

# なぜ国家公務員には労働基準法の適用がないのか

——あるいは最大判平・17・1・26民集59巻1号128頁の射程

渡辺 賢

(大阪市立大学教授)

## 1 はじめに

国家公務員法（以下「国公法」）と地方公務員法（以下「地公法」）はいずれも「公務員」をその適用対象としているが、両者の間にはいくつかの点で大きな違いがある。労働基準法（以下「労基法」）の適用が原則として排除されているか否かもその違いのひとつである。すなわち、国公法附則16条は、「労働組合法（昭和24年法律第174号）、労働関係調整法（昭和21年法律第25号）、労働基準法（昭和22年法律第49号）……並びにこれらの法律に基いて発せられる命令は、第2条の一般職に属する職員には、これを適用しない」として、一般職の国家公務員には労働組合法（以下「労組法」）等と並んで労基法の適用が原則として排除されているのに対して、地公法58条3項は、労基法が原則として一般職の地方公務員に適用されることを前提として、適用除外される条文を列挙している。本稿では、公務員法における一般職と特別職の違い、現業と非現業の違い等を説明しながら、国公法と地公法とで労基法の適用（除外）のあり方にどのような違いがあるのか、またどのような経緯でこの違いが発生したのかをみていく。

## 2 官吏・公吏、一般職・特別職、現業・非現業

本稿で登場するいくつかの用語について、簡単に説明しておく。以前は国家公務員を「官吏」、地方公務員を「公吏」とも呼称しており、本稿で参照する文献にもこのような言い方が用いられていることがある。現在でも例えば公務員の給与を決める際の考慮事項には「官民均衡」や「官公均衡」が含まれている、という言い方がされる。前者は国家公務員の俸給が民間の労働者の給与と均衡がとれていること（国公法64条2項）という考慮事項を、後者は地方公務員の給与が

国家公務員の俸給と均衡がとれていること（地公法24条3項）というそれを表している。

わが国の実定法は国家（地方）公務員の職を一般職と特別職に分け（国公法2条1項、地公法3条1項）、特別職に属する職以外の公務員の一切の職を一般職としている（国公法2条2項、地公法3条2項）。特別職は法律上明文で列挙されている（国公法2条3項（内閣総理大臣、国務大臣等）、地公法3条3項（公選で就任する職等））。国公法・地公法ともに、一般職にのみ適用され（国公法2条4項、地公法4条1項）、法律で特段の定めがない限り特別職には適用されない（国公法2条5項、地公法4条2項）。

一般職である国家公務員については原則として労組法・労基法等の労働関係法の適用が除外されている（国公法附則16条）のであるが、特定独立行政法人等の労働関係に関する法律（以下「独行等労法」。かつての公共企業体等労働関係法（以下「公労法」））が適用される一般職の国家公務員である職員（独行等労法2条3号。特定独立行政法人及び国有林野事業職員）については国公法附則16条の適用が除外されており（独行等労法37条1項1号）、その結果原則として労組法等の労働関係法の適用が認められることになる。このように独行等労法が適用される一般職の国家公務員を現業の国家公務員といい、独行等労法が適用されないものを非現業の国家公務員という。他方、一般職の地方公務員については、労基法は原則として適用される（地公法58条3項）ものの、労組法・労働関係調整法（以下「労調法」）・最低賃金法は適用が除外されている（地公法58条1項）。しかし、地方公営企業等の労働関係に関する法律（以下「地公労法」）が適用される一般職の地方公務員である職員（地公労法3条及び附則5項。企業職員・特定地方独立行政法人の職員及び地公法57条にいう単純労務職員<sup>1)</sup>）については地公法58条の適用が除外される（地方公営企業法

(以下「地公企法」) 39条1項、地公労法17条1項) 結果、原則として労組法等の労働関係法の適用が認められることになる。このように地公労法が適用される一般職の地方公務員を現業の地方公務員といい、地公労法の適用を受けないものを非現業の地方公務員という。このようにみえてくると、現業・非現業を区別する、国家公務員・地方公務員に共通のメルクマールは労組法の適用の有無であることが分かる。労組法が適用される一般職の職員を現業公務員、適用されない一般職の職員を非現業公務員というのである<sup>2)</sup>。

