ではなく、訴訟を提起した者が、あるいは訴訟を提起された者が、もしくはそれらの者の訴訟代理人である弁護士のみならず、訴訟において主張した法解釈を、ほぼそのまま受け容れただけのものであるかもしれない。

Ｌ・エデルマンは、この後者の、特定の法解釈を採用するに際しての裁判所の受動性が、合衆国の連邦公民権法第七編をはじめとする雇用における差別を禁止する諸法の、連邦裁判所による解釈に認められることを、「法の内生性（endogeneity of law）」という表現を用いて指摘している。⁽²⁾ エデルマンによれば、雇用における差別を禁止する連邦法はいずれも曖昧であり、企業が何をすればそれらの法に違反したことになるのかは、法の文言それ自体からは判然としない。それらの法を前提としたうえで、まずはいくつかの企業が、自らの経営上の都合との抵触が最も少ない法解釈を採用するとともに、その法解釈に従って、職場で上司から差別的扱いを受けたと主張する従業員を対象とした苦情処理システム等の、自発的に法を遵守していくための企業内の仕組みを構築していった。そして、そうした先発企業の実践を、多くの企業が模倣することを通して、同様の法解釈とそれに準拠した自発的法遵守のための仕組みが、広く普及していった。その後、雇用に関連して差別を受けたと主張する者が企業を相手として提起した訴訟の多

くにおいて、連邦裁判所は、企業の自発的法遵守を、雇用における差別を禁止する諸法の適切な解釈に基づいた、正当なものであると認め、訴えを棄却する判決を下した。企業活動を規制すべく制定された法の意味が、規制対象である諸企業の集合的な取り組みによって確定されていくという現象がここには認められる。このように法の意味が規制対象領域の内部において生成することを、エデルマンは、法の内生化と呼んでいるのである。⁽³⁾

裁判所の法解釈に先行する法解釈としては、企業を含む私人が行う法解釈のみならず、行政機関もしくは個々の行政官が行う法解釈もまた無視できない。国や自治体の行政機関の活動を通して実施されることが予定されている法や、国や自治体の行政機構に何らかの権限を付与する法は、⁽⁴⁾その実施もしくは授權された権限の行使に先だって、行政機関もしくは個々の行政官によって解釈されなければならない。つとに渡辺洋三が指摘していたように、「いかに緻密に立法的構成を考えたとしても、所詮、法律が一般的基準の設定にとどまるといふ法技術的制約を超えることはできない」⁽⁵⁾のであり、それゆえ、「いかなる場合にも、抽象的法律は、法を執行する行政庁の解釈を媒介とすることによつてのみ具体的に国民を拘束する」⁽⁵⁾。「あらゆる個々の場合に行政官僚は自らの法解釈にもとづいて法を執行するのであり、国民に対し現実の拘束力をもつ法とは、所詮、行政官僚が法と解するところのものにほかならない」⁽⁶⁾のである。⁽⁷⁾

そして、行政処分によつて何らかの不利益を受けた者が、その行政処分が違法であることを主張し、その取り消しを求めて提起した訴訟において、裁判所が判決を下すに当たつて採用する法解釈は、行政処分を行うに際して行政機関もしくは個々の行政官が依拠した法解釈そのものであり、それゆえに、訴えは法的な根拠のないものとして棄却されるという事態が、ある頻度でもつて確実に生じてくる。行政機構の活動を通して実施されることが予定されている法や行政機構に何らかの権限を付与する法は、同時に、行政機構の活動を法が設定した目的の実現に必要な範囲内に、

あるいは法が付与した権限の範囲にとどめることを企図したものであり、それゆえに、行政機構を規制する法でもあると考えるならば、そうした法の行政機関もしくは個々の行政官による解釈が、裁判所によってほぼそのまま受容されるといふ事態は、エデルマンが法の内生化と呼んだ現象のひとつのあらわれに他ならない。

もちろん、行政機構は一枚岩的な存在ではない。府省相互間で、各府省内の局相互間で、あるいは国の法令所管省と法の実施を直接的に担う自治体の行政機構との間で、ある法の条文をどのように解釈すべきかをめぐって見解の対立が生じることは、かつて稀なことではない。自治体の行政機構の内部において、部局間で法の解釈をめぐる対立が生じることもあるであろうし、特定の省の特定の課の課員相互間や、自治体の特定の課の課員相互間で法の解釈をめぐる争いが生じることも、十分に想定可能である。

そうした行政機構内部における、あるいは国の行政機構と自治体の行政機構との間における法解釈上の対立は、様々なやり方でその解決が図られることになる。国の法令所管省と法の実施を直接的に担う自治体の行政機構との間における法解釈上の対立が、国地方係争処理委員会による審査の対象となり、国地方係争処理委員会が何らかの勧告を行ったものの、その勧告を不服とする自治体の首長が国の行政庁を相手として訴訟を提起し、第一審の高等裁判所の判決によっては決着がつかず、最高裁判所の判決によってようやく決着がつくというのが、我が国の法制度が想定する最も解決が難航した場合のプロセスであるが、そうしたプロセスを実際にたどったケースは一つもない。⁽⁸⁾ほとんどの対立は、いかなる法的手続も用いられることなく、対立する主体相互間の話し合い、対立する主体双方の共通の上司による裁断、あるいは政治家による調整等のインフォーマルな方法によって解消されているのが実状である。ここで留意すべきなのは、行政機構内部における、あるいは国の行政機構と自治体の行政機構との間における法解釈上の対立が、いかなるプロセスを通して解消されるにせよ、その結果として最終的に確定する法解釈は、まったく斬新

なものである場合もあれば、法解釈をめぐつて相互に対立した諸主体のいずれかが、かねてより主張していたものである場合もあるということである。

裁判所が、時として、私人や行政機関が主張していた法解釈をそのまま受容するように、先行して法を解釈する主体の法解釈が、それに後続して法を解釈する主体の法解釈に影響を及ぼすことがありうるのと同様に、後続して法を解釈するであろう主体が採用する法解釈がどのようなものになるかについての予測が、先行して法を解釈する主体の法解釈に影響を及ぼすという事態も起こりうる。紛争の渦中にある者に法的な助言を求められた弁護士が、その紛争が訴訟になったならば、裁判所はどのような法解釈を採用し、どのような判決を下すかを予測したうえで、その予測に基づいて助言を行う場合や、下級裁判所の裁判官が、自らが下した判決を不服として、敗訴した訴訟当事者が上訴したならば、上級裁判所はどのような法解釈を採用し、どのような判決を下すかを予測したうえで、上級裁判所によつて覆されることがないように、上級裁判所が採用するであろう法解釈に依拠して、上級裁判所が下すであろうような判決を下す場合¹⁰⁾などが、その例である。最上位裁判所が、自らが最も望ましいと考えるある特定の法解釈を採用したならば、議会の多数派政党がそれに反発し、解釈の対象となった法を改正することによつて、最上位裁判所が採用した法解釈が通用していくことを阻止するであろうと予測し、その最上位裁判所の観点からすれば最も望ましい法解釈とは異なる、議会の多数派政党が受容するであろう法解釈を採用するといったケース¹¹⁾も、同様に、後続して法を解釈するであろう主体が採用する法解釈がどのようなものになるかについての予測が、先行して法を解釈する主体の法解釈に影響を及ぼした事例と見なしうるであろう。

異なる主体のそれぞれが採用する法解釈相互間の影響関係を考える場合にはさらに、政治家が、一般論として、あるいは特定の事案に言及するなかで主張する法解釈や、¹²⁾法律学の研究者やマスメディアが提唱する法解釈¹³⁾も考慮に入

れる必要があるかもしれない。それらの主体が採用する法解釈と他の主体が採用する法解釈との間の影響関係に関しても、ある主体が先行して示した法解釈が、別の主体が後続して採用する法解釈に影響を及ぼすというパターンと、後続して他の主体が採用するであろう法解釈についての予測が、先行して法解釈を行う主体の法解釈に影響を及ぼすというパターンの双方を想定することが可能である。

こうした法を解釈する主体の複数性⁽¹⁴⁾と、それぞれの法解釈主体が採用する法解釈相互間の影響関係を前提としたときに示唆的なのが、N・エスクリッジとP・フリッキが提唱している「均衡としての法（law as equilibrium）」という考え方である。⁽¹⁵⁾

彼らによれば、法とは、それぞれに一時的には他の諸機関を凌駕することができる権限を有する諸機関の、逐次的な相互作用の産物である。合衆国の連邦議会は、大統領が立法に対する拒否権を有していることを前提としたうえで、大統領が拒否権を行使しないような内容の法を制定する。そうして制定された法は、行政機関によって実施されることになるが、行政機関は、法を実施するに際して、その意味を解釈する。この行政機関による法解釈の妥当性は、それを争う訴訟が提起されたならば、裁判所によって審査されることになる。そして、裁判所が示した法解釈に連邦議会が不満を感じた場合には、連邦議会は、その法解釈が通用していくことを阻止するために、法を改正することができる。連邦議会が実際に法改正に乗り出したならば、そこから逐次的相互作用の新たなラウンドが始まることになる。こうした逐次的相互作用のプロセスのなかで、それぞれの機関は、何が公共の利益に資するかに関する自らの見解に基づいて、しかし同時に、自らの行動に対する他の諸機関の反応を予測しつつ、戦略的に行動する。自らが最善なものを見なす法解釈よりも、それよりは見劣りがするものの、他の機関によって覆される可能性の低い法解釈が採用されることが少なくない。そして、その結果として、ある法解釈に対して、いかなる機関も異議を唱えないという状況

