

非正規公務員と任用の法的性質

上 林 陽 治

はじめに

長期にわたり継続して自治体に任用されてきた非正規公務員が、任期の更新を希望していたにもかかわらず、任期満了とともに更新を打ち切られるいわゆる雇止め問題は、非正規公務員問題の中心的課題である。そして、雇用継続を求めて起こされた数多くの雇止め訴訟では、公務員の勤務関係は労働契約関係ではなく公法上の任用関係であり、任命権者の任用行為がない以上、公務員としての地位を継続させることはできないとして、雇止めにあつた非正規公務員の地位確認の請求を認めてこなかった⁽¹⁾。

たとえば、中野区（非常勤保育士）事件⁽²⁾で、東京高裁は「実質的にみると雇止めに対する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の下に、被告は、原告らの期待権を侵害した」と認定したにもかかわらず、雇用継続に関する請求は認めなかった。その理由は、非正規公務員を含めた公務員の勤務関係は公法上の任用関係にあり、公務員の任用は行政処分としての任命権者の任用行為によってなされるものであるから、任命権者の任用行為がないにもかかわらず、「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」というものであった。

臨時・非常勤職員に限らず公務員の勤務関係は、「公法上の任用関係」であつて、公務員となるには行政処分たる任命権者の任用行為を要するとの考えは、「判例として確立している」という状況とも称される⁽³⁾。

だが、公務員法制定時から、このような考え方が取られていたわけではない。

-
- (1) 非正規公務員の雇止めをめぐる裁判例の系譜については、拙著『非正規公務員』日本評論社、2012年、103頁以下を参照。
- (2) 中野区（非常勤保育士）事件、東京高判平19・11・28、判例時報2002号149頁、判例タイムズ1274号168頁。
- (3) 勝亦啓文「国家公務員非常勤職員の任用更新拒絶の可否」『労働法律旬報』（1627）2006年7月10日号、6頁以下。

公務員法制の所管官庁である旧自治省や人事院の官僚等が代々執筆してきた地方公務員法（以下、「地公法」という）や国家公務員法（以下、「国公法」という）の解説書（以下、「官庁コンメンタール」という）でも、種々の見解が取られ、少なくとも公務員法制定当初は、「公法上の契約」という考え方がとられていた。この点で「公法上の行政処分としての任用行為」という捉え方は、戦後公務員制度の基本構造に何ら変更が加えられないにもかかわらず、任用行為の法的性質を行政処分とするとの解釈変更を積み上げて形成してきた歴史的産物といえよう。

さらに、今日では、「任用行為の法律上の性格を究明することの実益はすくない」⁽⁴⁾、「法律上に格別意義のない論争」⁽⁵⁾という見解も維持されている。

だが、長年にわたり常勤の正規公務員と同じ仕事に従事し、民間の労働法制の適用であれば解雇権濫用法理を類推適用すべき非正規公務員に対する雇止めが、任用の法的性質が「行政処分としての任命権者の任用行為」という解釈のみに立脚して許容され、雇止めされた非正規公務員の雇用継続の期待権を一顧だにしないという苛烈な環境を前に、任用行為の法律上の性格を究明することの実益は少ないなどと済ませられるものなのか。むしろ、60万人以上にまで増大し、多くの地方公共団体で勤務する職員の3人に1人は非正規公務員であるという今日においてこそ、任用の法的性質を究明することは喫緊の課題となっていると考えるべきだろう。

1. 明治憲法下の任用行為に関する理解

公務員の任用行為の法的性質をいかに捉えるかは、明治憲法下においても学説上の論争となっていた。争点は、法的性質を「公法上の一方行為」とみるか、「公法上の契約」とみるかにあった⁽⁶⁾。

(1) 明治憲法下の地方公務員制度

明治憲法下の地方自治制度は、東京都制（昭18法89）、府県制（明32法64）、市制（明44法68）および町村制（明44法69）によって定められ、それぞれの地方の政府機

(4) 今枝信雄著『逐条地方公務員法』学陽書房、1963年、163—164頁。

(5) 田中二郎『新版行政法中巻全訂第二版』弘文堂、1976年、245—246頁。

(6) 織田萬『改訂増補行政法講義巻上』有斐閣、1917年、353頁における分類による。

関に都吏員、府県吏員、市吏員、町村吏員の設置についての規程が設けられていた。

吏員は都道府県または市町村に対して公法上の勤務関係に立つものとされていたが、これら吏員とは別に、身分的に区別された存在として、雇員、傭人、嘱託といわれる職員がおり、これら雇員、傭人、嘱託は、私法上の雇用契約によって都道府県または市町村に雇用されるものとして取り扱われていた⁽⁷⁾。

吏員と雇員・傭人・嘱託との区別については、行政裁判所の判例は、採用の形式によるべきとし、任命の形式によって採用されるものが吏員であるという見解をとっていた⁽⁸⁾。

吏員の任用の形態は、吏員に「任」ぜられること<任官>と、職に就くことを「命」ぜられること<補職>は別個の概念⁽⁹⁾で、すなわち「任」と「命」による「任官補職」という制度のもとにあり、身分に対して無定量の義務を負うものとされてきた。すなわち「任命」とは、「任官補職」時代の概念なのである。

一方、雇員、傭人、嘱託は任命行為にかからないので、私法上の雇用契約であるとされた。雇員と傭人の区別は、前者が吏員の補佐として事務を担当し、4年以上勤務すると吏員の中で最も低い身分である判任官に任用されるとしていたのに対し、後者は主に肉体労働的な職に従事するというもので、今日の技能労務職にあたるものであった。また嘱託は、吏員の定員不足を補う場合や、任用・給与上適切に採用しがたい人材を採用する場合、本人の希望によって吏員として採用しないことにしたい人に吏員としての勤務をさせる場合などに採用された、というものであった⁽¹⁰⁾。

このように明治憲法下の公務員の任用は、吏員は任命による公法上の勤務関係、雇員等は私法上の雇用契約というのが一般的な理解で、今日のように、地方自治体にいるものをすべて統一的に「地方公務員」とするという観念はなかった。

(2) 「同意を要する公法上の一方行為」と「公法上の契約」との対立～公法上の特別権力関係における任用行為の法的性質～

日本の行政法は、明治憲法時代においては大陸法のモデル、特にプロイセンの行政

(7) 角田禮次郎『地方公務員法精義』学陽書房、1955年、3頁以下。

(8) 美濃部達吉『評釈公法判例体系上巻』有斐閣、1933年、303頁以下。

(9) 浅井清『国家公務員法精義』学陽書房、1951年、165頁の表現。

(10) 飯野達郎編『公務員任用制度詳解』ぎょうせい、1972年、19頁。川手撰『戦後日本の公務員制度史』岩波書店、2005年、15頁。

法を模範とした⁽¹¹⁾。その下で公務員の勤務関係の法的性質の伝統的な理論は、ドイツ公法学とりわけオットーマイヤー行政学から導入されたもので、特別権力関係理論と呼ばれるものである。

たとえば美濃部達吉は「国家と官吏との関係は公法上の特別関係の一種なり。国家は官吏に対し使用主としての特別の権力を有し、官吏は之に服従する義務を負う」⁽¹²⁾（原文はカタカナ並びに旧字体の表記だったものを、ひらがな並びに新字体に改めた。以下同じ）とし、「特別の権力関係とは特別の法律原因に基づき当事者の一方が相手方に対し一定の範囲において命令し強制する権利を有し、相手方はこれに服従する義務を負う二主体間の法律関係を謂う」「特別権力関係の最も普通なものとは国又は公共団体とその相手方たる個人又は団体との間に生ずる関係で、それが公法上の特別権力関係である」⁽¹³⁾としている。

明治憲法下の学説は、公務員の勤務関係は公法上の特別権力関係の下にあることを前提としつつも、「任用」がどういう法的性質をもっているかについては概ね2説に分かれていた。

一説は同意を要する公法上の一方行為とみるもの、もう一説は、公法上の契約とみるものであった。

① 同意を要する公法上の一方行為説 渡辺宗太郎『改訂日本行政法上改訂版』弘文堂、1937年

公法上の同意を要する一方行為説を唱えた論者として渡辺宗太郎が挙げられる。渡辺は、「特定人との間に官吏関係を発生せしめる為の特別の選任行為を、官吏の任命といふ」とし、そして「官吏の任命行為は、任命せられる特定人の同意あることをその効果発生要件」⁽¹⁴⁾であるとして、同意を要する一方的行為説を採った。また、都道府県に勤務し都道府県で採用されていた公吏についても、「任命は官吏の任命と同様に、本人の同意あることを要件として公共団体の一方的行為に依り特定人との間に公吏関係を発生せしめる行為」⁽¹⁵⁾であるとした。

