



地方自治法第92条の2に規定する議員の兼業禁止について

～議会の失職決定処分を取り消した
大阪府知事裁決の概要と兼業禁止規定の問題点～

大阪府総務部市町村課 平井 貴志

1. 本稿の主旨

平成18年10月12日、大阪府知事は、池田市長との間で池田市指定のごみ袋等の業務委託単価契約を締結した池田市議会議員A氏（個人で「A酒店」を経営）が、地方自治法（以下「法」という。）第92条の2に規定する兼業禁止（普通地方公共団体の議会の議員が当該普通地方公共団体に対し請負をする者及びその支配人たることができない。）に該当するとした（法第127条第1項の規定に基づく）池田市議会の決定を取り消す旨の裁決を行った。

兼業禁止規定に該当したことを理由として議会が行った議員の失職決定を、知事が取り消した事案について調べたところ、過去20年間に、全国で3件であった。これらはいずれも法人に係るものであり、個人による請負の取消事案は見当たらなかった。

法第92条の2（議員の兼業禁止）や法第142条（長の兼業禁止）の規定については、その要件をめぐって過去から様々な論争がある。

こうしたことから、本事案の紹介とあわせて兼業禁止規定の沿革や意義について、判例・学説等も踏まえて明らかにしたい。

なお、文中において意見にわたる部分は、すべて私見であることを予めお断りしておく。

2. 事案の概要

（1）池田市とA氏との間で締結された業務委託契約

池田市では、平成17年9月、家庭ごみの20%削減を目指し、市民が一般家庭ごみを排出するときは、市が指定するごみ袋等（以下「指定ごみ袋等」という。）を使用しなければならないこと等を定めた条例改正を行い、平成18年4月からごみ処理を有料化する

ることとなった。

[ごみ処理有料化制度の概要]

①指定ごみ袋等の配布・販売方法

市民は、池田市から送付された指定ごみ袋等の引換券を指定販売店に持参し、無料ごみ袋を受け取るほか、必要に応じて有料ごみ袋及び粗大ごみ処理券を指定販売店で購入する。

②指定ごみ袋等の種類

1) 無料ごみ袋

市民に配布・販売される指定ごみ袋は4種類（10・20・30・40リットル）あり、無料ごみ袋は世帯人数によって配布枚数が定められている。なお、無料ごみ袋の配布の組合せは表1のとおり全部で14通りである。

表 1

区分	10 ^{リットル}	20 ^{リットル}	30 ^{リットル}	40 ^{リットル}	計
1人世帯		55枚			55枚
	110枚				110枚
2人世帯			75枚		75枚
		110枚			110枚
3人世帯				80枚	80枚
		60枚		50枚	110枚
		40枚	40枚	30枚	110枚
4人世帯				110枚	110枚
			40枚	80枚	120枚
		30枚	30枚	70枚	130枚
5人世帯				135枚	135枚
			60枚	90枚	150枚
6人世帯以上				160枚	160枚
			80枚	100枚	180枚

例：4人世帯の場合、①「40^{リットル} 110枚」②「30^{リットル} 40枚、40^{リットル} 80枚」③「20^{リットル} 30枚、30^{リットル} 30枚、40^{リットル} 70枚」の3通りを選択することができる。

2) 有料ごみ袋等

有料ごみ袋（種類は無料ごみ袋と同様の4種類）及び粗大ごみ処理券の販売単価は、表2のとおりである。

表 2

区分	単位 (1 枚)	販売単価
燃えるごみ用袋	10 <small>リットル</small>	20 円
	20 <small>リットル</small>	40 円
	30 <small>リットル</small>	60 円
	40 <small>リットル</small>	80 円
燃えないごみ用袋	20 <small>リットル</small>	100 円
	30 <small>リットル</small>	150 円
粗大ごみ処理券	処理券	300 円

池田市は、市民に対し指定ごみ袋等を、小売店等（以下「指定販売店」という。）を通じて配布・販売する制度を実施するため、平成17年11月から、指定ごみ袋等の指定販売店の公募を行った結果、応募した全ての小売店等と「業務委託単価契約」を締結した（契約内容は「池田市指定販売店業務取扱要領」に定められている。）。

[池田市と指定販売店との間の業務委託単価契約の内容]

①委託料

池田市は指定販売店に対し、無料ごみ袋については1枚1円、有料ごみ袋・粗大ごみ処理券については販売額の10%の委託料を支払う。

②納品から精算までの流れ

- 1) 池田市は指定販売店に対し指定ごみ袋等を納品する。
- 2) 指定販売店は、納品を受けた月の翌月15日までに、有料ごみ袋及び粗大ごみ処理券について、販売額相当の金額を池田市に一括で前納する。
- 3) 池田市は一括前納後、当該前納額の10%を委託料として指定販売店に振り込む。
- 4) 指定販売店は、無料ごみ袋について、市民への配布枚数に応じ、後日、池田市から委託料を受け取る。

※ 指定販売店は、販売間違い等により無料ごみ袋の在庫が不足した場合、その不足数について、有料ごみ袋を販売したものとして池田市との間で精算する。したがって、在庫不足の種類・枚数に応じて、有料

ごみ袋の場合の販売額の9割相当額を池田市に支払うことになる。

このような契約をした指定販売店は、平成18年1月時点において、60店であった。A氏は、平成18年2月17日、池田市の担当課に出向き、自身が経営する「A酒店」において指定ごみ袋等の配布・販売を行うため、指定販売店の申込みを行い、「業務委託単価契約」を締結した。

