

# 住民訴訟における「内部法」と「外部法」

——住民訴訟における違法性相対説と監査中心主義——

鈴木庸夫

## I はじめに

本稿は、ある係争中の事件に関して提出した法律意見書に加筆補正をしたものである。したがって、とくに判例理論の展開を論じた後半が意見書の体裁をとっていることを、あらかじめお断りしておきたい。以下では、前半で論点に関わる判例理論の新たな整理と枠組み及びその理論的基礎について述べ、後半で判例理論の詳細な展開をフォローすることとする。

### 1 問題の所在

筆者に求められた意見は、①住民訴訟におけるいわゆる3号請求と4号請求の関係及び②それらに関連する期間制限の延長要件である「正当な理由」の判断基準をいかに解釈すべきかという点であった。①の論点は、学説判例において「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」の区別の趣旨及び基準をどのように解するかについて論じられてきたものであり、②は「正当な理由」についての判例理論である客観的基準をどのように理解し、解釈すべきかに関わるものである。

①については、学説判例でかなり詳細な議論が展開されているものの、そのコアにある論理がいかなるものであるのかについて、いまだ解明されていない点も多く、本稿であらためて最判及び学説等を渉猟し、整理した。

結論を先取りしていえば、判例理論は、住民監査請求及びこれに接続する住民訴訟を「内部関係」および「外部関係」もしくは「バイパス」理論に

よって整理しているというのが筆者の意見である。この点は、「意見書」では理論的な深掘りは避けているので、以下で若干補捉しておきたい。②については、「正当な理由」における「客観的認識可能性」や「相当の期間内」という判例理論の基礎にはいかなる制度理解があるか、という点に関わる。この点についても、以下で理論的に詰めてみたい。

### (1) 「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」の区別の意義及びその基準

住民訴訟における4号請求については、監査請求前置主義が採用され、当該財務会計上の行為がなされてから一年以内に監査請求を行わなければならない（地方自治法、以下、たんに自治法という。242条1項、2項）。これに対し、3号請求である「怠る事実」の確認請求は、不作為を前提とした制度であるから期間制限が働かない。

ところで、違法な財務会計上の行為を無効として、これを損害賠償請求権が発生しているのに怠っていると法律構成した場合には、4号請求でありながら同時に3号請求ともなり、期間制限の趣旨に矛盾する事態となる。そこで判例理論は、実質は4号請求でありながら、法律構成上、3号請求と構成して期間制限規定の潜脱を図ることは許されないとし、これを「不真正怠る事実」と分類して期間制限規定の適用があったとした。そして、住民訴訟にいう「怠る事実」の主張には、「真正怠る事実」と「不真正怠る事実」があり、両者をどのように区分するかが次の課題となった。判例理論の詳細な展開は、後述のとおりであるが、筆者が判例理論及び評釈、学説を渉猟した結果、次

のことが明らかになった。それは、判例理論が、3号請求及び4号請求について、自治体内部の監査制度および職員賠償命令制度を極めて重視し、住民監査請求制度及び住民訴訟を「内部法」の「外部化」と位置付けているということである。

ここで「内部法」というのは、自治法が定める監査委員による監査制度と賠償命令制度のことである。自治体の監査では、定期監査や随時監査のほかテーマを決めて行う監査が行われ、監査結果は長や議会に対する報告送付・公表が行われる。そして、場合によっては職員に対する賠償命令の措置が採られる。最判理論は、こうした一連の措置で、自治体の財政監査制度は「自己完結」しているということが前提とされていると思われる（「監査制度中心主義」）。

「外部化」というのは、住民監査請求は、この「監査中心主義」の監査制度を「補完」または「補充」する制度と位置付けることである。その詳細は後述のとおりであるが、判例理論では、例えば、公共工事に関わる談合や水増し請求に係る請負契約上の責任について、職員の行為には、上記の期間制限規定が働くが、相手方事業者への損害賠償請求は、怠る事実として、期間制限が働かないとの解釈が定着している。そして、このような期間制限規定の適用の相違の根拠は、自治法上の「監査制度と賠償命令制度」という法的仕組みに求められている。

その当否については議論のあり得るところであるが、判例理論は、長を除く職員については、職員賠償命令制度という「内部法」がメインストーリーであり、住民監査請求・住民訴訟は、「補完」的かつ「バイパス」であるという解釈がその基礎にある。長の責任についても監査委員の監査が中心に据えられ、住民監査請求及び住民訴訟はバイパスにすぎない。

つまり端的に言えば、住民監査請求は、監査委員に監査を促す契機にすぎないともいえる。むしろ、監査結果に不満がある場合には、訴訟を提起することもできるのであるから、「陳情」や「請願」とは異なる。しかし、住民監査請求・住民訴訟の根拠なり、制度目的として財務会計行政

の適法性確保、財務会計法上客観的適正さに求めたとしても、判例理論は、あきらかに自治法上の監査制度をコアとし、期間制限という厳格な要件をクリアしたものについてのみ「バイパス」を認めているにすぎない。

住民監査請求・住民訴訟について、「監査中心主義」及び「内部法」「外部法」という整理は、従来なかった筆者の独自の判例理論の整理なので、今後検討して頂きたいと思う。

このように整理すると、住民監査請求・住民訴訟制度は、住民による財政の民主的統制であるとの理解は、少なくとも判例理論についていえば、大きな誤解のもとになる。むしろ、法制度がひとつの理念に集約できないように、補完的にせよ、「バイパス」的にせよ、住民であれば誰でも請求が可能であり、その局面をとらえて民主的統制というのは構わない。しかし住民監査請求・住民訴訟は決して住民に開かれた制度ではない。むしろ客観的争訟制度＝監査制度と賠償命令制度と連動して初めて機能するという枠組みは厳格に維持されているのである。つまり判例理論は、住民監査請求・住民訴訟を上述の「監査中心主義」のもとでの例外的請求としてしか取り扱っていないことに留意する必要がある。

## (2) 違法性相対化理論

それはともかくとして、こうした「内部法」の枠内に収まりきれない行為が3号請求の「怠る事実」（真正怠る事実）の場合である。この点に関する最判については後述することにするが、判例理論の典型的基礎にあるのは、自治体の外部からの不法行為、例えば談合、横領、公有財産の無断使用などの事実に侵害などで、もともとが「外部」行為であって、その結果、請負契約などの契約上の瑕疵が生じたり（財務会計上の違法）、損害賠償請求権が発生しているケースである。ここでは、自治法上の監査制度が前提とすることができない「外部性」が存在している。

注意すべきは、行政庁の不作为の場面だけではなく、例えば談合に基づく請負契約及びそれに基づく債務負担行為等の財務会計上の行為のように、当該不法行為と財務会計上の行為が連動して

いる場合である。ここでは、「外部」行為と「内部」行為が一体化しており、3号請求、4号請求が同時に成り立つことになる。判例理論は、このような場合の監査請求は、同時に「二つの請求」があると判断している。つまり、外部行為と内部行為は明確に区分され、外部行為による不法行為の成立のみを3号請求の要件だとするのである。

これを違法性の観点からいえば、判例理論は、「内部法」と「外部法」を区分し、その違法性評価についても、違法性相対主義の立場に立っているといえよう。つまり、「内部法＝財務会計法上の違法」と「外部法＝不法行為法上の違法」は同一ではなく、それぞれに違法性評価を異にしていることになる。そして、「外部」法上、不法行為と評価されたもののみが「真正怠る事実」に該当することになる。こうした「内部」「外部」の二区分論は、例えば自治法上の随意契約が自治法上違法とされた場合にも、私法上の効力の有無が別途検討されることにも現れている。

### (3) 補助金適化法の違法

補助金適化法に基づく交付決定が、当初から瑕疵ある申請に基づいてなされた場合若しくは交付事業の不履行などから、取消され、返還命令を受けた場合に3号請求、4号請求がなされる場合も少なくはない。交付決定取消し、撤回に伴う不当利得返還請求及び返還請求に伴う利息分及び加算金を伴うことから、後者の損害が問題となる。この場合の住民訴訟における主要論点は、不真正怠る事実であるときに（「真正怠る事実」が成立するときは起算点は問題にならない。）、当該損害を発生せしめた財務会計上の行為の起算点をどのように解釈すべきか、である。土木事業のような場合を例としてみよう。財務会計上の行為は、次のようになる。

予算執行何⇒債務負担行為⇒工事契約額の確定  
⇒支出⇒補助金受領⇒補助金返還命令

ここにいう債務負担行為は契約の履行決定ともいべきもので、現実の支払いは支出の段階であり、違法な公金の支出とは、この段階の支出をさす。補助金の交付決定は、これとは別ルートでなされるが、工事請負の前払いの場合は、支出後に

補助金の受領が行われる。また完成払いの場合は、補助金受領後に支出がなされる。問題は、補助金交付決定が取消され、返還命令がでた際の「利息」若しくは「加算金」についてである。本意見書の課題の一つはまさにこの点にあった。

この問題に関しては、次のような論点がある。

(ア) 当該補助金の返還命令の内容たる不当利得返還請求と利息若しくは加算金納付が行政行為の形式をとっていることから、これは交付決定の公定力を覆すものであるから、住民監査請求・住民訴訟の対象となる損害もこの返還命令によって発生したものと解すべきか。

