

タイトル	住民訴訟の判決理由の空洞化：鳴門（市）競艇従事員共済会への補助金違法支出損害賠償等請求事件・最高裁判決を素材に
著者	秦，博美； HATA, Hiromi
引用	北海学園大学学園論集(182)： 23-44
発行日	2020-07-25

住民訴訟の判決理由の空洞化

—— 鳴門（市）競艇従事員共済会への補助金違法支出
損害賠償等請求事件・最高裁判決を素材に ——

秦 博 美

- 一 はじめに
- 二 事案の概要等
- 三 原審（高松高裁）の判断等
- 四 最高裁の判断
- 五 最高裁判決への疑問
- 六 終わりに

一 はじめに

地方自治法の住民訴訟において、「違法だが過失がない」パターンの判決が量産されているように見受けられる¹。しかも、高裁段階では詳細に審理し過失が適切に認定されているものを最高裁が合理的根拠を示すことなく（やや強引に）覆す例が見られる。最高裁における、原審の事実認定の取捨選択や規範的評価の論証は果たして妥当なのであろうか。住民訴訟のハイライトである首長個人の損害賠償責任を最終的に否定するという結論はあらかじめ仕組まれているのではないかとの疑念させ生じさせる²。

本稿では、鳴門競艇従事員共済会に対する補助金支出の違法性を前提に、過失の存否が争われた最高裁（一小）令和元年10月17日判決（平成29年（行ヒ）第423号）を素材に、論証の在り方、とりわけ「過失」の規範的評価、「因果関係」の認定の問題点を検討する。また、なぜ、裁判官はそのような思考様式に染まるのか、についても併せて検討してみたい。

首長等は、行政活動（財務会計行為等）の適法性を確保するために、組織の責任者として、予

¹ 本稿でも採り挙げることになる最高裁（二小）平成22年9月10日判決（平成20年（行ヒ）第432号）に係る田中孝男教授の判批のタイトルは、「臨時職員に対する一時金の支給を違法としながらも市長の過失が否定された事例」である。「速報判例解説 vol.8」（日本評論社，2011年）85頁

² 拙稿「地方議会による住民訴訟債権の放棄議決」北海学園大学『次世代への挑戦』（2015年）101頁以下参照

見義務を構成する情報収集義務・調査研究義務を補助機関である部下とともに日常的に負っている。このため、行政活動(財務会計行為等)が「違法」との評価を受けることは、その義務違反を意味し、高度の蓋然性をもって監督過失・組織過失が推定され、個人としても民法709条に基づく責任を負うというべきである。

二 事案の概要等

1 事案の概要

本件は、鳴門競艇従事員共済会(以下「共済会」という。)から鳴門競艇臨時従事員(以下「臨時従事員」という。)に支給される離職せん別金に充てるため、徳島県鳴門市(以下「市」という。)が共済会に対して補助金(以下「本件補助金」という。)を交付したことが、給与条例主義を定める地方公営企業法(昭和27年法律第292号。以下「地公企法」という。)38条4項に反する違法、無効な財務会計上の行為であるなどとして、市の住民であるXらが、地方自治法(昭和22年法律第67号。以下「地自法」という。)242条の2第1項4号に基づき、Y₁(機関としての市長)及びY₂(機関としての企業局長)を被告として提起した住民訴訟である。

事件には、第1事件と第2事件とがある。第1事件は、市が平成22年7月に共済会に対して本件補助金1億0457万3722円を交付した事案である。また、第2事件は、市が平成23年11月から24年6月にかけて共済会に対して交付した合計1351万1622円の本件補助金について争われた。本稿では、第1事件についてのみ検討対象とする。

詳述すると、当時の市長の職にあって本件補助金に関する予算を調製したA、当時の市公営企業管理者(職名は企業局長)の職にあって本件補助金の交付決定をしたB、当時の競艇事業担当の企業局次長の職にあって本件補助金の交付決定の決裁に関与したCは、いずれも市に対して損害賠償責任を負うとして、①Y₁(機関としての市長)を相手に、⑦Aによる予算の調製を違法な財務会計上の行為としてAに対して損害賠償請求をすること、⑧Aによる予算の調製は市に対する不法行為であって、Aは市に対して不法行為責任を負うところ、Y₁は、Aに対する損害賠償請求権の行使を怠っているとして、怠る事実の相手方であるAに対して損害賠償請求をすること、②Y₂(機関としての企業局長)を相手に、⑨Bによる本件補助金の交付決定及びCによるBを補佐しての本件補助金の交付の決裁は、違法な財務会計上の行為として、B、Cに対してそれぞれ損害賠償請求をすることを求めた³。

本件事案の争点は、①A(市長個人)の不法行為責任と上記怠る事実の有無、②B(企業局長)、

³ ②では、④当時の鳴門市競艇企画管理課長の職にあって本件補助金の支出命令をしたDによる本件補助金の支出命令を違法な財務会計上の行為としてDに対して賠償命令を発すること、⑤共済会は本件補助金の交付を受けることが違法、無効で法律上の原因がないことを知っており、市に対して悪意の受益者として不当利得返還義務を負うとして、共済会の違法な本件補助金の受領につき不当利得返還請求をすることを求める請求があるが、いずれも認容されている。

③C（企業局次長）の各損害賠償責任の有無である。

2 事実関係

以下、事実関係については、判例地方自治 457 号 12 頁の「事実関係の要旨」からほぼ引用することにする。

市は、条例により、競艇事業⁴を設置して地公企法の全部を適用し、その管理者を企業局長と定めている。

臨時従事員の採用は、企業局長が、選考に合格して登録名簿に登録された採用候補者に対し、個々の就業日を指定した採用通知書により通知する日々雇用の形式で行われており、臨時従事員の身分は、地方公務員法（昭和 25 年法律第 261 号。以下「地公法」という。）22 条 5 項の臨時的任用による同法 3 条 2 項の一般職の地方公務員であると理解され、これを前提とする運用がされていた。

市は、市の企業職員の給与の種類及び基準に関する条例（以下「給与条例」という。）において、企業職員で常時勤務を要するもの等を「職員」とし、勤務期間 6 月以上で退職した場合等に退職手当を支給する旨を定めており、給与条例 18 条は、非常勤職員について、「職員」の給与との権衡を考慮し、予算の範囲内で給与を支給する旨を定めている。また、臨時従事員の就業規程及び賃金規程は、臨時従事員の賃金を日給とし、基本給及び手当を支給する旨を定めていたが、賃金の種類として退職手当を定めていなかった。

全国のモーターボート競争場では、昭和 40 年頃から、地方公共団体と労働組合との間の労働協約に基づき、臨時従事員に対して離職せん別金を支給しており、市においても同様であった。共済会は、その事業の一つとして、離職又は死亡により登録名簿から抹消された会員又はその遺族に対し、離職時の基本賃金に在職年数及びこれを基準とする支給率を乗ずるなどして算出した離職せん別金を支給していた。共済会規約は、企業局次長の職に在る者を会長とする旨を定めており、本件補助金の交付当時の会長は、企業局次長である C であった。

市の定める離職せん別金に関する補助金の交付要綱は、共済会による離職せん別金の支給に要する経費を補助の対象とし、その額は、離職せん別金に係る計算式と連動した計算式により算出された金額の範囲内とされていた。

①行政事例は、臨時的任用により採用された常用の身分関係のない競艇事業等の従事員に対しては退職手当を支給する義務はないとしており、②市議会の委員会では、平成 18 年から同 22 年にかけて、共済会に対する離職せん別金補助金に関する質問が複数回されたことがあった。

市長である A は、離職せん別金補助金の支出を含む平成 22 年度の競艇事業の予算（以下「本

⁴ 1 人乗り小型モーターボートの競争を対象とし、勝舟投票券を発売する公営ギャンブル。モーターボート競争法（昭和 26 年法律第 242 号）によって公認され、運営されている。

