

ドイツ公勤務者の法的地位に関する研究(3)

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3節 「高権的権能の行使」の意義

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
(以上、271号)

(2) 「高権的権能」の範囲を広く画そうとする見解

5 小括

第4節 官吏と公務被用者の「同化」現象

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
(以上、273号)

第3章 基本法下における公務被用者の法的地位

第1節 基本法下における公務被用者の基本概念

1 官吏との対比における公務被用者の特徴

2 公務被用者の権利義務

(1) 義務

(2) 権利

第2節 公務被用者の雇用保障の原則形態

1 労働関係の成立とその瑕疵の帰趨

(1) 一般労働法の枠組み

(2) 公務被用者についての特別な規律

2 労働関係の終了に関わる規律

(1) 一般労働法の枠組み

(2) 公務被用者についての特別な規律

3 「正規」公務員たる公務被用者の雇用保障

論 説

第3節 公務被用者の雇用保障の例外形態

1 パートタイム類型

- (1) 一般労働法の枠組み
- (2) 公務被用者についての特別な規律

2 有期類型

- (1) 一般労働法の枠組み
- (2) 公務被用者についての特別な規律①－労働協約
- (3) 公務被用者についての特別な規律②－予算期限

3 「非正規」公務員たる公務被用者の雇用保障

第4節 小括

第4章 「統一的」公勤務法と公務従事者の法的地位

第1節 「統一的」公勤務法に関する議論の背景

第2節 1973年公勤務法改革調査会報告

1 報告の基本理念

- 2 規律形式における見解の相違とその意義
- 3 義務および雇用保障における意見の一致

- (1) 統一的制度における義務の理解
- (2) 統一的制度における雇用保障

第3節 2003年「公勤務の将来 - 将来の公勤務」報告

1 1973年公勤務法改革調査会報告以後の経過

2 2003年「公勤務の将来 - 将来の公勤務」報告の概要

- (1) 報告の基本理念
- (2) 公務従事者の法的地位の基本的な考え方
- (3) 統一的制度における義務の理解
- (4) 統一的制度における雇用保障
- (5) 基本法との関係

第4節 小括

(以上、本号)

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

第3章 基本法下における公務被用者の法的地位

本章では、ドイツ公勤務者のもう一つの側面である公務被用者の法的地位についての検討を行う。第1章で確認したように、支配的見解によれば、現行基本法下において、公務被用者には、その担うべき機能の差異を念頭に、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という官吏に対する制度的保障の射程自体が及ぶことはないと理解されている。以下では、そのことが公務被用者の法的地位や雇用保障との関係でいかなる意義を有しているのか、また、公務被用者における公勤務者としての特殊性はいかに観念されているのかを明らかにし、ドイツ公勤務者の法体系の全景を描くこととしたい。

第1節 基本法下における公務被用者の基本概念

1 官吏との対比における公務被用者の特徴

官吏との対比において、公務被用者の法的地位は、基本法33条4項に従った区分を前提に、以下のように特徴付けられている。

行政行為による公法上の根拠付けではなく、契約による私法上の根拠付けがなされること、法律ではなく、労働協約に基づく給与規律がなされること、委ねられる官職ではなく、具体的職務に基づく給与査定がなされること、行政裁判所ではなく、労働裁判所による権利保護がなされること、終身任用ではなく、典型的な解約告知の可能性が存在すること、懲戒法がないことである¹⁾。

また、官吏には、ラウフバーン制度との関係を踏まえ、制度上複数の機能を担っていくことが予定されるのに対して、公務被用者には、一定の職務についての採用が予定され、具体的職務との関連がより重視されている²⁾。

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

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

2 公務被用者の権利義務

公務被用者の労働契約の具体的内容は、一般労働者と同様に、公的使用者（öffentlicher Arbeitgeber）との合意のほか、通常は、法律や労働協約（現在では、公勤務労働協約（TVöD）、州公勤務労働協約（TV-L）が代表的である）、職員代表（Personalvertretung）による勤務協定（Dienstvereinbarung）、事業所慣行によっても定められる³⁾。この点、公勤務においては、協約による詳細な規律や予算管理などとの関係で、協約外での個別合意の余地が民間労働者に比べて限定的であること⁴⁾、また、協約が適用されない者についても、労働契約において基本的に協約規範と同様の合意がなされていること⁵⁾が指摘されている。

以下では、公務被用者の権利義務を概観し、公務被用者の法的地位がいかなる観点から形成されているのかを明らかにしていく。

(1) 義務

公務被用者は、主たる義務として、一般労働者と共通する労務提供義務を負うほか（BGB 611 条 1 項）、公勤務者たる側面に鑑みた義務を負う。その基礎となるのは、公勤務においても使用者の配慮義務と対をなし、契約関係における信義誠実の考え方を示す付随義務たる誠実義務（Treuepflicht）である（BGB 241 条 2 項（債務関係に基づく配慮義務）、242 条（信義誠実の原則）も参照⁶⁾）。

この考え方を基礎に、協約上の明文規定があるものとして、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）が、その他のものとして、憲法忠誠義務⁷⁾、勤務内外における公勤務者として

3) Vgl. Ulrich Battis, Recht des Öffentlichen Dienstes, in: Dirk Ehlers et al. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd.3, 3.Aufl., 2013, § 88 Rn.11 ff.

4) Vgl. Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, a.a.O. (Anm.2), Rn.105.

5) Vgl. Gabriele Cerff, in: Jörg Bredemeier et al., TVöD/TV-L, 4.Aufl, 2013, Einführung Rn.15.

6) Vgl. Bernd Müller/Francisca Landshuter (geb.Preis), Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 7.Aufl., 2009, Rn.541 f.; Battis, a.a.O. (Anm.3), § 88 Rn.38.

7) 憲法忠誠義務については、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、官吏のものとは、以下で述べる具体的程度のほか、文言上、基本法

期待される態度・行動を示す義務（職務遂行に際しての公共の福祉への配慮、公正性・非党派性、品行方正な生活態度、政治的活動の自制）などがあるとされている⁸⁾。

これら義務の名目自体は、官吏の負う義務と大きな違いはないが、以下の四点に留意する必要がある。

第一に、規定の形式面である。かつては労働協約において、官吏法と並行する形で上記諸義務が定められており⁹⁾、これによって労働契約上の付随義務たる誠実義務が、主たる義務としての労務提供と同じ価値の義務にまで高められていたともいわれている¹⁰⁾。しかし、そのような協約上の定めは、現在では一部に限定されており、官吏法との明白な違いが生じているとされている¹¹⁾。

第二に、義務の根拠である。義務を直接的に定める明文規定がない場合にも公務被用者が公勤務者たる側面に鑑みた義務を負うとされる根拠は、労働契約上の付随義務の観点に求められている。公勤務者たる側面に鑑みた義務の根拠は、必ずしも個別に法定される必要はなく、その要請は一般労働法の枠組内で実現可能と考えられている¹²⁾。

第三に、義務の具体的程度である。労働契約上の付随義務と位置付けられる誠実義務について、公務被用者が無限定に当該義務を負うとは解されておらず、それは基本的に、担う機能、地位・職務との関係で判断されると考えられている¹³⁾。この点は、官吏の場合には見解の分かれる憲法忠誠

の意味における自由で民主的な基本秩序の「支持」のみを要求し、官吏法上要求される積極的「擁護」までは要求していない点に違いがある。

8) Vgl. Müller/Preis, a.a.O. (Anm.6), Rn.541 ff. なお、誠実かつ秩序立った労務提供 (TVöD BT-V 41 条 1 文、TV-L 3 条 1 項 1 文)、転任、派遣、出向等 (TVöD/TV-L 4 条) や命令拘束性・服従義務は、労働契約ないし使用者の指揮命令権の当然の帰結とされている (Vgl. *ibid.*, Rn.543; Battis, a.a.O. (Anm.3), § 88 Rn.32 ff., 40 ff.)。

9) 第 1 章第 4 節 2 参照。

10) Battis, a.a.O. (Anm.1), § 5 Rn.11.

11) Battis, a.a.O. (Anm.3), § 88 Rn.39.

12) 連邦労働裁判所も、勤務外での態度・行動に関する義務につき、非高権的職務に従事する公務被用者との関係で、旧協約との対比から、現行協約の官吏法からの乖離を指摘し、協約上の付随義務違反を否定したうえ、契約当事者間の一般的配慮義務 (BGB 241 条 2 項) に違反するかを検討している (BAGE 132, 72 (74 ff., Rn.13 ff.), Urteil v. 10.9.2009)。その他義務も含め、vgl. Müller/Preis, a.a.O. (Anm.6), Rn.541 ff.

13) たとえば、勤務外での態度・行動に関する義務につき、解約告知との関係も含め、vgl. BAGE 132, 72 (insb. 75 ff., Rn.19 ff.), Urteil v. 10.9.2009.

義務¹⁴⁾についても同様であり、公務被用者については、同義務も、協約上の明文規定の有無にかかわらず、その担う機能、地位・職務に応じて判断されている¹⁵⁾。

以上に加え、その他協約上の明文規定がある諸義務に関しても、官吏法との違いが存在する。たとえば、官吏法上の秘密保持義務が基本的に職務上知りえた事項一般を対象とするのに対して（連邦官吏法 67 条、官吏地位法 37 条）、協約上の秘密保持は法律で定められるか、使用者に指示された事項のみを対象とする点（TVöD 3 条 1 項、TV-L 3 条 2 項）、官吏法上の汚職防止が官吏関係の終了後にまで及ぶのに対して（連邦官吏法 71 条 1 項 1 文、官吏地位法 42 条 1 項 1 文）、協約上の汚職防止は労働関係の終了後には及ばない点（TVöD 3 条 2 項、TV-L 3 条 3 項）、官吏法上の兼業制限が基本的に許可制を前提とするのに対して（連邦官吏法 99 条以下。官吏地位法 40 条は、届出制を基本としつつ、勤務上の利益を侵害し得る場合に許可制の余地を認める）、協約上の兼業制限は有償の兼業に限って事前の届出のみが要請される点（TVöD 3 条 3 項 1 文、TV-L 3 条 4 項 1 文。ただし、労働契約上の義務の履行または使用者の正当な利益を侵害する場合には、当該兼業は禁止され、または、条件を付されうる（同 2 文））などが挙げられる¹⁶⁾。

第四に、義務違反の帰趨である。官吏に対しては、義務違反が服務規律違反に当たる場合につき、懲戒法の適用が予定されているのに対して、公務被用者に対しては、懲戒法の適用はなく、労働契約上の義務違反として、基本的には一般労働者と同様に、双方向的な利益衡量に基づく労働関係の解約告知の可能性等の一般的な労働法上の措置が想定されている¹⁷⁾。

14) 第 2 章第 1 節 2(2) 参照。

15) Vgl. BAGE 28, 62 (69 ff.), Urteil v. 31.3.1976 (その理由として、官吏の憲法忠誠義務は基本法 33 条 5 項の要請であること、非官吏は原則として基本法 33 条 4 項にいう高権的権能を委ねられるものではないこと、意見表明の自由（基本法 5 条 1 項）等の基本権に対する過度な制約となることなどが挙げられている）；Battis, a.a.O. (Anm.3), § 88 Rn.6, 39; Müller/Preis, a.a.O. (Anm.6), Rn.306, 543; Yvonne Zimmermann, in: Bredemeier et al., a.a.O. (Anm.5), TVöD BT-V § 41 Rn.4.

16) Vgl. Thomas Gerretz, in: Bredemeier et al., a.a.O. (Anm.5), § 3 Rn.11 ff.

