

## ドイツ公勤務者の法的地位に関する研究(1)

早 津 裕 貴

### 目次

#### 序章 はじめに－問題の所在と検討方法

##### 1 本稿の目的

##### 2 日本における問題状況

##### 3 従来の研究と本稿の課題

##### 4 検討の対象と手順

##### (1) ドイツ法研究の意義

ア ドイツにおける公務労働従事者の概況

イ ドイツ法を比較研究の対象とする理由

##### (2) 検討対象の限定

##### (3) 検討の手順と構成

#### 第1章 基本法下における「複線型」公務員制度の意義

##### 第1節 前史－基本法制定前の公勤務者の法的地位

##### 1 官吏の歴史的展開と法的地位

##### 2 公勤務における職員・労務者の歴史的展開と法的地位

##### 3 小括

##### 第2節 基本法と職業官吏制度

##### 第3節 「高権的権能の行使」の意義

##### 1 前史－基本法制定前の法状況

##### 2 基本法制定時の議論

##### 3 基本法 33 条 4 項に関する基本的に争いのない解釈

##### 4 「高権的権能の行使」に関する学説の見解

##### (1) 「高権的権能」の範囲を狭く画そうとする見解

ア 侵害行政の領域に限定する見解

イ EU 法との関連を視野に入れる見解

(以上、本号)

第2章 基本法下における職業官吏制度の基本理念と官吏の法的地位

第3章 基本法下における公務被用者の法的地位

第4章 「統一的」公勤務法と公務従事者の法的地位

第5章 ドイツ法の整理・分析と日本法への示唆

終章 おわりに―残された課題

## 序章 はじめに―問題の所在と検討方法

### 1 本稿の目的

日本において非正規雇用が問題となって久しいが、公務部門においても「非正規」雇用が存在してきた。近時では、「官製ワーキングプア」という言葉の登場や「臨時・非常勤職員」とも称される、「非正規」公務員に関する著作の登場<sup>1)</sup>、さらには政府による実態調査の実施<sup>2)</sup>もそれを象徴している。これら著作によって、行政任務の拡大や公務員定員数の削減の中で、公務労働における「非正規」公務員の役割が増大した一方、「正規」公務員との間には処遇の格差が存在することが明らかにされている。日本の公務部門には、従来から典型的公務員として想定されてきた「正規」公務員が存在する一方で、それとの処遇格差や雇用の不安定さを伴う「非正規」公務員が存在しており、日本の「公務員」には複層化が生じているのである。

- 
- 1) 早川征一郎『国・地方自治体の非常勤職員－制度・実態とその課題－』（自治体研究社、1994年）、官製ワーキングプア研究会編『なくそう！官製ワーキングプア』（日本評論社、2010年）、上林陽治『非正規公務員』（日本評論社、2012年）、同『非正規公務員の現在－深化する格差』（日本評論社、2015年）、早川征一郎・松尾孝一『国・地方自治体の非正規職員』（旬報社、2012年）など。また、実務担当者による分析として、地方公務員任用制度研究会『自治体の＜新＞臨時・非常勤職員の身分取扱〔第1次改訂版〕』（学陽書房、2002年）参照。
  - 2) 直近のものとして、地方公務員につき、総務省「地方公務員の臨時・非常勤職員に関する実態調査（速報版）（平成28年4月1日現在）」（平成28年9月13日）（[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000439015.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000439015.pdf)）、国家公務員につき、内閣官房内閣人事局「国家公務員の非常勤職員に関する実態調査について（調査結果）（平成28年4月1日現在）」（平成28年9月9日）（[http://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/jinjiyoku/files/h2809hijokin\\_chosa.pdf](http://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/jinjiyoku/files/h2809hijokin_chosa.pdf)）がある。また、直近の政府報告書として、総務省「地方公務員の臨時・非常勤職員及び任期付職員の任用等の在り方に関する研究会報告書」（平成28年12月27日）（[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000456616.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000456616.pdf)）が出されている。

本稿で比較法研究の対象とするドイツにおいても、「非正規」類型の「公務員」が増加しており、日本と共通の課題が存在する。しかし、その法的地位の取扱い、大きく異なっているのが現状である。

本稿は、以上の背景に鑑み、「非正規」公務員の問題状況を念頭に、ドイツ法研究を通じて、公務員の法的地位の検討を行うことを目的としている。

## 2 日本における問題状況

日本における臨時・非常勤職員の数、地方公務員を例にとると、総務省が2016年に行った調査によれば、約64万人（うちフルタイムは約20万人で、多くが有期かつパートタイムであり、女性約48万人、男性約16万人と約4分の3が女性である）に上り<sup>3)</sup>、同年のその他の一般職常勤職員（約274万人）<sup>4)</sup>を合わせた全体の約19%を占めるに至っている<sup>5)</sup>。

近時、民間の非正規雇用法制をめぐっては、有期雇用との関連では、雇止め法理（労働契約法19条）、無期転換制度（同法18条）の立法化が、パートタイムおよび有期雇用との関連では、不合理な処遇の差異または差別的取扱いを禁じる立法（短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律（パートタイム労働法）8条、9条、労働契約法20条）がなされ、一定の手当が試みられている。ところが、これら規定は、公務員については一律に適用

3) 前掲注2) 参照。調査対象となっているのは、都道府県、指定都市、市区町村等の臨時・非常勤職員（特別職非常勤職員（地方公務員法3条3項3号）、一般職非常勤職員（一般的に同法17条）および臨時的任用職員（同法22条2項または5項））であって、任用期間が6か月以上又は6か月以上となることが明らかであり、かつ1週間当たりの勤務時間が19時間25分以上の職員である。

4) 総務省「平成28年地方公共団体定員管理調査結果の概要（平成28年4月1日現在）」（平成28年12月27日）（[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000455235.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000455235.pdf)）。

5) 国家公務員についても、その割合は、概ね地方公務員と同様とされ、雇用の不安定さや正規職員との処遇の不均衡の問題が地方公務員と同様に存在することが指摘されている（早川・松尾・前掲注1）53頁以下、鎌田一「国の非常勤職員の雇用と労働条件の抜本改善を」KOKKO13号（2016年）5頁以下参照）。

また、国家公務員・地方公務員問わず、「非正規」公務員の多くは、定員規制の外に置かれている。これは、国家公務員については、行政機関の職員の定員に関する法律（総定員法）1条1項が「恒常的に置く必要がある職に充てるべき常勤の職員の定員」について定めており、地方公務員については、地方自治法172条3項但書が「臨時又は非常勤の職」について条例による定数の定めの対象から除いていることによる。この点につき、川田琢之「公務員制度における非典型労働力の活用に関する法律問題－非正規職員に関する問題を中心としたアメリカ・ドイツとの比較研究－（一）」法協116巻9号（1999年）31頁以下も参照。

除外とされている（労働契約法 22 条 1 項、パートタイム労働法 29 条）。また、裁判例においても、「非正規」公務員は、「正規」公務員と同じ「公務員」とされ、基本的には同様の規律に服することが念頭に置かれる一方、補助的な業務に従事することなどを理由に、必ずしも明文の根拠のない場合も含めて「正規」公務員と同様の雇用保障は否定され、さらには、民間の「非正規」労働者であれば享受することのできる雇止め法理の適用も否定されてきた<sup>6)</sup>。このように「非正規」「公務員」は、「正規」公務員との関係のみならず、民間の非正規「労働者」との関係においても、雇用保障において劣っているのが現状である。

近時においては、新たな「非正規」類型の明文化を試みる動きもある<sup>7)</sup>。これは「補助的業務」等に限定された「非正規」公務員の従事を「正規」公務員と同様の「本格的業務」での従事へと拡大するものであり<sup>8)</sup>、従前の「非正規」公務員とは理念の異なる「多様化」の傾向を示している。他方で、この類型についても、特段の雇用保障は語られていない。

### 3 従来の研究と本稿の課題

「非正規」公務員に関する従来の研究においては、期限付任用された職員の法的地位をめぐる問題（主に更新拒否）の分析を中心に、労働法学・行政法学双方から検討がなされてきた<sup>9)</sup>。この点に関する学説の立場は、

6) たとえば、大阪大学（図書館事務補佐員）事件（最一小判平成 6 年 7 月 14 日 労判 655 号 14 頁）参照。この点についての比較的近時の論稿として、川田琢之「任期付任用公務員の更新打ち切りに対する救済方法－近年の裁判例を踏まえた『出口規制』に係る法理のあり方の検討－」筑波ロー・ジャーナル 3 号（2008 年）99 頁参照。

7) たとえば、江口哲郎「地方公務員法及び地方公共団体の一般職の任期付職員の採用に関する法律の一部を改正する法律について」地月 492 号（2004 年）48 頁参照。地方公共団体の一般職の任期付職員の採用に関する法律に基づく任用の運用状況につき、岩下政臣「地方公共団体における任期付採用制度の運用状況に関する調査結果について」地月 632 号（2016 年）86 頁参照。同文献によれば、平成 27 年 4 月 1 日時点の同法による任用は、総計約 1 万 1 千人となっているが、注 4 に挙げた調査においては、法 5 条に基づく任期付短時間勤務職員（平成 27 年 4 月 1 日時点では、約 5 千 4 百人）を除き、一般職常勤職員に含まれている。

8) 総務省「地方公務員の短時間勤務の在り方に関する研究会報告書」（平成 21 年 1 月 23 日）（[http://www.soumu.go.jp/menu\\_news/s-news/2009/pdf/090123\\_7\\_3.pdf](http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/2009/pdf/090123_7_3.pdf)）1-3 頁、10 頁、14 頁以下参照。

9) たとえば、労働法学においては、山本吉人「公務員法における臨時職員の地位」季労 110 号（1978 年）55 頁、同「官公労働における臨時職員の法的地位」季労

おおまかには以下のように分類することができる。

第一に、臨時・非常勤職員が法の予定しないものであることやその就労・処遇の実態などを理由として、一般的な雇用関係と捉え、労働法的観点を貫徹し、労働法的な救済法理の適用を肯定する労働法学説がある<sup>10)</sup>。

第二に、労働法的観点を重視しつつも、公務員法との接合を図り、更新拒否を分限免職と同視する、または、更新拒否に解雇に準じる事由を要求する労働法学説<sup>11)</sup>がある。同様の観点においては、行政法学説においても、公務員法上の規律が及ぶことを認めつつ、労働法的な救済法理の適用を認める見解が主張されている<sup>12)</sup>。

