

住民訴訟・新四号訴訟の構造と解釈

安 本 典 夫

はじめに

2002年、「地方自治法等の一部を改正する法律」(平14法4)により、住民監査請求制度、住民訴訟制度が改正され、同年9月に施行された。これは、第26次地方制度調査会答申「地方分権時代の住民自治制度のあり方及び地方税財源の充実確保に関する答申」を受けて行われたものである。特に住民訴訟制度については、財団法人地方自治総合センターに「行政監視のあり方に関する研究会」(座長・成田頼明横浜国立大学名誉教授)が設置され、その提言が地制調答申に盛り込まれた。

そこでは多岐にわたる改正がなされたが、その中心的なものが四号訴訟の改正であることに異論はなからう。すなわち、従来、原告住民が地方公共団体に代位して¹⁾それに被害を与えたり、それから不当利得を得た者に対して損害賠償請求、不当利得返還請求その他の訴えを起こすこととされていた(これを以下では「旧四号訴訟」という)のを、住民が地方公共団体の執行機関等を被告として、賠償請求・不当利得返還請求等をすべきことを求める訴訟(これを以下では「新四号訴訟」という)、およびその判決にもとづく賠償・不当利得返還の請求等とそのための訴訟という二段階構成としたのである。

これについては、それが住民による地方公共団体の財務会計の司法過程を通じてのコントロールの力を削ぐものではないか、という批判が強く出された²⁾。私自身もこの改正はあまりに問題が多いと考え、反対であった。

しかし、今、法制度の改正にとどまらず、その解釈においてさらに住民によるコントロールの力を減殺しかねないようなものが現れてきているのではないか、という懸念を感じている。そこで、本稿においては、改正後の新四号訴訟制度の規定をどう解釈するべきか、解釈論のレベルでの検討を試みることにする。

ただ、解釈を適正に行うためにも、このきわめて特異な訴訟制度である新四号訴訟の法的性格、法構造をどう理解するのかを問題とせざるをえない。結論を先取りしていえば、新四号訴訟を一種の三者構成的訴訟とし、争いに関わる後述の三者を適正に位置づけて論理一貫性を確保すること、二段階の訴訟をできるだけ一連の過程としてとらえることを軸として論理を構成し、それにたって具体的解釈の展開を試みた。このことによって、制度の究極目的である住民による司法的統制に資する解釈論を可能な限り追求するというのが、本稿の目的である。

1. 四号訴訟制度改正の背景と新制度の構造

(1-1) 従来の四号訴訟制度とその機能

(a) 普通地方公共団体³⁾の職員が、違法な公金の支出、財産の取得・管理・処分、契約の締結・履行、債務その他の義務の負担をしたり、違法に公金の賦課・徴収・財産管理を怠った場合、その普通地方公共団体に損害が生じる。このとき、地方公共団体は、当該職員およびこれらの行為や怠る事実の相手方に対して、損害賠償請求、不当利得返還請求その他、損害を回復する権利を有する。このとき住民が当該地方公共団体に代位してその訴訟を提起することが、改正前地方自治法242条の2第1項4号によって認められていた。これには、当該職員に対する 損害賠償請求、相手方に対する 法律関係不存在確認請求、損害賠償請求、不当利得返還請求、原状回復請求、妨害排除請求の訴訟など⁴⁾があった。

(b) この住民訴訟は、これまで非常に活発に用いられてきた。他の国に

比べても極端に限定的に解されている抗告訴訟の訴訟要件や広く認められている行政裁量などのため、抗告訴訟等が行政の司法統制の手段として十分に機能せず、それを穴埋めするかのような役割が住民訴訟に求められてきた面もある。

そして、住民訴訟の中でも、旧四号訴訟、中でも違法な財務会計行為を行った「当該職員」に対する損害賠償請求訴訟、当該行為の相手方に対する損害賠償請求・不当利得返還請求訴訟などが多用されてきた。1994年4月1日から1999年3月31日までの訴訟中、四号訴訟は約74パーセントを占めるという⁵⁾。

なぜこの訴訟形態が多用されてきたか。1つには、地方政治に少なからず見られる利権の構造に切り込み、住民が政治改革を追求する有効な手立てとなりえたからであり、今ひとつは、その訴訟構造からくる「使いやすさ」があったといえよう。一号訴訟は事前の差止請求であるが、公金支出や財務管理に関する問題の情報は、多くの場合事後にししか入手できない。また、法律上「回復の困難な損害を生ずるおそれ」という要件がかけられていた。二号訴訟は、対象が財務会計行為でありかつ行政処分たる性質をもつものに限定されている。三号訴訟は「怠る事実」の違法確認の請求であるが、そこでは作為義務があり、それを違法に怠っているという要件をクリアしなければならぬ。また、それはあくまで「違法確認」にすぎず、迂遠なものと認識されがちであった。

(c) このようにして、旧四号訴訟は、本来、各号訴訟が分担してもよいような機能を、さらにいえば、地方行政の統制のための他の司法的手段が分担すべき機能まで果たし、わが国の住民自治にとってきわめて重要な、ある意味では過大ともいえる役割を担ってきたともいえる⁶⁾。そこでは、実質的な争点だが、狭義の財務会計上の違法を超えて地方公共団体の行政一般に関わる違法、たとえば財務会計行為の原因となる環境関係法令に抵触する行政活動、第三セクター等の赤字補填、官官接待、公共事業等々のあり方等に及んできている。

(1-2) 旧四号訴訟制度をめぐる議論と制度改正

(a) このように広く使われてきた旧四号訴訟には、次のような問題があると主張されてきた。「住民対職員や相手方」という訴訟構造のため、地方公共団体の執行機関としての説明責任が十分に果たされない。団体として違法行為是正に向けた組織的な対応ができない。被告とされた長や職員は裁判に伴う各種負担を個人によって担わざるをえず、過度の慎重化や事なかれ主義に傾きがちで責任回避や、勤労意欲・士気の低下等が生じ、地方公共団体としての積極的な政策展開を行うことが困難になってきている⁷⁾。なお、訴訟費用については法改正(平6法48)により、当該職員が勝訴した場合に議会の議決により地方公共団体が弁護士報酬を負担できるとされたが、当面の訴訟費用をどうするかという問題は残り、そして何よりも敗訴した場合巨額の損害賠償責任を負わなければならないこともある⁸⁾。

(b) こうして制度の改正が検討課題とされてきた。検討過程では次のような案が検討されたという。原告の限定(すべての住民訴訟類型について)に関わり、(i)一定割合または一定数以上の住民という要件を課す。(ii)担保の提供。(iii)住民を公正・適切に代表するという実質要件を課す。

被告およびその責任要件に関わり、(i)長を含めた職員の責任要件として故意・重過失とする。(ii)賠償金額に上限を設ける。(iii)四号訴訟を廃止し三号訴訟で対処する。(iv)関係地方公共団体は、自らの判断で原告・被告いずれにも訴訟参加できるようにする。そのほか、住民訴訟の対象、四号訴訟での弁護士費用などについても、いくつかの改正案が出された⁹⁾。

最終的に制度化された四号訴訟制度は、判例・学説によって形成されてきた長等個人の実体法上の責任を変更するものではなく、裁判形式を変更するものとして構成された¹⁰⁾。すなわち、「職員や相手方に対して損害賠償・不当利得返還の請求をするよう、地方公共団体の機関に求める」訴訟とした。他のタイプの住民訴訟と同様、地方公共団体の機関を被告とするものとされたのである。同時に、損害賠償請求・不当利得返還請求以外の

請求をする訴訟は廃止された。

(c) これによる改善点が、次のように主張されている。住民監査請求の段階での違法性判断の対立した者（損害賠償請求等をすべきであるという住民と、その必要がないとする監査委員・執行機関等）の間で訴訟が行われるという本来の姿になった。地方公共団体の執行機関の説明責任を訴訟の場で果たすこと、執行機関等が敗訴した場合に組織的な対応が期待できるようになり、かつ、執行機関等が被告となることによりその有する訴訟資料の提出が円滑になされることが期待されるようになった¹¹⁾。

もっとも、この改革の本音が、「当該職員」（長その他）が住民訴訟に直接さらされることを避けることにあったことは、この経過から明らかである¹²⁾。

(d) しかし、このような論に対しては批判もある¹³⁾。それは、何よりも、今次の地方分権改革では、中央の行政的統制から住民による統制へというのが重要な理念の1つであったからである。住民による統制としては、政治的権利の拡充、行政過程での参加とならんで、司法的統制がその軸になる。そして住民訴訟はこの役割の重要な部分を担うものとして大きな役割を果たしてきた。この住民訴訟、特に四号訴訟が過大な役割を求められてきたことは事実であろう。しかし、その是正を含めた地方自治レベルでの司法的統制の強化のあり方を総体としてとらえ、方策を考えるべきである。従来、住民訴訟のまな板にのせられてきた問題には、やや雑な分類ではあるが、次のようなものがあったといえる。行政決定の内容が公金等の無駄遣いと批判されたもの、行政決定等自体が特定個人への違法な利益供与的などと批判されたもの、入札談合、公有地の違法占有など、行政決定とは別次元の加害行為として追及されたもの。あるべき司法的統制の強化策は、に分類されるものを振り分け、行政決定の違法を争うものは通常の行政訴訟の門戸を広げることによって、その中の財務会計的な無駄遣いという性質の強いものは住民訴訟で、そして、はまさに差止め、損害賠償・不当利得返還、妨害排除などを請求する、必要があれば個人責任

をも含めて追及する住民訴訟の制度として構成されるべきであろう。しかし、改正の方向は必ずしもそのような総体としての司法的統制の強化は十分でないまま、四号訴訟を通じての住民による統制力を弱めるものとなった。

さらに以下のような問題点が指摘された。そこで争われているのは、まさに地方公共団体に不利益をもたらした当該職員・相手方の賠償責任・不当利得返還義務の存否である。「住民監査請求の段階での」と限定をつけて、しかも住民監査請求では監査請求者、監査対象者、監査委員が基本的な関係者であるにもかかわらず、その段階で「違法性判断の対立した者」は住民と執行機関等とし、その間の訴訟が「本来の姿」というのは、根拠がない論である¹⁴⁾。行政庁は行訴法23条により訴訟参加する手だてがあり¹⁵⁾、そこで執行機関が説明責任を果たすことは十分できるはずである。訴訟資料の提出については、逆に当該職員や相手方の資料提出が十分になされないおそれが出てきてかねない。執行機関が敗訴した場合、さらに第二段階の訴訟が場合によっては必要となり、そこには新四号訴訟(第一段階訴訟)の原告住民は参加できない。

また、よく対比された商法上の株主代表訴訟では、まず会社に対して取締役の責任を追及する訴えの提起を請求し、請求を受けて60日以内に訴えを提起しない時には株主が訴えを提起し得るのであって(商法267条)、その点から見ても、新四号訴訟は、住民による追及の力を大きく弱めたものとなった¹⁶⁾。

(1-3) 新四号訴訟制度の骨組み

(a) 新四号訴訟は、住民である原告(以下「住民」という)が、“当該職員または当該行為もしくは怠る事実の相手方(以下「当該職員・相手方」という)に対する損害賠償請求・不当利得返還請求をすること”,そしてそれが地方自治法(以下、条文を参照する際には単に「法」と記す)243条の2第3項の賠償命令の対象となる場合には“損害賠償の命令をす

