

住民訴訟・二号請求の対象性

佐 伯 彰 洋

一 はじめに

住民訴訟は、これまで地方公共団体の財務行政を監視する有効な手立てとして利用され、その適正化を図る上で重要な役割を果たしてきた。住民訴訟は、その請求の類型として、差止請求（一号請求）、取消し又は無効確認請求（二号請求）、怠る事実の違法確認訴訟（三号請求）、代位請求（四号請求）の四つの請求類型が定められていた。これらの種類のなかで、もっとも頻繁に用いられてきたのが四号請求である。四号請求は、地方公共団体に損害を与えた職員や第三者に対して当該地方公共団体が有する損害賠償権等を原告住民が代位して行使するものであった。この四号請求は、本来、財務会計上の行為のみを対象にするものであるが、それにとどまらず、財政上の支出に関連する非財務行為の違法、すなわち一般行政上の違法を追及する手段として有用視され、多用されてきた。その反面、四号

請求は、地方公共団体の職員個人の責任を問うものであることから、長や職員個人が訴訟の被告となり、過度の責任と負担を強いるものであると強く批判されてきた。^①そこで、この反省にたち、四号請求の再構成を柱とする住民訴訟制度の改正が二〇〇二年に行われた。^②この改正により、四号請求は、長や職員個人を被告とせず、地方公共団体の執行機関又は機関としての職員を被告として提起するものに変更された。そして住民が勝訴した場合には、地方公共団体の長は職員個人（長個人）や第三者に対して損害賠償や不当利得の返還を請求しなければならず、相手方がこれに従わない場合には、地方公共団体が原告となって、その履行を求める民事訴訟を提起するという二段階のものになった。同時に、これまで四号請求で認められていた当該行為または怠る事実の相手方に対する「法律関係不存在確認請求」、「原状回復請求」、「妨害排除請求」は削除された。これは、法律関係不存在確認請求は一号請求で、原状回復請求、妨害排除請求は三号請求で同様の目的が達せられるという趣旨である。^③また一号請求については、本来、違法な財務会計行為は事前に抑止されるべきであるとの観点から、「回復困難な損害」という差止請求の要件を削除した。^④このように二〇〇二年の改正においては、これまでの四号請求の過度の負担を一号請求、三号請求を積極的に活用することによって軽減しようとする意図が読み取れる。学説上、住民訴訟の目的について、地方公共団体の財務会計行政の適法性の確保にあるとする見解と地方公共団体の財産損失の防止・回復にあるとする見解が対立してきたが、一号請求及び三号請求はより前者の目的に適うものであり、四号請求はより後者の目的に適うものであると理解し、住民訴訟は双方の目的を有していると捉える見解もある。^⑤この見解に照らせば、今回の改正は一号請求及び三号請求の活発化への期待が強く、地方公共団体の財務会計行政の適法性の確保という住民訴訟の目的をより重視しようとする

ものであると捉えられよう。⁽⁶⁾

以上のような住民訴訟制度の改革のなかで唯一取り残されたものが二号請求である。この改革において二号請求の活用の議論はなされていない。二号請求とは、敷衍すれば、住民訴訟の対象たる財務会計行為のうち、①公金の支出、②財産の取得・管理・処分、③契約の締結・履行、④債務その他の義務の負担、の四つの類型のいづれかに該当する行政処分としての性格を有する当該行為に対して、その取消し又は無効確認を請求する制度である。⁽⁷⁾ この二号請求は、四号請求により当該行為を争う場合に、四号請求の先行請求、又は四号請求との併合請求として意義があるとされてきた。⁽⁸⁾ すなわち、通説・判例は、四号請求に基づく損害賠償請求については、処分の効力そのものを争うものではないので、その取消しを前もって得る必要はないが、不当利得返還請求の場合には、違法な行政処分であっても公定力を有する以上、処分の効力を否定することが必要であり、二号請求を先行して起こすか、又は四号請求と併合して起こさなければならぬと考えられてきた。⁽⁹⁾ このように四号請求との関連で二号請求の意義が認められてきたが、四号請求とは別個に二号請求の独自の意義が強調されることは少なかったように思われる。⁽¹⁰⁾ たとえば、補助金の交付決定を例にとれば、交付前に事前の差止を求めるならば一号請求を行えばよいし、交付後であれば四号請求を行えばよいのであって、あえて二号請求を行う必要はないとされてきた。⁽¹¹⁾ 逆に補助金交付決定を二号請求で争った場合は、補助金交付決定は二号請求のいう行政処分ではないとの理由で却下されてきた。これは、判例が二号請求のいう「行政処分」を抗告訴訟の「行政処分」と同一のものと限定的に捉えられてきたためである。⁽¹²⁾ 住民訴訟の対象となる行為が行政処分たる性質を有することは例外的であり、行政処分と私法行為及び事実行為との間のグレーゾーンに位置する

行為が多い。⁽¹³⁾そのため抗告訴訟上の行政処分概念を基準にすれば、二号請求の対象はかなり限定されてしまうことになる。⁽¹⁴⁾また当該行為が行政処分であっても財務会計行為ではないとして、二号請求の対象ではないとされた裁判例も数多くある。このように二号請求がなされても、本案審理に至ったものは少なく、住民訴訟のなかで二号請求独自の存在意義が注目されることはあまりなかったといえよう。しかし、近時、二号請求の意義を再評価しようとする学説も現れている。⁽¹⁵⁾そこで本稿は、二号請求の対象性に焦点をあて、二号請求の利用の最大の阻害要因となってきた行政処分概念や財務会計行為の概念を中心に、これまでの主要な裁判例を学説をふまえながら考察し、二号請求の活性化の途を探ろうとするものである。

一一 二号請求の裁判例

以下では、二号請求の主たる裁判例を、先に述べた財務会計行為の類型に分けて考察していく。但し、「債務その他の義務の負担」という類型については、ほとんど公金の支出及び契約の締結・履行に含まれているものが多く、独自に取り上げるべき裁判例はないので、この類型については省略する。

(1) 公金の支出

公金とは、「地方公共団体の管理する現金及び有価証券をいう」⁽¹⁶⁾が、公金の支出は、支出負担行為、支出命令、支出行為という三段階の手続を経て行われる。⁽¹⁷⁾この支出負担行為とは、「普通地方公共団体の支出の原因となるべき契

