

ドイツ公勤務者の法的地位に関する研究(2)

早 津 裕 貴

目次

序章 はじめに－問題の所在と検討方法

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

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、271号)

(2) 「高権的権能」の範囲を広く画そうとする見解

ア 「高権的権能」の範囲を最も広く捉える見解

イ 対外的作用を重視して範囲の限定がなされる見解

ウ 基本権との関連性を重視する見解

5 小括

第4節 官吏と公務被用者の「同化」現象

1 問題の所在

2 義務の「同化」?

3 権利ないし労働条件等の「同化」

(1) 公勤務労働法に対する官吏法的作用

(2) 官吏法に対する労働法的作用

4 「同化」現象の意味するもの

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1節 基本法下における職業官吏制度

- 1 職業官吏制度の基本理念
- 2 公法上の勤務関係および忠誠関係
 - (1) 官吏関係の法律による規律
 - (2) 双方向的な忠誠義務
- 3 その他の重要な伝統的諸原則
- 4 基本法における基本理念と官吏の法的地位の関係性

第2節 官吏の雇用保障の原則形態

- 1 任命とその瑕疵の帰趨
- 2 官吏関係の終了に関わる原則的規律
- 3 「正規」公務員たる官吏の雇用保障

第3節 官吏の雇用保障の例外形態

- 1 官吏関係に終了に関わる例外的規律
 - (1) 試用官吏
 - (2) 撤回権留保付官吏
 - (3) 政治的官吏
- 2 官吏の「非正規」的利用
 - (1) パートタイム類型
 - (2) 有期類型
 - ア 有期官吏
 - イ 撤回権留保付官吏の有期的利用
 - ウ 官吏地位法特有の規定
 - エ 違法な有期任用と終身官吏としての任命請求権
- 3 「非正規」公務員たる官吏の雇用保障

第4節 小括

(以上、本号)

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

(2) 「高権的権能」の範囲を広く画そうとする見解

先にみた見解に対して、多数説を形成するのは、「高権的権能」の範囲を比較的広く画そうとする見解である。もっとも、この見解にも、その程度および根拠付けについて若干のバリエーションがある。以下では、代表的な見解を確認していくこととする。

ア 「高権的権能」の範囲を最も広く捉える見解

すべての給付行政も機能留保に服するとしたうえ、その範囲を最も広く捉える見解の代表的主張者は、Leisner である⁶⁸⁾。

もっとも、注意しなければならないのは、この見解においても、行政における文字通りすべての機能が把握されるとは考えられていない点である。他の見解と同じく、国家が一般的な経済活動を行う国庫活動や判断形成に影響を及ぼさない単純業務、純粋な技術的業務については、基本的に機能留保に服さないことが確認されている⁶⁹⁾。

他方で、この見解は、「高権的権能」の範囲を、対外的作用の有無は問題とせず、高権行為を準備し、補助し、補完する、単純高権行政のあらゆる領域において把握し、一時性を有するものでない限り、基本的には官吏任用が義務付けられるとしている⁷⁰⁾。

これに加えて、Leisner は、基本法 33 条 4 項における機能留保は市民の保護に資するものであり、市民の観点からは公務労働従事者がいかなる権能をどの程度担っているのかは関心事ではなく、看取可能でもないこと、高権権力が常に行使される場所では基本的に官吏を要すること、公務労働従事者の任務は組織再編等を通じ、絶えず変化していくもので、常に主たる高権活動への従事を要求することは、機能留保を実行不可能にするこ

68) Walter Leisner, *Der Beamte als Leistungsträger - Die Anwendbarkeit des beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalts (Art.33 Abs. IV GG) auf die Leistungsverwaltung*, in: ders. (Hrsg.), *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat*, 1975, S.121 ff. Vgl. auch Helmut Lecheler, *Die Beamtenaufgaben nach dem Funktionsvorbehalt des GG*, 1986, S.22 ff. (insb. S.35 ff.).

69) Leisner, a.a.O. (Anm.68), S.133 f. 技術的領域についての特別な場合として、指揮命令・監督機能や業務全体において重要な役割を有する場合が挙げられている (S.134 Fn.47)。Vgl. auch Lecheler, a.a.O. (Anm.68), S.53.

70) Leisner, a.a.O. (Anm.68), S.134. Leisner は、この点と上記の機能留保の例外を十分に考慮することによって、公行政のポストの大部分について、機能留保に服するかどうかの判断が可能になるともしている (S.135)。

とを挙げ、「専ら (ausschließlich)」または「主として (überwiegend)」高権権力が行使される必要はないとし、任務がその性質上、恒常的でない場合を除いて、教職、国家の健康行政、学術、経済行政、交通行政、社会保障等についても、少なくとも部分的には高権活動がなされるということを経験的に、官吏に対する機能留保に服するとしている⁷¹⁾。

さらに、当時の連邦鉄道や自治体の公益事業との関連においても、それが私法的形態をとるかどうかということは問題とせずに、私人とは区別される「特殊な公的利益 (spezielles öffentliches Interesse)」を追求し、それゆえに独占的地位において特権化され、国庫活動とは異なる議会のコントロールに服する「行政」であることを重視し、その点においては、侵害行政と給付行政は基本法 33 条 4 項の前に対等であり、単純な国庫活動とは区別されることなどを理由に、機能留保が妥当すると帰結する⁷²⁾。

このように、Leisner は、部分的な高権活動の存在をもって給付行政の領域においても機能留保の妥当を肯定するとともに、行政が私人とは異なる特殊な公的目的を追求することを強調し、それも国家高権の発露と捉えたとはいえ、給付行政の領域も含めた「行政」は、領域全体として、基本法 33 条 4 項の機能留保に服させるべきと考える。

ただし、先にも述べたように、この見解においても、単純業務、純粋な技術的業務などについては、機能留保の範囲から除外されている点に注意しなければならない。事実、Leisner 自身、給付行政の領域においては、この観点との関連によって多くのポストが分類可能であるとし⁷³⁾、これによって機能留保の範囲から除かれる者が、争いのありうる給付行政の領域に多く存在することを指摘したうえで、機能留保の範囲を給付行政に拡大する見解によって、それほど大きな影響が生じるものではないとしているのである⁷⁴⁾。その意味においては、Leisner の見解においても、官吏に対する機能留保の範囲には、一定の限定が前提とされているといえよう。

71) Ibid., S.135 ff.

72) Ibid., S.139 ff.

73) Ibid., S.133 f. 本章注 69 も参照。

74) Ibid., S.139. この前提として、Leisner は、侵害行政ないし高権活動の観点貫徹することによって、すでに給付行政の領域を含めた多くの場合が解決可能であるとしている (S.132 ff., S.144)。

イ 対外的作用を重視して範囲の限定がなされる見解

次に、「高権の権能」の範囲には、侵害行政のほか、給付行政も含まれるとしつつ、Leisnerのような広範な解釈に対して、一定の限定がなされる見解をみていくこととする。

古くからこのような議論の下地を提供していたものとして、Ottoの見解が挙げられる⁷⁵⁾。Ottoは、官吏の法的地位の特殊性を前提に、まず消極的な境界設定を行い、ドイツ官吏法148条1項の消極的定義付けにも言及しつつ、以下が「高権の権能」の範囲から除かれるとする⁷⁶⁾。第一に、公法上の団体が私人と同様の私法上の権利主体として活動する経済的・国庫的領域における職務である。第二に、対外的作用をもたらさない、その性質が一般的な経済生活の性質と異なる職務、もしくは、機械的補助業務、筆記勤務または単純な事務労働においてのみなされる職務である。第三に、高権の任務の遂行に資するが、自己の責任で対外的に作用する判断を行わない、準備的または協力的な性質の職務である（ただし、法律上公法規範によって定められるか、高権行為の不可欠な構成要素である場合には例外の余地を認める）。これについては、第二の点とも関連するが、Ottoによれば、現行規範に基づく決定、命令または処分発出、実現等を行う直接的権限を与えられた者のみが、勤務する団体の意思を実行するということがその理由に挙げられている。このため、第四に、組織内部での技術的、学術的、芸術的または法的な基礎資料の準備およびその分析・評価、ならびに、助言、鑑定のみを行う職務も、直接的な対外的作用を有さず、高権行為の実施についての権能を媒介しないことを理由に除かれている⁷⁷⁾。

以上の観点を、Ottoは、続く積極的な概念設定の試みにおいて敷衍している。Ottoは、法の執行、適用および対外的作用を伴う解釈という観点から、処分、行政行為、その他の決定（措置）において、民主主義的法治国家を背景とした個人に対して優越する国家またはその他の公法上の団体の全体意思を、与えられた職務権限に応じ、国民に対して実行に移すという作用を重視し、強制的側面や侵害作用が決定的なのではなく、法律に基づ

75) Otto, a.a.O. (Anm.31), S.233 ff.

76) Ibid., S.235 ff.

77) 以上の点は、Ule, a.a.O. (Anm.38), S.559 f. でも言及され、ここではドイツ官吏法148条1項との関連性にも言及のうえ、これら職務は、原則として職員または労働者にのみ委ねられるべきとされている。

く命令または授権に基づいて配慮し、保護する行為も高権的権能の行使に当たるとしたのである⁷⁸⁾。

Ule も基本的には同様の見地に立ち、給付行政も含まれることを説いている⁷⁹⁾。Ule は、基本法 33 条 4 項（および 5 項）が、基本法 20 条 3 項（執行権の法律および法による拘束）と不可分の関係にあり⁸⁰⁾、執行権の法律および法による拘束は、その法的地位に対内的・対外的独立性を有する官吏⁸¹⁾ によってのみ十全に実効的になるとの理解を前提に、法行為（法規命令等の法規範、行政行為、執行措置、公法上の契約）の発出・実施、または、それへの寄与といった法を執行する作用を重視したうえ、そのような高権的行為が問題とならない機能として、経済的・国庫的領域における職務のほか、技術的事業（当時の連邦鉄道および連邦郵便ならびに自治体の交通事業や公益事業が例示されている）における職務、筆記勤務のような官庁における職務、補助的職務などの技術的職務、さらには、学術的・芸術的職務を挙げ、それらを機能留保の範囲から除いている⁸²⁾。そして、法行為、とりわけ、市民の自由または財産を侵害する行政行為あるいは公共の給付を個人に対して拘束的に定める行政行為の実施は、双方とも行政が法律および法に拘束されるという点では異ならないなどとし、すべての侵害行政と高権的な給付行政が基本法 33 条 4 項の機能留保に服するとしたうえ、後者の高権性については、対外的作用を伴う拘束力のある決定（行政行為）を行うことができるか、または、それに寄与するかにより判断さ

78) Otto, a.a.O. (Anm.31), S.240. ただし、裁判上取消可能な行政行為概念には限定していない (S.241)。この点、Otto は、非高権的任務について官吏の配置を禁じる見解をとり (S.236)、国家や公共生活の安全の観点（連邦官吏法 5 条（旧 4 条）2 号参照）も基本法 33 条 4 項の機能留保に含める点 (S.241 f.) において、通説的理解とは異なる点に注意が必要である。

79) Ule, a.a.O. (Anm.40), S.453 ff.

