

論 説

ドイツ公勤務者の法的地位に関する研究(4・完)

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4章 「統一的」公勤務法と公務従事者の法的地位
(以上、274号)

第5章 ドイツ法の整理・分析と日本法への示唆

第1節 ドイツ法の整理・分析

1 ドイツ公勤務者の法制度の現代的意義

(1) 基本法制定前の法状況

(2) 基本法制定後の法状況

2 公勤務者の法的地位における二つのアプローチ

(1) 制度的アプローチ

(2) 労働法的アプローチ

(3) 両アプローチの関係性

3 「統一的」公勤務法の議論の意味するもの

(1) 改革の基本理念

- (2) 法律モデル／法律・協約モデルの相違と義務・雇用保障の考え方
- (3) 「統一的」公勤務法の議論の背景と「複線型」公務員制度に対する評価

第2節 日本法への示唆

- 1 日本における「非正規」公務員の位置付けと法制度の理解
- 2 日本における「制度的アプローチ」の問題性
- 3 日本法体系における前提問題
 - (1) ドイツ法における二つのアプローチの意義
 - (2) 日本における職務の内容・性質への着目の意義
 - (3) 日本における公務員制度の基本理念
 - (4) 日本における労働法的アプローチの適用可能性
 - ア 憲法規範との関係
 - イ 公務員法との関係
 - ウ 勤務関係ないし採用（任用）行為の法的性質論との関係
 - エ 公務員関係における労働法的雇用保障の意義
- 4 日本における制度的アプローチと労働法的アプローチ
 - (1) 制度的アプローチ
 - (2) 労働法的アプローチ
- 5 義務・権利制約との関係
- 6 集団的労働関係・労働条件決定システムとの関係

第3節 小括

終章 おわりに－残された課題

(以上、本号)

第５章 ドイツ法の整理・分析と日本法への示唆

本章では、前章までに概観したドイツ公勤務者の法的地位に関する議論を整理・分析し、日本法への示唆を得ることを試みる。

第１節 ドイツ法の整理・分析

１ ドイツ公勤務者の法制度の現代的意義

（１）基本法制定前の法状況

基本法制定前において、ドイツ公勤務者の法的地位は、主として君主や国家的イデオロギーとの結合における特権的地位を有した官吏を中心に形成され、その権利・義務は民間労働者とは区別されて理解されていた。この官吏の補完的役割を担うべく登場した公勤務における職員・労務者は、官吏とは区別される労働者身分たることを前提としたが、法令や労働協約を通じた法的地位の形成の中で、官吏と同様の義務・権利制約に服し、それと表裏した権利・雇用保障を享受していった。

基本法制定前において、公勤務者の法的地位は、身分的な観念を媒介としつつ、官吏を基軸として形成され、それは労働法の十分な展開・発展のなかった当時において大きな意味を有していた。

（２）基本法制定後の法状況

基本法の下、職業官吏制度には、官吏の特権という観点からではなく、国家任務の公正な遂行という現代行政国家の意義に則した機能的観点から、官吏に対して、一定の専門的能力の保有を前提に、安定的・中立的行政の確保のため、独立性・中立性を保障するものとの位置付けが明確にされた。

ドイツにおいて、それは同時に、官吏と非官吏という「複線型」の保持が、憲法レベルで要請されることも意味した。ただし、その意義については、以下の二点に留意する必要がある。

第一に、「複線型」公務員制度の根底には、官吏身分を特権化することではなく、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職業官吏制度の基本理念に照らし、その担う機能（「高権的権能」）との関係において、特殊な規律に服させるべき者の範囲を限定的に画そうという考え方があるという点である。ドイツにおいて、公勤務者の担うべき機能、職務の内容・性質については、現代国家行政の役割を見定めながら、特殊な法的地位を十全に正当化するものか否かという観点から、その意義が活発に議論されてきた。

そのような議論にあって、共通した理解があったのは、一つには、単純業務や機械的・補助的業務などは、非高権的任務の典型として機能留保に服さず、労働界の原則形態である民間労働者と同様、私法上の労働関係にある公務被用者に委ねられるべきであるということ、もう一つには、職務の一時性・臨時性を典型として、例外的に、高権的任務を公務被用者に委ねる余地が認められるということであった。

第二に、このような「複線型」は、官吏と公務被用者という公勤務者の単純な二分を意味しないという点である。これを象徴するのが、具体的労働条件の形成過程である。

従前、公勤務者の「同化」については、官吏の義務との関係におけるそれが強調される傾向にあった。しかし、現在では、そのような義務の「同化」は大幅に縮小しており、具体的労働条件に関しては、かえって一般労働法の展開が官吏法に多くの影響を及ぼしている。現在における公勤務者の「同化」は、公務被用者を基軸とした具体的労働条件の形成において生じており、労働法の展開・発展を背景とした公務被用者の法的地位の理解が、ドイツ公勤務者において重要な役割を果たしている。このことは、扶養原理の要請を前提に、法律による一方的規律が予定される官吏の俸給水準に関して、連邦憲法裁判所が、公務被用者の協約内容との比較を重要な考慮要素としていることにも表れている。

現在のドイツ「複線型」公務員制度においては、官吏の特権的地位を基軸として理解された基本法制定前とは異なり、基本法の下での展開・発展を経た一般労働法の規律に服する公務被用者の法的地位を媒介として、同じ公勤務者としての「同化」が生じており、官吏の特殊な法的地位に基づく、義務と表裏した権利形成という側面は、少なくとも具体的労働条件形成の局面においては決定的なものとされなくなっている。

もっとも、官吏と公務被用者の間には、今なお、制度的要請に由来した

差異があり、そのことが法的地位にいかにか帰結しているかを確認しておく必要がある。次に、その点を整理していくこととしよう。

2 公勤務者の法的地位における二つのアプローチ

ドイツ公勤務者の法的地位は、官吏を典型とした制度的観点と公務被用者を典型とした労働法的観点の二つの側面から形成されている。ここでは、前者の要素を「制度的アプローチ」、後者の要素を「労働法的アプローチ」として抽出することによって、整理を行っていくこととする。

（1）制度的アプローチ

担うべき機能の特殊性を念頭に、官吏関係は、公法上の勤務関係・忠誠関係とされ、それには法律による規律の要請や協約自治・争議権の制約も伴う。しかし、それは官吏の法的地位の一側面に過ぎない。官吏には、労働者にはない特殊な制約の代償的手段として、基本法 33 条 5 項に由来した憲法異議をも許容する主観的権利や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が認められているほか、以下の点に留意する必要がある。

基本法下において、職業官吏制度を貫く基本理念は、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ことにあり、それは官吏法においても具体化されている。これに応じて、官吏の権利・義務が形成され、双方は総体的に表裏一体のものとして捉えられている。ただし、官吏に課される特殊な義務・権利制約については、必ずしも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・職務に応じて理解されるようになっている点に留意する必要がある。

上記基本理念は、雇用保障との関係においても一貫している。

「正規」類型においては、終身官吏を原則形態として、終身任用と法定の身分保障が相まった雇用保障が形成されている。官吏関係の終了原因は、法定の一定の事由に限定され、非官吏とは異なり、一般的な能力不足や経営（組織）上の理由による免職は許容されていない。また、フルタイム勤務が原則形態であることも認められている。

このような基本理念の一貫性は、雇用保障の例外形態との関係にも表れ

ており、それには試用、教育訓練や政治領域との接合性といった目的・機能に応じた限定・正当化が前提とされている。これは「非正規」類型との関係にも同様に妥当し、目的・機能に応じた厳格な正当化がなされる場合を除いて、「パートタイム」または「有期」といった「非正規」類型の利用は許容されていない。このような利用可能性の厳格な制約において、「非正規」類型との関係における官吏の雇用保障は実現されている。

以上には、任命の瑕疵の帰趨、成績原理に基づく任命候補者の権利保障や違法な有期任用の場合における終身官吏への任命請求権の議論が加わる。官吏関係の成立・変更の重要なメルクマールたる任命は、協力を要する行政行為と性質決定されつつも、その瑕疵の帰趨は、上記の基本理念を背景とする官吏法体系独自の観点において把握され、行政法の一般法理がそのまま妥当するとは理解されていない。とりわけ、違法な有期任用の場合における終身官吏への任命請求権の議論においては、労働者よりも劣った雇用保障となることが、特殊な機能を担うがゆえに特殊な法的地位にあるという制度的要請との関係で問題視されていたところである。

担うべき機能の特殊性を念頭に、「公法」上の関係にあるとされる官吏の法的地位には、単に法律上の規律に服することを超えて、基本法の要請する基本理念に鑑みた官吏法体系独自の観点に基づく、特殊な義務・権利制約と権利・雇用保障の総体的な表裏性を前提とする「制度的アプローチ」が徹底している。とりわけ雇用保障との関係では、それは、基本的に、後述の「労働法的アプローチ」の観点を容れる必要のないまでに貫徹し、「制度的アプローチ」が「労働法的アプローチ」を下回ることは、特殊制度的な要請による正当化がなされない限り、基本的には予定されていない。

(2) 労働法的アプローチ

担うべき機能の差異を念頭に、官吏に対する制度的要請の射程自体が及ばないとされる公務被用者は、労働界の原則形態たる一般労働法による規律に服する。その公勤務者としての特殊性は、一方では、官吏と共通して妥当する成績原理の要請、他方では、労働契約上の付随義務や労働協約による規律等を踏まえた一般労働法の解釈枠組において実現されている。これは、「労働法的アプローチ」を基礎とした「制度的アプローチ」への接続と評価できよう。そのような前提にあって、公務被用者については、担

う機能、地位・職務との関連がより重視され、公勤務者としての特殊性に応じた義務についても、官吏のそれとは基本的に一定の距離を置いて理解されている。

他方、そのような義務の理解と表裏して権利が否定されるかといえ、そうではない。「労働者」としての保護が妥当するためである。それに寄与しているのは、基本法の下での展開・発展を経た一般労働法であり、公務被用者には、民間労働者と同様の権利・利益保護が基礎とされつつ、公勤務者たる地位に鑑みた特別な規律も労働協約等を通じてなされている。

雇用保障との関係では、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を背景とした解雇制限法等の一般労働法制的展開が大きな影響を与えている。このことは、基本法制定前とは異なって、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のないことが雇用保障の喪失に直結せず、民間労働者と共通する「労働法的アプローチ」が有効にその雇用保障の基礎をなし、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する。これに加えて、「正規」類型との関係では、公勤務者たることに鑑みた規律も労働協約を通じてなされ、公勤務者としての共通性を有する官吏の雇用保障との差を更に縮める役割を果たしている。このような観点は、「労働法的アプローチ」を下限とした「制度的アプローチ」への接続と評価することができよう。

他方、「非正規」類型との関係では、制度的要請が強く妥当する官吏とは異なって、パートタイム採用が許容され、有期類型の利用可能性も官吏ほど厳格に制約されていない。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、問題視されることの要因であり、その傾向は有期類型に顕著である。もっとも、「正規」類型の場合と同様に、「非正規」類型においても、パート有期法等による雇用保障体系、「労働法的アプローチ」が展開している。とりわけ、一般労働法における有期労働契約規制の展開においては、公務被用者が大きな役割を担ってきた。この点は、非正規「労働者」との関係において、公勤務者たることが、その雇用保障体系を確立するうえで、一定の意義を有してきたと評価することもできよう。また、公勤務者たることに鑑みた規律も労働協約を通じてなされ、「制度的アプローチ」への接続と評価しうる側面が存在している。

他面で、とりわけ予算期限との関係において、公勤務の特殊性に応じた雇用保障の後退も問題となっている。しかし、そこでは、基本法 12 条 1 項に由来した存続保護の理念や EU 指令にも由来する有期労働契約の濫用防止の考え方を踏まえた解釈が展開され、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、「労働法的アプローチ」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、公務被用者の法的地位においては、「労働法的アプローチ」が基礎・下限とされつつ、成績原理の適用や一般労働法体系およびその解釈枠組を通じて「制度的アプローチ」への接続もなされている。とりわけ、雇用保障との関係における「制度的アプローチ」への接続においては、労働協約による規律が重要な役割を果たしてきた。

ここで、公勤務における労働協約の意義について付言しておく。

基本的に、公務被用者の労働条件の多くは労働協約によって詳細に規律されることなどから、個別合意の余地は民間労働者に比べて限定的であるとされている。とりわけ、一定の義務や雇用保障については、労働協約によって、その適用対象が限定される場合も含め、基本的には「統一的」に規律されている。このように、公勤務における労働協約は、連邦・州・自治体といった使用者側の特殊性や公務被用者につき統一的な交渉・協約締結を行う使用者団体・労働組合の存在も相まって、労使間での交渉ないし協約自治という契機を有しつつも、法令そのものに比類した機能を有してきた点に特徴を有する¹⁾。

(3) 両アプローチの関係性

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強く妥当する官吏には、単なる「公法」上の関係という修辭の意味を超えて、原則として、特殊な機能を担うがゆえに、特殊な義務・権利制約に服する反面、それと表裏した権利・雇用保障がなされるという「制度的アプローチ」が徹底している。

1) 公勤務における労働協約につき、實際上、個別合意の余地がほとんどないことなどを前提に、「準法律代替的機能 (quasi gesetzersetzende Funktion)」を有してきたとするものとして、vgl. z.B. Zukunft des öffentlichen Dienstes - öffentlicher Dienst der Zukunft: Bericht der von der Landesregierung Nordrhein-Westfalen eingesetzten Kommission, 2003, S.44, 53 ff.

