

タイトル	地方議会による住民訴訟債権の放棄議決：神戸市外郭団体派遣職員への人件費違法支出損害賠償等請求事件を素材に
著者	秦，博美
引用	北海学園大学法学部50周年記念論文集：101-128
発行日	2015-03-15

地方議会による住民訴訟債権の放棄議決

——神戸市外郭団体派遣職員への人件費違法支出損害賠償等請求事件を素材に

秦 博 美

目次

- 一 はじめに
- 二 事案の紹介
 - 1 事案の概要
 - 2 最高裁判決の判示事項
- 三 争点一 市長の過失
 - 1 市が派遣職員人件費相当額を補助金等で支出することの違法性
 - 2 市長の調査義務と過失
- 四 争点二 住民訴訟債権の放棄に係る議会の議決
 - 3 「重過失」への傾斜
 - 1 原審判決
 - 2 最高裁判決
 - 3 判決文の構造
 - 4 学説
 - 5 私見
- 五 終わりに

一 はじめに

近時の最高裁判決の中には、堅実・周到に「法的」論理を一つ一つ組み立てて、確かな論証の上に結論（事件の解

決)を導くのではなく、ときに「制度批判」「立法論」を交えながら、「政治・行政」の現状維持の結論を導くために、形式的・表層的解釈に終始し、あるいは「裁量権の逸脱・濫用法理」を消極的に濫用している傾向が見られる。これは、脱法行為に目をつむり、あるいは裁量権の問題に安易にすり替えるものであり、現実を隠蔽する解釈により結論が仕組まれていると言わざるを得ない。

補足意見で制度批判を交えながら、形式的な「契約類型」の解釈で国の第三セクター救済策(改革推進債)を支えるものとして、財政援助制限法三条と第三セクター損失補償契約に係る平成二三年一〇月二七日判決(判例時報二二三三三三頁)を、同じく補足意見で立法論を交えながら、形式的な「反対解釈」と「裁量権の逸脱・濫用法理」からの結論(多分に住民訴訟の過酷感に苛まれての市長の救済)を導いている例として、神戸市外郭団体派遣職員への人件費違法支出損害賠償等請求事件に係る平成二四年四月二〇日判決(民集六六卷六号二五八三頁、判例時報二二六八号四五頁)を挙げることができる。

前者については、筆者は既に検討を行っており、ここでは、後者を採り挙げ検討する。^①

注

(1) 拙稿「財政援助制限法三条の趣旨と第三セクター損失補償契約(一)・完」北海学園大学法学研究四九卷一号一七九頁・五十巻一号一七九頁

二 事案の紹介

1 事案の概要

神戸市（以下「市」という。）においては、公益的法人等への職員の派遣等について、公益的法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律（平成一二年法律五〇号。以下「派遣法」という。）の規定を受けて、公益的法人等への職員の派遣等に関する条例（平成一三年神戸市条例四九号。以下「本件条例」という。）が制定され、派遣法二条一項に基づく「派遣職員」、一〇条一項に基づく「退職派遣者」として、市の職員ないし退職者（以下「本件派遣職員等」という。）を財団法人等の二〇団体（以下「本件各団体」という。）に派遣し、あるいは在職させている。

本件派遣職員等の給与等は、市と本件各団体との派遣法二条一項に基づく「取決め」で本件各団体が支給するものとされていたが、市が本件派遣職員等の給与等の人件費相当分を含む補助金等（以下人件費相当額部分を「本件補助金等」という。）を支出していた。本件は、市の住民であるXらが、市から外郭団体に支出した平成一七年度・一八年度の補助金・委託料は、派遣法六条の脱法行為として違反であるとして、地方自治法（以下「自治法」という。）二条二条の二第一項四号に基づき市長（執行機関）を相手に、本件補助金等とその遅延損害金につき、市長であった矢田に対する損害賠償請求と本件各団体に対する不当利得返還請求をすることを求めた住民訴訟（四号訴訟）である。

第一審（神戸地判平成二〇年四月二四日）は、本件補助金等の支出を違法、無効とし、市長の過失も認定した上で、Xらの請求（七〇億円）の一部（四五億円余り）を認容した。これに対し、市長が控訴したところ（Xらも附帯控訴）、原審大阪高裁がいったん口頭弁論を終結した後、市議会が、長提案に係る本件条例を改正する条例（以下「本件改正

条例」という。)案を可決し、市長がこれを公布した。その内容は、①五六の外郭団体のうち三一団体を派遣法六条二項によつて給与等を支給できる団体として指定し、本件派遣職員等の人件費相当額を補助金等として負担することを廃止するための措置を採り、②本件訴訟に係る本件各団体のものを含め、「平成一四年四月一日から同二年三月一日までの間に係る派遣先団体から派遣職員に支給された給与の原資となつた本市から派遣先団体への補助金、委託料その他の支出に係る派遣先団体又は職員に対する本市の不当利得返還請求権及び損害賠償請求権は、放棄する」との附則五項(以下「本件議決」という。)を含むものであつた。

本件改正条例附則五項は、平成二年六月一日から施行された。原審は、再度の口頭弁論を経て、同年一月二七日、本件議決が「住民訴訟の制度を根底から否定するもの」で「議決権の濫用に当た」り、違法・無効であるとし、五五億円余りにも上る損害賠償及び不当利得返還請求の義務付けを認容した。これに対し、市長が上告及び上告受理申立てをした。

2 最高裁判決の判示事項

最高裁第二小法廷(千葉勝美裁判長)は全員一致で、平成二四年四月二四日、原判決を破棄し、①市長個人に対する損害賠償請求権については、その過失を認めることはできないとしてこれを棄却し、②本件各団体に対する不当利得返還請求については、本件議決の適法性についての判断枠組を示した上で、本件事案においてこれを当てはめた結果、本件議決の適法性を認めて請求権が消滅したとしてこれを棄却する判決をした。

論点は多岐にわたるが、本稿では、①市長の過失の有無と、②本件議決の適法性に絞つて検討する。
最高裁判所民事判例集の「判決要旨」^②は、次のとおりである。

1 市がその職員を派遣し又は退職の上在籍させている団体に対し公益的法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律所定の手続によらずに上記職員の給与相当額の補助金又は委託料を支出したことに付き、次の(1)～(4)など判示の事情の下では、市長に過失があるとはいえない。

