

住民訴訟改革のあり方

— 地方制度調査会答申、懇談会、法案の問題点

阿 部 泰 隆

一 はじめに

筆者は、住民訴訟において軽過失免責を導入しようとする地方制度調査会の動きを批判してきたが、2016年年末になって、それを具体化する懇談会が総務省に設置され、なぜか私まで（日弁連の一員としてではあるが）呼んで頂いたので、そこで、軽過失免責を導入すべきではなく、代わりに賠償額の制限が妥当という私見を述べた。そして、懇談会はこの方向の提案をし、総務省はこれに応じた。筆者は喜んで（九まで）。

ところが、立法化の段階になって、軽過失責任軽減は維持されたものの、権利放棄議決を無限定に認めるという、まったくとんでもない、逆の法案が閣議決定されて、国会に上程された（一〇）。これでは、軽過失免責どころか、故意・重過失免責である。本稿は、この経緯を説明するとともに、法案を批判する。

二 地方制度調査会の答申からの出発点

1 地方制度調査会答申

- (1) 地方制度調査会は2016年3月16日「人口減少社会に的確に対応する地方行政体制及びガバナンスのあり方に関する答申」（以下、答申という）を内閣総理大臣に提出した（http://www.soumu.go.jp/main_content/000403436.pdf）。ここで、地方自治法242条の2の定める住民訴訟のいわゆる4号請求については、過失責任主義を重過失責任主義（軽過失免責）の方向へと見直そうとしている。他方、議会による権利放棄議決を制限しようとしている。これは、次のように述べる。「全体のガバナンスの見直しに

より不適正な事務処理の抑止効果を高めるとともに、長や職員の損害賠償責任については、長や職員への萎縮効果を低減させるため、軽過失の場合における損害賠償責任の長や職員個人への追及のあり方を見直すことが必要である。

同時に、不適正な事務処理の抑止効果を維持するため、裁判所により財務会計行為の違法性や注意義務違反の有無が確認されるための工夫や、4号訴訟の対象となる損害賠償請求権の訴訟係属中の放棄を禁止することが必要である。

また、4号訴訟において長や職員個人に損害賠償請求を認める判決が確定した後は、裁判所の判断を前提とした上で損害賠償請求権の放棄が客観的かつ合理的に行われることに資するよう、損害賠償請求権を放棄する場合に監査委員等の意見の聴取を行うことが必要である。」

- (2) これについては、筆者は正式答申前に反対論文を公表した⁽¹⁾他、日弁連も反対の意見書を提出している⁽²⁾。地方制度調査会は答申をまとめるに当たり、これらの反対があったためか、全会一致ではなかった。それは誠に珍しいことであった⁽³⁾。
- (3) 地方制度調査会には行政法・憲法研究者が参加している。そのうち、太田匡彦は軽過失免責に強く反対したが、他の委員（確井光明、勢一智子、長谷部恭男、飯島淳子）は反対を唱えなかったようである。筆者はこれらの委員に何度も拙稿・拙著を送った。これに返事がないのは、たとえ知人とはいえ、個人の意見として無視されたのかも知れないが、公的団体である日弁連が正式に反対の意見書を提出したのに、最終答申は、それまでの案をそのまま維持し、批判に何らの反論もしなかった。この委員には学者としての良心があるのか、疑問を感じている。その上、このある研究者は、2016年10月の公法学会で、審議会等について報告し、学者の参加には専門性・中立性の意義が

- (1) 阿部泰隆「地方制度調査会における住民訴訟制度改正の検討について」自治研究92巻1号3頁以下（2016年）（以下、「改正の検討について」として引用する）。阿部『住民訴訟 その理論と実務 改革の提案』（信山社、2015年）（以下、『住民訴訟』として引用する）。
- (2) 日本弁護士連合会「地方公共団体の長等の責任追及について、軽過失を免責する方向での住民訴訟制度の見直しに反対する意見書」2016年（平成28年）1月21日。
- (3) 堀内匠「第31次地方制度調査会答申を読む ― 地制調の役割の変化にも着目して ―」自治総研2016年5月号47頁の冒頭には、次の注が付いている。

武藤博己委員が、住民訴訟制度について、日弁連からの反対意見に触れた上で、細かい議論をする余地があまりなく、答申について納得いかないと思うところも多々あるし、全てについて全会一致ではないということをおっしゃっていただきたい旨発言すると、畔柳会長は「まさに武藤委員に私のかわりにおっしゃっていただいたようなところがある……きょういただいた御意見で今後の検討課題ということについては事務局とも十分に踏まえまして対応してまいります」と引き取った。（第3回総会議事録、31-32頁）

あると述べたが、批判に何らの反論もしない地方制度調査会の委員に専門性、中立性があるとは信じられないので、筆者は、同学会のシンポで、そのような委員がこのような報告をするのには違和感を感じると発言した（2017年秋発刊の公法研究にシンポの記録として記載されることになる）。そして、近著『行政法再入門』でも、このような御用学者批判を展開した⁽⁴⁾。

わずかに、飯島淳子は誠実に反論らしい意見を述べている⁽⁵⁾が、具体的な制度設計にふさわしい主張とは思えない。この飯島論文のなかに答申を正当化できるだけの理論的根拠を見いだすことは筆者にはできなかった。

2 住民訴訟制度の見直し懇談会

2016年12月になって、総務省において、住民訴訟見直しの具体策を検討する「住民訴訟制度の見直しに関する懇談会」（http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/kenkyu/jyumin_sosyou/index.html）が設置され、立法化作業へ向けた検討が行われた⁽⁶⁾。

その設置目的は、その開催要領によれば、「第31次地方制度調査会答申（以下「地制調答申」という。）において、住民訴訟制度の見直しが提言されたところであるが、見直しの具体的な方向性については今後の検討に委ねられている。このため、地制調答申を補足し、見直しの具体的な方向性について議論する『住民訴訟制度の見直しに関する懇談会』（以下「懇談会」という。）を開催し、必要な検討を行う。」というものである。

その第一回（2016年12月8日）に提出された資料（http://www.soumu.go.jp/main_content/000452901.pdf）によれば、「住民がチェックできるよう、透明性を確保すべき・ガバナ

(4) 阿部『行政法再入門上第2版』（信山社、2016年）11頁。

(5) 飯島淳子「住民訴訟制度の『改正』に向けて：批判とともに考える（特集 第31次地制調答申から考える「ガバナンス」）」都市問題107号（2016年）80－87頁。飯島論文の趣旨は、わかりにくく、要約もしがたいが、軽過失免責が違法行為のやり放題になり、法治国家ではゆゆしき結果を生ずるという私見に対して、正面から反論しているようには見えない。また、住民訴訟の大きな欠陥を理解しているようにも見えない。

(6) 「住民訴訟制度の見直しに関する懇談会」の構成員は以下の通りである。

（座長） 碓井光明 明治大学法科大学院教授

（委員） 大橋洋一 学習院大学法務研究科教授

小林裕彦 弁護士

斎藤 誠 東京大学大学院法学政治学研究科教授

谷口尚子 慶應義塾大学大学院システムデザイン・マネジメント研究科准教授

ンス全体の見直しとあわせて、軽過失の場合の長等への責任追及のあり方を見直しや違法性等を確認する仕組みの創設、権利放棄の手続の整備等の住民訴訟制度等の見直しをすべき」とされている。

