

住民訴訟における行政判断尊重と民事法的思考

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2012-05-16 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 高橋, 正人 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00006633

論 説

住民訴訟における行政判断尊重と民事法的思考

高 橋 正 人

はじめに

「行政裁量」に対する司法審査については、平成18年以降の最高裁判決が「判断過程審査」を相次いで用いたことで、裁量審査の密度の深化が学説においても好意的に受け止められている傾向にある¹。

一方で、裁量審査の手法が「判断過程統制」に集約していないのも事実であり²、裁量審査はその局面毎に変容する。その代表例として住民訴訟が挙げられる。

但し、住民訴訟における裁量審査を個別に分析することは、筆者の能力を超える作業であり、本稿においては、最近の裁判例が政策的判断（政策的裁量）等の審査において行政判断を尊重する際に民事法の発想が用いられている側面を検討してみる。

最初に、民法の108条（双方代理の禁止）及び116条（無権代理の追認）

¹ 平成18年以降の裁量審査については、橋本博之『行政判例と仕組み解釈』（2009年）165－172頁、深澤龍一郎「裁量統制の法理の展開」法律時報82巻8号（2010年）35－37頁、山本隆司「行政裁量（1）～（5）」法学教室359号104頁以下、360号109頁以下、361号96頁以下、362号106頁以下、363号91頁以下（いずれも2010年）。

² その代表例として、前掲橋本・深澤両論文が従来型の裁量審査の事例として指摘する、最判平成18年9月14日（判時1951号39頁－弁護士会による懲戒処分）の事例が挙げられる。

の類推適用に関する重要判決として、最判平成16年7月13日（民集58巻5号1368頁）について検討する。

平成16年最判については、民法の視点だけでなく会社法の視点をも含め利益相反行為について分析がなされており³、思考としては、双方代理（利益相反）の追認が自治体の免責の方向に作用している。平成16年最判では、藤田宙靖裁判官が、国・地方公共団体と「独立の法主体」との組織法・財政上の関係とその規律のあり方に関して、「組織法上の実態に即した、何らかの行政法理が考察される可能性」について示唆しており、民法の規定の類推適用がそもそも妥当であったのかという問題も残る⁴。

また、平成16年最判と類似の発想がなされていると思われる最高裁判例についても併せて検討する。

次に、裁量審査に関して、地方自治法232条の2に基づく補助金交付に関する裁量審査の問題の中でも民事法の類推によりその審査がなされている事例を検討する。

補助金交付に関する司法審査は補助金の交付先ごとに類型化がなされているが⁵、本稿ではいわゆる第三セクターに対する補助金交付について検討する。特に、この分野においては、会社法における“経営判断原則”に親和的な見解が実務家から出されており⁶、最判平成17年10月28日（民

³ 旧商法265条（現会社法356条）も踏まえた分析として、山本隆司「行政組織—地方公共団体と関連団体の双方代理」法学教室341号67頁以下、高橋滋「判批」自治研究81巻11号140頁以下、前田雅子「判批」法と政治55巻3号217頁以下、垣見隆禎「判批」判例評論560号28頁以下がある。

⁴ この問題については、後述するように、財団と市との間の「準委任的な関係」の側面から、民法108条の類推適用に否定的な見解もある。稲葉一将「判批」『平成16年重要判例解説』50頁参照。

⁵ 室井力＝兼子仁編『基本法コメンタール・地方自治法（第4版）』（2001年）257－259頁（田村和之）、確井光明『住民訴訟と自治体財務（改訂版）』（2002年）189－208頁、近藤哲雄『自治体法（第一次改訂版）』（2008年）167－172頁等参照。

⁶ 中島肇＝伴義聖＝大塚康男「鼎談・住民訴訟をめぐって」判自300号18頁の中島肇氏の発言を参照。また、同趣旨の見解として、奥宮京子「住民監査請求（第4回）」判

集59巻8号2296頁)の調査官解説においても言及されている⁷。このようなアプローチは民事法上(会社法上)の思考を持ち込むことにより、政策判断における裁量を広範なものとする方向に作用するものではないかと考えられ、類似の最高裁判決も踏まえながら検討してみる。

自314号102頁を参照。

⁷ 『ジュリスト増刊 最高裁 時の判例V』91頁(長屋文裕)。

I 民事法の適用に関する判例の検討

一 最判平成16年7月13日を中心として一

1. 原審における民法108条、116条類推適用

(1) はじめに、最判平成16年7月13日(民集58巻5号1368頁以下、①判決とする)を検討するに当たり、原審の分析からはじめることにしたい。

①判決は、第1審である名古屋地判平成8年12月25日(判時1612号40頁)において、民法108条が類推適用されており⁸、原審の名古屋高判平成11年11月27日(判自200号23頁)において民法108条、116条が類推適用されている。

特に、平成16年最判の意義や藤田裁判官の補足意見を検討するに当たっては、原審における論理構成を再度分析してみる必要がある。

①判決の評釈において、広く利害関係(利益相反)の観点から分析されている背景には、原審である名古屋高判平成11年11月27日の影響があると考えられる。穿った見方を先に示せば、最高裁は原審のアプローチを不明確なものとし、その箇所を削除しているともいえる。

(2) 原審の108条の適用に関する言及は以下のとおりである。

「地方公共団体の長は、当該地方公共団体の財産の管理処分に関しては、当該地方公共団体の利益、ひいては住民の利益のために、忠実にこれを行う義務を負うと解される。そして長が地方公共団体を代表してする随意契約に当たり、同時に、契約の相手方をも代表してその利益を図る立場に立つこと(双方代理)は、相手方の利益を図る結果、地方公共団体の利益を損なう危険があるから、右の義務に違反するものであって、民

