

労働法と行政法との交錯

——公務員不利益処分の公平審査をめぐって——

菊 谷 達 彌

- 一 はじめに
- 二 公務員法と公平審査行政機関
- 三 公平審査の審理方式——弁論主義と職権探知主義
- 四 公平審査における立証、程度及び分配
- 五 職員団体活動をめぐる不利益取扱と公務員法上の救済手続及びその範囲

一 はじめに

公務員の身分保障の制度に伴い、意に反する不利益処分があったとする職員は、国家公務員の場合には人事院、地方公務員の場合は人事委員会或いは公平委員会に不服審査請求をする途が開かれていることは周知のとおりである。日本の公務員法では、職員団体、団体交渉について、制限を加えつつルールを法定しているが、争議権については一律にこれを否定している。従って、この場合、民間企業のように労働委員会に全面的に不当労働行為の申立てをなして争ったり、現業公務員の場合の不利益取扱の禁止を巡る不当労働行為申立てを除いて、非現業公務員その他一定の公務員については、人

事院、人事委員会、公平委員会に対する不服審査請求の方法を選ぶことになる。

特に微妙なのは、職員団体活動を理由とした不利益取扱として不服を有する事案で、懲戒処分とか分限処分のような積極的処分性が表面化しない昇級、昇格等の遅れについて、労働一般法なら、不当労働行為の存在を争う争訟制度が用意されているのに、公務員法が団結権活動に関する特別法としてこれに対応する制度を具備していないこと、即ち、団体交渉拒否や支配介入については無言のままであることよって、どのような手続で一般法との整合性を見出すのか明瞭でないことである。

もともと、公務員法における人事院、人事委員会の存在理由と労働組合法における労働委員会とのそれは、全く異なるものである。前者が人事に関する不服審査請求を取り扱うだけでなく、職員の任用、昇格、昇進、給与、労働監督、措置要求等の広範な権限を有する行政機関であり、その内の任務の一つとして公務員の身分保障と職員の意に反する人事上の処分との関係について行政庁の適切な運用を促進するために審査権限を有するのに対して、後者は、団結権活動を保障する一つの表れとしての集団的労使関係上の審査権限を付与された行政機関であり、個別的労使関係における紛争は、その権限外である。人事院、人事委員会は、個々の職員の人事上の紛争を取り扱うもので、本来、直接の目的として集団的労使紛争の解決を対象とする行政機関ではない。それにもかかわらず、この両者が共通の問題を抱えるのは、公務員法が、職員団体の団結権活動を不完全に明文をもって規定し、これに関する紛争議を解決するための、労組法に対応する制度を整備していないことによる。従って、公務員法上、団結権侵害を争う問題が生じたとすれば、公務員法上の団結権保障規定が不利益取扱の禁止といういわば個々人の各個撃破的処分を対象にしているに過ぎないので、団結権活動の故に処分を受けたと不服を申し立てる職員は、人事院、人事委員会に個別の審査請求（職員団体が固有の審査請求適格を有すべきであろう）をすることになるであろう。そこで、この人事機関は、次元の異なる問題を、同一の審理員と形式上同一の審理方式で、これらの問題を処理する立場に立つ。

このように、これら人事院、人事委員会、公平委員会での審理廷においての分限処分或いは一般の非違行為に対する懲戒処分を不服とする不服申立てでの審理方式と、憲法第二八条での団結権保障の公務員への反映が投射されなければならぬ。ない筈の審理方式に、法一般の中で整合性がある視点を確保するためには、例えば、公平審査における審理廷弁論主義か職権探知主義か、通常用いられている立証という表現は証明なのか疎明なのか、立証責任（疎明責任）の分配方法、団結権侵害の救済方式で不当労働行為制度という特有の形態をとる労組法との対比、団体交渉と措置要求、救済方法としてのバックペイの法的位置付け等の主要問題を統一的に処理できる何らかの検討の必要性が存在していると指摘し得るのではないか。

本稿では、右の視点を通じて不利益処分に対する不服審査請求における審理廷での一般的問題点と団結権保護との兼ね合いから生ずる問題点との交差を中心にして考察する。

二 公務員法と公平審査行政機関

太平洋戦争終決後、日本国憲法の検討に並行して、幣原内閣は行政整理協議会を設置し、昭和二十年十一月十三日の閣議に「官吏制度改革に関する件」を提出し、従来の「文官試験試験補及見習規則」（明治二〇・七・二三）、「官吏服務規律」（明治二〇・七・二九）、「文官任用令」（明治三二・三・二八）、「文官分限令」（明治三一・三・二八、昭和七年勅二五三改正）等を全面改正することを試みた。この問題は引き続き設けられる臨時法制調査会の一部会が検討することになる。こうして、憲法改正に伴う法律改正作業を行なう臨時法制調査会総会は、四部会でまとまっていた関連法案要綱を審議し、九月中旬に開催する第三回総会で最終決定して政府へ答申することにした。その内容は、内閣関係四法案、議院関係二法案、司法関係九法案、財政関係一法案の一六法案であったが、その中の一つに官吏法案があった。これは、先に挙げ

た「官吏制度改革に関する件」の内容を整理したものであるが、しかし、この法案要綱の中の全六項目は、「官名」、「任免手続」、「高等試験」、「給与」、「服務規律」、「研修制度及び考課制度」からなり、これらをどのような機関で実行するかについては触れていなかった。他方、地方制度の改革については、内務省が、昭和二十二年七月二日、第九十議会に四法案を提出したが、その中に選挙管理委員会の設立について触れているものの人事機関については触れていない。

国家公務員に関して人事機関としての人事院の構想が浮上するのは、ブレイン・フーヴァーが最初の国家公務員法に新しく手を加えるときからである。国家公務員法の案を作成したブレイン・フーヴァー(Brain Hoover)当時、アメリカ・カナダ人事委員会連合総裁、最高司令官顧問、民生局長特別補佐官、民生局公務員制度課長)は、人事に関しては、職階制の導入の方に熱心であったため、準司法的機能に関しては差程強く意識していたようには見えない。しかし、今日の人事院の機能については、行政の適正運営のための内部装置としてその基礎は最初から盛り込まれてはいた。¹⁾

こうして戦後最初の国家公務員法(昭和二二・二一・二一、法百二十)では、第二章に「人事委員会」が発発する。同法第三條では、この法律の完全な実施を確保し、その目的を達成するため、内閣総理大臣の所轄の下に、人事委員会を置く。一 職員の職階、任免、給与、恩給その他職員に関する人事行政の総合調整に関する事項、二 職員の試験に関する事項、三 その他法律に基きその権限に属せられた事項として、人事委員長、人事委員三人、事務局長一人、その他政令を以て定める職員で構成するとした。しかし、人事委員会に関しては遅くとも昭和二十四年一月一日には設置しなければならぬ(附則第一條)とされ、その間は内閣総理大臣の所轄の下に臨時人事委員会を置くことにした(附則第二條)ので、同法の下での最初の人事委員会を一般に臨時人事委員会と呼んでいる。

後に、昭和二十三年七月二二日付芦田首相宛のマッカーサー書簡で、人事機関に準司法的機能を付与して、人事委員会を人事院とし、この人事院に準司法的行政機関(quasi-judicial administrative authority)としての権限を与えることを明らかにした。前回は職階制と争議行為の禁止等に関して、彼が一時帰国している間に彼の示した原案を彼に無断で修正

されたことに不満一杯であったフーヴァーは、今度の案に基づき、臨時人事委員会との間で、英文の邦訳を交換し、これを確認した後、官房長官にその修正を認めずとして手交した。日本政府側との間に一悶着あったのは、二・一ゼネスト、八・七ゼネスト等の緊迫した労働情勢と対日占領政策成功をにらむマッカーサーのいわゆるマ書簡に公務員の団結権の大幅な規制が盛り込まれていたからで、これに反発するキレン労働課長とフーヴァーとのGHQ内部での激しい対立があったのも、この点についてであった。人事院構想に関しては、日本行政当局に内心煩わしさを感じる本音があったので、吉田茂首相は人事院構想を憲法違反として抵抗を示した。それは、後日に試みられる人事院改廃案として登場する。しかし、この時点での人事院設置自体は、日米間でそれ以上に殊更に激しく対立したわけではない。要するに、人事院を何時かは変容させるつもりで、この時は無用の荒立てを避けたわけである。

この国家公務員法改訂によって、国家公務員については、人事機関として人事院が発足し、所轄は総理府から内閣へ移管され、人事院規則を旧法（人事委員会規則）のように内閣総理大臣の承認事項とせず、人事院に自由な規則制定権を与えた。

地方公務員については、戦後、内務省が地方制度の民主主義的改善について検討し、昭和二年七月二日第九十帝國議會に、東京都制、府県制、市制、町村制ノ四法律改正案を提出し、同月五日の衆議院會議に上程した。この内容は、「知事公選制」、「召還権（リコール）制度」、「條令制定要求権」、「選挙管理委員会」、「地方財政改正緊急処置」、「地方起債」、「監査委員」をもって構成されていた。この中には人事委員会、公平委員会の構想はない。この構想は、国家公務員法に人事院を創設することと並行して、この制度にならう形で昭和二五年一月二三日の地方公務員法の制定、公布により、逐次、警察、消防、教育、地方公営企業へ段階的に実施し、人事院の地方版として余り深い議論もなく実現した。地方自治を憲法規範の中へ強く導入して、中央集権の弱体化を念頭に置く連合国の占領代表者としての米國としては、米國各州にならって地方行政の適正運用を國に準じて実行することが自然な考え方であったらうことは容易に考えられる。

人事院、人事委員会は、公務員の一律な争議権剥脱の代償処置として論議されることが多かった。後述のように、此等の機関は、ただ争議権剥奪代償処置機関としての役割を有するだけではないが、憲法二八条の争議権の法認が、公務員という名称が付けば問答無用で公務員には及ばないとする強引な法政策に対する疑問の形で提起されることが多いので、これら人事機関は、争議権論と共に語られるのは当然の成り行きであらう。

ただ、形式的には、公務員の争議権剥奪は、最初の国家公務員法の内容には入っていない。公務員の争議権行使を禁止したのは、マッカーサー書簡に基づく政令二〇一号からであり、この問題は、超憲法的に憲法二八条から離脱するものとして論議を回避しようとする背景もあつた。これより前の最初の国家公務員法には既に人事委員会（臨時人事委員会）の定めは存在した。国家公務員法に公務員の争議権の剥奪が盛り込まれたのはこの後である。しかし、矢張り、これら人事機関が、公務員の争議権制約と係わりを持つと考えるほうが至当であると思われるのは、フーヴァーが、彼の一時帰国中に出し抜かれるという手抜きをしなかつたなら、彼は、昭和二二年六月のいわゆるフーヴァー勧告の中で公務員の争議権の禁止を組み込んでいたので、これと対立して、最初の国家公務員法に争議権の禁止が規定されることには反対する立場もあつたことから見て断言はできないにしても、追いかけるようにしてマッカーサーが公務員の争議権禁止に踏み切つたことでも、人事院制度が後日になって初めて争議権禁止の代償処置機関になつたと位置付ける必要はあるまい。

まるで戦後の鬼つ子のように生まれた人事院は、人事当局にとつてはひどく厄介な存在であつた。旧法が、公務員の勤務の基準 (standards) の設定を内閣総理大臣の承認に係らしめていたものを（一六條）、政府から独立して人事院が自由決定する権限を持つことになつた。人事院の行なう人事行政の運用については、国会に対して責任を負う國務大臣については内閣も手が出せないこと、人事院は給与政策も重要な機能の一つであるが、人事行政の実施機関であると同時に実施自体はできない勧告機関でもあるという不得要領な性格も持つこと等は、吉田茂首相以下にとつては苦々しいことであり、占領解除後に、早速、人事院の改組案が浮上した。一方の側の改廃理由は、人事院制度は日本の実情には合わないこ

