



Title	公務員と労働関係法令：法の適用をめぐる原則と例外
Author(s)	小瀧, 典明; 豊本, 治
Citation	阪大法学. 2014, 64(1), p. 25-50
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/71484">https://doi.org/10.18910/71484</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 公務員と労働関係法令

——法の適用をめぐる原則と例外——

- 一 はじめに——民間とは異なる退職手当の仕組み
- 二 労働関係法令は適用除外が原則
  - 1 個々の労働関係法令による適用除外
  - 2 国公法および地公法による適用除外
- 三 国および地方公共団体への職安法・派遣法の適用
  - 1 職安法施行規則による「政府機関」への言及
  - 2 無理のある行政機関への派遣法の適用
- 四 公務の現場から考える
  - 1 派遣等の活用の現状とその問題点
  - 2 派遣法改正を前にして——意見聴取は誰とするのか？

小 豊  
本 寛  
典  
治 明

論

入社後二―三年で従業員に辞められると、会社としては持出し（費用√収入）になる。こうした事情から、自己都合退職の場合、勤続年数が三年以上なければ、退職金を支給しない企業が多い<sup>(1)</sup>。他方、公務員の場合、勤続期間が一年（正確には六か月）以上あれば、自己都合であっても、退職金⇨退職手当は支給される（国家公務員退職手当法三条二項、同法七条六項を参照<sup>(2)</sup>）。地方公務員の場合には、退職手当条例によるが、この点についてはほぼ違いない<sup>(3)</sup>。公務員には雇用保険が適用されず、退職手当には失業給付に相当する額が含まれる。そこで、退職手当の支給要件⇨在職期間についても、これを短くしているという理屈である。

では、公務員に対して雇用保険法の適用を除外する（雇用保険法六条七号、同法施行規則四条を参照<sup>(4)</sup>）理由は、どこにあるのか。その理由は、次の三点にあるとされている<sup>(5)</sup>。

① 国家公務員法等の法制度に基づき特別な身分保障がなされ、一般の民間労働者に比してその身分が安定していること。

② 法令等の確実な根拠に基づき、失業時の保障として雇用保険制度により支給される求職者給付及び就職促進給付の内容を超える給付が確保される仕組みが設けられているため、雇用保険制度を強制的に適用し保護していく必要性に乏しいこと。

③ これらの者に雇用保険法を適用するとすれば、国は退職手当と事業主として支払う保険料とを負担することとなるが、これらはいずれも国民の税金をその財源としており、国民に対し、二重の負担を課す結果となること。

公務員の場合、そもそもクビになる心配がなく(①)、退職手当についても、失業給付込みで十分な額を支給している(②)。こうした説明を臆面もなく、堂々とする神経は大したものであるが、国民の税負担をいう(③)のであれば、公務員が自らは保険料を支払うことなく、雇用保険の給付だけを実質的に受けているという事実にも着目する必要があるだろう。

実際にも、退職手当の額が失業給付(基本手当)相当額を下回る場合(懲戒免職等により、退職手当が支給されない場合を含む)には、その差額を支給する仕組み(国家公務員については、公共職業安定所を通じて支給。国家公務員退職手当法一〇条を参照<sup>⑥</sup>)が採用されており、以下の表<sup>⑦</sup>にみるように、近年その額は減少する傾向にあるとはいえ、決して半端なものではない。

表1 失業給付との差額として支給された額(国家公務員)

平成二一年度	一一億六二四六万三九七六円	平成一六年度	一一億六七八二万七九七七円
平成二二年度	一二億八九八〇万四三三六円	平成一七年度	七億六七二五万二二四円
平成二三年度	一一億九四六六万六九九七円	平成一八年度	八億一七三〇万六三八四円
平成一四年度	一〇億五三七四万三九九一円	平成一九年度	八億三三四三万五〇六一円
平成一五年度	一一億七一一四万六三三四円	平成二〇年度	四億九二二〇万八三三四円

これ以外にも、公務員の場合、退職手当には、解雇予告手当の額またはこれに相当する額が含まれること(国家公務員退職手当法九条を参照<sup>⑧</sup>)。地方公務員には労働基準法(以下「労基法」という)二〇条の適用があるが、同様の定めは退職手当条例にも置かれている<sup>⑨</sup>)にも留意する必要がある。民間企業においても、退職金を退職(解雇)

後請求があつてから七日以内に支払う（労基法二三条一項を参照）というのであれば、こうした便法も許されると解する余地はあるものの、やはりアリティに欠ける。<sup>(10)</sup>

民間企業に適用される労働関係法令を基準に考えると、公務員の世界は理解できない。ただ、右の例でいえば、解雇予告手当と失業給付が退職手当に含まれるという仕組みは、制度そのものとしてはむしろわかりやすいとさえいえる。原資は税金という問題を別とすれば、何も無理をして民間に合わせる必要はない。あるいは、こう考えるのがむしろ素直かもしれない。

## 二 労働関係法令は適用除外が原則

法人化後一〇年。十年一昔とはいえ、国立大学にはいまだに労働関係法令の適用を受けることにある種の戸惑いがある。人件費の大半は運営費交付金<sup>11</sup>税金によって賄われ、「一般職の職員の給与に関する法律」や国家公務員退職手当法が改正されれば、その都度、政府の要請に基づき、改正内容に従って給与規程や退職手当規程の見直しを行う（その背景には「情勢適合」の原則がある。国立大学法人法三五条により準用される、独立行政法人通則法六三条を参照<sup>12</sup>）。現在に至るまで、そのような状況が連続と続いているからである。

