

国・地方間の係争処理のあり方に関する研究会（第2回）

平成21年8月28日

【塩野座長】 それでは、第2回の国・地方間の係争処理のあり方に関する研究会を開催いたします。

お忙しいところ、ご参集いただきましてありがとうございました。

ドイツとフランスの制度をご紹介いただくとともに、論点についても意見交換を行いたいと考えております。

それから、前回、欠席されましたけど、山本委員、今日ご出席でございますので、一言ごあいさついただけますでしょうか。

【山本委員】 先日は失礼しました。一橋大学、山本でございます。専門は民事訴訟法、民事手続法をやっております。どうぞよろしく願いいたします。

【塩野座長】 民事訴訟法の中では大変行政訴訟にもお詳しく、また一家言お持ちの方で、ほんとうによろしく願いいたします。

それから、本日は、東北大学大学院法学研究科の飯島准教授にご参加いただいております。既にご紹介したことがあるかもしれませんが、飯島准教授は行政法専攻でフランス行政法に大変詳しく、また、フランスの地方自治論についても最近大変鋭い分析をしておられますので、こういったことにはぜひお向きかと思ってお願いしたところ、快くお引き受けいただきまして、ありがとうございました。最初から、今日は最後まで、報告だけじゃなくて、ずっとおつき合いいただければありがたいと思いますが、よろしく願いいたします。

【飯島准教授】 はい。よろしく願いいたします。

【塩野座長】 それでは、早速でございますけれども、議事次第によりまして、ドイツの制度についての紹介を齋藤委員にお願いいたします。どうかよろしく願いいたします。

約20分程度、それから、20分程度の意見交換ということを考えておりますけれども、時間のことはあまりとらわれずに進めたいと思っております。どうぞよろしく願いいたします。

【齋藤委員】 よろしく願いいたします。

私のほうの資料をまず確認していただきたいのですが、議事次第の次に資料1としてA

4、2枚のこのレジюмеがございます。それと、あと、もう少し後ろのほうに、横長のB4の資料1関係・席上配付資料①、これは私の小論ですけれども、「地方自治の手続的保障」というのがあります、ちょっとこれを参照する部分がありますので、抜き出していただければと。で、その後ろにもう1点、席上配付資料②、これは追加レジюмеでして、「裁定的関与としての監督訴訟の許容性に関する判例」という1枚。これも実質レジюмеですので、これも抜き出していただければと思います。

それでは、レジюмеに沿って進めさせていただきます。

「ドイツにおける国と地方自治体の係争処理」ということで、今回は、1にありますように、日本で言えば市町村に当たりますゲマインデに対する州、ラントの政府の自治監督。その自治監督に関する訴訟がどのようになるのかということをお報告したいと考えます。市町村に対して州政府が、日本に比べますと非常に広範な行政監督手段をなおドイツの場合は持っております。

その前提なのですが、日本との違いといいますか、ドイツでは、市町村は行政機関である、組織上は行政機関であると考えられています。条例を定立するという権限もありますけれども、判例や実務上、そういう条例を定立するという権限も含めて行政機関という位置づけです。そうしますと、独立の法人格は持っているのですが、法律の枠内での行政の自治権を認められている、自治行政権ということになります。そうすると、法律による行政の原理、行政が活動するに際して、ある分野では法律が必ず必要だという法律の留保、これが市町村の活動に対してダイレクトに及ぶということになります。ですので、そういった法律による行政の原理を確保する手段として国、あるいは州が自治監督制度を持っている、こういう位置づけが基本であると考えます。

そして、そういう行政監督、自治監督制度は、自治体の行政に対するコントロールのうちの一つである。他の手段としては、市町村自身がチェックするというコントロールがあり、それから裁判コントロールが当然あります。ただ、この場合、裁判コントロールというのは、私人が出訴する裁判コントロールのことを念頭に置いています。それらと並んで以下で述べるような自治監督というのが存在する。

そして、特徴的な点としては、州の監督措置に対して異議がある、その監督がおかしいと市町村が考えるのであれば、原則として市町村の側が行政裁判所に出訴するということになります。

さまざまな監督手法に対して、自治体がどのような出訴の方法があるのかというのにつ

いては、先ほどの横長の私の論考で若干触れております。その3枚目です。手書きで矢印をつけていますが、自治体に対する国のいろいろな作用、立法作用も含めて幅広く司法的救済が認められているということで紹介しています。時間の関係で逐一そこは触れません。あと、若干、我が国における司法的な救済、あるいは国の側の司法救済をどう考えるかというのについても、その上の括弧をつけたところで触れておりますので、もしお時間がありましたら後でお読みいただければ幸いです。

レジュメのほうに戻りますと、行政監督にどういう機能があるのかというと、先ほど言いました法治主義の担保である、法秩序維持機能が筆頭に挙げられますが、それに加えて、市町村自身を保護する、あるいは市町村自身に対して助言をする機能があるということにもなります。法秩序維持機能だけではない。

そして、②ですが、「後見的監督から協調的監督へ」と書きました。そこは2つの含意、意味がありまして、1つは、以下で述べるような監督手法、正式の監督についても、これは歴史的には後見的というか、官権的といいますか、国がお上として自治体に介入するという色彩を持っていたのですが、現在ではそうではなくて、法治主義の観点からチェックする、むしろ自治体、市町村と州というのはパートナーなんだという考え方で、正式の監督の中でもそういう割り切った考え方でやっているのだと。これはレジュメの最後に掲げました木佐教授の論考に詳しいですが、自治監督機関に対するヒアリングなど詳細になさって、それに基づいて、何もこれは古い考え方、官権的な考え方による監督ではないのだという変化がある。それに対して、市町村のほうに不満があれば、それは日常的に行政裁判所のほうに行き、白黒つけてもらうという制度であると指摘しておられます。それが後見的監督から協調的監督へということの意味の一つです。

もう一つの「協調的監督へ」という変化の意味は、3で若干紹介する正式の、いわばハードな監督手法よりも、勧告や助言というもので現在では対応することが多いです。これは、かつては小規模な自治体において自治体自身がチェック機能というのがあまり持たないということについて、こういう助言・勧告機能があったのだというのがありまして、それに対して現在は、規模を問わず、例えばEU法が市町村行政に対して直接拘束力を持ったりいろいろ影響があります。しかし、それについて、自治体が適時に対応できるかというとなかなか難しい面があるので、こういうEU法の新しい規律ができた。そのデータの提供も含め「これについてはこうすべきである」というような助言・勧告という形での監督手法が多く見られるという指摘がございます。

それから、3番目の特徴として、そういった行政監督と私人が出訴する裁判コントロールの関係はどうなるのか、どういう関係に立つのかといいますと、これは相補的である。どちらが優先であるということではなくて、両方が相補って法治主義を実現しているんだという考え方が一般的です。前回の研究会の議論で、国の側の出訴を考えると、私人が出訴できるような場合に、それをどう考えるかという議論がございましたが、ドイツでも、私人が出訴できるような場合には、自治監督は発動すべきでないという考え方の学説が唱えられたことはあったのですが、これは少数説にとどまって、現在では、自治監督というのは、私人による出訴とは違った公益確保という面がある、観点が違うのでやはり相補的なもので、どちらが優先という考え方はないという考え方が一般的だということになります。

その次の2で、監督の種類ですが、法監督と言われるものと専門監督——これはあるいは部門監督と訳す方もいますし、州によっては特別監督という用語を使っているところもあります。

それぞれの対象は、法監督のほうは任意的な事務、それから指示から自由な義務づけ事務というもの、あるいはこれは固有事務という用語なり概念を維持している州もあります。それが対象でして、例示としてはそこに挙げたような公園の管理等ですが、これに対して、行政が出てくるのは法適合性だけを監督する。法律違反をやっているかどうかということです。

それに対して、専門監督あるいは特別監督のほうは、指示のもとにある義務づけ事務。あるいは、委任事務という用語を使っている州もありますが、これが対象で、例としては、建築確認とか住民登録、道路交通規制などがこれに該当しますが、これについては市町村の行為が適法かどうかだけではなくて、根拠法の目的に適合したことをやっているのか、あるいは経済性を十分考慮しているのかということも監督の対象になります。

それでは、具体的に監督の手法はどうなっているのかといいますと、法監督の場合は、州によって差異はあるのですが、おおむね①から⑥のような規定があります。これは①から⑥に行くに従ってだんだん強い権限ということになります。それは文書の提出要求といった情報に関する権限から、異議申し立て権、代行、あるいは代執行。そのほかにも、④の受任者の任命というのは、市町村がやらない場合に、市町村職員にかわって受任者——やる人を州のほうに任命するというもの。さらには、実例はあまりないようですが、市町村議会を解散したり市町村長の任期を短縮して、新たに選挙をやれというも

のまで規定があります。ただ、当然ながら、市町村がどういう違法行為をやっているのかというのに応じて、比例的な監督手段を選ばなければならない。あまり強過ぎるものを選ぶと、これは比例原則違反ということになります。

そのほかの手法として、市町村が行為する前に認可をする。ある行為について事前に認可をする。①から⑥はどちらかといえば行為があったり不作為があったということに対してのものですが、より予防的に認可という手段を使って監督するという方法も認められています。ただ、これはそれを使うということはいくらも少なくなっているという指摘があります。いずれに対しても、繰り返しになりますが、市町村側からの行政裁判の提起が可能です。

次のページに行きまして、専門監督の方です。こちらは、時間の関係でやや省略しますと、専門監督のほうがいよいよ強い監督手段とか内容を持っているのではないかと想像されるかもしれませんが、実はそうではなくて、この監督の場合はどういう手法があるかという、指示権、命令と言いかえてもいいかもしれませんが、「こういうことをやってください」という指示権。その中には指針による一般的な指示もありますが、それだけでして、指示を強制実施する固有の手段はこの監督分野にはない。それは観点としては、そういうものをやると、やはり強力になり過ぎることがありますので、こういった分野で自治体の行為に問題があるという場合には、具体的に強制を求める場合にはどうするかという、先ほど見た法監督のほうの発動を求める。つまり、そういう各個別法に基づく法違反があるんだと主張し、法監督官庁のほうに共助の仕組みを使って、ですから先ほどの①から⑥の仕組みを使って強制実施するということになります。指示の要件等については省略します。

出訴については、専門監督固有の監督である指示に対しては、やや限定的な出訴が認められる。その理由は、指示は行政処分ではないという理由づけがなされて、自治事務に影響が及ぶ場合とか、あるいは、先ほど述べました専門監督から法監督の発動に至った場合に出訴可能ということになります。

そこで、「むすび」で、レジュメのほうには何も書いていないんですが、州、あるいは日本で言えば国の側がまず出訴するという制度はないんじゃないか。つまり、行政監督というのをやって、それに不服があれば、市町村のほうが行政裁判所に訴える。それが法治主義の担保の両面だということなんですね。ただ、数学ではありませんから何事にも例外がどこかにないかといっているいろいろ探しますと、それが追加レジュメのほうなのですけど、

ちょっとそちらをごらんください。

これはあまり紹介が今までなされていない制度かもしれません。「裁定的関与としての監督訴訟・異議訴訟」というものです。これは市町村の行為に対して国がダイレクトに出ていくというのではなくて、市町村の行政処分等に対して私人が不服を申し立てる。その段階で国が関与する。これが日本の用語でいいますと裁定的関与で、これは現在、日本では廃止の方向で進んでいますけれども、ドイツでも裁定的関与にあたるものがありまして、ただ、そこでも裁定的関与に対して自治体のほうが原則出訴可能だというのが日本と違う点だということは、その追加レジュメの一番下に挙げました人見先生の論考に詳細です。

ところが、ここで少し調べました制度は、そこからさらに特殊な制度で、具体的には、その1の連邦憲法裁判所の判決のところを見ていただくのがわかりやすいかと思うのですが、行政裁判所法ができたときに、不服申し立ての制度については州法による選択の余地がいろいろあったのです。そこで、ザールラントという州でどういう仕組みをつくったかといいますと、市町村が私人に対して行政処分をする。何でもいいですが、この判例で問題になったのは年金についての処分なのですが、それに対して私人の側が不服申し立てをする。そこで、この州では、審査請求機関を市自身ではなくて、そこに掲げました郡の法務委員会ですとか、市の法務委員会という第三者機関が審査・裁決をするという制度をつくった。しかも、それにあわせて、その委員会の裁決に対して州の側がこれはおかしいと考える場合に、その四角で囲みましたように、違法な裁決だと、あるいは裁量権濫用の裁決であるというのに対して、州が出訴する。つまり、この研究会の問題関心でもある国側が出訴するという制度が州法でつくられた。ただ、このザールラント州の制度の特異な点は、被告が市とか郡ではなくて、審査請求人、つまり裁決によって自分の権利が認められたという私人を相手に国が出訴するという制度をつくったのです。監督訴訟というタイトルがついています。

