

# 機關委任事務의 實效性確保問題

— 日本에서의 職務執行命令訴訟制度的 改革論議 —

## Reform of Mandamus Proceedings System in Local Autonomy Law

徐 元 宇

(서울大法大 教授・本研究院 諮問委員)

### 〈目 次〉

1. 처음에
2. 日本의 地方行政制度改革論議
3. 職務執行命令訴訟制度的 概要
4. 職務執行命令訴訟制度的 問題點
5. 地方自治法 第 146條 18項
6. 職務執行命令訴訟의 節次를 배제하고 있는 立法例
7. 職務執行命令訴訟의 事例
8. 小委員會 報告書
9. 行革審答申과 그 뒤의 論議
10. 地方制度調査會의 答申
11. 地方自治法の 改正法案의 內容
12. 맺는 말 — 評價 —

### 1. 처음에

筆者는 지난 1987년 9월 1일부터 금년 2월 29일까지 6개월간 日本國際交流基金(The Japan Foundation)의 海外研究프로그램의 支援을 받아 東京大學法學部에서 「戰後 日本의 地方自治制度의 改革」에 관해 연구할 기회를 가진바 있었다. 研究의 主目的은 1953년의 第1次 答申부터 1986년의 第20次 答申을 행한바 있는 地方制度調査會의 報告書의 內容을 분석함으로써 戰後 日本에

있어서의 地方自治制度改革의 발자취를 살펴보고 우리나라에서의 앞으로의 地方自治制度의 發展에 참고로 하고자 하는데 있었지만, 地方自治制度改革과 관련된 여러가지 문제들 가운데서 특히 최근 주목을 끌고 있는 것이 다음아닌 「國家와 地方公共團體의 關係再定立」에 관한 것이었으며 보다 구체적으로는 이른바 機關委任事務의 再檢討問題와 관련된 職務執行命令訴訟制度的 改革과 관련된 열띤 論議였던 것으로 생각된다.

우리나라에 있어서 1949년에 제정된 舊地方自治法과 새 地方自治法사이에는 國家와 地方自治團體간의 關係에 있어서 그 基本的 前提를 크게 달리하고 있다. 즉 새 地方自治法은 國家와 自治團體간의 基本적 關係를 權力的 監督關係에서 非權力的인 指導, 協力關係로 변경시키고 있는 것이다. 예컨대 새 法 제1조는 舊法에서 「本法은 地方行政을 國家의 監督下에 住民의 自治로 행하게 함으로써…」라고 규정했던 것과는 달리, 「이 法은…國家와 地方自治團體와의 基本的 關係를 正함으로써 地方自治行政의 民主性과 能率性을 도모하며…」라고 규정하고, 제9장의 제목도 指導, 監督이라고 하고, 또한 指導·支援이라는 非

權力的 監督手段을 새로 규정하여 國家의 自治團體에 대한 監督은 원칙적으로 指導·支援이라는 非權力的 手段에 의할 것을 명백히 하고 있다(地自法 제155조).

그러나 새 地方自治法은 機關委任事務의 執行과 관련된 國家의 指導·監督權에 관해서는 舊法과 마찬가지로 일반적인 규정을 두고 있으면서(법 제156조) 機關委任事務의 執行을 懈怠한 경우에 대한 監督手段에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다.

생각컨대 과거에는 地方自治團體의 長이 國家에서 임명한 公務員이었으므로 機關委任事務의 執行을 게을리하는 일이 별로 없었을 것이고 또한 게을리하는 경우가 있더라도 그것을 실현시키는 것이 어렵지 아니 했을 것이다. 그러나 앞으로 地方自治團體의 長이 住民公選制로 되면 여러가지 이유로 機關委任事務의 執行을 게을리하는 경우도 적지않을 것이다. 따라서 機關委任事務가 전적으로 폐지되지 않는 한 그 執行의 實効性を 확보하기 위한 대응조치가 불가결한 것이라 할 수 있다. 우리나라의 경우와 달리 地方自治體의 自主性·獨立性이 법적으로 강하게 보장되어 있는 일본에 있어서는 이러한 문제가 매우 심각한 관심거리가 되어있다. 그 좋은 예가 在日韓人僑胞들에 대한 法務大臣의 強制指紋捺印命令에 대한 몇몇 地方自治團體에서의 人道的 次元에서 反撥이라 할 수 있다. 이와 비슷한 사례는 우리나라에서도 地方自治制度가 그 자리를 굳혀감에 따라 빈번히 일어날 것으로 예상되거니와 本稿는 이와같은 機關委任事務의 執行과 관련된 이른바 職務執行命令制度에 관한 일본에서의 최근의 論議에 관하여 개괄적으로 살펴보려는데 그 목적이 있다.

## 2. 日本의 地方行政制度改革論議

第2次 臨時行政調查會에 의한 5회에 걸치는 答申의 實現을 추진함을 임무로하여 1983년 6월에 설치된 臨時行政改革推進審議會(行革審으로 약칭함)는 수차의 意見이나 答申을 제시한 뒤 1985년 7월 22일 「行政改革의 推進方策에 관한 答申」을 발표하였다.

이 答申은 ① 綜合調整機能등의 充實方策(i) 內容의 綜合調整機能의 方向, ii) 科學技術行政의 方向), ② 地方의 自主性·自律性의 強化方策, ③ 民間活力의 發揮, 推進方策의 세가지 項目을 그 내용으로 하고 있다.

本稿에서는 이러한 세가지 項目가운데서 ②에 포함되어있는 「職務執行命令訴訟制度의 再檢討」에 관한 문제에 관하여 고찰하기로 한다.

第2次 臨時行政調查會(이하 第2次 臨調라 함)은 國家와 地方과의 基本的 關係에 관한 문제로서 이른바 機關委任事務制度를 다루면서 그 制度의 合理化와 그 事務의 整理에 관해 答申을 행한 바 있거니와, 기타의 남겨진 문제에 대해서는 새로운 審議機關을 설치하여 再檢討해야 할 것으로 제언하고 있다. 그리하여 行革審은 小委員會를 설치하여 그 檢討를 추진하여 온 바 있었으나, 그 뒤 널리 地方公共團體의 行政改革에 관한 문제도 이 小委員會에 부의하기로 하였기 때문에 이 小委員會의 이름을 「地方行革推進委員會」로 고쳐, 우선 地方公共團體의 給與·人事 및 業務의 民間委託등에 관한 檢討結果를 行革審에 보고하였고, 이어서 機關委任事務의 문제를 중심으로 하는 國家와 地方과의 關係·問題에 관하여 집중적으로 검토를 추진하였다. 小委員會는 그 결과를 1985

년 7월 1일 「機關委任事務 및 國家·地方을 통하는 許認可權限등의 方向」이라는 제목의 보고서를 行革審에 제출한 바 있었다. 전술한 7월 22일의 行革審答申의 ②의 부분은 이 小委員會報告書에 대하여 약간의 수정을 가하여 行革審이 다른 項目과 함께 答申한 것이라 할 수 있다.

