平成22年(行コ)第139号　特別報酬の支給差止等請求事件(住民訴訟)
控訴人　　小林洋一
被控訴人　　和泉市長　辻　宏康　他１名

控　訴　理　由　書

平成22年10月27日

大阪高等裁判所　第1民事部Ｄ係　御中

上記控訴人　　小林　洋一

控訴人は、民事訴訟規則第182条に基づき原判決の取消しを求める理由書を提出する。

控訴の要旨

原判決は、概ね次のように判示し請求を棄却した。

本件職員を当時市の幹部職員の議会答弁や辞令の表記等から特別職として認識していた可能性があるが、勤務実態等を考慮すると本件職員は一般職員であり、一部の職員は単純労務職員であり、更に一部の職員は地方公営企業法の適用を受ける職員である。本件職員は一部職員を除いて勤務時間から非常勤職員と解するのが相当で、地方公営企業法の適用を受ける職員を除いて地方自治法上特別報酬の支給自体が違法で、給与条例主義にも反する。地方公営企業法の適用を受ける職員については、条例の規定からして特別報酬が違法とは言えない。しかし特別報酬が違法とされた職員について、新たに制定された給与条例を遡及適用し違法性は治癒した。又支払い時から新給与条例施行までの特別報酬支払額の法定利息分の損害

が発生しているとの主張は（予備的主張）は新給与条例の遡及適用により遡って違法でなくなったから理由がない。

よって原告の請求に理由は無い。

原判決の判示に対し、概ね以下の主張を行い、原判決の取り消しと改めて原審での請求と同一の請求を行う。

1　特別職か一般職か

公務員が如何なる地位・身分を取得するかは相手方の同意を必要とするものの、任命権者が法の予定する任用類型のうち如何なる任用を行ったかで決まるもので、その任用に明らかな裁量権の逸脱や濫用がなければ、公務員の任用は任命権者の裁量に属する。本件職員の任用については市の幹部職員が特別職として任用したことを再三議会答弁で明らかにしており、辞令の表記等もそれを裏付ける。原判決は本件職務の実態から一般職員であると判示するが、任命権者が如何なる任用をしたかが明らかでない場合は個々の職務実態を考慮し決定する必要があるが、本件でそれは明らかであり、本件職員の給与体系等の状況を考慮すると本件職員を特別職として任用することに裁量権の逸脱・濫用は認められない。従って本件職員は特別職である。

本件職員を一般職と位置づけた事により適用する条例を誤り、特別職には適用されない単純労務職員や地方公営企業法の適用についても同様である。

2　本件職員は非常勤職員か

本件職員が一部職員を除いて非常勤職員であるとの原審の認定は正当である。

3　特別報酬の支給は違法か

地方公営企業法の適用を受ける職員を除いて、特別報酬の支給が非常勤職員への手当の支給を禁じた地方自治法関連規定及び給与条例主義に反し違法であるとの原審判断は一部法律の適用に問題があるものの結論として正当であり、地方公営企業法の適用を受けるとした職員も、前記のように特別職であるから地方公営企業法

の適用の対象では無く、その他の職員と同様であるから、この職員についても特別報酬の支給は違法である。

4　遡及適用により瑕疵が治癒するか

本件職員は特別職であるから、一般職について定めた新給与条例は適用されず、従って新給与条例の適用による瑕疵の治癒を観念する余地はない。

仮に新給与条例の適用を受けたとしても、本件職員は非常勤職員で地方自治法から手当（特別報酬）の支給が出来ないわけであるから、新給与条例が遡及適用されたとしても、地方自治法上特別報酬の支給そのもの違法性が合法化されるものではない。仮にこれを措くとしても、新給与条例を遡及適用し瑕疵が治癒するためには、給与条例上違法とされた特別報酬支給の条例上の根拠が追完される事が必要となるところ、新条例ではそのような定めが無いから、新給与条例を遡及適用しても瑕疵の治癒はあり得ない。又附則の旧給与条例で支給した特別報酬を含む全ての報酬（給与）の支給は新給与条例で支給したとみなす規定があるが、この規定は特別報酬を月次の普通報酬で支給したとみなす事になるが、これは違法な特別報酬をこのみなし規定だけで何ら法律的な裏付けもなく無かった事にする規定であり、このような規定が許されると過去に如何なる違法な支給がなされても、新たに制定した給与条例による合法的な支給とみなすことによって合法化されるもので、このような規定は給与法定主義を根本から否定し、公序良俗にも反するもので無効である。従って本件違法な特別報酬が新給与条例の遡及適用により瑕疵が治癒することは無い。

5　予備的主張

仮に遡及適用が有効であったとしても、新給与条例にはいつから遡及適用するか、旧給与条例で支給した特別報酬は新給与条例による報酬の内払いである旨の規定がないから、本件特別報酬の瑕疵が治癒するのは新給与条例施行後であり、従って支払い時から新給与条例施行までの特別報酬支払額の法定利息分の損害が発生しており、予備的主張は理由がある。