80) 同文献において、Ule は両規定の基本法 20 条 3 項との関連を重視し、基本法改正を制約する基本法 79 条 3 項との関係を念頭に、基本法 33 条 4 項および 5 項の廃止または改正に否定的な見解を示す (Ibid., S.445 ff. (insb.S.449 f.))。

81) 特に法的地位の喪失とその他不利益取扱いに対する保障が重視され、それとは、労働者身分の者の労働関係における解約告知の可能性が対置されている (Ibid., S.449)。

82) Ibid., S.453 f. ただし、学校と大学の教職は、学校教師・大学教員が高権行政の領域においてなされる法行為を行うことを理由に機能留保の下にあるとする (S.454)。この点、連邦憲法裁判所は、学校教師の非官吏身分での採用について、教師が、通常、官吏身分による特別な保障を必要とする高権的任務を重点的には遂行しないことを理由に、基本法 33 条 4 項に反しないとしている (BVerfGE 119, 247(267), Beschluss v. 19.9.2007)。

れ、それを単に準備する者はこれに含まれないとする⁸³⁾。

これら見解においては、官吏の法的地位の特殊性を前提に、単に行政における公的任務の担い手たる側面のみでなく、民主主義的法治国家における法の執行者としての意義を重視し、それとの対応において「高権的権能」の範囲を把握している点に特徴がある。

ウ 基本権との関連性を重視する見解

近時においては、行政領域による区分や対外的作用の有無などには必ずしも拘泥せず、担われる機能と市民の基本権との関連性を重視する見解も多く主張されている⁸⁴⁾。このような見解が主張される背景には、侵害行政と給付行政の境界の曖昧さや両者の併存性の観点はもとより、憲法秩序全体との関係において基本法 33 条 4 項の機能留保が意図する、(行政組織全体との関係においてではなく) 個々の官吏の担うべき職務への着目、および、それと基本法の下での官吏の特殊な法的地位、権利義務との表裏性という基本的観点の徹底ということがある⁸⁵⁾。もちろん、これら見解においても、一定の国庫活動や実質的判断形成と関連しない補助的業務などは「高権的権能」の範囲から除かれている⁸⁶⁾。

5 小括

基本法制定前においては、公勤務者の区分につき、当初、機能的側面が重視されていたが、その後、財政状況との関係なども相まって、法律レベ

83) Ule, a.a.O. (Anm.40), S.455 ff. (insb.S.459 f.) (ただし、侵害行政または高権的な給付行政にあっても、経済的・国庫的職務、技術的職務または学術的・芸術的職務は機能留保の範囲から除かれている)。この Ule の行政行為概念の強調に対して、Leisner は否定的である (Leisner, a.a.O. (Anm.68), S.134 Fn.48)。

84) Vgl. Jachmann, a.a.O. (Anm.42), Art.33 Rn.31 ff.; Thomas Strauß, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum - Zur Bedeutung des Art.33 Abs.4 GG, 2000, S.118 ff.; Lecheler, a.a.O. (Anm.46), Art.33 Rn.40 ff.

85) Vgl. Jachmann, a.a.O. (Anm.42), Art.33 Rn.31 ff.; Strauß, a.a.O. (Anm.84), S.118 ff. (行政の能率性の観点が、この問題に関する理解に寄与しないことも指摘している); Lecheler, a.a.O. (Anm.46), Art.33 Rn.49 f. Dazu vgl. auch Philip Kunig, Das Recht des öffentlichen Dienstes, in: Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15.Aufl., 2013, Rn.36 f.

86) Vgl. Jachmann, a.a.O. (Anm.42), Art.33 Rn.35 f.; Strauß, a.a.O. (Anm.84), S.119 f., 129 ff.; Lecheler, a.a.O. (Anm.46), Art.33 Rn.49. ただし、前二者は国庫活動のうち準備・調達業務については例外の余地を認めている。

ルにおいて形式的要素が重視されつつ、並行して職務の内容・性質への言及もなされるという法状況であった。もっとも、当時の官吏と非官吏の法的地位については、当時の国家情勢とも相まった特殊身分的な側面を背景に、實際上、官吏を基軸とした、義務と表裏した権利・雇用保障という側面が作用することで、共通性の高い規律がなされていた。

これに対し、基本法定後においては、基本法 33 条 4 項、5 項が職業官吏制度に対して直接言及し、それとの関係で議論が展開している。そこで立場を問わず意識されているのは、官吏が基本法の基本理念の下、特殊な義務・権利制約に服し、それと表裏した権利・雇用保障を享受することを前提に、その特殊な法的地位がいかなる範囲で十全に正当化されるのかという観点であり、議論は特殊な機能を担うこと、ひいては職務の内容・性質との関連において展開した⁸⁷⁾。そして、その具体的解釈において立場を分けたのは、現代国家における行政の機能をいかに理解し、いかなる範囲において、その担い手を特殊な規律に服させる必要があるのかという観点であった。

次に確認しておく必要があるのは、すべての見解が基本的に共通とする理解である。第一に、経済的・国庫的業務や単純業務、機械的・補助的業務については、侵害行政・給付行政を問わず、基本的には争いなく非高権的任務とされ、労働者身分の者に委ねられるべきとされている。第二に、職務の一時性・臨時性といった時的要素も、機能留保の例外を肯定しうる要素として争いなく認められている。このようなことからすると、多数説を構成する見解によったとしても、機能留保の範囲については、行政におけるあらゆる機能・職務が把握されているわけではなく、一定の限定が念頭に置かれているということを指摘できる。

このように、ドイツにおいては、担うべき機能ないし職務の内容・性質の観点は、公法上の関係にある官吏と私法上の関係にある公務被用者の間の境界設定、ないし、その区分を正当化する意義を有している。その根底には、通常の労働者とは区別されて、旧来の特殊身分的な特権化の意味においてではなく、基本法の基本理念の下、特殊な法的地位にある官吏の範

87) 基本法 33 条 4 項と 5 項の関係性は、連邦憲法裁判所も繰り返し指摘してきたところである (Z.B. BVerfGE 7, 155 (162), Beschluß v. 17.10.1957; 119, 247 (260 ff.), Beschluss v. 19.9.2007; 130, 76 (111 f.), Urteil v. 18.1.2012)。

囲を、その現代国家行政において担うべき役割を見定めながら、見解によって程度の差はあれども、限定的に画そうとする考え方がある。

第4節 官吏と公務被用者の「同化」現象

1 問題の所在

官吏と公務被用者の区分ないしその正当化においては、「高権的権能」という機能ないし職務の内容・性質に着目した観点が重視されている。これを前提に、公勤務に従事する者の法的地位は、基本法33条4項に従って官吏と公務被用者の間で区分され、両者の間には、行政行為による公法上の根拠付け－契約による私法上の根拠付け、法律による給与規律－労働協約による給与規律、委ねられる官職に基づく給与査定－具体的職務に基づく給与査定、行政裁判所による権利保護－労働裁判所による権利保護、終身任用－典型的な解約告知の可能性、懲戒法の有り－無し、などといった違いがあるとされている⁸⁸⁾。

ところが、双方の間には、官吏法と労働法の相互的な作用により、実質的に広く「同化 (Angleichung)」が生じてきたとの指摘がなされている⁸⁹⁾。

ここでは、この公勤務者の「同化」現象が現在いかに生じているのかを概観していくこととする⁹⁰⁾。ドイツ公務員制度の現代的特点を描き出すうえで、基本法制定前の法状況、つまり、官吏と同等の義務が課されることと表裏した権利・雇用保障の享受という関係性との対比において、その関係性が現在ではどのように展開しているのかを示す必要があるように思われるためである。

2 義務の「同化」？

まずみていくのは、義務の「同化」、つまりは、官吏法上の義務の公勤

88) Ulrich Battis, in: ders. (Hrsg.), Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl., 2017, § 5 Rn.9.

89) Ibid. Dazu vgl. auch Benz, a.a.O. (Anm.8); Carl Hermann Ule, Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienst, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 1970, S.637 ff.

90) 担う機能との関係における両者の区分の曖昧化の問題も指摘されているが、この問題については、第4章で扱う。

務労働法に対する作用である。この点は、かつて官吏法に則した公勤務法の統一的理解を唱えた Wacke によっても強調されてきた点であり⁹¹⁾、その意味を確認することは、ドイツ「複線型」公務員制度の現代的意義を明らかにするうえでも重要と思われる。

基本法制定前から存在した、官吏と同等の義務を労働者身分の者にも定めるという法状況は、基本法制定後にも存在し、その規律は、比較的近時に至るまで、連邦職員労働協約 (BAT) や連邦・諸州の労働者一般労働協約 (MTArb) 等の公勤務における労働協約を通じてなされていた。具体的には、職員および労働者に対して、誓約義務 (旧 BAT 6 条、旧 MTArb 7 条)、勤務外も含めた行動規律 (旧 BAT 8 条 1 項 1 文、旧 MTArb 8 条 8 項 1 文)、憲法忠誠義務 (旧 BAT 8 条 1 項 2 文。旧 MTArb 8 条 8 項 2 文も参照)、勤務上の命令遵守ないし服従義務 (旧 BAT 8 条 2 項)、守秘義務 (Schweigepflicht) (旧 BAT 9 条、旧 MTArb 11 条)、汚職防止 (旧 BAT 10 条、旧 MTArb 12 条)、兼業制限 (旧 BAT 11 条、旧 MTArb 13 条) といった官吏と同様の諸義務が定められていたのである。

ところが、現行の労働協約 (公勤務労働協約 (TVöD) および州公勤務労働協約 (TV-L)) においては、それら義務の定めは、大幅に縮小していることを指摘しておく必要がある⁹²⁾。現行の労働協約は、官吏法に広く準拠しておらず⁹³⁾、誓約義務などを明文で定めなかったことは、官吏法との明白な違いを示すとされ⁹⁴⁾、基本的には、秘密保持 (Geheimhaltung) (TVöD 3 条 1 項、TV-L 3 条 2 項)、汚職防止 (TVöD 3 条 2 項、TV-L 3 条 3 項)、兼業制限 (TVöD 3 条 3 項、TV-L 3 条 4 項) を定めるに止まっている⁹⁵⁾。

さらにそれらの具体的内容についても留意が必要である。第 3 章でもみるように、たとえば、秘密保持は、官吏法上の秘密保持義務 (Verschwiegenheitspflicht) (連邦官吏法 67 条、官吏地位法 37 条) とは区別して理解されるほか⁹⁶⁾、兼業制限についても、官吏法との関連は基本的

91) 本章注 50 参照。

92) この点については、第 3 章においても改めて検討する。

93) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.88), § 5 Rn.11.

94) Battis, a.a.O. (Anm.5), § 88 Rn.39.

95) 憲法忠誠義務は、公勤務労働協約の行政特別規定 (TVöD BT-V) 41 条 2 文が高権的職務も担う場合に限って、TV-L 3 条 1 項 2 文が一般的な形で予定しているが、その具体的意義については第 3 章で検討する。

96) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.5), § 88 Rn.42.

に否定されているのである⁹⁷⁾。

このように、現在では、公務被用者に対して、一概に官吏と同等の義務が課されているとは理解されていない⁹⁸⁾。

3 権利ないし労働条件等の「同化」

官吏と公務被用者の権利ないし労働条件等の「同化」については、労働法と官吏法の相互作用があることが指摘されている。

(1) 公勤務労働法に対する官吏法の作用

公勤務労働法に対する官吏法の作用は、公勤務における労働協約（現在では、TVöD および TV-L）への影響という形で把握されており、具体的には、人事記録に関する権利(TVöD 3 条 5 項、TV-L 3 条 6 項)、成果給(TVöD 18 条、TV-L では廃止)、指導的地位の付与に際しての試用・有期雇用(TVöD/TV-L 31 条、32 条)など、後述の成績原理の要請に関連するものや人事管理上のものが中心となっている⁹⁹⁾。

(2) 官吏法に対する労働法の作用

他方、官吏法に対する労働法の作用としては、パートタイム就業（連邦官吏法 91 条）、通常の労働時間の法定上限（同法 87 条、連邦官吏労働時間令 (Arbeitszeitverordnung: AZV)）、超勤補償 (Mehrarbeitsvergütung)（連邦官吏法 88 条）、多様な特殊勤務手当 (Erschwerniszulagen)（連邦俸給法 (Bundesbesoldungsgesetz: BBesG) 47 条）、年次特別手当 (クリスマス手当 (Weihnachtsgeld))、25 年、40 年および 50 年の勤続年数に際しての記念手当 (Jubiläumswendung)（連邦官吏法 84 条）など具体的労働条件に関連

97) Vgl. Thomas Gerretz, in: Jörg Bredemeier et al., TVöD/TV-L, 4. Aufl., 2013, § 3 Rn.33.

