

水戸地方裁判所 民事第2部 御中

ハッ場ダム費用支出差止等請求
住民訴訟に関する意見書

2009年1月7日
北海道大学法学研究科教授
人見 剛



1 一日校長事件最高裁判決の射程

(1) 旧4号請求訴訟

住民訴訟における財務会計行為の違法性に関する種々の問題のうち最も焦点となっている論点である、いわゆる「先行行為の違法性の承継」問題について、今日スタンダードを形成しているようにみられるのが、一日校長事件＝最判平成4年12月15日（民集46巻9号2753頁）である。

そこでは、まず一般論として、次のように判示されている。

地方自治「法二四二条の二第一項四号の規定に基づく代位請求に係る当該職員に対する損害賠償請求訴訟は、このような住民訴訟の一類型として、財務会計上の行為を行う権限を有する当該職員に対し、職務上の義務に違反する財務会計上の行為による当該職員の個人としての損害賠償義務の履行を求めるものにほかならない。したがって、当該職員の財務会計上の行為をとらえて右の規定に基づく損害賠償責任を問うことができるのは、たゞこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られると解するのが相当である。」

したがって、住民訴訟における財務会計行為の違法性が「当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる」とする周知の判示は、住民訴訟の諸類型中、旧4号請求訴訟とりわけその中の損害賠償請求訴訟に関するものであり、住民訴訟の諸類型全てに関するものではない。

この判決を判例として引用する次のような諸判例も、次のように判示しており、このことを裏付けている。

徳島県議員野球大会事件＝最判平成15年1月17日民集57巻1号1頁は、「法242条の2第1項4号に基づき当該職員に損害賠償責任を問うことができるのは、先行する原因行為に違法事由がある場合であっても、上記原因行為を前提にしてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる（最高裁昭和61年（行ツ）第133号平成4年12月15日第三小法廷判決・民集46巻9号2753頁参照）」と判示している。また、大分県議員野球大会職員派遣事件＝最判平成17年3月10日判時1894号3頁では、「財務会計上の行為を行った職員に対して法242条の2第1項4号に基づいて損害賠償責任を問うことができるのは、先行する原因行為に違法事由がある場合であっても、上記原因行為を前提にしてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる（最高裁昭和61年（行ツ）第133号平成4年12月15日第三小法廷判決・民集46巻9号2753頁参照）」と判示している。

学説においても、藤田宙靖『行政組織法』（有斐閣、2005年）259頁、注（8）は、次のように述べている。一日校長事件最高裁「判決の射程距離に関しては、なお、次のような限界があることに留意しておくべきであろう。」上記の「判示は、専ら『旧四号請求訴訟』において、職員の地方公共団体に対する損害賠償責任を、住民が当該地方公共団体に代位して請求する場合に関するものであって、必ずしも、例えば公金の支出の差止め（一号請求）等に直ちに妥当するものではない。」

同様に、一日校長事件最高裁判決は、住民訴訟一般に妥当する要件に加えて旧4号請求に特有な要件を追加していることを指摘するものとして、南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法〔第3版〕』（弘文堂、2006年）154頁〔山本隆司〕があり、伴義聖・大塚康男『実務住民訴訟』（ぎょうせい、1997年）122頁も、やや控えめながら、一日校長事件最高裁判決は、「四号の代位請求、特に当該職員に対する損害賠償請求に関するものであり、一号の差止請求の場合は、以上のことは、基本的な視点として極めて重要ですが、やや異なった観点からの考察も必要と思われます」と論じている。

（2）権限行使の独立性が認められた機関の先行行為の違法性

次に、一日校長事件最高裁判決の、しばしば援用される、財務会計行為の違法性を招来し得る先行行為の瑕疵とは、「著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」であるとする判示も、先行行為の行為者と後行の財務会計行為の行為者が異なり、かつ後者が先行行為の内容を尊重する義務があるような場合についてのものである。当該判決が、次のように述べているからである。

「教育委員会と地方公共団体の長との権限の配分関係にかんがみると、教育委員会がした学校その他の教育機関の職員の任免その他の人事に関する処分（地方教育行政の組織及び運営に関する法律二三条三号）については、地方公共団体の長は、右処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り、右処分を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されないものと解するのが相当である。ただし、地方公共団体の長は、関係規定に基づき予算執行の適正を確保すべき責任を地方公共団体に対して負担するものであるが、反面、同法に基づく独立した機関としての教育委員会の有する固有の権限内容にまで介入し得るものではなく、このことから、地方公共団体の長の有する予算の執行機関としての職務権限には、おのずから制約が存するものというべきであるからである。」