その後、A氏は、池田市から指定ごみ袋等の納品を受け、「A酒店」において市民に対し指定ごみ袋等の配布・販売を行った。A氏は契約解除（同年5月9日）までの間に、池田市から委託料計25,166円を受け取ったが、一方で、在庫不足を生じさせたため（※）に、池田市へ18,360円を支払うこととなった。最終的に、A氏が当該契約で得た収入額は、池田市からの委託料と池田市への支払額の差引額6,806円であった。

（※）無料ごみ袋の種類・組合せは複数あり（表1参照）、市民へ間違って配布したこと等により、在庫不足が生じた。

(2) 池田市議会による資格決定処分

池田市議会では、A氏が指定販売店となっていることを批判する内容の匿名の投書が届いたことから、平成18年5月17日に各派代表者会議にて対応を協議した。そして、同年6月14日、議員3名から、A氏が法第92条の2の規定に該当するかどうかについての資格決定要求書が池田市議会議長に提出された（法第127条第1項では、第92条の2の規定に該当するときは、議員の資格を失い、また、同条の規定に該当するかどうかは、議会が出席議員の3分の2以上の多数によりこれを決定しなければならないと規定されている。）。

同年6月22日、総務常任委員会における採決の結果、A氏が議員の資格を有しないことが決定され、続いて同月28日、本会議において、採決が行われた結果、全員一致（A氏及びA氏の親族のB議員は除斥）でA氏が議員の資格を有しないことが決定された。

これにより、A氏は同日付けで池田市議会議員としての資格を失うこととなった。

（３）知事による裁決

池田市議会による資格決定処分を不服としたA氏は、平成18年7月14日、知事に対して法第118条第5項の規定に基づく審査の申立てを行った（同項では、同条第1項の規定による決定に不服がある者は、決定があった日から21日以内に、都道府県知事に審査を申し立て、その裁決に不服がある者は、裁決があった日から21日以内に裁判所に出訴することができると規定されている。）。

これを受理した知事は、同月18日、申立人から自治紛争処理委員の設置要求（法第255条の5では、裁決にあたって都道府県知事は、申立人から要求があったとき、又は特に必要があると認めるときは同委員を任命し、その審理を経た上で、審査の申立てに対する裁決を行うと規定されている。）があったことから、同年8月28日、自治紛争処理委員3名を任命した。

自治紛争処理委員は、当事者からの口頭意見陳述や提出書類を含め、申立てについて審理を行った結果、知事に対し、池田市議会のなした資格決定処分を取り消すべきであるとの「審理結果報告書」を提出した。知事は同報告書の内容を踏まえ、同年10月12日、同処分を取り消す裁決を行った（法第257条第1項では、審査の申立てを受理した都道府県知事は、その申立てを受理した日から90日以内に裁決をしなければならないと規定されている。）。

これにより、A氏は資格決定処分時（平成18年6月28日）に遡って、議員としての資格を回復することが確定した^{（注）}。

（注）処分庁である池田市議会は、行政不服審査法第43条の規定（法第258条の規定により行政不服審査法の規定を準用するとされている。）により、知事の裁決に拘束されるため、裁決に対する不服申立て及び訴訟提起はできない。

また、失職した議員以外の議員には、知事の裁決を取り消すことを求める訴訟について、原告適格がないとの判例がある（東京高裁判決H15.12.25）。

3. 裁決の内容

（１）裁決のポイント

池田市議会は、A氏がかなりの数量の指定袋等を配布・販売し、池田市から委託料の支払いを受けていたことから、A氏と池田市との間の業務委託単価契約は、営利性・継続性を有しており、法第92条の2に規定する請負（以下「請負」という。）に該当すると主張したが、知事は、本契約の内容についての詳細な分析・検討を踏まえ、本契約には営利性がなく、また画一的な定型性を有し（3.（2）④参照）、このことは立法趣旨にもとめることはないことから、「請負」には該当しないと判断し、池田市議会のなしたA氏に対する資格決定処分を取り消した。

（２）裁決の骨子

①法第92条の2の立法趣旨

法第92条の2に定める兼業禁止制度の趣旨は、普通地方公共団体の議会の議員が当該団体の具体的な請負契約の締結に対する議決等に参加することにより直接間接に事務執行に関与するものである以上は、議会運営の公正を保障するとともに、事務執行の適正を確保するために、当該団体との間において、請負関係に立つことを禁止しようとするものと解される。

②請負の意義

「請負」とは民法第632条所定の請負^{（※）}のみならず、いやしくも営業として、地方公共団体に対して物件、労力などを供給することを目的としてなされる契約をも全て含むと解されており、本来の意味での請負のみならず、広く業務として行われる経済的ないし営利的な取引契約を全て含むと解するのが相当である。

（※）筆者注：民法上の請負

当事者の一方がある仕事を完成し、これに対し他方が報酬を与えるという契約。

「請負」の要件としては、一般的に営利性や継続性、反復性が挙げられているが、判例や学説によっても、「請負」の具体的要件は必ずしも明らか

ではなく、「請負」に該当するかどうかを判断する基準が定まっているとは言えない状況にある。しかしながら、「請負」に該当する場合の効果が、選挙で選ばれた議員の失職という重大なものであることに鑑みると、「請負」には一定の範囲と限界が存在するものと解すべきである。

したがって、「請負」に該当するか否かは、個々の事案について、その契約内容や性質を十分に分析、検討した上で、立法趣旨も踏まえた判断をすることが必要である。

③本契約の趣旨について

本契約の内容は、池田市が指定販売店に対し、無料ごみ袋の配布と有料ごみ袋等の販売を有償で委任するものである。そして指定販売店に支払われる委託料は、池田市の所有する指定袋等を保管し配布・販売することに対する手数料であると考えられる。

