

## 住民訴訟における損害について

—いわゆる4号請求における損益相殺で  
違法な行為による利得を控除できるか—

### **Damage Concept under the Local Residents Lawsuit of Citizensuit Provision**

—Is It Possible to Deduct Profits Resulted  
from Illegal Action by Local Government  
under the Damage Claim of Section 242-2  
of the Local Autonomy Law?—

関根 孝道

Takamichi Sekine

The appeal court of Okinawa Yanbaru Lawsuit repealed the district court decision which held liable those involved in the construction of Oku-Yona forest road due to its illegality. The road which runs across the core areas of Yanbaru forest from north to south has caused environmental destruction detrimental to its indigenous bio-diversity. According to the appeal court decision, Okinawa prefecture has suffered no monetary damages because it has received and thereafter used the forest road as originally planned. Aside from the factual misunderstanding regarding the forest road utilization, the impact of the decision is so extensive as to undermine the usefulness of the citizensuit provision provided under section 242-2 of the Local Autonomy Law. Why so? Because the decision implies that local governments sued thereunder can easily escape legal liabilities by way of completing the project sought to be ceased. To be more specific, shrewd local governments would be tempted to enforce and hasten the project by all means in spite of local people's opposition since the completion will relieve them of legal liabilities under the appeal court's rationale above mentioned. What does this mean? Although the citizensuit provision modeled after taxpayers lawsuit in U.S. has functioned to be a indispensable weapon for local people to watchdog the extravagance of expenditures primarily for notorious public works, the appeal court decision might paralyze the essence of such legal system by erroneously interpreting the concept of "damage" under the citizensuit provision. In short, the decision has created a loophole for local governments free from legal scrutiny initiated by local people. This article criticizes the appeal court decision. First it introduces part of the decision in which the court denied the local people's claim of abatement and damage regarding Oku-Yona forest road construction with the emphasis on its interpretation of "damage". Secondly this article examines constitutional issues specifically under section 94 and 32 of the Constitution in light of the court handling of the above abatement and damage claim. Furthermore it probes the Supreme Court decisions relating to the "damage" concept especially in the context of damage and profit setoff by contrast with the appeal court's rulings. Then this article argues some other legal issues raised by the appeal court. Finally it concludes that the appeal court decision is contrary to the precedents of the Supreme Court decisions as well as established legal principles.

キーワード：住民訴訟、4号請求、損害概念、損益相殺、沖縄やんばる訴訟

**Key Words** : Local Residents Lawsuit, Damage Claim under Section 242-2 of the Local Autonomy Law, Damage Concept, Damage and Profit Setoff, Okinawa Yanbaru Local Litigation

## 目次

第1	はじめに .....	59
第2	控訴審判決について .....	60
1	事案の概要 .....	60
2	訴訟経過 .....	60
3	控訴審判決の結論 .....	61
第3	憲法的評価 .....	62
1	住民訴訟制度と憲法規定 .....	62
2	控訴審判決と憲法92条、32条 .....	63
	(1) 1号請求と4号請求の関係 .....	63
	(2) 控訴審判決の憲法的評価 .....	64
第4	4号請求における損害と損益相殺 .....	65
1	損害について .....	65
2	最高裁判例 .....	65
2.1	最判昭和55年2月22日集民129号209頁 .....	65
	(1) 判決内容 .....	65
	(2) 控訴審判決の評価 .....	66
2.2	最判昭和58年7月15日民集37巻6号849頁 .....	66
	(1) 判決内容 .....	66
	(2) 控訴審判決の評価 .....	67
2.3	最判平成6年12月20日民集48巻8号1676頁 .....	67
	(1) 判決内容 .....	67
	(2) 控訴審判決の評価 .....	69
2.4	最大判平成5年3月24日民集47巻4号3039頁 .....	70
	(1) 判決内容 .....	70
	(2) 控訴審判決の評価 .....	71
2.5	まとめ .....	71
第5	いくつかの問題点 .....	72
1	森林法違反と損害 .....	72
	(1) 原状回復命令について .....	72
	(2) 住民訴訟制度からみた評価 .....	72
2	県の損害 .....	73
	追記・謝辞 .....	73

## 第1 はじめに

2004年10月、通称、沖縄やんばる訴訟<sup>1</sup>の控訴審判決が言い渡された。

控訴審判決は、原告住民(被控訴人。以下「住民ら」という)の請求をほぼ全面的に認容した第一審判決を破棄し、その請求をすべて棄却するものであった<sup>2</sup>。この控訴審判決は、住民訴訟が適法に提起されても当該事業がすでに完成してしまった以上、たとえ事業が違法であって原状回復が問題となる場合であっても、住民訴訟による責任追求はできないとした。言い換えれば、住民訴訟による違法な公金支出の責任追及がなされても、事業を強行して完成させれば免責されうることになる。住民訴訟には時間を要することを考えると、この判決が投げかけた波紋は大きい。今後、公共事業の中止を求める住民訴訟が提起された場合、事業完成という逃げ道に救いをもとめて、事業の完成が急がれるかも知れない。これは違法な行為を奨励するものでしかない。

控訴審判決によると、地方自治法242条の2第1項1号の差止請求が提起されても、差止請求に係る事業を強行して完成させれば、その完成を理由に、一方で、同項1号の請求(以下、「1号請求」という)を訴えの利益の欠如を理由に、他方で、同号4号の請求(以下、「4号請求」という)は損害がな

いという理由で、いずれも住民の請求を斥けうるがごとくである。住民訴訟制度が骨抜きにされたともいえる。住民訴訟制度が憲法92条で保障された地方自治の本旨にもとづく住民参政権、同32条で保障された裁判を受ける権利に根拠をもつものだとすると、これらの憲法規定との関係も問題となろう。

以下、林道事件に関する控訴審判決中、4号請求の損害について判示した部分を取りあげ、その結論と理由の当否を検討していく<sup>3</sup>。最初に、同判決の当該判示部分を引用し、いかなる理由にもとづき、いかなる結論が下されたか紹介していく。つぎに、その結論と理由づけが憲法の解釈として問題はないか、住民訴訟制度と憲法92条・32条の関係という観点から検討する。さらに、同判決の損害論と損益相殺の関係について、損益相殺に関する最高裁判例を分析しつつ、控訴審判決の損害論が最高裁判例に反しないか分析していく。最後に、森林法違反と損害との関係や損害発生の有無など、控訴審判決が損害を否定する論拠として挙げたいくつかの論点を取りあげてみたい。

1 沖縄やんばる訴訟というのは、広域基幹林道奥与那線事業(以下、「本件事業」という)に関する違法公金支出差止等をもとめた住民訴訟事件(以下、「林道事件」という)と、辺野喜地区団体営農地開発事業に関する違法公金支出差止等をもとめた住民訴訟事件(以下、「農地事件」という)の総称である。第一審判決については、林道事件につき判例地方自治250号46頁以下に、農地事件につき同67頁以下に、それぞれ判決全文が掲載されている。筆者は両事件の訴訟代理人でもあることをお断りしておく。

2 林道事件につき、福岡高等裁判所那覇支部平成14年10月14日判決(平成15年(行コ)第2号違法公金支出差止等請求控訴事件)、農地事件につき、同支部同日判決(平成15年(行コ)第3号違法公金支出差止等請求控訴事件)。