このような判示は、教育委員会と長との関係のみならず、「普通地方公共団体の長から独立した権限を有する他の行政委員会、例えば、選挙管理委員会、人事委員会等の措置の違法とこれを前提とする長の財務会計上の行為の違法との関係についても、基本的に当てはまるものと解される」（福岡右武「最高裁判所判例解説」法曹時報46巻12号295頁）。そして、議会の行為と長の行為との関係でも同様の理が妥当することを示したのが、先に引用した議員野球大会をめぐる二つの最高裁判決であった。

すなわち、平成15年最判では、「予算執行権を有する普通地方公共団体の長は、議会を指揮監督し、議会の自律的行為を是正する権限を有していないから、議会がした議員の派遣に関する決定については、これが著しく合理性を欠きそのため予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵がある場合でない限り、議会の決定を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を執る義務があり、これを拒むことは許されないものと解するのが相当である」とされ、また、平成17年最判では、「知事の権限に属する旅費の支出命令につき専決を任された総務部財政課主幹兼総務係長である上告人Cは、知事又は知事から権限の委任を受けるなどしてその権限を有するに至った職員が発した旅行命令を是正する権限を有していたとはいえず、本件旅行命令が著しく合理性を欠き、そのために予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵があるときでない限り、これを尊重し、その内容に

応じた財務会計上の措置を執る義務があるというべきである」とされている。

2 通常の行政機関の行った先行行為に係る新4号請求における違法性

(1) 先行行為と後行行為を行った行政機関が同一である場合

新4号請求、なかんずく職員の損害賠償請求権の行使を求める新4号請求も、結局は、職員の個人的な損害賠償責任を問責するものであるから、前記1の(1)に引用した一日校長事件最高裁判決の判示が妥当すると考えられる(同旨、碓井光明『要説・住民訴訟と自治体財務〔改訂版〕』(2002年、学陽書房)151頁)。しかし、先行行為をなした機関が独立行政委員会や議会などの職権行使の独立性が、財務会計行為を行った長等との関係で高度に保障された機関ではない場合には、前記1の(2)の判示が当然に妥当するものではない。

例えば、財務会計行為を行う機関自身が先行行為を行っている場合(すなわち先行行為と財務会計行為の権限が同一の機関に属している場合)は、当該先行行為に「著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合」に限定されることなく、その適法違法を再度審査した上で財務会計行為がなされるべきであり、仮に先行行為が違法であれば、当該行為が後に3において検討するような財務会計行為の直接の原因行為としての行為である限り、後行の財務会計行為も違法となると考えられている(伴義聖・大塚康男『実務住民訴訟』(ぎょうせい、1997年)121頁)。

(2) 後行行為を行った機関が、他の行政主体の機関である場合

これに対し、先行行為を行った機関と財務会計行為を行った機関が同一ではないが、前者が独立行政委員会や議会などの職権行使の独立性が長等との関係で高度に保障された機関ではない場合はどうであろうか。例えば、先行行為を行った機関が国の機関であったり、別の自治体の機関であったりする場合などである。そのような場合というのは、そう多くあることではないが、例えば河川法63条や道路法50条3項に基づいて、国の事業によって「著しく利益を受ける」都道府県が負担金を支出する場合などが挙げられよう。この場合も、前述の1の(2)の場合のように、財務会計行為を行う自治体機関が先行行為を自ら改めるような権限を有しないという意味では、独立行政委員会や議会の先行行為と同質である。

ただし、ある自治体機関は、他の自治体や国の機関の行った、自己の財務会計行為の原因となる行為に、違法性があると考えた場合、独立行政委員会や議会の行為ほどにそれを尊重しなければならないとは言えない。自治権を憲法上保障された自治体が、他の自治体や国の行った機関の行為が、自己の財政に違法な負荷をかける場合に、その他機関の行為の効力を自らの権限として否定することはできないとしても、その違法性を行政手続・裁判手続を通じて争うこともできずすれば、それは憲法上も問題となるからである。実際、地方財政法17条の2第3項は、国の土木事業で地方公共団体を利するものに対する負担金の予定額の通知に対して当該地方公共団体は、総務大臣を經由して内閣に不服を申し出ることができる旨を定め、同法25条は、地方公共団体の負担金が法令の規定に従わず使用されない場合には、負担金の全部又は一部を支出せず又はその返還を請求できる旨を定めている。さらに、首長が教育委員会等の行政委員会の行った行為の違法性を争う訴訟

を提起することは認められないが（そうした訴訟は、いわゆる機関訴訟（行訴法6条）であり、法律上これを認める特別の定めがある場合に限り提起することができるとされている。行訴法42条）、自治体と国の間、あるいは自治体と自治体相互の間では、民事訴訟・行政訴訟の提起は当然に認められるのである。なお、宝塚市パチンコ店建築中止命令事件＝最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁は、「行政権の主体としての」地方公共団体には、法律に特別の規定がなければ訴訟を提起できないとする趣旨の判示をしたが、ここで検討している事案は、自治体が「財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合」に当たるので、自治体の出訴等が認められ得ることに疑問はない。以上のような意味で、国や他の自治体の機関が先行行為を行った事案においては、一日校長事件最判の事案と同様に首長等が、別機関の先行行為を尊重しその内容に応じた財務会計行為をなすべく当然に拘束されるわけではないのである。

