

## 職業官僚制における地位と実体

——官吏ストライキ禁止をめぐるドイツ基本法三三条五項と欧州人権条約一条の衝突

三宅雄彦

### 一 序言

(1) 平成の末、学校行政の遂行や行政の情報管理などを巡り、激しい議論がなされたが、その背景に、特に内閣又は首相官邸を通じた公務員の任用の在り方が厳しく指弾されたことは言及する迄もない。統治構造改革に連なる二〇〇〇年代以降の公務員改革のことである。

その基礎を成す、二〇〇八年制定の国家公務員制度改革基本法だが、その第一条は、「国家公務員に関する制度を社会経済情勢の変化に対応したものにすること」を喫緊の課題とし、一人一人の公務員が「能力を高め」、「国民の立場に立ち、責任を自覚し、誇りを持って職務を遂行すること」を目的として公務員改革を推進すべしという。それはつまり、一方で、労働市場の変化に対応し、公務の効率性を高める人事管理改革として現れ、他方で、政治情勢の変化に即応し、政治への応答性を高める政治主導指向の改革として現れるであろう。それは例えば、前者で

は、能力／業績による人事評価制度の導入や、総合職／一般職／専門職に分れる採用試験制度の改革として登場し、後者では、適格性審査で幹部公務員の人事を管理する内閣人事局の新設として出来する。<sup>(1)</sup>しかし、本稿が検討する対象はこれではない。

(2) さて、本稿が以下で取り扱うドイツ基本法下での公務員制度につき、日本国憲法及びその公務員法制との比較が従来活発に行われてきた。社会状況の変化といい、国際情勢の変化といい、日独両国の制度が直面する問題が、両国を含む世界が共有する問題であるとも言える。

しかし、その問いの複雑性及び困難性といえ、海外のこれこれの制度はわが国へ導入可能であるとか、この国のこの法律はわが国の諸改革に示唆に富むとか、条文ベース解釈ベースの従来の比較法／憲法の視座では到底処理できぬ類のものであることも、確かである。憲法条文を超え、憲法解釈を超えた、国家構造に定位した、国家の概念が嫌なら憲法構造に照らした、真の憲法理論が待望されている。<sup>(2)</sup>

以下では、二〇一八年六月一二日の、ドイツ連邦憲法裁判所の判決、及び、その前提又は帰結して展開された彼の地の学説を涉猟しつつ、これらが論ずる、官吏なるドイツ固有の公務員類型にストライキを禁止することの、法学的又は政治的な是非は差し当たり括弧に括り、ドイツ伝来の職業官僚制が背負う国家憲法又は政治憲法上の意味と、日独を含む現代社会におけるその動揺につき、若干の検討を加える。<sup>(3)</sup>

## 二 官吏スト禁止の現状

### 1 スト禁止と人権条約

(一) ドイツ基本法は元来、官吏ストライキの禁止を要請する立場に立つ。彼の国の通説／教科書的理解に従えば、その概略は次の通りである。<sup>4)</sup>

元々、職業官僚制とは、初期絶対主義以後、中身分国家の解体と領邦君主への国家高権集中と共に、国家行政の合理化と近代化の為、専門知識を以て君主に誠実に奉仕する、使用人の幹部のことである。<sup>5)</sup>共和制への転換後に民主的基本秩序へと宣誓対象は変化するものの、その本質は同一である。これを基本法三三条四項と五項が規律する。

一つ、職業官僚制の本質的特徴は公法上の勤務／誠実関係であるが、この公勤務関係は、法律により判断余地を伴い具体的に形成される。二つ、但しこの立法裁量は、伝統的にドイツ官吏法上の核心を成してきた諸原則、つまり職業官僚制の伝来的諸原則により制約される。官僚制のこの伝来的諸原則の一つが、官吏ストライキの禁止である。官吏が労働争議で勤務を離れば行政の遂行は阻害されるのは勿論、官吏とその家族は俸給と恩給で収入を生涯保障される(扶養原理(Alimentationsprinzip))。労働条件は労働協約で決まり、その協約は労働争議で勝ち取るのだとすれば、待遇が法律で定まる官吏にストライキは概念矛盾となる。<sup>6)</sup>

(2) 正にこの理解はドイツ連邦憲法裁判所の確定判例と見做されている。退役将校の恩給に関する、その初期の一九五八年判決がそれである。

第一に、そもそも職業官僚制とは、民主的な意思決定で国民生活を形象化する体制、即ち、自由な法治国家／社

会国家的民主主義の下、その変化する政治諸力に独立した、調整ファクターを形成するもの、端的に言えば、安定した行政を確保するものとして位置づけられる。第二に、故にその職業官僚制には、その機能を確実にするために、生涯給与の確保など、法的且つ経済的な保護を付与するべきである。例えばこの扶養原理などは、職業官僚制という制度に役立つ限りで、従来の原則の一つとして、議会立法者にその遵守が義務付けられる。<sup>(7)</sup> 第三に、その際、被用者たる官吏と雇用者たる国家との権利関係は、後者、即ちこの議会立法者が唯一管轄者又は責任者として確定する。だがその反対当事者、即ち官吏には、権利義務関係を形成する資格、従って、集団的経済的な争議措置を執る権限は存在しないのである。<sup>(8)</sup>

要は、官吏スト禁止自体が連邦憲法裁の直接の対象となつた訳ではないが、それは、この争議措置禁止への言及に含意されているのだ。<sup>(9)</sup>

(3) しかし、ドイツ官僚制のストライキ禁止を巡る状況は変化している。<sup>(10)</sup> つまり、集会社社の自由に関する欧州人権条約二一条一項の解釈で、欧州人権裁判所が公務員のストライキ権を正式に認めたことである。<sup>(11)</sup> 本一項二文は、全ての者に労働組合結成／加入の権利を肯定するが、「軍隊、警察又は国家行政の構成員」につき一項の権利への制約を承認する、同条二項を適用できるかどうか、が検討される訳である。<sup>(12)</sup>

一つには、二〇〇八年一月一二日の欧州人権裁判所・大法廷決定。加盟国トルコの事件につき、第一に、欧州人権条約二一条一項には集団交渉の自由も包含されること、第二に、この自由は労働者一般のみならず、国家行政の帰属者＝公務員にも享受されることである。<sup>(13)</sup> 二つには、これに続く翌年四月二一日の、同じくトルコ政府の事件。第一に、同二一条一項では、ストライキ権も同様に保障されること、第二に、公権力の有無、公務員の種類を考慮

せぬ一般的スト禁止は、同二項でも正当化されないことを、欧州人権裁は確認したのである。<sup>(14)</sup>

二〇〇八／〇九年の両判決の効力は、当事者たるトルコ政府以外に及ばぬものの、ドイツの官吏スト禁止への影響を測らねばならない。<sup>(15)</sup>

(4) では、官吏のストライキを禁止するドイツ基本法三三条五項の解釈と、公務員のストライキ権を肯定する欧州人権条約一一條一項の解釈、両者の齟齬をどう理解し、どう解消すべきなのか。論点は二つある。

第一に、基本法と欧州人権条約の間にそもそも食い違いがあるのか。基本法三三条五項が官吏ストライキを禁止するのは既述の通りだが、我々が理解する公務員には、この官吏 (Beante) の他に被用者 (Angestellte) なる概念がある。この被用者は労働協約の下にあり、故に労働争議が認められている。即ち両者は、方やスト禁止を一部公務員に限定する点で共通であり、方や官吏か被用者か、高権行使か否かで区別基準の点で違いがある。<sup>(16)</sup>

第二に、両者の間に相違があるとすればそれはどう解消されるのか。一つ、EU法と異なり条約、従ってそれを国内法に転換した法律は憲法の下位にあるから、基本法三三条が当然に優先すると見るのか。二つ、基本法が欧州人権条約に優先するものの、憲法上の国際法友好性 (Grundsatz der Völkerechtsfreundlichkeit) から、三三条五項に人権条約適合解釈を施すべきと考えるのか。勿論 基本法と欧州人権条約に差異がなければ、どの理解にしても、官吏のスト権を排除するドイツ基本法の理解を変更する必要はない。

## 2 ドイツ国法学の応答

(1) 伝統的な国法学理解による、右の問いへの回答は比較的単純であり、それ即ち、ドイツの官吏スト禁止に

71  
変更の必要はないということだ。尤も、その主張は、上の第一の問いから第二の問いに進むのではなく、第二の設問

に応答した上で第一の設問に回答するというものである。

例えば、保守派重鎮のメアテンの議論は、条約の拘束力に置かれる。一つ、元々欧州人権条約には国内法上連邦法律たる拘束力しかなく、人権への信奉を語る基本法一条二項、主権移譲に基づく超国家法を認める同二四条一項、一般的国際法原則を法律に優位させる同二五条、いずれを以てしても欧州人権条約に憲法的地位を付与できていない。<sup>(18)</sup>二つ、スト禁止を断罪した人権裁判決が当事国以外を縛る筈がなく、展開するその判例がドイツに及ぼすのは精々事実的作用でしかない。基本権と法治国諸原則の解釈に欧州人権条約を補助に用いよという国際法友好性も、元々基本権の削減や解釈準則の逸脱を禁じている。国際法友好性が基本法敵対性 (Grundgesetzfeindlichkeit) となつてはならぬと、メアテンは言う。<sup>(19)</sup>

尤も、官吏スト禁止のドイツ的伝統を擁護するこの国法学の論理は、問いの順序を逆転させた途端、この敵対性を惹起させるかもしれぬ。

(2) さて、人権裁判決の直後からドイツの専門裁の判決が登場し始める (表1、表2参照)。その大半が、官吏スト禁止の憲法要請の存続を認めるものであるが、警告ストに参加し勤務義務に違反した女性教師の懲戒を巡る、二〇一〇年一月五日デュッセルドルフ行政裁判決が例外的に際立つ (表3参照)<sup>(20)</sup>。

つまり一つに、官吏の団結の自由は、彼らの給与が労働協約でなく、議会法律により規律されるが故に、争議措置の実行の権限を含まず、この点は基本法三三条五項の職業官僚制の伝来的な原則に該当する。<sup>(21)</sup>しかし二つに、二〇〇八/〇九年欧州人権裁判所の二判決によれば、欧州人権条約一一条一項は団体交渉とストの権限を承認する

表 1 4 事件の訴訟経過 (その 1)

事件	※	日付	裁判所	順序
事件 1 2 BvR 1738/12,	☆	2011 年 1 月 11 日	ニーダーザクセン州学校局 懲戒処分	
	☆	2011 年 8 月 19 日	●オスナブリュック行政裁判所 判決 VG Osnabrück - 19.08.2011 - AZ: 9 A 1/11	②
	☆	2012 年 6 月 12 日	●ニーダーザクセン州上級行政裁判所 判決 OVG Niedersachsen - 12.06.2012 - AZ: 20 BD 8/11	④
			上告不可 (NS 州懲戒法 61 条 2 項)	
事件 2 2 BvR 646/15,	☆	2011 年 1 月 10 日	ニーダーザクセン州学校局 懲戒処分	
	☆	2012 年 12 月 6 日	●シュターデ行政裁判所 判決 VG Stade - 06.12.2012 - AZ: 9 A 171/11	⑥
	☆	2013 年 5 月 16 日	●ニーダーザクセン州上級行政裁判所 決定 OVG Niedersachsen - 16.05.2013 - AZ: 20 AD 2/13	⑧
			上告不可 (NS 州懲戒法 61 条 2 項)	
事件 3 2 BvR 1068/14,	☆	2010 年 5 月 10 日	ケルン行政管区 懲戒処分	
	×	2010 年 12 月 15 日	△デュッセルドルフ行政裁判所 判決 VG Düsseldorf, 15.12.2010 - 31 K 3904/10	①
	☆	2012 年 3 月 7 日	●ミュンスター上級行政裁判所 判決 OVG Nordrhein-Westfalen - 07.03.2012 - AZ: 3d A 317/11.O	③
	×	2013 年 1 月 2 日	●連邦行政裁判所 決定 BVerwG, 02.01.2013 - 2 B 46.12 (2 C 1.13)	⑦
	☆	2014 年 2 月 27 日	●連邦行政裁判所 判決 BVerwGE 149, 117 - 27.02.2014 - AZ: 2 C 1.13	⑨
事件 4 2 BvR 1395/13	☆	2011 年 7 月 5 日	シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州文部 文化省懲戒処分	
	☆	2012 年 8 月 8 日	●シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州行政 裁判所 判決 VG Schleswig-Holstein - 08.08.2012 - AZ: 17 A 21/11	⑤
	☆	2014 年 9 月 29 日	●シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州上級 行政裁判所 判決 OVG Schleswig-Holstein - 26.09.2014 - AZ: 14 LB 3/13	⑩
	☆	2015 年 2 月 26 日	連邦行政裁判所 決定 BVerwG - 26.02.2015 - AZ: 2 B 10.15	⑪
事件 5		2010 年 2 月 23 日	学校長 戒告処分	
		2011 年 7 月 27 日	○カッセル行政裁判所 判決 (①と②の間) VG Kassel - 27.07.2011 - 28 K 574/10.KS.D	