3 林道事件が提起した法的論点は多岐に亘る。主要なものを大別すると、(1)本稿でとりあげる損害以外の住民訴訟上の論点として、公金支出時期と提訴期間遵守との関係で、地方自治法242条2項の「当該行為のあった日又は終わった日から1年」の起算点と同項但書の「正当事由」の解釈、1号請求から4号請求への訴え変更との関係で、同条242条1項の監査請求前置と同242条の2第2項の提訴期間の各要件の解釈、原因行為の違法と財務会計行為の関係性(違法性の承継)、専決処理の場合における注意義務と過失内容、(2)自然保護法上の論点として、文化財保護法80条1項と種の保存法9条・54条2項の解釈、(3)森林関係法上の論点として、「森林の有する公益的機能の確保及び自然的経済的社会的諸条件考慮」の要件を定めた旧林業基本法3条2項、森林法上の林地開発許可に関する10条の2、保安林解除に関する26条以下、保安林伐採に関する34条の各解釈、(4)環境アセスメント上の論点として、沖縄県環境影響評価規程中の林道に関する規定の解釈、(5)行政法および財政法上の論点として、本件事業の合理性との関係で、広域基幹林道奥与那線に関する地域森林計画に係る計画決定の違法性、(6)訴訟法上の論点として、専決に関する自白の撤回などがある。

## 第2 控訴審判決について<sup>4</sup>

### 1 事案の概要

最初に林道事件の概要をみておこう。控訴審判決の損害論を理解するに必要な限度で事案の概要を紹介する。同判決によると、林道事件とは、要旨、次のようなものであった<sup>5</sup>。

「本件は、沖縄県の住民である被控訴人らが、県が実施した広域基幹林道奥与那線事業(以下「本件事業」という。)につき、本件事業が森林法等の法令に違反し、自然環境を破壊する違法な事業であって、本件事業の一環として県知事が業者との間で工事請負契約を締結して工事代金を支出したことが違法な公金支出に当たると主張して、①地方自治法242条の2第1項1号に基づき、控訴人沖縄県知事稲嶺恵一(以下「控訴人知事」という。)に対し、本件事業に関する公金支出等の差止めを求め、②同条項4号に基づき、県に代位して、平成7年度から平成9年度にかけて、当時の県知事であった控訴人大田昌秀(以下「控訴人大田」という)が本件事業の工事費等として合計金3億4240万円を支出したことが違法な公金支出であり、県に同額の損害を与えたと主張して、控訴人大田に対し、上記支出相当額の損害賠償及びこれに対する支出の後から各支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金を県に支払うことを求め、③上記①差

止請求の予備的請求として、同条項3号に基づき、控訴人知事に対し、県が控訴人大田に対する上記②の損害賠償請求権を有しているにもかかわらず、その各行使を怠っていることが違法であることの確認を求めた事案である。」

すなわち、林道事件における訴訟物は、1号請求および4号請求のほか、4号請求にもとづく損害賠償請求権を行使しないことの違法確認を求める地方自治法242条の2第1項3号の請求(以下「3号請求」という)の三つにも及んでいるが、後に詳述するように、当初の1号請求を無視して工事が強行され完成していったので、順次、この完成した部分につき4号請求の追加的訴えの変更をおこない、さらに、4号請求にもとづく損害賠償請求権を対象として、3号請求の追加的訴えの変更がなされた。3号請求の追加は、訴訟当事者として県知事を最後まで引き留めておく上でも、不可欠な選択といえよう<sup>6</sup>。

### 2 訴訟経過

上記のような林道事件は監査請求の部分をつくめ次のような経過をたどった。

住民らは、平成8年9月26日、県の監査委員に対し、「平成8年度以降の工事の中止、工事請負契約の解約、平成7年度支出の1億4300万円の返還、既工事部分の原状回復等を知事に勧告」することを求めて本件監査請求を行い、さらに、同8年11月

4 控訴審判決と第一審判決の関係について一言すると、控訴審は、第一審の事実認定はそのまま踏襲したが、4号請求における「損害」の解釈につき異なる理解を示して、第一審判決を覆した。なお、第一審と控訴審は、保安林伐採との関係で森林法34条1項、2項の射程についても正反対の解釈を示しているが、いずれも本件事業を違法評価したので、同条項の解釈いかんは第一審判決の破棄理由にはなっていない。

5 同判決3～4頁。林道事件の事実認定は第一審と控訴審で異ならない。控訴審は、第一審の事実認定はそのまま踏襲したが、4号請求における「損害」の解釈につき異なる理解を示して、第一審判決を覆したものである。なお、第一審と控訴審は、保安林伐採との関係で森林法34条1項、2項の射程についても正反対の解釈を示しているが、いずれも本件事業を違法評価したので、同条項の解釈いかんは第一審判決の破棄理由にはなっていない。

6 1号請求は事業完成に至ると訴えの利益の欠如を理由に却下されてしまうので、4号請求だけの追加的訴えの変更によると、控訴人知事(第一審「被告知事」)に対する請求は維持できなくなる。このような事態を避け、訴訟の終局的確定まで控訴人知事を当事者として繋留しておく、県のもつ資料・情報を法廷に顕出させるためにも、3号請求の追加は有益である。

## T. Sekine, Damage Concept under the Local Residents Lawsuit of Citizensuit Provision

25日、控訴人知事に対し、「本件事業に関する公金支出等の差止め」を、控訴人大田に対し、県に代位して、「平成7年度支出分(1億4300万円)について、支出相当額の損害及び遅延損害金の賠償」を、それぞれ求めて本件住民訴訟を提起した<sup>7</sup>。

しかるに、控訴人知事は、住民らの上記「平成8年以降の工事の中止」や、「本件事業に関する公金支出等の差止め」請求を無視して、本件事業を継続強行したので、住民らは、本件事業の各年度分の支出額について、各支出相当額の損害及び各遅延損害金の賠償を求める4号請求の追加的訴え変更の申立をもって対抗した<sup>8</sup>。

### 3 控訴審判決の結論

同判決は、第一審判決を「取り消し」、住民らの「請求をいずれも棄却」したが、その理由について次のように判示した。

まず、地方自治法242条の2第1項1号に基づく差止請求を棄却した理由は、以下の通りであった<sup>9</sup>。

「本件事業の施工に伴う工事は平成10年3月31日に完了し、本件事業に関する県の公金支出は同年5月15日ころ完了したことは、前記第2の2の

前提事実(6)記載のとおりである(当事者間に争いがない)。よって、被控訴人らが、控訴人知事に対し、本件事業に関する公金支出等の差止めを求める訴えは、訴えの利益を欠くことが明らかであり、不適法である。」

次に、同条項4号前段に基づく損害賠償請求を棄却した理由は、以下の通りであった<sup>10</sup>。

「本件支出負担行為等が財務会計上違法と評価されるものであっても、本件工事請負契約自体は私法上有効であること、県としては同契約に基づき支出額に相当する価額の工事結果を受領した上(請負代金額が工事の内容に比して不相当に過大であるというような事情は何ら見当たらない。)<sup>11</sup>、現に本件林道を所期の目的に即して使用していることからすれば、本件支出負担行為等によって県に工事費用等相当額の損害が発生したと認めることはできない。」

