



〔8〕

- 一 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」の意義
- 二 東京都議会議長の職にあった者を被告として提起された代位請求住民訴訟の適否

(昭和五五年(初)第一五七号 同六二年四月一〇日第二小法廷判決 破棄自判)
第一審東京地裁 第二審東京高裁 民集四一巻三号二二九頁

〔判決要旨〕

一 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」とは、当該訴訟において適否が問題とされている財務会計上の行為を行う権限を法令上本来的に有するとされている者及びその者から権限の委任を受けるなどして右権限を有するに至った者をいう。

二 東京都議会議長の職にあった者が在任中議会運営費のうちの交際費等の公金を違法に支出したとしてその者を被告として提起された代位請求住民訴訟は、地方自治法二四二条の二第一項四号所定の「当該職員に対する損害賠償の請求」に該当しない訴えとして、不適法である。

(二につき補足意見がある。)

〔参照条文〕

一、二につき 地方自治法二四二条の二第一項四号

〔解説〕

一 事案の概要

1 (一) 本件は、昭和四四年八月から昭和四七年九月まで東京都議会議長(以下「議長」という。)の職にあったYが

その在任中に交際費等の公金一〇二万四〇〇〇円を違法に支出し東京都(以下「都」という。)に損害を被らせたとして、都の住民であるXらが、地方自治法(以下「法」という。)二四二条の二第一項四号に基づき、都に代位してYに対し損害賠償を求めた住民訴訟である。

(二) Xらは、以下のとおり、違法な公金の支出が行われたと主張している。

(1) 昭和四七年一月から同年四月までの間に、議会運営費のうちの交際費(いわゆる議長交際費)一六三万四二五六円、報償費八万円及び特別旅費一〇七万七五六〇円につき架空支出又は水増請求を行ってこれを裏経理の収入に計上した上、その収入を財源として、法令上の根拠なくして、各党対策費として合計一四四万四〇〇〇円を、幹部職員手当として合計二二七万円を各支出した。

(2) 昭和四六年一月四日特別旅費から六五〇万円を委託料に流用した上、法令上の根拠なくして、国会対策費として右同額を支出した。

2 Yは、法二四二条の住民監査請求及び法二四二条の二の住民訴訟の対象となるのは、普通地方公共団体の長若しくは委員会若しくは委員又は普通地方公共団体の職員の行為に限られているところ、議長は、これらの者のいずれにも該当せず、また、公金の支出等をなし得る地位にもないから、議長としての行為は住民訴訟の対象とならないと主張し、本件訴えは不適法であるとしてその却下を求めた。

3 一、二審判決等

(一) 第一審判決は、形式的にみて議長は法二四二条一項にいう「職員」に含まれず、また、議会関係予算の執行について議長は何ら権限を有しないものであるから、本訴は法定の被告適格を有しない者に対する訴えであり不適法であるとして、これを却下した。なお、同判決は、都議会局においては、交際費等の支出又は使用に議長の決裁

〔8〕 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」の意義 東京都議会議長の職にあった者を被告として提起された代位請求住民訴訟の適否

が必要とされていたが、この決裁は、いわゆる事案の決定について議会の事務統理者としてする指揮監督権の行使であつて、それ以上のもではない、と判示している。

(二) これに対し、原判決は、Yは交際費、報償費及び特別旅費の支出に関しては支出何と支出決定原議に決裁印を押捺し、委託料の支出に関しては自らこれを受領するなどし、各支出に関与しているのであるから、右各支出が違法とされる場合にYが何らの職務上の責任を負わないということは、行政組織の独任制の特質からいって不自然はないとして、第一審判決を取り消し本件を第一審に差し戻す判決をした。なお、同判決は、違法な公金の支出について住民による監査請求及び訴訟の制度を設けている法の趣旨に照らすと、監査請求及び訴訟の相手方となるべき者は、その支出事務を担当した職員のうち最高責任者であるべきである、とも判示している(注二)。

(三) 原判決に対しては、本件訴えを適法とした判断に法令違背があるとして、Yから上告がされた(なお、Yは本訴が上告審に係属中に死亡し、相続人らが本訴を承継した)。

以上の経過から明らかなように、上告審においては、専ら本件訴えの適法性が争われることとなつた(注三)。

二 上告審判決

本判決は、おおよそ以下のとおり判示して、原判決を破棄し、第一審判決の結論を維持してXらの控訴を棄却する旨自判した。

1 本件訴えは、法二四二条の二第一項四号所定の代位請求住民訴訟の一類型である「当該職員」に対する損害賠償の請求として提起されたものと解されるところ、住民訴訟が自己の法律上の利益にかかわらない当該普通地方公共団体の住民という資格で特に法によって出訴することが認められている民衆訴訟の一種であることにかんがみ

ると、当該訴訟において被告とされている者が当該訴訟において被告とすべき右「当該職員」たる地位ないし職にある者に該当しないと解されるとすれば、かかる訴えは、法により特に出訴が認められた住民訴訟の類型に該当しない訴えとして、不適法といわざるを得ないこととなる。そして、右「当該職員」とは、住民訴訟制度が法二四二条一項所定の違法な財務会計上の行為又は怠る事実を予防又は是正しもって地方財務行政の適正な運営を確保することを目的とするものと解されるところからすると、当該訴訟においてその適否が問題とされている財務会計上の行為を行う権限を法令上本来的に有するものとされている者及びこれらの者から権限の委任を受けるなどして右権限を有するに至った者を広く意味し、その反面おおよそ右のような権限を有する地位ないし職にあると認められない者はこれに該当しないと解するのが相当である。