果たしてこういう制度が行政裁判所法上許容されるのかどうかということで、この争いが行政裁判所から連邦憲法裁判所に回付されまして、連邦憲法裁判所はどのような判決を下したかといいますと、被告に関する規定は、そのアンダーラインを引きましたように、違憲無効である。つまり、行政裁判所法が訴訟類型等については決め切っている、競合的な管轄権を行使して。そうだとすると、州の大臣が私人を被告にして出訴するというようなものを創設することはできないということなのですね。

ただ、より一般的な行政訴訟の形で州が市を訴えるということではできないのかというと、

それはその次の2の連邦行政裁判所の判決で、これは同じ制度が問題になったのですが、1の連邦憲法裁判所の判決が出ましたので、私人を被告とするという部分は違憲だと判断された。しかし、この制度自体、監督訴訟自体は残って、今度は別の事件で、州の大臣が市を被告に出訴しました。連邦行政裁判所は、こういうタイプの制度であれば適法だとしている。前記の憲法裁判所は、取消訴訟としての監督訴訟までは否定していないのであり、そして、市を被告とする監督訴訟制度の特徴は、一般の私人による取消訴訟の場合と違って、自己の権利侵害を要件にしない。これは州法でそういう制度をつくることはできるという前提にこの2つの判決は立っております。

それから、3番目の判決は、別の州、ラインラント＝プファルツの異議訴訟というもので、これはある程度ザールラント州の制度に似ているのですが、違う点は、四角で囲みましたが、州政府、厳密に言えば行政管区・出先機関ですが、異議決定に対して出訴して、被告が私人ではなくて、市を被告にするという制度をつくった。ただ、これはまた別の観点から違憲になってしまっていて、これは出訴期間を1週間延長するという制度だったのですが、1週間延長という部分は1の判決の(A)と同じで、そんなことは行政裁判所法は認めていないよということで違憲になっています。

ただ、全体のまとめにもなりますが、こういう場合に、裁定的関与として訴訟を使う、取消訴訟として構成して監督訴訟を創設する、これ自体はできるのだということは1、2、3の判決共通です。ですから、非常に例外的ではありますが、私人の不服申し立てに関する部分で州が出訴するという制度はあるということになります。ただ、まとめとしては、国家監督一般のほうで、まず国のほう、あるいは州のほうが出訴するというのはいないだろうということで、もっとも、ないというのを立証するというのはなかなか難しいので、ドイツの行政法の研究者の方にちょっと伺う機会があったもので、そうしたら返事をいただきました。それはちょっとやはりないんじゃないかということです。国家監督がまずあって、それが法効果を持つことから、それをひっくり返そうとすれば、市町村のほうが出訴するのだというお答えをいただいていますので、多少補足になるかと思います。

それから最後に、もとのレジュメの補論として2つほど挙げておきました。これは前回、研究会で出た点と関連して少し幅広に調べてみたのですが、まず、国の側が市町村に対して国家賠償請求をするということは可能なのかということ、これは考え方としては可能だと考えられているようです。その下、括弧書きで書きましたが、市町村に対して州が行政監督をした、それで間違っていたという場合に、市町村が州や連邦を訴える、国家賠償をす

る。これも可能で、こちらは事例もあるということです。ゲマインデが監督行為に対して国家賠償請求をすると。ただ、この場合も、先ほど述べた行政裁判のほうの方が優先になってしまうので、範囲は限定されるのですけれども。それと対として、州が市町村に対して国家賠償請求をする、これもちょっと日本とは違った点かとは思いますが、一応可能と考えられるという文献がありました。

それから、(2)で、これも前回の議論で行政の側が裁判所の判決に従わなかったときにどうなるのだという点がありました。日本の場合は特段執行力ということがないと言われていますが、ドイツの場合は、行政裁判所の判決に行政庁がそれを従わない、履行しないという場合は、間接強制で履行を確保する道があります。これは行政裁判所法の172条で間接強制を定めて、レジュメで棒線を書いてちょっとまとめてしまったので、わかりにくくなっていますが、「これこれせよ」という判決が出た場合に、履行期日を定めて、それまでに履行しないと、強制金を課す。1万ユーロが上限になっていて、不履行がそれでも続けば反復して課すことも可能で、これについても、州の監督措置があつて、それが間違っている場合に、それが取り消されたり義務づけで「そういう監督はやめなさい」と判決が言ったのに、なおかつ州のほうでそういう措置をとらない場合には、市町村のほうでこれを利用することができるという仕組みになっています。

ちょっと時間が超過したかもしれませんが、差し当たり以上です。

**【塩野座長】** どうもありがとうございました。なかなか制度の基本的な仕組みが違うので、すぐには日本でどうこうするとはならないかもしれませんが、物の考え方については大変参考になる点が多かったと思います。

この点はまた後ほど、いろいろな機会で、「ドイツはどうなっているの？」と反復質問が出ることもありますから、そのときはまた斎藤委員、反復の質問にお答えいただきたいと思いますが、差し当たり多少時間がございますので、今日のところでご質問があれば承りたいと思いますが、どなたからでも結構でございますが、どうぞ、高橋委員。

**【高橋委員】** 憲法裁判所の判例を説明していただいたんですが、憲法違反というのはどういう条文に反したということなんですか。

**【斎藤委員】** それは、明示的に書きませんでしたけれども、司法制度に関する権限です。これは、州と連邦の競合的立法管轄権だという条文、72条と74条ですかね。ただ、それは競合的な立法管轄事項であっても、レジュメで連邦のほうが消尽的というちょっとこなれない表現になってしまっていますが、日本で言えば先にというか、先占して使っ

しまっていれば、州のほうには権限はない。そこで、被告適格であるとか、出訴期間については、連邦の行政裁判所法がそういうふうに既にその権限、競合的立法管轄権を行使しているの、それに違反するという判断だと考えます。

【高橋委員】 ドイツの制度は日本と全然違いますが、あえて日本に引きつけて言えば、法律の範囲内ということになっているのに、それを越えたから、その条文に反するというような感じなんですか。

【齋藤委員】 そうですね。

【高橋委員】 わかりました。

【塩野座長】 それじゃあ、私のほうから1つですが、この補助的な、今日の席上配付資料2のところ、例外中としてそういうものがあるということなんですけども、このときに、被告が市、あるいは州となりますが、そのときの当面、ほんとうの相手方は、私人の地位はどういうことになりますか。私人の権利利益に関係がある場合に、訴訟提起が一体できるかどうか、やるとした場合には、私人がどういう形で訴訟に参加するかということですけど、ドイツはその場合、どうなっていますか。

【齋藤委員】 これは、1の違憲になってしまった制度、被告を私人にした場合は、州が参加する、州に通知して州が参加するということなので、3のほうは被告が市ですから、この場合も異議申し立てというか、不服申し立てをして、異議決定を得た私人の側に通知して、そちらが参加するという制度になっています。つまり、もともとの市町村の決定で不利益をこうむっていた人が、不服申し立てによって利益を回復しているかもしれませんが、それがその人のあずかり知らないところで、州と市の間の争いで決まってしまうのは、権利が侵害されますので、3のほうでは私人のほうに参加人の資格がありますし、1のほうでは、だからといって私人を被告にするのはだめですよと判決で言われたので、これはおそらく参加というふうに……、参加になっていますね。2のたしか連邦行政裁判所の判例の事案だと、市を被告に出訴したんですが、異議申立人は参加人の資格で参加しています。

【塩野座長】 参加で効力が及ぶということですね。

【齋藤委員】 はい。

【塩野座長】 日本もそういうことを考えたら、それでも私人のほうの不利益になるので、そういうことを認めるべきではないという意見が結構ありますよね。例の保険のあれでも……。僕はそういうことを考えると思ったけども、学者の中では私人に不利益が及ぶ

ので、そういうことはすべきではないと。ドイツではそういう議論はあまりないんですか。要するに、およそ私人に不利益になるようなことは国はやるべきではないという。

【斎藤委員】　ですから、そこはレジュメの1枚目で紹介しましたように、まず自治監督と私人の出訴そのものは相補的なもので、別の観点を含んでいるから、私人の利益と別の観点から行政監督はできるという考え方です。それから、裁定的関与に対しては、一般的な裁定的関与上の制度ですね、今日は紹介しませんでしたけど。つまり、市町村が行政処分する。それに対する不服申し立ての審査機関が州なり国である場合。そうすると、そこで州が自治体にとって不利益な決定をする可能性があります。そのときに、何で市町村が出訴できるかという、やはり市町村の自治権の侵害に当たるから出訴できるのが原則だという考え方で、そこで利益を得ていた私人の手続なり実体的な利益が侵害されるというのは、先ほど言ったように、参加とかという制度を仕組みれば十分保護されるという観点だと思います。

【塩野座長】　どうもありがとうございました。どうぞ山本委員。

【山本委員】　今の件の続きですが、判決効は、そうすると私人にも及ぶということは前提になっていて、ということなんでしょうか。

【斎藤委員】　ええ、3で紹介しました被告を市にするタイプの裁定的な関与としての異議訴訟の場合も異議申立人が参加しますので、それについて効力が及ぶという設計になっているはずです。

【山本委員】　その参加制度というのは何か特殊な制度なのか、あるいは民事訴訟法だと共同訴訟的補助参加ということになるのかもかもしれませんが、そのあたりは。

【斎藤委員】　それは、この行政裁判所法の施行に合わせて州がつくった州の施行法で、この1の制度にせよ3の制度にせよ、連邦法の施行法としての州法上の規定があって、その中での参加という制度です。3については、特段違憲というような話にはなっていないです。出訴期間と被告適格について先ほど連邦法との抵触があるという。3番のほうは問題になっていなかったと思います。

【山本委員】　わかりました。もう1点別の点ですが、この監督の手法、法監督のところでいろいろな手法があるというご紹介があったのですが、仮にドイツで日本のそういう住基ネットみたいなことがあった場合に、それを法律違反だとして、そうすると、この州が場合によっては代執行とかいう形で強制する権限があるというふうに理解してよろしいですか。

【斎藤委員】 前回の研究会でも議論があったところですけど、少なくとも代執行になりたくないような類型はあり得ますよね。ドイツでも、おそらく全部について③の代執行が可能だとは考えていないと思うのです。何でも州がかかわってやれるかという、法的行為といえますか、行政処分ですと、例えばある人に対して「年金を支給せよ」みたいなものは法行為ですから代執行が可能ですが、そうじゃない事行為的なものの中には代執行不可能なものもあると思うのです。ただ、その場合には、④の受任者の任命ですね。ただ、それは具体例を精査したわけじゃありませんが、市町村の市長がやらないというときには、それを執行させるために州のほうで別の人を任命する制度もある。受任者は、その自治体の職員のことであることもある。つまり、市長じゃなくて、日本で言えば副市長に「これをやれ」「この権限を付与する」というふうに任命してやってもらうという。ですから、日本よりは、そういう行為の代行というか、それ以外の手段もより広く認められているとは考えます。ただ、あまねく全部法監督でやれるとか、投網のように全部について最終的・物理的な行政目的の実現まで考えているのかという、そこはちょっと留保させてください。

【山本委員】 間接強制的な、従わない場合に強制金を課すということは、この州の監督措置では認められていないという理解でよろしいんですか。

【斎藤委員】 それは、少なくとも市町村法が定める法監督においてはそういう強制金を取るというものはいいです。個別法まで精査したわけではありませんので、個別法において義務づけて、そこで強制金を取るということは、可能性はある。たしか、そういう Zwangsgeld、強制金を取るというような執行手段も個別法に規定があれば可能だということが読んだ参考文献の中でありました。

【山本委員】 ありがとうございます。

【塩野座長】 事務方からもし何かあればどうぞ。

【上仮屋理事官】 1点だけちょっと、では甘えて。今のレジュメの箇所、⑤、⑥ですと、議会の解散だとか村長の任期短縮という非常に強力な監督だと思うんですけど、日本的には、平成3年以前に存在した知事の罷免の制度でも、前提として、裁判所の確認裁判が必要であるとか、今の代執行制度でも、その前提として裁判所の裁判を経て可能になるということで、そういった手続になっているんですが、ドイツの場合には、行政裁判所が前提としてそのあたりを確認しないでこの手続が可能であり、自治体としては事後的な訴えしかできないという理解でよろしいんでしょうか。

【齋藤委員】 基本的には、先ほどの繰り返しになりますが、まず法監督を州の行政機関がやって、それに対して市町村が出訴するという仕組みです。ただ、ドイツの場合は、行政裁判、行政訴訟に停止効がありますから、裁判を起こせば待たをかけられますから、ですから⑤や⑥といった強力に見える手段についても、事前の特別な裁判所の関与を認めなくても、それに対する事後的なというか、市町村のほうが出訴する道があれば自治権の侵害としてはさほど他の監督手法と、その面では違いがないと考えているんじゃないんですか。

【上仮屋理事官】 ありがとうございます。

【塩野座長】 どうぞ、高橋委員。

【高橋委員】 連邦が市町村に対して国家賠償請求をするということも可能と考えられているようですが、これはどういう場合を想定しているんでしょうか。例えば違法に何かをしたりしなかったりした場合に、間接強制的に使えるのかもしれないと思ったものから、お聞きするのですが。

