

Title	非正規公務員の「雇止め」をめぐる法的問題： 任用更新に対する期待はなぜ保護されないのか
Sub Title	Legal issues on the refusal of renewing fixed-term "contracts" of non-regular public service employees
Author	鈴木, みなみ(Suzuki, Minami)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.35 (2016. 8) ,p.69- 118
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特集：法曹リカレント教育
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20160825-0069

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

非正規公務員の「雇止め」をめぐる法的問題

——任用更新に対する期待はなぜ保護されないのか——

鈴木 みなみ

- 第1章 非正規公務員の現状・問題点と問題の所在
 - 1 非正規公務員とは何か
 - 2 地方自治体の非正規公務員
 - 3 国の非正規公務員
 - 4 問題の所在
- 第2章 非正規公務員の勤務関係に関する裁判例の現状と法的性質論
 - 1 基本としての有期労働契約における雇止め法理
 - 2 非正規公務員「雇止め」に関する判例等
 - 3 非正規公務員の勤務関係の法的性質～行政処分説
 - 4 救済方法の模索
- 第3章 義務付け訴訟
 - 1 義務付け訴訟の要件等
 - 2 非正規公務員の再任用義務付け訴訟
 - 3 非正規公務員の再任用義務付け訴訟はどのような場合に認容されるべきか
 - 4 義務付け訴訟による救済の問題点と解決の途
- 第4章 地位確認請求（主に信義則を根拠とする実質的当事者訴訟）による救済
 - 1 非正規公務員が地位確認請求をすることの行政法学上の意義
 - 2 非正規公務員の地位確認請求
 - 3 行政処分に合理的意思解釈を適用することは可能か
 - 4 判決による行政処分の創設と三権分立
 - 5 信義則を根拠とする救済の可能性
 - 6 非正規公務員の地位確認に関する実質的当事者訴訟が認容される場合
- 第5章 「雇止め」の処分性
 - 1 行政処分としての「雇止め」
 - 2 処分性に関する判例
 - 3 非正規公務員の「雇止め」について処分性は認められるのか
 - 4 「雇止め」に処分性を認めた場合に残る問題点
- 第6章 総括

- 1 3つの救済手段の比較検討
- 2 立法による対処

第1章 非正規公務員の現状・問題点と問題の所在

1 非正規公務員とは何か

「非正規公務員」という言葉は、法令上の用語ではなく、国の非常勤職員、地方公共団体の臨時職員、非常勤職員の通称であり、つまりは正規の公務員以外全体を指す¹⁾。非正規公務員の数は年々増加傾向にある。これは、税収の低下、市場化テスト、指定管理者制度²⁾、PFI³⁾などにより、正規公務員の数が減らされており、それを補うために非正規公務員が多用されているからである。

正規公務員は法律や条令で定員（定数）が定められており、これは厳格に管理されている。一方、非正規公務員は定員の範囲外であることから、従前より正規公務員の不足を補うために多用され、近時では、正規公務員の削減に伴って、非正規公務員の数は増加する一方である。以下では、地方自治体、国の順で、非正規公務員の種類と現状を確認する。

2 地方自治体の非正規公務員

(1) 地方自治体の非正規公務員の数及び種類

地方自治体の非正規公務員の具体例としては、教員・講師、図書館員、保育士、消費生活相談員等の各種相談員、学校給食調理員など多岐にわたっている。

1) 「裁判例にみる『非正規公務員』の現状と課題～雇止め・処遇の問題を中心に～（仮）」（法律情報出版社・2016年）5頁。

2) 地方自治法244条の2第3項に基づき、株式会社やNPO法人などに公共施設の管理等を行わせることができる制度を指す。

3) Private Finance Initiativeの略称であり、公共事業や公共施設の建設・維持管理・運営等を民間会社に委ねることで、民間の経営ノウハウ等を公共施設に活かすことをいう。イギリス発祥の財政改革の手法であり、日本でも1999年にPFI法が制定され、学校、刑務所、病院等様々な公共サービスにPFIの手法が活用されている。

表1 地方公務員の種類一覧⁴⁾

種類	職区分	任用根拠	内容等	人数
一般職非常勤職員	一般職	地公法 17 条	地公法適用あり 通常 1 年以内の任期 競争試験による採用	合計 60 万 3582 人 (2012 年 4 月 1 日)
臨時的任用職員	一般職	地公法 22 条	地公法適用あり 6 月以内の任期で、更新 により 1 年まで可能	
特別職非常勤職員	特別職	地公法 3 条 3 項 3 号	地公法適用なし 通常 1 年以内の任期	
任期付職員	一般職	地公任期付職員 法 3 ～ 5 条	地公法適用あり 3 ～ 5 年以内の任期	合計 9665 人 (2014 年 4 月 1 日)
任期付研究員	一般職	地公任期付研究 員法 3 条	地公法適用あり 3 ～ 5 年以内の任期	

総務省の「臨時・非常勤職員に関する調査結果について」によると、自治体の臨時・非常勤職員数は 2005 年 4 月 1 日時点で 45 万 5804 人（全職員の約 15%）だったが、2012 年 4 月 1 日時点で 60 万 3582 人（全職員の 22%）となっている。また、割合としては、女性が約 75%（44 万 8072 人）を占めている。

地方自治体の非正規公務員の種類としては、上記表 1 のとおり、地方公務員法（以下、「地公法」という。）に任用根拠のある、一般職非常勤職員、臨時的任用職員、特別職非常勤職員のほか、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（以下、「地公任期付職員法」という。）に任用根拠のある任期付職員、地方公共団体の一般職の任期付研究員の採用等に関する法律（以下、「地公任期付研究員法」という。）に任用根拠のある任期付研究員が存在する⁵⁾。

前三者の非正規公務員は、地方公務員法制定以来存在する非正規公務員であ

4) 表の作成にあたっては、総務省発表「臨時・非常勤職員に関する調査結果について（全地方公共団体分）」（平成 25 年 3 月 29 日発表）、総務省発表「地方公共団体における任期付職員制度の活用状況」（平成 26 年 12 月 22 日発表）、東京弁護士会労働法制特別委員会編著「新労働事件実務マニュアル第 3 版」（ぎょうせい・2014 年）386 頁以下、上林陽治「非正規公務員」（日本評論社・2012 年）103 頁以下等を参照した。

る。一方、後二者については、地公任期付職員法は平成14年に、地公任期付研究員法は平成12年に成立した比較的新しい法律であることから、新しいタイプの非正規公務員である⁶⁾。ただ、後二者は、採用要件や手続が制限されていることや、制度自体の周知不足から、現時点で人数は少ない。総務省の「地方公共団体における任期付職員制度の活用状況」によれば、2014年4月1日現在において、任期付職員、任期付研究員及び任期付短時間職員を合わせた数は9665人と、前三者（2012年4月1日時点で60万3582人）と比較して非常にわずかである。

以下は、従来型の非正規公務員について、その任用根拠や法律が想定している職務内容等をみていく。

(2) 一般職非常勤職員

一般職非常勤職員は、地公法17条に基づく職員であるが、17条1項は「職員の職に欠員を生じた場合においては、任命権者は、採用、昇任、降任または転任のいずれか一の方法により、職員を任命することができる。」と定めるのみで、同条に明示的な根拠があるわけではない。しかし、一般的には、この条文を根拠に、任期付の非常勤職員を採用することが可能であるとされている。

また、採用に当たっては、競争試験によるものとする定められている（地公法17条3項4項）。1年以内の任期で採用されることが通常である。

5) 早川征一郎・松尾孝一「国・地方自治体の非正規職員」（旬報社・2012年）122頁では、任期付職員と任期付研究員は有期であるものの、正規採用の公務員であると解している。この根拠について同書には明記されていないものの、待遇や職務の内容からであると推測される。本論文でも、「雇止め」に関する問題が起こる典型的な非正規公務員として、従来型の一般職非常勤職員、臨時的任用職員、特別職非常勤職員の3種を想定しているが、有期である以上、任期付職員及び任期付研究員についても「雇止め」の問題が起きる可能性はあると考える。

6) なお、地公法を根拠とする新しいタイプの非正規公務員として定年退職者の再任用（地公法28条の4～28条の6）や、地方公務員の育児休業等に関する法律に基づく非正規公務員も存在するが、ここでは検討の対象から除外する。

(3) 臨時的任用職員

臨時的任用職員は、地公法 22 条 2 項または 5 項に基づき、緊急の場合、臨時の職に関する場合または任用候補者名簿がない場合に任用される職員である。任用期間は、6 か月以内で、更新回数は 1 回までと法令上定められているが、再度任用されることはありうると考えられており⁷⁾、実際にも再度の任用の例は多い。また、地公法 29 条の 2 第 1 項により、地公法 27 条 2 項（分限及び懲戒の基準）、28 条 1 項から 3 項まで（降任、免職、休職等）、49 条 1 項・2 項（不利益処分に対する説明書の交付）及び行政不服審査法の規定が適用除外となっている。臨時的任用職員は、上記のとおり、正規採用の例外として、「緊急の場合、臨時の職に関する場合または任用候補者名簿がない場合」に採用されるという条文の構造上、正規採用の特例という位置づけであるといえる。

(4) 特別職非常勤職員

特別職非常勤職員は、地公法 3 条 3 項 3 号に基づき、「臨時または非常勤の顧問、参与、調査員、嘱託員及びこれらの者に準ずる者の職」に就くものである。本来は、特定の学識・経験を必要とする職について、自らの学識・経験に基づく非専務的に公務に参画する労働者性の低い勤務態様が想定されている⁸⁾。特別職における「専門性」については、「ある職員が同号に定める特別職に該当するか否かは、専門性を有することは当然のこととし、その専門的な学識や知識等を、常時ではなく、臨時ないし随時業務に役立てるという状況にあるかどうかを重視されなければならない⁹⁾」とされている。

特別職非常勤職員は、任用根拠そのものは地公法にあるものの、そのほかの地公法の定めは原則として適用されない（地公法 4 条 2 項）。そのため、労基法、

7) 平成 26 年 7 月 4 日総行公第 59 号通知「臨時・非常勤職員及び任期付職員の任用等について」。

8) 前掲注 7)。

9) ある非正規公務員が特別職なのか一般職なのか争点となった中津市事件（福岡高判平成 25 年 12 月 12 日労判 1089 号 36 頁）の判示。

労組法、労働関係調整法、最賃法そのほかの適用がある（地公法 58 条参照）¹⁰⁾。通常、1 年以内の任期で採用されることが通常である。

(5) 実態

以上のように、一般職非常勤職員、臨時的任用職員、特別職非常勤職員において、それぞれ想定されている職務内容や勤務形態に異同がある。ただ、いずれも、法令上、常勤かつ期間の定めのない正規職員に対する例外的な存在であることから、その業務内容は、正規公務員とは異なり、本来なら補助的・臨時的なものであるべきである¹¹⁾。しかし、実態としては、臨時的・補助的業務に限らないあらゆる業務について、特別職非常勤職員、一般職非常勤職員、臨時的任用職員が多用されており、恒常的な業務や基幹的な業務に従事する例も多い。一つ具体例をあげると、公立図書館に勤務する正規公務員と非正規公務員の割合は、1991 年には約 4 : 1 であったが、2006 年には 1 : 1 となり、2011 年には、非正規公務員と委託派遣職員の合計が、図書館勤務の職員全体の 3 分の 2 を占める（つまり、正規公務員より多い状態）に至っている¹²⁾。実際の業務内容としても、図書館業務に関する正規職員への研修を、非正規職員が担っている例もあり¹³⁾、非正規公務員が、補助的業務のみならず、恒常的かつ基幹的な業務に従事していることはどこの自治体でも常態化している。加えて、同種の図書館業務であっても、どの非正規公務員の種類で採用されるのかも自治体によってまちまちである。これは、自治体において、特別職非常勤職員、一般職非常勤職員、臨時的任用職員の根拠法令の違いが意識されていないことを

10) なお、第 2 章 4 で後述するとおり、労働契約法については、同法 22 条により国家公務員、地方公務員とも適用がないため、一般職非常勤職員や臨時的任用職員のみならず、特別職の非常勤職員にも適用がない。

11) 平成 26 年 7 月 4 日総行公第 59 号通知・前掲注 7)。

12) 上林・前掲注 4)・40 頁以下。なお、ここにいる「委託派遣職員」とは、指定管理制度や PFI などにより、業務が民間会社にアウトソーシングされた場合における図書館に勤務する職員を指す。