同意を要する一方的行為と公法上の契約との差異については、次のように述べる。

(11) 塩野宏『行政法Ⅰ第5版』有斐閣、2009年、24頁。

(12) 美濃部達吉『行政法提要上巻』有斐閣、1935年、328頁。

(13) 美濃部達吉『日本行政法上巻』有斐閣、1936年、132-133頁。

(14) 渡辺宗太郎『改訂日本行政法上改訂版』弘文堂、1937年、92頁。

(15) 渡辺前掲注(14)、193頁。

すなわち「官吏の任命行為が現実の効果を生じ得る為に任命せらるる個人の同意を必要とすることから、任命行為の性質を以て公法上の契約の一種であるとする見解がある。（中略）併し従順忠実に勤務するを要する関係をその本質とする官吏関係の設定行為は、性質上契約の概念を以て説明せらるべきものではない。蓋しかくの如き絶対的勤務関係は、対等関係に於ける意思表示の合致を以て形成し得られる性質のものでなく、従てこの場合の私人の同意には契約の構成部分としての意思表示の品質を認むるを得ないからである。官吏の任命は天皇又はその御委任を受けたる行政官庁が一定の形式に於て行う一種の行政処分である。唯任命行為たる行政処分は一般行政客体としての人の自由の制限に関するものであり、而かも係る処分を行い得ることに関する法の根拠を欠くが故に、其れが現実の効果を生じる為の要件として、かかる法の根拠に代わるべきその相手方たる私人の同意の意思表示を必要とするに過ぎない」⁽¹⁶⁾（下線は引用者による）。

渡辺説は、従順忠実に勤務することを要する絶対的勤務関係を設定する任用行為は、使用者・非使用者双方の対等関係における意思表示の合致で形成されるものでなく、一種の行政処分により成立すると説いている。また同意を要するのは、行政処分たる任用に関する法の根拠がないためであると説明した。

② 公法上の契約説 美濃部達吉『行政法撮要上巻第五版』有斐閣、1942年

一方、官吏・公吏の任命を公法上の契約と唱えた論者として、美濃部達吉が挙げられる。

美濃部説は、公法上の特別権力関係の一つとして公法上の勤務関係を挙げ、さらに公法上の勤務関係の例として発生原因別に次の3種を挙げる⁽¹⁷⁾。

- 1 公法上の契約に基づく場合 一般の官吏及び有給の公吏
- 2 受諾の義務ある公法上の契約に基づく場合 市町村の名誉職員
- 3 国家の単独の意思に依るもの 現役兵または戦時事変に際し招集中の兵

さらに、行政行為と公法上の契約との差異については、行政権の単独の意思によって成立するものを行政行為といい、相手方との合意により成立するものを公法上の契約というとしたうえで⁽¹⁸⁾、「官吏関係の設定につき本人の同意を必要とする以上は双方の意思がその行為の成立要素を為すものと解することは論理上の必然」であって、

(16) 渡辺前掲注(14)、93頁。

(17) 美濃部達吉『行政法撮要上巻第五版』有斐閣、1942年、121頁。

(18) 美濃部前掲注(17)、157-158頁。

「形式上は本人の同意は全く外形に現はることなく、国家が一方向的に辞令書を発すると雖も、この如き形式は民法上の雇傭契約たることの更に疑いなき大銀行大会社等の使用人の採用に於ても等しく取らるる所にして、この如き形式を以て行為の性質を判断することを得ず」、したがって、「官吏関係の設定は受任者の意思と国家の意思とを共にその行為の成立要素と為すものにして、国家の単独の意思に依りて成立するに非ず。約言すれば任官は国家と受任者との間に於ける公法上の契約なり」⁽¹⁹⁾と説く（下線部は引用者による）。

つまり、公務員の勤務関係の成立要件は、使用者・被使用者の双方合意であり、そうであれば公法上の契約というべき、というものである。

2. 地公法定前の地方公務員制度 ～雇員等の私法上の雇用契約関係の継続～

1945年の敗戦後、翌1946年4月1日を期して、官吏制度の改革が行われる。同日公布、施行した「各庁職員通則」（勅令第189号）、「官吏任用叙級令」（勅令第190号）及び「官吏俸給令」（勅令第192号）により、一部の特殊な官を除いて官の種類を事務官、技官、教官の3種に統合するとともに、従来の「勅任官」「奏任官」「判任官」という身分上の区分を廃止して、それぞれを1級、2級、3級に区分し、在職年数によって昇級する道を開いた⁽²⁰⁾。これらの改正により都道府県の職員の大部分を占める官吏についても改革が行われたものの、都道府県に勤務する公吏についての改革は行われず放置されていた。

しかし、都道府県知事の公選制が採用された結果、都道府県に勤務する官吏並びに公吏の抜本的改正が喫緊の課題となり、このため政府は新たな自治制度の検討のために設置した地方制度調査会に対し、地方公務員制度に関する制度設計の骨格の検討を諮問した。

職員の任用問題については、地方制度調査会第3部会で審議されたが、都道府県庁の職員をすべて公吏とする、副知事以下全員の任命権は公選の知事に所属せしめることを前提に、一般職員の任用に関しては、(イ)政務官的色彩を帯びる公吏は自由任用とするが事務部局の公吏は種類別の資格条件を定めて任用すること。(ロ)資格条件としては、試験、学歴、経歴、詮衡等概ね現行官吏制度に準ずるが、体力、人格等をも考慮して決定するもの

(19) 美濃部前掲注(17)、335-336頁。

(20) 坂弘二『任用・分限・懲戒の制度』ぎょうせい、1980年、89頁以下。

とすること等を、1946年12月に答申した⁽²¹⁾。

政府は、答申を基礎として地公法の立案に着手したが、当時、アメリカからブレイン・フーパーを団長とする「対日合衆国人事行政顧問団」が来日（1946年11月30日）して国家公務員制度改革の調査研究をはじめたため、地方公務員制度の改革も国家公務員制度の改革の動向を見極めることとし、地方自治法（以下、「自治法」という）の施行と同時に地公法を制定する方針を改め、自治法の施行に際しては、都道府県の職員の身分切替に伴う措置等のみを自治法及び同施行規程をもって定めることとした。

このため1947年5月に施行した自治法172条は、以下のように規定した。

第172条 前11条に定める者を除く外、普通地方公共団体に必要な吏員を置く。

2 前項の吏員は、普通地方公共団体の長がこれを任免する。

3 第1項の吏員の定数は、条例でこれを定める。

制定時の自治法172条は、明治憲法下において吏員（官吏、公吏）であったものについてのみ規定を置き、173条でこれを事務吏員、技術吏員、教育吏員及び警察吏員に区別するというもので、その勤務関係は旧憲法下と同様に長の任免にかからしめる（172条2項）こととした。さらに附則第6条で「この法律施行の際現に都道府県の地方事務官、地方技官又は待遇官吏たる者は、この法律若しくはこれに基づく政令又は他の法律で別に定めるものを除く外、当該都道府県の第172条の事務吏員又は技術吏員に任命され、引き続き現に在る職に相当する職に補されたものとする」と定めて、都道府県に勤務する官吏の身分を公吏に切り替えた。

このように自治法制定時は、従前の官吏制度に準じた暫定措置が講ぜられたのみで、確かに知事以下の都道府県の官吏たる職員の身分を公吏たる地方公務員に切り替えたものの、警察・消防職員は、1948年3月の警察法及び消防組織法の施行まで、公立学校の教員は、1949年1月の教育公務員特例法の施行まで、引き続き国家公務員の身分のままであった⁽²²⁾。

一方雇員等は、自治法172条に何ら記載がないように、明治憲法下と同様に公法上の規律の範囲外とし、その勤務関係はなお私法上の雇用契約によるものとされた。すなわちこの時点でも、雇員等は「吏員とは身分的に差別されていたから、これらを含めた地方公務

(21) 「地方制度調査会答申（昭和21年12月25日）」財団法人神戸都市問題研究所他編『戦後地方行政資料第1巻政府地方行政資料』勁草書房、1984年、308頁以下。

(22) 角田前掲注(7)、6頁以下。

員という観念はなかったし、これらの職員のすべてを対象とする地方公務員制度もなかった」⁽²³⁾のである。

3. 私法上の雇傭関係に準ずる公法上の契約 ～地公法制定時の任用行為の法的性質に関する理解～

(1) 地公法の制定と任用の形式

1950年12月13日公布（法律第261号）、1951年2月13日施行の地公法は、その2条で、「地方公務員とは地方公共団体のすべての公務員をいう」と定義し、吏員以外の雇員、傭人、嘱託員等のその他の職員も含め、地方公共団体のすべての公務員を一律に扱うこととした。

任用の形式に関しては、地公法17条の正式任用と、地公法22条の臨時的任用の2つのうちいずれかという制度となった。

地公法制定を受け、自治法172条は、「地公法の制定に伴う関係法律の整理に関する法律」により1951年に条文全体が改正され、たとえば第1項は、「前11条に定める者を除く外、普通地方公共団体に必要な吏員その他の職員を置く」（下線部は引用者）というように、吏員に加えて「その他の職員」を規定した。これにより従前の雇員等も「職員」となり、自治法、地公法の対象となった。また、1947年の自治法の一部改正により追加されていた172条4項は、地公法の制定を受け、「第1項の職員に関する任用、職階制、給与、勤務時間その他の勤務条件、分限及び懲戒、服務、研修及び勤務成績の評定、福祉及び利益の保護その他身分取り扱いに関しては、この法律に定めるものを除く外、地方公務員法の定めるところによる」と全文改正された。

この改正で重要な点は、吏員であれその他職員であれ、自治法上、地公法上の勤務関係において両者が区別して取り扱われずに、すべてが「地方公務員」として括られるとともに、自治法172条2項により両者とも長の任免にかからしめることになり、地公法制定以前のような、公法上の勤務関係と私法上の雇傭契約という区別がなくな

