

タイトル	大阪市ヘイトスピーチ条例の違憲性を争点とする住民 監査請求監査結果雑感
著者	秦，博美； HATA, Hiromi
引用	北海学園大学学園論集(189・190)： 27-48
発行日	2023-03-27

大阪市ヘイトスピーチ条例の違憲性を争点とする 住民監査請求監査結果雑感

秦 博 美

目次

- 一 はじめに
- 二 監査結果とその問題点
- 三 財務会計上の行為等の特定（論点1）
- 四 違法性の摘示（論点2）
- 五 住民訴訟における被告大阪市長の主張
- 六 いわゆる「違法性の承継」論（論点3）
- 七 終わりに

一 はじめに

近年、社会的問題となっているヘイトスピーチを抑止することを目的とする大阪市条例（平成28年大阪市条例第1号）について、最高裁がその憲法適合性を初めて判断し、合憲とした最三小令和4年2月15日判決が注目を集めている。地方自治法（以下「法」という。）上の住民訴訟（242条の2第1項4号）という形式で、条例の合憲性が争われ、住民監査請求が監査委員により「却下」されていることから、「適法な監査請求の前置の有無」も争点の一つになった。一審判決（大阪地裁令和2年1月17日）に係る判例地方自治468号の匿名コメントでは括弧書きで「本訴では、監査請求の適法性が争われた（本案前の争点）が説明は省略する」とされており、また、これまで出されている判例評釈でも、最大の論点である条例の合憲性の議論の陰に隠れて、住民監査請求・住民訴訟の分析・検討が手薄なように思われる¹。

本稿は、本件一審判決を素材に、「却下」理由となっている住民監査請求の要件論、住民監査請

¹ 例えば、最高裁判決を受けて、江原勲＝榎本洋一「はんれい最前線 ヘイトスピーチへの対処に関する条例は表現の自由に違反する？」（判例地方自治490号4頁）では、事実関係等の概要で、大阪市の住民である「X」らは、……大阪市監査委員に対し、本件各支出命令は、違憲無効である本件条例に基づいてされたもので違法であるとして、市長であるAに対して本件各支出命令に係る金員を返還するよう請求することを求める監査請求をしたところ、監査委員は、当該監査請求を却下しました。」と記述するのみで、「却下」理由の説明も省略されている。

求・住民訴訟における「先行行為の違法性の承継」と称される問題などを検討し、自治体の監査委員（事務局を含めて）の業務執行の在り方にも簡単に言及したい。

二 監査結果とその問題点

1 住民監査請求

地方公共団体の住民は、その執行機関又は職員について、財務会計上の違法又は不当な行為又は怠る事実があると認めるときは、これらを証する書面を添え、監査委員に対し、監査を求め、必要な措置を請求することができる。これが住民監査請求で、監査委員は、監査を行い、必要な措置を講ずることになる（法242条）。

住民監査請求の「要件」として、①請求権者（住民）、②住民監査請求制度の適用される地方公共団体、③長、委員会、委員、職員、④住民監査請求の対象（の特定）、⑤期間制限（行為のあった日等から1年）が一般的に挙げられる。

自治体行政実務のバイブルである書には、請求書が法定の要件を満たしていない場合に「門前払い」する意味の「却下」という用語は主体的には使用されていないようである。すなわち、「監査請求があつた場合、監査委員は、常に請求を受理しなければならないかどうかということについては、行政実例によれば、請求書に法定の要件に係るような不備な点がある場合は受理すべきでないとしている。監査請求の手続が明瞭に違法である場合（例えば、事実を証明する書面を添えていないとか、明らかに請求提起期間を経過しており、かつ、それについて正当な理由があることを主張していない場合等）その他請求の瑕疵が客観的に明白である場合（例えば、当該地方公共団体の住民でない者からの請求である場合、あるいは当該地方公共団体の機関又は職員でない者の行為についての請求である場合等）には、監査委員は、受理を拒むことができると解すべきであろう。」²と述べている。

コンメンタール（逐条解説）では、「監査委員は、監査請求書が提出されたときは、その形式的適法性を審査し、不備があれば補正を命じ（中略）、補正の余地がなくまた補正にたえられないときは却下する（行手法第7条の類推適用）」³。「監査請求書が形式的適法性を備えている場合には、さらに監査請求要件を審査する。監査対象事項や監査請求期間については、監査請求制度の趣旨から柔軟に対応し安易な門前払いは避け、監査のなかで理非を見極めていく対応が住民の信頼を得、その専門性に掛けて職責を果たす趣旨からも必要である。」（下線筆者）⁴と記されている。こ

² 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）1045頁。そこで引用されている行政実例とは、昭和23年10月12日付け自発第901号宮城県監査委員宛自治課長回答で、「請求書に不備の点があっても受理すべきものかどうか」に対し、「不備の点が法定の要件にかかる場合には受理すべきでない。」と回答している。地方自治制度研究会編集『地方自治関係実判例集普及版（第15次改訂版）』（ぎょうせい、2015年）1341頁

³ 財団法人地方自治総合研究所監修『逐条研究地方自治法Ⅳ』（敬文堂、2000年）540頁

⁴ 同・前掲注（3）541頁。監査委員は、人格が高潔で、地方自治体の財務管理、事業の経営管理その他行政運営

ここでは、いわゆる「形式的要件」を、前段の裁量の余地のない形式的要件（住民該当性、証する書面の添付など）と、後段の裁量判断の余地のある形式的要件（監査対象事項や監査請求期間）とに分けて説明しており、「簡易・略式の内部的統制システムとしての監査請求制度の活用」⁵という観点から「安易な門前払いを避けること」に腐心した記述をしている。

また、「証する書面」については、「ある事柄について客観的に信憑力ある書面と狭く解すべきではなく、監査申請者が他人から聞知したことを書面に作成したもの、または単に新聞記事の切り抜き等を書面として提出した場合も含むものとして広義に解すべきである。書面の証拠力（事柄の真否）は監査委員の監査の結果に基づく判断に待つべきだからである」⁶とする。別のコメントは、「これまでの判決例では、監査請求人が他人から聞いたことを書面に作成したものや新聞記事の切り抜き等でもよいとするものがあるので、相当緩やかに理解されているといえよう。住民監査請求書の書式は本法施行規則で定められている（則 13）が、『証する書面』の書式は特に定められていない」⁷と述べている。

地方自治法施行規則（昭和 22 年内務省令第 29 号）13 条⁸は、利用者に実用可能な書式の体裁をなしていないので、大阪市監査委員は、請求しやすい様式として、次の「参考作成例」⁹を示している。

大阪市職員措置請求書

大阪市長（又は〇〇委員会、大阪市監査委員、職員）に関する措置請求の要旨

1 請求の要旨

(1) 対象となる財務会計上の事実

（いつ、だれが、どのような財務会計上の行為を行ったのか記載してください。）

(2) その行為が違法又は不当である理由

（その行為はどのような理由で違法又は不当なのか記載してください。）

(3) その結果、大阪市に生じている損害

（どのような損害が大阪市に生じているのか記載してください。）

(4) 請求する措置の内容

（どのような措置を請求するのか記載してください。）

に関し優れた識見を有する者の中から選任されることになっている（法 196 条 1 項）。

⁵ 同・前掲注（3）541 頁

⁶ 同・前掲注（3）537 頁

⁷ 村上順＝白藤博行＝人見剛編『新基本法コンメンタール 地方自治法』（日本評論社、2011 年）331 頁（曾和俊文執筆）

⁸ 同条は、「地方自治法施行令第 172 条第 1 項の規定による必要な措置請求書は、別記様式のとおりとする。」と規定するが、別記様式は、「（自治体名）職員措置請求書」というタイトルの下、措置請求の要旨として、「1 請求の要旨」と「2 請求者」の「住所 氏名」を記載しているに過ぎない。

⁹ <https://www.city.osaka.lg.jp/gyouseiinkai/cmsfiles/contents/0000349/349478/1.pdf>

(5) 財務会計行為から1年以上経過している正当な理由

1年を経過していない場合は、本項目は記載不要です。

(1)の行為から請求までに1年以上経過している場合は正当な理由を記載してください。

2 請求者

住所

氏名 (自署してください)

