

一 基本認識

1 問題の所在

平成 12 年に施行された「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」（以下「地方分権一括法」という。）において、国と地方が対等・協力の関係に立つことを前提とする新しい関係を構築すべく、地方自治法の抜本的な改正が行われた。その重要な内容として、包括的な指揮監督権を特色とする機関委任事務制度が廃止されたこと、自治事務に関する是正の要求、法定受託事務に関する是正の指示など国の関与が法定されたことのほか、新たに、国の関与に関する係争処理手続が導入されたことを挙げるができる。

この係争処理手続は、地方公共団体に対する国の関与を巡り国と地方公共団体との間で争いが生ずることを前提として、争いが生じた場合に、中立・公正な第三者機関の判断により処理し、これで解決しない場合には裁判所の判断を得て解決を図るというものである。

係争処理手続は、国の関与に不服のある地方公共団体が第三者機関に対して審査の申出を行うことを前提としているが、制度創設当時より、是正の要求等の国の関与に対し、地方公共団体がこれに応じず、かつ、審査の申出も行わないという事態があり、その場合には、係争処理手続が用いられず問題が解決されない状態が継続することが懸念されていた。

新たな制度の下における国の関与のうち、法定受託事務に係る 5 件の是正の指示については、地方公共団体は是正の指示に応じて措置を講じたが、本年行われた自治事務に係る 2 件の是正の要求については、いずれの地方公共団体も、是正の要求に応じた何らの措置も講じず、かつ、第三者機関の審査に付することを求める旨の申出を総務大臣に行わないまま推移した。このことは、制度創設時の懸念が現実には生じたと見ることもできる。

このような「地方公共団体が是正の要求等に応じた措置を講じず、審査の申出もしない」という事態は、法律上は、国と地方公共団体との間に是正の要求等に係る法律解釈を巡る齟齬が生じているという問題に帰着する。そして、そのような齟齬を解消する手段を当事者の一方にしか与えていないことが問題であり、このことは現行制度の不備を示すものであるといえることができる。

2 問題解決の必要性

もとより、前述のような「地方公共団体が是正の要求等に応じた措置を講じず、審査の申出もしない」という状況が生じる背景には、地方公共団体の長がその政治的信条から特定の法令上の義務を履行しないなど、実態上の諸理由を想定することができる。

しかしながら、「地方公共団体が国からの是正の要求等に応じた措置を講じず、かつ、

審査の申出もしない」という事態が生じ、継続するという事は、国の行政であれ地方の行政であれ当然に服すべき法適合性の原則の観点から見過ごすことはできない。仮に地方公共団体の事務処理が違法であれば、住民に対して法律や条例の遵守を求めるべき立場にある地方公共団体自身が違法行為を行っていることになるし、逆に国の関与が違法であれば、地方自治に対する侵害というべきであり、いずれにしても行政の法適合性の原則に合致しないものと言わざるを得ない。

さらに、現行制度の不備は、地方分権の推進の障害にもなりかねない。今日、内政上の大きな課題となっている地方分権は、国から地方への権限や財源の移譲、地方公共団体の自主性・自立性の拡大を主たる内容としているが、地方公共団体の事務処理について国から見て違法又は明らかに公益を害しているといった状態が放置されていることは、国の側に引き続き権限や財源、あるいは地方公共団体に対する規制を残しておく口実にもなる。

加えて、上に指摘した現行制度の不備を放置することは、地方公共団体の事務処理を不安定なままに放置するとともに、国地方関係の不安定要因ともなりかねない。

そもそも、地方分権の取り組みは、地方公共団体全体に対する事前統制を縮小し、地方公共団体の自主性・自立性を高めることを目指している。このような地方分権改革の基本的な考え方に沿って、今後一層の地方分権を進めるためには、事前の統制の縮小に併せて事後の是正措置を明確に整備し、手続的正義に則った公正な係争処理手続に改革していくことが求められていると考える。

3 問題解決の基本的方向

「地方公共団体が国からの是正の要求等に応じた措置を講じず、かつ、審査の申出もしない」という事態が生じ、これが継続するのは、国と地方公共団体との間で法律解釈を巡る齟齬が生じた場合に、これを事後的に解消する手段が不十分であることによる。このような現行制度の不備の是正は、問題を法の解釈・適用としてとらえる限り、司法的な手続（新たな訴訟制度）を整備することによってなされるのが適当である。中立・公正な司法の場で、透明性の高いプロセスの下、国と地方公共団体の双方がそれぞれ主張立証を尽くし、これをもとに裁判所が判断を行うとすることが、国と地方公共団体のみならず、国民・住民にも納得の得られる、最も適切な解決方法であると考えられるからである。

