

公法判例研究

石 龍 潭

1. いわゆる第三セクター方式により設立された株式会社に派遣された県職員に対する給与支出が違法であるとされた事例
2. 県といわゆる第三セクターとの間で締結された県職員を同社に派遣してその給与を県が負担することを内容とする協定が私法上無効であるとはいえないとされた事例
3. 県がいわゆる第三セクター方式により設立された株式会社との間で県職員を同社に派遣してその給与を負担することを内容とする協定を締結して派遣職員に給与を支出したことにつき知事に過失があるとはいえないとされた事例

最高裁平成16年1月15日判決（職員給与支出差止等請求事件）判例時報1850号30頁

〔事実の概要〕

本件は、岡山県（以下「県」という。）の住民が、第三セクターに派遣された県の職員に対する給与支出は違法であると主張して、地方自治法（平成14年法律第4号による改正前のもの。）242条の2第1項4号に基づき、県に代位して、第三セクターに対しては不当利得の返還として、県知事に対しては損害賠償として、既払給与相当額の支払いを求めた住民訴訟である。

最高裁判決に至るまでの経緯は、次の通りである。

(1) 県は、倉敷市内にデンマークのチボリ公園を模範とした公園を建設することが、県の都市政策、余暇施策、高齢化施策及び文化施策の一環として

県民共通の利益となり、合わせて投資による波及効果、雇用の創出、滞留型観光資源の創造、豊かなライフスタイルの拠点の整備、国際交流の振興、県の活性化、イメージアップ、魅力ある地域づくりなどにも資するものであって、きわめて公共性の高い事業であると位置づけ、これを県の総合福祉計画に組み入れて推進することとした。

(2) 平成2年2月20日、本件第三セクターは、上記事業に関わる倉敷チボリ公園の建設、管理運営のため県と民間共同で設立された。設立当初の資本金は48億円であり、そのうち5億円を県が出資した。その後、県の出資割合は、約12%から24%で推移しており、県知事及び倉敷市長が会社の役員に就任している。

(3) 県は、平成2年2月20日、本件第三セクターとの間で、県の職員を同第三セクターに派遣してその業務に従事させるとともに、派遣した職員の給与等を県において負担することなどを定めた協定を締結した。県は第三セクターとの間で、毎年これと同趣旨の協定を締結（更新）し、同日から同9年3月31日までの間、2人から6人、延べ13人の職員派遣及び給与等の支出を継続した。

(4) 県（県知事）は、本件職員派遣に際し、本件免除条例（岡山県職務に専念する義務の特例に関する条例・昭和28年岡山県条例第49号）2条3号、本件免除規則（岡山県職務に専念する義務の特例に関する規則・昭和28年岡山県人事委員会規則第10号）2条2号に基づき、本件派遣職員の職業専念義務を免除した。これと併せて本件給与条例（岡山県職員給与条例）14条の承認を黙示的に行った。

(5) 平成4年6月24日、岡山県監査委員会に対し、地方自治法242条1項に基づき、本件公金支出の停止、職員派遣の停止、支払済み給与相当額の返還などを内容とする住民監査請求をしたところ、上記監査委員会は、同年8月18日、上記監査請求を棄却し、その旨の監査結果を通知した。

(6) 平成8年2月27日、平成13年6月28日、1審岡山地裁判決と2審広島高裁岡山支部判決がそれぞれ言い渡された。1審2審とも、派遣職員に対す

る給与支出は違法であり、第三セクターは支払われた給与相当額を返還する義務があるとして、第三セクターに対する不当利得返還請求を一部認容する一方、県知事の故意過失を肯定することはできないとして、県知事に対する不法行為による損害請求を棄却すべきものとした。

(7) 原判決を不服として、住民ら、第三セクター双方が最高裁に上告受理申し立てをした。

〔判旨〕

本判決では、(1) 第三セクターに派遣された職員に対する給与支出の適否、(2) 第三セクターの不当利得の成否(県と第三セクターとの間の給与負担に関する協定の効力)、(3) 県知事の不法行為の成否(故意過失の有無)、の3つが争点となった。