（3）「予算執行の適性確保の見地から看過し得ない瑕疵」の意味

一日校長事件最判の判示における財務会計行為の違法性を招来しうる先行行為の瑕疵を指す「著しく合理性を欠きそのために予算執行の適性確保の見地から看過し得ない瑕疵」とは、先行行為の一般法秩序との適合性を見地から判断される行為の違法性・無効性とは異なった見地からの財務運営上の重大な不合理性を意味するものと解される。すなわち、この「予算執行の適性確保の見地から看過し得ない瑕疵」とは、当該行為の単なる違法性では足りず、無効事由に該当するような程度の違法性を意味する、というような見方は妥当ではない。このことを明確にしたとみられるのが、宮津市土地開発公社事件＝最判平成20年1月18日判時1995号74頁である。そこでは次のように判示されている。

土地の先行取得を「公社に委託した市の判断に裁量権の範囲の著しい逸脱又は濫用があり、本件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という場合には、本件委託契約は私法上無効になるのであって」、その場合には、同契約に基づく売買契約の締結も違法となる。「また、先行取得の委託契約が私法上無効ではないものの、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ときや、当該委託契約が著しく合理性を欠きそのためその締結に予算執行の適性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な事情があるときにも、当該普通地方公共団体の契約締結権者は、これらの事情を考慮することなく、漫然と違法な委託契約に基づく義務の履行としての買取りのための売買契約を締結してはならないという財務会計法規上の義務を負っていると解すべきであり、契約締結権者がその義務に違反して買取りのための売買契約を締結すれば、その締結は違法なものになるというべきである」。

かかる判示によれば、財務会計上の行為としての契約履行行為が違法となるのは、①原因行為としての契約が私法上無効である場合、だけでなく、②契約が有効であってもその締結に違法性があり自治体に取消権・解除権が認められる場合、そして③契約に予算執行の適性確保の見地から看過し得ない瑕疵が存在し、それを解消できる事情がある場合、の3種とされている。したがって、この3分類をみる限り、「予算執行の適性確保の見地から看過し得ない瑕疵が存」する場合とは、契約が無効であったり、違法であったりする

場合以外の場合、例えば違法とまではいえないが、予算執行の適正さを確保する見地からすると見逃し得ない程度の瑕疵が存する場合をも包含していると解されるのである。

このことは、既に、一日校長事件最判の調査官解説においても示唆されていたところであり（福岡・前掲294頁）、それ以前に、後に見る川崎分限免職処分事件最判に係る調査官解説においても次のように論じられていたところである。「原因行為の違法性も、地方公共団体の財産的利益を擁護するという観点から評価すべきである・・・行政処分として効力発生要件を具備しているとか、処分の相手方との関係においてどうか、といった観点から評価すべきではない」（泉徳治・ジュリスト852号135頁）。原因行為が行政処分である場合、「公金支出を正当化できない程度の違法性が行政処分にあるかどうかの問題」であるとする芝池教授の見解（芝池義一「住民訴訟における違法性（下）」法曹時報51巻7号5頁）も同趣旨であろう。

3 住民訴訟一般における先行行為の違法性

住民訴訟一般に及ぶ、先行行為の違法性問題についてより普遍性のある判示は、一日校長事件に先行する諸判例に見出される。いずれも4号請求訴訟に関するものであるが、その判示は、一日校長事件最判のように、4号請求訴訟であつてかつ先行行為を独立行政委員会が行った場合に限定的なものではない。

まず、津地鎮祭訴訟＝最判昭和52年7月13日（民集31巻4号533頁）は、「公金の支出が違法となるのは単にその支出自体が憲法89条に違反する場合だけではなく、その支出の原因となる行為が憲法20条3項に違反し許されない場合の支出もまた、違法となることが明らかである。」と判示した。この判示は、「裁判所の判断の対象は、右7、663円の市費支出が公金の違法支出なりや否やに集中されるべきである。換言すれば、右支出が憲法第89条に違反する支出であるか否かが裁判所の審理、判断の中心となるべきであつて、支出の原因たる行事自体が憲法第20条第3項の禁止規定に該当するか否かは、正面からとり上げられるべき問題ではない。憲法第20条第3項は、国民の基本的人権の一である『信教の自由』を保障する目的から、国及びその機関の宗教的活動を禁止したものであつて、地方自治法第242条の2第1項第4号に定められた住民訴訟と直接に結びつくものではないからである。」とする上告理由に対する最高裁の判断であり、非財務会計的先行行為に非財務会計的法規違反がある場合でも、それが後行の財務会計行為の原因になっている場合には、財務会計行為の違法事由となる場合があることを明らかにしているものである。