第三に、行政法学的なアプローチを前提としつつ、労働法的観点を摂取し、再任用についての合理的期待が認められる場合には、更新を前提とした期限付任用と認められ、その場合には、更新拒否は免職処分と同視されて相応の理由が要求されるとする<sup>13)</sup>、または、一般法理としての信義則ないし権利濫用の法理を用いて、更新拒否が裁量権の濫用に該当し、再任用を求める権利を侵害したと認められる場合には、公務員としての地位確認

117号(1980年)80頁、清水敏「地方公共団体における臨時・非常勤職員の法的地位」青木宗也先生還暦記念『労働基準法の課題と展望』(日本評論社、1984年)477頁、吉田美喜夫「自治体『臨職』に対する任用更新拒否の救済法理－主要判例を素材とする一考察－」立命館法学201・202号(1988年)94頁などがある。日本労働法学会においても、第113回大会において「非常勤職員をめぐる諸問題」と題したシンポジウムが開催されている(日本労働法学会誌110号(2007年)99頁以下参照)。また、行政法学においては、晴山一穂「意見書(国立情報学研究所非常勤公務員雇止め事件・東京地裁判決の検討)」労旬1627号(2006年)22頁、下井康史「期限付任用公務員の更新拒否をめぐる行政法上の理論的問題点－『公法』関係論と任用『処分』論の検討－」日本労働法学会誌110号(2007年)132頁、櫻井敬子「労働判例にみる公法論に関する一考察－期限付公務員の再任用拒否事案を素材として」日本労働研究雑誌637号(2013年)68頁などがある。

10) 国家公務員につき、今野順夫「常勤的非『常勤職員』の更新拒絶問題－福井郵便局事件をめぐる」労旬906号(1976年)27頁、矢野達雄「国立大学における非常勤職員の法的地位」愛媛法学会雑誌18巻3号(1991年)63頁以下。地方公務員につき、清水・前掲注9)494-495頁(労組法・労基法の全面適用も認める一方、国家公務員との関係では国公法2条6項の規定に留意する)、吉田・前掲注9)112-113頁(実態が法と合致しない場合の例外的な許容とする)。

11) 山本・前掲注9)「公務員法における臨時職員の地位」66-67頁、高木紘一「山形大学病院事件意見書 常勤の非常勤職員に対する任用更新拒否の法的性質」労旬1155号(1986年)53頁、松尾邦之「判批」労旬1155号(1986年)56頁。

12) 晴山・前掲注9)23-28頁。

13) 下井康史「判批」北法41巻3号(1991年)142-145頁、同・前掲注9)132頁以下。また、同「判批」ジュリスト1354号(2008年)239-240頁も参照。

が認められるとする<sup>14)</sup> 行政法学説がある。同様の観点においては、労働法学説においても、正規職員についての諸原則との一定の均衡を前提に、信義則を媒介としつつ、義務付け訴訟による救済が認められるとする見解が主張されている<sup>15)</sup>。

以上に共通するのは、労働法学・行政法学を通じて、労働法上形成された保護法理を何らかの形で摂取しようという姿勢である。

しかし、従来の研究においては、以下の点が十分に明らかにされていないかかったように思われる。

第一に、いわゆる「常勤的非常勤職員」という長期に及ぶ勤務態様の者を念頭に置くものも含め、臨時・非常勤職員が法の予定しないものであることを理由に一般的な雇用関係と捉える見解は、実態を直視した魅力的なものである。しかし、「非正規」公務員もまた「公務員」たる側面を有することとの関係をいかに捉えるのかが十分に検討されていない面がある<sup>16)</sup>。

第二に、今日では、行政法理論と架橋しつつ、救済法理を構築する試みもある。しかし、その中では、「正規」公務員と「非正規」公務員の法的地位をいかに捉えるのか、また、その雇用保障をどのような観点から把握するのか、ひいては、何故に労働法的保護法理が作用すべきか、さらには、その「公務員」的側面と「労働者」的側面の関係性をいかに捉えるべきか、といった基本的観点への考察が十分になされているとはいえない面がある。

この点は、比較法的見地による諸外国の法制度の紹介・分析<sup>17)</sup> について

14) 晴山・前掲注9) 29頁以下。

15) 川田・前掲注6) 135頁以下。①民間であれば雇止め法理の適用が認められるのと同程度に事実としての公務員の任用継続に対する期待が存在すること、②恒常的業務や正規職員が本来従事すべき業務に従事するものとして任用が行われる等、任命権者側に法の趣旨を極めて重大に逸脱した行為があり、法定主義や形式主義に基づいて任期満了による勤務関係の当然終了という扱いをすることが著しく不公正であること、③公務就任機会の公開や能力の実証等につき類似の職務に従事する正規職員との均衡が保たれていることを要件としている。

16) この点につき、たとえば、下井・前掲注13) (1991年) 142-144頁、川田・前掲注6) 142-143頁参照。

17) 川田琢之「公務員制度における非典型労働力の活用に関する法律問題－非正規職員に関する問題を中心としたアメリカ・ドイツとの比較研究－(一)～(三・完)」法協116巻9号1頁、10号69頁、11号62頁(いずれも1999年)は、非正規公務員をめぐる問題を網羅的に検討し、ドイツおよびアメリカの非正規公務労働従事者に関する法制度の概要を描いた主要かつ重要な先行研究である。また、ドイツとの関係では、さらに、山本隆司「ドイツにおける公務員の任用・勤務形態の多様化に関する比較法調査」自治研究80巻5号(2004年)20頁が、フランスとの関係では、下井康史「フランスにおける公務員の任用・勤務形態の多様化－



も同様であり、公務労働従事者としての地位に鑑みた特殊な規律を行う公務員法体系がいかなる基本理念を基礎とし、それを前提とした雇用保障体系がいかに構築されているのか、また、「公務員」関係における労働法的な雇用保障の意義をどのように捉えるのかという点について、より立ち入った検討を要すると思われる<sup>18)</sup>。

本稿は、以上のような問題関心に基づき、ドイツにおける法制度の検討を通じて、「非正規」公務員の増加の中で「多様化」をみせる日本の公務員の問題状況を念頭に、「公務員」たる側面と「労働者」としての側面という双方向的視点から、公務員の法的地位および雇用保障の在り方の再検討を試みるものである。

## 4 検討の対象と手順

### (1) ドイツ法研究の意義

#### ア ドイツにおける公務労働従事者の概況

本稿では、ドイツにおける法制度を比較研究の対象とする。その意義を示すにあたって、まずはドイツにおける公務労働従事者の概況をみておくこととする。

ドイツ連邦共和国は、周知のとおり、連邦政府のほかに、各州政府を擁する連邦制国家である。このドイツの公務部門（以下、連邦・州・自治体を典型とした公法上の法人における勤務という意味において、「公勤務（öffentlicher Dienst）」という<sup>19)</sup>）の従事者には、基本法上の制度的要請に服する公法上の官吏（Beamte）とそうではない私法上の公務被用者（Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst）（協約被用者（Tarifbeschäftigte）ともいう）が併存している（以下、官吏と公務被用者を総称する場合は、「公

---

地方公務を中心に（上）（下）」自治研究 81 巻 3 号 50 頁、6 号 109 頁（いずれも 2005 年）がある。

18) このような問題意識につき、川田・前掲注 6) 135 頁以下、櫻井・前掲注 9) 74 頁も参照。

19) Vgl. Carl Hermann Ule, Öffentlicher Dienst, in: Karl August Bettermann/Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. IV /2, 1962, S.544 f.; Ulrich Battis, Bundesbeamtengesetz, 4.Aufl., 2009, § 4 Rn.3; BVerfGE 6, 257(267), Beschluß v. 20.2.1957.

勤務者」という<sup>20)</sup>。

労働者身分を有する公務被用者との関係では、かねてより職員 (Angestellte) と労務者 (Arbeiter) の区分が存在してきたが、両者の区分は、身分的な差別に結び付いたこともあり<sup>21)</sup>、旧来、職員に適用されていた連邦職員労働協約 (Bundes-Angestelltentarifvertrag: BAT)、ならびに、労務者に適用されていた連邦・諸州の労務者一般労働協約 (Manteltarifvertrag für Arbeiterinnen und Arbeiter des Bundes und der Länder: MTArb) および自治体行政・事業の労務者連邦一般労働協約 (Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe: BMT-G II) などに代わり締結された、現行の労働協約である公勤務労働協約 (Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst: TVöD)<sup>22)</sup> および州公勤務労働協約 (Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder: TV-L)<sup>23)</sup> は、職員と労務者の区別を排し、統一的な概念である「被用者 (Beschäftigte)」の文言を用いるようになっている (TVöD/TV-L 1 条 1 項)<sup>24)</sup>。このため、以下では、現在の状況の叙述において、基本的に職員と労務者を区別することはせず、一般的呼称としての公務被用者の言葉を用いることとする。

20) 「公務員」としないのは、日本の「公務員」のような一律的なイメージを避けるためであって、ドイツにおいて「公勤務者」が公務部門で従事する者という意味における「公務員」であることはいうまでもない。このため、制度一般を表す場面においては、「公務員制度」という言葉を用いる。また、「正規」・「非正規」の区分の局面においては、日本との対比を容易にする意味において、「正規」／「非正規」公務員たる官吏、「正規」／「非正規」公務員たる公務被用者と呼称することとする。

21) たとえば、連邦憲法裁判所は、両者の解約告知期間の区別につき、一般的な平等原則 (基本法 3 条 1 項) と相容れないとして違憲判断を下している (BVerfGE 82, 126, Beschluß v. 30. 5. 1990)。

22) 2005 年から締結されており、連邦・自治体レベルを対象としている。現在、使用者側は、ドイツ連邦共和国および自治体使用者団体連合会 (VKA)、労働者側は、ドイツ官吏同盟・協約同盟 (dbb)、統一サービス産業労働組合 (ver.di)、警察官労働組合 (GdP)、建設・農業・環境産業労働組合 (IG BAU)、および教育・学術労働組合 (GEW) である。

23) 2006 年から締結されており、州レベルを対象としている。現在、使用者側は、ドイツ州協約共同体 (TdL) (ヘッセン州を除く各連邦州が加盟)、労働者側は、TVöD と同様である。なお、ヘッセン州では、2010 年 1 月 1 日に独自の労働協約 (TV-H) が発効している。

24) 職員と労務者の統一的な協約法の形成は、新協約締結の際にも強調されていたことである (Vgl. Prozessvereinbarung für die Tarifverhandlungen zur Neugestaltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes (TVöD), Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes (ZTR) 2003, S.74)。



連邦統計局によると<sup>25)</sup>、2015年6月30日現在、軍人約17万人を除いたドイツ公勤務者の総数は、約448万人であり、うち官吏（および裁判官）が約167万人（連邦：約18万人、州：約127万人<sup>26)</sup>、自治体：約19万人、社会保障関連<sup>27)</sup>：約3万人）、公務被用者が約281万人（連邦：約14万人、州：約107万人、自治体：約125万人、社会保障関連：約34万人）となっており、公務被用者が約62.7%と多数を占めている。