と、人事当局の人事行政権が害されること、人事院の給与勧告が労働側の賃上げ要請の口実になること、他方の側からする改廃理由は、人事院の給与勧告は民間より低きに失し低賃金政策の改善にならないこと、公務員の団結権規制の代償処置機関の役割を果たしていないこと等である。

人事院の改廃案は一〇回にわたって提出されているが、最後の改廃の試みは、ILO八七号条約批准に伴うもので、公務員制度審議会を設置することで決着し、この審議会は何次も繰り返され、第三次審議会任期満了前（昭和四八・九・四）に、一応の答申を提出したままで今日に至っている。

人事院は、「（一）ことは非常に俗で（二）さいますけれども、傷は浅い。（三）」（四）ままで現在に至った。地方自治体の人事委員会、公平委員会も、これと同様の背景で推移してきたと言つてよい。

地方自治体の人事委員会は、都道府県及び地方自治法第二百五十二条の十九第一項の指定都市では必置機関である（地公法第七条第一項）。指定都市以外で人口十五万以上の都市と特別区は、条例で人事委員会を設置してもよい（地公法第七条第二項）。人事委員会を設置しないとときには公平委員会を設置する（地公法第七条第二項）。人口十五万未満の市、町、村及び地方公共団体の組合は、条令で公平委員会を設置する（地公法第七条第三項）。公平委員会を置く地方公共団体は、条令で他の地方公共団体と共同で公平委員会を設置してもよく（地公法第七条第四項）、他の人事委員会に公平委員会の事務を委嘱してもよい（地公法第七条第四項）。

現在の行政単位は、一道一都二府四三県と東京二三区、一二政令指定都市があり、市町村は、六六三市、一九九一町、五八一村、合計三三三五市町村であるが、この内、人事委員会を設置する地方公共団体は、一道一都二府四三県と一特別区（東京二三区）、一二政令指定都市の六〇団体である。（五）最初の地方公務員法では特別区が考えられていたが、旧満洲国に新京特別市があった例はあるが、戦後日本では設置されず、一例も実現することはなかった。政令指定都市以外で人口十五万以上の都市で人事委員会を設置する都市は、現在までのところはなないが、一つの市が設置検討中である。

人事委員会を設置する県に含まれる約半数の市が、そして、町村の大部分が当該行政単位に設置される人事委員会に公平審査の事務委託をしているのが現状である。

本稿で問題とする公平審査に関しては、人事院、人事委員会、公平委員会の何れについても、審査の趣旨・機能としては差はない（本稿で単に人事委員会と言うときは、公平審査に関する限り市の公平委員会も同旨として含むものとして述べる）。

公平審査に関しては、人事院の場合は、「人事院又はその定める機関」が審理するが、人事院規則一三一一（不利益処分）についての不服申立て）では、審査請求を受理したときには、その審理のため公平委員会を設置する。公平委員会は三名又は五名で組織される。この公平委員は、原則として人事官及び事務総局の職員の中から人事院が指名する（第十九条、第二十一条）。この人事院規則一三一一を受けて、「人事院規則一三一一（不利益処分）についての不服申立て）に定める人事院の権限及び所掌事務で人事院事務総長に委任されたもの一部委任」（公示第三号）で人事院事務総局公平局長を、同じく公示九号で人事院事務総長を挙げる。国家公務員の場合も地方公務員の場合も、不服申立てに対する採決又は決定自体は、人事官会議、人事委員会、公平委員会で行なわなければならない。審理の過程で審理員を一部権限委任することを認める点では変わりはない。この場合、審理廷が、一部委員について、間接審理になるか直接審理になるかの違いは出てくるが、労働委員会の場合でも、審問廷での公益委員のローテーションを組むのが常態であり、この点は労働委員会の方がもつとはつきり間接審理性が出てくるし、合議制には一般的なことであるから、公務員の不服審査制度に特有なものではなく、とりわけ弊害が出てくるとは考えられない。ただ、率直に言えば、人事院、人事委員会、公平委員会共に、委員は全て三名であり、委員の行政の実情把握の必要性と法律判断の熟速度の必要性との両立を期待すべきことは当然としても、労働委員会での不当労働行為の事実判断の合議のように判事出身或は検事出身の法律実務家、当初からの弁護士、法律研究者等が相当数加わった合議での判定と同様にはいかなことも言い得ることであるから、公平審査に関しては、その判

定に到達するまでの充分な素材を提供する審査担当の事務官に高度な法律的資質を有する者を相当数含ませしめることが一層に要求される。人事院・人事委員会は、直属の事務局職員に対する任免権を有する点で（国公法第四条、地公法第一二条）、不服審査の機能に関連しても労働委員会と組織の形式上、その独立性に相違があるが、実際の職員人事管理の慣行上、人事の移動は、他の省庁、部局等と同等に行われ、他の行政機関と切り離して事務局独自の専門職員を任免するわけではないから、結果的には、労働委員会の事務局と同様な立場にある。むしろ、労働委員会は、国家公務員四現業職員、地方公営企業職員の不当労働行為救済申立の場合を除き、関係行政部局とは特に利害のない当事者の紛争についての判断をするのに対して、公務員法における人事裁定機関は、一方の当事者が行政内部の処分庁であることから、これら機関の設置された存在理由を十分に了知した事務局職員の人事が必要である。地方自治体の公平委員会の場合は、独立の事務局も設置しないので、任命権者は、人事の公平、適切運用のために、一層にこのことの理解が求められる。

三 公平審査の審理方式——弁論主義と職権探知主義。

地方公務員法第五〇条第一項は、処分を受けた職員から請求があつたときには口頭審理を行なうことになっている。行政不服審査法第二五条第一項のように明文としての書面審理原則の定めはないが、被処分者による口頭審理の請求がなければ、書面審理で処理することになり、条文の表現形式も書面審理が原則となる形を採る。これは、行政救済での迅速解決可能性の趣旨（行服法第一条第一項）に沿うものとして自然の表現であると言えるが、しかし、多くの場合、人事に関する不服審査は口頭の審理になる。あたかも、民事における仮処分申請において、書面審理を原則としながら、解雇、左遷等の不当を主張する身分保全の仮処分申請事件が審尋を通常とし、例外が原則になる現象が生じているのに類似している。そして、書面による求釈明の応酬、多数の証人申請、参考人の陳述・鑑定請求をなし、この迅速解決の趣旨は、あ

まり効用を果たしてはいないのが現実である。善し悪しは別として、不服申立人が、争いの対象となる事柄の性質により、迅速解決を必ずしも望まず、極端に言えば審理廷に事件が係属していること自体に意義を見出だしている事案も多々あるからである。

ただ、対審形式での口頭陳述であろうが書面での相互陳述であろうが、その主張の重さの程度には差異があるわけではなく、この条の審理方式が弁論主義によるものか職権探知主義によるものかは、この条自体では決定できない。また、行政不服審査法第二六条乃至第二九条は、審査庁による職権に基づく探査の権限を認めている。しかし、国家公務員法、地方公務員法は、人事に関する不服審査については、行政不服審査法第二章第一節から第三節までの規定の適用を排除している（国公法第九〇条第三項、地公法第四九条の二第三項）、この職権探知は、直接には人事院、人事委員会の審理廷を拘束するものではない。

しかし、そうは言っても、行服法の中に機能として存在する行政機関の自己制御的な操作が、厳密にいつて国家の司法的コントロールとしての裁判機能と同質ということは無理であるが、他方、審理廷のような公権力の処分を判断することが国家における紛争解決の終審として用意されているわけではないので、「行政機関をして前審として裁判を行なわしめることは、何等差支えない」ことは、公平審査にも当てはめてよいことであろう。厳密には、前審的紛争解決ということであろう。この点、後述のように、不当労働行為の場合は、地労委から中労委へ、中労委から地裁へ、更に上級審へと進んでもよいし、出し抜けに裁判所に本案訴訟として持ち込むことも、仮処分申請をすることも、地労委と裁判所に同時に紛争を持ち込むこともできるので、公務員の人事紛争のように公平審査前置主義を採らない点での相違はあるが、労働委員会における不当労働行為の審問廷も役割としてはこれに類似している。人事院・人事委員会の審理廷も国公法、地公法共に、人事に関する不服審査について、行政機関の処分に係る事件の審判として、行政訴訟の一種の前審的な体裁をとって遂行するのであるから、行政不服審査法の制定趣旨の埒外にあると見るには無理がある。審判の全体としては、

行政不服審査法の一環として審理が行なわれ、人事に関する行政処分がその他の多くの行政処分の型とは異なる点に着目し、特に人事に関しては別建ての審理方式が好ましいものとしたことは妥当な処置であると言える。その根拠を行政庁の処分が、一般的には行政庁と一般国民との間の一般権力関係の面での現象であり、この面での救済手段を行服法は想定している⁷ので、公務員関係のような特別権力関係には馴染みがたいので、公務員人事に関する公平審査を別個の救済方式にしたとする説はあるが、公務員の勤務関係が特別権力関係であつても労働契約（的）関係であつても、一般権力関係の局面での関係ではないことに変わりはなく、また、現在では、公務員勤務関係を特別権力関係と把握する考え方は極めて少数になつている現実も考えて、人事関係特有の紛争解決の方策を、第三者機関での行政実務上の人事の知識に豊富な判定者に委ねることの妙を考慮したものと解釈することが、現今の实情に適するものと考えられる。

行政不服審査法においては、これらの職権による陳述・鑑定を、弁論主義に基づく心証形成でなお不十分であつた場合の補充的な審理を、審査庁が職権で行なうことが出来るという趣旨に解釈せず、審査庁が、不服申立人の主張、証拠の申出に拘束されず、主体的に職権で探知して心証形成の資にする意味での職権探知と解釈する考え方は広い⁸。その趣旨として、個人の権利利益のほかに行政運営の適正化をはかる必要があり国家的関心事でもあること、公正な採決は当事者の恣意から離れて真実の事実関係処理を必要とすること、事案の迅速処理を必要とすることを挙げる。この意味では、審査庁の積極的な職権証拠調べが行われ、罰則の裏付けをもつてこれが強行されれば、迅速主義に寄与することは相当程度に可能な手続方式であると思われる。しかし、この迅速主義は、特に大量不服申立の場合、あるいは、審理廷の裏面で行政当局との和解による妥協が模索されている事案等の場合には、紛争当事者自身が公平審査機関による独自の迅速解決のための審理を希望しないことも少なくなく、既に形骸化している職権証拠調べ（多くの場合、職権探知主義と同義に用いられている）によつて、直ちに回復するものかどうかは疑わしい。

不当労働行為に関する労働委員会での審問においても、旧労組法での憲法二八条活動に対する不利益取扱についての科

罰主義から現行労組法の不当労働行為制度での現状回復主義に移行した際も、他の主要な柱は迅速解決主義であった。この労組法においても職権による調査はかなり類似した方法を用意している。即ち、同法第二二条第一項では、「その事務を行うため必要があると認めたときは、使用者又はその団体、労働組合その他の関係者に対して、出頭、報告若しくは必要な帳簿書類の提出を求め、又は委員若しくは職員に關係工場事業場に臨検し、業務の状況若しくは帳簿書類その他の物件を検査させることができる。」とし、同法第三〇条、第三二条では、その拒否に対する罰則を定めている。これは、不当労働行為をめぐる審問廷だけを想定した条文ではなく、労働組合の資格審査、労働協約の地域的拡張効力付与、斡旋・調停・仲裁等の事務のような労働委員会の諸活動全般に公益的な規範要素を認めたものとして考えられるが、実際問題としては、不当労働行為に係る審問廷以外には余り問題にする実務はないと言ってもよいであろう。現実には、審問廷での被申立人側の防衛手段の表し方として、他の従業員の私人の秘密の保持、申立人側の第三者代理人に知られたくないための業者間競争での経理上の内訳の秘匿等の理由によって、この問題が生ずるのが通常であり、使用者側の拒否に対する条項といつてもよいくらいである。この点は、公務員法上も、立証責任が何れにあるかの論議は別として、公平審査に際して、処分庁による個人の秘密の保持等を理由とする書面等の提出の躊躇と共通する面がある。また、処分庁が他の者の身分上の秘密等を理由として疎明材料を出し渋るときに、人事委員会限りにおいて検証するとする団体はかなり多く認められるが、判定者自身が了知してもこれを争う他方の当事者が知らされないことが裁決の正文に到達し得る要素となり得るのであるかという疑問が生ずる。これは、審理廷でも審問廷でも共通に言い得ることである。

