

令和3年（行ノ）第166号 行政上告受理申立て事件

（原審 東京高等裁判所令和2年（行コ）第246号）

申立人 日野市長 大坪 冬彦

相手方 [REDACTED] 外78名

令和4年3月1日

## 上告受理申立て理由書

最高裁判所 御中

申立人

〒191-8686

東京都日野市神明1丁目12番地の1

申立人 日野市長  
大坪 冬彦

申立人訴訟代理人

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

申立人指定代理人

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

## 目 次

理 由 要 旨 . . . . . 4 頁

第 1 本件通行路の設置には本件都市計画の変更が必要であり、それを  
なさずに本件通行路を設置したことは都市計画法に違反するとの判断  
について（上告受理申立て理由第 1 点） . . . . . 6 頁

第 2 本件通行路設置の都市計画法上の違法は、財務会計法規上の違法  
に当たるとの判断について（上告受理申立て理由第 2 点） . . . 1 8 頁

第 3 大坪市長には過失があるとの判断について（上告受理申立て理由  
第 3 点） . . . . . 3 0 頁

第 4 本件においては損益相殺は認められないとの判断について（上告  
受理申立て理由第 4 点） . . . . . 3 8 頁

## 理 由 要 旨

- 1 原判決は日野市が本件都市計画を変更することなく本件通行路を利用予定期間30年として設置すると決定したことは都市計画法に違反すると判断しているが、原判決の同判断は都市計画の決定・変更の適否につき最高裁平成18年11月2日判決（民集60巻9号3249頁）が判示した判断基準に照らし、同最高裁判決と相反する判断であり、かつ、都市計画法21条、53条の解釈・運用を誤り、また、原判決が上記判断の基礎とした本件通行路の設置により本件都市計画で計画されている北川原公園予定地全体の整備が30年ないしこれを超える期間、不可能又は著しく困難になるとの認定には、採証法則、経験則違反、住民訴訟における立証責任帰属の判断の誤り、理由不備の違法があり、さらに本件通行路設置時点で本件都市計画を変更しておかなければならないとの判断には理由不備の違法がある（上告受理申立て理由第1点）。
- 2 原判決は、本件都市計画を変更することなく本件通行路を設置した都市計画法上の違法は財務会計法規上の違法に当たると判断しているが、原判決の同判断は、都市計画法上の違法と財務会計法規上の違法を混同するものであり、最高裁昭和59年11月6日判決（判時1139号30頁）、最高裁昭和60年9月12日判決（判時1171号62頁）、最高裁平成4年12月15日判決（民集46巻9号2753頁）の判断と相反する判断であり、かつ、地方自治法1条の2第1項、廃棄物処理法4条1項を看過して地方自治法242条の2第1項4号（違法性）、地方自治法2条14項、地方財政法4条1項の解釈・適用を誤り、また、北川原公園予定地全体を公園として整備する時期が本件通行路設置後30年以内に到来するか否か、また、到来した場合にその時点で本件都市

計画を変更することによる障害の有無について何ら認定していないのであって、採証法則、経験則違反、住民訴訟における立証責任帰属の判断の誤り、理由不備の違法がある（上告受理申立て理由第2点）。

3 原判決は大坪市長には過失があると判断しているが、原判決の同判断には都市計画法上の違法についてのみ過失があるとする理由を判示し、財務会計法規上法の違法についての過失があるとする理由を判示しておらず、理由不備の違法があり、また、財務会計法規上の違法及び都市計画法上の何れについても法令解釈・法的価値判断の誤りの問題であり、定着した法的見解がないにもかかわらず大坪市長の過失を肯定しており、原判決の同判断は、最高裁昭和46年6月24日判決（民集25巻4号574頁）、最高裁昭和49年12月12日判決（民集28巻10号2028頁）の判断と相反しており、かつ、地方自治法242条の2第1項4号（過失）の解釈・適用を誤るものである（上告受理申立て理由第3点）。

4 原判決は、本件において損益相殺は認められないと判断しているが、原判決の同判断は最高裁昭和55年2月23日判決（裁判集民事129号209頁）及び最高裁平成6年12月20日判決（民集48巻8号1676頁）の判断と相反し、かつ、地方自治法242条の2第1項4号（損害）の解釈・適用を誤るものである（上告受理申立て理由第4点）。

第1 本件通行路の設置には本件都市計画の変更が必要であり、それをなさずに本件通行路を設置したことは都市計画法に違反するとの判断について（上告受理申立て理由第1点）

1 原判決の判断

- (1) 原判決は、「本件通行路の設置は、北川原公園予定地の一部を公園整備とは別の政策目的（国道20号バイパス及び多摩川ルートを通して新施設に至るまでの運搬通路を確保し、交通量の増加が見込まれる廃棄物運搬車両の通行の用に供すること）に基づき、計画された都市施設である公園とは別の用途に使用するため、あえて公園としての整備を留保して行われたものであり、これにより、30年又はそれ以上という長期間にわたり、北川原公園予定地の全体を公園として整備する本件都市計画の実現が不可能又は著しく困難になるという結果を招来するものというべきである。また、上記のような専用路案の採用の経緯に照らすと、日野市は、当初は兼用工作物案を軸に検討し、その後、一旦は都市計画を変更して本件通行路部分を都市計画区域から除外する案（公園区域除外案）を検討しながら、住民の利害調整が困難であるという政治的配慮から、あえて都市計画の変更決定に必要な手続（公聴会等による住民意見の反映、提出された意見書の要旨の都市計画審議会への提出、都市計画審議会の開催等）を回避するため、公園区域除外案の採用を取り止めて専用路案を採用したと認定するのが相当である。

このような具体的事情の下では、北川原公園予定地における本件通行路の設置は、客観的に見て実質的な都市計画の変更に当たるといふべきであり、大坪市長がこれを決定したことは、職務上考慮すべき事情を考慮せず、かつ、本件都市計画の変更を行う際の手続規制を潜脱したものであって、都市計画決定権者としての日野市の裁

量権を逸脱したものとして、都市計画法上違法であるというべきである。」と判示している（原判決12頁～13頁）。

- (2) 原判決は本件通行路の設置は、都市計画法に違反すると判断しているものであるが、その理由は本件通行路を設置するには本件通行路設置部分を北川原公園予定地から除外する都市計画変更手続を要するものであって、同手続を経ずに実施することは都市計画法違反になるというものである。

もつとも原判決も「都市計画に基づく都市施設の整備を進めるに当たり、当該都市計画を維持したまま一時的・暫定的な利活用を図るといったことも、そのことのみをもって直ちに違法の問題を生じるものではないと解される。」（原判決10頁）と判示しており、およそ都市計画公園施設（北川原公園）の区域内に公園施設ではない通行路を設置すること自体が許されず、都市計画法に違反すると判断しているわけではない。

要するに、原判決は、本件通行路の設置は、30年又はそれ以上の長期間にわたり、北川原公園予定地の全体を公園として整備するという本件都市計画の実現が不可能又は著しく困難になるという結果を招来することになるから、都市計画を変更しないまま本件通行路を設置することは都市計画法に違反するというものである。

- (3) 都市計画の決定又は変更の適否の判断基準については、最高裁平成18年11月2日判決（民集60巻9号3249頁）は、「当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実と誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと

認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となる」と判示しているところである。

本件通行路の設置に、原判決の判示する大坪市長の裁量権逸脱・濫用の違法があるかは上記最高裁判決に照らして判断されるべきものである。本件通行路の設置については、以下2ないし5で述べることが指摘されるものであり、裁量権の逸脱・濫用はない。

- 2(1) 都市計画法は、都市施設に関する都市計画の基準について、「土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して、適切な規模で必要な位置に配置することにより円滑な都市活動を確保し、良好な都市環境を保持するように定めること。」（13条1項）と規定している。都市施設に係る都市計画の決定・変更は上記基準に即して行われるべきであり、「土地利用」の「将来の見通し」を勘案して行われるべきものである。
- (2) 本件通行路の設置に係る都市計画変更の要否の判断において重要な要素は、原判決のいう北川原公園予定地の全体を公園として整備するという本件都市計画の実現が、「土地利用」の「将来の見通し」を勘案すると本件通行路の設置によりそもそも遅れることになるのか、換言すれば、本件通行路を設置しなければ、本件都市計画の実現がいつになるはずだったのかということである。

原判決も判示するとおり、北川原公園予定地については浅川水再生センターに係る都市計画の対象区域でもあり、同センターの水処理施設の完成に長期を要する見込みであったため、日野市は暫定的に本件通行路を設置することとしたものである（原判決の引用する一審判決27頁）。

