HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	いわゆる第三セクターに関する行政法学的考察(5・完)
Author(s)	石, 龍潭
Citation	北大法学論集, 57(3), 1-41
Issue Date	2006-09-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/14807
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	hogakuronshu57-3-1.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

いわゆる第三セクターに関する行政法学的考察（5・完）

石　龍　潭

目　次

序論
第一章　いわゆる第三セクターの概念
第一節　概観
第二節　概念の由来と変容

第三節　類似概念との比較
第四節　試論—第三セクターの概念を行政法学上いかに構成すべきか
第二章　第三セクターの実態
第一節　設立状況
第二節　第三セクターの実態—事例分析
第三節　まとめ
第三章　第三セクターに関する法的考察
第一節　第三セクターへの職員派遣
一　問題の提起
二　従来の地方公務員派遣制度
三　職員派遣の可否
四　公益法人等派遣法施行前の職員派遣
五　公益法人等派遣法施行後の職員派遣
六　小括
第二節　第三セクターへの天下り
一　問題の提起
二　天下りの適否
三　天下りに対する現行法上の規制
四　いかに規制すべきか
第三節　第三セクターの情報公開
一　問題の提起
二　第三セクター情報公開の必要性
三　現行の情報公開制度とその問題点

（以上第五四巻第六号）

（以上第五五巻第四号）

（以上第五六巻第二号）

四　学説・裁判例の動向
五　第三セクター情報公開の法制化について
第四節　第三セクターの性格
一　問題提起
二　第三セクターの公共性ないし公益性
三　第三セクターの企業性
四　第三セクターの公共性ないし公益性と企業性
五　行政法学における第三セクターの位置づけ
第五節　第三セクターの改革
一　問題提起
二　第三セクターの改革の必要性
三　第三セクターの改革の視点
四　第三セクターの改革の方向性
おわりに

（以上第五六巻第五号）

（以上本号）

第四節　第三セクターの性格

一　問題提起

第三セクターは行政であるか、それとも企業であるか。その行う事業は官業であるか、それとも民業であるか。第三セクターの法的性格ないし位置づけについては、第三セクター自体においてのみならず、行政サイドにおいても、また

従来の日本行政法理論による第三セクター研究においても、必ずしも十分議論されておらず、明確な回答を得ることができないようである。

例えば、札幌市における第三セクターの老舗とも言われる札幌振興公社においては、同公社のパンフレットによれば、その設立の趣旨として、「本公社は、昭和三二年に本市公共用地の先行取得事業を主たる目的として設立されたが、昭和四八年に札幌市土地開発公社が設立されたことにより、公共用地先行取得事業が大幅に縮小されたが、平成六年以来、事業の再検討を行い、都市基盤・都市施設の整備を担う公共デベロッパーとして「札幌市の町づくり」に民間活力として投資することを使命としている」（傍点引用者）とされている。文面からすれば、札幌振興公社はいわゆる「公共デベロッパー」と「民間活力」のどちらに該当するか、必ずしも判然としない。

また、本論文の冒頭及び第二章「第三セクターの実態」にも取り上げたように、二〇〇一年六月に札幌市前助役が第三セクターである札幌副都心開発公社社長に就任したのをはじめとして、市幹部一一人の第三セクターへの再就職が相次いで決まったことについて、札幌市は、第三セクターが極めて公共性の高い事業を行うという理由を挙げて、市役所における勤務経験がある職員の再就職に理解を求めている。

しかし、ここで想起されなければならないのは、その三年前の一九九八年に、札幌市が札幌リゾート開発公社へ天下った元中央区長に基準超過報酬を支給したことについて、「基準を守るよう頼んでいるが、財団と違って民間色が濃いので強く指導できない」[1]（傍点引用者）とされていることである。ここで「民間色が濃い」を、「公益性が低い」と解することにさほど無理はないであろう。第三セクターの性格に関する札幌市の解釈はどうも自分の都合のよいように使い分けており、前後矛盾しているのではないかという印象を拭い切れない。

なお、やはり第二章で取り上げた事例であるが、財団法人札幌勤労者職業福祉センターにおいて、主たる「公益事業」

とされたプール事業について、「低料金」と「中学生以下の無料化」がその公益性のメルクマール（証し）として紹介されたが、しかし、「低料金」と「中学生以下の無料化」は市からの補助金を受けてから初めてできたものである。また「中学生以下の無料化」は、実は一九九九年七月から実施されたものであり、同第三セクターが設立された時点から行われていたわけではなかったことが今回の実態調査で分かった。では、「中学生以下の無料化」が実施されるまでの期間については、同第三セクターにおける公益性はどう評価すべきであろうか。

これまでの日本行政法理論からすると、第三セクターが民商法上の法人であるため、行政作用法上一般の民間法人と何ら異なるところなく、また、行政組織法上の位置づけとしては、それは行政主体に該当せず、行政組織法の及ばない地位にあり、通常の民商法法人と同一の地平で捉えることができると解されてきている。しかしながら、今回の実態調査を通じてその実態を見ると、確かに設立の根拠法、業種業態等においては、第三セクターは民間法人と非常に接近していると認めなければならないが、他方では、公益法人形態であれ、株式会社形態であれ、行政による直接・間接的な関与が存在することからも、また、それぞれの設立目的から明らかなように、第三セクターはいずれも地方公共団体が一定の行政目的を実現するために採用した手段ないし組織であり、私人の自発的意思に基づいて設立される法人とは異なることが明らかである。

「ヤヌス」、「地方公共団体の別働隊」、「公私のネットワーク（癒着）そのもの」、「形は民間組織、中身は行政組織の奇怪な生き物」などとも言われる第三セクターの性格は、いかなるものであるか。以下では、第三セクターの公共性ないし公益性、第三セクターの企業性、第三セクターの位置づけ、行政主体論の順に、この問題について考察を行うことにする。

二　第三セクターの公共性ないし公益性[2]

（一）これまでの見解と分析

日本においては、第三セクターの公共性ないし公益性については言うまでもなく、行政自体における公共性ないし公益性についても、行政法の未解決問題の一つとされるところである[3]。その理由として、公共性ないし公益性自体が多義的であることがしばしば指摘されるが、他方においては、時代の進展と共に行政の公共性ないし公益性に対する理解が変化していくことも一因であると考えられる[4]。公共性ないし公益性は多義的であるがゆえに、その具体的内容を確定する作業は決して容易なものではない。

第三セクターも含む、地方公共団体による経済的活動の公共性ないし公益性について、従来なされた議論を簡単に回顧すると、ある論者によれば、①その設立目的は直接住民の利益を図る場合に限るか、それともその収益によって間接的に地域住民の利益になる場合も含むべきか、②第三セクターの事業内容そのものが素材的性格において公共性を有するかどうか[5]、③事業の利用者ないし受益者の普遍性が公共性の要件となるか否か、等の問題が論じられてきた[6]。

①について、戦前において学説の対立があったものの、今日においては、地方公共団体の経済活動について、公共目的が直接的なものであるかどうかは余り問われないようである。この点については、まさに第三セクターがその例証となる。旧自治省の「第三セクターに関する指針」（自治政第四五号一九九九年五月二〇日）の中では、第三セクターが「行政補完型」と「公民協調型」とに分類されている。前者は、社会的便益が広く地域にもたらされる事業等を行う第三セクターであり、後者は、民間資本を中心とする事業であるが、地方公共団体が資本参加をする必要があると認められる事業を担う第三セクターであるとされている。前者の設立目的は直接住民の利益を図るということができるのに対して、後者は必ずしもそうとは限らないであろう。

これに対して、②については、前出した財団法人札幌勤労者職業福祉センター（札幌サンプラザ）や株式会社札幌リゾート開発公社を例にとって見れば、ホテルにせよ、スキー場にせよ、いずれも民間とほぼ同じ事業を展開しており、民間の同業者と比べると、その公共性ないし公益性が一体いかなるものであり、どこにあるかは、必ずしも明確ではなく、議論の余地があろう。

また③については、地方自治法一〇条との整合性が問題となる。同条は、住民は地方自治体の提供する役務を等しく受ける権利を有するとしている。しかし、第三セクター、特に商法上の株式会社形態をとるそれは、その提供するサービスが多種多様であるため、そもそも地域住民全体を対象としない場合もないわけではないので、その公共性ないし公益性の有無の判断は決して容易ではない。第二章において取り上げた北海道ちほく高原鉄道株式会社の場合、事業の利用者ないし受益者の普遍性の見地からすれば、問題がないようである。これに対して、札幌道路維持公社の場合、道路を維持することによって一般利用者の利益に貢献しているところに着目をすれば、問題が少ないが、商法上の株式会社でありながら、民間から仕事を受けないし、民間を相手にしないでいるところに目を配れば、事業の利用者ないし受益者の普遍性の見地からすると、議論の余地があろう。

（二）裁判所の判断

第三セクターの公共性ないし公益性について、行政法理論のみならず判例においても必ずしも充分議論されておらず、判断が動揺しているようである。本章第一節「第三セクターの職員派遣」の中に取り上げた諸判決（本誌第五六巻第二号二九四－三〇二頁参照）からすれば、第三セクター自体について、公益法人であれ、株式会社であれ、法人形態を問わず、いずれも第三セクターが地方公共団体に属するものではなく、またその事務も地方公共団体の事務と同一視でき