13) 上林・前掲注 4)・231 頁以下。

端的に表している¹⁴⁾。

非正規公務員が恒常的かつ基幹的な業務を担うという現象は、図書館職員のみならず、自治体の消費生活相談員、保育士等、あらゆる業務において生じている¹⁵⁾。また、採用側である自治体も、特別職非常勤職員、一般職非常勤職員、臨時的任用職員の法令上の根拠の違いに対し無理解なまま、いわば非正規公務員という枠組みが恣意的・濫用的に利用されている状況にある¹⁶⁾。このような非正規公務員の基幹化が進む理由の一つとして、正規職員は数年単位で部署を異動するのに対し、非正規公務員は特定の業務を担うことが前提となるため、非正規公務員の方がその職場での業務に精通してしまうということが指摘されている¹⁷⁾。

3 国の非正規公務員

(1) 国の非正規公務員の数、種類等

国の非正規公務員の種類としては、非常勤職員、臨時的任用職員の従前から存在する非正規公務員のほか、平成12年に導入された一般職の任期付職員の採用及び給与の特例に関する法律に基づく任期付職員と平成9年の一般職の任

14) 上林・前掲注4)・41頁以下には、公立図書館に勤務する正規職員と臨時・非常勤職員の実数比較が掲載されているが、この「臨時・非常勤職員」とは、特別職非常勤職員、一般職非常勤職員、臨時的任用職員を指し、同じ図書館業務でありながら、3種が混在していることが窺われる。

15) 上林・前掲注4)では、非正規公務員が基幹的業務を担う代表例として、図書館司書、消費生活相談員、保育士について、当事者への聴き取りも踏まえた実態が記載されている。また、早川・松尾・前掲注5)・145頁以下にも、当事者への聴き取りに基づいた非正規公務員のキャリアや業務内容の具体例があげられている。

16) 例えば、東京都専務的非常勤設置要綱事件（東京高判平成25年4月24日労旬1814号54頁）は、東京都の専務的非常勤職員の労働組合からの団体交渉拒否が問題となった事案であった（特別職非常勤職員であったため、団体交渉権が認められていた）。東京都は、この事件後、専務的非常勤職員について、業務内容は全く変わらないにもかかわらず、団体交渉権のない一般職に振り替えた。また、早川・松尾・前掲注5)・123頁以下でも、任用根拠の違いと、職種や働き方の相違が結びついていないことが指摘されている。

17) 早川・松尾・前掲注5)・149頁以下。

表2 国の非正規公務員の種類¹⁸⁾

種類	職区分	任用根拠	内容等	人数
非常勤職員	一般職	人事院規則 8-12	通常1年以内	14万1139人 (2014年7月1日)
臨時的任用職員	一般職	国公法 60条	6月以内の任期で、更新により1年まで可能 定員内に含まれる	不明
任期付職員	一般職	任期付職員法 3～5条	3～5年以内の任期	484人 (2014年7月1日)
任期付研究員	一般職	任期付研究員法 3条	3～5年以内の任期	94人 (2014年7月1日)

期付研究員の採用、給与及び勤務時間の特例に関する法律に基づく任期付研究員が存在する¹⁹⁾。地方公務員法上の特別職非常勤職員に相当する者は、国には存在しない。

国の非正規公務員の具体例としては、農林水産省の統計調査職員、労働局やハローワークの相談員などがある。内閣官房内閣人事局の最新の調査結果である「一般職国家公務員在職状況統計表（平成26年7月1日現在）」によると、2014年7月1日現在の国の一般職非常勤職員数は、14万1139人である。そのうち、非正規公務員としての問題が少ないと思われる「委員顧問参与等職員」（審議会の委員、顧問、参与、評議員等）を除いた人数は、11万8230人である。一方、臨時的任用職員の数は不明であるが、後に詳述するとおり、実際にはほとんど存在しないものと考えられる。

地方公務員と同じく、任期付職員と任期付研究員は数が少ない。2014年7月1日現在で合計しても578人である。

18) 数字は、内閣官房内閣人事局の最新の調査結果である「一般職国家公務員在職状況統計表（平成26年7月1日現在）」のほか、人事院の白書を参照にした。

19) 早川・松尾・前掲注5)・52頁では、任期付職員と任期付研究員は有期であるものの、正規採用の公務員であると解しており、その理由等については、前掲注5) 参照。

(2) 非常勤職員

非常勤職員は、国家公務員法上明示の定めのない職員である。非常勤職員に関する定めは、人事院規則 8 - 12 に非常勤職員の特例（39 条～ 41 条）に存在するのみである。

非常勤職員には、採用日から同一会計年度までの期間の範囲内で採用される期間業務職員と、必ずしも任期を定める必要のない期間業務職員以外の非常勤職員が存在する（人事院規則 8 - 12 第 46 条の 2）。なお、期間業務職員は、同規則 4 条 13 号において、相当の期間任用される職員を就けるべき官職以外の官職である非常勤官職であって、一会計年度内に限って臨時的に置かれるもののうち、定年後再雇用者その他人事院が定める官職を除く者、と定義されている。

前述のとおり、2014 年 7 月 1 日現在の国の一般職非常勤職員数は、14 万 1139 人であり、そのうち、委員顧問参与等職員を除いた人数は、11 万 8230 人である。2009 年 7 月 1 日の国の一般職非常勤職員数は 14 万 8162 人（委員顧問参与等職員を除く 12 万 6311 人）であるため、人数としてはほぼ横ばいであるが、常勤の一般職国家公務員（つまり正規職員）は 2009 年 7 月 1 日で 28 万 9490 人が存在しているのに対し、2014 年 7 月 1 日現在では 26 万 6453 人と減少していることから、一般職非常勤職員の割合は年々高まっている。

(3) 臨時的任用職員

臨時的任用職員は、国家公務員法 60 条に基づき、緊急の場合、臨時の官職に関する場合または採用候補者名簿がない場合に、人事院の承認を得て採用される職員である。任期は 6 か月以内で、更新回数は 1 回までと法令上定められている。

国家公務員法 81 条により、同法 75 条（身分保障）、78 条から 80 条まで（降任、免職、休職等）、89 条（不利益処分に対する説明書の交付）及び行政不服審査法の規定が適用除外となっている。

任期や身分保障等の一部規定が適用除外であることは地方自治体の臨時任用職員と同様であるが、国の臨時的任用職員は、総定員法 1 条に定められている

「各省の所掌事務を遂行するために恒常的に置く必要がある職に充てるべき常勤の職員」に該当すると解されているため、定員の範囲内とされており²⁰⁾、その点が地方自治体の臨時的任用職員と異なる²¹⁾。

国公法 60 条の臨時的任用職員は、平成 14 年度までは人事院の年次報告書に人数の記載がされていたものの、平成 15 年度以降その報告がなくなっているため、現在の実態は不明である。しかし、平成 14 年度における国の臨時的職員は、すべて当時の郵政事業庁の所属であり、またそれ以前も国の臨時的職員のほとんどは旧郵政省の所属であったことから、郵政民営化後の現在において、国公法 60 条の臨時的職員はほぼ存在しないものと推測される。

(4) 実態

以上のとおり、国における非正規公務員のほとんどは、一般職非常勤職員である。一般職非常勤職員は、人事院規則に根拠があるのみで、国家公務員法に根拠がない。委員顧問参与等職員を除いた一般職非常勤職員の人数は、11 万 8230 人であり、正規の国家公務員の定数が 26 万 6453 人（2014 年 7 月 1 日現在）であることから、正規・非正規を合わせた国家公務員全体の約 3 分の 1 が非常勤職員（非正規公務員）ということになる。

また、政府は、国家公務員の定員を平成 27 年度以降 5 年間で 10% 以上削減するという目標として掲げており、今後ますます定数外の非正規公務員が多用されることが予想される。

4 問題の所在

このように、地方においても国においても、正規の公務員の数は減少しているのに対して、非正規公務員の数は増加の一途をたどり、また正規の公務員に対する比率も高まっている。非正規公務員が担う業務も、臨時的・補助業務に

20) 鶴養幸雄「『非正規』な公務員という存在」政策科学 19 卷 3 号 197 頁 [206 頁]。

21) なお、臨時的任用職員には、国公法 60 条のもののほか、国保育児休業法に基づく臨時的任用職員が存在するが、これは定員の範囲外であり、ここでは詳細には立ち入らない。

とどまらず、恒常的・基幹的なものに広がっており、正規公務員から非正規公務員への「置き換え」が随所で起こっている。非正規公務員の存在は、現在すでに行政において人数・質の両面において欠かせない存在となっており、近年における自治体の税収悪化や国の施策方針をみる限り、その傾向は今後ますます加速するものと予想される。

国や地方自治体が、正規公務員を非正規公務員に置き換える主な目的は、人件費の抑制である。非正規公務員の勤務条件は、年収200万円に満たない者がほとんどである²²⁾といわれる。さらに、正規職員と異なり、昇給制度も確立されていないことが圧倒的であることから、報酬が勤務継続に伴って上がっていくわけではない。そのため、非正規公務員の勤務条件は、民間の非正規労働者に匹敵するまたはそれを下回るほど劣悪である。加えて、非正規公務員は、地方自治体の特別職非常勤職員（地公法3条3項3号）を除き、兼業禁止等の義務が課されるため、公務以外の収入を期待することができない。これまで非正規公務員の存在は、あまり知られるところではなかったが、近時、「官製ワーキングプア」などという言葉とともに、注目が集まりつつある。

非正規公務員をめぐる問題をさらに深刻にしているのが、勤務の継続が不安定であるという点である。期間満了となった場合、次期に再任用されるかどうかは、自治体の裁量的判断に委ねられている。それまで何度も再任用され、長期間勤務していたにもかかわらず、突如として再任用されないという事態が発生する。同じような状況であっても、仮にこれが民間の有期契約労働者であれば、会社が突然雇止めをしたとしても、第2章1で詳述するとおり、労働契約法19条により、更新への合理的な期待がある場合には雇用継続が認められる可能性がある。しかし、非正規公務員の「雇止め」²³⁾については、労働契約法が公務員全般に適用されない（労働契約法22条）だけでなく、後述するとおり、非正規公務員が裁判で地位確認を求めても、裁判所は、「公務員について

22) 上林・前掲注4)・46頁、早川・松尾・前掲注5)・19頁。また、非正規公務員の「雇止め」において報酬1年分相当額の国家賠償が認められた中野区事件（後掲注36）においても、認容額としては200万円前後であり、報酬額の低さが窺える。

合理的期待は発生しない」「法解釈の限界を超える」などを理由に、一貫してその請求を認めていない。しかも、第2章2で詳述するとおり、かつては、「雇止め」についての国家賠償請求でさえほとんど認められず、任用更新の期待権侵害に対する損害賠償が認容されるようになったのはごく最近のことである。このように、非正規公務員の勤務継続への期待権保護は非常に手薄な状況にある。

なぜ、裁判所は、民間企業による雇止めと異なり、非正規公務員の「雇止め」に対し、地位確認請求を認めていないのか。裁判所は、第2章3に詳述するとおり、非正規公務員と国・地方自治体の勤務に関する法律関係は行政処分による任用関係であると解しており、仮に裁判所が再任用を認めるなら、新たな行政処分を裁判所が作り出すことになり、それは法解釈の限界を超えることになると考えているからである。

では、非正規公務員が勤務継続を求めたい場合、まったく手立てはないのか。この点につき裁判所は、行政事件訴訟法3条6項の義務付け訴訟を提起すべきとしている²⁴⁾。しかし、第3章で詳述するとおり、義務付け訴訟の要件は非常に厳格であって、非正規公務員の勤務継続に対する期待を保護するうえで妥当性があるかについては一考を要する。また、そもそも、非正規公務員の勤務関係を行政処分による任用関係と解して、労働契約の下にある民間の有期契約労働者と別異に考える必要性はどこまであるのか、行政処分と解したとしても労働契約と同様の考え方や趣旨を持ち込むことはできないのかなど、検討すべき点は多々ある。しかし、非正規公務員をめぐる問題は、いわば労働法と行政法の間隙に陥った問題として、これまで十分な検討がなされてこなかった。