労働関係法令は、原則として公務員には適用されない。そうした世界を、国立大学の職員もほんの一〇年前までは当然としてきた。勤務条件は、契約ではなく、法律によってこれを定める。労働関係法令の適用除外を背後から支える、勤務条件法定主義の世界がそれであった。<sup>(12)</sup>

1 個々の労働関係法令による適用除外

国または地方公共団体と公務員との関係は、一般に「任用関係」として理解される。そこに「労働契約」という観念を容れる余地はない。勤務条件法定主義ないし勤務条件条例主義の真骨頂は、ここにあるといっても誤りではない。このような考え方から、労働契約法二二条一項は次のように規定する。「この法律は、国家公務員及び地方公務員については、適用しない」。

同様の定めは、「短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律」四三条、「介護労働者の雇用管理の改善等に関する法律」五条、「労働時間等の設定の改善に関する特別措置法」三条の二、「個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律」二二条（ただし、特定独立行政法人の職員等を除く）の規定にもみられるが、その特徴は、公務員であれば、一般職と特別職の別を問わず、これらの法律が等しく適用を除外されるところにある。

また、労働関係法令のなかには、同様に一般職と特別職の双方を対象として、当該法令の一部の規定について、これを適用しない旨を定めるものも相当数存在する。たとえば、「育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律」六一条一項や、「高齢者等の雇用の安定等に関する法律」七条二項、雇用対策法三七条二項、「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律」三二条（ただし、同法第二章第二節の規定については、適用除外の対象となる特別職の範囲を限定）の定めがそれである。

なお、この場合、適用除外の範囲が一部の規定にとどまるとはいっても、民間企業（事業主）が対応に苦慮するような規定については、そのほとんどが適用を除外されているという事実もある（表2を参照）。官僚のすることに、やはり抜かりはないのである。

表2 一般職および特別職の双方を対象とした一部規定の適用除外例

<p>高年齢者等の雇用の安定等に関する法律（高年齢者雇用安定法）</p> <p>第六章 高年齢者等職業安定対策基本方針</p> <p>第二章 定年の引上げ、継続雇用制度の導入等による高年齢者の安定した雇用の確保の促進</p> <p>第三章第二節 事業主による高年齢者等の再就職の援助等</p> <p>第四十九条 事業主等に対する援助等</p> <p>第五十二条 雇用状況の報告</p>	<p>雇用対策法</p> <p>第六条から第十条まで 事業主の責務／指針／募集及び採用における年齢にかかわらず均等な機会の確保</p> <p>第五章 事業主による再就職の援助を促進するための措置等（「大量の雇用変動の届出等」について定めた第二十七条を除く）</p>	<p>雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律（男女雇用機会均等法）</p> <p>第二章第一節 性別を理由とする差別の禁止等</p> <p>第三節 事業主に対する国の援助</p> <p>第三十條 紛争の解決</p> <p>第二十九條・第三十條 報告の徴収並びに助言、指導及び勧告／公表</p>
--	--	--

2 国公法および地公法による適用除外

他方、国家公務員法（以下「国公法」という）や地方公務員法（以下「地公法」という）にも、労働関係法令の適用除外について定めた規定は存在する。以下にみる国公法附則一六条、およびこれをモデルとした地公法五八条一項の規定がそれであるが、一般職の職員を適用除外の対象とするという点では共通しているものの、地方公務員の場合、労基法や労働安全衛生法等の法令が原則として適用される（地公法五八条二項以下を参照）という法制上の違いもある（なお、以下、引用条文等にある法令については、法令番号を省略している）。

A 国家公務員法 附則

第十六条 労働組合法、労働関係調整法、労働基準法、船員法、最低賃金法、じん肺法、労働安全衛生法及び船員災害防止活動の促進に関する法律並びにこれらの法律に基いて発せられる命令は、第二条の一般職に属する職員には、これを適用しない。

B 地方公務員法

(他の法律の適用除外等)

第五十八条 労働組合法、労働関係調整法及び最低賃金法並びにこれらに基く命令の規定は、職員（一般職に属する地方公務員を指す。同法四条一項を参照——注）に関して適用しない。

2 以下、略

また、地方公務員の場合、地公法三条三項三号が「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」を特別職として位置づけていることもあって、非常勤職員が「非常勤嘱託員」等の名称で地方公共団体に特別職として任用されているケースも少なくない。<sup>(14)</sup> 特別職である以上、地公法五八条の反対解釈により労働関係法令が全面的に適用されるとはいうものの、常勤職員とは異なり、非常勤職員については、諸手当の支給が一切認められていないという、地方自治法上の制約もある（非常勤職員については、報酬の支給と費用弁償のみが認められる。同法二〇三条の二を、これに前後する二〇三条および二〇四条と比較参照のこと）。<sup>(15)</sup>

特別職であるというだけで、労働関係法令を無条件に非常勤職員に適用するというのも乱暴な話ではあるが、右にみたような地方自治法上の制約をそのままにして、その処遇の改善を図ることも難しい。<sup>(17)</sup> 単に労働関係法令を適

用するだけではすまされない問題がここにはある。こういつても、誤りはないであろう。

### 三 国および地方公共団体への職安法・派遣法の適用

労基法一一二条は「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」と規定する。同条は、労基法が昭和二二年九月の施行当初、「国、都道府県、市町村等公共団体のすべてについて全面的に適用されることとなっていた<sup>(18)</sup>」という歴史的背景のもとで設けられた規定であるが、国公法および地公法の制定により、その意義は事実上失われている（国公法第一次改正附則三条に定める準用規定についても同じ<sup>(19)</sup>）。