なお、有料ごみ袋等にかかる一括前納金24万円は、有料ごみ袋等を市民に販売することにより回収することとなるが、これは有料ごみ袋等の取扱いを適正ならしめるための保証金的性格を有するものであると解される。

本契約の委託料は、単に近隣市等の事例を参考に設定されたものであって、指定袋等の配布・販売・在庫管理等に要する費用や指定販売店が得る利益の積算によるものではない。

また、委託料と費用の関係は、無料ごみ袋については、1世帯から得られる平均委託料がごくわずか（約109円）である一方、その種類や納品された量が多く、市民への配布作業、保管場所の確保や記帳などの在庫管理の手間を要することから、無料ごみ袋の配布によって利益を得ることは難しいと思われ、仮に利益を得られたとしてもごくわずかなものにとどまると認められる。さらに、市民への配布作業の複雑さを考えると、仮に在庫不足が生じた場合、指定販売店是有料の場合の販売額の9割相当額を池田市に支払う必要が生じることから、無料ごみ袋の配布によって得られる委託料収入はさらに少なくなる可能性がある。

有料ごみ袋についても、有料ごみ袋の販売にかかる委託料は販売額の10%とされているが、販売

単価が少額であるうえに、無料ごみ袋と同様、販売や在庫管理の手間を要することから、販売額の10%は販売に要する費用に相当するかどうかという程度の水準でしかないと考えられる。

また、平成18年度当初予算から計算すると、1店あたりの平均年間委託料は111,946円であり、この金額は営業上の取引としてはかなり少額であると言える。

本契約は、指定販売店にとっては営業として利益を期待できる取引とはいえず、むしろ、全体として見れば、池田市のごみ処理の有料化制度の円滑な導入を図るために指定販売店が協力するという性質のものであると考えられる。

このように本契約は、営業として行われる契約であるとはいえないものと考えられる。

④本契約の定型性

本契約は、その内容があらかじめ池田市指定販売店業務取扱要領によって定められており、多数の契約の相手方が、全て同一条件で池田市と契約を締結している。

また、指定販売店は公募され、どの小売店でも応募することができ、結果として応募した全ての小売店が池田市と契約を締結し、指定販売店となった。

本契約が上記のとおり画一的な定型性を有することに鑑みれば、これが法第92条の2の立法趣旨にもとるところはないと認められる。

⑤結論

以上から、本契約は営利性があるとは言えず、全体として法第92条の2の規定の立法趣旨に反するおそれ、即ち議会運営の公正や事務執行の適正を損なうおそれはなかったと評価することが相当であり、「請負」には該当しない。

(参考)

※審査庁は処分庁の決定を尊重すべきとの主張について

処分庁である池田市議会は、議会の判断は尊重されるべきであり、事実評価に著しく不合理な点があるなどの特段の事情が認められない限り、審査庁は議会の決定を覆すことはできない旨を主張したが、法第92条の2及び第127条の規定は主張のような趣旨

とは解されず、法第258条の規定により審査の申立てについて準用されている行政不服審査法においても、審査庁は処分庁のなした処分の適法性のみならず、当否についても判断することが認められており、さらには主張されていない違法又は不当の事由の存否についても証拠を収集し裁決の基礎とすることができると解されることから、処分庁の決定を尊重すべきとの主張は失当である。

4. 議員の兼業禁止の意義及び課題

(1) 議員の兼業禁止規定の沿革

議員の兼業禁止規定は、明治時代から存在しており、途中、一度廃止された後、昭和31年に復活したという経緯がある。本制度の制定・廃止・復活の経緯等を知っておくことは、本規定の立法趣旨を理解する上で重要であると思われることから、まず、沿革について簡単に整理しておくこととする（以下、[参考文献] ①（1）参照）。

議員の兼業禁止規定は、明治32年「府県制・郡制」に設けられたのが最初であるが、これは議員の地位は名誉職であるため、自己の営利活動に利用することは許せないという倫理的要求に応えるものであった。続いて明治44年「市制・町村制」に同旨の規定が設けられ、その後、数度の改正（兼業禁止の対象者の追加等）がなされた後、昭和21年に廃止された。これは、地方議会の議員が請負関係に立つことは、特に弊害を伴うこととは考えられないばかりか、社会経済の進歩を考えれば、むしろ広く人材を求めることが望ましいとの理由であるとされている。

議員の兼業禁止規定が復活したのは昭和31年であり、その理由は、理論的には、議員は請負契約の締結にあたり団体意思の決定のための一員として議事に参加するのみならず、議員が当該団体に対して及ぼす力は少なくないと考えられるからであり、実際上は、弊害が各地で現れ、条例で請負契約の締結を禁止する等の措置（法に抵触し無効）を講じる団体が少なくなかったからとされている。

その後、文言等の修正にかかる若干の改正を経て現在に至っている。

(2) 法第92条の2の意義・解釈

①「請負」の意義・要件

本条は、普通地方公共団体の議会の議員が当該団体の具体的な請負契約の締結に対する議決等に参加することにより、直接間接に事務執行に関与する者である以上は、議会運営の公正を保障するとともに、事務執行の適正を確保するために、当該普通地方公共団体との間において、請負関係に立つことを禁止しようとするものであり、議会の議員の身分保持の要件を定めたものである（[参考文献] ⑫）（なお、普通地方公共団体の長、副知事又は助役、出納長又は収入役、教育委員会の委員、選挙管理委員会の委員、人事委員会又は公平委員会の委員並びに監査委員についても同旨の規定が設けられている。）。