が達成される。この法解釈が安定している状況における、その法解釈が、均衡としての法である。

エスクリッジとフリッキイのこうした立論は、法解釈主体の複数性とそれぞれの法解釈主体が採用する法解釈相互間の影響関係を動態的に捉えるための、有益な視角を提供するものであるが、しかしそれは、三つの点において十分なものである。その第一は、機関相互間の競合と協働に関心を集中するあまり、機関内部において、その機関を構成する諸個人間もしくは諸部門間で展開される相互作用への目配りが欠けている点である。議会内部における各議員の戦略的行動、行政機関内部における部局間の対立、合議制裁判所における裁判官相互間の妥協といった、法解釈が安定に至るまでに生起するであろう機関内部における相互作用や、それが均衡としての法の内実に及ぼす影響に関しては、連邦最高裁判所における裁判官相互間の関係についての若干の叙述を除いては、ほとんど言及されていないのである。第二は、もっぱら公的機関に関心を集中し、行政機関を相手にその法解釈を不服として訴訟を提起する者や、その者を代理する弁護士、そしてさらには法学の研究者やマスメディアが採用する法解釈もまた、均衡としての法の内実に影響を及ぼしうることに付いて無頓着であるという点である。第三に、訴訟が提起されなければ裁判所は自らの法解釈を示すことができず、それゆえに、法解釈をめぐる逐次的相互作用のプロセスに参入することすらできないことへの言及がなされていないこともまた、彼らの立論を不十分なものとしている。均衡としての法が実現されるに際して裁判所が果たす役割は、彼らの論考において示されているよりも、かなり限定的なものである場合が少なくないと考えられるのである。エスクリッジとフリッキイの立論のこれら三つの不十分さを考慮するならば、なぜある法解釈が、彼らが言うところの均衡としての法に至ったのかを正確に理解するためには、彼らが着目している機関間の相互作用に加えて、機関内部における相互作用にも、そしてさらには、公的機関以外の諸個人および諸団体の行動にも、十分な注意を払わなければならないであろう。⁽¹⁶⁾

以上の考察を踏まえ、以下においては、一九九〇年代後半において、日本国籍を持たない者を地方公務員に採用することの可否に関する法が、一つの均衡状態から別の均衡状態に移行したプロセスを概観したうえで、そのプロセスにおいて複数の法解釈主体が果たした役割について、とりわけ自治体の法解釈主体としての役割に焦点を合わせて検討する。

- (1) 権利主張が、特定の法解釈を前提としたものであること、その含意に関しては、阿部昌樹「ローカルな法秩序」（勁草書房・二〇〇二年）三〇—三二頁。
- (2) Lauren B. Edelman “Legality and the Endogeneity of Law,” in Robert A. Kagan, Martin Krygier, & Kenneth Winston eds., *Legality and Community* (Rowman & Littlefield, 2002) pp. 187-202. See also Lauren B. Edelman, Christopher Uggan, & Howard S. Erlanger “The Endogeneity of Legal Regulation,” *American Journal of Sociology*, Vol. 105 (1999) pp. 406-454.
- (3) Shaun A. Talesh “The Privatization of Public Legal Rights,” *Law & Society Review*, Vol. 43 (2009) pp. 527-561. エドワード・ルービンが、自動車の製造業者がどのように遵守しているかを調査することを明らかにしている。
- (4) そのような法が、今日における議会制定法の圧倒的多数を占めていることについて、Edward L. Rubin “Law and Legislation in the Administrative State,” *Columbia Law Review*, Vol. 89 (1989) pp. 369-426. ルビンは、今日における立法の大半は、私人が従うべきルールを定めるものではなく、立法府が政府の法実施機構に対して発する公共政策に関する一連の指令であると指摘したうえで (at p. 374)、そのことに伴う法の変質について論じている。
- (5) 渡辺洋三「法治主義と行政権」同『現代国家と行政権』（東京大学出版会・一九七二年）四五、五六頁。傍点は原文。
- (6) 渡辺・前掲注5、五七頁。傍点は原文。
- (7) こうした渡辺の指摘を踏まえて、行政機関もしくは個々の行政官が行う法解釈に対する、裁判所による統制をはじめとする種々の統制方式に関して包括的に検討した著作として、山岸敬子「行政権の法解釈と司法統制」（勁草書房・一九九四年）。
- (8) 二〇〇〇年に創設された国地方係争処理委員会に対してなされた審査の申し出は、横浜市が法定外普通税として勝馬投票券発売税を新設しようとしたのに対して総務大臣が不同意としたことを不服として、二〇〇一年四月に横浜市長が申し出た

ケースと、国土交通大臣が独立行政法人鉄道建設・運輸施設整備支援機構に対して行った北陸新幹線の工事実施計画の認可を不服として、新潟県知事が二〇〇九年一月に申し出たケースの二件のみである。前者のケースでは、審査を経て勧告に至ったものの、その後訴訟には進展せず、後者のケースでは、審査の申し出が却下され、その後、やはり訴訟提起には至っていない。前者の横浜市の事例の先例的意義について、阿部昌樹「争訟化する地方自治」(勁草書房・二〇〇三年)一八〇—一八一頁。

(9) Oliver W. Holmes “The Path of the Law,” *Harvard Law Review*, Vol. 10 (1897) p. 457, 461 の、「私が法という言葉で意味するのは、裁判所が実際になすであろうことの予言であり、それ以外のもったいぶった何ものでもあり得ない」という言明は、弁護士が依頼者に対して法的な助言を行う場合に採用する法解釈は、依頼者が直面しているトラブルが訴訟になった場合に、裁判所が採用するであろう法解釈の予測であるという事実を、簡潔に表現したものと理解することができよう。

(10) 我が国においては、裁判所組織内部において、下級裁判所の裁判官には、上級裁判所が採用するであろう法解釈に依拠して、上級裁判所が下すであろうような判決を下すことが、とりわけ強く期待されていることについて、佐藤岩夫「司法の〈統一性〉と〈非統一性 (Uneinheitlichkeit)〉」(法社会学五三号 (二〇〇〇年) 一四六一—一六三頁)。

(11) Lawrence Baum, *The Supreme Court*, 10th ed. (CQ Press 2010) p. 145 は、合衆国において、連邦最高裁判所が、判決に対する連邦議会の反応を予測したうえで、連邦最高裁として最も望ましいと考える法解釈ではなく、連邦議会が受容するような法解釈を採用するという選択を行うことがありうることを指摘している。ただし、baum は、そうした事態が生じた、具体的なケースを示しているわけではない。

(12) 見平典「司法積極主義の政治的構築」(一)〜(三・完)「法学論叢」一六三巻二号一二四—一五二頁、四号一三一—一五四頁、五号一四九—一七二頁(二〇〇八年)は、合衆国においては、大統領をはじめとする主導的地位にある政治家が、ある特定の法律を連邦最高裁が違憲と判断することを期待し、その期待を実現するために、連邦最高裁に対して様々な働きかけを試み、それに連邦最高裁が応じるかたちで違憲判決が下されることのあることを、いくつかの具体例をあげて論じているが、それらのケースは、主導的地位にある政治家の主張する憲法解釈を連邦最高裁が受容した例として理解することが可能であろう。なお、見平典「司法積極主義の政治的構築」(二)〜(二・完)「法学論叢」一六五巻一号三八—五六頁、三号八三—一〇頁(二〇〇九年)は、こうして、主導的地位にある政治家の働きかけに応じて、連邦最高裁がいくつかの争点に関して違憲判決を下したことが、長期的には、連邦最高裁の、広範な憲法上の争点について自律的判断

に基づいて積極的に違憲判断を下す姿勢へとつながっていったと論じている。

- (13) 法学の研究やマスメディアが主張する法解釈が、裁判所が採用する法解釈に与える影響に関して、Baum *supra* note 11, pp. 142-144 を参照。
- (14) 法解釈主体の複数性については、Thomas F. Burke “The Judicial Implementation of Statutes,” in Mark C. Miller & Jeb Barnes eds, *Making Policy, Making Law* (Georgetown University Press, 2004), pp. 123-139 の「障害を有するアメリカ人法 (Americans with Disabilities Act)」の実施状況の調査を踏まえた、多様な法解釈主体が、それぞれに異なったコンテクストにおいて、それぞれに異なった利害関心を抱きつつ、それぞれに異なった解釈枠組を用いて、それぞれに異なる解釈を採用するのが、法解釈の実態であるという指摘 (at p. 136) も参照されたい。
- (15) William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey “The Supreme Court 1993 Term—Foreword: Law as Equilibrium,” *Harvard Law Review*, Vol. 108 (1994) pp. 27-108.
- (16) こうした必要性を、エスクリッジとフリッキイがまったく意識していなかったとは思われない。確かに、彼らの共著論文においては、均衡としての法の内実を理解するためにこれらの点にも留意することが必要であることへの言及はなされていない。しかしながら、共著者の一人であるエスクリッジによつて、この共著論文とはほぼ同時期に執筆されたと思われる William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation* (Harvard University Press, 1994) においては、法解釈という実践をもつばら最上位裁判所の視点から捉えるのではなく、法解釈の制度的ダイナミズムをボトムアップの視点から捉えることの重要性が指摘され、私人や企業、法の実施に携わる行政職員等がまず法を解釈することや、行政機関や下級裁判所が、法解釈上の争点に関して、実質的には最終的な発言権を有している場合が稀ではないことに留意すべきことが強調されている (at pp. 69-71)。共著論文においてこれらの点への言及が欠如しているのは、連邦最高裁判所の一九九三年開廷期を回顧する *Harvard Law Review* の特集号の巻頭論文という、この共著論文の性格ゆえに、ボトムアップの視点を徹底することができなかったという事情によるのではないかと推測される。

二 法変容の動態

(一) 一九九〇年代半ばまでの法状況

日本国籍を持たない者を地方公務員に任用することの可否について、明示的に規定した法律は存在しない。すなわち、法は欠缺状態⁽¹⁷⁾にある。この法の欠缺をどのように解釈すべきかをめぐっては、「当然の法理」という観念を中核とする考え方が、戦後の早い時期から提唱されてきた。

その嚆矢とされるのが、一九四八年八月一七日付けの総理庁連絡調整事務局第二部長あて法務庁法務調査意見長官回答⁽¹⁸⁾である。

この回答においてはまず、「公の権力の行使を担当する官吏となる権利については、これを国民のみの専有する権利としているのが各国の通例」であることが指摘され、その理由は、「それらの者は、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あり、また、これらの者は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、および一國が他國人を単にその者との間の行為によって自國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關しその者の属する國家の対人主權をおかすおそれがあること、その他その國の民情風俗に通暁することを必要とすること等に在るものと考えられる」という推測が述べられている。

そして、それに続けて、我が國のみが他の諸國と異なる立場を採っているとは考え難いことから、「わが法令上明文のないことをもって日本政府の官吏たるには日本国籍を必要としないと解すべきではなく、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」という見解が

示されている。そのうえで、さらに、公権力の行使を担当せず、「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」するにすぎないような職に従事する公務員に関しては、「これらの者の事務または労務は、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であろう」と付言されている。公権力の行使を担当する公務員となるためには当然に日本国籍を必要とする一方で、その他の公務員に就任するためには日本国籍は必要ではないという考え方が、ここに明示されたのである。