2 法の規定によると、普通地方公共団体の議会の議長(以下「議会の議長」という。)は、議会の事務の統理権(法一〇四条)、議会の庶務に関する事務局長等の指揮監督権(法一三八条七項)を有するものの、予算の執行権は普通地方公共団体の長(以下「長」という。)に専属し(法一四九条二号)、また、現金の出納保管等の会計事務は出納長又は収入役の権限とされているから(法一七〇条一項、二項)、一般に議会の議長の統理する事務には予算の執行に関する事務及び現金の出納保管等の会計事務は含まれておらず、議会の議長はかかる事務を行う権限を有しないものといふほかない。もっとも、長はその権限に属する事務の一部を当該普通地方公共団体の吏員に委任することができるが(法一五三条一項)、議会の議長は、その地位にかんがみると、長においてかかる権限の委任を行い得る相手方としては予定されていないといふべきである。現に本件においても、東京都会計事務規則等関係法令上議長に対し都知事の有する予算執行に関する事務の権限が委任されていたとみるべき根拠は存しない。また、本件の交際費等の支出手続に徴しても、議長がその支出に関し支出命令等何らの財務会計上の行為を行う権限を有していたと解すべき

〔8〕 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」の意義 東京都議会議長の職にあつた者を被告として提起された代位請求住民訴訟の適否

根拠は見当たらない。

以上によると、議長は、本訴においてXらにより違法であると主張されている公金の支出を行う権限を何ら有しないものであり、換言すれば、本件においては議長は法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」に該当しないというべきであるから、本件訴えは、法により特に出訴が認められた住民訴訟の類型に該当しない訴えとして、不適法というほかない。

3 林藤之輔裁判官は、判決要旨二の点について、法廷意見に賛意を表された上で、要旨以下のとおりの補足意見を明らかにされた。

(一) 本件において、議長は支出何に決裁印を押捺するなどして本件交際費等の支出に関与している事実が窺えるところ、かかる行為は財務会計上の行為としての「公金の支出」そのものではないが、これに密接に関連する行為といえる。しかし、このように支出命令等の財務会計上の行為に事実上影響を及ぼす行為やこれらの行為を行う権限を有する職員を財務会計手続とは別の観点から指揮監督する行為など公金の支出に密接に関連する行為まで法二四二条一項の「公金の支出」の概念に含めて考えることは相当でなく、かかる行為は右「公金の支出」そのものは性質の異なるものとして区別して考える必要がある。

(二) 違法な公金の支出に事実上影響を及ぼしこれを実質的に決定する行為や当該公金の支出の権限を有する職員を財務会計手続とは別の観点から指揮監督する行為は、その態様によって普通地方公共団体に対する民法上の不法行為を成立させ、当該普通地方公共団体がその行為者に対し損害賠償請求権という財産を有する場合も考えられるところ、その債権の管理を違法に怠る事実がある場合には、住民は当該「怠る事実」について監査請求を経由した後然るべき形態の住民訴訟を提起して、右違法な「怠る事実」の是正を図るとともに当該普通地方公共団体の損害

を回復することが可能である。

三 説 明

1 (一) 法二四二条一項は、普通地方公共団体の長若しくは委員会若しくは職員又は職員について、公金の支出等同項所定の違法不当な財務会計上の行為又は怠る事実がある場合には住民監査請求ができるとし、二四二条の二第一項は、監査結果に不服がある場合等において、監査請求をした住民はその請求に係る違法な行為又は怠る事実につき各号に掲げる請求ができるとして、地方公共団体の住民に対し一定の態様の住民訴訟を提起することを認めている。本訴は、公金の支出が違法であるとしてこれに関与した者に対し損害賠償を求めるものであり、住民訴訟のうち法二四二条の二第一項四号所定の「普通地方公共団体に代位して行なう当該職員に対する損害賠償の請求」として提起されたものと解されるが、本件における問題は、本訴が議長の職にあった者を被告として提起されている点で適法な住民訴訟と認められるか、という点にある。

ところで、本訴の適法性については、一、二審判決とも被告適格の問題としてこれを論じている。しかしながら、本訴は前述のとおり法二四二条の二第一項四号のいわゆる代位請求訴訟のひとつであり、同項一号ないし三号の住民訴訟の被告が執行機関等であるのと異なり、その被告は個人と解されている。そして、右一号ないし三号の住民訴訟においては、被告とされた執行機関等が当該訴訟において違法と主張されている財務会計上の行為又は怠る事実に関して権限を有するか否かは、まさに被告適格の問題として検討されることになるが、本訴のような代位請求訴訟において被告とされた個人（本件では「Y」）の被告適格を論ずることにどのような意味があるのであろうか。

(二) この点については、まず、次の判例を検討しなければならない。すなわち、最高三小昭和五年六月二三日判決・集民二四四号一四五頁は、「法二四二条の二第一項四号によるいわゆる代位請求訴訟は、地方公共団体が職員