そこで、本論文では、非正規公務員の「雇止め」問題について、非正規公務

23) 非正規公務員と国・地方自治体の勤務に関する法律関係は行政処分による任用関係であると解する限り、それは雇用関係ではなく、「雇止め」という言葉は正確ではない。しかし、本論考では救済について考察に当たり、行政処分説への問題提起という観点からも、非正規公務員の期間満了の場面について、鍵括弧つきの「雇止め」という言葉を使用する。

24) 中野区事件・後掲注36)。

員が勤務の継続を求めるための訴訟選択や請求原因としてどのようなものが考えられ、それぞれどのようなメリット・デメリットがあるのかを検討しながら、ありうべき救済方法を模索したい。

そのため、以下では、第2章において、労働契約における雇止め法理を概観し、非正規公務員の「雇止め」に関する裁判例の動向を概観したうえで、非正規公務員の勤務関係の法的性質論を探求し、その法的性質論がどのような意味を持つかを検討する。第3章では、義務付け訴訟の要件と、非正規公務員の「雇止め」について義務付け訴訟を提起すること、特に義務付け訴訟の訴訟要件である重大性の要件についてその問題点を探る。第4章では、非正規公務員の「雇止め」を救済する手段として、裁判例では否定されてきた信義則や契約的性質を踏まえることによる地位確認が可能かを検討する。第5章では、「雇止め」につき処分性（第5章1で詳述）を認めることにより、行政事件訴訟法3条2項の取消訴訟による救済が可能かを検討する。最後に第6章では総括として、それぞれの救済方法の比較や、立法論に言及することで、改めて非正規公務員をめぐる問題点を浮き彫りにしたい。

第2章 非正規公務員の勤務関係に関する裁判例の現状と法的性質論

1 基本としての有期労働契約における雇止め法理

そもそも、労働契約における雇止め法理はどのようなものなのかについて、ここで改めて確認する。ある労働者が、民間企業等と期間の定めのある労働契約（以下、「有期労働契約」という。）を締結した場合、契約に定められた期間が満了すると、当該有期労働契約は終了となり、更新するかどうかについては別途双方の合意が必要である、というのが民法の原則である。つまり、労働者側も使用者側も、更新しないことについて何ら理由は求められない。

しかし、有期労働契約であっても、更新が反復されたことによって無期労働契約と実質的に同視できる場合や、無期労働契約と同視できなくとも、使用者が次の更新について期待させるような言動がある等、更新を期待することが

合理的な場合にも、民法上の原則を貫くと、実質的には無期労働契約と変わらないにもかかわらず、また、労働者側が更新に対する合理的な期待を有しているにもかかわらず、使用者側は期間満了を理由に有期労働契約を一方的に終了させることが可能となってしまうため、妥当ではない。そのため、判例は、このような労働者を保護するために、有期労働契約であっても、一定の場合には解雇権濫用法理（労働契約法16条）が類推適用され、合理的な理由のない限り使用者が更新拒絶（雇止め）を行うことはできないと判断してきた。これが雇止め法理と呼ばれるものである。有期労働契約が実質無期と同視できる類型については、東芝柳町工場事件²⁵⁾が先例とされ、更新に対する合理的な期待がある類型については、日立メディコ事件²⁶⁾が先例とされ、その後労働契約法19条において、実質無期の類型が1号、合理的期待保護の類型が2号としてそれぞれ条文化された。

雇止め法理に関するこれまでの裁判例を整理すると、実質無期の類型であっても、合理的期待保護の類型であっても、雇止めに解雇権濫用法理を類推適用すべきかに当たっては、雇用の臨時性・常用性、更新の回数、契約の通算期間、契約期間管理の状況（更新の際に契約書を作成し直しているかどうか等）、雇用継続の期待を持たせる言動・制度の有無等が判断要素となっている²⁷⁾。労働契約法19条は、判例法理を条文化したもので、新たな要件を加えるものでもなく、これまでの解釈を変更するものでもないとされているため、これらの判断要素は、労働契約法19条が適用されるか否かにおいて大きな意味を有している。

このように、労働契約の場合、有期労働契約が期間満了となっても、直ちに雇止めが可能とはならず、一定の場合には、労働者の雇用が保護されることになる。

なお、判例法理としての雇止め法理には、判例が「解雇権濫用の類推適用」と述べていることから、期間満了の通知（つまり観念の通知）にすぎない雇止

25) 最判昭和49年7月22日民集28巻5号927頁。

26) 最判昭和61年12月4日労判486号6頁。

27) 菅野和夫「労働法（第10版）」232頁（弘文堂・2012年）。

めを、解雇の意思表示と同視しているという理論的な問題点がある。また、実質無期の類型であれば、当事者の合理的意思表示から更新後の契約の存在を觀念することは比較的容易であるが、合理的期待保護の類型の場合、なぜ更新について契約の一方当事者に合理的な期待が存在すると、更新後の契約が発生するのかという点も理論的には問題である。この点について、判例による法定更新と解する説²⁸⁾や民法629条1条の更新の推定を根拠とする説²⁹⁾などが唱えられてきた。一方、立法担当者によれば、労働契約法19条は判例法理を変更するものではないとされているものの、条文上、更新について合理的な期待がある場合には、有期雇用者からの申込みに対し、使用者が承諾したものとみなすという構造になっており、厳密には判例法理としての雇止め法理とはその要件が異なると考えられる³⁰⁾。

2 非正規公務員の「雇止め」に関する判例等

(1) 大阪大学図書館事務補佐員事件

では、非正規公務員の「雇止め」は、裁判所においてどのように判断されているのか。

非正規公務員の「雇止め」に関し、先例となっている最高裁判例は、大阪大学図書館事務補佐員事件³¹⁾である（以下、「大阪大学事件」という）。これは、国立大学付属図書館に日々雇用³²⁾の職員として任用され、8回の更新手続きを経て4年7か月勤務後に「雇止め」されたXが、国に対し地位確認請求及

28) 菅野・前掲注27)・230頁。

29) 中野区事件・後掲注36)の判旨。

30) 菅野・前掲注27)・231頁。ただ、平成24年8月10日基発0810第2号「労働契約法の施行について」によれば、労働契約法19条の要件である「申込み」については、雇止めに対する異議や不服という黙示のものであっても構わないと解されている。

31) 最判平成6年7月14日労判655号14頁。

32) 日々雇用職員とは、現在の国家公務員の非常勤職員における期間業務職員が設けられる前の制度に基づく職員で、その名のとおり、法律上日々国に任用がなされることを原則とするものであった。

び国家賠償を求めた事案である。最高裁は、地位確認について、「任用予定期間が満了したことによって当然に退職したものとした原審の判断は、正当として是認することができ」とし、民間の雇止め法理を確立した東芝柳町工場事件・日立メディコ事件の各判例には抵触しないとした。また、国家賠償請求について、「任命権者が、日々雇用職員に対して、任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障するなど、右期間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬものとみられる行為をしたというような特別の事情がある場合には、職員がそのような誤った期待を抱いたことによる損害につき、国家賠償法に基づく賠償を認める余地があり得る」として、一般論では国家賠償請求が認められる場合があることを判示したものの、Xの国家賠償請求については棄却した。

大阪大学事件の判示をどのように解するかについては様々な議論があるが、一般的には、民間の雇止め法理と抵触しないと判断したことから、最高裁は、公務員の勤務関係について、労働契約ではなく、行政処分に基づく任用関係（この内容の詳細については第2章3で後述する。）であると判示したものと解されている。

また、判例は、非正規公務員の「雇止め」に対する国家賠償請求が認められるためには、「特別の事情」が必要であるとした。大阪大学事件が、この「特別の事情」の一例として、「任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障」した場合をあげていること、また任用継続の期待を「誤った期待」と判示していることから、「特別の事情」が認められる場合は非常に狭いという解釈もある³³⁾。他方で、「確約ないし保障」というのはあくまで一例にすぎず、大阪大学事件は「特別の事情」が必要と判示しているのみであるという見解も存在する³⁴⁾。

33) 川田琢之「一般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」（ジュリスト1342号191頁）や、下井康史「期限付き任用公務員の不再任用—法人情報・システム研究所（国情研）事件」（ジュリスト1354号238頁）によれば、後述の国情研非常勤職員事件の控訴審は、このような解釈をしているものとされている。

(2) 国情研非常勤職員事件

次に注目すべき裁判例は、国情研非常勤職員事件³⁵⁾である（以下、「国情研事件」という。）。これは、文科省所管の研究機関に13回の更新を経て13年11か月勤務してきた国家公務員非常勤職員のXが、研究機関の組織変更に伴い、期間任用の更新が最長3年までと方針転換されたことによって再任用されなかったため、地位確認及び国家賠償請求をした事案である。この事案では、Xの上司が、Xに対し、長期勤務を予定しているなどと話していた事情も存在した。

第一審は、大阪大学事件を引用しながら、公務員の任用関係について、任用更新が繰り返されたからといって期間の定めのない非常勤職員になることはないとして、雇止め法理の適用を否定した。しかし、任用行為にも信義則・権利濫用法理の適用があるとしたうえで、任用更新拒絶が裁量権を逸脱濫用する場合等特段の事情がある場合には、権利濫用・権限濫用の禁止に関する法理ないし信義則の法理により、任命権者は当該非常勤職員に対する任用更新を拒絶できない、と判示して、地位確認を認めた（第一審では、地位確認請求が認められたことにより、国家賠償請求については判断されなかった。）。

他方、控訴審は、退職した職員を再任用するか否かは任命権者の行う行政処分としての新たな任用行為であって、退職した非常勤職員にその行政処分を要求する権利を認めた法規はないこと、裁判所が任命権者の任用行為が存在しないにもかかわらず、判決によって任用行為を認めてしまうと、実質的に雇用期間の定めのない非常勤職員を生み出す結果をもたらし、円滑な行政の実施を阻害することなどを理由に、原審を破棄し、Xの地位確認請求を棄却した。また、国家賠償請求についても、Xが国の機関において期間雇用の非常勤職員として任用されていることを認識していたこと、期間を明示した人事異動通知書等を受け取っていたこと等から、採用されたら長く勤めてほしいと説明され、13回にわたり再任用が繰り返されたことによって再任用の期待を抱いたとし

34) 前掲注1)・78頁以下。

35) 第一審・東京地判平成18年3月24日労判915号76頁、控訴審・東京高判平成18年12月13日労判931号38頁。

ても、その期待は主観的な事実上のものにすぎず、法的保護に値しないとした。

国情研事件の第一審は、信義則を根拠にして地位確認を認めた。これは大阪大学事件以降、非正規公務員の地位確認請求を認めた唯一の裁判例である。しかし控訴審は、地裁の判断を覆し、地位確認請求を認めなかった。また、控訴審は、国家賠償請求も認めなかったが、これは大阪大学事件の「特別の事情」を非常に狭く解した結果であると考えられる。

(3) 中野区非常勤保育士再任用拒否事件

中野区非常勤保育士再任用拒否事件³⁶⁾は、特別職非常勤職員の保育士として、中野区に平成4年～7年以降任用されてきたX₁～X₄について、中野区が平成16年4月から指定管理者制度を導入することに伴い、直前の同年2月になって非常勤保育士の廃止を通知し、平成16年4月以降の再任用をしなかったため、X₁～X₄が地位確認及び損害賠償請求をした事案である（以下、「中野区事件」という）。

この事件においてXらは、地公法の特別職非常勤職員は、地公法の適用が排除されることから、Xらと区との関係は、私法上の労働契約であると主張した。それに対し裁判所は、地公法の適用が排除されるからといって、当然に私法上の労働契約となるわけではないとしたうえで、任用行為が行われていたという事実から、行政処分であると認定し、Xらの主張を排斥した。また、行政処分であるとしても再任用に関して解雇権濫用法理が類推適用されるとのXらの主張に対し、裁判所は、東芝柳町工場事件³⁷⁾や日立メディコ事件³⁸⁾を引きながら、「XらとYとの間の勤務関係においては、上記解雇権濫用法理を類推適用される実態と同様の状態が生じていたと認められ、Xらの職務の継続確保が考慮されてしかるべき事態であった」ことを認めながらも、三権分立の建前から、裁判所は行政庁に代わって行政処分すべきことを命じることは法解

