

地方公共団体の

長の契約締結に対する

双方代理禁止規定の類推適用

——名古屋市世界デザイン博事件

最高裁平成一六年七月二三日第三小法廷

判決

(平成二二(行ヒ)九六号・九七号損害賠償請求事件)

判例時報一八七二号三二頁

前田 雅子

〈事実の概要〉

名古屋市(以下「市」という)は市制百周年の記念事業として世界デザイン博覧会(以下「デザイン博」という)を開催することを決定し、その準備および開催運営を行うことを目的として財団法人世界デザイン博覧会協会(以下「本件協

地方公共団体の長の契約締結に対する双方代理禁止規定の類推適用

会」という)を設立することにした。愛知県や名古屋商工会議所等の協賛等を得るため、これらの参加を得て本件協会の設立段階の基本財産二二五〇万円を確保し、そのうち市が一〇〇〇万円を拠出した。代表権をもつ本件協会の会長には市長であるY₁が就任したほか、助役Y₂、収入役Y₃がそれぞれ副会長、監事を兼任し、その事務局も市の職員を中心に構成された。一九八九(平成元)年七月にデザイン博が開催され、その間に開催運営経費を入場料収入等だけでは賅えないことが判明した。本件協会の収支が赤字になるとを回避するために、市は、予算を流用するなどして、デザイン博で本件協会が使用した施設および物品を代金総額約一〇億三六〇〇万円で購入受けた(この売買契約を、以下「本件各契約」という)。その結果、一九九〇(平成二)年二月の本件協会の理事会で承認された決算では、二億一〇〇〇万円の黒字となったため、この余剰金を市に寄附する旨の議決が行われ、本件協会は解散した。

住民Xらが、本件各契約が、Y₁を市と本件協会双方の代表者として締結された点で、双方代理禁止規定に違反し無効であり、また、必要性のないものを不当に高額な代金で買い受けたものであってその締結には裁量権の逸脱、濫用があるとして、地方自治法二四二条の二第一項四号(二一〇

〇二(平成一四)年法律第四号による改正前のもの)に基づき、 Y_1 、 Y_2 および Y_3 に対して損害賠償を請求したほか、本件協会に対して不法行為に基づく損害賠償、不当利得の返還を請求した。

一審判決(名古屋地判平成八年一二月二五日判例時報一六一二号四〇頁)は、本件各契約は民法一〇八条の類推適用により一部を除いて無効であるとして、 Y_1 、 Y_2 および Y_3 に対する損害賠償請求と、本件協会に対する不当利得返還請求を認め、 Y_1 、 Y_3 および本件協会にはそれぞれ約一〇億円余の支払いを命じた。

控訴審判決(名古屋高判平成一一年一二月二七日判例地方自治二〇〇号二三頁)は、本件各契約は、民法一〇八条に反する双方代理行為により締結されたものであるが、市議会の追認によりその効果が市に帰属するとしうえて、一部を除いてその締結に裁量権の逸脱・濫用があるとして、 Y_1 と本件協会にそれぞれ、本件協会の残余財産である二億一〇〇〇万円の限度で損害賠償責任を認めた。

〈判 旨〉

一部破棄差戻、一部破棄自判、一部上告棄却

〔一〕「普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表して行う契約締結行為であっても、長が相手方を代表又は代理することにより、私人間における双方代理行為等による契約と同様に、当該普通地方公共団体の利益が害されるおそれがある場合がある。そうすると、普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表して行う契約の締結には、民法一〇八条が類推適用されると解するのが相当である。そして、普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表するとともに相手方を代理ないし代表して契約を締結した場合であっても同法一一六条が類推適用され、議会が長による上記双方代理行為を追認したときには、同条の類推適用により、議会の意思に沿って本人である普通地方公共団体に法律効果が帰属するものと解するのが相当である。」

〔二〕「デザイン博は市の事業として行われたのであって、市は、第一審被告協会(本件協会——評者注)の設立に際し、第一審被告協会に市の基本的な計画の下でデザイン博の具体的な準備及び開催運営を行うことをゆだねたものと解することも可能であり、両者の間には実質的にみて準委任的な関係が存したものと解する余地がある。そうであるとなれば、市が、第一審被告協会に対し、同協会がデザイン博

の準備及び開催運営のために支出した費用のうち、市が同協会にゆだねた範囲の事務を処理するために必要なものであって基本財産と入場料収入等だけでは賄いきれないものを補てんすることは、不合理ではなく、市にその法的義務が存するものと解する余地も否定することができない。そして、上記の点は、本件各契約の締結に裁量権の逸脱、濫用があったか否かを判断する上で、重要な考慮要素となるというべきである。そうすると、デザイン博の準備及び開催運営に関する市と第一審被告協会との関係の実質、第一審被告協会が行ったデザイン博の準備及び開催運営の内容及びにこれに関して支出された費用の内訳を検討しなければ、本件各契約の締結について裁量権の逸脱、濫用があったかどうかを判断することはできないものというべきである。」