労組法は、審問廷における証人の喚問についても、同法第三七条第三項で、委員会の強制権限を定めているが、これに対応する罰則はなく、実際に嫌がる人間を強制的に審問廷に引きずり出すことは、審問が、担当公益委員以外に参与委員として労使が出席することから考えても極めて困難であり、まして無理に証言を強制することも出来ないであろう。そして、前述の職権による諸帳表、物件等を検査する場合には、公益委員単独の判断でなく、公労使三者の出席する総会の付

議事項であることも、強制権限の発動を困難にする一要因となることも指摘できる。公務員の公平審査には、これに類似する総会は存在しない。従つて、理論上は、人事委員会の職権調査は、労働委員会に比べれば、比較的容易なものではないかと思われるが、この職権調査が、実務上は、予想外に難渋する実態がある（後述）。

こうして、公務員法上の不利益処分をめぐる紛争処理と、労働関係一般法における労組法上の紛争処理とは、運用上の類似点を多々見出すことができる。ただ、自由な産業活動の中での人間の労働力取引関係という局面における不公正な労働慣行をめぐる判定と、公務員法一般における公務員の不利益処分についての判定とは、これを規律する法意において、全く同一視することはできないことも、その側面には存在する。現在でも、公務員の勤務関係の本質を前述のように特別権力関係と見る傾向は薄れてはいるが、これを法律上どのように把握するかは、必ずしも見解の完全な一致を見ていくわけではない。裁判所もその姿勢は曖昧なままである。その主張はまちまちであるが、公務員の勤務関係への編入を同意を要件とする任命行為として考えれば⁹、自由意思に基づく同意を基礎とする特別権力関係の形成と考えられるが、これに批判的な説も多く現れ、公法契約としての契約的性質に着目するもの、公務員勤務の労働者性から見て一般の労働契約と本質的に異なるところはないとする労働契約説は近時有力な主張である¹⁰。特に、世界的にも一般的傾向として公務員の労働者性を承認する現今であつて見れば、日本の実定法上も憲法の勤労者の観念から公務員を除外する理由は全くないわけであるから、公務員勤務関係の本質が、今日では、特別権力関係から労働契約（的）関係へととしての理解をされても何ら差し支えもないことであり、更に、現業公務員の団結権に関する準民間的な紛争解決手段、とりわけ公務員法における職員団体の（制限的ではあるが）団結権保障等との関連から眺めれば、これらの紛争解決の接近方法には、双方の法律関係の本質に極めて近接する局面を見出すことから出発することが有益であるとすべきである。

行政不服審査法が、紛争の迅速解決を一つの目的として制定されていることは事実である。したがつて、その第一条にも「簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図る」ことを明示する。この観点からすれば、行政事件訴訟法と行政

不服審査法との関連法条から見れば、行訴法は、「必要があると認めるときは、職権で、証拠調べをすることができる。」（第二四条）とし、行服法は、「審査請求人若しくは参加人の申立てにより又は職権で」（第二七条）としているが、これらの文言で審理方式を峻別する必要があるとは思えない。何れも私人間の紛争議というわけではなく、国家又は地方公共団体が係わりを有する点で、人事に関する紛争議と言っても、民事訴訟と全くの同一視は出来ない面はあるが、行訴法のこの条は、旧行政事件訴訟特例法第九条が、「公共の福祉を維持するため必要があると認めるときは、職権で証拠調べをすることができる。」⁽¹¹⁾としていたものを承継して現行第二四条とし、従来批判の多かった「公共の福祉を維持するため」の文言を削除したことや、この点からも、第二四条の文言からも、或いは、行特法自体が民事訴訟法の行政上の紛争の特例として用意されたことから、この行訴法の規定は、明らかに弁論主義を基礎として、更に職権により証拠を補強して、公正な判断を導く手段が用意されたものと解するしかない。これを仮に実質的には職権探知と考えると、審理廷において、審査庁は法律上証拠（疎明資料）の收拾を義務付けられているわけではない。即ち、職権による証拠收拾が充分でなかった場合に裁定の違法性が生ずるものではない。更には、罰則によつて裏付けられた証拠收拾力があるわけでもない。このように見ると、やはり、人事に関する審理廷は弁論主義を基礎とすべきと考えるほうが望ましいものと言える。

公務員法上の公平審査の手続には、訴訟法上の人事に関する不服審査について、それをそのまま適用することは出来ないにしても、行訴法と行服法の大枠の中で人事に関しての不服審査についての審理遂行内容についてのみ行服法から外して、人事院、人事委員会の規則に委ねた趣旨等を比較勘案して、不利益処分をめぐる不服審査は、職権探知主義を強く前面に打ち出すほどの審判の強度性を必要としているとは思えない。この意味からも、行服法第二七条のみが、「申立て〈又は〉職権で」の〈又は〉を「申立て〈以外に申立てがあらうとならうと〉職権で」と解釈する必然性もないものと言つてよいであらう。

ただ、このことから、公平審査においては弁論主義を貫くことを殊更強調し、職権調査は余程例外でなければ行なわな

いとまで言う必要もない。むしろ、公平審査の実務では、処分庁が、個人のプライバシーの保護等を理由に書面等書証（疎明資料）を提出したがいらないことも多々あることから考えても、迅速主義を強調し、その実効性の確保を狙うのであれば、職権調査も当事者の主張の補完的材料として必要と判断すれば、積極的に行なう在り方は望ましいと言ってもよいほどである。

行政庁の内部に、行政庁自身が行なった処分¹⁵の公平審査制度を設置する所以は、他の理由として、行政庁の自己統制機能あるいは抑制機能を権力の内部制御装置として備えることも意味すると考えなければならず、これによって「行政の適正な運営を確保する」（行服法第一条）ことになるわけであるから、職権探知は、審査員の心証形成をより実体真実に近づけるようにするためにも補完的作業として活用すべきであろう。

全国六〇人事委員会での実務で、公平審査の審理廷の運用につき、不服申立人と処分庁との攻撃・防御の内容を判断する際、相応の心証形成がなされるまで、どのような審理指揮の接近方法が採られるかは、必ずしも明瞭ではない。直接には関係ないが主張責任の存在についての設問に対するそれぞれの見解では、五七団体中、主張義務（主張責任と同義に用いている）が処分庁にあるとする人事委員会で、その理由の一つが公平審査は職権探知主義であるからとするものが六団体あり、処分庁に主張義務を課していない理由に職権探知主義であるからとする団体が七団体ある。前者は理由としては辻妻が合わないような気がするが、何れにせよ、公平審査は職権探知主義に支配されることを明確に言い切った団体は少なくとも十三団体あるということになる。他の団体が弁論主義によるかと考えているかどうかは、ここでは確言出来ないが、未解答を含めて多くの団体は、行政庁の公平審査では職権探知の困難さ、極論すればはかない限界が存在することを暗に承知していると言ってもよい。

四 公平審査における立証、程度及び分配

立証責任についての論議は、ドイツ立証責任議論の影響を受けつつ、とりわけ民事訴訟法学の分野で精密化され、他の分野での立証責任論でも基本的な準拠姿勢としては、これを当該法分野でどのように適合させるかの作業であったと言ってもよい。この論議のメリットが、各法領域において、その配分問題をどのように処理すれば実際に適合するかということであることは言うまでもない。特に、行政法学の領域では、紛争の当事者の一方が公権力の担い手であることから、分配の論理を、この法領域特有の根拠付けで説明しようとする試みがなされてきた。⁽¹⁷⁾ただ、民事訴訟法学の領域での立証責任分配論自体が、諸説の対立と流動化を見せているとき、それを基礎の一つとして論議が進められて行くので、当然に他の法領域でも見解の一致は見られない。

労働法の領域では、これが司法裁判所に提起される紛争であれば、民事訴訟か行政訴訟になるわけであるから、その紛争のみを、民事訴訟、行政訴訟と異なる基準をたてて検討する実益は殆どない。あるとすれば、紛争が不当労働行為の有無を真正面から主張する事案についてであろう。しかし、この問題は、本案訴訟だけに限った問題ではない。むしろ、行政救済としての労働委員会への救済申立ての場合の、審問廷での疎明責任分配についてである。この点でも、一方に強い反対説があるが、一般には、事件が殆ど民間の使用者と労働者間での、いわば私人間での紛争であるから、深く考えることなく民事訴訟法上の立証責任分配論議をそのまま導入する傾向にある。

ところが、国家公務員法第一〇九条の七や地方公務員法第五六条での職員団体活動に対する不利益取扱禁止条項では、その法意が、労働組合法第七条と同質であるにかかわらず、突然、行政不服審査法或いは行政事件訴訟法上の立証責任分配論になってしまうのである。仮に、ただ単に、労組法での不当労働行為制度は、組合活動への不公正な抑圧を禁止する特有の制度として、不利益取扱のみならず団体交渉拒否、支配介入もセットにした独特の救済制度であると考えるところ

も、司法救済と並行して、独自の行政救済制度を用意しているのであるから、労組法上の行政救済制度こそ、逆に民事訴訟法上の立証責任分配論から離別して行つてよい筈である。さもなければ、反対に、公務員法上のこの問題の立証責任分配が労働委員会での審問廷と同次元で語られてよい筈ではなからうか。更に、組合活動の不利益取扱禁止は、大正一四年労働組合法案で既に用意され、それがそのまま第二次大戦直後の旧労組法の中に浮上したのであり、現行労組法の不当労働行為制度で初めて創出されたものではない。異なるのは、救済方法が可罰主義から現状回復主義へと変更されたことである。公務員法上の職員団体活動の不利益取扱禁止も、別に処分庁の可罰を目的にしたものではない。これを憲法秩序への背反として規範的な非難性を有するものと解しても、使用者或いは処分庁に刑事上の罪の形で違法性、責任性を問うのではない点で、現行法上は共通した取り扱いになっているのであるから、労組法と公務員法との、この点での何らかの整合性は必要とならなければならないであろう。

このことは、単に、職員団体活動の不利益取扱禁止の問題だけではない。この不利益取扱禁止の問題に、判定の法技術の相違が端的に表れるということであり、懲戒処分、分限処分等の人事に関する処分についても、一般労使関係にあつては、団結権侵害の場合でも特に個人々人を対象にする労組法第七条第一号の形では、使用者に属する人事権の行使をめぐる紛争であり、公務員勤務関係にあつては、任命権者に属する人事権の行使の問題である。そして、当事者が何であれ、紛争解決に当たつて、司法の分野以外に国家（地方公共団体も含めて）自体が先ず積極的に解決のために乗り出すことの意味も考慮に入れる必要がある。また、公務員法上の人事に関する紛争について、一般的な争訟の枠組みだけを行服法に従わせ、審理方法の内容は、公務員法に別個に定め、更に、細目は、人事院規則、人事委員会規則に委ねているのは、公務員勤務関係の内部での紛争議は広く国民一般に対する公権力の行使とは性格を異にすることも大きな理由の一つである。従つて、こと公務員の人事一般での紛争議に関しては、不利益取扱の場合と同様な現象が生ずることも指摘され得る。

このような観点から、公務員の人事に関する紛争についての審理廷での立証責任を、改めて考察する利益を見いだすこ

とができるが、ここで言う立証責任とは、民訴法、行政法で論議される通常の争訟の場で用いられる語と同一の意味である。即ち、争いとなる事実について、その存在を判定者に確信（疎明の場合は、先ず間違ひなからうとする判断を）せしめるにいたらなかった場合に、判定者の結論をその当事者にとつて不利に判断される危険性を言う。

