

地方公共団体の出訴に対する議会の関与

小林 博 志

はじめに

最近、市町村の境界に関する訴えなど市町村間の訴訟、さらに地方公共団体の不服申立権や出訴権について論文を書いている¹⁾が、それらの論文を書く中で、地方公共団体が不服申立てや出訴する場合の手続はどのようになっているのか、という疑問が浮かんできた。いろいろ調べている中で、都道府県や市町村などの地方公共団体が不服申立てや訴えを行う場合には、地方自治法96条1項12号の規定による、当該地方公共団体の議会の議決を得るという手続を履践する必要があることが分かった。これは、訴訟などが地方公共団体にとって重要であることから、議会の議決を必要とするということであるようである。最近、沖縄の米軍普天間基地の辺野古移転計画に関連して、国土交通大臣が行った執行停止の決定などについて沖縄県による国に対する出訴²⁾や函館市が国を被告として提起した原発に関わる訴え³⁾、など地方公共団体の出訴が話題となっている。この場合、もちろんこれ

- 1) 拙稿「市町村の提起する境界に関する訴えと当事者訴訟(1)(2)——市町村間訴訟の研究——」西南学院大学法学論集 48 卷 1 号、2 号、拙稿「自治体の不服申立権と出訴権」西南学院大学法学論集 48 卷 3・4 合併号。
- 2) この訴えについては、本多滝夫他『Q & A 辺野古から問う日本の地方自治』(自治体研究社、2016 年)が詳しい。
- 3) 訴えは、国と電源開発(株)に対するものに分かれ、国に対しては、国が電源開発(株)に与えた原子炉設置許可処分が無効の確認を求める訴えと、原子力規制委員会が電源開発(株)に対して発電所の建設の停止を命ずる義務付けの訴えを、電源開発(株)に対しては、原子力発電所の建設を差し止めることを、求めている。二つの抗告訴訟については、差当り、人見剛「大間原発行政訴訟における函館市の出訴資格及び原告適格」自治総研 444 号(2015 年)20 頁以下を参照されたい。

らの訴訟においても議会の議決がなされている⁴⁾。しかし、訴えの提起に必要とされる議会の議決については、個々の判例についての検討や地方自治法のコンメンタールなどの検討を除いて、それほど検討されてこなかったように思われる⁵⁾。

そこで、本稿では、この規定をその起源に遡って、その規定の意義や問題点などを、学説や判例を素材に検討するものである。また、そのことから、地方公共団体の出訴の範囲などを考察し、最近の議論にも応えたいと思うのである。

1. 戦前における市町村や府県の出訴などに対する議会の関与

地方自治法96条1項の議会の権限とくにその訴訟等に関する議会の議決に関する規定は、以下の通りである。なお、条文中にある（ ）の中の部分は省略してあるが、必要な時に随時参照する。

地方自治法96条1項「普通地方公共団体の議会は、次に掲げる事件を議決しなければならない。1号—略—11号」

「12号 普通地方公共団体がその当事者である審査請求その他の不服申立て、訴えの提起（略）、和解（略）、あっせん、調停及び仲裁に関すること。」

この規定の最初は、明治21年の市制町村制（法律1号）の市会又は町村会の議決の規定である。ただし、「概目」という言葉に示されているように、議決事件は制限的列挙ではなく例示的列挙となっている。また、市制町村制では、市参事会又は町村長の訴訟についての代表権も規定されている。

-
- 4) 沖縄県の提訴については、沖縄県議会ホームページから、沖縄県知事が行った公有水面埋立承認取消処分に対して沖縄防衛局長が行った審査請求について国土交通大臣が行った執行停止の決定に対する取消訴訟の提起について、沖縄県議会は、平成27年第8回議会で賛成多数で議決している。また、大間原発訴訟では、函館市のホームページから、議会の議決は「大間原発に係る主な経過」から、平成26年3月26日に市議会の議決を得て、函館市は同年4月3日に提訴している。
 - 5) ただし、瀬戸正義「最高裁昭和59年5月31日第一小法廷判決判例解説」『最高裁判所判例解説民事編（昭和59年度）』（法曹会、平成元年）329頁以下は、戦前の判例などをかなり詳しく調べており、本稿を書くにあたって示唆を得た。

地方公共団体の出訴に対する議会の関与

市制31条 市会ノ議決ス可キ事件ノ概目左ノ如シ

十一 市ニ係ル訴訟及和解ニ関スル事

64条 市参事会ハ其市ヲ統轄シ其行政事務ヲ担任ス

市参事会ノ担任スル事務ノ概目左ノ如シ

七 外部ニ対シテ市ヲ代表シ市ノ名義ヲ以テ其訴訟並和解ニ関シ又ハ他庁若ハ人民ト商議スル事

町村制33条 町村会ノ議決ス可キ事件ノ概目左ノ如シ

十一 町村ニ係ル訴訟及和解ニ関スル事

68条 町村長ハ其町村ヲ統轄シ其行政事務ヲ担任ス

町村長ノ担任スル事務ノ概目左ノ如シ

七 外部ニ対シテ町村ヲ代表シ町村ノ名義ヲ以テ其訴訟並和解ニ関シ又ハ他庁若ハ人民ト商議スル事

ところが、明治44年の市制改正（法律68号）や町村制改正（法律69号）では、訴願が加わり⁶⁾、戦後直後の最初の地方自治法の規定とほとんど変わらないものとなる。ただし、市参事会又は町村長の訴訟についての代表権の規定はなくなっているが、これは町村長など権限の概括的列举⁷⁾の規定からして、それらの権限とするものと解される。

市制改正42条 市会ノ議決ス可キ事件ノ概目左ノ如シ

十一 市ニ係ル訴願訴訟及和解ニ関スル事

町村制改正40条 町村会ノ議決ス可キ事件ノ概目左ノ如シ

十一 町村ニ係ル訴願訴訟及和解ニ関スル事

また、府県や郡については、明治23年の府県制（法律35号）や郡制（法律36号）には規定がなかったが、明治32年の府県制改正（法律64号）や郡制改正（法律65号）で参事会の権限として規定されている。

6) 訴願が加わったことについて、「旧法ノ不備ヲ補足シタルナリ」（五十嵐鉦三郎、松本角太郎、中村淑人『市制町村制逐条示解 改訂 54 版』（自治館、大正 13 年、日本立法資料全集別巻 727） 411 頁）ということであったようである。

7) なお、市会又は町村会の議決事件を定めた規定は、昭和 18 年の改正で制限的列举になる。42 条（40 条）「市会（町村会）ノ議決スベキ事項左ノ如シ」。参照、瀬戸正義・前掲判例解説 331 頁。

府県制改正 六十八条 府県参事会ノ職務権限ハ左ノ如シ
六 府県ニ係ル訴願訴訟及和解ニ関スル事項ヲ議決スル事
郡制改正 五十六条 郡参事会ノ職務権限ハ左ノ如シ
六 郡ニ係ル訴願訴訟及和解ニ関スル事項ヲ議決スル事

以上のような規定は、地方団体の制度からみてどのように理解されるのであろうか。美濃部達吉によると、「市町村会でも府県会でも、議決機関たることが其の最も重要な権限で、而して議決とは其の団体の意思を決することを意味する。」⁸⁾すなわち、市会、町村会及び府県会は、議事機関として市町村や府県という団体の意思を決定するのである。もちろん、ここで問題となっているのは、訴願、訴訟及び和解に関する団体の意思、とくに訴訟ではその方針決定である。そして、決定された団体の意思は、理事機関によって外部に表示される。「府県会にせよ市町村会にせよ、其の議決に依り団体の意思が定まるのであるが、併し議決機関は原則としては外に向かって意思を発表する権能を有するものではなく、其の議決に従って外に向かってこれを表示する権限は理事機関に属する。」⁹⁾理事機関は、府県にあっては府県知事であり、市町村にあっては市町村長である。

ところで、市町村議会や府県会の議決の運用については、実務書を見なければ理解できないので、この条文についての実務書の解釈をみていくことにする。大正年間に出された実務書では、以下のようにになっている。「『訴願』ハ市町村ノ提出スルモノタルト其ノ弁明書ヲ提出スル場合タルトヲ問ハス『訴訟』ハ行政訴訟タルト民事訴訟タルト問ハサルナリ又訴訟ニ付テハ市町村ノ原告タルト被告タルト將タ参加人タルトハ固ヨリ問フ所アラス『和解』トハ権利関係ニ付当事者間ニ争ノ存スル場合互ニ讓歩ヲ為シテ其ノ争ヲ除却スルモノ（民法六九五条参照）ヲイフ本号ハ此等ノ場合ニ於テ市町村会ノ議決ヲ要スル旨ヲ規定セルモノトス」¹⁰⁾。また、昭和になってから出された実務書でもほぼ同じ内容になっている。「『訴願』は

8) 美濃部達吉『日本行政法 上』(有斐閣、昭和11年)534頁。

9) 美濃部達吉・前掲書535頁。

10) 五十嵐鉦三郎、松本角太郎、中村淑人・前掲書411頁。

市町村自身之を提起せんとし又は提起したるものなると、又は市町村に対して提起せられた訴願に対し弁明書を提出する場合たるとを問はず、訴願に関し市町村がその対策の方針を決定せんとする場合には総て市町村会の議決を経なければならない。」「『訴訟』は民事訴訟たると行政訴訟たるとを問はない。市町村が訴訟の原告たる場合と被告たる場合とを問はず又参加人たると否とを問はない。」¹¹⁾ こうした解説から、訴訟について市町村議会又は府県会の議決に要否について確認できることは、第一に、訴訟類型としては、行政訴訟もあれば、民事訴訟もある。とりわけ、行政訴訟としては、市町村又は府県という団体自体が関わるものなので、機関訴訟は除かれ、処分を争う訴訟や個別法で市町村に認められた訴訟ということになる。第二に、市町村又は府県が原告となる場合、被告となる場合、参加人である場合にも議会の議決が必要となる。

次に、裁判所の判決をみていくことにする。最初は、行政裁判所の判決である。行政訴訟の提起については、実務書で引用されているのが1件ある。それは、行政裁判所明治36年5月13日判決¹²⁾（明治35年第356号）である。この事件は、岩手県気仙郡唐丹村長が岩手県大林区署長がした境界査定取消の訴えを提起したものである。この事案の争点は、この訴えが村会の議決を欠いている違法な訴えであるかどうかであった。すなわち提起時に欠けていた議決が後の村会で承諾されたことが有効かどうかであった。行政裁判所は、以下のように述べて訴えは有効であるとした。「按スルニ町村制第六十八条第七ノ規定ニ依レハ外部ニ対シテ町村ヲ代表シ町村ノ名義ヲ以テ其訴訟ヲ為スコトハ町村長ノ職權ニ属スレトモ同制第三十三条第十一ニ依レハ町村ニ係ル訴訟ニ関スル事ハ町村会ノ議決ヲ要スルコト明カナリ故ニ町村ニ於テ訴訟ヲ提起スルトキハ町村会ノ議決ヲ経サルヘカラス然レトモ法律上代理人カ訴訟ヲ為スニ必要ナル授權ノ欠缺ハ民事訴訟法第四十五条ニ依リ事後ニ補正シ得ルモノナルカ故ニ予メ村会ノ決議ヲ経サルモ事後ニ於テ其承諾ヲ得タル以上ハ其訴訟行為ハ無効ナリト謂フヲ得