電話・ファクシミリ番号 (この項目は任意ですが、請求に関する連絡を行う必要があるため、連絡先を記載してください)

地方自治法第242条第1項の規定により別紙事実証明書を添え必要な措置を請求します。

年 月 日

大阪市監査委員 (あて)

(注) 縦書きでも差し支えありません。

2 監査結果

大阪市監査委員の監査結果と住民訴訟における被告大阪市長の本案前の主張については、法的にいくつかの問題点が指摘できる。先ず、「却下」という監査結果は法的にどのようなもので、本件については認められるものなのかどうか、関連して、住民訴訟において、被告大阪市長の適法な住民監査請求を経ていないとの主張の妥当性が問われ、最後に、上記「参考作成例」の1の請求の要旨の「(2) その行為が違法又は不当である理由」に関わり、住民監査請求及び住民訴訟を通じて、「違法性の承継」として議論される大きな論点がある。

大阪市監査委員の監査結果である「住民監査請求について (通知)」¹⁰ (平成29年8月18日付け¹¹ 大監第37号) は、「平成29年7月7日付けであなたから提出された地方自治法 (昭和22年法律第67号) 第242条第1項の規定に基づく住民監査請求につきましては、請求の内容を法律上の要件に照らして審査しました結果、次の理由により住民監査請求の対象となりませんので通知します。」(下線筆者) となっており、下「記」の構造は次のようになっている。

第1 請求の内容

1 請求の要旨

- (1) 対象となる財務会計上の事実
- (2) その行為が違法又は不当である理由
- (3) その結果、大阪市に生じている損害

¹⁰ <https://www.city.osaka.lg.jp/gyouseiinkai/cmsfiles/contents/0000430/430507/290818honbun.pdf>

¹¹ 一審判決では、「大阪市の監査委員は、平成29年8月17日付けで本件監査請求を却下し、同月18日頃、その旨を原告らに通知した。」と前提事実で述べている。大阪高裁判決 (令和2年11月26日) でも日付けは「補正」されていないようである (判例地方自治488号18頁)。

（４）請求する措置の内容

第２ 地方自治法第 242 条の要件に係る判断（筆者注：以下にその全文を掲げる。）

地方自治法（以下「法」という。）第 242 条に定める住民監査請求においては、本市職員等による個別具体的に特定された財務会計上の行為又は怠る事実（以下「財務会計上の行為等」という。）について、具体的な理由により、財務会計上の行為等が法令に違反し、又は行政目的上不当である旨を適示して初めて請求の要件を満たすものとされ、請求人において違法事由を他の違法事由から区別して特定認識できるように個別的、具体的に主張し、これらを証する書面を添えて請求をする必要があるとされている（下線筆者。筆者注：以下、「財務会計上の行為等」の個別具体的な特定（の程度）を「論点 1」、違法・不当理由の個別具体的な摘示の必要性を「論点 2」として論じる。）。

また、財務会計上の行為に先行する原因行為を前提としてされた財務会計上の行為をとらえて本市職員等の損害賠償責任を問うことができるのは、当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られると解するのが相当とされている。

さらに、地方公共団体の長は、先行する処分について、予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵^{かし}の存する場合でない限り、その内容に応じた財務会計上の措置を採るべき義務があるとされている（下線筆者。筆者注：いわゆる「違法性の承継」論を以下「論点 3」という。）。

なお、そもそも条例そのものの違法性については基本的に住民監査請求の対象ではないと解されているが、その一方で、住民監査請求では、監査委員が財政経理的見地から条例の内容自体に違法性があると判断した場合は、条例等の違法の是正についても勧告できると解されている。

監査結果は、以上のように述べて、「これらの点から、本件請求が住民監査請求の要件を満たしているか検討する」とし、請求人の主張を概要、①「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」は、市民の表現の自由を侵害しており、違憲無効である、②同条例の根拠法とされる「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」は、違憲無効であるため、同条例の根拠法は存在しない、「③ ①②のとおり、当該条例が違憲無効であるから、これに基づく財務会計上の行為である通信費や委員報酬の支出は、違憲、違法な行為である」（下線筆者）と整理している。

その上で、「上記②については、当該条例が平成 28 年 1 月 18 日に公布され、当該法律が当該条例公布後の平成 28 年 6 月 3 日に公布されていることから、請求人が当該法律を当該条例の根拠法とする主張は理由がない。」と結論付ける。

次に、①及び③について検討し、次のように結論付ける。すなわち、「請求人は、当該条例が違憲無効であるから、これに基づく財務会計上の行為である通信費や委員報酬の支出が違法であると主張する。／住民監査請求では、対象とする財務会計上の行為等が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであることを摘示することを要する。この点、本件請求についてみると、請求

人は表現の自由の侵害等の見地から当該条例そのものが違憲無効と主張するのみで、財務会計上の行為等の違法性の根拠となる財務会計法規上の義務違反を摘示するものとは認められない。／仮に、本件請求が、本件財務会計上の行為に先行するものとして、当該条例の違憲無効の判断を監査委員に求めるものであったとしても、条例そのものの違法性（本件請求では違憲無効か否か）は基本的に住民監査請求の対象ではないとされ、監査委員は、財政経理的見地から条例の内容自体の違法性について監査できると解されているが、本件請求は、当該条例について財政経理的見地からの違法性を摘示するものとは認められない」（下線筆者）。

結論として、「これらのことから、本件請求の内容は、住民監査請求の対象になるとはいえない。／以上より、本件請求は法第242条の要件を満たさないものと判断せざるを得ない。」（下線筆者）と述べる。

3 監査結果への疑問

上記監査結果の「住民監査請求の要件」の検討中、請求人の主張の②に係る箇所の判断は、時系列の整理としては肯認できるものである。しかし、「論点1」の「財務会計上の行為等」の個別具体的な特定の程度に加えて、「論点2」の「違法・不当理由」の個別具体的な摘示の必要性を住民監査請求の「要件」として要求すること、「論点3」のいわゆる「違法性の承継」論に係る箇所の判断については、賛同できない。監査結果への素朴な疑問として、そもそも住民監査請求は、そこまで厳格な訴訟類似の制度として設計されているのであろうか、という思いが強い。以下、詳述する。

三 財務会計上の行為等の特定（論点1）

1 総論

監査結果は、「条例そのものの違法性（本件請求では違憲無効か否か）は基本的に住民監査請求の対象ではない」と述べる。しかし、監査結果にもあるように、「請求人は、当該条例が違憲無効であるから、これに基づく財務会計上の行為である通信費や委員報酬の支出が違法であると主張」しているのである。よって、一審判決も判示するように、「本件監査請求は、財務会計行為である本件各支出命令を対象に含むものであって、これを違法な財務会計行為として特定したものということができる。そして、本件条例が違憲であることによって、本件各支出命令が違法な財務会計行為となるか否かは、本案の問題であるから、被告が指摘する点をもって、監査請求における財務会計行為の特定を欠くということとはできない」（下線筆者）というべきである。基本的認識として、法242条1項で掲示されている6類型がそのまま、住民訴訟の対象となり¹²、「住民監

¹² 中川丈久＝斎藤浩＝石井忠雄＝鶴岡稔彦編『公法系訴訟実務の基礎』（弘文堂、2008年）570頁。6類型とは、

査請求や住民訴訟の本案審理においては、財務会計行為について、財務会計法令の観点からみて違法（または不当）とすべきかどうかが問題とされる」（下線筆者）¹³のである。

ここには、「住民監査請求の対象」という「本案前の問題」と「対象行為の違法事由」という「本案の問題」との相互浸透が認められ、「住民監査請求の対象」を「財務会計上の行為等」の個別具体的特定と、その違法性の根拠となる財務会計法規上の義務違反の個別具体的適との複合したものと解し、併せて適法な監査請求の要件、すなわち「本案前の問題」として処理しているようである。