職業官僚制における地位と実体 (三宅)

一五

※事件 1～4 はその後憲法異議提起の上、連邦憲法裁判所により判決が下されている。事件番号はいずれも連邦憲法裁判所所属のもの。カッセル行政裁判所判決はデュッセルドルフ行政裁判所と同様スト権を一部認めるものだが、その後憲法異議の対象とはなっていない。①～⑪は時系列順の番号 (表 2 参照)。

☆ 憲法異議の対象

○ スト権肯定 / △ スト権否定、懲戒は不可 / ● スト権否定

表 2 4 事件の訴訟経過 (その 2)

	事件 1 2 BvR 1738/12	事件 2 2 BvR 646/15	事件 3 2 BvR 1068/14	事件 4 2 BvR 1395/13
2008 年 11 月 12 日	欧州人権裁判所 Demir 判決			
2009 年	1 月 28 日		スト参加	
	2 月 25 日	スト参加		
	4 月 21 日	欧州人権裁判所 Enerji 判決		
2010 年	1 月 3 日			スト参加
	5 月 10 日		○ 懲戒処分	
	12 月 15 日		I ① 行政裁判決	
2011 年	1 月 10 日	○ 懲戒処分		
	1 月 11 日	○ 懲戒処分		
	4 月【1】			
	7 月 5 日			○ 懲戒処分
	7 月 21 日【2】			
	8 月 19 日	I ② 行政裁判決		
	3 月 7 日		II ③ 上級行政裁判決	
2012 年	6 月 12 日	II ④ 上級行政裁判決		
	8 月 8 日			I ⑤ 行政裁判決
	12 月 6 日		I ⑥ 行政裁判決	
	12 月【3】			
	1 月 2 日		III ⑦ 連邦行政裁判決	
2013 年	5 月 16 日	II ⑧ 上級行政裁判決		
	2 月 27 日		III ⑨ 連邦行政裁判決	
2014 年	9 月 29 日			II ⑩ 上級行政裁判決
	2 月 26 日			III ⑪ 連邦行政裁判決
2016 年				
2017 年	7 月【4】			
	1 月 17 日	連邦憲法裁判所第 2 法廷・口頭弁論		
2018 年	6 月 12 日	連邦憲法裁判所第 2 法廷・判決		

職業官僚制における地位と実体 (三宅)

※ 4 つの事件及びそれぞれの判決については表 1 及びその凡例を参照。本件に係るストは、欧州人権裁判所の重要判決 2 つの前後でなされているが、その関係は不明。判決のうち時系列からすると、事件 3 ①行政裁判決 (デュッセルドルフ)、事件 3 ③上級行政裁判決 (ミュンスター) が重要。後者の結論は⑤及び、④を経て⑥と⑧に引継がれる。本文でも挙げる事件 3 ⑨連邦行政裁判決は、更に⑩と⑪にも引継がれる。

※※【1】～【4】はいずれも下記論文又は判決の登場時期。【1】【3】は専ら①行政裁判決を批判する論文。

【1】 Josef Franz Lindner, Dürfen Beamte doch streiken?, DÖV, 2011, April 2011 Heft 8.

【2】 カッセル行政裁判所判決 (VG Kassel – 28 K 574/10.KS. D.)

【3】 Jens Kersten, Neues Arbeitskampfrecht, Dezember 2012.

【4】 Anna-Bettina Kaiser, Streikrecht für Beamte, AöR, Bd. 142, Juli 2017, Heft 3.

三〇



表 3 4 事件の概要

	スト参加 (日付は参加日)	懲戒処分 (日付は処分日)	懲戒処分の根拠条文
事件 1 2 BvR 1738/12, 1951 年出生 1981 年から ニーダーザクセン州 教師 (男)	2009 年 2 月 25 日 GEW 抗議集会参加 授業義務違反  訴訟中に退職	2009 年 6 月 11 日 勤務手当減額 2011 年 1 月 11 日 過料 100 ユーロ	州官吏法 67 条 1 項 [勤務離脱禁止] 官吏地位法 33 条 1 項 [基本義務] 34 条 [任務遂行] 35 条 [職務命令遵守]
事件 2 2 BvR 646/15, 1960 年出生 ニーダーザクセン州 教師 (女)	2009 年 2 月 25 日 GEW 集会参加 許可なし	2011 年 1 月 10 日 過料 100 ユーロ	同上
事件 3 2 BvR 1068/14, 1965 年出生 ノルトライン・ヴェス トファーレン州 教師 (女)	2009 年 1 月 28 日、 2 月 5 日、2 月 10 日 GEW 警告ストに参加 許可なし 訴訟中に停年退職	2010 年 5 月 10 日 過料 1500 ユーロ	州官吏法 57 条 1 文 [職業義務] 3 文 58 条 2 文 [相談報告義務] 79 条 1 項 1 文 [勤務離脱禁止]
事件 4 2 BvR 1395/13 1961 年出生 シュレスヴィヒ・ホル シュタイン州教師 (女)	2010 年 1 月 3 日 GEW スト参加	2011 年 7 月 5 日	官吏地位法 34 条 [任務遂行] 35 条 [職務命令遵守]
事件 5 【表 1 2011 年カッセ ル行政裁の事件】 ? 年出生 ヘッセン州教師 (女)	2009 年 11 月 17 日 GEW スト参加	2010 年 3 月 18 日 戒告	官吏地位法 34 条 [任務遂行] 35 条 [職務命令遵守]

ものの、その制約には、法律による明瞭且つ厳格な範疇の確定が必要である。<sup>(22)</sup> ならば三つに、そうした区分け抜きで普遍的に官吏ストを禁止するドイツ官吏法は、人権条約違反、即ち欧州法違反ということになり、しかもその欠点を治癒しようにも親国際法解釈の限界を超えている。<sup>(23)</sup> しかし四つに、この欧州法違反の官吏法制は、有効のままだと言う。恐らくはここに、基本法が人権条約に優位することが前提とされる。だからこそ、欧州法違反の解消に憲法改正が必要だと指摘するので。<sup>(24)</sup>

(3) 尤も、官吏スト禁止は欧州法違反なりのデュッセルドルフの結論は、例外的で、<sup>(25)</sup> 同時期の専門裁判所の判決は概ね条約違反はないとする。<sup>(26)</sup> 但し、右のラント行政裁の上告審にあたる、二〇一四年二月二七日連邦行政裁判所の判決も、ドイツ的スト禁止に人権条約違反を見る。

つまり、第一に、基本法三三条五項の官吏スト禁止の伝来的原則を、<sup>(27)</sup> 第二に、欧州人権裁判所の官吏スト禁止排除の見解を確認して語る。<sup>(28)</sup> 一つに、基本法三三条及び欧州人権条約一条の間には衝突がある。前者は、公務員の任務でなく地位を、後者は地位でなく任務領域を考慮する、即ち全く異なる思想に基づきスト禁止の是非を判断する。<sup>(29)</sup> 二つに、しかしこの国内憲法と国際条約の間の齟齬はそのまま残る。法律の編入なくして国内法効力のない条約は憲法優位の下にあるし、親国際法的基本法解釈で人権条約を優先させるのもここでは無理だ。<sup>(30)</sup> 三つに、結局この衝突は条約に憲法を合わせて立法者が調整すべき。即ち、純高権任務は官吏地位が担当、その他の任務は官吏及び協約被用者の双方を選択可能にして、衝突の実践的調和を図るのである。<sup>(31)</sup> 要は、基本法と人権条約の衝突は連邦議会の調整に任せよ、と言う。<sup>(32)</sup>

(4) 官吏スト解禁には学界の反対が強い。<sup>(33)</sup> 特に最強力の論駁を書くのが、連邦憲法裁長官フオスクレーの愛弟

子にして側近のカイザーである。彼女は、ドイツ的官吏スト禁止に条約上の問題なしとの結論を導く。<sup>34</sup>

つまり、官吏スト禁止を疑う諸見解は、欧州人権裁の二つの判決の文脈 (Kontext) を捨象し、過度に一般的な法理をドイツに押し付けている、とカイザーは論ずる。そもそも連邦行政裁判決は、欧州人権裁判決が扱うトルコの二つの事件、その事案概要に全く言及することがない。だが、人権裁判決を判例法として援用するなら、イギリスの判例法メソッドの本質である、事案に依る仕事を放棄してはならない筈だ。<sup>35</sup> 一つ、事案は国ごと別々の法体系を持つのに、トルコに向けた決定を、それが知らない特殊な官吏地位を持つドイツには適用できない。二つ、事案に関心ないこの種の者は、判決理由と傍論を区別できず、地方公務員のトルコ事件を高権的公務員の事案だと誤解してしまう。三つ、欧州人権裁は後日事件での ドイツ連邦憲法裁判所 区別 の為に脱出事項を設けており、それが言う 特殊事情 で職業官僚制のドイツ的伝統が正当化される。 要は、官吏スト認容の前に欧州人権裁判決を文脈化 (Kontextualisierung) せよと言っただ。<sup>37</sup>

### 3 連邦憲法裁判所判決

(1) 以上の賛否両論渦巻く中で、二〇一八年六月一二日連邦憲法裁判所判決が、右のフォスクーレ起案で、第二法廷により言渡されている。<sup>38</sup> 本判決は、既述のデュッセルドルフ行政裁判所、連邦行政裁判所を含む、合計で四の懲戒処分、十五の判決に対する憲法異議に関わる。

その基準定立 (C II) と当て嵌め (C III) のロジックを概観すると、第一に、基準段階では、団結自由の制約の確定判決の確認がされる。一つ、この自由は官吏も享有し、且つスト権も保護領域に含むこと、二つ、官吏のスト

禁止は、基本法三三條五項の意味の職業官僚制の伝來的諸原則の一つであり、立法者にはその遵守を義務づけること、三つ、欧州人権条約は連邦議会承認で連邦法律の地位のみを持つが、基本法の国際法友好的解釈により、欧州人権裁判所の諸判決と共に、ドイツの法秩序へ事実上の嚮導／方向づけ作用を持つこと、である。

つまり、官吏ストが基本法九條三項の団結の自由に含まれることを前提に（保護領域）、スト官吏に対する懲戒処分と判決が（侵害性）、職業官僚制の核心部分たるスト禁止により許容されるか（正当化）、即ち、従来通りのオーソドックスな審査基準が定立されるのである。<sup>(18)</sup>

(2) しかし、第二の当て嵌め段階では、本判決独自の判断も発見できる。一つは、先行する欧州人権裁判の判例は、テキストでなく、そのコンテキストを重視すべしとの、先のカイザーを想起させる言及である。<sup>(19)</sup>

即ち、基本法を国際法友好的に解釈するに当たり、規範条項の類似点に気を取られ、法秩序の文脈の相違点から目を逸らしてならない。国際条約の人権内実を国内秩序のコンテキストに組入れるのである。<sup>(20)</sup> 故に、人権条約自体のドイツ国内法への適用優先や、国際人権と国内憲法の間図式的平行関係 (schematische Parallelierung) を要求するのではなく、寧ろ事件の具体的事態や、ドイツ法秩序の特殊性など事件の法文化的背景を考慮に入れ、人権条約の基本評価 (Grundwertungen) を言明として同定し、この基本評価との衝突を回避することが、国際法友好性原理の真意だと言うのである。<sup>(21)</sup>

但し、これは抽象度の高い次元での両者の一致を求めるに過ぎない。即ち、人権裁判例と憲法裁判例が平行でないとき、ドイツ法秩序に配慮し、人権裁判例が定式化した根本的評価を受入れればよいと言う。団結自由から公務員の一般的排除はできぬが制約は課しうること、労組は自身の利益の為に聴聞を受ける権利を持つことが、それだ。<sup>(22)</sup>

(3) 二つめ、二〇一八年判決の新たな見解は、官吏に高権任務を与える基本法三三条四項と、スト禁止の五項の関係を切断了たことにある。

即ち、その確定判例に従い、官吏スト禁止に関わる団結自由とスト禁止との衝突は、後者有利にその実践的調和を図るべきとした後に、逆にその官吏の範囲を四項の高権行使の官吏に限定して、官僚制の伝来的原則の側を制約する調整の試みでは、弊害を生むと言うのだ。