98) 官吏法からの乖離は、協約当事者が明確に意識していたことでもある (Vgl. Prozessvereinbarung für die Tarifverhandlungen zur Neugestaltung des Tarifrechts des öffentlichen Dienstes (TVöD), ZTR 2003, S.74)。

99) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.88), § 5 Rn.11. その他、転任、派遣や出向に関する TVöD/TV-L 4 条や公務被用者の公的使用者に対する損害賠償責任の限定に関する TVöD 3 条 6 項、7 項、TV-L 3 条 7 項がある。これに加えて、「官吏の典型的な終身的地位に応じた保障」という観点から、最低 15 年の勤続年数かつ 40 歳に達した場合における重大な理由による解約告知への限定 (TVöD/TV-L 34 条 2 項) も挙げられることがあるが (Ibid.)、その具体的意義については第 3 章で検討する。

するものが指摘されており、この展開は、権限を有する労働組合の上部組織による官吏法上の関係の一般的規律の準備への関与（同法 118 条）、および、特に、公務被用者の協約締結とこれに続く立法者による官吏俸給への継承という事実上の時間的に連続する関係性によって強められてきたといわれている¹⁰⁰⁾。具体的労働条件との関係では、公務被用者の協約内容・労働条件が官吏についての立法において撰取されるということが行われてきたのである¹⁰¹⁾。このことは、連邦憲法裁判所によって、官吏の俸給水準が、後述の扶養原理に適合しているか否かの判断に際して、公務被用者の協約内容との比較が重要な考慮要素とされていることにも表れている¹⁰²⁾。

以上のような傾向に関しては、ヨーロッパ労働法のドイツ官吏法への影響、つまり、欧州司法裁判所の確立した判例に基づいて、官吏は、ヨーロッパの第一次法および第二次法の意味における労働者でもあることとの関係も併せて指摘されている¹⁰³⁾。

4 「同化」現象の意味するもの

以上みたように、基本法制定後においても、「複線型」公務員制度が維持されつつ、官吏と公務被用者の「同化」現象が生じている。ただし、この「同化」については、義務の共通性およびそれと表裏した権利・雇用保障の側面が強調された従前の状況とは異なっていることを指摘しておく必要がある。

現在、官吏に特殊な義務の共通性は大幅に後退しており、むしろ、具体的労働条件の形成においては、一般労働法の展開が官吏法に対して多くの影響を及ぼしている。これについては、一方では、公勤務における労働者

100) Battis, a.a.O. (Anm.88), § 5 Rn.10 (その他、貯蓄制度、児童手当、休暇手当も指摘されている)。Vgl. auch Berndt K.Keller, Arbeitspolitik im öffentlichen Dienst, 2010, S.126 ff. Keller は、近時、財政問題の中で、官吏の労働条件の一方的変更によって、協約交渉に圧力を加えようとする現象も生じていることを指摘している (S.130 f.)。

101) これが旧来とは逆の傾向を示すことを明確に指摘するものとして、z.B. Otto Rudolf Kissel, Arbeitskämpfrecht, 2002, § 45 Rn.8.

102) Vgl. BVerfGE 140, 240 (insb. 280 ff., Rn.77 ff.), Beschluss v. 17.11.2015. その他の要素として、名目賃金指数との比較、消費者物価指数との比較、制度内の俸給比較、連邦・各州間での比較が挙げられている。

103) Battis, a.a.O. (Anm.88), § 5 Rn.10.

の法に関する社会国家的評価の実現、他方では、基本法の下で特別権力関係の特異性から解放された官吏関係の変化の帰結であるとの評価もなされている¹⁰⁴⁾。

このように、労働法の展開・発展が、かつては身分特有の特権化でもあった、官吏における特殊な義務と表裏した権利保障の持つ意味合いを決定的なものとしなくなっている側面が存在している。

他方で、このことは同時に、少なくとも義務・権利制約の側面においては、両者の間に乖離がみられることを意味する。現在でも、公勤務者たる官吏と公務被用者の関係性については、官吏の公法上の特別な地位が、基本法 33 条 4 項に従って公勤務の標準的地位とされるのに対して、公務被用者の地位は、他の労働者の労働法上の標準的地位との一致においてあり、公勤務内での多数を形成するにもかかわらず、公勤務の例外的地位にあるとされている¹⁰⁵⁾。

つまり、「高権的権能」という特殊な機能、ひいては職務の内容・性質に関わるメルクマールは、なお特殊な制度的観点による規律の原則的な射程を画する機能を有している。それでは、上記にみた「同化」以外の点について、その射程内にある官吏の特殊な法的地位はいかなる理念を基軸とし、いかに形成されているのか、またその原則的射程に収まらず、必ずしも官吏と同等の義務を負わない公務被用者の法的地位は、現在ではいかなる観点から把握され、いかに形成されているのか。それらの点をより詳細に検討する必要が生じる。

次章以降では、公勤務者の法制度の基本理念・概念や、その法的地位、基本的な権利義務の意義について、より立ち入って整理したうえ、その雇用保障体系の検討を行っていくこととする。

104) Ibid., Rn.12.

105) Battis, a.a.O. (Anm.5), § 88 Rn.2.

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1節 基本法下における職業官吏制度

1 職業官吏制度の基本理念

ドイツ職業官吏制度の基本原理を定め、官吏の法的地位の形成についての基軸となるのは、職業官吏制度の伝統的諸原則にかかる制度的保障を定める基本法33条5項¹⁾である。

同項は、官吏（および裁判官）のみに関係すると理解するのが判例かつ支配的見解であり²⁾、典型的には終身官吏を念頭に置いたものと理解されている³⁾。また、同項は、かつてのヴァイマル憲法129条1項3文とは異なっており、官吏の既得権を保障するという形をとっておらず、第一義的には、一般の利益における制度の維持を目的としているが、他方では、憲法異議によって訴求可能な、主観的な基本権類似の個別の権利（grundrechtsgleiches Individualrecht）が認められ（基本法93条1項4a号も参照）、このような権利は、後述の公的使用者（ないし勤務主体）（Dienstherr）の配慮義務や官職に適した官吏の俸給・恩給等との関連で、個々の官吏にその憲法適合性を争うことも可能にすることから、協約自治・争議権の制約に対する重要な調整・代替機能を果たしているとされている⁴⁾。

現代における制度としての職業官吏の保障にとって重要とされるのは、官吏が終身にわたる公法上の勤務関係および忠誠関係にあることであり、その意義は、法的・経済的保障の下、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

1) 「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。」旧規定との関係も含め、第1章注28参照。

2) 第1章注49参照。

3) BVerfGE 44, 249(262 f.), Beschluß v. 30.3.1977. ただし、その他類型の官吏も、憲法上必ずしも官吏任用される必要はないが、官吏関係にあるとされる限りにおいては、基本法33条5項の諸原則が妥当するとされている。

4) Vgl. Ulrich Battis, in: ders. (Hrsg.), Bundesbeamtenengesetz, 5. Aufl., 2017, § 4 Rn.12; BVerfGE 8, 1(11 ff.), Beschluß v. 11.6.1958. Vgl. auch Frauke Brosius-Gersdorf, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd.2, 3. Aufl., 2015, Art.33 Rn.169 f., 187, 191（国家（立法者・公的使用者）と官吏の武器平等の観点を強調している）。

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ある⁵⁾。つまり、職業官吏制度は、個々の官吏の特権という観点からではなく、機能的に、国家任務の公正な遂行という観点から導かれ、その人的（終身原理）かつ客観的（法律および法への拘束）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している⁶⁾。

基本法 33 条 5 項にいう職業官吏制度の伝統的諸原則の具体的内容を形成するのは、少なくとも、ヴァイマル憲法下において拘束的なものとして認められ、かつ、保持されてきた構造原理の中核的要素であると考えられている⁷⁾。この伝統的諸原則の中で、特に重要とされているのは、公法上の勤務関係および忠誠関係たること（基本法 33 条 4 項⁸⁾）、成績原理（Leistungsprinzip）（基本法 33 条 2 項⁹⁾）、ラウフバーン原理（Laufbahnprinzip）、扶養原理（Alimentationsprinzip）、終身原理（Lebenszeitprinzip）および主要職業性の原理（Prinzip der Hauptberuflichkeit）である¹⁰⁾。

ただし、それらは、旧来のものを所与のものとして保持しているというよりは、その諸原則の内容に即した正当化がなされている点に注意が必要である。以下では、特に重要とされる伝統的諸原則の具体的意義を確認し、官吏の法的地位を形成する基本的観点を整理していく¹¹⁾。

5) Vgl. BVerfGE 7, 155 (162 f.), Beschluß v. 17.10.1957.

6) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.4), § 4 Rn.26; Ulrich Battis, Recht des Öffentlichen Dienstes, in: Dirk Ehlers et al. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd.3, 3. Aufl., 2013, § 87 Rn.23.

7) Vgl. BVerfGE 8, 332 (343), Beschluß v. 2.12.1958.

8) 「高権的権能の行使は、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。」

9) 「すべてのドイツ人は、その適性、素養および専門的能力に基づいて (nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung)、等しくいずれの公職にも就くことができる。」

10) Vgl. Peter Badura, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd.4, Art.33 Rn.64 ff. (Lfg.73 Dezember 2014); Brosius-Gersdorf, a.a.O. (Anm.4), Art.33 Rn.174, 178 ff.; Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.21.

11) 法律レベルでは、連邦官吏法（Bundesbeamtengesetz: BBG）および各州官吏法があるほか、州との関係では、連邦と州の競合的立法権限を定める基本法 74 条 1 項 27 号との関係で連邦の権限行使により出された 2008 年 6 月 17 日の官吏地位法（Beamtensatusgesetz: BeamtStG）（BGBl. I S.1010）の存在を指摘しておく必要がある。これによって、ラウフバーン、俸給・恩給等を除いた州官吏等の基本的地位は、従前の官吏法大綱法（Beamtensrechtsrahmengesetz: BRRG）に代わって、基本的には同法によって規律されることとなっている。このため、官吏の地位についての検討は、連邦官吏を中心に行い、州官吏等については内容に応じて付言していくこととする。

2 公法上の勤務関係および忠誠関係

基本法 33 条 4 項は、官吏関係を、公法上の勤務関係および忠誠関係としており、官吏関係が法律によって規律されること、および、公的使用者と官吏が双方向的な忠誠義務 (Treuepflicht) を負うことは、同条 5 項の意味における職業官吏制度の伝統的諸原則とされている¹²⁾。

この基本法 33 条 4 項の有する機能留保と官吏・公務被用者の区分ないしその正当化の意義は、すでに前章で検討したので、ここでは、公法上の勤務関係および忠誠関係たることの帰結と双方向的な忠誠義務の具体的内容をみていく。

(1) 官吏関係の法律による規律

公法上の勤務関係および忠誠関係にある官吏関係が法律によって規律されることは、職業官吏制度の伝統的の原則である¹³⁾。このため、官吏関係に関する本質的な判断は、議会の立法権に留保されているが、法律の留保は、あらゆる事項について妥当するのではなく、官吏関係の成立、展開、終了ならびに官吏関係から生じる官吏の基本的な権利義務の本質的な規律についてのみ妥当すると考えられている¹⁴⁾。

また、法律による規律が要請されることとの関係では、後述の官吏の忠誠義務の理解なども相まって、集团的労働法に関わる権利、とりわけ、協約自治や争議権が官吏には制約されると理解されている¹⁵⁾。

ただし、基本法 9 条 3 項が保障する団結の自由は官吏にも認められるほ

12) Vgl. Badura, a.a.O. (Anm.10), Art.33 Rn.50, 58 ff. なお、官吏関係は、伝統的に特別権力関係 (besonderes Gewaltverhältnis) と理解されてきたが、現在では、旧来のような法的根拠のない基本権制約や権利保護の排除などを伴う意味では理解されず、単に法に基づき特別な義務および権利を伴う行政法関係 (Verwaltungsrechtsverhältnis) として理解されており、官吏の基本権制約の程度も、官吏の職務や地位との関係において相当性の原則の考慮の下で判断されると考えられている (vgl. Battis, a.a.O. (Anm.4), § 4 Rn.23 f., 29)。旧来の特別権力関係論については、室井力『特別権力関係論』(勁草書房、1968 年)を参照。

13) Vgl. auch z.B. BVerfGE 8, 1 (18), Beschluß v. 11.6.1958.