この法務庁法務調査意見長官回答を踏まえつつ、公務員の国籍問題に関して、「当然の法理」という文言をはじめて用いたのが、一九五三年三月二五日付けの内閣総理大臣官房総務課長あて内閣法制局第一部長回答である。

これは、「わが国の公務員が日本国籍を喪失した場合、その者は、公務員たる地位を失うか」という問いに対するものであるが、そこではまず、「法の明文の規定でその旨が定められている場合を別とすれば……一般にわが国籍の保有がわが国の公務員の就任に必要な要件である旨の法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」という見解が示されている。そして、この見解を前提として、上記の問いに対して、「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ものと解せられる」という回答がなされている。⁽²⁰⁾

この内閣法制局第一部長回答に関して特筆すべきなのは、「当然の法理」という文言が使用されるとともに、日本国籍を有する者でなければ就任できない職として、「公権力の行使」に従事する公務員に加えて、一九四八年の法務庁法務調査意見長官回答では明示されていなかった「国家意思の形成への参画にたずさわる公務員」があげられていることである。それぞれの回答の意図はともかくとして、少なくとも文言上は、内閣法制局第一部長回答は、法務庁法務調査意見長官回答よりも、日本国籍を有する者でなければ就任できない職の範囲を拡張したことになる。

しかしながら、これらの回答はいずれも、国家公務員についてのものである。これに対して、地方公務員に関しては、一九五二年七月三日付けの京都府知事あて地方自治庁公務員課長回答において、「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」という見解が示されるなど、⁽²¹⁾日本国籍を持たない者の採用は法的に禁止されていないという認識が一般的であった。⁽²²⁾そして、国家公務員に関しては、一九六七年に人事院規則八一―八が制定され、そこに、「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が、地方公務員に関しては、日本国籍を持たない者の採用が法的には禁止されていないという状況が継続したのである。

こうした法状況が大きく変わるのには、一九七三年五月二八日付けの大阪府総務部長あて自治省公務員第一課長回答によってであった。この回答においては、第一に、「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」という見解が、第二に、「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」という照会に対し、「適当でない」という見解が示された。⁽²³⁾

このうち、第一の点についての見解は、一九五三年の内閣法制局第一部長回答を、「国家意思の形成への参画」を「地方公共団体の意思の形成への参画」と書き換えたうえで、地方公務員にも敷衍する内容となっている。それに対して第二の点についての見解は、採用後直ちに公権力の行使や自治体としての意思形成への参画に携わる職に就くこととはないとしても、将来的にそうした職に就くことが予想されるような職種に日本国籍を持たない者を採用することも否定的に解するものであり、少なくとも文言上は、一九五三年の内閣法制局第一部長回答よりも、日本国籍を持たない者を採用できる範囲を限定する内容となっている。一般事務職の職員として採用された者は、採用後しばらくの間は補助的な業務にのみ携わるとしても、いずれは課長や部長に昇任し、公権力の行使や自治体としての意思形成への参画に携わる可能性がある。そうした可能性が、一般事務職の職員として採用された者全員について必ず現実化するとは限らないとしてもなお、この見解に従うならば、日本国籍を持たない者を一般事務職の職員として採用することはできないことになる。もともと、既述のとおり、国家公務員に関しては、一九六七年に制定された人事院規則八一―八に、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が明記されたことを踏まえるならば、この自治省公務員第一課長回答は、外国籍者の地方公務員への任用を、国家公務員への任用以上に広範囲に制限するものではなかったと言いうことができよう。

しかしながら、一九五二年の地方自治庁公務員課長回答が、外国人の地方公務員への任用に関しては、それぞれの自治体の裁量的判断を広く認める趣旨のものであったのとは対照的に、この一九七三年の自治省公務員第一課長回答は、第一の点についての見解だけをとって見ても、そうした自治体の裁量的判断権限に制約を課すものであり、それ

説に第二の点についての見解が付加されたことよって、自治体の裁量的判断の余地は、大幅に縮減されたと言つてよいであろう。

論

もつとも、「適当でない」という文言は、政策的に、あるいは人事管理上の判断として、不適切であるということを描き出すにとどまるものであり、違法とは言えないということを含意しているようにも読める。そうであるとしたならば、自治省の観点からすれば不適切であると考えられることを、自治体が独自の判断に基づいて敢えて実施したとしても、法的にはまったく問題はないということになる。しかしながら、この「適当でない」という文言は、「適否はどうか」という照会に対する回答であるがゆえに、そのような文言が用いられたのであり、その趣旨は、法的に許容されないということであるようにも読める。そして、実際のところ、この文言は、後者の意味を有するものとして通用していくことになった。すなわち、「適当でない」とは「してはならない」という意味であると理解され、しかも、「してはならない」のはなぜかという問いに対しては、公務員に関する「当然の法理」からそうした結論が導かれるという回答がなされるのが通例となり、この文言は、「法的」に禁止されているという趣旨のものであるという理解が一般化していったのである。そして、そうした理解は、けつして一九七三年の自治省公務員第一課長回答の意図を曲解したものでなく、むしろ、その意図を正確に汲み取ったものであったと考えられる。

既述のとおり、日本国籍を持たない者を地方公務員に採用することの可否について、明示的に規定した法律は存在しない。この法の欠缺がいかなる法的意味を有しているのかを解釈することは、法の規定が存在する状況において、その法の規定がいかなる意味を有しているのかを解釈することが法解釈であるのと同様に、法解釈に他ならない。自治体が、日本国籍を持たない者を、公権力の行使や自治体としての公的意思の形成に参画する職に任用することは「できない」し、将来そうした職に就く可能性のある職種に採用することは「適当でない」という考え方は、まさに

そうした意味での法解釈なのである。⁽²⁴⁾したがって、「できない」という文言は、「法的」に「できない」、すなわち、違法であるという趣旨のものとして理解する必要があるし、「適当でない」という文言も、「法的」な観点から見て「適当でない」、すなわち、法の趣旨に適合しておらず、適法ではないという意味で用いられていると考えざるを得ないのである。一九七三年の自治省公務員第一課長回答は、自治省がこうした法解釈を採用することを、公的に表明するものであったのである。

そして、それから六年後の一九七九年には、この一九七三年の自治省公務員第一課長回答に示された法解釈が、内閣が是とする法解釈でもあることが、衆議院議員・上田卓三が衆議院議長宛に提出した「在日韓国・朝鮮人の地方公務員任用に関する質問趣意書」に対する、内閣総理大臣・大平正芳の答弁書において確認されている。⁽²⁵⁾この答弁書においてはずまず、「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解して」おり、「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」という認識が示されている。ここでは、一九五三年の内閣法制局第一部長回答において言及されていた「国家意思」と一九七三年の自治省公務員第一課長回答において言及されていた「地方公共団体の意思」との双方を包括するものとして、「公の意思」という表現が用いられている。そして、そのうえで、一九七三年の自治省公務員第一課長回答において、「将来、昇任、転任等により公権力の行使又は公の意思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述べられていることに関して、これは、「これらの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考慮」しての言明であるとして、その妥当性を確認している。

この大平答弁書にはまた、一九七三年の自治省公務員第一課長回答には明示されていなかった、重要な認識が示されている。それは、「公権力の行使又は公の意思形成への参画にたずさわる地方公務員であるかどうか」や、「公権力の行使又は公の意思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員」であるかどうかは、それぞれの自治体が判断すべきことであるという認識である。この認識は、法律の解釈は、法律の規定が存在しない場合すなわち法が欠缺状態にある場合のその解釈をも含めて、内閣を頂点とする国の行政機構の役割であるが、法律の具体的事実関係への当てはめ、すなわち、国の行政機構が示した法解釈を前提とした場合に、ある具体的事実がどのような法的評価を受けるものであるかを判断することは自治体の役割であるという、国と自治体との役割分担についてのより一般的な理解を踏まえたものであろう。機関委任事務制度が存在していた当時の状況を踏まえるならば、こうした理解は、機関委任事務の実施を規律する法に関しては十分に成り立ちうるものであったと考えられるが、地方公務員の任用は機関委任事務ではなく、それゆえ、地方公務員の任用を規律する法の解釈を、こうした理解を踏まえて国側が提示し、その遵守を自治体に求めることの妥当性は、当時においても疑わしいものであったと言わなければならない。⁽²⁶⁾しかしながら、少なくとも都道府県と政令指定都市においては、おそらくは自治省からの強い指導もしくは要請があったがゆえにであろうが、この役割分担を前提として、一九七三年の自治省公務員第一課長回答および一九七九年の大平答弁書に示された法解釈に従って、職員の採用が行われていくことになった。すなわち、職員採用試験の採用区分となつている職種ごとに、将来的に「公権力の行使又は公の意思形成にたずさわる職につくことが予想される職員」に該当するかどうかを判断し、該当すると判断された職種の職員採用試験に関しては、日本国籍を有していることを受験資格とするが、それ以外の職種の職員採用試験に関しては、日本国籍を有していることを受験資格とはしないという実務が定着していったのである。そして、その結果、一般事務職については、都道府県と政令指定都市のすべ

てが、日本国籍を有していることを職員採用試験の受験資格とする一方で、獣医師や薬剤師等の職種については、日本国籍を有していることを職員採用試験の受験資格とする自治体もあれば、しない自治体もあるという、自治体ごとの差違が生じることになった。⁽²⁷⁾

また、一九九〇年代になると、それまでは一般事務職に採用された職員が担ってきた職務の一部を区分したうえで、もっぱらそれらの区分された職務のみを担い、将来的にも「公権力の行使又は公の意思形成にたずさわる職」に就くことはない職種を新たに設け、それらの職種の職員採用試験については、日本国籍を有していることを受験資格とはしないという対応が、いくつかの政令指定都市において採られるようになった。横浜市が「国際」、「経営」、「情報処理」の三職種を、大阪市が「国際」と「経営情報」の二職種を、神戸市が「国際関係」と「経営」の二職種を、川崎市が「国際」と「経営情報」の二職種を、いずれも一九九三年度職員採用試験より新設したこと等がそれに当たる。⁽²⁸⁾ こうした対応は、一九七三年の自治省公務員第一課長回答や一九七九年の大平答弁書に示された法解釈に抵触しなかつたかたちで、日本国籍を持たない者の採用を拡充していこうとするものであり、国側から提示された法解釈の正当性を前提としたうえでのものであったと見なすことができる。