かくて、同判決は、以下のよう判示して、本訴請求を「いずれも棄却」した<sup>12</sup>。

「したがって、被控訴人らの本訴請求(差止請求

7 控訴審判決6～7頁。

8 4号請求への訴えの変更は、本件事業に係る公金支出の差止めを求める住民らにとっては苦渋の選択であったが、本件事業の完成による訴えの利益喪失による不適法却下を免れるためにも、また、後述する1号請求と4号請求の関係からも、住民訴訟を維持するための当然の措置であった。

9 控訴審判決30頁。

10 同67頁。

11 この括弧内の「請負金額が工事の内容に比して不相当に過大である」という判示部分については、次のような批判が可能であろう。すなわち、「請負金額が工事の内容に比して不相当に過大」であったか判断するには、「請負金額と工事内容」が明らかにされなければならないが、この点について控訴審判決は判示していない。本件林道は長期間に亘って各工区ごとに分断され各請負業者によって建設され、請負代金も各工区ごとに時期を異にして支払われたのだから(同判決別紙「奥与那林道開設工事に関する公金支出一覧表」にはその旨の記載がある)、「請負金額と工事内容」の相当性を判断するためには、(1)各工区の起点と終点(範囲)、(2)各工区ごとの請負業者、(3)各工区ごとの工事期間、(4)各工区ごとの工事内容、(5)各工区ごとの請負金額などが特定される必要があろう。換言すれば、各工区ごとの請負契約の内容が分かる程度に特定されていなければ、請負金額と工事内容の相当性は判断しえないであろう。のみならず、控訴審判決は、請負金額と工事内容の相当性を判断する計算根拠を示していないし、他の同種林道の請負金額と比較して「不相当に過大」かどうか判断したのであれば、他の同種林道とその請負金額について言及する必要があったと思われる。以上の点について、当事者の主張がなされた形跡もなく(主張整理欄にも、そのような主張摘示は見あたらない)、争点外であったと思われる。結局、「不相当に過大」かどうかの判断もなしえなかった、といえるのではなからうか。いずれにしても、訴訟法的には、理由不備ないし弁論主義違反の違法が問題とならう。

12 同68頁。

並びに平成7年5月2日から平成7年8月14日までに支出された合計4210万6400円に関する損害賠償代位請求及びその不行使の違法確認を求める部分を除く。)は、その余の点につき判断するまでもなく、いずれも理由がない。」

要するに、同判決は、一方で、工事が「平成10年3月31日に完了」し、公金支出も「同年5月15日ころ完了」したことを理由に、1号請求は「訴えの利益を欠くことが明らかであり、不適法」だとし、他方で、県が公金「支出額に相当する価額の工事結果を受領」し、「本件林道を所期の目的に即して使用」していることを理由に、4号請求については、「県に工事費用等相当額の損害が発生したと認めることはできない」として、上告人らの本訴請求は「いずれも理由がない」と結論づけたのである。

### 第3 憲法的評価

以上のような控訴審判決と憲法規定との関係が問題となる。

この点は、住民訴訟制度の趣旨とも関係するので、その趣旨について判示した最高裁判決を紹介し、控訴審判決の憲法的評価をおこなうことにしたい。結論からいうと、控訴審判決は、「地方自治の本旨に基づく住民参政」の権利を保障した憲法92条や、この「参政権の一種」である「住民の有する訴権」を保障した同32条との関係においても、住民訴訟制度の意義を弱めたと思われる。

#### 1 住民訴訟制度と憲法規定

最高裁は、地方自治法242条の2の定める住民訴訟の制度について、次のように判示している<sup>13</sup>。

「地方自治法二四二条の二の定める住民訴訟は、普通地方公共団体の執行機関又は職員による同法二四二条一項所定の財務会計上の違法な行為又は怠る事実が究極的には当該地方公共団体の構成員である住民全体の利益を害するものであるところから、これを防止するため、地方自治の本旨に基づく住民参政の一環として、住民に対しその予防又は是正を裁判所に請求する機能を与え、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したものであって、執行機関又は職員の右財務会計上の行為又は怠る事実の適否ないしその是正の要否について地方公共団体の判断と住民の判断とが相反し対立する場合に、住民が自らの手により違法の防止又は是正をはかることができる点に、制度の本来の意義がある。すなわち、住民の有する右訴権は、地方公共団体の構成員である住民全体の利益を保障するために法律によって特別に認められた参政権の一種であり、その訴訟の原告は、自己の個人的利益のためや地方公共団体そのものの利益のためではなく、専ら原告を含む住民全体の利益のために、いわば公益の代表者として地方財務行政の適正化を主張するものであるということが出来る。住民訴訟の判決の効力が当事者のみにとどまらず全住民に及ぶと解されるのも、このためである。もともと、損害補填に関する住民訴訟は、地方公共団体の有する損害賠償請求権を住民が代位行使する形式によるものと定められているが、この場合でも、実質的にみれば、権利の帰属主体たる地方公共団体と同じ立場においてではなく、住民としての固有の立場において、財務会計上の違法な行為又は怠る事実に係る職員等に対し損害の補填を要求することが訴訟の中心的目的となっているので

13 最判昭和53年3月30日民集32巻2号487頁。なお、住民訴訟制度の前身ともいべき納税者訴訟の意義につき、最判昭和38年3月12日民集17巻2号318頁、参照。

## T. Sekine, Damage Concept under the Local Residents Lawsuit of Citizensuit Provision

あり、この目的を実現するための手段として、訴訟技術的配慮から代位請求の形式によることとしたものであると解される。この点において、右訴訟は民法423条に基づく訴訟等とは異質のものであるといわなければならない。](下線部は筆者による強調)。

すなわち、住民訴訟を提起する権利は、(1)「地方自治の本旨に基づく住民参政の一環として、住民に対しその予防又は是正を裁判所に請求する権能」であり、(2)「住民の有する右訴権は、地方公共団体の構成員である住民全体の利益を保障するために法律によって特別に認められた参政権の一種」とされている<sup>14</sup>。とすると、この権利は、憲法第8章及び第92条で保障された住民参政権の一つであり((1)の判示部分)、かつ、「訴権」と性格づけされたように、憲法32条で保障された裁判を受ける権利の一つであるといえよう((2)の判示部分)。

さらに注目すべきは、住民訴訟制度の趣旨として、「地方公共団体の判断と住民の判断とが相反し対立する場合に、住民が自らの手により違法の防止又は是正をはかる」ものとされ、この違法の防止・是正が「権利の帰属主体たる地方公共団体と同じ立場においてではなく、住民としての固有の立場」でなされることが明言された点である。つまり、住民訴訟の制度は、地方公共団体と住民

が敵対的に公金支出の違法性を争うために、住民に与えられた武器だということである。だからこそ、住民「訴訟は民法423条に基づく訴訟等とは異質のもの」とされたのであろう<sup>15</sup>。

## 2. 控訴審判決と憲法92条、32条

上記のように、控訴審は、住民らの1号請求について、差止請求に係る工事と公金支出の完了を理由に訴えの利益がないとし、4号請求についても、工事結果の受領とその使用を理由に損害がないとして、いずれも斥けた。

これは住民訴訟制度を有名無実とし、その憲法的评价としては、92条で保障された住民参政権や32条で保障された裁判を受ける権利との関係で、同制度の憲法的な基礎を侵蝕するといえよう<sup>16</sup>。とくに、上述した訴訟経過に照らすと、控訴審が上記の理由で1号請求のみならず4号請求一したがってまた3号請求一をも排斥したのは、1号請求と4号請求の関係を考えると、これらの憲法規定の趣旨を没却するといえそうである。