14) Brosius-Gersdorf, a.a.O. (Anm.4), Art.33 Rn.179. この点、個別的な労働条件等に関する補足的な合意の余地も一切否定されているわけではないが (Vgl. BVerfGE 52, 303 (331), Beschluß v. 7.11.1979)、それには法律上の根拠を要するとされている (Vgl. BVerwGE 91, 200 (203), Urteil v. 26.11.1992)。

15) Vgl. Badura, a.a.O. (Anm.10), Art.33 Rn.58; Battis, a.a.O. (Anm.4), § 4 Rn.5, 8, 18; BVerfGE 8, 1 (17), Beschluß v. 11.6.1958; 44, 249 (264), Beschluß v. 30.3.1977; 119, 247 (264), Beschluss v. 19.9.2007.

か(連邦官吏法 116 条、官吏地位法 52 条も参照)¹⁶⁾、官吏には権限を有する労働組合の上部組織を通じた、官吏法上の関係の一般的規律の準備に対する関与権(Beteiligungsrecht)が認められている(連邦官吏法 118 条、官吏地位法 53 条)¹⁷⁾。この関与権は、労働条件および経済条件の維持・促進のために団結する権利を保障する基本法 9 条 3 項に基づく協約自治や争議権の制約に対する調整となるものとされ¹⁸⁾、インフォーマルな手段・ロビイングの活用や公務被用者における協約自治との相互作用とも相まって、實際上、争議権を有する公務被用者の協約自治による影響力行使と同等の機能を果たしてきたとの指摘もなされている¹⁹⁾。

以上に加え、近時、連邦行政裁判所が、官吏の権利制約との関係で新たな判断を行っている点も指摘しておく必要がある。

連邦行政裁判所は、官吏の身分に応じた広範な憲法上の争議行為の禁止が、担う機能・職務に応じた団結権保障を要求する欧州人権条約(EMRK) 11 条²⁰⁾と相容れないとの現状認識を念頭に²¹⁾、基本法 33 条 4 項にいう高権的権能が行使される行政²²⁾に属しない領域において、公的使用者には官吏と公務被用者のいずれを用いるのかを決定する責任があることを理由として、当該領域では公務被用者のみを採用すること、候補者に官吏としての採用か公務被用者としての採用かの選択権を与えること、また、すでに任命されている官吏に公務被用者への転換の選択権を与えることによって対

16) Vgl. BVerfGE 19, 303(322), Beschluß v. 30.11.1965. 職業官吏制度の伝統的原則ともされる(Timo Hebler, in: Battis (Hrsg.), a.a.O. (Anm.4), § 116 Rn.2)。

17) 関与権については、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『行政組織法の諸問題』(有斐閣、1991 年)(初出: 1969 年) 219 頁以下、渡辺賢『公務員労働基本権の再構築』(北海道大学出版会、2006 年) 223 頁以下も参照。

18) Vgl. z.B. BT-Drucksache 16/4027, S.35.

19) Vgl. Berndt K.Keller, Arbeitspolitik im öffentlichen Dienst, 2010, S.125 ff.

20) 1 項が団結権を保障し、2 項が軍隊・警察や一定の国家行政の構成員についての制約可能性を認める。同条をめぐる欧州人権裁判所(EGMR)による公務員の団体交渉権・争議権の展開につき、vgl. z.B. Achim Seifert, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 2009, 357.

21) BVerwGE 149, 117(121 ff., Rn.23 ff.), Urteil v. 27.2.2014.

22) 連邦行政裁判所は、欧州人権条約 11 条との対応を念頭に、これを「真の高権行政(genuin hoheitliche Verwaltung)」と称し、それには軍隊、警察その他秩序維持、司法、租税行政、外交ならびに法行為の最終準備、実施および高権監督機能を担う行政部署が属する一方、教育・学術、生活配慮等は含まれないとする(lbid., S.134 f., Rn.61)。

処していくことを示唆したうえ²³⁾、立法との関係では、少なくとも関与権の交渉モデルの方向での拡大・強化の必要性を指摘している²⁴⁾。

さらに同判決は、公務被用者の協約内容と扶養原理を媒介とした官吏俸給におけるその考慮との関連性を指摘したうえ、官吏の労働組合が、官吏俸給に関連する公務被用者の協約交渉に参加し、その限りにおいて、基本法 33 条 4 項によって把握される行政領域の外で従事する官吏が争議行為に参加する余地にも言及するに至っている²⁵⁾。

このように、官吏の法的地位の特殊性を示す最たるものの一つである協約自治・争議権の制約との関係においても、一定の制約解除それ自体は立法課題とされながら、憲法的制約の妥当範囲との関係では、国際法秩序との関係も踏まえ、基本法 33 条 4 項の機能留保の範囲と関連した形での機能的側面に照らした考慮が要請されている²⁶⁾。

(2) 双方向的な忠誠義務

公法上の勤務関係および忠誠関係たることの重要な帰結として、官吏関係の基本を形成する、官吏と公的使用者の双方向的な忠誠義務がある²⁷⁾。

まず、官吏の忠誠義務であるが、前提として、それは、現在、公共の福祉および非利己的な職務遂行に対する義務を意味し²⁸⁾、官吏の担う機能に応じて理解され、限定されるもので、かつての君主制下におけるように原理的に無限定なものとは理解されていない²⁹⁾。この点、連邦憲法裁判所は、基本法の意味における自由で民主的な基本秩序の支持・擁護を内容とする憲法忠誠義務（連邦官吏法 60 条 1 項 3 文、官吏地位法 33 条 1 項 3 文）との関係において、機能に応じた理解に否定的な姿勢を示しているが³⁰⁾、学説は、当該義務についても、それが同時に官吏の基本権制約と結びつくこととも関係して、画一的にはなく、そのつどの機能、地位・職務との関

23) Ibid., S.135, Rn.62.

24) Ibid., S.136, Rn.64.

25) Ibid., S.137, Rn.67 f.

26) Dazu vgl. auch Brosius-Gersdorf, a.a.O. (Anm.4), Art.33 Rn.187 ff. (insb. Rn.190 ff.).

27) Vgl. auch z.B. BVerfGE 3, 58(157), Urteil v. 17.12.1953; 9, 268 (286), Urteil v. 27.4.1959.

28) Vgl. BVerfGE 119, 247(264), Beschluss v. 19.9.2007.

29) Battis, a.a.O. (Anm.4), § 4 Rn.4.

30) BVerfGE 39, 334 (355), Beschluß v. 22.5.1975.

係で理解すべきとしている³¹⁾。

以上を前提に、官吏の基本的な義務は、連邦官吏法 60 条および官吏地位法 33 条において具体化され、先に述べた憲法忠誠義務のほか、全国民への奉仕者性 (1 項 1 文)、非党派かつ公正で、公共の福祉に配慮した職務遂行 (同項 2 文) などが定められている。これは、民間の職業にはない官吏の倫理観の特性を示すもので、それについては、情実人事などの弊害を念頭に、職務遂行における政治的中立性の保障が重要な意義を有するとされている³²⁾。また、その他官吏法上の諸義務³³⁾ も含め、その意義は、公務の能率性、法令遵守の確保、官吏制度および国家に対する市民の信頼の強化といったことにも求められている³⁴⁾。

これら義務への違反が、勤務内外の区別の下、有責なものとして服務規律違反に当たると場合には、懲戒法による特別な手続が予定されている (連邦官吏法 77 条 1 項、官吏地位法 47 条 1 項、連邦懲戒法 (Bundesdisziplargesetz: BDG)、各州懲戒法)。この服務規律違反の判断には、一般条項的に定められる義務の性格との関係から、法適用における官庁または裁判所の裁量の余地が肯定されているが、服務規律違反は、官吏法上の名誉規範または風紀規範 (Ehren- oder Sittenkodex) の維持のために罰されるものではなく、その判断にあたっては、機能に関連した区別、つまり、行為の性質や官吏ヒエラルキー内の地位に合わせた考慮が必要との指摘がなされている³⁵⁾。

31) Vgl. z.B. Philip Kunig, Das Recht des öffentlichen Dienstes, in: Friedrich Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2013, Rn. 86, 142; Brosius-Gersdorf, a.a.O. (Anm. 4), Art. 33 Rn. 186, 103 ff.; Battis, a.a.O. (Anm. 4), § 7 Rn. 12.

32) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm. 6), § 87 Rn. 117.

33) 職務遂行上の義務として、官庁ヒエラルキー内の官吏の地位の基本となる服従義務ないし命令拘束性 (連邦官吏法 62 条、官吏地位法 35 条)、官庁の勤務上の利益および職務行為に関係する市民の保護に資する生涯にわたる秘密保持義務 (連邦官吏法 67 条、官吏地位法 37 条)、憲法上保護される人格的な法的地位の保持を前提とした職務専念義務 (連邦官吏法 61 条 1 項 1 文、官吏地位法 34 条 1 文) など、職務外にも関連する義務として、公行政の機能能力に対する市民の信頼との関係における、地位・職務に応じた政治的な自制義務 (Mäßigungspflicht) (連邦官吏法 60 条 2 項、官吏地位法 33 条 2 項)、その職業が要求する尊敬と信頼に値する態度・行動についての義務 (連邦官吏法 61 条 1 項 3 文、官吏地位法 34 条 3 文) などがある。兼業 (連邦官吏法 97 条以下、官吏地位法 40 条) については、権利としての側面が指摘される一方、公正な職務遂行や利益衝突の防止といった観点による義務的側面と表裏することが指摘されている (Vgl. Battis, a.a.O. (Anm. 6), § 87 Rn. 157 ff.; Kunig, a.a.O. (Anm. 31), Rn. 136 f.)。

34) Kunig, a.a.O. (Anm. 31), Rn. 131.

35) Ibid., Rn. 145.

また、官吏は、宣誓を行わなければならない（連邦官吏法 64 条、官吏地位法 38 条）³⁶⁾。

以上の官吏の忠誠義務に対応するのが、公的使用者の忠誠義務たる配慮義務（Fürsorgepflicht）であり（連邦官吏法 78 条、官吏地位法 45 条も参照）、裏返せば官吏の権利の基本を構成するものである³⁷⁾。この義務の相互性に応じた権利の基本的理解を基礎に、後述の扶養原理とも関連する俸給・恩給等をはじめとした官吏の諸権利³⁸⁾が形成されており、官吏の義務拘束の強度は、それに応じた権利によって正当化されると考えられている³⁹⁾。

このように、官吏には、基本法の基本理念に則った中立性の要請を中心とする諸義務が課されているが、全体として特殊な義務に服する官吏にあっても、義務ないし権利制約の程度との関係では、その担う機能、地位・職務との関連性が意識されるとともに、その義務の強度は、それと表裏した権利との相関において理解すべきとされている。

3 その他の重要な伝統的諸原則

その他の重要な伝統的諸原則として、第一に、基本法 33 条 2 項においても定められる成績原理がある⁴⁰⁾（連邦官吏法／官吏地位法 9 条も参照）。この成績原理は、採用段階のみならず、昇進等の人事政策上の措置に際しても同様に考慮されるものであり、後述の扶養原理に関係する俸給・恩給等とも密接に関連している⁴¹⁾。

成績原理の意義として、一つには、成績に基づく公正な採用によって候補

36) 連邦官吏法 64 条 1 項によれば、その内容は、基本法およびドイツ連邦共和国における現行法の遵守と職務上の義務の誠実な履行の誓約である。

37) 協約自治・争議権の制約に対する調整としての観点も指摘するものとして、Klaus Joachim Grigoleit, in: Battis (Hrsg.), a.a.O. (Anm.4), § 78 Rn.2. 憲法上の社会国家的・法治国家的要請の観点も指摘するものとして、Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bericht der Kommission, 1973, Rn.100.

