

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

櫻井 敬子

(学習院大学教授)

行政法の分野においては、公法私法論はすでに過去のものとして克服され、そのことを前提に、今日では、平成16(2004)年の行政事件訴訟法改正を受けて新たな視角のもとで従来とは異なる公法論議が見られるようになってきている。それにもかかわらず、労働判例においては、期限付公務員の再任用拒否事案を例にとると、公務員の勤務関係につき旧来型の公法私法論に依拠したかのような稚拙な論理構成のもとで事案が処理されており、行政法の学問的知見がほとんど生かされていない。従来の問題の整理の仕方は、公法上の任用関係であるとする契約でないから解雇権濫用法理は適用の余地がなく、公法上の任用関係でないとする私法上の雇用契約として同法理の適用があるという二分論であったが、いずれも正しくない。公務員の処遇については、公務員法制のもとで特有の問題状況が存在することから、民間労働者の場合と同一に扱うことは適切でない。公務員の勤務関係に契約の観念を入れる余地がないとはいえず、だからといって、そこで想定される契約は私法上の雇用契約と同じではなく、多角的な検討がなされるべきである。公法上の救済方法としては当事者訴訟ないし抗告訴訟が存在するが、両者が相互排他的なものでないことに特段の注意を払わないと、当該公務員にとって事実上の裁判拒絶となるおそれがあり、これは行政訴訟に顕著なリスクといえる。

目次

- I 公法概念の位置づけ
- II 中野区非常勤保育士事件
- III 判決の分析
- IV 期限付公務員の救済方法

I 公法概念の位置づけ

本稿をお引受けするにあたり、当初、編集部から筆者に与えられたテーマは、「公務労働における公法私法二分論」というものであった。行政法分野においては、いわゆる公法・私法論争はすでに「終焉」しているというのが確固たる共通理解であり¹⁾、このような問題設定自体が、今日ではもはや考えにくいものとなっている。しかしな

がら、労働法領域からのこうした問題の投げかけは、同分野において、民間労使関係とは異なる特徴を持つ公務員の勤務関係につき本格的な関心が向けられていることの証左と受け止められた。国家公務員法・地方公務員法をはじめとする公務員法制が、戦後改革としての色彩が強かったこともあり、わが国に必ずしも定着するに至らず、長年にわたる行政上の運用によって構築された独自のルールに支配された特殊領域であることは周知のところであるが、そのため、行政法学においても公務員に関する法律論議は限定的であったといえることができる。公務労働は、労働法・行政法の法的間隙の中に長い間留め置かれてきたテーマであったといつて過言ではない。

公法私法二分論、なかんずく「私法とは異なる」という含意から自由でない「公法」という概

念は、行政法学にとっては、歴史的陰影に縁どられた自己の存在意義に関わる重い主題であり、そうであるがゆえに、それは戦後行政法学にとって大いなる「躓きの石」であった²⁾。司法制度改革の一環として平成16(2004)年に行政事件訴訟法改正が行われ、同法4条にいう「公法上の当事者訴訟」の活性化が謳われたことは行政法学界におけるひとつの事件であったが。近年でこそ、公法という用語に対する特殊な抵抗感が急速に失われつつあるものの、行政法研究者の間に公法私法論を髣髴とさせる「公法」概念に対する屈折した感覚が今なお存在することは否定し難いように思われる。とはいえ、こうした状況は行政法特有の文脈に基づくものであり、この特異な感覚が他の法分野において共有されるはずもなく、ましてやアカデミズムから距離のある裁判実務においてほとんど顧みられることがなかったとしても、無理からぬことである³⁾。今回検討する労働判例において展開される素朴な公法論も、そうした一例に数えることができる。

以下では、労働判例に現れた「公法論」について行政法の観点から分析を加えることとするが、今日の行政法学にとって、他分野における公法論を客観的に観察することは、はなはだ興味深い作業である。そのうえで、公務員問題につき、多少なりとも行政法特有の視点を提示しうらば、本稿の目的はほぼ達せられたものと考えらる。

II 中野区非常勤保育士事件

(1) 議論の素材として、特別区の非常勤職員である保育士が再任用されなかった事件をとりあげる。

事案は、中野区において任用期間を1年として採用された非常勤保育士らが、それまで9ないし11回にわたり再任用されてきたにもかかわらず、平成16(2004)年4月以降再任用されなかったことから、区の再任用拒否につき解雇権濫用法理が類推適用されるなどとして非常勤職員たる地位の確認、未払い給与の支払い、期待権侵害を理由とする損害賠償を求めたものである。第1審(東京地判平成18年6月8日判例タイムズ1212号86頁)、

