

論点の整理（素案）

一 基本認識

二 「国等から訴え提起ができる仕組み」の制度設計について

- 「国等から訴え提起等ができる仕組み」がどのようにあるべきか、議論を行った。

1 国等から訴え提起等に向けた手続きを開始できる場合について

(1) 国等から訴え提起等ができる対象について

- まず、国等からの訴え提起等を考える場合、その対象について、議論を行った。具体的には、既に制度化されている地方側からの場合、「地方公共団体に対する国の関与」一般について対象とされているが、国等からの場合には、「是正の要求・指示」に限定することが適当か、「許認可や事前協議などの法定手続を経ずに行った行為」を対象としなくてもよいか、議論を行った。

- この点、次の理由から、「是正の要求・指示」に限定することが適当であると考えられるか。
- ・ 「国の関与に地方公共団体が従わない」ことが審査申出が必要となる理由なのであれば、単に「地方公共団体が許認可や事前協議などの法定手続を経ずに行っていた」ことではなく、「国の明示的な意思表示（是正の要求・指示）があり、それに対して地方公共団体が従わない」ことをもって申出事由とすることが適当と考えられる。
 - ・ 「地方公共団体が許認可や事前協議などの法定手続を経ずに行っていた行為そのもの」は、当該行為が、一般私人を対象とする処分等である場合には、後に審査申出が訴訟に移行したときに、当該私人との間における処分等の効力についてどのように取扱うかという問題を生じうる。
 - ・ 公務の適法性や執行の確保を図るという趣旨にてらすと、「是正の要求又は指示に従わない場合」に限定することで必要十分である。

- なお、地方側からの訴え提起等とともに、国等からの訴え提起等についても制度化することを勧告した地方分権推進委員会第4次勧告（以下「第4次勧告」という。）においても、地方側からの場合には、単に、「地方公共団体に対する国の関与に不服がある場合」に手続きを開始できるとされたのに対し、国等からの場合には、国の関与一般ではなく、「是正の要求又は指示」に限り、手続きを開始できるとされていたところである。

- また、訴え提起等の対象については、「国等からの訴え提起等の対象とする「指示」は、地方自治法における「是正の指示」（同法 245 条の 7）のみとするのか、個別法における「指示」も対象とするのか」という論点もある。

- この点、「個別法における『指示』と、地方自治法における『是正の指示』は、前者によって後者が排除される関係にはないので、『是正の指示』のみを対象とすれば十分である」という考えも、「地方公共団体からの訴え提起等は、個別法における『指示』も対象としていることから、整合性を考えると、対象とすべきである」という考えも、いずれもあり得る。国等からの訴え提起等の趣旨、地方自治の尊重の観点などを、総合的に勘案して検討を行うことが必要であるとするか。

(2) 国等から訴え提起等ができる時期について

- 次に、国等から訴え提起等ができる時期について、「地方公共団体が不服審査申出期間に審査の申出を行わないとき」とすることが適当か、議論を行った。

- この点、次の理由から、「地方公共団体が不服審査申出期間に審査の申出を行わないとき」とすることが適当であるとするか。
 - ・ 不服申立期間は、是正の要求・指示について地方公共団体が判断するための猶予期間とも位置づけられる。
 - ・ 地方公共団体の自主的判断や不服審査申出・出訴権という地方自治を尊重する観点から、当該場合に限定することが適当である。
- また、原則としてこのように考える場合でも、国際的な関係など、緊急を要する場合もあり得るため、「特段の場合について別途考慮することが適当である」と考えるとするか。

- なお、第 4 次勧告においても、国等からの訴え等の場合には、「地方公共団体が不服審査申出期間に審査の申出を行わない場合」に限り、手続きを開始できるとされていたところである。

(3) 「申立期間徒過」の要件を要求する場合に、是正の要求等が違法であるとの主張を地方公共団体に認めるか否かについて

- 国等からの訴え提起等を考える場合で、「申立期間徒過」の要件を要求する場合に、「是正の要求等が違法である」との主張をなすことを地方公共団体に認めるか、議論を行った。
- なお、「新たな訴訟において、是正の要求等が違法であった旨を地方公共団体が主張することを認めるか否かは、「申立期間徒過」の要件を設定することとは別の問題であり、立法政策としてはいずれもありうる」との点についても、意見の一致を見た。
- この点、「地方公共団体に違法性の主張を認めるべき」との意見の理由として、次のものがあつた。
 - ・ 裁判所の判決に執行力を持たせるのであれば、申立期間が徒過した場合であつ

