

地方公共団体の訴訟

—行政上の義務の司法的執行を中心として—パート（1）

土 居 正 典

[目次]

- I はじめにかえて（問題の所在）
- II 行政上の義務の司法的執行と地方公共団体の訴訟
 - 1. 地方公共団体の争訟
 - (1) 民事訴訟
 - (2) 行政訴訟
 - (3) その他（裁定的関与等）
 - 2. 行政上の義務履行方法と行政上の義務の司法的執行
 - (1) 行政上の義務履行方法
 - (2) 行政上の義務の司法的執行
 - (3) 行政訴訟（以上、本号法学論集52巻2号）パート（1）
- III 行政上の義務の司法的執行に関する裁判例に対する諸学説の検討
(以下、次巻次号)
 - (1) 行政上の義務の司法的執行に関する諸判例の検討
 - (2) 諸判例に対する諸学説の検討
- IV おわりにかえて（結語）—パート（2）完

I はじめにかえて（問題の所在）

本稿では、地方公共団体が国、他の地方公共団体、さらに私人を被告名宛人として訴訟提起する場合の諸問題について、まず、検討する。この検討作業においては、地方公共団体がそもそも司法裁判所に訴訟提起することが可能なかが問題となる。地方公共団体が訴訟を提起できる場合とは、裁判所法3条（裁判所の権限）1項所定の「法律上の争訟」の要件を具備しなければならない。したがって、地方公共団体が訴訟提起する場合、訴訟類型（訴訟形式）の選択問題—民事訴訟・行政訴訟のいずれの訴訟類型を選択するのか？—をまず解決しなければならない。この問題については、従来より諸学説が主張されている

が、民事訴訟による場合、公法・私法の二元論、国庫理論という旧来の古い考えに依拠する立場からは、地方公共団体が民事訴訟による訴訟提起（例えば、妨害排除請求とか差止請求等）した場合は、それは裁判所法3条1項所定の『法律上の争訟』ではないとして、訴えを不適法として斥ける裁判例をみてきた（たとえば、宝塚市パチンコ店等規制条例事件、逗子市池子米軍住宅合意書訴訟等）⁽¹⁾。また、地方公共団体が行政訴訟による訴訟提起をした場合も、その訴えは消極的に捉えられる傾向にあった。その理由として、行政訴訟は主観（的）訴訟－抗告訴訟・当事者訴訟－を中心として、客観（的）訴訟－機関訴訟・民衆訴訟－は例外的に、法律の定めのある特別の場合に限られるという理解があったことに起因していた⁽²⁾。したがって、地方公共団体が抗告訴訟を提起した場合、訴訟要件の1つである原告適格（行訴法9条1項所定の「法律上の利益」の有無）を欠いていると判断されたり－日田市まちづくり権侵害訴訟（大分地判平成15.1.28 判タ1139-83、地方公共団体の原告適格を否定し、却下している。）－、あるいは、地方公共団体が当事者訴訟の実質的当事者訴訟の確認の訴えを提起した場合も、特別区と東京都の間の訴訟は「法律上の争訟」に該当しないとして、却下される傾向が窺知できた－杉並区住基ネット訴訟（東京地判平成18.3.24 判時1938-37）－。さらに、客観（的）訴訟の民衆訴訟及び機関訴訟についても、地方公共団体が訴訟提起する場合、困難な状況にある。それは、これらの訴訟類型の要件が限定的であるからである。つまり、行訴法5条（民衆訴訟）では、『民衆訴訟』とは、・・・選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するものをいう。」と規定し、選挙関係訴訟（公職選挙法203.204.207.208条、以下、公選法という。）や住民訴訟（地方自治法242条の2、以下、自治法という。）に限定し、行訴法6条（機関訴訟）では、「・・・『機関訴訟』とは、国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟をいう。」と規定し、改正前の自治法にあった職務執行命令訴訟の制度（改正前の自治法146条、現行法は同規定は削除されている。）、再議制度の1つである地方公共団体の議会又は長が裁判所に出訴する場合（自治法176条7項）や法定受託事務の代執行訴訟（自治法245条の8第3項以下）、及び普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与に関する訴え（自治法251条の5～252条）等に制限されているからであ

る⁽³⁾。

以上、概観したように、地方公共団体が訴訟を提起する場合、諸々の課題を窺知したが、地方公共団体が地方自治を営む上で、地域環境を破壊する様々な事件が引き起こされ、それに対して、地方公共団体があらゆる手段を講じて対処している。そのような中で、1つの事件が本稿の論究の契機となった。その事件とは、宝塚市パチンコ店等規制条例事件（最3小判平成4.7.9 民集56-6-1134、判時1798-78）である⁽⁴⁾。同宝塚市判決の詳細な検討は後述するが、論述の都合上、そのあらましのみをここで言及しておく。同事件（建築工事続行禁止請求事件）は、被告Y（被控訴人・被上告人）が宝塚市内でパチンコ店を営むことを計画し、平成4年11月に本件条例（昭和58年制定の「宝塚市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例」（以下、本件条例という。））に基づき、市長に建築同意を申請したが、市長は建築予定地が都市計画法上の準工業地域であることから、同意を拒否した。Yは同意を得られないまま、平成6年3月、パチンコ店の建築工事に着手した。そこで、市長はYに対して、本件条例8条に基づき、建築中止命令を発した。しかし、建築中止命令にもかかわらず、Yが建築工事を続行しようとしたので、原告宝塚市X（控訴人・上告人）は、Yを被告名宛人として、建築工事の続行禁止を求める民事訴訟を提起したものである。これに対して、最高裁判所は、以下のように判示して、本件訴えを破棄自判・訴え却下した。同判旨は、「・・・国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものということとはできないから、法律の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。そして、行政代執行法は、行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、同法の定めるところによるものと規定して（1条）、同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で、その具体的な方法としては、同法2条による代執行のみを認めている。また、行政事件訴訟法その他の法律にも、一般に国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することを認める特別の規定は存在しない。したがって、

国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法3条1項という法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから不適法というべきである。」旨判示して、訴えを却下した。同判旨の要点を約言すれば、つぎのようにまとめられる。すなわち、『国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法3条1項という法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから不適法というべきである』という点に集約できる。この点について、曾和俊文教授は同判旨につき、「本判決は、国や地方公共団体の提起する訴訟について、原告たる地位を『行政権の主体』と『財産権の主体』とに区別して、前者について『法律上の争訟』性を否定するものである（省略）。このような『法律上の争訟』観は、伝統的な『公法・私法二元論』と『国庫理論』に忠実な理屈であるといえる（高木光・平成14年度重判解（ジュリ1246号）45頁（2003年））が、公法・私法二元論の制度的基礎がなくなり、司法国家となったわが国においてなお維持すべき理論であるのかどうかまさに問われているといえよう（曾和「行政上の義務の司法的執行」同『行政法執行システムの法理論』[2011年] 157頁所収）。・・・中略・・・本判決は、行政上の義務履行を求める訴訟を『法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするもの』ということはできない』として法律上の争訟性を否定していた。この点に関連して、最判平成21.7.10（判時2058-本書53-42・・・土居注、福岡町公害防止協定事件で、訴えの適法性を認めている。）が注目される。」旨、判評なされている⁽⁵⁾。

以上、宝塚市上告審判決で示されたごとく、地方公共団体が私人を被告として、民事訴訟を提起して、行政上の義務の履行(司法的執行)を求めることは、「法律上の争訟」性に欠ける旨判示された。この最高裁判決に対しては、諸学説（曾和・阿部・村上裕・高木・中川教授等）のほとんどが批判を加えているが、その主たる批判点は、裁判所法3条1項所定の「法律上の争訟」性を限定解釈する点にある。そして、地方公共団体が行政上の義務の司法的執行を求めたことを否定した点にある。以下、本稿の論述においては、これらの点に留意しながら、検討を加えていく。

以下、第Ⅱ章 行政上の義務の司法的執行と地方公共団体の訴訟では、

第1節・地方公共団体の争訟（民事訴訟・行政訴訟・その他）、第2節・行政上の義務履行方法と行政上の義務の司法的執行（行政上の義務履行方法・行政上の義務の司法的執行・行政訴訟）という内容で検討していく。

注(1) 宝塚市判決（最3小判平成14.7.9 民集56-6-1134）上告却下、逗子市池子米軍住宅合意書訴訟（東京高判平成19.2.15 訟月53-8-2385）控訴棄却（確定、市側の敗訴）等。

注(2) 行政事件訴訟については、行政事件訴訟法（以下、行訴法という。）2条は、抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟及び機関訴訟の4種類を列挙している。この点についての主な関連文献を挙げれば、つぎのものがある。たとえば、雄川一郎『行政争訟法』法律学全集9巻（有斐閣、昭和32年）10頁以下、田中二郎『新版行政法上巻全訂第二版』（弘文堂、昭和49年）289頁以下、特に295頁以下、塩野宏『行政法Ⅱ〔第五版補訂版〕行政救済法』（有斐閣、2013年）80頁以下、特に81頁以下、小早川光郎『行政法講義下Ⅱ』（弘文堂、平成17年）128頁以下、特に129頁以下、宇賀克也『行政法概説Ⅱ行政救済法【第5版】』（有斐閣、2015年）118頁以下、特に119頁以下、126頁以下等である。

