



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	いわゆる第三セクターに関する行政法学的考察（3）
Author(s)	石, 龍潭; SHI, Longtan
Citation	北大法学論集, 56(2), 285-320
Issue Date	2005-07-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15368
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(2)_p285-320.pdf



いわゆる第三セクターに関する行政法学的考察（三）

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字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 第三セクターの天下り

第三節 第三セクターの情報公開

第四節 第三セクターの性格

第五節 第三セクターの改革

おわりに

(以上第五四卷第六号)

(以上第五五卷第四号)

(以上本号)

第三章 第三セクターに関する法的考察

第二章において、第三セクター方式の持つメリット及びデメリット、行政による職員派遣及びその延長線にあるとも思われる天下り、情報公開、第三セクターの公益性と収益性、行政との関係、第三セクターの補助金及び委託料、第三セクターの将来性等の見地から、第三セクター全般についてその実態を考察した。その結果として、第三セクターが持つ問題は実に多岐にわたり複雑であることが明らかになった。

そこで、本章においては、第二章の研究結果を踏まえて第三セクターに関する法的考察を行うことにする。以下、第三セクターへの職員派遣(第一節)、第三セクターの天下り(第二節)、第三セクターの情報公開(第三節)、第三セクターの性格(第四節)、第三セクターの改革(第五節)について、順次検討を加える。

第一節 第三セクターへの職員派遣

一 問題の提起

第二章において、殆どの第三セクターは、人数の差こそあれ、行政から派遣職員を受け入れることが明らかになった。第三セクターへの職員派遣問題について、本論文の冒頭にも述べてきたように、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、行政が第三セクターに職員を送出させる場合、その法的根拠はどこにあるのか、身分規定はどうすべきか等の問題が存在している。また、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。営利を目的とする法人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。

もつとも、行政の立場から出発すれば、出資比率が高い場合、主導権を握るため人員を派遣するのは言うまでもなく、たとえ低い場合でも、筆頭株主である場合、職員を派遣することが一応理解できよう。また、北海道ちほく高原鉄道株式会社が主張するように、「法律上は引き上げるべきではあるが、しかし、公共性が極めて高い等の場合に限って、例外として役員派遣は認められるべきである」という主張にも、一理あると言えよう。

日本の現行地方公務員制度は、一九五〇年に制定された地方公務員法を起点に、地方自治発展の基盤となつて、地方自治制度を内から支える役割を担つてきている。しかし、周知のように、当該制度が発足以来五〇余年を経過しようとしている今日において、制度設計自体に不備が明らかになる一方、日本の社会経済システムは、地方自治と地方分権の進展、官民の役割分担の変化、民間における雇用形態の多様化等に象徴されているように、大きな転換期を迎えている。これらに伴つて、新しい地方分権・地方自治の時代にふさわしい地方公務員制度が求められている。従来予想していなかった第三セクターへの職員派遣制度の確立はこうした時代要請の一環として位置づけることができる。

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(同法三八条)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。二〇〇二年四月によ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、従来の地方公務員派遣制度及び第三セクターへの職員派遣の可否について概観したうえで、主に公益法人

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詳しく検討を加えることにする。

二 従来の地方公務員派遣制度

これまでの派遣には、外見上から見れば、①国や地方公共団体の内部における派遣、②法令に基づく公共機関への派遣、③いわゆる地方三公社等のような公共的団体への派遣、④第三セクター等への派遣等の様態があるとされる。⁽²⁾ 中には研修名目で第三セクターのような地方公共団体以外の業務の経験を積ませるためのものと、地方公共団体の本来の業務を行わせるためのものとがあると考えられる。また、派遣のほか、出向という語もしばしば用いられるが、両者は必ずしも同一概念ではないとされる。⁽³⁾ しかし、学問上及び行政実務上職員の派遣と出向は混用されているようである。⁽⁴⁾ 派遣であれ、出向であれ、いずれも地方公共団体の公的な目的のもとに、任命権者の命により職員を派遣先機関の業務に従事させる点において、両者は共通点を有していると理解できよう。

ところで、現行法上、第三セクターへの職員派遣に関する明確な規定はおかれていないものの、職員派遣自体について幾つかの制度が用意されている。主たるものは次のようである。

(一) 地方自治法における派遣 地方自治法において、地方公共団体相互の事務処理の能率化、合理化を促進する見地から、地方公共団体の相互派遣制度が設けられている。これは地方自治法二五二条の一七に基づいて当該地方公共団体以外の地方公共団体の各執行機関に職務命令により職員を派遣する制度である。

(二) 地方公務員等共済組合法における派遣 これは地方公務員共済組合への便宜供与のために地方公務員等共済組合法一八条に基づいて行われる派遣制度である。

(三) 地方公務員災害補償法における派遣 これは地方公務員災害補償法一三条第一項に基づいて、地方公務員災害

補償基金への便宜供与のために、当該基金に職員を派遣する制度である。

(四) 外国の地方公共団体の機関等に派遣される一般職の地方公務員の処遇等に関する法律(地方公務員海外派遣法)における派遣 これは地方公務員海外派遣法二条に基づき、国際交流・国際協力等のために外国の地方公共団体の機関等に職員を派遣する制度である。

以上の諸制度では、派遣職員が不利益を受けることなく安心して働くために、地方公務員としての身分の維持を明確にした上、①給与の取り扱い、②退職手当計算上の在職期間の通算、③業務上災害が生じた場合の給与の取り扱い、④業務上災害に対する公務災害補償制度の適用、⑤地方公務員共済組合制度の適用等の処遇について明確な規定が設けられ、他の職員と比べると不利益にならないように配慮されている点が注目される。また、いずれも派遣先が限定されており、地方公共団体がその職員を外部団体に派遣するための一般的制度ではない。なお、地方自治法以外の派遣制度は、地方公共団体以外の団体に職員を派遣するものであり、特別の立法による特別の派遣制度であると言えることができると思われる。

三 職員派遣の可否

冒頭にも指摘したように、従来の制度上第三セクターへの職員派遣について明確な言及はない。しかし、各地方公共団体では、その行政上の必要から各種の方法で職員を外部団体に派遣し、しかもその給与を負担する取り扱いが広く行われてきている。行政サイドにとつてのメリットとしては、これを通じて第三セクターの運営に対する関与を行うほか、職員に民間的な経営のセンスを身につけさせることや地方公共団体では得難い経験及び知識を積ませること等が挙げられる。他方で民間サイドにとつては、第三セクターが設立される当初経験のある職員を確保することは困難であり、公

務員の専門的知識を活用して日常的に行政との連絡調整及び意思疎通等を行い、それを通して円滑な事業推進をすることが期待される。⁽⁵⁾したがって、行政サイドと民間サイドにおける利益や思惑が一致したところから、第三セクターに職員を派遣する必要性が生まれてくると言える。

しかし、第三セクターへの職員派遣は法的には果たして可能であろうか。先程現行法上の幾つかの派遣制度を紹介したが、いずれも第三セクターへの職員派遣に対するものではないほか、現行法上、地方公務員法第三〇条において、すべて職員は全体の奉仕者として公共の利益のために勤務しなければならぬ旨規定されているし、また、同法三五条には、公務員のいわゆる職務専念義務の規定も設けられている。第三セクターの場合、特に商法上のそれは、場合によっては外見上のみならずその業務内容も民間の私法人と全く変わらないケースがありうるため、法律に反する可能性がないとは言い切れないと思われる。しかし、地方自治法においては、「職員の派遣」制度が用意されていることから分かるように、少なくとも職員派遣それ自体が否定されているとは言えないであろう。また、地方自治法二五二条の一七と地方公務員法三五条においては、それぞれ「法律に特別の定めがあるものを除く外」、「法律又は条例に特別の定めがある場合を除く外」という留保が付されることから分かるように、地方公共団体が第三セクターも含めて当該地方公共団体以外の団体に職員派遣を行うことは、法的には一応可能であると考えられよう。すなわち、地方公共団体の利益及び住民利益の増進のため、法律又は条例が認めた場合に限って、地方公共団体の職員が公務員の身分を保持していながら、他の団体の職員として勤務することができると考えられる。