最高裁の判例の中で、4号請求に限定しない判示をみるならば、住民訴訟における先行行為の違法性問題について重視されているのは、先行行為と財務会計行為との原因・結果関係における強い関連性・密接性であろう。このことを示しているのが、川崎市分限免職事件＝最判昭和60年9月12日（判時1171号62頁）である。そこでは、次のように判示されている。

「地方自治法242条の2の住民訴訟の対象が普通地方公共団体の執行機関又は職員の違法な財務会計上の行為又は怠る事実に限られることは、同条の規定に照らして明らかであるが、右の行為が違法となるのは、単にそれ自体が直接法令に違反する場合だけではなく、その原因となる行為が法令に違反し許されない場合の財務会計上の行為もまた、違法

となるのである（最高裁昭和46年（行ツ）第69号同52年7月13日大法廷判決・民集31巻4号533頁参照）。そして、本件条例の下においては、分限免職処分がなされれば当然に所定額の退職手当が支給されることとなっており、本件分限免職処分は本件退職手当の支給の直接の原因をなすものというべきであるから、前者が違法であれば後者も当然に違法となるものと解するのが相当である。」

この点についての調査官の解説は、次のようである。「住民訴訟において問擬すべき財務会計行為の違法性は、当該行為により地方公共団体に財産的損失を与えることが法の許容するところであるかどうかという観点において判断すべきものである。かかる違法性の評価は、一連の行政行為の中から財務会計行為のみを取り出し、そのみを他から切り離して評価するという方法では行うことができず、財務会計行為とその原因となった行為とを一体的にとらえて評価せざるを得ない場合がある。財務会計行為自体は会計法規に違反するところがないとしても、その原因となった行為と一体的に見ると違法の評価を受けざるを得ないという場合が考えられるのである。本判決は、以上のような見地から右のように判示したものと考えられる」（泉徳治・ジュリスト852号135頁）。

また、同じく人事行政上の処分を前提としてなされた財務会計行為に関わって、まず先行行為について「町長が、かかる森林組合に、町職員を、その身分を保有させたまま派遣し、町長の指揮監督を離れて、実際の執務上は、町職員としてではなく、専ら森林組合の職員としてその事務に従事させることは、法令又は条例に基づかない違法な措置というほかない」とした上で、そうした行為が「給与を町が負担することができるようにするために」なされたという人事行政上の処分との関係性の認定に基づいて給与支給行為（財務会計行為）の違法性を認定した、森林組合出向職員不正給与支払事件＝最判昭和58年7月15日（民集37巻6号869頁）もある（最近の類似事例として、最判平成10年4月24日判時1640号115頁）。

以上から、少なくとも1号請求から3号請求に妥当する先行行為の違法性の審査の許否は、最高裁判例に照らせば、当該行為と財務会計行為との間の原因・結果関係の直接性・密接性の観点から明らかにされるものである（同旨、園部逸夫編『住民訴訟』（1989年、実務・自治体財務の焦点・第4巻、ぎょうせい）63頁以下〔曾和俊文〕、183頁以下〔高木光〕）。

なお、こうして財務会計行為とその先行行為としての原因行為を「一体的にとらえて評価する」場合があることが、住民訴訟の対象性の判断において財務会計行為の限定は概ね無意味であるといつてよい、という木佐茂男教授の見解（木佐茂男「住民訴訟」民商法雑誌82巻6号795頁）にも至りうる。また、より穏当に、「住民訴訟の対象」は「特定された財務会計行為」であるとしても、その「違法性判断の対象」は、それに限定されず、「包括的な財務会計行為」に及ぶ、という山本隆司教授の見解（南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法』（弘文堂、2006年）150頁以下）にみられるように、事柄を違法性の「承継」の認否ではなく、違法性の「対象」の広狭という形で論ずるものが現れている。山本教授は、次のように論じている。

「住民訴訟の本案で争われる違法性が、『当該職員』による、地方公共団体の組織の財産を保護することそれ自体を目的とする法規範に対する違反であれば（いわば狭義の財務会計法規）、「特定された財務会計行為」を想定するだけで足りる……。しかし、住民

訴訟の本案で争われる違法性には、地方公共団体の財産の処分あるいは地方公共団体への財産の分配を直接の対象・主題とする決定を行う際に、社会全体に生じる利益・不利益を適性に考慮することを要請する法規範に対する違反も含まれる（いわば広義の財務会計法規。典型は、・・・憲法89条）。こうした広義の財務会計法規に関する違法性判断の対象は、正確に言えば、特定された財務会計行為では必ずしもなく、特定された財務会計行為を包含する、より包括的に捉えられた財務会計行為である（例えば、ある地方公共団体がある地鎮祭のために財産を費消する行為。）（山本・前掲論文150頁）。