全国人事委員会連合会研究報告「訴訟における立証責任配分論」¹⁸では、特に人事委員会固有の立証責任の定義を決定することなく、「訴訟の最終段階に至ってもなお、要証事実の存否があきらかでない場合にはじめて發揮されるもので」、「訴訟上一定の事実の存否が確定されない場合に、不利な法律判断を受けるように定められている当事者の一方の危険又は不利益」とする定義で検討を進めている。当事者に証明上の責任的地位が存在するか、判断不能の時に結果として不利益状態が発生するのかは、本稿での立証責任の定義としては要素としない。また、後述のように、人事行政機関による不利益不服申立ての審査について、審理員の最終結論が、当事者の主張（主張責任の意味ではなく）により確信にまで到達しなければならぬのかどうかは議論の余地を残すところであり、ここでは、概ねその主張は事実と違ひないと判定者が考えられるにいたつたとき、即ち、裁判所における仮処分申請、労働委員会への不当労働行為申立て等のような審査、審尋、審問での疎明まで含めて、広く立証という用語を使うこととする。現行法一般においても、立証責任の定義はその立場によって多義であり、その分配問題まで含めて多様に用いられる。

また、実務においても、疎明の場合は提出される主張資料は疎明資料という名称で比較的その性格が判りやすいが、証明の時には書証という極めて曖昧な名称を使用し、更には、疎明か証明か判然としない場合でも書証という語が使用されるなど、曖昧なままの実情が存在することも考えて考察しなければならない。公的には、甲号証、乙号証として双方の主張を区分するが、実務用語としてはその双方を書証という俗称で呼称する。この場合の書証という用語は、書面による証拠という意味ではなく、挙証責任を負う立場の側では書類によって証拠として採用してもらふことを希望する書面という意味で、相手方においては、反証を採用してもらいたい書面としての意味を持つ。

労働委員会での審問廷では、それぞれの主張を疎明資料として提出し、これを甲乙の号証に分類するが、それでも不当労働行為での審問廷に熟達しない代理人は、当該審問担当公益委員がこの疎明資料を受理すると、提出側が安易に書証という言葉を使うことがあるために、その書面の受理をもって既に委員がその書面での主張を証拠（疎明の根拠）として採用したのではないかと警戒することがある。人事委員会での審問廷では、実定法上、証明とも疎明とも明示しない上に、公務員法によって適用除外されている行政不服審査法第二章のうち第二十六条及び第四十四条での「証拠書類又は証拠物」という文言との関係や、人事委員会の審理廷が当事者にとってあたかも行政訴訟の前審的な審理のように考えられる傾向もあることから、行政事件訴訟法第二十四条での「職権証拠調べ」の文言等に拘束され、労働委員会での審問よりも人事委員会での審理の方が、この点についてもっと立証に疎明よりは程度の強度さが必要なのではないかという疑問を抱きつつ、曖昧なままに処理されているのが現状である。

これは、他に、審理廷、審問廷での証拠、証明等の用語が、判定者のどの程度の心証にまで達することをもってよしとするのか、必ずしも明瞭でないことにも由来する。労働委員会規則には、疎明という用語が明示されるが、これを手続の簡素化、手続法上の証拠制限、証拠法則等の法定化を法律上厳密に扱わないことだけを意図するために示したものと解すれば、審問に当たって、「審査委員に一応の推測を生ぜしめることではならず、確信を生ぜしめる程度」¹⁹まで判断の程度を高める必要があるとする考え方もあり得る。

確かに、「不当労働行為の処理がいかに迅速を旨とするにしても、審査委員が疑問を残しつつ疎明の結果だけで、即ち単なる推測のみで事実の実態について終極的判断をなすようなことは到底容認し得ない」ものであり「實體判断は必ず証明によるべき」²⁰であるとする考え方は、審理の実際に当たってはそれなりの説得性を有する。ただ、実際問題としては、疎明と証明とがどの程度で区別されるのか判定者自身によく判らないという現実も存在する。また、不当労働行為制度では、直接に司法裁判所に提訴する途や労委の命令を不服として労委を相手どって行訴を選ぶ途もあり、後者にあつては、

労委の判断が裁判所によって覆される虞もあるので、審査委員の側には、いくらかの面目も伴って判断が慎重になり、結果的には、最終的判断が証明にまで高まるという事実是否定できない。更には、不当労働行為制度では、地労委に救済申立てをなし、同時に地裁に仮処分申請をなすということも可能であり、この場合には、地労委は労組法第七条の何れかの号の該当性の存否という事実判断を行い、裁判所は、本案訴訟の可能性を前提とした上での法律判断を行なうという、法律上は別個の争訟なのであるが、それぞれの判定者は、相互にどのような判断がなされるか困惑する。このことも、事件の早急な解決をためらわせる一因にもなっている。

しかし、行政救済は終極的解決ではなく、前述のように、極力、迅速性を旨とする審理であり、また、効力判断や損害賠償責任の有無の判断でもない。もつとも、公務員法上の人事に関する審理廷は、処分庁の処分の効力（例えば、懲戒権行使の裁量逸脱等）に触れざるを得ないこともあるが、矢張り、これも処分の承認、修正、取消という方法での一種の前審的簡易解決の手段であることには変わりはない。実際に、例えば人事の紛争については余り例がないにしても、行政事件訴訟法第八条第二項第一号により、審査請求があった日から三箇月を経過しても採決がないときには司法裁判所に取消訴訟を提起することが可能であり、審問廷にせよ審理廷にせよ、判断を絶対的な確信に到達せしめなければ行い得ないというものではないと考える。ここで、一つの問題が残るとすれば、審理廷の場合は、もし処分庁が負ける結果になった事実では、処分庁には争う場がなくなることであろう。この点から勘案すれば、審理廷の場合には、証明でなければ当事者の公平を欠く感がなくはない。しかし、裁判が承認、修正であった場合に、これを不服として不服申立人が行政訴訟を提起すれば、処分庁は敗訴しても控訴する途はあり、また、当事者の公平とは、審理廷の場での論争の公平なのか、人事権限保持者の法的地位とそれを受けるしかない法的地位との公平なのか、別の言い方をすれば、こと人事に関して言えば強者としての法的地位者と受け身の弱者としての法的地位者との公平化を言っているのかという、公平の観念の捉え方で相違が生ずる。しばしば、審理廷での当事者の公平の原則という表現が用いられるが、この場合、両当事者の攻撃、防御の時

間的、数的配分の公平と混同されて使用されている実態がある。

立証責任の観念については、前記全人連報告では、先ず、民事訴訟法における立証責任分配論を分類し、次に行政訴訟での立証責任論、刑事訴訟法での立証責任論に及び、人事院、人事委員会における立証責任との対比における、それらとの違同、得失を考える前提として、人事院、人事委員会での立証責任の問題も、これらと無援ではなく、各領域での立証責任分配論の基本原則を参考にしつつ、「職権主義（筆者注、職権調査権か）をとる公平審査においてもその円滑な進行を保障し、公平な判定を出す上で立証責任はぜひ必要である。」としている。しかし、その姿勢は、民事訴訟、行政訴訟での立証責任論をそのまま導入するのではなく、公平審査の場に適わしい立証責任論を探究したいという所にある。以下、やや長くなるが、人事院、人事委員会が、創設以来悩み続けてきたこの問題に何らかの独自の姿勢を示したいとする初めての試みでもあったので紹介してみる。

この見解では、今日では余り支持者の居ない公定力説（適法性推定説）については、「任命権者の行う行政処分には公定力があり、適法性の推定を受けるから、適法、不当原因たる事実の立証はすべて、申立人において立証責任を負担すべきであると主張するものがある」が「『行政行為の公定力』については、行政法学上多くの議論があるところであるが、『行政行為の公定力』その内容たる『適法性の推定』という概念は、用語としては訴訟上の『推定』と同一であるが、訴訟上の『推定』を意味せず行政行為の優越性を行政法学上説明する用語であって、立証責任との法的関連性はないものと解せられる。実際的にもこの説をとると、申立人の処分のあらゆる違法、不当原因についての立証責任を負担させ、任命権者はただこれを争うだけでよいことになる。立証責任の分配の理念は、正義の実現を確保し、両当事者の実質的衡平をはかることにある。この観点からみるとこの説は、職員の提起する不服申立てに対して、任命権者の行った処分をできるだけ維持し、任命権者の意図を終局的に達成せしめることに第一義的正義価値を与え、訴訟当事者間の衡平をこれに従属せしめるか、これを無視しようとするものであるといえる。」として、この説を人事に関する紛争には適合しないと排斥

し、返す刀で、「処分者に処分の適法性を自ら担保する義務のあることを理由に、処分者に処分の適法事由について立証責任があると主張するものがある。この説をとるとき、真偽不明な場合の危機を一面的に処分者に負担せしめることになり、申立人に不必要な優越性を承認することになる。刑事訴訟におけるように、「疑わしくは被告人の利益に」というごとき、すべての処分に通ずる超越論的正義価値をみいだすことのできない公平審査の場に、この説をとりいれることは立証責任分配の公平の原則に反するものと思われる。」として、公務員法上の人事に関する不服申立てについては、紛争当事者の何れかに一方的に負担させることに反対して、「真偽不明な場合の危険を当事者の一方に全面的に負担させる」諸説を「とることができないことは立証責任の理念からみて明らかである。」、更に、「立証責任の規範性を重視する立場をとるものにとっては」「適用すべき法規の立法趣旨や行為の特性（外観主義、迅速性、大量性、継続性）、立証の難易等を考慮して立証責任を分配しようとする考え方」をとることも無理であると見る。そして、「国民の自由を制限し、国民に義務を課する行政行為の取消しを求める訴訟においては常に行政庁がその行為の適法なることの立証責任を負担し、国民の側から国に対して自分の権利領域、利益領域を拡張せんことを求める請求（の却下処分の取消し）をする場合には、原告がその請求権を基礎づける事実について立証責任を負うとする考え方」にも理論的欠点があるほか任命権者と職員との法律関係にこの説をとり入れることは疑問なしとしないし、自由裁量行為とされる処分の裁量権の限界超越、濫用という違法を基礎づける事実についての立証責任の分配について妥当性を欠くうらみがある。」として、「両当事者にそれぞれ自己に有利な効果を生ずる法規の要件事実について立証責任を負わしめようとする」説には、「立証責任の理念にてらし、原理的な障害が少なく、しかも民事訴訟実務に密着しており実務的有利性がある。」と主張する。しかし、この説をそのまま用いるのではなく、法条の外観を重視して、「公法法規の性質等その特殊性を考慮した法条の解釈を行ない」、この説の欠点を修正して配分を考えてはどうかとする。

このような観点から、処分権者の処分は自由裁量行為であるから、裁量権の限界超越、濫用を争うときには、この違法

事由、不当事由についての立証責任は、「処分者に認められた裁量の限界内においては、処分者の処分権行使を規律する法定要件は存在しないのであるから、その限界内におけるものである限り、すべて処分は適法であつて、限界超越、濫用の根拠たる法条は、権利障害規定と解され、それら権利障害的事実の立証責任は申立人にあると考えられ」、「地公法一三条（平等取扱いの原則）、五六条（不利益取扱いの禁止）違反が問われているときも、これら法条の要件事実の立証責任は申立人にある」とする。法条の要件をなす事實は、時間的には権利根拠規定の要件事実と同時に存在するので、これらの事実の不存在が権利成立の要件を成し処分者が立証責任を負うとする考え方は、「法条の表現に忠実はなく、実際的にも処分者にあらゆる障害事由の不存在について立証責任を負わせることになり、不公平である。従つて、これら法条は権利障害規定と解し、申立人は各法条の要件事実の立証責任を負担せしめるのが公平の理念にかなうもの」という。そして、分限処分、懲戒処分、転任（配転）処分、辞職承認処分のケースにあわせて検討し、分限処分、懲戒処分については、「職員の身分保障を前提としつつ、それぞれ公務能率の維持上一定の事由がある場合か、道義上一定の義務違反がある場合に、職員の意に反する不利益な身分上の変動をもたらす」ものであり、「これら処分については、地公法二七―二九条の二及び各県の条例等に法律要件が定められ権限行使について実体的、手続的規律がなされているが、これら法条の要件事実については処分者において立証責任を負い」、「そうすることが、地公法の趣旨、現行憲法秩序からみても適当と思われる。」とする。転任（配転）処分については、「その権限行使については、実体法上何ら要件が定められておらず、いわゆる行政庁の自由裁量行為と解されている」ので、「これを違法（又は不当）」とする申立人が不服理由についての立証責任を負担すべきである」が、「法律、条例、規則等で処分を行ううえでの手続要件が定められているときは、処分はそれによって適正に行われるべきであり、それら要件事実の立証責任は処分者が負担すべき」とする。分限、懲戒は、「地公法二七―二九条の二と条例等に法律要件が定められ、権限行使について実体的、手続的規律がなされているが、これら法条の要件事実については処分者において立証責任を負い」、「そうすることが、地公法の趣旨、現行憲法秩序からみても