争点(1)につき、本判決は、最高裁平成10年4月24日判決の判断基準を援用した上、これを本件についてみると、「①本件職員派遣は、第1審被告会社との連絡調整の必要のみでなく、第1審被告会社が設立されたばかりで事業収入がなく、十分な人材を確保していないことを考慮して行われたものであった、②第1審被告会社は営利を目的とする株式会社であり、その具体的な事業内容は遊園施設等の経営であった、③本件派遣職員が従事した職務の内容は、第1審被告会社の組織体制の確立、社員教育、資金調達等、第1審被告会社の業務全般に及んでいた、④第1審被告会社には、常時2人から6人の職員が派遣され、派遣人数は述べ13人、派遣期間は約7年間に及んだというのであるから、第1審被告会社が県の推進する倉敷チボリ公園の建設、運営のために県等が出資して設立された株式会社であること等を考慮しても、本件職務専念義務の免除が本件免除規則2条2号所定の要件を満たすものであるということとはできず、本件承認は、地方公務員法24条1項の趣旨に反する違法なものというべきである。そうすると、本件承認を是正することなく、これを前提にして行われた本件派遣職員に対する給与支出は違法というべきであ」とした。

以降の検討においては、専ら争点（1）の部分を検討素材とすることから、争点（2）、（3）については、結論部分のみ簡単に紹介する。争点（2）と争点（3）では、本件協定締結当時における地方公務員の派遣状況やこれに関する学説・判例の議論状況に加え、本件職員派遣及びそれに伴う給与支出が条例等の定める法的手続きを踏まえた上で行われたものであったこと等を考慮し、本件協定が私法上無効であるということとはできないとして、第三セクターの不当利得を否定し、県知事には過失はないとして、その損害賠償責任を否定した。

〔評釈〕

1. 本判決の意義

これまで第三セクターの職員派遣をめぐる最高裁判決と言え、よく最高裁昭和58年7月15日判決（民集37巻6号849頁）、最高裁平成10年4月24日判決（判例時報1640号115頁）が関連判例として挙げられてきた。しかし、周知のように、この2つの判決は、派遣先がそれぞれ「森林組合」と「商工会議所」であり、本件のような、地方公共団体がその職員を当該地方公共団体の行政組織以外の団体に派遣し、その給与を派遣元の地方公共団体で支弁することが争われた住民訴訟であるという点において、第三セクターのそれと共通しているものの、後述するように、一般に認識された第三セクターと見るのは困難であると思われる。例えば、前記「商工会議所」は、商工会議所法（昭和28年8月1日法律第143号）に基づき、「その地区内における商工業の総合的な改善発達を図り、兼ねて社会一般の福祉の増進に資することを目的」（同法6条）として、当該地区内の商工業者により設立された法人である。広義の公益法人に見ることができ（同法4条参照）、地方公共団体により設立されたものではないため、第三セクターに該当するものではない。本判決は、おそらく第三セクター、特に株式会社形態のそれへの職員派遣問題に関するはじめての最高裁判決であり、理論上及び実務上参考になるものと思われる。

本判決は、前記最高裁平成10年4月24日判決の示した判断枠組みに従って検討を加えた上、本件職員派遣及び給与支出は違法であると判断したものである。この検討部分では、本判決の流れに沿って検討を行うこととするが、まず先に、本件で問題となった第三セクターについて見ておく。

2. 第三セクター

(1) 第三セクターとは

第三セクターの概念について、簡単に言えば、法的には未だ確定されていない。これまで設立目的、法人形態、出資割合、業務分野等の見地から様々な概念構成が試みられており、使用する者によって異なるのが現状である¹⁾。その中で、第三セクターとは、地方公共団体（第一セクター）と民間（第二セクター）が共同出資して設立する民商法上の法人である、とするのが一般的であると思われる。

