

地方公共団体の契約における双方代理

1 はじめに

Aが、Bを代理してAと契約する場合（自己契約）、Bの利益が害されるおそれがある。また、Aが、B及びCを代理して契約する場合（双方代理）、B又はCの利益が害されるおそれがある。このことから、民法は、第108条本文で、「同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。」とし、第113条1項で、この規定に違反した場合は無権代理となり、「代理権を有しない者が他人の代理人としてした契約は、本人がその追認をしなければ、本人に対してその効力を生じない。」とし、第116条本文で、本人が無権代理の追認をした場合は、「追認は、別

段の意思表示がないときは、契約の時にさかのぼってその効力を生ずる。」と定めている。

地方公共団体は法人であり（地方自治法第2条第1項）、「普通地方公共団体の長は、当該普通地方公共団体を（中略）代表する」（地方自治法第147条）ところ、地方公共団体の買収予定地に長個人の所有地が含まれている場合に、長が、地方公共団体を代表して長個人と契約したり（自己契約）、長が外郭団体の理事長である場合に、長が、地方公共団体及び外郭団体の双方を代表して契約する（双方代理）必要に迫られることがある。本稿では、このような場合と民法第108条及び同法第116条との関係について判示した最高裁平成16年7月13日判決を取り上げたい。

2 事案の概要

（1）昭和61年12月26日、世界デザイン博覧会（名古屋市の市制百周年事業。以下「デザイン博」という。）の準備及び開催運営を行うことを目的とし、存続期間を同65年3月31日までとして財団法人世界デザイン博覧会協会（以下「本件協会」という。）が設立された。

本件協会の会長（理事）には市長Yが、副会長（理事）には助役が、監事には収入役が、専務理事及び常務理事には市幹部職員がそれぞれ就任し、事務局も市職員を中心に構成された。本件協会の寄附行為によると、Yが会長として本件協会を代表する権限を有し、本件協会の運営に関する重要

な事項は理事会において決することとされていた。

(2) 平成元年9月ころ、全会期中のデザイン博の入場者数総計が当初見込んでいた数に達しない状況となり、入場料収入等だけではデザイン博の開催運営経費を賄いきれないことが判明した。

本件協会の収支が赤字となることを回避するために、市は、平成元年11月27日から同2年2月15日にかけて、本件協会から、本件協会がデザイン博で使用した施設及び物品を代金総額10億3631万9324円で買い受けた。上記買受けに際して締結された契約(以下「本件各契約」という)は50件ある。

本件各契約(水道事業に関するものを除く。)のうち契約金額が200万円を超えるものについては契約書が作成され、いずれもYが、市長として市を代表すると同時に本件協会の会長として本件協会を代表して契約を締結する旨記載されている。

(3) 平成2年3月22日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おいて、本件各契約に関する議論がされた後、同委員会に付議された事件の審査を終了することが議決され、同月26日に開かれた本会議においても、その旨議決された。

市議会における平成2年度一般会計予算の審議に際して、同予算には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が含まれていたが、平成2年3月15日に開かれた市議会の総務民生委員会において、本件各契約に関する質疑がされた後、同予算のうち同委員会関係部分を可決する旨の議決がされ、同月20日に開かれた本会議において、同予算が可決された。

市議会の一般会計等決算特別委員会において、平成元年度の決算を認定することが議決され、平成2年12月18日に開かれた本会議において、同決算が認定された。また、平成2年3月29日に開かれた本件協会の第13回理事会において、本件各契約による収入を含む平成元年度の収支決算書が議題とされ、同収支決算書が承認された。

(4) 住民Xは、本件各契約が、双方代理禁止規定に違反して締結されたものであって無効である等として、地方自治法(平成14年改正前のも)第242条の2第1項第4号に基づき、市に代位して、Y等に対し、代決者による違法な契約の締結を阻止すべき指揮監督上の義務を怠りこれを締結させたなどとして損害賠償を請求する等の住民訴訟を提起した。