이상에서 보는바와 같이 여기서 다루어지는 「職務執行命令訴訟制度」의 改革意見은 機關委任事務의 再檢討, 國家와 地方을 통한 許認可權限등의 再檢討(國家의 權限의 地方에의 委讓 즉 權限委讓의 問題)등 國家와 地方의 관계에 대한 再檢討의 문제의 일환을 이루는 것이며, 따라서 小委員會報告書 및 行革審答申의 內容과 떠나서는 논해질 수 없는 것이라 할 수 있다. 그러나 여기서 일단 그것과는 분리시켜 일본에서의 일반적인 論議를 소개하는 內容으로 概略적인 설명에 그치기로 한다.

### 3. 職務執行命令訴訟制度의 概要

日本憲法은 「地方自治의 本旨」(제92조)로서 이른바 住民自治(제93조)·團體自治(제94조)에 관해 보장하고 있다. 즉 地方公共團體의 長은 당해 地方公共團體의 住民에 의해 公選되어 地方公共團體의 執行機關으로서 國家와 國家의 諸機關에 대하여 自主的, 獨立의인 地位에 있다. 그러나 國家의 行政과 地方公共團體의 行政은 서로 밀접 불가분의 關係에 있으며, 行政의 種類에 따라서는 全國的, 統一的으로 행해지지 않으면 그 목적을 달성할 수 없는 것도 적지 않다. 따라서 地方公共團體는 이른바 「固有事務」이외에 國家로부터의 「委任事務」도 집행하는 것으로 되어있다. 그 「委任事務」에는 團體에 委任되어있는 이른바 「團

體委任事務」와 機關인 長에게 委任되어, 長이 管理·執行하는 「機關委任事務」가 있음은 주지하는 바와 같다. 이러한 機關委任事務는 극히 다양·다기하며 그 양도 날로 늘어가는 추세에 있는 것이 실정이라 할 수 있다. 그것을 처리하는 것은 長의 權限에 속하면서도, 그 경우 長은 그 한도 내에서는 「國家의 機關」으로서의 地位가 있는 것이 되어 당해 事務를 주관하는 主務大臣의 指揮監督(都道府縣知事は 主務大臣의 指揮監督, 市町村長은 都道府縣知事 및 主務大臣의 指揮監督)을 받는 것으로 되어있다.(地自法 제150조·國家行政組織法 제15조 1項). 그리고 그와는 별도로 地方公共團體의 事務一般 및 長의 事務一般(이 長의 事務一般에는 機關委任事務의 管理·執行도 포함된다)에 관해서는 內閣總理大臣에 의한 監督制度도 마련되어 있다(地自法 제246조 2項).

長이 國家의 機關으로서 機關委任事務를 처리하는 경우의 主務大臣에 의한 監督方法을 규정하는 것이 바로 地方自治法 제146조라 할 수 있다. 同條는 18개항에 걸치는 극히 상세한 규정이다. 먼저, 都道府縣知事に 대한 경우를 볼 것 같으면 다음과 같다.

主務大臣은 다음의 두가지 경우에 都道府縣知事に 대하여 職務執行命令을 발할 수 있다.

(1) 機關委任事務의 管理·執行이 法令의 規定 혹은 主務大臣의 處分에 위반하는 것으로 인정되는 때.

(2) 機關委任事務의 管理·執行을 게을리하는 것으로 인정될 때.

이 職務執行命令은 文書로서, 都道府縣知事に 대하여 그 뜻을 지적하며, 實施의 期限을 정하여 그가 행해야할 事項을 명함으로써 행해진다.

이 命令이 그대로 履行되면 節次는 그것으로

끝나버리지만, 문제는 履行이 이루어지지 않을 경우이다. 이 경우에는 다음의 方法으로서, 職務執行命令訴訟의 節次로 移行하게 된다(이 경우의 다른 方法으로서 地自法 제246조의 2가 규정하는 內閣總理大臣에 의한 措置要求라는 방법이 있다. 즉 內閣總理大臣은 違反의 是正 또는 改善을 위해 필요한 措置를 강구할 것을 요구할 수 있다. 그러나 이 경우에는 措置를 요구할 수 있을 뿐, 職務執行命令訴訟과 같이 그 實施를 強制的, 法的으로 담보하는 수단은 없다. 따라서 비록 이러한 措置要求가 있었다고 하더라도 여전히 實施되지 않고 있을 때에는 職務執行命令訴訟의 節次로 옮겨가게 된다).

이러한 職務執行命令訴訟의 節次는 職務執行命令의 裁判의 請求로부터 시작된다. 즉, 主務大臣(原告)은 당해 都道府縣의 區域을 管轄하는 高等裁判所に 대하여 都道府縣知事(被告)에게 당해사항을 履行할 것을 명하는 뜻의 裁判을 청구한다(이 請求의 節次에 관해서는 地自法 제146조 외에 1948년 最高裁規則 27號, 職務執行命令等訴訟規則이 정해져 있다. 그리고 行政事件訴訟法の 機關訴訟에 관한 規定도 적용된다).

主務大臣은 이 請求를 했을 때에는 지체없이 文書로서 그 뜻을 당해 都道府縣知事에게 通告하고, 또한 당해 高等裁判所に 대하여 그 通告의 日時, 場所 및 方法을 통지하도록 되어있다.

職務執行命令訴訟의 審理는 예컨대 審理期間이 請求日로부터 15일 이내로 되어 있는 등 신속한 처리가 요구되고 있다(다만 이 규정은 이른바 訓示的規定으로서 실제에 있어서는 長期에 걸치는 경우가 적지않다).

高等裁判所는 主務大臣의 請求가 理由있다고 인정할 때에는 당해 都道府縣知事に 대하여 期限

을 정하여 당해 사항을 행할 것을 명한다는 뜻의 判決(履行判決·給付判決)을 내리지 않으면 아니 된다. 이 裁判에 대해서는 最高裁判所에의 上告가 인정된다. 다만 이러한 上告가 있었다고 해서 執行停止의 效力은 인정되지 아니한다.

이러한 職務執行命令의 裁判이 있었음에도 여전히 都道府縣知事が 정해진 期限까지 執行하지 않을 때에는 主務大臣은 다음 節次로서 당해 高等裁判所に 職務執行命令違反의 事實의 確認裁判을 청구할 수 있다. 그 請求節次는 앞서의 職務執行命令請求의 경우와 마찬가지로이지만 審理期間은 請求受理후 10일 이내로 되어 더욱 단축되어 있다(다만, 이 규정도 이른바 訓示的인 규정이다). 裁判所는 請求가 이유있다고 인정할 때에는 違反의 事實確認의 裁判을 행한다. 이 裁判에 대해서도 最高裁判所に 上告가 인정되고 있다. 이 上告도 執行停止의 效力은 인정되지 않는다.

