

国・地方間の係争処理のあり方に関する研究会（第4回）

平成21年10月23日

【塩野座長】 それでは時間になりましたので、第4回国・地方間の係争処理のあり方に関する研究会、開催いたします。

本日は、ご案内のように、イギリスの制度をご紹介いただくとともに、論点の整理案について意見交換を行いたいと思います。研究会の終了時刻、いつものとおり12時半ぐらいを予定しております。

今日はイギリスの制度につきまして、成蹊大学法学部の北島周作准教授にお願いをしております。まず、北島准教授から、よろしくお願いいたします。

【北島准教授】 よろしく申し上げます。資料1として、A4で3枚ございますので、ご確認ください。

では、始めさせていただきます。成蹊大学の北島です。よろしくお願いいたします。

まず、イギリスにおけるローカルガバメント——以下、地方政府といいますが——の沿革や法的位置づけについて述べた後、イギリスにおける地方政府の立ち位置を確認した後で、本題である中央政府による地方政府のコントロール手法の説明をさせていただきたいと思います。

まず、地方政府の位置づけからご説明いたします。

まず、1の沿革としまして、イギリスでは19世紀までは、地方ではさまざまな統治機関が入り乱れておりました。例えば地方名望家を中心とした治安判事や、中央政府がアドホックに設置した委員会等の機関がございました。それらの機関が制定法上の行政権限等を行って、実質上、行政活動を行っていました。

けれども、19世紀の中ごろになると、地方の行政機関を整備しようという動きが生じてまいります。具体的には、1835年の自治団体法というのがございまして、それが地方政府組織の組織構造の統一化を始めまして、その後、1888年、1894年の地方政府法によって、カウンティカウンシルやディストリクトカウンシルといった、多機能で民主的な地方政府の構造が形づくられていきました。

さらに、急にぐっと現代に近づくのですが、1972年の地方政府法においては、多目的な単一政府というものの構想が立てられたわけですが、結局、単一構造の政府にはなら

ず、カウンティとディストリクトという2層構造が全国的に採用されまして、これが現在に至る地方政府制度の基礎をなしております。

このカウンティというのは、いわば県レベルの広域自治体で、教育サービスや道路、交通、警察なんかの業務を受け持っております、ディストリクトというのは市レベルの自治団体で、公衆衛生や住宅供給、地方計画などを担当していると言われております。その下にパリッシュというような、町内会に近いような団体も存在をしております。

次に、法的な位置づけについてご説明します。イギリスというのは、ご承知のとおり、不文憲法の国でございますが、不文の憲法原則においても、地方政府が何らかの位置づけがなされているということは特にございません。議会主権原則というのが憲法原則としてございますが、そこでは地方政府は制定法の産物であるとされて、その存在とその権限について完全に制定法に依拠するものと考えられております。したがって、地方政府というのは、制定法によって権限を与えられていない活動については行うことができないと考えられております。

そのために実質上、制定法上権限が与えられていないと何の活動もできないので、権限取得のための議会に私法律案を求める権限が与えられていたり、また、個別法によって、大臣の命令によって、大臣から権限が与えられるという場合もございます。

権限を持たない活動については、地方政府は今言ったように行うことができないわけですが、行った場合は権限超越——*ultra vires*と言いますが——で違法となります。こういった制定法に完全に依拠するという点において、日本と大きく違うところであると考えます。

地方政府の権限の範囲というのは、関連する制定法に明文で規定されている権限のみならず、解釈によって黙示的に授権されていると考えられているものも含まれます。一応、1972年の地方政府法を見ますと、一般条項的な規定が置かれているわけです。そのセクション111というのには、レジュメに書いておりますように、「地方公共団体は、その活動の実施を促進し、または有効であり、付随的であると考えられる全てのことを行う権限を持つものとする」とされております。

けれども、この文言、結構包括的な書き方になっているわけですが、その文言から想起されるほど、内容的には包括的なものであるとは考えられておりません。例えば、レジュメに書きました事件においては、地方公共団体の行った金利スワップ取引契約というものがこの条項の対象とならず、法律によって与えられた権限を超え、無効であると判断され

ております。

2000年の地方政府法セクション2では、地方公共団体は、「地方共同体の経済的、社会的、環境的福利を促進すると考えられる事柄」をする権限を与えられており、以前よりも地方公共団体の権限を拡大していると一応評価されております。

次に、自治立法権についてちょっとだけ触れておきますと、条例の制定権については1972年法のセクション235と個別法に根拠を持って、それに従って条例を制定する仕組みになっております。ただ、条例は当該事務を所掌する大臣に提出して、承認を受けなくては効力を持たない仕組みになっております。

以上、ご説明しましたように、地方政府は制定法によって存在して、制定法によって授けられている範囲内でのみ活動できるとされておりますので、日本でいうような国の事務と地方の事務の区別というような考え方というのは、少なくとも法的には存在しません。制定法では地方政府の活動に対して幅広く介入することや、権限を剥奪することも問題なくできるし、実際にそうした活動は幅広く行われております。

このように繰り返し申し上げますように、法的には地方公共団体が中央政府に完全に服属するという形をとっておりますが、こうした法的な仕組みは、伝統的にはある程度地方の自治を尊重するという形で運用されてきた点に注意する必要があると思います。Loughlinという学者が伝統的な中央地方関係モデルという議論をしているのですが、そこでは中央政府は監督権を持ちつつも、それを一方的に強要するのではなくて、問題点について交渉を強調して、両者のコンセンサスによって行政を実行するという関係にあったと言われております。

そこでは、伝統的に地域に根差した業務を行ってきた地方政府に対するある種の尊敬の念というのがありまして、その意味で、中央政府と地方政府は相互依存関係にあったと評価されております。そこでは地方公共団体は幅広い裁量権を与えられておりまして、地方の実情に即した活動を行う一方、中央政府はそれに対して幅広い監督権を持ち、それをコントロールして、協調して行政活動を進めていくという、対立関係ではなく、協調関係にあったと言われております。

しかし、1980年代に入ると、中央政府と地方政府の対立というのが深刻化してまいりまして、このような伝統的なソフトな協調関係というのが維持されなくなってきます。具体的には、広い裁量権と監督というような法的な関係が崩れて、地方政府の権限や責任等について明確化がなされるようになって、そこでは地方公共団体の権限の範囲というの

は明確に限定され、中央政府の執行機関としての性格が強くなってきたと評価されております。ただし、ブレア政権以降は地域に密着した地方公共団体の役割が見直されるという動きがあり、さっき述べました2000年の地方政府法によって権限が拡充されたというのは、こうした動きを反映したものであると言えます。

さて、本題の中央政府による地方政府への関与方法、レジュメでは地方の関与方法と書いてありますが、政府が抜けております。申しわけありません。中央政府によるコントロール方法としては、制定法規則や通達や指針のようなものを今回は除きまして考えてみました。

まず、(1)の報告書の要求、(2)命令、(3)義務履行命令、(4)上訴の処理、(5)支出のコントロールなどがございます。これらは地方政府法や個別法によって定められているものが多いのですが、これらは基本的に一般性を持った制度ではなくて、特定の事柄を対象とするものでございます。この研究会のご趣旨からすると、(3)の義務履行命令がメインになって、これだけ説明すればいいのかなと思いましたが、それだけでは少し寂しいので、ほかのものも一応つけ加えてみました。

まず、(1)の報告書の要求です。これは個別法に規定が置かれている場合も多いのですが、1972年の地方政府法に一般的な規定が置かれております。そこでは、すべての地方公共団体、すべての合同委員会、すべての地方公共団体の合同委員会は、大臣が要求するとき、または議会が要求するときは、大臣に報告書を出し、みずからの活動について情報を与えるものとする規定されております。

次、命令というものです。これは英語でディレクションというものです。2つ例を上げておきました。1998年のSchool Standard and Framework Actというのがありまして、そのセクション19においては大臣の学校閉鎖命令というものが定められております。この法律では、地方教育行政機関というものが公立学校に対する各種の監督権限が与えられているのですが、学校観察法の観察結果によって業績の悪い学校について、その地方教育行政機関に対して当該学校を閉鎖するように命令することができるとされております。この命令は、大臣が地方教育行政機関等の関係行政機関と協議した上で、学校運営理事会に書面で告知した上で出され、命令を出された地方教育行政機関は学校を閉鎖する義務を負うとされております。

次に、1980年のLocal Government, Planning and Land Actというのがあります。そのセクション98では、地方公共団体に対する土地処分命令というものが定められてお

ります。これは大臣が当該地方公共団体が有効に活用していないと分類し、登録した土地について、地方公共団体が土地に対して有する権利を処分するように命じることができるという規定です。大臣は地方公共団体に対して事前告知と弁明の機会を与えた後、処分条件などを含めて、その処分条件でその土地を処分しなさいと命じることができるとされております。

さて、本題の義務履行命令です。イギリスの個別制定法においては、レジュメでも書きましたDefault Powersという表題で義務履行違反について大臣が強制履行する手続について定められている例が非常に多くあります。このDefault Powersの規定については、1999年の地方政府法に規定されたベストバリューについての大臣の権限が非常によく知られております。ベストバリューというのは、地方公共団体に対して、経済性、効率性、有効性に配慮して活動を行う義務を課すもので、大臣が地方公共団体について業績指標を設定し、それに沿って地方公共団体の業績を評価するというものでございます。そのセクション15では、ベストバリューのこうした義務に従わない地方公共団体に対する大臣の権限が定められています。そこでは、大臣が、地方公共団体がベストバリューについて定めた義務に従っていないと考える場合には、地方公共団体に対して特定の行為、具体的には計画の準備、修正、計画にかかわる手続、あと、大臣が、その地方公共団体が義務を果たすのに必要であると考えられる行為をすることを命じることができるとされております。その際、大臣が命令において定めた期間等を超えた場合において、当該行為が大臣自身または大臣が指名する者によって行われるものとすることができると規定されております。その場合、地方公共団体は大臣または大臣が指名する者の指示に従って協力しなければいけないという義務が課されております。

具体的な手続としては、地方公共団体に対して、当該命令の基礎となった報告書等について弁明の機会が与えられ、その後、命令が行われるわけですが、肝心の最終的な義務履行確保については、大臣の請求によるマンデイマスの方法によって執行されるという形がとられております。

この1999年法の地方政府法の手続は、地方公共団体の広範な活動にかかってくる点で影響が大きいわけですが、こうしたDefault Powersの仕組み自体については、かなり昔から個別のいろいろな制定法において採用されてきたよく知られた仕組みで、たくさんの法律に見ることができます。

多少古い資料で恐縮ですが、レジュメの3枚目に1984年に議会で調査した結果とい

うものが『Public Law』という雑誌に掲載されたことがございまして、採用されている個別法の一覧が載っております。ただし、1984年ですので、この中には廃止されたものもございますし、もっと新しい法律で上書きされたものもございますので、ご注意ください。

この仕組みでは、大臣の義務履行命令と司法審査の方法による最終的な確保が組み合わされているという点で特徴がございます。すなわち、この制度では、大臣は履行命令というのを出すのですが、それは最終的にマンデイマスという方法によって確保されております。このマンデイマスというのは、判例法において形成されてきたPrerogative remedies——大権的救済方法と訳しますが——の一つでありまして、イギリスの行政訴訟に当たる司法審査のために用いられる救済方法の一つでございます。日本では通常、職務執行命令と訳され、一定の行為の履行を義務づけるものであります。マンデイマスの方法によりエンフォースするというふうに法律の規定で明文に置かれている場合が多くございまして、さっきの場合はそうなのですが、そうした法律の明文の規定がない場合でも、一般に利用可能であると考えられております。

そもそもこのマンデイマスを含む大権的救済手段というのは、国王の裁判所の発給する大権令状、Prerogative writsに由来して、それは治安判事等の地方行政機関等に対する中央の裁判所による統制の手段として用いられてきたものであります。当初は国王の裁判所の発給するもので、国王のみが発給を求めることができるとされてきたのが、徐々に一般国民も利用可能になって、事実上、行政訴訟化してきたものであります。

なお、この大権的救済方法としては、マンデイマスのほかに、書面を回送させて、その取り消しを行うサーシオレイライ、禁止を命じるプロヒビションというのが存在します。現在の司法審査制度では、この3つの大権的救済方法に加えて、通常の民事訴訟における救済方法における差し止めを求めるインジャンクションや、当事者の法的な立場の宣言を求めるデクラレーションを用いることができることになっております。この司法審査制度というのは古くから存在したものの、手続等について整備がなされたのは1970年代末であって、その後、利用が急増しました。この時期に国・地方間の対立も激化したために、司法審査で国・地方間の紛争が争われる例が非常に増えました。

また、こうしたDefault Powersの手続というのは、大臣のイニシアチブによるのではなくて、利害関係人の訴え、不服申し立てを想定する場合もございます。1944年の教育法セクション99では、大臣は、利害関係人の申し出その他に基づいて、地方公共団体が