本件都市計画に都市計画公園として位置付けられている北川原公園は、原判決のいう本件上流側土地（国道20号バイパスの北側部

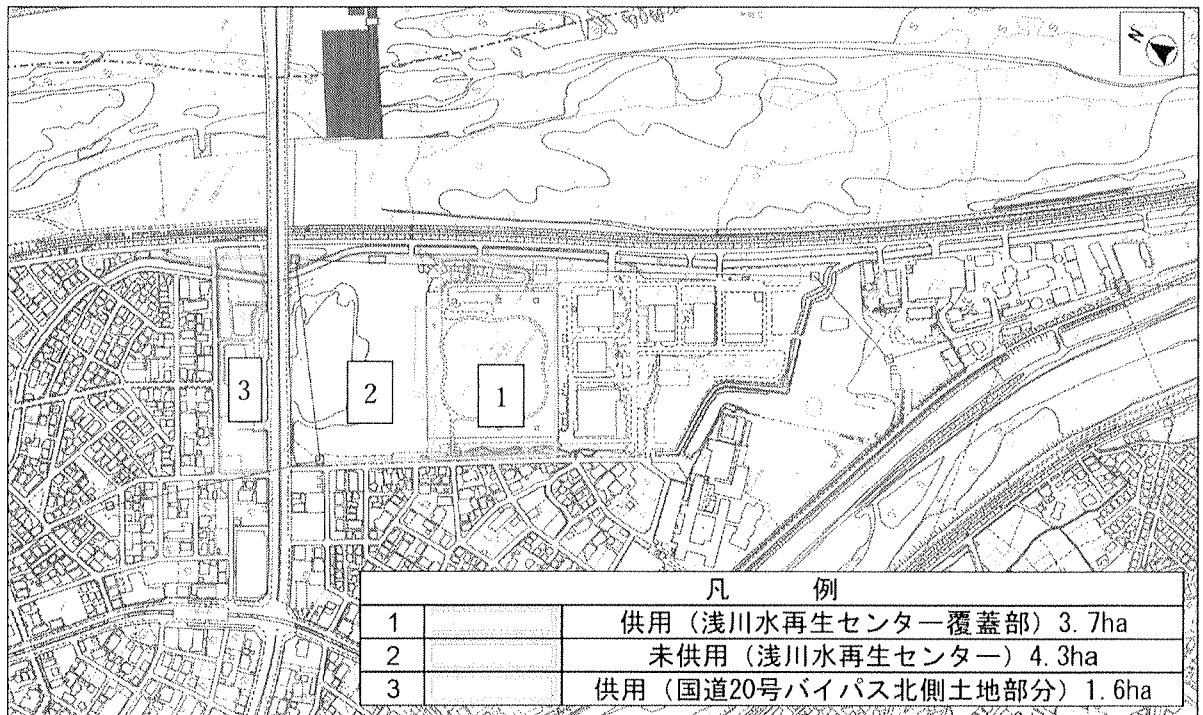


分) 及び下流側土地 (国道 20 号バイパスの南側部分) からなるものであるが、下流側土地については、東京都下水道局浅川水再生センター施設の設置後、その施設の覆蓋部を東京都下水道局の用地使用許可により日野市が使用し北川原公園として利用する形での土地利用を前提とした計画となっている (原判決の引用する一審判決 4 頁、21 頁)。

現在、東京都下水道局浅川水再生センターは、第 1 系列から第 4 系列までの施設整備が完了しその覆蓋部の 3.7 ha の下水道用地使用許可により北川原公園として供用開始している状況である (乙第 78 号証の 2、乙第 84 号証、乙第 85 号証、乙第 86 号証、乙第 87 号証、乙第 88 号証)。本件都市計画では北川原公園は全体 9.6 ha であり (甲第 6 号証)、そのうち下流側土地の面積は 8.0 ha であるが (乙第 68 号証、乙第 78 号証の 2)、そのうちの 3.7 ha が供用開始されているに過ぎない。

昭和 54 年に都市計画決定された北川原公園 9.6 ha のうち、40 年近くたった現在でも 4.3 ha は公園整備がなされず供用開始されていない。

現況図面 (乙第 72 号証) に表示すれば下図のとおりである。



上記供用開始に至っていない4.3haについて、東京都下水道局の浅川水再生センターの施設整備計画では、残り第5系列及び第6系列の設置が予定されているが、現時点ではその施設の設置はなされておらず、その実施時期等の計画、予定すら立っていない。

このように、北川原公園予定地のうち本件下流側土地の公園整備については、東京都下水道局浅川水再生センター施設の設置を前提とするものであって、その施設が設置されて初めて北川原公園の整備を行うことができることとなるため、その整備には長い年月を要することとなり、また、その整備完了時期の見通しすら全く立っていない現状においては、さらに長い年月を要することも見込まれたのである。このように、浅川水再生センターの整備が長期間を要すると見込まれていたからこそ、日野市は、本件都市計画を変更せずに、暫定利用として本件通行路を設置することとしたのである（乙第41号証、原判決の引用する一審判決27頁）

東京都下水道局が浅川水再生センターの施設整備を完了させた上

で、さらにその覆蓋部を利用して日野市が公園として整備し供用開始に至るには相当の年月を要するものであり、このことは昭和54年に都市計画決定された北川原公園予定地のうち、浅川水再生センター施設の覆蓋部を利用する下流側土地8.0haについて40年間で3.7haの公園の供用開始にとどまっているこれまでの進捗からすると、北川原公園の整備完了にはさらに40年以上の年月が必要となることは明らかである(乙第96号証5頁)。

- (3) これに対し、原判決は、日野市が本件都市計画を変更することなく本件通行路を設置すると決定した当時(平成27年12月10日)「本件下流側土地及び本件将来整備区域における浅川水再生センターの水処理施設の具体的な設置の時期は決まっていなかった一方、同施設の設置までに30年以上を要する可能性が高いといえる事情も特に存在しなかった。」と認定している(原判決の引用する一審判決27頁)。

しかしながら、上記(2)で述べたとおり、昭和54年に都市計画決定された北川原公園予定地のうち、浅川水再生センター施設の覆蓋部を利用する下流側土地8.0haについて40年間で3.7haの公園の供用開始にとどまっており、しかも平成27年12月10日時点においても原判決自身が認定するとおり、浅川水再生センターの具体的な設置時期が決定していなかったのであり(このことは現在でも同様である。)、これらの事実からすれば、同施設の設置までに30年以上を要する可能性が高いといえる事情がなかったとする原判決の認定は経験則、採証法則に反するものである。

しかも、原判決は、30年を利用期間として本件通行路を設置することが、北川原公園予定地の全体を公園として整備することを30年又はそれを超える期間、不可能又は著しく困難にするとし、こ

これを理由に本件都市計画を変更しないまま本件通行路設置することが社会通念上著しく妥当性を欠き、違法であると判断しているのであるから、本件通行路を設置しなければ、本件通行路設置後30年以内に北川原公園予定地の全体を公園として整備できたはずであることが認定されなければならないはずである。この認定は、原判決が、本件都市計画を変更することなく本件通行路を設置することが社会通念上著しく妥当性を欠くと判断するための不可欠の前提である。そして、この点は、本件通行路設置の都市計画法上の違法ひいては財務会計法規上の違法に係る事項であり、その立証責任は損害賠償を請求する相手方らにある（東京高裁昭和58年7月28日判決・判タ510号149頁）。しかるに原判決は、「本件下流側土地及び本件将来整備区域における浅川水再生センターの水処理施設の具体的な設置の時期は決まっていなかった一方、同施設の設置までに30年以上を要する可能性が高いといえる事情も特に存在しなかった」（原判決の引用する一審判決27頁）と認定するのみで（要するに結局のところ、30年以上を要するか否か不明であると認定しただけ）、本件通行路設置の都市計画法上の違法を判断しており、同判断には、住民訴訟における立証責任の帰属の判断を誤り、理由不備の違法を犯すものである。

- 3(1) 都市施設（本件では北川原公園）の整備に関する事業は、その性質上、そもそも長期間を要するものであり、都市施設整備のための都市計画事業が長期間にわたって行われない結果となったとしても、都市計画法上、違法の問題が生ずるものではない（東京地裁平成5年2月17日判決・行裁例集44巻1・2号17頁、その控訴審東京高裁平成5年9月29日判決・行裁例集44巻8・9号841頁）。

かえって、一審判決・原判決が判断の根拠としている国土交通省の都市計画運用指針は「都市施設の都市計画は将来の見通しの下、長期的視点からその必要性が位置付けられているものであり、単に長期にわたって事業に着手していないという理由のみで変更することは適切ではない」（甲第35号証）としているところである。

上記の点を考慮すれば、本件通行路の設置の際に、日野市が本件都市計画を変更しないと判断したことは都市計画法の趣旨に適合している。

- (2) これに対し原判決が都市計画を変更しないで本件通行路を設置することが都市計画法に違反するとした判断の理由は、日野市の本件通行路の利用期間の方針が30年間であるところ、当該方針によれば、国土交通省の都市計画運用指針において都市施設の「長期的な」整備水準を検討する上での目標として示された期間（おおむね20年間）や、改定整備指針において、北川原公園予定地（浅川既供用区域を除く。）を優先的に公園として整備すべきものとされた期間（平成23年12月から10年間）を大幅に超えて長期間にわたり、都市公園の予定地が公園施設以外の用途に使用されるという状態が固定化するというところにある（原判決11頁～12頁）。

しかしながら原判決が上記判断の根拠として挙げる都市計画運用指針は、一方では上記(1)で述べたとおり、「都市施設の都市計画は将来の見通しの下、長期的視点からその必要性が位置付けられているものであり、単に長期にわたって事業に着手していないという理由のみで変更することは適切ではない」（甲第35号証）としているところであり、日野市が本件都市計画を変更していないことの合理性を逆に裏付けるものである。

