

# Case on claiming for remedy over against the person who was the mayor through taxpayer's suit

|       |   |
|-------|---|
| メタデータ | 言語: jpn<br>出版者:<br>公開日: 2017-10-03<br>キーワード (Ja):<br>キーワード (En):<br>作成者:<br>メールアドレス:<br>所属: |
| URL   | <a href="http://hdl.handle.net/2297/46917">http://hdl.handle.net/2297/46917</a>             |

## 4号住民訴訟に基づいてなされた 元市長に対する求償権行使の法的論点

—東京高判平成27年12月22日  
(平成26年(ネ)第5388号判例地方自治405号18頁)

長 内 祐 樹

### 【事実の概要】

国立市大学通り地区においてマンション建築を計画していたMが、当時国立市長であったYの本件建物計画漏えい及び反対運動組織化の連携行為等(第1行為)、YがMに地区計画や地区計画区域建築制限条例適合するよう働きかけた指示、指導(第2行為①)及び、上記地区計画等未施行時に本件マンション建築工事の着工阻止のためになされた、新指導要綱に基づく事前協議等の要請、紛争予防条例及び同施行規則の定める標識文言の併記をしないように要請し標識の撤去を求めたこと等の建築確認申請阻止行為(第二行為②)、平成12年12月22日の東京高裁決定<sup>1</sup>(以下、「平成12年東京高裁決定」と呼称する)に依拠した平成13年3月の国立市議会定例会において行った本件建物を違反建築物とみなす旨の公言(第3行為)、平成11年12月のテレビインタビューにおいてYが行ったMのマンション建築を阻止する旨の回答(第4行為①)、Yが平成12年12月に行った東京都多摩西部建築指導事務所長に対する本件建物に関する平成12年東京高裁決定を尊重した指導を求める旨の文書の送付(第4行為②)、平成13年7月にYが東京都知事に対して行った本件建物のうち高さが20mを超える部分についての電気、ガス及び水道の供給の承諾留保要請(第4行為③)、同年12月20日にYが建築指導事務所長に対し

1 東京高決平成12年12月22日判時1767号43頁。

て行った本件建物に係る検査済証の交付について抗議（第4行為④）など（以下、本件各行為と総称する）によって損害を被ったとして国家賠償法（以下「国賠法」と略称する）1条1項に基づいて提起した損害賠償請求訴訟において、国立市に損害賠償金合計2500万円余の賠償を命じる判決（「前々件国賠訴訟判決」と呼称する）<sup>2</sup>が確定したため、平成20年3月27日に、同市はこれをMに対して支払った（なお、その後Mは、同年4月7日に、国立市に対して、同市から支払いを受けた本件損害賠償金と同額の寄附を行っている。）。

その後、国立市の住民が、市が、Mに対して支払った損害賠償額等について、国賠法1条2項に基づいてYに求償しないことは地方自治法（以下「地自法」と略称する）242条1項の「怠る事実」に該当するとして、同法242条の2第1項4号に基づき、Yに対する求償請求を行うことを市長に対して求める住民訴訟（「前件住民訴訟」と呼称する）を提起した。

この前件住民訴訟の第1審<sup>3</sup>では、平成22年12月22日に、国立市長に対し、Yに対して求償金3123万円余及びこれに対する遅延損害金の支払を請求するよう命じる旨の判決の言渡しがあった（Yも国立市長に補助参加）。

国立市長は、これを不服として控訴したが、平成23年5月30日に、新たに選出された現在の国立市長がこの控訴を取り下げたため、前件住民訴訟判決が確定した。

本件は、同年12月21日、国立市が、地自法242条の3第2項に基づき、Yに対して、前件住民訴訟判決で認められた求償金3123万円余及び及びこれに対する遅延損害金の支払いを求めて提起した、いわゆる“第二段階の訴訟”である。

ところで、本件が第1審係属中であった平成25年12月19日、国立市議会は、地自法96条1項10号に基づき、Yに対する本件求償権を放棄する旨の議決（以下「本件放棄議決」という）を可決した。

---

2 東京高判平成17年12月19日判時1927号27頁。

3 東京地判平成22年12月22日判時2104号19頁。

本件第1審では、手続き上の争点として、Yが国立市長に補助参加していた前件住民訴訟の本件訴訟におけるYに対する参加的効力の有無が、また、求償権行使に係る実体的な争点としては、本件各行為の国賠違法の成否及びYの故意・重過失の有無等と並んで、国立市議会による本件放棄議決がなされているにもかかわらず、国立市（長）が本件求償権を行使することの権限濫用ないし信義則違反該当性が争点となった。

平成26年9月25日の本件第1審判決<sup>4</sup>は、まず、「本件訴訟においては、前件住民訴訟判決の効力が補助参加人であったYに及ばない」として、前件住民訴訟判決の参加的効力を否定し、そのうえで、国立市のYに対する求償請求の可否について、「国立市長が、地方自治法176条に基づいて本件放棄議決を再議に付する手続をとっていないにもかかわらず、Yに対する本件求償権の放棄の意思表示をしないことは、普通地方公共団体の長としての権限を濫用するものといわざるを得ず、…原告国立市がYに対して本件求償権を行使することは、信義則に反するものとして許されないというべきである」として国立市の請求を全部棄却したため、国立市側が控訴した。

なお、控訴審係属中に実施された国立市議会選挙で、現市長を支持する議員が多数派を構成することとなった国立市議会は、平成27年5月19日、国立市長に対して、本件求償権の行使を求める旨の決議（以下、「本件行使決議」と呼称する）を行っている。また現市長は、就任から今日に至るまで、本件放棄議決に関して、議会への付再議権（地自法176条1項、4項）を行使していない。

**【判旨】** 控訴審判決は、以下のように判示し、原判決を取り消し、Yに対し国立市への求償金3123万円余及び遅延損害金の支払いを命じた。

## 1 前件住民訴訟のYに対する参加的効力の有無について

まず、前件住民訴訟判決のYに対する参加的効力の有無に関しては、第1

4 東京地判平成26年9月25日判例地方自治399号19頁。

審と同様に「Yとしては、前件住民訴訟判決について、控訴審判決を受け、さらに上告審で争う機会を国立市長の…控訴取下げによって奪われ、Yとしてこれを防止する法律上の手段がなかったわけであるから、国立市長の上記控訴取下げは、民事訴訟法46条3号の『被参加人が補助参加人の訴訟行為を妨げたとき。』に該当するものというべきであり、本件訴訟においては、前件住民訴訟判決の効力が補助参加人であったYに及ばない」とする。

## 2 本件求償権の消滅、求償権行使の権限濫用・信義則違反該当性について

「自治体の債権の放棄は、条例による場合を除き、その議会が債権の放棄の議決をただけでは放棄の効力は生じないのであって、その効力が生ずるためには、その長による執行行為としての放棄の意思表示を要するものと解すべきである」以上、「本件放棄議決によって、直ちに本件求償権は消滅せず、国立市長による執行行為としての本件求償権の放棄の意思表示がされるまでは、本件求償権は消滅しない」との前提の下、「本件行使議決がされる前においては、国立市長としては、本件放棄議決に異議があったのであれば、地方自治法176条1項に基づき、議決の日から10日以内に理由を示してこれを再議に付することができたし、また、本件放棄議決が議会の権限を超え又は法令等に違反すると認めたのであれば、同条4項に基づき、理由を示してこれを再議に付し、仮にそれによる議会の議決がなおその権限を超え又は法令等に違反すると認めたときには、同条5項に基づき、東京都知事に対して審査を申し立てることができたのにもかかわらず、このような再議に付することなく、本件放棄議決に従わずに本件求償権を行使することは権限の濫用に該当する余地があった」が、「本件行使議決は、本件放棄議決に反対の意思を表明するとともに、国立市長に対して本件求償権の行使を求めるというものであり、これが最新の市議会議員選挙によって選出された市議会議員による議決である。国立市長としては、現在の民意を反映していると考えられる最新の市議会の議決に従うべきであるから、このことを踏まえると、本件求償権を行使することが権限の濫

用に当たり又は信義則に反するものということとはできない。」とし、さらに「本件行使議決は、地方自治法96条1項10号にいう『権利を放棄すること』には形式的には該当しないが、権利の放棄が、議会の議決事項であるとすれば、当該議決を覆して権利を行使することを求めることも、当然に議会の議決事項に含まれると解すべきであるから、本件行使議決は単なる政治的意思の表明にとどまらず、前にされた本件放棄議決の効力を否定する効果があるものと解すべきであり、少なくとも、本件行使議決があったことによって、…国立市長が、本件放棄議決に従わないとしても、権限の濫用又は信義則違反にならないとの効果を有する」と判示した。

### 3 本件各行為の国賠違法の成否について

#### 3-1 基本的な観点

本件控訴審は、本件各行為の違法性についての基本的な観点として、「地方公共団体の長の役割に鑑み、地方公共団体の長は、地域の行政を遂行するに当たり、公平性及び中立性を保つ必要があることは当然のことと解される。もっとも、一般職の公務員と異なり、地方公共団体の長は選挙によって選ばれ（同法17条）、公職選挙法による制限はあるものの、政治活動の自由がある（…）…から、職務上の法的義務として要求される公正性・中立性も、一般職の公務員と異なる面があることは否定することができない。また、個人の営業の自由は保障されているが（憲法22条1項）、個人の経済活動につき、絶対かつ無制限の自由を保障する趣旨ではなく、公共の福祉の要請に基づき、その自由に制限が加えられることがある（憲法29条2項）。そうすると、地方公共団体の長が、景観利益を重視する立場から、土地上の建築について規制をし、これによって土地を利用する個人の営業活動が制限されたとしても、その規制目的が公共の福祉に合致するものであり、規制手段が規制目的に照らして均衡のとれたものであり、法的に適正な手続に従って行われる限り、営業の自由を侵害したというだけで国家賠償法上違法とされるいわれはない。」…「本件におい

