



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公法判例研究（2）
Author(s)	下井, 康史; SHIMOI, Yasushi
Citation	北大法学論集, 41(3), 133-148
Issue Date	1991-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16778
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(3)_p133-148.pdf



公法判例研究(二)

下井康史

期限付任用公務員の再任用拒否

鹿児島地判昭和六三年二月一九日行政事件裁判例集三九卷

二二号一五四一頁、判例タイムズ七〇四号二二三頁。

〔事実〕原告Xは、昭和五五年九月一日に被告Y（垂水市）に家庭奉仕員として任期一年で採用され、その後引き続きYの福祉事務所勤務していた。家庭奉仕員とは、老人福祉法一二条に基づき、身体上または精神上日常生活を営むのに支障がある老人の日常生活の世話を市町村から委託を受けて行なう者であ

り、Y市では、福祉事務所長の監督下におかれ、月曜から金曜まで週五日、毎日午前九時から午後四時まで勤務するという形態をとっていた。任期は一年であったが再任用が許されており、本人が希望するかぎり再任用されるのが実態であり、これまで本人の希望に反して再任用を拒否された事例はなかった。Xも繰り返し再任用されてきたが、選挙で新たに選出された新市長の意向により昭和六二年度の再任用を拒否されて、昭和六二年三月三十一日かぎりで任用を打ち切られた。そこでXは、本件再任用拒否は選挙で敗れた前市長をXが応援していたこと（Xはこの事実を否認している）を理由とする報復措置であり、違法無効であるとして、従来どおり家庭奉仕員としての身分を有することを主張して、家庭奉仕員としての地位確認および報酬の支払いを求めて出訴した。

Xは、再任用拒否が違法である場合にXが従来どおり家庭奉仕員の身分を有する理由として、①家庭奉仕員の任用は、形式上は一年の期限を付した任用であるが、実質は期限の定めのないものであり、再任用拒否は免職処分であること、②期限付任用であるとしても、Xには再任用を期待する利益があること、③家庭奉仕員が特別職の非常勤職員であるとしても、再任用拒否には権限濫用があること、を主張した。

〔判旨〕 (1) 「地方公共団体に労務を提供し、その反対給付として給与を受ける立場にあるものはずべて地方公務員と解されるところ(中略)家庭奉仕員はYが実施している家庭奉仕員派遣事業に労務を提供し、その反対給付として毎月定額の報酬を受けているものであるから、地方公務員であり、Yが実施している家庭奉仕員の任用要件、手続、職務内容、勤務実態等によれば(中略)家庭奉仕員の職は、臨時または非常勤の嘱託員またはこれに準ずるもの(地方公務員法三条三項三号)というよりも、むしろ、一般職の期限付任用職員であるとみるのが相当である。」

(2) 「地方公務員法上、いわゆる臨時的任用以外の場合に期限付任用を認める明文の規定は存しないが、期限付任用の必要性があり、それが地方公務員の身分を保障することによって公務の能率的運営を図ろうとした地方公務員法の趣旨に反しない場合は期限付任用も許される(最高裁判所昭和三八年四月二日第三小法廷判決・民集一七卷三号四三五頁)。」

家庭奉仕員派遣事業の性格および家庭奉仕員の職務内容からすると「任用に期限を付したからといって、家庭奉仕員派遣事業の能率的運営が阻害されるとは認めがた」く、家庭奉仕員の期限付任用は、「その必要性があり、かつ、それが家庭奉仕員

派遣事業の能率的運営を阻害するものとは認められないから、地方公務員法の許容するところである。」

(3) 「期限付任用と期限の定めのない任用とは、任用の要件、手続も異なり、現に、家庭奉仕員の期限付任用の要件、手続は競争試験または選考を要する期限の定めのない一般職の職員に比して極めて簡易なものとなっており、両者は性質を異にする別個の任用行為といふべきであり、公務員の任用行為は、いわゆる行政処分としての性質を有するものであって、その任用行為の内容は法律、条例に規定されていて、当事者が自由に定めうるものではなく、私法上の期限付雇用契約が反復継続されている場合と異なり、当事者の合理的意思解釈を行なうことによって、その内容を決する余地はないから、期限付任用を反復継続しても期限の定めのない任用に転化することはないといふべきである。」

(4) 「本件のように事実上再任が反復されている」場合に「市長の非支持者であることを専ら理由としてその再任を拒否するのは、市長に委ねられた任命権限の裁量の範囲を逸脱して濫用にわたるものであるといふべきである。」本件についてはそのような事実のあったことが窺われる。

(5) 「本件再任用拒否については右のような問題があるものの、

Xは昭和六二年三月三十一日までの一年間の期限付で任用されていたものであるから、同日の経過により家庭奉仕員としての地位を失ったものであり、その後再任がなされていない以上、例え再任をしなかったことが裁量権の濫用であって、違法となるとしても、不法行為に基づく損害賠償請求なら格別、本件のような地位確認請求および報酬支払い請求はいずれも理由がない。」