2 住民監査請求の対象の特定

請求人は、住民監査請求の対象を特定しなければならないが、この点に関するリーディングケースである最判平成2年6月5日民集44巻4号719頁の多数意見は具体的記載説を採っていると解されている。すなわち、「住民監査請求においては、対象とする当該行為等を監査委員が行うべき監査の端緒を与える程度に特定すれば足りるというのではなく、当該行為等を他の事項から区別して特定認識できるように個別的、具体的に摘示することを要し、また、当該行為等が複数である場合には、当該行為等の性質、目的等に照らしこれらを一体とみてその違法又は不当性を判断するのを相当とする場合を除き、各行為等を他の行為等と区別して特定認識できるように、個別的、具体的に摘示することを要する」（下線筆者）とし、大阪府水道部の総務、浄水及び工務の各課における昭和55年～57年度の3箇年度にわたる、支出回数が数百回を超え、支出総額も5000万円以上という会議接待費・工事諸費を包括的に対象とする監査請求は、監査対象の特定を欠くと判示した¹⁴。

本判決には、園部逸夫裁判官の反対意見があり、「住民監査請求の手続は、行政不服審査法所定の不服申立ての手続等の場合と異なり、簡易かつ略式的方式で、住民が監査委員に対し、監査の請求をすることができることを予定したものと解するのを相当とする。したがって、住民監査請求については、請求の要件を欠くという理由で直ちに却下することなく、可能な限り、請求を受理して、その内容について監査をし、請求の理由の有無について判断した上、法242条3項〔現4項〕の定める応答措置を行うべきであり、請求の趣旨も理由も全く不明瞭で、監査請求書として受理することが困難な場合に限り、これを返戻¹⁵することができる」と解するのが、住民監査請

①公金の支出、②財産の取得、管理若しくは処分、③契約の締結若しくは履行、④債務その他の義務の負担、⑤公金の賦課若しくは徴収を怠る事実及び⑥財産の管理を怠る事実を指す。

¹³ 同・前掲注（12）579・580頁

¹⁴ 人見剛教授は、判決に対し、「3年間に及ぶ多数の公金支出の中から、不適正な支出を個別に抽出して請求することを住民に求めることは無理難題ともいえ、一応具体的な疑惑があるならば、監査委員は積極的に監査を行うべきであると考えられる」と指摘している。別冊ジュリスト『地方自治判例百選〔第4版〕』147頁

¹⁵ 平成5年に制定された行政手続法制の下では、「不受理」「返戻」という扱いは許されず、請求の拒否という意味での「却下」ということになる。塩野宏教授は、行政手続法7条の「審査義務は申請が到達したときに生ずるのであるから、実務上行われてきた受理という行為は手続法上の概念として位置づけられていない」とし、

求制度の趣旨に沿うものというべきである」(下線筆者)とする。つまり、住民監査請求は、あくまでも監査委員が監査を行う端緒であって、対象行為の特定を厳格に解すべきではないということである(端緒説)。

調査官解説は、本判決の趣旨を、「一定期間にわたる当該行為等を包括して、これを具体的に特定することなく、監査委員に監査を求めるなどは許されていないとする点に重点があるとみななければならない。監査請求の趣旨をできるだけ意味のあるものとして理解するという原則に立った上で、当該請求を個別的、具体的な請求とみることができるかということが問題にされているのである。住民監査請求における事実摘示に不備な点があっても、できる限り意味のあるものとして理解し、当該請求が個別的、具体的なものと理解される以上、これを適法なものとして監査を行うべきである。」(下線筆者)¹⁶と補足説明している。多数意見の眼目は、〈大阪府水道部の総務、浄水及び工務の各課における昭和55年～57年度の3箇年度にわたる、支出回数が数百回を超え、支出総額も5000万円以上という会議接待費・工事諸費を包括的に対象とする監査請求〉というところであり、「個別的、具体的な請求」と解釈される余地があるのであれば、適法な監査請求になるという調査官解説は、その後の具体的記載説を緩和する判例の方向性を先導するもののように思える。

そもそも、住民監査請求の制度趣旨は、住民訴訟の前置手続として、まず監査委員に住民の請求に係る行為又は怠る事実について監査の機会を与え、当該行為又は怠る事実の違法、不当を当該地方自治体の自治的、内部的処理によって予防、是正させることにあるとされている(最判昭和62年2月20日民集41巻1号122頁)。また、地方自治制度の沿革に詳しいコンメンタールは、大阪府水道部架空接待訴訟に係る最高裁判決(平成2年6月5日)に関し、次のように指摘している。「この最高裁の判断は、住民監査請求は、事務監査請求と異なり具体的な違法行為等についてその防止・是正を求める住民訴訟の前置手続をなし、また監査請求期間(中略)の定めもあることから、そうした特定・具体性が求められるとするものであった」とした上で、「住民監査請求は、基本的に地方財政運営の適正化を図るという制度目的において、事務監査請求と異なる限定性を備えており、他方、住民訴訟における請求の趣旨ほどには厳格性が求められているとはいえない」とする。そうである以上、住民監査請求は、「民主的な住民参加手続につらなる簡易・略式の内部的統制システムであることから、請求の要件を厳格に解し安易に門前払いすべきものではなく、可能な限りこれを受理したうえで陳述等によって審査対象を明らかにする配慮が行われてしかるべきである」(下線筆者)¹⁷という帰結になる。

「手続法にかかる整理は、受理(拒否)、受付(拒否)、返戻といった事実上の行為が行われなくなることを期待しているものであ」と述べる(『行政法I〔第六版〕行政法総論』(有斐閣、2015年)320頁)。ただし、住民監査請求は、「自己に対し何らかの利益を付与する処分……を求める行為」(同法2条3号)ではないので、同法は適用されず、類推適用となろう。前掲注(3)参照

¹⁶ 青柳馨「住民監査請求における対象の特定の程度」『最高裁判所判例解説民事篇(平成二年度)』(法曹会、1992年)228頁

3 監査請求の特定

これまで、専ら「監査対象の特定」として議論されてきた要件問題は、「監査請求の特定」という包括的な概念の下で、「本案前の問題」として認識することが適切であると考ええる。その内容について、大阪弁護士会所属の井上元弁護士は、著書の中で、「監査請求の特定」として、次の三つの Q & A で要領よく説明している¹⁸。

（1）対象とする財務会計上の行為をどの程度まで特定する必要があるのか

A「対象となる財務会計上の行為または怠る事実の内容については、全くの包括的な監査請求は認められませんが、監査委員が住民監査請求の対象を特定して認識することができる程度に提示されておれば足り、特定の程度はある程度緩やかに解されています。」とし、実質的に端緒説に近い見解を示している。また、「解説」の中で、「対象の特定を欠いた監査請求は不適法となり、そのような監査請求を前提とした住民訴訟は、監査請求前置を欠き、不適法な訴えとして却下される」ので、「特定に問題があると考えられる監査請求があった場合には、監査委員は、そのような監査請求を直ちに却下すべきではなく、事実の追加、訂正などによって補正可能なときは、住民に監査請求の補正の機会を与えて、監査請求をできるだけ有効なものとするよう努めるべきである。」と実務上の配慮を求めている。

（2）求める措置の内容及び相手方をどの程度まで特定する必要があるのか

A「求める措置の内容、措置の相手方を特定する必要はありません。」としている。そして、「解説」の中で、「監査請求においては、監査請求の対象が特定されておれば足り、（中略）、監査請求書には、『監査委員は、長その他の職員や相手方などに対し、A市の被った損害を補填するために必要な措置を講ずるよう勧告せよ』と抽象的に記載すればよく、具体的な請求内容、相手方については、住民訴訟を提起する段階で検討することになる」¹⁹と述べている。

大阪府行政委員会事務局監査部監査課特別監査担当が著した「住民監査請求 Q & A」では、「請求される方は、請求書に記載する財務会計上の行為又は怠る事実について、どのような措置が必要であると考えているのかを示す必要があります。」²⁰と簡単に記すのみで、その程度に関する記述はない。

¹⁷ (財)地方自治総合研究所監修・前掲注(3) 538頁

¹⁸ 井上元『住民訴訟の上手な活用法』（民事法研究会，2009年）46頁～53頁

¹⁹ 住民訴訟等で多くの地方自治体等の訴訟代理人を務めている橋本勇弁護士も、「必要な措置」については、具体的な内容を特定する必要がないこと、特定された場合においても、監査委員はそれに拘束されることなく、自らの判断で「必要な措置」を決定できると解されると述べている。「住民監査請求」園部逸夫編集『最新地方自治法講座④住民訴訟』（ぎょうせい，2002年）41頁