[三] 「仮に、本件各契約（一部を除く）の締結について裁量権の逸脱、濫用があったものとするれば、これらにより市に生じた損害は、市が支払った代金額と市が取得した財産の価額との差額により算定すべきである。また、市が第一審被告協会に対して補助金を交付するには、公益上の必要があり（地方自治）法三三二条の二）、かつ、予算に計上して議会の議決を経なければならぬことからすれば、原審のい

う補助金交付の蓋然性のみでは本件各契約により市に損害が生じたことと市が第一審被告協会に対する補助金の支出を免れたこととの間に相当因果関係があると認めることはできない。」

藤田宙靖裁判官の補足意見

「地方公共団体の締結する契約であっても、それが財産管理に関する民法上のものである場合には、原則として民法の適用があることは、いうまでもなく、このことは、双方代理に関する法理についても、同様である。この点に關し地方自治法上に何らの規定もないことは、この理を排除する趣旨ではなく、この理の適用をあえて排除する必要はない、との趣旨と解すべきである。

もつともその場合、契約の相手方との関係で、果たして、またどの程度の利益相反を現実に認め得るか、という問題が残ることは否定できない。すなわち、国・地方公共団体を問わず、一般に行政主体は、その政策を実施するに当たり、自らこれを行うのでなく、独立の法人格を持った別の法主体を創設して、これに行わせることがしばしばあるが、その場合、両者間の組織上・財政上の関係には、極めて密なものからかなり希薄なものまで、様々のケースがあり、

地方公共団体の長の契約締結に対する双方代理禁止規定の類推適用

その利益相反関係を、一律に、例えば、私法上の親会社と子会社との相互関係のアナロジーで考えてよいかどうか、問題となるようなケースも少なくないからである。本件における市と第一審被告協会との関係も、正にその一つの例であるのであって、本件の場合、同協会は、市とは法人格を異にし、また、財政的にも市のみならず複数の団体から基本財産の拠出を受けて成立している財団法人である、という点において、市からは独立性を保っているものの、他方では、市の市制百周年記念事業としてのデザイン博を実施するものであり、市の行政目的の一翼を担っていて、その役員も市長・助役・収入役等が就任している、という点で、両者は極めて密接な関係にある。言葉を換えていうと、法人格を異にする限り両者は法的に同一であるとはいえず、その限りで相互間には「距離」が存在し、また、この「距離」をキープするための何らかの法的手法が考えられなければならないが、その際、本件のようなケースを含め、あらゆる法人につき、民法の「双方代理」の法理をもって一律に対処するのが果たして妥当かどうかについては、必ずしも、問題がないとはいえないのである。したがって今後、上記の意味での「距離」を確保するために、民法一〇八条に直接基づくのではなく、それに代わるものとして、このよ

うな組織上の実態に即した、何らかの行政法理が考案される可能性はあり得ないものと考えられる。しかし、そのような特別の法理が確立しているとはいえない現状において、本件のようなケースに民法一〇八条の適用ないし類推適用をおよそ否定することが、適切であるとは思われず、ただ、上記のような問題の所在を踏まえ、その具体的適用、例えば、何をもって追認があったと考えるか、といった問題に関し、事案に即した柔軟な考察をすべき場合もあるのではないかと考える。」

〈評 釈〉

一 双方代理禁止規定(民法一〇八条)の類推適用の可否

地方公共団体が、自らの事業を実施させるため独立の法人格をもつ外郭団体を設立して、その運営に自らの意思を反映させるために財政上、組織・人事上密接な関係を保持するという手法をとることは少なくない。本件の特色は、このような法人の代表を兼任する地方公共団体の長が両者の間で締結した契約について、双方代理を禁止する民法一〇八条が類推適用されるかが争点となった点にある。

そもそも、地方公共団体と外郭団体と間に利益相反性を

認めること自体に疑問を呈するものも見受けられる。たしかに、本件協会は市の事業であるデザイン博の準備および開催運営をする目的で設立されたもので、その組織もいわば市の手足となり得る構成となっており、市の分身ともいえる点に着目すると、両者の間には基本的に利害対立は生じないともいえそうである。これに対して、本判決は、**「判旨」**〔一〕にみるように、地方公共団体の長が相手方を代表ないし代理することにより、私人間における双方代理による契約と同様に、当該地方公共団体の利益が害されるおそれがあることを理由に、長が地方公共団体を代表して行う契約の締結に民法一〇八条が類推適用されることを肯定した。

