

ドイツ公勤務法における政治的自由

—— 社会保険事務所職員事件との関連で ——

法科大学院教授 石村 修

本意見書は、明治憲法体制以来、日本国に理論的かつ制度的に影響を与えてきたとされているドイツにおける公務員制度に焦点を向け、とくに、その伝統の中で形成されてきた公務員(制)のあり方を考察する。そこでの分析視点は、公務員に課せられた職制の特性であり、これに関わる各種の義務に集約される。そこには、多様な職種に対応する公務員像と伴に近代立憲主義の中で設定された市民像との並存がある。本意見書の最後に、本事件との比較分析を試み、本件での問題点を浮かび上がらせることとしたい。なお、ドイツでは伝統的に、これに関わる法に公勤務法(Recht des öffentlichen Dienstes)という名称を用いているので、本報告もこの用法によっている。

I ドイツ公勤務法の発展

1 歴史的な沿革 近代国家形成において、公務員制度の確立は不可欠であり、それはドイツにおいても同様なことであった。ヨーロッパという空間において促された近代化の流れの中で、3月革命以降のドイツは、領邦国家のそれぞれにおいて、遅れた近代化を早期に取り戻す観点から上から独自の公勤務関係を形成し、これを法治国家原理の中で実現していくこととなった⁽¹⁾。その意味で、国家の基本枠組みである「立憲君主制」という構造の中核に設定された公務員制度があり、これは伝統的に「公勤務法制」と命名され、今日にまで到っている。領邦国家の中で最も強力であったプロイセンの国制は、国家に勤務するという構造を促し、さらに、「天職」(Beruf)という独自の職業意識をもつ、勤勉で有能な公務員像を形成・発展させることとなった。国家に勤務するとする場合に、その身分関係を形成するにあたって、誰に対して忠誠を誓うかという服務宣誓のあり方が問題になりうるが、誰がこれを命じ、いかなる規範内容を誓うかということによって、服務宣誓は近代立憲国家の実現度を示す指標であったことは明白であった⁽²⁾。近代では宣誓は人々には

なく、規範に対して向けられ、こうして公勤務のあり方はその時代に妥当した規範への拘束となって現されることとなる。

現行のボン基本法の33条5項には、「公務に関する法は、職業官吏の伝統的諸原則を考慮して規律し、かつ継続的に発展させなければならない」と規定されている。ここに記された「伝統的諸原則」は何時ごろ形成され、その中身はいったい何を意味していたのであろうか。⁽³⁾ 法治国家の伝統からか、公務員（官吏）については、何らかの規定をこれまで憲法の中に定めてきた。統一国家後の1871年のビスマルク憲法では、「皇帝は、帝国官吏を任命し、帝国に対し宣誓させ、必要な場合にはこれを罷免することができる」（18条）と規定されていた。この立憲君主制の残滓が認められる内容は、純粋な立憲主義の実体を保障したものではないことから、多くの概説書ではこの「伝統的な諸原則」はヴァイマル憲法から始まるとされる。任命権者とその職務の受益者との関係からして、この憲法の内容は明白に近代の公務員制を体現しているからであった。

1919年のヴァイマル憲法は3か条をこの公務員制に割り当て、平等な公務就任権を保障し（128条）、終身である公務員の法的な地位が保障され（129条）、そして、公務員の地位が示される（130条）。つまり、「全体の奉仕者であって、一党派の奉仕者でない」（1項）こと、これと関係して「政治的信条の自由および結社の自由」（2項）が保障され、「特別の公務員代表機関」（3項）による利益の確保が規定された。しかし、この第3項は、結局、実現されることはなかった。後に連邦憲法裁判所が確認しているように、この伝統は「現状の永遠なる保障を認めたものではないが」（BVerfGE 3,58）、この130条1・2項の内容はボン基本法33条5項でも十分に受け継がれており、特に2項との関連では、「自由な民主制、法治国家・社会国家的民主制」との一体性が重視されている（BVerfGE 15,167）。ただし、これが固定的なものではなく、「継続的に発展する」ことは2006年の憲法改正・補充で明確にされ、将来の連邦制改革を正当化していた。伝統を尊重しながら、時代の新たな変化に真剣に対応する姿勢を、この条項から学ばなければならないであろう。

最も代表的なコンメンタールでは、この伝統を以下の4点にて説明している。⁽⁴⁾

①形式的には、法規によって公務員関係が形成され、実質的には、「伝統的な諸原則」によって定まる。②一般的な法的義務としての公務員の義務。ここには各種の公務員の義務（以下のⅢ章で詳述する）が含まれる。特殊なものとして「政治的な忠誠義務」があるが、これは憲法に規定された価値原理への忠誠ということで、ボン基本法の特徴が反映されているとも言えよう。ただし、ストライキの一律禁止も、

特殊な伝統であるとされるかどうかについては異論がある。⁽⁵⁾ 官吏については、労働法の適用がないのでこうした議論になるが、他の職種については民間労働者と同一行動をとることができる。③監督機関による配慮義務。各個人への時間的・空間的な配慮が必要とされる。④一般的な扶養原理。つまり国家との関係で形成された公務員の権利を保障することになるが、とくに、健康に配慮する監督機関の義務となって現される。

2 ボン基本法と公勤務法制 ボン基本法体制は、過去の反省からも、連邦とラントの関係を徹底させ、これを憲法の中に明確に書き込むこととした。33条は公民としての権利の総則的な保障規定ではあるが、3項で、「公務就任権」を保障し、これが宗教的な差別的取扱いに結びついてはならないことが示される。次いで4項では、高権的な機能の担い手として、「公法上の勤務関係・忠誠関係」という独特の表現が再現される。

