



平成16年（行ウ）第43号 公金支出差止等請求住民訴訟事件

原告 齋田友雄外19名

被告 群馬県知事外1名

## 原告準備書面（2）

2005（平成17）年12月9日

前橋地方裁判所民事第2部合議係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 野 上 恭 道

ほか39名



原告らは、被告らの平成17年1月24日付答弁書（以下「本答弁書」という。）の（本案前の答弁）の第2「本案前の答弁の理由」の1に対し、次のとおり、反論する。

- 1 被告らは、本答弁書第2の1(2)において、請求の趣旨第2項の請求に係る訴え（被告群馬県企業管理者が国土交通大臣に対し八ッ場ダム使用权設定申請を取下げ権利の行使を怠る事実が違法であることの確認を求める訴え。以下「本件違法確認の訴え」という。）について、原告らが主張するダム使用权の設定を受けるべき地位（以下「ダム使用权設定予定者の地位」という。）は、地方自治法242条1項に掲げる「公金の賦課若しくは徴収若しくは財産の管理を怠る事実」のうちの「財産」に当たらないから、本件違法確認の訴えは不適法であり却

下を免れないと主張する。

(1) 「財産」の意義とダム使用权

ここに地方自治法において「財産」とは、「公有財産、物品及び債権並びに基金」をいう（237条1項）。同規定の趣旨は、地方自治における財産の適正な管理及び処分を確保するため、財産の範囲を明確にすることにある。また、そこにいう「公有財産」、「物品」、「債権」及び「基金」の意義についても、同法238条ないし241条にそれぞれ定義がある。「公有財産」を定義する地方自治法238条1項の趣旨は、公有財産の管理体制を確立するため、公有財産の範囲を法定することにある。

そもそもダム使用权とは「多目的ダムによる一定量の流水の貯留を一定の地域において確保する権利」であり（特ダム法2条2項）、ダム使用权は物権とみなされ、不動産に関する規定が準用される（同法20条）。ダム使用权であれば、用益物権として、地方自治法238条1項4号の「地上権、地役権、鉱業権その他これらに準ずる権利」のうち「その他これらに準ずる権利」に当たり、同法242条1項の「財産」に当たる。

(2) ダム使用权設定予定者の地位と地方自治法238条1項4号

ア 地方自治法238条1項4号は「地上権、地役権、鉱業権その他これらに準ずる権利」を公有財産の一つとして掲げている。地上権、地役権及び鉱業権は、いずれも用益物権といわれ、他人の土地を排他的に使用収益することができる権利である。

したがって、「その他これらに準ずる権利」も用益物権としての性格を備えた権利を意味すると考えられるが、法的性質や財産的価値の観点から財産として管理する必要のあるものについてはこれに当たると考えるべきである。

イ まず、法的性質の観点では、ダム使用权が設定される以前であっても、ダム使用权設定予定者となるためには、まず実体的にダム使用权の設定要件（特ダム法15条2項）に適合していなければならない（同法5条）、かつ当

該多目的ダムの建設に関する基本計画中に、その旨が規定される必要がある（同法4条2項5号）。また、特ダム法17条は、国土交通大臣に対し、ダムの建設を完了したときは、ただちに、ダム使用権の設定予定者にダム使用権を設定するよう、義務づけている。つまり、設定予定者は、将来予定されたダム使用権の内容に応じた排他的な地位が確保されていることになる。この意味で、ダム使用権設定予定者の地位は、いわば生成中のダム使用権とも言い得るほどに、ダム使用権に近似した性格を有する。

ウ さらに、財産的価値という観点でも、ダム使用権設定予定者の地位は、流水の使用という、県民の生活や経済活動の基盤となる役務の提供を確実に確保しうる権利である。そして、後記のとおり、ダム使用権設定予定者が高額なダム建設費等を負担することを考え合わせれば、ダム使用権設定予定者の地位の経済的価値は極めて大きい。

エ このように、ダム使用権設定予定者の地位が、用益物権であるダム使用権に近似した法的性質を有し、かつその経済的価値が極めて大きいことに鑑みれば、ダム使用権設定予定者の地位は、ダム使用権に準ずる権利として、地方自治法238条1項4号にいう「その他これらに準ずる権利」に当たり、同法242条1項の「財産」に当たるといえる。

この点、被告らは「ダム建設完了前は設定予定者であっても物権とみなされるダム使用権が発生することはありません。また、本件のようにダム使用権の設定を申請しただけ（あるいは基本計画に設定予定者として定められているだけ）では、物権に類する権利が発生するわけではない」と主張するが、このような主張は、ダム使用権設定予定者の地位の法的性質及び経済的価値を全く無視する形式論に過ぎず、失当である。