### 3 国公法・地公法と労基法

国公法は非現業国家公務員につき労基法を原則として全面的に適用除外している。これに対して地公法58条3項は非現業地方公務員に対して労基法を原則適用しつつ適用されない条文を列挙している。さらにやや詳しく地公法58条3項をみると、非現業地方公務員に対する労基法の適用(除外)の仕方は大きく2つあることが分かる。ひとつは地公法58条3項本文との関係であり、そこでは、労基法中、地方公務員制度に適合しないと考えられる規定と地公法に特別の定めがある規定を適用除外している。ここで適用除外される労基法の規定は、現在の規定に則していえば、団体交渉原理の排除から必然的に要請される条文(労働条件の対等決定の基本原則、就業規則に関する諸規定)および地方公務員に関する特別規定ないし特別法の存在する条文(賃金支払原則、労災補償)である<sup>3)</sup>。もうひとつは地公法58条3項但書との関係であり、ここでは、労基法102条適用職員(労基法別表第1の1号から10号まで及び13号から15号までの事業に従事する職員)または地方公務員災害補償法の適用を受けない職員について、適用除外された規定の一部を適用することとされている。ここで問題は、地公法58条3項但書はさておき、非現業の国家公務員については労基法の適用が除外されているのに、なぜ、非現業の地方公務員には労基法が原則として適用されるものとされたのかである。ごく一般的には、憲法27条2項が勤務条件に関する基準は法律で定めるものと規定していることとの関係上、労働基準法の準用を規定しない限り、地公法の中に労働基準法の各規定に相当する規定をおく必要が出てくるためであると説明されている<sup>4)</sup>。他方国家公務員については、「もっぱら日本国憲法73条にいう官吏に関する事務を掌理する基準を

定めるもの」(国公法1条2項)としての国公法の他、「一般職の職員の給与に関する法律」(以下「給与法」)等の職員の勤務条件に関わる法令と人事院規則によってその実施について必要な事項がすべて定めるものとされていることから、法律に根本基準のみを定める地公法と異なり<sup>5)</sup>、憲法27条2項の要請は満たされていると考えられているのであろう<sup>6)</sup>。以下ではそれぞれの法律の制定過程を見ながら、この説明に説得力があるといえるかを検証してみる。

#### (1) 国公法と労基法

労基法・国公法・地公法の中で最も早い時期に制定されたのは、労基法(昭和22年法律第49号)である。労基法112条は「この法律及びこの法律に基いて発する命令は、国、都道府県、市町村その他これに準ずべきものについても適用あるものとする」と定めており、労基法は元々、国、都道府県、市町村その他の公共団体すべてに全面的に適用されることになっていた<sup>7)</sup>。これを受けてまず給与に関する暫定措置として、昭和22年12月、政府職員の給与について労基法による基準を保障するための「労働基準法等の施行に伴う政府職員に係る給与の応急措置に関する法律」(昭和22年法律第167号)が制定された<sup>8)</sup>。ちなみにこの当時の公務員の労働基本権をめぐる制度状況を見ると、昭和21年3月1日から施行された旧労組法(昭和20年法律第51号)4条1項により警察官吏・消防職員・監獄に勤務する者については労働組合の結成・加入が禁止され、争議権については、昭和21年10月13日から施行された労調法38条(当時)により非現業公務員は国家公務員・地方公務員を問わずすべて争議行為を禁止され、労調法37条(当時)により現業公務員は抜打争議を禁止されていたが、それ以外については民間企業の労働者と同様の権利が認められていた<sup>9)</sup>。昭和22年10月16日に成立し同月21日に公布、昭和23年7月1日から施行された国家公務員法(昭和22年法律第120号)もまたこの状況に基本的な変更を加えるものではなかった<sup>10)</sup>。本稿との関係でいえば昭和22年国公法制定時において労基法が国家公務員にも適用されるものとした理由につき政府側は、「労働基準法は官公私すべてを通じての労働条件の最低を示しております。……我々は国家公務員にも他の労働者……と同じ角度において、労働基準法が適用せられ、そうして労働基準法が精神が行われる。その意味において国家公務員について特別の規定を置きません」と説明