〔評釈〕 一 本件は自治体に期限付で任用された公務員が再任用を拒否され、その拒否の違法を争った事例である。地方公務員法(以下「地公法」と略)が、原則として職員の任用は無期限としていることは、⁽¹⁾ 臨時的任用職員・非常勤職員の任用を除きすべての職員に関して条件付採用制度をとっていること(二二条一項)、分限免職および懲戒免職事由を法定して職員の身分を保障していること(二八条、二九条)、例外的に期限を付した任用として臨時的任用および定年退職後の期限付任用の制度が明文で規定されているが、その要件・期間が限定されていること(二二条二項、二八条の四第一項・二項、等に徴すれば明らかである(渡部吉隆「判批」最高裁判所判例解説民事篇昭和三八年度一〇〇頁、阿部泰隆他「地方公務員法入門」四四頁「中西又三執筆」、古城誠・公務員判例百選二〇頁)。この点は本判決の引用

する最高裁判決でも確認されている。しかし、右に挙げた臨時的任用および定年退職後の期限付任用の他に一般職の職員を期限付で任用することは一切許されないのであるうか。地公法にはそのような任用を認める明文の規定がないことを理由に否定的に解する見解もある(高橋清一・教育判例百選(第二版)一七九頁、奥平康弘・行政判例百選(増補版)二三四頁)。だが、判例では右の最高裁判決が一定の要件の下で認めており、実務上も多くの自治体が期限付で一般職の職員を常勤または非常勤⁽²⁾の形で任用しているのが実状である(以下、このような職員を「期限付任用職員」と称する)。

このように期限付任用が認められるとしても無制限に認められるわけではない。地公法上の任用である以上、地公法の趣旨に即ずものであることが要されよう。つまり、地公法と両立する期限付任用でなければならない(遠藤博也「講話行政法入門」一三五頁)。ここでは特に地公法の定める身分保障の原則との調和が問題となろう。期限付任用が一時的な繁忙期や臨時・非常勤の職につき、あくまで例外的に用いられているのであれば問題は生じないであろうが、実際の運用は濫用気味であることが知られている。多くの期限付任用職員が、臨時・非常勤の職のみならず、恒常的・常勤的な職に従事し、しかも再任用を繰

り返して同一の職務に何年にもわたり継続的に従事している。彼らは実質的には行政機構に組み込まれて正規の公務員のごとく勤務しているが、いつ再任用を拒否されてその地位を失うかわからず、しかも、公務員である以上は労働基本権も制限されるという、非常に不安定な地位におかれている。このような運用は、身分保障の原則を定める法の趣旨を潜脱するものであろう（鹿児島重治「逐条地方公務員法」第三次改訂版、二一五頁）。

更新をくり返して長期間勤務している期限付任用職員は、今日全国の自治体に相当数存在し、「第三の公務員」（鹿児島二六四頁）とか「常勤的非常勤職員」（中西又三「公務員」の概念・種類・範囲」行政法大系9「公務員・公物」六七頁）などと称され、自治体にとっても職員らにとっても大きな問題となっている。⁴⁾

そして、本件のように再任用を繰り返して長期間継続して勤務してきた職員が、ある日突然再任用を拒否された場合に問題が顕在化する。建前としては、再任用拒否は期間満了による任用行為の失効にすぎず、相手方の法的地位に影響を及ぼす行政処分ではない。しかし、再任用を繰り返して長期間継続的に勤務してきた期限付任用職員に対する再任用拒否は、もはや単なる任期満了による雇止に止まらず、実質的には免職処分として機能しているといえよう。このような期限付任用の再任用拒否

が争われた事例が今日まで一定数集積されており、判例法理といえるものが形成されてきている。再任用を拒否された職員は、再任用拒否が免職処分である理由として(1)そもそも期限付任用は違法であるから、あるいは、当該職は期限付で任用することが許されない職であるから、当該任用に期限を付すことは違法であり、したがって当該任用は無期限の任用であること、(2)当初は期限付任用であったが任期中に復元更新することによって無期限の任用に転化したこと、(3)形式的には期限付任用であるが特段の事情のないかぎり再任用されることが予定されており、実質的には無期限の任用であること、等を挙げる。そこでの争点は①臨時的任用・定年退職後の期限付任用以外の期限付任用はどのような場合に許されるのか、②再任用を拒否された公務員はその拒否を争うことはできるのか、という点である。本件もこれらの点が争われた事例である。

二 まず、地公法上期限付任用はいかなる場合に許されるのか、その適法要件が問題となる(①)。この点についてのリーディング・ケースである本判決引用の最高裁判決は、「職員の任用を無期限のものとする法の建前は（中略）職員の身分を保障し、職員をして安心して自己の職務に専念させる趣旨に出たものであるから、職員の期限付任用もそれを必要とする特段の

事由が存し(注一傍点筆者。以下同)、かつ、それが右の趣旨に反しない場合においては(中略)許される」として、当該期限付任用が、退職勧奨の円滑な運用のためになされたものであること、職員も期限を付すことについて同意していたこと、等の事情の下では例外的に「違法とはいえない」、と判示した。公務員の身分保障を重視し、期限付任用はあくまで例外的なものであることを確認して、その認められる余地を厳しく限定した判決といえる(渡部一〇〇頁、古城二二頁、高橋一七九頁)。