ただし、ここで対象とする問題は、実態としては法の解釈・適用の問題にとどまらない面を含んでいる。第1に、国と地方公共団体との間に生じるこのような齟齬を司法の場において解決していくとしても、国と地方公共団体との間で訴訟が多発することは決して好ましいことではない。第2に、地方公共団体の長、議会の議員は住民から直接選挙されていることからすれば、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。よって、問題を司法手続の整備によって解決し、国と地方公共団体との間における係争処理手続を改革していくこととした場合においても、公正・透明な他の手段による意思の調整を最後まで模索することが不可欠である。司法手続は、そのような方法では解決できない、極めて例外的な場合にのみ用いられるべきであり、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は言うを待たない。

地方分権一括法により導入された係争処理手続は、地方分権推進委員会第四次勧告(平成9年10月9日。以下、「第四次勧告」という。)に依拠しているが、この勧告においては、地方公共団体から第三者機関への審査の申出と訴訟の提起と同様に、国からの審査の申出と訴訟の提起が提言されていた。

そこで、本研究会においては、司法手続の具体化の検討に当たり、第三者機関への審査申出を前置することの必要性を含め、国からの訴えの提起等についてより詳細にそのあり方を探ることとした。そして、検討に際しては、諸外国(ドイツ、フランス、アメリカ及びイギリス)における類似の制度を調査研究し、参考とした。地方分権は、現代諸国家が真剣に取り組んでいる課題であるが、その際、必然的に生ずると思われる国と地方公共団体の争いにつきどのように対処しているかは、我が国の制度設計においても有用な情報を提供すると思われるからである。

二 「国等から訴え提起等ができる仕組み」の制度設計について

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

(1) 国等から訴え提起等ができる対象について

ア 「是正の要求・指示」に限定するか否かについて

国等(国及び都道府県をいう。以下同じ。なお、国に加えて都道府県を訴え提起等の主体とすることについては、8参照。)からの訴え提起等の制度の創設に当たっては、まずその対象を確定させる必要がある。

既に制度化されている地方公共団体からの訴え提起等については、是正の要求又は指示(以下「是正の要求等」という。)のみならず、より広く国等の関与について対象とされている(地方自治法(以下「法」という。)250条の13)が、国等からの訴え提起等については、是正の要求等に限定することが適当か、すなわち、「許認可や事前協議などの法定手続を経ずに行った行為」を対象としなくてもよいか問題となる。

この点については、次の理由から、是正の要求等に限定することが適当であると考える。

- ・ 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う行為を行った場合には、それに対して是正の要求等がなし得るものであるから、是正の要求等に限定することで必要十分である。
- ・ 「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、これに対して国等から訴えを提起するときに、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り扱うかということが問題となりうる。

いずれにせよ、国等からの訴え提起の制度においては、「許認可や事前協議などの法定手続を経ずに行った行為」の相手方など第三者の利益保護の観点から、必要な措置を講じる必要がある。

なお、地方公共団体からの訴え提起等とともに、国等からの訴え提起等についても制度化することを勧告した第四次勧告においても、国等からの訴え提起等の対象については、国等の関与一般ではなく、是正の要求等に限るとされていたところである。

イ 個別法における指示を対象とするか否かについて

是正の指示（法 245 条の 7）のみを対象とするのか、個別法における指示も対象とするのか、問題となる。

この点については、「地方自治法における是正の指示は、個別法に指示が規定されている場合でも行うことが可能であるので、是正の指示のみを対象とすれば十分である」という考え方も、「地方公共団体からの訴え提起等は、個別法における指示も対象としており、国と地方は対等の関係に立つべきことから、国等からの訴え提起等の場合にも対象とすべきである」という考え方も、いずれもあり得る。国等からの訴え提起等の趣旨、地方自治の尊重の観点などを総合的に勘案して検討を行うことが必要である。

ウ 法定受託事務を対象とするか否かについて

法定受託事務については、現行制度においても履行確保手段として裁判手続を経た上での代執行が認められており（法245条の8）、また、これまで是正の指示に対して地方公共団体が応じないという問題は生じていないことから、これを対象とするかが問題となる。

この点については、次の理由から、法定受託事務もまた対象にすべきであると考ええる。

- ・ 法定受託事務においても、代執行によることができない非代替的作為義務が存在する。
- ・ 代執行を採り得る場合であっても、代執行に至る前に用いることのできる一般的な制度として新たな訴訟制度等を作ることが地方自治の精神に適合する。
- ・ 現在、法定受託事務について、国等と地方公共団体の間で具体的な係争が生じていないとしても、今後、生じる可能性は否定できず、様々な対処方法を用意しておくことが適当である。

(2) 国等から訴え提起等ができる時期について

国等からの訴え提起等の制度の創設に当たっては、いつ訴え提起等ができることとするのかが問題となる。

この点については、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（審査申出期間徒過）」とすることが適当であると考える。