17) Vgl. Battis, a.a.O. (Anm.3), § 88 Rn.44. ただし、義務違反に基づく解約告知に先立っては、一般労働者と同様に、解雇の相当性の観点を踏まえ、原則として、警告 (Abmahnung) による対処を行う必要があると考えられている (Karl-Ulrich Langer, in: Manfred Wichmann/Karl-Ulrich Langer, Öffentliches Dienstrecht, 8. Aufl., 2017, Rn.667, 669)。その他、秘密保持、汚職防止、兼業制限等への違反に対する

このように、公務被用者には、公勤務者としての特殊性に応じた一定の義務が課されているが、その根拠は一般労働法に立脚する労働契約上の付随義務の観点に求められている。また、その具体的程度についても、担う機能、地位・職務との関連を踏まえたうえ、特殊な機能を担うことを念頭に、制度的要請が強く妥当する官吏の義務とは基本的に一定の距離を置いて理解されている。

(2) 権利

公務被用者の権利は、上記の諸義務に対応して理解されている。

第一に、主たる義務である労務提供義務に対応する公務被用者の権利として賃金がある (BGB 611 条 1 項)。公的使用者が賃金の支払いを義務付けられるのは、民間労働者と同様の観点によるものであり、官吏とは異なって労務対償性は当然に肯定される¹⁸⁾。その内容は、担当する具体的職務との関連を前提に、主として賃金協約に基づいて決定され (TVöD/TV-L 12 条以下参照)、協約においては、時間外労働等の特殊勤務およびそれに対する手当等 (同 7 条以下) が定められるほか、成果給も導入されている (TVöD 18 条。TV-L では廃止)。

また、その他の権利として、人事記録に関する権利 (TVöD 3 条 5 項、TV-L3 条 6 項) などが定められているほか、休暇、母性保護、親時間等については、各制定法が規律している。

第二に、公的使用者も、公務被用者の付随義務たる誠実義務に対応して、民間の場合と基本的観点を同じくする配慮義務 (Fürsorgepflicht) を負い、それは公務被用者の諸権利・利益の解釈において適切に斟酌することが要請される。労働協約においては、この考えに応じて、パートタイム就業 (TVöD/TV-L 11 条)、年次特別手当等の諸手当や疾病の際の賃金保障 (同 20 条、22 条、23 条)、休暇に関する諸権利 (同 26 条以下) などが定められており、また、労働者の人格の自由な発展 (基本法 2 条 1 項) や人間の

損害賠償請求 (BGB 280 条以下、823 条以下) や兼業制限への違反に対する不作為請求 (BGB 280 条 1 項) 等のほか、民間労働者と共通する刑罰法規 (たとえば、秘密保持につき、不正競争防止法 (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG) 17 条参照) や、一定の公勤務者一般を対象とする刑罰法規 (たとえば、刑法 (StGB) 353b 条 (守秘義務違反)、同法 332 条 (収賄) 参照) の適用の余地があるとされている (Vgl. Müller/Preis, a.a.O. (Anm.6), Rn.543 ff.)。

18) 年金等についても、民間と同様の制度が基礎となる。

尊厳（同法1条1項）の観点も踏まえ、契約に従って就労する権利も認められている¹⁹⁾。この点、官吏法上の配慮義務との関係では、官吏法上の配慮義務は、憲法的要請に由来するものであり、官吏の請求権についての独自かつ直接的法的根拠となるもので、労働法上の配慮義務よりも広範に作用することが指摘されている²⁰⁾。

第三に、集团的労働法の観点において、公務被用者には、官吏とは異なって、その遂行する職務を問わず、基本法9条3項に基づき、協約自治・争議権が認められている²¹⁾。ただし、公勤務における争議権の行使に関しては、職務の性質（公益事業や生活配慮など）に照らし、その許容性・相当性の解釈や非常勤務（Notdienst）の要請などを通じて一定の制約が生じうる点に注意が必要である²²⁾。

このように、公務被用者の権利は、基本的に上記の諸義務に対応して理解されるとともに、一般労働法の枠組内で形成され、公勤務者としての特殊性の考慮もその中でなされている。

以下では、以上にみた特徴が、公務被用者の雇用保障において、いかにして表れるのかをみていくこととしよう。

第2節 公務被用者の雇用保障の原則形態

1 労働関係の成立とその瑕疵の帰趨

(1) 一般労働法の枠組み

公務被用者の労働関係は、民間労働者と同様に、意思表示の合致、つまり、公的使用者と公務被用者の間での申込みと承諾により成立する。このため、これに瑕疵が存した場合には、基本的に民法の一般原則によることになる²³⁾。

19) Vgl. Müller/Preis, a.a.O. (Anm.6), Rn.675 ff.; Battis, a.a.O. (Anm.3), § 88 Rn.26 ff.

20) Vgl. Klaus Joachim Grigoleit, in: Battis (Hrsg.), a.a.O. (Anm.1), § 78 Rn.5.

21) Vgl. BVerfGE 88, 103 (114), Beschluß v. 2.3.1993 (官吏の特別な権利が与えられていないことも理由に挙げている)。官吏の場合につき、第2章第1節2(1)参照。

22) Vgl. Otto Rudolf Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 45 Rn.44 ff.; Battis, a.a.O. (Anm.1), § 5 Rn.11; Müller/Preis, a.a.O. (Anm.6), Rn.192.

23) Vgl. Müller/Preis, a.a.O. (Anm.6), Rn.303 ff., 422 ff., 763 ff.; Battis, a.a.O. (Anm.3), § 88 Rn.5, 23. ただし、その効力の消滅は、労働関係の特別な法的性格から、遡及せず、将来についてのみ生じるとされている。官吏の場合につき、以下に述べることとの関係も含め、第2章第2節1参照。

(2) 公務被用者についての特別な規律

公務被用者の労働契約には、労働協約によって、書面での締結が要請されている (TVöD/TV-L 2 条 1 項)。ただし、それは効力要件とは考えられておらず²⁴⁾、要式性の不備が任命の無効原因となる官吏とは異なる。

公務被用者に特殊であるのは、その労働関係の成立に際して、成績原理 (基本法 33 条 2 項) が妥当し、そのことは同時に公的使用者の契約の自由の制約も意味するということである²⁵⁾。これは、成績原理の要請、つまり、一方では、候補者個人の正当な利益の保護、他方では、可能な限り最良の人材を配置することによって公勤務における専門性等を確保するという公的な利益の保護の要請が、公勤務者たる側面に鑑みて、官吏と同様に妥当することによるものである²⁶⁾。

このこととの関係では、基本法 33 条 2 項の要求する適性として、憲法忠誠も公務被用者には要求される。もっとも、その具体的程度は、官吏と必ずしも同等ではなく、そのような態度を強く要求する機能、地位・職務を担うか否かという点が重視されている²⁷⁾。

また、成績原理との関係では、採用判断においてその違反が問題となる場合に、公務被用者 (の候補者) の側に何らかの請求権が生じるかも問題となる。この点、基本法 33 条 2 項に基づく採用請求権は、採用における裁量判断において、当該候補者がすべての採用要件を満たし、その採用が唯一の適法な判断であるにもかかわらず、それに反する瑕疵があり、かつ、口頭弁論終結時に、配置可能で、予算法上確保されている定員・ポストが存在する場合に限って生じうるとされている²⁸⁾。このような請求権は、既に当該ポストに競合者が配置されている場合には奏功しないのが原則であるが²⁹⁾、連邦労働裁判所は、基本法 33 条 2 項のほか、公権力により権利を

24) Vgl. Gerretz, a.a.O. (Anm.16), § 2 Rn.10 ff. ただし、付随的合意については、書面によることが効力要件になるとされている (TVöD/TV-L 2 条 3 項 1 文)。有期労働契約の場合につき、本章第 3 節 2(1) 参照。

25) Müller/Preis, a.a.O. (Anm.6), Rn.306. 第 2 章注 44 も参照。

26) Vgl. z.B. BAGE 130, 107 (111 f.), Urteil v. 24.3.2009. 採用のほか、昇進 (beruflicher Aufstieg) も対象になるとされる。

27) 本章注 15 参照。Dazu vgl. auch z.B. BAGE 33, 43, Urteil v. 5.3.1980.

28) Vgl. BAGE 78, 244 (247), Urteil v. 9.11.1994. 新たな定員創出についての請求権は生じないとされている。公務被用者に予算法上、定員の存在が予定されている点につき、連邦予算法 (Bundeshaushaltsordnung: BHO) 17 条 6 項参照。

29) この場合の損害賠償請求の余地も含め、vgl. z.B. BAGE 126, 26 (33 ff., Rn.25

侵害された者に出訴の途を開く同法19条4項にも鑑みて、公的使用者には、当該ポストの配置前に下位の評価とされた候補者に対して選考結果を通知することのほか、下位の評価とされた候補者の暫定的な権利保護手続の終結までの配置手続停止が義務付けられ、これに反した配置が行われた場合には、不利に扱われた候補者に原状回復請求権が生じるとしている³⁰⁾。

公務被用者の労働関係の成立およびその瑕疵との関係では、一般労働法と同様の枠組みを基礎としつつ、公勤務者たる特殊性として成績原理が妥当している点に特徴がある。

2 労働関係の終了に関わる規律

(1) 一般労働法の枠組み

一旦有効に成立した労働関係の終了に関しても、一般労働者と同様の規律が基礎となる。このため、合意解約(BGB 623条参照)のほか、解約告知も可能であるが、公務被用者も、使用者による社会的に正当化されない通常解約告知から労働者を保護する解雇制限法(Kündigungsschutzgesetz: KSchG)による保障を享受し³¹⁾、同法の適用要件³²⁾を満たす限り、解雇には、労働者の個性に起因する理由、行動に起因する理由または差し迫った経営上の理由が要求され、社会的に正当化されない解雇は無効となる(法1条)。

このことは、解雇制限法という労働法の展開により、基本法定前とは異なって、官吏のように特殊な義務・権利制約に服することと表裏して特殊な権利・雇用保障を享受するという関係性がないことが雇用保障の喪失に直結せず、官吏と労働者・公務被用者の雇用保障の差異が縮小していることを意味している³³⁾。労働法における解雇制限について重要な意義を持

ff.), Urteil v. 19.2.2008.

30) Vgl. BAGE 130, 107 (115 ff., Rn.33 ff.), Urteil v. 24.3.2009. 有利に扱われた者に対する後述の解雇制限法の適用前の解雇や非常変変更解約告知の余地にも広く言及するものとして、vgl. Wolfgang Zimmerling, Aktuelle Probleme der arbeitsrechtlichen Konkurrentenklage, Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (öAT) 2011, S.78 f.

31) Dazu vgl. auch BAGE 3, 245 (247), Beschluß v. 28.11.1956.

32) たとえば、6か月を超える労働関係の存続(法1条1項)や2003年12月31日より後に開始した就労については、10名(それ以前は5名)を超える労働者の就労する事業所・行政であること(法23条1項2文、3文)。

33) Vgl. Winfried Benz, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis, 1969, S.52; Carl Hermann Ule, Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienst, DVBl. 1970, S.641.

つ、基本法 12 条 1 項の職業の自由に淵源を有する存続保護の理念³⁴⁾が、公勤務においても同様に妥当し、公務被用者には、労働界の原則形態たる労働者としての雇用保障が基礎とされているのである。

この点、公務被用者の特殊性として、予算法との関連が指摘されることがある³⁵⁾。もっとも、雇用保障との関係においては、労働関係の終了の可否は、解雇制限法等の適用を前提に、一般労働法の解釈枠組において決されるもので、一般的な財政縮減ないし定員削減の要請それ自体では解雇理由を示すことはないと考えられている³⁶⁾。同様のことは、予算法上の定員・ポストを要しないとされる有期契約労働者につき、後述する違法な有期労働契約の帰結として無期労働契約への転換がなされる場合において、その法効果との関係で、配置可能な定員・ポストの有無が特段問題とされていないことにも表れている³⁷⁾。この背景には、公勤務者との関係において、実体法上の請求権が、基本的に議会と行政の内部関係のみを規律する予算に対して優先するとの考え方がある³⁸⁾。

(2) 公務被用者についての特別な規律

公務被用者には、一般労働者と共通する上記の規律に加えて、労働協約による特別な規律がなされている³⁹⁾。

現行協約は、法の定め (BGB 622 条) とは異なる形で解約告知期間を定め (TVöD/TV-L 34 条 1 項)⁴⁰⁾、西側協約地域 (Tarifgebiet West) の規定の

34) Vgl. z.B. Jürgen Griebeling/Stephanie Rachor, in: Gerhard Etzel et al., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (KR), 11. Aufl., 2016, § 1 KSchG Rn.18 ff.