ないとされた点において共通しているものの、第三セクターの公益性の度合いに対する認識には一定の温度差があった。本章第三節「第三セクターの情報公開」において取り上げた同一第三セクターに対する複数の判決（本誌第五六巻第五号二〇七―二一一頁参照）の中で、第三セクターの法律上の性格に注目して基本的に「営利法人」と見る立場をとっている判決もあれば、逆に第三セクターの公益性もしくは公共性を重視する判決もあり、また折衷的な判決もあった。他方では、いわゆる「二一世紀ひょうご創造協会事件」（本誌第五六巻第二号三〇一―三〇二頁参照）をめぐって、第一審は、第三セクターの業務は公益的な色彩の強いものとはいえ、地方公共団体の業務と実質的に同視できるほどの性質のものではないとしているが、控訴審においては、同第三セクターについて、実質的に地方公共団体の業務と同一視でき、第三セクターの業務は公益性が相当高いと判断されている。

このように、第三セクターの公共性ないし公益性について、裁判所の判断には、第三セクター自体の複雑多様性等により仕方ない面も否定できないが、一定の動揺が存在すると認められなければならない。しかしながら、これまでの判決からこの問題を解決するための手がかりを見出すことができるのではないかと思われる。日韓高速船補助金訴訟がその適例である。これは、経営が行き詰まった山口県下関市の第三セクター「日韓高速船」の負債を肩代わりするため、市が同第三セクターに補助金を交付したのは違法として、同市在住の団体職員らが当時の市長を相手取り、補助金相当額を市に賠償するよう求めた住民訴訟である。同訴訟の第一審山口地裁平成一〇年六月九日判決（判例地方自治一八〇号一九頁）は、補助金の交付の公益性について、「住民の利益との因果関係を客観的に検討すべき」であるとし、「公益性」を厳格に捉える一つの判断基準を示した。これに対して、控訴審の広島高裁平成一三年五月二九日判決（判例地方自治二二四号二六頁）は、地方自治法二三二条の二に規定する公益上の必要性に関する判断に当たっては、長に一定の裁量権があると解される一方、その裁量権は全くの自由裁量ではないとした上で、当該裁量権行使の際、地方公共団体

の長は、住民の多様な意見及び利益を勘案し、補助の要否は、当該地方公共団体の地理的・社会的・経済的事情及び行政施策のあり方等諸般の事情を総合的に考慮した上での政策判断を要するものであるとしている。判断の趣旨と枠組は原審と異なるものの、原審と同様「公益性」を厳格に捉え、裁量権の逸脱・濫用の有無を判断する際に地方公共団体住民の利益を十分に考慮することを要求する姿勢が窺われる。両判決とも直接には経営破綻に陥った第三セクターの補助金交付の公益性等に関する司法判断であるが、第三セクターの公共性ないし公益性についても触れられており、特に一審判決は、「これまであいまいな形のまま自治体が使用してきた、「公益性」という抽象的な言葉に対し、「住民の利益との因果関係の有無」という、司法として明確な〝判断基準〟を示した」[7]判決として注目されている。同訴訟の最高裁平成一七年一一月一〇日判決（判例時報一九二一号三六頁）は、「市の事業とのかかわりや市議会で可決された経緯などを踏まえると、公益上の必要があるとした市長の判断に裁量権の逸脱があったとはいえない」として公益性を認めたものの、日韓高速船補助金訴訟は、第三セクターの公共性ないし公益性について、一つの判断基準を提供しているように思われる。

（三）私見

ここまで述べてきたように、第三セクターの公共性ないし公益性は非常に難しい問題であると認めざるを得ない。その難しさは二つの側面を有していると考えられる。一つは、第三セクターの公共性ないし公益性自体をいかに定義するかであり、もう一つは、いわゆる方法論ないし手続論の問題、すなわち誰がいかなる手続でそれを決めるかである。前者については、先程紹介した地方公共団体による経済的活動の公共性ないし公益性に関する従来の議論からも分かるように、第三セクターの設立目的に着目して議論することもできれば、同時に第三セクターの事業内容及び事業の利用者

に着目して検討することも可能であろう。後者については、第三セクターの公共性ないし公益性の有無を判断するに際して、第三セクター自体、設立者、利用者の利益が複雑に絡み合っているため、誰が、そしていかなる手続でそれを決定するのが問題となろう。

それでは、第三セクターの公共性ないし公益性は、いかにして判断すべきであろうか。ここまで述べてきたように、公共性ないし公益性は多義的であるのみならず、第三セクターそれ自体が複雑かつ多種多様であることに鑑みれば、次のように考えるべきであろう。

第一に、第三セクターの公共性ないし公益性については、実体面でだけではなく手続面で確立・確定するのが妥当である。出資段階や運営段階及び後始末段階においてそれぞれ現行法上履行されるべき手続が適切になされているかどうか、それを常時チェックすることが重要である。

第二に、第三セクターの公共性ないし公益性を確保するために、議会や地域住民による民主的統制及び情報公開の活用等も有効である。

第三に、前述した日韓高速船補助金訴訟における「住民の利益との因果関係の有無」という視点からの判断が求められる。例えば、レストラン経営やワイン製造のような事業については、一見公共性ないし公益性に乏しい感も否めないが、地元の特産品の販売促進や葡萄産地の産業振興等の事情がある場合、地方公共団体が第三セクターを設立してこうした事業を行うことにもそれなりの公共性ないし公益性が首肯されよう。

三　第三セクターの企業性

これまで第三セクターの公共性ないし公益性について論じてきたが、行政目的達成のため住民の税金で設立されたも

のであるが故に、公共性ないし公益性が求められることは当然といえば当然であろう。しかし、第三セクターはあくまでも独立した法人であり、自立的な経営を行うことが予定されており、自己責任の原則が働いている。特に株式会社形態のそれは、民間法人と同様、市場経済下の激しい競争にさらされており、その競争力が問われている。したがって、公共性ないし公益性と並んで第三セクターがもう一つの特性を持つことは決して忘れられてはならない。それが、すなわち第三セクターの企業性である。

第三セクターの企業性とは何かという問題は、その公共性ないし公益性と同様、企業性という概念自体が多義的であるがゆえに、その具体的内容を明確にするのは難しい。第三セクターの企業性をめぐるこれまでの議論から見れば、「第三セクターの定義には、営利的なニュアンスを忘れることはできない」[8]という叙述に象徴されるように、商法法人、そのうち特に株式会社のそれに限定して、営利性を中心に論じられてきたと考えられる[9]。確かに、第三セクターの企業性を単純に営利性として捉えるとすれば、言うまでもなく公益法人形態のそれは当初から論述の土俵から除外されなければならない。公益法人はそもそも営利を目的としない法人であるはずだからである。もっとも、第三セクターの企業性については、営利性と並んで、独立した法人としての自立性・独立性・自己採算性等の意味もあり、両者を分けて論じることも必要であるように思われる。以下では、第三セクターの企業性を、㈠純粋な営利性を意味する場合と、㈡独立した法人を意味する場合、つまり単に営利性だけではなく、行政とは別個の独立した法人としての自主性、独立性、自己採算性等をも意味する場合とに分けて、検討を進めることにする。

（一）純粋な営利性を意味する場合

まず、株式会社形態の第三セクターの場合、その法律上の特色は通常の民間株式会社と同じであると言われる。すな

わち、その設立において、行政庁の許可を必要とせず、商法の定める一定の要件を満たせば、自由に設立することができるし、また設立後においても、地方公共団体は株主として民間のそれと同様、所有する株式の割合に応じて有限責任しか負っていないと考えられる。(10) 現行法上株式会社形態の第三セクターは一般に民間企業として位置づけることができる以上、民間企業の立場からすると利潤を追求するのは当然と言えば当然であろう。また、視点を変えるならば、第三セクターが効率的に運営されれば、そこから生まれてくる利益を地方公共団体の住民に何らかの形で還元することによって、最終的には地方公共団体及び住民の福祉増進に寄与することができる。なお、地方公共団体単独出資での場合は別として、民間による出資等のある場合なら、第三セクターを民間サイドから見るに際して、それを利益を追求する経営主体として位置づけるべきであるという論理も成立するであろう。したがって、本論文で検討を加えた株式会社札幌リゾート開発公社及び株式会社札幌リサイクル公社における「株式会社であり、収益を追及すべきである」という主張にも、一理あるように思われる。

次に、公益法人形態の第三セクターの場合には、やや難しいところがある。現行法上公益法人形態の第三セクターは、株式会社形態のそれと同様、地方公共団体とは別個の独立法人であるとされている。しかし、その設立段階から、営利を目的とすることはできないと先天的に規定されているため、一般に民間法人と同視することができるが、営利を目的とする団体には該当しえないと言われる。したがって、公益法人に関するこれまでの議論の中で、その営利性の意味での企業性については、殆んど言及されていない。