(イ) 補助金申請、交付決定、返還命令は、補助金適化法上の行政過程に沿って行われるもので、補助金本体の返還や利息若しくは加算金の納付の行政過程と当該財務会計法上の行政過程とは別の過程であって、両者は必ずしも一体のものではないのではないのか。この問題は、違法性の承継論にも関わる。

(ウ) 当該補助金返還命令に基づく「利息」若しくは「加算金」は、「支出行為」によって発生した自治体の損害であるから、返還命令履行日を起算点とすることはできない。

これらの(ア)(イ)(ウ)はそれぞれ密接に関連していることはいうまでもない。ただし、この前提に、判例理論が、「監査請求期間は当該財務会計法上の行為のあった日又は終わった日（自治法242条2項本文）を、当該行為について外部から認識可能であるかどうかは、起算日の決定になんら影響を及ぼさない」という見解（最判平成14年7月16日）に立っており、それが確立したものとなっていることを前提としなければならない。そうすると、監査請求の対象となる行為は請求者の知不知とは全く関係しない客観的な行為日が起算日となる。

以上を前提に検討すると、まず(ア)については、補助金交付決定に公定力があるから、交付決定の取消し乃至返還命令によって、自治体にはじめて「利息」若しくは「加算金」分という損害が発生したとすることになるが、こうした解釈は妥当ではない。今日の行政法学説及び判例は、このよう

な公定力の理解には立っていない（むしろ公定力の概念自体を否定的に解する向きが多い）。国家賠償請求が当該行政処分の効力と無関係であることは、通説判例の確立した理論である。固定資産税の賦課決定処分という金銭債権に関わる国家賠償請求でも、賦課決定処分の違法を争うルートを経由せずに国家賠償請求は可能であるとした最判平成22年6月3日などをみると、判例理論は、行政処分の効力の範囲を限定し、それぞれの法領域で違法性の評価は異なるという違法性相対説の立場に立っている。

このような違法相対説によると、補助金返還命令によって生じた元本や利息、加算金などは、直接、住民監査請求・住民訴訟制度と連動していないことになる。いいかえると、違法性の承継はないことになる。通例、自治体は、補助金返還命令が出た場合は、即座に元本及び利息、加算金等を返還納付しているが、この返還行為は、補助金適正化法上の行為であって、適法であるから、損害が発生したことにはならない。

ところで、元本はともかく、利息分若しくは加算金相当分は、本来、自治体が負担すべきものではないはずであり、長をはじめ財務会計法上の職員による違法行為があって、結果として利息分や加算金相当額の損害が生じた住民には見える。しかも利息分も加算金もその額が決定されるのが、補助金返還命令時だから、当該損害は返還命令によってはじめて生じたように見える。この点の詳細は、後述のとおり、平成9年最判の適用範囲について論じ、次いで名古屋高裁金沢支部判において批判的に検討したが、この点については、以下のように整理できる。

第一に、補助金返還命令による元本及び利息若しくは加算金納入は、補助金適正化法上の行為であって、その違法性と住民監査請求、住民訴訟上の違法性とは別個のものであり、違法性は承継しないのが原則である。すなわち、ここでも「違法相対説」が妥当することになる。つまり、補助金返還命令に基づく元本及び利息や加算金の納付は、あくまで補助金適正化法上の行為であって、住民監査請求・住民訴訟とは直接の関係はないこ

とになる。第二に、それでは、補助金の不正請求に基づく返還命令若しくは交付事業の不履行に基づく撤回としての返還命令に基づく利息相当分、加算金相当分の「損害」は、どのような行為に起因し、発生するのであろうか。ここでは、単純化するため、契約の相手方事業者への請求をしばらく置くことにすると、長及び財務会計職員の違法行為は、上述の公式による「支出」によって発生したことになる。前述の名古屋高判は、架空旅費の支出を原因として、補助金の交付決定及び返還命令がなされた事案であるが、当該返還命令に基づく加算金の発生根拠は、旅費支出行為であり、それに基づく補助金受領行為となる。つまり、架空の旅費支出という違法行為によって、加算金相当分の「損害」が発生したことになるのである。そうすると、補助金返還命令に伴う利息や加算金相当分の「損害」は、財務会計上の行為のうち違法な「支出」時点が起算日となる。ただし、この加算金の相当額の損害額の確定は、補助金返還命令日となる。この点は判りにくいので以下のように説明を加えておく。

例えば、不法行為に基づく損害賠償請求においては、支払時期までの法定利息分が元本と一体のものとして請求される。この利息分は遅延損害金であって、民法724条により基本債権の拡張されたものというのが、大審院以来の判例理論である（大判昭11・7・15）。この理論を補助金返還の利息や加算金に当てはめると、補助金返還命令の原因となった公金の違法支出によって、当該利息や加算金納付義務が発生していたのであって、それらの額が当該補助金返還命令によって確定したことになる。

単純に図式化すると、

補助金交付決定⇒補助金受領⇒違法支出⇒補助金返還命令（利息若しくは加算金付き）。そうすると、違法な支出行為を原因として元本債権の返還が求められ、この基本債権の拡張として利息若しくは加算金納付義務は一体的捉えられることになる。

つまり、違法な公金の支出が同時に補助金返還命令の原因となる場合は、住民監査請求・住民訴

訟においては、「違法な行為金の支出」行為日が起算点となり、補助金返還にともなう利息分や加算金分の損害額の確定が返還命令時となる。起算日を補助金返還命令時とする誤解もあるようであるが、最判平成14年7月6日は、住民らの主観的事情は、起算日の判断にまったく影響しない客観的的行為日としているのであるから、当該起算日は「違法な公金の支出」日であり、その他の事情は、「正当な理由」の有無の要件充足性で判断するというのが、判例理論の枠組みである。

## 2 「正当な理由」に関する問題について

詳細な議論は本文で論じられているので、ここでは、判例理論によって立てられた(1)「客観的認識可能時点」(2)「相当の注意力を有する住民」(3)「相当の期間内」という要件が着目している典型的基礎理論について述べておく。監査請求前置主義を採っている住民訴訟においては、違法な財務会計法上の行為を起算日とし、継続的行為の場合は、その行為の最後の日が起算日となり、それぞれ1年以内に監査請求をしなければならない。その例外が「正当な理由」がある場合である。

### (1) 「客観的認識可能時点」

この要件は、監査請求の対象となる財務会計上の行為日は、客観的な行為日であって、監査請求人の主観的知不知とは関係がないということを前提としたものである。監査請求をする住民からすれば、主観的に知り得た日を起算日として欲しいところであるが、判例理論は、これを「客観的認識可能時点」とする。これは情報量や情報の伝わり方に関する要件であるが、主観的事情は考慮しないというのが判例論のスタンスだから、新聞報道や議会などでの決算報告、その他の閲覧制度、情報公開請求による開示請求の結果などが個別に審査される。学説では、情報公開制度が整備されたのだから、その開示の程度によって判断すればよいとの議論もある。しかし、情報公開制度に基づく開示請求は、監査請求の要件とはなっていないし、それ自体は主観的事情にすぎない。もっとも最判にも、情報公開請求に基づく開示結果を「正当な理由」の評価要素として重視しているも

のがある。そうすると、情報公開請求をした者としていない者で「客観的認識可能時点」のズレが出てくることになる。これでは、判例理論は一貫していないようにみえる。

しかし、判例理論についてのこのような理解は正当ではない。すでに見てきたとおり、住民監査請求・住民訴訟制度のメインストリートは、監査委員による監査である。監査中心主義ともいうべき自治法の建前の例外が住民監査請求である。したがって、この制度の重点は、監査が不十分であることを補完する制度として位置付けられるにとどまる。そこで「正当な理由」の判断も、監査委員による監査を再発動させるところに重点が置かれ、その事情は個々の判断されてよいことになる。「客観的認識」とは、つまり監査の再発動についての評価要素であって、その時点が請求者の主観的事情によって異なることは、一向に差支えないことになる。学説が、「客観的認識」要件に関する最判理論を容認しながら、個々の事情によって「時点」が異なることを解明できていないのは、こうした「監査を再発動させる」という評価要素を見失っているからである。この点は判例実務のほうがよく論点を見ている。

### (2) 「相当の注意力を有する住民」

精華町事件判決<sup>(1)</sup>によって判例上、確立されたものである。それ以前には、一般住民を基準とするもの<sup>(2)</sup>もあったが、この最判によって、監査請求人には「相当の注意力」が要求されるようになった。なぜ一般住民基準説、いいかえると、住民に「相当の注意力」が求められるのであろうか。

この解釈には、期間制限規定による「法的安定性」の要請と住民による自治体財務行政の適正化を図るといふ「民主的統制」の要請との調和をどのように図っていくか、という論点に対する判例理論の答えであるとの議論が一般的である<sup>(3)</sup>。他方、有権解釈では、職員等の積極的な隠ぺいや仮想等により法が予定している以上に客観的に知り難くされたことを要するとしている<sup>(4)</sup>。この見解は、「法的安定性」を極めて重視し、例外事象を限定して行こうとするものである（この説に