このように地方自治法242条に定められた狭義の財務会計行為の他に、それに先行する原因行為のような「広義の財務会計行為」があり、そのような行為の「広義の財務会計法規」すなわち自治体の財産の処分・分配を直接の対象・主題とする決定を行う際に、社会全体に生じる利益・不利益を適性に考慮することを要請する法規範に対する違反は、住民訴訟の審査対象となるというのである。

4 1号請求における先行行為の違法性

(1) 1号請求において取り上げ得る先行行為の違法性としての客観的違法性

先にみたように、住民訴訟の諸形態のうち1号請求から3号請求については、住民訴訟における財務会計行為の違法性が「当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる」とする一日校長事件最判の判示は妥当しない。これらの請求類型においては、先行行為が財務会計行為の「直接の原因をなす」など、先行行為としての原因行為と一体的に財務会計行為行為の適法・違法を判断すべき場合であるか否かによって判断されるべきである。さすれば、4号請求としての損害賠償請求訴訟が、当該職員に固有の財務会計法規上の義務違反が認められないとして退けられるような事案でも、当該職員の財務会計行為がなされる以前に1号請求がなされたときには当該行為の差止めが認められるケースがありうる。

このようなことを、財務会計行為の範囲に関わる問題の文脈において明確に認めている論者として、山本教授がいる。彼は次のように論じている。

土地区画整理事業に関わって市が土地を無償取得したことの違憲・違法性が争われた最判昭和51年3月30日判時813号24頁の「事案では、広義の財務会計法規にも当たらない、私人の財産権を保護する規範への違反が主張されており、特定された、または包括的な財務会計行為を対象とする訴訟とはいえないため、住民訴訟はおよそ不適法とされる。」これに対し、市の建設局長らが保安林に指定されていた市有地に道路建設をさせたが、反対運動などがあったため保安林指定解除申請を取り下げ、そのため原状回復が必要になり、その費用の賠償を求めた住民訴訟においてこれを不適法とした最判平成2年4月12日民集44巻3号431頁の「事案では、特定された財務会計行為を行う権限を有しない市の建設局長ら個人に対する（旧）4号請求訴訟は不適法になるとしても、保安林を有する地方公共団体にとって森林法の関係規定は広義の財務会計法規に該当し、契約の締結・履行の差止めを求める1号請求や、工事を止めさせる措置を怠る事実の違法確認を求める3号請求は可能と見る余地があるように思われる」。

そもそも住民訴訟制度は、これまで旧4号請求の代位請求、その中でも特に職員に対する損害賠償請求に偏して活用されてきたことに問題があると考えられる（同旨、塩野宏『行

政法Ⅲ〔第3版〕』（有斐閣、2006年）196頁以下、曾和俊文「住民訴訟制度改革論」法と政治51巻2号685頁以下、718頁以下など）。こうした職員の個人責任を問擬する訴訟となれば、どうしても当該職員の職務上の義務違反や故意・過失が問われざるを得ないのであり、当該職員が行った職務行為の客観的な適法・違法性やその原因行為の適法・違法性は後景に退かざるを得ない（この意味で、一日校長事件最判の判示は4号請求としての損害賠償請求訴訟の当然の帰結を述べたのみである）。これに対し、自治体の財務会計に関する活動（作為・不作為）の客観的な適法・違法性を専ら争点とする1号～3号請求では、先にみたような先行行為の違法性審査も、当該職員の職務権限を離れて広くなされるべきことになる。

（2）1号請求の対象となる財務会計行為と利害関係第三者

財務会計行為を行った当該職員を個人として追及する4号請求訴訟の場合、最終的には自治体と職員個人の間的一种内部的な損害賠償義務ないし不当利得返還義務が問題になるのに対し、1号請求訴訟の場合は、自治体の対外的な財務会計行為それ自体の適否が問題とされ、請求認容判決がなされれば、そうした対外的行為の実施が阻止されることにもなる。こうした1号請求訴訟の性質から、ここでは、財務会計行為の相手方の利益との調整を考慮する必要が生ずることになる。例えば、先行行為として契約が締結され、その後行為としての履行行為（例えば、所有権移転登記や公金支出など）がなされ、その差止め請求がなされた場合を考えると、契約の相手方の利益を度外視することはできないというわけである。実際、最判昭和62年5月19日（民集41巻4号687頁）は、町有地を随意契約によって売却した事案において、「当該契約が仮に随意契約の制限に関する法令に違反して締結された点において違法であるとしても、それが私法上当然無効とはいえない場合には、普通地方公共団体は契約の相手方に対して当該契約に基づく債務を履行すべき義務を負うのであるから、右債務の履行として行われる行為自体はこれを違法ということとはでき」ない、としている。