その中で、宇賀教授は、この点について、「民事訴訟においては、給付訴訟、確認訴訟、形成訴訟の3分類が一般的に行われている。行政訴訟もこれらの類型に分類することは可能であるが、行政事件訴訟は、これとは異なる観点から、行政事件訴訟を抗告訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟、機関訴訟の4類型に分けている（2条）。これらを形式的意義の行政事件訴訟ということがある。このうち、抗告訴訟、当事者訴訟は主観訴訟であり、民衆訴訟、機関訴訟は客観訴訟である。客観訴訟は『法律上の争訟』には該当せず、法律に特別の定めがあるときのみ提起することができるので（42条）、主観訴訟のみを実質的意義の行政事件訴訟ということがある。」（同・行政法概説Ⅱ118頁～119頁）と説示なされているが、このような説明が行政法学の代表的な見解と言えよう。

注(3) 民衆訴訟及び機関訴訟についての主要な参考文献として、広岡隆「機関訴訟・民衆訴訟」田中二郎＝原龍之助＝柳瀬良幹編『行政法講座第三巻行政救済』（有斐閣、昭和40年）184頁以下所収、東條武治「客観訴訟」雄川一郎＝塩野

宏＝園部逸夫『現代行政法大系第5巻行政争訟Ⅱ』（有斐閣、昭和59年）107頁以下所収、山岸敬子「民衆訴訟」南博方＝高橋滋編『条解行政事件訴訟法第3版』137頁以下所収、山本隆司「機関訴訟」南＝高橋編・前掲コンメンタール182頁以下所収（機関訴訟）、692頁以下所収（民衆訴訟及び機関訴訟の訴えの提起）、雄川一郎「機関訴訟の法理」法協91巻8号1169頁以下（1974年）等が挙げられる。その中で、山本隆司教授は、「学説にも、機関訴訟の許否に関しては、最高裁判例と大筋で一致する見解がある。出訴する国や公共団体（の機関）が『公行政一般の利益とは異なるそれ自身の固有の利益』を有する場合を除き、国や公共団体（の機関）相互間の訴訟は法律上の争訟に当たらないとする見解や（雄川一郎「機関訴訟の法理」「地方公共団体の行政争訟」雄川・理論458頁以下所収、425頁以下所収）、行政主体が『一般私人もまた立ち得る立場』に置かれる場合を除き、行政主体に出訴権を認めることに消極的な見解（藤田宙靖「行政主体相互間の法関係について－覚え書き」成田古稀83頁以下、藤田宙靖・行政組織法〔新版〕（良書普及会・平13）48頁以下）である（小早川光郎「司法型の政府間調整」松下圭一＝西尾勝＝新藤宗幸編・自治体の構想（2）制度（岩波書店、平成14年）65頁以下は、『戦後司法制度改革により・・・行政主体としての自治体の自治権を主張する訴訟という、一般私人の権利利益主張の訴訟とは基本的に性格を異にするものを、裁判所の本来的な任務＝権限の一部として新たに組み込むことが積極的に意図されていたと解すべき根拠はない』との理由から、自治権を主張する訴訟は法律上の争訟でないとする。ただし、憲法上の自治権が侵害される場合については、結論を留保する。藤山・争訟106頁〔深見〕は、独立行政法人が主務大臣の『監督措置の適法性を争い出訴する権能を否定する。』旨、説示されている（山本・前掲コンメンタール696頁所収）。

注(4) 同事件の第一審判決（神戸地判平成9.4.28 判時1613-369）、第二審判決（大阪高判平成10.6.2 判時1668-37）は共に棄却され（原告宝塚市の敗訴）、本件上告審は却下された。本事件に関する参考文献として、次の文献が挙げられる。

判例評釈としては、太田照美「条例上の義務と民事手続による執行」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ〔第6版〕』232頁以下、曾和俊文「パチンコ店

等建築規制条例と民事訴訟」磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第4版]』82頁以下、人見剛「宝塚市条例事件—条例上の義務の民事執行の可否」淡路剛久ほか編『環境法判例百選 [第2版]』230頁以下等が挙げられ、本事件に関する参考文献としては多数のものがあるが、そのうち、主なものとして、中川丈久「行政上の義務の強制執行は、お嫌いですか？」ジュリスト [2012年/秋号] 56頁以下、太田匡彦「民事手続による執行」高木光＝宇賀克也『行政法の争点』96頁以下（ジュリスト増刊、2014年）、人見剛「宝塚市パチンコ店等規制条例事件最高裁判決」自治総研331号（2006年）43頁、51～54頁、村上武則「宝塚市パチンコ店規制条例事件と法治主義」高田先生古稀記念『法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、2006年）82頁以下所収、曾和俊文「行政上の義務の司法的執行」同『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2011年）157～172頁所収等が挙げられる。

注(5) 曾和俊文「パチンコ店等建築規制条例と民事訴訟」磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第4版]』（有斐閣、2013）83頁。曾和教授と同様な本件判旨に対する評価として、前掲注(4)に掲げた者のほか、阿部泰隆「行政上の義務の民事執行と法律上の争訟」同『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）81頁以下所収、同「行政上の義務の民事執行—宝塚市パチンコ店等条例事件 最高裁2002年7月9日判決批判」同『行政訴訟要件論—包括的・実効的行政救済のための解釈論—』（弘文堂、平成15年）143頁以下所収、同『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣、2008年）596頁以下、村上裕章「行政上の義務の履行と民事訴訟」同『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）69頁以下所収等が挙げられる。

Ⅱ 行政上の義務の司法的執行と地方公共団体の訴訟

第Ⅱ章では、地方公共団体が訴訟を提起する場合の諸問題を整理したのち、地方公共団体が私人等に課した義務の履行を求める場合の問題点を整理していく。そこでまず、第1節・地方公共団体の争訟について言及していく。

1. 地方公共団体の争訟

訴訟について論じる場合、通常、民事訴訟、行政訴訟、そして、刑事訴訟が

考えられるが、私人が訴訟当事者である場合は、訴訟提起に際しては、民事訴訟がまず考えられる。そして、被告名宛人が行政主体（その行政機関も含む。）である場合は、通常、行訴法に基づく行政訴訟が想起される—また、行政不服審査法（以下、行審法という。）に基づく不服申立ても考えられる—。他方、行政主体（その機関も含む）が訴訟を提起する場合は、民事訴訟、行政訴訟がまず、考えられるが、これは私人が訴訟提起する場合と較べると極めて限られてくる。そのことは前述の宝塚市上告審判決等（「法律上の争訟」性の否定等）で窺知済みである。

そこで、ここでは、地方公共団体が私人、他の地方公共団体、或いは、国を被告名宛人として訴訟（訴訟以外の裁定的関与等も含む）を提起する場合の問題点に絞って以下、論究していく。

（１）民事訴訟

地方公共団体が私人等を被告として訴訟を提起した場合の問題点としては、当該訴えが裁判所法 3 条 1 項所定の「法律上の争訟」性を具備しているか否かの点に集約できる。つまり、前記宝塚市パチンコ店等規制条例事件上告審判決（最 3 小判平成 14. 7. 9 民集 56- 6- 1134）に代表されるように、原告たる地位を「行政権の主体」と「財産権の主体」とに区分して、前者について「法律上の争訟」性を否定した訳である。この点に学説から多くの批判があった訳であり、地方公共団体が民事訴訟を提起することの困難性を示したと言える。この最高裁判決についての主な批判論者の見解として、前記曾和俊文教授以外にも、例えば、阿部泰隆教授は、「ここでは、『財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求める』訴訟と、『専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟』とが区別されている。後者は、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争には当たらないとされた。しかし、この判決には大きな疑問がある。第一に、『法律上の争訟』の概念は、アメリカ法の『cases and controversies』（“事件・争訟”）に相当すると思われるが、アメリカでは行政上の義務の民事執行が認められている（中川丈久『行政訴訟に関する外国法制調査—アメリカ（上）ジュリ 1240 号 100 頁』）。また、『法律上の争訟』の概念を、財産権に関する紛争とするのは民事訴訟的な発想で、なぜそのように限定しなければならないのだろうか。行政機関は、

民法とは異なって、権利を有していなくても、法律に基づく権限を行使するのである。行政法においてはこうした法治行政の特色に照らして、『法律上の争訟』の意義を考察しなければならないのである。行政主体間の紛争であれ、行政の権力行使であれ、具体的な法律問題として処理できれば、それは法律上の紛争として理解すべきではないか（省略）」と判批なされているし⁽⁶⁾、また、村上裕章教授は、「以上要するに、本判決の論旨は必ずしも明瞭ではなく、また、想定されるいずれの論拠にも疑問が残る。さらに、これらは民事執行をめぐる議論の中でこれまで全く主張されていなかったこと、そもそも本件においてこの問題に触れる必要があったか検討の余地もあることからすれば、議論が煮詰まっていない現段階でなぜあえてこの困難な問題に結論を出したのか、理解に苦しむところである（33）[注（33）阿部「行政上の義務の民事執行は法律上の争訟ではない」法教267号（2002年）40頁も『もう少し慎重さが望まれる』とする。]」と本判旨を批判なされている⁽⁷⁾。さらに、地方公共団体が提起した民事訴訟で、宝塚市判決と同様に「法律上の争訟」性を否定した裁判例として、逗子市池子米軍住宅合意書訴訟事件（東京高判平成19.2.15 訟月53-8-2385）が挙げられる。同事件は、被告国に対して、横浜市域に所在する土地において、米軍家族住宅を建設してはならない義務および「緑地の現況」を変更してはならない義務があることの確認を求める民事訴訟を提起したが、行政主体相互間の合意に基づく義務の履行確保を求めた本件訴えは、「法律上の争訟」に当たらないとして、斥けられたものである⁽⁸⁾。