⁸ 山本隆司教授は、第1審の評釈において、民法108条の類推適用に否定的な考え方を示していた。山本隆司「判批」自治研究74巻4号107頁。

法108条（あるいは同法57条）の類推適用により、その契約の効力は直ちには地方公共団体に帰属しない」

原審は、以上のように述べた上で、事実関係⁹から財団法人と名古屋市の関係を「相反する関係」とし、民法116条の類推適用の問題に移っている。

「地方公共団体の長による利益相反行為につき、民法108条（あるいは同法57条）類推適用により、その効果が本人である地方公共団体に帰属しないとしても、本人である地方公共団体がその行為を追認した場合には、民法116条の類推適用により、その意思に沿って本人に法律効果が帰属するものと解すべきである（傍線部—高橋、以下同じ）。」

次に、被控訴人（住民側）による地方自治法142条に基づき、利益相反行為の追認の余地がないとの主張について、「追認するか否かの選択権を本人である地方公共団体に与えない点で、かえって地方公共団体の利益を損なうおそれがある解釈というべき」であると述べる。その上で、

「右類推適用により追認を認める場合、追認すべき機関は、団体とその執行機関との間における利益相反行為につき、類似の関係に関する商法265条（当時—高橋注）等を考慮すれば、右は議会であると解される。すなわち、議会は住民の代表機関であると共に、地方公共団体の意思決定として基本的、重要なものを掌握しているという意味で最高意思決定機関と認められる。」と述べ、〈議会による追認〉による法的効果の帰属を補強している。

(3) 次に原審の判断は、契約締結における裁量権の逸脱・濫用の審査に移る。

契約締結における長の裁量権を前提とした上で¹⁰、「右裁量権は法令の

⁹ 事実関係の詳細は各評釈を参照。被告である当時の名古屋市長は、同時に財団法人世界デザイン博覧会協会の会長でもあった。

¹⁰ ①判決及び原審の分析として、薄井一成「判批」自治総研314号48頁以下。なお、随意契約における裁量の問題に関しては、最判昭和62年3月20日（民集41巻2号189

規制に従って行使されるべきは当然であるところ、地方財政法4条1項では、地方公共団体の経費は、その目的を達成するため必要かつ最少の限度をこえて支出してはならない旨規定しており、物品購入契約は必然的に代金の支出を伴うものであるから、右の裁量権も右規定により制約を受けるものと解される。[原文改行]そして、地方公共団体の長が、法律上随意契約が許される場合に、当該地方公共団体の施策のため必要な物的基礎を確保する目的で、購入の際の諸事情からみて不適正とはいえない価格で物品を購入することは、何ら違法ではないが、右の目的とは異なる目的で物品を購入したり、当該地方公共団体にとって必要でない物品を購入したり、本来無償で取得しうる物を有償で取得し、あるいは、適正価格を大きく超える価格で購入することは、裁量権の逸脱・濫用であって、違法である」との一般論¹¹を述べる。

その上で、本件各契約は、「デザイン博が赤字となることを回避するという目的で」締結されたものであるとし、地方公共団体の長の裁量権の範囲内にある行為とは解されないと断じた。

2. ①判決のロジックその1 (双方代理・追認)

(1) 民法108条、116条の類推適用に関しては、前述のように原審の判旨から利益相反に関する民法57条、商法265条への言及を削除した形で類推適用を認める判断をしている。即ち、「普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表して行う契約締結行為であっても、長が相手方を代表又は代理することにより、私人間における双方代理行為等による契

頁)があるが、原審において言及はない。

¹¹ 地方財政法4条1項ないし地方自治法2条14項を踏まえ、行政法の一般原則としての「効率性(の)原則」が挙げられることがある。宇賀克也『行政法概説I(第4版)』(2011年)59-60頁、大橋洋一『行政法I』(2009年)50頁、櫻井敬子=橋本博之『行政法(第2版)』(2009年)28頁。また、これらを踏まえた原審の分析として、薄井・前掲評釈54-55頁

約と同様に、当該普通地方公共団体の利害が害されるおそれがある」と述べた後、民法57条、商法265条に関する言及無しに民法108条、116条の類推適用に関する言及へと移行している。

「普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表して行う契約の締結には、民法108条が類推適用されると解するのが相当である。・・・普通地方公共団体の長が当該普通地方公共団体を代表するとともに相手方を代理ないし代表して契約を締結した場合であっても同法116条が類推適用され、議会が長による上記双方代理を追認したときには、同条の類推適用により、議会の意思に沿って本人である普通地方公共団体に法的効果が帰属するものと解するのが相当である。」と述べ、見解の対立のあった議会による長の双方代理行為の追認について肯定説を採用することを明らかにしたのである¹²。

一方で、議会の追認権の根拠については、原審のロジックを一部削除することにより必ずしも明らかにされていない¹³。議会の追認権について、否定説が論拠としてきた地方自治法96条1項による議決事項の制限列举についても触れられていない¹⁴。ここも重要な論点であるが、本稿では原審で言及された利益相反に関する民法57条・商法265条（いずれも当時）を最高裁判決が敢えて触れていない点に焦点を絞りたい。

(2) 当時の民法57条は、法人と理事との利益相反について規定し、商法265条は、取締役と会社との利益相反について規定していた。現行法では、一般法人及び一般社団法人に関する法律84条（理事会設置一般社団法人

¹² 林俊之・法曹時報59巻1号184頁。

¹³ 稲葉・前掲注(4)50頁。

¹⁴ 肯定説・否定説については、前田・前掲注(3)223頁-225頁、林・前掲注(12)183-184頁参照。なお、林・前掲論文191頁註(10)は、地方自治法96条1項が必要な議決事項を定めたものとしつつ、「それ以外に議会が議決をなし得ないというわけではなく、議決した場合、正規の議決として効力が生じる」と述べている。

においては92条)、会社法356条(取締役会設置会社においては365条)によって規律されている¹⁵⁻¹⁶。原審が、普通地方公共団体における〈長と議会との関係〉を、私法人における〈理事会(社員総会)と理事〉、〈取締役会(株主総会)と取締役〉の関係のアナロジーで捉えたことには、理論的に不十分だったとの指摘があり得よう¹⁷。最高裁が、民法108条、116条の類推適用に限って言及した背景として、次の藤田宙靖裁判官の補足意見が参考になる。