ドイツの公務員制を支えるのは、法治国家という大きな枠組みの中に設定された公務員制である関係で、詳細はドイツ官吏大綱法(BRRG)と連邦官吏法(BBG)の両者が定めていた。前者は、連邦とラント(州)・市町村レベルを包括する法規であるのに比して、後者は連邦レベルの官吏に限定されていた。現行の官吏法は、最終的に1999年3月31日に改正されたものであるが、2006年になされた基本法における連邦制の大改革に伴い、ラントの権限を拡張するという観点から、連邦が定める大綱法方式が廃止されることとなり(基本法75条は削除された)、連邦法としては連邦官吏法が存在するのみとなった。2007年12月に制定された官吏法の改正が実施されるのは2009年4月においてであり、現在はその実施内容についての最後の詰めを行なっている段階にある。これにより各ラントが立法権限をもって官吏関係を定める余地が広範に生まれ、伝統的な官吏像が変貌していくことが予想される。これまで連邦官吏法が定める官吏は、連邦が監督官庁となる機関・団体・施設・財団に直接に公勤務する者であり(BBG2条)、官吏は概ね連邦レベルで配属されているが、ラントやそれ以下の市町村レベルにも配属されていた。連邦改革に伴い、こうした垂直的な官吏の職制が変動することになるが、その動きはちょうど変革の只中にあるものといえよう。以下の解説は、現行官吏法によるものとする。

ドイツの公勤務法制は、すでに行政改革の大きなうねりの中で実行された97年の改革を受けて「スリムな国家」を目指すこととなっていた。固定的な公務員制ではなく、相対化と能力主義を徹底させようとするものであった。⁽⁶⁾ それは世界的な共

通現象であったことになるが、行政のスリム化はそこに帰属する官吏の質を問うこととなり、それを促す動機付けが必要となり、その観点からは民間職員の有している経験、つまり効率化と成績主義が意識されることとなった。

3 統一とEU法制 ドイツの国制を大きく変動させてきたのは、90年10月に実現したドイツ統一と92年のマーストリヒト条約後のEU法の実現であった。ドイツ統一では、強制的な大量の公勤務者の雇用関係の停止・終了がなされ、これに抵抗するものの訴訟が提起されている。旧東ドイツの約175万人の公勤務者に対してなされた措置は、体制的には失業の無い体制からの転換を意味した。連邦憲法裁判所は提起されたこの困難な問題について、公勤務を形成しているのは契約関係であり、それは職業選択の自由に連動する事例であるとした。したがって、職業選択の自由からは職場の選択が導かれるだけであり、「選択の自由は、自己の選択した職場の確保を求めたり、職場が継続することと結びついているわけではない」と判断された。その結果、彼らの訴え（憲法訴願）は退けられることとなる。⁽⁷⁾

他方で、新たな法秩序となったヨーロッパ共同体は、そのシステムに見合った市民像とEU公務員像を生み出した。具体的には、「人・物・サービス・資本」の自由移動を認めたことになる関係で、国籍を超えたところに設定されるEU公務員が誕生することとなる。ドイツに存在する、例えば、フランクフルトにあるヨーロッパ銀行の職員と他国にあるEU機関に派遣されているドイツ人とは、同じ公務に勤務するという意味での公的保障を受けることができるはずである。そこで広くEU域内での公務に関する共通理解が必要とされることとなる。EUにおける公的雇用に関しては、すでにEU条約の中で調整済みとなっており、自由移動の例外として「公共サービスには適用されない」（39条4項）とされているが、これも解釈では特殊な領域、例えば、「軍隊・警察・司法・税務署等」に限られるとしている。欧州司法裁判所のいくつかの事件を契機にして、この39条が適用されるのは、「公権力の執行に直接または間接に参加することになる雇用、または国家やその他の公的団体の一般利益を保持する目的を有する役務についてである」という限定への共通理解が確立されつつある。⁽⁸⁾

ドイツが二つの大きな事例を経て辿りついている地平は、公勤務関係においても、歴史的伝統からの変化にあることは明白であり、それは特殊な職域としての公務像の修正を迫ることであり、市民感覚の延長に設定しうる公務という形式であるのではないだろうか。その点は、公勤務関係に対しても、十分な近代立憲主義の貫徹を

求める姿勢を徹底することになる。以下、この点を強調することに本報告は集中することにする。

II ドイツ公勤務法での多様性

1 三分類から二分類へ 伝統的に公勤務者は、明確に以下の三職務に分類されてきた。それは、官吏 (Beamte)、一般職員 (Angestellte)、労務者 (Arbeiter)、においてであり、官吏が公勤務関係にあるに比して、後者の二者は私的契約関係にある。人数は、概ね、2・2・1の比率にあり、連邦段階では、官吏の比重が高くなっていた。⁽⁹⁾しかしこの区分は、2006年に完全になくなり、統一の労働協約が適用され、公務被用者 (Tarifbeschäftigte) と呼ばれる。連邦官吏法の対象は官吏のみであるが、給与体系や身分保障の関係では、官吏と公務被用者の間に大きな違いはなくなってきた。彼らも一定年限の期限契約が繰り返されることによって、ほぼ終身雇用といってよい身分が保障されているからである。この二分類は公務の性格によるものであり、官吏に対しては国家との関係で政策形成を行い、実行する者という積極的な権限が付与され、これに応じた責務を負うことになる。こうした分類は、公務の質に起因することになり、当然にその地位に応じた形での権利と義務を異にしていくことになる。公務被用者は、私的契約関係にある関係で、他の私的な契約に準じた責務が、つまり、その最大のものとしての職務専念義務があるのみであって、その関係で「私人」としての自由性を任用の当初から享受することが可能である。

さらに、公勤務者はその適用される法規にしたがって、[官吏、判事、軍人、教会関係者] に区分される。日本の特別職と一般職の区別はここではなく、国会議員はここでは除外されている。ドイツにおいては憲法改正によって再軍備化され、徴兵制が導入された関係で、職業軍人と一時的な軍人という地位が生じたが、このことを受けて公務員全体においても、非常勤の公勤務者 (官吏) という制度が認められ、その後各種の分野で用いられてくることになる。正式には69年の連邦官吏法の改正をもってである。