38) 後述の時短の意味におけるパートタイムのほか、その他の財産的権利として、諸手当に関する権利（連邦官吏法 80 条以下）、その他の権利として、官職名に関する権利（連邦官吏法 86 条）、休暇に関する権利（連邦官吏法 89 条、官吏地位法 44 条等）、母性保護や親時間に関する権利（連邦官吏法 79 条、官吏地位法 46 条等）、人事記録に関する権利（連邦官吏法 106 条以下、官吏地位法 50 条）などがある。兼業につき、本章注 33 参照。

39) Vgl. Kunig, a.a.O. (Anm.31), Rn.130.

40) Vgl. auch z.B. BVerfGE 62, 374 (383), Beschluß v.14.12.1982.

41) Vgl. Badura, a.a.O. (Anm.10), Art.33 Rn.68. また、憲法異議により出訴可能な基本権類似の権利も認められる。

者個人の利益を保護することがあり、それとの関係では、平等原則との関係も強く意識され、もう一つには、専門的・効率的な行政の実現という公的な利益を保護することがある⁴²⁾。この成績原理の貫徹について特に強調されるのは、官職情実人事 (Ämterpatronage) との関係であり⁴³⁾、このことは、行政の安定性・中立性の実現が職業官吏制度において重視されていることとも関係している。

また、成績原理は、あらゆる公職への就職に関係し、その対象には官吏のみならず、公務被用者も含まれると解されている⁴⁴⁾。ただし、少なくとも官吏との関係では、後述の終身官吏と関連するラウフバーン原理との関係が重視されるなど⁴⁵⁾、長期的視野に立った運用が予定されている。

第二に、ラウフバーン原理がある⁴⁶⁾ (連邦官吏法 16 条以下も参照)。ラウフバーン (Laufbahn) は、同一の学歴や教育訓練ないしそれと同一の価値の能力を前提条件とした同じ専門を有するすべての身分法上の官職を包含し、複数のグループに区分される官吏の採用・昇進の制度である⁴⁷⁾。このラウフバーン原理は、終身官吏との関連における成績原理や能力に応じた平等取扱いの要請を実現するうえで重要なものとされている⁴⁸⁾。このことから明らかなように、ラウフバーン制度においては、官吏の人事管理につき長期的な運用が予定され、官吏には、一定の職務に従事するのではなく、多くの機能を担っていくことが制度上予定されている⁴⁹⁾。

第三に、扶養原理がある⁵⁰⁾。この扶養原理は、官吏の独立性を保障するうえで重要なものとされており、これによって、官吏の俸給・恩給等には、官職に適した扶養 (amtsangemessene Alimentierung) という観点を踏まえ、官吏が終身的職業 (Lebensberuf) としての公勤務に専念し、経済的独立性の下で、政治的な作用反作用の中、安定的で法律に忠実な行政を確保する

42) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.36. Vgl. auch BVerwGE 138, 102(106 f., Rn.21), Urteil v. 4.11.2010.

43) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.37, 117.

44) Vgl. *ibid.*, § 88 Rn.5; BVerwGE 61, 325(330), Beschluß v. 11.2.1981; BAGE 103, 212 (215), Urteil v. 5.11.2002.

45) Vgl. Badura, a.a.O. (Anm.10), Art.33 Rn.69.

46) Vgl. auch z.B. BVerfGE 62, 374(383), Beschluß v.14.12.1982.

47) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.61.

48) Vgl. Badura, a.a.O. (Anm.10), Art.33 Rn.69.

49) Vgl. auch Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, a.a.O. (Anm.37), Rn.106.

50) Vgl. auch z.B. BVerfGE 8, 1(16 f.), Beschluß v. 11.6.1958.

という基本法によって職業官吏制度に割り当てられる任務の遂行に寄与することができるだけの水準が要求される⁵¹⁾。この扶養原理との関係では、公務被用者における協約内容との比較も重要な考慮要素とされている⁵²⁾。

第四に、終身原理および主要職業性の原理がある⁵³⁾。終身原理は、扶養原理との協働において、官吏の独立性を法治国家的行政の利益において保障するもので、それによる官吏の法的・経済的保障は、官吏が政治的な作用反作用の中で、安定的で法律に忠実な行政を確保するという基本法によって職業官吏制度に割り当てられる任務の遂行に寄与することに対する保障を提供し、それには、官吏が恣意的に、または、政治勢力の自由裁量によって、罷免されないということも含まれる⁵⁴⁾。また、主たる職業として従事することを要請する主要職業性の原理も、終身原理との密接な関連を前提に、フルタイムでの就業と関連しつつ、同様の観点から把握されている⁵⁵⁾。

4 基本法における基本理念と官吏の法的地位の関係性

官吏の法的地位は、憲法上明文化された諸原則（基本法 33 条 5 項にいう職業官吏制度の伝統的諸原則）に基づいて形成されているが、そこで常に強調されるのは、一定の専門的能力の保有を前提とした、安定的・中立的行政の確保のための官吏の独立性・中立性の保障という観点であり、諸原則はそのような基本理念の下、基本的には相互に関連をもって理解されている。官吏の法的地位は、単に所与のものとしての諸原則の適用においてではなく、このような諸原則に通底する基本理念の実現において、権利義務が表裏一体として、一貫して形成されているのである。

他方で、このような官吏にあっても、その権利義務の具体的程度は、すべて一律・画一的に理解されているわけではなく、その担う機能、地位・職務との関係で理解すべきとされている点にも留意する必要がある。

以上を前提に、官吏の雇用保障体系がいかに構築されているのかを確認していくこととしよう。

51) Vgl. BVerfGE 44, 249 (265), Beschluss v. 30.3.1977. Vgl. auch BVerfGE 140, 240 (288 f., Rn.97), Beschluss v. 17.11.2015.

52) 第 1 章注 102 参照。

53) Vgl. auch z.B. BVerfGE 9, 268 (286), Urteil v. 27.4.1959.

54) Vgl. BVerfGE 121, 205 (221), Beschluss v. 28.5.2008.

55) Brosius-Gersdorf, a.a.O. (Anm.4), Art.33 Rn.183. Vgl. auch BVerfGE 119, 247 (263 f.), Beschluss v. 19.9.2007.

第2節 官吏の雇用保障の原則形態

1 任命とその瑕疵の帰趨

官吏関係の成立・変更の重要なメルクマールは、「任命 (Ernennung)」であり、それには、その特殊な地位の成立・変更における法的安定性・法的明確性の観点から、法定の様式の任命文書の交付が要求され (連邦官吏法 10 条 2 項、官吏地位法 8 条 2 項)⁵⁶⁾、その法的性質は、協力を要する行政行為 (mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt) とされている⁵⁷⁾。

この任命には、客観的な要件⁵⁸⁾と主観的・人的な要件⁵⁹⁾があるとされている⁶⁰⁾。もっとも、それが満たされない場合の帰趨は官吏法が完結的に定め、行政行為の瑕疵についての一般法理 (行政手続法 (Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG) 44 条 (無効)、48 条 (取消) 参照) が妥当しないと理解されており⁶¹⁾、それにはすべての任命要件ではなく、基本的には、法定の無効事由⁶²⁾と職権取消事由⁶³⁾のみが関係している⁶⁴⁾。

56) たとえば、官吏関係の成立に際しては、「官吏関係への任命の下で」の文言のほか、いかなる官吏関係の類型で任命されるか (終身、試用、撤回権留付、名誉官吏、有期 (期間の明示を含む)) が列挙されている (2 文 1 号)。

57) Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.62 ff.

58) 高権的任務あるいは国家または公共生活の安全の理由から、もっぱら私法上の労働関係にある者に委ねられてはならない任務を遂行すること (連邦官吏法 5 条、官吏地位法 3 条 2 項)、および、配置可能な予定定員 (Planstelle) が存在すること (連邦予算法 (Bundeshaushaltsordnung: BHO) 49 条 1 項参照)。

59) 所定のドイツ人であること、ないし EU 加盟国等の国籍を有すること (連邦官吏法/官吏地位法 7 条 1 項 1 号、2 項。例外につき 3 項参照)、いかなるときも基本法の意味における自由で民主的な基本秩序の擁護を保障すること (同条 1 項 2 号)、必要な資格・能力を有すること (同項 3 号)、終身官吏につき、試用期間における能力の実証があること (連邦官吏法 11 条 1 項 2 号、官吏地位法 10 条) など。

60) Dazu näher Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.66 ff.

61) Kunig, a.a.O. (Anm.31), Rn.71, 96, 101; Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.66.

62) 任命文書の不備・形式違背、権限を有しない官庁による任命、法 7 条 1 項 1 号所定のドイツ人でないこと、ないし EU 加盟国等の国籍の不保持、または、公務就任能力を欠く場合など (連邦官吏法 13 条 1 項、官吏地位法 11 条 1 項参照。有効とみなされる場合につき、各 2 項参照)。

63) 義務的な場合として、強要、悪意の欺罔または贈収賄によって任命がなされた場合、被任命者の任命にふさわしくない一定の刑事判決が存在していたことを公的使用者が認識していなかった場合など、任意的な場合として、被任命者が過去に懲戒免職を受けていたことなどを公的使用者が認識していなかった場合など (連邦官吏法 14 条、官吏地位法 12 条参照)。

64) これに対し、官吏側が効力を争う場合については、民法上の意思表示の規定 (たとえば、錯誤についての BGB 119 条や詐欺・強迫についての 123 条) などの適用が認められている (Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.4), § 4 Rn.32)。

また、任命の瑕疵については、とりわけ成績原理（基本法 33 条 2 項）との関係において、効力の消滅のみではなく、任命候補者の側に何らかの請求権が生じるかについても問題とされてきた（下位の評価とされた候補者がそれを争うことが典型である）。

この点に関しては、公的使用者の人事高権・裁量との関係から、原則として任命請求権は生じず、公正で成績原理に応じた評価判断を求める権利（「候補手続請求権（Bewerbungsverfahrensanspruch）」とも呼ばれる）のみが生じるとされ、競合する他の候補者がすでに任命されていた場合には、官職安定性の原則（Grundsatz der Ämterstabilität）から、不利に扱われた者への当該権利による救済は基本的に限定される傾向にあった⁶⁵⁾。

もっとも、近時、連邦行政裁判所は、昇進について争われた事案において、基本法 33 条 2 項のみならず、公権力により権利を侵害された者に出訴の途を開く同法 19 条 4 項 1 文との関係に鑑みて、下位の評価とされた候補者の手続的権利を重視した判断を行っている。それによれば、公的使用者に対しては、任命前に下位の評価とされた候補者に対する選考結果の通知が義務付けられるほか、下位の評価とされた候補者の司法上の権利保護の可能性が利用し尽くされるまでは、競合する候補者の任命は延期されなければならない、これに反した任命がなされた場合には、基本法 19 条 4 項 1 文および 33 条 2 項の要請を貫徹する観点から、当該任命に対する取消訴訟を提起することが可能であり、その奏功によって当該任命の効力は将来に向かって失われるとされた⁶⁶⁾。

このように、任命の瑕疵については、行政法の一般法理の適用ではなく、官吏法体系独自の意義に鑑みた理解による処理が予定されるとともに、任命候補者についても、原則として任命請求権自体は生じないとされつつ、基本法の要請との関係から一定の権利保障がなされている。

2 官吏関係の終了に関わる原則的規律

一旦、原則形態たる終身官吏関係として成立した官吏関係の終了については、先にみた職業官吏制度の基本理念、つまり、安定的・中立的行政の確保

65) 権限を有する部署の確約があった場合などにおける例外的な任命請求権の発生や損害賠償請求の余地、また以下にみる新たな傾向も含め、vgl. Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.69 f.; Kunig, a.a.O. (Anm.31), Rn.91 ff.