また、原判決が上記判断の根拠として挙げる改定整備指針に至っ

ては、同指針が優先的に公園として整備すべきとした期間の終期である平成33年（令和3年）3月を超えた原審当時に至っても、北川原公園予定地のうち、浅川水再生センター施設の覆蓋部を利用する下流側土地8.0haのうち3.7haが公園として整備され、供用開始されているにとどまっていること（この現況については原審において争いのない事実となっている。申立人の控訴理由書第2、2、(3)及び相手方の原審答弁書第2、2、(3)参照）からすれば、東京都の都市計画担当部局の単なる希望の見込みを表明したものにすぎず、日野市に対してはもとより、浅川水再生センターの設置・管理者である同じ東京都の部局である下水道局に対してすら、法的にはもとより、事実上もそれらの方針を制約するものとして示されたものでないことは明らかである。

都市計画を都市計画法21条1項により変更すべきといえるのは、都市計画決定後に相当の長期間を経過しただけではなく、当該都市計画の必要性や合理性がおよそ失われた場合であって（東京地裁平成31年1月30日判決（平成27年（行ウ）第455号）・裁判所ウェブサイト、東京地裁令和2年2月27日判決・判時2470号3頁）、本件の場合、本件通行路の設置は一時的・暫定的なものであり、都市公園整備の必要性・合理性が失われたわけではないから、本件都市計画を変更すべき場合には当たらない。

都市計画運用指針や改定整備指針を根拠に、都市計画公園施設（北川原公園）整備のための本件都市計画決定を変更すべきであったとすることなどできない。

- (3) さらに、日野市の市民のなかには、北川原公園に係る本件都市計画を変更することなく、その実現をすべきであるとする市民もいたのである（例えば、一審の原告本人尋問で供述した相手方■■■■は、

北川原公園計画は、市民の思いを受け、日野市がそれに応えて造られたものであることを強調しており、北川原公園に係る本件都市計画を変更してもよいなどとする考えではない。相手方らの一審第2準備書面第2参照）。

日野市は当然のことながら、この点も考慮して本件通行路の設置の際に、本件都市計画を変更しないと判断している。

原判決は、「日野市は、当初は兼用工作物案を軸に検討し、その後、一旦は都市計画を変更して本件通行路部分を都市計画区域から除外する案（公園区域除外案）を検討しながら、住民の利害調整が困難であるという政治的配慮から、あえて都市計画の変更決定に必要な手続（公聴会等による住民意見の反映、提出された意見書の要旨の都市計画審議会への提出、都市計画審議会の開催等）を回避するため、公園区域除外案の採用を取り止めて専用路案を採用したと認定するのが相当である。」（原判決13頁）と判示している。

原判決の判示する「住民の利害調整が困難」とは、住民の中にはその理由は個人的利害、市民全体の利害等、様々ではあっても、北川原公園を都市計画どおり整備すべきであるとして本件都市計画の変更反対の住民が存在することを指すものであって、利害調整が困難である以上、日野市としてこのような本件都市計画変更反対の住民も存在することを考慮することは当然のことであり、そのことは、都市計画の変更決定に必要な手続として「住民意見の反映」があることを考えれば一層当然のことであり、これを「政治的配慮」というのであれば、考慮すべき事情を考慮（配慮）した以外の何物でもない。

- 4 さらに本件通行路は、設置時点において30年間利用する方針で日野市は設置しているが、30年間利用の方針といってもその利用期間

はあくまで予定期間であって、法的に本件通行路の存続期間が確定しているわけではない。

そして、都市計画法54条は、都市計画施設の区域内における建築についてすら、許可制になっているとはいえ、階数が2以下で地階を有せず、また、主要構造物が木造、鉄骨造、コンクリートブロック造その他これらに類する構造であって、かつ、容易に移転し、若しくは除去することができるものについては許可を与えなければならないとしており、まして建築物（都市計画法44条10号、建築基準法2条1号）ではない本件通行路の設置行為自体が都市計画法に違反するなどといえないことは明らかである。

原判決は、北川原公園予定地の全体を公園として整備するという本件都市計画の実現を長期間にわたり不可能又は著しく困難にすることを問題とするが、その問題は北川原公園予定地の全体を公園として整備することとなった時点（具体的には浅川水再生センターの整備が完了し、公園整備が可能となった時点。この時点がいつになるのか原判決も認定していない。）で問題となることであり、原判決の判示する本件都市計画変更の手続きが必要であれば、その時点で行うべきものであり、当該時期の到来が将来のことであるのに、あえて本件通行路の設置時点においてあらかじめ行う必要などない。

そもそも都市計画法53条は、都市計画施設の区域内においても本件通行路のような建築物ではない施設の設置については何人でもこれを自由になし得るものとしており、その理由は移転又は除却が容易であって、将来の都市計画事業の施行に障害とはならないからであり、かかる施設の設置をもって北川原公園として整備することを不可能ないし著しく困難にするとの原判決の判断は、都市計画法53条の趣旨に反する。



なお、北川原公園の事業認可については、平成22年3月31日の事業施行期間の経過以降、新たに事業認可を受けることなく現在に至っており、北川原公園の整備は都市計画事業たる地位を失い、都市計画事業制限の規定は働かない（乙第89号証）。

- 5 さらに、万一、将来浅川水再生センターの水処理施設の具体的な設置の時期が確定し、その設置時期が本件通行路の利用期間内となり、本件通行路が北川原公園の整備の障害となれば、日野市としてはその段階で都市計画変更をすれば足りる。

上記4で述べたとおり、都市計画公園施設（北川原公園）の区域内に本件通行路を設置すること自体は何ら都市計画法に違反するものではないから、浅川水再生センターの水処理施設の設置時期が確定し、北川原公園予定地の全体を公園として整備することが可能となれば、その時点で都市計画を変更しても何ら障害はなく、都市計画法に違反することはないはずであって（原判決は本件都市計画の変更（公園区域除外案）について、日野市が「住民の利害調整が困難であるという政治的配慮から採用を取り止めた」と認定しており（原判決13頁）、本件都市計画の変更（公園区域除外案）が法的あるいは物理的に不可能であったとは認定していない。）、この点は大坪市長の判断が社会通念上、著しく妥当性を欠くものでないことを示す重要な要素である。

しかるに原判決は本件通行路を設置する際に、当初から都市計画を変更しておかなければならないと判断しているが、原判決は、本件通行路設置後に本件都市計画を変更した場合の障害等について何ら理由を付しておらず、理由不備の違法を犯すものであり、また、都市計画法21条の解釈・適用を誤るものである。

- 6 以上のとおり、日野市は、本件都市計画を変更することなく本件通行路を設置すると決定した際、最高裁平成18年11月2日判決（民

集60巻9号3249頁)が判示する考慮すべき事情を考慮しない、あるいは考慮すべきでない事情を考慮したなどということなく、大坪市長の裁量権の逸脱・濫用と判断した原判決の判断は上記最高裁判決(最高裁平成18年11月2日判決・民集60巻9号3249頁)の判断と相反する判断であり、かつ都市計画法21条、53条の解釈・適用を誤り、また上記原判決の判断の基礎とされている本件通行路の設置により本件都市計画で計画されている北川原公園予定地全体の整備が30年ないしこれを超える期間、不可能又は著しく困難になるとの認定には、採証法則・経験則違反、住民訴訟における立証責任帰属の判断の誤り、理由不備の違法があり、さらに本件通行路設置時点で本件都市計画を変更しておかなければならないとの判断には理由不備の違法がある。

## 第2 本件通行路設置の都市計画法上の違法は、財務会計法規上の違法に当たるとの判断について(上告受理申立て理由第2点)

### 1 原判決の判断

原判決は、「日野市が専用路案に基づき、都市計画の変更をしないで本件通行路を設置することは、客観的に見て実質的な都市計画の変更に当たり、都市計画の変更に関する手続規制を潜脱し、都市計画決定権者かつ施行者である日野市の裁量権を逸脱又は濫用するものとして、都市計画法上違法と評価されるべきであることは、前記(1)に認定説示したとおりである。そして、本件各契約は、違法と評価される本件通行路の設置行為の実施を直接の目的とするものであるから、大坪市長としては、当該違法を是正すること(都市計画決定権者の権限において、本件都市計画の変更を行い、施行者の権限において、当該変更を待ったうえで本件各契約を締結することとするが当該変更がなさ

れるまでは本件各契約の締結を差し控えること)が、普通地方公共団体の執行機関が当該普通地方公共団体の事務を誠実に管理し及び執行する職務上の義務を負うこと(地方自治法138条の2参照)に沿うものであり、このことは、大坪市長が財務会計行為である本件各契約の締結をするか否かを判断するに当たっても、当然に考慮すべきであったといえる。

したがって、大坪市長が当該違法を是正しないまま本件各契約を締結したことは、考慮すべき事項を考慮せず、かつ、本件都市計画の変更を行う際の手続的コントロールを潜脱したものであって、その裁量権を逸脱又は濫用したものであり、その結果、日野市に対し負担させるべきでない債務を負担させたことは、地方自治法2条14項及び地方財政法4条1項に違反するというべきであることは、前記1で引用する原判決「事実及び理由」第3の3に記載のとおりである。」と判示している(原判決14頁～15頁)。