他方、公勤務者にあっても、担うべき機能の差異を念頭に、官吏の法的地位の特殊性そのものが前提とされない公務被用者については「制度的アプローチ」それ自体の射程は及ばない。ただし、公務被用者には、「労働法的アプローチ」が基礎・下限とされつつ、「制度的アプローチ」への接続がなされるという形で、公勤務者としての特殊性の要請が実現されている。

このように、ドイツ公勤務者を総体的に観察した場合、基本法の下での展開・発展を経た「労働法的アプローチ」がその規律の基礎・下限を形成するとともに、公勤務者たる地位に対応して、「制度的アプローチ」への接続がなされ、さらには、基本的には「労働法的アプローチ」を容れる必要がないまでに強化された「制度的アプローチ」が存在するという形で、公勤務者全体としての法的地位が形成されている。

３ 「統一的」公勤務法の議論の意味するもの

制度的観点と労働法的観点の相互関係は、「複線型」公務員制度に対する批判に起因して提起され、公勤務者の法的地位の統一が説かれた「統一的」公勤務法の議論の際にも意識されていた。

（１）改革の基本理念

1973年報告においては、制度的観点のみでなく、公務従事者の個人的利益、ひいては労働者の観点の考慮も明確に制度構築の際の基本理念に位置付けられ、公勤務法は、両側面の双方向的な利益衡量の下で構築されるべきことが前提とされた。

公勤務法の柔軟化に重点を置いた2003年報告においても、すべての公務従事者を労働法的規律の下に置くことを基本としつつ、「新たな意味における官吏」の特別な法定という形で制度的要請への配慮もなされ、双方向的な利益衡量の観点が同様に存在していた。

（２）法律モデル／法律・協約モデルの相違と義務・雇用保障の考え方

公務従事者の協約自治・争議権の承認の問題、さらにはその勤務関係の法的性質決定の問題においては、1973年報告の法律モデルと法律・協約モデルが対照的な見地を示した。法律モデルが、公務従事者の協約自治・

争議権を否定的に理解し、そ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したのに対して、法律・協約モデルは、協約自治・争議権を肯定的に理解するとともに、規律形式の選択とは無関係に、契約関係という性質決定が可能としたのである。

もっとも、上記の立場とは区別されて、義務や雇用保障の在り方が検討されていた。このこととの関係で看取できることとして、以下の三点が重要である。

第一に、集团的労働関係の規律ないし勤務関係の法的性質の観点は、当然に個別的労働関係の規律を規定するものではなく、双方の領域は、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である。

第二に、統一的に義務が課されることは、「画一的」であることを意味せず、義務は担うべき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べきとの考え方である。

第三に、公務従事者の雇用保障は、制度的観点と労働法的観点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、特殊制度的な要請による正当化がなされない限り、労働法による保護が下限を形成すべきとの考え方である。

以上のような考え方は、公勤務法の柔軟化に重点を置いた 2003 年報告においても基本的には共通しているが、そこでは労働法的観点がより重視されている。同報告は、1973 年報告の法律・協約モデルと同様の立場を採用しつつ、義務との関係では、機能に応じた理解を前提に、私法的規律を基礎として、公勤務法による特殊な上乗せの規律を行うことで足りとしている。また、雇用保障との関係では、一定の有期での試用期間の後には無期となることを前提に、労働法的な雇用保障を基礎とする観点がより徹底しており、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。先の整理に従うならば、「労働法的アプローチ」を基礎・下限とした「制度的アプローチ」への接続という考え方がより顕著にみられるといえよう。

このように、「統一的」制度を目指した改革の議論においても、制度的観点と労働法的観点の相互関係は意識されていた。とりわけ、雇用保障との関係では、労働法が雇用保障を形成する一般法であり、かつ、それが公務従事者の法定の雇用保障の下限を形成しようとの認識の下、労働法と公務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、制度的観点と労働法的観点の双方に鑑みた雇用保障体系の創設が企図され、特殊制度的な要請による正当化がなされない限り、民間労働者にも一般的に劣る雇用保障は想定されなかった。

（3）「統一的」公務務法の議論の背景と「複線型」公務員制度に対する評価

最後に、ドイツにおいてこのような議論がなされた背景とそれにもかかわらず、今なお「複線型」が維持されていることについての私見を述べておくこととする。

ドイツにおいて公務務法の統一が説かれた背景には、官吏と公務被用者という法的地位に直結する身分的区分が存在するにもかかわらず、両者の区分ないしその正当化について決定的とされた機能的側面において、境界の曖昧化が生じているという実態があった²⁾。

それにもかかわらず、今なお「複線型」が維持されているのは、第一に、現行基本法自体、官吏・公務被用者の双方につき、それぞれに本来想定される機能・職務とは異なる性質の機能・職務を担う余地を一定程度許容しているということ、第二に、公勤務者としての特殊性を反映する法的枠組の存在を前提としつつ、具体的労働条件の「同化」が生じ、雇用保障においても、基本法の下での展開・発展を経た「労働法的アプローチ」による下限形成がなされていることにあると思われる。つまり、双方の身分が同じ職務に従事するという事態が生ずること自体は、基本法の想定外の事柄ではなく、双方ともに公勤務者としての特殊性が妥当すること自体は前提とされつつ、労働法的観点を媒介とすることによって、権利・雇用保障の側面については、決定的矛盾が生じていないのである。

2) この点と関連した、近時における官吏と公務被用者の選択可能性に関する費用的観点からの分析につき、原田久「公務員人件費改革の研究－現状・手法・目標－」会計検査研究 36 号（2007 年）99 頁以下参照。

義務・権利制約、特に協約自治・争議権の制約の局面においては、かえって官吏が不利となる側面がある。しかし、これに対しては、国際法秩序との関係も踏まえ、担う機能・職務に応じた考慮が改めて示唆されるに至っているほか、上記の「同化」傾向の中で、義務・権利制約との総体的な表裏性を前提とした権利を媒介として、労働者とは背景を異にしつつも、具体的労働条件が一定程度確保されており、また、雇用保障の面が十全に保障されるという形で、不利な側面が補われている点に留意する必要がある³⁾。

このように、「複線型」という身分の差異を内包しつつも、両者を比較する素地を有し、かつ、一方では、制度的要請に基づく義務・権利制約と権利・雇用保障の総体的な表裏性の理解（「制度的アプローチ」）、他方では、基本法の下、現代社会における展開・発展を経た労働法的保障（「労働法的アプローチ」）を適切に考慮することによって、公勤務における特殊性の妥当は前提としつつも、とりわけ、権利・雇用保障の側面において、両者の間に過度な差異が生じない運用がなされてきた点に、「統一的」制度を必須としない要因が含まれているように思われる。

以上の検討を基に、日本法への示唆を導くこととしよう。

第2節 日本法への示唆

序章でもみたように、ドイツにおいても「非正規」公務員に関わる雇用問題が存在し、その負っている課題自体に日本と大差はない。しかし、それに対処する観点においては、大きな差異が存する。

以下では、日本における「非正規」公務員の存在が何を意味しているかを再整理したうえ、日本の法体系を踏まえつつ、ドイツ法の検討からの示唆を導くこととする。

1 日本における「非正規」公務員の位置付けと法制度の理解

日本における「非正規」公務員には、「正規」公務員ないし正規（常勤）職員との処遇格差が存するとともに、雇用の不安定さがある。他方で、「公

3) Vgl. z.B. Robert von Steinau-Steinrück/Stephan Sura, (Noch) kein Streikrecht für Beamte, NZA 2014, S.580 ff.

務員」としての法的地位の特殊性が強調されることによって、「非正規」類型を対象とする労働関係法規（たとえば、パートタイム労働法、労働契約法 17 条以下）の適用を受けず（パートタイム労働法 29 条、労働契約法 22 条 1 項）⁴⁾、裁判例によって、法律上明文の根拠のない場合にも、期限付任用が許容されるとともに、雇止め法理の適用が排除されてきた⁵⁾。

この背景にあるのは、日本の公務員制度の「画一的」理解である。

日本の戦後公務員制度は、戦前とは異なり、アメリカで確立された公務員制度を範とし⁶⁾、大日本帝国憲法下にあった形での、公法上の関係にある官吏と私法上の関係にある雇員、傭人等その他被用者の区別を行わない公務員制度を採用したとされている⁷⁾。このことを前提に、「終身任用の原則」の下における一般職の公務員」を典型形態として、公務員は「画一的規律」の下に置かれていると理解され、一般労働法の適用下にある身分の者を公務員内部の類型として想定する他国の制度との違いが強調されてきた⁸⁾。これが、日本の公務員制度が「一元制公務員制度」とされる所以である⁹⁾。

日本においては、一方では、「正規」公務員を念頭に置いた「画一的」理解を前提に、すべて「公務員」とであるという性質決定を行いつつ、他方

4) 根拠とされるのは、勤務関係の法的性質論や勤務条件法定主義の観点である。たとえば、労働契約法につき、荒木尚志ら『詳説労働契約法〔第2版〕』（弘文堂、2014年）247頁（端的に「国家公務員法・地方公務員法による任用関係にあつて労働契約関係にはないから」とするものとして、菅野和夫『労働法〔第11版補正版〕』（弘文堂、2017年）167頁）、パートタイム労働法につき、現行法 29 条に相当する当時の法 43 条についてのものであるが、高崎真一『コンメンタールパートタイム労働法』（労働調査会、2008年）309頁（同法は、「事業主がその雇用する労働者について『主体的に』雇用管理の改善等を行うこと等により短時間労働者の福祉の増進等を図ろうとするもの」で、勤務条件法定主義が妥当する公務員には、その施策がなじまないことを理由とする）参照。

5) 代表例として、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）。

6) たとえば、田中二郎『新版 行政法 中巻〔全訂第2版〕』（弘文堂、1976年）229-230 頁参照。

7) たとえば、田中・前掲 6) 224 頁注 4、5 参照。森園幸男ら編『逐条国家公務員法〔全訂版〕』（学陽書房、2015年）63-64 頁〔福田紀夫〕は、「権力的作用を行う者のみならず、非権力的作用を行う者も憲法上の公務員に含まれ」、国家公務員法は、「旧制度における身分的色彩を払拭し、国の勤務者は従来の雇員、傭人を含め全て国家公務員として位置付けたうえ、原則として統一的に本法の適用を行うことを基本としている」とする。

8) 塩野宏『行政法Ⅲ 行政組織法〔第4版〕』（有斐閣、2012年）260-261 頁、268-269 頁参照。

9) 下井康史『公務員制度の法理論－日仏比較公務員法研究』（弘文堂、2017年）281 頁参照。

では、「公務員」身分と「労働者」身分の排他的理解が基本的には念頭に置かれる傾向にあったといえる¹⁰⁾。

このように、「一元的」とされる日本の公務員に関する法制度の基本的観点は、ドイツでいうところの「制度的アプローチ」に対応するものと位置付けることができる。しかしながら、本稿は、ドイツ公勤務者の法制度に示唆を得て、日本における「一元的」制度内においても、その法体系に合わせた形で、「制度的アプローチ」と「労働法的アプローチ」の両側面によるアプローチを採用すべきであると考ええる。以下では、その理由を、これまでの検討に即して示すことにしたい。

2 日本における「制度的アプローチ」の問題性

まず、ドイツ法、特に、「制度的アプローチ」が妥当する職業官吏制度との比較を交えつつ、日本における「制度的アプローチ」の持つ意味と問題性を示す。

前提として、ドイツ法は「複線型」公務員制度を採用し、官吏と公務被用者の明確な身分的区分を前提としている。もっとも、そこでは、担うべき機能・職務を念頭に置きつつ、特殊な義務・権利制約と権利・雇用保障の表裏性が徹底する制度的要請に基づく規律（「制度的アプローチ」）と労働界の原則形態たる労働法を基礎・下限とする規律（「労働法的アプローチ」）が相関的に機能してきた。