ても、是正の要求等についても改めて裁判において争えるようにすべきである。

- ・ 強制手段が仮にない場合には、裁判所の判決の事実上の権威に地方公共団体を従わせようということになるから、司法の権威を高めるという観点からは、申立期間が徒過した場合であっても、是正の要求等の違法性について双方から主張立証させて、裁判所が判断を下すとすべきである。

○ 一方で、「地方公共団体に違法性の主張を認めるべきではない」との意見の理由として、次のものがあつた。

- ・ 失権することがわかっていながら権利を行使しなかった人が、権利を行使したときにできたはずの主張を、失権した後でもできるという説明は難しいのではないか。
- ・ 裁判所の判決に間接強制などの執行力を持たせないのであれば、申立期間が徒過した場合には、是正の要求等が違法であるとの主張を地方公共団体に認めないこととしてもよいのではないか。
- ・ 民事訴訟では、例えば、株主総会の決議取消訴訟など、形成訴訟の中には、一定の提訴の期間が徒過したことを理由に、決議が実体法上、違法性があつても、その主張ができなくなるものもある。

○ 地方公共団体に違法性の主張を認めるか否かに関する以上の理由は、いずれも一定の合理性があるか。その上で、国と地方の係争が、国と地方の間に法解釈について齟齬があることに原因があることに鑑みると、国と地方の双方のみならず、国民・住民が納得する形で係争を解決するためには、司法の場において、国と地方に、当初の是正の要求等について主張立証を尽くさせることが重要であり、この観点から、地方公共団体に違法性の主張を認めることが適当であるとするか。

2 訴訟の形態について

○ 国等からの訴え提起を考える場合、いかなる訴訟の形態が適当か、議論を行った。

(1) 違法確認型の訴訟について

○ まず、違法確認型の訴訟（条文イメージとして、「国等は、裁判所に対し、国等が要求又は指示した事項を地方公共団体が行わないことが違法であることの確認を求めることができる」というもの）が考えられるか、議論を行った。

○ この点、本件課題が生じる原因は、国と地方の間で法令解釈の相違が生じていることにあることに鑑みると、是正の要求等に従わないことについて適法・違法の主張ができ、裁判所がこれを判断する、という構造は明快であると考えられるとするか。また、違法を確認することで、本件課題の解決には十分であると考えられるとするか。

○ なお、第4次勧告においては、違法確認型の訴訟が勧告されたが、次のような意見があつたところである。

- ・ 国の関与のうち是正の要求等については、当該関与が取り消されない限りこれ

を受けて地方公共団体が措置を講じなければ違法であることを踏まえると、国地方係争処理委員会や裁判所が「当該関与に従わないことが違法であること」を確認しても当該関与の法律上の効力に影響があるわけではなく、法的な意味においては、必ずしも違法であることを確認するための手続を設ける必要はないとも考えられる。

- この意見については、次のように考えることができる。
- ・ 行政処分（是正の要求、指示も処分であることに異論はない）は公定力、不可争力があるところから、行政処分の効力を争うには、取消訴訟を提起しなければならず、出訴期間（不服審査前置主義の場合は不服申し立て期間）を徒過した場合には、取消訴訟を提起出来ないので、当該行政処分の効果を否定する裁判上の手立てはないことになる（無効の瑕疵がある場合は別）。ただそのことは、当該処分の効果を否定することができないことを示すだけで、当該処分の適法性が確定されるわけではない。したがって、当該処分の効果を否定することなく、国家賠償訴訟で処分の違法性を主張することは許される（たとえば懲戒免職処分の取消を求めず（あるいは不服申し立て期間後に）、懲戒免職処分の違法を理由に国家賠償を求めることは可能である。最高裁判所の判例では、所得税の更正処分についても同様）。
- ・ また、違法性の承継が認められれば、後続処分の取消訴訟で先行行為たる行政処分の違法性を主張することも認められる。さらに、明確な最高裁判所の判決はないが、行政処分違反を構成要件とする刑事手続においては当該構成要件の趣旨により違法の抗弁が出せるものと解される（たとえばストーカー行為規制法）。この二つの場合は、違法の主張を認めることにより、先行処分の効果も実際上は意味を失う。
- ・ いずれにせよ、出訴期間（不服申し立て期間）経過後は当該処分の違法は確定するという命題は、行政法には存在しない。
- ・ そこで、是正の要求等に当てはめると、是正の要求等の不服申し立て期間経過後は、是正の要求等それ自体に対してはもはや取消を求めることはできない。しかし、これにより当該是正命令等の適法性が確定するものでないことは、一般の行政処分と同様である。ただ、違法確認型訴訟で、是正の要求等の違法の抗弁を認めると是正の要求等の早期確定の要請が損なわれるという問題が生ずるが、早期確定の要請は相手方たる地方公共団体が争えば満たされないことになるので、制度設計に際してそれほど強いものではなく、本制度に即した、立法も可能であり、かつ、本制度が、国・地方公共団体の係争処理に特化したものであるので、取消訴訟制度一般に影響を及ぼすものではないと考えられる。
- ・ また、違法の抗弁を認めることは、行政処分たる是正の要求等の効果を否定することになるという見解に対しては、上に述べたように、そのような例外（公定力の限界）を認めるかどうかは当該制度の合理性、一般の処分との関係における特殊性によって判断さるべきもので、カテゴリカルに否定されるものではない。国等からの訴え提起という本制度との関係において言えば、本制度は、そもそも、処分の行政的執行を断念し、いわば司法的執行をよることにしたものであるので、