第2審(東京高判平成19年11月18日判例タイムズ1274号168頁)とも、その勤務関係をもって「公法上の任用関係」であるとして解雇権濫用の法理の類推適用を認めず、地位確認および未払い給与の支払い請求についてはこれを棄却したが、期待権侵害についてはいずれも損害賠償を認容した。主たる争点は、①勤務関係の法的性質、②解雇権濫用法理の類推適用の有無、③期待権侵害の有無の3点である。以下では、主として東京高裁判決につき分析しながら、適宜コメントを加えていくこととしよう。

(2) 中野区において非常勤保育士制度が設けられたのは、平成4(1992)年に完全週休2日制が導入され、正規職員の休暇日に職務に従事する保育士が必要となったことを契機とするが、ここにおいて非常勤保育士は地方公務員法3条3項3号にいう「特別職の非常勤職員」に該当する。公務員の任用形態は、近年、官民交流を促進する観点から制度改革が進んで多様化しており⁴⁾、従来とは異なるニュアンスのもと、公務員の世界も、いわば「正規職員」と「非正規職員」の階層化が顕著となっている感がある。もともと地方公務員の場合、組織の多元性とあいまって、地方公務員法の適用対象となる一般職職員以外に公営企業職員、教育公務員、いわゆる単純労働者などのカテゴリーが認められ、職員のあり方は国家公務員の場合に較べて一段複雑なものとなっている。そして、期限付職員に対する地方公務員法の仕切りとしては、一般職としての非常勤職員(17条)、臨時的任用職員(22条2項、5項)、本件のような特別職の非常勤職員がある他、地方公共団体の一般職の任期付職員の採用に関する法律に依拠するものもある。

また、民間労働者との並びということでは、労働基準法では公務員もその適用対象になることが規定されながら(112条)、一般職国家公務員には同法の適用がないとされ(国家公務員法附則16条)、地方公務員の場合にはその適用を前提としたうえで個々の規定ごとに適用除外が設けられている(58条3項)。このように甚だ統一性を欠く公務員制度のなかにあつて、地方公務員たる特別職の非常勤職員が、公務員法制全体のなかで、

さらには民間労働者を含めた労働法制全般を見渡すなかで、どのような位置づけにあるかを正確に叙述することは容易でない。これは、労働法と行政法の学際領域に関わる現代的な課題であり⁵⁾、本稿では、以下、判決の検討に入るべきであろう。

(3) 東京高裁判決は、まず、非常勤保育士らの任用関係につき、それが地方自治法、地方公務員法などの「関係法規」に規律され、中野区長による「行政処分」たる任用行為によってその内容が定まることから、その勤務関係は「公法上の任用関係」とであると述べる。そして、判決は、「公法上の任用関係」という概念を「私法上の雇用契約」と対比させたうえで、後者に妥当する解雇権濫用法理等が前者には類推適用されないという結論を導いている。文面とその論理の組み立てから素直に判断する限り、高裁判決は、「公法上の任用関係には、私法上の判例法理は適用されない」という素朴な公法私法論に依拠しているようにみえる。

しかしながら、行政法における今日の議論に照らすと、同じ結論を導出するにあたって、そもそもワーディングの問題として「公法上の任用関係」という表現を用いる必要性がないことに、まず留意すべきである。本件紛争の処理にあたっては、単に「特別職の非常勤職員には、解雇権濫用法理は適用されない」といえば済む問題であることに照らすと、本判決が用いる、公法上・私法上という修辭は無用の長物とあって差し支えない。行政法学においては、過去に対する深い反省から、抽象的な「公法」論を不用意に振りかざすことが論理的な思考を停止させ、議論を雑にするばかりで、実定法の厳密な解釈を阻害する弊が強く自覚されているが故に、この語の利用は過敏なまでに自重されている。しかしながら、残念なことに、本件判決にそうした慎重さは毫もみられない⁶⁾。

(4) 公法という言葉のこうした安易な使い方は、法律文章としての厳密さの欠如という問題にとどまらず、実定法の解釈およびそこから導かれる具体的な結論についても、判断上の「実害」をもたらしている。このことを東京高裁判決に即して具体的に述べてみよう。