2 官吏の種類 官吏は、さらに各種の法規上で、一般職A、任用職B、検事職R、大学教授職W、に区分され、それぞれがさらに細分化されるという構成をとっている。一般職は、[高級職、上級職、中級職、初級職] に区分され、それぞれの連邦とラント段階の人数は以下の通りである。高級職は、大学、技術系・音楽大学

において少なくとも3年の教育を終えた者、上級職は、専門単科大学終了者、中級職は、専門学校終了者、職業教育を伴う基幹学校終了者、初級は、基幹学校終了者、にそれぞれ受験資格が与えられている。この経歴主義（Laufbahnen）は、複線化された教育制度を背景になされるものであり、4年生大学への入学者がまだ限定されていることによるものである。経歴主義は、固定化された職制と同時に、事前の準備期間を定め、他の法律職に関する試験とのバランスを考慮に入れている。

| 職制 | 高級職数 | 上級職数 | 中級職数 | 初級職数 |
|-------|------------------|------------------|------------------|----------------|
| 総数 | 394,700 24% | 883,600 53.7% | 354,400 21.6% | 12,300 0.7% |
| 連邦 | 18,400 13.9% | 43,800 33.1% | 66,900 50.6% | 3,200 2.4% |
| ラント | 332,100 26.2% | 704,700 55.6% | 223,300 17.6% | 8,300 0.7% |
| ゲマインデ | 27,200 15.1% | 92,600 51.4% | 59,700 33.2% | 500 0.3% |
| その他 | 17,000 26.4% | 42,400 65.9% | 4,600 7.2% | 300 0.5% |

出典は2004年の連邦統計による。

俸給表はこれらの職制に応じて明確に区分されている。一般職Aは、高級職A16～13、上級職A13～9、中級職A9～5、初級職A5～2、任用職はB3～11、という細目が決められている。さらに、各等級は、原則的に1号俸～12号俸に区分され、定期的な見直しが行なわれることとされてきた。

固定的な（逆の意味では安定した）俸給と地位との関係は、これまで厳格に適用されてきたのが、ドイツ公勤務法の伝統であったが、先に述べてきた97年改革において大きな見直しが行なわれることとなった。改革では三つの職制は維持されるなかで（ただし、2006年には二種となる）、主な変動として、この職制間の移動を緩和することで勤務意欲を促し、定年を62から63歳にすることで社会の実体に合わせて、自動昇給制を緩めることで、国家財政の健全化を図ることとなった。こうした改革が向かった方向は、実は私的な事業体で実施されている被用者の雇用形態の応用・展開であり、世界的な潮流であるNPM（New Public Management）の導入であり、とくに管理職への登用を広げると同時に、必要に応じて地位の降格もありうることとなった。この点からも、ドイツのEU基準とのすり合わせは進行中であるといえよう。

3 政治的官吏 一般的に任用職B 6以上の者を政治的官吏と呼び、ここでは獵官制の精神が実行されることとなる。つまり、「政府の政治的見解や政策に応じて、継続して遂行しなければならない職務を実行する場合には、その官吏は、何時でも一時的に退職させられることとなる」(BBG 31条)。

連邦の各省には大臣を補佐する立場にある、政務次官と事務次官が任用されるが、前者は政治家の中から、後者は広く様々な分野から任用されることとなる。終身制という身分関係の保障とは全く対照的なこの地位は、むしろ、その職務内容の特性から説明されることであり、その職務内容も密度の濃い政治的な対応が期待されるところである。そこで政治的官吏とは一般の官吏が昇り詰める地位ではない、特殊な地位と説明されることとなり、官吏と政治家との潤滑油的存在として、その存在の必要性が正当化されている。「公選に基づいて樹立された政府の政策方針が、能力主義に基づく故にともすれば民主性を失いがちになる各省庁に浸透することは、肯定的に評価される⁽¹⁰⁾」ことになる。

Ⅲ 官吏の義務

1 忠誠義務 近代における公務員の忠誠対象は憲法を頂点とする規範の体系にある。国民も憲法忠誠を求められることは同様であるが、法の実行主体である公務員に課せられた憲法尊重擁護義務は、一般的な国民が有する義務とは質を異にする。近代立憲主義の命題は、法規範のなかに取り込まれた公務員像を求め、法の忠実な実行者としての公務員が、国民全体の利益を体現するものであることを期待することになる。かつては、国家(国益)を保障することに、公務の重要な役割が設定されていたことは対比的に、今日では、国法体制を保障するという意味で、憲法保障の重要性が指摘され、憲法によって国家を推進させるという意味で、ボン基本法体制では、一貫して「憲法国家」の意識が確立されているといえよう。この憲法国家という前提が存在する関係で、以下に述べる「憲法忠誠」の特殊な意味も理解されるところとなる。⁽¹¹⁾

そこで、ボン基本法ではその憲法の価値原理(中核にあるもの)を明確にし、これを憲法の改正限界とし(79条3項)、これを保障するための制度枠組みを確保している。連邦憲法裁判所という強力な機関が新たに作られたのも、憲法保障との関係では意欲的であった。いずれの国家もその国家の存立を法制的に維持しようとしてきたことと比較すると、ドイツでは憲法保障をことさら強化し、これをもって各種の人権制約にまで到る体制の特殊性が指摘された結果、ドイツの憲法保障システ

ムに対して、「戦う民主主義」という評価がなされてきた。⁽¹²⁾ 価値設定は、秩序形成の大枠を規定していた関係で、これに明白に反する行動には、これを禁止し、排除する論理としての積極作用が期待されてくる。とくに、警察が担う憲法保障のシステムを揶揄して、「コンピューター」監視国家というありがたくない名称もつけられてもいる。この戦う民主主義は、基本法の中の各処で繰り返される「自由で民主的な基本秩序」(以下、FDGOと略する⁽¹³⁾)と密接に関連してくることとなり、これへの解釈が根本的に重要になってくる。早い時点で連邦憲法裁判所はこの内容を明らかにしており、こうすることで、立法者や行政の側における敏速な対応行動を期待していた。その中身とは、「国民主権、権力分立、政府責任制、行政の法適合性、司法の独立、複数政党制」(BVerfGE 2, 12)といった、近代国制に関わる本質的なものが挙げられていた。