以下控訴理由につき詳細に述べる。

第1　はじめに

本件訴訟は、非常勤職員に対し特別報酬を支給することが違法であるとして起こされたものである。

本件訴訟の主要な争点は以下の4点である。（尚特別報酬が実質的に期末手当であるとの控訴人の主張に対し、被控訴人の原審答弁書では否認無いし争うとしているが、これに関する控訴人の原審での第1準備書面（P1）にも特に被控訴人の反論は無く、原判決（P45　の9行目）にも手当と表記している事から、原判決ではそれを争点としていないものの、本件特別報酬が期末手当であると裁判所が判断している前提で以下述べる。仮にそれについて争いがあるとすれば控訴人は原審での控訴人の関連する主張を援用する。）

1点目は、本件職員は地公法第 3 条 3 項 3 号の特別職にあたるか。

2点目は、本件職員は地方自治法上の非常勤職員か。

3点目は、特別報酬の支給は違法か

4点目は、新給与条例の遡及適用で瑕疵が治癒されるか。

尚本件職員を原審判決 P10及び P11 に従い次の類型で区分する。

(ア) 市庁舎内の部署・出張所・図書館等に勤務する職員1　2　8名（以下「職員①」という）

(イ) 市立保育園に勤務するパート保育士51名（以下「職員②」といい、職員①と併せて「職員①②」という。）

(ウ) 市立保育園に勤務する調理員18名（以下「職員③」という。）

(エ) 市立小・中学校に勤務する給食調理員38名（以下「職員④」といい、職員③と併せて「職員③④」という。また職員①②と職員③④を併せて「職員①から④まで」という。）

(オ) 上下水道部（地方公営企業）に勤務する職員2名（以下「職員⑤」という。）

（カ）市立病院（地方公営企業）に勤務する事務職員・看護師・看護助手・薬剤師・社会福祉士・社会福祉主事の合計31名（ただし、平成19年12月支給時には29名）（以下「職員⑥」といい、職員⑤と併せて「職員⑤⑥」という。）

原判決は本件職員（①から⑥）は一般職の職員で、職員⑥の内看護師を除いて非常勤職員であり、職員①から④については特別報酬を条例で定めたとは言えず、職員⑤⑥については地方公営企業法の適用を受けるから、特別報酬を条例で定めたと認められる。以上から①から④の職員については特別報酬の支給は違法であり、⑤⑥の職員については違法とは認められないと判示し、違法とされる①から④の職員についても新たに制定された給与条例を遡及適用し違法性は無くなったとして請求を棄却したものである。

原審には是認できない事実誤認・法令解釈違背、論理飛躍があり、原判決は破棄されねばならない。以下個別の争点毎に原判決の誤りを指摘する。

第2　本件職員は特別職にあたるか（争点1　原判決 P39 以下）

原判決は、「本件職員らは、職員④を除き、いずれも「委嘱する」との文言が付された辞令によって任用され、任期が1年と定められていること、和泉市議会において、和泉市の幹部が、本件職員らの任用根拠がいずれも同号によるものであることを複数回答弁していること、和泉市非常勤職員の任用に関する要綱4条、和泉市学校給食非常勤嘱託調理員の任用に関する要綱4条には、いずれも、非常勤職員に対する報酬及び費用弁償については特別職報酬条例2条3項及び旧給与条例12条に規定する範囲内で別に定めるところにより支給する旨規定されていることがそれぞれ認められ、これら辞今上の記載や議会における答弁内容に照らせば、和泉市の担当者は本件職員らがいずれも特別職に当たるものと認識していた可能性があるといえる。」（引用終了）　と認定しながら、

「本件件職員らは、いずれも、勤務担当部署の他の一般職の常勤職員らとほぼ同等

の勤務環境において、上司の指示を受けて同様の職務に服していることがうかがわれるのであって、本件職員らの職務が、客観的にみて、勤務担当部署の他の一般職の常勤職員と比較して、一定の学識、技能又は経験等が必要であり、職階制（同法23条）や成績主義（同法40条）等の同法の定める他の一般的規定を適用することにつき不都合があるような性質のものであると直ちに評価することは困難というべきである。そして、本件における原告の監査請求に対する対象部局の説明（甲1）から本訴に至るまで、被告らにおいて本件職員らが一般職に該当すると説明し、上記時点においては任命権者においてもそのように認識していると認められることも併せ考えれば、本件職員らが同法3条3項3号の特別職の職員に該当するとの評価を基礎づける具体的事実についてこれ以上の主張立証を欠く本件においては、本件職員らが特別職に該当すると認めることはできない。」（引用終了）

として本件職員は一般職員であると判断した。

しかしながら、公務員の任用は任命権者による行政行為の性質を有するものであるから、公務員がいかなる地位、身分を取得するかは、任命権者の任用行為の内容、すなわち任命権者が法の予定している任用類型のうちいずれを選択したかといことによって定まるものである。そして任命権者の右の意思は、辞令の記載により判断されるべきものであるが、これにより任用類型が必ずしも明らかでないときは職名やそれを規定する法令などを資料として解釈されるのであり、当該公務員の担っている職種、勤務条件などの実態を具体的に検討することによってのみ即断されるべきものではない。（釧路地裁　平成3年11月22日　判例タイムズNo797号P203　甲第53号証）

そうすると本件職員が特別職か否かは任命権者が法の予定している任用類型のうちいずれを選択したかといことによって定まるものであり、原判決でも認定しているように、市の幹部が市議会の一般質問で3回にわたり本件職員を地公法第3条3項3号によって任用していることを明言しており（特に3回目の議会答弁（H20.10. 22甲10）は本訴提訴（H20.8.13　提訴）で特別職であるか否かが争われた後の答弁であり、当

