

3 住民訴訟の当事者

[自治法242条の2]

藤原 静雄

論点

- i 権利能力なき社団について、原告適格は認められるか。
- ii 死亡あるいは転居等により、原告が住民としての資格を喪失した場合、どのような取扱いとなるか。
- iii 1号請求・3号請求において、委任者・専決者は被告適格を有するか。
- iv 平成14年改正前の4号請求の被告をめぐる問題点は何か。また、本改正により、どのような立法的解決が図られたか。

1 はじめに

住民訴訟の利用が立法者の意図を超えた展開をみせ（対象の拡大・4号請求への集中）、種々の問題が生じていることは周知のとおりである。住民訴訟の訴訟当事者すなわち原告・被告の問題もその一つであるといつてよい。自治法242条の2の規定が簡単なものであるために、特に4号請求をめぐることは、原告・被告の範囲について、議論がある。最高裁判所の判例により論点の整理が徐々になされつつあるとはいうものの、住民訴訟制度が「地方自治の本旨に基づく住民参加の一環」（最判昭和53年3月30日民集32巻2号485頁、なお塩野・行政法Ⅲ（2版）168頁参照）であること、現実に情報公開制度と結びついて自治体行政の外部的統制の有効な手段となっていることに照らせば、何らかの立法的解決を図るべき時期に来ていると思われるが、当面は、この制度の本来的意義（財務事項の統制）と現実の利用（非財務的事項の統制）との間の妥協点を探りながらの解釈が要求されることになる。

以上に述べたのは平成8年の時点での筆者の住民訴訟制度に対する認識である。そこで指摘した「何らかの立法的解決」を図ったのが、平成14年改正

であるといつてよい。その方向性については賛否両論あるが、この改正は昭和38年以来の抜本的改正であるといつてよく、種々の議論のあった4号請求は新たに義務づけ訴訟として再構成され、その被告は個人としての長や職員から地方公共団体の長執行機関又は職員（以下「執行機関等」と略す。）に変わった。したがって、旧稿の4号請求の被告についての記述は将来実質的意義を失うことになるが、なお当分の間は旧法下の議論も意味を持つと思われるので、ここでは、旧法下の議論については執筆時点において必要な限度で判例学説を補い、別に項をおこして改正法下での4号請求（以下、適宜「新4号請求」と呼ぶことがある。）の当事者（主として被告）について解説を加えることとする。

2 住民訴訟の原告

住民訴訟の原告たりうるのは、普通地方公共団体の住民であつて、監査請求を経ているものである（自治法242I）。

〈1〉普通地方公共団体の住民

普通地方公共団体の「住民」とは「市町村の区域内に住所を有する者」をいう（自治法10I）。当該区域内に住所を有しているという事実があれば、自然人たると法人（主たる事務所の所在地（民法50）、本店の所在地（商法54）が住所となる。）たるとを問わず原告適格が肯定される（行実昭和23年10月30日自発978号）。自然人の場合には、行為能力の認められている者であれば、選挙権のない未成年者でも原告適格を有する。以上の点は、学説のほぼ一致して認めるところである（成田・住民訴訟209頁等。なお、小島和司・ジュリ119号23頁は、住所の点から法人は住民でないとする。）。また、地方公共団体の議員でも、住民としての権利行使である住民訴訟の提起ができるのは当然である（名古屋地判昭和45年7月11日行裁集21巻7・8号1005頁）。さらに、近時、その選挙権をめぐる議論がある外国人についても、住民である以上原告適格は肯定される（その意味では、住民訴訟の性格は主権の行使への民衆の参加という意味での直接民主主義とは異なる。塩野・前掲書168頁）。

ただ、法人の原告適格については、学説上次のような指摘がなされている。

すなわち、自己の利害と無関係に客観訴訟たる住民訴訟を提起することは、一般に法人の権利能力の範囲内に属しないと指摘である（大和・住民訴訟56頁。これに賛成するものとして、佐藤・住民訴訟78頁）。しかしながら、法人の目的による権利能力の制限は非常に狭いものである。殊に、会社の場合には、目的による権利能力の制限は実質上機能していないという説が有力である（政治献金に関する、最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁及び竹内昭夫・会社法講義（上）52頁参照）。そうであるとするならば、公益法人も含めて、権利能力という観点から法人の原告適格を否定する理由はないように思われる（なお、仲江・住民訴訟61頁〔京極務〕参照）。

むしろ、法人の原告適格が問題となるとすれば、住民訴訟の目的との関連であろう。納税者訴訟のように納税者の保護を目的とするのであれば法人は住民に含まれるが、選挙権と直結しないまでも、住民訴訟の目的が住民の自治行政への参与を目的としていると解するならば、法人は住民に含まれないと考えることもできるからである（この点を指摘するものとして、田中真次「納税者訴訟の問題点」判評13号（判時152号）2頁参照）。しかし、法人が社会的存在であり、その活動も自治体の財務行為と無関係であるとはいえない以上、これに原告適格を認めることに何ら問題はないと思われる。

また、法人については、いわゆる権利能力なき社団の原告適格が問題となる。学説上は原告適格を認めるものが多い（成田・住民訴訟209頁、大和・住民訴訟56頁、佐藤・住民訴訟76頁、綿貫・注解Ⅲ177頁等）。しかし、これに対しては、権利能力なき社団については住所の所在を認める根拠を欠くゆえに住民というのか疑問であり、また、当該監査請求あるいは当該住民訴訟提起を主たる活動目的として結成された団体に原告適格を認めることは、個々の住民に対し一定の財務会計上の非違行為を予防し又はその事後の是正をするための役割を認めた住民訴訟制度の目的に反することになる、との反対説がある（小島・前掲ジュリ23頁、三好・住民訴訟315頁、仲江・住民訴訟502頁〔辻忠雄〕）。さらに、地方税の納税義務を負う場合にはこれを肯定する説もある（司法研修所編「改訂行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究」（法曹会、平成12年）336頁）。

この点に関して裁判例は、当該団体が権利能力なき社団の実態を有するか否か（この点につき、最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁参照）を決め手として原告適格を判断する（東京高判昭和55年12月22日行裁集31巻12号2615頁は、「競輪問題を考える市民の集い」なる団体について「会則及び代表者が明確に定められた組織ではない」として否定し、徳島地判平成10年11月20日判時1710号88頁は、「環境整備組合の焼却場建設を考える会」について「団体としての組織を備え、多数決原理が行われ、構成員の変更にかかわらず団体が存続し、その組織における役員の選任、会計等団体としての主要な点が確定されて」いるとして肯定する。）。

住民訴訟の場合には、何よりも当該区域の在住者であることが要件なのであるから、団体の性格よりも、構成員が住民であるか否かが重要である（鈴木庸夫・自研58巻3号136頁）。このような観点からは、権利能力なき社団が10条で住民に準じて扱われていることから、前述の最高裁のいう条件の下で、原告適格を肯定してよいと思われる。

また、このような観点からは、専ら団体の名で住民訴訟を提起する目的で設立されたいわゆる市民オンブズマン組織についても、権利能力なき社団の実態を有するものであればその原告適格は肯定されるべきであろう（なお、福岡地判平成10年3月31日判時1669号40頁は、そのような条件を満たすとしても制度の濫用的な訴えであると判断して原告適格を否定したものと思われる。評釈として安本典夫・判例評論489号16頁参照）。