その後昭和四〇年代前半までの下級審判決は、この最高裁判決の枠組を忠実に踏襲し、退職勧奨の一環である場合(県立高校非常勤講師・福島地判昭和四一年一月一七日行集一七卷一号一頁)、職務が一定期間内に終了することが明らかな場合(災害復旧工事のための技手・長野地決昭和四〇年二月二七日行集一六卷二号三〇六頁、同本案長野地判昭和四一年九月一三日行集一七卷九号一〇〇三頁)につき期限付任用を適法としている。ところが、昭和四〇年代後半以降の下級審判決(国家公務員の場合も含む)は、右最高裁判決を引用しつつも、任用を原則無期限とした法の趣旨の内容について同判決とは異なるとらえ方をしている。最高裁判決が「職員の身分を保障し、職員をして安心して自己の職務に専念させる」ことにある、ととらえるのに対し、四〇

年代後半以降の下級審判決は「職員の身分を保障し、職員をして安心して自己の職務に専念させ、もって公務の能率的運営に資すること」にある、としている。このように下級審判決は最高裁判決の法理を実質的に修正して、非常勤の肉体的単純職務について(日雇い工事人夫・東京地判昭和四七年六月二四日判時六八六号九六頁(この判決は「任期を定めることは特別の事情のないかぎり必ずしも許されないものではない」として、最高裁判決の枠組の原則と例外を逆転させている。中西「判批」自研四九卷一一号一七七頁参照)、同控訴審東京高判昭和四九年二月一九日判時七三六号九八頁、東京地判昭和四八年六月一四日判時七三六号一〇六頁、大学病院用務員・山形地決昭和五七年一月二八日判時四七〇号四八号九頁、同本案山形地判昭和六一年二月一七日判時四七〇号四八頁)、恒常的であっても補助的代替的な職務について(大学事務職員・札幌地判昭和五三年七月二一日判時九一八号一三三頁)、常勤的な肉体的単純職務について(用務員・東京地判昭和四七年五月二五日判時六八六号九二頁、農業試験場農夫・長野地判昭和五八年二月二六日判時一〇一四号一三三頁、同控訴審東京高判昭和五八年二月二二日判時一一一三号一三七頁、同上告審最一小判昭和六二年六月一八日判五〇四号一六頁(この最高裁判決は原審を正当とするのみである)。本判決の認定に従えば、本件家庭奉仕員はこ

の類型に位置付けられよう。)、すべて期限付任用を適法としており、今日まで期限付任用を違法とした例はない。これらの下級審判決は期限付任用の余地を右最高裁判決よりも緩やかに認める傾向にあるといえる(古城二一頁、山本吉人「官公労働における臨時職員の法的地位」季刊労働法一一七号九二頁)。

本判決もこのような期限付任用を広く認める下級審の傾向を踏襲している。さらに、右最高裁判決が「期限付任用を必要とする、特段の事由」の存在を要件としているのに対し、本判決は「期限付任用の必要性があり、それが(中略)地方公務員法の趣旨に反しない場合」は期限付任用が許される、とする。この点からも期限付任用をさらに広く認める趣旨であろうか。

三 次に、地公法上許容しうる期限付任用であっても、職員が再任用あるいは更新を拒否された場合に、それを免職処分とみなしてその違法を争うことができるか、が問題となる(②)。

この点の議論は民間企業における臨時工等の短期雇用契約労働者が雇止めを争った場合のそれに類似している。民間企業の事例につき最高裁は、期間満了による雇止めを解雇と同視しうる可能性を一定の場合に認めており(最一小判昭和四九年七月二二日民集二八巻五号九二七頁(肯定)、最一小判昭和六一年一月四日判時一一二二一号一三四頁(否定))、最一小判昭和六二年一〇月一六日勞

判五〇六号一三頁(肯定))、その枠組が判例法理として確立している。すなわち、期限の定めのある労働契約であっても更新が繰り返された等の一定の事実が認められる場合には、「あたかも期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態」で存在していたもの」ということができ、その場合の「雇止の意思表示は右のような契約を終了させる趣旨の下になされたのである」から、解雇の意思表示と解して解雇法理を類推適用しうる、とする。そこでは、反復更新の回数や勤務期間の長短、就労の実態、雇止に到った具体的事情等諸般の事情が総合衡量されて当該契約関係の法的性質につき当事者間の意思解釈がなされ、更新拒否を解雇と同視しうるか、しうるとしてそれが不当なものか、が判断される。要するに、短期雇用契約であっても実質的には無期限の雇用契約であるといえるか、が争点となり、そのことが肯定されれば雇止に解雇法理が類推適用されることになる。以上のように、判例は民間企業の短期雇用契約労働者の場合には、一定の要件の下で雇止めを解雇と同視し、その違法を実体的に判断する途を開いている。

これに対し、期限付任用公務員の再任要拒否の場合に判例はどのような立場をとっているだろうか。職員側は、当初は期限を付した任用であったが任期を反復更新することにより期限の