- ・ 不服審査申出期間は、是正の要求等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を前提とした不服審査申出・出訴権という制度を設けた地方自治法の趣旨を尊重する観点から、この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としても、国民の生命、身体又は財産に重大な被害が生じている等、緊急を要することもあり得るため、このような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。

なお、第四次勧告においても、国等からの訴え提起等ができる時期については、「地方公共団体が不服審査申出期間に審査の申出を行わない場合」に限り、手続を開始できるとされていたところである。

(3) 「審査申出期間徒過」の要件を要求する場合に、地方公共団体は是正の要求等が違法であるとの主張を認めるか否かについて

「審査申出期間徒過」の要件を要求する場合に、地方公共団体は是正の要求等が違法であるとの主張をすることを認めるか否かが問題となる。

この点については、次の理由から、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べきであると考える。

- ・ 国等と地方公共団体の係争が、国等と地方公共団体の間に法の解釈・適用について齟齬があることに原因があることに鑑みると、国等と地方公共団体の双方のみならず、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、国等と地方公共団体に、当初の是正の要求等の違法性について主張立証を尽くさせることが重要である。
- ・ 仮に、裁判所の判決に執行力を持たせるのであれば、審査申出期間が徒過した場合でも、是正の要求等の違法性についても改めて裁判において主張できるようにすべきであるし、判決の強制手段が仮にない場合でも、裁判所の判決の事実上の権威に地方公共団体を従わせようということになるから、審査申出期間が徒過した場合であっても、是正の要求等の違法性について双方から主張立証を尽くさせた上で、裁判所が判断するとすべきである。
- ・ 地方公共団体には、是正の要求等に対し不服がある場合の審査申出が義務付けられているものではなく、新たな訴訟手続という別の手続においては、是正の要求等が適法であるかどうかを地方公共団体が改めて争うことを制限すべきではない。

(以上の点については、二二（一）イも参照。)

2 訴訟の形態について

(1) 違法確認型の訴訟について

ア 違法確認型の訴訟の可否について

違法確認型の訴訟の条文イメージ

「国等は、裁判所に対し、国等が要求し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。」

この点については、問題が生じる原因が国等と地方公共団体の間で法の解釈・適用の齟齬が生じていることにあることに鑑みると、是正の要求等に従わないことについて適法・違法の主張ができ、裁判所がこれを判断するという構造は明快である。また、違法を確認することで問題の解決には十分であり、このことにより、是正の要求等の適法性が既判力をもって確定されることから、紛争解決のためには確認判決が適切である。さらに、地方公共団体が是正の要求等に従っていないことを考えれば、確認判決が必要であるので、このような確認訴訟には即時確定の利益が認められ、確認の利益が肯定される。

イ 違法確認型の訴訟に係る論点について

是正の要求等の適法性については、審査申出期間の徒過により確定するものではない。一般的に、無効の瑕疵がある場合以外は、出訴期間（不服審査前置の場合は審査申出期間）の徒過により、行政処分の効果を否定する裁判上の手段はないこととなるが、当該処分の適法性が確定するわけではない。

違法確認型訴訟で是正の要求等の違法の抗弁を認めると、是正の要求等の早期確定の要請が損なわれるという問題が生ずるが、早期確定の要請は相手方たる地方公共団体が争えば満たされないことになるので、制度設計に際してそれほど強いものではなく、新たな訴訟制度に即した立法も可能である。また、新たな訴訟制度は、国等と地方公共団体の間の係争処理に特化したものであるため、取消訴訟制度一般に影響を及ぼすものではないと考えられる。

違法の抗弁を認めることは、行政処分たる是正の要求等の効果を否定することになるという見解もあり得るが、これに対しては、そのような例外（公定力の限界）を認めるかどうかは当該制度の合理性、一般の処分との関係における特殊性によって判断すべきもので、カテゴリーカルに否定されるものではない。新たな訴訟制度との関係について言えば、新たな訴訟制度は、そもそも処分の行政的執行を断念し、いわば司法的執行によることにしたものであるため（二三参照）、一般の行政行為の効力論をここに当てはめるのは適切ではない。

なお、違法確認型訴訟を制度化する際、違法の抗弁を認めるにつき特別の規定を

置く必要があるかどうかについては、法制技術的問題が別にあるので、今後検討する必要がある。

(2) 義務付け型・差止め型の訴訟について

ア 義務付け型の訴訟の可否について

義務付け型の訴訟の条文イメージ

「国等は、裁判所に対し、国等が要求し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。」（詳細は二四参照）

義務付け訴訟を創設するに当たっては、「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」という考え方と、「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」という考え方とがあり得る。

いずれの考え方に従ったとしても、判決の執行力を担保する仕組みを設けるか否かにかかわらず、違法確認型の訴訟と同様、司法の判決において係争の原因となっている適法・違法の判断がなされるものであり、訴えの利益が肯定され、法的意味があるといえる。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、法的意味がより明らかになる。