なお、自治法10条における住所とは各人の生活の本拠を指すものと解すべきであり、常に住民票記載の住所によって決定されるものではないとされる（和歌山地判昭和63年9月28日行裁集39巻9号938頁）。

最後に、自然物たる動植物を原告とする住民訴訟は、わが国ではこれに当事者能力は認められないので肯定されていない（横浜地判平成9年9月3日判例自治173号73頁）。

〈2〉 監査請求を経た住民

正確には、住民訴訟を提起できるのは、監査請求を経た住民である（なお、監査請求を経たか否かの問題等については「2 住民監査請求」を参照）。したがって、自治法242条の2第4項により別訴が禁止されていることとの関係で、

監査請求をしなかったその他の住民には訴訟参加のみが認められる（訴権は「住民」のために「住民」に存するとの観点から、監査請求をしなかった住民も、他人のした監査請求を前提に住民訴訟を提起できるとする見解につき、小山昇「判批」民商89巻5号679頁）。同項によれば、ある住民が提起した訴訟が係属しているときには、他の住民は別訴をもって同一の請求をすることができないからである。その趣旨は、濫訴の弊を招くおそれを除き、訴訟経済上も適切であるからとされる（松本・逐条885頁）。ただし、別訴の提起があった場合、裁判所は、当該訴えが他の訴訟要件を具備する限り、これを不適法として却下するのではなく、民訴法132条によって併合すべきである（大和・住民訴訟55頁、佐藤・住民訴訟80頁）。

また、複数の者が共同して住民訴訟を提起する場合、監査請求を他の者が経ていても、監査請求の手続を経由していない原告の訴えは不適法となる（横浜地判昭和46年10月1日判時654号48頁）。

〈3〉住民資格の喪失

原告適格については、死亡あるいは転居等により、原告が住民としての資格を喪失した場合の取扱いも問題となる。

まず、訴えの提起後当該自治体の住民たる資格を失ったという場合について、学説上は、訴え提起のときに住民であれば足りるという説と、住民であることは本案判決の要件でもあるとする説が対立している。前説は、この訴訟は公益の確保を目的とした客観訴訟であり、訴訟の係属中に住民たる資格を失ったとしても、争いの目的が存する限り原告適格は失われないとする（成田頼明「監査請求及び納税者訴訟について」自研33巻6号57頁等）。これに対して、後説は、「同じく民衆訴訟に属する選挙訴訟の場合は、選挙の公正は国家的法益に属するから、原告が選挙権者であることは本案判決の要件であると解されているが、住民訴訟は特定の自治体の自治権の範囲内に関する訴訟であるから、選挙訴訟と同断に論ずることはできない」とする（大和・住民訴訟55頁、同旨、佐藤・住民訴訟79頁等）。

学説の発表された時期が相当異なるので、同列に論じることが適切かという問題はあるが（学説・判例の整理として、東條武治「住民訴訟」統判例展望70

頁）、近時の学説には、住民たる資格は本案判決の要件であると考えられるものが多いように思われる。住民訴訟が当該地方公共団体の自治権にかかわる問題であり、原告適格が訴訟要件の一つである以上、住民たる資格は事実審の口頭弁論終結時まで必要であるといえよう。

この問題については、裁判例も、「民事訴訟の原則に従い、その当事者適格たる住民の資格も訴訟係属中つねに存続する必要がある」として（山口地判昭和44年12月25日行裁集20巻12号1762頁、大阪地判昭和63年10月14日行裁集39巻10号997頁、大阪高判平成8年6月27日判例住民訴訟7巻3187・3頁）、民事訴訟と同様に処理しようとしている（なお、細川俊彦「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」金沢法学44巻2号44頁は、住民訴訟における原告適格論が民事訴訟法の理論に引きずられる必要はなく、客観訴訟であり財務会計行為の非違をただす端緒にすぎないという見地から、訴え提起時に住民要件を備えていればよいとする。）。

これに関連して、住民訴訟提起後いったん住民たる資格を失った原告が、口頭弁論終結時までに再び住民の資格を回復した場合の取扱いが問題となりうる。裁判例には、このような場合に、訴訟要件の欠缺の補正を認めたものがある（秋田地判昭和60年4月26日行裁集36巻4号613頁。もっとも、判旨に掲げられている諸事情は、要件欠缺の治癒とは直接関連のないものであり、理論的には、監査請求を経ているということと無関係に要件の補正を説明するのは困難なように思われる。）。

次に、原告が死亡した場合について、学説上は遺族が紛争を処理することができるとする見解（杉村敏正編『行政救済法』356頁（木佐茂男））もあるが、判例は、住民訴訟を提起する権利は、特に法によって与えられた公法上の権利であり、一身専属的なもので相続やその他の事由による承継は許されないとする。したがって、何人もその訴訟を承継することができず、訴訟は当然に終了することとなる（最判昭和55年2月22日判時962号50頁、最判昭和57年7月13日民集36巻6号970頁等）。しかし、この点については、この制度が、住民の一人によっても地方の財政運営の公正が確保されることを予定するものであることを理由に、立法論的に何らかの手当てが必要ではないかとの指摘も

ある（濱秀和・ジュリ臨時増刊昭和55年度重要判例解説58頁）。

実践的には、複数の者が原告となって訴訟を進行すべきであろうけれども（阿部泰隆「住民訴訟」法セ25巻1号80頁）、住民監査請求の半数以上が単独でなされているとの調査結果も出されている現実にかんがみれば（財団法人自治協会・住民監査請求・住民訴訟制度に関する調査研究（財団法人自治協会、平成元年）162頁）、このような提言には傾聴すべきものがあるように思われる。

なお、以上の点に関連して、判例は、複数の住民が提起する4号請求訴訟は類似必要的共同訴訟であると解し、4号訴訟において共同訴訟人の一部の者が上訴した場合、他の共同訴訟人も上訴人として判決の名宛人となっている（最判昭和58年4月1日民集37巻3号201頁。この判例につき、佐藤鉄男「評釈」法協102巻6号158頁及びそこに掲げられた文献参照）。

〈4〉 特別地方公共団体

住民訴訟を提起できるのは普通地方公共団体の住民であるが、裁判例において、特別地方公共団体をめぐっても原告適格が問題となったことがある。

まず、一部事務組合の機関又は職員が行った違法な行為について、その一部事務組合を構成する普通地方公共団体の住民が住民訴訟を提起しうるということが問題となった。岐阜地判昭和58年11月14日（行裁集34巻11号1969頁）は、①自治法292条の文理解釈（準用されるが、住民監査及び住民訴訟の規定は除外されていない。）、②普通地方公共団体と一部事務組合の事務との本質的同一性、③一部事務組合の経費が、結局は、組合を構成する普通地方公共団体の住民の負担に帰することを理由として、普通地方公共団体の住民の原告適格を肯定し、学説もまたこれを支持している（鈴木庸夫・判評307号（判時1120号）152頁等）。住民監査請求が問題となった、富山地判昭和60年8月30日（判時1182号74頁）も同様の判断を示している（藤原淳一郎・判評331号（判時1198号）177頁参照）。さらに、この問題については、行政実務も積極的に解している（行実昭和45年7月14日自治行44号）。現存のもう一つの地方公共団体の組合である広域連合についても同様の理が妥当することになる。