しかし、労働関係法令のなかには、今日なお、国や地方公共団体にも適用があると解されている（そのため、法違反が問題とされている）ものもある。職業安定法（以下「職安法」という）や「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律」（以下「派遣法」または「労働者派遣法」という）がそれである。

#### 1 職安法施行規則による「政府機関」への言及

「この法律は、雇用対策法と相まつて、公共に奉仕する公共職業安定所その他の職業安定機関が関係行政庁又は関係団体の協力を得て職業紹介事業等を行うこと、職業安定機関以外の者の行う職業紹介事業等が労働力の需要供給の適正かつ円滑な調整に果たすべき役割にかんがみその適正な運営を確保すること等により、各人にその有する能力に適合する職業に就く機会を与え、及び産業に必要な労働力を充足し、もつて職業の安定を図るとともに、経済及び社会の発展に寄与することを目的とする」。

職安法一条は、このように同法の目的を規定するが、国家公務員や地方公務員には、そこにいう「雇用対策法」の主な規定が適用されないことは既にみた。

国の機関や地方公共団体による職安法違反が問題とされるケースは、労働者供給事業を禁止した同法四四条の違反に事実上限られるもの<sup>(20)</sup>、昭和二十二年一月の同法施行当時は、四四条も「何人も、第四十五条に規定する場合を除くの外、労働者供給事業を行つてはならない」とのみ定め、供給先による供給労働者の受入れについては、これを禁止する定めを置いていなかった。昭和二十三年六月、職安法の第一次改正によつて、同法四四条は、ようやくその後段で「労働者供給事業を行う者から供給される労働者を使用してはならない」と規定するようになる<sup>(21)</sup>。そうした経緯も、この四四条にはあつた。

しかるに、占領軍はこれに先だつて、省令改正という方法による労働者供給の規制強化を日本政府に対して指示し、その結果、「この法律で労働者供給とは、供給契約に基いて労働者を他人に使用させることをいう」と定める職安法五条五項（現四六条<sup>(22)</sup>）の解釈規定として、次のように規定する職安法施行規則四条が誕生をみる<sup>(23)</sup>。

（法第五条に関する事項）

**第四条** 労働者を提供しこれを他人に使用させる者は、たとえその契約の形式が請負契約であつても、次の各号のすべてに該当する場合を除き、職業安定法第五条第五項の規定による労働者供給の事業を行う者とする。

- 一 作業の完成について事業主としての財政上及び法律上のすべての責任を負うものであること。
- 二 作業に従事する労働者を、指揮監督するものであること。
- 三 作業に従事する労働者に対し、使用者として法律に規定されたすべての義務を負うものであること。

四 自ら提供する機械、設備、器材（業務上必要なる簡易な工具を除く。）若しくはその作業に必要な材料、資材を使用し又は専門的な企画、技術を必要とする作業を行うものであつて、単に肉体的な労働力を提供するものでないこと。

② 前項の労働者を提供する者とは、それが使用者、個人、団体、法人又はその他如何なる名称形式であるとを問わない。

③ 第一項の労働者の提供を受けてこれを使用する者とは、個人、団体、法人、政府機関又はその他如何なる名称形式であるとを問わない。

行政機関による「偽装請負」が問題となるのは、ずっと先の話であるが、その淵源は、この職安法施行規則四条三項にあつた。こう考えて、まず間違いはあるまい。

## 2 無理のある行政機関への派遣法の適用

職安法四四条に定める労働者供給事業の禁止規定が行政機関にも適用されるのであれば、その例外規範ともいふべき派遣法についても、行政機関への適用を否定すべき理由はまったくない。こう当局は判断したのであるうか、厚生労働省職業安定局の策定した「労働者派遣事業関係業務取扱要領」（通達）にも、次のように述べるくだりがある。<sup>24</sup>

## （2）公務員等に対する法の適用

イ 国家公務員、地方公務員が派遣労働者となる場合にも、法の規制が適用される（国家公務員法附則第十六

条、地方公務員法第五十八条)。そのため、「派遣」法第三章第四節の規定だけではなく、当該規定により適用される労働基準法等の規定も適用されることとなる。(以下、略)

ロ 国、地方公共団体が派遣先である場合についても、「派遣」法(第三章第四節の規定及び当該規定により適用される労働基準法等の規定を含む。)は全面的に適用される。

右という派遣法第三章第四節の規定とは、「労働基準法等の適用に関する特例等」について定めた規定をいうが、これらの規定が行政機関への適用を念頭に置いたものであるとは、およそいいがたい。「雇用」という考え方は相容れない「任用」の世界に、「派遣労働者の雇用」に関する規定をどうすれば適用できるのか。派遣法四〇条の三から四〇条の五までの規定については、そうした疑念が現場にはあつたし、現在もあるやに聞く。<sup>(25)</sup>

平成二四年の改正派遣法は、労働契約の申込みなし規定(四〇条の六)とはやや異なるものの、国および地方公共団体の機関についても、以下のように定め、その採用行為にまで干渉する規定を置くことになる(平成二七年一〇月一日施行)。無理を承知で、派遣法を行政機関にも全面適用する。そのような無理に無理を重ねた結果だといえなくもない。