「国・地方公共団体を問わず、一般に行政主体は、その政策を実施するに当たり、自らこれを行うのではなく、独立の法人格を持った別の法主体を創設して、これを行わせることがしばしばあるが、その場合、両者間の組織上・財政上の関係には、極めて密なものからかなり希薄なものまで、様々のケースがあり、その利益相反関係を、一律に、例えば、私法上の親会社と子会社との相互関係のアナロジーで考えてよいか、問題となるようなケースも少なくない」

「法人格を異にする限り両者は法的に同一であるとはいえず、その限りで相互間には『距離』が存在し、また、この『距離』をキープするための何らかの法的手法が考えられなければならないが、・・・あらゆる法人につき、民法の『双方代理』の法理をもって一律に対処するのが果た

¹⁵ 内田貴『民法I(第4版)』(2008年)255頁、弥永真生『リーガルマインド会社法(第11版)』(2007年)203-206頁。

¹⁶ 当時の規定は以下のとおりである。民法57条 法人ト理事トノ利益相反スル事項ニ付テハ理事ハ代理権ヲ有セス此場合ニ於テハ前条ノ規定ニ依リテ特別代理人ヲ選任スルコトヲ要ス

商法265条1項 取締役ガ会社ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲受ケ会社ニ対シ自己ノ製品其ノ他ノ財産ヲ譲渡シ会社ヨリ金銭ノ貸付ヲ受ケ其ノ他自己又ハ第三者ノ為ニ会社ト取引ヲ為スニハ取締役ノ承認ヲ受クルコトヲ要ス会社ガ取締役ノ債務ヲ保証シ其ノ他取締役以外ノ者トノ間ニ於テ会社ト取締役トノ利益相反スル取引ヲ為ストキ亦同ジ

¹⁷ 前田・前掲注(3)224頁は両者の関係の組織構造の相違を指摘する。垣見・前掲注(3)208頁も同趣旨か。

して妥当かどうかについては、必ずしも問題がないとはいえないのである。・・・上記の意味での『距離』を確保するために、民法108条に直接基づくものではなく、それに代わるものとして、このような組織上の実態に即した、何らかの行政法理が考察される可能性はあり得ないではない」

この藤田裁判官の補足意見は、次に触れる財団法人と市とを一体的に解釈する最高裁の判旨の解釈においても参考にされるが、最高裁は、民法57条、商法265条にも言及する原審のアプローチでは、同様に地方自治体と第三セクターとの関係が問題となるような事案に対して、民法のアナロジーで解決することの難点を回避したと考えられる。

実際に、民法116条による議会の追認に関して、両者とも住民により直接選挙される普通地方公共団体の長と議会との関係を、「議会のみを単純に最高意思決定機関であるということとはできない」とする林調査官の指摘がある¹⁸。

(3) 一方で、藤田裁判官の補足意見における「私法上の親会社と子会社の相互関係のアナロジー」に関連して、会社法の規定に踏み込んだ分析もなされている。旧商法265条（会社法356条－取締役会設置会社に関して365条）に関する、高橋滋教授や山本教授の分析がこれに当たる¹⁹。

専門外の筆者に分析力はないが、〈住民〉の立場が出てこない以上、(2)で触れたように、原審の〈取締役会（株主総会）と取締役〉とのアナロジーへの踏み込みはやや無理があったといえる。取締役による全株式保有（最判昭和45年8月20日・民集24巻9号1305頁）もしくは株主同意（最判昭和49年9月26日・民集28巻6号1306頁）に関する先行判例を踏まえても、このアナロジーの枠組みに〈住民〉が入ってこない限り、原審の判断・引用には飛躍がある（同様のことは〈理事会（社員総会）と理事

¹⁸ 林・前掲注(12)184頁。

¹⁹ 高橋・前掲注(3)147-149頁、山本・前掲注(3)74頁。

の関係にも当てはまる)。従って、議会による追認に関して肯定説を採りつつも、最高裁判決は肯定説の根拠となりうる商法265条(当時)等への言及を控えたものと考えられる。

3. ①判決のロジックその2(準委任関係)

(1) 民法108条、116条の類推適用に言及した後、最高裁判決は市と財団法人との関係を「準委任的な関係」としつつ、契約締結について裁量権の逸脱・濫用があったとする原審の判断を差戻している。

即ち「上記事実関係に基づいて考えると、デザイン博は市の事業として行われたのであって、市は、第1審被告協会に市の基本的な計画の下でデザイン博の具体的な準備及び開催をゆだねたものと解することも可能であり、両者の間には実質的にみて準委任的な関係が存したものと解する余地がある。そうであるとすれば、市が、第1審被告協会に対し、同協会がデザイン博準備及び開催運営のために支出した費用のうち、市が同協会にゆだねた範囲の事務を処理するために必要なものであって基本財産と入場料収入等だけでは賄いきれないものを補てんすることは、不合理ではなく、市にその法的義務が存在するものと解する余地も否定することができない。そして、上記の点は、本件各契約の締結に裁量権の逸脱、濫用があったか否かを判断する上で、重要な考慮要素になるとすべきである」と述べ、市と財団法人の関係、デザイン博に関して支出された費用の内訳等を検討しなければ、契約締結における裁量権の逸脱・濫用について判断できないとした。

ここでは、「準委任的な関係」が重要な意味を持つてくる。即ち、市と財団法人との関係が、準委任と構成されることにより、財団法人側が市に対して民法650条1項に基づく費用償還請求ができることになる²⁰。実際に最高裁判決は、「市にその法的義務²¹が存在するものと解する余地も