フルタイム・パートタイムの別では、官吏（および裁判官）については、フルタイムが約127万人（連邦：約15万人、州：約95万人、自治体：約14万人、社会保障関連：約2万人。うち、約48万人が女性）であるのに対し、パートタイムが約40万人（連邦：約3万人、州：約32万人、自治体約4万人、社会保障関連：約1万人。うち、約34万人が女性）である。また、公務被用者については、フルタイムが約173万人（連邦：約11万人、州：約65万人、自治体：約73万人、社会保障関連：約22万人。うち、約85万人が女性）であるのに対し、パートタイムが約108万人（連邦：約3万人、州：約42万人、自治体：約52万人、社会保障関連：約11万人。うち、約91万人が女性）である。

このように、ドイツ公勤務においては、非常に多くのパートタイム従事者が存在する（公勤務者全体の約33.2%、官吏全体の約24.1%、公務被用者全体の約38.5%。また、大半が女性である）。これは、後にもみるように、家族政策的ないし労働市場政策的な観点が強く作用していることとも関係している。

また、無期・有期の別では、有期契約の公務被用者が約42万1千人であり（公勤務者全体の約9.4%、公務被用者全体の約15.0%。うち、約24万1千人が女性）、うちフルタイムが約21万2千人（連邦：約1万5千人、州：約13万3千人、自治体：約4万7千人、社会保障関連：約1万7千人。うち、約10万5千人が女性）、パートタイムが約20万9千人（連邦：約

25) Statistisches Bundesamt, Fachserie 14 Reihe 6 Finanzen und Steuern Personal des öffentlichen Dienstes 2015, 2016, S.25, 27. なお、以下の数値には、官吏・公務被用者双方とも各約10万人の教育訓練者（Personal in Ausbildung）が含まれているが（Vgl. S.11, 77）、公務被用者につき、月収450ユーロ以下の僅少雇用労働者（Geringfügig Beschäftigte）（約20万人）は含まれていない（Vgl. S.10 f., 25）。

26) 州官吏が多いのは、官吏身分を有する一般教育・職業教育に関わる教育従事者（約63万人）の存在のためである（Ibid., S.46）。

27) 連邦雇用庁、法定疾病金庫、ドイツ年金保険など（Ibid., S.9）。

5千人、州：約15万6千人、自治体：約4万4千人、社会保障関連：約5千人。うち、約13万6千人が女性）となっている<sup>28)</sup>。これに対して、有期の官吏は同統計において重視されておらず、その数は特段計上されていない。これは、後にもみるように、官吏の有期任用の許容性が厳格に制約されていることとも関係している。

以上みたところからも分かるように、ドイツ公勤務において、「非正規」として特に問題視されているのは、公務被用者である。この公務被用者の非正規労働関係については、以下のような点が指摘されている<sup>29)</sup>。

前提として、雇用全体での就業者数は増加している一方、公勤務における就業者数は、連邦レベルにおける特別財産（連邦鉄道および連邦郵便）や自治体レベル（インフラ、交通、病院など）での民営化も相まって減少傾向にあるが、その変化の中では、とりわけ公務被用者が大きな影響を被っている<sup>30)</sup>。

そのような中、パートタイム被用者は増加を続け、フルタイム雇用からパートタイム雇用への置換えも進行しており、その多くを女性が占めている<sup>31)</sup>。有期雇用も同様に増加傾向にあり、その比率は民間部門よりも高く、とりわけ若年層において多く生じている一方、無期雇用への「橋渡し機能」は低調であり、有期雇用が「標準的採用関係（Normaleinstellungsverhältnis）」となっている<sup>32)</sup>。また、大学や研究機関、学校における有期雇用は、他分野に比べて特に多い<sup>33)</sup>。このような前提にあって、有期かつパートタイムである就業者も多く存在するが、それは女性に顕著である<sup>34)</sup>。

これら「非正規」の公務被用者が負うリスクについては、民間部門と同様に、収入のリスク、雇用の安定性のリスク、能力開発のリスク、老齢保障のリスクがあるが、とりわけ収入については、公勤務における高い協約適用率や資格との関係で、民間部門の非正規労働者よりも有利であること

28) Ibid., S.77. の中には、僅少雇用労働者と教育訓練者は含まれていない（S.11）。

29) 以下の記述については、ベルント・ケラー／ハルトムート・ザイフェルト〔早津裕貴訳〕「公勤務における非典型雇用関係－それは本当に存在するのか？」日独労働法協会会報16号（2015年）41頁以下参照。

30) 同43頁。

31) 同44-45頁。

32) 同46-47頁。

33) 同49-50頁。

34) 同48頁。

が指摘されている<sup>35)</sup>。

以上みたように、ドイツ公務務者においては、同じ公務務者であっても、「非正規」類型は、公務被用者について大きく展開しており、これに比して官吏については、それほどには問題視されていないのが現状である。このため、ドイツ公務務者における「非正規」類型を含めた雇用保障を論ずるにあたっては、官吏と公務被用者の位置付けおよび双方の関係性に着目した分析を要するといえる。

#### イ ドイツ法を比較研究の対象とする理由

第一に、ドイツにおいても、「非正規」類型の「公務員」が存在し、その雇用保障の在り方が問題となっており、日本と共通の課題が存在する。このため、ドイツにおいて「非正規」公務員の法的地位がいかに位置付けられ、いかなる雇用保障体系が構築されているのかを明らかにすることには意義がある。

第二に、ドイツにおいては、現在も「複線型」公務員制度が維持され、制度的要請を強く受けるがゆえに特殊な地位にある官吏とそうではない労働関係にある公務被用者が併存している。「公務員」たることの意義およびそれに基づく法的地位と「労働者」としての法的地位との関係性を問題とする本稿の関心からすれば、双方の側面を併有するドイツの法制度は格好の比較対象となる。ところが、「複線型」を採用するドイツの公務員制度について、官吏だけではなく、公務被用者の位置付けも含め、とりわけ雇用保障の観点も含めて総体的観点から立ち入って分析した研究は近時ほとんど存在せず<sup>36)</sup>、ドイツにおける公務労働従事者の全体像が十分に明らかにされていないのが現状である。このため、官吏と公務被用者の共通点および相違点ならびに両者の関係性を分析し、その全体像を明らかにすることには意義がある。

もっとも、周知のとおり、戦前の日本の公務員制度はそのようなドイツの制度をモデルとしていたが、戦後の公務員制度は、アメリカの制度をモ

---

35) 同 55 頁以下。

36) 旧来のものとしては、塩野宏『行政組織法の諸問題』（有斐閣、1991 年）204 頁以下の各論考が集团的労使関係の問題を中心として総体的な考察を行っている。また、「非正規」たる側面に着目した法制度の紹介・分析につき、注 17 参照。

デルとしたとされているところである<sup>37)</sup>。それにもかかわらず、比較対象としてドイツの法制度を選択するのは、以下の理由による。

第一に、憲法を頂点とした制度構築の点である。日本においては、現行日本国憲法が、直接、公務員の特殊な地位・制度（15条）と労働者の権利保障（27条、28条）について定め、それを前提とした法体系が構築されている。このような憲法的視点は、ドイツにも同様に存するが、アメリカではこのような建前はとられていない。このため、憲法規範を前提にした「公務員」と「労働者」の基本理念・概念を踏まえ、その法的地位がいかに観念され、いかなる雇用保障がなされるべきかを検討するにあたっては、ドイツ法との比較が有意である。

第二に、民間における雇用保障体系との比較可能性である。日本における「非正規」公務員の雇用保障は、「正規」公務員の雇用保障、ひいては身分保障との関係から検討される一方、他方では、民間の労働関係における雇用保障法たる雇止め法理の適用の可否という形で問題とされてきた。つまり、日本における「非正規」公務員をめぐる議論は、民間部門における雇用保障体系の展開を前提としている。このような民間部門の雇用保障体系の展開は、ドイツにおいても存在する。他方、アメリカにおいては随意雇用の原則が基礎にあり、民間部門における雇用保障の展開と公務部門における雇用保障の関係性を考察するうえでは適切でない面がある。

第三に、人事管理上の展開である。日本においては、当初、アメリカと同様の職階制を基礎とした人事管理が念頭に置かれ、労働市場との接合性の強いシステムが想定されていた。ところが、実際には、民間における雇用と並行した形での、集团的執務や日本的なローテーション人事、長期継続雇用的な運用がなされ、職階制は実施されることなく廃止されるに至っている<sup>38)</sup>。このように日本では、クローズド・キャリア・システムに即した、人材の長期的な育成・運用のなされる者が典型的公務員像として想定されている。その一方で、それには必ずしも当てはまらず、一定の職務に従事

37) この点を強調して、比較法研究の意義を限定的に捉えるものとして、塩野宏「西ドイツ公務員法制の現代的諸問題－特に公務員労働基本権及び関与権について－」同・前掲注36) 204頁（初出：1969年）。ただし、この見解においても、技術的示唆を得るうえでの意義は認められている（205頁）。

38) 森園幸男ら編『逐条国家公務員法〔全訂版〕』（学陽書房、2015年）52-53頁〔福田紀夫〕参照。

する「非正規」公務員が存在している。

この点は、ドイツにおいても共通する面があり、官吏のラウフバーン（Laufbahn）制度によるキャリア・システムを通じた長期的な人事運用が公務員制度の典型として想定される一方、一定の職務への従事が想定される公務被用者が存在している<sup>39)</sup>。このような人事管理上の展開を踏まえても、ドイツの法制度との比較が有意であるように思われる。

以上の理由により、本稿ではドイツにおける法制度を比較研究の対象とする。

## （2）検討対象の限定

本稿では、日本における「非正規」公務員問題を念頭に置きつつ、ドイツ法の分析を踏まえ、公務員の法的地位および雇用保障の基本的な理念枠組を描くことを目的としている。このこととの関係で、以下のように検討対象を限定する。

第一に、「雇用保障」の意味については、特に地位の保持という観点に重点を置き、「非正規」類型との関係では、「有期」たる側面の検討を中心に行う。ただし、日本の「非正規」雇用の多くが有期たる側面とパートタイムたる側面を併有していることに鑑み、「パートタイム」に関しても必要な限りで触れていくこととする。

第二に、近時では、「民間委託」の言葉に象徴されるような、公務における民間労働力の利用も多くある。しかし、本稿では、国または地方公共団体と直接の任用関係ないし雇用関係にある公務労働従事者という公務労働関係の典型例に着目する。このため、民間委託や派遣のほか、独法職員等の類型も含めた、その他の公務労働従事者についての検討は他日を期すことにしたい。

第三に、日本における個別具体的な法制度の詳細およびその個々の解釈についての検討は、本稿で描く枠組みを基にした発展的課題として、別稿に委ねることとしたい。

---

39) Vgl. Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bericht der Kommission, 1973, Rn.106.