て、Yが、大学通りの景観利益を重視する立場から、都市計画法及び条例に基づき、本件土地を含む地域について建築物の高さを制限する建築規制を行おうとしたこと自体は、それが「住民の福祉の増進」に沿うという一つの政策判断の下にされたものであり、…そうした建築規制については一定の合理性を肯定することができる。しかし、地域の基本的な行政機関であるという地方公共団体の役割に照らし、当該行政目的の遂行によって制限される他の法益との調和を図る義務があるものと解され、法令に従い適正な手段によって行うことが要請される。本件においては、条例の制定等による法的な規制手段にとどまらず、住民集会や議会での発言等、事実上の圧力となるような手段を用いた点において、社会的相当性を逸脱し、当該私人の営業活動を違法に妨害したのとして、職務上の法的義務に違反したといえることができるかどうかの問題になる。」

### 3-2 本件各行為の国賠違法

本件控訴審判決は、第2行為に関しては、職務上の義務違反とはならない(第2行為①について)、あるいはMの営業損害または信用棄損による損害に直接寄与したとは言えない(第2行為②について)として違法性を否定した。

他方で、まず、第1行為に関して、「市長として知り得た内部的な情報を住民に提供して、マンション建設に反対する住民運動が起こることを企図したというものであるが、この行為は、行政の公平性に反するものである上、市長の本来の職務を逸脱したものであって、手段としての社会的相当性を欠くものであり、これによってMの営業活動を侵害したとすれば、これをもって市長の職務上の義務に反するものである」として、違法を認定した。

また、第3行為に関しては、「市議会における答弁を聞いた一般市民において、Mのマンション建設が違法であるとする司法判断がされていることを注釈なしに引用して、これが違法な建築物であるとの印象を与えることを意図して答弁したものと認めるのが相当である。市長という地域行政の代表者が市議

会における答弁という公的な場で発言したという意味も大きく、このような答弁が報道されて、これをMの顧客らが知ったことによってMの営業損害及び信用毀損が生じたことも認められる」…「明らかに社会的相当性を欠く行為であり」、Yは職務上の義務に違反したとする。

さらに第4行為①に関しても、「インタビューにおける発言は、抽象的な将来における可能性を示唆するものではあるが、下水道をつながない可能性があることを示唆するものであり、本件建物を購入しようとする顧客らに対する影響が大きいものであって、…給水留保要請行為などと包括して不法行為を構成する」、その余の第4行為に関しては「(第4行為②の行為については)平成12年の東京高裁決定のうち本件建物の工事が本件条例に違反するものとした判断部分は、建築禁止仮処分の申立てを却下すべきであるとした保全訴訟における下級審の決定の理由中の判断にすぎないから、これに基づき、建築指導事務所長に対して指導を求めたことは不当であり、これも第4行為③の給水留保要請行為などと包括して不法行為を構成するというべきである。第4行為③の給水留保要請行為は、別件行政訴訟の結論が出るまでという留保付きではあるが、法律上給水拒否などの行為が許されるものではなく、電気、ガス及び水道などのライフラインの供給がなくなる可能性を示唆することによって、この報道を耳にしたMの顧客に対する影響は大きく、明らかにMの営業を妨害するものとして不法行為を構成すると認められる。第4行為④の本件建物に係る検査済証の交付についても、建築基準法上適正な行為に対して、住民らとともに圧力をかける行為であり、このことが報道されることは当然に当時の状況から予想できたものであり、このことを報道によって知ったMの顧客が違法建築であるとの印象を受ける可能性が高いものであって、明らかにMの営業を妨害するものとして不法行為を構成すると認められる。」とした。

そのうえで本件控訴審判決は、「第1行為、第3行為及び第4行為によって、Mの顧客がマンション購入に消極的になるなどの影響を与えたものと認められ、これによってMの信用が毀損されたことも認められる。Yは、大学

通りの景観利益保護という公的な利益に基づいて上記の行為に及んだものと認められるが、M が行政指導に従わないことが確認された段階で、地区計画等の策定等の法的な規制を及ぼす手順のみをしていれば、国家賠償法上の違法といわれることはなかったものと考えられる。…これらの行為は、既に述べたとおり社会的相当性を逸脱するものであり、景観利益保護という目的の公益性があったとしても、それによって手段の違法性を阻却するものではない。…Y が M の受ける損害に対してあまり考慮した形跡がうかがわれぬ。そうすると、第 1 行為、第 3 行為及び第 4 行為は、個々のみでも不法行為となるものであるが、全体的に見て一連の不法行為を構成するものと認めることができる。」とまとめる。

#### 4 本件各行為に関する Y の故意・重過失の有無について

本件控訴審判決は、「Y の M の損害に対する認識については、…明らかに M のマンション建設を阻止又は遅らせることを企図して前記不法行為（第 1 行為、第 3 行為及び第 4 行為）を行っており、M に…損害が生じることは当然予見していたと認められ、少なくとも容易に認識できたと認められる。そこで、違法性を基礎付ける事実を認識し又は容易に認識し得たかどうかについて検討する。」としたうえで、まず、第 1 行為に関して「マンション建設に反対する運動を企図したことは Y も当然に認識したはずであり、当時 Y に違法性の認識がなかったとしても、この行為が市長の職務を逸脱したものであり、手段としての社会的相当性を欠く違法な行為であることは容易に認識することができたといえることができるから、少なくとも重過失があったものと認められる。」とする。

次に、第 3 行為に関しても、「違法性の認識については、下級審の保全事件の決定の理由中の判断を引用して、M のマンション建設が違法であるとする司法判断がされているなどと、注釈なしに発言して、市議会における答弁を聞いた一般市民において、本件建物が違法な建築物であるとの印象を与えること

を意図して答弁をしたものと認めるのが相当であるから、Yにおいて、第3行為が、明らかに社会的相当性を欠く違法な行為であることは容易に認識することができたというべきであるから、少なくとも重過失があったものと認められる。」とする。

さらに、第4行為①及び③については、Yは、Mの建物を買おうとする顧客らをして、本件建物に上下水道を供給しないなどの対応がされる不安を与えることは容易に認識することができ、これによってMに損害を与えることも容易に認識することができたはずであり、また、正当な理由なく上下水道の供給をしないことが違法であることは明らかであるから、そのような不安を与える行為の違法性についても容易に認識することができたものと認められる。第4行為の②及び④については、建築指導事務所長に対し、建築基準法上適正な行為に対して、住民らとともに圧力をかける行為であって、その違法性については容易に認識することができたはずであり、かつ、そのことが報道され、これによってMの顧客が違法建築であるとの印象を受けることは容易に認識することができたものと認められる。そうすると、被控訴人において、第4行為が違法であるとの認識がなかったとしても、容易に違法性を認識することができたはずであるから、少なくとも重過失があったものと認められる。」と判示した。

## 【検討】

### 1 本件の争点

本件では、手続的争点として、前件住民訴訟が、控訴審段階で現市長によってYの意向を確認することなく訴えを取り下げられている場合であっても、なお前件住民訴訟において国立市長に補助参加していた（地自法242条の2第7項、民事訴訟法42条）Yに対して、前件住民訴訟の参加的効力が肯定され本件においてYが再度自身の行為の適法性や無過失等を主張することが認められないのかが争点となった（民事訴訟法46条）。

実体的論点としては、国立市議会による「本件放棄議決」（地自法 96 条 1 項 10 号）がなされているにもかかわらず、市長が本件求償権を行使することの権限濫用ないし信義則違反の該当性が争点となり、この点に関連して、「本件行使決議」によって「本件放棄議決」が覆滅され権利行使こそが最新の団体意思であるといえるか、国立市長が「本件放棄議決」に関して地自法上の付再議権（地自法 176 条 1 項、4 項）を行使しないまま本件求償請求訴訟の追行をすることが Y との関係で信義則違反に当たらないのかといった点が問題となった。

また、本件控訴審判決では、市長の本件求償請求訴訟の追行を適法なものとして判断したため、Y が当時公選市長という特別職の公務員であり、その責務ないし義務が一般職の公務員と同様には解しえないこと、Y の本件各行為が公選市長による政策実現行為であることなどの事情が、内部的な求償関係における Y の償還義務の有無ないし範囲の確定にどのような影響を与えるのかという点も一つの重要な論点であった。

## 2 前件住民訴訟判決の Y に対する参加的効力の有無について

平成 14 年の地自法改正で規定された同法 243 条 4 項は、4 号住民訴訟では、請求の名宛人に対して訴訟告知がなされることから（同法 242 条の 2 第 7 項）、当該訴訟の裁判は、二段階目の訴訟の原告である自治体、被告である職員・相手方との間にも参加的効力が及ぶ旨を規定している。したがって、前件住民訴訟で訴訟告知を受け国立市長に補助参加した（民事訴訟法 42 条）<sup>5</sup> Y が、本件において再度自身の行為の適法性や無過失等を主張することは原則として認められないと考えられる<sup>6</sup>。

他方で、本件の場合、現市長が、控訴審段階において Y の意向を確認しな

5 住民訴訟後の第二段階の訴訟は民事訴訟であると解されている（たとえば、松本英昭『新版 逐条地方自治法〔第 8 次改訂版〕』（学陽書房、2015 年）1038 頁。）。

6 佐藤英善「住民訴訟の請求」園部逸夫編『最新地方自治法講座 4 住民訴訟』（ぎょうせい、2002 年）267 頁。

いまま訴えを取り下げており、このような場合にもなお前件住民訴訟の参加的効力がYに及ぶか否かが争点となった<sup>7</sup>。

この点、本件控訴審判決（及び本件第1審判決）は、Yが前件住民訴訟において独自の主張立証を行っていないのは、Yが前市長の訴訟活動を「実質的に自らの訴訟行為に代わるものとしていた」ためであると解されるところ、Yの意向確認をしないままになされた前件住民訴訟控訴審における現国立市長による控訴の取下げは、Yの控訴審判決を受ける利益、及び上告及び上告受理申立を行う機会を奪う行為であり、民事訴訟法46条3号の「被参加人が補助参加人の訴訟行為を妨げたとき」に該当するとして、本件訴訟において、Yには前件住民訴訟の参加人的効力が及ばないとしているが、これは妥当な判断であると考える。

### 3 本件求償権の行使と本件放棄議決の関係

#### 3-1 国立市議会による本件放棄議決の有効性について

国立市は、本件において、議員には権利放棄に係る議案提出権がない、本件放棄議決は住民訴訟制度を否定するものであり議会の裁量権の逸脱濫用にあたるなどとして本件放棄議決が無効である旨を主張した。

