

附属機関条例主義と住民訴訟

榊 原 秀 訓

はじめに

- 一 立法経緯, 類似会議の実態と学説
 - 1 地方自治法の立法経緯・立法趣旨と二元代表制の下での附属機関
 - 2 類似会議の実態と自治省・総務省関係者のコンメンタール
 - 3 学説の状況—意見聴取として組織的判断がないという基準への収斂
 - 二 裁判例の状況と裁判例における附属機関の定義
 - 1 裁判例の状況
 - 2 裁判例における附属機関の定義
 - 三 裁判例における附属機関条例主義の射程
 - 1 例外としての適法判断
 - 2 趣旨目的としての設置濫用防止・民主的統制
 - 3 臨時的・一時的性格と参加の促進
 - 4 権利義務に影響を与える権限行使
 - 5 政策形成過程への組み込みと意見聴取として組織的判断がないこと
 - 四 裁判例における過失と損害の否定
 - 1 過失の否定
 - 2 損害などの否定
- おわりに

はじめに

地方自治法 138 条の 4 第 3 項が附属機関の設置を法律や条例で定めることを求めていることから, それは, 附属機関法定主義, あるいは自治体が独自

に条例で設置を行う場合に焦点を当てた附属機関条例主義と呼ばれている。実際には、附属機関と類似の機能を果たす機関が条例ではなく、規則や要綱等で定められることがあり、それらを表現する用語として、様々な用語が使用されているが、本稿では、「附属機関に類する会議」や単に「類似会議」といった表現を用いる自治体の例に倣って、「類似会議」と表現する。このような類似会議にかかわる公費支出が、幾つもの事件において住民訴訟で争われていることから、それらを検討しようとするものである。そのためには、学説の検討も必要であるが、学説の検討は別稿で行っているので、本稿では限定的なものにとどめている¹⁾。また、国家行政組織法が、附属機関条例主義の対象と同様の国の機関を法令に基づき設置することを定めていることから、国に関する議論も参考にして検討を行う。

一 立法経緯，類似会議の実態と学説

1 地方自治法の立法経緯・立法趣旨と二元代表制の下での附属機関

1952年の地方自治法改正前は、「元来、附属機関なるものは、執行機関の行政執行に資するために設置されるものである」として、「その設置は当該執行機関のもつ執行権限のうちに当然含まれているものと解されて、法令に

1) 本稿は、あいちトリエンナーレ2019における「表現の不自由展・その後」の開催が中止に追い込まれたことから、その検証のために要綱に基づき設置された愛知県の「あいちトリエンナーレのあり方検証委員会」と、中間報告以降の「あいちトリエンナーレのあり方検討委員会」が住民訴訟を争われた事件で、名古屋地裁に2022年7月1日付けで提出した意見書の裁判例検討部分を中心に加筆修正したものである（なお、この事件については、既に判決が出ており（名古屋地判令和5年3月27日 LEX/DB25594882。その評釈として、榊原秀訓「判批」新・判例解説 Watch33号（2023年）57頁～60頁）、この判決に関しても簡単に検討を行っている）。学説の検討については、榊原秀訓「附属機関条例主義とその射程」榊原秀訓・本多滝夫編著『地方自治をめぐる規範的秩序の生成と発展』（日本評論社、2024年予定）を参照していただければ幸いである。

特別の定めのない限りは、各執行機関が規則その他の規程で任意に附属機関を設置することができるものとされていた」が、条例に基づかなければならないと改正された。その際、「附属機関といえども、普通地方公共団体の行政組織の一環をなすものであるから、普通地方公共団体において任意に設置しようとするときは、すべて条例で定めねばならない」といった説明がなされた²⁾。その立法趣旨は必ずしも明確ではないが、稲葉は、立法当時の自治庁関係者の解説を参照して、「附属機関の性格を明確にしつつ、その濫設を防止し、現に多数設置されている従来の『附属機関』を整理するという意図が、立法関係者にはあったのではないかと推測される」としている³⁾。

2 類似会議の実態と自治省・総務省関係者のコメントール

(1) 類似会議の実態

実際には、類似会議が時期を問わず広範に存在している。後述の裁判例における、社団法人地方制度調査会の調査によると、2010（平成22）年4月1日の時点において、調査に対し回答をした144市のうち137市（95.1%）が、法に基づき設置された附属機関以外の、要綱等により設置された附属機関に準じる機関を設置していた。

また、2022年に47都道府県と20政令市の67の自治体について、愛知県県民文化局が「附属機関及び類似の会議等」を対象として各自自治体のウェブサイトを閲覧して確認した調査結果は以下である。A～Cを合計すると65自治体（97.0%）となり、すべての都道府県やほとんどの政令市において、類似会議が設置されている状況がわかる。

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）508頁、稲葉馨「自治組織権と附属機関条例主義」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 下巻』（有斐閣、2001年）348頁。

3) 同前349頁。

類似会議の設置状況のウェブサイトにおける公表状況

符号	区 分	自治体数	割合
A	類似会議の存在を明示し、附属機関と区別して掲載している自治体	24	35.8%
B	附属機関と類似会議が区別されていないが、会議体一覧上で類似会議が確認できる自治体	19	28.4%
C	会議体一覧表はないが、個別ページで類似会議が確認できる自治体	22	32.8%
D	類似会議の情報を確認できなかった自治体（*1）	1	1.5%
E	条例によらない合議制の機関（懇話会等）の設置を否定している自治体（*2）	1	1.5%