【齋藤委員】 これは、自治監督の措置として出てきている話ではなくて、上の行は。市町村が違法な自治監督に対して行政訴訟をできるだけじゃなくて、国家賠償の可能性もあるというところで、連邦、州の側も自治体に対して国家賠償は考え得るぐらいの話です。ですから自治体の活動によって国の側が何か実質損害をこうむって……、そこはドイツの国家賠償法は相変わらず民法の規定を使っていますので、そちらで言うところの行為者の行為によって違法に損害をこうむったということを主張するということだと思えますけど、だから、可能性としては、そういう監督に従わなかったことによって国の側に何か実損が発生した場合に可能という話ですね。だから、少なくともペナルティーとしての金銭的な賠償ということではないと思うんです。あくまで何か国の側に損害が発生したものが対象だと想像します。

【高橋委員】 前回にもちょっと議論が出たんだけど、国の指示に従わないために国がいろいろ、例えば財政的にも負担をこうむっているんだということだったわけですね。そうすると、その解決策としては、じゃあ負担分のお金を払ってもらおうではないかということが可能なのかどうかに興味を持ったものですから、ちょっと聞いたんですけども。

【塩野座長】 どうぞ、久元局長。

【久元局長】 法監督の部分なんですけど、①から⑥まで——州によって違うと思いますが、これらの手段は自由に選択できるようになっているのか、それとも、こういう事象が

起きたら、こういう手段を使うということが個別に定められているのかということが1つと、それから、市町村がこの訴訟提起するときの要件は、不服があれば幅広く訴訟が提起できるのか、それとも原則的に監督には幅広い裁量があって、著しい裁量権の濫用だとか、明白な法違反だとかというものに限定されているのか、その辺のところをもしわかれば。

**【斎藤委員】** 前者については、監督の行為類型。①から⑥ごとに市町村法で要件が書かれていますので、それに対応した自治体の行為による。例えば何かやらなきゃならないことをやらないというときにはどういう監督が可能かということ、例えばですが、そういう場合にはまず異議申し立てをする、州の側が「やってください」と。それにもかかわらず、なおやらないということになると、③の代行なり代執行に進むというような形で、限定されます。それぞれ市町村の行為類型に応じて使えるものは、ある程度は限定されている。①のような情報に関する権限などは包括的なものだと考えます。

それから、後半のほうですが、自治体が出訴するのは、さっき追加レジュメのほうで出てきたほうで言えば取消訴訟なので、自己の権利が侵害されたということが要件ですね。つまり、言い換えれば自治権侵害があれば出訴ということで、その中には州の側の裁量があるものも、ですから裁量権の逸脱や濫用があればやはり対象になる。

あと、1点、言い忘れましたが、国の側が出訴する特別な制度では出訴要件はどうなっているのかということ、1のほうは、申し上げたとおりで市町村の行為が違法だとか市町村の行為に裁量権濫用があるという要件なのですが、3の判決で対象になったラインラント＝プファルツのほうは、市町村の行為、市町村の裁決が違法、あるいは裁量権濫用というだけではなくて、さらに公益上の必要性があって初めてこの異議訴訟を提起することができるというふうにさらに限定をかけております。

**【久元局長】** どうもありがとうございました。

**【塩野座長】** どうぞ。

**【田中企画官】** 今、局長からご質問申し上げたのと同じ点で、①から⑥のところなんですけれども、私どもが今この研究会を立ち上げるに当たって想定してきたような、例えば住基ネットの接続とかを考えたときに、非代替的な作為義務であると。で、事実行為であって、ある程度の住民の支持があるというときに、①から⑥というメニューがスーパーパワーであり得るかということ、やっぱり解決できないこともあるんじゃないかなど。同じような……、ですから自治体の違法行為に対して、国が法監督権を行使していくときに、今のメニューで解決できないような課題があるんじゃないかという問題提起というのはド

イツの中ではないのかなということをちょっとお尋ねしたいんですけども。

【斎藤委員】　そこは報告の最初で申しましたように、自治監督というのは確かに法治主義の担保とは言われますが、それでもやっぱりだんだん抑制的になってきて、助言とか勧告のほうが多用されるという話で、3で挙げた正式の監督手段で足りないものがあるからどうするというのは、私が調べた範囲ではそういう問題意識はあまりないように思いました。

【田中企画官】　例えば、さっき間接強制の話が出ましたが、個別法の中で何か手当てがされていることがあるかということでもないんですか。そういう事務については。

【斎藤委員】　おそらく大前提として国から何か、少なくともそういう場合でも、国の側の異議申し立てや「それはやりなさい」という命令とか、そういうものは正式な処分として来るのです。非代替的なものであっても。それが来れば、ドイツの市町村の通常のビヘービアとしては、行政裁判所に行って白黒つけてもらおうということになるので、行政裁判所にも出訴しないし、従わないことも続けるというのはあまり考えられないのではないですかね。

【田中企画官】　ありがとうございました。

【塩野座長】　だから、今のお話は、我々の議論のペースからいうと、ちょうど今ご質問があったように、そういうときに何もしないときに、ドイツ人だったら、裁判所に国から訴えるということが理論的にあり得るかどうか。だから、現実問題としてはないとしても、解釈論として、特別の法の規定がなくても、国、あるいは州のほうから動かない自治体に対して確認訴訟なり義務づけ訴訟を提起することはできるかという問題提起になると思いますので、面倒でももう一度ドイツに聞いてみてください。

まだ、ほかにいろいろあると思いますけども、これは先ほどちょっと申しましたように、議論の中でドイツでは「ここはどうですか」という質問は出るとと思いますので、斎藤委員、よろしく願いいたします。どうもありがとうございました。

それでは、飯島准教授、お待たせいたしました。よろしく願いいたします。

【飯島准教授】　よろしく願いいたします。

フランスにおける国家関与法制に関しまして簡単な報告をさせていただきます。

まず、「はじめに」ですけれども、フランスにおきましては、長らくの間、後見監督制度が通用してまいりました。これは官選の県知事による事前の合目的性コントロールでございまして、大きく行為に対する後見監督、認可取消代行などと、あと人に対する後見監督

がございます。これが1982年に根本的な変化が生じまして、この1982年の改革は後見監督制度を廃止して、これを裁判所による事後の適法性コントロールに置きかえるというものでございます。これは関与自体を裁判化することによって地方自治を拡充するという改革がなされたこととなります。

以下では、4つに分けて報告させていただきます。

第1に処分の取り消し。これは適法性コントロール、知事の付託と呼ばれるものですが、1982年改革の対象となったものでございます。第2に処分の代行。これは主に警察領域を中心としたものでございまして、従前と変わりはありません。第3の義務的支出の職権計上は、財政支出の面からの義務づけ、支出を義務づけることによる事務の義務づけということで、予算コントロールの1つの類型をなすもので、1982年改革の対象となったものでございます。最後に、人事面における関与。これも従前と変わらないものでございますが、このように見てまいりたいと思います。

なお、以下では、CGCTという地方公共団体一般法典を主に見てまいりますが、これは既存の法令の寄せ集めにとどまるものですが、法律編、L、ロワは1996年に編纂されまして、5部構成になっておりますが、一般規定、コミューン、県、州、それから地域間協力の規定になっております。以下では、コミューン、県、州に共通の制度につきましてはコミューンに関する条文のみを掲げております。

まず、「処分の取消」でございますが、ここでは知事が裁判所に付託、提訴して、裁判所が取り消すという仕組みになっております。地方公共団体の行為のうち、法律で列举された重要な行為、例えば議会の議決ですとか警察権限の行使、行政立法等につきましては、それ以外と異なりまして、公告・告知のほか知事への送付が必要とされております。知事は、この送付された行為が適法でないとき、送付から2カ月以内に当該行為を地方行政裁判所に付託することになります。この付託の際、知事は、付託を行う旨と当該行為に関する違法性の詳細を遅滞なく地方公共団体に通知することとされております。このように、知事はもはや従前のようにみずから地方公共団体の行為を取り消すことはできず、その行為を行政裁判所に訴え得るにとどまることになっております。すなわち、知事は、送付された行為を適法でないとき、違法性を要件として出訴いたしまして、行政裁判所がそれを取り消すということになっております。

この知事の付託は、基本的に、日本の取消訴訟に相当する越権訴訟と同視されているものでございます。なお、判決の執行確保に関しましてはこの分野に特有の仕組みはござい

ませんけれども、一般的な制度としまして、アストラント (a s t r e i n t e)、判決執行に対する罰金強制の制度が1980年7月16日の法律により導入されまして、さらに1995年2月8日の法律により、アンジョンクション (i n j o n c t i o n)、作為命令とか執行命令とか指令判決と訳されますが、行政裁判所が原告の請求に基づいて義務づけ判決のようなものを行い、これに罰金強制を付すことで判決の執行を担保するという制度が存在しております。

知事は、付託に際しまして、執行停止の申し立てを付することができます。執行停止申し立てには2種類の手続がございます、1つは、重大な違法がある場合に裁判所が1カ月以内に判断を下すというもの。もう一つは、当該行為が公的自由・個人的自由の行使を侵害するおそれがある場合に、裁判所長が48時間に執行停止を宣言するというものがございます。なお、都市計画・官公庁契約・公役務委託契約、これらは地方公共団体の違法行為が目立つ、とりわけ問題視される領域であるということから、コントロールが強化されまして、1995年に自動的執行停止の制度が導入されております。

また、私人の付託の請求の制度がございますけれども、こちらはほとんど利用されておられません。

適法性コントロールに関しましては、コントロールの形骸化が問題とされております。送付自体は600万件、700万件なされるわけなんです、付託は年2,000件未満でして、全体の0.02から0.03%にとどまっている。これを問題としまして、2004年の法律によって、この送付行為リストを削減して、より重要な行為についてきちんとコントロールしようといった一定の改革がなされております。

次に、処分の代行でございますけれども、処分の代行に関しましては、一般法典には、市長が国の機関として行動する場合と市町村警察、この2つの場合が規定されております。

市長は、県会議長、州会議長とは異なりまして、国の機関として行動する場合がございます。法律で割り当てられた特定の職務、典型的には選挙の実施ですけれども、ほかにも外国人警察ですとか広告物の設置許可ですとか、一定の事務については国の機関として行動いたします。この場合には、国の指揮監督に服するわけですが、代行権限も定められておりまして、市長が法律により命ぜられた行為を拒否し、あるいは怠った場合には、知事は催告を行った後、代行することができるという規定が一般法典に置かれております。

もう一つは、市町村警察ですけれども、これは市長が市の機関として行う自治事務ですが、この領域も伝統的に代行権限が当然に必要であるとされておまして、規定が設けら

れております。この規定は、どの範囲のコミューンを対象とするかに応じて若干規定ぶりが分けられておりますけれども、この領域においても当然に知事が代行することができるかとされております。

また、個別法に関しまして、よく言及されるもののみ、問題領域ですけれども、2つのみ例を挙げております。1つは、都市計画ですが、地域都市計画、P L U。これは市町村の拘束的な都市計画ですけれども、このP L Uが上位計画に適合していない場合には、知事はP L Uの改定・変更の必要性をコミューンに通知しまして、コミューンが拒否した場合、または1カ月以内に応答しない場合には、一定の手続を経た上で、知事は代行することができるという規定が設けられております。

もう一つは、公団住宅、社会住宅。貧窮者、とりわけ移民のための低家賃住宅ですけれども、2000年の法律によりまして、コミューンに対して一定数の公団住宅の建設が義務づけられまして、目標が達成されなかった場合のサンクションがいろいろ定められたわけなんです。その中の一つとして、公団住宅建設のための契約締結も知事が代行することができるという規定も設けられております。この2000年の法律に関しましては、サンクションが一律であるという点をとらえて違憲判決が出されまして、これを受けて2001年の法律が、主に手続上の修正を加えまして、これが合憲とされております。

以上のように、代行権限は、特にコントロールが必要な特定分野における地方公共団体の不作為に対抗して法律執行の義務を確保するものでございます。憲法院は幾つか判決を出しておりますけれども、いずれにおいても公役務の運営及び法律の適用という名のもとに代行権限の行使は違憲ではないという判断をしております。代行権限は基本的に知事の判断のみによって行使され得るものでございまして、事前の裁判所の関与は存在しておりません。裁判所は事後に地方公共団体の訴えに基づいて代行行為の違法性を審査するということになっております。

続きまして、財政面における関与でございしますが、従前は知事が財政的後見監督を行っておりました。これに対しまして、1982年の改革は、州会計院という組織を新たに設置しまして、この州会計院を予算コントロールに関与せしめることで地方自治を拡充することを試みております。この予算コントロールは、先ほどの適法性コントロールに加えまして、特定の予算行為についてなされる特別なコントロールでございまして、これは、法律の定める4つの場合、予算の期限内の不採択、予算の実質的不均衡、予算執行における赤字、そして義務的支出の不計上・不十分の場合に限って行われるものでございまして、こ