これに対し、日本法は「一元的」公務員制度を採用しており、少なくとも義務・権利制約については、「非正規」公務員も含め、制度的観点による「一元的」取扱いが徹底されるべきと考えられる傾向にある¹¹⁾。ここで注目すべきは、「非正規」公務員における権利・雇用保障の程度である。

10) 議会制民主主義や法令による規律、任用関係の法的性質等の観点を過度に強調する裁判例の傾向においては、このような理解が特に重視されてきたといえよう（たとえば、労働基本権制約につき、全通名古屋中郵事件（最大判昭和52年5月4日刑集31巻3号182頁）、「非正規」公務員の雇用保障につき、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）109頁以下参照）。

11) 一例として、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）（以下、「報告書」）7頁、同「会計年度任用職員制度の導入等に向けた事務処理マニュアル〔第1版〕」（平成29年8月）（以下、「マニュアル」）1頁、21-22頁参照。

日本の公務員関係の現在の理解においては、「労働法的アプローチ」による雇用保障（ここでは、雇止め法理の適用）は妥当しないとされてきた。

この点、ドイツ官吏において、有期類型の利用は、制度的要請に由来する例外性に鑑みた厳格な限定・正当化を前提とし、かつ、法定の場合にのみ許容されるとともに、その違法な利用について、終身官吏への任命請求権を認める議論が存在することをみた。つまり、雇用保障との関係では、基本的に「制度的アプローチ」が「労働法的アプローチ」を容れる必要がないまでに徹底しているため、そもそも「労働法的アプローチ」を問題にする必要はなかったのである。これは、制度的要請を背景とする特殊な義務・権利制約と表裏した権利・雇用保障の帰結の現れであった。

これに対し、日本の公務員における期限付任用は、法律上明文の根拠のない場合にも、とりわけ代替性・単純性の強い補助的な業務に従事する場合には許容されるとともに¹²⁾、違法な期限付任用に対して無期任用という帰結を生じることを否定的に解する裁判例が存在してきた¹³⁾。この「補助的業務」という観点は、ドイツであれば、公務被用者たる性格を肯定する要素であり、それは「労働法的アプローチ」の適用可能性を意味する。しかし、日本においては、「労働法的アプローチ」が排斥されるだけでなく、「制度的アプローチ」による雇用保障の例外形態の限定が十全に行われず、かつ、違法な期限付任用に対する独自の救済法理も存在しないために、その帰結は「制度的アプローチ」による雇用保障それ自体が脆弱であることを意味することになる。これに処遇格差の問題も併せ鑑みると、日本における制度的観点には、義務・権利制約ないし権利・雇用保障の後退の側面

12) 前掲注5のほか、下級審裁判例においても、東京国税局江東税務署事件（東京地判昭和47年5月25日判時686号92頁）や建設省甲府工事事務所事件（東京地判昭和47年6月24日判時686号96頁、東京高判昭和49年2月19日判時736号98頁）を契機として同様の見地が示されている。また、これら下級審裁判例においては、公務員法体系における身分保障の意義が任期途中の不利益処分との関係に限定して理解されている。このような傾向を指摘するものとして、高木紘一・村上一美「短期労働契約の更新と公務員」外尾健一先生古稀記念『労働保護法の研究』（有斐閣、1994年）114頁以下、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）49頁以下参照。

13) たとえば、岡山中央郵便局事件（岡山地判平成14年10月15日労旬1552号38頁）は、「期限の付与部分を無効として期限の定めのない任用になるとすると、試験又は選考という正規任用の手続も採られていないのに、……非常勤職員として採用された者に常勤職員と異ならない地位を認める結果になり、採用過程の公正・公平を損ない、国公法に反する」としている。

においてのみ片面的に作用している面があるといえる¹⁴⁾。

このように、日本において、従来の意味における「制度的アプローチ」のみが妥当すると考えることは、「一元的」制度を採用したとしながら、とりわけ近時増大を続ける「非正規」公務員との関係において、権利・雇用保障の「複層化」を招来するに過ぎない側面があると評価できる。そして、このことは同時に、民間労働者・労働法との断絶的理解の強調、「労働法的小説のアプローチ」の排斥が相まることで、「公務員」でありながら、民間「労働者」にも劣る権利・雇用保障が生じることも意味し、その他の点において制度的観点に基づく規律に服することの意味を問う必要が生ずることともなるのである。

このような現状を直視し、それに対応した法的地位の理解を、一方では、公務員たる地位の特殊性を適切に踏まえた制度的要請、他方では、労働法の展開・発展を適切に踏まえた労働法的要請の双方を勘案したうえで構築する必要がある¹⁵⁾。

3 日本法体系における前提問題

(1) ドイツ法における二つのアプローチの意義

「制度的アプローチ」の意義は、原則として、憲法を頂点とする法体系に基づく制度的要請の基本理念、つまり、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独立性・中立性の保障という要請が強く妥当する機能・職務を恒常的なものとして担う者には、相応の特殊な義務・権利制約が課される反面、それと表裏した権利・雇用保障がなされるという関係性が妥当することにある。

これに対して、「労働法的小説のアプローチ」の意義は、上記の関係性が妥当しない場合においても、労働界の原則形態たる労働法的保護が基本的には

14) このような制度的観点の片面的作用に関しては、高木・村上・前掲注 12) 124 頁、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 巻 11 号（1999 年）114 頁以下も参照。

15) この点、日本の公務員制度の建前が開放型システムであることとの関係が問題にされることがあるが（たとえば、下井・前掲注 9) 283-284 頁参照）、開放型システムの位置付け自体についても、それによって想定される権利・雇用保障が、そもそも制度的要請の観点から妥当であるか、また、場合によっては民間労働者にも劣ることが肯定されるかという観点からの議論を要すると思われる。

及び、雇用保障との関係では、それによって下限が画されるということにある。

このように、双方のアプローチは、一方では、担うべき機能・職務、他方では、義務・権利制約と権利・雇用保障の相関において把握されている。

このような基本的観点は、日本においても、複層化を直視した保護法理の構築のために、その法体系に即した形で用いられるべきである。

ただし、日本法の枠組みにおいては、そのような観点を用いるにあたって、いくつか検討しておくべきことがある。第一に、そもそも日本法体系において職務の内容・性質に着目することは可能であるのか、また、そのような観点は公務員の法的地位に何らかの関連を有するのか、第二に、日本の公務員法体系の想定する制度的な基本理念はいかなるものであるのか、第三に、日本法体系において「労働法的アプローチ」を容れる余地はあるのか、という点である。以下では、これらの点について、ドイツ法との比較を交えて検討し、日本法体系において双方のアプローチを併用する基盤があることを示す。

（2）日本における職務の内容・性質への着目の意義

従来、「一元的」制度を採用したとされる日本法体系においても、担う職務の内容・性質への着目がなされてきた。

旧来から、公務員法や労働関係法規の適用関係との関連においても、「現業職員」等の形で、職務の民間との類似性等に着目した法体系が存在してきた¹⁶⁾。また、職務の内容・性質が、制定法の適用関係それ自体との関連のみならず、個々の職員の法的地位の具体的把握との関連で問題とされる局面もある。それは、まさしく「非正規」公務員との関連においてであった。

第一に、期限付任用の有効性をめぐる裁判例である。既にみたように、法律上明文の根拠のない場合にも、期限付任用の違法性を否定するうえで強調されてきたのは、当該職員の従事する職務の内容の単純性や代替性、補助性といった観点であった。

16) たとえば、旧公共企業体等労働関係法。現在でも、行政執行人や特定地方独立行政法人、地方公営企業における職員、単純労務職員が同様の規律に服している（職務の特殊性に着目した、公務員法の特例を定めるその他類型も含め、森園ら「前掲注7）73頁以下〔福田紀夫〕、1230頁以下〔原田三嘉ら〕、橋本勇『新版逐条地方公務員法〔第4次改訂版〕』（学陽書房、2016年）50頁以下、905頁以下、1024頁以下参照）。

第二に、近時の「非正規」公務員に関する立法をめぐる議論である。ここでも、「本格的業務」・「補助的業務」といった観点が常に示され、それは、正規（常勤）職員と臨時・非常勤職員の違いを特徴付けるメルクマールとして捉えられてきた¹⁷⁾。とりわけ、近時では、「常勤職員が行うべき業務である本格的業務」として、「組織の管理・運営自体に関する業務や、財産の差押え、許認可といった権力的業務」が典型例として示されるに至っている¹⁸⁾。

このように、日本法体系においても、職務の内容・性質への着目がなされてきた。とりわけ、近時では、「正規」公務員を念頭に置いた「本格的業務」の概念と従来からの「非正規」公務員を念頭に置いた「補助的業務」の概念の対置が重要な位置付けを占めている。職務の内容・性質という観点は、「一元的」とされた制度における法解釈ないし法体系の理解においても重要な意義を有し、特に近時の傾向は、処遇や雇用保障等それぞれの個別法上の法的地位に直結してきたのである。問題は、むしろ、それをいかなる観点から把握し、いかに法解釈ないし法体系の理解に反映させるかにある¹⁹⁾。

(3) 日本における公務員制度の基本理念

公務員の地位・制度に関して、憲法レベルでは、日本国憲法 15 条が定め、その基本を宣言している²⁰⁾。

同条を踏まえた日本国憲法下での公務員法制の理念との関係では、「具体的制度の構築においても、明治憲法体制に結合した要素を取り除くこと

17) たとえば、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) 参照。

18) 総務省・前掲注 11)「報告書」4 頁。近時では「相当の期間任用される職員を就けるべき業務」という表現で整理されることもあるが、その場合にも同様の理解が参照されている(同・前掲注 11)「マニュアル」7 頁以下、43 頁)。

19) この点に関して、フランス法の詳細な検討を前提に、職務の内容の観点を、「公務員法上の公務員」とすべきかどうか、ということとの関係で検討する方向性を示すものとして、下井・前掲注 9) 228 頁以下、298-299 頁、320 頁参照。

20) 憲法 73 条 4 号も「法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理すること」を内閣の事務として定めているが、その主眼は、明治憲法においては、官吏の任免権が「天皇」の大権とされ(10 条)、官吏の権利義務も「勅令」の定めるところであったものを、「法律」の基準に従い、「内閣」が掌理すべきとしたことにあり(たとえば、鵜飼信成『公務員法〔新版〕』(有斐閣、1980 年) 20 頁参照)、公務員の具体的法的地位との関係では、憲法 15 条が最も重要な意義を有すると考えられる(たとえば、田中・前掲注 6) 226 頁以下、塩野・前掲注 8) 257 頁以下、下井・前掲注 9) 71 頁以下、晴山一穂「公務員法の理念と課題」専修法学論集 130 号(2017 年) 264 頁、268 頁参照)。

と同時に、現代的な行政を遂行するにたる能力を有する公務員集団を確保する」必要があるとされ、民主的公務員法制の原理、政治的中立性の原則、能率性、公正性の原則および公務員の基本的人権の尊重が、その基本原理として挙げられている²¹⁾。また、基本的には労働力の流動性が高くはない日本の労働市場や公務員制度の展開を前提に、個々の公務員が組織に対して一般的に従属的地位に立つことを否定できないことに鑑みれば、戦後公務員法制の基本理念たる中立性の要請との関係において、公務員の「全体の奉仕者」としての職務遂行を安定的・恒常的に保障することは、憲法15条の要請に適合的であると考えられる²²⁾。

この点、職務遂行の安定的・恒常的保障、ここでは無期任用の要請が、専門的能力ないし職務への習熟との関連を念頭に置いた公務の能率性との関係に限定して捉えられることがある²³⁾。しかし、そのような意味における公務の能率性の観点は、本来、成績主義の要請との関係で捉えられるべきものである²⁴⁾。業務の能率的運営や優秀な人材の確保・育成にとって、雇

21) 塩野・前掲注8) 258-259頁、271頁以下。

22) 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）56-57頁。「労働力の流動性がそれほど高くはなく、個人に対する組織の力がなお強い現状の社会環境を前提にすると」、「公務員の活発な交代を予定して職務ごとにオープンに任用を行う」システムのように「権力の分散により公務員の中立性の理念を実現するのは困難であり、公務員が『全体の奉仕者』として職務を遂行することを安定的・恒常的に保障する」公務員の無期限任用・常勤を原則としたキャリアシステムの方が憲法15条に適合するとしている。これに対し、下井・前掲注9) 281-282頁は、身分保障原理が憲法15条の要請に由来するとしつつも、それを成績主義との関係に限定して理解し、無期任用の要請を同条ないし憲法の要請する身分保障原理との関係で理解することを否定的に解する。しかし、日本国憲法下での公務員法制の基本理念たる公務の公正性・中立性の保障という側面においては、法定の身分保障、情実人事の抑止の意味における成績主義、無期任用いずれもが共通する機能を有するのであり（ドイツ法ではそのように理解されていたところである）、憲法15条の意義を成績主義およびそれと表裏する限りにおける法定の身分保障との関係に限定して理解することは矮小であるように思われる。同様の批判は、前掲注12で挙げた下級審裁判例における、無期任用と法定の身分保障の関係性を遮断して理解する立場にもあてはまる。

