

## 地方自治法判例研究(三)

——住民訴訟(その一)——

新 山 一 雄

- 一 はじめに
- 二 議会の議決に基づく行為と住民訴訟
- 三 公物管理権と住民訴訟

### はじめに

一 今日すっかり「住民訴訟」という呼称も定着した観のある、地方自治法二四二条の二による地方公共団体の住民の提起する訴訟の本質・性格については、これまで、さまざまな文献の中で論じられている。例えば、田中二郎博士によれば、「地方公共団体の長等の違法な行為等について、地方公共団体の財政の公正を確保する見地から、タックス・ペイヤーとしての住民が訴訟を提起することを認めている」<sup>(1)</sup>訴訟である、と説明され、また、成田教授によれば、「住民訴訟とは、地方公共団体の住民が、地方自治法二四二条の二の規定に基づき、地方公共団体の機関または職員による違法な公金の支出、財産の取得・管理・処分など一定の財務会計上の行為または怠る事実につ

いて、当該行為の差止め、取消または無効確認（ただし、行政処分たる行為に限る）、損害賠償、不当利得返還等を求めて提起する訴訟をいう。<sup>(2)</sup>とされ、さらに、大和判事は端的に、「住民訴訟は第一に民衆訴訟に属し、第二に客観的訴訟であり、第三に行政訴訟に属し、第四に代表訴訟の一種である」と規定されている。けっきょく、我國の住民訴訟というのは、地方公共団体の住民が、自らと直接の主観的関連性のない地方公共団体の機関または職員<sup>(3)</sup>の行為を巡って行なわれる訴訟ということになる。その意味で、住民訴訟は行政訴訟の中でも特異な性格をもつものであり、その法律上の要件も嚴格であるとされている。とりわけ、住民訴訟の対象となる行為は財務的事項に限られ、財務的な性格をもたないものは除外されるとされている。<sup>(4)</sup>

ところで、住民訴訟制度は、昭和二三年に新設され、昭和三八年改正法により整備されたものであるが、当初は比較的判例の件数も少なかったものが、改正後は一挙に判例数も増大し、その解釈運用上なお混乱し難解な問題を多く抱えている、とされている。<sup>(5)</sup>特に最近では、従来住民訴訟の対象とされてこなかった非財務事項についても住民訴訟を手段として住民が行政を統制していこうとする傾向が見られる、という指摘も存在している。<sup>(6)</sup>住民訴訟——特にその本質、対象、請求事項について——を巡る判例は、概観しても、論点が複雑をきわめ、多岐にわたるもので、対象とされる行政庁の行為あるいは請求事項もさまざまなものがある。既に、判例の類型化を試みる研究もなされているが、<sup>(7)</sup>本稿は、住民訴訟を巡る問題解明のための基礎作業として、できるだけ網羅的に関係判例の整理・要約を行い、それによって判例の動向を明らかにすることを目指すものであって、また、それ以上のものではないことを予めおことわりしておく。

(1) 田中二郎・新版行政法上《全訂第二版》三二二頁。

(2) 成田頼明「住民訴訟（納税者訴訟）」行政法講座三卷二〇二頁。

(3) 大和勇美「住民訴訟の諸問題」実務民事訴訟講座九卷四三頁。

- (4) 成田・前掲二一五頁。
- (5) 大和・前掲四四頁。
- (6) 原田尚彦「田子の浦へドロ判決への疑問」ジュリスト五七一号一〇〇頁。
- (7) 金子考雄「住民訴訟の実体的検討」公法の理論中——田中二郎先生古稀記念——一一四五頁以下。

一 議会の議決に基づく行為と住民訴訟

一 現行地方自治法二四二条の二による住民訴訟の対象となるものは、条文上は、同法二四二条一項との関連で、当該普通地方公共団体の長もしくは委員または当該普通地方公共団体の職員について、違法な公金の支出、財産の取得、管理もしくは処分、契約の締結もしくは履行もしくはは債務その他の義務の負担、ということである。ところで、これらの財政支出行為については、地方自治法上、通常は議会の議決を経て行なわれることになっている。そこで、住民訴訟に於ける財政支出行為の違法性の判断では、その前提として、議決自体の違法性が問題となってくる。住民訴訟という枠の中で、議会の議決と、それに基づく財政支出行為の関係がどう扱われるかについては、既に昭和三十七年三月七日の大法廷判決によって解決されたとされている。<sup>(1)</sup>

議会の議決の違法を理由に、議決に基づく知事の支出行為の禁止を求める訴えが認められるかについて、【最判昭和三十七年三月七日民集一六卷三号四四五頁】では次のように述べられている。「原判決が上告人の請求を容れなかつた理由は、地方公共団体の監査委員の権限に長以下の執行機関の行為の適否、当否に限られ、議会の議決の当否に及ばないことは明らかであるとし、地方自治法二四三条の二に基く監査の場合でも監査委員の権限は同様に解すべく、同条による訴訟においても、監査委員の権限以上にわたつて議会の議決そのものの違法までも是正せしめんとするものではなく、本件支出が大府議会の議決した予算に基く以上、上告人主張の支出の違法は、裁判所に

