

非正規職員における給与条例決定主義の法的性格について  
公立学校特別職非常勤講師の法的地位に即して

岡 崎 勝 彦

目次

- 一 はじめに―問題の所在
- 二 「講師」の法的地位
- 三 給与条例決定主義
  - (一) 非現業地方公務員における「給与条例決定主義」
  - (二) 現業地方公務員における「給与条例決定主義」
  - (三) 「講師」における「給与条例決定主義」
    - (1) 自治法における「給与条例決定主義」
    - (2) 「講師」における「給与条例」と労働基本権
    - (3) 「講師」における「給与条例決定主義」の法的性格
- 四 公務員の勤務関係論
  - (一) 概要
  - (二) 勤務関係の動向
    - (1) 判例の動向
    - (2) 学説の動向

非正規職員における給与条例決定主義の法的性格について (岡崎)

- (3) 「講師」の勤務関係の動向
- (三) 「講師」の勤務関係―「特殊労働契約関係説」
- 五 おわりに―「講師」における「給与条例決定主義」(最広義説)

## 一 はじめに・問題の所在

今日、地方公共団体にあつては、任期の定めがなくフルタイムで労働力を提供する公務員(以下、「正規職員」)のほか、臨時職員、非常勤職員、パート、アルバイト、嘱託および準職員などパートタイム形態や任期の定めのある形態で勤務する公務員(以下、「非正規職員」)が当該自治体にとって不可欠の存在として勤務している。しかしながら、これら非正規職員の勤務条件は、おしなべて不安定かつ劣悪な状況にある。一方で、その任用更新による継続性は常に任用期間の満了を理由とする「雇止め」の恐怖におの「くも」とされ、<sup>〔注〕</sup>他方で、報酬額については当事者との「合意により定めることは許されない」(賃金請求事件大阪地裁二 五年(平一七年)三月三日、判決文三五頁・判例集未登載)ものとして、事前の十分な交渉もなく、この報酬額についても「給与条例決定主義」という名の下で一方的決定に甘んじさせられてきている。すなわち、給与条例決定主義に基づき、地方公共団体の議会が制定する条例(又は当該条例の規定に基づき権限を委任された任命権者による決定)でこれを定めなければならないから、当事者の自由な合意によつてその額を決定することは許されないというものである。前者の「雇い止め」の法理については、判例および学説の蓄積はあるものの、後者については、今のところ、いずれの蓄積も極めて不十分な状況にある。ところで、学校教育にあつては、非正規職員である特別職非常勤職員が従事する仕事の内容は、例えば大阪府にお

る「特別嘱託員」の例によれば、授業を担当する者をはじめ図書館の整理・運営・指導、養護学級生徒の指導、不登校児への対応、体育関係の施設や用具の整備・清掃、校内美化等々、多様である。

そこで本稿では、特別職非常勤職員のみならずその典型的な職として挙げられる公立学校特別職非常勤講師（以下、「講師」）の法的地位に即して、自治体の非正規職員における「給与条例決定主義」の法的性格について、明らかにすることを目的とするものである。そのための課題として、第一に、「給与条例決定主義」との関わりにおいて、「講師」の法的地位の特徴をみておく。第二に、各種「給与条例決定主義」の内容を精査し、それぞれの特徴を検討するものとする。第三に、「講師」における給与条例主義の法的性格を知る上で、「講師」の法的地位の特徴に直接に関わるとされる公務員の勤務関係論の動向を検討する。最後に、当「講師」の勤務関係の特徴に即して「講師」における給与条例決定主義について若干の問題提起をする。

なお、後で詳述するものの、本稿にいう「講師」もまた学校教員ではあるが、本稿にあつては、それが私立学校でなく公立学校に勤務する公務員である。公務員もまた、地方公務員法が適用される「一般職」非常勤のそれではなく、「特別職」非常勤職公務員とされる。さらには、教育公務員特例法が適用される一般職常勤講師の教育公務員でもなく、特別職非常勤講師のことである。

## 二 「講師」の法的地位

学校教育にあつて、「講師」の職務とは、「教諭又は助教諭に準ずる職務に従事する」（学校教育法二八条一項、以下、「学校法」）ことになっている。本稿主題との関わりにおいて当「講師」には、教諭等の各教職員間にあつて、

その法的地位にいくつかの特徴がある。なお、本稿における議論の前提として、まずもって確認しておく用語の一つに「教員」がある。一般に教員とは、学校の教職員のうち、直接児童・生徒の教育に携わる者の総称であるが、法令によつて範囲が異なる。本稿では、さしあたり学校法第一条に定める「学校」(以下、「法律に定める学校」とし、本稿では、大学及び高等専門学校以外の学校に限定する。)の教頭、教諭、助教諭、養護教諭、栄養教諭及び講師(学校法七、二八、四、五一、五一の九、七六、八一条)の職にある者とする(以下同じ)。

(一) 第一の特徴は、学校法上の「講師」の職務形態につき、法律に定める学校にあつて、教諭が必置の教員(同法二八条一項)であるのに対して、講師は、学校に「置くことができる」(同条二項・一二項、これらの準用規定として四 条・五一条参照)任意設定の教員として、その存在根拠が規定されている。しかも、常勤の勤務を原則とする同組織にあつて、この講師に限つて、「常時勤務に服しないことができる」(同法施行規則四八条の二)ものとし、非常時の勤務の職務形態が許容されているのである。

要するに、「講師」の学校関係法制上の職務形態は、教員一般のそれが必置かつ常勤を原則とするにもかかわらず、「任意の設定」・「非常勤の勤務」という職務形態が例外的に許容されることにより「非常勤講師」の職が置かれることになつてゐる。

(二) 第二の特徴として、「公立学校」非常勤講師は、地方公務員法(以下、「地公法」)上の分類として、特別職公務員に区分されている。地公法は、その職務内容・形態の如何を問わず、当該地方公共団体に勤務するすべての者を地方公務員とする一方で、教員一般をはじめとする特別職以外のすべての職を一般職とする。この区別は、地公法が適用されるか否かという観点からの区別であり、一般職の地方公務員に対しては同法が適用されるのに対して、特別職には原則として適用がない(同法四条二項)。

特別職には多様なものが含まれているが（同法三条三項）、職務の性質上、（1）直接・間接に住民の信任によって就任する職（長、議員、副知事、助役など）、（2）自由任用職（長らの秘書など）、（3）非専務職（「臨時又は非常勤の顧問、参与、調査員、嘱託員及びこれらの者に準ずる者の職」（同三項二号）にわけられる。なお、この非専務職とは、「地方公共団体の事務にもつぱら従事するものでなく、特定の知識、経験に基づき随時、地方公共団体の行政に参画するものまたは他に生業を有することを前提として、一定の場合に限り地方公共団体の業務を行う者の職」<sup>〔注三〕</sup>のことである。そこで、「公立学校の非常勤講師」の職務については、行政解釈上は、嘱託員に「該当するもの」とされ（昭三五・七・二八自治丁公発第九号）、判例上もまた、一日四時間勤務するそれが、「嘱託員に準ずる者の職に該当する」としている（福井地判昭和三四・三・一一行裁集一 卷三号五七一頁）。

「講師」が地公法上の特別職（同法三条三項三号）とされる限りで、前述の通り、同法の適用はなく（同四条二項）、同法の特例法（同五七条）たる教育公務員特例法（以下「教特法」）もまた不適用となる。すなわち、教特法がいう教育公務員とされる教員としての講師とは、「常時勤務の者」（同法二条二項）のことである。

以上要するに、「公立学校非常勤講師」の公務員法制上の分類は、地公法上の一般職教員のそれが専務職として同法の適用を受け、教特法上の教育公務員とされるのに対し、地公法上の適用も受けず、教特法がいう教育公務員ともされないことになる。しかし現実には、通常の授業の枠に組み込まれ、「講師」の仕事だけで生活を維持しなければならぬ多くの人を生み出し、実情は当初の趣旨と大きく違ったものになっている。教特法をゆがめて運用し、「講師」を教員とはみなさないこととした結果、このような事態を招来した教育行政当局の責任は重いといわざるを得ない。このことは、労働条件をめぐる本稿の主題にとって重要である。