第一に、高権の権限概念で境界づけること自体が極めて困難である。具体的場面でどれが高権の権限でどれがそうでないか、抽象的にも高権／非高権の多様な権限を持つ特定官吏にストを認めるべきなのか。第二に、禁止を官吏の一部への限定はスト権を持つ官吏範疇を生む。官吏と被用者に並ぶ、「スト権付官吏 (Beamten mit Streikrecht)」や「協約官吏 (Tarifbeamteten)」という第三の柱を作れば、スト禁止の代替の筈の扶養原理が排除されてしまう。<sup>(45)</sup>

スト禁止官吏とスト可能官吏の、この区別問題と平等問題 (Abgrenzungs- sowie Gleichbehandlungsproblematik) と並んで、第三に、官吏法的実体 (beamtenechtliche Substanz)、端的に恐らく職業官僚制の核心問題も潜む。官吏と被用者の二分構成の公勤務法という明晰な構想が、スト解禁の決壊により、官吏化実務の変更を経て、その明確さを失うだろう。<sup>(46)</sup>

(4) つまり、連邦憲法裁の判決は欧州人権裁の法理を拒否したのである。<sup>(46)</sup> 一つ、文脈化により欧州人権裁の機能指向の立場を大幅に刈り込み、二つ、そのスペースに連邦憲法裁伝統の地位思考の理解を植え込む。結論的には、憲法上の官吏スト禁止に何の変動もなかったのである。<sup>(47)</sup>

ここで際立つのは、基本法三三条の職業官僚制の制度的保障である。官吏誠実義務や官吏扶養原理があるからこ

その官吏スト禁止であり、これら諸原理が相互に結合した体系／秩序こそが職業官僚制であり、従つて、一原理Ⅱ部分の廃棄は官僚制Ⅱ全体の崩壊を招くのである。<sup>(48)</sup>

その際、この制度的保障が地位／実体保障であることに留意が要る。つまり、公務員のスト禁止自体の排除が欧州人権裁の立場ではなく、それは、高権機能以外を担う公務員のスト権を承認するものである。連邦憲法裁は、機能的視座のこの人権裁の見解と、これと憲法裁の地位的立場の仲裁を狙つた連邦行政裁の見解の双方を拒絶している。

スト禁止を一部認めても、制度的保障が必ず破壊されるのだろうか。即ち連邦憲法裁からして、職業官僚制が官吏地位を保障するが故の、そして官吏法の実体を保障するが故の、制度的保障ではなからうか。

### 三 官僚制の制度的保障

#### 1 新労働争議法の問題

(1)ところで、ドイツ官僚制のこの伝来的諸原則、特に官吏ストの禁止につき、これを相対化する諸潮流を新労働争議法 (Neues Arbeitskampfrecht) と呼ぶ人物がいる。二〇一八年判決以前から官吏のスト権を批判するケアステンである。<sup>(49)</sup> 欧州人権裁判所流のスト権を認める基本法解釈を彼は批判している。

第一に、官吏スト禁止を破る解釈は憲法解釈の限界を逸脱している。勿論、二〇〇六年基本法改正は、公勤務法を継続発展させよと述べ伝来的諸原則に触れないから、スト禁止に変更なしのようで、だが、立法者が公勤務法を

実現する際にこの諸原則を考慮する筈で、だとしたら、官僚制の解釈でも逆流的に継続発展がある筈である。だが、その継続発展に立法者が超えてはならぬ限界があると言うのである。<sup>(51)</sup>

では、硬直の様で柔軟、だが柔軟の様でやはり硬直な限界とは如何。曰く、スト禁止は官僚制の扶養原理（俸給恩給保障）と対抗を成す。労働争議がないから給与を保護し、労働協約がないから争議がない。しかしスト禁止を解きこの対抗を消せば、争議行為が無制限になる。即ち、高い身分保障の官吏は、協約締結交渉と無関係にストを行い、何時でも継続して、時には政治ストさえも可能になると、彼は言う。<sup>(52)</sup>

(2) 第二に、官吏ストの理解は基本法と欧州人権条約で実は変わりない。欧州人権裁判所が公務員の全面スト禁止を条約違反と判断したこと、その際、団結自由の制約を「軍隊、警察又は国家行政」に許容する人権条約一条二項に言及したことは、既に我々も見た通りである。基本法三三条は元々これと同一理解であるとケアステンは言うのだ。

伝統的に官・吏と被・用者の両範疇を区別してきたドイツの公務員法制、前者にスト禁止、後者には労働協約締結の為の労働争議を分配する。つまり、職務を問わぬ地位的考察、業務を見ない形式的定礎である。しかし、欧州人権条約の思考は機能的考察と実質的定礎を採用する。即ち、高権権力を行使する「軍隊、警察又は国家行政」についてはスト権制約が可能だが、他の公務員の人權は制約されてはならない。地位ではなく機能に依拠して、争議禁止を判断せよと言うのである。<sup>(53)</sup>

だがケアステン曰く、元々基本法の尺度が機能的且つ実質的である。「高権的権限の行使」に触れる基本法三三条四項は、職業官僚制の伝来的諸原則を論ずる同五項と一体として解釈するべきなのである。同条項は人權裁の「欧

州的迂回 (europäischer Umweg) 」を通じその意味を明らかにすると。<sup>(54)</sup>

(3) 更に第三に、新労働法構想の限界をケアステンは反合理性にも見る。

曰く、個人や集団の団結の自由とは元来、防御権的次元の存在だが、これに、第三者の市民的利益、安全なる法治国的利益、生存配慮の社会的利益、更に経済全体の発展など各種の憲法利益が衝突する。官吏ストでは、この防御権と他法益との比較衡量が必要なのである。<sup>(55)</sup> この超複雑性の困難から裁判官を解放すべく制度的保障は誕生した。一つ、この職業官僚制は他利益を優先し団結権を最初から排除する。但し、包括的なスト禁止の穴埋めに強固な身分保障を付与している。二つ、この第一論証段階で問題が解決せぬとき、団結権と別法益を、判断の複雑性に拘らず包括的に衡量する、第二論証段階に移行する。即ちケアステンの主張では、錯綜した衡量解決を二段に階層化して、法的判断に合理性と自由性を装備するのが、制度的保障なのであり、故に、団結自由の防御権的側面を強調する余り、この自由の制度的次元を見失えば、制度的思考の規範的制御力を放棄することになる。<sup>(56)</sup>

要は、制度的保障の廃棄とは、複雑な衡量を単純化する論証図式を放棄するという意味で、論証合理性の廃棄をも同時に意味するのだ。

(4) さて、このケアステン説が、後に下された連邦憲法裁判決に、欧州人権裁判決の拒否を除き、幾重にも裏切られたことは論及した通り。

即ち第一に、高権機能行使にのみスト権行使が許容されうる事が、欧州の迂回により基本法三三条四項解釈で再現可能とした彼の論を、四項と五項を切断して、行政機能の種類でなく官吏地位の存在自体からスト禁止を導出した二〇一八年判決は、明確に否定したのである。次に第二に、制度的保障とは、官吏の団結自由と多様な憲法的



利益とを簡潔的且つ合理的に比較衡量する為の論拠と理解した彼の説は、従来の官吏概念をスト権つきとスト権なしに区別する困難さと並び、官僚制に埋伏する実体性により、憲法裁判決に否定されたのである。

成る程、職業官僚制の制度的保障／思考を重視するケアステンだが、彼は、行政任務の為の官僚制の存在意義を地位から機能へと削減し、比較衡量の際の官僚制の存在価値を実体から形式へと転換している。彼の新労働法構想とは、スト禁止解除に加え、協約統一性の侵害や、フラツシユ・モブの登場など、労働憲法の変動をもテーマとするが、地位と実体という、後日の連邦憲法裁の啓示を見事に看過している。

## 2 職業官僚制の諸批判

(一)とところで、基本法上のスト禁止への批判、即ち、その制度的保障を考慮すれば、職業官僚制それ自体への批判は、新しいものではない。その職業官僚制攻撃の一端は、イゼンゼーによれば次の通りである。

第一に、現在の官僚制批判は、そのスマートさを特徴に持つと言う。公勤務への労働法導入、給付行政の脱官吏化、官吏社会保険の導入、そして官吏スト禁止の廃止、古くからの官僚制改革案が反復される。だがこの古来の歌曲が音色を新たに唱和されるとイゼンゼーは言う。一九六〇年代の労組イデオロギーに凝固まった似非革命家ではなく、経済的思考で常にコスト計算をする学位持ちエリートの出番である。アウトソーシング、パブリック・プライベート・パートナーシップ、パフォーマンス計算、サステイナブル・ディベロプメントなど、アメリカ流の語彙こそが彼ら行政／公務員法改革の先進性の証となる。彼らは頑迷な官僚制反対者でなく、先入見抜きで議論に参加するが、だが政治的な不都合を見つければ、制度的保障に正面から反対する。官僚制を積極的に擁護する者も最早

なく、ドイツ官吏連合さえ公企業改革で抱込んだ公務被用者との妥協故に官僚制維持に尻込みする。<sup>(82)</sup>

(2) 第二に、このコンサルティング会社流儀の経済思考が官僚制を蝕む。これが官僚制に異口同音に突きつける指導原理とは成果原理 (Leistungsprinzip) である。勿論基本法制定の当初から、専門能力は三三条二項で公務員採用の基準に能力主義 (Leistungsprinzip) が、同五項に言う伝来的諸原則の一つとされている。しかし、この成果／能力概念は、今や経営学的意味として了解され、故に、行政自体が成果／能力を通じ費用便益計算の下に据置かれる。多種多様な形態と目的を持つ公的行政、即ち首相官邸、国営オペラ、警察署、高等学校が、採算性という單一尺度の下で検討されるのだ。<sup>(83)</sup>そして、この成果／能力を身に着けた経営者(マネージャー)こそが理想像とされる。彼らは、会社を移籍しては任期付きで仕事をし、任期延長を望めば成果報告を提出、だがその地位の不安定は莫大な報酬が穴埋めする。各官吏の成果／能力の有無は政治的機関の判断に依存するとはいえ、彼はこの政治的従属の代償に、収入上の有利な処遇を獲得する訳だ。<sup>(84)</sup>

しかし、公務員を経営者に譬えるこのモデルが官僚制を摩耗させる。官吏の身分保障、即ち終身原理や昇進原理、俸給権の厳格な保障は、経営者思考の経済性重視や採算性確保により、解体されるのである。<sup>(85)</sup>

(3) 第三に、二〇世紀末以降の行政民間化 (Privatisierung) がこの官僚制弱화를拡大する。即ち、行政任務を公的部門から民間部門に移譲する機能的民間化 (funktionelle Privatisierung) と、任務は国家に残すがその形式を公法から私法に換える組織的民間化 (organisatorische Privatisierung) の二つの範疇が、矢張り経済性重視の見地から官僚制を攻撃する。一つ、従来は国家の営利活動、公的企業、給付行政を民間が担えば、その企業的／商人的活動は、国家規制を残しつつ市場で展開される。競争のチャンスとリスク、行政任務は採算性要求の支配に置かれ

る。<sup>(66)</sup>二つ、行政任務を国家は保持するが、その組織を国家経営から株式会社・に転換し、その従事者を官吏から被用者や労働者へと変更する。その労働条件は、国家と労働組合の間の労働協約により決定される。<sup>(67)</sup>さて前述の基本法三三四項の官僚制の機能留保だが、これは高権機能を官吏地位に留保しても、残りを被用者に阻止するものではない。言わば、高権以外の権限を誰に配分するかは憲法上未決で、それ故、高権以外であれば立法者は脱官吏化を自由に選択できることになる。<sup>(68)</sup>

つまり、イゼンゼー曰く、実質的であれ形式的であれ、民営化とは、結局のところ行政組織を市場経済、競争秩序に譲り渡すことを意味する。<sup>(69)</sup>

(4) 結局のところ、イゼンゼーが示唆するのは、経済性の押出しである。即ち、官吏の仕事ぶりは今や経営学的意味での成果主義で測定され、更に、行政任務は行政から民間企業へ、行政組織は官吏から被用者へと転換され、行政の活動ぶりが今や採算性や効率性で算定される。<sup>(70)</sup>

勿論、イゼンゼーの主張は経済性、採算性、効率性への賛成でなく、これらの拡大による職業官僚制の浸食や破壊を阻止することにある。となると、彼の制度的保障の力説は、機能の躍進を認容し、形式の増長を推進したケアステン流の制度的思考と同じではない。しかし、行政運営を採算性で測定し、優良経営を多報酬で厚遇する経済性の思考を、単なる合理的論拠に過ぎない制度的保障が抵抗できるのか。行政任務の遂行さえ確保されればその主体や組織は不問の機能性の思考を、欧州人権条約の機能指向への妥協的態度で撃攘できるのか。