(1) 同法は、地方公共団体が上記団体に支出した補助金等が上記職員の給与に充てられることを禁止する旨の明文の規定は置いていない。

(2) 同法の制定の際の国会審議において、地方公共団体が営利法人に支出した補助金が当該法人に派遣された職員の給与に充てられることの許否は公益上の必要性等に係る当該地方公共団体の判断による旨の自治政務次官の答弁がされていた。

(3) 同法の制定後、総務省の担当者も、上記団体における上記職員の給与に充てる補助金の支出の適否は同法の適用関係とは別途に判断される旨を上記市や他の地方公共団体の職員に対して説明していた。

(4) 法人等に派遣された職員の給与に充てる補助金の支出の適法性に関し、同法の施行前に支出された事例については裁判例の判断が分かれており、同法の施行後に支出がされた事例については同法と上記支出の関係について直接判断した裁判例はまだ現れていなかった。

2 普通地方公共団体が条例により債権の放棄をする場合には、その長による公布を経た当該条例の施行により放棄の効力が生じ、その長による別途の意思表示を要しない。

3 住民訴訟の対象とされている普通地方公共団体の不当利得返還請求権を放棄する旨の議会の議決がされた場合において、当該請求権の発生原因である公金の支出等の財務会計行為等の性質、内容、原因、経緯及び影響（その違法事由の性格や当該支出等を受けた者の帰責性等を含む）、当該議決の趣旨及び経緯、当該請求権の放棄又は行使

の影響、住民訴訟の係属の有無及び経緯、事後の状況その他の諸般の事情を総合考慮して、これを放棄することが普通地方公共団体の民主的かつ実効的な行政運営の確保を旨とする地方自治法の趣旨等に照らして不合理であつてその裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると認められるときは、その議決は違法となり、当該放棄は無効となる。

4 市がその職員を派遣し又は退職の上在籍させている団体に対し公益的法人等への一般職の地方公務員の派遣等に関する法律所定の手続によらずに上記職員の給与相当額の補助金又は委託料を支出したことが違法であるとして提起された住民訴訟の係属中に、その請求に係る市の当該各団体に対する不当利得返還請求権を放棄する旨の条例が制定された場合において、次の(1)～(5)など判示の事情の下では、その制定に係る市議会の議決はその裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるとはいえず適法であり、当該放棄は有効である。

- (1) 当該請求権の発生原因である補助金又は委託料の支出に係る違法事由は、当該各団体における上記職員の給与等に充てる公金の支出の適否に関する同法の解釈に係るものであり、当該各団体においてその支出の当時これが同法の規定又はその趣旨に違反するものであるとの認識に容易に至ることができる状況にはなかった。
- (2) 当該各団体には、不法な利得を図るなどの目的はなく、補助金又は委託料の支出という給与等の支給方法の選択に自ら関与したなどの事情もうかがわれない。
- (3) 当該各団体の活動を通じて医療、福祉、文化、産業振興、防災対策、住宅供給、都市環境整備、高齢者失業対策等の各種サービスの提供という形で住民に相応の利益が還元されており、当該各団体が不法な利益を得たものということではない。
- (4) 上記条例全体の趣旨は、上記住民訴訟における第一審判決の判断を尊重し、同法の趣旨に沿った透明性の高い

給与の支給方法を選択したもののといえ、上記条例に係る議会での審議の過程では、上記補助金及び委託料の返還を直ちに余儀なくされることによつて当該各団体の財政運営に支障が生ずる事態を回避すべき要請も考慮した議論がされている上、上記補助金及び委託料に係る不当利得返還請求権の放棄によつて市の財政に及ぶ影響は限定的なものにとどまる。

(5) 上記住民訴訟を契機に、市から法人等に派遣される職員への給与の支給に関する条例の改正が行われ、以後、市がその職員を派遣し又は退職の上在籍させている団体において市の補助金又は委託料を上記職員の給与等に充てることがなくなるという是正措置が既に採られている。

注

(2) 田中成明教授は、「わが国の場合、判例を英米法系諸国と比べて抽象的理論のレベルでとらえる傾向が強く、批判もあるが、大體判例集の各判決の冒頭に書き出されている『判決要旨』が、判例集編纂者の個人的見解にすぎないけれども、レイシオ・デシデンダに当たる場合が多いとみてよいだろう」と述べる（『法学入門』（有斐閣、二〇〇五年）二五頁）。批判的見解として、中野次雄編『判例とその読み方』（三訂版）（有斐閣、二〇〇九年）（中野次雄執筆）三〇頁がある。

三 争点一 市長の過失

1 市が派遣職員人件費相当額を補助金等で支出することの違法性

原審判決は、派遣「法」によれば、派遣職員は、派遣時の原職にとどまるが、その職務に従事せずに派遣先団体の業

務に従事し（四条一項、二項）、その給与は派遣先団体が支給し、地方公共団体は給与を支給しないとされる（同法六条一項）。もともと、派遣職員が派遣先団体において従事する業務が給与支給可能業務である場合又は給与支給可能業務が派遣先団体の主たる業務である場合は、地方公共団体の職務に従事することと同様の効果をもたらすものと認められることから、その場合に限り、例外的に、地方公共団体は、条例で定めることを条件として、派遣職員に対し給与を支給することができるものとされている（同法六条二項）。上記派遣法六条一項の規定は、…ノーワーク・ノーペイの原則（地方公務員法二四条一項参照）を派遣職員について確認したものであり、派遣法六条二項は、給与条例主義の趣旨も踏まえて、その例外を条例制定を条件に認めたものと解することができる」と判示し、本件補助金等の交付は、派遣法六条一項、二項を潜脱する違法なものであるとした。

最高裁は、「本件補助金等の支出は、派遣職員の給与の支給について議会の関与の下に条例による適正な手続の確保等を図るためにその支給の方法等を法定した派遣法の定めに違反する手続的な違法があり、無効であると解される」と判示した。

2 市長の調査義務と過失

原審は、「本件補助金等の支出の当時、補助金等が派遣職員等の給与に充てられることが適法であるとする通説や裁判例が存在するといった状況にはなかったことなどからすれば、当時の市長であった矢田は、本件補助金等の支出に係る違法な交付決定等を自ら行い又はこれを市の職員に専決させたことにつき、少なくとも市長として尽くすべき注意義務を怠った過失が認められる」（最判から）とした。