次に、財産区についても、それに対する住民訴訟の原告適格を有する者の範囲が問題となりうる。行政実務では、財産区の住民でなくとも、財産区の

所在する市町村の住民であれば原告適格は認められるとされている（行実昭和27年11月4日自行行発103号）。これに対して、裁判例は、財産区の住民に限るもの（理論構成は若干異なるが、京都地判昭和58年10月21日行裁集34巻10号1784頁、大阪地判平成5年12月22日行裁集44巻11・12号1038頁）と、市町村住民一般に認めるもの（大阪高判平成8年6月26日行裁集47巻6号485頁（財産区事務はその所在する市町村等に団体委任されていることを理由））に分かれている。学説もまた、財産区の所在する市町村・特別区の住民で財産区の住民以外の者の利害関係を無視することはできないとの理由で行政実例を支持するもの（関哲夫・判評305号（判時1114号）174頁）と、特別地方公共団体としての財産区の独立性を軽視すべきではないとの理由で上記の裁判例を支持するもの（仲江・住民訴訟72頁〔古賀寛〕）との対立がある。しかし、原則として、財産区には固有の執行機関・議決機関がなく、財産区の所在する市町村の執行機関及び議会が財産区の執行機関・議決機関として権限を行使している以上、そのことによるマイナスも考えうることに照らせば（「8 特別地方公共団体に対する住民訴訟」参照）、財産区の独立性あるいは財産区のある市町村の住民の有する利害が薄いということを理由として、あえて原告適格を否定する必要はないと思われる。

なお、東京都の特別区については、原則として市に関する規定が準用される（自治法283Ⅰ）ので原告適格について問題は生じない。また、地方開発事業団についても設置団体の住民が原告適格を有する（自治法314の準用、自治令220の読み替え）。

〈5〉 今後の課題等

原告適格をめぐることは、単独でも提起できる現行の住民監査請求及び住民訴訟制度を見直すべきかということが問題となりうる（財団法人自治協会・前掲書119頁）。すなわち、単独で住民訴訟を提起できることから生ずる濫用の危険を除くために、一定の人数要件をかける必要があるかということである。なるほど、部分的には、制度の濫用といわざるを得ないような事例が存在するのは確かである。しかしながら、一人でも自治体運営の不正を匡うことができるという現行制度には、その存在自体に地方自治にとって看過すべから

ざる意義があるといえよう。制度の見直しには、なお慎重な検討を要するようと思われる。

最後に、弁護士費用について、平成14年改正法は、4号請求のみならず1号から3号の請求についても公費負担の拡充を図る改正を行っている（自治法242の2XII）。

3 住民訴訟の被告

〈1〉 1号請求ないし3号請求の被告

ア 1号請求の被告

(1) 自治法242条の2第一項各号所定の請求にかかる住民訴訟のうち、1号の差止請求の被告となるのは、「当該執行機関又は職員」である。すなわち、1号請求では、「当該訴訟の被告となるべき者は、同法条に規定するように、差止請求の対象となる当該行為をなすべき権限を有する当該地方公共団体の執行機関又はその補助機関としての職員」（東京地判昭和50年12月24日判時807号16頁）である。要するに、1号請求の場合は差止請求の対象とされている行為をなす権限を有する当該執行機関（長又は委員会若しくは委員）又はその執行機関の補助機関としての職員が被告となる。ここでは、個人としてではなく、具体的な権限を現実には有する機関としての職員が被告適格を有する。したがって、例えば地位の承継があっても被告の変更を生ずるわけではなく、新たにその職に就いた者が被告となる。

(2) 補助機関に関連して、権限の委任あるいは専決が問題となる。委任は（自治法153等参照）、長が自己の権限の一部を受任者に移し、それを受任者の権限として行わしめることをいい、この場合には、委任に係る権限は受任者に移り、その事務については、受任者が専ら自己の名において自己の責任で処理し、委任者は当該権限を失うと解されている（松本・逐条457頁）。したがって、委任者は被告適格を有しないことになる（東京高判昭和57年4月28日行裁集33巻4号916頁、東京地判昭和61年10月29日行裁集37巻10・11号1244頁、東京地判平成3年9月17日判例自治96号16頁。なお、学説として、國部・住民訴訟104頁〔山下淳〕）。このように解する裁判例が多いが、外部的に委任されていた

としても管理規則等を住民が実際に知ることは困難であること、委任者は受任者に対し指揮監督権に基づいて受任者の行為を差し止めることが可能であることを理由に、委任者も被告適格を有するとする見解もある（山代義雄「差止請求の諸問題」民商95巻4号541頁。なお、大和・住民訴訟56頁も参照。また裁判例として、東京地判昭和60年6月25日行裁集36巻830頁参照）。

専決は、委任の場合とは異なり、行政機関がその権限に属する一定の事項につき、実質的には恒常的に補助機関に意思決定を含めて処理させているが、権限は委譲しておらず、したがって対外的には権限を有する行政機関の名において事務処理が行われているというものである。法令に明文の根拠はないが、実務上広く行われている事務処理方法であり、内部的委任ともいわれる（態様の詳細については、菊井康郎・行政講座(4)131頁、遠藤文雄・行政大系(7)173頁参照）。これについては、外部的には、被告とされた者の処分として表示されているゆえに、その者の被告適格は肯定されるとする裁判例がある（神戸地判昭和59年3月7日判時1120号30頁）。しかし、本質的に委任の場合と同じ問題があるといつてよい。

(3) 上述の委任や専決の問題については、4号請求に関する最高裁の一連の判例との関係のみておく必要がある（4号請求における問題については、後述〈2〉イb(3)参照）。すなわち、4号請求における「当該職員」の意義に関する最判昭和62年4月10日（民集41巻3号239頁）を前提として、専決処理の場合については、最判平成3年12月20日（民集45巻9号1455頁）が、専決処理させた長も「当該職員」に該当するとし、委任の場合については、最判平成5年2月16日（民集47巻3号1687頁）が、やはり、長はその権限を委任することとしている場合であっても「当該職員」に該当するとして被告適格を肯定しているからである。

この点に関し、これらの判決の射程が1号の差止請求にも及ぶと解しているのではないかと推測される見解もあるが（司法研修所・前掲書338頁）、東京地判平成6年12月5日（判タ864号61頁）及びその控訴審たる東京高判平成7年12月20日（判例住民訴訟7巻3585頁）は、1号の「当該執行機関又は職員」と4号の「当該職員」とを同列に論じられないこと等の理由から、委任者で

ある区長の被告適格を否定し、差止請求の目的を達することができるか否かという観点から専決者である助役の被告適格を否定している（前者の評釈として、西島羽和明「一号請求の可能性—新宿区人骨焼却差止請求住民訴訟事件に寄せて—」近大法学44巻1号53頁以下がある。）。

（4）委任については、委任の場合には権限が完全に移り、委任庁、受任庁の間には監督関係は生じないとする従来の行政官庁法理からは上述の東京地裁判決が支持されるべきであろうし（塩野・前掲書42頁）、被告を誤った場合には被告の変更（行訴法15）の規定により住民の救済を図ることが可能であるという実質的理由で（判タ864号62頁コメント）委任者は被告適格を有しないという解釈も成り立ちえよう。

専決の場合には、委任の場合以上に、その実態に左右されることが多いと考えるが、結局、ここでの決め手は、差止請求の「機関」を相手とするという性格をどこまで強調するかという問題になるように思われる。委任、専決については、差止請求の場合であっても、訴訟の入り口で住民に加重な負担をかけることは避け、4号前段請求のように定型的・類型的に本案の問題と訴訟要件の問題を切り離すという判断枠組みもありうると考えるからである。