約その他の行為」(地方自治法二三三条の三)をいい、地方公共団体が買主となる売買契約や私人に対する補助金交付決定などがこれに該当する。⁽¹⁸⁾

裁判例では、これらの行為が二号請求の対象になるか否かが争われてきたが、まず支出命令及び支出行為について、二号請求の対象にはならないと判断されている。たとえば、町長が補正予算の執行として本人に対する旅費や交際費の名目で行った支出行為の取消しが求められた事例である福井地裁昭和四〇年三月一〇日判決は、二号請求の対象となる行政処分は、「行政庁が、法に基づき公権力の行使としての人民に対し、具体的な事実に関し法律的規制をなす行為」⁽²⁰⁾であると述べた上で、本件金員支出行為について、町長の支出命令と支出機関の事実行為としての支出の双方を含むものと解され、支出命令は、準法律的行政行為と解する余地もあるが、前述の行政処分概念に照らせば、行政庁相互間の行為であり、行政処分たる性質を有する行為に該当せず、事実行為であると判断している。⁽²¹⁾また市長が退職した市会議員に対して市議会の議決に基づいて記念品料及び旅費の名目でなされた公金の支出行為の取消しが請求された事例である広島地裁昭和四二年四月二六日判決は、「予算の執行の如き単なる事実行為をこれがなされた後に取り消すことは無意味であり」⁽²³⁾、本件支出行為は行政処分に該当しないと判断して、訴えを却下している。さらには、町長が町の助役の退職の確定後にこの助役に給与を支給するために出した給付支出命令の無効確認が争われた事例である神戸地裁昭和六四年二月六日判決は、町長の支出命令は準法律的な行為と解されないわけではないが、「町長と町の支出機関相互間の行為であって、公権力の行使としての人民に対する行為とみることは相当でないので、町長の支出命令は行政処分たる性質を有する行為に該当しない」⁽²⁵⁾と判示し、訴えを不適法なものとして却下して

いる。⁽²⁶⁾

このように判例は、端的に言えば、支出命令は行政機関の内部行為、支出行為は事実行為と解して行政処分性を認めていない。このような判例の考え方は学説上も是認されているといえる。たとえば関哲夫教授は、支出命令は「支出の相手方に対する行為ではないし、また相手方に対する地方公共団体の支出義務を新たに発生させ、又はその範囲を確定させるものではない」⁽²⁷⁾から行政処分にはならないし、また支出行為も「支出の相手方に対する行為であつても、私人が行う金銭支出行為と同質のものであつて、行政機関が優越的な立場において行う」⁽²⁸⁾ものではなく、行政処分にはならないと指摘している。

次に支出負担行為については、補助金交付決定に関して多くの裁判例があり、補助金交付決定が二号請求のいう行政処分に該当するか否かが重要な問題になってきた。判例は、補助金の交付決定の性質について、補助金交付決定は本来非権力的なもので、行政処分としての性質を有していないとの判断を示している。たとえば、上尾市、同市議会、関係地元住民が中心となつて組織した任意団体である「北上尾駅建設促進同盟会」に対して、この会の解散式典の費用として交付した上尾市長の補助金交付決定の取消しが求められた事例である浦和地裁平成五年一月二五日判決⁽²⁹⁾は、本件「補助金交付決定は、市長がその優越的地位に基づく意思の発動として公法上の権利義務を設定するという性質のものではなく、したがつて、本件補助金交付決定も上尾市が同盟会と対等の地位において締結した私法上の契約（同盟会からの補助金交付の要望すなわち贈与の申込、これに対する補助金の交付決定すなわち承諾）の成立要件としての法律行為たる性質を有するものと見るのが相当であり、行政処分としての性質を有しない」⁽³⁰⁾と判示して、訴

えを却下している。⁽³¹⁾

但し判例は、法令等が補助金決定に処分性を付与している場合には、行政処分として認められるという判断を示している。そして、この法令等には条例は含まれるが、規則や要綱については、法律や条例の委任がなければ、単なる内部的規則に止まり、このような規則や要綱によって補助金決定が行政処分として認められることはないとされてきた。たとえば、市が青少年団体に交付した補助金の取消しが求められた事例である東京地裁昭和六三年九月一六日判決は、⁽³²⁾「法令等が、一定の政策目的のために、一定の者に補助金の交付を受ける権利を与えるとともに、補助金の交付申請及びこれに対する交付決定という手続により行政庁に申請人の権利の存否を判断させることとした場合、あるいは、一定の者に補助金の交付を受ける権利を与える旨の規定が法令等に存在しなくても、法令等が補助金の交付申請に対して行政庁が交付決定をするという手続を定め、右決定に対する不服申立手続を設けている場合など、法令等が特に補助金の交付決定に処分性を与えたものと認められる場合には」⁽³³⁾、二号請求に規定する行政処分⁽³⁴⁾に該当するとの判断を示している。さらに同判決は、ここにいう「法令等」について、「いわゆる法治主義の要請するところにより、へ中略へ形式的意味の法律のみならず、条例等法律に準ずるものとされているものを含むが、行政庁が自らの内部規則として定めた規則及びいわゆる要綱等は、それが法律ないし条例等の委任を受けたものでない限り、これを含まないものと解するのが相当である」⁽³⁵⁾と判示している。⁽³⁶⁾同判決の判断は、その後の判例にも踏襲されている。その一例として、大田区が老朽化の進むマンションを適切な時期に建て替えることを誘導するための補助金の交付手続を規定した「東京都大田区優良建築物等整備

事業補助要綱」に基づく補助金の交付決定の取消しが求められた事例である東京地裁平成一二年三月二三日判決は、⁽³⁶⁾「非権力的な給付行政である補助金や助成金の支給関係は支給申請者の申込みに対する行政庁の承諾により成立する契約関係であるのが原則であり、その場合の行政庁の行為は取消訴訟の対象となる行政処分⁽³⁷⁾に該当しないというべきものである」⁽³⁷⁾が、「立法政策として、行政庁に申請者の受給権の存否を判断させる権限を付与した場合など、法令が特に補助金等の支給・不支給決定について行政処分性を付与したと認められるような場合には、抗告訴訟の対象たる『行政処分』に該当するが、法律や条例の委任がなく、単に行政庁の内部の規則だけでは補助金の交付・不交付の決定に処分性を付与することはできないものと解される」⁽³⁸⁾との判断を示した。この判断基準に基づき同判決は、本件の補助金交付決定は要綱に基づくものであり、この要綱は法律又は条例等の委任に基づき制定されたものではなく、行政内部の規則に過ぎないと判断し、本件補助金交付決定は行政処分性を有しないと判示している。⁽³⁹⁾