이 確認의 裁判이 행해지면 최종의 단계로서 다음과 같은 두가지 效果가 발생하며 節次는 최종적으로 완료된다.

첫째로는 主務大臣은 당해 都道府縣知事に 대신하여 당해사항을 행할 수 있다. 즉 職務代執行權이 그것이다.

둘째로는 內閣總理大臣은 당해 都道府縣知事を 파면할 수가 있다. 즉 罷免權이 그것이다. 이렇게 파면되면 都道府縣知事は 2년간 都道府縣에 속하는 國家의 官吏 또는 地方公共團體의 公職에 就任할 수 없다.

그리고 都道府縣知事は 命令違反事實確認의 裁判이 있는 뒤에 그 裁判에 따라 당해사항을 행한 경우에는 그것을 證明하여 당해 高等재판소에 대하여 미리 內閣總理大臣의 罷免權消滅의 請求를 할 수 있다. 또한, 罷免이 있었을 때에는 罷免의

통지가 있는 날로부터 30일 이내에 不服의 訴로서 당해 高等法院에 대하여 公職就任資格의 回復을 구하는 訴를 제기할 수 있다. 罷免不當의 裁判이 있을 때에는 公職就任資格을 회복한다.

그리고 市町村의 경우의 主務大臣의 監督에 관해서도 위에서 말한 「主務大臣」을 「都道府縣知事」로, 또한 「都道府縣知事」를 「市町村長」으로 바꾸어 읽으면 대략 동일하다고 할 수 있다. 즉, 地方自治法은 主務大臣의 市町村長에 대한 監督權은 都道府縣知事を 통하여 행하는 것으로 하고 있으며, 規定으로서는 제146조 12항을 마련하고 있다. 同項에 의하면, 都道府縣知事は 市町村長の 機關委任事務의 管理·執行이 전술한 두가지 경우에 해당하는 경우에는 이상에서 본 節次의 예에 따라 「그가 행해야 할 事項을 명령하고 地方裁判所의 裁判을 청구하고, 혹은 당해 市町村長에 대신하여 당해사항을 행하거나 그를 파면할 수 있는 것」으로 되어있다.

#### 4. 職務執行命令訴訟制度의 問題點

地方自治法 제146조는 英美의 職務履行訴訟(Mandamus Proceedings)의 方式을 日本의 行政訴訟에 있어서의 이른바 機關訴訟에 도입한 것이라 할 수 있다. 이 Mandamus 訴訟의 기원은 영국の大權令狀(Prerogative Writ)에 의한 訴訟制度에 거슬러 올라가지만, 이 制度는 개인의 권리구제의 한 수단이며, 요컨대 公務員이 「명백한 法律上의 義務」를 이행하지 아니하는 경우에 그 履行을 명하는 命令의 發布를 재판소에 청구하는 訴訟이라 할 수 있다. 이에 대하여 日本의 地方自治法의 경우에는 이 訴訟은 上級行政機關의 下級行政機關에 대한 監督權의 發動을 裁判이라고 하

는 하나의 �손을 마련함으로써 견제하기 위해 마련된 제도이며, 上級行政機關이 下級機關을 상대로하여 職務의 執行을 요구한다고 하는 機關訴訟의 방식을 채택했다는데에 特色이 있으며 이 점, 日本의 독특한 제도라 할 수 있다. 그리고 地方自治法이 이 制度를 機關委任事務에 관하여 國家(主務大臣)의 指導監督權의 行使方法으로서 채택한 것은 앞서도 언급한 바와 같이, 地方公共團體의 長の 본래적 지위의 自主·獨立性의 존중과 國家의 指導監督權의 實効性의 確保와의 사이에 調整을 꾀하기 위하여 裁判所를 介在·關與시키려 했던 것이다. 그것은 憲法과의 關係에서 볼 경우에는 憲法제92조에서 말하는 「地方自治의 本旨」 즉 「住民自治」, 「團體自治」의 原則의 존중을 나타내는 것이라 평가할 수 있는 것이다.

이상과 같은 관점에서는 地方自治法제146조의 理念과 立法趣旨는 一응 충분히 존중되어야 할 것으로 생각된다. 그러나 이 制度의 實地상의 運用을 볼 것 같으면, 전혀 문제점이 없지 않다. 즉, 이 制度는 전술한 두가지 要請을 조정함을 목적으로 마련된 것이었지만, 國家(中央部處) 측의 입장에서는 代執行을 하기 위해서는 두가지 段階에서의 適法節次를 經유하지 않으면 아니되도록 되어있기 때문에 機關委任事務에 대한 實効的·能率的인 指導監督이 방해될 수 있다고 하는 不滿이 주장되어 왔었다. 訴訟節次인 이상, 節次가 번잡할 것임은 불가피하며 또한 地方自治法제146조는 특별히 審理期間의 短縮 등 신속한 管理를 豫定하고 있기는 하나, 實地로는 뒤에서 보는 砂川事件에 있어서의 第1段階의 訴訟만으로도 提訴 이후 判決·上告를 거쳐 還送審判決에 의한 確定까지 7년반(1956년~1963년)의 오랜 기간을 요한 것으로 되어있다(上告는 물론 執行停

止의 效力을 가지지 아니하는 것으로 되어있지만, 실제로 上告가 행해지고 있는 경우에는 職務執行命令을 실시하기란 사실상 불가능하다). 게다가 이 制度는 國家측으로부터는 地方公共團體의 長의 自主性·獨立性의 程度를 지나치게 偏重하는 것으로 인식되고 있어, 이러한 訴訟節次를 배제한 代執行制度가 채택되어야 하는 것으로 주장되고 있다.

한편, 반대로 地方(특히 이른바 革新自治體, 革新首長)측으로부터는 이 制度가 國家의 一方的인 中央統制를 억제하고 地方自治의 侵害를 방지하는데 有效한 制度로 인식되고 있으며, 訴訟節次를 배제한 代執行制度라든가 罷免制度和 같은 것은 절대로 용납될 수 없는 것으로 주장되고 있다. 그러나 뒤에서 보는 바와같이 그 뒤 訴訟節次를 배제한 代執行制度가 몇몇 開發關係의 法律에 도입됨에 이르렀다.