なお、従来、1号請求は「当該行為により普通地方公共団体に回復の困難な損害を生ずるおそれがある場合に限り認められていたので、少額の損害賠償請求権しか生じないような場合には訴えは不適法なものとされていた（最判平成12年12月19日民集54巻9号2748頁）。平成14年度改正法では、この1項ただし書が削除されたので、1号請求の活用が期待されるところである（詳細は、本書「6 住民訴訟の請求」参照）。

イ 2号請求の被告

2号の取消し、無効確認の請求の被告適格については、昭和38年改正前には判例上の対立があった（裁判例につき、仲江・住民訴訟181頁〔寺田友子〕、白井皓喜「取消し、無効確認訴訟（2号請求）の対象」民商93巻2号239頁参照）。しかし、今日では、「行政処分たる当該行為」についてのみこの請求が認められ、立法的な解決が図られている。すなわち、自治法242条6項により、

行訴法43条1項・2項、11条1項、38条1項が準用され、その取消し又は無効確認を要求されている行政処分をなした行政庁が被告となる（釧路地判昭和47年3月28日行裁集23巻3号193頁）。

なお「行政庁」の中に、地方公共団体の長その他の執行機関のほか、補助機関たる職員を含める見解がある（綿貫・注解Ⅲ233頁、松本・逐条883頁）が、現行法上このように解することは困難であると思われる（同旨、三好・住民訴訟332頁）。ここにいう「行政庁」とは、法令に基づき地方公共団体の意思を外部に決定表示する権限を有するものでなければならないからである。

委任、専決についていえば、権限の委任の場合には受任者がこの訴えの被告適格を有し、専決の場合は外部的に権限が移転していないから、専決者ではなく本来権限を有する者が被告適格を有する。

ウ 3号請求の被告

3号請求の被告となるのは、「公金の賦課・徴収」若しくは「財産の管理」を違法に怠っている「機関」としての「執行機関又は職員」である。すなわち、「〔怠る事実〕がある」との主張を受ける当該執行機関又は職員（京都地判昭和41年2月23日判時442号37頁）である。それを怠ることが違法であるとされている権限を有する当該執行機関又はその執行機関の補助機関としての職員が被告となることは、1号請求の場合と同じである。

委任、専決については、1号請求と同様の問題を生ずるが、裁判例の中には、委任の場合について長の被告適格を肯定するもの（徳島地判昭和61年9月26日判例自治35号27頁）と、否定するもの（東京地判平成12年8月29日判時1733号33頁、判旨は、委任者の指揮監督権限の行使は財務会計上の行為ではないので、その行使の懈怠をもって怠る事実とはいえないとする。）とがある。学説は委任者にもはや権限がないことを理由に被告適格を否定するもの（園部・住民訴訟104頁〔山下淳〕、大藪敏編『現代裁判法大系28』95頁〔水谷里枝子〕）と、指揮監督権限の存在を根拠にこれを肯定するもの（大和・住民訴訟56頁、司法研修所（改訂版）338頁）とが対立している。1号請求と同様の理由で被告適格を有しないという解釈が成り立つと思われる。

〈2〉 4号請求の被告（平成14年改正前）

ア 4号請求の趣旨

自治法242条の2第1項4号の請求は、代位請求とよばれるもので、「地方公共団体の執行機関又は職員による同項所定の一定の財務会計上の違法な行為又は怠る事実によって地方公共団体が被り、又は被るおそれのある損害の回復又は予防を目的とするものであり」、地方公共団体が「当該職員又は当該違法な行為若しくは怠る事実に係る相手方に対し、実体法上同法242条の2第1項4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」（最判昭和50年5月27日判時780号36頁）。この場合、四号の請求権として、「当該職員」に対する損害賠償請求権若しくは不当利得返還請求権と、当該行為若しくは怠る事実に係る「相手方」に対する、法律関係不存在確認請求権、損害賠償請求権、不当利得返還請求権、原状回復請求権又は妨害排除請求権とが予定されている。したがって、以下では、「当該職員」を被告とする場合（4号前段）と「相手方」を被告とする場合（4号後段）に分けて論ずることとする（なお、この両者の請求相互の関係については、阿部泰隆「住民訴訟4号請求相互の関係」判タ595号10頁参照）。

イ 当該職員

α 個人としての職員

第一に問題となるのは、「当該職員」とは、私人たる職員個人であるのか機関としての地位にある者なのかということである。応訴費用を地方公共団体の費用から支出できるかという判断にも関係した問題である（後述エd参照）。この点について、学説・判例は一致して、当該職員とは個人としての職員であると解している（成田・住民訴訟224頁、京都地判昭和54年11月30日判時962号57頁、東京地判昭和61年1月31日住民5巻1899・27・4頁）。その理由は、その原因となった行為が職務上の行為であったとしても、不当利得返還請求訴訟は、当該行為によって不当に職員個人に帰属することになった利得を地方公共団体に返還せしめることを目的とし、損害賠償代位請求訴訟は、その行為によって地方公共団体に生じた損害を職員個人に賠償せしめることを目的

とするからである。これを要するに、職員に対する代位請求は、職員個人の責任を追及し、もって当該地方公共団体の損害の回復を図ることを目的としているからである（津地判昭和42年3月16日行裁集18巻3号246頁、前掲京都地判昭和54年11月30日）。したがって、当該職員がその地位を去ったとしても被告であり続けるのは当然ということになる。

β 職員の範囲

ここでいう「職員」にはいかなる範囲の者が含まれるか。例えば、監督者としての長個人や、議会の議長個人も含まれるのか、これらの者が法令上・事実上、財務会計上の行為の処理に関与していない場合はどうかといった問題がある。

(1) 昭和53年判決……この問題に関し、従来、学説・裁判例に大きな影響を与えていたのが、最判昭和53年6月23日（判時897号54頁）である。すなわち、収入役が町長の職印を冒用し、所定の手続を経ることなく公金を不正に支出し町に損害を与えたため、原告たる住民が町に代位し、監督責任者である町長を被告として損害賠償を請求する4号請求訴訟を提起したという事案において、最高裁は、前掲最判昭和50年5月23日が述べた4号請求訴訟の構造（ア参照）にかんがみれば、「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」（すなわち、仮に地方公共団体自身が訴えを提起するとすればその被告とされるべき者）と解するのが相当であるとして、監督責任者たる町長個人の被告適格を肯定したのである（この判決につき、保木本一郎・自治百選（2版）198頁参照）。

本訴訟で最高裁は、1・2審が本件請求を4号前段の「当該職員」に対する請求とみたのに対し、これを4号後段の「怠る事実に係る相手方」に対する請求とみて問題を処理しているようである。

そうであるとして、この最高裁判決が前提としている4号請求訴訟の理解によれば、後段の「相手方」に対する請求の場合のみならず、前段の「当該職員」に対する請求の場合にも、同様の理が妥当するのではないかということが問題となる。つまり、一般の損害賠償請求訴訟や不当利得返還請求訴訟