35) Z.B. Christoph Weber, Definition des Arbeitsrechts im öffentlichen Dienst, in: Axel Groeger (Hrsg.), Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., 2014, Teil 1 Rn.1.

36) Vgl. BAGE 3, 245 (247 ff.), Beschluß v. 28.11.1956. Dazu näher vgl. Thomas Lakies, Die Bedeutung des Haushaltsrechts für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Öffentlichen Dienst, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1997, S.745 ff. (insb.748 f.).

37) Vgl. Norbert Dittrich, Bundeshaushaltsordnung, § 3 Rn.3.4 (49.AL Juli 2015), § 17 Rn.17 (48.AL Januar 2015), § 50 Rn.10 ff. (48.AL Januar 2015). 予算と有期労働契約規制との関係については、本章第 3 節 2 (3) も参照。

38) 官吏の場合も含め、vgl. *ibid.*, § 3 Rn.3.4 (49.AL Juli 2015). Dazu vgl. auch Lakies, a.a.O. (Anm.36), S.745 ff.; BAGE 46, 394 (insb. 399 f.), Urteil v. 26.9.1984.

39) 以下にみる解約告知に関する規定のほか、TVöD/TV-L 33 条が定年、合意解約や稼働能力減退による年金支給開始決定の場合における労働関係の終了等について定めている。

40) 公的使用者・公務被用者に共通して、6 か月の雇用期間までは 2 週間 (1 文) (こ

適用を受ける者につき、40歳に達し、雇用期間が15年を超える場合には、使用者による通常解約告知を認めていない(同条2項1文)⁴¹⁾。この解約告知の可能性の限定は、「解約不能(Unkündbarkeit)」とも称されており⁴²⁾、「官吏の典型的な終身的地位に応じた保障」との説明もなされている⁴³⁾。

ただし、その具体的内容は、通常解約告知のみを排除することにあり、重大な理由による非常解約告知(BGB 626条)は可能であること、また、かつては、経営上の理由による一般的な解約告知の可能性が非常解約告知についても明文で排除されていたが⁴⁴⁾、現在では、その可能性も排除されていないことに留意する必要がある⁴⁵⁾。ここでいう「解約不能」は、解雇制限の一種であり、民間労働者と同様に、単なる能力不足を理由とした解雇や経営上の理由による解雇の可能性自体は排除されておらず、それらの余地のない官吏の終身にわたる法定の身分保障と同一の意味を有するのではない⁴⁶⁾。

このように、公務被用者の雇用保障は、特殊な機能を担うことを念頭に、特殊な義務・権利制約に服することと表裏した雇用保障を享受する官吏のそれとは一定の距離が保たれている。ただし、基本法下での展開・発展を経た一般労働法による規律を基礎としつつ、公勤務者としての地位に鑑みた雇用保障が実現されている側面があることは指摘しておかなければならない。

れのみ4週間を要求するBGB 622条1項より短くなっている)、以後、1年までは1か月、1年超では6週間、最低5年では3か月、最低8年では4か月、最低10年では5か月、最低12年では6か月である(2文)。

41) 旧協約下において既に適用要件を満たしていた者(たとえば、旧BMT-G II 52条1項は、一定の雇用期間のみをもって、通常解約告知の排除を認めていた)に本規定の適用を認める存続規定として、同項2文がある。

42) Z.B. Batts, a.a.O. (Anm.3), § 88 Rn.17. 旧BAT 55条においては、「解約告知できない職員(unkünder Angestellte)」の文言が用いられていた。

43) Batts, a.a.O. (Anm.1), § 5 Rn.11.

44) この場合の非常変更解約告知の余地も含め、旧BAT 55条2項1段参照。ただし、旧協約下においても、連邦労働裁判所は、非常に例外的な場合(たとえば、労務提供がないにもかかわらず、反対給付たる賃金支払いを長期間継続することになる場合)には、経営上の理由による一般的な非常解約告知の余地を認めていた(Vgl. BAGE 102, 40 (46), Urteil v. 27.6.2002; 121, 347 (353, Rn.21), Urteil v. 1.3.2007)。

45) Dazu vgl. auch BAGE 128, 308, Urteil v. 27.11.2008.

46) 旧協約の時代にも同様の指摘をしていたものとして、vgl. BVerfGE 98, 365 (391 f.), Beschluß v. 15.7.1998. なお、旧BAT 55条2項2文に定められていた、一定の業務に起因した就労能力低下を理由とする解約告知の可能性の排除は、同協約の従前の適用範囲において、現行協約下でも存置されている(たとえば、連邦・自治体につき、移行協約(TVÜ-Bund/-VKA) 16a条参照)。

3 「正規」公務員たる公務被用者の雇用保障

公務被用者の法的地位は、一般労働法による規律を基礎としつつ、成績原理の適用や付随義務の解釈、労働協約による規律などを通じて、公務務者たる側面に鑑みた制度的観点との接合が図られている。このことは、雇用保障についても共通しており、そこでは、民間の「正規」労働者と同様の雇用保障を基礎とし、予算法との関連も含め、その枠組内での処理が予定されつつ、労働協約を通じて、公務務者たることに鑑みた特別な規律もなされている。

もっとも、公務被用者についても、雇用保障の例外形態が存在する。それについては、「パートタイム」、「有期」といった「非正規」類型が中心となる⁴⁷⁾。以下、その特徴について、公務務者としての位置付けが、いかに作用しているかという点に重点を置きつつ整理していく⁴⁸⁾。

第3節 公務被用者の雇用保障の例外形態

1 パートタイム類型

(1) 一般労働法の枠組み

一般労働法において、パートタイム類型に関しては、特段の制限規定は存在せず、その利用は基本的に私的自治に委ねられている。現在、パートタイム労働関係については、連邦親手当・親時間法 (Bundeselternzeitgesetz und Elternzeitgesetz: BEEG) 15条5項以下等の特別法による規律のほか、パートタイム労働および有期労働契約に関する法律 (Gesetz über

47) なお、労働者・公務被用者においても試用の概念が存在し (官吏につき、第2章第3節1(1)参照)、その定めによって、原則最高6か月の試用期間中は2週間の解約告知期間をもって解約告知可能である (BGB 622条3項 (4項が協約による異なる定めを許容している)。公務被用者につき、TVöD/TV-L 2条4項参照。公務被用者の有期労働契約の場合の試用期間につき、後掲注75参照)。もっとも、解雇制限法との関係では、同法の適用が法定の6か月の最低期間 (法1条1項) に達するか否かに左右されることとの関係で、試用期間であることそれ自体は解雇制限訴訟との関係において問題ではないとされている (Vgl. Gerretz, a.a.O. (Anm.16), §2 Rn.30)。また、試用目的は、後述のパート有期法14条1項2文5号にいう労働契約の期限を正当化する客観的理由となるが、その期間は、解雇制限法との関連を踏まえ、原則として6か月を超えることができないと考えられている (Vgl. BAG, Urteil v. 15.3.1978, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 45)。

48) 制度の詳細については、官吏も含め、邦語文献として、第2章注84掲記の各文献を参照。

Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge: TzBfG。以下、「パート有期法」⁴⁹⁾が一般的に規律しており、そこでは、差別に対する保護を前提に、労働ポスト (Arbeitsplatz) の確保・創出といった雇用政策的観点から、パートタイム労働の促進に主眼が置かれている (法 1 条、6 条)⁵⁰⁾。

同法には、比較可能なフルタイム労働者との関係での客観的理由のない不利益取扱いの禁止 (法 4 条 1 項)、同法に基づく権利行使を理由とした不利益取扱いの禁止 (法 5 条)、パートタイム労働に関する情報提供義務 (法 7 条)、職業教育訓練・継続教育訓練に関する配慮義務 (法 10 条) のほか、労働時間短縮についての一般的請求権 (法 8 条)、パートタイム労働者の労働時間の延長希望に対する、相応するポストの欠員補充に際しての同等の能力評価の場合における優先考慮 (法 9 条) が定められている。

(2) 公務被用者についての特別な規律

公務被用者も基本的には上記の規律に服するが、協約上の特別規定として、フルタイム・パートタイムを問わず適用される TVöD/TV-L 11 条があり、公務被用者には、18 歳未満の子の養育や家族の介護のための特別な労働時間短縮請求権が認められている⁵¹⁾。パート有期法との違いは、たとえば、同法が使用者の拒否理由につき、「経営上の理由 (betriebliche Gründe)」を要求するにとどまるのに対し (法 8 条 4 項)、より厳格な「差し迫った (dringend)」理由を要求している点 (TVöD/TV-L 11 条 1 項 1 文) や、原則 5 年以内の期間を区切った申請を認めている点 (同 2 文) にあり、家族のための時短勤務の許容性を拡大するとともに、短時間勤務への移行の常態化の阻止⁵²⁾ を可能にしている。

49) 以下で述べる有期労働契約も含め、立法経緯については、川田知子「ドイツにおけるパートタイム労働並びに有期労働契約をめぐる新動向－パートタイム労働・有期労働契約法の制定とその意義－」中央学院大学法学論叢 15 巻 1・2 号 (2002 年) 161 頁以下参照。

50) Vgl. BT-Drucksache 14/4374, S.1, 11 f.

51) 規定上は、いわゆる Soll 規定だが、請求権を生じるとされている (Wolfgang Weizenegger, in: Bredemeier et al., a.a.O. (Anm.5), § 11 Rn.7)。

52) TVöD/TV-L 11 条 3 項は、フルタイム労働者の希望によって期限の定めのない時短がなされていた場合に、パート有期法 9 条と同様の見地から、フルタイムポストの補充の際の同等の能力評価の場合における当該労働者の優先考慮を定めているが、この場合には、フルタイムへの復帰請求権そのものは存しないため、期限の定めのない時短は推奨されないと指摘がなされている (Ibid., Rn.18)。

また、高齢労働者の年金生活への段階的な移行およびそれによる失業者等への雇用創出という観点から 1996 年に制定された高齢パートタイム法 (Altersteilzeitgesetz: AltTZG) との関係で、高齢パートタイムに関する労働協約も締結されている⁵³⁾。

以上のように、公務被用者のパートタイム類型については、短時間勤務への移行の常態化の阻止を意図している点において、官吏における制度的観点との接点がみられるが、官吏と決定的に異なるのは、パートタイムでの採用それ自体が許容されている点にある。その根底には、一つには、基本法の基本理念に基づいた官吏に対する制度的要請自体の射程が及ばないこと、もう一つには、一般労働法体系が、差別に対する保護を前提として、短時間勤務それ自体に、労働市場政策的な観点等から積極的意義を認めているということがある。

2 有期類型

(1) 一般労働法の枠組み

有期労働契約に関して、かつては、契約自由の原則を前提に、BGB 620 条 1 項が合意された期間の満了による雇用関係の終了を定めていることとの関係で、明文上の制約はなかった。これに対し、連邦労働裁判所は、解雇制限における存続保護の理念を踏まえ、解雇制限規定の規制回避を防止する観点から、労働契約に期限を付すことに客観的理由を要求するに至り、客観的理由が認められなければ、使用者は期限の存在を主張できないという法理を形成した⁵⁴⁾。この有期労働契約の有効性をめぐる裁判例については、大多数の事例が公勤務に関するものであることが指摘されている⁵⁵⁾。

53) 2009 年 12 月 31 日までは、高齢パートタイム労働協約 (TV ATZ) によっていたが、2010 年 1 月 1 日以降に開始した高齢パートタイムについては、州では基本的に高齢パートタイム法の準則に、連邦・自治体では、高齢労働者の柔軟な労働時間規律に関する労働協約 (TV FlexAZ) によっている。同協約では、原則 60 歳に達した者を念頭に、高齢パートタイムの合意に関する請求権が認められている (4 条、5 条参照)。Dazu näher vgl. Zimmermann, a.a.O. (Anm.15), TV FlexAZ Einführung Rn.1 ff.