²⁰ <https://www.city.osaka.lg.jp/gyouseiinkai/cmsfiles/contents/0000349/349478/qa.pdf> 7頁

(3) 違法事由をどの程度まで特定する必要があるのか

A「違法事由については厳格な違法事由の特定は不要であり、監査委員も住民が主張する違法事由に拘束されませんが、監査を求めるに足りるだけの違法性の主張は必要であると解されます。」としている。そして、「解説」の中で、「住民は、監査請求において、財務会計上の行為が違法もしくは不当であることの理由を全く指摘しなくともよいのではない。住民監査請求に対して、監査委員には応答義務が課されており、60日以内に監査結果を出さなければならないのであるから（法242条5項）、少なくとも、監査を求めるに足りるだけの違法性の主張は必要であり、当該財務会計上の行為が違法もしくは不当であるとの疑惑を指摘する必要はあるものと考えられる」（下線筆者）と述べている。「解説」の中では、下級審判例に言及し、「住民監査請求に係る複数の財務行為の一部についていかなる違法事由を主張するのが明らかでなく、『違法不当な財務会計行為』の特定を欠くとされた」²¹との記述がある。

以上のように、井上弁護士は、「対象となる行為」については、監査委員が住民監査請求の対象を特定して認識することができる程度に摘示されておれば足り、「求める措置・相手方」については特定する必要はなく、具体的な特定は住民訴訟を提起する段階で検討することになる、「違法・不当事由」については、厳格な特定は不要であり疑惑を指摘することで足りることを丁寧に指摘している。住民監査請求の適法要件論（本案審理要件論）として説得力があり、支持できるものである。

四 違法性の摘示（論点2）

1 違法事由の個別的具体的摘示

監査結果は、「個別具体的に特定された財務会計上の行為又は怠る事実（以下「財務会計上の行為等」という。）」について「具体的な理由により、財務会計上の行為等が法令に違反し、又は行政目的上不当である旨を適示して初めて請求の要件を満たすものとされ」と述べ、「具体的な理由の摘示」が「請求の要件」（本案前）に入り込んでいる。その上で、「請求人において違法事由を他の違法事由から区別して特定認識できるように個別的、具体的に主張し、これらを証する書面を添えて請求をする必要があるとされている」と述べ、「監査対象の特定の程度」という論点における「他の事項から区別して特定認識できるように個別的、具体的に摘示することを要する」（最判平成2年6月5日）というフレーズを「違法理由の主張」の次元にも持ち込んでいるようである。

しかし、三の3の(3)で紹介した井上弁護士は、「違法事由については厳格な違法事由の特定は不要であり、監査委員も住民が主張する違法事由に拘束されませんが、監査を求めるに足りるだ

²¹ 井上元・前掲注（18）53頁

けの違法性の主張は必要であると解されます。」とし、「財務会計上の行為が違法もしくは不当であることの理由を全く指摘しなくともよいのではない」が、「少なくとも、監査を求めるに足りるだけの違法性の主張は必要であり、当該財務会計上の行為が違法もしくは不当であるとの疑惑を指摘する必要はあるものと考えられる」（下線筆者）と述べている。そもそも、住民監査請求が監査委員の権限の発動を促す行為であるに過ぎないと考えられることから²²、井上弁護士の解説には合理性があり、監査結果が求めている「違法性の適示」のハードルは合理的根拠のないものといわざるを得ない。

また、監査結果がいうような「請求人において違法事由を他の違法事由から区別して特定認識できるように個別的、具体的に主張し、……請求をする必要がある」というフレーズは、寡聞にして、判例、学説等の中には発見できなかった²³。

監査結果は、監査委員が条例の合憲・違憲の実体的な憲法判断に踏み込めないという固定観念に囚われ、その隘路^{あい}を回避するために、「門前払い」に持ち込むべく殊更に違法事由の摘示のハードルを上げているようにも思えるのである。

2 条例の違憲性の監査（権）

条例の違憲性の監査（権）については、仮に監査結果がいうように、「条例そのものの違法性（本件請求では違憲無効か否か）は基本的に住民監査請求の対象ではない」としても、条例には「合憲性の推定の原則」が働くはずである。すなわち、憲法 81 条は、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定し、国家の統治機構の中での違憲審査の主体を、最高裁判所（及び下級裁判所）に限定しているところ、大石眞教授は、「成立した法律は議会による合憲性の判断が一応あったものと考えられ、その意味において『合憲性の推定』の原則が働くことになる。」²⁴と述べている。また、松井茂記教授は、法律について複数の解釈の可能性がある場合に、違憲とならない解釈を採るべきであるという「合憲解釈」について、「国民を代表する国会の制定した法律に合憲性の推定を認め、立法者は、法律に違憲の意味を付与しようとはしなかったであろうと推定する考え方に基づいている」²⁵と説明する。

以上の論拠を敷衍すれば、最終的に裁判所による違憲判断が確定するまでは、国家の統治機構を構成する自治体内部の執行機関では、法令に加えて条例についても「合憲性の推定の原則」が

²² 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）78 頁

²³ 大阪府行政委員会事務局が作成した「住民監査請求 Q & A」においても、「請求される方は、請求書に記載する財務会計上の行為又は怠る事実について、どのような理由で違法又は不当なのかを示す必要があります。」と記述するのみで、「個別的、具体的に主張」というフレーズはない。前掲注（20）6 頁

²⁴ 大石眞『憲法概論Ⅰ総説・統治機構』（有斐閣、2021 年）20 頁。その上で、合憲解釈の方法として、①選択的な合憲解釈と②制限的な合憲解釈（合憲限定解釈）を区別している（21 頁）。

²⁵ 松井茂記『日本国憲法〈第 4 版〉』（有斐閣、2022 年）97 頁

及んでいると解すべきであり、そのことを前提に、監査委員は、(本案において)財務会計行為の違法・不当を判断することは可能であると考ええる。松本逐条は、「監査請求自体は、執行機関又は職員の具体的な行為について行うことを要するが、請求があつた場合においては、監査委員は、さかのぼつて当該行為のもととなつた議会の議決、条例等の内容についても監査することができ、議会に対して必要な措置(例えば、違法な条例の改廃等)を講ずべきことを勧告することができる」(下線筆者)²⁶と述べ、条例の法令違反の監査(審査)権について言及しているものの、違憲性の判断については触れてはいない²⁷。

なお、念のため付言すると、上記の議論は、裁判所が違憲審査権を行使する場面での論証(挙証)責任の所在の議論とは性格が異なるというべきである。立法部による経済的自由の制約と精神的自由の制約という「二重の基準論の要諦は、合憲性の推定が働くか否かであ」り²⁸、佐藤幸治教授が、「表現の自由の『優越的地位』に照らし、一般に通常の合憲性の推定の原則が排除され、むしろ基本的に違憲性の推定の原則が妥当すると解される。すなわち、表現行為を制約する法律を適用する側で、該法律の合憲性について裁判所を説得するに足る議論を積極的に展開しなければならない」²⁹と述べているのは、裁判所が違憲審査権を行使するに際し、政府側が論証責任を負う場合は、合憲性の推定は働かないという意味である³⁰。他方、住民監査請求においては、口頭弁論という対審構造になく、住民と執行機関(例えば市長)の間で条例の合憲性について論証(挙