地方自治法一四七条（普通地方公共団体の長は、当該普通地方公共団体を統轄し、これを代表する）にいう「代表」は法的意味においては民法上の「代理」にほぼ該当するものと解されている。最高裁判例でも、長の法律行為に民法上の無権代理の規定の類推適用が認められている。たとえば、長の越権行為については、相手方の利益保護のために民法一一〇条（権限踰越による表見代理）が適用されている（最判昭和三九年七月七日民集一八巻六号一〇一六頁は、条例が町長に議会の議決を要せず単独で一定価額以内の不動産売買契約を締結する権限を与えている場合で、町長が右金額を超える価額

の町有不動産売却契約を締結したときに、民法一一〇条の類推適用を認める。そのほか、民法四四条一項の類推適用を肯定した判決に、最判昭和五〇年七月一四日民集二九巻六号一〇一二頁など）。本件協会のような性格をもつ外郭団体との契約締結行為である点に特殊性はあるものの、双方代理禁止規定を類推適用した本判決は従来の判例の延長線上に位置づけられる。

そして、民法一〇八条の類推適用を認めたくえて同条の禁止する双方代理に該当するか否かについて、下級審裁判例では、私人間に関する事案に関する判断方法と同じく利益相反性が実質的に判断されている。たとえば、名古屋高判平成一一年一月二八日（判例タイムズ一〇二七号一三二六頁）は、民法一〇八条は、双方代理が一般的に本人と代理人との利益が相反することからこれを禁止したものであるから、形式的には双方代理ではあっても、利益相反となることがない場合には類推適用されないと解する（町が出資する第三セクター方式の株式会社が発行する新株を、その代表取締役である町長が議会の承認議決に基づき額面で引き受ける場合は、新株の発行価額は確定しており交渉により価額を変更する余地がないとして、利益相反性を否定する）。本件控訴審判決もまた、双方代理行為による契約であっても契約当事者間に実

地方公共団体の長の契約締結に対する双方代理禁止規定の類推適用

一一一

質的な利益相反の関係が存しない場合には、地方公共団体の利益が損なわれる危険はないことを理由に、契約の効力が地方公共団体に帰属すると述べていた(判例自治二〇〇号二八頁。結論としては、市と本件協会の両者の法的な立場が利害の相反するものであるとした)。

もつとも、地方公共団体の利益に係る利益相反性を判断するうえで、民法法(民法一〇八条および商法二六五条)に関する判断方法と同じでよいかは論点となり得る。この点に關して注目されるのは、民事法上の諸規定の趣旨が代理人等の忠実義務に基づく利益相反行為禁止である点に鑑みて、そもそも民法一〇八条の類推適用を否定する山本隆司教授の見解である。その論拠は、自らの特定の利益ないし目的を追求する基本的自由を有する主体か、あるいは地方公共団体のように一般的公益に拘束される主体か、という憲法に基づく法主体の二元論に立脚しつつ、忠実義務に基づく利益相反行為禁止法理の趣旨は本人が自らの特定の利益ないし目的を明確に表現し有効に追求できるようにするものである一方、地方公共団体は私人や私的団体と異なり一般的公益を実現する基本的自由を有しないという点に求められている(本件一審判決の評釈である、山本隆司「行政判例研究」自治研究七四巻四号(一九九八年)一〇九頁以下参照)。そ

のうえで、本人の利益が問題になる利益相反行為禁止法理に代えて、特定の利益・目的から距離を確保する「距離確保の法理」(およびこれから派生し、個別の意思決定手続から利害関係を持つ機関を除外する「偏頗の法理」)の妥当性が説かれる。そのうえで、「距離確保の法理」は法治国原理の重要な構成要素として位置づけられ、地方自治法上の長等の兼業禁止(長について地方自治法一四二条。同条は、副知事・助役、出納長・収入役についてもそれぞれ同法一六六条二項、一六八条七項で準用されている。議員の兼業禁止について九二条の二)や、議長および議員の除外(同法一一七条)の諸規定はこれを確認した規定であって、明文がなくても地方公共団体の執行機関にも妥当するという。さらに、団体の意思決定手続に關与する地位にあればこれを代表できる地位にあるか否かを問わない点でも、「偏頗の法理」は利益相反行為禁止法理よりもその適用範囲が広く、本件では、本件協会の副会長を兼任する市の助役等の「偏頗」も問題とし得るといふ特長がある(但し、山本・前掲評釈一一五頁では、本件協会はその組織・運営の実態に鑑み、市と同様に一般的公益を実現するよう拘束されるとして、「偏頗の法理」の適用は否定されている。この点については三で後述する)。

