

平成22年(行コ)第47号 公金支出差止等請求控訴事件

控訴人 村越啓雄 外48名

被控訴人 千葉県知事 外2名

## 控訴人準備書面(21)

2013(平成25)年7月12日

東京高等裁判所第22民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士	菅野泰	明中代 丸素士 之印
同	廣瀬理夫	明中代 丸素士 之印
同	中丸素明	明中代 丸素士 之印
同	植竹和弘	明中代 丸素士 之印
同	拝師徳彦	明中代 丸素士 之印
同	及川智志	明中代 丸素士 之印
同	島田亮	明中代 丸素士 之印
同	山口仁	明中代 丸素士 之印
同	近藤裕香	香近評 之藤護 印裕士

## 1 はじめに

本件で問題となっている地方公共団体の執行機関による財務会計行為、すなわち特定多目的ダム法（以下「特ダム法」）第7条に基づく建設負担金の支出負担行為および河川法第63条に基づく受益者負担金の支出負担行為について、違法と評価するか否かの審査基準は、「著しく合理性を欠き、予算執行の適正確保の見地から看過しえない瑕疵」を有しているか否かによるべきである。

この点、原判決は、上記審査基準に「重大明白性の基準」を加味して、本件の財務会計行為を違法と判断する範囲を狭めている点で失当である（控訴理由書において主張したとおりである）。

また、本件訴訟と同種の先行訴訟において、平成25年3月29日東京高等裁判所第5民事部判決が、本件財務会計行為の違法性の有無に関する審査基準として、その原因行為たる国土交通大臣の納付通知が客観的違法を越えて「重大かつ明白な違法ないし瑕疵があるなど」の加重要件を設定したことは、上記同様に、本件の財務会計行為を違法と判断する範囲を狭めている点で失当である。

以下、詳述する。

## 2 いわゆる違法性承継の基準について

### (1) 違法性承継についてのリーディングケース

ア. 先行行為の権限機関と、後行する財務会計行為の権限機関とが異なる場合、先行行為の違法性が後行する財務会計行為の違法性に帰結するための要件は、いかなるものか、という問題（いわゆる「違法性の承継」の問題）についてのリーディングケースは、最（三小）1992（平成4）年12月15日判決（判例自治114号62ページ、いわゆる「一日校長事件」）である。

同判決は、地方自治法242条の2第1項4号の規定に基づく代位請求に係る当該職員に対する損害賠償請求訴訟において、右職員に損害賠償責任を問うことができるのは、先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右

原因行為を前提としてされた右職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる、としたうえ、（先行する他の権限機関の）処分が著しく合理性を欠き、そのためにこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存在する場合でない限り、（後行する財務会計行為の権限機関は）右処分を尊重し、その内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があり、これを拒むことは許されない、旨判示した。

イ．上記最高裁判決は、法242条の2第1項4号の代位請求が、当該職員の個人としての損害賠償義務の履行を求めるものであることから、あくまで個人責任の追及の可否という見地から違法性承継論をとらえなおしたものであり、基本的な枠組みとして肯首できるものである。

また、先行行為の違法性の程度についても、一般に行政処分の違法無効の基準とされる「重大かつ明白な瑕疵」（重大明白性の基準）という基準を採用せず、「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」というより広い基準を採用した点も評価できる。

そして本件における請求のうち代位請求にかかる部分についても、一日校長事件の事案同様、先行行為たる納付通知等が他機関によりなされており、同判決の射程範囲に属する事案と言えるから、以下、上記判決の基準を前提に検討を進めることとする。

## （２）違法性承継の判断において考慮すべき具体的事情

問題は、具体的にいかなる場合に「右職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なもの」と言えるのか、という点である。

これについては、上記判決が個人責任の見地から違法性の承継論をとらえている以上、具体的にいかなる場合に個人責任を問うのか、という視点から判断するのが合理的である。他方で、「当該職員」は、地方公共団体の執行機関として、予算執行の適正確保という公的な義務を負うものであるから（地自

法138条の2)、かかる公的な視点からの考慮もまた重要である。つまり先行行為自体の違法性の内容や程度その他、当該予算執行行為が当該地方公共団体に及ぼす影響の内容や程度についても考慮する必要があると言える。

これらの視点から考えると、他機関の行った先行行為に基づく後行行為の違法性を判断する際には、①先行行為の瑕疵（違法性）の内容・程度、②当該予算執行行為が当該地方公共団体に及ぼす影響の内容・程度、③後行行為者による違法性の認識可能性、④違法な先行行為の是正可能性の有無といった諸事情を考慮しつつ、総合的に判断するべきである。