66) BVerwGE 138,102 (insb.109 ff., Rn.29 ff.), Urteil v. 4.11.2010. Dazu vgl. auch Brosius-Gersdorf, a.a.O. (Anm.4), Art.33 Rn.123 ff.

のための官吏の独立性・中立性の保障という観点から、終身原理による地位の保持の要請と法定の身分保障が関連をもって理解され⁶⁷⁾、その終了原因は、死亡のほかは、免職 (Entlassung)⁶⁸⁾、失職 (Verlust der Beamtenrechte)⁶⁹⁾、懲戒免職 (Entfernung aus dem Beamtenverhältnis nach den Disziplinargesetzen)⁷⁰⁾、および退職者身分の開始またはそれへの移行 (Eintritt oder Versetzung in den Ruhestand)⁷¹⁾ といった法定の事由に限定されている (連邦官吏法 30 条、官吏地位法 21 条)。

3 「正規」公務員たる官吏の雇用保障

官吏には、職業官吏制度の基本理念である、安定的・中立的行政の確保のための官吏の独立性・中立性の保障という観点から、フルタイムで従事する終身官吏が典型形態として想定され、終身原理と法定の身分保障が相まった雇用保障体系が形成されている。また、任命の瑕疵との関係においても、行政法における一般法理の適用ではなく、上記の基本理念を踏まえた官吏法体系独自の意義に鑑みた理解の下、任命の効力消滅の余地は限定されており、成績原理との関係では、手続的権利の観点も踏まえ、任命候補者にも一定の権利保障がなされている。

ただし、以上述べたことについては例外がある。以下では、それがいかなる観点から把握されているのかを確認し、官吏の雇用保障体系の全体像を整理していく。

67) 本章注 54 のほか、vgl. Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.88; BVerfGE 7, 155 (163), Beschluß v. 17.10.1957.

68) 所定の国籍等の喪失や他の公的使用者との勤務関係に入った場合などの法定免職 (連邦官吏法 31 条、官吏地位法 22 条)、宣誓拒否 (義務的なものの例) やドイツ人身分を要求する職務におけるその喪失の場合 (任意的なものの例) などの形成的行政行為による免職 (連邦官吏法 32 条、官吏地位法 23 条参照)、官吏の要求に基づく免職 (連邦官吏法 33 条、官吏地位法 23 条 1 項 4 号参照) がある。

69) 一定の刑事判決 (たとえば、故意の行為による 1 年以上の自由刑) を受けた場合になされ、特段の定めのない限り俸給・恩給等の喪失を伴う (連邦官吏法 41 条、官吏地位法 24 条参照)。

70) 懲戒法に基づく懲戒裁判手続を前提とし、俸給・恩給等の喪失も伴う (連邦官吏法 77 条、官吏地位法 47 条、連邦懲戒法 10 条参照)。

71) 現役の (aktiv) 官吏関係のみを終了させるものであり、法律による場合としては定年 (連邦官吏法 51 条、官吏地位法 25 条) が、行政行為による場合としては身体的・健康的理由による勤務不能 (Dienstunfähigkeit) (連邦官吏法 44 条、官吏地位法 26 条。再任用の余地につき、連邦官吏法 46 条、官吏地位法 29 条参照) などがある。

第3節 官吏の雇用保障の例外形態

1 官吏関係の終了に関わる例外的規律

(1) 試用官吏

第一に、試用官吏 (Beamte auf Probe) である (連邦官吏法 6 条 3 項、官吏地位法 4 条 3 項)。

これには二つの類型があり、その一つが、主として、教育訓練段階たる準備実習勤務 (Vorbereitungsdienst) を修了した者を、終身官吏への任命の前段階として任命する場合の試用官吏関係である (連邦官吏法 6 条 3 項 1 号、官吏地位法 4 条 3 項 a)。

その意義は、試用期間における成績原理に応じた能力の実証が、終身官吏への任命の前提条件となっていることにある (連邦官吏法 11 条 1 項 1 文 2 号、官吏地位法 10 条)。このような試用としての位置付けから、前提条件が満たされた場合には終身官吏への転換についての主観的権利が認められる一方 (連邦官吏法 11 条 2 項)⁷²⁾、免職事由が拡大されている (連邦官吏法 34 条、官吏地位法 23 条 3 項)⁷³⁾。

もう一つが、指導的機能を伴う官職⁷⁴⁾の委嘱に際しての試用官吏関係である (連邦官吏法 6 条 3 項 2 号、24 条、官吏地位法 4 条 3 項 b)。

その目的は、成績原理の強化にあり⁷⁵⁾、基本的には、既に終身官吏としての地位を有している者が指導的地位に就こうとする際の能力の実証が念

72) Battis, a.a.O. (Anm.4), § 6 Rn.7.

73) 終身官吏であれば少なくとも減給となる行動をとった場合、能力の実証がなされなかった場合など。勤務不能の場合につき、連邦官吏法 49 条、官吏地位法 28 条参照。また、後述の政治的官吏は、試用段階において常に免職されうる (連邦官吏法 36 条、官吏地位法 30 条 2 項)。このほか、上位のラウフバーンないシラウフバングループへの転換等を念頭に、終身官吏関係を存続させつつ、後掲注 80 掲記の準備実習勤務を修了した者の試用官吏関係への任命を認める規定として、連邦官吏法 11a 条 2 項、3 項参照。

74) 連邦では、裁判官的独立性を有さない最上級連邦官庁の俸給グループ B6-B9 の官職や俸給表 B に属するその他連邦官庁等の長の官職が対象である (連邦官吏法 24 条 5 項)。村松岐夫編著『公務員制度改革 - 米・英・独・仏の動向を踏まえて -』(学陽書房、2008 年) 182 頁 [吉田耕三・奈良間貴洋・越石圭子] によれば、B6 の官職は、本省部長級とされている。他方、州では、その範囲は、各州法の定め、または、それが無い場合には公的使用者の裁量によって定められる (Andreas Reich, Beamtenstatusgesetz, 2. Aufl., 2012, § 4 Rn.7, 11)。

75) Battis, a.a.O. (Anm.4), § 6 Rn.8; Reich, a.a.O. (Anm.74), § 4 Rn.12.

頭に置かれている(連邦官吏法 24 条 2 項 1 文 1 号参照⁷⁶⁾)。このような試用としての位置付けから、試用期間における能力の実証に成功した場合には、原則として、当該地位の終身的付与についての請求権が認められ(同条 4 項 1 文参照)、能力の実証の評価の法的瑕疵について義務付け訴訟で争うことも可能とされるほか、能力の実証に成功しなかった場合にも、従前の終身官吏の地位に復帰することが予定されており、試用関係たることが雇用保障の後退に直結しない⁷⁷⁾。この類型にも試用期間の満了や終身官吏関係の終了など、その地位に応じた免職事由が定められている(同法 35 条。官吏地位法 22 条 5 項も参照)。

(2) 撤回権留保付官吏

第二に、撤回権留保付官吏(Beamte auf Widerruf)である(連邦官吏法 6 条 4 項、官吏地位法 4 条 4 項)。この類型は、常に公的使用者の裁量に基づき免職されうるのが原則である(連邦官吏法 37 条 1 項、官吏地位法 23 条 4 項 1 文)⁷⁸⁾。

当該類型の一般的な有期的利用の余地に関しては、後にみることとして、ここで確認するのは、当該類型の典型たる準備実習勤務における撤回権留保付官吏関係である(連邦官吏法 6 条 4 項 1 号、官吏地位法 4 条 4 項 a)。

この類型の正当化根拠は、試用官吏関係に入るための前提条件ともなるラウフバーン試験に向けた場合を典型とする実地での教育訓練目的に求められる⁷⁹⁾。この目的との関係から、当該類型には、任命につき予算上の予算定員(Planstelle)が前提とされず、扶養原理も妥当しないとされる一方、上記の雇用保障の例外として、通常の場合には準備実習勤務を修了し、試験を受ける機会が与えられるものとされ、当該官吏関係の終了の余地はその目的との関係で限定されている(連邦官吏法 37 条 2 項、官吏地位法 23 条 4 項 2 文)⁸⁰⁾。

76) 例外として、たとえば、同条 3 項が、官吏関係にはないが特に能力のある者などを念頭に、連邦人事委員会による例外の許容の余地を認めている。

77) Grigoleit, a.a.O. (Anm.37), § 24 Rn.5 f., 9 f. 当該試用期間中、終身官吏関係は停止し、二重官吏関係になるとされる(連邦官吏法 24 条 2 項 2 文、3 文も参照)。

78) ただし、裁量は適切に行使されなければならない、適切な行使の具体例としては、重大な刑法違反の容疑、勤務の無断欠席、憲法敵対的な政党の構成員であることなどがあり、一回きりの、または、些細な勤務上の非行だけでは、十分ではないと理解されている(Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.97)。

79) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.4), § 6 Rn.9.

80) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.66, 97; BVerfGE 33, 44(50), Beschluß v. 12.4.1972.

(3) 政治的官吏

第三に、政治的官吏 (politische Beamte) である。この類型は、その職務遂行が政府の基本的な政治的見解・目標との持続的な合致においてある、政治と行政の境界領域に位置する高級官吏であり⁸¹⁾、その目的は、政治的トップとの関係における摩擦のない職務遂行を保障することにある⁸²⁾。このような一定の高級官吏における政治領域との接合性という特殊性から、政治的官吏は、終身官吏でありながら、随時、一時的な退職者身分へと移行されうる (連邦官吏法 54 条 1 項、官吏地位法 30 条 1 項)⁸³⁾。

2 官吏の「非正規」的利用

以上にみた官吏の雇用保障の例外形態は、原則形態である終身官吏の雇用保障から乖離するものであるが、それには、終身官吏関係の前段階における試用や、さらにそれ以前の教育訓練、また一定の高級官吏を念頭に置いた政治領域との接合性といった目的・機能に応じた限定・正当化がなされている。

このほか、雇用保障の例外という観点からは、ドイツにおいても、「パートタイム」ないし「有期」という属性を伴った「非正規」類型の官吏が存在している。この具体的法制度との関係では、すでに一定の先行研究が存在しているため⁸⁴⁾、個々の制度の詳細は先行研究に委ね、以下では、そのような制度を支える基本理念の確認と近時の展開に重点を置き検討を進める。

このほか、上位のラウフバーンないしラウフバングループへの転換等を念頭に、終身官吏関係を存続させつつ、準備実習勤務のための撤回権留保付官吏関係への任命を認める規定として、連邦官吏法 11a 条 1 項、3 項参照。

81) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.6), § 87 Rn.53.

82) Vgl. BVerwGE 52, 33 (34 f.), Urteil v. 27.1.1977.