民法一〇八条に代わるものとして、行政主体とこれとは

独立した法主体との「距離」を確保するために両者間の組織上、財政上の関係のありように即した行政法理を考案する可能性に言及する藤田裁判官補足意見は、おそらく右の見解を念頭に置いたものであろう。さらに、これらに受けて、近時の行政訴訟改革論のなかで浮かび上がってきた公法理論の復権および再構成という展望のもと、「市長の行為は、安易に双方代理（民法一〇八条）の適用ないし類推適用の下におくのではなく、「公益」保護の視点を支えとした独自の行政法理の下におくべきである」という見解もみられる（本判決の評釈である、薄井一成「世界デザイン博覧会住民訴訟」自治総研三二四号（二〇〇四年）四八頁以下参照）。

ここでいわれる「距離確保の法理」は、本件事案においては、長の職務執行の中立、公正さを確保するものであると言ひ換えることができよう（毛利透「行政法学における「距離」についての一考察（上）」ジュリスト一一二二二号（二〇〇一年）八〇頁以下も参照）。そして、長等の職務執行の中立、公正さを確保するという目的は、兼業禁止や除斥に関する上記諸規定と同一であるがゆえに、たしかにこれらを整合的ないし体系的に解釈することが要請される（三で後述）。しかしながら、（藤田裁判官補足意見の言葉を借りるならば、「そのような特別の法理が確立しているとはいえない現状において、

地方公共団体の長の契約締結に対する双方代理禁止規定の類推適用

て、）個別具体の紛争を解決する場面において憲法に基づく法主体の二元論で截然と適用法理を区別し、さらには、公正さを担保するための仕組み・手続のあり方のみならず、契約の効力をも左右する不文法理を民法と区別して措置するにはなお理論的検討を要するように思われる。付言すると、地方公共団体における長と議会との関係をどのように考えるのかという論点の考察にも関わることになる（地方自治法九六条に列举された議決であればこれを欠く行為は無効とされる一方、議長・議員の除斥を定める同法一一七条に反する議決は当然には無効にならないと解されている。確井光明・要説自治体財政・財務法〔改訂版〕（二〇〇一年、学陽書房）二二三頁以下、松本英昭・新版逐条地方自治法〔第二次改訂版〕（二〇〇四年、学陽書房）三八九頁参照）。

二 本人による無権代理行為の追認

（一）議会による追認の可否

本判決は、控訴審判決と同様に、本件各契約が双方代理行為に該当すると判断しつつ、民法一一六条の類推適用により、市議会による追認があったとして、その法律効果が市に帰属するとした。もつとも、議会の議決をもって、本人が無権代理行為を追認したものと解することができるか

否かについては、なお議論の余地がある。

否定説の論拠とするところは、概ね次のようなものである。すなわち、地方自治法九六条では議会の議決事項について制限列举主義が採られている。同条一項五号に基づく議決はあくまで契約締結に関する議決である。双方代理行為の承認および事後の追認のための議決を行う法律上の根拠は存在しない。それ以外の事項に関する地方公共団体の意思決定は代表権を有する長が行うと考えざるを得ない（吉沢健「長と地方公共団体の関係」地方自治二七三三号（一九六九年）五八頁、小沢弘「双方代理の禁止についての一考察」同誌四二五号（一九八三年）一六六頁以下参照）、と。一審判決もまた、このような見解と同じく、地方公共団体における契約締結に関する代表権の有無は、執行機関における権限の問題であるから、議会の議決があったからといって本人の追認があったということはできないとして、議会による追認を否定し、本件各契約を無効とした（判時一六一二号五八頁）。

他方、肯定説として、議会による追認を認める控訴審判決は、議会を最高意思決定機関としてその議決を本人の法律効果引受意思とみる（判例自治二〇〇号二九頁以下）点で、問題を孕む。地方公共団体においては議会と長が並立対等の関係にあり、議会は国会と異なり最高機関たる性格をも

たず、法人の総会または理事会と（代表）理事、取締役会と（代表）取締役との関係とは組織の構造が異なるからである。本判決は、控訴審判決のような見方をとるものではないようであるが、^{〔一〕}で民法一一六条の類推適用を認めるうえでこの違いを克服する論拠を必ずしも明らかにしていない。藤田裁判官補足意見を手がかりとするならば、組織・財政面で密接な関係にある法人と行政主体との関係に即して民法一〇八条、一一六条を柔軟に解釈したものとみることができであろう。なお、上述した山本説では、議会の議決は執行機関の不正な契約締結をチェックする意味ももつから、議決を経れば「距離確保の法理」を根拠とする「偏頗」のほか長の双方代理も問題にならないとして、事後の議決により追認する余地を認めるようである。但し、その論拠については、議決を要する契約につき事後の議決による追認の余地が言及される以外には詳述されていない（山本・前掲評釈一一三頁以下）。

否定説に立つとき、双方代理禁止規定への抵触を回避しつつ契約を締結するには、権限の委任ないし代理によるべきことになる。地方自治法一五三条に基づく委任または代理の活用を説く見解（小沢・前掲論文二六九頁）がある一方、アドホックに権限を委任するのではなく、同法一五二条を