本判決は、本件非常勤職員の勤務実態につき、「解雇権濫用法理を類推適用される実態と同様の実態」が生じており、「職務の継続確保が考慮されて然るべき事態」であったという認識を前提に、「再任用が形式的でしかなく、実質的には当然のように継続していた」とか、本件には「解雇権濫用法理を類推適用すべき程度にまで違法性が強い事情」と述べて、その救済に強いこだわりを見せるわりには、肝心の結論を導く局面では、意外なほどあっさりと、しかるに「私法上の契約と異なる」がゆえに地位確認は認められないとして、一気に金銭解決へと落とし込んでしまっている。この急転直下の論旨展開は、問題意識と結論が相応していないという印象を与えるが、自らの価値判断に対応した解決策を具体的な解釈論として展開できないでいる原因として、議論をもっともらしく見せるだけで、内実の伴わない公法私法論によって思考が歪んでいること、さらには、全体的にみて行政法的知見に不足があることは、僭越ながら指摘せざるを得ない。この点につき、詳述しよう。

III 判決の分析

(1) 本判決は、「公法上の任用関係」に対する解雇権濫用法理の類推適用の可能性をさぐるべく、「私法上の雇用契約」において、雇用契約が終了しているはずなのになぜ雇用の継続を認めうるのかという核心をついた分析を行っている。

まず、解雇権濫用法理に関わる東芝柳町工場事件判決（最一小判昭和49年7月22日民集28巻5号927頁）については、期間の定め条項が存在するにもかかわらず雇用継続が認められる根拠が当事者双方の意思に求められていることを確認し、合理的に解釈される「当事者双方の意思」が「期間を定める条項」を破ることを承認する。続いて、雇止め法理に関わる日立メディコ事件判決（最一小判昭和61年12月4日裁判集民149号209頁）については、雇用の継続が期待されていた等の事情がある場合に期間満了後に従前の労働契約が更新されたものとみる理由は、当事者意思を推定する民法629条1項に求められるとする⁷⁾。

本判決は、このような分析を経た後、地方公共団体の非常勤職員について具体的な検討に入るのであるが、公務員法の領域に入ったとたん、次のように述べて解雇権濫用法理の類推適用の可能性をいとも否定してしまう。まず、非常勤職員は条例による定数化がされないため、予算措置の関係から任期を1年に限るものであるとして、そもそも「期間の定めのない任命の意思」を考慮することができず、任命行為は「行政行為」であって、任命権者の告知によって効力を生ずるものであるから、当事者双方の意思を推定する民法629条1項を類推適用することは困難であり、上記2判決を適用することはできないとする。そのうえで、実質面においては、多数回の更新の事実や、雇用継続の期待という点で差異がなく、「公法上の任用関係」にある労働者が私法上の雇用契約に比して不利となることは「不合理」としてしながら、「行政処分の画一性・形式性を定めた現在の関係法令」を適用する限り、「当事者双方の合理的な意思解釈によってその内容を定めることが許されない行政処分」にこの考え方を当てはめるのは「無理」と述べて、論理をいとも逆転させる。そして、現行法上は、解雇権濫用法理を類推して「再任用を擬制する余地はない」と言い切っている。

まとめると、東京高裁判決のロジックの骨格は、私法上の雇用契約の場合には当事者意思を基本として合理的解決を図ることが許容されるが、公法上の任用関係の場合には、「関係法令」に基づく「行政処分」によって規律されるがゆえに「当事者意思」を容れる余地が全くない、というものである。そして、本判決は別の箇所でも「公法上の任用関係が合理的な意思解釈により私法上の雇用関係と同質になると解することはできない」とも述べており、公法関係と私法関係を異質のものともみていることも窺える。こうなると、本判決の見解はまさに一種の公法私法二分論であるという他ないが、公務員法制の解釈論としては雑駁にすぎよう。

(2) この判旨部分については、以下の点を指摘することができる。

第一に、特別職の非常勤職員の場合、そもそ

も地方公務員法が適用除外とされ(4条2項)、他方で地方自治法は一般規定にとどまるのであって、法律規定自体が少なく、「関係法令」が「行政処分の画一性・形式性」を定めているという判決の前提がそもそも存在しているのか、疑問である。実定法の解釈としては、特別職非常勤職員に関し、少なからぬ法の間隙があることを踏まえ、「法(条例を含む)により規律されていない領域」の探究がまずなされるべきであり、それが本件事案解決の出発点とされて然るべきである⁸⁾。判決の「行政処分の画一性・形式性を定めた現在の関係法令」というくだりは実定法の論証を欠いた叙述といわざるを得ず、「公法上の任用関係」なる抽象的な言い回しが、全体の脆弱な論旨展開を情緒的に埋める(覆い隠す)役割を果たしている。