以上のように判例は、法令等が補助金決定に処分性を付与している場合には、行政処分として認められるという判断を示しているが、この判断に従えば、多くの自治体においては、補助金交付手続は法律や条例の委任を受けていない単なる規則や要綱で定められており、行政処分性はほとんど認められないことになる。⁽⁴⁰⁾このような判例の態度に対して学説は批判的である。たとえば碓井光明教授は、補助金交付決定につき、「補助金が重要な行政手段であって、私人の贈与の場合に妥当するような『意思の自由』を行政庁（むしろ行政主体というべきか）に認めることはできない」⁽⁴¹⁾と捉え、「規則による交付決定等は、明らかに内部法であることを示す場合を除き、行政処分として扱ってよいと考える」⁽⁴²⁾と述べ、規則による交付決定であれば行政処分性が認められると考えている。他方、寺田友子教授は以下

のように述べて、規則のみならず要綱に基づく交付決定でも、行政処分性が認められるべきであると主張している。

「二号請求を活性化し、支出すべきではない補助金の交付を阻止したり、交付された者から、それを返還させるためにも、住民訴訟の趣旨に照らした行政処分概念が認められてよい。たしかに、補助金交付関係の実質は贈与契約であって、私人からの反対給付はなく、私人の権利を強制的に侵害するものではないが、私的自治の原則が完全に働く契約ではなく、それは、公の財産を法令ないし一定の公益上の必要性のために贈与するという制約下にある。住民訴訟はその制約をコントロールする一つの手段である。このような観点から、補助金交付決定を二号請求に規定する行政処分として法的構成することを認めてよいと思う。すなわち、地方公共団体の補助金交付の要件の多くが、へ中略へ要綱で定められている以上、行政庁側が、一方的に交付基準、すなわち、交付の要件を、その法形式はどうであれ、設定し、公表して、それに基づき、その要件事実を一方的に認定して一定の法的判断を交付決定という形式で行う場合には、その行政庁側の判断を行政処分と解して住民訴訟の二号請求の対象としうる。」⁽¹³⁾

このように学説上、二号請求の行政処分性の判断について、補助金交付決定の根拠が規則か要綱に基づくものかによる見解の相違がみられるが、このような区別は妥当なものといえるであろうか。規則に基づく交付決定については、「普通地方公共団体の財務に関し必要な事項は、規則でこれを定める」という地方自治法施行令一七三条の二の規定によって、判例のいう「法令等が特に補助金の交付決定に処分性を与えた」とみることが可能であるが、要綱の場合には単なる内部法であり、要綱に基づく交付決定について行政処分性を認めることは難しいと考えるしかないであろうか。⁽¹⁴⁾この問題について寺田教授と同様の立場にたつ佐藤英善教授は、「補助金の交付決定は、実定法規によ

って行政処分的性質が付与されていなくとも、私人間におけるいわゆる『贈与』とまったく同一に解するわけにはいかない。当事者間の対等性にも疑問があるし、受領者が主権者であることもあって、平等・公平さが重要な考慮要素であることから、法令がない場合でも内部に運用基準を定めて（例えば、補助金交付要綱のような）運用しているのが実情であり、この基準に合致するか否かの判断は、行政庁側の『優越的意思活動』に基づいて行われるわけであるから、この点に着目して『形式的行政処分』として本号請求の対象となると解してもよいと思われる⁴⁶⁾と指摘している。このように補助金交付決定の基準として定められる要綱については、いわば法規に近い機能を果たしており、要綱違反によって私人が補助金を得られなかった場合には、要綱違反を違法として救済を求めることが認められるべきであり、要綱に法的拘束力を認める余地があるとする学説もある⁴⁷⁾。したがって、以上のような要綱の機能ならびに「補助金給付行為の公行政的性格」⁴⁸⁾に着目すれば、要綱に基づく補助金交付決定についても行政処分性を認め、二号請求の対象にのせることが、地方公共団体の財務会計行政に対する住民の実効的なコントロールを可能にし、住民訴訟制度の趣旨に合致するものになると思われる。佐藤教授は、右にいう形式的行政処分概念について、「二号請求における『行政処分たる行為』は、行政事件訴訟における場合のごとく嚴格に解する必要はないと思われる。財務会計行為にかかわる行政庁の行為の多くは、一見公金の支出や財産の管理など処分性が希薄なものであるかのように見えるが、財政コントロールの点から一定の処分を前提としたり、処分と間接的に関連させられているものも多い。それ故、ここでの処分性は、行政事件訴訟における処分性概念のごとく嚴格に解する必要はなく、二号請求を認めた制度の趣旨から判断して構成すればよいように思われる⁴⁹⁾」と述べて、二号請求独自の行政処分概念を主張している。この

ような立場にたてば、寺田教授が指摘するように、補助金交付決定の根拠となる条例、規則、要綱といった法形式にこだわる必要はないように思われる。

また裁判例のなかには、二号請求の行政処分性を認められるためには、「特段の法的規制が加えられている」ことを要求するものもある。たとえば名古屋地裁昭和五九年二月二六日判決は、本件で問題になった岡崎市市費補助金等に関する規則は、「市費補助金等に係る予算の執行の適正化を図ることを目的として、市費補助金等の交付の申請、決定等に関する事項その他市費補助金等に係る執行に関する基本的事項を規定したものであるが、交付決定に対する不服申出の手続も規定されていないことが認められることなどからすると、右規則は岡崎市が補助金を交付することに当たつて、よるべき手続上の細則を定めたものにすぎないものというべきであり、これに従つて岡崎市の『課等の長』が行う補助金交付決定に行政処分的性質を付与するものとは解し得ない」と指摘し、補助金交付決定が行政処分的性質を付与されるためには、不服申立手続のように補助金交付決定に特段の法的規制が加えられていることが必要であるとの判断を示している。⁽³²⁾このような特段の法的規制の有無を二号請求の行政処分性の判断基準にすることについては、たとえば国の補助金適正化法（正式名称は「補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律」）は、同法に基づく補助金の交付処分に対して、不服のある地方公共団体は不服申立てができる規定を設けており（二五条）、これは私人に対する行政庁の行為にも処分性を与えていることの有力な根拠になると指摘もあるが、この指摘は抗告訴訟における行政処分性についてのものであり、住民訴訟の局面においては、前述のような二号請求独自の行政処分概念に基づけば、このような特段の法的規制まで要求する必要はなく、補助金交付決定における行政庁の一方的な認