件予算」という。)を市議会に提出し、市議会の議決を得た。

共済会の会長であるCは、企業局長であるBに対し、本件補助金の交付を申請し、Bは、同年7月、その交付を決定した(以下「本件交付決定」という。)。また、Cは、企業局次長として、本件交付決定の決裁に関与した。

本件補助金が共済会に対して交付され、共済会は、登録名簿から抹消された臨時従事員32名に対し、本件補助金の全額を用いて、合計1億0818万2222円の離職せん別金を支給した。上記離職せん別金の原資に占める本件補助金の割合は約97%であった。

市及び労働組合は、平成25年3月末をもって離職せん別金を廃止する労働協約を締結しており、同年4月以降、市において、臨時従事員に対する離職せん別金は支給されていない。

3 訴訟の全体の流れ

第1事件の判決の経緯は、次のとおりである。

一審 徳島地判平成25年1月28日(平成23年(行ウ)第12号)判例地方自治383号18頁
 第1次控訴審 高松高判平成25年8月29日(平成25年(行コ)第5号)判例地方自治383号16頁
 第1次上告審 最高裁(二小)平成28年7月15日判決(平成25年(行ヒ)第533号)

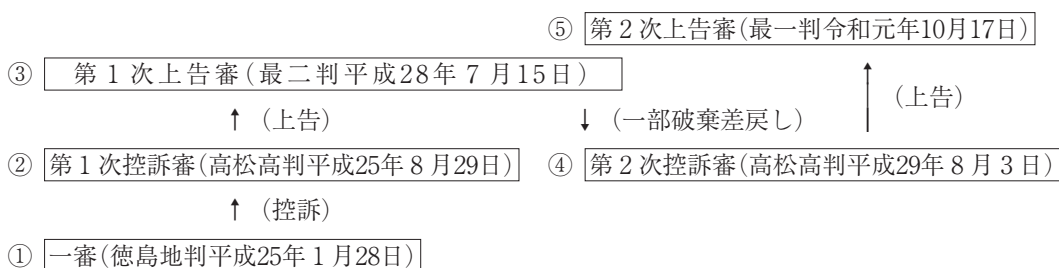
一部破棄自判・一部破棄差戻し(高松高裁に)判例地方自治414号20頁

第2次控訴審(原審) 高松高判平成29年8月3日(平成28年(行コ)第26号)判例地方自治437号10頁

第2次上告審 最高裁(一小)令和元年10月17日判決(平成29年(行ヒ)第423号)

破棄自判 判例地方自治457号11頁 本稿で検討対象とする判決である。

少々複雑なので、第1事件の訴訟の経緯をフロー図で示す。



一審(フロー図の①)及び第1次控訴審(フロー図の②)は、本件補助金の交付が給与条例主義の趣旨に反するとはいえないなどとして、Xらの請求をいずれも棄却すべきものとした。一審判決は、その理由を次のように述べているが⁵⁾、そこでいう実質論がなぜ給与条例主義を超越する

⁵⁾ 判例地方自治383号20頁

ことができるのか⁶、筆者の理解を超えるものがある。

「従事員の採用は臨時的任用による日々雇用の形式によっているが、その実態は、むしろ常勤の地方公務員に準じる関係にあるといえる」。「前記従事員の就業実態に照らせば、従事員には退職手当を受領するだけの実質が存在し、離職餞別金の形で実質的な退職手当を支給することが、常勤の職員を退職手当の対象とする地自法及び給与条例の趣旨に反するとはいえない」(下線筆者)。「従事員に対する離職餞別金その他退職手当の支給については条例上規定がなく、給与規程上も従事員の給与に退職手当は含まれていないが、これは従事員が臨時的任用による一般職の地方公務員であるとの理解に基づくものと推認され、必ずしも従事員に対する退職手当の支給が前記法及び条例の趣旨に反することの根拠となるものではない」。

第1次上告審（フロー図の③）は、本件補助金を交付した当時、臨時従事員に対して離職せん別金又は退職手当を支給する旨を定めた条例の規定はなく、本件補助金の交付は、給与条例主義を潜脱し、地自法 232 条の 2 に違反する違法なものというべきであるなどとして、第1次控訴審判決を一部破棄し、本件を高松高裁に差し戻した。

第1次上告審判決の主文は、次のとおりである。

- 1 原判決を破棄する。
- 2 第1審判決中、予算の調製を違法な財務会計上の行為として A に対し損害賠償請求をすることを求める請求に関する部分を取り消し、同請求に係る訴えを却下する。
- 3 その余の部分につき、本件を高松高等裁判所に差し戻す。
- 4 第2項の部分に関する訴訟の総費用は上告人らの負担とする。

4 第1次上告審判決

3で示した第1次上告審判決の主文の2項により、「予算の調製を違法な財務会計上の行為として損害賠償請求をすることを求める請求」は不適法なものとして却下判決が確定したことになる。

判決は、「理由」の「第2 職権による検討」で「上告人らは、地方自治法 242 条の 2 第1項 4号に基づき、被上告人市長を相手に、当時の市長の職にあった A に対し損害賠償請求することを求めているところ、そのうち、市長による予算の調製を違法な財務会計上の行為として損害賠償請求をすることを求める請求については、住民訴訟の対象とされる事項が同法 242 条 1 項に定める公金の支出、財産の取得、管理若しくは処分、契約の締結若しくは履行若しくは債務その他の

⁶ 阿部泰隆教授（本件訴訟の原告側代理人弁護士）は、一審判決を「公務員関係で退職金を払うべきかどうかは裁判所が『実質的に』と決めて決めるのではなく、議会が条例の形式で決めることである。」「これは法治行政の意味を理解せず、民事的な発想で、実質判断したものであろう」と評している。また、一審判決を維持した高松高裁判決に対しては、「驚くべき判決である」と述べている。『住民訴訟の理論と実務』（信山社、2015年）175頁・176頁

義務の負担、⁷「公金の賦課若しくは徴収若しくは財産の管理を怠る事実に限られており（同法242条の2第1項）、市長による予算の調製がこれらの行為又は事実当たらないことは明らかであるから、本件訴えのうち上記請求に係る部分は不適法というべきである」とその理由を述べている。

阿部泰隆教授は、「住民訴訟は、主観訴訟とは異なり、違法性一般ではなく、財務会計行為を対象としている。」とし、地自法242条1項に定める事項を挙げ、「そこで、実質的には財務・会計にかかわる重要な行為ながら、住民訴訟の対象とならない行為がある。」と述べ、「予算調製行為」を挙げる⁸。そして、次のように述べている。「公金の支出で言えば、財務会計行為とは、支出負担行為（契約など）、支出命令、支出であるが、それが違法な場合、その元凶は、支出負担行為というよりも、それに先行して、地方公共団体でそのような支出をしようとして予算に計上して議決を取る行為である。そこで、首長の予算調製行為を財務会計行為とすべきである（第2節3条1項7号）。」⁹（下線筆者）

括弧内の「第2節3条1項7号」の説明をすると、「第2節」が「住民監査請求・住民訴訟法の条文案」を、「3条1項7号」は、監査請求の対象である「財務会計行為又は怠る事実」として、「その他、これに類する財務会計上の行為（財務会計行為の原因となる予算調製行為を含む）又は怠る事実」を掲げ¹⁰、セービングクローズとなっている。