しかし、法的にはこういった可能性があると言っても、実際に第三セクターに職員派遣を行えるかどうか、特に給与等の支出を伴うそれについては、従来から三つの角度により慎重な検討を施す必要があるとされている。すなわち、第一に、それは職務専念義務に抵触しないかどうか、第二に、派遣先が商法人の場合、それは営利企業等の従事制限に

抵触しないかどうか、第三に、派遣職員の給料や手当てを派遣元が負担することができるかどうかである。⁽⁶⁾

四 公益法人等派遣法施行前の職員派遣

(一) 派遣の形式と問題点

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。それぞれの内容と特徴をまとめたのが表一である。

こうしてみてみると、地方公共団体にとって、退職によるのが公務秩序の維持という見地から一番簡単で分かりやすいのに対して、派遣職員にとつては、むしろ職務専念義務免除または職務命令の方法によるのが、職員の利益保護という見地から好ましいと思われる。ただし、職務専念義務免除の場合は、職務専念義務を職員の申出に基づくのではなく地方

表1 公益法人等派遣法施行前の派遣形式、内容及び特徴

派遣形式	内容	特徴・問題点等
退職	当該職員を退職させて、第三セクターの職員として新たに採用する方法。	服務上の問題は生じないが、復職が保障されないうえ、公務災害補償の適用がない等の欠点がある。退職手当と共済年金について派遣期間が通算されない恐れがある。
休職	条例を定めて休職とし(地方公務員法二七条二項)、第三セクターの職員として採用する方法。	職員としての身分は保障されるが、地方公務員法の休職は不利益処分を念頭に置いているから、派遣の場合は分限処分としての休職はできないのではないかという問題がある。
職務専念義務免除	地方公務員法三五条に基づき職務に専念する義務を免除し、第三セクターの職員として採用する方法。	職員としての身分は保障され、法律的にも不可能ではないが、派遣のような長期間にわたる場合に、職務専念義務を免除することが制度の趣旨になじむかの点では疑問が残る。
職務命令	職務命令により、第三セクターの事務従事を命ずる方法。	職員にとっては全く問題を生じないが、地方公共団体と第三セクターの事務を同一視できるだけの明確な理由がない限り違法になるおそれがある。

公共団体の都合により免除できるかどうか、職務命令の場合は、地方公共団体の公務を遂行するための命令としての職務命令を、派遣のために下せるかどうか等について、更なる検討が必要であると思われる。公務秩序の維持及び派遣職員の利用保護の両方から考慮すれば、休職によるのが問題が比較的少ないようである。しかし、休職の場合は、そもそも派遣に年限処分としての休職を行えるのかどうかという問題が残っている。この点は次のように考えられよう。すなわち、国家公務員については、法令の規定により国が必要な援助または配慮をすることができるとされている公共的機関の設立に伴う臨時的必要に基づき、人事院が指定する機関において、その職員の職務と関連のある業務を行う場合に休職させることができることが定められている(人事院規則一—四第三条三号)。休職について、「国家公務員と地方公務員とで、その性格が異なるとは考えられないので、地方公共団体においても職員を出向させる場合、条例を定めて休職とすることは可能」であろう。⁽⁷⁾

以上の派遣形式はそれぞれ長所と短所を合わせ持っているほか、休職による場合、職務専念義務免除による場合、そして退職による場合については、行政実務上一般に次のような問題点が指摘されてきた。⁽⁸⁾ 第一は、昇給についてである。必ずしも公務については限らない第三セクターへの派遣職員に対して、昇給は当該時期に公務についていない公務員に対して行われまいという原則に照らして、昇給を行うことは困難である。第二は、退職金についてである。第三セクターへの派遣職員の場合、退職手当算定の基礎となる在職期間が派遣期間の二分の一になってしまうことになるため、派遣期間が長ければ長いほど、派遣された職員の損失が大きくなる可能性がある。第三は、災害補償についてである。第三セクターへの派遣職員が、派遣期間中に業務災害に遭遇し、復職した場合には、労災の適用はあるが、地方公務員災害補償法の適用はない。また、公務員の場合、公務上の傷病又は死亡によつて退職した場合には退職金が通常に比べ五〇%増で支給されるのに対して、第三セクターへの派遣職員の場合は、いわゆる公務上のものに当たらないため、

この加算措置は受けられない。第四は、年金についてである。派遣されない職員と比べると、第三セクターへの派遣職員については共済組合の長期給付及び短期給付の算定の基礎が低くなるため、給付額が低くなる可能性がある。また、一般職員の場合、業務上災害による死亡または傷病の場合には、公務等による障害共済年金や遺族共済年金を受けることができるが、第三セクターへの派遣職員の場合は、これを受けることはできない。

このように、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、法的には不可能ではないと思われるものの、以上に述べてきた問題点があると考えられるほか、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、また、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することを目的とした制度でも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。

(二) 判例の動向

1 判例の概観

それでは、裁判例は第三セクターへの職員派遣についてどのように扱っているであろうか。この問題をめぐる裁判例は必ずしも多くはないが、これまで主に職員派遣の方法と法的許容性、派遣職員の給与支給（公金支出）の適否、派遣職員の団体交渉権の有無等をめぐって争われてきた。以下において、第三セクター等への職員派遣をめぐる最初の最高裁判決である森林組合への派遣に関する①最高裁昭和五八年七月一五日判決、及び、都市開発事件をめぐる②a浦和地裁平成四年三月二日判決とその控訴審である②b東京高裁平成六年一〇月二五日判決、商工会議所派遣事件をめぐる③a横浜地裁平成五年四月二八日判決、③b東京高裁平成六年八月二四日判決、③c最高裁平成一〇年四月二四日判決、チボリ公園職員派遣事件をめぐる④a岡山地裁平成八年二月二十七日判決、④b広島高裁岡山支部平成十三年六月二十八日判決、④c最高裁平成一六年一月十五日判決、そして、創造協会事件をめぐる⑤a神戸地裁平成一〇年一月二七

日判決と、その控訴審の⑤b大阪高裁平成一一年一月二六日判決、勝山第三セクター派遣事件をめぐる⑥福井地裁平成八年二月一四日判決、を取り上げて見てみよう。

①最高裁昭和五八年七月一五日判決(森林組合事件・民集三七巻六号八四九頁)

本件は、森林組合の組合長を兼ねる町長が専ら森林組合の事務に従事させる目的で町職員に採用した上で、職務命令により森林組合に出向させ、町長の指揮監督を離れて森林組合の事務に従事させたにもかかわらず、約七年間にわたって町予算から給与を支払ったことを、違法なものとして、町民が町に代位して町長個人に対して損害賠償を請求した住民訴訟である。一審、二審とも原告の請求が認容された。最高裁は、本件森林組合について、森林組合は地方公共団体とは別個独立の団体であり、地方公共団体に属しない中間団体であるため、その事務は性質上地方公共団体と同一視することができない。本件職員派遣について、人事院規則の定める「正規の出向」によるものでもなければ、地方自治法及び他の法令に根拠を有する職員の派遣形式によるものでもない。町長が森林組合に「町職員を、その身分を保有させたまま派遣し、町長の指揮監督を離れた、実際の執務上は、町職員としてではなく、専ら森林組合の職員としてその事務に従事させることは、法令または条例に基づかない違法な措置」である。本件給与の支払について、違法な派遣に基づいて行われたものであるため、地方自治法二四二条一項にいう違法な公金の支出にあたる、として原審判決を維持した。

②a浦和地裁平成四年三月二日判決(都市開発事件一審・行集四三巻三号二六九頁)

本件は市長が代表取締役を兼ねる市が出資して設立した株式会社に市職員を職務命令によって派遣し、同社と結んだ協定に基づいて給与を支払っていたことに対して、同市の住民が、職務命令による職員派遣は職務専念義務違反であり、市の事務に従事していない職員に給与を支給することは、法律または条例に基づかない違法なものであり、このような

違法な内容を定めた本件協定は無効であるとして、株式会社に不当利得返還を求めた住民訴訟である。本判決は、本件株式会社について、株式会社の事業には公益性が認められないわけではないが、本質的には営利を目的とする商法上の株式会社組織をとる私企業の一つであり、その営業目的とする再開発ビルの管理運営等の業務は、地方公共の秩序を維持し、住民の安全、健康及び福祉を保持すること等を目的とする地方公共団体の事務とは性質を異にするものである。