議員の権利放棄に係る議案提出権の有無に関しては、確かにそのような見解もある<sup>8</sup>。しかし、地自法は、提出権が長に専属することが明らかな予算について議員の予算案提出権を否定する一方で（地自法149条2号、211条1項、97条2項ただし書き等）、同法96条1項10号の権利放棄についての議員の議案提出権を否定する旨の規定は設けていない。また議員提出による権利放棄議決の有効性が問題となった旧氏家町浄水場住民訴訟において、最高裁<sup>9</sup>は特に

7 4号住民訴訟の参加的効力に例外の余地がありうることを暗示する文献としては、石津廣司「住民訴訟の訴訟手続」園部逸夫編『最新地方自治法講座4住民訴訟』（ぎょうせい、2002年）303頁～304頁、松本英昭・前掲注（5）1032頁、1038頁など参照。

8 久世公堯＝浜田一成『新地方自治講座2 議会』（第一法規、1973年）117頁。

9 最判平成24年4月23日裁時1554号9頁。

この点を問題とすることなく権利放棄議決の有効性を実体的側面から判断していることから、判例上も地自法 96 条 1 項 10 号に基づく権利放棄議決に関する議員の議案提出権は否定されていないと考えられる。

そこで国立市議会の本件放棄議決が、議会の議決権の濫用に当たるか否かについての検討に移る。周知のように、自治体の議会による 4 号住民訴訟に係る権利放棄議決（地自法 96 条 1 項 10 号）の有効性をめぐっては、平成 24 年 4 月に出された三つの最高裁判決（大東市債権放棄議決事件最高裁判決<sup>10</sup>、神戸市外郭団体派遣職員人件費違法支出事件最高裁判決<sup>11</sup>、旧氏家町浄水場住民訴訟最高裁判決）において、以下のように原則有効とする判断枠組みが提示されている。すなわち、自治体の権利放棄の「適否の実体的判断については、…議決機関である議会の裁量権に基本的に委ねられて（おり）」、「当該請求権の発生原因である財務会計行為等の性質、内容、原因、経緯及び影響、当該議決の趣旨及び経緯、当該請求権の放棄又は行使の影響、住民訴訟の係属の有無及び経緯、事後の状況その他の諸般の事情を総合考慮して、これを放棄することが普通地方公共団体の民主的かつ実効的な行政運営の確保を旨とする同法の趣旨等に照らして不合理であって上記の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると認められるときは、その議決は違法となり、当該放棄は無効となるものと解するのが相当である。そして、当該公金の支出等の財務会計行為等の性質、内容等については、その違法事由の性格や当該職員又は当該支出等を受けた者の帰責性等が考慮の対象とされるべきものと解される。」（上記神戸市外郭団体派遣職員人件費違法支出事件最高裁判決より抜粋）と<sup>12</sup>。

10 最判平成 24 年 4 月 20 日裁時 1554 号 1 頁。

11 最判平成 24 年 4 月 20 日裁時 1554 号 4 頁。

12 なお、本件のように住民訴訟で請求認容判決が確定した後でも、権利放棄や和解が許容されるかは見解の分かれるところであるが（村上博＝白藤博行＝人見剛編『新基本法コンメンタール地方自治法』（日本評論社、2011 年）349 頁）、本判決が提示する判断定式の射程は、住民訴訟の係属の有無や権利放棄行為の形式を問わず、広く自治体の権利放棄に関する議会の実体的判断全般に適用可能なものであると考えられることから、国立市議会による本件放棄議決についても、この三つの判例の判断枠組みに基

そこで本件放棄議決について、まず、本件求償権の発生原因たるYの本件各行為の性質等を見るに、確かに前々件国賠訴訟判決、前件住民訴訟第1審判決においてYの本件各行為の違法性が認定されてはいるものの、他方で、本件第1審判決が判示するようにその違法性の程度は必ずしも高いものとは言えず（この点は後述する）、また、Yの行為は大学通り地域の景観保持という国立市の方針に基づくものであり、さらにY自身がMに対する加害行為において自身の私益を追及していたという事情もうかがえない。

次に、求償権の放棄・行使の影響について見るに、本件の場合Mからの国立市への賠償金相当額の寄附によって、本件損害賠償金の支出による同市の財政上の損失は事実上解消されたものと見ることもできる。他方でYの本件各行為は、大学通りの景観保持という、市長としての政治的・政策的理念に基づいた政策実現行為であるといえるところ、当該行為が対外的賠償責任を生ぜしめた場合に、内部的な求償権の放棄が全くありえないとすれば、長期的に見て、その個人責任の過重さから、自身の政治的理念に基づいて施策を遂行すべき公選職たる自治体の長の職務遂行に萎縮的な影響を及ぼすおそれもある。

さらに本件放棄議決の目的は、平成24年最判のいう「主として住民訴訟制度…の機能を否定する目的でされたなど、住民訴訟制度の趣旨を没却する濫用的なもの」とも言えない。

以上のように、平成24年最判の判断枠組みに照らせば、国立市議会による本件放棄議決は、裁量権の逸脱濫用に当たるものとまではいえず、有効なものと評価されるべきであろう。

この点に関しては、本件控訴審判決も本件放棄議決が有効であることを前提に、本件放棄議決の本件行使決議による覆滅の可否について検討しているものと推測できる。

---

づいてその適否を判断することは可能であると解される。

### 3-2 国立市議会による求償権行使「決議」の法的性質・効果について

国立市の Y に対する求償権の放棄が成立するためには、市議会の権利放棄議決に加えて国立市長による求償権放棄の意思表示が必要であるが（大東市債権放棄議決事件に係る平成 24 年最判）、本件の場合、市長は、本件放棄議決はその後の本件行使決議によって覆滅されており、求償権の行使こそが最新の議会意思（＝団体意思）であるとして、求償権放棄の意思表示を行わず、むしろ逆に本件求償請求訴訟を進行している。

この点、本件控訴審判決は、既に見たとおり、「本件行使議決（筆者注：以下では本件行使“決議”と言い換える）は、…単なる政治的意思の表明にとどまらず、前にされた本件放棄議決の効力を否定する効果がある」として本件放棄議決は本件行使決議によって覆滅されていると解しているが、こうした理解は果たして妥当であろうか。

まず、本件控訴審判決は本件行使決議を「本件行使議決」としているが、「決議」という行為は、地自治法に根拠を有する自治体の議会の「議決」と同義ではない。「決議」とは、議会が行う事実上の意思形成行為として把握するのが一般的であろう。実際、いくつかの地方議会のホームページを瞥見しても、「決議」という語は、概ね、議会が政治的效果を狙って行う、法的効果を伴わない事実上の意思決定を指すものとして用いられている<sup>13</sup>。国立市の用例を見

13 議会の「決議」に関しては学説上も、「ときとして、地方公共団体の議会が国政に係る問題（核兵器、消費税）について決議をすることがあるが、これは政治的效果はともかく、法的には特段の意味をもつものではない」と評価するのが一般的であると考え（たとえば、塩野宏『行政法Ⅲ〔第4版〕』（有斐閣、2012年）198頁参照。）。もっとも、これだけでは議会が自治体の事務について決議した場合、その決議に法的効果があるのかないのかは必ずしも明らかではない。しかし、上述のような地方議会の決議の用例を踏まえると、日本においては、地方議会による決議は議決と異なり、法的効果を有さない事実上の行為であると評価できよう。なお、自治体が被告となる抗告訴訟について、自治体が控訴や上告等をする場合には議会の議決は不要である旨を判示する判例（産廃処分場に対する知事の措置命令についての1号義務付け訴訟に係る最決平成23年7月27日〔判例地方自治359号70頁〕）は、議会がこの場合の控訴や上告等の取り下げの「決議」をしたとしても、控訴等の効力は左右されない旨

ることはできなかったが、同市議会の2015年5月19日の議事録を見ると、本件行使決議の法的拘束力に関する否定的な見解に立つ議員の発言もあることから<sup>14</sup>、国立市の場合も、「決議」とは議会が行う事実上の意思形成行為であり、議決とは異なり法的効果を有さないものであると認識されていたといえる。

したがって、国立市議会による本件行使「決議」は事実行為であり、法的効果を伴う本件放棄議決を覆滅するような効果を有しているとは言えないと解され、この点に関する本件控訴審判決の判断には首肯できない。

なお、仮に国立市議会において議会の運営上、「議決」と「決議」が截然と区別されていなかったとしても、控訴審判決のいうように、「権利の放棄が、議会の議決事項であるとすれば、当該議決を覆して権利を行使することを求めることも、当然に議会の議決事項に含まれる」といえるのかはなお検討の余地がある。

議会の議決事件を規定する地自法96条1項1号～15号までの議決事件の列挙は、一般的に制限列举主義の原則を採用したものと解されており<sup>15</sup><sup>16</sup>、それは地方行政の「能率的運営を図り処務の敏活を期する為に…は、議決事項も…重大事項に限り、制限列举主義を採用し、軽易な事件は…長限りにて責任を以て処理する」<sup>17</sup>べきとの判断からであるとされる。

---

を述べる。但し、その理由は、こうした控訴等がそもそも議決事件の範囲外である以上、決議のみならず議決も含めて法的効果が生じないからなのか、それとも決議が事実行為であり、控訴等を否定する法的効果を持ちえないからなのかは判然としない。

14 国立市議会 平成27年第1回臨時会（2015年5月19日）における14番【石井伸之議員の発言】参照。

15 松本英昭・前掲注（5）360頁、成田＝園部＝金子＝塩野＝磯部＝小早川編『注釈 地方自治法〔全訂〕1』（第一法規、加除式）1506頁、村上博＝白藤博行＝人見剛編・前掲注（12）120頁ほか。

16 なお、同法96条2項は、法定受託事務に係るもので議会の議決事件としては適当でないものとして政令で定められたものを除いて、議会が条例で議決事件を任意に追加できる旨を規定しているが、国立市議会は求償権行使を議決事件として追加する条例を制定しておらず、求償権行使に係る本件行使決議が議会による議決か否かは、それが96条1項10号の議決とみなすことができるか否かという点に帰結する。