定行為の「よるべき手続上の細則」が規定されていれば十分であるように思われる。⁽⁵⁴⁾

(2) 財産の取得・管理・処分

住民訴訟の対象たる「財産」については、地方自治法二三七条一項は「この法律において『財産』とは、公有財産、物品、及び債券並びに現金をいう」と規定しているが、住民訴訟の対象たる「財産」の意味も、これと同義であると解するのが通説である。⁽⁵⁵⁾ 二号請求との関連では、行政処分⁽⁵⁶⁾の形式で行われる財産の取得・管理・処分が住民訴訟の対象になるか否かが問題になってきた。たとえば、公物の占用許可や行政財産の目的外使用許可が行政処分であることは明らかであるが、これらの行為が住民訴訟の対象となる財務会計行為になるか否かという問題である。以下では、財産の取得・管理・処分のうち、これまで特に問題となってきた財産の管理についての判例を取り上げて考察する。⁽⁵⁷⁾

この問題に関して多くの裁判例は、財務会計行為について、その行為の対象となる財産の財産的価値に着目して、その価値の維持、保全を図る財務的処理を直接の目的とする行為と解する目的説という立場をとってきた。したがって、行政管理上の行為又は公物管理行為は排除されてきた。⁽⁵⁸⁾ たとえば東京地裁昭五三年六月一六日判決は、市道の一部にパイプラインを埋設するためになした占用許可処分は、「本件道路部分を交通以外の用に供することを許可するか否かの、もっぱら道路行政上の見地からした処分であって」、⁽⁵⁹⁾財務会計上の行為ではないと判示して、住民訴訟の対象にならないと判断している。また都市公園法上の都市公園の一部につき電力会社に対して鉄塔敷地としての利用

を認める占用許可の取消しが求められた事例である東京地裁平成元年一〇月二六日判決は、「ある行為又は事実が財務会計上の行為又は事実⁽⁶¹⁾に該当するか否かは、その行為等の結果として地方公共団体に財産的損害を与えたかどうかによってではなく、当該行為又は事実自体を観察し、その性質いかんによって判断すべきものというべきであり、当該行為又は事実がその性質上専ら財務的処理を目的とするものであつてはじめて財務会計上のものといふことができる⁽⁶²⁾と解するのが相当である」と述べ、行為の目的によって財務会計性を判断する目的説の立場を明確にしている⁽⁶³⁾。そして同判決は、都市公園法上の「占用許可は、公園管理者が、公共性の強い一定の物件又は施設等⁽⁶⁴⁾に關し、当該占用が公衆の都市公園の利用に著しい支障を及ぼさず、かつ、必要やむを得ないと認められるものであるか否か等を検討したうえで、決定するものであつて、専ら公園管理上の見地から都市公園とその他の公共施設等の調和を図るためになされるものであることは明らかであり、当該公園敷地の財産的価値に着目し、専らその財産的価値の維持や保全等の財務的処理を目的とするものではない」と判示し、当該占用許可を住民訴訟の対象と認めなかつた⁽⁶⁵⁾。

他方、行政財産の目的外使用許可が住民訴訟の対象となる財務会計上の行為であると判断した裁判例として、浦和地裁昭和六一年三月三一日判決⁽⁶⁶⁾がある。本件は、志木市長が結婚式場業者に与えた市民会館の目的外使用許可の取消しが争われた事例である。この市民会館は、市が結婚の挙式及び披露宴の事業を営むことを予定していたものであることから、原告たる市民が、本件目的外使用許可は本件建物の用途目的と同一のものであり、このような目的外使用許可は許されない違法な行為であること等主張して、この目的外使用許可の取消しを求めた。同判決は、この目的外使用許可が住民訴訟の対象になるか否かについて、以下のような判断を示している。

「公の施設の管理には、その本来の設置目的を達成するための見地からなされる行政上の管理とその財産的価値に着目して、これが維持、保存、運用のためになされる財産上の管理が考えられ、後者についての行為又は怠る事実のみが住民訴訟の対象となるものというべきところ、一般に目的外使用許可処分も法上も明らかたおり、本来の目的を達成するためのものではなく、その目的を妨げない限度で、いわば財産の運用としてなされるもので（中略）、後者の性格を有するものと解すべきであり、そして、これが運用において適正を欠けば、普通地方公共団体において、自らこれを自由に運用することを妨げられる等損害を被るおそれがあるから、目的外使用許可処分は、住民訴訟の対象となる財務会計行為というべきであり、本件処分についても同様である。」⁽⁶⁷⁾

このように同判決は、財産の運用面に着目し、公物管理行為と財産管理行為の区分論だけで財務会計性を判断することができない一面があることを指摘したものである⁽⁶⁸⁾。さらに二号請求の事例ではないが、国から市に無償貸付けされた市道敷地が住民訴訟の対象になるか否かが争われた東京地裁昭和四四年二月四日判決は、公物管理行為を「公の施設として道路を一般交通の用に供するため良好な状態に維持管理する」⁽⁷⁰⁾ことと捉え、他方、財産管理行為を「財産を常に良好な状態において管理し、その所有の目的に応じて最も効率的にこれを運用する」⁽⁷¹⁾ことであると捉え、「両者は別個の観念」⁽⁷²⁾であるとしながらも、「両者の内容は實際上重なり合う部分がある」と指摘している。学説上も「公有財産は、財産管理と公物管理二分論で分け得るものではなく、普通財産・行政財産いずれもその基底に共通の財産管理が存在することは否定し得ず、普通財産はこの財産管理だけにとどまるのに対して、行政財産は、その上に行政目的が設定され、その機能発揮のための管理が公物管理なのである。すなわち、二分論的把握ではなく重層的把

握が、まず、考慮されなければならない⁽⁷⁴⁾」との指摘がある。また前述の東京地裁判決において二号請求の対象として認められなかった都市公園法上の占用許可について、この占用許可は、「主として、公園の機能・効能を失わせないための公物管理行為であるが、その前提には不法占有によって所有権が侵害されてはならないという財産的管理の要素も含まれている。その具体的な規定として、六条四項の占用期間を原則として一〇年に制限する条項がある⁽⁷⁵⁾」との指摘もある。

