

論 説

住民訴訟における行政判断尊重と民事法的思考

高 橋 正 人

はじめに

「行政裁量」に対する司法審査については、平成18年以降の最高裁判決が「判断過程審査」を相次いで用いたことで、裁量審査の密度の深化が学説においても好意的に受け止められている傾向にある¹。

一方で、裁量審査の手法が「判断過程統制」に集約していないのも事実であり²、裁量審査はその局面毎に変容する。その代表例として住民訴訟が挙げられる。

但し、住民訴訟における裁量審査を個別に分析することは、筆者の能力を超える作業であり、本稿においては、最近の裁判例が政策的判断（政策的裁量）等の審査において行政判断を尊重する際に民事法の発想が用いられている側面を検討してみる。

最初に、民法の108条（双方代理の禁止）及び116条（無権代理の追認）

¹ 平成18年以降の裁量審査については、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（2009年）165－172頁、深澤龍一郎「裁量統制の法理の展開」法律時報82巻8号（2010年）35－37頁、山本隆司「行政裁量（1）～（5）」法学教室359号104頁以下、360号109頁以下、361号96頁以下、362号106頁以下、363号91頁以下（いずれも2010年）。

² その代表例として、前掲橋本・深澤両論文が従来型の裁量審査の事例として指摘する、最判平成18年9月14日（判時1951号39頁－弁護士会による懲戒処分）の事例が挙げられる。

の類推適用に関する重要判決として、最判平成16年7月13日（民集58巻5号1368頁）について検討する。

平成16年最判については、民法の視点だけでなく会社法の視点をも含め利益相反行為について分析がなされており³、思考としては、双方代理（利益相反）の追認が自治体の免責の方向に作用している。平成16年最判では、藤田宙靖裁判官が、国・地方公共団体と「独立の法主体」との組織法・財政上の関係とその規律のあり方に関して、「組織法上の実態に即した、何らかの行政法理が考察される可能性」について示唆しており、民法の規定の類推適用がそもそも妥当であったのかという問題も残る⁴。

また、平成16年最判と類似の発想がなされていると思われる最高裁判例についても併せて検討する。

次に、裁量審査に関して、地方自治法232条の2に基づく補助金交付に関する裁量審査の問題の中でも民事法の類推によりその審査がなされている事例を検討する。

補助金交付に関する司法審査は補助金の交付先ごとに類型化がなされているが⁵、本稿ではいわゆる第三セクターに対する補助金交付について検討する。特に、この分野においては、会社法における“経営判断原則”に親和的な見解が実務家から出されており⁶、最判平成17年10月28日（民

³ 旧商法265条（現会社法356条）も踏まえた分析として、山本隆司「行政組織—地方公共団体と関連団体の双方代理」法学教室341号67頁以下、高橋滋「判批」自治研究81巻11号140頁以下、前田雅子「判批」法と政治55巻3号217頁以下、垣見隆禎「判批」判例評論560号28頁以下がある。

⁴ この問題については、後述するように、財団と市との間の「準委任的な関係」の側面から、民法108条の類推適用に否定的な見解もある。稲葉一将「判批」『平成16年重要判例解説』50頁参照。

⁵ 室井力＝兼子仁編『基本法コメンタール・地方自治法（第4版）』（2001年）257－259頁（田村和之）、確井光明『住民訴訟と自治体財務（改訂版）』（2002年）189－208頁、近藤哲雄『自治体法（第一次改訂版）』（2008年）167－172頁等参照。

⁶ 中島肇＝伴義聖＝大塚康男「鼎談・住民訴訟をめぐって」判自300号18頁の中島肇氏の発言を参照。また、同趣旨の見解として、奥宮京子「住民監査請求（第4回）」判

集59巻8号2296頁)の調査官解説においても言及されている⁷。このようなアプローチは民事法上(会社法上)の思考を持ち込むことにより、政策判断における裁量を広範なものとする方向に作用するものではないかと考えられ、類似の最高裁判決も踏まえながら検討してみる。