それともう一つ、教育公務員をはじめとする一般職公務員には、公務員が「全体の奉仕者」（憲法一五条）とされ

ることから、地公法上、その職務の公共性を理由に、各種の制約（争議権等の労働基本権の制限とその代償措置など）と、他方での身分保障（不利益処分に対する救済制度など）について法令が定める勤務条件条例主義の適用がある。一方で、わが国の教育基本法（以下、「教基法」）は、「法律に定める学校は公の性質をもつものである」（同法六条一項）り、その教員は、すべて「全体の奉仕者であって、自己の使命を自覚し、その職責の遂行に努めなければならない」とされ、かつ、そのためには、「教員の身分は尊重され、その待遇の適正が、期せられなければならない」（同法六条二項）ものとする。ここにいう教員は、私立学校の教員をも含めて考えられているわけであり、それゆえに、憲法第一五条に規定する公務員の「全体の奉仕者」概念とは異なる。

教基法上の「全体の奉仕者」とは、公の性質を有する学校教育に従事する教員のあるべき姿を規定したものである。すなわち、教基法第一条は「教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に対して直接に責任を負って行われるべきものである」と規定するが、その教育を学校教育において具体化する責任を負う教員は、当然、「国民全体に対し直接責任を負って」その教育を行うべきであり、「全体の奉仕者」はそのことを内容とする概念と考えられるのである。すなわち、子供の教育をつける権利の社会全体的保障である公教育活動に携わる者（社会全体の文化的奉仕者）という意味であると解される。そのように学校教師の職責が社会的に重要であるがゆえに、その身分や待遇には特別な保障がなされなければならないという趣旨なのである。このように、公・私立を問わず「全体の奉仕者」としての職務遂行のための教員身分の尊重と待遇の適正を求めているものの、現行の教育法制は、私立学校の教員については、教員資格についての規制（教職員免許法）があるほか、さしたる重要な具体的規制が見られないのに対し、公立学校の一般職教員に関しては、さきの地公法による規制があるほか、教特法が「教育を通じて国民全体に奉仕する教育公務員の職務とその責任の特殊性に基づき、教育公務員の任免、分限、懲戒、服務及び研修について規定」（同

法一条) しており、さらに加えて、「地方教育行政の組織及び運営に関する法律」(以下、「地教行法」)をも設けることにより、二重三重の規制法制が用意されているのである。

それに対し、当「講師」が特別職非常勤職員とされる限りにおいて、上記各教育法制の規制が除外されるので、私立学校教員が享有する労働組合法・労働関係調整法および労働基準法の労働三法(以下、同じ)並びに各種労働基本権が全面的に適用されることにより、公務員法制を最も特徴づける「勤務条件条令(法令)主義」の適用がないばかりか、賃金をはじめ勤務条件を基底づける雇用勤務関係の原則的同質性についても確認しておかねばならない。

(三) 第三の特徴として、本「講師」は、地方自治法(以下、「自治法」)上第二 三条にいう職員の分類として、常勤に対して非常勤職員に分類される(同法二 三条)。この非常勤職員に支給「すべき」給付として報酬を、並びに「許容される」給付に費用弁償及び議員には期末手当がある。(1) これら給付の額及び支給方法は、必ず条例で定めなければならない(同条五項)、(2) さらには法律又はこれに基づく条例(報酬条例という)に基づかずには支給することのできない給付なのである(同二 四条の二)。報酬とは、非常勤の職員の勤務に対する反対給付であるが勤務の実績に応じたものとされ、常勤に対する給与(給料および諸手当)とは区別される(同法二 四条)。

この報酬及び給料は、前述の通り、多様な特別職におけるそれぞれの職務の性質の特殊性に依じて個々具体的に決定されるべきものである。それというのも、「特別職についてはそれぞれの個々具體の職ごとに職務の内容及び責任が明確であるため、それに対応した給与を定めることが可能であり、また、成績主義(メリット・システム)が適用できず、終身的な職として予定されているものでもないため、一般職のような昇給・昇格制度というものが考えられないことによるもの」とされる<sup>[注三]</sup>。なお、本自治法の制定当初、報酬・費用弁償についての規定は非常勤職員に対する給付の基本的事項・種類を条例に定めるものと解され、それ以外の給付については各地方公共団体が自由に決しうる

ものと解されたこと、地公法第二五条第一項の規定が一般職の職員にのみ適用され、議員等の特別職の職員に対しては条例の規定を必要としないものと解されたことが、単なる予算措置だけで給与を支給できたために混乱がみられた。しかし、一九五六（昭三一）年の改正により第二 四条の二が新設された現行法にあつては、前述の通り、議員については報酬・費用弁償・期末手当の三種類、その他の非常勤職員については報酬・費用弁償の二種類の給付内容に限定され、それ以外の手当は法律上禁止されることになった。

本条項が「非常勤の職員」を対象とする概括列举規定とされるものの、期末手当の支給が議員のみに特定されているように、非常勤の職員に対する自治法上の「給与条例決定主義」の特例扱いとしての性格が顕著である。それ故、本条を、単に自治法第二 四条の「常勤職員」との対応において、「非常勤の職員」に対する報酬条例を「給与条例決定主義」の規定として一括してとらえることに、「もっと慎重であるべき、あるいは「個別事案ごとに慎重な判断を要する」との指摘がある<sup>〔注四〕</sup>、ことも本稿主題との関わりで注意しておかねばならない。

自治法第二 三条には、特別・一般職を問わず「非常勤講師」について明示的に例示規定がないものの、「その他普通地方公共団体の職員」に含むものとされ、注釈書にも、本条に「例示された職員以外の、たとえば、嘱託等の名称のもので非常勤の者はすべて含まれる意<sup>〔注五〕</sup>とされており、分類上も「特別職非常勤」職員がそれに当たることについては異論がない。

以上要するに、自治法の本条項を根拠に、(1) 普通地方公共団体は「講師」に対し報酬を支給しなければならない。(2) その額と支給方法は必ず条例で定めておかなければならない。又、(3) これに基づかずいかなる支給も許されない、というのが「講師」における自治法上の「給与条例決定主義」である。

さて、憲法第二七条第一項にいう「賃金、就業時間、休息その他の勤務条件に関する基準は、法律でこれを定める」

という条項は、民間・公務労働者にかかわらず、勤労者の勤労条件＝勤務条件に関する「基準」が法律によって定められるものと規定している。このような「勤務条件基準法律決定主義」ともいうべき原則は、わが国のあらゆる労働者について妥当するものである。しかも、本条項が規定する勤務条件の基準は、最低の限度として位置づけられるものであつて、民・公を問わず、同基準の最低基準を踏まえて、労使間の交渉によってそれぞれの勤務条件が決められるべきものとする。民間にあつては、労働契約や労働協約における労使の合意の下で、最低賃金もまた超えていくべきものなのである。他方、公務員にあつても一般・特別職を問わず、従属的労働関係にある公務員一般に属する当該地方公共団体の職員もまたその賃労働の対価として使用者たる地方公共団体から支給される金銭その他の有価物である賃金は、職員の勤務条件（労働条件）の中でも、最も基本的なものである。とりわけて、一般職のそれについては、職務の「公共性」等を理由に勤務条件法定（条例）主義、なかでも給与法令（条例）決定主義が求められている。以下、章をかえて各種の「給与条例決定主義」を検討するが、その際一般職に属する職員のうち企業職員等を「現業」とし、それ以外の職員を「非現業」とする。

### 三 給与条例決定主義

#### （一）非現業地方公務員における「給与条例決定主義」

周知の通り、民間と異なり、国・公を問わず、なかでも一般職に属する公務員の勤務条件については、「勤務条件法定（条例）主義」がとられ、法令によって定められること、ないしは定められるべきことが原則とされている。そして、このことは、民間労働者の賃金をはじめとする労働条件が、労働基準法をはじめ労働組合法・労働関係調整法

が全面的に適用されることにより、この「勤務条件法定（条例）主義」の適用がなく労働契約や労働協約、さらには使用者が定める就業規則によって決められることの対比において、きわだつた対照をなしているものといえる。