注 *1は千葉市であり、*2は2011（平成23）年以降の浜松市である。

(2) 自治省・総務省関係者のコンメンタール

地方自治法138条の4第3項の「附属機関」の定義を、自治省の見解と考えられる長野コンメンタールは、「執行機関の要請により、その行政執行のための必要な資料の提供等いわばその行政執行の前提として必要な調停、審査、審議又は調査等を行うことを職務とする機関」としていた⁴⁾。その後継書である松本コンメンタールは、「執行機関の行政執行のため、又は行政執行に伴い必要な調停、審査、審議又は調査等を行うことを職務とする機関」と説明する⁵⁾。両コンメンタールで多少の表現の相違があるが、内容は基本的に同じであると考えられる。

他方で、松本コンメンタールは、「要綱等によって、執行機関の補助職員以外の外部のものも委員或いは構成員として加わる委員会、協議会等を設置している例が少なくないが、こうしたものは『機関』とは区別して、行政運営上の意見聴取、情報や政策等に関して助言を求める等の場として設けられるもので、第3項に違反するものではないとみられる」としている⁶⁾。この

4) 長野士郎『逐条 地方自治法（第12次改訂新版）』（学陽書房、1995年）402頁～403頁。地方自治総合研究所監修、今村都南雄・辻山幸宣編著『逐条研究 地方自治法Ⅲ』（敬文堂、2004年）23頁も、この定義を引用している。

5) 松本・前掲注(2) 506頁。

6) 同前 509頁。

指摘は、長野コンメンタールにはないものであり、附属機関と類似の機能を果たしているものを附属機関と区別する指摘として重要であるが、先に定義を紹介した附属機関と区別する基準は明確ではない。

3 学説の状況－意見聴取として組織的判断がない という基準への収斂

(1) 附属機関の限定

附属機関法定主義に関して、学説は必ずしも活発な議論を展開しているわけではない。しかし、このテーマを論じる学説は、企画・立案過程の一環という政策形成過程への組込みに照らした基準、臨時的・一時的性格に照らした基準、権利義務に影響を与える権限行使を行うものは条例に定められなければならないとする職務内容に照らした基準、住民参加の促進という基準など、附属機関条例主義の射程を確定しようとしてきた⁷⁾。

現在、特に着目されているのは、国の制度との比較である。国において、要綱等で類似の機関が定められており、それとの対比で、自治体においても、同様の類似会議を条例に定めないことが可能とするわけである。まず、国の状況について、「行政運営上の会合－懇談会等」という見出しの箇所を論じる宇賀の説明をみる⁸⁾。宇賀は、「その構成員は、国家公務員法上の非常勤職員として任命されているのではなく、特定の政策課題について意見を述べる委任契約を国と結んだものと解される」とし、「重要な政策課題が、懇談会等行政運営上の会合の報告に基づいて決定される傾向は続いている。同様の傾向は、地方公共団体においてもみられる」と紹介する。興味深いのは、宇賀が紹介するように、国が次のような対応をとっていることである。

7) 稲葉・前掲注(2) 351頁、碓井光明「地方公共団体の附属機関等に関する若干の考察(下)」自治研究 82 卷 12 号(2006年) 25頁～26頁、兼子仁『自治体法学』(学陽書房、1988年) 70頁、154頁、同『新 地方自治法』(岩波新書、1999年) 109頁等。

8) 宇賀克也『行政法概説Ⅲ(第5版)』(有斐閣、2019年) 232頁～233頁。

「閣議決定で『懇談会等行政運営上の会合の開催に関する指針』（審議会等整理合理化計画別紙4）が設けられている。それによれば、懇談会等は、省令、訓令等を根拠としては開催しないこと、懇談会等に関するいかなる文書においても、当該懇談会等を『設置する』等の恒常的な組織であるとの誤解を招く表現を用いないものとする、審議会・協議会・審査会・調査会・委員会の名称を用いないこと、懇談会等の定員および議決方法に関する議事手続を定めないこと、聴取した意見については、答申・意見書等合議体としての結論と受け取られるような呼称を付さないこととされている」。これは、私的諮問機関（類似会議）が、法律や政令に基づき設置される審議会等とは異なることを強調しようとするものである⁹⁾。

宇賀が「委任契約」として示していたのは、塩野の見解であり、塩野は、「私的諮問機関（有識者会議、研究会、懇談会、調査会等名称はいろいろである）」について、「その構成員は、国家公務員法上の公務員（非常勤職員）としての任命行為が行われているわけではない。そこで、国と構成員との関係は、雇用契約関係（公務員関係を含む）にたつものではなく、ある特定の政策課題に意見をのべるということに寄与することを内容とする委任契約であるとみることができる」とし、自治体も同様に考え、「この種の条例外審議会は行政機関ではなく、情報・政策立案への助言委託先とみるべきものと思われる」として、地方自治法に反する組織とみることはできないとする¹⁰⁾。宇賀の説明と同じく、国のこのような私的諮問機関と同様のものであれば、自治体の類似会議も違法とはいえないと考えることになる。

（2）組織的判断がないという基準への収斂

上記の見解は、条例に基づく附属機関であるか否かは、構成員に意見を聴

9) ただし、このような考え方が1999年の「懇談会等行政運営上の会合の開催に関する指針」で出されたものではなく、もっと古くからあることについて、西川明子「審議会等・私的諮問機関の現状と論点」レファレンス57巻5号（2007年）62頁参照。