時市の幹部が本件職員を特別職と認識していたことは明らかである。)、本件職員の辞令には非常勤職員に委嘱する又は非常勤嘱託職員に委嘱するとなっており、この委嘱という文言は一般職では通常使われないものであり、嘱託職員の表記は一般職に適用される地方公務員法には一切使われておらず、特別職を定めた地方公務員法3条3項3号の「臨時又は非常勤の顧問、参与、調査員、嘱託員及びこれらの者に準ずる者の職」にしか使われない文言である。又和泉市非常勤職員の任用に関する要綱4条、和泉市学校給食非常勤嘱託調理員の任用に関する要綱4条にも特別職報酬条例が適用される旨規定され、本件職員の報酬は特別職等報酬審議会で審議されている(甲 13 号証)。等々の事実から市は本件職員を特別職として任用したことは明らかである。

原判決の「本件職員らが同法3条3項3号の特別職の職員に該当するとの評価を基礎づける具体的事実についてこれ以上の主張立証を欠く」と認定しているが、そのような個々の職員が特別職に該当するとの主張立証は任命権者がいかなる任用をしているかが明らかで無いときに必要であって、本件の様に任命権者が特別職として任用しているこが明らかな事案については、任命権者が当該職員をいかなる地位、身分で任用するかについて任命権者の裁量を逸脱・濫用すると評価されるときに初めて問題となるものである。

本件職員は一部職員を除いて勤務時間が一般職の3／4であり、共済組合にも属さず、職種毎に報酬は一定で昇給制度もなく、従って成績主義や職階性の適用はなく、各種手当てが支給される一般職とは明らかに異なった勤務・報酬の体系であり、和泉市人事課　田中氏の陳述書によれば(乙22、乙23)、大阪府内の自治体で本件職員と同様な常勤職員と類似する職務を行っている非常勤職員の雇用について、一般職として雇用している自治体は10自治体であり、一方特別職として位置づけしている自治体は20自治体である事等を考慮すると、本件職員を地公法3条3項3号の特別職として任用する事に著しい裁量権の逸脱・濫用は認められない。

又、原判決 P42 で監査請求の対処部局の説明(甲1)から本訴に至るまで本件職

員を一般職と認識していたと認定しているが、本訴（H20.8.13 提訴）の後の議会の一般質問（H20.1022　甲10）で本件職員を地公法3条3項3号によって任用していると市の幹部が答弁していることからして上記認定には誤りがある。監査請求における対応部局のそのような説明は、特別報酬の支給を正当化する為になされたもので、市が当時そのように認識していたとは前記幹部の議会答弁からも認定できない。

又和泉市では本件職員を地公法3条3項3号の特別職として任用しなければならない特別の事情が存在した。即ち常勤職員に比べ定数条例に抵触しない程度の短時間勤務で、かつ勤務形態が弾力的に設計可能であり、非常勤と言っても一定の経験と知識を有し資格を必要とする職種を一定程度継続した雇用が可能な任用は、地公法3条3項3号の特別職として任用するしか方法が無かった。フルタイムで臨時職員として雇用している地公法第 22 条の非常勤職員は任期が6ヶ月で更新が1回限りしか許されずこれらの要請には対応できないもので、この辺の事情は平成20年10月定例会（第3回）（10 月 22 日）の北村元信ひと・まち創造部長の以下の議会答弁（甲23）から推察できる。

「非正規職員のうち非常勤職員につきましては、地方公務員法第3条第3項第3号の規定によりまして、また和泉市非常勤職員の任用に関する要綱等、各種の任用に関する要綱に基づき1年ごとに更新し、雇用しております。雇用の理由といたしましては、一定の免許、資格を有する職や専門的知識を有し、また一定の経験により責任を持って業務を担当するというものでございます。

次に、職種別人数及び平均勤続年数につきましては、パート保育士が 53 人、非常勤調理員は学校、保育園含めて 62 人、庁内非常勤職員 81 人、再雇用職員 49 人、また市立病院で看護師 18 人、看護助手3人、薬剤師6人、社会福祉士1人、事務職1人、計 274 人で、平均勤続年数は約7年でございます。

次に、臨時職員につきましては、地方公務員法第22条第5項、和泉市臨時職員の採解に関する規則に基づき、臨時・補助的な業務、また正職員の産休、育休、病休者等のかわりに必要に応じ最長2年を基本としているものでございます。

次に、職種別人数につきましては、保育士が 150 人、調理員は学校、保育園合わせ 21 人、看護師1人、用務員3人、養護学級介助員 55 人、留守家庭児童会指導員 56 人、一般事務職、病院を含んで 168 人、合計 454 人でございます。」(引用終了)

尚本件職員を地公法第17条により一般職として任用したとの主張が原審口頭弁論中に突然なされたが、地公法第 17 条での任用は期限の定めのない職員の任用についての定めであり、期限の定めのある職員については期限が決まっている職種で臨時的な職種で あるとかの特別な事情がある時に限定して適用されるもので、本件職員はそれに該当しない、又過去の議会答弁(甲第29号証)でも地公法第17条での任用が和泉市では行われていなかった事は明らかである。

以上から、本件職員は特別職であり、適用される条例は「特別職の職員で非常勤のものの報酬及び費用弁償に関する条例」(甲5号証)であり、一般職に適用される給与条例を適用した事は誤りである。