第二に、行政処分と契約の関係については、行政法学においてはかねてより議論があるが⁹⁾、本件判決は「当事者双方の合理的な意思解釈によってその内容を定めることが許されない行政処分」と述べていることから、行政処分と契約が二者択一の関係にあると単純に理解されているようである。しかしながら、第一の点とも関わるが、実定法を離れて行政処分と契約の関係を抽象的に論ずることにさしたる意味があるわけではない。具体的な法律解釈としては、特別職には地方公務員法の免職等の規定が適用されず、そのこととの関係で実定法上は任用を行政処分とみる必然性がないこと¹⁰⁾、仮に、本件任用行為を行政処分と解するとしても、そのことは当該任用関係の性質をもって契約と解することを理論的に妨げるものではないため、そこには契約的要素ないし「当事者の意思」を読み込む余地がなお存在する¹¹⁾。本判決は、行政処分であれば画一的・形式的であり、かつ、当事者の合理的な意思を容れる余地がないとするが、行政法における議論の蓄積が全く踏まえられておらず、論証不十分なままに結論のみが提示されているとの評が妥当しよう。

第三に、本件判決は、結論として「再任用を擬制する余地はない」と断定するが、本件事案の処理にあたって求められているのは、法律の明文規定から合理的に読み取れる原則的な方向性にもかかわらず、本件個別事案の解決策としてそれでよ

いか、別の議論をたてる可能性が追求されて然るべきところ、この判決にはそうした解釈努力がなされた形跡がない。信義則による解決の模索はそうした試みの一つであるが（後述）、ここでは、本判決においては、抽象的な「公法上の任用関係」を持ち出したがゆえに、当初から個別解決の可能性を封じた議論の立て方となってしまうことを指摘しておけば十分であろう。

このようにみえてくると、公法上の任用関係と私法上の雇用関係という大括りの対比が、論者の意識するしないにかかわらず、実定法に依拠すべき精緻な解釈論を阻害していることは否定しうべくもない。論者は、公法という言葉の安直な利用が解釈論にとって思いもよらない危険を伴うことを自覚すべきである。

(3) 本判決はさらに続けて、再任用を認めると、法の規定がないのに「行政処分としての任用行為を請求する権利」を付与することになるばかりか、任命権者の任用行為がないのに「実質的に任期の定めのない非常勤職員を生み出」すこととなり、「三権分立の建前」や「義務付けの訴え」の存在に照らすと、「任命権者の任命がないにもかかわらず、裁判所の判決により実質的に任命がされたのと同様の法律関係を創り出す」ことは「法解釈の限界を超える」と述べている¹²⁾。

この判旨部分についてはコメントすべき点が多いが、本判決は、たとえ再任用が問題となる事案であっても、「およそ任命行為なき職員は存在しえない」という独自の公務員ドグマを強固な前提として、「再任用に係る任命行為がない以上、任命がされたのと同様の法律関係の創出は許されない」と結論づけており、その論旨はトートロジーに陥っているようにも見える。本件のごとき再任用拒否事案では、形としての任命行為がないとしても、職員たる地位を認め得る場合がおおよそあり得ないのかどうか解釈論として問われており¹³⁾、本判決では「任命行為」なるものが過度に重視され、公務員の採用行為が法律規定との関係で定まる相対的なものであり、その地位をめぐる判断がひとつの規範的評価の問題であることが看過されてしまっている。

また、本判決は、判決により公務員の再任用を

認めることが「法解釈の限界を超える」というが、厳密には、再任用をしなかったことが違法と評価され、その者がいかなる法的状態に置かれるかという問題と、任用行為を介して再任用が認められる通常の法的状態はもとより同一ではなく（後述）、たとえば更新拒絶が信義則に反し、結果として公務員たる地位が解釈上否定されえないという判断がなされた場合に、そのことが、当事者に対して「行政処分としての任用行為を要求する権利を付与する」ことと同義でないことは言うまでもない。

一般に、公務員に対する免職処分が後に取消訴訟において取り消され、当該公務員が復職する事態はままあることであり、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。判決結果を受けて行政当局がしかるべき対応をとるのは当然であり、再任用拒否の正当性が否定された場合もこうした事態と何ら変わるところはない。本判決は、救済を認めると、「任用行為が存在しないにもかかわらず実質的に任期の定めのない非常勤職員を生み出」すことになるとか、「従前と同一条件による任命がされたのと同様の法律関係を創り出す」ことになると大仰に述べるが、任用行為をここまで絶対視する理由は示されないままである。期限付公務員の場合、通常は期限の到来により公務員たる地位が当然に消滅するが、免職処分が存在しない以上、当事者としては、当事者訴訟により公務員たる地位の確認を求める他ないところ、裁判所が公務員たる地位という法律関係の存否につき判断することがなぜ「法解釈の限界を超える」ことになるのか、理解に苦しむ。