〔8〕 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」の意義 東京都議会議員の職にあつた者を被告として提起された代位請求住民訴訟の適否

又は違法な行為若しくは怠る事実に係る相手方に対し、実体法上同号所定の請求権を有するにもかかわらず、これを積極的に行使しようとしないうちに、住民が地方公共団体に代位し右請求権に基づいて提起するものである。右のような代位請求訴訟の構造にかんがみれば、右訴訟の被告適格を有する者は右訴訟の原告により訴訟の目的である地方公共団体が有する実体法上の請求権を履行する義務があると主張されている者であると解するのが、相当である。」との判断を示しており、この判例がいわゆる代位請求住民訴訟における被告適格に関するリーディング・ケースとされている。この判例は、その判文からすると、四号掲記の請求のうち「当該職員」に対する請求と「当該行為若しくは怠る事実に係る相手方」に対する請求とを特に区別せず、右両者の請求に係る被告適格について判断を示したものとみられ、もしそうだとすると、本件についても、被告とされた「Y」が都の有する損害賠償請求権を履行する義務があるとXらによって主張されている以上は、同人が本訴の被告適格を有することとなる²注三。しかしながら、右判例の事案は、町の収入役が農業協同組合から正規の借入れを装って金員を詐取したことについて町は農業協同組合に損害賠償をする結果になったが、これは町長が収入役と共謀しあるいはこれに加担援助したという不法行為により町に損害を被らせたものであり、町は町長の職にあった者に対して損害賠償を請求すべきであるのにこれを怠っているとして、住民訴訟が提起されたものであって、四号所定の「怠る事実に係る相手方」に対する請求に関するものとみることができるのであり、右判例の射程距離が「当該職員」に対する請求についてまで及ぶと即断することはできない。すなわち、この「相手方」は、当該財務会計上の行為又は怠る事実の直接の相手方に限られず、住民が代位行使しようとしている地方公共団体の有する実体法上の請求権の相手方を意味するとするのが判例の見解であるから³注四、どのような者であってもこの「相手方」になり得るのであり、そうであるならば、この「相手方」に対する請求の被告適格に関しては、通常の給付訴訟と同様に、当該訴訟において原告によ

り「甲」なる者が実体法上の請求権の相手方であると主張されているのであれば、その「甲」が当該訴訟の被告適格を有すると考えるほかなく、この点で特に住民訴訟の特殊性を考慮する余地はないということが出来る。これに対し、「当該職員」に対する請求については、同じように考えることはできないであろう。この請求も地方公共団体の有する実体法上の請求権を住民が代位行使しようとするものであることは、「当該行為若しくは怠る事実に係る相手方」に対する請求と異なるものではないが、住民訴訟においておよそ地方公共団体の有するあらゆる請求権の代位行使が住民に認められているわけではない。つまり、「当該職員」に対する請求に関しては、前述の「当該行為若しくは怠る事実に係る相手方」とは異なり、どのような者であっても「当該職員」になり得るというものではないであろうから、いかに地方公共団体の有する請求権を代位行使するといっても、当該訴訟の原告によって右請求権を履行する義務があると主張されている者が「当該職員」に該当しないとすれば、地方公共団体自身がその者に対し訴えを提起するのであればともかく、住民がその者を被告として代位請求住民訴訟を提起することはそもそも許されないということになる。これを言い換えると、住民訴訟は、いわゆる民衆訴訟の一種であって、法が特に認めた場合に限り出訴が許されるのであるから、法二四二条の二第一項に列挙された住民訴訟の類型に該当しないようなものは不適法といふべきものであり、したがって、当該訴訟において被告とされた個人がその地位ないし職からみて法の予定している「当該職員」に該当しないとすれば、そのような訴えは住民訴訟の類型に該当しないものとして不適法ということになる。

(三) 本判決は、以上のような基本的見解に立っているものと理解される。なお、前記最高三小判決は、当該事案を「怠る事実に係る相手方」に関する請求とみた上で被告適格の議論を展開しており、その点で本件と事案を異にするといえるのみならず、そこで論じられているのは、いわば当該訴訟における正当な被告が「甲」という個人で

【8】 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」の意義 東京都議会議員
の職にあつた者を被告として提起された代位請求住民訴訟の適否

あるか「乙」という個人であるかというレベルの議論と考えられるのであって、本件とは議論の次元を異にするといえることができる。例えば、地方公共団体の長の地位にあったとして「甲」という個人を被告に「当該職員に対する損害賠償の請求」がされている場合に、問題の財務会計上の行為が行われた時点で長の地位にあった者が「甲」であるか「乙」であるかという議論はまさに前記判例と同次元の議論であって、被告適格の問題としては、当該訴訟の原告により損害賠償義務を負うと主張されている「甲」が被告適格を有し、その「甲」が当時長の地位にあって当該違法な財務会計上の行為を行った者であるか否かは本案の問題として考えれば足りるのに対し、本件のように被告とされた「Y」という個人がその地位ないし職からみて「当該職員」に該当するか否かという議論は、明らかに前記の議論とは異なるものである。そしてこの点を被告適格の問題と称するか否かは言葉の問題にすぎず、これを被告適格の問題として論じて一向に差し支えないが、本判決ではこれを「住民訴訟の類型」に該当するか否かという観点から論じており、議論を混乱させないという考慮もあつてか、判文において被告適格の用語を用いることは避けているように思われる。