恐らくイゼンゼーは、ケアステンの合理的制度理解と真逆であろう。論証手段なる唯の形式でなく実体で採算性優先の行政改革を撃退し、単なる行政作用≡機能でなく地位で経済性優位の民営化を論駁する。それでは、実体的

で地位的なイゼンゼーの制度的思考とは一体何か。

### 3 形而上学的官僚制?

(一) この官僚制の問いにイゼンゼーはある種形而上学的に答える。即ち、職業官僚制をめぐる職務という地位 (Status)、国家という実体 (Substanz) が重要である。

第一に、官吏は職務保持者として職務 (Amt) に就任しその任務を遂行する。イゼンゼー曰く、職務とは所与の地位であり、公共善遂行を目指す。一つに、職務の前所与性 (Vorgegebenheit) とは、その職務が予め他の諸職務の連関の中に組込まれ、ヨリ包括的な職務秩序の要素を構成することである。それ故に、職務はその職務担当者より先に設定されている筈であり、自分で新設も受領も譲渡も相続も、つまりそもそも処分ができない。<sup>1)</sup>二つに、職務を保持するとは、この地位就任と共に共通善 (Gemeinwohl) の実現を目指すし、且つこの公共福祉への奉仕に内面から努力することである。だからこそ、この倫理的な職務エトス (Amtesethos) は、職務保持者に権利でなく義務の束を、自由でなく重い責任を課して、真剣な態度を要求する。<sup>2)</sup>

そして、前所与的で公共善的なこの職務こそが二つの領域を分かち。即ち、自由と権利と人格の王国と、責任と義務と職務の王国である。主観的自由を棄て客観的職務に就いた者は、公共善実現の為に全人格を捧げて、己が旅立ってきた自由の故郷を守護しなければならぬ。<sup>3)</sup>

(二) 第二に、官吏による職務の保持及び遂行は国家の存在を前提とする。国家Ⅱ職務秩序の中で国民Ⅱ公共に奉仕する、とイゼンゼーは言う。一つに、職務保持者としての官吏が組込まれた連関とは国家である。即ち、職務

とは、国家組織の最小単位、国家権力の断片なのである。彼らは国民意思で正統化され、議会から行政機構のヒエラルヒーを経て、その連鎖の末端で職務を行使する、即ち国家権力を行使する<sup>(17)</sup>。二つに、この職務担当者の権力行使が目指すのは国民の福祉である。故に、職務保持者は、この公共性故に政党や組合や団体から独立し、自己利益や集団利益から離れた、国民の奉仕者＝信託者へと変わる。利己的な自己実現でなく、禁欲的な公益達成こそ職務の理念なのだ<sup>(18)</sup>。

そして、国家秩序中の地位として国民に忠誠を誓約する為の職務が、国家と社会の自由主義的分離を前提にする<sup>(19)</sup>と、イゼンゼーは述べる。民主政的正統化 (demokratische Legitimation) に依る責任と義務と職務の領圏と、基本権的正統化 (grundrechtliche Legitimation) に基づく責任と義務と職務の領圏、つまり国家と社会の対抗である<sup>(20)</sup>。

要は、公共善実現の為の前所与的地位としての職務と、国民意思を背後にした職務秩序としての国家が、職業官僚制の基礎なのである<sup>(21)</sup>。

(3)しかし、イゼンゼーによれば、行政改革の先の経済性／採算性優先の思想が、職業官僚制に潜む職務たる地位、国家たる実体を破壊する。

第一に、ドイツ官僚制固有の職務エトス (Amisethos) はジョブ心理 (Jobmentarität) に成り下がる。一つ、国民意思と公共福祉 (Gemeinwohl) を人格の全き献身で実現するその公共的姿勢は、サラリー分に見合う効率／経済中心 (Wirtschaftlichkeit) の利己的態度に変わる。二つ、公共善達成に必要な内面的同一化を含む不断の倫理的奉仕 (Dienst) は廃れ、唯機能に適い目的に従うだけの機械的／技術的労働 (Arbeit) が蔓延る。そして三つ、犠牲的献身で公共善実現をその担当者に求める職務 (Amt) は、作業の効率化をその技術で達成するだけの唯の機能

(Funktion) に変質するのだ。<sup>(8)</sup>

第二に、職業官僚制の前提たる国家はサービス企業 (Gewährleistungsunternehmen) へと姿を変える。一つ、社会国家全盛の現在では、課税し侵害し支配する国家でなく、民間組織と同一任務を担う、供給し給付し協力する国家が登場する (銀行、保険、交通事業)。二つ、故に国家は、他者を政治的に決定 / 支配する独自法則を失い、機能的法則性に従う社会 / 市場の単なるサブシステムに成り下がる。三つ、更に国家は、政治的誠実や勤務外忠誠を官吏に最早要求せず、公務員の目的遂行及び人的組織が唯合理的であることにのみ期待する。<sup>(9)</sup>

要するに、担当者が座れば公共善実現を目指すべき地位たる職務は、自分都合で賃金と引換えに己の時間を切売りする労働者に占拠され、この地位の束で国民意思に奉仕する職務秩序となる実体たる国家は、市場経済の下利潤最大化の為人間を道具として使う企業に変質する。<sup>(10)</sup>

(4) 要するにイゼンゼー学説では、職業官僚制が前提とする地位と実体、即ち、職務が壊れ国家が崩れれば、職業官僚制が崩壊するのである。職務の官吏は機能の労働者に、実体の国家は技術の企業に変貌するからこそ、この元・官吏がこの元・国家に労働争議により挑戦する。官吏ストを含む職業官僚制の伝来的諸原則の堅持を彼が訴えるのは、職務を機能の浸食から、国家を企業の侵略から守抜く為なのである。<sup>(11)</sup>

だが、この国家と職務を維持することにどんな意味があるというか。イゼンゼーは言う。職務秩序の国家は自由の為に存在するのだ、と。国家秩序こそが、全ての人の為の平和な共同生活の条件、即ち寛容の枠組条件と社会全体の理念、端的には多元主義の社会を保障する。自由の限界を決定して他者を拘束する者は自由であってはならない。故に、職務担当者は市民よりもヨリ厳格な法律の下に置かれるのだ。職務を職務的倫理から解放すれば官吏地

位は唯の封建的特権となり、官吏を禁欲的忠誠から解放すればその倫理は快樂的道德自体となる。スト権を官吏に容認すれば、自由が拡大するのでなく、寧ろ法的に保護された自由が廃棄されるだろうと、イゼンゼーは語るのである。<sup>(82)</sup>

#### 四 結語

(一) ドイツの官吏スト禁止を検討した本稿の結論は、以下の通りである。一つ、基本法三三条五項の解釈により確立済みの官吏スト禁止だが、欧州人権裁判所の、公務員スト全面禁止を排除する近時の諸判決で動揺する、ドイツ国内の専門裁判決や一部の国法学説にも拘らず、二〇一八年六月一二日連邦憲法裁判決で、一方で欧州人権裁判例の射程を脱文脈化で刈り込み、他方で機能と地位の概念図式を堅持することで、地位と実体の視点からスト禁止の妥当性が再確認される。二つ、反スト禁止指向の人権条約に当初から批判的なドイツ学説も、この職業官僚制の制度的保障の復権に、元々適合的な理解を示すが、それはケアステン新労働法構想の如く、官僚地位を国家地位により相対化し、複合的な法的判断を簡略化する合理的制度保障ではなく、寧ろイゼンゼー学説の如く、公共善実現の地位保持者として、且つ、国家権力の単位として官吏を見る、形而上学的制度保障を想定する。

経済秩序や宗教秩序から純化された国家探求の憲法理論から見ると、官吏と被用者の二元体系というドイツ公勤務法の特種条件とはいえ、官吏スト禁止は、制度的保障の地位と実体の下で考察すべきとなる。<sup>(83)</sup>

(二) 結局のところ「官僚制の危機」とは、単なる合理的思考の危機ではなく、婚姻や大学や教会の危機の如く、制

度と制度思考の危機なのである。<sup>(84)</sup>ゲーレン人間学は言う。他の動物と違い、野生のままでは生存能力を持たぬ人間の本能的欠陥、これを補完するのが制度の意義である。経験を保存し関係を固定し欲求を規律して、人間の負担を免除する。決定を倫理的義務により客観化する職務も、この意味で制度である。<sup>(85)</sup>

だが、軟弱者たち (Softy) がこの制度を破壊すると、イゼンゼーは告発する。彼らは制度に闘争を挑むのでない。ただ制度を理解しないのである。彼らは他人に奉仕も献身もしない。自己実現のみがその格率である。彼らは誠実さを示そうともしない。快適さと自律性のみを要求する。<sup>(86)</sup>しかも、未熟な思春期 (Pubertät) の社会の前で、制度は溶解していくとも言う。社会が人口論的に高齢化しても、世の人は青年の心理を持ち続ける。超個人でなく個人、文明でなく自然、真剣でなく遊びが優先される。制度や職務の危険は外からでなく、職務保持者自身の内から訪れる。<sup>(87)</sup>

月並みな言いだが、イゼンゼーに就くかは兎も角、スト権の問いは職業官僚制の問い、延いては社会哲学の問いと見るべきなのである。<sup>(88)</sup>

## 注

- (1) 参照、西尾隆『公務員制』(東京大学出版会、二〇一八年)一七一〜一八五頁、伊藤正次ほか『はじめての行政学』(有斐閣、二〇一六年)一五〇〜一五四頁。更に、稲葉馨「二〇一四年の国家公務員制度改革関連法について(上)」自治総研四二巻五号(二〇一五年)一〜二三頁、「下」同八号(二〇一五年)一四〜二九頁。
- (2) 参照、拙稿「構造科学としてのドイツ憲法理論」法律時報九一卷三号(二〇一九年)九二〜九七頁。



- (3) なお、本稿に係る先行業績の一部として、塩野宏「西ドイツ公務員法制の現代的諸問題」(一九六九年)同『行政組織法の諸問題』(有斐閣、一九九一年)二〇四〜二三六頁、根本到「ドイツ公務労使関係法制の現況と日本との比較」ジュリスト一四三二五号(二〇一一年)五六〜六三頁、赤坂正浩「公務員の争議禁止と『全体の奉仕者』」(日本大学)桜文論叢九六巻(二〇一八年)五六五〜五八一頁。
- (4) この論点に関するドイツの文献は既に膨大だが、主要な作品として、職業官僚制の制度的理解からスト禁止に好意的なイゼンゼーのもの、逆に官僚制の事実的変遷を重んじ批判的なシュナツプのもの、更に、伝来的諸原則全体を含むク라우ゼの包括的・歴史的研究が存在する。Josef Isensee, *Beamtenstreik: Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes*, 1972; Friedrich E. Schnapp, *Beamtenstreik und Streikrecht*, 1973; ders., *Beamtenstreik: Eine Zwischenbilanz*, in: DÖV, 1973, S. 32-40; Ferdinand Krause *Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums*, 2008, S. 36f.
- (5) Reinhold Zippelius/Thomas Württemberg, *Deutsches Staatsrecht*, 33. Aufl., 2018, S. 458.
- (6) Zippelius/Württemberg, a.a.O.(Ann.5), S. 458f.; Christian Bunke/Andreas Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, 7. Aufl., 2015, S. 474-477; Detlef Merten, *Streikfreiheit für Beamte kraft Europäischer Menschenrechtskonvention?*, in: H. Joachim / M. Elicker / S. Lampert / R. Bartone(Hrsg.), *Freiheit, Gleichheit, Eigentum – Öffentliche Finanzen und Abgaben: Festschrift für Rudolf Wendt zum 70. Geburtstag*, 2014, S. 303-330. 特に「扶養原理に関して参照すべき邦語文献として『早津裕貴「ドイツ公務務者の法的地位に関する研究(二)」(名大)法政論集二七三号(二〇一七年)五〇〜五八頁。」
- (7) BVerfGE 8, 1, 16f.
- (8) BVerfGE 8, 1, 17. Vgl. BVerfGE 44, 249, 264; 119, 247, 264; 139, 76, 122; 130, 263, 298. しかし、官吏スト禁止が、基本法三二条五項の伝来的諸原則のうち、固有の原則か派生的原則かについては、学説上の争いがあるという。Stefan Habermann, *Kein Streikrecht für Beamten – Zugleich zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EGMR*, in: M. Modrzejewski / K. Naumann(Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 5, 2019, S. 99-119, 107.
- (9) Habermann, a.a.O.(Ann.8), S. 102-104. 参照 拙稿「待機期間延長による官吏恩給の減額」鈴木秀美・畑尻剛・宮地

基編『ドイツの憲法判例Ⅳ』(信山社、二〇一八年)三〇三〜三〇七頁、高田倫子「裁判官及び檢察官の俸給の合憲性」自治研究九二巻一二号(二〇一六年)一二三〜一二一頁。

- (10) この間、専ら経済／財政状況に関連する公務員制度改革に対応する為、基本法三三条五項が二〇〇六年に改正される。即ち、公勤務の法を「規律する」でなく「規律し且つ継続発展させる」への修正である。但し、継続発展の対象は公勤務法であり、上記の伝來的諸原則ではないから、官吏スト禁止に変化が生ずる訳でないとい般に言われる。
- Bunke/Voßkuhle, a.a.O.(Ann.6), S. 477. Vgl. Zippelius/Würtenberger, a.a.O.(Ann. 5), S. 461.