のような地方予算の重大な違法をとりわけ迅速に是正するという目的を持ったものでございます。

この基本構造は、まず知事が州会計院に付託を行います。この付託を受けて、州会計院が審査・認定を行い、勧告・催告を行います。この州会計院の勧告・催告に地方公共団体が従えばそこで終わるわけなんです、地方公共団体が従わない場合に、知事が代行することになります。知事は、従前と同じように依然として代行権限を保持していることとなりますけれども、これは州会計院の認定・勧告を前提としたものでありますし、また知事は州会計院の勧告を受け入れない場合には、明確な理由を示すことが義務づけられている。こういった形で知事の代行権限に対する縛りが設けられております。

その中で、義務的支出の職権計上についてももう少し見てまいりますと、義務的支出に関しましては、法律で定義がなされ、列挙がされております。ただ、これは限定列挙ではありませんけれども、例えばコミュニケーションについては、判例でしばしば問題となりますのが、小学校の運営にかかわるもの。私立小学校に対する補助金の支出であるとかといったものが問題となっております。ここでの手続は、先ほどの基本構造にほぼ沿ったものですが、若干異なりますのは、①の、付託権者が知事のみではなく、関係する会計官又はすべての利害関係者が付託を行い得るとされているところがございます。この私人による付託が実際にはこの訴訟、付託の件数のうちの半分を占めると言われております。

また、義務的支出に関しましては、支払い命令の制度も存在しておりまして、これは義務的支出が予算に計上されているにもかかわらず支出がなされない場合に、知事が催告をしまして、この催告から1カ月以内に地方執行機関が義務的支出の支払い命令を行わない場合に、知事が職権でこれを行うとするものであります。ここでは、州会計院は関与しませんで、知事のみでできる手続でございます。このような義務的支出の制度は、財政面から地方公共団体の不作為を是正しようとするものでございますが、知事の強力な代行権限が存続している。これを州会計院の関与によって地方自治の保障を図ろうとするものでございます。

州会計院への付託件数でございますけれども、当初は年間1,300件から1,800件あったのが、減少しておりまして、近時は年間1,000件未満となっております。類型別に見ますと、当初は予算不採択の類型が最も多かったわけなんです、現在では義務的支出に関する類型が最も多くなっております。ただし、職権計上の手続のほうは、2001年以降は年間50件未満にとどまっております、支出命令の制度のほうは年間200件

から300件ということで利用されているということでございます。

それから、4番目の人事面における関与でございますけれども、これについては3つお話し申し上げます。

第1に、市長・助役の1カ月以下の停職処分・罷免の制度が存在しております。ここでは、事前の意見陳述または説明書の提出、理由付記という手続が定められておりますほか、停職については内務大臣のアレテによる、罷免については閣議を経た大統領デクレによらなければならないという定めがなされております。このように法律は、手続的な保障のみを定めておりまして、いかなる場合にこれらの処分がなされるか、実体的な判断基準は示しておりません。ただ、選挙の実施拒否は処分事由に当たると解されておりますし、あと、しばしば引用されるんですが、同性愛者の結婚を主宰した市長が停職処分を受けたという例があるということがよく言われます。1990年から2004年の間、14年間ですけれども、38人の市長が停職処分を受けているというデータがございます。なお、停職・罷免の制度は市長・助役についてのみでございまして、県会議長・州会議長については存在しておりません。

第2に、地方議会の解散でございますが、ここではポイントはコミューン会に当てられておりますので、コミューン会についてのみお話し申し上げます。

コミューン会につきましては、閣議を経て理由が付され、官報に公表された大統領デクレによってでなければ解散され得ないということで、やはり形式的な要件のみが定められております。法律はいかなる場合に議会の解散が行われるか、実体的な判断基準を示しておりません。判例におきましては、コミューン会が通常の場合で運営され得ないような場合、深刻な内部対立によってコミューン会のよき運営が妨げられているような場合、市長や助役の選出の不能といった場合には、この解散事由に当たるとしたものがございます。

解散がなされますと、特別受任者が任命されまして、この特別受任者が、純粋な行政活動に限られますけれども事務執行を行うことになっております。解散後2カ月以内に再選挙が行われます。

コミューン会の解散は、主に小さなコミューンについてですけれども、毎年行われておりまして、例えば2005年には16件、2006年には11件、2007年には2件といったデータがございます。なお、県会・州会のほうにつきましては、解散が行われるのは非常にまれでございまして、県会については今までのところ2件のみ、1874年にブーシュ・デュ・ローヌという南仏の県議会で解散がなされたのと、1953年にグアドル

ープという海外県の議会が解散された例がございます。州議会については1つのみ、1984年にコルシカの議会が解散されたという例が存在しております。

第3の議員の強制辞職に関してでございますが、議員は正当な理由なく法律上の職務の遂行を拒否した場合には、コミューン会議員、県会議員については地方行政裁判所によって、州会議員についてはコンセイユ・デタによって辞職を宣言されるという制度がございます。裁判所が強制辞職を決定するという制度でございます。ここでも、議員の拒否というのは、法的権限者に向けられた、もしくは本人により公にされた明確な宣言によって、または招集の任を負う機関の通告後の継続的な放棄によってなされなければならないとされており、強制辞職の例としましては、例えば家庭の事情などによる投票所の統括・補佐の拒否は強制辞職事由に当たるとされた例がございますし、これに対しまして、議会への出席の拒否や野党議員の助役就任拒否は強制辞職に当たらないという例がございます。

以上のような人事面における関与は、サンクションではなくむしろ内部対立やあしき運営を裁断して、膠着状態を打破するために、解決策として新たな選挙を行わせるものと評価されております。地方行政の機能不全を克服するための不可欠なものであるという位置づけがなされております。ただし、法律の執行、公役務の継続性の要請と同時に、地方自治の尊重の要請がございますので、少なくとも手続的には閣議を経た大統領デクレのような厳格な条件のもとでのみ認められているものでございます。

最後に、フランス法の特質に関しまして、感想にとどまるものでございますけれども、一言申し上げさせていただきます。

フランス法は、国の関与の一方方向性・自己完結性と裁判化を特質として整理することができるのではないかと考えております。基本的に、国が一方向的に介入して、最後まで貫徹できる仕組みになっている、最終的には公選機関の職の停止・剥奪にまで至り得るという仕組みになっております。一方で、裁判原理の活用によって、従来は地方公共団体が国の後見監督行為に対して越権訴訟を提起するということによって、また、現在では手続自体に裁判的関与を組み込むということで、こういった裁判原理の活用による地方自治の確保が図られているということでございます。

ただし、実際には、国との密接な関係といいますよりも、依存・従属のもとでの地方公共団体の自主的な対応によって問題が解決されることが多くございます。適法性コントロールにおきましては、知事が提訴意図の通知をしますけれども、ほかにも所見を送付したり、補完文書の請求をしたりすることがございまして、こういった事前のインフォーマル

な対話によって、協議というよりも実質的には指示・命令に近い、こういったことで自治体が行為を是正することが実際には大部分を占めているということがございますし、また代行に関しましては催告手続がございますが、これは強制力、代行を背景としたものであって、実質的にはまさに命令であるとも言えるのではないかと思います。また、予算コントロールに関しましては、州会計院の勧告・催告に対する地方公共団体の対応の段階が確保されておりますが、これも代行を背景とした自主的な対応を促すものでございます。いずれにおきましても、地方公共団体は、従わなければ、裁判的保護のもとではありますけれどもサンクションされるということで、こういったサンクションを背景とした自治体の自主的な対応による解決が実際にはなされていると思われま。

あと、日本法との違いとしまして、価値の明確さ。そんなに違いでもないかもしれませんが、国の関与が憲法上の責務とされておりまして、憲法院は、その判決の中で、地方公共団体の自由行政の原則の限界に国の関与を位置づけている、国の関与に優位を置いている、こういった明確な価値判断がございます。公役務の継続性、法律の執行の確保も憲法上の価値を有するということが憲法院判例によって確立されております。

このような国の関与の重視の背景には、フランス特有の事情、コミューンの行財政能力の低さがあるだろうと思われま。コミューンは現在3万6,700存在しますけれども、平均人口は1,500人ということで行財政能力は非常に低く、コミューンによる自主的な履行を期待することができないということが1つの背景にあらうかと思われま。ただ、その中で、19世紀末以来のコンセイユ・デタの行政裁判の発展を踏まえて、これを生かして、裁判化、裁判原理の深化を図ることで地方自治の確保を図らうというのがフランス法の特質と言えるのではないかと思います。以上で終わらせていただきます。

**【塩野座長】** どうもありがとうございました。いろいろな質問が出るかと思ひますので、よろしくお願ひいたします。

それでは、斎藤委員の報告に対する質問と同じように、どうぞ皆様方から適宜ご質問いただければと思ひます。どうぞ、事務方からでも結構ですよ。どうぞ、上仮屋さん。

**【上仮屋理事官】** できるだけ完結に、恐縮いたします。

1ページの処分の取消のところでご指導いただきたいのですが、取り消し自体はあくまで裁判所が取消判決をするのではなくて、裁判所は違法の確認判決をして、後で州なり県の長官が処分を取り消すというように解しているのか、実はちょっと別の本でそのように書いてありましたので、質問させていただきます。

それから、そのときの、違法であればそれだけで裁判所、あるいは長官が取り消せるのか、あるいはほかに、日本的には著しく公益を害する場合だけとか、何か加重的なものがあるのかというところをご指導いただければと思います。

【飯島准教授】 これは裁判所が取り消しをするという制度でございます。知事が、違法であると認めるときに付託をする。知事は付託をするにとどまるものでございまして、従前のような取消権限の行使はもはやできないという。で、裁判所が取り消しをするというのが現在の制度でございます。

【塩野座長】 これは実例はかなり多いんですか。

【飯島准教授】 はい、ございます。先ほどの2,000件未満ではありますけれども、年間もちろん出されているものです。

【斎藤委員】 公益要件みたいなものがあるんですか。

【飯島准教授】 それはございません。違法性のみ。

【塩野座長】 多少一般的な話といいますか、背景的な話で恐縮ですけども、こういうふうにコミューンが非常に弱いと、だからちゃんとやらなければいけない。しかし、手続的な自治といいますか、手続的に自治権を保障しようという。それは一つのストーリーとしてわかるんですけども、日本人だったらば、それじゃあ、やっぱりコミューンをどんどん合併させる、そういう発想といいますか、だから、市町村の基礎的自治体とはそもそもこのくらいのものであるべきで、現代における行財政能力を全うするものでなければいけないという議論は、フランス人はあまりしないんですか。

【飯島准教授】 合併は1971年に法律ができたんですが、全く失敗に終わったものでございまして、全くできない。昔の教区のコミューンがそのまま残っている状態でございます。現在は、実際の事務は市町村の上に市町村間連合といいますか、協力組織がございまして、こちらに9割以上のコミューンがそこに加盟して、これが実際には重要な役割を果たしているということでございます。

【塩野座長】 そうすると、今のコミューンの連合が不都合なことだとすると、そのシステムに対する監督というのはどういうふうになるんですか。

【飯島准教授】 コミューン連合のですか。

【塩野座長】 同じ形になるということなんですか。

【飯島准教授】 同じに、はい、適用されます。

【塩野座長】 それは政治的な事情でわかりますけども、それはおかしいという学者は

いないんですか。

【飯島准教授】 それは、しょうがないということで、合併はなされないということです。

【塩野座長】 そうなんですか。

【飯島准教授】 はい。

【塩野座長】 そうすると、例の補完性の原則、あるいは補充性の原則との関係はどうなるんですか。

【飯島准教授】 それは、この間、2003年の憲法改正で、ヨーロッパ法の補完性原理を導入したというふうにはなっているんですけども、ただ、コミューンにそれほど期待をするというものではございませんで、でも、もちろん補完性ということで下からというのは、そういう思想はございます。

【塩野座長】 あるけれども、実際はそういうふうには動いていないということなんですか。

【飯島准教授】 そうです。コミューンにはそれほどいいですか、期待はされていないです。

【塩野座長】 ほかにどうぞ。どうぞ。

【牧原委員】 よろしいですか。2点ありまして、一応1点は確認ですが、コミューンの首長は議員から選ばれ……、議員の中で出てくるという。

【飯島准教授】 そうです、中で互選されるものです。

【牧原委員】 互選で、基本的には議員という位置づけですよ。

【飯島准教授】 そうです。

【牧原委員】 わかりました。ですから、直接公選の首長と比較してというのはあれですけども、大体日本で想像するような議員ぐらいの行政能力を持っている人が首長になる、大体そういう理解でよろしいのかという1つ目の質問なんです。

【飯島准教授】 市長についてはほんとうにばらつきがございまして、大きなコミューンの市長は国会議員と兼職している非常に有力な政治家でございまして、小さなコミューンの市長はほんとうに近所の人というような感じで、それはもうかなり差がございまして。

【牧原委員】 それで、今の点にかかわるのが2点目の質問でして、かなり小規模のコミューンと、県との関係でコミューンの行政能力に対する信頼がないというのはわかるん

ですが、必ずしも数は多くないにしても、やはり大都市、規模の大きな自治体、基礎自治体はあるわけですが、そういう基礎自治体と県との関係でこういう問題というのはどの程度起こっているといったケースはあるのでしょうか。

