

住民監査請求・住民訴訟に係る判例分析（五）  
——地方財務行政の適正化のための課題と展望——

近藤 基弘

目次

はじめに

第一部 住民監査請求・住民訴訟制度

第一章 本論文の基本的な構成及び中心的論点

第二章 住民監査請求・住民訴訟の概要

第三章 地方自治法の規定

第二部 住民監査請求における主な論点の整理——怠る事実に係る監査請求期間

第一章 住民監査請求における監査請求期間

第二章 怠る事実に係る監査請求期間

第三節 判例の状況

一 第一期（昭和三六年から昭和六二年二月二〇日まで）（以上二一五号）

第五節 小括

（以上二二六号）

第三部 住民訴訟における主な論点の整理―住民訴訟の対象及び対象の拡大

第一章 住民訴訟の対象―住民訴訟における財務会計上の行為

第一節 住民訴訟の対象としての財務会計上の行為

第二節 財務会計上の行為の内容

第三節 財務会計上の行為という概念の必要性

第四節 小括

第二章 住民訴訟の対象の拡大―住民訴訟における違法性の承継

第一節 前提

第二節 学説の状況

第三節 判例の状況

第四節 今後の判例の動向

第五節 小括

まとめ

(以上本号)

### 第三部 住民訴訟における主な論点の整理―住民訴訟の対象及び対象の拡大

#### 第一章 住民訴訟の対象―住民訴訟における財務会計上の行為

地方自治法（以下、第三部において「法」という。）上、住民訴訟の対象となるものは、違法な、①公金の支出、②財産の取得、管理又は処分、③契約の締結若しくは履行、④債務その他の義務の負担、の四種類の行為及び⑤公金の賦課若しくは徴収を怠る事実、⑥財産の管理を怠る事実の二種類の怠る事実であり、この六種類に類型化して規定されている。これらの六種類の行為又は怠る事実は、「財務会計上の行為」とよばれている。第一部第二章でみてきたように、住民訴訟は、客観訴訟としての民衆訴訟に属するため、住民訴訟の対象事項の範囲をどのように定めるかは立法政策の問題<sup>(2)</sup>ということになり、法は、「財務会計上の行為」として六種類を定めているため、例えば、住民訴訟を争う原告が、住民訴訟の対象として、行政一般の非違を対象とするなど、六種類の「財務会計上の行為」のいずれにも該当しないものを挙げた場合には、このようなものを住民訴訟で争うことは法が予定するところではないため、訴えは不適法なものとして却下される。すなわち、「財務会計上の行為」かどうかは、住民訴訟の対象になるかどうかの判断基準である。そのため、この章では、「財務会計上の行為」に関する学説を検討するとともに、判例上どのような行為が「財務会計上の行為」として認められ、どのような行為が認められないのかを整理していくこととする。

## 第一節 住民訴訟の対象としての財務会計上の行為

住民訴訟の対象について、何を対象とするかについては説が分かれている。すなわち、住民訴訟の対象として、財務会計上の行為を含めることについては異論はないと思われるが、問題は一般行政上の非財務会計上の行為を対象に含めるかどうかである。この非財務会計上の行為を含めるか否かによって限定説と拡張説<sup>(4)</sup>に大別することとする。以下では、この限定説と拡張説についてみていくこととする。

### 一 財務会計上の行為のみを住民訴訟の対象とする説―限定説

住民訴訟の対象は財務会計上の行為であり、財務会計上の行為としての性質を有しないところの一般行政上の行為又は事実は住民訴訟の対象にはならないとするものである。

制度発足当時から、この限定説が通説<sup>(5)</sup>として考えられていた。

しかし、限定説の中でも、住民訴訟の目的・保護法益をどのように考えるかによって、対象の捉え方に違いが現れてくる。すなわち、財務会計上の行為の概念の下に、より実質的な基準を求めようとしてきているのである<sup>(6)</sup>。以下でそのあたりを整理してみる。

#### (一) 住民訴訟の対象を「財務的処理を直接の目的とする行為」とする説

この説は、住民訴訟の目的を「地方公共団体の財産損害の予防・回復」と捉えたものである。

すなわち、住民訴訟の対象となる行為は、財務的処理を目的とするものに限る。住民訴訟は行政一般を監督・是正するための制度ではないから、たとえ財務的処理と表裏一体をなす行為でも、財務的処理を直接目的としない行

為は請求の目的でないというものである。<sup>(7)</sup>

（二）住民訴訟の対象を「財務的処理を直接の目的とする行為」で、かつ、「行為の効果としての財産上の損害の発生又はそのおそれのある行為」とする説

この説は、住民訴訟の目的を「地方公共団体の財産損害の予防・回復」と「財務会計行政の適法性確保」の兩者と捉えたものである。

すなわち、住民訴訟の対象となり得る財務会計上の行為とは、①財務的処理、すなわち地方公共団体の公金又は財産の財産的価値自体の維持、保全を直接の目的とする行為で、かつ、②その行為の直接かつ固有の効果として、地方公共団体に財産的損害を与え、又は与えるべき客観的可能性を有するものであるとして<sup>(8)</sup>いる。

## 二 一般行政上の非財務会計上の行為も住民訴訟の対象とする説―拡張説

この説は、一定の要件の下で財務会計上の行為のみならず一般行政上の非財務会計上の行為も住民訴訟の対象となるとする説である。このため、「財務会計上の行為」なる概念は不要であると主張するものである。

すなわち、公費支出の前提が、財務会計上の行為であれば典型的な住民訴訟となるであろう。しかし、前提が非財務会計上の行為であっても、その違法性が公金支出に承継されるかぎり、やはり違法な公金支出となり住民訴訟が認められるべきであるとし、違法性が承継される場合には、住民訴訟の対象は財務会計上の行為に限定されないとしている。そして、住民訴訟は財務会計上の違法を是正するための訴訟といわれているが、この財務会計上の違法とか、財務事項とかがどれだけの意味を持つかは甚だ疑問となってくるし、住民訴訟は財務会計上の行為に関する場合のみ提起できるという説明は、必ずしも正当な表現であるとはいえない<sup>(9)</sup>と通説的な見解を批判している。

また、四号訴訟においては、先行行為ないし先行する判断と後行の支出負担行為が事実上直接的な関係に立つ場合には、地方公共団体の財産的損失を回復するための代位請求は可能と考えられるとし、先行行為が後行する公金支出と事実上直接的な関係に立つとの要件がある場合には、財務会計上の行為に限らず、一般行政上の行為についても住民訴訟の対象になるとした。そして、公金支出を伴う場合の住民訴訟の判断において「財務会計上の行為」なる概念はおおむね無意味であるとしている。<sup>(12)</sup>

## 第二節 財務会計上の行為の内容

この節では、住民訴訟の対象となる財務会計上の行為について、法の定める六つの財務会計上の行為ごとに、住民訴訟の対象に該当すると判断された判例<sup>(13)</sup>と、該当しないと判断された判例に分けての整理を行う。ただし、住民訴訟の対象となる判例は多いが、ここでは、特に次章との関係で、対象の拡大に関連するものを優先して挙げるにとする。