自314号102頁を参照。

⁷ 『ジュリスト増刊 最高裁 時の判例V』91頁(長屋文裕)。

I 民事法の適用に関する判例の検討

一 最判平成16年7月13日を中心として一

1. 原審における民法108条、116条類推適用

(1) はじめに、最判平成16年7月13日(民集58巻5号1368頁以下、①判決とする)を検討するに当たり、原審の分析からはじめることにしたい。

①判決は、第1審である名古屋地判平成8年12月25日(判時1612号40頁)において、民法108条が類推適用されており⁸、原審の名古屋高判平成11年11月27日(判自200号23頁)において民法108条、116条が類推適用されている。

特に、平成16年最判の意義や藤田裁判官の補足意見を検討するに当たっては、原審における論理構成を再度分析してみる必要がある。

①判決の評釈において、広く利害関係(利益相反)の観点から分析されている背景には、原審である名古屋高判平成11年11月27日の影響があると考えられる。穿った見方を先に示せば、最高裁は原審のアプローチを不明確なものとし、その箇所を削除しているともいえる。

(2) 原審の108条の適用に関する言及は以下のとおりである。

「地方公共団体の長は、当該地方公共団体の財産の管理処分に関しては、当該地方公共団体の利益、ひいては住民の利益のために、忠実にこれを行う義務を負うと解される。そして長が地方公共団体を代表してする随意契約に当たり、同時に、契約の相手方をも代表してその利益を図る立場に立つこと(双方代理)は、相手方の利益を図る結果、地方公共団体の利益を損なう危険があるから、右の義務に違反するものであって、民

⁸ 山本隆司教授は、第1審の評釈において、民法108条の類推適用に否定的な考え方を示していた。山本隆司「判批」自治研究74巻4号107頁。

法108条（あるいは同法57条）の類推適用により、その契約の効力は直ちには地方公共団体に帰属しない」

原審は、以上のように述べた上で、事実関係⁹から財団法人と名古屋市の関係を「相反する関係」とし、民法116条の類推適用の問題に移っている。

「地方公共団体の長による利益相反行為につき、民法108条（あるいは同法57条）類推適用により、その効果が本人である地方公共団体に帰属しないとしても、本人である地方公共団体がその行為を追認した場合には、民法116条の類推適用により、その意思に沿って本人に法律効果が帰属するものと解すべきである（傍線部—高橋、以下同じ）。」

次に、被控訴人（住民側）による地方自治法142条に基づき、利益相反行為の追認の余地がないとの主張について、「追認するか否かの選択権を本人である地方公共団体に与えない点で、かえって地方公共団体の利益を損なうおそれがある解釈というべき」であると述べる。その上で、

「右類推適用により追認を認める場合、追認すべき機関は、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、類似の関係に関する商法265条（当時—高橋注）等を考慮すれば、右は議会であると解される。すなわち、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認められる。」と述べ、〈議会による追認〉による法的効果の帰属を補強している。

(3) 次に原審の判断は、契約締結における裁量権の逸脱・濫用の審査に移る。

契約締結における長の裁量権を前提とした上で¹⁰、「右裁量権は法令の

⁹ 事実関係の詳細は各評釈を参照。被告である当時の名古屋市長は、同時に財団法人世界デザイン博覧会協会の会長でもあった。

¹⁰ ①判決及び原審の分析として、薄井一成「判批」自治総研314号48頁以下。なお、随意契約における裁量の問題に関しては、最判昭和62年3月20日（民集41巻2号189

規制に従って行使されるべきは当然であるところ、地方財政法4条1項では、地方公共団体の経費は、その目的を達成するため必要かつ最少の限度をこえて支出してはならない旨規定しており、物品購入契約は必然的に代金の支出を伴うものであるから、右の裁量権も右規定により制約を受けるものと解される。[原文改行]そして、地方公共団体の長が、法律上随意契約が許される場合に、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、購入の際の諸事情からみて不適正とはいえぬい価格で物品を購入することは、何ら違法ではないが、右の目的とは異なる目的で物品を購入したり、当該地方公共団体にとって必要でない物品を購入したり、本来無償で取得しうる物を有償で取得し、あるいは、適正価格を大きく超える価格で購入することは、裁量権の逸脱・濫用であって、違法である」との一般論¹¹を述べる。