していた<sup>11)</sup>。

この状況が、1948（昭和23）年7月22日のマッカーサー書簡とこれを受けて制定されたいわゆる政令201号により一変する。マッカーサー書簡は「政府における職員関係と、私企業における労働者関係の区別」を基本として「雇用若しくは任命により日本の政府機関又はその従属団体に地位を有するものは、何人といえども……争議行為をしてはならない」とするものであり、政令201号もまた「国又は地方公共団体の職員の地位にある者」の争議行為を禁止した<sup>12)</sup>。昭和22年国公法に関しては、同年暮れ頃からGHQ内に同法改正の動きが起り、昭和23年に至りGHQから改正法案が提示されるようになり、GHQからの強い指導・助言を受けて、昭和23年12月3日に国公法が大改正されるに至る<sup>13)</sup>。この間、マッカーサー書簡以前にGHQから示された国公法改正案第1稿（昭和23・6・10付）、第2稿（昭和23・6・12付）、第3稿（昭和23・6・17付）では、争議行為を禁止し、違反した職員については「政府による雇用上の権利を失う」との規定はあるものの、労組法・労調法・労基法の適用除外規定は置かれていなかった<sup>14)</sup>。ところが、マッカーサー書簡後にGHQから示された国公法改正案（昭和23・7・23付）附則17条において、労組法・労調法・労基法・船員法ならびにこれらの法律の規定に基づいて発せられる法令が、一般職国家公務員に適用されないことが規定されていた<sup>15)</sup>。結局この案が昭和23年国公法改正（国家公務員法の一部を改正する法律（昭和23年法律第222号））へと継承され<sup>16)</sup>、マッカーサー書簡の前記趣旨を明確化するために、国公法附則16条で労組法・労基法等の適用を除外した<sup>17)</sup>。もともと、労基法を適用除外する場合、これに代わるものとして、公務員の勤務条件の最低基準を規定する法律を定める等何らかの法的措置が必要となることが、GHQにより前記改正案を示されて以降日本側では意識されていた<sup>18)</sup>。すなわち、「従来労働基準法により最低限の労働条件の保障を受けつつ、労働協約において具体的な労働条件を定めることとされてきた公務員にとっては、実体的な労働条件の内容を定める法律は、当時は給与に関する事項を定める「政府職員の新給与実施に関する法律（昭和23年法律第46号）」のほかには見るべきものがなく、最低限の労働条件の保障も受けない状態に置かれること」となる。「そこで、国公法とは別に国家公務員の勤務条件を定める法律を制定すること

とし、その新法が制定施行されるまでの間、国公法の精神に抵触せず、また、国公法の体系下に制定された法律、人規に矛盾しない限度において、労基法、船員法等の法令の規定を準用する<sup>19)</sup>第一次改正法律附則3条1項が設けられ<sup>20)</sup>、同条2項において「前項の場合において必要な事項は、人事院規則で定める」と定められた。

もともとその後、給与法や国家公務員災害補償法等の多数の法律や人事院規則により国家公務員の勤務条件が定められており<sup>21)</sup>、また、第一次改正法律附則3条2項にいう人事院規則が制定されたこともない<sup>22)</sup>ことから、現在、国家公務員については労基法は準用もされていない状態にあるといわれている<sup>23)</sup>。

ただ、労基法の準用との関係についてはこの間、「労働基準法の国家公務員に対する準用について（案）（昭和24・6・14）」という興味が惹かれる案が出されている。この案を提出した主体は不明であるが、人事院『国家公務員沿革史（資料編Ⅲ）』（人事院、1971年）33-42頁に掲載されているものであることから、政府と全く無関係に出された案とは思われない。この案を詳細に見る余裕はここではないが、本稿における後の議論との関係で一点だけ指摘しておく。それは、この案において労基法3条が「『国籍』とある部分及び『信条』とある部分の内容の一部を除いて準用する」ことが示されているという点である。このことは、労基法3条（「国籍」「信条」を除く）が公務員法の平等取扱原則と抵触せず、国家公務員に対して準用可能な規定である、と認識されていたことを示しており、興味深い。

## （2）地公法と労基法

昭和22年の国公法は、いわゆる「フーヴァー勧告」（昭和22年6月11日に対日合衆国人事行政顧問団団長フーヴァーが片山内閣に示した公務員制度改革に関する勧告）を受けて制定されたものである。日本政府はこの勧告が国家公務員のみを対象としたものか地方公務員も対象としているのか明確ではなかったことから、勧告直後の6月19日、確認のため行政調査部前田総務部長が総司令部を訪れたところ、フーヴァーから「公吏は自分の任務外。従って勧告は官吏のみに適用を考えている」旨告げられたとのことである<sup>24)</sup>。もともとGHQは、地方自治法（昭和22年法律第67号）で設けられた新しい地方自治制度に適合する地方公務員制度を設ける必要性を痛感しており、地方自治法の