## (1)1号請求と4号請求の関係

地方自治法242条の2の住民訴訟の制度は、住民に対し、一方で、事前の救済措置として、同条第1項1号の「当該執行機関又は職員に対する当該行

14 住民訴訟は「法律に定める場合において、法律に定める者に限り」提起できる客観訴訟の一つとされるが、(行政事件訴訟法42条)本文中の(2)の判示部分はこの点を明らかにしたものである。

15 以上の通りとすると、住民訴訟制度の趣旨について、本来的に債権者代位訴訟と同じものであり、ただ、代位権者が債権者に限定されず住民一般に拡大されている点だけが同訴訟と異なる点と説くのは、本最高裁判決の判示とは整合的でなく誤解をまねくともいえよう。棟居快行「住民訴訟における『損害』の概念—4号請求を中心として」神戸法学年報1号1頁は、「4号請求においては、あくまでそれ自体は主観的利益に係わる自治体の実体的請求権を、一定の手続を経た住民であれば誰でも裁判上代位しうる、という意味において原告適格が客観化されているに過ぎず、本体をなす紛争は主観的利益をめぐるものだ、ということである。この意味で4号請求は、『客観訴訟』とは言っても、代位関係のみが客観化されていることによって、形式上客観訴訟となつてはいるが、主観訴訟で争われうる主観的実体的請求権を訴訟物とするものである。」と解説しているが、本最高裁判例との関係は必ずしも明らかでない。

16 最大判昭和34年7月20日民集13巻8号1103頁によると、納税者訴訟制度を設けるか否かは立法政策上の問題であり、そのような制度を設けなくとも地方自治の本旨に反しないと判示している。判旨は、憲法の「司法」概念とも関係するが、納税者訴訟のしくみを受け継いだ住民訴訟制度にも妥当する。とすると、控訴審判決が住民訴訟制度を骨抜きにしたとしても、憲法解釈レベルでの問題は生じないともいえそうである。しかし、一旦、住民訴訟制度が憲法規定の趣旨を受けて立法化された以上は、これを画餅にするような法律解釈は、当該憲法規定との関係で憲法的な評価を免れないといえようである。

為の全部又は一部の差止めの請求」権を認め、事後の救済措置として、同号に基づく差止請求にも拘わらず「当該行為の全部又は一部」が実施された場合にも、同項4号の「当該職員に損害賠償の請求」権を与えて、差止請求に係る行為の完了による責任逃れの脱法対策を講じている。つまり、同項1号の差止請求をした住民には、執行停止の申立権を認めない代わりに<sup>17</sup>、同項4号の損害賠償請求権を認めて、1号差止請求を提起された「当該執行機関又は職員」が「当該行為の全部又は一部」を完了させた場合には、4号の損害賠償責任を追及させることにしたと考えられる。

このような1号請求と4号請求の関係は、上記最高裁判例が判示するように、住民訴訟制度が、「執行機関又は職員の右財務会計上の行為又は怠る事実の適否ないしその是正の要否について地方公共団体の判断と住民の判断とが相反し対立する場合に、住民が自らの手により違法の防止又は是正をはかることができる点に、制度の本来の意義がある」以上、当然の仕組みといえる。なぜなら、1号差止請求が提起された場合に、「当該行為の全部又は一部」の完了を理由に不適法却下されるだけだとすると、差止請求を提起された「当該執行機関又は職員」は、「当該行為の全部又は一部」を完了させれば完全に免責されてしまい、住民自身による違法の防止・是正ができなくなるからである。

その結果、差止請求を提起された場合には、事業の完成を急ぐことで責任逃れができ、住民訴訟の終結まで長時間を要し、その間、事業の執行停止を命じるなどの仮の救済制度もないことを考えると、上記のような住民訴訟制度の趣旨が没却されてしまう。逆にいえば、違法な行為を強行して完了させれば住民訴訟に勝てる結果となり、違法な行為を中止すれば責任追及されるのに完了させ

れば免責されて、違法な行為が助長されてしまう。これでは、違法行為を中止した場合と完了させた場合とでバランスを失するし、何よりも違法行為を強行完了したことに褒美を与えるものである。以上のような事態を避けるのが4号請求の趣旨であろう。

## (2)控訴審判決の憲法的評価

以上のように1号請求と4号請求の関係を理解し、かつ、それらの請求権が、憲法第92条で保障された住民参政権の一つであると共に、同第32条で保障された裁判を受ける権利の一つであって、窮極的には憲法規定に本籍をもつとすると、1号の差止請求を「当該行為の全部又は一部」の完了を理由に不適法却下する場合に、その「完了」を理由に4号の損害賠償請求をも否定することは、上述した違法行為の強行完了による責任逃れを許さないという、1号請求と4号請求の関係の法解釈を誤るのみならず、憲法第92条及び第32条で保障された住民参政権や裁判を受ける権利との関係でも、憲法上の疑義があるといえよう。

すなわち、控訴審判決の上記判示は、一方で、「当該行為の全部又は一部」の完了を理由に1号請求を、他方で、県が「工事結果を受領」し「本件林道を使用」していること、すなわち、「当該行為の全部又は一部」の完了を理由に4号請求を、「いずれも理由がない」として棄却したのであって、憲法第92条及び第32条の趣旨に反するであろう。なぜなら、「当該行為の全部又は一部」が完了すれば、その完了した工事結果すなわち本件林道を「受領」し「使用」するのは当然で、このことは「当該行為の全部又は一部の完了」と同義だからである。換言すれば、県が「工事結果を受領」せず、また、受領した「工事結果を使用」しないこと自体が違法で

17 行政事件訴訟法43条3項、41条、参照。



あるから<sup>18</sup>、工事結果を「受領」して「使用」することは当然であり、「当該行為の全部又は一部の完了」と同じことを言っているにすぎない。

以上の通りとすると、控訴審判決は、憲法92条、32条との関係において、憲法的な非難を免れないであろう。

#### 第4 4号請求における損害と損益相殺

##### 1 損害について

4号請求が成立するためには当該地方公共団体に損害の発生したことが要件となる<sup>19</sup>。

上記のように、控訴審判決は、「本件支出行為等の結果として県に損害が発生したことを認めることはできない」と判示して、住民らの同号に基づく損害賠償請求を棄却したが、その理由づけが最高裁判例に反しないか問題となる。

以下、主要な最高裁判例を紹介しながら、検討していく。

##### 2 最高裁判例

4号請求における主要な最高裁判例は以下の通りである。

#### 2.1 最判昭和55年2月22日集民129号209頁

##### (1)判決内容

同判決は次のように判示している。

「国立町は本件土地の購入代金支払のため会計年度を越える長期資金の借入れを必要としていたところ、国立町が地方債を起し資金を調達したとしても利息等の費用の負担を余儀なくされるのであるから、本件利息額の全額を国立町が受けた損害と解すべきではなく、地方債の発行に伴い国立町が通常負担するであろう利息等の費用に相当する額は、損害にあたらぬものと解するのが相当である。」

同事件の事案概要と判決内容について、「公共用地の購入代金の支払のため長期資金の借入れを必要とする町が、地方債を起す方法によらずに金融機関から資金を借入れ、右支払に充てたため、右借入れに対する支払利息相当額の損害を被ったとしてされた町長個人らに対する損害賠償請求につき、右借入れに基づく利息の支払いは違法であるが、町が地方債発行の方法により資金を調達したとしても、利息等の費用の負担を余儀なくされるから、前記借入れに基づく利息額の全額を町が受けた損害と解すべきではなく、地方債の発行に