(5) 原審(名古屋高裁平成11年12月27日判

決(判例地方自治2000号23頁)は、本件各契約(水道事業に関するものを除く。)は、民法第108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ものであるとした上、本件各契約の一部について裁量権を逸脱、濫用して締結された違法なものであるとして、Yに対する2億1000万円及びこれに対する遅延損害金の請求等を認容した。

3 争点

(1) 長が地方公共団体を代表して行う契約の締結に民法第108条の適用ないし類推適用があるのか。

(2) 適用ないし類推適用があるとして、民法第116条が類推適用され議会が追認することができるのか。

4 判旨

(1) 争点(1)について

「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、民法第108条が類推適用されると解するのが相当である。」

「これを本件についてみると、(中略) 本件各契約(水道事業に関するもの)を除く。(中略)〔は〕対外的にはいずれも〔Y〕の名をもって行われたということができ、から、本件各契約(水道事業に関するもの)を除く。〕は、〔Y〕の双方代理行為により締結されたものであるというべきである。」

(2) 争点(2) について
「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第116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。」

「しかしながら、(中略) 市議会は、〔Y〕を会長とする〔本件〕協会との間で本件各契約(水道事業に関するもの)を除く。〕が締結されたことを十分認識して、(中略) 審査や議決をしたものということができ、から、本件各契約(水道事業に関するもの)

を除く。)を追認したというべきである。また、(中略)〔本件〕協会においても同様に追認があったというべきである。」

(3) 藤田宙靖裁判官の補足意見

「私は、法廷意見に賛成するものであるが、本件各契約への民法第108条の適用ないし類推適用の有無の問題を中心として、若干の補足を行っておくこととしたい。

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。この点に関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的に認め得るか、という問題が残ることとは否定できない。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、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ン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〔本件〕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、民法第108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では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第108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、何を以て追認があったと考え得るか、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。」

5 検討

(1) 類推適用

市と本件協会との間で「〔本件〕協会がデザイン博で使用した施設及び物品を代金総額10億3631万9324円で買い受けた」の「に際して締結された契約」は、私法上の契約（売買契約）であり、民法の規定がそのまま適用されてもいいように思われる。

この点、本判決は、民法第108条が適

用されるのではなく「類推適用」されるとするのみで、その理由については述べていない。

地方公共団体の契約であっても、売買契約には民法の売買の規定（民法第555条以下）が適用されているように、私法上の契約については民法が適用される（藤田裁判官の補足意見では、前頁（※）とされている）。また、法人の代表については、民法第108条が適用されることを前提とする規定（会社法第356条第2項、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第84条第2項）がある。したがって、本判決は、私人間の契約ではなく地方公共団体の契約であること、あるいは代理ではなく法人の代表であることに着目して、民法第108条が「類推適用」されるとしているのではない（その意味で、「私人間における双方代理行為等による契約と同様に」、「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」というのは、誤解を招きやすい表現であろう）。

代理人と本人、（代表）取締役と株式会社（会社法第330条）、社員と社団法人（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第64条）、評議員と財団法人（一般社団法人

及び一般財団法人に関する法律第172条第1項）との法律関係がいずれも民法上の委任であるのとは異なり、長と地方公共団体との法律関係は公法上のものであり、その代表権も地方自治法第147条に基づく公法上のものである。本判決は、このことに着目して、民法第108条が「類推適用」されるとしていると考えられる。そうすると、民法第108条が類推適用されるのは「長が地方公共団体を代表する場合」とすれば足りるように思われるが、本判決がこれに「契約を締結する場合」を付加しているのは、長が地方公共団体を代表して行うのは契約の締結に限られず、そのような場合には、民法第108条が類推適用されないと考えられることに配慮したためであると思われる。