(23) 角田前掲注(7)、3頁以下。

なったということである⁽²⁴⁾。そうすると次には、任免、特に任用の法的性質をどのようにとらえるかが問題となった。

(2) 私法上の雇傭関係に準ずる公法上の契約

地公法2条にいう「地方公共団体のすべての公務員」の意義に関して、官庁コンメンタールとして初出の逐条解説である藤井貞夫『地方公務員法逐条解説』（1950年）では、次のようにいう。

「旧憲法下の公務員制度は、いわゆる官公吏制度であって、官吏及び公吏のみが、国又は地方公共団体に対して、公法上の勤務関係に立つ者であるとして、これらの者の身分取扱に関しては、一応の法的規制がなされていたのであるが、これらの者以外の、雇傭人または嘱託というような者は、私法上の雇傭契約に基づく者であるとされ、従つて、官公吏法令は、これらの者には適用されなかつた。それが、国公法の制定によつて、先ず、国家公務員について、その区分がなくなつた。

（中略）地方公務員については、地方公務員法の制定がおくれていたために、地方公務員たる、雇傭人、嘱託等の身分を持つ職員の身分取扱は、今日まで法的に放置されていたのであつたが、地方公務員法の制定によつて、漸く、この問題が解決され、今や、一般職に属する限り、吏員たると、雇傭人、嘱託たるとを問わず、この法律が適用されることになつたのである」⁽²⁵⁾（下線 — 引用者）

藤井コンメンタールは、地公法の成立により、吏員たると、雇傭人、嘱託たるとを問わず、すべての地方公務員が公法上の勤務関係に立ち、明治憲法下のような身分的区分は廃されたとし、その意義を強調した。

だが、藤井コンメンタールは、公務員の勤務関係の法的性質に触れていない。

この点につき「公法上の契約」と明言したのが、自治庁公務員部長等を歴任し、後に大平、鈴木、中曽根の三内閣にわたって内閣法制局長官を務め、最高裁判所判事も歴任した角田禮二郎の『地方公務員法精義』（1955年）であつた。角田コンメンタールは、地公法2条にいう「地方公共団体のすべての公務員」について、「各種の地方公共団体との間に私法上の雇傭関係に準ずる公法上の契約によつて、勤労を地方公共

(24) なお、第28次地方制度調査会答申（2005年12月）を受けた2006年の自治法改正により、「吏員」と「その他職員」の区分、「事務吏員」と「技術吏員」の区分も廃止され、172条1項は「普通地方公共団体に職員を置く」と改められ、173条は削除された。

(25) 藤井貞夫『地方公務員法逐条解説』学陽書房、1950年、69—70頁。

団体に提供する関係にある者をいう」（下線は引用者による）としたうえで、次のように続けた。「公的色彩の強いものであるかどうか、公権力の行使に直接関係のあるものであるかどうかというようなことは、地方公務員であるかどうかを判定する基準ではない。要するに、その担当する事務が、地方公共団体の事務とされている限り、その事務に従事する者は、すべて地方公務員である。その事務に従事する態様も、地方公務員であるかどうかの判定の基準にならない。たとえば、極めて臨時的なものであつても、あるいは、非常勤であつても、地方公務員であることには変りはない。いわゆる『日々雇用される者』についても、地方公共団体に雇用される限りにおいては地方公務員である」としている⁽²⁶⁾。

角田コメンタールでは、地方公共団体の事務に従事する者は、常勤、臨時、非常勤等の勤務態様にかかわらず、すべて地方公務員であり、その勤務関係の法的性質は「私法上の雇傭関係に準ずる公法上の契約によつて、勤労を地方公共団体に提供する関係にある者」と明記したのである。

角田コメンタールが公法上の勤務関係の法的性質を「私法上の雇傭関係に準ずる公法上の契約」としたのには伏線があり、地公法より先に制定されていた国公法における任用行為の法的性質に関する理解が、国公法制定当初のコメンタールで、「公法上の契約」説を取っていたからである。

たとえば、初代人事院総裁浅井清が著した『国家公務員法精義』には、次のように記していた。

「国家公務員法105条は、『職員は、職員としては、法律、命令、規則又は指令による職務を担当する以外の義務を負わない。』と規定する。明治憲法時代の官吏が、無定量の義務を負うものとされていたのと反対に、サービスの定量性を明らかにしたものである。明治憲法時代には、官吏の任命行為を、公法上の契約とする学説の外に、本人の同意を要件とする国の単独行為とする学説も有力であつたが、このサービスの定量性を認める以上、単独行為説を取ることは困難であろう」⁽²⁷⁾

官吏に対して無定量の義務を負わすことができたのは、明治憲法時代は、公務員という身分と公務という職が分離され、官吏には公務員という身分が先に付与され、次に職を割り振るといふ任官補職制度が採られていたからである。しかし、現憲法下の公務員制度では、一定量の公務という職があり、これについたものを公務員とすると

(26) 角田前掲注(7)、10頁以下。

(27) 浅井前掲注(9)、354頁。

変更されたことから、任用行為の法的性質は、明治憲法時代と異なり、公法上の契約と考えざるを得ないとしたものである。

浅井清の『国家公務員法精義』は1960年と1970年に全訂されたが、上記の記述は、そのまま残されている。すなわち、1970年段階まで、任用行為は「公法上の契約」と理解されていたのである。

4. 同意を要する行政行為説への解釈変更

このように地公法制定当初は、官庁コンメンタールにおいても、公務員の勤務関係は公法上の契約であり、したがって任用は、両当事者間の合意に基づく契約と解されるというものであった。

しかし、その後の官庁コンメンタールは、次第に公法上の契約説を採用しなくなる。

(1) 今枝信雄『逐条地方公務員法』（1963年）

角田禮二郎の後を受け、地公法のコンメンタールを執筆したのが、自治省行政局公務員課長等を歴任し、1963年から自治大学校長に就任していた今枝信雄である。

今枝は、1959年に角田コンメンタールの改訂版、1961年に同第2次改訂版を今枝信雄著で発刊している。改訂版、第2次改訂版とも、任用行為の法的性質に関しては、「私法上の雇傭関係に準ずる公法上の契約」⁽²⁸⁾との角田コンメンタールの記述をそのまま残している。

今枝は、1963年に自身が執筆した『逐条地方公務員法』を発刊しているが、この段階になると、任用行為の法的性質について角田コンメンタールと異なる説明をしている。すなわち「任用行為の法律上の性質は行政行為ないし行政上の処分と解されている。ここにいう行政行為ないし行政上の処分とは、公法関係において、ある法律関係を具体的に規律するために、行政機関が優越的な意思の発動としておこなう行為を意味するもの」とした。しかしこれに続けて、学説上は種々の見解があるとして、(一) 一方的行政行為説、(二) 受諾を要件とする行政行為説、(三) 双方向的行政行為説、(四)

(28) 今枝信雄『地方公務員法精義改訂版』学陽書房、1959年、10頁。同第2次改訂版、1961年、10頁。

公法上の契約説の4つに分類し、このうち、現憲法下においては、「国または地方公共団体の意思と公務員になろうとする国民の意思とが合致することによつて成立するものと考えることが妥当」であることから、(三)双方向的行政行為説、(四)公法上の契約説の2つが有効と考えられるとした。だが、いずれの考え方が妥当かは、「個人の意思をもつとも尊重する立場に立てば、公法上の契約説が妥当し、任用行為の行政行為としての特性に重きを置く立場に立てば、同意を要件とする行政行為説が妥当」であるに過ぎず、「現実の人事行政においては、実定法の定める規定に従つて処理されるべきであるから、任用行為の法律上の性格を究明することの実益はすくないといわざるを得ない」と述べた⁽²⁹⁾。

今枝は、1965年に増補版、1966年に第3次改訂版を発刊しているが、上記の記述に関し、変更は加えられていない。

(2) 鹿兒島重治『逐条地方公務員法』（1970年）

今枝の後を受け、地公法コンメンタールを執筆したのが、自治省公務員第一課長、行政課長を歴任し、当時、消防庁次長であった鹿兒島重治であった⁽³⁰⁾。

鹿兒島コンメンタールでは、職員の任用に関して、「二つの重要な問題がある。その一は任用行為の性質に関する論議であり、その二は、成績主義の原則の確立である」とした。

そして前者の任用行為の性質に関しては、行政法学上の行政行為である説と、公法上の契約であるという説との対立があるが、実定法からみた場合には、「相手方の同意を要する行政行為」と考えるべきであろうとして、その理由として以下の例を挙げている。

- ① 公務員の身分は分限規定によって保障され、自由な合意、契約としての取扱いがなされていないこと（たとえば、定年制は法律事項とされ、一方的な契約解除の自由がないこと）
- ② 労使対等の原則の適用がないこと（労基法2条の適用除外（地公法58条3項）。なお、企業職員と単純労務職員には適用がある）
- ③ 公務員の服務について相当に包括的な支配を行うことが公務秩序の上から望ましいと考えられること（とくに行政権限を行使する職員等）