他方、最高裁は、判決要旨の1の(1)～(3)という、およそ地方分権時代には相応しくない他律的事情に加えて、「法人

等に派遣された職員の給与に充てる補助金の支出の適法性に関しては、派遣法の施行前に支出がされた事例に係る裁判例はこれを適法とするものと違法とするものに分かれており、派遣法の施行後に支出がされた事例につき、本件補助金等の支出の時点で、派遣法と上記の補助金の支出の関係について直接判断した裁判例はいまだ現れていなかった。(改行)これらの事情に照らすと、本件補助金等の支出当時の市長であった矢田において、派遣法六条二項の規定との関係で、本件各団体に対する本件補助金等の支出の適法性について疑義があるとして調査をしなかったことがその注意義務に違反するものとまではいえず、その支出をすることが同項の規定又はその趣旨に反するものであるとの認識に容易に至ることができたとはいえない。そうすると、…本件補助金等の支出につき矢田に市長として尽くすべき注意義務を怠った過失があったということはできない」(傍線筆者)と判示し、先例として最判平成二二年九月一日民集六四卷六号一五一五頁を引用している。

この判示には、次のような疑問がある。

第一に、この引用判決では、市が自治法二〇四条二項に規定する同条一項の常勤の職員に該当しない臨時的任用職員に対し期末手当に該当する一時金を支給した事例において、毎年度、市の人事課において各年度の支給金額及び支給対象者を起案して市長の決裁を受けていたという事情があるものの、その支出負担行為は市の企画財政部長の専決、その支出命令は支給時にそれぞれの金額に応じた専決権者の専決により行われていた事例で、市長が補助職員の専決による上記支給を阻止しなかったことに過失があるのが争点となった。判決は、「普通地方公共団体の長の権限に属する財務会計上の行為を、補助職員が専決により処理した場合には、長は、補助職員が財務会計上の違法行為をすることを阻止すべき指揮監督上の義務に違反し、故意又は過失によりこれを阻止しなかったときに限り、自らも財務会計上の違法行為を行ったものとして、普通地方公共団体が被った損害を賠償する義務を負うものである」ところ、諸

事情に照らすと、「当時の市長である野村において」、「地方自治法二〇四条二項の要件との関係で、勤務日数が週三日程度の臨時的任用職員に対し本件一時金を支給することの適法性」等「について疑義があるとして調査をしなかったことがその注意義務に違反するとまではいえず、これを支給することが」、「同項の要件を満たすものではないこと」等を「容易に知り得たとはいい難い」ことから、当時の市長において、「補助職員が専決により財務会計上の違法行為である上記支給をすることを阻止すべき指揮監督上の義務に違反し、故意又は過失によりこれを阻止しなかったとまではいえない」と判示した。

ところで、本件の一審判決は、「神戸市長が本件違法支出に係る各交付決定等又は各委託契約について同市職員に専決させていたか否かにかかわらず、本件違法支出に係る各交付決定等又は各委託契約締結につき、矢田に少なくとも過失は認められるというべきである」（民集二七〇七頁）と判示し、原審は、「矢田には、本件支出に係る違法な各交付決定等を行ったことにつき、少なくとも過失が認められるというべきである。（改行）また、仮に、神戸市長（控訴人）が本件違法支出に係る各交付決定等について神戸市の職員に専決させていたとしても、上記の点からすると、矢田は、専決権限を有する職員が上記各交付決定等をするのを阻止すべき指揮監督上の義務を有していたにもかかわらず、これに違反し、少なくとも過失により上記職員が上記各交付決定等をするのを阻止しなかったというべきである」（同二七七一頁）と判示している。

このように、市長自ら交付決定を行っていることを否定していない本件事案について、専決事例に係る最判平成二二年九月一〇日を先例として引用することは適切ではない。

第二に、本判決は、派遣法六条二項と本件各団体に対する本件補助金等の支出の適法性に関する疑義について、「調査をしなかった」という認定とともに市長の調査義務そのものを否定しているものと解される。これに対し、Xらの

代理人である阿部泰隆教授は、「市長は、庶民や下級官吏とは異なり、広範な権限を有し、適法違法いかにについて十分に調査する権力も資金もあるのであるから、それを怠った場合には過失がある」と述べる。⁽³⁾ 国賠法では、国又は公共団体の「組織過失」が問われる（過失の分散）のに対し、住民訴訟では長に過失が「集約」されるとする趣旨であろう。

西荳章教授も指摘するように、「法令の解釈について疑義がある場合には、公務員に調査義務が生ずることになる。したがって、法令の解釈について十分な調査をしないで事務処理を行った場合には、過失が認められる」というべきである。⁽⁴⁾

阿部教授の言うように「市長にはいくら何でも脱法行為をしない注意義務がある」であろうし、いずれにしても、調査をしなければ「相当の根拠」を見出すことはできないのである。⁽⁵⁾

第三に、判決は派遣法制定後の総務省の担当者の説明等を挙げて、「派遣法六条二項の規定との関係で、本件各団体に對する本件補助金等の支出の適法性について疑義があるとして調査をしかつたことがその注意義務に違反するものとまではいえ」ないとして、市長の過失を否定しているが、具体性と合理性に欠ける。

例えば、原審は、「派遣法は、同法六条二項の手續に拠らずに派遣元が派遣先に派遣職員人件費の相当額を補助金として支出し、派遣先が派遣職員に派遣元と同額の給与を支給することの可否に関する規定を設けていないが、派遣法の運用についての自治公第一五号平成一二年七月一二日付自治省行政局公務員部長通達は、派遣法は派遣職員に関する統一的なルールを定めるものであることから、同法の目的に合致するものについては、その施行後は同法規定の職員派遣制度によるべきものであるとしている。（乙四七）」と認定しているのである。また、衆議院会議録情報（ホームページ）の一四七国会地方行政委員会第九号（平成一二年四月一三日）の保利耕輔國務大臣の趣旨説明では、提案

理由を「地方公共団体においては…人的援助を行うことが必要と認められる公益法人等へ職員を派遣いたしており、すが、現在、公益法人等の業務に職員を専ら従事させることを目的とした制度はないことから、休職、職務専念義務の免除などの制度の運用により派遣が行われており、地方公共団体からも法制度の整備を強く求められているところであり、（改行）こうしたことから、今回、派遣職員に関する統一的なルールを設定し、職員派遣の適正化、手続の透明化等を図るため、この法律案を提出しようとするものであります」（傍線筆者）と述べ、派遣法は、「地方公共団体からも法制度の整備を強く求められて」制定された経緯があることを示している。