11) 入江俊郎、古井喜實『逐条市制町村制提義』（良書普及会、昭和12年）876頁。

12) 行政裁判所判決録14輯5巻388頁。

ス故ニ明治三十五年十二月十四日ヲ以テ提起シ同月三十日ニ至リ村会ノ追認ヲ得タル本件訴訟ハ村長カ原告村ヲ代表シテ有効ニ提起シタルモノト認メサルヘカラス^{13a)}」。このように、行政裁判所は、訴えの提起時に欠けていた議決がその後村会の追認議決により有効となったと解しているのである。この行政裁判所の解釈の裏には、まず行政裁判法43条が「行政訴訟手續ニ関シ此ノ法律ニ規定ナキモノハ行政裁判所ノ定ムル所ニ依リ民事訴訟ニ関スル規程ヲ適用スルコトヲ得」と規定し、行政訴訟に民事訴訟の規定の適用を認め、そして、民事訴訟法（明治23年法律29号）45条が、以下のように、訴訟能力などの欠缺について補正命令及び追完を認めていたことがあったからである。「裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヤ問ハス職権ヲ以テ訴訟能力、法律上代理人タル資格及ヒ訴訟ヲ為スニ必要ナル授權ニ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査ス可シ裁判所ハ遲滞ノ為メ原告若クハ被告ニ危害アリ且其欠缺ノ補正ヲ為シ得ルモノト認ムルトキハ原告若クハ被告又ハ其法定代理人ニ其欠缺ノ補正ヲ為ス条件ヲ以テ一時訴訟ヲ為スヲ許スコトヲ得此場合ニ於テ裁判所ハ欠缺補正ノ為メ相当ノ期間ヲ定メ其期間ノ満了前ニ判決ヲ為スコトヲ得ス但其欠缺ノ補正ハ判決ニ接著スル口頭弁論ノ終結マテ之ヲ追完スルコトヲ得^{13b)}。」そしてまた、当時の民事訴訟法学説は、この追認を認める規定を訴訟経済の原則を根拠に認めていたのである^{14a)}。なお、本件の訴えは、営林署長の処分を争ったものであるので、法律106号の5号の「土地ノ官民有区分ノ査定ニ関スル事件」に該当する行政訴訟と推測される^{14b)}。なお、行政裁判所の判決録を見ると、町村の提起する訴えについては、どうやら明治37年の判決を境にして、原告としての表記が変わる。

13a) 行政裁判所判決録 14 輯 5 卷 390 頁～ 391 頁。

13b) そして、この 45 条は大正 15 年法律 61 号による民事訴訟法の改正により、補正命令は 53 条で追認は 54 条でと 2 か条に分かれて規定される。53 条「訴訟能力、法定代理権又ハ訴訟ヲ為スニ必要ナル授權ニ欠缺アルトキハ裁判所ハ期間ヲ定メテ補正ヲ命シ若シ遲滞ノ為メ損害ヲ生スル虞アルトキハ一時訴訟行為ヲ為サシムルコトヲ得」、54 条「訴訟能力、法定代理権又ハ訴訟ヲ為スニ必要ナル授權ニ欠缺アル者カ為シタル訴訟行為ハ其欠缺ナキニ至リタル当事者又ハ法定代理人ノ追認ナキニ至リタル当事者又ハ法定代理人ノ追認ニ因リ行為ノ時ニ遡リテ其ノ効カヲ生ス」と。

明治36年以前では、例えば村の境界に関する訴えに係る行政裁判所明治36年3月18日判決では、原告 戸隠村長 小林廣之輔となっている¹⁵⁾が、37年以降では、例えば行政裁判所明治37年4月22日判決では、原告 大分村 右代表者 谷口勘太郎となっている¹⁶⁾。

次は民事事件である。最初は、明治34年11月20日大審院民事二部判決¹⁷⁾である。事案は定かでないが、石材採掘確認請求事件という表題と、原告人が神島区（代理人：田中村村長）、被原告人が江間村（同：江間村村長）ということからして、田中村の神島区と江間村との間で石材の採掘権が問題となったものと推測される。そして、問題となったのは、神島区を代表する田中村村長の訴訟行為、とくに控訴が有効であるかどうかである。大審院は、まず、村長が区代表者として区の訴訟行為を行うには区会の議決が必要であるとする。「按スルニ町村長ハ町村ノ一部落タル区ノ財産ヲ管理スルノ権限ヲ有スルコトハ町村制第百十四条百十五條ニ依リ明瞭ナリト雖モ区ノ代表者トシテ区財産ニ関スル訴訟行為ヲ為スニハ特別授權ニ関シ区ノ機関タル区会ノ議決ヲ經サルヘカラス」¹⁸⁾。しかし、区が被告とし

14a) 大正 15 年の改正民事訴訟法 54 条について、以下のように解説されている。「追認ヲ受タルトキハ既往ノ欠缺ハ之カ為ニ補正セラレ其ノ訴訟行為ハ当初ニ遡リテ有効ナリトスル実例ハ實際上適當ニシテ又は訴訟經濟ノ原則ニ適ス故ニ之ヲ支持シ明文ヲ以テ之ヲ明確ニスルヲ立法上適當ナリトス是本条ヲ新設シタル所以ナリ」(松岡義正『新民事訴訟法註釈 第二卷』(清水書店、昭和 5 年) 326 頁、「訴訟能力、法定代理権又は訴訟行為を為すに必要な授權の欠缺ある者が為したる訴訟行為は総て無効であるが、其の欠缺なきに至りたる当事者本人又は法定代理人の追認あるときは行為の時に遡りて有効となるのである (五十四条)。言は訴訟經濟の点より見又權利保護の遅延防止等より見て必要であるからである」(加藤正治『新訂 民事訴訟法要論』(有斐閣、昭和 21 年) 133 頁)。

14b) 同じような訴えとしては、行政裁判所大正 2 年 12 月 19 日判決 (行政裁判所判決録 24 輯 10 卷 1065 頁) がある。これは、原告川上村が農商務大臣を被告として保安林編入処分を争ったものであるが、被告は知事であるとして訴えは却下されている。原告については問題とされていない。

15) ただし、判決文においては、原告村と被告村という表現がでてくる (行政裁判所判決録 14 輯 145 頁)。

16) 本件は山林下戻の訴えに係るものである。行政裁判所判決録 14 輯 270 頁。

17) 大審院民事判決録 7 輯 10 卷明治 34 年 11 月 64 頁以下。

18) 大審院民事判決録 7 輯 10 卷明治 34 年 11 月 69 頁。

て応訴する場合には、議決は必要ないとする。「然レハ町村又ハ区カ被告トナリタル場合ニハ其町村又ハ区ハ応訴ノ義務アルモノナレハ町村会又ハ区会ハ其ノ代表者タル町村長ニ同制第三十三条ノ規定ニ従ヒ訴訟行為ヲ為ス可キ権限ヲ付与スルハ当然ノコトナリ然レトモ之ヲ付与セサルモノトセンカ是故ナク法律ノ命スルヲ無視スルモノナルヲ以テ裁判所ハ法律ノ指示スル所ニ従ヒ其事件ヲ終了スヘキモノニシテ決シテ被告タルノ位地ヲ免脱セシムルモノニアラス故ニ上告区ニ区会ノ設ナク随テ特別授權ニ付キ其ノ議決ヲ経ル道ナシトシテ之カ為メ上告村長ハ当然被告タルノ位置ヲ免ルルモノニアラス¹⁹⁾」。そして、大審院は、神島区を代表する田中村村長の上告を認めて、第一審判決を破棄し、事件を第一審に差し戻している。

次は、民事事件といっても、現在では当事者訴訟に該当するが、土地の収用に係る補償額が問題となった事例として、大審院明治43年2月4日民事二部判決（明治四十二年（オ）三百十六号）²⁰⁾がある。上告人が名古屋市であるが、上告で争点となったのは3つあるが、その一つが名古屋市の上告について、市参事会の決議がない違法な行為であるということであった。大審院は、次のように述べて適法な訴えであるとした。「然レトモ上告市カ市会ノ決議ヲ経テ第一審ノ被告ト為リタルコトハ上告市ノ認ムル所タルノミナラス被上告人ヨリ当院ニ提出セル決議録写ニ依リテ明白ナリ既ニ訴訟ヲ為スニ付市会ノ決議ヲ経タル以上ハ其決議ハ亦被上告人証明ノ如ク市参事会ノ決議ニ依リ提案シタル所ニ基クモノナレハ右ノ外市参事会ノ決議ヲ要セサルハ勿論本件ニ付テハ上級審ニ至ルモ更ニ市会ノ決議ヲ要セスシテ上告市ハ有効ニ訴訟行為ヲ為シ得ルモノトス故ニ本論旨ハ理由ナシ」²¹⁾。要するに、訴訟について一回市会の決議を得ると、それは上告まで含むというのである。

次は、村長の詐欺罪及び横領罪に附帯する私訴、損害賠償請求の上告について、村（青森県上郷村）の提起が争点とされた大審院大正5年3月10日

19) 大審院民事判決録7輯10巻明治34年11月70頁。

20) 大審院民事判決録16輯明治43年2月50頁。

21) 大審院民事判決録16輯明治43年2月51頁。

刑事部判決²²⁾である。村の提起について村会が否定したにもかかわらず村長臨時代理者の専決処分でなされた違法があるという主張に対して、大審院は次のように述べて訴訟行為を適法とする。「村カ村会ノ議決ヲ経テ訴訟ヲ提起シタルトキハ爾後訴訟カ上級審ニ係属スルモ更ニ村会ノ議決ヲ経ルコトナク有効ニ訴訟行為ヲ為シ得ヘシ（明治四十二年（オ）第三百十六号民事部判例参照）記録ヲ查スルニ本件私訴ハ町村制第七十六条ニ基ク専決処分ニ依リ提起セラレタルモノナレハ訴訟カ原審ニ係属スルニ至リ被上告村代表者カ村会ノ議決ヲ経シテ応訴シ訴訟行為ヲ為シタルハ有効ニシテ論旨ハ理由ナシ。」²³⁾また、この判決は、判決理由から理解されるように、前記明治43年判決を踏襲し、第一審の提起は専決処分として有効であり、そのことは上告の提起にも妥当するというのである。

次も同様な横領事件に附帯する私訴で、郡（和歌山県海草郡）の上告が争点とされた大審院大正6年6月28日刑事部判決（大正6年（れ）第八六九号）²⁴⁾である。「郡制五十六条ニ拠レハ郡ニ係ル訴訟ニ関スル事項ハ郡参事会ノ議決ヲ要シ郡長ノ専行ヲ許容セサルモ同七十三条ニ依レハ叙上訴訟ニ関スル事項ノ如キ郡参事会ノ議決ヲ要スルモノニシテ臨時急施ヲ要シ郡長ニ於テ郡参事会ヲ招集スルノ暇ナシト認ムルトキハ郡長ハ之ヲ専決シ次ノ会期ニ於テ其旨ヲ郡参事会ニ報告スヘキモノトス記録ヲ閲スルニ所論本件私訴ノ提起ハ郡制七十三条ニ依リ郡長ノ専決ニ係ルモノナルコトヲ明ニシテ郡参事会ノ議決ヲ経サルモ其訴訟行為ハ無効ニ非ス而シテ所論第一審公判始末書記載民事原告代理人ノ陳述中大正四年十一月五日トアルハ大正四年十月五日ノ誤記ナルコト明確ニシテ大正四年十月五日ニ於ケル本件私訴ノ提起ハ実ニ郡制七十三条ニ依ル郡長ノ専決処分ニ属スルモノト解スヘキヲ以テ前段論旨ハ謂ハレナシ次ニ郡ニ係ル訴訟ヲ為スニ付キ郡参事会ノ為セル議決ハ反対ノ趣旨ヲ明示セサル限りハ其効力ハ第一審ニ止マラス当該訴訟ノ終局マテ及フヘキモノナルヲ以テ審級ヲ異ニスル毎ニ訴訟行為ニ

22) 大審院刑事判決録 22 輯大正 5 年 3 月 365 頁。

23) 大審院刑事判決録 22 輯大正 5 年 3 月 374 頁。

24) 大審院刑事判決録 23 輯大正 6 年 6 月 723 頁。

付キ格別ニ郡参事会ノ議決ヲ要スルモノニ非ス而シテ郡長カ急速ヲ要スル案件ニ付キ郡参事会ノ議決ヲ経ルノ暇ナシト認メ郡制七十三條ニ依リテ郡ニ係ル訴訟ノ提起ヲ専決実行シタル場合ニ於テハ其専決処分ハ郡参事会ノ議決ニ代ルモノニシテ其効力ハ単タ第一審ニ限局セラルヘキニ非ス上級審ニモ及フモノト解スヘキヲ以テ上訴ヲ為ス場合ニ於テ特ニ郡参事会ノ議決ヲ必要トセス故ニ本件ニ於テ郡長カ控訴ヲ為スニ付キ郡参事会ノ議決ヲ經サルモ違法ニ非サレハ原審ニ於テ右控訴ノ申立ヲ不適法トシテ棄却セサリシハ相当ナリ²⁵⁾」。この判決でも、大審院は、私訴の提起について郡参事会の議決がないが、その代わりに郡長の専決処分によって提起がなされていることから、訴えは有効であるとし、さらに、その有効性は、反対の明示の議決がない限り上級審まで及ぶことを認めている。

