

# 前市長に対する国賠法上の求償権の不行使が違法な怠る事実と該当するとされた事例(2)

東京地裁平成二三年二月二日判決(平成二一年(行ウ)第二四九号) 判例時報二一〇四号一九頁

山梨学院大学法学部専任講師  
板垣勝彦

## 筆者紹介

昭和56年3月、福島市生まれ。東京大学法学部卒業、東京大学法科大学院修了。東京大学助教、国土交通省住宅局主査を経て、平成23年4月より現職。

【近年の著作】

「良好な景観の恵沢を享受する利益は法律上保護されるか」法学協会雑誌127巻12号(平成22年)、「保障行政の法理論(1)~(8・完)」法学協会雑誌128巻1号~8号、「商工協同組合の粉飾決算・破産において県に指導監督権不行使の違法を認めた事例」自治研究87巻2号、「任意買取契約に応じた後に憲法29条3項の損失補償を求めることの可否」会計と監査2011年7月号(以上、平成23年)、「利根川水系における構想段階の洪水調節施設に係る図面の一部不公開決定が取り消された事例」季報情報公開・個人情報保護25号、「公営住宅法の課題(1)(2・完)」自治研究88巻6号・7号(以上、平成24年)

## 【評釈】

判旨に賛成。

### 一 争点①について

#### (1) 狙い撃ちの禁止

普通地方公共団体を統轄・代表する義務を負っている長は、私人(私企業)に保障される営業の自由を尊重すべき義務を有しており、その営業の自由を積極的に侵害することがないように配慮し、行政目的を達成する上での中立性・公

平性を保持して行動することが要請される。長が行政目的を達成する上では、多くの困難に直面する。時には妥協を余儀なくされることもあるだろう。Zにとつて至上の価値を有する行政目的は、景観の保全だったわけであるが、追求した目的がいかに素晴らしいものであったとしても、施策を遂行する過程において、私人(私企業)に保障された営業の自由を積極的に侵害したり、行政に求められる中立性・公平性を逸脱することがあつてはならない。法の支配が及ぶ立憲国家においては、公衆の多

数派による支持を背景に法を逸脱することは許されないのである。有名な個室付き浴場事件において、最判昭和五三年五月二六日民集三三巻三号六八九頁は、風俗営業を阻止する目的でなされた児童福祉施設の設置認可は、形式的には要件法令に適合しているが、当該業者に対する関係では国賠法上違法となる旨を論じている。つまり、行政の採った諸施策が単体では法律の要件を充足していても、全体をみると行政に求められる中立性・公平性を逸脱しており、特定民間企業を狙い撃ちにして損害

を与えたと評価される場合には、その企業との関係で、採られた諸施策は違法となるのである。ただ、この種の事案が住民訴訟にまで持ち込まれたケースは、意外と少ない。先例としては、田無市長が市の施行する駅前の再開発事業に反対の立場を採っていた事業者に対して水道の給水を留保したことが問題となつた、東京地判昭和五八年五月一日判夕五〇四号一二八頁がみられる程度である。この事案では、事業者が市に請求した国家賠償が認められたことで市が二七万円を支払う羽目に

なつたとして、市は市長に対して賠償として支払つた分と同額の請求権を有するとされ、旧四号請求が認められている。

## (2) 施策の変更と事業者の信頼

ところで、景観保全を争点の一つとする選挙で当選した市長が景観保全のための諸施策を実行すること自体は、民主政治の健全な過程に属するものとして大いに尊重に値する。だが、公平の見地からみて、行政が特定企業を狙い撃ちにして損害を与えてはならないのも、法治主義の重要な要請であることを忘れてはならない。

もつとも本件は、工場誘致施策の変更が問題となつた最判昭和五六年一月二七日民集三五卷一号三五頁ほどには、事業者の側に保護に値する利益は認められない事案と思われる。たしかに本件の東京海上跡地は、大学通り沿道では唯一文教地区に指定されていなかった上に、第二種中高層住居専用地域として、建築物の高さ自体が規制されないばかりか、法形式上は(容積率の範囲内で)高層マンシ