裁判を求めることのできる違法にあたらぬといふのである。そして上告論旨は、右の趣旨の原判示は法令の解釈を誤つた違法があるというにある。地方自治法二四三条の二による住民の監査請求及び訴訟は、地方公共団体の公金または財産に関する長その他の職員の行為を対象とするものであつて、議会の議決の是正を目的とするものではないことは原判示のとおりである。しかしながら、長その他の職員の公金の支出等は、一方において議会の議決に基くことを要するとともに、他面法令の規定に従わなければならないのは勿論であり、議会の議決があつたからといって、法令上違法な支出が適法な支出となる理由はない。原判決は、かかる場合には、同法五章に定める議会の解散請求によつて解決すべきものと考へるが如くであるが、同法が二四三条の二を五章とは別に規定した趣旨は、かかる直接請求の方法では足らず、個々の住民に、違法支出等の制限、禁止を求める手段を与へ、もつて、公金の支出、公財産の管理等を適正たらしめるものと解するのが相当である。かく解するならば、監査委員は、議会の議決があつた場合にも、長に対し、その執行につき妥当な措置を要求することができないわけではないし、ことに訴訟においては、議決に基くものでも執行の禁止、制限等を求めることができるものとしなければならぬ。原判決が本件支出について大阪府議会の議決があつた一事をもつて直ちに上告人の請求を棄却すべきものとしたのは法令の解釈を誤つた違法があるといわなければならない。」

本最高裁判決の第一のポイントは、議会の議決があつたからといって、法令上違法な支出が適法な支出となるわけではない、という点にある。これについては、本判決以前にも、【名古屋高判昭和三四年八月三日行集一〇卷九号一七七六頁】で、「被控訴人は本件補助金交付は市議会の決算審議の際市議会によつて承認せられたものである旨抗争し……昭和三十一年一月三十日市議会が右の如き議決をなしたことが認められるけれども右決議によつては予算支出の名目上の不当性又は違法性は治癒されるかもしれないが本件補助金の交付自体に存する……違法性は治癒するものとは考へられない」とされている。

本最高裁判決の第二のポイントは、議会の議決があつた場合にも、長には、法令に違反すると認められる場合に、その執行に対し是正措置を講ずる義務があることを明らかに前提としている点である。つまり、それは、「監査委員は、議会の議決があつた場合にも、長に対し、その執行につき妥当な措置を要求することができないわけではないし、ことに訴訟においては、議決に基くものでも執行の禁止、制限等を求めることができるものとしなければならぬ。」とされているところに関連するものである。ここで述べられているのは、財政支出行為については、議会の議決にもかかわらず、それが法令に違反する場合には、監査請求あるいは訴訟によって、制限されたり禁止されたりする可能性があることを示唆するにとどまるものであるが、実は、本最高裁判決以前に、長の是正措置を講ずる義務と財政支出行為の違法性を結びつけたものも下級審判決でいくつか存在している。例えば、【盛岡地判昭和三年一九日行集八巻三号四二三頁】では、「地方自治法第一七六条によれば、普通地方公共団体の長は、議会の議決がその権限を超え又は法令若しくは会議規則に違反すると認めるときは、理由を示して、これを再議に付させなければならぬのであり、再度の議決がおおその権限を超え又は法令若しくは会議規則に違反すると認めるときは、議会被告として裁判所に出訴することができるのである。このような長の権限は苟しくも地方公共団体は、法令に違反してその事務を処理することのなからんことを期する地方自治法の根本精神に由来するものであり、長に単なる執行機関たる地位以上の権限を与え責任を帰せしめたものと解することができる。長が右の再議等の措置を講ずることなく、違法な支出命令を発した場合には長の行為として違法であり、法第二四三条の二の監査の対象たるを失わないのである。」とされている。本最高裁判決のいう「その執行につき妥当な措置」というのも、やはり、盛岡地裁判のいう「長に単なる執行機関たる地位以上の権限を与え責任を帰せしめた」ことによるものであることを当然の前提として<sup>(一)</sup>と考へられる。