これらの判決に対して、注目すべき最高裁判決がある。それは福岡県福岡町（市町村合併後、福津市）産業廃棄物最終処分場使用差止請求事件（最判平成21.7.10 判時2058-53）であるが、同判決は宝塚市判決等とは異なり、本件訴えの「法律上の争訟」性を認め、いわゆる公害防止協定の法的拘束力を肯定して、産廃業者である被告の上告を破棄差戻した点である⁽⁹⁾。この点についての詳しい言及は後述する。

（2）行政訴訟

地方公共団体が原告として一場合によっては、被告として一国や私人を被告名宛人として訴訟を提起する場合、抗告訴訟、当事者訴訟、あるいは機関訴訟によって争っていく裁判例を窺知してきたが、そのほか、国家賠償請求（以下、

国賠請求という。)で訴訟を迫行してしていく場合もあった。その代表的裁判例の要点のみ以下、吟味してみる。

まず、抗告訴訟の例として(取消訴訟・無効確認訴訟等)、日田市まちづくり権侵害訴訟、大阪府国民健康保険審査決定取消請求事件、さらに、沖縄県那覇防衛施設情報公開決定取消請求事件等が挙げられる⁽¹⁰⁾。大分県日田市の事件では、原告日田市が被告国(通商産業大臣、現経済産業大臣)の第三者(別府市)許認可に対する「まちづくり権」侵害を主張して取消請求・無効確認請求を求めた事件(日田サテライト事件)で、請求は却下されている(原告適格否定)⁽¹¹⁾。他方、大阪府国民健康保険審査決定取消請求事件では、訴外Aは原告である大阪市Xに対して被保険者証の交付申請を行ったが、被保険者資格がないとして、Xが交付請求に応じられない旨通知したため、訴外Aがこの処分を不服として、被告である大阪府国民健康保険審査会Yに審査請求を行い、同請求を認容する裁決が下されたため、これに対して、XがYを被告名宛人として同裁決の取消しを求めたものである。

これに対して、最高裁の判旨結論部分は、「審査会と保険者とは、一般的な上級行政庁とその指揮監督に服する下級行政庁の場合と同様の関係に立ち、右処分の適否については審査会の裁決に優越的効力が認められ、保険者はこれによって拘束されるべきことが制度上予定されているものとみるべきであって、その裁決により保険者の事業主体としての権利義務に影響が及ぶことを理由として保険者が右裁決を争うことは、法の認めていないところであるといわざるをえない。・・・」として、原判決(裁決取消し)を破棄し、第一審判決を取り消して、Xの訴えを却下している⁽¹²⁾。さらに、沖縄県那覇防衛施設情報公開決定事件では、原告である国Xの機関である那覇防衛施設局長が建築基準法(以下、建基法という。)に基づき、海上自衛隊第5司令部庁舎(以下、本件建物という。)の建築工事に関する計画を那覇市建築主事に通知し、同主事より当該計画が建基法に適合している旨の通知を受けた。これに対して、那覇市情報公開条例に基づいて訴外A. Bが本件建物の地下に設置される予定になっている「対潜水艦戦作戦センター(ASWOC)に関する建物の設計図及び建築申請に関する資料」の公開を請求したところ、被告那覇市長Yが、一旦はいずれも非公開とする決定をしたため、訴外A. Bの異議申立てを受けて、一部の文

書を公開する旨の決定（以下、本件各文書という。）を行ったので、Xがその取り消しを求めて出訴した事件である。最高裁の判旨結論部分は、「Xは、本件文書の公開によって国有財産である本件建物の内部構造等が明らかになると、警備上の支障が生じるほか、外部からの攻撃に対応する機能の減殺により本件建物の安全性が低減するなど、本件建物の所有者として有する固有の利益が侵害されることをも理由として、本件各処分を取り消しを求めていると理解することができる。そうすると、本件訴えは、法律上の争訟にあたるというべきである」としたが、本件条例（※・土居注、の規定中）・・・Xの主張に係る利益を個別的利益として保護する趣旨を含むことをうかがわせる規定も見当たらないとして、Xの本件各処分を取り消しを求める原告適格を有するということはいくつかできないとして、本請求を棄却した⁽¹³⁾。

つぎに、当事者訴訟の裁判例としては、杉並区住基ネット訴訟（東京地判平成18.3.24 判時1938-37）と摂津訴訟（東京高判昭和55.7.28 判時972-3）がある。前者の杉並区住基ネット訴訟（住基ネット受信義務確認等請求事件）は、平成11年の住民基本台帳法（以下、住基法という。）の改正により創設された住基ネットワークシステム（以下、住基ネットという。）については、個人情報流出等が危惧され、平成14年8月5日の第一次稼働では、原告杉並区X等は参加を見送っていたが、Xは、平成15年6月4日に、横浜方式による参加を申し入れたが、被告東京都Y1はこれを拒否し、Xの平成16年1月14日の要望に対しても、Y1および被告国Y2は、住基ネットへの全面参加を要求した。さらに、都知事ないし総務大臣からの、自治法245条の5による是正の要求などの「関与」がなされなかったため、Xは同法に定める手続である自治紛争処理委員ないし国地方係争処理委員会による審査（自治法251条の3、250条の13）や「関与に関する訴え」（自治法251条の6＝平成24年改正前252条、251条の5）により争うことはできなかったため、XはY1を被告名宛人として、本人確認情報のY1への通知を受諾した区民（以下、「通知希望者」という。）の本人確認情報の通知を受信する義務があることの確認を求める訴え（以下、「確認の訴え」という。）と、Y1およびY2を被告とした、国家賠償法（以下、国賠法という。）に基づく損害賠償請求を併合提起したのが本件である。この訴えに対して、東京地裁は「確認の訴え」は却下し、「国賠請求」については

棄却した⁽¹⁴⁾。東京地裁の判旨結論部分は、「本件確認の訴えは、市町村が、都道府県知事の行為が帰属する都道府県に対して、住基法に基づく市町村長の本人確認情報の送信に対応する都道府県知事の受信義務の確認を求めているものといえることができ、その実質において、市町村長及び都道府県知事の住基法に基づくそれぞれの権限の存否又は行使をめぐる訴訟である」。そして、「本件確認の訴えは、裁判所法3条1項にいう『法律上の争訟』に当たらないのである。むしろ、本件確認の訴えは、前示のとおり、その実質を見ると、地方公共団体の機関相互間の権限の存否又は行使に関する訴訟であって、行政事件訴訟法6条にいう機関訴訟であるというべきである。」と判示して「確認の訴え」を却下している。

つぎに、後者の摂津訴訟（保育所設置費国庫負担金請求控訴事件）は、当時の児童福祉法52条・51条2号、同法施行令15条1号・16条1号は、保育所の整備に要する費用について、各年度において市町村が支弁した費用の額から寄付金等の収入額を控除した精算額の2分の1を国庫が負担すべきものと規定していた。原告摂津市Xは4保育所を設置し、合計9272万9990円を支出した。被告国Yは、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（以下、適正化法という。）に基づき、2保育所につき合計250万円とする交付決定を行ったので、Xは支出した金額の2分の1に相当する金額を国庫負担金として、適正化法所定の交付決定を経由せずにYに対して残額である4386万4995円の支払いを求めたものである。東京高裁の判旨結論部分のみ引用すれば、判旨は、適正化法に手続法的な面があるとしても、同法は具体的な補助金等の額の確定を第一次的に行政庁の決定にかからしめている。交付決定は形式的、処分的性格を有する。行政処分である交付決定により負担金請求権は発生するのであるから、行政処分に対する抗告訴訟によることなく、裁判所において直接その支払いを訴求することは、司法裁判所の役割、権限に鑑み、許されない、と判示して控訴を棄却している（確定）⁽¹⁵⁾。

最後に、国賠請求の事例として、大牟田市電気ガス税訴訟（福岡地判昭和55.6.5判時966-3）が挙げられる。同訴訟とは、原告大牟田市Xは、従前においては市税条例により電気ガス税賦課徴収していたが、その後、当時の地方税法489条1項・2項が特定製品の製造に直接使用する電気の消費につき電気ガ

ス税の非課税措置を定めていた結果、電力を大量に使用する企業が多数所在する工業都市であるXは巨額の税収減を被っていた。そのため、Xは、本件非課税措置は違憲であり、これを立法化しまたは改廃しなかった国の違法行為によりX固有の課税権を侵害され損害を被ったと主張して、昭和48年度分の減収額の4分の1に相当する1億4106万円の賠償を求めて、被告国Yを名宛人として国賠請求訴訟したものである。福岡地裁判旨結論部分は、電気ガス税という具体的税目についての課税権は、地方税法5条2項によって初めてXに認められたものであり、しかもそれは、同法に定められた内容のものとして与えられるものであって、Xは地方税法の規定が許容する限度においてのみ、条例を定めその住民に対し電気ガス税を賦課徴収しうるにすぎないのである。・・・（したがって、）Xが主張するような、「本件非課税措置により侵害される課税権」、つまり右非課税措置の範囲内の電気の使用に対する課税権なるものは、そもそもありえない道理である。・・・Xがその侵害により損害を蒙ったと主張する課税権なるものは、Xの本件請求を基礎づけるに足りないものであるか又はもともと認められないものである、と判示して本件請求を棄却している⁽¹⁶⁾。