17 自治総研『逐条研究 地方自治法Ⅱ』（敬文堂、2005年）198頁～199頁。

したがって、議会の議決事件の解釈による拡大は、長ら執行機関の事務処理についての自律的処理の原則（地自法 138 条の 2）との関係から慎重であることが求められていると考えられる。この点、地自法 96 条 1 項 10 号が、権利放棄を議会の議決事件としたのは、それが自治体の財産を減少させる行為であることから、議会の判断を介在させることによって、慎重な対応を期待したものであるといえよう。他方で、地自法 149 条は、自治体財産の管理権限が基本的に長にある旨を規定している（同条 6 号。なお、ここでいう「財産」とは、およそ財産権ないし財産的価値を有するものはすべて含まれるものと解されている<sup>18</sup>）。つまり、自治体財産の管理権限は、議会の議決事件の対象となる権利放棄を含め、第一次的には長にあると解され、ただ、自治体財産の減少を意味する権利放棄の場合には、特に長の財産管理権限の適正性を担保する必要があることから、例外的に議会の議決を要する旨を規定したと解するのが妥当であろう。

そしてこうした解釈に立った場合、自治体の財産の減少を意味せず、また地自法 96 条 1 項 10 号に明示されていない権利の行使のごとき事項まで、解釈によって同号の議決事件に組み込むと、自治体財産に関する長の第一次的管理権限が阻害されることとなる。

また、権利行使を地自法 96 条 1 項 10 号の議決事件に含め、同号に基づく権利行使議決に権利放棄議決の覆滅的効果を認めた場合、その後の再放棄議決及び再行使決議の連続可能性を否定できなくなるが、それは相手方第三者の地位の長期に渡る不安定化を招くとともに、財務会計行為の適否の判断について裁判所の判断を介させ、法的拘束力を有する監視・統制を行うという住民訴訟の制度的意義<sup>19</sup>をも失わせることとなる。

18 松本英昭・前掲注 (5) 952 頁、成田=園部=金子=塩野=磯部=小早川編『注釈 地方自治法〔全訂〕2』（第一法規、加除式）4904 頁、村上博=白藤博行=人見剛編・前掲注 (12) 177 頁。

19 成田頼明「住民訴訟（納税者訴訟）」『行政法講座 3』（有斐閣、1965 年）202 頁～205 頁。その他、遠藤文夫「住民訴訟の役割」ジュリスト 941 号（1989 年）25 頁、佐藤

権利放棄議決を原則有効とする平成24年の三つの最判の判断を前提としても、自治体の財務会計行為に対する司法による監視・統制という住民訴訟の趣旨に照らせば、4号住民訴訟に起因する自治体の請求権に関する議決は、こうした住民訴訟制度の趣旨に反する重大な例外であり、許容されるのは最初の一度限りとするべきであろう。

以上のように、地自法96条1項10号に基づく議会の議決事件を解釈によって拡大させることは認めがたく<sup>20</sup>、それゆえ本件行使決議を議決と見たとしても、それは地自法96条1項10号の議決事件以外の事項についての議決であり、権限超過として無効と解すべきであろう<sup>21</sup>。

なお、一旦なされた権利放棄議決について、後の議会が地自法96条2項に基づいて、権利行使（あるいは再放棄も）を条例によって議決事件へ追加し、そのうえで議決をする場合はどうであろうか。

上記のような解釈を採ると、一旦なされた権利放棄議決が、後の議会を拘束するかのようにも見えること、他方で、96条2項の場合には、条例制定の段階でも、権利行使や再放棄の議決事件としての内容の妥当性が審議されることになるため、議会の判断の慎重さが担保できることから、96条2項に基づく

---

英善「住民訴訟の裁判例に見る問題点」ジュリスト941号（1989年）35頁、及び最判昭和53年3月30日判時884号22頁など参照。

20 地自法96条1項各号の議決事件の範囲について解釈の余地が全くないわけではない。例えば、同条第5号の「政令で定める基準に従い条例で定める契約締結」について議会の議決を要する旨の規定については、議会の議決を経て締結された契約の変更契約を行う場合、その変更が当初の趣旨に反せず著しいものでなくとも議会の議決を要とする行政実例がある（行実昭26・11・15地自行発391号）。しかし、このように解されるゆえんは、変更契約も契約であるところ、契約変更に関して議会の再度の議決を不要と解した場合、一旦議決された契約については爾後長ら執行機関による契約金額の無制限の増額が可能となるなど、「変更契約をするについては議会の議決を要しないとすると濫用される危険」（神戸地判昭和43年2月29日行集19巻1・2号354頁）があるからであり、仮にこうしたことを認めると、地自法96条1項5号の、重要な契約について議会のチェックを介在させることでその契約の適正な遂行を図ろうとする趣旨が没却されるからであると考えられる。

21 成田＝園部＝金子＝塩野＝磯部＝小早川編・前掲注（15）1506頁。

権利行使、再放棄等の議決は否定されないと考えることもできる。

しかし、この 96 条 2 項に基づく権利行使・再放棄等の議決の可否に関しては、条例制定過程での権利行使（・再放棄）議決の妥当性に関する審理は、一般的・抽象的なものにとどまり、必ずしも個々の事案における行使（・再放棄）議決の妥当性を担保しうるものではない。また、仮にこれを認める場合には、相手方第三者の地位、自治体の財務会計行為に対する司法の監視・統制という住民訴訟の趣旨に対する議決の影響といった点についての慎重な検討が行われることが不可欠であり、そのための要考慮事項の設定、手続き等をどのように設定すべきかについては、さらなる検討を要する課題である。

### 3-3 本件における国立市長の付再議権の不行使について

国立市議会による本件放棄議決が依然として有効であるとする、本件行使決議後もこの議決が依然として同市の団体意思であるといえるが、他方で、地自法 138 条の 2 は、長ら執行機関が「自らの判断と責任において」自治体の事務を誠実に管理執行すると規定している（自律的处理の原則）<sup>22</sup>。それゆえ、議会の議決があったとしても、当該議決が当然に長の事務の管理執行を完全に羈束するわけではなく、長は当該議決について配慮しつつも、あくまで自らの意思に基づいて事務を管理執行すべきであると解されることから<sup>23</sup>、本件のように、議会の議決権限と長の事務執行に係る自律的处理の原則とが対立することもある。

そのため、地自法は、176 条において両者の整合性を図る仕組みとして長の付再議制度を設けている。すなわち、議会の議決に対して異議がある場合、長は議決の日から 10 日以内であれば、理由を付して再議に付することができ（地自法 176 条 1 項）、また、議決が議会の権限を逸脱濫用した違法なものであ

22 成田＝園部＝金子＝塩野＝磯部＝小早川編・前掲注（18）2513 頁。

23 松本英昭・前掲注（5）493 頁、成田＝園部＝金子＝塩野＝磯部＝小早川編・前掲注（18）2513 頁、村上博＝白藤博行＝人見剛編・前掲注（12）168 頁～169 頁。

ると認めた場合には、理由を示してこれを再議に付すべきものとされている（地自法 176 条 4 項。この 176 条 1 項に基づく長の権限は一般に「一般的拒否権」と、また同条 4 項のそれは「特別的拒否権」と呼称されている<sup>24 25</sup>）。

本件において国立市は、本件放棄議決について権限濫用または違法である旨を主張しているが、そうであるならば市長は特別的拒否権を行使すべきであったといえる。それにもかかわらず、市長が地自法 176 条上のこうした付再議権を行使しない以上、市長による本件放棄議決に沿った権利放棄の意思表示を期待する債務者たる Y との関係で、市長の本件求償請求訴訟の追行が権限濫用ないし信義則違反に該当するとの判断がなされる可能性が高い。この点については本件控訴審判決も、国立市長が、「再議に付することなく、本件放棄議決に従わずに本件求償権を行使することは権限の濫用に該当する余地があった」と判示している（もっとも、本件控訴審判決は、本件行使決議によって本件放棄議決が覆滅されたことを前提として、市長の本件求償請求訴訟の追行を権限濫用に当たらないとするが）。

なお、本件控訴審判決（及び本件第 1 審判決）は、長の付再議権について、一般的拒否権と特別的拒否権を区別せず、付再議権を行使せず、かつ本件放棄議決に従わずに本件求償権を行使することが権限濫用に該当しうる旨判示している。地自法 176 条 4 項の特別的拒否権に関して言えば、それが義務的付再議である以上、本件放棄議決を違法と認めた国立市長は、この付再議権を行使しなければならず、そうしないのであれば、権利放棄という議会意思（＝団体意思）に沿って権利放棄の意思表示をすべきであったといえる。

それでは、地自法 176 条 1 項の一般的拒否権の場合はどうであろうか。地自

24 村上博＝白藤博行＝人見剛編・前掲注（12）196 頁～197 頁。

25 なお、地自法 176 条 1 項に基づく一般的拒否権は、従来、条例の制定改廃及び予算に関する議決のみが対象とされていたが、平成 24 年の地自法改正の際に、その対象が議決事件一般に拡大されており、本件の場合も、国立市長が本件放棄議決（平成 25 年 12 月 19 日）に異議がある場合には一般的拒否を行使することが当然可能な状態であった。

法 176 条 1 項は長に付再議権を授権する規定であり、一般的拒否権の行使が、長に当然に義務付けられるわけではない。そのため、本件放棄議決のように、議決だけで対外的効果が発生せず、長の執行行為を要する場合には、議会の議決に長が異議を持ちながら、再議に付すことなく、かつ議決にも従わないというケースも発生しうる（本件の場合には、求償権の放棄の意思表示を行わない、あるいは求償権を行使する）。

それでは、議会の議決が長の行動を拘束し、議決内容と異なる長の行動を権限濫用であり無効と解する余地は皆無なのだろうか。

この点、付再議制度に関する地自法の解釈をみると、例えば、地自法 176 条 2 項の規定については、「再議に付されたとき、当該議決は、全く存在しなかったこととされ、議決のときに遡ってその効力を有しない」<sup>26</sup>とされ、また、再議によって当初の議決が維持された場合、議決事件の類別を問わず、その当初の議決が確定し、その効果をさらに停止させることはもはや許されないと解されているが<sup>27</sup>、こうした解釈は議決が長の事務執行について拘束力を有することを前提としていると考えられる。