施行直後から同法の手直しについて政府と協議を重ね、その結果、同年12月12日公布された地方自治法の一部を改正する法律（昭和22年法律第169号）により地方自治法172条に新たに第4項が設けられ、「普通地方公共団体の吏員の職階制・試験・任免・能率・分限・懲戒・保障・服務その他身分取扱いに関しては地方自治法及び同法に基づく政令に定めるほかは別に普通地方公共団体の職員に関して規定する法律で定めるものとする」旨が規定された。また、地方自治法附則1条に新たに第2項が加えられ、この普通地方公共団体の職員に関して規定する法律は昭和23年4月1日までに制定しなければならないものと定められた。しかし、実際に地公法が成立したのは昭和25年12月9日であり、12月13日に公布された<sup>25)</sup>。このようにその制定が遅れた理由としては、国家公務員制度の整備に忙殺されていたGHQの公務員制度の担当セクションであったGHQ公務員制度課が地方公務員制度にほとんど関心を示さなかったこと<sup>26)</sup>、GHQ民政局内において地方公務員法制のあり方についての意見が容易にまとまらなかったこと、政府部内において内務省の後継機関が再々変わったこと、及び地方自治体職員の労働法制に関し政府と総司令部の間及び総司令部の部局内において意見調整に手間取ったことが挙げられている<sup>27)</sup>。

この労働法制との関係については、地方公務員制度に労基法の適用を認めるか否かが問題となった。すなわち、昭和24年7月前半に固まったGHQとしての地方公務員法の骨格では、公務員の特殊性に鑑み<sup>28)</sup>労働基準法も地方公共団体には適用されないこととされていた<sup>29)</sup>のに対して、昭和24年11月15日に閣議決定された法案では労基法を地方公務員に適用するとされていた点及び単純労働職員を特別職とすることについてGHQの承認を得られず<sup>30)</sup>、国会提出に至らなかった。しかし最終的には、憲法27条2項に「賃金、就業時間、休息その他の勤務条件に関する基準は、法律でこれを定める」と規定されている以上、地方公務員の勤務条件も法律事項であり、地方公務員法中に詳細な規定を設ける時間的余裕がないので労働基準法を適用すべきであるとの日本側の主張が採用されたといわれる<sup>31)</sup>。このように労基法を原則適用するとしても、労基法2条の労使対等原則は適用されないことを前提とするならば、労基法が「労働条件の最低基準を定め、いわゆる労働保護法規としての面は、これを地方公務

員の勤務条件にあてはめても差支えないので、地方公務員法に抵触すると認められる一部の規定を除いて、これを適用する……ことは（労使：筆者補足）対等の立場を肯定したものではないから、マ書簡の精神にも違反するものではない<sup>32)</sup>」というのが政府の立場であったようである。

### (3) まとめ：初期設定された労基法の行方

憲法27条2項との関係で地方公務員制度に労基法の原則適用を認めるべきであるとした日本側の主張をGHQが認めた理由は定かではない。しかしながら、一方で地方公務員制度と国家公務員制度の整合性を保つ必要性があるとはいえ、他方当然のことながら地方公務員制度は地方自治制度の一部でもある<sup>33)</sup>。それゆえにこそ、先に述べたように新しい地方自治制度の下における地方公務員制度の新たなあり方が模索されたのである。このような観点からすれば、労基法が示す最低の労働条件を前提としつつ、地公法に示されない事項については地方団体の自主的決定に委ねることとした同法の立場が表明されている、という説明<sup>34)</sup>は、憲法27条2項の勤務条件法律主義と地方自治という2つの憲法上の要請から、地公法が労基法を原則として適用するものとしていることの意義を明らかにするものであり、労基法の適用（除外）のあり方に関する両法間の差異の説明としては最も説得的であるように思われる。

もっとも、戦後直後から地方公務員法制定までの議論を見ると、労基法の適用につき両法の間で違いを設けるべきか否かに影響を与えた要因は、このような地方自治の要請だけではない。一方で、マッカーサー書簡までは国家公務員・地方公務員ともに原則として私企業と共通の労働法制が適用されていたことに現れているように、公務員の勤労者としての権利を保障すべきであるとの要請がある。他方で、マッカーサー書簡で示されたような、公務員と私企業とを峻別する思考がある。この思考の下では、地方公務員であれ国家公務員であれ公務員として共通であることになる。実際、マッカーサー書簡は地方公務員と国家公務員とを区別していない。この点翻って日本側においても、戦後、地方公務員の身分取扱いに関する法律を制定しようとしたときに、「官吏法と公吏法の二本建てとするか、公務員法一本で行くか」が議論されていた（昭和21年、地方制度調査会官制に基づく第三部会報告）のであるが、このことは根本的には官吏と公吏は同質のも