（3）その他（国の関与・都道府県の関与及びそれに関する訴え・裁定的関与等）

地方公共団体が国、他の地方公共団体、そして、私人等を名宛人として紛争解決するその他の方法としては、機関争訟や行審法に基づく不服申立て、さらに、行審法によらない審査の申し出等がある。例えば、機関争訟については、改正前の自治法146条に基づく職務執行命令訴訟制度（現行法は削除されている。）、再議制度（自治法176条）、そして、地方分権一括法による国地方係争処理委員会による審査の手続（自治法250条の7～250条の20）、自治紛争処理委員による調停・審査等（自治法251条～251条の4）、国の関与・都道府県の関与及びそれらに関する訴えの提起（自治法245条～250条の6、251条の5～251条の6）、さらに、普通地方公共団体の不作為に関する国の訴えの提起や市町村の不作為に関する都道府県の訴えの提起（自治法251条の7～252条）がある。国の関与に関する典型的な最近の事例として、横浜市勝馬投票券発売税事件（国地方係争処理委員会平成13.7.24勧告 判時1765-26、村上裕章「国と地方の係争処理」磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第4版]』204～205頁）がある。同事件は、横浜市が法定外普通税として勝馬投票券発売税（以下、本

件税という。)を新設する条例を制定し、総務大臣に対し本件税の新設にかかわる協議(地方税法669条)を申し出たが、「国の経済施策に照らして適当でない」(同法671条3号)との理由で不同意とされたので、横浜市長は国地方係争処理委員会に総務大臣が地方税法671条に基づき同意をすべきである旨の勧告を求めて審査の申し出をしたものである。本件処理委員会の勧告の結論部分のみ抜粋すると、総務大臣は2週間以内に横浜市との協議を再開することを勧告するというもので、その勧告理由として、「本件税については、横浜市の徴収予定額(約10億円)のみでは重要な負の影響があるとはいえないが、すべての関係市町村が日本中央競馬会に同様の税を課したと仮定すると(約200億円)、畜産振興事業にかかる経済施策に重要な影響を与えるかどうかが問題となる。制度的影響については、本件税が日本中央競馬会が赤字の場合にも課されることから、国の財政資金の確保という施策に重要な負の影響を及ぼすおそれがあるか否かの検討が必要である。しかし、これらの点について地方税法が予定する形での協議がこれまでなされてこなかったと認められるので、総務大臣は横浜市となお協議を重ね、その結果を待って再度判断すべきである。」旨、応答している。

また、行審法に基づくものではないが、多くの行審法の規定が準用される「審決の申請」がある(自治法255条の4.258条)。これは「裁定的関与」と称し、塩野宏教授の説明によれば、これは、「地方自治法上の地方公共団体の機関のした処分であるが、審査法上の不服申立ておよび審査の申立てができないものについて、特別の不服申立てが定められている(地方自治法255条の4-審決の申請)。議員の除名処分がその例であるが、不服申立事由が処分の違法性に限定されている点にこの制度の特殊性がある。また、この場合裁断機関は、都道府県の機関のした処分については総務大臣、市町村の機関のした処分については都道府県知事であることからすると、この制度は、救済手段というよりは、国の地方公共団体の活動に対する裁定的関与の機能をもたされている点に注意しなければならない(参照、本書Ⅲ245頁以下)。」旨、述べられている⁽¹⁷⁾。この「裁定的関与」に対して批判的見解がある。例えば、村上裕章教授は裁定的関与に関する争訟について、「解釈論としては、結局、裁決庁の地位を、原処分庁の上級機関と捉えるか、第三者的な裁定機関と捉えるか、ということにな

と思われる。現行行政不服審査法が基本的に前者の考え方をとっていることは疑いなく、それがそのまま裁定的関与にも適用されていることからすると、この点からすれば法律上の争訟を否定する見解に一理あるといえよう。しかし、そのように解すると、自らの処分を取り消された処分庁、したがって地方公共団体は裁決を争うことができず、極めて強力な関与を受ける結果となる。そして、このことは、既に肯定説が指摘するように、憲法が保障する『地方自治の本旨』に抵触する可能性が極めて大きい。1999（平成11）年の地方自治法改正で機関委任事務が廃止されたが、従前の裁定的関与がそのまま残されたこと、また、法定受託事務について一般的な裁定的関与が新設されたこと（同法255条の2）には重大な問題がある。そこで立法論としては裁定的関与の全面廃止が考えられる（36）〔廃止論として、人見剛「地方公共団体の自治事務に関する国家の裁定的関与の法的統制」東京都立大学法学学会雑誌36巻2号（1995年）61頁。〕。仮に残すとしても、これを第三者的な裁定制度に改め、裁決に対する地方公共団体の出訴を認めるべきである。これに対しては、処分相手方の地位を不安定にするとの批判がありうるが、地方公共団体の地位に鑑みるならば、制度として不合理であるとは考えられない。いずれにしても、裁定前置主義を採用しないならば、処分の相手方は直ちに訴訟を提起することが可能である。」と批判的見解を示されている⁽¹⁸⁾。

注(6) 阿部泰隆「行政上の義務の民事執行と法律上の争訟」同『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）81頁以下所収、特に83頁所収、同論文の初出は自治研究55巻6号3頁以下（1979年）である。さらに、阿部教授は、阿部「行政上の義務の民事執行—宝塚市パチンコ店等条例事件 最高裁2002年7月9日判決批判」同『行政訴訟要件論—包括的・実効的行政救済のための解釈—』（弘文堂、平成15年）143頁以下所収でも同様の判評をなされている。

注(7) 村上裕章「行政上の義務の履行と民事訴訟」同『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）69頁以下所収、特に、78頁所収、同論文の初出は村上「行政主体が国民に行政上の義務の履行を求める訴の適否」民商128巻2号（2003年）69頁である。

注(8) 本件は控訴棄却・確定しているが、第一審判決も「法律上の争訟」に当たらないとして却下している（横浜地判平成18.3.22 訟月53-8-2399）。

注(9) 本件産業廃棄物最終処分場使用差止請求事件は、事件当時は福岡町であったが、その後、市町村合併により福津市となっている。本件第1審判決（福岡地判平成18.5.31 判自304-45）は、本件公害防止協定の期限条項の法的拘束力を認めた上で請求を認容したが、第2審判決（福岡高判平成19.3.22 判自304-35）は、同条項の法的拘束力を否定し、請求を棄却している。上告審判決は請求を破棄差戻し、差戻後の控訴審判決（福岡高判平成22.5.19 判例集未登載）は請求を認容し、被告が上告したが、平成22.11.22に最高裁は上告不受理の決定を行っている。

また、本件判評としては、仲野武志「公害防止協定の法的拘束力」磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第4版]』76頁以下、南川和宣「福津市最終処分場事件—公害防止協定の限界」淡路剛久ほか編『環境法判例百選 [第2版]』156頁以下、福士明「公害防止協定」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I [第6版]』198頁以下等が挙げられる。

注(10) 日田市（大分地判平成15.1.28 1139-83、深澤龍一郎「国の対第三者許認可に対する自治体の訴訟」磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第4版]』198頁以下、却下 [原告適格否定]）、大阪府（最判昭和49.5.30 民集28-4-594、宇賀克也ほか編『行政判例百選 I [第6版]』4頁以下 [石森久広]、磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第4版]』196頁以下 [山本隆司]等、原判決を破棄、第一審判決を取り消して、原告大阪市の訴えを却下した）、沖縄県那覇（最判平成13.7.13 訟月48-8-2014、磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第4版]』194頁以下 [稲葉馨等]、「法律上の争訟」に該当するとしたが、原告適格を欠くとして、上告棄却）。

注(11) 本件については、注(10)の深澤龍一郎教授以外に、木佐茂男編『<まちづくり権>への挑戦—日田市場外車券売場訴訟を追う—』（信山社、2002年）1頁以下所収、75頁以下所収、村上順「日田訴訟と自治体の出訴資格」自治総研281号26頁～33頁、人見剛『「まちづくり権」侵害を理由とする抗告訴訟における地方自治体の原告適格』東京都立大学法学会雑誌43巻1号60頁以下（2002年）159頁、白藤博行「日田市『まちづくり権』侵害訴訟」法セ584号

38頁（2003年）等が挙げられる。本件以外の参考となるサテライト事件として、場外車券発売施設周辺住民の原告適格が問題となった「サテライト大阪事件」（最判平成21.10.15 民集63-8-1711）では、原告らのうち3名については破棄し、第一審判決を取消・差戻し、原告1人については原判決言い渡し前に本人死亡により、訴訟が終了したと宣言している（参照、勢一智子「場外車券発売施設設置許可と第三者の原告適格」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ〔第6版〕』368頁以下）。同事件の第一審判決は原告適格を全面的に否定し、第二審判決は原告全員に原告適格を認めている。また、新橋場外車券発売訴訟（東京地判平成10.10.20 判時1679-20〔付近住民の原告適格を否定し、却下〕、東京高判平成11.6.1、判例未掲載、最判平成13.3.23、判例未掲載、いずれも請求棄却）もある。