ただし、先に見た宮津市土地開発公社事件＝最判平成20年1月18日（判時1995号74頁）は、この昭和62年判決に比して、相手方の利益を配慮すべき場合を限定し、財務会計行為が違法となる場合を拡張している。すなわち、①原因行為としての契約が私法上無効である場合に加えて、②契約が有効であってもその締結に違法性があり自治体に取消権・解除権が認められる場合、③契約に予算執行の適性確保の見地から看過し得ない瑕疵が存在し、それを解消できる事情がある場合にも、財務会計上の行為としての契約履行行為が違法となる旨を判示しているからである。

次に、先行行為が行政処分である場合について、当該行為が違法であっても無効でない限り、その公定力により後行行為を差し止める1号請求は認められないとする議論がある（関哲夫『住民訴訟論〔新版〕』（頸草書房、1997年）100頁以下）。しかし、こうした議論は一般化することはできない。

まず、損害賠償請求の形をとった旧4号請求訴訟の場合だけではなく、そもそも住民訴訟全体において、行政処分の公定力（＝処分取消訴訟の排他性）を援用することは妥当ではないとする考え方がありうる（高野修「住民訴訟における違法性について」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』（青林書院、2008年）449頁以下、45

3頁)。なぜなら、そもそも住民訴訟の2号請求としての財務会計上の行政処分の取消訴訟は、原告適格を有する者から提起される当該処分の通常の取消訴訟の排他性に反していることが明らかであり、取消訴訟の出訴期間経過後になされた住民監査請求（処分がなされてから1年間行うことができる）を経てこの訴訟で行政処分である財務会計行為の法効果の覆滅を訴求できるのである。行政処分の公定力が排斥するのは、主に通常の民事訴訟であり、特別に法定された訴訟形態である住民訴訟は、公定力の射程外と解することもできるからである。

また、行政処分を原因行為としてなされた財務会計行為の差止め請求を認めたところで、原因行為たる行政処分の効力が覆滅されるとは限られず、その意味で当該処分の公定力との抵触がない場合も考えられる。例えば、川崎分限免職処分事件のような事案において、分限免職処分に基づく退職金支払いの差止め請求が提起されたと仮定した場合、この1号請求訴訟は分限免職処分の公定力と抵触するとは言えないと思われる。ただ、先行行為たる行政処分が、後行行為たる財務会計行為をなすべきことを、その本来的効果として含むものであるときは、後者を差止めることは、行政処分の効果を阻害することに帰着し、その公定力との抵触があるといえるであろう。とはいえ、そうした場合でも、住民訴訟を、公定力が遮断する救済手段以外の特別の争訟手段ととらえたとすれば、その限りでやはり1号請求訴訟が対象としている財務会計行為の先行行為の公定力を理由に、1号請求訴訟を否定することはできないと解される可能性も上記のように否定できないのである。

5 ハツ場ダム訴訟における先行行為の違法性と財務会計行為

(1) 序論

ハツ場ダム訴訟において争われている財務会計行為は、主に、特定多目的ダム法7条に基づく建設費負担金、河川法63条に基づく受益者負担金、水源地域対策特別措置法12条1項2号に基づく水源地域整備事業の経費負担金、財団法人利根川・荒川水源地域対策基金の事業経費負担金などの各負担金の支出や、公営企業管理者が特定多目的ダム法7条に基づく建設費負担金の支出をするについて、それを補助するためになされる県の一般会計から水道会計への繰出金の支出などの公金支出である。そして、その違法事由として主張されている事項は、先行行為である特定多目的ダム法7条及び河川法63条に基づく負担金については、その納付義務を生じさせた原因行為である国土交通大臣の納付通知が違法であることであり、水源地域対策特別措置法12条1項2号に基づく経費負担金と財団法人利根川・荒川水源地域対策基金の事業経費負担金については、被告県を含む6県の間で締結された協定の違法性である。県公営企業管理者が特定多目的ダム法7条に基づく建設費負担金の支出を支出するについて、それを補助するためになされる県の一般会計から水道会計への繰出金の支出などの公金支出については、畢竟前述の国土交通大臣の納付通知の違法性に帰着するものと思われる。

ハツ場ダム訴訟は、こうした財務会計行為としての公金支出がなされた部分については、その支出行為を行った県知事及び県公営企業管理者の地位にあった個人に対して、県知事が損害賠償請求をすることを求める請求（地方自治法242条の2第1項4号）であり、公金支出がなされていない部分については県知事及び県公営企業管理者に対して、当該支出をなすことの差止めを求める請求（地方自治法242条の2第1項1号）である。

以下では、本稿の1～4において検討した問題、すなわち住民訴訟の1号請求と4号請求において、当該自治体以外の組織によって行われた非財務会計行為としての先行行為の違法性を当該自治体の財務会計行為の違法性として主張できる範囲に関する最高裁の判例法理、これを本件に当てはめた検討を行うことにする。