54) BAGE 10, 65 (71 f.), Beschluß v. 12.10.1960. 同判決も含め、当時のドイツにおける議論状況については、小西國友「連鎖労働契約に関する一考察」石井照久先生追悼論集『労働法の諸問題』(勁草書房、1974 年) 202 頁以下、その後の判例法理の展開については、藤原稔弘「ドイツにおける有期労働契約の法理－合理的理由をめぐる BAG の判例理論の検討を中心として－」法学新報 101 巻 9・10 号 (1995 年) 357 頁以下参照。

55) 労働政策研究・研修機構「ドイツ、フランスの有期労働契約法制調査研究報告」

制定法においては、1985年就業促進法（Beschäftigungsförderungsgesetz: BeschFG）や同法の1996年改正による客観的理由のない有期労働契約の一部許容という形での規制緩和を経て、現在では、連邦親手当・親時間法21条等の特別法による規律のほか、EU指令の国内法化の要請も踏まえた形で、一般的規律としてパート有期法が立法されており⁵⁶⁾、そこでは、期限の定めのない労働関係が雇用の原則形態であるという考えの下、促進を主眼とするパートタイムとは異なり、有期労働契約の濫用防止が念頭に置かれている（法1条⁵⁷⁾）。

同法においては、比較可能な無期契約労働者との関係での客観的理由のない不利益取扱いの禁止（法4条2項）、同法に基づく権利行使を理由とした不利益取扱いの禁止（法5条）、無期の労働ポストに関する情報提供義務（法18条）、職業教育訓練・継続教育訓練に関する配慮義務（法19条）などが定められるほか、14条以下において有期労働契約規制がなされている。

パート有期法は、原則として、労働契約に期限を付すためには、客観的理由による正当化を要するとしている（法14条1項1文⁵⁸⁾）。

この点、期限を正当化する客観的理由の要請が形式上満たされている場合であっても、判例によって、近時、更なる有期労働契約規制の余地が認められている点に留意する必要がある。連邦労働裁判所は、欧州司法裁判所の判断⁵⁹⁾を契機として、いわゆる連鎖期限（Kettenbefristung）の観点から、

（2004年）7、19頁〔橋本陽子〕。

56) 立法経緯につき、川田・前掲注49)164頁以下、181頁以下、特別法による規律も含め、労働政策研究・研修機構・前掲注55)11頁以下〔橋本陽子〕参照。なお、博士号取得前後の者や外部資金（Drittmittel）によるプロジェクトとの関係を念頭に置いた有期雇用については、現在、旧大学大綱法（Hochschulrahmengesetz: HRG）57a条以下に代わり、学術有期契約法（Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft: WissZeitVG）が規律している。

57) Vgl. BT-Drucksache 14/4374, S.12 ff.

58) Vgl. auch *ibid.*, S.13 f. 同項2文は、客観的理由として、特に、「労務給付に対する経営上の需要が一時的にのみ存在する場合」（1号）、「労働者の接続雇用への移行を容易にするために、教育訓練または大学教育に引き続いて期限を付す場合」（2号）、「労働者が他の労働者の代替のために雇用される場合」（3号）、「労務給付の特性が期限を正当化する場合」（4号）、「試用のために期限を付す場合」（5号）、「労働者の個人的事情が期限を正当化する場合」（6号）、「労働者が、予算法上、有期雇用のために定められている予算から賃金を支払われ、かつ、それに応じて雇用される場合」（7号）、「期限が裁判上の和解に基づく場合」（8号）を列挙している。

59) EuGH, Urteil v. 26.1.2012 (Bianca Küçük/Land Nordrhein-Westfalen), NZA 2012, 135. 同判決についての邦語文献として、川田知子「判批」労旬1790号（2013年）

有期労働契約の合計期間や契約更新の総数を主要な考慮要素に、信義誠実の原則を定める一般条項 (BGB 242 条) を用いた濫用審査を行うに至っている⁶⁰⁾。このような連鎖期限の類型は、公勤務において多く問題となることが指摘されている⁶¹⁾。とりわけ、大規模行政部門においては、常に、休職等に際しての代替人員の需要等が生じるためである⁶²⁾。

他方、パート有期法は、上記規律に対する例外として、1996 年就業促進法の規定を承継する形で、最高 2 年まで (同期間内につき 3 回まで更新可)、労働契約に客観的理由なく期限を付すことを許容している (法 14 条 2 項 1 文)⁶³⁾。ただし、これも無制約に認められるわけではなく、同一の利用者との間に従前、有期または無期の労働関係が存在していた場合には、当該規定に基づき労働契約に期限を付すことは禁じられている (同項 2 文)⁶⁴⁾。

以上の労働契約の期限については、書面によることが効力要件となる (法 14 条 4 項)。

上記規定に抵触するなどして期限の定めが無効となる場合には、期限の

31 頁以下も参照。

- 60) たとえば、パート有期法 14 条 1 項 2 文 3 号との関係につき、BAGE 142, 308 (insb.322 ff., Rn.36 ff.), Urteil v. 18.7.2012、同 7 号との関係につき、BAG, Urteil v. 13.2.2013, NZA 2013, 777 (insb.781 f., Rn.36 ff.) 参照。3 号に関する事案につき、具体的基準を示す近時の例として、BAG, Urteil v. 26.10.2016, NZA 2017, 382 参照 (後述のパート有期法 14 条 2 項 1 文の規律を念頭に、8 年の合計期間または 12 回の更新あるいは 6 年の合計期間かつ 9 回の更新を目安として合計期間・更新回数に応じた段階的な判断を行うとする)。いずれも公勤務の事例である。
- 61) 従前からの連鎖期限に関する検討を含め、vgl. Ulrich Preis/Stefan Greiner, Befristungsrecht – Quo vadis?, Recht der Arbeit (RdA) 2010, S.148 ff. 特に、パート有期法 14 条 1 項 2 文 1 号、3 号および 7 号の類型に顕著とされる。
- 62) Vgl. Hans-Jürgen Dörner, Der befristete Arbeitsvertrag, 2. Aufl., 2011, Rn.321.
- 63) この更なる例外として、同項 3 文は、客観的理由のない有期労働契約の最高期間・更新限度について、労働協約により、同項 1 文と異なる定めを置くことを許容している。ただし、連邦労働裁判所は、これを無制約なものとはせず、基本法 12 条 1 項や EU 指令の要請等との関係で限界が生じるとしている (BAGE 143, 10 (15 ff., Rn.23 ff.), Urteil v. 15.8.2012. Dazu vgl. auch BAG, Urteil v. 26.10.2016, NZA 2017, 463 (6 年の合計期間かつ 9 回の更新を限度とする))。また、その他の客観的理由のない有期労働契約の利用可能性として、市場政策的な観点による企業設立後 4 年間における 4 年までの有期雇用 (パート有期法 14 条 2a 項)、高齢労働者の雇用機会の向上の観点による一定の 52 歳に達した者の 5 年までの有期雇用 (同条 3 項) がある。
- 64) この点、連邦労働裁判所は、法的安定性や信頼保護の観点から、消滅時効の規定 (BGB 195 条) を参照しつつ、3 年間のクーリング期間をもって、同禁止規定は妥当しなくなるとする一方 (BAGE 137, 275, Urteil v. 6.4.2011)、同禁止規定の潜脱に対する濫用審査の余地を認めている (BAGE 146, 371, Urteil v. 4.12.2013)。

定めのない労働契約が締結されたものとみなされる（法 16 条参照）⁶⁵⁾。

以上、公務被用者も含めた一般労働者に関する有期雇用法制をみてきた。その中では、労働法の基本原理を踏まえ、雇用保障の原則・例外関係が明確にされ、その展開においては、公務被用者の労働関係が中心的役割を担ってきている。

これに加えて、「非正規」公務員たる公務被用者には、公勤務者たることに鑑みた特別な規律が存在する。以下、順にみていくこととしよう。

(2) 公務被用者についての特別な規律①－労働協約

第一に、労働協約による特別な規律である。

かつて、公勤務における西側地域の職員（Angestellte）との関係では、連邦職員労働協約の「期間職員、限定された期間の職務のための職員および臨時補助職員に関する特別規定（Sonderregelungen für Zeitangestellte, Angestellte für Aufgaben von begrenzter Dauer und für Aushilfsangestellte: SR 2y BAT）」が有期労働契約に関する明文規定として重要な役割を担っていた⁶⁶⁾。判例法理によって有期労働契約規制がなされていた時代においても、同規定において、有期労働契約には、一般的な形で客観的理由が要求されるとともに⁶⁷⁾、許容される有期類型の定義上、一時的な労働需要⁶⁸⁾や人員の代替⁶⁹⁾が念頭に置かれるなど、公勤務における協約規定が、判例法理にも対

65) Dazu vgl. z.B. Gert-Albert Lipke, in: Etzel et al., a.a.O. (Anm.34), § 16 TzBfG Rn.1 ff. (法 14 条違反以外の場合に法 16 条を直接の根拠とできるかには争いがある。Lipke は肯定する)。期限の無効主張のための 3 週間の出訴期間等につき、法 17 条参照。期限が無効とならない限り、有期労働契約は、合意された期間の満了または目的の達成により終了するのが原則である（法 15 条 1 項、2 項）。もっとも、期間満了後または使用者が目的の達成を知った後も労働関係が継続している場合には、使用者が遅滞なく異議を述べるか、労働者に目的達成を通知しない限り、労働関係は無期に延長されたものとみなされる（同条 5 項）。その他、契約または労働協約によって、期間途中での通常解約告知の余地を定めることができるほか（同条 3 項。別途、非常解約告知（BGB 626 条）は可能である）、5 年を超える期間が設定される場合には、労働者は、5 年経過後に、6 か月の解約告知期間をもって解約告知を行うことができる（同条 4 項）。

66) 同規定の概要については、第 2 章注 84 掲記の各文献も参照。

67) 1 号 a) において「労働関係が、暦日により定められた期間の満了により終了する職員（期間職員）」と定義される類型が挙げられ、同号の覚書（Protokollnotitz）1 号において、同職員の採用には、客観的理由または当該職員の個人的事情が要求されている。

68) 1 号 b) において「限定された期間の職務のために採用され、かつ、当該労働関係が、一定の事象の発生または暦日により定められた期間の満了により終了する職員（限定された期間の職務のための職員）」と定義される類型が挙げられている。

69) 1 号 c) において「代替または一時的な補助のために採用される職員（臨時補助

応する形で有期類型を規律するとともに、協約上の類型化⁷⁰⁾によって、法的安定性・法的明確性に資するものとして機能していたのである⁷¹⁾。

もっとも、当該特別規定による類型化は、現行の協約規定である TVöD/TV-L 30 条には引き継がれておらず、現在では実務上、意義を有していないといわれている⁷²⁾。とりわけ、同条 1 項 1 文は、有期労働契約がパート有期法や他の労働契約の期限に関する法律上の規定に従って許容されるものであることを確認し、基本的には一般労働法の規律によることを明らかにしている。現在では、パート有期法が、かつての西側地域の職員のみならず、東側地域の職員や、すべての労務者 (Arbeiter) も含めて有期労働契約規制をカバーしており、すべての公務被用者の有期労働契約規制の下限は、基本的にパート有期法が画することとなっている⁷³⁾。

ただし、現行協約においても、なお特別な規律がなされている点に注意が必要である。

第一に、かつての SR 2y BAT との関係での特別な規律がある⁷⁴⁾。

現行の労働協約は、客観的理由を伴った暦日による有期労働契約について、契約ごとに 5 年の上限を設定し (TVöD/TV-L 30 条 2 項 1 文)、無期ポストの補充の際には、当該ポストの前提条件が満たされる場合に、客観的理由を伴う有期契約労働者を有利に考慮するものとするなど (同項 2 文)、個々の有期労働契約の長期化を阻止するとともに、その無期雇用への接続を図っている。また、客観的理由のない有期労働契約について、原則として 12 か月を下回らないことを要請しつつ、最低期間を 6 か月と定め (同条 3 項 1 文)、当該有期労働契約の満了前には、使用者に対して、無期または有期での継続雇用の可能性を検討するよう求めるなど (同項 2 文)、過度に短期の客観的理由のない有期労働契約の締結を許容せず、その雇用

職員)」と定義される類型が挙げられている。

70) 2 号は、いずれの協約上の類型によって採用されるかに関する契約上の合意等も要求していた。

71) Vgl. Peter Bader, in: Etzel et al., a.a.O. (Anm.34), Anhang TVöD: SR 2y BAT Rn.2 ff.