定めない任用に転化した、あるいは、形式的には期限付であっても実質的には無期限の任用である、したがって、再任用拒否は免職処分にあたる、と主張してその違法を争う。

転化を認める下級審判決としては次のものがある。まず、市立病院助産婦につき、職務の性質や勤務実態は正規の職員と変わるどころがなかったこと、本来正規の職員のみを対象とする諸手当が交付されていたこと、任期の更新は形式的であったこと等の事実から、当初は期限付任用であっても漸次期限付任用としての性格を失い無期限の任用に転化したと認められるから、更新拒否は免職処分の意思表示である、とするものがある（免職処分違法として地位確認請求認容。福岡地小倉支判昭和四六年一〇月一七日労経速八四〇号二三頁）。次に、市の臨時的任用職員（受付事務）について、職務が恒常的でその内容が正規の職員となら異ならなかったこと、ほぼ全員が継続的に雇用されてきたこと等の事実から、被告市は、形式的には期間の定めのある契約を繰り返して締結するという方式をとってはいたものの、実質的には当初から期間の定めのない継続的な契約を締結する意思を有していたものと認められるから、雇用関係終了通告は解雇にあたる、とするものがある（解雇予告手当支払請求認容。神戸地姫路支判昭和四八年五月二八日、同異義申立審神戸

地姫路支判昭和四九年九月二日労旬八六七号五五頁）。

しかし、このように転化を肯定する例は少数に止まり、国家公務員についても含めて下級審の大勢は転化の可能性自体を否定する。また、形式的には期限付であっても実質的には無期限の任用であるとみる余地も認めていない。民間企業の短期雇用契約労働者の雇止の場合とは対照的に、再任用拒否に至った具體的事情を考慮してその違法性を実体的に判断する途を一切開いていないのである。その論拠は次のようなものである。公務員の任用は法規に規制される行政行為であり、かつ、厳格な要式行為であるから、たとえ期限付任用が反復更新されてもその内容は変化することはなく、したがって、無期限の任用に転化はしえず、無期限の任用と同視することもできない。職員は期限満了により当然にその地位を失うのであって、雇止は免職処分とは異なり公務員の法的地位に影響を与えるものではなく、職員らは期限満了によりその地位を失った結果、新たな任用行為のない以上、たとえ任命権者が再任用をしないことが権利の濫用であっても当然に再任用があったものといえることはできない。再任用拒否が通知されたとしても、それは単なる觀念の通知に止まり、その旨の意思表示があったとはいえず、その通知をもって免職処分とすることはできない。以上のような論拠か

ら判例は、反復更新の回数や勤務期間の長短、就労の実態、再任用拒否に至った具体的な事情等を検討する余地を一切認めていない(三で掲げた判例の他に、市立病院助産婦・前掲福岡地小倉支判控訴審福岡高判昭和四九年一月三十一日判時七四〇号一〇三頁、特別職の小中学校図書館事務員・福岡地小倉支決昭和五十一年三月二十九日判時八二二号九五頁、同本案福岡地判昭和五八年一月二五日判判四二七号五三頁、同控訴審福岡高判昭和六〇年四月一六日判判カド四五七号九二頁、郵便局臨時雇・前掲注(6)・福井地決異議申立審福井地判昭和五一年三月一九日判時八二二号九九頁、同控訴審名古屋高金沢支判昭和五四年三月一六日判時九三三三三三九頁、同本案福井地判昭和五九年一月二二日判時一一五号一三〇頁、同控訴審名古屋高金沢支判昭和六三年一〇年一九日判時一一八九号一四八頁、東京地判昭和五四年四月二三日訟月二五卷八号二二一三頁、福島地判昭和五五年七月一四日、同控訴審仙台高判昭和五五年一月一四日判判カド三五五号一九頁、同上告審最二小判昭和五六年七月一七日判判カド三七七〇号一九頁)。今日、この点について判例は固まっている。

本判決もこのような趨勢に従うものである。市長がXを再任用しなかったことに裁量権の逸脱濫用の可能性があることを指摘しているところに特徴が見られるが、これも単に不法行為に

基づく損害賠償請求なら認容される可能性を示唆するのみであるから、結論にはなら影響を及ぼすものではない。結局、判例法理上は、公務員側が再任用拒否の違法を実体的に争うことができるのは損害賠償請求以外にない、ということになる(慰謝料請求を認容した例として、前掲五九年福井地判、中学校本務欠員補充教員(臨時的任用職員)・名古屋地判昭和六三年一月二二日判時一三三三〇号一四〇頁。損害賠償請求を棄却した例として、前掲札幌地判、大学病院医員・岐阜地判昭和六〇年五月二〇日判時一六七号一五〇頁、同控訴審名古屋高判昭和六一年一月二七日判時一一三三九号一四一頁、前掲六二年最高裁判決、右福井地判控訴審前掲六三年名古屋高金沢支判、青森地判平成元年三月二八日判例地方自治六四号四七頁(職種不明))。

四 以上のように、本判決は損害賠償請求であれば認容される可能性を示唆したものの、従来の下級審判例の流れに沿って期限付任用の余地を広く認め、再任用拒否の違法を争う途を閉ざしている。しかし、このような解決には疑問が残る。以下、検討に入る。