よれば、予算外の支出や予算内であってもカラ出張や架空接待などの行為に限られることになる)。これに対し、判例理論は、有権解釈のような厳密な要件を若干緩和したものであり、それが、「相当の注意力」要件となったものであるとされている。

ただ、この「相当の注意力」という要件も「開かれた規範」であることも留意すべきである。法的安定性という観点からは、期間制限の起算日は確かに安定した基準日であるが、他方、監査請求をする住民からすると「正当な理由」は予測可能性のない、一貫性のない基準と見えることは明らかである。法的決定は、「同一の基準が同様の事案に適用される」のでなければならないが、この点において判例理論はなお「不安定」であるというべきであろう。情報公開請求した場合や不動産鑑定士といった専門家の場合の注意力判断の差異が肯認されていることも、こうした不安定さをいっそう増幅させている。

判例学説の概要は以上のとおりであるが、このような整理は、論理的というより法的評価の結果を述べているにすぎず、今少し、法的評価の仕方について明らかにされる必要があるように思われる。この点は、次の論点にも関わるので、後述する。

### (3) 「相当の期間内」

個別ケースの事情による。情報が公になった日から2ヶ月ないし3ヶ月なら適法であるが、4ヶ月では不適法としたものもある<sup>(5)</sup>。監査請求を妨げる事情がなくなった場合は、「遅滞なく」監査請求がなされるべきであるというのが判例理論である。このような判断の基礎には、監査請求書の理由＝「証する書面」(自治法242条1項)は、訴状のような主張立証を前提とするような厳格なものではなく、当該行為を具体的に記載したもので足り、その他監査請求人の陳述の機会の保障、資料提出の機会等もあって、自治法自体が、住民による積極的な立証のための調査や、資料等の準備に過大な期待はしていないという事情もある<sup>(6)</sup>。結局、「相当の期間内」かどうかは、「監査権限を再発動」をするにたる事情があるかということで

整理が可能であろう。

## 3 「正当な理由」についての理論的解明

以上、「正当な理由」についての「客観的認識可能性」や「相当の注意力」「相当の期間内」の要件について述べてきたが、中心的命題は、「法的安定性」「民主的統制」の平衡点をどこに求めるかにあり、筆者は、さらにその根拠に「監査権限の再発動」という視点を付け加えた。以上の論点をさらに考察すると、その根拠に財務会計上の行為に関する「情報流通の程度」を左右する「説明責任に関する法的評価」があると思われる<sup>(7)</sup>。職員の積極的隠ぺいや偽装工作などは、その違法性が高く、他方、ケアレスミスのような場合は違法性は低い。たしかに監査請求それ自体は当該行為を特定し、違法性を主張すれば足りるが、違法性が高いほど、説明責任も高くなることを配慮すれば、そこに自ずと法的評価が入り込まざるを得なくなる。他方、「法的安定性」については、法制度における「時間的固定」がなければ、当該行為が続く行為ができなくなるという側面を重視したものとみるべきである。自治体の財務会計上の行為が、重疊的かつ複合的な法律関係の基礎となり、それらが多数の当事者の法律関係を支えているならば、それらを覆す合理的な根拠は、根拠となった財務会計上の行為であって説明責任も高いものでなければならない。判例理論は、結果として、こうしたケースの説明責任上の義務違反を個別的に評価する要素として、上の三つの要件を維持しているのではないと思われる。

以上の指摘に更に付け加えると、「正当な理由」という法概念は、法的評価を伴う概念であることが判る。上に述べた3要件は、要件事実ではなく、評価要素、つまり「正当な理由」を判断する際のメルクマールであって、評価の視点にすぎないことを確認しておくことが必要である。「正当な理由」をめぐる諸説のなかには、構成要件的事実の存否のごときアプローチがあるが、それらは、議論の前提自体に誤りがあるといわねばならない。

## II 判例理論の展開

### 1 真正怠る事実と不真正怠る事実との区別

#### (I) 前提となる考え方の確認

##### ① 監査請求における対象行為の特定について

監査請求において申立人が監査の対象とする行為が何であるかが前提問題として確定されなければならない。

最判平成14年7月2日は「監査請求の対象として何を取り上げるかは、基本的には請求をする住民の選択に係るものであるが、具体的な監査請求の対象は、当該監査請求において請求人が何を対象として取り上げたのかを、請求書の記載内容、添付書面等に照らして客観的、実質的に判断すべきものである。」<sup>(8)</sup>とした。本件判示は、監査請求人が何を対象として請求するかは、請求者の主観的意図から離れて客観的に判断すべきことを述べたものである。

##### ② 怠る事実を対象とした監査請求について

#### (a) 法的安定性の確保を目的とする監査請求の期間制限

自治法によれば、財務会計行為のあった日又は終わった日から1年を経過した場合には、監査請求を行うことが認められない（同法242条2項本文）。この条項の主たる趣旨は、「法的安定性」の確保にある。「法的安定性」の確保は、法的予測可能性の確保ともいわれるが、一般的にはすでに出来上がった秩序なり信頼を覆すことは社会的に大きなコストを伴うものであるから、それを覆すのは例外的でなければならないという原則である。地方公共団体の行政は刻一刻と変動しつつある状況を前提にして、日々決定を行い、行った決定の上にさらなる決定を積み上げていくことにより、連鎖的かつ重畳的に行われている。しかも、当該決定に関係することになる関係当事者は極めて多数に及ぶことになるので、その法律関係も複合的なものとなる。したがって、こうして一度行われた決定が後に簡単に覆るようでは、関係当事者は安心して地方公共団体と法的関係を結ぶことはできないことになる。行政上の法的決定の機能

は、じつはこうした決定の「時間的固定」を行うことにある。自治体においても数多くの法律関係が発生消滅しているのであるから、法的安定性の要請は極めて大きな法原理といわなければならない。期間制限はこうした法的安定性の確保を担保する制度である。

財務会計行為のあった日又は終わった日から1年を経過した財務会計行為については、すでに確定した法律関係として、住民によって争うことを認めないこととしたのもこうした法原理の現れである。

#### (b) 例外的に怠る事実を対象とする場合には、期間制限の適用はない。

もっとも、行政不服審査法や行政事件訴訟法においても不作為の違法が対象となる場合には期間制限が働かないことや期間制限の起算点を観念することが困難である場合には期間制限の適用がないことはいうまでもない。ここでは、対象となる決定自体が行われていないからである。したがって、1年の期間制限に服するのは、自治法242条1項に規定されている財務会計行為に限定され、怠る事実を対象とする場合には期間制限はないことになる<sup>(9)</sup>。これが判例・通説の立場である。

ところで、このような考え方を採用した場合に問題となるのは、実際には違法無効な財務会計行為を監査請求の対象としているにもかかわらず、当該財務会計行為について監査請求期間を徒過したため、財務会計行為そのものを対象とせず、財務会計行為を原因として発生した損害賠償請求権を行使しなかったことを怠る事実として再構成した上で監査請求の対象とすることの可否である。

そのような懸念が実際の事案で争われたのが、最判昭和62年2月20日（以下、たんに昭和62年最判と呼ぶ。）のケースである。昭和62年最判は次のような事案であった。

町有地の土地を随意契約によって売却したことが違法であるとして監査請求をした後に、監査請求には理由がない旨の通知を受けたところ、その後30日を過ぎて訴えを提起したため、期間徒過を理由に訴えは不適法却下とされた。原告は控訴したが、控訴審係属中に、原告以外の住民をも加え

て、町有地の随意契約による売買契約が違法無効であることにより生じている町長への損害賠償請求権と相手方への所有権移転登記抹消請求権を怠っている旨の監査請求を行い、却下された後に、怠る事実に係る相手方に対する請求を追加（訴えの追加的変更）して行った。この控訴審係属中の監査請求は、第1審において第一の監査請求が適法な監査請求と認められなかったため、適法な監査請求と認められようとせんがための法律構成に基づく請求であることは明らかであった。

昭和62年最判は、以上の事実関係を前提にして、次の二点について判示した。

- (i) 「普通地方公共団体の住民が当該普通地方公共団体の長その他の財務会計職員の財務会計上の行為を違法、不当であるとしてその是正措置を求める監査請求をした場合には、特段の事情が認められない限り、右監査請求は当該行為が違法、無効であることに基づいて発生する実体法上の請求権を当該普通地方公共団体において行使しないことが違法、不当であるという財産の管理を怠る事実についての監査請求をもその対象として含むものと解するのが相当である。」
- (ii) 「監査請求が、当該普通地方公共団体の長その他財務会計職員の特定の財務会計上の行為を違法であるとし、当該行為が違法無効であることに基づい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しているものであるときは、当該監査請求については、右怠る事実に係る請求権の発生原因事実たる当該行為のあった日又は終わった日を基準として同条2項の規定を適用すべきものと解するのが相当である。」

この昭和62年最判により、財務会計上の行為が違法無効であることを前提として発生する損害賠償請求権の不行使を怠る事実として構成して、監査請求を行う場合には、怠る事実を対象とした監査請求であっても、例外的に自治法242条2項本文の期間制限に服することが確認された。その後、昭和62年最判の調査官解説によって、怠る事実を対象とした監査請求には、1年の期間制限に服す