ること”を、そのような請求あるいは賠償命令の権限を有する当該地方公共団体の執行機関・職員（以下「執行機関等」という）¹⁷⁾に求める訴訟である。

この訴訟については、法242条の2の規定のほか、行政事件訴訟法の当事者訴訟の規定が準用される（同条11項，行訴43条3項）。

(b) 訴訟の提起があれば、普通地方公共団体の「執行機関等」は、「当該職員・相手方」に訴訟告知をしなければならない（法242条の2第7項）。この訴訟告知には2つの効果がある。第一に、時効の中断という効果，すなわち，訴訟告知は時効の中断に関しては民法147条1号の請求とみなされて時効が中断される（同条8項。ただし，訴訟終了した日から6カ月以内に裁判上の請求，地方自治法231条の納入の通知等をしなければならない。同条9項）という効果，第二に，告知を受けた者に参加的効力を生じさせる（民訴法53条4項，46条）という効果である。

(c) 請求等を命ずる判決が確定すれば、「執行機関等」は判決確定日より60日以内の日を期限として，それぞれ，損害賠償金もしくは不当利得返還金支払いの請求，または賠償命令をしなければならない（法242条の3第1項，243条の2第4項）。

賠償命令の場合，通常は監査委員の監査・決定を経なければならないが，この確定判決にもとづく賠償命令については，それは必要ない。この賠償命令に対して，命令を受けた職員は，既に裁判手続を経ているので行政不服申立てを提起することにはならず（同条11・7項），取消訴訟を起こすことができる。取消訴訟が提起されると，その判決が確定するまで，次に述べる損害賠償訴訟の訴訟手続は中止しなければならない（同条7項）。

(d) 請求・命令にもかかわらず支払いがなされない場合，普通地方公共団体は支払いを求める訴訟（第二段階訴訟）を提起しなければならない。この場合，議会の議決は不要である（法242条の3第2・3項，243条の2第5・6項）。被告が長の場合には，代表監査委員が当該普通地方公共団体を代表する（242条の3第5項）。

新四号訴訟の裁判は、参加的効力を有する限りで、当該普通地方公共団体と当該訴訟告知を受けた者との間においても効力を有することとなる。

この第二段階訴訟では、「損害賠償責任」の有無、「不当利得返還の義務」の有無がまさに争われるのであるが、責任がある、義務があるという本来の主張者である「住民」は、補助参加人としても参加できない。

地方公共団体がこの第二段階訴訟を提起しない場合には、その義務がありながら怠った「執行機関等」の行為が地方公共団体に損害を与えたものとして、改めて監査請求を経て新四号訴訟を提起することとなる。

(e) 旧四号訴訟において認められていた、当該行為または怠る事実の相手方に対する「法律関係不存在確認請求」、「原状回復請求」、「妨害排除請求」の訴訟は削除された。法律関係不存在確認訴訟は一号訴訟で、原状回復・妨害排除訴訟は三号訴訟によって同様の目的を達することができる、というのがその根拠である¹⁸⁾。

しかし、既に締結された契約については、契約の相手方を被告とする法律関係不存在確認請求の途が閉ざされたため、残った個別の履行の差止め(一号訴訟)か、相手方に不当利得返還請求することを求める新四号訴訟という、いかにも迂遠な訴訟によらざるをえないこととなった。また、市が所有する土地を第三者が不法占有しており、民事上の手段によって明渡しを求めなければならない場合、不法占有者を被告として妨害排除請求なり原状回復請求ができなくなったので、その管理を違法に怠っているとして三号訴訟で行かざるをえない。しかし第三者が時効取得する可能性がある場合それを阻止できず、所有権を失った後に、長などに対して損害賠償請求をせよという新四号訴訟によることとなろうか¹⁹⁾。

なお、契約が無効とされれば契約の相手方に対する不当利得返還請求は成立するが、契約がたとえ手続等に違法があったとしても無効にならない限り、不当利得返還請求は認められない²⁰⁾。地方公共団体の側から取消し・解除できるにすぎない場合には、取消し・解除がない限り不当利得は成立せず、また取消し・解除を直接訴求する住民訴訟制度はないため²¹⁾、

取消し・解除しないことが違法な財産管理の懈怠になるとして三号訴訟を起こすにとどまる。せっかく義務づけ訴訟の構成をとったのであれば、この契約の取消・解除の義務づけ訴訟も立法化すべきであった。

2. 新四号訴訟の性格と判決手続

(2-1) 新四号訴訟の性格

(a) 新四号訴訟は、「当該職員・相手方」に対する損害賠償請求・不当利得返還請求をすること、そしてそれが法243条の2第3項の賠償命令の対象となる場合には損害賠償の命令をすることを求める訴訟である²²⁾。

このうち、賠償命令を求める訴訟は、賠償命令という行政処分、すなわち公権力の行使を求める、いわゆる法定外抗告訴訟としての義務づけ訴訟と同じ性格のものとなる、とさしあたりはいえよう。それに対し、損害賠償請求・不当利得返還請求をすることを求める訴訟は、民事法上の請求をすることを求めるものであり、その点では性格の異なるものである。

この訴訟については、法242条の2の規定のほか、行政事件訴訟法の当事者訴訟の規定が準用される（同条11項，行訴43条3項）。旧四号訴訟は地方公共団体に代位して給付判決を求める訴訟であり、当事者訴訟の規定の適用は当然であったが、新四号訴訟は代位訴訟ではなくて、賠償請求権の行使を義務づける訴訟、および賠償命令という公権力の行使を義務づける訴訟となる。これをいずれも形成訴訟とする見解もある²³⁾。その根拠は、義務を創設するから“直接に法律関係を変更する形成判決を求める訴訟”にあたる、というものであろうか（賠償命令を求める訴訟については、それが公権力の行使に関する抗告訴訟であり、抗告訴訟は形成訴訟であるとする論も考えられるが、これもあまりに概念論であり、このタイプの抗告訴訟がなぜ形成訴訟なのかの説明になっていない）。しかし、「当該職員・相手方」に対する地方公共団体の請求権は請求・命令の前に実体的には既に存在し、また、それを請求・命令する執行機関の義務も存在しているの

であるから(法240条,同施行令171条の2第3号。したがって,請求しないことが違法であるという確認を求める三号訴訟も,その要件を充たせば可能となる),請求・命令をすることを命じる判決はむしろ給付判決ととらえ,新四号訴訟は「第三者に対して一定の行為をすることを命ずる」という意味での給付判決を求める訴訟,と理解する方がすなおな理解のように思われる。ただ,判決確定の日から60日以内に支払われないときはそれを請求する訴訟を提起することを命じる内容が判決には法律上付加されており,その点をとれば地方自治法上の一般的な義務をより具体化した義務を課すものともいえる。いずれにせよ,民事訴訟から出された訴訟タイプの分類にきっちり合うものでないことはある意味では当然である。しかし,少なくとも,一方的法関係の変動を生ぜしめるという意味での公権力の行使を直接攻撃する取消訴訟とは異なったものであり,当事者訴訟の規定が準用されることについて違和感はない。

(b) 旧四号訴訟は,地方公共団体に代位して「当該職員・相手方」に対して賠償請求,不当利得返還請求をするものであった。そのような構造から,しばしば債権者代位権を行使して請求をすることと対比して論じられてきた。ただ,その代位の根拠が,債権者代位権を行使する場合には「債権」であるのに対し,旧四号訴訟では住民の有する「参政権の一種」であり,その違いが訴額の算定その他の重要な法理に違いをもたらすことが明らかにされてきた²⁴⁾。

新四号訴訟においても,それが「参政権の一種」であり²⁵⁾,法的技術として訴訟形式が用いられているものであることはもちろんであるが,その訴訟が,「執行機関等」と「住民」が,それぞれ地方公共団体の「機関」として,地方公共団体の“あるべき意思”を確定するべく争う,そのような形式をとった,と性格づけることができる²⁶⁾。この意味では,両当事者は,地方公共団体の意思がいかにあるべきかということをめぐる,いわば「組織法的利益」を主張しているともいえよう²⁷⁾。

旧四号訴訟においても,その訴えで主張する利益とは,地方公共団体の

損害が回復されることによって住民全体の受ける利益であって、これはその性質上請求されている賠償額とは同一ではなく、算定不能として民事訴訟費用等に関する法律4条2項を準用した。ましてや、新四号訴訟は、直接金銭給付を求めるものではなく、その支払いを請求すること等を求めるものであるから、財産権上の請求でない請求に係る訴えにあたる。したがって同条項が適用されて訴訟の目的の価額は95万円とみなされる。そして、複数住民が共同して出訴する場合も、訴えをもって主張する利益は同一と認められ、訴額は合算すべきものではない²⁸⁾。

(2-2) 新四号訴訟の構造

(a) 新四号訴訟は、「住民」と、「執行機関等」との間の訴訟として構成されているが、そこでは、まず(A)損害賠償・不等利得返還の義務の存否が判断され、それにもとづいて(B)損害賠償・不等利得返還の「請求をする義務」、あるいは賠償「命令を出す義務」の存否が争われる。(A)は、このように、訴訟構造上は(B)の判断の前提問題にすぎないかのようにであるが、しかし、争いの最も中心的な問題であることは疑いない。(A)について責任・義務の「有」の判断がなされて、その上ではじめて(B)「請求をする義務」の有無が判断される。したがって、(A)の審理についても、基本的な点は新四号訴訟でなされると考えるべきである。また、そうでなければ(B)の判断も成り立たない。

そのため、新四号訴訟には、「当該職員・相手方」すなわち損害賠償や不当利得返還請求を受けることとなる者に告知をして、参加人として訴訟参加すべきことを求め、参加的効力を及ぼすこととした。

(b) しかしながら、この訴訟の構造は、単なる一般的な補助参加の構造にはおさまらない性格をもっている。

すなわち、この訴訟においては、実体的には、「住民」と「執行機関等」を包含する地方公共団体が「当該職員・相手方」に対して請求権をもっているか、それを行使すべきかが論点である。

その法的解決の第一段階として、「住民」と「執行機関等」とが請求権の有無と請求権行使義務の有無を争うのであるが、そこでは上記のようにいわば「組織法的利益」が争いの対象とされた。そしてその「無」を主張してそれが地方公共団体の意思であるべきであるとする「執行機関等」側に「当該職員・相手方」が参加するのであるが、「当該職員・相手方」は実体法上の利益にもとづいて参加する。

したがって、「当該職員・相手方」は、利害関係の度合いはきわめて深く、同時に、通常の補助参加人とは異なり、その原告「住民」への対抗関係において、被参加人である「執行機関等」との実体法上の利害の共通性はない。実体法上のその利益は自ら守らなければならないというきわめて特殊な立場で参加するのである。そこでは、たとえば後で見ると、地方公共団体の側の過失、それをふまえた過失相殺の主張をする「当該職員・相手方」の独立した訴訟行為を認めるという構成が必要となる。補助参加であり参加的効力が及ぶものでありながら、相当程度に独立した訴訟行為を認める、その意味では共同訴訟的補助参加に近い構成が必要となるのではないか。2つの争点について解決を図る三者構成的な訴訟、これが新四号訴訟の基本構造といえよう。