【飯島准教授】 特に有力なコミューンに対してもう少し特段の扱いをすべきだというようなことはございません。

【牧原委員】 法的にはないのはわかるんですが、実体に、やはり非常に深刻な対立が生じて、例えば県がある種のこういう執行停止であるとか一定の介入をしているというのは、どういうケースがあるのかという具体例に関する質問なんです。

【飯島准教授】 具体例はわかりませんが、もちろんそういう市については、市長のほうに権限を持っていて、県知事に対しても影響力を行使するということはあると思いますけれども、ちょっと具体例は存じません。

【塩野座長】 ほかにいかがですか。ちょっと確認なんですけど、2ページ目の「処分の代行」のところ、市長が国の機関として行動する場合。これは昔の日本の機関委任事務と同じようなものと考えてよろしいですか。

【飯島准教授】 そうでございます。

【塩野座長】 それはやはり地方自治に反するようなときにも、フランス人はやらない。

【飯島准教授】 さほどやらないと思います。

【山本委員】 よろしいでしょうか。2点なんですけど、1ページのところで、知事の付託についての裁判所の判断のところ、ちょっとこれは聞き漏らしたことなんですけど、「アストラント」とか「アンジョンクシオン」という言葉が出てきたかと思いますが、どういうシチュエーションでそういうことがという、ちょっとお伺いできればと思いますが。

【飯島准教授】 判決の執行に対して裁判所が罰金強制をするのがアストラント。

【山本委員】 先ほどの話だと、裁判所がその処分を取り消すという判決をするようにも伺ったんですが、執行されないというのは、具体的にはどういうこと……。

【飯島准教授】 この分野に特異なものでは……、一般的な制度として、そういうアストラントの制度があるということを申しまして、こちらで特に実例を私自身知っているわけではございません。

【山本委員】 そうですか、わかりました。それからもう1点は、先ほどのご質問と関係しますが、2ページのところですが、国の機関として行った行為を拒否した場合には代行できるということなんですけど、国の機関ではなくてやった行為で、違法なものについて

は、何かそれを強制するような仕組みというものはあるのでしょうか。

【飯島准教授】 2の市町村警察のほうは、市の機関として市長が行うものでございます。あと、個別法の、取り上げましたのは、その市の機関として、自治体の機関として行ったものについて。

【山本委員】 なるほど。そうすると、一般的な仕組みとしてはなくて、そういう個別のものについてだけという。

【飯島准教授】 市町村警察は一般法典にございますけど、あとは個別法に定めがございます。

【山本委員】 そこに規定がなければ、そういう強制手段は認められないという。

【飯島准教授】 そうです。

【山本委員】 わかりました。

【塩野座長】 そうすると、フランスの事務は機関委任事務と、それから、その次は何か。ドイツ的に言うと、団体委任事務というのがあるんですが、そういった事務の区別論というものはあるんですか。

【飯島准教授】 特にそういう事務分類論は発達しておりません。国の機関として行う場合というのは別にされていて、さほどその例は多くはありませんで、そんなに大きな位置を占めているものではございませんので、それを別として、あとは自治体の機関として行う、自治事務ということで整理がなされているんです。

【塩野座長】 そうすると、今のお話ですと、自治事務……、フランス人はそういう概念があるかどうかは知らないけど、要するに機関委任事務以外の事務については、個別法によるコントロール以外に、一般法としてのコントロールはないという。

【飯島准教授】 適法性コントロールですとか、それは一般法上のものですけれども、代執行に関しては。

【塩野座長】 代執行に関してはね。適法性コントロールは……。

【飯島准教授】 それは一般法の制度として。

【塩野座長】 一般法としてあるわけですね。

【飯島准教授】 ございます。

【田中企画官】 今の関連で、2ページのところの国の機関として行動する場合というのは、1ページの処分の取り消しができる法律で列挙された重要な行為との関係というのは、機関委任事務の範囲内になっているということなんですか。

【飯島准教授】 いえ、国の機関として行動する場合は、適法性コントロールから除かれております。

【田中企画官】 そうなんですか。

【飯島准教授】 はい。

【塩野座長】 なるほど。どうぞ。

【高橋委員】 フランスの地方自治というのは、私が受けている感じでは、現在日本で考えている地方自治とは違って、ドイツと同じように行政の自治ですよ。行政だけについてのもですよ。ですから、かなり国からの監督が強行に行えるようなシステムになっていると思うんですけれども、そういう制度が日本でどの程度参考にできるかなという感じで聞いていたんです。そこらあたりはどうですか。

【飯島准教授】 確かに行政という位置づけでございますので、どこまでというのがわかりませんが、特に処分の取り消しについての知事の付託の制度は、裁判化を徹底したものであるとおもしろいのではないかと考えているんですけれども。

【塩野座長】 後からの議論になってしまうかもしれませんが、日本の場合でもガバメントは確かに条例制定権はありますが、国の事務の下請はしているんですよ。その限りでは行政的な執行ということをやっているわけで、だから、次回、今度はアメリカの話聞いたときに、アメリカは下請の発想があまりないですから、どうなっているかというのはおもしろいところですが、日本の場合は下請もしているし自分でもやっているという変な、割り切れていないところがあります。

ほかにもいろいろ質問が出てくるかもしれませんが、また時に応じてこちらからご質問申し上げますので、その節はよろしく申し上げます。また、これからの議論のときにもどうぞ、フランスではどうですかというようなことを今日、あと1時間ほどございますので、ご質問することもあるかと思えますけど、その節はよろしく申し上げます。どうもありがとうございました。

それでは、外国法制については以上のところで一応は終わることにいたしまして、次に、議事次第の4のところです。論点2から4についての意見交換に進みたいと思います。

そこで、まず資料3及び参考資料につきまして、事務局からご説明をお願いいたします。どうかよろしく申し上げます。

【上仮屋理事官】 それでは、資料3及び参考資料につきまして、簡潔にご説明を申し上げます。よろしく申し上げます。

資料3のほうをお手元にご用意いただければと思います。「主な論点について（案）」の修正でございます。前回会議におきまして、座長より訴訟形態としまして、差し止めも考えたほうがよいのではないかというご意見を賜りましたので、ごらんの資料の1ページの下から6行目以下アンダーライン部分、差し止めという類型について同時にということを追加しているところでございます。その他の部分は1ページ、2ページにわたり変更はないところでございます。

続きまして、参考資料1をご用意いただければと思います。表題にあります「是正の要求・指示が想定されるケースについて」の資料です。これも前回会議におきまして、これは何とか守らなければいけないという利益といったものを整理すべきという高橋代理、あるいは既にある立法事実だけではなくて、こういうものが考えられるといったものを整理する必要があるといったご意見を各委員よりいただきましたので、作成したものです。

1ページが、利益に着目して想定したものです。1つ目の黒丸ですけれども、特定の地方公共団体の事務処理が違法であることによって、他の地方公共団体やその住民に著しい不利益が生じるケース。それから2つ目としましては、同じように違法であることによって、当該地方公共団体の住民の人権侵害が生じるケース。3点目としましては、同様に、事務処理が違法であることによって、国際社会における国家としての存立にかかわる事務その他の国が本来果たすべき役割に重要な影響を与えるケース。これらのものが特に考慮しなければならないケースなのではないかということで整理しております。

1枚おめくりいただきたいと思います。続きまして、2ページ目は、具体的なケースを想定も含めまして整理したものでございます。

一番左のケース1は、ご案内の住基ネット不接続に係るものを同様のスタイルで整理してみました。真ん中のケース2ですが、これは想定ですけれども、2都道府県以上の境界にわたって市町村が合併したいというケースを想定してみたものでございます。市町村合併の正式なプロセスは、四角の中に囲んであるようなフローで進むわけですが、ポイントとしましては、関係する市町村、それから関係する都道府県の全部が、それぞれの議会の議決を経て、内容の一致した申請を総務大臣に対して行うというのが正常なプロセスです。問題ケース、真ん中あたりですけれども、想定としましては、関係都道府県知事が、県議会の議決があり、県として合併すべきという意思決定がなされたにもかかわらず、例えば当該県に属する市町村が他県に編入されてしまうのは忍びないということで反対し、総務大臣に取り次ぐべき関係市町村から上がってきた合併申請をとめ置いてしまうという

ケースが想定されるかと思えます。こうなると市町村は合併できませんので、その自治権を損なうこととなります。なお、このケースは、参考に記載がありますように、平成17年に実際に発生することが危惧されたものですが、結果的には発生しなかったというものでございます。

続きまして、右側のケース3も想定でありますけれども、生活保護に係るものでございます。生活保護は、目的はご案内のとおり最低生活の保障、憲法25条の生存権に直結するものでありまして、法定受託事務でございますが、国の基準のもと、四角囲みにございますように、ケースワーカーがそれぞれ財産状況等個人の調査をし、保護決定がなされて、ケースワーカーがまた事後調査などで適切な保護額を決定していったという仕組みになっているわけですが、問題ケースの想定としまして、中段あたりですが、1つ目の黒丸としまして、そういった基礎となるところのケースワーカーの調査が、想定ですが極端に不適切であって、本来生活保護決定をなされるべき人がなされていないとか、あるいは次の黒丸ですが、ケースワーカーの事後の調査が極端に不適切で、保護費を増額すべき人が増額されないであるとかということが想定されるのではないかと。そういったことが団体の事務処理全体として見られるといったときには、何とかしなければならないというケースになるのではないかとということで想定させていただいたところでございます。

次に、おめくりいただきまして、参考資料2をお手元にご用意をいただきたいと思えます。この資料は、また住基ネットに係るものですが、福島県矢祭町に係る是正の要求について」でございます。この資料の中段に「是正の要求<平成21年8月12日>」とありますように、第1回会議後、国立市に続いて是正の要求がされましたので、ご報告としての趣旨の資料でございます。不服申立期間は30日以内で、まだ到来しておりませんが、卓上配付させていただいた新聞記事などによると、不服申し立てが行われない可能性は高そうであるという状況でございます。

続きまして、参考資料3をご用意いただきたいと思えます。表題ですけれども、「住基ネット不接続による当該団体の住民以外に生じるデメリットについて」で、前回会議におきまして、座長代理よりしっかりと整理すべきというご意見をいただきましたので、用意したものでございます。

1ページ目は、まず1ということで、国の行政機関・都道府県に生じるデメリットを整理しております。最初の下線部のところにお目を落としていただきたいと思えますけれども、住基ネットを活用する国の行政機関・都道府県において、当該市町村の住民のための、

国立なら国立のための事務処理の体制が特段に必要ななど、行政効率化の阻害となるというのが抽象的に言うと不利益であって、「例えば」というところで具体例を挙げております。

1つ目の点ですけれども、例として社会保険庁の現況確認の事務をあげますと、下線部にございますが、郵送費のみならず事務体制経費がかかるということ。あるいは、次のポツでございますけれども、下線部で、「年金過払い」という言葉がありますが、住基ネットを活用しますと、年6回の支給の都度オンラインで、コンピューターで確認しますので、速やかに支給停止すべきときは停止ができるんですけれども、現況届では郵送ベースですので、年1回だけですので、どうしても過払いが増加するということになります。それから、次のポツの下線部ですけれども、年金未統合記録の解明ですが、まさにこれは国家的課題ですので、この解決が阻害されるという点がデメリットであります。これは別の観点から見ますと、回復できるはずの年金受給権が回復されないでいるということですので、国立市民の少数者の権利が侵害されているとも言えるかと思えます。最後のポツですけれども、例えば東京都のパスポートセンターであれば、国立市民について特段の、旧来の手順の取り扱いをしなければならない、ということが実際にあるということです。

続きまして、おめくりいただきまして、2で、今度は他の市町村に生じるデメリットでございます。1つ目のポツ、それから2つ目のポツは、要しますと、オンラインで市町村間の必要な通知ができるはずの事務処理が、転入、あるいは転出の一方に国立市などが介在しますとできませんので、他団体も郵便ベースで行わざるを得なくなるという負担が生じるということです。

それから、3つ目のポツ、4つ目のポツにつきましては住民基本台帳カード関係でございますけれども、3つ目のポツに書いておりますのは、住基カードを有していますと転入手続が簡素化されるわけなんです、その行く先、転入先が国立市の場合には当然それができませんので、行く元の、転出元の他団体としては、「こういうのが国立の場合にはできないんですよ」と特に喚起する事務というか、必要性が発生するということです。

それから、4つ目の最後のポツは、本年の住基法の改正で、市町村が変わっても、住基カードは同じものを引き続き利用できるという改正がなされたところなのですが、それが国立市に転出して、国立市に入っていく場合には、もちろんその住基カードは利用できなくなりますので、転出する元の団体では確実な返納を求めなくてはいけないという必要性が発生するといったところが整理できるかと思えます。