72) Jörg Bredemeier, in: ders. et al., a.a.O. (Anm.5), § 30 Rn.3, 31.

73) Vgl. *ibid.*, § 30 Rn.4 f.

74) 以下にみる TVöD/TV-L 30 条 2 項以下の適用対象は、西側協約地域の規定の適用下であり、かつ、その職務が、2005 年 1 月 1 日より前に職員の年金保障に服していた者に相当する者に限定されており (同条 1 項 2 文)、東側協約地域の職員に相当する者や、すべての労務者に相当する者には適用されない。

保障に向けた配慮もなされている⁷⁵⁾。

第二に、公務被用者に共通して適用される特別な規律がある。

現行の労働協約は、指導的地位に就く場合の特殊性に鑑みた規律⁷⁶⁾として、外部からの採用を念頭に、当該地位の付与に際しての試用を目的とした有期雇用 (TVöD/TV-L 31 条)⁷⁷⁾と単なる有期雇用 (同 32 条)⁷⁸⁾について定めている。この点、すでに当該使用者との労働関係が存在している者との関係で当該類型の利用が問題となる場合には、有期労働契約としてではなく、期限付の労働条件変更として扱われ、当該労働者には、期間中の賃金保障や期間満了後における従前の地位に応じた職務への復帰保障がなされるほか (同 31 条 3 項、32 条 3 項)、試用類型においては、能力の実証がなされた場合に、当該指導的地位の無期での付与についての請求権が認められている (同 31 条 3 項 4 文参照)⁷⁹⁾。

公務被用者の有期類型については、一般労働法による規律を基礎としつつ、労働協約を通じた特別な規律がなされている。そこでは、指導的地位に関する規律のほか、TVöD/TV-L 30 条 2 項や 3 項にみた雇用保障の強化

75) その他、同条 4 項が、客観的理由のある場合と客観的理由のない場合の双方につき試用期間 (前者 6 か月、後者 6 週間) を定め (1 文)、月末までの 2 週間の解約告知期間による試用期間内の解約告知を認めるほか (2 文)、同条 5 項が、試用期間の満了後につき、契約期間が最低 12 か月に達している場合に限り、期間途中での通常解約告知を認め (1 文)、反復更新される場合を含めた合計契約期間に応じた解約告知期間 (2 文) 等も定めている。

76) 官吏の場合につき、第 2 章第 3 節 1 (1)、2 (2) を参照。

77) 成績原理の要請が念頭に置かれ、指揮命令権能を伴う賃金グループ 10 以降 (専門単科大学または大学卒業相当) の職務を対象に (2 項)、2 年までの期限 (同期間に 2 回までの更新可) を許容する (1 項)。この類型については、能力の実証がなされた場合にも、契約上の合意がない限り、無期労働契約への移行に関する請求権は生じないとされている (Dazu vgl. Klaus Pawlak/Martin Lüderitz, Führung auf Probe und Führung auf Zeit im Tarifrecht des öffentlichen Dienstes, ZTR 2008, S.643 ff.)。

78) 一定期間にのみ配置されるポストが念頭に置かれ、指揮命令権能を伴う賃金グループ 10 以降の職務を対象に (2 項)、原則として 4 年までの期限が許容され (1 項 1 文)、さらに、賃金グループ 10-12 (専門単科大学卒業相当) においては合計 8 年まで (更新回数は最高 2 回)、賃金グループ 13 以降 (大学卒業相当) においては、合計 12 年までの更新 (更新回数は最高 3 回) が許容される (同 2 文) (Dazu vgl. *ibid.*, S.647 f. 当該規定が客観的理由のない期限に関する労働協約の開放条項として許容されるもしている (この点につき、本章注 63 も参照。他方、客観的理由のある期限として許容されるとするものとして、Bader, a.a.O. (Anm.71), § 32 TVöD Rn.3 f.))。

79) Dazu näher vgl. *ibid.*, S.645 ff., 648 ff. 官吏の場合 (第 2 章第 3 節 2 (2) を参照) とは異なって、32 条の類型が内部募集の場合にも許容されることについては、基本法に基づく終身原理に服する官吏との対置が強調されている (S.649)。

の側面など、公勤務者たる地位に鑑みた制度的観点との接合が一定程度図られている。ただし、パート有期法に従った客観的理由の範囲は、有期官吏の許容範囲に比して広範であるほか、客観的理由なく労働契約に期限を付す余地も許容されているなど、官吏ほどにまで、有期類型の利用可能性が厳格に制約されていない点に、基本法上の制度的要請に服する官吏の法制度との違いがある。

(3) 公務被用者についての特別な規律②－予算期限

パート有期法 14 条 1 項 2 文 7 号は、労働契約に期限を付すことを正当化する公務被用者に特殊な客観的理由として、「労働者が、予算法上、有期雇用のために定められている予算から賃金を支払われ、かつ、それに応じて雇用される場合」(予算期限 (Haushaltsbefristung) と呼ばれる) を挙げ、法文上、有期雇用の利用可能性を民間労働者に比して拡大している。

かねてから、予算との関係が労働契約の期限の正当化理由になるのかは問題とされていたが⁸⁰⁾、連邦労働裁判所は、予算年度による予算の時間的限定や予算の一般的な節減の要請、将来の予算の単なる不確実性では足りず、予算立法者 (Haushaltsgesetzgeber)、つまり議会が、人員にかかる予算につき、厳密にその一時性を確定している場合ないしその廃止を確定している場合などにその余地を限定するという立場であった⁸¹⁾。

立法趣旨によれば、パート有期法 14 条 1 項 2 文 7 号は、一定の研究プロジェクトのための一定期間の予算との関連における有期雇用に念頭に置いたものとされていたが⁸²⁾、条文の文言⁸³⁾のみをみれば、予算の定めさえ

80) Vgl. BAG, Urteil v. 5.5.1961, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr.17.

81) Vgl. z.B. BAGE 32, 85, Urteil v. 29.8.1979; 55, 1, Urteil v 16.1.1987.

82) BT-Drucksache 14/4374, S.19.

83) 同号の文言は、学術・芸術等への従事者との労働契約の期限を正当化する客観的理由として、「当該従事者が、予算法上、有期雇用のために定められている予算から賃金を支払われ、かつ、それに応じて雇用される場合」を挙げた旧大学大綱法 (1985 年改正時のもの (BGBl. I S.1065)) 57b 条 2 項 2 号の文言を承継した形となっている。旧大学大綱法 57b 条 2 項 2 号につき、予算を理由とした期限の許容性の緩和が意図されたことを指摘していたものとして、vgl. BAG, Urteil v. 24.1.1996, NZA 1996, 1036 (1037)。ただし、同判決は、同規定に基づく予算期限のための予算法上の規定につき、予算立法者によって、一定の雇用に限定した予算利用の指示を伴う形で、検証可能な目的設定が具体的に定められていることを要求していた。また、同規定との関係で、予算と一定期間の職務の間の認識可能な対応の必要性も指摘していたものとして、vgl. BVerfGE 94, 268 (288), Beschluss v. 24.4.1996.

あれば労働契約の期限が正当化される、と理解することもできたため、同号については、公勤務の特権化を招来するなど多くの批判がなされた⁸⁴⁾。民間部門との対比における公的使用者の特権化、つまり、公務被用者の雇用保障の後退が問題となったのである。

これに対して、連邦労働裁判所は、予算期限の許容性を、検証可能な目的設定が具体的に定められている予算からの賃金支払いがなされること、当該予算が一定期間の職務について予定されていること、主として当該予算の目的設定に応じて有期雇用される労働者が用いられること、といった要件が満たされる場合に限定する解釈を示した⁸⁵⁾。

その理由においては、文言の解釈や立法経緯についての言及がなされたほか、基本法 12 条 1 項との関係では、委ねられる職務の期間や内容と独立して有期労働契約が常に正当化されるとすることは、憲法上の過少保護禁止 (Untermaßverbot) に反し、基本権の保護義務機能と相容れず、「公勤務の領域において、立法者によって社会政策上望まれた雇用形態としての期限の定めのない労働関係の浸食という帰結をもたらす」ということが⁸⁶⁾、EU 指令との関係では、当該予算に関する諸規定には、それ自体に、有期労働契約においてなされるべき性質の職務であること等の内容的諸条件が含まれることを要し、公勤務たることの特殊性自体では、有期労働契約の締結を正当化できないことなどが指摘された⁸⁷⁾。

公務被用者の雇用保障を後退させることが懸念された予算期限の許容性は、限定的に理解されるに至っている。その根底には、労働者の雇用保障について通底する基本法 12 条 1 項に由来した存続保護の理念や EU 指令

84) Z.B. Ulrich Preis/Michael Gotthardt, Neuregelung der Teilzeitarbeit und befristeten Arbeitsverhältnisse, Der Betrieb (DB) 2000, S.2071 f.; Wolfgang Hromadka, Befristete und bedingte Arbeitsverhältnisse neu geregelt, Betriebs-Berater (BB) 2001, S.625.

85) BAGE 120, 42 (44 ff., Rn.11 ff.), Urteil v. 18.10.2006.

86) Ibid., S.46 f., Rn.17 ff.