言うまでもなく、ここでの阿部教授の立論は、立法論である。

三 原審（高松高裁）の判断等

原審（フロー図の④）は、①Aは、市長として、違法な本件補助金の交付を予算に計上しないようにすべき職務上の義務を怠り、本件予算を計上した、②Bは、企業局長として、違法な本件補助金の支出を回避すべき職務上の義務を怠ったなどとして、Y₁（機関としての市長）を相手にAに対して損害賠償請求をすることを求める請求並びにY₂（機関としての企業局長）を相手に、B及びCに対して損害賠償請求をすることを求める各請求をいずれも認容した。この判決は、市長Aの「予算調製行為」を市に対する不法行為として構成している。

1 被控訴人市長の主張

Y₁（被控訴人市長）の主張は、次の四つに要約される。

⁷ 法令用語のルールからいうと、「,」ではなく「又は」でなければならない。選択的接続詞の用法において、一つのまとまりのある文章の中で、「又は」が使用されることなく「若しくは」のみの使用ということは用法上（理論上）あり得ない。ちなみに、第2次上告審の最高裁（1小）令和元年10月17日判決（フロー図の⑤）では、「,」ではなく「又は」と正しく表現されている（判例地方自治457号20頁）。

⁸ 阿部泰隆・前掲注6の8・9頁

⁹ 同・前掲注6の11頁

¹⁰ 同・前掲注6の42・43頁

- ① 本件補助金の支出のような予算執行にまで市長の指示権は及ばない。
- ② 平成 22 年当時も、離職せん別金が支給されているほとんどの競艇場では、条例で規定することなく支給が行われていた。
- ③ 市には、補助金規程、補助金要綱が存在し、これに基づき、長年予算に計上されて、議会の議決を経て、市長を始め市の職員は、補助金規程、補助金要綱に従って業務を遂行し、従来どおりの方法で補助金の支出を行ったに過ぎない。
- ④ 総務省や裁判所において、臨時従事員に対する離職せん別金のための補助金の交付が違法であるとの判断は示されておらず、かえって、最高裁判所平成 22 年 9 月 10 日判決（平成 20 年（行ヒ）第 432 号）の基準によれば、過失があるとはいえない。

2 原審の判断

原審は、「事実及び理由」の「第 2 事案の概要等」の「2 訴訟の経過等について」で、「以上の経過により、当審は、上告審判決の判断の拘束力の下（行政事件訴訟法 7 条、民事訴訟法 325 条 3 項）、本件補助金の交付が地方自治法 232 条の 2 に違反する違法なものであることを前提として、差戻し前控訴審判決のうち、上告審判決によって差し戻された控訴人ら敗訴部分、すなわち、本件訴えのうち、被控訴人市長を相手に、上記①の A による予算の調製を不法行為であるとして、A に対して損害賠償請求をすることを求める請求、被控訴人管理者を相手に、上記②の B による本件補助金の交付決定及び C による B を補佐しての本件補助金の交付の決裁等を違法な財務会計上の行為であるとして B 及び C に対して損害賠償請求をすることを求める請求、…について判断するものである。」と述べている。

結果、①A は、市長として、違法な本件補助金の交付を予算に計上しないようにすべき職務上の義務を怠り、本件予算を計上した、②B は、企業局長として、違法な本件補助金の支出を回避すべき職務上の義務を怠ったなどとして、Y₁（機関としての市長）を相手に A に対して損害賠償請求をすることを求める請求並びに Y₂（機関としての企業局長）を相手に、B（個人）及び C（個人）に対して損害賠償請求をすることを求める各請求をいずれも認容した。

上記「1 被控訴人市長の主張」の①ないし④について、判決は次のように判断した。すなわち、「①につき、確かに、市長が、地方公営企業の業務の執行について指示することができるのは、…、一定の場合に限られている（地方公営企業法 16 条）。しかし、他方で、市長は、管理者が作成した原案に基づいて地方公営企業の予算を調製し、議会の議決を経ることとされており（地方公営企業法¹¹ 24 条 2 項）、地方公営企業の予算についても、市長が調製権を有している。そして、

¹¹ ここでは、「地方公営企業法」と法律名をフルネームで表記する必要はなく、「同法」で足りる。「同」は法令用語であり、直近に出てきたもの（この場合は、「地方公営企業（法）」）を指示する。

市においては、これまでも、本件補助金と同様な補助金の交付が予算に計上され、その後執行されてきた経緯があることを踏まえると、市長であるAにおいて、本件補助金の交付を含む内容の予算案を調製すれば、違法な本件補助金が交付されて市に損害が生じる蓋然性が高いことは、十分予見することができたというべきである。」(下線筆者)

次に、②と③は、いわば「赤信号、皆で渡れば過失はない」式の空疎な主張とも思われるが、判決は、「臨時従事員に離職せん別金又は退職手当を支給する旨を定めた条例の規定がなく、賃金規程においても退職手当の定めがないにもかかわらず、臨時従事員に離職せん別金を支給し、これに充てるために補助金を交付することに法的な問題があることは、従前から市議会の委員会でも取り上げられ、その中で総務省の指導を受けていたことも明らかにされていたところであり、平成22年2月の委員会で、企業局次長が、現状は労使交渉の結果であるとしながら、離職せん別金の支給について法的な根拠はない旨述べていたことも踏まえると、被控訴人市長が指摘する事情があったとしても、平成22年当時、市長において、その違法性を認識することができなかつたとは認められない。」との的確に判示している。

そして、④のうち、「裁判所の判断を指摘する点については、臨時従事員に対する離職せん別金に充てるための補助金の交付が問題とされた事例がなかったにすぎない。さらに、最高裁判所平成22年9月10日判決を指摘する点については、同判決は、期末手当の支給が問題となる場合における常勤の職員と非常勤の職員とを区別する基準につき、これを明確にした法令の定めがなく、他方で、地方公共団体において条例によりその長が臨時職員に対する給与を定めることを許容したものと解される行政実例があるなどの事情の下で、その解釈を誤ったことについての過失が問題となった事案であって、…、前記3(1)の事情がある本件とは事案を異にする。」(下線筆者)と述べている。

3 市長の過失

判決は、「臨時従事員に離職せん別金を支給することについて、自治省は、既に昭和36年の時点で、全国競輪施行者協議会会長に対し、臨時従事員は短期の臨時雇用であり、職員の永年勤続に対する功績報償としての退職手当の支給義務はないと回答しており、昭和48年12月にも、全国モーターボート競走施行者協議会会長に対し、同旨の回答をしていた。そして、鳴門市議会の委員会においては、平成18年3月、委員から、『県から出向してきた総務部長からも退職金を出していることはおかしと言われて(いる)』などの発言があったのに対し、競艇部管理課長が、総務省は臨時従事員の退職金を認めない方針を貫いている旨、平成15年に総務省から市の離職せん別金制度はおかしいので改善するように指導を受けた旨を述べ、平成20年3月には、委員から、競輪で臨時従事員の退職金が問題になったとの指摘がされていた。さらに、本件補助金の交付が行われた平成22年当時も、2月の委員会で、企業局次長は、臨時従事員に離職せん別金を支給しているが、これに法的な根拠はないと述べ、3月の委員会では、競艇事業課長が、離職せん別金

につき、退職金に準ずるような算定方法や支給は好ましくないと過去に指摘されたことがあった旨を述べていた。」（下線筆者）と事実認定した上で（2の判旨の最後の「前記3(1)の事情」とはこれを指す。）、次のように判断した。