### (3) 判断枠組みについての裁判例と本件との異同

この点、東京地方裁判所平成13年10月23日判決（判例時報1793号22頁）は、「財務会計上の行為に先行する原因行為に違法事由となるべき瑕疵が存在するにもかかわらず、地方公共団体の長から権限を委任された職員がその原因行為を前提とした財務会計行為を行った場合に、本来的な権限者である地方公共団体の長自身について、委任者としての指揮監督権限を行使して、積極的にその財務会計行為を阻止しなかったという不作為が、同人自身の財務会計上の義務違反行為に当たるか否かは、原因行為に存する瑕疵の内容及びその違法性の程度、財務会計行為がなされるに当たって、地方公共団体の長自身が、その瑕疵の存在を認識することが可能であったか否か、瑕疵の存在を認識できたとすれば、これを是正することが可能であったかなどの諸般の事情を総合的に検討して判断されるべきものである。」との判断枠組みを示している。

また、千葉地方裁判所平成17年10月25日判決も、同様の判断枠組みを示している。

注意を要するのは、上記二つの判決においては、先に掲げた①～④の事情のうち、②の事情（当該予算執行行為が当該地方公共団体に及ぼす影響の内容・程度）が判断要素として示されていない、という点である。これは以下の理由

によると思われる。

すなわち、上記東京地裁判決においては、先行行為の本来的権限者は後行行為者と同じ被告本人（東京都知事）であった。また、上記千葉地裁判決においては、先行行為の本来的権限者と後行行為者とは同じ企業庁長の先任者と後任者という関係にあった。このように上記二つの判決では、先行行為と後行行為とが同一機関によってなされているため、「原因行為そのものの瑕疵の内容・程度」とは別に、「後行行為そのものが当該地方自治体に与える影響」を区別して考慮・検討する必要がなかった事案であると言える。しかし、本件においては、先行行為の主体と後行行為の主体とが全くの別組織となっており、前者の瑕疵の内容・程度とは別に、後行行為がその行為者の属する地方自治体そのものに与える影響を区別して考慮する必要があるのである。例えば先行行為の瑕疵の程度が当然に絶対的無効と言えるほど重大とまでは言えない場合であっても、後行行為にかかる地方自治体の予算規模や瑕疵の内容によっては、当該地方自治体の予算に極めて甚大な影響を及ぼすようなケースも十分想定しうる場所である。このような場合には、やはり「当該職員」は当該地方自治体のために予算執行を回避すべく最大限努める義務を負うと考えるべきであろう。

#### （４）控訴人の示す判断枠組みと「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」との関係

控訴人が上記の通り示した判断枠組みは、一日校長事件が指摘する「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」との基準に極めてよく馴染むものであり、何ら矛盾するものではない。具体的には、「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」との概念は、先行行為の「瑕疵」を問題にしている点で上記①（先行行為の瑕疵（違法性）の内容・程度）の事情を考慮すべきことを要求し、さらに「予算執行の適正確保の見地」を問題にしている点で上記②（当該予算執行行為が当該地方公共団体に及ぼす影響の内容・程度）の事情

を考慮すべきことを要求しているものと考えられる。さらに一日校長事件が違法性の承継論において「当該職員」の個人責任という視点を取り入れていることから、上記③（後行行為者による違法性の認識可能性）、④（違法な先行行為の是正可能性の有無）といった事情を考慮すべきことが導き出されるのである。ちなみに一日校長事件では、③、④の事情を考慮するまでもなく「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」の存否のみで主張を排斥できたが故にあえて③、④について触れなかったと考えるべきであり、単に「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」の存否のみで判断すべきことを判示したと解釈するのは同判決の全体の趣旨を見誤ったものと言わざるを得ない。

この点、被控訴人は、「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」と「重大明白な瑕疵」とが同義であるとしたうえ、先行行為に重大明白な瑕疵が存するか否かだけで違法性の承継の有無を論じようとしている。

しかし、このような被控訴人の解釈は、上記一日校長事件の趣旨を見誤った粗雑な論理であると言わざるを得ず、到底とり得ないものである。

以下、この点について若干補充しておく。

#### (5) 「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」と「重大明白な瑕疵」のの違い

ア. 「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵（以下、単に「看過し得ない瑕疵」という）と、行政行為の無効事由として伝統的に用いられている「重大明白な瑕疵」の概念のちがいについては、上記最判の調査官解説（福岡右武、p 546）が、つぎのように指摘していた。