戦前における、府県や市町村の地方団体の不服申立てや出訴における府県会や市町村の関与をみていくと、それは戦後における運用のほぼ先例となっているといえよう。

まず第一に指摘できることは、議会の議決が必要となる訴訟類型は、行政訴訟、民事訴訟、刑事訴訟に附帯する私訴とかなり広いことであり、これは、判例や実務書の認めるところであった。

第二に、行政裁判所明治36年判決に見られるように、当初なかった村会の議決が追認の議決によって有効となるということが示されていた。この判決では、民事訴訟法における追認や補正の規定がその根拠とされていた。

第三に、大審院明治34年判決に見られるように、町村が被告である場合には議決が必要でないことが判示されていた。

第四に、大審院明治43年判決に見られるように、第一審の訴えについて市会の決議を得た以上、控訴又は上告について再度の議決は必要でないということであった。

第五に、大審院大正5年判決や大正6年判決に見られるように、議決がない場合でも、長の専決処分による訴えの提起があれば、それは有効であっ

25) 大審院刑事判決録 23 輯大正 6 年 6 月 733 頁。

た。そして、後者の判決では、訴えの提起の議決は、明示の反対の議決がない限り最終審まで効力を持つとのことであった。

2. 戦後における市町村の出訴に対する議会の関与

戦後、市町村や都道府県が出訴を行うに際して、その議会の議決を得る必要があるという手続を規定していた、市制、町村制や府県制はなくなったが、それは、地方自治法（1947（昭和22）年法律67号）に継承される。そして、この地方自治法の規定については、以後4回の改正が行われている²⁶⁾。

地方自治法96条1項 普通地方公共団体の議会は、次に掲げる事件を議決しなければならない。

1号—略—6号

7号 異議の申立、訴願、訴訟及び和解に関すること。

昭和23年法律179号では、「地方公共団体が当事者である」と「斡旋、調停及び仲裁」を加える²⁷⁾

10号 地方公共団体が当事者である異議の申立、訴願、訴訟、和解、斡旋、調停及び仲裁に関すること。

昭和37年法律161号により行政不服審査法の施行により、「異議の申立、訴願」を「審査請求、その他の不服申立て」に修正する

10号 地方公共団体が当事者である審査請求、その他の不服申立て、訴訟、和解、斡旋、調停及び仲裁に関すること。

昭和38年法律99号では、「訴訟」を「訴えの提起」に修正する

11号 地方公共団体が当事者である審査請求、その他の不服申立て、訴えの提起、和解、斡旋、調停及び仲裁に関すること。

平成16年法律84号により、行政事件訴訟法が処分の抗告訴訟の被告を処分庁から行政主体である、国又は地方公共団体にしたことから、従来通りに、それらの訴訟を議会の議決の対象から除いた。それらを（ ）の中に入れて修正する。

12号 地方公共団体が当事者である審査請求、その他の不服申立て、訴えの提起（普通地方公共団体の行政庁の処分又は裁決（行政事件訴訟法第3条2項に規定する処分又は

26) 佐藤英善編『逐条研究 地方自治法Ⅱ 議会』（自治総研、2005年）201頁～211頁が38年までの改正に詳しい。

27) 鈴木俊一「第四次地方自治制度の改正」自治研究 24巻6号6頁。

同条第3項に規定する裁決をいう。以下この号、第105条の2、第192条及び199条の3第3項において同じ)に係る同法11条第1項(同法38条第1項(同法第43条第2項において準用する場合を含む。))又は同法第43条第1項において準用する場合を含む)の規定による普通地方公共団体を被告とする訴訟(以下この号、第105条の2、第192条及び199条の3第3項において、「普通地方公共団体を被告とする訴訟」という。)に係るものを除く。)、和解(普通地方公共団体の行政庁の処分又は裁決に係る普通地方公共団体を被告とする訴訟に係るものを除く。))斡旋、調停及び仲裁に関すること。

この規定が置かれた意味及び理由であるが、一つは、形式的な理由として、戦前の市制、町村制及び府県制の地方団体の議会の権限規定を踏襲して、置かれたということである。もう一つは、実質的な理由であるが、これには二つの型があるようである²⁸⁾。一つは争訟等が地方公共団体の権利義務に重要な影響を与えるというものである。「都道府県または市町村が当事者となってする争訟は、原告たる場合と被告たる場合とを問わず、また単に参加人である場合であっても、当該都道府県または市町村の権利義務に重大な影響を及ぼすおそれがあるから、すべて議会の議決を経て当該団体の意見と方針とを決定すべきものとされたのである。²⁹⁾」もう一つは、財政負担を重視するものである。「地方公共団体に係る紛争は、いろいろなものが予想され、場合によっては、その地方公共団体に多大の財政支出をもたらすことになりかねないと考えられるので、紛争解決の手段及び内容について、議会の議決を経べきこととしているものと解される。³⁰⁾」辺野古をめぐる沖縄県が提起した訴訟のように、行政訴訟には、直接的な財政的な支出がないが政治的に重要な事案もあり、財政負担を重視すると、それらを除くことになりかねないので、前者が妥当と考えられる。

- 28) 川村毅「議会の議決権」(八木欣之介、小笠原春夫編『実務地方自治法講座 5 議会』111～112頁、川村毅「議会の議決権」(井上源三『最新地方自治法講座 5 議会』153頁、川村毅「議会の議決権」(山本信一郎『新地方自治法講座 6 議会』176頁。なお、川村は財政負担を及ぼさない場合もあるとして、前者の地方公共団体の権利義務に影響を与えるからという理由を妥当とする。
- 29) 金丸三郎『逐条精義 地方自治法』(政経書院、昭和29年)260頁、同旨、園部逸男監修、大田和紀著『注解法律学全集6 地方自治法I』(青林書院、1998年)231頁。
- 30) 大出峻郎『現代地方自治全集 3 地方議会』(ぎょうせい、昭和55年)123頁、同旨、伊藤祐一郎『自治行政講座 2 地方議会』(第一法規、昭和61年)123頁、杉村敏正、室井力編『コメンタール地方自治法』(勁草書房、1997年)222頁(広岡隆執筆)、佐藤英善編『逐条研究 地方自治法II 議会』249頁。

ところで、議会の議決で問題となるのは、①議決の対象となる訴訟類型にどのようなものがあるのか、②訴えの提起、控訴及び上告についてそれぞれ議決が必要かどうか、③訴えの提起と応訴があるが、応訴にも議決は必要なのか、④議決がなく訴えが提起された場合、その訴えは無効なのか、無効としても議会の追認により有効となるのか、⑤議決に代わる専決処分として訴えを提起する場合、専決処分はどの範囲で認められるのか、である。

ただし、議会の議決であれば、議決として有効でなければならない。この点で、地方自治法113条が定める議会の定足数を欠いた議決、116条が定める過半数を欠いた議決は無効であり、訴えの提起について、そういう議決がなされたときは議決を欠いた訴えの提起となる³¹⁾。また、議決の内容を問うのかどうかも問題となる。議決が形式的要件を充足している限り、その議決は有効とする判例がある。大阪地裁堺支部平成3年10月24日中間判決³²⁾は、原告堺市が同市営住宅に居住する住民二人について高額所得者であることを理由に明渡請求をしたことについて、原告は払い下げを行うということを被告に約束したのであるから、それを前提として議会の議決を求めるべきであったのにそれがなされていないとして、訴えは不適法であ

31) この点、戦前において、町村制40条8号の「義務ヲ負担シ及ヒ権利ノ放棄ヲ為スコト」に関わって町村会の議決が問題となった大審院大正5年11月27日民事二部判決は、次のように述べて、議決に問題があり、この意思表示は無効とした。「此ノ規定ニ依リテ見ルトキハ村長カ本件ノ如ク其村ニ属スル債権免除ノ行為即チ所謂権利放棄ノ行為ヲ為スニハ必ス之レヲ村会ニ諮リ以テ其適法ナル決議ヲ経ルヲ必要トスヘキヤ論ヲ俟タス而シテ此規定タル本ト町村長ノ職務執行ニ対シ町村公共ノ利益ヲ保護スルカ為メ公法上絶対ニ加ヘタル制限ナルヲ以テ若シ此規定ニ反シテ町村会ノ決議ヲ経サルカ又決議ヲ経ルモ其決議不適法ナル場合ニ於テハ町村長ノ為シタル此等ノ行為ハ其町村ニ対シ何等ノ効力ナキモノタルヤ明ラカナリ今本件ニ付テ之ヲ見ルニ原判決ハ前示ノ如ク本件債権免除ノ決議ヲ為シタル村会ハ他ノ問題ニ関スル再招集ノ場合ニシテ議員定足数十二名ニ対シ出席議員五名ニ過キサリシコト並ニ右違約損害金免除ニ関スル件ハ予メ議題トシテ告知セラレタルニアラスシテ突然出席議員中一人ノ発議ニ依リテ当日議題トシテ即決セラレタリトスルモノナルコトハ既ニ原院ノ事実トシテ確定シタル所ナルヲ以テ即チ右違約損害金免除ニ関スル該村会ノ決議ハ法律上全然無効ナリト謂ハサルベカラス」(大審院民事判決録22輯大正5年11月2121頁)。

32) 判タ778号(1992年)198頁以下。

るといふ被告の主張に対して、以下のように述べて議決は形式的に有効なもので足りるとする。「地方公共団体が訴えの提起をなすにつき必要な議会の議決を得たかどうかについては、議会の決議が一般に議会の内部規律の問題として議会の自治的措置に任されていることをもって足りるといふべきである。」³³⁾ただし、本件では、明渡の経緯を議会に説明して議決がなされているので、実質的にも有効な議決であった³⁴⁾。この判決は議決について形式が整っておればよいということであるが、しかし、訴えの提起の意味が説明された上で審議されないと議決の意味はないということではないか^{35a)}。訴えの提起を認める実質的に有効な議決としては、①訴えを提起する裁判所、②訴えの相手方である被告の氏名、住所、③訴えの目的（請求の趣旨）、④事件の内容（請求の理由）を説明してなされた議決であることが必要であろう^{35b)}。さらに、上訴や和解に関する方針についても議決することが望ましいといえる。

なお、訴えの提起などの議案の提出権であるが、長に専属するというのが通説である^{36a)}。これは、訴えを提起し、訴訟を進行するのが市町村長及びその補助職員であることを理由とするのであろう。

訴えの提起についての議決は訴訟要件と解されており、適法な議会の議決のない訴えは却下されることになる^{36b)}。ただし、訴えの提起についての

33) 判タ 778 号 200 頁。

34) 鈴木雅雄「判例評釈」判例地方自治 105 号 61 頁。

35a) 例えば、阿部泰隆は、低廉譲渡（96 条 1 項 6 号に該当）について、「当該譲渡が適正な価格によらないものであることを前提として審議がされた上当該譲渡等を行うことを認める趣旨の議決がされたことを要する（最判平成 17 年 11 月 17 日）」（吾妻大龍『市長の「破産」』（信山社）161 頁）と指摘する。

35b) 鈴木雅雄「判例評釈」判例地方自治 105 号 61 頁。なお、議決の中に和解についてする方針を明記しておけば、改めて和解について議決する必要はないとされている（行政実例昭和 30 年 3 月 12 日自丁行発 43 号）。

36a) 大出峻郎・前掲書 125 頁、川村毅「議会の議決事件」154 頁、駒林良則「地方議会の議決を必要とする『訴えの提起』の意義」民商 145 号 609 頁。