なお、現在の法定受託事務の代執行に係る裁判においては、裁判前に各大臣が行った指示と同じ内容を命ずる旨の裁判を各大臣が求める仕組みになっている（法245条の8）。

問題の解決という観点からは、違法確認型の訴訟でも十分であると考えられるが、仮に、義務付け型の訴訟において、判決の執行力を担保する仕組みを設ける場合には、それによって問題の解決が図られると考えられるし、そうした仕組みを設けない場合でも、裁判所が直截に命じることによって、問題の解決がより期待できるとも考えられる。

なお、民事訴訟においては、強制執行ができない義務でも義務の確認だけでなく給付訴訟が認められる場合があるが、これは裁判所が命じること自体に意味があり、任意の義務の履行がより促進されるということにもよるものと考えられる。

イ 差止め型の訴訟について

地方自治法における是正の要求及び是正の指示については、地方公共団体の具体的な事務処理に関し行うものであるため事前に行うことはできないが、個別法に規定された指示の中には、差止訴訟の利用が想定されるような事前の指示もあり得る。したがって、個別法における指示を国等からの訴え提起等の対象とする場合には（二1(1)イ参照）、差止訴訟の類型も検討事項となり得る。

(3) 違法確認型の訴訟、義務付け型・差止め型の訴訟のいずれを採用するかについて

以上のとおり、新たな訴訟制度の類型としては、違法確認型の訴訟と義務付け型・差止め型の訴訟がある。このうちいずれを採用するかについては、立法過程において法制技術的な観点から十分に検討し、結論を得る必要がある。この場合において、いずれか一方のみを制度化するほか、係争のあり方に応じて適切な形態を選択できる制度とすることもあり得る。

(4) 諸外国における国からの訴えについて

諸外国においては、適法性の確保や公務の執行の確保などが国（州を含む）の役割とされ、次のとおり、国が地方公共団体を相手方として訴えを提起できることとされており、実際に、国と地方公共団体の間の多くの紛争について裁判の場において解決が図られている。今回の検討においては、これら諸外国の制度も参考にすべきと考える。

- ・ フランスにおいては、1982年の「市町村、県及び州の権利と自由に関する法律」により、*tutelle*（後見監督制度、事前の合目的性コントロール）が廃止され、裁判所による事後の適法性コントロールが整備された。すなわち、法律で列挙された重要な行為について、*commune*（市町村）及び *département*（県）においては県の *préfet*（地方長官）への、*région*（州）においては州の *préfet*（地方長官）への送付を要する。地方長官は、送付された行為が違法であると認めるときは、当該行為を地方行政裁判所に付託する。地方行政裁判所は、付託に理由があると認めるときは、当該行為を取り消す。
- ・ アメリカにおいては一般的に、州法に義務付けられた事務の実施について、州の *Attorney General*（法務総裁）は、*writ of mandamus*（職務執行令状、裁判所が各種行政機関に対して発給する職務の執行を命じる令状）の発給を求める訴訟（職務執行命令訴訟）を提起することが可能である。また、*municipality*（市町村）の自治的な事務の実施について、州法務総裁は、地方政府の条例や職員の行為が連邦憲法や州憲法に違反していると認めるときは、州民を保護する目的等により、州民の代表として地方公共団体を相手方として訴訟を提起することが可能である（*parens patriae* 訴訟、父権訴訟）。
- ・ イギリスにおいては、個別法において *default powers*（義務履行確保権限）について定められているのが一般的である。そこでは、大臣が義務の履行を命じた後、地方公共団体が従わない場合には、裁判所に *mandatory order*（職務執行命令、*writ of mandamus* , *order of mandamus* を改名したもの）を求めることにより命令の履行確保を図る仕組みになっている。この *mandatory order* は *prerogative remedies*（大権的救済方法）の一つであり、現在では私人による行政訴訟手段となっているが、本来、上級機関が下級機関の統制のために用いた救済方法であったという歴史的経緯から、制定法がない場合でも行政機関が利用することは可能であ

ると考えられる。

- ・ ドイツにおいては、行政的監督の仕組みが発達しており、司法的関与は例外的なものであるが、私人の不服申立に対する Gemeinde（市町村）の決定・裁定等に対し、市町村を相手方として、州が取消しを求めて出訴する制度（Aufsichtsklage；監督訴訟）が存在する。

（以上につき、参考10（諸外国の制度比較（ドイツ・フランス・日本・アメリカ・イギリス）参照）

3 新たな訴訟の制度的位置付けについて

新たな訴訟制度は、違法確認型であれ、義務付け型・差止め型であれ、判決を得ることにより地方公共団体の義務の履行を促す司法的執行であると位置づけることが可能であると考えられる。

諸外国の例に照らすと、フランスであれば行政裁判所に対する訴訟、アメリカ及びイギリスであれば職務執行命令訴訟等、ドイツであれば監督訴訟により義務の執行が図られている。我が国においても、違法確認あるいは義務付け・差止めといった判決を司法において得ることによりその執行を図ろうとするものであるという説明である。