しかし、この通説的な概念でさえ、旧自治省が「第三セクターに関する指針」²⁾の中で定義した第三セクター概念、すなわち、「第三セクターとは、地

- 1) 第三セクターの概念等に関する研究として、主に次のようなものが挙げられる。拙稿「いわゆる第三セクターに関する行政法学的考察（1）」北大法学論集54巻6号(2004年)57-94頁、山下淳「第三セクターの性格と位置づけ」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点〔第3版〕』ジュリスト増刊(有斐閣, 2004年)148-149頁、遠山嘉博「第三セクター—地域開発における新しい経営形態の実験」公益事業研究27巻1号(1975年)27-60頁、同「第三セクター」『現代公企業総論』(東洋経済新報社, 1987年)第10章、同「第三セクター再論—定義の再考と近年の変容—」公益事業研究42巻3号(1991年)1-29頁、平河一郎「第三セクター」という言葉」自治時報45巻1号(1992年)10-23頁、今村都南雄「第三セクターの概念と国会審議」行政管理研究センター監修今村都南雄編著『「第三セクター」の研究』(中央法規, 1993年)第1章、同「第三セクター観の変容—問われる既成概念」北海道自治研究308号(1994年)2-11頁、前田成東「第三セクターと「サード・セクター」」行政管理研究センター監修今村都南雄編著『「第三セクター」の研究』(中央法規, 1993年)第2章、同「第三セクターの概念にかんする—考察」中央大学法学新報100巻5-6号(1994年)301-320頁、砂川福七郎「都市開発における第三セクター方式の役割と限界」都市問題72巻12号(1981年)28-39頁、寺尾晃洋「第三セクターの変遷と課題」都市問題79巻7号(1988年)3-15頁、同「第三セクターの歴史的展開」関西大学商学論集35巻4号(1990年)117-144頁などである。
- 2) 地域政策研究会編『最新地方公社総覧1999』(ぎょうせい, 2000年)1515頁。

方公共団体が出資・出捐を行っている商法法人及び民法法人をいう」との間に、明らかに齟齬があることに注意されたい。前者が出資等の民間による参入を前提としているのに対して、後者の場合は必ずしも民間の要素が要求されていないからである。

本件で問題となった第三セクターは、前にも述べたように、平成2年2月20日において倉敷チボリ公園の建設、管理運営のために、県、商工会議所及び地元企業共同で設立された法人である。設立当初の資本金は48億円であり、そのうち5億円を県が出資した。その後、県の出資割合は、約12%から24%で推移しており、県知事及び市長が同第三セクターの役員に就任している。通説的な見解から見ても、国の公式的見解から見ても、本件の派遣先は典型的な第三セクターであるといえる。

(2) 第三セクターの行政法上の位置づけ

第三セクターの行政法における位置づけについて、これは更に行政作用法上と行政組織法上の位置づけとに分けられる。これまでの日本行政法の理論からすると、第三セクターは民商法上の法人であり、一般の民間法人と基本的に同視すべきであるとされ、行政作用法上の位置づけはなされていない。また、行政組織法上の位置づけについては、数少ない研究業績の中で、異論がないわけではないものの³⁾、塩野宏教授が指摘されるように、第三セクターは、「サービス内容それ自体、あるいはその地域振興の効果にかんがみれば、一定の公的要素をもつものであるが、組織形態としては、行政主体性をもつものではない」⁴⁾、すなわち第三セクターは行政主体に該当せず、行政組織

3) 例えば、三橋良士明「第三セクターの民主的統制」室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』（法律文化社、1991年）375頁は、第三セクターの法的地位を「法形式上は商法に定める通常の手続きによって設立された法人であり、その活動は、当該法人の責任において、当該法人の行為として行われるものである」としつつも、第三セクターの実態に着目し、従来の日本行政組織法上行政主体概念の解釈に一定の緩和・拡大を施すとする前提で、第三セクターを「行政組織の一種として位置づけること」が一応考えられるとしている。また、ほぼ同旨のものとして三橋良士明「第三セクターの法的地位と規制のあり方」住民と自治337号（1991年）30頁がある。