のという認識があったからであることが指摘されている<sup>35)</sup>。

以上の状況の中で改めて留意されるべきは、戦後の労働関係法制が出生した時点では私企業と同じ制度が公務員制度にもいわば初期設定されていたという点である。労基法との関係では、この初期設定は、労基法を原則適用している地公法だけでなく国公法も完全に消去していないのである。繰り返しになるが、昭和23年の法改正により設けられた国公法附則16条は労基法を適用除外とし、初期設定から消去したようにみえるが、実際には当時の国家公務員の勤務条件の法的整備が不十分であったために第一次改正法律附則3条を設け、労基法の準用をはかる必要があったことから、労基法を初期設定から完全に消去できなかった。その後、国公法等の法律とこれを受けた人事院規則によって国家公務員の勤務条件については詳細な定めが置かれている現行法の下では、同3条1項の準用規定が残されていることには意味がないというのが通常理解でもあろう<sup>36)</sup>。しかし、意味がないということと、初期設定から消去されているかは別の問題であり、第一次改正法律附則3条を削除して労基法の準用の可能性を完全に消去可能であるにもかかわらずなおしていないということは、労基法の初期設定状態が国公法でも残っていると見るほかない。

もちろん、そのように考えるとしても、労基法の初期設定が国公法との関係で機能するためには、2つの要件が必要である。第一に、第一次改正法律附則3条1項の定める実体的要件、すなわち、労基法の定めが国公法等と抵触しないことである。逆にいえば、先に「労働基準法の国家公務員に対する準用について（案）（昭和24・6・14）」との関係で例示した労基法3条のように国公法等と抵触しない範囲においては、なお労基法の規定が国家公務員制度との関係でも初期設定として機能する余地があることになる。第二に、同条2項の定める形式的要件、すなわち、準用に必要な事項が人事院規則で定められていることがある。しかしこの形式的要件は絶対視することができない。なぜなら、本来準用が必要な法状況にあるにもかかわらずそれを人事院規則で定めていないとすれば、そのような不作為は憲法27条2項に反するものと評価されることとなるからである。仮にこのような法状況の中で発生した紛争が裁判所に持ち込まれた場合には、裁判所としては、人事院規則が制定されていないことを理由とし

て労基法の準用を拒否するだけで結論を導くのではなく、むしろ合理的な解釈を探ることが憲法27条2項により要請されることとなるであろう。では、労基法が未だに国公法の仕組みの中で初期設定として残っていることにはいかなる意味があるのであろうか。

#### 4 労基法が国公法にも初期設定として残っていることの意義——平成17年最大判の意義と残された問題へのひとつの対応方法

東京都に採用され勤務していた外国人が都の管理職選考を受験しようとしたところ日本国籍を有していないことを理由として管理職選考を受けることができなかったことが違憲（憲法14条等違反）、違法（地公法13条・19条違反、労基法3条違反等）であるかが争われた事案において、最大判平17・1・26民集59巻1号128頁（以下「平成17年最大判」）の多数意見は次のように説示して本件において労基法3条の適用を認めた。すなわち、「地方公務員法は、一般職の地方公務員（以下「職員」という）に本邦に在留する外国人（以下「在留外国人」という）を任命することができるかどうかについて明文の規定を置いていないが（同法19条1項参照）、普通地方公共団体が、法による制限の下で、条例、人事委員会規則等の定めるところにより職員に在留外国人を任命することを禁止するものではない。普通地方公共団体は、職員に採用した在留外国人について、国籍を理由として、給与、勤務時間その他の勤務条件につき差別的取扱いをしてはならないものとされており（労働基準法3条、112条、地方公務員法58条3項）、地方公務員法24条6項に基づく給与に関する条例で定められる昇格（給料表の上位の職務の級への変更）等も上記の勤務条件に含まれるものというべきである。しかし、上記の定めは、普通地方公共団体が職員に採用した在留外国人の処遇につき合理的な理由に基づいて日本国民と異なる取扱いをすることまで許されないとするものではない。また、そのような取扱いは、合理的な理由に基づくものである限り、憲法14条1項に違反するものでもない」。「管理職への昇任は、昇格等を伴うのが通例であるから、在留外国人を職員に採用するに当たって管理職への昇任を前提としない条件の下でのみ就任を認めることとする場合には、そのように取り扱うことにつき合理的な理由が存在することが必要である」としたのである（ただし本件における東京都の措置には合理性が