- 2(1) 住民訴訟の対象は公金の支出等6つの財務会計上の行為に限って認められており(地方自治法242条1項、242条の2第1項)、財務会計上の行為以外の一般行政上の行為はたとえそれが違法なものであってもこれを対象とすることはできない(最高裁平成2年4月12日判決・民集44号3号431頁)。これは住民訴訟が地方行政一般の適正な運営を確保することを目的とする制度ではなく、地方財務行政の非違の防止、是正等を目的とする制度であるからである(最高裁昭和53年3月30日判決・民集32巻2号485頁)。
- (2) ところで最高裁平成4年12月15日判決(民集46巻9号2753頁)(以下「平成4年最判」という。)は「地方自治法242条の2の規定に基づく住民訴訟は、普通地方公共団体の執行機関又

は職員による同法242条1項所定の財務会計上の違法な行為又は怠る事実の予防又は是正を裁判所に請求する権能を住民に与え、もって地方財務行政の適正な運営を確保することを目的とするものである（最高裁昭和51年（行ツ）第120号同53年3月30日第一小法廷判決・民集32巻2号485頁参照）。そして、同法242条の2第1項4号の規定に基づく代位請求に係る当該職員に対する損害賠償請求訴訟は、このような住民訴訟の一類型として、財務会計上の行為を行う権能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損害賠償責任を問うことができるのは、たとい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。」と判示している。

住民訴訟によって是正を求めるべき違法は、財務会計行為に関連するものでありさえすれば、その原因となった非財務会計上の行為等の全ての違法を含むというものではなく、当該財務会計行為の動機、目的に過ぎない施策又は処分に関する違法は財務会計上の行為の違法を招来するものではなく（最高裁昭和59年11月6日判決・判時1139号30頁）、非財務会計行為の違法が財務会計上の行為の違法を招来するのは、支出負担行為が憲法違反等によりその性質において無効となる場合（最高裁昭和52年7月13日判決・民集31巻4号533頁）、支出の原因となった非財務会計行為が専ら公金の支出を目的とするものであったり（最高裁昭和58年7月15日判決・民集37巻6号849頁）、少なくとも公金

の支出のためであって（最高裁昭和60年9月12日判決・判時1171号62頁、平成4年最判）、しかも当該財務会計行為の原因となった行為を当該財務会計職員が是正をすべく、また、それが可能な場合である（最高裁昭和60年9月12日判決・判時1171号62頁、平成4年最判）。

原判決が本件において原因行為たる都市計画法違反が財務会計上の違法になると判断した際に要件として用いた「直接の原因」は、上記最高裁昭和60年9月12日判決（判時1171号62頁）が、分限免職処分（原因行為）の違法は退職手当支給（財務会計上の行為）の違法事由となると判示した際に用いた要件である。

しかしながら、上記最高裁判決の事案は、同判決が「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になっており」と判示しているとおおり、分限免職処分が実質上、退職手当の支出負担行為の性格を有するものであったという事案であり、このように原因行為が公金支出のためと評価できるような関係を「直接の原因」と表現しているのもであって、単に原因行為と財務会計上の行為との間に事実上の結びつきがありさえすれば、「直接の原因」であるとして原因行為の違法が財務会計上の違法になるとしているわけでは全くない（なお、東京地裁平成9年2月25日判決・判時1603号52頁は、最高裁昭和60年9月12日判決・判時1171号62頁及び平成4年最判の両事案を「支出の原因となった非財務会計行為が専ら公金の支出のため」と整理している。）。

平成4年最判の事案も、原因行為である昇格処分は、昇格処分による昇給後の号給を基礎として算定した退職手当を支給するためになされており、非財務会計行為が公金支出のためになされているこ

とは上記最高裁昭和60年9月12日判決（判時1171号62頁）の事案と同様であり、非財務会計行為が「直接の原因」ということができるものであって、それ故に、次の要件として財務会計職員が違法な原因行為を是正することが可能であったかを問題としているものである。財務会計職員が違法な原因行為を是正できさえすれば、原因行為の違法は財務会計上の行為の違法事由になるなどとしているわけでは全くない。

- (3) また、原判決は、大坪市長の都市計画法上の違法を是正しないまま本件各契約を締結したことがその裁量権を逸脱又は濫用したものであるとし、日野市に負担させるべきでない債務を負担させたことが地方自治法2条14項及び地方財政法4条1項に違反すると判示している。

地方自治法2条14項及び地方財政法4条1項は最少経費・最大効果原則を規定しているものであるが、予算の執行において、事務の目的に従った最大効果を達成するために何をもって必要かつ最少の限度というべきかは、第1次的には、予算の執行権限を有する財務会計職員の社会的、政策的又は経済的見地からする裁量に委ねられているから、具体的な支出が当該事務の目的、効果と関連せず、又は社会通念に照らして目的、効果との均衡を著しく欠き、予算の執行権限を有する財務会計職員に与えられた裁量を逸脱してされたものと認められる場合に限って違法になるものである（東京地裁平成9年4月25日判決・判時1610号59頁）。

そして、上記判断に当たっては、普通地方公共団体が住民の福祉を図ることを基本として地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担うものとされていること（地方自治法1条の2第1項）、及び日野市が区域内における一般廃棄物の適正な処理に

必要な措置を講ずるよう努める義務を負うこと（廃棄物処理法４条１項）が考慮されなければならない。

- 3(1) 原判決は、本件都市計画を変更することなく本件通行路を設置することは都市計画法に違反すると判断しているものであるが、平成４年最判の判示からすれば、そのための財務会計上の行為、すなわち本件各契約の締結行為をとらえて地方自治法２４２条の２第１項４号の損害賠償責任を問うことができるのは、都市計画を変更することなく本件通行路を設置するという原判決の判断からすれば違法である原因行為を前提としてされた大坪市長の本件各契約締結行為自体が財務会計法規上の義務に違反するものであるときに限られる。
- (2) 原判決が本件都市計画を変更することなく本件通行路を設置することが都市計画法に違反するとした具体的な理由は、前記第１で述べたとおり、都市計画公園区域に通行路を設置すること自体が都市計画法上、およそ許されないとするものではなく、３０年間利用する方針で本件通行路を設置することは、３０年又はそれ以上という長期間にわたり、北川原公園予定地の全体を公園として整備する本件都市計画の実現が不可能又は著しく困難になるという結果を招来するから、客観的にみて都市計画の変更に当たり、それ故に、本件都市計画の変更手続をすべきであり、これをしなかったから都市計画法上違法であるとするものである（原判決１２頁～１３頁）。

原判決は、「都市計画に基づく都市施設の整備を進めるに当たり、当該都市施設の整備を留保し、又は都市施設の用地につき一時的・暫定的な利活用を図るといったことも、そのことのみをもって、直ちに違法の問題を生じるものではない」（原判決１０頁）と判示した上、上記違法判断の主要な理由として国土交通省の都市計画運用指針において、都市施設の「長期的な」整備水準を検討する上での

目標として示された期間おおむね20年間を大幅に超えて、長期間にわたり、都市公園の予定地が公園施設以外の用途に使用されるといふ状態が固定化することをあげており（原判決11頁～12頁）、このことからすれば、例えば20年の期間利用する方針で本件通行路を設置するのであれば本件都市計画の変更手続をとらなくても都市計画法に違反するものではないということになる。

要するに、原判決は都市計画法上、20年を超える期間、北川原公園予定地全体を本件都市計画どおり整備するという都市計画事業の円滑な施行に支障となる、公園施設以外の施設を設置することは許されないとするものである（相手方らの一審第18準備書面11頁～12頁参照）。

- (3) 上記(2)で述べた原判決の判断からすれば、本件通行路の場合、20年を超える期間、北川原公園予定地全体を都市計画どおり整備するという都市計画事業の円滑な施行に支障となるから、本件都市計画を変更すべきであり、これをしていない点で都市計画法に違反するというものであり、これが原因行為の違法として判断されているものである。

原判決が判断する原因行為の違法が上記のとおりである以上、かかる違法を有する原因行為を前提として、大坪市長がいかなる財務会計法規上の義務を負うのかが本件では問われることになるのである。

- 4 原判決は、本件各契約は、違法と評価される本件通行路の設置行為を直接の目的としていること、都市計画決定権者と施行者が同一であることから、都市計画法上の違法から財務会計法規上の義務違反が肯定されると判示している（原判決14頁～15頁）。

確かに、最高裁昭和60年9月12日判決（判時1171号62頁）



は、収賄行為をした職員を懲戒免職にせず、分限免職にして退職手当を支給したことの適否が争われた住民訴訟の事案において、処分権者と給与支給権者が同一である市長の賠償責任につき、原因行為が法令に違反して許されない場合の財務会計上行為もまた、違法となるとし、「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になっており、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」と判示している。

しかしながら、前記2で述べたとおり、上記最高裁判決を含め、これまでの最高裁判決は、原因行為と財務会計上の行為の権限が同一の機関（長）であれば、当然に原因行為に違法があれば、それを是正しないまま財務会計行為を行えば財務会計法規上の義務違反が肯定されるとしているわけではなく、当該原因行為が財務会計上の行為の「直接の原因」をなすものでなければならないとしているものである。そして、同最高裁判決のいう「直接の原因」とは、前記2で述べたとおり原因行為が単に財務会計上の行為の事実上の原因となっていれば足りるとしているものではなく、少なくとも当該原因行為が公金支出のためであると評価されるものであることが必要であり、そのためには最低限、当該原因行為が当該財務会計上の行為の法的要件となっていることを要するものである。当該原因行為が当該財務会計上の行為の法的要件であるからこそ、これを単なる動機、目的ではなく、公金支出のためと評価できることになるし、また、当該原因行為が当該財務会計上の法的要件であるからこそ、当該原因行為の違法事由とされるものを財務会計行為に当たって財務会計職員が判断すべき事由となり、当該財務会計行為を回避すべきことになるのである。