都道府県と政令指定都市が、このように、国の行政機構から示された法解釈を受け容れつつ、法の具体的事実関係への当てはめについてのみ独自の判断を行うという姿勢を採っていたのに対して、政令指定都市以外の市町村のなかには、国の行政機構から示された法解釈に従わないものがあらわれた。たとえば、大阪府内では、一九七九年に八尾市が、日本国籍を持たない者にも一般事務職の職員採用試験の受験を認めたとを嚆矢として、一九八八年までに、大阪府を除く全市が、一般事務職の職員採用試験の受験資格から、「日本国籍を有する者」といういわゆる「国籍条項」を削除した。⁽²⁹⁾そして、町村もそれにならい、一九九一年までに、大阪府内の市町村で、一般事務職の職員採用試験の

受験資格を日本国籍を有する者に限定しているのは、政令指定都市である大阪市のみにとまった。⁽³⁰⁾兵庫県内でも、一九一一年までに、政令指定都市である神戸市を除く全市町村が、日本国籍を有しない者にも、一般事務職の職員採用試験の受験を認めるようになった。⁽³¹⁾

これらの市町村の対応は、日本国籍を持たない者を地方公務員に任用することの可否について法の欠缺は、自治体が、日本国籍を持たない者を、一般事務職の職員として採用することを禁止する趣旨ではないという、それらの自治体独自の、国の行政機構から示された法解釈とは異なる法解釈に依拠してのものであったと考えられる。しかしながら、これらの市町村は、自治省をはじめとする国の行政機構を相手として、その法解釈に異議を唱えて正面から争い、その法解釈の変更を認めさせようと試みたわけではなく、ただその法解釈には従わないという立場を採つたにすぎなかった。そして、自治省等もまた、これらの市町村が日本国籍を持たない者にも一般事務職の職員採用試験の受験を認めることは合法であると明示的に認めたわけではなく、ただそうした実務を「黙認」したにすぎなかつた。⁽³²⁾

自治省が、一般事務職の職員採用試験の受験資格を日本国籍を有する者に限定することを、都道府県や政令指定都市に対しては強く指導もしくは要請する一方で、一般の市町村に対しては、それほどには強く指導もしくは要請しなかつた理由は定かではないが、機関委任事務制度の下で、都道府県知事や政令指定都市の市長には多くの事務が機関委任されていたのに対して、一般市町村の首長に機関委任されていた事務はそれほど多くはなかつたことが、その理由ではないかという推測が伝えられている。⁽³³⁾二〇〇〇年に廃止される以前の機関委任事務は、法的には国の事務であつた。自治省が、自治体固有の事務はともかく、国の事務、とりわけ行政処分のような公権力の行使をその本質とする国の事務の実施に日本国籍を持たない者が従事することは適当ではないという認識に基づいて、多くの機関委任事務の実施を担っていた都道府県や政令指定都市に対しては、一般事務職の職員採用試験の受験資格を日本国籍を有

する者に限定するよう強く指導もしくは要請したという推測は、十分に成り立ちうるように思われる。

かくして、一九九〇年代半ばには、内閣を頂点とする国の行政機構の公式見解としては、公権力の行使や公の意思形成への参画に携わる地方公務員や、将来において公権力の行使や公の意思形成への参画に携わる可能性のある職種の地方公務員になるためには、日本国籍を有していなければならないという法解釈が、全国くまなく妥当するものとして維持される一方で、自治体の実務レベルにおいては、都道府県や政令指定都市はこの法解釈を厳格に遵守していたものの、この法解釈を受け容れず、独自の法解釈に基づいて職員採用試験を実施する市町村も相当数存在するという状態が形成されていた。これは、国の行政機構が示す法解釈に従わない市町村もあつたということを含めて、一つの均衡であつた。こうした均衡状態に揺らぎが生じるのは、一部の県や政令指定都市から、国の行政機構が示す法解釈に対して、異議申し立てがなされることによつてであつた。

（二）均衡の揺らぎと再均衡

先鞭をつけたのは、高知県知事の橋本大二郎であつた。橋本は、一九九五年一月一日付けの「年頭所感」において、「外交や防衛など国家機密を扱う国家公務員と、地方公務員とでは業務の質が違」つており、地方公務員に関しては、「日本で生まれ育つた在日韓国・朝鮮人の方々が国籍が違うというだけで……採用されなないのは、理屈として成り立たない」として、警察職や教育職を除く、知事部局に属する全職種を対象として、一九九五年年度の県職員採用試験からは、日本国籍を持たない者にも受験を認めるようにしたい旨を表明した。国の行政機構がそれまで示してきた法解釈には、もはや従う意思がないことを明言したのである。³⁴ 橋本がこうした方針を表明するに至つたのは、その前年の一月に、「陳情に訪れた在日韓国女性が、『国籍条項で公務員への道が閉ざされている。子を持つ親として納得で

きない」と語ったこと」を、そもそもきつかけとしてのことであったと伝えられている。⁽³⁵⁾

法的な観点から見ると、この方針は、日本国籍を持たない者を地方公務員に任用することの可否についての法の欠缺は、法は、日本国籍を持たない者を職員として採用するか否かの判断を、それぞれの自治体の裁量に委ねるといふ趣旨であるという法解釈に依拠したものであったと考えられる。⁽³⁶⁾それは、一九七三年の自治省公務員第一課長回答以来、国の行政機構から示されてきた法解釈とは異なる法解釈であり、それゆえ、高知県が橋本のこの方針を採用したならば、自治省をはじめとする国の行政機構との対立は避け難かった。

橋本のこの方針は、しかし、一九九五年度の県職員採用試験に関しては、その実施が見送られることとなった。「県の人事担当幹部らが自治省と折衝を重ねていたが、『国籍条項は法律に明記されていないが、国、地方を問わず、外国人を公務員に採用することは難しい』と同省が難色を示し、県職員の受験資格を決める県人事委員会からも、反対の声があがっていた」ことが、その理由であったと報道されている。⁽³⁷⁾

その後、橋本は、一九九五年一月一日に実施された高知県知事選挙に、県職員採用試験の受験資格からの国籍条項の削除を公約の一つとして掲げて立候補し、有効投票総数の八五パーセントを超える票を得て再選されると、改めて、一九九六年度の県職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除するための取り組みに着手した。そして、翌一九九六年二月二日に、地方公務員への任用資格をどのように定めるかは、「地方が独自に決定できる問題」であり、それゆえ、たとえ自治省の了解が得られなくても、一九九六年度の県職員採用試験から、知事部局に属する全職種を対象として、受験資格からの国籍条項の削除を、「自治体としての判断で断行する」ことを表明した。⁽³⁸⁾

橋本がこうして再度提示した方針は、しかし、高知県議会の自民党県議団からの反発を喚起した。同県議会でも過半数の議席を占める自民党県議団は、同県議会の一九九六年二月定例会に、「知事と自治省との間に見解の相違」があ

り、「県民の理解も十分に得られていない今、あえて国籍条項撤廃の方針を貫くこと」は適切ではなく、それゆえ、知事においては、「この問題の取り扱いについて十分に慎重を期して引き続き国の理解を得るよう強く求める」という内容の、「国籍条項撤廃に関する決議議案」を提出し、それを、同年三月二一日に、同県議団に所属する議員のみの賛成多数で可決したのである。⁽³⁹⁾

そして、四月三〇日には、高知県人事委員会が、県職員採用試験の受験資格から国籍条項を原則として削除することについては、「委員会としての整合性のある統一見解は成立していない」ことを理由として、一九九六年度の県職員採用試験の受験資格は「従来通りとする」ことを決定した。⁽⁴⁰⁾三名の委員相互間に見解の相違があり、国籍条項を削除すべきであるという合意が形成されなかったがゆえに、受験資格の変更は見送るという判断である。これによって、橋本の思惑どおりに、一九九六年度県職員採用試験から、ほぼすべての職種について、日本国籍を持たない者にも受験を認めるという方針を実現することは、不可能となったのである。

こうして高知県が足踏み状態を続けるなかで、他の自治体に動きが見られた。まず、三月二一日に、大阪市長の磯村隆文が、一般事務職の市職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除する方針であり、できれば一九九六年度から実施したい旨を、記者会見において表明した。⁽⁴¹⁾その後、この考えを質すために開催された大阪市議会の財政総務委員会において、磯村は、日本国籍を有していない者にも職員採用試験の受験を認めるか否かについては、「自治体の機能として主体的に判断すべき」事柄であるという、橋本のそれと同様の認識を示したが、採用後の配置や昇進に関しては、「決裁権を持つ管理職への任用の制限をするというようなこと」も想定していると述べた。⁽⁴²⁾将来的に「公権力の行使又は公の意思形成への参画にたずさわることが予想される」ような職種の地方公務員に日本国籍を有していない者を採用するか否かは、各自自治体が裁量的に判断することができるが、実際に「公権力の行使又は公の意思形成へ

の参画にたずさわる地方公務員」への任用は日本国籍を有する者に限られるという、後に自治省も受け容れることになる新たな法解釈が、萌芽的なかたちではあるが、磯村によって示されたのである。

しかしながら、一九九六年度の大阪市職員採用試験は、従来どおり、一般事務職の職員採用試験の受験資格を日本国籍を有する者に限定したかたちで実施されることになった。自治省が、日本国籍を有していない者を、将来的に「公権力の行使又は公の意思形成への参画にたずさわる」ことが予想されるような職種の地方公務員に採用することはできないという従来からの法解釈を堅持する姿勢を崩さなかったことと、大阪市議会において、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除するのは時期尚早であるという声が多数を占めたことが、その理由であったと報道されている。⁽⁴³⁾

こうして、高知県知事と大阪市長が、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除するという方針を表明しつつも、その実現を先延ばしにするという判断を余儀なくされたのに対して、方針の表明は遅れたものの、高知県知事や大阪市長に先んじてその実現にこぎ着けたのが、川崎市長の高橋清であった。

高橋が、日本国籍を持たない者は、「公権力の行使又は公の意思形成への参画にたずさわる」ことをその職務内容に含む管理職には就任させないことを条件として、消防職を除く全職種の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除したいと表明したのは、四月三〇日の午後四時半から急遽行われた記者会見においてであった。⁽⁴⁴⁾この四月三〇日という日は、高知県人事委員会が、一九九六年度の県職員採用試験の受験資格は従来どおりとすることを決定した日であり、大阪市長の磯村が、一九九六年度の市職員採用試験については、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除することは断念する旨を公式に表明した日でもあった。