(4) さらに付言すれば、本判決は義務付け訴訟を援用しつつ、公務員たる地位を認めることが「三権分立」に反するとも述べている。公権力の行使である「処分」を不服として争う抗告訴訟と、法律関係の存否の確認を求める当事者訴訟の関係は、わかりにくいところがあるが、両者は相互に排他的なものではなく、基本的には法律構成の組み換えが可能であれば並行的な位置関係にあると解されている¹⁴⁾。いずれにしても、義務付

け訴訟が「行政庁の第一次的判断権」を侵害するものであるとして三権分立との関係で問題視されることはあっても、当事者訴訟が三権分立に反するなどという議論は、寡聞にして知らない。

行政事件訴訟法改正の趣旨は、処分性に疑義があり、これを正面に据えると争いにくい事案について、これを強引に抗告訴訟に押し込めずとも、当該紛争を法律関係の存否の問題に引き直すことにより当事者訴訟の利用を可能とし、裁判的救済の可能性を広げようとした点にある。本件のように任用行為の処分性が法文上明確でなく、しかも期限到来により公務員たる地位が当然に終了してしまうようなケースでは、どこかに処分を見出して抗告訴訟を可能とするか、法律関係の存否を争う当事者訴訟を許容しないとすると、原状回復の可能性がおよそ閉ざされてしまうことになりかねない。かつての「特別権力関係論」に回帰するというならともかく、このような事態は、現行憲法の下における公務員の権利救済のあり方として問題である。法改正の眼目が、行政訴訟における事実上の裁判拒絶を許すべきではないという点にあったことも、あわせて指摘しておくべきであろう。

IV 期限付公務員の救済方法

(1) 冒頭述べたように、筆者に与えられた課題は労働判例における公法論について検討することであり、いわゆる非正規職員の扱いを論ずることは本稿の直接の目的ではない。とはいえ、行きがかり上、この問題について若干の私見を述べるのが適当であろう。

期限付公務員の処遇を論ずるにあたっては、すでに民間労働者について形成された解雇権濫用法理ないし雇止めに係る判例法理があり、労働法における議論が先行していることもあって、実際の裁判例では当該法理を公務員にも転用（類推）できないかというアプローチがとられることが多いようである。しかしながら、公務員の場合、法律による特殊な規律が置かれており、そのことを前提に議論を立てることは必須であるから、その意味で民間労働者と公務員を同列に論ずることは適

当ではない¹⁵⁾。もっとも、このことは、あくまで公務員について個別具体の諸規定が設けられていることに由来する扱いの相違にとどまり、公務員の勤務関係を「公法上の任用関係」と観念するかどうか、さらに公法私法二分論に依拠するかどうかとは何ら関わりがない。

(2) 行政法的な観点から期限付公務員の再任用拒否問題を検討する場合、個別事案の問題として捉える限り、信義則ないし信頼関係法理によって妥当な解決をさぐる可能性は当然に認められる。この点、国立情報学研究所（現・大学共同利用機関法人情報・システム研究所）事件における東京地裁判決（平成18年3月24日判例タイムズ1207号76頁）は、他の類似案件とは一線を画し、民間労働者に関わる判例法理をシフトさせる志向をもつことなく、信義則を用いて更新拒絶の適否を論じており、公務員紛争の処理の方向性として無理のない構成となっている¹⁶⁾。「法律による行政の原理」が妥当する行政法関係においても、信義則等によって法律規定と相反する解決策が採られることは許容される場所であり¹⁷⁾、その場合の救済態様としては、金銭的救済のみならず原状回復も視野に含まれることに留意すべきである¹⁸⁾。公務員の勤務関係は本人の同意を前提として成り立つ法律関係であり、古くから契約説が主張されたことから窺われるように¹⁹⁾、その任用関係の実質は契約関係に近く、信義則等の適用に比較的近い領域であるといえることができる。

(3) このアプローチによる場合、信義則によって再任用拒否が許されないとされた者の法的地位をどのように捉えるかという問題がある。川田教授は、更新打切りが信義則違反とされた後の法律構成につき、打切り前の任用関係の更新を予定したものと解するか、信義則に新たな任用関係を創設する効力を認めるかという2つの選択肢を提示する²⁰⁾。しかし、信義則違反の判断について一足飛びに法律関係を創設する積極的なものと構成する必然性はなく、再任用拒否が信義則違反とされ、結果として任命権者の側からは公務員たる地位を否定できないという法律状態を観念する余地があるのではないかと考える。というのは、公法上の当事者訴訟が民事訴訟とは別に法定される趣