特別職は地公法の適用が除外され、地方公営企業法についても同様であるから、職員③④について地公法第57条の単純労務職員には該当せず、職員⑤⑥についても地方公営企業法の適用はありえない。

第3 本件職員は地方自治法上の非常勤職員か(原判決争点1から争点3)

原判決(職員①②について P42～44、③④の職員について P47～48、P49～50)の認定は正当で、本件職員は地方自治法上の非常勤職員である。

⑤⑥の職員については、地方公営企業法の適用を受けないから同様に地方自治法上の非常勤職員である。

第4 特別報酬の支給は違法か(原判決争点1から争点3)

1 本件職員は特別職であり、特別職の職員で非常勤のものの報酬及び費用弁償に関する条例(甲5)の適用を受けるが、その条例第3条に「臨時又は非常勤の嘱託員及びこれに準ずるものの報酬額は、日額又は月額とし、予算を超えない範囲内

において任命権者が市長の承認を得て定める。」とあり、

一方原判決で適用した旧給与条例では「非常勤職員（再任用短時間勤務職員を除く。）の給与は、この条例の規定にかかわらず、日額又は月額とし、その額は、予算の範囲内において職員の給与との均衡を考慮して任命権者が定めるものとし（同条例12条1項）、当該非常勤の職員には、他に別段の定めがない限り、上記給与を除くほか他のいかなる給与も支給しない（同条2項）。」と定めている。

両条例はほぼ同様であるから、その事項に関し原判決が旧給与条例によって認定した判断は、そのまま特別職の職員で非常勤のものの報酬及び費用弁償に関する条例（甲5）の適用を受ける本件特別職の職員にも当てはまる。

以上を基本に職務の類型毎に述べる。

2　①②の職員について特別報酬の支給は違法か（原判決　争点1）

（1）①②の職員は特別職であり、適用される条例は特別職の職員で非常勤のものの報酬及び費用弁償に関する条例であるが、上記1で述べたように一般職の職員について適用される旧給与条例とほぼ同様の規定であるから、本件特別報酬の支給が給与条例主義に反し違法であるとの判断は正当であり、又地方自治法の非常勤職員であることは特別職、一般職について何ら変わらないから、非常勤職員について生活給としての手当（本件の特別報酬）の支給が違法であるとの判断も正当である。

（2）原判決は、「職員①②は一般職の非常勤であるから、旧給与条例第12条が適用され、同条は、「非常勤職員（再任用短時間勤務職員を除く。）の給与は、この条例の規定にかかわらず、日額又は月額とし、その額は、予算の範囲内において職員の給与との均衡を考慮して任命権者が定める。」と規定し、日額又は月額で定めることのできない手当の支給を定めていないといわざるを得ない。そうであるにもかかわらず、前記前提となる事実等のとおり、和泉市に

おいては、平成4年に和泉市長によって制定された内規たる非常勤職員報酬等基準に基づき、週3日以上勤務の者を対象として、夏季及び年末に、月額報酬に一定の支給率、在職期間率及び勤務率を掛け合わせた額の特別報酬を支給していたというのであり、このような特別報酬の支給は、日額又は月額による支給を定める上記旧給与条例の規定に違反する行為であったといえる。また、そうである以上、旧給与条例においては特別報酬の支給根拠となる「特別の定め」(地自法203条2項ただし書き)が存在しなかったことにならざるを得ないから、職員①②に対する本件特別報酬の支給は、地自法203条2項に違反し、給与条例主義にも違反する違法な行為であったというべきである。」(引用終了)と判示する。

上記判断は結論において正当であるが、非常勤職員への手当の支給そのものに関する地方自治法違反について条例の適用を誤っている。原判決は旧給与条例に特別報酬の支給根拠となる「特別報酬の定め」が無いから、本件特別報酬の支給は地自法203条2項に違反する。としているが地自法203条2項は、原審での原告第 2 準備書面第2の1(P10)で詳述した如く、非常勤職員の報酬は条例で定めることにより、月額や年額で支給することを許容する趣旨であり、生活給的支給を容認するものではなく、仮に条例で定めたとしても地自法203条2項によって生活給としての特別報酬の支給が許されるものではない。

これについては行政委員の月額報酬の違法性が争われた住民訴訟の判決で、立法過程を詳細に検討し、以下の判断をしている。(甲第54号)

平成 22 年 4 月 27 日　大阪高裁判決(P28-29)

(4)法 203 条の 2 第 2 項の趣旨・意味内容のまとめ

ア　そこで、上述した諸点を併せ考えると、法 203 条の 2 第 2 項(昭和 31 年改正後の法 203 条 2 項)は、同条 1 項所定の非常勤職員に対する報酬はその