と同じく、原告により実体法上地方公共団体に對し損害賠償義務、不当利得返還義務があると主張されている「職員」が被告適格を有し（三好・住民訴訟334頁）、それは一般職たると特別職たるとを問わない（長個人に関する、長崎地判昭和55年6月20日行裁集31巻6号1361頁）との考え方が成り立つのではないかということである。これに従う裁判例も多かった（長個人に関し、東京高判昭和55年3月31日行裁集31巻3号824頁、議長個人に関し、大阪地判昭和57年11月10日行裁集33巻11号2269頁、東京地判昭和60年5月23日行裁集36巻5号673頁等）。この立場に立てば、被告が「職員」に該当することは訴訟要件ではなく、請求が認められるための実体要件ということになる。

これに對して、訴訟要件とする裁判例に、東京地判昭和54年4月23日（判時924号42頁）、盛岡地判昭和62年3月5日（行裁集38巻2・3号166頁）があり、最判昭和53年6月23日を前記学説のように理解することに疑問を唱えていたものとして、叶和夫「住民訴訟の諸問題(上)」判タ533号43頁があった。

(2) 昭和62年判決……このような状況の下、最高裁は、学説・判例上議論の多かった議長個人の被告適格が問題となった事案において、次に述べるように「当該職員」の定義をしたうえで、「当該職員」該当性は訴訟要件の問題であるとし、前記学説の立場をとらないことを明らかにした（なお、従来の判例等につき、川内嘉「住民訴訟における職員の範囲」修道10巻2号436頁参照）。

すなわち、都議会議長が交際費等を違法に支出しているとして、住民が都に代位して、議長個人に對し4号に基づき損害賠償を求めた訴訟において、最高裁は、4号所定の「当該職員」に對する住民訴訟は、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るべき右「当該職員」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であるとした上で、「当該職員」とは、「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」と判示した（最判昭和62年4月10日民集42巻3号239頁、判例評釈として曾和俊文・判評346号（判時1250号）26頁、関哲夫・ジュリ臨時増刊昭和62年度重要判例解説48頁、山崎敏充・最判解民昭和62年度129頁等参照）。そして、結論として、法の規定等に照らすと、議長は当該事案で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、「当該職員」に該当せず、訴えは不適法であるとしている。

本判決によった場合には、「当該職員」に該当することは訴訟要件となるのであるが、職員を指揮監督する方法で違法な公金の支出行為に関与する者の責任の有無の追及の可否が問題となる（ただし、ここでは、最高裁は、「当該職員」に該当しない者に対する4号前段の請求は、住民訴訟の類型に該当しない訴えとして不適法であるといい、被告適格という用語を用いているわけではない）。その後、最判昭和63年3月10日（判時1270号73頁）も、市議会議長につき、「当該職員」該当性を前述の最判を引用して否定し、先に言及した（3<1>ア(3)参照）最判平成3年12月20日、最判平成5年2月16日も昭和62年判決を前提としている。したがって、判例上は、この立場が固まったものということができよう。

一方、理論的には、昭和62年判決について、その前掲最判昭和53年6月23日との関係が問題とされている。この点に関しては、昭和53年判決は、あくまでも4号後段の「当該行為若しくは怠る事実に係る相手方」に對する請求について判示したにとどまり、昭和62年判決は、「当該職員」に係る請求について最高裁がその立場を明確に示したものであると考えるもの（山崎・前掲最判解民129頁、大藤・住民訴訟285頁〔田中信義〕）と、単に立脚点を異にするという以上に、昭和62年判決は昭和53年判決を変更するものであると理解するもの（寺田友子・判例自治40号18頁）がある。

昭和53年判決とは異なる論理であると解する方が素直であると考えが、いずれにせよ、昭和62年判決の考え方が、住民訴訟が、民衆訴訟の一種として、法定の場合に法定の被告に對してのみ提起できる例外的訴訟であることを強調し、その適用範囲を厳格に解するものであることは確かである（この

点に関し、仲江・住民訴訟454頁〔古賀寛〕、大藤・住民訴訟285頁〔田中信義〕、阿部泰隆「判例総合研究・住民訴訟①」判評414号（判時1458号）6頁参照）。この問題に関して、昭和62年判決の林補足意見は、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が地方公共団体に対して民法上の不法行為を構成し、地方公共団体が損害賠償請求権を取得した場合には、その管理を違法に怠るという観点から、「当該職員」ではなく「怠る事実の相手方」として、4号後段請求でその責任を追及する可能性があることを示唆している。そして、学説の中にも、この可能性のゆえに昭和62年判決のような解釈を結果的には不都合でないというものがある（関・前掲ジュリ臨時増刊昭和62年度重要判例解説49頁）が、この点については、今後の判例の展開を見極めるべきであろう（昭和62年判決の調査官解説である山崎・前掲最判解民139頁自体、この点について結論を留保している。なお、西島羽和明「4号請求の基礎構造(1)」民商99巻3号389頁参照）。最高裁が非財務的行為の住民訴訟による統制とよばれる現象の拡大に絞りをかけようとしている傾向（最判平成4年12月15日民集46巻9号2753頁参照）と、このように4号後段請求を広く認めることは矛盾するのではないとも考えられるからである（なお、林修三・時法1307号88頁参照）。

もっとも、次にみる平成3年・5年の最高裁判決で示されているように、昭和62年判決を、純然たる私人であるとか、公務員であるがおよそ財務会計上の行為をなしうる権限を有する地位に就いていない者のみを「当該職員」から排除する趣旨以上のものではないと理解するならば（山崎・前掲最判解民139頁）、昭和62年判決については、住民訴訟が政治責任を追及する場でなく、事案ごとの個々具体的な財務会計上の行為の処理責任を追及する場であるということを示した点に意義が認められ、その限りで昭和53年判決とは論理は異なるが、矛盾するものではないという見方も成り立ちえよう。

ただし、昭和62年判決については、「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もの」の範囲の解釈に、なお、議論の余地があるように思われる。

(3) 平成3年・5年最高裁判決 (i)昭和62年判決は、4号の「当該職員」

該当性の判断は、専ら財務会計上の行為を行う権限を基準としてなすべきであるとし、「議長」の被告適格を否定したわけである。しかし、昭和62年判決の理解については、委任・専決の場合に、長や専決権限を有する者が「当該職員」に該当するのか、「当該職員」が負う賠償責任の要件は何かという問題が生じる。ことに専決の場合の「当該職員」の理解については、下級審の裁判例に見解の対立を生じた（判例・学説の詳細な分析として、山本隆司「行政判例研究349」自研68巻5号123頁参照）。これらの点について、最高裁は、平成3年・5年の判決によって、問題の整理を行っている。

ii)平成3年判決……まず専決の場合について、いわゆる大阪府水道部事件に関する最判平成3年12月20日（評釈等として、高橋利文・曹時44巻10号199頁、金子正史・行政百選Ⅰ（4版）106頁、木佐茂雄・民商107巻4・5号266頁等参照）が、長と同視できる地方公営企業の管理者につき、「訓令等の事務処理上の明確な定めにより、その権限に属する一定の範囲の財務会計上の行為を特定の補助職員に専決させることとしている場合であっても、地方公営企業法上、右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以上、右財務会計上の行為の適否が問題とされている当該代位請求住民訴訟において」当該職員に該当すると述べて、長の被告適格を肯定し（被告側上告事件）、また、「当該職員」には、「当該普通地方公共団体の内部において、訓令等の事務処理上の明確な定めにより、当該財務会計上の行為につき法令上権限を有する者からあらかじめ専決することを任され、右権限行使についての意思決定を行うとされている者も含まれる」と述べて、専決権限を有する者の被告適格を肯定したのである（原告側上告事件。ただし、「右被告上告人らが右「当該職員」に該当するとしても、右被告上告人らのうち、本件各支出につき、現実に専決をするなどの財務会計上の行為をしたものと認められない者に対する損害賠償請求は理由がなく、棄却されるべきものであることはいうまでもない」とされる）。

iii)平成5年判決……そして、委任の場合について、いわゆる箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟に関する最判平成5年2月16日（評釈等として千葉勝美・曹時45巻9号221頁等参照）が、長の職責及び権限の内容にかんがみると、長は、