### 一 公金の支出

「公金」とは、地方公共団体の機関の管理する現金及び有価証券をいい、法二四二条一項にいう「公金の支出」とは、支出負担行為（法二二三二条の三三）、支出命令及び支出（法二二三二条の四第一項）の三者を包括する概念であるとされている。支出負担行為は「普通地方公共団体の支出の原因となるべき契約その他の行為」（法二二三二条の三三）であり、支出命令とは、長又はその委任を受けた職員が、支出負担行為にかかわる地方公共団体の金銭債務の

債権者及び金額が確定し、かつ履行期が到来したものと認めて、出納機関たる出納長（収入役）に対し、金銭の支出を命令する行為である。また、支出とは、地方公共団体に対して金銭債権を有する者に対して出納機関たる出納長又は収入役が、現金の交付等の手段により支払いをすることをいうとされている。

具体的な事例をいくつかみてみる。まず、対象性が認められたものとして次のようなものがある。

① 最大判昭和五二年七月一三日民集三一巻四号五三三頁

市体育館の起工式が市の主催により、市職員が進行係となつて、体育館の建設現場において神式に則り挙行され、その「挙式費用（神職に対する報償費、供物料金）」を支出したことについて、実体的判断を行い違法な公金の支出に当たらないとした。

② 最二小判昭和五八年七月一五日民集三七巻六号八四九頁

町長が、森林組合に対する財政的支援とすることを考慮して、町職員一名を採用したうえ、森林組合に出向させ、もっぱら組合の事務に従事せしめながら、町予算から「給料」を支払ったことについて、実体的判断を行い違法であるとした。

③ 最一小判昭和六〇年九月一二日判時一一七一号六二頁

収賄罪で逮捕された市職員を懲戒免職でなく分限免職にして「退職手当」を支給したことについて、実体的判断を行い違法な公金の支出に当たらないとした。

④ 最三小判平成四年一二月一五日民集四六巻九号二七五三頁

勸奨退職に応じた教頭を一日だけ校長に任命し、それに応ずる等級号俸を計算の基礎として「退職手当」を支給したことについて、実体的判断を行い違法な公金の支出に当たらないとした。

このように、公金の支出として対象性を認められたものとしては、「給料」、「退職手当」などの給与等の支給、祭祀費などがある。

一方、対象性が認められなかった事例としては次のようなものがある。

⑤ 高松地判昭和五九年一月三日行集三五卷一二号二〇六七頁

町長が職員の職の設置に関する規則を改正して「参事の職の新設」をしたことは、行政組織上の改革の問題であって、財務会計上の行為に当たらないとして、訴えを却下した。

⑥ 仙台地判昭和六二年九月三〇日行集三八卷一一号一六三一頁

県が国鉄職員のみを対象として職員採用試験を実施したことにつき、住民訴訟の対象となるのは、財務会計法規に直接違反する行為のほか、地方公共団体の長等がその事務の適正な執行・運営を規律するための法規に違反する行為をし、右行為が後行する行為と「事実上直接的な関係」に立つ場合を含むとした上で、「採用試験の実施」は、国鉄職員の県職員への任用という非財務会計上の行為であり、採用試験実施に要する費用を支出するために別に支出決定が必要であると判示して訴えを却下した。

## 二 財産の取得、管理又は処分

住民訴訟の対象となる、「財産」とは、法三三七条一項に記載する公有財産、物品、債権及び基金をいうとされている。<sup>(9)</sup> 「財産の取得」とは、地方公共団体に「財産」取得の効果を発生せしめることを目的とする執行機関又は職員<sup>(10)</sup>の行為をさし、行政処分であるうと、契約等の非権力的行為であるとを問わないとされている。また、「財産の管理又は処分」とは、財産について、その財産価値の維持・保全又は実現を直接の目的とする執行機関又は職員<sup>(11)</sup>の行為



であるとされている。<sup>(2)</sup>

対象性が認められたものとして次のような事例がある。

⑦ 最一小判平成一〇年一月二二日民集五二卷八号一七〇五頁

保留地を土地区画整理事業において市が取得した事例において、保留地は、売却当時同市の「財産」であったものであり、「保留地の売却行為」は、「財産の処分」に当たり、住民訴訟の対象となるとした。

一方、対象性が認められなかった事例としては次のようなものがある。

⑧ 最三小判昭和五一年三月三〇日判時八一三号二四頁

市長が土地区画整理事業の施行者としてなした「換地処分」は、これによって市が財産を取得する場合であっても、財務会計上の行為というには適さず、換地処分をもって住民訴訟の対象たる「財産の取得」に当たるといふことはできない。

⑨ 東京地判昭和五三年一〇月二六日行集二九卷一〇号一八八四頁

日比谷公園横の高層ビル建築許可処分及びその前提たる都市計画決定の取消等を求めた住民訴訟において、右「計画及び許可処分」は、それ自体としては非財務的な目的及び性格を持つ都市行政又は建築行政の一環をなす行為であり、仮に、その結果として、日比谷公園又はその敷地等の財産に原告が主張するような事態が生ずるとしても、それは右行為の本来的、直接的な効果ではないのであるから、右各行為をもって被告が財産の処分又は管理に当たたる行為をしたものとみる余地はない。

⑩ 最一小判平成二年四月一二日民集四四卷三三三頁

建設局長らの行為は、路線が認定され、道路の区域も決定された市道予定地の一部に当たる本件土地につき道路

状の形状にするため「請負人に道路建設工事を行わせた」というもので、この行為は道路整備計画の円滑な遂行、実現を図るといふ道路建設行政の見地からする道路行政担当者としての行為であつて、本件土地の森林としての財産的価値に着目し、その価値の維持、保全を図る財務的処理を直接の目的とする財務会計上の財産管理行為に当たらないから、建設局長らの行為は住民訴訟の対象にならず、訴えは不適法である。

### 三 契約の締結若しくは履行

「契約の締結若しくは履行」とは、地方公共団体を一方の当事者とする売買、贈与、交換、金銭消費貸借、請負、委託、委任、賃貸借、使用貸借などの財産上の契約（財務的処理を直接の目的とするものに限る。<sup>22</sup>）の締結及び履行をする執行機関又は職員らの行為である。

対象性が認められたものとして次のような事例がある。

#### ① 最三小判昭和五九年一月六日判時一一三九号三〇頁

特別区長を被告とする道路用地の先行買収の差止め請求について、「先行買収の売買契約」の適法性を実体的に判断<sup>23</sup>して、違法ではないとした。

一方、対象性が認められなかった事例としては次のようなものがある。

#### ② 水戸地判平成元年三月一四日行集四〇巻三号一五三頁

住民訴訟制度の趣旨に照らすと、法二四二条一項の「契約の締結」にいう契約とは、財務的処理を直接の目的とするものに限られ、非財務的な行政上の事務処理の一環として行われる契約は、たとえ結果的に地方公共団体に財産上の損害をもたらすものであつても、これに含まれないものと解すべきところ、本件「協定」は、村が防衛施設

局長、陸上自衛隊施設学校長及び県との間で、当該村内の土地を自衛隊の被爆訓練場として使用することを前提として、その訓練の種類・内容等を規制することを骨子とする協定であることから、財務的処理を直接の目的とした契約に当たらないことが明らかとの理由で、訴えを却下した。