87) Ibid., S.47 ff., Rn.20 ff. このほか、連邦労働裁判所は、連邦雇用庁による予算期限の利用が問題となった事案において、公的使用者が議会の直接的な民主主義的正統化を経ることなく、独自の判断で予算期限を用いる可能性を否定している (Vgl. BAGE 137, 178, Urteil v. 9.3.2011)。また、休職等によって定員内ポストから生じた予算を利用した有期雇用を念頭に置く規定に基づいた予算期限の許容性につき、vgl. BAGE 121, 236, Urteil v. 14.2.2007. 同判決は、一時的な労働需要 (パート有期法 14 条 1 項 2 文 1 号) や人員の代替需要 (同 3 号) の場合との関連を踏まえたうえで、その許容性を肯定しているが、それに対しては、両規定の要件の緩和となることと関係した批判がある (Vgl. Preis/Greiner, a.a.O. (Anm.61), S.155 ff.)。

にも由来する有期労働契約の濫用防止の考え方があり、労働法的観点公勤務者たる公務被用者の雇用保障の後退に対する制約作用を有している。予算との関係は、公勤務における特殊性として勘案されつつも、それが雇用保障との関係において当然に優位するものとは考えられず、雇用保障体系の枠組内で捉えられることによって、双方の調整が図られているのである。

3 「非正規」公務員たる公務被用者の雇用保障

「非正規」公務員たる公務被用者には、パート有期法を典型とした一般労働法による雇用保障を基礎としつつ、公勤務者としての特殊性に照らし、労働協約等を通じた一定の特別な規律がなされている。

ただし、パートタイム採用が可能であるほか、有期労働契約の利用可能性も有期の官吏ほどには制約されていないなど、基本法の基本理念の下、制度的要請が強く妥当する官吏の「非正規」類型の許容性とはその程度に差があり、このことが、ドイツにおける非正規公務労働関係が主に公務被用者において展開していることの要因となっている。

また、一般労働法における有期労働契約規制は、公務被用者を中心に展開し、近時、連邦労働裁判所が展開する濫用規制の観点も、主として公勤務での運用が念頭に置かれている。このことは、ドイツにおける非正規「労働者」の雇用保障については、公勤務者たる公務被用者の雇用環境が一定の役割を担ってきたことを意味する。このような点は、従前、有期労働契約規制について重要な役割を担ってきた労働協約規定が、パート有期法の立法によって、かつてほどの意義を有しなくなっていることにも表れている。

さらに、公勤務の特殊性が雇用保障の後退との関係で問題となる局面においては、予算期限をめぐる判例の展開にもみたように、その特殊性は労働法の解釈枠組において把握され、労働法的観点が雇用保障の後退に対する制約作用を有している。

このように、ドイツにおける「非正規」公務員関係は、公務被用者を中心に、公勤務者としての特殊性も踏まえつつ、一般労働法との相互作用の中で展開してきたものと整理できる。

第4節 小括

官吏に対する制度的保障の射程自体が及ぶことはない公務被用者の法的地位は、基本的に一般労働法や労働協約によって規律され、公勤務者としての特殊性もその枠組内で実現可能と考えられている⁸⁸⁾。とりわけ、公勤務者たる側面に鑑みた義務の要請は、労働契約の付随義務の観点において把握され、その具体的程度は、担う機能、地位・職務に着目のうえ、官吏のものとは基本的に一定の距離を置いて理解されている。

この点は、雇用保障についても同様であり、終身任用と法定の身分保障が相まった官吏の雇用保障そのものを公務被用者は享受しない。しかし、そのことは雇用保障の喪失を意味せず、公務被用者の雇用保障は、労働法の展開・発展の中で、一般労働法（解雇制限法やパート労働法など）による規律を基礎とし、それによって下限が形成されるとともに、部分的には、労働協約を通じて、公勤務者としての地位に鑑みた雇用保障の強化が実現されている。

他方で、公勤務の特殊性に鑑みた雇用保障の後退の側面も存在する。しかし、そこでは、公勤務の特殊性が作用すること、それ自体は肯定されつつも、それを雇用保障体系の枠組内で捉えることによって、労働法による雇用保障が機能しており、双方の調整が図られていることに留意する必要がある。

88) 公務被用者に関する法が官吏法に準拠する側面があるとしても、それは、基本法33条5項を理由としてではなく、社会国家的観点ないし行政における勤務の特殊性に由来するものであることを指摘するものとして、Philip Kunig, *Das Recht des öffentlichen Dienstes*, in: Friedrich Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2013, Rn.40.

第4章 「統一的」公勤務法と公務従事者の法的地位

ドイツ公勤務者においては、一方には、安定的・中立的行政の確保のための独立性・中立性の保障という基本理念が貫徹される官吏に対する規律が、もう一方には、その射程自体が及ぶことはないものの、一般労働者に対する規律を基礎とし、それによって下限が画されるとともに、公勤務者たる側面に応じた特殊性の考慮がなされる公務被用者に対する規律が展開している。両者の区分に関しては、特殊な規律を肯定するに足る特殊な機能を担うか否かという観点が主たる正当化根拠とされてきた。

このように、ドイツ公勤務においては、基本法の基本理念の体现者として、制度的観点が貫徹し、特殊な規律に服する官吏の法的地位を基軸に、それ自体の射程外においても、一般労働法との相互関係の中で公務被用者の法的地位が形成されている。以上の二つの側面における関係性の理解から日本法への示唆を導くことも可能であると思われるが、なお立ち入った検討を要すると考えられる。

というのも、序章で述べたように、日本においては、少なくとも裁判例において、公務員と労働者の法的地位の排他的理解を前提に、公務員に対する労働法的保護法理の作用に対して否定的な姿勢がとられる傾向にあり(雇止め法理の適用否定が典型である)、法的地位における相互的関連性を語るにあたっては、なお慎重を要するためである。

以下では、ドイツにおいて生じた「統一的」公勤務法の議論を題材として、その中で公務従事者¹⁾の法的地位がいかに位置付けられたかにつき、基本的地位の考え方やその雇用保障の在り方に重点を置きつつ整理し、制度的側面と労働者的側面の相互的関連性の検討をより進めることとする。

第1節 「統一的」公勤務法に関する議論の背景

検討に先立って、「統一的」公勤務法の議論が生じた背景を確認しておく。一例として、かねてより Menzel は、公勤務における法と現実の乖離を

1) 「公勤務者」としないのは、これまでの叙述において、それぞれ独立した概念である官吏と公務被用者の上位概念として「公勤務者」を用いてきたこととの関係で、本章で問題とする統一的な公勤務従事者概念との混同を避けるためである。

指摘していた²⁾。Menzelは、官吏任用につき要求される高権的任務の概念³⁾（当時の連邦官吏法4条1号（現行5条1号）参照）について、侵害行政との関係での正当性は認めつつも、当時多くの官吏を擁していた交通関連事業に疑問を呈し、そこでは技術的職務に従事する官吏が存在することを例に挙げ、それは高権的でないことはもとより、官吏任用に国家や公共生活の安全の観点が必要とされる場合（当時の連邦官吏法4条2号（現行5条2号）参照）にも当たらないとし、経済行政や社会行政、学校教師・大学教員の職務についても、その高権性を疑問視した⁴⁾。また、国家や公共生活の安全との関係で官吏任用を許容する上記規定との関係では、官吏と非官吏との間に差異を設ける理由はなく、職員（Angestellte）を差別する官吏の特権化であるとも批判している⁵⁾。そのうえで、Menzelは、一方では、高権を行使しない官吏が、他方では、官吏機能を有する非官吏が存在し、官吏と職員が従事する職務の間に差異が存しない場合があることを指摘する⁶⁾。

以上のような理解の下、Menzelは、官吏と職員に、同等の、ないし相互に密接に関連しあう職務遂行を可能とすべく、双方には同化が生じているとの認識を示しつつも⁷⁾、なお両者の間には、職務遂行の概念の差異（官吏の「勤務（Dienst）」と労働契約の履行の対比）、給与に関する差異（扶養原理を前提とした俸給法による一方的決定と労務対償性を前提とした労働協約に基づく交渉による決定との対比）、ストライキの可否、義務違反の帰結の差異（懲戒処分手続と解約告知手続の対比）、裁判管轄の差異（行政裁判所と労働裁判所の対比）などの身分に起因した差異が存在すること

2) Eberhard Menzel, Die strukturelle Desorganisation des öffentlichen Dienstes in der Bundesrepublik, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1969, S.513 ff.

3) 高権性の概念をめぐる議論については、第1章第3節参照。

4) Menzel, a.a.O. (Anm.2), S.514.

5) Ibid., S.514 f.

6) Ibid., S.516 f. 連邦憲法裁判所も、かねてから、官吏が、基本法33条4項に応じて従事する必要のある職務のみならず、職員（Angestellte）によって遂行可能なところでも多く用いられていることを認めている（BVerfGE 44, 249 (262), Beschl. v. 30.3.1977）。この点に関しては、第1章第3節3でもみたように、基本法自体は、官吏に非高権的権能を委ねることを否定しておらず（ただし、協約自治・争議権との関係につき、第2章第1節2(1)参照）、また、一時的・例外的に非官吏に高権的権能を委ねる余地を認めていることにも留意する必要がある。

7) Menzel, a.a.O. (Anm.2), S.517. 特に、地位の保持（官吏の終身任用と非官吏の法律上の解雇制限・協約上の規律）や老齢保障（官吏の恩給と非官吏の年金）の近似化が指摘されている（S.519）。この点については、第1章第4節も参照。

を問題視した⁸⁾。

このように、一方では、官吏と非官吏の区分が前提とする、その担う機能・職務の境界の曖昧化、他方では、両者の身分に起因した多くの差異という観点から「複線型」公務員制度は否定的に捉えられ、統一的な公勤務法の必要性が説かれたのである⁹⁾。

第2節 1973年公勤務法改革調査会報告

1 報告の基本理念

このような状況の中、1970年には、公勤務法改革調査会 (Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts) が発足し、1973年に報告書が取りまとめられている¹⁰⁾。

その基本理念は、全体国家またはテクノクラートの観点においては、公務従事者は、効果的な任務遂行の目的の実現のための道具としてのみ、つまり、その利益が全体利益に従属するものとみなされてしまうかもしれないという点を指摘しつつ、基本法は、自由と人間の尊厳の保護を最上級の目的として認めており、一定の中核領域を除いて、公的利益と私的利益は、基本的には同等の序列にあることから、双方は、利益調整のために、具体的場合に即して利益衡量がなされなければならない、とするところにある¹¹⁾。

そして、およそすべての国家活動の領域においては、實際上、官吏と労働者身分の者のいずれもが従事しているとの認識を念頭に¹²⁾、官吏と非官吏の区分が従来基礎に置いてきた高権的－非高権的という機能的区分は、公的任務の展開によって時代遅れのものとなり、また有用でもないという

8) Ibid., S.517 ff. その他、官吏の宣誓 (Eid) と職員の誓約 (Gelöbniß) の対置が挙げられている。

9) Ibid., S.522 ff.

10) 同報告に関する邦語文献として、塩野宏「西ドイツ公勤務法の改革問題」(初出: 1972年)、「西ドイツ公勤務法調査会の報告書に接して」(初出: 1973年) 同『行政組織法の諸問題』(有斐閣、1991年) 284頁以下、302頁以下、渡辺章「西独『公勤務法改革検討委員会報告書』」日本労働協会雑誌 177号 (1973年) 62頁以下、初山錚吾「ドイツ公勤務者のストライキ－最近の議論の状況と 1973年報告書－」日本労働協会雑誌 198号 (1975年) 29頁以下参照。

11) Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bericht der Kommission, 1973, Rn.148.

12) Ibid., Rn.94.

認識の下、すべての公務従事者の法律関係を包括する、統一的な公勤務法の確立が説かれた¹³⁾。

2 規律形式における見解の相違とその意義

調査会では、統一的公勤務法につき、いかなる規律形式を採用するかという点に関して一致をみることができなかった。

一方では、すべての公務従事者の勤務法は法律によって規律すべきとする法律モデル (Gesetz-Modell) (10名の委員が支持)¹⁴⁾、他方では、給与その他の反対給付の要素 (給与体系、勤務評価システム、給与額、その他財産的給付、休暇、労働時間等) は労働協約によって、それ以外の部分は法律によって規律すべきとする法律・協約モデル (Gesetz-/Tarif-Modell) (9名の委員が支持) が主張されたのである¹⁵⁾。

法律モデルが基調とするのは、民主主義的・社会的法治国家において、公勤務法の規律は基本的には立法権に留保される必要があり、非党派的で信頼性のある行政を確保するにあたっては、利益闘争を生じうる協約自治ではなく、立法者による統一的規律が最も適し、そのことは公勤務法における利益調整についても同様に妥当するという考えであり、公勤務との関係における議会の意義を重視するとともに、その利益調整能力の高い評価に基づいている¹⁶⁾。このことを前提に、争議権についても否定的な態度がとられている¹⁷⁾。

以上の前提の下、法律モデルは、公務従事者の勤務関係を原則として行政行為によって根拠付けられる公法上の勤務関係とする¹⁸⁾。もっとも、人事行政に不可欠な流動性を考慮して、有期や通常の労働時間の半分未満の勤務関係等に関しては、行政法上の契約による根拠付けが可能としている¹⁹⁾。協約自治を否定的に評価し、基本的には、すべて法律によって規律

13) Ibid., Rn.227 ff.