10) 塩野宏『行政法Ⅲ（第5版）』（有斐閣、2021年）95頁～96頁、224頁～225頁。

くにとどまり、機関としての組織的判断を行っているか否かといったことを基準とするものと考えられる。そして、組織的判断を否定して、条例に基づく設置が求められる附属機関と区別しようとする見解は、従来の基準を収斂させるものように思われる。例えば、組織的判断を行うわけではない場合、その組織を条例で統制する必要性は低く、通常、臨時的・一時的な組織として意見聴取がなされ、政策形成に組み込まれているわけではなく、義務を課したり、権利を制限したりする前提として利用できるわけではないことになる。組織的判断がなされていないのであれば、報告書が提出される場合にも、構成員の意見が一つの報告書にまとめられたものと理解することになる。反対に、例えば、臨時的・一時的な組織であっても、組織的判断がなされて答申が行われ、政策決定に組み込まれているような場合に、類似会議にとどまるものとは評価し難い。あくまで意見聴取にとどまり、組織的判断をするものではないかが実質的であり、臨時的・一時的な組織などは、その外形的特徴であって、臨時的・一時的な組織などの外形的特徴のみから類似会議に該当するといった判断は導けない。

以上のように理解すると、組織的判断を行うわけではない類似会議は、行政組織と評価することはできず、行政組織編成権の対象とはならないと考えられる。つまり、類似会議には附属機関条例主義の射程が及ばず、類似会議を条例で定める必要がないのは、それが行政組織ではないからということになる。

自治体も、先に触れた国の対応を意識して、審議会とともに、類似会議の改革を行ってきている。問題は、設置要綱の規定から判断すると条例に基づく附属機関とは異なるとしても、運用実態としては、組織的判断を前提に政策形成が行われる場合などは、やはり問題があり、条例に基づかないことが違法といった判断になり得ると考えられる。過去においても現在においても、国の私的諮問機関にはこういった活用と考えられるものがあり、このこ

とは私的諮問機関批判論が述べているところでもある¹¹⁾。設置要綱の規定の仕方だけではなく、運用実態も問題となるとすると、違法性判断は容易なものではなく¹²⁾、判断の仕方によっては、違法という判断が導かれ易いことが推測できる。しかし、そうであっても、附属機関と類似会議には基本的な考え方の相違があり、それに照らして判断がなされなければならない¹³⁾。

二 裁判例の状況と裁判例における附属機関の定義

1 裁判例の状況

附属機関条例主義違反を理由にした住民訴訟は全国でいくつも提起されているが、いわゆる三行半の上告棄却や上告不受理決定を別にして、いまだ最高裁の判断は示されておらず、確認できた限りでは、最近の名古屋地判であ

11) 室井力「諮問行政」同『行政改革の法理』（学陽書房、1982年）100頁、同「教育改革と諮問機関行政」同『行政の民主的統制と行政法』（日本評論社、1989年）221頁。

12) 伴・山口は、「附属機関と私的諮問機関等の会議体との違いは、『組織』であるか否かである」とし、「仮に当該会議体における意見集約の結果が報告書等の名称で公にされたとしても、当該会議体は組織ではないので」、合議体としての機関の意思という意味をもたないこと、「附属機関と私的諮問機関等の会議体がそれぞれ何を行っているかに大きな違いがあるわけではなく、「両者の区別を分かりにくくしている」ことを指摘している。伴義聖・山口雅樹「はんれい最前線 『附属機関』か『私的な会議体』か 狭間で揺れる謝礼金の行方」判例自治 370号（2013年）7頁～9頁。

13) ただし、「行政組織法定主義の目的は、行政組織の設置手続に国会や議会が加われることを目的とし、その限りで民主的コントロールを及ぼすこと、そしてそのような手続を経て設置されていない当該機関は法的に存在しないこととする、というところまでが、附属機関法定主義の射程である」とする中川の見解に従うならば、条例に定めることなく設置運用される類似会議は、法的に存在しないだけであり、附属機関条例主義違反と、その構成員に対する報償費支出の違法性は、別問題ということになる。中川丈久「地方自治法における附属機関の法定主義の意義と射程（二・完）」自治研究 94巻 12号（2018年）7頁～10頁。

る㉑前に、下級裁判所の 20 判決が存在しており、それに先の㉑が加わり、21 判決が確認できる（住民訴訟の中でも 1 号請求である差止で争ったものは除き、裁判結果の却下部分は省略したことをお断りしておく）。それを一覧にしたものが次の表である。

最近の㉑以外の 20 判決のうち、請求を認容したものが 8 件、棄却したものが 12 件存在する。ただし、違法性を否定して棄却したものは 1 件にとどまっていた。他方、近年の裁判例を中心に、条例に基づかない類似会議設置を違法と判断しつつ、注意義務違反（過失）などの要件を否定するものがある。

2 裁判例における附属機関の定義

裁判例において「附属機関」の定義を示すものは、長野コンメンタールまたは松本コンメンタールいずれかの説明か、それらに近い定義をしており、発行時期と同様、比較的早い段階の訴訟では長野コンメンタール、比較的最近の段階の訴訟では松本コンメンタールのような定義を採用している例が多い。先に述べたように、両者の内容は基本的に同じであると考えられ、他方で、類似会議とどのように区別すべきかを、それらの基準から判断することは困難である。

したがって、学説における附属機関と類似会議を区別する基準をどのように判断しているのかについて、裁判例を検討することが必要である。こちらでも裁判例の時期によって、附属機関条例主義の一般的趣旨、企画・立案過程の一環という政策形成過程への組込みに照らした基準、臨時的・一時的性格に照らした基準、権利義務に影響を与える権限行使を行うものは条例に定められなければならないとする職務内容に照らした基準、住民参加の促進という基準など、附属機関条例主義の射程を確定しようとする学説への言及が目立つ。また、裁判例では、類似会議を定める要綱等とともに、その活動の実態を検討することが一般的である。