「請負」の意義については、民法所定の請負のみならず、いやしくも営業として、普通地方公共団体に対して、物件、労力などを供給することを目的としてなされる契約をも全て含むものと解されている。すなわち、本来の意味での請負のみならず、広く業務として行われる経済的ないし営利的な取引業務をすべて含むものと解することが最も妥当とされる（最高裁 S32.12.3）。

なお、「請負」の要件としては、一般に営利性、継続性、反復性が挙げられることが多いが、必ずしも明確にはなっていないと考える（これについては、(3)で詳しく述べたい）。

「請負」に該当するものとしては、例えば、学校給食運搬業務委託契約は、学校給食を運送するという労務を供給して、その対価を受けるものであり、これは一時的取引ではないので「請負」に該当する。また、医薬品の納入の契約は、民法上の請負契約ではなく私法上の売買契約と解されるが、取引は一回限りのものではなく、継続的な取引関係であり、営利性を有しているため、「請負」に該当するとされている。

一方、継続性や反復性がない単なる一時的取引や、通常取引とは考えられない「補助金」は、「請負」には該当しないと解される。

<参考> 地方自治法に規定する兼業禁止の主な判例・行政事例

◆「請負」に該当する事例

A・・・昭和22年3月以前
B・・・昭和22年4月～昭和31年5月
C・・・昭和31年6月～

区分	事案（概要）	法人個人の区分	営利性	継続性	反復性	その他	判決の主旨・行政事例の詳細等
A	☆ 物品又は電力の供給契約 (大判・大正9.11.26) (行判・大正2.9.27) (大判・大正9.1.26)	—	○	○			・陸軍軍需に対し継続して陸軍需要の米麦等を供給した者。 ・町村の注文を受けて特種の物品を完成納品し、これに対する報酬を受ける者。 ・郵便電信局に対し電燈点火の契約を締結している電燈株式会社。 ⇒営業として政府又は地方公共団体のためにその需要を供給することを目的とし、有償の契約をする者はその契約の性質が請負、売買、その他の契約、商行為たるを問わず、すべて請負と解する。
	☆ 印刷物納入契約 (行判・大正7.7.5) (行判・昭和2.9.27)	—	○	●			・市に対し一定の印刷物を一定の代金をもって完成納入することを約したる者。 ・町から印刷物の注文を受け、自己の材料をもって完成納入し、これに対する報酬を受けた事実があり、右印刷物には、その町の町名、町長氏名、収入役氏名及び年月日を印刷している場合、当該契約をした者。 ⇒かかる行為が請負に該当するか否かを判断するにあたっては、その報酬の多寡の点、それが継続的であるか一時的であるかの点、また、これを業とするか否かの点等は何等問うところではない。
	☆ 金庫事務を取り扱う銀行と地方団体との金庫契約 (行判・明治36.5.25) 等	法人	○	○			・府県知事がある銀行をして金庫事務を取扱わしめることは命令権の作用ではなく、私法的契約に基づくもの。
	☆ 市と消防組との汚物運搬契約 (行判・大正3.4.7)	個人	○	○			・市が汚物運搬を消防組をして取扱わせしめるにあたり、出願に対する許可の方式を用い、かつ、報酬の額が市の一方的意思によって定まるとしても、その関係は公法上のものではなく、その本質は私法上の契約であり、また消防組という名義をもって当該事務を引き受けたとしても、それは組合員の全部が個人たる資格で共同してこれを引き受けたのであって、消防組の組織とは何等関係がない。
	☆ 市の委託により市設食品市場の業務執行を引き受ける契約 (行判・大正14.7.18)	法人	○	○			・当該中央食品市場株式会社が市の委託により市の開設たる食品市場の業務の執行を受け、その報酬として市が委託者から徴収する手数料を取得することの契約について、たとえ市場設備の使用料その他の費用弁償の名義の下に毎年一定の金額を市に納付する事実（公法的色彩）があるとしても、この市と会社との関係は純然たる私経済的性質の事務で、一私人の営業と区別すべき理由がないから請負というべき。
B	☆ モーターボート競走会が地方公共団体の委任を受けて施行する場合の委任 (最高裁：昭和32.12.3)	法人	○	○			・自治法上の請負には民法上の請負のみならず、事務の処理に対して報酬が支払われる場合（民法の準委任）をも包含するものであり、施行者たる地方公共団体が競争会に対し業務の一部を委任することは民法の準委任に該当。 ・実施委任者（長）と競走会代表者が同一であることは、あらゆる不正又は弊害の根源になりうるため、法の兼業禁止の趣旨に合致。 ・競走会に対し交付される交付金の性格は、単に実費弁償的なものではなく、営利性を有することから請負に該当。 ・地方公共団体と競争会の実施委任関係契約は、事務の委任等といった一方的な委任ではなく、双方の完全なる合意によって成立している契約である。
C	☆ 農協が市に対して行う資金貸付け及び市からの貯金・定期預金の受入れ (東京高裁：昭和60.12.24)	法人	○	○			・市農協の信用事業（資金の貸付け、貯金又は定期預金の受入）の業務実績のうちA市の貯金残高、貸付残高の総額及びそのうちA市に対する貸付残高は別表（不明）のとおりであること・・・しかるところ、自治法92条の2にいう請負とは民法632条所定の請負ばかりではなく、広く業務として行われる経済的ないし、営利的な取引契約であって、一定期間の継続性を有するものも含むと解される。すなわち、市農協のA市に対する資金の貸付け及びA市からの貯金又は定期預金の受入れは請負に該当。 ・また、兼業禁止法人とは、当該普通地方公共団体に対する請負が当該法人の全業務の主要部分を指すと解し、同法人に該当するかどうかは、近接する当該法人の既往の業務実績により、請負金額と当該法人の全業務量を金額に換算したものの比率によって個々具体的に判断されるべき。
	☆ 営業として地方公共団体に対し、物品、労力などを供給することを目的とする契約で、継続的・反復的にされるものをも含むと解すべき。 (福岡高裁：昭和62.2.26)	法人	—	—	—		
	★ 物品売買又は物品修理等の契約については、その契約が一定の期間にわたり一定の物品を納付し又は修理することを内容とし、又はその契約の履行に当たり事実上必要とされる時期に分割して供給することとする等継続的な供給契約と解される場合は請負に該当。 (行実：昭和31.9.28)	—	○	○			・物品売買又は物品修理等の契約でも、その契約が一定の期間にわたり一定の物品を納品し、又は修理することを内容とし、又はその契約の履行に当たり事実上必要とされる時期に分割して供給する場合は、いずれも継続性・反復性を有するものであって請負に該当する。
	★ 森林を所有する市町村が森林組合に組合員として加入している場合において当該市町村を代表して議会議員が組合の理事又は監事となるときその組合が市町村に対し請負（例えば森林組合の場合には植樹、伐採等の事業）をする場合は請負に該当。 (行実：昭和32.5.20)	法人	○	○			
	★ 市が埋立事業を株式会社に委託するが、市は株式会社には委託料の支払いをせず、資本参加するとともに市が取得した埋立地の一部を無償譲渡する予定である場合、市長が当該株式会社の取締役・就任することは兼業に該当 (行実：昭和47.1.5)	法人	○	○			