36) 東京高判平成19年11月28日労判951号47頁。

37) 最判昭和49年7月22日前掲注25)。

38) 最判昭和61年12月4日前掲注26)。

積の限界を超えるものであるとして、地位確認は認めなかった。その際、裁判所が行政庁に代わって行政処分をなすべきことを命じることができる場合として義務付けの訴えに言及し、Xらが勤務継続を求めるのであれば義務付け訴訟を提起すべきとした。

一方、損害賠償請求について、裁判所は、中野区の担当者が非常勤保育士に対し、当然に再任用を請求する権利がないことについて疑義が生じないよう説明すべき必要性が高かったにもかかわらず説明をしていなかったことや、長期の職務従事を期待するような言動をしていたこと、職務内容が恒常的なものであること、再任用が9～11回行われ、再任用手続きは形式的なものでしかなかったこと等を認定し、再任用を期待することが無理からぬものとみられる行為があった「特別の事情」が認められるとして、1年分の報酬相当額の国家賠償を認めた。

(4) 武蔵野市非常勤嘱託職員地位確認等請求事件

武蔵野市非常勤嘱託職員地位確認等請求事件³⁹⁾は、国民健康保険のレセプト点検業務に従事する嘱託職員として武蔵野市に勤務してきたXについて、主位的請求として雇用関係または任用関係を前提とする地位確認を求め、予備的請求として、再任用の義務付けを求めた事案である（以下、「武蔵野市事件」という）。なお、本件では、Xが再任用拒否から数か月後には武蔵野市の別の課において嘱託職員としての勤務を開始した、という事情が存在した。

裁判所は、主位的請求たる地位確認については、後の3で詳述する行政処分説を理由に否定した。また、義務付け訴訟については、現在別の嘱託職員の地位にあり、報酬がレセプトに関する嘱託職員の時とほぼ同額であること、レセプト点検業務は専門的な知識技能を要する業務であって、その知識技能を必要とする職場は、Yのほかにもあることから、行政事件訴訟法37条の2第1項に定める重大性の要件（これについては第4章で詳述する。）を満たさないとし、

39) 東京高判平成24年7月4日公務員関係判例速報417号2頁。

請求を却下した。

(5) 大阪大学事件以降の裁判例の傾向

上記のとおり、大阪大学事件は、Xの地位確認請求を認めず、その判断は労働契約の雇止め法理を確立した東芝柳町工場事件・日立メディコ事件の各判例には抵触しないと判示していることから、日々雇用の国家公務員と国の勤務関係の法的性質について、労働契約説ではなく、後の3で詳述する行政処分説を取ったものと解されている。この行政処分説は、大阪大学事件以降の裁判例において、国家公務員、地方公務員の別や任用根拠を問わずに引用され、国情研事件の第一審を除き、その後のすべての裁判例は、一切の地位確認を認めていない。大阪大学事件以前、非正規公務員の勤務関係の法的性質について、労働契約であることを前提として判断した裁判例⁴⁰⁾も数件存在したが、全体としては行政処分説を前提とする裁判例が多数であり、最高裁が大阪大学事件において行政処分説を取ったことにより、裁判所の立場が固まったといえる⁴¹⁾。

また、国家賠償請求についても、大阪大学事件は、請求を認めるためには「特別の事情」が必要であるとしている。同事件が、「特別の事情」の例示として、「任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障」した場合などをあげていることからすれば、非正規公務員の「雇止め」が国家賠償において違法となるのは、非常に限定的な場合のみということになる。実際、国情研事件では、Xについて、13回反復更新がなされて14年弱勤務を継続していたことや、採用されたら長く勤めてほしいと説明されていたという事情があり、民間の雇止め法理の下であれば勤務継続に対する合理的期待が認められる可能性の高い事案であったと思われるものの、同事件の控訴審は、Xの抱いた再任

40) 北九州市（門司病院）事件・福岡地小倉支部判昭和46年10月7日労経速840号23頁（ただし、控訴審で判断が覆され原告の請求は棄却された。）、加古川市事件・神戸地姫路支部判昭和49年9月2日労旬867号55頁等。

41) 非正規公務員の「雇止め」に関する裁判例の流れについては、川田琢之「任期付任用公務員の更新打ち切りに対する救済方法」筑波ロー・ジャーナル3号99頁が詳細な分析を行っている。

用への期待は、主観的な事実上のものにすぎず、法的保護に値しないとして、大阪大学事件のいう「特別の事情」の存在を否定した。このように国情研事件の控訴審では、「特別の事情」の範囲が非常に狭く解されており、任用更新に対する期待権侵害が国家賠償法上違法となる余地はおよそないかのような判示であった。

もっとも、その後の中野区事件は、Xについて、再任用が9～11回行われ、再任用は形式的なものでしかなかったことや勤務内容について恒常性があったことなどから、「特別の事情」があるとして国家賠償請求を認めた。この事件は、非正規公務員の勤務継続に対する期待権を正面から認めた裁判例であると解することが可能である。その後の武蔵野市事件も、中野区事件と同じく、期待権侵害に対する国家賠償請求を認容した。

このように、これまでの裁判例では、非正規公務員の「雇止め」に関し、国情研事件の第一審を除き地位確認請求は一切認容されておらず、その国情研事件第一審も、控訴審において、判断が覆されて地位確認を否定された。中野区事件以降、「雇止め」が期待権侵害に該当する場合には、国家賠償請求が認容されるのみである。国情研事件が典型であるが、中野区事件及び武蔵野市事件においても、更新回数、業務の恒常性、更新を期待させる言動等が認定されており、仮に民間企業での雇止め事件であれば、労契法19条により地位確認そのものが認められた可能性が高かった事案であったにもかかわらず、地位確認は認められていない。

3 非正規公務員の勤務関係の法的性質～行政処分説

(1) 行政処分とは何か

では、なぜ非正規公務員については、民間の有期労働者と異なり、雇止め法理の適用が認められず地位確認請求が認容されないのか。裁判所は、中野区事件や武蔵野市事件において、国家賠償請求については期待権侵害を認めているにもかかわらず、地位確認については一切請求を認めていない。この理由は、裁判所（特に先例となる大阪大学事件）が、国・地方公共団体と非正規公務員の

勤務関係の法的性質について、労働契約ではなく、行政処分に基づく任用関係であると解しているからである（本論文において、「行政処分説」という。）。

労働契約ではなく、行政処分と解すると、なぜ地位確認が一律認められないのか。この問題を考えるためには、まず行政処分の一般的な法的性質を理解しておく必要がある⁴²⁾。

行政処分とは、公権力の行使（行政事件訴訟法3条2項）、すなわち、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為により直接国民の権利義務を形成またはその範囲を確定することが法律上認められているもの、を指す⁴³⁾。単に処分という場合や行政行為という場合もある⁴⁴⁾。行政のある行為が行政処分と解された場合、契約のような当事者間の意思表示の合致により法律関係が形成されるのではなく、行政庁の一方的意思表示によって、法律関係が形成される。

行政処分の一般的な性質として、1)「法律による行政の原理」があげられる。「法律による行政の原則」とは、行政の諸活動は、法律の定めるところにより、法律に従って行わなければならないという法原則のことである⁴⁵⁾。すなわち、行政処分はあくまで法律に定められた要件を満たした場合に法律に定められた効果しか発生しないというもので、行政庁の恣意的な権限行使を抑制するための原則である。法律による行政の原理に鑑みれば、当事者の合理的意思解釈等の契約法の原則は、行政処分には適用がないことになる。

また、2) 三権分立の観点から、法律上特段の定めがない限り、裁判所が判

42) なお、ここで記載する行政処分の「一般的な法的性質」とは、裁判実務をベースとするものであり、学説ではその法的性質について、異なる見解が提示されている。本論文は、非正規公務員の「雇止め」について、裁判による救済を考えることが前提となるため、ここでは、裁判実務で一般的となっている法的性質論について言及することにする。

43) 最判昭和30年2月24日民集9巻2号217頁。

44) 学説では、「行政処分」「処分」「行政行為」についてそれぞれ異なる定義づけを行う場合もあるが、ここではその点には立ち入らず、本論文では同義として用いることとする。

45) 藤田宙靖「行政法Ⅰ（総論）第4版」（青林書院・2005年）49頁、櫻井敬子・橋本博之「行政法（第4版）」（弘文堂・2013年）13頁等。

決によって新たな行政処分を作り出すことはできないと解されている。

さらに、3) 行政処分には原則として行政裁量が存在する。行政事件訴訟法30条により、裁判所は、行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲を超えまたはその濫用があった場合でない限り取り消すことができない。これは、裁判所の機能として、その権限は原則として行政活動の違法適法の判断のみに限らざるをえず、行政機関が専ら政策的・行政的見地から行う各決定に対し、その政策的判断の当・不当をコントロールするのは、本来裁判所の権限外である、という考え方に基づくものである⁴⁶⁾。これは、裁判所は、あくまで行政の判断について事後の違法・適法を判断するのみであるという点から、裁判所が先に新たな行政処分を作り出すことはできないという原則とも関連がある。

(2) 非正規公務員の勤務関係を行政処分と解することと地位確認

公務員の勤務関係について、行政処分説を取ると、正規・非正規を問わず、任用、懲戒、給与等が法定されており、かつ、行政庁の任用という行政処分により、初めて勤務関係が発生すると解されている。裏を返せば、行政庁たる国または地方自治体が行政処分をしない限りは、勤務関係は発生しないということになる。非正規公務員の勤務関係は任用という行政処分に基づいて発生するものだと解すると、非正規公務員の「雇止め」に対する地位確認訴訟において、任用について期間の定めがあることが法律上決まっている以上、法律による行政の原理を貫く限り、任用期間が「実質無期と異なるものになっている」と解することはできない。また、更新に対する合理的な期待がある場合にも、裁判所が非正規公務員としての地位を認めるということは、すなわち、期間満了後の再度の任用という新しい行政処分を裁判所が作り出すことになり、三権分立の原則に反することになる。

このような理由から、裁判所は、非正規公務員の地位確認に対し、「雇止め」の具体的内容の違法性を判断することなく、いわば法形式上の理由により、一

46) 藤田・前掲注45)・99頁。

律に地位確認を認めていない。特に、第4章で検討するとおり、中野区事件は上記1)から3)の性質論を検討のうえ、非正規公務員について地位確認請求はできないと判示した。

4 救済方法の模索

では、「雇止め」された非正規公務員が勤務継続を求めたい場合、救済手段は一切ないのか。この点について、中野区事件の控訴審は、非正規公務員が勤務継続を求める場合、行政事件訴訟法3条6項の義務付け訴訟を提起すべきと明言している。そのため、非正規公務員の「雇止め」に対する第一の救済方法として、通常地位確認請求ではなく、義務付け訴訟を提起することがまず考えられる。ただ、第3章でも検討するとおり、義務付け訴訟は要件が厳格に判断されるおそれがあり、勤務継続に対する期待の保護をどれだけ実効的にカバーできるのかについては、検討を要するところである。

また、現状の裁判例を前提とすれば、地位確認請求は「雇止め」の状況に関する具体的検討に入ることなく棄却となり、「事実上の裁判拒絶」⁴⁷⁾ともいえる事態となっているが、そのような結論は果たして妥当なのだろうか。翻って考えると、判例法理たる民間の雇止め法理は、特に合理的な期待保護の類型について、裁判所が、いわば使用者の予定していない新たな契約を創設していたのに対し、なぜ国や地方公共団体の場合には、「行政処分の性質論」を理由にそれが一切認められなくなるのかについては、実はそれほど深まった議論はされていない。そこで、第二の救済方法として、通常地位確認請求において、主に信義則や契約的性質を理由にして非正規公務員の勤務継続が認められる場合があるかについて、信義則による救済を認めた国研事件の第一審や、地位確認を認めなかったほかの裁判例の判示を踏まえながら検討する。

さらに、正規の公務員の場合、民間の解雇に相当するものとして、分限免職処分があり、分限免職に不服がある者は、分限免職処分の取消訴訟（行政事件

47) 櫻井敬子「労働判例にみる公法論に関する一考察—一期限付き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月号）。

訴訟法3条2項)を提起することができる。民間の雇止め法理も、無期労働契約における解雇権濫用法理を有期労働契約に類推適用するものだとすれば、非正規公務員の「雇止め」についても、正規の公務員と同様の方法によることができるかについても、一考する価値があろう。そこで、第三の救済方法として、非正規公務員の「雇止め」に対する取消訴訟の可能性を検討する。