- (11) 同条の翻訳につき参照、小畑郁『ヨーロッパ地域人権法の憲法秩序化』(信山社、二〇一四年)三七八頁、同ほか『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』(信山社、二〇一九年)四五八〜四五九頁。

元々、欧州人権裁判所は官吏ストに消極的であったと言われている。一つに、欧州人権裁判所はストライキ権自体を否定していたという。人権条約にそもそも明文規定がなく、スト以外にも労働組合利益の追求手段があり、且つこのスト権は加盟国内の規制に委ねられると。二つに、私法上の紛争の適正手続を定める人権条約六項一項につき、私法上の被用者と公法上の官吏の概念を明確に区別して、官吏法の固有問題を持つ官吏概念には、同六条一項の適用はないとしていた。尤も、人権裁は既に二〇〇〇年、当該区別を放棄し、同条の適用がないのは国家権力を行使する行政担当者の紛争のみと判断しており、後述の官吏スト禁止に舵を切る予兆を見せていたとも言われている。Detlef Merten, *Berufsfreiheit des Beamten und Berufsbeamtentum*, in: ders. / H.-J. Papier(Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. V, 2013, S. 209-312, 263f.; Habermann, a.a.O.(Ann. 8), S. 108f.; Christoph Grabenwarter / Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl., 2016, S. 452; Hermann Pünder, *Kommunikationsgrundrechte*, in: D. Ehlers(Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4. Aufl., 2014, S. 629-447, 658f. 判例変更の事情につき、次のラウベンガー論文が詳しく記してゐる。Hans-Werner Laubinger, *Das Streikverbot für Beamte unter dem Anpassungsdruck des Europarechts*, in: M. Brauer / A. Epiney / A. Haratsch / S. Schmahl / N. Weiß(Hrsg.), *Der Staat im Recht: Festschrift für Eckart Klein zum 70. Geburtstag*, 2013, S. 1141-1173, 1144-1155.

- (12) Zippelius/Württemberg: a.a.O.(Ann. 5), S. 459f.; Bunte/Voßkuhle, a.a.O.(Ann. 6), S. 475f.
- (13) Demir u Baykara gegen die Türkei, Nr. 34503/97. 参照 倉田原志「公務員の団結権」小畑郁ほか『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』(信山社、二〇一九年)三七六〜三八〇頁。本判決では、欧州人権条約の解釈方法にも言及があると言う。即ち、例外規定は厳格解釈せよとの命題は一般論としては妥当せずとして、スト権を含む団結権を限定する欧州人権条約「一条二項の例外規定」そのうち「軍隊、警察」を例示列挙とするも、残りの「国家行政」は一般条項的構成要件と評価して、この受皿部分は厳格にはなく、目的論的<sup>11</sup>拡張的に、公権力を行使する者と解釈すべきと述べる<sup>12</sup>。Merten, a.a.O.(Ann. 6), S. 312-315; ders., a.a.O.(Ann. 11), S. 264; Habermann, a.a.O.(Ann. 8), S. 109.
- (14) Enerji Yapi-Zol Sen gegen die Türkei, Nr. 68959/01. その際、欧州人権条約「一条一項の解釈につき」スト権を承認する欧州社会法典と国際労働機関・統制機関を、人権裁は援用している。更に、本判決でも、条約解釈の方法論的論及が存在していると言う。即ち、この欧州人権条約自体を、今日の労働関係を考慮しつつ解釈すべき「生きた道具 (living instrument)」と特徴づけ、その条約解釈の変更を弁護する。Merten, a.a.O.(Ann. 6), S. 310f., 318f.; ders., a.a.O.(Ann. 11), S. 265.
- (15) Hans Hofmann, Fallt das Streikverbot im Beamtenverhältnis? Aktuelle Entwicklungen und Perspektiven zwischen der Rechtsprechung des EGMR und der deutschen Gerichte, in: Ch. Waldhoff / G.Thüsing(Hrsg.), Verfassungsfragen des Arbeitskampfes, 2014, S. 47-57, 50f.
- (16) Josef Isensee, Öffentlicher Dienst, in: E. Benda / W. Maihofer / H. J. Vogel(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1995, S. 1527-1577, 1529f. Vgl. Hans-Joachim Bausecke, Arbeitsnehmer und Beamte – traditionelle Trennung und aktuelle Berührungen, in: I. Franke / R. Sumner / H.-D. Weiß (Hrsg.), Öffentliches Dienstrecht im Wandel: Festschrift für Walther Fürst, 2002, S. 57-70.
- 尤も、労働協約の下にある被用者といえどもスト権には議論がある。つまり、労働組合が執行府と共に労働協

約を締結するということは、民主的正統化を持たぬ組合が国家権力を行使することになるからだ。イゼンゼー曰く、公勤務の中の労働争議には民主主義的欠損がある。しかし、基本法自体がこの協約公務員の存在を前提としている以上、結局、公勤務の協約自治は保障されず許容されるだけの存在となる。更に問題は、民主的法治国に労働放棄で闘争するストライキであり、故に、被用者のスト権は法律の厳格な制約下に置かれて、公共善を阻害する公勤務の中の労働争議には強制仲裁で対抗することになる。Isensee, a.a.O., S. 1564f.; ders., *Der Tarifvertrag als Gewerkschafts- / Staat-Vertrag*, in: W. Leisner(Hrsg.), *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat*, 1975, S. 23-45.

- (17) 後述の如く、国際法は本来、ドイツ国内法の中で承認法律を通じて単純法律の地位のみを持つが、これも後述の基本法各種条文により、憲法条項であれ法律条項であれ、可能な限りドイツ国が国際法上のその義務に違反しないよう解釈するべきとする、原理のことである。憲法適合解釈といいEU法適合解釈といい、当該条項を超える上位条項に合せて解釈せよとする、他の同種の解釈原理と異なり、この国際法友好性原則は、法律と同位、基本法より下位の人権条約など国際法に適合して法律や基本法を解釈せよという点で、特異である。Christian Calliess, *Staatsrecht*, Bd. III, 2. Aufl., 2018, S. 118-120; Martin Morlok / Lohar Michael, *Staatsorganisationsrecht*, 4. Aufl., 2018, S. 252. 参照、齋藤正彰『国法体系における憲法と条約』(信山社、二〇〇二年)三三九〜三五〇頁、同『憲法の国際法調和性と多層的利権主義』北星論集五二巻二号(二〇一三年)三〇三〜三二四頁、同『憲法と国際規律』(信山社、二〇一六年)一一三〜一三三頁、山田哲史『グローバル化と憲法』(弘文堂、二〇一七年)三五二〜四四〇頁。
- (18) Merten, a.a.O.(Ann. 6), S. 321-324; ders., a.a.O.(Ann. 11), S. 265f. 即ち、国際人権への信奉は飽くまで基本法秩序の枠内であり、主権移譲を伴う加盟でない欧州人権条約に憲法を超える効力はなく、そもそも国際法の一般原則と呼べる判決はスト禁止の領域にはない。

- (19) Merten, a.a.O.(Ann. 6), S. 325-330; ders., a.a.O.(Ann. 11), S. 266. 官史スト権(一部)容認の欧州人権裁判所判決への批判的な見解は、メルテンのみならず、ドイツ国法学の主流であるように考えられる。Fanz Josef Lindner, *Dürfen Beamte doch streiken?*, in: DÖV, 2011, S. 305-309; Udo Di Fabio, *Das beamtentechnische Streikverbot*, 2012, S. vif.; Peter M.

- Huber, Die Zukunft des Berufsbeamtentums, in: H. Jochum / M. Elicker / S. Lampert / R. Barton(Hrsg.), Freiheit, Gleichheit, Eigentum – Öffentliche Finanzen und Abgaben. Festschrift für Rudolf Wendt zum 70. Geburtstag, 2015, S. 127-138, 134-136.
- (20) なお、学校教師を被用者でなく官吏として扱うべきか、基本法三三三条四項と関連させれば、教師を高権主体と見るべきか、争いがある。一方で、成績付与、留置決定への参加、上級学校への推薦、学校取極めの委託、退学など秩序的措置など高権的権力が認められようが、他方で、成績付与などは寧ろ教師活動の周辺の部分を成すにすぎず、その主要任務は授業それ自体にあり、これら高権的権限の領域から行政のその他の任務を区別して考へるべきであろう。Andreas Volkhuble, Die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums, in: R. Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, 2008, S. 471-493, 485; Thorsten Ingo Schmidt, Beamtenrecht, 2016, S. 108. Vgl. Isensee, a.a.O.(Ann.16), S. 1554. またグニールファビオによれば、一九世紀初頭のドイツ職業官僚制の確立期、それは当時もまだ君主大権の下にある軍隊や警察ではなく、学校やギムナジウムや大学などの諸教育機関、端的には給付行政を念頭に、官吏エトスや官吏の独立の確立が主張されていた、と言う、Di Fabio, a.a.O.(Ann. 19), S. 48f. Vgl. Barbara Remmert, Warum muss es Beamte geben?, in: JZ, 2005, S. 53-59, 57; Hans-Peter Bull, Das öffentliche Dienstrecht in der Diskussion, in: DÖV, 2004, S. 155-163, 159.
- (21) VG Düsseldorf, 15.12.2010 – 31 K 3904/10, Rn. 11.
- (22) VG Düsseldorf, 15.12.2010 – 31 K 3904/10, Rn. 13.
- (23) VG Düsseldorf, 15.12.2010 – 31 K 3904/10, Rn. 14f.
- (24) VG Düsseldorf, 15.12.2010 – 31 K 3904/10, Rn. 15. 人権条約違反に拘らずスト禁止が有効だとしても、原告は勝訴する。つまり、当該裁判所はスト禁止とこれを担保する懲戒処分を分けて、民主主義社会でスト参加官吏に制裁を科す為には、法律上の正当化根拠が必要であるが、ドイツ法にはこの懲戒の法的基礎は存在せず、従ってスト禁止は有効でも、本件懲戒は違法と判断されるのである (Rn. 17-22)。
- 同様に、国際条約と同位又は上位の国内の法律及び憲法と関わらず、人権条約を批准した以上ドイツは国際法上

の義務を負うとした上で、しかし、国際法友好的解釈によっても基本法は乗り越えられぬから、結局憲法改正により憲法と条約の齟齬を解消すべしとの見解として、*Laubinger, a.O.(Ann. 11), S. 1171f.*

(25)

ヘッセン州女性教員への戒告処分を巡る同様の事件への、二〇一一年七月二七日カッセル行政裁判決もその数少ない例外の一つである。但し、その見解はデュッセルドルフ判決よりも直截的なものである。即ち、既に見た欧州人権裁の二つの判決により、この判決が下したスト参加官吏への懲戒処分への否定のみならず、これを超え、従来のスト禁止の憲法解釈の変更までもが帰結する、と述べるのである。一つに、基本法は欧州人権条約を考慮して解釈されなければならず、故に、人権裁による人権条約解釈には特別の意味が与えられること、二つに、二〇〇六年導入の基本法三三条五項「継続発展」からして、同条の伝来的諸原則は人権条約に合わせて読み替えられるべきこと。三つに、従って同条の官吏スト禁止の原則も、スト可能の公務員とスト禁止の公務員とに、欧州人権条約一一条二項二文が求める如く、区別して、後者にのみ限定的に解釈されるべきこと、こう主張する。VG Kassel, 27.07.2011 - 28 K 574/KS, D, Rn. 23-31. 要するに本判決は、基本法九条三項と欧州人権条約一一条との間に、矛盾を認めて基本法改正を求めるのでも、この矛盾の解消を議会に求めるのでもなく、国際法友好的解釈で解決できると言うのである。

官吏のスト権に好意的なデュッセルドルフ判決とカッセル判決だが、二〇一一年八月一九年オスナブリュック行政裁判決で状況が変わる。ニーダーザクセン州男性教員の、これも同様の事件を扱うものだが、官吏の誠実義務と扶養原理からスト禁止を導く、連邦憲法裁判所の従来の判例法理を基礎に、基本法九条三項の団結権の制約を擁護し、しかも、欧州人権裁判所が説く、国家行政機能を担う公務員ならばスト権禁止を認める論理は、官吏と被用者の区別をその機能でなく、その地位で定礎する従来のドイツ基本法の立場とは相容れないとし、最後に、スト禁止は拒否せずとも、スト参加官吏の処分を否定するデュッセルドルフ行政裁の立場を明確に拒絶する、この判決である。VG Osnabrück - 19.08.2011 - AZ: 9A 1/11, Rn. 24-49. 後述のケアステンは、オスナブリュック判決を、傍論ではスト権を肯定するものと断定しているが、その後の、そして二〇一八年連邦憲法裁判決迄の、スト禁止

を認める諸判決の嚆矢となるものである。

(26) 表1の注記を参照せよ。

(27) BVerwGE, 149, 117, 122-126 (Rn. 24-33).