以上の検討からも明らかのように、派遣法は、「派遣職員に関する統一的なルールを設定し、職員派遣の適正化、手続の透明化等を図るため」（保利耕輔国務大臣の提案理由）、制定されたのであるから、その施行後はその統一的なルールに従うことは当然のこととすべきである。「派遣法の施行後に支出がされた事例につき、本件補助金等の支出の時点で、派遣法と上記の補助金の支出の關係について直接判断した裁判例はいまだ現れていなかった」という事情は、疑義があるとして調査をしなかったことについて過失を否定する論拠にはおよそなり得ない。

加えて、本件条例四条は「派遣職員（…）のうち、法第六条第二項に規定する業務に従事するものには、その職員派遣の期間中、給料、扶養手当、調整手当、住居手当及び期末手当のそれぞれ一〇〇分の一〇〇以内を支給することができる」と規定しており、市は、職員派遣と派遣職員の給与に関するルールは一体的な仕組みであることを十分に認識して条例を制定していたのである。その上で、抜け道を模索したのであるから、法律による行政の原理に基づき、市長には、一層の「調査義務」が課されているのである。

3 「重過失」への傾斜

判決は、専決の事例である最判平成二二年九月一〇日に誘導されてか、「その支出をすることが同項の規定又はその趣旨に反するものであるとの認識に容易に至ることができたとはいいい難い」というが、この言辭は、長には「重過失」がないことを述べるものであろう。⁽⁶⁾

これらの判示は、長の賠償責任については自治法二四三条の二が適用されず、賠償責任の主観的要件としては、輕過失で足りるとする最判昭和六一年二月二七日民集四〇卷一号八八頁との整合性も問われるが、とりわけ専決や委任では、長は個別の決裁行為に関与するわけではなく、違法行為の阻止（遠隔操作）の困難性を正直に吐露したものと解される。

阿部教授は、判決とは逆に「市長の過失は、本件では重過失である。市長は一人で仕事をしているのではなく、多数の有能な職員を擁しているのであるから、その過失の有無も、神戸市の長として期待されるレベルのものでなければならぬ」。「本件は、茅ヶ崎商工会議所最高裁判決を受けて制定された派遣法の運用の問題である。同法に沿って、市の業務を行うならば、給与付で派遣できるが、市の業務を行わないならば、無給で派遣するべきであり、現に神戸市は、派遣職員の給与を無給としたのであるから、市の業務を行っていないことを自認していたのである。それなのに、人件費分を補助金として支給したのは、派遣法を迂回する脱法行為であることが分かっていたはずである。…補助金は自治法二二三条の二で支給することが許されるはずだという主張も、それは一般法であり、派遣法は特別法であるから、通用するはずがない」と批判し、市長の重過失を導いている。⁽⁷⁾

(3) 阿部泰隆「地方議会による地方公共団体の賠償請求権の放棄は首長のウルトラCか(下)」自治研究八五巻九号二六頁

(4) 西壁章『国家補償法概説』(勁草書房、二〇〇八年) 八五頁

(5) 阿部泰隆「権利放棄議決有効最高裁判決」『実例解説行政関係事件訴訟』《最新重要行政関係事件実務研究3》(青林書院、二〇一四年) 一五七頁

(6) 広島地判平成七年三月一六日(判例地方自治一四二号一八頁)は、漁港整備事業に伴う関係漁協との漁業補償交渉に当たり、接待のために支出した食糧費が違法な公金支出であるとして争われた住民訴訟において、知事が専決権者による支出行為が違法であることを知り、又はこれを容易に知り得たとは到底なし難く、知事には専決権者に対する指揮監督上の義務違反はないというべきであると判示した。これに対し、確井光明教授は、「違法であることを知り又は容易に知り得たことをもって、過失認定の基礎とするならば、重大な過失を要する」とする説による処理と、実際には大差ないと思われる」と述べていた(『要説住民訴訟と自治体財務(改訂版)』(学陽書房、二〇〇二年) 一七六頁)。

(7) 阿部泰隆・前掲注(3)二七頁。また、同七頁では、「市は派遣法により派遣職員の給与を直接に支給する方法と、公益性があるとして、補助金を支給する方法(自治法二三二条の二)があり、後者も適法だと思ってきたという。市は、裁判でもこのような主張を繰り返してきた。(改行)しかし、派遣法ができた以上、それは一般法である自治法の特別法になるから、特別法のルールに則って判断されるべきである。(改行)一般法を適用しようとするのは、特別法無視で、およそ法体系を知らないものである」と辛辣に述べる。

四 争点二 住民訴訟債権の放棄に係る議会の議決

自治法九六条は、議会の権限中最も基本的なものとして議決権を規定している。

議会の意思決定(議決)の法的性質は、①自治体の意思の決定、②執行機関の執行の前提として決定、③議会という機関意思の決定に分けられる。①として同条一項一号、二号等、②として同項五号等、③として一六二条、一三四

条一項等が挙げられる。⁽⁸⁾

そして、議決を要する事件については、③を除き議決によって普通地方公共団体としての意思が決定すると解されており、議決を要する事件について議決を欠いた執行行為は、原則として無効である。⁽⁹⁾

九六条一項一〇号は、「法律若しくはこれに基づく政令又は条例に特別の定めがある場合を除くほか、権利を放棄すること」を地方公共団体の議会の議決事件として規定している。「法律若しくはこれに基づく政令」に特別の定めがある場合」は、個々の権利放棄について個別の議決を要しない。⁽¹⁰⁾

1 原審判決

原審判決は、「本件附則に係る市議会の議決は、市の執行機関である市長が行った違法な財務会計行為を放置し、損害の回復を含めてその是正の機会を放棄するに等しく、また、本件の住民訴訟を無に帰せしめるものであって、地方自治法に定める住民訴訟の制度を根底から否定するものといわざるを得ず、議決権の濫用に当たり、その効力を有しないというべきであって、本件附則もその効力を生じない」(最判の要旨から)と判示した。