本件職員派遣について、地方公共団体が当該地方公共団体以外の団体に職員派遣を行って、その業務に従事させることは、法律に特別の定めがある場合を除いて、職務専念義務に反しないと見られる場合又は予め職務専念義務違反の問題が生じないような措置がとられた場合にのみ許されるものであり、市は職員派遣について条例・規則を定めているが、派遣される職員について職務専念義務違反の問題が生じないような措置をとらずに、職員の身分を保有したまま派遣したのは、地方公務員法三五条に違反する違法な措置である。本件給与の支払について、派遣職員が専ら株式会社業務に従事して市の事務を担当しなかったのに、給与を全額支給したことは、根拠となる法令の規定がないため、地方自治法二〇四条の二に違反する公金の支出として違法である。本件協定について、それは私法上の契約としての性質を有しているが、公共の利益に係る行政法規に反する違法な事項を内容とするものであるため、強行法規ないし公序良俗に反する契約として無効である、として、株式会社に対して不当利得（派遣職員の賃金）の返還を命じた。

②b 東京高裁平成六年一〇月二五日判決（都市開発事件控訴審・行集四五卷一〇・一一号一八六八頁）

本判決は、②aの控訴審判決である。まず、本件株式会社について、一審判決を引用した上で、本件「株式会社は地方公共団体に属するものではないことは明らかであり」、その事業は多岐にわたり「地方公共団体の事務と同一視できるものではない」とした。次に、本件職員派遣について、市は必要があるならば条例に基づいて規則を改正することにより職務専念義務に違反しないような措置をとることが可能であったとし、また、本件給与の支払については、職員の

給与はその職務と責任に応じるものであり、現行法上職員を他の団体に派遣できる場合は限定的に規定されており、地方自治法は地方公共団体が他の地方公共団体に職員を派遣した場合においても給与等の支出は派遣先の地方公共団体の負担とすること等に鑑みれば、本件職員派遣と給与支給はいずれも違法であるとしている。本件協定について、条項は職務専念義務に抵触するような職員の派遣方法を具体的に定めたものではないため、本件協定自体がそれ自体で直ちに強行法規に反する違法な事項を内容とするとは言えないものの、派遣職員の給料等に関する条項は、専ら株式会社の業務に従事し、市の業務に従事せず、しかも市の指揮監督を受けていない期間について給与等を支給することを定めるものであるから、違法であると判示した。

③ a 横浜地裁平成五年四月二八日判決⁽¹⁰⁾(商工会議所派遣事件一番・判例地方自治一一三号一四頁)

本件は、市が商工会議所と締結した協定に基づいて、職務専念義務を免除した上で、職員を商工会議所に派遣し、その給与等を支給していたことに対して、同市の住民が本件給与支給を違法とし、市長に対して給与相当額の損害賠償を、商工会議所に対して同額の不当利得返還をそれぞれ求めた住民訴訟である。本判決では、まず本件商工会議所について、商工会議所は「地域総合経済団体としての性格を有する法人であり、その性格は私法人であるが、公法人的性格を合わせ持つものである」が、地方公共団体の行政組織に属するものではないし、また、その行う事業が地方公共団体の事務と同一視できるものではない。このような性格の商工会議所に長期にわたり職員を派遣するための方法として、職務専念義務免除の方式が本来予定されているとは考えがたい上、本件免除条例二条三号が長期間地方公共団体の事務に従事しないこととなるような職務専念義務免除を許すものと解することはできないなどとして、本件職務専念義務免除及び本件派遣には、いずれも地方公務員法三五条等に違反する違法があるとされた。本件給与の支払について、違法な職務専念義務免除及び違法な職員派遣によるものであり、市の職員としてその職務を行っていない派遣職員に対し給与等を

支給することは、一般的なノーワーク・ノーペイの原則に反し違法であり、地方自治法二〇四条等に反する違法な公金の支出にあたるものである。また、本件給与支出と派遣命令との密接な関係からすれば、後者が違法である以上前者も違法となる。本件協定については、強行法規に反し無効である、と判示され、商工会議所に不当利得返還が命じられた。

③ b 東京高裁平成六年八月二四日判決（商工会議所派遣事件控訴審・判例地方自治一三四号二二頁）

本判決は、③ a の控訴審判決である。まず、本件商工会議所について、地方公共団体の行政組織に属するものではないし、また、その行う事業が地方公共団体の事務と同一視できるものではないと一審判決の判断を追認した上、「商工会議所は、私法人ではあるが、営利法人とはもちろんのこと、一般の民法の公益法人と比較しても、当該地域におけるかなり高度な公共的な性格を有する法人である」とした。しかしながら、商工会議所の事務と地方公共団体の事務とは同一視できない以上、本件派遣は職員の職務専念義務との抵触を生じさせる。しかし、本件条例上職務専念義務免除できるとされている「市長が定める」については、格別の限定を付していないため、職員に対してどのような場合に職務専念義務免除を行うかについて、原則として市長の裁量に委ねられているものと解され、裁量権の逸脱又は濫用があった場合でない限り違法とは言えない。また、本件職員派遣の必要性や合理性、派遣職員の身分及び処遇の保障、職員派遣の適切な制度が確立していない現状をあわせ考えれば、職務専念義務免除の方法による職員派遣は「望ましいことではないにしても、一概に違法として否定されるべきではない」とし、本件職務専念義務免除及び本件派遣は違法ではないとした。本件給与の支払について、ノーワーク・ノーペイの原則に照らして、「疑問を容れる余地がないではない」としながら、本件職務専念義務免除及び職員派遣が違法であるとは言えない上、本件支出自体には何ら違法な事由もないため本件給与支出を違法とすることはできないとした。本件協定については、「無効とすべき理由はない」とし、商工会議所の不当利得を否定した。

③c 最高裁平成一〇年四月二四日判決^①(商工会議所派遣事件上告審・判例地方自治一七五号一一頁)

本判決は③の最高裁判決である。本件商工会議所について、「商工会議所が団体として公共的な性格を有することは否定し得ないけれども、その構成員は営利を目的とする商工業者又はその団体であり」、また、予算執行と行政目的の見地から商工会議所の業務と市の事務の関連を分析し、市の財政負担において職員派遣を行う行政上の必要性も合理性も見出すことはできないとした。本件職員派遣等の適否について、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つても、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三十条、三十五条、二十四条一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、という判断枠組を提示した上、本件では商工会議所の業務内容及び派遣職員の職務内容との関係等について十分な審理を尽くしてから、職員派遣の必要性を検討し、それに照らして職務専念義務免除等の適否を判断する必要があるが、以上の点について何ら具体的な認定することなく、本件給与支出の適法性を肯定した原審には、審理不尽くひいては理由不備の違法がある、として原判決を破棄し差戻した。

④a 岡山地裁平成八年二月二十七日判決(チボリ公園職員派遣事件一番・判例時報一五八六号六四頁)

本件は、岡山県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(平成一四年法律第四号による改正前のもの)一二二条の二第一項四号に基づき、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。

本判決は、本件株式会社を「営利企業」とした上、本件職員派遣及び給与支出について、地方公務員法三五条の職務専念義務は公務員の基本的規範であり、職務専念義務の免除措置を伴う職員派遣が許されるのは、職務専念義務に反しないと見うる特別の事情がある場合に限り、本件株式会社の設定目的、事業内容、県の出資割合等に照らして、右特別の事情があるとは認められないから、本件の職務専念義務の免除は職務専念義務免除条例の要件を欠くものとして違法であり、給与等の支出も法令上の根拠を欠き違法である、と判示した。

④ b 広島高裁岡山支部平成十三年六月二十八日判決（チボリ公園職員派遣事件控訴審・判例地方自治二二四号六二頁）
本判決は④ a の控訴審判決である。まず本件株式会社について、「基本的には営利を目的とする株式会社である」と一番と同様の見解が示された。次に、本件職員派遣及び給与支出について、③ c 最高裁判決の判断枠組みに基づき、職務専念義務免除条例に基づく職務専念義務免除措置が地方公務員法三〇条、三五条の趣旨に反するときは職務専念義務免除条例の要件を満たさないとすべきであり、かつ、本件給与条例の勤務しないことの承認が地方公務員法二四条一項の趣旨に反するときは違法となるとした上、県の出資割合、本件協定の内容等に照らすと、本件株式会社の営利目的と県の行政目的が将来齟齬しないとは限らず、齟齬防止のための手当ても十分でなく、派遣職員が従事していた業務も行政目的とは直接関係がないとして、少なくとも県知事がした本件給与条例による派遣職員に対する勤務しないことの承認は、地方公務員法二四条一項、三〇条、三五条の趣旨に反し違法であり、派遣職員は派遣期間中県の事務に従事していないことにつき適法な承認を得ていたとは言えないから、給与等の支給は違法であるとされた。