(c) また、新四号訴訟は、旧四号訴訟をきわめて技巧的に二段階に分けたものであるが、そのため、訴訟で法的な最終解決をつけることはできない、そういう危険を孕むものとなった。すなわち、「当該職員・相手方」甲に関わる新四号訴訟で原告住民が勝訴した後、「執行機関等」である乙が請求あるいはそのための訴訟を怠ったり、不十分に(たとえば額を少なくして)請求等を行なった場合、住民は乙個人を「当該職員・相手方」とする新たな新四号訴訟を「執行機関等」丙を被告として提起することとなる。こうして、甲の責任はその後の司法的解決の枠からははずれるとともに、第二次新四号訴訟自体が第一次訴訟と同様、裁判による紛争解決過程として完結することはない。

このような展開を可能な限り避けるためには、新四号訴訟自体の内容・

構成を上記のように考えるとともに、第二段階訴訟を連続的な一体のものとして構成する解釈がとられるべきである。すなわち、新四号訴訟を、第二段階訴訟をも含めて基本的には解決することを求める訴訟、ととらえるべきである。新四号訴訟における判決は、一定額の請求ないしは賠償命令をすることを命じるが、それには判決確定の日から60日以内に支払われないうときはそれを請求する訴訟を提起することを命じる効果が法律上付加されている。新四号訴訟を「請求」「命令」を行うことを求める訴訟とのみ限定的にとらえ、第二段階訴訟は新四号訴訟において本質的なものではないという論²⁹⁾があるが、それは立法過程を無視するものであるのみならず、適切な司法的解決をめざす住民訴訟制度の趣旨にもそぐわないものである。

(d) 新四号訴訟は、このように、必ずしも従来の訴訟タイプに収まりきれない、新たな性格をもつ訴訟として立法された。この特殊性を認識した上で、住民による地方公共団体の財務行政における適法性確保を十分に可能なものとする個別問題の解釈が必要である。以下で、新四号訴訟における請求と主張、「当該職員・相手方」の訴訟参加、および三号訴訟と新四号訴訟との関係などの各問題についての解釈を試みる。

3. 新四号訴訟における請求と主張

(3-1) 債権の特定 損害額・不当利得額の特定

(a) 新四号訴訟は、特定の損害賠償請求権・不当利得返還請求権の行使を求める訴訟であるから、当該債権を特定しなければならない。

債権特定のためには、原告が損害額・不当利得額を特定することが一般的には求められよう。不法行為にもとづく損害賠償請求においては原告が予め損害額を算定することが容易ではなく、また原告が定立した損害額の上限に裁判所が拘束されるのも合理的ではないため、その場合は請求金額を明示しない給付請求を認めるべきである、訴え提起後一定の時期までに

請求金額を特定すればよい、などの主張もなされたりした。しかし、被告の防御および 訴額の算定などの点を考えて、立法上の措置がないまま認めるわけにはいかないとされ、また特定すべき時期を明らかにすることの困難などから、立法上も取り入れられなかったという³⁰⁾。

(b) 請求額を明示しない訴え提起は認められないというのは、新四号訴訟においても基本的には妥当すべきこととなる。

しかし、債権・債務の存在について、一方当事者がもっているはずの資料の多くは、訴訟当事者である「住民」の手許にはなく、それを否定する被告「執行機関等」および訴訟参加をする「当該職員・相手方」の手許にある。そこでは、訴訟審理を通じて、両当事者が基本的には手許にある資料をふまえて応酬するという構造がなりたたない。したがって、一定の補充的な構成もとらざるをえない。

したがって、請求すべき債権を特定することができる程度に、請求額は明示しなければならない。しかし、請求の基礎に変更がないこと、相手方、補助参加人の攻撃防御の機会を妨げる機会のない程度の段階で、請求額の変更は柔軟に認められてよいのではないか。

このとき、訴額については、新四号訴訟の場合は算定不能として処理することとなるため、それが予め請求額を確定する必要には結びつかない。

被告の防御の点はどうか。この訴訟で真に防御の機会を保障されなければならないのは、被告「執行機関等」よりもむしろ「当該職員・相手方」である。そして、後で述べるように、この補助参加人の訴訟行為も当事者に近い程度まで保障される必要があるが、逆に、それが実質的に保障される範囲で、上記の変更は妨げられない、と考えられる。

なお、請求権の存在とそれを行使する「執行機関等」の義務の確定のみが新四号訴訟の目的であり、具体的な額は第二段階訴訟に委ねるというのは、そもそも請求権の特定がないままの請求権行使の義務づけという論理上の問題があるのみならず、住民参加によって財務行政の適法性を確保するという住民訴訟制度の目的、「当該職員・相手方」の訴訟参加によって、

地方公共団体の有する請求権を確定しその行使を「執行機関等」に命ずることにより争いを解決しようとする新四号訴訟制度の趣旨に反することとなる。立法意図としてもそれはまったく考えられていないようである³¹⁾。

(c) しかし、そのためには、後で見るように、訴訟参加した「当該職員・相手方」に、単なる補助参加人の枠を超えた訴訟行為を認めなければならない場合も生じる。

なぜならば、補助参加人たる「当該職員・相手方」と被参加人たる「執行機関等」が代表する地方公共団体は、この事件に関しては、実体法上は利害が対立するからである。

(3-2) 新四号訴訟判決の内容と債権の放棄

(a) 新四号訴訟は、「損害賠償又は不当利得返還請求をすることを……求める請求」、「賠償の命令をすることを求める請求」がなされ、それに応じて「損害賠償又は不当利得の返還の請求を命ずる判決」（法242条の3第1項など）、「賠償の命令を命ずる判決」（法243条の2第4項など）が出される。すなわち、損害賠償・不当利得返還の請求、賠償命令が義務づけられる。他方で、地方自治法上、地方公共団体の議会の議決があれば権利放棄がなされうる（法96条1項10号）。この権利放棄と、四号訴訟との関係はどう考えられるか。

旧四号訴訟制度の下で、訴訟が提起された後、議会議決を経て権利放棄をすることが許されるかが問題となった事例で、判例は分かれた。損害賠償請求権を放棄することは住民訴訟の制度趣旨を失わせる、被代位者である地方公共団体が代位権を妨げる行為をすることは許されない、議会議決によって違法な公金支出が適法なものとなるのではない、として否定した判例と、住民代表である議会がその本来の権限に基づいてする議決は妨げられない、債権者代位権にもとづく訴訟と住民訴訟とは異なる、として放棄を認めたものがある。しかし、これはかなり特殊な事例についてのものであり、先例としての価値は必ずしも高くないように思われる³²⁾。

(b) 新四号訴訟ではどうか。原告住民の勝訴が確定した後、執行機関等は当該債権を放棄することはできるか。

できるとする考えの論拠は次のようなものである。住民訴訟の提起以前であれば裁判上確定した債権等の放棄が可能であるのに、住民訴訟が確定するとできなくなるのは著しく均衡を欠く。新四号訴訟では、請求・賠償命令を義務づけるものであり、基本的には地方自治法施行令の債権管理の規律等にしがたって債権を管理すべき旨の義務づけにとどまる。住民訴訟制度は間接民主制を補完するものであり、一住民の訴訟の結果、長や議会の裁量を奪うことは適切ではない。放棄の制度が濫用されれば、濫用した個人の責任が生じるとともに、議会・監査委員等から適切な責任追及がなされる。旧四号訴訟の下で放棄を認めた判例³³⁾があり、新四号訴訟は基本的にはその機能を維持するものである³⁴⁾。

(c) 確かに、債権行使の義務の存否と議会手続を経た債権放棄の可否とは、まったく同じでないことも事実である。しかしながら、地方公共団体の執行機関はその事務を誠実に管理・執行する義務を負っており(法138条の2)、長には債権の保全・取立ての義務が課せられているのであり(法240条1項)、公正・適切な債権管理を逸脱することはできず、放棄する場合も、実質的な公正・適切を実現する観点からのものでなければならない。議会議決があることは、当該財務会計行為を当然に適法とするものではない³⁵⁾。それに、財務会計職員の賠償責任に関しては、賠償責任を減免するには、当該損害が避けることのできない事故その他やむをえない事情によるものであることの証明が相当なものと認められ、監査委員の意見をふまえて議会で同意が得られた場合に限定されている。

新四号訴訟は、単に実体的な債権の存在を確定するにとどまらず、当該債権の管理について当該地方公共団体の意思を代表する執行機関を被告として、賠償請求・不当利得返還請求をするべきこと、賠償命令をするべきことを、まさに義務づける判決を出すものである。十分な審理を経て出された、そのような確定判決によって義務を課された長が、それにもかかわ

らず債権放棄の提案を議会にするということは、基本的には制度の趣旨に反することとなるであろう³⁶⁾。

住民訴訟の提起以前に権利放棄がなされることもあろうが、その放棄が違法であれば実体的な権利はなお残るのであって、その残る権利について、その行使を命ずる判決を求めて新四号訴訟を起こすことは可能である。善意の相手方を保護すべき特殊の場合がありうるが、それを除けば、判決確定後の放棄と基本的には変わらない。

なお、そのような「放棄」という債権管理をした執行機関を「当該職員・相手方」として、それに賠償請求をすべく新四号訴訟を考えればよいとの論もありうる。そうするのが適切な場合もあろうが、しばしばそれは、きわめて錯綜した法関係にするのみであって、問題の解決に有益なものではない。ましてや、そのような議決した議会（賛成をした議員）を「当該職員・相手方」として、新四号訴訟を考えることは、かなり無理がある。

(3-3) 法243条の2にもとづく賠償命令と賠償命令を求める新四号訴訟

(a) 243条の2は、出納職員等および予算執行職員等の職務の特殊性に鑑みて、その賠償責任発生の要件、責任の範囲を限定し（1・2項）、かつ地方公共団体の長による賠償命令という責任追及の方法を設けた（3項以下）。出納・動産保管等や予算執行などに関わる限定された職員の、限定された行為についての定めである³⁷⁾。したがって、新四号訴訟も、賠償命令を出すことを求める訴訟となる³⁸⁾。

本条に定める賠償請求権は、1項所定の要件を充たす事実があれば、3項の賠償命令を待たずに実体法上直ちに発生するのであり、賠償命令による以外にその責任を追及されることがないことまでも保障した趣旨のものではないと考えられてきた³⁹⁾。したがって、それは旧四号訴訟によっても追及されうるというのが一般的な理解であった。

この243条の2第3項にもとづく賠償命令は、当該職員に対しては行政処分⁴⁰⁾として構成されており、異議申立て、審査請求をすることができ

(同条10項), また取消訴訟を起すことができる。逆にいえば, 不服申立て, 取消訴訟を提起すべき期間内にそれをしなかった場合, 職員はその効力をもはや争うことはできなくなる。