2 最高裁判決

最高裁は、(一)「自治法九六条一項一〇号は、普通地方公共団体の議会の議決事項として、『法律若しくはこれに基づく政令又は条例に特別の定めがある場合を除くほか、権利を放棄すること』を定め、この『特別の定め』の例としては、普通地方公共団体の長はその債権に係る債務者が無資力又はこれに近い状態等にあるときはその議会の議決を経ることなくその債権の放棄としての債務の免除をすることができる旨の同法二四〇条三項、地方自治法施行令一七

一条の七の規定等がある。他方、普通地方公共団体の議会の議決を経た上でその長が債権の放棄をする場合におけるその放棄の実体的要件については、同法その他の法令においてこれを制限する規定は存しない。(改行)したがって、地方自治法においては、普通地方公共団体がその債権の放棄をするに当たって、その議会の議決及び長の執行行為(条例による場合は、その公布)という手続的要件を満たしている限り、その適否の実体的判断については、住民による直接選挙を通じて選出された議員により構成される普通地方公共団体の議決機関である議会の裁量権に基本的に委ねられているものというべきである」。(Ⅱ)「もつとも、同法において、普通地方公共団体の執行機関又は職員による公金の支出等の財務会計行為又は怠る事実に係る違法事由の有無及びその是正の要否等につき住民の関与する裁判手続による審査等を目的として住民訴訟制度が設けられているところ、住民訴訟の対象とされている損害賠償請求権又は不当利得返還請求権を放棄する旨の議決がされた場合についてみると、このような請求権が認められる場合は様々であり、個々の事案ごとに、当該請求権の発生原因である財務会計行為等の性質、内容、原因、経緯及び影響、当該議決の趣旨及び経緯、当該請求権の放棄又は行使の影響、住民訴訟の係属の有無及び経緯、事後の状況その他の諸般の事情を総合考慮して、これを放棄することが普通地方公共団体の民主的かつ実効的な行政運営の確保を旨とする同法の趣旨等に照らして不合理であつて上記の裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たると認められるときは、その議決は違法となり、当該放棄は無効となるものと解するのが相当である。そして、当該公金の支出等の財務会計行為等の性質、内容等については、その違法事由の性格や当該職員又は当該支出等を受けた者の帰責性等が考慮の対象とされるべきものと解される」(傍線筆者)と判示した。

3 判決文の構造

(Ⅰ) において、判決は、「普通地方公共団体の議会の議決を経た上でその長が債権の放棄をする場合におけるその放棄の実体的要件については、同法その他の法令においてこれを制限する規定は存しない」。「したがって」、「…手続的要件を満たしている限り、その適否の実体的判断については、住民による直接選挙を通じて選出された議員により構成される普通地方公共団体の議決機関である議会の裁量権に基本的に委ねられている」と順接的に述べ、表層的・形式的な「反対解釈」から議会の裁量権（自由裁量）を容易に導き出している。

笹倉秀夫教授は、最判昭和二十三年九月七日（最高裁判所裁判集刑事四号五頁）の死刑合憲判決の判旨「憲法三一条の反面解釈によれば法律の定める手続によれば生命を奪う刑罰をも科し得ることを定めているので日本国憲法は我が国の社会情勢にかんがみ公共の福祉の為死刑制度の必要を認めたものであることが明らかである」について、次のような指摘をしている。すなわち、「反対解釈は、当該条文の眼目（中核を成す命題、中核が何かは、条文の目的や文脈から判断する）に対しておこなわなければならない；そうでないことがらについて不注意に反対解釈をおこなうと、立法者が予定していない事項について帰結を引き出すことになる」。^⑪「加えて、三一条での、『法律の定める手続』と死刑との関係について言えば、『法律の定める手続』は死刑等を科すときに充足する必要がある前提の一つに過ぎないのだから、『法律の定める手続』を踏まえさえすれば死刑が可能、ということにはもちろんならない」。^⑫

死刑合憲判決は、「憲法三一条の反面解釈によれば法律の定める手続によれば生命を奪う刑罰をも科しうることを定めている」^⑬の「で」「日本国憲法は我が国の社会情勢にかんがみ公共の福祉の為死刑制度の必要を認めたものであることが明らかである」と順接的に述べている。しかし、憲法は法律や法律に基づく制度に対して、①要請、②許容及び③

禁止という三つの態度を採りうるのであり、同じ合憲論の枠内でも、必ずしも憲法三一条が死刑制度を「要請」しているとは言いい切れないのである。すなわち、「許容」と解する場合は、死刑制度の採用は立法政策に委ねられており、死刑制度の廃止も同様に合憲ということになる。

議論を本件に戻せば、「放棄の実体的要件については、同法その他の法令においてこれを制限する規定は存しない」、「したがって」、「手続要件を満たしている限り…」とは決して順接的には展開しないのである。加えて、「議会の議決」は「債権放棄」をするときに充足する必要がある前提の一つに過ぎないのだから、「議会の議決」を踏まえさえすれば「債権放棄」が可能ということにはならない。

この点について、阿部教授は、判決の手法は、原告適格の判定にかつて採られ、平成一七年施行の行政事件訴訟法九条二項において放棄された「制定法準拠主義」であると批判する。そして、「制定法準拠主義の放棄は原告適格だけではなく広く法解釈一般に通ずる手法でなければならない。つまり、法の解釈は当該条文が完全であるという前提で、その法制度全体のシステムを無視して行うべきものではない」と述べる。⁽¹³⁾

判決は、阿部教授が指摘するような、法令の整合性・体系性を一切考慮することなく、断片的な形式的反対解釈を行っているのである。また、笹倉教授のいう「当該条文の眼目」（中核）に対する「反対解釈」は、ここでは何ら行われていない。

4 学説

(1) 学説紹介（総論）

学説について、本判決に係る判例時報の調査官による匿名コメントは次のように整理している。「放棄議決の適法性

については、多岐に分かれるが」、「①原則違法説というべき見解があり、その論拠として住民訴訟制度の存在等を論拠とするもの（斎藤誠…）、首長の善管注意義務等を論拠とするもの（阿部泰隆…）等がある。これに対し、②原則適法説というべき見解があり、民主的に選挙された地方議会の決定は最大限尊重されるべきこと等を論拠とする（木村琢麿…）。このほか権利の放棄には、公益上の必要性（地方自治法二三二条の二参照）を要するとする見解（山本隆司…）、類型的に分類して検討する見解（蟬川千代…）等がある。学説上は、右①の原則違法説が多数説であるように見受けられる」（三六頁以下）と整理している。