あるとし原告の請求を認めなかった)。外国人である公務員が管理職へ昇任することにも労基法3条による制限がかかることを承認したこの説示には次のような意義がある。第一に、外国人に対しても労基法3条・112条・地公法58条3項に基づく勤務条件につき均等待遇の保障を認め、かつ、その保障対象となる勤務条件には昇格等も含まれるとした点につき、本判決の最高裁調査官解説は、「この保障は、構築された制度の下で特定の職員を個別具体的に差別することを禁止するだけでなく、職員制度として、一般的に在留外国人の昇格を日本人よりも劣位に置く制度を設けて運用することも禁止するものであると考えられる」ものであることを強調している<sup>37)</sup>。第二に、外国籍の者に地方公務員になる権利は憲法上も法律上も保障されており、労基法3条も職員・労働者を採用するか否かには適用がない<sup>38)</sup>のであって、外国人を採用するか否かは各地方公共団体に委ねられており、全く外国人を採用しないという選択肢もある以上、一定の職種についてのみ採用するか否かも当然、各地方公共団体の裁量だ、という見解(平成17年最大判に付された金谷・上田意見がこのような見解に立つ<sup>39)</sup>)を否定し、合理的な理由なく外国人に管理職への昇任の機会を与えない制度を設けることが違法となることを認めた点である<sup>40)</sup>。第三に(これは第二の点の公務員法上の意義ということになるが)、公務員法上、昇任は採用と並んで任命の方法の一つとされ(国公法35条、地公法17条1項)採用と共通の性格が与えられており(さらにいえば就労請求権も昇任請求権も認められないであろう)、採用には労基法3条による適用がないのと同じように昇任にも労基法3条の適用がないという論理も考えられたところ、平成17年最大判は「昇格」が労基法3条にいう勤務条件に該当することをテコとして、採用と昇任を区別し後者に労基法3条に基づく均等待遇の保障を認めた点を挙げることができよう。

問題は、平成17年最大判多数意見が、地公法13条の定める平等取扱原則をここで直截に適用する<sup>41)</sup>のではなく、労基法3条に依拠する論理を展開した理由である。一つのありうる説明は、従来の行政実務<sup>42)</sup>において地公法13条・19条にいう「すべて国民」には外国人が含まれないとされていたところ、この地公法13条の適用問題をクリアするために労基法3条に依拠した、というものである<sup>43)</sup>。しかし平成17年最大判多数意見の論理に内在的に従う限り、この説明には

やや無理があるようにも思われる。というのは、多数意見が上記下線部の説示を立論の出発点としており、そこで地公法19条1項(競争試験〔ちなみに本件での管理職昇任は「選考」(地公法17条3項)によるものである〕がすべての「国民に対して平等の条件で公開」されていることを義務づける規定)の「国民」という文言に決定的な法的意味を見だしていない以上、地方公務員関係でのより一般的な平等取扱原則を定める地公法13条で「国民」という文言が用いられていることにも決定的な法的意味がないことになるはずだからである。

要するに地公法13条を直截に適用するという論理が選択されなかった理由は必ずしも判然とはしない。しかし、平成17年最大判が労基法3条に依拠した論理構成を用いて本件を処理したことから、労基法の適用が排除されている国公法の下で平成17年最大判と同種の事案が提起された場合という仮想事例において用いられるべき論理は完全に残された問題となった。労基法を国公法は適用除外しているのだから、このような仮想事例では、平成17年最大判のロジックをそのまま用いることはできない。したがって、問題の処理は国公法27条・46条や憲法14条1項の平等取扱原則一般を適用して行われることになる。この場合、外国人を国家公務員に任用しないことは全く自由なのだから、管理職に昇任することができないという条件で採用したとしても不合理な差別とはなる余地がない(差別の合理性を判断する必要がない)とすることは妥当ではない。むしろ、労基法が国公法と矛盾しない限りでは初期設定のまま消去されていないという観点からすると、平成17年最大判多数意見が示した労基法3条を用いた論理は実質的に国公法27条等の解釈でも用いることができよう。というのは、国公法27条にいう「この法律の適用について」の部分には、少なくとも、勤務条件について差別的取扱いをしてはならないとする労基法3条の趣旨が含まれているものと読むことができるからである<sup>44)45)</sup>。