そして、住民訴訟制度等を巡る課題として、

- 住民訴訟については、不適正な事務処理の抑止効果があると考えられる。
- 一方で、住民訴訟（4号訴訟）における長や職員の損害賠償責任について、平成24年4月20日、23日の各最高裁判決の個別意見等においては、次に掲げる点等を指摘。
 - ① 長や職員への萎縮効果
 - ② 国家賠償法との不均衡（公務員個人への求償責任の要件：故意又は重過失）
 - ③ 議会の議決に基づく損害賠償請求権の放棄が政治的状況に左右されてしまう場合があること

これを受けた見直しの方向性として、

- 全体のガバナンスの見直しにより不適正な事務処理の抑止効果を高める。
 - 長や職員への萎縮効果を低減させるため、軽過失の場合における損害賠償責任の長や職員個人への追及のあり方を見直すことが必要。
 - 不適正な事務処理の抑止効果を維持するため、裁判所により財務会計行為の違法性や注意義務違反の有無が確認されるための工夫や、4号訴訟の対象となる損害賠償請求権の訴訟係属中の放棄を禁止することが必要。
 - 損害賠償請求権を放棄する場合に監査委員等の意見の聴取を行うことが必要。
- とされている。

3 見直しの課題

こうして見直しの課題は、軽過失責任、違法確認訴訟、過失の有無を判断する訴訟、権利放棄議決が中心になるとされている。地方制度調査会の答申によりルールが敷かれたと考えているわけである。

しかし、答申に際しては、全会一致ではなく、地方制度調査会会長も、注(3)に記載したように、「きょういただいた御意見で今後の検討課題ということについては事務局とも十分に踏まえまして対応してまいりたい」と引き取っていることから、この答申自体の見直し、少なくともその軌道修正を行うべきである。さもないと、いかに異論があっても、多数決さえ取れば、問答無用と言うことになる。これは民主主義国家における立法過程に

はふさわしくない。

また、地方制度調査会答申もこの懇談会も、最高裁判決（平成24年4月20日民集66巻6号2583頁等）で指摘されたことを資料として提出し、それを素材に議論したようであるが、最高裁判決には、後にも指摘するが、多数の不適切な点なり誤りがある⁽⁷⁾ので、立法に当たってはそれを当然の前提とするべきではない。立法者は、裁判官とは異なって、なお多様な資料を収集し、種々の見解を分析することができるのであるから、より広い見地から検討すべきである。

このような学説無視の資料で議論するようでは、立法のレベルは低すぎると言わざるを得ない。行政訴訟改革でも感じた⁽⁸⁾ことであるが、学者が、学問無視のこんな資料に甘んじて検討するとすれば、学問はやるだけ無駄になり、自己否定に陥るのではないか。

なお、地方制度調査会も、最高裁判決で指摘されたことにそのまま従っているわけではない。権利放棄議決を係争中は禁止するとの意見は、最高裁判決を否定する立法である。それなら、軽過失免責の提案も、最高裁判決に囚われずに検討すべきことである。軽過失責任主義を言明した昭和61年の最判（後記）にも配慮する必要がある。

この答申や資料は、首長の責任軽減を求めている。それはお上の目線である。そして、それは住民訴訟の弱体化を惹起する。それよりも、住民訴訟が違法財政行政を防止し、損害を回復することに寄与していることを念頭に置いて、住民訴訟の機能強化の視点が不可欠である。このことは、この答申を受けた懇談会の課題に入っていないのかも知れないが、それでは制度見直しとしてはあまりに一面的である。この機会に、住民訴訟の強化の方向を工夫して頂きたい。

4 筆者の希望

なお、筆者は住民訴訟制度の抜本的改革案を提案している⁽⁹⁾。今回も取り上げられず、遺言になりそうであるが、いずれ取り上げて頂くことを期待している。

本稿は、これまでに主張してきたことをくり返すところではあるが、全てをくり返すわけにはいかないので、注(1)に掲げた拙稿を是非ご参照頂きたい。そして、私見を敷衍し、

(7) 『住民訴訟』432頁以下。

(8) 行政訴訟改革のための検討会に提出された資料も判決の骨子だけであった。阿部『行政法再入門上第2版』16頁。

(9) 『住民訴訟』第1部。

多少新しい知見を披露することとする。答申の具体化の段階・法案作成の段階において、答申の枠を考慮しつつも、できるだけ住民訴訟を適切に動かすという視点から工夫するべきことを広く訴えたい。

筆者は、この懇談会の委員には、地方制度調査会とは異なって、学者の良心に恥じない答申を出されることを期待する、と述べていた。

三 違法行為の防止・是正

議論において共有すべき点を最初に確認すべきである。

1 市民目線で、首長の責任を判断せよ

- ① 違法行為は許さない。法治国家である。
- ② 市民は軽過失、ほんの少しの過失でも責任を問われる。

ここまでは異論はあるまい。

首長側からは、うっかり違法行為をしたとして、責任を問われるのはかなわない。行政は幅が広いので、どこで、ミスとされるかわからない。首長はハイリスクだという声が聞こえる。しかし、首長は市民以上に率先して法を守るべきだと考えるべきである。官僚側、お上の側からだけ見ないで、市民との均衡、市民目線も大事である。

そこで、議論の出発点では、法治国家においては、首長といえども、むしろ首長だからこそ、過失で違法行為をすることは許されないという視点を共有すべきである。

2 住民訴訟の貢献

住民訴訟は、住民の利益のために寄与している。政務調査費・政治活動費の不正使用、高すぎる随意契約、ヤミ給与（違法厚遇）、関連団体への根拠のない公金支出、企業の談合による自治体の損害、など多数の案件で、原告らは手弁当で、被告自治体の頑強な抵抗を排除して違法を断罪し、住民の利益になったはずである。原告側弁護士も最終的に勝訴したときに、その後高額な印紙を貼ってもう一度訴訟して勝訴して初めて報酬を得られるので、全く割に合わない努力をしている。

3 住民訴訟の機能強化を

筆者は、現行制度では、住民訴訟には障害物が多すぎ、これを代理するのはもうくたびれ、正義のため、法治国家のためといっても、無理だと感じている。権利放棄議決が正当化されて、せっかく勝ったはずが敗訴にされては、およそ勝訴のチャンスがなくなるので、なおさらである。

その上、軽過失免責を導入されては、せっかく、違法、過失を証明しても、重過失はなかったとして敗訴するから、筆者に限らず、ほとんど全ての弁護士は、とても代理する気が起きないだろう。

もともと平成14年改正は、首長側が絶対的に有利になる（勝敗に関わらない弁護士費用の公費負担、職員動員）のに、実体法は、軽過失責任のまま⁽¹⁰⁾だという説明のもとに行われたが、今回は実体法を、責任を問えない方向へと改悪しようとしている。総務省は、平成14年改悪も今回の改正も、真綿で首を絞めるように住民訴訟を安楽死させようとしているのではないのか。