一般の行政行為の効力論をここに当てはめるのは適切ではなく、むしろ、行政処分違反者に対する刑事手続における違法の抗弁との対比で考えるのが適切であると思われるし、国と地方公共団体という行政主体相互の紛争処理にはより適合的である。

- ・ なお、違法確認型訴訟を制度化する際、違法の抗弁につき、これを認めるにつき特別の規定を置く必要があるかどうかの法制実務的問題は別にあるので、今後検討する必要がある。

(2) 義務付け型の訴訟について

- 次に、義務付け型の訴訟（条文イメージとして、「国等は、裁判所に対し、国等が要求又は指示した事項を行うべき旨を地方公共団体に命ずる裁判を請求することができる」というもの）が考えられるか、議論を行った。

○ この点、義務付け訴訟の場合、「是正の要求等により生じている義務と同じ義務を裁判所が改めて命ずる訴訟である」という考えと、「是正の要求等により生じている義務とは別の義務（是正の要求等により生じている義務の範囲内で、訴訟前の指示ないし、訴訟における請求の趣旨により特定される）を裁判所が新たに課す訴訟である」という考えとがありうるとするか。

- いずれの考えでも、違法確認型の訴訟と同様、法的意味があるといえるとするか。特に、後者の考え方による場合、裁判所が課す義務は別の義務であるから、明らかに法的意味があるといえるとするか。

- また、本件課題の解決という点も、違法確認型でも十分であると考えられるが、裁判所から直截に命じられることによって、本件訴訟の解決がより期待できると考えられるとするか。

- また、個別法における指示を、国等からの訴えの対象とする場合の意見として、「地方自治法における『是正の要求』及び『是正の指示』については、地方公共団体の具体的な事務処理に関し行うものであるため事前に行うことはできないが、個別法に規定された指示の中には差止訴訟の利用が想定されるような事前の指示もあり得ることにかんがみると、差止訴訟の類型も検討事項となり得る」との意見があり、概ねの合意を得た。

(3) 諸外国における国からの訴えについて

- フランス及びアメリカにおいては、適法性の確保や公務の執行の確保などが国(州を含む)の役割とされ、次のとおり、国が地方公共団体を相手方として訴えを提起できることとされており、実際に、多くの紛争が司法の場において解決が図られている。今回の検討において、参考にすべきと考える。

- ・ フランスにおいては、法律で列挙された重要な行為について、市町村 (commune) 及び県 (de'partement) においては県の官選知事 (pre'fet) への、州 (re'gion) においては州の官選知事への送付を要する。官選知事は、送付された行為

が違法であると認めるときは、当該行為を地方行政裁判所に付託する。地方行政裁判所は、付託に理由があると認めるときは、当該行為を取り消す。

- ・ アメリカにおいては一般的に、州法に義務付けられた事務の実施について、州司法長官（Attorney General）は、職務執行令状（Writ of Mandamus、裁判所が各種行政機関に対して発給する職務の執行を命じる令状）の発給を求める訴訟〔職務執行命令訴訟〕を提起することが可能である。また、地方政府の自治的な事務の実施について、州司法長官は、地方政府の条例や職員の行為が連邦憲法や州憲法に違反するおそれがあると認めるときは、州民を保護する目的等により、州民の代表として地方公共団体を相手方として 訴訟を提起することが可能である（Parens Patriae訴訟〔父権訴訟〕）。
- ・ なお、ドイツにおいては、行政的関与の仕組みが発達しており、司法的関与は例外的なものであるが、私人の不服申立に対する市町村の決定・裁定等に対し、市町村を相手方として、州が取消しを求めて出訴する制度が存在する。