(28) BVerwGE, 149, 117, 126-130 (Rn. 34-47).

(29) BVerwGE, 149, 117, 130f. (Rn. 47-49).

(30) BVerwGE, 149, 117, 131-133 (Rn. 50-55).

(31) BVerwGE, 149, 117, 133-136 (Rn. 57-63). 基本法の官吏のスト禁止と、欧州人権条約の高権行政のスト制約の対抗関係は立法者が調整するべきだとの連邦行政裁判所の見解だが、それは、対抗調整の選択肢が様々にあるからだと、同裁判所は言う。例えば、同じく労働争議を制限してきた教会法上の労働者と同様に、但し、労働協約に至れば職業官僚制が破壊されることに留意しつつ、交渉や仲裁で官吏労働組合の関与権も検討可能な選択肢であるとし、更に、既に官吏俸給を、労働協約で確定する給与総額と連動させる実務を考慮すれば、この俸給を協約交渉の対象にしようと論及する。BVerwGE, 149, 117, 136f. (Rn. 64-68).

(32) 基本法と人権条約のこの衝突を立法者が調和する方策は様々あるが、神に奉仕する教会、その教会施設たる病院や学校に勤める労働者の労働条件を、教会の一方的決定でも、労働協約による妥協でもなく、雇用者と被用者が同数の委員会による仲裁を通じて確定するという、教会労働法上の、そして連邦労働裁が教会事項につき展開してきた「第三の道」も検討に値すると、先の連邦行政裁判決が言及したが (BVerwGE 149, 117, 136 (Rn. 64))、勿論この構想も後の連邦憲法裁二〇一八年判決に採用されなかった。Vgl. Claus Dieter Classen, Dritter Weg, in: Heinig/Munsonius, 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrechts, 2. Aufl., 2015, S. 39-41; Arno Schilberg, Arbeitsrecht, in: Heinig/Reisgies(Hrsg.), 100 Begriffe aus dem evangelischen Kirchenrecht, 2019, S. 11-14.

(33) その嚆矢は、デュッセルドルフ行政裁判決の恐らく直後に執筆された、法曹新聞誌掲載の、同行政裁判決を批判するリントナー論文である。後述の如く、リントナー自身は官吏スト禁止の全面維持を主張する者ではないが、





因みに、本文で挙げたカイザーの主張は、欧州人権裁判決に基づく官吏スト解禁論に対する七つの批判のうちの一つに過ぎない。即ち、第二に、脱文脈化批判と同様、諸概念の安易な翻訳を彼女は戒めて、スト解禁を主張する者らは、ドイツの官吏を持たぬトルコの事例で人権裁判が語ったフランス語の職員の概念を軽率にもドイツの官吏の概念と同視して、人権裁判は官吏スト禁止を拒否したと即断している。Kaiser, a.a.O.(Ann. 34), S. 435f. 第三に、同じ脱文脈批判だが、スト禁止の代替物の存在を無視して、ドイツにはスト権はないが他国にはスト権はあると指摘するのみで、扶養原理などスト禁止の機能的等価物の存在を忘れてはならぬ、と。Kaiser, a.a.O.(Ann. 34), S. 436f. 第四に、人権裁判の判例が示す解釈上の判断余地を見失うべきでなく、例えば、欧州人権裁判が公勤務全体に関わるスト禁止を拒否するとき、国家や公共の安全などの為に労働者団結権の制約を認める人権条約一一条二項一文のみに触れるだけなのに、連邦行政裁判はこれを誤り、「軍隊、警察、国家行政の所屬者」団結権の制約に関わる同二文をこの欧州人権裁判決と結び付けて、その結果、人権裁判所の趣旨は、軍隊、警察、国家行政の機能で限定すればスト禁止を容認するとの、即ち、地位ではなく機能や任務に着目すればストは制限できるとの判断にありと妄想して、基本法と欧州人権条約との対立を捏造する。Kaiser, a.a.O.(Ann. 34), S. 437f. 第五に、人権裁判決の方法論上の瑕疵の検討が欠如しており、即ち、一つ、人権裁判がトルコ未加盟の条約を援用して解釈したこと、二つ、人権裁判が条約一一条二項二文に全く言及せず判決したこと、二点からすれば、ドイツが同判決に拘束されるのか、検討の余地がある。Kaiser, a.a.O.(Ann. 34), S. 426f.; 437f. 第六に、官吏スト禁止の前に職業官僚制自体への検討の余地があり、即ち、官吏ストの是非が問われる事例の大半、教師ストを眺めれば、そもそもワイマール憲法以来の教師の官吏化を再吟味すべきである。Kaiser, a.a.O.(Ann. 34), S. 436f. 第七に、人権裁判決の方向づけ作用にまだ限界づけの可能性があり、つまり、訴訟当事者でない加盟国が他国の法秩序の事例を予め考慮することこそ、人権裁判の負担軽減や人権条約の実効性役立つけれど、人権裁判には各国の特殊事情を考慮する際に用いる評価の余地という言い回しがあり、ドイツ国内の実務や学説が先走って欧州人権裁判に服従して、この概念の使用を封じてし

手うのは必ずしも妥当でなく。 Kaiser, a.a.O.(Ann. 34), S. 439f.

- (37) Kaiser, a.a.O.(Ann. 34), S. 432; dies., Art. 33, in: P. M. Huber / A. Volkühle(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl., 2018, S. 807-845, 865f.

この判例法理の文脈化の前提にカイザー独自の文脈化の理解がある。Anna-Bettina Kaiser, *Ist die Begriffsgeschichte noch zu retten? Ein Wiederbelebungsversuch, in: Rechtsgeschichte*, Bd. 19(2011), S. 142-151. 第一に、彼女はシュトルアイスの法史学方法論への反省を紹介する。つまり、二〇世紀後半のドイツ法史学の誇る概念史アプローチへの批判、言語論的展開と構成主義批判と概念史衰退の三つの落胆<sup>11</sup>欺瞞離脱を経て、大戦後年以降の法史学の欠陥が明らかになるといふ。Kaiser, S. 143-145. 一つに、概念への着目は非概念 $\parallel$ 非言語的存在の排除を可能にして、ドイツ史学が戦後社会と和解する為の心地良い手段を提供したこと。二つに、言葉は定義され、概念は了解される<sup>12</sup>との二元論的言語理解は、そもそも両者の区別は不可能だとして戦後は破綻したこと。三つに、概念史が狙う、概念の背後での物象の本質の探究は、ドイツ観念論の伝統に反し、寧ろ形而上学なき法史学が必要であること。四つに、概念史に基づく法史学は、この反歴史的 $\searrow$ 超時間的本質の探求から具体的に法推論を行う<sup>13</sup>という、概念法学の誤りを犯すこと。Kaiser, S. 145-147. しかし第二に、カイザーは概念史からの完全撤退もよしとはしない。概念史のナチ時代の成立から戦後の発展という人的連続は兎も角も、第一に、映像や経験などの概念ならざるものを排除するその態度は問題で、理論的態度や概念の形成が立ち現れてくる地平 $\parallel$ 文脈への考慮なくしては、即ち文脈化なくしては概念史の説得力は失われる。第二に、概念史相対化の契機となったヴィトゲンシュタインとても、言葉意味を言葉使用に完全還元する過激な語用論的立場を採らずに、寧ろコンセプトに基づく、概念使用の文脈化を要求するに過ぎない。Kaiser, S. 147-150. つまるところ、戦後法史学の方法論的進歩の為には、従来の概念的立場の放棄でなく、文脈化によるその展開をカイザーは要求する。裁判所の判例法理の射程を狭めるという機能という点では、本論で言及した文脈化と、法史学方法論における文脈化は、同旨であろう。Vgl. Kaiser, *Schaft sich die Verfassungsgeschichte ab?*, in: M. Stolleis, *Verfassungsgeschichten*, 2017, S. 77-90, 89f.

尤も、この文脈化は、レプシウスの名を挙げずとも、連邦憲法裁判の法理による政治又は立法者への介入批判で検討されてきた点である。欧州人権裁判例への制約が逆に連邦憲法裁判例の拡大を齎すならば、連邦憲法裁判の論拠としての文脈化の援用は場当たり的となる。Oliver Lepsius, *Relation: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*, 2016, S. 53-56; ders., *Die maßstabsetzende Gewalt*, in: *Das engeretzte Gericht*, 2011, S. 159-279, 200-202 (レプシウス(棟居快行訳)「基準定立権力」同ほか『越境する司法』(風行社、二〇一四年)一六六一―一六八頁)。なお、拙稿「官吏恩給法の法律解釈の適及的変更」鈴木秀美・畑尻剛・宮地基編『ドイツの憲法判例IV』(信山社、二〇一八年)二六四頁注14。更に、レプシウス、イエシユテトなどのクルゼン学派批判につき参照。Frick, *Die Staatsrechtslehre im Streit*, 2018, S. 186-202; 拙稿(前掲注2)九四頁注18。

(38) BVerfGE 148, 296(1 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 646/15). 参照、拙稿「基本法上の官吏ストライキの禁止と欧州人権条約」自治研究九五巻八号(二〇一九年)一五四―一六一頁。本判決は表1、表2、表3で挙げた4事件に関する憲法異議を扱う。

(39) BVerfGE 148, 296, 356-373(Rn.137-162). スト参加官吏への処分と判決の基本法適合性は、これらの人権条約適合性と同様、典型的な三段階審査の手順で踏まれたと説く見解に、Zornow, *Streikverbot für Beamte*, in: *JuS*, 2018, S. 1082-1084.

(40) Vgl. Jürgen Lorse, *Der Beamtenstreik ist abgesagt*, in: *ZBR*, 2018, S. 325-335, 333.

(41) BVerfGE 148, 296, 353f. (Rn.131).

(42) BVerfGE 148, 296, 354f. (Rn.132, 173f.).