しかし、地方公共団体においても住民訴訟で違法を指摘される事案が頻発する以上は、住民訴訟を廃止ないし弱体化すべきではない。むしろ、その機能を強化すべきである。

違法行為をしても責任を負いたくないという首長の立場、責任を問われる役人の立場ではなく、違法行為を許すまじ、という民の立場で改革すべきではないのか。さもなければ、国民の負託に応える職責を果たすものではない。

4 懇談会の任務の範囲

この懇談会は、地方制度調査会答申の具体化ということであるが、答申自体が全会一致ではなく、問題も指摘されていた上に、まともな理由が付いていない（およそ学問的な批判に耐えるものではない）ので、単に責任要件だけではなく、住民訴訟の機能不全を惹起しているそのほかの制度もこの機会に併せてより適切に機能するように見直すべきである。

(10) 『住民訴訟』66頁。成田頼明説である。

四 軽過失免責の誤り

1 過失責任主義の例外を認める正当化事由はあるか

- (1) 総務省は、首長の責任を重過失責任主義に変更するのは、住民訴訟だけではなく、地方公共団体が（元）首長の責任を追及する不法行為訴訟でも同じとする方針だということである。責任は訴訟形式によって違うのではない。首長や職員のその地方公共団体への責任として、一般的に定めるといふ。これは答申には出ていない、今回初めてわかったことである（後述の改正法案の243条の2がこれである）。
- (2) 国家賠償法との不均衡が根拠となっているが、それが理論的に間違っていることは何度も指摘した⁽¹¹⁾。最高裁判事が言ったからといって、立法に当たって、当然に尊重すべきものではない。現に地方制度調査会も、係争中は権利放棄議決を禁止せよと、最高裁判決とは逆のことをいっているのである。

何度も主張していることであるが、国家賠償訴訟は被害者の救済を図る制度であり、国家が賠償責任を負えば、それで制度の目的は達成できるから、公務員が責任を負うかどうかは二次的な問題である。一方、住民訴訟4号請求訴訟は首長や職員、あるいは談合企業など外部の者が地方公共団体に加えた損害を回復させるために、これらの加害者の個人責任を追及する制度であるから、軽過失免責となれば賠償責任を負う者が誰もいなくなり、不法行為制度の目的を達成することができない。

国家賠償との均衡論はお上の目線である。筆者も昔軽過失免責論を採っていたが、それは役所からしか情報が入っていなかった研究者時代のものである。弁護士になって、ほんの少しのミスでも責任を負わされる民の立場から見れば全く違った世界があったのである。

- (3) 軽過失免責は、失火責任法以外は、過失責任主義を採る現行不法行為法の大原則に反する。最高裁判決昭和61年2月27日（民集40巻1号88頁）は、首長の軽過失責任を言明した。

「判旨」 「普通地方公共団体の長は、当該地方公共団体の条例、予算その他の議会の議決に基づく事務その他公共団体の事務を自らの判断と責任において誠実に管理し

(11) 「改正の検討について」15頁以下。『住民訴訟』18頁以下。

及び執行する義務を負い（法138条の2）、予算についてその調製権、議会提出権、付再議権、原案執行権及び執行状況調査権等広範な権限を有するものであつて（法176条、177条、211条、218条、221条）、その職責に鑑みると、普通地方公共団体の長の行為による賠償責任については、他の職員と異なる取扱をされることもやむを得ないものであり、右のような普通地方公共団体の長の職責並びに前述のような法243条の2の規定の趣旨及び内容に照らせば、同条一項所定の職員には当該地方公共団体の長は含まれず、普通地方公共団体の長の当該地方公共団体に対する賠償責任については民法の規定によるものと解するのが相当である。」

この判例は答申では参照されていない。平成24年4月20日等の最判だけ参照し、これを参照しないのは不均衡、恣意的である。これを変更するだけの理由もないし、示されてもいない。

- (4) 会計職員の責任は、現金の亡失などを除き重過失責任主義である（地方自治法243条の2第1項）が、それは、ミスを犯しやすい業務であるから、萎縮しないようにということと、法令コンプライアンスもできない立場だからである。

前記最高裁によれば、地方自治法243条の2第1項は「職員の職務の特殊性に鑑みて、同項所定の行為に起因する当該地方公共団体の損害に対する右職員の賠償責任に関しては、民法上の債務不履行又は不法行為による損害賠償責任よりも責任発生の要件及び責任の範囲を限定して、これら職員がその職務を行うにあたり畏縮し消極的となることなく、積極的に職務を遂行することができるよう配慮するとともに、右職員の行為により地方公共団体が損害を被つた場合には、簡便、かつ、迅速にその損害の補てんが図られるように、当該地方公共団体を統轄する長に対し、賠償命令の権限を付与したものであると解せられる。

してみれば、法243条の2の規定は、同条1項所定の職員の行為に関する限りその損害賠償責任については民法の規定を排除し、その責任の有無又は範囲は専ら同条1、2項の規定によるものとし、また、右職員の行為により当該地方公共団体が損害を被つた場合に、賠償命令という地方公共団体内部における簡便な責任追及の方法を設けることによつて損害の補てんを容易にしようとした点にその特殊性を有するものにすぎず」（上記最判昭和61年2月27日）。

- (5) 会社法（425条以下）でも、取締役が会社に損害を与えた場合、軽過失免責とはなっていない。責任が制限されるだけである。
- (6) 普通の市民なら、本当に軽過失でも責任を追及される。

(7) 国が大臣などの不法行為責任を追及する訴訟は、過失責任主義であるから、地方公共団体が首長の責任を追及する訴訟において重過失責任主義を取るとすると、不均衡が生ずる。大臣の責任を追及する訴訟等は起きないと思っていたら、脳天気である。政権交代は地獄である。

もともと、前記の懇談会の第一回資料では、会計職員等以外の職員（長を含む）について、地方公共団体では、「故意又は過失 ※ 最高裁判例においては民法の規定によるとされている（民法709条）、国では、故意又は重過失 ※ 現行法は明文の規定はないが学説上の有力説」と記載されている。しかし、どんな学説なのか、何も書かれていない。このような根拠不十分なもの、会議をミスリードし、庶民を騙すことは許せるものではない。

国の場合、国民訴訟がないから、大臣の不法行為でも、国民には訴える手段がないが、政権交代の時に、後の政権が前の政権の大臣を訴えることは考えられることである。それを重過失責任主義とするという解釈論が存在するのか、存在するとして、どんな根拠なのか、およそ検討されているとは思えない。

では、大臣の責任も重過失責任主義にするのか。それは大問題である。

(8) 首長は住民訴訟の脅威により萎縮しているといわれているが、何ら実証的な根拠は提示されていない。知事や市町村長に立候補することを躊躇したとか、重要な施策で、住民訴訟を怖がって、萎縮してしまったという例（立法事実）は指摘されていない。このような立法事実を欠く提案は法治国家では許されない。学者がこれに賛同するのでは、その学問自体に疑問符が付く。

会社でも、取締役になるとリスクがあるからと辞退することが頻発しているとか、重要な職務に消極的になるとは一般的には言われていない。重役保険に加入するだけで終わっている。