五 まず、①の期限付任用の適法要件についてであるが、この点は要するに、どのような場合の期限付任用であれば地公法と両立する適法なものといえるのか、という問題である。任用

行為に付せられる期限は行政行為の付款の一種であるから、このことは行政行為の付款の限界の問題としてとらえられる。附款の限界としては、法令に違反しないこと、当該行政行為の授權法規の目的に違背しないこと（法令目的違背性）、その内容が行政目的に照らして必要最小限度のものであること（比例原則適合性）、平等原則に反しないこと、等が挙げられるのが通常である（田中二郎『行政法総論』三二八頁、原田尚彦『行政法要論』全訂第二版）一四九頁、遠藤博也Ⅱ阿部泰隆編『講義行政法Ⅰ』一九六頁「山内一夫執筆」、室井力編『現代行政法入門Ⅰ』〔新版第二版〕一五五頁「晴山一穂執筆」等）。ここでは、法令目的違背性が問題となろう。そうすると、任用は原則として無期限とする地公法の趣旨に反しない場合の期限付任用であれば許される、とする判例の枠組は、公務員法の目的に違背しないかぎり許される、という趣旨にとらえることができる。そこで、この

地公法の趣旨の内容が問題となる。前述したように、昭和三八年最高裁判決は地公法の趣旨を「公務員の身分を保障し、安んじて自己の職務に専念させる」ことにあるとみるのに対し、本判決を含めた昭和四〇年代後半以降の下級審判決は「公務員の身分を保障し、安んじて自己の職務に専念させ、もって公務の能率的運営に資すること」とみている。このような見解の相違

は、公務員法の性格・構造のとらえ方の差異に由来するものと思われる（遠藤一三九頁）。いずれの理解が公務員法全体の趣旨により即すものであろうか。

法が職員の任用を原則無期限としてその身分を保障している目的は、もっぱら公務員の個人的利益を保護することにあるのではない。政治権力等の人事行政介入を防止することにより公務員を安定した地位に置いて公務の公正さを守ること、それを通じて適切かつ能率的な行政サービスの提供を確保することにありと解される（一条）。言い換えれば、「行政の受益者たる国民および住民の利益を守るためにこそ公務員の身分保障も認められているのである（遠藤一三五頁）。昭和四〇年代後半の判例の枠組が妥当であろう。具体の事案における期限付任用の適否は、職務内容（臨時的なものか恒常的なものか、習熟を要するものか）や就労形態（常勤か非常勤か）等諸般の事情を総合衡量して決するしかないであろう。あくまで無期限任用が原則であることを考えれば、判例はかなり緩やかに期限付任用を認めているといえる。本件家庭奉仕員の場合、その職務内容は「対象者の家庭を訪れて、住居等の掃除および整理整頓、衣類の洗濯および補修、食事の世話、身の回りの世話、生活必需品の買物、生活および身上に関する相談および助言指導等のサービス

を提供すること」である。特に習熟を必要としない単純なもので代替性の強い職務ではあるが、恒常的かつ常勤的でもある。このような職務にまで期限付任用を適法とすることには疑問が残ろう。

ところで、期限付任用の適法要件の一つとして、最高裁判決が「特段の必要性」を求めるのに対し、本判決は「その必要性があればよい、とする。抽象的には、任用は原則無期限とするのが法の建前である以上、期限付任用が許されるためには単なる「必要性」ではたりず「特段の必要性」の存在が求められよう（阿部他四四頁「中西執筆」）。ただ、いずれにしてもこの点は個別具体的に判断するしかなく、結局のところ地公法との両立性の判断に吸収されるであろう。

六 ②の点については、まず、いくら任期を反復更新したからといっても「無期限の任用に転化する」ことまで認めることは難しいであろう。行政行為の附款が、事情の変化に伴ない消失するとは考えにくい。このような事情は民間企業の短期雇用契約労働者についても同様である。前記最高裁判決は、あくまで「期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態」の短期雇用契約であるから、「雇止の意思表示はそのような契約を終了させる」意思表示である、としているに過ぎず、無期限の契

約に転化したから雇止は解雇となる、とまではしていない。また、転化を認めてしまうと、正規の職員ほど厳格な要件の下では採用されたいないと考えられる期限付任用職員が、長期間勤務したことを理由として正規の職員に近い地位を獲得することになり、成績主義の原則に抵触しよう。

そうはいつても、一定期間にわたり期限を反復更新してきた職員には再任用されることにつき一定の期待が生じよう。彼らについては地位継続についての信頼をある程度保護することが必要ではないだろうか。そこで、無期限の任用への転化は認められないにしても、期限付任用職員としての地位を保護することはできないであろうか。言い換えれば、無期限で任用された職員に変化することは認められなくても、期限付任用職員としての地位自体を維持することを認めることはできないであろうか（高木紘一「常勤的非常勤職員に対する任用更新拒絶の法的性質」労旬一一五号四八頁も同様の発想と思われる。）。

七 ところで、ある論者らは、以上のような期限付任用職員はもはや地公法上の公務員とはいえず、自治体と私法上の雇用契約を締結した労働者とみなすべきで、民間企業の短期雇用契約労働者と同様に扱うべきである、と主張する（私的関係説。吉田美喜夫「自治体『臨職』に対する任用更新の拒否の救済法理」