法律上の義務を果たしていないと考えるときに、命令により不履行であることを宣言し、大臣がその義務を履行するのに適切であると考え指示を与えることができるとされております。こうした場合は、地方公共団体の違法行為に対する大臣への不服申し立てとしての性格が少し出てきます。そして、そうした性格を持つ帰結として、こうした制度が存在することによって、私人が直接行政訴訟によって救済を求めることが制限されるのか、問題とされることがあります。つまり、こうした義務履行命令制度が存在する場合に、こうした義務履行命令が優先的な救済手段として位置づけられて、その場合に私人が直接に行政訴訟によって救済を求めることが制限されるべきかという議論がございます。この点については、判例の意見は分かれています。

また、詳細は個別法の内容によるわけですが、義務履行命令を出す側の大臣の権限が大きき場合が多いように思われます。すなわち、その命令を出す要件としては多くの場合、単に義務が履行されていないと大臣が考える場合とされていることが多く、実際には伝家の宝刀的な位置づけがなされているわけですが、発動の法的要件自体は比較的緩いように思われます。また、果たすべき義務の内容についても、大臣が具体的な内容について指示し、それを履行するように求められる仕組みになっていることが多い印象を受けました。先ほどの1999年地方政府法セクション15では、大臣が義務を果たすのに必要であると考え行為を命じることができるとされておりました。

他方、場合によっては大臣の裁量権が限定的に解釈される場合もございます。例えばレジュメに付しました判例においては、そのような判断がされております。これは地方公共団体が1944年の教育法に基づいて、新しい教育スキームを大臣に提出して承認されたところ、その後、地方選挙でそのスキームに反対する政党が勝利したため、そのスキームを実施しないでいたところ、大臣がスキームの実施を命じたという事例でございます。大臣が依拠したセクション68の規定によると、地方教育行政機関が法によって与えられた権力の行使や義務の履行に当たって、不合理に行動し、また、行動しようとしていると大臣が認めるときは、大臣は権力を行使し、義務を履行することを命じることができるとされており、大臣は裁判所にマンデイマスを求め、これを執行しようとしていました。裁判所は、条文にいう不合理というのを、大臣が単に不合理だと思ったのではなくて、客観的に不合理である必要があるとして、大臣の命令は違法であると判断しました。ここでは大臣の権限が例外的に狭く解釈されておりますが、判決の中では地方公共団体の政策作成権限について述べられており、地方選挙の結果を踏まえ、それを尊重して限定的に解釈したもので

あると評価している学説もございます。

次に、(4)の上訴の処理でございます。地方公共団体の行った行為に対して、大臣に上訴を行うことができる旨、個別法で定められている場合がございます。例えば、Town and Country Planning Actでは、地方都市計画機関の行った不許可などについて、大臣に上訴することができるかとされており。大臣は両当事者に意見を述べる機会を与えた上で、原処分は破棄、変更することができるかとされており。そもそも原処分を行う際に、申請を回送させて自分で処分をするということもできるとされており。

(5)の支出のコントロールでございます。支出のコントロールについては、中央による財政コントロールに主眼が置かれてきたことから、包括的なコントロール権限を中央政府が持っております。ここでは地方公共団体の不正な支出の外部監査制度についてご説明しておくことにします。1982年の地方財政法という法律がございます、それでは会計検査委員会というものが設置されました。それに所属する検査官が地方公共団体に引き続いて外部監査を行っております。1998年法では、検査官が不正な支出を発見したとき、裁判所に法に違反していることの宣言を求めることができるとされており。さらに、セクション24では、会計に影響すると考えられる作為や不作為について、司法審査を求めることができるというような規定が置かれております。

最後に、非常に雑駁に見てまいりましたが、以上のようなイギリスの制度の特徴としましては、法的には議会主権の原則のもと、中央政府の力が非常に強く、地方政府はそのコントロールのもとに完全に服するものと位置づけられていることとでございます。かつては地方政府の活動について尊重の念があり、事実上、地方自治が尊重されてきた面があり、そのような法的な位置づけというのがダイレクトに問題となることはあまりありませんでした。ただ、国・地方間の対立が激化して以降は、そうした法的位置づけのあまりよくない面と申しますか、そうした面が表出化しているように思われます。

具体的な制度の面で言えば、義務履行確保において、裁判所による司法的執行手続を用いているという点に特徴がございます。付言しておく、もちろん地方政府が中央政府の決定に対して司法審査による救済を求めるということも当然可能でありまして、実際、国・地方間の対立を反映して、行政判例の相当程度は、地方政府が大臣の決定について司法審査を求めているものでございます。

以上、ありがとうございました。

【塩野座長】 どうもありがとうございました。

どうぞ自由にご質問等お願いいたします。

【高橋委員】 EUとの関係はどうなっているのかなということをお聞きしたいと思っただんですが、イギリスも一応EUに加盟しているわけですよね。大陸諸国のフランスもドイツもそうだと思うんですが、EUの決定に従って分権化の憲法改正までやったような記憶なんです。今のお話だと、イギリスでは伝統的な自治が崩れてきて、中央集権化してきているということですが、そうすると、EUからのそういう指令だったのか、どういう形での要請かははっきり覚えてないんですけども、EUのほうから各国が分権化するよう、補完性原理なんかが掲げられて、言ってきていたんではないかと思うんですが、それに対してはイギリスの場合はどういう対応をしているのかなということなんです。

【北島准教授】 地方自治憲章というのがございまして、それについてブレア政権で批准をしたので、今後は補完性原理を尊重するような動きが出てくるといわれております。

【塩野座長】 どうぞどなたからでも結構ですから。 どうぞ。

【上仮屋理事官】 事務局から1点、ご質問させていただきます。

判決の執行力の担保のための、仮に地方が従わなかった場合には、どういった仕組みがあるのでしょうか。

【北島准教授】 これは普通のマンデイマスの場合も同じなのですが、裁判所侮辱になります。

【上仮屋理事官】 ありがとうございます。

【北島准教授】 ただ、地方公共団体の場合は団体でございますので、ダイレクトにcontempt of courtが適用されるかどうかというのは多少問題がありまして、団体にはできないから、関係している人に対して裁判所侮辱を適用するといった議論がありましたが、実務の面でどういうふうになっているのかというのについては調べてみないとわからないところなんです。

【上仮屋理事官】 ありがとうございます。

【塩野座長】 それ、調べるルートがありますか。裁判所侮辱罪があるということはこちらも承知しているんですけども、今のような団体の場合にどういう効果を及ぼすかと。

【北島准教授】 文献では、どういうふうに執行されているか、そういう問題があるとは議論されていて、関係する人に適用する道があるということはされていますが、実際にされているかどうかまではちょっと分かりません。

【塩野座長】 それから、これも実際の問題ですけども、それに従わない場合がほん

とうにあるのかという問題もあると思うんですね。ですから、大体は従っているようだということでも結構だと思いますが、その辺、もし情報がありましたらお願いいたします。

【斎藤委員】 レジюме 2 ページ目の中ほどでおっしゃったことですね。利害関係の申し立てを起点に、義務履行命令、訴訟というのがあると。その後で、それによって私人の行政訴訟が制約されるかどうかは意見が分かれています。つまり、こっちを使ってこいというのか、それとも独立に行政訴訟ができるかということですが、逆に私人が行政訴訟なり訴訟ができる場合には、こちらは使わなくてもいいというような考え方、ドイツなどでは少数説ですけども、そういう考え方もあるので、イギリスではお伺いしていると、そういう考え方はあまりなくて、議会主権なり、国の適法性を貫徹するための制度だから、私人がアクションを起こそうが起こすまいがこっちは行うということになるんですか。何かその点についてあれば。

【北島准教授】 判決を読む限り、物によるという言い方がされる場合がございます。例えば完全に法律に適合しているかどうかという問題については司法審査で争ってもいいんですけども、より政治的な裁量的な判断が問題となる場合については、大臣にさせたほうがいいんじゃないかという議論がございます。

【山本委員】 救済手段で、大権的救済手段というのがありますが。ただ、それとは別に通常の民事訴訟でもというお話があったんですが、その役割分担というか、よくわかりませんが、ある行為をやめさせようとするときに、禁止、プロヒビションというのがあるというお話だったんですが、通常、民訴でもインジャンクションというのもあるというお話だったわけですけども、そのあたりはどういうような感じで分担されているんですか。

【北島准教授】 そもそも発給する裁判所がもともと違って、本来、司法審査というのは、最初の大権的救済方法を中心として発展してきたんですが、その手続きが非常に使いにくかったので、普通の民事訴訟で行政訴訟みたいなこともされるようになってきていたわけです。1970年代後半にそれを統一しまして、最初からあった3つの手段に対して、インジャンクションとデクラーションも求められるようになって、今5つありますので、当然かぶっている部分はあります。

【山本委員】 かぶっている場合には、好きにできるということですか。

【北島准教授】 はい。

【山本委員】 わかりました。

【高橋委員】 そうすると、インジャンクションやdeclaratory judgmentというのは、

むしろ司法的な救済方法だったということですか。

【北島准教授】 はい。普通の民事訴訟で用いられてきた手段ですが、ただ、便利なので、行政訴訟でも使われてきたということです。

【塩野座長】 その行政訴訟の中に、今の国・地方のこれも一応入れて考えていいということになると、物によってはマンデイマスではなくて、declaratory judgmentを求めるということもあり得るわけですか。

【北島准教授】 はい。例えば5の最後の支出のコントロールのところでは……。

【塩野座長】 これはそう書いてありますね。

【北島准教授】 そう書いてありましたし、個別の規定でマンデイマスを求めることが多い。の方法によると書かれているのがほとんどでございますので、求めようと思えば求められると思いますが、ただ、デクラレーションの場合は、無視してもcontempt of courtになりません。

【塩野座長】 そうなんですか。

【北島准教授】 はい。

【塩野座長】 それ、一般の民事でも、declaratory judgmentは言うことを聞かなくても、あるいはそれに反する行為をしてもcontempt of courtにはならないのですか。

【北島准教授】 司法審査の、デクラレーションの項目を見る限り、これはcontempt of courtにならないと書いてありますし、特に民事とは区別されていないと思います。

【塩野座長】 そうですか。

【山本委員】 日本で言うところの確認判決とほぼ同じようなものなんじゃないかということですかね。

【田中企画官】 今のデクラレーションが使われることもあるというお話だったんですが、Default Powersで大臣から命令があれば、一応義務はあるという状態なわけで、我々の研究会の中でも、そういう状態でなお違法性確認判決を求めることに何か意味があるのかというのが1つ議論になっているんですけども、あえてDefault Powersの命令があつて、かつ、それについて裁判所のデクラレーションを求めるということについては、裁判所が言うというのは大臣が言うのと違う価値があるというか、付加価値が当然あるんだということなんでしょうか。

【北島准教授】 付加価値があるといいますより、強制執行手続とリンクしているという点が強いんじゃないでしょうか。

【田中企画官】 なるほど。

【塩野座長】 でも、declaratory judgmentで強制執行手続にならないから、だから、この場合、Default Powersは大体においてはマンデイマスで行っちゃうから。

【北島准教授】 大体、マンデイマスによると制定法に書いてあることがほとんどですね。

【塩野座長】 実例があればあれですけども、理論的なお話だと今の話は思いますけどね。

【北島准教授】 その条文にエンフォースメントはマンデイマスの方法によることにすると書かれておりますので、そう書かれている場合に、マンデイマス以外の方法を使えるかどうかというのは、制定法の解釈上、議論があると思います。

【塩野座長】 わかりました。

ほかにどうぞ。

牧原委員、日本でもイギリスで言っているLocal Governmentという言葉、使いますよね。だけれども、これを見ると、条例は大臣の承認が要るとか、今のように権限が非常に少ないとか。日本人が地方政府というときには、中央政府もどきのものを想像して、これからは単なる自治体ではなくて地方政府であるというふうに頑張る人が多いんですけども、イギリスでLocal Governmentというときには、そんなに壮大なものを考えているわけではないんですか。

【牧原委員】 もちろん北島先生のほうがよくご存じだと思いますが、もともとはイギリスやアメリカは分離型の中央と地方の関係だということがあったわけですけども、福祉国家化が進む中で重複してくる部分があって、この重複してくる部分は非常にバイタルな領域になってくるわけですが、これに関しては今、北島先生がおっしゃったみたいに、かなり国の統制が実際上強いという融合的な面があるわけです。これを特に強くしたのはサッチャー政権時代からで、今日のご議論もサッチャー政権時代でいろいろ問題になったことが底流にあります。ただ、2000年の地方政府法でブレア時代に一般的な権限に近い権限が中央政府に与えられた形になって、しかも私が調べた限りでは、ここから先が実はかなりサッチャー時代とは異なった形で、私が読んだレポートはインターベンションという言葉を使っていましたが、いろいろな統制を国が地方政府にやろうとしていました。実は私がお聞きしたかったのは、ブレア以前、サッチャー時代に行われたもろもろの統制というものと、ブレア時代に今行われているインターベンションとか言われているものと