なお、そもそもの元凶たる行政処分説を否定し、労働契約説に基づき、雇止め法理の適用を目指すという方法も考えられるところである。しかし、仮に非正規公務員の勤務関係の法的性質論について、労働契約説を取ったとしても、労働契約法22条により、労働契約法19条の雇止め法理に関する条文が公務員全般について適用除外であること⁴⁸⁾に加え、大阪大学事件において最高裁判例が行政処分説を取り、雇止め法理を判例として確立した東芝柳町工場事件及び日立メディコ事件との抵触はないと判示していることを踏まえ、本論文では、裁判上の救済方法を探るという観点から行政処分説を否定したうえでの労働契約説には触れない。ただし、第4章において、行政処分説と労働契約説が相反するものではないという点からの検討は行う。

第3章 義務付け訴訟

1 義務付け訴訟の要件等

(1) 義務付け訴訟とは

まず、義務付け訴訟の一般的な要件を確認していく。義務付け訴訟とは、裁判所に対し、行政処分を行政庁に直接義務付ける判決を求める訴訟である（行

48) 労働契約法22条により非正規公務員について労働契約法19条の適用が排除されるとしても、判例法理としての雇止め法理の適用はありうると解することは一応可能であるが、立法担当者の解説及び現在の裁判実務において労働契約法19条はこれまでの雇止め法理を条文化したものにすぎないと解していること、大阪大学事件が地位確認請求を否定した際に、判例法理としての雇止め法理を確立した東芝柳町工場事件や日立メディコ事件の判例法理には抵触しないと明言したことを踏まえると、判例法理としての雇止め法理の適用を考えることも難しい。

政事件訴訟法3条6項、37条の2)。平成16年の行政事件訴訟法改正により、抗告訴訟⁴⁹⁾の一つとして法定された。

義務付け訴訟の種類には、私人に処分または裁決を申請する権利があることを前提として、申請が拒否され、または、不作為状態が継続している場合に、直接申請を認容することの義務付けを求める「申請型義務付け訴訟」（行政事件訴訟法3条6項2号）と、申請権の存在を前提とせずに、義務付けを求める「非申請型義務付け訴訟」（行政事件法3条6項1号）の2類型が存在する（以下、それぞれ「申請型」「非申請型」という。）。

申請型は文字通り国民からの申請に対し、行政庁が申請に対し何ら応答しない、または申請が却下・棄却となった際の類型であるため、基本的には、申請者本人からの訴訟提起を予定している。一方、非申請型は、申請型のような行政庁に対する申請がない場合であるため、第三者への行政処分の義務付けを求める場合が多い⁵⁰⁾。そのため、次の(2)で詳述するとおり、要件に違いが存在する。

義務付け訴訟が認容された場合、主文としては、「当該行政庁は、当該行政処分をせよ」という内容となり、判決により、裁判所が行政庁に代わって行政処分の意思表示を行うわけではない。そのため、判決後に正式に行政処分の法律効果が発生するためには、別途その判決を受けた行政庁による正式な行政処分が必要である。また、義務付け訴訟には強制執行の手段もないため、理論的には、仮に行政庁が判決を無視した場合、それが別途国家賠償となる可能性があるのはともかく、義務付け訴訟を提起した原告としては、行政庁に対し、行政処分を強制する手段はないことになる。

義務付け訴訟が認容された裁判例として、申請型では、気管切開手術を受けてカニューレを装着している児童について、市に対し保育園の入園を承諾することが義務付けられた事案⁵¹⁾、障害者自立支援法に基づく各介護給付費支給

49) 行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟（行政事件訴訟法3条1項）をいい、取消訴訟、義務付け訴訟等、行政処分に対する不服申立ての訴訟の総称。

50) 宇賀克也「行政法概説Ⅱ—行政救済法（第4版）」（有斐閣・2013年）325頁。

決定が、申請した重度訪問介護の支給量に満たないものであるとの理由により、上記各介護給付費支給決定の取消し及び処分の義務付けが認められた事案⁵²⁾などがある。また、非申請型の認容例としては、産廃施設周辺住民による、知事が処分場の事業者に対し廃棄物処理法上の措置命令を発することの義務付けが認容された事案⁵³⁾などがある。

(2) 義務付け訴訟の要件及び申請型・非申請型の要件が異なる理由

申請型の訴訟要件は、①-1 申請等に対し相当の期間内に何らの処分等がなされないこと、または、①-2 申請等を却下・棄却する処分等がなされた場合において、当該処分等が取り消されもしくは、無効・不存在であること、②原告が申請等をした者であること、③不作為の違法確認または、処分等の取消訴訟もしくは無効等確認の訴えを併合提起すること、④併合提起した取消訴訟等についても訴訟要件も満たすことであり、本案勝訴要件は、⑤併合提起した取消訴訟等について理由があると認められること、⑥-1 行政庁がその処分等をすべきであることがその根拠法令から明らかであると認められること、または、⑥-2 処分等をしないことが裁量権の逸脱濫用となると認められること、である（行政事件訴訟法 37 条の 3）。

非申請型の訴訟要件は、①処分がされないことによって重大な損害を生じるおそれがあること（重大性）、②損害を避けるためにほかに適当な方法がないこと（補充性）③行政庁が処分をすべき旨を命じることを求める訴えにつき法律上の利益を有すること（法律上の利益）であり、本案勝訴要件は、④-1 行政庁がその処分をすべきであることがその根拠法令から明らかであると認められること、または、④-2 処分をしないことが裁量権の逸脱濫用となると認められること、である（行政事件訴訟法 37 条の 2）。

非申請型の要件である重大性については、行政事件訴訟法 37 条の 2 第 2 項

51) 東京地判平成 18 年 10 月 25 日判時 1956 号 62 頁。

52) 和歌山地判平成 24 年 4 月 25 日判時 2171 号 28 頁。

53) 福岡高判平成 23 年 2 月 7 日判時 2122 号 45 頁。

で解釈規定が設けられ、裁判所は、重大性の判断において「損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする」とされる。この重大性の判断においては、生命・身体・プライバシー権等人格的権利が問題となっている場合、回復の困難の程度は高いといえるのはもちろんのこと、財産的損害であって金銭賠償による事後補てんが可能であるとしても、直ちに「重大な損害」に該当しないと判断されず、処分内容及び性質も考慮して、回復の困難の程度を考慮するものとされている。また、「処分内容及び性質をも勘案すること」とされているのは、当該処分がなされないことによる原告に与える影響のみならず、当該処分がされることにより広く多数の利害関係人等の権利義務に対してどのような影響を与えるものであるかも含めて検討されるべきであるという趣旨であると解されている⁵⁴⁾。

このように、申請型と非申請型は訴訟要件及び本案勝訴要件が異なり、非申請型の要件の方が厳格である（行政事件訴訟法37条の2及び37の3）。その理由は、非申請型は、法令上の請求権がない者が行政処分を求め、裁判所が、法令が正面から予定していないルートで行政庁に一定の処分の発動を命じることになるのに対し、申請型では、法令上認められた申請等に対する行政庁の返答が違法に放置・拒否されている事例が想定されているからである⁵⁵⁾。つまり、非申請型において、重大性の要件が求められる理由は、申請権を持たない原告が、行政に対して処分をすることを求める訴訟類型であるため、原告の被っている不利益が一定程度のレベルにあり、当該処分の義務付けという形での救済の必要度が相応に高いことが求められる趣旨と解されている⁵⁶⁾。

54) 行政事件訴訟法37条の2第2項の具体的内容について、南博方他編著「条解行政事件訴訟法（第4版）」752頁（弘文堂・2014年）。

55) 櫻井・橋本・前掲注45)・348頁。

56) 櫻井・橋本・前掲注45)・349頁。

2 非正規公務員の再任用義務付け訴訟

(1) 争点について

非正規公務員が勤務継続を求める場合、法律上非正規公務員に再任用に対する申請権があるわけではない。そのため、義務付け訴訟の訴訟形態としては非申請型を選択することになる。しかし、非申請型でありながら、第三者ではなく原告自身に対する処分を義務付けることを求める訴訟となり、典型的な非申請型とはややパターンが異なることになる。

非正規公務員が勤務継続を求めるための義務付け訴訟について、上記の非申請型の要件をそれぞれ検討すると、③法律上の利益は、非正規公務員本人の勤務継続に関するものであるため、当然認められる⁵⁷⁾。また、②補充性について、民事上の請求が可能であるというだけで補充性を否定してしまうと、義務付け訴訟のルートが著しく狭められてしまうことから、義務付けに代替する救済手段が特に法定されている場合にのみ、補充性の存在が否定されると解されている⁵⁸⁾。したがって、非正規公務員についても、法定された救済手段がない以上、補充性の要件は当然肯定される。そのため、非正規公務員の「雇止め」に関する義務付け訴訟においては、基本的には、①重大性と④本案勝訴要件の存否が主な争点となる。なお、非正規公務員の再任用義務付け訴訟の場合、「④-1 行政庁がその処分をすべきであることがその根拠法令から明らかである」と認められる場合は想定しにくく、基本的には、「④-2 処分をしないことが裁量権の逸脱濫用となる」かどうか争いになると考える。

(2) 裁判例

非正規公務員の勤務継続に関し、義務付け訴訟が提起された裁判例は、現在、

57) なお、非正規公務員が勤務継続を求める義務付け訴訟について、当事者適格がないとする説として、田中信義「非常勤職員の『雇止め』と判例法理／非常勤職員の『雇止め』に係る地位確認請求及び国家賠償請求に関する裁判例」期間公務員関係判例研究第166号33頁が存在するが、義務付けが認容されれば、自身の非正規公務員としての法的地位に影響を及ぼすものであることは明らかであり、「法律上の利益」が存在することは明白である。

58) 櫻井・橋本・前掲注45)・349頁。

武蔵野市事件のみである。これは、上述のとおり、地位確認訴訟、義務付け訴訟及び国家賠償請求が併合提起された事案である。第一審は、義務付け訴訟について、重大性要件に関する行政事件訴訟法37条の2第2項で解釈規定に言及したうえで、具体的判断内容として i) Xが訴え提起後に武蔵野市の別の課の嘱託職員として採用され、その報酬が従前と遜色ないこと、ii) Xが従前行っていたレセプト業務は専門的な知識・技能を要するものであって、そのような知識・技能を要する職場はほかにもあることの2点から重大性要件を否定し、本案勝訴要件を検討することなく、義務付けの訴えを却下した。また、控訴審においてもこの判断及び理由は維持された。

3 非正規公務員の再任用義務付け訴訟はどのような場合に認容されるべきか

(1) 重大性要件について

武蔵野市事件では、上記のとおり、訴え提起後すでに相当の就職先を得ていることと、Xの業務について専門性が高く、転職が容易であることを理由に重大性の要件が否定されている。裁判所は重大性の検討の前提として、行政事件訴訟法37条の2第2項の解釈規定に言及しているものの、損害の回復の困難さ、損害の性質・程度、処分の内容・性質といった要素を詳細には検討していない。

しかし、非正規公務員の再任用義務付け訴訟において、武蔵野市事件のように、他に就職して「雇止め」前と同程度の収入を得ていることや、業務内容から転職可能性が容易であることを理由に重大性の要件を否定することは妥当ではない。他への就職については、裁判で争う場合には判決まで1年以上かかることも少なくなく、また、第1章で確認したとおり、非正規公務員の収入はそもそも低いことから、他への就職やその就職後の収入の多寡を理由に重大性が否定されれば、非正規公務員の再任用義務付け訴訟が認められる場合が皆無となってしまうかねない。さらに、業務内容についても、非正規公務員の場合、第1章でもみたとおり、図書館、保育士、相談員等、一定の専門性を有している場合が多いと考えられ、従事している業務の専門性を理由に重大性の要件が

否定されると、非正規公務員が救済される場合はやはり著しく限定的になる。

加えて、重大性の要件はそれ自体曖昧で予測可能性が低く、また、義務付け訴訟の裁判例においては、重大性の要件が非常に厳格に判断される例も散見される⁵⁹⁾。非正規公務員の再任用義務付け訴訟において、損害の性質が財産的損害であって、事後賠償によって回復可能であるために重大性の要件は認められないと安易に判断されれば、非正規公務員が救済される可能性はおよそ閉ざされてしまう。