以上、前回の会議の宿題等が中心でしたが、続きまして、本日もご議論いただく参考資料としての4を簡潔にご説明申し上げます。

参考資料4、表題としまして「主な論点(案)2～4に係る検討の視点(案)・参考資料」というところです。

まず、四角囲みに「抜粋」とありますけれども、先ほどごらんいただいた資料3からの抜粋を議論の便宜上持ってきたところです。恐縮ですけど、ちょっと読み上げさせていただきますと、論点2は、国等から訴え提起等に向けた手続を開始できる場合をいかにすべきかということで、①としまして、国等が是正の要求・指示を行った場合で、地方公共団体が不服申立期間等に不服申し立てを行わなかった場合という2つの要件を課して、その国等が訴え提起等に向けた手続を開始できるとすべきか。②としまして、または、地方公共団体から訴え提起等に向けた手続を開始できる場合との整合性を図る観点から、①以外の場合でも、国等は訴え提起等に向けた手続を開始できるという制度設計とすべきか。

次に、「検討の視点(案)」としまして、1つ目の黒丸ですけれども、①は第4次勧告のときの案だったわけですが、矢印としまして、その理由は適当かという視点でのご議論がまずあるかと思います。第4次勧告で①の2つの場合を求めた理由として考えられるものは、この資料の真ん中あたり、参考1のところ、当時の資料から抜粋して掲げております。この当時のいろいろ考えられるものの特にポイントとなると思われるところに下線を引いておりますけれども、これを要約しますと、「検討の視点(案)」の1つ目の黒丸の2つのポツのところになります。要しますと、地方側からの訴えは国の関与全般について可能としたのですが、国の場合、是正の要求等に限定したのは、国の明示的な意思表示、是正の要求・指示という行為を求めることが適当であるということが考えられていたようです。それから、地方の申立期間徒過を要求したのは、地方公共団体に判断の猶予を与えて、その後、国から、というようになることを理由としていたとされております。そして、もう1点、黒丸で検討の視点を置いておりますけれども、一たんこの資料をおめくりいただきまして、2ページを少々ごらんいただきたいと思います。

2ページの上から4分の1ぐらいのところ、米印で「なお」という言葉から始まる段落がございますけれども、この当時の第4次勧告のときの考え方を要しますと、なお、出訴期間を設ける趣旨からすると、当該国の関与、是正の要求・指示が適法であることは確定したものとして取り扱われることになる。ということで、一種の違法性阻却事由や無効確認の有無のみがこの国からの訴えの訴訟では判断されることになるかと書かれていますので

すが、お戻りいただきまして、1ページの「検討の視点（案）」の2つ目の黒丸ですが、申立期間徒過の要件を要求する場合に、既になされた是正の要求等の適法性の問題をどのように考えるかという点をご指導、ご議論いただきたいと思います。これに関連して、立証責任、国と地方それぞれどのように考えるか、あるいは設計するか、あるいは地方公共団体の主張責任の問題などという点も、ご議論いただければと思っております。

2ページをおめくりいただきまして、もう一度おめくりいただいて大変恐縮ですがけれども、中段、中ほどあたりの「参考2」は、現行の地方側からの訴えの条文を抜粋しています。ご参考です。

続きまして、右側の3ページをごらんいただきたいと思います。また「主な論点」からの抜粋ですが、次の論点3でございます。「訴訟の形態について」ということで、①新たな訴訟を考える場合、いかなる訴訟の形態とすべきか。ア、違法確認型の訴訟とすべきか。条文イメージは省略いたします。あるいは、イ、義務づけ型の訴訟とすべきか。条文イメージは省略させていただきます。それから、義務づけ型の場合は差し止め型も要るのではないか。これと密接に関連しまして、②で、地方分権推進委員会第4次勧告において違法確認型——①のアのような訴訟が勧告されたのですが、以下のポツのところにあるような理由から制度化に至らなかったのですが、どのように考えていくか。要するに、是正の要求等について争えなくなるので、訴えの利益がないのではないかとということが言われていたところがございます。

「検討の視点（案）」としましては、そういった論点ですので、黒丸のところですがけれども、違法確認型の訴訟は、第4次勧告で勧告されたが、実現しなかったのが、矢印としまして、その理由が義務づけ型、あるいは差し止め型ではクリアされるのかどうかということが視点かと存じます。1つ目のポツが中心になるかと思っておりますけれども、単なる違法確認ではなくて、義務づけ・差し止め命令訴訟ということになると、法的な意味があると言えるのかというところでご議論、ご指導いただければと思います。

幾つか置いている参考としましては、3ページの真ん中あたりの参考1は、前回の会議でご説明させていただきましたけれども、①は上の②のポツと同じですが、②の理由が、制度化されなかった理由として、追加的に考えられることを、前回の会議でご説明しましたので、それを追加しております。

それから、4ページをお開きいただきまして、参考2につきましては、行政事件訴訟法における訴訟類型のうちの確認型の2つと、平成16年改正で新たに設けられました義務

づけの訴え・差し止めの訴えの条文を訴訟類型の検討のご参考として掲げたものです。

次に、参考3につきましては、地方自治法において特に規定されている訴訟の条文を、検討の参考としまして4ページ、5ページ、6ページ、7ページに条文を掲載させていただいております。

最後に、8ページをごらんいただきたいと思います。残るもう1点のご議論いただきたい論点です。抜粋ですけれども、「4.『訴え提起に向けた指示』について」ということをございまして、新たな訴訟を考える場合に、ア、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、改めて指示する「訴え提起に向けた指示」なるものが必要であるか。イとしまして、是正の要求等により、違反の是正また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発生しているということにかんがみると、そういったものは不要であろうかと。ウとしまして、あるいは、ちょっと視点を変えまして、是正の要求や指示で、具体的な措置義務がわかるというか、発生しているときにだけ訴え提起が可能、そうでない場合は却下されるという仕組みもあり得るかという論点です。「検討の視点（案）」としましては、要するに、訴訟物といえますか、特定できるかという点をご議論いただければと思います。ここで、2つ目の矢印の「しかし」というところをごらんいただきたいと思いますのですが、特に、是正の要求につきましては、制度としまして是正または改善のための具体的措置の内容については、国から地方公共団体に言えない、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おりまして。

お目を少々下に落としていただきまして、参考1としまして、「是正の要求」の条文を抜粋しておりますけれども、第245条の5で、アンダーラインが引いてある部分ですが、各大臣が命じるのはあくまで、違反の是正または改善のために必要な措置を講じなさいということ命じるだけで、具体的な事項ではない。それを受けて発生する義務も、8ページの下第245条の5第5項ですけれども、違反の是正または改善のための必要な措置を講じる義務であって、具体的に何を行うべきかは地方に裁量ありとされているということです。この違反の是正または改善のために必要な措置を講じるべきことを命ずる旨の裁判を請求する訴訟が成り立つのかという問題意識です。

ということで、検討の視点の2つ目の黒丸ですけれども、これは留意的な視点を掲げております。「『訴え提起に向けた指示』といった国の関与は、訴訟手続の一環であるとしても、245条の3第6項に照らすと、適当と言えるか」ということですが、この具

体的な条文は、右の9ページの参考3に抜いてありますが、ここにありますように指示は特段の場合だけ設けるようにということがありますので、留意しなければならないということです。

それから、8ページにお戻りいただいて、「検討の視点（案）」の最後の黒丸です。裁判所の判断可能性の問題などであれば、「国は、訴え提起の際に、地方公共団体が措置すべき内容を、期限とともに裁判所に示して」訴えさせるという手続にすれば判断できるのではないか、という点もあるかと思えます。要するに、「訴え提起に向けた指示」という新たな処分をして、国が地方の裁量を喪失させるのではなくて、訴え提起の際に、国が裁判所に地方公共団体がとるべき策をいわば提案して、裁判所が地方の裁量を判決によって喪失させる設計というものが有り得ないか、という視点であります。

以上、簡潔で恐縮でございます。よろしくご議論いただければと思います。

**【塩野座長】** どうもありがとうございました。

それでは、まず前回、もう少し立法技術みたいなものについて具体例、あるいは多少シミュレーション的なものでもいいから出してくれないかということについてご要望がございましたので、一応整理をして出しております。ただ、あまり詳細にわたるところまでは至っておりませんのですけれども、そこは現時点ではご勘弁いただくとして、今日お示しいただいた資料について、何かご質問等おありになれば伺いたいと思います。どうぞ。

**【青山委員】** ちょっといいですか。今見ているんですけれども、お挙げいただいたものは、かなり抽象的に書いてあるので、実際にどのぐらいこういうことによるデメリットが大きいのかということはひとつ腑に落ちないといいますか、先ほどの外国法のご紹介の際にもちょっと議論になりましたが、場合によると損害賠償とか罰金的な制裁で履行を確保するという事も考えられるかもしれないということとの関連でも、こういうことによるデメリットが金銭に換算したらどの程度のものになるんだということがわかると、それは損害賠償としてどのぐらいのレベルを考えればいいのかとか、それが果たして履行の強制に役立つかという判断ができるわけですが、どうも何か、この抽象的な表現ではそこら辺がわからないので、仮の算定でもいいんですが、一体積み上げると、例えば住基ネットについて言えば、当該国立市の市民は合計でどのぐらいの損害があるんだとか、ほかの自治体も被害があると書いてありますけれども、それは具体的にどのぐらいに算定されるのか。年間で例えば何百億とかいうオーダーのものになるのか、たかだか何千万ぐらいの話なのかということがちょっとわからないと……、わかれば参考になるかなという感じが

いたします。

【塩野座長】 いかがですか。

【上仮屋理事官】 具体的数字としましては、なかなか極めて難しい課題だと思いますけれども、検討させていただきたい。

【塩野座長】 事務局が慎重にしているのは、数字が出ますと、「どちらにしてもこの数字はおかしい」とか、あるいは「こんなに少ない」とか、そういう議論になりますので、なかなか難しいと思いますけど、せつかくのご要望でございますので、一応調べていただきます。

【上仮屋理事官】 はい。

【塩野座長】 特に損害賠償なんかを制度を設けるとすると、ある程度お金のことも考えて、どのぐらいの損害が生ずるかというのも考えておかないといけませんけども、ただ、もう一つのこういった問題を議論するときには、民事のような場合の損害額とちょっと違って、やはりそういった違法状態が起きているということの問題をどう考えるかということがあるんだろうと思います。特に先ほどのドイツとかフランスあたりは、要するに違法なことをしているのがいかんという、そういう決めつけで来ていますが、日本の場合はなかなか、それだけでは説明ができないということはあるかと思います。

ほかに、どうぞ何かありますか。こういった事案については、時々またもとに戻って今のような、もう少し具体的にないでしょうかとか、あるいは矢祭町ではその後どうなっているとか、その辺の情報は出して。

【上仮屋理事官】 ご報告させていただきます。

【塩野座長】 どうぞ。

【高橋委員】 想定されたケースの2について、合併の例が挙げられているんですが、合併をどういうふうにするかは私もよく知らないので誤解しているかもしれないのですが、これは関係市町村で決議をして、県に上げたという例ですよ。その場合に、県知事が全然その後行動をとらないというときに、関係市町村には何の手段もないんですか。紛争調停委員会か何かのほうへ持っていくとか、何らかの争い方があるような気がするのですが、現行法上、何の方法もないんですか。もしあれば、国が口出しする必要もないような気がするんです。

同じように、ケース3で想定されているものは、生活保護を受けたい人、あるいは受けている人が不利になっているということなんですけども、それだと本人が争えばいいよう

な気がするんです。そういう手段がないとお考えなのか、それとも、そういうことは、理論的にはあり得ても全く実効性がないと考えて、こういう想定をされたのか、ちょっとそこら辺をご説明いただければと思います。

**【上仮屋理事官】** ケース2の市町村合併の件なのですけれども、地方公共団体は国や都道府県の関与に対して不服があれば、自治法の中の仕組みにより、審査申出や訴訟の提起ができるわけですが、経由事務や事実行為の不作为については、現行制度では不服審査申出はできないという状況にあります。

それから、ケース3についてなのですけれども、高橋先生のご指摘のとおり、個々人から人権侵害ということで訴訟等で提起する道も当然にあるかと思えます。このケース3の場合、想定としましては、資料の「問題ケース（想定）」のところの黒丸、2つとも、冠のように冠しているのですけれども、「自治体の事務処理全体として」、今も厚労省は法定受託事務ですので、生活保護事務の監査といったのを行っているようですが、全体的に、不特定多数の方々の状況が非常に不適切な状況にあるというときには、1人1人が訴え提起をしてくるようなことでは必ずしも人権が保障されにくいような部分もあるかもしれませんので、是正の指示を行うことが想定され、それを担保する措置もやはり必要とされるのではないかという問題意識から、自治体の事務処理全体として不適切であるときには必要となるケースではないかということで、掲げさせていただいたところでございます。

**【塩野座長】** どうもありがとうございました。ただ、この2番目の点は、先ほどドイツのことで多少議論になりましたように、並行的に認めるのかどうかということで、私人が立ち上がればいいじゃないかということになると、ほぼ全部、住民訴訟で住民が立ち上がれば国が出る必要がないという場合が多くなりますので、そういうのでいいとするか、あるいはやっぱり国は国の責任において訴訟の制度を用意するかという、そこは後々の議論の対象になると思います。

