

## 自治体契約と民法

九州大学大学院法学研究院教授 田中 孝男

### 【講義の部】

#### はじめに

今日の自治体行政実務では、契約の考え方や手法が、単に事務用品の購入や道路工事の請負契約といった典型的な調達行政分野だけではなく、各種行政分野における政策の実現手法として用いられるようになってきている。

当科目「高度化する契約実務への対応」の「高度化する」というのは、契約の事務手続が複雑化・難化していることを意味するだけではなく、契約の手法が政策実現手法として広く用いられ、行政実務においてそれに対応して求められる法的知見の水準が上がっていることを意味している。

この課目「自治体契約と民法」では、判例や事件などを基に簡単な事例を設定して、自治体の行政実務における契約（契約手法）の今日的意義について、受講者が考えていく端緒となるような話をしたり、演習を行っていききたい（注1）。

なお、以下において「地方自治法」は「自治法」と省略することがあり、民法の条文は平成29年の民法改正（債権法改正）後の条文を用いる。

### 1 自治体活動と民法

#### （1）公法関係にも適用される民法

民法やその関連法律は、自治体において、契約が用いられる調達行政などにとどまらず、住民との間の行政特有の法律関係（公法関係）にも適用がある場合がある。

例えば、期間計算における民法140条本文の初日不算入の原則規定は、許認可の申請期間などの計

算でも、特別法がない限り、適用される。

また、民法1条で基本原則として定める信義誠実の原則（2項）と権利濫用禁止原則（3項）の規定は、私法の世界だけではなく、公法関係にも適用される「法の一般原則」を定めた規定であると考えられている。そこで、公法上の活動であっても、これらの原則に反すれば、裁判において、行政の活動は違法無効とされることがある。

#### （2）「契約」とは何か

民法の規定は、物権法、家族法も自治体の業務に密接にかかわるが、この研修は「契約」にかかわるものであるから、民法の中でも債権法とこれに係る総則の関係規定に重点を置いて言及していく。まず、契約とは何か、その意味について考えてみる。契約は、「両当事者の意思表示の合致」という形で表現されている（注2）。法的に対等な当事者が、お互いに自由な意思に基づいて、約束することがポイントである。なお、当事者とは、契約を締結する人当人のことをいう。

契約は法的立場が対等な当事者間の法律関係（権利義務関係）の典型例であり、「私法」と呼ばれる分野の典型的な法的仕組みである。

これに対して、行政処分（措置命令など）は、相手方の意思にかかわらず、法律に定める要件の下で、一方的に行政と相手方（住民）との間に権利義務関係を設定（変更・廃止）させることができる仕組みである。これは、「公法」と呼ばれる分野の法的仕組みである。

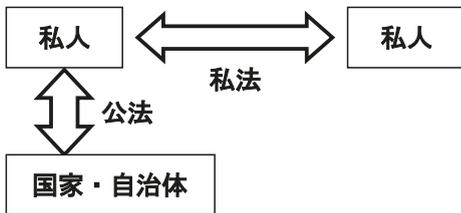
ここで、公法と私法の間を大まかに示すと次の【図1】のようになる。



**田中孝男（たなか たかお）**

1963年生まれ、北海道・帯広市出身。82年北海道立室蘭栄高校（理数科）卒業、86年北海道大学法学部卒業、札幌市役所採用（法規審査・訴訟事務等の業務に従事）。2005年札幌市役所退職、九州大学大学院法学研究院助教授に就任。07年准教授（職名変更）。16年、九州大学・博士（法学）。16年より現職。「自治体法務研究」誌（ぎょうせい）27号（2011年冬号）～46号（2016年秋号）に「事例から民法の基本を考える－職員のための自治体民法講座」を連載し、これを基に、本研修課目の内容を構想した。

**【図1】 公法と私法の区分**



筆者作成

**2 自治体活動における契約の法規制**

**(1) 自治体が締結する私法上の契約の特色**

まず、調達行政など自治体が締結する私法上の契約に対する法規律の特色を確認する。なお、調達行政における契約は、国・自治体の契約を合わせて「公共契約」とか「官公庁契約」と呼ばれている。

**(ア) 民法の考え方の原則的適用**

その特色の第一は、基本的には、民法が適用されるということである。民法の考え方では、人々（私人）は、法的には、皆、対等・平等な立場にあるということが前提となる。そうした対等・平等な立場で人々はお互いに自由に契約を締結できるというのが、大原則である（契約自由の原則）。