以上のように、公物管理行為と財産管理行為を明確に区別することは難しく、この区分論は、財務会計性を判断する一つの判断基準にはなりえようが、近時の裁判例は、この区分論を絶対視していない⁽⁷⁶⁾。たとえば、民間業者に対する市民病院の床頭台、電源等の部分の使用許可（目的外使用許可）の取消しが争われた大阪地裁平成一〇年二月二二日判決は、目的外使用許可が「公物管理的側面と財産管理的側面の二つの性質を合わせもつ⁽⁷⁸⁾」ものであることを認めたと上で、「二つの側面の優劣関係を具体的な許可ごとに検討することが必要である⁽⁷⁹⁾」と述べている。本件において目的外使用許可は得た業者は、病院の床頭台にプリペイドカード式のテレビ、冷蔵庫、多目的コンセントを備えつけるなどして、入院患者に利用させていたが、同判決は、本件目的外使用許可は「入院患者の治療や介護、及び生活上の利便を考慮し、本件病院施設全体をその本来の行政目的である患者の治療や介護、入院患者の生活の場として使用するためにしたもので、むしろ、病院施設の管理者がその利用形態を公物の管理として定めた側面が相当大きく、財産の運用としての財産管理的側面は希薄である⁽⁸⁰⁾」と捉え、財務会計性を否定し、住民訴訟の対象にはならないと判示している。このように同判決は、公物管理と財産管理行為の区分論にこだわらず、両者が重なり合うことを認め、

個別具体的に財務会計性を判断するという柔軟な判断基準を示したものといえよう。

また、二号請求の事例ではないが、道路の不法占有が住民訴訟の対象になるか否かが問題になった東京高裁判成一年四月二二日判決も、⁽⁸¹⁾「道路の管理といっても、道路としての機能の維持・保全に支障が生じないようにするため道路行政上の管理の面と、その財産的価値の維持・保全を目的とする財産的管理の面があり、住民訴訟の対象となるのは、後者の財産的管理に限られ、前者の道路行政上の管理はその対象にはならないというべきである」⁽⁸²⁾と指摘しながらも、「本件のような道路の管理の問題についていうと、その執行機関又は職員の実行行為が道路敷地について有する財産的価値に影響を及ぼす場合には、その作為又は不作为が住民訴訟の対象になる」⁽⁸³⁾と述べている。したがって本判決は、「実質的には、行為の目的ではなく、財産的価値への影響の有無によって対象性を判断しているように」⁽⁸⁴⁾思われる。このような判断基準に基づいて、都市公園法上の占用許可を二号請求の対象として認めなかった前述の東京地裁判決を検討すれば、「本件許可された占用内容は、原告も主張するように、鉄塔設置という長期間の占用を伴い、本件公園敷地の財産的価値に少なからず影響を与えるものであり」⁽⁸⁵⁾、住民訴訟の対象になるとの判断も可能であったように思われる。⁽⁸⁶⁾

(3) 契約の締結・履行

契約の締結・履行については、契約の締結に基づいて公金の支出が行われ、その公金の支出を二号請求に基づいて争う場合が多く、契約の締結・履行そのものを二号請求の対象として争っている場合は少ない。⁽⁸⁷⁾近時の裁判例として

は、町が私人と締結した土地交換契約の無効確認又は取消しが求められた事例である神戸地裁平成一〇年八月五日判決が、本件契約は「行政庁と私人が合意したことによって成立した私法上の交換契約にほかならず」、「行政庁が法律上認められた優越的な地位に基づいて意思活動を行い、その結果を相手方に強制する性質のものとは認められない」と判断し、「したがって、本件契約の締結は公権力の行使に当たる行為とはいえず、行政処分に該当しない」と結論づけている。また、一部事務組合が建設を予定しているゴミ処理施設の請負契約の取消しが求められた事例である岡山地裁平成一二年一〇月一日判決は、「『行政処分』とは、行政事件訴訟三条二項にいう行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為と同義であると解すべきところ、本件請負契約それ自体は、純然たる私法上の契約の性質を有する行為であって、公権力の行使に当たらないことは明らかであり、したがって、本件請負契約の締結は右取消しの対象となる『行政処分』であるとは認められない」と判示し、「住民訴訟として私法上の契約の取消しを目的とする訴訟を認める法令は存在しないから」、本件請求は「住民訴訟としては不適法なものである」と結論づけている。⁽⁸⁸⁾

二号請求は、当初は財務会計行為のうち行政処分たる性質のものに限定されておらず、私法上の行為も対象とされていたが、どのような場合に私法行為が無効になるのか明確でなかったため、行政処分たる性質のものに限定されたものである。⁽⁹⁴⁾これによって請求の範囲が限定され、契約の取消し・無効の請求はできないことになった。⁽⁹⁵⁾したがって判例が、私法契約を二号請求の対象として認めていないことは妥当であろう。契約行為については、これを二号請求から排除しても、それによって生じた結果を四号請求で争うことができるので、不都合はないとの考え方が一応成り

立つであろう。但し、四号請求の損害賠償請求が認められるためには、主観的な違法性を問うことが必要となるし、⁽⁹⁶⁾また最高裁昭和六二年五月一九日判決は、行政法規に違反する違法な契約であっても、それが無効でない限り、差止請求は認められないと判断しており、この判決によれば、契約が無効と判断されない限り、契約の相手方に対する不当利得返還請求もできないことになろう。⁽⁹⁸⁾したがって、行政の締結する契約行為について住民訴訟による住民の十分な統制が及んでいるとはいいい難く、地方財務行政の適法性の確保を住民訴訟の目的として重視する立場にたてば、契約行為の客観的な違法のみを問える訴訟類型が必要であるように思われる。⁽⁹⁹⁾

三 おわりに

二〇〇二年の住民訴訟制度改革は、住民訴訟の重点を地方公共団体の損害回復機能から地方公共団体の財務会計行政の適法性の確保へ移行させたものといえる。⁽¹⁰⁰⁾二号請求は、当該行為の客観的な違法性そのものを問い、その取消し、無効確認を求めることができる制度であり、まさに地方公共団体の財務会計行政の適法性の確保のための有効な手段として機能しうるはずである。かつて大和勇美判事は、二号請求について以下のように述べている。

「抗告訴訟は処分の相手方が処分の効力を争うものであるのに対し、二号請求の訴訟にあつては、原告は処分の相手方の立場にたつのではなく、逆に自治体のために自治体の統轄者の立場に立つものであり、両者は全く性質を異にするものであり、二号請求の訴訟はむしろ機関訴訟的な性格を有するといえることができる。」⁽¹⁰¹⁾