²⁰ 石井昇「判批」法学教室295号171頁、前田・前掲注(3)230頁等を参照。

否定することができない」と述べており、契約締結における裁量権の逸脱・濫用を認めた原審と異なった構成がなされている。

(2) この「準委任的」構成は、財団法人の独立性を曖昧化させる。藤田裁判官の補足意見が、財団法人の市との関係につき、「他方では、市の市制百周年記念事業としてのデザイン博を実施するものであり、市の行政目的の一翼を担っていて、その役員も市長・助役・収入役等が就任している、という点で両者は極めて密接な関係にある。」と述べている点も踏まえると、地方財政法4条1項、地方自治法2条14項等の契約統制法理の適用も曖昧にならざるをえない。契約締結の裁量の逸脱・濫用に関しては、最高裁判決は、民事法理を巧みに適用しながら、極めて〈現実的な〉回答を導いたともいえよう。

但し、藤田裁判官の補足意見は、上記引用部分に続いて、「『距離』をキープするための何らかの法的手法」ないし、「民法108条に直接基づくのではなく、それに代わるものとして、このような組織上の実態に即した、何らかの行政法理」の必要性を説いている²²。

4. 民事法理による処理—最近の動向

(1) ①判決に対しては、「市の事業としての位置づけ、準委任関係の成立

²¹ この「法的義務」につき、林・前掲注(12)192頁註(13)は、「本文のような義務が認められる場合には、契約締結に関する裁量権の範囲はより広範なものになる。」と述べている。

²² ドイツ行政法理論を挙げるものとして、山本・前掲注(8)評釈(=①事件の第1審評釈)、薄井・前掲注(10)評釈がある。ドイツ行政法(特にドイツ行政組織法)からのアプローチとしては、他に、前述の社団法人や株式会社の分析を踏まえた「機関“Organ”」概念の分析があり得ようか。

筆者はドイツ法を専門とはしていないが、行政組織法では現在も中核的概念である。Erichsen u. Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, SS. 287-288.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, SS. 526-530. なお、Maurer, a. a. O., S.527は、私法におけるOrgan概念として、株式会社(Aktiengesellschaft)の機関について言及している。

が、他事例においても一般化できる説示がないまま肯定されている²³」と指摘されているように、後続する最高裁判決において引用されている事例はない。IIにおいて検討する最判平成17年10月28日における滝井裁判官の反対意見において民法108条、116条の法意の類推が指摘されているに留まる。

その一方で、その後の最高裁判決においても民事法理ないし団体法理²⁴により事案の解決を図っている事例が見受けられる。住民訴訟における違法性の承継に関して注目された最判平成20年1月18日(民集61巻1号1頁)²⁵の差戻し後上告審である最判平成21年12月17日(判時2067号18頁一以下②判決とする)は、次のような構成で「特殊な事情」の存在を否定している。

まず、本件公社(一土地開発公社のことである一高橋注)が公有地の拡大の推進に関する法律に基づき設立された「公共性の高い法人」であると指摘した上で、「仮に本件委託契約を解消して本件公社が本件土地を引き受けることとした場合には、本件公社がその取得金額と時価との差額を損害として被ることとなるのであるから、上告人(一当時の宮津市

²³ 前田・前掲注(3)230頁。

²⁴ なお、「団体法」という用語は、労働組合法を中心とした労使関係法を指すことが多いが(佐藤幸治ほか『法律学用語辞典』1057頁参照)、本稿では、社団、組合、会社等を念頭においている。

²⁵ 平成20年最判は、普通地方公共団体が、土地開発公社との間で締結した土地の先行取得の委託契約に基づく義務の履行として当該土地開発公社が取得した当該土地を買い取る売買契約を締結する場合にあっても、上記委託契約を締結した普通地方公共団体の判断に裁量権の著しい逸脱又は濫用があり、上記委託契約を無効としなければ地方自治法2条14項、地方財政法4条1項の趣旨を没却する結果となる特段の事情が認められるなど上記、委託契約が私法上無効であるときや、上記委託契約が私法上無効でないものの、これが違法に締結されたものであって、当該普通地方公共団体がその取消権又は解除権を有している場合や、委託契約が合理性を欠きそのためその締結に予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵が存し、かつ、客観的にみて当該普通地方公共団体が当該委託契約を解消することができる特殊の事情がある場合であるにもかかわらず、当該普通地方公共団体の契約締結権者がこれらの事情を考慮することなく漫然と上記売買契約を締結したときは、当該売買契約の締結は違法に当たるとした。『ジュリスト増刊 最高裁時の判例VI』(2010)67頁(内野俊夫)。

長一高橋注)が本件公社の理事長として本件委託契約解消の申入れに応ずることは、本件公社との関係では職務上の義務違反が問われかねない行為である」と指摘する。

次に、公社の基本財産への出資割合に着目し、「市は、本件公社の設立団体の一つにすぎず、出資割合も基本財産の14%を占めるにとどまり、また、本件公社の運営上の重要事項は理事会が議決するものとされているのであるから、上告人が本件公社の理事長として上記解消につき他の設立団体や理事の同意を取り付けることは一層の困難が予想される」と述べ、「本件において、客観的にみて市が本件委託契約を解消することができる特殊な事情があったとはいえない」と結論付けた。

最高裁は、上告人と土地開発公社との関係を、理事長としての立場（これは前述の法人や株式会社における理事や取締役の考え方に類似しよう）と出資割合（団体の意思決定の側面）の双方から検討し、「特殊な事情」を否定するに至った。

(2) 同じく民事的発想（充当合意—民法488条以下）を持ち込んでいるのが、最判平成22年3月25日（判時2081号3頁—以下、③判決とする）である。

③判決は、市長らに対して、大阪府市町村職員互助会に対する補給金支出が違法であるとして、不当利得返還請求をすべきことを求めた住民訴訟である。

控訴審継続中に、互助会と市との間になされた充当合意の効力が争われたが、控訴審判決（大阪高判平成20年10月30日・判例集未登載）は本件充当合意の効力を否定した。しかしながら、最高裁は、「弁済が事実行為であっても、これによって生じた法律上の効果を当事者双方の合意により排除することは何ら妨げなく、しかも、弁済の目的物を合意の上弁済者に返還することは、特段の事情のない限り、弁済の効果を排除する