連邦官吏法は、官吏への任用の要件として、このFDGOを遵守することを求め(7条1項の2)、この内容を加味したサービスの宣誓を拒否した場合には、解任がありうることを定めている(28条1項)。つまり、終身雇用として保証された身分が継続する全ての期間において、ドイツ官吏はこのFDGOと向き合うことを余儀なくされていることになる。サービス宣誓とは以下の内容である。「私は、ドイツ連邦共和国の基本権および連邦共和国で施行されているすべての法を守り、私の職責を誠実にこなすことを誓います。(神よ照覧あらせたまえ)」(58条1項)。こうした流れのなかで同法52条1項の2文、「官吏はそのすべての活動を通じて、基本法が意味する自由で民主的な基本秩序にしたがい、その保持に努めなければならない」を理解しなければならない。確かにこの条項は、厳しい時代との推移を経験することとなり、かつての冷戦時代にあっては、この内容に相応しくない候補者を振るいにつけ、さらに、現職の者にもこの審査を課すということが為されてきた。

1972年1月、連邦首相とラント政府首相が出した共同声明で、「公勤務における憲法に敵対する勢力の問題にかんする原則」が定められ、71年から75年という冷戦の渦中においては、連邦内で75万人の候補者が審査され、審査の結果、拒否されるに至ったのは328名にもなっていた。こうした事例の判断も連邦憲法裁判所に提訴されたが、必要性の前にこの原則の正当性は確認されている(BVerfGE 39,334⁽¹⁴⁾)。事件は、試補への就任を憲法に敵対的である団体(共産主義法律家細胞)に所属していたという理由で拒否されたものである。原告はこの団体の違憲性が公的に示されていないことを主張していたが、判決では、基本法33条の規定からこの拒否事由を正当化し、この候補者を採用することの他者への影響を考慮に入れている。

つまり、「その者に課せられる公務を行なう上での危険だけでなく、憲法に敵対する政治的な確信をもってなされるその周辺、同僚、部局、官庁への影響力という危険」を重視していた。

この判決がそのまま維持されるかどうかは、ドイツ法制の特殊性によることとなり、現実的には変化を見せていることは確かなことである。例えば、1979年の「憲法忠誠審査のための基本原則」では、憲法擁護機関への問い合わせは、候補者が公勤務へ就く前提を欠くという実質的な根拠がある場合とされていた。統一後のドイツは、基本的にこの憲法忠誠を維持するが、その適用に関しては慎重を旨としてきた。そこで新たに見出したスローガンは「憲法国家」の覚醒であり、憲法への愛着への呼びかけである「憲法パトリシズム」を唱えることであった。

2 職務上の義務 官吏に求められる義務の最も重要なものが、職務専念義務にあることはいずれの国においても同様なことである。「官吏はその職務に専念しなければならない。官吏は自己の利益を抑制し、その職務に最善の努力を払い遂行しなければならない。官吏のその職務の内的・外的行動は、その職が求める尊敬と信頼をえなければならない」(官吏法54条)、と厳格である。ここでは労働時間や休暇のあり方が問題となり、同時に、非常勤勤務の可能性が問われる。官吏法は、多様性を考慮した規定内容を用意しており、とくに、休暇に関しては勤務関係の「回復」という名称を用いて高い程度で保障されている(89条)。

ストライキ(サボタージュを含む)の禁止は、これを明確に指摘する規定はないが、職務専念義務(55条)の関係から伝統的に導かれ、連邦憲法裁判所もこの伝統を承認している(BVerfGE 8,1)。これへの一律禁止についての議論があることはすでに述べたとおりである。

3 非党派(中立)性 先に述べた政治的官吏を除いて一般の官吏は、以下の規定内容に拘束されることになり、その限りでの非党派性が求められる。官吏法は政党活動を制約しつつ、他方で、政治活動一般の原則を定めている。つまり前者からは、官吏の国民全体の奉仕者像が求められ、「官吏は、その職務の遂行を党派によらずかつ正しく行使し、その職務の遂行にあたっては、公共の福祉を考慮しなければならない」(52条1項)、ことになる。この規定内容は、政治的官吏を除く、すべての官吏の経歴と職種に及んでいる。この要請は、政党民主主義の原理と矛盾するものではなく、むしろその前提とされている。政党民主主義は政治の変化、つま

り支配政党の変化を求めるが、公勤務関係においては、経歴主義に基づく永続性が支配しているからである。公勤務者は、現存の政府に対する忠誠が課せられているのではなく、将来の政府に対しても忠誠関係にあるのである。なぜならば、これらの歴代の政府は、憲法に基礎付けられているからである。

ドイツでは基本法ですでに政党が明記され（基本法21条）、連邦・ラントでの議会選挙活動を行なうことができる公的に認知された法的団体が政党であって、一般的に政治活動を行なう団体と区分される。比例代表選挙を前提とする国政選挙は、政党を必要とし、政党に公的な助成がなされることになる。他方で、官吏は連邦議会、ラント、市町村の議会選挙に立候補できるし、その一部では兼職も可能である。そこで、政党の設立の自由と議会に議席をもつ政党への特権は、矛盾することにはならない。特殊な位置にある政党に対して、官吏法が厳格な中立の態度を求めているのも理解できないことではない。政党法の対象になる政党から離れていることが要請されていることであって、そのことは日常生活においてのすべての政治活動を控えるということの意味しているわけではない。そこで、政治活動全体にこの要請が重なってくるということなのであろうか、という問題の核心が現われてくる。

4 政治活動の自由 一般の官吏の政治活動の自由については、官吏法は別立てて明記している。そこでは「官吏は、政治活動を行なう場合は、各人の全体に対する地位およびその職務上の義務を考慮することから生ずる、各人の抑制と自制を遵守しなければならない」（53条）とあり、ここでも官吏に保障された多様な政治的対応を知ることになる。