(一) 成田頼明「注目すべき納税者訴訟判決」法律のひろば一五巻五号三六頁。同「住民訴訟(納税者訴訟)」行政法講座

二 なお、本最高裁判決以前には、財政支出行為が議会の議決に基づいて行なわれている以上、違法の問題を生ずることなく、住民訴訟の対象となるものではない、とする判決も一方でいくつか存在した。例えば、【名古屋高裁金沢支部判昭和三〇年一月七日行集六卷一―号二五〇七頁】では、「地方自治法第二四三条の二第四項によつて、普通地方公共団体の住民が裁判所に出訴することができるいわゆる納税者訴訟の対象となる事項は、同条第一項に定める公金の支出若しくは使用に関する行為その他についての普通地方公共団体の職員の『違法又は権限を越える』行為に限られ、監査委員に対して行政的措置を請求する場合は異なつて、当該職員の『不当行為』に及ばないものであることは、同条第一項及び第四項の規定に対比してみて明らかであるところである。そして、ここに公金の違法支出とは、法文上特別これを限定するところはないが、ひつ竟するに、原審が説示するように、これを普通地方公共団体の職員が、その管理する公金を、当該職員の職務に関する法令又は条例の規定若しくは当該団体の議会の議決に違反し、又は私利を図る目的でその任務に背いて支出するか、あるいは支出するおそれがあると認められる場合を指すものと解すべきであらう。したがつて、普通地方公共団体の長又はその他の職員が右法令ないし議決によつて定められた規程に従つて公金を支出するものである限り、当該団体の住民は、団体の職員の裁量的行為については、それが裁量権の濫用にわたるものでない限りは、その当否を争い、ひいては右裁量的行為に伴う公金の支出の制限禁止を求めることは、前記訴訟においては許されないものといわなければならない。」とされている。前記最高裁判決に照らしてみる限り、本金沢支部判決で述べられている立場は全面的に否定され、公金の違法支出は議会の議決に違背した場合に限定されるものでないこと、また、公金の支出行為自体も裁量的行為ではなく、法令に羈束された行為であることが一応確認されたと見てよいであらう。

三 なお、財政支出行為以前の議会の議決自体は行政訴訟の対象とならないことは、判例に於いても学説に於いても確立している。<sup>(1)</sup>それが、住民訴訟に於いて争われた例がある。すなわち、『福岡高判昭和二十九年八月三十一日行集五卷八号一八七二頁』では、「控訴人の本控訴旨は、右議決は市議会議員が私利を図る目的をもつてなした権利の濫用であり、しかもその内容は飯塚市の現状を無視した公の秩序に反するものであるから無効であるとして、これが確認を求めるものであることは、控訴人の主張自体に徴して明である。ところで一般原則として、地方議会は普通地方公共団体の意思決定機関であつて、議会の議決そのものは、それ自体として外部に対して直接法律上の効果を及ぼすものではなく、執行機関において該議決にもとづき課税その他の行政処分をなすことによつて、はじめ外部に対して法律上の効果を生ずることとなるのであるから、議会の議決そのものは執行機関の行う行政処分の前提要件たるに過ぎないものというべきである。従つて被控訴人飯塚市議会のなした本件予算議決も、単にそれだけでは市住民の具体的権利義務に直接影響を及ぼすものとはいひ難く、執行機関たる市長において右議決を執行するに至つて、はじめてこれに直接関係を生ずるものと解すべきである。それ故に本件市議会の予算議決の内容が被控訴人主張のようであるとしても、議決それ自体は未だ訴訟（一般民事訴訟たると行政訴訟たるを問はず。）の対象たるべき裁判所法第三条にいう『法律上の争訟』には当たらないものと断すべきであつて、また本件のような市議会の議決に対し単にその効力を争う趣旨の訴を認めた特別の規定も存しない。」とされている。

(1) 最判昭和二十九年一月二日民集八卷一四六頁。田中・前掲三二六頁。

四 道路建設、土地区画整理事業等は普通地方公共団体の行なう事務のうちでも、最も多額の公金の支出を要するものである。実際に建設、整理事業等遂行のため、公金を支出し土地等を取得する場合に、これに対して住民訴訟が認められることには問題はない。<sup>(1)</sup>しかし、判例上問題とされているのは、普通地方公共体が自らの保留する土地を処分・交換することにより、私人の土地を無補償で取得するという、所謂「換地処分」について住民訴訟が認め

られるか、ということである。

これについては、既に最高裁の判決があり、すなわち、【最判昭和五一年三月三〇日判例時報八一三号二四頁】によれば、「地方自治法二四二条の二所定のいわゆる住民訴訟の対象となるものは同法二四二条一項所定の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限られるものであり、これと同旨の見解のもとに、被上告人が広島平和記念都市建設事業東部復興土地区画整理事業の施行者としてした各行為の取消しを求める本件訴えが同法二四二条の二に定める住民訴訟の定型に該当せず、これを不適法であると見た原審の判断は、正当として是認することができる。」とされている。要するに、土地を取得したのは、土地区画整理事業にもとづく事業遂行に伴う換地処分によるものであって、換地処分自体は財務的事項にあたらない、というものである。

【広島地判昭和四七年四月四日判例時報六八四号四七頁】も、右最高裁判決に沿うものであるが、土地区画整理事業に基づく換地処分の性格について、更に詳しく述べている。すなわち、「土地区画整理事業は、都市計画区域内の土地について、公共施設の整備改善および宅地の利用の増進を図るため、その一定範囲の宅地を区画整理施行地区とし、右地区内の土地はこれを一団とみなし、これより必要な公共用地を確保し、その残地の区画形質を整然としたうえで、整理前の宅地に存した権利関係を喪失させるとともに、整理後の宅地につき権利を与え（換地処分）、両者をその位置、地積、土質、水利、利用状況、環境等において照応させようというものである。そして、右の換地処分がなされたのち、各土地所有者間で整理前の土地と整理後の土地を比較衡量して、公平を期するために清算金の交付もしくは徴収がなされるものである。右の土地区画整理ないし換地処分の性質に照らせば、原告が本訴において取消しを求める処分処置は、地方公共団体の公金、財産、营造物等に対する管理、処分行為とはいえず、地方自治法二四二条及び同条の二に規定する住民監査請求及び住民訴訟の対象のいずれにも該当しないものと言わね