④ c 最高裁判平成十六年一月十五日判決（チボリ公園職員派遣事件上告審・判例時報一八五〇号三〇頁）

本判決は、本件職員派遣及び給与等の支出の適否について、前記③ c 最高裁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、第一審被告会社との連絡調整の必要のみでなく、第一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第一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、第一審被告会社の組織体制の確立、社員教育、資金調達等、第一審被告会社の業務全般に及んでいた、④第一審被告会社には常時二人から六人の職員が派遣され、派遣人数は述べ十三人、派遣期間は約七年間に及んだというのであるから、第一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などを考慮しても、本件職務専念義務の免除が本件免除規則二条二号所定の要件を満たすものであるということはできず、本件承認は、地方公務員法二十四条一項の趣旨に反する違法なものといふべきである。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る」としている。

⑤ a 神戸地裁平成一〇年一月二七日判決⁽¹²⁾（創造協会事件・労働判例七八二号七二頁）

二一世紀ひょうご創造協会に派遣された県職員の勤務条件について、当該職員の加入する地方公務員法上の職員団体の支部組織が協会により団体交渉を拒否されたため、地労委に救済申立てを行ったところ、地労委は、派遣職員が労働組合法上の「労働者」ではなく、また職員団体も労働組合法上の「労働組合」ではないとして、これを却下した。本件は地労委決定の取消請求事件である。本判決は、派遣職員の従事する業務は公益的な色彩の強いものといえ、県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こと、本件で問題となっている勤務時間などには地方公務員法の適用がないこと等を理由に、派遣職員は労働組合法上の「労働者」にあたるとしたが、職員団体が労働組合法上の「労働組合」に相当するかどうかについて、職員団体が地方公共団体以外の団体と団体交渉することは現行地方公務員法及び労働組合法の予定しないところである等を根拠にそれを否定した⁽¹³⁾。本件は第三セクターに派遣された職員の労働条件や

団交権をめぐるはじめての判決である。本件職員派遣は、県と協会が結んだ協定に基づき職務専念義務免除により行われたものであり、派遣職員の給料等について、県が負担するとされていた。

⑤ b 大阪高裁平成一年一月二六日判決（創造協会事件控訴審・労働判例七八二号六七頁）

本件は⑤の控訴審である。本件協会について、県の将来の積極的行政部門における最重要項目に関する業務を遂行しており、実質的に県の業務と同一視でき、協会の業務は公益性が相当高いという見地に立つて、派遣職員及び職員団体の労働法上の「労働者」及び「労働組合」の該当性をいずれも否定した。第三セクターの業務が実質的に地方公共団体の業務と同一視できるとされたのは本判決がはじめてのようである。

⑥ 福井地裁平成八年二月一四日判決（勝山第三セクター派遣事件・判例地方自治一五二号五九頁）

本件は市長が職務専念義務を免除して市職員を第三セクターに派遣し、派遣期間中その給与等を支給していたことに對して、住民が、本件派遣は違法なものであり、給与等支出は違法な公金支出であるとして市長に対して損害賠償を求めた住民訴訟である。本判決は、本件第三セクターについて、法形式的には株式会社という営利法人であり、市の業務と同視することができないが、高度な公益性を有するものであるとした上で、地方公務員法は職務専念義務免除の要件を条例に委ね、条例は更に任命権者の裁量を明確化した規則にゆだねていることからすれば、法や条例の趣旨に反するような逸脱がない限り任免権者の裁量が認められるべきであり、また、一定期間職務に従事していないだけで、常勤の職員としての地位を失うものではなく、市の職務に従事しなかったことだけで、給与支出を全て違法とすることはできないとして、本件第三セクターへの派遣と給与支給は、地方公務員法及び職務専念義務条例に違反せず、いずれも違法ではないとされた。

2 判例の整理

以上の判決を簡単にまとめておこう。まず、第三セクターについて、⑤ b 判決を除いて、諸判決は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見られるものの、公益法人であれ、株式会社であれ、第三セクターの法人形態を問わず、いずれも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する点において共通しているように思われる。

また、職員派遣について、①以外の事案は、全て地方公共団体と派遣先の第三セクター等との間に締結されたいわゆる協定に基づき行われたものである。派遣形式からすれば、職務命令による場合（①②）もあれば、職務専念義務免除による場合（③④⑤⑥）もある。しかし、同じ職務命令の場合と言っても派遣事情が違ふようである。①の派遣には条例等の根拠がなかったが、②では、市長は職員定数条例及びこれに基づく規則の規定を根拠として職務命令を発している。職員派遣の適否から見れば、①②は、職務専念義務との抵触についての手当てがされていないが、③においてこの問題を中心に議論が展開されている。③ a は第三セクター等に長期にわたり職員派遣するための方法として、職務専念義務免除の方式は本来予定されていないし、本件免除条例も長期間地方公共団体の事務に従事しないこととなるような職務専念義務免除を許すものと解することはできないとしたのに対して、③ b と⑥は派遣が職員の職務専念義務との抵触を生じさせると認めながら、長の裁量権に注目し、裁量権の逸脱又は濫用があった場合でない限り違法とは言えないとした。③ c と④ b ④ c は、派遣職員は市の事務に従事していないため、職務専念義務の免除が必要であり、それに加えて勤務しないことについての承認が必要であるとしている。

このように見てくると、第三セクター等への職員派遣問題について、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、③ b 及び⑥の結論と、⑤はそもそも給与支給自体が争われていなかったことを除けば、裁判例には地方公共団体の給与負担を伴

う派遣を厳しく限定しようとする姿勢がうかがえよう。⁽¹⁶⁾

また、⑤の事案は、内容からすれば他の事案と比べるとやや異なるものであると思われるが、しかし、第三セクターへの職員派遣が定着するにつれて、一方で地方公務員として身分を有し、他方で第三セクターの就業規則等を受けることになるような労使関係をどのように規律すべきかが問題となろう。⁽¹⁷⁾

3 判例の分析

第三セクターへの職員派遣について、残念ながら、「これを体系的・理論的に論じた学説というべきものはない」現状にあると言われる。これまで、諸判決に関連して次のような見解があると見られる。⁽¹⁹⁾

①当然適法説 これは給与支出自体に焦点を当てて、派遣職員は職務命令を受けてその通り勤務していたのである以上、職務命令が無効である場合を除き、または欠勤や職務命令違反等を除けば、当該地方公共団体は給与支給義務を負っており、給与支出は適法であるとする見解である。

②当然違法説 これは派遣職員が派遣先において従事する職務に焦点を当てて、当該地方公共団体の事務と一体化又は同一視できる場合を除き、地方公共団体の職務を遂行しているとは言えず、ノーワーク・ノーペイの原則からすれば、給与支給は違法であるとする見解である。前記②aや②bの立論はこれに近いと思われる。

③限定解釈説 これは職務専念義務免除の有無と適否に焦点を当てて、一定の基準を満たさなければ職務専念義務免除は許されないとする見解である。この説は、職務専念義務は全体の奉仕者としての公務員の地位に基づく服務の基準であるから、その免除は容易に認められるべきではない立場に立っていると思われる。⁽¹⁸⁾ ③aはこの説を採用していると思われる。

④裁量説 これも職務専念義務免除の有無と適否に着目し、職務専念義務免除がなければ違法であるが、それがあれ

ばこれについての長の裁量権の逸脱、濫用の問題として判断すべきであるとする見解である。③b及び⑥は裁量説を採用していると思われる。

⑤総合説 これは前記当然適法説にも当然違法説にも裁量説にも立たないものであり、主に前記③c最高裁平成一〇年四月二四日判決の判断に基づいて抽出されたものである。すなわち、職員派遣自体や給与関係及び職務専念義務免除ではなく、職務専念義務免除と給与条例上の勤務しないことの承認との両方に焦点を当てて、その適否をそれぞれ判断すべきであるとする見解である。③cと④b④cはこの説の典型例であると考えられる。

