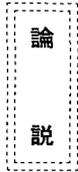




Title	いわゆる外国人教員任用と「当然の法理」
Author(s)	渡辺, 賢; WATANABE, Masaru
Citation	北大法学論集, 40(5-6上), 389-421
Issue Date	1990-08-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16712
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(5-6)1_p389-421.pdf





いわゆる外国人教員任用法と「当然の法理」

渡 辺 賢

目 次

はじめに

第一章 「当然の法理」の展開過程

第二章 「当然の法理」と外国人教員任用法

まとめにかえて

はじめに

—問題の現状—

国家公務員法（以下、国公法と略）三八条一号ないし五号及び地方公務員法（以下地公法と略）一六条一号ないし五号はそれぞれ公務員となる資格要件として欠格事由を個別的に列挙して規定し、さらにこれを受けて国公法七六条及び地公法二八条四項はそれら欠格事由に該当するに至った公務員が自動的に失職する旨を規定している。つまり、公務員法上、欠格事由は失職事由と連動しているわけである。このように、欠格事由は公務員の身分関係のごく基本的な事柄であることに加えて、公務員の地位の剝奪という効果を生じさせるものであることなどからして、欠格事由を法が列挙している意味は当然に制限列挙であると考えられる。^①ところが、これら法に列挙されていないにもかかわらず、日本国籍を有すべきことが、「公務員に関する当然の法理」（以下、「当然の法理」と略）^②に由来する公務員の資格要件として承認されている。すなわち、一般的に明文で国籍要件を規定することによって外国人を公務員から排除する規定は憲法及び公務員法には存在せず、いくつかの個別的な法律上の規定が国籍要件を定めているだけである。^③にもかかわらず実際には、後に述べるいくつかの行政解釈を前提として、人事院は「当然の法理」に基づき採用試験の受験資格を定める規則に国籍条項をおき、^④他方、地方公共団体の多くもまた募集要項に「国籍」を明記しているといわれている。^⑤このような法律の規定とは無関係に外国人を公務員から排除する根拠となっている「当然の法理」の性格について、実務は、自国の主権の維持と他国の主権の尊重という理念から導かれる法規範たる性格を有するものである、と説明している。^⑥

本稿は、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^⑧（以下、外国人教員任用法と略）の制

定過程での議論がこの「当然の法理」の展開過程の中でどのような位置をしめているか、を検討することを目的とする。ここで外国人教員任用法及びその制定過程での議論を「当然の法理」との関係で検討する意義は次の二点に集約することができるであろう。すなわち、第一に、従来、「当然の法理」の具体的運用については行政実例等しかなく政府・文部省等官庁側の見解が十分には把握できなかったきらいがあったのであるが、外国人教員任用法案の国会での議論を通じて、少なくとも外国人教員任用との関係ではこれがかかなり明確になったということ、第二に、これまで裁判例がなかったことなども手伝ってか、この問題が具体的事例に即して十分な議論がされているとはいえなかったことが指摘されているが、外国人教員任用法定が議論の素材をかなり提供してくれたこと、である。以下、本稿では、「当然の法理」の展開を概観（第一章）し、これと外国人教員任用法との関係がどのようなものとして考えられているかに関する外国人教員任用法定過程における議論を紹介することにより、外国人教員任用法の性格を検討する（第二章）。

ところで、外国人を公務員とするための方法には、二つのものが現行法上あり得る。ひとつは国公法三五条による任用であり、外国人教員任用法との関係で問題となるものである。もうひとつは国公法二条七項、国立学校設置法施行規則三〇条の二に基づく勤務の契約による場合であり、こちらの「採用」方法によると、当該外国人は一般職・特別職以外の国家公務員となる。これら二つの各々の「採用」方法に特有の制限が存在している。任用による「採用」については、本稿の検討課題である「当然の法理」により外国人の「採用」が制限される。これに対して勤務の契約による「採用」については、人規七一―第二項により、「当該職の職務がその資格要件に適合する日本の国籍を有するものの中から得ることが極めて困難もしくは不可能な特殊かつ異例の性質のもの」と認められる場合に限り「外国人と契約できるとされているのである」⁽¹²⁾⁽¹³⁾。

はじめに 注

- (1) 鹿兒島重治「逐条地方公務員法(第三次改訂版)」一九〇頁(二九八七) 参照。
- (2) 昭和二八・三・二五法制局一発第二九号。
- (3) 外務公務員法七条、憲法六七条、公職選挙法九条、一〇条がこれである。
- (4) 和田英夫「基本的人権と身分」清宮四郎||佐藤功編『憲法講座』二卷五八頁(一九七八)は、国公法二条七項を根拠に、国公法は一般職公務員への外国人就任資格を禁じているという説に立っているが、これは少数説であるといわれている。芦部信喜||池田政章||杉原泰雄編『演習憲法』一四一頁(一九八四・横田耕一執筆) 参照。
- (5) 人規八一八。一九六七年に施行されたものであることは、その時期の遅さという点で、注目に値する。
- (6) 日高六郎||徐龍達編『大学の国際化と外国人教員』九五頁(岡崎勝彦執筆・一九八〇)。
- (7) 大学局高等教育計画課「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の成立について」『大学と学生』一九七号一六頁参照。
- (8) 昭五七・九・一 法律第八九号。
- (9) 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』七八一号四〇頁(一九八三) 参照。
- (10) 門田孝「外国人の公務就任権をめぐる憲法問題(1)——アメリカの判例理論を素材に——」『六甲台論集』三四卷二号三二頁(一九八七) 参照。
- (11) 一九六六年一月二二日人事院事務総局管理局法制課長の文部省大臣官房人事課長宛回答。
- (12) その他、勤務の契約による場合と任用による場合とは次のような違いが存在する。第一に、勤務の契約による外国人教員は国公法の例外規定により存在するものであるため、国公法及び給与法の適用はなく定員法の枠外の扱いとなり、従って、すべて別途に予算措置を講ずることとなる(喜多村和之『大学教育の国際化』六六頁)。また、任用による場合には外国人教員も一般職公務員として「職員の勤務の宣誓に関する政令」に従い宣誓しなくてはならない(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』二六卷二号五四頁)のに対して、勤務の契約による場合には、「服務に關し日本政府に忠誠の宣誓を求めること」を当該契約に際して定めてはならない旨を人規一一七第三項が規定している。その

他、勤務の契約による外国人教員に関する契約上の権利義務の内容のあらましについては、匿名論文「大学運営の基礎知識」『大学と学生』一九七号五三頁以下参照。また、俸給内容がどのように違ってくるかについての具体例は、『大学資料』八四号二五頁以下に掲載されている。他方、任用による外国人教員の処遇は基本的には日本人の場合とまったく同じであるが、共済加入との関係で、脱退一時金制度が設定されたことにつき、大学局高等教育課「外国人教員任用法について」、『文部時報』一二六号七四頁参照。

(13) 外国人教員任用法の審議過程における議論の中で指摘された、勤務の契約による場合の長所としては、「実態的には外国人教師が一般職の公務員の給与に比べて比較的優遇をされている、予算上の措置としてはそういう形がとられている」とのことなど（宮地貫一文部省大学局長、第九六国会衆議院文教委員会議録第一六号（昭五七・七・七）四頁）、短所としては、その身分が非常に不安定であること（野上徹衆議院議員の発言、同号同頁）などが挙げられている。

第一章 「当然の法理」の展開過程

本稿の課題の中心は、外国人教員任用法制定過程での議論を素材として外国人教員任用法と「当然の法理」との関係进行分析することである。それに先立ち「当然の法理」の展開過程をあらかじめ紹介する必要がある。しかし、この点については既にその展開過程を分析した詳しい論稿がある¹⁾ので、本稿では、その概略をごく簡単に時系列的に述べるにとどめたい。