36b) 訴えを提起する際に必要な議会の議決は、民事訴訟法 28 条 3 項の「訴訟行為をするのに必要な授權」と理解されている。参照、『別冊法学セミナー基本法コンメンタール 民事訴訟法 1（第三版追補版）』（日本評論社、2012 年）加藤新太郎担当 92 頁。なお、最高裁昭和 35 年 7 月 20 日大法廷判決は、旧民事訴訟法 58 条（法人の代表者の地位）と同法 50 条 1 項（準禁治産者・法定代理人の訴訟行為の準則）を引き合いに出している。

議会の議決を内部的行為と解する少数説もある。住吉博は次のように述べる。「議会の議決を要するか否かは、普通地方公共団体が公法人として民事訴訟の当事者の地位につく場合、長と議会との内部関係のこととしてのみ論じられるのが適切であると解したい。」³⁷⁾この説に従うと、「かりに端的に設例して、議会が起訴を認めない旨の議決をしたにもかかわらず、あえて長がその必要性の判断を優先させて訴を提起するに踏み切ったとしても、裁判所は個別の事案に含まれている諸条件を勘案した上で、とくに乱用的訴の提起と判断されるときにのみその理由で訴却下の処断をすれば足りる。起訴をめぐる長と議会それぞれの決断の相反は、地方公共団体の内部で、終局的には選挙権者の判断に待って解決すべきであろう。」³⁸⁾ということになる。

なお、地方公共団体が訴えを提起する場合に議会の議決が必要であるとするれば、議会閉会中には、訴えを提起できないことになる。そこで、実務上は、地方自治法180条1項に基づき軽易な訴えなどは専決処分³⁹⁾に委任し、そうでない事項を開会中の議会の議決に委ねるということになっているようである。

2-1 議決の対象となる訴訟

戦前の実務書によれば、議決の対象となるのは、行政訴訟、民事訴訟及び刑事訴訟いずれでもよいとされていた。また、行政裁判所判決では、土地の官民有区分に関する処分についての訴えが議決の対象となっていた。大審院の判決では、私訴が議決の対象とされていた。この点で、議決の対象となることについて、実務書や判例は、当該地方公共団体の権利義務に

37) 住吉博「昭和59年最高裁判例評釈」判時1133号194頁。住吉博は、福岡高裁昭和29年9月27日判決が、傍論としてこの説を主張しているとする（同「判例評釈」判時1133号195頁～196頁）。また、住吉博は、俵静夫（民商42巻1号93頁）や田村浩一（民商34巻178頁）が議会の議決を内部関係と捉えているとするが、私には、彼ら二人は被告という地位に限定して内部関係を使用しているように思われる。

38) 住吉博「昭和59年最高裁判例評釈」判時1133号197頁。

39) 馬橋隆紀「巨額の和解金支出、議会ノータッチに警告」判例地方自治245号8頁、駒林良則「地方自治法180条」地方自治判例百選（4版）121頁、阿部泰隆『行政法再入門上』（信山社、2015年）354頁。

関わる訴訟という実質主義を採用しており、この点では、訴訟類型に限定はなかったといえよう。この点、戦後から現在までの解説書などをみると、適用される訴訟類型は狭くなっているようである。戦後直後は、戦前の説を踏襲して刑事訴訟も入っていた。「訴訟は、民事訴訟（行政事件を含む）たると刑事訴訟たるとを問わない。」（金丸三郎、昭和29年⁴⁰⁾）ところが、現在では刑事訴訟はなくなっている。これは、前述したように戦前において認められていた附帯私訴が廃止されたためである。「普通地方公共団体が民事上又は行政上の争訟及びこれに準ずべきものの当事者となる場合に議会の議決を必要とする旨の規定である。⁴¹⁾」（松本英昭、平成25年）いままで行政訴訟にも適応されてきたが、読み方によればそれを否定する説もあるようである⁴²⁾。

行政訴訟について考えてみると、地方公共団体自体が当事者となるものであり、訴訟類型としては、取消訴訟や公法上の当事者訴訟が考えられる。取消訴訟としては、東京地裁昭和35年3月24日判決⁴³⁾がある。事案は、町と町が合併の進められたにも関わらず、県及び県知事が進めないで別の合併を勧告したので、内閣総理大臣に対し自治紛争処理委員の調停を求めたが、これを却下されたので、却下処分取消しの訴えを提起したものである。東京地裁は訴えについて専決処分をしているとして訴えを適法とする。「次に、普通地方公共団体が訴訟当事者となるためには、その議会の議決を要するところである（同法96条第1項10号）けれども、議会がその議決をなさないときは、当該団体の長において、議決すべき事件を専決処分できるのであり（同法179条第1項）、成立に争いない甲第二号証によると、初島町長は、昭和33年6月4日同町議会を招集して、本件訴えを提起

40) 金丸三郎・前掲書 260 頁。

41) 松本英昭『新版 逐条地方自治法 第7次改訂版』（学陽書房、平成25年）365頁。

42) 「ここに『訴え』とは、原告が被告を相手に民事裁判所に対し、権利又は法律関係の存否を主張し、その存否につき自己に有利な判決を求める要求である。」鈴木雅雄・前掲判例評釈判例地方自治 105号 61頁。ただし、民事事件の中に行政訴訟が当然含まれるとすれば、問題はないのかもしれない。

43) 行集 11 卷 3 号 681 頁以下。

することの承認を求めたが、同議会がこれに対し何らの議決をしなかった
ので、同町長において、右専決処分として本件訴えを提起したものである
ことが認められるから、本件訴えは適法に提起されたものというべきであ
る。」⁴⁴⁾他方、行政機関が提起する訴えすなわち機関訴訟は地方公共団体
に係るものでも、議決の対象とならない。例えば、地方自治法176条7項の
議会又は長が提起する訴えである。

さらに、都道府県知事や市町村長が行政庁として処分を行い、その取消
訴訟等の被告として応訴する場合にも、都道府県や市町村が当事者でない
ので、議会の議決は必要でない。しかし、戦後直後の判例を見ると、この
点を混同しているものが複数見られる。

まず、東京高裁昭和28年2月20日⁴⁵⁾は、栃木県で村長（吉田村長）がした
食料確保臨時措置法に基づく、農業計画、生産計画及び生産者に対する供
出割り当てが違法であるとしてその取消しを求めた訴えの中で、村長が応
訴という訴訟行為を行うことについて議会の議決を経ない違法な行為
であると控訴人が主張したことについて、以下のように述べて違法ではな
いとした。「地方自治法96条第1項第十号の規定によれば、普通地方公共団
体の訴訟については地方議会の議決を要する旨規定されているが、右のよ
うに地方議会の議決を要するのは、地方公共団体が自ら訴を提起する場合
のことで、相手方として応訴する場合は地方議会の議決を要しないもので
あると解するのが相当である。若し地方公共団体を相手方として訴えが提
起された場合に地方議会が議決しないときは、永久に訴えを提起し得ない
ことになることを考えれば、上記のように解するのが妥当であるし、又そ
れは、民事訴訟法第50条の規定の趣旨からも類推することができる。さう
であるから本訴について、被控訴人が被告として又被控訴人として本訴に
応訴するについて、吉田村村議会の議決を経ないことはなんのかしにも
ならず、この点に関する控訴人の主張は理由がない。」⁴⁶⁾また、東京高裁

44) 行集11巻3号690頁。なお、この判決の位置づけについて、拙稿「市町村の提起す
る境界に関する訴えと当事者訴訟(2)——市町村間訴訟の研究——」西南学院大学法
学論集48巻2号18頁～19頁を参照されたい。

45) 行集4巻5号1172頁。

46) 行集4巻5号1178頁。

昭和28年9月7日判決⁴⁷⁾も、同じ原告と被告の間の食料確保臨時措置法による農業計画の指示について、村長の応訴について議会の議決を得ていない違法な行為であるとする訴えについて、同じように応訴には議会の議決は必要ないという判断を示している。これら二つの判決は、村長が当事者としてする応訴と村自体が当事者としてする応訴を混同し、後者として判示しているのである⁴⁸⁾。

この点、最高裁昭和30年11月22日第三小法廷判決は、村長が当事者である訴訟には村会の議決は必要ないとしている。事案は、食料確保臨時措置法に基づく福岡県宮野村長の米や麦の供出命令の取消や供出した米や麦の返還が請求されたものである。第1審の福岡地裁昭和26年9月12日判決は、各請求を理由がないと棄却した⁴⁹⁾。その控訴審において、原告・控訴人は、村長の第一審からの応訴行為は地方自治法96条1項10号の議会の議決を欠く違法なものであると主張した。これに対し、福岡高裁昭和29年9月27日判決⁵⁰⁾も、村長の処分には同条の適用はないとして、控訴を棄却した。「地方自治法96条1項10号によると、普通地方公共団体たる宮野村が当事者たる訴訟事件に関して宮野村村長が同村の代表者として訴訟行為を為すには、同村議会の議決を要するけれども（村が被告として応訴する場合でも、右第96条第1項の適用があるけれども、しかし、たとえ村議会の議決を得ることができず、また議会が応訴することを否決したとしても、被告たることを免れ得ないのは当然であるから、村が被告として訴えられた場合は、議会の議決の有無は、村長と村議会との内部関係の問題であって、被告たる村の応訴行為の有効・無効とはかかわりのないものと云うべきである。）本件におけるごとく、宮野村長が当事者たる場合は、前示第10号の適用のないことは同規定に照らして容疑の余地がないのである。従って、当事者である宮野村長が、本件訴訟の第1, 2審を通じ当事者として訴訟をなし又

47) 行集4巻9号2159頁。

48) 後述の最高裁昭和30年11月22日第三小法廷判決の判例解説を書いた、田中眞次調査官は、これらの高裁判決について、「結論においては正当であるが、理由において誤っているものとなろう。」と評している（田中眞次『昭和30年最高裁判例解説』223頁）。

49) 民集9巻12号1831頁～1834頁。

50) 行集5巻9号2228頁。

は弁護士水野新三にその訴訟委任をなすについて宮野村議会の議決を経ていないのは固より当然であって、これにつき議会の議決を前提とする控訴人の主張は理由がない。」⁵¹⁾そして、上告審の最高裁は、高裁判決の（ ）書きの部分を否定し、次のように述べている。「所論は、被上告人宮野村長は、本訴について地方自治法第96条1項10号による授権がないから、民訴53条に定める授権をかくことに帰し、従って原審被上告代理人弁護士水野新三に対する訴訟委任は無効であり、原判決はこの点において法令違反があると主張する。しかし、地方自治法96条1項10号によって議会の議決を要するのは地方公共団体が公法人として訴訟当事者となる場合であって、本件のように村長が行政事件訴訟特例法3条にいう『処分をした行政庁』として当事者となっている場合はこれに当たらない。そして本件においては訴訟係属中村長の変更があったが、前村長の適法にした訴訟委任は、その変更によって効力を失うものではない。所論は理由がない。（なお原判決は、村が被告として訴えられた場合は被告たることを免れないのであるから、議会の議決の有無は、村の応訴行為の有効にかかわりがないと附加しているが、このことは本件においては、不必要な判示であって、別の問題である。）」⁵²⁾と。

ところで、訴訟とくに「訴え」とは、原告が被告を相手方として裁判所に対し権利又は法律関係の存否について自己に有利な判決を求めるものであるから、判決でない支払い督促の申立て、仮処分及び仮差押えの申立て（民訴383条、民保20、23条）は、訴えに入らないと解されてきた（行政実例昭和39年10月2日）⁵³⁾。ところが、普通地方公共団体の申立てに基づいて発せられた支払督促に対して相手方から異議申立てがなされた場合に、旧民訴法442条1項（現行395条）により訴えの提起がなされたものとみなされ

51) 民集9巻12号1835頁～1836頁、行集5巻9号2229頁。ただし、後者の記述は判例要旨しか掲載されていないので、前者をみないと全体を把握できない。

52) 民集9巻12号1819～20頁。

53) 濱秀和は、「仮差押、仮処分の申請は仮定的な裁判の申立てであり、事柄の性質からいってその目的を達成するためには迅速かつ密行が要求されるから、議会の議決になじまないと解される（略）し、本案の起訴命令（民訴法746条）があって、訴えの提起をする際、議会の議決を経由すれば足りると解することができる」（濱秀和「ジュリ昭和59年重要判例解説9」61頁。）とする。