しかし、果たして公益法人形態の第三セクターには営利性の意味での企業性はありえないか、またそれに対する検討の価値もないか。個人的には、公益法人形態の第三セクターにも営利性の意味での企業性があるし、それについての議論も必要であり可能であると考える。第二章「第三セクターの実態」において明らかにしたように、公益法人形態の第

三セクターは、その実施業務の業種業態からすれば、民間との境目が必ずしも明確なものではない。札幌勤労者職業福祉センター（札幌サンプラザ）を例にとって見ると、同団体において展開される事業としては、宴会事業、婚礼事業、レストラン事業、会議・研修事業、プール事業、宿泊事業等が挙げられるが、そのうちのいずれをとっても、民間業者もよく参入する分野である。そればかりか、同団体において「公益事業」とされたプール事業を除いて、残りの事業は殆んど「収益事業」とされており、営利を目的とせず設立された公益法人とはいえ、「収益事業」がメインであることは明らかである。

（二）独立した法人を意味する場合

ここで「独立した法人を意味する場合」とは、もう少し敷衍すれば、要するに単に営利性だけではなく、行政とは別個の独立した法人という点に着目し、第三セクターの企業性を、自己責任の原則、経済性や営利性及び自己採算性等の独立した法人として持っているもしくは持つべき属性として認識する視点である。このような前提のもとでは、公益法人形態の第三セクターと株式会社形態の第三セクターを基本的に同視してもよいように思われる。

通常の民間法人の場合、経営不全等により、破綻してしまうことも考えられるが、その際に、全て一〇〇％自己責任で後始末をしなければならないことは自明であろう。第三セクターの場合には、通常の民商法法人と同一の地平で捉えることができると解され、法的には民間法人と同視されているため、理屈上通常の民間法人と同様、その設立から日常管理運営において全部自己責任の原則で行われることが求められていると思われる。

もっとも、周知のように、日本では、第三セクターの設立目的、地方公共団体による出資、役職員の派遣、補助金等において公的色彩があることを理由に、第三セクターは地方公共団体とは別法人であると位置づけながらも、通常の民

間法人より企業性は薄いと一般的に理解されている。第三セクターはいずれも地方公共団体が一定の行政目的を実現するために採用された手段ないし組織であり、一般の民間事業者とは異なっている実態からすれば、そういった論理が成立する。

しかし、第三セクターとは、地方公共団体が有している信用力と民間企業が有している効率性、機動性の双方の利点を生かすことにより地域活性化の実現を図るものであるという制度設計の発想もしくは趣旨からすれば、私見としては、むしろ第三セクターには独立した法人の意味での企業性が民間と同等に求められており、通常の民間法人と同様、それを確保するよう努めなければならないと思われる。毎年四億以上の赤字が続き経営危機に瀕している北海道ちほく高原鉄道株式会社の事例を見ても、経営が行き詰まった山口県下関市の第三セクター「日韓高速船」を見ても、第三セクターは、独立した法人として、自己責任原則の下でその経済性及び自己採算性等がバランスよく実現されなければ、官民双方の利点を生かすことは勿論、地域活性化という最終目的を実現することも期待できないであろう。

このように見てくると、第三セクターに対して、営利性の意味での企業性につき検討する価値があるのみならず、独立した法人の意味での企業性についての検討も有意義である。特に後者の意味での企業性が第三セクターの法的形態（株式会社か、公益法人か）にかかわらず、同等に求められていると思われる。また、行政による出資は詰まるところ住民の税金の投入に他ならない点を考慮すると、独立した法人の意味での企業性、つまり自己責任の原則、経済性や営利性及び自己採算性等の独立した法人として持っているもしくは持つべき属性では、むしろ通常の民間法人以上に第三セクターに強く求めていかなければならないと考えられる。(11)

四　第三セクターの公共性ないし公益性と企業性

以上、第三セクターの公共性ないし公益性に続き、第三セクターの企業性を見てきた。ここでは、両者の関係について、次の点を指摘しておきたい。

第三セクターの公共性ないし公益性及び企業性について、従来の議論では恰も相反する二つの性格でもあるように論じられてきたが、私見としては、この両者は必ずしも孤立した別々の存在ではなく、むしろ第三セクターの有する性格にある二つの異なった側面であると考える。第三セクターの公共性ないし公益性はその企業性の実現があってからはじめて確保されるものであり、逆に第三セクターの企業性はその公共性ないし公益性を前提にしなければ、許容されるものではない。第三セクターの中では両者の調和が求められている。この点について、北海道ちほく高原鉄道株式会社を例にとって見れば、一目瞭然である。同社は、沿線各自治体と住民が、鉄道を地域の足として存続させることを強く求めた結果、設立されたものである。その存在の前提と意義は「地域の足の確保」という公共性ないし公益性に尽きる。しかし、すでに指摘したように、毎年四億円規模の赤字が続いており、この赤字を補填するため設立された経営安定基金もここ数年の超低金利により運用益が減少しており、底をつくのは時間の問題と見られる中、いくら公共性ないし公益性があると言っても、独立した法人としての経済性や営利性及び自己採算性を無視しては、「地域の足」を確保することが困難であろう。

五　行政法学における第三セクターの位置づけ

（一）これまでの見解と分析

日本の行政法学は、ドイツのオットー・マイヤーの理論を基礎とし、美濃部達吉によって打ち立てられ、田中二郎による洗練を経て、今日に至っているということができる。第三セクターの歴史は戦前まで遡ることができると言われて

きたが、第一章で明らかにしたように、それが一つの概念として公式に出現したのは一九七〇年代であった。したがって、オットー・マイヤーの時代や美濃部達吉の時代においては、たとえ一定の胎動や萌芽があったとしても、第三セクターは存在していなかったし、また第三セクターという用語自体もなかった。当然ながら、第三セクターに関する研究もありえないわけである。田中二郎は一九八一年一月に逝去したので、時期的には可能であると考えられるが、残念ながら、彼による第三セクターに対する直接の言及はないようである。このことは、戦後日本国憲法の下で公刊されてきた数多くの行政法教科書の中で、（当時の）「最も標準的なもの」（塩野宏教授）と言われる田中二郎・行政法（法律学講座双書）を見ても、また田中の教え子でもある塩野宏教授の手によって改訂された『新版行政法下巻全訂第二版』を見ても、明らかである。今日において日本の行政法教科書が田中二郎の影響を受けているかどうかは断言できないが、第三セクターについては、言及しないか、あるいは情報公開等個別分野に限って軽く触れるのが主流である。例えば、同じ戦後行政法の名著である今村成和の『行政法入門』は、「政府関係企業」及び「公共組合」に触れているが、第三セクターについては言及していない。また、最近の塩野宏教授の『行政法Ⅲ第二版行政組織法』や原田尚彦教授の『行政法要論全訂第六版』は、第三セクター問題に触れているが、いずれも本文ではなく注の中で取り上げられているにとどまる。兼子仁教授の『行政法学』は、正面から取り上げているが、しかし第三セクターを「出資法人」として意識されているようである。したがって、今日に至っても、第三セクターは、行政法的には比較的等閑視されていると言ってもよいと思われる。

しかし、だからといって、これまでの行政法教科書から第三セクター研究の手掛かりさえも見出すことはできないと言えば、それは明らかに事実に反すると思われる。例えば、田中二郎はかつて「公企業法」（給付行政法）に関する論述の中で、田中理論にいわゆる「独立行政法人事業」の該当性について論ずる際、「最近、地方公共団体が、株式会社

とか民法上の財団法人等の形態を用い、自らの出資により、土地の先行取得とかホテルの経営とかに当たらせることがあるようであるが、これらの形態を用いている場合は、ここでいう独立行政法人事業には当たらない」とした後、括弧書きでこれらの法人は「私的企業とみるほかはない」としている。[12] 直接に第三セクターに言及しているわけではないものの、列挙された商法上の株式会社や民法上の財団法人及び土地の先行取得やホテルの経営等に鑑みれば、その組織形態から、又はその事業内容から考えても、今日において一般に理解されている第三セクターと合致するものであろう。したがって、先の論述から、当時において第三セクターのような法人は、私的企業として捉えられていたことを窺うことができよう。

このように、田中二郎の時代のみならず、これまでの日本行政法理論は、第三セクターが地方公共団体の行政、特に給付行政ないしサービス行政の一環として重要な役割を果たすものとして、今後もその重要性はますます増大するであろうと口を揃えながらも、「私的企業とみるほかはない」という記述に象徴されるように、基本的に第三セクターを民間法人として位置づけている。

ところで、第三セクターは、これまで繰り返し説明したように、民商法に基づいて設立されるものであり、通常の民間法人と同じ次元で捉えられなければならない一面がある一方、他方においては、商法上の法人であれ、民法上の法人であれ、いずれにしても一定の行政目的を実現する手段ないし組織形態として位置づけられ、私人の自発的意思に基づいて設立される法人とは異なる実態を持っている。法的には、第三セクターは行政と異なる独立の法人格をもつものであり、国や地方公共団体のように権力的な規制行政を行う権限もないし、また、その事業活動は、明示の規定がない限り、通常の私経済的取引と同様に取り扱われている。しかし、他方においては、筆者が行った実態調査の結果からも分かるように、第三セクターの体質は通常の民間法人より遥かに行政的であると認められなければならない。すなわち、