第三セクターへの職員派遣問題について、学説は一応以上のように整理できる。しかし、これらに対して、それぞれ別の見地から反論することができるのみならず、諸学説の区分自体も必ずしも厳密なものではない⁽²⁰⁾と思われる。例えば、①当然適法説について、職務命令が無効である場合、それは当然適法と言えないであろう。②当然違法説については、当該地方公共団体の事務と一体化又は同一視できる場合なら、同様に当然違法とは言えるかどうか。また、③限定解釈説については、一定の基準を満たさなければ職務専念義務免除は許されないが、逆に言えば、一定の基準を満たしていれば許されると解されよう。なお、⑤総合説に対して、職務専念義務免除と給与条例上の勤務しないことの承認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か、果たして普遍的な基準となりうるか、また、法的には職務専念義務免除と給与条例上の勤務しないことの承認は別個のものであるが、行政実務上、必ずしも厳格に区分されていない、等の見地から異議を唱えることが可能であろう。

このように見てくると、第三セクターへの職員派遣についての一般的な解釈論としての定説はまだないと認めざるを得ない。

五 公益法人等派遣法施行後の職員派遣

(一) 公益法人等派遣法制定の背景

総務省が行った調査によると、二〇〇二年一月現在、地方公共団体から六五、一〇二人（そのうち、二八、七四八人が役員として、三六、三五四人が職員として）が第三セクター等に派遣され、常勤的又は非常勤的に事務に従事しているとされる。⁽²¹⁾しかし、前にも述べたように、現行制度には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することを目的とした制度は存在しないため、地方公共団体によって派遣形式もまちまちであるし、給与、年金等の取り扱いにおいても必ずしも不利益とならないとは限らない等の問題点があるとされていた。地方自治行政において、限られた財的、人的資源の下で、より複雑化・多様化した行政目的をより効率的・効果的に実現するため、これからも第三セクターの活用が期待されるだけに、統一的なルールの制定が求められていた。

また、第三セクターへの職員派遣問題について、住民訴訟が相次ぎ、特に前記最高裁判平成一〇年四月二四日判決が言い渡されて以来、この問題の法的解決が喫緊の課題となっていた。

以上は公益法人等派遣法の制定に客観的必然性を提供したと言うことができるが、他方で、近年旧自治省や学界が地方公務員制度の変革にいち早く注目し、第三セクターへの職員派遣に関する一定の理論蓄積を行っていたことは、当該法律の制定に理論的可能性をもたらしたと言える。一九八九年七月に「地方公共団体における人事交流制度に関する研究会」が発足され、同研究会において、実態調査に基づいて①第三セクターへの職員派遣のための新たな制度確立の必要性の有無、②派遣先となる第三セクターや派遣職員の要件、③派遣職員の身分取り扱い、処遇等についての検討が行われていた。⁽²²⁾同研究会は、職員派遣の問題の抜本的な解決を図るためには、特別の制度の創設について検討をする必要があるとしていた。

その後、一九九七年五月に地方公務員制度全般の見直しを行おうとする「地方公務員制度調査研究会」が発足し、翌年七月に意見の中間整理がまとめられて、その中に「第三セクター等への職員派遣」が盛り込まれた。一九九九年四月、同研究会の報告「地方自治・新時代の地方公務員制度」が公表され、第三セクターへの派遣職員の身分取り扱い及び処遇等について統一的なルールを確立するため、法制化の必要があると提言された。

以上を受けて二〇〇〇年四月二六日に公益法人等派遣法が同年法律第五〇号として公布され、二〇〇二年四月一日から施行されるに至った。当該法律は、その第一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、派遣職員の身分取り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。

(二) 新たな派遣制度の枠組み

公益法人等派遣法においては、大きく分けて二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、一定の要件を満たした商法上の営利法人(「特定法人」)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二つの制度である。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。

まず、対象法人について、職員派遣制度と退職派遣制度とは、民法上の公益法人等への派遣と商法上の営利法人への派遣との区別があるものの、その要件として、いずれも①派遣先の業務の全部又は一部が当該地方公共団体の事務又は事業と密接な関連を有する、②当該地方公共団体がその施策の推進を図るため人的援助を行うことが必要である、③条例で定める、の三点が共通していると思われる。もう少し敷衍すれば、地方公共団体が第三セクターに職員派遣を行

おうとする場合には、派遣先の公益性、派遣元と派遣先の業務の関連性及び派遣の必要性等を総合的に検討し、条例化した上で行われなければならないと考えられる。

次に、派遣前の手続について、職員派遣制度の場合と退職派遣制度の場合は、いずれも地方公共団体の事務・事業と密接な関連を有すると認められる業務に限って、派遣元である地方公共団体と派遣先である第三セクターとの間に業務内容等に関する取決めを締結することや、取決めの内容を派遣職員に明示することを要求している。しかし、職員派遣制度の場合は、当該取決めの内容について、「職員の同意を得なければならない」と明記されているのに対して、退職派遣制度の場合は、形式上派遣職員の依頼退職という形をとることになることから、「任命権者の要請に応じて職員が退職」するに止まっている。

次に、派遣期間について、職員派遣制度と退職派遣制度とは、いずれも三年を原則としているが、前者の場合、任命権者が特に必要と認める場合には、派遣先との合意及び派遣職員の同意を経てから五年を超えない範囲において延長することができる。業務内容については、職員派遣制度の場合も退職派遣制度の場合も取決めに従って派遣先の第三セクターの業務に従事するとされている。給与については、両方とも支給しないことを原則としているが、前者の場合、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できる。また、職務の適用について、退職派遣制度の場合、非公務員となるため適用を一切受けないのに対して、職員派遣制度の場合は、職務上の職務の適用がないものの、「信用失墜行為の禁止」・「政治的行為の禁止」等身分上の職務の適用があるとされる。

なお、復職について、職員派遣制度の場合、職員派遣を継続することができない又は適当でない認められる時と派遣期間が満了した時、派遣職員を職務に復帰させなければならないとされている。これに対して、退職派遣制度の場合

表2 公益法人等派遣法の派遣制度（派遣形式、内容及び特徴）

区分	職員派遣制度（公務員型）	退職派遣制度（非公務員型）
特徴	<ul style="list-style-type: none"> ・地方公共団体から公益法人等へ派遣 ・地方公務員の身分を保有 	<ul style="list-style-type: none"> ・地方公共団体から営利法人へ派遣 ・地方公務員の身分をしばらく放棄
対象法人	<ul style="list-style-type: none"> ・民法三四条法人、特別の法律により設立された一定の法人及び地方六団体のうち、その業務が地方公共団体の事務・事業と密接な関連を有し、施策推進を図る上での人的援助が必要なものとして認められるもの ・条例で対象団体を規定 	<ul style="list-style-type: none"> ・地方公共団体が出資している株式会社又は有限会社のうち、その業務が公益増進に資するとともに地方公共団体の事務・事業と密接な関連を有し、施策推進を図る上での人的援助が必要なものとして認められるもの ・条例で対象団体を規定
派遣前手続	<ul style="list-style-type: none"> ・任命権者と対象法人との間で業務内容等について取決めを締結（主として地方公共団体の事務・事業と密接な関連を有すると認められる業務に限定） ・職員に取決めの内容を明示 ・職員の同意 	<ul style="list-style-type: none"> ・任命権者と対象法人との間で業務内容等について取決めを締結（主として地方公共団体の事務・事業と密接な関連を有すると認められる業務に限定） ・職員に取決めの内容を明示 ・任命権者の要請に応じて職員が退職
期間・業務等	<ul style="list-style-type: none"> ・期間：三年以内（五年まで延長可） ・取決めに従って対象法人の業務に従事 ・給与：支給せず（委託業務や共同業務等の場合支給可） 	<ul style="list-style-type: none"> ・期間：三年以内 ・取決めに従って対象法人の業務に従事 ・給与：支給せず
服務	<ul style="list-style-type: none"> ・身分上の服務の適用あり（「信用失墜行為の禁止」・「政治的行為の禁止」等） ・職務上の服務の適用なし（「職務命令に従う義務」・「職務専念義務」等） 	<ul style="list-style-type: none"> ・身分上の服務の適用なし ・職務上の服務の適用なし
復職	<p>期間満了の場合等には復職</p>	<p>期間満了の場合等には、地方公務員法の欠格条項に該当する場合等を除き採用</p>
処遇等	<ul style="list-style-type: none"> ・派遣期間中、派遣先団体に係る制度を適用（医療保険：健康保険、災害補償：労働災害補償） ・復帰後、共済長期給付制度及び退職手当制度において派遣期間を通算して適用・部内の職員との均衡に配慮 	