立命館法学一九八八年五・六号七二二頁、照井敬「臨時・非常勤職公務員の団結権」ジュリハ五五号五七頁、清水敏「地方公共団体に於ける臨職・非常勤職員の法的地位」青木先生還暦記念「労働基準法の課題と展望」四七七頁以下。その論拠は、期限付任用の多くはもはや地公法の予定する任用の範囲を越えており、そのような予定外の任用は地公法違反であると解すべきこと、しかし違法であるから無効とするのではなく、その違法を修復しなければならぬこと、地公法には一般職および特別職以外の勤務者に給与を支払うことを禁ずる国公法二条六項のような規定は存しないこと、等にある。

この理論は実効的であり魅力的であるが、本判決を含めた従来の下級審判決は、地方公共団体が私法上の雇用関係を結ぶ可能性を否定している。たとえば、市の学童保育指導員が問題となつた事案で、「地公法によると普通地方公共団体が公務員たる職員以外に、私法上の契約に基づき職員を採用することは認められていないものと解される」とするものがある(大阪地判昭和六二年二月三日判タ七六〇号一三頁。その他同様の判断を示すものとして、小中学校図書館事務員・前掲福岡地小倉支判控訴審福岡高判昭和五五年三月二八日判時九七四号一三〇頁、特別職の町立資料館専門員・鹿児島地判昭和六三年一〇月二八日判例地方自治

六四号四四頁。郵便局職場ヘルパーについての大阪地判平成元年二月二七日判五三五号三三頁も同旨であると思われる。学説では、阿部他二二頁「阿部執筆」、鹿児島二二頁が否定している)。

私的関係説は期限付任用職員の多くがもはや地公法の予定する公務員とはいえないことをその論拠としているが、それでは地公法上の「公務員」とはどのような人々を指すのであろうか。地公法は、地方公務員とは地方公共団体の全ての公務員をいう、とするのみで(二条)、それ以上の積極的な定義はしていない。その範囲は不明確である。このような法の態度は、地方公務員概念をきわめて広くとらえ、なるべく多数の者を地公法の適用対象とする趣旨に出たものと解されている。すなわち、地方公共団体に勤務して行政サービスに従事する者は一切地方公務員であると考えられている(阿部他一〇頁「阿部執筆」、中西「公務員の観念・種類・範囲」一四四頁。国家公務員について佐藤功二「鶴海良一郎「公務員法」三八頁、鶴飼五三頁、佐藤達「国家公務員制度」第五次改訂版」二二頁、鹿児島他編・前掲注(一)四九頁「尾西執筆」)。このことは、戦前の官公吏と雇用人との区別を廃止し、猟官制を排して成績制を導入して公正な公務運営を確保しようとした現行法の趣旨、および職務の性質上地公法の諸規定を適用することが不適切なものについては、地公法の適用され

ない特別職の公務員として限定列举されていること(三条、四条)に即すものであろう。具体的に、ある人が公務員が否かが不明瞭な場合には、その者が従事している事務が地方公共団体の事務か、任用の性質が単なる対等の立場での依頼か、報酬が勤労の対価か謝礼や実費弁償にすぎないか、などの諸点を検討して決するものとされている。その際、任用、委嘱あるいは委任といった任命行為の形式・文言や常勤非常勤、期限の有無等は問われない(阿部他一一頁「阿部執筆」、鹿児島一七頁、中西「公務員の観念・種類・範囲」四四頁等)。また判例にも、「一般的に言えば国家公務員とは国との間に勤務関係に立ち、国の公務に公の根拠に基づいて従事し、国から給与を受けるもの」であるとするものがある(東京地判昭和三七六年六月一日行集一三卷六号一二〇一頁。司法修習生は国家公務員ではないとした)。このような見解に従う限り期限付任用職員の多くは、やはり公務員である⁽¹⁰⁾と解すべきであらう。したがって、立法論としてはともかく、現行法の解釈として私的関係説を採用することは難しい。

八 それではどのように考えるべきか。行政行為に期限が付されている場合、期限到来により当該行政行為は当然その効力を失うのが原則である。しかし、当該行政行為の性質から、厳格に設定されている期限と更新を予定している期限とがあると

考えられる(塩野宏『行政法第一部講義案(上)』一三四頁。更新を予定していると認められたものとして、FM放送実用化試験局免許・東京地判昭和四三年八月九日判時五二六号二一頁、テレビ局の放送免許・最判昭和四三年一月二四日民集二二卷一三三三二五四頁、ゴルフ場として使用するための河川区域占用許可・東京高判昭和五一年四月二八日判時八二八号四六頁、保育園入所措置・大阪高決平成元年八月一〇日判時一三三一三三八頁。否定されたものとして、ゴルフ場として使用するための河川区域占用許可・東京地判昭和五三年六月二六日行集二九卷六号一一七九頁、横浜地判昭和五三年九月二七日判時九二〇号九五頁、保育園入所措置・仙台地判昭和六一年九月二〇日判時一二三六号六三頁、同控訴審仙台高判昭和六二年四月二七日判時一二三六号五九頁、右大阪高決原審大阪地決平成元年五月一〇日判時一二三五号五九頁)。どのような場合に更新を予定しているか、あるいは個別具体的に判断されることになる。その結果更新を予定していると認められれば、当該行政行為は期限満了により当然に失効することにはならない。依然として継続的に有効であり、更新が拒否されて初めてその効力を失うことになる(その場合の更新拒否は行政行為の撤回と構成される。遠藤Ⅱ阿部編一九四頁「山内執筆」、兼子仁「行政法総論」一七四頁)。