**第四十条の七** 労働者派遣の役務の提供を受ける者が国又は地方公共団体の機関である場合であつて、前条第一項各号のいずれかに該当する行為(期間制限違反等の違法派遣に該当する行為——注)を行つた場合(略)において、当該行為が終了した日から一年を経過する日までの間に、当該労働者派遣に係る派遣労働者が、当該国又は地方公共団体の機関において当該労働者派遣に係る業務と同一の業務に従事することを求めるときは、当該国又は地方公共団体の機関は、同項の規定の趣旨を踏まえ、当該派遣労働者の雇用の安定を図る観点から、

国家公務員法、国会職員法、自衛隊法又は地方公務員法その他関係法令の規定に基づく採用その他の適切な措置を講じなければならない。

## 2 略

一口に派遣法の適用といっても、行政機関が適用対象となる場合、その適用は頭のなかで考えるほど、容易くはない。そうした現実にも、しっかりと目を向けるべきであろう。

### 四 公務の現場から考える

#### 1 派遣等の活用の現状とその問題点

##### (一) 地方公共団体と労働者派遣

官公庁のサービスに対する国民ないし住民の評価は、概して辛口のものが多い。そこで、官公庁では、その評価を少しでも上げようと、職員研修等を通じて接遇の向上を図ることに躍起になっている。とりわけ、多くの市民が訪れる市町村役場の窓口は「役所の顔」ともいえるべき存在であり、窓口職員の印象によって地方公共団体の評価が決まるといっても過言ではない。

こうしたなか、ある地方都市の市役所窓口の対応が住民から高い評価を受け、注目されている。この役所では、庁舎玄関にほど近い市民課の職員が明るく元気な声で来庁者に接しているほか、書類の交付などの対応も丁寧かつテキパキとしており、市民の評判はすこぶる良い。当該公共団体の担当者に、その理由を尋ねたところ、三年前から窓口業務に「派遣職員」を導入したため、との答えが返ってきた。

かつて、市役所の窓口業務を公務員以外の者が行うことは「タブー」とされていた。窓口業務では、個人情報を取り扱うほか、出生、死亡、婚姻、住所の移転などの公証行為等、市町村長の名において実施する業務は、公務員の手によって処理されなければならず、外部委託にはなじまないとの考え方がそこにはあった。

しかし、最近になり、内閣府や総務省の通知によって、この問題については、大きな方向転換が図られることになった。「市町村の出張所・連絡所等における窓口業務に関する官民競争入札又は民間競争入札等により民間事業者に委託することが可能な業務の範囲等について」（平成二〇年一月一七日付け内閣府通知）、およびこれを受けた「住民基本台帳関係の事務等に係る市町村の窓口業務に関して民間事業者に委託することができる業務の範囲について」（平成二〇年三月三十一日付け総務省通知）がそれである。

「国の行政機関等又は地方公共団体が自ら実施する公共サービスに関し、その実施を民間が担うことができるものは民間にゆだねる観点から、これを見直し、民間事業者の創意と工夫が反映されることが期待される一体の業務を選定して官民競争入札又は民間競争入札に付することにより、公共サービスの質の維持向上及び経費の削減を図る改革」を実施するため、「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」（平成一八年法律第五一号）の制定をみたことが、これらの通知が発出された背景にはあった。<sup>(26)</sup>

こうして、市町村の適切な管理下において窓口業務を委託することが可能になったのであるが、この「適切な管理」に関する具体的事項について、内閣府は、本制度の実務的な課題に関する地方公共団体との研究会において、通知の内容を次のように整理している。<sup>(27)</sup>

## (1) 「市町村の適切な管理」についての全般的事項

【平成二〇年一月一七日付け内閣府通知】

① 民間事業者が業務を実施する官署内に市町村職員が常駐し、不測の事態等に際しては当該職員自らが臨機適切な対応を行うことができる体制とすること。

② 法律に基づく市町村長の判断行為、原簿の管理等、市町村職員が自ら責任を持って実施すべき業務は確実に行うこと。

【平成二〇年三月三十一日付け総務省通知】

① 同一の室内に民間事業者の従業員の業務処理を視認できるような態様で、市町村職員が常駐するような場合が該当すること。

② 交付の審査や交付・不交付の決定は、当該市町村職員が行う必要があること。

③ 住民基本台帳等の台帳そのものについて、適正な内容の維持・保全を図る責任は、なお、市町村にあること。

④ 不測の事態等、通常一般の業務処理の内容を超える場合には、当該職員自らが臨機適切な意思決定を行い、必要な対応を講じられる体制をとること。

## (2) 取り扱い可能な具体的業務——「住民票の写し等の交付」を例として

【平成二〇年三月三十一日付け総務省通知】

① 交付請求の受付に関する業務

\* 第三者からの申出に際して行われる受付に関する業務も含むこと。

② 作成に関する業務

\* 市町村職員による住民票の写し等の交付の決定を受けて、請求者に交付する書類を作成すること。

\* 端末の入出力操作を含むが、住民基本台帳ネットワークシステムについては、全市区町村の住民情報にアクセスできることから認めていない。

③ 引渡しに関する業務

④ その他窓口業務遂行に関連する補助的業務

このように、これらの通知は、窓口業務において公権力の行使に該当する部分は市町村職員が自ら責任を持って行うべきであり、これを委託することはできないものの、事実上の行為または補助的業務に該当する業務については、民間事業者に取り扱わせることが可能であることを示したものと見てよい。