注(12) 本事件の第一審判決は（大阪地判昭和40.10.30 行集16101771）、Xの原告適格を認めた上でYの裁決を取り消し、第二審判決も（大阪高判昭和46.8.2 民集28-4-630）これを支持したため、Yが上告したのが本件である。本事件への判評としては、石森久広「国民健康保険事業の保険者の地位」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ〔第6版〕』4頁以下、山本隆司「国民健康保険の保険者としての地位」磯部力ほか編『地方自治判例百選〔第4版〕』196頁以下、亘理格・社会保障判例百選（第4版）30頁以下、阿部泰隆・社会保険判例百選（第3版）27頁以下等が挙げられる。

注(13) 本件第1審判決（那覇地判平成7.3.28 判時1547-22）は、本件訴えは「法律上の争訟」に当たらないとして却下し、第2審判決も同じく（福岡高那覇支判平成8.9.24 判時1581-30）、「法律上の争訟」に当たらないとして棄却している。本件に関する参考文献として、稲葉馨「防衛施設に関わる自治体の情報公開決定に対する国の訴訟」磯部力『地方自治判例百選〔第4版〕』194頁以下、小幡純子・判評450号（判時1567号）24頁、恒川隆生「機関委任事務情報の公開をめぐる抗告訴訟と国の地位」法時64-12-21、村上博・判自235号13頁、岡田正則・法教201号37頁等。

注(14) 本件に関する参考文献として以下のものが挙げられる。高木光「地方公共団体の出訴資格-杉並区住基ネット訴訟」磯部力ほか編『地方自治判例百選〔第4版〕』10頁以下、阿部泰隆「区と都の間の訴訟（特に住基ネット訴

訟) は法律上の争訟にあたらぬか(上)(下)」自治研究82巻12号3頁、83巻1号3頁、同「統・行政主体間の法的紛争は法律上の争訟にあたらぬか(上)(下)」自治研究83巻2号3頁、3号20頁、常岡孝好・判評580号(判時1962号)2頁、兼子仁=阿部泰隆『自治体の出訴権と住基ネット』(信山社、2009年)等。また、他の住基ネット訴訟(大阪市)として、最判平成20.3.6民集62-3-665(破棄自判)があるが、この事件も住基ネットの合憲性を認めている。同事件の判評として、高橋信行「住基ネットと住民のプライバシー」磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第4版]』36頁以下等がある。

注(15) 本事件の参考文献として、稲葉一将「国庫負担金の争訟方法—摂津訴訟」磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第4版]』193頁、小早川光郎「摂津訴訟の論点と評価」ジュリ632号16頁、福家俊朗・昭和55年度重要判解(743号)59頁、室井力「国の負担金と補助金等適正化法」法時47巻6号36頁、木佐茂男編『<まちづくり権>への挑戦』(信山社、2002年)157頁以下所収、162頁以下所収等が挙げられる。

注(16) 大牟田市電気ガス税訴訟に関する参考文献としては、藤谷武史「地方税法上の非課税措置自主財政権」磯部力ほか編『地方自治判例百選 [第4版]』8頁以下、木佐茂男編『<まちづくり権>への挑戦』(信山社、2002年)159頁以下所収、166頁以下所収、碓井光明・地方自治判例百選 [第3版]8頁、棟居快行・ジュリ755号138頁、橋本博之・租税判例百選<第3版>13頁、水野忠恒・判評266号 [判時992号]22頁等が挙げられる。

注(17) 塩野宏『行政法Ⅱ [第五版補訂版] 行政救済法』(有斐閣、2013年)54頁～55頁。また、宇賀克也教授は「裁定的関与=審決の申請」について、「総務大臣による裁定は、国の地方公共団体に対する関与の機能を持つ。かかる関与を裁定的関与(省略)という。この審決の申請について従前は、この不服申立てに対する最終的判断を経た後でなければ取消訴訟を提起できないとする不服申立前置主義が採られており、機関委任事務の場合には一般的に不服申立前置主義が採られているわけではなかったことの均衡を欠く点が指摘されていたが、機関委任事務制度の廃止を中核とする地方分権一括法により、審決の申請の不服申立前置主義も廃止された。なお、他の法令による独自の不服申立てであっても、行政不服審査法の規定が一部準用されていることがある。

地方自治法255条の4の審決の申請についても、行政不服審査法の規定のか
なりの部分が準用されている（同法258条）。このように、他の法令に基づく
不服申立てであっても、行政不服審査法の規定が多数準用され、実質的には、
行政不服審査法に基づく不服申立てとの差異は少ない場合がある。」旨、説
示されている（宇賀『行政法概説Ⅱ行政救済法【第5版】』〔有斐閣、2015年〕
89～90頁）。

注(18) 村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）66～67頁所収。）また、
曾和俊文教授も次のように裁定的関与を評されている。つまり、曾和は、「自
治事務に関する裁定的関与に限定するならば、本来地方公共団体の自由に決
定すべき領域において、他の行政機関の関与を認めていること自体の当否が
まず問われなければならない⁹⁵）。地方公共団体と私人との法的紛争を直接
裁判所で決するシステムがむしろ原則であると思われるからである。但し、
司法救済は時間的・金銭的にコストがかかるために、簡易・迅速な救済手段
としての裁定的関与をすべて否定するわけにもゆかない。ただ、現行法で認
められている裁定的関与の中には、地方公共団体に対する国（又は都道府県）
の監督という側面が強いものもあるので、裁定的関与の制度的意義につい
ては、結局個別的に検討する他ない。」旨、述べられる（曾和『行政法執行シ
ステムの法理論』（有斐閣、2011年）231頁所収）。

2. 行政上の義務履行方法と行政上の義務の司法的執行

第2節では、行政上の義務履行方法と行政上の義務の司法的執行を中心に論
じてゆく。

（1）行政上の義務履行方法

行政活動は命令・強制の権力作用を中心とする点にそのメルクマールがある。
例えば、行政主体ないし行政機関が国民・住民等、私人に対して所得税等の賦
課徴収・滞納処分を行ったり、あるいは、建基法違反の建物に対して違法建築
物の除却命令を下したり、命令に従わなかった場合は、代執行を行ったりする
ことができる。換言すれば、「大陸法の伝統を継ぐわが国では、行政上の義務
の実現に当たっては、行政権に対してこの市民法の一般原則の例外を認め、自

力救済特権を付与してきた。すなわち、行政上の義務が国民によって履行されない場合には、司法の判断を介在させることなく行政庁が独自に義務者の身体もしくは財産に実力を加え、または義務者に将来に向かっての心理的圧迫を加え、これによって、義務が履行されたのと同様の状態を実現し、または義務を履行させることが認められてきた。この制度を行政上の強制執行という。行政上の強制執行は、代執行、執行罰、直接強制、行政上の強制徴収の四種類に分けられている。」という説示にそれは約言できる⁽¹⁹⁾。この点を塩野宏教授の説明に代替すれば、「現行法制は、明治憲法下における完結的な行政強制のシステムを廃止すると共に、行政上の強制執行制度に関しては法律及び法律に基づく処分によって課された代替的作為義務に関してのみ、一般法としての行政代執行法を制定し、外に、租税に関しては、国税徴収法及び地方税法に民事上の強制執行と併立する強制執行制度を設けているが、直接強制・執行罰は、個別の法律（形式的意義の）が特に定める警察官職務執行法で警察官の職務活動について行政執行法よりも弱められた形での一般的な権限を与えた外は、個別の法令の定めるところにゆだねられたのである。」（塩野宏『行政強制』論の意義と限界」同『行政過程とその統制』（有斐閣、1989年）207頁所収）ということになる。また、塩野教授は「行政強制」論の意義と限界については、「行政強制は、行政機関の実力行使を中核とする概念である。行政法学が、私人の行為にはみられない行政活動の法的特色を明らかにし、これを体系づけることを目的とする限り、行政強制論は、行政法一般理論上、重要な地位を占めることは、いうまでもない。しかし、従来の行政法学は、行政強制の範疇に固執し、本来その中では処理しきれないものまで含めしめると同時に、これとの関連で論ずべき問題に十分注目してこなかったように思われる。すなわち、まず、実力行使についていえば、行政上の強制執行の諸手段—代執行・執行罰・直接強制—は、この要素を有するものであるが、即時強制上の手段としてあげられているものの中には、事柄の性格上、実力行使になじまないものがある。質問がこれである。また、性質上は可能であるが、実定法上、相手方の抵抗を排除する意味での行政機関の実力行使が認められないものもある。土地等への立入り、検査等にその例がみられる（15）省略。これらの手段の実効性の担保は、罰則によっているわけであって、厳密な意味での行政の自力救済に含めることはできない。

もつとも、実力行使ないし行政強制論上の『強制』の概念をどのようにたてるかは、一義的に定まるものではなく（16）省略、また、便宜、これらの手段を行政強制論の中でとりあげることも、直ちに否定されるべきではない」と述べられている⁽²⁰⁾。