飯島淳子教授は、「学説においては、権利放棄を一律に無効と断ずるよりむしろ、無効であることを原則としながら、例外的に有効となる余地を認め、その実体法上の要件を提示することによって限界づける努力がなされてきた。なかでも、権利放棄が実質的には補助金支出に相当することに着目して、法二三二条の二の類推適用により『公益上必要がある場合』であることを要件とする見解に加え、長と議会がいずれも、住民の信託を受けて住民の財産を管理していることに着目して、代理人の善管注意義務および長の誠実処理義務（法一三八条の二）を要件とする見解が、支持を集めていた¹⁵⁾と述べる。

(2) 二三二条の二の類推適用説

例えば、山本隆司教授は、かつて「四号請求住民訴訟で住民の請求が認容された場合も、地方公共団体による権利の放棄や和解が一切禁止されるわけではない（…）。しかし、地方公共団体の執行機関が合理的な理由なしに行う権利の放棄や和解は、実質的に『公益上必要』がない『寄附又は補助』に当たり、それ自体住民訴訟の対象になるのではないか（地自二三二の二の類推適用…）」と述べていた¹⁶⁾。

山本教授は、本件判決を受け、「最判は一般論として、…考慮要素を列挙するが、裁量権の逸脱・濫用を判断するための基準を、地自法一条を意識した『民主的かつ実効的な行政運営の確保』という抽象的基準以外には、明示していない(…)。そこで、違法性判断の基準を最判からあえて括り出すならば、次のようになるう」として、①債務者の「帰責性」の大小、②債権放棄が、債権の成否を超えた、よりマクロの視点から正当化されるか、③「主として住民訴訟制度における当該財務会計行為等の審査を回避して制度の機能を否定する目的でされたなど、住民訴訟制度の趣旨を没却する濫用的な」債権放棄議決は、本来必要な検討・考慮を行わずに結論を先取りする権限の濫用であり、違法無効といわざるを得ない、と述べる。山本教授は、②に関し、曾和俊文教授の論稿を「手続的違法の是正により実体的違法または損害がなくなったこと、および、不当利得返還請求権の行使がかえって住民に不利益となるおそれがあることを、主な理由に債権放棄を適法とした判決と分析している」として紹介している¹⁸⁾。

同時に、山本教授は、次の二つの事情から「債権放棄に係る裁量権を解釈論のレヴェルで統制することの限界は否定できない」とする。第一に、国家賠償法一条二項による公務員個人に対する求償要件、自治法二四三条の二の職員の賠償責任等に比し、長の賠償責任は多岐にわたる点は、法体系全体の一貫性・均等の観点から看過できず、もはや賠償請求権放棄の判断を各自治体議会の政策的裁量に委ねることのみから正当化できない。第二に、「最判の認める債権放棄に係る裁量は、政策的事項のみならず、正確な事実認定に基づく専門的な判断を要する事項を含む。こうした裁量判断を地方公共団体の議会に単純に委ねることが適切か、疑問の余地がある¹⁹⁾」。同感である。

(3) 住民訴訟制度の制度趣旨

平成一四年改正前の事例であるが、千葉県鋸南町の貯蓄納税組合に対する違法な補助金支出に係る東京高判平成一

二年一月二六日（判例時報一七五三号三五頁）は、「住民訴訟提起によって当該地方公共団体がその管理処分権を喪失し又は制限されるべきいわれはない」と判示し、議会による長に対する損害賠償請求権の放棄の議決を是認した。これに対し、碓井光明教授は、「司法権により確定された権利であるのにもかかわらず、議会の意思による放棄によって、いわば、住民訴訟の原告の努力を水泡に帰せしめることについては、素朴な疑問を覚える。長が自身の賠償責任免除を提案する場合は、なおさらである。平成一四年改正による新四号請求の認容判決との関係においては許されないと解すべきである」²⁰⁾と批判していた。

また、斎藤誠教授は、住民訴訟に係る権利放棄はそれ自体違法であるとの立場を採る。「同じ地方自治法上の制度についての整合的な解釈という視点からは、住民訴訟の意義をゼロにするような議決を許容することは、同一法内での重大な矛盾を惹起する。さらには、住民訴訟制度は、憲法上の住民自治の具体化であるから、同議決を適法と解釈することは『地方自治の本旨に基づき』法解釈を規定する地方自治法二条一二項にも適合しない。（改行）それを権利放棄における要件論にトレースすると、権利放棄には補助金交付の場合（同二三二条の二）と同様に公益性が要求されるところ、住民訴訟ないしその判決を阻害する効果を持つ権利放棄には公益性が認められない」²¹⁾と述べ、二三二条の二の類推適用説を支持する。

5 私見

(1) 債権放棄の実体的要件

最判昭和五三年三月三〇日民集三二巻二号四八五頁が判示するように、旧四号訴訟においても、訴訟技術的配慮から代位請求の形式によっていたにすぎず、債権者代位権（民法四二三条）に係る非訟事件手続法八八条三項「前項の

規定による告知を受けた債務者は、その代位に係る権利の処分をすることができない」の適用はない。また、「普通地方公共団体の議会の議決を経た上でその長が債権の放棄をする場合におけるその放棄の実体的要件については、同法その他の法令においてこれを制限する規定は存しない」（本判決）ように見える。

しかしながら、職員の賠償義務自体は、法二四二条の二第一項所定の要件を満たす事実があれば、実体法上直ちに発生すると解されており、財務会計職員については自治法二四三条の二第一項所定の要件⁽²³⁾、また、長については民法の規定（債務不履行説を採る判例もあるが多くは不法行為説を採っている）の要件により、実体法上直ちに発生するのである。そして、その債権の管理については、長の責任とされ（自治法二四〇条）、誠実執行義務を負っている（一三八条の二）。その延長線上に、議会の監督責務として九六条一項一〇号が制度設計されており、議会・長ともに実体的要件はあるというべきである。