勤務日数（勤務量）に応じて支給するとの同条 2 項本文の原則は堅持しつつ、そのただし書において、各地方公共団体の議会が制定する条例をもって特別な定めをすることができることを認めたものであるところ、本件ただし書に実体的な要件は規定されていないから、原則的には、本件ただし書によって条例で特別の定めをするかどうかは議会の裁量にゆだねられていると解するのが相当である。しかし、昭和 31 年改正によって本件ただし書を付加した趣旨は、当時繁忙とされていた選挙管理委員会や人事委員会等の執行機関である委員会の委員について、その勤務の実情等特別な事情のある場合においては、特に条例をもって規定することにより、特定の職員について勤務日数によらず月額又は年額等によって報酬を支給することができるようにしたというものであったと認められるから、本件ただし書を適用して条例で特別な定めをするかどうかは、地方公共団体の議会が、本件ただし書の趣旨目的を踏まえて、対象となる非常勤職員の職務内容及び勤務態様等の具体的事情を考慮し、月額報酬制等をとるのを相当とするような特別な事情があるかどうかを判断して、裁量によりこれを決するものということになる。（引用終了）

更に東京地裁　平成22．3．31判決
平成 21 年（行ウ）第259号において（甲第55号）

練馬区の住民である原告が、練馬区選挙管理委員会の委員長及びその他の委員に対して月額をもって定められた報酬が支給されていることは、委員会の委員を含む非常勤の職員には原則として勤務日数に応じて報酬を支給すべきことを定めた地方自治法 203 条の 2 第 2 項の規定に反するもので違法であるなどと主張して、上記の報酬の支給に係る支出負担行為の本来的な権限を有する練馬区長を被告として、法 242 条の 2 第 1 項 1 号に基づき、平成 22 年 4 月以降の上記の報酬の支給の差止めを求めた事案につき次のよう

な判断をしている。

3 争点に対する判断（甲第55号 P22-23）

(1) 本件規定は、地方公共団体の短時間勤務職員以外の非常勤の職員の報酬について、その本文において、原則としてその勤務日数に応じてこれを支給すると定める一方、そのただし書において、条例で特別の定めをした場合はこの限りではないと定めている。上記の本文の定めは、当該職員の非常勤という地位に照らし、これに対する報酬はいわゆる生活給としての要素を含まない性格のものであること等を反映するものであると解されるところ、上記のただし書の定めは、昭和31年にされたその前身である改正前法203条2項の規定の制定に係る事情からうかがわれるように、非常勤の職員には各種のものがあり、その従事する職務やこれを受けてのそれぞれの勤務の態様等は様々で、これらに対する報酬を一律にその勤務日数に応じて支給するものとすることには問題があり、特に、選挙管理委員会の委員については、かねて全国の地方公共団体のほとんどにおいて月額をもってその報酬が定められていたことを踏まえつつ、その職務の内容や勤務の態様等に照らし、上記のような取扱いをすることが具体的実情に沿わないこととなるおそれがあるとの懸念が示されたことを受けて、各地方公共団体においてその判断により特別の定めをすることを認める旨を明らかにしたものであると解される。

もっとも、本件規定のただし書の文言上は、非常勤の職員に対する報酬の支給につきその勤務日数に応じてする方法以外の方法によることができる基準等は示されていないが、非常勤の職員の報酬の上記のような基本的な性格や、法2条14項が、地方公共団体はその事務を処理するに当たっては最少の経費で最大の効果を挙げるようにしなければならないと定め、地方財政法4条1項が、地方公共団体の経費はその目的を達成するための必要かつ最少の限度を超えてこれを支出してはならないと定めていること等を考慮すると、当該非常勤の職員の職務の内容及び勤務の態様並びに当該地方公共

団体における財政に係る個別的な事情等に照らし、当該地方公共団体の議会の判断につき裁量権の範囲からの逸脱又はその濫用を認めるべき場合もあり得ると解され、その際には、例えば月額をもって支給するものと定められた報酬の額のいかんも検討すべき対象に含まれるものと解するのが相当である。（引用終了）

又、先頃茨木市の臨時職員に一時金（本件での特別報酬に相当）の支給が違法であると判示した最高裁判決では

事件番号　平成 20(行ヒ)432
事件名　損害賠償請求事件
裁判所　最高裁判所第二小法廷
裁判年月日　平成 22 年 09 月 10 日

地方自治法は、常勤の職員については、給料及び旅費を支給する（204条1項）ほか、法定の各種手当を支給することができるが（同条2項）、非常勤の職員については、報酬及び費用弁償を支給するものとし（203条1項、3項）、これらに加えて期末手当を支給することができるものとして議会の議員のみを規定しており（同条4項）、また、いかなる給与その他の給付も法律又はこれに基づく条例に基づかずにはこれらの職員に支給することができないとしている（204条の2）。

これらの規定によれば、臨時的任用職員に対する手当の支給が地方自治法204条2項に基づく手当の支給として適法であるというためには、当該臨時的任用職員の勤務に要する時間に照らして、その勤務が通常の勤務形態の正規職員に準ずるものとして常勤と評価できる程度のものであることが必要であり、かつ、支給される当該手当の性質からみて、当該臨時的任用職員の職務の内容及びその勤務を継続する期間等の諸事情にかんがみ、その支給の

決定が合理的な裁量の範囲内であるといえることを要するものと解するのが相当である。

これを本件についてみると、本件一時金は、週3日以上の勤務をした臨時的任用職員に支給されるというのであるが、前記のとおり、茨木市においては、週3日の勤務では通常の勤務形態の正規職員の勤務時間の6割に満たず、しかも、パートタイムの臨時的任用職員が週3日勤務した場合の勤務時間は更にそれより短いものとなるのであって、人事院規則15－15が、国家公務員について、非常勤の職員の勤務時間は常勤の職員の4分の3を超えない範囲において各省各庁の長が定めるとしていることなどをも参酌すると、勤務日数が週3日という程度では、その勤務に要する時間に照らして、その勤務が上記正規職員に準ずるものとして常勤と評価できる程度のものとはいい難い。そうすると、勤務日数が上記程度の臨時的任用職員に対する本件一時金の支給は、本件一時金の性質及び当該臨時的任用職員に係るその他の事情について検討するまでもなく、地方自治法204条2項の要件を満たさず、違法というべきである。（引用終了）