2 そこで、次の問題は、法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」の意義をどう解すべきかという点である。

(一) まず、法において「職員」という用語がどのように用いられているかをみるに、「第六章 議会」においては、一三八条三項、四項本文の「職員」と「職員」とが書き分けられており、また、「第七章 執行機関」においては、「職員」は議員はもとより地方公共団体の長も含まないものとして用いられているが、二〇三条一、二項及び二〇四条の二のように議員を含む意味で「職員」が用いられている例もある(注五)。このように、法における「職員」の用法は必ずしも厳密なものではなく、したがって、「職員」という用語自体から直ちにその範囲が明確になるもの

ではないのであって、法二四二条の二第一項四号の「当該職員」の意義も、結局は住民訴訟制度の趣旨、目的等を勘案して考えていくほかないということになる。

(二) ところで、法二四二条一項は、「長、委員会、委員」と「職員」とを書き分けており、同条三項、四項及び二四二条の二第一項柱書は、「議会、長その他の執行機関」と「職員」とを書き分けているので、同項四号の「当該職員」には「委員」や「長その他の執行機関」の地位ないし職にあった者は含まれないのではないかの疑問が生じないではない。しかしながら、住民訴訟制度が違法な財務会計上の行為又は怠る事実を予防又は是正して地方財務行政の適正な運営を確保することを目的とするものと解されることからすると、少なくとも右「当該職員」の中に広範な予算の執行権限を有する地方公共団体の長の職にあった者が含まれないと考えるのは相当ではないであろう(注六)。そして、「当該職員」に対する損害賠償の請求が、違法な財務会計上の行為が行われた場合に、当該行為に関与した職員個人に対して地方公共団体の有する損害賠償請求権の代位行使を住民に認め、これにより当該行為によって地方公共団体の被った損害の回復を図ることを目的に住民訴訟の一形態として法定されていることにかんがみると、右「当該職員」の意義については、専ら財務会計上の行為を行う権限を基準としてこれを定めるのが相当であり、地方公共団体の長を含め当該訴訟においてその適否が問題とされている財務会計上の行為を行い得る地位に就いている者を広く意味すると解するのが正当ということになるであろう。

(三) 本判決は、以上のような見解に基づいて、判決要旨一のとおり、「当該職員」の意義について判断を示したものと理解されるのであるが、右判示にいう「財務会計上の行為を行う権限を法令上本来的に有するとされている者及びその者から権限の委任を受けるなどして右権限を有するに至った者」とは具体的にどのような者を意味しているのかについて、以下に若干の検討を加えておきたい。

〔8〕 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」の意義 東京都議会議員の職にあった者を被告として提起された代位請求住民訴訟の適否

法は、地方公共団体の長に予算の執行権や支出命令権を付与し（法一四九条二号、二三二条の四第一項）、また、出納長及び収入役に現金の出納等会計事務の権限を付与している（法一七〇条一、二項）、これらの者は、公金の支出に関しては、その「権限を法令上本来的に有するとされている者」に該当すると考えることができる。また、右の権限は下部職員に委任することが認められているところ（法一五三条一項、一七〇条四項）、本判決の見解によれば、これらの権限の委任を受けて公金の支出に関して具体的に権限を有するに至った下部職員が「当該職員」に該当すると解されることも、明らかであろう。しかし、当該訴訟において被告とされた個人がどのような立場にあるかという点については、例えば次に掲げるような様々なケースが考えられるのであり、事案によっては、必ずしも「当該職員」に該当するか否かが明らかでない場合も出てき得るであろう。

- ① およそ地方公共団体の公務員たる身分を取得したことのない純然たる私人の場合
- ② 地方公共団体の公務員の身分を有するが、およそ財務会計行為をなし得る権限を有する地位に就いていない場合

③ 一般的に財務会計行為をなし得る権限を有する公務員であるが、当該行為については権限を有しない場合（例えば、当該行為について下部職員に権限委任した「長」）

④ 当該行為について権限を有する公務員であるが、現実に当該行為には関与していない場合（例えば、下部職員が専決により当該行為を行った場合の「長」）

⑤ 当該行為について権限を有し、かつ、現実に当該行為を行った公務員である場合

本判決が、右の①及び②の場合について「当該職員」に該当しないと、⑤の場合について「当該職員」に該当すると考えていることは、ほぼ間違いないところである。問題は、右の③及び④の場合について本判決がどのように