その上で、本件各契約は、「デザイン博が赤字となることを回避するという目的で」締結されたものであるとし、地方公共団体の長の裁量権の範囲内にある行為とは解されないと断じた。

2. ①判決のロジックその1 (双方代理・追認)

(1) 民法108条、116条の類推適用に関しては、前述のように原審の判旨から利益相反に関する民法57条、商法265条への言及を削除した形で類推適用を認める判断をしている。即ち、「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

頁)があるが、原審において言及はない。

¹¹ 地方財政法4条1項ないし地方自治法2条14項を踏まえ、行政法の一般原則としての「効率性(の)原則」が挙げられることがある。宇賀克也『行政法概説I(第4版)』(2011年)59-60頁、大橋洋一『行政法I』(2009年)50頁、櫻井敬子=橋本博之『行政法(第2版)』(2009年)28頁。また、これらを踏まえた原審の分析として、薄井・前掲評釈54-55頁

約と同様に、当該普通地方公共団体の利害が害されるおそれがある」と述べた後、民法57条、商法265条に関する言及無しに民法108条、116条の類推適用に関する言及へと移行している。

「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108条が類推適用されると解するのが相当である。・・・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116条が類推適用され、議会が長による上記双方代理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的効果が帰属するものと解するのが相当である。」と述べ、見解の対立のあった議会による長の双方代理行為の追認について肯定説を採ることを明らかにしたのである¹²。

一方で、議会の追認権の根拠については、原審のロジックを一部削除することにより必ずしも明らかにされていない¹³。議会の追認権について、否定説が論拠としてきた地方自治法96条1項による議決事項の制限列举についても触れられていない¹⁴。ここも重要な論点であるが、本稿では原審で言及された利益相反に関する民法57条・商法265条（いずれも当時）を最高裁判決が敢えて触れていない点に焦点を絞りたい。

(2) 当時の民法57条は、法人と理事との利益相反について規定し、商法265条は、取締役と会社との利益相反について規定していた。現行法では、一般法人及び一般社団法人に関する法律84条（理事会設置一般社団法人

¹² 林俊之・法曹時報59巻1号184頁。

¹³ 稲葉・前掲注(4)50頁。

¹⁴ 肯定説・否定説については、前田・前掲注(3)223頁-225頁、林・前掲注(12)183-184頁参照。なお、林・前掲論文191頁註(10)は、地方自治法96条1項が必要的議決事項を定めたものとしつつ、「それ以外に議会が議決をなし得ないというわけではなく、議決した場合、正規の議決として効力が生じる」と述べている。

においては92条)、会社法356条(取締役会設置会社においては365条)によって規律されている¹⁵⁻¹⁶。原審が、普通地方公共団体における〈長と議会との関係〉を、私法人における〈理事会(社員総会)と理事〉、〈取締役会(株主総会)と取締役〉の関係のアナロジーで捉えたことには、理論的に不十分だったとの指摘があり得よう¹⁷。最高裁が、民法108条、116条の類推適用に限って言及した背景として、次の藤田宙靖裁判官の補足意見が参考になる。

「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はなく、独立の法人格を持った別の法主体を創設して、これを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ナロジーで考えてよいか、問題となるようなケースも少なくない」

「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、・・・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

¹⁵ 内田貴『民法I(第4版)』(2008年)255頁、弥永真生『リーガルマインド会社法(第11版)』(2007年)203-206頁。

¹⁶ 当時の規定は以下のとおりである。民法57条 法人ト理事トノ利益相反スル事項ニ付テハ理事ハ代理権ヲ有セス此場合ニ於テハ前条ノ規定ニ依リテ特別代理人ヲ選任スルコトヲ要ス