では、非正規公務員の義務付け訴訟における重大性の判断はどのように考えるべきか。上記本章1(2)のとおり、非申請型義務付け訴訟において、重大性の要件が必要とされる理由は、法律上申請権のない原告について、その被っている不利益が一定程度のレベルにあり、当該処分義務付けという形での救済の必要度が相応に高いことが求められる趣旨である。これは、原告の救済の必要性という観点から検討されるべきものであって、形式論的な厳格さが要求されるものではない⁶⁰⁾。また、非正規公務員が被る損害は、給与（や報酬）に関するものであり、「雇止め」によって収入が途絶えれば非正規公務員は生活困窮に陥ってしまう。このことを踏まえれば、重大性（すなわち救済の必要性）を検討するうえで、「雇止め」後にも就職できていない場合、すなわち無職の場合には、救済の必要性が高く、重大性の要件は当然認められるというべきであろう。また、非正規公務員の業務が専門性の高いものであることが多いことに鑑みれば、仮に訴訟中に他に就職していたとしても、アルバイトのようなものにとどまっている場合や、それまでのキャリアとかけ離れた職種に従事している場合なども、キャリア形成に対する侵害という事後賠償では填補されない損害があるとして、重大性要件を肯定すべきと考える。この点、武蔵野市事件は、

59) 裁判所が非申請型義務付け訴訟一般において、重大性の要件が厳格に判断していることや、特に処分の相手方が原告となる非申請型について、重大性の要件を要求することを批判するものとして、阿部泰隆・斉藤浩編「行政訴訟第2次改革の論点」（信山社・2013年）9頁、76頁。

60) 櫻井・橋本・前掲注45)・349頁。

Xが、「雇止め」の数か月後に、同じく武蔵野市における別の課の嘱託職員として採用されたという事情があることから、事実上異動があったものと同視できる事案であり、そのように解する限り、武蔵野市事件においてXの救済の必要性が低いものとして重大性要件が否定されたことも妥当であったといえる。

一方、転職可能性について、例えば年齢が高い場合や地域特性により転職先が限られるといった事情は転職可能性が低いものとして重大性の要件を肯定する要素となりうるが、上述のとおり、非正規公務員は一般的に専門性の高い業務に従事していることが多く、また、専門性の高さや他への転職の容易さは一概には結びつかないものであることから、専門性は重大性要件において考慮すべきではない。

このように、非正規公務員の再任用義務付け訴訟における重大性の要件は、主に生活困窮やキャリア形成の観点から判断すべきものであり、そのように解すれば、非正規公務員の再任用に関する救済の可能性が適切に判断されるものとする。また、年齢や地域特性から転職可能性が低い場合にも重大性の要件が肯定される場合もあろう。

(2) 本案勝訴要件

武蔵野市事件では、本案勝訴要件について、「処分をしないことが裁量権の逸脱濫用となると認められる」かどうかについては、訴訟要件である重大性の要件が否定されているため判断されていない。

ただ、武蔵野市事件では、併合提起された国家賠償について、再任用を期待することが無理からぬ特別の事情があったとして認容されている。同事件では、「再任用を期待することが無理からぬ特別の事情」の具体的内容として、i) 業務内容の恒常性、ii) 21回更新されて21年以上勤務していたこと（更新回数・期間の長さ）、iii) Xに対し、Yから長期勤務を期待させる説明があったこと（期待を生じさせる言動）、iv) 再任用に当たって委嘱状は交付されていたものの、任用期間の説明はなかったことなど（更新時の態様）があげられており、民間の雇止め法理とほぼ同じ要素が斟酌されている。

この点、「処分をしないことが裁量権の逸脱濫用となると認められる」かどうかと、「再任用を期待することが無理からぬ特別の事情」は、厳密には異なる概念である。例えば、中野区事件の場合、再任用に対する合理的期待がある一方で、Xらが勤務していた保育施設は指定管理者制度を導入することが決定されているため、保育士たる非正規公務員は現実には削減せざるをえない。この場合において、同区内のほかの保育施設等への異動等を検討したかなどの再任用拒絶の回避の事実があるかを検討の上、回避義務を履行したことが認められるのであれば、最終的には再任用を行わなかったとしても、「処分をしないことが裁量権の逸脱濫用となると認められる」とまではいえないものと考えられる。ただ、「処分をしないことが裁量権の逸脱濫用となると認められる」かどうかの判断に当たって、「再任用を期待することが無理からぬ特別の事情」と同じく合理的期待権が発生していたかという点は重要であり、その点では考慮すべき事実は変わらないであろう。

4 義務付け訴訟による救済の問題点と解決の途

本章でも検討したとおり、重大性の要件は、主に生活困窮やキャリア形成という観点や年齢・地域特性を踏まえた転職可能性の多寡から、柔軟に検討されるべきと考える。

ただ、裁判所において、重大性の要件が厳格に解されてしまう可能性は十分ありえ、その場合、非正規公務員の再任用義務付け訴訟が認容される可能性は著しく低くなる。これは、非正規公務員の再任用義務付け訴訟が非申請型義務付け訴訟として位置づけられ、重大性の要件が要求される結果、申請型義務付け訴訟よりも要件が厳格であることが問題点としてあげられよう。

第4章 地位確認請求（主に信義則を根拠とする実質的当事者訴訟）による救済

1 非正規公務員が地位確認請求をすることの行政法学上の意義

義務付け訴訟や取消訴訟等、行政庁の公権力の行使（つまり処分）に関する

不服についての訴訟を抗告訴訟という（行政事件訴訟法3条1項）。これに対し、大阪大学事件、国情研事件、中野区事件では、原告は、地位確認請求により国または地方公共団体との法律関係の確認（及び給与・報酬の給付）を求めている。このように、原告と行政間の公法上の法律関係の存否の確認または給付を求める訴訟を実質的当事者訴訟という（行政事件訴訟法4条後段⁶¹⁾）。

抗告訴訟と実質的当事者訴訟との関係について、基本的に両者は排他的な関係ではないと解されている⁶²⁾。裁判例においてもそれは認められており、例えば、懲戒免職処分を受けた際に、懲戒免職処分について抗告訴訟を提起することも、懲戒免職処分が無効であることを前提に退職手当の支払い請求訴訟⁶³⁾を提起することも適法である⁶⁴⁾。

本章では、抗告訴訟ではなく、実質的当事者訴訟の類型において、非正規公務員の「雇止め」に関し、地位確認請求が認められるか否かについて検討する。主に信義則を根拠とする地位確認請求の可能性を検討するが、それ以外の根拠についても合わせて言及する。

2 非正規公務員の地位確認請求

(1) 裁判例

非正規公務員の「雇止め」に関し、地位確認を認容したのが国情研事件の第一審であった。国情研事件の第一審は、まず大阪大学事件を引用して、非正規公務員について、勤務条件法定主義が取られ、法や規則に則って任用される以

61) 行政事件訴訟法4条前段は、形式的当事者訴訟の定めであり、処分等の効力を争うという点で抗告訴訟としての実質を有するにもかかわらず、法令の規定により当事者訴訟の形式を取るものを指す（櫻井・橋本・前掲注45）・369頁）。

62) 南・前掲注54）・131頁。

63) 最判平成11年7月15日判時1692号140頁。

64) ただし、処分の違法無効を確認する訴訟は抗告訴訟である。また、実質的当事者訴訟において何らかの権利義務の確認を求める際、民事訴訟と同じく、確認の利益との観点から、確認訴訟による請求が適切かどうか判断されるため、結論として実質的当事者訴訟ではなく、抗告訴訟によるべきとされ、確認の利益がないと判断されることはありうる。

上、任用の更新が繰り返されたからといって、期間の定めのない非常勤職員に転化することはないと判示し、解雇権濫用法理の類推適用、つまり雇止め法理の適用はないとした。

しかし、裁判所は続いて、行政事件訴訟法 30 条に行政処分について逸脱濫用があった場合には違法となることが明記されていることや、公法上の法律関係においても信義則の適用が認められることなどから、公法上の法律関係においても権利濫用や信義則の法理が妥当する場合があるとしたうえで、1) 任命権者が、非常勤職員に対して、任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障するなど、右期間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬものとみられる行為をしたというような特別な事情があるにもかかわらず、任用更新をしない理由に合理性を欠く場合、2) 任命権者が不当・違法な目的をもって任用更新を拒絶するなど、その裁量権の範囲を超えまたはその濫用があった場合、3) その他任期付きで任用された公務員に対する任用更新の拒絶が著しく正義に反し社会通念上是認しえない場合など、特段の事情が認められる場合には、権利濫用・権限濫用の禁止に関する法理ないし信義則により、任命権者は当該非常勤職員に対する任用更新を拒絶できないというべきであると判示した。すなわち、国情研事件の第一審は、大阪大学事件が国家賠償を認める際に必要とした「特別の事情」を、任用更新が拒絶できない場合の要件に援用した。そのうえで、更新拒絶の有効性の具体的判断において、X が補助業務ではなく恒常的な業務に従事していたこと、これまで希望者はほぼ漏れなく任用更新されていたこと、X が 13 回任用更新されていたこと、Y が平成 11 年ころから任用更新を 3 年に限るという方針を決定したが、X らに知らされることはなく、再就職先を探す機会が与えられなかったこと等、任用拒絶に際して適正な手続きが履践されなかったこと等から、X に対する任用更新の拒絶は著しく正義に反し社会通念上是認しえないというべきであるとした。

このように、国情研事件の第一審は、大阪大学事件を踏まえて雇止め法理の適用を否定しながらも、権利濫用や信義則を理由に、雇止め法理とほぼ同じ要素を検討のうえ、Y は任用更新拒絶ができないと結論付け、地位確認請求を認

めた。

(2) 信義則等を根拠とする救済への批判・問題点

国情研事件の第一審は、主に信義則を根拠として、期間満了後の非正規公務員の地位を認めている。その理論的構成について、国情研事件の第一審は、「任用更新を拒絶できない」と判示するのみで必ずしも明確な言及をしていないが、考えられるものとしては、1) 任用を更新すべきことが予定されていた（更新が前提であった）ものとして、任用が更新されたと解するか、2) 裁判所が期間満了後の新しい任用を創設していると解するかのいずれかであると考えられる⁶⁵⁾。1) の考え方は、信義則や合理的意思表示等を根拠に、更新の予定の存在を認定するというものである。2) は、信義則を根拠に、新たな任用処分の存在を認定するものである。

しかし、1) の考え方について、仮に更新の予定を合理的意思表示に求める場合、行政処分において、合理的意思表示を行うことはできないと考えられていることが問題となる。この点について、中野区事件の控訴審は、任命行為は行政処分であって、当事者の意思の合致ではなく、任命権者による意思表示のみをもって効力が生じるものであると判示して、任用処分においては、当事者の合理的意思表示を基礎とする雇止め法理の適用はないと判示している。

また、1) のように更新の予定を認定するにしろ、2) のように新たな任用処分の存在を認定するにしろ、これは法令上の根拠がないにもかかわらず裁判所が判決によって行政処分を作り出すことになり、三権分立の建前に反し、法解釈の限界を超えるのではないかという批判⁶⁶⁾が存在する。

さらに、1) 2) の考え方に共通する点として、信義則による救済を考える場合、法律による行政の原則の観点から、法律において要件効果が具体的に定められていないにもかかわらず、信義則による救済を認めてしまうことには慎重であるべきである⁶⁷⁾という批判が存在するという点がある。

65) 川田・前掲注33)。

66) 中野区事件において、雇止め法理の適用を認めなかった理由としてあげられた判示。

このように、1) 2) の考え方とも、第2章3で述べた行政処分の基本的な考え方に抵触すると解されている。だからこそ、裁判例において、国情研事件の第一審以外に地位確認請求が認められたものは存在しない。

(3) 実質的当事者訴訟による救済のための検討課題

しかし、上記のとおり、抗告訴訟と実質的当事者訴訟は本来相互補完的な関係にあるにもかかわらず、中野区事件の判示のように、非正規公務員の再任用については専ら抗告訴訟たる義務付け訴訟によるべきとして、実質的当事者訴訟による救済可能性を一切排除する考え方は妥当ではない。

以下では、非正規公務員について実質的当事者訴訟における救済の可能性を考えるために、①行政処分に合理的意思解釈を適用することはできないのか、②判決による行政処分の創設と三権分立の問題をどのように考えるべきか、③信義則による救済が認められる場合とはどのような場合か、をそれぞれ検討する。