注：陸川克己「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について」地方自治六三二号（二〇〇〇年）七三―七四頁及び内田憲治「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」立法と調査二一七号（二〇〇〇年）三二頁の表に基づいて作成

は、派遣期間が満了した時には、地方公務員法の欠格条項に該当する場合等を除き採用するとされる。

最後に、派遣職員の処遇等について、職員派遣制度と退職派遣制度を問わず、いずれも①派遣期間中の処遇について、派遣先団体に係る制度を適用する、②復職後の処遇については、共済長期給付制度及び退職手当制度において派遣期間を通算して適用する、③その他復帰後の処遇は、部内の職員との均衡に配慮するとされる。

以上をまとめたのが表二である。

（三）公益法人等派遣法の意義

当該法律の制定によつて、従来地方公共団体が職務命令や職務専念義務免除、休職及び退職等の在来制度の拡大解釈や運用により行つてきた第三セクターへの職員派遣は、職員派遣の法的根拠、派遣職員の身分取り扱ひの保障等について特別立法の形で法的に明確化されたと言える。それによつて、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とされた。これから第三セクターに地方公共団体が職員派遣を行うおうとする際、根拠となる法律が制定された点において、特に法律による行政の原理からすれば、当該法律は現行地方公務員制度にとつて分水嶺的な意義があると思われる。

また、派遣職員の見地からすれば、これから身分の取り扱ひや処遇において不利益を受けることなく安んじて職務に専念できるという点からも、特に派遣された役員が今日においても六万人以上も超えたことを併せ考えれば、その意義が大きいと評価できよう。同時に、角度を変えて考えれば、これは派遣職員の役割を最大限に引き出すことにもつながるのでないかと期待できるとともに、これを通じて地方公共団体と民間との人事交流が最大限に実現され、派遣元の地方公共団体にとつても、または、派遣先の第三セクターにとつてもプラスになることが期待できると思われる。

なお、当該法律の退職派遣制度について、塩野宏教授が指摘されたように、これを任命権者の行為規範として定められるものと見ることもできるし、また同時に派遣退職者の権利としてみることも可能である。「したがつて、任命権者が違法に採用しないときには、不採用処分に対する取り消し訴訟を提起することができる」と解される。これは、公務員の採用が任命権者の広い裁量のもとにある現行法の原則からすると大きな例外を認めたものといえる」というのも、当該法律の意義の一つと言えよう。⁽²⁴⁾

(四) 公益法人等派遣法の問題点

1 法律自体の問題点

しかし、公益法人等派遣法は、日本の地方公務員法制における地方公務員と公益法人等との人事交流面のルールが確立された点において評価できるものの、第三セクターの見地からすれば問題がないわけではない。

すなわち、第一に、何よりも指摘しておかねばならないのは、当該法律が第三セクターを意識して念頭に置きながらも、「公益法人等」及び「特定法人」という用語を使い、「第三セクター」という言葉を用いていないことである。当該法律の言う公益法人とは一般に第三セクターの民法上の法人形態として知られるが、しかし、いわゆる「特定法人」とは、「当該地方公共団体が出資している株式会社又は有限会社のうち、その業務の全部又は一部が地域の振興、住民の生活の向上その他公益の増進に寄与すると共に当該地方公共団体の事務又は事業と密接な関係を有するものであり、かつ、当該地方公共団体がその施策の推進を図るための人的援助を行うことが必要であるもの」として条例で定めるものをいう」とされる。この定義からすれば、組織形態や設立目的等において商法人形態の第三セクター全てが該当すると見ることもできるが、問題は後半部分の要件を満たすかどうかにあると思われる。第三セクターの実態から見れば、これらの要件が必ずしも満たされているとは限らないからである。当該法律が第三セクターを意識しながらもわざわざ「公益法人等」と「特定法人」という用語を使ったのは、第三セクターの多種多様性や複雑性によってやむを得なかったところに理由があると考えられるが、第三セクターという用語自体につき法的には肯定もしないし、否定もしない。したがって、厳格に言えば、当該法律の制定によって第三セクターへの職員派遣についても一応適用できる法律が作られたにとどまると評価することも可能であろう。

第二に、職員派遣制度と退職派遣制度とは、ほぼ同一目的の下で行われるものであるにもかかわらず、派遣職員の身分取り扱いや派遣前の手続き、職員の服務等において規定が異なるのは果たして妥当かという問題があると思われる。当該法律における制度設計の特徴は、地方公務員の身分を有しながら行われる公益法人等への派遣制度と、特定法人へ

の退職派遣制度を用意することにある。前者は民法法人形態の第三セクターを指すと見ることができ、後者は商法法人形態の第三セクターを念頭に置くものと理解できよう。しかし、同じ第三セクターなのに異なる派遣制度設計が行われたこと自体どうかという問題は別として、派遣職員の立場からすれば、同じ地方公共団体から、ほぼ同じ目的で行われた派遣について、たまたま派遣先第三セクターの法人形態の違いのみによって異なる処遇を受けざるを得ないことは、やや理解しがたいものがある。この点については、次のように考えられよう。公益法人等派遣法の制定より少し前に、国のレベルにおいて国の人材の育成と行政運営の活性化等を目的に、国家公務員の身分を保有したまま民間企業に派遣することができる旨規定されている国家公務員に関する民間企業との人事交流に関する法律（官民交流法・平成一一年法律二二四号）が制定された。これに倣って、地方公共団体が第三セクターに職員派遣を行う際、「官民交流法のスキームと同様に、地方公共団体の派遣先機関への出資の有無にかかわらず、地方公共団体と民間との人材交流の一環として制度設計する方法も」あると考えられる⁽²⁵⁾。こうした発想は商法法人形態の第三セクターにも地方公務員の身分を保有したまま派遣することができることに意義があるろう。これを通じて、派遣先により違ってくる当該法律の派遣制度によってもたらされるとされる派遣職員の身分取り扱いと処遇面の不利、派遣職員の服務面の差異等が解消されると期待できる。

第三に、当該法律の制度には、幾つかの課題について、更なる検討の余地があらうと思われる。①派遣対象法人の選定については、各地方公共団体の条例制定に委ねられている。地方公共団体の自主性が尊重される点において評価できる一方、制度運用にあたっては地方公共団体によって「格差」が出てくる可能性も否定できない。②公益法人等に職員派遣を行う際、条例で定めるところにより給与を支給することができると思われる場合もある。しかし、「明確な基準に沿って運用しなければ、新たな住民訴訟の火種となりうる⁽²⁶⁾」と思われる。③これまで根拠法がないため、便宜的に退職、