²⁶ 松本英昭・前掲注(2)1052頁

²⁷ 故安倍晋三国葬儀への知事等の出席に係る公金の使用の差止め等を求める住民監査請求に対し、愛知県監査委員の監査結果は、「請求人の請求の骨子は、『国葬議は法的根拠がなく、違憲である旨を主張し、これに伴い知事が公費を使い参加することは不当である。』旨の主張といえる。」とし、「政府の決定の法的根拠について、岸田内閣総理大臣の……の発言の内容において、これを、直ちに、違憲、違法、あるいは不当であると断定することはできず、請求人の国葬議に関する法的根拠がないとの主張を前提にして、これを検討することはできない。」(下線筆者)としている。また、神奈川県監査結果は、最判平成4年12月15日を引用し、「本件公金の支出が違法又は不当であるとして損害賠償責任を問うことができるのは、先行行為である本件国葬への参列に、本県の予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵の存する場合に限られるところ、本件国葬は、国において行う葬儀であり、内閣府設置法及び閣議決定を根拠として執り行うものであるとされており、上記のとおり、国葬議に参加することは法第2条第2項に違反するものとはいえないことから、本件国葬への参列に、県の予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵が存するとは認められない。」(下線筆者)とする。合憲性の推定に直接触れてはいないものの、そのことが前提になっていると解される。他方、広島県と横浜市の監査結果は、本件国葬儀が当該自治体の財務会計上の行為ではないため、その違憲性及び違法性は住民監査請求の対象とはならないとする。しかし、なぜか結論において、国の公式行事である「本件国葬への出席は法に反する行為であるとは認められない」(広島県)、内閣総理大臣からの案内状を受けて出席したことから、「市長及び議長の本件国葬儀への出席及び出席に伴い公金を支出することは、違法又は不当であるとは認められません。」(横浜市)となっている。

<https://www.pref.aichi.jp/uploaded/attachment/439444.pdf>

<https://www.pref.kanagawa.jp/documents/28623/221111kyakka.pdf>

<https://www.pref.hiroshima.lg.jp/uploaded/attachment/502673.pdf>

https://www.city.yokohama.lg.jp/city-info/gyosei-kansa/jorei/shiho/shiho.files/0254_20221125.pdf

²⁸ 渋谷秀樹『憲法(第3版)』(有斐閣、2017年)723頁

²⁹ 佐藤幸治『日本国憲法論[第2版]』(成文堂、2020年)283頁

³⁰ 渋谷秀樹・前掲注(28)281頁参照

証）責任の所在が問われているわけではない。

本件監査請求においては、本件条例の合憲（性の推定）を前提に、本案審理に入ることは十分可能であったし、住民の民主的な参加意識に発する「疑念」に応えるためにも、そうすべきであったのではなかろうか。

五 住民訴訟における被告大阪市長の主張

1 適法な監査請求の前置

適法な住民監査請求が監査委員により不適法であるとして「却下」された場合においては、当該請求を行った住民は、適法に住民監査請求を前置したものととして直ちに住民訴訟を提起することが認められると解されている（最判平成10年12月18日民集52巻9号2039頁）³¹。

一審判決は、「原告らは、本件監査請求において、市長であるＺは、大阪市の職員を通じて、違憲無効である本件条例に基づき、「審査会委員5名に対して、平成28年7月～平成29年6月に、その報酬として、合計115万2480円を支出するという違法な財務会計行為を行った旨を主張しているから、本件監査請求」は、本件報酬各支出命令をその対象に含むといえることができるとし、また、「条例ヘイトスピーチとされる動画の削除及び投稿者の氏名公表に関して、平成28年11月25日及び平成29年4月5日に、動画運営会社との通信費用として、合計1272円を支出するという財務会計行為をした旨を主張するところ、前記の各日付は、郵便物を送付した時期をいうものと解することができるから、本件監査請求は、本件郵便料金各支出命令³²」をその対象に含むものといえることができる。「したがって、本件監査請求は、本件各支出命令を対象に含むものであるから、本件訴えは、本件監査請求を経ることによって、適法な監査請求を前置したものであるといえる。」と結論付けている。

訴訟において、被告大阪市長は、「本件訴えが監査請求の前置を経ていない」理由として、①「本件監査請求は、市長において、総務課長が本件条例に基づいて専決により本件各支出命令をすることを阻止すべき義務を怠ったことを主張するものではないから、本件訴えは、監査請求の前置を経ていない旨」を、②「条例が違憲の場合に当該条例に基づく支出が直ちに違法な財務会計行為となる関係ではなく、本件監査請求における原告らの主張は、単に本件条例の違憲をいうものであって、財務会計行為の違法性をいうものとは解されないから、本件監査請求は、財務会計行為を具体的に特定していない旨」を主張している。

³¹ この場合、再度の住民監査請求を行うことも認められているが、その行為が終わった日から1年以内という期間制限があり、加えて、監査委員に対する不信任感から、再度の住民監査請求を行うメリットはないであろう。

³² 判決は、その内訳として、審査会の調査審議手続に係る平成28年11月分の後納料金880円（同月15日に郵便局に差し出されたＣ社宛て簡易書留郵便の料金450円及びＧ社宛て簡易書留郵便の料金430円の合計）を支出する旨の同年12月16日付け支出命令及び審査会の調査審議手続に係る平成29年4月分の後納料金392円を支出する旨の同年5月23日付け支出命令と補足している。

2 専決と阻止すべき義務の懈怠

①の主張は、市長が専決権者である総務課長の支出命令行為を「阻止すべき義務を怠ったことを主張するものではない」から、「監査請求の特定」を欠き、不適法な住民監査請求になるというものである。判決は、「本件訴えは、財務会計行為である本件各支出命令について、支出命令を行う権限を法令上本来的に有する『当該職員』たる市長であったZに対し、不法行為による損害賠償請求権に基づき、損害賠償金の支払請求をするように求めるものであるから、本件各支出命令について監査請求を経ることによって、適法な監査請求を前置したものといえる。」(下線筆者)と肩すかしの判示している。

ここは議論がやや噛み合っていないとの印象を受ける。被告は、最判平成3年12月20日の大阪府水道部接待費事件に依拠して「監査請求の特定」のレベルで、市長の「阻止すべき義務を怠ったこと」の主張が必要であると主張している。これに対し、判決は、「本件各支出命令について監査請求を経ることによって、適法な監査請求を前置した」と述べるのみで、適法な監査請求と認められる(違法性の)摘示の程度については言及していない。判決は、市長が「当該職員」として損害賠償請求の相手方になることが肯定されても、いかなる根拠で責任を負うかは「本案の問題」であり³³、その旨の主張がないことをもって、住民監査請求を不適法として「却下」すべきことにはならないと(シンプルに)考えているのか、三の3の(3)で紹介した「厳格な違法事由の特定は不要」という見解に立っているのかは判然としない。いずれにしても、被告大阪市長の①の主張は成り立たないというべきである。

3 「違法性の承継」論?

また、②の主張は、いわゆる「違法性の承継」論と関連するものと思われる。判決は、「本件監査請求は、財務会計行為である本件各支出命令を対象に含むものであって、これを違法な財務会計行為として特定したものといえることができる。そして、本件条例が違憲であることによって、本件各支出命令が違法な財務会計行為となるか否かは、本案の問題であるから、被告が指摘する点をもって、監査請求における財務会計行為の特定を欠くということとはできない。」と判示し、訴訟要件としての財務会計行為の該当性と、原因行為の違法が財務会計行為の違法にいかなる影響を及ぼすかという、「違法性の評価の対象」としての本案に関する事項とを区別している³⁴。

判決は、本件条例を合憲としており、本案の問題として、いわゆる「違法性の承継」論を議論する必要がなかったという事情がある。そこで、項を改め、仮に本件条例を違憲とする判断が出た場合に、いわゆる「違法性の承継」論について、どのような解釈が導かれるのかについて考察する。

³³ 大貫裕之「補助職員に対する指揮監督上の義務違反と責任——専決の場合」(最判平成3年12月20日)別冊ジュリスト『地方自治判例百選[第4版]』131頁

³⁴ 大藤敏「4号請求住民訴訟における違法性の承継理論と判例法理の形成」判例タイムズ1435号(2017年6月)6頁・7頁

六 いわゆる「違法性の承継」論（論点3）

1 総論

本来、住民監査請求や住民訴訟の本案審理においては、「財務会計行為」について、「財務会計法令」の観点からみて違法（又は不当）とすべきかどうかが問題とされる³⁵。では、住民監査請求や住民訴訟において、直接、監査請求や訴訟の対象とされている財務会計上の行為自体には固有の違法事由は存在しないが、それに先行する原因行為に違法事由がある（と主張されている）場合、どのように対応すべきなのか。