高橋の方針は、「公権力の行使又は公の意思形成への参画にたずさわる地方公務員」への任用は日本国籍を有する

者に限られるという点に関しては、国の行政機構から繰り返し提示されてきた法解釈を受け容れつつ、一般事務職の職員は、将来的に「公権力の行使又は公の意思形成への参画にたずさわることが予想される」ことから、その採用試験の受験資格は日本国籍を有する者に限定されるべきであるという、一九七三年の自治省公務員第一課長回答をその嚆矢とする法解釈の妥当性を否定しようとする点において、大阪市長の磯村が採用しようとした方針と一致する。この高橋の方針表明に至るまでに、川崎市の人事担当部局は、市が実施している事務事業のすべてを、「公権力の行使」に該当するかどうかという観点からチェックし、市長部局に勤務する職員のほぼ九割は、公権力の行使には携わっていないという認識を得ていた。また、「公の意思形成への参画にたずさわるとは、市長の権限に属する事項を専決もしくは代決することであると解するならば、そうした専決もしくは代決権限を有している職員はライン部門の局長・部長・課長に限られ、その数はそれほど多くはないという認識に至っていた。そして、これらのことを踏まえるならば、日本国籍を持たない者を、一般事務職の職員として採用したうえで、「公権力の行使又は公の意思形成への参画」に携わらせることなく昇任させていくことは十分に可能であり、日本国籍を有している者とそうでない者との間で、昇任に関して不平等が生じることはないという結論に達していた。⁽⁴⁵⁾

川崎市の人事担当部局の職員は、この結論を携えて、二月から自治省行政局公務員部との協議に臨み、四月二六日まで七回ないしは八回の協議を重ねたという。しかしながら、自治省側は、一般事務職の職員として採用しつつ、「公権力の行使又は公の意思形成への参画」に携わる職には任用しないというやり方では、人事管理に問題が生じるとして、川崎市の人事担当部局が達した結論に同意せず、協議は平行線のままで終わったという。高橋は、四月三〇日の緊急記者会見において、「自治省の考えを変えたかったから、できるだけ合意を得たかった」と語っている。それが容易ではないことを十分に認識したこと、高知県と大阪市では一九九六年度の職員採用試験は従来どおりの方

式で実施されることになったことを伝えられ、いずれかの自治体が一步踏み出さなければ事態は進展しないと判断したことが、高橋が四月三〇日の夕刻に緊急記者会見を開催した理由だったのではないかと推測されている。⁽⁴⁶⁾

なお、川崎市の人事担当部局は、この緊急記者会見が開始される同時刻に、そこで表明される予定の市長の見解をまとめた文書を、川崎市議会各会派の団長・副団長等に、一斉にファックスで送信したという。そして、それは、大阪市長が、一般事務職の市職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除することを先送りにした、その理由の一つが、この市長としての方針が、大阪市議会に伝えられる前に新聞報道されたことに対する、大阪市議会からの反発であったことを踏まえてのことであつたといふ。⁽⁴⁷⁾

高橋の緊急記者会見における方針表明がなされた段階では、しかし、川崎市人事委員会は、一般事務職の市職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除することの可否についての検討に着手してはいたものの、削除するという結論に達していたわけではなかつた。四月三〇日の段階では、国籍条項の削除は、あくまでも市長としての方針表明にとどまっていたのである。

川崎市人事委員会が、「一九九六年度から実施の市職員採用試験の受験資格に、日本国籍を有しない人は、公権力の行使または公の意思形成に参画させないとする条件を付し、消防士の区分を除く全区分で、国籍条項を設けない」という結論に達したのは、五月一三日のことであつた。同人事委員会は、この結論に達した理由として、「地方公務員の職務は国家公務員とは異なり地域に密着した職務が主であり、これらの職にあつては、国籍にとらわれる必要性は低い」ということに加えて、川崎市においては、「現在、公権力の行使、公の意思形成に参画する職員数はおおむね二〇〇程度であり、一万六千四百余名に及ぶ職員数との対比からみて、採用後の人事管理においても公正妥当な運用は十分可能である」ことをあげている。⁽⁴⁸⁾市の人事担当部局が、市が実施している事務事業やそれに対する職員の関

と実態を精査して到達した結論を、人事委員会もまた、妥当なものであると判断したのである。

この川崎市人事委員会の決定に対して、自治省は、「外国人を一般事務職として採用しながら、公権力の行使などに携わらない職に任用の範囲を限ることは、本人の将来の転任や昇任に支障を生ずるだけでなく、モラルに悪影響を生ずる」というコメントを発表している。⁽⁴⁹⁾ このコメントは、一九七三年の自治省公務員第一課長回答や一九七九年の大平答弁書に示された考え方を変更する意思がないことを、自治省として再度表明するものであった。

しかしながら、この自治省のコメントに影響されて、川崎市人事委員会がその決定内容を変更するようなことはなく、消防士の区分を除く全区分の受験資格から国籍条項を削除した一九九六年度の大学卒程度職員採用試験が、六月三〇日に実施された。ところが、この試験の受験者のなかには、日本国籍を持たない者が六名いたが、この六名のうちのいずれも合格しなかった。また、同様に国籍条項を削除した、一九九六年度の高卒程度職員採用試験が九月二九日に実施され、日本国籍を持たない者が三名受験したが、この三名のいずれも合格せず、一九九七年四月から、日本国籍を持たない者が川崎市の一般事務職の職員として採用される可能性はなくなった。川崎市の取り組みは、一九九六年の段階においては、都道府県と政令指定都市のなかでは最初に、一般事務職の職員採用試験を、受験資格を日本国籍を有する者に限定せずに実施したということにとどまったのである。

その一方で、自治省は、従来からの法解釈を変えようとはしなかった。六月三日に、「一般事務職など、公権力の行使などに携わる職につくことが予想される職員の採用について国籍要件を撤廃することは適当でない」という同省行政局公務員部長の見解を載せた広報誌を、全自治体の首長と地方議会議長に郵送したことや、八月二〇日に開催された全国人事委員会事務局長会議で、同省行政局公務員部長が、「外国人の地方公務員任用について、『一般事務職など、昇進や転任で、公権力の行使や公の意思形成の参画に携わることが予定される職員について、（日本国籍が必要

との) 国籍条項を撤廃することは適當でない。(来年度の募集要綱を決める時になって) ガタガタしないように勉強して欲しい」と述べ、従来の考え方を維持するよう要請した」ことが報道されている。⁽⁵⁰⁾

そして、一月一日には、自治大臣の倉田寛之が、「談話」という形式で、自治省が従来からの法解釈を変更するつもりがないことを、以下のように表明した。

……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でありますが、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条項を撤廃することは、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います。⁽⁵¹⁾

しかしながら、この倉田大臣談話が、自治省の従来からの法解釈が公式に表明される、最後の機会となったのである。この年の九月二十七日に衆議院が解散され、一〇月二〇日に衆議院議員総選挙が実施された。そして、一月七日に召集された第一三八国会の初日に、衆参両院本会議において橋本龍太郎が総理大臣に再選された。橋本は直ちに組閣に取りかかり、同日夜に第二次橋本内閣が誕生した。自治大臣には、白川勝彦が任命された。

白川は、倉田に替わって自治大臣に就任すると間もなく、地方公務員制度を所管する自治省行政局公務員部に対し

て、日本国籍を持たない者を地方公務員として採用することについての、従来からの自治省の法解釈を見直すよう指示した。この白川の指示に対して、公務員部の職員は、従来からの法解釈を維持し続けることの必要性を強調し、連日、大臣室において、白川の説得に当たったというが、⁽⁵²⁾従来からの法解釈を改めたいという白川の意味は固く、その説得を受け容れようとはしなかった。それゆえ、公務員部の職員は、白川を翻意させることは断念し、自治省としての従来からの法解釈の修正を、最小限にとどめる方途を模索するようになった。かくして、白川と公務員部の職員と間で、ぎりぎりの見解の摺り合わせが行われ、その結果が、一月二二日に、白川による「談話」という形式で公表された。

この白川大臣談話においては、まず、「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いう公務員に関する基本原則は、国家公務員のみならず地方公務員の場合も同様である」ということを、白川自身も了解していることが述べられている。そして、そのうえで、国と自治体とは担っている事務が異なり、また、自治体相互間で首長部局の組織編成は様々であることを踏まえるならば、「公権力の行使又は公の意思の形成への参画」にたずさわる地方公務員であるかどうかについては、「一律にその範囲を確定することは困難であり」、それゆえ、それぞれの自治体が、各職員の職務内容を検討したうえで、判断すべきであるという認識が示されている。ここまでは、一九七九年の大平答弁書の内容と、何ら異なるところはない。しかしながら、次いで、日本国籍を持たない者の一般事務職等の職種での採用に言及するなかで、従来からの自治省の法解釈が、以下のように修正される。

外国人の方については、公務員に関する基本原則により、一定の制約の下に採用される場合、その必要性を地

方公共団体において判断し、また、そうした制約があることを本人も同意のうえで採用されることについては、その地方公共団体の人事行政の問題であります。

一方、自治省としましては、地方公務員制度を預かる立場から、地方公共団体からの御相談等を通じて、これまでの実例や考え方なども踏まえながら、協力・助言をさせていただくことはあります。例えば、「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将来予想される職員の採用試験」で国籍要件をはずすことについては、将来における人事管理の運用の点でいろいろ支障が生じ、適当でないのではないかと助言することもあると思います。しかし、どのような職種が具体的にこれに該当するかということについては、基本的には当該地方公共団体に適切に御判断いただくべきことと考えます。

要するに、一般事務職等の職種で日本国籍を持たない者を採用することは、その者が、日本国籍を有していないがゆえに、その後の昇任や転任を制約されることに同意しているのであれば、法的には何ら問題はなく、自治体は、そうするかどうかを裁量的に判断することができ、その自治体としての判断に対して自治省が何を述べようとも、それは、助言の域を出るものではないという趣旨である。⁽⁵⁾ 一般事務職等の、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職に就くことが予想される職種の職員採用試験の受験資格から国籍要件を削除することは、法的観点から見ても許容されないという、自治省が一九七三年の同省公務員第一課長回答以来堅持してきた法解釈は、こうして修正されたのである。