また、村議会の村立新制中学校校舎建築関係費が計上された当年度の予算案の議決がなされていることを以て当該校舎建築に係る手形の振出についての議決を不要がといえるかが争点となった事案において、最高裁は「村長の行為といえども、予算外の義務の負担となる行為については地自法 96 条 1 項 8 号に基き議会の議決を要すべきであり、右議決を欠くときは当該行為は無権限の行為として無効と解すべき」旨を判示している（最判昭和 35 年 7 月 1 日民集 14 卷 9 号 1615 頁）。この判例は、議会の議決を経ない手形振出行為を対外的に無効としたものであるが、その前提として、長が、予算案の議決を以て手形振出行為に関する議決でもあると拡大解釈することを併せて否定しているといえる。したがって、判例上、議決事件に関しては、長の執行行為は、議会の議決

26 成田＝園部＝金子＝塩野＝磯部＝小早川編・前掲注（18）3069 頁。

27 松本英昭・前掲注（5）592 頁。

の範囲に厳しく限定されているといえ、その意味で、議会の議決には、長の執行行為を拘束する内部的効果を有していると見ることはできないのではないだろうか。

さらに、平成24年4月の三判例が、いずれも「(自治体が)その債権の放棄をするに当たって、…その適否の実体的判断については、…議決機関である議会の裁量権に基本的に委ねられている」と述べているのも、権利放棄に関する限り、議会の議決によって決定された団体意思は、長の執行行為に関して内部的な拘束力を有しているという前提に立つものであると考えられる。

他方で、議会の議決が長の行為を拘束するととらえた場合、地自法138条の2の長の自律的処理の原則との整合性が問題となるが、そもそも同条は、長ら執行機関に対して、「当該普通地方公共団体の…議会の議決に基づく事務」についても、これを誠実に管理執行する義務を課している。また、同条を、長に誠実管理執行義務を課す規定とみとうえて、その義務を「極めて当然の心構えを明らかにしたもの」<sup>28</sup>、「法的義務というよりもむしろ道義的要請」<sup>29</sup>に過ぎないととらえれば、同条を以て、長には議会の議決通りの行為をすべき義務があるとは言えなくなるが、そうであるならば、同条の長の自律的処理の原則も同様に法原則としての価値は希釈されたものとなろう。

さらに、付再議権についての解釈としても、議会の議決は、その議決事項に関しては、長の事務執行権に対して一定の拘束力を有するととらえるのが妥当であるように思われる。

すなわち、付再議権は、長の権限という形で規定されてはいるが、いわゆる二代表制の下、長と議会の相互の牽制と調和を図る調整システムである。それゆえ、この付再議制度は、長に付再議権を与えることで、一方では長の自律的事務執行の尊重を認めるという側面もあるものの、他方では、それにとどまらず、再議に付すことで議会に当該事件に関して今一度熟議をし、再考を促す

28 長野士郎『逐条地方自治法〔第12次改訂新版〕』（学陽書房、1995年）396頁。

29 東京地判昭和33年7月31日行集9巻7号1515頁)

機会を与える趣旨に出たものであるといえるのであり、長が議決を再議に付す場合にその理由を明らかにしなければならないと規定されているのも、こうした立法趣旨の表れであるといえよう<sup>30</sup>。

そうすると、議会の議決に異議があるにもかかわらず、長が当該議決を再議に付すことなく議決と矛盾する執行行為を行うことは、付再議制度によって認められた議会の熟議・再考の機会をはく奪する点で付再議制度の趣旨を没却するものであり、解釈上許容されてはいないと解すべきではなからうか。

それゆえ、一般的拒否権に関する長の裁量権は、付再議権を行使するかしないかの選択に限られている、すなわち、議決に異議があるにもかかわらず付再議権を行使しないという選択をした場合、長は議決を実現する方向での事務執行をすべく義務付けられているのだと解され、仮に、長が、正当な理由もなしに同権限を行使することを怠ったまま、議会の議決に基づく団体意思と矛盾する行為をとることは、地自法 96 条、及び同法 176 条に基づく付再議制度の趣旨を没却する潜脱的行為であり地自法に違反すると考えられる。

### 3-4 国立市による Y に対する本件求償権行使の信義則違反該当性

本件の場合、本件放棄議決が有効になされ、かつその効果が本件行使決議によって覆滅されていないと解され、また国立市長は、今日まで地自法上の付再議権を行使していないことから、Y が自己に対する求償権が当然に放棄されるであろうと信頼するのは正当であるといえよう（特別的拒否権に関しては、再議に付す期限についての規定はない。しかし、特別的拒否権の行使が長の義務である以上、議決が違法であると認めた場合、長は『直ちに再議…に付きなければならぬ』<sup>31</sup>であり、当該議決がなされた会期中に再議に付すことまでが要求されないとしても、次の会期に再議に付することが望ましいと考えられる。本件に関して見ると、本件放棄議決以降、数次の議会が開会さ

30 同旨、松本英昭・前掲注(5) 591頁。

31 松本英昭・前掲注(5) 594頁～595頁。

れ、この間、特別的拒否権を行使する機会は少なからずあったにもかかわらず、1年半以上にもわたり地自法176条4項が規定する義務的な付再議権（特別的拒否権）を行使しない状態が続いており、その結果として債務者たるYは、その法的地位を長期にわたって不安定な状態に置かれていると評価できる）。

他方で、本件求償権の行使は、依然として有効な本件放棄議決と矛盾し、また176条の付再議もなされていない以上、先に述べた通り地自法96条、及び同法176条に基づく付再議制度の趣旨を没却する潜脱的行為であり違法と考えられる。

そしてそのような違法な求償権行使によってYが被る不利益は大きい一方で、本件の場合、Mから国立市になされた賠償金相当額によって、国立市側の本件損害賠償金の支出による財政上の損失は事実上解消された状態にあるとみることもできることから、国立市による本件求償権は、Yとの関係において信頼保護原則に違反するものであると評価せざるをえず、本件については全部棄却判決がなされるべきであったのではないかと考える。

## 4 国立市による本件求償権の成否及び行使の可否

### 4-1 国賠法1条2項に基づく国・公共団体の求償権について

本件控訴審判決は、市長の本件求償請求訴訟の追行を適法なもの判断し、本件求償権の成否及び行使の可否についても審理しているため、この点についても若干の検討を加える。

一般に国家賠償法1条2項に基づく求償権の成立要件は、①「同条1項の場合」（＝一般的には国・公共団体が被害者に対し損害賠償金を現実に支払ったことと解される<sup>32)</sup>、及び、②加害公務員の故意又は重大過失が認められる場

32 古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣、1971年）203頁、秋山義昭『国家補償法』（ぎょうせい、1985年）95頁、西塾章『国家賠償法コンメンタール』（勁草書房、2012年）628頁、佐藤英善編『逐条国家賠償法』（三協法規出版、2008年）30頁。なお田中二郎も国・公共団体の加害公務員に対する求償権の発生要件として「国又は公共団体

合であるが、本件の場合、国立市は M に対して賠償金を現実に支払っていることから①の要件は充足している。

そこで②の故意・重過失の認定に関して検討を進める。国賠法 1 条 2 項に基づく求償請求については、公務員の公務遂行に対する萎縮的效果の回避という政策的配慮から加害公務員に故意・重過失のあった場合に限定されており<sup>33</sup>、また、国賠法 1 条 2 項の求償関係は、加害公務員と国・公共団体の間の内部的なものであるから、本項という故意・重過失は同条 1 項のような客観化されたものとして理解する必要はない<sup>34</sup>、あるいは国賠訴訟の確定判決において加害公務員の故意・重過失が認定されたとしてもその既判力は求償訴訟には及ばないと解されている<sup>35</sup>。

こうした国賠法 1 条 2 項の規定及び解釈を踏まえると、対内的な求償関係における加害公務員の償還義務は、“真に当該公務員の責に帰すべき範囲”に限定されるべきであり、償還義務の成否に係る加害行為の違法性や加害公務員の故意・重過失の有無も、こうした視点を踏まえて判断されるべきであろう。

この点、本件控訴審判決（前件住民訴訟も）は、対外的な賠償責任が問題となった前々件国賠訴訟判決を引き写すかのような形で、本件各行為の違法性及びそれについての Y の重過失の比較的短絡的に肯定しているが、こうした判断は果たして妥当であろうか。

---

が賠償したときは」と述べており、現実の支払いを前提としていけると考えられる（田中二郎『新版行政法 上巻 全訂第二版』〔敬文堂、1974年〕206頁）裁判例としては高松高判平成19年5月24日（LEX/DB25420896）参照。なお、国・公共団体が「被害者に損害賠償金を支払ったという現実の履行を要件として記載していないので、責任を負担しただけで足ると解される」とする説もある（深見敏正『国家賠償訴訟』（青林書院、2015年）241頁）。

- 33 古崎慶長・前掲注（32）203頁、秋山義昭・前掲注（32）95頁、西埜章・前掲注（32）626頁、佐藤英善編・前掲注（32）30頁、塩野宏『行政法Ⅱ〔第5版補訂版〕』（有斐閣、2013年）345頁、田中二郎・前掲注（32）206頁。
- 34 古崎慶長・前掲注（32）203頁、秋山義昭・前掲注（32）95頁、佐藤英善編・前掲注（32）30頁、西埜章・前掲注（32）629頁。
- 35 西埜章・前掲注（32）628頁。

#### 4-2 国賠法1条1項の公権力の行使と本件各行為

本件控訴審判決において違法性が認定された、本件各行為のうち、第1行為、第3行為及び第4行為①のような非権力的事実行為が、国賠法1条1項にいう「公権力の行使」に該当することについては、判例上争いが無いといえよう（いわゆる広義説の採用）<sup>36</sup>。