合意を伴うものと推認し得る」とした最判昭和35年7月1日（民集14巻9号1641頁）²⁶を引用し、「本件充当合意は・・・上告補助参加人（互助会—高橋注）が高槻市に対して本件精算金債務を返還した時点でいったん生じていた、精算金の返還に関する債権債務の消滅を排除した上で、改めて本件精算金を本件訴訟において請求すべきことが求められている不当利得返還債務に充当するものであると解されるところ、いったん弁済によって生じた法律上の効果を当事者双方の合意により排除することは妨げられないものというべきである」と述べ、「高槻市が上告補助参加人に対して有していた本件請求権は、本件充当合意により、そのすべてが消滅したものである」と結論付けている²⁷。

弁済の充当に関しては、民法の文献においてもあまり深く論じられていない領域であり²⁸、昭和35年判決の引用が果たして妥当であったかどうかには議論の余地があろう²⁹。最高裁においても、これらの問題について考慮がなされたようであり、宮川裁判官の補足意見が、「本件充当合意は、本件訴訟を終わらせるという意図の下に行われたとみることができる」と述べつつも、本件充当合意は保証人等の第三者に不利益を及ぼすものではなく、「本件充当合意の効力を否定することはできない」と結論づけていることから、その旨がうかがえる。

²⁶ 昭和35年最判に対する学説の見解も含め、友岡史仁「判批」『法セミ増刊 速報判例解説Vol.8』（2011）54頁以下。

²⁷ 本判決が民事法的処理を行ったことに関して、岸本太樹「判批」『平成22年度重要判例解説』60頁以下は批判的な見解を示している。亘理格「行政法判例の動き」同34頁のコメントも参照。

²⁸ 内田貴『民法Ⅲ（第3版）』（2005年）72—74頁、加藤雅信『債権総論』（2005年）372—374頁等。

²⁹ 判例時報2081号4頁のコメントは、昭和35年最判の「趣旨が住民訴訟において行使すべきことが求められている不当利得返還請求権を消滅させる内容の充当合意についても妥当することを示した点で、意義があるもの」とするが、住民サイドが主張する議会の議決（地方自治法96条1項10号）の必要性により踏み込むべきであったのではなからうか（この点について、友岡・前掲注（26）56頁、岸本・前掲注（27）61頁参照）。この点については、後に触れる。

II 補助金交付に関する判例の検討

1. 実務的思考による解釈

(1) 次に、平成17年に出された2つの最高裁判決（最判平成17年10月28日—以下、④判決とする、最判平成17年11月10日（判時1921号36頁）—以下、⑤判決とする）を中心に、補助金支出の公益性判断（地方自治法232条の2）に関する判断枠組みに着目してみたい。

これらの判決に共通するのは、Iで検討した①～③判決が、民事法もしくは団体の法理をうまく（類推）適用させることによって事案の解決を図っているのに対して、裁量審査において会社法の“経営判断原則”とうまく適合させていることである。

既に注(6)において指摘したように、会社法における“経営判断原則”に親和的な見解が実務家から出されており、奥宮京子氏は、「会社法に基づく株主代表訴訟においても、会社の取締役の業務遂行としての経営判断が問題になることがあるが、取締役の業務遂行は不確実な状況で迅速な判断をせまられることが多いことに鑑みて、行為当時の状況下で事実認識・意思決定過程に不注意がなければ、取締役には広い裁量の幅が認められるとする、いわゆる経営判断の原則が、裁判例の集積により確立されている・・・公益を目的とする自治と営利を目的とする会社とでは、政策ないし経営判断にあたって考慮すべき事項は異なるものの、裁量権の逸脱・濫用の有無について判断するための一般的基準として参考になると思われる（注にて、同じく注(6)で触れた中島肇氏の発言に触れている）」と述べている³⁰。

(2) ④判決は、町の出資を基本財産とし、当時の町長Aが理事をしてい

³⁰ 奥宮・前掲注(6)102頁

た振興協会（権利能力なき社団）に対する補助金交付の公益性が問われた事例である³¹。振興協会は公の施設（地方自治法244条1項一以下、「陣屋の村」とする）の管理・運営を委託されていたが、平成2年以降陣屋の村の運営収支は毎年度赤字という状況にあり、平成3年度から振興協会に対して補助金が交付されていた。

④判決は、次のように述べてこれらの補助金交付は違法でないと結論付けている。

「本件条例（一狭間町陣屋の村自然活用施設の設置及び管理に関する条例一高橋注）が陣屋の村を設置することとした目的に照らせば、仮に振興協会による事務処理に問題があり、そのために陣屋の村の運営収支が赤字になったとしても、直ちに、上記目的や陣屋の村の存在意義が失われ、町がその存続を前提とした施策を執ることが許されなくなるものではないというべきである。・・・本件雇用（一平成8年9月の調理員1名の雇用一高橋注）によって赤字が増加したという事情があったからといって、それだけで、陣屋の村を存続させるためにその赤字を補てんするのに必要な補助金を振興協会に交付することを特に不合理な措置ということとはできない。」

³¹ ④判決では、民法108条の法意を類推して議会の議決が必要であるとする滝井反対意見、及び住民訴訟における請求の放棄に関する問題もあるが、これらについては、寺田友子「判批」民商法雑誌134号2巻126頁以下、野呂充「判批」判自289号103頁以下、駒林良則「判批」判例評論574号15頁以下、④⑤判決双方に関して、岸本太樹「判批」『平成17年重要判例解説』53頁以下を参照。