番号	裁判所, 判決年月日など	類似会議 (法的根拠)	裁判結果
①	名古屋地判平成10年10月30日裁判所ウェブサイト (LEX/DB25410007)	名古屋市政調査会(規程)	認容
②	さいたま地判平成14年1月30日裁判所ウェブサイト (LEX/DB28072258)	越谷市情報公開懇話会 (要綱)	棄却(損害なし)
③	福岡地判平成14年9月24日裁判所ウェブサイト (LEX/DB25410270)	若宮町21まちづくり委員会(規則)	認容
④	福岡地判平成14年9月24日裁判所ウェブサイト (LEX/DB28081305)	若宮町教育施設適正化審議会(要綱), 若宮町商工観光振興審議会(規則), 若宮町農業振興審議会(規則)	認容
⑤	岡山地判平成20年10月30日判例集未登載 (LLI/DB判例秘書 L06350433)	岡山市自治組織に関する検討委員会(要綱)	認容
⑥	広島高岡山支判平成21年6月4日判例集未登載 (LLI/DB判例秘書 L06420347) (⑤控訴審)	同上	認容
⑦	横浜地判平成23年3月23日判例自治358号55頁	平塚市(仮称)次期環境事業センター整備・運営事業者選定委員会(要綱)	棄却(不当利得返還請求権なし)
⑧	東京高判平成23年9月15日判例集未登載 (D1-Law.com判例体系 28210048) (⑦控訴審)	同上	棄却(不当利得返還請求権なし)
⑨	横浜地判平成24年6月13日判例集未登載 (D1-Law.com判例体系 28222707)	逗子市まちづくり市民委員会(要綱)	棄却(過失なし)
⑩	東京高判平成25年3月7日判例集未登載 (D1-Law.com判例体系 28222709) (⑨控訴審)	同上	棄却(過失なし)
⑪	奈良地判平成25年6月25日判例自治382号77頁	生駒市市民自治推進会議(要綱)	認容
⑫	松江地判平成25年8月5日判例自治375号16頁	出雲市自治基本条例(仮称)市民懇話会(要綱)	棄却(違法性なし)
⑬	大阪高判平成25年11月7日判例自治382号73頁 (⑪控訴審)	⑪と同じ	棄却(過失なし)
⑭	奈良地判平成26年2月18日判例集未登載 (LEX/DB25503634)	生駒市ごみ有料化等検討委員会(要綱)	認容
⑮	京都地判平成26年6月24日判例集未登載 (LLI/DB判例秘書 L06950266)	京都市営保育所移管選定等委員会(要綱)	棄却(損害なし)
⑯	大阪高判平成26年8月28日判例集未登載 (LEX/DB25504704) (⑭控訴審)	⑭と同じ	棄却(過失なし)

⑰	大阪地判平成 26 年 9 月 3 日判例自治 409 号 26 頁	高槻市行財政改革懇話会、高槻市指定管理者選定委員会など多数（要綱、訓令など）	棄却（過失なし）
⑱	大阪高判平成 27 年 6 月 25 日判例自治 409 号 16 頁（⑰控訴審）	同上	棄却（過失なし）
⑲	大阪地判平成 29 年 1 月 13 日判例集未登載（D1-Law.com 判例体系 28251325）	大阪市特別顧問・特別参与（要綱）	棄却（過失なし）
㉑	甲府地判平成 31 年 1 月 29 日判例集未登載（LEX/DB25562533）	南アルプス市 6 次化拠点整備事業検証委員会（要綱）	認容
㉒	名古屋地判令和 5 年 3 月 27 日判例集未登載（LEX/DB25594882）	愛知県あいちトリエンナーレのあり方検証委員会・あいちトリエンナーレのあり方検討委員会（要綱）	棄却（違法性なし）

三 裁判例における附属機関条例主義の射程

1 例外としての適法判断

先に述べたように、多数の裁判例は、附属機関条例主義の射程を限定して類似会議を条例で定める必要がないとする主張を否定するわけであるが、㉒よりも前に、唯一、類似会議を附属機関に該当せず、附属機関条例主義に違反するものではないと判断するものとして㉑があることから、㉑を最初に確認しておきたい。

㉑の最初の特徴は、附属機関の定義を示さず、附属機関条例主義の意義から論じるところであるように思われる。そこでは、首長の組織編成権限との調整を重視し、「附属機関」とは、その文言の通常の意味から「審査、諮問又は調査のための機関」に該当するもので、「制度趣旨に照らして、濫設置に当たる機関、又は、議会による民主統制の必要のある機関を意味する」とする。そうすると、「審査、諮問又は調査のための機関」であっても、濫設置に当たらず、かつ、議会による民主統制の必要のない機関であれば、首長

の合理的な組織編成権限に委ねられているものと解すべきであり、このような機関は「附属機関」には当たらず、附属機関条例主義の合理的適用外をなすものと解することができ、このように解することで、「首長の組織編成権限と、機関の濫設置の防止・議会による民主統制の必要とを合理的に調整することが可能になる」とする。そして、具体的な判断基準として、当該機関が、「常設的機関ではないといえるか否かという形式的要素」と、「民意を反映させる実質（いわゆる市民参加型審議会）を有するか否かという実質的要素」とを総合して判断すべきとし、設置根拠が要綱にあったからといって、違法視されるものではないと判断する。

2 趣旨目的としての設置濫用防止・民主的統制

以下では、順に、⑫以外の①から⑭までの裁判例において条例で定める必要がないとする基準がどのように判断されているのかをみていきたい。⑫では、機関の濫設置の防止・議会による民主統制の必要性によって条例で定める範囲を調整しているわけであるが、⑬は、「濫用的設置のおそれがない組織や、民主的統制を及ぼす必要がない組織については、附属機関に当たらない」という主張に対して、「濫用的設置のおそれの有無や民主的統制の必要性の有無の判断基準は必ずしも明確ではなく、仮にそのような解釈を許せば、執行機関がその第一次的な判断権に基づいて附属機関に相当する機関を設置できることになり、結局、濫用的設置を許すことにもなりかねない」とする。⑭は、被告は、附属機関といえるためには、「合議制の機関であること」、「恒常的な機関であること」が必要であり、「本件特別顧問らは、これらを満たさないから、附属機関に該当しないと主張する」が、「法令上、合議制であることや、恒常的な機関であることを要求する規定はみられない」、また、附属機関法定主義の趣旨は、「附属機関の性格を明確にしつつ、執行機関による附属機関の乱立を防止することにあったと解されるところ、このような趣旨からしても、合議制であることや、恒常的であることが附属機関