その権限に属する財務会計上の行為を委任している場合であっても、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以上、「当該職員」に該当すると判示している。したがって、委任による事務処理の場合にあっても、委任者、受任者の双方が被告適格を有することになる。

(iv)なお、両判決は、委任、専決の場合の長の損害賠償責任（長の賠償責任の問題について詳しくは、碓井光明『要説住民訴訟と自治体財務』169頁以下参照）について、長が、受任者・専決権者が財務会計上の違法行為をすることを阻止すべき指揮監督上の義務に違反し、故意又は過失によりこの者が財務会計上の違法行為をすることを阻止しなかったときに限り、長の指揮監督義務違反が財務会計上の違法行為と評価されるとした。

これは、専決についていえば、専決処理が制度として承認された、内部的には正規の事務処理であることから、長の責任を追及する場合には、補助職員の責任をそのまま長の責任とするのではなく、補助職員に対する監督責任という観点から独自に長の帰責事由の有無を判断すべきであるとの考え方によるものである（阿部泰隆「住民訴訟における職員の賠償責任(下)」判タ562号16頁）。また、この考え方は、自治法243条の2第1項後段の予算執行職員の賠償責任（これについて、最判昭和61年2月27日民集40巻1号88頁参照）の規定と平仄が合うものでもある（高橋・前掲曹時214頁、学説について、國部・住民訴訟179頁〔高木光〕参照）。このようにして、最高裁は従来の裁判例の対立（これについては、高橋・前掲曹時212頁）に決着をつけたのである。そして、この理が委任による処理の場合における長の賠償責任についても妥当するとされたわけである。

(v)上述のような平成3年・5年判決は、昭和62年判決の理解として支持されてよいであろう（これらの判例は、最大判平成9年4月2日（民集51巻4号1673頁）によって確認されている。）。すなわち、4号請求では、地方公共団体とその職員との内部関係が問われているのであるから、権限を委ねた者と受任者、専決権者の両者が被告適格を有すると解してよいと考えられる（阿部・前掲判タ18頁）。したがって、最高裁が、これらの者を典型的に「当該職員」に該当するとし、訴訟の入口で住民に加重な負担をかけない判断を示し

たことは評価してよいと思われる（なお、結果的に責任の分担が不合理なものとなるという指摘として、曾和俊文「判例批評」判例評論346号27頁参照）。

ウ 違法行為若しくは怠る事実の「相手方」

(1) 後段請求は、当該行為に係る「相手方」又は怠る事実に係る「相手方」に対して、地方公共団体が行うべき請求（3<2>ア参照）を、代位行使するものである。この場合に被告となる「相手方」は、広く「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」（前掲最判昭和53年6月23日）である。

(2) 具体的には、相手方とは直接の相手方を意味し、それ以外の第三者を含まないのかということが問題とされた。

この問題については、前述の最判昭和50年5月27日が先例となっている。事案は、市長により訴外組合に払い下げられた土地を組合から購入した者に対して、住民が4号後段の代位請求訴訟を提起し、所有権移転登記の抹消を求めたというものである。ここで、最高裁は、先に述べたような「代位請求訴訟の目的及び構造にかんがみれば、地方公共団体が右違法な行為又は怠る事実に係る相手方に対して有する右実体法上の請求権については、その請求権の相手方が右違法な行為又は怠る事実の直接の相手方であると否にかかわらず、住民は、地方公共団体に代位し、右請求権の相手方を被告として、代位請求訴訟を提起することができるものと解」され、「このように解しても、地方公共団体がもともと実体法上有する請求権について住民にその代位行使を許すにすぎず、地方公共団体が行使することのできない権利の代位行使を認めるものではないから、取り引きの安全を害するものでもないし、右訴訟の被告とされる右違法な行為又は怠る事実の直接の相手方以外の第三者に実質的な不利益を与えるものでもない」と判示している（これに従う裁判例として、岡山地判昭和52年12月27日行裁集28巻12号1380頁がある。）。

学説上も、直接の相手方たるとそれ以外の者であるを問わないとするものが多数である（仲江・住民訴訟187頁〔寺田友子〕など、反対するものとして、佐藤・住民訴訟88頁）。

(3) 次に、4号前段の「当該職員」該当性の問題とも関連するが（3

〈2〉イb参照)、「相手方」には職員も含まれるかということが問題となる。この点については、これを積極的に解する裁判例(東京地判昭和54年1月29日行裁集30巻1号161頁、その控訴審たる東京高判昭和56年5月27日判時1016号51頁、京都地判平成9年4月25日判例自治175号21頁(市の職員が虚偽の文書を作成し支出権限者を欺き違法な支出をなした事案))と消極に解する裁判例(広島地判昭和43年12月18日判時560号43頁)がある。学説上も見解の対立があるが(積極説として仲江・住民訴訟188頁〔寺田友子〕、疑問を呈するものとして園部・住民訴訟108頁〔山下淳〕)、問題は、結局、地方公共団体の職員の行為を財務会計上の職務権限の有無にかかわらず追及することを住民訴訟で認めるか否かということである(昭和62年判決とのかかわりで、認めるべきであるとする学説として、木佐・前掲民商278頁)。怠る事実の相手方に関しては、最高裁判決は何らの限定を加えていないと読めるが(前掲最判昭和53年6月23日、なお住民監査請求にかかる最判昭和62年2月20日民集41巻1号122頁も参照)、ここでの問題は、「当該職員」と「怠る事実の相手方」への振り分けにかかわるものという以上に、住民訴訟の現状に対する評価にかかわるものである。少なくとも、このような責任追及ができる可能性を開いておくことは不合理ではないと思われる。

エ その他

a 被告の確定

4号請求における被告としての「職員」の表示は、個人たることを明確に表示することによって示すべきものではあるが(佐藤・住民訴訟84頁)、実際には、その確定が争われることも多い(詳細について、仲江・住民訴訟183頁〔寺田友子〕参照)。

この問題について、判例は、訴え提起行為の内容である訴状の記載に照らして被告を確定すべきであるとする表示説を、原則としてとっているといつてよい。例えば、最判昭和58年7月15日(民集37巻6号869頁)は、「〇〇市長何某」との記載内容は、何某個人を被告とするものではないと認めるほかはないとしている。もっとも、表示説といっても表示のみを確定の唯一の要素としているのでないことは、通常の民事訴訟の場合と同様である(民事訴

訟における学説について、伊藤・民訴(補訂2版)79頁、講座民訴(3)65頁〔佐上善和〕)。例えば、下級審の裁判例では、「訴状の内容を客観的に観察して確定すべきで、……訴状の全趣旨に徹して何人に対して訴が提起されているかを判断しなければならない」とする傾向が強い(名古屋地判昭和46年12月24日行裁集22巻11・12号2058頁等)。