この白川大臣談話を踏まえて、翌一九九七年には、都道府県と政令指定都市のうちで、川崎市に加えて、高知県、神奈川県、大阪市、横浜市、神戸市が、一般事務職の職員採用試験を、受験資格を日本国籍を有する者に限定するこ

となしに実施した。そして、その結果、神奈川県、川崎市、および神戸市では、日本国籍を持たない者が、一般事務職の職員採用試験に合格した。また、既に一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除していた市町村についても、その職員採用実務には何の変化もなかったが、それに対する法的な評価は、自治省をはじめとする国の行政機構から繰り返し提示されてきた法解釈に背馳しており、そうした意味において違法ではあるが、黙認されているという状態から、白川大臣談話に示された新たな法解釈に従い、自治体としての裁量的判断を合法的に行っている状態へと、変化することになったのである。

このようにして、日本国籍を有していない者を地方公務員に任用することの可否に関する法は、一九九〇年代後半において、一つの均衡状態から、揺らぎを経て、新たな均衡状態へと移行したのである。

（三）司法の役割

以上で見てきた、日本国籍を有していない者を地方公務員に任用することの可否に関する法の、一九九〇年代後半における変容とほぼ同時期に、東京都に保健婦として採用された韓国籍の女性が、日本国籍を有していないことを理由として管理職選考試験を受験することを拒否されたことを不服として、東京都を相手取って、管理職選考試験の受験資格の確認と慰謝料の支払いとを求めて提起した訴訟の⁽⁵⁴⁾、第一審および第二審の判決が下されている。

第一審の東京地方裁判所は、管理職選考試験受験資格の確認請求については、試験が既に実施済みであり、確認の利益がないとして、原告の請求を却下した。また、慰謝料請求に関しては、日本国憲法は、「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我が国の統治作用にかかわる職務に従事する地方公務員に就任すること」を、日本国籍を持たない者にも権利として保障していると解することはできないという一般論を展開したうえで、東京都

の管理職選考試験は、まさに「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職への任用を目的とするもの」であり、そのような職に就くことを憲法上保障されていない原告に受験を認めなかったとしても、何ら違法なところはないとして、原告の請求を棄却した。⁽⁵⁶⁾

これに対して、第二審の東京高等裁判所は、管理職選考試験受験資格の確認請求については東京地裁の判断を是認する一方で、慰謝料請求に関しては、日本国憲法は、「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我が国の統治作用にかかわる職務に従事する地方公務員に就任すること」を、日本国籍を持たない者にも権利として保障していると解することはできないという東京地裁の憲法解釈を是認しつつ、しかし、東京都の管理職のすべてがそのような地方公務員に該当するわけではなく、「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支え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途を閉ざすものであり、憲法第二二条第一項、第一四条第一項に違反する違法な措置であるといわなければならない」として、東京地裁の判断を覆し、東京都に慰謝料の支払いを命じた。⁽⁵⁶⁾

この訴訟において争点となっていたのは、自治体が、日本国籍を持たない者を職員として採用した後に、日本国籍を有していないことのみを理由としてその者を管理職に昇任させないことが、法的に是認されるか否かであり、自治体が、日本国籍を持たない者を、一般事務職の職員として採用することを、法は許容しているか否かではない。しかしながら、東京地裁も東京高裁も、日本国籍を持たない者が、「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我が国の統治作用にかかわる職務に従事する地方公務員に就任すること」を、憲法を頂点とする我が国の法体系は許容していないという認識を表明しており、この認識は、自治省が一九七三年の同省公務員第一課長回答以来堅持してきた法解釈のうち、白川大臣談話による修正を被らなかつた部分と一致するものであることは、指摘して

おく必要がある。

なお、この訴訟の最高裁判所判決は、法解釈が新たな均衡に達してからかなりの期間が経過した後の、二〇〇五年一月二六日に下されている。⁽⁹⁷⁾この判決において最高裁は、「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」を指すものとして「公権力行使等地方公務員」という語を用い、我が国の法体系は、「公権力行使等地方公務員」には、原則として日本国籍を有する者が就任することを想定しており、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を想定してはいないという一般論を展開している。表現は若干異なるものの、内容的には、東京地裁や東京高裁の法解釈と異なるものではなく、かつまた、自治省が堅持してきた法解釈のうち、白川大臣談話によって修正されることのない部分と同趣旨である。そして、この一般論を踏まえたくうえで、最高裁は、「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」は、たとえそうすることによって、日本国籍を持たない者は、公権力行使等公務員には該当しない管理職にも就任することができなくなったとしてもなお、我が国の法体系の許容するところであり、東京都の管理職任用制度はまさにそのようなものであるから、東京都が外国籍を有する職員には管理職選考試験を認めないことに違法な点はないとして、東京都には慰謝料支払い義務はないと判示したのである。

もしも、最高裁が東京高裁の判断を全面的に是認したならば、日本国籍を有していない者を職員に採用した自治体は、「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我が国の統治作用にかかわる職務に従事する」

管理職とそうでない管理職とを区分したうえで、後者への昇進可能性は、日本国籍を有していない職員にも開いてお
くような人事制度の構築を法的に義務付けられることになったはずである。しかしながら、最高裁は、昇任人事に関
して、「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」ことを広く認めた。も
しも、多くの自治体の首長や人事委員会、あるいは人事担当部局の職員が、かつての自治省の法解釈の影響もあつて、
一般事務職の職員として日本国籍を持たない者を採用したならば、それらの者をどのように昇任させていくかが繰り
返し問題化し、人事管理に大きな支障を来すかもしれないという懸念を抱いていたとしたならば、この最高裁判決は、
そうした懸念を緩和し、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除する方向に、自治体を後押しする
効果を発揮することになったかもしれない。

確かに、新潟市が二〇〇九年度の職員採用試験から、消防士以外のすべての職種の受験資格から国籍条項を削除し
たように、この最高裁判決以降に、日本国籍を持たない者にも一般事務職の職員採用試験の受験を認めるようになつ
た自治体もないわけではない。しかしながら、その数はそれほど多くはない。日本国籍を持たない者をも一般事務職
の職員として採用することを比較的早い段階から検討していた自治体の多くは、そしてまた、川崎市等の動向に触発
された自治体の多くも、白川大臣談話を踏まえて、最高裁判決を待つことなく、一般事務職の職員採用試験の受験資
格からの、国籍条項の削除に踏み切っていたのである。また、川崎市が、一九九七年四月に「外国籍職員の任用に関
する運用規程」を作成し、そこに、日本国籍を持たない職員は行うことのできない職務を明示することによつて、そ
れらの職務に従事することのない管理職には、日本国籍を持たない職員も昇任することができることを明らかにした
こと⁽⁸⁸⁾を嚆矢として、日本国籍を持たない者にも一般事務職の職員採用試験の受験を認めるようになった自治体はいず
れも、公権力の行使や公の意思の形成への参画に携わることのない管理職には、日本国籍を持たない職員も昇任させ

るといふ方針を採用している。そして、そうした方針は、最高裁の、日本国籍を持たない職員は、いかなる管理職にも就任できないような人事制度であっても、法的には問題ないという判断が示された後も、変更されてはいない。⁽⁹⁹⁾

これらの事実に鑑みるならば、最高裁判決が自治体の職員採用実務に及ぼした影響は、あつたとしてもわずかであり、その主たる効果は、日本国籍を有していない者が、「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」に就任することを我が国の法体系は認めていないという法解釈は、内閣を頂点とする国の行政機構のみならず、最高裁を頂点とする司法機構においても正当なものと見なされていることを、公的に示したことにとどまると言つてよいであらう。そしてそれは、行政機構による法解釈の提示に続く、後追的的なものである。

エデルマンの表現を借りるならば、日本国籍を持たない者を地方公務員に任用することの可否に関する法は、おおむね国の行政機構と自治体の行政機構との双方を包摂する行政の領域に内生化しており、その結果、この法領域において司法が果たす役割は、ごく小さなものとなつていてと考えて差し支えないように思われる。

(17) 法の欠缺とその解釈について、五十嵐清『法学入門』（一粒社・一九七九年）一二七—一三〇頁、および、笹倉秀夫『法解釈講義』（東京大学出版会・二〇〇九年）九頁を参照。

(18) 君嶋護男「日本国籍を有しない者の公務員への就官能力」前田正道編『法制意見百選』（ぎょうせい・一九八六年）三二六—三七九頁、および仲原良二『在日韓国・朝鮮人の就職差別と国籍条項』（明石書店・一九九三年）一一一—一二三頁に、その全文が収録されている。

(19) そのような場合の例として、この回答においては、「内閣総理大臣に関する憲法第六七条及び公職選挙法第一〇条」があ

げられている。

(20) 仲原・前掲註18、一〇五—一〇六頁。

(21) 仲原・前掲註18、五六頁。

(22) 日本国籍を持たない者の採用が法的に禁止されていないということは、自治体は日本国籍を持たない者を採用しなければならないということではなく、日本国籍を持たない者を採用するか否かの判断は、各自自治体に委ねられているということである。仲原・前掲註18、五六—五七頁によれば、一九五〇年に地方公務員法が制定されたが、同法一三条が規定する「平等取扱の原則」が適用される「すべて国民」や、同法一九条によつて採用試験の受験資格を有する者とされる「すべての国民」に、外国籍者も含まれるのかという青森県人事委員会からの問い合わせに対して、地方自治庁公務員課長より、一九五一年八月一五日付けで、含まれない旨の回答がなされている。そして、この地方自治庁公務員課長回答を前提として、以後、多くの自治体が、それぞれの自治体の自治体としての判断に基づいて、職員採用試験の受験資格を、日本国籍を有する者に限定するようになっていったのである。

(23) 仲原・前掲註18、四二—四三頁。

(24) 君嶋・前掲註18は、「公権力の行使又は国家意思の形成への参画に携わる公務員になるためには、日本国籍を必要とする」という「公務員に関する当然の法理は、立法がなされていない場合の解釈原理と解されるから、一般的には、立法によつて外国人を公務員に任用することは可能になるものと解される」と述べ、「立法によつて外国人の公務員への任用の途を開いた例」として、一九八二年に制定された「国立又は公立の大学における外国人教員の任用に関する特別措置法」をあげている(三七〇—三七二頁)。君嶋は「解釈原理」という語を定義していないが、それが、解釈をとおして導出される法原則という意味であれば、君嶋の認識は、本稿におけるそれと異ならないと言つてよいであろう。なお、「当然の法理」と「国立又は公立の大学における外国人教員の任用に関する特別措置法」との関係についてのより詳細な分析として、渡辺賢「いわゆる外国教員任用法と『当然の法理』」北大法学論集四〇巻五・六合併号上巻(一九九〇年)三八九—四二二頁を参照。また、「当然の法理」の法的性格に関しては、猪野積「公務員任用と国籍(上)」自治研究八一巻四号(二〇〇五年)五二—六三—六五頁をあわせて参照。