この「違法性の承継」の議論は従来から学説・判例において種々の見解が出されているところである³⁶。消極説は、「住民訴訟を通じて、先行行為の違法を争うことを認めると、実質的に非財務会計行為たる先行行為の適否を争うことを認め、『抗告訴訟の代替的機能』を果たすようになる」と批判する³⁷。また、財務会計行為間においては、行為のときから1年以内という期間制限を設けた趣旨を没却することにもなりかねない。他方、全く認めないという選択肢も採用困難であろう。この住民訴訟における最も重要かつ困難な問題は、元裁判官の大藤敏弁護士の整理によれば、①当該財務会計上の行為の違法とそれに先行する原因行為の違法との関係をどのように考えるべきか、また、②原因行為の違法が財務会計上の行為の違法にどのような影響を及ぼすか、③影響を及ぼすとすれば、当該財務会計上の行為の違法について、いかなる枠組に基づいて判断すべきであるか、ということが論点になる³⁸。①と②は専ら理論的なものといえようが、③の判断枠組は実務上の実践的な課題になる。

2 判例の到達点

最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁（津地鎮祭事件）は、上告理由に対し、「公金の支出が違法となるのは単にその支出自体が憲法89条に違反する場合だけではなく、その支出の原因となる行為が憲法20条3項に違反し許されない場合の支出もまた、違法となることが明らかである。所論は、本件公金の支出が憲法89条に違反する場合にのみ違法となることを前提とするものであって、失当である。」（下線筆者）と判示し、住民訴訟において初めて、いわゆる「違法性の承継」を認めたが、その詳細は示されていない。また、最一小判昭和60年9月12日判

³⁵ 中川丈久＝斎藤浩＝石井忠雄＝鶴岡稔彦編・前掲注（12）580頁。また、581頁では、「住民監査請求や住民訴訟は、あくまで財務会計行為がそれとして違法かどうかを争う制度であることに注意する必要がある。」という記述がある。

³⁶ 関哲夫『住民訴訟論（新版）』（勁草書房、1997年）、同「住民訴訟の対象」園部逸夫編集・前掲注（19）100頁、大藤敏・前掲注（34）5頁など、学説の分析は精緻な様相を呈している。

³⁷ 確井光明・前掲注（22）147頁以下。これは、主観訴訟である抗告訴訟が「原告適格」の要件を外された客観訴訟化してしまう危惧である。

³⁸ 大藤敏・前掲注（34）5頁

時1171号62頁(川崎市分限免職退職金事件)では、川崎市職員に対する退職手当支給の違法理由として、分限免職処分の違法が主張された。判決は、法242条の2の住民訴訟の対象行為が「違法となるのは、単にそれ自体が直接法令に違反する場合だけではなく、その原因となる行為が法令に違反して許されない場合の財務会計上の行為もまた、違法となるのである(最高裁昭和……52年7月13日大法廷判決……参照)。そして、本件条例の下においては、分限免職処分がなされれば当然に所定額の退職手当が支給されることとなっており、本件分限免職処分は本件退職手当の支給の直接の原因をなすものというべきであるから、前者が違法であれば後者も当然に違法となるものと解するのが相当である。」(下線筆者)と、一般論とも受け取れる判示をしている。この判旨の考え方について、福岡右武調査官は、別事件である1日校長事件の判例解説において、「普通地方公共団体の長は、当該普通地方公共団体に対して、その事務を誠実に執行すべき職務上の義務を負い(地自法一三八条の二)、右の誠実執行義務もまた、財務会計上の行為をするに当たって負う財務会計法規上の義務の一内容を成すものというべきであ」り、自庁取消権を有している「長が、原因行為である行政処分が違法であるのにこれを取り消すことなく、右行政処分を前提とする財務会計上の行為をしたとすれば、長が職務上負担するところの財務会計法規上の義務(誠実執行義務)の違反があることとなり、長は違法な財務会計上の行為による損害賠償責任を免れないこととなるものといえる。」³⁹⁾と述べている。

しかし、碓井光明教授は、川崎市分限免職退職金事件最高裁判決が津地鎮祭訴訟の大法廷判決を「参照」しているとしつつ、「しかし、同大法廷判決は、先行行為との関係を明示的に述べたものではない。『地鎮祭の実施』を先行行為と見た場合に、同判決は、その違憲・違法が認定できるならば、それを理由に、そのための公金支出を違法として市長に損害賠償を命じうる」という「割り切り方を常にできるかどうかが問題となる。」⁴⁰⁾と述べる。また、人見剛教授は、「先行行為と後行行為の間に直接的な原因結果の関係がある場合に、常にこうした違法性の連関性が認められるものではないことは、後に1日校長事件(最判平成4・12・15……)によって判示された。」⁴¹⁾と指摘している。

最3小判平成4年12月15日民集46巻9号2753頁(1日校長事件)では、勧奨退職に応じた教頭を年度末の1日間だけ校長に任命して昇給させると同時に退職承認処分をし(以上は東京都教育委員会の権限)、昇給後の号級を基礎に算定された退職金を支給すること(都知事の権限)の

³⁹⁾ 福岡右武「解説[24]」『最高裁判所判例解説民事篇(平成四年度)』(法曹会、1995年)543・544頁。この見解について、高野修教授は、「原因行為の違法性が本来違法でない財務会計行為を違法にするというような意味での違法性の承継を入れる余地のない見解である。」(453頁)と評し、しかし、「長の誠実執行義務は、個人としての長にそのような行政活動に伴う損害賠償責任をも負わせるほどの意味が本当に込められた規定であるのだろうか。」と疑問を呈している。「住民訴訟における違法性について」稲葉馨=亘理格編『行政法の思考形式 藤田宙靖博士東北大学退職記念』(青林書院、2008年)455頁

⁴⁰⁾ 碓井・前掲注(22)151頁

⁴¹⁾ 人見剛「収賄罪逮捕職員に対する退職手当支給」別冊ジュリスト『地方自治判例百選[第3版]』143頁

適法性が争われた。判決は、旧4号の規定に基づく当該職員に対する損害賠償請求訴訟は、「財務会計上の行為を行う権限を有する当該職員に対し、職務上の義務に違反する財務会計上の行為による当該職員の個人としての損害賠償義務の履行を求めるものにほかならない。したがって、当該職員の財務会計上の行為をとらえて右の規定に基づく財務会計上の損害賠償責任を問うことができるのは、たとえこれに先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、右原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られると解するのが相当である。」「本件昇格処分及び本件退職承認処分が著しく合理性を欠きそのためにこれに予算執行の適正確保の見地から看過し得ない瑕疵が存するものとは解し得ないから、被上告人としては、東京都教育委員会が行った本件昇格処分及び本件退職承認処分を前提として、これに伴う所要の財務会計上の措置を採るべき義務があるというべきであり、したがって、被上告人のした本件支出決定が、その職務上負担する財務会計法規上の義務に違反してされた違法なものということはできない。」（下線筆者）と判示した。

井上元弁護士は、1日校長事件の判旨をこの問題に関する判例の到達点と認識しているようであり、職員個人の責任を追及する4号請求訴訟においては、そのような方向性は正しいと評すべきであるとしている⁴²。

1日校長事件最高裁判決に対し、碓井教授は、「一般論の部分は正当であろうが、なお検討すべき課題があるように思われる」とし、第1に、先行行為と財務会計上の行為の形式的区分にのみ着目するのではなく、財務会計行為を行う職員が、先行行為の違法性を認識し、当該財務会計行為を阻止しうる立場にあったかどうかが重視されるべきであること、第2に、財務会計行為を行った職員が、実質的に先行行為に関与していたと見られる場合も別の結論になろうことを挙げている⁴³。その上で、次の場合に、「当該職員の阻止義務」を肯定しやすいと指摘している。①先行行為とそれを前提とする財務会計行為が同一職員による場合、②先行行為に重大かつ明白な瑕疵がある場合、③財務会計行為たる後行行為がその先行行為と一体的なものである場合、がそれである⁴⁴。「議論の焦点は、先行行為ではなく当該財務会計行為そのものにおかれるべきで、その際には、誠実な管理執行義務（自治法138条の2）を含む財務会計法規上の義務（その範囲が問題である）違反を検討すべきであるという、単純化した議論こそが出発点になるのかもしれない。」（下線筆者）⁴⁵と指摘する。