この「勤務条件法定（条例）主義」は、給与について最もよく妥当する。地公法によれば（１）職員給与は「条例で定める」（同法二四條六項）ものとし、（２）この条例（給与条例という）に「基がずには、いかなる金銭または有価物も職員に支給してはならない」（同二五條一項）ものと定めている。すなわち、（１）が、労組法上のそれではなく地公法上の制約はあるものの、すくなくとも団体交渉を経て決められていく給与が最終的には条例化されることによつて、はじめて決定されることを意味するのに対し、（２）は、そこで決定された給与が条例化されていることが支払の前提であり、かかる条例なしで支給されることが違法となるといふものである。上記（１）・（２）の原則が一般に地公法の「給与条例決定主義」とされるものである。その趣旨は、まずもつて、法律次元における解釈論としては、一方における公務員の職務の公共性あるいは「全体の奉仕者」（憲法一五條）を理由とする団体交渉権及び労働協約締結権等の労働基本権制限（同法五八條一項）に対する身分保障の一環としての公務員の給与に対する権利保障であり、他方における給与の財源が主として税収入によつていふことからする議会による公金に対する「財政民主主義」の確保にある。

加えて、争議権の全面一律禁止（地公法三七條）などの労働基本権が大幅に制限されている現行法の下では、その給与条例決定主義はその代償措置としての機能を有していることにも注意しておかねばならない。ここで問題とされているのは、労働者の憲法上の権利または人権に關わる財政民主主義の原則である。憲法の保障する人権を、財政民主主義を根拠として、議会の議決によつてみだりに制約・禁止できると考える者は、一般的にはほとんど存在しないであらう。労働者の労働基本権は、周知のように、近代国家成立以来の憲法上の基本原則として財政民主主義に対し

て、歴史的沿革からしても、それを前提とした上で後になって認められた現代的権利なのである。したがって、公務員等が憲法第二八条の「勤労者」＝労働者に該当しないというならともかく、公務員等も「勤労者」であることが否定されない以上、その労働基本権の保障は、少なくとも財政民主主義＝議会制民主主義を根拠にこれを否定できるものではない。憲法の定める財政民主主義原則は、むしろ政府・執行機関の恣意を排し、憲法上の国民または労働者の人権を保障する方向での財政に対する民主的統制を加えることを原則とするのであって、こと人権にかかわる限り、議会の議決の万能を保障するものとは、どのような意味でも解されないものである。

なお、ここで注意すべきは、同じ一般職に区分されながらもこの地公法上の給与条例決定主義の緩和事例である。

## (二) 現業地方公務員における「給与条例決定主義」

一般職に属するものの、「現業」とされる地方公営企業法（以下、「地公企法」）の適用を受ける職員のこと、水道、都市交通などの地方公営企業に勤務する職員（地方公営企業労働関係法二条一項（以下、「地公労法」）、同条三項、地公企令一条、地公企法一五条、地公労法三条）や、同法を準用する地方公共団体の単純労働に雇用される職員（「企業職員等」ともいう。）にそれを見ることができる（地公労法附則四項）。この「企業職員等」の現業部門は、その従事している職務の内容が同種の民間企業の労働者の職務の内容に類似しているところから、非現業の場合と異なり彼等には争議権以外の「労働協約締結権」をはじめとする労働基本権が保障されている（地公労法五条・七条、地公企法五七条、地公労附則四項）。

しかしながら、その職務の内容が地方公共団体の行う事業又は業務であるところから、その給与の決定方法は、勞使自治を基本とする民間企業の労働者と異なる。それでも地公法が求めるさきの厳格な勤務条件決定主義（同法二四・

二五条)なども適用はなく(地公法三九条)、その給与の「企業職員の給与の種類及び基準は、条例で定める」(地公法三八条四項、地公労法附則四項)ものとされているにすぎず、その他の勤務条件については、大幅に労働協約の対象とされている。これが、一般に地公法上の「給与条例決定主義」とされるものである。すなわち、その給与の額、支払方法等の細目については、団体交渉事項とされ、締結されたものにあつては、原則としてそれに基づき企業管理者等の制定する企業管理規程、規則等で定めることになっている(地公労法七条)。

ただ、「地方公営企業の予算上又は資金上、不可能な資金の支払を内容とするいかなる協定も、当該地方公共団体の議会によつて所定の行為がなされるまでは、当該地方公共団体を拘束せず、且ついかなる資金といえども、そのような協定に基づいて支出されてはならない」(同法一条一項)し、そのような協定をしたときは、「当該地方公共団体の長は、その締結後十日以内に、事由を附しこれを当該地方公共団体の議会に付議して、その承認を求めなければならない」(同条二項)ものとされているところから、予算上・資金上不可能な支出を内容とする協定を締結したときのみ、議会の議に付せられ承認案件となるのである。地公労法第一条によつて議会の承認を要することとされているのは、文言の形式にもかかわらず、予算上・資金上の手段についてであり、協定そのものは参考資料として議案に付せられることがあるとしても、議案そのものではありえないといつことである。そこでなければ、議会の行為は、<sup>〔注六〕</sup>長の人事権と公務員の労働基本権に基礎をおく労使自治の原則に対する侵害となるからである。

以上の通り、注意すべきは、その立法政策上の当否はさておき、地公法が求める非現業への議会の関与と異なり、現業への議会の関与にはその職務の民間との類似的性格を理由に制約されていることである。

### (三) 「講師」における「給与条例決定主義」

#### (1) 自治法における「給与条例決定主義」

次いで問題とすべきは、地公法上の「給与条例決定主義」が全く適用のない事例である。すなわち、前述の通り、地公法は一般職にのみ適用され特別職を除外しており（同法四条二項）、本稿主題にいう「講師」（「公立学校特別職非常勤講師」）もまた当然に除外対象となる。それ故、民間の労働者と同様に「勤務条件条例主義」の適用も、地公法上の中核的役割が担わせられている地公法上の「給与条例決定主義」もまた適用除外となる。これを要するに、地公法上の非現業のそれが厳格な運用とすれば、地公法上の現業の事例が緩やかな運用とされるのに対し、本事例は全くの除外事例ということになる。

そもそも、主題にいう「給与条例決定主義」が条例主義である点で地方自治の保障（団体自治、とりわけ住民自治）の側面をも有していることを確認しておかねばならない。すなわち、団体自治尊重の側面である。それは現行法が、地方公務員の給与に関して、すべて法律で定める方式を採用せず、法律ではその根本基準あるいは大綱を定めるにとどめ、具体的内容は条例で定めることとした趣旨に表されている。自治体の規模、その実情等を踏まえて、各自治体の給与の決定は、団体自治の尊重の精神から、条例という自主立法によることになっているのである。また、住民自治の側面である。給与を条例で定めるとした趣旨は、給与条例の住民への公開と透明性を踏まえ、議会での審議プロセスを通じて、間接的であるが住民の意思をそれに反映させようとする点にある。

それ故、地方自治行政に関する基本法ともいふべき自治法もまた、前述の通り、給与その他の給付の「額」及び「その支給方法は条例で定めなければならない」（同法二二 三条五項・二二 四条三項）ものとし、「いかなる給与その他の給付も法律又はこれに基く条例に基かずには」、当該地方公共団体に属する議員その他の非常勤（同二 三条）、

及び常勤（同一 四条）の「職員に支給することができない」（同一 四条の二）ものと規定している。ここで確認しておくべきことは、一方で、地公法上の「給与条例決定主義」が常勤・非常勤を問わず特別職公務員を除外していたことから、本稿が対象とする「講師」は、そのラチ外におかれるものの、他方で、自治法第二 三条が非常勤につき一般・特別職を問わず適用され、同法第二 四条が常勤につき一般・特別職を問わず適用され、さらに、第二 四条の二が両者にわたる規定を定めているところから、一般・特別職を問わず当該普通地方公共団体の職員として自治法上の「給与条例決定主義」に服することになる。