ばならない。」としている。結局、換地処分によって財産取得の効果が生ずるものであっても、地方公共団体に財務支出上の負担の事実がない以上、換地処分を以って住民訴訟の対象となる財産会計上の行為とはいえないとみられているのである。

(1) 違法な道路建設計画に基づいて行なわれた道路工事費の支出の取消を求めた訴えに対して、議会の議決や計画に背いて私利を図る目的等のために支出するような場合ならともかく、議決や計画に基づいて支出行為が行なわれた場合には、違法な支出行為として住民訴訟の対象とはならない、とした富山地判昭和二十九年二日行集五卷九号二二二頁、名古屋高裁金沢支部判昭和三〇年一月七日行集六卷一一号二五〇七頁があるが、このような立場は、前述最判昭和三十七年三月七日によって否定されている。

二 右最高裁判決の立場からは、普通地方公共団体の長のする都市計画法上の特定街区を定める都市計画決定、あるいは、建築基準法による超高層建物の建築許可処分などは、当然、非財務行為とされ住民訴訟の対象とすることは認められない。【東京地判昭和五三年一〇月二六日行集二九卷一〇号一八八四頁】も、正にこの立場に立つものである。「原告らが第一次的及び第二次的請求においてその取消し又は無効確認を求める本件都市計画決定及び建築許可処分が住民訴訟の対象となりうるかどうかについて考えるに、原告らは、右決定及び許可処分がされたことにより、必然的に日比谷公園の隣接地に三棟の超高層建物が実現する結果、同公園について著しく日照等の環境被害が生じ、同公園の利用価値、快適性又はその敷地等の財産的価値が減少することとなるのであり、また、従来同公園の享受しえた日照等の利益を右各建物の建築主に占取させることとなるのであるから、右決定及び許可処分は同公園又はその敷地等の財産を処分又は管理する行為に当たる旨主張する。しかしながら、本件都市計画決定は都市計画法上の地域地区のひとつである特定街区を定めるものであるが、都市計画は、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保し、土地の合理的な利用を図るといふ理念のもとに(都市計画法二条参照)、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るための土地利用、都市施設の整備及び市街地開発事業に関し都道府県知事又は市

町村が定める計画であつて（同法四條一項、一五條一項参照）、かかる都市計画を決定する行為は、当該地方公共団体の財産的価値の維持、保全又は実現を目的とする財務的処理とは全く関係のない都市計画法により委ねられた行政上の権限の行使にはかならない。また、本件建築許可処分は建築基準法（昭和五一年法律第八三号による改正前のもの）五二條三項及び五六條第三項に基づく特定行政庁による許可を指すものと解されるが、それは、一定の要件のもとに特定行政庁が交通上、安全上、防火上及び衛生上支障がないと認めた建築物につき、その許可の範囲内において延べ面積の敷地面積に対する割合及び高さに関する同法の基準を緩和する措置であつて、右許可もまた当該地方公共団体の財産的価値の維持、保全又は実現という見地から行われる行為でないことは明らかである。」としてゐる。

また、右判決の控訴審判決である【東京高判昭和五四年一月二五日行集三〇卷一〇号一七七七頁】では、都知事には建築許可等の処分庁としての地位とは別に、都の財産管理者としての地位に基づいて建築主に対し建築の差止め等の請求をする義務があつたのにこれを怠つた違法があると主張に対して、「建築許可等の処分庁としての地位と地方自治体の財産管理者としての地位とを兼ねる一個の機関である自治体の長は、建築許可等の処分を行なうに当たつて、財産管理者としての立場を保留又は除外して判断するのではなく、その有するすべての権限、職責に基づく総合的判断のもとに行なうのであつて、一の地位に基づいてある処分を行ない、他の地位に基づいてこれと抵触する他の措置をとるべきでないことは、いう迄もない。したがつて、被控訴人の行なつた建築許可等の処分に対する不服の申立ては、当然に、右の許可等の処分に基づいて建築主が行なう建築に対し被控訴人がとるべき態度（即ち、関係法令及び当該処分の趣旨に添う建築が行なわれることを容認する態度）に関する不服をも包含すると解するほかなく、控訴人主張のように、被控訴人の有する複数の地位ごとに被控訴人の一個の処分を分解し、それぞれについて別個の不服の対象とすることが許されるものではない。即ち、被控訴人が、特定の法令に基づく