しかし、基本法適合性についても、欧州人権条約適合性についても、同様の三段階審査で合憲性と合条約性が確認され、その結果として、基本法の国際法友好的解釈が不要とされたことに留意が必要である(148, 296, 378f. (Rn.172))。因みに、連邦憲法裁判で基本法の国際法友好的解釈が実施されるのは、その系属前、同一事件に欧州人権裁判の判決が下される場合だという。なお、本件では、連邦憲法裁判所二〇一八年六月二二日判決の後に、その申立

- 人が欧州人権裁判所への出訴を行ったとも報道されている。Habermann, a.a.O.(Anm.8), S. 117, 119.
- (43) BVerfGE 148, 296, 379-381(Rn. 173-175). 具体的には、欧州人権裁判所二〇〇八年判決からは、公務員全てを団結自由から排除できないが、その人権に制約を課すことが可能という、評価という意味での基本言明が同定でき、同二〇〇九年判決からは、労働組合には聴聞を受けて自身の利益を保護する権利があるという、普遍化可能な解釈率が確認できるとし、それぞれ、官吏にスト権を禁止すること、労働組合が労働条件を規定する立法手続に参加することができるということという現行法に、欧州人権条約と一致があると言う。しかし、テキストでなくコンテキストを重視するというこの態度は、コンテキストを差し引いたテキスト以上に抽象的な次元で基本法と人権条約の間に一致があればよいという、空虚な解決策ではないか。つまり、文脈という論拠は、ドイツ憲法の具体的な事情を考慮するよりも、欧州人権条約の内実を希薄化させる方向へと作用している。
- (44) BVerfGE 148, 296, 371f. (Rn. 161).
- (45) BVerfGE 148, 296, 372 (Rn. 161). ドイツ公務務法固有の官吏と被用者の区別を維持する結論に加えて、憲法裁判は、ドイツ教育職員が人権条約一一条二項二文の国家行政の帰属者（基本法流に言えば同三三条四項の国家高権の主体）に該当するかの問いには、欧州人権裁判が未だ回答したことはないと論及し、反面、教育職員の官吏該当性の問いに、肯定的見解を示唆している。BVerfGE 148, 296, 386-389 (Rn. 184-188). 前掲注20も参照。
- (46) 官吏スト禁止が基本法上の職業官僚制保障の帰結であることもあり、従来の判例法理を踏襲した、この連邦憲法裁判決への批判は少ない。しかし、欧州人権の潮流に反する、この結果妥当性への批判もある。例えば、ハンブルク・ブツェリウス法科大学院で同僚の労働法学者ヤコブスとE.U法学者バヤンデ共著論文は、判決を厳しく批判す。Mathias Jacobs/Mehrad Payandeh, Das beamtenrechtliche Streikverbot: Konventionsrechtliche Immunisierung durch verfassungsgerichtliche Petrifizierung, in: JZ, 2019, S. 19-26.
- (47) 従って、連邦憲法裁判例と欧州人権裁判例との間に齟齬がない以上、前者を後者に適合させる国際法友好的解釈の必要もないことになる。BVerfGE 148, 296, 378f.(Rn. 172). この法理の役目は、労働協約締結を目的とするスト権

- とて、「団結自由の核心部分のみならず、これを目的としない官吏スト権という団結自由の周辺部分も基本法九条三項の保護領域へと含めることが、欧州人権条約の趣旨に適用し、いわば後付けで援用されるに留まる。」BVerfGE 148, 296, 359f.(Rn. 140).
- (48) BVerfGE 148, 296, 347-349, 363-365 (Rn. 121-124, 149-152).
- (49) BVerfGE 148, 296, 345f., 365f.(Rn. 119, 153).
- (50) Jens Kersten, Neues Arbeitskammerrecht, 2013.
- (51) Kersten, a.a.O.(Anm. 50), S. 28-31. Vgl. Kersten, Der Streik in der Daseinsvorsorge, in: Ch. Waldhoff / G. Thüsing(Hrsg.), Verfassungsfragen des Arbeitskampfes, 2014, S. 15-46, 22f.
- (52) Kersten, a.a.O.(Anm. 50), S. 32.
- (53) Kersten, a.a.O.(Anm. 50), S. 34f.; ders., Koalitionsfreiheit als Kampfmitelfreiheit? – Zugleich ein Beitrag zur „Governance der Schwärme“, in: V. Rieble / A. Junker/R. Giesen (Hrsg.), Neues Arbeitskammerrecht, 2010, S. 61 ff.
- (54) Kersten, a.a.O.(Anm. 50), S. 35f. 38. Vgl. ders./Claudia NeuBerthold Vogel, Politik des Zusammenhalts: Über Demokratie und Bürokratie, 2019.
- (55) Kersten, a.a.O.(Anm. 50), S. 3-5.
- (56) Kersten, a.a.O.(Anm. 50), S. 5f. ケアステンの他にも、欧州人権裁判決を媒介としたドイツ官吏スト禁止への疑義(これを契機とした制度的保障重視の学説が存在する。Gunner Folke Schuppert, Institutionen und Recht: Das Beispiel des Berufsbeamtentum, in: P. F. Bulmann / K. J. Grigolet / Ch. Gusy / J. Kersten / Ch.-W. Otto / Ch. Preschel(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht: Festschrift für Ulrich Battis zum 70. Geburtstag, 2014, S. 519-531.
- (57) Kersten, a.a.O.(Anm. 50), S. si.
- (58) 官吏地位に着目したスト禁止の維持を主張し、且つ法学の形而上学的復権を提唱するリントナーだが、新労働争議法へのケアステンの批判、職業官僚制の制度的思考の強調を、概ね支持しているようで、(ケアステンのこの書

物を国法学者／官史法学者の必読書と言った) 彼の制度的思考が合理的論証手段に過ぎぬことに特段の言及はない。Franz Josef Lindner, *Besprechung von Jens Kersten, Neues Arbeitskampfrecht*, 2012, in: ZBR, 2013, S. 177f. 我々が見た後の連邦憲法裁判決からすれば、官僚制の実体としての本質に形而上学的要素を発見してもよさそうだが、元々リントナーの言う形而上学そのものが実は法学では限定的な意味しか持たない。Franz Josef Lindner, *Rechtswissenschaft als Metaphysik*, 2017, S. 1-23.

ケアステンに触発され制度思考の重要性を説くシュニッペルトも同様。国家機能や法的安定の実現に役立つものと職業官僚制を概念把握し、故に官吏関係の特殊性を機能的に、即ちその遂行任務の特殊性から理解し、職業官僚制の機能拘束的保障を主張するのが彼なのである。Gunner Folke Schuppert, *Institutionen und Recht: Das Beispiel des Berufsbeamtentum*, in: P. F. Bulmann / K. J. Grigoleit / Ch. Gussy / J. Kersten / Ch.-W. Otto/Ch. Presche(Hrsg.), *Allgemeins Verwaltungsrecht: Festschrift für Ulrich Battis zum 70. Geburtstag*, 2014, S. 519-531, 522-524. だが、官吏身分を機能でなく身分それ自体として認識し、そこから機能に区別されぬ、身分に由来するものと官吏スト禁止を了解した、二〇一八年憲法裁判決に、このシュニッペルトも裏切られたのである。

- (59) Josef Isensee, *Affekte gegen Institutionen – überlebt das Berufsbeamtentum?*, in: ZBR, 1998, S. 295-312.
- (60) Isensee, a.a.O.(Anm. 59), S. 302. 一九六〇年代の官僚制批判に「こゝへ」 Isensee, a.a.O.(Anm. 59), S. 297f.
- (61) Isensee, a.a.O.(Anm. 59), S. 302. イゼンゼーは以上を、左右からの職業官僚制批判だとも言い換える。一方で社会主義の反官僚制感情、他方で近代経済学の諸批判がある。即ち、左からは、一九世紀以来の官憲国家のトラウマ、労働者社会を理想とするイデオロギー、組合に抵抗するこの職業身分への反感、右からは、効率性や商人的感性や法的な機動性を特に重んじる思考、アメリカ流経営ルールで行政を変革する思想が、官僚制を拒否する。Isensee, a.a.O.(Anm. 16), S. 1522; ders., *Beamtentum – Sonderstatus in der Gleichheitsgesellschaft*, in: ZBR, 1988, S. 141-152, 142.
- (62) Isensee, a.a.O.(Anm. 59), S. 302. 経営的思考→経営学的意味での成果主義。Isensee, a.a.O.(Anm. 59), S. 302.
- (63) Isensee, a.a.O.(Anm. 59), S. 302f.

- (64) Isensee, a.a.O.(Anm. 59), S. 303; ders., a.a.O.(Anm. 61), S. 144f.
- (65) Isensee, a.a.O.(Anm. 59), S. 303.
- (66) Isensee, a.a.O.(Anm. 16), S. 1555f.; ders., a.a.O.(Anm. 59), S. 303.
- (67) Isensee, a.a.O.(Anm. 59), S. 304.
- (68) Isensee, a.a.O.(Anm. 59), S. 304; ders., a.a.O.(Anm. 16), S.1152,
- (69) なお、以上のアメリカ的経営学主義による職業官僚制の浸食と共に、社会主義／マルクス主義の職務思想批判にもイゼンゼーは言及する。つまり、社会主義は前革命的な官僚制を破壊した後に、誰もかれも官吏化し、党の計画の実施や社会主義的公共善への献身に見合う利他的に労働に邁進する人材へと再リクルートするのだと指摘する。職務エトスは資本主義国家の欺瞞であり、支配者の階級利益である。しかし、今や支配者階級でも被抑圧階級でも、党派的であることをオープンにして、だが被抑圧階級の為の党派性エトスが必要なのだ。要するに、このマルクス主義も職業官僚制を解体する、と彼は言っている。 Isensee, a.a.O.(Anm. 61), S. 151; ders., *Gemeinwohl und öffentliches Amt*, 2014, S. 85.
- (70) Vgl. Ulrich Barts, *Hergebrachte Grundsätze versus Ökonomismus: Das deutsche Beamtentum in der Modernisierungsfälle?*, in: *DÖV*, 2001, S. 309-317.
- (71) Isensee, a.a.O.(Anm. 4), S. 46f.; ders., *Transformation von Macht in Recht – das Amt*, in: *ZBR*, 2004, S. 3-12, 7f.
- この職務の処分不能性は、職務保持者は職務所有者でなく、単なる職務管理者に過ぎぬというイゼンゼーによる指摘にも顕現している。 Isensee, a.a.O.(Anm.69), S. 113.
- (72) Isensee, a.a.O.(Anm. 4), S. 48-52; ders., a.a.O.(Anm. 71), S. 7f.; ders., *Das Amt als Medium des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie*, in: G. F. Schuppert / F. Neidhardt(Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der suche nach Supstanz*, 2002, S. 241-270,
- (73) Isensee, a.a.O.(Anm. 4), S. 126-130; ders., a.a.O.(Anm.59), S. 302; ders., a.a.O.(Anm.61), S. 150-152; ders., a.a.O.(Anm.71), S.

職業官僚制における地位と実体 (三宅)

六一

3f., 6; ders., *Amtsvalter und Grundrechtsträger in Personalunion: der Beamte*, in: P. F. Bultmann / K. J. Grigoleit / Ch. Gusy / J. Kersten / Ch.-W. Otto / Ch. Preschel(Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht: Institut, Kontexte, System: Festschrift für Ulrich Barts zum 70. Geburtstag*, 2014, S. 557-575.

この職務エトスは、職務の客観性と人格の主観性からも説明される。つまり、国家任務が細分化されて配分される職務義務は客観的だが、それを担う各職務保持者は、肉体と靈魂、年齢と性別、出身と経験、好きと嫌いがバラバラで、各人それぞれが持つ確信は主観的である。この職務義務の客観性に各人人格の主観性を適合させねばならない。この客観性と主観性の矛盾、この矛盾による職務国家失敗の危険を回避する為に、職務保持者に倫理的義務と個人的責任を課している。イゼンゼーは、これが職務義務であり、憲法忠誠であるというのだ。Isensee, a.a.O.(Ann. 69), S.111f.

(74) 職務理論については、拙稿『憲法学の倫理的転回』(信山社、二〇一一年)一七二〜一七七頁、同『保障国家論と憲法学』(信山社、二〇一三年)二八九〜二九二頁、同『職務概念と公法理論』戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開』(信山社、二〇一七年)二一九〜二九九頁、

(75) Isensee, a.a.O.(Ann. 16), S. 1536-1538, 1568; ders., a.a.O.(Ann. 61), S. 142, 147, r. Sp.; ders., *Das antiquierte Amt*, in: W. Kries(Hrsg.), *Staat Amt Verantwortung*, 2002, S. 41-78, 48.

Isensee, a.a.O.(Ann. 16), S. 1535f. イゼンゼー曰く、公共善を指向し、且つその複数で秩序を形成するこの職務思想こそ、近代国家のみならず、そして近代国家を超えて、君主政や民主政を問わず、古代ローマや中世的教会をも正当化する。(君主政の唯の反対概念ではない)共和政原理を化体するものである。Isensee, a.a.O.(Ann. 16), S. 1534-1536; ders., a.a.O.(Ann. 61), S. 150f.; ders., a.a.O.(Ann. 74), S. 51.

但し、職務には義務と禁欲に加え、悦楽(Lust)も伴うとイゼンゼーは言う。それは日々の労働の満足感でなく、個人にはできぬ決定、人々への責任ある仕事、私人に許されぬ卓越した活動に関与する悦びである。政府や議会が政治的権力に与れば、内的悦び、権力感情を体験する。だが、この他者へ影響する意識、権力に参加する意識



は悪ではない。権力自体は罪ではなく、権力行使は職務行使者の正統な報酬である。この職務が権力に善き良心(gutes Gewissen)を与える。行動を恐れ決定を恐れ責任を恐れる者は権力に就くべからず。公に深く根差したこの良心を持つ。Isensee, a.a.O.(Ann. 69), S. 136f.