その際、内閣府や総務省は、この窓口業務の事務処理形態として、労働者派遣と業務委託の双方を想定していたものと考えられる。それは、先にみた内閣府の研究会資料等において、派遣と業務委託の違いを明確に示し、指揮命令に十分配慮することが示されていたことから明らかであった。

しかし、本節(四)の冒頭で紹介した地方都市の事例のように、窓口業務において派遣が導入されているケースはきわめて稀であり、むしろ多くの公共団体は派遣の受入れに消極的であった。このことは、窓口業務以外の部署においても同様であって、派遣ではなく外部委託という形で業務処理を行うことが、現状では通例となっている。<sup>(28)</sup>

他方、地方公共団体の行う外部委託については、継続的な事務処理(事実行為)それ自体を目的とする委任(準委任)のほか、一定の仕事の完成を目的とする請負、あるいは両者の混合契約という形式が一般にとられている。

ただ、請負の場合には、発注者である地方公共団体は、受託者の雇用する労働者に対して直接指揮命令を行うことができないという問題もある。

にもかかわらず、地方公共団体の職員と受託者の従業員が混在して業務を行っているような場合には、地方公共団体の職員が受託者の従業員に一定の指示を与えざるを得ない場合もあり、実質的には派遣に近い形で業務委託が行われていることは否めない状況にある。そして、ときにはこれが「偽装請負」に当たるとして行政官庁の指導を受けることもあるため、外部委託の活用に当たっても、気苦労が絶えないのが実情となっている。

たとえば、別の地方都市のケースであるが、市立病院の医事（窓口）業務の委託に関し、契約書中に次のような条項を設けている例がある。

（責任者）

第〇条 乙（受託者——注）は、業務委託の履行に当たり、業務責任者を選任し、次に掲げる職務を行わせるものとする。

一 乙の従業員の配置及び業務上の指揮命令

二 乙の従業員の労務管理

三 委託業務の履行に関する甲（発注者——注）との連絡及び調整

2 甲は、委託業務の履行に関する委託者として乙に対して行う指示は、乙の選任した業務責任者を通じて行うものとする。

こうした条項をみても、公共団体側がいかに「偽装請負」にならないよう手立てを講じているかがよくわかる。

窓口業務に従事する外部の職員に直接指示命令のできる派遣と、外部委託者（その管理責任者）に指示することができるにとどまる業務委託。そのいずれが公共団体側にとって仕事がりやすいかは明白であるにもかかわらず、なぜ、制約の多い業務委託を公共団体はわざわざ採用するのであろうか。

多くの公共団体職員にとっては、「派遣法」というと、「公益的法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律」を指す。<sup>29</sup>世にいう派遣法、つまり労働者派遣法をイメージする職員はごくわずかであるともいわれる。こうした事情から、派遣法に関する知識が公共団体職員に不足しているのも事実ではあるが、公共団体が派遣を避ける本当の理由は、派遣法そのものにある。

まず第一に挙げられるのが、派遣期間の制限である。すなわち、地方公共団体の業務の多くは、一部のイベントや臨時的に発生する業務を除けば、年度を超えて恒常的に存在する業務であり、労働者派遣契約では、次年度以降の対応が困難となる場合があるからである。

たとえば、先に紹介した市役所の窓口業務への派遣も、平成二五年度末で打ち切りとなり、翌年度以降は非常勤職員で対応することになったという。派遣職員が行っている業務の範囲について疑義があり、期間制限違反の問題を避けるためには、こうするしかなかったと聞く。

同市の場合、派遣契約では、旧一六号、つまり「受付・案内・駐車場管理等」の業務がスタッフの業務とされ、いわゆる二六業務として派遣受入れ期間の制限を受けない来庁者総合窓口案内の業務が九〇%を占めるほか、他に付随的な業務として来庁者数集計が一〇%を占めるものとなっていた。<sup>30</sup>しかし、総合窓口という部署の性格上、ときにはこれらの業務以外の業務に従事することもあり、二六業務以外の派遣受入れ期間の制限を受ける自由化業務とみなされる可能性を否定できない。そのため派遣の受入れの継続を断念したというものであった。

また、もう一つの問題として、前節(三)でも少し触れた、期間制限違反等の違法派遣に該当する行為を行った場合に、派遣先が講じるよう求められる「採用」等の問題がある。地方公共団体が職員を採用しようとする場合、採用の場限定されている臨時的任用(地公法二二条)を除いて、競争試験または選考によってこれを行う必要がある(同法一七条三項および四項)、また、その採用についても、透明性・公平性を確保する観点から、日増しに監視の目が厳しくなっている状況にある。

こうした状況のもとで、いくら違法派遣に対する制裁といっても、派遣職員を正規の地方公務員として採用することは、本来の職員採用の趣旨を大きく逸脱するものとなる。これらの事情を勘案すると、派遣が地方公共団体に活用される余地があるのは、現行法を前提とする限り、短期間の臨時的業務に限られるということになろう。

## (二) 業務委託から指定管理者へ

普通地方公共団体が、住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するために設ける施設を「公の施設」という。地方自治法二四四条以下の規定にその根拠を置く、地方自治に特有の名称である。この「公の施設」の管理については、当該施設を設置した地方公共団体において、これを行うのが原則であるが、平成一五年の同法改正によって「指定管理者制度」が導入されるまでは、一定の要件のもとに「公の施設」の管理委託を行うこと(一般に「管理の委託制度」という)ができるとされていた。