このように二号請求は、住民訴訟の請求類型において最も強力な規範統制機能を有し、客観訴訟としての性格を色

濃く反映したものといえる。このような視点から二号請求の意義が見直されるべきである。本稿は、二号請求の主要な裁判例を学説をふまえながら考察してきた。特に二号請求が利用されない最大のネックとなっている行政処分概念について、二号請求独自の行政処分概念が主張されていることを指摘した。高木光教授は、「二号請求においては解釈によって処分性を拡大すべきであるという説も傾聴に値するのであるが、現時点においては、裁判所で採用される可能性は極めて低い。したがって、補助金交付決定を行政処分の形式で行うことにする立法的解決を期待する他はない」と指摘している。しかし、支出行為や契約行為について行政処分性を認めることは無理でも、補助金交付決定については、裁判所が解釈によって規則や要綱に基づく補助金決定についての行政処分性を認めることは十分に可能であると思われる。⁽¹⁰⁵⁾ 補助金の交付決定が二号請求の対象として認められるならば、住民は二号請求によって交付前の差止を求めることができるのみならず、当該補助金決定の取消しがなされれば、同一の補助金交付決定がその後でなくなるという規範統制機能を果たすことができるであろう。⁽¹⁰⁶⁾ その意味において補助金交付決定を二号請求で住民が争える意味は大きい。⁽¹⁰⁶⁾ さらに、補助金が交付された後でも、二号請求において補助金交付決定が取り消されることになれば、四号請求をおこななくとも、相手方は当然に補助金を返還しなければならぬと解する余地もあり、⁽¹⁰⁷⁾ 四号請求の負担過重の解消という二〇〇二年の住民訴訟制度の改革の趣旨にも合致することにもなる。

二号請求の行政処分性については、抗告訴訟の行政処分概念が拡大されれば、それに伴い拡がる可能性もあるが、二〇〇四年の行政事件訴訟法の改正は処分性の拡大は行わず、処分に該当しないものについては確認訴訟によってカバーする趣旨で法改正が行われた。したがって、今後、抗告訴訟の処分性が拡大されることはあまり期待できない

が、たとえば、地方公共団体の要綱に基づく補助金交付決定については、これを確認訴訟で争える途はあるように思われる。⁽¹⁰⁸⁾但し、この確認訴訟は主観訴訟であるので、違法な補助金交付決定により地方公共団体が損害を被った場合に、住民がこれを争える客観訴訟たる住民訴訟としての二号請求の存在意義が否定されるわけではない。そうであれば、二号請求において裁判所が、抗告訴訟の行政処分概念にとられず、独自の行政処分概念を構築することによって、二号請求の対象を拡げていくことが、二号請求の活性化のために必要であると思われる。細川俊彦教授は、「訴訟要件を厳格に解釈することによって住民訴訟を極力排除するのではなく、なるべく訴訟という土俵に乗せることが公益に叶うという視点から、訴訟要件の弾力的解釈が図られるべきである」と述べている。⁽¹⁰⁹⁾

また、本稿で考察した財務会計行為の概念について、裁判所が、公物管理行為と財産管理行為との区分論に固執し、当該行為によって現に具体的な財産的損害が生じていても、当該行為が公物管理行為という理由で住民訴訟の対象にならないと判断していくことになれば、地方公共団体の財産の損失の防止・回復という住民訴訟の目的は実現できないことになる。⁽¹¹⁰⁾近時の裁判例では、このような区別を絶対視せず、当該行為の財産への影響や財産の運用にも着目して財務会計性を判断しており、望ましい傾向といえよう。このように裁判所が柔軟な判断を行えば、住民訴訟の対象となる財務会計行為の範囲は拡大され、それだけ二号請求の対象範囲も拡がることになる。⁽¹¹¹⁾

前述したように、住民訴訟は、地方公共団体の財務会計行政の適法性の確保と地方公共団体の損害防止・回復という二つの目的を有するものとの理解にたてば、二号請求の活性化のためには、二号請求の行政処分概念については住民訴訟の前者の目的を重視する観点からの法解釈が、財務会計性の判断については住民訴訟の後者の目的を重視する

観点からの法解釈がなされるべきであろう。二号請求は、最近ではほとんどみられなくなっている。二〇〇二年の住民訴訟制度改革が二号請求の活性化の一つの契機になることが期待されるところである。

- (1) この四号請求の問題点を指摘したものと、曾和俊文「住民訴訟制度改革論」法と政治五一巻二号二〇六一二二七頁参照。
- (2) この改正については、安本典夫「住民訴訟・新四号訴訟の構造と解釈」立命館法学二九二号三八三頁以下、特集「住民訴訟制度の課題と展望」法律のひろば五五巻八号四頁以下等の文献参照。
- (3) 成田頼明「住民監査請求・住民訴訟制度の見直しについて（上）」自治研究七七巻五号一八頁。
- (4) 詳細については、小幡純子「住民訴訟における一号請求の重要性」法律のひろば五五巻八号二二三頁参照。
- (5) 曾和俊文「住民訴訟の訴訟要件」園部逸夫編『実務・自治体財務の焦点④住民訴訟』（ぎょうせい、一九八九年）四八頁。
- (6) 曾和・前掲註（一）一七六頁は、「住民訴訟の運用としては、一号請求ないし三号請求をより重視すべきであり、住民訴訟の目的としても、財務会計行政の適法性の確保の視点が重視されるべきではないかと考えている」と述べている。
- (7) 二号請求については、行政事件訴訟法とは異なり、取消し請求のみならず、無効確認訴訟についても出訴期間の制限がある。したがって、取消し請求のほかに無効確認訴訟を定める必要性があるかについて疑問視されている。芝池義一「住民訴訟の対象」『園部古希記念・憲法裁判と行政訴訟』（有斐閣、一九九九年）五九六頁。
- (8) 関哲夫「住民訴訟論（新版）」（勁草書房、一九九七年）一九四頁。
- (9) 木佐茂男「住民訴訟の対象」民商法雑誌八二巻九号七九九頁、白井皓喜「取消し、無効確認請求（二号請求）の対象」民商法雑誌九三巻二二四四頁、石津廣司「住民訴訟の手続」園部逸夫編『最新地方自治法講座四住民訴訟』（ぎょうせい、二〇〇四年）二九六頁。但し、不当利得返還請求の場合も二号請求を行う必要がないとした裁判例として、大阪高裁昭和四三年八月九日判決（行裁集一九巻八・九号一四〇一頁）参照。
- (10) 佐藤英善「住民訴訟」（学陽書房、一九八六年）一〇七頁、西島羽和明「住民訴訟の類型」園部・前掲註（5）一五四頁。