適用してより形式的に権限を移動させるべきであるとする見解がある（山本・前掲評釈一一三頁）。後者は、一五二条の文理解釈に合致しないという難点があるが、長の意思に關わらしめず法定事由（本件では双方代理行為該当性という一定の事由）の発生により当然に職務代理關係が発生する点にその特長が見出される。

（二）追認としての議決の要件

次に、仮に議会による追認が可能であるとしても、双方代理行為を追認することを議題として明示する議決を要するか、あるいはそこまで必要でないとしてもどのような議決をもって追認がなされたものとみることができかが論点となる。本件で問題となった議決は、一九九〇（平成二）年三月に開催された市議会の市制百周年記念事業促進特別委員会に付議された事件の審査を終了する旨の議決、本件各契約によって市が取得した物品の活用のための予算を含む平成二年度一般会計予算の可決、および平成元年度の決算の認定（以下「本件各議決」という）である。

一審判決は、本件各議決は無権代理行為の許諾または追認することを議題としてされたものでないから、本人の追認があったということはできないとした（判時一六一二号五

八頁）。これに対して、控訴審判決は、追認自体は黙示のものでもよく、また、追認の意思表示の内容は、執行機關に対する法律行為権限を付与することを明示するものでなくとも、單純に利益相反行為に基づく法律効果を地方公共団体に帰属させる意思が表明されれば足りるとしたうえで、本件各議決（但し、決算の認定には言及がない）は、市長が代表者を兼ねる本件協会と市との間の契約であることを認識してその効果を市に帰属させることを前提としてなされた行為であると認めた（判例自治二〇〇号三〇頁）。本判決も、市議会は、市長を会長とする協会との間で本件各契約が締結されたことを十分認識して本件各議決をしたものということができるとして、議会による本件各契約の追認を肯定している（判時一八七二号三六頁）。

もつとも、本判決が前提とする事実認定からは、市議会で本件各契約に関する質疑ないし議論が行われた旨は示されていても、本件各契約が双方代理行為に当たり本人の追認がない限り無効であることを認識して審査、議決が行われたのかは必ずしも明らかでない（東京高判昭和五二年一月二四日判時八七八号七二頁は、民法一二五条に基づく法定追認に關連して、無権代理行為の追認を認めるためには、その要件として、本人が具体的に無権代理行為の存在を知り、かつ、その

地方公共団体の長の契約締結に対する双方代理禁止規定の類推適用

効果を自己に帰属させる意思を實際に有していることが必要であるとする。また、町が出資する第三セクター方式の株式会社に対しその代表取締役を兼任する町長が町有地の砂利を売却した違法が住民訴訟で争われた事案で、山形地判平成一四年一〇月二二日判タ一一四〇号一四七頁は、追認の個別議案としての明示的な議決までは要しないとしながらも、長による双方代表行為であることを認識したうえで議決（ここでは補正予算の可決）が行われたものであることを前提とするものと解される。本件では、この点に関する事実認定は十分であるとはいえないように思われる。

また、逆に、本件において議会が追認しないという意思表示を示すには、どのような手段をとり得るだろうか。追認として肯定された本件各議決に即して考えると、委員会付議事件の審査を（閉会中も）継続する議決を行う、あるいは決算を認定しないとしても、本件各契約の効果を帰属させないという議会の意思表示を読み取ることは困難だろう。また、歳出予算については、本件各契約で取得した物品を活用する予算額を議会が減額修正することをもって右の意思表示とみることは理論的に考えられ得るものの、果たして現実にそれが可能であったのか疑問が残る。

何をもって追認があったと考え得るか、事案に即した柔

軟な考察をすべきであるという上述の藤田裁判官補足意見に照らすならば、本件協会の組織・運営や市との関係の事態に鑑みて本人の追認の要件を緩和したものであると本判決を捉えることが可能である。その意味では、本判決は、市が自らの事業を実施させるため設立に関与しその運営に密接に関与している法人との双方代理規定の適用に関する事例判断として、自ずからその射程が画されているといえようか。

三 利益相反行為禁止と長の職務執行の公正さの確保

地方公共団体が資本金、基本金その他これに準ずるものの二分の一以上を出資している法人については、地方自治法一四二条括弧書きにより兼業禁止の対象から除外されている。この例外的扱いに関して、地方公共団体が主体となつて設立しその事業を代わりに行っているような性格をもつ法人については、むしろ外部に対する信用を高め、あるいは地方公共団体の意思をより良く反映させるといふ観点に依拠したものである旨の説明が与えられている（松本・前掲書四三九頁以下）。もっとも、別法人である以上、その固有の経済的利益を追求すべきものであって、行政主体との間に利害対立が生じ得ることは、最判平成六年二月八日民集