「以上の事情を踏まえると、臨時従事員に対する離職せん別金に充てるために市が共済会に補助金を交付することが、給与条例主義を潜脱する違法なものであることについては、従前からの総務省の指摘や鳴門市議会の委員会での質疑応答の経緯にかんがみ、平成22年当時、市長であるAはもとより、競艇事業を担当する市の幹部職員においても、これを認識できたものと認められる。そして、これまでも、臨時従事員に対する離職せん別金に充てるため本件補助金と同様な補助金の交付が予算に計上され、その後執行されてきた経緯があることを踏まえると、市長であるAにおいて、本件補助金の交付を含む内容の予算案を調製すれば、これまでと同様に、本件補助金が交付される蓋然性が高いことは十分予見することができたから、Aとしては、市に損害を与えることがないように、違法な本件補助金の交付を予算案に計上しないようにする職務上の注意義務があったというべきである。しかるに、Aは、これを怠り、本件補助金の交付を予算案に計上し、その執行がされることにより、市に本件補助金相当額の損害を与えたものであり、平成22年当時もなお、全国の16競走場で条例化がされないまま、離職せん別金の支給が行われてきたことからすると、上記行為につき、重過失があるとはいえないが、過失があることは否定できない。したがって、Aは、市に対し、不法行為に基づく損害賠償義務を負う。」（下線筆者）

翻って、Xが、Yに対して、民法709条の不法行為に基づく損害賠償請求をする場合の要件事實は、① Xが一定の権利あるいは保護法益を有すること、② ①の権利（保護法益）に対するYの加害行為、③ ②について、Yに故意又は過失があることを基礎づける事実、④ Xに損害が発生したこと及びその数額、⑤ ②の加害行為と④の損害に因果関係があること、である¹²。

本件事案で争点となっている「過失」について、実務家（裁判官）である加藤新太郎・細野敦は、「過失とは、一定の結果の発生を予見し、回避することが可能であったにもかかわらず、その結果の発生を回避すべき措置をとらなかったことである。そして、過失は規範的要件であり、それを基礎づける具体的事実（評価根拠事実）が主要事実となる（『過失』という規範的要件それ自体が主要事実になるという考え方もあるが、当事者が『過失』と主張すれば、主張していない個々の具体的事実を判決することができるとすることは、相手方にとって不意打ちになる。…）。具体的要件事実としては、『Yに、結果を回避する義務が発生したこと』、『Yが結果回避義務を怠ったこと』であり、この義務の具体的内容は、加害者Yという特定人の具体的な能力を基準として定立されるもの（いわゆる具体的過失）ではなく、合理的な平均人を基準として、定められ

¹² 加藤新太郎・細野敦『要件事実の考え方と実務』（民事法研究会、2002年）230頁・231頁

るもの（いわゆる抽象的過失）と一般に解されている。」¹³（下線筆者）と述べている。

この原審判決は、要件事実論の定石（跡）どおり、市長 A の過失について、堅実・丁寧に論証・論述しているように思われる。

四 最高裁の判断

本判決の概要は、次のとおりである。

1 A（市長）の損害賠償責任について

令和元年10月17日最高裁判決（フロー図の⑤）は、市長 A の損害賠償責任について、A が、市に対し、本件予算を調製したことを理由として、不法行為に基づく損害賠償責任を負うということとはできないとして、Y₁（機関としての市長）を相手に A に対して損害賠償請求をすることを求める請求を認容した原判決を破棄し、被上告人 X らの控訴を棄却する旨の自判をした。

本判決は、まず「本件補助金は、実質的には、市が共済会を経由して臨時従事員に対し退職手当を支給するために共済会に対して交付したものであるべきであり、その交付は、地方自治法204条の2及び地方公営企業法38条4項の定める給与条例主義を潜脱するものであるといわざるを得ないから（前掲最高裁第二小法廷判決）、本件予算は、共済会に対する離職せん別金補助金の支出という違法な内容を含むものであったとすることができる。」と述べる。この判旨は至極当然であるが、判決は続けて「しかしながら」という接続詞を用い、二つのことを述べる。まず、「上記支出が違法であるのは、臨時従事員に対して離職せん別金又は退職手当を支給する条例上の根拠がないこと等によるものであり、本件予算の項目や明細から上記支出が違法であることが明らかであったわけではなく、A が、本件予算の調製に当たり、上記支出が違法であると現実に認識していたともうかがわれない。」（以下「理由1」という。）ということであり、次に、「離職せん別金補助金を交付するか否かは企業局長が決定するものであって、競艇事業における収入及び支出の大枠を定めたものである本件予算の調製により本件補助金が交付されたという直接の関係にあるということもできない。」（以下「理由2」という。）ということである。そして、「以上によれば、当時の市長である A が、市に対し、共済会に対して離職せん別金補助金を支出する内容を含む本件予算を調製したことを理由として、不法行為に基づく損害賠償責任を負うということとはできない。」と結論づける。

匿名コメントは、上記の判断に当たり考慮した主な事情は、次のア～ウのとおりであるとする¹⁴。アとイは、筆者のいう「理由1」であり、ウは「理由2」である。

¹³ 同・前掲注12の232頁・233頁

¹⁴ 判例地方自治457号13頁

ア 離職せん別金補助金の支出が違法であるのは、臨時従事員に対して離職せん別金又は退職手当を支給する条例上の根拠がないこと等によるものであり、本件予算の項目や明細から上記支出が違法であることが明らかであったわけではない。

イ 市長が、本件予算の調製に当たり、上記支出が違法であると現実に認識していたとしようかがわからない。

ウ 上記補助金を交付するか否かは上記事業の管理者が決定するものであり、競艇事業における収入及び支出の大枠を定めたものである本件予算の調製により上記補助金が交付されたという直接の関係にあるということとはできない。

理由1は、不法行為責任の要件である「故意・過失」の存否について、理由2は、「因果関係の相当性」について、それぞれ論じているものと思われる。

2 B（企業局長）の損害賠償責任について

本判決は、B（企業局長）の損害賠償責任について、Bは、本件交付決定の適法性を確認して違法な支出を回避すべき職務上の注意義務を尽くさなかった過失があるとして、Bの損害賠償責任を肯定し、Y₂（機関としての企業局長）を相手にB（個人）に対して損害賠償請求をすることを求める請求を認容した原審の判断を是認し、この点に係るY₂の上告を棄却した。

3 C（企業局次長）の損害賠償責任について

本判決は、C（企業局次長）の損害賠償責任について、Cが本件交付決定に関与したことを理由として、不法行為に基づく損害賠償責任を負うということとはできないとして、Cの損害賠償責任を否定し、Y₂（機関としての企業局長）を相手にCに対して損害賠償請求をすることを求める請求のうち、①怠る事実に係る相手方に対して損害賠償請求をすることを求める請求については、これを認容した原判決を破棄し、Xらの控訴を棄却する旨の自判をし、②本件交付決定の決裁に関与したことが違法な財務会計上の行為であるとして、これを行った当該職員に対して損害賠償請求をすることを求める請求については、これを認容した原判決を破棄し、同請求に係る訴えを却下する旨の自判をした¹⁵。

本判決が、上記の判断に当たり考慮した主な事情は、次のとおりである。

ア 本件交付決定は、B（企業局長）がその権限に基づいて判断したものであり、Cは、本件交付決定を決定する権限を有しない。

イ Cは、共済会の会長として上記補助金の交付を申請したが、Cが共済会の会長であったのは、共済会の規約が企業局次長を会長とする旨を定めていたからである上、Cが本件補助金の違法

¹⁵ 判例地方自治 457号 20頁

性を認識しながらあえて上記の申請をしたといった事情はうかがわれない。
ウ Cが本件交付決定の決裁に関与したためにBが上記補助金を交付するか否かについての判断を誤ったといった事情はうかがわれない。

五 最高裁判決への疑問

1 理由1について

以下、違法性・過失判断の「評価の対象」は何か(1)、違法性を導く論旨は「背理」であること(2)、過失認定の遺漏(3)について、順次検討することとする。

(1) 違法性・過失判断の「評価の対象」は何か

理由1(匿名コメントのア・イ)は、凡庸な筆者にとっては、およそ理解困難な論理を展開している。思うに、本件補助金の支出は、地自法、地公企法が規定する給与条例主義を潜脱する脱法行為ゆえ、そもそも予算計上することは許されないものである。阿部泰隆教授は、「6カ月勤務しない臨時従事員に共済会を通じて支出したトンネル退職金、給与条例主義を無視」¹⁶と表現している。