- (11) 川内 劼「二号請求の『行政処分』概念と補助金交付決定」修道法学一一卷二七二頁、金子芳雄「行政訴訟の実体的検討」『田中二郎先生古稀記念 公法の理論「中」』（有斐閣、一九六六年）一一六二頁参照。
- (12) 東京地裁昭和五十六年六月二六日判決（行集三三卷六号九五九頁、東京高裁昭和五十六年一月二五日判決（行集三三卷一一号二〇九〇頁）参照。
- (13) 佐藤英善「住民訴訟の請求」『最新地方自治法講座四』（ぎょうせい、二〇〇四年）一六七頁。
- (14) 同右。
- (15) 確井光明『要説・住民訴訟と自治体財務「改訂版」』（学陽書房、二〇〇二年）一八一—一九頁、高木光「住民訴訟における行政処分概念——補助金交付決定を念頭において」『南博方先生古稀記念・行政法と法の支配』（有斐閣、一九九九年）一二二頁以下参照。
- (16) 関・前掲註（8）二〇頁。
- (17) 同右一九〇—一九二頁。
- (18) 曾和・前掲註（5）四九頁。
- (19) 行集一八卷三号二四頁。
- (20) 同右二二頁。
- (21) 同右二二頁。
- (22) 行集一八卷四号六〇一頁。
- (23) 同右六一六頁。
- (24) 判例時報九三六号五六頁。
- (25) 同右五八頁。
- (26) 同旨の判例として京都地裁昭和五十四年一月三日判決（判例時報九六二号五七頁）参照。
- (27) 関・前掲註（8）一七五頁。
- (28) 同右。

- (29) 判例地方自治一一二号二〇頁。
- (30) 同右二三一一二四頁。
- (31) 同旨の判例として福岡地裁昭和五五年四月二五日判決（行集三二卷四号一〇二三頁）、浦和地裁平成五年一月一八日判決（判例地方自治一二四号二二頁）、札幌高裁平成九年五月七日判決（判例地方自治一六八号九頁）参照。
- (32) 判例地方自治六〇号一七頁。
- (33) 同右一八頁。
- (34) 同右。
- (35) 本判決の判断は控訴審においても支持されている。東京高裁平成元年七月一日判決（行集四〇卷七号九二五頁）参照。
- (36) 判例地方自治二二三号三三頁。
- (37) 同右五九頁。
- (38) 同右。
- (39) 同右。同旨の判決として札幌高裁平成九年五月七日判決（行集四八卷五〓六号三九三頁）。
- (40) 行政処分性が争点となった事例ではないが、それを前提に本案審理が行われた判例として、熊本地裁昭和五一年三月二九日判決（行集二七卷三号四一六頁）、名古屋高裁昭和三四年八月三日判決（行集一〇卷九号一七七六頁）、名古屋高裁昭和四三年十二月二六日判決（行集一九卷一二号一九九二頁）参照。
- (41) 確井・前掲註（15）一九一一一九二頁。
- (42) 同右一九二頁。
- (43) 寺田友子「判例解説」判例地方自治六六号三七頁。
- (44) 確井・前掲註（15）一九二頁。
- (45) 大橋洋一『行政法「第二版」』（有斐閣、二〇〇四年）三〇〇頁は、「法令に基づく、行政の一方的な認定行為である点に行政行為は特色をもつ。逆に、要綱に基づく給付制度における不支給の決定は、法令に基づくものでないから、行政行為ではなく、契約と

解すべきである」と述べている。他方、阿部泰隆「基本科目としての行政法・行政救済法の意義(4)」自治研究七七卷七号一〇頁は、要綱に基づく給付決定は行政処分であると捉えるべきであると指摘している。

(46) 佐藤・前掲註(13) 二二三頁。

(47) 芝池義一『行政法総論講義(第四版)』(有斐閣、二〇〇一年) 一一〇—一二一頁参照。

(48) 芝池・前掲註(7) 六〇〇頁。

(49) 佐藤英善「住民訴訟の要件」『行政法の争点(新版)』(ジュリスト増刊) 二二三頁。

(50) 判例時報一一七八号六四頁。

(51) 同右七〇頁。

(52) 同旨の判例として名古屋地裁昭和五九年二月二六日判決(判例時報一一七八号六四頁)、広島地裁昭和四二年四月二五日判決

(行集一八卷四号六〇一頁)、東京地裁昭和五六年六月二六日判決(行集三三卷六号九五九頁)等参照。

(53) 塩野宏「補助金請求権の性質」田中二郎・雄川一郎編『行政法演習Ⅰ(改訂版)』(有斐閣、一九六三年) 一七頁。国の補助金適

正化法に基づく補助金交付決定を行政行為として判断している裁判例として、東京地裁昭和五一年二月一三日判決(行集二七卷

一一一一号一七九〇頁) 参照。

(54) 川内・前掲註(11) 二八九頁参照。

(55) 曾和・前掲註(5) 五〇頁。

(56) 芝池・前掲註(7) 六〇四頁。

(57) 財産の取得や処分については、たとえば土地区画整理事業の換地処分による土地の取得や保留地予定地売却処分が二号請求の対

象になるかといった問題が判例上争われてきた。前者については、最高裁昭和五一年三月三〇日判決(判例時報八一三号二四頁)

が、当該換地処分は財務的事項ではないとして二号請求の対象にならないと判断している。後者については東京高裁昭和四六年四

月二七日判決(行集二二卷四号五八二頁) が当該行為は行政処分ではないと判断している。

(58) 野呂充「最新判例批評」判例評論五四三号五頁。

- (59) 判例時報九二二号三八頁。
- (60) 同右四一頁。
- (61) 判例時報一三三三三号八七頁。
- (62) 同右九〇頁。
- (63) 野呂・前掲註(58)五頁は、「目的説にたつ裁判例も一樣ではなく」、「①当該財産の財産的価値の維持保全を目的とする行為に対象適格を認め、それ以上の限定をしないもの」、「②もっぱら財産的処理を目的とする行為に対象を限定するもの」、「③財務的処理を直接の目的とする行為に対象適格を認めるもの」があると指摘している。なお最高裁は③の立場をとっている。最高裁平成二年四月一二日判決(民集四四卷三三三号四三一頁)参照。
- (64) 判例時報一三三三三号九一頁。
- (65) 同様に行政管理上の処分として、財務会計性を否定した判例として、東京地裁平成五年三月二二日判決(行集四四卷三三三号二六〇頁)、その控訴審の東京高裁平成六年二月一七日判決(行集四五卷一一二二号一〇八頁)、大阪地裁平成二年一〇月二四日(行集四一巻一〇号一六五〇頁)参照。
- (66) 判例時報一二〇一七二頁。
- (67) 同右八一頁。
- (68) 芝池・前掲註(7)六〇七頁参照。なお芝池・前掲註(7)六〇八―六〇九頁は、行政財産の目的外使用許可それ自体が財産管理的性格を有するものであると指摘している。
- (69) 行集二〇卷一二号一六五四頁。
- (70) 同右一六六二頁。
- (71) 同右。
- (72) 同右。
- (73) 同右。