3 行政処分に合理的意思解釈を適用することは可能か

ある行政の行為が行政処分であると解されると、当事者の合理的意思解釈はすべて排斥されてしまうのだろうか。この点に関し、非正規公務員の勤務関係の法的性質について、労働契約と解したうえで、任用や免職等勤務に関する一定のものについては法律上、異議申立ての方法が抗告訴訟に限定されているにすぎないとして、合理的意思解釈は当然妥当すると解する学説が存在する⁶⁷⁾。これは、非正規公務員の勤務関係は労働契約であり、任命や免職等について処分と解されているのは、それを争う手段が抗告訴訟に限定されるという以上の意味を持たないこと、また、法令の定めが存在する勤務条件については合理的意思解釈が排除されるものの、法令に定められていない事項については、契約

67) 塩野宏「行政法I（第5版補訂版）」82頁（有斐閣・2013年）以下。

68) 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132頁、櫻井・前掲注47)。

法理が妥当し、当然合理的的意思解釈も妥当する、と解するものである。

このように行政と私人との関係を契約関係とみながら、一定の場面において処分と解する考え方は、決して学説だけに特異なものではない。例えば、最高裁⁶⁹⁾は、弁済供託に関し、Xが弁済供託を行った後に供託金の取戻請求を行ったところ、供託官が時効により消滅したとして請求を却下したという事案について、供託者と国との関係を民法上の寄託契約であると解したうえで、供託物取戻請求に関する供託官の判断は公益上の目的から行政処分であるとした。この弁済供託の判例を踏まえれば、任用行為自体は行政処分であり、また、給与等の一定の勤務条件について法令の適用があるとしても、非正規公務員と国・地方公共団体との勤務関係の法的性質は労働契約であると解することは十分可能である。

また、最高裁自身、公務員の勤務関係について、純粋な行政処分説を取っていないことの証左として、陸上自衛隊八戸事件⁷⁰⁾が存在する。これは、自衛隊員（国家公務員）が業務中に死亡した事案について、遺族であるXらが、国に対し、安全配慮義務違反に基づき、損害賠償請求を求めた事案である。この事案で最高裁は、「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方または双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであって、国と公務員との間においても別異に解すべき論拠はな」として、国は公務員に対し安全配慮義務を負うとし、また、損害賠償請求権の時効は10年とした。最高裁は、この判示において、国と公務員の勤務関係について明示的には触れていないが、国家公務員法や自衛隊法等に言及していることから、勤務関係については行政処分によって発生することを前提としていると解される。一方で、安全配慮義務については、特別な社会的接触に入った当事者間において、信義則上負う義務として一般的に認められるものであり、国と公務員の間においても別異に解すべき論拠はないとした。さらに、最高裁

69) 最大判昭和45年7月15日民集24巻7号771頁。

70) 最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁。

は、時効を民法 167 条により 10 年としていることから、この請求は不法行為構成（不法行為の場合、時効は 3 年である。）ではなく、民法 415 条に基づく債務不履行構成を取っているものと解される。この判例はまさに、公務員の勤務関係について、任用処分によって発生するとしても、法令に定めのない点については、契約的性質を補完して解釈することが可能であることを示したものといえる。

このように、行政処分説を採用することは、契約法理をすべて排除することを意味せず、裁判所自身、両者は補完的な関係にあることを前提とした判断をしている例が多く存在する。中野区事件において、裁判所は非正規公務員の「雇止め」について、合理的意解釈の適用を認めない理由として行政処分説をあげるが、行政処分説を採用するからといって合理的意解釈の適用が直ちに排除されるのではなく、その可否についてはさらに子細な検討が必要であるはずである。にもかかわらず、裁判所はその検討を放棄していると評価せざるをえない。

4 判決による行政処分の創設と三権分立

非正規公務員の地位確認について、それを認めることによって生じる問題の一つとしてあげられるのが、判決によって行政処分を作り出すことになり、それは三権分立に反する、という点である。

しかし、例えば、申請に対する不許可処分に対する取消訴訟において、その不許可処分が違法であるとして取り消された場合、裁判所は判決によって行政が行うべき許可処分を創設した、これは三権分立に反するものである、とは評価されない。このような場合、行政庁は、判決を踏まえて許可処分を新たに行うものであるのが通例である⁷¹⁾。それであれば、非正規公務員の地位確認についても同じく、裁判所において、「雇止め」が違法であり、行政庁が非正規公務員の地位を否定しえないと判断されたとしても、それは裁判所が判決にお

71) ただ、行政庁は当初の不許可の理由とは別の理由により不許可処分を行うことは可能である。

いて新たな任用処分をしたことにはならないという解釈も十分可能である⁷²⁾。

5 信義則を根拠とする救済の可能性

行政分野に関して、なぜ信義則による救済は慎重になるべきとされるのか。これは、信義則の適用が問題となる場面においては、主に行政の違法な言動を信頼して行動した私人を保護することになるため、法律による行政の原則や平等原則との調整が必要となるためである⁷³⁾。

行政分野と信義則との関係に関するリーディングケース⁷⁴⁾は、青色申告の承認を受けていなかったものの、税務署から送られた青色申告書に基づいて青色申告を行っていた者について、税務署が青色申告の承認がなかったことを理由として更正処分を行ったという事案である。この事案において最高裁は、「租税法規に適合する課税処分について、法の一般原理である信義則の法理の適用により、右課税処分を違法なものとして取り消すことができる場合があるとしても、法律による行政の原理なканずく租税法律主義の原則が貫かれるべき租税法律関係においては、右法理の適用については慎重でなければならず、租税法規の適用における納税者間の平等、公平という要請を犠牲にしてもなお当該課税処分に係る課税を免れしめて納税者の信頼を保護しなければ正義に反するといえるような特別の事情が存する場合に」は、信義則による救済が認められるとしている。この判例は、一見行政分野における信義則の適用について非常に厳格に解しているようにもみえるが、判旨でも明示されているとおり、租税分野は特に納税者の平等・公平が要求される分野であり、そのような厳格な租税分野ですら、最高裁は一般論として信義則による救済の可能性を認めていることを示すものといえよう。

上記の租税に関する判例は、結論として信義則による救済を認めなかったが、信義則による救済を認めた判例として、原子爆弾被爆者に対する特別措置に関

72) このような考えは櫻井・前掲注47)でも指摘されている。

73) 塩野・前掲注67)・83頁。

74) 最判昭和62年10月30日集民152号93頁。

する法律及び原子爆弾被爆者に対する援護に関する法律に基づく健康管理手当の支給認定に関するもの⁷⁵⁾が存在する。この事案は、国外に移住した場合には手当を打ち切るという広島県の違法な通達に基づいて手当の支給を打ち切られた受給者が、受給を求めて訴訟提起したのに対し、広島県が消滅時効を主張したというものである。最高裁は、通達によって受給権者の権利行使を困難にしていたものが、受給権者の権利の不行使を理由に消滅時効を援用することは信義則に反するとして、支給を認めた。

また、本章3で言及した陸上自衛隊八戸事件も、安全配慮義務の根拠を信義則に求めている。このように、行政分野においても、信義則を理由として当事者の救済を図っている事案は多く存在する。

非正規公務員の地位確認において、平等原則と当事者の信頼との比較衡量はどのように考えるべきかについて、しばしば指摘されるのは、非正規公務員について、信義則による地位確認が認められた場合、行政において人事上の配置を改めて考える必要があるという点である。しかし、正規の公務員に対する分限免職処分取消訴訟が認容された場合も行政は配置について再検討を要するという同様の現象が起きることからも、そのような行政側の負担は当然想定されており、非正規公務員について配置を理由にその地位確認を拒むことはできない。むしろ、正規の公務員は法令上定数があるのに対し、非正規公務員は定数がないため、人事上の配置への影響は少ないともいえる。このように、非正規公務員の勤務関係については、租税分野のような厳格な平等原則を求められる理由はないといえる。

6 非正規公務員の地位確認に関する実質的当事者訴訟が認容される場合

上記3のとおり、任用そのものは行政処分としながらも、非正規公務員と国・地方公共団体の勤務関係について、労働契約とみることが可能であれば、合理的な意思解釈によりその更新の予定に関する合意を認定し、これに基づいて

75) 最判平成19年2月6日民集61巻1号122頁。

地位確認を認めることは可能である。

また、非正規公務員による実質的当事者訴訟において、行政による期間満了による勤務関係の終了の主張に対し、一定の場合（例えば、大阪大学事件の判示する「特別の事情」がある場合等）には、行政側は、信義則を理由に期間満了の主張が排斥される結果、非正規公務員の地位確認が認容されるという救済は十分考えられるであろう。行政が非正規公務員に対し勤務継続に対する合理的期待を生じさせている以上、その期待を裏切る期間満了の主張を信義則上することができないという構造は、上記5で検討した被爆者への手当請求において、行政が権利行使を妨げておきながら時効の主張をすることは信義則に反するという考え方と趣旨を同じくするものである。また、あくまで主張制限であるため、裁判所が判決によって処分を創設するという批判を回避しながら、行政に対し、判決に従った対応を求めることが可能となるものと考えられる。

第5章 「雇止め」の処分性

1 行政処分としての「雇止め」

民間の雇止め法理が、観念の通知にすぎない労働契約の期間満了について、解雇の意思表示を擬制し、解雇権濫用法理の類推適用を認めているという構造に鑑みれば、非正規公務員の「雇止め」についても、分限免職処分と同視するという解釈が可能である。また、非正規公務員の任用処分について、当初から更新が予定されたものであれば、その更新をしなかったことは、まさに更新の取消しという新たな「処分」に該当すると解することもできる⁷⁶⁾。本章では、非正規公務員の「雇止め」について、処分性⁷⁷⁾が認められるのかを検討する。

76) 川田・前掲注33)、下井・前掲注68)。

77) 処分性とは、抗告訴訟の対象となるもののことを指す。以下述べるとおり、これまでの判例において、一見すると行政処分とはいえない行政の行為についても、行政法規の全体的な構造等から、処分性を認めた判例は多く存在する。

2 処分性に関する判例

一般的に処分性はどのような場合に認められるのであろうか。定型的に処分性が肯定されるものとしては、許可制や認可制における許可・認可、給付の決定などである。一方、通達などの行政内部組織に対する行為や、通知行為、行政指導、要綱に基づく承認行為などは、行政処分、すなわち処分性の定義である「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為により直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」⁷⁸⁾のうち、「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する」という要素が認められないため、原則としては処分性を有しないとされている。しかし、例外的に判例等において処分性が認められる事例も多い。

例えば、最高裁⁷⁹⁾は、源泉徴収による所得税に関する納税告知について、所得税額は法律に基づいて自動的に確定するものであって、納税の告知は国税徴収手続の第一段階にすぎず、その法的性質は納税義務者に対する履行を請求する行為であって、更正または決定のような課税処分とは性質を異にするものであるが、納税の告知は、確定した税額がいくらかについての税務署長の意見が初めて公にされるものであるから、支払者が税務署長と意見を異にするときには、当該税額による所得税の徴収を防止するために、異議申立てや取消訴訟を提起できると判示し、納税告知に処分性を認めた。

また、関税定率法に基づく輸入禁制品該当の通知について、輸入が許されないとする税関長の意見が初めて公にされるもので、かつ、不許可処分がされることはないため、輸入申告に対する行政庁側の最終的な拒否の態度と解することが可能であること、また、通知がなされると貨物の引き取りまたは郵便物の交付を受けることができないことから、通知に対し処分性を認めた判例もある⁸⁰⁾。

都道府県知事が、病院を開設しようとするものに対して行う、医療法上の病院開設中止の勧告についても、最高裁⁸¹⁾は、医療法上の勧告は、任意に従う

78) 最判昭和30年2月24日・前掲注43)。

79) 最判昭和45年12月24日民集24巻13号2243頁。

80) 最判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

ことを期待される行政指導として定められているが、これに従わない場合には、相当程度の確実性を持って病院を開設しても保健医療機関の指定を受けることができないという結果をもたらし、實際上病院の開設自体を断念せざるをえないことになることから、後に保険医療機関の指定拒否処分に対する取消訴訟を提起できるとしても、病院開設中止の勧告の処分性は肯定されると判示した。