自治体は、法令、条例に従い、その枠の中で業務を執行しているものであり(地自法2条16項は、法令に違反してその事務を処理してはならないと規定している)、予算は、法令、条例などの規制の範囲内で計上できるにすぎない¹⁷。判決がいうように「地方公共団体の長は、地方公営企業の予算を調製するに当たり、当該地方公営企業の業務執行の権限を有する管理者が作成した予算の原案を尊重することが予定されている」としても、そのことは同断である。それ故、「予算書」が一人歩きし、法令や条例から独立して、違法性の「評価の対象」となったり、長の過失の認定に際して、「予算の項目や明細」のみが「評価の対象」となるわけではない。

しかるに、判決は、「本件予算の項目や明細から上記支出が違法であることが明らかであったわけではな」と述べ、あたかも市長Aが管轄外で作成された予算書に部外者として初めて目を通してのような論理を展開している。換言すれば、市長Aが当事者として、各部局からの予算要求に対し、予算の合法性・妥当性を審査する予算査定の最終責任者であることを失念したかのような論理の運びであり、全くの近視眼的(虫の眼)で、本件事案の全体像の把握(鳥瞰図)に欠けたものといわざるを得ない。

¹⁶ 阿部泰隆・前掲注6の175頁

¹⁷ 川村毅(執筆当時、自治大学校教務部長)は、地方財政法3条1項の「地方公共団体は、法令の定めるところに従い、且つ、合理的な基準によりその経費を算定し、これを予算に計上しなければならない。」について、「これは、歳出予算について、法令を遵守するとともに、恣意によることなく、社会経済事情に応じた合理的な基準に基づいて経費を計上すべきことを求めたものである。」(下線筆者)と説明している。「16 予算編成の手続と方法」瀧野欣弥編著『最新 地方自治法講座⑦ 財務(1)』(ぎょうせい、2003年)315頁

（2）違法性を導く論旨は「背理」である

判決は、「予算書」自体に違法性を示す「徴表」は認められないことを論証するため、共済会に対する補助金の交付が違法なのは、「臨時従事員に対して離職せん別金又は退職手当を支給する条例上の根拠がないこと等によるものである（下線筆者）と述べる。しかし、これは二重の意味で背理である。先ず、そもそも常勤でない「臨時従事員に対して離職せん別金又は退職手当を支給する条例」を制定することは法的に許されない（地自法 204 条）。「給与条例主義を潜脱」とは、条例がないにもかかわらず支給したという「形式」を批判しているのではない。

次に、仮に百歩譲って、そのような条例の制定が許され、条例上の根拠が形式的にあったとしても、その場合は、「臨時従事員に対して離職せん別金又は退職手当を支給する」主体は市であるから、共済会に対する補助金の交付は、実質的に臨時従事員に対する退職手当等の二重払いとなり、同様に違法となるのである。臨時従事員に対する退職手当等について、条例による措置という正攻法の合法的措置が採れないから、労働組合との労働協約¹⁸に基づき、共済会をトンネルとし、補助金に化体して支給し、給与条例主義を「実質的に」「潜脱」しているという全体の構造から判決は目を背けている。

（3）過失認定の遺漏

そして、「本件予算の項目や明細から上記支出が違法であることが明らかであったわけではな」とする最高裁の論理は、そこから市長 A に「故意」「過失」がないことの伏線を敷くかのようである。しかし、この論理に従うなら、「暴力団に対する犯罪行為助長補助金」のような類の補助金しか、「予算の項目や明細から上記支出が違法であることが明らか」とは言えないであろう。およそ法治主義にそぐわない無意味な判旨である。加えて、「A が、本件予算の調製に当たり、上記支出が違法であると現実に認識していたともうかがわれない」（下線筆者）との説示は、A に故意¹⁹がなかったことをいうに過ぎず、過失の論証が欠如している。これでは、市長 A の不法行為責任を否定することにはならない。下級審判決であれば、「理由不備」という評価が下されることになるだろうが、最高裁判決を審査する裁判所は残念ながら存在しない。

以上の検討で明らかなおおり、判決は、本件訴訟の本丸である市長 A の不法行為責任を否定す

¹⁸ 青木信之（執筆当時、埼玉県県民部次長）は、補助金を交付する際に課題となる点を 8 つ挙げ、常にこれらの懸念を念頭に置かなければならないと述べる。そして、その 6 番目に「施策目的の実現のための補助のほが、団体の組織維持のための補助となったり、また補助する側とされる側の政治的關係により補助が決定される懸念があること」を挙げている。「10 補助金等をめぐる諸問題」滝野欣弥編著『財務（1）新地方自治法講座⑧』（ぎょうせい、1996 年）216 頁・217 頁

¹⁹ 「故意とは、結果の発生を意欲し、または認容した（結果が発生するかもしれないことを知りつつ、結果が発生してもやむを得ないと判断した）ことをいう。」潮見佳男『民法（全）〔第 2 版〕』（有斐閣、2019 年）496 頁

るという目的のために、畢竟、この事案の全体像を真摯に把握しよう（鳥の眼）と努めるのではなく、殊更に部分的・分節的論証（虫の眼）に終始していると評価せざるを得ないのである。

2 本件事案における市長 A の過失の存否

(1) 4号請求訴訟の基本構造

碓井光明教授は、平成14年改正に係る4号請求訴訟の基本構造について、次のような基本的認識を示している。「従来の4号請求訴訟は、原告住民が自治体に代位し行なう訴訟（代位訴訟）であったが、平成14年改正は、この4号請求訴訟を抜本改正して、『当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に損害賠償又は不当利得返還の請求をすること』を、当該自治体の執行機関又は職員に求める訴訟（…）とし構成した。すなわち、この場合の被告は法律関係の当事者たる権利主体ではなく、機関としての『執行機関又は職員』であり、新4号請求は、その被告に対する義務づけ訴訟である。原告住民と被告である『執行機関又は職員』との間において、損害賠償請求又は不当利得返還請求あるいは賠償命令を求めるべきか否かの問題、すなわち『執行機関又は職員の対応のあり方』の問題として争われることになる。広い意味で、『組織としての財務会計行為のあり方』が争われることになったと**いってよい**。その意味において、4号請求も1号ないし3号の請求と同じレベルの請求となったのである。」²⁰（下線筆者）

筆者は、碓井教授の認識に基本的に賛同するものである。そうすると、『組織としての財務会計行為のあり方』が争われる「執行機関又は職員」としては、行政活動の適法性を確保するために、組織の責任者として、予見義務を構成する情報収集義務・調査研究義務を補助機関である部下とともに日常的に負うことになり、その義務違反は、高度の蓋然性をもって監督過失・組織過失を帰結し、首長等は、個人として民法709条に基づく責任を負うというべきである²¹。

(2) 過失の立証の特異性

実体法規上、一般条項とか規範的要件などと呼称されるものがあり、法律効果の発生要件として一定の規範的評価の成立を規定しており、規範的評価を成立させるためには、その成立を基礎づける具体的事実（評価根拠事実）が必要となる²²。例えば、不法行為における過失（民法709条）は、「多様な事実の網羅的列挙が困難であるため、これに代えて、不特定概念が要件として規定され、評価根拠事実のそれぞれが独立に要件事実へ包摂される」²³と説明されている。

内田貴教授は、過失の立証の特異性について、次のように述べている。「『過失』とは、『債務の

²⁰ 碓井光明『要説 住民訴訟と自治体財務〔改訂版〕』（学陽書房、2002年）8頁

²¹ 潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅱ 不法行為法 第3版』（新世社、2017年）33頁、152頁参照