他方で、本件控訴審判決は、行政の内部行為である第4行為②～④について当然に公権力の行使に該当するものとしているが、この点には疑問がある。行政の内部行為については、当該内部行為に、対外的な実際上の効果が認められる場合に、例外的に国賠法1条1項にいう公権力の行使に該当するとみなすとする判例がある（例えば在外被爆者健康管理手当不支給事件におけるいわゆる402号通達の発出に関して、最判平成19年11月9日〔裁時1447号1頁〕）。第4行為②～④は、それ自体が行政法上直ちに法令違反に該当する違法な行為であるとはいえない。また、これらの要請や抗議が相手方行政機関に受け入れられたわけではなく、その意味で対外的には何ら有意な結果は生じていない。そのため、これらの行為の実際上の外部効果の有無を精査することなく、国賠法1条1項に言う公権力の行使に該当すると即断することには疑問が残る（本件控訴審判決の場合、第4行為の公権力の行使該当性については、違法性、重過失を判断する際に実質的にやっているとも見ることができなくはない。しかし、後に検討するように、本件控訴審判決は、第4行為②～④の報道を媒介として、M側の損害発生を無造作に結び付け不法行為の成立を認めており、第4各行為とMの損害発生の因果関係〔高度の蓋然性〕を検討する際に、報道についての報道機関の判断という第三者の意思が介在といった要素は検討されていない。）。)

36 宇賀克也『行政法概説Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2015年）419頁～420頁、塩野宏・前掲注（33）306頁～307頁ほか。

#### 4-3 本件各行為の違法性判断及びYの重過失について

非権力的事実行為等の違法性判断についてみると、行政処分の場合と同様に、国賠法1条1項の構成要件該当性については、公権力の行使の客観的違法と加害公務員の故意・過失とをそれぞれ別個に審査する「公権力発動要件欠如説」に立って二元的審査を行った例（最判平成22年4月20日民集58巻1号226頁）と、国賠法1条1項における違法を公権力の行使の客観的違法に加えて公務員に課せられた職務上の注意義務の懈怠も含むものにとらえ、国賠法1条1項の構成要件のうち故意・過失という公務員の主観に係る要件が違法性の審査に包摂される「職務行為基準説」に立って一元的審査を行った例（最判平成19年11月1日民集61巻8号2733頁）の双方が存在するところ、本件控訴審判決では、後者の判断枠組みがとられている（なお、行政内部行為である通達の発出の国賠違法について先述の在外被爆者健康管理手当不支給事件平成19年最判は注意義務違反的構成を採っている）。

それゆえ、（職務行為基準説そのものの妥当性の問題を脇におけば）本件控訴審判決が「職務行為基準説」に依拠したこと自体はさほど不自然ではない。問題は、先述したように、国賠法1条2項に基づく対内的な求償関係における加害公務員の償還義務については、真に当該公務員の責に帰すべき範囲に限定されるべきであるところ、本件控訴審判決は、こうした点に関する配慮を行った様子がうかがえない点にある。本件控訴審判決が、Yの各行為の適否を、職務上の義務ないし注意義務違反の有無に基づいて判断するというスタンスをとる以上、そこで問題とされるべき職務上の（注意）義務の内容は、当該公務員の職務に照らして“真に”妥当な範囲ないし程度に設定されなければならない、そうでなければ組織的に行われた違法な行政活動に関する対外的責任を特定の公務員にのみ帰せしめる結果を招きかねず、公務員の個人責任のあり方からしても問題であろう。

本件控訴審判決は、Yが担うべき職務上の義務を適正に見積もっているとはいいがたい。たとえば、第1行為に関して「行政の公平性に反するものである

上、市長の本来の職務を逸脱し…手段としての社会的相当性を欠くものであり、…市長の職務上の義務に反する」として違法を認定する（第3行為も同様）。

しかし、少なくとも本件各行為のような政策実現行為の場合は、公選職たる市長が、政治家である自らの政治的・政策的理念に基づいて行うものである以上、そもそも公正性・中立性とは本質的に相いれないものであるといえる。そのような性質を有する政策実現行為の適否を公正・中立の観点から判断した場合、Yの職務上の義務は、本来Yに要求されるべき義務の程度と比較して相当程度過度に加重されたものとなり、また、公選職たる市長特有の（あるいはその本質的な）職務遂行を根本的に否定することにもなる。

また、本件控訴審判決は、第4行為等の違法性の認定について不法行為的構成を採る。対外的な賠償責任が問題となる国賠法1条1項の違法性に関しては、立法者意思に国賠法1条1項上の違法と民法の不法行為法上の違法を区別しようとしていた形跡がないこと<sup>37</sup>、及び国民の権利救済の充実という観点から、「拡大された部分については…国家賠償制度において、民事不法行為法と同様、いわゆる相関関係説によって対処する分野があることは認められよう」<sup>38</sup>という見解も成り立ち、相関関係説に基づいた違法性判断が国家賠償請求訴訟において全く許されないとは言えない。

しかしながら、国家賠償法制度が単に被害者救済機能のみならず、法治国家担保機能をも担っていることからすると、国賠法1条1項にいう違法は行為不法をとらえることが原則であり、行為不法によって違法性判断が可能な場合にまで、相関関係説に基づいて違法性判断をすることは妥当ではないと考える<sup>39</sup>。この点、本件各行為は、行政内部行為である第4行為②～④を含めいずれも当該行為時の職務上の義務違反ないし注意義務違反の有無という、行為不

37 宇賀克也・前掲注(36)428頁。

38 塩野宏・前掲注(33)324頁。

39 同旨、塩野宏・前掲注(33)324頁。なお、同『行政法概念の諸相』（有斐閣、2011年）3頁以下、特に21頁～22頁も参照。

法の有無で違法性を判断しえたのであり、不法行為概念を持ち出す必要性はなかったのではないだろうか。仮に、本件各行為の適否について不法行為的構成を採ること自体が否定されないとしても、本件控訴審判決の判断には疑問がある。本件各行為のように職務上の（注意）義務の有無という観点からその適否ないし不法行為の成否を判断する場合、その義務は、故意・重過失の有無を判断する際の基準としても機能する（一元的審査）。そしてこの場合には、違法性判断に係る義務の内容が内部的求償関係においても、そのまま公務員の個人責任の範囲の確定の基準ともなりうるため、その内容は慎重に見積もらなければならない。

この点、本件控訴審判決の場合は、Yが本件各行為を行うにあたって、周辺住民の利益を重視しMの損害を軽視すれば、それは職務上の義務ないし注意義務違反（公正性・中立性に欠ける）であるとして、比較的短絡的に違法ないし不法行為が認定するが、政策実現行為についての長の職務上の義務として、本来要求されるべきではない公正性・中立性を指した点で、そもそも義務の設定の仕方に誤りがあり、Yの義務が過大であるように思われる。

さらに本件控訴審判決では、本件各行為の違法性について不法行為的構成が採用された結果なのか、第4行為に対するYの故意・重過失の認定に際して、違法性の認識の有無を行為時以後に拡大し、結果不法の観点から判断しているように思われる。たとえば、本件控訴審判決は、第4行為③に関して、「正当な理由なく上下水道の供給をしないことが違法であることは明らかであるから、そのような不安を与える行為（知事への供給留保の要請）の違法性についても容易に認識することができた」とし、また、第4行為②についても同様に、本件控訴審判決は「その違法性については容易に認識することができたはず」とする。

しかし、第4行為③に関しては、当該要請行為がなされた当時、東京地裁において本件建物の除去命令等を求める行政事件訴訟が係属中であり、本件建物が違法建築物と認定される可能性もあったわけであり、それゆえ水道等の供給

留保が、Yの要請行為時には違法であったとはいえない以上、その要請行為も行為時には違法であったと即断できない。また、第4行為②についても、平成12年の東京高裁の決定を前提とする他の行政機関に対して協力要請は、事後的に要請行為がその前提を欠いた状態であったということが判明したとしても<sup>40</sup>、そのことで要請行為が行為時において当然に違法性となるわけではなからう。

以上のように、対外的な国家賠償請求訴訟における加害行為の違法性について相関関係説に基づいた判断を行う場合であってさえ、その適用領域は限定化されるべきであると考えられるところ、本件のように対内的な求償関係において、加害行為の違法性を判断する場合に、相関関係説に依拠することには尚更慎重な姿勢で臨むべきである。本件控訴審判決は、当該行為を行うに際して、本来Yに対して要求されないはずの公平・中立義務を措定し、それを前提に行為の違法性及び損害発生の認識は容易にできたとして不法行為の成立を認めている（相関関係説）といってよいように思われる。

しかし、内部的な求償関係という公務員の個人責任を追及する場合に、過重な義務を前提に違法性（＝義務違反）を認定し、その義務を前提に加害公務員の主観的瑕疵を判断すれば、重過失も容易に肯定されることとなるが、それでは公務員に対する過度の個人責任追及につながる恐れがある。

本件各行為に関してYに職務上の義務として公正性・中立性が認められない以上、結局のところ、本件各行為は、景観保護という公益とMの私的利益についての複雑な価値衡量に基づいてなされるものであるため、その適否は、比例原則違反の有無や目的拘束の法理違反の有無、あるいはMの損害についての他事考慮・要考慮事項考慮不尽の有無等に照らした注意義務違反の有無という、一種の比較衡量によらざるをえないと思われる。

40 建物除却命令を求める行政訴訟では、東京地裁平成13年12月4日判決が平成12年東京高裁決定と同様の判断をしたものの、東京高裁平成14年6月7日判決はこれを取り消している。

そして Y に政策実現行為に係る市長の政治的・政策的判断についての広範な裁量が認められるとするならば「その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となる」（最判昭 53 年 10 月 4 日判時 903 号 3 頁マクリーン事件）と考えられるところ、本件ではそうした事情は伺えない以上、第 1 行為及び第 4 行為は適法であるのではなからうか。

本件各行為のうち、違法との評価を受ける可能性があるのは、せいぜい第 3 行為だけではなかったかと思われる。行政機関が情報を公表する場合、「公表することによる利益と公表することによる不利益を比較衡量し、その公表が正当な目的のための相当な手段といえるかどうかを判断すべき（であり）…公表行為が違法又は不当な目的のもとに行われたか、あるいはその方法・態様が目的達成のための手段としての相当性を欠く場合」には、国賠違法に当たる旨を判示する裁判例がある（大阪地判平成 14 年 3 月 15 日判時 1783 号 97 頁）。