(25) 上田卓三の質問趣意書と大平正芳の答弁書の双方が、官報号外・昭和五四年四月二四日(第八七回国会・衆議院会議録第二二〇号)に掲載されている。

- (26) 機関委任事務が廃止される以前の、法解釈についての国と自治体の役割分担に関しては、阿部昌樹「都市行政における法解釈権の所在」都市問題研究五一巻三号(一九九九年)九一—一〇五頁、およびそこで参照されている諸論考を参照。
- (27) 一九八七年時点において、政令指定都市のそれぞれが、どのような職種について、日本国籍を有していることを採用試験の受験資格としていたかが、渡辺・前掲註18、四〇〇頁に表形式でまとめられている。
- (28) 仲原・前掲註18、三九—四〇頁。
- (29) 仲原・前掲註18、六九頁。
- (30) 朝日新聞一九九五年三月一日朝刊・大阪地方版。
- (31) 仲原・前掲註18、六九頁。なお、付言するまでもないことであるが、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除したからといって、外国籍者が一般事務職の職員採用試験を受験し、合格するとは限らない。朝日新聞一九九六年三月四日朝刊「オピニオン」に、全日本自治体労働組合が一九九三年に実施した調査の結果が引用されているが、それによれば、「一般事務職の受験資格に」国籍条項のない三五四市町村で採用されている外国人はわずか四一人であり、しかも、「その職種もほとんど看護婦、医師、学校講師などで一般職は数人に過ぎ」ず、「一般職について国籍条項を保持しつつ、一部の専門職などに外国人を採用している都道府県・指定都市と、実態はそれほど変わらない」というのが現実であった。しかしながら、たとえ実際に採用される外国籍者がごく少数であるとしても、外国籍者に門戸を開放していることが、自治体の外国籍住民への姿勢を示すというシンボリックな効果を持つことは確かであり、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除した自治体が、そうするに際して最も期待したのは、まさにそうしたシンボリックな効果であったかもしれない。
- (32) 朝日新聞一九九六年二月二〇日朝刊「時々刻々」。ただし、自治省は、政令指定都市以外の市町村が、日本国籍を持たない者にも一般事務職の職員採用試験の受験を認めることに対して、それを全面的に黙認するという姿勢を採っていたわけではないようである。日本経済新聞一九九六年三月二五日朝刊は、「一般事務職の職員採用試験から国籍要件を取り除くに当たって「国や県との折衝」を経験した「首都圏のある市の人事課長」の、「地方交付税の配分や地方債の起債許可で圧力を感じた」というコメントを紹介している。自治省は、政令指定都市以外の市町村に対しても、一九七三年の自治省公務員第一課長回答や一九七九年の大平答弁書に示された法解釈の遵守を求めてはいたのである。しかしながら、その要請は、都道府県や政令指定都市に対する要請ほどには強固なものではなかったことは確かである。

- (33) 朝日新聞一九九六年四月二日朝刊「オビニオン」。
- (34) 朝日新聞一九九五年一月一日朝刊。
- (35) 毎日新聞一九九六年三月二日朝刊。
- (36) 橋本は、朝日新聞社の記者の、職員採用試験の受験資格を日本国籍を有している者に限定するか否かは、「地方が独自に決めることができる問題」との見解ですね」という問いに対して、「国も、職員の第一次の任用権は首長にあると認めている」と、肯定的に回答している。朝日新聞一九九六年三月四日朝刊「オビニオン」。
- (37) 朝日新聞一九九五年五月二日朝刊。
- (38) 朝日新聞一九九六年二月三日朝刊。ちなみに、この朝日新聞記事は、高知県の人事担当部局が、「国の機関委任事務は通達で細かく業務内容が決められている」とことと、「相互チェックが働く制度になっていて、外国人個人の裁量だけで自治体の政策が変わることはない」とこととを、県職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除しても問題はない理由として挙げていることを報道している。このことと、人事担当部局の職員が、橋本の意を受けて自治省との交渉を担ってきたであろうことを重ね合わせるならば、一般事務職の県職員は知事の補助機関として機関委任事務の実施を担うことが、自治省が日本国籍を持たない者の一般事務職の県職員への採用に難色を示した理由の一つであったことが推測される。この推測は、自治省が、一般事務職の職員採用試験の受験資格を日本国籍を有する者に限定することを、都道府県や政令指定都市に対しては強く指導もしくは要請する一方で、一般の市町村に対しては、それほどには強く指導もしくは要請しなかったのは、都道府県および政令指定都市とそれ以外の一般市町村との間の、そのそれぞれの首長に機関委任されていた事務の多寡ゆえにはないかという、先に言及した推測と整合的である。
- (39) 第三七回高知県議会定例会会議録。
- (40) 高知新聞一九九六年五月一日朝刊。なお、人事委員会を置く自治体においては、地方公務員法一九九一年一項の規定により、職員採用試験の受験資格を定める権限は人事委員会が有しており、受験資格から国籍条項を削除するか否かを決定する権限もまた、人事委員会にある。
- (41) 朝日新聞一九九六年三月二日朝刊。なお、「大阪市は一般事務職などの市職員採用試験の受験資格から「国籍条項」を撤廃する方針を決めた」という報道が、三月二〇日になされており（朝日新聞一九九六年三月二〇日朝刊）、三月二一日の記者会見は、この報道を踏まえて行われたものであった。この記者会見において、磯村は、「市議会や自治省などとも十分

に協議しなくてはいけない」と述べ、未だ市長部局内部での方針決定がなされた段階にすぎないことを強調している。ただし、自治省との協議については、「おうかがいを立てるといいうものではない」と述べ、たとえ自治省が是認しなくても、市としての判断で実施する決意であることを示唆しており、磯村の記者会見の真意は、大阪市議会への説明の前に新聞報道がなされたことに對して、市議会議員の間から批判の声が沸きおこることを懸念してのものであったと推測される。なお、前註40で述べたとおり、人事委員会を置く自治体においては、職員採用試験の受験資格を定める権限は人事委員会にあり、大阪市人事委員会としての判断が示されていない段階でなされた、「大阪市は一般事務職などの市職員採用試験の受験資格から『国籍条項』を撤廃する方針を決めた」という報道は、そもそも、きわめて不正確なものであった。

(42) 大阪市会議録・平成八年三・四月常任委員会（財政総務）・三月二七日。

(43) 朝日新聞一九九六年四月三〇日夕刊。

(44) 朝日新聞一九九六年五月一日朝刊。

(45) 川崎市の人事担当部局の検討によれば、川崎市職員の遂行している三五〇九の職務のうち、「公権力の行使又は公の意思形成への参画」に該当するものは一八二しかなく、全職員の八割は、「公権力の行使」にも「公の意思形成への参画」にも携わっていないかったという。朝日新聞一九九六年五月三日朝刊神奈川地方版「決断の舞台裏——国籍条項の撤廃（中）」。

(46) 朝日新聞一九九六年五月一日朝刊神奈川地方版。

(47) 朝日新聞一九九六年五月四日朝刊神奈川地方版「決断の舞台裏——国籍条項の撤廃（下）」。

ただし、ファックスで伝えられた内容が、市議会議員にとって「寝耳に水」であったことは確かであり、事前に了解を求められなかったことに不満を感じた議員もいたようである。しかしながら、川崎市においてはその後、大阪市におけるほどには、市議会において強固な反対論が出されることなく、事態が推移していくことになった。

(48) 朝日新聞一九九六年五月二三日夕刊。

(49) 朝日新聞一九九六年五月二三日夕刊。

(50) 朝日新聞一九九六年六月四日朝刊、および、同八月二日朝刊。

(51) この倉田大臣談話においては、「公務員に関する当然の法理」という文言と「公務員の任用に関する基本原則」という文言が、同義のものとして用いられている。この頃から、自治省としての見解の表明に際しては、「公務員に関する当然の法理」という文言よりも、「公務員の任用に関する基本原則」もしくは「公務員に関する基本原則」という文言が用いられる

ことが多くなつていったようである。

(52) 朝日新聞一九九六年二月一日「時時刻刻」。

(53) 朝日新聞一九九六年五月一日朝刊神奈川地方版によれば、川崎市の一九九六年度職員採用試験の受験案内には、「日本国籍を有しない者は、公権力の行使または公の意思形成への参画に携われないとする公務員の当然の法理の範囲内で任用されます」と、採用後の任用制限が明記されていた。受験者は、この受験案内を読んで出願するはずであるから、日本国籍を有していない場合には、採用後に任用制限を受けることを知り、それに同意して受験したことになるから、白川大臣談話において示された同意要件は充たされることになる。なお、この白川大臣談話においても、一九七三年の自治省公務員第一課長回答と同様に、「適当でない」という文言が用いられているが、この文言の意味は、両者の間でまったく異なっている。すなわち、既述のとおり、一九七三年の自治省公務員第一課長回答においては、「適当でない」という文言は、法の趣旨に適つておらず、適法ではないという意味で用いられていたのに対して、白川大臣談話においては、この文言は、人事管理上の判断として不適切であるという意味で用いられており、それまでこの文言に付着していた「適法ではない」という意味は、完全に取り除かれているのである。

(54) この訴訟の経緯等については、原告自身を中心となつてまとめた鄭香均編著「正義なき国、「当然の法理」を問いつづけて」(明石書店・二〇〇六年)に収められている論考および資料を参照。