適當」であるとする。

要するに、先ず、最初に立証責任の分配についての諸説を列挙して、これらの諸説の中で立証責任を一律に処分権者か不服申立人か何れかに決定してしまう考え方を批判し、結論として処分権者と不服申立人との双方に振り分ける考え方を示そうとしたものである。ただ、事案ごとに証明（疎明）の難易度を考慮して立証責任の分配を考えるとということではなく、同じ公務員法でもそれぞれの法条に照らして、その法条から引き出される要証事実からその立証責任の分配を考えるのが実際的であるとするのである。

私見としても、各事案ごとに、その事件での当事者の立証の難易度によって責任を分配するものではないとするこの手法の原則性を排斥することは誤りであると考ええる。ただ、ここで示される立証責任分配論の指導標は、公平の原則、地公法の趣旨、現行憲法秩序といった、各人の世界観の相違による法的視座の重点の置き方により如何様にも解釈できるクリテリウムである。立場の分類としては、民事訴訟法上の規範説を導入する行政訴訟法上で一般に呼称される法律要件規定説に組み込まれるものである。ここで疑問が生ずるのが、国公法第一〇八条の七、地公法第五六条の問題が、懲戒処分、分限処分となって発現したり、昇級・昇格遅延とか配転とかの形態を取れば、その都度、同一の法意の条文を巡る紛争が、立証責任については変化するかということである。そして、前記の立証責任分配法則から、この条項から出現する紛争を一律に決定すれば、地公法第五六条をめぐる攻撃・防御について、この規定をそのまま権利障害規定と解釈し、不服申立人側に立証責任を負担させようとするは無理が生ずるのではなからうか。この際の権利障害というものは、団結権行使への侵害、関係行政庁は職員がもとと保有する自己の団結権の行使に対して不利益な処分をしてはならないという意味も含むということなのであろうか。

また、不利益取扱に限らず、一般の処分についても、現実の審理廷で、不服申立人は詳細な事柄まで多くの資料と多くの証人を引き出して自己の主張を正当化しようと努力しなければならないのに、これを受けて立つ処分庁は、最小限の主

張で切り抜けようとするに、果たしてこれによいのかという疑問が提起されている現実にも考慮を払う必要があろう。²¹⁾
 国公法第一〇八条の七、地公法第五六条については、更に検討を要する問題もある。それは、不利益「取扱」は、不利益「処分」と直結するだろうかということである。実際には、これを同一視した方がよいと思われる実益の方が、憲法第二八条から眺めるときに都合のよいことが多いであろう。結果的には、労組法での不当労働行為の審問廷での疎明責任の分配に関する多数説とは一致する。

労組法の場合に、不当労働行為制度創設初期から大部分の学説、判決例が、労働者側に疎明責任の負担を殆ど直結的に考えたのは、民事訴訟法の分配原則をそのまま導入することに疑問を持たなかったというのが主要な理由である。それにもかかわらず要件事実の中でも、労働者側に疎明が困難な部分があることを憂慮し、何らかの方法で、その程度の軽減或は簡素化を念頭に置く見解も当初から現在に至るまで存在している。²²⁾

労組法での不当労働行為事件の場合の疎明責任は、同法第七条第一号での要件事実として、組合活動の事実、差別待遇の事実、両者の因果関係が挙げられるが、条文上は、「正当な」組合活動の故をもって不利益な取扱をする場合を明示している。組合活動の事実のみならず、組合活動の正当性をも要件事実としなければならない。この組合活動の正当性の疎明が、昨今では、余り分配論議の対象にならないのは、これらの具体的事案では、通常、使用者側が、反撃として当該不利益処置は組合活動の故ではないこととか、ある特定の行為自体が組合活動の正当性の枠を逸脱していたかとかの論駁をするからである。もし、例えば、昇級、昇格、昇進等が緩慢な遅れをとるような場合には、今日までの当該労働者、労働組合の日常の組合活動の正当性を逐一疎明すべく厳密に要求するとすれば、先ず不可能といつてよいであろう。²³⁾

しかし、だからといって、この点だけは申立人に組合活動の事実の疎明があれば組合活動の適法推定が働くのであろうか。もしそうだとすれば、この要件事実のみ被申立人に疎明責任があることになり、このような便宜主義が立証責任分配の根拠となると思えない。条文上、他の要件事実について、申立人側に疎明責任を負担させようというのであれば、組

合活動の正当性の疎明も同一に取り扱うべきであろう。現実の審問廷では、結局、反証の程度に対する心証形成過程で、高度な程度に高まる判断をなすとすれば、審問の実際の中で、現象として結果的に疎明責任の転換が行われたと同様になる。これを一層押し進めて、もともと団結権が法世界に嫡出子たり得た経緯から考えて、判例上も学説上も、明確に、この局面での紛争議では、要件事実について全部立証（疎明）責任が転換されるとしても、さして特異な現象とは思えない。例えば、フランス法において、争議行為の場での労働者の *Tanco* の立証責任が、判例、学説の積み重ねによってその転換への立法化をうながしたことを見ても、社会法での衡平原理として自然にあり得る姿であるというべきである。国公法、地公法における不利益取扱の禁止も、同じ趣旨で、厳密な弁論主義を採らず、不服申立人の立証の未熟さを職権による調査で補うと見るのではなく、処分庁の人証、物証等の出し渋りを職権で調査し、審理廷の権限の限界内で一定程度の心証形成に達しなかつたときには、処分庁の立証の失敗と考えるほうが社会法理に適していると考える。審理廷の職権探知の機能は、この限度の補充性で充分と考えた方がよい。国公法、地公法は、それ自体は公法領域の位置付けであろうとも、その内容は単一の公法領域に限定されるのではなく、公務員の勤務関係、職員団体関係の部分は、ひときわ強く社会法の指導理念が機能すべき分野であることに注目しなければならない。

他方、人事院でも人事委員会でも、立証責任分配無用論が一部ではあるが存在する。ただ、現実には、審理廷で、判者が最後の瞬間まで判断が固まらないという事案に遭遇した例がないとか、各事案ごとに審理廷に持ち出される人証、物証等で何れの主張が信用できるか判断すればよいという素朴な論理²⁵である。同様に、労組法上の不当労働行為事件の審問についても、審問指揮遂行上の立場にたつて、双方の主張は、単に立証の順位の問題として考えればよく、審査の進行過程に依りて必要な立証をする責任を双方が負っているという考え方を示す立場もある²⁶。しかし、審問（審理）の実際において、心証を形成して行く判断過程での当事者の主張の強度性の測定という心理学的作用と、最終判断において、何れの当事者が判定者を納得させることに成功するか立場を定める理論上の地位決定とは別個のものであろう。

現在の人事裁定機関の状況は、人事院では、原則として立証責任は処分庁にあるが、公務員法の場合は、各法条によって分配を考えるという立場を採っている。

各人事委員会（以下、団体という）については、前述の全人連報告が支配的影響を及ぼしてはいないと思われるが、行政法上の理論と人事院の考え方に影響を受けていることはほぼ間違いないとして、次のような状況にある（なお、見解表明団体の数と考え方の根拠についての総数が一致しないのは、同一団体について複数解答があるためである）。

全国六〇団体中、解答団体は五八団体、未解答団体は二団体である。解答団体五八団体中、立証責任は処分庁にあると考えているものは五八団体と思われる。或は五六かもしれない。その理由は、立証責任は処分庁にあると答えて、理由には不服申立人にあるとしているものが一団体あり、処分庁にあるとしながら反論を処分庁にさせるとするものが一団体あるからである。各団体の理由は、複数解答でもあり、中には意味不明のものもあるので、体系だった分類は不可能であり、従って羅列的に紹介するしかない。公務員勤務関係は特別権力関係にあるからとするもの 一団体、当事者の公平（衡平）を図るためとするもの 九団体、当事者の平等を図るためとするもの 一団体、当事者の有利な効果を生じさせる法規の要件事実について分配すべきとするもの 三団体、処分要件事実が法規によって定められているからとするもの 二五団体、処分庁に権利付与をしているからとするもの 一団体、権利発生事実については処分庁に、権利障害・滅却事実については不服申立人にするもの 一五団体、国民の自由制限をもたらず処分については処分庁にするもの 一団体、処分庁が処分の根拠となる事実を了知把握しているからとするもの 六団体、公務員は身分保障があるのでこれを制限するときには処分庁にあるとするもの 五団体、処分庁に処分の適法性を立証させるためとするもの 三団体、職員の権利救済を目的とするものであるからとするもの 二団体、民事訴訟法を類推するとするもの 九団体、民事訴訟法、行政訴訟法を準用するとするもの 一団体、行政訴訟法を類推するとするもの 二団体、公平審査は職権主義であるからとするもの 一五団体、民法の当事者主義は公平審査に妥当しないとするものが一団体あるが職権主義とするからである

うか、公平審査は民法とは異なるとするがどのように異なるのか不明なもの、一団体、事後審査であるから等意味不明なもの、五団体である。

厳密な意味での職権探知主義では主張責任を議論する意味はなくなるが、立証責任の存在の問題は、職権探知主義であろうとあるまいと理論上変わりはない。現在のところ、人事裁定機関で立証責任の存在を全く無用と表明する団体はないが、主張責任については見解は分かれる。

処分事由を構成する具体的事実についての主張義務（この場合の主張義務という表現は主張責任と同義に用いられている）、証拠提出義務については、主張義務を処分庁に課するとする団体は、前記五八団体中、四八団体、理由としては、職権主義であるからとするもの、六団体、主張義務自体ではなく職権で証拠提出義務を課するという意味で理解するしかないであろう。立証責任が処分庁にあるからとするもの、九団体、職権探知主義にも限界があるからとするもの、一団体、簡易迅速主義が旨であるからとするもの、一団体、その他、処分庁に主張義務はあるが実際には不服申立人が主張義務を負う結果になっているとするもの、検察庁に職権によつて陳述書、訴因変更書の提出を求めた例があるもの等があり、その他は理由不明か不答である。主張義務、証拠提出義務を処分庁に課していないとする団体は一〇団体ある。職権証拠調べをするからとするもの、二団体、公平審査は職権探知主義であるからとするもの、七団体、この内、原則は職権探知主義であるが実際には処分庁に主張義務があるとするものが一団体含まれている。事案によつて両当事者に振り分けるとするもの、二団体、理由不明、一団体である。

もし、処分庁が人事上の秘密として証拠提出を拒否したらどうするかという設問に対しては、事案により勘案するとするもの、一二団体、部分的に秘匿しても全体として判断に影響がなければ了承するとするもの、一団体、拒否すれば処分庁の立証責任は果たせなくなるとするもの、二三団体、職権により調査をするもの、六団体、提出勧告をして提出を促すに留まるとするもの、九団体、立証責任の転換を図るとするもの、一団体、事情によつては人事委員会の内部限り