### (3) 検討の手順と構成

以上を前提に、本稿においては、ドイツにおける「複線型」公務員制度の現代的意義を明らかにし、ドイツ公勤務者の法制度がいかなる基本理念・概念の下にあり、その法的地位および雇用保障体系がいかに構築されているのかを検討していく。検討順序は以下のとおりである。

第一に、基本法制定前の公務員制度における基本概念と公勤務者の法的地位および雇用保障の関係性を整理し、現行の公勤務者の法制度の前提・形成過程を確認する。そのうえで、現行基本法下における職業官吏制度の基本的意義を示し、官吏が現行基本法下においていかに位置付けられたか、また「複線型」公務員制度の現代的意義はいかなるものかを明らかにする(第1章)。

第二に、ドイツ職業官吏制度における基本理念とそれに基づいた権利義務、雇用保障体系との関係を整理し、官吏に対する制度的な要請がその法的地位にいかに帰結しているのかを明らかにする(第2章)。

第三に、ドイツ公勤務者のもう一つの側面である公務被用者の基本概念とそれに基づいた権利義務、雇用保障体系との関係を整理し、その法的地位を明らかにする(第3章)。

第四に、「複線型」公務員制度に対する批判に起因した、ドイツにおける「統一的」公勤務法に関する議論を検討し、「統一的」システム形成の検討の際に、公務従事者の法的地位がいかなる観点から捉えられたのかを明らかにする(第4章)。

以上の検討によって、ドイツ公勤務者の法制度の基本理念・概念と法的地位の形成、ならびに、制度的観点と労働法的観点との相互関係を明らかにし、いかなる観点からその法的地位が構築されているのかについての全景を描く。

そして最後に、ドイツ法を整理・分析したうえ、日本法への示唆を導くこととする(第5章)。



## 第1章 基本法下における「複線型」公務員制度の意義

### 第1節 前史－基本法制定前の公勤務者の法的地位

#### 1 官吏の歴史的展開<sup>1)</sup>と法的地位

17世紀初頭、領邦君主の使用人(Fürstendiener)は、人的支配領域と国家的支配領域が明確に区分されない中、主に、封建法的ないし私法的根拠によって任命され、領邦君主に対して勤務への人格的献身を義務付けられた一方、特別な保護(Schutz)と配慮(Fürsorge)を享受した。その後、絶対主義の下での国家活動の拡大(常備軍と常勤的官僚機構の整備)の流れの中で、ますます市民階級から採用されるようになった官吏の地位は、徐々に法化されていくようになる。フリードリヒ・ヴィルヘルム1世の治世(1713-1740)において本格的な萌芽をみた職業官吏制度における官吏関係は、当初、領邦君主に対する無条件の人格的な忠誠および服従を伴う私的勤務契約(Privatdienstvertrag)によるものとされ、領邦君主の高権行為による法律関係の一方的形成という点に特徴がみられたが、フリードリヒ2世の治世(1740-1786)を経て、国家理解の変遷に従い、君主に対する人格的な法律関係のみならず、同時に、個人の人格を超えた国家性に対する拘束によっても義務付けられるようになり、次第に領邦君主の使用人から国家の勤務者へ、またそれと並行して私的勤務契約から公法上の関係へと変化していったとされている<sup>2)</sup>。その勤務関係は、原則として、終身

1) 以下、個々で指摘する文献のほかには、基本的に、vgl. Ulrich Battis, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl., 2009, Einleitung Rn.1 ff. また、邦語文献として、室井力『特別権力関係論』(勁草書房、1968年)参照。

2) Vgl. Jörg Jung, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes (Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 138), 1971, S.33 ff. この点、1794年のプロイセン一般ラント法(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten: ALR)では、第2編第10章が「国家の勤務者(Diener des Staats)の権利と義務について」と題し、「武官と文官は、主として、国家の安全、善良の秩序および福祉を維持し、促進することに助力することが予定されている」(1条)、「彼らは、一般的な臣民義務(Unterthanenpflichten)のほか、国家元首に対して、特別の忠誠および服従の義務を負う」(2条)、「各人は、官職の性質および訓令の内容に従い、国家に対して、さらに、宣誓と義務による特別の勤務に服する」(3条)と定めたほか、能力の実証(70条)や官吏の権利・義務の法定(85条)などについても定めていた。ALRについては、vgl. Hellmuth Günther, Das Recht der »preussischen Staatsbeamten« im Vormärz nebst »Aphorismen über den Dienst«, Der Öffentliche Dienst(DÖD) 2009, S.14 ff. (insb.S.21 ff.)。

にわたり、恣意的な免職は排除されていた<sup>3)</sup>。

官吏法は、19世紀に広まりをみせ、官吏の法的地位は、法律によって詳細に規律されることとなる<sup>4)</sup>。そこでは、官吏宣誓(Beamteneid)に基づく一般的な忠誠義務や政治的中立性などに関する諸義務を前提に、それと表裏した俸給・恩給などの民間部門に比して特権的な権利、懲戒裁判制度による職務遂行の独立性および義務の遵守の確保などが定められ、また教育訓練システムと結びついたラウフバーン制度によるキャリア・システムも形成された<sup>5)</sup>。このように官吏は、君主の人格に対する密接な忠誠関係の下に、民間労働者とは明らかに異なる、いわば特権的な権利・義務を有する存在として展開したのである。

このようなドイツ官吏制度は、君主制の崩壊をもたらした第一次世界大戦時の革命によって転機を迎える。もっとも、君主制の基盤を失った後においても、革命期における危機状況の克服<sup>6)</sup>ないし秩序ある国家運営における高い能力を有する官吏の必要性という観点から、官吏制度は維持された<sup>7)</sup>。ただし、ヴァイマル憲法は、官吏を全体の奉仕者として位置付け、一部の奉仕者とはしなかった(130条1項)。

ヴァイマル憲法においては、憲法規範というレベルにおいて、終身任用の原則(129条1項1文)をはじめとする官吏に関する規定が定められた<sup>8)</sup>。官吏は、明確に全体の奉仕者としての位置付けに転じる一方、その

3) Vgl. Jung, a.a.O.(Anm.2), S.33 (法律上の保障を欠いていたフリードリヒ・ヴィルヘルム1世の時代においても、恣意的な免職はほとんどなされなかったことを指摘している); Günther, a.a.O.(Anm.2), S.21, 27f. この点、Güntherは、ALR第2編第10章が94条以下において免職についても定めていたが、まだ裁判所の判決とは結び付けられていなかったことも指摘している。

4) 最初の独立した官吏法典としては、1805年のバイエルン主要ラント服務規程(Königlich Baierische Haupt-Landes-Pragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener vorzüglich in Beziehung auf ihren Stand und Gehalt)が挙げられる。 dazu vgl. Bernd Wunder, Das erste deutsche Beamtengesetz: Die bayerische Hauptlandespragmatik vom 1. Januar 1805, Zeitschrift für Beamtenrecht (ZBR) 2005, S.2 ff. そこでは、特に、裁判所の関与を前提とする場合を含めた一定の身分保障や俸給・恩給等の規律(終身性(Inamovibilität)と扶養原理(Alimentationsprinzip))が重要な特徴として指摘されている。

5) Vgl. Ulrich Battis, Recht des Öffentlichen Dienstes, in: Dirk Ehlers et al. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd.3, 3.Aufl., 2013, § 87 Rn.3-4.

6) Vgl. Hans Hattenhauer, Sollen die Beamten streiken?, ZBR 1980, S.234 f.

7) Vgl. Jung, a.a.O.(Anm.2), S.36.

8) その他、恩給および遺族扶助の法律による規律(129条1項2文)、既得権の不可侵(同項3文)、官吏の財産法上の請求権についての裁判上の出訴手段(同項4文)、法律上定められた要件においてのみ許容される不利益取扱い(129条2

特殊な地位が憲法上統一的に定められるに至ったのである。また、憲法に宣誓し、特殊な法的地位にある官吏には、ストライキ権が保障されないと理解された<sup>9)</sup>。

以上みたように、官吏は、当初は君主との、その後は、国家との忠誠関係における特殊な身分として形成されるとともに、特殊な義務と表裏して、民間労働者に比して有利な権利・雇用保障の下に置かれていた。その位置付けは、立憲君主政体からヴァイマル共和国への移行後においては、より「全体の奉仕者」としての側面が強調されるに至ったが、その特殊な法的地位は、憲法規範たるヴァイマル憲法に明文で定められたうえ、引き続き展開していたのである。他方で、その後の国家社会主義（ナチズム）の時代においては、国家社会主義的イデオロギーと結合する中で、憲法上の保護の空洞化と並んで、憲法に対する忠誠宣誓が総統に対する人格的従属関係へと転換する形で、ドイツ官吏は、復古的に「総統の官吏」へと変貌を遂げていたことも指摘しておかなければならない<sup>10)</sup>。

## 2 公勤務における職員・労働者の歴史的展開と法的地位

以上に述べた官吏制度は、ドイツ公勤務者の一側面である点に留意する必要がある。公勤務者には、私法上の関係にある職員（Angestellte）と労働者（Arbeiter）が存在してきたのである。

このもう一つの公勤務者の歴史を概観するうえでは、二つの側面への留意が重要とされる。それは、一つには、労働者として労働者一般の展開と密接に関係していること、もう一つには、公勤務の構成員であり、その特殊性に服することである<sup>11)</sup>。

---

項)、勤務上の懲罰に対する手続保障（同条3項1文）、人事記録に関する権利（同項2文、3文）、政治的な信条の自由および結社の自由の保障（130条2項）、職務義務違反に際しての国家責任（131条）などがある。当時においても、終身任用の例外に関する問題があったことを指摘するものとして、vgl. Winfried Benz, *Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis*, 1969, S.51 Fn.1.

9) Vgl. Hattenhauer, a.a.O. (Anm.6), S.236 ff.

10) Vgl. Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bericht der Kommission, 1973, Rn.52. この点、1937年のドイツ官吏法（Deutsches Beamtenengesetz: DBG v. 26.1.1937, Reichsgesetzblatt (RGBl.) I S. 39）1条1項は、「ドイツ官吏は、総統およびライヒに対して、公法上の勤務関係および忠誠関係（官吏関係）にある」としていたところである。

11) Jung, a.a.O. (Anm.2), S.41.