る請求と服さない請求の2種類があることが明らかにされ、前者を「不真正怠る事実」と呼称し、後者を「真正怠る事実」と呼称することとなった。

## (2) 最判平成14年7月2日による昭和62年最判の限定解釈

昭和62年最判以後、「不真正怠る事実」と「真正怠る事実」の区別基準をどのように考えるべきか、という点に議論が集中することとなった。このような争点の背景を理論的にいえば、次のようになる。

- ①監査請求は、財務会計法規に反する違法な行為を是正するために行われるものであり、この場合には期間制限が働く。
- ②不法行為に基づく損害賠償請求権の不行使を主張することは、「同時に」契約締結行為が財務会計法規に違反することを主張して監査請求していることにもなるから、違法な財務会計法上の行為として期間制限が働く一方で、談合などの不法行為を主張する場合は、当該不法行為の有無、損害の発生、程度が問題であるから、怠る事実と構成して、期間制限が働かないことになる。そこで怠る事実が主張された場合、前者の基準で判断すべきか、後者の基準で判断すべき場合は、いかなる要件が必要なのか、である。

昭和62年最判以後、両者の判断基準について諸説唱えられる中で、この昭和62年最判の判断を限定化する方向を示し、「不真正怠る事実」と「真正怠る事実」の判断基準を示したのが最判平成14年7月2日<sup>(10)</sup>（以下、平成14年7月2日最判と呼ぶ。）である。

平成14年7月2日最判の事案は、富山県が実施した指名競争入札で談合が行われたため、談合がなければ形成されたであろうより低額の価格と落札価格との差額の損害が県に生じたにもかかわらず、相手方業者に対して当該損害について損害賠償請求権を行使することを怠っているとして、県に代位して業者に対する損害賠償請求を求めた事案であった。原告らが監査請求を行ったのは、平成7年11月27日で、談合後の契約締結及び代金支



払日より1年以上経過していたため、監査請求期間を遵守しているかどうか及び期間制限が働かないのかが争点となった。

本判決は、「監査委員が怠る事実の監査を遂げるためには、特定の財務会計上の行為の存否、内容等について検討しなければならないとしても、当該財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならない関係にはない場合、これをしなければならない関係にあった上記第二小法廷判決（昭和62年判決のこと＝筆者注）の場合と異なり、（中略）本件規定を適用すべきものではない。」「県の同契約締結やその代金額の決定が財務会計法規に違反する違法なものであったとされて初めて…損害賠償請求権が発生するものではなく、被上告人らの談合、これに基づく被上告人Xの入札及び県との契約締結が不法行為法上違法の評価を受けるものであること、これにより県に損害が発生したことなどを確定しさえすれば足りる」のであるから、本件監査請求には期間制限規定の適用がない…」。

本判決は、まず前提として、契約の締結が財務会計法規違反して違法であるという監査請求と、談合行為の結果として不当に高い代金額で契約が締結された（すなわち不法行為法上違法と評価された）とする監査請求は、社会的事実としては重なる部分があるとしても、法的には「別個の監査請求」であると評価した<sup>(11)</sup>。そして結論として、財務会計法上の法的評価とは、独立に、当該行為が不法行為法上違法との評価が可能である場合には、期間制限は働かないとした（なお、監査請求の対象がいずれかは、監査請求書の記載内容等に照らして客観的に判断すべきであるとする）。

この判示は、昭和62年最判とは異なり、少なくとも談合事案については、財務会計行為（契約締結、代金決定、代金支払）の財務会計法規違反を検討しなくとも、談合とこれに基づく契約締結が不法行為法上違法であるか否かが検討されれば足りるため、期間制限には服しないとしたものである。これは、昭和62年最判を限定的に解釈したものであるといえよう。

以上、紹介した判例理論をまとめ、さらに後述

の判例理論について論を進めるための整理をここでしておくのと次の通りとなる<sup>(12)</sup>。

「怠る事実に対する監査請求における期間制限の有無」

原則 1年間の期間制限

例外 真正怠る事実を対象とする場合には、期間制限はない（昭和53年最判）。

例外の例外1 財務会計行為の法規違反性を判断する必要があるときには、発生原因行為のあった日または終わった日を基準として1年の期間制限に服する（昭和62年最判を平成14年7月2日最判が限定した）＝不真正怠る事実

例外の例外2 財務会計上の行為が行われた時点では、請求権が発生していないか、又は請求権の行使ができない場合（平成9年最判、後述する。）

例外の例外3 実体法上の請求権が除斥期間の経過によって消滅した場合（平成19年最判、後述する。）

### (3) 判例理論における真正怠る事実と不真正怠る事実の取り扱い

昭和62年最判と平成14年7月2日最判によって、不真正怠る事実と真正怠る事実の区別は、怠る事実の監査のために、財務会計上の行為が財務会計法規に違反して違法であるか否かの判断をしなければならない関係にあるか否か、という判断基準によることが明らかにされた。

それでは、この判断基準は具体的事案においてどのように適用されているのか。その後の判例においてどのような事案が真正怠る事実とされ、またどのような事案が不真正怠る事実とされているのか、確認しておく。

①真正怠る事実とされた最高裁判例

(a) 最判昭和53年6月23日

最判平成14年7月2日以前の判例であるが、怠る事実については監査請求の期間制限

の適用がないとした先例である。町長の職印を冒用し、それによって資金の借入を行うとともに、貸付を行うなどしていた職員が不法行為とこれを半ば黙認していた町長の行為がともに不法行為に該当するとして、当該不法行為に基づく損害賠償請求権の不行使を怠る事実として認めた。

- (b) 最判平成14年7月2日（上水道談合事案）  
 上述で紹介したとおりである。
- (c) 最判平成14年7月18日（下水道談合事案）  
 業者と地方公共団体のあいだに下水道事業団が介在した点（町田市一日本下水道事業団との間の委託協定、日本下水道事業団一業者という構図）で、平成14年7月2日最判とは異なる部分もあったが、同じく談合事案について、談合行為と請負契約の締結が不法行為上違法との評価を受ければ足りるとして、同事業団に対する損害賠償請求権の行使を怠っているとの監査請求は、真正怠る事実を対象としているとして期間制限が働かないとした。
- (d) 最判平成14年10月3日  
 愛知県と9社からなる企業体とのあいだで締結されていた請負契約の後に、赤字補填の要請を受けた県担当職員が工事単価を水増しする形で変更請負契約を締結し、増加分の代金を全額支払った事例で、住民らは、愛知県が県知事、担当職員、企業体に対して損害賠償請求の行使を怠っていると主張した。

判示は、(ア)県担当職員らが企業体から要請を受けて単価代金増額を含む変更契約を締結させたとの主張は含んでいる場合でも、企業体に対する損害賠償請求部分については、財務会計行為の違法性を判断せずとも、水増し請求があったかなどについて不法行為上違法と評価できるのみ判断すれば足りるとして、監査請求期間制限の適用は認められないとした。

(イ)他方、関係職員については、「特定の財務会計上の行為が行われた場合において、これにつき権限を有する職員又はその前任者が行ったその準備行為は、財務会計上の行為と一体としてとらえられるべきものであり、準備行為の違法が財務会

計上の行為の違法を構成する関係にあるときは、準備行為が違法であるとし、これに基づいて発生する損害賠償請求権の行使を怠る事実を対象としてされた監査請求は、実質的には財務会計上の行為を違法と主張してその是正を求める趣旨のものにはかならないと解される。したがって、上記のような監査請求が本件規定の定める監査請求期間の制限を受けないとすれば、法が本件規定により監査請求に期間制限を設けた趣旨が没却されるといわざるを得ないから、上記監査請求には当該財務会計上の行為のあった日又は終わった日を基準として本件規定を適用すべきである。」とした。

本判決では、財務会計職員その他の職員と、相手方である工事請負業者とで、監査請求期間制限の適用の有無が別れることになるとした点が特徴的である。しかし、この点については若干の解説が必要である。

- (i) まず監査請求となった行為が、例えば随意契約のように、自治法上の制限に反するものの、当該契約の相手方や第三者にとっては、適法な行為であった場合を想定してみよう。

この場合も、自治法上は違法な財務会計法上の行為として監査請求、住民訴訟の対象となることは疑いない。しかし、こうした「内部法」的違法の効力が、私法上無効とまでいえるかどうかは、当該契約が随意契約の締結に制限を加える自治法等の法令の趣旨を没却する結果となる「特段の事情」が必要である<sup>(13)</sup>。したがって、自治法上違法であっても、当該行為は、必ずしも私法上の効力まで否定されるべきものではない。そうすると、このようなケースは、第三者との関係では不法行為ではないが、自治法等の財務会計法上違法となり、期間制限規定が働くことになる。

- (ii) これに対し、当該契約等の相手方その他の第三者による当該自治体に対する不法行為に基づく損害賠償請求権の行使を怠る事実として監査請求をした場合には、当然に、期間制限が働かないことになる。談合事案などは財務会計法上の審査をしなくとも、その不法行為性は認定できるからである。