また、最判昭和57年9月28日(住民3巻1411・325・8頁)も、4号請求における個人としての市長ないし収入役の表示を、市役所所在地である所番地を示したうえで、「〇〇市長何某」あるいは「〇〇市収入役何某」として肩書を付している訴えを適法とした原審(大阪高判昭和56年4月16日住民3巻1411・325・5頁)の判断を、「本件訴状の記載及びその趣旨並びに本件訴訟の経緯に徴すれば」正当であつて是認できるとしている。

ただ、以上のような判例の傾向に対しては、「被告の表示は、形式的訴訟要件であり、訴訟当事者という訴の基本的構造にかかわる事柄であるから、解釈により容易に被告の変更を認めたのと同じ結果を導くべきではない」とする反対がある(財団法人自治協会・前掲書120頁、佐藤・住民訴訟84頁も同旨)。その主たる理由は、4号請求訴訟を提起された長や職員は、個人として賠償責任を追及されているがゆえに、応訴費用を個人負担しなければならない(行実昭和38年5月16日自治庁行発41号、行実昭和42年11月21日自治行102号、名古屋高金沢支判昭和44年12月22日行裁集20巻12号1726頁)のであり、執行機関又は補助機関としての職員と個人としての職員の区分を穏やかに解することは適当でないというにあった。後説は立法上の不備を原告たる住民の負担で解決しようとする点に難点があると考えるが、いずれにせよこの考え方は、応訴費用の負担について自治法が改正された(自治法248の2Ⅳ)今日、主たる論拠を失ったといえよう(なお、この問題も旧4号請求下でのものであるが、応訴費用に関する自治法242条の2第8項は次のdでみるとおり、14年改正で削除されている。)

b 被告の変更

4号前段訴訟において、誰が「当該職員」に該当するのか判断することが住民にとって容易でないことは既に述べたところであるが、原告住民が被告

とすべきものを誤ったときに、行訴法15条を準用して被告の変更をすることが許されるか。この問題に関して、最判平成11年4月22日民集53巻4号759頁は、「当該職員」に該当しない者を誤って被告とした場合、「当該職員」には該当するが現実には専決するなどの財務会計上の行為をしたと認められない者を誤って被告とした場合、の双方につき行訴法15条の準用を認めた。

文理上、4号請求についても、自治法242条6項、行訴法43条3項・40条2項により行訴法15条が準用されることになること、出訴期間制限の趣旨は財務会計上の違法性を争える状態を長期化させないことにあり個々の職員を損害賠償請求から保護することではないと考えれば（山本・ジュリ臨時増刊平成11年度重要判例解説45頁）出訴期間の徒過により正当な被告に対する住民訴訟ができないという原告の不都合を救済する必要があること、から最高裁判例の立場が支持されるべきであろう（学説も結論において一致している。阿部泰隆「住民訴訟判例解説」判例自治199号101頁、藤原淳一郎「判例批評」判例評論494号193頁、曾和俊文「判例批評」民商122巻4・5号163頁等）。

c 地方公共団体の訴訟参加

実務上しばしば問題となるのが、4号請求における被告職員側への地方公共団体の訴訟参加の可否である。すなわち、4号前段に定める「当該職員」に対する損害賠償請求訴訟又は不当利得返還請求訴訟における地方公共団体の補助参加である。

裁判例は、これを消極に解するもの（東京高判昭和58年9月30日行裁集34巻9号1697頁等。その理由は、4号請求の代位請求としての構造から原告住民と地方公共団体は同じ立場にたつのであり、参加申立人と被参加人となりが主文に示される訴訟物についての判断において実体法上利害を共通するという補助参加が許されるための条件をみたさないというにある。つまり、地方公共団体が被告職員側に参加することは、対立当事者構造をとる民事訴訟の本質と相容れないということである。）と、積極的に解するもの（東京高判昭和56年7月8日行裁集32巻7号1017頁等。その理由は、住民訴訟の原告が形式上地方公共団体に代位してその権利を主張するといっても、実質的にみれば両者の立場は異なるのであり、原告と利害関係が同一でない地方公共団体が被告らのために補助参加することは、民事

訴訟の本質に背馳するものではないというにある。)

4号請求訴訟の実質を踏まえるか、民訴法42条の補助参加の枠組みを重視するかで結論が左右される問題であるが（曾和俊文「住民訴訟制度改革論」法と政治51巻2号232頁は、民事訴訟の一般的枠組みの中で住民訴訟の特殊な構造を位置づけようとすることに無理があると指摘する。）、あえて民訴法の枠組みを超えてまで参加させるほどの利益とは何かが壁になるように思われる。いずれにせよ、この問題は、平成14年改正法の下での新4号請求においては立法的に解決された（自治法242の2Ⅶ参照）。

なお、地方公共団体の長等の行政庁が行訴法23条（同法43Ⅲ・41によって準用される。）により、行政庁として被告の側に訴訟参加できるかという問題もある。が、この点については、財務会計上の行為をし又はこれに関与した行政庁を被告の側に参加させることは、訴訟資料を豊富にし適正な審理や裁判を実現するという23条の参加の目的からこれを肯定できる、と解するが学説・裁判例の一般的傾向である（司法研修所〔改訂版〕346頁等、裁判例として大分地判平成11年3月29日判タ1014号181頁等、なお、否定する見解として、辻ほか編『住民訴訟の上手な対処方』215頁〔三嶋周治・秋田仁志〕がある）。

d 応訴費用等

住民訴訟の原告・被告に関しては、特に4号請求の被告適格をめぐって争われることが多い。

その背後には、行政の組織決定、制度的決定に長（あるいは職員）個人がどこまで責任を負うべきかという問題（例えば、武蔵野市マンション指導要綱事件に関する最判平成2年3月23日判タ732号186頁、特に原審・東京高判昭和61年3月26日行裁集37巻3号449頁を参照）とともに、応訴費用の負担という実際的な問題もあった。すなわち、1号から3号の請求については、被告は個人としての長、職員等ではなく、執行機関としての長、職員等であるので、実務上も（行実昭和42年1月5日自治行2号参照）、裁判例も（1号請求につき東京地判昭和50年12月24日判時807号16頁、2号請求につき釧路地判昭和47年3月28日行裁集23巻3号193頁、3号請求につき横浜地判昭和60年9月9日判時1183号75頁等）応訴費用（弁護士費用）を公金から支出することを認めてきた。

ところが、4号の代位請求訴訟の応訴費用については、被告とされた被告個人が負担しなければならないとされてきたのである（行実昭和38年5月16日、最判昭和59年4月24日判時1121号44頁）。そして、この点に関しては、何らかの立法的解決が必要であるという意見も強かった（財団法人自治協会・前掲書123頁、小高剛「住民訴訟における被告職員の応訴費用の公費負担について」名城43巻1・2号65頁）。そこで、平成6年の自治法の改正で、「第1項4号の規定による訴訟の当該職員が勝訴（一部勝訴した場合を含む）した場合において、弁護士に報酬を支払うべきときは、普通地方公共団体は、議会の議決によりその報酬額の範囲内で相当と認められる額を負担することができる」との規定（自治法242の2Ⅳ）が設けられたのである（松本・逐条887頁参照）。これは、住民訴訟の途を狭めないという考慮から理解できる措置と評価されていたものであった（塩野・前掲書170頁）。しかしながら、平成14年改正で新4号請求は新たに代位訴訟から義務づけ訴訟として再構成され、長や職員が被告となることはなくなった。したがって、弁護士費用の問題自体が生ずることがなくなったため、本項は削除されている。