なお、本稿で検討する経営判断の問題との関係で、滝井反対意見は以下のように述べている。

「このような議決（一議会の議決一高橋注）がされたといえない場合には、その補助金の交付は公益上の必要を直ちに肯定することのできないものというべきであり、そのような補助金の交付を決定した長の判断は善良な管理者としての注意義務を尽くしたとはいえないと解すべきである。」

野呂・前掲評釈105頁は、滝井反対意見について、Iで検討した①判決及び本判決後に、地方自治法237条の2の議会の議決のあり方について言及した最判平成17年11月17日（判時1917号25頁）を念頭においたものであるとしている。

「Aは、振興協会の理事長として、食堂営業の収入を増加させるため和食調理の腕の立つ調理員を採用すべきであると判断して本件雇用を決定したものであり、人件費の増加による赤字の発生の防止についても一応の見通しを持っていたものというべきであって、同人が本件雇用をしたことや、本件雇用をした平成8年9月から平成8年度の末日である平成9年3月末日までの間に他の調理員を解雇する措置に踏み切らなかったことが、経営上の裁量を逸脱した放漫な行為であったとはいえない。」

(3) ④判決に関して、長屋調査官は次のように述べている。

「振興協会の運営上の判断に対する評価の問題としても、事後の立場から振り返ってみれば判断に誤りがあり、その結果、経営赤字が発生、増大したからといって、機関の地位にある者に義務違反があったという評価が当然に成り立つものではない。この理は、会社の取締役の善管注意義務について一般に説かれているところと同様である³²。」

この“経営判断原則”に親和的な記述に対しては、寺田教授が、「本件の場合、この『経営判断の原則』によれば、振興協会の経営過程についても、補助金交付段階においても、裁量の逸脱濫用を見出すことは困難に思う³³」と指摘している。

また、④、⑤判決を踏まえ、「最高裁は、裁量を広範に認め特段の不正あるいは不合理がないかぎり長の判断を尊重する立場にあると評することもできる³⁴」との指摘もあり、“取締役の善管注意義務”の観点からのアプローチは、公益上の必要性に関する長をはじめとした行政サイド

³² 長屋・前掲注(7)91頁。更に、長屋文裕・法曹時報60巻4号238-239頁註(8)に同趣旨の記述がある。

³³ 寺田・前掲注(31)266頁。

³⁴ 駒村・前掲注(31)187頁。地方自治法232条の2における「公益上の必要」に関する判例動向については、確井・前掲注(5)194-205頁、同『公的資金助成法精義』(2006年)104-140頁に詳細な分析がある。後者では④、⑤判決についても言及されている。

の政策的(専門的?)裁量をより広く捉える方向に作用するのではなからうか。例えば、神田教授は経営判断原則の参考判例として、東京地判平成16年9月28日(判時1886号111頁)を挙げられているが³⁵、判旨の一部を抜き出すと、「取締役の業務についての善管注意義務違反又は忠実義務違反の有無の判断に当たっては、取締役によって当該行為がなされた当時における会社の状況及び会社を取り巻く社会、経済、文化等の情勢の下において、当該会社の属する業界における通常の経営者の有すべき知見及び経験を基準として、前提としての事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か及びその事実に基づく行為の選択決定に不合理がなかったか否かという観点から、当該行為をすることが著しく不合理と評価されるか否かによるべきである」と述べており、これを補助金交付の公益上の必要性に引き直せば、極端な事例を除いて公益上の必要性の要件は満たされることになるだろう。

(4) ⑤判決は、第三セクターに対する補助金交付が争われた事例であり、傭船契約合意解除の精算金に係る補助金(第1補助金)、金融機関への借入金返済に係る補助金(第2補助金)の公益性が問われた事例である。第1審判決(山口地判平成10年6月9日・判時1648号28頁)はいずれの補助金も違法であると判断したのに対し、控訴審判決(広島地判平成13年5月29日・判時1756号66頁)は、第1補助金は当時の市長(上告人)が公益上の必要性があると判断したことにつき、「裁量権の逸脱又は濫用があったとまでは認められない」としたが、第2補助金については公益性があると判断したこと、「裁量権の逸脱があった」として判断が分かっていたものである³⁶。

³⁵ 神田秀樹『会社法(第8版)』(2006年)188頁。

³⁶ 控訴審判決については、『地方自治判例百選(第3版)』88頁(桑原勇進)等。また、確井・前掲注(5)197-198頁が第1審、控訴審判決、同・前掲注(34)111-113頁が第1審判決から最高裁判決(⑤判決)までについて言及している。

住民訴訟における行政判断尊重と民事法的思考

最高裁は、第2補助金の支出の経緯について検討したうえで、次のように述べ、裁量権の逸脱・濫用を否定した。

「このような本件事業の目的、市と本件事業のかかわりの程度、上記連帯保証がされた経緯、本件第2補助金の趣旨、市の財政状況に加え、上告人は本件第2補助金の支出について市議会に説明し、本件第2補助金に係る予算案は、市議会において特にその支出の当否が審議された上で可決されたものであること、本件第2補助金の支出は上告人その他の本件事業の関係者に対し本件事業の精算とはかかわりのない不正な利益をもたらすものとはうかがわれないことに照らすと、上告人が本件第2補助金を支出したことにつき公益上の必要があると判断したことは、その裁量権を逸脱し、又は濫用したものと断すべき程度に不合理なものであるとはいうことはできないから、本件第2補助金の支出は、地方自治法232条の2に違反し違法なものであるということとはできない。」

(5) 控訴審判決と⑤判決の分岐点は、第2補助金の支出に際して、連帯保証人に応分の負担を負わせなかった点にあるが、控訴審判決が裁量権の逸脱を認めたのに対して、⑤判決は、上記部分に続けて、「本件第2補助金の支出に先立ち、市が本件借入金の連帯保証人に応分の負担を負わせること等をしなかったとしても、この結論を左右するものではない」と述べている。ここでは、上告人サイドの政策的判断（裁量）が優先されているが、⑤判決はその根拠を明確にはしていない（市が事業の推進に主導的役割を果たしたことのみであろうか）。