4) 塩野宏『行政法Ⅲ第2版行政組織法』（有斐閣、2001年）92頁。

法の及ばない地位にあるとするのが主流であると思われる。

しかし、ここで注目に値するのは、行政法上第三セクターの行政主体性を否定しながらも、行政組織法上の争点として扱われていることである⁵⁾。第三セクターの明確な位置づけは未だなされていないが、これからも地方行政の実施主体の一つとして考えるのであれば、かかる作業が不可欠であろう。

本判決は、本件第三セクターについて、「第1 審被告会社は営利を目的とする株式会社であり、その具体的な事業内容は遊園施設等の経営」であるとしている。1 審岡山地裁平成8年2月27日判決（判例時報1586号64頁）において示された「一私企業」、及び2 審広島高裁岡山支部平成13年6月28日判決（判例地方自治224号62頁）において示された「法的には営利を目的とする株式会社」といった認識と比べると、多少の温度差も見られるものの、基本的には見解が一致しており、通説的な立場に立ったものと思われる。

以上、2 では、第三セクターの概念とその行政法上の位置づけを検討した。ここで、再度確認しておきたいことは、今日では、第三セクターの概念から、その行政法上の位置づけに至るまで、論者によって視点の座標・広狭が異なっており、それに関わる行政法上の理解も未だ確立したものとは言いがたいのが現状であるということである。以下3 では、本判決の判断枠組みに沿って検討を加える。

3. 第三セクターへの職員派遣の適否

地方公共団体が、本件のような観光資源の開発等をするに当たり、自治体の経費を節減し、民間の活力等を導入するために、第三セクターを設立し、これに対する自治体からの支援の一環として職員を派遣することは必ずしも珍しいことではない。総務省（旧自治省）が3年ごとに行っている「地方公社等に関する調査」の結果によると、平成14年1月1日現在、65,102人の地方公務員（そのうち役員として派遣されたのは28,748人、職員として派遣さ

5) 山下・前掲注1) 148頁、三辺夏雄「第三セクター論」成田頼明編『行政法の争点(新版)』ジュリスト増刊(有斐閣、1990年) 112頁。「特集2002年学界回顧」法律時報74巻13号・通巻925号(2002年) 33頁。

れたのは36,354人である)が地方公社等に派遣されていることが分かった⁶⁾。また、筆者が北海道地区、特に札幌市における9団体に対して実施した実態調査によれば、殆どの第三セクターは行政からの派遣職員を受け入れていることが明らかになった⁷⁾。

しかし、従来の地方公務員制度においては、地方公務員法に営利企業等の従事制限の規定が設けられていること(同法38条)からも分かるように、民間企業は言うまでもなく第三セクターとの人事交流も本来的には予定されておらず、また、統一的な派遣方法も規定されていなかった。行政が第三セクターに職員を派遣する場合、その法的根拠はどこにあるのか、身分規定や派遣職員の処遇はどうすべきか等の問題について、法的な明確化が求められていた。平成14年4月にようやく公益法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律(以下「公益法人等派遣法」という)が施行された。以下において、公益法人等派遣法を軸に第三セクターへの職員派遣問題を当該法律施行前と施行後に分けて簡単に検討を加えることにする。

(1) 公益法人等派遣法施行前の職員派遣

第三セクターへの職員派遣について、地方自治法及び地方公務員法等に特段の規定がないため、その適法性や給与負担、身分関係等につき種々の議論が生じていた。そこで、地方公共団体は、この違法性を回避し、同時に派遣職員の身分上の不利益を減少させ、派遣職員が安心して職務に専念できるようにする等の考慮から、従来の法律の枠組の下で、実務上の工夫として、①退職による派遣、②休職による派遣、③職務専念義務免除による派遣、④職務命令による派遣、のいずれかをとっていた。

しかし、退職、休職、職務専念義務免除及び職務命令等の派遣形式は、いずれも在来制度の拡大解釈や運用により行われたものであり、第三セクターに地方公共団体の職員を派遣する根拠なり、派遣職員の身分取り扱いを保障