(29) 今枝前掲注(4)、162頁以下。

(30) 以下の記述は、鹿兒島重治『逐条地方公務員法』学陽書房、1970年、178-181頁。

- ④ 裁判所も特別権力関係を認めていること
- ⑤ 任用について行政不服審査法および行政訴訟が認められていること

鹿児島は、①の身分保障と②労使対等原則の排除を一对のものと考えており、企業職員と単純労務職員が、労使対等原則に基づく団体協約権を有していることから「その採用は契約的色彩が強い」とし、また企業職員と単純労務職員に身分保障の規定が適用されていることについて、「法理論的に充分整序された身分取扱いがなされていない」と述べる。ここから鹿児島は、労働基本権の制約が少なく、このため概ね労働諸法により勤務関係が規律される者の任用を契約関係と捉え、一方、労働基本権が制約され、このため公務員諸法によりその勤務関係が規律される者の任用を行政行為と捉えていたようである。

さらに鹿児島コンメンタールの特徴は、特別権力関係論を積極的に評価している点である。すなわち、「最高裁判所の判例（最高裁昭三五・一〇・二九判決）は、特別権力関係の存在を前提として、その内部の行為については、自由裁量の範囲を逸脱し、またはそれに基づく権限を濫用しない限り、司法審査の対象にならないとしている」ことを取り上げ、「特別権力関係を認めることが現在の有権解釈」としたうえで、「（行政）内部の行為は任命権者の自由裁量に属し、たとえば、職員の分限処分や懲戒処分の際し、どのような具体的処分を選ぶか、職員の昇任、転任の実施、職員に対する身分上の命令（法三二参照）などは、それが裁量権の逸脱、濫用にわたらない限り、任命権者が自由に行うことができるものと考えられる」と述べた⁽³¹⁾。

鹿児島コンメンタールは、1996年まで6回の改訂を行っている。1996年に発刊された第6次改訂版で行政手続法についての記述が付加されているほかは、任用部分に関しては初版の記述を変更していない。第6次改訂版で付加された行政手続法に関する記述では、公務員の職務または身分に対してなされる処分および行政指導については行政手続法が適用されないことを捉え、「これは特別権力関係内部の身分取扱いは、一般的な公正性、透明性が求められている一般権力関係における行政と異なることによるもの」と、この時点でも特別権力関係説に固執した説明を行っている⁽³²⁾。

この間（1970年以降）の国公法コンメンタールの動向を見ると、戦中に内務省に入省し、戦後は労働省各課、中央労働委員会次長、人事院公平局長、職員局長を歴任し

(31) 鹿児島前掲注(30)、180頁。

(32) 鹿児島重治『逐条地方公務員法第六次改訂版』学陽書房、1996年、177頁。

た中村博が、1976年に『国家公務員法』（第一法規）を発売している。同書では、任用の法的性質について「相手方の同意を要件とする特殊の行為」⁽³³⁾とのみ記した。

続いて1988年には、人事院の職員が分担執筆した『逐条国家公務員法』が発刊する。

同書は、人事院事務総長に転任していた鹿児島重治のほか、森園幸男（人事院任用局長）、北村勇（人事院任用局審議官）の編集によるものだが、任用の法的性質に関する記述に関しては、鹿児島の地公法コンメンタールの記述内容をそのまま引き写し、公法上の特別権力関係における「相手方の同意を要する行政行為」と考えるべきとした⁽³⁴⁾。

だが、1970年代中葉にはすでに特別権力関係論は、学説上も、司法上も破棄されていた。たとえば、後述するように、公務員の勤務関係を公法上の特別権力関係としていた行政法学者である田中二郎は、1976年に発売した『新版行政法中巻全訂第二版』の中で、「現行実定法に関する限り、特別権力関係の観念を容れる余地は殆ど存しない」と自説を改めていた⁽³⁵⁾。また、これに先立ち、「自衛隊車両整備工場事件」最高裁判決（1975年2月25日）でも、原審の特別権力関係との理由のみをもってした判決を破棄⁽³⁶⁾していた。しかしそれから10年を経過した1980年代中葉に編集された『逐条国家公務員法』ならびに20年を経過した1996年になって改訂された鹿児島コンメンタールでも、公務員の勤務関係に関して特別権力関係に基づく説明を行っている⁽³⁷⁾。

官庁コンメンタールというものの硬直した思考を指摘せざるを得ない。

（3） 橋本勇『新版逐条地方公務員法』（2002年）

鹿児島の死去後、地公法コンメンタールを新版として執筆したのが、自治省の各課を歴任し、自治大学校教授等を経て、1986年から弁護士として活動していた橋本勇であった⁽³⁸⁾。

橋本コンメンタールになって、「地方公務員の勤務関係を特別権力関係という言葉

(33) 中村博『国家公務員法』第一法規、1976年、168頁。

(34) 鹿児島重治、森園幸男、北村勇編『逐条国家公務員法』学陽書房、1988年、294頁。

(35) 田中前掲注(5)、244-246頁。

(36) 自衛隊車両整備工場事件、最判昭50・2・25、民集29巻2号143頁。

(37) 27年ぶりに全訂された森園幸男、吉田耕三、尾西雅博編『逐条国家公務員法<全訂版>』学陽書房、2015年、320頁では、さすがに特別権力関係説に立った説明は行っていない。しかし、その記述内容は、後に述べる地方公務員に関する橋本コンメンタールの記述そのままである。

(38) 以下の記述は、橋本勇『新版逐条地方公務員法』学陽書房、2002年、196-203頁。

で説明されることがあるが、最近では、単に公法上の関係として説明されることが普通となっている」と述べ、ようやく特別権力関係論からの脱却が図られる⁽³⁹⁾。

しかしそれ以外の記述は、鹿児島コンメンタールを踏襲し、行政行為説と公法上の契約説の対立があるが、実定法からみた場合には、「相手方の同意を要する行政行為」と考えるべきとしている。ただし、その理由については、特別権力関係論を取らないこととの整合性から、鹿児島コンメンタールでの例示を若干修正し、①公務員の身分は分限規定によって保障され、自由な合意、契約としての取扱いがなされていないこと、②労使対等の原則の適用がないこと、③サービス上の義務が法定されていること、④任用の根拠となる法律（自治法172条2項、地方教育行政の組織及び運営に関する法律19条7項等）が任命という用語を使用していること、⑤任用について行政不服審査法および行政訴訟が認められていること等を挙げている。（下線部が、鹿児島コンメンタールとの変更箇所。引用者による。）

また、2003年7月の地方独立行政法人法公布後の第1次改訂版では、企業職員および単純労務職員並びに地方独立行政法人職員の採用は契約的色彩が強いとしつつも、「公法上のものであると言わざるをえない」⁽⁴⁰⁾と記述し、橋本コンメンタールは、公法私法二元論に立脚していることを明らかにしている。

さらに、第2次改訂版では、2007年2月公布の労働契約法に係る記述を付加し、「ちなみに、平成十九年法律一二八号として成立した労働契約法は、地方公務員（一般職と特別職の双方を含む）については適用されないこととされている」⁽⁴¹⁾ことを紹介し、実定法は公務員の任用は労働契約ではないことを示唆している。

橋本コンメンタールは、2014年に第3次改訂版を発刊しているが、任用の法的性質に関する記述は、第2次改訂版のそれに変更を加えていない。

（４） 小 括

地公法のコンメンタールは、これまで主に5人の執筆者の名をもって発刊されているが、任用の法的性質については、それぞれに異なる考え方が示されている。

① 地公法制定時の藤井貞夫『地方公務員法逐条解説』（1950年）では、地方公務員の勤務関係の法的性質は、一般職に属する限り、すべて「公法上の勤務関係」であ

(39) 橋本前掲注(38)、197頁。

(40) 橋本勇『新版逐条地方公務員法第1次改訂版』学陽書房、2006年、221頁。

(41) 橋本勇『新版逐条地方公務員法第2次改訂版』学陽書房、2009年、219頁。

るとした。

- ② 角田禮二郎『地方公務員法精義』（1955年）では、地公法2条にいう「地方公共団体のすべての公務員」の勤務関係を、「私法上の雇傭関係に準ずる公法上の契約」とした。
- ③ 今枝信雄『逐条地方公務員法』（1963年）では、任用の法的性質を公法上の任用行為ないしは行政上の処分と解されるとしたものの、公法上の契約説か同意を要件とする行政行為説かを究明することの実益はすくなく、「実定法の定める規定に従って処理されるべき」とし、今日の実定法の合理的解釈論につながる見解が示された。
- ④ 鹿児島重治『逐条地方公務員法』（1970年）では、公法上の特別権力関係論が唱えられ、その結果、任用の法的性質は、「相手方の同意を要する行政行為」と考えるべきと踏み込んだ見解がとられた。一方、学説上は特別権力関係説は撤回され、これを単に「公の勤務関係」とし、司法も同様の判断を示したが（最判昭49・7・19）、鹿児島コンメンタールは、なお、特別権力関係における行政行為説を唱えつづけた。
- ⑤ 橋本勇『新版逐条地方公務員法』（2002年）に到って特別権力関係説から脱却し、実定法の合理的解釈論へと変更するものの、任用の法的性質については「相手方の同意を要する行政行為」という考え方を踏襲した。

5. 任用の法的性質をめぐる学説の推移

官庁コンメンタールにおける任用の法的性質の解釈に関しては、上記のような推移を経てきたが、この推移に少なからず影響を与えてきたのが、学説上の見解である。これも時代の変化とともに、その力点の置き所が変化している。