(iii) 問題は、財務会計職員が相手方その他の第三者と共謀し、または故意、重大な過失により法令の規定に違反し、当該自治体に損害を与えたときと認められる場合である。本件判決では、このような場合、財務会計職員の違法行為については、期間制限が働き、これに対し、契約の相手方その他の第三者、事業者については、期間制限が働かないとした。

この判断は一見するとバランスを欠くように見える。しかし、以下のような判断がその基礎にある。

(a) 「財務会計法規に違反する違法」「不法行為法上の違法」との区別が前提とされていること。不法行為法上の違法は、財務会計法上も違法な行為とみることができるが、それとは独立に不法行為法上の違法の評価が可能であるから両者の違法性評価は区別されることになる。

(b) 監査請求には原則として期間制限が働き、怠る事実については期間制限が働かないのが原則であるが、本判決はこれを確認したうえ、この原則を不当に拡張しないようにしたものであること。その結果、行政内部の職員には期間制限の趣旨が働き、他方、契約相手方等の不法行為については、例外的なものであるから期間制限の趣旨が働かないとした。本判決は、こうして昭和62年判決及びその射程・帰結を明らかにしたものであると理解されている<sup>(14)</sup>。

以上のような財務会計職員と契約の相手方である事業者に対する期間制限適用の相違は、自治法上、職員には、監査制度と直接接合する賠償命令制度が用意されているのに対し、第三者たる契約相手方である事業者に対しては、このよう賠償命令制度の適用がないことに由来している。

「前掲・高世解説769頁」は、この点を次のように敷衍している。

(ア) 自治法は、監査委員が定期監査や随時監査によって、又は監査請求によって、監査をするが、その結果を議会および長に提出し、また公表することとしている。この報告に基づ

き、議会及び長は、措置を講じて監査委員に通知し、監査委員は、さらにこの通知に係る事項を公表する。この場合、長は、財務会計職員が故意又は重大な過失により当該自治体に損害を与えたときと認めるときは、監査委員に事実の有無、賠償額の決定を求め、この決定に基づいて賠償命令をすることになる（同法243条の2第3項）。このように自治体における財務会計法上の行為については、内部的な賠償命令制度の仕組みが整備されているといえることができる。したがって、このような仕組みを前提すると、住民監査請求は、このような仕組みを「補充」するものに止まり、法的安定性の確保の見地からは期間制限が定められても特に不合理はないといえるべきことになる。

(イ) これに対し、怠る事実の相手方その他の第三者による不法行為については、上記のような賠償命令制度はなく、監査委員による出頭の求めや関係人の帳簿、書類その他の記録の提出を求めることができるものの、罰則で担保されているわけではなく、簡便に適切な措置を採ることはできない。したがって、このような場合についてまで、期間制限の規定の適用すべき合理的な理由はない。

以上述べたように、監査請求の対象とされた行為について、財務会計職員と契約等の相手方等につき、監査請求期間の制限について相違が生ずるのは、専ら制度の仕組みに由来するものであって、法解釈論のレベルの問題ではないことになる。本件平成14年判決は、この趣旨を明確にしたものである。

②不真正怠る事実とされた最高裁判例

(a) 最判昭和62年2月20日

すでに事案は紹介しておりである。

同最判については、かつて拙稿<sup>(15)</sup>で述べたように、「損害賠償請求、不当利得返還請求、登記抹消請求など当然に土地売却の法律関係から一体として生じる請求権に関するもの」であった。

(b) 最判平成9年1月28日(例外2で示した判例)

後に事案は紹介するとおりである。

(c) 最判平成19年4月24日(例外3)で示した判例以上のほか、不真正怠る事実とされた事案ではないが、実体法上の請求権が除斥期間の経過によって消滅した場合に、期間制限の適用があるか否かが争点となり、積極的に解した事案に最判平成19年4月24日<sup>(16)</sup>がある。

この事案では、旧香川町と業者の間の請負契約に基づいて業者が行った町道の改良工事について、後に補修工事を行ったにもかかわらず、施工業者に対する損害賠償請求権を行使しなかったこと(第1の怠る事実)、及び同損害賠償請求権を除斥期間の経過によって消滅させたこと(第2の怠る事実)が問題とされた。

判示は、怠る事実に関する実体法上の請求権が除斥期間の経過によって消滅した場合には、当該請求権が消滅した日から1年の期間制限に服することになり、それは実体法上の請求権を除斥期間の経過によって消滅させたことが怠る事実と構成したとしても同様であると判断した。

#### (4) 若干の検討

判例理論で確認すべきは、いかなる場合であろうと、まず法的安定性の確保ゆえに期間制限が働くという法原則は維持されなくてはならないということである。この点はじつは怠る事実を対象とする場合であっても同様であり、期間制限が働かないという真正怠る事実のケースが例外的でなければならない、としていることから明らかである。

この点について、かつて筆者は、真正怠る事実を構成する例として、窃盗、横領、公有財産の無断使用などの事実的侵害やこれと同視し得る行為(例えば自己または第三者の利益を図る目的で権限を濫用した場合や談合のような欺罔や強迫に基づく財務会計上の行為等)と評したことがあった<sup>(17)</sup>。現在でも基本的にこのような考え方が判例の理解としても妥当と考える。判例理論は、一見して明らかに刑法上の犯罪行為が行われている場合や不法行為上の違法性を当該行為のみから判断することが可能である場合としている。このようなケースでは、財務会計法規違反性から独立して判断が

可能であり、そのような行為については、確保すべき法的安定性も存在しないと考えているからである。

なお、以上の分析と必ずしも同様ではないが、判例には二つの潮流があると整理する学説も参考にされよう。この学説が述べる二つのアプローチとは、「請求権の法的根拠に遡るアプローチ」と「特定された財務会計行為との一体性を基準にするアプローチ」である<sup>(18)</sup>。前者については、最判昭和53年6月23日がその代表として取り上げられ、後者については最判平成14年10月3日に取り上げられている。筆者なりに敷衍すれば、前者のアプローチは、不法行為に基づく損害賠償請求権などの発生が、財務会計法上の行為の評価から独立して判断可能な場合を指しており、他方、後者のアプローチは、財務会計法上の法的評価を重視し、その一体性の範囲の広狭のとり方によって操作的に妥当な解決を求めるものといえよう。現時点での判例理論は、双方の接近方法によっているともいえるが、厳密に言えば、判例理論は、後者によりながら、例外的に前者によるとしていると思われる。住民訴訟において、およそ財務会計法上の行為が介在しない場合は考えられないから、いずれの接近方法でも、職員と事業者の場合に関する前出の期間制限適用の相違が出てくる。

## 2 監査請求の対象が不真正怠る事実の場合の起算日＝「当該行為のあった日又は終わった日」(監査請求起算日の問題)。

### (1) 監査請求起算日に関する一般論

「当該行為のあった日又は終わった日」が監査請求の起算日とされる。

「あった日」とは、監査請求の対象となる行為が単発的な行為である場合に、当該行為を住民が認識した日ではなく、あくまでも客観的に当該行為が行われた日を意味する。「終わった日」とは、監査請求の対象行為が継続的行為である場合に、継続的行為の開始日ではなく、また単発的行為の場合と同様に当該行為を住民が認識した日ではなく、あくまでも客観的に当該継続的行為が終了した日を対象とする意味である。つまり、監査請求

の起算日というのは、主観的に当該行為を住民が認識しえたかどうかということではなく、客観的に行為が終了したときが起算点となる。このような考え方の背景には、起算点についてはできる限り、主観的要素を排除して客観的に確定する一方で、そのことを貫いた場合の不都合性については、主観的要素をも考慮する正当理由の有無の判断で検討することになるという配慮がある。

## (2) 昭和62年最判を前提にした監査請求起算日

不真正怠る事実の存在を承認した昭和62年最判においては、財務会計上の行為についての監査請求には、特段の事情のない限り、財務会計上の行為が違法無効であることを前提にして生じる実体法上の請求権の不行使を怠る事実とする請求が含まれるものとした上で、そのような場合の監査請求期間の起算日は、財務会計上の行為のあった日又は終わった日とした。起算日は、財務会計上の行為の日とされたわけである。

## (3) 最判平成9年1月28日(民集51巻1号287頁)

(以下、平成9年最判と呼ぶ。)と昭和62年最判との関係

### ①極めて特殊な事実関係を前提にした平成9年最判の存在

昭和62年最判は、財務会計上の行為時点において、当該財務会計上の行為の違法に基づく損害賠償請求権の発生が認められる事案であった。それでは、財務会計上の行為時点では、当該行為の違法に基づく損害賠償請求権の発生が認められない事案においても、財務会計上の行為日を起算点とすべきか。この点が争われたのが、平成9年最判であった。

「平成9年最判」の事案は以下のようなものであった。

- (a) 昭和61年3月26日 国鉄・茅ヶ崎市長代理人茅ヶ崎土地開発公社間における国鉄茅ヶ崎駅北口付近の国鉄用地に関する売買契約が締結された。同売買契約には、10年間は第三者に譲渡しないなどの特約、同特約違反が生じ、解除となった場合には売買代金の10分の1相当額を違約金として支払う旨の特約が付されていた(ただし、特約の内容、有効性に