の前提とされていたとは解されない」とする。

3 臨時的・一時的性格と参加の促進

次に、臨時的・一時的性格に関して、②は、「一定の事項についての提言をするまでの臨時的、一時的な住民参加型会議組織であるからといって、本件懇話会が附属機関に当たると解する妨げとはならないものというべきである」とする。⑤は、「町内会における紛争の解決という特定の単一の事案のみを対象として、臨時的に設置され、その設置期間は短期間とすることが予定されていた」という主張に対して、「特定の単一の問題の解決のみとされておらず、むしろ自治組織のあり方についての意見聴取及び自治組織の諸問題の解決に向けた意見の聴取という一般性のある設置目的が定められており、設置期間についても特段の定めはない」といった判断をする。⑦は、「本件委員会にあっては、複数回にわたる会議を重ねて民間事業者の選定作業を行い、この検討結果を事業者選定結果としてまとめて被告に提出し、被告はこれに沿って事業者を選定している。また、その活動期間は、1年以上にわたっているのであって、このことからすれば、特定の事業に活動が限定され、そのために新たに設立された機関であるとはいえ、必ずしも臨時的なものといえるものではない」とする。⑰は、臨時的・一時的に設置される組織を「附属機関条例主義の適用対象から除外するという考え方にも相応の合理性があるものということができる」としつつ、地方自治法に規定された「職務（調停、審査、諮問を受けての審議、調査）を行う組織は」、「恒常的に設置されるか否かを問わず、附属機関条例主義の適用対象とされているものと解することが自然であり、現に、法やその関係法令上、附属機関一般について組織の形態や存続期間等を定める規定は見当たらない」、「附属機関の設置について、議会を招集し、条例の制定、施行を待つ猶予がないほどに緊急性を求められる場合には」、首長が専決処分としてその設置を図る余地もあるとする。

また、住民参加の促進にかかわって、⑨（控訴審である⑩も同じ）は、『『機関』と『手続』を区別することによって限定解釈をしようとする』考えに対して、「その区別の明確な基準は示されていないようであり、そのために、本件委員会が市長に対して重要な事項の審議結果又は意見具申を行う常設機関であるにもかかわらず、委員の大半が無報酬の市民であることを理由に附属機関該当性を否定するという論理が難解なものになっているように思われる」とか、「本件委員会は執行機関が住民の意見を徴するための機関であるから附属機関に該当しないという」考えに対して、「本件委員会は、その設置目的からしても、その実態からしても、市長から特に委嘱された限られた数の市民委員が学識委員とともに審議をし、委員会としてその結果を市長に報告し又は意見を建議することが求められているのであって、単に個々の住民から意見を徴するための存在ではないことが明らかである。これが附属機関に該当しないというのであれば、附属機関該当性を否定するに足りる『住民の意見を徴する』機能は著しく希薄なものでもかまわないということになり、やはり区別の基準としては不明確であると考えられる」として、本件委員会が附属機関に該当するとしており、条例によらずに設置することは違法であるとする。

4 権利義務に影響を与える権限行使

職務内容に照らした判断基準として、⑤は、「被告は、本件委員会は住民の権利義務に影響を与えるような権限を行使するものではないと主張するが」、「住民の権利義務に影響を与える権限を有するか否かによって、附属機関に当たるか否かを判断することはできない」とする。⑥は、住民の権利義務への影響に関しては、「本件委員会が取り扱った紛争は、本件町内会の会員の市民生活や本件町内会の実質的な権利義務に相当大きな影響があると認められる事項であるところ、本件委員会の調査、調整活動やその意見によって、事実上その後の岡山市のこれらへの対応の方向性を大きく左右する関係

にあると考えられる」とし、「少なくとも、住民の権利義務に影響を及ぼす権限行使の前提となる調停、調査、諮問等を行う機関については、同項所定の附属機関に当たると解すべき」とする。⑪は、「調停、斡旋及び仲裁のような準司法的作用を果たす機関以外の機関については、私人の権利義務に直接影響を及ぼす権限行使の前提となる、執行機関を拘束する審査、諮問及び調査等を行う機関に限定すべき」とする主張に対して、「専門家や外部委員を導入する必要があるとしても、条例を制定すればその導入は可能なのであり」、他に一部類似した制度があることも「附属機関を狭く解する理由になるとは考えられない」とする。⑭は、「調停、斡旋及び仲裁のような準司法的作用を果たす機関であるか、それ以外の機関については、私人の権利義務に直接影響を及ぼす権限行使の前提となる、執行機関を拘束する審査、諮問及び調査等を行う機関に限定すべき」とする主張に対して、「地方公共団体内の組織編成に条例が不要であるとしても、当該地方公共団体の職員以外の者が委員となる本件委員会のような機関にまで条例が不要であるということではできないし、地方公共団体の業務に意見を反映させるために専門家や住民等の外部委員の参加する機関を導入する必要があるとしても」条例を制定すれば足りるとする。