3 「訴え提起に向けた指示」について

- 新たな訴訟を考える場合、是正の要求等とは別に、訴え提起の前提として、是正の要求等の具体的内容を、行うべき期限を定めて指示する「訴え提起に向けた指示」が必要か、議論を行った。
- 問題の所在は、次の通りである。
 - ・ 是正の要求・指示とも、当該関与を受けた地方公共団体は、是正又は改善のための必要な措置を講じなければならない法的な義務が生じるとされている。一方で、「是正の要求」は、是正又は改善のための具体的措置の内容については指示できず、かつ、具体的措置の内容については、地方公共団体の裁量によるものとされている。また、「是正の指示」についても、個別・具体のケースによっては、具体的措置の内容が示されない場合もありえる。このため、新たな訴訟を考える場合に、訴訟物の特定という観点から、国等が改めて具体的内容を地方公共団体に指示する処分が必要かが、問題となる。
 - ・ 「訴え提起に向けた指示」は、訴訟手続の一環であるとしても、地方自治法245条1号への「指示」に該当すると考えられ、地方自治法245条の3第6項に照らすと、できるだけ設けないことが望ましいと考えられる。
- この点、「自治体の裁量を、どの段階で誰が縮減させることができるか、司法権ならそれを縮減できると考えるか、という問題である」という認識で一致を見た。
- さらに、「是正の要求等において地方公共団体の裁量を認めているとしても、そこで一度自治体に判断の機会を与えているのであるから、その判断を行わなかった場合に、国が、直ちに義務確認の訴えを提起できる、あるいは国がその範囲内である程度特定して、直ちに義務付けの訴えを起こすことができるとし、訴訟の前段階で改めて特定のための指示をする必要はない、とすることは、可能であると考えられる」という意見が出され、概ねの合意が得られた。
- また、当該意見を支持する、次のような意見もあった。

- ・ 判決に執行力を持たせないのであれば、訴訟物の特定は、訴訟の段階でだけ問題になるのであるから、当事者の攻撃防御を的確に集中でき、かつ裁判所が適切な判断を下せる程度の特定でよいということになり、今の民事訴訟で考えられているものより、もう少し緩いものでもよいと考えられる。
- ・ 民事訴訟では、例えば騒音差止訴訟において、「裁判所は行政庁に具体的な措置を命ずるよりも、一定の音量以下にすべきことを命ずることとし、そのための具体的な措置については行政庁にゆだねることが適当である、ある程度抽象的な訴訟物の特定でも、被告の裁量で判決後、措置をすることがむしろよい」との見解も、学会では有力説となっている。

○ 以上のように、改めて行政処分を行う「訴え提起に向けた指示」は不要であると考えられるとするか。

- 一方で、当事者の攻撃防御を的確に集中でき、かつ裁判所が適切な判断を下せるようにする観点から、民事訴訟でも、提訴前に、当事者間で一定の交渉がされることは当然であり、相手方にはどのような趣旨の訴えが起こされるかは通常分かるものであるから、この種の国と地方公共団体の間のやり取りを認め、処分ではないと整理することが適当である。また、「国等が、訴え提起に際し、裁判所に対して、地方公共団体が措置すべき内容を期限とともに示す」こととし、これは、地方公共団体に対するものではなく、もちろん処分ではない、と整理することも考えられる。

4 訴え提起に向けた「加重要件」について

- 「違法であること」に加えて、「明らかに公益を害していると認めるとき」といった要件を加重すべきか、議論を行った。
- 問題の所在は、次のとおりであるか。
 - ・ 「訴え提起に向けた指示」は、地方自治法245条1項1号へに規定する「指示」として設ける場合には、地方自治法245条の3第6項にてらすと、自治事務の処理に関する訴え提起の要件として、公益要件など何らかの加重要件が必要と考えられる。
 - ・ 「訴え提起に向けた指示」を設けない場合、又は、法定受託事務の処理に関する訴え提起の場合には、地方自治法245条の3第6項は働かないが、なお公益要件など何らかの加重要件が必要という考え方があり得る。
- この点、次の理由から、「公益要件の加重は不要である」との意見があった。
 - ・ 地方側からの訴え提起の場合には特段の加重要件はない。国と地方は対等であり、第三者機関や司法手続へのアクセスも平等であるべきである。
 - ・ 公益要件に該当するか否かで難しい議論が生じるとなると、建築基準法における代執行についても公益要件を落として違法性のみを要件としていることに鑑みても、国による訴えの提起は例外的なものであり、おのずから国の自制が働くから、公益を害するかどうかは訴訟要件とはせず、違法性だけを訴訟要件とすればよい、という考え方もある。