(3) ダム使用権設定予定者の地位と地方自治法238条1項7号

ア 地方自治法238条1項7号は「出資による権利」を公有財産の一つとして掲げている。

イ この点、ダム使用権設定予定者は、将来ダム使用権の設定を受ける排他的権利を確保する反面、所定の負担金納付義務を負うことになる（特ダム法7条）。また、ダム使用権設定申請が取下げられ、または負担金不納付等の理由で設定申請が却下された場合、納付済の負担金は還付される（同法12条）という関係にある。

とすれば、ダム使用権設定予定者の地位は、出資による権利（地方自治法238条1項7号）類似の「財産」でもあるといえる。

2 また、被告らは、本答弁書第2の1(3)において、仮に、ダム使用権設定予定者の地位が「財産」に当たるとしても、ダム使用権設定申請の取下げは、円滑な利水行政の推進を図る見地からする利水行政担当者としての行為（判断）であって、最高裁平成2年4月12日第一小法廷判決（以下「本件判例」という。）が判示する「財務会計上の財産管理行為」に当たらないから、本件違法確認の訴えは不適法であり却下を免れないとも主張する。

#### (1) 本件判例との比較

ア この点については、まず、本件が被告らの指摘する本件判例の射程範囲にあるかどうか問題となる。

まず、本件判例の事案は、京都市の住民であるXら（原告・被控訴人・被上告人）が、当時京都市建設局長あるいは京都市建設局建設企画室長の地位にあったYら（被告・控訴人・上告人）を被告として提起した住民訴訟である。すなわち、Xらの主張によれば、Yらは相謀って保安林に指定されていた市有地につき請負人Aをして道路建設工事をさせたが、これは森林法34条2項に違反する違法な財産の管理に当たり、これによりその原状回復措置として行われた杉苗約1000本の植栽の費用相当額70万9400円の損害を京都市に与えたものであり、したがって、地方自治法242条の2第1項4号に基づき、京都市に代位して、Yらに対し、同損害の賠償を求めると

いうものである。

本件判例は、「Yらの行為は、路線が認定され、道路の区域も決定された市道予定地の一部に当たる本件土地を含む土地につき道路状の形状にするため請負人をして道路建設工事を行わせる旨の工事施行決定書に決裁をし、その後、市長職務代理者とAとの間に締結された本件契約に基づき、Aをして本件土地につき道路建設工事を行わせたというものであるから、Yらの右行為は、市道予定地を道路状の形状にすることにより道路整備計画の円滑な遂行・実現を図るという道路建設行政の見地からする道路行政担当者としての行為（判断）であって、本件土地の森林（保安林）としての財産的価値に着目し、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財務会計上の財産管理行為には当たらないと解するのが相当である。してみれば、Yらの行為は法242条の2に定める住民訴訟の対象となる行為とはいえないから、Xらの本件訴えは不適法というべきである。」と判示した。

イ 本件判例の事案と本件とを比較すると、以下のような相違がある。

(ア) まず、対象となる財務会計上の財産管理行為の性質の相違がある。

すなわち、審理の対象となる財務会計上の財産管理行為につき、本件判例では、「路線が認定され、道路の区域も決定された市道予定地の一部に当たる本件土地を含む土地につき道路状の形状にするため請負人をして道路建設工事を行わせる旨の工事施行決定書に決裁をし、その後、市長職務代理者とAとの間に締結された本件契約に基づき、Aをして本件土地につき道路建設工事を行わせた」行為と捉えられているが、本件では、八ッ場ダム使用权設定申請を取下げる権利の不行使と捉えている。

企業管理者はダム使用权設定申請を取下げる権利を行使するか、しないかの判断権を有するが、後記のとおり、企業管理者が同権利を行使しないという行為（不作為）は、ダム使用权設定予定者の地位の「財産的価値に着目し、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財務

会計上の財産管理行為」という他ない。

(イ) 次に、被告の属性の相違がある。

すなわち、本件判例では、被告が市建設局長であるのに対し、本件では地方公営企業の長が被告となっている。

地方公共団体は、住民の福祉の増進を図ることが基本的な役割となるが（地方自治法1条の2）、地方公営企業においては「公共性」の追求に加え、「経済性」の発揮が基本的な経営原則とされている（地方公営企業法3条）。つまり、公共の利益を考慮すべき市の建設局長の立場と、「経済性」の発揮も要求される地方公営企業の長とでは、原理的にその行政行為の目的が異なってくる。この意味で、被告の属性の相違は重要である。