こうした判断枠組みに照らした場合、Y は、M マンションの違反建築物該当性について言及するにあたって、違法性を肯定する一片の情報（平成 12 年の東京高裁の保全事件の決定<sup>41</sup>の傍論部分）のみに依拠した、必ずしも正確とは言えない内容を、公益とその結果生じる M の不利益の比較衡量を十分にしないまま公表したのであり、このことは市長としての職務上の注意義務に違反するものであったとする評価もありうると考えられなくはない。

以上を踏まえて本件各行為の違法性について検討するに、違法性が認定されるのはせいぜい第 3 行為だけではなかったと考える（ただし、第 3 行為についても重過失までは認定できなかったのではないかと考える）。

国・公共団体が、国賠法 1 条 2 項に基づいて加害公務員に対する求償権を行使する際の要件である加害公務員の故意・重過失については、既に述べた通り、対外的な賠償責任を規定する同条 1 項のように客観化されたものとして理

---

41 東京高決平成 12 年 12 月 22 日（判時 1767 号 43 頁）。

解する必要はない<sup>42</sup>。

一般に重過失とは、「一般的・客観的な基準による注意義務を著しく欠く場合」<sup>43</sup>や、「通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも、わずかの注意さえすれば、たやすく違法有害な結果を予見することができた場合であるのに、漫然これを見すごしたような、ほとんど故意に近い著しい注意欠如の状態」<sup>44</sup>を言うと考えられる。

また、過失を注意義務違反ととらえた場合、その態様は「結果の発生またはその可能性を予見すべきであるのに、予見せず、そのための防止手段をとらなかった」<sup>45</sup>ことをいうとされる。

しかし、私人に対する侵害的な行政活動の場合は、権利・利益侵害という結果が生じたとしても、法令等の規制規範に違反しない場合には適法となる以上（行為不法）、国賠法1条の過失において想定される注意義務では、行為時における違法性についての認識可能性が問題となるとされる（故意の場合は違法性の認識の有無ということになる）<sup>46</sup>。したがって、国賠法1条2項に基づく求償権の成立要件としての重過失とは、公務員の職務上の義務の性質等に照らして、当該公務員が、行為時に、当該行為の違法性や損害の発生の蓋然性について、通常人に要求される程度の相当な注意をしないでも予見することができたにもかかわらず、漫然これを見すごした状態をいうと解すべきであろう<sup>47</sup>。

この点、本件控訴審判決は、政策実現行為についての市長の職務上の義務と

42 古崎慶長・前掲注(32) 203頁、秋山義昭・前掲注(32) 95頁、佐藤英善編・前掲注(32) 30頁、西埜章・前掲注(32) 629頁。

43 四宮和夫『現代法律学全集 10 - ii 不法行為』（青林書院、1985年）339頁。

44 失火責任法但し書きに関する最判昭和32年7月9日民集11巻7号1203頁。

45 四宮和夫・前掲注(43) 341頁。

46 同様の指摘をするものとして、西埜章・前掲注(32) 439頁、他、故意に関して違法性の認識を要するとする説として、宇賀克也・前掲注(36) 450頁、稲葉馨「公権力の行使にかかわる賠償責任」雄川＝塩野＝園部編『現代行政法大系6』（有斐閣、1983年）45頁など。

47 佐賀商工共済協同組合粉飾経理事件に関する最決平成26年1月16日中の櫻井龍子裁判官の反対意見〔LEX/DB25502990〕

して、本来要求されるべきではない公正性・中立性を措定することで、行為時に Y に違法性の認識がなかったとしても、当該行為が市長の職務を逸脱し、社会的相当性を欠く違法な行為であることが容易に認識できれば重過失が認定されるとする（第 1 行為、第 3 行為）。

しかし、こうした判断は、政治家である Y に本来要求される義務の程度と比較して、その内容を過度に加重するものであり、償還義務の“真に当該公務員の責に帰すべき範囲”という視点からすると公務員の個人責任の過度の追及につながるものであり、首肯できない。

また、本件控訴審判決は、重過失認定の判断要素としての「違法性の認識」を“違法性を基礎付ける事実”の認識に置き換え、行為時点では必ずしも違法とは言えなかった行為に関しても、事後的にその行為が違法と判断される余地が生じたこと、及び M の損害発生認識の容易性を以て「違法であることは明らかである」として Y の重過失を認定している（第 4 行為②、③）。

こうした判断の仕方は、違法性の認識を“違法性を基礎付ける事実”の認識と置き換えることで、行為の事後的な違法の可能性及び損害発生という結果に対する Y の認識の容易性をもって著しい注意義務の欠如＝重過失を問うかたちとなっている。しかし、先述のとおり国賠違法は行為不法であり、その違法性判断基準時も行為時である以上、故意・過失の認定も行為時における違法性の認識ないしその可能性である。それゆえ、（仮に対外的な損害賠償請求訴訟において相関関係説に基づいて不法行為の成立が認定された場合であっても）、少なくとも、内部的な求償関係における加害公務員の故意・重過失の有無は、行為時における違法性の認識ないしその認識の可能性の有無によって判断される必要があろう。

また、本件控訴審判決が、本件各行為の違法性（注意義務違反）の認識の容易性を導き出す根拠は、Y の職務上の義務としての公正性・中立性の存在にあると考えられるが、既に述べたとおり、本件各行為の性質上、Y に職務上の義務として公正性・中立性を要求すること自体が妥当とは言えない。

そしてこれも既に述べたことではあるが、本件各行為に関しては、法令上明確な規制規範があるわけでもないことから、その適否は一種の価値衡量によって判断せざるをえないのであり、仮にこうした価値衡量についてYに瑕疵が認められたとしても、それが単なる過失を超えて、少なくとも内部的な求償関係において先述したような、重過失が認定される著しい注意義務違反があったと認定することはできないと考える。

以上の検討から、本件控訴審判決のYの重過失の認定の仕方は、国賠違法及び故意・重過失に関する理論的側面からも、また内部的求償関係における償還義務の“真に当該公務員の責に帰すべき範囲”の確定という視点からも、妥当であるとは考えられない。

私見を述べれば、本件各行為に関して、Yに内部的な求償関係において重過失が認定されるほどの重度の注意義務違反があったとは考えられず、また、Yに自治体に対する背信的意図やMに対する悪意があったわけでもない以上、少なくとも（対外的な国家賠償請求訴訟において過失が認定されることはあったとしても）、内部的な求償関係において重過失が認定されるような著しい職務上の義務違反があったと認定することは困難であったと考える。

## 5 国家賠償法1条2項に基づく求償権行使の制限について

本件では、国立市はMに対して実際に本件損害賠償金を支払っている以上、本件各行為が違法であり、それについてYに“真に”故意・重過失が認められるとするならば、国立市がYに対して求償権を行使することに異論はない。

他方で、本件の場合、Mの国立市に対する寄附により、本件損害賠償金の支出による損失が、事実上解消されたと見ることもできるため、損益相殺などによる求償権行使の制限の可否が問題となる。

この点本件控訴審判決は、Yの第2行為の違法性を否定しているにもかかわらず、Mの損害額を無造作に前々件国賠訴訟と同額と算定する一方で、損益

相殺は否定しているため、国賠法1条2項に基づく求償権行使の制限についても若干の検討を行いたい。

国賠法1条2項に基づく求償権が現実に行使された件数は非常に少ないようであるが<sup>48</sup>、他方で、加害公務員の故意・重過失が認められる場合にまで求償権を行使しないのは、求償制度の制度趣旨を軽視するものであり、被害者の報復感情の満足や公務員の権限濫用抑止の要請の観点からは、むしろ求償を積極的に求めるべきであるとする見解も成り立つ<sup>49</sup>。

しかしながら、自治体の損失を知らながらあえて自己の利益のために違法な加害行為を行ったといった自治体に対する背信性が認められる場合や、自治体の損失が容易に予測できるにもかかわらず重過失により漫然とそれを見過ごした場合などは別として、政策実現行為に関する違法の法的責任（賠償金の支払い）を、全て長らの個人責任に帰せしめることについては、その妥当性に疑問が残る。こうした場合には、辞職や不信任議決、あるいは懲戒といった政治的・行政的仕組みを通じた責任追及によるべきであり、自治体の被った損失（損害賠償金の支払い）に関しては、加害公務員と選挙を通じてその者を信任した住民全員すなわち自治体との間でそのリスクを衡平に負担すべきであろう。

今後本件のような求償請求事件が増加するならば、求償権行使の制限についても検討すべきこととなる。そこで、以下、この点についても若干言及したい。

国賠法1条2項に基づく求償権の制限の可否に関しては、加害公務員に対する求償権はその発生要件の段階で故意・重過失が認められる場合に制限されている以上、そのうえさらに求償権の範囲についてまで制限をする必要はないと

---

48 安藤高行「首長であった者に対する国家賠償法1条2項に基づく求償権の行使をめぐる二つの事件（一）」自治研究91巻12号31頁。なお西埜章・前掲注（32）631頁～632頁の政府答弁の引用参照。

49 宇賀克也「国家賠償」ジュリスト1089号263頁、同・前掲注（36）460頁～461頁。

考えることもできる<sup>50</sup>。

しかし、民法715条の使用者責任に係る求償権（同条3項）に関して、これを国賠法1条1項の責任と同様に代位責任ととらえる論者にあっても、危険責任及び報償責任の観点から全面的な行使については否定的であるとされ、権利濫用や信義則違反あるいは過失相殺の理論に基づいて制限を加える必要があると説かれ<sup>51</sup>、また使用者責任につき代位責任的構成を採る判例も使用者の被用者に対する求償権に関して「損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において」認めている（最判昭和51年7月8日民集30巻7号689頁）。

もちろん、こうした私的な企業活動を前提とする学説や判例を、公益実現を目的とした行政活動を行う国・公共団体の場合について持ち込むことの是非は別途検討する余地があるとしても、公選職である長は、選挙という形で自治体を構成する住民の信任を得て、（究極的には住民と同視しうる）自治体のために行政を運営しているのであり、その意味で市長は、自治体（＝住民）という使用者の監督下で使用者である自治体（＝住民）の業務を執行しているのであり（＝危険責任の裏返し）、また、市長の事務執行による利益は使用者である自治体（＝住民）に帰属し、市長自身に帰属しているわけではない（＝報償責任の裏返し）ととらえれば、求償権の範囲に関する民法上の理論は、国賠法1条2項に基づく求償権の範囲に関する議論にも適用できると考える。