18 地方自治法234条の2第1項は、普通地方公共団体が工事請負契約を締結した場合において、当該契約の適正な履行を確保し、その受ける給付の完了の確認をするため必要な監督・検査をすべきことを定める。

19 後述するように、4号請求における損害賠償請求権は、判例上、民法その他の私法上の損害賠償請求権と異ならないとされているので、4号請求における「損害」概念についても、民法などの損害理論が妥当する。この点につき、篠原弘志「注釈民法(19)債権(10)不法行為 § 709～724」加藤一郎編(有斐閣)43頁によると、財産的損害とは、「ドイツの通説と同様、財産的損害とは、加害行為から生じた不利益、すなわち、加害行為がなかったならばかくあるはずの財産状態と現状との差額(Unterschied)であり、それは、既存財産の減少(積極的損害 *damnum emergens*)であると、得べかりし利益の喪失(消極的損害 *lucrum cessans*)であるとを問わないといわれている。こうした差額説(Differenztheorie)による損害概念は、機能的には二つの意味をもっている。その一つは、賠償を要する損害範囲を、侵害された権利の価値から解放し、より広くなる可能性をもたせることであり、他は、その極限を差額においたこと、換言すれば、被害者がどのように理由づけて損害金の請求をしようと、差額を超ええなかったことである。」と解説されている。差額説につき、四宮和夫「事務管理・不当利得・不法行為中巻」現代法律学全集10(青林書院新社)434～447頁が、詳しい。差額説に対する批判として、平井宜雄「債権各論Ⅱ不法行為」法律学講座双書(弘文堂)74頁以下、参照。なお、4号請求と損害一般につき、関哲夫「住民訴訟論(新版)」勁草書房119頁以下、長尾文裕「4号請求と損害」大藤敏編・現代裁判法大系28住民訴訟(新日本法規)166頁、平成14年の地方自治法改正後の住民訴訟一般につき、確井光明「要説住民訴訟と自治体財務(改訂版)」学陽書房、園部逸夫編「住民訴訟」最新地方自治法講座4(ぎょうせい)、参照。

伴い町が通常負担するであろう利息等の費用に相当する額は損害に当たらないとしたもの」と解説されている<sup>20</sup>。

すなわち、同事件においては、当該「土地の購入代金支払のため会計年度を越える長期資金の借入れが必要」であり、それゆえ「地方債を起し資金を調達」すべきことが、本来なすべき適法な行為であった。同判決は、この本来なすべきであった適法な行為、つまり、「地方債の発行に伴い国立町が通常負担するであろう利息等の費用に相当する額は、損害にあたらぬ」と判示したのである。要するに、同判決は、本来なすべきであった「適法」な行為がなされたとすれば当然支出を免れなかった費用を、4号請求における損害から控除すべきものとしたのである。

思うに、4号請求における「損害」から控除すべき費用の範囲につき、本来なすべきであった「適法」な行為がなされた場合に当然支出を免れなかった費用に限定するのは、違法な行為を抑止しようとする法の趣旨からも当然であり<sup>21</sup>、何よりも「違法」な行為から得られる利益の控除を認めると、「違法」な行為が助長されてしまう。とすると、控除費用の範囲につき、なされるべきであった「適法」な行為に当然随伴するもの—その費用支出がなければ当該行為をなしえなかったもの—に限定するのは当然であろう。

## (2)控訴審判決の評価

同判決は、本件事業が違法であったとして、次のように判示した<sup>22</sup>。

「本件事業の実施に際し、保安林区域内に本件林道を設置するに当たっては、立木の伐採及び土地の形質の変更について県知事による作業許可等を得る必要があったところ、これを得ないまま本件林道設置工事が行われたこと、これが森林法34条1項及び2項に違反する違法な行為であることは、上記3に認定判断したとおりである。」

すなわち、同判決は、一方で、このように本件林道設置工事が「違法」であることを認定しつつ、他方で、上記のように、「違法」な工事結果である本件林道の存在を利得として、県の損害を否定したのである。これは、本来なすべきであった「適法」な行為がなされたとすれば、当然支出を免れなかった費用額を損害から控除した上記最高裁判決に反するであろう。このように「違法」な行為による利益を控除するのは、違法な行為を奨励する結果となろう。

## 2.2 最判昭和58年7月15日民集37巻6号849頁

### (1)判決内容

同判決の事案概要を含め「判決要旨」は次の通りであった<sup>23</sup>。

「森林組合の組合長理事を兼ねる町長が、専ら森林組合の事務に従事させることを予定して町職員に採用したうえ森林組合に出向させた者に対し、7年余にわたって町予算から総額796万余円の給与を支払ったが、同人は、その間、町長

20 最高裁判所事務総局行政局監修「主要行政事件裁判例概観3(改訂版)—地方自治関係編」法曹会(平成11年)410頁14行目～411頁3行目。

21 個別の条文としては、民法90条、509条、708条などを援用できるであろう。不法行為による損害賠償請求権を受動債権とする相殺禁止を定めた民法509条との関係性は、やんばる訴訟弁護団の山尾哲也弁護士の教示による。

22 原判決64頁。

23 民集37巻6号849～850頁。

## T. Sekine, Damage Concept under the Local Residents Lawsuit of Citizensuit Provision

の指揮監督を受けることなく、森林組合の事務所で専ら森林組合の事務に従事し、町の事務を行ったとことはないなど、判示の事実関係のもとにおいては、同町長は、右給与を支払うことにより違法に町の公金を支出したものであるべきである。」

以上を前提として、最高裁は、損益相殺について、次のように判示している<sup>24</sup>。

「論旨は、大谷が右の期間森林組合において従事した事務の一部は町の行政事務であると主張するが、仮に森林組合が行っていた事務の中に本来町の行政事務に属すべきものがあったとしても、それは委託等によって森林組合の事務に属することになったものと解すべきであるから、本件給与の支払いを違法な公金の支出にあたと解すべきことには変わりはなく、また、仮に森林組合が町に代行してその行政事務を行っていてこれにより町がその分の費用の支出を免れたものとみることができるとしても、このような利益と大谷に対する給与の支払との間に直接の因果関係はないから、損益相殺の余地はなく、したがって、論旨は、原判決の結論に影響しない点について原判決を非難するものにすぎないというべきである。」

すなわち、最高裁は、「違法な公金の支出」については、「森林組合が行っていた事務」が、①「森林組合の事務に属するもの」であれば損益相殺は問題とならず、②「町の行政事務を代行して行っていたもの」であって、「これにより町がその分の費用の支出を免れた」場合には、損益相殺が問題となりうるが、この場合にも、このような町の「利益と大谷に対する給与の支払との間に直接の因果

関係はない」としたのである。

注意すべきは、「大谷」を通じて「森林組合が行っていた事務」は、①の「森林組合の事務に属するもの」であれ、②の「町の行政事務を代行して行っていたもの」であれ、それ自体はいずれも「適法」な行為であることである。最高裁判決は、このような「適法」な行為であっても、①の「森林組合の事務に属するもの」については勿論、②の「町の行政事務を代行して行っていたもの」についても、「直接の因果関係」がないとして損益相殺を否定した。