旨は、行政事件特有の問題状況の存在を前提とするが、当事者訴訟の判決の効力は民事訴訟の場合と完全に同一ではなく、当該判決には行政庁に対する拘束力が認められ（行政事件訴訟法41条1項、33条1項）、判決の趣旨に沿った行政庁の事後行為が想定される。前述のとおり、当事者訴訟は行政法学において意識的に議論の対象からはずされてきた歴史を持つため、その判決効についても漠然と「民事訴訟の例による」（同法7条）と考えられるにとどまり、特に詰めた議論がなされているわけではない²¹⁾。行政事件の場合、問題の処理が司法と行政という2つの国家権力にまたがることから、裁判所の判断を行政実務において実現させるについては私人間の紛争とは異なる問題状況が存在する²²⁾。公務員に対する法的規律との関係で、期限付公務員の地位確認に係る訴訟のあり方についても、民間労働者の場合とは異なる理解があり得るように思われる。

(4) ところで、上記信義則によるアプローチでは、ごく例外的な場合に救済がなされるにとどまるため、民間労働者であれば判例法理によって認められるはずの保護水準を公務員は享受することができない。同じ短期雇用のケースでも、民間労働者に比べ、公務員の地位はすこぶる不安定であり、さらに平成24(2012)年の労働契約法改正を受け、両者の制度上の格差は拡大している。こうした官民労働者の処遇の差をどう評価するかはひとつの論争課題であり得るが、公務員もまた憲法上の「勤労者」に該当する以上（憲法28条参照）、合理性なき制度格差はやはり問題というべきであるから、公務員法制を前提とした独自の保護法理の形成が解釈論としても必要であるように思われる²³⁾。

公務員法制を前提とした保護法理の構築にあたっては、本稿の冒頭で述べたように、わが国の公務員法の領域では、法律の規定どおりに人事行政が運営されていない実態が長期にわたり続いており、とりわけ地方公務員の場合、当局の認識不足も含め、そうした傾向が顕著であって²⁴⁾、実態を度外視した議論からはそろそろ脱却すべきであろう。期限付公務員がその地位が不安定なままに事実上長期雇用されるという重大問題につい

て、条文の観念的な操作によって、実態から遊離している法の想定する公務員規律を抽象的に「解釈」してみせることにどれほどの意味があるのか、疑問である。立法論にせよ、解釈論にせよ、憲法に照らし、公務員が民間労働者と異質の存在ではないという大前提にたつたうえで、公務員制度に見合う精緻な議論が求められている。公法論との関連でいえば、裁判例に散見される稚拙な公法私法論ではなく、現代の問題意識に裏打ちされた新たな公法的アプローチとして、公務員版の救済法理が検討されて然るべきである。そして、その際、前述のとおり、抗告訴訟・当事者訴訟のいずれの救済ルートもを想定するにしても、両者が相互排他的な関係にないことにつきくれぐれも注意を払うことが肝要である。

(5) 最後に、平成16(2004)年の行政事件訴訟法改正から10年が経過しようとしている今日、行政裁判例の中には従来になかった傾向が見出されるようになってきている。遅ればせながら法改正の趣旨が裁判実務によく浸透してきたということなのか、理由は定かではないが、公法上の当事者訴訟が思いのほか活用され、耳目を引く判決が間断なく登場していることは、公法論議が新たなステージに入っていることを実感させる現象である。公務員の懲戒処分に対する裁判例も相次いでおり（最一小判平成24年1月16日判例時報2147号127頁、最一小判平成24年2月9日民集66巻2号183頁）、任命権者に対する裁量統制が一段と強化されるとともに、訴訟類型についても、予防訴訟と当事者訴訟の関係などを含め、詳細な判示がなされている。公務員の懲戒処分に対する裁判統制のあり方も変化しつつあり、この問題を民間労働者の懲戒事例の場合と比較分析することは、労働法および行政法にとってもひとつの興味あるテーマとなりうるように思われる。

1) 畠山武道「行政法の対象と範囲」行政法の争点（第3版）（ジュリスト増刊・有斐閣・2004年）4頁。ただし、このことは今日的な視角において新たな公法論を展開することを封じるものではない。櫻井敬子・橋本博之『行政法（第4版）』（弘文堂・2013年）8頁以下。

2) 公法・私法をめぐる戦後の学説史の分析・評価を加える代表的論考として、塩野宏『公法と私法』（有斐閣・1989年）103頁以下。塩野教授は、当時の状況分析として、「行政法