職務遂行をなす時点でのすべての公勤務者（官吏を含む）に対しては、基本法は中立性を求めるにしても、その他の点で非政治的である必要はない、というのが基本的なドイツ公勤務法のスタンスである。したがって、官吏がその仕事を離れた自由な時間において政治的に活動することは、その個人に委ねられていることになる。つまり、最も重要なことは、職務時間と一市民としての時間が明確に区分されていることに注視する必要がある。つまり、職務を遂行する際に政府に対して忠誠を誓い、政党政治から中立である官吏も、その職務を離れた市民としては政党政治（与党である、野党であれ）に関わる自由を有している。選挙の時に、ボランティアでビラを配るのも、政治集会に参加するのも自由である。連邦憲法裁判所の判事に任命してもらうために、特定政党支持を公言する大学教員がいることは周知の事実である。官吏法は、官吏が団体（労働組合を含む）を作る自由を保障し、動議・訴願

をなす自由（171条）を認めている。ただし、官吏法は、その職制と地位に程よい程度であることを求めるのを忘れなかった。職務外とは言え、職務遂行に悪影響を及ぼすような行為は、自ずから官吏の側で控えるべきこととなる。この点に関する基本法からの要請も婉曲的ではあるが、「職業官僚制の伝統的諸原則」（GG33条5項）への配慮を求めていることを想起すべきであろう。そこで次なる問題は、この条文に示された「抑制・自制」の意味するところになってくる。この両者は、「政治的自制義務」とまとめられるが、具体的には以下のように区分されている。

まず「抑制（Zurückhaltung）の義務」とは、官吏が優先すべき職務上の義務、とくに、官吏としての守秘義務を犯すことになるような場合には、政治活動への参加を見合わせなければならない、ことを意味している。次いで「自制（Mäßigung）の義務」とは、政治的な論争がある場合に、政治的対立と事実に即さない・論争点の境界を越えて行くことを禁止する⁽¹⁶⁾。前者は、職務上からほぼ自動的に導かれるから、その職制が決め手となってくる。政治的官吏に匹敵するような地位にある場合には、抑制の程度は高くなってくる。これに比して後者は、まさに各人の自覚によることとなってくる。両者が求めている内容は、多分に抽象的であり、これらの義務に反する場合の限界事例を明確に示すことは困難とされてきており、われわれは数少ない裁判例の動向を検証することが必要になってくる（次章）。

5 義務違反への制裁（懲戒） 違法行為に対しては、まず当該官吏を管理する者（懲戒裁判所）が禁止の処分を行なうことになる。同時に紀律の維持のために、懲戒が人的な制裁として科せられることが用意されている。連邦官吏法77条は、これについての一般原則を定めている。これによれば、「官吏が自己に課せられた義務に違反した場合には、職務違反を構成する。官吏の職務外の行為であっても、職業官吏制度の職務ないし評価に対する尊厳と信用に重大な影響を与えるような場合では、その職務違反を構成する。退職した官吏、年金生活を送っている元官吏にも、以下の場合には、職務違反が妥当する。①基本法の意味における自由な民主的基本秩序に関わる場合、②連邦共和国の構成と安全に影響を与えることを目論む活動に加わる場合、③61条（守秘義務違反）、69 a 条（告発義務）、70条（贈収賄の禁止）、を犯した場合、④9条から45条1項によって再任用された者への継続しない罪」。これの詳細については、連邦懲戒法に委譲されており（77条3項）、現職官吏に対しては「戒告（6条）、過料（7条）、停職（8条）、降格（9条）、免職（10条）」の各処分が、元官吏に対しては「年金の減額（11条）、年金の剥奪（12条）」が定められて

いる。これに対抗するには、管轄する行政裁判所に異議を申し立てる対応手段も存在しており、そうした事例は、以下に例示されるところである。官吏法が、概括的に官吏の義務責任に対する責任の対応を規定しているのは、こうした事例にあてはまらない場合であることになる。「官吏が、課せられた義務に対する故意ないし重大な過失を犯した場合には、その者に役割を与えている雇用者に対して、その官吏はそこに生じた損害を負担しなければならない。複数の官吏が共同して損害を生じた場合には、それらの官吏は全体責任者として責任を負わなければならない」(78条1項)。またその時効が3年であることを規定している(2項)。

IV 主要な裁判例

1 警察官による、勤務外での「エホバの証人」の布教活動の禁止；1968年、連邦行政裁判所⁽¹⁷⁾

その勤務地であって、警察官が勤務時間外で、私服で「エホバの証言」の布教活動を行ったことに対して、警察当局はそれを禁じようとした。この禁止の処分が信教の自由を犯し、時間の制限がないという点で、当該警察官は地区行政裁判所に訴えを提起した。地区行政裁判所は、勤務地でこの布教活動がなされたことが、当該住民に影響を与えることが大きいとして、これが公務員の義務違反になるとの判断を示した。その根拠になるのが、基本法33条5項の「職業官僚制の伝統的諸原則」による制限であり、公勤務関係における制約が導かれ、ここから警察官の「公共の福祉」に対する制約が求められてくるとした。

これに対して、連邦行政裁判所は、基本法19条2項における基本権の本質保障から、警察官の信教の自由・布教の自由(4条1・2項)を考慮し、当該警察官が勤務外で、制服を着用せず、警察官であるという偏見を生み出さない客観的な状況でなされた点を考慮に入れ、原判決を破棄している。この布教が特定政党の勧誘ではなく、訪問を受けた市民も、布教を受け入れるかどうかの自由(ドアを開けない自由)が留保されているとする。この布教活動警察官の本来の職務を害するものではなく、もって公共の福祉を害するものではないとされた。判決は、公私の区分を明確に判断していたことになる。

2 授業中での教師のバクアン教衣装の着用；1985年、バイエルン行政裁判所⁽¹⁸⁾

バイエルンの国民学校において、赤一色からなるバクアン教の衣装とマラ(バクアン教が描かれた鎖)を着用して授業を続けていた教師(バクアン教徒に属する)が、同ラント官吏法の「その職務遂行に際して、公共の福祉に配慮しなければなら