考えているかという点であるが、この点は判文上必ずしも明らかではない。行政処分取消訴訟は、当該行政処分をした行政庁を被告として提起しなければならないとされているが（行政事件訴訟法一条一項）、もし当該職員に対する損害賠償等の請求についても、これと類似の考え方を採るならば、当該訴訟においてその適否が問題とされている財務会計上の行為を現に行った者を被告とすべきことになり、そのような者が「当該職員」に該当すると考えることになろう。しかし、右のようないわゆる代位請求住民訴訟は、民衆訴訟という点で行政訴訟の一種とはされているが、行政処分の取消訴訟と同じ構造を有するというわけではなく、むしろ地方公共団体が自ら訴訟を提起する場合は通常の民事訴訟であり、ただ、住民において地方公共団体の有する請求権を代位行使することが認められている点に特殊性があると考えられるのである。そうだとすると、例えば、法令上広範な予算の執行権を付与されている長は、個々具体的な公金の支出について権限を下部職員に委任している場合であっても、あるいは当該公金の支出に具体的に関与していない場合であっても、前述のとおり公金の支出権限を法令上本来的に有するとされている者である以上、「当該職員」に該当するか否かという点に関しては、いずれの場合にもこれを積極に解して妨げがないという考え方も十分採り得るところであろう。この点は、今後判例を通じて明らかにされていくべき問題であるが、本判決が「当該職員」に該当するか否かの問題を住民訴訟の類型論によって解決している点を重視するならば、本判決は、「当該職員」に対する請求が基本的には民事訴訟と同様の構造を有することを承認しながら、前記①及び②の場合についての住民訴訟の類型に当てはまらないものとしてこれを排除しようとしたものと理解することも可能であろうと思われる。もちろん、以上のように解するとしても、被告とされた者が現実に当該行為に関与していない場合に、その者に対する請求が認容されるべきか否か、また、認容されるとしてもいかなる要件の下に認容されるべきかといった点は、全く別個の問題である。

次に、議長は「当該職員」に該当するかという点が検討されるべきことになる。

(一) まず、この点に関する従前の学説は、積極説(注七)と消極説(注八)に分かれており、裁判例も本件一、二審判決のように積極、消極両様の考え方があった^{注九}。また、行政実例には積極説の見解を示すものが見られた^{注一〇}。これは、これらの見解の対立に終止符をうつて、消極説を採るべきことを明らかにしたものである。

(二) 本判決が判決要旨一の点において判示したところに照らして考えると、議長が「当該職員」に該当するか否者に該当するか、また、右支出について何らかの権限を有しているかという点が検討されるべきことになろう。ところで、右の点を考えるに当たっては、その前提として、交際費等の「公金の支出」とはどのような行為をいうかを確定しなければならないが、この点はむしろ林裁判官の補足意見中において言及されているところである。すなわち、

(1) 地方公共団体における経費の支出は、①支出負担行為、②長の支出命令、③出納長又は収入役による支出、という段階的手続を経て行われる(法二二三条の三、同条の四)。このうち③の現実の支出行為が「公金の支出」に該当することは疑いのないところであるが、右の支出は支出命令に基づかなければならず、また、それには必ず原因民訴訟の対象となる「公金の支出」に該当すると解される。

(2) 「公金の支出」を右のような段階の各行為を意味すると解した場合、これらの行為を行う権限を有しない者がその権限を有する職員に対して事実上の影響を及ぼし実質的に当該行為を決定するといったことが起こり得るが、このようないわば公金の支出に密接に関連する行為まで住民訴訟の対象となる「公金の支出」に含まれるもの

と考えられるかという点が問題になるであろう。しかし、法令上の権限を有しない者が公金の支出に事実上影響を及ぼす行為には様々な態様のものが有り得るし、及ぼす影響の程度も強弱様々であって、もしこのような行為まで「公金の支出」に含めるとするならば、どの程度のものまでが「公金の支出」といえるのかその範囲が不明確であるし、これを緩やかに解するならば非常に広い範囲のものまでその中に取り込むことになるが、このような解釈は、住民訴訟制度が地方公共団体の財務会計上の行為についてその違法を是正することを目的するものであるという点にかんがみると、相当とはいえない。

(三) 林裁判官の補足意見の趣旨は右のように理解されるが、「公金の支出」の意義をこのように厳格に解釈すべきことは法廷意見も当然の前提にしているものと解される。その上で、法廷意見は、議長が本件交際費等の公金の支出を行う権限を有するか否かという点を法の規定等に照らして検討し、議長は、右権限を何ら有せず、したがって、「当該職員」に該当しないと判断した。

この点で若干検討を要するのは、議長が、本件交際費、報償費及び特別旅費について支出同等に決裁印を押捺していること、また、委託料について自らこれを受領していることをどのように考えるかという点であろう。まず、右交際費等はいずれも資金前渡の方法(法二二三条の五第二項)によって支出がされているところ、交際費及び報償費については庶務課長が、特別旅費については人事係長が、委託料については経理課長が、いずれも資金前渡を受ける職員として支出決定原議を作成して支出の決定をし、併せて資金前渡請求書を作成し、経理課長の支出命令を得て(委託料の場合は資金前渡を受ける職員が経理課長自身であるため、その処理が一体化しているものとみられる)、資金前渡を受け、これを使用する者に交付する、という事務処理が行われているのであって、議長が交際費の支出同等に決裁印を押捺した行為が支出命令又は狭義の支出に該当しないのは、右の事務処理からみて当然のことである。

(8) 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」の意義 東京都議会議長
の職にあつた者を被告として提起された代位請求住民訴訟の適否