るが、この場合に議会の議決が必要かどうかが問題となる⁵⁴⁾。行政実務では、議会の議決は必要でないとしていたが、裁判官の間では議決が必要であるとする説が多数であったようである⁵⁵⁾。

この問題が裁判所で審査されたのは、大津地裁昭和58年5月10日判決である。事案は、大津市が住民税を滞納した者の差押債権につき大津簡易裁判所に支払命令を申立て、支払い命令を得たが、被告から異議申立てがなされ、大津地裁に対して訴えの提起があったものとみなされた。そこで、大津地裁は、地方自治法96条1項11号により議会の議決が必要であるとして、大津市に対して議会の議決に関する文書の提出を命じたが、文書の提出がないので、訴えを却下した⁵⁶⁾。控訴審でも、大津市は本件の場合96条1項11号にいう「訴えの提起」に該当しないという主張をしたが、大阪高裁昭和58年8月31日判決は、1審判決を維持し控訴を棄却した⁵⁷⁾。

上告審の最高裁昭和59年5月31日第一小法廷判決は原判決を維持した。「普通地方公共団体の申立に基づいて発せられた支払い命令に対し債務者から適法な異議の申立があり、民訴法442条1項の規定により右支払命令の時に訴えの提起があったものとみなされる場合においても、地方自治法96条1項11号の規定により訴えの提起に必要とされる議会の議決を経なければならないものと解するのが相当である。⁵⁸⁾」行政実例（昭和41年2月2日自治行11号行政課長回答）では、このような“みなし訴えの提起”は以下の理由で96条1項11号の訴えの提起に入らないと解されていたようである。①支払い命令に対して債務者による違法な異議申立があれば、地方公共団体はその意思如何に拘わらず、必然的に当事者となるため、議決は全く意味

54) この点、「破産法197条10号、会社更正法54条5号、商法445条1項3号の『訴えの提起』には支払い命令の申立も含まれると解されている。」（小北陽三「差押債権支払請求事件（大津市）」判例地方自治16号149頁）。同旨、濱秀和「ジュリ昭和59年重要判例解説9」61頁。

55) 小北陽三・前掲評釈149頁。例えば、法曹会昭和44年12月3日民事手続委員会決議では、支払命令の申立は「訴えの提起」当たらないが、それに対し異議の申立があり、訴えの提起とみなされる場合には、96条1項による議会の議決を要するとする。参照、小北陽三・前掲評釈150頁註3。

56) 民集38巻7号1025頁。

57) 民集38巻7号1027～1028頁。

58) 民集38巻7号1023頁。

がない、②96条1項11号の文理解釈上、支払い命令を入れることは無理がある、③支払い命令の申立てが「訴えの提起」と同視されるのは、民訴の規定によりみなされるので、支払命令そのものの性格から来るものではないから、地方自治法も同一に論ずる必要はない、④議会がかかる訴えの提起を否認した場合、実際上の弊害が予想される、ということである⁵⁹⁾。これに対して、最高裁判決の趣旨は、a)適法な異議申立があると、訴状に代わる準備書面を提出することになる、b)貼用印紙額の不足分を追貼する必要がある、c)この場合議会の議決を要しないものとする、支払命令の申立という手続を介在させることにより議決を必要ないものにするということであろう⁶⁰⁾。この最高裁判決に対する評価は、学説において二つに分かれている。住吉博は、前述したように議会の議決と長の関係を内部行為と捉え、「判旨には賛同できないと考える。まず普通地方公共団体が債権者の地位を占めて提起する支払命令申立にとり、議会の議決あることが適法要件をなすと解すべきではないであろう。」⁶¹⁾と述べる。これに対し、濱秀和は、支払命令の申立に適法な異議があった場合に議会の議決が必要でないとするれば、「地方公共団体が金銭その他の代替物の一定数量の給付請求権を有する場合、督促手続を経由することなく、直接訴訟手続に入るときには議会の議決を要するけれども、債務者が債務を争うことが予想される場合であっても督促手続を経由しさえすれば議会の議決を必要としないということになり、制度の目的に照らして一貫しないことになる。」⁶²⁾とか、「支払命令に対する適法な異議の申立があった場合に訴えの提起があったものと見做されるのは、支払命令のときにすでに予測されることであって、当初から訴えを提起するか、支払命令の申立をするかは単に債務者が争うかどうかの見通しによる選択の問題にすぎない。」⁶³⁾

59) 瀬戸正義・前掲判例解説 335 頁～336 頁。

60) 瀬戸正義・前掲判例解説 336 頁。

61) 住吉博・前掲評釈 194 頁。

62) 濱秀和・前掲判例解説 62 頁。

63) 濱秀和・前掲判例解説 62 頁。なお、濱は、最高裁判決に全面的に賛成しているわけではなく、控訴について不適法でないとした高裁判決から、控訴の中に訴訟追行の議会の議決を認め、高裁は、訴えを不適法とした一審判決を取り消して、第一審に差し戻して実体審理を行うべきであったとする。

として、最高裁判決に賛成している。同じように、阿部泰隆も、議会中心主義の立場から、「議会の議決を要しないというのでは、支払命令を通じて議会の議決を回避することができることになり、不合理である。」⁶⁴⁾として最高裁判決に賛成している。議会の議決を重んじる後者が妥当であろう。

2-2 議決の対象となる訴訟行為

訴訟行為としては、(第1審の)原告としての訴えの提起、控訴及び上告、さらに、被告としての応訴、控訴及び上告が考えられる⁶⁵⁾。原告としての訴えの提起、控訴及び上告については、それぞれ議会の議決が必要であるという解説書が多かった。しかし、この点、議会が「訴えの提起を認める」という議決をすることは、訴訟に勝つことを望んでのことであり、議決の中で控訴及び上告を認めないと書かない限り、それらを含むことになるというのが素直な解釈であり、学説や判例⁶⁶⁾もそのように解釈していた。

判例で争点となったのは、地方公共団体が被告として応訴する場合、議会の議決は必要でないのではないか、ということであった。この問題について、前述の戦後直後の東京高裁昭和28年2月20日判決や同昭和28年9月7日判決、さらには福岡高裁昭和29年9月27日判決の()の部分見られたように、下級審判例では、応訴には議会の議決は必要ないということであった。その理由は、地方公共団体が被告として応訴する場合に議会の議決を必要とすれば、もし議会が議決しないときには原告が地方公共団体に訴えを提起しても、訴訟は成立しないということであった。

この問題は、最高裁昭和34年7月20日大法廷判決で終止符が打たれる⁶⁷⁾。事案は、宮尾村の村有財産である土地や山林を低額な価格により売り渡したとして、住民から地方自治法243条の2に係る住民訴訟として売買契約の

64) 阿部泰隆「訴えの地方議会の議決」法セミ1988年10月号120頁。

65) 他の法分野において、「最二判昭六一・七・一八(裁判集民事148号三五七頁)は、商法445条1項3号にいう「訴ノ提起」には控訴、上告の申立は含まれない旨判示している。」(瀬戸正義・前掲判例解説337頁)ものもある。

66) 前述した、大審院明治43年2月4日判決及び大正6年6月28日判決である。ただし、前者では第1審の被告についての議会の議決により、上告も適法とされていた。

67) 依谷静夫『法律学全集8 地方自治法』150頁註(7)。

無効確認の訴え及び登記抹消請求などが提起されたものである。ただ、この事案については、住民訴訟の規定が設けられる前の事案であり、高松高裁昭和28年3月11日判決は、住民訴訟としての裁判請求権を有しないと見て控訴を棄却している⁶⁸⁾。この事案は上告され、その上告理由の一つとして、宮尾村村長が原告の訴訟に応訴したことについて、村議会の議決を受けていないことから、無効な訴訟行為であるという主張がなされていた。大法廷は、村が被告となる訴訟については議会の議決は必要ではないとした。「論旨は、被上告人西尾村の代表者西尾村村長は、地方自治法96条1項10号によって訴訟行為をなすには必要とされている村議会の議決による授權を欠いているから民訴395条1項4号に該当し、また村議会の議長の議決証明書の提出がないから民訴52条に違背していると主張する。」「なるほど、地方自治法96条1項10号は、普通地方公共団体が当事者である訴訟に関することについて議会が議決すべき旨を定めている。しかし普通地方公共団体が被告となって本件のような応訴をする場合には、地方自治法第243条の2第4項の規定による請求に関する規則（略）2項、行政事件訴訟特例法1条、民訴58条、50条1項の規定により、議会の議決を必要としないものと解するのが相当であり、従って所論の村議会議長の議決証明書も必要でない。論旨はすべて理由がない。」⁶⁹⁾ この判決について、俵静夫は少し異論を述べている。「地方自治法第96条の規定が、たんに自ら訴えを起こす場合のみに関するもので、応訴する場合にはまったく適用のない規定といえるかどうかは一応問題の余地がないではない（略）。地方自治法が地方公共団体が当事者である訴訟に関することを議決事件としているのは、原告たると被告たるとにかかわらず、訴訟が地方公共団体の権利義務に影響を及ぼすおそれがある以上、たんに出訴なり応訴について決定するというだけでなく、その事件に関する団体の意見なり方針を決定すべきものとする趣旨に出ているからである（略）。したがって、地方公共団体が応訴する場合でも、地方自治法96条の適用を免れないが、ただ、議会の議決がなくとも長の訴訟行為は有効であるという意味に解すべきであろう（福岡高裁

68) 民集13巻8号1147頁以下。

69) 民集13巻8号1106頁～1607頁。

昭29・9・27行裁例集5巻9号2228頁)。』⁷⁰⁾

この最高裁判決の「応訴については議会の議決を要しない」という判示を踏まえて、昭和38年の地方自治法の改正（法律99号）で、応訴の場合を除外することから、前述したように、地方自治法96条1項10号は以下のように改正された^{71a)}。

11号 地方公共団体が当事者である審査請求、その他の不服申立て、訴えの提起、和解、斡旋、調停及び仲裁に関すること

なお、以上のように、第一審の被告つまり応訴することについては議会の議決は必要ないが、応訴した第一審で地方公共団体が負けた場合にその判決に不服があるとして控訴又は上告する場合には議会の議決を得なければならないとされている^{71b)}。これは、上訴については地方公共団体の任意に任されているからであろう。また、応訴事件について、和解をするかどうかは別の問題であり、これは11号の「和解」に関わるものであり、議決の対象となる⁷²⁾。

2-2 市町村長の処分に関する訴えと法改正による被告の変更

議会の議決が必要な訴訟等については、96条1項12号の「地方公共団体が当事者である」ものに限定される。従来、抗告訴訟や取消訴訟の被告は処

70) 俵静夫「判例評釈」民商42巻1号93頁。

71a) 「地方自治法の一部改正の概説」時の法令471号4～5頁、小早川光郎編『史料日本の地方自治3』（学陽書房、1999年）136頁。

71b) 松本英昭・前掲書365頁、伊野積『地方自治法講義（3版）』（第一法規、平成27年）139頁。なお、これらは、行政実例（昭和52年12月12日自治行71号 岩手県総務部長宛 行政課長回答）に拠っていると考えられる。参照、佐藤英善『逐条研究 地方自治法Ⅱ議会』259頁註46。ただし、この行政実例は、主に附帯控訴と議会の議決との関係を問題としている。参照、地方自治制度研究会『新訂 注釈地方自治関係実例集』（ぎょうせい、平成7年）181頁～182頁。

72) 東京高裁平成13年8月27日判決は以下のように述べる。「確かに、普通地方自治体が応訴することは議会の議決事項ではないが、応訴事件であっても、これについて訴訟事件の和解をすることは、前記のとおり議会にその権限があるのである」（判タ1088号145頁）と。

分庁であり、地方公共団体の場合には、多くは都道府県知事や市町村長であった。従って、都道府県知事や市町村長が当事者・被告となる抗告訴訟や取消訴訟については、前述したように、議会の議決は必要でないとされていた。