☆・・・判例 ★・・・行政事例 ○・・・該当 ●・・・非該当 —・・・不明

◆「請負」に該当しない事例

区分		事例（概要）	法人 個人 の 区分	営 利 性	継 続 性	反 復 性	そ の 他	判決等の主旨・詳細等
A	☆	私設の汽船会社が政府から補助金を受け、主務官庁の命令する航路において旅客貨物・郵便物の運送をすべきことを約してかかる運送行為にあたる場合 （大判・大正 10, 1, 19）	法人	●	○		公法上の契約関係	・政府と船会社との法律関係は、たとえ双方の意思の合致に基くにせよ、政府の需要に対し供給を行うという私法関係ではなく、当事者が対等の地位に立たない公法上の契約関係に属し、これによって会社は政府に対しその命令するところに従い航海運送をなすべき義務を負担し、かつ政府の特別の監督を受けるものであって、会社がその事業を遂行するのは、公法上の義務に服し公益を全うするに外ならない。
	☆	郵便切手売捌人（収入印紙売捌人）は請負をなす者 （大判・大正 10, 2, 25）	個人	●	○		法定の価格報酬でない	・郵便切手売捌人に関しては、単に政府より郵便切手類を法定の割引価格により買受け、これを定価をもって公衆に売捌くものに過ぎず、その売捌は政府の委託を受けるものではなく、従って、割引価格により郵便切手を買受けるものは、政府から報酬を受ける趣旨のものではないから、請負をなす者には該当しない。
	☆	鉄道船舶郵便法に基き郵便官署の命令により、船舶運送業者が郵便物を運送する場合 （大判・大正 10, 6, 22）	—	●	○		契約でなく命令による行為	・当該郵便物運送行為は、政府との契約によるものではなくして行政行為たる郵便官署の命令によるものであり、かつ、当該船舶運送者に対して郵便官署が支払う運送料は、契約上負担する給付義務の報酬とは認めがたい。
C	☆	知事の許可を受けて砂利採取事業を行う株式会社 （名古屋高裁：昭和 34, 9, 19） （最高裁：昭和 35, 9, 2）	法人	●	○		特許に基づく公物使用料	（名古屋高裁） ・河川からの砂利採取行為は、特許使用の一態様であって、公権と考えられる。従って、許可を受ける者が前納する採取料は特許料であって一種の公物使用料と解すべきであり、売買代金と考えることはできない。河床の砂利堆積を防ぐ処理は河川管理上必要でないから、県知事がB会社に掘削という事業を委託したのもは思われず、またB会社の代表者が砂利採取の許可権者となっても、自己の会社の利益を図り他の業者に不利益を被らず処置をとる恐れ少ないから、B会社の砂利採取行為が請負又は請負的性格を帯びる行為と断定することはできない。 （最高裁） ・地方自治体の土地建物占有し地方自治体のため事業を営むことを意味する旨を主張するものであるが、所論は上告代理人等の独自の見解であり、原判決が許可を受けて砂利採取事業を行う新外昭和工業株式会社を地方自治法第 142 条にいう「請負」をする法人に該当しない。
	☆	森林組合の組合長であるXが村長に当選し、当選後も森林組合の組合長を辞さない場合、当選は無効か。（当該森林組合が主として同一の行為をする法人に該当するか否か。） （福岡高裁：昭和 62, 2, 26） （最高裁：昭和 62, 10, 20）	法人	○	○		「主として同一の行為」に至らない	（福岡高裁） ・当該法人にとって当該地方公共団体に対する請負が単に重要な取引であるということではなく、主要な取引である場合、その請負額が少なくとも当該法人の全事業収入額の過半数を占める場合と解する。本件組合の場合、平均約 25%に過ぎず、村との関係において兼業禁止法人に該当しない。 （最高裁） ・主として同一の行為をする法人とは、地方公共団体に対する請負が当該法人の業務の主要部分を占め、当該請負の重要度が長の職務執行の公正・適正を損なう恐れが「類型的に高い」と認められる程度に至っている法人を指す。請負量が半分を超える場合はこれに該当するが、請負量が半分を超える場合であっても、当該請負が当該法人の主要部分を占め、その重要度が長の職務執行の公正・適正を損なう恐れが「類型的に高い」と認められる程度に至っている事情があるときは、主として同一の行為をする法人に該当する。本件の場合、これに該当する程度まで至っていない。
	☆	町から介護事業等を請負っている社会福祉協議会の会長理事、理事が当該町の町長選挙、町議員選挙に当選した場合において、同社会福祉協議会が主として同一の行為をする法人に該当するか否か。 （東京高裁：平成 15, 12, 25）	法人	●	○		サービスの利用料は国の基準による	・本件協議会の理事は、町長、議員の地位にあるものが慣例的に就任していたものであり、本件協議会との間において町長や議員の職を離れた私的な特別な関係があったとを認める証拠はない。また、本件協議会が実施するデイサービスの利用料の額は厚生労働大臣に定める基準によることとなり、本件協議会が営利目的で自由に定め得るものではないことが認められるから、町から支払うを受ける委託料もそれに応じたものになっている。したがって、本件協議会の請負比率は比較的高い（約 47%）が、これらの事情を考慮すると、未だ、当該請負の重要度が長の職務執行の公正・適正を損なう恐れが「類型的に高い」と認められる程度に至っているとはいえない。 ※事業収入は委託料を支払うものであることから請負であるが、補助金は補助自体が営利的・経済的な取引として行われるものでないため、請負に該当しない。