「本判決は（中略）第一審及び原審が示したような、教育委員会のした処分に重大明白な違法（瑕疵）があるか否かというような基準を採ることをせず、（教育委員会の）『処分が著しく合理性を欠きそのためこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵』があるか否かという基準を採ることを明ら

かにしている。

これは（中略）原因行為が行政処分でない場合についても共通に適用できる行為義務の基準を示す必要があるとの考慮に基づくものとみられるが、他面で、当該説示の内容にかんがみると、原因行為が行政処分である場合においても、長の行為義務の範囲が重大明白性の基準よりも若干広がるニュアンスが込められているのではないかと解する余地がある」。

イ．最近の最高裁判例は、まさに上記調査官解説が予見したとおり、「看過し得ない瑕疵」と「重大明白な瑕疵」の概念を、はっきりと使い分けている。

事案は、いずれも県会議員野球大会参加者（議員および事務局職員）への旅費等の支給が違法の評価を受けるか、また違法な旅費等の支出命令権者に損害賠償義務があるか、そして旅費等を受領した議員や事務局職員には不当利得返還義務があるか、という論点をめぐるものである。

①最二小判03年1月17日（判時1813号64頁、徳島県議会事件）

②最一小判05年3月10日（判時1894号3頁、大分県議会事件）

は、いずれも、財務会計行為（旅費支出命令）に先行した議員派遣決定（議長が決定権者）又は職員に対する旅行命令（事務局長が命令権者）が違法である（従って①の判決が明示するように議員については、費用弁償の原因たる職務行為性を欠くので、不当利得が成立する）としつつ、

職員については、「旅行命令に重大かつ明白な瑕疵がない限り、当該旅行に対して旅費の支給を受けることができ、支給された旅費が不当利得となるものではない」とした。

ウ．一方、財務会計行為の権限機関については、「議会の自律的行為を是正する権限を有していない」（①事件）、もしくは（知事ないしその受任者が発した）

「旅費命令を是正する権限を有していたとはいえない」（②事件）、ことを理

由として、「本件旅行命令が著しく合理性を欠き、そのために予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵がある」場合でない限り、財務会計上の措置を執る義務があり、従って支出負担行為及び支出命令は適法であって、損害賠償義務がないものとされた。

エ. 「重大明白な瑕疵」があれば、何人も当該行政行為が当然無効であることを主張できることは当然である（最三小判 1959年9月22日、判時202号24頁）。

それにもかかわらず、「一日校長事件」以降の最高裁判所判例が、先行行為の違法性が後続する財務会計行為に承継される要件として、この概念を用いず、あえて、それとは異なる「看過し得ない瑕疵」という概念を用いていることは、後者が前者より広い概念であるからに他ならない。

すなわち、先行行為の瑕疵が何人から見ても「当然無効」（全面的無効）と評価するに足りるほどの重大・明白性を帯びていない場合でも、それが「著しく不合理」であれば、後行の財務会計行為との相対的關係において、これを拘束する効果を有しない（相対的無効）、という領域があることを判例は認めているのである。

更に言うならば、そもそも、行政処分の無効原因となる瑕疵について、「重大性」のほかに「明白性」が伝統的に要求された根拠は、行政裁判所の制度が存在した明治憲法下において、司法裁判所が行政処分の瑕疵を審理することが許される前提として、その明白性が求められたという沿革にあり、「司法裁判所と行政裁判所の区別を知らない現在では、このような考慮は必要ではない」（塩野宏『行政法Ⅰ』第四版、148頁）。

また他方では、「明白性」の要件は、行政処分が無効になることで影響を受ける第三者の予見可能性を考慮して要求されたと考えることもできよう。しかし住民訴訟における「当該職員」への責任追及の可否を考える場合には、先に



示した③の事情（後行行為者による違法性の認識可能性）を検討すれば足りるのであり、それ以上に違法性の「明白性」を求める理由はどこにもない。

この点、被控訴人は、一日校長事件の場合は、先行行為（校長への任命行為）が、第三者（都教職員）を名宛人とするもので、財務会計行為の権限者（知事）に直接宛てられていないことが、「重大かつ明白」という文言を用いなかった理由であると解釈しているが、全く根拠を欠く。

無効事由として「明白性」を求めるとすれば、むしろ行政処分につき利害関係を有する第三者がいる場合のほうが、明白性の要件が加重されると解すべきである（最一小判1973年4月26日、判時759号32頁）。すなわち、被控訴人の理解とは逆に、財務会計行為権限者だけを名宛人とする先行行為こそ、前記リーディングケースの場合よりも違法性の承継事由は広くなる、と解する方が合理的である。財務会計行為権限者は、自らの責任と判断において当該財務会計行為の適法性をチェックすべき一般的義務を負っているのであり、そのような義務を負わない第三者に比べ、先行行為の瑕疵の有無に対するより多くの配慮が要求されるは当然だからである。