ところが、行政事件訴訟法の改正（平成16年法律84号）で、抗告訴訟や取消訴訟の被告は処分庁ではなく、処分庁が属する国又は地方公共団体の行政主体となった（行政事件11条1項）。この法改正を受けて、前述したように、地方自治法96条1項12号も（ ）を入れて、このような普通地方公共団体が被告となる訴訟は除くとされた。

しかし、この法改正の趣旨を理解しない判決もみられた。それは、福岡高裁平成23年2月28日決定である。事案は、産業廃棄物処理場に対する知事の措置に関するものであるが、本案訴訟と議会の議決が争われた上告及び上告受理に関する抗告の二つに分かれる。本案訴訟は、産業廃棄物処理場の周辺地域に居住する住民ら13名が法律に適合しない産業廃棄物の処分が行われ、生活環境の保全上支障が生ずると主張して、主位的に福岡県知事はその支障の除去又は発生の防止のために必要な措置をとることを命ずる義務付けの訴えを、予備的に知事が事業者に対して支障の除去等の措置を講ずることを命ずる義務付けの訴えを提起したものであり、福岡高裁平成23年2月7日判決は予備的請求を認容した。この判決を不服として、福岡県知事が上告及び上告受理申立てを行ったが、福岡高裁平成23年2月28日決定は、以下のように述べてそれらを却下した。「地方自治法96条1項12号にいう『普通地方公共団体がその当事者である……訴えの提起』には、普通地方公共団体が被告とされた訴訟において、全部又は一部敗訴した普通地方公共団体がする上訴の提起が含まれるものと解するのが相当である。」

「これを本件についてみるに、本件上告の提起及び本件上告受理申立ては、上告人兼申立人の議会の議決を欠いている。かえって、上告人兼申立人の議会が、本件上告の提起及び本件上告受理申立ての翌日である平成23年2月22日、本件上告及び本件上告受理申立ての取下げを求める旨の議決をしたことは公知の事実である。」

「したがって、本件上告及び本件上告受理申

立てはいずれも不適法でその不備を補正することができない。」「よって、民訴法316条1項1号により本件上告をいずれも却下し、同法318条5項）316条1項1号により本件上告受理申立てをいずれも却下することとし、上告費用及び上告受理申立ての費用の負担について同法67条1項、61条を適用して、主文のとおり決定する。」⁷³⁾そこで、福岡県知事が特別抗告および抗告許可を申立てた。最高裁平成23年7月27日決定は以下のように述べて議会の議決は必要ないとした。「地方自治法96条1項12号は、『普通地方公共団体がその当事者である…訴えの提起』について、その議会の議決を要する事項と定めており、この『訴えの提起』には、控訴若しくは上告の提起又は上告受理の申立てが含まれるものと解される。その一方で、同号は、この『訴えの提起』のうち、普通地方公共団体の行政庁の処分又は裁決に係る当該普通地方公共団体を被告とする抗告訴訟に係るものについては、取消訴訟の被告適格を定める行政事件訴訟法11条1項の規定が同法38条1項により取消訴訟以外の抗告訴訟に準用される場合を含めて、抗告訴訟の種類の種別を問わず、その議会の議決を要する事項から除外している。」

「したがって、普通地方公共団体の行政庁の処分又は裁決に係る当該普通地方公共団体を被告とする抗告訴訟につき、当該普通地方公共団体が控訴若しくは上告の提起又は上告受理の申立てをするには、地方自治法96条1項12号に基づくその議会の議決を要するものではない。本件の本案訴訟は、行政事件訴訟法3条6項1号所定の義務付けの訴えに係る訴訟であり、上記の抗告訴訟の一類型であるから、抗告人が本件上告及び本件上告受理の申立てをするには、その議会の議決を要しない。」「なお、上記の抗告訴訟につき当該普通地方公共団体が適法な控訴若しくは上告の提起又は上告受理の申立てをした場合には、その議会がこれらの取下げを求める旨の決議をしたとしても、これらの効力が左右されるものではない。このことは、本件上告及び本件上告受理の申立てについても同様である。」⁷⁴⁾と。

以上のように、最高裁は、括弧書きの部分を加えられた趣旨などを考慮

73) 判例地方自治 359号 73頁。

74) 判例地方自治 359号 72～73頁。

して、高裁決定を否定したものであり、最高裁の判示は当然である⁷⁵⁾。逆に、どうして本件のような高裁決定が出てきたのか、は定かではない。高裁決定で取り上げられている議会が上告及び上告受理の取下げの決議をしたことも理由とはならない。一つには、被告として第一審で応訴するには議会の議決は必要ではないし、また、第一審で適法に応訴した場合には、控訴、上告について議決は必要ない。このことは最高裁判決も認めるところである。また、訴えの提起についての議会の議決案は長が専属的に有するものであることから、上告をしないことを求める議会提案による議決は、議決としての意味を持たない事実上の議決である⁷⁶⁾。そうすると、本件高裁決定については、「不可解なものといわざるをえない。」という評価が妥当しよう⁷⁷⁾。

2-4 訴え等と長の専決処分

戦前における附帯私訴に係る大審院大正5年判決や戦後直後の自治紛争処理委員の調停に関する却下処分の取消訴訟に係る東京地裁昭和35年判決を見て理解されるように、訴えの提起について議会の議決がない場合でも、長の専決処分により提起が認められる場合がある。しかし、この場合には長の専決処分をどの範囲で認めることが出来るのかが問題となる。

訴訟の提起について、長の専決処分が認められるのは、他の議決事件と同じように、①地方自治法179条の要件の一つに該当するとして、訴えの提起について長が専決処分をする場合、と②同法180条により、「軽易な事項」として議会が議決で指定した訴えについて長が専決処分をする場合、の二つである。前者の例として、津地裁平成19年7月19日判決⁷⁸⁾がある。事

75) 北見宏介「抗告訴訟における地方公共団体の上訴と議会の方針決定」新判例解説 Watch 行政法 6・48 頁、駒林良則「地方自治法 96 条 1 項 12 号の『訴えの提起』の範囲」法学教室判例セレクト 2011 年 II 10 頁。

76) 駒林良則「地方議会の議決を必要とする『訴えの提起』の意義」民商 145 巻 6 号 609 頁。

77) 比山節男「判例評釈」判例地方自治 365 号 72 頁。

78) 判時 1990 号 97 頁、判例地方自治 331 号 38 頁。

案は、津市と合併する前の旧河芸町のY1町長（被告）が町道を建設するに際して、町に損害を与えたとして、住民からの住民監査請求を受けた監査委員の勧告を受けて、旧河芸町のX1町長が提起し津市が承継した損害賠償請求訴訟が争われているものである。争点の一つが、①平成16年8月17日のX1町長の訴えの提起について「議会を招集する暇がない」という要件を充足しているとのことで専決処分がなされたが、この要件を充足していない違法があるか否か、②訴えが違法であったとしても、議会がこの専決処分を9月6日に承認したが、この承認によって訴えは有効となったか否か、である。津地裁は、「議会を招集する暇がない」といえるためには「法101条但書による招集でも対応できない程度に緊急のある場合に限られ、議会を招集してその議決を経てから執行したのでは、時期を失する場合をいうものと解するのが相当である。」として、「本件訴えの内容をみても、出訴期間等のため訴え提起に時間的制約があり、法101条2項但書による議会の招集でも対応できない程の緊急性があったような事情は特に認められない。そうすると、議会を招集する暇がなかったということはできず、本件専決処分には、法179条1項の所定の要件を欠く瑕疵があったといわざるを得ない。」⁷⁹⁾しかし、事後に専決処分について議会の承認があったことについては、「専決処分は、議会の議決すべき事項についてなされるものであるから、法179条1項所定の要件を欠いてなされた場合であっても、事後的に議会の承認があれば、専決処分の対象事項について議会の議決があったものと同視でき、その瑕疵は治癒されたものと解するのが相当である。」「そして、本件専決処分については、前提となる事実の通り、旧河芸町議会による本件承認決議がなされているから、上記（1）の法179条1項所定の要件を欠く瑕疵は治癒されたというべきである。」⁸⁰⁾として、適法な訴えとなったと解している。専決処分については、処分が違法な場合の効力が問題となる。たとえば、「議会において議決すべき事件を議決しないとき」（179条1項）に当たるとして訴えについて専決処分をしたが、実はそ

79) 判時1990号103～104頁。

80) 判時1990号104頁。

の要件がないときに、通常は179条3項の議会の承認を得ることになるが、それが得られない場合である。その場合でも、実務上は専決処分効力には影響がないとされる⁸¹⁾。これは、第三者との信頼を保護しなければならないことも生ずるからである。しかし、最近では、事後の承認の議決が得られない場合とか、専決処分が違法であるにも関わらずした悪質なケースにおいて、専決処分を無効としたり、処分をした長の賠償責任を肯定する判例が多くなっている⁸²⁾。

次に、前に述べたように、訴えの提起について毎回議会の議決を経ることはかなり大変である。そこで、地方自治法180条により「軽易な事項」として議会が訴えの提起について長の専決処分することも多い。このことが争われた最初の事案は、東京地裁昭和38年7月26日判決⁸³⁾である。事案は、東京都板橋区議会が昭和31年の議決で区が提訴する訴えについて、①訴訟の目的の価額が100万円以内のもの、②訴訟の目的の土地が200坪未満又は建物が50坪未満のものを長の専決処分としており、この議決に基づき区長は、区民会館を使用していた被告に対して明渡しを求めたものである。被告は、本件の事案は区議会が提起する訴えを審議することなしに区長の専決処分に委ねることは区長の恣意的行為を許すことになるとして、地方自

81) 松本英昭『逐条地方自治法 第7次改訂版』608頁、村上順、白藤博行、人見剛『新基本法コンメンタル』（渡名喜庸安担当）201～202頁、三野靖「専決処分（地方自治法179条）」法学教室361号2頁～3頁。ただし、平成25年の改正で、179条4項の否決された場合の義務が設けられた。

82) 千葉地裁平成19年3月9日判決（判例自治304号15頁以下）は、調整手当支給条例の廃止を提案した市長がその提案が議会により拒否されたことから、専決処分条例を廃止したが、この処分を議会が承認しなかったことについて、訴えで同手当の支給を求められた事案で、処分は違法であるとして、手当を廃止した条例は違法であるとして、手当の支給を認めている。また、千葉地裁平成25年3月22日判決（判時2196号3頁以下）は、千葉県白井市の市長が鉄道会社に対する補助金を支給する補正予算案を提案したが、議会がこれを拒否したので、専決処分で行い、鉄道会社と補助金贈与契約を締結したことについて、鉄道会社への補助金契約は有効であるとしたが、議会への提案が時間的に切迫しており適法な提案とは言い難いこと、本件処分を総務省に問い合わせていることなどを考慮し、市長の損害賠償責任を肯定した。控訴審の東京高裁平成25年8月29日判決（判時2206号76頁以下）もこの千葉地裁判決を妥当とした。

83) 判タ148号95頁。

治法の許容するところでないと主張したものである。東京地裁は、「『議会の権限に属する軽易な事項』には、当該地方公共団体の特殊性に応じて、議会が客観的に相当である限り適宜これを議決により地方公共団体の長の専決処分に委ねることを適当と認めた事項を含むものと解すべきところ、本件において右議決の内容が『軽易な事項』に該らないものといえない」⁸⁴⁾とした。その理由として、本件訴訟物の価額が494,900円であること、建物が約36坪であることを認定している。