公務員の任用に付された期限の場合はどうだろうか。一般に更新(再任用)を予定しているとはいえないであろう。しかし、諸般の事情から職員が再任用につき一定程度の期待をもつことが無理からぬ状況が客観的に認められ、そのような期待が保護に値すると認められるような場合には肯定してもよいのではないだろうか。その際に考慮される事情としては、更新回数その他に、当該職の性質(常勤的・恒常的のものであれば肯定されやすいであろう)、任用規程等に自動更新条項があったか、再任用手続は形式的なものであったか、過去において職員側が希望するかぎり全員が再任用されてきたか、当該職員が再任用拒否された後に同一の職務に新人が任用されたか、等が考えられる。その結果、当該期限が更新を予定していると認められれば、更新拒否(再任用拒否)は再任用拒否処分として免職処分に準じて考えられ、相当の理由のあることが求められよう。

そうはいつても、任命権者の再任用にかかる裁量の幅はかなり広く、再任用拒否に裁量権の逸脱・濫用があり違法であるといえる場合は稀であろう。ただ、一般職の公務員の任用である以上は地公法が適用されるわけであるから、地公法の規定に反するような理由で再任用を拒否することは許されない。たとえば、平等取扱の原則(二三条)、成績主義の原則(一五条)、不

利益取扱の禁止(五六条)に反するもの、また、思想信条を理由とするような再任用拒否処分は違法であろう。

以上まとめると、一定の事実が認められれば任用に付された期限は更新つまり再任用を予定しているものと認められ、その結果、再任用拒否は免職処分と同視されて相応の理由が要される。少なくとも地公法の諸原則に抵触するような理由によることは許されず、そのような再任用拒否は違法であり、当該職員は新たな再任用行為がなくても当然に再任用されたものとみなされて期限付任用職員としての地位が確認される、ということになる。

本件では、Yにおいて家庭奉仕員派遣事業は昭和四三年頃から継続的になされているからその職務は恒常的なものといえる。また、非常勤の職務でもない。本件再任用拒否までは本人が再任用を希望しているかぎり全員が再任用されており、十数年継続的に勤務している者もいた。また、本件再任用拒否の数日後には新人が家庭奉仕員に採用されている。家庭奉仕員の再任用されることへの信頼を保護すべき場合といえよう。本件家庭奉仕員の任用に付された期限は更新を予定しているものといえる。したがって、再任用拒否には相応の理由を要することになるが、本件再任用拒否は、Xの監督者である社会福祉事務所

長がXの再任用を推薦したにもかかわらず、Xが現市長の非支持者であることをもっぱらの理由として現市長の独断によりなされたことが認められている。このような理由は、猟官制を廃した地公法の趣旨に即すものではないことは明らかであり違法であらう。

(1) 本稿では地公法についてのみ検討する。地公法と国公法では期限付任用に関する法制は異なるが、問題状況は共通している。国公法上の問題については以下の文献を参照されたい。浅井清『国家公務員法精義「全訂新版」』一六頁、中村博『(改訂) 国家公務員法』二五六頁、鹿児島重治『森園幸男』北村勇編『逐条国家公務員法』六〇頁。

(2) 一般職の非常勤職員の存在を前提としている条文はいくつかある(二二条一項、二五条三項五号、二八条の二第二項、地方自治法一七二条三項、二〇三条)。これらを根拠として非常勤の一般職を期限付で任用している自治体も多い。非常勤であっても一般職である以上は勤務条件条例主義が妥当するから、その任用要件および勤務条件は条例で定める必要があるであらう。しかしながら、多くの自治体では要綱によっているのが実状である(例えば北海道がその例である)。このような任用が地公法上適法といえる

のかは疑問である。

(3) この他、特別職の臨時または非常勤職員(三条三項三号)の期限付任用も多数見られる。たとえば、札幌市では一般職の期限付任用は存在しないが、要綱で特別職の非常勤職員を一種と二種に分け、前者を高度の専門知識を要する非専務職に、後者を専門知識を要しない職にあてている。老人福祉法上の家庭奉仕員は後者に含まれている。ところで、自治体が期限付で公務員を任用する場合に、一般職の非常勤あるいは非常勤の期限付任用職員、特別職の臨時・非常勤職員のいずれが用いられているのが必ずしもはっきりしない、または、任用要綱等にいずれの身分で任用するのかが明示されていない、という例が少なくない(竹下英男「公務における労働契約」本多淳亮先生還暦記念論集『労働契約の研究』六八頁、吉田美喜夫「公立学童保育指導員の法的地位」立命館産業社会論集二二巻四号七〇頁。本件がまさにそのような例である)。その結果、いずれにもびつたりとはあてはまらないような任用が多く自治体に見られ、中には違法と考えるような任用もあることに留意しなければならぬであらう。