任用行為の法的性質に関する学説上の代表的見解については、①公法上の行政行為説、②公法上の契約説、③労働関係法理に基づく契約説、④実定法の合理的解釈説に加え、現在においては ⑤行政契約説も唱えられている⁽⁴²⁾。

(42) 学説の分類、推移については、村井龍彦「公務員の勤務関係の性質」『行政法の争点（新版）ジュリスト増刊』1990年6月、126頁以下。間田穆「第2節任用 第15条任用の根本基準」『基本法コンメンタール地方公務員法』日本評論社、1991年、59-60頁も参照。

(1) 特別権力関係における公法上の勤務関係 相手方の同意を有効要件とする行政行為

戦後行政法学において、公法私法二元論を代表してきた田中二郎は、公務員の勤務関係は公法上の特別権力関係における勤務関係であり、その下における任用行為の法的性質は、自ら一定の包括的支配関係に服することの承認を意味する相手方の任意の同意に基づく行政行為であるとした。したがって「公務員は、必ずしもいちいち法律の規定に基づくことなく、公務員としての義務を果たさせるために必要な特殊の制限（例えば居住地の制限、服装の制限等）を受ける」ものとする⁽⁴³⁾。

特別権力関係とは、公法上の特定の目的のために必要な限度において、特定の者に、包括的な支配権が与えられ、特定の者がこの支配権に服する場合であることを指し、法治主義の原理の適用が排除される。このような特別権力関係の例の一つとして、田中二郎は公法上の勤務関係であるところの「国家公務員の国に対する、又は地方公務員の地方公共団体に対する勤務関係」を挙げた。

さらに、特別権力関係を、その成立原因から区分し、直接法律に基づく場合（強制入院、公共組合への強制加入）と相手方の同意（国立大学への入学、公務員の任命）に基づく場合とがあるとしたうえで、相手方たる当事者の同意に基づく場合は、更に任意の同意に基づく場合（公務員の任命、大学の入学）と、法律によって義務付けられた同意に基づく場合（学齢児童の就学）とに分けられるとした⁽⁴⁴⁾。

このような論理展開から、田中二郎は、公務員の任用の法的性質を、特別権力関係における同意を要する行政行為としたのである。

ただし、非正規公務員を含めたすべての公務員の任用を特別権力関係における同意を要する行政行為とすべきと考えていたわけではなく、戦前の公務員制度と同様に、吏員に擬せられるべき非現業の正規公務員は同意を要する行政行為でしかるべきだが、現業職の職員や臨時職員に関しては、私法上の雇用関係とすべきと考えていたようである。

たとえば、1947年の国公法改正法案の公聴会に公述人として招かれた際、田中二郎は、国公法が公務員法の適用範囲を拡大したことについて、「実際上の観点から必ずしも妥当ではない」とし、「臨時的な、あるいはパート・タイムの職務に従事する者についての特別的な扱いというものも必要でありましょうし、単純な労務の提供というようなものについては、これを一般職として拘束するよりは、むしろかなり実際の

(43) 田中二郎『新版行政法上巻全訂第一版』弘文堂、1964年、78頁。

(44) 田中二郎『行政法総論 法律学全集6』有斐閣、1957年、224-227頁以下。

事情に応じて自由に使い得るような形を取る方が妥当ではないか。その意味におきまして第二条の末項、第七項であります。政府又はその機関と外国人との間において挙げられております諒解をむしろ拡張して、個人的基礎において、一定の契約関係が認められるということになる方が妥当ではないか」と述べている⁽⁴⁵⁾。

さらに、1954年3月に閣議決定により設置された公務員制度調査会において、田中二郎が中心となってまとめられた「公務員制度の改革に関する答申」（1955年11月15日）では、概要、次のような提言がされた。

- 国家公務員は、国家行政組織の恒常的組織要員として、私法上の雇傭関係に立つ者として処理せしめるに適しない公的色彩の強い国の事務・事業に、恒常的に、従事すべきものである。
- 現行国公法は、すべての職員を、政府の任命行為に基づき、国民全体のために奉仕すべき特別の勤務関係にたつ国家公務員とするとしているが、これを改め、委員、顧問等の非常勤職員は、国家公務員に属しない者とし、また単純な労務に従事する者ならびに臨時職員は国公法の適用から外して、私法上の雇傭関係に立つものとする。
- 臨時職員、単純な労務に従事する者は、現行法上の厳重な諸制約を解除又は緩和して、労働基本権及び労働条件については、おおむね5現業職員（当時）のそれに準じ、法律でこれを規制する。

この答申を受け政府は法案作成作業に入ったが、関係省庁間の意見の相違で成案を得ることはできず、国会提出は断念されることとなった⁽⁴⁶⁾。

このように田中二郎は、任用の法的性質は公法上の特別権力関係における同意を要する行政行為だが、それが適用される公務員は現行制度より狭くすべきで、現業労働者、単純労務職員、臨時職員等は、私法上の雇傭契約により勤務関係が成立するものと改めるべきと考えていた。

（2） 公法上の契約説

上記の公法私法二元論を前提とした特別権力関係における「相手方の同意を有効要

(45) 第3回国会参議院人事委員会会議録第3号（昭和23年11月22日）4頁。

(46) 公務員制度調査会「公務員制度の改革に関する答申」については、角田前掲注(7)、415頁以下に全文が掲載され、中心的委員であった田中二郎も「公務員制度改革要綱案についての覚書」『ジュリスト』1955年9月15日号で、経過と解説を記している。また、濱口桂一郎「公務労働の法政策」『季刊労働法』（220）2008年春、158-160頁で内容を紹介している。

件とする行政行為」に対し、「公法上の契約」説を唱えたのが鶴飼信成である。鶴飼は、「国家公務員法は、近代的契約関係の立場に基本的には立っている」とし、この立場から、国家公務員に支給される俸給も、「勤務に対する反対給付たる性質を本来持っている」とした⁽⁴⁷⁾。そして任用の法的性質に関しては、ドイツの学説史を参照しつつ「公法上の契約」であるとし、その内容は、いわゆる附合契約（*contrat d'adhesion*）で、「雇用主である国家が一方的に決定したところを、公務員は承諾するか否かを表明し得るに過ぎないことになる」としている⁽⁴⁸⁾。また、「使用者と公務員とが、個別的に、もしくは団体的に、勤務条件について協定を結ぶことの可能性は否定でき（ず）、（中略）契約の内容に向けられた公務員たるべき者の意思表示があるということが、この概念の要素」だとしている⁽⁴⁹⁾。

鶴飼信成が1980年に発刊した新版では、特別権力関係説を批判し、たとえば懲戒処分について、「この秩序を『特別権力関係』と呼び、したがって懲戒を特別権力関係に基づく制裁である、とみるのが従来普通であったが（中略）、それが公法上の契約によって成立した一種特別の法律関係であって、その限定された範囲で司法審査に服するという説が正しいと考えている」とした⁽⁵⁰⁾。

田村浩一も、鶴飼と同様に、公務員関係の性質を公法上の契約関係とする。ただし、「それはいわゆる行政作用法に見られる公法関係そのものではなく、行政組織法内部における特別な法律関係である」⁽⁵¹⁾と説く。そして特定の個人に公務員の地位を与え、国または地方公共団体との間に公務員関係を設定する行為である任用行為の法的性格については、「公務員関係を組織法的観点からとらえるという立場で考えると、公務員の任用行為は、行政組織法における行為であり、従来のごとく、作用法的観点において、行政処分か否かを論ずることには問題」⁽⁵²⁾があるとする。

（3）法令によって規律された特殊な労働契約関係

上記の見解に対し、公務員関係とは、「全部的に法令によって規律された特殊な労

(47) 鶴飼信成『公務員法<法律学全集7>』有斐閣、1958年、61頁。

(48) 鶴飼前掲注(47)、38-39頁。

(49) 鶴飼前掲注(47)、39頁。

(50) 鶴飼信成『公務員法（新版）』有斐閣、1980年、289-290頁。

(51) 田村浩一「公務員の勤務関係」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法体系9 公務員・公物』有斐閣、1984年、87頁。

(52) 田村前掲注(51)、95頁。

働契約関係」⁽⁵³⁾と説いたのが、室井力である。

室井は、「公務員も自己の労働力の処分権を相手方に継続して委ね、かつ相手方の指揮の下で従属的労働に服し、相手方がこれに対して給与その他の報酬を支払うのであり、さらに、公務員になるかならないかは本人の自由であり、両当事者の意思の一致なしには公務員関係は成立しない」⁽⁵⁴⁾という点は、その基本的な権利義務関係において私的労働契約関係と何らの根本的相違はない、とする。ただ「『公務員は全体の奉仕者』であり（憲法15条2項）、またその相手方が行政主体であり、かつ公務員が行政を担当する者であるところから、公務員法が、私的労働契約にみられないような特殊の規律を設けている」⁽⁵⁵⁾に過ぎないとし、これを特別権力関係における同意つきの行政行為であるとする考え方を批判した。そして結論として「公務員関係は、基本的には対等当事者間の労働契約関係」と把握できるものとしている⁽⁵⁶⁾。

この説では、公務員関係を公法関係という必要はなく、任用行為の法的性質も当然にして任命権者による行政行為たり得ず、基本的には労働契約関係であり、ただ公務員は特殊の法的規律下にあるに過ぎないとするものである⁽⁵⁷⁾。