は、法的にはどう違うのでしょうか

【北島准教授】 当然、いきなり強制執行手続に移行するわけではなくて、指示をしたり、聞き取りをしたりというような手続を挟むようになっております。ご指摘のとおり、ブレア政権以降は地方にある程度権限を与えるようになっておりますので、そういうふうな仕組みをとっているのだと思いますが、最終的な法的な基本構造としては、大臣がキャスティングボードを握っているというのは変わらないように思います。

【牧原委員】 私の知り得る範囲でも、ローカルニューズペーパーを読んでいると出てくるんですが、インターベンションとしての指示がかなり細かくて、例えばある種の住民投票をなさいと。どういう形でやるかということもかなり何度もやりとりをしているようです。関与はできるだけ限定的にということとは違って、交渉というんですか、随分細かくやっていると、実態としてはそういう理解でよろしいのでしょうか。

【北島准教授】 はい。その点で言うと、伝統的なモデルにまた回帰しているんじゃないのかなと思います。サッチャー政権以前は監督をしつつ、裁量権を与えていて、お互いが交渉をして、いい行政をやっていきましょうという関係を両方で協議して形成するような形だったわけです。ですから、多分、そういった形が理想としてあって、それに回帰しているような印象は受けます。ただ、議会主権を前提とする以上、法的な位置づけとしてはあまり変わっていないんじゃないかなと。

【塩野座長】 そうすると、今の話だと、法的な位置づけは変わっていないけれども、一応、分離型から融合型に日本的に、Local Governmentが公共的な仕事の一部担をしているようになったという形ですかね。法定受託事務みたいなものとか、事務の分類はないとあなたは言われたけれども、国の法律の執行に当たっているという場面が非常に多いと。

【北島准教授】 そうですね。サッチャー政権のころは完全に執行機関として位置づけられておりましたし、基本的な性格としては法的にはそうだろうと。

【牧原委員】 ですが、2000年地方政府法は、政府の今の規定はそのあたりでどういうふうに理解されているんですか。これはいわゆる融合型に近いような権限をつくる動きがあつてこういう立法になったと理解していますけれども。

【北島准教授】 それによって何か言われたときに司法審査になった場合に、裁量権の範囲が広がって、違法となる範囲が減ることになるのではないのでしょうか、法的には。

【塩野座長】 どうもありがとうございました。また、イギリスはどうですかという話

になるかもしれませんので、そのときはよろしく願いいたします。

それでは、北島准教授に対する質疑応答はこれで終わるということにいたしまして、次に、議事次第になりますと3の論点の整理（素案）についての意見交換をお願いしたいと思います。

そこで、資料2から5及び参考資料1から6につきまして、事務局からご説明をお願いいたします。よろしく願いいたします。

【上仮屋理事官】 それでは、事務局より、資料2から5及び参考資料につきまして、ご説明を申し上げます。よろしく願いいたします。

まず、資料2をお手元にご用意いただければと存じます。主な論点について（再修正）としております。1ページ、2ページにつきましては、変更はございません。3ページに、前回追加でお願いしました論点の9、それから今回この後ご説明いたしますが、追加でお願いしたい論点10を加えております。

1枚おめくりいただきまして、別様の資料3をご用意いただきたいと存じます。各委員にいただきましたご意見を主な論点に沿って整理したものでございます。8ページに渡っておりますが、前回も提出させていただきましたが、前回の会議のご意見を追加しております。下線を引いているご意見が、前回会議でいただいて追加した部分でございます。

こういった意見をもとにしながら資料4をつくっております。資料4をご用意いただければと存じます。本日の中心の資料の一つになってまいります。

前回の会議におきまして、座長より論点を整理し、あと一、二回で大体の見当はつくという方向に持っていきたいというご発言がございました。それを踏まえまして、事務局において、各委員のご意見に基づき、論点の整理のたたき台を作成し、14日に開催いただきましたワーキンググループにおきましてご議論いただき、その後、ワーキンググループの先生方にさらにご指導をいただいてご用意した資料でございます。説明させていただきます。

1ページ、「一 基本認識」は総論部分になりますが、別途、次の資料5として用意しておりますので、後ほどご説明をさせていただきます。

次の「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」以降は、主な論点の項目ごとに整理をしております。

まず、「1 国等から訴え提起等に向けた手続を開始できる場合について」の「(1) 国

等から訴え提起等ができる対象について」は、どのような対象とすべきかという論点でございますが、2つ目の○、四角で囲んでおりますけれども、この資料ではポイントとなる特にご議論をいただきたい部分につきまして、このように四角で囲んでおります。また、ご議論しやすいように、問いかけ調の文章スタイルとしております。

読み上げさせていただきます。

この点、次の理由から、「是正の要求・指示」に対象を限定することが適当であると考えるところか。

「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た行為を行った」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。

となっております。

次の3つ目の○は、第4次勧告でも是正の要求・指示に限定していたことを記載しております。

おめくりをいただきまして、最初の○で、指示を対象とする場合に、個別法の指示を対象にするか否かという論点があることを指摘しまして、次の○で、四角囲みですが、それはどちらもあり得るのではないかとここは両論併記の書きぶりとしております。

次に、(2)の「国等から訴え提起等ができる時期について」でございますが、最初の○、国等から訴え提起等ができる時期について、地方公共団体の不服審査申出期間、30日後とするか否か、ご議論をいただいたところでございます。

次の2つの○を四角で囲んでおります。

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考えるところか。

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。

次の○は、第4次勧告でも同様の提言があった旨を付言しているところでございます。

次に、「(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」です。

2つ目の○ですが、「立法政策としてはいずれもあり得る」ということについて意見の一致を見たとしながら、3つ目の○、2ページ下から3行目ですが、「地方に違法性の主張を認めるべき」とのご意見をここで掲載し、次の3ページにまいりまして、最初の○、反対に「認めるべきではない」とするご意見を掲載し、その上で最後の○でございます。

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。

このような方向で結論としております。

次に、論点2、「訴訟の形態について」で、まず「(1)違法確認型の訴訟について」です。

最初の○にございます、「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、条文イメージになります。

次の○、四角囲みです。

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り、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。

次の○は、第4次勧告において、違法確認型の訴訟が勧告されましたが、「国の関与に従

わないことの違法性は明らかで、改めて確認することの法的意味はないと考えられる」との意見があったことを記載しております。

おめくりいただきまして、4ページの○でございますが、この意見に対する意見でございます。ワーキング後、座長に特段のご指導をいただいた部分でございます。

【塩野座長】　　ここは少し長いので、ご質問もあったので詳しく書いてしまったので、ごく簡単に、後でまた議論が出れば、また私のほうでご説明します。

【上仮屋理事官】　　はい。それでは、僭越ですが、ポイントだけということで、3つ目のポツをごらんいただきますと、「いずれにせよ、出訴期間経過後は当該処分 of 違法性は確定するという命題は、行政法には存在しない」とされまして……。

【塩野座長】　　ここは斎藤委員とも私も意見が一致しているところ。

【上仮屋理事官】　　それから、次のポツにおきましては、4行目からですけれども、「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じること」につきまして、「今回の制度設計においてはそれほど強い要請ではないのではないか」等といったことを記載されております。

次のポツにおきまして、「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、是正の要求等の効果を否定することになる」という見解につきましての考え方の整理のご指導をいただいているところです。

続きまして、5ページをごらんいただきまして、「(2) 義務付け型の訴訟について」でございます。最初の○に条文イメージを書いておりますけれども、「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」といったようなイメージになるかと存じます。

次の○です。

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、本件課題の解決がより期待できると考えられるとするか。

続きましての5つ目の○には、個別法の指示も対象とする場合に、個別法では事前の指示もあり得ますので、差止訴訟も検討する必要がある旨、ご意見をいただきましたので、付言しているところです。

続きまして、「(3) 諸外国における国からの訴えについて」です。

研究会ではフランスについて飯島准教授、アメリカについて柴田准教授、ドイツについて斎藤教授からご指導いただきましたので、その要旨をまとめて5ページから6ページにわたり記載をいたしまして、5ページの下から4行目のところに、「今回の検討において参考にすべきと考える」という案としております。

続きまして、6ページ、「3 「訴え提起に向けた指示」について」でございます。最初の○、「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」につきまして、ご議論をいただきました。

次の○、問題の所在としまして、是正の要求等により発生する義務に幅があり得ること、それから、自治事務に係る指示は設けないことが望ましいことの2点を挙げております。

次からの○3つの箇所におきまして、「自治体の裁量を、どの段階でだれが縮減できるかの問題である、国が改めて指示を行うことは不要ではないか」との意見でおおむね合意が得られたとし、その理由を6ページないし7ページにおいて掲げております。

7ページ最初の○、四角囲みです。「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」ということでございます。

最後の○では、「提訴前の国と地方の間のやりとりは当然であり、これを認めて処分ではないと整理すべきこと、国と裁判所の間でのやりとりも同様の整理があり得ること」を記載しております。

次に論点4、「訴え提起に向けた「加重要件」について」です。

最初の○、「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、ご議論をいただいたところでございます。

2つ目の○、問題の所在としまして、地方自治法245条の3第6項の要請、それから、地方自治の尊重の要請の2点を挙げております。

次の○、「公益要件は不要である」としていただいたご意見を掲載しております。8ページにわたっております。

8ページをおめぐりいただきまして、最初の○、「一方で」ということで、反対に「公益要件は必要である」ということでいただいたご意見を掲載しております。

続いての2つ目の○には、「公益要件は、法律上ではなくて、運用上求めるべきである」とのご意見を掲載しております。

3つ目の○、四角囲みですが、「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」ということで、ここは結論を出さないで併記する案としております。

続きまして、論点5、「判決の執行力を担保する仕組みについて」でございます。2つ目の○、「設けないことが適当」とする趣旨でいただいたご意見を8ページから9ページにわたり掲載をしております。

9ページにまいりまして、1つ目の○、反対に「設けることが適当」とするご意見を掲載しております。

続いての2つ目の○には、ご指導いただきました諸外国における判決の執行力を担保する仕組みを掲載しまして、その3行目に、「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」としております。

このように議論の経過を書きまして、最後、まとめとしまして、下から4行目の○、ごらんいただきたいと存じます。

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、その点は、解決されるべき課題であるとするか。

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。としております。

次に、論点6、「国地方係争処理委員会等の審査・勧告について」でございます。最初の○ですが、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申出を前

置とすべきか、ご議論をいただいたところでございます。

次の○の「問題の所在」といたしましては、委員会の結論に地方がそもそも納得をするのか、委員会には争点整理等という利点があるのではないかと、現行の委員会のあり方とのギャップがあるのではないかと、の3点を整理しております。

次の○は、「前置する必要はない」としていただいたご意見を掲載しております。

11ページをおめぐりいただきまして、最初の○には、「選択制とすることは考えられるのではないかと」といったことについてのご意見を掲載し、次の2つ目の○には「前置すべきである」というご意見と、それに対するご意見を掲載しております。2つにわたっての○です。

最後にまとめとして四角囲みです。「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」としてしております。

次に、論点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」でございまして。最初の○、「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、前回追加でお願いをし、ご議論をいただいたところでございまして。

2つ目の○ですが、緊急の必要等がある場合に、国が市町村に対し是正の要求等を行うことがあります。その場合には当然、国が訴え提起等を行うことには異論がないことを確認しながら、その他、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、4つ目の○、2行目になりますが、「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る」と、都道府県が主体となることが基本になるという考えを述べております。

一方で、おめぐりをいただきまして、12ページの最初の○で、反対に「国の責務ということを考え、国が主体となることを基本とすべきという考えもあり得る」とことを掲載しております。

まとめの案としまして、次の○でございまして。

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

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。

次の○は、「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従わないことの違法確認などを求めて訴えを提起することが可能か」という論点があることを指摘し、「適当である」という趣旨でいただいたご意見を掲載しております。

次の○は、地方自治法245条の8、すなわち代執行等の主体との関係についての論点を指摘してございます。

13ページをごらんいただきたいと思います。次に論点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」でございます。こちらにつきましては、本日新たにお願ひする論点でございます。14日に開催をいただきましたワーキングでご議論いただき、13ページにございますように素案を作成しているところでございます。論点の説明と兼ねながらご説明をさせていただきます。

まず、「(1) 地方自治法245条の8の最終手段性について」でございます。最初の○に論点の所在があります。現行制度では地方自治法245条の8、代執行は、「他の方法によって是正を図ることが困難」という要件となっておりますが、新たに義務付け型、違法確認型でも同じですが、訴訟を設ける場合、なおそういう位置づけのままでいいかという両者の関係について、ワーキングで先行してご議論をいただいたところです。

次の○、四角囲みです。「この点、義務付け判決に特段の執行力を設けないとする場合には、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。」としております。違法確認型でも同様に考えることができるかと存じます。