この賠償命令が出された後, あるいはさらに当該職員からの審査請求期間・出訴期間を経過して争えなくなった後に, それを旧四号訴訟で争えるかが問題となった。

(b) 一般的に, 住民訴訟において, 行政処分の性質を有する行政機関の行為が問題となっている場合, それは公定力を有するため, まず二号訴訟を提起してその行政処分の効力を失わせた上で旧四号訴訟を起すか, 少なくとも二号訴訟と旧四号訴訟とを併合しなければならないとされてきた⁴¹⁾。

この考え方によれば, 長が賠償命令を出したが, それが出すべき賠償命令の額を下回り違法であるという場合には, まず二号訴訟により賠償命令の効力を失わせた上で, 旧四号訴訟によってあるべき賠償額の代位請求をしなければならない, そのため少なくとも併合して提起しなければならないこととなる。また, 既に旧四号訴訟が提起された後に賠償命令が出された場合, 賠償命令の範囲内については, 住民訴訟で訴求する利益は否定される。

もっとも, 旧四号訴訟に関わっても, 二号訴訟の「排他性」は, それほど厳格には考えられてこなかったように思われる。たとえば, 先行行政処分の処分庁が同時に旧四号訴訟の被告となる事例では, 二号訴訟を経ることなく, 旧四号訴訟を提起することが認められた⁴²⁾。また, 支出負担行為の中で, 補助金交付決定⁴³⁾, 給与その他の給付の決定など, いわゆる形式的行政処分ともいべきものについては, その違法性が不当利得返還請求と常に必ず切断されるというものではなく, 行為者の事情, 利得を得た相手方の事情等もあわせて判断されるべきであるという主張もなされていた⁴⁴⁾。この立場にたてば, これは公定力の問題というより, 利得者と違法行為者のそれぞれの事情, 両者の相互関係および住民の訴訟に期待する機

能をも勘案して、公金の支出の結果利益を受けた相手方に利得を保有させることが実質的に公平に適するかどうか、という不当利得法のまな板上での判断の問題ともいえよう。

(c) 他方、賠償命令が出訴期間を経過して争えなくなった、その意味で確定した場合⁴⁵⁾については、多くの判例は、代位賠償請求訴訟で求めるべき賠償額は、同命令が明示する賠償額に限定されるとしてきた⁴⁶⁾。なぜならば、賠償命令は行政処分たる性質をもち、その確定により職員の賠償責任の有無及び範囲が実体的に確定するから、というのである⁴⁷⁾。

これに対しては、賠償命令が確定してもそれを一部請求として、住民が旧四号訴訟を起こすことは否定されないとする見解⁴⁸⁾、あるいは当該職員が争う限りではそれは取消訴訟によらなければならないが、住民が旧四号訴訟を提起して裁判所が判断する場合には確定された金額を超える部分については賠償命令には拘束されない、という相対的確定効果を主張する考え⁴⁹⁾があった。もっとも、この論は、賠償命令が出されて未だ確定していない段階でも、賠償命令を超える部分については旧四号訴訟で直接代位請求する可能性を認めることに連なり、その意味では上記のまずは二号訴訟で賠償命令を覆さなければならないとする論を否定する意味をも持った。

(d) ここで「行政処分たる性質」についていわれる公定力も、現在の憲法体制の下では、実定法に先行して存在するものではありえず、実定法によって根拠づけられるものでなければならない。この視点から、行政事件訴訟法が出訴期間をおいた特別の救済を創設したことから取消訴訟の排他性が導き出され、それが公定力の実定法上の根拠と説明されてきた。

ところが、新四号訴訟のうち、賠償命令をすることを求める訴訟は、公権力の行使を求める義務づけ訴訟となる。すなわち、地方自治法は、賠償命令という「公権力の行使」（一方的に義務を課す、という意味での）について、この訴訟および二号訴訟の二者を特に創設した。そうであれば、明文の根拠⁵⁰⁾なしに、いずれかが論理上他を排する、すなわち新四号訴訟に対して二号訴訟が当然に賠償命令についての排他的管轄をもつことに

はならない。

したがって、賠償命令の効果は、住民の側からは二号訴訟・新四号訴訟いずれかで（実際には二号訴訟と不当利得返還請求を求める新四号訴訟との併合提起になることが多いだろう）、そして当該職員の側からは取消訴訟で争いうると考えるべきである⁵¹⁾。行政処分 of 公定力を根拠に依然として二号訴訟の先行を必要とする見解もあるが⁵²⁾、これは公定力についての学説の1960年代以降の展開を踏まえたものとはいえない。

そして、これは賠償命令を当該職員が取消訴訟を起こす前であろうと、出訴期間を経過して取消訴訟を起こせなくなった後であろうと、かわりないこととなる。

(e) 取消訴訟の認容判決で賠償命令が取消され、その判決が確定した場合には、賠償命令が違法であって効力のないことが判決で明らかにされたのであるから、それについて新四号訴訟で賠償命令を求める訴訟を起こすことはできないだろう。

取消訴訟の一部認容判決で賠償命令が減額されて確定したときも、その範囲で賠償責任はあるが、それを超える部分の効力はないことが裁判によって確定されたと考えられる。

取消訴訟の棄却判決が確定し、一定の金額の賠償命令の効力が確認されたときはどうなるか。この場合、この判決は賠償命令を超える部分の賠償責任がないことについては、何の確定もしていない。したがって、それを超える部分について、新四号訴訟で賠償命令を求めることはできると考えるべきであろう。

もっとも、これら判決が確定した時点で住民監査請求・住民訴訟がなお提起期間内、ということは、実際には想定しにくい。

(3-4) 執行機関等による請求と新四号訴訟

(a) 新四号訴訟が提起されそれが係属中に、執行機関等が損害賠償請求、不当利得返還請求をしたり、あるいはそれを請求する訴えを起こした場合、

新四号訴訟はどうか。また、既に執行機関等が損害賠償請求、不当利得返還請求等をしている場合には、新四号訴訟を提起できるか。

(b) 執行機関等がした請求の額が、訴訟で住民が求めている額と同額かそれより多い場合には、新四号訴訟の提起、あるいは既に起こした新四号訴訟の維持はできない、とする考え方がある。その論拠は、判決主文に記載された行為が行われているから、訴えの利益が失われる、というものである。

すなわち、新四号訴訟の本質的要素は、「執行機関等」に損害賠償・不当利得返還の請求あるいは賠償命令を出すことを義務づけることにある、新四号訴訟にもとづく判決が出されると一定期間後に訴訟提起義務が生じるが、それは新四号訴訟の本質的要素ではなく、「請求等を一定期間内にさせる」ことのみを目的とする訴えは認められない、となる。長等が適切な措置をとらず債権を消滅させてしまった場合には、その個人責任を求め新四号訴訟を提起したらよい、とされる⁵³⁾。

確かに、請求をすることを命じる判決を求める訴訟と構成しても、同様の趣旨の請求がなされたら、訴訟は目的を失うかのである。しかし、この訴訟で請求・賠償命令をすることを命じる判決の確定の日から60日以内に支払いがなされないときはそれを請求する訴訟を提起することを命じる、という効果が法律上付加されている。すなわち、本制度改正は、旧四号訴訟を 新四号訴訟と、その判決にもとづく請求が履行されない場合の

地方公共団体による請求訴訟という二段階構成とし、それを一定期間内に行わせることによって連続する訴訟手続に編成しなおして実効性を確保しようとしたのである。したがって、いづれも、そしてそれが一定期間内に連続することは制度の本質的要素である。ここでは、時の要素もきわめて重要な意味をもっている。だからこそ、この新四号訴訟には、「執行機関等」のみならず「当該職員・相手方」も参加させさせ、実質的に三者による訴訟遂行という構成をとり、そこで出された判決に、「当該職員・相手方」への参加的効力を及ぼそうとした。この制度の実質を喪失

させるような訴訟の終了をしてはならない。

請求があったとして新四号訴訟が終了した場合、「当該職員・相手方」の不履行にもかかわらず「執行機関等」が訴訟を起こさない時に、いったん終了した新四号訴訟の再開や、新たにそれを提起する場合の出訴期間等の特例規定がないことも、法律が訴訟の終了を想定していないことを示している。

「執行機関等」が既に請求等をした後の新四号訴訟提起も基本的には同様に考えられるが、実際にはそれでもあえて訴訟を起こそうということはきわめて稀であろう。

なお、上記見解のいう“債権消滅についての執行機関たる長等の個人責任”は、それに固有の不法行為責任の要件の充足が求められるのであり、別の次元の問題である。

(c) 地方公共団体が損害賠償請求・不当利得返還請求の訴えを起こして、その額が新四号訴訟で住民が求めている額と同額かそれより多い場合はどうか。

新四号訴訟と地方公共団体の起こす請求の訴えとでは訴訟物が異なるため、いずれが先に提起されていても、後訴が二重訴訟として禁止(民訴法142条)されることはない。

問題は、新四号訴訟が係属しているところに地方公共団体による請求の訴えが提起されると、新四号訴訟はどうか、また地方公共団体による請求の訴えが提起された後は、新四号訴訟の提起は認められないか、である。地方公共団体の訴えの取下げ等の可能性がある以上、新四号訴訟が否定されることはなく、訴訟手続の中止等(法243条の2第7項参照)で対応する、ということも考えられる。ただ、第二段階訴訟に相当する訴えまで提起された以上、新四号訴訟で求める給付の対象を失った、とも考えられる⁵⁴⁾。

既に地方公共団体が訴訟の対象となる損害賠償請求権・不当利得返還請求権について訴訟を起こし、認容の確定判決を得ているときには、新四号

訴訟の提起は認められない⁵⁵⁾。

(d) 執行機関等がした請求の額が、訴訟で住民等が求めている額より少ない場合には、上記見解も訴えの利益を認めるが、新四号訴訟で主張する債権の額は、両者の差額であるとする⁵⁶⁾。

しかし、新四号訴訟で求めているのは、執行機関等が一定金額の請求をするべきことであるが、上記のように第二段階訴訟に進む義務が法律によって付加されている。確定判決により超過部分についてのみこのような効果が生じるというのは、いかにも不自然である。あえて分割して未請求部分のものに訴訟を限定する必要はない。ましてや、いったん提起している訴訟について、その額と趣旨を変える訴えの変更手続を要求するべきものではなからう。基本的には上記の論がここにも妥当すると考えられる。

4. 「当該職員・相手方」の訴訟参加

(4-1) 新四号訴訟への「当該職員・相手方」の参加の構成と性格

(a) 「当該職員・相手方」の新四号訴訟への参加は次のように構成されている。

「当該職員・相手方」は、「執行機関等」が敗訴すると、地方公共団体から賠償請求、不当利得返還請求を受けるという意味で、訴訟の結果について利害関係を有するため、新四号訴訟が提起されると、「執行機関等」を補助するためその訴訟に参加することができる（民訴法42条）。このため、新四号訴訟が提起されると、「当該職員・相手方」に対して、「執行機関等」は、遅滞なく、その訴訟の告知をしなければならない（法242条7項。民訴法53条1項の特則）。参加した場合、「当該職員・相手方」には参加効力が発生する。すなわち、一般的には、主たる当事者である「執行機関等」が敗訴した場合、「当該職員・相手方」は、「執行機関等」との間での後訴で、判決の主文に包含された訴訟物たる権利関係の存否についての判断、および主文に掲げる結論を導き出すために必要な主要事実に係る