#### 四 債務その他の義務の負担

「債務その他の義務の負担」とは、地方公共団体に財産上の義務を生ぜしめる執行機関又は職員をいう。行政処分、契約等の形式で行なわれるが、契約の場合は、住民訴訟の対象としての「契約の締結」と重複することとなり、具体的な金銭支払義務を生じさせるものは、「公金の支出」の支出負担行為にも該当するとされている。対象性が認められたものとして次のような事例がある。

⑬ 最一小判昭和五三年三月三〇日民集三二卷二号四八五頁

「補助金」の支出が法二二二条の二に規定する「公益上の必要」に基づくものであるとの実体判断をしている。

#### 五 公金の賦課若しくは徴収を怠る事実

「公金の賦課を怠る事実」とは、執行機関又は職員が公権力をもって一方的に特定人に対して地方公共団体に対する具体的金銭納付義務を負担させるべきであるのにこれをしない状態をいい、「公金の徴収を怠る事実」とは、公権力をもって徴収しうる地方公共団体の金銭債権について、執行機関又は職員が正当な理由なく強制徴収をしないでいる状態などをいうとされている。

対象性が認められたものとして次のような事例がある。

⑭ 大津地判昭和五七年九月二七日行集三三卷九号一八八六頁

ガス供給契約を締結しこれに基づいてガス使用料を徴収していたが、この契約は、市ガス供給条例所定のものより低額であったため、条例所定の料金と契約に基づく徴収額との差額を不当利得しているとして争われた事例で、

「ガス料金の徴収を怠る事実」は、「公金の賦課徴収を怠る事実」に当たるとされた。

一方、対象性が認められなかった事例としては次のようなものがある。

⑮ 徳島地判平成二年一月一六日行集四一巻一・一二号一八七九頁

都市公園使用料の不正免脱行為者に対して「過料を課さないこと」について、県知事が右過料を課すことは、県財政の維持及び充実を目的とするものではないから、住民訴訟の対象となる「公金の賦課徴収を怠る事実」に当たらない。

## 六 財産の管理を怠る事実

「財産の管理を怠る事実」とは、当該地方公共団体の有する財産（法二二七条一項に定める公有財産、物品、債権又は基金）の管理についての執行機関又は職員の懈怠をいうと<sup>20</sup>とされている。

対象性が認められたものとして次のような事例がある。

⑯ 最三小判昭和五七年七月一三日民集三六卷六号九七〇頁

地方公共団体の有する「損害賠償請求権」は、地方公共団体の「財産ないし債権」にあたるものとみるべきであること、及び知事において損害賠償請求権（製紙会社が大量の排水排出により県にヘドロ浚渫を余儀なくさせたこととは県に対する不法行為であり、それに基づく損害賠償請求権）を行使しないときは県の「財産の管理を怠る事

実」に該当しうることを認めつつも、右請求権の不行使につき必要な措置を構すべきことを住民訴訟の方式で求めることができるのは、当該地方公共団体が右請求権の行使を違法に怠った場合に限られるとした。

一方、対象性が認められなかった事例としては次のようなものがある。

⑰ 東京高判昭和五二年九月五行集二八卷九号八九三頁

本件は、⑯の判例の控訴審であるが、「河川・港湾等」自然公物を構成する地盤や水は地方公共団体の所有に属しないから「財産」に該当しないとされた。

### 第三節 財務会計上の行為という概念の必要性

住民訴訟においては、第一部第二章でもみたように、「公金の支出」が最も多く利用されており、次章で述べる「対象の拡大」という問題も、ほとんどが公金の支出との関係で議論されているため、ここで少し公金の支出を題材にして、住民訴訟の対象となった判例、住民訴訟の対象とならなかった判例を検討して、住民訴訟において「財務会計上の行為」なる概念が必要なのかどうかをみてみることにする。

まず、住民訴訟の対象とならなかった判例についてみると、⑥の判例での「採用試験の実施」は、財務会計上の行為でないということである。しかし、「採用試験の実施」に伴い「採用試験実施に要する費用」は必要になってくる。これらの「採用試験実施に要する費用」の支払いは財務会計上の行為であると思われる。そうすると、ここでは、「採用試験の実施」と「採用試験実施に要する費用」との関係が問題となってくる。⑥の判例では、「採用試験の実施」と「採用試験実施に要する費用」との間には「事実上直接的な関係」がないため、「採用試験の実施」

を「採用試験実施に要する費用」とみることができないとしている。別の言い方をすれば、もし、「採用試験の実施」と「採用試験実施に要する費用」との間に「事実上直接的な関係」があったならば、「採用試験の実施」と「採用試験実施に要する費用」とを一体とみなすことができ、そうなれば、「採用試験実施に要する費用」の支出は財務会計上の行為であり、住民訴訟の対象となると考えられるのではないのか。

一方、住民訴訟の対象となった判例についても、例えば、③の判例では、「退職手当の支給」は財務会計上の行為であるため、住民訴訟の対象となり、本案審理をおこなったが、この判例でも、「分限免職処分」は、非財務会計上の行為であり、住民訴訟の対象には当たらないとして、却下される可能性もあった。しかし、この判例では、「分限免職処分」は「退職手当支給」の「直接の原因をなすもの」であるため、「分限免職処分」と「退職手当」とを一体とみなして本案審理を行なったものである。

このように考えてみると、公金の支出に関してそれが財務会計上の行為として住民訴訟の対象になるかどうかは、問題となる違法な行為が直接的に財務会計上の行為かどうかではなく、結局のところ、問題となる行為と財務会計上の行為との関係がどうかということになり、裁判所が両行為の関係をどうみるかにかかってくる。裁判所は、その判断基準として、「事実上直接的な関係」すなわち、⑥の判例で示したように、先行行為を行なうことの主たる目的が実質的に見て後行する公金支出に向けられていると評価できるものであること又は先行行為を行なうことによって手続上他に何らの債務負担行為（支出決定）を要せず当然に地方公共団体が後行する公金の支出義務を負担することになると解すべきであるかどうかによって判断しようと思われる。

以上をまとめると、判例の立場としては、住民訴訟の対象は一定の財務会計上の違法な行為又は怠る事実に限られるとし、一般行政事項を対象に含めることを承認しないということを前提に、「財務会計上の行為」であるかどうか

かを判断するにあたり、「非財務会計上の行為」と「財務会計上の行為」の間に、「事実上直接的な関係」があるかどうか、あるいは⑩の判例や⑫の判例などのように「財務的処理を直接の目的」とするかという基準を立てていると思われる。すなわち、「非財務会計上の行為」は住民訴訟の対象とはならないことをまず前提としつつ、「非財務会計上の行為」でも「財務会計上の行為」と「事実上直接的な関係」にある場合には、その「非財務会計上の行為」も含めて「財務会計上の行為」とみなしていると思われる。

このような、「非財務会計上の行為」も含めて「財務会計上の行為」とみなしている判例の判断から、拡張説のよいうな、「(公費支出の)前提が非財務事項であっても、その違法性が公金支出に承継されるかぎり、やはり違法な公金の支出となり住民訴訟が認められる」べきであり、「公金支出を伴う場合の住民訴訟の対象性の判断において「財務会計上の行為」なる概念はおおむね無意味であるといつてよい」という主張がされてきた。