これまでの裁判例も、上記の理解で原因行為と財務会計上の行為の

違法との関係を判断してきており、平成4年最判以降も当然のことながら変化はない。例えば、水戸地裁平成3年9月17日判決（行裁例集42巻8・9号1503頁）は道路区域変更決定の違法を理由に道路用地の収用、買収及び道路建設工事の各費用の支出が違法であるとして提起された地方自治法242条の2第1項4号の損害賠償請求の事案につき、「財務会計上の行為の原因となる行為の違法によって当該財務会計上の行為が違法となるには、少なくとも当該原因行為が当該財務会計上の行為を行うための要件となっている場合など前者が後者の直接の原因といえることができるような密接かつ一体的な関係があることを要するところ、道路区域変更決定と道路用地の収用、買収及び道路建設工事の各費用支出との間にそのような密接な関係は認められないから、前者の違法が後者を違法とする余地はない」と判示している（平成4年最判後に出された控訴審東京高裁平成4年11月30日判決・行裁例集43巻11・12号1486頁も同旨）。また、本件と同様、都市計画の変更手続の違法と工事請負契約の締結及び工事費用の支出の違法との関係が問題となった富山地裁平成10年6月10日判決（判例自治186号94頁）も、都市計画ないしその変更は工事請負契約締結等の法的要件ではないとして前者の違法により後者を違法とするものではないと判示しているところである。

本件の場合、上記富山地裁判決が判示するとおり、都市計画は、将来における都市施設の整備等に関する基本事項につき一般的、抽象的に定めた都市の基本計画にとどまるものであり、都市計画施設に係る工事請負契約の締結は必ずしも都市計画法に根拠を有することが要求されるわけではないし、都市計画ないしその変更の手続が都市計画施設の工事請負契約の締結、工事費用の支出等を適法に行うための要件となっているわけではなく、本件通行路設置のための都市計画の変更

と、本件通行路設置のため各工事請負契約締結行為との関係は、両者間に結びつきがあったとしてもそれは動機、目的の関係にすぎず、都市計画の変更は各工事請負契約締結の法的要件ではないのであって、前者の違法により後者が違法となることはない。

なお、本件通行路の設置は焼却施設への搬入路を設置し、日野市民の生活環境の保全及び公衆衛生の向上（廃棄物処理法1条）のためであり、専ら公金の支出を目的とするものではもとよりないのであって、この点から違法性の承継が認められるものでないことは当然である。

5(1) 原判決は、本件通行路の設置は地方自治法2条14項、地方財政法4条1項に違反すると判断している。

しかしながら、普通地方公共団体は、前記2(3)で述べたとおり、住民の福祉を図ることを基本として地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担うものとされているものであり（地方自治法1条の2第1項）、ごみの焼却は、都市公園の設置と同様に住民の福祉の実現に必要なかつ不可欠であって、そのための搬入路の確保は日野市民の生活環境の保全及び公衆衛生の向上（廃棄物処理法1条）に不可欠な施設であり、区域内における一般廃棄物の適正な処理に必要な措置を講ずるよう努める義務を負う日野市（廃棄物処理法4条1項）にとって、仮に原判決が判示するように本件通行路の設置が都市計画法に違反するとしても、設置経費の負担は住民の福祉を図るための経費であって、不必要な経費などではなく、支出負担行為は財務会計法規上の義務に違反するものではない（なお、東京高裁平成26年2月26日判決・判時2222号47頁は、住基ネットへの不接続により必要となった経費の支出につき、住基ネットへの不接続が住基法に違反しており、その違法が重大かつ明白であるとみられること、当該経費はそもそも不接続がなければ不

要であったとしながら、地方自治法1条の2第1項を根拠に財務会計法規上の義務違反を否定している。)

しかも原判決は、本件通行路の設置自体(原因行為)が、利用期間を問わず都市計画法上およそ許されず、違法であり、その設置の費用は日野市にとって不必要な経費であってこれを負担させる大坪市長の本件各契約締結行為は財務会計法規上の義務違反と評価されるとしているものではない。

上記3で述べたとおり、原判決の判断でも、北川原公園予定地全体を本件都市計画どおりに整備するという都市計画事業の円滑な遂行に障害となる時期までであれば相当の期間、本件通行路を存続させることは都市計画法上もそもそも違法ではないのである。本件通行路は、もともと一時的・暫定的に設置した施設であるし、ごみ焼却施設への搬入路であり、前述のとおり日野市民の生活環境の保全及び公衆衛生の向上(廃棄物処理法1条)に不可欠な施設として機能するのであって、仮に予定どおり、30年間利用することができなくともその設置経費は日野市にとって不必要な経費などと評価されるべきものではない。本件通行路は30年間利用する予定で設置したが、もともと一時的・暫定的な施設として設置したものであり、30年間利用するために格別の構造・材質としているわけではなく、原判決でもかかる認定・判断はしていない。

- (2) また、前記第1で述べたとおり、そもそも北川原公園予定地全体を本件都市計画どおり公園として整備する時期は本件通行路設置後、30年の期間内に到来する可能性はほとんどなかったのであり、同施設の設置まで30年以上を要する可能性が高いといえる事情も特に存在しなかったとの認定が経験則違反、採証法則違反があることは前記第1で述べたとおりであるし、そもそも本件通行路設置後3

0年以内に北川原公園予定地全体を本件都市計画どおりに整備する時期が到来するとは認定することなく財務会計法規上の違法を肯定したことには、住民訴訟における立証責任の帰属の判断を誤り、理由不備の違法を犯すものである。そして、将来、本件通行路設置後30年以内の時期に北川原公園予定地を全体として公園として整備することになり、本件通行路が障害になれば、その時に都市計画を変更すればよいだけのことであり、あらかじめ都市計画を変更しておかなければ、設置経費が不必要な経費の負担・支出などになるものではない。原判決は将来、必要となった時期での都市計画の変更での障害等について何ら理由を付していないのであって、原判決の同判断も理由不備の違法を犯すものである。

- 6 以上のとおり、原判決は、本件都市計画を変更することなく本件通行路を設置した都市計画法上の違法は財務会計法規上の違法に当たると判断しているが、原判決の同判断は、都市計画法上の違法と財務会計法規上の違法を混同するものであり、最高裁昭和59年11月6日判決（判時1139号30頁）、最高裁昭和60年9月12日判決（判時1171号62頁）、最高裁平成4年12月15日判決（民集46巻9号2753頁）の判断と相反する判断であり、かつ、地方自治法1条の2第1項、廃棄物処理法4条1項を看過して地方自治法242条の2第1項4号（違法性）、地方自治法2条14項、地方財政法4条1項の解釈・適用を誤り、また北川原公園予定地全体を公園として整備する時期が本件通行路設置後30年以内に到来するか否か、また到来した場合にその時点で本件都市計画を変更することによる障害の有無について何ら認定しておらず、採証法則・経験則違反、住民訴訟における立証責任帰属の判断の誤り、理由不備の違法がある。

### 第3 大坪市長には過失があるとの判断について（上告受理申立て理由第3点）

#### 1 原判決の判断

原判決は、「大坪市長は、本件各契約の締結において、職務上考慮すべき事情を考慮せず、かつ、本件都市計画の変更を行う際の手続規制を潜脱したものであって、その裁量権を逸脱又は濫用した違法があるというべきことは、前記（1）において認定説示したとおりであるから、大坪市長には、上記の点につき少なくとも過失があるというほかはない。

また、前記認定事実によれば、日野市においては、北川原公園予定地内に市道を設置するための方策として、平成27年12月頃より前は、東京都の見解（本件都回答1）に従って兼用工作物案を軸に検討し、その後、実際に設置される本件通行路の形状や利用形態等を前提とすると兼用工作物案に無理がある旨の意見（本件都回答2）を得ると、もう一方の案である公園区域除外案を軸に検討することとなったが、最終的には、上記2案のいずれでもない専用路案を採用したこと、日野市は、専用路案の決定に当たり、東京都に対して報告のみを行い、適法性等に関する見解を確認することはしなかったことが認められ、このような事情は、大坪市長において、補助職員から報告を徴求するなどすれば容易に知り得たものと推認されることからすれば、仮に、大坪市長が補助職員から専用路案が適法であるとの説明を受けていたとしても、その説明が正しいと考えることにつきやむを得ない事情があったということとはできず、他に、大坪市長に過失があるとの認定を覆すに足りる的確な証拠はない。

なお、前記認定事実によれば、日野市の担当者は、本件各契約の締結後である平成30年3月20日、国土交通省の担当者と打合せを行

い、それまでの経過及び専用路案について説明した際、国土交通省の担当者から、「今までの話を聞いて法律上違法なのかを問われれば違法ではない。」といった指摘を受けたことが認められる。しかし、上記打合せは、そもそも本件各契約の締結後に行われたものであるから、当該返答があったことをもって、本件各契約の締結後における大坪市長の過失が否定されることにはならない。のみならず、同認定事実によれば、国土交通省の担当者は、上記打合せの際、上記指摘に加え、「適切な処理かと問われればそうとはいえない。」、「今の都市計画の考え方として30年間道路として使うなら30年間道路として都市計画変更すべきだ。」などの指摘も受けていることが認められるから、仮に上記打合せに参加した日野市の担当者が、上記の指摘によって専用路案が適法であると考えたとしても、そのことをもって、大坪市長の過失を否定することはできない。」と判示している（原判決17頁～18頁）