5 政策形成過程への組み込みと意見聴取として組織的判断がないこと

最後に、「企画・立案過程の一環」にかかわる点に関して、③と④は、同様の判断を行い、「被告は、本件各審議会が一定の課題解決に向けた企画・立案過程の一環としての活動ではなく、企画・立案のテーマ選択や要否決定等のための極めて初動段階での情報収集の一環に過ぎない場合で、しかも組織として統一的な意思形成をすることもなく、長に対する拘束力も弱いような場合には、要綱等による設置を認めても附属機関条例主義の趣旨に反することはなく、附属機関には当たらない旨主張するところ、同主張は独自の見解」であるとして、後に類似会議が条例上の附属機関となっていたり、事務

局が執行機関内に置かれるなどの実態から、類似会議を附属機関と判断している。

また、意見聴取として組織的判断がないという基準とも考えられる主張がなされており、ここで紹介する。⑮は、「本件委員会が、被告（京都市長）に対する情報・立案政策への助言委託先としての機関」であって、「附属機関」には該当しないという主張に対して、本件委員会が「保護者の意見聴取，民間保育園の意向調査，移管先法人等募集要綱の審議，移管先法人候補の選定基準の審議，市営保育所の移管先として応募した社会福祉法人等の各種審査を実施した上で審査結果を作成しており，被告（京都市長）による当該選定についての単なる情報・政策立案への助言委託先を超えた，調査及び審査に該当する職務を実施しているというべきである」として、「仮に上記助言委託先には地自法 138 条の 4 第 3 項が適用されないとしても，被告の上記主張は，その前提を欠くものである」とする。また，⑯は，検証委員会が、「これからの『行政執行の前提となる』検証を行うものではなく、『6次化拠点の整備に係るこれまでの経緯』という既に破綻して行政執行が終了，完了している事業に関する検証を行うもので，目的としては，「未だ再建に関する政策が全く定まっていない中で，検証委員会の委員から方向性に関する意見を提言してもらうことであり，各参加者からの個別の意見聴取，意見交換又は情報共有等を役割とするものであるから，附属機関に該当しない」という主張するに対して，「検証委員会は，市が計画した 6 次化拠点整備事業の運営主体として設立し，多額の支出を行った MP 社について，設立後間がない時期に市が自ら破産手続開始の申立てをして，MP 社が破産するに至ったことについて，その直後の時点で，市としてその原因について検証し，6 次化拠点事業を再建するという行政執行のために，調査及び検討を行い，各委員の意見を集約した上で，市長への提言を行うために設置された機関と解するのが相当であり，既に破綻して行政執行が終了，完了している事業の経緯に関する検証を行うにとどまるとか，各参加者からの個別の意見聴取，意見交換又は情報共有等を行うにとどまるということとはできない」として，検証

委員会は、附属機関に該当すると判断する。

そして、最近の⑫が、「当該機関が担当する職務内容が、地方公共団体の意思決定における情報収集の一環と位置付けられるものか、これを超えて、地方公共団体の意思決定過程に公式に組み込まれたものか、当該機関が構成員の意見やその単なる集積にとどまらない機関としての意思を表明するものか、という観点から検討するのが相当である」と、学説の組織的判断という基準と同様の基準により判断し、要綱設置の類似会議を適法と判断したことが注目される。本判決は、要綱の規定だけではなく、活動実態に焦点を当てており、それも適切であると考えられる。「公式に」という表現は、学説の企画・立案過程の一環という政策形成過程への組み込みに照らした基準における表現を意識したものと考えられる¹⁴⁾。「公式に」組み込まれたということで、規則や制度上、政策決定過程に組み込まれているものとも考えられるが、⑫は、活動実態についても検討を行うものであり、「公式に」といっても、単に規則や制度のみから判断することを意味するのではないであろう。

四 裁判例における過失と損害の否定

1 過失の否定

次に、違法性を認めつつ、過失を否定するものとして、⑨、⑩、⑬、⑯、⑰、⑱、⑲がある。比較的近年の判決で、⑫以降は、大阪高裁と大阪地裁の判決に限られているという特徴がある。

⑨（控訴審である⑩も同じ）は、多くの市において「附属機関に相当すると考えられる機関が法律又は条例によらずに設置されていたことがうかがわれ、行政実務上、それが違法であるとの認識は一般化していなかったと考えられる」こと、「この問題に関する最高裁判所の判例は存在せず、これを

14) 稲葉・前掲注(2) 351頁。

違法とする判例が確立していたとはいえない」こと、学説においては、「情報・政策立案への助言委託先とみられるような審議会は条例によらずに設置することができるとする見解が有力に唱えられ」、ほかにも、これと同様に「附属機関の意義を限定的に解釈する有力な見解が存在して」いること、「本件報償金が少なくとも外形的には学識委員の役務の提供に対する対価とみられるものであることにも照らすと、本件報償金の支出がされた当時において、Y市長が、その支出をすることが同項に反し、これにより違法に市に損害を加えることになるとの認識を持たなかったとしても、無理からぬところ」があるとして、過失を否定する。

⑬と⑯は、それぞれ⑪と⑭の控訴審であることから、最初に過失を認めた⑪と⑭の判断を確認する。まず、⑪は、「市において、要綱によって設置された附属機関の委員に対しては、報酬基準に基づき報酬が支給されることが予定されていた。その上、相手方は、本件支出の前提となる平成24年1月17日の本件推進会議第16回会議の開催よりも前に、本件推進会議を含む複数の要綱によって設置された組織について、条例による設置の検討を要するとして、市監査委員より勧告を受けていた」と認定して、過失を認めている。また、⑭は、「附属機関に準じる機関の委員等に対する報酬の支出を違法とする下級審裁判例は一定数存在していたものであって、これらの裁判例の中に、被告が主張するような限定的な解釈を明示的に採用したものが存在していたともうかがわれないことからすれば」、各自治体の取扱い及び行政法学上の見解が存在していたことをもって、「本件委員会について条例設置が不要であると判断することに相当の根拠があるということとはできない」として、また、⑪と同様の市監査委員の勧告をあげている。