- 解釈学における公法概念の比重が低下している」と指摘し、それは行政法解釈学の意識的な所為であり、この傾向がやがてその「基本的前提」をゆるがす可能性に言及する。また、公法上の当事者訴訟について、制度が中途半端であること、行政事件訴訟法制定後20年を経ても「この種の訴訟の活用による法理の展開がみられない」と述べている。しかし、平成16年の同法改正後の判例および学説は、このような文脈を断ち切り、転換するものである。
- 3) 公法上の当事者訴訟を活性化するための行政事件訴訟法4条改正は、学界の意向に沿わない形で裁判実務主導で行われた。この経緯については、中川丈久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性——改正行政事件訴訟法の理論的インパクト」民商法雑誌130巻(2004年)6号1頁以下、櫻井敬子「学界と実務の関係について——行訴法改正を契機として」地方自治688号(2005年)2頁以下、水野武夫「処分性の拡大と確認訴訟の活用」自由と正義60巻(2009年)8号25頁以下。
 - 4) この点については、下井康史「公務員の勤務形態多様化政策と公法理論」日本労働法学会誌103号(2004年)36頁以下。
 - 5) この問題に関する本格的な研究として、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(1)(2)(3)」法協116巻(1999年)9号1401頁、10号1615頁、11号1763頁以下。
 - 6) 東京高裁判決は、地方自治法172条の改正経緯をたどったうえで同条1項にいう「吏員その他の職員」に特別職が含まれ、同2項により長の任免に係るとされていること、地方公務員法4条2項にもかかわらず、地方自治法附則および同法施行規定が引き続き適用があることなどを指摘して、本件勤務関係をもって「公法上の任用関係」であると評する。評釈の中にはこの部分を説得的と評する向きもあるが、ここで指摘されていることは、特別職公務員が地方自治法の守備範囲に含まれる職員であるということとどまり、問題は、そのことをもって「公法上の任用関係」と言い換える必要性がなく、ましてや「公法上の任用関係」であるがゆえに特定の具体的な結論は何ら導かれないうちにもかかわらず、そのような論旨を展開している点にある。
 - 7) この点について疑問を呈する見解として、野川忍「区立保育園非常勤保育士に対する雇止め適法性——中野区非常勤保育士事件」ジュリスト1400号(2010年)172頁、オレンジル「有期労働契約の反復更新後の雇止めと損害賠償——中野区(非常勤保育士)事件から示唆されるもの」季刊労働法223号(2008年)160頁。
 - 8) 長谷浩之「期限付非常勤地方公務員(保育士)の再任用拒否」自治研究85巻(2009年)7号154頁以下では、考慮されるべき関連規定として、定員・予算管理にかかる地方自治法172条3項、一般職常勤職員に関する地方公務員法13条、15条、19条、臨時的任用が正式任用に際して優先権を与えるものではない旨を定める地方公務員法22条6項があげられる。このうち、特別職非常勤職員に直接関わるのは地方自治法172条3項のみであるが、同法の性格に照らし、当該条項の規範性を過大視するのは形式論にすぎず。
 - 9) たとえば、小早川光郎「契約と行政行為」『基本法学4』(岩波書店、1983年)125頁では、法律により行政行為(行政処分)とされる場合にも、基本たる法律関係が当然に契約関係たる性質を失うものではないと述べられる。
 - 10) 免職が行政処分と構成されていることを手掛かりに、採用を行政処分と解する見解として、塩野宏『行政法Ⅲ(第4版)』(有斐閣、2012年)286頁、宇賀克也『行政法概説Ⅲ』(有斐閣・2008年)295頁。
 - 11) この点については下井康史教授の詳細な検討があり、公務員関係を「法令による規律密度の高い契約関係」としたうえで、任行行為が処分であるからといって「合理的意解釈の余地」を否定する判例が誤りであることを指摘される。同感であり、このような考え方は行政法的な観点からする標準的理解であるといつてよい。下井康史「期限付任用公務員の更新拒否をめぐる行政法上の理論的問題点——「公法」関係論と任用「処分」論の検討」日本労働法学会誌110号(2007年)140頁。同「期限付任用公務員の不再任用——法人情報・システム研究機構(国情研)事件」ジュリスト1354号(2008年)240頁においても、「公務員期限付任用の更新前提性を、合理的意解釈によって判定することが可能」とする。
 - 12) ほぼ同様の表現が、東京高判平成18年12月13日(国立情報学研究所事件)労働判例931号38頁にもみられる。
 - 13) 本件東京地裁判決に関する評釈であるが、勝亦啓文「非常勤保育士の任用更新拒絶の効力と期待権侵害」は問題の所在を的確に指摘する。労働法律旬報1650号(2007年)41頁。
 - 14) 抗告訴訟と当事者訴訟の関係については、櫻井敬子・橋本博之・前掲・『行政法(第4版)』371-376頁。
 - 15) この点、特別職非常勤職員の任用が「労働契約」であるから解雇権濫用法理の適用があるという見解があるが(本件東京地裁判決に関する評釈として、島田陽一・判例時報1965号206頁)、公務員の任用契約を民間労働者の雇用契約と同視するもので妥当でない。公務員法制のもとで妥当性をもつ契約を想定するべきである。
 - 16) ただし、信義則の適用のあり方が適切かどうかという問題は残る。この点を批判するものとして、川田琢之「一般職非常勤国家公務員の任用更新打ち切りについて地位確認の救済が認められた事例——情報・システム研究機構(国情研)事件」ジュリスト1342号(2007年)194頁、下井・前掲・ジュリスト1354号239頁。
 - 17) 行政事案においても、信義則を用いて明文規定を破ることが承認されたり(最近の例として、最三小判平成19年2月6日民集61巻1号122頁)、法律に適合する行政処分が取り消される事例は特に珍しいものではない(たとえば、東京高判昭和58年10月20日判例時報1092号31頁)。租税法律主義(憲法84条)のもと、最も厳格な法律主義が要請される租税法の分野においてすら、法律に適合する課税処分が公平、正義の観点から信義則によって取り消される可能性は排除されず(最三小判昭和62年10月30日判例時報1262号91頁)、実際に課税処分が納税者の信頼保護の観点から違法とされた裁判例も存在する(東京地判昭和40年5月26日判例時報411号29頁)。
 - 18) 牛嶋仁「行政法における信義則」行政法の争点(第3版・2004年)11頁。この点、野川・前掲・ジュリスト1400号172頁には「任用それ自体を強制できないという限界」という表現がみられるが、規範的評価の問題である以上、理論的にはそのような限界は存在しない。
 - 19) 公法上の勤務関係説および労働契約説の概要、後者の立場をとる裁判例について、村井龍彦「公務員の勤務関係の性質」行政法の争点(新版・1990年)126頁以下。なお、行政法の争点(第3版・2004年)になると、この項目そのものが削除されている。
 - 20) 川田・前掲・ジュリスト1342号194頁。川田教授は、この2つの構成に対応する形で当事者訴訟の「適切性」に触れ、取消訴訟ないし義務付け訴訟の可能性に言及する。しかし、筆者として強く懸念するのは、期限付公務員のように免職処分がないパターンでは、抽象的に処分を観念することができるというだけで当事者訴訟の適切性を問題にすると、現実には抗告訴訟の可能性が覚えないままに、当事者訴訟が排除されてしまう危険性が小さくないということである。戦後の行政訴訟の歴史はまさにそのようなものだったのであり、