- 2 原判決は上記1のとおり、「大坪市長は、本件各契約の締結において、職務上考慮すべき事情を考慮せず、かつ、本件都市計画の変更を行う際の手続規制を潜脱したものであって、その裁量権を逸脱又は濫用した違法があるというべきことは前記（1）において認定説示したとおりであるから、大坪市長には、上記の点につき少なくとも過失があるというほかない」と判断している。

原判決の判示する「前記（1）において認定説示した」とは都市計画上の違法性に関する認定説示の部分である。しかしながら、本件において問題とすべきことは前記第2で述べたとおり、都市計画を変更することなく本件通行路を設置することが都市計画法上違法であるとしても、そのことによって直ちに財務会計法規上の義務違反が肯定されるわけではなく、都市計画を変更することなく本件通行路を設置す

るという原判決の判断からすれば違法な原因行為を前提としてされた大坪市長の本件各契約締結行為自体が財務会計法規上の義務に違反するものであるときに限られるのであり、過失の有無もその点に関して判断されなければならない。原判決の大坪市長に過失があるとの判断には理由不備の違法があるというべきである。

- 3 (1) 本件において大坪市長の過失の有無が問題となるのは、都市計画を変更しないで本件通行路を設置することが、どのような場合に財務会計法規上、違法となるのか、またその前提として、どのような場合に都市計画法上、違法となるのかという法令解釈・法的価値判断の誤りに関するものである。

法令解釈・法的価値判断の誤りについては、国家賠償法1条に係る判例であるが、最高裁昭和46年6月24日判決（民集25巻4号574頁）は「ある事項に関する法律解釈につき、異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を執行したときは、のちにその執行が違法と判断されたからといってただちに公務員に過失があったものとするのは相当でない」と判示しているところである。

同旨の判断は、最高裁昭和49年12月12日判決（民集28巻10号2028頁）においてもなされているところである。

- (2) 都市計画の変更手続と工事請負契約の締結との関係が争われた住民訴訟の事例としては前記第2で述べたとおり本件財務会計上の行為時には富山地裁平成10年6月10日判決（判例自治186号94頁）があった。同判決は、「都市計画とは『都市の健全な発展と秩序ある整備を図るための土地利用、都市施設の整備及び市街地開発事業に関する計画』（都市計画法4条1項）をいい、『農林漁業



との健全な調和を図りつつ、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保すべきこと並びにこのために適正な制限のもとに土地の合理的な利用が図られるべきこと』（法2条）を基本理念として定められるものであり、・・・中略・・・将来における都市施設の整備等に関する基本的事項につき一般的、抽象的に定めた都市の基本計画にとどまるものである。」「都市計画法21条は都市計画の変更について、同法63条は事業計画の変更について規定しているが、前記都市計画及び事業計画の性質に変更を加えるものではない」とし、都市計画の変更手続が都市計画法に違反して違法であるとしても、そのことにより財務会計上の行為たる工事請負契約の締結及び工事費用の支出が違法となるものでないと判断していたところである。

また、本件の都市計画の変更手続の違法と財務会計法規上の違法との関係と同様の問題である、道路区域変更決定の違法と道路建設工事費用の支出の違法との関係が争われた住民訴訟の事例として、前記第2で述べたとおり、水戸地裁平成3年9月17日判決（行裁例集42巻8・9号1503頁）、その控訴審東京高裁平成4年11月30日判決（行裁例集43巻11・12号1486頁）とがあり、何れも前者の違法により後者が違法となることはないと判示していたものである。

- (3) 以上のとおり、都市計画の変更手続（あるいは道路法上の原因行為たる道路区域変更手続）が適法になされていなくとも、当該原因行為を前提になされた財務会計上の行為が違法になるわけではないとする裁判例が複数あり、仮に本件において本件通行路設置のためには都市計画の変更が必要であったとしても、それをせずに本件各工事請負契約を締結した大坪市長の判断には相当の根拠があったと

評価すべきものであり、過失は否定されるべきものである。

4(1) 都市計画法上の違法に係る過失についても述べれば、前記第1で述べたとおり、裁判例としては、都市計画が長期間にわたって行われな結果が生じたとしても都市計画法上、違法の問題は生じないと解されており（東京地裁平成5年2月17日判決・行裁例集44巻1・2号17頁、その控訴審、東京高裁平成5年9月29日判決・行裁例集44巻8・9号841頁）、また、国土交通省の都市計画運用指針において「単に長期にわたって事業に着手していないとの理由のみで変更することは適切ではない」（甲第35号証）とされており、本件の北川原公園全体の整備が30年以上、先になるのであれば都市計画を変更しなければ違法であるとする法的見解が定着していたわけではない。

(2)ア 上記(1)のことは、原判決の判示する東京都都市計画担当部局及び国土交通省が本件通行路について示していた見解が様々なものであったことから裏付けられることである。

① 日野市の職員は、平成24年8月14日、東京都都市整備局都市づくり政策部緑地景観課に、北川原公園内に市道を整備する方法について見解を求めたところ東京都は、①都市公園法5条の2第1項所定の公園と道路の効用を兼ねる施設（兼用工作物）として整備する方法、②新設市道部分を都市計画公園区域から除外する方法が考えられるところ、公園区域除外案による場合には、代替の公園用地を隣地に確保する必要があり、また、下水道処理場（浅川水再生センター）と公園（北川原公園）が二重に都市計画決定されているため整理が必要である旨の回答をした（乙14）（原判決の引用する一審判決24頁）

② 日野市の職員は、平成27年3月12日、兼用工作物の設計

図を持参し、東京都都市整備局（緑地課）及び同建設局公園建設課の見解を求めたところ、「市が作成した議事録・協議経過資料によると、平成24年度に都から兼用工作物として整備することができるという見解があったということだが、諸々の条件が整っていない中での一般論でしかない。」「現在の公園内の道路の設計等を見た場合、兼用工作物の位置付けでの整備は一般的に考えて無理がある。」「もっぱら公園利用者のための園路とはいいい難く、公園施設とすることについてもたいへん疑問が残る。」などの回答を受けた（乙17）（原判決の引用する一審判決25頁～26頁）。

- ③ 国土交通省の職員が参議院議員から本件通行路について質問を受けたことを契機として、状況確認のため、平成30年3月20日、国土交通省（都市局都市計画課、公園緑地・景観課）、東京都（緑地課）及び日野市の各担当者による打合せが行われた（乙50）。

日野市の担当者による経過説明を受け、国土交通省の職員からは、「（代替の公園用地の確保が困難であったとの説明に関し）同等面積の確保の件は国では指導していない。」「今までの話を聞いて法律上違法なのかを問われれば違法ではない。しかし、適切な処理かと問われればそうとはいえない。・・・シンプルに都市計画変更でよかったのではないか。」「国として暫定利用として承認できるのは、どんなに長くても20年まで。30年の暫定使用は不可。国の補助金も返還すべき。」「今回の土地は全て市の財産となっており、長期未着手に対応できないわけではない。今の都市計画の考え方として30年間道路として使うなら30年間道路として都市計画変更するべきだ。」

などの指摘があった（原判決の引用する一審判決 30 頁～31 頁）。

- ④ 平成 30 年 4 月 24 日、国土交通省（都市局都市計画課、公園緑地・景観課、関東地方整備局）、東京都（緑地課）、日野市の各担当者による打合せが行われた（乙 52）。

この打合せにおいて、国土交通省の職員からは、「クリーンセンター専用路としてごみ収集車のみが利用する場合は、都市公園法上の兼用工作物とは認められない。・・・都市公園内の兼用工作物は公共性の高さではなく、都市公園としての効用を兼ねるかどうかで判断される。・・・以上を踏まえ、最終的な判断は管理者である日野市で責任を持って行っていただければよい。」「兼用工作物の場合、公園利用が可能な時間が長い方が望ましい。」「クリーンセンター専用路として、都市計画公園内の土地を 30 年間暫定供用することについては、都市計画決定権者の日野市の判断であり、都市計画法上違法とはいえない。・・・都市計画マスタープランが概ね 20 年後を目標として定めるものとしていることを踏まえると、それを超える期間（30 年間）、公園ではない使い方をすることについて、都市計画上適切かと問われれば、適切とはいい難い。」「都市計画変更に伴って都市計画公園の面積が減ることについては、法令上は問題ない。」との指摘があった（原判決の引用する一審判決 31 頁～32 頁）。

- イ 東京都及び国土交通省は都市計画を所管する官庁であるが、上記のとおり各所管官庁の示していた本件通行路に関する法的見解は様々なものである。

もとより原判決も判示するとおり、日野市が本件都市計画を変

更しないで本件通行路を設置すると決定して本件各契約を締結した以降に示された国土交通省の見解が、大坪市長の無過失を直接裏付けるものではない。

しかし、上記アで述べたように東京都、国土交通省という都市計画の所管官庁から示された見解が一致していないとの事実は、日野市が本件都市計画を変更しないで本件通行路を設置した当時、それが都市計画法に違反するの否か（適切であるか否かという妥当性の問題ではない。）について法の見解が定着していなかったことを明確に示しているものである。