次は、訴えの提起に関するものではないが、和解について軽易な事項として長の専決処分とした事例として、東京地裁平成13年2月28日判決⁸⁵⁾とその控訴審である東京高裁平成13年8月27日判決がある。事案は、東京都が訴訟を提起された事件について原告との和解を成立させ、その内容は原告の土地等を和解金85億円で取得するものであり、この和解は「軽易な事項」として都議会が34年前に議決した基準により長の専決処分によりなされたが、この事案は「軽易な事項」ではなく、これは議会の議決を欠く違法なものであるとして住民訴訟が提起されたものである。争点は、34年前に都議会が「軽易な事項」として長の専決処分に委ねた以下のもの、とくに③が妥当であるかである。①都を被告として提起した訴えに対する応訴（これは昭和39年に廃止）、②都が訴えを提起する場合でも、訴訟の目的の価額が300万円以下のもの（昭和39年に1,000万円以下のものに変更）、③前号各号についてする和解。1審の東京地裁判決は、「本件議決は、訴訟の目的の価額を相当な範囲に限定しないまま、和解について一律に専決権を付与した点において、法180条1項に反する違法なものというほかない」とか「本件和解は、85億円という高額な支払を内容とするものであるから、和解の具体的な内容に照らしても、これを『軽易な事項』に属するものということはできない。」として、本件議決が地方自治法180条1項に反することを指摘したが、都議会が本件和解が報告されたことについて否定するような態度をとっていないこと、東京都に損害が生じているとはいえないことから住民訴訟の請求を棄却した。そして、東京高裁は、「どのような訴

84) 判タ 148 号 98 頁～99 頁。

85) 判例自治 240 号 16 頁以下。

訟上の和解が法180条1項にいう軽易な事項に該当するか否かの判断は、第一義的には当該普通地方公共団体自身の意思、すなわち、住民の代表者で構成される議会の判断に委ねられているものというべきである。しかし、法180条1項が、特に軽易な事項に限って長の専決処分に委ねることができる旨を規定していることからすると、およそ訴訟上の和解のすべてを無制限に知事の専決処分とすることは法の許容するところではないというべきであり、このような議決がされた場合には、議会にゆだねられた裁量権の範囲を逸脱するものとして、違法との評価をうけるべきである。」⁸⁶⁾長の責任については、長は、議会の議決で専決処分と指定されれば執行する立場であるが、地方自治法176条4項により「議会の議決がその権限を超え又は法令若しくは会議規則に違反すると認めるときは当該地方公共団体の長は、これを再議に付さなければならない旨を規定しており、議会の議決が違法であると認めるときは、これを再議に付することは長の義務であると解されているのであるから、議会の議決に基づく執行行為でさえあれば、長には常に損害賠償責任が生じないと解するのは相当でなく、少なくとも、議会の議決が一義的明白に違法であるような場合には、そのような議決を執行した長にも損害賠償の責任が生ずるものというべきである。」⁸⁷⁾とし、34年間の間、議会、執行機関及び住民に異議がなく、住民に不利益が生じた形跡がないことから、本件について長の責任を否定し、さらに、都議会の承認により瑕疵は治癒されたとした。「平成10年12月に開催された都議会の平成10年の第二回定例会において、被控訴人から専決処分として報告され、これに対する質疑応答を経た上で都議会がこれを承認したことが認められる。」「上記事実関係からすれば、この都議会の承認は、本件和解についてあらかじめ承認の議決をしたのと同視し得るものと認められるので、都が応訴する訴訟事件に係る和解のすべてについて知事の専決処分とした本件議決に瑕疵があったとしても、この瑕疵は、本件和解については治癒されたものというべきである。⁸⁸⁾」

86) 判タ 1088 号 144 頁。

87) 判タ 1088 号 145 頁。

88) 判タ 1088 号 145 頁。

本事件での問題点としては、住民訴訟に係る論点を除くと、①「軽易な事項」として専決処分委任できるものの判断基準、②長に委任された事項が違法であった場合、長は議決に拘束されるのか、③議会に報告され承認された場合、それを追認とみなすことができるのか、の3点である。

軽易な事項は、本件判決がいうように、議会の裁量の範囲内にあるといえることができる。しかし、それはまた客観的に軽易でなければならないとされている⁸⁹⁾。この点について、東京地裁判決は、訴訟上の和解をすべて無制限に知事の専決処分することは法の許容するところではないこと、及び、85億円の和解金の支払いをすること、つまり和解の内容に言及してこれは軽易な事項ではない、とする。これに対し、高裁判決は、訴訟上の和解をすべて無制限に知事の専決処分することは法の許容するところではない、と判示する。どちらの考えもとれるものといえる⁹⁰⁾。次に、長に委任された事項が違法であった場合、長はそれに拘束されるのかである。本件判決は、「知事としては、その議決が一義的に明白に違法であるといえるような場合でない限り、この議決に従って専決処分としてこれを行うことを義務づけられる」と述べている。この問題は三つの内容を含んでいる。一つは、自立的機関関係における権限の相互尊重から、長は議会の議決に従うのが筋であるということである⁹¹⁾。もう一つは、議決の提案権は議会に専属している⁹²⁾が、委任された事項について違法性が認められる場合に、長の変更の提案が認められるのかである。三つめは、議会が180条1項により議決事項を長の専決処分に委ねた場合、当該事項は議会の権限を離れて長の権限になったとされるから、議会が個別的に議決することはできないと解されるかである⁹³⁾。この点、議決の違法性を理由に、長が個別

89) 松本英昭『逐条地方自治法 第7次改訂版』610頁。

90) この点、野口貴公美は、高裁判決の手法を妥当とする。参照、同「都知事和解専決処分損害賠償住民訴訟」判例地方自治246号116頁。

91) 人見剛「最新判例批評」判時1785号180頁。

92) 大出峻郎・前掲書498頁、中平真「長と議会との関係」(井上源三『最新地方自治法講座 5議会』461頁)。なお、大出俊郎と中平真は、行政実例を引いて、長は事実上議長に事件を指定して議決を依頼できるとする。

93) 松本英昭『逐条地方自治法 第7次改訂版』610頁。

的な議決を求める提案をした場合に議会の議決を認める説が主張されている⁹⁴⁾。

最後に、本件における議会への報告とその承認を考えてみたい。この点、地方自治法179条3項と180条2項の違いに着目すると、179条3項では、明らかに「これを議会に報告し、その承認を求めなければならない。」とし、180条2項では、「長は、これを議会に報告しなければならない。」とする。したがって、179条3項は承認を求めるが、180条2項では承認を求めるものでないといえる。これは、180条の場合には、既に議会の了解があるからであるとされる⁹⁵⁾。この意味で、本件の議会への報告とその承認をいわゆる追認と捉えることには慎重でなければならないといえよう⁹⁶⁾。

2-4 欠けていた議決の追認は有効なのか

必要な議決を欠いた訴えの提起は違法なものとなり、却下される。しかし、議会が後に議決をした場合、訴えの提起は適法となるのであろうか。時間的な問題として、訴えの提起については、議会の追認の議決は口頭弁論終結時までに行う必要があるし、当然、そのことを証する証明書もそれまでに裁判所に提出する必要があるだろう。

また、この問題は96条1項の他の議会の議決事件と同じように考えることができるのか、それとも12号の訴訟等の問題とその他の議決事件の問題とを区別すべきかが問題となろう。もちろん、口頭弁論終結時まで追認の議決が必要であるという問題は他の議決事件と異なる。判例は、議決事件一般について議決を欠いた行為を無効とする⁹⁷⁾が、事後に議会の議決があれば、その瑕疵は治癒されると判示するものが多い⁹⁸⁾。例えば、6号の議決

94) 人見剛「最新判例批評」判時1785号181頁、寺田友子「判例評釈」判例地方自治235号25頁、野口貴公美「都知事和解専決処分損害賠償住民訴訟」判例地方自治246号116頁。ただし、寺田の意見は、公務員の法令順守義務や長の特別再議権（自治176条4項、5項）を根拠にしているように思われる。

95) 松本英昭『逐条地方自治法 第7次改訂版』608頁。

96) 人見剛「最新判例批評」判時1785号181頁。

97) 宇賀克也『地方自治法概説6版』246頁。

98) 佐藤英繕編著『逐条研究 地方自治法Ⅱ議会』233頁。

事件である交換契約について、名古屋高裁平成10年12月10日判決は、「議会が当該財産処分行為を後に追認的に議決したことにより、本件交換契約締結上の瑕疵は治癒されたものと認められる。⁹⁹⁾」とする。訴えについては、紹介した戦前の行政裁判所の明治36年判決がある。そして、後述の仙台高裁昭和49年7月31日判決¹⁰⁰⁾がある。ただし、後者は、地方公共団体の訴えではなくて議会自体の控訴について、事後の議決による治癒を認めているものである。「本件控訴の提起について、事前に控訴人議会の議決を経ていないけれども、事後に控訴人議会は右控訴の提起を追認したものと**いうべく**、民訴法54条、87条の趣旨に準じ右追認により本件控訴の提起は右提起の時に遡って有効となったもの**というべきである**。¹⁰¹⁾」と。この点、学説では、「無効とした場合かえって公益を著しく害するような特段の事情がある場合を除き、原則として議会の議決を欠く行為の治癒は認められないと解すべきものと思われる。」¹⁰²⁾という意見もある。やはり、追認を認めるべきかどうかは、法律の個別的規定、行為の性質、内容、議決の状況、公益上の必要性、瑕疵程度などを考慮する必要がありそうである。ただ、訴えの提起については、現行民事訴訟法34条(改正前の54条)が戦前から引き継いで追認を認めており、戦前の行政裁判所の判決や仙台高裁49年7月31日判決が判示しているように、議会の議決のない訴えの提起も民事訴訟法34条の適用を認め議会の追認の議決によって有効となると解することになるとと思われる。

ところで、専決処分として長が議決をなす場合にも、追認を認めるべきか問題となるが、これは既に議論したところである。

2-5 議会自体の応訴

議会に対する訴えの応訴について、議会の議決が必要かどうか判例で検討されている。ここで、それについて見ていくことにする。

99) 判タ1027号160頁。

100) 判タ316号227頁。

101) 判タ316号228～229頁。

102) 佐藤英善編著・前掲書234頁。

まず、名古屋高裁金沢支部昭和26年2月1日決定¹⁰³⁾と金沢地裁昭和26年3月3日判決¹⁰⁴⁾がある。これは、石川県議会議長の辞職許可を決定した議会の議決を元議長が地方自治法176条により取消しを求めた事案であり、前者がその執行停止を求めたものであり、後者は本案の事案である。名古屋高裁金沢支部は、以下のように述べて議長以下は議会の議決を得ることなく訴訟行為を行うことができるとする。「地方自治法百四条、百六条によれば、議長は議会を代表し議長に事故があるとき又は議長が欠けたときは副議長が議長の職務を行う旨規定してあり、この議長又は副議長の代表権は特別の定めなき限り、民事訴訟法五十八条の準用により法定代理人と等しく訴訟行為を為すの権限を有するものというべく、地方自治法第九十六条第十号には地方公共団体が当事者たる訴訟についてはその議会の議決を必要とする旨規定しているが、県議会の当事者たる訴訟にはかかる規定がないから、議長又は副議長が代表者として訴訟行為を為すには議会の議決を経るを要しないと解しなければならない。¹⁰⁵⁾」そして、金沢地裁も、訴えを行政事件訴訟特例法1条の取消訴訟として認め、さらに、議会の応訴について、副議長が勝手にやったという点について次のように判断し、議長等は議会の議決がなく議会を代表できるとする。「地方自治法上議会は、一つの機関であって独立の法人と認むべきものではないが、一定の組織の下に一定数の議員を置く意思決定機関であり、ことに議会の内部紀律又は懲罰等その他に関し独自の権限を有するのであって、これらの権限は議長又は副議長の「統理」の下に行使せられ且つその権限行使の代理順序等についても同法百四条、百六条に規定されているから、これら議長又は副議長と議会の関係は法人とその代表者との関係に類似している。従って議会が行政事件訴訟特例法第一条に基く民事訴訟法上の当事者（被告）となる場合は特別の定めなき限り、同法五十八条の定めるところに準拠し、右議長又は副議長において夫々同条の法定代理人としてその訴訟行為をなさねば