認定と法律判断については争うことができなくなる⁵⁷⁾(民訴法46条)。訴訟告知を受けながら参加しなかった場合においても、参加することができた時に参加したものとみなされる(民訴法53条4項)。もっとも、第二段階の損害賠償・不当利得返還訴訟の原告は普通地方公共団体であり、それは新四号訴訟の当事者そのものではないため、訴訟告知を受けた職員・相手方が参加的効力を受けるかは厳格にいうと議論の余地もありえないではないが、参加的効力が地方公共団体と「当該職員・相手方」との間で生じることが法律上明確にされた(法242の3第4項)⁵⁸⁾。

(b) このようにして、一応、「当該職員・相手方」は補助参加人としての訴訟手続上の権利をもち義務を負うものとして構成されることになるのであるが、しかし、これは一般の補助参加と非常に性質を異にする面がある。

一般に、補助参加人に対する裁判の効力、すなわち参加的効力は、敗訴の場合における主たる当事者と補助参加人の公平な責任分担の考え方にもとづくといわれる⁵⁹⁾。しかし、新四号訴訟において「執行機関等」が敗訴して負う負担は、補助参加人に対して賠償請求・不当利得返還請求、賠償命令をするというものである。すなわち、「執行機関等」が新四号訴訟で守ろうとしている利益は、自らの意思決定の適法性の確認という組織法上の利益である⁶⁰⁾。新四号訴訟においての原告住民と被告「執行機関等」の対立は、地方公共団体のあるべき意思をめぐっての、組織法上の利害の対立、ともいうべきものである⁶¹⁾。「執行機関等」が敗訴すれば、それが代表する地方公共団体は、補助参加人たる「当該職員・相手方」に対して請求権を行使すべきことになるのであり、「執行機関等」にとっての実体法上の不利益はない。実体法上不利益を被るのは「当該職員・相手方」であり、したがって、実体法上の利害関係では、原告「住民」と被告「執行機関等」が、補助参加人たる「当該職員・相手方」とむしろ対立することとなる⁶²⁾。

(c) もちろん、真に「当該職員・相手方」に債務ありと主張する住民と、

それを自らの利益にかけて否定する当の「当該職員・相手方」が当事者として対峙しない、このような訴訟構造については、立法過程で厳しい批判があったし、私自身も決して適切とは考えない。

しかし、解釈論としては、このような構造の訴訟を、地方公共団体の意思のあり方（請求をすべきかどうか）についての住民と「執行機関等」との争いと、その請求を受けるべき「当該職員・相手方」の三者、それぞれレベルの違う争いの組み合わせではあるが、そのような三者間の訴訟構造としてとらえ、それにふさわしい個別論理を組み立てることが要請されよう。すなわち、補助参加人たる「当該職員・相手方」の訴訟上の地位を被告「執行機関等」への「従属性」を基本に組み立てると必ずしも適切ではない状況が生じるため、新四号訴訟にふさわしい、より独自の立場をもつものとして論理を構築しなければならないように思われる。

もっとも、それでは「当該職員・相手方」の応訴の負担を軽減するという制度改正の目的に反するという見解もありえよう。しかし、たとえば「執行機関等」が補助参加人に不利な認諾、自白等を行うような場合、参加をして、被告が自白、認諾等を勝手にするなどの場合に否認をしておかないと、参加的効力により、出された判決による相当程度の拘束を受ける。すなわち、いずれにせよ、実質的には参加を強制されているのである⁶³⁾。

そこでは、補助参加人の訴訟行為、それへの判決の効力の及び方等、一般の補助参加人とは異なったものが必然的に現れざるをえない⁶⁴⁾。

(4-2) 補助参加人である「当該職員・相手方」の訴訟行為

(a) 一般的に、補助参加人は、主たる当事者から独立の地位をもっており、その名において攻撃防御の方法の提出、上訴その他一切の訴訟行為をなすことができ、その効果は主たる当事者である当該地方公共団体の執行機関等に帰属する。しかし、主たる当事者があくまで訴訟行為の主体であり、補助参加人の訴訟行為も次のような制限を受ける。主たる当事者が既になしえなくなっている行為、主たる当事者の訴訟行為と抵触する行

為、訴訟係属の発生・消滅にかかわる行為、主たる当事者に不利益な訴訟行為、主たる当事者に属する実体法上の権利行使などはできないとされる⁶⁵⁾。

ただし、これらの場合は、これに関わる裁判の効力も制限される(民訴法46条2項)。

(b) このうち、新四号訴訟についていえば、訴訟が提起されたら遅滞なく告知をするため、はあまり考えられないと思われる⁶⁶⁾。

また、実体法上は主たる当事者=執行機関等の属する地方公共団体と補助参加人=「当該職員・相手方」は利害が相反するのであるから、の、補助参加人が主たる当事者の利益のために実体法上の権利行使をするというケースはいずれにしても考えにくい。

については、新四号訴訟は「執行機関等」に対して損害賠償・不当利得返還請求または賠償命令をすることを求める訴訟であるから、それを請求・命令の義務の遂行を担うべき立場にない「当該職員・相手方」が認諾したり、取下げ、和解等をする事は論理的にはありえない。ただ、請求・命令を受ける側の参加人がそれを“認諾”することは現実の問題としては果たして不合理か。実体法上は「被参加人被告+原告」が参加人と利害対立関係にあり、したがってその参加人が是認するという事は世間的常識からはありうるからである。

(c) 上記「主たる当事者の訴訟行為と抵触する」とき、すなわち既に主たる当事者がした行為に反する行為、主たる当事者が放棄した行為を改めてしても、それは効力を生じない(民訴法45条2項)。たとえば、主たる当事者=「執行機関等」が自由したときには、補助参加人が当該事実を争っても否認の効果は生じない、とされている。上訴の提起はできるが(民訴法45条1項本文)、主たる当事者が上訴権を放棄すると、それと矛盾することとなり、参加人の上訴の効力は失われる。参加人が独立して当事者となりえない以上、当然の結論ともいえる。

しかし、被参加人「執行機関等」が敗訴した場合、参加人である「当該

職員・相手方」は上訴さえておけば、それに反して被参加人「執行機関等」が上訴しないと、その敗訴判決は、第二段階訴訟において参加的効力を参加人に及ぼすことがなくなり、そこでは一から裁判が行われることとなるのか。これを避けるためには、「執行機関等」は、上訴の意図のない場合でも、参加人が異議を述べるか上訴すれば自ら上訴するか、あるいは参加人上訴を追認し、この追認によって上訴の効力を認める⁶⁸⁾、ということになるのか。

(d) 上記 に関して、補助参加人の側の自白があげられる。しかし、新四号訴訟において、参加人の自白をすべて否定すべきだろうか。

たとえば、「執行機関等」の、“談合の事実はない、それについて「当該職員・相手方」に請求する必要はない”という自ら決した地方公共団体の意思を守るという組織法上の利益にとっては、「当該職員・相手方」の談合の自白は不利に働く。しかし、その地位を第二段階訴訟で引き継ぐ地方公共団体にとっては、そのような自白は実体上不利とはいえない。本来、地方公共団体の利益を守るために行動すべき「執行機関等」のこのような組織法上の利益を、実体上は地方公共団体の利益に沿う自白を否定するべく訴訟法上の論理に入れることが、社会的正義にかなうものであろうか。

確かに、補助参加人が自白したら被参加人をも拘束し、被参加人が否定したら補助参加人の自白が無効になるというのでは相手方の保護に欠ける、一律に自白できないとした方がよい、とする論も一般的には説得力はある⁶⁹⁾。しかし、これについても、次のような反対論もある。すなわち、自白は争点整理にとって不可欠な手段であり、また自白は当然には当事者にとって不利な行為ということとはできない。主たる当事者は否認すれば足りる。それが相手方の信頼を害するという批判もあるが、その否認に対しては時期に遅れた攻撃防御方法や信義則による制限が課せられる⁷⁰⁾。

訴訟一般についてはともかく、少なくとも新四号訴訟については、このような柔軟な論理に拠るべきではないかと思われる。

さらに付言すれば、損害賠償請求を求める新四号訴訟において、主たる

当事者である「執行機関等」が、原告主張よりも損害額が低いことを主張している場合に、「当該職員・相手方」が地方公共団体の側の過失を主張し、過失相殺を求めることはどうか。これは、実体上は地方公共団体にとって不利な主張である。しかし、訴訟上は主たる当事者＝「執行機関等」に有利な主張となろうか。しかしながら、このような技巧的、不自然に有利・不利を区分するのではなく、端的に、新四号訴訟における参加人「当該職員・相手方」は通常の補助参加人とはかなり異質であることを直視して、相当程度独立性のある訴訟行為を認めることが、訴訟の目的に合致することとなるのではないか。この場合、参加人の行為の効果が常に必ず被参加人に帰属することにはならないだろう。

(e) さらに、入札談合のように、損害額（現実の支払い額と適正な競争がなされた場合の想定落札価格の額との差）の立証がこの性質上極めて困難である場合があるが、その場合には、旧四号訴訟におけると同様、民事訴訟法248条により裁判所において相当な損害額を算定すべきである⁷¹⁾。しかし、このような判断を裁判所がするには、「当該職員・相手方」が当事者としての訴訟行為に近いものを保障されていることが必要であろう。

(f) こうして、新四号訴訟における「当該職員・相手方」は、既判力が及ぶものとしての共同訴訟的補助参加人ではないにしても、それに近い訴訟上の地位を与えられるべきものと思われる。実定法上の根拠なしにこのような特別の地位を認めることには異論もありえようが、しかし、共同訴訟的補助参加という概念自体、ある意味では実定法上の根拠なしに定着したものである。ましてや、新四号訴訟は、これまで見たように、その法的構造は、通常の訴訟参加とは大きく異なった性格をもっているものであり、それにふさわしい構成の認識と解釈をとることは妥当なものと考える。

(4-3) 文書提出命令

(a) 住民訴訟における文書提出義務については、民事訴訟法220条の改正（1996年改正（平8法109）により4号を追加、2001年改正（平13法96）

により4号中の公務員保管・所持文書除外規定の削除）により、大きく変わった。4号の一般的文書提出義務の規定によって、その文書が当事者とどういう関係にあるか等は、以前ほどの決定的な意味をもたなくなってきたとはいえようが、しかし、1・3号文書と4号文書では義務の範囲に違いがあると考えられ、なお意味は失わないだろう⁷²⁾。

四号訴訟の改正理由として、機関としての首長が被告になれば、地方公共団体が有する証拠や資料の活用が容易になる⁷³⁾というもの、このことをいうのであろうか⁷⁴⁾。しかし、反面で、「当該職員・相手方」が当事者とならないことによるマイナスもありうる。

(b) 文書提出命令に当事者が従わなかったときは、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる（民訴法224条）。第三者が文書提出命令に従わなかったときは、30万円以下の過料に処せられる（同法225条）。