この契約自由の原則は、①契約締結の自由、②契約内容決定の自由、③相手方選択の自由、④契約方式の自由によって構成される。例えば、④の方式の自由については、民法522条2項が、「契約の成立には、法令に特別の定めがある場合を除き、書面の作成その他の方式を具備することを要しない。」と明記している。

**(イ) 契約自由の原則の修正**

契約自由の原則については、民間の法律関係でも、労働契約関係や消費者契約関係において一定

程度修正がなされているが、自治体が締結する契約では、地方自治法などが様々な修正規定を置いている。いくつか例を挙げてみよう。

第一に、競争入札の原則（自治法234条1項～3項）は、契約自由の原則のうち、「相手方選択の自由」と「契約締結の自由」を修正するものといえる。

第二に、記名押印による契約確定（同条5項）は、「契約方式の自由」を修正するものといえる。

第三に、自治法以外にも個別法による規制がある。例えば、自治体は法人の債務を保証することができない（法人に対する政府の財政援助の制限に関する法律3条）。

また、水道事業者（市町村）は、給水契約の申込みがあるときは正当な理由がないとこれを拒むことができない（水道法15条1項）。

以上のように、自治体の契約は、競争入札による経済性の追求と同時に公正な契約締結を求められ、しかも自治体が提供するサービスについては契約締結の任意性が否定されていたりする。

**(2) 規制規範に違反する契約の効力**

自治体による諸活動に関し、自治体側の手続等のみを規律する法規範のことを規制規範という。

それでは、規制規範に違反して対外的になした自治体の契約の効力はどうなるのだろうか。次の【問い】について考えてみてほしい。

**【問1】** A市は、地方自治法や同法施行令の解釈から明らかに随意契約をすると違法となる工事請負契約について、事業者Bと、随意契約の方式でこれを締結した。この場合、AB間の契約は、無効となるか。

競争入札の原則が採られている自治体の契約では、随意契約をできるのは、政令で定める例外的事由（自治法施行令167条の2第1項）に限られている。どのような場合だとこの例外的事由に該当するのかの解釈は、自治体側の裁量にある程度委ねられている（注3）が、そうした事由が明らかに存在しないにもかかわらず、随意契約をすれば、それは地方自治法違反といわざるを得ない。

しかし、契約の相手方にとっては、その契約が競争入札によらなければならないかどうかは判別できないことがあり得る。そうしたときにまで、競争入札原則の地方自治法違反だとして契約そのものを無効とすれば、一般社会の取引にかなり支障が出てくる。そこで、最高裁は、土地の売却に関して、随意契約に係る法令に違反する契約でも私法上当然に無効になるものではなく、①随意契約によることができる場合でないことが何人の目にも明らかである場合、②その契約の効力を無効としなければ随意契約の締結に制限を加える法令の規定の趣旨を没却する結果となる特段の事情が認められる場合に限り、私法上無効になるとした（注4）。

なお、地方自治法では、自治体は、一定種類の契約で一定金額以上のものを締結する場合には、議会の議決を必要とする（自治法96条1項5号）。この要議決対象の契約について議決を得ないものについては、（類似事件の最高裁判例から）無効になるものと考えられる。

### （3）自治体が締結する調達契約の紛争解決

それでは、自治体と相手方の間において契約に関して法的な紛争が生じたときに、どのような形で解決が図られるだろうか。

まず、正式に契約を締結した後は、通常の民事における紛争解決手続（例、民事訴訟）による。

問題は契約締結に至る過程における自治体側の契約に関する規制規範（手続規範等）違反の是正に係る解決手続である。例えば、入札に関する指名停止措置の通知を受けた者がその措置に不服の場合である。形式的には契約締結前に自治体と相手方には何の法律関係（権利義務関係）も生じていないのであるから、これについて裁判で争うことはできないことになる。ただし、公共工事の入札及び契約の適正化の促進に関する法律（公共工事入札適正化法）17条2項3号は、対象が国の建設工

事に限られるが、各省庁等の長が定める入札適正化指針に、入札・契約過程における苦情処理措置を定めることとしている。また、WTO政府調達協定の対象となる調達契約については、同協定に基づき、自治体でも契約過程における苦情処理手続を講じなければならなくなる。

### （4）実際的に遵守が難しい法規制

自治体の契約を規制する法律には、次のように実務上、遵守が非常に難しいものもある。

[問2] 債務負担行為の議決を経ることなく、年度初めから履行をしてほしい業務委託契約を4月1日に締結したい場合に、その前年度となる3月中に入札行為に付すことは法的に許されるか。