「当然の法理」は現行憲法下の公務員制度になって誕生したものであるが、明治憲法下においても外国人は官吏²⁾から排除されていた。これに対して、戦前のいわゆる「おやとい外国人」の法律上の地位は私法上の契約に基づくものとされた雇員・傭人³⁾に該当するものであった⁴⁾。このように、外国人が官吏から排除されることは明治憲法一九条に基づくものと解されており、このような解釈は当時の官吏の観念、つまり倫理的な忠誠の義務の観念に根拠づけられていたとき

れている。^⑥

右に述べたような明治憲法下での官吏観念を受け継ぎ、戦後直後「当然の法理」を示唆したものと評価されているものが、一九四八年八月一七日付の法務省調査意見長官兼子一の回答^⑧である。これは外国人が日本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回答としてなされ、公の権利の行使を担当する官吏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、一国が他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、その他その国の民情風俗に通暁することを必要とすること、を理由として、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を現行法制度は採用していると解したうえで、右照会を消極に解したものである。ここで示唆された「当然の法理」をはじめて明確に定式化したものが、一九五三年三月二五日の内閣法制局第一部長の回答^⑨である。それによると「(前略)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(後略)。」というのである。これに続いて、平和条約の発効により日本国籍を喪失した在日朝鮮人の就官能力を否定するにあたり、右の法制局見解を前提として「当然の法理」によりその就官能力を否定する回答^⑩がだされている。なお、この間、一九五〇年に、国公法二条七項による勤務の契約については、「(前略)その職に、日本の国籍を有する者を採用することがきわめて困難又は不可能と認める場合においては」雇用契約を締結することができる旨の回答^⑪が出されていることに留意する必要がある。

では、以上のような展開過程を経て形成されてきた「当然の法理」の具体的内容はどのようなことになるのであろう

か。ごく一般的なレベルでは、その内容は次のように説明されている。すなわち、まず、「公権力」とは、国家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ものである、とされ、「公権力に携わる」とは、直接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と説明され、また、「国家意思の形成への参画」とは、国家の活動（これには、非権力作用や私経済活動に属するものも含まれる、という）について、企画・立案・決定等に関与することをいう、と定義されている。¹³。しかし、これら一般的な定義も判断基準の大枠を示したに過ぎないものといわざるを得ず、結局、形式的にいわゆる管理職かどうかを問わず、職の職務内容を検討して、判断することになるのである。¹⁴ところが、先にも述べたように、人規八一八は、職務内容と無関係に一律外国人に受験資格を否定しており、そのため、具体的にいかなる職が「当然の法理」に触れるものといえるか否かを判断した行政事例はごく少数しか存在していない。それらによると、外国人の任用が可とされる職としては神戸医科大助教授、造幣局の中級係員、¹⁵医師、看護婦、¹⁶技工があり、¹⁷病院長への任用は不可と考えられている。¹⁸

このような国家公務員に関する実態よりもむしろ注目できるのは、地方公務員に関するものである。この点につき、まず地方公共団体全体としてみた場合——地方公務員に関しては、国家公務員と同じく「当然の法理」が適用されるにもかかわらず——実務上、一般行政職に国籍要件を課していない自治体もあれば、技術職からも外国人を排斥している自治体もあり、その扱いは非常に多様のものである。¹⁹²⁰

では、このような「当然の法理」の適用の差異は理論的にはどのように説明することができるのであろうか。一九八六年六月二四日に自治省が保健婦、助産婦、看護婦の国籍要件について通知を出し、それらに採用された職員は「公権力の行使又は公の意思の形成への参画」に該当する職位につく「蓋然性」が低いことが一般的である、という理由から、その採用にあたり一律に国籍要件を設けることは適当ではないと考える旨の見解が示された。ところが、札幌市では、

「当然の法理」を適用して、⁽²⁶⁾ 現業職員や医療職を含めて一律に外国人が公務員となることを承認していない。⁽²⁷⁾ これは、現業職員でも入つてから試験を受ければ事務職員あるいは技術職員になる道があるから、将来公権力の行使又は公の意思の形成への参画に携わる可能性があり、従つて、一律（たとえ学校の用務員であつても）外国人を採用しない、という論理に基づくものようである。⁽²⁸⁾ この札幌市の取扱と自治省の見解との落差からも明らかのように、「当然の法理」を用いて外国人を排除する際の具体的な基準（これは、外国人を公務員から排除することを合理化する論理と同義であるといつてよい）をどのように設定するかによつてまったく異なる結論が導き出されることになるのである。

このように、地方公共団体における「当然の法理」の適用状況を見てみると、「当然の法理」には、次の二つの問題があることがわかる。ひとつは、それが判別基準として用をなすといえるか否か、という問題である。基準には限界事例はつきものではあるが、しかし、⁽²⁹⁾ 各地方公共団体の例からもわかるように、あまり多くの限界事例を発生させる基準は基準として用をなさないのである。第二の問題点は、外国人排除の基準がはつきりしないために、なぜその基準が合理的といえるかについての見解が分かれてくる、ということである。このことは札幌市と自治省見解の相違において顕著に現われている。つまり、この合理性の設定の仕方により、場合によつては、「当然の法理」は外国人をすべての公務から全面的に排除する論理と化すこととなるのである。

なお、留意すべきは、実務は「当然の法理」の内容に次の三段階、すなわち、①憲法上その修正が禁止されている部分、②立法部の裁量による「当然の法理」の「解除」可能な部分、及び③「当然の法理」そのものの適用外の部分、に区分できると考えている、⁽³¹⁾ ということである。これに対して学説の多くは、外国人の公務就任能力を否定することが合理的と認められる範囲を①に限定し、さらに、そのような職であつても、立法部の裁量により、外国人に公務就任能力を認めてよいと考へているようである。⁽³²⁾

第一章 注

- (1) 特に岡崎勝彦「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(名大)』七五号一七九頁以下(一九七八)が詳細である。
- (2) 戦前の官吏概念については、美濃部達吉『日本行政法上巻』四二二頁以下(一九二三)参照。その他、戦前の公務員制度については、佐藤功二、鶴海良一郎『公務員法』三〇—一頁(一九五四)、佐藤英善二、早川征一郎、内山昂『公務員の制度と賃金』五三頁以下(一九八四・晴山一穂執筆)等参照。
- (3) 佐藤達夫『国家公務員制度』三頁(一九八六)等参照。
- (4) 岡崎・前掲注(1)一九五頁等参照。
- (5) 伊藤博文『憲法義解』明治憲法一九条の解説参照。なお、明治憲法下での外国人の公務就任能力に関する議論(特に明治憲法制定時におけるそれ)については、菊井康朗「外国人の公務員就任能力(その一)」「その十四」、『自治研究』五〇巻四号四一頁以下、五〇巻五号一一六頁以下、六号一四七頁以下、七号七一頁以下、八号八〇頁以下、一〇号一一八頁以下、一一号一〇三頁以下、一二号九一頁以下、五一巻一号五六頁以下、二号四八頁以下、三号八一頁以下、五号五二頁以下、八号四七頁以下、一一号八五頁以下がきわめて詳細な分析を行っており、参考になる。
- (6) 佐藤二、鶴海・前掲注(2)八二頁。
- (7) 岡崎・前掲注(1)一八七頁、大沼保昭二、徐龍達編『在日韓国・朝鮮人と人権』一八一—二頁(一九八六)等参照。
- (8) これは昭三〇・二・七、人事院大阪地方事務所長の照会に対する昭和三〇・三・一八、一二—二二六、事務総長回答の別紙として添付されているものである。その内容については、前田正道編『法制意見百選』三六七—九頁(一九八六)に掲載されている。
- (9) 昭二八・三・三五法制局一発第二九号 内閣総理大臣官房総務課長栗山廉平あて、法制局第一部長高辻正巳回答。
- (10) 昭二八・六・一七 亜二合第一三九一号 外務事務次官からの照会に対する昭二八 六・二九 一二—三三三、事務総長回答。
- (11) 昭二五・九・六法審回発第七六号人事院事務総長回答。
- (12) 例えば、社会教育委員に外国人を「委嘱」することは不相当とする行政実例(行実昭四四・六・一六 公務員一課決定)