補助参加人については、その義務違背を当事者の負担に帰することはできないとして、224条を適用せず、225条のみ適用ありとするのが多数説⁷⁵⁾である。しかし、新四号訴訟における補助参加人である「当該職員・相手方」について同様に考えるのが適切かは、検討の余地がある。なぜなら、新四号訴訟においても、そこで争われるのは、まずは「損害賠償責任」の有無、「不当利得返還の義務」の有無であり、「当該職員・相手方」も、訴訟告知を受け、義務のないことを、「執行機関等」とは独立に証明する権利と責任をこの手続で負っているからである。上記(3-2)でその地位を共同訴訟的補助参加人に類して考える必要性を述べたことは、この論にも連なる。

もっとも、民訴法224条3項は、立証事項についての証明度の軽減をするものであって、弁論の全趣旨から立証事項を真実とみなすことが無理であると判断されれば裁判所はこの規定を適用しない为好と考えれば⁷⁶⁾、全体としてのバランスは保たれるのではないかと思われる。

(c) 住民が他の法律上のてだてを講じて証拠資料を入手する場合に、ど

う位置づけられるか、という問題も出されている。

たとえば、入札談合事件で公正取引委員会から排除勧告を受けた企業に損害賠償を求める事例において、損害賠償を請求する者は、審決確定前であっても独占禁止法69条にいう利害関係人として事件記録の閲覧謄写を請求することができる。住民が旧四号訴訟を提起した場合、当該訴訟においては「相手方」=被審人に対する地方公共団体の損害賠償請求権の存否が審理される。公正取引委員会での審判事件の事件記録を利用することの必要性、有用性については地方公共団体については認められるが、それに代位して損害賠償請求をしている原告住民も法69条にいう利害関係人に当たることを、最高裁は認めた⁷⁷⁾。

新四号訴訟では「住民」が自治体を代位するという構成をとっていないため、利害関係人として閲覧・謄写請求権はないという解釈もありえないではない。しかし、その訴訟での審判の対象は、被審人に対する地方公共団体の損害賠償請求権の存否とそれを前提とした「執行機関等」の賠償請求の存否である。また、新四号訴訟は、地方公共団体のあるべき意思をいずれが担っているかを決定する裁判手続であり、「執行機関等」と「住民」は、いずれもある意味での地方公共団体の「機関」ともいえる地位にあり、地方公共団体が独禁法69条にいう利害関係人である以上、「執行機関等」と「住民」いずれも同じく利害関係人という解釈も可能であろう⁷⁸⁾。

5. 三号訴訟と新四号訴訟

(5-1) 旧四号訴訟と三号訴訟

(a) 旧四号訴訟は、本来地方公共団体が有している請求権を住民が代位して請求するものであった。そこでは、有している請求権を当該地方公共団体の機関が適切に行使しないという事実の存在が論理的には前提とされてきた。新四号訴訟も、当該職員またはその相手方に対して損害賠償請求・不当利得返還請求を地方公共団体の執行機関がしないという事実を論

理的な前提として、当該執行機関等を被告とした義務づけ訴訟を提起する、という構成をとっている。

三号訴訟と新旧四号訴訟とは、上記のように請求権行使をしないという事実を前提とするところで共通性をもつ。この両者の関係をどう考えるべきか。

(b) 旧四号訴訟と並行して三号訴訟の提起を認めるかに関わって、怠る事実を「真性怠る事実」と「不真性怠る事実」、あるいは「独立した怠る事実」と「当該行為と表裏一体をなす怠る事実」との二種に区分する考え方があった⁷⁹⁾。

「真性怠る事実」というのは、たとえば、公金の賦課・徴収を怠り賦課権等が除斥期間の経過、時効、相手の無資力化等によって消滅するおそれがあるとか、公有地の管理を怠り使用料等の損害や第三者がその財産を時効取得することによる損害とか、債権管理を怠りその債権が時効消滅するおそれがある場合をいう。

他方、たとえば、長が違法な随意契約を締結して地方公共団体に損害を与えた時、地方公共団体（その執行機関）が、長に対する損害賠償請求、あるいは契約の相手方に対する不当利得返還請求を行使をしないということは一種の「怠る事実」であるが、これは当該行為（随意契約の締結）と表裏一体をなすという意味で、独立した怠る事実ではない（不真性怠る事実）だとされた。

「真性怠る事実」については、三号訴訟は当然に可能であり、「怠る事実」が続く限り監査請求はできる。ただ、この「真性怠る事実」について、三号訴訟とならんで、旧四号訴訟もなりたつこともある。たとえば、財産管理を怠る事実に関わり、三号訴訟とならんで、地方公共団体を代位して、相手方を被告とする妨害排除請求、原状回復請求の訴えなどの旧四号訴訟もありえた。また、ある者が地方公共団体に損害を加えたにもかかわらず地方公共団体が賠償請求しないという事例では「当該行為」は存在せず、したがってこれも「真性怠る事実」となるが、この場合にも、その者に対

して賠償を求める旧四号訴訟もありえた⁸⁰⁾。

(c) 「不真性怠る事実」の場合に、旧四号後段請求とならんで三号訴訟が可能かが議論された。

まず、「不真性怠る事実」については三号訴訟はありえないとする考えがある。これは、当初の立法が積極的行為である公金の支出に限られていたという立法の経緯や、法242条1項が「公金の支出」と「財産の管理」とを書き分けている点からみると、公金の支出によつて生じたところの不当利得その他の返還請求権(債権)についてまで違法確認を求めることは、法242条の2第1項3号の規定の予想するところではなかつたというべきであり、したがつて、同号にいう「財産」の中には、公金や支払われた公金の変形たる債権は含まれない、というものである⁸¹⁾。

しかし、法237条は「財産」とは公有財産、物品、債権、基金をいうと定めており、これらのものの管理の懈怠は原則として「財産管理を怠る」となるだろう。しかも、「真性怠る事実」には、上記のように賠償請求権の行使を怠る場合もありうるのであって、「財産」概念で限定することは、それとの不整合をももたらすとする強い批判があつた。最高裁判例も、「財産」概念の限定の問題としては考えなかつた。

(d) 次に、旧四号訴訟が抜本的手段であり、三号訴訟は執行機関を通じて権利を間接的に行使するにすぎない補完的なものにとどまるため、旧四号訴訟が成り立つ場合には三号訴訟は訴えの利益を欠き不適法となる、という考えがあつた⁸²⁾。なお、基本的には自由選択が認められるにしても、より根本的な解決を図る四号訴訟が提起された以上、三号訴訟は不適法となる⁸³⁾という考え方もあつた。

しかし、それに対して、いずれを選択するか、両方の訴訟提起を行うかも原告たる住民の自由な選択に委ねられているとする考えがあつた。その根拠は、地方自治法は各請求間の優先順位を定めていないし、複数の請求を行うことを許さない旨の定めもない、三号訴訟は怠る事実に係る行政機関に積極的な職務権限の行使を期待するのに対し、旧四号訴訟は自ら

それを訴訟を通じて行おうという，それぞれ独自の存在意義を有する，三号訴訟と旧四号訴訟のどちらが有効適切であるかは個々の事案により異なる，というものであった⁸⁴⁾。基本的にはこの見解が妥当であったと考える。

(e) 他方，監査請求期間との関わりで，真性怠る事実についての監査請求期間には事実の継続している限り制限はないが，不真性怠る事実についての監査請求期間は先行行為についての請求期間に限られるとする考え方がある。なぜならば，そう解しないと監査請求に期間制限を設けた趣旨が没却されるからであるという⁸⁵⁾。

これに対しては，三号訴訟・旧四号訴訟それぞれ要件は異なるが，要件を充たす限り，真性怠る事実，不真性怠る事実いずれも怠る事実が継続する限りは，その是正のため監査請求はなしうるとする反対論がありうる⁸⁶⁾。

(5-2) 新四号訴訟と三号訴訟

(a) 新四号訴訟は，三号訴訟と同様，執行機関を通じて権利を間接的に行使するものとなった。この下で，改めて，新四号訴訟に加えて三号訴訟を併合提起することを不合法とする考えが出されてきた。両者は被告は同一であり，争われる内容も基本的には同一であり，しかも新四号訴訟は請求等の義務づけをし，請求等をなす際の執行機関等の裁量に限定を設けていることからすると，あえて新三号請求の訴えの利益（確認の利益）はない⁸⁷⁾，というのがその論拠である。

しかし，教育財産の管理を怠った違法がある場合とか，あるいは管理権限の委任がなされた場合のように，同一事実についての三号訴訟と新四号訴訟の被告が常に必ず同じとは限らない。また，権限ある機関に積極的な職務権限の行使を期待する，という点では共通性はあるにせよ，現在の権限不行使が違法であるとの司法判断を求めるのと，違法判断は別として権限行使の義務づけを求めるのではまったく同じとはいえず，どちらが有効適切であるかは個々の事案により異なる。また，請求認容の要件もまっ

たく同じとはいえないだろう。地方自治法は各請求間の優先順位を定めず、複数の請求を行うことを許さない旨の定めもないことには変わらない。しかも、新四号訴訟が手段としての直截性を失った以上、三号訴訟の補完性論はさらに根拠を失ったというべきであろう。

したがって、「不真性怠る事実」も「怠る事実」として監査請求の対象になり、四号訴訟とあわせて三号訴訟の提起も可能であると考えらるべきである。

なお、併合提起を否定する論も、新四号訴訟の提起が可能な場合に三号訴訟を選択を認める可能性は肯定する⁸⁸⁾。「当該職員」の個人責任を追及するよりも、違法を確認し是正に地方公共団体が取り組むべきことに重点をおく場合もあるのであり、当然であろう。

(b) ただ、同時に、監査請求期間の制限を積極的に失わしめる解釈はやはりとり難い。したがって、「不真性怠る事実」に関する場合、その監査請求期間は当該行為についての請求期間に限られるということになる。

ただし、「監査請求に期間制限を設けた趣旨」は再検討を要する。地方公共団体の機関又は職員の行為をいつまでも争いうる状態にしておくことが法的安定の見地からみて妥当でない⁸⁹⁾、というのがその趣旨であるといわれることがある。しかし、監査請求期間が経過しても、実体法上の請求権が時効等で消滅しない限り、地方公共団体の側から不当利得返還請求、損害賠償請求はなされるのであるから、相手方保護という意味で「法的安定」を図る趣旨はもちえない。また、これら請求権も時効等で実体法上消滅した場合には行使はできなくなるのであって、「いつまでも」ということにはならない。多くの財務会計上の問題が1年すぎて明らかになることが少なくないだけに、本改正において財務会計上の透明性を図ろうというのであれば、この規定こそその是非を検討されるべきであった。少なくとも解釈上は、1年を経過しても監査請求できる「正当理由」を柔軟に考えるべきであろう。

さらに、先行する財務会計上の行為の違法、無効を当該地方公共団体が

争っている場合など直ちにはその時点でその違法を前提とした賠償責任をいうことができない場合があることには留意されなければならない⁹⁰⁾。

お わ り に

新四号訴訟がその趣旨を生かすためには、すなわち住民による地方公共団体の財務会計の公正・適正を確保するものとしてその役割を發揮するためには、こうして、その訴訟構造の特性が認識されるべきである。

すなわち、新四号訴訟は、この「争い」の当事者である「原告住民」、
「執行機関等」および「当該職員・相手方」の三者構造として構成された、
いわば特異な性格の訴訟である。それは、共同訴訟的補助参加に近い補助
参加として、しかしながら三者のもつ利益は、それぞれ実体法上、組織法
上などレベルの違う異質のものであり、それだけに通常の訴訟参加のあり
方とは異ならざるをえない。