処分庁として、積極的に本件建築許可等の処分をした以上、その処分が同時に東京都の財産管理者として被控訴人のとるべき措置に関連を有するものであるとしても、これらの措置に不服がある者は、右特定の建築許可等の処分を争うべき筋合いであって、右処分に対する不服申立てが不適法であるからといって、右の許可処分と内容的に抵触する措置をとらなかつた被控訴人の不作為を財産管理上の違法として、別個に争い得るものと解することはできない。」としている。

結局、都市計画決定にしても建築許可処分にしても、それ自体は非財務的なものであり、仮りに、その結果として、地方公共団体の管理する公共財産に何らかの財産価値的な影響があったとしても、それは決定もしくは許可処分の直接の効果とはいえず、決定もしくは許可処分の取消しを求めることは格別、財務会計上の違法な行為または怠る事実として住民訴訟を提起することはできない、と考えられているのである。

## 二 公物管理権と住民訴訟

一 河川・港湾の管理に対する住民訴訟で最も注目を集めたのは、『やはり、所謂「田子の浦へドロ訴訟」であろう。本件は、知事が民間会社に対し河川への汚水排出の停止を求めたことを怠たり、ために、ヘドロ浚渫を余儀なくされ、これを県費で賄った支出行為を違法として住民訴訟を提起したものである。これに対する【東京高判昭和五二年九月五行集二八巻九号八九三頁】は、まず、河川・港湾の管理が住民監査の対象となるかにつき、「河川管理権及び港湾管理権は、公物管理権であり、公物管理権は、その性質をいかに捉えるかを問わず地方自治法第二三八条第一項四号にいう権利に該当しないことは明らかである。また、行政主体が、公物管理権を有する場合に管理の容体たる公物がその行政主体の財産であるとする立論も理由のないことである。なぜならば、公物は、それが直接に公の目的に供用されていることそのことに基き、特殊の法的取扱が認められていることに着目して立てられ

た概念にして、管理する行政主体の所有に属するか否かを問わないのであり、公物には自有公物もあり他有公物もあるのであるから、行政主体が公物管理権を有するからとて、そのことにより、その公物が行政主体の所有であるとすることはできない。控訴人らは、本件各河川の河川管理及び田子の浦港の港湾管理が地方自治法第二四二条にいう「財産の管理」に含まれるとするが、同法第一九九条第一項によれば、監査委員の職務は、財務に関する事務の執行の監査であり、河川管理行政及び港湾管理行政の如き非財務的事項は、同法第二四二条の監査の対象外に属する。」とし、従って、県知事に対する河川及び港湾の管理を怠る事実の違法確認を求める訴は、不適法であり、従って、怠る事実に係る相手方である被控訴会社らに対する妨害排除請求の訴も不適法である、とした。

しかし、被控訴会社とした工場廃水排出行為によって堆積したヘドロの浚渫のため生じた損害の賠償を県に代位して請求する訴えについて、本判決は、被控訴会社四社に対する損害賠償の請求には、「静岡県が昭和四四年度に支出した前記ヘドロ浚渫費一億五〇〇万円につき、これを原因者に賠償せしむべき請求が含まれていると解すべく、静岡県が被控訴会社らに損害賠償を請求しなかつたことは、弁論の全趣旨から明らかであり、被控訴会社らの工場廃水による本件河川の汚染は、後記のように極めて著しいので、右請求権の不行使は違法というべく、控訴人らが、静岡県に代位して、右損害の賠償を求める本訴請求は、適法である。」とした。

二 本件に対する上告審である【最判昭和五七年七月一三日民集三六卷六号九七〇頁】は、河川・港湾の管理責任の範囲について、「一般に、河川港湾等いわゆる自然公物に対する汚水の排出は、社会通念上一定の限度までは許容されているものと解され、右限度を超えない汚水排出の結果生じた汚染ないしヘドロ堆積等は、当該自然公物の管理権者である地方公共団体の行政作用により処理されるべきものである。また、右汚水の排出が社会通念上右一定の限度を超えた結果汚染ないしヘドロ堆積等が生じた場合であつても、そのような状態に至った原因の中に行政上の対策の不備等があつて、汚水排出者にすべての責任を負わせることが必ずしも適当でない場合もありうるの