がある。鹿児島・前掲書はじめに注(1)一七〇頁参照。

(13) 前田編・前掲書注(8)三七〇頁(君島護男執筆)参照。

(14) 衆議院議員上田卓三君提出在日韓国・朝鮮人の地方公務員任用に関する質問に対する答弁書(昭五四・四・一三 内閣衆議第一三三号)。

(15) 昭二九・一〇・二九法制局一発第五一号。

(16) 昭三二・一〇・一四 管法一―一〇四。

(17) 岡崎・前掲注(1)一九二頁。『昭三八年版任免関係法令集』一七五頁を引用する。

(18) 昭三五・一・一九任企―二四 任用局長。

(19) アセチレン溶接による船舶器械等の修理業務に携わる技工への任用を可とするとともに、行(二)一等級に昇格させ課長等の職名を与え得るかは当該官職の職務内容を具体的に検討したうえで判断せよとする。昭三六・九・六 任企六〇〇 企画課長。

(20) 岡崎・前掲注(1)一九二頁。

(21) これらの点については、岡崎・同上一九〇頁以下参照。

(22) 昭四八・五・二八 自治公一第二八号 大阪府総務部長宛の回答。

(23) 自治研さつぽろ『内なる国際化を求めて』八九頁資料4(二九八七)。

【資料4】 地方公務員への任用実態

日刊紙の『統一日報』は、一九八六年三月、日本の自治体による定住外国人採用の実態調査を行った。貴重な資料なので、同紙の了解をえてここに紹介する。

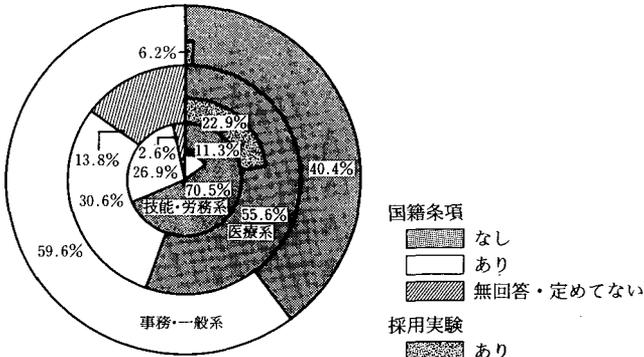
『統一日報』(一九八六年四月十六日付)によれば、韓国・朝鮮人が一万人以上居住する東京、神奈川、千葉、埼玉、愛知、岐阜、大阪、京都、兵庫、広島、山口、福岡の二二都府県と、北海道の計一三都道府県の県庁と全市計三二八自治体を対象に(韓国・朝鮮人全人口の八四・八%)、アンケート調査を行なった結果、二七五自治体から回答がよせられた(回収率八三・八%)。

調査結果によると、回答した四割の自治体が一般行政職についても定住外国人に門戸を開放している一方、「当然の法理」に

三・八％（三三八）を勸案すると、採用はかなり厳しい状況にあることがわかる。

さらに、国籍条項のない自治体のうち、採用実績についてみれば、医療技術系の四一・二％のほかは、すべて極端に低いのが特徴的である。事務・一般技術系一五・三％、技能・労務系一六％などと低いのは、「見えざる国籍条項」が実在するのではない

〈図〉 国籍条項有無と採用比率



〈表〉 公務員への外国人採用の実数(集計)

1986年3月調査

地域	韓国・朝鮮人 居住人口	事務系	一般技術系	医療技術系	技能労務系	計
近畿	338,592(人)	18(人)	21(人)	95(人)	22(人)	156(人)
関東	146,414	1	1	70	16+数人	88+数人
中部	96,311	1	1	26	5	33
中国	44,752	0	0	11	2	13
九州	37,764	0	0	11	0	11

(東北11,242人、北海道7,235人、四国4,825人……いずれも採用ゼロ)

注：本表は「統一日報」の調査を集計して作成した

解されるはずもない技能・労務職でも三割ほどが締め出されていることがわかった。

まず、国籍条項の有無について、事務・一般系で「あり」が五九・六％、「なし」が四〇・四％（二一一）で、医療技術系では五五・六％（一五三）、技能・労務系では七〇・五％（一九四）であった。一般行政職の門戸開放率が高いのは、大阪府下で二六市すべてがOKの回答、兵庫県では神戸市を除いて二一市が開放されている。これらは各種団体による人権擁護運動の結果、獲ち取られたものであることは注目すべきことである。

次に、医療技術系では三〇・六％の自治体（八四）が国籍条項を設けており、無回答の一

かとみられている。たとえば国籍条項がないにもかかわらず「だが採用しない」と正直に回答した山口県萩市の事例もある。以上、「当然の法理」の範囲に入る職種についても、各地方自治体の判断がまちまちであることがわかる。それは、当然でない法理を無理に「当然」ならしめようとする日本政府の行政の矛盾が露呈しているものだといえよう。

出典「韓国・朝鮮人の現状と将来」（社会評論社）

(24) 政令指定都市の職員採用における国籍要件については、内なる国際化を求めて・八八頁資料3。

【資料3】

政令都市の職員採用における国籍の取扱状況

— 川崎市役所職員労働組合作成 —

職種 都市名	人事委員会										任命権者	
	一般事務職	一般技術職	消防士	薬剤師	獣医師	保母	栄養士	臨床検査技師	学校栄養職	その他	医歯技術職	技能・業務職
札幌市	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×
横浜市	×	×	×	○	○	○	○	○	○	△	○	○
名古屋市	×	×	×	×	×	○	×	○	×	○	○	○
京都市	×	×	×	○	○	○	○	○	○	○	○	○
大阪市	×	×	×	○	○	○	○	○	○	○	△	△
神戸市	×	×	×	○	○	○	○	○	○	○	○	○
広島市	×	×	×	×	×	×	×	×	×	△	○	○
福岡市	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×	×
北九州市	×	×	×	×	×	○	×	×	×	△	○	○
川崎市	×	×	×	×	×	○	○	○	○	○	○	○

○：日本国籍を要件としない。 ×：日本国籍を要件とする。
 △：日本国籍を要件とするものを含む。

- (25) 昭六一・六・二四 自治二公第三三三号。
- (26) 自治研さっぽろ・前掲書注(23) 八〇頁、八七頁等参照。
- (27) 外国人を採用した例がないわけではないようであることについては、自治研さっぽろ・前掲書注(23) 八八頁参照。なお、北海道新聞一九九〇年五月一日朝刊札幌版によると、札幌市では一九八九年度から学校調理員、用務員、土木作業員、清掃作業員に対してなされた国籍条項廃止を一九九〇年度より専門職の看護婦・保健婦に拡大した。
- (28) 同右八〇―一頁、八六頁参照。
- (29) 自治省は昇進により将来公権力の行使等に携わる「蓋然性」を外国人排除の論拠とし、札幌市はその「可能性」を論拠としているのである。
- (30) このこととの関係では、外国人教員任用法制定後に出された文部次官通知(昭五七・六・四 文人審第一二八号)が、小中高等学校の教諭等について「当然の法理」の適用がある旨の判断を示しているのに対して、一九八三年の内閣の答弁書では、これが「教諭」となっており、微妙な食い違いを見せている(田中宏「外国人の教育公務員資格、その問題と背景——梁弘子事件を手がかりに」『法律時報』五七巻五号三八頁) ことも想起されてよいであろう。
- (31) 前田編・前掲書注(8) 三七―一頁(君島護男執筆) 参照。
- (32) この点を明言する学説はないが、中村睦男「基本的人権の概念とその主体」『法学教室』八三号四〇頁(一九八七)はその趣旨かと思われる。なお、伊藤博文が憲法義解において、明治憲法一九条の解釈として、特別の規定を設ければ外国人を公務員に就官させることができるとし、そのような特別の規定を設けることが憲法上禁止されている職があるか否かについて触れることがなかったことが、ここでは想起されてよいであろう。