し、また、資金前渡の場合は、資金前渡を受ける職員のする支出の決定が支出負担行為に該当すると解されるから（注二）、右決裁印の押捺行為をもって支出負担行為に該当するということも困難と思われる。結局、右決裁行為は、会計事務手続とは制度上別系統の一般行政上の指揮監督権の行使に属する行為とみるべきものである。次に、委託料については、前記のとおり、経理課長が資金前渡を受ける職員としてこれを保管していたものであるが、同課長が支払の意思決定をし、議長の職にあったYを一応の正当債主としてその支払がされたと考えるべきものであり、会計事務手続上は同人の領収書を徴することによって支払が完了したものと解される（注二）。したがって、Yがこれを国会対策費として各議員に交付した行為は、支払完了後の金銭の処分行為にすぎず、これを会計事務手続の一環とみることは困難というべきである（注三）。

4 林裁判官の補足意見のうち「公金の支出」の意義に関する部分は、既に述べたところであるが、同意見のその余の部分について最後に言及しておきたい。

「公金の支出」の意義を厳格に解した場合、違法な公金の支出に事実上影響を及ぼしこれを実質的に決定する行為等について何らかの住民訴訟を提起することができないかという点が検討課題になる。なぜなら、右のような行為を行った者は、当該違法な公金の支出を行った者と並んで何らかの責任を負って然るべき者のように思われるからである。しかしながら、右補足意見が述べるとおり、住民訴訟制度は、違法な財務会計上の行為を是正することにより地方公共団体の被った損害の回復を図ることを目的とするものであって、それ以上に、一般的に地方公共団体のあらゆる違法不当な行為の是正を目的とするものではなく、また、一定の地位ないし職にある者の政治的行政的責任の追及を直接の目的として設けられた制度でもない。したがって、財務会計上の行為以外の違法不当な行為について住民訴訟の途が用意されていないとしても、特段異とするには足りないものであって、そのような行為につ

いてその行為者の責任を追及するためには、住民訴訟以外の手段方法によるのが本筋であろう。補足意見はこの趣旨を明快に述べており、極めて示唆に富むものである。

ところで、補足意見は、更に進んで、前記のような行為が地方公共団体に対する不法行為を構成し、その結果地方公共団体が損害賠償請求権を取得した場合において、その管理を違法に怠る事実があると認められるときには、住民訴訟を提起する途があることを示唆している。しかし、同意見は、いかなる形態の住民訴訟が認められるかについては特に明言していない。右のような場合に、法二四二条の二第一項三号に基づく「怠る事実に係る違法確認の請求」が許されることは疑いのないところであるが、更に、同項四号に基づき、前述の違法行為を行った者を「怠る事実に係る相手方」として、地方公共団体に代位してその者に対し損害賠償を請求する住民訴訟を提起することが許されるかについては、検討を要しよう。確かに、前掲最高三小昭和五三年六月二三日判決は、少なくとも収入役に対する監督行為の懈怠を原因として発生した町の町長に対する損害賠償請求権の行使を怠る事実については、右のような住民訴訟の提起を認める見解を採っているように読める。しかしながら、損害賠償請求権という債権の管理を違法に怠る事実がある場合に、怠る事実に係る相手方に対する請求として、適法に管理されるべき財産である損害賠償請求権そのものの代位行使が許されるのかという点については、なお議論の余地がないわけではない。また、右のような場合に、住民訴訟によって損害賠償請求権の代位行使そのものが認められるとすると、非財務会計行為を含めて地方公共団体の職員のほとんどあらゆる行為が住民訴訟の対象となり得ることになり、法が住民訴訟の対象を一定の財務会計上の行為に限定した趣旨が没却されるところの批判もあり得るところであろう。いずれにしても、右の点はおお検討を加えるべき問題と思われるが、この点を論ずることはもはや本解説の範囲を超えるので、問題点の指摘にとどめることとしたい。

〔8〕 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」の意義 東京都議会議長の職にあつた者を被告として提起された代位請求住民訴訟の適否

(注一) 原判決の理論構成は、議長に本件交際費等の公金の支出権限があるとしているのか、あるいは、右公金の支出権限はないが議会議務の最高責任者として責任を負うべきであるとしているのか、必ずしも明確ではない。

(注二) Xらは、本件訴えの提起に先立って法二四二条一項に基づく住民監査請求をしたが、同監査請求については、違法な財務会計行為を行った者を特定しないでされたことから適法なものとして受理され、監査が行われた。

(注三) このような見解に立って「当該職員」に対する請求の被告適格を論ずるものとして、関哲夫・判例評論二九五号一〇頁、三好達「住民訴訟の諸問題」(新実務民事訴訟講座9)三三四頁がある。