弁護士も依頼者との間でトラブルが頻発するリスクのある商売であるが、弁護士保険に加入することでカバーしており、その上限を超える責任を負わされれば破綻するが、軽過失免責などは主張していない。

運転手は、夜間路上に寝ていた者を轢いてしまっても、過失犯とされる。だからといって、普通の人は、萎縮して運転しないという行動はとらない。

介護中の認知症老人がちょっと目を離した隙に電車に轢かれても、介護者の責任を追及される。高裁までは責任ありで、最高裁で「家族側の監督責任なし」の逆転勝訴判決が下された（最判平成28年3月1日民集70巻3号681頁）が、それは、妻は事故

当時85歳で、要介護1の認定を受けていたこと、長男は横浜市在住で20年近く別居をしており月に3回訪ねる程度だったということなども踏まえ、妻も長男も「男性の監督が可能ではなかった」と結論付けたにすぎず、日常生活での関わり方によっては、家族が「監督義務者に準じる立場」として責任を負う場合もあると指摘し、「その者自身の生活状況や心身の状況などとともに、精神障害者との親族関係の有無・濃淡、同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情、精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容、これらに対応して行われている監護や介護の実態など諸般の事情を総合考慮して、その者が精神障害者を現に監督しているかあるいは監督することが可能かつ容易であるなど衡平の見地からその者に対し精神障害者の行為に係る責任を問うのが相当といえる客観的状況が認められるか否かという観点から判断すべきである。」とする基準を初めて示した。したがって、これは事例判断であり、介護者はいつ責任を追及されるかわからない。

普通の人には、それでも、過失責任主義のもとで、気をつけて行動しており、萎縮効果が働くようなことはない。

むしろ、軽過失でも責任を問われるからこそ気をつけて、我々が被害者になることを減少させているのであって、萎縮しないようにと軽過失免責を導入すれば、いつ被害者になるかと、不安で、何もできないだろう。自治体では違法行為のやり放題になる。

- (9) 賠償責任を心配するなら保険に加入すれば良い。そして、保険が職務上必要なら、そのある程度の部分を公費で補助するか、その分給与をアップすれば済む。

ただ、1億円プランの保険料は、市長、特別区長なら69万円であるが、都道府県知事の保険料は495万円と高い。筆者は、これでは加入せよというのは無理と同情していた⁽¹²⁾。

しかし、今考え直すと、保険料が高額なのは、ガンにかかってから保険加入を申し込むようなものだからである。そこで、知事は、保険会社に、住民訴訟で違法・過失ありと指弾されるような違法はしていませんと、法令コンプライアンス体制を構築していることを示して、保険料の減額を求めるべきである。保険の支払限度額を設定すれば、保険料は安くなるだろう。また、保険会社は免責金額（自己負担額）をある程

(12) 『住民訴訟』41頁。

度高くして、自腹を切らせるようにすべきである。

そうすると、保険料が高いから、入れない、軽過失免責せよという議論は間違いである。

- (10) 地方制度調査会答申も、「軽過失の場合における損害賠償責任の長や職員個人への追及のあり方を見直すことが必要」とは言っている（これは軽過失免責に抵抗した大田国彦教授の主張の成果）が、軽過失免責とまでは明言していない。そこで、軽過失責任を残しつつ、首長が重い責任を負わないような手立てを作れば（法令コンプライアンス体制、保険料の軽減、賠償額軽減）、それはこの答申の範囲内というべきである。

2 法令コンプライアンスをしっかりとやれば安心

- (1) 首長の業務は広いからミスしやすいなどと言われるが、首長が個人で判断すれば、どんな法律専門家でもミスは起きる。法律とはおよそ縁がない芸人でも作家でも、知事や市町村長どころか首相・大臣にもなれるこの大衆民主主義国家では、法律問題を自ら判断することは期待されていない。自ら判断しなければならなかったら、思い上がりか勘違いである（現に石原元都知事は、豊洲移転問題でも専門家に任せたとやっている）。
- (2) 首長は、組織と部下を使い、公金を使って、自らの意向で法令コンプライアンスを行うことができるし、被用者ではなく、雇用主、取締役の立場にある。しかも、首長は現場の職員と異なり、即時の判断は要求されていない。じっくり考えることができる。

したがって、地方公共団体の内部職員の責任軽減論を採るとしても、それは首長には当てはまらない。

- (3) 首長は、部下に、違法行為でも政治的に必要だから誤魔化せ、などと言ってはならない。元神戸市長は、司法判断に対して「法常識に照らしてどうか」と思うと言っていた⁽¹³⁾が、法常識が何かを判断するのは、司法であって、市長ではない。法治国家においては、行政も政治も法律の枠の中・司法の下にあることを理解できないのが法治国家におけるはずの市長なのであるから情けないものである。日頃から、先例があ

(13) 『住民訴訟』344頁。

るものも、適法性を吟味しておけと訓示しておき、検討させ、難しい案件は、その領域の専門家である研究者又は弁護士に鑑定意見を依頼すべきである。その領域の専門家かどうかは、専門的な論文を分析することによって行うべきである。概説とか読本とかいった類の教科書は、いかに売れていても、たかが学生向けの教科書であって、学問ではないので、基準にならない。

日頃公営住宅の明渡しや債権回収を依頼しているだけの弁護士に依頼してはならない。しっかりした鑑定書に基づいて、違法とは言えないと判断して行った行為が後に違法とされても、過失はない。安心である。

総務省は、地方自治法改正に内部統制システムを導入する意向である（日本経済新聞2017年1月4日朝刊1面）。しかし、それは部下の不祥事対策である。首長の不祥事対策こそが必要なのである。

- (4) 住民訴訟は政争に使われるとの批判がある（懇談会でもそのような指摘があった）。その通りではあろうが、違法行為をしなければ、政敵の住民訴訟は撃退できるのであるから、住民訴訟に対する批判にはならない。行政は法と司法の下にあるという、日本国憲法のイロハを理解すれば、何の心配もないのである。
- (5) 首長が責任を問われたケースは、普通は、長年の違法行為に麻痺して検討していないか、独断専行で行ったものである。あるいは議会でも異論が出されたのに、議会与党の多数決で無視したのである。法令コンプライアンスを怠っているのだから、同情に値しない⁽¹⁴⁾。

最高裁の千葉補足意見は、「錯綜する事案処理の過程で、1度のミスや法令解釈の誤りがあると、長の給与や退職金を遙かに超える損害賠償責任を負わされる」と述べ、懇談会の資料にも提出されているが、そんなことで責任を負わされたことはない。賠償責任が認められた案件は、錯綜する事案処理などはなく、皆簡単な案件である。

その上、神戸市の事件では、最高裁は、市長の過失を否定したので、「錯綜する事案処理の過程で、1度のミスや法令解釈の誤りがあると、長の給与や退職金を遙かに超える損害賠償責任を負わされる」といったことはないから、的外れである。

実は元神戸市長は、外郭団体に市の職員を給与付きで派遣することは公益的法人派遣法6条に違反するので、外郭団体に補助金を支出して、その人件費に充てさせたも

(14) 吾妻大龍（阿部泰隆）『市長破産』（信山社、2013年）134頁以下で多数の判例を紹介している。さらに、『住民訴訟』85頁以下。「改正の検討について」10頁。