14) Ibid., Rn.882 ff.

15) Ibid., Rn.914 ff.

16) Ibid., Rn.884 ff.

17) Ibid., Rn.891 ff. そこでは、後述の法的地位の保障との均衡も指摘されている。ただし、法律モデルにおいても、労働組合の上部組織の関与権は拡大・強化すべきとされている (Rn.897 ff.)。

18) Ibid. Rn.908 f.

19) Ibid. Rn.910. 法律事項の例としては、契約当事者の一般的権利義務、義務違反の法効果、行政裁判所による権利保護、勤務関係の種類、標準的期間および終了

すべきとする同モデルにおいても、有期やパートタイム等との関係での公勤務における柔軟性の考慮は、契約関係という性質決定によって実現されると考えられたのである²⁰⁾。

これに対して、法律・協約モデルは、公勤務の特殊性から、公務従事者の職務遂行に直接関わる部分についての法律による規律を承認しつつも、協約自治・争議権の意義を肯定的に評価し、それらは公勤務全体につき承認されるべきとする²¹⁾ (ただし、争議権の行使については、職務の性質に応じた限界設定の余地を認めている²²⁾)。このため、同モデルは、官吏関係の法律による規律を要求する基本法 33 条 5 項の改正の必要を認めている²³⁾。

以上の前提の下、法律・協約モデルは、すべての公務従事者の勤務関係は、契約によって根拠付けられるとする²⁴⁾。ここで注目すべきは、同モデルが、勤務関係の具体的内容や規律形式の問題と勤務関係の根拠付けの法的性質の問題は何のかかわりも無いとして、規律形式から勤務関係を基本的に行政行為によって根拠付けられるものとする法律モデルと一線を画している点である²⁵⁾。そこでは、官吏の任命が自発的意思に基づく協力を要する行為であることを踏まえ、労働者と同様、私的自治を前提としていることが指摘されている²⁶⁾。この点は、勤務関係を法律による規律の下に置

事由、給与体系、老齢保障、法規命令によるモデル契約の確定権限を、契約事項の例としては、具体的勤務関係の期間、個々の公務従事者の機能、通常の労働時間からの相違、老齢保障に関する特別規律、法律が許容する場合における委ねられる機能の特性に応じた更なる個別合意の余地を挙げている (Rn.911 f.)。

- 20) なお、法律モデルは、すべて行政法の観点によって規律することになることを踏まえつつ、基本法の改正を要しないとしている (Ibid., Rn.906 f., 913)。これに対して、法律・協約モデルからは、非官吏には協約自治が妥当していることを前提に、一律に協約自治を否定し、給与その他の反対給付につき、すべて法律上の規律によることは基本法 9 条 3 項に反する、との批判がなされている (Rn.949 ff.)。
- 21) Ibid., Rn.922 ff. なお、法律事項に関しては、争議行為の余地が否定される一方 (Rn.916)、労働組合の上部組織の関与権の拡大・強化が説かれている (Rn.924 ff.)。
- 22) Ibid., Rn.917 ff., 970 ff. その具体例として、身体・生命・健康の保護、刑法違反に対する保護、外国からの侵害に対する国家の保護、憲法適合的秩序の保護、最上級憲法機関の機能能力の保護が挙げられ、それに応じた基本法改正等が念頭に置かれている。
- 23) Ibid., Rn.976.
- 24) Ibid., Rn.981.
- 25) Ibid., Rn.982, S.374 Fn.83.
- 26) Ibid., Rn.983 f.

くこと、ないし、公勤務における協約自治の承認の問題と勤務関係の性質決定の問題が一義的な関連性を有しないことを指摘するものといえよう。

また、同モデルは、勤務関係を根拠付ける契約が公法上の性質か私法上の性質かという問題は、裁判管轄の問題となるに過ぎないとしている²⁷⁾。この点、裁判管轄については、いずれのモデルを採用するかにかかわらず、行政裁判所とすることで一致していたところである²⁸⁾。

このように、公勤務における労働条件決定システムをいかに構築するか、ひいては、協約自治・争議権を承認するか否か、また勤務関係の法的性質をいかに捉えるかにつき、調査会は一致しなかった。

これに対して、いかなる観点から公務従事者としての特殊な義務を課するか、また、いかに公務従事者の雇用保障を構築するかという点については一致があった。次にこの点を見ていくこととしよう。

3 義務および雇用保障における意見の一致

(1) 統一的制度における義務の理解

公務従事者の義務は、公共の利益と公務従事者の利益の適切な調整という見地に立ちつつ、従前の官吏の義務に合わせ²⁹⁾、義務違反に対しては、公勤務の機能能力保持と特別な手続の保障を通じた公務従事者の保護の双方の観点から、従前の官吏の懲戒法に合わせた規律を服務規律法(Dienstordnungsrecht)によって行うとされた³⁰⁾。もともと、すべての者が同等の義務を負うとは考えられておらず、それは担う機能に応じて理解され、また、義務は孤立したものではなく、公勤務法の他の規律との関連で捉える必要があり、権利と均衡のとれたものでなければならぬとされている³¹⁾。

(2) 統一的制度における雇用保障

勤務関係の原則は、一方では、公的任務の遂行の安定性・信頼性や長期

27) Ibid., Rn.985.

28) Ibid., Rn.350 ff.

29) Ibid., Rn.301 ff.

30) Ibid., Rn.315 ff. ここでは、相当性等の観点を踏まえ、段階的な処分を可能とすることの有用性も指摘されている。

31) Ibid., Rn.305, 307, 311.

的・体系的な人事計画の前提条件の確保といった制度的観点、他方では、継続的な生活関係の形成という公務従事者の個人的利益の観点の双方を考慮のうえ、有期との対比における「継続的勤務関係 (Dauerdienstverhältnis)」であることが確認されている³²⁾。

そのうえで、調査会は、「存続保護 (Bestandsschutz)」の文言を用い、試用期間における能力の実証を前提に、5年の雇用期間経過かつ30歳に達した後は、裁判所の判断を介した有責かつ重大な義務違反行為を理由とする勤務関係の終了や勤務不能を理由とした退職者身分への移行がなされる場合を除き³³⁾、その地位が「使用者による勤務関係の基本的な解消不能 (Unlösbarkeit)」の下で保障されるとした³⁴⁾。

その根拠は、職業官吏制度の伝統的諸原則からではなく、公勤務の機能的観点と個々の公務従事者に対する考慮の双方から導かれている。特に、そこでは、公務従事者の独立性を保障することで、免職の恐怖から生じる影響から公務従事者を解放し、民間労働者とは区別される公務従事者としての職責ないし公共の福祉を志向した職務遂行を確保するという観点(義務を課すことや義務違反に対する制裁のみでは不十分であるとしている)、経済的生活基盤の確保を通じ、公勤務の職業としての魅力性を高めるという観点、また、一般的な社会政策的見地から、従属的地位にある公務従事者を免職に対して保護するという観点が挙げられている³⁵⁾。

また、これに加えて、存続保護の開始までの期間における公務従事者の雇用保障については、あらゆる労働生活に妥当する、一般的な解雇制限に関する法に応じた規律によるとされている³⁶⁾。

公務従事者の統一的な法定雇用保障システムの形成に際して、公勤務法

32) Ibid., Rn.238.

33) その他の終了原因としては、双方の合意のほか、行為能力・国籍の喪失や一定の故意の犯罪行為に関する有罪判決の確定による法律に基づく終了などが挙げられている (vgl. *ibid.*, Rn.280 ff.)。

34) Ibid., Rn.253 f., 272 ff. その検討にあたっては、官吏法と公勤務における労働協約の双方の規律が踏まえられたほか、「存続保護」を公勤務の特徴とし、あらゆる労働生活に妥当する解雇制限とは区別しつつも、公勤務外での存続保護の萌芽として、民間の労働協約における一定年齢以上の労働者についての重大な理由による解約告知への限定や事業所組織法 (Betriebsverfassungsgesetz) による継続雇用の要請についても触れられるなど、公務従事者と民間労働者双方の雇用保障制度に着目している (Rn.257 f.)。

35) Ibid., Rn.259 ff.

36) Ibid., Rn.255, 257, 289.

たることないし制度的な雇用保障の観点と労働法的な雇用保障の観点は、労働法が雇用保障を形成する一般法であるとの認識の下、排他的・二者択一的には捉えられず、労働法の規律が公務従事者の雇用保障の下限を形成することが前提とされた。

これに対して、継続的勤務関係に対する例外たる有期の勤務関係については、一方では、業務の特殊性（一定期間の公的プロジェクト）や人員コントロールの必要性（一時的な人員不足や季節労働等への対応）の観点、他方では、公務従事者側における一定期間のみの拘束への利益の観点による柔軟性の要請を考慮し、その必要性が認められつつも、その例外的性格から、職務遂行または公務従事者の利益がそれを必要とする場合に限って許容すべきとされ、継続的勤務関係と結びつく存続保護の回避を防止する観点から、その期間は基本的に5年を超えてはならないとされた³⁷⁾。また、当時、官吏では女性や一部の撤回権留保付官吏の時短勤務のみが認められていたパートタイムについては、一方では、職務の性質ないし一定時間のみの労働力の必要性の観点、他方では、家事負担や母親たることに伴う女性への配慮を特に示しつつも、フルタイム勤務が困難な場合という一般的な公務従事者側の事情の考慮から、一般的に許容すべきとされている³⁸⁾。

第3節 2003年「公勤務の将来 - 将来の公勤務」報告

1 1973年公勤務法改革調査会報告以後の経過

1973年の公勤務法改革調査会の提案は成就しなかった。その要因としては、財源不足、諸利益団体の抵抗、ならびに、公勤務の特権や昇進ポストの過度な増加、成績原理の不徹底に対する世論の批判の増大があったことが指摘されている³⁹⁾。その後、公勤務の改革議論は鳴りを潜め、1970年代における公勤務の質的・量的な拡大は従来 of 構造の中で進み、公勤務者の給与と年金の増大による財政負担を招来したが、それが問題とされたのは1990年代に入ってからのことであり、以後、年金改革などの変化が生

37) Ibid., Rn.240. その他の雇用保障の例外として、試用、教育訓練のほか、政治的官吏の制度が挙げられている (Rn.242 f., 291 f., 296 ff.)。

38) Ibid., Rn.244 ff.

39) Vgl. Joachim Jens Hesse/Thomas Ellwein, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl., 2012, S.479.

じた⁴⁰⁾。そのような中、提案されたのが、ノルトライン・ヴェストファーレン州政府の主導によってなされた、2003年の「公勤務の将来 - 将来の公勤務 (Zukunft des öffentlichen Dienstes - öffentlicher Dienst der Zukunft)」報告である⁴¹⁾。

2 2003年「公勤務の将来 - 将来の公勤務」報告の概要

(1) 報告の基本理念

同報告においても、官吏法と公勤務労働法という公勤務法の二分によって、構造的に、公勤務者には不合理な不平等取扱いが生じているとの認識が共有され⁴²⁾、当時、非官吏が公勤務者全体の3分の2を超えて従事していたこと、高権的任務を伴う古典的領域（警察、消防、司法や財務行政）を除いて、官吏と非官吏の機能的な境界付けはほとんど可能でなく、実務上、両者は、しばしば同一の機能・職務を担っていることが指摘されている⁴³⁾。

同報告に特徴的であるのは、当時の官吏法と公勤務労働法（特に労働協約による規律）双方について、両者の相互的な同化傾向を前提としつつ、柔軟性を欠くものとして否定的に評価したうえ⁴⁴⁾、より柔軟性のある公勤務法の構築という観点から、「複線型」を廃止し、一般労働法に合わせた統一的公勤務法を提案している点である⁴⁵⁾。このように、同報告は、公勤務法の柔軟化の意義を問うものでもあった。

(2) 公務従事者の法的地位の基本的な考え方

同報告は、先にみた1973年報告の法律・協約モデルと同様の立場をとり、公務従事者の基本的地位（契約の成立（公募義務、採用要件・手続、試用期間）、義務の範囲、転任・出向、兼業、終了事由）は法律によって、反

40) Vgl. *ibid.*, S.479 f.