ない」(62条1項2)に違反するとして、その着用を禁止された。この官吏は異議を申し立てたが、当裁判所によるその異議は却下された。その理由は、教育の現場における宗教的中立性の確保を優先することにあった。しかも、この衣装の着用禁止は、該当者の信教の自由・表現の自由を直接侵害するものではない。なぜならば、私的な生活でこの衣服の着用は自由であるからである。また、当事例が生じたのは学校においてであり、ここでは生徒の保護者の利益が最大限に保障されなければならないのであり、そこでは、宗教的な中立性も同様に確保されなければならない。

3 授業中での教師の反核バッチの着用；1990年，連邦行政裁判所⁽¹⁹⁾

ハンブルクの国民学校にて、教師がその政治的な意図をもって反核バッチを着用したまま授業を行なった。このことに対して、連邦官吏法53条およびこれを具体化したハンブルク官吏法58条違反として、反核バッチの着用が禁止された。教師は、行政裁判所に、自己の「政治的表現の自由（基本法5条2項）」が侵害されたとして訴えを提起した。

処分を行なった学校側の言い分は、生徒に対する影響であり、保護者も異議を唱えていた点を主張する。授業において、核エネルギーの有効利用について議論をするのではなく、一方的に反核を示唆するバッチの存在が問題となる。この点を裁判所も考慮に入れ、教師の異議を認めない決定を下している。本事例の問題は、官吏である教師の私的表現の自由と教育目的との調整にあった。決定では、まず、基本法33条5項が求める官吏の特別な義務について、それを、①公勤務活動を妨害する政治的な対立を避けること、②職務遂行する上で政治的中立性を維持し、公の信頼が失われないようにすること、にあるとした。そして問題の反核バッチの着用は、「政治的な宣伝行為の一種であり、文字で記されたものではないが着用者の政治的な意図を表明する政治的活動である。教師は生徒の意見形成に無意識の内に影響を与えることになる。そこで、勤務中の教師の政治的な中立性は、さらに、保護者の権利にも合致し、基本法が求める教育の理念とも一致する。なぜならば、教育の中心は保護者にあり、その多元的な利益を実現するために、国家は学校での中立性を確保する義務があるからである。そして問題の教師の行為は、教育目的の範囲内にはないとされた。

4 教師のドイツ共産党(DKP)所属と解雇(Vogt判決)；1993年，ヨーロッパ人権裁判所⁽²⁰⁾

フォクトは、1972年、ドイツ共産党(DKP)の黨員となった。同党は、同じ名

称をもつ「ドイツ共産党 (KPD)」が、1956年、連邦憲法裁判所によって違憲との判決を受けた (BVerfGE 5,85) 後、これの代替政党として、1968年制定されたものである。同党は、各種の選挙に候補者を立ててきたが、5%条項の障壁によって議席をえるに至ってはいなかった。彼女は、党員でありながら、大学卒業後1979年にヘッセン州フルダ市のギムナジウムでのドイツ語・フランス語の教師として採用された。82年に政治的忠誠を拒否することで、懲戒手続きが開始される。この間、彼女は依然としてDKP党員としての活動を続け、82年にはニーダーザクセン州での議会選挙に立候補している。彼女はこうした活動により告発を受け、87年になり正規に解雇されるに至った。直ちに、地区行政裁判所に解雇無効を訴えて提訴したが却下され、90年には連邦憲法裁判所に憲法訴願を申し立てたが、これも却下された。そこで、91年にヨーロッパ人権裁判所に、ヨーロッパ人権条約10条 (表現の自由)、11条 (集会の自由) に反する処分を受けたとして、ドイツ政府を被告として訴えを提起した。

判決は大法廷でなされ、10対9 という僅差で、フォクトの訴えを認めた。少数意見は、ドイツ政府の言い分を概ね認め、ドイツ公勤務法制における特殊性を是認することとなり、戦う民主制を實踐する法制にあって、公勤務が特殊な「政治的忠誠関係」にあることを承認したことになる。しかし、多数意見は、この特殊法制を一定程度評価しながら、それでも、一個人としての教師がもつ政治的自由権を尊重した格好になった。以下、多数意見の苦渋に満ちた判断を簡単に辿ることとする。

まず10条への侵害が存在したかどうかについては、本件は採用の時点ではなく、解雇の問題であり、彼女は官吏に求められている「自由で民主的な基本秩序」を支持する義務への違反として解雇されたので、裁判所はここに10条の問題があったと認定する。次いで、侵害が正当化されるか、について判断する。10条は1項で各種の表現の自由を保障し、2項では「法律に定める」ことによってこの自由も制約されると規定している。したがって検証しなければならない点は、正当な目的がここに含まれているかどうかであり、裁判所もドイツが辿った価値秩序の特定についてはこれの正当化を否定するものではない。しかし、10条2項にある「民主的社会において必要なもの以外のいかなる制限も課してはならない」という文言に着目し、これを文言にはないが公務員関係に適用することも可能であるとの判断を示す。したがってこの自由も無制限ではなく、「義務と責任」(10条2項)をもって行使されなければならない。こうした枠組みを設定した後に、最後に本件へのあてはめを行なっている。

ここでは、まず「ドイツの法廷が定めた義務の絶対性は、奇妙なものである」との指摘がある。つまり、その作用や地位に関わり無く一律にこの義務を課している奇妙さであり、他のヨーロッパ諸国ではこうした画一さは存在しない。そこで本件を個別の問題として見た場合に、以下の5点で解雇が不当であったということが指摘される。①彼女にとって、教師という仕事が他に代えられない職場であったこと。②彼女が語学の教師であり、生徒に対する政治的な影響力をもたないこと。③生徒、保護者、同僚は彼女の教師としての姿勢を評価していること。④彼女はドイツの基本秩序を破壊する姿勢をもっていなかったこと。⑤DKPはいまだ憲法裁判所において違憲とされてはいないこと。人権条約11条についても同様に判断できることから、多数意見は、結局、ドイツ政府が彼女を解雇したことは無効である、との結論になった。