しかし、次のような理由から私見としては住民訴訟においては、「財務会計上の行為」なる概念は十分存在意義を有するものと考えている。すなわち、(i)判例の立場も、一見すると「非財務会計上の行為」も住民訴訟の対象にしているようにもみえるが、実際は「財務会計上の行為」という概念は必要であることを前提にしているようであること。(ii)住民訴訟の制度は、財務について規定する、法の第九章に規定されており、また、住民訴訟制度は本来司法権に属するものではなく、法律によって特に例外的に司法権に認められた民衆訴訟であることからすると、法は、地方行政の分野の中でも司法的統制に比較的馴染み易い財務会計上の行為に限って住民訴訟という司法的統制の途を認めたものと解すべきであろうこと。(iii)当該財務会計上の行為の違法性の問題は本案の問題であるのに対し(もとより、財務会計上の行為が違法となるのは、当該財務会計上の行為自体が違法の場合に限定されるものではない)、住民訴訟の対象性の問題は住民訴訟制度の利用の限界を画する訴訟要件の問題であるから、両者は

区別して取り扱われるべきであること。これらの理由からみて、私見としては、住民訴訟の対象は「財務会計上の行為」であり、住民訴訟において、「財務会計上の行為」なる概念は十分存在意義を有し、拡張説がいうように財務会計上の行為なる概念は不要であるとは言いきれないと考える。

#### 第四節 小括

判例をみると、例えば、⑥の判例における「採用試験の実施」、⑧の判例における「換地処分」、⑨の判例における「計画及び許可処分」、⑩の判例における「請負人に道路工事を行なわせたこと」、⑫の判例における「協定」、⑬の判例における「過料を課さないこと」などは、財務会計上の処理を直接目的としていないとの理由から対象でないとして却下されている。財務会計上の処理を直接目的とした行為のみに限り住民訴訟の対象とするというのが、判例の立場であろう。すなわち、住民訴訟の対象は一定の財務会計上の違法な行為又は怠る事実に限られるとし、一般行政上の行為を対象に含めることを承認していない。その上で、「一般行政上の行為」と「財務会計上の行為」を区別するために、「財務会計上の処理を直接目的」とするか否か、あるいは、非財務会計上の行為と財務会計上の行為とが「事実上直接的な関係」にあるかどうかという基準を立てていると思われる。

それに対して、学説は一般行政上の非財務会計上の行為を対象に含めるか否かによって、大きく対立している。すなわち、財務会計上の行為のみを住民訴訟の対象とする説（限定説）と一般行政上の非財務会計上の行為も住民訴訟の対象とする説（拡張説）の対立がある。

私見としては、前節でもみてきたように、住民訴訟の対象は「財務会計上の行為」であり、住民訴訟において「財



務会計上の行為」なる概念は十分存在意義を有すると考える。

しかし、ここで重要なことは、地方自治への関心が高まり、住民訴訟も不正な財務会計運営の予防矯正というだけでなく、地方公共団体の行政運営の違法一般を追及する方法として拡大利用されるようになったという現実があり、いかえれば、抗告訴訟の代替機能として住民訴訟の機能を拡張することが時代の要請として必要になってきたということであり、例えば、①、②、③、④の判例などのように判例も一定の範囲でこのことを認めてきたという点である。判例・限定説の立場としては、間接的には地方公共団体の公金や財産に何らかの影響をもたらすとしても財務会計上の処理を直接の目的としない行為は、住民訴訟の対象となしうる行為ではないとしつつも、これらの行為に基づいて、のちに公金の支出等の財務会計上の行為が行われる場合には、それらの後行行為を住民訴訟の対象となしうることはいうまでもなく、後行行為の違法事由として、先行する非財務会計的な各行為等の違法を主張できる場合もあるとしている。すなわち、拡張説の立場も判例・限定説の立場も住民訴訟の機能の拡張という点では共通しているといえるのではないであろうか。住民訴訟の機能を拡張するには二つの方向が考えられる。第一は、住民訴訟の対象となる財務会計上の行為の概念の拡張である。第二は、先行行為たる非財務会計上の行為の違法を後行する財務会計上の行為の違法事由として認めることである。拡張説の立場は第一及び第二の方法により住民訴訟の機能の拡張を図ろうとし、判例・限定説の立場は主に第二の方法のみで、住民訴訟の機能の拡張を図ろうとしたといえる。

いずれにしても、時代の要請として住民訴訟の機能の拡張が必要であり、それを可能にするために「違法」という視点に注目して住民訴訟における違法性の承継という理論が必要となったということは間違いないことであろう。そこで次章では、住民訴訟の対象の拡大ということで住民訴訟における違法性の承継について検討していくこ

ととする。

注(第一章)

- (1) 六種類の行為又は怠る事実を総称して、一般に「財務会計上の行為又は怠る事実」、「財務会計上の行為」、「財務会計事項」などと呼ばれることが多い。
- (2) 関哲夫『住民訴訟論(新版)』(勁草書房、平成九年)五頁は、住民訴訟の対象事項の範囲をどのように定めるかも立法政策の問題であり、住民訴訟の対象事項は、法二四二条の二第一項に定めるものに限定されるとしている。
- (3) 実際の訴訟では、実質的に非財務会計上の行為である行政作用一般の違法性を争っているが、住民訴訟の対象としては、形式的に財務会計上の行為を掲げ、その財務会計上の行為自体には個別的な財務会計法規の違反はなく、これに先行しあるいはその原因となる非財務会計上の行為が違法であれば、これによる後行行為もまた違法になるというように、対象を拡大して争われることも多くある。
- (4) 川内嘉「住民訴訟の対象と違法性」修道一一卷一号(平成元年)一〇四頁は、これらの説を限定説、拡張説という用語で分類しているため、ここではこの用語を使用することとする。
- (5) 成田頼明「住民訴訟(納税者訴訟)」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座 第三卷 行政救済』(有斐閣、昭和四〇年)二二五頁は、住民訴訟の対象となる行為は、二四二条一項に監査請求の対象として掲げられている行為に限られ、それ以外の行為は訴訟の対象にならない。したがって、アメリカのように、非財務的事項(non-fiscal matter)の違法をこの訴訟で争うことは許されないとしている。
- (6) 曾和俊文「住民訴訟の訴訟要件」園部逸夫監修・編著『実務・自治体財務の焦点四 住民訴訟』(ぎょうせい、平成元年)五