## (2)控訴審判決の評価

同判決は、上記のように、本件事業が「違法」であることを認定しつつ、「違法」な工事結果である本件林道を「受領」し「使用」していることを理由に損害を否定したが、本最高裁判例と整合しないであろう。なぜなら、最高裁は、「森林組合が行っていた事務」が「町の行政事務を代行して行っていた」もので「適法」であり、かつ、これにより町の得た利益額も「大谷」に対する給与の支払額から具体的に特定—すなわち、七年余にわたって町予算から支払われた総額796万余円—しうるとしても、「直接の因果関係」の欠如を理由に損益相殺を否定している。とすると、本件のように「違法」な行為であって、かつ、これにより利益がそもそも得られるかも不明であり、仮に得られるとしても利益額を特定しえない以上、損益相殺を適用する余地はないであろう。

## 2.3 最判平成6年12月20日民集48巻8号1676頁

## (1)判決内容

同判決は4号請求における「損害」につき次のよ

24 同上852～853頁。

うに判示している<sup>25</sup>。

「地方自治法242条の2第1項4号に基づく住民訴訟において住民が代位行使する損害賠償請求権は、民法その他の私法上の損害賠償請求権と異なるところはないというべきであるから、損害の有無、その額については、損益相殺が問題になる場合はこれを行った上で確定すべきものである。したがって、財務会計上の行為により普通地方公共団体に損害が生じたとしても、他方、右行為の結果、その地方公共団体が利益を得、あるいは支出を免れることによって利得をしている場合、損益相殺の可否については、両者の間に相当因果関係があると認められる限りは、これを行うことができる。

本件においては、同市は、本件各土地を借り受けるに際し、土地所有者らに対し、各土地の固定資産税は非課税とする旨の見解を示し、通常の賃貸借における賃料額よりかなり低額の右報償費を支払うことを約束して貸借の合意に至っており、上告人は、これに従って本件非課税措置を採ったものである。しかし、前示のとおり、本件は固定資産税を非課税とすることができる場合ではないので、本件非課税措置は違法というべきであり、同市は、これにより右税額相当の損害を受けたものというべきである。しかしながら、同市は、同時に、本来なら支払わなければならない土地使用の対価の支払を免れたものであり、右対価の額から右報償費を差し引いた額相当の利益を得ていることも明らかである。そして、上告人が本件非課税措置を採らずに固定資産税を賦課した場合には、それでもなお本件各土地の所有者らが本件のような低額の金員を代償として土地の使用を許諾したはずであるという事情は認定されていないので、

前記の原審認定事実によれば、同市があくまでも本件各土地の借受けを希望するときは、土地使用の対価として、近隣の相場に従った額又はそれに近い額の賃料を支払う必要が生じたことは、見やすいところであり、その額が固定資産税相当額に右報償費相当額を加えた額以上の金額になることは、前記の原審の認定する各金額の差から明らかである。

したがって、上告人が本件非課税措置を採ったことによる同市の損害と、右措置を採らなかった場合に必要とされる本件各土地の使用の対価の支払をすることを免れたという同市が得た前記の差引利益とは、対価関係があり、また、相当因果関係があるというべきであるから、両者は損益相殺の対象となるものというべきである。そうであれば、後者の額は前者の額を下回るものではないから、同市においては、結局、上告人が本件非課税措置を採ったことによる損害はなかったということになる。」

すなわち、最高裁は、4号請求における損害賠償請求権は、「民法その他の私法上の損害賠償請求権と異なることはない」ので、「損益相殺が問題となる場合」にはこれを行うべきこと、したがって、「財務会計上の行為により普通地方公共団体に損害」が生じて、その「行為の結果、その地方公共団体が利益を得、あるいは支出を免れることによって利得」した場合には、損益相殺によって、右「損害」と「利得」の間に「相当因果関係」が肯定される限度で、両者間の差引控除を認めたのである。この損害と利得の差引控除の根拠が「損益相殺」の法理であることも明言されている。

最高裁は、以上のような一般理論を踏まえ、同事件において損益相殺の対象行為は、「本件各土地を借り受ける」行為、すなわち、当該土地所有

25 民集48巻8号1682～1683頁。

## T. Sekine, Damage Concept under the Local Residents Lawsuit of Citizensuit Provision

者との「貸借」行為であり、これにより、本来ならば、「近隣の相場に従った額又はそれに近い額の賃料」という「本件各土地の使用の対価の支払いをすることを免れた」ことをもって、当該の「利得」としたのである。ここでも損益相殺の対象とされたのは、「本件各土地を借り受ける」行為、すなわち、当該土地所有者との「貸借」行為であって、「適法」になされた行為である。最高裁は、一方で、「本件非課税措置は違法というべきであり、同市は、これにより右相当額の損害を受けた」と判示しつつ、他方で、上記のような「適法」になされた行為による利得について損益相殺の法理を適用し、両者間に「相当因果関係」があるとした。

## (2)控訴審判決の評価

同判決は、本件事業が「違法」であると認定しつつ、「違法」な工事結果の「受領」と「使用」を利得として、損害を否定したが、本最高裁判例とも整合しないであろう。なぜなら、最高裁は、①適法な行為を損益相殺の対象とし、②それから具体的に得られた利益すなわち利得を特定することができ、③それが損害との間で相当因果関係の認められる場合にその限度で、損益相殺を肯定したにす

ぎないからである。

さらに指摘すべきは、上記のように、最高裁は、「本件非課税措置は違法というべきであり、同市は、これにより右相当額の損害を受けたものというべきである」と明言している点である。すなわち、最高裁は、違法な非課税措置による得べかりし利益の喪失をもって「損害」とし、損益相殺の法理を適用している。とすると、公金支出の場合は、違法な公金の支出自体が損害となり<sup>26</sup>、これによって得られた利得があるときは、その利得が「適法」な行為から生じた場合に、相当因果関係の認められる限度で、損益相殺の法理により差引控除されることになろう。

しかるに、控訴審は、後に詳述するように、当事者から損益相殺の主張がなされなかったにも拘わらず、上記のように、本件林道の「受領」と「使用」を利得とみて、損害と利得の差引控除を行っているので、本最高裁判例に反しないか問題となる。なぜなら、最高裁は、財務会計上の「行為の結果、その地方公共団体が利益を得、あるいは支出を免れることによって利得をしている場合」は、「損害の有無、その額」について「損益相殺が問題になる場合」としている。とすると、控訴審が行った上記のような差引控除は、最高裁判例によれば損益相殺に外ならないのに、控訴審はこれと異なる解