あるから、右汚染ないしヘドロ堆積等の除去又は予防のために講ずべき浚渫作業又は施設の設置・改善等の措置、そのために支出すべき費用及びその分担についてはなお公物管理権者の合理的かつ合目的な行政裁量に委ねられている部分があるものというべく、したがって、汚染ないしヘドロ堆積等の除去に要する費用の支出中に、本来的には当該地方公共団体の負担すべきものとされない部分がある場合であっても、公物管理権者の合理的かつ合目的な行政裁量に委ねられている部分があるものというべく、したがって、汚染ないしヘドロ堆積等の除去に要する費用の支出中に、本来的には当該地方公共団体の負担すべきものとされない部分がある場合であっても、公物管理権者において、行政上の見地から、諸般の具体的事情を検討し、行政裁量により特別の支出措置を講ずることが許されることもあると解するのが相当である。」とした上で、県が汚水を排出した会社に対して請求しうる損害賠償の範囲については、「汚染ないしヘドロ堆積等の除去に要する費用の支出についても、(一)当該地方公共団体が行政上当然に支出すべき部分、(二)当該地方公共団体がその行政裁量により特別の支出措置を講ずるのを相当とする部分、(三)汚水排出者の不法行為等による損害の填補に該当し終局的には当該汚水排出者に負担させるのを相当とする部分、に区分して考えなければならぬ。そして、住民が当該地方公共団体に代位して汚水排出者に対し損害賠償請求権を行使しうるのは、右(三)の部分に限られるものというべきである。」とし、従って、原審が、工場廃水による本件河川の汚染が極めて著しく、そのため田子の浦港に堆積したヘドロの浚渫を余儀なくされた静岡県が、港湾管理者として上告会社四社ほか工場廃水を違法に排出した者に対し損害賠償請求権を有するにかかわらずこれを行使しないのは違法である、とのみ判示して、たやすく、昭和四四年度のヘドロ浚渫費一億二一八〇万三〇〇〇円の全部を共同不法行為による損害と認めたことは、地方自治法二四二条及び二四二条の二の解釈適用を誤り、ひいて理由不備の違法をおかしたものとわざるをえない、としたのである。

田子の浦ヘドロ訴訟の控訴審判決と上告審判決を総合すると、①公物管理権の客体たる公物は行政主体の財産と

することはできず、従って、河川・港湾の管理は地方自治法二四二条にいう「財産の管理」にあたらぬので、住民訴訟によって河川及び港湾の管理を怠たる事実の違法確認を求めることはできない、②しかし、民間会社の汚水排出行為によって堆積したヘドロの浚渫のため生じた損害の賠償を県に代位して請求する住民訴訟は認められる、③その請求しうる損害の範囲は、地方公共団体が行政上当然支出すべき除去費用及びその行政裁量により特別の支出措置を講ずるのを相当とするものも除かれ、汚水排出者の不法行為等による損害の填補に該当しその者に負担させるのを相当とするものに限られる、ということになる。確かに、上告審判決の中でも述べられているように、河川や港湾への汚水の排出は、ある限度までは許容されているものと考えられ、その限りでは地方公共団体の行政作用によって処理されるべきで、その限度を超えた時に始めて、損害賠償の問題を生じるということは、河川や港湾の特殊性というものを考えた場合、是認しえないものではない。

三　ところで、右に要約した①の中にも触れられている「財産の管理」の意味であるが、これについては【最判昭和三八年三月一二日民集一七卷二号三一八頁】が先例的位置を占めている。そこでは、「地方自治法二四三条の二第四項所定の納税者訴訟は、普通地方公共団体の住民の手によつて地方自治運営の腐敗を防止矯正し、その公正を確保するために認められた住民の参政措置の一環をなすものではあるが、普通地方公共団体の事業の管理、出納その他の事務の一般的状況を明らかにすることを目的とする事務監査請求の制度（同法一二条二項、七五条参照）とは異なり、普通地方公共団体の公金、財産および営造物が、本来、住民の納付する租税その他の公課等の収入によつて形成され、自治行政の経済的基礎をなすものであるところから、役職員によることが違法な支出、管理、処分行為を防止矯正し、もつて公共の利益の擁護に違算ならしめるため、特に、法律によつて認められた制度である。かかる納税者訴訟制度の目的に照らせば、その対象となるべき財産とは、住民の負担にかかる公祖公課等によつて形成された地方公共団体の公金および営造物以外の財産を意味」する、とされている。

右最高裁判決をうけて、田子の浦訴訟以前にも、河川の敷地および流水の管理は住民訴訟の対象となる財産の管理にあたらぬ、とした判例が存している。すなわち、【東京地判昭和五〇年三月一七日行集二六卷三号三二八頁】は、「地方自治法二四二条の二第一項三号にもとづく住民訴訟（当該怠る事実の違法確認の請求）は、地方公共団体の執行機関または職員につき違法に公金の賦課、徴収もしくは財産の管理を怠る事実がある場合にその事実を対象として認められるものであることは、同条項号および同法二四二条一項の規定上明らかである。そして右財産の意義につき、同法二二七条一項は『この法律において財産とは、公有財産、物品及び債権並びに基金をいう』と規定し、同法二三八条以下において公有財産等の定義が掲げられている。そこで、右定義に前記住民訴訟制度の趣旨・目的を照らし合わせて考えれば、結局、住民訴訟の対象となるべき財産とは、住民の対象となるべき財産とは、住民の負担にかかる公租公課等によつて形成された地方公共団体の公金および營造物以外の財産（公有財産、物品、債権）を意味すると解するのが相当である（最高裁判昭和三五年（判）第九九二号、同三八年三月一二日判決、民集一七卷二号三一八頁参照）。」と確認した上で、「ところで、河川は右の財産のいずれにもあたらぬ、したがつて、河川の敷地や流水も右の財産のいずれにもあたらぬと解すべきである。すなわち、河川はそもそも公物管理の対象となるのみで、財産管理の対象としては予定されないものといふべきである（河川法一条参照）。してみれば、河川管理者が河川の敷地あるいは流水の管理を怠つていても、それは地方自治法二四二条の二第一項三号にもとづく住民訴訟の対象とはならないものと解するほかはない。」とした。