第二章 「当然の法理」と外国人教員任用法

本章では「当然の法理」と外国人教員任用法及びその制定過程での議論との関係を分析する。ところで、先にも述べたように、外国人教員任用法制定過程の議論により、「当然の法理」をめぐる政府見解の全体像が浮き彫りにされてきた

のであるが、外国人教員任用法に先立ち、外国人教員任用との関係においても若干の行政実例が存在するので、まずそれらに時系列的に言及した後、外国人教員任用法制定過程における議論を検討することとする。

(1) 外国人教員任用法制定前における実務の動向

「当然の法理」を提示した一九五三年三月二五日の法制局見解及び同年六月二九日の人事院事務総長見解に続き、比較的初期の段階で、外国人教員任用に関する行政実例が登場している。すなわち、一九五四年一〇月二九日に、神戸医科大学助教授に外国人を任用することが許容されるか否かにつき、法制局は、公立大学助教授の地位それ自体としては公権力行使等を職務内容とするものではない、として、許容されるという判断を示したのである。^①ここでは、教授会に参加しないことを前提としていることに留意しなくてはならないが、公立大学助教授への任用それ自体は「当然の法理」に抵触するものではないという判断が示されていることは注目される。明治時代の官僚観を前提として展開されていた^②「当然の法理」であつたにもかかわらず、この時代においてはそれが比較的柔軟な形で、こと大学教員との関係で適用されていることは、「当然の法理」の一般論のレベルでの性質とその適用のあり方との関係という点からは、興味深いものがある。

ところが、一九五九年に、「外国人を公務員に任用することについて」という見解^③が出され、外国人教員任用に関しては勤務の契約による制度を優先し、その制度によることが不可能な特殊かつ異例の性質のものに限り任用できる、という考え方が提示された。これは、勤務の契約との関係で任用にすることができるとはいかなる場合か、を示したものであり、「当然の法理」とは直接的な関係は必ずしもあるわけではないが、任用による外国人教員の「採用」が例外的

なものに限定されることが明言されたという意義を有している。「当然の法理」と外国人教員の任用との関係についての実務の見解の典型は一九七一年の週刊文教ニュースに示されている。これによると、「外国人に大学を代表し、あるいは大学の意思形成に参加し、管理局責任を有する地位を取得せしめることは認めがたい」として、助手までであれば外国人を任用することはできる（ただし教授会への参加はできないという前提）とされている。

外国人の任用に関する実務上の処理は最後の見解に沿ったものであり、その結果、大学教員の任用については、文部省は、各大学の事務当局に対する「行政指導」を通じて、「当然の法理」に抵触しない限りにおいて、若干の例外を除いては助手の「採用」のみを認容するという状況が、外国人教員任用法が成立するまで続いたのである。

(2) 外国人教員任用法制定過程における議論と「当然の法理」

では、外国人教員任用法制定過程における議論では、「当然の法理」と外国人教員任用との関係はどのように考えられていたのだろうか。外国人教員の任用と「当然の法理」との関係について政府側が示したもつとも初期の見解としては、一九七八年三月二〇日になされた秦野章参議院議員の質問に対する真田秀夫内閣法制局長官の答弁が挙げられている。この答弁では、外国人教員が教育と研究に専念するのみであれば、「法律の改正で」その任用を認めることが可能であるとの考え方が示されている。換言すれば、教授会への参加は認められない、というのである。真田法制局長官はその根拠として、「教授会はいろいろ大学の人事だとか運営を決定する、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、(中略)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をどうマッチするか、調整するかということに帰するわけなんです。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つばら教育のあり方についてだけ仕事をしていただくというようなこともひと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重要な問題に関連いたしますので、とてもいろいろな難しい問題がでてくるのだらうと思うのです。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ことだけを遠慮していただく、そして教育なり研究なりそういうことに専念していただく」という、一部極論とも思われる見解を展開している。

このような政府見解が示されたにもかかわらず、同年四月六日に新聞報道された案では、教育委員会の教育長以外の教育公務員に外国人が任用されることが認められていることが特色である。その後、参議院法制局はいくつかの法案を秦野議員に交付している。それらのうち、同年四月二二日に法案交付された案では、外国人の教授会参加を認めたものの、人事その他政令で定める事項についての教授会議決権を制限している。ところが、翌年五月一二日に法案交付された案においては、人事議決権や管理職就任権を制限するとともに、管理職制限の例外を設け、「教育又は研究のため特に必要があると認める」場合には大学の管理運営に関する事項をつかさどる職に充てることができる、として管理職への外国人任用の道を開いている。同年六月五日に法案交付された案もこれとほぼ同様の内容を持つものであるが、管理職任用条項は削除している。その後一九八二年二月二日に法案交付された案では、教授会での議決権に関する制限は付されず、管理職就任のみが制限されている。他方、政府側でも外国人教員任用につきいくつかの案を作成したようであり、一九七八年九月に成案を見たときされる法案では教育公務員特例法（以下教特法と略）に定める人事議決権を制限しているが、これが一九七九年三月に成案したときされる法案ではさらに拡張され、教特法に定める人事議決権制限及び管理職就任権を制限している。このように、各法案で設定されている制限条項の内容には相当の差異が認められるわけであるが、このような違いは、「当然の法理」と外国人教員任用法との調和点をどこに求めるかに関する見解の相違と考え

てもよいものと思われる。そして、この問題は、理論的なものであると同時に、外国人の教員任用に関する特別の立法をする実益とも関係するものでもあった。一九七九年四月二五日の衆議院文教委員会佐野文一郎文部省大学局長は、国会での政府提案を見送った理由として、「(外国人教員に対する)権利の制限というものを余り激しく考えますと、現在でも既に(中略)外国人教師の制度というものが別途ございまして、(中略)それとどこが違うのかという議論になります。したがって、そういう外国人教師の現在の制度というものを前提にしながら、それと併存してさらに正規の教授助教授に任用できる道を開くという場合の、その教授、助教授の権利制限の態様というものについて議論を詰めて、なかなか成案を得ることができないというのが現在の状況」であつたことを挙げている⁽⁸⁾。そのような権利制限の態様の中では「特に管理職の問題をどうするか」が問題となつていたようである⁽⁹⁾。

以上のような変遷を経て現行法の案が作成され、議員立法という形態が採用されて可決・成立した。ここでは、教授会での議決権についての制限は付されていないが、本法では教員についてのみ外国人を任用することができるとしており、学長・部局長等のいわゆる管理職への任用は認められていない⁽¹⁰⁾。この外国人教員任用法についてはいくつかの論点があるわけであるが、それらのうち、第一に、外国人教員任用法自体と「当然の法理」との関係立法関係者はどのように考えていたのが問題となる。この外国人教員任用法が「当然の法理」の存在を前提として(すなわち大学教員に「当然の法理」の適用があることを前提として)制定されたものであることは、その名称が特別措置法であることのほかにも、明文ではなんら規定のない管理職就任が外国人に対しては制限されているということを当然の前提としている⁽¹¹⁾。ことからあきらかである。このように大学教員に「当然の法理」の適用があると考える根拠として立法過程で提示されている議論は従来の行政実例等と同旨であり、国公立大学の教授等は教授会の構成員として教授の人事あるいは学生の入退学等の処分あるいは大学の運営に関する重要事項審議に加わることにより公の意思の形成に携わることになる、

ということである。¹²この点については、私立であれ国公立であれ大学教員の職務の内容・性質に差異が認められない以上、国公立の大学教員にそもそも「当然の法理」の適用がないのではないかと質問ないし批判¹³が出されている。このような批判に対して、立法関係者は立法過程の中でどのように答えているのであろうか。宮地貫一文部省大学局長は、設置形態が国立・公立・私立大学のそれぞれで異なること、その設置の根拠法令も、国立大学設置法・私立大学設置法といったように異なること、国立・公立大学は行財政財産として管理されていること、を根拠に、教員が国家公務員である以上は、国家公務員全体に通じて適用される「当然の法理」が「その限りにおいて」適用される、と述べている。