もう1点、「(2) 新たな訴訟の義務付け判決と代執行について」でございます。最初の○に論点の所在を書いております。現行制度では、是正の要求等と地方自治法245条の8の手続は独立をしております。仮に国が是正の要求等を行ったが、意に反して是正ができず、改めて代執行をしたいときには、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必要があります。これについてワーキングでご議論いただきまして、次の○です。「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。」としております。

次に、一番下ですが、「三 国等からの訴え提起等以外の方策について」でございます。14ページをごらんいただきたいと思っております。「1 地方公共団体におけるチェック機能の強化について」です。

最初の○ですが、「地方の問題は地方みずからが解決することが理想、チェック機能等の強化が重要」としながら、次の○、四角囲みでございます。「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」としてございます。

次に、「2 いわゆる並行権限の行使について」でございます。最初の○ですが、「いわゆる並行権限を個別法に設けることも他の方策として考えられる」という第1回会議における斎藤委員のご意見を掲載しております。

次の○には、第3回会議参考資料2でお示しをしました並行権限についての留意点について整理をしてございます。

続きまして、資料5をお手元にご用意いただきたいと存じます。「論点の整理(素案)(総論部分について)」でございます。論点1の「総論」につきましては、前回会議でご議論いただけませんでしたが、総論に関するご意見を既に多数いただいております。加えて、ワーキンググループで総論についてご意見をいただき、さらにご指導をその後いただき、資料4と同様の体裁で作成をしたものでございます。

構成としましては、2ページにわたりまして、全体を「基本認識」としまして、「1 問題の所在」、「2 問題解決の必要性」、「3 問題解決の基本的方向」としております。

まず、1ページの「1 問題の所在」です。最初の○では、いわゆる地方分権一括法により、国と地方の対等な関係を構築すべく、抜本的な改正が行われたことを指摘しております。

次の○では、その一環として、係争処理手続が整備されたことを記載しております。

次の3つ目の○では、当初より地方が是正の要求等に応じず、かつ審査申出も行わず、係争処理手続が活用されないまま問題が継続することが懸念されていたことを記載しております。

4つ目の○におきましては、本年、そのような懸念が現実には生じたこと、このような事態は現行制度が想定していないものであることを記載してございます。

問題の所在の最後の○では、こうした事態は国と地方の間に法律解釈をめぐる齟齬が生じており、そのような齟齬を解消する手段を現行制度が欠いていることに起因すると考えられ、現行制度の不備であるということができ旨を記載しております。

次に、「2 問題解決の必要性」でございまして。最初の○ですが、制度の不備の放置は地方公共団体の事務処理、国地方関係、それぞれの不安定要因となりかねないことを指摘し、次の○には、法治国体制の観点からも見過ごすことはできないことを記載しております。

おめくりいただきまして、2ページ、最初の○には、地方分権の推進の障害にもなりかねないことにつきまして記載をしております。

2つ目の○ですが、必要性の最後としまして、地方分権は地方に対する事前統制を縮小し、地方の自主性・主体性を高める取り組みであり、これを進めるためにも例外的な事象に対する個別の是正措置を整備し、手続的正義に則った公正なものにしていくことが求められていることを記載しております。

最後に「3 問題解決の基本的方向」でございまして。最初の○で、法解釈の齟齬が原因であるから、司法的な手続を整備することが適当であることを記載しております。

次の○で、「中立・公正な司法の場で透明性の高いプロセスのもと、双方がそれぞれの主張を闘わせ、最終的に司法の判断に従うことが国民・住民に納得の得られる最も適切な解決方法であると考えられる」としております。

3つ目の○で、研究会において、国からの訴訟の提起について詳細にあり方を検討したことを記載し、次の○では、地方自治の観点からですが、長や議会の判断は地方自治の観点から最大限尊重されなければならないこと、よって、新たな訴訟を設ける場合でも、地方団体が自立的に解決できない極めて例外的な場合にのみ、新たな訴訟は活用されるべきであること、その運用においては、地方自治を尊重する観点に十分な配慮がなされるべきであることを、皆様からいただいたご意見をもとに記載し、最後の○には、諸外国の調査研究を行ったことを付言しております。

次に、参考資料1をご用意いただきたいと思います。一枚ものですが、前回会議で論点1の議論が残りましたので、前回会議資料1の最終ページを抜粋しまして、改めてご用意させていただいたものでございます。

先ほどご説明いたしました資料5は、これをもとにワーキングで先んじてご議論、ご指導いただいて、かつ、これまで各委員にいただいておりましたご意見を踏まえ、作成したものでございます。

次に、参考資料2、A3の折り込みでございますが、をご用意いただきたいと思います。

本日、新たに追加でお願いしたい論点ということで、「10 新たに設ける訴訟と代執行等との関係について」でございます。これまでの参考資料と同様に、論点に係る検討の視点案、それから右側に参考という形でまとめております。これをもとに、14日のワーキングでご議論、ご指導いただきまして、先ほどご説明させていただきました資料4に入れ込んだところでございます。

次に、別様の参考資料3をご用意いただきたいと思います。前回会議で、いわゆる公益要件が裁判においてどのように判断されているのかといったご議論がありましたので、平成8年3月25日、福岡高裁の判決ですが、職務執行命令裁判訴訟、1ページの上から3分の1ぐらいのところの事件の概要にございますが、沖縄県知事に対しまして、基地用地に係る署名等の代行を命じることを那覇防衛局長が裁判所に求めた訴訟の例を調べて用意をしたところでございます。

1ページの下から3行目で、「他の手段によって是正を図ることが困難」という要件の判断についても合わせて、公益要件以外に抜粋をしてご用意しております。

2ページのアンダーライン部分をお目を落としていただきたいと思いますが、ここでは、要しますと、被告の拒否の意思はかたく、他の方法では是正を図ることは困難と言わざるを得ないといったことが判示されております。

次の3ページの上の部分のアンダーラインにつきましては、国が起業者としての立場から給付訴訟等を提起することはできない旨述べ、ほかに手段がなかったといったことを判示しております。

公益要件の判断につきましては、3ページの二のところから始まっております。当裁判所の判断ということで、1番の下線部のところでその考え方が示されておまして、要しますと、「公益とは、法令が事務の管理執行により保護、実現しようとしている公的な利益であり、法令違反等の具体的対応あるいは影響等を考慮し、それを放置することが著しく

その公益を害することが明らかであるかを判断すべきである」という規範定立をいたしまして、続きまして、4ページ、5ページにわたってその当てはめを行っております。

次に、参考資料4をご用意いただきたいと存じます。前回、座長より、是正の要求等についての処分基準がないかというご質問があり、ご議論がありましたので、事務局で探してみたとございます。前回、参考資料3として、個別法における指示を、自治事務の5例、法定受託事務の5例をお示ししましたが、このうち、感染症予防法、建築基準法、生活保護法については、指示の基準は特段ないということで所管課から回答をいただいております。

一方で、この資料でございますが、地方自治法の是正の要求について、「是正の要求の方式」という見出しで法令の規定を個別法で規定する例が3つございますので、をご用意いたしました。それぞれ波線を付している部分のような場合に、太い下線を付している部分のように、講ずべき措置内容を具体的に国が地方団体に示して是正の要求を行うという基準になっております。

なお、是正の要求は具体的な内容を求めることはできない、そういった義務づけはできないということはこれまでご説明してきたとおりでございます。これらの規定に基づいて、国が地方に具体的な措置内容を示す行為は技術的助言であるという整理がされております。新たな訴訟を考える場合の「訴え提起に向けた指示」の議論にも参考になるかと存じます。

次に、参考資料5をご用意いただきたいと思っております。

前回の会議におきまして、国地方係争処理委員会等を前置すべきかのご議論をいただきましたが、その際、座長より、当時の分権委員会の議論についてもう一度よく見直していただきたいと事務局に指示がありましたので、をご用意をさせていただいた資料でございます。第4次勧告、第3章の係争処理手続の勧告部分の冒頭を抜粋してをご用意をいたしました。その理念を整理している部分でございます。ご参考にいただければと思っております。

次に、A3の資料になりますが、参考資料6をばらばらとおめくりいただきたいと思っております。「諸外国と日本の制度比較（ドイツ、フランス、日本）」としまして、座長のご指示に基づきまして、研究会において齋藤委員、飯島准教授のご指導を中核としまして、さらに事務局において文献調査と大使館勤務者からのレポートで補強をして作成したものでございます。

地方公共団体の性格、種類、それから事務という前提となる情報をまず整理し、次いで、国の関与を必要とする理由などの思想について、各国の思想の整理をし、続きまして、行

政的関与、司法的関与という項目それぞれにおいて総論、各論という形で比較してまとめております。ご参考になればと存じます。次回の会議までには前回の柴田准教授、本日の北島准教授のご指導を中核として、同様にアメリカ、イギリスについてもご指導をいただきながらつくりたいと思っております。

最後に、席上配付資料につきましては、新聞記事ですが、国立市民が住基ネットに接続していないために発生している支出を違法として、その補てんと差し止めを求める住民監査請求がなされたという報道が昨日の朝刊でされておりましたので、ご参考までにご用意させていただいたところでございます。

以上でございます。よろしく申し上げます。

【塩野座長】 どうもありがとうございました。ワーキンググループでも検討いたしましたが、この資料をつくるには、事務局に大変な努力をしていただきまして、どうも大変ご苦労さまでした。よくこれだけやっていただいたと思います。どうもありがとうございました。

そこで、事務局の説明の冒頭にもちょっとありましたように、そろそろ基本的方向性、あるいは場合によってはある種の具体的なあり方についてのご提言をまとめていただくということをしなければならない時期に参ったかと思えます。そういうこともにらみながら、今日、どういうふうに議論を進めていったらいいか、必ずしも定見を持っているわけでもございませんけれども、とりあえず今までの資料について、これは一体どういう趣旨でできたものかとか、あるいはこの点のところがよくわからないという点について、細かな点はまたそれぞれ別個にいたしますが、今後の議論の仕方という点も含めて、ご質問、あるいはご意見があれば承りたいと思えます。どなたからでも結構でございますが、今後の議論の進め方との関係において。青山委員、どうぞ。

【青山委員】 今回の段階でこういうご質問をするのは少し気が引けるんですけども、国からの訴え提起の制度を新たに設けるとした場合に、その対象にする事務の範囲についてですけれども、自治事務については、地方公共団体が是正の要求に従わない、第三者機関に対する審査の申し出もしないということになると何も手出しができない。これについて何とかしなければならないということはよくわかるんですけども、法定受託事務については、是正の指示に従わないということがあるのかもしれませんが、最終的に従わないということまで実際にあるのか、また、仮にどうしても従わないという場合には代執行の手続があるんだから、新たな制度を設けなくても済むのではないかと思うんですけ

れども、今、このペーパーを見ると、どうも対象は自治事務だけに限って考えるというんじゃないくて、両方含めて考えておられるようになっているんですが、この点はどうか考えておられるのでしょうか。

【塩野座長】 その点は、今、一応両方考えるということで、しかし、代執行制度もあるので、そこをどう整理するかという論点は出しているところでございます。ただ、その場合でも是正の指示も一応あるということを前提として、2つの制度、新たにある制度と今まである代執行制度をどういうふうに関係づけるかという整理の仕方でございますので、青山委員ご指摘のように、両方一応かぶせるという前提ででき上がっておりますが、この点は事務局のほうも、ワーキンググループでもその点について両方かぶせるということは特段異論はなかったんですけれども、何かつけ加えて説明することはありますか。

【安田課長】 少なくとも法定受託事務でも代執行になじまないような事務もございしますので、自治事務についてこういう訴訟制度をつくるということであれば、やはりバランスから言いましても、法定受託事務についてもそういう代執行になじまない事務を想定すれば、これをつくっておく必要性もありますし、バランスからしてもそうなるのではないかというふうに考えているということでございます。

【青山委員】 そういうことだとすると、どういう場合が代執行になじまない事務で、実際にどういう困難があるのか。立法してまで対応する必要があるかという議論が必要になると思いますが、そういう話は今までの議論では全然出てきていないと思うんです。

【塩野座長】 確かにそういうことはございますので、そういった議論をこれからつけ加えるということはもちろんあり得ると思います。

ただ、私の基本的な理解では、代執行というのはほんとうに伝家の宝刀で、まずあまり抜かないだろうと。しかし、それ以前に至る場合、もちろん代執行が効く場合でも、それにすぐ乗るよりも、一般的な制度として今度新しくつくった制度をまずつくっておくというのが、地方自治の精神から言うと適合的ではないかというのが私個人の考え方でございます。

【青山委員】 代執行は伝家の宝刀というか、最後の手段で、そこまでいかないで解決すればそれが好ましいというのは当然そうだと思うんですけれども、実際にはいよいよとなれば代執行をされてしまうのだからということで、地方公共団体も最後まで抵抗することはなく履行するというに実際にはなっているんじゃないでしょうか。そういう認識自体が違えば、また考えなきゃいけないと思いますけれども。