で証拠調べをするとするもの 四団体、この場合、紛争当事者の他方が知り得ない事実について採決主文に不可欠に結び付く事柄となり得るかどうか、どのように考えているのか真意は不明である。以上の見解の内に、次のような考えも並記する団体もある。秘密保持義務があることを提示して提出を求めるとするもの 一団体、提出拒否に正当事由なきときは立証責任が果たせないとするもの 一団体、提出拒否に正当事由があつても立証責任は果たせないとするもの 二団体、提出拒否自体が正当事由を構成しないとするもの 八団体、地公法第六一条第一項の罰則適用の可能性があることを伝えんとするもの 九団体、同罰則には該当しないとするもの 一団体、罰則適用には言及しないとするもの 一団体、処分は証拠提出を拒否できないとするもの 二団体である。立証責任と同一原理によるとするものが一団体、審理終結をするという団体が一団体あるが、結審段階でこのような問題が発生したら審理終結にして判断を完了させるという意味であるか。不答は六団体である。

右の問題とは別であるが、審理廷での立証の程度は疎明であることを明記する団体が二団体ある。

五 職員団体活動をめぐる不利益取扱と公務員法上の救済手続及び範囲

公務員に関する不利益処分をめぐる問題としては、一般的な非違行為の有無、程度に関する紛争及び職員の職務遂行能力の判定に關しての処分に対する紛争、団結権保障をめぐる紛争、即ち、団結活動に対する不利益取扱の禁止と不利益処分、争議行為禁止規定と争議行為実行に対する処分の問題がある。団体交渉拒否に關しても、これを措置要求の対象として考えるか、不利益処分として考えるかの問題は残る。

条文上の形式から見れば、一般的な非違行為については、国家公務員法は、第八二条に四種の懲戒処分の方法を列挙する。地方公務員の場合も、第二九条にほぼ同文の規定を設ける。異なるのは、句読点の付け方と懲戒の重さを逆に並べて

いるだけである。分限に関しては、国家公務員法では第七八条で降任、免職を定め、第七九条で休職を定めるが、地方公務員法は、第二八条でこれらを一括して規定する。表現は、国家公務員と地方公務員との相違に関しての文言の使い分けの違いだけである。

他方、公務員の団結活動については、これをめぐる処分の適否に関しては、国労法、地公労法適用の公務員以外の一般職公務員については、国家公務員の場合も地方公務員の場合も、団結保障法の一般法としての労働組合法の適用を排除している。それぞれの適用法に依ることになるが、国公法にも地公法にも、労組法に対応する規定はない。ただ、職員団体の構成員であること、職員団体を結成しようとしたこと、加入しようとしたこと、正当な団結活動をしたことを理由として不利益な取扱をしてはならないことを、国公法では第一〇八条の七に、地公法では第五六条にほぼ同文に近い規定をしている。国公法の「その職員団体における正当な行為をしたことのために」と地公法の「職員団体のために正当な行為をしたことの故をもって」との相違は、特に法意の違いを論ずる実益はない。地公法の方が、多少、争議行為禁止規定との兼ね合いを考えているかのようにであると言ふことであろうか。国公法、地公法共に、黄犬契約の禁止、支配介入の禁止規定はない。団体交渉拒否の禁止については、職員団体の登録制度を定めて、その登録職員団体について「職員の給与、勤務時間その他の勤務条件に関し、及びこれに附帯して、社交的又は厚生の活動を含む適法な活動に係る事項に関し、適法な交渉の申入れがあった場合においては、その申入れ応ずべき地位に立つものとする。」（国公法第一〇八条第一項、地公法第五五条第一項、双方同文。）として、団交応諾義務を定める。

これらの規定は、一般法である労組法の第七条に定める不当労働行為に対応するものと考えられるが、これらの事柄に対応する不服申立てについての同法第十九条以下に定める特別の行政機関があるわけではなく、同法第二七条以下に定める審査手続きがあるわけでもない。全て、他の人事上の処分を取り扱う同一の国公法上の人事院、地公法上の人事委員会、公平委員会が、この審理を担当する。このことから生ずる公平審査上の処理をどのように手続上行うかは、人事院及び人

事委員会等の規則によって定められる。

処分庁は、国家公務員たる職員の意に反して、「降給し、降任し、休職し、免職し、その他」の「いちじるしく不利益な処分」を行なったり、「懲戒処分」を行なうときには、処分説明書を交付する必要がある（国公法第八九条第一項）。他方、地方公務員については、「懲戒その他」の意に反する不利益処分を行なう場合に処分説明書を交付する必要がある。国家公務員については、「いちじるしく不利益な処分を受けたと史料する場合」に処分説明書の交付を請求することができるが（国公法第八九条第二項）、地方公務員では、「意に反して不利益な処分を受けたと思うとき」に処分説明書の交付を請求できる（地公法第四九条第二項）。国家公務員の場合、いちじるしく不利益な処分を受けたと思わないときには、不服審査請求ができないかという論理は無益な遊びである。また、審査庁が、不服審査請求がなされるに当たって、この審査請求が客観的に見ていちじるしく不利益な処分と史料するに相当であるか否かを判断して、いちじるしい程度と判断するときに受理をなし、そのように判断できないときには却下事由になるのか棄却事由になるのかということも無用の論議である。地公法上の表現と同一の趣旨に捉えることで十分である。

公務員の場合、憲法第二八条の団結権保障の観点から、労使関係一般法に比べて、著しく団結権の保障に欠けることは、久しく指摘されていることである。また、ILOドライヤー報告でも、人事院等の機関設置が、団結権制限の代償処置として、これを十分に補うものではないことも指摘された。昭和四〇年に至るまでの、最高裁の東京中郵事件で一つの転機を迎えた下級審からの積み重ねも、舌の根が乾かぬうちに、農林省警職法事件、名古屋中郵事件によって、最高裁は自らの態度を翻し、現在の氷河期に至っている。

これら一連の議論は、その殆どが、公務員の争議権の全面一律剥奪をめぐってであった。加うるに、団体交渉権についても、登録制の強制や議会議制による財政優先主義、勤務条件法定主義を理由とする団交権の事実上の大幅制限、更に、団交内容からの管理運営事項の排除の明記等もしばしば批判の対象になってきた。

このようなことが問題点として提起される一方で、労組法の不当労働行為にあたる局面では、団交拒否、支配介入の禁止が公務員法上に規定されなかったことについて、君主制以来の国家（官）は悪をなさずという古典的思潮のうえに布石がなされているものとして、これらの保護規定の欠落を指摘するものは多い。

ただ、不利益取扱については、既に大正十四年労組法案（第十一条）に登場し、これが、第二次大戦終了後直ちに作成された旧労組法（第十一条）の中に組み込まれ、昭和二十四年現行労組法の不当労働行為制度（第七条）の最初（第一号）に掲げられたことから、この一貫性を重視する立場は多数を占め、そして、これが、公務員法上でも規定されたことは、少なくとも、この点に関しては、民間、現業公務員、非現業公務員共に共通性を持つものと多くは理解されている。ここで、注目する必要があるのは、禁止規定の表現上の共通性なのか質的共通性なのかということである。言い方を変えれば、禁止はしているものの、救済の方式、内容は、一般法と共通性を持つのかということである。不利益取扱については、公務員法上の人事院、人事委員会等が、救済機関として機能では労働委員会の類似制度であるとする見方は一般的である。

今日、国家公務員の場合に、不利益処分不服審査請求事件は、平成四年度まで総計七八九〇件、判定件数五八三八件であるが、その内で個々の非違事件をめぐる懲戒処分や公務の能率に関する分限処分は、差程多いわけではない。地方公務員の場合の不服審査請求事件と同様に、職員団体活動をめぐる実質的には集団的不服審査請求事件で休眠事件として年度繰越になっているものが大部分である。平成四年度について見れば、受付件数二二六件、審理終決二二七六件が当該年度の処理数である。裁定内訳は、承認三七件、修正一件、取消〇件、棄却〇件である。⁽²⁹⁾この場合の棄却は、人事院では、争議行為に対する処分庁の不利益処分を原因とする不服審査請求事件については棄却判定をすることにしてしているので、これらを含めて、平成二年の棄却一〇三件から昭和六一年の六五一一件のように数字としては大量に見えるときもある。地方公務員の場合は、全国六〇団体の人事委員会、人事委員会に公平審査委嘱をしない多数の公平委員会設置団体があるので一様ではなく、全国的職組運動方針による職員団体活動（特に争議行為や争議行為類似活動）の重点指定の地方自治体では、

受付件数が膨大なものになり、休眠状態のものが多数にあり、全国的にはばらつきが多くなる傾向がある。このことは、集団的活動について、団体交渉拒否や支配介入と異なり、不利益取扱では、手段が各個撃破型になるために、不利益取扱を受けたと不服をとえる個々人の各自審査請求になるからである。労組法での不利益取扱では、不利益取扱を不服とする労働者個々人と共に、彼の属する労働組合自体も固有の救済申立能力を有することは異論のないところであるが、公務員法上の不利益取扱では、この点については、特に人事裁定機関での取扱について論議が尽くされておらず、学説、判例共に統一していない。

行政訴訟においては、全建労近畿総支部事件³⁰⁾、「国家公務員である原告水谷裕が、その任命権者である被告より同日免職処分³¹⁾に附されたが、同処分は違法であるから同原告を組合員とする原告組合において之が取消を求めるというのであること、前記原告等の請求原因としての主張によつて明かであり、それは、結局原告水谷裕と国家との間に、公法上の契約に基づく法律関係が引き続きなお存続すべきものであることを主張しているに外ならないといふべく、このような訴は、特段の事由のない限りその法律関係の当事者の外に、その法律関係につき何等処分権をも有しない原告組合に之を遂行する権能を認めることはできないものである。」とするものがあれば、他方に、県教組事件³²⁾で、「労働者の権利を擁護伸張するための団体としてその構成員のため違法と信ずる行政処分の取消を求めるとして他の各原告と共に本訴請求に及んだのであると謂うのであつて本件判決を受けることについてやはり法律上の利益があるものと解するを妥当とする」と見る立場もある。そして、人事行政救済手続においては、一層曖昧のまま残されている。公務員法上の不利益取扱が、労組法上の不当労働行為制度での不利益取扱の半端な一種の変形として質的に同一の価値を持つものと思えば、職員団体も当然に救済申立適格を有するものと言ふべきであらう。

それにもかかわらず、この問題が差程深刻に考えられていないように見受けられるのは、この種の事件が、多数の個々の救済申立からなつていても、審理廷では、これらを併合審理とし、申立代理人を選定するからであらう。しかし、この

場合でも、申立代理人のみ或いは申立代理人と当日の審理廷に関係のある申立人の出席だけではなく、申立人の殆ど全員が出席することが多く、当日の弁論を申立代理人がするという役割の相違があるだけである。労働委員会での審問廷でも大なり小なり似たようなケースも見られるが、これを明確にする利点は、労組法と同じく、処分を受けた当事者とは関係なく、場合によっては当事者にもその意思がなくても、団結体の団結権擁護のために団結体自体が行動することが本来必要なことであることを明瞭にすることにある。

国公法第九〇条第三項、地公法第四九条の二第三項は、人事裁定機関での手続については、行服法第二章第一節から第三節までの適用を排除しているが、その結果、行服法第一一条という総代の制度も除外される。しかし、人事裁定機関において、多数当事者の併合審査において、この手続手法まで排除する必要性に乏しいので、総代という言葉は用いないにしても代表者という用語で実質的にこれを活用することの方がむしろ望ましいと言えよう。これは、審理廷の混乱を回避する一助にもなるし、書状送達、通知、事務連絡等にも効用を発揮するものと思われる。²⁵⁾