簡単に言えば、第三セクターは、行政でありながら民間であり、逆に純粋行政でもなければ純粋民間でもない。正に行政と民間の中間に位置する第三の存在ないし第三の領域という訳である。

しかし、日本の行政法理論はそもそも行政主体と私人との対立を軸に展開され、公権力の行使を規律する法と私人間の関係を規律する法との理念の異なる二つのシステムしか設けていない。行政主体の場合はそれが国や地方公共団体などのようなものであることから、法律による行政という原理の適用を受けるのに対して、私人の場合は、自己責任をもって私的自治の下で自主的な活動を行うものであり、私的自治の原理の適用を受ける。第三セクターのような第三の存在ないし第三の領域について、システム的には予想もしていないし、規制も置かれていない。このような理論背景のもとでは、第三セクターのもつ行政目的実現の手段ないし組織という側面に着目すれば、それを公法の範疇の中で検討する必要がある一方、逆に、行政とは異なる第三セクターの独立の法人格を強調すれば、それを私法の範疇の中で議論することも要求されよう。

したがって、従来の行政法理論の枠組の中では第三セクターを適切に位置づけることはできないと言ってもよかろう。

（二）行政主体論の検討

公法と私法の二元論は様々な見地から批判されており、今日においては既に克服された問題といっても過言ではないであろう。しかし、だからと言って、ある行政法学者によって指摘されているように、問題はそれを「代替する理論がどれだけ明確に提示されているか」[13]であり、新しい代替理論が必ずしも完全に確立されているとは言えない。このような理論背景のもとで、公法と私法の二元論から派生してきた公法人と私法人、行政主体と私人ないし私的法主体、特に行政主体という概念は、行政法学上一つの道具概念として依然として有用であると考えられている。以下では、従来

から理論蓄積のあるいわゆる行政主体論を手掛かりに第三セクターの性格を更に考察することにしたい。

1．行政主体論の概要

まず、議論の前提となる行政主体の概念及びその周辺について、若干の説明をしておこう。

藤田宙靖教授の研究によれば、行政主体という用語自体がいつから日本行政法学で用いられはじめたかは必ずしも定かではない。また、用語法についても、今日の「行政主体」対「行政客体」及び「行政主体」対「私人ないし私的法主体」の別があるのみならず、ほぼ同じ意味に用いられている公法人と私法人という用語もあると言われる。[14]

行政主体とは、実定法上の概念ではなく、学問上あるいは講学上の概念である。これまでの日本行政法理論における行政主体概念には、通説と思われる「行政上の権利・義務の主体」あるいは「行政を行う権能を与えられた主体」のほか、国や地方公共団体の統治主体に限定して捉える説[15]、また、行政主体を、「国、地方公共団体ならびにこれに準ずる各種の公的主体を指す」[16]ものであると理解する見解なども見られる。これらの見解には、行政主体概念をどの範囲において国及び地方公共団体以外の法主体について適用できるかという点において相違がある。本節の趣旨からすれば、行政主体の概念自体について、これ以上立ち入ることはできない。以下では、議論の便宜上、一つの目安として通説に現代的な修正を施した原田尚彦教授の定義、すなわち行政主体とは、「行政を行う権利と義務をもち、自己の名と責任で行政を行う団体（法人）」[17]であるという定義に従って、第三セクターの行政主体性の有無について検討を進めることにする。

この定義から出発すると、まず、行政主体としては、一般に国や地方公共団体のほか、公共組合、特殊法人（必ずしも全部とは限らないが）及び独立行政法人なども考えられる。国や地方公共団体は、いずれも憲法上行政を行う包括的

な権能を認められた統治団体であるのに対して、公共組合、特殊法人及び独立行政法人などの場合、これらは特別の法律に基づき、国や地方公共団体に代わって特定の公共的な事務事業を行うことを目的として設立されたものである。これらの法人には、①法人格を有する、②一定の行政的事務を行うことを目的として設立される、という共通点があり、前者によって、単に法主体の構成部分としての行政機関と区別され、また、後者によっては、民間企業等一般の私的法主体と区別されると見られている。(18)

2．第三セクターの行政主体性の有無

以上のような一般に行政主体とされる国や地方公共団体及びその他の行政主体と比較すると、第三セクターを行政主体と認めることには種々の問題がある。第三セクターは必ずしも特別の法律に基づいて設立されている訳ではないし、また設立目的においても行政的事務事業を行うことを直接に目的とするとも限らない。法人形態からすれば、企業性の高いと見られる株式会社形態のそれであれ、公益性の高いと言われる公益法人形態のそれであれ、いずれも国や地方公共団体そのものには該当しないし、行政上の権利・義務の主体あるいは行政を行う権能を与えられた主体でもない。このため、第三セクターを「行政を行う権利と義務をもち、自己の名と責任で行政を行う団体（法人）」とするのは、法的にはやや困難であると思われる。

しかし、他方では、いわゆる「行政補完型第三セクター」にせよ、「公民協調型第三セクター」にせよ、旧自治省の分類基準からも、または今回の実態調査の結果からも明らかとなったように、第三セクターは、いずれも伸ばされた公の手として地方公共団体行政の代替的・補完的な役割を果たしており、通常の民間法人と比べると、行政に近い実態を有している。

このように、第三セクターはその法的性格と実態の間にズレが存在することにより、これに行政主体性を認めるかどうかについては、行政法学上従来から見解が分かれている。

塩野宏教授は、主に第三セクターの組織形態に着目し、第三セクターは通常の民間私法人と同様民商法に基づいて設立されたものである以上、それに行政主体性を認めるのは無理であるとする。すなわち、第三セクターが提供する「サービス内容それ自体、あるいはその地域振興効果に鑑みれば、一定の公共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」[19]と真正面から第三セクターの行政主体性を否定している。

これに対して、三橋良士明教授は、地方公共団体の出資及び第三セクターに対する関与等の実態に目を向けて、「自治体が相当の出資をして主導的に設立した第三セクターを行政担当団体あるいはそれに準じるものとして位置づけられるのではなかろうか」[20]と考えている。

二つの見解を比べてみると、それぞれ一長一短があるように思われる。すなわち、前者の場合、第三セクターの法的性格は重視されているが、その実態は必ずしも充分考慮されていないのではなかろうか。既に検討した株式会社札幌道路維持公社を例にとると、①行政による一〇〇％出資かつ専ら市から仕事を受ける、②商法上の株式会社でありながら、民間から仕事を受けない、民間を相手にしないでいる、③民間による出資もなければ、直接に参加もしていない、④自らを「第二の市」、「第二の建設局」と位置づけている、といった特色がある。このような第三セクターについて、商法に基づき設立された株式会社であるという理由だけで、その行政主体性を否定することが果たして妥当なのか、疑問をぬぐいきれないところである。逆に後者の場合は、第三セクターの実態は充分重視されているが、結論は必ずしも第三セクター全般に当てはまる訳ではなく、また「相当の出資」及び「主導的に設立」という前提条件についても、更なる検討の余地があると思われる。いくら出資して「相当の出資」と言えるか、いかなる基準で「主導的に設立」と判断さ

れるか、などについて必ずしも明瞭とは言えないであろう。

ここまで述べてきたように、第三セクターに対して、その法的性格に着目して民間法人と見ることもできれば、逆にその実態に注目して行政主体と見ることも可能である。しかし、行政主体とは、「行政を行う権利と義務をもち、自己の名と責任で行政を行う団体（法人）」であるという定義からすれば、この定義を拡大解釈しない限り、個人的には、現時点で少なくとも第三セクターのすべてを行政主体と位置づけるのは困難であると思われる。その困難は三つの点にあると考えられる。

第一に、前にも触れたように、今日において第三セクターは、その概念が非常に錯綜しており、未だ法律上あるいは社会通念上定まった概念はなく、それぞれ第三セクターの用語を使用するものがそれぞれ自己の定義の下で使用している。第三セクターを、日本行政法学上いかに定義すべきかという問題を解決しない限り、その行政主体性の有無に関する検討にどれだけの意義があろうか。議論の前提条件を欠いているからである。

第二に、一律に第三セクターと言っても、北海道や札幌市の例からも分かるように、法人形態からすれば、商法上の株式会社もあれば、民法上の公益法人等もある。事業分野からすれば、社会福祉事業もあれば、鉄道輸送業もある。出資元からすれば、行政単独の場合もあれば、民間と共同の場合もある。公共性ないし公益性の高いものから、比較的低いものまで千差万別の様態を呈する第三セクターを、一律に行政主体に含めること自体に、そもそも無理があろう。

第三に、ある団体（法人）が行政を行う権利と義務をもつか否か、自らの名義と責任で行政を行うことができるかどうか、それを判断するためには、国や地方公共団体及びその他の行政主体からも分かるように、法律による行政の原理から、その法的根拠が要求されている。[21] 独立行政法人を例にとって見れば、法人の事業目的や任務から、運営の基本的仕組みに至るまで、各法人の設立法によって定められている。しかし、これに対して、第三セクターの場合、本論文