休職、職務専念義務免除及び職務命令等の形で行われてきた現行第三セクターへの職員派遣の取り扱いについては、当該法律は触れていない。現行の職員派遣はどうすべきか、こうした派遣はこれからも認められるか等について、最終的には各地方公共団体の判断に任せざるを得ないため、対応がバラバラになることも十分考えられよう。⁽²⁷⁾④職員派遣制度の場合は、取決めの内容について、職員の同意が必要であるとされるが、退職派遣制度の場合も、「事前に職員の退職派遣制度に対する十分な理解と同意を得ることが必要であろう」⁽²⁸⁾。また、退職派遣の場合の復職について、前記塩野宏教授のような評価には確かにそれなりの理由があるが、しかし、当該法律において、この点について必ずしも明示されているとは言えない。⑤派遣期間中の処遇について、派遣先団体に係る制度を適用するとされるが、前に取り上げた「二十一世紀ひょうご創造協会事件」において提起されたような問題、すなわち、派遣先における労働条件を改善するために派遣先の第三セクターと団体交渉をなしうるか、第三セクターに労働組合がある場合には労働組合に加入しうるか、それが存在しない場合には、自ら労働組合を結成しうるか、また、労働組合を通して団体交渉をなしうるか、等について明示されていない。⁽²⁹⁾⑥派遣職員の勤務成績が芳しくない場合、当該職員に対して地方公務員法上の分限処分等を行えるかという問題がある。これについて、分限処分の性質に着目し、「分限処分は、公務能率の維持向上をその直接的な目的としているので、現に職員がその属する地方公共団体の職務に従事している間に分限処分の事由が発生する必要がある」⁽³⁰⁾とされる。すなわち、現に地方公共団体の事務に従事しているかどうかによって決められるとされているわけである。他方で、公益法人等派遣法六条では、派遣元の地方公共団体からの委託業務や当該地方公共団体との共同業務等に従事することを前提に、派遣職員の給与は地方公共団体が支給することが可能であるとされている。このように派遣職員は派遣先の第三セクターにおいて地方公共団体からの委託業務等に従事する場合、かかる場合を「現に職員がその属する地方公共団体の職務に従事している」と見なすことはできるのではなからうか。そうすると、分限処分も行うこ

とができるのではなからうか。ただし、この点について法律で明記されていない。

2 法律の執行において出てきた問題点

二〇〇二年四月に施行された公益法人等派遣法は、以上に述べてきた問題があると思われるほか、当該法律の執行においても新しい問題が出てきている。第二章においてもすでに指摘したように、当該法律の施行に伴って、第三セクターへの職員派遣の給与負担について、職員派遣制度と退職派遣制度を問わず、原則としていずれも派遣先の第三セクターが負担することになっているが、しかし、今回の実態調査で明らかになったように、地方公共団体の独自の「運用」によって、実は派遣職員の給料相当分は、行政が補助金の形で補助しており、この法律の趣旨が必ずしも貫徹されていないという問題がある。一例を挙げてみよう。公益法人等派遣法の施行に伴って二〇〇二年四月一日に札幌市と財団法人札幌市生涯学習振興財団との間で結ばれた「札幌市職員の財団法人札幌市生涯学習振興財団派遣に関する協定（抜粋）」を、今回の実態調査で入手した。それによると（甲は札幌市であり、乙は財団法人札幌市生涯学習振興財団である。）

第五条 派遣職員の給与（退職手当を除く。）は、当該職員が甲に引き続き勤務した場合の給与と同一または下回らないことを条件として、乙の負担とし、甲の関係規定を適用して乙が支給する。

と規定されている。新しい職員派遣制度の趣旨に沿った対応であると考えられる。

しかし、その実態はどうなるかというと、前にも述べたように、外見上、公益法人等派遣法の施行に伴って、これまで派遣元の市が負担するとされていた派遣職員の給与支給は、派遣先の負担とされているが、他方において、実は派遣職員の給料相当分について、派遣元の市が補助金等の形で補助する対応策がとられている。結局法施行前の対応と全く変わらない内容になってしまうことになる。しかし、ここでもっと注意されなければならないのは、このような対応は決して財団法人札幌市生涯学習振興財団にのみ存在する個別現象ではない。今回実態調査の対象に選んだ公益法人に

限つて言えば、現在派遣職員を受けていない社会福祉法人札幌市福祉事業団を除いて、残る二団体においてどちらも同じ対応がとられている。また、社会福祉法人札幌市福祉事業団の場合においても、もし職員派遣があったら、他の団体と異なる協定が結ばれることは考えられにくい。したがって、こうした対応は札幌市の意思決定であり、市の政策そのものであると推測されよう。

もつとも、周知のように、公益法人等派遣法が設計した職員派遣制度では、派遣職員の給与支給について、確かに原則として派遣先の負担とされているが、しかし他方では、派遣元が負担することも考慮されている。同法六条によれば、派遣元の地方公共団体からの委託業務や当該地方公共団体との共同業務等に従事することを前提に、派遣職員の給与は地方公共団体が支給することができると思われる。すなわち、派遣元が給与を負担することは新しい法制度のもとにおいて可能である。そこで、給与支給の伴う職員派遣は果たしてそれなりの必要性があるとするれば、現行法上可能なことを、何故札幌市がしなかつたかという疑問が湧いてくるであろう。その答えは複数に考えられうるかもしれないが、調査中ある団体で言われたように、「市が住民の監視の目を逸らす」一面も否めないであろう。

札幌市のこうした対応は、脱法的な手法による脱法的な行為であるとともに、新しく施行された公益法人等派遣法の有名無実化を意味するものであり問題であろう。

六 小括

公益法人等派遣法の施行によつて、この問題の法的解決に大きな一歩を踏み出したが、すでに指摘されてきたように、当該法律自体には幾つかの問題点があると思われるほか、地方公共団体の行政実務において、新しい様態で問題の噴出することも否定できないと考えられるため、その最終的な解決には今後学界の理論蓄積及び行政実務の努力を待つしか

ない。裁判例の判断も非常に参考となるが、公益法人等派遣法が施行されてから日が浅く、今のところ新しい裁判例はまだ出ていない。今後裁判例の動向に深く注意する必要がある。

- (1) 役員として派遣される場合も考えられるが、以下において、便宜上用語を職員派遣に統一する。
- (2) 鹿児島重治『逐条地方公務員法（第五次改訂版）』（学陽書房、一九九六年）二〇七―二〇八頁「五 公社等に対する職員の派遣」参照。
- (3) 鹿児島・前掲二〇七頁。
- (4) この点に関して、例えば、鹿児島・前掲二〇七頁は「出向」について、「他の地方公共団体や公社等へ職員を派遣する場合にも出向と呼ばれることもある」としている。
- (5) 行政と民間との人事交流のメリットについて、宮崎辰雄『あすの都市経営・宮崎辰雄対談集』（勁草書房、一九七八年）一三六頁及び秋田周八実務地方自治法講座九V『特別地方公共団体・広域行政』（ぎょうせい、一九九〇年）二五五頁をそれぞれ参照。
- (6) 鳥居俊一「商工会議所に派遣された市職員に対する給与支出の適法性」『平成一〇年行政関係判例解説』（ぎょうせい、二〇〇〇年）一〇二―一〇三頁、田村智行「職員の出向」『ケーススタディ行政法実務』（ぎょうせい、一九九三年）二八四頁以下を参照。
- (7) 押元洋「第三セクターへの出向―出向の形態と給与の支給」判例地方自治四九号（一九八八年）九八頁。
- (8) 藤田秀政「第三セクター等への職員派遣に関する報告について」地方自治五一二号（一九九〇年）四三―四四頁。
- (9) 本件におけるいわゆる森林組合は、それ自身が第三セクターに該当するかどうかについて更なる検討も必要であろうが、少なくとも第三セクターに類した問題が存在することから、ここで検討の対象とした。
- (10) 本件商工会議所は、商工会議所法（一九五三年八月一日法律第一四三号）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」（同法六条）として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るが（同法四条参照）、本論文において意識した第三セクターと見るのは困難であると思われる。

る。地方公共団体により設立されたものではないからである。しかし、その設立目的を見ても、担う事業（同法九条一号、一六号、一七号参照）を見ても、商工会議所は、純然たる民間法人と純然たる公法人の中間に位置するものであり、第三セクターに近い体質をもつことが明らかである。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という点において、第三セクターのそれと共通しているように見える。

(11) ③をめぐる評釈・解説には、中込秀樹・平成五年度（一九九三年）主要民事判例解説・判例タイムズ八五二号（一九九四年）二九六頁、大隈義和・判例評論四七九号・判例時報一六五五号（一九九九年）二一八頁、桑原勇進・平成一〇年度（一九九八年）重要判例解説・ジュリスト一一五七号（一九九九年）四六頁、伴義聖・大塚康男「はんれい最前線」判例地方自治一八〇号（一九九九年）七頁、佐久間健吾・平成一〇年度（一九九八年）主要民事判例解説・判例タイムズ一〇〇五号（一九九九年）二八三頁及び鳥居・前掲注（6）一〇〇頁以下などがある。ちなみに、差戻審東京高裁平成一一年三月三一日判決（判例時報一六七七号三五頁）は、最高裁の判示に従って、本件商工会議所の業務内容と市の行政目的、派遣職員の職務内容と市の行政目的達成等の関係から、本件職務専念義務免除及び本件承認は、市の行政目的達成のためにする公益上の必要性があったとは認めがたく、地方公務員法二四条一項等の趣旨に反する違法なものである。本件給与の支払について、本件職務専念義務免除及び本件承認と本件給与支出とは直接に関係しており、本件職務専念義務免除及び本件承認が違法である以上、また、派遣職員は市の業務に従事していないこと等を考慮すれば、本件給与の支出は違法であるとして、商工会議所の不当利得を肯定した。