- ・ 是正の要求の要件は、「法令の規定に違反していると認めるとき」又は「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるとき」とされており、法令違反の場合と不適正処理の場合とで要件に差をつけ、後者にのみ公益要件を付している。このため、両者をともに審査申出の対象とした上でさらに「明らかに公益を害していると認めるとき」という要件を付け加えてしまうと、法令違反の場合と不適正処理の場合とで差をつけていることとの平仄が合わなくなってしまうおそれもある。
 - 一方で、次の理由から、「公益要件の加重が適当である」との意見があった。
 - ・ 地方自治の観点からは、違法性だけでなく、公益を害するかどうかを訴訟要件とし、地方公共団体の判断を尊重するべきである。
 - ・ 広く薄く住民の利益が阻害されるとか、あるいはもっと直接的に国の利益から看過しがたいとか、そういう状況に対して、新たな制度という対応が必要になるのではないか。
 - ・ 裁判に訴えてまでこういった問題を議論してもらうには、それなりの利益がないといけないという、一つの縛りをつける必要があるのではないか。
 - また一方、折衷的な考えとして、次の理由から、「公益要件の加重は法律上求めるのではなく、運用上求めることが考えられる」という意見もあった。
 - ・ 法秩序の侵害が行われているという前提にたてば、公益侵害ではなく、違法性の問題として処理をすることになる。ただ、地方自治の尊重という観点から多少のバッファを置くことはあり得る。その場合、公益性の問題を法律の中で訴訟要件として書き込むのか、あるいは、そもそも地方自治の尊重の理念に則ってこれを運用すべきだという運用の問題として処理すべきかという議論はあり得る。
- 以上のように、各論併記にとどめるか。あるいは、一定の方向性を出すべきか。

5 判決の執行力を担保する仕組みについて

- 新たな訴訟を考える場合、判決の執行力を担保する仕組みが必要か、また、どのような仕組みが考えられるか、議論を行った。
- 次の理由から、「判決の執行力を担保する仕組みは設けないことが適当」とする意見があった。
 - ・ 国の行政から言われるのと、裁判所から言われるのとでは、その重みが違う可能性は十分にあり、国の行政から言われても従わない場合に、司法権が判断した場合には、判決に執行力がなくても事実上従うということが期待できる。
 - ・ 行政事件訴訟法における義務付け訴訟をはじめ、行政機関を名宛人とする判決について、特段の執行力が設けられておらず、判決が出れば行政が従うものだという前提で制度設計がなされていることを考えれば、今回、新たな訴訟を考える場合、間接強制などを設けることについては、慎重に考えるべきである。
 - ・ 日の出町の間接強制金支払命令は取り消されたという問題があり、豊郷町の小学校校舎取壊しの差止命令には、最終的に行政庁は従っている。これまでの事例にかんがみると、行政庁は裁判所の判断を尊重することが期待でき、従わないの