そのほか、計量法の通達の処分性を認めたもの⁸²⁾、労災保険法の要綱に基づく承認行為に処分性を認めたもの⁸³⁾、土地区画整理事業計画に処分性を認めたもの⁸⁴⁾等、原則としては処分性が認められないとされている行政の行為についても、その事実上の効果や行為の影響を受ける国民側の不利益、法律の仕組み解釈などにより処分性が肯定されているものは多く存在する。

3 非正規公務員の「雇止め」について処分性は認められるのか

(1) 「雇止め」の処分性に関する問題点

「雇止め」に処分性が認められるかについて、少なくとも中野区事件の裁判所は、非正規公務員の「雇止め」については非申請型義務付け訴訟を提起すべきと明示的に判示しており、「雇止め」に処分性はないという見解を前提としているものと解される。

実際、「雇止め」は期間満了という観念の通知であって、定型的な行政処分には当てはめがたく、また法令上は「雇止め」に対する異議や不服申立ての定めがないことから、法令の仕組み上は処分性があるとはいいがたい。しかし、「雇止め」がなされた場合、当該非正規公務員は期間満了後の公務員たる地位を確定的に失うので、その意味では正規公務員の分限免職と変わらない。また、期間の定めがあることは任用時に判明しているものの、「雇止め」の通知（又

81) 最判平成 17 年 7 月 15 日民集 59 卷 6 号 1661 頁。

82) 東京地判昭和 46 年 11 月 8 日行集 22 卷 11 = 12 号 1785 頁。

83) 最判平成 15 年 9 月 4 日判時 1841 号 89 頁。

84) 最大判平成 20 年 9 月 10 日民集 62 卷 8 号 2029 頁。なお、当初、土地区画整理事業計画は、最大判昭和 41 年 2 月 23 日民集 20 卷 2 号 271 頁及び最判平成 4 年 10 月 6 日判示 1439 号 116 頁において、処分性が否定されていたが、判例変更がなされた。

は「雇止め」することの表明)によって、行政庁は次期の更新に関する意見を初めて明らかにする。それらの観点から、「直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定する」と解釈することは可能であろう。ただ、「雇止め」の通知そのものを処分として捉えてしまうと、取消訴訟の場合、訴訟提起を処分時から6か月以内に行う必要がある(行政事件訴訟法14条)こととの関係で、実際の期間満了時よりも前に出訴期間の制限にかかってしまう可能性があり、妥当ではない。また、行政庁が「雇止め」の通知をしないまま期間満了となり、次期の更新もなかった場合には、通知がないために処分と捉えられるものが存在しないことになってしまう。民間の雇止め法理のように、期間満了について分限免職処分と同視するのであれば、行政庁による「雇止め」の通知はあくまで予告であり、期間満了時において、次期の更新がなかったことが確定的な処分となるという解釈をするほかないであろう。

しかし、この考え方に立つと、非正規公務員の「雇止め」全般に処分性を肯定することになり、すなわちすべての任用は更新が前提であるということになるが、それは更新を前提としていない任用も当然に存在することと整合しない。非正規公務員において、任用更新が繰り返されることが多い実態は第1章で確認したが、更新を前提としない非正規公務員の任用も当然存在する。上記2でも検討したとおり、処分性の議論は、事実上の効果や行為の影響を受ける国民側の不利益、法律の仕組み解釈という要素から、すべての非正規公務員の「雇止め」について、その個別の実態に立ち入ることなく判断されるものであり、ある非正規公務員については「雇止め」について処分性があると判断されるのに対し、別の非正規公務員については処分性がないと判断されるということはない性質のものである。非正規公務員の「雇止め」に処分性を認めるうえで、一番の難点がここにある。

(2) 次期の更新が附款といえる場合の処分性の可能性

では、すべての非正規公務員の任用が次期の更新を前提としているのではなく、ある一定の非正規公務員について任用更新が前提となっている、または更

新が予定されているとして、その場合にのみ処分性を認めることは可能か⁸⁵⁾。これは、すなわち、当初の任用処分において、次期の更新の存在が附記されているということである。このような附記された条件等を行政法学上「附款」といい、一般的には「行政行為の効果を制限するために意思表示の主たる内容に付加される従たる意思表示」と定義される⁸⁶⁾。附款は、通常、行政処分をする際の私人に対する制限が想定されて議論されることが多いが、法令に反しない限度において、私人に有利な附款も許容されると解される⁸⁷⁾。このように、更新の予定が任用処分の附款となる場合、附款自体も行政処分である以上、更新されなかった場合には附款たる更新予定が取り消されたものとして取消訴訟を提起できることになる。

非正規公務員の任用処分の際に、次期の更新が明示的な附款となっていれば、「雇止め」はその条件が取り消されたことと同義であるため、当然取消訴訟が提起できよう。しかし、通常、更新は明示的な条件となっておらず、また、第1章で確認した各根拠法令において当然に更新が条件となるようなものも見出したい。

では、次期の任用更新に期待が生じているような場合について、非正規公務員の任用の際に、黙示に次期の更新が条件となっていたということはできるか。これは結局、第4章3で検討したのと同様に、行政処分に合理的意思解釈が適用されるか否かの問題に帰着する。このように、附款による更新予定という考え方も理論上は難点が多い。

4 「雇止め」に処分性を認めた場合に残る問題点

仮に、非正規公務員の「雇止め」に処分性が認められた場合には、「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえまたはその濫用があった場合」

85) 下井・前掲注(68)はこの考え方を根拠に、非正規公務員の雇止めについて、処分性を肯定している。

86) 藤田・前掲注(45)・203頁、櫻井・橋本・前掲注(45)・106頁等。

87) 下井・前掲注(68)は、私人に有利な附款も許容されることを前提とした議論をしている。

(行政事件訴訟法 30 条) に取り消されることになる。非正規公務員の「雇止め」が国家賠償法上違法となる「特別の事情」が存在するのであれば、取消訴訟においても、裁量権の逸脱濫用が存在し違法となるといえるであろう。

しかし、非正規公務員の「雇止め」に処分性が認められたとしても、非正規公務員の「雇止め」に関する問題がすべて解決するわけではない。一般的な取消訴訟の問題点として、裁判において取消しが認容されたとしても、行政庁はその後ほかの理由によって取り消された処分を再度行うことは可能であることが指摘されている。そのため、非正規公務員が「雇止め」の取消しを求めて取消訴訟を提起し、それが認容されたとしても、「雇止め」が撤回された状態となるのみで、期間満了後の任用処分が保障されるわけではなく、ほかの理由により「雇止め」がなされる可能性は大いにある。ただ、取消訴訟が認容されれば、少なくとも行政庁に対して「雇止め」に対する再考を促すことができるという意味では、救済手段が広がるといえる。さらに、「雇止め」の処分性が認められることの意義としては、処分性があることを前提として義務付け訴訟を提起した場合、第 3 章で検討した申請型の義務付け訴訟となるため、「雇止め」に対し取消事由があるかという点と、処分をしないことが裁量権の逸脱濫用となるかどうかという点が争点となり、重大性の要件が不要となることがあげられる。

なお、「雇止め」に処分性を認めることにより、出訴期間が 6 か月に限定されるというデメリットも生じる (行政事件訴訟法 14 条)。しかし、法律上の地位を争いたい場合に半年以上訴訟提起しないということは通常想定しがたく、出訴期間に関する実際上の不利益は少ないであろう。

第 6 章 総括

1 三つの救済手段の比較検討

以上のとおり、義務付け訴訟、信義則による地位確認、「雇止め」が行政処分であることを前提とする取消訴訟という救済手段の可能性を確認した。義務

付け訴訟は裁判所が認める救済方法で、重大性の要件を柔軟に解釈する限り、実効的な救済手段となりうるが、重大性の要件が厳格に判断されてしまうと、非正規公務員の再任用が認められる可能性は著しく低くなってしまふ。

また、合理的意思解釈や信義則を根拠とする実質的当事者訴訟による地位確認は、合理的な期待が認められる場合に、行政側の「雇止め」の期間満了の主張が信義則上制限され、結果として地位確認が認められると解することは理論的に十分成り立ちうるものであると考えるが、信義則の適用について、国情研事件の控訴審や中野区事件などこれまでの裁判例が否定的に解しており、実際の裁判では認められない可能性が高い。

また、非正規公務員の「雇止め」を処分と捉えて取消訴訟を提起することについても、解釈として処分性を認めることにはいくつかハードルがあるだけでなく、仮に処分性を認めて「雇止め」が取り消されたとしても再度任用される保証までではない。また、中野区事件は、「雇止め」について処分性がないことを前提とした判示をしており、これも実際の裁判において認められる可能性は低いといえる。

このように三つの救済手段はいずれも一長一短であり、非正規公務員の「雇止め」の問題に関して、必ずしも実効的な救済手段とはなっていないのが現状である。

2 立法による対処

非正規公務員の「雇止め」に関する救済枠組みについて、いずれも不十分なものととどまるのは、結局のところ、法がその救済を想定していないからである。

総務省は、非正規公務員の任用に関し、「臨時・非常勤職員及び任期付職員の任用等について」という通知⁸⁸⁾を出している。そこでは、非正規公務員について、再度の任用が排除されるものではないが、「同じ職の任期が延長され

88) 平成 26 年 7 月 4 日総行公第 59 号通知・前掲注 7)。

た」あるいは「同一の職に再度任用された」という意味ではなく、あくまで新たな職に改めて任用されたにすぎないとしている。要するに、非正規公務員の「雇止め」の問題はいわば「存在しない」ものとして扱っているということである。総務省は、どのような任用をすれば、非正規公務員が次期更新に対する合理的な期待を持たないかということについての「指南」をしているとさえいえる。これがさらに、非正規公務員の地位を著しく不安定にしている。

第1章でも確認したとおり、非正規公務員は任用根拠自体も恣意的に採用され、勤務関係の終了場面では合理的な期待が存在しても勤務継続が認められない状態であり、いわば行政の都合によって「使い捨てられている」状態であるといえる。これは、近時の労働契約法や労働者派遣法の改正等の労働法制において、厚生労働省が非正規労働者の雇用安定を図るべく腐心していることと逆行している。任用更新に対する合理的期待が生じている事案について、国家賠償という金銭填補のみならず、一定の場合には再任用そのものが認められるべきと考えるのは、民間において雇止め法理が存在することからも当然のことであって、「雇止め」問題を「存在しないもの」として扱う行政も、実質的当事者訴訟において法形式論を理由に地位確認請求を認めない裁判所の対応も、妥当ではないといわざるをえない。

このような問題を抜本的に解決するためには、最終的には立法で対処する必要がある。非正規公務員の勤務関係について、行政処分説を採用するのであれば、抗告訴訟、特に義務付け訴訟において争うのが素直であるが、現行法上想定される非申請型義務付け訴訟では、重大性の要件が厳格に判断される可能性があるという問題点がある。しかし、非正規公務員の再任用義務付け訴訟の場合、問題となっているのは原告に対する処分であるため、本来、非申請型が通常想定しているような被処分者としての第三者に対する影響を考慮する必要はなく、非申請型において求められる厳格な要件（特に重大性の要件）を求める必要性もないはずである。そうであるとすれば、申請型義務付け訴訟の枠組みが利用できるような立法措置を講じるべきではないだろうか。

具体的には、例えば「再任用を期待することが無理からぬ特別の事情」が認

められる場合には、当該非正規公務員について、次期の再任用に対する申請権が発生するとしたうえで、非正規公務員がその申請権を遅滞なく（または一定期間内に）行使した場合であって、行政が再任用をしないことが裁量権の逸脱濫用となると認められる場合には、再任用が認められる、という内容の条文を整備することが考えられる。これは、労働契約法 19 条の条文構造を参考としたうえで、再任用に対する合理的な期待が認められた大阪大学事件の判断を踏まえたものである。この枠組みであれば、「行政が再任用をしないことが裁量権の逸脱濫用となる」かどうかを検討することにより、任用に関する行政裁量にも配慮した判断をすることが可能となる。

以上、本稿では非正規公務員の「雇止め」について、義務付け訴訟、信義則による地位確認、「雇止め」が行政処分であることを前提とする取消訴訟という救済手段について比較検討した。しかし、本稿では、非正規公務員について国家公務員・地方公務員の違いや任用根拠に踏み込んだ検討まではできなかった。例えば、本来法が想定している非正規公務員の業務が任用根拠によって異なるとすれば、義務付け訴訟の重大性の判断や信義則の適用の考慮要素等も異なってくる可能性がある。これについては今後の課題としたい。