4 4号請求の被告（平成14年改正法）

〈1〉 経緯

これまでに論じたところから分かるように、わが国の住民訴訟制度は4号の代位訴訟を中心に運用され、そのために種々の問題を生じていた。そこで、何らかの立法的解決が求められていたのであるが、それに対する一応の回答が平成14年の改正ということになる（詳細は、地方自治制度研究会「改正住民訴訟制度 逐条解説」参照）。具体的には、自治法242条の2第1項4号は、「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若しくは不当利得返還の請求又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に対する法律関係不存在確認の請求、損害賠償の請求、不当利得返還の請求、原状回復の請求若しくは妨害排除の請求」から「当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを当該普通地方公共団体の執行機関又は職員に対して求める請求」に再構成された。

改正の意図を確認すると、それは以下のようなものである。

「住民訴訟制度は地方公共団体の財務会計上の違法行為の予防又は是正を目的とするものであるが、現在の4号訴訟においては、職員の個人責任を追及するという形をとりながら、財務会計行為の前提となっている地方公共団体の政策判断や意思決定が争われている実情にある。したがって、従来、住民が地方公共団体に代わって個人としての長や職員等を直接訴える4号訴訟の対象となっていた事例については、訴訟類型を地方公共団体が長や職員等に対して有する損害賠償請求権や不当利得の返還請求権について地方公共団体が適切な対応を行っていないと構成することにより、機関としての長等を住民訴訟の被告とし、敗訴した場合には、当該執行機関としての長等が個人としての長や職員等の責任を追及することとすべきである。このような制度改正により、地方公共団体が有する証拠や資料の活用が容易になり、審理の充実や真実の追究にも資するものとなる。さらに、このような審理を通じて地方公共団体として将来に向けて違法な行為を抑止していくための適切な対応策が講じやすくなると考えられる。また、長や職員個人にとっては、裁判で直接被告となることに伴う各種負担を回避できる」（第26次地方制度調査会答申（平成12年10月25日））。

この改正をめぐっては賛否両論あるところなので（立案関係者の見解として、成田頼明「住民監査請求・住民訴訟制度の見直しについて（上）（下）」自治研究77巻5号3頁以下、同6号3頁以下等、疑問を呈する見解として、阿部隆泰「住民訴訟改正案へのささやかな疑問」自治研究77巻5号19頁以下、曾和・前掲「住民訴訟制度改革論」、同「地方分権と住民自治—住民訴訟制度改正の動きを中心に」ジュリスト1203号76頁等がある）、問題の所在のみ確認しておくこととする。

上記答申の「したがって」以下の文章は、「したがって、団体の執行機関等が当事者となることによって、団体自らがその政策判断や意思決定の根拠や経緯を裁判上明確にし、住民に対する説明責任を十分に果たすることが適当である」（財団法人自治総合センター「行政監視のあり方に関する調査研究中間報告書」（2001年3月））と補われているが、改正の眼目が、「長や職員個人にとっては、裁判で直接被告となることに伴う各種負担を回避できる」点にあっ

たのは疑いのないところであると思われる。4号請求の請求額・認容額が高額化する（下関市第三セクター補助金訴訟・山口地判平成10年6月9日判例自治180号19頁、名古屋デザイン博訴訟・名古屋地判平成8年12月25日行裁集47巻11＝12号1213頁等参照）等の事実がある中で、そのこと自体に反対する見解は見受けられないが、問題は、そのための手法として今回のような2段階の訴訟構造が必要であったか、たとえば長及び職員の実体法上の責任要件を「故意又は重大な過失」にするという立法的手当はありえなかったのかということであろう。筆者も、責任要件で絞る立法が本当に実務に受け入れがたいのかという疑問を持たないではないが、今回の立法の評価については、現実の運用状況をみた上で改めて行うのが妥当であると考えている。

〈2〉 新4号訴訟の被告等

ア 当該普通地方公共団体の執行機関又は職員

義務づけ訴訟としての新4号請求の被告となるのは、「当該普通地方公共団体の執行機関又は職員」である。ここに、執行機関又は職員とは、自治法240条の規定に基づき地方公共団体の債権を管理するとともに、自治法243条の2の規定に基づく賠償を命ずる主体となる長である。委任の場合には委任を受けている者が被告となり、専決の場合には本来の権限者が依然として権限を有しているので当該者が被告となる。

被告となる執行機関等が死亡した場合、新4号訴訟は個人ではなく機関等を被告とするものであるから、当然、当該執行機関又は職員の権限及び職務を引き継いだ者が被告となる。

地方公営企業については、委任等の行為がない限り、被告となる執行機関等には管理者がなる（地公企法8・34）。

イ 特別地方公共団体等

(1) 特別地方公共団体の場合、被告となる「執行機関」とは何か。

特別区については市に関する規定が準用される（自治法283Ⅰ）ので区長がなる。

組合についても住民訴訟が認められること（自治法292）は、原告適格のところ述べてとおりであるが（2〈4〉参照）、新4号訴訟の被告は一部事

務組合の管理者又は広域連合の長である。ただし、理事会を設置している一部事務組合においては、代表理事（自治令211）は執行機関ではないので、理事会が被告となると解される（地方自治制度研究会・前掲62頁参照）。

財産区についても住民訴訟の提起は可能であり、被告は財産区を代表する当該市町村長ということになる。

地方開発事業団については住民訴訟の規定が準用され（自治法314）、自治令220条の読み替え規定により理事長が被告となり住民訴訟が提起される。

ウ 当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方

新4号請求の損害賠償又は不当利得返還を求める対象となるのは、当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方である。ここに、当該職員とは、問題の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等、権限を有するに至った者となる。また、当該地方公共団体の職員も当該行為の相手方と解してよいと思われる（当該職員には該当しないが、相手方には該当するという場合を認めてよいことにつき、3〈2〉ウ(3)参照）。

エ 新4号請求訴訟の判決結果を踏まえて提起される訴訟（自治法242の3）の原告

改正法では、普通地方公共団体の長は、新4号訴訟の判決に基づいて、一定の場合に、当該地方公共団体が有する債権（損害賠償金、不当利得の返還金）を民事訴訟に基づいて請求することを義務づけられる（自治法242の3Ⅱ）。この場合、長と地方公共団体との間に利益相反を避けるために、法は監査委員に地方公共団体を代表させることにしている（同条Ⅲ）。同様に、特別区については代表監査委員、一部組合・広域連合については監査委員、財産区については当該市町村の代表監査委員、地方開発事業団については事業団規則で定める監事が、それぞれの団体を代表することになる。地方公営企業では管理者が代表することになるが、これが利益相反を生じる場合には代表監査委員が管理者を訴えると解される（以上について、地方自治制度研究会・前掲40・62頁以下参照）。

〔最新 地方自治法講座④〕
住民訴訟

平成14年12月10日 発行

編 集 園 部 逸 夫

発行所 株式会社 ぎょうせい

本 社 東京都中央区銀座7の4の12
(郵便番号 104-0061)

本 部 東京都杉並区荻窪4の30の16
(郵便番号 167-8088)

電 話 編集 03(5349)6616
営業 03(5349)6666

URL: <http://www.gyosei.co.jp>

〈検印省略〉

印刷 ぎょうせいデジタル(株)

© 2002 Printed in Japan

* 乱丁本・落丁本はおとりかえします。

ISBN4-324-06533-0

(3100462-01-004)

〔略号：自治講座(最新)④〕