以上の行政上の義務履行方法についての簡単な検討をうけて、次の（2）では、行政上の義務の司法的執行という視点から検討を加える。

注(19) 磯野弥生「行政上の義務履行確保」雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編『現代行政法大系 2 巻行政過程』（有斐閣、昭和59年）228頁。磯野教授は現在の行政強制制度について、「現行憲法体制の下にあって、行政強制の自由権侵害の重大性・過酷さが認識され、行政強制制度が見なおされ、行政執行法を廃止してこれに代わる行政代執行法が制定された（そこで実定法制度上、行政上の強制執行は、行政代執行法と、金銭上の強制について国税徴収法および地方税法を設けた）。行政代執行法は義務の履行確保に関して、『別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる』（同法1条）とし、行政強制の一般法たる地位を示している。同法は『他人が代わってなすことのできる行為』（同法2条）に関する代執行を定めているのにとどまり、一般的強制手段は、その代替的作為義務の範囲に限定されることとなった。したがって、義務によっては、その不履行がある場合でも個別の法律がないかぎり、民事手続以外の方法では履行を強制できず、むしろ司法判断である刑罰で秩序違反状態が生ずるのを防止することとなった。直接強制や執行罰について個別の法の根拠を必要とする限定的な強制執行制度は、強制執行が人権への強度の侵害をもたらすことから、人権の保護・実現を目的とする憲法の理念に合致させる立法者の意思である注（3）[広岡・行政上の強制執行の研究第三章（昭36）参照]。』旨、説明なされている（磯野・前掲論文229頁）。また、広岡隆教授は、「代執行は一般的制度として広く認められかつ實際上有効に機能しているのに対し、執行罰および直接強制は、行政執行法が廃止された後、一般的には認められず、現在、特別法でこれらの手段を認めるものは、きわめてわずかである。執行罰は、砂防法（明治30年）36条に整理洩れの規定として残っているのみで、その規定は實際上活用されていない。直

接強制は、らい予防法6条3項による強制入所と『学校施設の確保に関する政令』21条による学校施設の明渡し強制しかない（出入国管理令39条による收容、同令52条による退去強制は、即時強制と解すべきであろう）。このようにして、現行法制では、代執行の対象となる代替的作為義務は別として、非代替的作為・受忍・不作為の義務については、原則として行政上の強制執行の手段は存在しない。その反面、近年の法令は、義務違反に対する行政罰の規定をあまねく整備し、行政上の強制執行による強制の及ばないところを、行政罰の間接的強制機能で補っている。」旨、述べられている（広岡隆『行政代執行法〔新版〕』（有斐閣双書、平成12年）6～7頁）。

注(20) 塩野・前掲論文210～211頁所収。また、塩野教授は、「行政法学上の行政強制論は、実は、従来から二つの局面を有していたのである。一つは、私人に認められない行政活動における実力行使の契機に着目した法的検討、いいかえれば、行政の実力行使の一般理論の場であり、いま一つは国家の権利の実現の制度とは、必ずしも常に合致するものではない。しかし、上に考察したところからすれば、実力の契機と国家の権利の実現の制度とは、必ずしも常に合致するものではない。そして、この点は、行政の現代的課題を遂行する上において、一層促進されるであろうことが予測される。この点に鑑みるならば、伝統的な行政強制の二つの局面はこれを分離させることが、それぞれの意義をより明確にする所以ではないかとも考えられる。より具体的にいえば、行政活動における実力行使のモーメントは、これを行政の行為類型論の一部に位置づけ、行政調査及び国家の権利実現の諸制度（この内部はさらに、従来の即時強制から行政調査を除外したもの、行政上の強制執行、課徴金等の新たな手法、行政罰等に一応分かつことができる）は、行為類型論とは別の行政上の制度として体系化するという具合にである。ただ、もとより、この点は、なお、全くの試論にとどまるどころの将来の検討の材料にすぎない。」とも述べられている（塩野・前掲論文212頁所収）。この論文の初出はジュリ増刊行政強制、1977年である。

（2）行政上の義務の司法的執行

行政上の義務の履行手段は前述したように、行政上の強制執行を主に論じるものであった。しかし、代替的作為義務以外の義務の不履行に対して、それを強制する手段は行政罰等の間接的手段に頼るしかなかった。かかる場合に地方公共団体が私人等に課した義務の履行確保を意図したとき、いかなる手段を講じることができるのであろうか。その問題に直面した事例がある。それは宝塚市パチンコ店等規制条例事件（最3小判平成4.7.9 民集56-6-1134）や福岡県福岡町（福津市）産業廃棄物最終処分場使用差止請求事件（最判平成21.7.10 判時2058-53）等である。とりわけ、宝塚市上告審判決で、「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上義務の履行を求める訴訟は、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから不相当というべきである。」旨の判旨部分は、地方公共団体が私人に対して裁判で争う途をいとも簡単に門戸を閉ざした訳である。他方、福岡町判決は、公害防止協定は相手方の同意を得て締結した契約であり、契約上の義務の履行を求める訴訟が民事訴訟の枠内にあることは当然と捉え、「法律上の争訟」性を認めている。この全く異なる判断を示した最高裁判決の中で、地方公共団体が裁判で義務の履行を確保するためにどのような対応をすればよいのかがいま問われている。かかる課題に直面して、参考となる見解がある。例えば、曾和俊文教授はつぎのように述べられている。少し長くなるが、曾和は、「本章で検討する『行政上の義務の司法的執行』は、行政活動の実効性を確保するための一手段として近年注目されているものである。私人間で認められている法的義務の履行確保手段を国や地方公共団体も利用できないかというわけである。これは別に突飛な考え方ではなく、英米ではむしろ司法的執行(Judicial Enforcement)が行政上の義務履行確保の中心的な手段となっている。すなわち英米では（後に詳しく見るように）、法令や行政処分によって課せられた義務を私人が任意に履行しない場合には、行政機関が原告となって強制のための訴訟（執行訴訟）を提起し、裁判所は行政処分の適法性や私人の義務の存否を判断して、その強制執行を命じるのである。義務の実現を命ずる判決に対する不服従は裁判所侮辱罪の対象となり、従うまで裁判所に拘禁されるなどの強い制裁が予定されている。英米では行政機関といえども自力執行を認められず、

裁判所手続を経て義務の強制を図る必要がある。これを『司法的執行 (Judicial Enforcement) の原則』と呼んでいる。わが国では、戦前以来、大陸法的な伝統を受けて、行政上の義務の実現は行政上の強制執行制度によるとされている。しかし先に見たように、行政上の強制執行制度が十分に働いていないという現状がある。このような中で、行政上の義務履行確保のために、国や地方公共団体が、裁判所に訴えて行政上の義務履行確保を図ることが許されないのであろうか。これが本章で検討する問題である。」と正に正鵠を射た見解を述べられている⁽²¹⁾。このような宝塚市上告審判決への学界からの多くの鋭い批判の中で、とりわけ、注目すべき見解として、阿部泰隆教授 (弁護士) が挙げられる。阿部教授は、「ここでは (※土居住・宝塚市上告審判決のこと)、『財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求める』訴訟と、『専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟』とが区別されている。後者は、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争には当たらないとされた。しかし、この判決には大きな疑問がある。第一に、『法律上の争訟』の概念は、アメリカ法の『cases and controversies』(“事件・争訟”) に相当すると思われるが、アメリカでは行政上の義務の民事執行が認められている (中川丈久「行政訴訟に関する外国法制調査—アメリカ(上)」ジュリ1240号100頁)。また、『法律上の争訟』の概念を、財産権に関する紛争とするのは民事訴訟的な発想で、なぜそのように限定しなければならないのだろうか。行政機関は、民事法とは異なって、権利を有していなくても、法律に基づく権限を行使するのである。行政法においてはこうした法治行政の特色に照らして、『法律上の争訟』の意義を考察しなければならないのである。行政主体間の紛争であれ、行政の権力行使であれ、具体的な法律問題として処理できれば、それは法律上の紛争として理解すべきではないか(省略)。」と述べられている⁽²²⁾。かかる宝塚市上告審判決への鋭い批判の中で、塩野宏・藤田宙靖教授等の見解を吟味してみる。

まず、塩野宏教授は司法的執行につき、「特別の行政上の義務履行確保の手段が問題となるのは、これら私人間における権利義務関係とは異なった義務についてである。その場合にも、すべての国に共通の普遍的な制度があるわけではなく、各国ごとに異なった様相を示すが、大きく司法的執行と行政的執行に