ここで「その限りにおいて」とは、右の立論の前提として、「大学の教授としての職務は国立大学の教官であれ、私立大学の教官であれ、はたまた公立大学の教官であれ、そのこと自身は教育基本法なり学校教育法上、行う職務については変わりがないわけでございます。これは設置形態はそれぞれ異なるわけでございますけれども、大学が果たすべき使命としては、国公立大学いずれもその点に関していえば同じであろう」からである、ということを確認しているためである。この説明には提案者である石橋一弥衆議院議員も同意している。¹⁴なお、「当然の法理」の特例を大学教員について認める立法をした動機は、抽象的なレベルでは、「大学の国際化を図ってまいりたいという観点」¹⁵に集約できるように思われる。

では、外国人教員に教授会での議決権を承認したこと、「当然の法理」との関係はどのように考えられていたのであろうか。右の問題については、松下正美衆議院法制局第二部長は、特別の合理的理由があるから「当然の法理」の特例を設けたものであると説明している。¹⁶その特別の合理的理由とは、教授会の議決が国家主権の維持に対して与える影響はきわめて弱いということと、大学が本質的に国際的性格を持つ学術の研究、教授を目的とするものであるということに求められている。¹⁷このように外国人教員任用法が「当然の法理」の特別措置であるということについては議院法制局

のみならず、政府側も提案者も同意しており、外国人教員任用法が「当然の法理」を超えていないという批判に対して提案者のひとりである石橋一弥衆議院議員は、「当然の法理」に対する「穴あけ」としてはこれで限界ぎりぎりであると答えているのである。⁽¹⁹⁾

このように外国人教員任用法がそれまで出された法案のいくつかとは異なり、教授会での議決権を承認したことにつき、政府側は、「こういう積極的な対応で立法することが（中略）メリットとして意味がある」と評価している。⁽²⁰⁾ 政府側のこのような評価の根拠（つまり外国人教員に議決権を承認してもよいとする根拠）は、大学という構成体については基本的には学問の自由等に立脚して教授会が管理運営事項について審議するという仕組みになっており教育・研究に携わる教官自らがそれらの事項を決するということが基本的な原則である、ということ、および教授会での議決権を制限するとそれまでの外国人教師制度との実質的な差異がなくなり特別の立法をする必要性に疑いが生じる、ということにある。⁽²¹⁾ 他方、議院法制局側は、既述の如く、教授会の諸権限や議決が国家主権の維持に対して与える影響がきわめて弱いことおよび大学が国際的性格を持つていることに外国人教員に議決権を承認することが合理的である根拠を求めており、政府側の説明と若干のニュアンスの違いがあることを読み取ることができる。⁽²²⁾

最後に、法案提出及び制定過程では管理職への任用を制限していることは「当然の法理」との関係でどのように説明されていたかが問題となる。提案者の一人である石橋議員のこの点に関する説明は一貫性を欠いているが、教授会の議決に加わるということが「当然の法理」に対する「穴あけ」としては限界ギリギリのところであると説明し、管理職への任用はもはや立法によっても「当然の法理」との関係上不可能であるというニュアンスの発言をしている。⁽²³⁾ もっともこのような発言をしつつも、石橋議員は「大学そのものから、どうだ管理職への任用もというような時が参りましたならば、これは積極的に取り組んでいかねばならないな、こう考えております。」という見解も示しており、限界ぎりぎり

まで穴をあけたということの趣旨は必ずしも明確とはいえない。これに対して、松下衆議院法制局第二部長は、大学管理職に外国人を任用することは立法をもつてすれば理論上可能であるという見解を示していた。⁽²⁵⁾ なお、政府側がこの点につきどのように考えていたのかは明示されていない。ところで、これに付随する論点としては、管理職制限規定を設けた具体的理由いかんということがある。松下衆議院法制局第二部長は、「消極面におきましては主権の維持への影響の度合い、それから積極面におきましてはこれらの役職に外国人を就任させる必要性の度合い」を総合判断したものであるとの抽象論を提示するものの、具体的根拠は示されていない。⁽²⁶⁾ また、石橋議員は、「たとえば教育公務員特例法の中においても、その二つの職種（学長及び学部長を指す）についてははつきり任期等についても定めるということがある」という特殊性⁽²⁷⁾、及び大学の教員は研究者という特別の立場にあるからこのような特例を設けて外国人の任用を認めたのであって、管理職に就任すると実態としては管理職そのものに没頭することになり、特例を設けた趣旨にそぐわない結果が生ずる、という趣旨の説明をしているもの⁽²⁸⁾、管理職の有する権限と関連させてその根拠を示しているわけではない。他方、宮地文部省大学局長は、大学の学長・学部長が公法上の营造物利用関係の管理運営の最高責任者であること、事務職員との関係で指揮監督を行うというような関係に立つこと、を理由として、教育・研究と直接関係のない分野において公権力を行使するという立場にも立つものであり、従って、管理職から外国人を排除することは正当であるとの判断を示している。⁽²⁹⁾ 管理職から外国人を排除する積極的な根拠についてはこのように立法関係者間でもその説明が分かれているのであるが、おそらく管理職制限を設けた真意は、「管理職になりますと、これらの職が公の機関である大学の管理運営の責任者であり、人事上、会計上も一般行政機関の管理職と同様の職務権限を有するものと考えられるところから、外国人をこれらの職につき得るとすることについては適当ではない」（石橋議員に対する一九八二年八月一〇日の参議院文教委員会における杉山令肇参議院議員の質問。石橋議員はこれを肯定している。）⁽³⁰⁾ という判断に基づくもので

あつたのではないかと推測される。このように管理職への任用を制限したことに對して、湯山勇衆議院議員は次のような批判を出している。⁽²¹⁾ すなわち、湯山議員は、「大学というのはおおよそ研究、教育に限定されておるのであつて、特に公権力の行使、国家意思の形成に大学が強く参画しているということではない。(中略) (大学の管理職は) 他の省庁の管理職、行政府の管理職とはその政策、立案等に対する関与の仕方がうんと違つてゐる。本来の仕事である教育、研究という点においては、私学とさほど差はないということになれば、これはむしろこういう限定をしないで、当然学長も学部長も任用の對象にすべきだ、こうわれわれは考えております。」というのである。この発言は管理職から外国人を排除する政策判断の妥当性に関する立法論としての分脈の中で述べられてゐるのであるが、その考え方を押し進めるならば、そもそも大学に「当然の法理」を適用することはおかし、という結論が導き出される論理を内包してゐるものであるように思われる。そして、この議論に對しては松下衆議院法制局第二部長も、さらには石橋議員も反對をしておらず、従つてその論理を否定するものではないようである。

(3) 検討と評価

これまで「当然の法理」との関係で外国任教員任用法制定過程においてどのような議論が出されていたかを紹介してきた。⁽²²⁾ では、それらの議論及び外国任教員任用法自体に對してはどのような評価を下すことが可能なのであろうか。まず、法制定過程での議論全体を通じて問題となる事象を明らかにした後、それがどのような意味を持つものかを検討することとする。

第一に、「当然の法理」との関係の中で外国任教員任用法をどのように位置づけ、あるいは性格づけるかに関する問題

がある。この点につき、多くの学説は、大学は「当然の法理」が外国人の排除を予定しているような公権力の行使ないし国家意思の形成を行う機関ではなく、従つてそもそも大学の教員は「当然の法理」の適用対象外であったことを、外国人教員任用法は確認したに過ぎない、と考へている¹⁰⁾。これに対して立法関係者間では、それが特別措置法であり、「当然の法理」により外国人の就任資格が否定されてきた大学教員への任用が外国人教員任用法によりはじめて可能となつたとして、外国人教員任用法は「当然の法理」との関係では創設的な位置を占めるとする見解で一致している。しかし、実は、そのように外国人教員任用法が創設的であるとしてもなお、外国人教員任用法のいかなる側面を捉へて創設的であるといえるかについては、従来の実務上の取扱との関係で、なお議論の余地が有り得る。外国人教員任用法の位置づけを考へるに当たつて考慮すべき従来の行政実務上の取扱は既述の如く二つある。ひとつは、外国人教員任用法制定以前においては実際には講師以上への外国人の任用が否定されていた、ということである¹¹⁾。もうひとつは、神戸医科大学助教授への外国人への任用を肯定した一九五四年の法制局見解¹²⁾である。前者を前提として考へると、外国人教員任用法が外国人教員を講師以上に任用することを承認した点を捉へて、外国人教員任用法は創設的な性格をもつということになる。これに対して後者の見解に立つと、外国人教員任用法が外国人教員の教授会への参加を承認することを捉へて、外国人教員任用法が創設的なものと解されることになるわけである。