そうであれば、長の事務執行による結果生じた第三者に対する損害について、これを長と危険・利益の帰属主体である住民全体すなわち自治体との間で分担することは認められよう<sup>52</sup>。

---

50 古崎慶長・前掲注（32）204頁。

51 潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』（信山社、2012年）48頁～49頁。

52 国賠法1条2項に基づく求償権行使についても損益相殺による制限の余地があることを認めた裁判例としては、本件第1審及び本件控訴審判決のほか、佐賀商工共済協同組合事件に係る第1審判決（佐賀地判平成22年7月16日判時2097号114頁）、及び控訴審判決（福岡高等裁判所平成24年2月16日LEX/DB25502989）がある。

この点、やはり以前から、組織的な意思決定を基本とする行政運営の実状に照らして、長らの職務権限の範囲を超えた過度の賠償責任を個人に対して追及するという構造が<sup>53</sup>、その賠償額の過大さと相まって、真に責任行政の確立に寄与するといえるのか、逆に職務遂行に対する萎縮的效果を及ぼすのではないかとの疑問・批判が呈されている点で、求償関係と共通した性質を有する4号住民訴訟に関しても<sup>54</sup>、たとえば、「錯綜する事務処理の過程で、一度ミスや法令解釈の誤りがあると、相当因果関係が認められる限り、長の給与や退職金をはるかに凌駕する損害賠償義務を負わせることとしているこの制度の意義についての説明は、通常の個人の責任論の考えからは困難であり、それとは異なる次元のものといわざるをえない。国賠法の考え方に倣えば、長に個人責任を負わせる方法としては、損害賠償を負う場合やその範囲を限定する方法もあり得るところである。」<sup>55</sup>と、政策実現行為に起因する長らの個人責任と住民訴訟制度の意義の均衡を図る仕組みの必要性について言及されている。

以上の検討から、仮に、本件において国立市にYに対する求償権が認められたとしても、賠償責任というリスクに関する、Yと国立市（ないしその住民）との間の衡平な負担という観点から、市がMに対して支払った賠償金及び法定利息<sup>56</sup>の全額の求償が認められるわけではなく、Mから賠償金相当額の

53 例えば、神戸市外郭団体派遣職員人件費違法支出事件の控訴審判決（大阪高判平成21年11月28日民集66巻6号2738頁）においても市長に対して55億円の賠償が命じられている。

54 曾和俊文「住民訴訟制度改革論」法と政治51巻2号（2000年）206頁～219頁。平成14年の地方自治法改正に伴う住民訴訟制度改革の背景にもこうした問題意識が存在していた。地方自治法改正に伴う住民訴訟制度改革の動向に関してはさしあたり、成田頼明「住民監査請求・住民訴訟制度の見直しについて（上）（下）」自治研究77巻5号（2001年）3頁以下、及び同77巻6号（2001年）3頁以下、地方自治制度研究会『改正住民訴訟制度 逐条解説』（ぎょうせい、2002年）33頁以下参照。

55 神戸市外郭団体派遣職員人件費違法支出事件最高裁判決（最判平成24年4月20日裁判時1554号4頁）にける千葉勝美裁判官の補足意見。

56 国家賠償法1条2項上の求償権の範囲は、「国又は公共団体の支払った賠償金とこれに対する支払い日以降の法定利息である。従って、国又は公共団体が被害者から一部免除を受ければ、その免除により実際に支払った金額でたりる。国又は公共団体が、

寄附がなされたという事実が考慮され、損益相殺がなされるべきであったと考  
える。確かに、本件第1審判決及び本件控訴院判決のいずれもが認めているよ  
うに、Mの寄附が本件損害賠償金の支出による損失を直接填補するものとは  
認められない。しかし、判例上「普通地方公共団体に損害が生じたとしても、  
他方、右行為の結果、その地方公共団体が利益を得、あるいは支出を免れるこ  
とによって利得をしている場合、損益相殺の可否については、両者の間に相当  
因果関係があると認められる限りは、これを行うことができる。」(最判平成6  
年12月20日判時1520号50頁)とされていることから、本件第1審判決が指  
摘するように、Mの国立市に対する寄附は、「国立市のMに対する本件損害  
賠償金の支払を契機として行われたものであり、その金額も本件損害賠償金と  
同額であることなどからすると、本件損害賠償金と同額の本件寄附を受けたこ  
とにより、国立市の財政における計算上は、本件損害賠償金の支出による損失  
が、事実上解消された」と見ることもできる。そしてこの場合、こうした事情  
は市のYに対する求償権行使に対する制限要因として考慮されるべきではな  
かろうか。

## 6 おわりに

本件は、国賠法1条2項に基づく求償権の行使、及び4号住民訴訟における  
地自法96条1項10号に基づく議会の権利放棄議決の覆滅の可能性など重要な  
論点が争点となった事件である。

従来の国賠法上の求償請求事件(東京地判昭和58年11月28日判タ504号  
128号、浦和地判平成8年6月24日判時1600号122頁など)は、加害行為の  
違法性が明らかであり、また、求償請求を受けた公務員の加害行為への関与が  
主体的なものであったこともあり、故意・重過失の認定も比較的容易で判断が  
分かれるような要素が存在しない事案であった。

---

不当に過大な賠償金を支払ったときには、相当な賠償額を償還すれば足りる」と解さ  
れる(古崎慶長・前掲注(32)203頁~204頁。)

これに対して本件は、加害行為が公選職の市長による政策実現のための複数の行為にわたるものであり、また加害行為そのものの適否や当該行為に関する加害公務員の故意・重過失の有無を判断する際の、職務上の義務ないし注意義務を設定する際に依拠すべき基準や考慮すべき要素も必ずしも明確ではないケースである。

公務員の個人責任を問う内部的な求償関係においては、当該公務員が“真に”負うべき職務上の義務ないし注意義務を正しく設定し、そのうえで行為時における違法性の認識の有無ないしその可能性を基準として、改めて加害行為の違法性及び故意・重過失の認定をすべきである。さらには、求償権の行使に関しても、私人への侵害行為のリスクに対する加害公務員と行政主体の衡平な負担の観点からの求償請求の制限の可否も検討されるべきであると考えられる。

この点、本件控訴審判決は、求償権の成否を判断するにあたって、前々件国賠訴訟判決における不法行為成立の判断枠組み及び不法行為の認定をほとんどそのまま引き写した結果、上記のような留意事項を勘案することなく、本件各行為について本来要求されるよりも高度の注意義務（公正性・中立性）をYに要求し短絡的に重過失を認定している点、政策実現におけるリスクの衡平な分担という観点を考慮せず、国立市のYに対する全額求償を認めている点など、求償関係が内部関係であることを前提とするこうした視点を全く欠いたものであった。

また、本件控訴審判決は、国立市議会の本件行使決議による本件放棄議決の覆滅的効果を認め、求償権行使こそが現在の団体意思である以上、市長が求償請求訴訟の提起に踏み切るとは団体意思と合致するものだとしている。さらにそのことを前提として本件放棄議決に関して、市長が付再議権を行使しなかったという瑕疵を不問に付してしまっている。

しかしながら、こうした本件控訴審判決の考え方を是認するならば、選挙によって議会の多数派が変わるたびに、自治体の債権についての議会の議決が後の議会のそれによって容易に覆されうることとなる。そしてそれはさらに、債

務者の地位が長期にわたり不安定となる、あるいは権利放棄議決と権利行使議決ないし決議が政争の具として安易に利用されるといった弊害を生むことを是認・助長する危険性を多分にはらむものである<sup>57</sup>。

平成24年4月の三つの最高裁判決は、4号住民訴訟に基づく自治体の請求権についての議会の権利放棄議決の可否に関して原則有効とするスタンスを採ったが（私見を述べれば、自治体の財務会計行為に対する司法による法的拘束力を有する監視・統制という住民訴訟の制度趣旨から、4号住民訴訟に係る議会の権利放棄議決は、原則認めるべきではないと考える<sup>58</sup>）、本件を地方自治法との関係でみるならば、本件控訴審判決は、議決事件の範囲についての理解の方向性のあり方、あるいは、一旦なされた権利放棄議決の事後的な覆滅の可能性（あるいは再度の放棄議決の可能性）といった、平成24年4月の三つの最高裁判決の問題点を図らずも浮き彫りにしたものといえる。

また、権利放棄の議決がなされた場合、債務者たる第三者は、地自法176条の再付議等がなされた場合を除き、長による議決に沿った権利放棄の意思表示を期待する。ところが、放棄議決により一度決定された団体意思が、その時々々の議会の状況によって新たな行使議決ないし決議によって再三に渡り容易に覆滅されうるとするならば、長期にわたって不安定な地位に置かれ続けることになる債務者たる第三者の保護も問題となる。

ところが、そうした重大な波及効果を伴うものであるにもかかわらず、本件控訴審の判断は、地自法96条の議会の議決事件に関する制限列举主義の意義、同法176条の長の付再議権の意義といった、本来であれば、本件において慎重かつ詳細な検討がなされるべきであったはずの重要な論点に関する検討を全く欠くものであった。

---

57 同旨、藤原孝洋＝吉田隆「放棄議決を覆す議決で揺れる求償権のゆくえ」判例自治409号（2016年）7頁。

58 長内祐樹「住民訴訟の継続中にその市の損害賠償請求権を放棄する市議会の議決を違法とした原審の判断に違法があるとされた事例」早稲田法学88巻1号（2013年）147頁～165頁。

本件の抱える国賠法、地自法上の論点の大きさに比して、本件控訴審の結論に至る理論は、あまりにも粗雑なものであり、到底首肯できるものではないといわざるをえない。

〔追記〕 Y は本件控訴審判決に対して上告及び上告受理申立を行っていたが、最高裁（第三小法廷）は、平成 28 年 12 月 13 日上告棄却及び不受理決定を下した。