한편, 罷免의 制度에 관해 잠깐 언급할 것 같으면, 地方自治法 제146조는 第2의 段階인 命令違反事實確認의 裁判이 행해진 경우에는 主務大臣(都道府縣知事)에 의한 代執行과 함께 內閣總理大臣에 의한 罷免의 制度까지도 並列의 形態로 인정하고 있다. 그러나 이 代執行과 罷免과는 別個의 것이며 언제나 두가지가 함께 행해질 것이 예상되어 있는 것은 아니다. 代執行을 할 수 있는 경우라면 그것으로 國家측의 목적은 달성될 수 있기때문이다(同條9項이 都道府縣知事は 違反事實確認의 裁判이 있은뒤에 그 裁判에 따라 당해사항을 행한것을 증명하여 당해 高等裁判소에 대하여 파면의 권한을 소멸시키는 재판을 청구할 수 있다는 것을 규정하고 있는 것도 이것을 나타내고 있는 것이다). 따라서 同條의 해석으로는 파면은 命令違反이나 懈怠가 특히 중대한 경우,

예컨대 당해 都道府縣知事나 市町村長이 法令違反이나 懈怠를 한번만이 아니라 반복하고 있는 경우같은 때에 한하는 것으로 해석되고 있다. 다만, 이와같이 限定的으로 해석하는 경우에 있어서도 代執行외에 憲法上, 住民의 公選에 의해 그 地位를 누리고 있는 都道府縣知事나 市町村長을 아무리 중대한 法令違反이나 懈怠가 있었다고 하더라도 機關委任事務의 執行確認를 이유로하여 國家가 파면한다고 하는 것은 憲法上的 問題가 있음을 부정할 수 없을 것이다. 실제상의 운용으로서도 公選首長을 파면하기란 사실상 불가능에 가깝다고 할 것이다. 이러한 의미에서는 이 罷免의 制度는 말하자면 발동되는 경우란 거의 없는 제도이며, 한갓 「傳家の 寶刀」에 지나지 아니하는 제도라고도 볼 수 있다. 訴訟節次를 배제한 代執行制度를 인정한 바 있는 후술의 몇몇 法律에서도 罷免權까지는 인정하고 있지 않는 것도 그 때문이라 할 수 있다.

이 罷免의 制度의 由來에 관해서 한가지 지적해 두기로 한다. 두말할 나위없이 明治憲法下에서는 都道府縣知事は 國家의 官吏였고 그 罷免權은 國家(內務大臣)에게 있었다. 戰后, 地方自治法の 制定이전에 있어서 憲法の 成立과 병행하여 知事公選制가 실현되었으나 당시 國家의 中央省庁측에는 公選知事に 대한 강한 不信感이 있었고, 특히 쌀의 供出과 관련된 公選知事와 政府간의 대립은 이러한 不信感을 더욱 증폭시켰다. 따라서 당초의 地方自治法の 政府原案에서는 「內務大臣은 都道府縣知事が 현저하게 不適任이라고 인정할 때에는 政令의 정하는 바에 의하여 公聽會를 열고 이를 解職할 수 있다」고 하는 規定이 마련되어 있었다. 그러나 이 原案에는 당연히 大論이 있었으며 衆議院審議의 과정에서 修正되

어, 「公聽會」가 「彈劾裁判所」로 바뀌었으며, 制定된 당초의 地方自治法에서는 「內務大臣은 都道府縣知事が 현저히 不適任이라고 인정할 때에는 法律의 정하는 바에 의하여 法律의 정하는 彈劾裁判所에 그 罷免의 訴追를 할 수 있다」고 되어 있었다. 그러나 이 彈劾裁判이라는 制度는 施行되지 못한채 1947년 12월의 地方自治法改正에 의하여 現行의 제146조로 개정되었던 것이다. 그 이유는 彈劾裁判의 節次에 의한다고 하더라도 公選知事, 市町村長을 파면한다는 것 자체에 문제가 있으며, 또한 憲法이 인정하고 있는 裁判官彈劾裁判所(제78조)이외에 이러한 종류의 탄핵재판소를 설치한다는 것은 違憲의 문제가 있다는 등의 사정때문이었다.

이와같이 하여 결국 現행의 제146조는 「知事로서의 不適任」이라고 하는 광범한 이유가 아니라 機關委任事務의 執行의 경우에 한하며, 또한 이 경우에 있어서도 두가지 단계의 職務執行命令訴訟을 거친 경우에 한하는 것으로 한 다음에 파면의 제도를 인정하는 것으로 하였다. 그러나 이 경우에 있어서도 어떠한 節次에 의하든간에 이 파면제도 그자체에는 여러가지 문제점이 있음을 부정할 수 없는 듯 하다.

### 5. 地方自治法 第146條 18項

地方自治法 제146조 18항은 「前 17項의 規定은 다른 法律 中에 이들에 相當하는 規定이 있는 경우에 있어서는 이를 적용하지 아니한다」(즉 相當하는 規定이 있을 때에는 그 規定이 적용된다)고 규정하고 있다.

여기서 同條의 1項부터 17項까지의 規定에 「相當하는 規定」이라고 한 것은 거기에 정해져

있는 主務大臣에 의한 行政節次 내지 裁判所에 의한 司法(訴訟)節次에 相當하는 規定이라는 의미이기 때문에 후술하는 바와같이 별도로 訴訟節次를 요하지 아니하는 것으로 하고 있는 경우는 여기서의 「相當한 規定」이 있는 경우가 아니다.

다른 法律에서 「相當한 規定」이 있는 예로서는 職業安定法(제56조~제59조), 建築基準法(제17조), 教育職員免許法(제19조) 등을 들 수 있다. 즉, 建築基準法 제17조는 建設大臣은 都道府縣의 建築主事の 處分에 違法 또는 懈怠가 있는 때에는 都道府縣에 대하여 監督上 필요한 조치를 취할 것을 명할 수 있으며, 또한 都道府縣知事は 市町村의 建築主事の 處分에 違法 또는 懈怠가 있는 때에는 建設大臣이 「地方自治法 第146조의 規定에 의하여」 裁判所에 裁判을 청구할 수 있으며, 또한 確認의 裁判에 의거하여 당해 市町村의 長에 대신하여 스스로 당해 사항을 행할 수 있음을 규정하고 있다. 다만, 이 경우에는 罷免의 規定은 없다.

職業安定法 제56조~제59조는 勞働大臣이 同法의 인정하고 있는 都道府縣知事の 權限(제7조)에 의거한 處分에 違法이 있음을 인정할 경우에 관해서 地方自治法 第146조와 대략 비슷한 一連의 節次를 규정하고 있다. 다만, 이 경우에도 罷免 規定은 없다.