については後に争われている)。

- (b) 昭和61年3月28日 国鉄から茅ヶ崎市へ上記売買契約に基づく移転登記がなされた。  
 (c) 昭和61年8月22日 茅ヶ崎市が第三者へ、取得した当該国鉄用地を売却した。  
 (d) 昭和62年10月8日 国鉄を承継した国鉄清算事業団から茅ヶ崎市へ特約違反に基づく解除及び損害賠償請求(49,581,400円)がなされた。これに対して茅ヶ崎市は特約の有効性などを争い、支払を拒否した。  
 (e) 昭和62年12月8日 国鉄清算事業団から茅ヶ崎市に対する売買契約特約違反に基づく解除及び損害賠償請求の提起がなされた。茅ヶ崎市は、訴訟前と同様に、国鉄清算事業団の請求を争う答弁書を提出し、訴訟は進行した。  
 (f) 平成元年8月15日 同訴訟第15回口頭弁論期日において裁判上の和解が成立した(茅ヶ崎市が国鉄清算事業団に対して1490万円を支払うこと等が内容となる)。  
 (g) 平成元年11月7日 同和解に基づき茅ヶ崎市が国鉄清算事業団に対して和解金として1490万円を支払った。  
 (h) 平成2年3月23日 茅ヶ崎住民らが、茅ヶ崎監査委員に対して監査請求

以上の事案について、平成9年最判は、昭和62年最判における起算点とは異なる考え方を採用した。すなわち、前述したような事実関係を前提として、「財務会計上の行為が違法、無効であることに基づい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、又はこれを行行使することができない場合には、実体法上の請求権が発生し、これを行行使することができる日を基準として同項の規定を適用すべきものと解するのが相当である」とし、財務会計行為時たる土地の転売行為時ではなく、後の和解に基づく和解金支払時を起算点としたのである。しかし、この平成9年最判の起算日、起算日の考え方は、このケースの特殊性に由来することに留意が必要である。つまり、不真正怠る事実を

対象とした監査請求の起算日について、平成9年最判は、昭和62年最判の例外を設定したものと評価されるべきものである。この点については、以下のような3つの理論的可能性の検討が前提となっている。

- (i) 本件事案は、昭和62年判決にいう不真正怠る事実であって、怠る事実の基礎となっている財務会計上の行為に即して期間制限が働くこととみるべきである。その後に発生した実体法上の請求権についても同様に期間制限が働く。
- (ii) 本件事案は、未発生の実体法上の請求権に関するものであるから、昭和62年判決は適用されず、真正怠る事実として期間制限働かないと解すべきである。
- (iii) 本件事案には、昭和62年判決は適用されないが、期間制限の趣旨は働き、当該怠る事実の監査請求が可能となった日、実体法上の請求が発生し、これを行使し得る日から期間制限が働くことと解すべきである。

本件では、原審が(i)の判断を基礎としたが、実体法上の請求権が未発生についても期間制限が厳格に働くとした点で問題が残る。(ii)については、53年判決に忠実といえるが、わずかでも実体法上の請求権の発生が遅れたら、すべて期間制限は働かないというのでは、昭和62年判決の趣旨に悖るうえ、立法趣旨に照らしても合理性はない。本判決は、このような検討の上と思われるが、(iii)の立場を採用した。

本判決は、昭和62年判決の例外を判示したものであるが、「本判決の事例は、極めて特殊なものであって、財務会計上の行為が違法、無効であることに基づく実体法上の請求権が発生しておらず、又これを行使することができない場合に当たるということは、あまりないものと思われるが、例外的に監査請求期間につき、自治法242条2項の文言からはやや離れた解釈適用すべき場合があることを明らかにした」ものである<sup>(19)</sup>。

平成9年最判は、上記事案の経緯からあきらかなように、国鉄清算事業団からの売買契約特約違反の請求に対して茅ヶ崎市自身が特約の有効性などを争って、国鉄清算事業団と茅ヶ崎市間で訴訟

になった事案であった。茅ヶ崎市としては、最終的に裁判上の和解となるまでは、国鉄清算事業団に対する特約違反に基づく金銭支払自体を否認するという極めて異例の事態となっていたのである。具体的にいえば、本件特約における違約金の発生は、解除が停止条件とされていたが、転売行為時点では、いまだ条件が成就していなかったためであり、したがって、現実には支払義務が生じておらず、この時点では損害賠償請求はできなかったのである。判示が起算日を「和解」以降というのは、このような文脈に沿って理解すべきである。

したがって、「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い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」という判示は、あくまでもこのような異例の事態が生じていた事実関係を前提にしたものというべきである。上記調査官解説が注で述べるように「本判決が『行使することができない』』としていることから、行使することが事実上困難であるというだけでは足りないというべきであり、本判決の法理を安易に拡張して適用すべきではない」ことに留意しなければならない。

#### ②平成9年最判以後の下級審判例（名古屋高裁金沢支部判平成14・4・15）

平成9年最判が極めて特殊な事案を前提にしていることはすでに明らかになった。実際、平成9年最判以後、当該最判の一般論が適用される具体的事案は未だ最高裁レベルでは現れていない。ただし、下級審レベルでは、平成9年最判を一般化し、具体的事案との関係で適用しているかのような判断も存在する。名古屋高裁金沢支部平成14年4月15日<sup>(20)</sup>（以下、「本件名古屋高判」と呼ぶ。）である。当該裁判例については、その先例性をめぐって争いがあるため言及しておくことにする。本件名古屋高判における事案は次のような事案であった。

福井県においていわゆる架空出張による旅費の不正支出が問題となり、その支出の一部が国からの補助金から支出されていたため、国から福井県に対して補助金返還命令がなされ、福井県は国に対して加算金も含め返還をした。この加算金も含

めた返金が、福井県の損害となったとして、原告らが福井県に対して職員らへの賠償命令をしなかった点をもって怠る事実として住民訴訟を提起した。

第1審判決は、当該監査請求は怠る事実の請求原因たる当該行為につき期間制限が適用されること、したがって本件監査請求は期限を超えた請求であるとして訴えを却下した。本件名古屋高判は、結論として、本案勝訴要件としての損害について、旅費支出が明らかになった後に福井県一般職員などが会員となった福井県旅費返還会が設立されて、当該返還会によって加算金も含めた全額が福井県に返還されたことから、怠る事実の違法性はともかく、損害がないとして請求棄却となるとし、控訴を棄却した。本判決は、説示の過程で、国庫精算金の返還は、法律の定めるところにより、義務の履行として適法に認められること、本件旅費支出の違法性は、国庫精算金返還行為に承継されないこと、を判示している。

注目すべきは、本件国庫精算金の加算金分に関する判断である。判示は、加算金等の納付による損害も、違法な本件旅費支出と相当因果関係にある損害であると認め、加算金等の納入義務は返還命令によってはじめて発生するのであるから、当該返還命令以前に監査請求において、加算金等の損害の回復を求めることは、事実上不可能であるとの控訴人の主張に同調し、加算金等の納付による福井県の損害について、監査請求の機会が保障されるべきであるとして、その方法を按ずるとして、以下のように述べた。

「住民は、加算金等の納付の日から1年以内に、違法な本件旅費支出に基づいて発生した加算金等相当額の損害賠償請求権の不行使に関し、監査請求ができる」と解すべきである。」判示は、その根拠として平成9年最判を挙げ、その趣旨を本件にあてはめると、「本件旅費支出の日から1年経過しても、加算金等の納付の日から1年以内であれば、本件旅費支出に基づく損害賠償請求権（ただし、加算金等相当額の損害に限る）の行使の是正を求める監査請求は可能と解される。」とした。そして結論として、原審が加算金等に関する判断

を誤ったとした。

しかし、この判示については以下のような根本的疑念があるといわなければならない。

(ア) 本件は「不真正怠る事実」であり、旅費支出と国庫精算金の返還については、違法性の承継もなく、双方に違法性の観点から何らの共通点がないことは認めているにもかかわらず、唐突に加算金等の相当額の損害賠償請求権の不行使の監査請求を認めていること。

(イ) 「控訴人らの主張する本件損害賠償請求権は、実体法上は、本件国庫精算金の返還ではなく、本件旅費支出によって成立するものである」（本件判示（二）（2））」としながら、加算金等の納付による損害について監査請求の機会が確保されなければならないことと、と述べている部分は、制度上の解釈としては、まことに無理があるといわなければならない。

(ウ) 加算金の性格についてはともかくとしても、平成9年最判を引用するような事案ではないこと。このことは、前述のとおり、平成9年最判は極めて特異な事案についての判断であって、本件とは事案を異にする。本件は旅費支出によって実体法上の損害賠償請求権がすでに発生している事案である。

(エ) 加算金等は遅延損害金あるいは制裁金とも評すべきであるが、これも返還命令によって生じたものであるから、加算金等も法律に基づく義務の履行として国庫に納入されているのであるから、「加算金等相当額の損害の発生のために、本件国庫精算返還金の返還によって損害賠償請求権が成立するということはできない。」としつつ、「むしろ、法的に言えば、この加算金等の納付による損害も、違法な旅費支出と相当因果関係にある損害と認めるべきものである」（本件判示（二）（3））」と判示しているが、これでは平仄が合わない。前段で加算金も法律に基づく義務の履行として行われている以上、損害賠償請求権は成立しないといいつつ、後段は、加算金等の納付による損害と認定することは論理矛盾である