18 世紀末頃、産業化の進展によって、企業家と対立する賃金労働者が形成される一方、19 世紀初頭には、民間の労働者内において労務者と並んで職員が形成された<sup>12)</sup>。

公勤務において、19 世紀初頭には、労務者が公勤務の最も低位の補助業務に従事するようになり、同世紀の変わり目には、職員も増加し、民間の技術職員や事務職員と同様の仕事を担うようになった。その後、1914 年以後の戦時経済の中で、公勤務における労務者と職員の採用は、急増した事務の遂行や戦時勤務に従事する官吏の代替という形で多くなされるようになる<sup>13)</sup>。

そのような中、公勤務者としての特殊性も 19 世紀末頃から次第に形成されていった<sup>14)</sup>。1917 年には、非官吏の贈収賄・機密漏洩令 (Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat nichtbeamteter Personen v. 3.5.1917, Reichsgesetzblatt (RGBl.) S.393) に基づいて、贈収賄、機密漏洩等についての刑事規定が創設され、刑罰が科されたほか、1920 年のライヒ大統領令 (Verordnung des Reichspräsidenten v. 29.1.1920, RGBl. S.195; v. 10.11.1920, RGBl. S.1865) によって、ガス、水道、電気といった一定の生活必需事業でのストライキが禁止または制限された。その一方で、時を同じくして、公勤務初の労働協約も締結され、権利や労働条件の保障、一定の解雇制限もなされたが、それは同時に、官吏法上の諸原則の適用も意味し、義務・権利双方について官吏との接近がみられた<sup>15)</sup>。このように形成されていっ

12) Ibid., S.42.

13) Ibid., S.42 ff.

14) Ibid., S.44 ff. 当初においては、法律上の根拠を欠く場合にも、合意によって忠誠義務や秘密保持義務が課される場合があったことも指摘されている。

15) Vgl. Gerhard Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, 1957, S.5 ff. (その他、一部の特別法による恩給等の存在なども指摘されている) ; Jung, a.a.O. (Anm.2), S.45.

たとえば、1924 年に締結されたライヒ職員労働協約 (Reichsangestellten-Tarifvertrag: RAT) (Reichsbesoldungsblatt (RBBl.) S.113) は、4 条において採用の際の憲法への宣誓を必須のものとし、13 条以下において、服従義務、守秘義務、汚職防止、兼業制限等の諸義務を定める一方、23 条以下においては給与 (Dienstbezüge) 等の権利保障を定め、部分的に官吏法も参照したほか (たとえば、女性手当および児童手当についての 28 条や物価手当についての 29 条)、43 条 2 項において 10 年の勤務期間経過後は、重大な理由による解約告知 (免職) のみが可能になるとし、その他にも、解約告知の際の職員に対する他の勤務関係に入るための十分な期間の保障や勤務部署の改廃の際の 10 年間継続勤務した職員に対する異動等の措置などについて定めていた (同条 3 項、44 条参照)。Wacke, a.a.O. (Anm.15), S.7 は、特に憲法への宣誓の存在を強調している。

た労働協約は、多くの州、自治体等における公勤務の労働協約についてのモデルともなり、その結果、勤務者の国家との結合が明白に認められる、官庁職員の一般的なドイツ勤務法が生じたとされている<sup>16)</sup>。

その後も同様の傾向が展開し、国家社会主義体制下における 1938 年には、民間とは異なる労働秩序を定めた 1934 年の公行政および公的事業の労働秩序に関する法律 (Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben: AOGö v. 23.3.1934, RGBl. I S.220) の規定に基づいて、公勤務従事者に対する一般労働協約令 (Allgemeine Tarifordnung für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst: ATO v. 1.4.1938, Reichsarbeitsblatt (RArbBl.) VI, S.471)、職員を対象とする公勤務従事者に対する労働協約令 A (Tarifordnung A für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst: TO.A v. 1.4.1938, RArbBl. VI, S.475)、および、労務者を対象とする公勤務従事者に対する労働協約令 B (Tarifordnung B für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst: TO.B v. 1.4.1938, RArbBl. VI, S.489) が出され、これらによって、各種の権利・雇用保障が定められる一方 (たとえば、TO.A 16 条 4 項および TO.B 21 条 5 項は、25 年の勤務期間経過後には、ATO 17 条にいう重大な理由による即時免職の場合を除き、原則として解約告知できないことなどを定めていた)、誓約義務 (ATO 2 条)、服従義務 (同 3 条)、守秘義務 (同 4 条) といった官吏と同等の諸義務が一般的に定められるに至った<sup>17)</sup>。

このような中、1939 年には、公行政および公的事業における労働条件の監視および労働契約不履行の防止に関する一般的命令 (Allgemeine Anordnung zur Überwachung der Arbeitsbedingungen und zur Verhinderung des Arbeitsvertragsbruches in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben v. 1.7.1939, RArbBl. I, S.282) によって、契約当事者による正当な理由のない労働関係の解消等につき、刑罰による威嚇の下での禁止がなされたほか、その後には、公勤務の職員についての懲戒処分法が形成されるなど、その解約告知による免職の可能性は非常に制限されるようになる<sup>18)</sup>。

16) Wacke, a.a.O. (Anm.15), S.7.

17) これらは、1943 年の改正を経て、連邦職員労働協約 (BAT) (1961 年) 等の労働協約が締結されるまで効力を有していた (Vgl. Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, a.a.O. (Anm.10), Rn.81)。その他、1943 年には、非官吏の贈収賄・機密漏洩令が改正されるなどしている (Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat nichtbeamteter Personen i.d.F. v. 22.5.1943, RGBl. I S.351)。

18) Wacke, a.a.O. (Anm.15), S.9 f. ただし、同時期との関係においては、公勤務に限

このように、公勤務における職員および労務者についての基本法制定前の法状況は、労働者身分たることを前提とされつつも、法令のみならず労働協約も通じて、官吏と同等の義務が課され、それと表裏した権利・雇用保障がなされるという経過をたどっていた<sup>19)</sup>。民間労働者との対比において、義務・権利関係の官吏との接近は大きな意味を持ったのである。ただし、このような関係性には、当時の国家体制と結び付く面もあり、官吏と同様に特殊身分的色彩の強い側面があったことも指摘しておく必要がある<sup>20)</sup>。

### 3 小括

以上みたように、基本法制定前の法状況において、官吏と職員・労務者の法律関係は異なる形成過程をたどっていたが、公勤務者たる面を共通として、官吏のみならず、職員・労務者についても特殊な義務が課されるとともに、それと表裏した権利保障、さらには雇用保障が形成されていった。それには、当時の国家体制と結びつく面があり、特殊身分的な側面も強かったが、法的な観点においては、公勤務者たる面を共通として、義務・権利制約の側面において、官吏を基軸とした共通性の高い規律がなされ、同時に権利・雇用保障もなされるという関係にあったのである。この点、民間労働者においては、たとえば、当時、まだ一般的な解雇制限が存在しなかったことが対照的である<sup>21)</sup>。

このような公勤務者の法制度および法的地位の理解が、現行憲法たる基本法下において、いかに変化したのか。また、官吏と公務被用者（職員・労務者）の関係性はいかに理解されたのか。次にその点を確認していくこととしよう。

---

られない戦時経済立法との関係も指摘されている。

19) Dazu vgl. auch Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, a.a.O. (Anm.10), Rn.78 ff. 当時の労働協約については、実質は行政法に近いものであったとの評価もなされている (Rn.81)。

20) Vgl. Wacke, a.a.O. (Anm.15), S.8 ff. ナチス国家において、一般の労働関係との関連においても、国民労働秩序法 (Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit v. 20.1.1934, RGBl. I S.45) によって、ナチス的精神による官吏関係との接近という側面が存在していたと指摘するものとして、室井・前掲注 1) 163-164 頁参照。

21) 当時の解雇制限につき、たとえば、村中孝史「西ドイツにおける解雇制限規制の史的展開 (一) (二・完)」法学論叢 114 巻 6 号 55 頁、115 巻 2 号 80 頁 (いずれも 1984 年)、高橋賢司『解雇の研究－規制緩和と解雇法理の批判的考察－』(法律文化社、2011 年) 15 頁以下参照。Vgl. auch Benz, a.a.O. (Anm.8), S.52 Fn.4.



## 第2節 基本法と職業官吏制度

第二次世界大戦後、国家社会主義体制の崩壊に際して、総統への忠誠宣誓という時代遅れの状況は、すべての官吏関係の失効をもたらすこととなった<sup>22)</sup>。

このような状況下において、戦後初期の西側地域では、官吏制度の再導入の是非が議論され、アメリカおよびイギリスの統合経済地域では官吏法と一般労働法の画一化に向けた試みがなされたほか、ヘッセン、ブレーメンや西ベルリンにおいては、すべての公勤務者についての労働法的規律による統一的勤務法が予定された<sup>23)</sup>。もっとも、そのような状況は、基本法33条4項および5項の制定によって、職業官吏制度および「複線型」公務員制度の維持という形で決されることになる<sup>24)</sup>。

現行基本法下における職業官吏制度の主眼は、多様かつ複雑な任務を担う現代行政国家において、専門知識、専門的能力および忠実な職務遂行に基づいて、安定的な行政を確保し、それによって、国家生活を形成する政治的勢力に対する調整的役割を果たすということに置かれ、法律による行政および行政の政党政治的な中立性は、最も良く職業官吏によって保障されと考えられた<sup>25)</sup>。このことは、かつての君主等への人格的忠誠関係と表裏した身分の特権的保障という側面が退き、現代行政国家の意義に照らした意味付けが前面に出たことを示している。つまり、現在、職業官吏制度は、その人的（終身原理）かつ客観的（法への拘束）な独立性によって国家行政の政治的・社会的中立性を保障するものとしての位置付けを有し、私経済的な目的、特に利益最大化を追求するのではなく、専ら公共の福祉

22) Vgl. BVerfGE 3, 58 (76 ff.), Urteil v. 17.12.1953.

23) Jung, a.a.O. (Anm.2), S.39 f. この点につき、室井・前掲注1) 165頁以下も参照。

24) 他方、ソ連占領地域 (Sowjetische Besatzungszone: SBZ) およびドイツ民主共和国 (Deutsche Demokratische Republik: DDR) においては、職業官吏制度は廃止され、公勤務従事者はすべて、「国家機構の従事者 (Mitarbeiter des Staatsapparates)」となり、一般的労働法典のほか、それに対する特別規定が適用されることとなった。もっとも、ドイツ統一後には、統一条約 (Einigungsvertrag: EV v. 31.8.1990, BGBl. II S.889) に従い、旧東ドイツ地域においても職業官吏制度が再び採用されることとなっている (Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.1), Einleitung Rn.6, 11 ff.)。

25) Vgl. Peter Badura, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd.4, Art.33 Rn.51 (Lfg. 73 Dezember 2014); BVerfGE 7, 155 (162 f.), Beschluß v. 17.10.1957.