まず、議会については、「善管注意義務」を確認的に課し、その内容を具体化することにより統制することが必要である⁽²⁴⁾。次に、長（執行機関）については、誠実執行義務に基づき、必要的再議（一七六条四項）により議会を統制することが求められる。山本寛英准教授は、誠実執行義務について「一般的な行為規範であってこれに反することが直ちに実体的な違法を導くものかという点について疑問がある」と述べる⁽²⁵⁾。しかし、最判昭和六一年二月二七日民集四〇巻一号八八頁は、「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及び執行する義務を負い（法一三八条の二）、予算についてその調整権、…等広範な権限を有するものであつて（法一七六条、…）、その職責に鑑みると、…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⁽²⁶⁾」ると判示し、一般的な行為規範についても違法性の前提となる財務会計法規上の義務と捉えている。

また、権利放棄は、対価又は代償を得ることなく債務を消滅させる意思表示（民法五一九条の債務免除）であるところ、その放棄には公益性が求められることに異論はなからう。そうである以上、少なくとも、住民訴訟の存在意義と両制度の両立の観点から、住民訴訟債権については、放棄議決は原則的に禁止されており、例外的に許容されるにすぎないと解すべきである。⁽²⁷⁾ 本判決のように自由裁量と解することには賛成できないが、当面、裁量審査基準の充実が求められよう。

(2) 訴訟係属中の債権放棄

判決は、訴訟係属中の放棄と判決確定後の放棄とを特に区別はしていないようである。しかし、次の二つの理由により、訴訟係属中の債権放棄は認められるべきではないと考える。⁽²⁸⁾

第一に、訴訟係属中の放棄はあくまでも「条件付き」の債権放棄である。⁽²⁹⁾ 長等の執行機関の説明は、住民訴訟という司法の場での主張（債権は存在しない）と地方議会での（条例）議案提案者としての説明（債権は存在している）は、根本的に矛盾する（二枚舌）。債権は存在しないと確信するなら、全力で勝訴判決の獲得に邁進すべきである。そして、物量に勝る長等の執行機関において、そのことに何らの支障もないはずである。

第二に、千葉補足意見は、「権利放棄の議決が、主として住民訴訟制度における地方公共団体の財務会計行為の適否等の審査を回避し、制度の機能を否定する目的でされたと認められるような例外的な場合（…）には、そのような議会の裁量権の行使は、住民訴訟制度の趣旨を没却するものであり、そのことだけで裁量権の逸脱・濫用となり、放棄等の議決は違法となるものといえよう」（傍線筆者）と述べる。そして、括弧内では「長の損害賠償責任を認める裁判所の判断自体が法的に誤りであることを議会として宣言することを議決の理由としたり、そもそも一部の住民が選挙

で選ばれた長の個人責任を追及すること自体が不当であるとして議決したような場合」という荒唐無稽な例を挙げる。しかし、住民訴訟の確定判決を待たずに、とりわけ、一審判決敗訴後・二審判決直前の債権放棄議決は「主として住民訴訟制度における地方公共団体の財務会計行為の適否等の審査を回避し、制度の機能を否定する目的でされた」というしかない。訴訟係属中の債権放棄は、千葉補足意見がいう裁量権の逸脱・濫用そのものというべきである。なお、後述する「住民訴訟に関する検討会」の報告書は、正当にも四号訴訟係属中の権利放棄の禁止を提案している（九・一〇頁参照）。

(3) 四号訴訟判決確定後の債権放棄

次に、四号訴訟判決確定後の債権放棄はどのように評価されるのであろうか。橋本博之教授は、「四号請求につき行政事件訴訟法三三条一項が準用されることから、四号請求に係る判決の拘束力が働くこととなるが、拘束力と権利放棄議決に係る議会裁量権との理論的關係についても、本件三判決の判示するところは不明確である。本件三判決のロジックはこれらの問題に答えておらず、③事件（筆者注：さくら市事件）の竹内補足意見等も、判決の拘束力等との理論的關係性を無視しているように見える」と述べる。³⁰

拘束力はあくまでも確定判決の効力であるところ、平成一三年一〇月二五日に最高裁判所において開催された行政事件担当裁判官協議会における協議では、「第二段目の訴訟における地方公共団体の和解及び請求の放棄の可否」が、第二段目の訴訟において地方公共団体の損害賠償請求権等についての処分権は制限されるのかという観点から議論された。

そこでは、「新四号訴訟の判決理由中の判断は、当事者たる機関又は職員に対して拘束力を有するものと考えられよ

う。(改行)したがって、第二段目の訴訟において、新四号訴訟の弁論終結時以降の弁済等の事実がないのに、請求権の存在を否定し、あるいは新四号訴訟で認定した額よりも低い額の請求権しか存在しないことを前提として和解することは許されないこととなる。(改行)そこで、∴、第二段目の訴訟において、新四号訴訟で認定した額の請求権が存在することを前提としつつ権利を放棄することが、新四号訴訟の判決に抵触するかどうかという観点から検討が行われた⁽³¹⁾と整理している。

筆者は、住民訴訟判決確定後の債権放棄は例外的に認められると考える⁽³²⁾。

曾和俊文教授も「四号請求訴訟では、被告となった地方公共団体の執行機関が財務会計行為の適法性を主張し、原告である住民が財務会計行為の違法性を主張する。それぞれが主張・立証を尽くして、最終的に原告勝訴の判決が確定した上は、住民訴訟の趣旨から地方公共団体は判決を尊重すべきであり、放棄は許されないと解すべきであろう⁽³³⁾」、「自治法二四二条の三の趣旨に照らして確定後の放棄は、特別にやむを得ない理由がない限り、原則として許されないと解すべきではなからうか⁽³⁴⁾」と述べる。曾和教授は、立論に当たり、拘束力の論点には触れてはいない。

注

(8) 松本英昭『新版逐条地方自治法〈第七次改訂版〉』(学陽書房、二〇一三年) 三五九頁

(9) 同・三五八頁

(10) その例として、同・三六三頁参照

(11) 笹倉秀夫『法解釈講義』(東京大学出版会、二〇〇九年) 八三頁

(12) 同・八四頁。笹倉教授は、教師が学生に「何人も、ゼミを休む時には事前にメールするように」という言明について、その眼目は「無断欠席禁止」にあるのに、特別の忌け学生は「欠席権付与」に使ったという例を(エセ)「反対解釈」として挙げている。