(76) Isensee, a.a.O.(Ann. 16), S.; ders., a.a.O.(Ann.59), S. 312; ders., a.a.O.(Ann. 61), S. 150, r.Sp.; ders., a.a.O.(Ann. 73), S. 557f. の民主政と基本権又は法治国の対抗関係が、基本法三三三条の四項と五項の切断を要請する。先に見た二〇一八年・連邦憲法裁判決を先取る様子で、イゼンゼーに近い立場のデイ・ファビオが指摘する。国家機能の官吏担当を要請する四項の機能留保には、個人の保護の為に、法律留保の機能的な等価物又は補完物の役割が期待されるが、官僚制の制度的保障を要請する五項の伝来的原則には、公的行政の政党Ⅱ党派政治的な横取りを防ぐべく、民主主義に組織上の措置と基盤を付与する、国家行政の一般規範の任務が付託されている。と。つまり、四項では法治国を、五項では民主政を念頭に置き、両者の補完的結合物により、職業官僚制が市民の自由に寄与するのである。Di Fabio, a.a.O.(Ann. 19), S. 49f.

イゼンゼーのいう職務とは、国家と社会、公的と私的を区分けするのみならず、抽象的国家と具体的人間をも媒介するものとして現れる。法人たる国家は職務保持者たる自然人を通じてのみ行動するのであり、単なる個人の権力行使も職務を通じてのみ他者を縛る法的行為となる。Isensee, a.a.O.(Ann. 74), S. 49.

更に、職務の領域と自由の領域はその正統化原理も異なるとも言う。前者は共和制的正統化として、後者は基本権的正統化として対を成す。Isensee, Grundrechte und Demokratie – Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen(1981), in: ders., Recht als Grenze- Grenze des Rechts: Texte 1979 - 2009, 2009, S. 13-32. なお、民主政的正統化と共和政的正統化の関係について、拙稿「行政裁量と憲法構造」嶋崎健太郎編『憲法の規範力と行政』(信山社、二〇一七年)四八〜六〇頁。

(77) 官吏が職務保持者のプロトタイプであることについて、Isensee a.a.O.(Ann. 73), S. 558; ders., a.a.O.(Ann. 74), S. 49. 尤も、職務には、職務原理の純粹形式と混合形式があると彼は言う。前者の形式が仮に職業官僚制だとすれば、

後者につきイゼンゼーが枚挙する具体例とは、職務原理と政党政治が結合すれば議会議員が、純粹職業が結合すれば公証人が、研究と教授の自由という基本権の地位が結合すれば大学教授がそれである。Isensee, a.a.O.(Ann. 69), S. 108. この現象は本稿最後でも触れる、政治憲法／全体憲法と部分憲法の衝突と融合の問題である。別言すれば、純粹職務の問いが職務の国家理論であり、これを基礎として、具体的憲法法を巡る国家理論的考察が展開されるのである。Isensee, a.a.O., S. 108.

- (78) Isensee, a.a.O.(Ann.59), S. 311.; ders., a.a.O.(Ann.61), S. 143f.; ders., a.a.O.(Ann.69), S. 151-153; ders., a.a.O.(Ann.71), S. 11. Vgl. Wolfgang Loschelder, *Amt und Status – Oder: Warum sollen Professoren Beamte sein?*, in: I. Franke / R. Summer / H.-D. Weiß(Hrsg.), *Öffentliches Dienstrecht im Wandel: Festschrift für Walther Furst*, 2002, S. 219-231. イゼンゼー説に限らず、機能主義による職業官僚制の解体について、更に、フォルストホフ及びケットゲンによる機能主義批判について、拙稿「職業官僚制における身分と制度」(新潟大学)法政理論三八巻四号(二〇〇七年)三三一〜三七二頁。Isensee, a.a.O.(Ann.59), S. 302f., 311f.; ders., a.a.O.(Ann.61), S. 142-145.

イゼンゼーによれば、国家の企業化とは国家の実体喪失を意味する。即ち、職業官僚制を機能正義から見れば、国家の特殊性が失われる。技術は機能する限りで支配する。機能しさえすれば正統化は要らぬ。故にシエルスキーの言う技術国家は民主政からその実体を剥奪する。従って、従来は古典的国家理念とその職業身分的統一性をその基礎としてきた職業官僚制を君主的にも民主的にも正統化しなくてよい。純粹な機能技術性さえあれば職業官僚制に統一性が与えられるのだ。だが、生存配慮であっても官吏たちの誠実義務を解除してよいのか。例えば学校教育。国家の存立には市民のコンセンサスを必要とする。しかし官吏の義務体系を破壊し、官吏は最大限自由を行使してよい、その義務は最小限充足すればよいと、ここに基本権理念を掲げれば、憲法国家の安定は危機に陥る。それ故に連邦憲法裁も反対するのだ。Isensee, a.a.O.(Ann.61), S. 143f.; ders., a.a.O.(Ann.74), S. 72. Vgl. Thomas Gutmann / Fabian Witreck / Werner Krawietz, Helmut Schelsky (1912-1984). Von der späten Skopsis einer euphorischen Generation, in: Th. Gutmann/Ch. Weischer / F. Witreck(Hrsg.), *Helmut Schelsky: Ein deutscher Soziologe im*

zeitgeschichtlichen, institutionellen und disziplinären Kontext - Interdisziplinärer Workshop zum 100. Geburtstag, 2017, S. 113-132.

この職務の機能化は職務の尊厳を脅かすとも、イゼンゼーは述べる。一つ、元々、立法・執政・司法の行使は決定し権力の要素を持つが、この職務保持者の決定し権力行使は法に縛られることになっている。二つ、だがこの拘束する筈の法には職務保持者の解釈が必要であり、この解釈による選・任命自体にやはり決定し権力の要素が備わっている。三つ、結局、国家機能の行使又は法の解釈が決定し権力だとすれば、この決定し権力にはこの決定し権力に対する同意能力が必要である。つまり、国民意思による民主的正統化、又は国家の為に活動する人々し人格、彼らの統合性に市民が基本信頼を寄せるという意味で、実存論的正統化なくして、決定し権力は行使されるべきでないのだ。イゼンゼー曰く、市民が信頼を寄せるこの人格の統合性を保障するものこそ職務、即ち職務の尊厳なのである。「尊厳が尊重を生む」。即ち、職務を機能化すれば、この職務の尊厳が失われるというのだ。[Isensee, a.a.O.(Ann. 74), S. 73f.]

更にこの職務の尊厳につき、別箇所でもイゼンゼーは詳述している。一つに、人が保持者に寄せるこの尊厳は国家し制度の尊厳でもある。君主政時代職務管理者はその勤務で国王王冠の残照を放つのであり、市民革命後も国民の名の下その尊厳は官吏から剥奪されてはいない。二つに、職務保持者への人々の尊重はその義務遂行の代償でもある。偉大な義務を履行し、他者へ偉大に貢献するからこそ尊敬が集まる。人々の尊重は、彼らへの貧しい物質的報酬を補う理念的報酬である。[Isensee, a.a.O.(Ann. 69), S. 135f.]

(80) [Isensee, a.a.O.(Ann. 59), S. 31If., ders., a.a.O.(Ann. 61), S. 143f.]

そもそも市場経済の基礎、競争の理念自体が職務思想に反している。イゼンゼーは言う。諸職務は静態的な信託義務により相互に結合し、計画に基づき可能な限り摩擦のない行為統一体へ互いに補充し合う。功名心や権力欲でライバル関係を作り組織内を攪乱してはならない。能力や資格により官吏就任を競う、職務を巡る競争(Wettbewerb um Amt) は必要であるが、利己心に基づく競争原理を国家内部、ラント間、自治体間の関係へと取り込む、職務

の中の競争 (Wettbewerb im Amt und zwischen Ämtern) は禁物である。職務は競争を排除する。Isensee, a.a.O.(Ann. 69), S. 118f.

- (81) しかし、本文の説明は単純に過ぎ、以下を補足しなければならない。公共善に紐づけられた職務なる地位に職務保持者が着任することは既に言及した通りだが、ここに職務法と勤務法の区分けが成り立つ。一方で、国家とその断片である職務それ自体の關係に関わる職務法 (Amtsrecht)。これは、国家の任務を個人の能力に見合う職務単位へと細分化する。他方で、職務に座る職務保持者と雇用者たる国家との關係の勤務法 (Dienstrecht)。これは、職務法における客観的国家任務が職務保持者の個人的義務、即ち、雇用者国家に対する国家被用者の個別的義務へと転換される。但し、ここには被用者義務だけでなく雇用者の義務も成立している。一つに、適法且つ効果的職務遂行を確保する為の諸義務、守秘義務、誠実義務などが職務保持者に課され、二つに、職務保持者の独立性を確保する為の諸義務、扶養義務などが国家雇用者に課されるのだ。Isensee, a.a.O.(Ann. 69), S. 110f.

- (82) Isensee, a.a.O.(Ann. 59), S. 300. ders., a.a.O.(Ann.61), S. 150f.; ders., a.a.O.(Ann.71), S. 6. 職務が自由の前提になる。とは、即ち、職務保持者が職務を通じて義務を負うが故に、国家権力が基本権内容を遵守できることである。Isensee, a.a.O.(Ann. 73), S. 567.

尤も、この国家と職務の確保は、社会と自由の抹殺では当然にない。職業官僚制の正統化が、官吏の自由でなく他者の自由に、官吏の権利でなく官吏の義務と能力に依拠することは先に紹介した通りだが、この国家と社会の緊張關係 (Spannung)こそが、即ち、社会の国家に対する基本緊張 (Grundspannung)こそが、職業官僚制の生命の基礎であるとイゼンゼーは述べる。Isensee, a.a.O.(Ann. 61), S. 151f.; ders., a.a.O.(Ann. 73), S. 559.

- (83) 但し、ドイツ職業官僚制の構造を、地位と実体から検討しただけの本稿は、本稿筆者としても、憲法理論からして余りにも単純である。イゼンゼーに倣い、官僚制の構造転換の原因を、ドイツのみならず全世界を席卷する行政改革の経済性／効率性思考に推定したけれど、「働き方改革」に言及せずとも、我々の労働の在り方「働き方」の変化、即ち、労働構造＝労働憲法 (Arbeitsverfassung) の構造の変化、更に換言すれば、部分憲法としての労働憲法の構

- 造転換の影響を推定してもよからう。本稿では、職業官僚制の制度的保障を、その本来的な非合理性にも拘らず、合理的な論証手段に解消する見解としてケアステンを批判したが、そのケアステンの問題意識自体が、この労働憲法に向かう。彼やヴァルトホフの労働憲法の構想、更に遡及すれば、クリュガーやシヨルトの労働憲法の発想を留保した限りでの本稿の結論じやない。Vgl. Richard Giesen/Jens Kersten, Arbeit 4.0: Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht in der digitalen Welt, 2017; dies, Der Arbeitskampf in der digitalisierten Arbeitswelt, in: NZA, 2018, S. 1-8; Christian Waldhoff, Einführung: Verfassungsfragen des Arbeitskampfes, in: ders. / G. Thüsing(Hrsg.), Verfassungsfragen des Arbeitskampfes, 2014, S. 9-14; Martin Franzen / Gregor Thüsing / Christian Waldhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge: Vorschläge zur Gesetzlichen Regelung von Streik und Aussperrung in Unternehmen der Daseinsvorsorge, 2012; Herbert Krüger, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbeitrags der Tarifvertragsparteien, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, 1966, Bd.I Teil 1, S. 7-96; Rupert Scholz, Pressefreiheit und Arbeitsverfassung, 1978, S. 149-164.
- (84) 参照、拙稿（前掲注73）（論理的転回）一五七～一六〇頁。
- (85) ISENSEE, a.a.O.(Ann. 59), S. 312; ders., a.a.O.(Ann. 74), S. 78.
- (86) ISENSEE, a.a.O.(Ann. 59), S. 312; ders., a.a.O.(Ann. 74), S. 78.
- (87) ISENSEE, a.a.O.(Ann. 59), S. 312; ders., a.a.O.(Ann. 74), S. 78.
- (88) Vgl., Steffen Schmidt, Das äußere Erscheinungsbild von Beamtenbewerbern, 2017, S. 82f.  
 イゼンゼーの軟弱者と思春期と同様、職業官僚制又は制度的保障の浸食につき、クリュガーの熱狂主義と民主化主義の視点も参照せよ。Herbert Krüger, Versuch über Schwärmertum und Gegenwartsutopie als einen durchgehenden Zug unserer Zeit – in Nachwort(1970), in: ders., Staat- Wirtschaft- Volkergemeinschaft, 1970, S.255-260; ders., Die deutsche Staatlichkeit im Jahre 1971, in: Der Staat, Bd. Bd.10(1970), S. 1-31, 19; 拙稿（前掲注73）（論理的転回）一七八～一七九、一九六～一九九頁。