(12) 本事件の地労決定及び判決に関する評釈・解説等としては、長淵満男「民法上の法人に「派遣」された地方公務員の団交権―二一世紀ひょうご創造協会事件に関する鑑定意見書」労働法律旬報一三九〇号（一九九六年）一六頁、野田底吾・豊川義明・城塚健之・西田雅年「第三セクター派遣職員の団交権―二一世紀ひょうご創造協会事件・神戸地裁判決」労働法律旬報一四五〇号（一九九九年）二二頁、清水敏「地方公務員の第三セクター派遣と立法上の課題」労働法律旬報一四五九号（一九九九年）六頁、清水敏「地方公務員の第三セクターへの派遣と法適用」労働法律旬報一三九〇号（一九九六年）六頁、野田底吾・西田雅年「公社など外郭団体との団体交渉―二一世紀ひょうご創造協会事件・兵庫地労委決定の問題点」労働法律旬報一三九〇号（一九九六年）一三頁、実務と理論「三セクへ職専免により派遣されている市職員の時間

外勤務について職員組合が三セクに対し団体交渉を申し入れることができるか」自治セミナー三八巻九号（一九九九年）一四頁などがある。

(13) この判断について、清水・前掲注(12) 労働法律旬報一四五九号八頁は、「しかしながら、各地方公共団体がその職員を第三セクターに派遣した場合においても、このような一般的な判断をなお維持することに合理性があるであろうか。すなわち、第三セクターへの派遣という事柄の性質上、職員団体が地方公共団体以外の団体と団体交渉することを予定していない現行制度の原則をそのまま貫徹することに合理性があるか否かである」と異議が呈されている。

(14) 同旨として、中込・前掲注(11) 判例タイムズ八五二号二九七頁は、「職務専念義務を免除されたからといって、その職員が常勤の地方公共団体の職員であることに変わりはないから、これに給与等を支給しても同法二〇四条等に違反することにはならないのではなからうか」としている。

(15) もっとも、本件給与の支給自体は果たして妥当かどうかについて検討が行われる余地もあろう。野田ほか・前掲注(12) 労働法律旬報一四五〇号二三頁は、「給与は兵庫県が支給することになっているが、労務の提供は現実に協会に対しなされ、協会がこれを指揮命令して利用している以上、協会が給与を支給すべきであろう」と指摘している。

(16) この点について、これまで適法とされた判決と違法とされた判決の数からも一目瞭然であろう。本文中取り上げたものも含めて、派遣や給与支出を違法とした裁判例には、② a 浦和地裁判決、③ a 横浜地裁判決、岡山地裁平成六年三月二二日判決（労働判例六五八号七五頁）、② b 東京高裁判決、長野地裁平成七年二月一六日判決（判例地方自治一三七号二二頁）、広島高裁岡山支部平成七年二月二八日判決（労働判例六八三号九八頁）、岡山地裁平成八年二月二七日判決（判例時報一五八六号六四頁）、③ c 最高裁判決、東京高裁平成一年三月三一日判決（判例時報一六七七号三五頁）、山形地裁平成一年一月一七日判決、広島高裁岡山支部平成二年六月二八日判決（判例地方自治二二四号六二頁）、④ a 岡山地裁判決、④ b 広島高裁岡山支部判決、④ c 最高裁判決などがある。これに対して、派遣や給与支出を適法とした裁判例には、③ b 東京高裁判決、⑥ 福井地裁判決がある。

(17) 実務と理論「三セクへ職専免により派遣されている市職員の時間外勤務について職員組合が三セクに対し団体交渉を申し入れることができるか」自治実務セミナー三八巻九号（一九九九年）一四頁。

(18) 佐久間・前掲注(11) 判例タイムズ一〇〇五号二八四頁。

- (19) かかる見解は、いずれも第三セクターへの職員派遣をめぐる判決に基づき主張されたものである。「それぞれ、実際上の訴訟の事案において一定の結論を導出するために論じられているものなので、傾向的な一応の分類」に過ぎないと思われる。したがって、厳格に言えば、学説とは言えない。詳しくは佐久間・前掲注(11)判例タイムズ一〇〇五号二八三頁以下を参照されたい。また、前記文献のほか、判例時報一六四〇号(一九九八年)一一五頁以下及び同一八五〇号(二〇〇四年)三〇頁以下の「判決コメント」、判例タイムズ九七三号(一九九八年)一一六頁以下の「判決コメント」も参考にしたい。なお、諸々の見解を整理する際に使った用語は、上記諸文献に基づいて筆者が便宜的に用いたものであることを予めお断りしたい。
- (20) 判例タイムズ・前掲注(19)「判決コメント」参照。
- (21) 地域企業経営研究会編『最新地方公社総覧二〇〇二』(ぎょうせい、二〇〇三年)三五頁と三七頁。
- (22) 同報告の内容について、詳しくは「地方公共団体における人事交流制度に関する研究会の報告書について(要旨)」自治研究六六卷一二号(一九九〇年)一六〇頁以下及び同六七卷一号(一九九一年)一三一頁以下、藤田・前掲注(8)三六一四七頁を参照。
- (23) 報告の内容については、「地方公務員制度調査研究会報告の概要―地方自治・新時代の地方公務員制度へ資料Ⅴ(特集・公務員制度改革―公務員制度改革の基本方向に関する答申をめぐって)―」ジュリスト一一五八号(一九九九年)六六一―六八頁を参照。
- (24) 塩野宏『行政法Ⅲ〔第二版〕』(有斐閣、二〇〇一年)二二七頁。
- (25) 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」立法と調査二一七号(二〇〇〇年)三三三頁。もともと、これについて、洪川智明「第三セクターへの職員派遣制度化は実現するか」農一七卷一二号・通卷一九四号(一九九八年)二二頁は、国の官民交流法と地方公共団体の公益法人等派遣法は、「同じように官民交流をうたっている」、地方公務員の場合は第三セクターなどで業務に従事するのが主な目的だが、国の場合は「行政運営の重要な役割を担うにふさわしい人材の育成」、つまり研修が主目的で、中身は異なる」と指摘するものもある。
- (26) 内田・前掲注(25)三三三頁。
- (27) この点について、公益法人等派遣法の施行後においても、「例えば、研修として公益法人等の業務を体験させる場合には

職務命令で、専ら派遣先の業務に従事するわけではない兼業の場合には職務専念義務の免除で、それぞれ対応できるものと考えられる」という見解があるが、それは基本的には地方公務員法上の職務命令及び職務専念義務免除について、新制度が制定された後でも、本来の枠組みと趣旨の下で従来どおりに利用できることを強調しようとするものではないかと思われ、本文で述べた問題に対する答えにはならないと言えよう。その詳細は、実務と理論「財団法人に派遣された市の職員が遅刻を繰り返したり勤務時間中に私用の電話をかけた」と勤務実績がよくない場合は分限処分を行うことができるか」自治実務セミナー三九巻八号（二〇〇〇年）一二頁を参照。

(28) その論拠として、在来の退職派遣制度と公益法人等派遣法上の退職派遣制度の問題点に着目し、①「処遇面の不利が完全に解消されているとはいえない」、②「退職派遣の場合、形式的には派遣職員の依頼退職という形をとるが、事実上は職務命令に沿って職員に退職願を提出させることになる」等が挙げられている。詳しくは内田・前掲注(25)三三頁を参照。

(29) この点について、野田ほか・前掲注(12)労働法律旬報一四五〇号二六頁は、「第三セクターでの派遣職員の労働条件や団交権問題については、これまであまり検討されたこともなく無権利状態が続いている」と指摘している。

(30) 実務と理論・前掲注(28)自治実務セミナー二二―二三頁。