5 警察官の政党(リパブリカーナ)所属と昇格拒否;1998年,コブレンツ上級行政裁判所⁽²¹⁾

原告は、ラインラントファルツ州警部補(俸給表A9)として1975年以来勤務していた。50歳になった時点で、警部への昇格がないと退職となることになる関係で、93年からこの昇格可能性を打診していた。95年改めてその申請を行ったが、当局から拒否された。94年に彼は市議会議員にリパブリカーナから立法補当選して、その後、当該政党から離れて独自の会派に所属していた(同様に右翼系のDVU・市議会議員との兼職は認められている)。彼の政治活動、とくに、憲法に敵対する政党に帰属していたという理由で、彼は昇格を拒否されたことになり、その結果、警察の職を辞さなければならなくなり、この昇格拒否の無効についての訴訟を提起した。

上記した4の事件を意識して、裁判所は問題が、「リパブリカーナ」という右翼政党に関わっている点、警察官という職業を考慮して、事情は異なるとの見解を示した上で、当該政党の実態を検証する。当該政党は、すでに党綱領やその活動からして憲法に敵対的政党であるとの認定が、各ラント政府によってもなされており、とくに、外国人・失業者への敵対的な対応が危険視されており、原告はこの政党のラント責任者としての活動実績があり、さらに、リパブリカーナ内での対立があり、この時点で危険な指導者であるG.フレイを信奉していた。こうしたことを考慮して昇任拒否がなされたのであって、その処分には誤りがない。原告は、名誉職の地位は留保されているので、失われる利益は少ない、と判断された。

V まとめ

〔1〕 沿革・制度枠組みを異にするドイツと日本の公務法制を単純に比較することは困難である。しかし、以上、概観してきたドイツの公勤務法制の特性を指摘し、もって日本の同様の法制がもつ問題点を明確にすることは可能であろう。その場合に、比較する評価基準は、近代立憲主義の諸原理という基準軸であり、とくに、対象となる公務員であっても一市民として人権の享有主体たりうることを基準にして考察することになる。⁽²²⁾

公務員関係を構成するのは、一般の国家と国民との一般的な関係とは異にする、「特別の権力関係」であり、ここでは行政主体と客体との間に支配・服従関係があるとされてきた。この発想を促したのは、ドイツのかつての警察国家における官僚主義であった。日本の明治国家体制は、こうした法治主義の法構造を受け入れ、長期にわたって実践し、法理論もこれを支えてきた。⁽²³⁾ 特別権力関係に落とし込まれた公務員は、当然のこととして人権制約を一般国民と異にすることになる。しかし、この理論は、すでにヴァイマル憲法下で修正を促され、ドイツにおける公勤務関係の原像が形成されてきている。⁽²⁴⁾ そこでは公勤務関係を作り出す主体としての個人を考慮に入れる変化が、法制上でも見られた。憲法規範の段階での公勤務関係の保障がこれであり、近代立憲主義は、憲法という最高規範によって行政機関を包括的に拘束することがなされた（憲法国家の実現）。憲法の一部として「制度的に保障された」公勤務体制は、次に、そこで構成される国家と官吏の関係を法的に実証することになる。そこで構成されるのは、私的社会での契約関係の公的場面での応用であり、国民が自由意志で国と公的な契約を交わすことで形成される、特殊な公勤務体制であった。日本でも戦後はこうした特別権力関係論の残滓を一掃するための努力がなされ、日本国憲法の基本構造と符合するような公務員法制を形成する努力がなされてきた。公務員法制を法的に形成されるものとしながらも、しかし、その公務員法には依然としてかつての権力関係を想起させるような内容が残されてきていた。その代表的なものが、この意見書で扱ってきた政治的自由であったと言えよう。

〔2〕 ドイツの公勤務において特殊な義務として理解されてきた「政治的忠誠義務」については、これが憲法全体が求める構造の中で設定されたものであることを付言しなければならない。この国の憲法（基本法）が、作り上げた価値構造は

憲法全体を流れるトーンであって、これを公勤務関係において強調されたものであると解しなければならない。日本国憲法99条で定める「公務員の憲法尊重擁護義務」が、政治的忠誠義務として特殊な形式で示されたものとなる。⁽²⁵⁾この内容も、すでに言及してきたように、冷戦下では厳格に適用されてきたが、今日では緩和されて適用されている。とくに統一後は、反ファシズムや反テロという意味で機能している。もはや機能する意味を変化させて適用されている、と考えられる。

〔3〕最後に、問題の政治的な自由に関して、ドイツと日本の根本的な違いに言及することで、本意見書のまとめにする。ヴァイマル憲法下で確立したように、「すべての官吏は政治上の意見の自由および結社の自由を有する」(130条2項)とあった。ここでは、官吏であっても任意の政治的意見をもつことの自由が保障され、公的職務から離れたところでの、市民としての政治活動の自由性が保障されていた。⁽²⁶⁾この伝統は現在の官吏法の中に引き継がれていることはすでに述べたし、上記してきた判例のなかでも確立されている。むしろ、われわれはこの種の判例の少なさに注目しなければならない。この政治的発言をどのように、どの程度実行するかの場合において、一定の制約がなされるが、この局面において一般の市民とは異にすることがありうる。それが、「抑制・自制」の論理であったが、これも公務員の職制に応じた形で変化することは明白である。この相対的な視点を公勤務体制の中で完全に実現することが、ドイツの伝統であったことになる。フォクト事件は、忘れらかけていたこのルールを、ヨーロッパ全体のものとして裁判所が再確認したことになる。