- 七頁。
- (7) 大和勇美「住民訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座九 行政争訟Ⅱ・労働訴訟』（日本評論社、昭和四五年）四九頁。
- (8) 関・前掲注(2)一三頁、一四頁。
- (9) 関・前掲注(2)一四頁。
- (10) 曾和・前掲注(6)五八頁は、この関教授の基準で一応整理ができるように思われる。ただし、目的および効果の両面から住民訴訟の対象を限定しようとするこの定義ですべて割り切れるかどうかについてはさらに吟味を要するとしている。
- (11) 金子芳雄「住民訴訟の実体的検討」田中二郎先生古稀記念『公法の理論 中』（有斐閣、昭和五十一年）一一六三頁、一一六四頁。
- (12) 木佐茂男「住民訴訟の対象」民商法雑誌八二巻六号（昭和五五年）七九五頁。
- (13) ここでは、対象として該当するものを整理したため、本案審理を行ったものを挙げている。したがって、判例上適法と判断されたものも違法と判断されたものも含まれている。
- (14) ここでは、該当しないものとして、本案審理することなく却下されたものを挙げている。
- (15) 関哲夫「住民訴訟の対象」圓部逸夫編『新地方自治法講座五 住民訴訟・自治体争訟』（ぎょうせい、平成八年）一四三頁。
- (16) 関・前掲注(2)二二頁は、例えば、地方公共団体を買主とする売買契約の締結や長が行う補助金交付決定は、それ自身が支出負担行為にあたるが、例えば、公務員の任免は、その効果として当然に給料、退職手当等の支出を伴う行為であるが、当該地方公共団体について、直ちに個々の給与に係る具体的支出義務を生ぜしめるものではないから、支出負担行為に当らず、これらの給与の支給にあたっては、その都度、別途支出負担行為を要するとしている。
- (17) 関・前掲注(15)一六三頁。なお、平成一九年四月からは、出納長・収入役制度は廃止されている。

論 説

- (18) 関・前掲注(15)一六五頁。
- (19) 関・前掲注(15)一六六頁。
- (20) 関・前掲注(15)一六六頁。
- (21) 関・前掲注(15)一六七頁。
- (22) 関・前掲注(15)一七二頁。
- (23) 具体的には、本件計画道路の開設が前記土地買収の動機目的をなすものではあっても、前記土地買収は、本件計画道路を開設する行為そのものとは區別され、それとは独立して、世田谷区に対し当該土地に係る権原を取得させ、その代金の支払債務を負担させるという効果を発生させるにとどまるものであるから、仮に本件計画道路を開設することに所論のような違法事由が存するとしても、そのことにより前記土地買収が違法となるものではないと判示している。
- (24) 関・前掲注(15)一七四頁。
- (25) 関・前掲注(15)一七五頁。
- (26) 関・前掲注(15)一七六頁。
- (27) 最三小判昭和五十一年三月三〇日判時八一三号二四頁。その後も、最一小判昭和五十三年三月三〇日民集三三卷二号四八五頁、最三小判昭和五十七年七月一三日民集三六卷六号九七〇頁、最二小判昭和六十二年四月一〇日民集四一卷三号二二九頁、最一小判平成二年四月一二日民集四四卷三号四三二頁をはじめ現在にいたるまで、最高裁判所は一貫してこの立場をとっている。
- (28) 大藤敏編『裁判住民訴訟法』(三協法規、昭和六三年)一〇頁、一一頁。
- (29) 大藤・前掲注(28)一一頁。
- (30) 同趣旨の見解として次のようなものがある。
- 園部逸夫「住民訴訟の論点」自治省編『地方自治法施行四十周年 自治制公布百年記念自治論文集』(昭和六三年)四八三頁

は、住民訴訟の対象が純粹に財務会計上の行為に限られることは、筆者のように、住民訴訟を市民訴訟と峻別する立場では、自明のことであるとしている。

三好達「住民訴訟の諸問題」鈴木忠一・三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟法講座九 行政訴訟Ⅰ』（日本評論社、昭和五八年）三〇八頁は、住民訴訟の対象は、法律上、公金の支出、財産の取得、管理若しくは処分、契約の締結若しくは履行その他の義務の負担、違法な公金の賦課若しくは徴収又は財産の管理を怠る事実に限定されており（法二四二条の二第一項、二四二条一項）、このような財務会計上の行為又は事実には当たらない非財務会計上の行為の違法は、住民訴訟で争うことはできないとしている。

大藤・前掲注⑧一〇頁、一一頁は、法は、地方行政の分野の中でも司法的統制に比較的馴染み易い財務的事項に限って住民訴訟という司法的統制の途を認めたものと解すべきであろう。したがって、財務会計上の行為の範囲についてもこれをみだりに拡張解釈すべきものではないとしている。

関・前掲注(2)一七頁は、財務会計上の行為という概念を構成することには、違法性の承継の観点からも実益があると考えられるとしている。しかし、川内・前掲注(4)一〇六頁、一〇七頁のように、判例・限定説がいう行政的処理と財務的処理を明確に区別しがたい事例も多いことを理由に一定の要件のもとで非財務会計上の行為を認める立場から検討すべきとの指摘もある。

また、芝池義一「住民訴訟の対象」佐藤幸治・清水敬次編『園部逸夫先生古稀記念 憲法裁判と行政訴訟』（有斐閣、平成一年）六一七頁は、財務会計上の行為という概念や「財務的処理を（直接の）目的とする行為」という定義は裁判例を適切に説明するものとは言えないようである。財務会計上の行為という概念を用いることは適切ではなく、公金・財産の管理という法律の文言により住民訴訟の対象性を判断することが適切であろうと指摘している。

(31) 関・前掲注(2)六六頁。

## 第二章 住民訴訟の対象の拡大―住民訴訟における違法性の承継

### 第一節 前提

#### 一 問題提起

前章までで述べてきたように、住民訴訟制度の第一次的な意義は、地方公共団体の財務会計上の行為を健全化することであり、その直接の請求対象は財務会計上の行為に限られるものであるとされている。しかし、昨今においては、地方自治行政における政策判断に係わる事項が、財務上の問題に関連させながら、住民監査請求を経て、住民訴訟の形で法廷に持ち出され、司法審査の対象とされることが少なくない。<sup>(1)</sup>

住民訴訟の大きな流れとして、当初は、いわゆる不正行為を是正するといった立法が想定した目的に利用されることが多かった。この場合は、財務会計上の行為に内在する違法に限定して違法判断がなされてきた。ところが、地方自治への関心が高まるにつれて、住民訴訟も不正な財務会計運営の予防矯正というだけでなく、地方公共団体の行政運営の違法一般を追及する方法として拡大利用されるように、その役割も変化してきたといわれている。<sup>(2)</sup>

例えば、津地鎮祭事件、田子の浦ヘドロ事件及び川崎市退職金支給事件等が典型例として挙げられる。津地鎮祭事件が政教分離原則を争い、田子の浦ヘドロ事件で公害行政の違法が問題とされ、川崎市退職金支給事件で人事行

政の違法の是正を求めるといったように、訴訟で違法を主張する直接の対象行為は財務会計上の行為であっても、その固有の違法を主張するのではなく、かかる財務会計上の行為に先行する非財務会計上の行為の違法性が問題とされている。これらは、いずれも、非財務会計上の行為である先行行為の違法性が財務会計上の行為である後行行為に承継されるといった理論構成がとられているのである。<sup>(3)</sup> 現代における住民訴訟の意義を論ずるにあたっては、このように、いわば抗告訴訟の代替的機能として、その審理対象が財務会計上の行為そのものばかりでなく、非財務会計上の行為の適否にまで拡大しつつあることは、その評価をどう下すかは別として、<sup>(4)</sup> 特に注意してみていくことが必要であろう。

このようなことを踏まえて本章では、住民訴訟における違法性の承継について検討していくこととする。

## 二 学説・判例の分析の視点と方法

違法性の承継をめぐる学説、判例は現在までに数多くでている。本章では、この問題に関する学説の紹介をするとともに判例の分類をしていくことになるが、その視点と方法について簡単に触れておく。