を追求するものと理解されているのである<sup>26)</sup>。

そして、現行のドイツ基本法は、この職業官吏制度を、国家秩序の制度として保障し<sup>27)</sup>、基本法 33 条 4 項が、「高権的権能の行使 (Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse) は、恒常的任務として、原則としては、公法上の勤務関係および忠誠関係にある公勤務の構成員に委ねられなければならない」(「機能留保 (Funktionsvorbehalt)」と呼ばれる)、同条 5 項が、「公勤務の法は、職業官吏制度の伝統的諸原則の考慮の下で (unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums) 規律しなければならない」<sup>28)</sup>とした。このことは、同時に、職業官吏制度とともに、公勤務の「複線型」も維持されることを意味した。

この前提の下、本稿の問題関心との関係で検討の必要が生じるのは、基本法制定前にあった官吏と労働者身分の者の義務および権利・雇用保障の関係性が、現行基本法下においていかに理解されるに至ったのか、ということである。この検討に際しては、前提として、現行基本法が職業官吏制度をいかなる観点から正当化したうえ、それとの関係において公務被用者の存在をいかに位置付けたのか、つまり、両者の区分はいかなる観点から捉えられたのかを明らかにする必要がある。その手掛かりとなるのが、両者の区分ないしその正当化の根拠となる、基本法 33 条 4 項にいう「高権的権能の行使」の意義である。

### 第 3 節 「高権的権能の行使」の意義

#### 1 前史—基本法制定前の法状況

公勤務に労働者身分の者が登場した 19 世紀においては、官吏と非官吏

26) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.1), § 4 Rn.26.

27) Z.B. Badura, a.a.O. (Anm.25), Art.33 Rn.49 f.; Bodo Pieroth, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 14.Aufl, 2016, Art.33 Rn.40, 44; BVerfGE 3, 58 (137), Urteil v. 17.12.1953.

28) 現在、基本法 33 条 5 項には、2006 年改正によって、「公勤務の法は、職業官吏制度の伝統的諸原則の考慮の下で規律し、かつ、継続的に発展させなければならない」という形で、いわゆる「継続発展条項 (Fortentwicklungsklausel)」が挿入されている。同条項の主眼は、公勤務法の現代化や変化する社会情勢への適合にあるが、従前の伝統的諸原則についても引き続き考慮されるものとされている (Vgl. BT-Drucksache 16/813, S10; Battis, a.a.O. (Anm.1), § 4 Rn.11)。

をいかに区別するかに関する特段の法律上の規定は存在しなかった<sup>29)</sup>。

その後も、区分基準を定める特段の法律上の規定は存在しなかったが、当時のライヒ裁判所の判例を通じ、官吏関係は、主として高権的な機能を担う場合に認められ、さらに、その場合には、任用の形式にかかわらず、公法上の官吏関係になると解釈されるに至った<sup>30)</sup>。

もっとも、このような傾向は、1930 年以降に変容し、1933 年の一般的な官吏法、俸給法および生活扶助法の領域に関する諸規定の改正に関する法律 (Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs-, und des Versorgungsrechts: BRÄG v. 30.6.1933, RGBl. I S.433. 以下、1933 年官吏法改正法) 3 条によって改正されたライヒ官吏法 1 条が以下のように定めることとなった。

「この法律の意味におけるライヒ官吏は、ライヒに対して、公法上の勤務関係および忠誠関係 (官吏関係) にある者である。官吏関係は、『官吏関係への任用の下で』の文言が含まれている文書の交付によって根拠付けられる。そのような文書を受領しなかった者は、この法律の意味におけるライヒ官吏ではない。ライヒ官吏の権利は、その者には帰属しない。」

つまり、任命文書の交付が官吏関係成立の必須要件とされたのである。その要因は、一つには、当時の経済的窮境があり、先にみた解釈による官吏の増加が公的財政に相当な負担をかけていたこと、もう一つには、高権機能と非高権機能の境界付けが困難であり、法的不安定が生じていたことにあったとされている<sup>31)</sup>。

29) たとえば、1873 年に制定されたライヒ官吏法 (Gesetz, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten: RBG v. 31.3.1873, RGBl. S.61) 1 条が、「この法律の意味におけるライヒ官吏は、皇帝によって任用されるか、ライヒ憲法の規定に基づき皇帝の諸要求に従うことを義務付けられているすべての官吏である」とし、4 条 1 文が、「すべてのライヒ官吏は、その任用に際して、任用文書を受領する」と定めるに過ぎなかった。

30) Z.B. RGZ 125, 420 (421f.), Urteil v. 11.10.1929. Vgl. auch Walter Jellinek, Die Rechtsformen des Staatsdienstes- Begriff und rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.2, 1932, S.21 f; Werner Thieme, Rechtsgutachten, in: Ernst Forsthoff et al., Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, 1973, S.344 f. Thieme は、当時の高権的な機能について、以下にみる「官憲的任務」もそれと同義としたうえ、それには、「単純高権」行政 (»schlichthoheitliche« Verwaltung) も含まれていたとしている (S.346)。

31) Thieme, a.a.O. (Anm.30), S.345 (そこでは、「主として」高権的な機能を担うかどうかの判断の困難性も指摘されている)。Vgl. auch Walter Otto, Der Beamte als

他方で、1933 年官吏法改正法 1 条 1 項が官吏ポストの創設という観点から、以下のように定めていたことも指摘しておく必要がある。

「ライヒ官吏は、官憲的任務の遂行（*Wahrnehmung obrigkeitlicher Aufgaben*）を伴う恒常的に必要な官職、または、国家の安全の理由から職員または労務者によってなされてはならない恒常的に必要な官職に就く必要がある限りでのみ採用されてもよい。官憲的任務の遂行は、とりわけ、その性質が一般的な経済生活の性質と異ならない職務、ならびに、機械的補助業務、筆記勤務および単純な事務労働においてのみなされる行政勤務における職務については、存在しない。」

このように、官吏の担うべき職務内容との関係についても、積極的・消極的双方の側面から言及がなされていたのである。その後、1937 年に制定されたドイツ官吏法（*Deutsches Beamtengesetz*: DBG v. 26.1.1937, RGBl. I S. 39）も同様に、27 条 1 項が「官吏関係は、『官吏関係への任用の下で』の文言が含まれている任命文書の交付によって根拠付けられる。そのような文書を受領しなかった者は、この法律の意味における官吏ではない」と定め、148 条 1 項が官吏についてのポストの創設という観点から、1933 年官吏法改正法 1 条 1 項と同様の規定を定めていた<sup>32)</sup>。

このように基本法制定前においては、官吏と非官吏を区別する具体的基準は、憲法上にはもとよりなく、主に解釈によって形成されたが、その後、財政の圧迫などの状況も相まって、法律においては、任命文書の交付という形式面が重視されるに至った。ただし、他方では、1933 年官吏法改正法 1 条 1 項やドイツ官吏法 148 条 1 項に規定されるような形で、職務内容に鑑みた実質的な要件設定もなされるという法状況であった。

## 2 基本法制定時の議論

第二次世界大戦後、基本法の制定にあたった議会評議会（*Parlamentarischer Rat*）は、憲法上、職業官吏制度について定めることとした<sup>33)</sup>。

Träger der Staatshoheit, ZBR 1956, S.233 f.

32) ドイツ官吏法 148 条 1 項の「官憲的任務」について、高権的な性質の強制力を伴う権力行使のみならず、国民に保護や扶助を与える任務も、命令権能を伴う場合には含まれるとしていたものとして、Oskar Georg Fischbach, *Deutsches Beamtengesetz*, Bd.2, 1951, S.1041.

33) Dazu vgl. Gerhard Leibholz/Hermann v. Mangoldt (Hrsg.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, N.F. Bd.1, 1951, S.314 ff. この点について検討する邦語文献と

当初、そこで問題となったのは、職業官吏制度の意義付け、ないし、その正当化根拠であった。

議会評議会の権限委員会 (Zuständigkeitsausschuß) の第 12 回会議 (1948 年 10 月 14 日) において、現行基本法 33 条 4 項に相当する原案を初めて提出した Strauß 博士は、法律による行政の原理の存在を前提に、それを貫徹する条件として、主たる職業として従事し、かつ、一定の内的な安定性と独立性を有する者によって遂行されることを挙げ、法律による行政と行政の政党政治的な中立性は、最も良く、職業官吏によって保障されるという点を強調した<sup>34)</sup>。

また、官吏の担うべき役割の定義に関する議論<sup>35)</sup> や官吏に対する機能留保の例外設定に関する議論<sup>36)</sup> においては、基本的に官吏の範囲を限定的かつ厳格に画することが想定されていた。

このように基本法の制定段階においては、官吏身分の特殊性が意識され、その存在の正当化および範囲の限定が議論されていたことがわかる。そして、その後になって、現行基本法 33 条 5 項に相当する職業官吏制度の伝統的諸原則に関する条項が付加されることとなった<sup>37)</sup>。つまり、基本法制定段階の議論において、官吏が特殊な法的地位にあることについては、職業官吏制度の基本理念による正当化、および、その範囲の限定的理解が前提とされていたのである。

---

して、三宅太郎「ボン基本法におけるドイツ官吏制度の基調」社会科学討究 6 巻 1 号 (1961 年) 49 頁以下、特に 62 頁以下参照。

34) Leibholz/v. Mangoldt, a.a.O. (Anm.33), S.314 f. ここでは、東側地域との関係も考慮されている。また、Reif 博士も対立する諸利益に対する官吏の内的中立性が法治国家の保障に資すると考えていた。この点、Strauß 博士は、後の権限委員会の第 13 回会議 (1948 年 10 月 15 日) において、職業官吏制度の重要な概念として、終身任用、懲戒による免職可能性への限定、恩給および遺族扶助の点を挙げている (S.317)。

35) Ibid., S.316 ff. たとえば、権限委員会の第 13 回会議 (1948 年 10 月 15 日) において、Strauß 博士および Seeböhm 博士が職業官吏制度の過度な拡張の阻止を認める発言を行ったほか、委員長であった Wagner も、大部分を官吏ではなく、職員 (Angestellte) とすることを是とする旨の発言を行っている (S.317)。また、後の 1949 年 1 月 25 日の一般編纂委員会 (der Allgemeine Redaktionsausschuß) の提案では、「高権的権能の行使」は、「公権力の行使 (Ausübung öffentlicher Gewalt)」よりも狭い概念であることが指摘されている (S.323)。