#### オ. 小括

以上を整理すると、「重大かつ明白な瑕疵」と「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」とは明らかに異なる概念であり、最高裁自身もこの概念を区別して使用している。両者の相違点で特に重要なのは、瑕疵を帯びた行為の法的効果である。すなわち前者においては、第三者に対しても当然に無効であるという意味で「絶対的無効」という法的効果を発生させるのに対し、後者はあくまで後行行為者との相関関係の中での無効であるという意味で「相対的無効」という法的効果を発生させるにとどまる。このような違いが生じるのは、前者においては行政行為の適法性についての調査義務を何ら負わない第三者を想定しているのに対し、後者においては、かかる調査義務を公的に負って

いる者を想定しているからに他ならない。そしてかかる法的効果の違いやその沿革に鑑みれば、両者における判断要素が異なってくるのは当然のことなのである。

#### (6) 差止請求における判断枠組みについて

以上は242条の2第1項4号のいわゆる代位請求についての判断枠組みであるが、同項1号の差止請求の是非を判断するに当たっては、③（後行行為者による違法性の認識可能性）、④（違法な先行行為の是正可能性の有無）の事情を考慮する必要はなく、①（先行行為の瑕疵（違法性）の内容・程度）、②（当該予算執行行為が当該地方公共団体に及ぼす影響の内容・程度）の事情を考慮しつつ総合的に判断することで足りると考えるべきである。

なぜなら代位請求においては個人責任の観点からして、無過失責任を負わせることはできず、③、④の要素を考慮せざるを得ないが、差止請求においては、このような個人責任を問うものでない以上、これら要素を考慮する必要はないからである。

以下、一般的に違法性承継論の中で問題とされる二点（先行行為の権限機関は同一自治体内部に限られるか、先行行為は財務会計行為に限られるか）についてさらに検討を加える。

#### (7) 先行行為の権限機関は同一自治体内部に限られるか

ア．いわゆる違法性の承継論においては、先行行為の権限機関が同一自治体内部に限られるか否か、という問題があるのでこの点について検討する。

イ．結論から言えば、この点は上記④の要素の検討に集約されるものであり、違法な先行行為の是正可能性がある限り、違法性の承継を否定する理由は何ら存

しないと言うべきである。

ウ. また、そもそも地方自治法 242 条 1 項所定の財務会計行為には、違法な「契約の締結若しくは履行若しくは債務その他の義務の負担」が含まれているが、契約の相手方や債務の負担先については何ら限定されていない。

つまり、「予防又は是正」の対象となるのは、あくまでも地方公共団体の財務会計行為ないし怠る事実であって、判決は契約の相手方や債務の負担先の行為を直接的に取消し・変更するわけではないが、地方公共団体の財務会計行為等の違法評価の原因となる事実には、国を含む第三者の行為も含まれるのは当然である。

エ. ちなみに、徳山ダム住民訴訟において、対象となる財務会計行為に先行する行為は国土交通大臣による納付通知であるところ、その納付通知の根拠となる公団の事業実施計画は、建設大臣（現・国土交通大臣）の許可を要件とし、同認可の前提となるものは、フルプラン（閣議決定）および事業実施方針（建設大臣が策定）である。

同事件につき（岐阜地裁 03 年 12 月 26 日判決（判時 1859 年 43 頁）は、結論において請求を棄却したが、水資源公団（当時）による納付通知が「著しく合理性を欠く」と言えるかどうかという点につき、フルプランの合理性にさかのぼって審理を施している。

先行行為の権限機関が地方公共団体の内部機関に限られるものではなく、国を含む第三者を含むものであることは、この先例に照らしても確認されるところである。

#### (8) 先行行為は財務会計行為に限られるか

ア. リーディングケースとしての「一日校長事件」における先行行為は教育委員

会による校長への任命行為という非財務会計行為であった。また、前述の「県会議員野球大会事件」における先行行為は、議長等による議員派遣決定や「旅行命令」という非財務会計行為であった。

これらの最高裁判例に照らせば、財務会計行為に違法性が承継される先行行為が、(別の権限機関による)財務会計行為であることを要しないことも自明である。

イ. この理は、先行行為が公共事業の採択という類型の非財務会計行為であっても変わらない。

東京高裁03年1月29日判決(葉山町下水道事業事件 判例集未登載)は、生活排水の処理を浄化槽の整備によらず公共下水道の整備によって行うという事業計画決定(先行する非財務会計行為)が、当該事業のための公金支出という財務会計行為の違法評価をもたらす要件を、つぎのように指摘した。