はレアケースと考えて制度設計する考え方もある。

- ・ 地方公共団体が独自の地位・資格で行う活動について強制金や間接強制という形でサンクションを科すことをこれまでやってこなかったことを地方自治の尊重という観点からどう評価するかという視点もあるので、執行力なしの判決もあり得る。
 - ・ 現在の地方側からの訴えについても、特段の執行力による担保措置がないこととのバランスを考える必要がある。
 - ・ 民事訴訟では、例えば確認訴訟の判決に執行力はない。
- 一方で、次の理由から、「判決の執行力を確保する仕組みを設けることが適当」とする意見があった。
- ・ 仮に、裁判所の判決に地方公共団体が従わず、違法状態がそのまま続いているような事態が生じれば、我が国の司法に対し非常に大きなダメージを与えかねない。
 - ・ 裁判所で判決が出されれば通常は尊重されるだろうが、自治体の場合、選挙のことを考えて、従わないこともあり得ると思う。
 - ・ 違法ということを認めた上でなお法律に従わない地方公共団体に対し、裁判所が義務付けの判決を行ったとしても、判決の執行力を担保する措置がなければ従わないのではないのか。
 - ・ 例えば住基ネットの事例のようなことを考えれば、間接強制しかないのではないのか。
- なお、諸外国における地方公共団体に対する判決の執行力を担保する仕組みについては、次のとおりであり、ドイツ、フランス、アメリカにおいては、仕組みが整備されている。今回の検討のみならず、我が国の訴訟制度を考える上で、参考にすべきである。
- ・ ドイツにおいては、行政庁が判決・決定内容を履行しない場合、間接強制、すなわち履行期日を定めて、それまでに履行がなされないと、強制金を課す（1,0000ユーロが上限であり、反復して課すことも可能である。）こと、により履行を確保する方法がある。
 - ・ フランスにおいては、行政法上の一般制度としてのアストラント（判決執行に対する罰金強制の制度で、1980年に導入されたものである。）や、やはり一般制度としてのアンジョンクシオン（作為命令・執行命令・指令判決と訳される。行政裁判所が原告の請求に基づき義務付け判決を行い、これに罰金強制を課すことで判決の執行を確保するものである。）が存在し、行政庁が被告の場合にも適用される。
 - ・ アメリカにおいては、判決に従わない場合には、裁判所は法定侮辱罪を認定し、罰金や収監を命じる。行政庁が被告の場合にも適用される。

- 判決には本来、その執行の担保措置があるべきである。このことは、行政庁に対する判決であっても例外ではない。諸外国の制度にてらしても、行政庁に対する判決の執行力を担保する措置が存在する。我が国の法制においては、一般的に、行政庁に対する判決の執行力の担保措置が存在しないが、この点は、解決されるべき課

題であると考え。とするか。

- 新たに設けようとする訴訟の判決についても、執行力の担保措置があるべきである。しかし、日本法が一般的にこのような状況にある中で、先行して判決の担保措置を設けることは、特段の理由が必要になるため、難しいとも考えられる。とするか。

6 国地方係争処理委員会等の審査・勧告について

- 国等からの訴え提起を考える場合、地方からの訴え提起の場合と同様に、国地方係争処理委員会等の審査・勧告を求める手続きを前置することとすべきか、議論を行った。
- 問題の所在は、次のとおりである。
 - ・ 地方側からの訴え提起にあたっては、審査申出が前置とされているところ、そもそも、審査申出前置の趣旨は、行政内部による簡易・迅速な解決を期待したためであるとされている。しかし、国側からの訴え提起については、地方側が審査申出できるのにこれを行っていない場合になされるものであるから、国地方係争処理委員会等の審査結果に地方側が納得する可能性は極めて低いと考えられる。
 - ・ 一方で、地方側からの訴え提起について、審査申出が前置されている利点として、「国地方係争処理委員会等の審査を経ることにより、当該係争の背景となっている状況や争点が明らかにされ、これらに対する同委員会等の判断も示されることから、裁判所における訴訟の進行にも役立ち、訴訟に要する時間の短縮にもつながる」との指摘もある。
 - ・ 現行の国地方係争処理委員会は、国に対してのみ勧告権限があるが、地方公共団体に対する勧告権限を持たせることが適当か、検討する必要がある。
- この点、次の理由により、「国地方係争処理委員会等の審査・勧告を求める手続きを前置することとすべきではない」という意見があった。
 - ・ 国地方係争処理委員会は簡易・迅速な救済機関として置かれているが、国側から地方公共団体が違法であるとして審査申出することは、現行の仕組みを大幅に変更しすぎではないか。
 - ・ 審査申出を行わない地方公共団体は、国地方係争処理委員会等を利用しないということなのだから、国から審査申出を行ったとしても、審査を欠席することにもなりかねず、かえって委員会が打撃を受けるのではないか。
 - ・ 国地方係争処理委員会は国の機関なのだから、国がそこに審査を申し出るのは、外観上、おかしいのではないか。
 - ・ 地方公共団体が審査を申し出る場合には、国地方係争処理委員会では是正の要求等の国の関与について当・不当の審査ができるため、メリットがあると考えるが、国側から訴えるときには、そうしたメリットはないので、前置する理由はないのではないか。
 - ・ 審査申出の対象となる事案の専門性については、その判断対象はあくまで適法・違法の問題であり、裁判所において的確な専門的判断をなし得るのではないか。