商法265条1項 取締役ガ会社ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲受ケ会社ニ対シ自己ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲渡シ会社ヨリ金銭ノ貸付ヲ受ケ其ノ他自己又ハ第三者ノ為ニ会社ト取引ヲ為スニハ取締役ノ承認ヲ受クルコトヲ要ス会社ガ取締役ノ債務ヲ保証シ其ノ他取締役以外ノ者トノ間ニ於テ会社ト取締役トノ利益相反スル取引ヲ為ストキ亦同ジ

¹⁷ 前田・前掲注(3)224頁は両者の関係の組織構造の相違を指摘する。垣見・前掲注(3)208頁も同趣旨か。

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。・・・上記の意味での『距離』を確保するために、民法108条に直接基づくものではなく、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察される可能性はあり得ないではない」

この藤田裁判官の補足意見は、次に触れる財団法人と市とを一体的に解釈する最高裁の判旨の解釈においても参考にされるが、最高裁は、民法57条、商法265条にも言及する原審のアプローチでは、同様に地方自治体と第三セクターとの関係が問題となるような事案に対して、民事法のアナロジーで解決することの難点を回避したと考えられる。

実際に、民法116条による議会の追認に関して、両者とも住民により直接選挙される普通地方公共団体の長と議会との関係を、「議会のみを単純に最高意思決定機関であるということとはできない」とする林調査官の指摘がある¹⁸。

(3) 一方で、藤田裁判官の補足意見における「私法上の親会社と子会社の相互関係のアナロジー」に関連して、会社法の規定に踏み込んだ分析もなされている。旧商法265条（会社法356条－取締役会設置会社に関して365条）に関する、高橋滋教授や山本教授の分析がこれに当たる¹⁹。

専門外の筆者に分析力はないが、〈住民〉の立場が出てこない以上、(2)で触れたように、原審の〈取締役会（株主総会）と取締役〉とのアナロジーへの踏み込みはやや無理があったといえる。取締役による全株式保有（最判昭和45年8月20日・民集24巻9号1305頁）もしくは株主同意（最判昭和49年9月26日・民集28巻6号1306頁）に関する先行判例を踏まえても、このアナロジーの枠組みに〈住民〉が入ってこない限り、原審の判断・引用には飛躍がある（同様のことは〈理事会（社員総会）と理事

¹⁸ 林・前掲注(12)184頁。

¹⁹ 高橋・前掲注(3)147-149頁、山本・前掲注(3)74頁。

の関係にも当てはまる)。従って、議会による追認に関して肯定説を採りつつも、最高裁判決は肯定説の根拠となりうる商法265条(当時)等への言及を控えたものと考えられる。

3. ①判決のロジックその2(準委任関係)

(1) 民法108条、116条の類推適用に言及した後、最高裁判決は市と財団法人との関係を「準委任的な関係」としつつ、契約締結について裁量権の逸脱・濫用があったとする原審の判断を差戻している。

即ち「上記事実関係に基づいて考えると、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1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。そうであるとすれば、市が、第1審被告協会に対し、同協会がデザイン博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在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、重要な考慮要素になるとすべきである」と述べ、市と財団法人の関係、デザイン博に関して支出された費用の内訳等を検討しなければ、契約締結における裁量権の逸脱・濫用について判断できないとした。

ここでは、「準委任的な関係」が重要な意味を持つてくる。即ち、市と財団法人との関係が、準委任と構成されることにより、財団法人側が市に対して民法650条1項に基づく費用償還請求ができることになる²⁰。実際に最高裁判決は、「市にその法的義務²¹が存在するものと解する余地も