23) たとえば、前掲注12) 建設省甲府工事事務所事件参照。川田・前掲注12) 54-55頁、61-62頁も、下級審裁判例が「補助的業務」の観点を公務の能率性との関係で理解していることを指摘し、期限付任用を公務の能率性との関係で理解することの妥当性につき、踏み込んだ検討の余地があるとしている。

24) 成績主義が公務の能率性や優秀な人材の確保・育成を実現するうえでも重要な役割を果たす点につき、たとえば、森園ら・前掲注7) 321頁以下〔井手亮ら〕、橋本・前掲注16) 223頁以下参照。ただし、ドイツでは公務被用者も成績原理の適用対象とされていたように、成績主義の観点は「労働法のアプローチ」とも排他的ではないことに留意する必要がある。

用の安定的保障が重要な意義を有することは、民間部門においても何ら変わりないのであり、無期任用の要請との関係において、公務の能率性の観点を公務員たる地位の特殊性として殊更重視する理解は支持できない²⁵⁾。

以上の基本原理は、憲法の要請を受けて制定された公務員法の全体構造との関係において指摘されてきたところであり²⁶⁾、国公法・地公法の第3章の規定において具体化されている（成績主義（国公法33条以下、地公法15条以下）、労働の対価たることを前提とした給与保障（国公法62条以下、地公法24条以下）、身分保障（国公法74条以下、地公法27条以下）、服務規律（国公法96条以下、地公法30条以下）など²⁷⁾。

官吏関係の「公法」上の関係という性質決定や「複線型」公務員制度、職業官吏制度の伝統的諸原則を定めるドイツ基本法との対比において、日本国憲法は、大日本帝国憲法下の意味における官吏制度の復活に否定的ではあれども、公務員の法的地位に関して直接多くを語っていない。しかし、憲法の基本構造を踏まえた公務員法体系全体を観察すれば、その根本においては、民主制を前提とした、行政の安定性や中立性、能率性、公正性の実現、つまり、公務就任機会の平等の要請を伴い、公務の能率性の実現にも資する成績主義を前提とした、安定的・中立的な行政の実現のための公務員制度の保障という基本理念を看取することができ、その点においてはドイツと大きく異ならないことを指摘できる。ただし、基本理念の要請には、次に見る「労働者」たる側面についての権利保障も含めた公務員の基本的人権の尊重の要請も含まれる以上、その基本理念・権利保障に反しない制度設計・解釈枠組が要請されると考えられる²⁸⁾。

25) この点につき、前掲注22も参照。

26) たとえば、橋本公巨「國家公務員法改正についての諸問題（一）」法學新報56巻2号（1949年）50頁以下、田中・前掲注6）226頁以下、晴山・前掲注20）265頁以下参照。終身ないし無期限での任用が原則であることを指摘するものとして、田中・前掲6）248頁、鶴飼・前掲注20）105頁、遠藤博也『行政法Ⅱ（各論）』（青林書院新社、1977年）108頁、山本・前掲注22）56-57頁、塩野・前掲注8）260-261頁などのほか、裁判例として、山形県人事委員会（東郷小学校）事件（最三小判昭和38年4月2日民集17巻3号435頁）参照。

27) 公務員法が、本来的には、「行政機関」たる側面を規律する行政組織法とは区別される、公務員労働法であることを指摘するものとして、藤田宙晴「公務員法の位置付け—行政組織法理の体系化へ向けての一考察—」（初出：1985年）同『行政法の基礎理論 下巻』（有斐閣、2005年）32頁以下参照。

28) 下井・前掲注9）123頁、晴山・前掲注20）270-271頁参照。塩野・前掲注8）260頁は、「公務員法制は、憲法15条に定める全体の奉仕者としての公務員にかかる制度の具体化であり、「その限りにおいて、民間の雇用法制とは、憲法的

（4）日本における労働法的アプローチの適用可能性

ア 憲法規範との関係

日本国憲法は、労働者の権利を保障し、労働運動を容認することを、その 27 条および 28 条において認めた。

憲法 27 条 1 項は、勤労権（労働権）を保障し、それは国との関係では、労働者に雇用機会を保障するための諸々の措置をとることを義務付け²⁹⁾、使用者との関係では、労働者にすでに獲得した職場の保持について法的保護に値する利益を保障し、解雇制限等の根拠ともなる³⁰⁾。そして、27 条 2 項が勤労条件基準の法定保障³¹⁾について、28 条が労働基本権の保障について定めている。

これら権利保障と公務員たる地位との関係であるが、これまで、公務員が 28 条によって労働基本権を保障される「勤労者」に含まれることに争いはない³²⁾。また、27 条 1 項についても、28 条にいう「勤労者」と勤労権の享有主体たる「勤労者」を区別する理由には乏しいことからすれば、公務員にも勤労権の保障が及んでいると考えられる³³⁾。さらに、憲法 27 条 2

基礎を異にする」としているが、公務員法制は民間の雇用法制と無関係では存在しえず、両者の近似化、民間雇用法制の影響が生じていることを認めている（下井・前掲注 9）123 頁注 3 は、公務員の基本的人権の尊重がこの近似化を要請するとする）。

29) 政策義務に明白に反する国の立法・行政行為を違憲・無効にする効果（自由権的效果）をも包含しているとするものとして、菅野・前掲注 4）27 頁。

30) 沼田稲次郎『團結権擁護論（上巻）』（勁草書房、1952 年）108 頁以下、芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権（2）』（有斐閣、1981 年）437 頁以下〔中村睦男〕、西谷敏『労働法〔第 2 版〕』（日本評論社、2013 年）25 頁、和田肇『人権保障と労働法』（日本評論社、2008 年）206 頁など。有田謙司「労働法における労働権論の現代的展開－包括的基本権としての労働権（試論）－」山田晋ら編『社会法の基本理念と法政策－社会保障法・労働法の現代的展開－』（法律文化社、2011 年）41 頁は、労働権が解雇規制等の規範的根拠となることにつき、近時、諸外国・国際機関においては、認められるとするのが一般的であると指摘する。

31) 国による労働条件基準の設定につき、過度な規制が許されない（過剰禁止）と同時に、必要な規制をしないことも禁じられる（過少禁止）として、合理的根拠を欠く規制緩和は同項の趣旨に反するものとして、西谷・前掲注 30）25-26 頁。

32) 判例として、全農林警職法事件（最大判昭和 48 年 4 月 25 日刑集 27 卷 4 号 547 頁）。この点につき、たとえば、下井・前掲注 9）67 頁以下参照。また、同判決は「労働基本権の保障は、憲法 25 条のいわゆる生存権の保障を基本理念とし、憲法 27 条の勤労の権利および勤労条件に関する基準の法定の保障と相まって勤労者の経済的地位の向上を目的とするものである」として、憲法 25 条を基本としつつ、憲法 27 条と 28 条の関連性を認めている。

33) 勤労権ないし労働権を公務員も享有することを指摘するものとして、晴山・前掲注 20）271 頁参照。また、「非正規」公務員の雇用保障につき、憲法 27 条の間

項にいう労働条件基準法定主義の趣旨は、労使関係の不对等性を考慮し、労働条件の最低基準を法定することで「勤労者」を保護するということにあり、公務員に関しても、本来的にはその保障が及んでいることを否定する必要はない³⁴⁾。

以上のことは、国・地方公共団体が、「政府」としての側面のみならず、労務提供の相手方である「使用者」としての側面や懲戒権等を行使する「人事権者」としての側面も併有すること³⁵⁾からも説明可能であろう。

このように、日本国憲法下において、公務員も含めた勤労者・労働者には、憲法 27 条および 28 条の保障が及んでいる。

このことは、憲法 15 条における制度的要請との関係において以下のよう整理できよう。

憲法 27 条および 28 条は、労働者ないし勤労者としての個々人の権利（労働基本権にあつては労働組合などの団結体の権利も含む）に関する保障を定めるものであるのに対し、憲法 15 条は、公務員の特殊な地位・制度を定めるものである。この両者の関係に関して、「公務員」の「労働者」たる権利保障の享受という観点に着目すれば、日本国憲法は、公務員も、労働者ないし勤労者として、民間労働者との同質性を前提とした権利保障を予定しつつ（憲法 27 条 1 項、2 項、同 28 条）、議会制民主主義や職務の公共性の要請（同 15 条参照）との関係で、例外的に、一定の特殊な規律・調整を予定したものと理解すべきである³⁶⁾。このことは、判例においても、少なくとも公務員の労働基本権との関係では前提とされてきたところであり、勤労

題として位置付ける必要性を指摘するものとして、同 291-292 頁、晴山一穂・西谷敏編『新基本法コンメンタール 地方公務員法』（日本評論社、2016 年）10 頁〔晴山一穂〕参照。

34) 室井力『公務員の権利と法』（勤草書房、1978 年）22-23 頁、97 頁、阿部泰隆ら『地方公務員法入門』（有斐閣、1983 年）61-62 頁〔晴山一穂〕、西谷・前掲注 30) 28 頁。

35) 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）103-104 頁参照。ドライバー報告も 2133 項において「政府としての政府」と「使用者としての政府」の区別を説いている（片岡昇・中山和久訳『ドライバー報告』（労働旬報社、1966 年）547 頁参照）。

36) 同様の見地を示すものとして、たとえば、西谷・前掲注 30) 28-29 頁、同「国の非常勤職員の雇止めと地位確認・損害賠償－大学共同利用機関法人情報・システム研究機構事件に関する意見書」労旬 1670 号（2008 年）33 頁参照。公法学においても、少なくとも憲法 28 条との関係においては、このような関係性が前提とされてきたと思われる（たとえば、田中・前掲注 6) 234 頁、244-245 頁注 2、258 頁以下参照）。

権や勤労条件基準の法定保障についても、一般論としては当てはまろう³⁷⁾。

このような「公務員」たる地位と「労働者」たる地位を排他的に捉えない解釈枠組の妥当性は、ドイツ法との対比において、より鮮明となる。ドイツにおいては、基本法が公務員制度の「複線型」そのものを規定していることとの関係で、公法上の官吏関係と公務被用者を含む私法上の労働関係とは憲法上明確に区分され、それは法的地位の把握にも反映されていた。

これに対し、日本の憲法規範は、「労働者」と「公務員」の地位を排他的に捉えることなく、基本的には、「労働者」としての地位を基礎とし、「公務員」たることに伴う制度的要請に基づいた規律を必要に応じて例外的に課す、という視点から、原則・例外関係として捉えることを否定しておらず、かえってドイツ基本法よりも構造上柔軟性を有しているといえる。

以上から、日本の憲法規範は、「制度的アプローチ」と「労働法的アプローチ」の併存を何ら否定しておらず、むしろ前提としているといえることができる。

イ 公務員法との関係

以上述べたことは、憲法の要請を受けて制定された個別法たる公務員法の理解との関係においても変わることはない³⁸⁾。

一つには、明文規定がない場合に、法体系の基本理念に反しない限りで労働者的側面を適切に考慮すること、もう一つには、明文規定が存する場合においても、その具体的解釈に際して、労働者的側面を適切に考慮することは許容されると考えられる。

この点については、渡辺教授の指摘が示唆的である³⁹⁾。渡辺教授は、議会制民主主義の要請を強調する判例⁴⁰⁾の批判的検討の文脈において、議会制民主主義（勤務条件法定主義、財政民主主義）に関わる現行法制度を詳細に検討し、現行法体系が、詳細法定主義を採用していないことを明らかにしたうえで、法による規律が細部まで及んでいないところでは当事者間で勤務条件が形成される余地があることを指摘されている。このように、勤

37) 前掲注 32 参照。

38) 憲法 15 条の法律主義の要請は、公務員制度のすべてを法律で詳細に定めることまで要求するものではなく、その大綱ないし基準を法律で定めるという「基準法定主義」を意味すると指摘するものとして、晴山・西谷・前掲注 33) 8-9 頁〔晴山一穂〕。また、晴山・前掲注 20) 278-279 頁、286 頁以下も参照。

39) 渡辺・前掲注 35) 118 頁以下、特に 131 頁以下。

40) 前掲注 10) 全通名古屋中郵事件。

務条件の当事者間での形成そのものに関わる局面との関係でも、法があらゆる事項を網羅的・画一的に規律しているわけではない。下井教授も、この指摘を敷衍する形で、現行公務員法によって、あらゆる事項が規律されているわけではなく、「法令規律の隙間事項」が存在しているとしたうえ、当事者間の合理的意思解釈を肯定する素地があることを指摘されている⁴¹⁾。