²² 裁判所職員総合研修所監修『民事訴訟法講義案（三訂版）』（司法協会、2016年）124頁

²³ 同・前掲注22の124頁

弁済があった』とか『加害者のスピードが時速 80 キロを超えていた』とかの、事実の証明とは性質が異なる。事実を証明するためには、当該事実の存否を直接立証できなくても、経験則から推定することが可能である。一応の推定（事実上の推定ともいわれる）はこのような場面で機能する。因果関係の立証でこの法理が重要な役割を果たすことは後述する通りである（…）。これに対し、『過失』の有無は、規範的判断（法的価値判断）であるから、過失判断の対象となる事実の存否については、経験則による推定が可能でも、過失の判断そのものは、現れた事実を前提とする裁判官の評価であって、経験則によって推定するようなものではない。したがって、厳密に言えば、証明の対象となるのは、過失判断の対象となる事実であって、過失そのものではない、と表現する方が正確である。／このような考え方からすると、過失の推定とは、公平の見地から、過失判断の前提事実の一部について立証責任を転換することだということになる。²⁴（下線筆者）

過失とは確定された主要事実の規範的評価であるところ、林屋礼二教授は、「主要事実として、とくに、『故意』『過失』といった相手方の内心の状態についての事実を立証しなければならないようなときには、その立証はなかなか困難である」とし、「非常に蓋然性の高い経験則にもとづく事実上の推定のことを『一応の推定』という」と述べ、その例として、「自分が所有する山林の樹木が伐採されたので損害賠償を請求する」場合を挙げている²⁵。この場合、「他人の所有山林で樹木を伐採する行為が行われたときには、その伐採者には通常故意または過失がある」という高度の蓋然性をもった経験則に基づき、「他人の所有山林で樹木を伐採したという事実（間接事実）から、その伐採者に故意・過失があったという事実（主要事実）が推定できるとする」²⁶。

高田裕成教授は、「過失の一応の推定」について、次のように述べている。「間接事実（特定損害の発生等）から、例外の存在をほとんど許さないような高度の蓋然性をもつ経験則の力を借りて、過失の主要事実である過失に該当する行為の存在が推認され」、「さらにこの事実が過失と規範的評価されるという複合的なプロセスの所産であるとされる。この結果、相手方（被告）は、当該事件がその経験則の例外に該当する場合であることなどを明らかにして、主要事実の存在について裁判官に疑いを懐かせることに成功しなければ、損害賠償義務を免れることはできないことになる。」²⁷

²⁴ 内田貴『民法Ⅱ 債権各論 第3版』（東京大学出版会、2011年）351頁。潮見佳男教授は、「事実上の推定」について、「主張・立証責任の対象となる事実（＝過失があったとの評価を根拠づける具体的事実）ではなく、それに関係する事実（間接事実）から、裁判官が経験則を適用して、『過失があったとの評価を根拠づける具体的事実があった』との心証を形成したため、その事件は過失について『真偽不明』の事件ではなくなったということであると説明している（下線筆者。前掲注21の9頁）。

²⁵ 林屋礼二『新民事訴訟法概要（第2版）』（有斐閣、2004年）317頁・318頁

²⁶ 同・前掲注25の318頁

²⁷ 高田裕成「過失の一応の推定」伊藤眞・加藤新太郎編『判例から学ぶ民事事実認定』（ジュリスト増刊、2006年）63頁

(3) 市長 A の過失

「予算の調製」とは、予算の編成までの一切の行為を含むと解されている²⁸。そして、予算編成の手続は、通常、①予算編成方針の決定、②企業局等の各部局からの予算要求書の提出、③予算の査定、④予算の組立て、⑤議会への提出という手順をたどる²⁹。その後、議会での議決、そして、補助金の交付申請、補助金の交付という流れになる。

法治行政の下、自治体は、法令、条例に従い、その枠の中で合法的に業務を執行しなければならず(地自法2条16項)、予算についても法令、条例などの規制の範囲内で計上できるにすぎない。そうである以上、その予算計上が「違法」と評価された場合は、「一応の推定」の理論により、首長の過失の存在が推定され、推定事実(主要事実)の不存在を推定せしめる事実(間接事実)を立証しない限り(間接反証)、推定は覆らないというべきである。

ここで、注意を喚起しておきたいのは、原審判決中の筆者下線部分、すなわち、平成18年3月の委員会での「県から出向してきた総務部長からも退職金を出していることはおかしと言われて(いる)」との委員の発言(三の3)は、市長に次ぐ上位の予算査定者である総務部長が本件補助金の違法性を認識していたということを示すものである。もっとも、訴訟で争点となっている平成22年度予算の査定時に当該総務部長は在籍していない可能性が高いが、その認識は組織内で共有されていると考えられるし、共有されるべきものである。

そして、碓井教授の立論を前提に検討すれば、予算査定における、市長—総務部長—総務課長(又は財政課長)という、自治体組織内の「指揮命令系統の過失」を監督過失・組織過失として評価すべきことになり³⁰、その場合、総務部長が本件補助金の違法性を認識していたということは、市長 A の過失を判断(評価)する上で、最重要な(主要)事実であると考えられる。そして、その「事実」が認定されるなら、本件事案における市長 A の過失の存在は確定的というべきである。

ところが、最高裁判決では、企業局幹部の認識を問う議会(委員会)質疑について縷々言及する一方、市長 A の補助機関であり、予算査定で重要な役割を果たす総務部長が補助金の違法性を認識していたことについて、判決文からは排除している。つまり、過失判断の前提となる(主要)事実から意図的に隠蔽することにより³¹、自らの規範的判断(法的価値判断)を消極的に正当化しようとしているのである。

²⁸ 松本英昭『新版 逐条地方自治法〈第9次改訂版〉』(学陽書房、2017年)781頁

²⁹ 川村毅・前掲注17の315頁以下

³⁰ 阿部泰隆教授は、「組織のミスであっても、長たる者は、逆に組織を動員して、ミスのないように法令コンプライアンスを厳守させることができるのであるから、それを怠っていれば、過失を免れないが、自分で自治体に賠償して、それを責任のあった部下に相応の求償をすべきである。あるいは、首長も、部下も共同被告になるようにすべきである。」(下線筆者)と述べている。前掲注6の18頁

³¹ 西野喜一教授は、「判例によれば、民事でも、事実認定では、その資料となった証拠を列挙すれば足り、そのような心証が形成された過程や、採用しなかった証拠について信用しなかった理由を説明する必要はないとされている。」と述べている。「裁判批判の可能性(中)」判例時報1808号9頁

なぜ、このようなことが罷り通るのか。西野喜一教授は、「裁判官の判断作用は、事実を認定し、これに法を適用して結論を出すという公式上の積み重ね作業ではなく、実は事実認定と法の適用と結論の導出とが渾然一体になったものではないか、ということは古くから言われてきていることである。その一環として、結論が事実認定を左右するということは現にあることであって、…、また、事実認定が法適用と事実上一体の判断を構成する場合があるということもつとに指摘されているところである。」（下線筆者）³²と説明している。

最高裁の判決文から、市長 A の補助機関である総務部長の認識を排除する、隠蔽するということは、西野教授が指摘しているように（正確には古くから指摘されているように）、「結論が事実認定を左右」していることになる。ここでも、判決文において、本丸である市長 A の責任について原告ら敗訴の結論が巧妙に仕込まれていると評価できるのである。