83) ただし、終身原理からの相違との関係で、その範囲の厳格な限定が当然の前提とされている (Vgl. BVerfGE 121, 205 (223), Beschluss v. 28. 5. 2008)。政治的官吏については、村松・前掲注 74) 181 頁以下 [吉田耕三・奈良間貴洋・越石圭子] も参照。

84) 公務被用者も含め、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－(三・完)」法協 116 卷 11 号 (1999 年) 62 頁以下、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 卷 5 号 (2004 年) 20 頁以下参照。

(1) パートタイム類型

官吏関係においては、フルタイム勤務が原則、パートタイム勤務は例外とされており⁸⁵⁾、その根拠は、職務への専念、忠誠義務や時間に比例した俸給等の減少に対する懸念との関係から、主要職業性の原理や扶養原理といった職業官吏制度の伝統的諸原則に求められている⁸⁶⁾。このように、フルタイム・パートタイムとの関係においても、職業官吏制度の基本理念たる安定的・中立的行政の確保のための官吏の独立性・中立性の保障という制度的観点が一貫している⁸⁷⁾。

官吏におけるパートタイムの正当化をめぐることは、以下のような類型が問題となってきた。

第一が、子の養育や家族の介護などを理由とした家族政策的なパートタイムである。その正当化においては、婚姻生活・家族生活についての国家の保護義務（基本法 6 条）や男女同権の実現（同法 3 条 2 項 2 文）、社会国家原理（同法 20 条 1 項）の観点が挙げられ、主要職業性の原理への抵触は、労働の減少に家庭内労働（Familienarbeit）が対応するということによって問題とならず、このような制度は、官吏の職業的利益と家庭的利益の調和という観点から、基本法 3 条 2 項 2 文、6 条の保護義務の実現に資するものとされている⁸⁸⁾。

第二が、任用候補者数が過剰な場合に、例外的に基本法 33 条 4 項の機能留保の要請を保持するための利用が典型例とされる、労働市場政策的なパートタイムである。当該類型は、社会国家原理や家族生活の保護との関係が中心となる家族政策的なパートタイムとは異なって、その例外性が強調され、官吏の申請によることを前提に、その利用によって生じたポストは財政縮減のために用いられてはならず、問題なく許容される例としては、ドイツ統一に際しての旧東ドイツ州における教師の継続雇用を目的とした場合が挙げられている⁸⁹⁾。また、労働市場政策的なパートタイムという観

85) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.4), § 91 Rn.7; Reich, a.a.O. (Anm.74), § 43 Rn.1; BT-Drucksache 16/4027, S.33.

86) Vgl. BVerfGE 119, 247 (260 ff.), Beschluss v. 19.9.2007.

87) このパートタイムについては、現在、官吏地位法 43 条が各州に独自の立法を認めており、その規定内容は多様性を有しているが、その限界は、基本法によって、職業官吏制度の基本理念の観点から画されている（Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.4), § 91 Rn. 7 f., 14; BT-Drucksache 16/4027, S.33）。

88) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.4), § 91 Rn.9.

89) Ibid., § 91 Rn.10 f. 現在、ここで挙げた類型は、以下にみる特段の前提条件を設けない申請に基づくパートタイムに統合・解消されている。

点においては、その利用により生じたポストによって、若年層の任用を促進するという側面を有する、高齢官吏における申請に基づくパートタイムも挙げられる⁹⁰⁾。

第三が、特段の前提条件を設けない、官吏の申請に基づくパートタイムである。これについては、官吏の人格の自由な発展という観点（基本法2条1項）のみで足りるとすれば、個別立法者や官吏自身による伝統的諸原則の随意的制約が可能になるとして、職業官吏制度における機能的観点から疑問が呈され、第一義的には、官吏個人の利益ではなく、制度的な観点による正当化を要することが指摘されており、一つには、労働の柔軟性や継続教育などに関する労働者への要求が高まる、国際化の進展する労働界全体において、優秀な人材に対する職業としての官吏の魅力を確保し、その競争性・能率性を保持するという観点、もう一つには、官吏の経済的独立性を保障する扶養原理との関係で、時短による俸給の縮減に対し、官吏による申請、つまり、適正な生計費の確保に対する官吏自身の判断が対応するという観点によって、例外的に許容されると考えられている⁹¹⁾。

第四が、当初からのパートタイム採用を可能にする、官吏の申請に基づかない採用パートタイムないし強制パートタイムである。これについては、連邦憲法裁判所が、ニーダーザクセン州官吏法の規定につき、職業官吏制度の基本理念を敷衍し、フルタイムの選択可能性がなく、官吏の自発的意思を前提としない点を特に強調したうえ、主要職業性の原理および扶養原理に反するとして違憲と判断している⁹²⁾。

このような展開の中で、連邦官吏に現在許容されている類型には、前提条件のない申請に基づくパートタイム（連邦官吏法91条）、子の養育、家族の介護等のための申請に基づくパートタイム（同法92条。92a条および92b条も参照）、申請に基づく高齢パートタイム（同法93条）がある。

90) Vgl. *ibid.*, § 91 Rn.4, § 93 Rn.3.

91) *Ibid.*, § 91 Rn.12 f. また、主要職業性の原理や職務専念義務との関係では、公的使用者が、官吏の利益と職務上の必要性につき、適切な裁量判断によって考量しなければならないことも指摘されている。

92) BVerfGE 119, 247, Beschluss v. 19.9.2007. この問題に関しては、兼業制限と相まった国家によって強制される生涯にわたるパートタイムの失業状態が主要職業性の原理および扶養原理への侵害となることのほか、申請に基づくパートタイムとの違いとして、成績原理との関係で、その採用基準が、パートタイムで就労する気があるかという形へと変容してしまい、職業官吏制度自体の弱体化につながることに對する危惧も指摘されていた（Battis, a.a.O. (Ann.4), § 91 Rn.15）。

これらには先にみた正当化理由の強度に応じた要件設定がなされ⁹³⁾、やむを得ない客観的理由が存在しない限り、パートタイムを理由とした不利益取扱いも禁じられている (同法 25 条)⁹⁴⁾。

官吏のパートタイム類型については、職業官吏制度の基本理念と官吏の利益の調和をみつつ、フルタイム勤務を原則とし、正当化理由に応じた区別の下、例外的にパートタイムへの一時的移行という形のみが許容され、一般的なパートタイム採用は許容されていない。

(2) 有期類型

安定的・中立的行政の確保のための官吏の独立性・中立性の保障という職業官吏制度の基本理念との関係で、法定の身分保障に服する終身官吏関係がドイツ官吏関係の原則形態である (連邦官吏法 6 条 1 項、官吏地位法 4 条 1 項も参照)。もっとも、これには例外、つまり、一定期間での当然終了を念頭に置いた官吏類型が存在する。

ア 有期官吏

第一に、有期官吏 (Beamte auf Zeit) である (連邦官吏法 6 条 2 項、官吏地位法 4 条 2 項)。この類型は、期限が付されるほかは、法律上特段の定めのない限り、終身官吏と同様の規律の下に置かれる (連邦官吏法 6 条 2 項 2 文、官吏地位法 6 条)。

この有期官吏は、連邦レベルでは、法律上の特段の定めがある場合に許容され、連邦官吏法 5 条にいう任務⁹⁵⁾の期限付の遂行に資するものとされている (連邦官吏法 6 条 2 項 1 文)。これには、当該任務の遂行を終身官吏に委ねることが可能または適切でなく、かつ、基本法 33 条 4 項を顧慮して私法上の労働関係にある者に委ねるべきでない場合が念頭に置かれているが、具体的運用においては例外的性格が強調され、有期官吏の最大グループである自治体の長などの被選官吏 (Wahlbeamte) がその典型とされ

93) たとえば、92 条のパートタイムには、請求権としての位置付けの下、公的使用者の拒否事由に「やむを得ない (zwingend)」事由が要求され、他の類型には存在する時短の程度に関する限界も存在しない (Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.4), § 92 Rn.10 ff.)。

94) Vgl. Grigoleit, a.a.O. (Anm.37), § 25 Rn.3.

95) 高権的任務あるいは国家または公共生活の安全の理由から、もっぱら私法上の労働関係にある者に委ねられてはならない任務。

る⁹⁶⁾。その他には、特別法上の例として、連邦会計検査院の院長および副院長が、官吏法上の例として、連邦官吏法 132 条に規定される場合（大学の研究職や役員など）が挙げられるに過ぎない⁹⁷⁾。

州レベルでも、概ね同様の規律がなされており（官吏地位法 4 条 2 項 a）、その限定的な解釈を前提に、自治体の被選官吏や政治的官吏、学術・芸術に従事する官吏など、特別な正当化を要するとされている⁹⁸⁾。

このように、有期官吏の類型については、安定的・中立的行政の確保のための官吏の独立性・中立性の保障という基本理念を踏まえた制約が念頭に置かれ、その許容範囲は限定されている。

イ 撤回権留保付官吏の有期的利用

第二に、連邦官吏法 5 条または官吏地位法 3 条 2 項にいう任務⁹⁹⁾の一時的な遂行を担う場合の撤回権留保付官吏である（連邦官吏法 6 条 4 項 2 号、官吏地位法 4 条 4 項 b）¹⁰⁰⁾。

この類型については、現在では、実務上、基本的に意義を有しないとされているほか¹⁰¹⁾、一時的であるという予測に反して、任務が継続性を有していた場合には、公的使用者に対して任命のための予算定員の捻出が義務付けられうることが指摘されている¹⁰²⁾。このように、当該類型については、その例外性が念頭に置かれ、原則形態たる終身任用と対立しない運用が想定されており、一時性があれば広範に利用可能であるとは考えられていな

96) Vgl. BVerfGE 7, 155 (163 f.), Beschuß v. 17.10.1957.

97) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.4), § 6 Rn.4 f. 研究職との関係では、准教授 (Juniorprofessor) の能力の実証や大学における人員の流動性が研究等の活性化に資するという観点も指摘されている (Reich, a.a.O. (Anm.74), § 4 Rn.6)。

98) Vgl. Reich, a.a.O. (Anm.74), § 4 Rn.5 f. 連邦行政裁判所は、従前終身官吏の地位にあった者を有期官吏として大学の事務局長 (Kanzler) に任命することにつき、終身原理に反すると判断している (BVerwG, 2 C 1.15, Beschluss v. 23.6.2016)。

99) 本章注 95 参照。

100) 撤回権留保付官吏の一般論については、本節 1 (2) 参照。当該類型も含め、撤回権留保付官吏には予算法上の予算定員を要しないとするものとして、vgl. Reich, a.a.O. (Anm.74), § 4 Rn.13, 15.

101) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.4), § 6 Rn.12. なお、終身官吏関係の前段階の位置付けとされる場合には、試用官吏との平衡を考慮し、撤回権留保付官吏にも扶養原理が妥当するとしていたものとして、vgl. BVerfGE 44, 249 (280), Beschuß v. 30.3.1977.