というほかない。

以上のように、本判決は論理的にも法理上も全く破たんしているといわなければならないが、しかし、そこに大きな思考省略があったことと善解し、忖度を加えていうならば、旅費支出に伴う損害賠償請求権の成立には、加算金の返還とも重なる部分があり、そこを取って救済しようとしたのではないかと思われる。たしかに一般論としていえば、違法な旅費支出がなければ、国庫精算金の返還や加算金の返還も必要ではなかったのだから、法的仕組みを無視すれば、そのような論の進め方も理解できないことではない。だが、訴訟は法的仕組みを前提に判断すべきものである。本件判決が適示しているように、本件で対象となった損害賠償請求権は、国庫精算返還金の返還によって生じたものではないし、加算金もこの返還と一体のものとして返還されており、これらの返還自体が法律上の義務に基づく以上、加算金等ないしその相当額の返還には、なんら違法はなかったのである。そうすると、本判決は、結局、いったんは自ら否定した「旅費支出」と「加算金返還」の「違法性の承継論」を結論として復活させたと理解するほかない。しかし、このことの論理矛盾は明らかであろう。

本件では、旅費支出という違法な公金の支出に起因して、損害が発生し、この原因行為によって補助金返還命令に基づく加算金等も発生しているところ、その額の確定が補助金返還命令時にすぎないのである。そうすると「損害」と主張されている加算金相当額の損害発生の日は、やはり旅費支出日と解すべきことになる。あるいは、加算金が補助金受領日から返還時までの法定利率を上回る付帯的金銭であることから、遅くも補助金受領日が起算日である。そして、その額の確定がやはり返還命令時にすぎない。

(オ) また本判決は、旅費支出行為自体を権利侵害行為としつつも、監査請求の起算点をその時点とせず、加算金等の納付の日から1年以内に加算金等の相当額の損害賠償請求権の不行使を監査請求できるとした。その根拠とされた平成9年最判の無用な拡張適用である

ことはすでに述べたとおりである。本判決の事案はすでに述べたように、旅費支出という財務会計上の行為によって実体法上の損害賠償請求権がすでに発生していたものである。したがって、平成9年最判が適用されるケースではない。

百歩譲って、加算金による損害を認めるとしても、返還時の加算金と国庫精算金は一体のものであって、加算金若しくは加算金相当額の納付が違法とすると、それは本体の国庫精算金の返還自体が違法でなければならないことになる。この理は、損害賠償請求にあたって、損害額に加えて法定利息を請求する場合と同様であって、補助金適正化法もまた民法上の不法行為法も、両者を区別して請求するような法的仕組みは、わが国では存在しない。

(カ) さらにいえば、国庫精算金の返還命令は、補助金適正化法の趣旨から判断されるもので、その範囲も補助目的との関係から決定され（交付決定の取消し若しくは撤回の法理に基づく）、加算金の賦課はこの補助金の返還と一体であるうえ、補助金適正化法上、交付決定の取消し及び返還命令は、この適正化法に則して判断される（同法19条）。したがって、国庫精算金の返還命令及び加算金等の納入命令と監査請求の対象とは法的性格や範囲が異なり、これらは住民監査請求、住民訴訟法上の適法違法の判断と連動するものではない。結局、本件説示も認めているように、旅費の支出の違法と補助金適正化法に基づく返還とは、違法性の承継もないのである。

本件については、実体法上の損害賠償請求権は、旅費支出に基づくものであり、不真正怠る事実であって、旅費支出の最も後のものであった日（平成9年9月）を起算日とし、監査請求のあった日（平成11年8月24日）は期間を徒過したものである、とした1審判決のほうが判例理論に忠実であり、妥当な判断であった。

以上から、本件名古屋高判は、平成9年最判の射程を理解せず、大橋調査官がまさに平成9年最



判調査官解説で危惧した平成9年最判法理の安易な拡張適用であったといわざるを得ない。

### 3 「正当な理由」(自治法242条2項ただし書)について

#### (1) 昭和63年最判と平成14年最判例による基準の明確化

自治法242条2項本文によって財務会計行為から1年の期間制限に服する場合であっても、同項ただし書によって「正当な理由」が認められる場合には適法な監査請求前置となる。

「正当な理由」はいかなる場合に認められるのか。最判昭和63年4月22日<sup>(21)</sup>(以下、昭和63年最判と呼ぶ。)がリーディングケースである。

事案は、用地買収に対する補償金の上乗せとして公金支出が秘密裡に行われていたため、原告らが監査請求を行ったのが公金支出の約4年10ヶ月後である昭和60年3月であったため、監査請求期間の徒過について正当な理由が認められるかが争点となった。

昭和63年最判は、結論として昭和59年7月7日まで開催されていたS町議会定例会及び同年10月発行のS町議会だより25号が全戸配布されたことで、町の住民にとっても当該公金支出が明らかになったとし、同年10月中旬から4ヶ月を経過した監査請求には正当な理由がないとした。

周知のように、昭和63年最判は未解決の問題を多数残すものであった(たとえば、①財務会計行為における「秘密裡」性は正当理由の充足性を判断するにあたって十分条件なのか、②財務会計行為の支出については、いかなる程度をもって住民に認識されている必要があるのか、③その認識の対象となる「住民」とは、一般的な住民と考えてよいのか、④監査請求を行うことが可能であった日から4ヶ月経過後の監査請求には正当な理由がないとされたが、それでは何ヶ月であれば正当な理由があるとされるのかなど。

これらの問題の解決は、平成14年に判断が示される3つの判例及びその後の最判を待たなければならなかった。昭和63年最判をいわば明確化することとなった平成14年各最判の内容及びその後の

最判は、次のようにまとめられる<sup>(22)</sup>。

- (i) 監査請求期間を経過していても、客観的にみて住民監査請求をすることができる程度に財務会計行為の存在及び内容を知ることのできた時点から「相当な期間内」に住民監査請求をした場合には、「正当な理由」が認められる。
- (ii) 財務会計行為の認識可能性を判断するにあたっては、当該財務会計行為が「秘密裡」にされた行為であるか否かは十分条件とはならない。
- (iii) 財務会計行為の認識可能性を判断する主体として想定されるのは、「相当の注意力」がある住民となる。
- (iv) 財務会計行為の認識可能性を判断する際の認識の客体は、財務会計行為の「存在及び内容」であり、財務会計行為の認識可能性を判断する際の認識の程度は、「住民監査請求をするに足りる程度」となる。

#### (2) 平成14年最判以降及びその後の最判についての小括

監査請求期間の徒過と正当な理由の有無が問題となった昭和63年最判、平成14年最判及びそれ以降の判例を整理したものが別表である。

総じていえば、正当な理由の有無については、

- (1)「客観的認識可能な時点の認定及び(2)現実の住民監査請求が「相当な期間内」になされたか否かを判断することになる。もっとも、前者についても、請求者の主観的事情を考慮すべきかどうか、情報公開請求との関係をどう整理するののかの問題がある<sup>(23)</sup>。また(2)の「相当な期間」についても、一般的基準を立てることは困難である<sup>(24)</sup>。しかし、期間制限の例外である「正当な理由」は、本来個別の案件ごとに処理すべきであって、例外条項とはそうしたものである。それと共に、不真正怠る事実について述べた際の住民監査請求の「補完性」「補充性」を想起すべきである。つまり、正当な理由の判断においても、履行すべき監査が行われおらず、それをすべき事情についての法的評価として個々の請求人の主観的事情も考慮されることは当然あり得る。つまり監査請求によって

監査権限の発動を促す契機となり得るかどうかの度合いや程度と監査請求期間制限による法的安定性の確保がここで考慮されているとみるべきである。判例理論から概括的にいえるとされる3ヶ月までは相当期間内であり、4ヶ月になると相当期間内ではなくなるという一応の定式は、法的安定性は特段の事情がない限り、ほぼ3ヶ月で安定状態に入るとの判断がある。しかし、期間制限の趣旨は、自治体と契約相手方との法律関係の法的安定性を軽々に覆してはならないとの法理に基づくものであるから、「正当な理由」を認めることについても、慎重でなければならないことは、すでに述べてきたとおりである。

#### 4 残された課題

住民監査請求・住民訴訟制度は、判決で確定した損害賠償請求権を議会の議決で放棄することも許されるとした近時の最判によって、その基本的性格づけがますます困難になっている<sup>(25)</sup>。上述した判例理論の整理によれば、「内部法」と「外部法」との区分、及び「監査中心主義」「監査権限の再発動」の要件が明らかになったが、これらの整理と議会がどのように関連するか、が明らかではないからである。しかし、住民監査請求・住民訴訟の本質論や目的論は、裁判所に対して相応のベクトルを与えることはできても、決定的なものではない。相互に矛盾する理念をどうにか和解させて、ケースに応じた解決を図っていくべきという筆者の法解釈論からすれば、この法領域は、判例理論がケースを重ねて、学説をもリードしてきた注目すべき領域である。「放棄」に関する考察は、自治体議会の権能をどのように法的位置付けるかという、地方自治の根幹にかかわる問題でもあるので、今後の課題としておきたい。