(2) 4号請求訴訟

八ツ場ダム訴訟において提起されている4号請求訴訟は、先行行為である国土交通大臣が行った負担金の納付通知や、関係県の間で締結された事業経費負担金に関する協定が違法であるにも拘わらず、県知事や県公営企業管理者がそうした負担金を支出したこと（財務会計行為）が違法であり、これにより県に損害を加えたことから、県知事は、県知事及び県公営企業管理者の地位にあった個人に損害賠償を請求する義務があるということである。

まず、本件に、一日校長事件＝最判平成4年12月15日（民集46巻9号2753頁）の判示にいう「先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる」とする違法性判断基準を適用することは、4号請求が自治体職員の個人責任を追及するものである限り、妥当であると考えられる。

しかし、同判示の中で、4号請求において先行行為の違法性を主張することができる場合について、先行行為「が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合でない限り」、当該行為「を尊重しその内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されない」と述べられていることが本件にも妥当するとはいえない。なぜなら、そうした判示は、先行行為を行った機関が、教育委員会や地方議会など自治体の首長から独立した職権行使をすることを認められ、かつ首長がそれを尊重して行動することを求められている機関であることが、その根拠とされているからである。

本件においては、先行行為を行ったのは、負担金の納付通知を行った国土交通大臣であり、また事業経費負担金に関する協定を締結したのは、財団法人利根川・荒川水源地域対策基金に参加した関係県（本県も含む）である。

まず後者について、県知事が、その協定の締結をするか否かについて自ら判断する権限を有することは確かであろうし、また協定に参加する他の県の意思を本県知事が尊重して行動しなければならないという法規範は存在しない。締結された協定には契約上の拘束力が生ずるとしても、協定を締結するか否かについては県知事は、それを左右する判断をなしたのであるから、教育委員会や地方議会が一方的に決めることができる先行行為の事案とは同一視できないことは明らかである。

次に、国土交通大臣の負担金納付通知も、あらかじめ都道府県知事の意見を聴かねばならない上に（河川法63条2項、特定多目的ダム法4条4項）、都道府県知事は、その額に不服があるときは、内閣に意見を申し出ることができ（地方財政法17条の2第3項）、さらに国がその負担金を違法に使用している場合には、負担金の支出を拒み、支出済みの負担金の返還を請求することもできるのである（地方財政法25条3項）。そして、当然、負担金納付通知が違法であった場合には、自治体は、当該通知の取消訴訟ないしは支払義

務の不存在確認訴訟などの当事者訴訟を提起して、当該通知の違法性を裁判上争うこともできるはずである。

したがって、本件事案の先行行為である負担金納付通知や事業経費負担金に関する協定の違法性は、当該行為が後行の負担金の支出等の財務会計行為の直接の原因行為であって、それと密接な関連性があるものであり、そして先行行為の適否を審査した上で財務会計行為をなすべき義務を知事らの被告が負っている場合には、被告に対して損害賠償請求をすべきことを求める4号請求訴訟において、財務会計行為の違法事由として主張できるはずである。

(3) 1号請求訴訟

八ツ場ダム訴訟において提起されている1号請求訴訟は、先行行為である国土交通大臣による負担金納付通知や事業経費負担金に関する関係他県と締結した協定が違法であるにも拘わらず、知事や県公営企業管理者が、その負担金等を支出すること（財務会計行為）は違法であり、彼らがこれをするものの差止めを求めているものである。

1号請求の場合は、4号請求の場合と異なり、財務会計上の行為を行う自治体「職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られ」ず、当該財務会計行為自体の客観的な違法性が端的に問題となる。そして、本件訴訟においては、先行行為である負担金納付通知や事業経費負担金に関する協定が違法であるとするれば、当該行為が後行の負担金の支出等の財務会計行為の直接の原因行為であり、それと密接な関連性があるものである限り、その負担金等の支出も違法な支出として差止めが認められるべきものとなる。

但し、そうした支出行為が、支出の相手方との関係で義務となっている場合には、違法な支出といえども1号差止め請求の上では違法ではない、とするのが最高裁の判例である。もっとも、原因行為が契約である場合で、その違法性が何人の目にも明らかであるとか、相手方がそれを知り又は知り得べかりし場合には契約上支出を義務付けられることはなく、差止め請求が認められる（最判昭和62年5月19日民集41巻4号687頁）。

本件では、国土交通大臣による負担金納付通知により、あるいは関係他県と締結した協定によりそうした支出が義務となっているのではないかが問題となる。前述したところからすれば、まず国土交通大臣による負担金納付通知があったからといって自治体はその通知内容通りに支出をしなければならないとは必ずしもいえないことは、その額に不服があるときは、内閣に意見を申し出ることができること（地方財政法17条の2第3項）、国がその負担金を違法に使用している場合には、負担金の支出を拒み、支出済みの負担金の返還を請求することもできること（地方財政法25条3項）に照らしてみても明らかである。まして、その通知に違法性があるとなれば、支払いを拒否すること、あるいは支払い義務がないことの確認請求ないし通知の取消訴訟などの訴訟手段も採りうるどころと考えられる。したがって、国土交通大臣の負担金納付通知がたとえ違法であっても、それが直ちに差止め請求上の違法性とはならず差止めが認められない、ということにはならないと考えられる。