右東京地判の中で述べられている「河川はそもそも公物管理の対象となるのみで、財産管理の対象としては予定されていない」という立場は、田子の浦へドロ訴訟でも一貫している。

四 港湾関係ではその外に、海水浴場の利用や景観美を享有することを内容とする住民の「入浜権」が侵害されたとする住民訴訟が提起されている。すなわち、【松山地判昭和五三年五月二九日判例時報八八九号三頁】では、「原

告らは、本件漁港の修築は、長浜町民等が長浜海水浴場の利用及びその景観美を享有することの内容とする同町民らの生存権及び環境権ないし入浜権を侵害するのでその修築は違法である旨主張する。しかしながら、前記のとおり、一般に、海水浴場たる一定の海岸及び海面は、国が管理する自然公物であつて、付近住民等において海水浴をなしうるのは、国がその利用を許していること（禁止しないこと）の反射的效果であつて、付近住民等が海水浴のなす権利を有するに由るのではないのであるが、長浜海水浴場についても右の例外であるとの主張と立証はないから、本件漁港修築により、原告らという同海水浴場の破壊がなされたとしても、原告らの権利が害されることとならないので、その修築が違法であるとは言えない。また、一般に、解放せられた自然の景観美を楽しむことは、いつでも、誰でもこれをなしうるものであるから、これの権利ということとはできず、長浜海水浴場についてもその例外でないので、長浜町民等が同海水浴場の景観美を享有することに権利性がないことが明らかであるから、本件漁港の修築により同海水浴場の景観美がそこなわれるようなことがあるとしても、その修築が違法であるとは言えない。」とされている。本件でも、海岸あるいは海面の利用を財産的権利としてとらえる立場に対しては非常に否定的である。

五 人工公物の管理については、道路の路線認定・廃止に関する判例として次のものがある。すなわち、【東京地判昭和五五年一〇月九日行集三一巻二〇号二〇六九頁】は、「本件取消請求の対象である本件各処分は、道路法に基づく路線の廃止、その認定、道路の区域の決定若しくは道路の供用の開始又はその旨の公示であり、それ自体としては、いずれも、円滑な道路交通の確保及び発達という非財務的見地から行われる道路行政上の行為にほかならず、道路施設の財産的価値の維持、保全又は実現を目的とするものではない。本件各市道は立川市の設置、管理する公の施設であるが、公の施設そのものは地方自治法という『財産』（同法二二七条）には当たらないから、その設置又は廃止のためになされる行為を目して当然に財務的なものであるということとはできないし、また、本件各処



分により、右公の施設としての市道を構成する道路敷地等の財産的価値に何らかの影響が生じ、あるいは、立川市において道路標識や安全施設の設置等の道路維持管理費の出費を余儀なくされることがあるとしても、そのことは本件各処分の本来的直接的な効果ではないから、それを理由として本件各処分が財務的性質の行為であるということもできない。」としている。

道路の占用許可処分に対する住民訴訟についても、右判決の延長線上にあるものとみられる。すなわち、【千葉地判昭和五三年六月一六日行集二九卷六号一一二七頁】は、「道路の占用とは、一般公衆の自由な通行という道路本来の用法をこえて、道路の地上又は地下に一定の施設を設け、これを継続的に使用する特別の権利（以下占用権という）の設定されている関係をいい、また、道路の占用許可とは、道路管理者が、一定の申請に基づき、一般交通の用に供する為の公の施設としての道路本来の機能を阻害しないように、右申請が占用許可要件を具備しているか否かを判断し、道路管理権の作用として占用権を特許する行為であつて、一定の申請を要件とする特殊行政行為（原則として道路管理者の自由裁量に属する）たる性質を有するものと解される。原告は、被告が成田市の財産たる本件道路についてなした本件処分が法二四二条一項、同条の二第一項所定の住民訴訟の対象たる違法な財産の管理もしくは処分であると主張する。しかしながら、本件処分は、被告が、訴外公団からの本件各道路部分の占用許可申請に基づき、同市の財産たる本件各道路部分につき、一般交通の用に供するという道路本来の機能を維持する」とも、公共用地としての本件道路部分を交通以外の用に供することを許可するか否かの、もつぱら道路行政上の見地からなした処分であつて、法二四二条一項所定の財務会計上の行為といふことはできないので、本件処分は住民訴訟の対象となる財産の管理もしくは処分行為には当たらないといふべきである。」とされている。

六 道路に関するものでは、この外、普通地方公共団体が道路敷地を国から無償貸与を受けている場合に、その道路敷地に対する使用貸借上の権利を「地上権に準ずる権利」と認めた注目すべき地裁判決がある。しかし、その