むしろ、⑤判決の判断に対して、「通常の経済取引の原則からすれば妥当とはいえまい³⁷」との批判が向けられよう。「公益上の必要性を一義的に決定することは困難であり、それぞれの社会的、経済的、地域的諸事

³⁷ 岸本・前掲注(31)55頁。

情の下において、個々具体的に決定していかざるを得ない」との判例時報1921号36頁のコメントがあるが³⁸、官民のリスク配分も含め広く行政サイドの裁量が認められるというのが⑤判決の基底にあるのではなからうか。

2. 補助金交付の類型化

(1) 既に本稿のはじめに言及したように、補助金交付については事例ごとの類型化がなされている。例えば、碓井教授は、④、⑤判決のような第三セクター（外郭団体）への補助金交付のほか、議員・職員グループに対する補助金、自治会・町内会等に対する補助金に分けて判例動向を検討されている³⁹。

また、近藤哲雄教授も営利企業、第三セクター、政治団体、議員・議会各会派に対する補助金に分けて、分析されており類似の視点から検討がなされている⁴⁰。このような分類を前提に検討した場合、興味深い事例が⑥最判平成18年1月19日（判時1925号79頁以下、⑥判決とする）である。

(2) ⑥判決は、元県議会議員にあった者により構成された権利能力なき社団に対する補助金交付の適法性が争われたものである。④、⑤判決と同様に行政の政策的（⑥判決の場合は政治的判断も含まれようか）判断ないし裁量が審査されることになったが、最高裁は次のように述べて補助金交付を「裁量権の範囲を逸脱し」ており違法と結論付けている。

「本件各補助金の対象となった事業は、いずれも被上告人元議員会の会

³⁸ なお、判時1921号36頁のコメントは、④判決について言及しているものの、善管注意義務に関しての言及はなされていない。

³⁹ 碓井・前掲注(5)193-205頁。また、碓井・前掲注(34)102頁以下も同様の観点から分析がなされている。

⁴⁰ 近藤・前掲注(5)167-171頁。

員の内部的な行事等であって、住民の福祉に直接役立つものではなく、その事業それ自体に公益性を認めることはできない。」

「本件各補助金の交付の趣旨は、県議会議員の職にあった者の功労に報いることと、その者らに引き続き県政の発展に寄与してもらおうことにあるということができるが、県議会議員の職にあった者も、その職を退いた後は、もはや県民を代表する立場にはないのであるから、上記の趣旨により被上告人元議員会の内部的な事業に要する経費を補助するとしても、県議会議員の職にあった者に対する礼遇として社会通念上是認しうる限度を超えて補助金を交付することは許されない。」

⑥判決の判断枠組みは、④、⑤判決同様に伝統的な裁量審査に基づいているものと考えられるが、“社会通念”が「公益上の必要性」の判断にマイナスに作用している。

④、⑤判決のような外郭団体への補助金交付の事例が、(会社法上の善管注意義務も手伝って)行政サイドの政策判断に広範な裁量を認めているとすれば、⑥判決は同じ行政サイドの政策判断であっても類型ごとに認められる裁量の幅が異なることを示しているといえよう^{41・42}。

⁴¹ 勿論、どの類型であっても、判断代置方式は許容されないので(近藤・前掲書168頁)、“社会通念”の判断に当たって、裁判官独自の価値判断を持ち込むことはできない。

⁴² 最判平成23年1月14日(判時2106号33頁)は、地方自治体が普通財産である土地を自治会に無償譲渡した事例につき、地方自治法232条の2所定の公益上の必要があるとした町長の判断に裁量権の範囲の逸脱、濫用はないと判断している。

判時2106号34頁のコメントは④～⑥判決と同様な考え方に依拠したものとしているが、本文において述べたように、類型化して考察した場合には、事例によって判断は異なってくると考えられる。筆者のミスで平成23年最判を考察の対象に加えることができなかったが、補助金交付の事例は後日改めて整理してみたい。

Ⅲ むすびにかえて

1. 民事法のあてはめ

(1) ①～③判決に共通するのは、政策的事項を民事法理に当てはめている(①、③判決は民法の規定へのあてはめ)ことである。①、③判決においては、民法の(類推)適用によって地方自治法をはじめとした関連法規との関係が曖昧になる。

①判決では、市と財団法人との関係を「準委任的な関係」として構成していることに再度着目してみたい。原審においては、地方財政法4条1項による制約を考慮し、「裁量権の逸脱、濫用」が指摘されていたが、①判決は、市と財団法人との関係について、「両者の間には実質的に見て準委任的な関係が存したものと解する余地がある」と述べており、財団法人側から市に対する費用償還請求権が生じることを前提とした判断を示している⁴³。この「準委任」的性質に言及することにより、原審と裁量審査における考慮事項の差異を導き出す。但し、「準委任」的性質に言及することにより、そもそも双方代理に関する民法108条の類推適用の必要性が曖昧になっている⁴⁴。

また、「デザイン博の準備及び開催運営に関する市と第1審被告協会との関係の実質、第1審被告協会が行ったデザイン博の準備及び開催運営の内容並びにこれに関して支出された費用の内訳を検討しなければ、本件各契約の締結について裁量権の逸脱、濫用があったかどうかを判断することはできないものというべきである」と述べることで、地方財政法の趣旨から裁量審査を行っている原審よりも、裁量権を実質的に広げているということもできよう。

⁴³ 林・前掲注(12)186頁、石井・前掲注(20)171頁参照。

⁴⁴ 稲葉・前掲注(4)50頁の指摘を参照。

住民訴訟における行政判断尊重と民事法的思考

(2) ③判決においては、充当合意によって、「高槻市が上告補助参加人（一大阪府市町村職員互助会－高橋注）に対して有していた本件請求権は、本件充当合意により、そのすべてが消滅したものである」と結論付けているが、住民サイドが主張する議会の議決（地方自治法96条1項10号）を経ていない問題については、「本件充当合意の効力を否定すべき理由」には該当しないという判断が前提として存在する（前述の宮川裁判官の補足意見も参照）。