中すでに指摘したように、その殆どは未だに法制化されていない現状にある。

以上の理由により、現状では第三セクターに行政主体性を認めることは困難であるという結論に至らざるをえない。

3．私見

これまで述べてきたように、第三セクターは、従来の行政法理論の枠組の中では適切に位置づけることができないし、それを行政主体と見ることも困難であることが明らかとなった。しかし、だからと言って、行政法学は第三セクター問題を放置することが果たして適切といえるであろうか。行政法学の課題は、「行政の組織や活動に関する法現象を観察し、それらを貫く規範原理を明確にすることである」[22]と言われるように、一定の行政目的を実現する手段ないし組織形態として位置づけられ機能している第三セクターに関しても、それを規律する法原理を構築することが、今日の行政法学に対する当然の要請であろう。以下においては、あらゆる法人を行政主体と私人ないし私的法主体に二分することにはどれだけの意義があるか、及び、現時点で第三セクターを行政主体と見ることが難しいが、だからと言って、行政法学は何の手立てを講じなくても果たしてよいか、という視点からこの問題を見てみよう。

今日において、行政ニーズの多様化・複雑化等により行政の守備範囲も拡大多様化することに伴って、行政主体とそうでない主体との間に理論的に明確な線を引くことはできないということは、すでに多くの行政法学者によって指摘されている通りである。このことは、第三セクターを見れば明らかであろう。先程紹介した塩野宏教授の見解及び三橋良士明教授の見解にも示されるように、第三セクターの実態に着目するか、法的性格に着目するかによって、それを行政主体と見ることも又は私人ないし私的法主体と見ることも可能である。従って、今日においては、ある法主体の性格がいかなるものであるか、行政法学上それをいかに位置づけるべきかについては、ケース・バイ・ケースで検討する以外

にはないといわれる。[23]

また、本論文の第一章において述べたように、現行実定法上第三セクターの位置づけについて明確なものはないとは言え、その設立から運営まで全体を一つの動態過程と見なすのであれば、疑うまでもなくそれは地方公共団体による行政活動の一環であり、また「私人としての地位において活動しても、それは行政としての活動であり、すべて行政としての責任を伴う行為である」[24]と思われる。逆に言えば、地方公共団体の行政活動と位置づけることができる以上、法治主義及び民主主義等の見地から、例えば、住民や議会による民主的統制が行われなければならないし、また、組織法上の拘束、予算会計上制度の拘束、人事管理制度の拘束等を受けるのも必然であろう。

したがって、第三セクターが依然として法の狭間に存在している現状のもとでは、第三セクターの性格と位置づけを法的に明確にするため、私見として、行政法学において、次のような手立てを講ずることの可否を検討する必要があると考えられる。

第一に、公法私法二元論の枠組を維持する前提で、行政主体概念に一定の拡張を施す等の法技術を工夫し、第三セクターを行政主体に収めることにより、行政組織法の規律対象とすることである。例えば、前に触れた「国、地方公共団体ならびにこれに準ずる各種の公的主体を指す」という定義からすれば、第三セクターについても国や地方公共団体に準ずる公的主体に該当するか否かの検討は、可能かつ有意義であろう。

第二に、原田尚彦教授が指摘されるように、第三セクターを、地方公共団体行政の一翼を担う組織形態として、「公法人、私法人の別なく広い意味での行政組織に含め行政組織法の対象として、行政の民主性、能率性、責任性を確保していく」[25]という新しい視点からの再検討を試みることである。この手法は、第三セクターを行政組織法の対象とする点において、前の手法と共通しているが、従来の理論枠組に拘泥することなく、行政の民主性、能率性、責任性を確保

するという新しい視角が特徴的であると思われる。

第三に、前にも述べたように、第三セクターを法制化することである。従来から問題とされる第三セクターの概念、第三セクターの性格と位置づけ、行政による関与と支援の仕方、情報公開のあり方、統廃合の手続、事業目的や任務、運営の基本的仕組み等を法的に明確にすることにより、第三セクターが独立した法人としての地位を確保しつつ、議会や住民による民主的統制のもとで、行政組織の一環として、地域住民の福祉増進に貢献することが期待できる。

第四に、従来の行政法理論ではカバーできないと思われる第三セクターのようないわゆる「公」と「私」の間にある「第三の領域」、「第三の存在」に関して、行政法上明確な理論構成が急務である。このことについて、行政法学上有意義な試みはないわけではないが、残念ながら、ある行政法学者が指摘したように、「これまでの行政法理論体系のいずれをとっても、この公共と民間の間の中間領域に関して明確な理論構成を与えることに充分に成功してこなかったと言わざるを得ない」[26]と思われる。

（1）毎日新聞一九九八年一一月一七日付。傍点引用者。

（2）第三セクターにつき、事業主体と事業内容を明確に区別して論ずるべきであるとする主張も見られる。例えば、岡田雅夫「公社・第三セクターの法律的問題点」成瀬龍夫・自治体問題研究所編『特集：公社・第三セクターの改革課題』（自治体研究社、一九九七年）六四―九〇頁。しかし、第三セクターの公共性ないし公益性を議論する際、それを第三セクターという組織形態における公共性ないし公益性と第三セクターの行う事業における公共性ないし公益性に分けて論ずるのは、果たして妥当であるか、またその実益はどこにあるか、なお検討の余地があるように思われる。第三セクターの組織形態と事業内容における公共性ないし公益性は、実は第三セクターの公共性ないし公益性の持つ二つの側面であり、表裏

の関係に立つものであると考えられるからである。

(3) この点について、宮崎良夫「行政法における公益」公法研究第五四号（一九九二年）一二八頁以下は、「行政の公共性とは何か、公益とは何かということを定義すること自体極めて難しい問題であ」り、「誰がどのような手続でそれを決定するのかといった問題は、今日の公法学がその回答を迫られている重要な問題である」と指摘している。

(4) 宮崎・前掲注（3）論文は、行政の公共性ないし公益性をめぐる議論の推移について、①絶対主義的時代の見解、②市民社会の相対的自立性の認められる時代の見解、③戦後の見解に区分して論じている。詳しくは同論文一三六頁以下を参照。

(5) 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、一九九一年）三六二―三六四頁。

(6) この点について、成田頼明「地方公共団体の経済活動とその法的限界（一）」自治研究三七巻六号（一九六一年）七〇―七五頁において詳しく述べられている。

(7) 川村豊「下関市三セク破綻で賠償判決―本格化する三セク見直し論」地方自治職員研修三一巻一一号（一九九八年）一四頁。しかし、本件の第一審判決に対して、第三セクターの現状と事業等の経緯や市の立場及び同市の諸般の行政施策を十分考慮することなく、単に地域住民の利益との因果関係の有無という観点のみから判断を行うのは、「公益上の必要性の政策判断に当たっての基準をきわめて狭めており、これでは覇束行為に近く、このような判示には疑問があ」るとする意見も見られる。詳しくは、伴義聖・大塚康男〈判例最前線〉「下関三セク訴訟・元市長に補助金の重みふたたび」判例地方自治二二七号（二〇〇二年）七―一一頁を参照。

(8) 藤村知己「第三セクター株式会社について」徳島大学社会科学研究一一号（一九九八年）一〇二頁。

(9) 第三セクターの企業性について、商法法人、そのうち特に株式会社のそれに限定して論じられるのが殆どである。例えば、三橋・前掲注（5）論文もそうであるし、藤村・前掲注（8）論文もそうである。

(10) 三橋・前掲注（5）三五七頁。

(11) しかし、民間と比べて、第三セクターの企業性を見る際、次の点に注意を払う必要もあろう。①自己採算性において、民間の場合、見通しがよく採算も取れると判断してからはじめて事業化に踏み切るのが普通であるのに対して、第三セク

ターの場合には、行政サービスの提供や行政目的の実現等の見地から、不採算と知りながらも、事業化に踏み切ったケースがある。赤字覚悟の出発の北海道ちほく高原鉄道株式会社はその一例である。②経済性や営利性において、民間の場合、言うまでもなく、赤字であればあるほど、経営が不健全と評価されることになる。しかし、第三セクターの場合、必ずしもそうとは限らない面もある。直接に住民にサービスした分あるいはあるサービスを供給する際のコストにかかった分による赤字の発生も考えられるからである。第三セクターの赤字問題について、「何故そのような赤字が生じたのかを多面的に考察すべきであって、官業の赤字が、それが官業であるが故の赤字というように速断することは、論理が短絡しすぎている」（原野翹『現代行政法と地方自治』（法律文化社、一九九九年）二七三頁）と思われる。③自己責任の原則において、第三セクターは行政目的を実現するための手法ないし組織形態として地方公共団体の分身的な存在でもあるがゆえに、ある意味では民間ほど自己責任を持つことができない面もある。従って、問題の要は、経済性や自己採算性などと、公益性のバランスであるといえる。