司法的執行において典型的な手段は刑事罰を科したり、判決に基づいて強制執行を行うことであるが、そのような執行力のない判決を得る訴訟であっても、広義の司法的執行であるとの説明は可能であるものと考えられる。

4 「訴え提起に向けた指示」について

新たな訴訟の制度化に当たっては、訴え提起の前提として、是正の要求等とは別に、その具体的内容を、行うべき期限を定めて指示する「訴え提起に向けた指示」が必要か否かが問題となる。

なお、この点は、主に義務付け型・差止め型の訴訟についての論点であり、問題の所在は次のとおりである。

- ・ 是正の要求、是正の指示とも、当該関与を受けた地方公共団体は、是正又は改善のための必要な措置を講じなければならない法的な義務が生じるとされている。このうち是正の要求では、是正又は改善のための具体的な内容は指示できず、かつ、具体的措置は地方公共団体の判断によるものとされている。また、是正の指示についても、個別・具体のケースによっては具体的措置の内容が示されない場合もあり得る。このため、訴訟物の特定という観点から、国等が改めて具体的内容を地方公共団体に指示する処分が必要かが問題となる。
- ・ 「訴え提起に向けた指示」は、訴訟手続の一環であるとしても、指示（法245条1号へ）に該当すると考えられ、地方自治法245条の3第6項に照らすと、自治事務に関してはできるだけ設けないことが望ましい。

この点については、次の理由から、改めて「訴え提起に向けた指示」を行うことは不要であり、是正の要求等により生じている「是正又は改善のため必要な措置を講ずべき

義務」を果たすべき旨を命ずる裁判を求めるという直截な請求でも、訴訟物の特定としては十分であると考えられる。

- ・ 判決に執行力を持たせないのであれば、訴訟物の特定は、訴訟の段階でだけ問題になるのであるから、当事者の攻撃防御を的確に集中でき、かつ、裁判所が適切な判断を下せる程度の特定でよいと考えられる。
- ・ 自治事務においても、当該事務について規定する法令によっては、地方公共団体の措置義務の内容が一義的である場合もあるし、そうでない場合であっても、措置を講ずべき義務の内容は、ある程度選択肢の特定が可能なものであると考えられる。
- ・ 民事訴訟では、例えば騒音差止訴訟において、裁判所は被告に具体的な措置を命ずるよりも、一定の音量以下にすべきことを命ずることとし、そのための具体的な措置については被告に委ねることが適当であり、ある程度抽象的な訴訟物の特定でも積極的に認めるべきであるとの見解も、学界では有力説となっている。

なお、是正の要求は、是正又は改善のための具体的な内容は指示できないとされているが、是正の要求により生じている措置義務の内容が一義的に特定できる場合には、訴訟段階に至ったことに鑑み、訴訟における請求の趣旨において、具体的に一義的な措置を示して請求を行うことができることも、地方公共団体の裁量を奪うものではなく、裁判の遂行に資するものでもあるから、可能であると考えられる。

さらに、是正の要求により生じている地方公共団体の措置義務に一定の裁量の幅が認められ、複数の選択肢が考えられる場合に、国等は、訴訟における請求の趣旨において、特定の選択肢を選択して義務付け等を求めることができるとし、裁判所が判決により特定の選択肢を講じることを命じるとすることも、地方公共団体が請求に係る選択肢以外の措置を講じて当初の是正の要求により生じている義務を履行する余地を認めるのであれば、是正の要求制度の趣旨に沿うものであり、可能であると考えられる。

5 訴え提起等に向けた加重要件について

新たな訴訟等の制度化に当たっては、違法性に加えて、公益要件を加重すべきかが問題となる。

この点については、次の理由から、「公益要件の加重は不要である」との考え方がある。

- ・ 地方公共団体からの訴え提起等の場合には特段の加重要件はない。国と地方は対等であり、第三者機関や司法手続へのアクセスも平等であるべきである。
- ・ 公益要件に該当するか否かで難しい議論が生じるおそれがある。この観点から、建築基準法における代執行については、公益要件を不要とし違法性のみを要件とする改正が行われている。
- ・ 国等による訴え提起等は例外的なものであり、おのずから国等の自制が働くと考えられるから、公益を害するかどうかは要件とはせず、違法性だけを要件とすればよい。
- ・ 是正の要求の要件は、「法令の規定に違反していると認めるとき」又は「著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるとき」とされており、法令違反

の場合と不適正処理の場合とで要件に差をつけ、後者にのみ公益要件を課している。このため、両者をともに訴え提起等の対象とした上でさらに「明らかに公益を害していると認めるとき」という要件を付け加えてしまうと、法令違反の場合と不適正処理の場合とで差をつけていることとの平仄が合わなくなってしまうおそれもある。