B	★	本条にいう「請負」は、民法上第 632 条の請負のみならず、普通地方公共団体、その長又はその長の委任を受けた者から一定の報酬を得てその需要を供給することを業とする場合をも含むものであるが、大火に際し災害救助のための救助物資を購入契約するような単なる一取引と解されるものは右のいわゆる「請負」には該当しないと史料。 （行実：昭和 27, 6, 21）	—	○	●			・単なる一取引と解されるような救助物資購入契約については、継続性あるいは反復性を有するとは認められず、兼業禁止規定の趣旨に反するおそれがない。 ※従来、全く取引のない業者との売買契約は継続性・反復性はない。
C	★	卸売人が中央市場において卸売の業務をするというだけの理由で中央卸売市場を開設する地方公共団体に対し請負をするということではできない。 （行実：昭和 36, 12, 19）	法人	—	—		公の施設の使用	・中央卸売市場とは、地方公共団体が、農林水産大臣の指定する都市及びその隣接地に開設する市場であり、卸売人とは農林水産大臣の許可を受けた者が行うこととなっている。このような中央卸売市場の卸売人たる法人の代表取締役、監査役に、開設者たる地方公共団体の議員が就職した場合、市場開設者と卸売人との関係は、市が当然行うべき業務を卸売人が請負っているものではなく、むしろ、地方公共団体が設置した造営物の使用関係とみるべきものであると考えられ、一般に中央市場において卸売の業務をすることは、開設者たる地方公共団体と請負関係にあるということではできない。
	★	町有林の立木処分の際、競争入札にあたり町会議員が落札者となること （行実：昭和 31, 10, 22）	—	○	●			・町有林の立木の処分は、通常の場合、数十年に一回行われるものであり、一定の時間的継続性あるいは反復性を有するとは認められない。
	★	保育所が児童福祉法第 24 条の規定に基づく措置により、市町村長から委託を受けて児童等の保育を行っている場合、この保育所の経営責任者が当該市町村の議会の議員である場合 （行実・昭和 39, 12, 7）	—	●	○		契約の自由がない	・保育所は、児童福祉法第 24 条の規定に基づく措置により、市町村長から児童等の保育の委託を受けたときは、正当な理由がない限りこれを拒み得ないものであり、保育所の行う保護の基準、措置に要する費用についても法律により規制されている。従って、保育の委託については、契約の成立及び契約の内容が一方的に定められ、当事者の意思によってそれが左右される余地はほとんどないと思われるので、議員が保育所の経営責任者を兼ねることは法第 92 条の 2 に該当しない。 ・法第 92 条の 2 の「請負」とは民法所定の請負のみならず、それと実質を同じくする継続的・反復的に行われる私法上及び公法上の一切の取引関係をいうものであるとするのが、学説・判例の認めるところ。同時にその反面、継続的・反復的な取引契約であっても、この立法趣旨に反するおそれがないのは、「請負」に該当しないと解される。この場合、何をもってこの立法趣旨に反するおそれがないといえるのかという問題があるが、これについては、当該関係の発生にあたって、一般の私契約の本質的要素が欠けているもの、すなわち、契約締結の自由あるいはその内容を決定する自由が認められていない場合、又は営利性が全く存在しない場合等には、同条の趣旨からみて、同条の請負には該当しないと解すべき。 [設問の場合] ・委託契約は、地方公共団体が一方的に締結でき、相手方は受託義務があるのであって、当事者に契約締結の自由があるとは認められない。 ・委託契約の内容も法令で規制されていて、当事者に契約内容決定の自由はない。 ・実体的に、この委託に経済利益はほとんどない。 等の事情からみて、当該委託契約に議員が関与することによって、その公正さが害される余地はほとんどないと考えられ、したがって同条の請負には該当しないものと解される。
		長や議員本人又は親族が経営する会社は指定管理者として指定することは「請負」に該当しない。 「※指定管理者のすべて」（第一法規出版） 監修：成田頼明 著者：総務省自治行政局	—	●	○		一般的な取引関係にない	・指定管理者による公の施設の管理は、議会の議決を経た上で地方公共団体に代わって行うものであり、地方公共団体と指定管理者が一般的な取引関係に立つものではないため「請負」には該当しない。したがって、地方自治法上の兼業禁止規定は適用されない。