教育職員免許法 제19조는 「文部大臣은 이 法律 또는 이 法律施行을 위해 발하는 法令의 規程에 의하여 授與權者가 행한 處分이 이들 法令의 規定에 위반하는 것으로 인정할 경우에 있어서는 地方自治法 第146조 第1항부터 第7항까지, 第10항, 第11항 및 第17항의 예에 따라 그가 행할 事項을 명령하고, 高等裁判所의 裁判을 청구하거나, 혹은 당해 授與權者에 대신하여 당해 사항을 행할

수 있다」고 규정하고 있다. 여기에서도 地方自治法 제146조의 규정가운데 罷免에 관한 제8항은 제외되어 있다.

이상 세가지 法律은 地方自治法 제146조에 상당하는 規定을 정하고 있는 경우이면서도 代執行까지를 규정하는데 그치고 있으며 罷免까지는 인정하고 있지 않음이 주목된다. 즉, 이들 法律은 어느 것이나 地方公共團體의 長의 罷免까지는 필요하지 않는 것으로 해석된다.

### 6. 職務執行命令訴訟의 節次를 배제하고 있는 立法例

特別法에 의하여 一般法인 地方自治法 제146조를 배제하여 機關委任事務의 執行에 대한 主務大臣의 指導監督方法에 관하여 職務執行命令訴訟의 節次를 배제하여 보다 간이한 절차로서 主務大臣의 代執行權을 인정하고 있는 경우도 있다. 그 立法例로서는 土地收用法(제24조 4항), 都市計劃法(제24조 4항), 國土利用計劃法(제13조 2항), 農地法(제89조) 등을 들 수 있다.

즉 都市計劃法 제24조는 「建設大臣은 國家의 利害에 관계가 있는 사항에 관하여 필요가 있는 것으로 인정할 때에는 都道府縣知事に 대하여, 혹은 都道府縣知事を 통하여 市町村에 대하여 期限을 정하여 都市計劃區域의 指定 혹은 都市計劃의 決定 또는 變更을 위해 필요한 措置를 취할 것을 指示할 수 있다. 이 경우에 있어 都道府縣知事 혹은 市町村은 正當한 理由가 없는 한, 당해 指示에 따르지 않으면 아니된다」(제1항). 「建設大臣은 都道府縣知事 혹은 市町村이 所定의 期限까지 正當한 理由없이 제1항의 規定에 의하여 지시된 措置를 취하지 않을 때에는 正當한 理由가

없음에 대하여 都市計劃中央審議會의 確認을 얻은 다음, 스스로 當該措置를 취할 수 있는 것으로 한다」(제4항) 고 규정하고 있다. 또한, 國土利用計劃法 제13조는 「內閣總理大臣은 土地의 投機的 去來 및 地價의 高騰이 國民生活에 미치는 피해를 제거하고, 또한 適正, 合理的인 土地利用의 確保를 도모하기 위하여 國家의 立場에서 특히 需要가 있는 것으로 인정할 때에는 都道府縣知事に 대하여 期限을 정하여 規制區域의 指定 또는 指定의 解除 혹은 그 區域의 減少를 지시할 수 있다. 이 경우에 있어서는 都道府縣知事が 正當한 理由가 없는 한, 그 指示에 따르지 않으면 아니된다」(제1항).

「內閣總理大臣은 都道府縣知事が 所定의 期限까지 正當한 理由없이 前項의 規定에 의하여 指示된 規定을 강구하지 않을 때에는 正當한 理由가 없는 것에 대하여 國土利用計劃審議會의 確認을 받아 스스로 當해조치를 강구할 수 있다」(제2항)이라고 정해 있다.

이들 法律의 規定에 의하는 節次가 地方自治法 제146조와 다른 점은 職務執行命令訴訟의 節次를 거치지 않고 主務大臣의 代執行을 인정하고 있다는 점이지만, 그 경우 주의할 점은 다음의 세가지 점이다.

(1) 主務大臣의 「指示」가 행해지는 것은 「國家의 利害에 증대한 관계가 있는 사항에 관하여」 「國家의 立場에서 특히 需要하다고 인정한 때」등이라는 것을 특별히 규정하고 있다는 점.

(2) 裁判所의 確認의 裁判대신 都市計劃中央審議會, 國土利用計劃審議會 등의 確認을 필요케 하고 있는 점.

(3) 代執行權까지만을 인정하는 데 그치고 罷免權까지는 인정하고 있지 않다는 점.



## 7. 職務執行命令訴訟의 事例

이제까지의 職務執行命令訴訟事例로서는 砂川事件과 在日朝鮮人國籍記載變更事件의 두 사례가 있다.

### (1) 砂川事件

美軍基地인 砂川町所在의 立川基地의 擴張을 위하여 1956년 6월, 東京調達 局長은 「日本國과 美合衆國間의 安全保障條約 제3조에 의거한 行政協定の 實施에 따른 土地등의 使用등에 관한 特別措置法」 및 同法 제14조에 의하여 적용되는 土地收用法의 規定에 의거하여 內閣總理大臣의 收用認定을 얻은 뒤, 東京都收用委員會에 裁決의 申請을 하였다. 收用委員會는 土地收用法 舊제44조 1항에 의거하여 裁決申請書 및 添附書類의 寫本을 砂川町長에 송부하였다. 同條 2항·3항에 의하면, 市町村長은 이것을 받은 때에는 지체 없이 申請이 있었다는 취지 및 收用의 대상이 되는 土地의 所在, 地番 등을 公告하고 閱覽케 함과 동시에 公告한 날을 收用委員會에 보고하여야 하는 것으로 되어있다. 그런데 砂川町長은 基地擴張反對의 立場에서 위의 義務를 이행하지 아니하였다. 따라서 東京都知事は 同年 7月, 地方自治法 제146조 12항에 의거하여 同條 1項의 예에 따라 期限을 정하여 위의 義務를 이행하도록 職務執行命令을 발하였으나, 砂川町長이 그것을 이행하지 아니했기 때문에 都知事は 地方自治法 제146조 2항의 예에 따라 東京地方裁判所に 職務執行命令의 裁判을 청구하는 訴를 제기하였다. 이 訴의 提起에 대하여 被告(砂川町長)는 ① 安保條約 및 行政協定은 違憲이므로 特別措置法은

違憲無效이다. ② 內閣總理大臣의 本件收用認定은 憲法 제92조 및 제29조에 위반되고 있으며, 特別措置法 제3조에서 말하는 「適正·合理的」이라는 要件을 결하는 위법한 것이므로 이러한 違憲·違法한 職務執行命令에 응할 義務가 없다고 주장하였다.