ので、最初から脱法行為を行ったものである。少しも複雑ではない。専門家の意見を聴けば違法と言われるとわかっていたから聞かなかつたに過ぎない。本来は過失どころか、故意があったのである。それなのに、最高裁が騙されたのである。最高裁は、口頭弁論における筆者の弁論に耳を傾け、筆者の答弁書を読めばこのような誤解をしなかったのに、答弁書を一切無視した判断をした（判決では答弁書に言及されていないし、反論もされていない。判決文には上告受理申立理由書は添付されているが、答弁書は添付されていない）ので、本来さらに上級審があれば、覆せたのである。このような最高裁判決を立法に当たって尊重してはならない。

筆者は、ある首長から、ある重要な案件について、議会が継続審議を繰り返していて、可決も否決もせずにあらずらに時間を浪費しているので、地方自治法179条に基づいて専決処分をしたいが、大丈夫かとの相談を受けた。これまで専決処分をして責任を問われた首長は法的な吟味が足りなかったものである（千葉県白井市事件、千葉地判平成25年3月22日判時2196号3頁、東京高判平成25年8月29日判時2206号76頁）から、この首長の姿勢は立派なものである。筆者は、これまでの判例で違法とされるような事情が片鱗でもないように、議会ではこれ以上論点がないように十分に審議を尽くすこと、ここで結論を出さないで先送りすると、大きな不利益が生ずることという要件を設定して、具体的にどうすれば良いかを助言した。こうすれば、そもそも違法ではないはずであるが、仮に違法と判断されても十分に注意したことであるから、過失はないというべきである。

- (6) 条文の上でも、首長は、法律問題が発生する可能性のある事案については法令コンプライアンスを行うものとするという条文を作れば良い。
- (7) 地方制度調査会もガバナンスなどと言っているから、この視点が入っているはずであり、これも見直しに入れるべきである。

3 軽過失の責任を一部限定案

これで過失責任主義でも心配は要らないはずだが、保険にも支払限度が設定されよう。そこで、保険の支払限度を考慮して、過失の程度に応じて責任を軽減すべきである。軽過失の場合、責任は年収の5倍あるいは3倍+損害の1%まであるいは5%までで、かつ、その過失が特に軽微の場合にはさらに賠償額を軽減することができるのはどうか。あるいは、保険の支払限度上限に+年収の2年分などはどうか（全額保険でまかなえるの

では違法行為を助長するからである)。ただし、その制度の詳細設計は留保する。これは丁寧なシミュレーションが必要である。保険の方も自己負担をある程度置けば自腹を切らなければならなくなるので、違法行為抑止効果が生ずる。

不当利得返還請求の場合も、受取人に落ち度がなく、支給されたことを信頼する理由があり、返還すると経営上の危機に陥る場合、返還額を減額することができるとすればよい。

五 説明責任

1 説明責任は見直しの課題

見直しの方向として「全体のガバナンスの見直しにより不適正な事務処理の抑止効果を高める。」とされているのであるから、違法財政ではないかと指摘されたら、地方公共団体が積極的に説明する法的な仕組みを導入することは今回の見直しの範囲内に入るというべきである。

2 説明責任の条文化

実は、平成14年改正は、地方公共団体に説明責任を果たさせるためということであった。しかし、その旨の条文がないため、そのような立法趣旨は現実には裁判所では無視されている⁽¹⁵⁾。これでは騙し討ち立法である。

そこで、その趣旨の条文を作り、この批判に答えるべきである。

3 本来の立法は？

本来は、平成14年改正を元に戻し、ただし、地方公共団体は、首長側に補助参加することができるはずである。そうすれば資料は十分に出てくるはずである。首長は勝訴すれば相当額の弁護士費用の償還を受けるとすれば十分である。負けても、弁護士費用を公費負担とする現行制度は行きすぎである。その結果、自治体側は勝てる可能性の有無を問

(15) 『住民訴訟』83頁以下。

わず上訴している。原告側は疲弊し、自治体の弁護士が儲かるだけの結果になっている。自治体としては、泥棒のために弁護士費用を支出するのと同じ結果になっている⁽¹⁶⁾。

六 権利放棄議決

1 違法行為についての権利放棄議決を禁止せよ

- (1) 権利放棄議決について、見直しの方向として、「4号訴訟の対象となる損害賠償請求権の訴訟係属中の放棄を禁止することが必要。○ 損害賠償請求権を放棄する場合に監査委員等の意見の聴取を行うことが必要。」とされているが、まだまだ足りない。

権利放棄議決は、違法行為については、住民訴訟の係属中であろうと確定後であろうと、できないとすべきである。違法行為から発生した損害賠償請求権や不当利得返還請求権について、議会が民主主義と称して権利放棄することを正当化してはならない。住民訴訟は、首長や議会の多数派が行った民主主義の行きすぎを司法が違法という基準でチェックするのであるから、その成果である地方公共団体の権利を再度民主主義と称して放棄するのでは、民主主義の行きすぎ是正という司法の機能が抹殺され、地方議会は司法権の上に鎮座することになり、その結果、法治国家違反を助長（違法行為のやり放題）することになるからである⁽¹⁷⁾。これは違憲である。

その上、首長が自分の賠償責任を免除してくれと議会に頼めば認めるというのでは、泥棒が勘弁してくれと言えば、泥棒仲間の裁判官が認めるのと同じである。法治国家ではあり得ないことである。

どうせ個人から回収できない巨額の賠償義務が認められた場合には、財産開示を前提に、回収を可能な範囲に限定し、それを超える分を放棄することは認められるべきであるが、それは執行段階の問題である。百歩譲って、議会が放棄できるとしても、全額放棄は裁量濫用であり、回収可能額を超えた分だけの放棄に限定すべきである。

- (2) その上、権利放棄議決に裁量濫用の違法があるとして争う訴訟法上の手段がない。東京地裁民事3部平成25年1月23日判決（平成22年（行ウ）615号、檜原村債権放棄

(16) 『住民訴訟』第2章第2節、81頁以下。

(17) これは廣田達人説（『住民訴訟』478頁）を受けて、私見をより明確化したものである。

議決事件第一審判決)は、権利放棄議決がなされて、代表監査委員が第二次訴訟を提起しないので、代表監査委員に対して、損害賠償の請求を目的とする訴訟を提起することの義務付けの訴えは、地方自治法242条の2第1項4号の請求に係る訴訟類型には該当せず、不適法であるとした。その高裁は、議決の違法確認訴訟はあり得るとしたが(東京高判平成25年8月8日判時2211号16頁)、その判決を無視されては手がでない。確認判決に執行力がないからである。実際には違法行為を是正する住民訴訟は死んでいる。これは権利放棄議決を裁量とし、場合によっては違法となるとする最高裁の間違いである。