四八巻二号一二頁でも認められている。そして、法人の性格・業務内容、地方公共団体との関係、および問題となっている取引や行為に依じて、利益相反性の程度には差が認められるから、本人（本件では地方公共団体）の利益を害するおそれがあるかという利害相反性は、これらの事情を勘案しつつ個別の行為・取引ごとに具体的に判断されることになりそうである。

しかしながら、本人の利益を害するおそれと本人の効果帰属意思を決め手とする民事法上の双方代理ないし利益相反に関する判断方法を、地方公共団体とこれと密接な関係をもつ法人との関係にそのまま当てはめるのが果たして適切であるかは問題となる。地方公共団体の長の双方代理ないし利益相反行為の可否を判断する際には、実質的には、地方公共団体の利益が害されるおそれがあるかどうかというよりむしろ、長の職務執行の公正さの確保が問われているのではないかと考えられる。そうであるとすると、一で触れたように、利益相反行為禁止を、長等の兼業禁止（地方自治法一四二条等）、および議長・議員の除斥規定（同法一七条）と、同様の趣旨目的を有するものと捉えて解釈することができらるだろう。兼業禁止規定は、長等の身分保持に関するものであって契約の効力に関する規定でないが、兼業

禁止によって利益相反に当たる行為を制限する意味をもち得るものであり、これらを整合的に解釈することが要請されるだろう。つまり、長等の兼業禁止や議員の除斥規定の職務執行の公正の確保という趣旨目的を、契約の効力に関わる民事法上の双方代理ないし利益相反行為禁止規定に盛り込むことで、地方公共団体の長の行為に関する利益相反禁止の射程を拡大することが考えられる。

このような考え方は、上述した山本説と内容において共通する部分があるが、「距離確保の法理」という民事法上の利益相反禁止とは区別される特別の法理を措定せず、利益相反禁止規定の解釈において、職務執行の公正さの確保という観点を重視するものである。それゆえ、ここでは、地方公共団体の利害は考慮し得るものの決定的な判断基準とはならない。

以上のようないわば「拡大利益相反禁止」の法理を前提にするならば、その妥当範囲が次に問題となる。当該法人の性格や地方公共団体との関係等の特色に照らして考えることになるが、この点に関して、組織上の形式よりむしろ組織運用や当該行為に至る意思決定の実態を重視すべきであるかが問われよう。上述した山本説は、本件協会について、その設立趣旨・組織および意思決定のありように着目

地方公共団体の長の契約締結に対する双方代理禁止規定の類推適用

二二七

して、一般的公益を実現するよう拘束される法主体である
とみて、双方代理のほか「偏頗の法理」の適用も否定する
(山本・前掲評釈一一五頁)。本件協会を、地方公共団体が主
体となって設立し、本来その地方公共団体が直接行うこと
も考えられる事業を代わりに行っているという性格をもつ
法人であると認める本判決も、実態面を重視するものによ
うに読めなくはない。

しかしながら、事実上の一体性や利害の一致が強調され、
別法人を設立する形式を採用した結果あらわれる「距離」
の法的意味が実務上軽視される例が屢々みられる現状にお
いて、法人の運営や行政主体との関係の実態を重視して利
益相反性を判断することは不都合を招きかねないようにも
思われる(控訴審判決もまた、利害相反性の判断のなかで、第
三者に迷惑をかけないという点で市と本件協会の利害が一致し
得るとしてもそれは事実上の事柄に過ぎず、市と本件協会とは
別個の法人であり、また、本件協会の基本財産に対する市の拠出
額の比率は五〇%以下であり、その設立に市以外の団体も加わ
っていると認識されていたことに着目している。判例自治二〇
〇号二九頁)。本来は、地方公共団体の事業としての位置づ
け、当該法人の組織・運用、および地方公共団体との関係
の実態と、基本財産への拠出割合、組織や意思決定手続を

定める定款等の内部規範、および地方公共団体による指揮
監督権限等の形式面とを適合させることが望ましいともい
えよう。また、職務執行の公正さを確保するという観点か
らは、兼業禁止該当性の判断と同じように、長の利益相反
行為に当たるケースを予測可能とするためより定型化する
ことが望まれる。それゆえ、一般的に用い得る明確な判断
基準を確立するためには、右の意味での形式面をより重視
すべきではないかと考える(なお、山本「行政組織における法
人」小早川光郎・宇賀克也編・行政法の発展と沿革(上巻)(二
〇〇一年、有斐閣)八八〇頁以下では、「法人格を視野に入れ
るだけではなく、とくに組織の意思決定過程において現れる、組織
の形態の多様性と多分節性を、法的に表現し統制する」という課
題と、これに関する一般的な考察枠組みを提示している)。