一方で、次の理由から、「公益要件の加重が適当である」との考え方もある。

- ・ 地方自治の尊重の観点からは、違法性だけでなく、公益を害するかどうかを要件とし、地方公共団体の判断を尊重すべきである。
- ・ 広く薄く住民の利益が阻害される、あるいは直接的に国の利益から看過しがたいなど、そうした状況に対して、新たな訴訟制度等による対応が必要になる。

また一方、「公益要件の加重は法律上求めるのではなく、運用上求める」という考え方もある。

国等からの訴え提起等について、公益要件を加重するか否かに関する以上のそれぞれの見解は、いずれも一定の合理性があり、いずれの制度設計もあり得ると考える。新たな訴訟制度等の趣旨、地方自治の尊重の観点などを、総合的に勘案して結論を導き出すことが必要である。

なお、諸外国においては、次のとおり、適法性の確保や公務の執行の確保を目的として国が地方公共団体を相手方として訴えを提起する場合には、違法性の要件のみで足り、別途、公益要件などは要求されない制度が大勢となっている。

- ・ フランスにおける地方公共団体の行為の取消訴訟については、違法性のみが要件であり、別途の要件を要しない。
- ・ アメリカにおける mandamus 訴訟（職務執行命令訴訟）については、法律上の義務を行っていないことが要件であり、州法務総裁が訴えを提起する場合、別途の要件を要しない。
- ・ イギリスにおける地方公共団体に対する義務付け等の訴訟については、法律上の義務を果たしていないことが要件であり、別途の要件を要しない。
- ・ ドイツにおける、私人の不服申立に対する市町村の決定・裁定等に対し、市町村を相手方として、州が取消しを求めて出訴する制度（監督訴訟）については、制度自体、二州にのみ存在する例外的な制度であるが、違法性のみを要件とする州と、公益上の必要性を付加する州がある。

6 判決の執行力を担保する仕組みについて

判決の執行力を担保する仕組みが必要か、また、どのような仕組みが考えられるかが問題となる。この論点は、主に義務付け型・差止め型の訴訟についての論点である。

この点については、次の理由から、「判決の執行力を担保する仕組みは設けないことが適当」とする考え方があ

- ・ 国等の行政庁からの命令と裁判所の命令とでは、その重みが違う可能性は十分にあ

り、国等の行政庁の命令に従わない場合でも、司法が判決により命ずる場合には、判決に執行力がなくても従うことが期待できる。

- ・ 行政事件訴訟法における義務付け訴訟・差止め訴訟をはじめ、行政主体を名宛人とする判決については特段の執行力が設けられておらず、判決が出れば当該行政主体は従うものであるという前提で制度設計がなされていることに鑑みれば、間接強制などを設けることについては、慎重に考えるべきである。
- ・ これまでの事例に鑑みると、行政主体は裁判所の判断を尊重することが期待でき、従わないのはレアケースとして制度設計を行うことも考えられる。
- ・ 地方公共団体が独自の地位・資格で行う活動について諸外国のように間接強制などのサンクションを科すことをこれまでしてこなかったという経緯を、地方自治の尊重の観点から重視すべきである。
- ・ 現行の地方公共団体からの訴えについても、特段の執行力の担保措置がないこととのバランスを考える必要がある。
- ・ 民事訴訟では、例えば確認訴訟の判決に執行力はなく、また、強制執行ができない義務については、義務付け判決が可能であるとされ、判決が出されること自体により履行が確保され、紛争が解決されることが予定されているものがある。

一方で、次の理由から、「判決の執行力を確保する仕組みを設けることが適当」とする考え方もある。

- ・ 仮に、裁判所の判決に地方公共団体が従わず、違法状態がそのまま続いているような事態が生じれば、我が国の司法に対し大きなダメージを与えかねない。
- ・ 違法性を認めてなお法律に従わない地方公共団体に対しては、裁判所が義務付け等の判決を行っても、判決の執行力を担保する措置がなければ従わないと考えられる。
- ・ 国等と地方公共団体との間の係争は、法の解釈・適用の問題というよりも、政治信条などの法の解釈・適用の問題以外のことで対立している場合もあり得ると考えられ、そうであれば、裁判所の判決に従うことになるかは、大いに疑問であり、裁判所の権威を貶めることにならないよう、判決が履行されるための担保措置が必要である。なお、諸外国における地方公共団体に対する判決の執行力を担保する仕組みについては、次のとおりであり、今回の検討のみならず、我が国の訴訟制度を考える上で、参考にすべきである。
- ・ ドイツにおいては、行政が判決・決定内容を履行しない場合、間接強制、すなわち履行期日を定めて、それまでに履行がなされないと強制金を課すことにより履行を確保する方法がある（1万ユーロが上限であり、反復して課すことも可能である。）。
- ・ フランスにおいては、行政法上の一般制度としての *astreinte*（1980年に導入された判決執行に対する罰金強制の制度）や、やはり一般制度としての *injonction*（作為命令・執行命令・指令・行為命令と訳される。行政裁判所が原告の請求に基づき義務付け判決を行い、これに罰金強制を課すことで判決の執行を確保するものである。）が存在し、行政が被告の場合にも適用される。
- ・ アメリカ及びイギリスにおいては、判決に従わない場合には、裁判所が法廷侮辱罪を認定し、罰金や収監を命じることができ、行政が被告の場合にも適用される。