36) Ibid., S.317 ff. 主に名誉官吏や一定の職務の性質との関係が議論された。

37) Ibid., S.319 ff. 1948 年 12 月 3 日の基本委員会 (Grundsatzausschuß) の第 28 回会議における Höpker-Aschoff 博士の提案による。

### 3 基本法 33 条 4 項に関する基本的に争いのない解釈

以下では、以上にみた過程で制定された基本法 33 条 4 項の「高権的権能の行使」の意義をめぐる学説の議論をみていくが、それに先立って、同項に関するその他の基本的に争いのない解釈を確認しておく。

第一に、基本法 33 条 4 項にいう「公勤務の構成員 (Angehörigen des öffentlichen Dienstes)」が官吏を指すことに争いはない<sup>38)</sup>。

第二に、基本法 33 条 4 項は、官吏に対する機能留保であり、公務被用者に対する機能留保は含まない、つまり、官吏に非高権的権能を委ねることは妨げられないと解されている<sup>39)</sup>。この点、現行法上、高権的権能を行使しない場合にも官吏任用が許容される場合としては、国家または公共生活の安全の理由から私法上の労働関係にある者だけに委ねられてはならない任務を遂行する場合（現在では、連邦官吏法 (Bundesbeamtengesetz: BBG) 5 条 2 号、官吏地位法 (Beamtenstatusgesetz: BeamStG) 3 条 2 項 2 号) があるが、この類型は、ここでいう機能留保の憲法保障には服さない、つまり、個別法改正によって廃止可能であると解されている<sup>40)</sup>。

第三に、基本法 33 条 4 項への違反があった場合にも、官吏に任命されなかった労働者身分の者に対して、官吏への任命についての請求権は与えられないと考えられている<sup>41)</sup>。これは、基本法 33 条 4 項が客観法的な組織規範ないし制度的保障であり、個人の主観的権利を保障するものではない

38) Vgl. *ibid.*, S.317, 323 (「職業官吏 (Berufsbeamte)」の文言を用いなかったのは、公法上の忠誠関係ないし勤務関係の文言との関係で、語の重複を避けるためであったとされている) ; Werner Thieme, *Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes* (Art.33 GG), 1961, S.31, 57; Carl Hermann Ule, *Öffentlicher Dienst*, in: Karl August Bettermann/Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. IV /2, 1962, S.559.

39) Vgl. Ule, a.a.O. (Anm.38), S.559 (ただし、非高権的権能は、原則として職員または労働者だけに委ねられるべきともしている (S.560)) ; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.1, 2.Aufl., 1984, S.350; Battis, a.a.O. (Anm.1), § 5 Rn.3. また、官吏に対する機能留保の外での公務被用者の就業を含めた公勤務の複線型の保障にも言及するものとして、vgl. Frauke Brosius-Gersdorf, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd.2, 3.Aufl., 2015, Art.33 Rn.150.

40) Vgl. Ule, a.a.O. (Anm.38), S.561 f. Ule によれば、当該領域に該当する者の典型例として、かつて連邦官吏の多数を形成していた連邦郵便や連邦鉄道の従事者が挙げられていた (Carl Hermann Ule, *Rechtsgutachten*, in: Forsthoef et al., a.a.O. (Anm.30), S.460)。なお、連邦郵便は 1995 年に、連邦鉄道は 1994 年に民営化されている。

41) Vgl. Otto, a.a.O. (Anm.31), S.242 f.; Stern, a.a.O. (Anm.39), S.348; Battis, a.a.O. (Anm.1), § 5 Rn.5. Ule, a.a.O. (Anm.38), S.559 によれば、基本法 33 条 4 項に違反する立法等は無効になるとされる。



ことの帰結とされる<sup>42)</sup>。

第四に、基本法 33 条 4 項は、高権的権能の行使は、「恒常的任務として (als ständige Aufgabe)」、「原則としては (in der Regel)」公法上の勤務関係および忠誠関係にある公勤務の構成員に委ねられなければならない、としており、明文で例外の余地を認めている。つまり、①一時的性質を有する高権的任務を公務被用者に委ねること、②恒常的な高権的任務を一時的にだけ公務被用者に委ねること、さらには、③恒常的な高権的任務を例外的な場合に限って公務被用者に委ねることは、認められると解されている<sup>43)</sup>。このように時的要素を基軸として、官吏に対する機能留保の例外、つまり、公務被用者の活動範囲の例外的な拡大余地が認められている。ただし、それは原則に対する例外という意味において限定的に理解され、例外の許容に際しては例外としての性格に応じた厳格な正当化を要し<sup>44)</sup>、公財政の負担軽減のような観点だけでは正当化されないとされている<sup>45)</sup>。

#### 4 「高権的権能の行使」に関する学説の見解

現行基本法下において、官吏と公務被用者の実質的区分においては、その担う機能が「高権的権能の行使」にあたるか否かが重要なメルクマールとなる。この点に関する判例の一般的立場は定かではなく、学説の見解も、必ずしも一致をみているわけではないが<sup>46)</sup>、学説の見解は大きく分けると二つの立場に分かれている。一つは、「高権的権能」の範囲を狭く解し、可能な限り官吏に対する機能留保の範囲を狭く捉えようとする立場であ

42) Vgl. auch Badura, a.a.O. (Anm.25), Art.33 Rn.55; Pieroth, a.a.O. (Anm.27), Art.33 Rn.40; Monika Jachmann, in: Hermann v. Mangoldt et al., Kommentar zum Grundgesetz, Bd.2, 6. Aufl., 2010, Art.33 Rn.29.

43) Vgl. Badura, a.a.O. (Anm.25), Art.33 Rn.55. この点、官吏の一時的な代替の場合を例示するものとして、Ule, a.a.O. (Anm.38), S.560、教育訓練と疾病の際の代替を特に例示するものとして、Jachmann, a.a.O. (Anm.42), Art.33 Rn.37.

44) Vgl. Ule, a.a.O. (Anm.38), S.561 (Ule は、高権的任務が膨大かつ一時性を有する場合を例示している)。Vgl. auch BVerfGE 9, 268 (284), Urteil v. 27.4.1959.

45) Pieroth, a.a.O. (Anm.27), Art.33 Rn.42 (官吏に一時的な高権的権能または非高権的権能を委ねる場合も同様とする); Badura, a.a.O. (Anm.25), Art.33 Rn.55. Vgl. auch BVerfGE 130, 76 (114 ff.), Urteil v. 18.1.2012.

46) Vgl. Brosius-Gersdorf, a.a.O. (Anm.39), Art.33 Rn.152-153; Helmut Lecheler, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Bd.2, Art.33 Rn.35 ff. (2000). Lecheler によれば、基本法 33 条 4 項の一般的違反を争う個々人の出訴手段がないことが、裁判所の判断が十分になされていない要因であると指摘されている (Rn.36)。

り、もう一つは、「高権的権能」の範囲を狭く解さず、官吏に対する機能留保の範囲を比較的広く捉えようとする立場である。このように見解が分かれるのは、以下にみるように、行政任務が拡大・複雑化していく中で、特殊な地位にある官吏がいかなる役割を担うべきか、また、公勤務を担う基本法の基本理念の下、もう一つの存在である公務被用者をいかに位置付けるか、という考え方の相違によるものである。以下では、主要な見解を概観し、その議論の意義を明らかにしていく。

# (1)「高権的権能」の範囲を狭く画そうとする見解

## ア 侵害行政の領域に限定する見解

「高権的権能」の範囲を狭く画そうとする見解の従来からの代表的主張者は、Thieme である<sup>47)</sup>。Thieme は、「高権的権能」は、強制的に自由を制約する侵害という最も狭い領域、つまり侵害行政のみを把握し、「単純」高権行政 („schlichte“ hoheitliche Verwaltung) ないし給付行政はこれに含まれないとする<sup>48)</sup>。

Thieme の見解において特徴的なのは、その見解と不可分に主張される、職業官吏制度の伝統的諸原則の考慮について定める基本法 33 条 5 項の解釈である。

判例および支配的見解においては、基本法 33 条 5 項は、官吏（および裁判官）のみに関係する規定であると理解されている<sup>49)</sup>。これに対して Thieme は、かねてからこの点を主張していた Wacke と同様に<sup>50)</sup>、基本法

47) Thieme, a.a.O. (Anm.38), S.55 ff.; ders., Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst und die hoheitsrechtlichen Befugnisse nach Artikel 33 Absatz 4 des Grundgesetzes, 1962, S.18 ff. Vgl. auch Jung, a.a.O. (Anm.2), S.132 ff. なお、Thieme は、国庫の業務、純粋な機械的・技術的職務については、争いなく「高権的権能」から除かれることを認めている (Thieme, a.a.O. (Anm.30), S.348)。

48) Vgl. Thieme, a.a.O. (Anm.38), S.57 (ドイツ官吏法 148 条の官憲的任務より狭い概念であるとの理解と前提に、含まれないものとして、具体的には、配慮、扶助・供給、教育が例示されている); ders., a.a.O. (Anm.47), S.24, 27 (大学と学校は歴史的観点から例外とする)。Vgl. auch Jung, a.a.O. (Anm.2), S.192。

49) Vgl. BVerfGE 3, 162 (186), Urteil v. 17.12.1953; 12, 81 (87), Beschluß v. 24.1.1961; Battis, a.a.O. (Anm.1), § 4 Rn.9; Pieroth, a.a.O. (Anm.27), Art.33 Rn.47。

50) Wacke は、第一次世界大戦前後から、1950 年代に至るまで、職員や労務者に対する規律、特に義務的側面が官吏法に強く接近していたことを前提に、基本法 33 条 5 項の「公勤務の法」という文言や成立史の解釈を踏まえ、私法上の関係にある者も官吏と同様の伝統的諸原則の考慮の下に置くという見解を主張していた (Wacke, a.a.O. (Anm.15), S.5 ff., S.27 ff.)。Wacke の見解に関しては、室井・前掲注 1) 213 頁以下において詳細な検討がなされている。この点、室井教授は、このような考え方を基礎に置く理解を否定的に評価し、「ドイツ官僚国家的思惟の産物

33 条 5 項は、すべての公勤務者、つまり、官吏のみならず、労働者身分の者も把握すると理解し、労働者身分の者に対しても、職業官吏制度の伝統的諸原則の考慮が要請されると主張する<sup>51)</sup>。

Thieme は、その理由として、文言や成立史の解釈のほか、特に、非高権的手段によって処理される、生活配慮 (Daseinsvorsorge) に関する国家の任務の拡大およびその社会的法治国家における重要性を強調し、そのような非高権の権能を担うべき者について、高権行政の場合と同様の忠実性や専門性等を担保するという観点から、職業官吏制度の伝統的諸原則を考慮することの不可欠性を説いている<sup>52)</sup>。ただし、伝統的諸原則の考慮の具体的程度においては、機能に応じた差が生じるとしており、基本法 33 条 4 項にいう高権的機能を担う場合には、諸原則の考慮が特に強く義務付けられるとし、また、国民の生活に不可欠であり、同時に社会的法治国家の国家目的にとって重要な機能 (交通事業と公益事業が挙げられている) に関しても同様に考えるべきとする一方、民間と差異のない国庫行政や純粋な補助業務に関しては、その要請は低いとした<sup>53)</sup>。つまり、Thieme は、担うべき機能ないし職務との相関において、労働者身分の者も含めて特殊な義務 (特に、強められた双方向的な忠誠義務、非買収性、服従義務、秘密保持義務が挙げられている) およびこれと表裏した権利・雇用保障 (特に、俸給・恩給等や免職可能性の限定が挙げられている) に服させる必要性を説いたのである<sup>54)</sup>。

以上のように Thieme は、基本法 33 条 4 項との関係においては、官吏について、その担う機能との関係から特殊な存在意義を認め、厳格な規律に服することを承認し<sup>55)</sup>、その範囲を古典的侵害行政に限定する形で狭く

である」(同 235 頁)としている。

51) Thieme, a.a.O. (Anm.38), S.35 ff.; ders., a.a.O. (Anm.47), S.22 ff.