「拡大利益相反禁止」に該当する長等の行為をチェック
する仕組みとして、地方自治法九六条二項に基づき、条例
で議会の議決事件として追加的に定めておくことが考えら
れる(吉沢・前掲論文五八頁参照)。つまり、個別事案に応じ
て何らかの別議題の議決を本人の許諾ないし追認として
「擬制」するのではなく、長の職務執行の公正さを確保す
ることを目的とした、長の権限行使の前提となる意思決定
としての議決を正面から位置づけるのである。このような

条例の制定は、あくまで利益相反行為へのチェックであるから、条例で議決事件とし得る契約や財産取得につき契約の種類や金額の下限を定める地方自治法九六条一項五号・八号、同法施行令二二二条の二、別表第三・第四による制限に抵触しないと解される。このような仕組みを構想するうえで、「拡大利益相反禁止」への該当性を判断するに際して、当該法人への地方公共団体の出資割合を考慮要素の一つとすることができらる。すなわち、二分の一以上出資法人については、同法一四二条等で兼業禁止の対象外であり、また、予算執行に関する長の調査・措置請求権が及び（同法二二二条三項）、議会への経営状況説明書類（事業計画、決算）の提出対象とされる（同法二四三条の三第二項）。さらに四分の一以上出資法人は監査委員による監査の対象となる（同法一九九条七項）。（これらの割合が妥当かどうかはともかくとして、）それ未満の法人については、長等の職務執行の公正さを確保する必要がより高まるといえる。

さらに付言すると、「拡大利益相反禁止」は、職務執行の公正の確保という趣旨を含むから、契約の無効により相手方の信頼保護や取引の安全に配慮することが要請される場面が生ずることも予想されないではない。この点については、議決を要するもののこれを欠く長の職務行為の効力に

地方公共団体の長の契約締結に対する双方代理禁止規定の類推適用

ついて、先に触れた従前の裁判例にみられるように、長の権限踰越による表見代理（民法二〇条）等の適用により妥当な解決を目指すことにならう。

四 本件各契約の裁量権の逸脱・濫用の有無

本判決のいうように、本件各契約は議会の追認により有効になったとしても当然に適法となるものでない。契約締結については長に広い裁量権が認められるものの、物品の購入については地方財政法四条一項（地方公共団体の経費は、その目的を達成するための必要且つ最少の限度をこえて、これを支出してはならない）。さらに、地方自治法二二条一四項、二二三条の制約を受ける。すなわち、当該物品を取得する目的や対価の適正から、当該裁量権の逸脱・濫用が審査される。

控訴審判決は、物品を購入する売買契約は当該地方公共団体の施策のため必要な物的基礎を確保する目的で締結されるものであり、デザイン博が赤字になるのを回避するため相手方に対する補助金を交付する趣旨を含ませることは、地方財政法四条一項に違反し違法であるとした（判例自治二〇〇号三〇頁以下）。学説においても、通常の売買契約の形式をとりながら、著しく高い対価により相手方に利益を与

える行為は補助金の支出に関する規制を潜脱する「隠れた補助金」であつて、同条違反となり違法であるという評価がみられる(碓井・要説住民訴訟と自治体財務〔改訂版〕(二〇〇二年、学陽書房)二七四頁参照)。これらの考え方は売買契約の目的違背による裁量権の逸脱・濫用を認めるものといふことができるが、地方自治法四条一項違反の有無の判断においては、目的違背のみならず、(これに関連するが)取得の必要性および対価の適正が考慮されよう。控訴審判決でも、これらが問題とされている。

本判決は、本件各契約の締結に係る裁量権の逸脱・濫用の判断において、デザイン博の準備および開催運営に関する市と本件協会との関係の实质(すなわち、準委任関係が成立しているか)、本件協会が行ったデザイン博の準備・開催運営の内容、およびこれに関して支出された費用の内訳(すなわち、委任内容に合致しているか)を考慮要素としており、右の考え方は異なる判断方法を用いる。たしかに委任契約において委任者は受任者に対して事務処理費用を償還する義務を負う(民法六五〇条)。ただ、本判決の判断方法によるならば、同費用の償還という目的で物品購入契約を締結することが肯定されるほか、費用償還義務の履行の範囲内であれば、取得する必要がなく、適正な対価を著しく上回る

ことから違法となり得る物品購入契約の締結であつても、適法とされる余地が出てくるのではないかと考えられる。いずれにせよ、本判決は、物品取得の契約締結に関する長の裁量権の範囲を、従来の学説・裁判例にみられた右の考え方よりも広げるものといえるだろう。