(55) 東京地方裁判所一九九六年五月一日判決・労働関係民事裁判例集四七巻三号一八五頁。

(56) 東京高等裁判所一九九七年一月二六日判決・高等裁判所民事判例集五〇巻三号四五九頁。

(57) 最高裁判所大法廷二〇〇五年一月二六日判決・最高裁判所民事判例集五九巻一号二二八頁。

(58) 朝日新聞一九九七年四月二五日朝刊神奈川地方版。

(59) 猪野・前掲註24、五九頁は、第二番の東京高裁判決に関して、「管理職を区分して公権力の行使や公の意思の形成に参画しない管理職群を作つて、外国人管理職はその中で処遇せよ」というもので、地方公共団体の人事運用の実態からかけ離れ、その円滑な運用を阻害するおそれのあるもの」と論評し、そうした東京高裁判決を覆した点に関しては、最高裁判決を評価しているが、川崎市をはじめとする、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除した自治体は、「管理職を区分して公権力の行使や公の意思の形成に参画しない管理職群を作つて、外国人管理職はその中で処遇」するような人事管理の仕組みを構築しているのであり、猪野の論評は、そうした事実を看過したものであると言わざるを得ない。

三 法解釈主体としての自治体

以上、本稿においてはまず、エスクリッジとフリッキイの立論を手がかりに、複数の法解釈主体の間で繰り広げられる相互作用をとおして達成される均衡として法を捉える視角を提示した。そして、そのうえで、一九九〇年代後半において、日本国籍を持たない者を地方公務員に任用することの可否に関する法はどのようなものであるかをめぐる解釈が変容していった過程を、法が一つの均衡状態から別の均衡状態へと移行したプロセスと見なし、その動態を概観してきた。以下では、このプロセスの特色を、そこにおいて自治体が果たした役割にとりわけ焦点を合わせて、簡単にまとめておくことにしたい。

第一に指摘しておかなければならないことは、自治省の法解釈を変更させたのは、川崎市でもなければ、それ以外のどの自治体でもなく、第二次橋本内閣の自治大臣に就任した白川勝彦であったことである。⁽⁶⁰⁾ もしも倉田寛之が、第二次橋本内閣においても引き続き自治大臣を務めていたならば、自治省の法解釈の変更はなかったか、あったとしても、かなり遅れていたのではないかと推測される。

しかしながら、第二に、日本国籍を有していない者を一般事務職の地方公務員として採用することの是非を争点化したのは、高知県知事の橋本大二郎をはじめとする自治体の首長たちであったことを、過小評価してはならない。彼らが、内閣を頂点とする国の行政機構から繰り返し提示されてきた法解釈に疑念を呈することなく、その法解釈に従い続けていたならば、白川が自治大臣に就任した時点において、日本国籍を有していない者を一般事務職の地方公務員として採用することの是非は、自治省にとって重要な政策上の争点とはなっておらず、したがって、白川がこの争点に着目し、自治省としての法解釈の修正を試みることはなかったのではないかと推測される。⁽⁶¹⁾

第三に、新たな法解釈を準備したのが、自治体の首長とその指示を受けた自治体の人事担当部局の職員たちであったことも、看過してはならない重要な点である。すなわち、「公権力の行使又は公の意思形成への参画にたざさわる地方公務員」への任用は日本国籍を有する者に限られるという点に関しては、国の行政機構から繰り返し提示されてきた法解釈を受け容れつつ、将来的に公権力の行使又は公の意思形成への参画に携わることが予想される職種である一般事務職の職員採用試験の受験資格を日本国籍を有する者に限定しなくても、この法解釈に従うことは十分に可能であることを、自治体職員が担っている職務の実態を踏まえて説得力のあるかたちで示し、そうすることによって、従来からの法解釈の、全否定ではない、部分的修正の可能性を呈示したのは、自治体の首長とその指示を受けた自治体の人事担当部局の職員たちであった。白川は、そして自治省は、この自治体側から呈示された考え方を受け容れたにすぎないのである。

第四に、個々の自治体は、けっして一枚岩的な存在ではないことを指摘しておくべきであろう。高知県知事の橋本や大阪市長の磯村が、川崎市長の高橋よりも先に、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除する方針を公表しながら、高知県や大阪市が、実際に、川崎市に先んじて国籍条項の削除に踏み切れなかった最も大きな理由は、高知県議会や大阪市議会が、国籍条項の削除に消極的であったことである。このことは、高知県や大阪市では、日本国籍を持たない者を地方公務員に任用することに關する法の欠缺を、どのように解釈すべきかに關して、首長と議会との間の見解の齟齬が大きかったということを意味している。首長や自治体職員とともに、地方議会もまた、そしてさらには、一人ひとりの地方議員もまた、法解釈主体なのであり、自治体内部において、これらすべての法解釈主体の法解釈が、完全に一致するとは限らない。そして、自治体内部における複数の法解釈主体の相互作用は、それ自体のダイナミズムを生み出し、「均衡としての法」の内実に影響を及ぼしていくのである。

第五に、それぞれの地域において、住民やその団体が果たす役割も、無視できないものである。既述のとおり、高知県知事の橋本が、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除したいと考えるに至ったそもそものきっかけは、高知県内で暮らす在日韓国人女性からの陳情であった。この一住民からの陳情がなかったならば、橋本が、他の都道府県や政令指定都市の首長に先駆けて、日本国籍を持たない者も一般事務職の職員採用試験を受験できるようにしたいと表明することはなかった可能性が高い。また、大阪市や川崎市の区域には多くの在日韓国・朝鮮人が居住しており、大阪市では「在日コリアン人権協会・大阪」、川崎市では「民族差別と闘う神奈川連絡協議会」といった団体が、一般事務職の市職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除することを求めて活発な運動を展開していた。首長や自治体の人事担当部局の動きは、そうした地域の状況への対応として理解可能な側面が強い。⁶²住民やその団体は、いずれの地域においても、法の均衡に最初に揺らぎを生じさせる役割を担ったと考えることができるのである。

以上の諸点を踏まえるならば、日本国籍を有していない者を地方公務員に任用することの可否に関する法をめぐって、一九九〇年代後半において生じた一連の出来事は、次のように要約することができよう。すなわち、いくつかの自治体の区域において生成し、そこにおいて複数の法解釈主体の相互作用をとおして増幅された法の揺らぎが、相互に共鳴し合い、国レベルの法解釈主体をも巻き込んだ相互作用の展開を促し、そしてついには、一つの均衡状態から別の均衡状態へと、法の変容をもたらしたのである。こうしたダイナミズムがどの程度の普遍性を有するものなのかはともかくとして、少なくともそれが、社会の中で法が変容していくプロセスのひとつのパターンであることは、疑いのないところである。

(60) 白川が、自治大臣に就任して間もなく、自治省行政局公務員部に対して、従来からの同省の法解釈を再検討するよう指示し、従来からの法解釈の正当性を主張する公務員部の職員たちの抵抗を押し切つて、法解釈の修正を達成したことの背景に、白川がそうするのであることを期待して、彼を自治大臣に任命した橋本龍太郎の思惑を読み取ることや、あるいは、そもそも自治省の従来からの法解釈の変更を目論んだのは橋本であり、白川はその意を体して行動したにすぎないと推測することは、誤りであるように思われる。読売新聞一九九六年五月一日夕刊によれば、橋本は同日、前日の四月三〇日に川崎市が、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除することを決めたことにコメントし、「同市が昇進に制限を設けた点に問題が残ることを指摘」したうえで、「同条項の撤廃自体に慎重に対処すべきだとの見解」を示したという。また、読売新聞一九九六年一月二八日朝刊では、橋本が、一月二日の白川自治大臣談話に触れ、「外国籍の方の知識は行政に生かせると思うが、それは専門的な分野に関してで、一般職となるとね」と述べ、一般事務職に外国人を採用することには慎重な姿勢を示したことが報道されている。橋本は一貫して、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項を削除することを肯定的には捉えていなかったたのであり、白川の自治大臣就任後の行動は、橋本の予期しなかった出来事だったのである。内閣法三条一項に規定された分担管理原則ゆえに、自治大臣に就任した白川が、自らの思いを、橋本や他の閣僚の考えを気にすることなく実現することができたというのが実態であろう。

(61) 白川は、朝日新聞社のインタビューに次のように答えている。「もともと自治行政に詳しかったわけではなく、前から国籍条項を変えようと思っていたわけでもない。各部署のレクチャーを聞いていて、公務員課の説明だけでは、地方分権、地方自治を進める立場にある自治省全体の方向とは違っていた。法律家（弁護士）として、従来の自治省解釈をそのままのみ込むわけにはいかなかった」（朝日新聞一九九七年一月二五朝刊）。この白川の回答によれば、一般事務職の地方公務員採用試験の受験資格から国籍条項を削除することの是非が問題となっていることを白川が知ったのは、自治大臣就任後の自治省各部署の職員からのレクチャーによってであったということになる。この事実は、二つの点において重要である。第一に、この事実は、自治省の従来からの法解釈の変更を目論んだのは橋本龍太郎であり、橋本が、その目論見を実現すべく、白川を自治大臣に任命したのではないかと推測は、誤りであることを示している。前註60においても述べたとおり、白川からの法解釈の修正は、白川自身の、自治大臣就任後の発案によるものであったと考えられるのである。第二に、自治省各部署の職員からのレクチャーにおいて、一般事務職の地方公務員採用試験の受験資格から国籍条項を削除することの是非についての、自治省としての見解の説明がなされたのは、この問題が自治省にとって重要な政策上の争点となっていたため、白

川が、いずれはマスメディア等から、この問題についての自治大臣としての見解表明を求められるであろうと想定してのことであったと考えられる。そのことは、自治体の首長たちがこの問題を争点化しなければ、この問題について自治省の担当部局からの白川に対するレクチャーがなされることはなく、それゆえ、白川がこの問題に気付くこともなく、自治省としての法解釈の修正がなされることもなかったであろうことを示唆している。

(62) 川崎市における在日韓国・朝鮮人の政治参加や法的地位の向上を求める運動と、その川崎市政への影響に関しては、加藤恵美「外国人の政治参加」打越綾子・内海麻利編『川崎市政の研究』（敬文堂・二〇〇六年）一五五―二〇六頁を参照。加藤によれば、川崎市において、一般事務職の職員採用試験の受験資格から国籍条項が削除されたのは、川崎市職員労働組合が、国籍条項の撤廃を求める「民族差別と闘う神奈川連絡協議会」の活動を支援し、同協議会と市の人事担当部局との「橋渡し」に尽力したことによるところが大きいという（同書一七六頁）。この加藤の分析を踏まえるならば、自治体職員労働組合もまた、独自の立場から、法が変容していくプロセスに関与する法解釈主体としての役割を担いうる存在であると言いうことができよう。