本件において問題となる本件通行路を兼用工作物とすることの適否についても異なる見解が示され、本件通行路をクリーンセンター専用路として都市計画公園内の土地を30年間暫定供用することについては、「適切とはいえない。」とされてはいるものの、上記ア④のとおり「都市計画法上違法とはいえない。」との見解を示されているものである。

大坪市長は、上記見解を聞いて本件各契約を締結したものではないが、本件各契約締結当時、定着した法の見解があるのにそれに反したのではないのであって、仮に誤りであったとしても前述した法的解釈・法的価値判断の誤りに関する最高裁判例からすれば過失は否定されるべきものである。

なお、原判決は、大坪市長が補助職員から報告を徴求するなどすれば、専用路案の決定に当たり、東京都に対して報告のみを行い、適法性等に関する見解を確認することはしなかったことを容易に知り得たものと推認されると判示するが（原判決17頁）、補助職員は議会においても「北川原公園のクリーンセンター専用路に関してですけれども、東京都に確認して、暫定整備であるこ

とから、都市計画法は該当しない」（乙第22号証7頁）と明確に答弁しているのであり、当然のことながら大坪市長は行政の長として補助職員を信頼しなければ行政運営はできないのであり、補助職員を疑って、東京都との協議の具体的やりとりまで報告を徴求しなければ過失が推認されるとの判断は、行政運営の場において長に求められる注意義務の程度を超えるものであって、地方自治法242条の2第1項4号（過失）の解釈・適用を誤るものである。

- (3) そして、北川原公園の場合、その全体の整備には前記第1で述べたとおり、浅川水再生センターの水処理施設の設置完了が前提となっており、それがいつになるのか目途すらたっていないものであり、都市計画の変更の必要性自体、明確でなかったものであって、あらかじめ、都市計画の変更をしなければならない理由もなかったものであって、この点からも大坪市長の判断にも過失はない。

- 5 以上のとおり、原判決の大坪市長に過失があるとの原判決の判断は、最高裁昭和46年6月24日判決（民集25巻4号574頁）、最高裁昭和49年12月12日判決（民集28巻10号2028頁）の判断と相反する判断であり、地方自治法242条の2第1項4号（過失）の解釈・運用を誤るものである。

#### 第4 本件においては損益相殺は認められないとの判断について（上告受理申立て理由第4点）

##### 1 原判決の判断

- (1) 原判決は、「日野市は現在、本件通行路を財産として管理している状態にあることが認められるが、当該状態自体が都市計画法上違法であると評価されるものであることは前記認定説示のとおりであ

る。のみならず、前記認定事実によれば、本件通行路は国道20号バイパスと日野クリーンセンターに至る多摩川ルートとを結ぶ連絡通路として使用され、公園供用開始区域との境界部分には人の往来できないようフェンスが設置される態様で管理されていることが認められるから、本件通行路は、本件都市計画に従って北川原公園予定地を公園として一体的に整備する際には、公園施設としての効用を妨げるものと位置付けられる可能性が高いものというべきである。したがって、本件通行路は、都市計画を変更しない限り、そのまま有用な施設として維持されることが当然に期待されるものであるとはいえず、この点からしても、日野市に損害が生じていないということとはできない（仮に、日野市において、公園区域除外案に従い、本件通行路を都市計画区域から除外する都市計画の変更決定が行われる場合には、本件通行路を有用な施設として管理し続けることの支障はなくなることになるが、本件全証拠によっても、そのような都市計画の変更決定の予定又はそれに向けた動きがあることは認められない。）」と判示し（原判決19頁）、

- (2) また、原判決は、「控訴人は、仮に本件各契約の締結に伴う経費の支出が損害に当たるとしても、日野市はその反面で有用な施設である本件通行路を取得し、休日を中心に市民の利用に供されている上、代替の土地を北川原公園予定地外に取得する費用の支出を免れているから、本件においては、損益相殺の法理により、日野市の損害は否定されるべきである旨を主張する。

しかし、本件通行路がその現状のまま有用な施設として維持されることが当然に期待されるものであるとはいえず、日野市に損害が生じていないということとはできないことは、前記アにおいて認定説示したとおりである。したがって、本件通行路が存在することに

より、日野市が代替の通路用地を取得する必要性が消滅したということとはできず、日野市においてその費用相当額の支出を確定的に免れたということもできない。」と判示している（原判決19頁～20頁）。

2(1) 原判決は、上記1のとおり本件において損益相殺を認めていないが、損益相殺については、以下のとおり、最高裁判所判例等が肯定してきているものである。

①最高裁昭和55年2月23日判決（裁判集民事129号209頁）

町が地方債を起こす方法によらずに金融機関から資金を借り入れ、公共用地の購入代金の支出に充てたため、同借入れに対する支払利息相当額の損害を被ったとして提起された町長個人等に対する地方自治法242条の2第1項4号の損害賠償請求訴訟につき、同借入れに基づく利息の支払は違法であるが、町が地方自治法230条所定の地方債発行の方法により資金を調達したとしても、利息等の費用の負担を余儀なくされるから、同利息額の全額を町が受けた損害と解すべきでなく、地方債の発行に伴い町が通常負担するであろう利息等の費用に相当する額は損害に当たらないとした。

同判決は、適法な財務会計上の行為を行った場合に当然に負担することになる費用は、違法な行為に基づく損失から除かれるべきであるという考え方を前提とするものである。

②大津地裁昭和57年9月27日判決（行裁例集33巻9号1886頁）

市のガス事業管理者が、会社と締結したガス供給契約においてガス料金を条例に定めのない低料金としたことによって同会社に生じた不当利得の返還請求を怠っているとして提起された地方自



治法 242 条の 2 第 1 項 4 号の住民訴訟において、同ガス供給契約は、原則として無効であるが、ガス事業管理者が同会社に条例所定の料金でガスを供給していたならば、同会社のガス使用量は現実の使用量よりも少なかったと予想され、現実に徴収したガス料金額から使用量に応じて増加する原価を控除した額が予想される徴収額から原価を控除した額を上回るから、同契約に基づくガスの供給により市には財産上の損害は生じていないとした。

同判決は、適法な財務会計上の行為が行われた場合の収益状況を予想して、損害の発生を否定するものである。

③最高裁平成 6 年 12 月 20 日判決（民集 48 卷 8 号 1676 頁）

市が公共の用に供するために借り受けた土地につき固定資産税を非課税とすることができないのに非課税措置を採ったことによる損害と同措置を採らなかったならば必要とされる同土地の使用の対価の支払を免れたする利益とが損益相殺の対象となるかが争われた事案であるが、以下のとおり判示して損益相殺を肯定した。

「地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号に基づく住民訴訟において住民が代位行使する損害賠償請求権は、民法その他の私法上の損害賠償請求権と異なるところはないというべきであるから、損害の有無、その額については、損益相殺が問題になる場合はこれを行った上で確定するべきものである。したがって、財務会計上の行為により普通地方公共団体に損害が生じたとしても、他方、同行為の結果、その地方公共団体が利益を得、あるいは支出を免れることによって利得をしている場合、損益相殺の可否については、両者の間に相当因果関係があると認められる限りは、これを行うことができる。

本件においては、市は、本件各土地を借り受けるに際し、土地

所有者らに対し、各土地の固定資産税は非課税とする旨の見解を示し、通常の貸借権における賃料額よりかなり低額の報償費を支払うことを約束して賃借の合意に至っており、Yは、これに従って本件非課税措置を採ったものである。しかし、本件は固定資産税を非課税とすることができる場合ではないので、本件非課税措置は違法というべきであり、市は、これにより税額相当の損害を受けたものというべきである。しかしながら、市は、同時に、本来なら支払わなければならない土地使用の対価の支払を免れたものであり、対価の額から報償費を差し引いた額相当の利益を得ていることも明らかである。そして、Yが本件非課税措置を採らずに固定資産税を賦課した場合には、それでもなお本件各土地の所有者らが本件のような低額の金員を代償として土地の使用を許諾したはずであるという事情は認定されていないので、市があくまでも本件各土地の借受けを希望するときは、土地使用の対価として、近隣の相場に従った額又はそれに近い額の賃料を支払う必要が生じたことは、見やすいところであり、その額が固定資産税相当額に報償費相当額を加えた額以上の金額になることは、原審の認定する各金額の差から明らかである。

したがって、Yが本件非課税措置を採ったことによる市の損害と、同措置を採らなかった場合に必要とされる本件各土地の使用の対価の支払をすることを免れたという市が得た前記の差引利益とは、対価関係があり、また、相当因果関係があるというべきであるから、両者は損益相殺の対象となるものというべきである。そうであれば、後者の額は前者の額を下回るものではないから、市においては、結局、Yが本件非課税措置を採ったことによる損害はなかったということになる。」

④名古屋地裁平成12年7月14日判決（判例自治207号29頁）

市と建設業者との間で締結されたゴミ焼却炉建設の請負代金額に市幹部と業者との間の談合行為による違法な上乘せがあった事案であるが、同判決は相手方は受領した代金額を返還する義務があるが、市は建設業者から完成した目的物の引き渡しを受けているとし、工事の完成に対する正当な対価について損益相殺を肯定した。

⑤東京地裁平成16年3月25日判決（判時1881号52頁）

都が都営住宅（旧同潤会大塚女子アパート）を解体撤去したことの適否が争われた事案であるが、同判決は解体撤去が裁量権の濫用の疑いを払拭できないとしつつ、更地の有効活用により損害をはるかに上回る経済的利益を得ることができるとし、損益相殺により損害の発生を否定した。