すなわち、改正前の地方自治法二四四条の二第三項は、「公の施設の設置の目的を効果的に達成するため必要があると認めるときは、条例の定めるところにより、その管理を普通地方公共団体が出資している法人で政令で定めるもの又は公共団体若しくは公共的団体に委託することができる」と規定していた。しかし、この「管理の委託制

度」においては、管理団体が限定され、民間事業者の参入が困難である等の批判があり、民間事業者の持つ施設管理のノウハウを積極的に活用し、多様化する住民ニーズに効率的に対応するため、「指定管理者制度」が導入されることになったのである<sup>(31)</sup>。

その結果、「指定管理者制度」は急速に普及し、平成二四年四月一日現在、同制度が採用された施設は、全国で七万三三七六施設にものぼる。しかも、最近の特徴として、従来の「管理の委託制度」では認められていなかった民間企業等（株式会社、NPO法人、学校法人、医療法人等）が指定管理者になるケースが増えている（平成一八年九月二日現在の二八・三％が、平成二四年四月一日現在では三三・二％にまで上昇）<sup>(32)</sup>という事実もある。

なお、「指定管理者制度」が導入された場合、「公の施設」を管理するのは、当然のことながら、指定管理者の雇用する職員となる。同制度は地方自治法に根拠を有する公法上の権限の委任として位置づけられるが、その法的性格は、外部委託における請負等と異なるところはないといつてよい。したがって、公共団体側は現場で業務に従事する者に対して指揮命令ができないという問題が、ここでも生じることになる。

地方自治法二四四条の二第一〇項は、「普通地方公共団体の長又は委員会は、指定管理者の管理する公の施設の管理の適正を期するため、指定管理者に対して、当該管理の業務又は経理の状況に関し報告を求め、実地について調査し、又は必要な指示をすることができる」と規定するものの、それはあくまで指定管理者への指示を意味するのであって、指定管理者の職員への指示までは含まない。厳格に解釈すれば、そのような話にもなる。

ただ、「公の施設」に関する苦情は、設置者である公共団体に持ち込まれるのが通例であり、苦情を受けた担当者が直ちに現場へ直行するということも現実にはしばしばある。しかし、職員が現場に到着しても、実際に業務処理に当たっている指定管理者の職員に対しては直接指示できないというのでは困る。そうした現場の声にも、国は

応えていく必要がある。

## 2 派遣法改正を前にして——意見聴取は誰とするのか？

先にみたように、公共団体が派遣を導入しようとしないう最大の理由は、派遣期間の制限にあった。そのため、公共団体側としては「偽装請負」の問題が生じないよう気を遣いながら、外部委託の活用を続けているという現実がある。では、現在予定されている派遣法の改正は、こうした公共団体の姿勢を改めさせる方向に働くのであろうか。法改正により、派遣受入れ期間の制限がなくなれば、外部委託から派遣への転換が急速に進む。そのように考える向きもあるが、ことはそれほど単純ではない。

庁舎内のどこかの部署で派遣を短期間でも受け入れている。そうした部署が特定の三か月間、一つもないという状況にない限り、その庁舎（事業所）では派遣を継続して受け入れていると理解される。そして、そのような状況が三年を超えて続けば、派遣スタッフが途中で変わっても、期間制限違反<sup>(33)</sup>派遣法違反となる。改正法はこうした期間制限の仕組みを創設しようとしていることをまず知る必要がある。

たしかに、当該事業所における過半数組合または過半数代表者の意見を聴取するという手続きを踏めば、三年を超えて派遣を受け入れることも可能にはなる。<sup>(34)</sup>しかし、前節（三）でみたように、派遣法は国や地方公共団体にも等しく適用されるとはいっても、過半数組合や過半数代表者といった概念が公共団体にはそもそももない。

「当該派遣先の事業所に、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においてはその労働組合の、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者の意見を聴かなければならない」

（改正後の派遣法四〇条の二第四項）とはいうが、そこにいう「労働者」を「職員」と読み替え、「労働組合」を

「職員団体」と読み替える規定は、改正法には存在しない（現行法にも同様に意見聴取規定はあるが、二六業務を受け入れている限り、意見聴取が必要となる場面はなかった）。

このような状況のもとで、どのようにして意見聴取を行うのか。意見聴取を行わずに、仮に三年を超えて派遣を受け入れれば、その制裁として労働契約の申込みなし規定を適用することも、改正法では予定されている。問題は相当深刻ともいえる。

なるほど、地公法の施行に際して、かつて通達が次のように述べたこともないではない。「地方公務員法の施行について」と題する、労働基準局長名の通達（昭二六・二・七基発第九二号）がそれである。

五、労働基準法第三十六条の規定についての疑義は地方公務員法の施行により立法的に解決されたものであつて、法第三十三条の非常災害等の事由による場合の外は、時間外および休日労働をさせるには、当該事業場に職員の過半数で組織する職員団体があればその職員団体（地方公務員法第五十二条）、職員の過半数で組織する職員団体が無い場合においては職員の過半数を代表するものとの書面による協定（地方公務員法第十五条）をし、これを所轄労働基準監督署長に届け出なければならぬこと。

とはいえ、「労働組合」と「職員団体」とでは、そもそもその性格が異なる以上、こうした一遍の通達によって「労働組合」を「職員団体」と読み替えたことにするのは大いに疑問であり、双方の関係を言及した通達も、公刊された解釈例規集には登載されていない、この通達一件を数えるにとどまっている。<sup>(35)</sup>