41) 同報告に触れる邦語文献として、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) 27 頁以下参照。

42) *Zukunft des öffentlichen Dienstes - öffentlicher Dienst der Zukunft: Bericht der von der Landesregierung Nordrhein-Westfalen eingesetzten Kommission, 2003, S.44.*

43) *Ibid.*, S.46 f.

44) *Ibid.*, S.45, 48 ff. 非官吏の能力不足等を理由とする解約告知が実務上は機能しておらず、官吏と非官吏の雇用保障は、實際上、ほとんど異なることも指摘している。

45) *Ibid.*, S.143 ff.

対給付の要素を持つ事項（成果給的な部分を含む給与体系、付随的給付を含む給与額、休暇、労働時間等）は労働協約によって規律すべきとした⁴⁶⁾。これに応じて、同報告は、争議権も基本的には認めているが、高権行政や生活配慮の中核領域においては、法律によって、その行使につき、合理的に必要な制約を課す余地を認めている⁴⁷⁾。また、統一的な公務従事者の地位の根拠は、すべて私法上の法律関係、労働契約にあり、官吏関係を公法上の勤務関係とする基本法 33 条 4 項の改正が必要かつ有意義であるとしている⁴⁸⁾。

加えて、同報告は、上記の法律関係の理解を前提としつつ、EU 域内の労働者の自由移動に関する欧州司法裁判所の判例を踏まえ、一定の高権的職務（外交、財務・関税行政、災害救助・消防を含めた対内的・対外的安全、司法、連邦・州の最上級官庁における指導的機能）を担う者については、その独立性の保障の観点から追加的に特別な権利義務・雇用保障を定める必要を認め、これを「新たな意味における官吏（Beamte im neuen Sinne）」と称している⁴⁹⁾。この「新たな意味における官吏」は、非高権的職務に従事する間は、特別な地位が停止するとされるなど⁵⁰⁾、特殊な規律と職務との関連性がより強く意識されている。

（3）統一的制度における義務の理解

同報告は、公務従事者には、一般労働法に依拠して規律可能な一般的義務が妥当するほか、公勤務法によって、すべての公務従事者につき機能に応じた特別な忠誠義務や政治的中立義務・自制義務などが定められるべきとし、「新たな意味における官吏」には、これに加えて、機能に応じたより広範な義務が課されるとした（たとえば、勤務外での態度・行動に關す

46) Ibid., S.144 f. 労働協約との関係では、同報告の予定する公勤務法と対立する旧協約規定を失効させることが示唆されるほか（後述の雇用保障の考え方との関係で、当時の SR 2y BAT が例示されている）、給与規律の簡素化等、その柔軟化に向けた要請がなされている（S.156 f.）。

47) Ibid., S.145, 166 f.

48) Ibid., S.145, 149 f., 163 f. 仮に改正ができない場合にも、官吏関係は高権性を不可避に伴う場合にのみあるべきとするが、高権性の限定的な解釈による対応は、これまで実現されてきていないことを理由に、基本法の改正による対応を重視している。

49) Ibid., S.146, 147 f.

50) Ibid., S.148.

る義務や官吏的な宣誓 (Diensteid) ないし旧職員的な誓約 (Gelöbnis))。ただし、公務従事者として特殊な義務を負うことは、契約という性質決定と相容れないのではなく、それは担う機能に応じて理解されるもので、義務違反についても、身分による差異は設けず、義務違反の内容と担う職務、公職に就く適性との関係で判断されるとしている⁵¹⁾。

(4) 統一的制度における雇用保障

法定の雇用保障について、同報告は、有期での試用期間 (2 - 3 年程度) の後、期間の定めのない勤務関係となることを原則とし、その他の点では、民間と同様の解雇法の諸原則ないし解雇制限に関する法が妥当するとしている⁵²⁾。このため、原則として、労働者の個性に起因する理由、行動に起因する理由、経営上の理由いずれによる解約告知も可能とされた⁵³⁾。

他方、「新たな意味における官吏」との関係では、義務との相関における特別な保護の観点から、特別規定によって、経営上の理由による解約告知は排除されるべきとされ、その解雇手続には、裁判所の判決による適法性の確認を通じた公正性の担保が予定されたほか、帰責性のない勤務不能については、使用者加入の保険による独自の扶助制度によるとされるなど⁵⁴⁾、通常の公務従事者とは区別された制度的観点への配慮がなされている。また、裁判管轄は、和解による処理の肯定的理解等を念頭に、類型を問わず、労働裁判所とされた⁵⁵⁾。

このように、「新たな意味における官吏」との関係も含め、公務従事者の法定の雇用保障は、労働法が雇用保障を形成する一般法であるとの認識の下、労働界の原則形態たる労働法による規律をもって足り、一定の職務における特殊性の考慮は、それに対する追加的な規律で実現可能と考えられた。このような労働法的規律の観点は、非正規類型との関係でも共通し

51) Ibid., S. 146, 150, 151 f. 兼業については、一般労働法に依拠し、利益衝突防止のための届出義務を前提に、基本的に許容される方向性が示されている (S.153 f.)。

52) Ibid., S.146, 150 f., 154 ff. 「新たな意味における官吏」となるための試用期間については、他の公務従事者よりも長期とする余地を認め、また、独立性の保障のため、能力の実証の観点を重視した特別な保護の要請が働くとしている。

53) Ibid., S.154.

54) Ibid., S.154 ff. なお、能力不足を理由とする解約告知は、国家の安定性や中立性を害することにはならないことを理由に許容されるとしている (S.166)。

55) Ibid., S.156, 168.

ており、同報告では、とりわけパートタイムにつき、パート有期法の規律によることが念頭に置かれている⁵⁶⁾。

(5) 基本法との関係

上記の観点の実現のため、同報告は、基本法 33 条 5 項の削除と同条 4 項の「公行政のすべての被用者の法律関係は、統一的労働法の枠組みにおいて形成しなければならない。高権的任務の遂行を必要とする限りにおいて、当該任務を委ねられる者が、当該任務を実効的かつ非党派的に遂行できるように、法律によって保障しなければならない。」との文言への改正を提案しており⁵⁷⁾、労働法的規律を基礎としつつ、必要に応じて特別な追加的規律を課すという考え方を改めて明らかにしている。

このように、同報告においては、官吏関係を公法関係と性質決定し、職業官吏制度に関する制度的保障を定めた基本法の規定は、公勤務法の柔軟化に向けた改革を阻害するものと捉えられた。他方で、基本法 33 条 2 項(成績原理)については、情実人事の抑止や最良選抜 (Bestenauslese) の要請といった観点から意義が認められ、改正を要しないとされている⁵⁸⁾。

第 4 節 小括

ドイツにおいては、長らく官吏と公務被用者の身分的な区分につき疑問が呈されてきた。その背景には、「複線型」公務員制度を定める基本法の規定との関係で生じる帰結に対する否定的評価がある。そのような中で、「統一的」公勤務法の確立が模索されてきた。

1973 年報告では、公務従事者は、国家の単なる「道具」とはされず、個々人の利害関係も明確に検討課題の中に位置付けられた。そこには、公務従事者における制度的観点と個人的利益の観点、ひいては労働者の観点は、一方が当然に優位するものではなく、双方は適切に衡量されるべきとの基本理念が示されている。

56) Ibid., S. 152. 他方、期間の定めのない勤務関係が原則とされることと関連して、有期類型との関係で言及されているのは試用関係である (S.150)。

57) Ibid., S.162 ff., 169 ff.

58) Ibid., S.165, 168 f.

同報告では、規律形式について見解の一致をみなかったが、そこでの議論は、労働条件決定システムをいかに構築するか、ひいては協約自治・争議権を承認するか否かという点に重点が置かれ、勤務関係の法的性質の捉え方についても評価が分かれた。

他方で、義務の捉え方や雇用保障モデルについては一致があった。公務従事者の労働条件決定システムないし勤務関係の法的性質をいかに構築するかという問題と、公務従事者の基本的地位をいかに構築するかという問題は、明確に区別して論じられたのである。このことは、集団的労働関係の規律ないし勤務関係の法的性質の観点が、当然に個別的労働関係の規律の問題を規定するものではなく、双方の領域は、それぞれに応じた理念の考慮の下で規律されるべきとの考え方を示すものといえる。

また、義務の捉え方や雇用保障モデルについては、以下の点も指摘できる。

義務との関係では、基本的にすべての公務従事者が統一的な義務に服するとされ、義務違反に対しても統一的な制度が予定された。しかし、公務従事者の義務は、担う機能に応じて理解され、かつ、権利との相関において把握されるものと考えられた。公務従事者たる特殊性として、すべての公務従事者に統一的に義務が課されることが予定されつつも、それは「画一的」なものとは捉えられず、また、義務の側面のみが強調されることもなかったのである。

雇用保障との関係では、その原則は、従来 of 官吏における終身原理とは異なる存続保護の観点に求められ、その正当化根拠は、制度的観点のみならず、労働者の観点も適切に考慮する形で検討された。また、存続保護の前段階では解雇制限に関する法に応じた規律が予定され、労働法が雇用保障を形成する一般法であるとの認識の下、労働法と公勤務法による雇用保障は排他的・二者択一的に捉えられることなく、労働法的規律が公務従事者の雇用保障の下限を形成することが前提とされた。

このように、1973年報告からは、第一に、集団的労働関係の規律ないし勤務関係の法的性質の問題と個別的労働関係の規律の問題は区別して理解し、双方は、それぞれの基本理念・正当化根拠に応じて構築されるべきとの考え方、第二に、統一的義務は「画一的」義務を意味せず、義務は権利との相関において把握されるべきとの考え方、第三に、公務従事者の雇

用保障は、制度的観点による規律と労働者の観点による規律の非排他性を前提に、双方の適切な衡量の下で形成されるべきであり、かつ、特殊制度的な正当化のない限り労働法による保障が下限を形成すべきとの考え方を看取することができる。

次に、公勤務法の柔軟化に主眼が置かれた2003年報告では、1973年報告にいう法律・協約モデルが規律形式として選択された。同報告において特徴的であるのは、公務従事者には、公勤務法による規律や特殊な義務が妥当することが肯定されつつも、労働界の原則形態たる労働法に合わせた規律を基礎とする考え方がより徹底されている点にある。とりわけ、公務従事者の地位の特殊性を特徴付ける義務については、機能に応じた理解を前提に、私法的規律を基礎として、それに対する上乗せの規律を行うことで足りるとされ、雇用保障についても、労働法が雇用保障を形成する一般法であるとの認識の下、それが公務従事者の法定の雇用保障を形成しうることが前提とされた。このような観点は、「新たな意味における官吏」において、より顕著に表れており、特殊な機能を担うがゆえに実現されるべき公務従事者の特殊な義務や雇用保障も、私法的・労働法的規律を基礎としつつ、それに対する上乗せの規律で実現可能とされた。

ここで改めて指摘しておく必要があるのは、いずれの報告書の立場においても、労働法的規律が公務従事者の雇用保障の下限を形成することは当然の前提とされたということである。とりわけ、公勤務法の柔軟化を強調する2003年報告の立場においても、公務従事者の雇用保障が欠落する、または、民間労働者よりも一般的に劣るなどという事態は想定されなかったのである。

(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。