- (3) 権利放棄議決は、議会の多数派を握っている現職首長だけが使えるものである。少数与党であったり、現職を退いていれば、実際上は権利放棄議決をしてもらえないことが多い。議会が民主的に判断したとはとても言えない、多数派独裁の極めて恣意的な制度である。この点は、答申も理解しているようである。
- (4) したがって、係争中でも、判決後も、違法行為に関する賠償責任を放棄することは許されないと定めるべきである。係争中は放棄できないが、判決確定後は放棄できるという議論は間違いである。
- (5) 監査委員の意見を聴く制度を置いても無意味である。監査委員は首長に任命されているから、首長の責任について公正な意見を述べることは期待できない。番犬が飼い主に噛みつくことを期待するようなものである。さらに、住民訴訟になったケースでは監査委員が請求を棄却しているのであるから、権利放棄議決の際に意見を聴いても、公正な意見は期待できない。しかも、監査委員がずさんな意見を述べても、その責任を追及する方法がない。こんな制度は尻抜けである。監査委員の意見で決める制度を置くなら、その意見が違法な場合、監査委員個人の責任を厳しく追及できる制度を導入することが先決である。

2 権利放棄ができる場合

- (1) 平成24年の最高裁判決は地方自治法96条1項10号だけを見て、権利放棄を制限する規定がないなどと判断して、放棄は議会の裁量としたが、債権管理は、地方自治法の構造上(240条)、議会の権限ではなく、首長の権限である⁽¹⁸⁾。したがって、議会が

(18) 『住民訴訟』第5章303頁以下。

勝手に債権放棄議決をしてはならないはずである。議会の放棄議決は、首長が勝手に放棄しないようにという監視機能である。それは条例の形式でも同じである。（条例の形式なら権利放棄できるという説は、それが地方自治法で定められた首長の権限を侵犯していることを理解していない）。このことは、総務省は理解しているはずである。

最高裁は、このように、財産管理に関する地方自治法の基本的な構造を無視・誤解しているので、立法に当たっては最高裁判決を根拠としてはならない。

- (2) 第三セクターが破綻するので、それへの出資金を銀行などと一緒に放棄する場合、地方公共団体経営の高速道路を高速道路株式会社に移管する際の権利譲渡など、適法行為について、首長が放棄を判断したあと議会がダブルチェックするような場合に限り権利放棄議決ができるとするのが妥当である。

先に権利放棄は係争中もできないようにせよと述べたが、これについて住民訴訟が提起されたら、権利放棄を禁止するというのも、三セク問題の解決が至難になるので、不合理である。そこで、この場合には、議会で十分検討し、将来違法とされても首長の責任を免除するという議決を予めすることを許容する制度を作れば、首長も安心である。

- (3) 地方公共団体が権利放棄できるとする自治法施行令171条の7の他に、上記のような場合に権利放棄できるとする実体法の規定を置き、それを長が行使し、議会がそれをダブルチェックすることとすべきである。

七 違法確認訴訟

違法確認訴訟の創設が議論されていた。これは軽過失免責の代替措置のつもりである。しかし、これは違法と確認されたあと、何もしない（判決無視）ことに対する実効的な手段を講じないと、意味がない。

これまで賠償請求が認められていた行為について、重過失はない、軽過失責任を問わないとして、単に違法確認をすれば、今後の反省材料になるだけである。

職員を懲戒処分にする根拠となるといわれるが、実際に処分するかどうかは不明であるし、原告の手を離れている。その頃にはその職員は出世しているか退職しているだろう。首長に対する懲戒処分の制度はない。

権利放棄議決の違法が確認された場合には、権利回復の訴訟の提起を義務付けるべきであるが、それを怠ることが想定される。そうした監査委員の賠償責任、職務怠慢としての犯罪などを規定しなければならない。

それにしても、このままでは違法確認訴訟は空疎になるので、苦勞して訴訟を提起し遂行する者がいるだろうか。

したがって、この制度の創設には反対である。これが軽過失免責の代わりにの制度になるわけがない。

仮に違法確認訴訟を創設するなら、インセンティブが必要であり、違法確認判決を取った者にはそれだけで弁護士報酬を相当額支払うことと明示すべきである⁽¹⁹⁾。

八 弁護士報酬

そこで、今回の見直しの課題外と言われそうだが、関連して弁護士報酬制度の改正を行うべきである。

1 弁護士報酬制度が機能することが住民訴訟に生命を与える基本

筆者は住民訴訟をたくさんやったが、もうこりごり。やる気がしない。

原告側の弁護士報酬を獲得する苦勞があまりにも大きいので、違法行為を是正するインセンティブがなく、住民訴訟は瀕死の状態になり、国民的損失である。

2 弁護士報酬請求は別訴ではなく、同じ訴訟で

(1) 今は、弁護士報酬請求訴訟は、原告勝訴確定後に、別に普通の給付訴訟と同じ額の印紙を貼って提訴しなければならないので、原告弁護士の負担は重い。

(2) そこで、弁護士報酬額は、最初の住民訴訟で、原告勝訴した場合にいくらになるかを論争させて、決めることとすべきである。そのための印紙代は取らないこととすべきである。

(19) 『住民訴訟』39頁。

3 違法だけで原告勝訴に

現行法の4号請求訴訟では、違法を認定させても、過失、損害が否定されると原告敗訴であるが、違法と判断されただけでも法治国家へ貢献し、今後の違法行為防止に寄与するので、過失・損害が認定されなくても弁護士報酬を相当額払えとの判決を下す制度を導入すべきである。

その額は、過失、損害が認定された場合の半額とでもすれば良い⁽²⁰⁾。

4 権利放棄議決による敗訴は勝訴と見なすべき

権利放棄議決があったために原告敗訴の場合、実質は原告勝訴であるから、弁護士報酬を払うと決めるべきである⁽²¹⁾。

九 第三者に請求する訴訟の機能不全

談合企業のような第三者（自治体関係者以外）に払えといった住民訴訟では、首長を被告としても、知らないとしか答弁せず、機能しない。その判決がその第三者を拘束する。その第三者は、補助参加しかできず、被告としての権限は奪われている。

これは平成14年改正の立案関係者の視野の外にあったもので、要するに、平成14年改正は欠陥立法であったから、元に戻すべきである。当該第三者を被告とすべきである。少なくとも、その不合理を是正すべきである⁽²²⁾。

これも今回の見直しの範囲外と言われそうだが、あまりにも不合理であるし、平成14年の改正のミスであるから、是正するのは立案関係者の責任である。

<お断り> 以上は、2016年12月26日、懇談会において披露した私見を敷衍したものである。懇談会が筆者の見解まで聞いてくれたことに感謝する。

なお、筆者は日弁連の行政訴訟センターの一員であるが、これは私見である。

(20) 『住民訴訟』25頁以下。

(21) 『住民訴訟』485頁。

(22) 『住民訴訟』第2章第2節。

一〇 法案など、その後の動きの重大な誤り

1 軽過失責任軽減を提言する懇談会の意見

2017年1月16日の報道によれば、「首長の賠償に限度額＝住民訴訟、軽過失なら — 総務省検討」（時事通信2017/01/16-22:23）（<http://www.jiji.com/jc/article?k=2017011600800&g=pol>）