以上の判決は臨時職員と非常勤職員との違いがあるものの、内容は共通であり、常勤の職員と評価されない職員に対する一時金の支給は地方自治法 204 条の 2 項に反すると判示している。

以上から本件の非常勤職員に対する特別報酬の支給は地方自治法204条2項に反するものであって、法203条2項に反するものではない。

3　③④の職員について特別報酬の支給は違法か

本件職員は特別職であるから地公法の適用は除外され、地公法第 57 条の単純労務職員には該当しない。これらの職員に適用される条例は「特別職の職員で非常勤のものの報酬及び費用弁償に関する条例」であり、いずれも非常勤職員で前記①②の職員と法律上の適用に何ら差はない。従ってこれらの職員への特別報

酬の支給は地方自治法204条2項に反し、給与条例主義にも反する。

仮に単純労務職員であったとしても、旧給与条例の附則により一般職の非常勤職員に適用される旧給与条例第12条に反し、結局地公法57条、地方公営企業等の労働関係に関する法律附則5項及び企業法38条4項に違反し違法であったという原判決は正当である。又単純労務職員でない非常勤職員には地方自治法上手当（本件で言えば特別報酬）が支給出来ないこととの均衡を考慮すれば、単純労務職員の非常勤職員についても手当が支給出来ないと考えるべきであって、そうするとこれらの職員が単純労務職員であったとしても特別報酬の支給はその支給自体が違法で、給与条例主義にも反する違法な支出である。

4 ⑤⑥の職員について特別報酬の支給は違法か

本件職員は特別職であるから地方公営企業法の適用は排除され、これらの職員に適用される条例は「特別職の職員で非常勤のものの報酬及び費用弁償に関する条例」であり、いずれも非常勤職員で前記①②の職員と法律上の適用に何ら差はない。従ってこれらの職員への特別報酬の支給は地方自治法204条2項に反し、給与条例主義にも反する。

第5 新給与条例の制定で遡って特別報酬支給の瑕疵が治癒されるか（原判決争点（4） P52 から）

1 新給与条例は一般職を対象としているところ、本件職員は特別職であるから新条例の適用を受けないから、新条例が遡及適用される余地が無く従って違法性が治癒することは無い。

以下は、仮に新給与条例の適用があるとしても違法性は治癒しない事を述べる。

2 原判決の判示

原判決は（1）判断の枠組みにおいて、次のように判示する

ア　上記2及び3のとおり、職員①から④までに対する本件特別報酬の支給はいずれも給与条例主義に違反し違法であったというべきところ、本件特別報酬の支給後、職員①から④までについて新給与条例が制定され、同条例によれば、一般職の非常勤職員には報酬のみを支給することとされ（同条例12条1項）、かつ、旧給与条例の規定に基づいて、新給与条例の施行日の前日までの勤務について支給された非常勤職員の給与（特別報酬その他給与の性格を有する一切の給付を含む。）は、同条例の規定により支給された報酬及び費用弁償とみなす（同条例附則3項）と規定されたことから、これによって本件特別報酬の支給行為の違法性がさかのぼって治癒されたのではないかが問題となる。

イ　そこで検討するに、地自法203条及び204条、地公法24条6項等が普通地方公共団体の職員の給与等に関していわゆる給与条例主義を規定した趣旨は、普通地方公共団体の職員に対して法定の種類の給与を権利として保障するとともに、給与の額及びその支給方法の決定を普通地方公共団体の住民の直接選挙により構成される議事機関である議会の制定する条例に委ねることにより、これに対する民主的統制を図ったものであると解される。このようないわゆる給与条例主義を定めた法律の規定の趣旨等にかんがみると、普通地方公共団体の職員に対し条例に基づかない給与その他の給付の支給が行われた場合において、その後に条例において当該支給の根拠となる規定を設けるとともに、既に行われた支給について当該根拠規定に基づいて支給されたものとみなすと定めることにより、当該支給行為自体を是認し、これをさかのぼって適法なものとすることは、職員の権利保障の観点からは、職員の利益になることであって制限すべき理由はなく、また、議会による民主的統制の観点からは、事後的ではあるにせよ議会の承認を得ることで民主的統制の要請を満たすものであって、直ちに給与条例主義の上記趣旨を没却するものということはできず、このような追認条例も有効と解される。（引用終了）

3　判断の枠組みの誤り

しかしながら、原判決は新たな条例を制定し、それを遡及して適用することによって瑕疵が治癒するとの一般論を判示したもので、本件の新条例の規定の仕方や、その他の個別事情を考慮することなく判断したもので不当である。以下その点について述べる。