年度開始前入札行為について埼玉県草加市が特区要望をしたときに、総務省が否定的な解答をしている。理由は大要、次のとおりである。なお、この[問]に出てくる債務負担行為とは、歳入歳出予算などに含まれない、将来にわたる債務のことをいう（自治法214条）。

- 契約（支出負担行為）は、法令又は予算の定めるところによりしなければならない（自治法232条の3）ところ、予算の執行は年度開始前には行うことができない。
- 入札を執行し、落札者の決定があった場合には、自治体と落札者との間には、本契約の予約が成立し、自治体は落札者と契約を結ぶ義務を負うこととなる。入札の執行は、支出負担行為（契約）の一連の手続で、予算執行に含まれる。
- 債務負担行為として議決を経た場合のほかは年度開始前に入札を行うことができない。

建前としてこの見解は堅持せざるをえないかもしれない。しかし、それだと、庁舎のエレベータの保守点検や警備業務の委託など、前年度末日から切れ目なく継続して契約を締結したい事柄について、実務が非常に困難となろう。

この点、国でも少し制度を改めた。例えば、複数年にわたる物品借入れ（例、事務機器のリース）と役務の提供（例、庁舎警備）を受ける契約につき、一定要件の下、条例を定めることで、複数年契約を行うことができる（長期継続契約。自治法234条の3、同施行令167条の17）。こうした仕組みの合理的な活用が、期待される。

### 3 契約手法の拡大展開

#### (1) 自治法234条以下が適用される契約

自治体が締結する契約については自治法234条以下が適用されるが、行政実務関係者の解説では、これらの規定は私法関係にかかわる契約（典型的には調達行政）についての規定であるとされる。

これは、公法上の法律関係を形成するような契約（公法契約）には適用されないという理解に立つものであるが、現実には、そう言い切れない。

例えば、廃棄物の処理及び清掃に関する法律（廃棄物処理法）6条の2第2項に基づく一般廃棄物処理の委託について、公法契約だから自治法は適用されないとする解釈がある。これに対して、自治法234条の契約であると述べる下級審判決もある。性質上入札になじまない公害防止協定のような場合（ただし、公害防止協定も私法契約であるとする説がある）を除いて、公法契約についてもできる限り自治法234条以下の適用を念頭に置いた取扱いが穏当であろう。

#### (2) 行政サービスの提供と契約

自治体行政活動には、いわゆる規制のほか、事業活動やサービスの提供のような活動も多い。このような活動では、「契約」の仕組みが多用されここでは民法（場合によっては商法）の適用がある。水道事業⇔給水契約、交通事業（公営交通）⇔運送契約、公営住宅⇔賃貸借契約などである。便宜上、これらを公営事業と呼ぶ。

公営事業では、民法・自治法だけでなく、それらの事業について規律する法律（事業規制法）が、民法の契約法制に修正を施す規定を置くことに注意が必要である。

例えば、前述のとおり水道事業者は給水の申込みについて正当な理由がなければ拒否できないし（水道法15条1項）、公営の路線バスについて運賃の上限は国土交通大臣の認可を受けなければならない（道路運送法9条1項）。契約自由の原則が、事業者（自治体）側に関して修正を受けているのである。また、公営住宅の法律関係には民法の賃貸借関係規定その特別法である借地借家法が適用される（注5）。賃貸借関係ならば、借借人が死亡したとき賃借権はその相続人に相続されるが、公営住宅法27条6項は、入居できる法的地位を賃借権

のように当然に相続できるものとはしていない。

行政サービスを提供する施設は、地方自治法244条の公の施設であることが多い。そうすると、そうしたサービス提供施設には、自治法の公の施設関係規定も適用される。その結果、例えば水道料金は、公の施設の使用料として条例でこれを定めなければならない（自治法228条1項）。公の施設につき住民の差別的な取扱いをすることも許されない（自治法244条3項）（注6）。

#### (3) 補助金交付

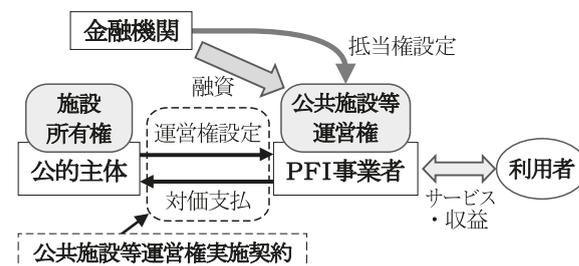
さらに、自治体行政における補助金の交付は、その手続について、国の法律（補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律）と類似した内容を、条例ではなく、首長の定める規則や要綱で定めているのが圧倒的多数であるが、自治体の補助金交付の法律関係は、一種の負担付贈与契約であると考えられている。補助金交付規則では、不正受給者に対して返還命令をするといった規定を置くことが多い。しかし、この補助金交付規則自体の法的性質は、補助金交付契約の約款（民法548条の2以下）にあたるものである。規則に返還命令とあっても、法的にはそれは行政処分（不利益処分）に当たるものではない。条件違反による贈与契約についての自治体の解除権行使規定というべきものである。