日本の公務員制は、「国家公務員と地方公務員，一般職と特別職，職階制（等級制），管理職と非管理職，現業と非現業，常勤と非常勤」，といった職務・地位の応じた区分をしているのも関わらず，この相対化が公務員の個人の人権の中に明確に反映されてはいない。つまり，これらの区分は，雇用する立場からの視点での便宜であって，雇用される側には大きなメリットとして機能していないことの問題点がある。その最たるものが，個々の公務員が保有する私人としての権利が，公的な側面から制約されている点にある。とくに，政治的な自由を，職制や地位，職務内外の区分を一切行わないで，一律に制約していることの不可思議さが残る。⁽²⁷⁾しかも，立法（法律）によってこの区分は十分に可能なことを，日本では特殊，人事院規則で実行するという離れ業がまだ貫徹し

ている。こうしたドイツあるいはヨーロッパ全体から見て異常な法制の中で、今回の社会保険庁事件が生じているのである。

〔4〕「国公法・目黒社会保険事務所事件」は、ドイツでは起こりえない事件である。まず、当該被告とされた人物が、その職制・地位からして、官吏法の対象者かどうか、まず検討されなければならないであろう。例え官吏であったとしても、重要な政策判断を行う地位にあったものではない限りで、その「抑制・自制」の義務が強く働く余地は少ない。さらに、決定的であるのは、職務外の行為であったことで、職務外で、勤務地から離れたところで私服で行動する限りで、彼は完全に私人として扱われるのであり、そこでの自由は、普通の国民と同様な政治的意思の表明として保障され、そこでの制約も一般的な「他者への侵害」があったかどうかの内在的なものに限定化されるものであったはずである。こうして公務員の政治的自由は、ドイツと日本では異なった結果を生み出すことになるが、それは憲法での違いではなく、創られた法規の違いであり、法律を運用する側の認識の違いであった。そこで、この事件の概要は、ドイツ、さらにはヨーロッパ全体の学者からは理解してもらえない種類のものであり、その結果、日本の公務員法制は孤立したものとして独自の路線を進み続けることになるであろう。

注

- (1) Helmut Lecheler, in ; K.H. Friauf (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art.33 Rn8.
- (2) 石村修『憲法の保障』尚学社, 1987, 第二章「憲法宣誓の論理」, 参照。人的忠誠から憲法に対する忠誠のもつ意味をここでは考えることにしたい。
- (3) H.Lecheler, Die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, AöR 103 (1978), S.349ff.
- (4) Jarass/Peiroth, GG, 9 Aufl.(2007),München S.630f.
- (5) H.Lecheler, Der öffentliche Dienst, in Isensee (Hrsg.); Handbuch des Staats Rechts, Band III 1988, S.772.
- (6) Jan Ziekow, Die Fortentwicklung des Dienstrechts der Bundesbeamten, DÖV 2008. Heft14.569f. Hans Peter Bull, Das öffentliche Dienstrecht in der Diskussion, DÖV 2004, Heft4S.155f. 村松岐夫編『公務員制度改革』学陽書房, 2008 (原田久執筆), 縣公一郎「ドイツ公務員制度の概要」(財)日本ILO協会編『欧米の公務員制度と日本の公務員制度』2003, 11頁, 過去の改革について, 塩野宏「西ドイツ公勤務法改革問題」ジュリスト505号(1972) 106頁, 以下が詳しい。
- (7) 石村修「旧東ドイツの公務員関係を停止・終了させた統一条約」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第2版)』信山社, 2006, 273頁以下。

- (8) 安江則子『欧州公共圏』慶応義塾大学出版会, 2007, 133頁, 庄司克宏『EU法 政策篇』岩波書店, 2003, 33頁。
- (9) Hans-Jörg Behrens, *Beamtenrecht* 2Aufl.2001, の説明によった。
- (10) 注(3)の頁。
- (11) この点の詳細については, 注(1)の石村, 318頁以下を参照。
- (12) 注(1)の315頁以下。さらに, 石村修『憲法国家の実現』尚学社, 2006, 107頁以下。
- (13) この訳語は, 自由と民主制が区別されて使用されているのではなく, 自由と民主制が結合した秩序という意味合いで使用している。参照, 水島朝穂「ボン基本法における『自由な民主的基本秩序』」早稲田法学会誌29巻(1978)。
- (14) 本事件の解説は, 石村修「公務員と憲法忠誠—過激派決定—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』信山社, 2003, 471頁以下, にある。
- (15) Josef Isensee, *Öffentlicher Dienst*, in; E.Bender, W.Maihofer, H.-J.Vogel (Herg.) *Handbuch des Verfassungsrechts* (2), 1995, S.1540.
- (16) H.D.Weiß, *Die Pflicht zur „Mäßigung“ und „Zurückhaltung“ bei „politischer Betätigung“*, ZBR 1988, S.109ff.
- (17) BVerwGE, Bd.30, S.29f.
- (18) NVwZ, Heft 5, 1986, S.405f.
- (19) ZBR, Heft 8, 1990, S.262f.
- (20) NJW, Heft 6, 1996, S.375f. 岡田俊幸「政治活動の自由」戸波江二他編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』信山社, 2008, 424頁以下。
- (21) NVwZ, Heft 8, 1998, S.874f.
- (22) したがって以下の視点が最も重要である。「近代的公務員制にあつては, 公務員の私生活(市民としての公務員個人の政治的生活を含む)と, その公務員の公務員としての地位とは, 明確に区別される。」鶴飼信成『公務員法(新版)』有斐閣, 1980, 2頁。
- (23) 石村修「憲法を支える官吏の義務」同, 『明治憲法』専修大学出版局, 1999, 第5章。
- (24) 学説的には, 「絶対的一方的行政行為説, 双方向的行政行為説, 公法上の契約説」に区分されていた。注(21)の鶴飼, 74頁以下参照。
- (25) 憲法99条の解釈については, 石村注(2)の第4章で詳しい。
- (26) Vgl. Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. Augst 1919, 1921, Art.130*, S.210.
- (27) この相対的な視点と日本の状況においても導入できることを, われわれは考えなければならない。参照, 西谷敏・第一審鑑定意見「労働法学 勤務時間外の政治活動禁止の根拠と限界」法律時報特集『新たな監視社会と市民的自由の現在』2006, 231頁以下。