もっとも、最高裁は、住民訴訟においては、長が地方公共団体に負う責任を、地方自治法第243条の2に基づく公法上の賠償責任ではなく、民法の規定によるものであると述べ、ここでは、長と地方公共団体との法律関係を民法上のものであると解していることがうかがわれるのであって（最高裁昭和61年2月27日判決（判例時報1186号3頁））、このことには留意する必要がある。

(2) 追認議決

ア 追認権者

議会が意思決定機関として団体意思を決定するのは、地方自治法第96条第1項各号（及び同条第2項に基づく条例）に定める議決事項についてであり、それ以外の事項については、長その他の執行機関が自己の権限内で自ら決定し、それが団体意思とされると解されているところ、無権代理の追認は、地方自治法第96条第1項各号に定める議決事項には含まれていない。

この点、本判決は、議会が無権代理の追認をすることができるのみで、その理由については述べていない。

このことについては、双方代理も無権代理であるから本人が追認すれば有効になるということ为前提とした場合に、本人である地方公共団体の団体意思を誰が決定するのがふさわしいのかという問題として捉えるべきである。

地方公共団体には、町村総会（地方自治法第94条）を設置している場合を除き、株式会社における株主総会、社団法人における社員総会のような構成員によって組織される機関は存在しない（このことから、民法第116条については「類推適用」しかない。）。

また、無権代理の法律効果を本人に帰属

させることの当否（「当該普通地方公共団体の利益が害されるおそれ」の有無）をチェックするという追認の性質上、無権代理行為をした長自身が自ら追認できるとすることは、背理とまではいえないとしても、ふさわしいとはいえない。

そうすると、原判決が述べているように、「団体とその執行機関との間における利益相反行為につき、類似の關係に関する商法第265条〔現在の会社法第356条〕等〕及び「議会は住民の代表機関であると共に、地方公共団体の意思決定機関として基本的、重要なものを掌握しているという意味で最高意思決定機関として認められる」とを根拠として、「それは議会である」ということになる。

ちなみに、裁判例で追認議決が認められたものには、次のものがある。

- ①自己契約の追認につき、さいたま地裁平成18年2月22日判決（判例地方自治281号33頁）
- ②給与条例主義違反の追認条例につき、大阪地裁平成22年9月3日判決（判例地方自治349号39頁）
- ③財産の取得の議決につき、大阪高裁平成17年4月27日判決（判例地方自治276号67頁）

④適正な対価のない譲渡の追認議決につき、仙台地裁平成14年3月28日判決（判例地方自治237号40頁）

⑤財産の交換の追認議決につき、名古屋高裁平成10年12月18日判決（判例タイムズ1027号159頁）

⑥負担付き贈与の追認議決につき、奈良地裁平成6年3月30日判決（判例地方自治129号40頁）

⑦上訴の提起の追認議決につき、仙台高裁昭和49年7月31日判決（判例タイムズ316号227頁）

⑧専決処分承認につき、仙台高裁昭和49年3月13日判決（判例タイムズ310号188頁）

⑨専決処分の承認につき、名古屋高裁昭和55年9月16日判決（ジュリスト757号129頁）

イ 追認の内容

本判決は、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議決、予算の議決、決算の承認の議決において、「市議会は、〔Y〕を会長とする〔本件〕協会との間で本件各契約（水道事業に関するもの）を除く。）が締結されたことを十分認識して、（中略）審査や議決をした」ことをもって、議会による追認があつ

たとしている。

これは、形式的に追認議決がなくても、実質的に追認があったと評価される場合があるということであり、実務上見逃せない判断である。

もつとも、評価を伴う問題であるから（しかも、藤田裁判官の補足意見によれば、地方公共団体と契約の相手方との「距離」の程度によって、「何をもつ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がある」ということになる。）、実質的に追認があったと評価できるから、形式的に追認議決は必要ないという対応をすることにはリスクがあるであろう。実務上は、本判決を救済判決と理解して、形式的に追認議決を得ておくべきである。