ョンを建築することがむしろ推奨されるべき地域であつた。しかし、この地域が良好な景観の保全について極めて高い意識を有していることは公知の事実であり、高さ制限を本件土地に限り意図的に外していたというよりは、うっか・抜け落ちていたというのが本当のところであろう。工場誘致施策の事案のように、公共団体が積極的に高層マンション建築を誘致したわけでもない。むしろ、明和地所の側も、本件建物を建築する上で周辺住民から多大な反発を受けることは、容易に予想できたはずである。前件訴訟の控訴審で賠償額が大幅に減額されたのは、このあたりの事情を考慮したためと考えられる。

### 二 争点②について

#### (1) 求償権の問題

争点②は、求償権に固有の問題である(注2)。求償権に関しては、佐賀地判平成二二年七月一六日判時二〇九七号一一四頁が注目される。これは、当時の佐賀県知事

(前知事)が、佐賀商工共済協同組合(商工共済)が多額の債務超過を粉飾経理によつて隠蔽したまま事業を継続していることを知りながら、中小企業等協同組合法によつて付与された規制権限を行使せずに漫然とこれを放置したために、商工共済が破産するに至つたという事案である。商工共済の組合員らは、佐賀県に対して国賠訴訟を提起し、請求認容で確定した(注3)。損害賠償金を支払つた県は、今度は前知事に対して国賠法一条二項に基づく求償権の行使として四億九〇〇万円余りの支払いを求めたところ、佐賀地裁は、前知事の重大な過失を認定し、請求を全部認容した。違法の態様が長の作為か不作為かという違いはあるが、本判決の構造は、この佐賀地判の求償訴訟に住民訴訟の四号請求が組み合わされたものと理解するとわかりやすい。

#### (2) 前件訴訟との関係

前件訴訟との関係をみていこう。本判決では、求償権の存否について判断する必要があるため、

違法と故意・重過失が別個に認定されているのだが、興味深いのは、職務義務への違反という視点から、違法と故意・重過失が一緒くたに判断されている部分も同時に存在することである。これは、前件訴訟が違法と故意・過失をほとんど区別せずに不法行為の成否を論じた影響と思われる(注4)。つまり、判断が重複する部分に関して、本判決が前件訴訟の判決とほぼ同一の言い回しを用いたがために、こうした奇妙な現象が起きたのだと推察される。このような判決文の書き方は、実質的な争点为重なり合っている部分に関して前件訴訟との矛盾抵触を防ぐために許容されようが、できることならば、前件訴訟(国賠訴訟)の段階で違法と故意・過失を区別して認定するなど、裁判所には、もう少し洗練した理論構成を提示するよう求めたい。

ところで前件訴訟では、Zの故意・過失は争点となつておらず、あつさりこれが認められている。しかし、かりに国賠訴訟の確定判決で公務員の故意・重過失が

認められていたとしても、判決理由中の判断にとどまるために、求償訴訟において、この判断に拘束されるわけではない(注5)。この点は、一見すると紛争が蒸し返されていくようだが、担当公務員個人に故意・重過失まで要求される求償訴訟とは異なり、国賠訴訟では公務員に軽過失が認められれば請求が認容されるため、当事者の主張・立証に対する力の入れ具合も違ってくるというものである。

う。したがって、求償訴訟・住民訴訟において、改めて故意・重過失について当事者に主張・立証を尽くさせる方向で問題ないと思われる。ただし、今後において、前掲佐賀地判のような求償訴訟や本件のような住民訴訟が頻発してくれば、訴訟経済の観点から、前件訴訟(国賠訴訟)で当事者双方が綿密な主張・立証活動を展開した上で裁判所が下した判断には、理由中の判断といえども一定の裁判上の拘束力を認めるといふような、立法による抜本的解決が求められることになるかもしれない。

### (3) 具体的な認定

具体的な故意・重過失の認定について検討する。前掲佐賀地判の事例は、規制権限不作為のケースであり、専門家の間でも重過失の認定について見解が分かれる問題であったのに対して(注6)、本件は長がかなり先導して能動的に違法行為を行っている点が特異であり、故意・重過失の認定に比較的困難はない。

本件条例施行時に根切り工事を行っていた段階の本件建物には、条例の高さ制限規定は適用されるのか、あるいは既存不適格の建物として条例の適用を免れるのかというの、建築基準法三条二項にいう「現に建築の工事中の建物」の該当性をめぐる微妙な解釈問題であり、裁判例は分かれていた。

こうした状況下では、平成一二年東京高決の理由中で条例の適用を肯定する判断が示されたからといって、Zが議会内において無留保で本件建物が違法建築である旨を発言し、東京都知事等に対して本件建物のうち高さが二〇mを超える部分について電気・ガス・水道