26 この点を明言するものとして、関前掲127頁は、「公金の支出は、原則として地方公共団体に当該金額相当の損害を生ぜしめる」とする。思うに、金銭(貨幣)は価値そのものと考えられ、その帰属も占有の移転と共に変動する。それゆえ、金銭に対する物権的請求権一たとえば、所有権に基づく返還請求権一も想定されえないので、無効な原因に基づいて金銭が交付された場合にも、不当利得返還請求権が問題となりにすぎない。不法行為理論上、不当利得返還請求権が認められても、不法行為に基づく損害賠償請求権の発生は妨げられないと解されている。以上の通りとすると、違法な原因に基づき公金が支出された場合には、不当利得返還請求権が成立するか否かに拘わらず、損害の発生を認めることになろう。金銭に関する法理論につき、我妻栄著・有泉亨補訂「新訂物権法」民法講義Ⅱ(岩波書店)37頁は、「金銭(貨幣)に至っては、全く個性がない。したがって、普通に金銭が譲渡されるときは、金銭の上の物権の変動となさずに金銭の表示する価値の変動となし、所有権移転の効果を問題とせず、もっぱら価値の変動が不当利得となるかどうかを問題とすべきものではなからうかと考える」とされ、同236頁にも、「貨幣は、抽象的な価値の化現者として存在するだけで、全く個性をもたないものであるから、貨幣については、所有権を問題とせず、貨幣によって化現される価値は貨幣の占有とともに移転すると考え、したがって、返還請求についても、特定の貨幣の返還請求を認めることなく、もっぱら不当利得の返還請求で問題を解決すべきものであろう」とされている。不当利得返還請求権と損害賠償請求権の関係についても、四宮前掲442頁は、不当利得返還請求権の成立する可能性が与えられることは、「同時に不法行為による損害賠償請求権の成立する可能性を排除するものではない。この場合は、(中略)両請求権規範が同時に適用される場合であって、損害の有無の判断に際して他の請求権の存在を根拠にいれるべきではないから、一層、損害なしとはいえないであろう」とする。関前掲155頁も、「一般に違法な当該行為の結果として被害者が加害者に対して、不当利得返還請求権を取得した場合であっても、一般に請求権の形態をとる利益は実現不確実であるから、不当利得返還請求権が成立する限度で損害が生ぜず、被害者が損害賠償請求権を行使できないと解するのは妥当であるまい」とする。

積をしたことになろう<sup>27</sup>。

## 2.4 最大判平成5年3月24日民集47巻4号3039頁

### (1)判決内容

同最高裁判決は、その「判示事項」によると、「不法行為と同一の原因によって被害者又はその相続人が第三者に対して取得した債権の額を加害者の賠償額から控除することの要否及びその範囲」と「地方公務員等共済組合法の規定に基づく退職年金の受給者が不法行為によって死亡した場合にその相続人が被害者の死亡を原因として受給権を取得した同法の規定に基づく遺族年金の額を加害者の賠償額から控除することの要否及びその範囲」について判示したもので、損益相殺的な調整につき、次のように判示している<sup>28</sup>。

「不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とするものである。

被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合には、損害と利益との間に同質性がある限り、公平の見地から、その利益の額を被害者が加害者に対して賠償を求める損害額から控除することによって損益相殺的な調整を図る必要がある、また、被害者が不法行為によって死亡し、その損

害賠償請求権を取得した相続人が不法行為と同一の原因によって利益を受ける場合にも、右の損益相殺的な調整を図ることが必要なときがあり得る。このような調整は、前記の不法行為に基づく損害賠償制度の目的から考えると、被害者又はその相続人の受ける利益によって被害者に生じた損害が現実に補てんされたということができる範囲に限られるべきである。」(下線部は筆者による強調)。

上に損益相殺「的」調整というのは、当該事案では地方公務員等共済組合法に基づく給付が問題となっており、同法には社会福祉的な配慮もあるので、純然たる損益相殺において問題となる利得とは若干異なるためと思われるが、この点を別とすれば、上記判示における考え方は損益相殺一般に妥当するものである。

最高裁は、損益相殺の要件として、「損害と利益との間の同質性」と「公平の見地」を挙げ、更に、具体的に被害者又はその相続人の受ける利益によって「被害者に生じた損害が現実に補てんされた」ことを要求している。さらに、当該事案における損益相殺的な調整の範囲につき、「本件において、前記の損害額から控除すべき遺族年金の額は、被上告人が既に支給を受けた321万1151円と原審の口頭弁論終結時において支給を受けることが確定していた同年5月から7月までの3か月分37万2350円と合計額であるというべきである。」とした<sup>29</sup>。

すなわち、上記「被害者に生じた損害が現実に補てんされた」範囲につき、①実際に支給された

27 控訴審判決は、その行った差引控除の法的根拠を明らかにしていないが、一方で、違法な公金支出を認定し、他方で、工事結果の「受領」と「使用」による利益を理由に、県の損害を否定しているため、損益相殺を行ったものと解される。ただし、県の公金支出による損害とその対価である工事結果による利益というのは、次に紹介する最大判平成5年3月24日民集47巻4号3039頁のいう「被害者が不法行為によって損害を被ると同時に、同一の原因によって利益を受ける場合」に外ならず、両者間の差引控除の根拠は、この最高裁判例を前提とする限り、損益相殺の法理に帰着するからである。

28 民集47巻4号3043～3044頁。

29 同上3047頁。

## T. Sekine, Damage Concept under the Local Residents Lawsuit of Citizensuit Provision

額と、②「原審の口頭弁論終結時において支給を受けることが確定」していた額の合計額に限定した。

## (2)控訴審判決の評価

同判決は、上記のように、「本件支出負担行為等が財務会計上違法と評価されるものであっても、本件工事請負契約自体は私法上有効であること、県としては同契約に基づき支出額に相当する価額の工事結果を受領した上(請負代金額が工事の内容に比して不相当に過大であるというような事情は何ら見当たらない。)、現に本件林道を所期の目的に即して使用していること」から、「本件支出負担行為等によって県に工事費用等相当額の損害が発生したと認めることはできない。」と結論づけている。

これは、上記大法廷判決が損益相殺の範囲につき、一般的に、「被害者に生じた損害が現実に補てんされた」部分に限定し、当該事案において、①実際に支給された額、及び、②「原審の口頭弁論終結時において支給を受けることが確定」していた額の合計額に限定したことと比して、少なくとも利得の認定がルーズにすぎるといえよう。

すなわち、控訴審判決のように、単なる希望的な憶測でしかない利益をも損益相殺における利得の範囲に含めると、建設請負工事が対象とされたような住民訴訟における4号請求は、その公金支出が違法であっても、およそ工事の完成を理由に

損害なしとされてしまい、上記大法廷判決が、「損害と利益との間の同質性」「公平の見地」「被害者に生じた損害が現実に補てんされた」ことなどを損益相殺の要件とした趣旨が無意味となろう。控訴審判決のような上記損害の認定方法によると、最高裁が損益相殺の要件とした上記事項の検討もできないことになろう<sup>30</sup>。

## 2.5. まとめ

以上、4号請求の損害に関する主要な最高裁判例を検討したが、次のように要約できるであろう。

第一に、最高裁判例上、損害から利得を控除して損害額を算定するのは、損益相殺の法理による<sup>31</sup>。

第二に、最高裁判例は、さらに利得の範囲に絞りをかけて、「相当因果関係」「直接の因果関係」「対価関係」「損害と利益との間の同質性」「公平の見地」「被害者に生じた損害が現実に補てんされた」などの各要件を課している。

第三に、上記のように、損益相殺の可否は法的でないし規範的な評価であるので<sup>32</sup>、最高裁判例は、損益相殺において考慮すべき利得の範囲につき、少なくとも「適法」な行為によるものに限定していると考えられる。

最後に、最高裁判例は、利得の認定上も、その特定性・具体性・確実性などを要求しており、将来的に不確かな利益は損益相殺における利得とは認めない趣旨と考えられる。

30 県の損害を否定するのであれば、上記大法廷判決に従い、「口頭弁論終結時」において本件林道から受けることが「確定」していた額がいくらであったか、具体的な額をもって判断する必要があったと思われる。のみならず、上記大法廷判決は、「損害と利益との間の同質性」「公平の見地」などを損益相殺の適用要件としているが、原状に回復すべき違法な存在である本件林道をもって利益とすることは、少なくとも「公平の見地」から許されないであろう。