なお、追認議決を求める議案書の記載は、次のようなものになると考えられる。

「契約の締結につき追認を求める件」「下記の契約を締結したので、民法第116条の規定により、追認を求める。」「提案理由 本件については、〇〇（市長）を〇〇（代表者）とする〇〇（相手方）と契約を締結したものであるため、民法116条の規定により、追認を求める。」

（3）事前対応

ア 許諾議決

民法第108条は、本文で、「同一の法律行為については、相手方の代理人となり、又は当事者双方の代理人となることはできない。」としたうえで、ただし書で、「ただし、（中略）本人があらかじめ許諾した行為については、この限りでない。」と定めている。

そこで、事前対応としては、契約の締結に先立って、議会の許諾議決を得ておくことが考えられ、この方法をとることが本筋であろう。

なお、許諾議決を求める議案書の記載は、次のようなものになると考えられる。

「契約の締結につき許諾を求める件」「下記の契約を締結したいので、民法第108条ただし書の規定により、許諾を求める。」「提案理由 本件については、〇〇（市長）を〇〇（代表者）とする〇〇（相手方）と契約を締結するものであるため、民法第108条ただし書の規定により、許諾を求める。」

イ 双方代理の回避

（ア）外郭団体の代表者

また、事前対応としては、外郭団体の代表者に長以外の者（例えば副市長）を充て

るか、少なくとも共同代表とし、長以外の者が外郭団体を代表して契約を締結することにより、双方代理を回避することが考えられる。

（イ）契約締結権限の委任

ところで、地方自治法第153条第1項は、「普通地方公共団体の長は、その権限に属する事務の一部をその補助機関である職員に委任（す）（中略）ることができる。」と定めている。

そこで、事前対応としては、長の契約締結権限（契約締結における代表権）を補助機関である職員（例えば副市長）に委任し、長以外の者が地方公共団体を代表して契約を締結することにより、双方代理を回避することが考えられる。

この委任をしたときには、「その事務については、受任者がつばら自己の責任において処理するものであって、委任をした普通地方公共団体の長においては自らこれを処理する権限を失う」（松本英昭「新版逐条地方自治法 第8次改定版」529頁）と解されており、そうであるならば、「当該普通地方公共団体の利益が害されるおそれ」はないということができるようにも思われ、この方法をとることを推奨する解説書（自治体契約制度研究会「地方公共団体

契約実務の要点」601頁、1303頁、1351頁）もある。

しかし、長と補助機関の職員とは、「普通地方公共団体の長は、その補助機関である職員を指揮監督する。」（地方自治法第154条）という関係にあり、少なくとも、形式上双方代理を回避するために、臨時的に委任をしたような場合には、法の潜脱と評価されるおそれがあることを否定できない（自己契約につき、太田和紀・橋本勇「自治体契約ゼミナール」1789頁）参照。最高裁は、住民訴訟において、委任をした場合であっても、「右委任を受けた吏員が委任に係る当該財務会計上の行為を処理した場合においては、長は、右委任を受けた吏員が委任に係る財務会計上の違法行為をする 것을阻止すべき指揮監督上の義務」があるとしており（最高裁判平成5年2月16日判決（判例時報法第1454号41頁）、このことには留意する必要がある。

コラム 十任十色

大係長

県庁の西宮君は、入って5年目の若手技術職員である。建設部で新人としての勤務を一通り終えて、この4月に現場に異動となった。東部建設事務所の施設課で、管轄下の施設の設計工事から維持管理まで担当業務は幅広い。大学と本庁で学んだ、言わば知識を実践の場にどう適用するか、正に現場業務の第一歩である。

着任してまず驚いたのは、マニュアルがないことであった。もちろん、工事の標準仕様書であるとか、設計指針など基本的なものはあるし、西宮もそれなりに勉強してある。しかし、具体的に受注業者をどう指導するか、あるいはどんなふう交渉するかといったことを書いた手引書がなかった。学校で言えば、教科書はあるが、問題集とその解答がないようなものである。