そこで、あと30分ばかり残っておりますので、今日の予定の時間、全体の事務量からするとちょっと時間が足りないんですけども、できるところまでご議論いただきたいということで、主に参考資料4を前提にしながら行けるところまで議論させていただきたいと思えます。

なお、ただ、言うまでもないことなのですけれども、この主な論点については総論がございまして、一体こういう問題についてどういうふうに基本的に考えるかということで根本論があるわけなのですけれども、前回も多少私のほうからも申し上げましたように、根本論だけ

をやっているとなかなか進まないの、多少各論のところに入るということをお認めいただきましたが、いつも、常に根本論の地方自治の観点をどう見るかということ、あるいは先ほど高橋委員からもご指摘がございましたように、私人がやれるのなら何も国が出てくる必要はないのではないかという意味での根本論もあろうかと思っておりますので、そこは根本論を全然議論しないということではありませんことをもう一つつけ加えておきます。

それで、もしよければ、まず2のところから入らせていただきたいと思いますが、ここでちょっと悩ましい問題は、2ページのところに、先ほど米印のところのご紹介がありましたけれども、出訴期間といいますか、不服申立期間ですかね。これは過ぎていて、適法性は確定しているのではないかということの議論があったようなので、そこは法律論としては難しいところですが、避けて通ることはできないのではないかとということで、丸の2点のところ、是正等の適法性の問題をどう考えるか。確定したということではなくて、一種の出訴期間を徒過し不可争力が発生した場合に、それが適法だというふうに確定したと考えるのか、それはそれとして、また不可争力の発生と、それから適法性は別問題だというふうに考えるのかということも含めてご議論いただければと思います。

この点、行政法のほうでは、出訴期間が徒過したって、それは争えないけれども、別訴、いわゆる公定力に差しさわりのない限りは違法を主張できると。つまりは、適法であることはその限りでは確定しないんだと。出訴期間を徒過した限りでは確定しない。しかし、効果に障害が生じたときには、違法性の主張ができなくなるという場合があるという説明はあると思うんです。

斎藤委員、何かこの辺をごらんになって、2ページの説明の仕方との関係で、例えばこの事例で言うと、不服申立期間を徒過して、今度、国側から出訴しますよね。そうすると、地方団体としては、あの是正要求何とかは違法だということはもう言えない、違法性の遮断効果が出訴期間徒過によって生ずるんだというふうに考えるべきかどうか。

【斎藤委員】 その点も、行政行為の方の取消訴訟において、出訴期間が徒過した場合に、その後の主張がどの程度遮断されるかというのは、1対1対応じゃなくて、塩野先生おっしゃるようにほかの形式、形態で違法性が主張できるというのはあるわけです。国賠であるとか。そうだとすると、この制度についても、自治体側からの不服申立期間が徒過したことに伴う法効果をもう少し限定的に考える可能性はあると思うんです。

ですから、非常にそこを狭く考えると、自治体のほうからそういう不服申し立てをすることができなくなっただけだというふうに考えれば、そういう紛争状態についていろんな

制度をその期間後、設けるということ是可以する。ただ、争いの対象になることは同じですから、そこがかぶってくる。不服申立期間が徒過すればそこで全部確定するんだというのは、逆の極端な考え方ですね。今までの第4次勧告に対するいろんな反応というのは、後者のほうをとってきている。ただ、そこをやっぱり動かさないと、その考え方を少し変えないと、後で、もし仮にいろいろな訴訟形態を考えようとしたときに、「いや、そこはもうそれで違法性が確定しているんだから、裁判でやっても意味はないでしょう」というところに戻ってしまうと思います。

【塩野座長】 　ただ、その場合でも、違法性の確定ではなくて、要するに命令の効果が確定したということだと。要するに、違法性を主張できないというだけじゃないですかね。ほかの訴訟では違法性を主張できますので。だから、適法性が確定したということではないんじゃないかという理解だと思います。

【斎藤委員】 　なるほど。

【塩野座長】 　ただ、もう一つの別の考え方もあるって、地方団体としてはいろんな事情で不服申し立てができなかったんで、しかし国がやってきたんならば、やっぱり違法だということを主張したい、裁判所の判断を受けさせるべきだという考え方もあり得ると思うんです。そこを今度は立法技術的にうまく書けるかどうかという問題は後々の問題ですが、その基本的な考え方はどうですか。先ほどの飯島さんのご説明だと、裁判所の判断をあえて受けさせているんですね。あんなにきつい監督のもとでも。ですから、そのときには、地方団体のほうは、「あれは違法だ」ということは言えるわけですね。というか、知事のほうがおかしいと。

【飯島准教授】 　はい。

【塩野座長】 　違法性の問題を主張できるわけですね。ですから、出訴期間が徒過したということだけで主張を遮断するのがいいかどうか。どうぞ。

【高橋委員】 　これは裁判所が判断すれば聞いてくれるという前提で考えるんでしょうか。それとも、裁判所が、例えば違法確認しても、同じ状態が続くだろうという前提で考えるのかということがちょっと気になるんです。エンフォースメントを考えなければ、出訴期間が切れたらもう争うことができないんだから、裁判所で判決を出しても違いが生ずるわけじゃない。だからそんな必要はないんじゃないかな、という議論はわかるんですが、もしエンフォースメントまで考えるということであれば、やはりエンフォースメントを裁判所の関与なしに行政限りでできるということではなくて、裁判所の判決をもらってやっ

てくださいということも十分考え得ると思うんです。そこら辺をどういう前提で考えていくんだろかなということが気になるんですが。

【塩野座長】 それは、多少先に進んでからの話にもありますので、そういう問題意識はよくわかりました。どうぞ。

【山本委員】 今、高橋先生が言われたのとはやや逆なのかもしれませんが、エンフォースメントの手段が仮にないとしても、エンフォースメントの手段がなくて仮にこういう制度を設けるとすると、結局、それは裁判所の判決の事実上の権威で地方公共団体にそれを従わせようということになってくるんだらうという感じを持っています。要するに、司法権がそういう判断を示したことに對して、行政権はそれに従うべきだということのでその権威を維持しようとする。もしそうだとすると、やはり判断の権威を高めるためには、むしろ正々堂々と是正命令等の違法性も主張立証させて、双方が主張立証した結果、裁判所が中立的な判断として是正命令は適法だと判断したほうがむしろ地方公共団体のほうはそれに従うインセンティブというか、事実上の権威が強まるのではなからうかという印象を持っています。ですから、そういうファンクショナルな観点ですけれども、それからすれば、この米印のような考え方をとらないということもあり得るのかなという。

【塩野座長】 ちょっと考えたところは、これは国の側が裁判所に出訴するわけですね。ですから、考え方によっては、独自の自力救済手続がないもんですから、そこで裁判所にお願ひということになると、一種の司法的執行になるのではないかという感じがするんです。行政的執行はもう制度がないんだからしょうがないので、司法的執行に行って裁判所の裁決をもらうという法律の説明の仕方もあり得ると思うんですが、そのときに、やっぱり司法的執行に臨む以上は、命令が、違法性が遮断されるということになるのかどうか。

だから、例えば代執行制度がないときに作為命令を課して、そこでアメリカ的にすぐ裁判所に持っていくというときに、出訴期間が徒過しているがゆえに、裁判所では違法性の主張はできないとなるのか、司法的執行に頼む以上は、そこは裁判所はとことんやりますということになるのか。代執行の場合は、代替的作為を命令しておいて、従わないと、今度は代執行に移ったときには、代執行手続では作為命令義務の違法性は争えないという違法性の遮断がある、税金の場合も課税処分と徴収処分は切れるということなんですが、それは行政団体のレベルでそういうふうに整理したからで、行政段階での自力救済制度を認めないということだと、裁判所にまずすぐ行ってしまいうというときに、「いや、不服申立期間を徒過しているんだから、もう遮断される」というふうになるのかどうか。その辺の感

覚はどうですか、山本委員。

【山本委員】 私はどちらかというと行政法の問題ではなかろうかという……。

【塩野座長】 行政法のじゃなくて、一般法感覚で。

【山本委員】 まず一般法というか、民事のあれからすれば、自分の請求を立てる側が、その請求が適法に存在しているということを主張立証しなければならないというのはごく当然の感覚ではあろうかと思うんですが、ただ、行政の場合は……。

【塩野座長】 いや、民事の場合も、一種の当事者訴訟で、しかし話をなるべく早く簡単に解決しよう、何か文句のある人はなるべくこの期間に出してくださいということを言ったときに、わりあい遮断する可能性もあるんですよ。

【山本委員】 それはそうですね。民事でも形成訴訟、例えば株主総会の決議取り消し訴訟とか、そういうものは一定の提訴の期間制限が課されていて、その期間を徒過すれば、その決議が実体法上、違法性があっても、もう主張できなくなると。そういう制度はもちろん仕組みますし、現実にあると思います。

【斎藤委員】 先ほどの繰り返しなるかもしれないかもしれませんが、私人に対して、そういう行政処分を課して、でもそれは執行できないようなタイプの行政処分だとしますと、それで、私人のほうは争わなかったと。その場合に、行政が司法的執行をするという場合に、そこで私人のほうで争わなかったんだから、行政処分の適法性はそこで確定したんだと、まさにここでの、後で出てくる法制局見解ですかね。そう考えるのか、それとも全面的に裁判所が審査するののかというのは、それはやっぱりさっきの繰り返しになりますけど、両方あり得るんじゃないんですかね。

【塩野座長】 制度の仕組みとしては。

【斎藤委員】 ええ。

【塩野座長】 でも、まあ、弁護士の言うとうどうですか。

【渡邊委員】 逆の方向から、さっきからずっと考えていまして、やりたくないと言っている人にやらせるというのはなかなか大変な話なんですよ。そうすると、斎藤先生がお話しになる強制金、飯島先生のお話では罰金とか、課徴金なのか過料なのかよくわかりませんが、そういったものまで制度として設計して、組み込もうとするのであれば、出訴期間を徒過して適法になっているだけではどうも足りないのかな、やはり司法判断がないと。だから、そういうことで合目的に言うと、やらなきゃいけないんじゃないのかなという気がしております。議論が逆かもしれないけども。

【塩野座長】 確かにそうですね。ただ、最後のほうの議論になるとは思いますけど、私はやっぱり裁判所の判決をもらうというその権威が重大なので、裁判所の判決が出ても従わないというような事態は、その次の段階として、また別の制度を仕組むかということだと思いますので。どうぞ、青山委員。

【青山委員】 今の渡邊委員のご意見で、課徴金の制度が仮にできて、それは裁判によってのみ科することができる、多分そうなると思いますけども、その裁判が起こったときに、不服申し立てをしないで本来の命令された行為が、あるいは命令自体が有効か、適法かということについて、何も文句を言わないでいたのに、制裁の話になったら、「いや、あれは違法だ」「無効だ」って言い出すことはできるかということになると、同じ……、むしろその不服申し立てができる期間に申し立てをした場合と同じ主張をそこでできるという話ですから。遮断効がない、あるがごとくでないということになって、どうも論理が通らないんじゃないかなという感じがします。

だから、どうしても不服、文句があるのに寝ているというときに、文句を言ったものとみなすような制度を考えて、必ず不服申し立てがあったことにして処理する、あるいは訴え提起があったものとみなすとか、そういうことなら考えられると思うんだけど、そういう手段なしに、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、失権しないで権利を行使したときに主張できたはずのを、失権した後でもできるというような説明は難しいんじゃないのかという気がします。

【塩野座長】 そこは、何かいろんな議論の仕方があるわけで、だから不服申立期間というのを通常の行政処分に対して私人の不服申立期間と同じように考えるのか、それとも、不服申立期間のあり方について、通常の出訴期間と同じように考えるかどうかという問題もひとつあると思うんです。この場合、だから最初の論点の2の、いつ手続を進めるかということとも関係するところがあると思います。

それから、また、特にこの②のところ、「又は」ということで、「①以外の場合でも」というふうになると、今の問題は飛んでしまうわけですね。不服申立期間内でもできるということになる。だから、そこはいろんな仕組みがあるものですから、今日のところはどちらでなければいけないということではなくて、皆様の感触を承って、事務局なりにまたいろいろ考えてもらいたいということなのだと思いますけども、今のあれですと、理論上、どちらでなければいけないということではなくて、青山委員からは理論的になかなか説明が難しいという部分もありましたが、そこでも、しかし立法政策上、こういうふうにつくりました

ということであれば、それはそれとして成り立ち得るものではないかという議論も出てくるかと思しますので、両論あり得るということはわかりました。

それから、あと、後始末をどうしてくれるかというのは、両方ありましたが、これは最後のところで決着をつけるということ、最後というか、もう少し後で決着をつけるということになると思いますが、ただ、今の段階で、もう日本ではそれは無理だよという感覚が  
おありならばあれですけど、事務局はどうも無理だと思っていますかね、制裁金みたいなもの。