このように、従来の実務上の取扱を前提とすべきか、一九五四年の法制局見解を前提とすべきかによつて、外国人教員任用法の位置づけもまた変わつてくるのであるが、いずれを前提とすべきか、従来の実務の見解からは明らかにすることはできない。その理由は、さきに挙げた二つの実務上の取扱がいずれも結論のみを示すにとどまり、それぞれの判断に当たつて具体的にいかなる考慮を経て結論が出されたのか（神戸医科大の事例においては、医科大であることがおそらくは重要な判断要素のひとつであつたと思はれるのであるが）、つまりは具体的な判断基準はどのようなものであつ

たのが示されていないからである。おそらく法案作成者・提出者の見解は従来の実務上の取扱、すなわち助手への任用のみを承認するという処理を前提として、本法を特別措置法と命名したものと推測されるが、従来の実務上の取扱には、それを根拠づける行政実例さえも存在しない——それ故にこそ、文部省は各大学への「行政指導」により右の政策を遂行してきたものと思われる——という欠点があるのである。

第二に、外国人教員任用と「当然の法理」との調和点をどこに求めることができるのか、という問題が、いくつかの法案を経て制定された現行外国人教員任用法においても、曖昧なまま残されている。このことは、法律によって「当然の法理」をどこまで修正できるものと考えられるのかに関する議論において典型的に現れている。すなわち、外国人教員任用法上管理職から外国人を排除している理由が立法関係者間で一致していないため、外国人の管理職就任を立法により承認すると「当然の法理」との調和点を超えることになるか否かもまた明確ではないのである。

右に挙げた二つの点はいずれも、「当然の法理」と外国人教員任用法との関係をどのように理論づけるか、という問題に関するものであるが、当時の宮地文部省大学局長は、政府内部で立法に当たりこの理論化に関する調整が難航し、政府として統一した合意に達しなかつたため、この法案を提出できなかつたと説明している³⁷。そして、そのような見解の不一致は法案提出後においても現われているのである。このように、外国人教員任用法の制定に当たってはごく基本的な理論的問題がクリアーされないままに法律制定に至つたために、外国人教員任用法が、任期制に関する規定に限らず、全体として「玉虫色」のものとなつたように思われる。特に管理職への任用制限については、「当然の法理」を前提として明文の制限規定をおかなかつたために、管理職への就任が制限されていないと解すべきではないかという議論が外国人教員任用法制定過程においてしばしば出されているにもかかわらず、この点についての立法上の手当をしていない。このように議論が有り得る点につき、明文の規定をおくことが可能であつたにもかかわらずそれをしなかつた、と

いうことは、大学の管理職からは外国人を排除すべき（あるいはできる）であろうがその理論的根拠を明確にできないためにあえて明文化しなかった、と考えられるのである。すなわち、従来の行政実例は、大学に「当然の法理」の適用があることを前提としているため、その前提に乗っ取って考えれば、当然大学の管理職からも外国人は排除されることになる。ここでは、大学の管理職から外国人を排除することについて殊更に根拠を示す必要はなかつたのである。ところが、外国人教員任用法では大学教員への任用を認めただために、従来とは逆に、立法過程の中で議論としては、管理職からの外国人排除を残す積極的な根拠を示す必要が生ずることになった。ところが、先にも見たように、この点につき立法関係者間で一致した明確な見解が示されていないのである。

もちろん、理論的には、特に教授等への任用及び教授会での議決権を承認した限りで国公立大学への「当然の法理」の適用を外国人教員任用法は排除したのであつて、管理職への就任は制限されたまま残されている、という説明は可能である。ところが、外国人教員任用法制定の根拠が大学の特性に求められているのみならず、外国人教員任用法制定過程における議論では、文部省サイドでさえ、国公立大学の教員と私立大学とで実定法上規定されている職務内容に基本的な差異がないことを承認しているため、国公立大学に「当然の法理」の適用があるという前提自体がかなり疑わしいものとなつてきているのである。

このように、国公立大学に「当然の法理」の適用がそもそももないのではないかという結論につながりかねない立論が文部省サイドからでさえも出されることとなつた最大の原因は、外国人教員任用法自体が外国人教員の教授会議決権を無制限に承認し、従来の「当然の法理」を大幅に掘り崩したからにはかならない。宮地大学局長は、既述の如く、「当然の法理」との調和点を政府内部で一致させることができなかつたが故に、外国人教員任用法を政府提案とすることができなかつた、と説明している。このことは、裏を返していえば、議員立法だからこそ、外国人教員任用法のように思い

切った「穴あけ」をすることができた、ということになる。従つて、宮地大学局長のこの説明に対しては、「議員提案の場合は、各省との対応とか法理の限界とみておるものを超える超えないということについては、そういうことは余り考えなくていいということであつたのか」という反応が返されることにもなるわけである。しかしながら、提案者はこれに対しては、「外国人教授を任用する道を開くことはわが国にとつて急務な課題であるという認識のもとに」自民党としてこの法案を提案した、というのみであり、その質問に正面から答えることは避けている。なお、政府側は「議員立法であるからと申しまして、これ（「当然の法理」）を軽視するようなつもりは毛頭(41)ございません。」という態度を表明しているものの、実際に議員立法という形態であつたがために大幅な「穴あけ」ができたと考えているのか否かはそこから必ずしも明確ではない。

このように、議員立法であるがために、いくつかの基本的な理論的問題をある意味では無視して、外国人数員任用法を制定することができたように思われる。そのことの意義は決して小さいわけではないが、このように理論的問題を抱えた立法であるために、この法律の意義がどこまで及ぶのかについては様々な考え方があり得ることになる。特に、初等・中等教育の教育公務員に対する「当然の法理」の適用が妥当なものか、これらの公務員にも外国人数員任用法の趣旨を及ぼすべきではないのか、という問題が生じることになる。外国人数員任用法制定以前から、文部省は、大学以外の公立学校教職員への外国人採用につき否定的であり、「当然の法理」に基づき適切に対応するように要請してきたといわれている。⁽⁴²⁾このように小・中・高等学校教員から外国人を排除する理由、つまり「当然の法理」の適用があるとされる理由は次のようなものである。すなわち、生徒の成績評価、卒業認定、懲戒処分などは学校長名で行われる公権力の行使であるが、これらは校長の独断ではなく一般教員の意見を聞いたりして判断されるのであるから、一般教員も公権力の行使に参画しているといえる、というのである。⁽⁴³⁾外国人数員任用法制定に際しても小・中・高等学校の教員との関

係が議論となっており、また、提案者自身もその点を考慮しなかったわけではないが、最終的には法律の対象とはしなかつた旨の答弁を行っている。⁽⁴⁵⁾ これら初等・中等教育の教員に外国人を採用しない理由については提案者・文部省ともに概ね一致している。すなわち、「高校以下は義務教育の延長線上にあり、そしてこれはわが国の次代を担う国民の育成を基本目的とした国民的教育でありますので、本法案のこの国際的性格を有する学術の研究、教育を目的としている大学とおのずから異なる」というのである。⁽⁴⁶⁾ このような教員の職務の性質に対する判断、及び大学の特殊性から大学には外国人教員任用法によつて「当然の法理」を認めたのであるという位置づけを前提とすれば、大学とは異なり国際性格を持たないとされる高等学校以下では「当然の法理」の適用があるという文部次官通知⁽⁴⁷⁾が外国人教員任用法制定後に出されたことも、理論的には当然といえる。ところが、このような通知にもかかわらず、教員選考要項に「国籍条項」を付していない地方公共団体も稀ではなく、⁽⁴⁸⁾ 一九八三年の時点では、教員として在職している外国人が二八名存在することが指摘されていた。⁽⁴⁹⁾ このような状況に対して、文部省が強い行政指導に乗り出し、外国人を教諭として採用することには問題があるとする文部省の指導により、常勤講師として発令したという事例も存在する。⁽⁵⁰⁾ このように、教諭と講師とを区別した根拠は、教諭が独立した存在として公務に参加できるのに対して、講師は、教務・学年主任の指導を受けてはじめて参画できる、という違いがある、ということに求められたようである。⁽⁵¹⁾