学説については、財務会計上の行為を嚴格に解し、違法性の承継を比較的狭く考えるものから、違法性の承継を広く認める見解までさまざまであり、時代によって若干の変化も見られる。そのあたりを明確にしていきたい。

また、判例の分類の方法としては、違法性の承継を検討するにあたって重要と思われる二つの最高裁判所の判例に注目して判例を年代ごとに分類していくこととする。一つは、最大判昭和五二年七月一三日民集三一巻四号五三三頁（以下「五二年判決」という。）であり、もう一つは、最三小判平成四年二月一五日日民集四六巻九号二七五三三頁（以下「四年判決」という。）である。そして、第一期を住民訴訟制度ができた時点から五二年判決までの期間

(昭和三六年から昭和五二年七月一三日まで)とし、第二期を五二年判決から四年判決までの期間(昭和五二年七月一四日から平成四年一月一五日まで)とし、そして、第三期として四年判決以後から現在までの期間とする。さらに、住民訴訟は、一号から四号までの請求があり、いずれの請求の類型か、いかなる段階の行為を請求の対象にするかによって、結論に差が出るため、各号請求とのかかわりに注意しつつ、学説・判例の整理を行うこととしたい。

## 第二節 学説の状況

### 一 違法性の承継の学説を考えるにあたっての留意点

#### (一) 住民訴訟における違法性の承継

はじめに、「行政法学上の違法性の承継」と「住民訴訟における違法性の承継」の相違について、簡単にみていくこととする。

「行政法学上の違法性の承継」とは、数個の処分が相連続して行われ、全体が一連の手続として一定の法律効果を生ずる場合に、先行処分が違法であるときは、これに続く後行処分も、その違法性を承継し、これもまた違法処分となるかどうかの問題であり、後行処分自体には、違法が存しない場合に、先行処分が違法であることを理由として、後行処分の取消の訴えを提起することができるか<sup>(5)</sup>として問題となるとされている。そして、それが許される場合を違法性の承継があるという。違法性の承継の有無は、具体的には、先行行為に対する取消訴訟が出訴期間の経過などによって、提起できなくなった場合に、後行行為(それ自体は違法でない)の取消訴訟において、先行行



為が違法であることを理由に後行行為も違法であるという主張が許されるかどうかという形で問題になる。もしそれが許されるということになると、先行行為の違法を理由に後行行為が取消されることになるというものである。<sup>(7)</sup>

これに対して、本論文で検討している、「違法性の承継」は、特に多用される四号訴訟の当該職員に対する代位請求の場合は、違法な先行行為、後行行為の取消等行政行為の効力は直接問題とせず、財務会計上の行為の行為者等（当該職員等）に対して損害賠償等を求めるというものである。先行行為は法律行為だけでなく事実行為のこともある。また、四号訴訟においては、行為者たる当該職員等に損害等を補填させるべきか否かの問題であり、そこで違法性は、内部関係における違法性を意味するとの考えもある。<sup>(8)</sup>

このように、「住民訴訟における違法性の承継」は、「行政法学上の違法性の承継」とは全く異なった理論によるものであり、その制度の趣旨、目的、構造上の差異により、両者を同一に論じることにはできない。<sup>(9)</sup>

#### （二）学説の整理にあたって対象とする訴訟類型

住民訴訟は、法二四二条の二において四つの訴訟類型を法定している。二号訴訟のように行政訴訟の性格を色濃く持つものから、四号訴訟のようにほとんど民事訴訟の理論で割り切れるものまでさまざまであるので、これらを同一の枠組みでどこまで扱えるかも問題である。学説の中には、これらを、明確に分類して、検討したもの<sup>(10)</sup>、対象とする請求類型を明確には分類せずに検討しているものまで、様々であるため、それらの学説を混在させて検討することは、正確さに欠けるところが出てくる。そこで、この節での各説の検討に当たっては違法性の承継の問題が最もよく利用される四号訴訟に限定して検討していくこととする。<sup>(11)</sup>

二 学説の整理

先行行為にかかわる違法の主張がすべて許されるとするならば、このことは、住民訴訟の対象を財務会計上の行為に限定した意義を没却することとなる。また、後行行為にかかわる財務会計法規違反だけ違法事由として認める立場にたてば、その行政法規が財務会計上の法規違反でない限り、行政法規違反のムダ使いを住民訴訟では問えないことになるし、結果的に、法令上違法な公金支出が適法となることもあり得る。そこで、どのような場合に違法性の承継を認めるかが問題となるため、以下では、違法性の承継についての様々な学説をみていくこととする。

なお、非財務会計上の行為である先行行為の違法を事由にして後行行為の違法の主張を一切許さないとする見解は最近では見られない<sup>(10)</sup>と思われる。

(一) 違法性の承継を広く解する立場

この立場は、前章の住民訴訟の対象について、財務会計上の行為という概念は不要であるとする立場から出てきた説である。

この学説の特徴は、違法性の承継の概念を拡大することにより、財務会計上の行為の概念自体が拡大すると考え、それを更にすすめれば、そもそも財務会計上の行為なる概念さえ、必要がなくなると考えるのである。これら<sup>(11)</sup>の学説は、住民が住民訴訟に対して期待する変化、すなわち、「不正是正型訴訟」から「行政責任（追及）型訴訟」への変化に応じて、判例がこのような行政責任型訴訟について、総じてかなり積極的な姿勢を示してきたことと大いに関連している。この学説を例示すると以下のようなものである。

① 先行行為が無効であれば公金支出も原因を欠く行為として違法性を帯びる筋合いであって、住民訴訟は財務会計上の違法を是正するための訴訟といわれているが、非財務会計上の行為の違法も承継するのだから、この財務

会計上の違法とか、財務事項とかがどれだけの意味を持つか甚だ疑問となってくるし、住民訴訟は財務会計上の行為に関する場合のみ提起できるという説明は、必ずしも正当な表現であるとはいえないとする説である。

② 先行する行政的決定⇨非財務的判断と後行する公金支出とが密接不可分である公金支出を伴う場合の住民訴訟の対象性の判断において「財務会計上の行為」なる概念は無意味であるといつてよい。一定の違法な先行行為なし先行する判断と後行の支出行為が事実上直接的な関係に立つ場合には、地方公共団体の財産的損失を回復するための代位請求は可能と考えられる。不適格者を公務員に採用した場合の給与の支払いも違法な公金支出として争いうることになる<sup>(68)</sup>とする説である。

③ 原因となる行為が法令に違反しているような訴訟においては、たとえば、市長の分限処分の違法性を問うため住民訴訟の形式を用いたとしても、それを非財務会計上の行為に関する事例だとして排除することは適切ではないであろう。その意味では、財務会計上の行為・非財務会計上の行為という概念によって訴訟の成否を確定するものではなく、結局違法性の承継が認められるか否かの問題として検討すればよいように思われる<sup>(69)</sup>としている。そして、ここでいう「原因となる行為」とは、財務会計上の行為を招来する因果関係のある行為であればよいとする説である。

④ 判例の動向を整理して、地方公共団体の行財政上の行為はなんらかの形で財務会計上の行為に関連しているの<sup>(70)</sup>で先行する非財務会計上の行為の審査を承認する以上、住民訴訟の対象として「財務会計上の行為」を基準とする<sup>(71)</sup>ことはもはや意味を失っていると<sup>(72)</sup>する説である。前後の文脈から上記学説と同趣旨と思われる。