また、現行公務員法自身、憲法の要請を受け、公務員制度の「根本基準」について定めているという点である（国公法1条1項、地公法1条参照）。つまり、このような「根本基準」という意味において、公務員は「一元的」に規律されているのであるが、公務員法上の多くの規定が、それによって要請される具体的内容・程度までも事細かに規定しているわけではない⁴²⁾。

以上からすれば、明文規定を欠く場合はもとより、明文規定のある公務員法上の個々の規定の具体的解釈においても、担う職務の内容・性質に応じた解釈はもとより、労働者の側面の考慮を排斥するまでに「一元的」ひいては画一的・硬直的に理解する必要はなく、公務員の法的地位の具体的理解においては、先に示した憲法構造を踏まえ、労働者の側面と制度的側面を適切に衡量することが要請される⁴³⁾。また、仮に労働基本権制約という集团的労働関係の局面に関して議会制民主主義の観点を過度に強調する判例の態度を前提にするとしても⁴⁴⁾、そこでの考え方を直ちに個別的労働関係に対して妥当させるべきでないことは、ドイツにおける統一的公勤務法の議論にもみたとおりである。

ウ 勤務関係ないし採用（任用）行為の法的性質論との関係

ここでは、いわゆる勤務関係ないし採用（任用）行為の法的性質論について付言しておく。「労働法的アプローチ」の妥当可能性を否定する下級審裁判例においては、この点が強調される傾向が存するためである⁴⁵⁾。

41) 下井・前掲注9) 131頁、301頁以下参照。

42) 法令規律事項の規律密度という観点からの指摘として、下井・前掲注9) 131-132頁。

43) 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）27頁参照。

44) 前掲注10) 全通名古屋中郵事件参照。

45) 雇止め法理につき、川田・前掲注10) 109頁以下、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）70-71頁参照。

まず、公務員の勤務関係の法的性質論について、日本の戦後公務員法制において、公務員の法的地位の解釈枠組を一律に行政法（ないし「公法」）領域に置くか、労働法（ないし「私法」）領域に置くか、もしくは混在させるかという問題については、官吏関係につき「公法」上の勤務関係という性質決定を行う明文規定を有するドイツ法体系とは異なって、憲法でも法律でも特段語られていない。また、「公法」関係と「私法」関係の分水嶺としても理解された、戦前の意味における官吏と雇員、傭人等その他被用者の区分は廃止されたうえ、戦後公務員法制のモデルとなったアメリカ法体系は、もとよりドイツ法体系とは異なって、公法と私法の二元的法秩序を基礎とするものではない⁴⁶⁾。

もっとも、最高裁判所は、現行法制においても、勤務関係の法令による規律という点を重視したうえ、労働関係法規の適用関係を問わず、公務員の勤務関係を「公法的規律に服する公法上の関係」とした⁴⁷⁾。

この点について、学説⁴⁸⁾においては、公務員の勤務関係を法令によって規律された労働契約関係と捉える有力な見解も唱えられた一方⁴⁹⁾、私法上の雇傭契約関係と同一視することは誤りとしつつ、「公務員の行なう職務の公共性に応じ、法規制のうえで特殊性が認められている」意味において「公の勤務関係」とする見解⁵⁰⁾や、現行公務員法が、給与・勤務時間等の勤務条件につき、契約方式ではなく、法令によって定めることを原則としていることを念頭に、「公法という形容詞をつけること」には問題があるとしつつ、「解釈論の基礎としては、法令によってひろくカバーされた関係であることを前提として、法律の趣旨目的の合理的解釈でこと足り」、「労働者性、公益性という価値原理によるので十分」とし、上記最高裁判決もこのような考え方に立っているとして、現行法上契約関係という性質決定

46) 塩野宏『行政法Ⅰ 行政法総論〔第6版〕』（有斐閣、2015年）22頁参照。また、戦前とは異なり、日本においては行政裁判所制度も存在しない。

47) 信越郵政局事件（最二小判昭和49年7月19日民集28巻5号897頁）。

48) 裁判例および学説の展開も含めて、村井龍彦「公務員の勤務関係の性質」成田頼明編『行政法の争点〔新版〕』（有斐閣、1990年）126頁以下、晴山・前掲注43）24頁以下参照。

49) 室井力『特別権力関係論』（勁草書房、1968年）379頁以下。近時においても、晴山・西谷・前掲注33）18頁以下〔西谷敏〕、晴山・前掲注43）26-27頁、下井・前掲注9）128頁以下、303-304頁など。

50) 田中・前掲注6）243頁、244頁注1。

に決定的な意義を認めない見解が主張されている⁵¹⁾。ただし、行政法学においては、現在、「公法」・「私法」といった区分それ自体には、解釈上の決定的な意義は認められていない点に留意する必要がある⁵²⁾。

このように、とりわけ、合意による勤務条件形成の余地との関係を念頭に、「契約関係」という性質決定それ自体に決定的な意義を認めるかについて争いはあるものの、「公法」という言葉それ自体に決定的な意義があるとは考えられていない。つまり、公務員関係においては、法令によって規律されているという意味における特殊性は認められるものの、そのこと自体は、労働者の側面、とりわけ、労働法的保護を適切に考慮することとは何ら排他的には捉えられていないのである⁵³⁾。

採用（任用）行為の法的性質論についても同様のことがいえる。

ドイツにおいて、官吏の任命は、その特殊な地位の成立・変更における法的安定性・法的明確性の要請を前提に、協力を要する行政行為であるとされ、その法的地位を争う裁判管轄も基本的には行政裁判所にあるとされている。ただし、それは、その他権利義務も含め、表裏一体として形成される官吏の特殊な法的地位を前提に考えられている点に留意する必要がある。

他方で、日本においては、公務員の採用（任用）につき、相手方の同意を要するという点に争いはないが、採用（任用）行為を「公法上の契約」と捉える見解⁵⁴⁾、任命権者の優越的な立場の承認という意味における行政

51) 塩野・前掲注 8) 281-282 頁。同様の見地を示すものとして、たとえば、藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、2005 年）296 頁以下（ただし、雇用者側の行為の多くが行政処分とされていることを重視する）。このような理解が有力であるとするものとして、宇賀克也『行政法概説Ⅲ 行政組織法／公務員法／公物法〔第 4 版〕』（有斐閣、2015 年）365 頁。ただし、塩野宏「公務員法における判例の機能－公務員の勤務関係に関する判例を中心として－」（初出：1972 年）同『行政組織法の諸問題』（有斐閣、1991 年）201 頁は、労働契約関係説につき、「現行公務員法制のかかえる諸矛盾を最もよく批判的に解明し得るものであることは肯定されてよい」としたうえで、公務員法制の「構造そのものの根本的再検討が可能であることは認められなければならない」と評価していた。

52) 塩野・前掲注 46) 28 頁以下参照。同「公法と私法－判例分析－」（初出：1998 年）同『法治主義の諸相』（有斐閣、2001 年）76 頁以下は、最高裁判例における公務員の勤務関係の法的性質論との関係においても同様の指摘を行う。

53) 晴山・前掲注 43) 27 頁参照。これに対して、勤務関係の法的性質論を「私企業労働関係におけるような契約法理に従った処理（たとえば、採用内定法理、諸種の臨時雇用の可能性、短期雇用の反復更新後の雇止めに関する制限法理、労働条件や人事に関する合意の拘束力、等）が認められるか否か」ということとの関係で十把一絡げに理解するものとして、菅野和夫「公共部門労働法－基本問題の素論－（一）」曹時 35 巻 10 号（1983 年）49 頁以下参照。

54) たとえば、鶴飼・前掲注 20) 76-77 頁。

行為であるとする見解⁵⁵⁾ともにある。

この点に関して、日本の学説においては、基本的に、採用（任用）行為の法的性質論それ自体には特段の意義は存しないと考えられている⁵⁶⁾。

ただし、抗告訴訟の提起を要するかという訴訟形式との関係に限っては一定の意義があるとされており、勤務関係の消滅（免職）に関しては処分的構成が採用され（国公法 90 条、92 条の 2、地公法 49 条の 2、51 条の 2 参照）、勤務関係の早期安定性の確保を期待していると考えられることを理由に、公務員関係の成立行為も処分として構成されるとの説明がなされている⁵⁷⁾。

このように、日本の学説においては、採用（任用）行為を仮に「行政処分」と性質決定するにせよ、そのことは、必ずしも実体的側面との関係において「契約」的契機ないし労働者の側面の考慮を排斥する意味における公権力性を伴う「行政行為」となることを意味せず、主として、争訟手続の選択という側面において意義を有しうるに過ぎないと考えられている⁵⁸⁾。

このため、この点も、それ自体では、労働者の側面の考慮を排斥する根拠とはならない。

エ 公務員関係における労働法的雇用保障の意義

以上みたように、日本における公務員関係においても、「労働法的アプローチ」の適用基盤は存すると考えられる。その日本法体系における具体

55) 近時では、とりわけ、実務担当者の見地からのコンメンタールである森園ら・前掲注 7) 319-320 頁〔井手亮ら〕や橋本・前掲注 16) 221-222 頁がそのような見地を示す。学説および実務担当者の見解の経緯も含め、上林陽治『非正規公務員の現在－深化する格差』（日本評論社、2015 年）161 頁以下も参照。

56) たとえば、田中・前掲注 6) 245-246 頁注 1、塩野・前掲注 8) 285 頁参照。

57) 塩野・前掲注 8) 285-286 頁、宇賀・前掲注 51) 373 頁参照。これによると、処分的構成を示唆する規定が適用されない類型の特別職などの採用行為を行政処分とすることには理由が乏しいことになろう。

58) 下井・前掲注 9) 132-133 頁、305 頁以下、櫻井・前掲注 45) 71 頁以下、晴山・前掲注 43) 27-28 頁参照。この点については、かねてより、塩野・前掲注 51) 193 頁において「具体の行政庁の行為を処分とみる（あるいはする）か、私法上の行為とみる（あるいはする）かの要点は……、公勤務法律関係の早期確定性についてどう考えるかにあるのであって、これは、行政過程論の見地からはともかく、公務員法の側からみればその基本的問題というよりは、より副次的、技術的問題に過ぎ」ず、「任命権者に、すでに法律によって権限が与えられており、その行為の法的性質（処分か私法上の行為か）に争いがあるとするれば、それはどちらかに決まればよいものである（あるいは決まらなくてもよく、具体の裁判においては原告の訴訟方法の選択にゆだねればよいという考えも成り立ち得る）」との指摘があったところである。

的帰結については項を改めて検討するとして、ここでは、公務員関係における労働法的雇用保障の意義について、ドイツ法との対比において改めて付言しておく。

ドイツ公勤務者の雇用保障において、官吏に対する「制度的アプローチ」は、基本的に「労働法的アプローチ」の観念を容れる必要のないまでに徹底しており、その射程外においては「労働法的アプローチ」が妥当すると考えられてきた。この「労働法的アプローチ」による雇用保障の下限形成の観点は、「統一的」公勤務法の議論においてより鮮明に表れており、そこでは、協約自治・争議権の承認ないし勤務関係の法的性質決定の議論に必ずしも拘泥することなく、また、公勤務法による特殊な雇用保障と労働法的な雇用保障を排他的・二者択一的に捉えることなく、雇用保障を形成する一般法としての労働法の意義が重視された。

このことから看取できるのは、一般労働法にない特殊な雇用保障（これには、強化の方向も、緩和の方向も含まれる）を形成する場合には、制度的観点による正当化を前提とした特殊な規律を要するが、それがない領域においては基本的に一般労働法に応じた雇用保障が及ぶべきという考え方である。ドイツにおいては、特殊制度的な要請による正当化がなされない限り、民間労働者をも下回る雇用保障は基本的に想定されていなかった。

この背景には、基本法に淵源を有する存続保護の理念を前提に、特殊制度的な要請による正当化がなされない限り、基本的にはすべての労働従事者が労働法による最低限の雇用保障を享受すべきとの考え方があると考えられる。同様の観点は、日本国憲法 27 条にもみられるところであり、日本においても、「労働法的アプローチ」の妥当可能性については、その排斥を肯定するに足る、特殊制度的な要請による正当化の有無が厳密に問われる必要がある。

4 日本における制度的アプローチと労働法的アプローチ

以上、日本法体系においても、担うべき職務の内容・性質に着目し、「制度的アプローチ」と「労働法的アプローチ」の双方を用いる基盤があることをみた。以下では、その具体的帰結の一例を、本稿の中心課題である「非正規」公務員の法的地位、特にその雇用保障を素材として、日本法体系に即して示すこととする。