(12) 田中二郎『新版行政法下巻全訂第二版』（弘文堂、一九八三年）一二二頁。
(13) 山本隆司「行政組織における法人」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革・上』（有斐閣、二〇〇一年）八七六頁。
(14) 藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）』（青林書院、二〇〇四年）一五－一九頁。
(15) 兼子仁『行政法学』（岩波書店、一九九七年）一九頁及び二二九頁。
(16) 磯部力「行政主体の経済活動」公法研究四四号（一九八二年）一三七－二四九頁。
(17) 原田尚彦『行政法要論全訂第六版』（学陽書房、二〇〇五年）四七頁。
(18) 藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、二〇〇五年）二一－二八頁。
(19) 塩野宏『行政法Ⅲ第三版行政組織法』（有斐閣、二〇〇六年）一〇八頁。
(20) 三橋良士明「第三セクターの法的地位と規制のあり方」住民と自治三三七号（一九九一年）三〇頁。
(21) 日本では、地方公社のうち、いわゆる地方三公社に行政主体性を認めるべきであるとする見解が有力である。塩野・前掲注（19）一〇六頁、大橋洋一「自治体外郭団体の情報公開―福岡方式にみる情報公開協定の発展可能性」川上宏二郎先生古稀記念論文集『情報社会の公法学』（信山社、二〇〇二年）一八六－一八七頁、遠藤博也著〈現代法律学講座〉『行政法Ⅱ（各論）』（青林書院新社、一九七七年）八〇頁、遠藤文夫「地方公社等に関する制度の整備のための覚書」東海法学

九号（一九九三年）一七八頁等を参照。それぞれ特別の法律に基づいて設立されるものであり、設立根拠法をもつことが、その重要な理論根拠とされていると考えられる。

(22) 磯部力「行政システムの構造変化と行政法学の方法」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革・上』（有斐閣、二〇〇一年）四九頁。

(23) 藤田・前掲注（18）二一―二八頁を参照。

(24) 三橋・前掲注（5）三八二頁。

(25) 原田・前掲注（17）一六頁。ちなみに、教授の言う「公法人、私法人の別なく広い意味での行政組織」に基づいて検討すべきであるとする主張と近い見地から、かつて遠藤博也教授が「機能的行政組織」論を提唱したことがある。同理論については、「行政一元論」（藤田宙靖教授）と呼ばれたように、町内会や団地自治会までをも行政組織に組み入れて検討すること自体が妥当かどうかについて、更なる検討も必要であるが、現代行政の複雑多様化により行政組織も必然的に複雑多様化する視点、在来の理論枠組に拘泥する必要はない視点等において、行政法学上第三セクター論を展開するに際しても、参考になると思われる。同理論について、遠藤博也・前掲注（21）七九―九八頁、同理論の評価について、藤田・前掲注（一八）第一編序章及び第一章をそれぞれ参照。

(26) 磯部・前掲注（16）二三八頁。

第五節　第三セクターの改革

一　問題提起

日本では、これまで民間部門のみでは対応できない分野の公共的事業について、地方公共団体が直接実施することが困難な場合や、直接実施するよりも機動的・効率的なサービス提供や事業展開が可能と見込まれる場合において、第三

セクターが活用されてきた。しかし、国際化や情報化及び技術革新等によって、全世界的な規模で社会や経済のあらゆる分野において変化がもたらされる一方、高齢化、少子化、財政再建、地方分権、行政改革等の日本国内の事情により、国及び地方公共団体において、従来型の行政サービス自体及びそれを提供する組織形態が時代の要求に次第に応えられなくなりつつあると思われる。近時第三セクターの破綻が相次いでいることは何よりもそれを物語るものであろう。二〇〇二年に六五〇億円もの債務を負ったまま民事再生法適用を札幌地裁に申請した石狩開発が、その一例である。[1] 石狩開発は、北海道、日本政策投資銀行、札幌市、小樽市、北洋銀行等の投資により一九六四年に設立された第三セクターである。金融機関からの借入金で石狩湾新港地域の土地を買収し、進出企業向けに工業団地用地として販売してきたが、土地価額上昇の「土地神話」を前提にした経営手法から見ても、バブル経済崩壊後土地価額の下落により借入金の金利負担が増える構造から見ても、時代遅れの存在であるとの感を免れない。

社会の発展につれて、行政サービスの質も変化し、その供給方式にも必然的に変革が求められる。今日においては、積極的に進められている国の特殊法人等の改革と同様、地方公共団体においても、住民福祉の増進並びに地域の活性化という原点から、第三セクター全般に対する改革を行うことが急務であると思われる。以下においては、改革の必要性、改革の視点、改革の方向性の順に、第三セクターの改革論を展開したい。

二　第三セクターの改革の必要性

まず、なぜ第三セクターを改革しなければならないか、その必要性はどこにあるのかを確認しておこう。

第一に、第三セクター全体について言えることであるが、設立目的が必ずしも十分達成されていない。

第三セクターの設立目的（理由）は、一般に、①民間資金の導入、②独立採算性による効率的・弾力的な運営、③予

算・行政制度の硬直性の回避、などにあると言われる。[2] ところが、その実態を見れば、例えば今回の調査対象である北海道ちほく高原鉄道株式会社の場合、ほぼ同じ路線を民間バス会社が走っている一方、「過疎地域における住民の交通手段の確保及び地域間の経済的人的交流の促進」との公共目的を実現するため、毎年四億規模の赤字を続けている。第一章にも述べたように、日本全国で鉄道輸送サービスを提供する第三セクター全体三八社のうち三一社が赤字経営であり、経営損失の合計額は三六億九三〇〇万円にも上るという現状を合わせ考えると、効率的・能率的な事業運営の確保が図られているとは言いにくい。また、公益法人形態の場合も、財団法人にせよ、社団法人にせよ、設立時だけでなくその後の予算や事業計画まで主管官庁の監督下にある。今回の実態調査で第三セクターの将来について聞いたところ、財団法人札幌勤労者職業福祉センターによる「主導権は市が握る。将来についても市の政策次第である」という回答からも分かるように、独立した法人として自由に活動するのは決して容易なことではない。

第二に、第三セクターは事実上民業を圧迫している。

日本では、民間にできることは民間に任せ、民間にできないあるいはふさわしくない事業は、第三セクター等の出番であると言われる。しかし、今回の実態調査で明らかになったように、北海道ちほく高原鉄道株式会社には、ある意味では同業者がないと言えるかもしれないが、実質上同業者に当たるバス会社が走っている。株式会社札幌道路維持公社の場合、公社設立前に、アスファルトコンクリート塊処理業務が市から直接民間へ委託された経緯があり、類似業務を行う民間業者も複数存在している。また、公社設立後も、その業務はほとんど民間業者への再委託に頼っており、トンネルのような役割以外はないようである。そうだとすれば、直接に民間に任せるのが筋であろう。株式会社札幌リゾート開発公社の場合も、スキー場業界自体が供給過剰気味にある。また、札幌総合情報センター株式会社については、目下のＩＴブームによって、既存業者との競争が激化するのは勿論のこと、新しいライバル社の出現も充分予想されるで

あろう。リサイクル技術の先端を走る株式会社札幌リサイクル公社でさえ、同業者を複数持っている。公益法人形態の場合においても民業圧迫の問題が存在する。札幌勤労者職業福祉センター（サンプラザ）は言うまでもなく、札幌市福祉事業団の場合においても、一九八八年に開始されたデイサービスや一九八六年に開始された老人休養ホームは、いずれも当時の札幌市において民間に先駆けての試みであったが、しかし、実態調査の中で札幌市福祉事業団自身も認めたように、今日では、デイサービスであれ、老人ホームであれ、いずれにしても民間もよく参入し、公的サービス以上に成長している分野であると思われる。

第三に、第三セクターは、社会情勢の変化などにより、存在意義が薄れた場合においても事業の見直しや統廃合が行われにくい。

この点について、今回実態調査を行った各団体は、経営赤字や累積赤字に陥っても、しかも将来存続の見通しが悪い場合であっても、廃止を躊躇する傾向にあることが明らかとなった。また、前にも挙げた札幌振興公社を例にとって見れば、当該第三セクターの設立趣旨を再び引用すると、「本公社は、昭和三二年に本市公共用地の先行取得事業を主たる目的として設立されたが、昭和四八年に札幌市土地開発公社が設立されたことにより、公共用地先行取得事業が大幅に縮小されたが、平成六年以来、事業の再検討を行い、都市基盤・都市施設の整備を担う公共デベロッパーとして「札幌市の町づくり」に民間活力として投資することを使命としている」とされている。この文章からは、①札幌市が一九五七年（昭和三二年）に、公共用地の先行取得事業を主たる目的として札幌振興公社を設立したこと、②その一六年後の一九七三年（昭和四八年）にほぼ同一の目的で札幌市土地開発公社が設立されたこと、③そして、更に二一年後の一九九四年（平成六年）に札幌振興公社は、札幌市土地開発公社の設立により公共用地先行取得事業が大幅に縮小されたため、事業の再検討を行い始めたこと、などが分かる。ここでは、次の二つの疑問が湧いてくる。一つは、札幌市が一

九五七年に札幌振興公社を設立してから、一六年後に同じ目的で札幌市土地開発公社を設立した理由はどこにあったか。もう一つは、札幌振興公社において札幌市土地開発公社の設立により事業が大幅に縮小されたにもかかわらず、二一年間も廃止されるどころか、事業の見直しもせずに、そのまま存続してきたことは何を意味するかである。