職員団体の団結権活動については、これに対する不利益取扱があつたと不服を申立てる場合に、一般非違行為の場合の懲戒処分や公務能率に関する分限処分と並んで特別の不服申立て制度を用意しているわけではないので、もし、その職員団体活動に関して事件が起こるとすれば、何がこの場合の処分性を持つ処分かは別として、処分庁にとって懲戒処分か分限処分という手段が必要となるであろう。従つて、個々の勤務上の紛争と団結権活動をめぐる紛争とは、その処分に不服があれば同一手続に従つて不服申立てをすることになる。そして、不利益取扱があつたとする個々の職員団体構成員とは関係なく、職員団体の意思のみで審査請求をする手段は確立されていないので、多数人の個々の審査請求の総合という形をとる。特定の職員団体職員が狙い打ちにされたような場合には、少数の個々の審査請求になつたり、単独の審査請求になることになるが、この場合も、公務員法は、支配介入の禁止規定を定めていないので、こちらの手段でカバーすることができないという不十分さが出てくる。審理廷自体は、何れの紛争であつても同様の進行手続きを踏むことになる。しか

し、審理廷での原処分承認、修正、取消という方法で処理する手法と、審問廷での不当労働行為があつたか否かの判断様式との相違には微妙なものがある。審理廷での承認の裁決は、不当労働行為制度でいえば不当労働行為の不存在の認定ということに相当するだろう。原処分の修正の裁決は、対比し難いが、強いて言えば、不当労働行為の意図の競合の場合が考えられる。しかし、矢張り、労働委員会には、使用者側の処分を修正すべく命ずる主文を書く権限はない所に相違がある。ただ、命令文ではないが、使用者の処分の修正を促す関与和解による事実上の決着は可能である。修正の裁決は、原処分根拠がなかったとしてではなく、根拠があつたが当該処分には、処分権者の裁量に妥当性を欠く所があつたという点にある。修正というからには、軽減修正のみならず加重修正も可能かという問題も生ずるが、この種の紛争は、処分庁が、審理を通じて当該処分が軽すぎたので重くせよとして被処分者と対抗しているわけではないので、不服申立人の主張の範囲内での判断で十分と解され、加重修正は、審理廷のなすべきことではないと解する。特に、不利益取扱をめぐる紛争については、被処分者は、職員団体活動の故に不当な処分を受けたと争っているわけであるから、その理由があれば取消の裁決が可能になるし、双方の主張する理由が競合しているときには、何れの主張が真の原因になっているかを判断すればよいのであつて、処分者側の理由にも事実が存在したとしても、この一事をもつてして、反組合活動意思の存否にかかわらず、原処分の加重の原因が生ずるものではない。

争議行為の実行、参加の場合は、公務員法は、明文をもつてこれを禁止し（国公法第九八条第二項、地公法第三七条第一項）、国公法上も、地公法上も、このサンクションとして、任命又は雇用上の権利をもつて対抗することができない（国公法同条第三項、地公法同条第二項）としているが、これに基づく処分に対する不服でも、行政不服申立前置制がある以上、先ず審理廷に不服申立てをすることになる。この場合、国家公務員では、人事院は棄却の取扱をする。恐らく、人事委員会等も同様になるう。これらの行政機関は、争議権剥奪の適法性、違法性の存否、憲法判断をする機関ではなく、サンクション条文の適用の可否について判断するだけだからである。それ以上の法律判断は、司法的コントロールに服し

めるしかあるまい。従って、争議行為に参加しなかったのに処分を受けたとする不服であれば、処分庁の事実誤認の疑い、法条適用の誤りによる処分の可能性があるために、審理廷の判断権限に属することになる。

不服審査請求とは別に、処分性を有しない勤務上の不服については措置要求制度（国公法第八六条以下、地公法第四六条以下）があるが、公務員法は、登録職員団体に対する団体（労働）協約締結権を含まない団交応諾義務（国公法第一〇八条五、地公法第五五条）を規定するが、普通法での不当労働行為に相当する団体交渉拒否の禁止を定めていないので、不服ある場合には、この措置要求によることになる。国家公務員の場合をとつても、最近では、措置要求項目では、性による差別を理由とする昇給、昇格の差別是正と職員団体活動に対する昇任、昇格、特別昇給等の差別是正要害が増加する傾向にある。全建労多治見工事事務所事案では、一八名の係長以上への組合員の昇任差別の是正、特別昇給等の組合員差別の是正が措置要求として出されたが、⁽³⁴⁾ 斥けられている。このような問題は、普通法上では不当労働行為救済申立になる筈である。人事院、人事委員会等に措置要求がなされた場合は、その要求の審査を行い、判定を下す（国公法第八七条、地公法第四八条、地公法の場合には委員会規則で必要事項を定める）⁽³⁵⁾ 必要があるが、自らの権限に属する事柄では当該機関で処理できるが、他の行政機関の権限に属する事柄であれば、当該行政機関の長に判定に基づく勧告を行なう。人事院の場合には、判定書の送付を以て事実上の解決をする慣行があるが、厳密には、人事機関が措置要求に対する判定を行なつて勧告書を関係行政機関に送致しても、これに法的拘束力はなく、政治的、道義的拘束力を有するのみと解されるので、この点では、公務員の集団的労使関係の場では措置要求制度は十分な働きをしないと⁽³⁶⁾ 言い得る。

次に、職員団体活動に対する不利益取扱をめぐる不服審査請求で、もし、これが不当労働行為制度の下であれば、現状回復に当然に伴うものとしてバックペイの請求が付加されて提出されるが、公務員の場合に、不服審査請求の内容として、処分の取消を求めると同時にバックペイの要求が提出できるかという問題が生ずる。例え、その審査請求でバックペイの要求を提出しなかったとしても、原処分の取消の裁決があれば、結果として、処分庁は処分がなかったと同様の状態に帰

さなければならぬので、その間に不服申立人が得べかりし俸給について支給をしなければならぬ立場に立つ。

この場合のバックペイの範囲については、労働委員会での命令の際に生ずるバックペイと中間収入の控除との関係と同様の論議をすればよいかどうかは一考を要するところである。不当労働行為制度では、大凡の傾向は、最高裁判決批判によって揺れ動きつつ、⁽³⁶⁾労働委員会がバックペイを考慮に入れるか否かは事案の性質により委員会の裁量に属するとし、それを勘案する要素として、侵害を受けた個人の被害と侵害を受けた集団の被害との両面から見る必要があるとする最高裁判決第二鳩タクシー事件判決以来、実務上は、中間収入を控除しない傾向を強めている。

公務員法上は、原処分が取消されたときには、国家公務員の場合、人事院は、その処分によって失った「俸給の弁済」を受けるように指示しなければならない（国公法第九二条第二項）。地方公務員もほぼ同様で、その職員を受けるべきであった「給与その他の給付」を回復するための必要な措置を任命権者に指示しなければならない（地公法第五十条）。国家公務員の場合の「俸給の弁済」が不当労働行為制度での「救済」に相当するのかどうかの考え方によって、不利益取扱の規定上の保護と他の処分の取扱との差が出てくると思われるが、俸給の弁済は、原処分がなかったら得たであろう俸給自体を指しているもので、取り消されるべき処分により止むなくその間他の収入を得る道を選んだのであれば、処分を受けたついでに本人の俸給以上の余禄の利益を得たものと解するのは相当ではない。地方公務員の場合も同旨と解すべきであろう。少なくとも団結権保護に欠けるところのある公務員法上は、このような解釈が不服審査処理の判断上の基準の一つたり得るのではないか。

不服審査請求の内容自体にバックペイを加えて申立てた場合は、一層困難である。現在、六〇人事委員会の間では、これに対する姿勢は、ほぼ真つ二つに割れている状態である。人事委員会は、審査請求にバックペイ要求が盛り込まれているときには受理できないとする団体は三四団体、受理し得るとするもの二六団体である。⁽³⁷⁾

受理すべきではないとする理由については一様ではない（複数回答のため総数は一致しない）。その中で、最も多いの

は、処分により、その間の給与等が得られなかったのは、処分庁の不作為の結果にしか過ぎず具体的処分性がないとするもので二八団体である。恐らく同旨であろうが、地公法第四九条の二は、不作為の不服申立てを排除しているとするもの一団体、これも同旨かと思われるが、地公法第四九条の二の解釈上疑義があるとするもの五団体、職員の地位に直接の変動をもたらすものではないとするもの七団体、人事委員会の判定には承認、修正、取消の三種しかないので、バックペイの問題は、その何れにも該当しないのではないかとするもの三団体、地公法第五六条が身分保障であるから、この場合の昇給伸延による不受領分が不利益処分にあたるとすることは立法趣旨を超えるとするもの二団体、同旨と思われるが、地公法第五六条違反の場合でも不作為の不服申立は含まないとするもの一団体、権利を侵害する特段の処分ではないとするもの一団体、この委員会は、審査請求に不利益処分と言い得るようなものを含まないとときには審査請求は不適法とする仙台高裁判決（昭三四・七・二九）を引き合いに出している。つづいて、昇給伸延は公権力の行使ではないとするもの一団体、人事委員会の指示には罰則による裏付けがあるので、任命権者に昇給を強制することになり、任命権者の権限を侵害することになるのでというもの一団体、当事者が不服を持って、このことが不服申立ての対象になるわけではないとするもの一団体、不当労働行為制度の労働委員会と対照して、労組法第二七条も形成的効力はないからとするもの一団体、労働委員会の審問でもバックペイは義務付けられてはいないとするもの一団体、風変わりなものでは、バックペイまで審理の対象とすれば審理の枠を広げ過ぎるとするもの二団体、おそらくは前記の何れかが前提にあるものであろう。面白いものに、昇給伸延が地公法第五六条違反か否か判らないので受理できないとするもの一団体、裁量に属する問題だからという意味不明なもの一団体等となっている。

右のように取り扱った場合には、どのように処理するかについては、措置要求に依るべきとするもの一八団体³⁸、この内、措置要求が権利救済機能に弱いということは理由にならないとするもの一団体、地公法第五六条違反で損害賠償請求でも救済できるとするもの一団体、措置要求には口頭審理の義務付けがない点で弱さがあることはあるが止むを得ないとする

もの一団体、措置要求に関しての人事委員会の勧告には強制力がない点に理解を示すが止むを得ないとするもの一団体が含まれている。不答一六団体である。これらの見解の中には、一般的な非違行為を理由とする処分を不服とする審査請求と職員団体活動に対する不利益取扱とを同一視するものが比較的多い。

措置要求の対象にすべきとする見解については、人事院が普通法でいう不当労働行為に該当するとする不服は勤務条件を含むと解した上で、措置要求の対象として取り扱っていることに影響を受けているのかも知れない。

判決例として、「職員団体が交渉しようとした勤務条件に関する事項そのものにつき、人事委員会に対し、措置要求することが地公法上予定されていることであり、交渉拒否に対し格別の救済手段がないからといって、地方公務員の労働基本権特に団体交渉権の制限に対する代償措置に欠けるとするところがあるとはできない。」³⁹⁾ というものがあるが、もし、そうであるとすれば、措置要求の対象の拡大化、実効性の強化を十分にしない限り、このような代償処置論は絵空事と化してしまふであらう。

かかる前提なしに措置要求制度を云々するならば、前述の如く、公務員の団体交渉権の制約は大きく、特に協約締結権のない団体交渉権は陳情権に等しいとさえ言ってもよいのであるから、労使（勤務）関係の実情にうとい物事の観察姿勢として非難されるべきものとなるらう。

他方、バックペイ要求でも、職員団体に関する不利益取扱の問題なら受理すべきとする二六団体については次のようになっている。⁴⁰⁾

一般論としては昇給伸延は不服審査請求の対象ではないが、地公法第五六条の場合には考慮すべきとするもの一二団体、地公法第五六条の場合は、職員の身分保障として申立ての範囲に入るとする方が立法の趣旨に合うとするもの一〇団体、同旨として、地公法第五六条の権利保障制度の趣旨から考えて申立ての範囲に入ると見るとするもの九団体、地公法第五六条での昇給伸延は、地公法第四九条の二での不利益処分⁴¹⁾に該当すると解するもの四団体、同様に、地公法第五六条の