注意すべきは、同法上のこれらの規定は普通地方公共団体の広範かつ多様な職員一般（議会の議員、委員会の委員等並びに審議会及び調査会等の委員等を含む。）及び選挙人その他の関係人、参考人等の出頭等に対する「給与その他の給付」について規定するものである。したがって、前述の指摘通り、導入の経過からもこれを一括してとらえるのではなく、個別事案ごとに慎重な判断が求められるのである。なお、前述の現業職員とされる地公企法適用もしくは準用職員については、それが一般職ではあっても、給与の「種類および基準」（地公企法三八条四項）のみが条例決定事項とされているが、この地公企法の条文そのものは、自治法第二 四条の二いう「法律」に該当し、公営企業に従事する職員についても本条の適用はあるものと解されている。

以上のとおり、一口に「給与条例決定主義」といつても、前述の通り、地公法、地公企法のそれ及び自治法上にも給与条例があり、支払方式もまた異なっている。とりわけ、自治法上のそれについては、公務員の勤務関係における労働基本権保障に直接関わる勤務条件条例主義の要請に合致するものもあれば、首長・議員報酬等にみられるように、労働基本権保障とは全く無縁の給与条例もある。それでは、本稿主題にいう「講師」における給与条例はどのように位置づけられるのであるうか、以下、項目をかえてみておくことにする。

## (2) 「講師」における「給与条例」と労働基本権

特別職の身分取り扱いにつき、実務書もまた、地公法は「人事委員会および公平委員会の委員に関する事項以外一切規定して」おらず、また、地公法以外に「特別職の身分取扱いを統一的に規定した法令は存在しない。したがって、特別職の身分取扱いについては、個々の特別職ごとに關係する法規を検討して決定する必要がある」ものとする。そして、「特別職であっても従属労働者であるものについては、労働法が全面的に適用される。たとえば、特別職には地方公務員法の文言の規定による身分保障がないことは当然であり、（福井地裁昭三四・三・一一判決）、また、法令に特別の定めがある場合を除くほか（たとえば副知事や助役は長の自由任用職であるから除外される。）特別職の分限に関する条例を制定することはさしつかえないものと解されているが（行実昭二八・三・一一 自行公発第五一号）、このような身分保障がない場合でも従属労働者である特別職を免職しようとするときは解雇制限および解雇予告の制度（労基法一九・二）の適用がある。また、労働時間の限度（同法三三）、休憩、休日の保障（同法三四、三五）、女子および年少者の保護（同法六章）などの規定も当然に適用される」ものとする。至極当然の解釈といえる。さらに、主題に関んする数少ない実務書もまた、当主題については労働自治の原則に則って、本「講師」と地方公共団体との間で締結された労働協約は、「就業規則」の性格を有するものであり、勿論、「団体交渉の拒否は不当労働行為」であるとする。本労働協約もまた、書面を作成して労使双方が署名又は記名押印すると効力が発生するという「様式行為」である。従って、「労組法の全面適用される特別職の非常勤職員で結成する労働組合と締結した労働協約については、地方公共団体の当局はその内容を実施するために、条例化などを行う必要がある。特に報酬面については、地方公共団体はいかなる給与その他の給付も、法又は条例に基づかなければ支給することができない（地自治二四条の二）とされていることに配慮しなければならない」との解説をそれぞれに付している。<sup>〔注七〕</sup>

問題とすべきは、この「給与条例決定主義」の下での議会の条例制定と「講師」の団結権・団体交渉権との関係をどう考えるかという点にある。換言すると、地方議会の条例は、右のような「講師」の労働基本権の存在を無視することができるといふ問題である。

「講師」の勤務関係が全面的に労働基本権保障の対象にあることには、何人も異論のないところとされるならば、そこには、労使関係自治の原則または労使関係不介入原則が認められるべきものといふことができる。

### (3) 「講師」における「給与条例決定主義」の法的性格

このように考えるならば、「講師」の給与条例にあっては、他の一般議案におけるのと異なり、まずは、それが地方公共団体の当局と労働組合との団体交渉の結果に基づくといふ、事前手続を経て提案されてくる議案に対して、次いで、議会は、長のこの提案をできるかぎり尊重し、これを承認するという事前・事後手続及びその実態判断を経ることが原則とされなければならない。そのように解するのでなければ、憲法をはじめ現行法の規定する団結権・団体交渉権は、全く無意味なものとなってしまふことになる。

勿論、議会による民主的統制が全く否定されるわけではないが、事柄の性質上、給与条例においては、当局と職員団体との合意が地方公共団体の財政を破産せしめるに至るような場合その他どうしても承認できないような客観的・合理的な理由のある場合を除いて、議会の議決権は、いわゆる義務的経費（例、地自法九六条一項一二号、一三号など）に対する場合に準じて行使される必要がある。<sup>〔注八〕</sup>すなわち、「講師」にあっては、その労使関係は、具体的には執行機関と当該「講師」および「講師組合」との間に成立しているものであって、いかなる意味においても、一般に議会や住民が「講師」・「講師組合」に対して直接の使用者として立ち現れることはもともと労使交渉によってこそ決せられるべき給与その他の勤務条件について、これを条例主義にしているからといって、人事管理権を持たず、日常的

に諸般の事情を考慮しつつ「講師」を指揮監督することのない議会が、「講師」の具体的な勤務条件についての具体的で適正な判断を行う地位にあるとは考えるべきではない。もし、そうでないとするなら、「講師組合」は、議会を相手方として団体交渉するしかなく、執行機関の法上の役割は、議会の下請け的なものなるのである。

要するに、「講師」における給与条例決定主義の法的性格とは、右のような法律上および事実上の考慮を基礎とするなら、執行機関が「講師組合」との合意手続を経ずに、一方的に議会に対して給与条例を提案し、これを議会がアリバイ的に議決するがとき手は、少なくとも当給与条例については認められない性質のものと解すべきである。

そのような事前手続を経ずに一方的提案・議決の承認という事後手続のみによる本給与条例の議決は、現行法の承認している職員の団結権の存在を無視するものとして、手続き上の瑕疵を有し、違法であるといえよう。<sup>〔注九〕</sup>以上の通り、

地方自治法上の給与条例決定主義もまた、当「講師」の憲法上の労働基本権の実質的保障の趣旨を生かすという憲法上の条文の文脈に則して、前述の地方自治の本旨および財政民主主義の運用がなされねばならないのである。

ところが、今日もなお、公務員の勤務関係を当該公務員のよって立つ根拠法令によつて具体的に解明することではなく、なおも伝統的な公法・私法の排他的で概括的な二分論をその前提として、その任用行為のみに着目することにより、「講師」の取得した身分が、教育委員会との「同意を要する行政行為である任命行為に基づき取得したものである」とあり、その「勤務関係は、公法上のものと解すべき」ともとされている（前掲・賃金請求事件大阪地裁二 五年（平一七年）三月二日、判決文三四頁・判例集未登載）。

自治法上の給与条例主義を口実に、「講師」が報酬額の決定主体たりえないとか、合意の一方当事者にはなりえないとするならば、ここに章をかえて公務員の勤務関係論に即して、「講師」の勤務関係の法的性格について検討しておかねばならない。

## 四 公務員の勤務關係論

### (一) 概要

旧憲法下にあつては、官吏は天皇の僕として、その任免権は天皇大權に屬し、官吏法制もまた勅令により定められてきた。また、官吏は天皇に対し無定量の勤務義務を負うものとされ、その身分上の權利については、恩給受給權を除いて裁判上の救済対象にならなかつた。それゆゑ、官吏關係の法理論は、判例ではなく、専ら學說において展開されてきた。それが特別權力關係論である。すなわち、一定の法律原因により、一方当事者が他方当事者の包括的支配に服し、この關係における規律は、その目的の範圍内において法律の具體的根拠（法律の留保）を要せず、かつこの關係の内部では司法的救済（權利保護）の問題が生じないとされる。

それに対し、現行憲法は、公務員の地位が究極的には國民の意思に基づき、國民のために奉仕するものであること（同法一五條）を明確にするとともに、公務員法制の基準を法律事項とした（同七三條四項）。また、公務員の地位に關する事項が裁判上の救済対象になることにより、公務員關係についての数多くの判例の蓄積をみることもなつた。

今日の學說・判例における公務員法制に關する基本的問題は、各種公務員法により規律された公務員の勤務關係の法的性質をどのように理解するかということである。換言すれば、公務員の勤務關係は私企業の労働者とのように異なるのか、またその違いは何に由来するのかという問題である。