第二章 注

(1) 昭和二九・一〇・二九法制局一発五一号。

(2) 特に一九四八年の法務省調査意見長官兼子一見解がそうであることについては前掲第一章注(7)(8)参照。

(3) この見解の概要については岡崎・前掲第一章注(1)二〇七―八頁参照。

(4) その内容については岡崎・同右二〇九―一〇頁参照。なお、岡崎・同右二一〇頁は、この一九七一年の週刊文教ニュース

の見解を実務の「模索答案」と評している。

- (5) 岡崎・前掲はじめに注(9) 40頁、41頁参照。
- (6) 参議院予算委員会会議録第一五号二四頁 昭五三・三・二〇。
- (7) 秦野議員を中心に作成されたものであり、外国人の教員任用に関する法案のうちもつとも初期のものであるが、この法案は外国人が大学のみならず小・中・高等学校の教員となることができるとするものであり、他の「大学」教員任用法案とはやや性格を異にするものである。外国人の教員任用に関する法案の全容と立法の経緯の詳細については本号に掲載されている常本照樹「外国人教員任用法の立案過程」を参照。その他、一九七八年四月六日に新聞報道された案の内容については日高Ⅱ徐編・前掲書はじめに注(6) 三一―三四頁、同年四月二日に秦野議員に法案交付された案及び一九七九年二月六日に法案交付された案(これは従来「第三次案」といわれて政府が立案したものとされていた案と同一の内容のものであることについては右の常本論文参照)の内容については徐龍達「定住外国人の国公立大学教員任用の現状と課題」『部落解放研究』一七号六三―四頁(一九七九)、一九七九年三月に成案を見たときされる案については日高Ⅱ徐編・同右書三一五―七頁に掲載されている。以下、法案の内容、年月日等については常本論文に依拠しているため、特にそれぞれについての注は付さない。
- (8) 第八七国会衆議院文教委員会議録第七号(昭五四・四・二五) 四一頁。
- (9) 同日同委員会での内藤普三郎文部大臣の発言、同右参照。
- (10) 匿名論文「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」『法令解説資料総覧』三一号一〇二頁等参照。
- (11) 例えば十文字孝夫文部省大学局高等教育計画課長の発言、第九六国会衆議院法務委員会議録第一六号(昭五七・四・二〇) 二―二頁など参照。
- (12) 例えば石橋衆議院議員、第九六国会衆議院文教委員会議録第一六号(昭五七・七・七) 二―三頁。
- (13) 昭五七・八・一〇参議院文教委員会における小野明参議院議員の質問。第九六国会参議院文教委員会会議録第一五号六頁。
- (14) 第九六国会参議院文教委員会会議録第一五号六―七頁参照。

- (15) 小川平二文部大臣の答弁、第九六国会衆議院文教委員会議録第一六号(昭五七・七・七) 六頁等参照。
- (16) 第九六国会衆議院文教委員会議録第一六号(昭五七・七・七) 三頁。
- (17) 同右二頁。
- (18) 政府側の見解としては、例えば参議院文教委員会での宮地貫一大学局長の発言、第九六国会参議院文教委員会議録第一五号(昭五七・八・一〇) 五頁参照。
- (19) 第九六国会参議院文教委員会議録第一五号(昭五七・八・一〇) 六頁。
- (20) 昭五七・八・一〇の参議院文教委員会での宮地貫一大学局長の発言。第九六国会参議院文教委員会議録第一五号(昭五七・八・一〇) 五頁。
- (21) 前掲・宮地大学局長の発言参照。
- (22) 松下衆議院法制局第二部長、第九六国会衆議院文教委員会議録第一六号(昭五七・七・七) 三頁。
- (23) なお、教育施設、研究施設の長への就任の可否は「それぞれの職務権限あるいは制度、実態に応じていわゆる法理に照らして検討する必要も当然あるわけでございますけれども、この問題はそれこそケース・バイ・ケースの判断にゆだねること」が相当であるという判断が示されている。石橋議員の発言、第九六国会衆議院文教委員会議録第一八号(昭五七・八・四) 一〇頁参照。
- (24) 第九六国会参議院文教委員会議録第一五号(昭五七・八・一〇) 六頁、第九六国会衆議院文教委員会議録第一六号(昭五七・七・七) 五頁。
- (25) 第九六国会衆議院文教委員会議録第一六号(昭五七・七・七) 四頁。
- (26) 同右参照。
- (27) 第九六国会文教委員会議録第一六号(昭五七・七・七) 五頁。
- (28) 第九六国会参議院文教委員会議録第一五号(昭五七・八・一〇) 一七頁。
- (29) 第九六国会衆議院文教委員会議録第一八号(昭五七・八・四) 一六頁。
- (30) 第九六国会参議院文教委員会議録第一五号(昭五七・八・一〇) 一一頁。
- (31) 第九六国会衆議院文教委員会議録第一八号(昭五七・八・四) 四頁。なお、同日の文教委員会において、管理職への任用

を継続的に検討すべき旨の付帯決議がなされている。

(32) 従つて、任期制の導入に関する様々な議論は、「当然の法理」との直接的な関連性に欠けるため、省略した。

(33) その代表的な見解は、法律学者二人の見解をまとめた一九七九年一月三〇日付「国立大学外国人教員任用法案に関する見解」として発表されている。その全文については徐・前掲はじめに注(12)八四―七頁を参照されたい。

(34) 本稿第一章参照。

(35) 昭二九・一〇・二九法制局一発第五一号。

(36) 岡崎・前掲はじめに注(9)四〇頁。

(37) 第九国会参議院文教委員会会議録第一五号(昭五七・八・一〇)四一―五頁。

(38) 任期制に関しては、西岡武夫総括担当副会長の賛同を得ることができるようにとの配慮から「玉虫色」にしたのでは、という疑問に基づく発言を栗田衆議院議員はしている。第九国会衆議院文教委員会会議録第一八号(昭五七・八・四)二二―頁。

(39) 湯山勇衆議院議員の質問、第九国会衆議院文教委員会会議録第一八号(昭五七・八・四)三頁。

(40) 狩野明男衆議院議員の答弁、同号同頁。

(41) 同日の小川平二文部大臣の答弁、同号同頁。

(42) 石村健「国立大学外人教員任用特別措置法」『ジュリスト』七七七号七二頁(一九八二)。

(43) 岡崎・前掲はじめに注(9)四一頁。

(44) 田中宏「外国人教員任用法をめぐる諸問題——国立大外国人教員任用法と小・中・高の教員」『季刊教育法』四六号一―四頁参照。これが政府の統一見解であるとされている。阿部充夫文部省教育助成局長の発言、第百二国会衆議院文教委員会会議録第八号(昭六〇・四・一九)九頁参照。なお、一九八一年五月二七日の衆議院法務委員会外務委員会社会労働委員会連合審査会で国分正文文部省初等中等教育局地方課長は「教育活動自体は一般的に非権力的な活動というふうに言われておりますけれども、教員は校長の行う公務の運営に参画するわけでございますし、また児童生徒の教育をつかさどるといふことから、従来から公の意思決定への参加と認められているというふうに考えて」と説明している。第九四国会衆議院法務委員会外務委員会社会労働委員会連合審査会会議録第一号(昭五六・五・二七)二〇頁参照。同旨の説明として、横瀬庄次