第四に、第三セクターについては行政実務的にも法的にも解決されなければならない問題が多数存在している。例えば、第一章ですでに取上げた第三セクターの定義づけ問題について、第三セクターには明確な定義がない上、地方公社等の類似概念との区分も到底明確とは言えない。また、第二章において指摘したように、第三セクターの職員派遣問題について、表面上法制化が実現されたが、実際には法的に明確にすべき問題は依然として残る。なお、天下り問題や情報公開問題について、法制化自体なお行われていない。それと同時に、先程例に挙げた事例では、札幌市は一九五七年に公共用地先行取得事業を主たる目的として札幌振興公社を設立し、その一六年後に同じ目的で札幌市土地開発公社を設立したことからも示されるように、地方公共団体は第三セクターの設立について、統一性や整合性を欠くと認めざるを得ない。また、第三セクターの設立について、行政サイドの見通しの甘さもよく指摘されるところである。北海道ちほく高原鉄道株式会社はその典型例であろう。同社は、運輸収入減少の原因として①沿線人口の減少、②高校生の減少、③自家用車の普及などを挙げている。しかし、こうした傾向は決して最近の現象ではなく、第三セクターが設立された時点においてもすでに起きていたのである。このほか、第三セクター全体を統合的に監督する公的機関の不在や、議会や地域住民による民主的統制の不備等の問題も考えられる。

三　第三セクターの改革の視点

以上の理由に基づき、本論文では、第三セクターに対する全面的な改革を行うことを提言したい。具体的な方向性を

検討するに先立って、まず、第三セクターの改革に際して、いかなる視点を持つべきかという問題を分析しておこう。

（一）給付行政（サービス行政）の見地から

第三セクターの役割を大雑把に言うと、地域開発と給付行政（サービス行政）の方式ないし手段とに分けることができるといわれる。日本では、インフラ整備や治山治水等の事業は一段落を遂げたこともあって、最近地域開発型の第三セクターの経営不全や倒産が多発していること、特に先程触れた石狩開発の事例にも象徴されるように、これまで第三セクターが担ってきた地域開発という使命はもはや終了していると言ってもよかろう。他方で、自然破壊や公害等のリスクを伴う地域開発事業自体は、もはや地域住民が求めるものではないように思われる。これとは対照的に、国民や住民のニーズの複雑化・多様化などにより、今後給付行政の多様化・拡大化が更に進むと予想される中、組織形態の身軽さと反応の機敏さに優れる第三セクターはこれからも充分に活用の余地があると思われる。

給付行政とは、「国の経済力をもってする利益供与作用である」[3]と言われる。更に詳しく見れば、その役割は、①道路や公園などの公共財の提供、②社会的な弱者に対する救貧や助成、③市場不全の是正など、という三つの種類に分けることができる。[4]給付行政の定義からも分かるように、「国の経済力」がその土台であると考えられる。しかし、抽象的に「国の経済力」と言っても、詰まるところは国民や住民が納める税金にほかならない。そのため、国民や住民に財やサービスを提供する際、税金を正当性のある目的のために用いること、費用対効果の見地から、最も適切な提供手段を採用すること、民業を圧迫しないこと、などが要求されると思われる。したがって、第三セクターに対する改革を行う際、①第三セクターの設立は住民福祉の増進並びに地域の活性化という原点に合致するかどうか、②直営や民間委託より適切な手段と言えるかどうか、③第三セクターの参入によって、民業が圧迫を受けているかどうか、などの視点か

ら検討を行うことが必要である。

（二）行政改革の見地から

第三セクターの生成と発展は、地方公共団体の政策運用や運営方針など地方行政そのものと密接に関係している。したがって、第三セクターに対する改革を行う際、それを孤立した個別問題としてではなく、行政改革の一環として位置づけた上で考えることが建設的であると思われる。今回の実態調査の結果からも明らかなように、第三セクターは、通常の民間事業者と比べると、遥かに行政と密接な関係にあると言える。地方公共団体にとって、問われているのは、第三セクターというよりも、むしろ地域における公共サービス供給システムのあり方、すなわち行政そのものであると言うべきである。(5)

行政改革とは、「何も国や自治体の狭義の直轄組織に限るわけではなく、公法人や一部の民間団体なども包含する広義の行政システムの改革という意味で」(6)あると言われるように、第三セクターの改革もその一環として位置づけられる。したがって、行政改革の四大主題とされる、①行政の役割の見直し、②国と地方の役割分担の変化、③行政と個人の関係の変化、④行政のスリム化・効率化は、第三セクター改革論にも適用されよう。例えば、第三セクターの設立によって、行政のスリム化・効率化が果たして実現されているかどうかという視点からの検討も必要であろう。また、行政改革などの進展に伴って、「新たな行政法原則・制度設計指針」(8)として出現する、①行政過程の透明性に対する要請、②行政活動の説明責任に対する要請、③政策評価に対する要請、④費用効果分析に対する要請、という要求は、第三セクターに対しても同様に求められていると考えられる。

しかし、ここで注意を喚起したいのは、第三セクターに対する改革作業を行う際、単純に官業縮小民業拡大論、また

は単純に財政難を理由とした財政再建の次元にとどめてはならないということである。前者については、国民や住民の信託に基づいて存立する行政は、国民や住民の生活擁護や充実及び発展に対して、適切な責任を負わなければならないというのがその理論根拠である。[9] 後者については、住民福祉の増進並びに地域の活性化が地方公共団体の存立原点であり、「自治体は財政再建といった次元で自治を運営してはならない」[10] ためである。したがって、第三セクター改革を議論する際、次のような視点からの検討も有意義であろう。すなわち、民間あるいは民間だけでは住民のニーズに充分に応えることができない場合、まず、地方公共団体が第三セクターを設立し自身の経済活動を通じてそれに応える。その後、民間もよく参入し、公的サービス同等ないし以上に成長していると認められれば、行政が撤退するという考え方である。

（三）ドイツの示唆

日本の行政法は古くからドイツ行政法より強く影響を受けてきていると言われるが、しかし、第三セクターのような地方公共団体の経済的活動（非権力的活動ないし非形式的な行政活動）を見る限り、ドイツからの影響はそれ程強くないようである。というのは、ドイツにおいて、①国や地方公共団体による営利を一次的目的とする経済活動は憲法上原則禁止される、②「公の目的」に限定してそれを許容する、という原則[11] がとられており、地方公共団体の経済活動の根拠や限界を明確にする趣旨の規定を設けているのに対して、日本においては、「地方公共団体による経済的活動の法的限界がどこにあるかを検討することは未だ今後の課題として残されている」[12] からである。

これまでの先行研究によると、ドイツにおいて地方公共団体が経済的企業を設立するに際して、地方公共団体の財産の保護及び私的主体の経済活動の保護という目的から、次のような三つの要件が設けられている。第一に公的目的に資

すること、第二に地方公共団体の財政能力に見合うこと、第三に補完性の原則、である。[13] このように、地方公共団体の経済活動の根拠及び限界を明確にすることによって、地域住民の需要に基づき地方公共団体の体力に合った経済的企業の設立を確保する効果が期待できると考えられる。日本において第三セクターが濫立気味であること、民業を圧迫していること、公共性ないし公益性が希薄となっていること等の現実を見ると、ドイツの経験を参考にしつつ、公共目的に合致するかどうか、地方公共団体の体力を超えるかどうか、民業圧迫が発生するかどうかという見地から、第三セクター全般に対する再認識及びそれに基づく整理再編を行うことが妥当であると思われる。

四　第三セクターの改革の方向性

以上の検討と分析の結果を踏まえて、第三セクターをよりよいものに改革するためには、私見として、第三セクターの全面的な統廃合及び法制化を行うことを提言したい。

日本では、第三セクターの法制化について、第三セクターの長所はその自由な柔軟性にあり、これを手続的に拘束することは却ってその生命を奪いかねないが、法制度としては、これを何らかの法的枠組みで規制することが強く要請されていると言われる。第三セクター法制化の可否について、第三セクターの業務範囲と地方公共団体行政の守備範囲の相対化、第三セクターによる参入分野の広汎化、第三セクター業務の複雑多様化等の見地から、「少なくとも、当面のところでは、特別法のある場合を除き、民法、商法等現行の法制を活用しながら、弾力的な対応をすることが適切であろう」[14]とする慎重な見解も見られるものの、賛同するのが主流であると思われる。[15] しかし、残念ながら、日本では総論として法制化の方向に賛同されるものの、具体論に至ると、いかに法制化を行うべきかについての議論を全く欠いている。[16]

このような理論状況に鑑みて、私見では、次のような方向性を提示したい。

まず、第三セクターの概念を法律上明確に確立することである。この点について、第一章においてすでに試論を示した。すなわち、第三セクターとは、「地方公共団体が特定の行政目的を実現するために設立する法人」である。第三セクターの設立主体、設立目的、設立形態、性格と位置づけを明確にすることにより、住民福祉の増進並びに地域の活性化の実現を確保するとともに、ドイツのやり方と同じように地方公共団体の財産の保護及び私的主体の経済活動の保護することも、右の定義の狙いとするところである。