## (二) 勤務関係の動向

### (1) 判例の動向

判例においては、公務員の勤務関係の法的性質それ自体が正面からとりあげられることは少ないが、個別争点を解釈する際的前提となる理論構成にかかり問題となる。

公務員の勤務関係を特別権力関係とする判例は比較的古い時期のものに多い。最高裁一九五七年（昭三二）五月一日判決（民集一一巻五号六九九頁）は、懲戒処分が「所謂特別権力関係に基づく行政監督権の作用」であるとし、処分の実質的根拠及び裁量性の根拠を理論構成するために特別権力関係論を用いている。東京地裁一九五一年（昭二六）四月三日判決（行裁判集二巻六号九四七頁）は、基本権制限の根拠を説明するために、また、仙台高裁一九六九年（昭四四）四月七日判決（行裁判集二巻五・六号五九九頁）は、配置転換命令の処分性を説明するために、特別権力関係論を用いている。しかし、これらの判例においては、なぜ当該関係が特別権力関係であるのかについて特段の説明もなく、また特別権力関係としての性格づけが個別争点についての結論を導く決定的要因となっているとは解し難い。最高裁一九六五年（昭四一）七月一四日判決（民集一九巻五号一一九八頁）における特別権力関係の觀念も専従休暇不承認処分に対する司法審査を肯定する判旨の実定法解釈に直接の影響を与えたものとは言い難い。

公務員の勤務関係を公法上の勤務関係とする一連の判例がある。長野郵便局事件最高裁一九七四年（昭四九）七月一九日判決（民集二八巻五号八九七頁）は、現業国家公務員の勤務関係は国公法及び人事院規則による強い制約の下にあるので、「基本的には公法的規律に服する公法上の関係」であり、国家公務員法第八九条第一項所定の不利益処分は行政処分であると判示する。ただ、本判決が「基本的に公法上の関係」とすることの公法関係が、「公法的規律に服する」というのみでは、一般的・概括的に公法上の権力関係「公権力の行使関係が否かについて、必ずしも明らかにする」というのみでは、一般的・概括的に公法上の権力関係「公権力の行使関係が否かについて、必ずしも明らか

かではない。大阪高裁一九七二年（昭四七）九月八日判決（労民集二三卷五・六号五六三頁）、福井地裁一九七六年（昭五一）三月一九日判決（月報二二卷四号九九五頁）なども公務員の勤務関係を権力的契機を有するものとしての公法関係と解するが、その権力的契機「公法性を公務員法等実定法規より導き出しているところに特色がある。

一九六五年（昭四）頃より、公務員の勤務関係を私法上の契約関係（労働契約関係）とする判例が登場してきた。地方公営企業職員の時間外労働拒否を理由とする地公労法第一一条第一項の解雇の処分性を否定した判決（東京地判昭四〇・一一・二七判時四三四号九頁）、郵政職員の免職処分<sup>1</sup>の不当労働行為を理由とする取消請求事件において当該免職処分の処分性を否定して訴えを却下した判決（東京地判昭四五・一一・二六判時六一号三二頁）、郵政職員の配置換命令の処分性を否定した判決（東京地決昭四七・一二・二二月報一八卷六号八七一頁）などが、その例である。これらの判決はいずれも地公労法又は公労法の適用を受ける現業公務員に関するものであり、一般職公務員に関するこの種の判例は未だ存在しないようである。以上のとおり、判例は、この問題につき、公務員のうちでも非現業公務員の勤務関係に関しては、一貫して公法上の勤務関係と解してきている。現業のそれに関しても、前述のとおり、四十年代前半までの判例には、私法上の契約関係としたものが見られたものの、これを公法上の関係と判示した前述の七四年長野郵便局最判以後、公法上の勤務関係説が定着させられてきている。しかし、こうした公法上の勤務関係説をとる判例について、近時公務員法制における非正規職員の活用について、本格的に検討している川田琢之筑波大助教授によっても「総じてかかる点の論証はそれほど詳細なものではない。特に根拠を示すことをしない裁判例も相当存在するし、根拠が示されている場合であっても、勤務関係が法律や人事院規則等の強い制約を受けている点を指摘するなどに止ま<sup>2</sup>るものとの、真に的確な評価が下されている<sup>注一</sup>」。

## （2）学説の動向

伝統的学説は、公務員の勤務関係を特別権力関係の典型例と解してきた。すなわち、本人の同意に基づき公務員関係が成立すれば、特別権力主体は法律の根柢なしに、公務員に対し基本権の制限を含む命令・強制をなしえ、それらの処分に対する司法審査には限界があると解してきた。しかし、すべての公権力行使を法律に基づくものとする現行憲法の法治主義に照らして、特別権力関係説は疑問視されるに至り、今日においては否定説が優勢である。また現行公務員法制は、公務員の勤務関係につき詳細に規定しており、不利益処分についての不服申立て及び訴訟提起を認めているので、現行実定法解釈においては特別権力関係の觀念を容れる余地はなくなってきたのである。その後の学説を類型的に大別するならば、(イ)「公法関係説」、(ロ)「私法関係説」および(ハ)「特殊労働契約関係説」に分類される。

この(イ)「公法関係説」は、公法上の権力関係説と公法上の非権力関係説と公法上の契約関係説とに分かれ、前者は主として伝統的な特別権力関係説によって代表されてきた。すなわち、公務員の勤務関係が公務員の「全体の奉仕者」性やその「職務の公共性」に対応して実定法上特殊に規律され、また不利益処分に対する救済方法が抗告訴訟によることになっていることから、その法関係を公権力行使の公法上の勤務関係と解するのである(田中二郎教授は「特別の公法上の勤務関係」と<sup>注二一</sup>い)。この説は、公務員の勤務関係を法律の留保や権利保護の排除を伴わないものと解する点において、現行法制に適合的であるが、公務員の勤務関係を一種の公権力の発動関係であると認識するばかりか、なおも公務員の特殊な義務や人権制限の「特別扱い」を専ら「公法」性により説明する限りにおいて、前述の特別権力関係論と同様に「特別扱い」の実質的理由を明らかにしていないという点において、公務員関係の伝統的把握を基本的に維持するものである。<sup>注二二</sup>それに対し、公法上の契約関係説は、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関係」と「雇用契約という市民法的な関係」なる二面が存在する複合的な法構造が示されるとし、「公務員が全体の奉仕者であること」および「不利益処分に関する審査請求という特別の機構

や行政罰が存在する」ということからいって、公務員の雇用契約は公法契約であるとする（山田幸男教授）。

一方、(四)「私法関係説」は、公法関係説、とりわけ特別権力関係説に対する批判として生じたもので、主として私的労働契約関係説に代表されるものである。他方で、以上の各学説にいう公法・私法の概念的・範疇的区別にこだわらず、したがって、公法・私法契約の区別の否定の上に公務員関係の労働契約関係性を前提としつつ、現行法の公務員関係に関する法律に着眼して、「法令によって大幅に規制された特殊な労働契約関係」とする説が存する（室井力教授）<sup>〔注二三〕</sup>。公務員も一般に労働者であり、したがって、原則的には憲法二八条の規定する労働基本権の保障をうけるものなのであり、その上で、それぞれの担当する公務の具体的内容とのかかわりにおいて、若干の権利・自由の制約をうけるのである。すなわち、公務員関係は、法令または条例によって規律される特殊な労働契約関係として基本的に把握されるべきものである。

この(ハ)「特殊労働契約関係説」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賃金その他の報酬を支払うという点において、私的労働契約関係と異ならず、その法的関係は本来的には非（公）権力関係であると解する。したがって、この説によれば、職務命令権や懲戒権は、従属的労働関係に当然に内在する業務命令権や制裁権と同質的なものであるが、現行法が懲戒処分その他の不利益処分を立法政策上、技術的・形式的に公権力の行使としているにすぎない、ものとす。すなわち、公務員の勤務関係は基本的には労働契約関係であるが、現行公務員法は、公務員が「全体の奉仕者」として行政を担当する者であり、かつ契約の相手方が行政担当団体であるところから、特殊な規律が設けられているものと解する。したがって、各種公務員関係を規律する公務員法制の内包する問題は、従属労働での公務員関係を基本的に労働契約関係と見るところから出発し、具体的な場合における規律の個別的な性格に照らし、解釈論としても決しなければならぬとい