이에 대하여 原告(都知事)는 ① 가령 本件裁決이 본래는 無效한 것이라 할지라도 形式的 要件을 갖춘 裁判申請書가 송부된 이상, 公告, 閱覽 등의 節次를 취하지 않으면 아니된다. ② 下級行政機關인 町長은 上級行政機關인 都知事が 행한 行政行爲를 有效한 것으로 취급해야 할 拘束을 받는다. ③ 따라서 本件職務執行命令의 適法性·有效性에 대한 裁判所의 審査도 形式的 要件을 갖추고 있는가 어떤가하는 점에 한정되어야 할 것이라고 주장하였다.

판결(東京地裁·1958. 7. 31)은 原告의 주장을 채용하여 請求를 認容하였다. 즉 「町長은 國家의 機關으로서 처리하는 行政事務에 대해서는 都知事와 上命下服의 關係에 서며, 上級機關인 都知事の 命令에 拘束된다」고 하면서, 知事の 職務執行命令에 대해서는 「그것이 形式的 要件을 결하였거나 혹은 不能의 事項을 명하고 있는 경우를 제외하고는 그 命令에 복종할 의무가 있으며, 그 命令이 실질적으로 違憲 또는 違法한 行爲의 執行을 명하고 있다는 이유로 그것을 거부하거나 무시할 수 없다」고 판시하였다.

砂川町長은 이 判決에 불복하여 地方自治法 제146조 12항에 의거한 同條10항의 예에 따라 最高裁判所に 上告하였다. 이에 대하여 最高裁判所는 原判決을 破棄(最高裁 第2法廷 1960. 6. 17) 還送하였다.

이 判決은 職務執行命令訴訟에 있어서 裁判所

가 國家의 職務執行命令의 內容을 실질적으로 심사해야 한다는 입장에 서서 職務執行命令訴訟制度의 意義·目的에 관하여 다음과 같이 상세히 설명하고 있다.

「地方公共團體의 長은 地方住民의 選舉에 의하여 選任되며 당해 地方公共團體의 執行機關으로서 본래 國家의 機關에 대해서는 自主獨立의 地位를 가지는 것이지만, 다만 한편으로 法律에 의거하여 위임된 國家의 事務를 처리하는 관계에서는 國家의 機關으로서의 地位도 가지는 것이다. 따라서 後者의 地位에서의 事務處理에 관해서는 國家의 指揮監督權에 따라야 하는 것이다(國家行政組織法 제15조, 地方自治法 제150조).

그러나 國家의 委任을 받아 그 事務를 처리하는 관계에 있어서 地方公共團體의 長에 대한 指揮監督에 있어서 이른바 上命下服의 관계에 있고 國家의 본래의 行政機構에 있어서의 指揮監督의 方法과 같은 방법을 채용하는 것은 그 본래의 地位의 自主獨立성을 해치며 나아가서는 地方自治의 本旨에 반하는 결과가 될 우려가 있다. 따라서 地方公共團體의 長 본래의 自主獨立성의 尊重과 國家의 委任事務를 처리하는 地位에 대한 國家의 指揮監督權의 實効性的 確保사이 에 조화를 도모할 필요가 있으며, 地方自治法 제146조는 이러한 조화를 도모하기 위하여 이른바 職務執行命令訴訟의 制度를 채용한 것으로 보아야 할 것이다. 그리하여 同條가 裁判所를 관여시켜 그 裁判을 필요케 한 것은 地方公共團體의 長에 대한 國家의 당해 指揮命令의 適法인가의 여부를 裁判所로 하여금 판단시켜, 裁判所가 당해 指揮命令의 適法성을 시인하는 경우, 비로소 代執行權 및 罷免權을 행사할 수 있도록 함으로써 위에서 말한 조화를 기할 수 있는 所以라고 해석하여야 할

것이다.

이러한 취지로부터 생각할 것 같으면 職務執行命令訴訟에 있어서 裁判所가 國家의 당해 指揮命令의 內容의 適否를 실질적으로 심사하는 것은 당연한 것이며, 이 점 形式的 審査로서 족하다고 한 原審의 判斷은 정당하지 아니하다.

還送審判決(東京地載 1963. 3. 28)은 위와같은 最高裁上告審判決을 받아, 職務執行命令에 대하여 實質的 審査를 행하였지만, 그것에 違憲·違法은 없는 것으로 보았다.

## (2) 在日朝鮮人國籍記載變更事件

福岡縣田川市長은 1970년 8월 14일, 同市住民 14人으로부터의 申請을 받아들여 外國人登錄證의 國籍을 「韓國」이었던 것을 「朝鮮」으로 記載變更을 하였다. 이러한 記載變更을 요구하는 運動이 이전부터 각지에서 볼 수 있었기 때문에 法務省은 1965년 이후 각 都道府縣知事に 通牒을 내려보내 이러한 記載變更은 違法이므로 그 뜻을 管下市町村長에게 示達하도록 요구하고 있었다. 그리하여 田川市長의 前述의 決定에 대하여 法務省은 福岡縣知事에게 通牒을 보내어 그 通牒에 따라 조치하도록 田川市長에게 指示하도록 요구하였다. 그러나 田川市長이 그 指示에 따르지 아니하였기 때문에 福岡縣知事は 地方自治法 제146조12항에 의거하여 同條1項의 예에 따라 田川市長에 대하여 期限을 정하여 「朝鮮」籍으로 記載變更한 것을 다시 「韓國」籍으로 원상복구시키도록 職務命令을 발하였다. 그러나 田川市長이 이 命令에 따르지 아니하였기 때문에 福岡縣知事は 同條3項의 예에 따라 田川市長을 상대로 하여 職務執行命令訴訟을 제기하였다. 그런데 이 訴訟의 審理開始前에 法務省과 田川市長과의 사이에

急轉的으로 「和解」가 성립했기 때문에 裁判所에 의한 審理는 행해지지 아니하였다. 그러나 이러한 동안 다른 42市10町에 있어서는 田川市와 마찬가지로 「朝鮮」籍에의 記載變更이 행해졌으며, 사실상 法務省은 그 意圖를 실현할 수가 없었다. 이상에서 보는 바와같이 本件은 職務執行命令訴訟의 第1段階의 訴訟의 提起까지 진행되었던 사례였다.

### (3) 기타의 사례

이상의 두 사례 이외에도 職務執行命令이 발하여지는 데는 이르지 아니했지만 職務執行命令訴訟의 提起가 관심의 대상이 된 사례로 다음과 같은 두 事件이 있었다.

① 新瀉空港事件 — 1955년 전술한 砂川基地擴張과 같은 시기에 新瀉空港擴張計劃이 책정되어 仙台調達局長으로부터 擴張計劃豫定地 出入調査의 實施와 관련된 新瀉縣知事에의 通牒이 발하여짐과 아울러 政府로부터 그 出入에 필요한 知事の 公示가 요청되었다. 知事が 이에 응하지 아니했기 때문에 政府는 地方自治法 제146조를 발동할 기세를 보였다. 그러나 1957년에 이르러 在美軍의 陸上軍縮小計劃이 진행하여 新瀉空港이 반환됨에 따라 이 擴張計劃은 白紙化되고 말았다.