判決には、その執行力の担保措置があつてしかるべきである。このことは、行政主体に対する判決であっても例外ではない。我が国の法制においては、一般的に、行政主体に対する判決の執行力の担保措置が存在しないが、この点については、諸外国の制度を参考にしつつ、解決されるべきと考える。

このように、新たな訴訟の判決についても、本来、執行力の担保措置があつてしかるべきであるが、日本法が一般的にこのような状況にある中で、新たな訴訟制度が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、困難であると考えられる。まずは、執行力のない訴訟制度を創設することとし、執行力については、地方公共団体が判決に従わないという事態が実際に生じた段階で、民事執行法における間接強制にならった制度を導入することを含めて、改めて検討することも考えられる。

7 国地方係争処理委員会等の審査・勧告について

地方公共団体からの訴え提起の場合と同様に、国地方係争処理委員会等の審査・勧告を求める手続を前置することとするかが問題となる。

この点については、第四次勧告の提案が、国等から国地方係争処理委員会に審査申出ができる制度になっており、行政の内部で論点を整理し、解決を目指す制度になっていたことを踏まえ、「国地方係争処理委員会等の審査・勧告を求める手続を前置することとすべきである」という考え方がある。

また一方、「前置を義務付けることとはしないとしても、選択制とする」という考え方もある。

以上の見解は、それぞれ一定の合理性があるが、次の理由により、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。

- ・ 地方公共団体からの訴え提起にあたっては、審査申出が前置とされているが、その趣旨は、行政内部における簡易・迅速な解決を期待したためであるとされている。これに対し、国等からの訴え提起については、地方公共団体が審査申出できるのにこれを行っていない場合になされるとするのであれば（二1(2)参照）国地方係争処理委員会等の審査結果に地方公共団体が納得する可能性は極めて低いと考えられる。
- ・ 国地方係争処理委員会等は簡易・迅速な地方公共団体の救済機関として位置づけられているという側面があるが、国等から地方公共団体の事務処理が違法であるとして審査申出を行うことを認めることは、その位置づけを大幅に変更することとなる。
- ・ 地方公共団体が審査申出を行う場合には、国地方係争処理委員会等においては是正の要求等の国等の関与について当・不当の審査ができるため、メリットがあると考えられるが、国等からの訴え提起等を行う場合には、地方公共団体の事務処理の違法性が争点になるので、そうしたメリットは見出し難い。
- ・ 国等からの訴え提起等の対象となる事案の専門性については、その判断対象はあくまで適法・違法の問題であり、裁判所における的確な判断をなし得ると考えられる。

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

8 「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

「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が問題となる。

まず、緊急の必要がある場合に、国が市町村に対し是正の要求等を行う場合（法 245 条の 5 第 4 項、245 条の 7 第 4 項）には、訴え提起等は、国が行うことで異論はないと考えられる。

次に、都道府県が市町村に対し是正の要求等を行っている場合について、その後の訴え提起等を国・都道府県いずれが行うべきかが論点となる。

この点については、そもそも、新たな訴訟制度等は、是正の要求等の実効性を確保するためのものであるから、新たな訴訟制度等の主体は、是正の要求等の主体と同一とすることが基本となる。このように考えると、都道府県が主体となることが原則になる。

一方で、次の理由から、「訴え提起等は、国が主体となることを原則にすべき」という考え方がある。

- ・ 是正の要求等と、新たな訴訟制度等とは、あくまで別の制度であるから、必ずしもその主体を同一と考える必要はない。
- ・ 新たな訴訟制度等は、「是正の要求等が行われ、地方公共団体がこれに従わず、審査申出も行わない」といった、極めて例外的な場合であり、かつ、「訴え提起等が求められる程度に、適法性の確保や公務執行の確保の必要性が高い場合」になされるものであるから、国が責任を持って、訴え提起等の主体となることが適当である。
- ・ 訴訟遂行において、国が逐一都道府県に対して指示するのは煩雑である。

以上のように、都道府県を原則とすべきという考え方と、国を原則とすべきという考え方があり、いずれも一定の合理性があるが、次の理由により、緊急の必要がある場合に国が直接訴え提起等ができるとした上で、都道府県が訴え提起等の主体となることを原則とすることが適当であると考えられる。