行政事件訴訟法改正などの司法制度改革を経た今日、それが裁判所に期待されているところでもある。

- また、以上の理由から、前置を義務付けることとはしないとしても、「選択制とすることは考えられるのではないか」という意見があった。当該意見に対しては、「国側から訴えるときには、当・不当の審査ができるメリットがないことも考えると、選択制とする理由もないのではないか」という意見もあった。
- 一方、次の理由により、「国地方係争処理委員会等の審査・勧告を求める手続きを前置することとすべきである」という意見があった。
 - ・ 第4次勧告の提案は、国側から国地方係争処理委員会に審査申出ができる制度になっており、行政機関の内部で論点を整理し、解決を目指す制度になっていたことを考慮すべきである。
- なお、当該意見に対しては、次のような意見があった。
 - ・ 第4次勧告の提案において、国側からの訴え提起について国地方係争処理委員会の審査が前置とされていた経緯は重要である。ただし、争点整理のためだとすれば大げさであり、裁判の争点整理手続の中で対応するのが適切ではないか。

- 以上の意見は、それぞれ一定の合理性があるものと考えられるが、以上の意見を総合的に検討する場合には、国地方係争処理委員会等の審査を、国等からの訴え提起の前提としないことが適当であると考えられるとするか。

7 「市町村に対する是正の要求等」に係る訴え提起等の主体について

- 新たな訴訟を考える場合、「市町村に対する是正の要求等」に係る訴え提起等の主体は、国、都道府県いずれが適当か、議論を行った。
- まず、緊急の必要がある場合に、国が市町村に対し是正の要求・指示を行う場合には、訴え提起等は、国が行うことで異論はないと考えられる。
- 次に、都道府県が市町村に対し是正の要求等を行っている場合について、その後の訴えを国・都道府県いずれが行うべきか、議論を行った。
- この点、そもそも、新たな訴訟は、是正の要求・指示の実効性を確保するためのものであると考えると、新たな訴訟の主体は、是正の要求・指示の主体と同一とすることが基本となると考えられる。このように考えると、都道府県が主体となることが基本になる。具体的には、次の通りとなる。
 - 地方自治法 245 条の 5 に規定する「是正の要求」（自治事務及び 2 号法定受託事務に係るもの）がなされた場合
 - ・ 原則として、国の指示を受けて、都道府県が訴えを提起する。
 - ・ 例外的に、緊急の必要がある場合には、国が直接、市町村に対し訴えを提起することができる。
 - ・ なお、都道府県は、自らの判断により、訴えを提起することはできない。
 - 地方自治法 245 条の 7 に規定する「是正の指示」のうち、第 1 号法定受託事務に係るものがなされた場合
 - ・ 原則として、国の指示を受けて、都道府県が訴えを提起する。又は、都道府

県が自らの判断により、訴えを提起する。

- ・ 例外的に、緊急の必要がある場合には、国が直接、市町村に対し訴えを提起することができる。

● 地方自治法 245 条の 7 に規定する「是正の指示」のうち、第 2 号法定受託事務に係るものがなされた場合

- ・ 都道府県が自らの判断により、訴えを提起する。

○ 一方で、次の理由から、「新たな訴訟は、国が主体となることを基本にすべき」という考えもありうる。

- ・ 是正の要求・指示と、新たな訴訟とは、別の制度であるから、必ずしもその主体を同一と考える必要はない。
- ・ 新たな訴訟は、「是正の要求等が行われ、地方公共団体がこれに従わず、不服申立も行わない」といった、極めて例外的な場合であり、かつ、「訴訟提起が求められる程度に、適法性の確保や公務執行の確保の必要性が高い場合」になされるものであるから、国が責任を持って、訴訟の主体となることが適当である。

○ 以上のように、都道府県を基本とすべきという考えと、国を基本とすべきという考えがあり、いずれも一定の合理性があるが、以下の理由により、緊急の必要がある場合に国が直接訴え提起ができるとしつつも、都道府県を基本として整理することが適当であると考えられるとするか。

- ・ 現行の地方自治法の考え方に従えば、国・都道府県・市町村の役割分担が重複しており、都道府県も国法秩序の維持等について、一定の責任があると考えられる。
- ・ 是正の要求等の現行制度の整理と整合性を持たせて整理を行うことが適当である。

○ なお、以上のいずれの考えにおいても、「当初の是正の要求等の主体ではない国が、当該是正の要求等に係る義務を果たすべきことを求めて訴訟を提起する場合」が生じうる。この点、次の理由から、これを適当と考える。