瑕疵の治癒とは、処分当時に瑕疵を有していた行政行為が、その後の事情の変化により欠けていた要件を具備するに至ったとか、瑕疵が軽微になった場合に適法有効なものとして扱う理論である。（碓井光明著　要説住民訴訟と自治体財務P241）　住民訴訟において給与等の支給が給与条例主義等に反し違法であったが、その後違法とされた点に関し必要な事項を規定した新たな条例を制定し、それを遡及して適用することで違法性が治癒された例や、議会の議決が必要な事案についてそれを怠り違法とされた事件について、その後議会において追認する議決を行い違法性が治癒された例等は多く見られる。しかしそれらはいずれも違法とされる点に関し、対応する規定を織り込んだ新たな条例を制定しそれを遡及適用したり、追認の議決をする事によって瑕疵が治癒するものであって、あくまで違法な状態を回復する規定や事実の存在が前提となる。

翻って本件について検討すると、本件職員への特別報酬が違法である理由は、原判決も認定しているように、本件職員は地方自治法上の非常勤職員であるから特別報酬の支給は非常勤職員への手当の支給を禁じた地方自治法204条第2項違反であり、更にその支給を定めた条例が無いから地方自治法203条第5項、同204条第3項、地公法24条第6項に違反（いわゆる給与条例主義違反）である。即ち本件は特別報酬の支給自体が地方自治法違反であり、且つ給与条例主義にも違反する二つの理由で違法と認定されたものである。

しかし判断枠組みでは、給与条例主義違反が新条例により遡って治癒されたとしているが、もう一方の地方自治法上そもそも非常勤職員には手当（本件では特別報酬）の支給自体が違法である点に関しては、新条例の効果は何ら及ばないから仮に新報酬条例の制定により給与条例主義違反が治癒したとしても、特別報酬

の支給自体の違法性は治癒することはない。

4　条例の遡及適用について

上記3のように、給与条例主義違反が遡及適用により治癒したとしても、特別報酬の支給が違法でなくなるわけではないが、以下は新給与条例を遡及適用しても給与条例主義違反は治癒しないことを述べる。

ここで問題となるのは附則3項の「旧給与条例の規定に基づいて、新給与条例の施行日の前日までの勤務について支給された非常勤職員の給与（特別報酬その他給与の性格を有する一切の給付を含む。）は、同条例の規定により支給された報酬及び費用弁償とみなす」の規定である。

この規定を新給与条例の遡及適用の規定と見るのか、それとも単なるみなし規定とみるかである。

遡及適用の規定とみると、原判決の上記判断枠組みで「給与条例主義を定めた法律の規定の趣旨等にかんがみると、普通地方公共団体の職員に対し条例に基づかない給与その他の給付の支給が行われた場合において、その後に条例において当該支給の根拠となる規定を設けるとともに、既に行われた支給について当該根拠規定に基づいて支給されたものとみなすと定めることにより、当該支給行為自体を是認し、これをさかのぼって適法なものとすることは、職員の権利保障の観点からは、職員の利益になることであって制限すべき理由はなく、また、議会による民主的統制の観点からは、事後的ではあるにせよ議会の承認を得ることで民主的統制の要請を満たすものであって、直ちに給与条例主義の上記趣旨を没却するものということはできず、このような追認条例も有効と解される。」と判示する。

しかしながら、本件では特別報酬の支給が違法と認定されたのであるから、前記原判決の「当該支給の根拠となる規定を設けるとともに」にもあるように、特別報酬の支給に関する条例上の根拠（追完規定）が設けられなければならないところ、新給与条例では特別報酬に関し何らそのような規定はないから、この条例の遡及適用により瑕疵が治癒する事は無い。

一方、単なるみなしの規定であるとすると、特別報酬を新条例での月次報酬と擬制する趣旨と解せられるが、付則においてこのような過去の事実即ち違法な特別報酬を合法的な月次報酬に擬制することは、実質的に違法な特別報酬の事実を何の法律的理由もなく無かったことにすることであり、このような付則の規定は法治主義に反し、公序良俗にも反し（民法第90条）無効である。

このような事が許されると、どのような違法な支出であったとしても、その後単に合法的支出とみなす条例を制定することによって合法化することが許され、法治主義を根本的に否定し、正義にも反し到底認められない。議会が条例を制定するにあたって、広範な裁量を有しているとしても法令に反した（民法 90 条公序良俗違反）条例は制定できず（地方自治法第14条第1項）、このような正義に反する条例を制定することは、裁量の範囲を逸脱し濫用と評価されるべきである。

更に原判決はこれに関する原告（控訴人）の主張に対し以下判示する（原判決P56）

新地自法等がいわゆる給与条例主義を規定した趣旨が，地方公務員の給与に関する民主的統制を図った点にもあると解される以上，普通地方公共団体が，議会の議決によって成立した条例により，報酬等の支給の根拠となる規定を設けるとともに，既に行われた支給について当該根拠規定に基づいて支給されたものとみなす旨を定めることにより，当該支給行為自体を是認し，これをさかのぼって適法なものとすることは，上記給与条例主義の趣旨に反するものではないというべきであるから，上記原告の主張は採用することができない。（引用終了）

この判断は、従来から多くみられる追認条例を制定し、それを遡及適用して瑕疵の治癒を認めた場合について妥当するもので、本件のように単に違法な事実を合法な事実に擬制して瑕疵の治癒を図るような行為が、原判決で言う地方公務員の給与の民主的統制を図るものなどとは到底考えられない。