【塩野座長】 その点は、現在の認識と論点の整理の基本認識のところにも書いてありますように、これからどういう自治体が出てくるかわからないと。いろいろな自治体が出てくるということを前提にして物事を考えたほうがいいのではないかと。そういう場合には、少し複雑になるかもしれないけれども、いろいろな対処方法を用意しておいたほうがいいのではないかと。これは私の考えでございますので、この点は大いに議論していただいて結構だと思います。青山委員のお考えでは、やっぱり代執行はあるんだから、それをどんどん使えばいいと。

【青山委員】 どんどんやるというか、実際問題として、実際にはそんな問題は起こっていないんじゃないかと思ったんです。

【塩野座長】 なるほど、わかりました。そこは認識の問題ですので、現状はそうだと、おっしゃるとおりだと思います。ですけれども、これからは私はなかなかそうはいかないのではないかと考えています。言葉遣いは適切でないと思いますけれども、地域主権とか、あるいは地域住民の意見を我々が代表するんだと。だから、国と大いに闘うという姿勢があっても、これは私は結構なことだと思うんです。ただ、それに対して何かしら国としての制度をつくっておかなければいけないのではないかとということだと思います。

【青山委員】 今のお話に関連して、またちょっと違った観点からですけれども、今度のペーパーでは何か所かで法令解釈のそごが原因でこういうことが起こるという説明をしておられるんですが、法令解釈の違いがあつて、国と地方公共団体とで見解が違うというならば、それは裁判所に行って最終的な決着をつけようということによくわかるんですけども、実際に問題になっている例を見ると、法律解釈の違いがあるというよりは、あれは悪法だから従うのは嫌だとか、政治信条に沿わないから無視だというようなものが多いのではないかと感じられます。そうすると、それは法令解釈の齟齬という問題ではなくて、ちょっと別な次元の話じゃないか。そういう場合も含めて、新しい訴訟制度を設けることがその解決に役立つだろうかという、法令解釈の争いだったら、最終的には両方で主張を尽くして裁判所が判断するということが解決に役に立つ場合は当然あると思うんですけども、そうじゃない、今言ったような政治信条に沿わないとか、気に食わないとか、理由はよくわからないけれども、法令の解釈問題以外のことで対立している場合について、仮に裁判所が判決しても、裁判所が言うことだから従おうというふうになるかという多分に疑問で、裁判所の権威を使ってとおっしゃるけれども、実際に判決があつてもなお従わないということになったら、むしろ裁判所の権威をおとしめることにもなりかねないわ

けなので、そこは十分見きわめをつけることが必要だと思います。1つの道は、新しい訴訟制度を設けるなら、判決の履行を確保する手段を用意して、裁判所の判断が無視されないようにするということですが、それができないまま導入するということになる、今言ったような問題が起こりはしないかなという心配をします。

【塩野座長】　そこは根本問題で、そこは随分前からここでも議論して、確認で執行力的なものをつけなくていいかどうかという点については議論を重ねてきたところでございますので。皆さん方のご意見、いかがでしょうか。はい、どうぞ。

【山本委員】　よろしいですか。私も、今、青山委員が言われたような懸念をたしか以前に申し上げたことがあると思います。今、皆さんのご意見をいろいろお伺いしているのは、確かにそういう執行力の担保措置を設けることができればベストなんだろうと思うのですが、仮に現在それが難しいとした場合に、それならもうこれをやめてしまうのかというと、この制度は資料5の総論的な部分の議論とも関連することなんです、司法制度改革をやってきたことの趣旨にもこの制度はかなっているんじゃないかと。やはり最終的な違法性、適法性が問題になった場合においては、できるだけ事前の規制をやめて、事後的なチェックを透明な裁判所の手続で図っていく社会を目指すという点からすれば、この国と地方公共団体の間でもそのような裁判所での解決を図っていくということは、私自身は望ましいことだと思っています。

それに地方公共団体が従わないということは私も懸念するところですが、それは現段階で予測するのはなかなか難しいのかなという感じがいたしておりまして、確かに判決がいつぱい出て全然従わないということになれば、それは司法権の権威が大きく損なわれるということになると思うんですが、もしそういう事態が発生しそうなれば、やはりその段階でさらなる措置を考えていくという段階を踏んでいくということになるのかなと思っております、そういう意味では、そういう担保措置があればそれに越したことはないけれども、それがなければやめるということにはならないのではないかと考えています。

【高橋委員】　私も裁判所の判決が無視されるというのは、裁判所の権威にとって非常に問題になるという懸念を持っているんですが、ただ、自治体が反対して実行しないという場合に、法的には国の言うとおりにだけれども、そんなのは気に食わないからやらないという理屈は言わないんじゃないかと思っております、やはり最終的には憲法問題として、国の場合も憲法違反なんだという説明をするんだろうと思うんです。そうすれば、やっぱりこれは法的問題として解決できるわけで、やっぱりそれを裁判所で判決するということ

がある程度プレッシャーになると。その後は希望的になるんですけども、それを尊重してくれるのではないかと。万一全然尊重しないような事態になれば、山本委員と同じように、その後の段階で考えるということかなと思っております。

【塩野座長】 山本委員のご意見は私もごもっともだと思ひまして、それもあって、この点については議論を重ねてまいりました。実は最後のまとめのことをお話しするのもぐあいが悪いんですけども、ここはやはり1つの意見としてまとめたいと思っておりますけれども、しかし、この点についてはやっぱり自分はこういう懸念を持っているということは、最後のところでそれぞれのご意見をまた伺いますので、その点はこういうご意見があったということは、単に記録をとどめるのではなくて、皆様のご同意が得られれば、一般的な意見がこうだと、しかし、こういう意見もあるということをつけ加えていただくということはある得ると思ひますので、簡単に妥協していただかなくて結構でございますので。はい、どうぞ。

【青山委員】 今の点の続きなんですけれども、私が先程申し上げたのは、新しい制度を設けるのは反対だというのではなくて、そういう問題があるという指摘をしたつもりなんです。そこで、やっぱり判決の履行確保の手段として何かいい知恵はないかということがポイントになるように思ひます。この点については、裁判所侮辱みたいな制度を設けることも考えられるかもしれないけれども、それはどうも今までの日本の法制と調和しないので、急にそういうものを持ってくるということも無理じゃないかと思うものですから、考えるとすれば、今の代執行の手續の中に、都道府県知事が裁判に従わない場合には、代わって大臣が当該事項を行うことができるという規定がありますね。これは全部それで解決がつくわけではないと思ひますけれども、これにならって新しく導入する訴訟制度のもとでも、裁判所に一定の行為をするように命ずる判決を求めて、その行為をすることを命ずる判決がされたのにそれに従わない場合には、大臣が代わって行うことができるという規定を置くことは考えられないだろうか。ただ、この制度は、もともと職務執行命令制度に由来し、機関委任事務、そして今の法定受託事務についてしか認められていないのに、そういう制度を、一体自治事務についてまで広げて認めていいかという議論は当然起こると思ひますけれども、しかし、実際に審査手續にも乗らない、判決をしてもなお言うことを聞かないという場合についてはこういう必要があるんだということで、この制度を導入するということは全く考えられないのだろうか。それを導入すれば、最終的な裁判所の判断が無視され続けるということは、少なくとも全部じゃないかもしれないけれども、大多

数はそうなると思うので、それだったらまだ許されるのかなという感じを持っているんですが、その議論は今まで全然していなかったと思いますので、だめならだめでもしようがないんですけども、ご議論いただいたらどうかと思います。

【塩野座長】 わかりました。その議論の場所はどこかにあったと思いますけれども、上仮屋さん、どこで……。

【上仮屋理事官】 まさに本日お願いしたい論点のところ、資料としましては、参考資料2のA3の折り込み資料で、論点10としまして、今、青山先生からの問題提起というのは10の②の部分になってくるかと思いますが、まさに義務付け判決で、ただ、事務局としましては、今、先生のご指摘にもありましたとおり、自治事務について代執行ということになると、今までの整理と随分変わってくることになるので、そこまではかなり難しいのではと考えておりました、論点としましては、法定受託事務にかかわるものであるときには、当該確定判決をもって代執行ということも考えられるのではないかという論点の立て方としておりますが、いずれにしても、この点についてご議論を賜ればと思います。

【青山委員】 10というのは、新しい訴訟と代執行との手続を別立てで考えるかどうかという問題ですよ。

【上仮屋理事官】 そうです。

【青山委員】 そうじゃなくて、判決の効力の問題として、先ほど言ったような法律上の手当ができないかという問題なので、関連はすると思いますが、議論がちょっと違うと思います。

【塩野座長】 事務局としても、あるいはワーキンググループとしても、そういう問題意識が決してなかったわけではなくて、青山委員のおっしゃったようなことは10の②のところであらわれていると思います。

ただ、自治事務になりますと、なかなかそこまでは踏み切れないで、提案としては出ていない、あるいは論点として出ていないというふうにご理解いただければと思います。

【斎藤委員】 その点については、1つは今もお話がありましたように、自治事務について強力な代執行というものを考えるかどうかということで、これは裁判を経てなら違うんじゃないかというご意見はあると思うんですが、その場合も、資料4の最後の論点「並行権限」との共通の問題はあると考えます。結局、国なり他の機関がやってしまうということですから、それはかなり裁判所の判断を介在させたとしても、強力過ぎるのではない

かという背景はあろうかと思えます。

もう1つ考えなければならないのは、そもそも代執行できるものなのかどうかということです。つまり法定受託事務のほうにも代執行についての現在の判決の形式は何々しなさいという命令で、それを受けて市町村なり都道府県にかわって措置するということですね。つまり国や都道府県の機関、公務員が入っていったり、あるいは別の場所でそれをやって履行したことになる。そういう事務が対象として考えられていると思うんです。そうすると、自治事務についても、かわりに当該自治体以外の機関や公務員が入って行ってやる、あるいは別の場所でやるということが想定できないものは、仮に自治事務について現在の代執行訴訟と同じものをつくったとしても、残るんだと思うんです。

ですので、その問題に対応するには、やはりここにおける違法確認ないし義務付けで、なおかつ判決を得ることによる解決というものがあるのではないかということを考えます。

【青山委員】 今のお話に関連して、私、わからないので事務局にお尋ねしたいんですけども、仮に住基ネットの接続の問題について裁判所が接続せよという判決をしても言うことを聞かないというときに、大臣が代わって行うことができると仮にした場合に、大臣が例えば国立市長さんにかわって国立市の担当部局、課長だか部長だか知りませんが、そこに対して接続しなさいと命令すると。代わって行使することができるという条文ができればできそうに思うんですけれども、その命令があれば、実際に処分命令に従わなかったら公務員法違反になって懲戒を受けるから、それに従って接続事務が履行されるということになりはしないかと思うんですが、そういう考えはおかしいですか。

【久元局長】 職員に対して命令ができるのは、指揮監督下にあるのは市長だけですから、市長がそういう判断に従わないということであれば、これにかわって大臣が命令しても、これを実現する手段というのは多分ないだろうと。つまり、平成3年の改正以前にありました罷免をすとか、そういう手続を介在させるか……。

【青山委員】 市長に代わって直接命令するということはできないですか。

【久元局長】 できないですね。

【青山委員】 市長でないからできないと。

【久元局長】 できないと。

【青山委員】 法律で「代わってできる」と書いてもできない？

【久元局長】 そこは公務員法制を根本的に変えないと難しいのではないかと思います。

【青山委員】　　そうですか。それができないとすると、今、斎藤委員が言われたようなことになっちゃうのかな。

【塩野座長】　　上仮屋さんのほうで何かつけ加えることはありますか。

【上仮屋理事官】　　住基の事務だけの性格ということでご説明させていただきますと、実際、住基ネットの事務というのは、住民基本台帳について市町村が住民から日々届出を受けて書きかえた情報を、都道府県と国のコンピューターに日々、送るというものです。加えて、転入・転出があった場合、市町村の間で、これも日々、情報をやりとりをするというものが、住民基本台帳法で義務づけられている住基ネットに関する事務の具体的な内容です。

ですから、1回きりでケーブルをつなげばいいとか、そういうものではなくて、日々都道府県、国と送受信、あるいは市町村間で送受信をする事務が出てきますので、これはなかなか代替的ではないし、一度の命令で済む事務ではありません。

【青山委員】　　そういう個別の行為はそうでしょうけれども、そうじゃなくて、住基ネットに参加するという意思決定があって、それを市長が決断して命令をすれば、それに従って日々職員が仕事をするはずなので、命令さえできればつながるんだろうと思うんですけども、命令自体が市長という身分がなかったらだめだと、法律で代わってできると書いてもだめだとおっしゃると、そこはそうなのかなとちょっとまだ半信半疑なんだけれども、そうであればちょっと無理ですよ。でも、それはどうしてできない？ 公務員法制を変えなきゃいけないというのは、どういう意味ですか。法律があってもだめだというのは、ちょっと理解できないんだけど。