それでも、確かに、本にはにくい面もあるだろうから、そこは先輩たちが指導してくれるだろうと期待した。ところがそれもない。先輩に聞いても「そんなことを教えられくらいなら、俺も苦労していない」とか「失敗して、泣かされて、苦労して、一つ一つ経験的に習得するんだ」などとべもない。

西宮は思い余って、課長に相談した。

「心配することはない。山下係長に聞けば、なんでも教えてくれる。なんてたって、県庁名物の大係長だからね。実を言えば、我々管理職は2、3年のローテーションで異動するし、その現場現場の細かいことにタッチする余裕もないから、ああいう大係長におんぶに抱っこなんだ。山下係長は現場精通度ナンバーワンだから、頼りになるし勉強になるよ。ちょっと癖があるけどね。懐に飛び込むことだ。昔から、窮鳥懐に入ればなんとやらというでしょう」

ところが、癖があるなんてものではなかった。西宮は当然、山下係長のところに四六時中仕事がらみの案件についてお伺いを立てに行く。山下は、機嫌が悪いとそっぽを向いて話も聞かない。だから御機嫌具合をはらはらしながら見守って、良さそうな時に突進する。他の係員たちも同様に突進してくるから、ぼやぼやしていて順番が遅くなると、いつ不機嫌になるかわからないからひやひやだ。だから、ヨーイドンで飛び出して行かなければならない。

昼飯は、必ず麺類で、それも店屋物は金がかかってまずいという。つまりは、係員が交代で作ってみんなで一室に

会して会食となる。その茹で方が悪いと極めて不機嫌で午後は仕事にならない。しかも、調理した職員はしばらく口もきいてもらえない。

西宮は、茹で方が下手だから調理人グループからいち早く外されてしまった。

それでも、皆が、管理職までもが一目置いているのは、仕事の凄さにある。出入りの業者の営業はもちろん技術者、役員に至るまで出身地から学歴、癖、能力に至るまで熟知している。本人の技術力は、関連業者がお世辞抜きで引き抜きたがっているほどだ。

だから、技術上の問題は無論のこと、業者との現場でのめごとなども相談すればたちどころに片付いてしまう。これが、県庁の大係長である。

西宮は、そばグループから閉め出されてしかも新参者であるから、相談になかなか乗ってもらえず頭を抱えていた。さすがに心配になったのか、課長がそっと耳打ちしてくれた。「山下係長は無類の酒好きだよ」

それとなく探ってみると、どうも毎日飲んで帰らしい。昼飯代を節約してまで、飲み代をひねり出しているのだ。

その日から、西宮の飲み屋行脚が始まった。昼休みになると、腹が膨れて上機嫌の山下係長にそれとなく聞く。「今日はどんな飲み屋に行ったらよいでしょうか？」必ず、山下は乗ってくる。「俺だったら、1,000円コースだな」つまり、煮込み1品、焼酎3杯である。あるいは、「500円コースかな」こうなると、酒屋の店先で樽に座って乾き物で焼酎3杯である。懐具合がいいと、2,000円や3,000円コースもある。

西宮は、仕事が終わると脱兎のごとく駆け出して、山下係長の好みのコース通りの飲み屋に席をとる。すぐに、取れた席数と場所を最古参の職員に電話する。そして、飲み会。驚いたことに、家庭とか世間とか、ましてや世界情勢など一言も話さない。ずっと、仕事上の蘊蓄ばかりで、ほぼ一方的に、係長の独壇場である。つまりは、マニュアルがここにあった。

たぶん西宮はこうして、優れた技術力と交渉術を持った県庁職員に育っていく。お酒にも強くなるだろう。でも西宮自身が気付いているように、こういう時代は彼で終わり、大係長は伝説になり大切な現場の知恵は消えていく。

（新戸 拓）