後、同様の事案について、これを否定する高裁判決が出され、この問題については判例はなお動揺している。まず、認容した判例として【東京地判昭和四四年二月四日行集二〇卷一二号一六五四頁】は、「本件各道路部分の敷地が国有地であることは当事者間に争いがなく、右土地の管理であることは当事者間に争いがなく、右土地の管理処分等に關する事務は、国有財産法九条三項、同法施行令六条二項、建設省所管国有財産取扱規則……三条の規定に基づき、国の部局としての東京都の長である都知事においてこれを処理することとされており、また、本件各道路は小金井市道であつて……、その敷地部分は道路法施行法五条の規定に基づき、小金井市が国から無償貸付を受けているものである。ところが、地方自治法二四二条および同条の二にいう財産の範圍および分類については、同法二三七条以下において定められており、住民監査請求および住民訴訟は、普通地方公共団体に属する財産につきその地方公共団体の長等の管理および処分につき、当該地方公共団体の住民にその違法または不当（住民訴訟は違法についてののみ）の是正の手段を付与したものであるから、二四二条および同条の二にいう財産は、同法二三七条、二三八条、二三九条、二四〇条、二四一条で定める財産と当然一致すべきものである。そして、本件においては、小金井市が本件各道路部分の敷地を国から無償貸付を受けて使用する権利が同法二三八条一項四号にいう、地上権、地役権、鉱業権『その他これらに準ずる権利』に該当するかどうかが争点である。……近時においては、地方公共団体が不動産に対する使用権を賃借権あるいは使用貸借に基づく権利として保有する例がはなはだ多いのであつて財産的管理の現実的な必要性の点からみて、これを法二三八条一項四号に列挙されている地上権、地役権と區別する根拠はすでに存在しないといわなければならない。また、とくに不動産賃借権については、近時において物権化傾向が認められ、立法ないし法解釈上物権に近い保護が与えられるに至つており、地上権ととくに區別して扱うべき根拠に乏しいというべきである。使用貸借に基づく使用権の場合には対価としての出捐もなく、物権化傾向も認められず、権利の安定性も乏しいが、地方公共団体がこれに基づき不動産を使用する場合には、これ

を現実に行政目的のために供するのであるからその管理に十全を期すべきは当然である。地方公共団体の財産管理の面からみるとときには、これも地上権、地役権等に準じて扱うを相当とする。そして、地方自治法二三八条一項四号は、これを一定の権利に嚴格に限定するものではなく、また用益物権に限ることを明示しているものでもないから右のように普通地方公共団体の財務上例示された地上権、地役権、鉱業権に準じて扱うを相当とするものは、これを同号に該当するものと解するに何ら差し支えはない。それゆえ、不動産に対する賃貸借または使用貸借による権利は、同号に該当する公有財産であるというべきである。……したがって結局、本件各道路部分の敷地は、地方自治法二四二条、同条の二にいう財産に該当し、住民監査請求ないし住民訴訟の対象となるものである。」とした。右の判決の立場を根本から否定したが、次の判例である。すなわち【東京高判五月二六日行集三三二巻五号八二六頁】によれば、「被控訴人の本件怠る事実の違法確認の訴えは、被控訴人豊田村が道路法九〇条二項に基づいて国から無償貸付けを受けている本件村道の道路敷の使用権の管理を違法に怠つているとしてその違法確認を求めるものであるところ、被控訴人豊田村長は、道路法九〇条二項に基づく道路使用権は地方自治法上という財産に当たらないと主張する。そこで検討するに、進んで、右道路使用権が地方自治法二三八条一項四号にいう『地上権、地役権、鉱業権』のいずれにも当たらないことは明らかであり、また、右にいう『その他これらに準ずる権利』は、地上権、地役権及び鉱業権が例示されていて、その意義が限定されていることにかんがみれば、法律上確定している用益物権又は用益物権の性格を有する権利、例えば、永小作権、入会権、漁業権、入漁権、租鉱権、採石権等に限定されるものと解するのが相当であるから、右道路敷使用権はこれにも当たらないものといわなければならない。その他右道路敷使用権が地方自治法上という財産に当たることを首肯せしめるに足りる規定は見当たらないから、たとえその管理を違法に怠る事実があるとしても、これについて地方自治法二四二条の二第一項三号の規定に基づく怠る事実の違法確認の訴えを提起することは許されないものといわなければならない。」とした上で、前記東京

地判のような、道路使用権を地上権等に準じて扱う立場に対して、「不動産に関する賃借権、使用借権などの権利も不動産の使用収益について重要な機能を営んでおり、その財産的価値の重要性、財産管理の必要性及び違法な財産管理の住民訴訟による是正の必要性等は地上権等に比して劣るところがないことを理由として、道路法九〇条二項に基づき道路使用権も地方自治法二三八条一項四号にいう『その他これらに準ずる権利』に該当し、その管理を違法に怠る事実があれば、これについて怠る事実の違法確認の訴えを提起することができるとする見解もないではないが、右見解は、立法論としてはともかく、解釈論としては採用することができない。」とされたのである。道路使用権の財産性についての、今後の判例の動向が注目されるところである。

(しんやまかずお 本学助教授)