【久元局長】　　実際に作業しているのは職員ですから、職員に対して職務命令を出すのは任命権者しかできないわけですので、任命権者があくまでもそれを拒んでいる場合には、これにかわることはできないだろうと思うんです。もしもそれを実際にやろうとするならば、市役所の中に国の職員を配属する、つまり総務省の中にいる職員を市役所に配属させて、住基ネットに携わっている市の職員に代わってこの作業を実際にさせることができるような制度を作るといことが考えられますけれども、実際に市役所の中で大変な混乱が生じるということであろうと思いますので、かなり現実的には難しいかなと思います。

【青山委員】　　今おっしゃった別な方法というのは、実際に現実的ではないと私も思いますけれども、抽象的な命令というのは、市長に代わって市長がしたのと同じ効果の出る命令というのは出せないものですかね。それがちょっとわからない。

【塩野座長】 法律で書けないかというお話だと思うんです。それをやるには、公務員法制全般のことをいろいろ考えなきゃならないということだろうと思います。普通に考えるとそれは無理だということになるんですけども、市長も公務員ですからね。自治体の公務員になりかわって……、なりかわってじゃなくて、大臣はその場合にどういう立場なのかという話にもなりますし、地方公務員は首長の命令によって、任命権者の命令によって動くということになると、おれの言うことを聞けということになると、大臣、あなたは市長なんですかという話になってくる。そこをきれいに説明するのがなかなかしんどいということだろうと思います。

【青山委員】 わかりました。

【渡邊委員】 すいません。議論がまとまりかかっているところをまたませ返しちゃうのは恐縮なんですけど、今の懸念は、首長の職務執行を停止させれば可能になるのとは違いますか。ただし、職務執行停止が民事訴訟法上できるかどうかというのがあるのかもしれない。紛争として対象になるかという議論はあるかもしれません。これは難しいんですか。そういう場合には権限がないわけですから、このときに大臣なり何なりが計画をすると。立法的に提案することは難しい？ やっぱり大問題ですか。憲法上の問題になっちゃうんですいません。

【高橋委員】 以前のマンデイマスでは、言うことを聞かなきゃ首を切っちゃうとなっていたわけでしょう。それが、地方自治からいって問題だということで改正したんじゃないんですか。その制度をやめた。

【渡邊委員】 なるほど。

【高橋委員】 ええ。だから、首を切っちゃって新しいのにかえれば、今度は命令を聞いてくれるかもしれないですからいいですけども。

【塩野座長】 執行停止させても、だれが当該自治事務の権限を行使するかということになると、大臣がそこに出てくる。大臣が自治事務を行使することになりますけれども、いかがなものかという議論になりますね。

【渡邊委員】 確かにそれはそうかもしれませんね。なるほど。

【塩野座長】 ですから、個別の法律でぎりぎりのところでそういうことをつくるのは可能かもしれないですね。特に国際的な、あるいは日本の安全題がかかっているというときにはそういうことが起こる。それから、災害対策でも起こると思いますけれども、一般的な制度として首長の職務執行停止を命ずることができるということ置くのは至難のわ

ぎ、大変難しいと思います。

【渡邊委員】 なるほど。そうなのでしょうね。すいません。

【塩野座長】 変重要な問題ですので、たまたま追加論点のところでは少し絞り方が代執行との関係だけの話で出てきておりますが、今の執行力を担保するにはどうしたらいいかというのはほんとうに頭の痛いところでございますので、また議論を重ねていきたいと思っております。

ただ、今までのお話の前提といたしましては、出口のほうでだめだからもともとだめだという議論もあり得るんですけども、一応出口もなかなか難しいということがあった場合に、一応整理として違法確認、あるいは義務付け訴訟というもの用意しておくということについて、今日は大体の方向性を出していただきたいと思います。つまり、資料4で申しますと、割合政策的に決めればよいというところも幾つかありますので、それはまた最後のところでも議論していただくとして、こういうものが出たときに、ほかの法律家から、これは法律的に成り立たない議論ではないかと言われるのが一番つらいところでございます。そうしますと、その点としては、前から問題にしておりますけれども、2ページの(3)のところの違法の主張、いわゆる違法の抗弁ということでございますけれども、これを認めることができるのかどうか。これはかねて不服申し立てをすることが、審査の申し出をすることができるにもかかわらずそれをしないのに、またその期間を過ぎた後でも違法だなんていうことを言わせていいのかどうかといった点でございます。

それと連動した形で訴訟形態を選ぶときに、義務付け型と確認型というふうに用意しておりますけれども、この理屈が果たしてうまく通っているかどうかということが法律論としては一番難しい点だと思いますので、この点についてご議論を承りたいと思います。どうぞ。

【青山委員】 前の審議の際に、一たん違法だという主張をする機会を与えられたのに主張しなかったんだから、後でそれが問題になったときにそれを主張することができるというのはおかしいんじゃないかという意見を申し述べましたけれども、それはどうも後から考えて適切ではなかったんじゃないかと反省しております。つまり制度としては、国地方係争処理委員会又は自治紛争処理委員に対して審査を申し出て判断してもらえる機会を与えられながら、その機会を利用しなかったら、同じ制度を利用したいと言って期限を徒過した後に審査の申出をするということとはできないことは当然だけれども、審査の申出をする義務が課されているわけじゃないので、審査の申出をしなかったからといって、ほか

の手續で同じことが問題になったときにもう争うことができないということにはならざろうと。そのときに改めて争うことは制限されないと。だから、本件の場合に、地方からの審査申出はされなかったけれども新しい制度の訴訟が起こって、そこで審理がされるときに、それ自体が是正の要求なり指示が適法であるかどうかは当然争点になるとしないと、形式的にそういう要求があった、あるいは指示があったということだけで判決が出せるようになってはおかしいので、それは審理の対象にすべきだし、審理の対象になる以上は、地方自治体も一度機会を与えられながら主張しなかったんだけれども、国から提起された訴訟においては、争うことができるという整理のほうがいいのではないかと今は思っています。前の考え方は撤回させていただきます。

【塩野座長】　　そういう方向で整理をしていただいたら。最終的な制度というときに、第4次勧告のときに云々とあるんですけれども、そこで事務方としてはいろいろ考えて引っ込めたと、第4次勧告をそのまま実現しなかったといういきさつがあるんですが、この議論の整理の仕方としては、第4次勧告にこういう意見があったから引っ込めましたということではなくて、我々はどう考えるかということで最終的に整理をしたいと思いますので、文章の中では第4次勧告はあまり正面に出てこないで、場合によっては注書きで書く。あるいは素知らぬ顔ということもあるということでもよろしゅうございますか。今の青山委員の考えで私もいいのではないかと思います。

それでは、ここはこういうふうに整理させていただくとして、訴訟の形態について2つの案が出ております。これをどういうふうにするかということでして、外国でもいろいろなやり方があるようでして、どれがどうというのはなかなか決めつけにくいんですけれども、今日の北島さんのお話だとやっぱりマンデイマスが主流というか、個別法ではもうマンデイマスでどんどん片付けていると。

【北島准教授】　　そうですね。

【塩野座長】　　個別法に何も書いていないと、Declaratory judgmentは使えるんですか。

【北島准教授】　　使えると思います。

【塩野座長】　　何も書いていないとね。

【北島准教授】　　はい。

【塩野座長】　　フランスはどうでしたっけ。

【飯島准教授】　　フランスは取消訴訟を提起するんです。

【塩野座長】　　どんどん取り消していくと。不作為の場合にはどうするのかな。

【飯島准教授】 不作為の場合は、代執行の個別法の根拠があれば代執行をするということに。

【塩野座長】 代執行でいく？

【飯島准教授】 はい。

【塩野座長】 フランスはいつまでも権力的ですね。そうなんですか。解釈訴訟みたいなものは行政法ではよく言われて、紹介されていますよね。ああいう解釈訴訟みたいなものは、こういった場面ではあまり使っていないんですかね。

【飯島准教授】 ええ、それは使わないと思います。

【塩野座長】 私は第4次勧告を引きずっているところもあるものですから、どっちかというところ確認訴訟というほうが、要するにこれは法律問題ですよということと言ったほうがいいのかという感じもいたしますが、しかし、制度としてはやっぱりびしびしきちんとやるというんだったら、義務付け訴訟のほうがいいのかという考え方もありますし、それから、もう1つのやり方としては、紛争あるいは係争のあり方によって確認を求める。あるいは、係争のやり方によって、非常に明確な場合には端的に義務といくと。そういう選択の余地を残すということも制度としてはあり得るかなと思っておりますけれども、ここは皆様方のご意見に従いたいと思いますが、まず専門のほうから聞いていきますか。山本委員、どうですか。

【山本委員】 大変詳細なご説明をいただいて、十分わかったのではないかという感じがしているんですが、細かいことなんですが、4ページのところの、先ほど事務局が読み上げられた3つ目のポツ、「出訴期間経過後は当該処分は違法は確定する」ということになっていますが、これは適法でよろしいのでしょうか。

【上仮屋理事官】 違法であるか適法であるか……。

【山本委員】 違法であるか適法であるかということが確定するという意味ですね。

【上仮屋理事官】 適法ということですね。

【山本委員】 適法になると。

【上仮屋理事官】 はい。違法ではないことが確定するということです。

【山本委員】 あまり第4次勧告にこだわるつもりはないんですが、そうすると、この3ページの一番下から書かれている意見のうち、どこが違うかというと、「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」という、ここが違うって、措置を講じなくても、必ずしも違法か適法かということは

わからない。それで裁判所が確認判決をすることによって、既判力でその措置を講じないことが違法であるということが確定するという理解でよろしいんですか。

【塩野座長】　　そうです。

【山本委員】　　それであれば全然民事訴訟法的にも何の問題もないというか、確認の利益は当然認められると思いますので、確認訴訟もあり得るということは十分理解できました。

それから、ちょっと義務付けのところコメントさせていただいても……。

【塩野座長】　　どうぞ。

【山本委員】　　5ページの枠囲いに入っているところの下の2つの○なんですが、「確認訴訟と同様、法的に意味があると言えるか」とか、「違法確認型でも十分であると考えられるが」というふうに書かれているのは、これは当然執行を担保する措置を置かない場合においてはどういう前提ということよろしいでしょうか。

【上仮屋理事官】　　置かない場合においても、という気持ちで書きました。

【山本委員】　　置けば当然違法確認とは違った話になってくるということですね。

【上仮屋理事官】　　ご指摘のとおりです。

【山本委員】　　それとの関係で、最後の○のところ「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」というのは、同じような状況は民事の場合でも執行力が付されない場合にも一定の場合には給付訴訟が認められる場合があって、例えば夫婦の同居義務なんかは強制執行はできない義務だと理解されていると思うんですが、ただ、その場合でも給付訴訟、同居せよという判決はできるということになっていて、それに対して一部の学説で、例えば中野先生は、そういう場合は同居義務の確認で足りるので、執行力がないような給付措置をすべきではないという少数説もあるんですけども、一般的な理解はそういう場合には給付ができると考えられていて、おそらくその背景には、ここにあるような考え方、やっぱり義務を確認するだけじゃなくて、給付を裁判所が命じるということ自体に意味があって、それによって任意の義務の履行がより促進されるという考え方があるのかなと思いますので、そういう意味では、この最後の○は民事的な観点からもこういう考え方はあり得るかなと思っております。

私からは以上です。

【塩野座長】　　ありがとうございました。

渡邊委員、直感的なお話で結構です。何か實際上、その訴訟をやっているときに、確認

と義務の関係でどちらが使いやすいとか、あるいはどっちはなかなか使い勝手が悪いとか、そういう点でもあれば。

【渡邊委員】 今、山本委員のおっしゃったとおりだろうというふうに思います。国民の司法に対する信頼感というのは、一番高いらしいので、その裁判所が出すということであれば、かなりのことが、課題の解決が期待できるのではないかとというふうに、直感としてそう思います。

【塩野座長】 どうもありがとうございます。

多少、私がこだわっているのは、行政法における法的紛争というのは、当該行政活動が適法か違法かがやっぱり一番の問題なんですね。取り消し訴訟でも形成訴訟だというふうに説明はしますけれども、しかし、本質は行政処分の違法の確認であるという説明をするわけですね。それから、不作為でもそうです。義務づけぐらいになると、今度は個人の主観的権利がかなり正面に出てきますけれども、それでも、もし非常にこだわるとすると、こういう状態があったときに義務づけ訴訟として出てくるのは行政機関が権限を発動すべき義務があると。その義務の確認が義務づけ訴訟の本体であるなどというふうなことは、ぎりぎり詰めていくとそうだと思うんですね。私は、義務づけ訴訟は給付訴訟と思っているわけですが、それもぎりぎり行くと、権限があるのに権限行使しないということもあるものですから、どうも違法確認のほうにこだわってしまうところがありますけれども、ただ、義務づけ訴訟というものも行政法に認められましたので、こういったときにそのほうがより直截に問題の解決ができるということであれば、それはそれとして十分成り立つと思うんです。ただ、もう1つの疑問は、要するに是正の要求、あるいは是正の指示を出して、一応、形成効が生じているんですね。そうして形成効が生じているときに、もう1つ判決で形成をさせるというのは、これはどういうことなのかなということで、民事の場合だと形成効はそのままでは生じませんから、判決で初めて形成効が生ずるのですが、行政処分だとすると、一遍、権利義務関係が変動しますので、命令をするとそれに従わなければならない。あるいは何かの場合があれば形成効が発生しますので、それでもう1つ判決をどうやって認めるのかということで、それは命令の内容を変えれば新たな命令だということでもいいんですけれども、しかし、そうだとすると、今度は、前は処分なのに今度はその裁判所に対する請求の趣旨の中で命令をすることになって、そこもちょっとずとんと落ちないところがあって、齋藤委員、何かそこで説明をしていただけますかな。