#### (4) 高度化する契約手法-PFI

公共施設の老朽化に対処し、適切な維持更新を図ろうにも、自治体財政の厳しさから、施設の更新や維持管理のための費用確保が難しくなっている。そこで、これらに対処するために、民間資本を活用した公共施設の整備手法が制度化されている。これは、イギリス発祥の仕組みで、正式名称はPrivate Finance Initiativeといい、日本ではその略称であるPFIという語がよく知られている。

PFI事業は、例えば、【図2】のような仕組みで進

【図2】 PFI事業の仕組み



(出典) 内閣府資料を参考に筆者作成

められる。ここで「公共施設等運営権」とあるのは、単なる債権ではなく、法律上物権として定められている(注7)。このように本来の公共施設の所有権から切り離された物権を創設することで、その物権を担保にして銀行から資金を調達して、公共施設の整備等を進めることができるようになってきている。ここで、公共施設等運営権を設定する際には、施設の管理者は、公共施設等運営権者との間で、公共施設等運営権実施契約を締結する。この契約は、極めて詳細なものになることが予定されていて、調達行政における契約よりもはるかに複雑高度な能力がないと、自治体側(施設の管理者)が民間(公共施設等運営権者)との間で著しく不利な契約を結んでしまうおそれがある。また、契約締結にあつては、契約法のみならず、公共施設等運営権を理解するために民法の物権法に関する知見が求められる。財産法に関する民法の幅広い知見を必要とする点で、PFIは、自治体で用いる契約手法の高度化の典型例だろう。

PFIは大規模自治体だけの手法ではない。平成30年に行われた水道法改正(民営拡大のための改正)にあるように、これからは、あらゆる市町村にかかわる水道事業でPFIの検討が不可欠になるものと思われる。

#### (5) 規制の行政分野での契約手法

さらに行政処分が多用されることが想定されている規制行政分野でも、契約的な手法が実務では活用されている。法律上の制度としては、建築協定が挙げられよう(建築基準法69条以下)。法律上の制度以外のもので代表例といえば、公害防止協定がある。協定で定める内容次第であるが、協定の当事者に権利・義務を定めているような条文であれば、それが公法(法律・条例)の規定に反しているとか、公序良俗(注8)に違反しているといったわけでなければ、契約と同視し得る。そのような契約と同視し得る協定については、協定違反があれば、違反者に対してその相手方が協定の違反是正(内容の履行)を求めて裁判に訴えて救済を得ることができることになる。

#### (6) 住民参加と契約

さらに、契約の手法は、まちづくりにおける住民参加行政の分野でも、関係団体との協定の締結という形で、多用されている。例えば、協働のまち

づくりとして、自治体と関係団体との間で締結する「協働契約」がある(例、横浜市)。

## 4 事例から学ぶ民法

以下、いくつかの事例を設定して、自治体契約における民法がどのように活用されているのかを少し考えてみよう。

・この部分の講義では、田中孝男「事例から民法の基本を学ぶ」『季刊・自治体法務研究』誌・連載の一部を活用して、具体例とその解説をしましたが、著作権等の関係でここでは掲載を控えさせていただきます。

### おわりに代えて—民法改正と自治体法務

周知のとおり、平成29年には民法(債権法)の規定において大幅な改正が行われた。改正法の施行日は平成32年4月(注9)と少し先だが、本改正により自治体の契約実務もさまざまな影響を受ける。また、平成30年における2度の民法改正による、成人年齢の引下げ(20歳→18歳。平成34年4月施行)や、相続における配偶者居住権の創設及び遺言制度の見直し(施行日は未定)も、契約実務に影響があり得る。

具体的な内容をここで述べる余裕がないが、自治体向けの雑誌などで、改正民法と自治体における契約等の実務のあり方が公表されているので、参照してほしい(注10)。

### 【演習の部】

本課目の後半では、グループ単位で合計3題の自治体の契約にかかわる演習問題を検討・議論していただき、発表の後、解説をした。ここでは、そのうち2題(本誌読者向けに内容を一部補正)の【問】と解説を載せておく。