5 新条例においても給与条例主義に反する。

（1）原判決の判示

原判決は、「同条例においては、一般非常勤職員、市等退職非常勤職員等の区分毎に報酬表が定められており、これらによって報酬の上限及び下限がいくらであるかは明確になっており、どの程度の報酬が支給されるかの目安がないとはいえない。また、同条例は、上記各報酬表のうちいずれの号を適用するか、同条例12条の2第1項の規定により前年度における号給の1号上位の号給に決定するための勤務実績の詳細、同条例12条2項の規定に定めるその職種、勤務日数、職務内容その他の条件に応じて規則で定める率についてそれぞれ規則に委任しているが、これらについては、いずれも、委任している事項、範囲及びその方向性や考慮要素が明確であって、委任の範囲を逸脱しているということもできない。」と判示する。

(2)前掲茨木の最高裁の判示(最高裁判所第二小法廷 平成 22 年 09 月 10 日)

前掲の最高裁判決では、以下判示する。

地方自治法は、常勤の職員であると非常勤の職員であるとを問わず、その給与の額及び支給方法を条例で定めなければならないと規定している(同法203条5項、204条3項)。これは、職員の給与の額及び支給方法を議会が制定する条例によって定めることにより、地方公務員の給与に対する民主的統制を図るとともに、地方公務員の給与を条例によって保障する趣旨に出たものと解される。

同法の上記規定の趣旨、特に議会による民主的統制の要請に照らすと、職員の給与の額及び支給方法を条例で定めないことは許されないし、また、条例において、一定の細則的事項を規則等に委任することは許され得るとしても、職員の給与の額及び支給方法に係る基本的事項を規則等に委任することは許されないというべきである。

ところで、臨時的任用職員は、緊急の場合又は臨時の職に関する場合などに任用される(地方公務員法22条2項、5項)が、当該職員が従事する職が当該普通地方公共団体の常設的な事務に係るものである場合には、その職に応じた給与の額等又はその上限等の基本的事項が条例において定められるべきで

ある。他方で、当該職員が従事する職が臨時に生じた事務に係るものである場合には、その職に応じた給与の額等についてあらかじめ条例で定め難いことも考えられるが、上記の地方自治法の趣旨によれば、少なくとも、その職に従事すべく任用される職員の給与の額等を定めるに当たって依拠すべき一般的基準等の基本的事項は、可能な限り条例において定められるべきものと解される。（引用終了）

（3）原判決の誤り

上記最高裁判決によると、職員の給与の額及び支給方法を条例で定めないことは許されないし、職員の給与の額及び支給方法に係る基本的事項を規則等に委任することは許されない。更に、当該職員が従事する職が当該普通地方公共団体の常設的な事務に係るものである場合には、その職に応じた給与の額等又はその上限等の基本的事項が条例において定められるべきである。

翻って、本件非常勤職員は常設的な事務の係わるものであるから、その職に応じた給与の額等又はその上限等の基本的事項が条例において定められるべきである。その点に関し、原判決は報酬の上限及び下限がいくらであるかは明確になっていると認定しているが、本件職員の報酬は条例で定めた号給をもとに、規則で職種毎に適用号給を定め、更に規則で定める職種毎の率を乗じて報酬を定める事としている。適用号給は職種により1号から31号と大きな幅があり、乗じる率は 100 分の 100 から 100 分の63までこれも大きな幅を持っている。（乙14，乙17）

従ってこれらの号給と乗じる率によって報酬は大きく変動することになり、その結果報酬の上限及び下限も職種毎に明らかでない。

このことは前記最高裁の「その職に応じた給与の額等又はその上限等の基本的事項が条例において定められるべきである。」に反することは明らかである。

又本件職種は常設のものでかつ数種に限られ、これを条例で規定することに何ら困難性も無い。従って新給与条例も給与条例主義に反する。

6　まとめ

以上の理由から①から④の職員の特別報酬の違法が新給与条例の遡及的適用により治癒することは無い。

第6　予備的請求について

原判決は、本件特別報酬の支給のうち①から④の職員分については、新給与条例及び新規則の施行に件い、さかのぼってその違法性が治癒されたというべきであり、これにより損害賠償請求権もさかのぼって発生しなかったというべきであるとして予備的請求を棄却した。

原判決は、新条例の遡及適用に関する規定を何ら吟味することなく、遡って違法性が治癒した事のみで判断したもので誤りである。

新条例の遡及適用の規定は

「改正前の和泉市職員の給与に関する条例(同条例第 12 条の規定に基づいて、任命権者が別に定めた規則、規程その他これらに類する訓令等を含む。以下「旧条例」という。)の規定に基づいて、この条例の施行日の前日までの勤務について支給された非常勤職員の給与(通勤補助、特別報酬その他の給与の性格を有する一切の給付を含む。)は、新条例の規定により支給した報酬及び費用弁償とみなす。」

とのみ規定され、いつから遡及適用するか、旧給与条例で支給した特別報酬は新給与条例による報酬の内払いである旨の規定がないから、仮に遡及適用により瑕疵が治癒したとしても、本件特別報酬の違法性が遡って合法化したに留まり、特別報酬支給時の違法性を治癒したものでないから瑕疵が治癒するのは新給与条例施行後であり、従って支払い時から新給与条例施行までの特別報酬支払額の法定利息分の損害が発生しており、予備的主張は理由がある。

以上