1日校長事件は、当該職員（都知事）が自治組織上、原因・目的行為の適法性を審査して当該行為を是正する権限が限定されている場合に該当し、津地鎮祭訴訟（最大判昭和52年7月13日）、

⁴² 井上元・前掲注(18)146頁。ここでの論点について、「個別の事案に応じて後行行為の違法性が判断されているのであり、『違法性の承継』と呼ぶことは適切ではなくなっている」と指摘している。

⁴³ 碓井光明・前掲注(22)152頁

⁴⁴ 同・前掲注(22)152・153頁

⁴⁵ 同・前掲注(22)157頁

川崎市分限免職退職金事件（最一小判昭和60年9月12日）が示す「違法性の承継」の判断基準が適用にならないものと考えられるのである⁴⁶。

3 「財務会計行為」該当性から「財務会計法規」違反性へ

阿部泰隆教授は、川崎市分限免職退職金事件の判例解説の中で、「違法性の承継とは、先行行為の違法性について後行行為をする行政機関に審査権がなくとも、裁判の場面では、後行行為も当然に違法となるというもので、取消訴訟の場面で適用される。しかし、損害賠償訴訟においては、先行行為が違法であれば、その違法が後行行為に承継されるなどといわなくとも、先行行為の違法を理由として損害賠償を請求できるから、違法性の承継を論ずる必要はない。」⁴⁷と指摘する。そして、旧「4号請求のうち公務員を被告とする賠償請求訴訟は、公務員個人の責任を追及するものであるから、先行行為の違法を理由とする場合には、公務員個人に先行行為の適法・違法の審査義務があり、それを過失により怠ったことを必要とする。つまり、本件で問題となるのは、退職金の支払い決定をする行政機関としての市長が分限免職処分⁴⁸の違法性を審査できるか、あるいはすべきかという行政機関相互の権限関係にある。」⁴⁸と述べる。その上で、「もし、市長個人の責任を肯定しようとすれば、むしろ、退職金の支払いではなく、それに先行する分限免職処分なりその職権取消の懈怠が、単に公務員法上の規律維持を目的とするものではなく、退職金の支払いを目的とした財務会計上の行為であると把握されるべきであろう。本件で、違法があるとすれば、退職金の支払いの段階ではなく、分限免職処分の段階であるから、後者をつかまえて責任を追及するのが筋である。」（下線筆者）⁴⁹とする。

山本隆司教授の議論も、同様の構成を採るようである。山本教授は、支出負担行為、支出命令、支出など、特定された機関・職員による財務会計行為を「特定された財務会計行為」と、「当該職員」による、地方公共団体の組織の財産を保護することそれ自体を目的とする法規範を「狭義の財務会計法規」と呼んだ上で、次のように立論する。「住民訴訟の本案で争われる違法性には、地方公共団体の財産の処分あるいは地方公共団体への財産の分配を直接の対象・主題とする決定を行う際に、社会全体に生じる利益・不利益を適正に考慮することを要請する法規範に対する違反

⁴⁶ 大田直史「住民訴訟4号請求の諸問題」岡田正則ほか編『現代行政法講座Ⅳ自治体争訟・情報公開訴訟』（日本評論社、2014年）85頁

⁴⁷ 阿部泰隆『住民訴訟の理論と実務——改革の提案——』（信山社、2015年）489・490頁（初出1986年）。これに対し、関哲夫教授は、「4号前段請求について、行政法理論にいう違法性承継理論の適用がないというだけの意味であれば正しいが、4号請求においては、後行行為について損害賠償を請求するに当たり、常に先行行為の違法性を後行行為の違法事由として主張できるとの趣旨であれば、論旨には疑問がある。」と述べている。「住民訴訟の対象」園部逸夫編集・前掲注（19）128頁

⁴⁸ 同・前掲注（47）490頁

⁴⁹ 同・前掲注（47）491頁。また、「この判決はせっかくの重要判例であるのに、その射程範囲がどこまでか、不明確である。原因行為の違法を主張できるのも、それについて被告に審査権限がある場合に限定されるべきであろう。」（同頁）と指摘しているが、それに関しては、平成4年の1日校長事件が扱うことになる。

も含まれる（いわば広義の財務会計法規。典型は、最大判昭 52・7・13……〔津地鎮祭訴訟〕以来、住民訴訟の重要なテーマとなっている憲法 89 条）。こうした広義の財務会計法規に関する違法性判断の対象は、正確に言えば、特定された財務会計行為では必ずしもなく、特定された財務会計行為を包含する、より包括的に捉えられた財務会計行為である（例えば、ある地方公共団体がある地鎮祭のために財産を費消する行為）。⁵⁰

以上から、「住民訴訟において原告が主張する地方公共団体の機関・職員の行為・決定の違法性は、狭義または広義の財務会計法規に関わるものでなければならない。これを財務会計行為の側から言い換えれば、住民訴訟は『特定された財務会計行為』または『包括的財務会計行為』を対象とするものでなければならない、ということになる」⁵¹とする。このように財務会計行為を分析することにより、一般に住民訴訟の「違法性の承継」といわれる問題の判断基準（判断枠組）を明確に示すことができるとする⁵²。山本教授は、住民訴訟の「違法性の承継」の概念を「地方公共団体の機関・職員による、特定された財務会計行為に当たらない行為・決定の違法を理由に、通常はそれに後続する、特定された財務会計行為が違法と判断されることを指す」⁵³とする。

関連して、高野修教授は、「先行行為をも含むうる広い概念で住民訴訟の対象をとらえれば、いわゆる違法性承継の問題が回避できることになる。」⁵⁴と述べ、具体的には、「財務会計行為」か否かという二者択一的決定ではなく、「財務会計法規」違反か否かを問うことになる⁵⁵、とする。

また、碓井光明教授は、「『一連の過程』の全体をもって、公金の支出に関する財務会計行為とみることも可能なように思われる。その場合に、一連の過程全体としての違法性をどのように判断するかが、まさに問題になるのである。たとえば、地方公務員法違反の手当の支給を授權する条例が制定されたような場合に、条例制定行為は、公金の支出ではないし、財務会計行為ではない。しかし、それに続く手当の支給を含めた一連の過程としてみた場合には、違法な条例を中核とした違法性こそが問題とされるべきである。」（下線筆者）⁵⁶と述べている。

川崎市分限免職退職金事件でいえば、「分限免職処分がなされれば当然に所定額の退職手当が支給されることとなっており」＝「分限免職処分は退職手当の支給の直接の原因」、「両者はこれを一体的に評価すべきもの」とする見解である⁵⁷。「分限免職処分なりその職権取消の懈怠が、退職金の支払いを目的とした財務会計上の行為である」とする阿部教授の見解も同様である。

⁵⁰ 南博方＝高橋滋＝市村陽典＝山本隆司編『条解行政事件訴訟法』（第4版）（弘文堂、2014年）161頁（山本隆司執筆）

⁵¹ 山本隆司・前掲注（50）161頁

⁵² 同・前掲注（50）162頁

⁵³ 同・前掲注（50）162頁

⁵⁴ 高野修・前掲注（39）442頁

⁵⁵ 同・前掲注（39）445頁

⁵⁶ 碓井光明・前掲注（22）88頁

⁵⁷ 本件判決の匿名コメント（判例時報 1171 号 62 頁）。佐藤英善「住民訴訟の請求」園部逸夫編集・前掲注（19）244 頁

山本教授は、川崎市分限免職退職金事件に関し、「違法性の承継を認めるための要件として、『直接の原因』関係を挙げる。しかしむしろ端的に、主張されている違法性が狭義または広義の財務会計法規に関わることを要件と考える方が、明確ではないか」(下線筆者)⁵⁸と述べる。そして、1日校長事件は、上記の住民訴訟一般に妥当する要件に加えて、「特定された財務会計行為を行う権限を有する機関ないし職員が、特定された、または包括的な財務会計行為に適合するかを判断して、適合しない行為を阻止する権限を持つこと」(下線筆者)⁵⁹という特別の要件を付加しているものと理解している。

同教授は、「住民訴訟一般を通じて審理の対象になるのは、地方公共団体の『特定された、または包括的な財務会計行為』が『狭義または広義の財務会計法規』に適合するかという点である」⁶⁰とし、狭義又は広義の財務会計法規該当性が問題となる法規範を検討している。