☆・・・判例

★・・・行政実例

○・・・該当

●・・・非該当

—・・・不明

②兼業が禁止される二つの態様

法第92条の2の規定は、議員個人が普通地方公共団体との間で請負関係にある場合と、議員が主として同一の行為をする法人の役員等として当該法人と普通地方公共団体との間で請負関係にあるという二つの態様を禁止している。

このうち、請負人が個人の場合には、重要度にかかわらず同条の兼業禁止に該当すると解されている。一方、「主として同一の行為をする法人」とは、普通地方公共団体等に対する請負が、当該法人の業務の主要部分を占め、当該請負の重要度が長の職務の公正、適正を損なうおそれが典型的に高いと認められる程度に至っている場合の法人を指すものと解すべきであり、請負量が全体の業務量の半分を超える場合は、これに該当し、半分以上を超えない場合であっても、業務の主要部分を占め、その重要度が長の職務執行の公正、適正を損なうおそれが典型的に高いと認められる程度にまで至っているような事情があるときは、「主として同一の行為をする法人」に該当するとされている（最高裁判決 S62.10.20）。

（3）「請負」の要件が不明確であることについて

「請負」に該当した場合、当該議員は失職するという重大な結果に至ることから、「請負」の要件、すなわち、ある契約が「請負」に該当するか否かを判断する基準が明確であることが望まれる。

しかしながら、これについて、芦部信喜氏は、「請負」か否かを判定する最も基本的な基準は、法第142条の目的・精神であり、この目的・精神を根幹とし、具体的事案について実態的に検討すべきと述べており（〔参考文献〕③）、また、久世公堯氏も、「請負」の要件としては一般に営利性、継続性、反復性などが挙げられるが、「請負」に該当するか否かを判断する適当な方法は存在せず、具体的な事案ごとにその立法趣旨に照らして判断することが必要かつ重要である。というのも、請負禁止の範囲と限界については、議員の職務の公正な執行を妨げるおそれがあるものは「請負」に該当し、そのおそれがないものはこれに該当しないということに尽きるからであると

述べている（〔参考文献〕①（4））。同様に、久世氏は、たとえ民法上の請負であっても、本制度における「請負」に該当しない場合がある等、本制度における「請負」の範囲やその限界については必ずしも一致した線は見当たらず、また、判例でも、ある場合には営利性の有無をもってこれを律しようとし、また、ある場合においては営利性と関係なく判断しており、最大公約数的な一致点はなかなか見出しがたいとも指摘している（〔参考文献〕⑥）。

これらはいずれもかなり古いものではあるが、その後の判例等を踏まえても、今なお妥当するものと考えてよいだろう。

さて、「請負」の要件が明確でなければ、どのような問題が生じるだろうか。例えば、鹿児島重治氏が、兼業禁止規定の設定の意図は、「職務の執行の公正」の保障にあるが、この概念は抽象的であり、これを基準として「請負」の範囲を定めていくことは、「請負」の解釈を融通自在に追い込むおそれがあり、兼業禁止規定違反の効果が重大であることからしても、いたずらな拡大解釈が、法の意図を蹂躪することとも考えられなくはないと指摘している（〔参考文献〕②）ように、「請負」に該当するか否かの判断が、選挙で選ばれた議員の身分に直結するだけに、この規定が広く解釈されることには十分に慎重であるべきだろう。

社会・経済状況の変化が速い現代においては、契約態様も次第に変化・多様化していくと思われ、そうした中で、あらかじめ「請負」の要件を完全かつ明確に定めておくことが容易ではないことも、また事実である。

したがって、「請負」に該当するか否かの判断にあたっては、本裁判がなしたように、営利性や継続性といった基本的な要件を踏まえつつ、契約内容やその趣旨について十分に分析・検証し、それを立法趣旨に照らした上で結論を得るという方法によるべきだろう。その際には、事柄の重大性を踏まえ、法第92条の2の規定を厳格に解釈し、慎重な判断を心掛けるべきと考える。

(4) 態様による「請負」の要件の差異

4.(2)②で述べたとおり、法第92条の2には、個人請負と、法人請負という二種類の態様が規定されているが、前者が「請負」の重要度にかかわらず禁止される一方で、後者は当該法人における「請負」の重要度が考慮されていることから、この両者の均衡が図られていないのではないかという疑問が生じるところである。

このように、個人と法人が区別されていることの趣旨について、最高裁判決(S62.10.20)は、「請負人が法人の場合には、一般に長たる個人の請負関係への関与が間接的になるので、当該法人にとって当該普通地方公共団体等に対する請負の重要度が右の程度に至って初めて、長の職務執行の公正・適正を損なうおそれが典型的に高いと認められることになるからにはかならない。」としている(本判決は、法第142条(長の兼業禁止)にかかるものであるが、同条の規定は法第92条の2と同旨であり、本判決の考え方は法第92条の2にもあてはまるものと考えられる。)