また、地公法五八条三項は、労働条件の労使対等決定について定めた労基法二条の適用を除外しており、同条を具体化したものとされる過半数代表制は、そもそも地方公共団体にはなじまないとも解される。こうした点に鑑み

れば、民間とは異なる労使関係システムを採用する公務員制度においては、過半数代表制の導入に代えて、何らかの調整規定を設けることも、今後検討する必要があるといえよう。<sup>(36)</sup>

【後記】 本稿は、一―三の執筆を小島が、四の執筆を豊本がそれぞれ担当し、全体の調整は小島が行った。したがって、本稿の内容に関する最終的な責任は、調整者である小島にある。

- (1) たとえば、中労委の「平成二―三年退職金、年金及び定年制事情調査」によると、自己都合退職の場合、退職一時金の受給資格付与に要する年数を「三年以上」としている企業が一九〇社中八一社（四二・六％）と最も多くなっている（他に、「二年―三年未満」三二六社、「一年―二年未満」五七社、「一年未満」一六社）。
- (2) 国家公務員退職手当法三条二項は、勤続期間が一年以上の者について退職手当の算定式を定めているが、その一方で同法七条六項が「その在職期間が六月以上一年未満」の場合には「これを一年とする」旨規定していることに注意。
- (3) たとえば、東京都「職員の退職手当に関する条例」六条一項および一〇条六項のほか、大阪府「職員の退職手当に関する条例」三条二項および七条八項を参照。
- (4) なお、雇用保険法六条七号は、同法の適用を除外される公務員を正確には次のように規定している。「国、都道府県、市町村その他これらに準ずるものの事業に雇用される者のうち、離職した場合に、他の法令、条例、規則等に基づいて支給を受けるべき諸給与の内容が、求職者給付及び就職促進給付の内容を超えると認められる者であつて、厚生労働省令で定めるもの」（同法施行規則四条でその範囲を明確化）。ただ、雇用保険法という法律の名称からやむを得ないとしても、国や都道府県等の事業に「雇用される」とする、同法の表現には多少違和感がある。
- (5) 以下、引用は「国家公務員に対する雇用保険の適用について」（雇用保険基本問題研究会「雇用保険制度の在り方に係る議論の整理」（平成一八年二月）所収）による。
- (6) なお、地方公務員の場合には、当該地方公共団体が支給することになる。東京都「職員の退職手当に関する条例」一三条、大阪府「職員の退職手当に関する条例」一〇条を参照。

- (7) 「公務員の雇用保険に関する質問に対する答弁書」(平成二二年四月三日)をもとに作表。
- (8) なお、国家公務員退職手当法九条は、次のように規定する(条文中の法令番号は省略)。「職員の退職が労働基準法第二十条及び第二十一条又は船員法第四十六条の規定に該当する場合におけるこれらの規定による給与又はこれらに相当する給与は、一般の退職手当に含まれるものとする。但し、一般の退職手当の額がこれらの規定による給与の額に満たないときは、一般の退職手当の外、その差額に相当する金額を退職手当として支給する」。
- (9) 東京都「職員の退職手当に関する条例」一二条、大阪府「職員の退職手当に関する条例」九条を参照。なお、地方公務員の場合、一般職の職員であっても、労基法二〇条が適用される(地公法五八条三項を参照)。
- (10) なお、労基法二三条一項は地方公務員にも適用される(地公法五八条三項を参照)が、退職手当は「職員が退職した日から起算して一月以内に支払わなければならない」とされている点において、国家公務員と地方公務員との間に違いはない。国家公務員退職手当法二条の三第二項のほか、東京都「職員の退職手当に関する条例」三条二項、大阪府「職員の退職手当に関する条例」二条の三第二項を参照。つまり、地方公務員の場合、労基法二〇条によって支払義務を負う解雇予告手当の額が退職手当に含まれるといっても、退職手当の支払日まで変更することは想定されていない。これが現実というものであろう。
- (11) 詳しくは、小寫『国立大学法人と労働法』(ジヤース教育新社、平成二六年)第二部第二章(豊本治・中谷伸二との共著部分、特に二六九―二七一頁を参照)。
- (12) 国立大学の法人化に伴う法的環境の変化については、小寫・前掲書(注11)第二部第一章を参照。
- (13) 詳しくは、小寫・豊本「地方公務員への労働基準法の適用」『阪大法学』六三卷三・四号(平成二五年一月)七頁以下を参照。
- (14) これに対して、国家公務員の場合、非常勤職員はすべて一般職の職員として扱われる。小寫・前掲書(注11)第二部第二章、特に二二四―二二六頁を参照。
- (15) 詳しくは、小寫『職場の法律は小説より奇なり』(講談社、平成二二年)一五九―一六〇頁を参照。
- (16) たとえば、組合事務所の供与一つをとっても、地方公共団体がこれを行う場合には、行政財産の使用という点で当然制約を免れないものとなる。小寫・豊本・中谷・小倉「行政財産の目的外使用と組合事務所(二)」『阪大法学』六二卷一

号(平成二四年五月)一頁以下を参照。民間企業の労働者とは違い、特別職の職員だから労働組合法が全面適用されるというだけでは、話はすまないのである。

(17) 多くの地方公共団体において、非常勤職員に支給される報酬の額が当該地域に適用される「最低賃金」の額をわずかに上回る程度に設定されているのは、その例証ともいえる。