⑥東京地裁平成26年5月16日判決（判例自治393号12頁）

市長が住基ネットへの接続を違法に切断したため再接続の費用が必要となった事案であるが、同判決は、切断せずに接続していれば支出されたであろう機器の賃借料、保守委託料等の額と再接続により生じた費用の額とを比較し、損益相殺により損害の発生を否定した。

- (2) 上記(1)③の最高裁平成6年12月20日判決は、損益相殺すべき利益を財務会計上の違法な行為と相当因果関係にあることを要するとしているが、本件で原判決が違法と判断した財務会計上の行為は双務契約の締結行為であり、日野市は対価関係にある反対給付を受けており、まさに相当因果関係にある利益を受けているものである。

そして、上記最高裁判決は、損益相殺の対象となる利益を地方

公共団体にとって有用かつ必要なものでなければならぬとの限定をしていないし、損益相殺の民法理論によっても、地方公共団体が客観的経済的観点からみて価値のある利益を得た場合に損益相殺を否定すべき理由はない（長屋文裕「4号請求と損害」現代裁判法大系28・182頁）。

本件においても当然に損益相殺が認められるべきものであり、これは次に述べるとおり、上記(1)の最高裁判例等の事案と対比すれば明らかである。

3(1) 上記2の①、②、⑥の最高裁判例等は、違法な行為によって地方公共団体に損失が発生しても、適法な行為を行った場合に当該地方公共団体が負担することになる費用は、違法な行為に基づく損失から除かれるべきであるとの考え方に基づき損益相殺を肯定しているものである（千葉勝美調査官・最高裁判所判例解説民事編平成6年682頁～683頁）

(2) 本件の場合、原判決が違法な財務会計上の行為と判断したのは、都市計画を変更せずに本件通行路を設置すべく本件各工事請負契約を締結したことであり、原判決はこれにより日野市が本件各工事請負代金額相当の損失を被ったと判断しているものであり、そうである以上、上記2の①、②、⑥の最高裁判例等の考え方からすれば、適法な行為、すなわち本件に即していえば、本件都市計画を変更して本件通行路を設置するための工事請負契約を締結した場合、日野市が負担することになる請負代金の費用は当然に損失から除かれるべきものである。

本件通行路設置のための工事請負契約の費用は、都市計画を変更して請負契約を締結しても、本件各工事請負契約の代金と、その額に差異が生ずるはずもなく、結局、損益相殺により日野市には損害

がないのである。

- (3) 申立人は、上記2の⑥の裁判例も引用して損益相殺の主張をしたが（申立人の原審準備書面(1)7頁～8頁）、原判決は上記1.(1)及び(2)の理由によりこれを排斥しているものである。

しかしながら、上記1.(1)の日野市が現在、本件通行路を財産として管理している状態が都市計画法上違法であるとする点については、上記2.①の最高裁昭和55年2月23日判決の事案では、町が資金を借入れている状態は地方自治法230条違反のある状態であり、上記2.②の大津地裁昭和57年9月27日判決の事案では、市がガス供給をしている状態は、ガス料金を条例に定めのない低料金としている条例違反のある状態であり、さらに上記2.⑥の東京地裁平成26年5月16日判決の事案では、住基ネットへの接続を切断している状態は住民基本台帳法30条の6第2項違反の状態であり、何れも違法状態にあつて、法的にはその解消の必要のある場合に損益相殺を認めており、上記1.(1)の理由によって損益相殺が否定されるものではない。

また、上記2.(2)の本件通行路は、都市計画を変更しない限り、そのまま有用な施設として維持されることが当然に期待されるものであるとはいい難いとの点については、原判決の判断は本件各工事請負契約の締結により、日野市に本件各工事請負契約代金相当額の損失が生じているとするものであり、原判決の判示する適法な行為、すなわち都市計画を変更して通行路の設置のための工事請負契約を締結した場合に日野市が負担することになる費用（工事請負代金額）を、上記損失額から控除して損害額を判断すべきことは、上記2の①、②及び⑥の最高裁判例等からすれば当然である。

- 4(1) また、違法な行為であっても、その違法な行為によって地方公共

団体に財産上の損害を与えるとともに、その見返りとして財産上の利益を与える場合にも、前記2の③、④、⑤の最高裁判例等が判示するとおり損益相殺が認められる。

- (2) 本件の場合、都市計画を変更せずに本件通行路を設置すべく工事請負契約を締結して代金を支払っても、その反面、見返りとして、日野市は本件通行路を取得しているのであって、既にこの点からしても損益相殺が認められるものである。

本件、通行路設置のための工事請負契約は双務契約であり、日野市は本件工事請負契約の締結という行為と対価関係にある利益を得ているのであり、損益相殺が認められるべきことは一層明らかである。

- (3) これに対し、原判決は上記1.(1)及び(2)の理由により、申立人の損益相殺の主張を排斥しているものである。

しかしながら、上記1.(1)の点については、上記2.③の最高裁判平成6年12月20日判決の事案では、非課税措置を採ることが条例上できないのに非課税措置をとって固定資産税の賦課徴収を怠るという違法に財産管理を怠っている状態にあり、上記2.④の名古屋地裁平成12年7月14日判決の事案では、まさに市幹部と業者との間の談合による違法な上乗せがあった場合であり、上記2.⑤の東京地裁平成16年3月25日判決は違法に都営住宅を解体撤去した事案であり、何れも法的には解消の必要がある場合に、損益相殺を認めており、上記1.(1)の理由によって損益相殺が否定されるものではない。

また、上記1.(2)の点については、原判決の判断を前提としても本件通行路は平成29年11月6日に供用開始され（原判決の引用する一審判決16頁）、現時点までに既に4年間、ごみ焼却施設へ

の搬入路として、現に利用されてきており、日野市はその利益を得てきているし、今後も相当の期間は同様である。

原判決は「本件通行路は、本件都市計画に従って北川原公園予定地を公園として一体的に整備する際には、公園施設としての効用を妨げるものと位置付けられる可能性が高いものというべきである。」

(原判決19頁)とし、「したがって、本件通行路は、都市計画を変更しない限り、そのまま有用な施設として維持されることが当然に期待されるものであるとはいいい難く」(原判決19頁)と判示するが、本件通行路はもともと一時的・暫定的に設置したものであり、原判決は同判決のいう「本件都市計画に従って北川原公園予定地を公園として一体的に整備する際」の時期について近い時期であるなどとは認定しておらず、それまでは相当の期間、本件通行路は都市計画を変更しなくとも存続させても都市計画法上、障害はないのである。そして、原判決のいう「本件都市計画に従って北川原公園予定地を公園として一体的に整備する際」の時期が、本件通行路の設置予定期間30年以内に到来すれば、日野市としては、その時点で都市計画を変更すれば足り、あらかじめ工事着手前に都市計画を変更しておく必要などないし(それが不可能・困難などと原判決は認定していない。)、まして、上記時期がいつになるか分からない現時点において、都市計画の変更決定の予定又はそれに向けた動きをしなければならない理由などない。

そもそも、本件通行路は本件財務会計上の行為たる工事請負契約によって永続的施設として設置したのではなく、北川原公園予定地を公園として一体的整備するまでの一時的、暫定的に設置するものであり、仮に利用予定期間の30年間に満たなくとも日野市の利益が否定されるものではない。本件通行路はごみ焼却施設への搬入

路として日野市民の生活環境の保全及び公衆衛生の向上（廃棄物処理法1条）のための施設としてこれまで4年間機能し、今後も相当の期間、機能するものであり、もとより社会通念上、社会経済的な価値を有しないなどというものではない。そして、必要となれば、上述のとおり都市計画を変更すれば足りるのであって、損益相殺を否定すべき理由は全くない。

日野市の経済的利益の点を見ても、本件通行路の敷地の公示価格は223,000円（乙第92号証）であり、敷地面積が3,061㎡であるから（乙第93号証、乙第94号証）、本件通行路の敷地全体で公示価格ベースでも682,603,000円の経済的価値を有するものであり、かかる土地を日野市は本件通行路敷地として有効に活用する利益を得ているものである。また、仮に本件通行路の設置が都市計画法に違反するとしてこれをしないとすれば、日野市は他にゴミ焼却施設への搬入路設置のため、他にその用地を取得しなければならず、そのための費用は公示価格ベースでも上記金額となるのであって、原判決が日野市の損害であるとする本件通行路設置のための工事請負代金額をはるかに上回ることになるのであって、日野市が本件通行路によって上記工事請負代金額を上回る経済的利益を得ていることは明らかである。

原判決は、本件通行路が有用な施設として維持されることが当然に期待されるものではなく、本件通行路が存在することによって、日野市が代替の道路用地を確保する必要性が消滅したということとはできないと判示するが、日野市としては前述のとおり必要となれば、その時点で都市計画を変更すれば足りるのであって、原判決の上記判断には理由がない。

- 5 以上のとおり、本件において損益相殺が認められないとする原判決



の判断は最高裁昭和55年2月23日判決（裁判集民事129号209頁）及び最高裁平成6年12月20日判決（民集48巻8号1676頁）の判断に相反し、かつ地方自治法242条の2第1項4号（損害）の解釈・適用を誤るものである。

以上