（1）制度的アプローチ

日本法の枠組みにおいて「制度的アプローチ」の基盤を与えるのは、憲法 15 条およびそれに基礎を置く公務員法体系の基本理念である。つまり、公務就任機会の平等の要請を伴い、公務の能率性の実現にも資する成績主義を前提とした、安定的・中立的な行政の実現のための公務員の独立性・中立性の保障という基本理念である。ドイツにおいては、原則として、同様の基本理念が特に妥当する機能を恒常的なものとして担う者につき、特殊な義務・権利制約が課される反面、それと表裏した権利・雇用保障がなされるということが有機的一体的に観念されていた。

このような基本理念に即した、担うべき機能と特殊な義務・権利制約および権利・雇用保障の有機的一体的な関係性は、日本においても同様に認められるべきである。公務員法体系の基本理念が特に妥当する職務を恒常的なものとして担う職員の法的・経済的地位の不安定は、同時に、情実人事や当局（使用者）に対する従属性が生じることに伴う弊害等をもたらし、公務員法体系の意図する公務の公正性・中立性の実現を脅かす危険があり、特殊な義務・権利制約を負わせるだけでは、上記基本理念の実現に十分でなく、それは、特殊な義務・権利制約と表裏する権利・雇用保障と相まることによって、はじめて十全に実現されるためである⁵⁹⁾。

このため、上記の基本理念を実現すべき要請が強く妥当する職務を恒常的なものとして担うことは、それに応じた程度に公務員法体系の想定する特殊な義務・権利制約に服し、同時に、それと表裏した権利・雇用保障を享受することも要請すると考えられる。これを日本法体系に即して言えば、「本格的業務」を恒常的なものとして担い、現行公務員法の定める特殊な義務・権利制約に相応に服し、かつ、それに応じた権利・雇用保障を享受する「正規」公務員の法的地位が「制度的アプローチ」の典型形態となることを意味する。これは、まさしく、従来日本において想定されてきた典型的公務員像である⁶⁰⁾。

このような制度的要請との関係で問題となるのは、「非正規」公務員が「本

59) 第 2 章、第 4 章第 2 節 3 (2) 参照。

60) ただし、「正規」公務員との関係においても、権利・雇用保障の側面につき、この要請がこれまで十分に実現されてきたわけではない。民間労働法制との対比を踏まえた指摘につき、たとえば、城塚健之「公務員と労働契約法」西谷敏・根本到編『労働契約と法』（旬報社、2011 年）318 頁以下のほか、終章を参照。

格的業務」を恒常的なものとして担うケースである。従来、「非正規」公務員との関係では、義務・権利制約ないし権利・雇用保障の後退の側面についてのみ、制度的要請が片面的に作用する傾向にあったことを指摘した。しかし、「制度的アプローチ」は、義務・権利制約のみならず、それと表裏する権利・雇用保障の実現も要請する。つまり、「正規」公務員が担うべき「本格的業務」を恒常的なものとして担うならば、基本的には、「正規」公務員と同様の義務・権利制約に服すると同時に、それと表裏した権利・雇用保障を実現することが要請される。

まず、具体的労働条件・処遇との関係においては、上記の基本的観点はもとより、公務員法が職務給の原則（国公法 62 条、地公法 24 条 1 項）や平等取扱の原則（国公法 27 条、地公法 13 条）を定めていることから、短時間勤務等の特性に応じて生じる合理的差異は別として、基本的には、当該業務に従事する比較可能な「正規」公務員と同様の取扱いをすることが要請される⁶¹⁾。

次に検討すべきは、「制度的アプローチ」の要請が、期限付任用との関係において、特別な雇用保障を要求するかということである。

「正規」公務員による遂行が本来念頭に置かれる職務への期限付任用が、業務の一時性・臨時性等に着目した法の定める枠内⁶²⁾で適法になされる場合には、日本法体系の解釈として、当該期間の満了により任用関係が終了することになるのが原則である⁶³⁾。しかし、その法的枠組に違反する場

61) 「非正規」公務員の側からは、少なくとも損害賠償請求や措置要求によることができよう（平等取扱の原則につき、森園ら・前掲注 7）294-295 頁〔木村秀崇ら〕、橋本・前掲注 16）212-213 頁参照）。旧来から平等取扱の原則を根拠に、定員外職員との関係においても、格差は正は理論的には比較的容易に行いうるとしていたものとして、山本吉人「公務員の労働関係と労働者保護原理－臨時的任用と条件付任用について」茨城大学政経学会雑誌 35 号（1976 年）13 頁。また、国家公務員との関係では、一般職の職員の給与に関する法律（給与法）22 条 2 項が、一定の「常勤を要しない職員」につき、常勤の職員の給与との権衡を考慮した給与を支給することを要請している。なお、「正規」・「非正規」間の差別禁止ないし均衡処遇を定めるパートタイム労働法 8 条、9 条、労働契約法 20 条につき、公務員に対する適用除外を認める必要はないと考えるが、この点については後述する。

62) たとえば、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 4 条、5 条参照。このような場合に常勤職員と同様の「本格的業務」への従事が想定されていることにつき、たとえば、総務省・前掲注 11）「報告書」3-4 頁参照。

63) ただし、このような例外を許容する法の定めも無制約ではなく、公務員制度の基本理念を害するまでの拡大は許されないと考えられる。この点について、塩野宏「地方公務員制度改革の一局面－任用・勤務形態の多様化－」（初出：2004 年）同『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011 年）472 頁は、前掲注 26）山形県人事委

合⁶⁴⁾には、期限付任用された「非正規」公務員の「本格的業務」への従事は、そこで前提とされる一時性・臨時性等の要請に反することになるのみならず、法による期限付任用の例外的許容に違背し、職務遂行の安定的・恒常的保障を通じた安定的・中立的な行政の実現という制度的要請に反する。

問題は、その具体的帰結である。前提として、この場合は違法な期限付任用ということになるが、公務員法の想定する身分喪失事由に該当しないことからすれば、任用自体は原則として無効にはならないと考えられる⁶⁵⁾。

ここでさらに検討すべきは、より進んで「正規」公務員としての任用請求権が生じるかという点である。具体的労働条件・処遇との関係は先に述べたとおりであり、ここで特に問題とするのは、「正規」公務員としての雇用保障、つまり、期限の定めのない任用を求め得るかである。

この点に関して参考になるのは、ドイツにおける、有期任用が違法に用いられた際の終身官吏への任命請求権に関する議論である⁶⁶⁾。

そこでは、公的使用者の配慮義務に対応する配慮請求権の構成による任命請求権を肯定する根拠として、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、このことは憲法の要請に応じたも

員会（東郷小学校）事件において、身分保障の原則は終身任用制度の原則として理解されているとしたうえ、「国家公務員法制、地方公務員法制の基本原則に変更のない限りでは、特別法によって終身任用の原則を廃止しない空洞化することは認められない」と指摘している。

64) たとえば、従事する業務が恒常性を有し、または、その業務量の増加が一時的なものでない場合（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 4 条 1 項、5 条 1 項、8 条 2 項参照）や職員の部分休業に際しての代替の趣旨に反する場合（同法 5 条 3 項、8 条 2 項参照）。

65) 定員を超過した任用や成績主義に違背した任用につき、違法であるとしつつも、無効にならないとしたものとして、最三小判昭和 39 年 5 月 27 日民集 18 卷 4 号 711 頁参照。同判決についての矢野邦雄「判解」最判解民事篇昭和 39 年度（1966 年）151-152 頁も、「公務員のいわゆる欠格条項（国家公務員法 38 条、76 条、地方公務員法 16 条、28 条 4 項参照）が任命の無効原因と解されているのと趣を異にする」と指摘する。ドイツ官吏においても同様に解されていることにつき、第 2 章第 2 節 1、第 3 節 2（2）エ参照。

66) 第 2 章第 3 節 2（2）エ参照。

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、その法的地位は労働法の適用を受ける者の法的地位に劣ることになり、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が挙げられ、任命請求権自体を直接的に定める明文規定の有無に拘泥することなく、義務付け訴訟による救済が可能とされた。

以上の基本的観点は、ここで問題としている場合にも参考になる。ドイツ法における「配慮義務／請求権」という観点につき、その具体的構成を日本法の文脈に即して述べるならば、憲法を頂点とした公務員法体系の基本理念たる職務遂行の安定的・恒常的保障を通じた安定的・中立的な行政の実現の要請に基づく、公務員としての地位を正当な事由なくみだりに奪われない権利の意味における職務遂行権、ないし、それと密接に関わる信義則上の義務／請求権と構成できよう⁶⁷⁾。

このように、「非正規」公務員という形で任用された場合であっても、その期限付任用が法の定めに反する場合、つまりここでは、「本格的業務」への従事自体を許容する法律上の規定が存在し、成績主義の要請等その他諸要件を充足する一方で、期限付任用を正当化する法定要件を充足していなかった場合⁶⁸⁾には、期限の満了による地位の喪失を阻止し、制度的要請

67) 職務遂行権の一般的意義につき、鶴飼・前掲注 20) 115 頁以下、塩野・前掲注 8) 297 頁以下参照。前者が公務就任権の側面を重視するのに対して、後者は、「公務員法制の理念である、成績主義に基礎を置くもの」とする。また、日本においても、「配慮義務」の観点は、少なくとも安全配慮義務との関係では、付随義務ないし信義則上の義務として認められてきたところであり（陸上自衛隊八戸車両整備工場事件（最三小判昭和 50 年 2 月 25 日民集 29 卷 2 号 143 頁）、同事件についての柴田保幸「判解」最判解民事篇昭和 50 年度（1979 年）66-67 頁は、ドイツ官吏の解釈を参照している）。

68) 前掲注 62、注 64 参照。なお、成績主義との関係では、「正規」公務員一般と「同一」の公務員採用試験を経ないことも問題になり得る。しかし、ここで問題とする職員については、法に違背した運用に対する法体系の基本理念に相応した請求権が問題となること、また、一定の公務就任機会の平等や能力の実証の要請の実現を経た「採用」自体は既になされていることが前提となっており、再度「採用」の規律そのものに服させる必然性がないこと（国公法 34 条 1 項 1 号、地公法 15 条の 2 第 1 項 1 号参照）からすれば、適宜の実質的な能力の実証によって成績主義の要請は充足されと考えられる（請求権を前提としない場合にも、任期付で採用された者ないし非常勤職員に常勤官職への「昇任等」を予定する規定として、人事院規則 8-12 第 44 条、47 条参照）。また、臨時的任用の場合にも「本格的業務」への従事が想定されていると考える余地があるが、この場合には採用における成績主義の要請が必ずしも前提とされず、上記の場合とは前提が異なるため（たとえば、総務省・前掲注 11)「マニュアル」15-16 頁参照）、別途の考慮

に即した雇用保障を実現するという意味において、期限の定めのない任用に関する請求権が生じると解すべきである。

この点、日本法の検討において、「本格的業務」への例外的従事の許容要件の一例として挙げた一時性・臨時性という観点は、ドイツ法においては、公務被用者の高権的任務への例外的従事を許容する要素であり、明確な「複線型」を採用するドイツ公務員制度の場合には、その違反の際の身分の異なる者の間での転換、つまり、公務被用者の官吏への任命請求権は否定的に解されていたところである⁶⁹⁾。しかし、日本法は、このような身分的区分を前提としていない。この点が、違法な期限付任用の場合の「制度的アプローチ」による雇用保障に有利に働くと考えられる。

以上述べたことには、補助的業務への従事が想定される「非正規」公務員（いわゆる「臨時・非常勤職員」）として形式上任用された者が、実質的に「正規」公務員と同様の「本格的業務」を恒常的なものとして担う場合も含まれると考えられる。ここで挙げる場合は、法「の趣旨」に反する任用として、「本格的業務」への例外的従事を許容する法定要件への違背と同様に扱うことができると考えられるためである⁷⁰⁾。このような運用による情実人事や能率性の低下への懸念は、それに対応した成績主義の要請、つまり、「正規」公務員に比類した能力の実証等が実質的に実現されていたことを、任用請求権の要件に要求することによって担保されよう⁷¹⁾（このような要請を満たしていなかった場合にも、適正な業務への配置や、「制

を要する（この点につき、後掲注 71 参照）。

69) 第 1 章第 3 節 3 参照。ただし、ドイツにおいては、有期労働契約法制によっても、違法な有期労働契約の締結に対しては無期労働契約への転換が実現されている（第 3 章第 3 節 2 (1) 参照）。