他方、取消訴訟の代替訴訟としての住民訴訟をどう扱うか、「濫訴の弊」をどう扱うかなど、立法論的課題も多い<sup>(26)</sup>。

理論的課題としても、客観訴訟の概念や民衆訴訟の性格など未解明な問題があまりにも多い。もともと、アメリカの「納税者訴訟」を導入し（アメリカでは原告適格の拡大にすぎなかった）、ド

イツ法をベースにした行訴法の主観訴訟と客観訴訟の区別、選挙訴訟をベースにした民衆訴訟との接合したことなど体系的な無理がここにきてなお顕著になったように思われる。

いまひとつ付け加えるべきことは、監査制度の主体たる監査委員のあり方である。都道府県レベルでは、徐々に改善されているが、市町村レベルでは、いまなお、職員OBの委員がおり、さらに法律家や公認会計士のような専門家がまったくないところも多数に上る。非常勤特別職で、月額5万円程度の報酬で、監査をしているなどとはとてもいえない状況がある。自治法では外部監査制度もあるが、その利用も極めて限定的である。せめて、議会選出の監査委員は、運用においても即時に可能であるから、改善に努めるべきである。こうした「素人監査」の実態の下では、長の部下たる監査委員事務局が力をもつのは当然である。自浄能力に欠けた自治体が多すぎるが、住民監査請求・住民訴訟を正当化するものであるとしたら、これほど非民主的なことはない<sup>(27)</sup>。

しかし、これらの問題は、立法論的課題にも直結する課題でもあるので、ここでは指摘にとどめ、他日を期したい。

#### 注

- (1) 最判昭和63年4月22日
- (2) 釧路地判昭和47年3月27日
- (3) 坂本勝 平成14年度最判解民654頁以下
- (4) 長野士郎『逐条地方自治法』第12次新版 881頁 学陽書房 2001年
- (5) 前掲精華町事件最判
- (6) 坂本勝・前掲論文658頁
- (7) 説明責任に関しては、アカウントビリテイという用語の誤訳によってわが国に定着した。行政機関が説明責任を有するという実定法上の明示的根拠はわが国では存在しない。拙稿「アカウントビリテイと行政法理論」園部古希621頁参照。行政権限の付随的義務ともいうべきか。
- (8) 民集56巻6号1049頁
- (9) 最判昭和53年6月23日裁集民124号145頁
- (10) 民集56巻6号1049頁

- (11) この点については、清水千恵子「真正怠る事実と不真正怠る事実」藤山・村田編『行政争訟〔改訂版〕新・裁判実務体系〕579頁
- (12) 平成14年10月3日最判調査官解説における図も参照のこと
- (13) 最三小昭和62・5・19民集41巻4号687頁。山崎敏充・最判解民昭和62年度〔15〕302頁参照
- (14) 中原茂樹ジュリスト平成14年重要判例解説44頁、高世三郎・最判解民平成14年度〔31〕767頁以下は、このようなアンバランス感、違和感は解釈論の次元の問題ではなく、制度論ないし立法政策の帰結であるとしている
- (15) 「昭和62年度主要民事判例解説」(判タ677号320頁)
- (16) 民集61巻3号1153頁
- (17) 鈴木庸夫「監査請求期間(1)―真正怠る事実と不真正怠る事実」地方自治判例百選第4版150頁
- (18) 山本隆司「特殊問題 住民訴訟」『条解行政事件訴訟法(第3版補訂版)』(弘文堂, 2009年) 181頁
- (19) 大橋寛明・平成9年度最裁判民(〔8〕176頁)
- (20) 判例集未掲載, LLI/DB〔L05720530〕名古屋高等裁判所金沢支部 平成12年(行コ)第25号, 怠る事実確認等請求控訴審判決。
- (21) 判時1280号63頁
- (22) 以下については、古閑裕二「29 監査請求期間と正当な理由」(『新・裁判実務体系第25巻行政訴訟(改訂版)』(青竹書院, 平成24年) 538頁所収)におけるまとめを参考とした
- (23) しかし、情報公開請求は、住民監査請求・住民訴訟法上の行為規範とすべきものではなく、他方、当該文書の入手が客観的認識可能時点の認定において重要な証拠となるから、評価規範として作用しているとみるべきものとする古閑前掲論文569頁が正当である。
- (24) 古閑・前掲567頁
- (25) 最判平成24年4月20日等。
- (26) これらの問題の指摘については、碓井光明『要説住民訴訟と自治体財務』10頁以下。曾和俊文「住民訴訟制度改革論」法と政治51巻2号159頁、682頁以下参照
- (27) 監査委員の問題については、碓井前掲書300頁参照

別表 住民監査請求と正当な理由に関する整理

最判判決年月日	財務会計行為と対象日時	客観的認識可能時点（認定資料）	住民監査請求時	相当な期間内になされたか（正当理由の有無）	特殊事情考慮の有無、その他特筆すべき事項
① 昭和63.4.22 裁集民154号57頁 判時1280号63頁	かんがい排水事業の用地買収のための補償金の上乗せとしての裏金を支出した行為（昭和55年4月）	昭和59.10月中旬まで（町の住民への「S町議会だより」）（用地買収費の938万円が計上せず処理/用地買収費の938万円が計上されしていないことが明らかに「なり」などと記載されていた）の配布	昭和60.3.8	×	町議会が100条委員会を設置して、調査を進めていたことは正当な理由の有無にあたって考慮要素とはならない
② 平成14.9.12 民集56巻7号 1481頁		遅くとも平成11.12.13（平成11.12.12には毎日新聞、朝日新聞で、また翌日には京都市新聞によって、市議会委員会で不明朗な支出が指摘されたことを報じていた）	平成21.7→ 平成37→	△ △	仮定的な判断を示し、差し戻している。
③ 平成14.9.17 裁集民207号111頁 判時1807号72頁	公園用地とするために市が買い受けた土地に園を買収契約締結及び同売買契約に基づく代金支出行為	決算説明書が一般の園覧に供され、市の住民がその内容を了解することが出るようになったとき	平成5.11.25	客観的認識可能時点が証拠上明らかになつていないとして、差し戻した。	
④ 平成14.10.15 判時1807号79頁	賃貸借契約の締結行為（締結時）	昭和63.11.17（不動産鑑定士である原告が代理人弁護士が入手した市の内部資料（賃貸借契約の権利金、賃料の算定根拠が記載）に基づいて適正賃料はより低額とする鑑定意見書を作成していたとき）	平成1.1.20	×	原告の属性である不動産鑑定士及び、同人が鑑定意見書を作成していたことが考慮されている。
⑤ 平成17.12.15 裁集民218号 1151頁	平成7年度市の一般会合における一人当たりの金額が一定額を超える食料費の支出行為	平成9.8.19（情報公開請求によって一般支出決算書等の文書（個別の食料費の支出の日、金額、内訳、債権者名、食料費の支出に係る会合の場所、出席人数、市側の出席者などが記載されていた）の交付を受けたとき）	平成9.12.15	×	多数意見は、食料費支出の件数が多数（220件を超える）であることは、約3ヶ月後には分析を終えていたことなどとの事情のもとでは、正当理由の有無に影響を与えないとした。泉徳治裁判官による反対意見が付され、情報公開請求に対する不十分な開示が批判され、当該対応も踏まえて正当な理由の有無は判断すべきものとした上で、正当な理由は認められた。
⑥ 平成18.6.1 裁集民220号353頁 判タ1227号145頁	市の勲褒によって退職した職員が再就職した先の団体（財団法人鎌倉市公園協会）に、市から業務委託費の名目で給与上乗せ分を支出した行為（平成11年9月24日までの支出行為）	平成12.4.28（神奈川新聞において、市では職員が勲褒に応じて退職し、市の外郭団体に再就職した場合に、市は退職時の給与額を保証する制度を採用して、当該外郭団体へ差額を市が補助していることなどを記載した記事が報道されたとき）	平成12.10.27	×	多数意見では、実際に市の担当者が具体的説明をしたことが平成12年9月8日であったことは正当理由の有無の判断にあたって考慮されないとした。泉徳治裁判官による反対意見が付され、平成12年4月28日の神奈川新聞において、支出がすすでになされていることが明確ではなく、支出の時期方法なども記載されていないことなどから、その時点で客観的認識可能性は否定し、その後実際に市の担当職員が平成12年9月8日の会議で説明を行い、翌日の神奈川新聞、毎日、産経、読売新聞において当該説明内容などが記載されたことから、平成12年9月9日を客観的認識可能時点として、正当理由を肯定した。
⑦ 平成20.3.17 裁集民227号551頁	県警本部が限外へ出張するにあつた際の旅費支出行為	平成14.5.24（平成12.5.31の第一次開示では支出負担行為日、支出命令日、支出日当が黒塗り）で明らかにされておらず、当該第二次開示によってそれらの事情がはじめて明らかにされた）	平成14.6.24	○	情報公開請求を行っていた市民オプトインズマン組織（原告）の主観的事情を考慮した。