また、公務員の勤務関係は労働契約関係であることを法制史から説いたのが濱口桂一郎である。

濱口は戦後直後の法制定史を取り上げる。第一に戦後公務員法の原点はアングロサクソン型の法システムを基盤とし、公務員であれ民間企業労働者であれ、雇用契約であること自体には何ら変わりはないことを前提としており、制定時点では、戦前の公法私法二元論に立脚した身分制システムとは断絶したはずであった、という。にもかかわらず、「官僚たちの頭の中に生き続けた公法私法二元論は、アメリカ型公務員概念をドイツ型官吏概念に引きつけて理解させていった。その結果、公務部門で働く者はすべて（ドイツ的、あるいは戦前日本的）官吏であるという世界中どこにもあり得ないような奇妙な事態が生み出されてしまった」と説く⁽⁵⁸⁾。第二に労働基準法を取

(53) 室井力『特別権力関係論』勁草書房、1968年、393頁。

(54) 室井前掲注(53)、381頁。

(55) 室井前掲注(53)、381—382頁。

(56) 室井前掲注(53)のほか、室井力『現代行政法の原理』勁草書房、1973年、94頁以下・263頁以下も参照。

(57) この時点で田中二郎もまた、「現行実定法に関する限り、特別権力関係の観念を容れる余地は殆ど存しない」と自説を改めていた。田中前掲注(5)、244—246頁。

(58) 濱口桂一郎「非正規公務員問題の原点」『地方公務員月報』（605）2013年12月、3—4頁。

り上げ、同法112条は1947年の制定以来今日まで、「この法律及びこの法律に基づいて発する命令は、国、都道府県、市町村その他これに準ずるべきものについて適用あるものとする」と規定しており、また、労働基準法制定時の国会答弁資料では「官吏関係は、労働関係と全面的に異なった身分関係であるとする意見もあるが、この法律の如く働く者としての基本的権利は、官吏たると非官吏たるとに関係なく適用せらるべきものであつて、官吏関係に特有な権力服従関係は、この法律で与えられた基本的権利に付加さるべきものとする」としていることを紹介する⁽⁵⁹⁾。

非現業国家公務員は労働基準法が適用除外⁽⁶⁰⁾だが、非現業地方公務員は現在でも労働基準法が適用され、同法「第二章 労働契約」のほとんどの条項、とりわけ第14条1項の「契約期間の上限」、第20条の「解雇の予告」も適用されることから、労働基準法は「非現業地方公務員が労働契約で就労し、解雇されることを当然の前提として規定」し、適用除外になっている条項は集团的労使関係の特殊性から排除されるものであつて、「就労関係自体の法的性格論（公法私法二元論）から来るものではない⁽⁶¹⁾」と説き、したがって公務員の勤務関係は、現在でも労働契約であると結論付ける。

（４） 実定法の合理的解釈論

行政法の伝統的学説では、任用行為の性格について、論争すること自体実益がないとするものが多い。

たとえば、特別権力関係説を改め、単に公の勤務関係として公務員のそれを捉え返した後の田中二郎は、任用行為の法的性質に係る論争は、「法律上に格別意義のない論争で（中略）、任用行為の法律上の性質は、その実態に即し、『相手方の同意を要件とする特殊の行為』と考えるべき」としている⁽⁶²⁾。また塩野宏も、「勤務関係について、法令の支配が広く及んでいる現行法制のもとでは、特別権力関係説であれ、労働契約関係説であれ、解釈論としては、機能する余地は余りなく、その意味では、勤務関係の性質については、制定法によって規律された関係として捉え、個別の解釈

(59) 濱口前掲注(58)、4－5頁ならびに同「地方公務員法と労働法」『地方公務員月報』（567）2010年10月、4頁。なお国会答弁資料は、渡辺章編集代表『日本立法資料全集労働基準法』信山社。

(60) 国公法と労働基準法の関係については、渡辺賢「なぜ国家公務員には労働基準法の適用がないのか」『日本労働研究雑誌』（585）2009年4月を参照。

(61) 濱口前掲注(58)、5頁。

(62) 田中前掲注(5) 245－246頁。

論に際しても、その制定法の趣旨目的の合理的解釈に努めれば足りるということになる、としている⁽⁶³⁾。

これが実定法の合理的解釈論と呼ぶものである。

塩野宏は、実定法の合理的解釈から、任用行為の法的性質を行政処分としている。その根拠として、公務員関係の成立行為である任用行為をめぐってどのような訴訟を提起するかは制定法に直接の手掛かりはないが、「勤務関係の消滅（免職）に関しては制定法上に処分的構成が取られていることからすると、制定法は、この関係の早期安定性の確保を期待していると考えられ、その意味では、消滅行為と同様に成立行為も処分として構成していると解するのが素直」⁽⁶⁴⁾であるとする。

そしてさらにこの解釈を発展させ、「公務員関係の成立・消滅の任命権者の側からみた行為形式が行政処分であること、転任及び配置換えが不利益にあたる時には、免職処分等の不利益処分と同じく行政上の不服申立としての不利益審査が認められることなどからすると、転任、配置換えを全体として行政処分とみるのが素直」⁽⁶⁵⁾としている。

塩野宏の実定法の合理的解釈は、全般的に、任用をめぐる法律上の争訴につきどのような訴訟が提起されるか（行政不服審査法および行政訴訟が認められていること）という出口部分から公務員関係の入口部分に遡及し、任用は行政処分とするのが素直と解釈している。

(5) 行政契約説

21世紀に入り、非正規公務員の雇止めをめぐって注目すべき判決⁽⁶⁶⁾が出され、これが任用行為の法的性質論の再検討を迫り、新たな地平を切り開くことになる。

下井康史は、「公務員関係も両当事者の合意を基礎に成立することを踏まえれば、その基本は契約関係」と見るべきで、勤務条件法定主義との整合性は、「法令による規律密度の高い契約関係」と解することで説明可能とする。また、従来、任用行為が

(63) 塩野宏『行政法Ⅲ行政組織法』有斐閣、1995年、198頁以下。なお、2012年発行の同書第4版281頁以下でも、同様の記述が維持されている。

(64) 塩野前掲注(63)、202頁。第4版286頁。

(65) 塩野前掲注(63)、205頁。第4版291頁。

(66) 国情研非常勤職員事件、東京地判平18・3・24、判例時報1929号109頁および中野区（非常勤保育士）事件、前掲注(2)など。前者は、公法関係にも権利濫用法理や信義則が適用されることを前提に、特別な事情があれば、更新拒否にも権利濫用法理が及ぶ余地を認めたもの。

行政処分とされてきたのは、勤務関係の消滅行為たる免職が処分である以上、成立行為たる任用も処分として構成していると解するのが素直であると解されてきたに過ぎず、実体的には公務員関係は両当事者の合意を基礎に成立し、「『公権力性』が認められない以上、たとえ処分であっても、行政行為ではなく行政契約に分類されるべき」とする⁽⁶⁷⁾。

櫻井敬子は、中野区（非常勤保育士再任拒否）事件の東京高裁判決が、公務員の勤務関係は公法上の任用関係にあり、公務員の任用は行政処分としての任命権者の任用行為によってなされるものとした点を批判し、「本件判決は（中略）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。（中略）仮に、本件任用行為を行ふ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」⁽⁶⁸⁾として、下井と同様に、公務員の勤務関係を契約関係とする。一方で、本判決が立脚する公法私法二元論的思考を鋭く批判しつつ、公務員の任用契約を民間労働者の雇用契約と同一視することは妥当でなく、「公務員法制のもとで妥当性をもつ契約を想定すべき」⁽⁶⁹⁾と説く。どのような契約が公務員法制のもとで妥当性をもつのかについては触れていないが、一方当事者を行政主体とする行政契約を想定しているものと推定される。

公務員の勤務関係に関して行政契約説に連なる見解を示していた者として山田幸男がいる。山田は、「公務員の勤務関係には、部分社会における規律権・支配権という意味での身分法的関係と、雇傭契約という市民法的な関係という二つの面が存在する複合的な法構造を示す」とするが、当該雇傭契約は、公務員の全体の奉仕者性や、不利益処分に関する審査請求という特別の機構が存することから、公法契約であるとした⁽⁷⁰⁾。

(67) 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」『日本労働法学会誌』（110号）、2007年11月、135頁以下。同趣旨の論稿として、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4月10日、238頁以下。

(68) ①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8月、71頁。また、②同「公法論の現在——期限付公務員の再任用拒否事案を素材として（行政法講座65）」『自治実務セミナー』2013年10月、8頁以下。

(69) 櫻井前掲注(68)①、75頁。

(70) 山田幸男『行政法の展開と市民法』有斐閣、1961年、341頁以下。

6. 任用行為の法的性質に関する裁判例の系譜

非正規公務員の雇止めに関する裁判例に限定して、任用行為の法的性質を司法がいかに見てきたかを概観すると、官庁コンメンタールの解釈や学説の変動に歩調を合わせるようにその考え方を変化させてきたことがわかる。変化のベクトルは、概ね、「公法上の契約」から「行政行為」への流れである。（なお、以下の本文上の下線はすべて引用者による。）

(1) 「公法上の契約」時代（～1970年代中葉）

任期を付して任用された非正規公務員の雇止め訴訟において、裁判所は、当初、公務員の勤務関係を「公法上の契約」と捉えていた。また、採用の成立要件に関しては、当事者間の明示の同意ばかりか黙示の同意も認めていた。しかし1972年以降は、任用行為の厳格な要式行為論が登場する。