分かつことができる。司法的執行とは、行政上の義務の確保に当たりなんらかの形で裁判所を介入させるものである。行政上の義務でも裁判所による強制執行手続によらしめることも考えられるし、義務の不履行に対して、裁判所侮辱罪によって臨むという方法もある。さらに、義務の不履行に対する罰則を用意して、義務履行の確保を図ることもある。これに対して、行政的執行とは裁判所の助力を必要とせず、行政主体の側に自力救済を認める方法である。司法的執行と行政的執行は、相互に必ずしも排他的なものではない。ある義務について司法的、行政的執行が競合して存在することもある（刑事罰と行政的執行の両方が用意されている場合）。また、ある義務についてはいずれか一方しか認めていないけれども、国法上の制度全体をみると、二つの制度が混在している、という具合である。概していうと、司法的執行に重きを置くのがアメリカ法であり、行政的執行に重きを置くのがドイツ法である（1）[ドイツを中心とする各国の行政上の強制執行制度については、広岡隆・行政上の強制執行制度の研究（1961年）参照。]と説示なされ⁽²³⁾、宝塚市上告審判決への批判としては、少し長い引用になるが、塩野は、「この理由と機関訴訟の観念との関係は明かでないが、法律上の争訟に関する定式とは論理的に結びつくものではない。定式は法律上の争訟が法律関係の存在と法的解決の可能性を内容とすることを述べている。そして、本件の場合、当該地方公共団体と相手方の関係が法律関係でないということはいえない（これを否定することは、行政上の法律関係の存在を否定することになり、一挙に絶対君主制の時代にさかのぼる。さらにこの関係の法律関係性を否定すると、命令の相手方からの取消訴訟、さらにおよそ取消訴訟は法律関係に関する訴訟ではなく、取消訴訟制度がなければ、相手方には義務の不存在を争う手立てもないということになるが、そうだとすると、現行取消訴訟制度は本来の司法権の作用を超えたものになる）。また、法令の適用により終局的解決ができないかといえば、本件などは、まさに条例の適用（当該条例が違法で無効であるかどうかは別として）により、義務の存在・不存在が確定し事件は解決するのである。ところが、最高裁判所は法律上の争訟性に関して、別の観点からの限定をかけている。それは、引用のごとく、一方当事者が財産権の主体ではなく、行政権の主体であり、かつ、その行政権が訴訟を提起するときだけ法律上の争訟性を欠くということに解される。ただ、

行政庁が取消訴訟で被告となる場合には法律上の争訟になり（既述のようにこれまで否定するならば話はまた別である）、その場合には公益上の主張が許されることには、日本法として全く異論のなかったところであるが、かかる片面的法律上の争訟概念がどこから導き出されるかについては、判決には説明がなく、結論だけが示されているに過ぎない。この点につき最高裁判所の論理の根拠を公法と私法二元論に求める見解もあるが（後掲、高木「判例解説」）、公法・私法二元論は法秩序には公法と私法の二つの秩序があることを前提しつつその法関係化を目指したものであって（公権には国家的公権と個人的人権の二つに区分される。参照、田中・行政法上巻85頁）、公法関係を法関係ではないというものではなく、裁判所のドグマティックの根拠をここに求めることはできないように思われる。さらに、仮に公法と私法の区別を前提としても日本国憲法にいう司法権の範囲が私法上の法律関係に限られるというのは、何人も支持しないところであろう。「そこで判決の結論を維持する論拠となりうるのは、おそらく、民事執行法は自力救済の禁止が厳格に妥当する私人相互間の権利実現のためのものであって、行政上の義務履行確保の制度を自ら用意できる行政主体には適用されないという民事執行不能論ではないかと考えられる（ただ、地方公共団体は自力救済の例外を自ら創出することを得ないし、民事執行不能論も採れない点については、本書Ⅰ、230頁以下参照）。そして、本件は、民事執行法以前の給付判決を求める本案訴訟であるので、民事執行法を持ち出すに由無く、議論を早めに決着させるために法律上の争訟論に頼ったというのである。この推測が仮に妥当するとしても、行政上の義務履行に関する民事執行不能論は現行法の解釈論として採るをえないところであって、いずれにせよ、本件の具体的解決方法としても、理論上の問題としても、本件最高裁判所の司法権論は説得性がない（本判決については、原田・要論229頁のほか、高木光「判例解説」平成14年重要判例解説〔ジュリスト1246号〕45頁以下および同解説引用の文献参照。いずれも最高裁判所判決に消極的である。より一般的に、地方公共団体の出訴資格を論じたものとして、兼子＝阿部編・自治体の出訴権と住基ネットがある）。」旨、断じている⁽²⁴⁾。

このような塩野教授の見解に対して、藤田宙靖教授は少しニュアンスの異なる考えを示されている。たとえば、藤田教授は、「平成14年になって、最高裁は、

法令上自力執行機能が与えられていない場合であっても『国又は地方公共団体が専ら行政権の義務の履行を求める訴訟は注（1）[省略]、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟にら当たらず、これを認める特別の規定も無いから、不適法というべきである』として、この種の訴訟の道を閉ざすところとなった（最判平成14年7月9日 民集56巻6号1134頁。いわゆる「宝塚市パチンコ条例事件判決」）。このような考え方の妥当性については、様々に争われているところであるが注（2）[平成14年のこの最高裁判決の論理及びそれを巡る議論についての私自身の考え方は、現職の裁判官としての現在の立場上、ここでは一切述べないことにする。]、ただいづれにせよ、現実には、行政庁は、これまで、このような道を採用よりもむしろ、様々な間接的手段によって、強制執行と同様の効果をもたらして来たのである。そこで、以下、節を改めて、強制執行制度を補充しあるいはこれに代替する、間接的な強制制度の様々について、概観しておくこととしよう。」（藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ（総論）【改訂版】』（青林書院、2005年）270～271頁）と述べられているが、この公刊時期は最高裁判所の裁判官という制約があったが、退官後の公刊物（藤田『行政法総論』（青林書院、2013年））では、宝塚市上告審判決について、「私自身もまたこの平成14年判決の結論及び理由付けに対しては、疑問を抱くものであって、国民と行政庁（国）との間の権利義務のあり方につき定める法令の規定の解釈及び適用を巡る争いが、国民の側から争う場合にのみ法律上の争訟となり、国の側から争えばそうならないという理屈は、理解が困難である（因みに、この問題は、それ自体統治権の担い手である地方公共団体の公権力行使に対して国が監督措置を行う場面とは、話が全く別である。参照、藤田・組織法51頁以下）。平成14年判決に関する私自身の考え方については、なお参照、藤田『最高裁回想録』95頁以下。」というような考えを示されている（藤田・同277頁注（2）[2013年]）。

注(21) 曾和俊文「行政上の義務の司法的執行」同『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2011年）157～158頁所収。また、曾和教授は司法的執行の有用性について、「したがって、行政上の強制執行制度が法制度上保障されているところではあえて司法的執行に依拠する必要はないが、行政上の強制執行制

度が十分に機能していない領域では、より普遍的な義務履行確保手段である司法執行制度を活用すればよい。権力的行政領域で行政上の強制執行制度がない場合には、そもそも行政目的の早期実現・行政活動の公共性確保が実現できないのであるから、そのような場合に司法的執行を認めたとしても、公法の世界の特殊性を認める積極的な理由が損なわれるわけではない。それなのに、行政上の強制執行制度の存在を理由に司法的執行を否定するのは、公法の世界と私法の世界を観念的かつ相互排他的にとらえた古い『公法・私法二元論』に由来するもので、今日では妥当であるとは思わない。」(曾和・同181～182頁所収)と明言している。多くの学説の軌を一にするところである。最後に、曾和は宝塚市上告審判決への判批として、「宝塚市の事例は、宝塚市が条例により命じた中止命令に私人が従う義務があるのか否かが争点となっており、裁判所が法を適用してこの紛争を解決することが期待されていた。にもかかわらず最高裁は、『法律上の争訟』に該当しないという大上段の議論で、紛争解決に係わることを拒否したのである。宝塚市事件が提起した問題は確かに難解であるが、最高裁としては、もう少し紛争の実態や事件の性質を詳しく分析し、形式的な公法・私法二元論に寄りかかることなく、一定の要件の下で司法的執行を認める解釈論的な工夫を編み出してほしかったと思う次第である。」旨、述べられている(曾和・同184～185頁所収)。まったく同感である。

注(22) 阿部泰隆「行政上の義務の民事執行と法律上の争訟」同『行政法解釈学Ⅱ』(有斐閣、2009年)83頁所収。阿部は、同「行政上の義務の民事執行—宝塚市パチンコ店等条例事件 最高裁2002年7月9日判決批判」同『行政訴訟要件論—包括的・実効的行政救済のための解釈論—』(弘文堂、平成15年)149頁以下所収、同『行政法解釈学Ⅰ』(有斐閣、2008年)596頁以下所収、特に、597頁以下所収でも本判決についての批判を述べられている。

注(23) 塩野宏『行政法Ⅰ [第六版] 行政法総論』(有斐閣、2015年)243～244頁。

注(24) 塩野宏『行政法Ⅱ [第五版補訂版] 行政救済法』(有斐閣、2013年)281～283頁。同じく、宝塚市上告審判決に批判的見解を述べる者として、宇賀克也教授等が挙げられるが、宇賀教授は、「最判平成14.7.9は、国または地方公共団体が財産権の主体として提起したのではなく、法規の適用の適正ないし一般公

益の保護を目的として提起した訴訟は、『当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争』にあたらなかつたものと思われる。しかし、『法律上の争訟』をこのように限定的に解することは疑問である（6）[塩野・行政法Ⅰ225頁、阿部泰隆「行政上の義務の民事執行は法律上の争訟ではない」法教267号36頁以下、曾和・行政法執行システム157頁以下所収、斎藤誠・現代地方自治の法的基層（有斐閣、2012年）401頁以下。]（宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論〔第5版〕』（有斐閣、2013年）237頁）と述べられ、また、「しかしながら、本件の場合、上記①②の要件（土居注、宇賀・本書109～111頁で説示の要件で、『法律上の争訟』とは、①当事者間に具体的な権利義務についての紛争があること〔事件性〕、②それが法令の適用によって解決すべき紛争であること〔法的事項〕の二つの要件を満たすものであることとしている）を満たしており、裁判所が審査するのに適した事案である。また、本件において建築禁止命令の名あて人がそれに対して抗告訴訟を提起することが『法律上の争訟』に該当することは自明であり、当該訴訟において、地方公共団体が当該命令に基づく義務の遵守を求める訴訟は『法律上の争訟』ではないとすることには疑問がある。」（宇賀『行政法概説Ⅱ行政救済法〔第5版〕』（有斐閣、2015年）112頁）とも述べられている。