そして、その争いは、第二段階訴訟である訴訟によって完結するものであるが、基本的な審理は第一段階の新四号訴訟でなされ、第二段階訴訟は短期間で決着のつくものとして構成された⁹¹⁾。それは、この争いに深く関わる三者が直接対峙するのは新四号訴訟であるからである。逆にいえば、そこでの訴訟論理も、第二段階を視野にいれた、それと本質的に連続するものとして構成されなければならない。

もちろん、このような論理の構成の試みは、未だ粗いものとしてしか提示できていない。それぞれの論点、あるいは関連論点についての検討、精密化は、今後の課題とせざるをえない。

- 1) 本稿では、株主代表訴訟における代位訴訟と代表訴訟との対比でいわれた厳格な意味で「代位」ということばを用いていない。山田泰弘『株主代表訴訟の法理』（信山社、2000）60頁以下参照。
- 2) この過程での議論の争点および文献については、たとえば成田頼明「住民訴訟制度の見直しの経過と争点 新四号訴訟を中心に」法律のひろば55巻8号47頁以下および注参照。

- 3) 住民訴訟が認められるのはすべての地方公共団体と考えられる。碓井光明『要説・住民訴訟と自治体財務』(学陽書房,改訂版,2002)32頁以下,地方自治制度研究会編『改正・住民訴訟制度・逐条解説』(ぎょうせい,再版,2003)61頁以下。本稿では基本的には普通地方公共団体に即して述べる。
- 4) これ以外にも,相手方に対して契約の履行を請求する等の類型が認められるかについては,植村栄治「住民監査請求・住民訴訟」(雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系8・地方自治』有斐閣,1984)372頁など参照。
- 5) 地方自治制度研究会・注(3)122頁以下。
- 6) 曾和俊文「住民訴訟制度改革論」法と政治51巻2号206頁,同「地方分権と住民自治 住民訴訟制度改革の動きを中心に」ジュリスト1203号,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)」自治研究77巻5号(2001)5・6頁。
- 7) 地方自治制度研究会・注(3)37頁。
- 8) しかし,住民感情への配慮,本人からの申出がないことなどの理由によって十分には機能していない,あるいは訴えの取下げ,当該職員に該当しないとして却下判決が出された場合には適用されないなどの問題があったという。成田・注(6)12頁,地方自治制度研究会・注(3)83頁。
- 9) 検討の過程については,成田・注(6)6頁以下参照。
- 10) 成田・注(6)17・18頁。
- 11) 地方自治制度研究会・注(3)37・38頁,小幡純子「住民訴訟と職員責任」(松下圭一他編『岩波講座・自治体の構造4 機構』岩波書店,2002)207・223頁。
- 12) 島崎邦彦「住民訴訟:総論」(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)2-3頁。
- 13) 阿部泰隆「住民訴訟の新論点」<http://www2.kobe-u.ac.jp/~yasutaka/jusohant.htm> その他ホームページ掲載文献,曾和・注(6)など。
- 14) この訴訟の真の訴訟物は当該財務会計行為の違法性の有無である(旧四号訴訟に関わり,関哲夫『住民訴訟論[新版]』勁草書房,1997,275頁)というのがその論拠であろうか。しかし,損害賠償請求における真の訴訟物が違法性というのは必ずしも妥当ではない。さらに,阿部は,監査委員は独立機関として監査請求を棄却しているのであって,その段階で住民と自治体が対立しているという論理は成り立たないとも批判する。阿部・注(13)。
- 15) 旧四号訴訟において,行政庁が行訴法23条によって被告側に参加できるかについては見解は分かれていたが,是認する判例・学説が多かった。地方公共団体が被告側に民法法にもとづく補助参加できるかについても見解は分かれていたが,否定する判例がやや多かった。
- 16) しかも,60日の経過によって回復しがたい損害が生じる虞がある場合には,直ちに訴えを提起できる(同条4項)。もっとも実体面では,取締役の責任について,一定の要件の下に特別の手続をもって取締役の責任の軽減を図る制度が,2001年改正で導入された(商法266条6~23項)。
- 17) 通常,普通地方公共団体の債権管理はその長の権限であり,したがって,地方公共団体の受けた損害の賠償請求や,地方公共団体の有する不当利得返還請求,損害賠償請求は,

当該地方公共団体の長が行う（法240条）。もしも相手方がそれに応じなければ、議会の議決を経て訴訟を提起する（法96条1項12号）。また、出納職員・予算執行職員等の現金物品等の亡失などについては地方公共団体の長が賠償命令をする（243条の2第1項）。地方自治法上、「執行機関」とは、普通地方公共団体の長、教育委員会、監査委員など自己の名において対外的に意思を表示するなどの行為を行う権限を有する機関（法138条の4第1項）、「職員」とは執行機関の補助機関としての職員をいう（法161条以下）。新四号訴訟では賠償・不当利得返還請求、賠償命令の権限を有する者でなければならないため、「職員」はそれには通常は該当しない。本法自身が、判決にもとづいて請求・命令するのは「地方公共団体の長」と明文で規定している（242条の3第1項、243条の3第4項）。きわめて例外的に、賠償請求等の権限が補助職員に委任されている場合も考えられないではない（法153条）ための規定であろうか。委任は公示を要する法形式によって行われているとはいえ、非常に分かりにくいので、原告が故意または重大な過失で誤ったのでない限り、行政事件訴訟法15条で救済される。ただ、いずれにせよ、監査委員が監査結果に関する通知をする時に、この権限者を明示すべきではないか。地方公営企業においては、管理者が地方公営企業の業務を執行し、当該業務の執行に関し当該地方公共団体を代表し（地方公営企業法8条）、また職員に対する賠償命令の権限を有するのであり（同法34条）、したがって委任をしていない限り管理者が被告となる。

- 18) 成田・注（6）18頁，地方自治制度研究会・注（3）17頁。
- 19) 旧四号訴訟におけるこれらのタイプの果たしていた機能については、佐藤英善「住民訴訟の請求」（園部編・注（12）所収）251頁以下など参照。
- 20) 地方公共団体の契約締結については地方自治法等の規定による制約があるが、その規範への違反がすべて契約を無効とするものではなく、契約締結に制限を加える法令の趣旨を没却する結果となるような場合にそれは私法上無効となる。最判昭62・6・19民集41巻4号687頁。
- 21) 新四号訴訟で、契約の取消し・解除をした上で不当利得返還等の請求をするべきことを求めることができるよう構成することは可能であったと思われる。解釈論としては困難であろうか。
- 22) 地方自治制度研究会・注（3）38・39頁。なお、ここでは「当該職員・相手方」と基本的には一括しているが、「当該職員」に対する訴訟と「相手方」に対する訴訟の関係をどう整理するかは、なお課題として残されている。阿部泰隆「住民訴訟4号請求相互の関係」判タ595号，西島羽和明「4号後段請求の基礎構造（1）（2）」民商99巻3・4号など参照。
- 23) 石津廣司「住民訴訟の訴訟手続」（園部編・注（12）所収）299頁。
- 24) 最判昭53・3・30民集32巻2号485頁，名古屋地判平14・3・27判例自治233号34頁参照。
- 25) もちろん参政権一般ではなく、財務行政の適正化について地方公共団体の意思決定に裁判の形式を通じて参画する権利と整理できよう。佐藤繁・最判昭53・3・30解説（『最判解説・民事編昭和53年度』）144頁。なお塩野宏『行政法 [第二版]』（有斐閣，2001）168頁以下，佐藤・注（19）177頁以下など参照。
- 26) ここで住民が地方公共団体の「機関」というのは，地方公共団体の意思の源である「地

方有権者団」(「有権者」ということばは地方公共団体の意思決定に参加する権利をもつ、という意味で用いており、公職選挙法上の選挙権をもつものに限定する趣旨ではない)と
いう意味である。佐藤幸治『憲法[第3版]』(青林書院,1995)272頁参照。

- 27) 新四号訴訟が客観訴訟であることはいうまでもないが、訴訟をおこすには何らかの価値の実現をめざしているのであり、その価値は法的解決にふさわしい、という趣旨をこのように表現したものである。なお、阿部泰隆「住民訴訟・追加の論点」<http://www2.kobe-u.ac.jp/~yasutaka/jusohant.htm> 参照。株主代表訴訟への会社の訴訟参加における会社の利益に関して、たとえば徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」法曹時報48巻8号1685頁。
- 28) 同旨、地方自治制度研究会・注(3)46・47頁、石津・注(23)275・276頁。
- 29) 地方自治制度研究会・注(3)53頁。
- 30) 伊藤真『民事訴訟法[第3版]』(有斐閣,2004)177頁。なお、ここで念頭におかれて
いる「請求額を明示できない根拠」は、たとえば幼児の生涯利益など事実自体が不確定、
というのに対して、新四号訴訟においては、たとえば談合の事実は存在するとしたら過去
のものであり、したがって確定的であるが、当初から明白になっているのではない、証明
困難である、という意味である。
- 31) 成田・注(2)50頁。なお成田は第26次地方制度調査会副会長であり、本改正のもと
なった提言(中間報告)を出した「行政監視のあり方に関する研究会」の座長でもある。
そのほか、小幡・注(11)232頁など。
- 32) これは、違法な補助金交付をやめるため町長が減額の補正予算を議会に提案したにもか
かわらず議会がそれを否決して補助金を執行すべきとし、町長が支出したところ、町長の
違法支出の責任を問う住民監査請求・住民訴訟が提起されたのに対し、町長が自らに対す
る賠償請求権を放棄するべく議会に提案し、議会が議決したという、かなり特殊な事例で
ある。一審・千葉地判平12・8・31判例地方自治220号38頁は放棄を否定し、控訴審・東京
高判平12・12・26判時1753号35頁は放棄を是認した。
- 33) 注(32)の東京高判平12・12・26をさす。
- 34) 地方自治制度研究会・注(3)86頁以下。
- 35) 最判昭37・3・7民集16巻3号445頁、福島地判平7・9・4判時1573号25頁など。ただし、
関は拘束的議決と授権的議決を区分する。関・注(14)106頁以下。しかしこのことは放
棄肯定論の論拠「個人責任が生じる」を否定するものとはなるが、放棄自体の適法性を
論拠づけるものではない。
- 36) 碓井・前掲注(3)187頁も同様の結論である。なお、取締役の責任の一定のものについ
ては株式会社が軽減することができるが、その場合には特別多数決、軽減額の限度、情報
の開示、監査役の同意等の特別手続など、いくつかの制約規定がある(商法266条)。
- 37) これらの職員に地方公共団体の長が含まれるかには争いがあったが、最高裁は、長の職
責、243条の2の規定の趣旨・内容から含まれないとした。最判昭61・2・27民集40巻1号
88頁。したがって、長を含むそれ以外の職員、あるいは定められた行為以外の行為に関し
ては、民法の不法行為にもとづく賠償責任の規定が適用されることとなる。反対・植村栄
治「住民訴訟に関する一考察」成蹊16号170頁以下。阿部は、解釈論としても立法論とし