3 理由 2 について

次に、理由 2（匿名コメントのウ）の検討に移る。

判決は、「離職せん別金補助金を交付するか否かは企業局長が決定するものであって、競艇事業における収入及び支出の大枠を定めたものである本件予算の調製により本件補助金が交付されたという直接の関係にあるということもできない。」と述べている。筆者は、文字どおり（改めて弁明するまでもないが）浅学非才の身ゆえ、日本の知性を代表すると目される最高裁（判事）がここで何を述べたいのか³³、正直固りかねている。僅少な知識を動員した結果、「直接の関係」という用語から、どうも、因果関係の相当性について、それを否定する趣旨を述べているのではないかと当たりを付けた。それ故、この認識が過誤であれば、以下の議論は万事休すということになる。

(1) 責任設定の因果関係

加藤新太郎・細野敦は、「因果関係の存在は、単純に、②の加害行為によって、⑤の損害が発生したと主張すれば足りる場合が多いが、その場合でも、厳密に言えば、事実的因果関係（『あれなければ、これなし』の関係）の存在および⑤の損害が②の行為と相当性の範囲にあることの 2

³² 西野喜一・前掲注 31 の 10 頁

³³ 元裁判官で最高裁調査官経験もある瀬木比呂志教授は、最高裁調査官（裁判所法 57 条）について、次のように述べている。「裁判部門のスタッフとして、最高裁の判事たちの裁判のための資料を集め、その資料から報告書、レポートを書いて提出し、審議にも立ち会って、場合によっては判決についても、多数意見の下書きをいたしますね。かなり重要なことをやります。」（299 頁）。「日本の最高裁では、調査官が裁判の土台をつくっている側面が大きい。」（300 頁）。瀬木比呂志・清水潔『裁判所の正体 法服を着た役人たち』（新潮社、2017 年）

³⁴ 「及び」「並びに」「又は」「若しくは」は、代表的な「法令用語」であり、法令、判決文、公文書等では、正しく「漢字」表記することになっている。しかるに、多くの法律学の教科書で、何の合理的理由なく流行病のごとく「平仮名」表記で記述している実態がある。読者に教育上間違ったメッセージを発することになるし、何よりも読みづらい。執筆者諸賢において、早急に是正されることを期待する次第である。

点が合わせて主張証明されていることになる。」³⁵と述べている。

潮見佳男教授は、教科書において、責任設定の「因果関係があるとされるためには、少なくとも、被害者に生じた権利・法益侵害および³⁶損害が加害行為の結果であるという関係が認められるのでなければならない。条件関係といわれる。条件関係について、通説は、『あれなければ、これなし』という公式(不可欠条件公式)を用いて、その存否を判断する。Pという行為がQという結果の原因か否かが問題とされたときに、『Pがなかったと仮定したならば、Qが生じなかったであろうか』(PはQにとっての不可欠の条件か)を問い、YESと答えられるときにPとQとの間に条件関係を認めるのである」³⁷(下線筆者)。そして、「加害行為と結果との間に因果関係があるといえるためには、両者の間に条件関係が存在するだけでは足りない。通説によれば、加害行為と結果との間に因果関係があるとされるためには、条件関係が認められることに加えて、その行為が結果発生にとって相当性を有することが、必要である。因果関係は、『相当性』という規範的観点からの法的評価を経て、その有無が決定されることになる。」³⁸と述べている。

(2) 複数人の不法行為責任

また、潮見教授の説明によれば、複数の人の行為がされた結果として被害者の権利が侵害された場合、二つのアプローチが考えられるとする。一つは、個別の不法行為責任が成立し、単に競合している「競合的不法行為」であり、もう一つは、719条1項前段の「共同不法行為」である。後者は、各行為者別に検討すれば、不法行為責任が成立しない場合でも、「数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う」と規定している。「共同不法行為」の制度が単なる「不法行為責任の競合」とどこに違いがあるのかという点を巡って、伝統的な考え方と最近の有力な考え方との間に対立が見られる。「伝統的な考え方によれば、それぞれの共同行為の間に関連性があることが、故意・過失行為と損害との間の相当因果関係の判断において意味を持つとされる。「各人の行為が関連共同していることが相当性判断に影響を与え、個々の行為者ごとに損害賠償責任を考えたときには相当性がないとして賠償が認められない損害についても、賠償対象となり得るという点に、共同不法行為制度の意義を見出すわけで」ある。他方、最近の考え方によれば、「民法719条に民法709条と異なる独自の存在理由を与えるように解釈するならば、関連共同性要件と因果関係要件との間の相互関係にそれを求めるべきであるとされ」る。「そして、『個別行為を捨象した共同行為』に着目し、民法719条1項前段にあっては『各人の行為の関連共同性』の要件が課されているがゆえに、民法709条の不法行為におけるような各人の行為と損害との間の個別的因果関係は要求されていないとの立場

³⁵ 加藤新太郎・細野敦・前掲注12の233頁

³⁶ 前掲注34参照

³⁷ 潮見佳男・前掲注19の498頁

³⁸ 同・前掲注19の499頁

を主張」する。「①『各人の行為の関連共同性』と、②『共同行為と発生した結果との間の因果関係』を問えば足り、③個別的因果関係を問題としない（個別的因果関係不存在の抗弁を認めない）点に、共同不法行為の特色を見出すので」ある³⁹（下線筆者）。

内田貴教授は、本件事案のように「加害者」が複数であるため、民法719条の共同不法行為の適用が問題となりうる紛争類型には、いくつかの型があるとし、①加害行為一体型、②損害一体型、③独立不法行為競合型、④加害者不明型と整理している。「加害行為一体型」とは、「複数の加害者が加害行為を行っているが、各人が別々の不法行為を行っているのではなく、全体としてひとつの加害行為がなされていると評価される場合、加害行為の一体性は、共謀があった場合に典型的であるが、それだけに限らず、社会通念上一体と評価される場合を含む」⁴⁰（下線筆者）と説明されている。

（3）競合的不法行為

判決は、「離職せん別金補助金を交付するか否かは企業局長が決定するものであって、競艇事業における収入及び支出の大枠を定めたものである本件予算の調製により本件補助金が交付されたという直接の関係にあるということもできない。」と述べる。しかし、「本件予算の調製」により「本件補助金の交付」が可能になったのであり、「本件補助金の交付」により、鳴門市に損害が発生したのであるから、「本件予算の調製」と損害との間の条件関係の存在を否定することはできない。

次に、「本件予算の調製」が結果（損害）発生にとって「相当性」を有するかが問われる。

常識的に考えて、市長部局の査定（総務課長、総務部長等）を経て予算計上されたということは、「合法性」「公益性」（地自法232条の2）に確かなお墨付き（担保）が与えられたということを示しており、企業局長の段階で違法性等を「再度、虚心」に判断すべきものではない。そもそも当該予算は、企業局サイドの予算要求（民法719条2項の教唆とも構成しうる。）を受けて予算計上されたものであり、企業局長が補助金交付の決定（決裁）で精査するのは、せいぜい離職者ごとの計算式に依拠した金額等である。二の2で述べたとおり、離職せん別金の原資に占める本件補助金の割合は約97%であり、補助金なくしては離職せん別金制度は「砂上の楼閣」に等しいものであった。

以上述べたところから、企業局長において、自己否定ともいえる交付決定をしないという選択肢は、労働組合との労働協約を破棄するに等しく、想定できない。「本件予算の調製」と結果（損

³⁹ 同・前掲注21の175頁～179頁。加藤一郎博士は、「各人の行為と損害の発生との因果関係については、各人の行為と直接の加害行為との間に因果関係がありそこに共同性が認められれば、共同の行為という中間項を通すことによって、損害の発生との間に因果関係があるといつてよい。」と説明している。『不法行為』（有斐閣、1957年）207頁