【齋藤委員】 今、最後に出てきた点ですよ。つまり、一度是正の要求によって法関

係あるいは何かが生じて形成されているはずだと考えると、それを再度裁判所で形成するのはどういうことだというのは確かにあるんですけども、1つのそれに対する考え方としては、5ページの四角の中の丸の、別の義務。訴訟前の指示、これはやらないという考え方がありますが、少なくともそうじゃない場合には、訴訟における請求の趣旨で、さらに是正の要求のときとは違った、より特定された義務ですね。それがあんだということも形成を求めるといって、そのものを繰り返しているのではないという説明がまずつくと思うんですね。その次に、是正の要求で一たん法効果が形成されているのに、その場合は行政によって一たんは効果が形成されていると。適法、違法はそこで確定するものではないですが、しかしそこでは行政による形成を言っておきながら、こっちでは裁判所の判断を待って形成するというのは齟齬があるというご指摘ですが、そこはこの制度及びこの制度が前提にしている是正の要求の効果の特殊性というのがあると思うんですね。そもそも、今検討している制度がない場合には、その是正の要求によって形成された状態を貫徹する方法がない。まさに、それでここで議論をしているんですね。ですので、その司法判決を経て履行を促すと。これは、さらにそれに執行力を付与すればそれは明らかになりますが、それは、執行力を付さないとしても、適法、違法の司法判断で、義務づけの場合はそれについての新たな形成というのを得ることによって、その履行を促すという効果が生まれるので、それは是正の要求の法効果とは違ったものをこの制度によって創設するのですから、行政処分による形成が一度なされていても、違うものを裁判所で形成するというのは、この制度、それから是正の要求の特殊性からすると説明がつくのではないかと考えるんですが。だからといって確認よりは義務づけ型にすべきだということがストレートに出てくるものではないですけども。

ただ、それと関連して問題になるのは、そういう義務づけにおいて新しく範囲を特定したり、より具体化するということをつけ加えることでメリットが生ずるといえるのか、説明がつく面があるとする、違法の確認の場合には是正の要求とイコールで、是正の要求が適法かどうか、あるいはそれに従わないことが適法か違法かどうか司法審査が限られてしまうのかどうかですね。より限定された範囲での確認というのがあるのかどうかというのは少し詰めなきゃならないことではないかと考えます。

【塩野座長】 青山委員、何かこの辺のところ。

【青山委員】 お話を伺っていて、何か頭の整理がつかないようになってしまって、よくわかりませんが、理屈としては是正の要求によって生じた一定の公権力の行使に伴

わない効力ですか、というものがそのまま残っていることは間違いないと思うんですけども、判決をするというのは、やっぱりそれと違ってまた同じことを上塗りするような意味ではなくて、それにも従わない、不服申立て手続にもならないということを前提にして、その点を打開するために新しく設けられた訴訟制度の上で、裁判所に与えられた権限を行使するというだけだという目で見れば、特に衝突するとかなんかい問題ではないのではないかという感じがしますけれどもね。

【塩野座長】 その点については、私も、おっしゃることは理解できるんですけども、そうしますと、これからの制度の説明として、この確認訴訟も含めて一種の司法的執行であると。要するに、違法、是正の要求とか是正の指示で形成効が生じていますから、それが不安定な状態になっていると。それを打開するというときに、ドイツだったらどんどん自前でやるんですね。自治監督の制度で。フランスでは、それもやや行政的監督に近いんですけども、どんどん訴えでしますと。イギリスではマンデイマスで行くという、そういった状況にあって、日本の場合、処分で変動したにもかかわらず動いていないというときに、今度は裁判所が出る出方として、行政法的に説明すると、それはドイツ的な行政的な執行ではなくて、司法的執行をということで説明できるかと。司法的執行で一番説明しやすいのは、刑事罰を課するのが一番典型的なんですけれども、刑事罰はちょっとここは無理だろうと。あるいは課徴金でもいいんですけども、それも今の段階では無理だろうということになると、義務づけあるいは確認という司法の本来のことで法的な判断をしていただく。しかし、それは何も抽象的な法的な判断じゃなくて、司法的な執行という意味を持つんだという説明だと、私は両方とも説明がつくのかなという感じはしていますけれども、それは学者の議論で、こういう研究会でそんな司法的執行だなんて言うとかえって一般的に議論を混乱させるおそれがあるのであれば、これは引っ込めることも可能ですけれども、高橋委員、その辺は学者としてはどうですか。

【高橋委員】 僕も、感覚的には司法権をかませるのはやっぱり執行力をつけるためじゃないかなと。そうじゃなかったら、確認しているだけで十分だという感じなんですけどね。斎藤委員の説明を聞いていても、そうなのかなという気もしたんですけども、ちょっと腑に落ちないという気がしますね。

【塩野座長】 どこが腑に落ちないですか。

【高橋委員】 どこがということ自体がよくわからないんですけど、僕の頭では最初から、行政法的に言えばもう効力が生じているわけですね。義務が生じているわけですね。

それで裁判所でやるというのは、執行力をつけるためだというふうに思っていたから、もう執行力はつけないんだという、じゃあ、何で確認以上に義務づけまでそこでやる意味があるのかなと、そのこのところの説明が何となく腑に落ちないというか。

【塩野座長】　ですから、私が言っている司法的執行というのは、いわゆる民事訴訟法に言う執行力の問題ではなくて、要するに裁判所で違法の判断、適法の判断をすること、それが先ほどから問題になっている話で、日本の場合はそれで従うであろうという見込みがあるという説明と、青山委員のように、それはあまり意味がないというご説明と、両方あり得ると思うんですけどね。だから、それはさっき申しましたように、刑事訴訟で行く司法的執行、それから確認訴訟で裁判所のお墨つきが出ているのでこれからは従わないとは言わせないという形での執行というのも、説明としてはあり得るかなとは思っているんですけども、ただ、それは学者の説明ですので、今までそういう説明をあまりしてきたことがないことは事実だと思います。

【斎藤委員】　1点だけよろしいですか。私も、先ほどの説明は義務づけが形成だととらえた場合にどう説明できるかという話にとどまるのであって、確認にせよ義務づけにせよ、広い意味での司法的執行ですと考えられないかということです。つまり、確かに執行力を付与しないで何が司法的執行なのだというのはあるかもしれませんが、先ほど、山本委員のご指摘にもありましたように、夫婦の同居を命じるという判決とか、あるいは何か、たしか登記の請求権で中間の登記についての訴訟を、最終的な移転について権利がないのに求めるという、それをたしか認めた判決もあって、だから、そういった裁判所の判断を経ることによって履行を促すという、そういう広義の司法的執行と考えれば確認訴訟であれ義務づけ訴訟であれ、説明ができるのではないかと考えます。

【高橋委員】　山本委員にお聞きしたいんですけども、同居の義務づけで、同居しなさいという判決が出せるというのが通説になっているということだったんですけども、それはどういう理由からですか。やっぱり、裁判所がそう言ったなら心理的に影響力が大きいから、そのほうが解決に役立つということなんですか。

【山本委員】　その理由は、やっぱり請求権理論から来ていると思います。だから、同居請求権というのは存在すると。請求権としては存在する。しかし、それは強制執行力がない請求権であるという民法上の説明で、請求権があれば、その給付を命じる訴訟というのはできるはずだと。ただ、それは強制執行はできないけれども、できるはずだと。そこからおそらく来ているので、実効性がより確認より強いからそれを認めるべきだというこ

とは明示的には理由にはなっていないと思います。

【高橋委員】 なるほど。そうすると、ここでの義務づけも請求権があるという理解になるんですか。

【塩野座長】 そこはまた、請求権があるというのは山本委員がいろいろ議論をすることでだと思えますけれども、もともと請求権が実体法上あるということではなくて、ここでそういう請求権があるということを擬制して。

【山本委員】 これ、ですから、先ほどの議論からでは、形成訴訟として説明すると、斎藤委員が言われたような非常にあれな説明になるんですよ。これは、給付訴訟だというふうに説明すれば、別に先ほどの疑念は生じないという理解でよろしいんでしょうかね。一度行政処分が形成されて、ただ、それに対して裁判所は給付を命じるものにすぎない。

【塩野座長】 それはだから、一種の司法的執行ということになるんですかね。

【山本委員】 その司法的執行というのは多分おっしゃるとおり。その執行というのは広い意味のエンフォースメントということですよ。

【塩野座長】 そう。エンフォースメント。広い意味。

【山本委員】 それはそのとおりだと思うんですが、訴訟上の位置づけとして、給付訴訟だと考えれば、特段その説明は……。

【塩野座長】 そうですね。ただ、そこはなかなか難しいのは、私が行政訴訟を一般的な論として義務づけ訴訟、給付判決と言っているのは、国民対の関係ですから、この関係でそもそも国が給付請求権があるということを説明するのはなかなか難しいところもあって、いざとなればこういうものをつくったんだということによって言うから仕方がないなという感じもしているということにはございます。

【安田課長】 斎藤先生が先ほど、確認訴訟をとったときに、是正の要求の場合ですけれども、その場合には是正の要求によって求められた法的義務があるということを確認すると、こういう言い方にしかならない。是正の要求の場合には、その要求に従ってどのような手段でそれにこたえるかというのは自治体側の裁量にゆだねられている部分もあるという説明もしておるわけで、それを考えますと、是正の要求の場合に確認訴訟の形態をとったときには、要するに、やはり自治体側に裁量の余地が残った形での確認しかとり得ないということにやはりなるのか、それはそうではなくて、もう少し裁量の幅を狭めたような確認の仕方というのがあるのかどうかということについて、もしご議論いただければと思いますけれども。

【塩野座長】 その点は、1つの答えとしてはそんなにアバウトな是正の要求なんてするのがそもそもおかしいじゃないかという議論があるんですね。要求で、裁判所に持っていくほどのことであれば、何とかしてよではそもそもおかしいので、そうすると是正の要求としてはこういうこと、こういうことということであれば、それは確認だと思います。ただ、そうではなくて、最初、是正の要求はアバウトに出たけれども、ほんとうはこういう事態が起きているというようなことであれば、裁判の中でこういう事態が起きてこういう対応をしなければいけないのに何の対応もしていないのはおかしいという言い方をすれば、ここは私、民訴はよくわかりませんが、裁判所の段階でアバウトな形で言われてもそれは困るだろうけれども、こういう形で是正の要求、ほんとうの中身はこういう問題なんですよということであれば、何もしないのはやっぱり違法ではないかと。何の答えもしない、違法ではないかという確認をすれば、判決の理由中の判断にどれだけの拘束力を認めるかという点は、これはまた別の問題としてありますけれども、実務的にもそういう形でかなり絞り込みは可能ではないかというふうには思っているんですけども、これは私が勝手に思っているのかもしれませんが、山本委員、どうですか。

【山本委員】 今、まさに座長が整理されたとおりでと思うんですね。やっぱり、程度問題だと思うんですけども、ある程度是正の要求というのは緩やかなものであってもいいとは思いますが、その訴訟で自治体のほうから、自分たちのつもりとしては是正の要求に従っているつもりだと。これこれこういうことをやっている。それに対して、国のほうが、いや、それは従ったことにはならないというような形で争われることを想定すると、その是正の要求があまりにアバウトなものだと、裁判所も、多分判断のしようがないような感じがしますよね。だから、それはやっぱりある程度最初の段階から裁判所がそれに従ったかどうか十分判断できるぐらいの形では特定されていないと、やっぱりなかなか難しいのかなという感じがしますが、どうですか。

【塩野座長】 これは、実務的には是正の要求をして、相手方の地方団体は何のことかわからないと。もうちょっとちゃんとやってくださいというときに、再度の是正の要求というのは、これは可能なんですか、地方自治法上。一種の一事不再理みたいなものがあるの。

【安田課長】 いや、それは特段の規定がございませんので。

【塩野座長】 前のものを取り消せばいいわけですよ。だから、不服申立期間が、審査申出期間が延びるといった話で。

【安田課長】 はい。ということだと思います。

【塩野座長】 事柄の次第によってはだんだん狭めて、多少時間はかかるけれども狭めていくということはある。

【安田課長】 建前的に、その是正の要求と是正の指示は違う作りにしておりまして、是正の指示のほうは、法定受託事務についてはこれをやれと。是正の要求は、あえて自治事務なので裁量の幅を出して具体的な措置内容は自治体が判断するような、そういう是正の要求を出すという作りをしていますので、狭めていくということがその建前との関係で、ちょっとどう整理するのかなという感じがするんです。