これに対して、⑬は、一2であげた社団法人地方制度調査会の調査に言及し、「平成22年当時、多くの市において、法138条の4第3項所定の附属機関に相当すると考えられる機関が法律又は条例によらずに設置されていたことが認められ、行政実務上、それが違法であるとの認識は一般化されていなかったことがうかがわれる。そして、そのような機関の委員等に対する報償

金等の支出の適法性に関する最高裁判所の裁判例は存在せず、これを違法とする下級裁判所の裁判例が確立していたとはいえないし、行政法学説においても、見解が分かれていたが、近時はこれを適法と解釈する説が有力になっていたことが認められる」、「これらの事情に加えて、本件支出が少なくとも外形的には本件推進会議の委員の役務の提供に対する対価とみられるものであること」をあげ、監査委員の勧告については、「本件推進会議が法 138 条の 4 第 3 項所定の附属機関に当たるとまで判断したのではなく、飽くまで、本件推進会議を含む 24 の委員会等について、その設置目的、業務の実態等を精査し、附属機関として条例に基づいて設置すべきものとそうでないものとを整理した上で、適切な措置を講じることを検討するように勧告したものにすぎない」としている。⑯も、社団法人地方制度調査会の調査、最高裁判決例等は存在しないこと、行政法学説において見解が分かれていたが、近時市民が参加する懇談会等を要綱等により設置することを適法とする見解が有力になっていたこと、本件支出が外形上本件委員会の委員の役務に対する対価であり、その額も不相当とはいえないといった諸事情を併せ考慮して過失を否定する。

また、⑰は、社団法人地方制度調査会の調査、最高裁判例は存在しないことや、違法性を否定する⑱も含めた裁判例の状況に言及し、「条例に基づかずに設置された、審議会的機能を有する、職員以外の外部の者を構成員とするものは行政機関ではなく、情報・政策立案への助言委託先とみるべきものであり、これを違法の組織とみることはできないとする見解」や「要綱等によって執行機関の補助職員以外の外部の者が委員等として加わる委員会、協議会等については、『機関』とは区別して、行政運営上の意見聴取、情報や政策等に関して助言を求める等の場として設けられるもので」違法ではないとする見解を含めて、学説を包括的に紹介した上で、「住民参加の促進や行政対応の迅速性、柔軟性確保の観点から、附属機関の範囲を限定的に解しようとする見解が有力であった」とする。そして、「下級審裁判例のレベルでも、必ずしも、附属機関の意義の解釈やそのあてはめについて確立した判断

が形成されていたとまでは断じ難い」とし、さらに、「学説上も、附属機関の意義の解釈について、見解の一致はみられず、住民参加の促進や行政対応の迅速性、柔軟性確保の観点から、附属機関の範囲を限定的に解しようとする見解も有力であったのであり」、「各見解も、相応の合理性があることは否定できない」とし、これらの事情に加えて、「本件各財務会計行為が、少なくとも外形的には本件各組織等の委員等の役務の提供に対する対価とみられるものであることを併せ考慮」して、過失を否定する。その控訴審である⑱も、最高裁判例は存在せず、「下級審裁判例レベルでも、附属機関の意義の解釈やそのあてはめについて確立した判断が形成されていたとまでは認め難いこと、学説も『附属機関』の意義の解釈について必ずしも一致をみていなかったこと」や、行政実務に言及し、また、⑲の認定・説示に照らして、過失を否定する。

最後に、⑲も、2010（平成22）年当時、多くの市において、類似会議が存在し、「附属機関の意義や具体的な事例における附属機関該当性を判断した最高裁判例は存在せず、条例によらずに設置した附属機関に対する経費の支出を違法とする下級審裁判例は複数存在していたものの、学説上、附属機関の意義に関してこれらの裁判例とは異なる見解を述べるものも存在し、この点に関する見解は一致していなかった」ことに加え、「本件各支出行為が、少なくとも外形的には、本件特別顧問らの役務の提供に対する対価とみられるものであることも併せて考慮すると」、「違法であるということを認識し、又は認識し得たとは認められない」とする¹⁵⁾。

過失を否定する裁判例においては、類似会議を条例に定める必要がない場合の基準に一応の論拠があると判断しているのか必ずしも明確ではないものもあるが、過失が否定されるには、単に基準についての見解が分かれているというだけではなく、依拠した基準に一応の論拠が必要と思われる。臨時的・一時的性格の基準に「相応の合理性がある」とか「各見解も、相応の合

15) 過失を否定する裁判例については、佐々木泉顕・藤田晃「はんれい最前線 委員会・会議の設置の在り方に警鐘！」判例自治 412号（2016年）9頁。

理性があることは否定できない」といった⑩のような判断が必要と思われる。学説の状況に照らすと、意見聴取として組織的判断がない基準には、他の基準以上に、一応の論拠が認められると考えられ、この基準に従って自治体が活動している場合には、過失が否定される可能性が高いと考えられる。もっとも、基準に一応の論拠があるとしても、その基準のあてはめが基準の範囲を逸脱して違法であると判断される場合は、基準それ自体の問題とは別と理解できるであろう。しかし、いかなる基準に従うことが適法となるかが明確ではないことから、基準のあてはめも、基準それ自体と同様の問題となり、基準の範囲内と考えたことに合理性があるならば、過失が否定されることになると考えられる。