「総務省は2017年1月16日、自治体の公金支出をめぐる住民訴訟制度で、首長や職員に過大な賠償責任が課されるケースがあることを踏まえ、個人の過失が軽い場合には賠償の限度額を設定できる規定を設ける方向で検討に入った。併せて違法な公金支出が起きないように、自治体の内部統制の強化策も講じ、行政への信頼性を確保する。与党との調整を経て、20日召集の通常国会への提出を目指す地方自治法改正案に盛り込みたい考えだ。

公金支出をめぐる住民訴訟制度は、首長らが違法な公金支出で損害を与えた場合、住民が自治体を被告に訴える仕組み。自治体が敗訴すると、個人では支払い困難な高額な賠償を求められる場合もあるため、政府の第31次地方制度調査会（首相の諮問機関）が昨年まとめた答申で、個人の過失が軽い場合の賠償追及に関し、見直すよう求めていた。

これを受け総務省は、民間企業が賠償に上限を設けられる会社法の規定などを参考に、限度額の設定を検討。具体額は各自治体が条例で定めることになる見通しだ。故意や重過失の場合は従来通り、限度額は設けない。」

2017年1月16日に懇談会が開かれていることから、これは懇談会の方針であり、総務省も受け入れたようである。詳細設計はこれからであるにしても、基本設計では私見が大幅に採用されている。

ここでは、権利放棄議決を認めるとの記述はない。これだけみれば、立派な改革案である。

2 吃驚の法案

しかし、2月になって、地方自治法等の一部を改正する法律案の概要が公になり、3月10日に法案が公になった。そうしたら、とんでもないことに、権利放棄議決が無制限に認められるようになっている。

法案概要の趣旨は、「地方公共団体等における適正な事務処理等の確保並びに組織及び運営の合理化を図るため、内部統制に関する方針の策定等、監査制度の充実強化、地方公共団体の長等の損害賠償責任の見直し等を行う」というものである。

詳しくは、次のようである。

① 内部統制に関する方針の策定等

- 都道府県知事及び指定都市の市長は、内部統制に関する方針を定め、これに基づき必要な体制を整備（その他の市町村長は努力義務）
- 方針を策定した長は、毎会計年度、内部統制評価報告書を作成し、議会に提出

② 監査制度の充実強化

- 監査委員が監査等を行うに当たっては、監査基準に従うこととし、監査基準は、総務省令で定める基準を参酌して各地方公共団体の監査委員が定め、公表
- そのほか、監査制度について以下の見直しを実施
勧告制度の創設・議選監査委員の選任の義務付けの緩和（※）・監査専門委員の創設（※）

条例により包括外部監査を実施する地方公共団体の実施頻度の緩和（※）等

③ 決算不認定の場合における長から議会等への報告規定の整備

- 地方公共団体の長等は、決算不認定の場合に、当該不認定を踏まえて必要と認める措置を講じたときは、その内容を議会等に報告・公表

④ 地方公共団体の長等の損害賠償責任の見直し等

- 条例において、長や職員等の地方公共団体に対する損害賠償責任について、その職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がないときは、賠償責任額を限定して免除する旨を定めることを可能に

（条例で定める場合の免除に関する参酌基準及び免除の下限額は国が設定）

- 議会は、住民監査請求があった後に、当該請求に関する損害賠償請求権等の放棄に関する議決をしようとするときは、監査委員からの意見を聴取

施行期日

- ①②（※を除く）④は平成32年4月1日
- 上記以外の項目については平成30年4月1日

これにつき、批判的コメントをする。

3 内部統制の充実の更なる充実の必要

内部統制の充実は結構であるが、指定都市未満の市町村でも不祥事は少なくないし、その方針策定は他の指定都市のやりかたを真似て修正すれば良いから、難しくなく、全ての市町村に義務付けるべきである。

住民訴訟で違法と判定される事例の多くは首長や公営企業管理者のずさんな判断であるから、内部統制を一番先に充実させるべきは、首長であることを明示すべきである。

4 監査基準・監査委員

監査基準を定めようが、定めまいが、違法行為を見逃してはならないことは明白なので、住民訴訟に出てくるような案件を防止することには寄与しない。むしろ、違法行為を見逃して、後で裁判所で違法と判断された場合、関与した監査委員に不利な扱いをする制度、例えば、3か月分の報酬と退職金の一部支給差止め・返納、再任禁止などを行うような基準が必要である。

専門監査委員を導入しようと、問題の根本は、議会の同意を得て首長に任命される以上、首長や議会に刃向かうような監査委員は滅多になく、むしろ首長や議会の違法行為を糊塗することに熱意を持つことになるのは人間の心理として防ぐことはできない。泥棒が番犬を連れてくるに等しい制度であり、番犬に噛みついてもらうことを期待するのは無理である。筆者は、監査委員は公選制とし、首長の選挙で落選した者が重複立候補で当選するようにすれば、首長の黒い霧をまじめに監査すると主張しているが、おそらくは首長側はそんな制度は怖すぎて、絶対につぶしにかかるだろう。次善の策として、議会の同意の際に単純多数決では、多数派が全部取るから、全員1度に改選とし、累積投票にするべきである。定員4人の自治体で、少数派は4票を1人に集中的に投票する。そうすると、少数派からも1人くらい選出される可能性が大きくなり、監査委員は全員一致のシャンシャンではなく、それなりに筋の通った判断をする者がいるであろう。

今回の改正程度ではあまり意味はないというのが私見である。

5 決算不認定

やっと多少まともになるかという気がするが、不認定となるような措置を行った者の責

任をきちんと追及することが肝心である。

6 軽過失責任限定制度の配慮事項

④は、軽過失免責は採用しないが、責任限度額の設定を採用するものである。懇談会の意見を見て、ただ、賠償限度額を条例で定めると、低いレベルにされる可能性があるので、法律で一定の枠をはめるべきであると考えていたが、法案では政令で定めるものの、一応その通りになる。

「第二百四十三条の二 普通地方公共団体は、条例で、当該普通地方公共団体の長若しくは委員会の委員若しくは委員又は当該普通地方公共団体の職員（次条第三項の規定による賠償の命令の対象となる者を除く。以下この項において「普通地方公共団体の長等」という。）の当該普通地方公共団体に対する損害を賠償する責任を、普通地方公共団体の長等が職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がないときは、普通地方公共団体の長等が賠償の責任を負う額から、普通地方公共団体の長等の職責その他の事情を考慮して政令で定める基準を参酌して、政令で定める額以上で当該条例で定める額を控除して得た額について免れさせる旨を定めることができる。

2 普通地方公共団体の議会は、前項の条例の制定又は改廃に関する議決をしようとするときは、あらかじめ監査委員の意見を聴かなければならない。」

これについてコメントすると、軽過失だけではなく、善意を要件としている。落ち度が軽かったが、知っていた場合には免責されない。善意つまり知らなかったとは何を言うのが争点になるだろう。違法を知らなかったのか、事実を知らなかったのか。

免除の場合の考え方（参酌基準）として、善意軽過失の場合でも、資産を公開させた上で回収困難であることを要件とすべきであること、裁判で主張して採用されなかったような理由は参酌してはならないこと（さもないと、司法権無視、議会が司法の上にあることになる）、これまでの貢献度（多様な評価があるので、積極消極両方を評価すべきであること）、議会の特別多数決を要すること（単純多数決では、いわゆる与党の談合議決となる）なども、考慮されるべきである。