(注四) 最高三小昭和五〇年五月二七日判決・集民一一五号一五頁。

(注五) 法は、「第六章 議会」という章を設けて、議員について一般的に適用される規定を置いているほか、特に、最後に「第十一節 議会の事務局及び事務局長、書記長、書記その他の職員」という節を置き、一三八条三項に「事務局に事務局長、書記その他の職員を置く。」と、同条四項本文に「事務局を置かない市町村の議会に書記長、書記その他の職員を置く。」と各規定している。このように右の第六章においては、議員と「職員」とは全く異なる概念として書き分けられている。また、法は、「第七章 執行機関」において、「第二節 地方公共団体の長」という節を置き、「第二款 権限」の中の一五四条に「普通地方公共団体の長は、その補助機関たる職員を指揮監督する。」と規定し、「第三款 補助機関」の中で、副知事及び助役(二六一条)、出納長及び副出納長、収入役及び副収入役(二六八条)、出納員その他の会計職員(二七一条)、吏員その他の職員(二七二条)、一七二条一項の吏員その他の職員中法律又はこれに基づく政令の定める特別の資格又は職名を有するもの(二七三条の二)について規定している。次いで、「第三節 委員会及び委員」という節を置き、各種の委員会について規定し、その中に職員に関する規定を置いている(一八〇条の八第三項、一八〇条の九第二項、一九一条、二〇〇条三、四項、二〇二条の二第七項)。右の第七章において「職員」と規定されているものは、議員と区別されていることはもとよりであるが、地方公共団体の長を含まず、各種委員会の事務局長、書記長、書記その他の職員を含むものである。更に、法は、右の第六章及び第七章以外においても、「職員」という用語を用いて

いる。例えば、「第八章 給与その他の給付」においては、二〇三条一、二項、二〇四条一、二項、二〇四条の二、二〇五条に、また、「第九章 財務」においては、二三四条の二第二項、二三八条の三第一項、二三九条二項、二四三条の二に、いずれも「職員」という用語が見られる。

ところで、右各規定における「職員」の範囲は、その規定の仕方及び規定の趣旨から明らかであり、おおむね職員を含まないと解されるのであるが、二〇三条一、二項及び二〇四条の二の用語例は特別であり、そこにいう「職員」は、議員が含まれるものとして用いられている。すなわち、二〇三条一項は「その議会の議員、委員会の委員、非常勤の監査委員その他の委員、自治紛争調停委員、審査会、審議会及び調査会等の委員その他の構成員、専門委員、投票管理者、開票管理者、選挙長、投票立会人、開票立会人及び選挙立会人その他普通地方公共団体の非常勤の職員」という規定の仕方をしており、同条二項は「前項の職員の中議会の議員以外の者」と、また、二〇四条の二は「第二百三条第一項の職員」と、それぞれ規定しているので、そこにいう「職員」が議員を含むものであることは明らかであると思われる。

(注六) 最高大昭和五二年七月一三日判決・民集三一巻四号五三三頁は、市長個人に対する代位請求住民訴訟が許されることを前提として判断を示しており、現在の実務はこの見解に従っている(園部逸夫・裁判行政法講話一九三頁以下参照)。

(注七) 松垣正己「住民監査請求の範囲」地方自治二六八号六七頁、宮元義雄・地方財務(新地方自治講座第七巻)三六五頁、杉村敏正「室井力・コンメンタル地方自治法六九四頁、中平健吉「地方自治関係行政訴訟のうち納税者争訟と地方議会議員の懲罰に関する訴訟の研究」(司法研究報告書)四一頁、植村栄治「住民監査請求・住民訴訟」(現代行政法大系第八巻)三六〇頁、寺田友子「四号請求の被告適格」民商法雑誌九五巻六号八五六頁など。これらの積極説の論拠は様々であるが、「地方公共団体の職員とは、形式的には普通地方公共団体の議会の議員を除き一般職たると特別職たるを問わず、また長の補助部に限らず委員会等のすべての職員を含むと解されているが、要するに住民監査請求の対象となる行為を担当する者はすべて含まれるものである。通常議員が財務会計上の事務を処理することは考えられな

いが、議長が交際費の支出を行なう場合においては、当該議長は本条にいう職員として当然に監査請求の対象となり、また資金前渡を受けた議員の行為も同様に解されるのであり、議員の身分を特に除外する趣旨ではないであらう。」とするもの（松垣・前掲書。宮元、杉村・室井も同旨）、議長が議会の事務局の最高の責任者であることを理由とするもの（中平・前掲書）などがある。

なお、前記最高三小昭和五三年六月二三日判決の趣旨から積極の見解を採るものとして、（注三）掲記のものがある。

（注八） 依静雄・地方自治法一二七頁、成田頼明「住民訴訟（納税者訴訟）」行政法講座第三卷二〇九頁、金丸三郎・逐条精義地方自治法七六一頁、長野士郎・逐条地方自治法（第一〇次改訂新版）八四二頁など。ただ、これらの消極説で論拠を示したものは少なく、せいぜい住民監査請求の対象には「議事機関たる議会の行為（条例の制定、予算の議決のごとし）は含まれず、直接には、執行機関またはその職員の行為のみが請求の対象となる（議会や議員が直接に二四二条一項に掲げるような財務会計上の行為をすることはまずありえないし、条例の制定や議決が違法であるような場合には、具体的な執行行為の行なわれた後に、その違法性を主張しようと考えられるためである）」（成田・前掲書）という説明が見られるのみである。