52) Thieme, a.a.O. (Anm.38), S.36 ff. (insb.S.38). Thieme は、後に、高権的権能・非高権的権能の区別の貫徹の実際上の困難性、恒常的でない任務の場合の例外的な労働者身分の者の投入可能性およびその場合の保障の必要性も理由に挙げている (Thieme, a.a.O. (Anm.30), S.356 f.)。そこでは、主として職員 (Angestellte) を念頭に置きつつも、労務者 (Arbeiter) も把握されるとしている。

53) Thieme, a.a.O. (Anm.38), S.41. Vgl. auch ders., a.a.O. (Anm.47), S.23 f.

54) Thieme, a.a.O. (Anm.38), S.41. このため、労働協約による規律との関係でも、基本法 33 条 5 項の考慮が義務付けられるとするほか (S.40 f.)、公衆にとって不可欠な機能を担う者については、労働者身分の者であっても、官吏と同様に、ストライキ禁止が憲法上許容されるとしている (S.75)。

55) 特に、自主性を有する官吏に現代議会制民主主義国家における権力分立的要素

画することを意図した一方、基本法 33 条 5 項との関係においては、労働者身分の者も含め、担うべき機能ないし職務との関係での段階的な諸原則の考慮を意図した。その中では、労働法領域の独自の形成を一定程度承認しつつ、労働法的規律に服する者の公勤務における活動領域の拡大にも意義を認めたとうえで、従事する職務との相関において、特殊な義務に服することと表裏した権利の保障という形で伝統的諸原則を考慮することを通じ、公勤務者全体の権利・義務を形成することを意図したのである<sup>56)</sup>。

Thieme のほか、比較的近時においても、高権的権能の範囲について、同様に狭く画する見解を主張している論者が存在する。

たとえば、Dörr が、Thieme とは異なって基本法 33 条 5 項の通説的理解を前提にしつつ、官吏関係の特殊性の正当化は、担われる機能との関係において理解されるべきとの理解を前提に、その機能と官吏の特殊な権利義務との表裏性を強調し、それについては警察や財政高権のような官憲的強制を行う国家の独占的権限によって特徴付けられた職務を割り当てることにこそ意義があり、文化・福祉等のその他の任務は、民間も含めた官吏以外の者によっても遂行可能であるとして、高権的権能の範囲を狭く画する見解を主張しているほか<sup>57)</sup>、Schuppert も、国家任務の秩序の変化や国家活動の拡大への考慮を直ちに勤務法上の機能留保の解釈に転用する観点を批判しつつ、官吏関係の特殊性、特にその特殊な義務拘束の正当化は、機能的に、つまり、その担う職務の特性によってのみなされることを強調し、狭く画する解釈を主張している<sup>58)</sup>。

---

を認め、官吏が厳格な義務に服する地位にあることを強調している (Thieme, a.a.O. (Anm.47), S.26)。

56) Vgl. Thieme, a.a.O. (Anm.38), S.39 ff.; ders., a.a.O. (Anm.47), S.25. Thieme は、公勤務において、現代社会国家における労働法の意義が、公勤務法の特殊な規定によって全く損なわれることには否定的である。

57) Dieter Dörr, Die Abgrenzung von Beamten- und Angestelltenfunktionen im öffentlichen Dienst (I), Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes (ZTR) 1991, S.182 ff. (insb. S.185 ff.). ただし、私法的・稼得的活動のほか、給付行政の領域も機能留保の範囲から除かれるとしつつ、歴史的観点から学校および大学の教職は例外的に機能留保に服するとするほか、侵害行政の領域においても、技術的、芸術的または事務的な職務は機能留保の範囲から除かれている (S.187)。また、Dörr は、このような限定的な解釈は、ヨーロッパレベルにおける労働者の自由移動との関係でも要請されるとしている (Vgl. ders., Die Abgrenzung von Beamten- und Angestelltenfunktionen im öffentlichen Dienst (II), ZTR 1991, S.226 ff.)。

58) Gunnar Folke Schuppert, in: Erhard Denninger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK-GG), 3.Aufl., Art.33 Abs. 4, 5

## イ EU 法との関連を視野に入れる見解

近時においては、EU 法の展開を視野に入れた形で、「高権的権能」の範囲を狭く画そうとする見解も主張されている。ここでは、ドイツ基本法の主要なコンメンタールに収められている Brosius-Gersdorf の見解を挙げておく<sup>59)</sup>。

Brosius-Gersdorf は、国家の専門的水準、機能能力、法的無瑕性または公的任務の遂行の継続性の保障のために不可欠である限りでのみ、一定の機能を特別な勤務関係および忠誠関係にある官吏に委ねることを要求する基本法 33 条 4 項の目的から、「高権的権能」の範囲は狭く解釈すべきとする。そのうえで、基本法 33 条 4 項の保障領域には、官吏制度の特別な信頼性、安定性および法治国家性の保障を必要とするあらゆる任務が属するとの理解を前提に、侵害行政・給付行政の区分、公法上の組織形態・行為形態が私法上のそれかの区分、任務が市民に対する対外的作用を伴って遂行されるかどうかの区分は重要ではないとし、行政任務の多様性を顧慮して、任務領域全体との関係ではなく、具体的な個々の職務ないし機能に関連した評価を要求する<sup>60)</sup>。

そのような解釈の手掛かりとして持ち出すのが、EU 域内における労働者の自由移動を保障する EU 機能条約 (AEUV) 45 条の規定を「公行政における雇用 (Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung / employment in the public service)」については適用しないとする同条 4 項である<sup>61)</sup>。

欧州司法裁判所の判例によれば、「公行政における雇用」には、高権的権能の行使 (Ausübung hoheitlicher Befugnisse / exercise of powers conferred by public law) に直接または間接に関与するポスト、ならびに、国家またはその他の公的団体の一般的利益を守り、そうであるがゆえに国家に対する特別な結合関係および国籍への拘束を基礎とした権利・義務の相互性を前提条件とする職務の遂行に直接または間接に関与するポストが属し<sup>62)</sup>、その具体的解釈に際しては、機能的な意味における解釈が要請され、当該

Rn.21 ff. (2002).

59) Brosius-Gersdorf, a.a.O. (Anm.39), Art.33 Rn.154 ff.

60) Ibid., Rn.154.

61) Ibid., Rn.155.

62) EuGH, Rs.66/85, Slg.1986, 2121 (2147, Rn.27), Urteil v. 3.7.1986 (Lawrie-Blum / Land Baden-Württemberg).

ポストと結び付けられる職務・責任の性質が重要なメルクマールになるとされている<sup>63)</sup>。

Brosius-Gersdorf は、以上のような EU 法の解釈指針<sup>64)</sup>を基本法 33 条 4 項に転用することによって、当該職務が特別な結合関係、つまり、それに従事する者の特別な忠誠義務を前提とする場合にのみ、当該職務を公法上の勤務関係および忠誠関係にある公勤務の構成員（官吏）に留保することが正当化されるとし、このような限定的な解釈は、基本法 33 条 4 項における立法者および公的使用者（ないし勤務主体）（Dienstherr）の裁量制約の側面からも要請されるとする<sup>65)</sup>。

そして、官吏と非官吏の違いを特徴づける具体的なメルクマールは、基本法 33 条 5 項が保障する職業官吏制度の伝統的諸原則の顧慮ないし考慮によって規律されるとし、特殊な規律に服するか否かという観点が重視され<sup>66)</sup>、とりわけ官吏に対するストライキ禁止については、基本的には、機能に関連した限定的な解釈による範囲限定を行うことによってのみ許容されるとする<sup>67)</sup>。

このように、Brosius-Gersdorf は、官吏が、基本法上の制度的要請との関係で特殊な規律に服することを前提に、EU 法における展開を考慮しつつ、その担う機能・職務に純化した解釈を提唱し、その範囲を狭く画することを企図したのである。

（未完）

# 【附記】

本稿は、科学研究費若手研究（B）「非正規職員を題材とした公務労働関係法の日独比較研究」（課題番号 15K16937）に基づく研究成果の一部である。

63) EuGH, Rs.C-473/93, Slg.1996, I-3207 (3256, Rn.27), Urteil v. 2.7.1996 (Kommission / Luxemburg). この点、かねてから、EC 委員会（当時）は、軍隊、警察およびその他秩序維持、司法、租税行政および外交をその典型例として挙げ、法行為の最終準備、実施、その適用の監視および下位の部署の監督のような国またはその他の公法上の法人の高権的権能と関連する職務もそれにあたるとしていた（Vgl. ABl.C 72 v. 18.3.1988, S.3）。他方で、交通、供給、通信、健康、教育、非軍事的研究などは、原則としてそれにあたらないとされている。

64) Dazu vgl. auch Brosius-Gersdorf, a.a.O. (Anm.39), Art.33 Rn.75 ff.

65) Ibid., Rn.155-156.

66) Ibid., Rn.161.

67) Ibid., Rn.187 ff. (insb.Rn.191 f.). そこでは、ストライキ権に関する基本法 9 条 3 項や欧州人権条約（EMRK）11 条との関係も指摘されている。