【久元局長】 もう少し検討して……。次回以降に、と思いますけれども。

【塩野座長】 代官を送り込むというのはありますよね、代官というか、要するに、言うことを聞かない場合には、国の代官を送り込んで、そこで処理させますということが、外国にはあるんですね。フランスは平気でそれを……。

【斎藤委員】 受任者というか、別の人を任命する。

【塩野座長】 うん、受任者を、別の人を。それはドイツもそうなんですね。

【斎藤委員】 はい。

【塩野座長】 だから、ただ、事務ベースで、それはどうも無理だというときに、ちょっと早目におっしゃっていただいたほうが。ただ、我々のほうは研究会ですから、こういう制度もあり得るということで、ただしこういう制度、ここがだめな場合には全部ご破算になるかどうかという形の議論をしていきたい。当該自治体の中で始末がつけば、それはそれでいいんですけど。そうじゃない場合が、今ここで我々が想定すると、損害賠償を取るか取らないかではなくて、やっぱり一種の代替的な作為とならなければいけないということもあり得るとは思います。その判決に従わない場合にどうするかということですけど。

それから訴訟の形態のところでは、差し止めは今のところは……。現行法では差し止めの要求がないということなんですか。

【安田課長】 自治法に定められている関与の種類では、事前に指示するというのは定められていない。ただ、個別法においてそういうのはあるといったところでございます。

【塩野座長】 個別法は今日の資料に出ていましたか。

【上仮屋理事官】 いえ、資料にはございませんけれども。個別法に基づく指示はいろんなものがありますので、事前に行えるものは複数あると。例えば1つの例なんですけれども、例えばパスポート、旅券法で、外務大臣は国内外の情勢の急激な変化、人道上の事由その他の事由により必要と認めるときは、都道府県に対し都道府県が行う事務に関し必

要な指示を行うことができるという、21条の4、外務大臣の指示というものがありますので、例えばどこかの国の情勢が危ないとかというときに、発行、交付などをするなという指示を行えるということです。事前のそういった指示も、複数の例があるかと思います。

【塩野座長】 そうすると、法制的には、仮に一般法たる地方自治法に書いていなくても、個別法の問題として、個別法として受け取りますという整理の仕方はあり得るわけですね。

【安田課長】 あり得る。

【上仮屋理事官】 立法政策としてどうするかという問題になると思います。

【塩野座長】 じゃあ、それはこちらのほうで、差し止めがあり得るということで議論を進めていっても、後から嫌だとは言わない。

【上仮屋理事官】 はい。

【安田課長】 個別法にあるという。

【塩野座長】 旅券法や何かで、各個別法でかなりあるということは、それなりの行政需要があるということですかね。

【上仮屋理事官】 自治法の是正の要求、是正の指示だけの担保措置としての訴訟をつくろうということであれば、差し止めの必要性はなくなるとは思いますが、個別法についても担保措置が適法性確保の観点から必要であるということであれば、やはり差し止めの形態も要るのではないかという議論になってくるかと思います。

【斎藤委員】 法定受託事務？ 旅券については。

【上仮屋理事官】 指示を設けているのは、法定受託事務が多いです。

【安田課長】 旅券はそうだよな。

【上仮屋理事官】 旅券法はもちろんそうでございます。

【斎藤委員】 それも含めて議論の視野には入れるのですかね。今、問題になっているのは、自治事務で、是正の要求しなくて、行政が貫徹する手段がないことをどう考えるかという話ですね。ただ、旅券法の事前の差し止めについては、法定受託事務だとすると、法定受託事務の方の行政による強制的な貫徹の手段がありますから、それとの関係をどう考えるかという問題も出てくるとは思います。

【塩野座長】 そうですね。ちょっと先を急がせて大変申しわけありませんが、あと4のところは、訴え提起に向けた指示の場合、訴訟物の話が出ておりますので、これは民訴ないし裁判官、弁護士の方のほうでいろいろご意見もあろうかと思いますが、一般的

にこういった、かなり固定していないと、「何とかせよ」ではだめなんですか。

【山本委員】 ある権威あるコンメンタールを持ってきたんですが、例えば不作为請求訴訟で被告に差し止めを求める場合に、どういう請求の趣旨かという、原告の有する土地の所有権行使を妨害する一切の行為をしてはならないという不作为請求は違法であると考えられている。例えば被告は工作物を設置するなどして、原告が土地について宅地造成工事をするのを妨害してはならないというように、ある程度具体的に予想される行為類型を禁止の客体として請求のときに明示すべきであるというのが一般的な理解です。

ただ、これはおそらく、そこにも書かれているんですが、結局、社会観念上、この表現によって当然に本願される間接強制が可能な行為までを含む表現でなければならないという、おそらく間接強制とか執行と密接に結びついていて、それで強制執行をかけるためには、やはりここまで徹底していないと、「一切の行為をしてはならない」では、ということだと思っんです。

ですから、これも先ほど来の問題で、これにどういふエンフォースメントの手段をつけるかによって変わってくるんだろうと思っんですが、仮にエンフォースメントがそこまでのものでないとすると、それは私の理解ではもう少し緩いような特定、つまり、結局、それは訴訟の段階でだけ問題になるわけですから、当事者の攻撃防御が的確にそこに集中できて、かつ裁判所がそれについて適切な判断を下せるような程度の特定ということになって、それはケース・バイ・ケースだと思っんですけれども、今のような民事で考えられているよりは、もう少し緩いもので一般論としてあり得るのではないかというぐらゐのことは考えています。

【塩野座長】 事務局で考えた幾つかの例でいくと、特定しないほうが最初はいいというのもあるんですか。

【上仮屋理事官】 なかなか難しいところなんですけれども、基本的に「訴え提起に向けた指示」というのも、自治法で言うところの「指示」だと思われるので、それを設けなければ、そのほうが望ましいという気持ちはあります。ただ、指示も、先ほどもお話ししましたが、特に法定受託事務という話になると、大変いろいろなものがありますし、また、是正の要求だけではなくて、是正の指示でも漠然とした指示がなされることもあるでしょうから、すべてが個別具体的なものばかりではない。ですから、やはり改めて、行政が指示をかけるのも必要ではないかという思いも非常に有力で、また同程度……、ただ、改めてまたかけなくても裁判所に裁量を、具体的には「これをやってくれ」と訴えのときに国

が示して、それを受けて、参考にさせていただいて、絞っていただければそれにこしたことはないし、あるいは住基ネットなどの場合、是正の要求ですけれども、しなければいけないことは明確ですから、そういう明確なものだけ引き受けてくれる訴訟でもいいんではないかという考え方もあり、ちょっとなかなか、悩んでいるところでございます。

【久元局長】 気持ちといたしましては、こういう新たな指示を設けるということについては、なかなか論理的な話じゃないんですけれども、地方から見れば、また何か国から新しい関与が設けられたと言われる可能性もありますので、できれば、そういうことを設けなくて、設けなくても裁判所が受け付けていただけるという可能性が探れればと思っております。

【塩野座長】 だけど、だったら最初から明確に具体的にすればいいんだけど、最初はやっぱり地方自治のことを考えて、少しやわらかく出ましようという、勧告まがいのことをやる。そこはだからちょうど二律背反みたいな感じですね。

【安田課長】 是正の要求の場合には、これはある程度裁量を地方団体側に何をやるかという裁量を任せるという制度になっておりますので。だから、それで受け付けてくれないということであれば、改めて具体的な内容を示す指示が必要だという、やらざるを得ないかなということ考えてきているんだということです。

ただ、それは是正の指示をするということになると、9ページにあります参考3にあります自治法の自治事務に関する指示についてということで、指示をつくるときには、国民の生命、身体、財産保護のため緊急に必要な場合と、一定のものに限りなさいというのを自治法の中でうたっちゃっているの、これに縛られちゃうのかなという、逆の懸念もあるという議論です。

【上仮屋理事官】 裁判所がむしろ地方の裁量を判決により喪失……、裁判所が地方の裁量を判決で喪失させてくれるというほうが、国と地方の関係からすると望ましいのではないかというのが今の事務局の感覚です。

【塩野座長】 やっぱり何かしなきゃいけないのに、何もしないのにサンクションかけちゃいけないですか。要するに、実際、後でどういうふうに処置をとるかは裁量、しかし何かやらなければいけないというときに、その確認でも何でもいいんですけど、裁判所が判決を行って、執行の手段が今のような制裁金とか何とかというものであるという……。

【山本委員】 今、お話を聞いて思い出したのは、民訴で抽象的不作為命令という議論がありまして、例えば騒音、航空機の騒音をとめてくださいというときに、具体的にその

とめ方、飛行機に防音措置を施さなきゃいけないのか、家に措置を施さなきゃいけないのか、あるいは飛行機の発着をあれするのかなというようなことを具体的に特定しなくても、その被告は「被害者の家に何十ホン以上の騒音を及ぼしてはならない」という請求ができるのではないかと。これは学界では非常に有力で、裁判でも下級審では幾つか認めた例があると思うんですけども、そのときの議論としては、むしろ被告にそういう騒音の防止の措置のいろんな手段があるんであるとすれば、それを選ばせる、そういう被告の裁量を尊重するほうがむしろ、そしてどういう措置をとればいいかを一番わかっているのは被告の側なので、それがより適切なんだと。ですから、そこはある程度そういう抽象的な形の訴訟物の特定であっても、訴訟物は特定しているとして、あとは、被告の裁量で最終的に判決が出た後、措置をすればいい、それがより実効的なのではないかと。少なくとも学界レベルでは非常に有力な考えだと思います。

【塩野座長】 何もやらないと間接強制はできると。

【山本委員】 そうです。そういう考え方です。

【青山委員】 代替執行はできる？

【山本委員】 代替執行ができるかどうかは議論が。学界では、代替執行もできるという考え方は一定程度有力です。

【青山委員】 そういう抽象的な意味で、何ホン以上及ぼしてはならないという主文であっても。

【山本委員】 そうです、民法の410何条でしょう。あの適当な措置というので。

【青山委員】 その措置をするのに、そういう効果を生じさせるのにその人の家の窓ガラスは防音力の高いガラスにかえるのか、それとも運航する時間帯をずらすのかとか、いろいろ選択肢があるわけだから、行政権の執行債権者のほうが選択できるんですか。

【山本委員】 そうです、それでその執行裁判所がそれを判断するというのが。

【青山委員】 まあ、執行裁判所はもちろん判断するんですけども……。

【山本委員】 ただ、おっしゃるように実務的には、それを否定する見解、防災のレベルでの判断がかかっていますが……。

【青山委員】 すごい裁判所としては困ると思うんですが、それをやってくださいと言われてたら。

【山本委員】 おそらくそういう……。学界では、非常に有力な見解としてそう主張されているところだと思います。

【久元局長】 例えば是正の要求の段階では、ある程度幅がある要求をして、その後、わざわざ訴えの提起に向けた指示ということをやらなくても、義務づけ訴訟を仮に設けるとしたときに、義務づけ訴訟の段階で、よりもうちょっと特定した義務づけを求めるということは可能でしょうか。例えば、是正の要求では「住基ネットに接続しなさい」という要求をして、義務づけ訴訟のときに、例えば「今年中に接続するように」という要求をするということは可能かどうか。

【山本委員】 それはどちらかという、行政法の問題だと思いますけれども、制度の作り方の問題として、つまり、自治体の裁量というものがあるとして、それをどの段階でだれがどういう権限で縮減させることができるのかという問題だろうと思います。だから、最後まで、それは裁判所も尊重しなければいけないものとするのか、裁判所ならそれを縮減することが、司法権ならそれを縮減することができるか、国もそれを縮減することができるのかという、その制度の仕組み方かなと思うんですが。

【斎藤委員】 是正の要求の適法、違法を、義務づけ訴訟であっても争いの対象と考えるのか、それとプラスアルファのことを訴訟段階になって行政の側でくっつけることができるのかという、どっちかという前者の考え方で来ているんじゃないかなという気はしますが、ただ、学説の中にはそういう行政の過程と司法の判断の過程を連続的にとらえて、主張のあり方とかというのをもっと柔軟に考えるという考え方は出てきているとは思いますが。

【高橋委員】 最初の段階では、かなり広い形で「善処しなさい」というだけで、そこで一回自治体に対しては判断権というか、機会を与えているわけだから、それを自治体が行わなかった場合に、義務づけ訴訟で、「善処」の範囲内で裁判所が受け入れうる程度に特定して、直ちに訴訟を起こすことも可能ではないか。別にその前の段階で特定して、もう一回指示し直すという必要なしに、それは可能じゃないかなと私は思うんです。

要するに、国と地方の関係の問題ですから、裁判所としてはある程度特定して請求してもらわないと困るということはあるんですね。で、裁判所が許容できるところまで特定する。裁判所に行く前に国が地方にもう一回指示しておかないとできないと考える必要はないという趣旨です。

【塩野座長】 ただ、具体的にもうちょっといろいろ考えなきゃいけないこともあると思いますが、そういうご意見があったということで、承っておきます。

時間となりましたので、それではお約束どおりに一応ここで今日は締めくくりといたし

ます。

それでは、今日はどうもありがとうございました。

(以上)