の供給の承諾が留保されるように働きかけた行為は、市長として軽率の誹りを免れない。

Zは、本件建物の建築・販売を阻止することを目的として一連の本件違法行為に及んでおり、長に要請される中立性・公平性を逸脱し、急激かつ強引な行政施策の変更又は異例かつ執拗な目的達成行為と評価される基礎事実を十分に認識していた以上、少なくとも重過失があつたというほかないであろう。

なお、この点について、求償権の行使を可能ならしめる重過失が認められるためには、Zが政策変更を私的利害に係らしめて実行したなどの付加的事情まで検討すべきであり、本判決の認定する事情だけでは不十分だという批判がある(注7)。曰く、求償権の行使を限定的にしなければ、選挙で選ばれた長が新政策を遂行することが抑制されてしまう、と。しかし、この批判には賛成できない。たしかに、景観保全を公約に掲げて当選した長が、景観保全のための諸施策を実施に移すこと——場合に

よつては従来の政策の変更を伴うかもしれない——自体は、民主政治の正当なプロセスとして尊重される。だが、諸施策の遂行は、法的手段として許容される限度で行われなければならない。本件でのZの一連の行為は、明和地所の権利・利益を違法に侵害するものにほかならず、法的手段として到底許容されるものではない。本判決の認定した事情だけで、求償権の根拠づけには十分である。

(注2) 求償権に関する精緻な研究として、参照、阿部泰隆「国家賠償法上の求償権の不行使からみた行政の組織的腐敗と解決策」自治研究八七巻九号三頁。

(注3) 佐賀地判平成一九年六月二二日判時一九七八号五三頁。この国賠訴訟に関しては、参照、拙稿「商工協同組合の粉飾決算・破産において県に指導監督権不行使の違法を認めた事例」自治研究八七巻二号一三二頁。

(注4) 前件第一審は、Zの行為の違法性を滔々と論じた上で、末尾で付け足しのように故意・過失について言及している。これに対して前件控訴審は、「不法行為」という用語を多用しており、違法性と

故意・過失の区別を(意図的か否かは不明だが)回避している。

(注5) 宇賀克也『国家補償法』有斐閣(一九九七)八七頁、大西達夫「判批」判例地方自治三四六号九七頁(一〇一頁)。

(注6) 参照、阿部泰隆「組織の腐敗・組織的違法(特に行政のそれ)をなくす法システム創造の提案(二・完)」自治研究八六巻一〇号三八頁(七〇頁)。

(注7) 小谷真理「判批(本判決)」判例地方自治三五二号一七頁(二〇頁)。

### 三 争点③について

#### (1) 寄附の法的性質

損害の填補に関しては、明和地所の行った寄附の法的性質の解明が一つの争点となった。それにしても、公務員による不法行為の被害を受けた者が国賠請求で受け取った金銭相当額を公共団体に寄附すること自体、法の想定していないところであったと思われる。同種の事案が今後起きるか分からないが、興味深い問題を提起したといえよう。

本判決は、(1)明和地所は損害賠償

金に係る債権の放棄・返還という構成を明示的に拒絶しており、教育環境の整備や福祉の施策に役立ててほしいとの趣旨を明示して抛出されたものであり、(2)国立市においても、損害賠償金の返還ではなく一般寄附として取り扱ったものであること、(3)本件寄附の金額は、結果的に、国立市が前件訴訟の訴訟費用に係る請求を放棄することを事実上の条件として確定されたものであることを考慮すると、この寄附は本件損害賠償金の填補として支払われたものとはいえないとした。

寄附した明和地所に関する(1)(3)の認定事実、および寄附を受けた国立市に関する(2)(3)の認定事実を踏まえれば、当事者の合理的な意思解釈として、本件寄附を損害賠償金の填補にあてたとみること、は、相当に困難であろう。

#### (2) 訴訟費用その他の債権と求償

本判決は、市が実際に支払った損害賠償以外にも、前件訴訟に係る弁護士費用等や、明和地所から新指導要綱に基づく整備協力金を

受け取れなかったなどの損害が生じていることを求償権発生の根拠に挙げているが、これはこの住民訴訟で取り扱うことのできる事項なのだろうか。

この点、浦和地判平成八年六月二四日判タ九二五号一八四頁は、「国家賠償法一条二項により公務員個人に求償することができるのは、被害者が被った損害に対する賠償額に止まるというべきであり、公共団体が、被害者からの国家賠償請求を争ったために要した費用は、それが、公共団体にとって必要な費用であったとしても、被害者の被った損害ではないから、同条項による求償の対象とはならない」と判示している。つまり、訴訟費用等は国賠法上の求償権とは別の債権ということである。