ても、これに長も含んで責任の軽減を図りながら、四号請求自体は司法過程による直接的責任追及システムとしてのあり方を維持すべきであったと批判する。阿部泰隆「住民訴訟改正案へのささやかな疑問」自治研究77巻5号35頁以下。

- 38) 賠償命令を求める訴訟は、上記のように職員の範囲、行為の範囲が限定されている。そのため、それと賠償請求を求める訴訟との間で、途中で変更を求めることが起こりうる。両訴訟の間では、問題となった行為・行為者は同一で、いずれもそれが違法であるが故に賠償をさせることを求めることには変わりはない。したがって、訴訟物が異なると考えても、請求の基礎に同一性はあり、事実審の口頭弁論終結前で著しく訴訟手続を遅滞させないのであれば、変更は認められる。地方自治制度研究会・注（3）49・50頁も同旨。
- 39) 最判昭61・2・27注（37）。この事件の控訴審判決・東京高判昭58・8・30行集34巻8号1540頁は、賠償命令の手続によらなければ賠償責任は追及されない、としていた。その根拠は、賠償命令をめぐる訴訟と住民訴訟の並存による混乱の回避である。都築弘「地方公共団体の長の賠償責任と住民訴訟」判時1113号12頁。もっとも、住民訴訟の二号訴訟は行政処分取消しを求めるものであり、並存はいずれにしろ避けられない。
- 40) 二号訴訟における「行政処分」概念については議論があるが（佐藤・注（19）206頁以下参照）、賠償命令を「行政処分」と捉えることについては争いはないだろう。
- 41) 関・注（14）193-195頁、木佐茂男「住民訴訟の対象」民商82巻6号795頁以下、三好達「住民訴訟の諸問題」（鈴木忠一・三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座9・行政訴訟』、日本評論社、1983）338頁。たとえば、退職手当を高上げするために退職直前1日だけ校長に任命して退職手当を支給したという事案（東京地判昭60・5・23行集36巻5号673頁、最判平4・12・15民集46巻9号2753頁。ただし、本事例で実際に請求されたのは4号の当該職員に対する損害賠償請求であった。）では、都教育委員会の任命等の行為は行政処分であり、退職手当を受けた者に対する不当利得返還請求はさしあたり成立しないとされた。これに対して、大阪高判昭43・8・29行集19巻8・9号1401頁は、ともに出訴期間の定めがあり判決の対世効が認められているのだから、いずれを選ぶかは住民の選択に委ねられている、とした。
- 42) 最判昭和50・10・2判時795号33頁。これは、東京都の特別区長が自らに管理職手当を支給する決定をした事例である。関・注（14）158頁以下。
- 43) 東京地判昭56・6・26行集32巻6号959頁は、補助金交付は二号訴訟の対象とならないとする。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、1976）1162頁参照。
- 44) 寺田友子「職員に対する不当利得返還訴訟」民商93巻1号（1985）37・38頁。なお福井地判昭和42・3・10行集18巻3号214頁、大阪高判昭43・8・29行集19巻8・9号1401頁など参照。
- 45) ここでは、賠償命令がなされて出訴期間が経過したケースを主に念頭において考えることとなろう。二号訴訟の出訴期間と賠償命令の取消訴訟の出訴期間とは異なることがありうるのであって、取消訴訟の確定的効果は既に相対化されていた。那覇地判平4・3・3行集43巻3号287頁は、賠償命令が出されていることが、監査請求期間の1年を経過した正当理由にあたるとしたが、これによれば一層異なりうる。賠償命令が取消訴訟の棄却によ

り確定した場合は、取消しを求める二号訴訟も既に出訴期間経過のため通常は起こせないと思われる。

- 46) 大阪高判平5・5・25行集44巻4・5号403頁, 最判平6・11・8集民173号275頁。
- 47) しかし, 亙理格はこれを批判する。亙理格「判例解説」ジュリスト平成6年度重要判例解説47頁。
- 48) 阿部泰隆「住民訴訟における職員の賠償責任(上)」判タ561号40頁。
- 49) 碓井・注(3)167頁。
- 50) 一般的な義務づけ訴訟については, 行政訴訟改革検討会の報告においても, 取消訴訟によつては救済が困難であるなど, 補充性要件がおかれるようである。
- 51) 碓井・注(3)168頁も同様の結論かと思われる。
- 52) 地方自治制度研究会・注(3)54頁, 石津・注(23)297頁。
- 53) 地方自治制度研究会・注(3)52頁以下, 石津・注(23)301・302頁。
- 54) 石津は, 形成訴訟としての新四号訴訟は, この場合, 訴えの利益を失ったとする。石津・注(23)300-301頁。
- 55) 同旨, 石津・注(23)300頁。
- 56) 地方自治制度研究会・注(3)54頁。
- 57) 最判平14・1・22判時1776号67頁。
- 58) この点についての議論については, 地方自治制度研究会・注(3)91頁。なお, 賠償命令を争う訴訟では, 主たる当事者の「執行機関等」が被告となるため, 特別はおかれていない。
- 59) 伊藤・注(30)600頁以下。
- 60) 旧四号訴訟への地方公共団体の補助参加の利益に関して, 注(15)および伊藤・注(30)594頁など参照。
- 61) 阿部・注(27)参照。
- 62) 比喩的にいえば, 主たる当事者 = 「執行機関等」に代表される地方公共団体は, 敗訴によつて実体法上の利益を得るのであつて, 「執行機関等」(地方公共団体)と補助参加人 = 「当該職員・相手方」は, 実体的利害は相反し, 訴訟上の主張は基本的に一致する, という関係にたつこととなる。
- 63) 司法改革フォーラム提言は, 次のような問題を指摘する。「執行機関等」が安易に自白等を行い, 参加人がそれについて否認すると, 住民等の参加しない第二段階訴訟でその点についての実質審査が行われることとなる。また, 政権が交代し, 現職の首長と選挙で敵対関係にあった首長の違法行為が問題になっているときは前職の権利は守られない可能性も出てくる。司法改革フォーラム(第8次提言2001・9・13)「住民訴訟の見直し案は廃案に」<http://www2.kobe-u.ac.jp/~yasutaka/jusohant.htm>。同旨・阿部・注(37)29頁以下。技巧的にやや不自然に二段階訴訟構造としたため, 恣意的な訴訟活動による混乱の懸念もある。
- 64) 1つの訴訟で組織法的利益と実体法的利益の交錯がこのような形でありうるのであれば, 実定法によつていったん訴訟のまな板にのるとされた組織法的利益を主張して, すなわち地方公共団体の意思たるべきものとして自ら主張したものが損なわれない, そういう意味

での利益を守るという趣旨で、新四号訴訟の原告住民が第二段階訴訟に補助参加するといふことは、まったく考えられないことなのか、検討の余地はないだろうか。

- 65) 伊藤・注(30)598頁以下など参照。
- 66) 一般的に訴訟告知が迅速になされる限り同条1号が適用される可能性は少ない。
- 67) の権利行使としては時効の援用、解除権・相殺権などがあるが、これらを被参加人に代わって行使することは考えられない。しかし、たとえば地方公共団体の「当該職員・相手方」に対する債権が時効で消滅した、それが地方自治法236条によるものであって援用を要しない、という主張をすることはできよう。
- 68) 井上治典『多数当事者訴訟の法理』（弘文堂、1981）45頁参照。あるいは、争点効を認めるとした上で、前提である損害賠償・不当利得返還請求の義務の存否についてのみ参加人が上訴しようとする考えはおよそ成り立たないか（高橋宏志「補助参加について（1）」法学教室194号（1996）115・116頁参照）。もっとも、ここでは訴訟の性質がまったく異なることとなる。
- 69) 高橋・注(68)113頁。
- 70) 伊藤・注(30)599,井上・注(68)42頁。
- 71) 奈良地判平11・10・20判夕1041号182頁,鳥取地判平12・3・28,大阪地判平12・3・31（いずれも判例誌未登載）,名古屋地判平12・7・14判自207号29頁。なお,名古屋地判平12・7・14は,同じ事実にもとづく不当利得返還請求についても,そこでの不当利得額を民法248条により認定した。
- 72) たとえば自己使用文書であることは1号,2号および3号のうち法律関係文書については提出義務否定理由とはならない。証言拒絶該当事由記載文書であることは,1・2号では提出義務否定理由とはならない。3号について196・197条などの規定の類推適用によって否定理由となりうるかどうかは議論があるが（滝井繁男・田原睦夫・清水正憲編『論点・新民事訴訟法』判例タイムズ社,1998,265-266頁）,なりうるとする説も,所持者の側が証明責任を負うとする（伊藤・注(30)379頁。4号文書では申立人の側が客観的証明責任を負う）。
- 73) 地方自治制度研究会・注(3)38頁。
- 74) 成田・注(2)49-50頁。
- 75) 伊藤・注(30)373頁。
- 76) 伊藤・注(30)382頁。
- 77) 最判平15・9・9裁判所時報1347号5頁。
- 78) 阿部・注(27)。
- 79) 西鳥羽和明「住民訴訟における請求権不行使型の『怠る事実』の意義」近大法学36巻1号6頁以下,関・前掲注(14)196頁以下,石川善則「判例解説」法曹時報42巻6号139頁以下。
- 80) この場合,いずれの訴訟も可能と思われるにもかかわらず,東京地判平8・8・27判時1609号99頁は三号訴訟を否定したが,その上告審,最判平13・12・13民集55巻7号1500頁は肯定した。
- 81) 浦和地判昭56・10・28行集32巻10号1873頁。

- 82) 関・注(14)205・206頁,三好・注(41)313頁。もっとも,たとえば長が土地の無償貸付契約を締結して解除権を行使していない場合,三号請求もありうるとする。
- 83) 新潟地判昭57・4・27行集33巻4号896頁。
- 84) 大阪地判平5・12・22行集44巻11・12号1038頁。最判平13・12・13民集55巻7号1500頁も,三号訴訟と四号訴訟との関係一般についてのものとして述べられている。竹田光広「判例解説」ジュリスト増刊最高裁時の判例(公法編)(有斐閣,2003)309頁以下。
- 85) 最判昭62・2・20民集41巻1号122頁。同旨京都地判昭56・5・29行集32巻5号862頁。
- 86) 広島地判昭42・2・25行集18巻4号601頁の事例参照。なお,怠る事実と監査請求期間の問題については,佐藤英善『住民訴訟』(学陽書房,1986)61頁以下参照。
- 87) 地方自治制度研究会・注(3)51・52頁。
- 88) 地方自治制度研究会・注(3)52頁。
- 89) 最判昭63・4・22判時1280号63頁,松本英昭編『新版逐条地方自治法「第1次改訂版」』(学陽書房,2002)880頁。
- 90) 最判平9・1・28民集51巻1号287頁。同判決は,財務会計上の行為が違法,無効であることに基つて発生する実体法上の請求権の不行使をもって財産の管理を怠る事実とする住民監査請求において,右請求権が右財務会計上の行為のされた時点においてははまだ発生しておらず,又はこれを行使することができない場合には,右実体法上の請求権が発生し,これを行使することができることになった日を基準として同項の規定を適用すべきであるとした。
- 91) 成田・注(2)50頁。