⁴⁰ 内田貴・前掲注21の532・533頁。内田教授は、「加害行為一体型」の例として、ヤクザ同士の喧嘩で、共謀して加害行為を行っているケースを挙げている。

害)発生との間には優に「相当性」が認められると考える。

上記立論は、潮見教授の説明にある、市長Aの「本件予算の調製」と企業局長Bの「本件補助金の交付」につき、それぞれ個別の不法行為責任が成立し、単に競合している「競合的不法行為」の説明ということになる。

(4) 共同不法行為

しかし、仮に、(3)で述べた「競合的不法行為」とは認められないという見解を採ったとしても、民法719条1項前段の「共同不法行為」が成立していると考えられる。

「共同不法行為」の成立に厳しい見解を採る「伝統的な考え方」によっても、常識的に、市長Aの予算調製行為と企業局長Bの補助金交付決定という「それぞれの共同行為の間に関連性があること」は明白であり、「故意・過失行為と損害との間の相当因果関係の判断において意味を持つ」ことは言うまでもないからである。

翻って、実務家も同様の見解を示している。例えば、裁判官である岡口基一は、民法719条1項前段の共同不法行為の要件事実について、次の六つを挙げている⁴¹。

要件1 原告の権利又は法律上保護される利益の存在

要件2 ①に対する被告による加害行為

要件3 ②についての被告の故意又は過失

要件4 ②が他の者による加害行為と関連共同していること

要件5 損害の発生及び額

要件6 ②と⑤の因果関係

「判例(…)は、民法719条1項前段の共同不法行為につき、不法行為者間に、意思の共通(共謀)若しくは共同の認識を要しないとする(客観的共同説)。／そして、実務の大勢は、複数の不法行為者間の行為が関連共同し、かつ、各不法行為と損害との間の相当因果関係がある場合に、民法719条1項前段の共同不法行為が成立するという従来の通説を採用している(…)。」⁴²

「意思的関与がある場合には、関連共同性が認められる。意思的関与があるとは、①実行者と共謀したこと、②共謀にまでは至らなくとも、他人と共同して行為していることを認識しつつ、これを認容したこと、③教唆・幫助をしたことのいずれかである(…)。この場合、これらの事実を②ないし④の中で主張立証する。」⁴³

上記記述を受けて検討すると、予算を調製した市長Aの行為は、予算原案の作成と補助金交付

⁴¹ 岡口基一『要件事実マニュアル 第2版下』(ぎょうせい、2007年)186頁

⁴² 同・前掲注41の186頁・187頁。同書187頁は、「もっとも、⑥を要件事実とすると、不法行為者それぞれの不法行為の要件事実を充足してしまい、民法719条1項前段を設けた意味がなくなる(…)として、⑥ではなく、『共同行為と損害との間の因果関係』を要件事実とするのが近時の有力説である」と述べている。

⁴³ 同・前掲注41の187頁

決定という企業局長 B の行為の中間に介在しており、両者の間に「意思的関与」があることは明白であり、「関連共同性」が認められる。また、両者一体の共同行為と評価でき、結果発生との間の因果関係の存在も明らかである。

「競艇事業における収入及び支出の大枠を定めたものである本件予算の調製により本件補助金が交付されたという直接の関係にあるということもできない」という判旨は、法理論の論証として全く以て舌足らずであり、精彩を欠く。（共同）不法行為者である市長 A の責任を隠蔽するために、あたかも因果関係の連鎖の最終行為者しか不法行為責任を負わないという論理を打ち立てようとしたのかも知れないが、理由不備であり、到底認められ得る代物ではない⁴⁴。

思うに、「本件予算の調製」が「競艇事業における収入及び支出の大枠を定めたものである」としても、そのことを起点に、議会に対する予算案（議案）の提出、議会における審議、議決が行われるのである。市長 A も、企業局長 B とともに競合的不法行為責任が成立する要件を優に満たしているものと考えられる。仮に、それが認められない場合であっても、共同不法行為の要件（内田教授のいう「加害行為一体型」）を満たし、市長 A は、（損害全額の）不真正連帯債務を負うというべきである。

六 終わりに

以上、微力を顧みず、虚心坦懐に法的論理に従いつつ検討したところ、初歩的な全体像の把握を欠如した最高裁判決の論証は、全く以て恣意的判断ではないのかとの疑念を感じるぐらい内実において空洞化しており、到底、是認できるものではない。その原因は奈辺にあるのであろうか。

検事、弁護士経験のある細川俊彦教授は、「行政訴訟に関与した経験者としていうならば、行政は本来、専門的技術的基準に則り、かつ中立・公平性が厳密に確保されるべきものであるが、利害関係団体の圧力がかかる分野では、それは期しがたい。また、過去の先例があるときは、その適法性・妥当性を、法の適用時ごとに吟味することをせず、習慣的に、惰性で先例に追従していることが多い。」とし、「官僚組織には、体質的に改革、改善の自動装置が働かず、硬直性は抜きがたい。ことに、当局と公務員の職員団体が手を組んだときは、市民に背を向ける行政運営がなされる構図ができあがり、これを打破することは至難の技である（定員外職員採用、ヤミ給与支給、カラ出張など）。裁判を通じてこれらを是正することこそ、司法の役割であろう。」⁴⁵（下線筆者）と述べている。続けて、「それでは、なぜ裁判官はこのように行政よりの判断をするのである

⁴⁴ 瀬木比呂志教授は、別著で、「近年、一流の学者から、『最近、以前に比べると、最高裁判所調査官や司法研修所教官の質が落ちてきているということはないでしょうか?』という問いかけを聞くことが時々あった。判例解説や論文等を読んで、あるいは何らかの機会に接触しての感想である。」と述べている。『絶望の裁判所』（講談社、2014年）209頁。残念ながら、筆者の力量では、論評の限りではなく、紹介に止めざるを得ない。

⁴⁵ 細川俊彦「司法の組織構造から見た行政訴訟改革の論点」月刊司法改革 19号（2001年）20頁

うか」と問い、「裁判官自体の考え方の基礎、つまり資質に問題があるのではないだろうか」⁴⁶とする。

筆者としては、現状、裁判官の官僚体質故にという、細川教授のこの分析に異を唱えることはできないが、果たしてそれだけなのだろうかという疑念を持っている。それは、訴訟代理人の属性⁴⁷に対する反感情であり、牽強付会の言説を弄してでも、その主張を認めたくないという堅固な権威主義的意地（沽券に関わる）を感じるのである。拙論が根拠のない妄説であることを切に祈る。

裁判所法 41 条 1 項は、「最高裁判所の裁判官は、識見の高い、法律の素養のある年齢四十年以上の者の中からこれを任命」と規定している。法律の世界において、現代日本の知性を代表する方々といっても過言ではない。広辞苑によると、「識見」とは、「物事を正しく判断・評価する力。見識」と、「裁く」とは、「(法律に従って) 事の是非・曲直をはっきりさせる。裁判をする。」と説明されている。最高裁判所が文字どおり、「最高」の「裁判所」になるためには、権威や職階・上下関係から自由である「学説」の役割はとても重要であると感じる次第である。

「西欧的な法治国家においては、法律家とは『言葉の力・理屈の力を信頼する人々』のことである。」⁴⁸という言葉をかみしめたい。

⁴⁶ 同・前掲注 45 の 21 頁

⁴⁷ 原告ら代理人である阿部泰隆教授は、多くの最高裁判決批判を行っているが、例えば、次のような注文を付けている。「筆者はこうした最高裁と高裁の現状に深く絶望している。日本は法治国家ではない。裁判官は決して尊敬すべき職業ではない。行政訴訟は抹殺されたと感じる。」『最高裁上告不受理事件の諸相 2』（信山社、2011 年）はしがき ix

⁴⁸ 井田良『基礎から学ぶ刑事法〔第 5 版〕』（有斐閣、2013 年）317 頁