① 勤務関係は公法上の契約、明示又は黙示の同意による採用を許容

ア 解職意思表示無効確認請求事件（福井地判昭27・9・6、行政事件裁判例集3巻9号1823頁）では、日々雇用職員の現業国家公務員として建設の現業に従事していた原告が、国家公務員法・人事院規則に基づき解職処分を受けたことにつき、処分の取消を求めて出訴した事案である。福井地裁は、「国家と国家公務員との関係は、公法上の契約関係であるから、この関係を終了せしめる行政庁の意思表示が行政上の処分行為的法律効果を伴う行政処分であることというを俟たない」と判示した。この裁判例は、公務員の勤務関係が公法上の契約であり、したがって免職は行政処分的効果を取り得ることを示唆する。

イ 東郷小学校（山形県人事委員会）事件（山形地判昭32・1・16、民集17巻3号443頁）は、勸奨退職した教員が、数回にわたり任期1年の嘱託教員として採用された後、任期の更新がなされずに雇止めにあった事案につき、法に明文の規定のない任期付任用は違法であることを主張して出訴したものである。山形地裁は、公立学校の助教諭若くは講師の身分は、教育公務員特例法により、地方公務員として任免、分限、懲戒及び服務等について規制を受け、公法的規律に服するもので、したがってその任命行為は公法上の契約に属するものというべきであるが、助教諭若くは講師の任用期間を一箇年と定めて採用することについては、地公法58条、労働基準法14条に照らし、妨げないものと解すると判示した。

同事件の控訴審である仙台高判昭36・8・23（民集17巻3号448頁）では、仙台高裁は契約の側面をさらに強調して、従前の助教諭及び講師の身分上の取り扱いは、いわゆる官吏や吏員とは異なり、地方公共団体の雇用人同様私法上の雇用契約類似の不利益な取扱を受けていたことが窺われるから、山形県教育委員会が控訴人を助教諭に任用するに際し一年の期限を付したことは何ら違法な措置ではなかったと判示した。またこれに付記し、「控訴人はこれを辞職の特約と解し、公法上の契約にあつては、その明文で認められない事項を内容とする契約はすべて無効であると主張するが、公法上の契約によつて法の明文に抵触する内容を定めることは許されないが、法の明文に抵触しない限り、公法上の契約を否定すべきでない」としている。

ウ 俸給請求事件（札幌地裁昭34・5・11、行政事件裁判例集10巻5号1005頁）は、林野庁札幌営林局管下上芦別営林署において伐木造材の仕事に従事する作業員として採用された公務員で、伐採作業従事中に公務上の身体障害を受けた者について、補償法所定の休業補償のみが支給され、その間、俸給の支払いがなされなかったために、その支払いを求めた事案である。札幌地裁は、「国家公務員任用の法律上の性質は公務員法立法の精神からみて公法上の契約であると解するのが相当と考えるからその採用については相手方の明示又は黙示の同意を必要とすることは勿論である」としたうえで、昭和31年3月31日を最終雇用期限とする月雇臨時作業員として採用されることを承諾して雇用関係に入ったのだから、原告は最終雇用期限日の経過により当然退職したものであり、同日以降依然公務員たる資格を有することを前提とする原告の主張は理由がない、とした。

エ 解雇処分取消並給料支払請求事件（長野地判昭41・9・13、判例時報474号12頁）は、被告飯田市に昭和36年から昭和39年までの期間で任用された原告が、昭和39年に「期間満了によりその職を解く」旨の辞令を交付され、退職処分に付されたことにつき、臨時職員の最長任期である1年を超えた翌日に、あらためて特別の手續を要することなく継続して任用されたという事実から、期限の定めなく正式に採用されたものとなったとして、解雇処分の取消等を求めた事案である。長野地裁は、公務員の任用は当事者間の合意を基礎とする公法上の契約に属すべきものであり、一定の期間内に完了すべき大規模な災害復旧工事のため、その期間中に限り通常以上の職員を必要とし、その期間経過後はこれを採用しておく財政的裏付もないことが当初から判明している場合において、その職員がこの事情

を了解し、右の期間内に限り採用されることを承認したときには、とくに法の規定や条例がなくても、期限付採用が許されるものと解するのが相当であると判示した。

② 任用行為の要式行為論

公務員の地位確認請求事件（東京地判昭47・6・24、行政事件裁判例集23巻6・7号404頁）は、建設省関東地方建設局甲府工事事務所に、日々雇用ないし任期2ヵ月の期限付きで採用された一般職非常勤職員が、雇止め後において、公務員としての地位の確認を請求した事件である。東京地裁は、「国家公務員の任命も、その法的性質を公法上の契約と解すると否とにかかわらず、国家公務員が労務に服し、使用者である政府がこれに報酬を支払うことを約する点において、私法上の雇用契約と異なるところはない」とし、しかも労働基準法第14条は、一般職の国家公務員にも準用されるとした。しかし、期限付任用は、いかに長期間更新して継続されても、期限付任用としての性質を变ずるものではなく、なぜなら、期限付任用と任期の定めのない任用とは性質を異にする別個の任用行為であり、しかも少なくとも常勤職員の期限の定めのない任用行為は厳格な要式行為であるから、任命権者による任期の定めのない職員への任命行為がなければ、任期の定めのない職員への任命が有効に成立し得る余地はない、とした。

非正規公務員の事例ではないが、同じ時期に採用内定通知の法的性質をめぐる東京都建設局職員採用内定取消事件（東京地判昭和49・10・30、民集36巻5号789頁）があった。同事件において東京地裁は、「地方公務員の任命の手續について明文の規定はなく、また国家公務員についての人事院規則八—二（職員の任免）第七五条の規定も、国家公務員の任命をいわゆる要式行為とした趣旨とは解せられず辞令の交付の有無にかかわらず、任命権者から発令の通知がなされたときは、その意思表示のみによつて任命の効力が生ずると解するのが相当」として、任用行為の要式行為説を採用しなかった。これに対し、同事件控訴審（東京高判昭51・9・30、民集36巻5号819頁）では、「地方公務員の任用行為は、地方公務員たる地位の設定、変更を目的とする重要な法律行為」であるから、本件採用内定通知は、控訴人を東京都建設局職員として採用する旨の意思表示ではなく「単に採用の発令の準備行為」とし、同事件上告審（最判昭57・5・27、民集36巻5号777頁）も任用行為要式行為説に立った判断を下した。

(2) 「行政行為」「行政処分」の時代（1970年代中葉以降）

非正規公務員の任用行為を明示的に行政行為ないし行政処分とした裁判例は、1970年代中葉以降に現れる。その初出裁判例は1976年のことであると考えられるが、その2年前の1974年に、東芝柳町工場事件、最一小昭49・7・22（民集28巻5号927頁）があった。同事件は、契約期間を2ヵ月と記載して労働契約書を取りかわして入社した臨時工に対し、5回ないし23回にわたって労働契約の更新を重ねたのちに、いわゆる雇止めの意思表示をした場合において、こうした雇止めが解雇と同様であると認められるかどうか争われたものである。

最高裁の判断は、(a)臨時工の仕事の種類、内容の点において本工と差異はなく、(b)その採用に際して会社側に長期継続雇用や本工への登用を期待させるような言動があり、(c)契約期間満了の都度直ちに新契約締結の手続きをとっていたわけでもなく、(d)従来基幹臨時工が2ヵ月の期間満了によって雇止めされた事例は見当たらず、ほとんどが長期間にわたって継続雇用されているなどの事情を挙げ、雇止めは実質において解雇で、解雇に関する法理を類推適用するとしたのである。

これを踏まえて、1970年代中葉以降の非正規公務員の雇止め訴訟に係る裁判例を概観すると、以下のような特徴がある。

まず、①福井郵便局臨時職員事件である。任期2ヵ月の雇用期間で繰り返し任用されてきた非常勤職員が、雇用期間の更新が繰り返されたことにより期間の定めのない臨時雇になったとして、その地位保全仮処分を請求したのに対し、福井地決昭48・3・12（判例タイムズ346号328頁）では、「非常勤現業郵政職員に関する限り、その勤務関係形成の端緒は、国公法上の任用ではあるが、右任用は私法上の労働契約の一方当事者として相手方の申し込みに対してなす承諾以上の意味をもたず、ここに私法上の契約原理の適用がある」とした上で、「使用者が更新を拒絶することは実質上、解雇に関する諸法則を類推適用するのが相当」とし、東芝柳町工場事件の最高裁判断に連なる考え方を示し、雇止めにあった申請人の地位保全仮処分請求を認容した。

これに対し被申請人である国は、同仮処分決定を不服とし、同福井地裁に意義を申立てた。福井地判昭51・3・19（判例時報822号99頁）は、「私企業とは異なり公法関係としての法規制を受ける現業公務員としての臨時雇の期限付任用がたとえ長期間更新されたからといってその任用が私法関係に変わるとか期限付任用の性質を変わるものではない」とした。さらに同事件異議等控訴事件において、名古屋高裁金沢支昭54・3・16（判例時報933号139頁）は、行政行為説を前面に立て、「公務員の場合の