同教授は、狭義の財務会計法規については問題は少ないとしつつ、広義の財務会計法規については、法232条1項(経費の支弁等)、232条の2(寄附又は補助)、地方財政法4条1項(予算の執行等)、憲法89条(公の財産支出又は利用の制限)を挙げ、国や他の地方公共団体との間の費用分担を定める法規範も含まれようと述べる⁶¹。金子芳雄教授は、242条1項所定の6類型(注(12))の準拠法が、財務会計法規であるとしている⁶²。今後の判例・学説の進展に期待したい。

4 憲法21条1項違反

先行・原因行為としての条例が憲法21条1項の表現の自由に違反すると評価される場合はどうか。憲法21条1項は、どう考えても、「狭義又は広義の財務会計法規」に該当するとは言い難い。しかし、同項に違反する違憲の条例であれば、それに起因する行為の法効果は、民法90条の法の一般原則(公序良俗違反)が適用になり、当然無効という評価にならざるを得ない⁶³。高野修教授は、津地鎮祭訴訟大法廷判決を引き、「これは、原因行為が非財務的理由によってであれ何であれ無効の場合、それに起因する財務行為は前提を全く欠き、もし行われれば財務会計法規上違法となるということである。財務行為を行う要件事実がないのであるから当然である。」⁶⁴とその法的構成を説明している。

大藤敏弁護士は、違法性の承継(4号請求に係る財務会計上の行為の違法とそれに先行する原

⁵⁸ 山本隆司・前掲注(50)164頁。高野修教授は、「『財務会計法規違反の行為』説からは、非財務会計法規違反自体を本案の理由とする訴えは、住民訴訟の対象外として不適法却下されることになる。」と指摘している。「住民訴訟における違法性について」前掲注(39)448頁

⁵⁹ 同・前掲注(50)165頁

⁶⁰ 同・前掲注(50)165頁

⁶¹ 同・前掲注(50)166頁

⁶² 金子芳雄「違法の意味」園部逸夫編集・前掲注(19)92頁

⁶³ 我妻榮ほか『第7版我妻・有泉コンメンタール民法——総則・物権・債権——』(日本評論社、2021年)188頁以下

⁶⁴ 高野修・前掲注(39)453頁

因行為の違法との関係）に関する 16 の最高裁判決を周到に分析し、判例法理を 7 項目に要約している⁶⁵。本件住民監査請求の事例は、次の二つの準則に当てはまるものと考えられる。

- (1) ア 4 号の規定に基づき、当該職員に対して損害賠償をすべきことを求める住民訴訟において、損害賠償責任を問うことができるのは、先行する原因行為に違法事由が存する場合であっても、原因行為を前提としてされた当該職員の行為自体が財務会計法規上の義務に違反する違法なものであるときに限られる。

筆者注：(1) にはイがあるが、アとの相違点は理解できなかった。

- (2) 財務会計上の行為である原因行為が憲法に違反し、私法上無効であるときは、後行の財務会計上の行為を行う権限を有する者は、当該行為をしてはならないという財務会計法規上の義務があり、これに違反して当該行為を行った場合には、当該行為は違法になる。

大藤弁護士は、違法性の承継を認めた初めての最高裁判決である、最大判昭和 52 年 7 月 13 日民集 31 卷 4 号 533 頁に関し、「本判決の趣旨によれば、憲法 20 条 3 項に違反する原因行為を前提としてされた本件支出もまた違法となるとして、仮に原因行為が憲法に違反し私法上無効であるときには、後行の財務会計上の行為を行う権限を有する長としては、原因行為の無効を前提とする公金の支出をしてはならず、すすんで原因行為の無効状態を排除又は是正する職務上の義務があるというべきであるから、同義務に違反して公金を支出したときは、普通地方公共団体との関係において、違法な公金の支出をしたものと評価されることになるというてよいであろう」。「本判決は、財務会計上の行為である原因行為が私法上無効であるときは、これを前提としてされた、後行の財務会計上の行為も違法になるとして、違法性の承継を認めたものと解される。本判決の趣旨によれば、原因行為が憲法や強行法規等に違反し、そのため原因行為が私法上無効とされる場合には、これを前提として後行の当該財務会計上の行為を行う権限を有する者は、当該財務会計上の行為をしてはならないという法律上の義務を負っているものというべきであるから、これに違反してされた当該財務会計上の行為は違法になると解される。この理は、原因行為の権限者が当該財務会計上の行為の権限者とは別個独立の機関としての権限を有する場合にも妥当し、また、原因行為が財務会計上の行為であると非財務会計上の行為であるとを問わないものと言うべきであろう。」（下線筆者）⁶⁶と述べている。

以上の議論からは、本件大阪市条例が、憲法 21 条 1 項に違反していることが裁判所の判決により確定した場合、同項は、「狭義又は広義の財務会計法規」に該当するとは言い難いものの、条例に基づく公金の支出は、その法的根拠を欠き、「無効」ということにならざるを得ない。そのことは、「財務会計行為」該当性という構成を採ろうが、「財務会計法規」違反性という構成を採ろうが同じといえよう。

⁶⁵ 大藤敏・前掲注 (34) 40 頁以下

⁶⁶ 同・前掲注 (34) 12 頁・13 頁

七 終わりに

監査委員の監査権限は多岐にわたるが、最も基本的なものは、「財務に関する事務の執行」、「経営に係る事業の管理」の監査（法199条1項）と一般の事務の執行に関する「一般監査」（同条2項）である。「財務に関する事務の執行」とは、法第2編第9章の「財務」に関する監査で、「財務監査」と呼ばれ、毎会計年度少なくとも1回以上期日を定めて行う定例監査（同条4項）と、必要があるときに行う随時監査（同条5項）がある。

中心となる「財務監査」⁶⁷においては、とりわけ定例監査の場合は、物理的、時間的制約から悉皆調査は不可能であり、抽出で行わざるを得ない。例えば、補助金の交付事務を監査する場合は、対象期間の全書類を提出させ、その中からわずか数件をみるということにならざるを得ない⁶⁸。その点、住民監査請求は、財務監査を補完するもので⁶⁹、監査委員（事務局）にとっては、住民のモニタリングにより監査の端緒を与えてくれる「援軍」というべきである。

藤山雅行・元裁判官は、「住民監査請求及び住民訴訟については、制定法の定めが余りに簡潔であるため、……解釈上困難な問題が多い。本来ならば抜本的な法改正がされるべき状況と思われるが、そのような動きがない以上、法律実務家としては法の不備を適切な解釈によって補う努力を続けざるを得ない。その際には制度の趣旨を十分理解し、制度全体の運用に配慮することが必要である」⁷⁰、「制度全体の健全な運用を妨げる解釈や明文の根拠に基づかないで住民訴訟の途を閉ざす解釈が多発することは、国民の法律実務家や法一般に対する不信を招きかねないものである」⁷¹との指摘を行っている。

今回検討対象とした、大阪市監査委員の住民監査請求監査結果は、監査委員（事務局）の業務執行の在り方（監査姿勢と法務サポート体制）にも一石を投じよう。下級審判決とはいえ、大阪市監査委員の「優れた識見」（法196条1項）と専門性に基づく（これまでの?）「専門的判断」は、法的観点から否定されたとと言えるのであるから、今後の住民監査請求監査結果に適正にフィードバックされる必要がある。

⁶⁷ 碓井光明『要説自治体財政・財務法〔改訂版〕』（学陽書房、1999年）293・294頁

⁶⁸ 筆者は、2008年4月から2年間、北海道監査委員事務局に勤務し、わずか数日間だが定例の財務監査を担当した経験がある。自治体の規模にもよるが、監査の実施対象は「氷山の一角」に近い。

⁶⁹ 橋本勇「住民監査請求」園部逸夫編集・前掲注（19）19頁

⁷⁰ 藤山雅行「基本行為に対する住民訴訟と派生行為に対する住民訴訟との関係」大藤敏編集『現代裁判法体系⑧〔住民訴訟〕』（新日本法規出版、1999年）142頁

⁷¹ 同・前掲注（70）143頁