31 損益相殺につき、詳しくは、四宮前掲600頁以下、参照。とくに、同602頁によると、「損益相殺が認められるには、(a)利益が不法行為を契機として生じたものであることのほかに、(b)両者の関係からして損益相殺を認めるのが衡平である、と判断されることが、必要である。そして、その判断のためには、(・)まず、当該利益発生の経緯や、当該利益(利益が出損の節約である場合は、その出損)を基礎づける規範の目的・機能から、当該利益が当該損害(損害が逸失利益の形をとる場合は、その利益)に対していかなる実質的・機能的関係にあるかを確かめ、(・)然るのち、不法行為制度の目的・機能に照らして、当該損害から上のごとき関係にある利益を控除するのが衡平である、と考えられることが、必要である。」とされている。

32 前注参照。損益相殺の要件として「衡平」性が要求されるのは、それが法規範的な評価であるからである。

以上の通りとすると、控訴審判決が本件事業の違法を認定しつつ、その成果を利得と評価して損害から控除したのは、少なくとも上記最高裁判例に反するといえよう。

## 第5 いくつかの問題点

### 1 森林法違反と損害

控訴審判決は、森林法34条1項及び2項違反による原状回復命令と県の損害の関係について、次のように判示している<sup>33</sup>。以下、損害論との関係において、その当否を検討していく。

「本件において、同条項<sup>34</sup>に違反することを理由として実際に原状回復を命じられたとか、命じられることが確実であるというような事実を認めるに足る証拠はないし、それ以外に本件支出負担行為等の結果として県に何らかの損害が発生したことを認めるに足る証拠もないから、本件支出負担行為等によって県に損害が発生したと認めることはできない。」

#### (1)原状回復命令について

都道府県知事は、森林法38条1項によると、同34条1項の規定に違反した者に対し、「当該伐採跡地につき、期間、方法及び樹種を定めて造林に必要な行為を命ずることができる」し、同38条2項によると、同34条2項の規定に違反した者に対し、「期間を定めて復旧に必要な行為をすべき旨を命ず

ることができる」と定められている。このように、同34条に違反した場合に、同38条の規定により原状回復命令を発しうるのは、都道府県知事とされている点は重要である。上記引用部分は、この原状回復命令の発令の有無・確実性と損害の関係について、判示したものである<sup>35</sup>。

#### (2)住民訴訟制度からみた評価

住民訴訟の制度は、「執行機関又は職員の右財務会計上の行為又は怠る事実の適否ないしその是正の要否について地方公共団体の判断と住民の判断とが相反し対立する場合に、住民が自らの手により違法の防止又は是正をはかる」権利を住民に付与したものである<sup>36</sup>。とすると、控訴審判決のように、「実際に原状回復を命じられたとか、命じられることが確実」であったかどうかにより、4号請求における損害の有無を判定することは、訴訟の相手方である被控訴人知事に対し、4号請求の成否を決定する権限を委ねることに帰着するであろう。

住民訴訟の制度が、「地方公共団体の判断と住民の判断とが相反し対立する場合に、住民が自らの手により違法の防止又は是正をはかることができる点に、制度本来の意義がある」とすると<sup>37</sup>、原状回復命令の有無・確実性を根拠として損害の有無を判定することは、住民訴訟制度の本質と相容れないであろう。のみならず、被控訴人知事が原状回復命令を発したとすると、控訴審判決の論理によると、被控訴人大田に対する4号請求に係る損害賠償責任が発生し、したがってまた、被控訴

33 控訴審判決67～68頁。

34 判決文中「同条項」というのは、森林法34条1項、2項を指している。

35 森林法34条1項・2項に違反することを理由として、「実際に原状回復を命じられたとか、命じられることが確実」であったかどうかについても、当事者の主張整理欄にはその点の主張摘示もなく、争点外であったと思われる。したがって当事者による主張立証の機会も与えられておらず、訴訟法的には、ここでも弁論主義違反の違法が問題となる。

36 前掲最判昭和53年3月30日民集32巻2号487頁、参照。

37 同上。



## T. Sekine, Damage Concept under the Local Residents Lawsuit of Citizensuit Provision

人知事自身に対する3号請求に係るこの損害賠償請求権の行使を怠っていることの違法確認請求も認容される結果となる。

平たくいえば、被控訴人知事が同命令を発すれば、自らに対する3号請求も認容されるのであり、このような場合に、3号請求を争っている被控訴人知事が同命令を発することはありえない。控訴審判決のように、原状回復が「命じられたとか、命じられることが確実」であったかどうかにより、4号の損害賠償請求および3号の違法確認請求の成否を判断するのは、住民訴訟制度の本来の趣旨を没却するといえよう。

## 2. 県の損害

控訴審判決は、工事費用等相当額「それ以外に本件支出負担行為等の結果として県に何らかの損害が発生したことを認めるに足りる証拠もないから、本件支出負担行為等によって県に損害が発生したと認めることはできない。」と判示しているが、この点についても問題がありそうである<sup>38</sup>。

すなわち、訴訟においては現場検証が行われており、控訴審判決も、事実及び理由中の「第6 本案に関する争点に対する裁判所の判断 1 (7) 本件林道及び付近の状況について ウ 平成12年9月29日(検証日)の状況」のところで、「平成12年9月29日の検証実施時、本件林道及びその付近において、法面の土砂等が崩壊した箇所(検証調書図面番号2-1、同写真番号56、93、94)、路肩が崩壊している箇所(同写真番号63、65ないし72、80ないし82、84ないし87、89、92)土捨て場が残っている箇所(同図面番号6-1、6-2、6-3)、路面に亀裂が生じている箇所(同写真番号18、96)があ

り」と判示されており<sup>39</sup>、これらの「法面の土砂等の崩壊」「路肩の崩壊」「路面の亀裂」等は、裁判所が自ら検証によって認識した事実であって、「工事費用相当額それ以外」で県に発生した損害を認めるに足りる十分な証拠であろう。

以上の通りとすると、何らの理由を示すことなく、工事費用等相当額「それ以外に本件支出負担行為等の結果として県に何らかの損害が発生したことを認めるに足りる証拠もない」と判示したのは不可解といえるであろう<sup>40</sup>。

### 追記・謝辞

本稿が契機となって、住民訴訟における損益相殺論をふくむ4号請求の損害論の理論的な深化が図られ、住民による違法公金支出の責任追求をつうじて、ムダな公共事業に少しでも歯止めがかかれば幸いである。行政みずからの手による公共事業の変革が期待できないとすると、住民自身が自腹を切って提起する住民訴訟によるムダな公共事業の防止・是正は、今後一層その重要性が高まるであろう。本稿の校正には、私のゼミの卒業生で、現在、関西学院大学法科大学院在学中の金崎正行君と本学教務補佐の方々にお世話になった。最後に謝辞を捧げたい。

38 訴訟の争点は、違法な公金支出、すなわち工事費用等相当額の損害性であり、この点について当事者の主張が展開されている。それゆえ、工事費用等相当額以外の損害の有無を判決理由に援用するのは、訴訟法上、釈明義務違反、審理不尽の違法を指摘できるであろう。

39 控訴審判決53頁。

40 訴訟法的には理由不備・齟齬の違法が問題となろう。