6) 地域企業経営研究会編『最新地方公社総覧2002』(ぎょうせい, 2003年) 35-38頁。

7) この実態調査の結果の詳細について、拙稿「いわゆる第三セクターに関する行政法学的考察(2)」北大法学論集55巻4号(2004年) 279-316頁を参照されたい。

することを目的とした制度ではない点において共通しており、そこにはこれら派遣形式の限界があると思われる⁸⁾。

(2) 公益法人等派遣法施行後の職員派遣

平成14年4月から施行された公益法人等派遣法は、その第1条が示しているように、職員派遣の適正化、手続きの透明化、派遣職員の身分取扱いの明確化を図るため統一的なルールを設定し、これによって地域における人材の有効活用を通じて官と民との適切な連携協力による地方公共団体の諸施策の推進を図ることを目的としている。同法によって、地方公共団体が第三セクターに職員派遣を行う統一的なルールが確立され、職員派遣が名実ともに合法化された。特に法律による行政の原理からすれば、同法は現行地方公務員制度において分水嶺的な意義をもつものと言えよう⁹⁾。

公益法人等派遣法においては、大きく分けて2種類の派遣制度が用意されている。すなわち、地方公務員の身分を保有したまま民法上の公益法人等の業務に従事する職員派遣制度と、職員が退職した上で商法上の営利法人の業務に従事して、派遣期間が満了した場合等に再び採用する退職派遣制度の2つの制度がある。前者は地方公務員の身分が維持されるため、公務員型と言えるのに対して、後者は派遣期間において地方公務員の身分をしばらく放棄せざるを得ないので、非公務員型と言えよう。

公益法人等派遣法の派遣枠組みの下では、派遣職員の給与支出について、職員派遣制度と退職派遣制度のいずれの場合も支給しないことを原則としている¹⁰⁾。

8) 退職、休職、職務専念義務免除及び職務命令等の派遣形式の問題点等について、拙稿「いわゆる第三セクターに関する行政法学的考察(3)」北大法学論集56巻2号(2005年)を参照されたい。

9) 公益法人等派遣法の意義と問題点については、内田憲治「第三セクター等への自治体職員派遣で新たな制度を創設—公益法人等地方公務員派遣法案」立法と調査217号(2000年)32頁以下を参照されたい。

10) しかし、前者(職員派遣制度)の場合、委託業務や共同業務等に限って、条例で定めるところにより給与を支給することが可能であるとされている。

したがって、新しい法制度の下では、本件のような場合、営利を目的とする株式会社として設立された第三セクターに地方公務員の身分を保有したまま職員を派遣することは許されず、派遣職員に対する給与支出も許されないと考えられる。

(3) 本判決の判断

本判決は、公益法人等派遣法施行前の事案についての判断である。前にも述べたように、本判決は、最高裁平成10年4月24日判決の判断枠組みを援用して判示したものである。前記最高裁判決の判断枠組みは、次のようにまとめることができる。すなわち、①職務専念義務免除の適否と給与条例上の勤務しないことの承認の適否とをそれぞれ判断すべきこと、②職務専念義務免除及び勤務しないことの承認について明示の要件が定められていない場合であっても、処分権者がこれを全く自由に行うことができるというものではなく、両者の適否の判断の仕方としては、それぞれ地方公務員法30条、35条、24条1項の各趣旨に違反しないかどうかを判断すべきこと、③派遣目的、派遣先の性格および業務内容、派遣期間、派遣人数等諸般の事情を総合的に考慮して、職務専念義務免除及び勤務しないことの承認の適否を判断すべきである。

これを受けて、本判決は、本件第三セクターの業務内容と県の行政目的、派遣職員の職務内容と県の行政目的達成等の関係から検討した結果、本件職員派遣は必ずしも県の事務事業上の必要性のみから行われたものではないことと、第三セクターの事業内容の公共性は必ずしも高くなく、派遣職員も必ずしも県と関係の深い職務に従事していたわけではないこと、及び派遣が恒常的なものであったこと等を論拠に、第三セクターが県の推進する事業を行うために県などが出資して設立された法人あることなどを考慮しても、本件職務専念義務の免除及び本件承認の適法性を肯定することはできず、本件承認を前提として行われた給与支出は違法であると判断したものである。