（3）行政訴訟

地方公共団体が私人に対して義務の履行確保を求めて出訴する場合、民事訴訟以外に行政訴訟を提起するという方法がある。その場合、地方公共団体の出訴権の有無が問題となる。行政訴訟を選択するとき、訴訟類型は何が考えられるのか（主観訴訟か客観訴訟か）、そして、地方公共団体に原告適格が認められるのかが争点となる。この問題を検討する上で、参考となる事例がある。例えば、1．日田市まちづくり権侵害訴訟（大分地判平成15.1.28 判タ1139-83）、2．那覇防衛施設情報公開決定取消請求事件（最判平成13.7.13 訟月48-8-2014）、3．大阪府国民健康保険審査決定取消請求事件（最判昭和49.5.30 民集28-4-594）、4．撰津訴訟（東京高判昭和55.7.28 行集31-7-1558）、5．大牟田市電気ガス税訴訟（福岡地判昭和55.6.5 判時

966-3)、6. 杉並区住基ネット訴訟(東京地判平成18.3.24 判時1938-37)等である。1. 日田市は抗告訴訟(取消訴訟と無効確認訴訟)の原告適格の有無(却下)が争点で、2. 那覇市は取消請求事件で「法律上の争訟」に該当するが、原告適格を欠くとされ(棄却)、3. 大阪府国民健康保険は裁決取消請求事件で、保険者の取消訴訟を提起する適格を否定し(却下)、4. 摂津訴訟は当事者訴訟で棄却され、5. 大牟田市は国賠請求で棄却され、最後の6. 杉並区は当事者訴訟(確認の訴え)と国賠請求であった(前者は却下、後者は棄却)。これらの判例の争点についての判旨の結論部分概略については、まず、1. サテライト日田は、国の対第三者許認可に対する自治体の訴えについて、原告日田市の訴えについて、「本件許可処分によって侵害されたと主張する権能等は地元自治体の個別的利益として法が保護しているということとはできない」として、訴えを却下している(自治体のまちづくり権の否定)。2. 那覇市情報公開決定事件につき、原告国Xの本件文書の一部公開決定の取消請求に関して、本件建物の所有者として有する固有の利益が侵害されることをも理由として、本件各処分の取消しを求めていると理解することができる。そうすると、本件訴えは、法律上の争訟に当たるというべであるとしたが、Xの主張に係る利益を個別的利益として保護する趣旨を含むことをうかがわせる規定も見当たらない。そうすると、Xが本件各処分の取消しを求める原告適格を有するというとはできない旨、判示している(上告棄却)。3. 大阪国民健康保険事件では、「以上のような国民健康保険事業の運営に関する法の建前と審査会による審査の性質から考えれば、保険者のした保険給付等に関する処分の審査に関するかぎり、審査会と保険者とは、一般的な上級行政庁とその指揮監督に服する下級行政庁の場合と同様の関係に立ち、右処分の適否については審査会の裁決に優越的効力が認められ、保険者はこれによって拘束されるべきことが制度上予定されているものとみるべであって、その裁決により保険者の事業主体としての権利義務に影響が及ぶことを理由として保険者が右裁決を争うことは、法の認めていないところである」等の理由により、国民健康保険の保険者は、保険給付等に関する保険者の処分について審査会のした裁決につき、その取消訴訟を提起する適格を有しない、として原告大阪市Xの訴えを却下した(原判決を破棄し、第一審判決を取消した上で)。4. 摂津訴訟では、児童福祉法52条等は、国庫の

負担及びその割合を定めるのみであって、その交付等に関し特別の定めを設けていないから、いわゆる適正化法の適用を当然受けるとし、被告国の交付決定は形成的、処分的性格を有し、行政処分である交付決定により負担金請求権は発生するのであるから、行政処分に対する抗告訴訟によることなく、裁判所において直接その支払いを請求することは、司法裁判所の役割、権限に鑑み、許されないとして、原告摂津市の残額の国庫負担金の支払い請求を斥けた（控訴棄却・確定）。5. 大牟田市では、判旨は結論として、原告大牟田市Xが主張するような、本件非課税措置により侵害される課税権、つまり、右非課税措置の範囲内の電気の使用に対する課税権なるものは、そもそもありえない道理であり、Xがその侵害により損害を蒙ったと主張する課税権なるものは、Xの本件請求を基礎づげるに足りないものであるか又はもともと認められないものであるとして、被告国に対する国賠請求を棄却した。最後に、6. 杉並区住基ネット訴訟では、被告東京都Y1に対する確認の訴え（当事者訴訟）については、本件確認の訴えは、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に当たらないのである。むしろ、本件確認の訴えは、前示のとおり、その実質を見ると、地方公共団体の機関相互の権限の存否又は行使に関する訴訟であって、行訴法6条にいう機関訴訟であるというべきである、と判示し、他方、Y1および被告国Y2に対する国賠請求については、本件国賠請求に係る訴えは、平成14年最高裁判決にいう「財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求める」場合に当たるとして請求自体の適格性は認めたが、請求自体は斥けた（棄却）。以上が主要な地方公共団体の訴訟に関する概要である⁽²⁵⁾。

注(25) 地方公共団体の行政訴訟について言及している主なものとして、曾和俊文「地方公共団体の訴訟」杉村敏正編『行政救済法2』（有斐閣、1991年）265頁以下所収（初出）、同論文は、曾和『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2011年）189頁以下に所収されている。その他、阿部泰隆「行政上の義務の民事執行と法律上の争訟」同『行政法解釈学Ⅱ』（有斐閣、2009年）81頁以下所収、宇賀克也『行政法概説Ⅲ行政組織法／公務員法／公物法〔第4版〕』（有斐閣、2015年）86～91頁、木佐茂男『〈まちづくり権〉への挑戦』（信山社、2002

年) 20頁以下所収、157頁以下所収等が挙げられる。因みに、曾和俊文教授は前掲論文「地方公共団体の訴訟」において、地方公共団体(又はその機関)が原告として訴訟を提起する場合の法的問題点につき、「本章で扱う問題は、講学上は、原告適格論(団体の原告適格等)、客観訴訟論(機関訴訟や民衆訴訟)、行政強制論(行政上の義務の民事訴訟による実現)、地方自治論(地方自治の本旨)などで部分的に論じられてきた問題にかかわっている。本章は、これまで断片的に扱われてきたこれらの問題を、地方自治の司法的保障という視点を中心軸におきながら、総合的に検討しようとするものである2)省略。」(同・前掲論文が所収されている『法理論』190頁所収)と前置きしたのち、行政訴訟については、「地方公共団体(又はその機関)の提起する行政訴訟は、いくつかの角度から分類できるが、以下ではさしあたり次の3類型に分けて考察したい。第1は、いわゆる機関訴訟である。法定機関訴訟の他に、解釈上機関訴訟とされたものもここで検討する。第2は、自治事務に関しての国(又は都道府県)の監督処分を争う行政訴訟であり、ここには裁定的関与の場合も含まれる。第3は、財産権をはじめとする地方公共団体の固有利益の侵害を理由とする行政訴訟で、監督処分以外の国又は都道府県の処分を争うものである。それぞれ問題の性質をやや異にするので、独立して検討することにする。ところで、地方公共団体の提起する行政訴訟においては、しばしば行政内部の紛争であって司法審査の対象となる『法律上の争訟』ではないと理由で訴訟適格性を否定する理論(憲法論としての『法定外機関訴訟否定論』と名づけたもの)がみられる。憲法論としての『法定外機関訴訟否定論』は、先にあげた3類型の行政訴訟のすべてについて問題となり得るものであるから、3類型の個別的検討に先立って、項目を改めて検討しておくことにする。」旨、述べられている(同・前掲法理論212~213頁所収)。そして最後に、地方公共団体の訴訟提起の可否について、曾和教授は、「わが国では、地方公共団体による訴訟提起は、従来、財産権に関する紛争を除けばほとんど例がない。しかし、本章では、憲法上の『事件』性の要件をゆるやかに解する立場から、その他に、例えば地域環境保護利益侵害を理由に、あるいは、自治権侵害を理由に、地方公共団体が国等を相手に出訴する可能性を検討してみた。行政主体と私人との二元的対立、行政の内

部関係と外部関係の二分論、私人の権利救済を核心とする近代行政救済法の法理などを前提とするならば、本章で論じたことは、いわば例外的かつ周辺的な現象の分析ということになるかも知れない。しかし、現代的紛争に対する司法権の新たな任務、住民の権利を擁護する上での地方公共団体の重要性などを考えると、一定の場合に地方公共団体の訴訟提起を認めてもよいのではないかと思われる。どのような条件の下で、いかなる利益を主張して地方公共団体の出訴が認められるべきかは一概にいえず、本章で示した基準も一応の試論に過ぎないが、今後さらに検討してゆきたい。」と締め括っている（同・前掲法理論239頁所収）。

【続く】