- (13) 内野正幸『憲法解釈の論点(第四版)』(日本評論社、二〇〇五年)九頁。内野教授は、「憲法上のルールには、…法令などの下位のルールを指導・監督するものも含まれ」、「ルールのルールとしての憲法は、法令など(にもとづく制度)に対して、禁止(違憲)、許容(合憲)もしくは要請という態度をとっている」と述べる。
- (14) 阿部泰隆「権利放棄議決有効最高裁判決の検証と敗訴弁護士弁明(一)」自治研究八九巻四号二〇頁。塩野宏教授は、「行政に係る法律の仕組みはしかし、条文相互の操作だけでは十分には理解できない。仕組み解釈が、権力者に有利であつた十分に忠実な字句解釈と同じ効果となつてはならないからである。したがつて、当該法律が奉仕する目的乃至価値との関連に注意しなければならないし、その際には憲法の価値も当然に考慮にいれなければならない」と述べる(法学教室一四五号一五頁)。
- (15) 飯島淳子「議会の議決事項からみた地方自治の現状」論究ジュリスト三三三頁以下。
- (16) 山本隆司「第五条(特殊問題—住民訴訟)」南博方『高橋滋編』条解行政事件訴訟法(第三版補正版)。(弘文堂、二〇〇九年)一七三頁
- (17) 曾和俊文「住民訴訟と債権放棄議決」民商法雑誌一四七巻四・五号四〇一頁
- (18) 山本隆司「第五条(特殊問題—住民訴訟)」高橋滋『市村陽典』山本隆司編『条解行政事件訴訟法(第四版)』(弘文堂、二〇一四年)一九八頁以下
- (19) 同・一九九頁
- (20) 確井光明・前掲注(6)一八七頁
- (21) 斎藤誠「住民訴訟における議会の請求権放棄」法学教室三五三号※三頁(『現代地方自治の法的基層』(有斐閣、二〇一二年)四七一頁以下所収)
- (22) 最高裁判所事務総局行政局監修『改正住民訴訟執務(行政裁判資料第七七号)』(法曹会、二〇〇三年)二六頁
- (23) 最判昭和六一年二月二七日民集四〇巻一号八八頁
- (24) 山本寛英「判例研究」北大法学論集六四巻四号六七頁
- (25) 同・六六頁
- (26) 伴義聖・大塚康男『実務住民訴訟法』(ぎょうせい、一九九七年)一五一頁は、「財務会計法規上の義務というのは幅の広い抽象的概念であり、個々の事案ごとにこの義務の内容及びこれに対する違反の有無が検討されるべき」ことを述べている。
- (27) 阿部教授も、「一般的に言つても、権利の放棄は、自分の権利なら自由に放棄できるが、住民の権利を、住民の信託を受けている立

場である代理人である首長が放棄するのであれば、誠実に行わなければならない、善管注意義務を果たしてなお放棄することが住民の利益になるか、取り立てようがない場合に限るのである。たとえば、三セクが大赤字で、特定調停で債権を放棄して、再出発させようというとき、三セクへの自治体の債権を一部放棄する必要がある。…この場合には債権を放棄しないとも進まず、債権を放棄すれば、問題が適切に解決するのなら、放棄は許されるであろう」(「地方議会による地方公共団体の賠償請求権の放棄は首長のウルトラCか(上)」自治研究八五巻八号二二頁)と述べる。この場合、首長の判断が杜撰でないか、きちんと監督するのが議会の役割である。

(28) 奥島直道弁護士は、「立法及び行政側において、司法から違法と判断されることを仮定して、司法の判断を覆すような手続を行うことは、法の支配の理念から許されるべきではない」と述べる(「民信無くば立たず」前掲注(5)書一七〇頁)。

(29) 兼子仁「住民訴訟請求権の放棄議決をめぐる法制問題」自治総研四〇六号五〇頁は、「条件づきの放棄議決」と表現している。

(30) 橋本博之「債権放棄議決事件上告審判決」判例時報二一八七号一六一頁(判例評論六五四号一五頁)

(31) 前掲注(22)三八頁以下

(32) 同三八頁以下は、「第二段目の訴訟の提起に要する費用と請求権の額とを比べると費用倒れになる場合などは、第二段目の訴訟の提起前に請求権を放棄することが必要であろう」と述べる。

(33) 村上・白藤・人見編『新基本法コンメンタール地方自治法』(日本評論社、二〇一一年)三四九頁(曾和俊文)

(34) 曾和俊文・前掲注(17)四〇〇頁

五 終わりに

自治体の損害賠償請求権は、民法七〇九条、四一五条等が根拠となり、一般的にその成立要件として、違法性(権利侵害又は義務違反)、故意・過失(主観的要件)、損害、因果関係等が問題となる。本判決の実相は、市長個人については、他律的事情を挙げ調査義務を否定した上で、「過失」がないことを正面から認定し、本件各団体については、単なる手続的過誤という評価から、市には実質的「損害」がないということを裏面(本件議決に裁量権の逸脱・濫用

はない)から認めた「結論が仕組まれた判決」⁽³⁵⁾と評価しうる。

最高裁判決が出た以上、判例変更の見込みのない批判的評釈を行うことに一抹の無力感を感じる。今後は、立法的解決に期待するしかないが、当面は、本判決の裁量統制基準(判決要旨3)を進化・深化させるべく、判例の積み重ねでその具体化を検討する必要がある。

平成二五年三月に、総務省の住民訴訟に関する検討会(座長・碓井光明明治大学法科大学院教授)から「住民訴訟に関する検討会報告書」が公表された。その「第五 内部統制の整備・運用について」の中で「長等が責任を負う場合の要件等の見直しの有無にかかわらず、地方公共団体において、民間企業が実施している法令への適合性や業務の適正等を確保する体制(いわゆる内部統制)の整備・運用が必要である。とりわけ、長等が責任を負う場合の要件を見直す方策を採る場合は、内部統制の整備・運用を法律に規定することにより法令遵守の徹底を図る必要性が特に高い」と指摘している。

本件事案では、いずれの裁判所においても政令市である市の公金支出が違法と判断されたわけであり、今後とも、コンプライアンス確保に向けた自治体の法務体制の在り方、そして個々の職員の能力向上が鋭く問われているといえるべきである。

注

(35) 橋本教授は、単純な金額面では神戸市事件の方が巨額であるのに、判決ではそのことが重視されず(判決要旨の4の(4)、逆に、市に生じた損害金一億四五〇〇万円を高額であるとする「さくら市事件」では賠償額の大きさが問題とされていることを捉えて、「結局のところ、権利放棄議決を正当化するための使い分けがなされている」と評している(前掲注(30)一五九頁)。