1) 単純労働職員の範囲については昭和26年に制定された「単純な労働に雇用される一般職に属する地方公務員の範囲を定める政令」で明文化され、現在この政令自体は失効しているがこの規定に基づいて解釈して差し支えないとされている(平成11年4月27日付地方公務員制度調査研究会報告「地方自治・新時代の地方公務員制度——地方公務員制度改革の方向」(総務省自治行政局公務員部編『地方公務員制度の展望と課題(地方公務員法制定50周年記念)』(ぎょうせ

- い、2001年)44頁以下に掲載)。単純労働職員の例としては自動車の運転手や守衛があり、国の各省庁に勤務する徴用自動車の運転手や守衛も存在するのであるが、国の場合は単純労働職員に関する特別の規定はなく他の一般職と同様に非現業の取扱いとなることから、同じ単純労働職員であっても国と地方公共団体とで取扱いに差異が生ずる。鹿児島重治「地方公務員と国家公務員——制度的比較を中心に」ジュリスト増刊総合特集『地方の新時代と公務員』(有斐閣、1981年)43頁。
- 2) 例えば猪野積『地方公務員制度講義』(第一法規、2007年)12-13頁参照。もっとも、職務の内容から現業・非現業を区別する方法もある。例えば鶴飼信成『公務員法(新版)』(有斐閣、1980年)63頁参照。なお、労働契約法19条もまた、公務員については、国家公務員法および地方公務員法ならびに地方公共団体の条例等において勤務条件が定められることが原則であるため、個々の公務員と当局との合意により勤務条件に関する権利義務が設定されることは実際上考えられにくいとの考慮から、公務員を適用除外としていたことにつき荒木尚志・菅野和夫・山川隆一『詳説労働契約法』(弘文堂、2008年)159頁。
  - 3) 菅野和夫『労働法(第8版)』(弘文堂、2008年)85頁。
  - 4) 橋本勇『新版逐条地方公務員法(第一次改訂版)』(学陽書房、2006年)965頁。
  - 5) 自治省公務員第一課編『地方公務員法制定時参考資料一』(自治省、出版年不明)19頁に引用されている。昭和25年11月第9回国会提出資料中における、地公法案と国公法の主要な相違点の一つとして「法の具体的運用」につきまとめられているところを参照。
  - 6) 橋本・前掲書注4)965頁参照。
  - 7) 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法下巻』(有斐閣、2003年)1079頁(藤川久昭執筆)。
  - 8) 人事院『人事行政五十年の歩み』(人事院、1998年)110-111頁。
  - 9) 今枝信雄『逐条地方公務員法』(学陽書房、1963年)650頁参照。
  - 10) 昭和22年国公法制定の経緯については例えば竹前栄治『戦後労働改革』(東京大学出版会、1982年)209-223頁、佐藤達夫・前田克己・岡部史郎・井上縫三郎「国家公務員法の制定から第一次改正まで」日本労働協会編『戦後の労働立法と労働運動(上)』(日本労働協会、1960年)149-169頁参照。
  - 11) 第1回国会参議院決算・労働連合委員会会議録9号5頁(昭和22年国公法制定の際の国会審議)における井出成三政府委員の答弁。
  - 12) マッカーサー書簡及び政令201号の全文については最大判昭28・4・8刑集7巻4号779-786頁(政令201号事件最高裁判決の参照条文として掲載されている)参照。
  - 13) 人事院法制課『昭和23年国家公務員法改正経過メモ(第一分冊)』(人事院法制課、1967年)はしがき。
  - 14) 人事院法制課・前掲注13)48頁以下(第1稿)、56頁以下(第2稿)、75頁以下(第3稿)参照。
  - 15) 人事院法制課・前掲注13)181頁参照。
  - 16) 対日合衆国人事行政顧問団团长フーヴァーが日本側に改正案を突きつけた際、招致された苦米地義三官房長官がこの案に驚愕して「これは修正の余地があるのか」という言葉を第一に発したところ、フーヴァーが「修正は認めない」と冷然といふ放ったというエピソードが浅井清『新版国家公務員法精義』(学陽書房、1970年)6頁で紹介されている。
  - 17) 第3回国会参議院本会議(昭23・11・10)における浅井清政府委員の説明。第3回国会参議院会議録第8号39頁参照。