103) 行集2巻2号253頁以下。

104) 行集2巻3号397頁以下。

105) 行集2巻2号256頁。

ならない。¹⁰⁶⁾」と

仙台高裁昭和49年7月31日判決¹⁰⁷⁾も、地方公共団体自体の訴えの提起ではなくて、議会自体が訴えを提起する場合に議会の議決が必要かどうかという問題に関わるものであるが、前の二つの判例と異なり、議会の議決を重視している。どうやら猪苗代町議会が住民からの会議録の抄本交付請求に対して拒否処分を行い、この取消訴訟において敗訴したため、議長が控訴の手続を行ったが、この控訴について議会の議決が欠けていたため違法な訴訟行為であるかが争点となり、また、控訴が議会により追認されたが、これも認められるかが問題となった。仙台高裁は、次のように述べ控訴は適法としている。「右訴えにおいて議会の代表者たる議長が訴訟を進行することとなるが、地方公共団体の議会は、独立の法人格を有せず、いわゆる機関に過ぎないものであり、しかも合議体であるから、法人、社団等の通常の法人の場合と異なり、議会の権限に属する重要な法律行為を行うについては、議会の意思（機関意思）決定するためその都度議会の議決を必要とするものというべく、議会自身を当事者とする訴の提起、上訴の提起は右にいう重要な法律行為にあたるものと解すべきである。」¹⁰⁸⁾と。この判決は、応訴した第一審で負けた議会が上訴することについて議会の議決がなく議長が応訴したことについて、地方公共団体自体の上訴と同じように議決は必要であるとし、そして、その瑕疵は追認の議決で補正されたとするものである。

106) 行集2巻3号403頁。

107) 判タ316号227頁。

108) 判タ316号228～229頁。

さらに、静岡地裁昭和56年12月4日判決¹⁰⁹⁾は、100条委員会の資料請求の取消の訴えが提起され、その応訴が問題となった事案に関わる。静岡地裁は、まず100条委員会の資料請求については、「関係人において右各請求に対して不服があるときは、刑事訴訟手続において右各請求の適否を争わせ、これによって最終的に決すべきものとし、抗告訴訟の対象から除外しているものと解するのが相当である。」と判示し、また、議長らが議会の議決なく違法に応訴したという点については、「原告らは、被告訴訟代理人の選任は、被告議長が単独でなしたもので、被告の議決なされていないから、右訴訟代理人らには訴訟代理権がない旨主張するが、地方公共団体が応訴する場合には、地方自治法96条1項11号の規定に照らし、議会の議決を必要としないと解されるところ、地方議会が応訴する場合についても、議決が必要とした場合に生ずる訴訟の進行に窮する不合理は地方公共団体の場合と同様であるし、議会は法人ではないとしても、法人に準じた法的性格を有するから、行政事件訴訟法7条、民事訴訟法58条、50条1項の規定を類推して、議会の議決を必要としないと解するべきである^{110a)}。」この判決も、議会の応訴について地方公共団体自体の訴えと同じように判断したものであるといえよう。

議会の訴えの提起や応訴について、判例では、最初の二つの判例は議長の代表権を重視するが、後の二つの判例は、議会自体の応訴について地方公共団体の訴えと同じように処理していると考えられる^{110b)}。

2-5 地方公共団体と国との争訟及び地方公共団体間の争訟と議会の議決

最後に、国と地方公共団体との間における争訟と地方公共団体相互間における争訟について、議会の議決との関係について言及しておきたい。

2000年の地方分権一括法の施行により、国の地方公共団体への関与に関

109) 行集32巻12号2205頁以下。

110a) 行集32巻12号2222頁。

110b) なお、行政実例(昭和28年11月26日、自行行発325号、愛媛県議会議事務局長宛行政課長回答)では、機関訴訟の応訴について、議会の議決を重視する立場をとっている。参照、『新訂 注釈地方自治関係実例集』189頁～190頁。

する紛争については、①地方公共団体からの国地方係争処理委員会に対する審査の申出の手続（自治250条の13）、及び②同委員会又はその勧告を受けた国の機関の処理を不服とする地方公共団体の訴えの提起（自治251条の5）の手続が導入され、そして、地方公共団体間の関与について、(a)地方公共団体が自治紛争処理委員に対して提起する審査の申出（251条の3第1項）、(b)自治紛争処理委員の処理等を不服として提起する取消しの訴えと不作為の違法確認の訴えなど（251条の6）が導入された。また、2014年の地方自治法の改正で、③地方公共団体の不作為に関する国の訴え（自治251条の7）や(c)市町村の不作為に関する都道府県の訴え（252条）、という手続が認められた。これらの手続は機関争訟や機関訴訟である。これは、手続の主体からも理解される。①の申出の主体は「普通地方公共団体の長その他の執行機関」であり、②の訴えの主体は「審査の申出をした普通地方公共団体の長その他の執行機関」であり、また、(a)の申出の主体は、「市町村長その他執行機関」であり、(b)の訴えの主体が「申出をした市町村その他執行機関」であり、また、③の訴えの相手方が「是正の要求又は指示を受けた普通地方公共団体の不作為に係る普通地方公共団体の行政庁」であり、(c)の訴えの相手方が「市町村の行政庁」である。機関争訟及び機関訴訟については、地方自治法96条1項12号の議会の議決は必要でない。

こうした紛争解決システムについては制定当初から様々な問題が指摘され、また批判が提起されていた。それらを時間的に整理すると、以下のようになろう。2000年のシステムについては、分権委員会の委員を中心に設けられた座談会では、以下のように議論されていた。

大森彌「今回のような仕組みにした背景の一つは法務省の見解です。国と自治体との係争問題というのは、法務省の言葉でいうと『行政部内の話』なのです。——行政部内の係争問題を直ちに裁判所に持ち出すなど。この考え方は非常に強いです。」小早川光郎「前置にこだわったというのが確かに一つありますね。もう一つは、訴訟の性質からすると『法律上の争訟』ではない。法務省や、あるいは裁判所もそうなのかもしれません、そういう雰囲気だと思います。」小早川光郎「自治体が国相手に憲法76条、

裁判所法3条によって訴訟を起こした場合にどうなるかというのは、今度は自治法とは別の話になります。そして、その問題はオープンであると思います。」人見剛「仮にオープンとされ、後者の訴訟が可能であった場合に、この機関訴訟には排他性はないのですか。」小早川光郎「この機関訴訟でいけるんだったらこれでいけ、ということになるかもしれませんね。」人見剛「という意味で、排他性はある。」人見剛「関与に対して、憲法違反の法律に基づく関与だから、違法関与という形で争う場合に、係争処理委員会にいても、係争処理委員会は、法律の合憲解釈まで審査できないでしょう。——仮にそうだとすると、わざわざ係争処理委員会を通すのは意味がないわけで、ダイレクトに裁判所に行っていいいわけですね。」¹¹¹⁾

そして、制度に対する批判として、島田恵司が①第三者機関の裁定機関から勧告機関に変更されたことの問題、②最高裁への上告ができない可能性があり、司法的解決としては不十分である、③自治紛争処理委員の制度については、国の関与を争うのに、それが明確でないし、委員の人選の中立性が保障されない問題がある¹¹²⁾、などと指摘していたし、また、木佐茂男も「機関訴訟にしたことは、司法が将来、市民化した後の判例法的創造の余地が大きく制約されたものと解している。¹¹³⁾」とし、また、自治紛争処理委員の制度については、島田恵司の指摘に同調し、「紛争当事者がアンパイヤーを選ぶ滑稽な仕組み」とか、「わざわざ霞が関に出かけてその調停を仰ぎ、さらに地元の高等裁判所に出訴する行為がどれほど期待できようか。」と批判していた¹¹⁴⁾。さらに、白藤博行は、①審査の対象が公権力の行使とされるが、それは国と地方公共団体の関係を外部関係又は内部関係とするのか疑問である、②関与に対する不服の訴訟が「法律上の争

111) 座談会「地方分権改革の意義と課題」(小早川光郎、小幡純子『ジュリスト増刊 新しい地方自治・地方分権』(有斐閣、2000年)40頁。

112) 島田恵司「第三者機関誕生の経過と機能」(今村都南雄『自治・分権システムの可能性』(敬文堂、2000年)262頁～274頁。

113) 木佐茂男「新地方自治法の課題——法制度設計とその前提条件——」(山口二郎『自治と政策』(北海道大学図書刊行会、2000年)87頁。

114) 木佐茂男・前掲論文92～93頁。

訟」ではなく、その意味で抗告訴訟が提起できないのか、③自治権が侵害されても係争処理委員会を通さずに直接司法裁判所へ出訴の途が保障されていない¹¹⁵⁾、と批判していた。そして、最近では、村上裕章が、個別法に規定がない場合に、国・自治体間争訟を提起できるか、という問題を検討し、「否定説の個別の論拠を詳細に検討すると、いずれも説得力があるとは考えられない。したがって、肯定説をとるべきであり、個別法に規定がない場合であっても、国・自治体間争訟を主観訴訟として提起することは可能である。」¹¹⁶⁾する。

以上の批判の中には、本稿が問題とする地方公共団体の出訴に関する手続の問題は指摘されていない。しかしながら、これらの争訟が機関争訟及び機関訴訟である限り、地方公共団体の長または当該機関は、自己の判断で、国地方係争処理委員会又は自治紛争処理委員に対して審査の申出をしたり、申出の結果を不服として訴えを提起したりすることができる。この場合、議会の議決は必要とされない。都道府県が国を相手に訴訟を行う、又は市町村が都道府県を相手に訴訟を行う場合には、地方公共団体が一体となって意思決定を行い、訴えを提起することが必要ではないのでなかろうか。ただし、議会の議決の手続が求められることは、訴えの提起について議会が賛成の議決をするときは団体としての意思決定が民主主義的に強められることを意味するが、逆に、長の提案に対して議会が否決して訴えの提起を抑制するという結果を生み出すこともあり得る¹¹⁷⁾。しかし、これが自治体の意思決定ではないかと思う¹¹⁸⁾。確かに、事実上、議会の議決を得ることはあるであろうが、法律上の要求と事実上の要求とは異なる。また、この問題が地方自治法の問題なのか、当該地方自治体の条例上の措置の問題なのか、ということも考える必要があるが、しかし、地方自治法

115) 白藤博行『「自治権」の実効的保護と国・自治体間の紛争処理のあり方』（佐藤英善『新地方自治の思想』（敬文堂、2002年）164頁。

116) 村上裕章「国・自治体間争訟」(『現代行政法講座Ⅳ 自治体争訟・情報公開争訟』(日本評論社、2014年)27頁。なお、学説において、村上と同じ意見は多いが、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)はここに挙げておきたい。

が現実に関と地方公共団体間の争訟及び地方公共団体間の争訟の手續について規定している限り、地方自治法の問題として考えることは必要である。

以上で、地方公共団体の出訴に関する議会の関与についての考察を終えることにする。

117) 2014年7月25日に大阪市議会は、橋本市長から出された訴えの提起についての提案(議案264号)を否決している。この事件は、大阪市が実施した職員に対するアンケート調査について大阪労働委員会はこれを「不当労働行為」と認定したが、大阪市がこれを不服として中央労働委員会に再審査の申立てを行ったところ棄却されたので、大阪市が中央労働委員会の所属する国を被告として、再審査申立棄却命令の取消を求めたものである。参照、大阪市区ホームページ(会議の結果—議決等案件事項一覧—平成26年度第一回臨時会)。この訴えを含めて橋本市長関連の訴えについては、榊原秀訓『地方自治の危機と法』(自治体研究社、2016年)19頁以下が詳しい。

118) なお、田中孝男は、最高裁平成22年6月3日第一小法廷判決が固定資産税の誤った賦課について国家賠償請求を認めたことを踏まえて、納税者が誤った固定資産税の賦課を争うことについて、納税者が国家賠償請求で救済を求めた場合に1審で負けた地方公共団体が上訴する場合には議会の議決が必要であるが、他方、納税者が固定資産評価審査委員会に審査の申出をし、委員会の決定の取消訴訟で救済を求めた場合に1審で負けた市町村長が上訴する場合には議決が必要でなくなることに付いて、制度が一貫していないと批判している(田中孝男「判例評釈 課税処分と国家賠償」『行政判例百選Ⅱ(6版)』495頁)。しかし、これは原告の選択によるもので仕方のないことであろうし、私が問題とする自治体の意思決定のあり方に関わるものではない。