なお、本判決が考慮要素の一つとする事務処理経費としての支出の必要性については、本件では処理費用について取り決める契約文書は存在しないようであり、受任者が善管注意義務をもって委任の範囲内で委任者の意思に従つて事務を処理するなかで必要と判断して支出した費用を意味するといふ民法六五〇条に関する解釈が参酌される。控訴審判決の事実認定をみる限りでは、二五〇億円の歳出予算が計上されていたにもかかわらず、主催者関連事業費、施設建設費において予算通りの入場料収入があつても賄いきれないほどの大幅に予算を上回る支出をしている点や、本件各契約の代金合計額が本件協会に二億円余りの剰余を生じさせるものとなっている点(判例自治二〇〇号三五頁)が注視される。

さらに、本判決では、市の事業としての位置づけ、準委任関係の成立が、他事例においても一般化できる説示がなのまま肯定されている。それゆえ、その余波として、外郭

団体ないし第三セクターの赤字補填のための補助金支出のなかで委任事務の処理に必要な費用の支払として捉え得るものが見出され、補助金交付の公益性から、委任の事務処理内容や経費支出の適正に争点を転換する途が開かれることも予想されないではない(たとえば、公の施設である観光施設の管理・運営を委託されていたが赤字経営に陥った外郭団体への補助金交付の公益性が争われた、大分地判平成一三年三月一九日判例地方自治二二四号一五頁など参照)。そうすると、適正な委任事務処理の経費支出であることを担保するための仕組みが必要となる。その一つとして、費用の取り決めを含む委任契約の締結に対する議会のチェックが考えられる。行政実務で「委託契約」が重要性を増している現状において、地方公共団体が締結する契約を議会の議決に委ねる必要性は、地方自治法九六条一項五号に基づく同法施行令一二一条の二第一項・別表第三に規定する「工事・製造の請負」に限られない。「委託契約」に関する法解釈論と併せて、議会による統制を及ぼすべく右規定の改正が俎上に乗せられてよいだろう(川村毅「議会の議決権」井上源三編・最新地方自治法講座第五巻 議会(二〇〇五年、ぎょうせい)一四九頁)。

地方公共団体の長の契約締結に対する双方代理禁止規定の類推適用

五 その他の論点

(一) 兼業禁止

地方自治法一四二条等にいう「請負」の範囲は、民法上の請負よりも広く、業務として行われる営利的な取引契約すべてが含まれると解されている。一回限りの現金売買は除外されるが、それ以外の物品の売買、さらには補助金交付も含まれると解されている(区の住宅政策に従い住宅を供給した議員に対する補助金交付の適法性に関連して同法九二条の二にいう「請負」関係を認めた、東京高判平成一四年四月二四日判時一七九五号九七頁参照)。但し、「請負」でも、当該法人の業務の主要部分を占めるものでない場合は除外される(最判昭和六二年一〇月二〇日判時二二六〇号三頁参照)。本件では争点とされていなかったが、本判決のいうように準委任関係ということになると、一回限りの物品購入契約ではなく継続的な取引関係に当たり、しかも本件協会はまさに市の事業を委ねる目的で設立され、かつ二分の一未満の出資法人であるので、長の兼職を禁止する同条に抵触したのではないかという疑問が浮かび上がることになる。なお、兼業禁止規定は、長や議員等が当該地方公共団体に対して「請負」をする者になることを禁止したにとどまり、「請負」

に当たる行為の効力には何ら影響を与えるものではないが、立法論として解除権を認めるべきという見解がある(確井・公共契約の法理論と実際(一九九五年、弘文堂)一七六頁)。

(二) 損害額の算定方法

控訴審判決は、仮に違法な売買契約がなかったとしても、本件協会が負債を抱え、かつ、その負債につき市が支払資金を拠出せざるをえぬ立場にあったとすれば、当該支払金相当額は違法行為の有無を問わず市が負担すべきものとして、損害を確定すべき要素となると述べていた(判例自治二〇〇号三五頁)。これに対して、本判決は、〈判旨〉三にみるように、右判断を否定した。さらに、本判決は、従来の学説・裁判例と同様に、本件各契約の締結について裁量権の逸脱・濫用があったものとすれば、これらにより市に生じた損害は、市が支払った代金額と、市が取得した財産の価額との差額により算定すべきとして、住民訴訟における損益相殺を認めている(この点について、本件一審評釈である藤原淳一郎・判例評論四七一号二八頁も参照)。これに関しては損害と利益ないし差額の立証責任に関する問題が残る。控訴審判決は、損害賠償請求権を主張する原告らにあることを認めただうで、市が支払った売買代金のうち本件協会の負

債等に充てられた約八億円について損害の立証がないと判示した(前掲)。これに対して、地方自治法二四二条の二第一項の四号請求について地方公共団体の機関を被告とする二〇〇二年の同法改正の趣旨と、地方公共団体には職員の不法行為により発生した損害賠償請求権についてその金額を確定する調査義務がある点に鑑みて、主張立証責任は地方公共団体の機関である被告に課されるとする見解が注目されよう(薄井・前掲評釈五八頁以下)。