第三セクターへの職員派遣の適否をめぐり、これは市民サービスの低下を

招かないための時限措置であり、できるだけ早期に引き上げるべきであるという意見と、業務を委託している以上職員派遣は当然であるとの意見の両論がある。それと同時に、最近、本件のような給与も負担するケースが見られるため、住民が地方公務員法の職務専念義務規定等に違反しているとして、住民訴訟を起こす動きが相次いでいる。第三セクター等への職員派遣は地方公務員法違反とする判決も見られる。近年の実績から見れば、職員派遣や給与支出を違法とした裁判例には、本件の1審、2審と最高裁判決のほか、浦和地裁平成4年3月2日判決（行集43巻3号269頁）、東京高裁平成6年10月25日判決（行集45巻10・11号1868頁）、横浜地裁平成5年4月28日判決（判例地方自治113号14頁）、岡山地裁平成6年3月22日判決（労働判例658号75頁）、広島高裁岡山支部平成7年2月28日判決（労働判例683号98頁）、東京高裁平成11年3月31日判決（判例時報1677号35頁）、等がある。これらの判決は、判決内容自体が異なるほか、同じ事案についても判断が分かれているし、また、同じ結論に至った判決においても、その理由付けには齟齬がある。しかし、本件最高裁判決をはじめ、裁判例には地方公共団体の給与負担を伴う職員派遣を厳しく限定しようとする姿勢がうかがえよう。

なお、前にも述べたように、平成14年4月から施行された公益法人等派遣法の下では、本件のような営利を目的とする株式会社として設立された第三セクターに地方公務員の身分を保有したまま職員を派遣することも派遣職員に対する給与支出も許されないことに注意されたい。

4. 本判決の射程

結論から言えば、本判決の判断は妥当であり、賛成である。本判決の判断基準は基本的に前記最高裁平成10年4月24日判決のそれを踏襲したものであるが、前記最高裁判決が、「必ずしも議論が熟していない状況の中で、今後の判断のためのいわば土俵を提示した判決として実務上参考になるもの」¹¹⁾に過ぎないとされたように、当該判決によって、同類事案に関する判断基準

11) 判例時報1640号117頁。

が確立された訳ではない。本判決を経て、前記最高裁判決の用いた判断基準(196頁参照)が示されたと言ってもよかろう。本判決は、地方公共団体による第三セクターへの職員派遣に一定の歯止めをかける効果をもたらすことになるかと期待されよう。

しかし、本判決にはいくつかの問題点もあろう。

第一に、本判決は、前述したように株式会社形態の第三セクターへの職員派遣の適否等に関する最初の最高裁判決であるにもかかわらず、未だに法的に確定されていないと言われる第三セクターの概念について、言及していないし、また、第三セクターの性格についても、「第1審被告会社は営利を目的とする株式会社である」として、下級審の判断を踏襲したにとどまっている。

第二に、本判決は職務専念義務免除と勤務しないことの承認との適否をそれぞれ判断すべきであるというアプローチは、職務専念義務免除以外の派遣形式にも妥当するのか、果たして普遍的な基準となりうるのかについて、最高裁平成10年4月24日判決と同様、明確な判断を行っていない。また、法的には職務専念義務免除と勤務しないことの承認は別個のものであるが、本件もそうであるように、行政実務上、必ずしも厳格に区分されていない。このような場合、いかに評価すべきか、問題となろう。

第三に、公益法人等派遣法の派遣枠組みの下では、営利を目的とする株式会社として設立された第三セクターに地方公務員の身分を保有したまま職員を派遣することは許されず、派遣職員に対する給与支出も許されないとされた以上、同法施行直後の最高裁判決として、今後本件のような職員派遣及び給与支出は違法となることを明確に宣言すべきであったのではなかろうか。