この問題に関する論文等は数少ないが、その中で、藤原淳一郎氏は、最高裁判決(S62.10.20)における「請負関係への関与が間接的」であるかどうかは、法人・個人を峻別する決め手にはならないとし、その理由として、請負の相手方がたとえ長個人名ではなく法人名であっても、経済実質的には(個人経営の場合のように)同一の事案も起こり得るし、それ以外の事案においても、本条は必ずしも請負の利益が誰に帰着するかを問うものではなく、当該法人の役員等に長が名を連ねていることによって、不公正な請負が締結されるのを防止するのが趣旨と思われるから^(※)だと主張している。そして、法が個人の場合と法人の場合に分けて、後者の要件を緩和したことの立法の妥当性そのものにも、多大の疑問を感じざるを得ず、少なくとも、弊害を少なくするような解釈が望まれるのではなかろうかとしている([参考文献]⑨)。

(※) 藤原氏は、「そもそも当該地方公共団体との請負関係で疑惑を持たれかねない法人の役員を続けたまま、長の職に就くこと自体が、職務執行の公正・適

正を損なう危険性を内蔵しており、住民からの信頼を保つ上で、マイナスの要因となり、地方政界・行政の汚職・腐敗の遠因になりかねない。」と主張している。

議員の兼業禁止規定の創設(明治32年)時代から、個人の場合と法人の場合とが区別されているが、この趣旨については、学説や判例等からも判然とはしない。

昭和62年の最高裁判決は、個人の場合、重要度にかかわらず、法第92条の2に該当するとしたこと理由について言及していないが、同判決から推察すると、個人の場合では、請負関係の関与が直接的であるがために、請負量に関係なく、請負関係に立つという行為それ自体が、職務執行の公正・適正を損なうおそれがあると考えられているといえる。

しかしながら、一方で、株式会社の設立が極めて容易となった現在において、個人事業者と法人事業者の境界は非常にあいまいになっている状況も生じており、もはや両者を区別する意味がどの程度あるのか疑問なしとはしない。

このため、個人の場合も法人の場合も、一律に請負関係に立つことを禁止するということも考えられるが、例えば、議員が法人の役員をしている場合、当該法人は当該地方公共団体の区域において経済活動をしている場合もあり、請負関係を一律に禁止することによって、当該法人の経済活動を著しく制限することになりかねないことがある。さらに個人による請負であっても、ごくわずかな請負額もしくは割合であり、かつ、その重要度が議会運営や職務執行に影響を及ぼさないならば、当該請負が立法趣旨に反するとまでは言えない場合も十分ありうることから、個人についても、一律に請負に該当するものと解釈するのではなく、請負額もしくは割合、その重要度を判断の有力な基準、すなわち法人と同様の規定とすることにより、両者の均衡を図ることは十分に考えられるだろう。

現行制度の改正が、要件の不明確化につながるものがあってはならないが、法人の場合の「請負」の要件を示した最高裁判決(S62.10.20)の趣旨は、上

記法改正がなされれば、個人事業の場合にも十分あてはめうと思われる。法制定時とは、社会情勢が大きく変化した中であって、本規定については何らかの見直しが必要ではないかと考える次第である。

5. おわりに

知事はA議員と池田市との間の契約は「請負」には該当しないとして、市議会の処分を取り消したが、法の趣旨を踏まえるならば、そもそも地方議会の議員は「請負」に該当するのではないかとの疑念を住民に生じさせるような行為をすべきではない。当該団体と議員が契約を締結する場合、双方とも法の趣旨に照らし、十二分に慎重でなければならないことは言うまでもなく（これについては、本裁判の付言にも記されている。）、議員は本規定について十分な知識を身につけておくことが求められる。また、普通地方公共団体においても、発注者として法第92条の2に該当するような契約を議員と締結することのないよう職員に周知徹底をする必要があろう。

参考文献

- ①久世公堯「地方自治法における請負禁止について（1）～（5）」（『地方自治』107号、1956 他）
- ②鹿児島重治「兼業禁止に関する最高裁判決について」（『地方自治』122号、1958）、
- ③芦部信喜「行政判例研究152」（『自治研究』34巻7号、1958）
- ④川上勝己「地方自治法142条の法意」（『ジュリスト』200号、1960）
- ⑤池田政章「行政判例研究214」（『自治研究』37巻7号、1961）
- ⑥久世公堯、浜田一成『新地方自治講座 2 議会』P197～P208（第一法規出版、1973）
- ⑦河野正一「議員の兼業禁止の一考察」（『地方自治』369号、1978）
- ⑧木ノ下一郎「熊本県五木村村長選挙訴訟最高裁判決」（『地方財務』404号、1988）
- ⑨藤原淳一郎「最新判例批評」（『判例時報』1282

号、1988）

- ⑩田中義孝「島根地域での地方分権論議（2）」（『判例タイムス』931号、1997）
- ⑪岩間昭道「最新判例批評」（『判例時報』1879号、2005）
- ⑫松本英昭『逐条地方自治法（第3次改訂版）』（学陽書房、2005）

参考判例

- ・福岡高裁判決（S32.1.29）
- ・最高裁判決（S32.12.3）
- ・名古屋高裁判決（S34.9.19）
- ・最高裁判決（S35.9.2）
- ・札幌高裁判決（S58.3.1）
- ・東京高裁判決（S60.12.24）
- ・福岡高裁判決（S62.2.26）
- ・最高裁判決（S62.10.20）
- ・東京高裁判決（H15.12.25）