(18) 厚生労働省労働基準局編『労働法コンメンタール』3(平成二三年版)労働基準法 下(労務行政、平成二三年)一〇一七頁。

(19) 国公法第一次改正附則(昭和三年二月三日法律第二三二号)三条一項本文は、「一般職に属する職員に関しては、別に法律が制定実施されるまでの間、国家公務員法の精神に依りて触せず、且つ、同法に基く法律又は人事院規則で定められた事項に矛盾しない範囲内において、労働基準法及び船員法並びにこれらに基く命令の規定を準用する」と規定する。しかし、「一般職の職員の給与に関する法律」や「一般職の職員の勤務時間、休暇等に関する法律」およびその附属法令ともいべき人事院規則が整備された現在、その使命は完全に終わつたといつても差し支えはない。

(20) ただ、「元」と「労働者」との間に雇用関係が存在する場合には、「労働者供給」ではなく、「労働者派遣」となることから、職安法四四条違反が成立する余地は現実にはほとんどない。それゆえ、職安法違反が問題とされるとはいつても、それは文字どおりそのような主張がなされるというレベルにとどまる。

(21) なお、職安法四四条については、その後文言の修正があり、現在は次のような規定となっている。「何人も、次に規定する場合(労働組合等が無料で行う労働者供給事業を指す——注)を除くほか、労働者供給事業を行い、又はその労働者供給事業を行う者から供給される労働者を自らの指揮命令の下に労働させてはならない」。

(22) なお、職安法四六項は、現在次のように規定している。「この法律において『労働者供給』とは、供給契約に基づいて労働者を他人の指揮命令を受けて労働に従事させることをいい、労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律第二条第一号に規定する労働者派遣に該当するものを含まないものとする」。

(23) 職安法施行規則四条が誕生するに至る経緯については、小寫『労働市場改革のミッション』(東洋経済新報社、平成二三年)一八七—一八九頁を参照。なお、昭和三年二月七日付けの官報に掲載された労働省令第三号では、四条一項四号中の「業務上」が「事務上」となっている等、誤植がみられるものであったが、この点について正規の改正手続きがそ

の後とられた形跡はない。

- (24) 以下、引用は、その最新版（平成二六年四月）一九頁による。
- (25) これらの規定は、能力の実証を伴わない採用を国や地方公共団体に事実上強制する点において、職員の任用については、国公法三三條一項や地公法一五條に規定する成績主義（能力実証主義）の原則に反するのではないかと、という疑念がそれである。たしかに、地方公務員の場合、特別職に属する者は、地公法にいう「職員」には該当せず、同法の適用を原則として受けない（地公法四條を参照）。しかし、だからといって、特別職である非常勤嘱託員について、能力の有無を何ら問題とせず、任用を行わせることは同法の趣旨に明確に反する。
- (26) なお、「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」三四條は、戸籍法等の特例として、住民窓口における本人請求等の受付と当該請求に係る証明書等の引渡等を官民競争入札または民間競争入札に付することができる旨を規定している。
- (27) 「地方公共団体との研究会 窓口業務にかかる実務的な課題（第二回）」（平成二〇年九月八日開催）資料をもとに作成。
- (28) ただ、最近では、秘書業務等において派遣を受け入れる例もみられるようになった。
- (29) これに対して、国家公務員の世界で「派遣法」というと、「国際機関等に派遣される一般職の国家公務員の処遇等に関する法律」を指すという。小寫・前掲書（注11）一三三頁を参照。ただ、「派遣法」がストレートに「労働者派遣法」を意味しないという点では、国と公共団体との間に違いはない。
- (30) ここにいう「付随的な業務」の意義（当該概念の成立に至る経緯を含む）については、小寫「労働者派遣と複合業務問題」『阪大法学』六〇巻五号（平成二三年一月）九九頁以下、一一二―一一三頁を参照。
- (31) なお、指定管理者制度の導入は、地方分権改革推進会議や総合規制改革会議による、「公の施設」の管理を民間事業者にも拡大すべきとの意見に則ったものであるとされている。松本英昭『新版逐条地方自治法（第七次改訂版）』（学陽書房、平成二五年）一〇四頁を参照。
- (32) 以上、総務省「公の施設の指定管理者制度の導入状況等に関する調査結果」（平成二四年一月）による。
- (33) 以上につき、詳しくは、小寫「劳政審建議、派遣法のどこが変わるのか（中）」『アドバンスニュース』（平成二

六年二月五日)を参照。

(34) なお、「少し規模の大きな事業所であれば、どこかの部署(組織単位)で常に派遣スタッフを受け入れている可能性があることから、三年ごとに過半数組合などに対して意見聴取を行うことが事実上必要になる」ことに注意。前掲・小寫解説(注33)のほか、小寫「派遣法の改正——公益委員案にみる新たな期間制限」『月刊人材ビジネス』三三〇号(平成二六年一月)二六頁以下、二七頁を参照。

(35) 通達の引用は、『労働法令』四卷六号(昭和二六年三月上旬号)二六頁以下、二七頁による。なお、本文にいう解釈例規集とは、厚生労働省労働基準局編『労働基準法解釈総覧「改訂一四版」』(労働調査会、平成二三年)を指す。

(36) なお、調整規定の例としては、過半数代表制との関わり(労使協定の締結)を不要とすることを目的とした、地公法五八条四項による労基法三二条の二第一項、三四条二項、三七条三項および三九条四項の読み替えが参考になる。読み替え後の規定については、小寫・豊本・前掲(注13)一五—一六頁を参照。