（注九） 積極の見解に立つ裁判例としては、①東京高裁昭和五五年九月三〇日判決・行裁集三一巻九号二〇五〇頁（本件原判決）、②大阪地裁昭和五七年一月一〇日判決・行裁集三三巻一〇号二二六九頁、③大阪高裁昭和五八年九月三〇日判決・行裁集三四巻九号一七一八頁（②の控訴審判決）があり、消極の見解に立つ裁判例としては、④東京地裁昭和五四年四月二三日・行裁集三〇巻四号七六七頁（本件第一審判決）、⑤盛岡地裁昭和六二年三月五日判決・行裁集三八巻二、三号一六六頁があった。なお、②及び③の事案についての上告審判決である最高一小昭和六三年三月一〇日判決・集民一五三号四九一頁は、本判決と同旨の考え方に立つて、当該事案において市議会議長は「当該職員」に該当しないとして消極の判断を示した。

（注一〇） 行政実例の内容は、次のとおりである。

（昭四〇年五月一二日自治行第五二号東京都監査事務局長宛行政課長回答）

問一 今般、本都監査委員あてに、議長交際費の支出に関して監査請求があったが、その文面には具体的に対象となる職員が明示されていない。しかし、請求の内容は昭和三六年度から同三八年度に至る各年度都議会議長の交際費に関するものであることから、各該当の議長の行為が対象となっているものとして第二四二条の請求の要件は一応具備しているものと解して差支えないと思うが、念の為貴職のご見解を伺いたい。

二 法第二四二条第一項に定める「職員」の中に議会の議員若しくは議長が含まれていないことは本条の立法趣旨並びに一般の用語例、さらに同条に関する自治課長回答からも明らかである。（昭和三年九月一七日付福岡県総務部長宛、同二年一月一〇月一二日付宮城県監査委員宛）従って、議長交際費の使途等に関し当該議長を対象とした本条に基く監査請求は受理できないものと解されるが、貴職のご見解を伺いたい。

答一 お見込みのとおり。

二 受理すべきものと解する。

なお、右の回答二については、交際費がいったん議長に支出され、正当債主に支出されるまでの間の当該資金は、いまだ公金の性質を有し、議長は地方公共団体の職員としてその公金の支出を行うものと解すべきであり、したがって、設問の交際費（公金）の違法又は不当な支出は、地方公共団体の職員たる議長によって直接なされるものであるから、この場合の議長は法二四二条の職員に当たるとい趣旨であるとの解説がある（地方自治制度研究会・注釈地方自治関係実例集九三五頁）。

（注一一） 宮元・前掲書一八八頁参照。なお、資金前渡には支出負担行為の事務が含まれる旨の行政実例がある（昭和三八一年二月一九日自治行発第九三号各都道府県総務部長宛行政課長通知）。

（注一二） 東京都会計事務規則七八条は「資金の前渡を受けた者は、債権者から支払の請求を受けたときは、法令または

〔8〕 地方自治法二四二条の二第一項四号にいう「当該職員」の意義 東京都議会議員の職にあつた者を被告として提起された代位請求住民訴訟の適否

契約書等に基づき、その請求は正当であるか、資金の前渡を受けた目的に適合するかどうかを調査して、その支払をし、領収書を徴さなければならない。」と規定している。

(注一三) (注一〇) 掲記の解説は、議長の手元にある交際費はいまだ公金の性質を有するとし、また、交際費の支出は、手続的には資金前渡の方法によるのが正規の方法であるが、仮に正規の方法によらない場合でも右のように解すべきである、との見解を述べているが(佐々木敦朗、地方自治四三三号一二頁も同旨)、資金前渡の方法によらないで議長に交付された金員がなぜ公金の性質を有するといえるのか、議長がどのような資格で公金の支出を行うと考えるのかといった点について、十分な説明がされていないように思われる。

(後注) 本判決の評釈等として、曾和俊文・判例評論三四六号一七〇頁、関哲夫・ジュリスト九一〇号(昭和六二年度重要判例解説)四八頁、林修三・時の法令一三〇七号八八頁、及川憲夫・判例タイムズ第七七号(昭和六二年度主要民事判例解説)三三二頁などがある。

(山崎 敏充)

〔9〕 照応の原則違反を理由とする換地処分無効確認の訴えの適法性

(昭和五七年(初)第九七号 同六二年四月一七日第二小法廷判決 破棄差戻)
第一審千葉地裁 第二審東京高裁 民集四一卷三号二八六頁

〔判決要旨〕

照応の原則違反を理由とする換地処分無効確認の訴えは、適法である。

〔参照条文〕

土地改良法五三条一項二号、五四条、行政事件訴訟法三六条

〔解説〕

一 事案の概要

1 本件は、用水路及び排水路を完備して水路を確保することを主たる目的とし、併せて耕地の整備等を企図して行われた土地改良事業の施行に伴い、Y土地改良区が土地改良法(以下「法」という。)五四条の規定に基づいてXに対してした換地処分について、その無効確認を求める訴えが提起されたものである。Xが本件換地処分の無効事由として主張するところは、① 換地の形状が従前地のそれと極端に異なり、農道に接する部分も短く農作業が困難であり、照応の原則(法五三条一項二号参照)に違反する、② 本件土地改良事業の関係権利者中Xに対してのみ多大の不利益を被らせるものであり、村八分的な差別扱いであって公序良俗に違反する、というものである。

2 第一審判決は、本件訴えの適法性には特に触れることなく、本件換地処分にX主張の無効事由はないとしてその請求を棄却した。

〔9〕 照応の原則違反を理由とする換地処分無効確認の訴えの適法性