【塩野座長】 だから、義務づけもアバウトな義務づけしかできないということになりますよね。

まだ時間的余裕はありますので、今日のご議論を踏まえてまた整理をしたペーパーを出すことにいたしますが、ちょっとご確認していただきたいのは、今の段階でどちらかにしぼれというご議論があれば出していただきたいと思うんですが、そこはいかがでしょうか。山本委員、青山委員、両方、今のところ確認と義務づけと両方出ておりますけれども、両方一応出しておいて……。

【青山委員】 どっちかという意味ですか。どっちでもいいということもあり得るんですか。

【塩野座長】 いや、それはいいですよ。どっちもあり得るといいます。ですから、どっちか、これはもうやめておいたほうがいいということが……。

【青山委員】 これはどっちかに決めてこれがいいというふうにしたほうがいいと思いますが、義務づけというのは義務があることの確認とはまた違うんですか。

【斎藤委員】 それはつまり、義務があることの確認ですと、確認訴訟ということになると思うんですね。義務づけの場合は、是正の要求でこうせよと言われたことを実際にやれと。

【青山委員】 それは給付訴訟にならないのですか。

【斎藤委員】 そういうとらえ方と、是正の要求よりは絞り込んだことで形成するというような2つの考え方があると思うんですけれども、義務のあることの確認というのは確認訴訟のほうに戻ってしまうと思います。

【青山委員】 それでも、執行なんかを考えないと。裁判所が判断してくれたことで紛争を解決するんだという前提に立てば、それでもいいわけですよ。

【齋藤委員】 ええ。はい。

【青山委員】 私は、冒頭に申し上げたように、新しい訴訟制度を設けて裁判がされても、その裁判に従ってこないおそれもあることが問題だというのが率直な気持ですけど、そここのところを割り切っちゃえば確認でもいいのかなというふうになりますし、将来何か工夫して、執行力を持つものに修正する立法もあり得るとするならば、履行を命ずる判決にしておいたほうがつながりやすいと思いますね。

【塩野座長】 いいということですね。わかりました。

はい、どうぞ。

【渡邊委員】 それに関してなんですけれども、今回、前回もそうなんですけど、事務局におまともいただいた資料を拝見していると、つまらないことを言ったがために事務局に大変ご負担をかけているところがあるなと反省しておりまして、それで、当初、従わないものを従わせるんだったら確認ではだめではないかと申し上げましたが、毎回勉強させていただいているうちに、法制度なり、条文上の平仄の問題からいって、あれはやや言い過ぎたかなと、もし撤回が可能なら撤回したいなというふうに思いつつありまして、その意味で必ずしも義務づけでなくてもよろしいのではないかと思います。

【塩野座長】 それでは、今日のところは両方立てておいて、最終的に両方出していか、それとも、先ほどちょっと整理しましたように、両方出して法制度的にも両方あるという制度をつくるのか、両方出してどちらかをいろいろな法制、技術的なところで議論をするということにするか、あるいはここの段階でどちらか1本に整理するかということ、次回、あるいは次々回あたりでご議論いただくということで、今日のところはこういう形で整理させていただきます。

事務局のほうから見て、ここは今日ちょっと結論をいただいとおかないと後の作業がしにくいなという点があれば指摘をしておいていただきたいと思います。ちょっと、最初からなめていきますか。

「(1) 国等から訴え提起等ができる対象について」ですが、最初のところは、「総合的に勘案して検討を行うことが必要である」というのは、これはやや外部とのいろいろな、外との折衝の関係で考えてくださいということで、ここはこのぐらいかなということは思いました。時期については、これは2つ案を出しているつもりなんです。

【上俣屋理事官】 はい。

【塩野座長】 それで、国際的な関係は緊急を要する場合もあり得るということで、そ

それはもし書くとすると非常に限定的に書けるかという、そういう話だと思いますので、それはこういうことになろうかと思います。

それから、違法性のことは先ほどご確認をいただいたところ。訴訟の形態については今のような議論になったということでございます。

それから、「訴え提起に向けた指示」は、これはもう一度処分するのはやっぱりどうもおかしいのではないかということで、まとめてありまして、これはこれについてもう一度やっぱり処分で行くべきだというご意見があればまたお申し出いただければと思います。

加重要件のところはなかなか難しいところで、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で、これはほんとうは出さないといけないんじゃないですかね。ここは、事務局は両論併記でも。

【安田課長】 両論併記でも、はい。

実際に、制度化するにあたりましていろいろな配慮が必要になる場合もあるかもしれないとは思っているんですがございますけれども、仮にこれ、要らないという結論だった場合の話なんでございますけれども。

【塩野座長】 ただ、私が前から言っているのは、前の是正の要求あるいは是正の指示がいろいろ、一種の加重要件が入っていますので、そこで加重要件を考えた上にまだ加重要件なんていうのはちょっとおかしいのではないかということを書いてはいるんですけれども、そのところは次回までにそれぞれお考えいただきたいと思います。

問題になるのはその執行力の担保なんですけど、ここはあきらめちゃったんですけれども、青山委員はあきらめてはいけないというお話なので、ぜひここは、何かいいアイデアがあったら次回。

【青山委員】 いや、さっき、代執行にならってというのはだめだということになったので、今のところ知恵はないんです。

【塩野座長】 ただ、これはなかなか日本ではどうか、それは日本的でよくないということと言われるかもしれませんが、違法確認を得たそういう団体については、やっぱり何らかのサンクションがあるということは、私は、言っているんじゃないかと思うんですね。どこの段階でどういうサンクションを加えるかというのは、これはいろいろあり得るところなんですけれども、決して江戸のかたきを長崎で討てという手法ではありませんけれども、そういう団体であるということについての何らかのサンクションはあると。これは、公表はするわけですね。

【安田課長】 それは制度化するということをございますね。

【塩野座長】 うん。

【安田課長】 今まで考えていませんでしたけれども。

【青山委員】 実際に履行しないことによって国が損害、実害を受けているなら、その金額を精密に計算するというんじゃなくてもいいんですけれども、それを賠償させるような意味で過料みたいな行政罰を科すというような制度が考えられるのかもしれませんが。損害賠償の簡易な形、あるいは間接強制みたいなことですかね。思いつきですけども。

【塩野座長】 一般世人では課徴金というのが最近はやってしましてね。最初はもうけをとるというだけだったんですが、最近はややサンクションの意味でも使っています。

【青山委員】 懲罰的賠償で。

【塩野座長】 ええ。やや課徴金が単にもうけを吸い上げるだけではなくて、一種の抑止効果をねらうということであるんですが、けども、それもなかなか事務局としては踏み切れないところがあるかと思いますが、そういうアイデアは確かにあると思いますので、次回もその点ももう一度議論をさせていただきたいと思います。

それから、国、地方係争処理委員会の審査勧告については、もうここはかませなくてもいいのではないかという方向で大体まとめておりますので、もしこれに異論というか、ご議論があれば、また後から申しますような時期までにご意見をいただければ、それを参考にさせていただきたいと思います。

それから、主体、7のところは、これは国が正面に出ていけばいいのではないかという、フランス的なものではどうかということも議論する可能性もありますけれども、ここであまり国が出てくると、今の日本の三重構造といいますか、それにまた多少いろいろきしみが出てくる可能性もありますので、ここは政治性の要求等の現行制度の整理と整合性を持たせて整理をするという方向でまとめているところをございます、これもご意見があれば承るということにしたいと思います。

それから、8のところと、「三 国等からの訴え提起等以外の方策について」、ここはまだあまり議論していなかったかな。

【上仮屋理事官】 いえ、今日初めてお願いをしたところです。

【塩野座長】 そうですね。ちょっと私の司会の不手際で、このところがちゃんと議論をされていなかったのも、それから、最初の論点の10も含めて、この点を次回冒頭あたりにやることにいたしまして、この点についてもご議論があれば、ご意見があれば前も

って承りたいとしておきたいと思います。

そこで、一応こういうことで来ましたので、追加論点の10も今のように次回ということでやらせていただくということにいたします。そこで今後の段取りについてご相談ということにしたいと思いますが、今日の内容的な議論について何かこういう点をもっと議論をすべきであった、あるいはこういう点を言い残したという点があれば、あと5分ほどございますのでいただけませんか。何か。

事務局のほうから、欲求不満のところがあればどうぞ。

【上仮屋理事官】 特にはございません。

【塩野座長】 そこで、それでは、ちょっと今後の段取りのことでご説明をいたしますが、まず、全体の資料の点についていえば、総論のところはスケルトンのような形で出ております。これは大体皆様方のご意見、いろいろなところへ出たご意見を取りまとめ、またワーキンググループの中での議論も取りまとめたような形で出しているわけでございまして、こういったものが一種序論みたいな、あるいは基本認識という形で出してみてもどうかということをご提案申し上げております。それで、こういうことはそもそも書くべきではないというご議論があれば、もうこれでストップいたしますけれども、やっぱり何か前に総論がないとおさまりがつかないということだと思います。そこで、内容等について、今日、さっと読み上げただけでございますので、この点について特段こういった点をもっと足りないよという点があれば、またあらかじめご意見をいただければと思いますけれども、今回はこの総論も取り上げるということにしたいと思います。

ただ、なかなかこれは難しいところがあって、特に制度を理屈づけるときに、法治主義あるいは法治国という言葉もあるんですけども、ちょっと学問的に、法治主義というと国民の権利救済という点が非常に強く出てきますので、これは国の権利救済のために法治主義なんていう言葉は使えないということをだれかが言ったらもうそれで終わってしまいますので、ですから、ぼやんとした形で法治国体制というふうに1つ書いてあるんですけども、やっぱり、これはむしろもっと端的に行政の法適合性の原則ではと思います。高橋委員の法の支配はそういう意味が入っているのですか。

【高橋委員】 そういう意味と言いますと。

【塩野座長】 いや、その法的、およそ法執行は適合的でなければいけない。法に適合しなければいけない。

【高橋委員】 ああ、それはそうですね。

【塩野座長】 それは法の支配の中で。

【高橋委員】 ええ。国家権力を行使する場合の法律であると。

【塩野座長】 行使する場合はね。それは国家権力であれ中央権力であれ、同じであると。

【高橋委員】 はい。ええ。

【塩野座長】 それの適合性を維持するため、それはただ、その法の支配というのは高橋委員だけの、あまり広がってないんですね。

【高橋委員】 僕と同じ理解が多いとは思いますがけれども、今、佐藤幸治さんや土井さんが異論を唱えていて、論争になって、決着がついていないんですよ。

【塩野座長】 でも、それはRule of Lawとはまた違うの。

【高橋委員】 だから、京都の人たちはRule of Lawの理解が違っていて、それで日本国憲法を解釈すべきだということ言われているのです。戦後間もなくのときにドイツ型の法治国家とイギリスのRule of Lawは違うという論争があったわけでしょう。その後両方が融合し違いはなくなったと理解してきたのが、再度、いや、やっぱり違うんだという主張がなされているんですよ。

【塩野座長】 そういうことだと、憲法の論争に、これは我々が割り入るわけにはいかないかと思しますので、法の支配、法治主義、法治国家という言葉は使わないで、要するに、およそ国家権力、あるいは地方権力も含めてガバメントの権力は法に従わなければいけないと。その原則、これは各国から見てもそうですので、その原則という形で整理をさせていただきたいと思えます。これはスケルトンですので、もう少しいろいろ肉づけをしたいということもあろうかと思しますので、その肉づけについては、ワーキンググループあたりでまた議論させていただいてよろしゅうございますか。ですから、ただ、このスケルトンについても、こういった点をもうちょっと注意すべきだよというふうなご指摘があれば、それはいたしたいと思っております。

そうしますと、じゃあ、差し当たりのご意見をいただきたいということで、4日までにご意見を。今日の議論について何かご議論があればご意見をいただきたいと。その前に、事務方のほうから、こういう点についてもしご意見いただければということでいろいろご相談をすることもありますので、よろしく願いいたします。

11月にもう一遍、11月の議論をしたいと思うんですが、これは、13日あるいは16日の週でセッティングをして、11月の終わりにもう一度やるということで2回。そこ

で最終の詰めはもう一遍12月にするというだけでもよろしいですか。

【久元局長】 結構でございます。

【塩野座長】 大丈夫ですか。では、11月には今のような形で、あとのほうに少し詰まってですけども、2回ぐらいやるということで、それで、12月に一遍やるということで、大体終わるというふうに思います。

大分時間を超過いたしまして、恐縮でございますが、よろしゅうございますか。

次回の日にはなるべく早くお知らせをすることにいたします。

どうもありがとうございました。それでは、今日はこれで終わりにいたします。

(以上)