文部省初等中等教育局地方課長、第九国会衆議院法務委員会議録第一六号(昭五七・四・二〇)二〇頁等がある。このような見解に対しては田中・はじめに注(9)四五―六頁等学説は強く批判している。その他、高橋恂「外国人の公務員就任能力に係る「法理」の考え方について」『衆議院法制局報』二号一七一頁(一九八七)は、職員会議の性質等を考えたと「当然に教諭の職が「法理」にいう職に当たるといえるかについては、異なる観点からの議論も必要ではないか」という問題点を指摘している。

(45) 第九国会参議院文教委員会議録第一五号(昭五七・八・一〇)二三頁。

(46) 昭五七・八・一〇参議院文教委員会における狩野明男衆議院の発言、第九国会参議院文教委員会議録第一五号九頁、同日同委員会における鈴木勲文部省初等中等教育局長の発言、同号二四頁等参照。その他、鈴木局長は、「公立の高等学校以下に、まずわが国の希望する教員採用者を確保することがまず考えられなければならないという実態」も挙げている。同号二二頁。

(47) 昭五七・九・二三 文人番第一二八号。これに先立ち、一九八二年六月四日、文部省は、「教諭には日本国籍を有する者のみとなりうる」との初等中等教育局の見解をまとめ、今後外国人は採用しないよう、都道府県、指定都市の教育委員会に文書で通知した(昭五七・六・四 初地第三九号)とのことである。匿名論文「出入国管理の周辺——公的職務と外国人の雇用」『時の法令』一一五号五〇頁及び匿名論文・前掲注(10)一〇二頁参照。また、その後も、公立大学以下の教諭については「当然の法理」の適用がある旨を確認した答弁書が一九八三年に出されている。衆議院議員斎藤実による、外国人の公立小・中・高等学校教員任用に関する質問主意書に対する内閣総理大臣の答弁書(昭五八・四・一 内閣衆質九八第一三三号)。

(48) 一九八〇年から一九八四年までの状況については、田中・前掲第一章注(30)三九頁表1参照。

(49) 先の昭五八・四・一 内閣衆質九八号第一三三号の斎藤議員の質問主意書参照。その後、一九八五年の時点では、小中学校で韓国籍の教諭が三〇名余り存在しているようである。西崎清久文部大臣官房長の発言、第一〇二国会衆議院予算委員会議録第七号(昭六〇・二・八)六一―七頁。

(50) この事件については田中・前掲第一章注(30)三七頁参照。

(51) 中村・前掲第一章注(32)四〇頁参照。

まとめにかえて

本稿では、外国人教員任用法が制定されるまでには、特徴のあるいくつかの案と、多様な議論がなされたことを紹介してきた。もちろん、委員会等いわば表面的に現れてきた議論を分析することが直ちに立法過程での議論を分析していることにはならないのではないか、という疑問はあり得るにせよ、この法律に対する立法関係者各々のスタンスのあり方の違いは比較的顕著にそこで現れているように思われる。既述の如く、このスタンスの違いにより外国人教員任用法を政府提案にできなかったと政府側・文部省サイドは説明しているのであるが、そのためにまた、外国人教員任用法制定に当たってクリアーされていなくてはならないいくつかの基本的な理論上の問題が残されたままに法律が制定されるに至ったように思われる。その結果として、法律自体かなり「玉虫色」の様相を呈することになったとも考えられる。

では、なぜ、このような状況であつたにもかかわらず、外国人教員任用法を制定し、さらには外国人教員に教授会で議決権までも承認することが可能であつたのであろうか。その理由は二つ考えられる。第一に、事実の問題として、本法が議員立法であつたことである。これが政府立法であるとすれば、一方ではこのように理論的な基本問題を不問に付しながら他方でそれまで大学教員に適用がなされるとされた「当然の法理」をかなり大幅に「穴あけ」する法律を制定することは不可能であつたであらう。第二に、そもそも大学（教員・教授会）の性格からして、「当然の法理」を適用する理論的根拠が薄弱なのではないか、という疑問が立法過程においてもしばしば提示され、また学説の多くもこれを指摘している。¹先にも見たように、立法関係者もまた、大学教員への「当然の法理」の適用を消極に解することになる可能性がある議論を展開しているのである。このように、大学（教員・教授会）に「当然の法理」を適用する理論的根拠が

薄弱であつたことが本法の制定を促した第二の要因であつたように思われる。換言すれば、そもそも、これまで、公務員の各職の性質を法定法との関係で性格づける努力を放棄したまま、あまりにも包括的に公務員に「当然の法理」を用してきたことが本法を制定させるに至つた要因のひとつであつたと考えられるのである。本法の制定は、そもそも「当然の法理」自体を見直すべき時期にきていることを示唆するものであるといつてもよいのではないだろうか。

まとめにかえて 注

(1) 学説はそもそも「当然の法理」自体に対して批判的である。学説の批判は①「当然の法理」が基準として不明確であること、②公務員から排除される外国人を一律に扱つており、合理性に欠けること、③外国人が排除される職を過度に広範に設定しており、目的と手段との合理的関連性に欠けること(以上、大沼保昭「単一民族社会の神話を超えて」二二〇—二二一頁(一九八六)参照)、④「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ず、従つて、「当然の法理」を認めることは法律による行政の原理・法律の留保に反する(岡崎・前掲第一章注(1)一九八頁)、⑤公権力の行使という概念は広いものであつて、原則として外国人の任用を排除する法律上の要請がない以上、任命権者が外国人を特定の職につけることの適否を考慮する場合の運用上の判断基準のひとつが公権力の行使であるといつてよい、すなわち、採用資格のレベルで公権力の行使にあたる職に該当するか否かを判断することはおかし(鹿児島・前掲書はじめに注(1)一七〇頁参照)、の五点に分けることができるであろう。もつとも、どのような職から外国人を排除することが合理的といえるかについては学説は必ずしも一致していない。学説の中でこの点をもつとも厳格に解しているとされる(中村睦男「一九八九年度社会保障法学会報告における発言」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、定任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」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(大沼・前掲書二二二頁)。同様に、岡崎教授も、外国人が公務員資格から排除されることが合理的とされる職を「主権又は統治権を直接行使する職務」に限定し、それに該当するものとして、国会議員・

政治的職員（国務大臣・政務次官等）・裁判官を挙げている。岡崎・前掲第一章注（1）二〇〇頁、日高・徐編前掲はじめに注（6）一〇二頁（岡崎執筆。なお、岡崎教授と同様の一般論に立つ論者が、自己の見解を一九四八年の兼子一見解と一致するものと位置づけている（佐藤・鶴海・前掲書第一章注（2）八三頁参照）ことは興味深い）。これとほぼ同旨と思われる見解として、政治的決定権の属する地位や機密を扱う地位からは外国人を排除することが許されるという考え方が示されている（座談会「人権論における定住外国人」、『法律時報』五七巻五号一九一（一九八五）における萩野芳夫教授の発言）。これらよりも若干広く外国人が排除される職の範囲を設定しているものとしては、「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」とを区分し、前者から外国人を排除することは許される、とする見解がある（田中二郎『新行政法中巻（全訂第二版）』二四七頁（一九八四）。芦部信喜「人権の享有主体（2）」、『法学教室』一〇二号三五頁（一九八九）、和田英夫・前掲はじめに注（4）はこれに全面的に賛成しているようである）。非管理職から外国人を排除することには疑問があるとする学説（佐藤幸治『憲法』二九六頁（一九八二）もこれと同旨といえよう。このような見解の相違が生じている理由及びいずれに解するのが妥当かは別途検討する必要がある課題である。

*なお、本稿は、昭和六三年〜平成二年度文部省科学研究費補助金（総合研究（A）「法律制定における国会議員の役割」）による共同研究の成果の一部である。また、本稿の作成にあたっては、参議院法制局第三部第一課長の石村健氏、衆議院法制局調査課長の高橋恂氏をはじめとする方々に資料提供等のご協力をいただきましたので、ここに記して感謝申し上げます。