うことである。このような考え方からすれば、公務員関係における権力的契機は、すぐれて技術的かつ限定的に解すべきものなることはいうまでもない(例・「形式的行政処分」など)。

近時、有力な主張として、その勤務関係の性質として、勤務条件法定(条例)主義の下で、「これを端的に、制定法によって規律された関係としてとらえ、個別の解釈論に際しても、その制定法の趣旨目的の合理的理解に努めれば足り」、解釈においても、法的性質そのものの「カテゴリーではなく、労働者性、公益性という価値原理によるので十分」であるとの指摘がある(塩野宏教授<sup>注四</sup>)。したがって、公務員の勤務関係を概括的・範疇的に公法上の権力関係または特別権力関係とみる学説を除いては、公務員法上の諸行為が行訴法上の行政処分であるかどうかの判断に当たっては、右の学説の差異はさしたる意味をもたなくなってきたと言いつる余地もある。

今日にあつては、公法上の勤務関係説についても、「職務の公共性」に基づいて「具体的個別的にその特殊性を明らかにし、それに応じた制限の可能性を説くのが同説の特徴」との指摘もあるところからすれば(村井龍彦教授)、いずれの学説も、公務員関係が現行法規により私的労働関係との対比において特殊に規律されていること自体は認めるが、問題はその特殊性をどのように法的に評価し、またどの範囲において認めるかということである。現行憲法の認める公務員の人權保障を考慮しつつ、公務労働の多様な職務内容を個別的具体的に検討した上で、その特殊性の實質的合理的根拠を明らかにすることが重要とおもわれる。

ただ、それにもかかわらず、学説の差異をイデオロギーの争いとみる傾向への問題性を検討しておかねばならない。夙に、塩野教授は、この「労働契約関係論」が、特別権力関係論に対する「真の対抗理論であった」ことを評価しつつも、それは、「個別具体の紛争の合理的解決のための理論の提示ではなく、実定法を一応の素材としつつ、自己のよつてたつ基本的価値に導かれながら、その素材を体系的に整序し、あるいは批判的に検討し、さらに、今後の

立法についてもこの見地から指針関係を与える知的作業としてのあり方も、法解釈学の一つの存在様式<sup>〔注一五〕</sup>である、とみなしてきた。そして今日に至って、契約論的構成をとつても、公務員関係では当事者の合意による自由な法関係形成の余地が極限されているとし、ここでも公務員法上の勤務条件法定(条例)主義の下で、その「勤務関係については、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い」ものとした上で、前述の自説を展開してきたところである。しかし、なおも看過し得ないことに、その公法性にも関係して、「公法という形容詞をつけること(田中・前掲書は『特別の公法上の関係』という)には問題があるが、アプローチの仕方としては、これでよいと考えられる」ものとする<sup>〔注一六〕</sup>。確かに、公共性の観点から何らかの規律が加えられている法関係を単に分類名称として「公法」と表現することは比較的一般的に行われているといつてもよからう。しかしながら、実務及び判例の現状に鑑みるならば、それが「形容詞」であれ、どのような意味を具体的に有するかは、思考停止のためのブラックボックスに利用されるのではなく、その法的規律の個別・具体的内容に即して、なおも制度上も理論上も検討されなければならないものなのである。

室井力教授もまた反論を加えている。すなわち、論者が、「公務員の労働者性と公務員関係の労働契約性をことさらに切断し、いかにも価値中立的に解釈しうるかに説く」のは、「法の一般原理を特別の合理的根拠もなく修正する恣意的な解釈へと途を開くおそれなしとしない」ものとする<sup>〔注一七〕</sup>。なるほど、社会的条件と現行法の枠組みに照らして、公務員もまた労働者であり、そしてその公務員もまた、賃労働に基づく労働者性こそが憲法構造上、それを排斥する特別の明示的法規律のないかぎり、公務員関係の労働契約関係性を論理的に導くべきものである。そのことを前提とした上で、両者をことさらに切断することなく、一体化することによって、本稿の主題をはじめとして、種々の個別的問題の解決策が考えられるべきものである<sup>〔注一八〕</sup>。

### (3) 「講師」の勤務関係の動向

学説及び実務のこれまでの動向については、前述の公務員一般の勤務関係の法的性格の把握と併行して、一般・特別職とを問わず非常勤職員に特有の問題として、「期限付任用職員」としての地位自体の維持を図るについて、これを私法上の労働契約関係に基づく職員と位置づけるべきか否かという、独特の問題がかねてより存在する。この点を積極的に解する見解によれば、とりわけ、一般職非常勤職員における期限付任用職員はもはや地公法上の公務員とはいえず、「地公法の予定せざる」職員であり、その勤務関係は公務員法に基づかない勤務関係、すなわち「自治体と私法上の雇用契約を締結した労働者とみなされるべき」で、「民間企業の短期雇用契約労働者と同様に扱うべき」ものとする（「私法関係説」<sup>注一九</sup>）。これに対し、私法上の契約に基づく職員の存在を認めない見解によれば（「公法関係説」）、勤務関係一般について短略的に公法上の勤務関係を前提とした上で、まずは、前述の実務書によれば、相も変わらずに「国家公務員及び地方公務員を通じて、一般職及び特別職を問わず、使用従属関係にある公務員の任命行為は行政行為であるが、その例外として、国公法では、外国人との間で『勤務の契約』を締結する余地を認めている（同法二条七項）」とする。いうところの内容は、憲法上の地方自治の保障、とりわけ「団体自治」の無理解に基づくものではあるが、地公法では同趣旨の規定が存在しないところから、「労働契約」による任命はあり得ないというのである。すなわち、(イ)その任用行為は、「相手側の同意を要する行政行為であって、決して契約関係ではない」。(ロ)地方公務員制度にあつては、「特別職でも一般職でもない職が存在する余地はない」。(ハ)あるいは、「私法上の雇用関係と解すること」、「現行公務員制度の下では一般の民間企業労働者と同一に考えるには困難がある」ものとする<sup>注二〇</sup>。

次に、積極的論証はないものの、論者によるものに、公務員一般の定義に関する通説、従来の裁判例の動向を踏まえ、(イ)「期限付任用職員の多くは、やはり公務員であると解すべきであろう。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」、(ロ)あるいは、判決が「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」ものとする<sup>(注二二)</sup>。

特別職非常勤職員の勤務関係に関する判例の動向については、更新を繰り返した有期労働契約の雇止めを規制を加える判例法理が「非正規職員」一般における「期限付任用職員」の更新打ち切り事例への適用をめぐって、当該職員の勤務関係の法的性格への言及がなされた判例の大多数がこれを公法上の勤務関係（公法関係説）と解してきたところである<sup>(注二三)</sup>。

とりあえず、本稿の主題に即して特別職非常勤職員に限ってみても、まず、(イ)町立資料館専門員雇用関係確認等請求事件（鹿児島県上屋久町）鹿児島地裁一九八八年（昭六三）一月二八日判決（判例自治六四号四四頁）は、期間を一年とする業務委託契約を締結した特別職たる臨時嘱託員として任用されたものに対して、二回目の更新を行わず、契約期間の満了によって終了したものと扱った事例である。原告主張によれば、「業務委託契約」は、その実質において雇用契約であつて、その更新拒絶は雇い止めの意思表示であり、その効力は解任の法理に照らして判断されるが、なんら雇い止めの理由はないから無効、と主張して雇用契約の存在確認と賃金の支払を求めた。判決は、「勤務実態」のほか、「本件契約を締結に到つた経緯及び仕事の内容等を総合すれば、原告と被告町との関係は雇用の実質を有するものであるが、地方公務員法は、その成立の沿革及び国家公務員法との対比から私法上の雇用契約の締結を禁止している」と解されるから、原告は地方公務員法三条三項三号の特別職たる「臨時嘱託員」として資料館の実務に従事していたものと認めるのが相当である」と判示した。これは、雇用関係を総合判断すれば、契約に基づく雇用関係にあることを認定しているにもかかわらず、「私法上の契約」に基づく労働者の存在を「公務員法が予定せざる」勤務者として、一方的に排斥したものである。