日々雇い入れはその更新が継続してもあくまで任期1日の任用が更新されるのであつて、期間の定めのない任用に転化することはないと解されること、公務員の任用行為は一種の行政処分であると解されるところ任命権者の意思に反して任用の更新が擬制されると解するのは相当でない」とした。

明らかに潮目は変わったのである。

②北九州市学校図書館員地位確認仮処分請求事件、福岡地小倉支判昭51・3・29（判例時報822号95頁）は、10回にわたって、1年以内の任期を限り、嘱託を更新するという形式で任用を継続してきた学校司書が、地位確認の仮処分申請をした事件である。これに対し福岡地裁小倉支部は、「本件地位保全申請仮処分の本案をなすべき訴訟は期限付任用行為の付戻たる期限部分の不存在ないし無効を前提として現在の法律関係たる地位の確認等を求める公法上の当事者訴訟（いわゆる争点訴訟）であると思料されるところ、公務員の任用行為の本質は、公法上の契約と異り、当事者間の合意以外に公益性が必要とされる行政庁の特殊な行政行為というべきであつて、その付戻たる期限が一応外形上適切に存在している」として、申請を認めなかった。同事件の控訴審である福岡高判昭55・3・28も、同様の理由により、地位確認仮処分請求を認めなかった。

③任用行為の法的性質を行政行為として最高裁段階で確定したのは、長野県農事試験場事件、最判昭62・6・18（労働判例504号16頁）である。これは、繰り返し任用された国家公務員の非常勤職員である日々雇用職員が、その地位確認を求めた事件で、上告人（一審原告）側は、繰り返し任用により、任期付の任用は無期の任用に転化しており、原告が任期満了により当然に退職したとすることは、東芝柳町工場事件判決に違反し、解雇権濫用法理を類推適用すべきと主張した。これに対し最高裁は、任命行為とは厳格な要式行為である行政行為であるから、任命権者による任期の定めのない職員にするとの任命行為がない以上、期限付任用がいかに長期間更新されたとしても、任期の定めのない任用に転換するものではなく、解雇権濫用法理のような私法上の法理は、公務部門にはあてはまらない、と判示した⁽⁷¹⁾。

(71) 非正規公務員の任用を行政行為とみなした1970年代の裁判例として、本文で紹介したもののほか、室蘭大学公務員地位確認等請求事件、札幌地判昭53・7・21（行政事件裁判例集29巻7号1338頁）、山形大学附属病院非常勤職員地位確認請求事件、山形地判昭61・2・17（労働判例470号48頁）。1980年代以降は、行政行為説一色である。

(3) 小 括

裁判例の推移をみると、1970年代中葉を境にして、非正規公務員の任用の法的性質は、「公法上の契約」説から「行政行為」説へと急速に傾斜した。その間に（1960年代後半）、勤務関係の法的性質は「公法上の契約」であるが、公務員の任用行為は厳格な要式行為なのだから、当事者の合理的な意思表示ないしは黙示の合意によって、繰り返し任用が「任期の定めのない任用」には転化しないとする任用行為要式行為論が登場する。長野県農事試験場事件最高裁判決は、要式行為論と行政行為説の「合わせ技」となっている。

1970年代中葉に、「公法上の契約」から「行政行為」へと変更をもたらしたものとして、次の要因が考えられる。

第1に、1974年の東芝柳町事件最高裁判決において、当事者の合理的な意思表示ないしは黙示の合意によって、期間雇用の繰り返しは「期間の定めのない雇用契約」に転化し、雇止めを解雇とみなす解雇権濫用法理を類推適用という判断が示されたこと、第2に、すでにこの時点で、国、地方を通じて、長期勤続の期限付きの非正規公務員が多数任用されていたこと、そして第3に、公務員の勤務関係を「公法上の契約」とし、任用行為を契約行為とする考え方を維持すると、繰り返し任用により勤務期間が長期に及ぶ非正規公務員に、解雇権濫用法理を類推適用することにもなり、公務員制度の根幹を揺るがす事態が生じることも想定されること等があったためと考えられる。

これらの要因が重複し、非正規公務員の雇止め裁判においては、任用行為の法的性質を「公法上の契約」とするものから「行政行為」へと、急速にその考え方を変更していったものと考えられる。

7. 非正規公務員の任用の法的性質を「法律で全般的な制約を受ける契約」と解釈する余地

任用行為の法的性質をめぐる解釈は変動してきた。

官庁コンメンタルでは、当初、公法上の契約説がとられ、その後、特別権力関係における行政処分説となり、最近では、公法上の勤務関係における行政処分説へと変遷の軌跡を描く。

学説も、戦後しばらくの間は特別権力関係における行政行為説が有力であったが、その

後、単に公の勤務関係における行政行為説となり、最近は、実定法の合理的解釈から行政処分とする考え方が有力であるものの、なお、労働契約関係や行政契約関係と捉える考え方も主張されている。

判例の推移をみると、1970年代中葉までは、明らかに公法上の契約説に立脚していたが、任用行為要式行為論を挟み、その後は、行政行為・行政処分説で一貫している。

このように法的性質に関する解釈は変動しているのだが、任用行為そのものの捉え方には何ら揺らぎはない。

任用という行為は、とりわけ採用は、公務員でない者を公務の職に就けることを単に指すに過ぎない。戦前の公務員制度のもとでは、身分の付与（任官）を基礎として、職に就けること（補職）が行われていたが、戦後の公務員制度では、身分と職は一体のものとして観念され、人を特定の職に就けることが任用であると理解されている。このように任用行為そのものに関する説明は、戦後一貫して官庁コンメンタールが説明するところである。

初期のコンメンタールである浅井清『国家公務員法精義』は、この点を素直に読み取り、双方合意に基づき一定量の公務という職に就くものが公務員となるということから、任用行為の法的性質は、公法上の契約と考えざるを得ないとした。また、角田禮次郎も、浅井と同様の観点から、「私法上の雇傭関係に準ずる公法上の契約」として、任用行為の法的性質を把握した。

身分ではなく職を中心として公務員制度を組み立てることは、戦後公務員制度の基本構造の一つである。その点になんら変更が加えられていないのにもかかわらず、その後は、任用行為の法的性質だけをとらえ、公法上の契約から行政行為・行政処分へと解釈を変更してきている。つまり行政官庁による恣意的な解釈変更なのである。

今日、官庁コンメンタールは、実定法の合理的解釈のもと、任用の法的性質を行政行為ないし行政処分する実定法の例として、「公務員の身分は分限規定によって保障され、自由な合意、契約としての取扱いがなされていない」ことを挙げる。だが、身分保障規定があるから契約関係ではないとストレートに結びつけていいものだろうか。橋本コンメンタール自身が、公営企業職員や単純労務職員等にも身分保障規定が適用されるが、その採用は「契約的色彩が強い」としており⁽⁷²⁾、すなわち身分保障想定が適用されても勤務関係の法的性質は契約であるということは実定法の解釈上あり得るのである。

(72) 橋本前掲注(38)、219頁。

また、「任用の根拠となる法律（自治法172条2項、地方教育行政の組織及び運営に関する法律19条7項等）が任命という用語を使用していること」も、行政行為・行政処分説の根拠として挙げるが、これは、明治憲法下の行政裁判所の判断と大差がない。行政裁判所の判例は、吏員と雇員・傭人・嘱託との区別は採用の形式によるべきとし、任命の形式によって採用されるものが吏員であるという見解をとっていたからである。「任命」だから「行政行為」という見解は、戦前の身分的公務員制度への回帰を彷彿させるもので、戦後の民主的公務員制度を否定し、今もって任官補職の「身分上の公務員制度」が実定法上の解釈として生存していることを匂わせる。

さらに非正規公務員の任用行為を、正規公務員のそれと一体的に捉え、行政行為ないし行政処分と見なしてきた考え方にも、以下の問題がある。

任用行為が行政処分とされてきたのは、勤務関係の消滅行為たる免職が処分である以上、成立行為たる任用も処分として構成していると解するのが素直であると解されてきたからに過ぎない。だが、たとえば、臨時職員を例にとると、免職処分を構成する地公法の条文が適用されておらず、実定法上、その退職を処分とみなすことはできないのである。勤務関係の消滅である免職が処分として構成されているのは、公務員に強い身分保障（地公法27条以下）、すなわち、その意に反して免職されるのは法律上に定める事由による場合でなければならないからであり（地公法27条2項）、したがって、定年退職も分限処分の一つ（地公法28条の2）として構成されているためである。つまり、身分保障を解除するために勤務関係の消滅行為を処分行為としているのである。

このように身分保障と分限処分を一對のものと捉えると、定年退職の分限処分や身分保障の規定の適用のない者の免職を行政行為ないし行政処分とみなすことはできない。つまり、身分保障の適用のない臨時職員（地公法22条）やそもそも地公法の適用のない特別職非常勤職員の退職は、免職処分という構成は取れず、したがって勤務関係の成立である任用行為も行政行為ないし行政処分とすることもできない。

したがって、少なくとも身分保障規定の適用のない非正規公務員の任用の法的性質は、法律で全般的な制約を受ける双方合意の契約関係であると解す余地が充分にある。

（かんばやし ようじ 公益財団法人地方自治総合研究所研究員）

キーワード：臨時職員／行政契約／労働契約／公法私法二元論／
行政行為／行政処分／非常勤職員