② 朝鮮人大學校事件—1968년 4월, 東京都知事は 그 전부터 認可申請이 있었던 朝鮮人大學校의 設置를 「各種學校」로서 認可하였다(私立學校法 제64조1항, 제4조2항, 제5조1항, 제8조1항). 文部省은 1965년 12월의 文部事務次官通牒에 의거하여 朝鮮人만을 수용하는 朝鮮人學校는 學校教育法 제1조에서 말하는 學校로서 認可해서는 아니된다고 하면서, 文部大臣은 「認可阻止에 實効

性있는 措置를 취한다」고 言明을 함과 동시에 都知事에게 조속히 文部大臣과 協議할 것을 지시하였다. 그러나 都知事が 이에 응하지 아니하였다. 그 뒤에도 文部省은 결국 아무런 措置도 취하지 못한채 오늘에 이르고 있다.

## 8. 小委員會報告書

行革審의 地方行革推進委員會는 개개의 機關委任事務의 整理·合理化외에 이 制度 자체의 再檢討로서 「地方議會 및 監査委員의 關與의 再檢討」(現行의 地方自治法上, 機關委任事務에 대해서 地方議會에게 說明請求, 意見陳述權 및 意見書提出權만이 인정되어있지만, 거기에서 檢閱·檢査權 및 監査請求權까지도 새로이 인정하는 것으로 한다. 그리고 監査委員에게는 住民의 直接請求에 의거한 監査, 主務大臣, 當該地方公共團體의 長의 要求에 따른 監査등의 權限에 의거한 監査 및 一般監査의 權限을 새로이 인정하는 것으로 한다)와 함께 「職務執行命令訴訟制度의 再檢討」를 제언한 바 있었다. 報告書가운데 이 部分은 다음과 같다.

### (1) 基本的 觀點

① 機關委任事務에 대해서는 그 適正執行을 확보하는 수단으로서 地方自治法에 의하여 主務大臣등의 指揮監督權, 市町村長이 행한 處分에 대한 知事の 取消, 停止權, 職務執行命令訴訟節次에 의한 主務大臣등의 代行權, 內閣總理大臣 등의 知事등 罷免權이 인정되어 있다.

② 이 가운데서 職務執行命令訴訟制度는 國家의 機關인 地方公共團體의 長이 행하여야 할 事項의 代行과 그 罷免을 인정하는 制度이지만, 知

事들은 機關委任事務에 관해서는 國家의 機關으로서의 性格을 가짐과 동시에 公選에 의하여 선출된 地方公共團體의 統轄, 代表者이기 때문에 당해 節次를 개시하는 要件은 法令등의 違反 또는 不作為의 경우에 한정함과 동시에 訴訟節次에 의하게 하고 있는 것이다.

3. 본래 機關委任事務는 國家와 地方公共團體의 長들이 共通의 行政目的을 협동하여 실시하는 것이며, 地方公共團體의 長들이 法令등에 위반하거나 혹은 不作為를 하는 것은 그다지 흔하게 일어나는 것은 아니다. 그러나 만일 이러한 사태가 발생한 경우, 現行的 職務執行命令訴訟制度에 있어서는 地方公共團體의 長들의 罷免까지도 規定하여 節次를 개시하지 않을 수 없기 때문에 制度로서는 적당한 것이라 할 수 없다. 따라서 地方公共團體의 長의 罷免은 엄격한 節次에 의함과 동시에 地方公共團體의 長의 罷免을 전제로함이 없이 機關委任事務의 적절한 執行을 확보하는 현실적인 방안을 검토할 필요가 있다.

## (2) 具體的 方案

위와 같은 觀點에 입각하여 現行的 職務執行命令訴訟制度에 있어서는 代行과 罷免의 前提가 되어 있는 一連의 節次를 改正하여 代行的 節次와 罷免의 節次를 분리하는 것으로 한다.

즉 代행을 행하는 경우는 그 事務를 執行하지 않으면 公職上 중대한 지장이 생길 우려가 있는 것으로 인정되는 경우로 한정하고, 主務大臣등에 의한 勸告, 職務執行命令, 事實確認에 관한 內閣의 告示등 一連의 慎重한 節次를 거친뒤에 主務大臣등은 당해 사무를 代行할 수 있는 것으로 하며, 이러한 代行에 不服이 있는 경우에는 地方公共團體의 長등은 裁判에 의한 救濟를 구할 수 있

도록 한다.

그리고 罷免을 행하는 경우는 法令등의 違反 또는 不作為가 특히 중대한 경우에 한정하며, 또한 現行대로의 訴訟節次에 의하여 違法性 등을 확인하는 것을 전제로 하여 內閣總理大臣등이 地方公共團體의 長을 파면할 수 있도록 한다. 이 改革意見은 요컨대 代執行의 節次와 罷免의 節次를 분리하여 代執行에 대해서는 職務執行命令訴訟이라는 節次를 없애버리며, 罷免에 관해서는 職務執行命令訴訟의 節次를 存置시키기로 한 것이었다.

이상과 같은 改正案에 대해서는 小委員會의 審議課程에서 反對意見도 없지 아니하였으며, 報告書에서는 이러한 改正案이 ① 地方自治의 侵害가 될 우려가 있으며, ② 對象이 되는 事務를 한정하여 個別立法에 의하여 處理하여야 할 것이며 ③ 代執行에 있어서 知事·市町村長의 發言의 기회를 보장하기 위하여 第三者的機關의 判斷을 개입케 하는 방안을 강구할 것이라고 하는 등의 一部意見이 있었음을 특별히 밝히고 있다.

## 9. 行革審答申과 그 뒤의 論議

行革審은 小委員會報告書에 약간의 修正을 가한 후, 答申을 하였는데, 小委員會報告書에서 「基本的 觀點」·「具體的 方案」으로 되어 있었던 것을 「再檢討의 必要性」·「再檢討의 方向」으로 그 表現을 수정하고, 또한 「아래와 같은 방향으로 그 具體策을 포함하여 충분히 檢討하여야 할 것이다」라고 함으로써 今後에도 계속 검토의 여지가 있음을 밝히고 있는 점, 그리고 小委員會報告書가 職務執行命令訴訟의 節次에 의한 罷免制度를 존속시키고 있었던 것을 없애버린 것 이외

에는 그 基本的 內容에 있어 크게 달라진 것은 없었다.