次に、(ロ)特別職に属する職員の勤務関係を公法上の関係とみるものとして、釧路市労働相談地位確認請求事件札幌高裁一九九五年(平七)八月九日判決(労働判例六九八号七頁)によれば、一年間にわたって任用された非常勤嘱託員の任用不更新事例において、「控訴人は、控訴人が特別職であるとすれば、控訴人の任用は行政行為に当たらず、一般私法の適用をうけるべきであるから、雇止における解雇の法理が適用されるべきであると主張するが、公務員の任用は行政処分と解すべきであるから、右主張も理由がない」と判示している。

これに対し、「私法上の契約」に基づくものとして扱われた事例についてみておくことにする。その主な事例として、まず、(イ)判決文からは、原告が特別職非常勤職員か否か、あるいはいかなる理由で契約関係であるのかは不明ではあるものの、加古川市臨時職員解雇手当支払仮処分申請事件神戸地裁姫路支部一九七四年(昭四九)九月二日判決(労働法律旬報八六七号五五頁)は、職務内容が「恒常的なものであり、かつ一般職の職務内容とほとんど大差なく、この短期雇用契約の反覆更新は「期間の定めのない雇用契約」であり、市臨時職員の「雇用関係終了通告は解雇に当る」とし、解雇予告手当の支払を命じた。なお、同支部は、さきに本件解雇予告手当支払仮処分申請についても仮処分決定をしている。本事案について注意すべきは、当該臨時職員の雇止め事例について、その職務内容の恒常性および一般職との同質性を認定した上で、当該職員の勤務関係が契約関係にあることを前提に、労働基準法上の予告手当支払い義務の判断がなされていることである。

次に、(ロ)昭和三十六年六月二日採用以来同四三年三月三十一日解職になるまで八回もの更新が繰り返えされた助産および看護業務に従事する嘱託員たる特別職非常勤職員の事例として、北九州市地位確認等請求事件福岡地方裁判所小倉支部一九七一年(昭四六)一月七日判決(労働経済判例速報八四号二三頁)は、「地公法の特別職として発令された職員についても、その職務」の「実態において一般職と同様、職務の恒常性、常勤性」にある者が「たまたま

特別職として発令されているような場合」には、「地公法上一般職に準じた取扱いを認めるのが相当」とし、「原、被告間の雇用契約は漸事期間を定めた嘱託員という性格を喪失し、本件更新拒否の意思表示当時にはすでに存続期間の定めのない雇用契約に転移したものと解する」ものとし、「雇用契約上の地位にあることを確認」した。注意すべきは、その勤務関係が契約関係であることに両当事者の争いがなく、判決もまた勤務関係を契約関係と判断していることである。

さらに、(イ)職員を公務員として任用する意思が任用権者になかった点に事案の特殊性がある堺市・堺市教委行政処分(不当労働行為救済命令) 取消請求事件大坂地裁一九八七年判決(昭六二) 一一月三日(判例タイムズ七 号一三頁)をみておくことにする。その事案の具体的内容は、市の要綱によるとその地位が任期一年でのボランティアとされる学童保育指導員との団交を市に命じた地労委命令の取消訴訟であって、市が労働組合上の使用者といえるか否か、が問題となった事案である。その要旨の第一は、留守家庭の児童のための指導員は地方公務員とはいえず、「市とは使用従属関係にあったものと推認」され、指導員として選任委嘱された者と市との間の「法的関係は、私法上の契約関係」であるとす。第二に、判例の一般的傾向どおり、「公務員の任用行為は行政処分」であって、地公法上は、「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」ものとする。しかしながら、以下の判旨は本稿主題にとっても重要である。すなわち、第三に、「労働組合法は地方公務員法と別個の立場から、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、原告堺市が労働組合法上の使用従属関係の有無によって判断すべきもの」とし、当該事案においてそれを認定した。そこで不当労働行為の存否については、「指導員は、同事業の廃止によって指導員たる身分および被用者の地位を失うものであり、解雇・配転等について団体交渉を求めることはできないが、退職金等の支払を求めている場合には、その

限りで労働関係は清算されておらず、団体交渉権を有<sup>注</sup>しており、「これを拒否した市の行為は不当労働行為に当たる<sup>注</sup>」ものとし、地公法適用除外の指導員に対して、労働三法の全面適用を認める注目すべき判示となったものといえ<sup>注</sup>。

### (三)「講師」の勤務関係・「特殊労働契約関係説」

最後に、我々が主張する特殊労働契約関係説に基づく特別非常勤職員の勤務関係の法的性格の特徴について、ここで明らかにしておくことにする。まず、前述の通り、当「講師」の法的地位の特徴に関しては、第一に、それが必置かつ常置でなく、任意設定かつ非常勤勤務を職務形態する教員である。第二に、地方公務員ではあるものの、非専務職の特別職公務員として地公法及び教特法上の適用除外とされることにより、一般職の教育公務員ではない。従って、欠格事由についても地公法（一六条）上の欠格条項ではなく、公・私を問わず学校法（九条）・免許法（五条）上の各欠格条項に服するばかりか、さらには学校教員としての「全体の奉仕者」性から求められる教員としての社会的公共性による責任には服すものの、公務員が求められる「公務の公共性」・「全体の奉仕者」性を根拠とする労働基本権に対する「勤務条件法定主義」をはじめとする各種の制約には服さない。私立学校教員をはじめとする勤労者一般に保障される労働基本権が全面的に保障される。文字通り、言葉の正確な意味で「講師」の勤務関係がその労働者と労働契約関係性が一体化するのである。

次に、公務員の任命行為につき、「同意を要する行政行為」という主張について、主題との関りでのみ触れておくならば、任用の法的性質の理解との関連で、従来、学説は、類型的に見れば、（１）行政処分（行政行為）の一種と解する説と（２）契約の一種と解する説とに大別される。前者はさらに、特別権力関係説を前提とした「受諾に基

づく行政処分」説と「相手方の同意を有効要件とする行政処分」説とに分かれていた。後者は、さらに、公務員勤務関係Ⅱ公法上の勤務関係説を前提とした「公法上の契約」説と「公務員関係Ⅱ労働契約説（Ⅰ）」「私法上の労働契約」説と——「特殊労働契約関係説」とに分かれる。は任命が有効に成立するには一応相手方の受諾を必要とするが、任用行為の実質は公権力の行使であるから、受諾を欠く行為も有効に成立するものとする。も、任用行為の実質に即して公権力性を認めつつ、しかし、相手方の同意を任用行為が有効に成立するための絶対的条件であるとする。これらはいずれも、任用行為の公権力性を前提としている。これに対し、は、任用行為の公権力的契機を否定しつつ、しかし伝統的な公法・私法二分論を残すものである。は、前述の通り、公務員勤務関係も基本的には従属的労働関係にほかならず、したがって、任用も基本的には当事者の自由意思に基づく雇用労働契約と異ならないもの、——もまた、なおも伝統的公・私二分論を前提とするものとなっている。

それに対し、——は、任用もまた基本的には当事者の自由意思に基づく雇用労働契約とは異なるもの、その職務の性格上、その限りで個別立法政策に基づき、私的労働契約とは異なる特殊な取り扱いが認められているに過ぎないというものである。還元すれば、公務員関係を特に一般的に公法関係という必要はない。また、現行法上明文の規定がない限り、任用行為を一律かつ包括的に公権力の行使たる行政処分であると解すべきではないとするものである。我々のいう特殊労働契約関係説によれば、当該自治体の教育委員会による「任命」（地教法三三四条）もまた、その緩やかな要式行為性や採用の経緯等に鑑みて、契約の一方当事者が単に行政担当団体に過ぎない呼称としての「行政契約」の一種として、公務員の労働者性と公務員関係の労働契約関係性に基づく労働関係法理を基礎として解釈されることになる。

すでに見てきた通り、公務員の職にも一般・特別、現業・非現業、常勤・非常勤等々様々なものがある。したがっ

て、任用にもさまざまな種類のものがあり、また、それらは作用法的側面と組織法的側面とを併有するものであることなどを考慮に入れれば、それらを公務員勤務関係の性質に直接結び付けて一律かつ包括的に論ずることは無理がある。前述の通り、任用の法的性質は、少なくとも一般的概括的な特別権力関係論や公法・私法二分論とは無関係に、個別具体的な任用の実態と実定法の規定に即して解釈されねばならないのである。