「本件事業計画を直接の原因とする財務会計上の行為が違法の評価を受けるのは、予算執行の適正確保の見地から事業計画等に看過し得ない瑕疵が存在し(計画決定後の事情の変更による場合も含む)、本件事業計画を変更ないし取り消さないことが著しく合理性を欠くような場合に限られる。」

ウ. 本件と同じく「水需要の予測」という、それ自体は非財務会計行為と言える行為を、地方財政法4条1項(「地方公共団体の経費は、その目的を達成するための必要且つ最少の限度をこえてこれを支出してはならない」)の「必要最少性」判断の要素と把握した例が横浜地裁01年2月28日判決(判例自治255号54頁、相模大堰事件)である。

同判決は、「必要最少性に関する要請に一定の裁量が認められるとしても、その裁量を超えた不必要な公金の支出は、財務会計法規上許されないというべきである。したがって、本件支出の必要性の有無の判断はこのような意味では

避けることができない」とした上で、当初事業計画時（昭和50年）と、水需要の増加が止まった時点（昭和62年）のそれぞれの時点で、神奈川県内広域水道企業団（神奈川県、横浜市、川崎市、横須賀市の4団体によって構成される一部事務組合で、県とは別の団体である）の判断に裁量権濫用があるか否かを審理した。

同判決の指摘した「需要予測再検討義務」の内容については後述するが、「再検討義務」の直接の主体はあくまでも企業団であって、県知事は事業計画変更権限を有しないにもかかわらず、一定の場合には自己の権限に属する財務会計行為（事案の場合は、一般会計から水道事業特別会計への繰出金支出）が違法評価を受けることがあるものとされているのである。

そして、当該事案に関しては、県知事の行った支出命令は違法評価を免れたが、必要性に関する企業団の判断における瑕疵の程度によっては、県知事には「企業団に本件事業を中断させて再検討させるという試み」をする義務が発生し、この義務を果たさないままに行う支出命令が違法評価を受けることを、判決は示唆している。

エ．国と県との関係も、相互に独立した法主体同士の関係であるから、上記事案における企業団と県との関係に類する。

むしろ、本件八ッ場ダム建設費用の負担関係においては、利根川水系工事実施基本計画の改定（1980年度）や、八ッ場ダム基本計画の変更（2003年度）等の機会における費用負担率の決定等が後述のとおり関係都県知事の同意に基づいてなされているように、地方の意思が国の決定に反映される仕組みになっているのであるから、国の行為によって一方的に拘束を受けるかのような弁解は失当である。

オ．ちなみに、淀川水系の大戸川ダムについては、大阪府と京都府が自らの意思

で特ダム法7条1項に基づく負担金および水特法に基づく費用負担を拒否しているが、国土交通省は両自治体に対し各負担金の納付通知を発していない。群馬県はじめ関係都県においても、みずからの責任において同様の措置をとることができるわけである。

このような地方公共団体側の同意なしには、国が一方的にダム建設計画を強行することは考えにくい。

#### (9) 違法性承継の基準についてのまとめ

以上要するに、他機関の先行行為者が行った違法行為に基づいて後行行為者が財務会計行為を行った場合に、後行行為を行った「当該職員」が責任を負うか否かは、①先行行為の瑕疵（違法性）の内容・程度、②当該予算執行行為が当該地方公共団体に及ぼす影響の内容・程度、③後行行為者による違法性の認識可能性、④違法な先行行為の是正可能性の有無、といった諸事情を考慮しつつ、総合的に判断すべきである。

ちなみに一日校長事件が示した「予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵」の存否は、上記①及び②を具体的に検討することで判断されるが、個人責任の観点から違法性の承継論を捉えなおした同判決の趣旨から、判断要素としてはさらに③、④の事情をも考慮すべきことが要求される。

また、上記は242条の2第1項4号のいわゆる代位請求についての判断枠組みであるが、同項1号の差止請求の是非を判断するに当たっては、個人責任を問うものでない以上、③、④の事情を考慮する必要はなく、①、②の事情を考慮しつつ総合的に判断することで足りると考えるべきである。

なお、上記①から④の事情を踏まえた具体的検討（あてはめ）は、原審における2009（平成21）年6月16日付け原告最終準備書面（1）に詳述したとおりである。

以 上