70) ただし、この場合は「本格的業務」への従事が想定される明文規定によるわけではないため、「本格的業務」への従事の積極的立証を要することになろう。

71) 「正規」公務員一般と「同一」の公務員採用試験を経ていないことについては、ここで問題とする職員にも、法「の趣旨」に違背した運用に対する法体系の基本理念に相応した請求権が問題となること、また、臨時的任用の場合を除き、「採用」自体はなされていること（国公法 34 条 1 項 1 号、地公法 15 条の 2 第 1 項 1 号参照）から、前掲注 68 で述べたことと同様に考えることができる。ただし、前提となる「採用」との関係では、先述の場合との均衡から、「非正規」類型による「本格的業務」への例外的従事を許容する場合に比類した公務就任機会の平等や能力の実証の要請が実現されていたことを要求する必要がある。また、臨時的任用とされていた場合であっても、その厳格な要件（国公法 60 条、地公法 22 条 2 項、5 項参照）が満たれていない場合には、端的に明文に基づかない採用として他と同様に扱われると考えられる。

度的アプローチ」と「労働法的アプローチ」の非排他性および後者による雇用保障の下限形成の観点から、次に述べる「労働法的アプローチ」による雇用保障が検討されるべきである。また、以上述べたことは、別途「正規」公務員への転換制度を整備することを否定するものではない。

このように「制度的アプローチ」の観点は、「正規」公務員と同様の雇用保障を要請する⁷²⁾。このような請求権の導出については、定員管理との関係も問題となる。しかし、ドイツ法にもみたおり、官吏の場合も含め、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、ひいては定員規制にも優先するという考え方がありうるほか⁷³⁾、日本法の解釈においても、免職処分が後に取消訴訟において取り消され、復職がなされる場合に、法治国家である以上、それが公務員の採用計画の想定外の事態であるからといって予算措置をとらないことは許されないとされていること⁷⁴⁾との均衡からすれば、実体的法律関係が優先すると考えるべきである⁷⁵⁾。

(2) 労働法的アプローチ

以上とは対照的に、職務の内容・性質の差異ゆえに、公務員法体系の基

72) パートタイムたる属性をいかに考えるかは、より検討を要する問題である（日本法体系においてもフルタイム勤務が原則であることにつき、山本・前掲注22）56-57頁参照）。方向性としては、公務員法体系が「本格的業務」に無期任用で従事する場合につき、原則としてフルタイム勤務を要請していると捉え（たとえば、地方公務員制度調査研究会「分権新時代の地方公務員制度－任用・勤務形態の多様化－」（平成15年12月25日）12-13頁参照）、その点を重視することで、フルタイムでの任用請求権を承認することも考えられる一方、ドイツにおける統一的公勤務法の議論にもみたように、パートタイムは民間労働者と同様、基本的に許容しても問題はないという立場に立つのであれば、あえて「制度的アプローチ」の観点から請求権を認める必要がないとする方向性も考えられよう。

73) 第3章第2節2(1)参照。Dazu vgl. auch BVerwGE 118, 370 (374 f.), Urteil v. 21.8.2003.

74) 櫻井・前掲注45) 72頁。

75) 訴訟形式については、このような任用形態の変更を処分と構成する明文の積極的根拠がない以上、端的に当事者訴訟によればよいと思われるが、仮に抗告訴訟と構成する場合であっても、公務員関係自体は成立していること、また、請求権としての構成が可能であることからすると、期限の定めのない任用への変更を求める義務付け訴訟として、申請型義務付け訴訟によることが考えられるほか、日本法体系においては、期限を附款として捉え、附款のみを争う取消訴訟ないし無効確認訴訟によることで足りるとする余地もあろう（期限付任用の期限が附款と捉えられることや附款の許容性および瑕疵の帰趨の一般論につき、塩野・前掲注46) 201頁、203頁以下参照）。

本理念の要請が強く妥当しない者には、「制度的アプローチ」が妥当する必要はない。ただし、その場合にも、「労働法のアプローチ」による雇用保障の下限形成を考える必要がある。「非正規」公務員の更新拒絶を例にとれば、雇止め法理と同様の法効果、任用関係の更新を肯定すべきである。

「労働法のアプローチ」の妥当可能性については既に述べた通りであり、それを否定する裁判例に対する批判についても、すでに多くの学説が述べているため詳述は避けるが⁷⁶⁾、ここで改めて指摘しておくのは、一つには、「契約」という性質決定自体が雇止め法理に決定的であるわけではないこと、もう一つには、「労働法のアプローチ」の適用を妨げる特殊制度的な正当化根拠がないことである。

第一の点につき、雇止め法理は、解雇制限法理の一環として、憲法 27 条 1 項に由来する雇用保障の理念を基礎に置いており、私的自治に対する制約として、使用者の意思に反してでも雇用保障の効果を実現するものである以上、「契約」としての性質決定による単純な当事者意思の解釈の観点からのみ導かれるものではない。このことは、有力な学説において、同法理が端的に「判例による一種の法定更新制度」と説明されてきたことにも表れている⁷⁷⁾。

第二の点につき、日本において、「補助的業務」に従事する「非正規」公務員には、「公務の能率的運営」の観点との関連が指摘され、その観点から非正規の利用を肯定的に捉えようとする考え方も存在している⁷⁸⁾。しかし、単に人事管理の柔軟化のためだけであれば⁷⁹⁾、その観点到民間部門との差異はなく、公務と民間の雇用保障の間に差異を設け、それを正当化する理由は見出し難い。このため、「公務の能率的運営」の観点が独立した制度的要請として、原則形態たる労働者としての地位に対する例外を正当化し、「労働法のアプローチ」による保護を排斥すると考えることはで

76) たとえば、下井・前掲注 9) 300 頁以下、櫻井・前掲注 45) 68 頁以下、西谷・前掲注 36) 33 頁以下、高木・村上・前掲注 12) 120 頁以下参照。

77) 労働契約法 19 条との関係も含め、菅野・前掲注 4) 328-329 頁。以上の点につき、西谷・前掲注 36) 37 頁も参照。

78) たとえば、前掲注 23 のほか、馬渡淳一郎「批判」判時 1537 号（判評 440 号）（1995 年）253 頁参照。

79) この点を重視するものとして、たとえば、分権型社会における地方公務員の任用制度のあり方等に関する検討会「分権型社会にふさわしい地方公務員の多様な任用制度の実現へ向けて」（平成 14 年 9 月）4 頁参照。

きない。また、「補助的業務」を担うことが予定される「非正規」公務員には、人事管理との関係でも、「正規」公務員とは異なった運用が前提とされ、多くが定員外とされていることからして⁸⁰⁾、法律関係の「更新」という効果を導くことが、人事管理や定員規制との関係で大きな問題をもたらすこともない。さらに、「制度的アプローチ」の貫徹が前提とされないということは、同時に、任用に係る制度的要請、つまり、「正規」公務員を念頭に置いた成績主義の要請等に基づく任用要件・手続の厳格性を「正規」公務員と同等の水準では貫徹する必要がないことも意味しよう⁸¹⁾。

このため、雇止め法理の適用ないしそれと同様の法効果を認めることは、制度的要請に反するものでも、それによって妨げられるものでもなく、憲法27条1項に淵源を有する雇用保障の理念の当然の帰結というべきである。

結局のところ、更新拒絶に対しては、端的に雇止め法理の適用ないしそれと同様の法効果を認めることによって対応すべきである⁸²⁾。予算との関

80) たとえば、川田・前掲注12)9頁以下参照。

81) 雇止め法理の法効果は、「従前と同様の期間の定めのある雇用契約が更新されたのと同様の法律関係になるにすぎ」ず、「正規」公務員への転化とは区別されることを前提に、特別職非常勤職員との関係で同様の結論を示すものとして、清水敏「中野区における特別職非常勤職員の法的地位」労旬1670号(2008年)30-31頁参照。また、「正規」公務員との職務の内容や責任の差異が前提とされる「非正規」類型につき、成績主義の要請を緩和している規定として、たとえば、国家公務員における期間業務職員・非常勤職員に関する人事院規則8-12第46条、地方公務員における会計年度職員に関する2020年施行予定の改正地方公務員法22条の2第1項参照(前者につき、森園ら・前掲注7)75-76頁[福田紀夫]、後者につき、総務省・前掲注11)「マニュアル」10頁、18頁も参照)。なお、後者の類型との関係では、従前の人事評価を再度の任用の際の能力の実証において考慮できるとする一方、再度の任用を「新たな職に改めて任用されたもの」と整理し、成績主義等の観点を強調することで「再度任用の保障のような既得権が発生するものではない」とする理解がある(同「マニュアル」21頁、34-35頁、55-56頁)。しかし、このような形式的な理解は、上述したことからして否定的に評価されよう。より慎重な検討を要するが、仮に再任用の局面や成績主義の要請を特段重視するのであれば、ドイツにおける成績原理に基づく権利保障の議論(第2章第2節1、第3章第2節1(2)参照)を参考とした、権利・雇用保障の方向での公務員法独自の理論構成が検討に値しよう(この点につき、阿部泰隆「行政裁量と行政救済」(三省堂、1987年)74頁以下、232頁以下も参照)。

82) 旧来からの学説につき、序章3参照。そこで挙げた第二でないし第三の立場に与することになろう。訴訟形式については、典型的な勤務関係の終了原因が処分性を前提としない期間満了であり、そのことからすれば期限付任用の任用行為を行政処分と構成する必然性もないことから、端的に当事者訴訟によればよいと考えられるが(この点につき、櫻井・前掲注45)75-76頁注20も参照)、仮に抗告訴訟と構成する場合にも、附款たる任期(期限)の更新前提性の観点から、更新拒否を、更新を前提とした期限付任用の撤回処分とみなし、それを取り消すことで更新を前提とした期限付任用という従前の処分を復活させる取消訴訟によること

係のような公務員特殊な事情はありうるが、それは雇止めの相当性の枠組内で勘案すれば足りよう⁸³⁾。

このように「労働法的アプローチ」の観点は、特殊制度的な要請による正当化がなされない限り、民間労働者と同様の雇用保障を要請する。

また、以上の検討からすれば、「公務員」に対して労働契約法を一律に適用除外とする現行法体系にも問題がある⁸⁴⁾。労働契約法は、労使間における合意原則と密接に関連する事項のみならず、信義則、権利濫用の禁止（法3条4項、5項）といった法の一般原理⁸⁵⁾や安全配慮義務（法5条）のような公務・民間を問わず適用されるべき事項⁸⁶⁾、雇用保障に関する事項（法16条以下）等についても定めている。特に雇用保障との関係で、憲法27条1項に由来する雇用保障の理念に照らし、労働法が下限を形成すべきとの観点からしても、これらの規定に関する適用除外は見直されるべきである⁸⁷⁾。加えて、ドイツにおける公務被用者にみたように、制度的要請が強く妥当しないことが、無期・有期の選択に直結しなかったことからすれば、「補助的業務」に従事する者を有期とする必然性はなく、労働法的観点から、労働契約法18条の適用や無期類型自体の創出も念頭に置かれるべきである。

同様のことは、均衡処遇の問題についてもいえる。ここで問題としている「非正規」公務員につき、具体的労働条件・処遇は、「正規」公務員との職務の内容・性質の差異が前提となる以上、それと同一である必要はない。しかし、類似性のある職務に就く者との比較において、「非正規」たることが不合理な格差を惹起することは許されない。このことは、公務員法上の職務給の原則（国公法62条、地公法24条1項）や平等取扱の原則

（下井康史「判批」重判平成19年度（ジュリスト臨増1354号）（2008年）239-240頁参照）、または、少なくとも非申請型義務付け訴訟によること（川田・前掲注10）156頁、157頁注103参照。雇止め法理に基づく雇用（任用）更新の効果を請求権に比類するものと捉えるのであれば、申請型義務付け訴訟と構成する余地もあろう）が考えられよう。

83) ドイツ公務被用者の雇用保障においては、予算との関係も労働法の枠組内で把握されていることにつき、第3章第2節2(1)、第3節2(3)参照。

84) 適用除外の根拠として挙げられている事柄につき、前掲注4参照。

85) これら法の一般原理と行政法上の関係との関係性につき、たとえば、塩野・前掲注46) 92-93頁参照。

86) 前掲注67) 陸上自衛隊八戸車両整備工場事件参照。

87) この点については、城塚・前掲注60) 311頁以下のほか、労働契約法18-20条に言及するものとして、西谷・前掲注30) 457頁参照。

が要請する（国公法 27 条、地公法 13 条）⁸⁸⁾。具体的には、形式上は適用除外とされているとはいえ、パートタイム労働法 8 条、9 条や労働契約法 20 条と同様の考慮が、それら公務員法上の原則を媒介としてなされると考えられる。これら規定は、差別禁止や均衡処遇といった、本来的には公務・民間を問わず適用されるべき観点を基礎としており、これらの規定に関する適用除外も見直されるべきである。