- ・ 現行の地方自治法においては、法適合性の確保について、国のみならず都道府県も一定の役割を担っており、今回の制度を考える場合にも、同様にすることが適当である。
- ・ 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。

都道府県が訴え提起等の主体となることを原則とすれば、制度の内容は概ね次のとおりとすることが考えられる。

- ・ 都道府県による是正の要求がなされた場合については、原則として、国の指示を受けて都道府県が訴え提起等を行うこととし、都道府県は、自らの判断により訴え提起等を行うことはできない。例外的に、緊急の必要がある場合には、国が直接、市町村に対し訴え提起等を行うことができる。

- ・ 都道府県による是正の指示のうち、第1号法定受託事務に係るものとなされた場合については、原則として、国の指示を受けて都道府県が訴え提起等をするか、都道府県が自らの判断により訴え提起等をする。例外的に、緊急の必要がある場合には、国が直接、市町村に対し訴え提起等を行うことができる。
- ・ 是正の指示のうち、第2号法定受託事務に係るものとなされた場合については、都道府県が自らの判断により訴え提起等をする。

なお、都道府県が訴え提起等の主体となることを原則とするという考え方を採ったとしても、当初の是正の要求等の主体ではない国が、当該是正の要求等により要求し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などを求めて訴え提起等をする場合が生じうる。この点については、国は、当初の是正の要求等の主体ではないので、特別な法律の手当が必要かどうか、なお法制技術的な検討を要する。

仮に、国が直接、市町村に対し訴え提起等ができるとする場合には、制度間の整合性を図る観点から、法定受託事務に係る代執行等の手続（職務執行命令訴訟を含む、法245条の8）についても、国が市町村に対し直接発動できるよう見直すという考え方もあり得る。

9 新たな訴訟制度と法定受託事務に係る代執行等の手続との関係について

現在、法定受託事務に係る代執行等の手続（法245条の8）は、次のとおり、地方自治法における他の関与や係争処理手続とは独立・完結した手続となっている。

- ・ 改善命令から代執行までの手続が、独自の要件とともに地方自治法245条の8に全て規定されている。
- ・ その一環としての指示に係る不服について、地方公共団体は不服審査申出・訴え提起ができないこととされ、係争処理手続から除外されている。

このため、是正の要求等に係る新たな訴訟制度を設ける場合でも、代執行等の手続は、基本的には存置されるものと考えられるが、この場合において、新たな訴訟制度と代執行等の手続の関係について問題となる。

なお、当該論点は、義務付け型・差止め型の訴訟を設ける場合により問題となるものであるが、(1)については違法確認型の訴訟を設ける場合でも同様の検討が必要である。

(1) 法定受託事務に係る代執行等の手続の最終手段性について

現行制度においては、代執行等の手続は、他の方法によって是正を図ることが困難な場合に活用できるとされている。新たな訴訟制度を設ける場合でも、引き続き、代執行等の手続を最終的な是正手段と位置づけるのが問題となる。

この点については、本報告では義務付け等の判決に特段の執行力を設けないこととしているため（二六参照）、引き続き、代執行等の手続を最終的な是正手段とすべきである。

(2) 新たな訴訟の義務付け等の判決と法定受託事務に係る代執行等の手続について

現行制度では、是正の要求等の制度と代執行等の手続は独立している。仮に、国等が、是正の指示を行ったが、指示された事項を地方公共団体が行わず、改めて代執行を企図した場合には、代執行等の手続の最初の手続である改善命令（法245条の8第1項）から、改めて行う必要がある。

新たな訴訟制度を設ける場合、地方公共団体は、一般的に判決に従うものと考えられるが、制度上、論理的には、国等が、是正の指示を行い、かつ、義務付け等の判決まで得たが、地方公共団体が従わず、改めて代執行を企図する場合は生じる可能性は否定できない。

この場合、まず、現行制度の延長として、「代執行等の手続の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、新たな訴訟制度において義務付け等の判決を得た場合には、当該判決に基づき代執行が可能」とする制度にする考え方もあり得る。いずれの制度設計にするか、検討が必要である。

三 国等からの訴え提起等以外の方策について

地方公共団体に対して国等が是正の要求等を行った場合においても、そのような状況は、地方公共団体において自律的に解決されることが理想である。そのためには、地方議会や監査委員などのチェック機能や、住民の監視機能が重要であり、地方分権が進展する中、それらの機能強化がますます求められる。

なお、公益を実現するための方法としては、地方公共団体が事務を行わない場合に国が自らの権限として当該事務を行ういわゆる並行権限を個別法に設けることも、対策として考えられる。しかしながら、並行権限はそもそも、地方自治の尊重の観点から限定的に認められるものとされている。このため、法適合性の原則の確保の観点から本報告で提言したような新たな訴訟制度等が実現した場合には、並行権限の必要性について、個別に、再検証を行うことが必要であると考えられる。