(ウ) さらに、行為者の職務の内容と、管理を怠ったとされる「財産」との関係の相違がある。

すなわち、本件判例では財産管理の対象は保安林であるところ、市建設局長は本来的に保安林の財産的価値の維持・保全をその職務とするものではない。市建設局長は、あくまで本来の職責である道路建設行政を遂行しようとした際に、保安林の開発を行うかどうかという判断に直面したに過ぎない。これに対し、本件では、ダム使用権設定予定者の地位の財産的価値の維持・保全そのものが、本来的に、被告である群馬県企業管理者の職責に属するものである。この構造の相違は本件判例の射程範囲を画する上で決定的なものであるといえる。

ウ 以上の観点から、本件が本件判例の事案とは根本的に異なることは明らかで、本件判例を理由に「財務会計上の行為」性を否定する被告の主張は失当である。

(2) ダム使用権設定申請を取下げ権利の不行使について

被告群馬県企業管理者は判断を行う際に、常に「経済性」の発揮を考慮する義務があり、ダム使用権設定申請を取下げるか否かの判断を行う際も、円滑な

利水行政の推進を図る見地に留まらず、費用対効果、収益性の有無及び程度等といった点を特に考慮しなければならない。

しかも、ダム使用権設定予定者は負担金納付義務を負うものの（特ダム法7条）、ダム使用権設定申請が取下げられた場合には、納付済の負担金は還付される（同法12条）。

そうすると、ダム使用権設定予定者が負担金納付義務の負担によってダム使用権設定予定者の地位という財産を取得していたとしても、経済的合理性の観点から改めて検討した結果、実は新たな利水権の確保は不要であって、ダム使用権も自己の事業にとって必要性に乏しく、したがってこれに対する将来の負担金負担も無駄であると判断されるような場合には、設定申請を速やかに取下げ、これを保持し続けることによる損害を回避するのも重要な管理行為である。

とすると、ダム使用権設定予定者が設定申請を取り下げるか否かの行為は、「円滑な利水行政の推進を図る見地からする利水行政担当者としての行為（判断）」という側面の他に、ダム使用権設定予定者の地位の「財産的価値に着目し、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財務会計上の財産管理行為」という側面も有するといえる。

この点、被告らの主張は、ダム使用権設定予定者が設定申請を取り下げるか否かの行為の意味を前者の側面にのみ限定するものであり失当である。

### (3) 参考となる裁判例

いわゆる「ポンポン山訴訟」（京都市民を原告とする住民訴訟）は、ゴルフ場予定地たる山林を京都市が高額で購入したことの違法を追及したもので、請求形式は旧4号請求であるが、「形成権の不行使」が住民訴訟制度上、どのように位置づけられるかが論点になったケースである。

同事案の場合、被告側は、通常の売買契約ではなく、民事調停法17条の「調停に代わる決定」によって、土地の引渡および代金の支払いが各調停当事者に命じられているという事実を藉口して、「財務会計行為の不存在」を主張

した。

しかし、京都地裁平成13年1月31日判決（判例地方自治226号91頁）は次のとおり判示して、被告の主張を退けた。

「本件決定は、その確定により、京都市が代金を支払う義務を負担して、本件土地を取得するとの内容の裁判上の和解をしたのと同じの効力を発生させるもので（民事調停法18条3項）、当事者の一方が、異議の申立てをしさえすれば右確定がなくなるものであるから（同条1項、2項）、右決定に対して異議を申し立てる権限を有する京都市長が、これをしないという不作為は、それ自体、法242条1項所定の長の『財産の取得』又は『債権その他の義務の負担』として財務会計行為に当たるものというべきである。」（ちなみに、同判決は「裁判官が本件17条決定をしたこと自体は、むろん適法」としている。）

上記京都地裁判決は、「不作為による財務会計行為」という概念を用いているが、「不作為による財務会計行為」とは、とりもなおさず作為義務を「怠る事実」にほかならない。

さらに、大阪高裁平成15年2月6日判決（判例地方自治247号39頁）も、被告が「本件決定に異議を申し立てなかった行為は、財務会計法規上の義務に違反する違法なものというべきである」として、本案前の問題、本案上の問題ともに一審判決を支持した。

上記のように「調停に代わる決定」に対する異議申立が、債務の発生を阻止する効力を有すると同様に、ダム使用権設定申請の取下げは、爾後の負担金納付義務のみならず、既払の負担金納付義務も消滅させる効力を有する（特ダム法12条）。

とすれば、本件の場合も、企業管理者がダム使用権設定申請を取下げの権利を行使しないことの違法性の有無を端的に審理する訴訟（3号請求）が認められるべきである。