また関係他県と締結した協定が違法である場合に、それが他の協定当事者との関係で無効となり、負担金支出義務が存在しないといえるかは検討の余地があるとしても、少なく

とも前述の最高裁の判例に照らせば、①仮に契約が有効であってもそれに違法性があり本県に取消権・解除権が認められる場合、あるいは、②協定に（違法性があるとはいえなくとも）予算執行の適性確保の見地から看過し得ない瑕疵が存在し、それを解消できる事情がある場合もありうることが認められている。こうした場合には、協定の取消権・解除権その他の協定を解消する措置をとらないまま協定の履行行為としての負担金支出をすることは、それ自体違法として、その差止めを求める1号請求は認容されるべきことになる。

以上

略 歴 ・ 主要業績

1. 氏名 人見 剛 (ひとみ たけし)
2. 生年月日 1959年12月23日
3. 住所 〒064 - 0953
北海道札幌市中央区宮の森3条10丁目5-1
宮の森住宅401-41
TEL/FAX 011(614)8707
4. 学歴
 - 1978年3月31日 東京都立田園調布高等学校卒業
 - 1978年4月 1日 早稲田大学法学部入学
 - 1982年3月31日 早稲田大学法学部卒業
 - 1982年4月 1日 東京都立大学大学院社会科学研究科修士課程入学
 - 1984年3月31日 東京都立大学大学院社会科学研究科修士課程卒業
 - 1984年4月 1日 東京都立大学大学院社会科学研究科博士課程入学
 - 1986年6月30日 東京都立大学大学院社会科学研究科博士課程中退
 - 1995年4月25日 博士 (法学・早稲田大学)
5. 職歴
 - 1986年7月 1日 東京都立大学法学部助手
 - 1989年7月 1日 東京都立大学法学部助教授
 - 1999年1月 1日 東京都立大学法学部教授
 - 2005年4月 1日 北海道大学法学研究科教授
6. 主な業績
 - (1) 単著『近代法治国家の行政法学——ヴァルター・イエリネック行政法学の研究』
成文堂、1993年
 - (2) 単著『分権改革と自治体法理』敬文堂、2005年
 - (3) 共著『西ドイツの行政行為論』成文堂、1987年
(共著者、兼子仁教授、石崎誠也教授)
 - (4) 共著『行政法』有斐閣、2007年
(共著者、稲葉馨教授、村上裕章教授、前田雅子教授)
 - (5) 共編著『協働型の制度づくりと政策形成〔市民・住民と自治体のパートナーシップ第2巻〕』ぎょうせい、2000年 (共編著者、辻山幸宣教授)

7 最近の主な論文

- (1) 「原告適格の考え方と条文」ジュリスト 1234 号 33～40 頁 (2002 年 11 月)
- (2) 「戦後補償裁判中の不作為国家賠償訴訟における作為義務 (結果回避義務) について」法律時報 76 卷 1 号 44～49 頁 (2004 年 1 月号)
- (3) 「市場化テスト法案分析——行政法学の観点からの検証」月刊自治研 559 号 (2006 年 4 月号) 28～34 頁
- (4) 「無名抗告訴訟」、「訴訟物」南博方・高橋滋編『条解・行政事件訴訟法〔第 3 版〕』弘文堂、2006 年 5 月、94～109 頁、193～200 頁
- (5) 「中国残留孤児・中国残留婦人が提起した国家賠償訴訟に係る最近の二つの地裁判決について (上・下)」判例時報 1932 号 17～25 頁、1933 号 23～31 頁 (2006 年 8 月)
- (6) 「誤った通達と時効の限界——在ブラジル被爆者健康管理手当等請求事件 (最三小判平成一九年二月六日)」法律時報 79 卷 4 号 1～3 頁 (2007 年 4 月)
- (7) 「行政事件訴訟法改正と行政救済法の課題」法律時報 79 卷 9 号 4～14 頁 (2007 年 8 月)
- (8) 「分権改革と自治体政策法務」ジュリスト 1338 号 96～102 頁 (2007 年 7 月)
- (9) 「明治初期の土地の官民有区分における『官有地』概念について」兼子仁先生古稀記念論文集『分権時代と自治体法学』(頸草書房、2007 年 11 月) 139～160 頁
- (10) 「地方自治体の国政参加権論再論」日本地方自治学会編『合意形成と地方自治』敬文堂、2008 年 2 月、3～21 頁
- (11) 「公権力・公益の担い手の拡散に関する一考察」公法研究 70 号 174～185 頁 (2008 年 10 月)