ただし、前掲浦和地判は、引用箇所の直後で、「これを被告が原告に直接与えた損害として、損害賠償請求をなしうるかどうかは別論である」とも論じており、訴訟費用や負担金の受け取れなかった部分については、別途公共団体から担当公務員への損害賠償として

請求する余地を残している。となれば、怠る事実の対象となる債権は、この範囲まで含めることができると解するべきであろう(国賠法上の「求償権」として請求できるわけではないので、本判決の表現は若干修正する必要があると考える)。

#### (3) 仮に填補がなされたとすれば...

なお、本件では結果として問題となっておらず、判決も言及を避けているが、損害の填補がなされてしまえば、怠る事実の請求はなしえなくなるのだろうか。

この点、最判平成二二年三月二五日判時二〇八一号三頁では、事前に他の債権の弁済として交付された金銭を住民訴訟の請求の対象である債権に充当する旨の合意について、適法と判断されている(注8)。また、最判平成二三年一月一四日判時二一〇六号三三頁は、自治会の地域集会所を建設するに際して町が普通財産である土地を自治会に無償譲渡したことが住民訴訟で争われた事案である。

結論として請求は棄却されたのだが、理由の一つとして、土地の購入資金したい開発業者から地域集会所の建設費用に充ててほしいとの名目で町に寄附されたものであったから、無償譲渡によって町の財産が実質的に減少したとはいえないことが挙げられており、注目される。

債権の不行使が怠る事実として問題になるのは、公共団体の被った損害の填補にあてるべく支払義務者に請求すべき権利を怠っているためであるから、別途、損害の填補がなされた場合にまで、債権の行使を義務付ける必要はないと思われる。

(注8) この事件の評釈として、巽智彦「判批」会計と監査二〇一二年一月号四〇頁、二月号四四頁がある。

#### 四 争点④について

求償権の行使が信義則に反するか否かとの関連では、公共団体の組織体制が問われよう。特定の諸施策を実施したことの違法が問われる事案では、長が単独で違法行

為を行うわけではないので、理論的には求償権の行使に際して過失相殺の適用が検討されうる。前掲佐賀地判では、前知事が過失相殺について主張を怠ったために全額の請求が認められてしまったが、上訴審では過失相殺が適用されて一定程度減額されるであろう。

前掲浦和地判は、担当公務員への求償において過失相殺が認められた事例である。この事案では、町の税務課長がエセ同和団体の圧力に屈して不実の宅地課税証明書を交付したために、その課税証明書を信頼して取引に入った宅地開発業者が損害を被ったとして、町に国家賠償が請求された。この国賠請求が認容されたことの後始末として、町から税務課長に求償がなされたところ、判決は、エセ同和対策を十分に講じていなかった市にも組織的な責任があるとして、二割の過失相殺を認めたのである。

この文脈における過失相殺は、担当公務員の落ち度のみを追及するのが公平の見地からみて妥当ではなく、不法行為を生み出す土壤が公共団体の組織体制にも存在し

たような局面に限り認められるべきであろう。前掲佐賀地判のように規制権限不作為の違法が問われる事案では、「何もしない」という決定を含めて）ほぼ全ての重要決定が知事以下の幹部職員によって組織的に下されているのであるから、不法行為を生み出す土壤を公共団体の組織体制に求めることに無理はなく、相応の過失相殺が認められて然るべきと思われる。

これに対して、本件のごとく、市長が自身の正しいと信じて疑わない諸施策を率先・主導して断行したような事案では、過失相殺を認めるべきではない。国立市のケースも含めて、近年の「改革派」首長には、議会や職員組織との対立構造を演出して公衆の支持を獲得し、その支持を頼みに議会や職員組織の反対を押し切つて（押し切ることでさらに公衆の支持が増幅するから始末が悪い）諸施策を断行するという傾向がみられる。その是非は別にして、この種の事案では、不法行為を生み出す土壤を公共団体の組織体制に求めることはできず、——組織体制が首長の