## 五 おわりに・「講師」における「給与条例決定主義」（最広義説）

以上の検討を経て、繰り返しを厭わず若干のまとめをしておきたい。まず、当「講師」は、議会による財政民主主義・透明と公開の要請に基づき、少なくともその実定法上の身分が非専務職・嘱託身分の非常勤職員として、自治法上の「給与条例決定主義」の下で「報酬、費用弁償の額並びにその支給方法は、条例でこれを定めなければならない」（同法二三条）とし、「普通地方公共団体は、いかなる給与その他の給付も法律又はこれに基づく条例に基づかずには、職員に支給することができない」（同二四条の二）ものとなっている。すなわち、賃労働の結果としての「講師」の報酬は、労働協約の中核として位置づけられた当局との賃金交渉における事前合意手続を必須の条件として、その後の事後手続としても必ず地方議会の制定する条例に基づくものとされることにより、最終的には地方議会の条例制定権の行使によって保障され、確定されることになっている。

次に、当「講師」に対しては、地方公務員法制が課している「勤務条件条例主義」の適用が除外されることにより、その中核とされる「給与条例決定主義」もまた適用が除外される。一方で、地公法が適用される非現業地方公務員にあっては、「職員の給与、勤務時間その他の勤務条件は、条例で定める」（同法二四条六項）とされているのに対して、

地公企法が求める現業地方公務員については、「企業職員の給与の種類及び基準は、条例で定める」(同法三八条四項)にすぎなく、その他の勤務条件については、大幅に労働協約の対象とされている。それというのも、勤務の形態が民間のそれと類似していることから、非現業職員には認められない協約締結権が保障されているのである。一方が厳格なそれ、すなわち、「狭義」の「給与条例決定主義」に対し、現業のそれにあつては緩やか、すなわち、「広義」の「給与条例決定主義」となっているのである。そうであるならば、「講師」における「給与条例決定主義」とは、「勤務条件条例主義」とは無縁の労働協約締結権と争議権とを背景にした、地公法上の非現業職員における交渉とは異なる労組法上の団体交渉による合意という事前手続に基づく保障と条例という事後手続による二重の保障によって守られていることになる。すなわち、「講師」にあつては「最広義」のそれなのである。

さらに、「講師」の勤務関係については、その職務について、一般に一種の囑託あるいは請負・委任と考えられる契約関係とされてきた。その実態として、常勤教員の穴埋めに充てられている場合が多く講義自体も学校運営に組み込まれており、「講師」の都合により、休講したり、時限を変更したりすることは困難であつて、文字通り使用従属関係にある労働者として、完全な労働基本権の保障対象でもあつた。

最後に、いわゆる「公務員の勤務関係」論一般との関係であるが、今日のいずれの学説も、公務員関係が現行法規により私的労働関係との対比において特殊に規律されていること自体は認めるものの、問題はその個別具体的特殊性をどのように法的に評価し、またどの範囲において認めるかということにある。当「講師」の法的地位の特徴については、すでに我々もまた、「講師」をめぐる各種制定法の趣旨目的についてその労働者性と労働契約関係性を一体化することにより、その合理的解釈に努めてきた。重要なことは、公務員関係の最大のメルクマールとして「勤務条件法定主義(条例主義)」が採られてきたところである。法制度上それから除外されている「講師」をなおも、「公法

上の勤務関係」に服せしめ続けることは、これぞまさに、「論証」と「根拠」とを欠落させたところの（川田琢之助教授）ドグマによる思考停止を招来せしめることになる。

## 注

- 一 清水敏「地方公共団体における臨時・非常勤職員の法的地位」青木還暦記念論文集『労働基本権の課題』日本評論社一九八四年四七七頁参照。
- 二 鹿兒島重治著『逐条地方公務員法』学陽書房一九九六年 第六次改訂版 二八頁。
- 三 地方公務員給与制度研究会編『地方公務員給与制度詳解』学陽書房一九八一年四 五頁。
- 四 地方自治総合研究所『逐条研究 地方自治法』敬文堂二 四年一 九九頁。
- 五 松本英昭『新版逐条地方自治法』学陽書房二 二年六一六頁以下参照。
- 六 中山和久「議会と労働協約」労働法律旬報八九九号一九七六年四頁以下参照。
- 七 実務書につき、橋本勇『逐条地方公務員法』学陽書房一 二年六一、六四頁参照。本稿主題に関わる数少ない実務書につき、地方公務員任用制度研究会編『自治体の新臨時・非常勤職員の身分取扱 第一次改訂版』学陽書房二 二二二―二三八頁参照。
- 八 兼子仁「地方公務員の勤務条件決定方式―議会万能論への反証」青木還暦記念論文集『労働基本権の課題』日本評論社一九八四年四五―頁以下参照。
- 九 室井力『公務員の権利と法』勁草書房一九七八年三九頁参照。
  - 一 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（一）」法学協会雑誌一一六卷九号一九九九年三九頁以下参照。同「公務員制度上の非正規職員に関する法的問題 日本労働法学会誌九六号二 一年一月一九一頁以下参照。

一一 田中二郎『新版行政法中巻全訂第二版』弘文堂一九七六年二四三頁。

一二 中西又三「公務員の勤務関係」金子他編演習講座『行政法（下）』法学書院一九七五年七二六頁参照。

非正規職員における給与条決定主義の法的性格について（岡崎）

- 一三 室井力『特別権力関係論』勁草書房一九七九年三七九頁、「公務員関係の法的性質」『公務員判例百選（別冊）ジュリス卜八八』一九八六年一六頁以下参照。各字説の整理につき村井龍彦「公務員の勤務関係の性質」『行政法の争点（新版）』有斐閣一九九一年、二二六頁以下。
- 一四 塩野宏『行政法（第二版）行政組織法』有斐閣二一年二二七頁以下参照。
- 一五 塩野宏「公務員法における判例の機能」判例時報六五八号一九七二年一一六頁、同『行政組織法の諸問題』所収有斐閣一九九一年二二頁。塩野の別の表現をもつてすれば、それは「剛構造的な性格をもっているのである。すなわち、それは公務員の勤務関係の実質における私的労働関係との共通性から、実定法においても公勤務関係が法技術的にも労働契約関係として構成されなければならない（あるいはされている筈である）」として、実定公務員法をこの見地からのみ解釈し、あるいは批判するという論理構造をもっているのである、したがって、それは、当該公務員が現業であるか、非現業あるかを問わない、トータルな公勤務関係「労働契約関係論であることに注意しなければならない」と指摘してきたところである。
- 一六 塩野前掲『行政法』二一七・八頁。
- 一七 室井力「公務員法制における教員の地位と職務命令」青木宗也編『教育公務員の勤務条件』勁草書房一九七七年二頁。
- 一八 たとえば、公務員の不利益処分を形式的行政行為と解し、立法論としてそれを批判したり、その争議行為権や政治活動の自由を重視したり、あるいは普通昇給の性格を任命権者の恣意から解放しようとするなど。室井前掲「公務員法制における教員の地位と職務命令」二二頁。
- 一九 清水前掲「地方公務員法における臨時・非常勤職員の法的地位」四九四頁、吉田美喜夫「自治体『臨職』に対する任用更新拒否の救済法理」立命館法学一九八八年五・六号七二二頁、照井敬「臨時・非常勤公務員の団結権」ジュリスト八五五号一九八一年五七七頁。
- 二〇 地方公務員任用制度研究会編前掲書二二、九五、一五頁等参照。
- 二一 下井康史「公法判例研究（二）期限付任用公務員の再任用拒否」北大法学論集四一巻三号一九九一年一四三頁・一四四頁。

二三 川田前掲「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（一）」四一頁参照。

二三 吉田美喜夫「公立学童保育指導員の法的地位」立命館産業社会学論集一九八七年二巻四号（通巻五一号）七頁参照。

本稿は、特別嘱託員による「賃金請求事件」における大阪高裁控訴事件の控訴側「意見書」として提出したものを表題に合わせて一部加筆したものである。