行政訴訟における最も深刻な問題は、訴訟選択のリスクを一方的に原告側に負わせ、訴えが訴訟類型間でキャッチボールされることにより事実上の裁判拒絶を許してきたという点にある。当事者訴訟の可能性を安易に封ずることのないよう細心の注意を払わないと、公務労働者にとってもっとも深刻な事態を招くことになりかねない。

- 21) 当事者訴訟の判決効については、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法（第3版補正版）』（弘文堂・2009年）717、719頁（山田洋執筆）。
- 22) たとえば、行政庁に一定の処分をすべきことを命ずる「義務付け判決」の実現は、意識的に行政の自主的判断に委ねられており、判決の実効性を担保する制度整備はなされていない。したがって、再任用について、任用処分の義務付けの訴えにおいて勝訴判決を得たとしても、実際に任用される保障はない。

- 23) この点、下井教授は、任期をもって任用行為の附款とみたうえて、「更新前提性」が肯定される場合の更新拒絶は実質的には任用処分の撤回にあたるとして撤回処分の取消訴訟を認め、その中で任命権者の裁量権の濫用を問題にすることで「解雇権濫用法理」の類推適用と同様の結果をもたらしうると指摘する。下井・前掲・ジュリスト1354号239頁。一つの見解であり、処分と構成する以上は予防訴訟もあり得る。
- 24) 地方の非正規職員特有の問題については、川田・前掲・法協116巻9号72頁以下参照。

さくらい・けいこ 学習院大学法学部教授。最近の主な著作に『行政法講座』（第一法規・2010年）。行政法専攻。