次に、この定義をもって、現に存在する地方公社、外郭団体等の類似概念に対して、整理を行うことにする。私見としては、第三セクター、地方公社、外郭団体等の用語をどれかに統一することが妥当である。設立目的や活動内容の点で大きな相違は見られないからである。また、仮に第三セクターに用語を統一することになれば、行政実務上も、少なくとも行政法学上地方公社と外郭団体という用語を使わない方が望ましい。不必要な混乱を招くことがその理由である。

次に、すでに設立された第三セクターに対して、統廃合を行うことにする。①設立目的がすでに達成されている、②民間企業に委ねた方が地域住民サービスの向上や効率的な事業運営が期待できる、③事業の公共性ないし公益性が薄れている、④第三セクターより地方公共団体が直接を実施することが適切である、と認められるものは、原則として廃止する。事業分野が類似ないし共通する団体については、原則として統合を行う。

最後に、時代の急速な発展につれて、国民や住民による行政に対するニーズの多様化・複雑化が更に進む中、事業コストの低減を図りつつ、機動的かつ弾力的に行政目的達成の手段ないし組織形態として第三セクターの活用を図ることがふさわしいというケースは、これからも考えられることに鑑みれば、私見としては、第三セクターを法制化することが望ましい。言うまでもなく、こうした主張には、具体的にいかなる法律を作るべきかという問題に対する周到な検討

が必要不可欠である。[17] しかし、残念ながら、今の筆者の能力をもって、それに関する本格的な検討を行うことがなお困難であり、今後の研究課題とせざるを得ない。ここでは次のような方向性を提示するにとどめたい。

第三セクター法（仮称）というような第三セクター一般について規定する法律を制定することを提言する。この法律には、次の内容を盛り込むことが望ましい。

第一に、第三セクターの概念を法的に明確にする。例えば、第三セクターを、地方公共団体が特定の行政目的を実現するために設立する法人であると定義する。

第二に、第三セクターを、地方公共団体が特定の行政目的を達成するために採用する手段ないし組織形態と位置づける。「特定の行政目的」の中身については、基本的に設立主体の地方公共団体の判断に委ねられるべきであるが、それには次の三つの発想が込められている。①第三セクターの設立目的を「特定の行政目的」に限定することにより、第三セクターを名実ともに行政の一環と位置づけることができる。②補完性の原理に基づき、第三セクターの設立を、民間あるいは民間だけでは住民のニーズに充分に応えることができない場合にのみ限定する。③「特定の行政目的」である以上、設立当初の目的が達成されれば、原則として、当該第三セクターが廃止されるべきである。言い換えれば、第三セクターは、あくまでも地方公共団体が行政目的実現のために採用した過渡的手法ないし組織形態であり、その原始的な目的が達成したことを、当該第三セクターの使命の完成と見なすべきである。

第三に、設立手続の法定など議会や地域住民による民主的統制及びその前提である情報公開の義務を明記する。

要するに、従来から問題とされる第三セクターの概念、第三セクターの性格と位置づけ、事業目的や任務、運営の基本的仕組み、行政による関与と支援の仕方、情報公開のあり方、統廃合の手続等を法的に明確にすることにより、第三セクターが独立した法人としての地位を有し、議会や住民による民主的統制のもとで、行政組織の一環として、地域住

民の福祉増進に資することを確保することが、第三セクター法（仮称）の狙いとするところである。

（1）北海道新聞二〇〇二年一一月一日付。

（2）第三セクターや地方公社の設立目的（理由）について、三橋良士明「第三セクターの民主的統制」室井先生還暦記念論集『現代行政法の理論』（法律文化社、一九九一年）三五八頁、鹿児島重治『地方自治体法』（ぎょうせい、一九八三年）二四三－二四四頁、秋田周〈実務地方自治法講座九巻〉『特別地方公共団体・広域行政』（ぎょうせい、一九九〇年）二四一－二四四頁、成田頼明「地方公共団体の公社ブーム」ジュリスト一二六号（一九六一年）七二－七三頁等を参照。

（3）今村成和著・畠山武道補訂『行政法入門第八版』（有斐閣、二〇〇五年）五一－五二頁。

（4）古城誠「公的規制と市場原理」公法研究六〇号（一九九八年）一一八－一一九頁。

（5）この点について、三橋・前掲注（2）三八一頁は、「近年の第三セクターの拡大ぶりは、そもそも行政とは何かという根本問題を提起しているように思われる」としている。

（6）磯部力「行政システムの構造変化と行政法学の方法」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革・上』（有斐閣、二〇〇一年）五五頁。

（7）磯部・前掲注（6）五三－五五頁参照。

（8）大橋洋一「新世紀の行政法理論－行政過程論を超えて」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革・上』（有斐閣、二〇〇一年）一一四－一一五頁。

（9）この点について、「今日の国民生活の実情からすれば、むしろ国民福祉の実現のための行政は大きな行政責任を負う大きな政府でなければならない」という見解もある。詳しくは、原野翹『現代行政法と地方自治』（法律文化社、一九九九年）二七三頁を参照。

（10）高寄昇三『地方自治の政策経営』（学陽書房、二〇〇〇年）「はしがき」三頁。引用すると、「勿論、行政の原資が国民の公租公課に基づくものである以上、財政的な観点からも、可能な限り、効率的な行政運営を行い、ムダと非効率を排除

しなければならないことは当然であろう。しかし、行政改革は、だからといって、財源確保や財源難突破の方策としてのみ行われるようなものであってはならないのである。もしそのような観点からのみ行政改革を論ずるならば、国民生活擁護充実発展のための行政は、その質的把握を排除した量的把握の観点のみ評価され、「金」がかかるか、かからないかという点から、人権や民主主義や生活の充実が評価されるという倒錯した事態を招くことになるのである」。原野・前掲注(9)二三五―二三六頁も同旨。

(11) この点について、山本隆司「行政組織における法人」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革・上』(有斐閣、二〇〇一年)八七八頁、岡田雅夫「地方公共団体の経済的活動とその限界―西ドイツにおける「経済的企業」概念を手掛かりに―」岡山大学法学会雑誌二八巻一号(一九七八年)二五頁を参照。

(12) 岡田・前掲注(11)二七頁。成田頼明「地方公共団体の経済活動とその法的限界(一)」自治研究三七巻六号(一九六一年)六九頁も同旨。

(13) 山本・前掲注(11)八七八頁、成田頼明「地方公共団体の経済活動とその法的限界(二)」自治研究三八巻七号(一九六二年)六三―七四頁を参照。

(14) 秋田・前掲注(2)二四六頁。

(15) この見解について、今里滋「第三セクターの「組織と人事」」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、一九九三年)八九―九〇頁は、第三セクターの法制化に反対するものとして捉えているようであるが、第三セクターの法制化そのものに反対するというより、むしろ拙速の立法化を警戒し、慎重に物事を運ぶべきであるという主旨であると思われる。

(16) その代表的なものには、妹尾克敏「地方自治の現代化と「第三セクター」に関する予備的考察」松山大学論集四―六号(一九九三年)九四頁、鹿児島・前掲注(2)二四六頁、乙部哲郎「地方公共団体の企業活動の法的統制」神戸学院法学二五巻一号(一九九五年)三五七頁などがある。

(17) 例えば、法制化したとしても、それによらない民商法に基づく設立は可能なのか。可能だとすれば、結局尻抜けに終わるのではないか。また、これを避けるために民商法による設立を一切禁止することも考えられるが、そこまでの必要性は果たしてあるのか、弊害はないのかなどである。

おわりに

以上、筆者が行った実態調査を基礎としつつ、第三セクター問題について、職員派遣、天下り、情報公開、性格と位置づけ等の角度から法的考察を試みてきた。こうした考察を通じて、第三セクターが地方公共団体行政において果たしてきた機能には評価すべき点があるものの、その組織形態がもたらす問題点も少なくないことが明らかとなった。

すなわち、第三セクターの概念をはじめとして、天下り問題や補助金等の財政支援問題や情報公開問題及び行政法上の位置づけ問題など、法的に未整備な面や解決しなければならない問題点である。第三セクターを今後とも地方公共団体の行政目的実現の手段として位置づけるのであれば、その法制化はもはや避けて通れない課題であり、第三セクターに関する立法が必要であると思われる。

日本における第三セクター問題を自分なりに考察してきたが、行政法学上未だに解決されていない難問の一つであるといえるだけに、浅学非才の外国人である私としては、研究がなお不十分であることは自覚しているところである。しかし、前にも触れたように、一九七三年に第三セクターが日本に正式に登場し、同年一〇月に『朝日ジャーナル』が組んだ「第三セクターの素顔」の中で第三セクターが姿不明の妖怪と形容されてから三〇何年も経った今日においても、依然として「第三セクターとは何か」という次元に放置されて未確定のままにいる現状に鑑みれば、本論文にも何がしかの意義があるのではないかと考えている。本稿は全く未熟なものにとどまるが、ご教示ご批判を頂きつつ、研究をさらに進めることとしたい。