これらの学説は、先行行為と後行行為の違法性の承継を広く解する立場から、公金支出を伴う場合の住民訴訟の対象の判断において「財務会計上の行為」なる概念はおおむね無意味であるとの見解で一致しているようである。

これらの説はいずれも昭和五〇年代から昭和六〇年代にかけての説である。

①説は、その後、説明の仕方が変更されているようである。すなわち、法二四二条の二を民衆訴訟であり、しかも財務会計上の違法な行爲ないし違法な怠る事実を対象とした法制度という理解にたつ限り、先行行爲と後行行爲との一体的把握の主張は、極めて例外的場合にすぎり認めるのが、制度の趣旨にかなう。先行行爲が特定の行政目的の達成を意図し、後行行爲が公金の支出等財務会計上の行爲である場合、先行行爲の瑕疵が重大かつ明白で無効の場合、その違法性は後行行爲に承継され、その効力が否定される。しかし、先行行爲の瑕疵がいわゆる取消原因の場合、先行行爲の違法性は後行行爲に承継されないというように、先行行爲の瑕疵が重大かつ明白で無効な場合に違法性が承継されるとしている。そして、住民訴訟の対象を無制限に拡大するような、「財務会計上の行爲なる概念は無意味である」という立場には、すでに立っていないようにもみえる。さらに、その後においては、一般行政は、行政機関による裁量的判断を必要とする場合が多く、裁判判決になじまない範囲が少なくない。しかし財務会計上の行爲は、一般行政に較べれば、裁量の範囲も狭く、裁判になじみやすいし、納税者である住民などにとつても、地方公共団体の公金使用等は、関心も強いであろうところから特に取り上げられ、住民訴訟の対象とされたものと思われる。住民訴訟の性質ないし由来が、右のごとくであるならば、一般の損害賠償請求訴訟における公金の支出等の前に行われた処分等の違法性を承継するという一般論は、住民訴訟においてはそのまま適用できない。財務会計上の行爲とその前提となる行爲との関連性に着目し、密接不可分の関係にあるとみられるような場合は、後行の財務会計上の行爲に承継されるとみるべきであろうというように、先行行爲と後行行爲が「密接不可分の関係」にある場合に違法性が承継されるとしている。

(二) 一定の条件のもとで違法性の承継を認める立場

この立場は、住民訴訟の対象は財務会計上の行為のみであるとする立場から出てきた説である。その上で、一定の条件のもとで違法性の承継を認めようとするものである。この学説を例示すると以下のようである。

⑤ 一般的に先行行為の違法性を争わせることは地方公共団体の活動一般を司法審査に服せしめることとなり制度の趣旨にそぐわないとした上で、支出の原因となる行為が財務会計上の行為、行政処分、非財務会計上の行為の三つの場合に分けて検討し、財務会計上の行為の場合には、支出を違法とすることができる。行政処分の場合には、疑問がないわけではないが、先行行為と後行行為を一体と把握することは可能とする。非財務会計上の行為の場合には、その違法性が重大・明白である場合を除いて消極に解すべきとする説である。

⑥ この説は、財務会計上の行為の行為者の違法性審査を重視している。すなわち、四号訴訟において、先行行為の違法性が後行行為に承継されるか否かは、後行行為をなす権限を有する職員が、先行行為がたとえ違法であっても、その適法性を前提として行動すべき法的拘束を受けるのか、それともかかる拘束を受けず自己の独自の判断に基づいて行動できるか、つまり右職員が先行行為の「適法性審査の権限と義務」を有するか否か、にかかっているとして、先行行為が財務会計上の行為か非財務会計上の行為かを分け、その上で、それぞれについて、後行行為を行う者が先行行為を行う者と同じかどうかに分けて、検討していくとする説である。

⑦ 先行行為が財務会計上の行為である場合には承継を認めても問題ない。先行行為が非財務会計上の行為である場合にどのような条件のもとで違法性の承継が認められるかが問題としたうえで、次の二つのメルクマールを上げている。第一は、先行行為と後行財務会計上の行為との間に直接的関連・一体的関係があれば違法性の承継を認めるものである。第二は、先行行為が重大かつ明白な瑕疵を持つ場合に限り、違法性の承継を認めるものであ

る。第二のメルクマールはさらに二つのタイプに分類され、一つは先行行為が行政処分の場合に、公定力論あるいは行政行為の無効論を根拠に「重大かつ明白な瑕疵」を要求するものである（しかし、行政処分の公定力は抗告訴訟制度の反射的効果として当該処分の通用力を承認するに過ぎないものなので、処分の効力を否定するわけではない場合にまでこれを拡張するのは問題である）。もう一つは、違法性の承継を先行行為の適法性審査義務の角度から検討するものである。そして、少なくとも、四号訴訟においては、両者（第一と第二のメルクマール）の差異はほとんどないとする説である。

### (三) 学説の整理のまとめ

前章でみてきたような、住民訴訟の対象として財務会計上の行為という概念を認めるかどうかについては、「(一) 違法性の承継を広く解する立場（以下「(一)説」という。）」の説と「(二) 一定の条件のもとで違法性の承継を認める立場」の説は、決定的に異なる学説のようであるが、一定の要件のもとに違法性の承継を認めようとする点では一致しているように思われる。すなわち、(一)説の場合でも、例えば、変更後の①説は、先行行為の瑕疵が「重大かつ明白で無効」な場合、あるいは「密接不可分の関係」にある場合に限り、また、③説も「財務会計上の行為を招来する因果関係」のある場合に限り違法性の承継を認めるとしている点では、一定の要件のもとで、違法性の承継を認めているといえるであろう。そうなると問題は、どのような場合に違法性の承継を認めるのかという点である。したがって、次節では、判例はどのような場合に違法性の承継を認めているのかをみていくこととする。

なお、最近では、原因行為に違法事由があっても財務会計上の行為そのものを問題にすれば足りるため、違法性の承継という議論は現在ではほとんど意味を持たないといっても過言ではないとする意見もある。この点について

も次節以後で詳しく述べる。

注（第二章）

- (1) 磯野弥生「住民訴訟における判例の役割と問題点」公法研究四八号（昭和六一年）二〇〇頁は、先行行為の違法性を広く審査することが容認されることで、住民訴訟は地方公共団体の行財政の住民による統制の実質を確保し、そのことが住民の制度利用の増大に大きく寄与してきたと述べている。
- (2) 成田頼明「住民訴訟（納税者訴訟）」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座 第三卷 行政救済』（有斐閣、昭和四〇年）二〇四頁、原田尚彦「地方自治の法としくみ」（学陽書房 平成七年）二四〇頁、金子芳雄「住民訴訟の実体的検討」田中二郎先生古稀記念『公法の理論 中』（有斐閣、昭和五一年）一一六三頁、室井力「住民訴訟の現代的意義」『現代行政法の原理』（勁草書房、昭和四八年）一五三頁など。
- (3) 園部逸夫「住民訴訟の訴訟法上の問題点」ジュリスト九四一号（平成元年）三四頁は、訴訟法上、住民訴訟独特の理論を築かなければならない。最高裁判所は、住民訴訟については、かなり自由な理論構成をしており、従来の行政法理論への大きなインパクトとなるものを提示している。しかし、住民訴訟は、特殊な訴訟である。そこでの訴訟法的理論は住民訴訟の枠組みのなかで熟成されるものであり、その果実は住民訴訟の枠の中で味わうべきであろうというように住民訴訟の理論の特殊性を指摘している。
- (4) 関哲夫「住民訴訟論（新版）」（勁草書房、平成九年）六八頁、六九頁は、仮にこの拡大を無条件に認めると、最終段階の公金支出を対象行為にすることによって、実際上あらゆる一般行政上の活動の当否を住民訴訟の形式で争いうる結果となり、財務統制制度としての機能を逸脱すると指摘している。