【問3】C市には、公設(市営)のスキー場(Cスキー場)がある。スキー場は公の施設と位置付けられ、リゾート運営会社のD社(株式会社)を指定管理者として指定し、管理をさせていた。平成30年2月、数日間大雪が降り続いていた後、天候が多少回復したため、D社は営業を再開した。ところが、突如、雪崩が起り、ゲレン

デを呑みこみ、被害に遭われた方が出た。過去30年間のCスキー場の営業記録上、ゲレンデまで雪崩が到達した例はない。ただ、気象台は、雪崩が起きた日に、雪崩注意報を出しており、注意喚起をしていた。被害者（遺族）が、市に対して、損害賠償請求をしてきた。C市とD社の指定管理の協定書には、施設で起きた事故に対する賠償責任は損害の原因行為がC市に帰属しない限り、D社が負うとの条項がある。C市がこの協定に基づき被害者からの賠償請求を拒否することは、法的に認められるか。

（解説）

Cスキー場は、公の营造物であり、そこで起きた設置管理の瑕疵をめぐる事故については、設置者が損害賠償の責任を負う（国家賠償法2条1項）。したがって、もし、賠償責任が発生するのであれば、市がD社とどのような約定をしようと、被害者に対しては、市は賠償責任を免れるものではない（指定管理の協定に基づき、市がD社に損害分を求償できる可能性がある）。

また、同法2条の設置管理瑕疵とは、当該营造物が「通常有すべき安全性を欠くこと」を意味し（最高裁判例）、これは、その設置管理の態様において、①損害の予見可能性があつて、しかも、②（損害が生ずるといふ）結果の回避可能性がある場合に、必要な措置を講じなかったことをいう。本事例では、30年間事故がなかったことを市側が主張するのだろうが、気象台が雪崩注意報を出して注意喚起をしているということから予見可能性はあったといわざるを得ない。しかも、営業を休止していれば、被害は起きなかったと考えられるから、結果回避可能性も認められる。結果としてC市は、責任を免れない。

【問4】 E市暴力団排除条例には、「公共工事等の契約相手方が暴力団員又は暴力団密接関係者に該当すると認められた場合には、当該公共工事に係る契約を解除する。」との条文がある。だが、市がX社を受託者とする業務委託契約書には、同様の暴力団排除条項は置かれていない。この場合に、本契約においてX社の代表者が暴力団密接関係者であるということをE市が

契約締結後に知った場合、この条例を根拠として、契約を解除することができるか。（特別法の定めはなく、また、本契約締結時に、Xその他入札者から、その役員等が暴力団員・暴力団密接関係者でないことについての誓約書は徴していないものとする。）

（解説）

条例の条文そのものが直ちに契約解除の根拠となることはできない。この暴力団排除条例中の「解除する」旨の条文は、E市に対して契約書に明記する等して解除権を行使できるようにしなさいと命じる規範にすぎない。

「本」契約書中に、その他E市の条例、規則に従う旨の条項があるならば、当該条例、規則等の内容が、他の法令に違反しなければ、契約の約款として効力を生じ得る。約款としての効力があるときには、契約相手方が暴力団員等と認められた場合には、契約を解除し得るだろう。ただし、約款については平成29年改正民法の定型約款の規定に従うことにも注意が必要である。

（注1）この講義再現録では、契約実務に精通していない読者も考慮して、講義のときに省略した基礎的事項にも、適宜言及している。

（注2）なお、民法522条1項は「契約は、契約の内容を示してその締結を申し入れる意思表示（中略）に対して相手方が承諾をしたときに成立する」と定めている。

（注3）最2小判昭和62年3月20日民集41巻2号189頁。

（注4）最3小判昭和62年5月19日民集41巻4号687頁。

（注5）最1小判昭和59年12月13日民集38巻12号1411頁。

（注6）最2小判平成18年7月14日民集60巻6号2369頁は、水道料金（基本料金）について、別荘所有者と実際の住民との間で3倍以上の差異を設けた料金改定（条例改正）の内容を違法無効とした。

（注7）大まかにいうと、私法の世界で、財産権のうち、人の人に対する権利を債権と、人の物に対する権利のことを物権という。

（注8）民法90条は「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする」と規定しているが、この「公の秩序・善良の風俗」を略して「公序良俗」という。

（注9）平成31年になされる改元の内容が不明のため、現行の元号により表記する。

（注10）筆者も、本研修の後、改正民法に規定された定型約款制度の検討の一環として田中孝男「契約の約款となる条例（上）（下）」を『自治実務セミナー』誌の2018年7月号・8月号に掲載した。