- ・ 訴訟遂行において、国が逐一都道府県に対して指示するのは煩雑である。むしろ、訴え提起については、国が直接行えるようにすべきである。
- ・ 国は、当初の是正の要求等の主体ではないとしても、当該是正の要求等の指示を行っている場合は格別、そうでない場合でも、その適法性等について十分に立証できると考えられる。

○ また、そもそも、「国が市町村を直接訴えること」については、市町村に係る代執行手続（職務執行命令訴訟を含む）は、「緊急を要するとき等」であっても、国は自ら市町村に対し発動できない（地方自治法245条の8）こととの整合性を考慮し、慎重に考えるべきという考えもありうる。

さらに、仮に、「国が市町村を直接訴えること」ができるとする場合には、制度間の整合性を図る観点から、地方自治法245条の8に規定する代執行手続（職務執行命令訴訟を含む）についても、国が市町村に対し直接発動できるよう見直すという考えもありうる。

8 新たに設ける訴訟と地方自治法245条の8（代執行等）との関係について

- 現行制度においては、地方自治法245条の8（代執行等）は、次の通り、自治法における他の関与や係争処理手続とは独立・完結した手続となっている。
 - ・ 「改善命令」から「代執行」までの手続が、独自の要件とともに同条に全て規定されている。
 - ・ その一環としての「指示」に係る不服について、地方公共団体は不服審査申出・訴え提起ができないこととされ、係争処理手続から除外されている。
- このため、是正の要求等に係る新たな訴訟を設ける場合でも、基本的には存置されるものと考えられるが、新たに設ける訴訟と地方自治法245条の8の関係について論点が生じるため、議論を行った。

(1) 地方自治法245条の8の最終手段性について

- 現行制度においては、地方自治法 245 条の8は、「他の方法によって是正を図ることが困難」とされている。新たに義務付け訴訟を設ける場合でも、引き続き、最終的な是正手段と位置づけるのか、議論を行った。

- この点、義務付け判決に特段の執行力を設けない場合には、引き続き、地方自治法 245 条の8を最終的な是正手段とすべきと考えられるか。また、義務付け判決に間接強制等の執行を担保する措置を設ける場合でも、一般的に間接強制等より代執行の態様がより権力的であるとされていることに鑑みると、引き続き、地方自治法 245 条の8を最終的な是正手段とすることが適当であると考えられるか。また、いずれにしても、調整規定について検討する必要があると考えるとするか。

(2) 新たな訴訟の義務付け判決と代執行について

- 現行制度では、是正の要求等の制度と地方自治法245条の8は独立している。よって、仮に、「国が、是正の要求等を行ったが、是正ができず、改めて代執行を企図した場合」には、自治法245条の8に規定する最初の手続である「改善命令」から、改めて行う必要がある。

- 新たな訴訟を設ける場合でも、同様に「国が、是正の要求等を行い、かつ、義務付け判決まで得たが、地方公共団体が従わず、改めて代執行を企図する場合」が、論理的には考えられる。この場合、まず、現行制度の延長として、「地方自治法245条の8に規定する最初の手続である『改善命令』から、改めて行う」という整理があり得る。あるいは、「法定受託事務に係るものであるときは、新たな訴訟において義務付け判決を得た場合には、代執行が可能」とする制度にする考えもあり得る。いずれの設計にするか、検討が必要である。とするか。

三 国等からの訴え提起等以外の方策について

- 国等からの訴え提起等以外の方策について、いかなる方策が考えられるか、議論を行った。

1 地方公共団体におけるチェック機能の強化について

- もとより、地方公共団体における問題は、地方公共団体において自律的に解決されることが理想である。そのためには、地方議会や監査委員のチェック機能や、選挙等を通じての住民の監視機能が重要であり、それらの機能強化が、地方分権が進展する中、ますます求められる。

- その具体的な方策については、当研究会において検討することができなかったが、一般論として、その重要性を指摘しておくとするか。

2 いわゆる並行権限の行使について

- 「公益を実現するための方法としては、地方公共団体が事務を行わない場合に国が自らの権限として当該事務を行うといういわゆる並行権限を個別法に設けることも、対策として考えられるのではないか。」という意見があった。
- なお、いわゆる並行権限の行使については、次の点に留意する必要がある。
 - ・ 個別法に設けることについては、地方分権推進委員会第4次勧告・地方分権分権計画において、自治事務については、特にその事務の性質上必要があり、緊急の必要がある場合のみ認められるとされている。
 - ・ その発動については、地方分権一括法改正の際の参議院の附帯決議において、自治事務については、限定的・抑制的にすべきとされている。