²⁰ 石井昇「判批」法学教室295号171頁、前田・前掲注(3)230頁等を参照。

否定することができない」と述べており、契約締結における裁量権の逸脱・濫用を認めた原審と異なった構成がなされている。

(2) この「準委任的」構成は、財団法人の独立性を曖昧化させる。藤田裁判官の補足意見が、財団法人の市との関係につき、「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。」と述べている点も踏まえると、地方財政法4条1項、地方自治法2条14項等の契約統制法理の適用も曖昧にならざるをえない。契約締結の裁量の逸脱・濫用に関しては、最高裁判決は、民事法理を巧みに適用しながら、極めて〈現実的な〉回答を導いたともいえよう。

但し、藤田裁判官の補足意見は、上記引用部分に続いて、「『距離』をキープするための何らかの法的手法」ないし、「民法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」の必要性を説いている²²。

4. 民事法理による処理—最近の動向

(1) ①判決に対しては、「市の事業としての位置づけ、準委任関係の成立

²¹ この「法的義務」につき、林・前掲注(12)192頁註(13)は、「本文のような義務が認められる場合には、契約締結に関する裁量権の範囲はより広範なものになる。」と述べている。

²² ドイツ行政法理論を挙げるものとして、山本・前掲注(8)評釈(=①事件の第1審評釈)、薄井・前掲注(10)評釈がある。ドイツ行政法(特にドイツ行政組織法)からのアプローチとしては、他に、前述の社団法人や株式会社の分析を踏まえた「機関“Organ”」概念の分析があり得ようか。

筆者はドイツ法を専門とはしていないが、行政組織法では現在も中核的概念である。Erichsen u. Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, SS. 287-288.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, SS. 526-530. なお, Maurer, a. a. O., S.527は、私法におけるOrgan概念として、株式会社(Aktiengesellschaft)の機関について言及している。

が、他事例においても一般化できる説示がないまま肯定されている²³」と指摘されているように、後続する最高裁判決において引用されている事例はない。Ⅱにおいて検討する最判平成17年10月28日における滝井裁判官の反対意見において民法108条、116条の法意の類推が指摘されているに留まる。

その一方で、その後の最高裁判決においても民事法理ないし団体法理²⁴により事案の解決を図っている事例が見受けられる。住民訴訟における違法性の承継に関して注目された最判平成20年1月18日（民集61巻1号1頁）²⁵の差戻し後上告審である最判平成21年12月17日（判時2067号18頁一以下②判決とする）は、次のような構成で「特殊な事情」の存在を否定している。

まず、本件公社（一土地開発公社のことである—高橋注）が公有地の拡大の推進に関する法律に基づき設立された「公共性の高い法人」であると指摘した上で、「仮に本件委託契約を解消して本件公社が本件土地を引き受けることとした場合には、本件公社がその取得金額と時価との差額を損害として被ることとなるのであるから、上告人（一当時の宮津市

²³ 前田・前掲注（3）230頁。

²⁴ なお、「団体法」という用語は、労働組合法を中心とした労使関係法を指すことが多いが（佐藤幸治ほか『法律学用語辞典』1057頁参照）、本稿では、社団、組合、会社等を念頭においている。

²⁵ 平成20年最判は、普通地方公共団体が、土地開発公社との間で締結した土地の先行取得の委託契約に基づく義務の履行として当該土地開発公社が取得した当該土地を買い取る売買契約を締結する場合にあっても、上記委託契約を締結した普通地方公共団体の判断に裁量権の著しい逸脱又は濫用があり、上記委託契約を無効としなければ地方自治法2条14項、地方財政法4条1項の趣旨を没却する結果となる特段の事情が認められるなど上記、委託契約が私法上無効であるときや、上記委託契約が私法上無効でないものの、これが違法に締結されたものであって、当該普通地方公共団体がその取消権又は解除権を有している場合や、委託契約が合理性を欠きそのためその締結に予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵が存し、かつ、客観的にみて当該普通地方公共団体が当該委託契約を解消することができる特殊の事情がある場合であるにもかかわらず、当該普通地方公共団体の契約締結権者がこれらの事情を考慮することなく漫然と上記売買契約を締結したときは、当該売買契約の締結は違法に当たるとした。『ジュリスト増刊 最高裁時の判例VI』（2010）67頁（内野俊夫）。