5 義務・権利制約との関係

公務員が負うべき義務・権利制約においても、ドイツ法の検討から得られる観点は有用であると考えられる。

この点については、第一に、特殊な義務を負うことを前提とされるドイツ官吏においてすら、義務やその違反に対する制裁が担う機能、地位・職務との関係で理解されるようになってきていること、第二に、ドイツ公勤務者の法制度を総体的に観察すれば、公勤務者たる側面に鑑みた義務を負うとされつつも、担う機能、地位・職務との関係で、官吏と同等の厳格な義務を必ずしも負わないとされる公務被用者が存在すること、第三に、「統一的」公勤務法の議論において、義務やその違反に対する制裁に関し、基本的には統一的な制度が予定されつつも、それは、担う機能、地位・職務との関係で理解されていたことが示唆的である。

確かに、日本法体系は、基本的には「公務員」につき一律に義務・権利制約を課している。もっとも、仮に制度的観点からそのような義務・権利制約を課すこと自体を肯定するにせよ、その問題と負うべき義務・権利制約ないしその違反に対する制裁の具体的内容・程度をいかに考えるかの問題は別問題であり、後者の問題については、諸般の事情を考慮した、より慎重な検討を要する。

このような観点は、政治的行為との関係で、かつては、職務の内容・性質等の事情を問わず一律の制約が課されるとの理解が存した一方⁸⁹⁾、現在では、最高裁判所自体、当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当

88) 前掲注 61 のほか、平成 26 年 7 月 4 日「臨時・非常勤職員及び任期付職員の任用等について」総行公第 59 号 5 頁参照（職務給の原則のほか、パートタイム労働法の存在にも言及していた）。

89) 猿払事件（最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 巻 9 号 393 頁）。

該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するに至っていることにも表れている⁹⁰⁾。形式上一律に課されている義務・権利制約およびそれに対する違反についても、個々の事情に応じ、個別具体的に判断する必要があるのである。

6 集団的労働関係・労働条件決定システムとの関係

日本の現行公務員法制は、基本的に、公務員の労働基本権を法律上制約しており、「非正規」公務員についても、多くの場合、「正規」公務員と同様の労働基本権制約が課されているのが現状である⁹¹⁾。

もっとも、ドイツ法の検討からは、第一に、官吏の協約自治・争議権の制約との関係においても、一方では、労働組合の上部組織を通じた官吏法上の規律準備への関与権や憲法異議をも許容する官吏個人の主観的権利が承認され、そのような主体的関与が代償的手段として機能していること、他方では、国際法秩序との関係も踏まえ、当該制約自体に関しても、担う機能・職務に応じた考慮が改めて示唆されるに至っていること、第二に、ドイツ公勤務者において、公務被用者にはそもそも官吏のような協約自治・争議権の制約が予定されておらず、とりわけ、典型的な「非正規」類型は、公務被用者としてのみ存在していること、第三に、公勤務者の具体的労働条件は、公務被用者の協約自治と官吏の関与権の行使等の相互作用の中で形成されていることが示唆的である。

確かに、日本においては、議会制民主主義の要請それ自体を主たる根拠として労働基本権制約を肯定している判例⁹²⁾との関係において、より慎重な検討を要する。しかし、このような労使自治・争議権の制約、ないしは、その代替となる、地位の特殊性に応じた公務員自身による労働条件への主

90) 最二小判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁、同 1722 頁。特に、両判決に付された千葉勝美裁判官の補足意見においては、憲法の趣旨や公務員制度の体系的な理念等を踏まえた公務員法の解釈が説かれている。

91) 国家公務員の非常勤職員は、一般職職員であることが前提となるため（国公法附則 13 条参照）、基本的に「正規」公務員と同様の規律に服することが念頭に置かれるほか、地方公務員の場合も、特別職非常勤職員（地公法 3 条 3 項 3 号）に当たる場合を除き、一般職職員として、基本的には「正規」公務員と同様の労働基本権制約に服することになる（単純労務職員や企業職員などとの関係も含め、地方公務員についての詳細は、早津裕貴「混合組合の法的地位に関する検討」労旬 1864 号（2016 年）18 頁参照）。

92) 特に、前掲注 10) 全通名古屋中郵事件。

体的な影響力行使の手段についても、その担うべき職務との関係を踏まえつつ、より立ち入った検討が改めて求められるように思われる。

第3節 小括

ドイツ法の検討からは、日本における「一元的」制度内での公務員の法的地位の複層化を直視しつつ、その担う職務の内容・性質との関連を踏まえ、法形式や勤務関係の法的性質論のみに拘泥することなく、憲法を頂点とした法体系の下、制度的観点と労働法的観点の双方を適切に考慮した法的地位の理解を構築すべきとの示唆が得られるように思われる。

公務員法の解釈においては、公務員労働法たる側面と行政法たる側面の双方の視点からの考察を要するとの指摘がなされることがある⁹³⁾。もっとも、それは、公務員たることに鑑みた特殊な制度的要請が妥当することを肯定しつつも、形式的な意味における行政法的な解釈枠組だけにとらわれるのではなく、実質的観点から、一方では、公務員たる地位の特殊性に応じた義務・権利制約と表裏する十全な権利・雇用保障を行うことによって、他方では、労働法が雇用保障を形成する一般法であること、および、その展開・発展を適切に踏まえたうえで、労働者たる側面を、法の欠缺の補充や具体的法解釈の枠組みにおいて、また具体的立法において適切に考慮することによって実現されるべきである。

そうではなく、行政法たる側面が、公務員たる地位の特殊性に応じた保障や労働法による保障を単に遮断するに過ぎず、そのような状況が生じていることが等閑視されるのであれば、それは、現在では克服されたはずの特別権力関係論への回帰を示すというほかないように思われる。

93) たとえば、宇賀・前掲注51) 323頁。また、藤田・前掲注27) 57頁では、公務員の権利・義務の内容と行政組織法上の法理の「連動」という観点は、特殊行政組織上の利益ということが、どのような形で公務員の権利義務の内容に影響を及ぼすかということに問題をしばって検討を進める必要があるとする。

終章 おわりに一残された課題

本稿においては、公務労働従事者の「非正規」化の進行という現状を念頭に置きつつ、ドイツ法における職務の内容・性質に着目した公勤務者の法的地位の把握と制度的観点および労働法的観点の双方的視点からの日本法への示唆の導出を試みた。

もっとも、本稿では、ドイツ公勤務者の法的地位の解明とその要素の抽出に重点を置いたため、日本法の分析を十分に行うことができなかった。今後さらに検討すべき課題としては、以下の点が挙げられる。

第一に、職務の内容・性質に応じた分析の精緻化である。

業務の単純性などに鑑みた「補助的業務」の概念は、ドイツと日本で大きく異なることはない。他方で、本稿において制度的要請の強い業務として位置付けた「本格的業務」について、日本法における意義をより明らかにする必要がある。この点に関して、従前の議論においては、長期的運用が予定される「正規」公務員の従事するものが「本格的業務」とされる傾向にあり、「正規」公務員の従事するものが「本格的業務」、「非正規」公務員の従事するものが「補助的業務」である、という一種のトートロジーが前提とされてきたように思われる。このような区分では、両者に差異を設けることの妥当性に疑念が生じよう。この点、ドイツにおいては、協約自治・争議権の制約との関係も含め、国際法秩序との関係や「高権的権能」のような一定のメルクマールを基にした活発な議論が存在している。担うべき職務の内容・性質に着目しつつ、制度的観点と労働法的観点の双方的視点からの法体系・法解釈の在り方を改めて説いた本稿の立場からしても、このような職務の内容・性質に応じた詳細な分析は、「制度的アプローチ」や「労働法的アプローチ」の意義を精査するうえでも重要な意義を有すると思われ、この点の日本法における一層の明確化を要する。

第二に、日本における「制度的アプローチ」の意義である。

公務員の労働条件決定システムとの関係において、日本における議論は、周知のとおり、主として労働基本権制約の合憲性や人事院を中心とする代償措置との関連の検討に主眼が置かれてきた。他方、ドイツでは、協約自治・争議権の制約に服する官吏においても、労働組合の上部組織を通じた官吏法上の規律準備への関与権や憲法異議をも許容する官吏個人の主観的

権利が承認され、そのような官吏自身の主体的関与が労働条件決定における代償的手段として機能している。このような主体的関与を可能とする、権利保障の方向での公務員法独自の法的枠組を、日本においてもより検討する必要がある。

また、雇用保障との関係では、労働者の雇用保障と公務員の身分保障につき、機能的な差異はほとんどないとの指摘がなされる一方、処分権者の裁量が広く認められるなどして、かえって公務員の身分保障が労働者の雇用保障に劣る危険も指摘されている¹⁾。このような観点が示すのは、官吏の雇用保障が労働者のそれよりも当然に強固であるドイツとは異なり、日本法体系においては、分限という形で能力不足や組織的理由による免職の可能性も否定されていないことも相まって（国公法 78 条 1 号、4 号、地公法 28 条 1 項 1 号、4 号参照）、そこで予定されてきた公務員の身分保障の意義が必ずしも明らかではないということであろう。

日本における「制度的アプローチ」の意義を明確にするためには、日本とドイツの制度設計の対比、さらには「労働法的アプローチ」との関係性も踏まえつつ、これらの点の検討を深める必要がある²⁾。

第三に、日本における「労働法的アプローチ」の意義である。

日本の現行法においては、公務員法と労働法の適用関係が排他的に捉えられる局面が多くある（公務員法側の例として、労働組合法、労働基準法等の全部または一部の適用除外を定める国公法附則 16 条・地公法 58 条、労働法側の例として、公務員に対する適用除外を定める労働契約法 22 条 1 項・パートタイム労働法 29 条など）。しかし、本稿でも一部言及したように、そのように捉えることが必ずしも妥当とは言えない局面が存在している。本稿では十分に検討することができなかった集团的労働関係について

-
- 1) 下井康史『公務員制度の法理論－日仏比較公務員法研究』（弘文堂、2017 年）180 頁、同頁注 16 参照（特に、懲戒処分に関連する裁判所の判断傾向を指摘する）。また、行政整理ないし分限免職との関係につき、たとえば、阿部泰隆「行政整理の法的統制－行政改革と公務員の身分保障の調和－（上・下）」ジュリスト 447 号 103 頁、448 号 91 頁（いずれも 1970 年）、晴山一穂「旧社会保険庁職員分限免職処分の違法性」行財政研究 91 号（2015 年）23 頁参照。
 - 2) 分限免職法理につき、民間の普通解雇法理が参考にするものとして、根本到「公務員制度改革と身分保障原則－民間の解雇法理の動向を参考にして－」季刊自治と分権 4 号（2001 年）78 頁以下参照。その他には、条件付採用の者の身分保障や採用内定、転任・配置換え（配転）の問題などがある。この点につき、第 5 章注 81 も参照。

でも、ドイツ法の検討からは、公務被用者に対する協約自治・争議権の承認や国際法秩序との関係を踏まえた官吏の協約自治・争議権の制約に対する再考の契機、また統一的公務務法の議論にみられた、反対給付の性質を有する労働条件については基本的に協約自治に基づくとする法律・協約モデルといった多様な視点を看取することができる。このような観点も含め、旧来の「現業職員」ないしそれと同様の制度³⁾の再整理も交えたうえ、問題とされる場面に応じた「労働法的アプローチ」の妥当範囲の精査をより進めていく必要がある⁴⁾。

以上のような観点は、本稿では検討外とされた、公務部門との関連において、労働者派遣や民間委託という形で従事する者の法的地位の問題とも関わってくる。それらの者が労働法的規律に服することに異論はないが、公務部門と関連を有することによる特殊性の考慮の必要性、またそれをいかに実現していくかという点はより慎重に検討すべき事柄である⁵⁾。民間労働者と同様の規律を前提としつつも、公務務者たる側面の考慮を可能とするドイツ公務被用者の法的地位の在り方は、そこでも参照に値するように思われる。これと表裏して、独立行政法人等における国・地方公共団体と直接の任用関係にない「公務員」ないしその地位を有しない従事者の法的地位についても、より立ち入った整理が必要であろう⁶⁾。

このように、公務部門における労働関係には、なお多くの検討課題が残されている。しかし、「非正規」公務員をめぐる問題を契機として、ドイツ法との比較検討の中で、本稿が示した制度的観点と労働法的観点の双方を適切に踏まえた相関的思考方法が、公務員制度を片面的・硬直的にのみ捉え、労働法との断絶的理解のみを強調する考え方を再考する一つの契機となるならば、本稿の目的は達されたことになるだろう。

（完）

3) 第5章注16参照。

4) 注2で掲げた問題についても、労働法的保護法理の妥当可能性につき、それを排斥するに足る特殊制度的な正当化根拠の有無を改めて吟味する必要があるだろう。

5) 一般論として、たとえば、総務省「地方公共団体における民間委託の推進等に関する研究会報告書」（平成19年3月）（特に27頁以下）参照。

6) 以上につき、フランス法の詳細な検討を前提に、基本的な問題関心を同じくするものとして、下井・前掲注1）228頁以下、296頁以下参照。

【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。