- (74) 佐藤英善「住民訴訟の裁判例にみる問題点」ジュリスト九四一四六頁。
- (75) 寺田友子「判例解説」判例地方自治七八号一〇二頁。
- (76) 曾和・前掲註（5）五三頁は、公物管理と財産管理との区別について、「公物管理行政においては、両者が重なり合うのが普通であるので、区別論がどこまで意味を持つのか再検討の余地がある」が、「住民訴訟の保護法益を財務会計行政の適法性確保と捉える立場からみて、一つの基準たり得ると思われる」と指摘している。
- (77) 判例タイムズ九八〇号一四一頁。
- (78) 同右一四四頁。
- (79) 同右。
- (80) 同右。
- (81) 判例時報一八二四号三頁。
- (82) 同右一三頁。
- (83) 同右。
- (84) 野呂・前掲註（58）五四三頁五頁。
- (85) 寺田・前掲註（75）一〇二頁。
- (86) 芝池・前掲註（7）六〇九頁は、「公物占用許可は私人に対し公物の占有を許すものであるから、その占有によって他の者による利用が制限されまた当該公物が減価することによる財産的不利益は、占有許可を授権する法の許容するところである。従って、この財産的不利益が法の予定する程度を超え、看過しがたいほど不合理なものである場合に公物占有許可は住民訴訟の対象となり裁判所の審判を受けることになろう」と述べている。
- (87) 曾和・前掲註（5）五五頁参照。
- (88) 判例集未掲載。但し判決の概要については判例地方自治一八七号一〇三頁参照。
- (89) 判例地方自治二四号七九頁。

(89) 同右七九頁。

(91) 同右。

(92) 同右。

(93) 契約の締結を行政処分ではないとした他の裁判例としては、金沢地裁昭和五八年六月三日判決（判例地方自治二二四号七九頁）、
浦和地裁平成二年一月二九日判決（判例集未搭載）等参照。

(94) 大和勇美「住民訴訟の諸問題」『実務民事訴訟法講座九』（日本評論社、一九七〇年）五一頁。

(95) 金子芳雄「住民訴訟の諸問題」（慶応通信、一九八五年）四五頁。

(96) 寺田友子「違法な補助金交付決定を住民が争う方法」判例地方自治四五号九七頁。

(97) 民集四一卷四号六八七頁。

(98) 寺田・前掲注（95）九七頁。芝池義一教授は、行政法規違反の契約は原則無効であると主張している。芝池義一
「住民訴訟における違法性（下）」法曹時報五一卷七号一六五〇頁。この最高裁判決の射程範囲を検討したものとして、高木・前掲
註（15）一二八—一二三五頁参照。

(99) たとえば、安本・前掲注（2）三九〇—三九一頁は、契約の取消し・解除の義務づけ訴訟の立法化を提案している。また芝池・前
掲註（7）五九六頁は、「契約の無効確認の請求の制度には疑義があったため、廃止されたのである。抜本的な解決策は、契約など
の非権力的行為についての差止請求と行政処分についての取消し請求を一本化した請求を設けることである」と指摘している。

(100) 人見剛「住民監査請求・住民訴訟に係る地方自治法改正案について」自治総研二七三号一一頁参照。

(101) 大和・前掲註（94）五一頁。

(102) 高木・前掲註（15）二三五頁。

(103) 確井・前掲註（15）一九頁は、「私は、二号請求の対象となる行政処分の要件をある程度緩和させる考え方に賛成したい。基本的
には、二号請求は、一号差止請求の代替的機能を發揮する。ただし、緩和説に立つとしても、支出命令や支出、契約締結などに、
行政処分性を認めることは困難である。補助金の交付決定などについては、ゆるやかにみてよい」と述べている。

(104) 二号請求については、行政事件訴訟法四三条により、同二五条の執行停止の規定が準用される。但し、原告たる住民は監査請求後六〇日を経過しないと訴訟を提起できないことから、急を要する保全処分としては不十分であると指摘されている。佐藤・前掲註(13)二七一頁。また小幡純子「住民訴訟と職員責任」松下圭一他編『岩波講座・自治体の構造4 機構』(岩波書店、二〇〇二年)二二八頁(註二〇)は、規則や要綱に基づく補助金交付決定を「いわゆる形式的行政処分としてとらえて取消し等を求めることは、後の公金支出を止める機能を有するため、合理的であろう」と指摘している。

(105) 川内・前掲註(11)二七一頁。

(106) 佐藤・前掲註(13)一九二頁は、「補助金交付前ならば一号請求、交付後ならば四号請求で争わせることが確かに可能であるが、このような訴訟技術的操作によって、本号請求の可否を選別させる方式が、果たして客観訴訟としての本号請求の制度的趣旨に合致するかは疑問」であると指摘している。

(107) 高木・前掲註(15)一九二頁は、「二号請求が認容された場合の後始末として、地方公共団体は当然に補助金の受領者に対して返還を請求できるのか、そこでは取消判決の効力によって相手方は信頼保護等の主張をすることが排斥されるのかという難問が広く意識されることになろう」と指摘している。

(108) この確認訴訟の活用可能性については、前田雅子「行政作用と行政訴訟改革―行政訴訟の対象と類型を中心として」ジュリスツ一二七号三四―三五頁参照。前田教授は、確認の訴えの利益として、「裁量の瑕疵のない交付決定を受ける法的利益」が観念されるとき、交付決定の違法確認判決が得られるならば、その拘束力を通して再度の交付決定が期待できると指摘している。同右三五頁。

(109) 細川俊彦「住民訴訟に関する若干の問題についての考察」金沢法学四四卷二四四―二四六頁。

(110) 曾和・前掲註(5)五四頁参照。

(111) 村田哲夫・鳥山半六「判例解説」判例地方自治六一号二四頁は、「二号請求の活用の途を拡大するとすれば、少なくとも二号請求の対象たる行政処分が財務性を有しなければならぬとしても、その財務性をどこまで承認するかの作業が必要となる」と指摘している。なお芝池・前掲註(7)六一七頁は、「財務会計行為」という概念を用いることは適切ではなく、公金・財産の管理という法

律の文言により住民訴訟の対象性を判断することが適切であろう」と指摘している。