しかしながら、本件充当合意が実質的には債権の放棄を内容とするものに等しいとの主張を、民事法の枠組みで解決しようとする③判決の判旨には、議会の議決を不要とさせるだけの説得力に乏しいといわざるを得ない。

(3) 注(24)で触れた、最判平成20年1月18日は、自治体サイドの政策事案の扱いに厳しい姿勢を示しているが、差戻し後上告審である②判決はどうであろうか。

ここでは、②判決が、「市が本件委託契約を解消できる特殊な事情があったとはいえない」と判断するに当たり、出資割合に着目していることについて検討してみる。団体の意思決定に関しては、過半数による意思決定が原則と解されるが（民事法の領域では、「社員総会」に関して、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律49条1項、「組合」に関して民法670条1項、「株主総会」に関して、会社法309条1項等）、②判決の判旨によれば、「出資割合も基本財産の14%を占めるにとどま」っていることが、「特殊な事情」が否定された根拠の一つとされている。

ところで、公有地の拡大の推進に関する法律13条2項は、設立団体に対して基本財産の2分の1以上の出資を求めているが、本件のように複数の地方公共団体が設立団体となっているケースにおいては（判時2067号21頁）、出資割合に着目すると、②判決同様に「特殊な事情」が否定される場合が多くなることが推測される⁴⁵。

⁴⁵ なお、公有地の拡大の推進に関する法律13条1項により、土地開発公社への出資は

2. 補助金交付における“経営判断原則”

(1) ④判決で、自治体サイドの政策的裁量を広めに解釈する方向に作用しているのが、長屋調査官が言及する「取締役の善管注意義務」のアナロジーであるが⁴⁶、このように、会社法における善管注意義務ないし“経営判断原則”と親和的な立場が実務家サイドから言及されており⁴⁷、今後、補助金の公益性が問われた際に自治体の政策的裁量ないし政策判断を広範にする方向に作用しうる。⑤判決においても、明示的ではないにせよ同様の観点から、補助金支出を肯定していると考えられる。

しかしながら、自治体の政策判断と“経営判断原則”を同一の視点から論じることはできない。⑥判決において、元県議会議員らに対する補助金交付を「県議会議員の職にあった者に対する礼遇として社会通念上是認し得る限度を超えている」と断じてその違法性を認め、④、⑤判決による補助金交付の政策的裁量の追認という流れを絶ったのは、今後の補助金交付における裁量判断の審査においても一定の指針を持つてくるものと考えられる。

今後求められるのは、IIで触れたように、補助金交付のケースの類型化とそれぞれのケースにおける統制をどのように行うかの検討であろう⁴⁸。少なくとも自治体の補助金交付の事例全てに“経営判断原則”を当てはめることはできない。

3. 政策判断と法令との抵触

(1) これまで触れてきた政策判断ないし政策的裁量の問題も、法令と抵

地方公共団体に限定されている。

⁴⁶ 長屋・前掲注(7)91頁、同前掲注(32)238-239頁註(8)を参照。

⁴⁷ 注(6)で触れた、判自314号の奥宮京子氏の論文や、判自300号の「鼎談 住民訴訟をめぐる」における中島肇教授の発言を参照。

⁴⁸ 類型化については、碓井・注(3)193-205頁、同注(34)104-140頁、近藤・注(5)167-171頁において分析がなされている。

触することはできない。この点については最高裁も明確にしているところである。

最判平成16年1月15日（民集58巻1号156頁）は、第三セクターへの職員派遣（県の職員派遣と給与負担）について、地方公務員法24条1項、30条、35条違反に反するものであり、給与支出を違法と断じている。

更に、最判平成22年9月10日（民集64巻6号1515頁）は臨時的任用職員に対する期末手当の支給が、地方自治法204条2項、同法203条5項（現203条の2第4項）、同法204条3項の要件を満たさず違法であると断じている。いずれの判決においても過失が否定されているが、平成22年最判における千葉裁判官の補足意見が注目される。

千葉裁判官は給与条例主義に関する問題点を指摘した上で、
「本件における茨木市はもとより、以上のような要請を満たしていない地方公共団体においては、本判決の言渡し後は、臨時的任用職員に対する手当等の支給については、地方自治法204条2項及び同法204条の2の要件との関係で、その適法性の有無を早急に調査すべきである。その結果、本件と同様な事態が存する場合には、上記要件を欠く支給であることは容易に知り得るのであるから、そのような違法状態を解消するため条例改正が速やかに行われるべきであって、漫然と条例を改正しないまま手当の支給を続けるときには、当該地方公共団体の長は、違法な手当等の支給について過失があるとして損害賠償責任が追及されることにもなる。」と、自治体サイドの漫然とした対応に警告を発している。

(2) 実際、平成16年最判から2年後のさいたま地判平成18年3月29日（判自301号14頁）は、「公益法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律」施行後の状況も踏まえて、同法の手続きを踏まざりなされた職員派遣を違法とすると同時に、長の過失も認定している。

仮に自治体サイドの政策裁量が広く認められるとしても、あくまでも

法令の範囲内でのことであり、下級審、最高裁を問わず、裁判所には法令解釈について厳しい姿勢で臨むことが期待される⁴⁹。

⁴⁹ この点、最近の最高裁判決において、「裁量」がやや強調されすぎている傾向がある。最判平成23年12月2日における「政策的ないし技術的な見地からの裁量」及び最判平成23年12月15日における「政策的、技術の見地からの裁量権」（いずれも最高裁HP）を参照。後者の判決は、行政委員会委員に対する月額報酬の差止めが認められた大津地判平成21年1月22日（判時2051号40頁）、大阪高判平成22年4月27日（判自331号53頁）の最高裁判決である。