不利益取扱は、地公法一三条、地公法三六条第四項と共に地公法四九条の二での不利益処分に該当するとするもの一団体、職員団体との関係であるということを考慮に入れて受理すべきとするもの四団体、不利益取扱を不利益処分に限定すべきではなく、この場合の昇給伸延の不作為は審査請求の範囲に含まれるとするもの四団体、地公法第四九条第一項の不利益処分に含まれるべきとするものが一団体あるが誤記の疑いもある。

これらの見解の中には、共通して、地公法第五六条の場合には、救済機能の高い救済手段を採用した方がよいとする考え方があつた。昭和五年の全人連審査部会研究報告書において、処分、事実が、任命権者の具体的な処分であること、処分が意に反するものであること、処分によって職員の身分関係等に直接不利益を与えるものという要件は、不服申立てを可能にする不利益処分の原則であるが、「処分、事実がこれらの要件を満たさず、任命権者の自由裁量行為に属する場合においても、平等取扱の原則（地公法一三条）に反する身分取扱い、違法な政治的行為を行なわなかつたことに対する不利益取扱いの禁止（地公法三六条四項）に反する身分取扱い、職員団体活動に関する不利益取扱いの禁止（地公法五六条）に反する身分取扱い等については、それぞれ適正な身分取扱いが法律で保障されている趣旨にかんがみ不服申立てをすることが出来るものと解する。」とする。

また、直接には不服申立の受理の問題ではないが、訴えの利益について、「公務員の争議権の行使の禁止、団体交渉権の制限により、公務員が給与その他の経済条件の向上を図り得る唯一の途を、法的に拘束力のない人事委員会又は公平委員会の勧告にしかこれを求め得ないとすれば、昇給措置を受け得る利益は昇給請求権自体又は期待権とまではいい得ないにしても相当程度高く評価されなければならないのであつて、これを単なる給与制度に伴う反射的利益又は事実上の利益とは解されない。」「本訴において、右条例の定めるところにより昇給措置を受けることを期待し得る地位にあつたところ、その昇給に関して有する利益は法律上保護に値する利益である」とする判決例もあるが、昇給措置が法律上保護するに値する利益であることは正鵠を射た指摘であり、これが、不利益取扱としての昇給伸延に由来するものであつたとす

れば、人事裁定行政機関は、この局面での救済をなすべきか否かの判断について、道義上、政治上、或る強制力は持つてあろうが法律上の強制力を持たない措置要求の次元に留めず、団結権保護の法意を理解することにより、より積極的に不服審査請求の対象に組み入れるべきものであろう。

このようにバックベイに関して見れば、後者の見解に立つ⁽⁴²⁾方が、公務員法の場合に、不利益取扱の禁止が、職員団体の節の最後の条文に申し訳のように付着しているという点で軽視されていることを防ぎ、公務員勤務関係も一般労使関係も、労働力の公共性の濃淡ということでの相違はあっても、憲法第二八条にいう勤労者概念に公務員も当然に含むという公務員の労働者性の法による承認という点での共通性を通じての、法一般の中での法価値の平準化が巨視的な観点から強く留意されなければならない。

注

- (1) この間の日米のやりとりは、当時の初代人事院総裁であった浅井清氏の「国家公務員法精義」(学陽書房)が詳しい。
- (2) 佐藤人事院総裁国会発言、第四八回国会参議院国際労働条約第八十七号等特別委員会議録七号、昭和四〇・五・一三。
- (3) 一九九三年七月現在(自治省)。
- (4) 和田英夫、行政委員会と行政争訟制度、四三頁以下。
- (5) 例えば、争議行為を理由とする懲戒処分に対して、不服申立書の理由欄に、争議行為の禁止は憲法二八条違反であるから処分は取り消されるべきであるとして記載した同一文の多数の申立てを一気に提出し、口頭審理の請求をして、そのまま放置して置く例などである。
- (6) 最判、昭二九・一・二一、民集第八卷一号一〇二頁。
- (7) 鹿兒島重治、逐条地方公務員法、七三六頁。
- (8) 南博方、小高剛、全訂注釈行政不服審作法一一三頁。寺田友子「職権探知」行政法百選Ⅱ(二版)三四二頁、綿貫芳源、行政不服審査(地治関係)実務民事訴訟法講座九卷九三頁、田中二郎、新版行政法上巻(全訂第二判)三四四頁、金子正史、基本法コンメンタール行政救済法(室井力編)二八二頁等。

- (9) 田中二郎、新版行政法(上)一七頁、今村章三郎、行政法入門、八五頁等。
- (10) これに関する論文は多い。各説の分類について、中西又三、「公務員の勤務関係」金子他編・行政法、村井龍彦「公務員の勤務関係」行政法の争点参照。
- (11) 昭和三十七年二月一三日第四〇回国会参議院法務委員会会議録四頁。
- (12) 藤田俊彦、注解行政訴訟法二一〇頁、小村恒年、阿部泰隆編、判例コンメンタール特別法行政事件訴訟法二二八頁、雄川一郎他、行政事件訴訟特別法逐条研究三二二頁以下、広岡隆「職権証拠調べ」行政判例百選Ⅱ四〇〇頁等。
- (13) 和田前掲書四五頁「職権主義の一般的強調は充実した口頭審理を貫く当事者主義・弁論主義を制圧しかねない」。
- (14) 杉村章三郎「権力分立と行政裁判」、公法研究第一五号八六頁では、自己制御的な行政庁の審査は、真の裁判的な審決とはいえないとする。
- 兼子仁「行政争訟法」、杉村敏正・兼子仁行政手続行政争訟法もおそらく同旨か。
- (15) 平成五年六月全国人事委員会連合会審査事務研修会、全国各人事委員会の見解書。
- (16) 民事訴訟法での立証責任分配理論は極めて多数にのぼる。石田穰、民法と民事訴訟法との交錯、三六頁以下、松本博之、証明責任の分配、二九〇頁以下、倉田卓次、民事実務と証明論、二二三頁以下、伊藤滋夫、「要件事実と実体法」、ジュリスト八六九号一四頁以下、佐上善和「立証責任の意義と機能」、井上・伊藤・佐上、これからの民事訴訟法、一三九頁以下等。学説の全体的な分類、紹介としては、竜崎喜助「証明責任の分配」、民事実務と証明論、二二三頁、松本博之「証明責任の分配」ジュリスト、民事訴訟法の争点、二五〇頁以下、賀集唱「証明責任の分配(1)」別冊ジュリスト民事訴訟法判例百選(第二判)一八六頁以下等があるが、余りに主張が各人各様であるために学説分類も困難であり、紹介者によって分類が微妙に異なる状態にある。
- (17) 宮崎良夫「行政訴訟における主張・立証責任」、新実務民事訴訟法講座九卷二二九頁以下、市原昌三郎「取消訴訟における立証責任」、実務民事訴訟法講座、行政訴訟、二二七頁以下、椎名慎太郎「違法性の立証責任」、行政訴訟の争点、二一六頁以下、南博方、注釈行政事件訴訟法、八二頁以下が、行政法学での立証責任分配論の現況を分類、紹介。
- (18) 昭和四八年、全人連報告では、1訴訟における立証責任分配論、(1)総説 (2)民事訴訟における立証責任分配論 (3)行政訴訟における立証責任分配論 (4)刑事訴訟における立証責任分配論 2人事院公平委員会における立証責任分配論 3公平審理における立証責任の分配という構成をとっている。
- (19) 塚本重頼、労働委員会、九八頁。
- (20) 色川幸太郎「労働委員会における救済手続」、労働法講座第二巻、四〇二―三頁。
- (21) 阿部泰隆、行政救済の実効性での「行政の時間切れ必勝」(二二六頁以下)、「人生再び返らず」(二四九頁以下)は、人事に関する

- る不服審査請求においても垣間見ることのできる現象である。
- (22) 吉川大二郎「不当労働行為と挙証責任」、労旬第五七・八号、三頁以下。
 初井常喜「不当労働行為の立証と認定」、不当労働行為論、三四九頁以下。
- (23) 千千岩力「不当労働行為の立証と認定」、現代労働法講座第八卷三〇二頁以下。
- (24) 不当労働行為制度導入の初期から、この点に危惧を感じる判決例が出ている。帝国石油秋田工業所事件、東京地判、昭二四・八・一八、労民集一卷追録一二一五頁、日本冷蔵事件、仙台地判、昭二五・五・二二、労民集一卷三三九頁、日本紙業亀有工場事件、昭二六・二・二三、労民集二卷一号一頁、別子鉱業事件、東京地判、昭三六・二・二三、労民集二卷二号一四三頁等。
- (25) 第三六回全国人事委員会連合会公平審査事務研修会での幾つかの団体意見。
- (26) 秋田成就「不当労働行為の救済」季労別冊労働組合法、一〇三頁。
- (27) 前記全人連における各団体見解書。設問提出庁及び回答庁は、本稿では伏せる。
 なお、東京都人事委員会は、委員会規則を改正して、その第二九条第二項に「処分庁は、審査請求書の副本が送付された日から起算して、原則として一箇月以内に、弁明書に、処分の事由に関する具体的な説明及び請求人の主張に対する弁明を記載し、処分の事由を証明する証拠を添付して提出しなければならない。」として、処分庁に立証責任があると解されるように表現を改めた。
- (28) ただし、国公法第一〇八条第二項、地公法第五三条第二項の登録職員団体が具備すべき規約に関しては、旧労組法での方式に近く、現行労組法第五条第二項の規定の仕方と比較して、はるかにスマートである。
- (29) 平成五年度公務員白書参照。橋本公巨「人事委員会論」自治論文集、四四頁、宮崎良夫、行政訴訟と行政法学、一一五頁以下が、公平審査の年度の流れを紹介している。
- (30) 福井地判、昭二七・九・六、行例集三卷九号一八二三頁。
- (31) 秋田地判、昭二五・一〇・三、労民集一卷五号九〇六頁。
- (32) 東京都人事委員会規則第十四条参照。
- (33) 否定説として、鶴飼信成、公務員法、九三頁、今枝信雄、逐条地方公務員法、六三六頁、鹿児島重治、逐条地方公務員法、七六五頁、肯定説として、中村博、国家公務員法、四五四頁。
- (34) 平成五年度公務員白書一三八頁参照。
- (35) 和田前掲書四五頁では、「措置要求権が単なる恩恵の反射的效果ではなく、この要求を人事委員会が違法に却下ないし棄却した場合は、右の判定は取消訴訟の対象となる行政処分にあたる」とする。

- (36) 中間収入の控除を認めたものとして、駐留軍山田部隊事件、最判、昭三七・七・二〇、民集一六卷八号一六五頁、在日米軍調達部東京支部事件、最判、昭三七・九・一八、民集一六卷一九八五頁等、控除を認めなかったものとして、第二鳩タクシー事件、最判、昭五二・二・二三、民集三一巻一号九三頁。
- (37) 前出全人連各団体見解書。
- (38) これらの団体の見解は、人事院の姿勢に影響されている面も考え得る。人事院は、このような請求は措置要求として処理している。人事院「公平審査の実務と判定要覧」二一頁。
- (39) 東京高判、昭五五・三・二六、労判三四九号五五頁。
- (40) 前出全人連各団体見解書。
- (41) 盛岡地判、昭三〇・一〇・一五、行例集七巻一〇号二四四三頁。
- (42) 積極説として、鹿児島重治、逐条地方公務員法、九一三頁。
- 昭和五五年度全人連審査部会研究報告「不利益処分に関する不服申立ての対象の範囲に関する研究」一一頁では、審査請求の対象に組み込む方が好ましいとする見解を示しているが、昭和六三・平成元年度全人連審査部会研究報告「措置要求に関する判例の比較に関する研究」二一六頁では、差別取扱いがあったときも、当該差別取扱により歪められた勤務条件の改善を求める措置要求を行うことにより、実質的に不当労働行為に対する救済が与えられると考えても良いと思われる」として、人事院実務に近寄った姿勢を見せている。