  - 18) 例えば人事院『国家公務員法沿革史(資料編I)』(人事院、1969年)383頁、同389頁(昭23・8・16の關係次官會議に提出された「国家公務員法改正案に対し特に考慮を要する点」)参照。
  - 19) 鹿児島重治・森園幸男・北村勇編『逐条国家公務員法』(学陽書房、1988年)1172-1173頁。
  - 20) なお昭和23年法改正の際の岡部史郎政府委員の説明につき昭28・11・28第3回衆議院人事委員会会議録第13号4頁も参照。
  - 21) 例えば鹿児島・前掲注1)43頁参照。
  - 22) 東京大学労働法研究会編・前掲書注7)1079頁(藤川執筆)。
  - 23) 鹿児島・前掲注1)43頁。
  - 24) 坂弘二「地方公務員法制定時の経緯」総務省自治行政局公務員部編『地方公務員制度の展望と課題(地方公務員法制定50周年記念)』(ぎょうせい、2001年)8頁。
  - 25) 青木宗也『地方公務員の権利と法理』(勁草書房、1980年)6頁。
  - 26) 今枝信雄『地方公務員法精義』(学陽書房、1959年)7頁。その他地公法制定に至る経緯については同書7-9頁参照。
  - 27) 坂・前掲注24)9-10頁。
  - 28) 鹿児島・前掲注1)46頁参照。
  - 29) 坂・前掲注24)18頁参照。
  - 30) 坂・前掲注24)21頁及び今枝・前掲書注26)8頁。
  - 31) 鹿児島・前掲注1)46-47頁。
  - 32) 昭和25年の地公法制定時に用意された国務大臣答弁資料。自治省公務員第一課編・前掲書注5)205頁。
  - 33) 坂・前掲注24)12頁をみるとGHQもこのことを十分に意識していたようである。
  - 34) 高橋滋「国家公務員制度と地方公務員制度」総務省自治行政局公務員部編『地方公務員制度の展望と課題(地方公務員法制定50周年記念)』(ぎょうせい、2001年)96頁。この見解によれば、憲法27条2項の労働条件法定主義に依拠して両法間の差異を説明するのは、立法技術的な観点からのものということになる。高橋・同頁。
  - 35) 鹿児島・前掲注1)42頁。このようなそもそも論によるまでもなく、国家公務員制度と地方公務員制度とは、公務員の採用・人事管理、権利・義務の枠組みを定める点において強い同質性を有するものとならざるを得ない。高橋・前掲注34)95頁参照。
  - 36) 橋本・前掲書注4)965-966頁等参照。鹿児島他編・前掲書注19)1172-1173頁の記述にもそのニュアンスが読み取れる。
  - 37) 高世三郎「判例解説」法曹時報60巻1号201頁。
  - 38) 三菱樹脂事件最大判昭48・12・21民集27巻11号1536頁。
  - 39) 橋本勇「判例批評」自治体法務研究2005年夏号71頁もこの見地から平成17年最大判を不自然であるとする。
  - 40) 長谷部恭男「外国人の公務就任権」法学教室295号83頁、野坂泰司「外国人の公務就任・管理職昇任」法学教室337号66頁等。
  - 41) 橋本・前掲注39)71頁はこちらの方法を推奨するようである。
  - 42) 昭26・8・15地自公発第332号。
  - 43) 片桐直人「判例批評」法学論叢159巻6号96頁及び99頁参照。
  - 44) もちろんこのようにいうからといって、その結論も含めて、平成17年最大判多数意見の示す労基法3条の解釈のすべてが肯定されるべきことを意味するものではない。例えば渡辺康行「判例批評」民商法雑誌135巻2号94-95頁は、労基法

3条の「国籍」による差別禁止には特別の意味があるとする立場からは、「合理的な理由」に基づく国籍差別を許されるとした判決に批判があり得ることを指摘する。

- 45) このような視点に依拠すれば、例えば、国家公務員の年休取得に所属長の承認を得ることを義務づける現在の「一般職の職員の勤務時間、休暇等に関する法律」17条3項のように国家公務員の勤務関係に関する法令上の規定が労基法の規定と抵触しており、かつ抵触する定めを置くことにつき合理性がないとすれば、労基法の規定の趣旨にできる限り即して国

家公務員の勤務関係に関する法令の解釈をすべきともいえるのではなかろうか。

わたなべ・まさる 大阪市立大学大学院法学研究科教授。  
最近の主な著書に『公務員労働基本権の再構築』（北海道大学出版会、2006年）。憲法専攻。