免除の下限額は施行令で定める。1件ごとに年収の5倍とするという定めであれば、地方公共団体の規模は関係なく、一律で良いであろう。金額であれば、給料の高い自治体では高額にする必要がある。

しかし、保険加入が容易になれば、保険でカバーできる範囲では、持ち出しなしになっ

てしまって、安易な行政運用が行われやすい。保険では年収の一定倍率は自己負担とする規定が必要である。

「政令で定める基準を参酌して、政令で定める額以上」という二重の縛りがあるが、参酌基準では、従ってもらえないと思われる。従うべき基準とすべきである。

むしろ、政令で定めると、そのうち、国会の審議を経ずに基準を緩めるおそれがある。類似の会社法（425条）でも基準は法律で定めているから、住民訴訟でも法律で定めるべきである。

この制度は、長だけではなく、委員会の委員、職員にも適用される。その上、住民訴訟とは関係ない、一般的な責任の限定として構成されているつもりなので、地方公共団体から長等を訴える場合も適用されるつもりであろう。

さらに、もともと、違法確認訴訟の導入が提案されていたが、なぜ落ちてしまったのであろうか。

7 権利放棄議決の誤謬

権利放棄議決については、この改正は、この答申の方針を逆転させ、係争中の権利放棄議決をも許すのであろう。法案242条の2第10項は、「普通地方公共団体の議会は、第一項の規定による請求があつた後に、当該請求に係る行為又は怠る事実に関する損害賠償又は不当利得返還の請求権その他の権利の放棄に関する議決をしようとするときは、あらかじめ監査委員の意見を聴かなければならない。」と定める。

住民監査請求がなされても、裁判で負けても、負けそうでも、監査委員の意見を聴いて権利放棄議決ができるわけである。

これは、答申も提案した権利放棄議決の禁止の180度逆である。答申から、なぜ方針変更するのか、懇談会でも言っていないことをなぜ突然導入するのか、説明されるべきである。

しかも、軽過失の場合、賠償額の制限を導入するのであるから、権利放棄の必要性はない。せっかく賠償額を制限しつつも軽過失責任を残したのに、権利放棄されたのでは、全く意味がなくなる。

権利放棄議決については、何らの基準もない。その上故意、重過失による場合も、権利放棄議決をしてはならないとの規定もない。あまりにも無茶苦茶である。

それに、係争中であれ、判決が確定した後であれ、違法行為から発生した債権を放棄す

ることを認めては、原告が裁判で勝っても、負けたと同じ扱いとされ、司法権を完全に無視することになる。そのような制度が違憲であることは前述した。

監査委員は、もともと住民訴訟が提起された案件では、監査請求を棄却しているから、権利放棄議決の際に意見を聴かれても、放棄を禁止するような意見はまず出さないであろう。カムフラージュか、無意味な制度である。

権利放棄の対象は損害賠償だけではなく、不当利得返還請求権も入っている。これは最高裁の千葉意見も言っていなかったことである。それに、不当利得返還請求については、軽過失責任軽減のような規定がないのに、突然、不当利得返還請求権は全額免除されてしまう。

権利放棄議決は、違法行為ではないものに限るべきである。例えば、前記したが、第三セクターの破綻処理で、銀行団と協調して相応の債権放棄をする場合、地方公共団体経営の企業を民間会社に移管するために、その有していた債権を無償譲渡する場合などに限られるべきである。

監査委員の意見を聴くのは、違法行為から発生した債権を放棄する場合を除いて、上記のような場合に限るべきである。

さらに、筆者が提案している、平成14年改正の見直し、説明責任の導入、弁護士報酬制度の改正など、多数の積年の膿がそのままになっていることは誠に遺憾である。

8 報道の誤魔化し・与党は官僚の掌の上で踊る

一〇一で述べた、首長の賠償に限度額設定＝自治法改正案を了承——自民党部会（時事通信2017/03/03）という報道は軽過失責任軽減だけ報じている。しかし、もっと重大な権利放棄を没却している。都合の悪いことは隠す。マスコミも政治家も騙される。これが役人の常套手段である。与党がこんな法案を了承するのは、お釈迦様の掌の上で牛耳られている孫悟空と変わりはない。これは民主国家では許すことができない役人主導である。

与党は、御説明に来る官僚が「誤説明」していることを理解しなければならない。ゴーサインを出す前に、官僚の説明だけではなく、反対の説明もパブリック・コメント形式で聞いた上で判断すべきである。

9 その他の動き

(1) 権利放棄議決無効判決

高松高裁平成28年（行コ）第4号平成29年1月31日判決は、鳴門市から漁業協同組合に支払った協力金について、根拠がなく、関与した企業局長らの過失、漁協の不当利得返還義務を認めたほか、権利放棄議決について、司法で否定された主張をくり返している、漁協に返還能力がないことは何ら調べてもいないといった理由により、無効とした。画期的な判決である（筆者が原告代理）。

(2) トランプ大統領令を阻止する勇氣

なお、2017年2月、アメリカ大統領トランプも、イスラム圏からの入国禁止令を差し止めた連邦地裁の判事を、大統領命令を一判事が差し止めることを批判していた。大統領も憲法の下にあり、憲法の意味が何かを判断するのは裁判所であることを理解していないようである。

10 最後に、国会審議への期待

国会提出法案は住民訴訟を殺すものである。国会では、権利放棄の違憲性・違法性を中心に活発な論争をお願いする。

（あべ やすたか 弁護士、神戸大学名誉教授）

キーワード：住民訴訟改悪／軽過失免責／議会の権利放棄議決／
弁護士報酬／泥棒が番犬を連れてくる法システム／
最高裁の勘違い

『追記』 総務省自治行政局「地方自治法等の一部を改正する法律案」【説明資料】を2017年4月中旬に入手した。内閣法制局の審査資料も要求したが、まだ来ない。

上記の検討には現れていなかった新しい事実を報告する。

この根拠とされている文献や判例は、都合の良いものだけ選択されている。まじめに返礼学説を検討したことにはならない。私見はもちろん引用されていない。

損害賠償の軽減について、政令で定める参酌基準は、長は年収の6倍だが、副知事、副市長、委員会の委員などは4倍、監査委員は2倍、職員はわずか1倍となっている。そのうえ、政令で定める最低額は上記の参酌基準の2分の1（職員は1）と安い。多くの地方公共団体は、この最低額とするであろう。これでは違法行為を抑止するインセンティブとしては安すぎる。また、状況に応じ政令で変更するからますます安くするであろう。

不当利得返還請求権については責任の軽減はないが、権利放棄議決の対象となる。

権利放棄議決については、「新第243条の2によって、軽過失の場合に長や職員個人が負担する損害賠償責任を一部免責することを可能とする制度が導入される以上、故意・重過失の場合の損害賠償請求権の放棄や軽過失でも最低責任負担額の放棄については、よりいっそう慎重な判断が求められる」と記載されているが、それでも、慎重な判断がなされないようにする担保がないので、監査委員の意見を聴くくらいでは、結局は違法行為のやり放題であろう。