独断・専横を放置したといえる事情があればともかく——公共団体の側にも過失があつたということに到底いえないからである(注9)。

(注9) むしろ実際には、首長が単独で行動する局面は少なく、議会や職員組織の中に首長への賛同者(シンパ)が形成され、ともに行動することがほとんどであろう。本件の国立市でも、議会内にZへの賛同者が存在していることが認定事実から推認される。しかし、このような賛同者の集団も、多くの場合は首長が先導して形成しているわけで、過失相殺を認める事由にはなりにくい(筆者は、むしろ逆に、首長側の帰責事由の一つとなると考える)。

#### 五 争点⑤について

本判決は、はみ出し自販機判決(最判平成一六年四月二三日民集五八巻四号八九二頁)を引用した上で、具体的なあてはめを行つている。はみ出し自販機判決が示した基準は、④地方公共団体が有する債権の管理について、客観的に存在する債権を理由もなく放置・

免除することは許されず、原則として、地方公共団体の長にその行使・不行使についての裁量はない、⑩しかしながら、「債権金額が少額で、取立てに要する費用に満たないと認められるとき」に該当し（地方自治法施行令一七一条の五第三号参照）、これを履行させることが著しく困難・不適當であると認めるときは、以後その保全及び取立てをしないことも許される、というものである。

はみ出し自販機判決以降の多くの訴訟では、この⑩要件へ該当するか否かが主要な争点となっている（注10）。だが本件では、債権金額は少額とはいえないし、取立てに要する費用が債権金額を上回るとは考えにくいから、⑩要件の定める例外的場合にはあたらないと思われる。むしろ本件のような求償権行使に際しては、⑨要件のほうが問題になりやすい。往々にして、債権の存否自体が、必ずしも明らかではないからである。つまり、求償権が認められるには、公共団体が国賠責任を負うか、さらに担当公務員に故意・重過失は認め

められるか、という二段階の審査を経る必要がある、法的にみて複雑・高度な判断が含まれる。判決が「長が債権の存在をおよそ認識し得ないような場合にまでその行使を義務付けることはできない」と論じているのは、長が求償権の存在について確信を得られない場合を念頭に置いたのであろう。こうして本件では、⑨客観的に債権が存在するといえるかが、主要な争点となる。

そこで本判決が示したのが、「少なくとも、客観的に見て当該求償権の成立を認定するに足りる証拠資料を普通地方公共団体の長が入手し、又は入手し得た」ならば、債権の不行使は違法な怠る事実には該当するという基準である。これは、長が談合をめぐる不法行為に基づく損害賠償債権の行使を怠っていることが問題となった最判平成二二年四月二八日判時二〇四七号一三頁などで示されている基準と同様であり、妥当と思われる。今後、判例の蓄積により、議論がさらに精緻化されていくことを期待したい。

なお、Yは本判決に対して控訴したが、平成二三年四月の市長選挙で敗北し、交代した現在の市長Aが控訴を取り下げたために、本判決が確定した。本評釈の脱稿時点（平成二四年五月）では、国立市がZに対して本件損害賠償金に係る求償訴訟を提起しており、東京地裁に係属中とのことである（注11）。

大半を支払い、その残余の部分についてののみ市が賠償金を支払ったという事案において、横浜地判平成一四年六月二六日判例地方自治二四一号四七頁は、その残存金額がそれほど多くない反面、その回収が困難と見込まれるという事情の下では、市が求償権を行使せずに訴訟を控えたとしても「怠る事実」があるとはいえないとしている。

（注10）市立小学校の教諭が生徒に加えた違法な体罰により傷害を負わせたところ、教諭自身が示談金の

（注11）国立市ホームページ「裁判の状況」を参照のこと。

（完）

## 日本財政法学会機関誌

### 財政法叢書 28

#### 『財政憲法の再検討』

##### I—シンポジウム・財政憲法の再検討

- 1 財政憲法の概念  
.....上代庸平
- 2 財政に関する憲法原則の再検討  
.....小沢隆一
- 3 憲法八九条「後段」再考  
—厳格説の再評価と緩和説批判—  
.....稲積重幸
- 4 租税法律主義の再考  
.....片上孝洋

##### II—「震災対策と財政法」に関する問題提起

- 震災対策と財政法  
.....甲斐素直

日本財政法学会事務局

メール kashiwazaki@rs.tus.ac.jp

〒278-8501 千葉県野田市山崎2641

東京理科大学理工学部教養 柏崎研究室内