(4) 臨時的任用職員については、明文でその任用要件およ

び期間が厳しく限定されているため、問題は生じないかに見える。しかしながら、実際には更新を一回行ない、一年間継続して任用した後、若干の期間をおいて(極端な場合には一日)、再び同一の職に同一人物を任用する、といった運用もなされている。そのような場合には、期限付任用職員と同様の問題が生じよう。

(5) 見上崇洋・行政判例百選(第二版)二〇一頁、中西「判批」二七五頁、渡部一〇三頁は、本人の同意は期限付任用を適法とする根拠とはならないとする。これに対して今枝信雄『逐条地方公務員法「第三次改訂版」』一七九頁は、本人の同意のある場合に限り期限付任用は許されるとする。

(6) 郵便局臨時雇についての福井地決昭和四八年三月一二日労旬九七五号一〇四頁も転化を認め、雇止に解雇法理を類推適用することを認めている。しかしながら、この決定は、非常勤現業職員の任用の法的性質につき、「勤務関係形成の端緒は国家公務員法上の任用であるが、右任用は私法上の労働条約の一方当事者として相手方の申し込みに対する承諾以上の意味は無」く、したがってそこには私法上の契約原理が支配している、と理解している。現行実定法

の解釈において、現業非現業、あるいは、常勤非常勤を問わず、公務員の任用行為は行政行為である、とするのが現在の通説であろうから、この判決の先例としての価値は低いといえよう。

(7) 最高裁判決の考え方につき、遠藤一三九頁は、公務員の市民としてあるいは労働者としての側面に重点をおきすぎており公務の担当者としての側面を軽視しており、この後者の点の研究不足は学説においても見られ、そのことが、昭和四十八年、四十九年における公務員の労働三権ならびに政治的行為の制限禁止に関する判例の大逆転を生んだ一因をなしている、としている。

(8) 期限付を付すことが違法であるとする、次に、当該任用行為全体が違法となるのか、それとも期限の部分のみが違法となり無期限の任用となるのか、という新たな問題が生ずる。

(9) これは学童保育指導員(市の要綱ではその地位はボランティアとされていた。任期一年。)との団交を市に命じた地労委命令の取消訴訟であり、市が団交の相手方たる地位にあるか否か、つまり、原告らの労働組合法上の使用者といえるか否か、が問題となった。大阪地裁は「市と指導

員との間の法的関係は私法上の契約関係に基づくもの」であるとして、指導員らが公務員であることを否定したうえで、「地公法によると、普通地方公共団体が公務員たる職員以外に、私法上の契約に基づき職員を採用することは認められていないものと解される。しかし、労働組合法は地公法とは別個の立場から、現に実質的に使用従属関係にある当事者を対象に適用されるものと解されるので、市が労働組合法上の使用者であるか否かは、市と指導員らとの間の実質的な使用従属関係の有無によって判断すべき」とし、当該事件においてそれを肯定している。注目すべき判示といえよう。なお、この事例については、吉田前掲注

(3) 六九頁参照。

(10) 特別職の公務員には地公法の適用はないから、そこに支配従属関係が認められれば労働法規が適用されるという指摘もある(阿部他一九頁[阿部執筆]、鹿児島三七頁、地方公務員制度任用研究会『地方公共団体の臨時・非常勤職員等の身分取扱』一〇頁)。そうであれば、期限付任用職員のうち特別職の非常勤職員については私的關係説と結論は同じになる。もっとも、判例は特別職の臨時・非常勤職員についても一般職の場合と同様に処理している(前掲

福岡地小倉支決、同本案前掲五七年福岡地判、同控訴審前掲六〇年福岡高判、前掲鹿児島地判)。

本文・注に引用したものの他に以下の文献を参考にした。

青木宗也Ⅱ中山和久Ⅱ室井力Ⅱ竹下英男『自治体における民間委託・派遣・臨時職の法的検討』、小原昇Ⅱ栗師寺克一『自治体における非常勤・臨時職員の活用と運用実務「増補改訂」』、前田光雄『地方公共団体における定数外職員について』地方自治三七六号二二頁、三七九号四一頁、三八〇号一七頁、三八二号二二頁、金子正史・行政実例解説百選(地方自治職員研修臨時増刊No.8)九九頁、慶谷淑夫(判批)判評一七一号(判時六九七号)一四六頁、中村博(判批)法資七号一六七頁、山本正太郎(判批)民商四九卷六号八六三頁、宮川昭(判批)地方自治四五〇号七二頁、岡田克彦(判批)勞旬八一五号五〇頁、梅津和宏(判批)昭和五三年度行政判例解説七六頁、松尾邦之(判批)勞旬一一五五号五六頁、水上敏(判批)判タ七三五号三九二頁、今泉光幸『地方公務員演習講座第一講』臨時・非常勤職員の雇用等について』地方公務員月報三一九号一六頁。