- (5) 田中二郎『新版 行政法 上巻』（弘文堂、昭和四九年）三三〇頁。
- (6) 田中・前掲注(5)三二七頁。
- (7) 晴山一穂「行政行為」室井力編『新現代行政法入門（一）』（法律文化社、平成一三年）一七一頁。
- (8) 関・前掲注(4)八二頁は、この点に関して、四号訴訟において、先行行為の違法性が後行為に承継されるか否かは、後行為をなす権限を有する職員が、先行行為がたとえ違法であっても、その適法性を前提として行動すべき法的拘束を受けるのか、それともかかる拘束を受けず自己の判断に基づいて行動できるか―つまり右職員が先行行為の適法性審査の権限と義務を有するか否か―にかかっていると指摘している。
- (9) 関・前掲注(4)八二頁は、損害賠償請求であっても、国家賠償請求においては、行政機関としての公務員の外部の国民に対する不法行為責任が追及されるのであるから、そこで問題とされる行為の違法性とは、被害者たる国民における、いわば対外的意味における違法性である。それは、国又は地方公共団体の賠償責任追及の制度であるから、先行行為の違法性の後行為への承継の有無はいわゆる違法性承継理論に従って決せられる。四号訴訟においては当該行為をした職員個人の地方公共団体に対する不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償責任の有無が主題となっているのであるから、対象行為の違法性とは、当該職員の方公共団体に対する関係でのそれ、いわば内部関係における違法性を意味するとしている。
- (10) 園部逸夫は、前掲注(3)で述べたように、住民訴訟における違法性の承継については、かなり自由な理論構成をしており、従来の行政法理論とは異なるとして、住民訴訟の理論の特殊性を指摘している。
- (11) なお、二号訴訟（行政処分取消・無効確認請求）においては、その請求の対象の性質上行政法学上の行政行為の違法性の承継ということが問題になることもあるが、それは単に二号訴訟の性質からくるものである。
- (12) 関・前掲注(4)八〇頁は、先行行為の違法性承継に関しては、すべての請求類型を通じて同一の理論を適用することはできず、請求の類型別に論じなければならぬと述べ、各請求類型ごとに論じている。また、曾和俊文「住民訴訟の訴訟要件」園部



- 逸夫監修・編著『実務・自治体財務の焦点四 住民訴訟』（ぎょうせい、平成元年）六二頁以下、木佐茂男「住民訴訟の対象」民商法雑誌八二巻六号（昭和五五年）七八五頁以下なども、明確に分類して検討している。
- (13) 個々で紹介する学説は、明確には分類していないが、取り上げている判例から推察すると四号訴訟を題材にしていると思われるものもあるためこのようにする。
- (14) 寺田友子「判批」民商法雑誌一〇九巻四・五号（平成六年）八一五頁。
- (15) 川内蒞「住民訴訟の対象と違法性」修道一一巻一号（平成元年）一一〇頁。
- (16) 磯野・前掲注(1)一九七頁、二〇六頁の注(2)は、行政責任型訴訟を、四号訴訟が財務行政違法コントロールを目的とする訴訟のうちの一類型として定められていることから、その賠償請求が損害の補填に止まらず、行政の非違をただす目的をもつことに住民訴訟の賠償請求の特質をみいだしたものと説明している。また、昭和五〇年代に入り現在まで最高裁判所の判例も集積してきているので、行政責任型訴訟がどのように展開しうるかを検討することが重要であると指摘している。
- (17) 金子・前掲注(2)一一六三―一六四頁。
- (18) 木佐・前掲注(2)七九四頁、七九五頁。
- (19) 佐藤英善「住民訴訟の実務と理論」（学陽書房、昭和六一年）九九頁。
- (20) 佐藤英善「住民訴訟の要件」『行政法の争点（新版）』（平成二年）二二二頁。
- (21) 磯野・前掲注(1)二〇一頁。
- (22) 金子芳雄「住民訴訟覚え書き」田上稔治先生喜寿記念『公法の基本問題』（有斐閣、昭和五九年）三一九頁、三二〇頁。
- (23) 金子芳雄「判批」民商法雑誌九〇巻四号（昭和五九年）五八四頁は、裁判所が、国民の要請を全く顧みず、従来の態度を墨守しようとする超司法消極主義は否定されるべきであるとともに、右のごとく（法二四二条の二は、四号訴訟としての損害賠償請求、一号訴訟としての差止め請求のほかに、二号訴訟としての行政処分取消し、無効確認請求を認めている。したがって公

金の支出等とこれらの請求とを不用意にドッキングさせると、ほとんどすべての行政機関の行為が住民訴訟で争いうるということになりかねない。そしてこのような事態になると、行政事件訴訟法三条の抗告訴訟の本質が変わったことになる。司法権の範囲が拡大されるとすれば、やはり極めて行き過ぎとの批判をまぬがれないであろうと住民訴訟の対象を無制限に拡大するような、財務会計上の行為なる概念はもはや意味をなさないとというような考え方からは変更したようにもみえる。

- (24) 金子芳雄「違法の意味」園部逸夫編『新地方自治法講座五 住民訴訟・自治体争訟』（ぎょうせい、平成八年）九〇頁、九一頁。

- (25) 水野忠恒「住民訴訟」南博方編『条解行政事件訴訟法』（弘文堂、昭和六二年）二二二頁、二二三頁。

監査請求・住民訴訟に係る判例分析（五）（近藤）

(26)

場合分けを要約して表にすると以下のようである。

非財務会計上の行為	権限機関が異なる	① 後行行為者が上級監督機関	常に承継
		② 後行行為者が審査権	常に承継
		③ 先行行為者が上級監督機関	重大かつ明白な瑕疵が認められる場合のみ承継
		④ 独立的地位	重大かつ明白な瑕疵が認められる場合のみ承継
	権限機関が同一		常に承継
財務会計上の行為	権限機関が異なる	① 後行行為者が取消停止権	常に承継
		② 後行行為者が審査権	常に承継
		③ 先行行為者が指揮監督権	重大かつ明白な瑕疵が認められる場合のみ承継
	権限機関が同一		あえて違法性の承継を持ち出さなくてもよい（常に承継）

論 說

(27) 関・前掲注(4)八二頁。

(28) 曾和・前掲注(12)六二頁、六六頁。

(29) 伴義聖・大塚康男共著『実務住民訴訟』(ぎょうせい、平成九年)一〇八頁、一〇九頁。また、寺田・前掲注(14)八一五頁は、  
違法性の承継という概念は使わないとしている。