102) Reich, a.a.O. (Anm.74), § 4 Rn.15. Reich は、このような理解と当該類型に予算定員を要しないとの理解 (本章注 100 参照) を前提としつつ、一例として、一時的な人員が必須であり、かつ、職員 (Angestellte) に対するコストの方が高い場合の当該類型の利用を挙げている。

い¹⁰³⁾。

ウ 官吏地位法特有の規定

第三に、官吏地位法 4 条 2 項 b が州との関係で認めている、指導的機能を伴う官職¹⁰⁴⁾の当座の期限付委嘱に際しての有期官吏関係である¹⁰⁵⁾。

その目的は成績原理の強化にあるとされている¹⁰⁶⁾。これに類似のものとして、連邦・州に共通して、先にみた指導的機能を伴う官職の委嘱に際しての「試用」官吏関係があるが¹⁰⁷⁾、両者の違いは、「試用」の場合には、指導的地位に見合う能力の不実証の場合の従前の終身官吏関係への復帰や能力の実証の場合の当該地位の終身的付与についての請求権が予定されているのに対し、ここで扱う「有期」の場合には、州法上の特段の定めのない限り、そのような保障が予定されていないことにある¹⁰⁸⁾。

この有期官吏類型については、人事政策上の広範な裁量の余地を許容し、官吏の独立性を損なうおそれがあることとの関係で、憲法上の許容性および行政政策的な目的適合性につき疑問が呈されていた¹⁰⁹⁾。

この問題に関して、連邦憲法裁判所は、従前終身官吏の地位にあった者を念頭に、旧官吏法大綱法 12b 条と同様、従前の終身官吏関係への復帰の余地を認めつつも、総計 10 年の期間を設け、早期の指導的地位の終身的付与の余地を排除するとともに、能力の実証の場合にも当該関係の継続や指導的地位の終身的付与についての請求権を保障しないノルトライン・ヴェストファーレン州官吏法の規定につき、職業官吏制度の伝統的諸原則の意義・基本理念から有期官吏の利用可能性は厳格に画されるべきことを前提に、試用の場合には法定の要件を満たせば任命請求権を義務付け訴訟によって貫徹できるのに対して、当該類型では裁量の瑕疵のみを争いうる

103) 実務上、本類型で問題になるような任務は、有期で採用される公務被用者によって処理されていることが指摘されている (Vgl. z.B. Sabine Leppke, *Beamtenrecht*, 12. Aufl., 2015, S.36, Rn.46d)。

104) この意義については、本章注 74 参照。

105) 旧官吏法大綱法 12b 条も参照。連邦官吏法に同様の規定はない。

106) Reich, a.a.O. (Anm.74), § 4 Rn.8.

107) 本節 1(1) 参照。

108) Vgl. Reich, a.a.O. (Anm.74), § 4 Rn.7 f., 11. 有期官吏関係への任用によって、州法上特段の定めのない限り、同一の公的使用者との他の官吏関係が免職となることにつき、官吏地位法 22 条 3 項参照。

109) Vgl. Grigoleit, a.a.O. (Anm.37), § 24 Rn.11; Reich, a.a.O. (Anm.74), § 4 Rn.8.

にすぎないこと、生涯勤務期間中の長期にわたり、職務遂行上必要な独立性を保障する法的地位を欠くことになること、従前の終身官職に復帰する場合にも、それには不利益（給与損失、有期での在職中における扶助法上の不利（官吏扶助法（Beamtenversorgungsgesetz: BeamtVG）15a 条参照）、同僚・部下や公衆の評価喪失など）が伴うことを常に懸念しなければならないこと、そのような措置は終身原理による保護と関連する懲戒制度のみが許容すること（恩給等にも影響を及ぼす最終基本給の減少を伴う降格は、免職に次ぐ制裁であることも指摘されている）、官職情実人事を目的とした濫用の危険が生じることなどに鑑み、終身原理に反し、成績原理や人事政策の柔軟化などの観点による正当化もできず、無効と判断した¹¹⁰⁾。

このように、一定の指導的地位に限定され、成績原理などとの関係での正当化が試みられた当該有期官吏類型についても、その許容性は厳格に制約されている。

エ 違法な有期任用と終身官吏としての任命請求権

一定期間での当然終了を予定する官吏関係の許容性は、安定的・中立的行政の確保のための官吏の独立性・中立性の保障という職業官吏制度の基本理念から終身官吏関係が原則とされることとの関係で、非常に限定的である。ここで、なお検討すべきは、有期任用が違法に用いられた場合の帰趨である。

前提として、官吏の有期任用が違法であった場合にも、当該任命の有効性自体に影響はないとされている¹¹¹⁾。このことは、先に述べた官吏法における任命の瑕疵の帰趨についての規律とも関係している。もっとも、そうではなく、この場合に終身官吏としての任命請求権は生じるだろうか。

この点を正面から扱った裁判例はなく¹¹²⁾、学説の議論も同様に乏しい

110) BVerfGE 121, 205 (insb.219 ff.), Beschluss v. 28. 5. 2008. この点、連邦行政裁判所は、期間が2年以内で、試用の場合との均衡が保たれている場合には許容される余地を示唆するほか、有期任用の根拠規定が違憲であっても当該任命自体は無効にならないとしている（BVerwGE 136, 1(3 f., Rn.16, 19 f.), Urteil v. 17.12.2009）。

111) Vgl. Peter Ingenlath, Das rechtswidrig befristete Beamtenverhältnis, DVBl. 1986, S.24; Battis, a.a.O.(Anm.4), § 6 Rn.2. 有期任用の根拠規定が違憲であった場合につき、本章注 110 参照。

112) この点、撤回権留保付官吏が、試用官吏としての法的地位にあることを争った事案において、任命には法的明確性・安定性の観点から、任命の要式性が重視されるなどとしてこれを否定した連邦行政裁判所の判断がある（BVerwGE 28, 155

が、ここでは、この問題を主要に論じた数少ない論稿である Ingenlath の議論をみていくこととする¹¹³⁾。

まず、Ingenlath は、基本法 33 条 5 項の要請、つまり、官吏に対する独立性の保障や中立的かつ非党派的な職務遂行の実現の要請との関係から、終身官吏関係が原則形態であることを確認する。これに対し、有期官吏関係については、一方では、官吏個人の再任用に対する利益、他方では、それを見越した公的使用者の官吏への影響力行使の利益が存することを念頭に、官吏の公的使用者に対する従属性が生じることに伴う危険を指摘し、その例外的位置付けを確認したうえで、任命が官吏の地位を決定する行政行為であることとていかに調整を図ることができるかという問題提起を行う¹¹⁴⁾。

その解決策として、Ingenlath は、終身官吏としての地位を獲得するための 3 つの可能性について検討している。第一に、期限のみの効力を失わせることによる可能性、第二に、行政により惹起された違法な結果に対する結果除去請求権 (Folgenbeseitigungsanspruch) を行使することによる任命請求権の可能性、第三に、公的使用者の配慮義務に対応する配慮請求権 (Fürsorgeanspruch) を行使することによる任命請求権の可能性である。

Ingenlath は、第一と第二の可能性に関しては否定的に解している。

第一の可能性については、期限の効力を独立して失わせることが可能であるとしても、それからは、いかなる種類の官吏関係となるのか (終身か、試用か、撤回権留保付かなど) に対する回答は与えられず、この点を終身官吏関係として補充する明文規定もない以上、期限自体の効力を失わせることによって、終身官吏関係は生じないとする¹¹⁵⁾。

第二の可能性についても、結果除去請求権の法効果は原状回復であり、違法な任命前に存在していたのは非官吏関係であって終身官吏関係ではないことなどを理由に否定する¹¹⁶⁾。

(157 ff.), Urteil v. 26.10.1967)。他方、従前終身官吏の地位にあった者が他の官職に有期任用され、当該有期任用の根拠規定が違憲かつ無効と判断された場合に、予算定員の存在や一定の成績原理の要請の実現を前提に、当該官職につき終身官吏としての任命請求権を認めたものとして、vgl. BVerwGE 129, 272 (278 f., Rn.45), Beschluss v. 27.9.2007. Vgl. auch BVerfGE 121, 205 (218), Beschluss v. 28. 5. 2008.

113) Ingenlath, a.a.O. (Anm.111), S.24 ff.

114) Ibid., S.24 f.

115) Ibid., S.25.

116) Ibid., S.25 f.

これに対し、第三の可能性である官吏の配慮請求権による可能性は肯定している。その理由として挙げられているのは、人事高権に基づく公的使用者の裁量に属するのは、その者を任命する「かどうか」についてのみであり、「いかなる」類型において任命するかに関しては、法の定める要件に拘束されること、また、公的使用者の配慮義務は、期限の付加を許容する法定要件を充足しない場合において、官吏に職務遂行上の人的独立性を与える終身官吏たる地位を保障する法規範として作用すること、そして、このような配慮請求権の理解は、終身官吏を念頭に置く基本法 33 条 5 項の要請に応じたものであること、さらに、有期任用が違法であるにもかかわらず、何らの法効果も伴わないとすれば、官吏の法的地位は、後述の労働法の適用を受ける労働者身分の者の法的地位に劣ることになり、高権的権能という特殊な機能を担うがゆえに法的地位のより強固な形成も要請されるという法価値に反することである¹¹⁷⁾。以上の観点から、Ingenlath は、有期官吏関係の終了後も含め、義務付け訴訟の提起による救済が肯定されるとした¹¹⁸⁾。

このように、Ingenlath は、人事高権に基づく任命権者の裁量の意義を考慮しつつも、職業官吏制度の基本理念との関係を念頭に、官吏の雇用保障の意義を重視したうえ、特殊な義務と表裏する権利の観点において、違法な有期任用に対する終身官吏への任命請求権を導いている。そこでは、特殊な機能を担うがゆえに特殊な規律に服する官吏の法的地位が、そのような地位にない労働者身分の者に劣る事態も問題視された。

任命が行政行為たる性質を有するとされ、厳格な規律に服する官吏との関係においても、違法な有期任用に対しては、基本法の基本理念を踏まえた終身官吏への任命請求権という形での救済法理が提唱されている。

3 「非正規」公務員たる官吏の雇用保障

安定的・中立的行政の確保のための官吏の独立性・中立性の保障という

117) Ibid., S.26 f. Ingenlath は、このような観点から、十分な理由付けなく、公的使用者の配慮義務を、そのつどの官吏の法的地位との関係のみに限定し、撤回権留保付官吏に試用官吏の地位に関する権利を認めなかった連邦行政裁判所の判断 (BVerwGE 28, 155 (161 f.), Urteil v. 26.10.1967) を批判している。

118) Ingenlath, a.a.O. (Anm.111), S.27. 官吏関係終了後の救済も可能であることとして、配慮義務が官吏関係の終了後も存続することを挙げている。

基本法における基本理念は、「非正規」類型の官吏の雇用保障においても貫徹しており、それは、「非正規」類型の利用可能性を厳格に限定するという形で実現されている。また、違法な有期任用との関係では、終身官吏への任命請求権を肯定する議論も存在しており、上記基本理念によって要請される終身官吏という原則形態からの乖離には、当然に強度の正当化を要すると考えられている。

第4節 小括

官吏の法的地位は、一定の専門的能力の保有を前提とした、安定的・中立的行政の確保のための官吏の独立性・中立性の保障という基本法における基本理念を基軸として、その担う機能、地位・職務との関連性を踏まえつつ、基本的には、権利義務関係につき、表裏一体として形成されている。

この点は、雇用保障に関しても同様であり、上記基本理念の下、任命の瑕疵に関する帰趨は行政法の一般法理の適用ではなく、官吏法体系独自の意義に鑑みた理解の下で処理されるとともに、原則形態たる終身官吏については、終身原理と法定の身分保障が相まった雇用保障体系が形成され、その原則形態からの乖離には、当然に目的・機能に応じた限定・正当化を要すると考えられている。このことは、「非正規」公務員たる官吏についても例外ではなく、その雇用保障は「非正規」類型の利用可能性の厳格な限定、および、目的・機能に応じた例外的許容という形で実現されており、その基本的観点は、違法な有期任用がなされた場合の終身官吏への任命請求権に関する議論にも表れている。

ただし、以上にみた職業官吏制度およびその雇用保障体系は、あくまでもドイツ公勤務者の法制度の一側面に過ぎないことに留意する必要がある。そこで、次に検討するのは、ドイツ公勤務者のもう一つの側面である公務被用者に関する法制度である。

(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。

論 説

法政論集 271 号 (2017 年 3 月 25 日発行) 28 頁に誤りがありましたので、お詫びして訂正いたします。

28 頁 4 - 6 行目

(誤)

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

(正)

基本法の基本理念の下、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