2 損害などの否定

損害などを否定する裁判例にも簡単に触れておきたい。②、⑮は損害を否定し、⑦、⑧は、不当利得返還請求権を否定する。②は「本件懇話会の委員は、事実上、適法に設置された附属機関の委員と同様の活動をしたものと評価することができる」、「適法に設置された附属機関たる審議会委員に対して支出されたと推認される報酬等の額は、本件懇話会の委員に対して支出された報償費等と同額であったと推認することができる」として、損害は生じていないとする。「本件懇話会出席職員賃金等」についても、「適法に設置された附属機関としての審議会」に対するものと同程度で損害はないとする。また、⑮は、「京都市は、上記報償費の反対給付としてされた本件委員の労務の提供により利益を受けている一方、当該労務の提供は」、附属機関条例主義に「違反する本件委員会の設置に起因するものではあるものの、社会倫理規範に違反するようなものではなく、また、当該報償費の額は、京都市が受ける利益を上回るものとも認め難い」として、京都市には損害がないとする。

次に、⑦は、委員会の要綱設置が違法としても、「このことから、直ちに

各委員に支払われた謝礼が不当利得となると解すべきではなく、「各委員が、事実上、委員として平塚市の業務である本件事業の検討に当たったことを踏まえることを要する」べきとする。そして、各委員は、「有識者として求められる役割を果たしたものであって、本件各支出は、このような有識者として供与した役務に対する対価と会議に参加するために要した交通費の実費に充てるために支払われたものと認めることができる」として、「この謝礼の受領が法律上の原因がない利得に当たるといえることはできない」とする。控訴審の⑧も同様である。

他方で、損害がないことは、他の事件においても主張されているものの、裁判所が否定する例として、⑩を確認しておく。⑩は「被告は、本件委員との業務委託契約は私法上無効とはいえ、本件委員は、実際に検証委員会の会議に出席し、成果物としての検証報告書を作成し、それを市に提出しており、報償金はその対価として支払ったものであるから、市に損害は生じていないと主張する」が、「本件支出は、条例に基づいて設置されるべき附属機関に該当する検証委員会が条例によらずに設置された上で、給与条例主義に違反して、委員に対する報償金の支払として行われたものであるから、条例の根拠がなければ支出することのできない本件支出が行なわれたことにより、市に同額の損害が生じたことは明らかであり、このことは、本件支出の原因となった本件委嘱に係る業務委託契約が私法上有効か否か、報償金の支払が検証委員会の委員による役務の提供と対価的關係があるか否かによって左右されるものではないというべきである」とする。

また、過失を否定する裁判例との関係では、過失を否定する際に考慮されている事情が損害として独自に扱われ、損害が否定されているようにもみえる。

兼子は、「自治体の『損害』は、支出原因である市民参加会議の要綱設置が違法と解されたことと本来一義的につながるわけではないであろう」とし、「委員『報償費』が違法支出であっても、委員の会議参加『役務』に照らして適正金額である範囲では、自治体に実『損害』は存していないと目す

る余地があろう」とする¹⁶⁾。兼子は、住民参加を重視して、類似会議を条例で定めなくても違法と考えていないことから、損害に関しても市民参加会議を他と区別するものと推測できる。しかし、この兼子論文は、過失を否定する裁判例以前に公表されたものであることから損害を否定する主張がなされているようにも思われ、市民参加会議を他と区別できないとすると、条例に定める附属機関の委員に対するものと同等の支出であるならば、常に損害が否定されることになり、附属機関条例主義にかかわる住民訴訟が意味を有さなくなると考えられる。

おわりに

近年の裁判例では、過失の有無に焦点が当てられることが少なくないが、その前に、類似会議を条例に定めなくてもよい基準がどのようなものか明確にされる必要がある¹⁷⁾。附属機関条例主義に違反するものではないとする^⑫や近年の^⑬以外の裁判例をみると、条例で定める必要がない基準を否定するものだけではなく、基準自体を明示的に否定するのではなく、条例に定める必要がないという基準を充足しない、反対に条例で定める必要があるという基準を充足すると判断して附属機関条例主義に違反するとしているようにみえるものがある。これが基準自体は適切だとして認めるものなのか、仮にその基準に従った場合の結論を示すものなのか明らかではなく、もし基準自体

16) 兼子仁「市民参加会議『要綱』設置の違法解釈判例について」自治総研 398 号 (2011 年) 70 頁。

17) 高橋は、^⑫も参照しつつ、規定の立法趣旨を重視して、長の責任を「附属機関」の濫設の防止ないし議会の民主的統制という制約を取って潜脱しているような事例に限定されるとし、「独立性や恒常性」をメルクマールとする考えを示すものであるが、「条例設置が必要な『附属機関』を限定していくことにより、過失否定ではなく違法性そのものの否定の構図を作り上げていく必要があるのではないか」としている。高橋正人「附属機関（設置）条例主義と判例・学説」静岡大学法政研究 26 巻 2～4 号 (2022 年) 39 頁～40 頁。

は適切であるとするものであれば、異なる類似会議を対象とした場合には、条例に定める必要はないといった異なる判断がなされる可能性がある。

組織的判断がないという基準に関しても、先にみたように、基準として適切と判断した上での結論なのかは必ずしも明確ではなかった。そのような状況において、㊸は、明確に組織的判断がないという基準を採用し、条例に基づかない類似会議設置を適法と判断する初めての判決であると考えられる。今後、他の裁判所がこの基準自体の妥当性をどのように判断するのか注視していかなければならない。また、この基準が妥当であるとした場合にも、私的諮問機関批判論が論じるように、現実に存在する類似会議の運用や利用方法が政策形成のあり方として問題となり、違法と判断されることもあり得ると考えられる。そうであれば、意見聴取として組織的判断がないという基準とともに、その基準の限界の有無や限界を認める場合の判断基準についても、さらに今後の議論が必要となる。