이상과 같은 行革審의 答申을 받은 政府는 1960년 9월 24일 「當面한 行政改革의 具體的 方策에 관하여」라고 하는 閣議決定을 행한 바 있는데, 이 閣議決定에서의 機關委任事務의 整理·合理化에 관해서는 다음과 같이 되어있다. 즉 「答申에 있어서 개별적으로 지적된 바 있는 機關委任事務의 整理·合理化 가운데 法律改正을 필요로 하는 사항에 대해서는 次期定期國會에 필요한 法律案을 제출한다」고 하면서도 職務執行命令訴訟制度에 관해서는 그와 구별하여 「機關委任事務에 관한 地方議會 및 監査委員의 關與 및 職務執行命令訴訟制度의 再檢討에 대해서는 答申의 趣旨에 따라 調整을 하며 次期國會에 필요한 法律案을 제출할 수 있도록 準備를 추진한다」고만 되어 있어 계속 「調整」, 「準備」가 필요하다고 하는 태도를 나타내고 있다.

한편, 小委員會報告書 및 그것에 약간의 修正이 가해진 行革審答申의 內容에 대해서는 그것에 정면으로 반대하는 주장도 강력하게 제시된 바 있었는데, 그 대표적인 것으로 日本勞動組合評議會와 全日本自治團體勞動組合에 의한 다음과 같은 反對意見이었다.

첫째로 行革審의 內容은 戰後 地方自治制度下에서 쌓아올려온 國家와 地方의 基本的 關係를 뿌리채 뒤엎는 중대한 內容을 내포하고 있어 절대로 인정할 수 없다.

둘째로 小委員會는 …… 國家와 地方과의 關係를 歪曲하고 있는 機關委任事務制度의 根本的인 改革方策을 제시하여야 하는 것이 그 本務라 할 수 있다. 그러나 그 報告는 이 문제에 대하여 충분히 응답하기는 커녕, 地方自治法의 法令에 의

거한 判斷을 부정하는 強權의 代執行을 導入함으로써 地方自治法을 國家의 行政에 종속시키는 逆行的인 內容이라 하지 않을 수 없다.

셋째로 이 再檢討案은 …… 知事代表, 市長代表, 勞動代表의 각 委員의 一致된 反對에도 불구하고 時間臨迫을 이유로 多數로 밀어붙인 것이며, 審議會에 있어서의 國民參加의 理念을 짓밟은 것이다.

네째로 職務執行命令訴訟制度는 …… 裁判所에 의한 適否의 判斷을 구하는 것으로 되어 있었는데 小委員會報告書는 이 裁判所의 裁判을 회피하며 國家의 行政權에 의한 一方的인 執行을 확보하려는 것이다.

다섯째로 이러한 制度는 憲法이 보장한 「地方自治의 本旨」를 부정하는 것이며, 國家나 地方의 대등한 관계로의 쌓아올려온 信賴와 協助의 實績을 송두리째 상실케 하는 것이며, 憲法 및 戰後 地方自治制度에의 중대한 挑戰이라 하지 않을 수 없다.

이상과 大同小異한 反對見解는 地方公共團體속에서도 제시되고 있으며, 全國知事會 등에서도 활발히 논의된 바 있었으며, 言論界의 論調도 대체로 改革意見이 생겨나오게 된 由來나 그가 제기한 問題點등에 관해서는 이해할 수 있다고 하면서도 그러나 이 改革이 地方에 대한 中央統制의 強化, 地方自治의 侵害가 될 우려가 없지 않음을 지적하며 그 신중한 검토가 필요하다는 論調가 적지 아니하였다.

## 10. 地方制度調査會의 答申

行革審答申에 의하여 제기된 職務執行命令訴訟制度의 改革問題는 國家와 地方의 關係의 基本과

관련되는 문제이기때문에 自治省에서는 이것을 地方制度調査會에 附議하여 주로 그 小委員會에서 신중한 검토를 행한 뒤 1986년 2월 3일 內閣總理大臣에게 答申을 제출하였는데 이 制度에 관해서는 다음과 같은 구조를 마련하는 것이 적당할 것이라 하고 있다.

(1) 主務大臣등에 의한 代行은 適正한 事務의 管理·執行이 행하지 않을 것 같으면 명백히 중대한 公益의 侵害가 생길 우려가 있는 경우에 한하여 이를 행할 수 있는 것으로 하며, 代行權限의 發動이 신중하고도 公正하게 행해지도록 다음과 같은 節次를 정비하는 것으로 한다.

① 主務大臣등은 먼저 事務의 適正한 管理·執行을 권고하고, 知事등이 이에 응하지 않을 때에는 當該事務의 管理·執行을 명령할 수 있는 것으로 한다.

② 知事등은 內閣總理大臣에 대하여 主務大臣등의 命令에 관하여 不服의 申請을 할 수 있는 것으로 한다.

③ 內閣總理大臣등은 知事등의 不服의 申請에 이유가 있는 것으로 인정할 때에는 主務大臣등에 대하여 필요한 指示를 행하며, 知事등의 不服의 申請에 이유가 없는 것으로 인정할 때에는 그 理由를 들어 知事등에 不服의 申請에 理由가 없다는 뜻의 通告를 하는 것으로 한다.

④ 主務大臣등은 內閣總理大臣등으로부터 不服의 申請에 이유가 없다는 뜻의 通告가 있음에도 知事등이 當該事務를 이행하지 않을 때에는 不履行의 事實을 확인하는 內閣告示를 거친 뒤 當該事務를 代行할 수 있는 것으로 한다.

⑤ 知事등은 內閣總理大臣등으로부터 不服의 申請이 이유가 없다는 뜻의 通告가 있을 때에는 即時 主務大臣등의 命令의 取消를 구하는 裁判을

제기할 수 있으며 그 때 執行停止의 申請을 할 수 있는 것으로 한다.

(2) 地方公共團體의 長의 罷免의 制度에 관해서는 住民의 選舉에 의해 선출된 長의 身分 그 자체를 박탈하는 措置로서 적당하지 않으므로 이를 폐지하는 것으로 한다.

이상의 答申案의 決定에 있어서는 同調査會로서도 異例적인 多數決에 의한 採擇方式이 취해졌었으나 이 改正案에 대해서는 前述한 行革審의 答申이래로 學者들간의 批判도 적지 않고(대표적인 것으로 阿部泰隆 「機關委任事務と 代執行」 法律時報 57卷11號, 4面; 原田尚彦, 「機關委任事務と 職務執行命令訴訟의 見直し」 ジュリスト 845號, 13面; 澤井勝 「戰後 地方自治制度의 轉例と 再編 許されない 自治法 146條의 改標」 市政研究 1985年; 室井力, 「職務執行命令訴訟と 代行權 — 地方自治의 問題として」 地方政治 1985年 10月號 등), 1986年 3月 7日에는 「裁判에 代執行制度의 導入에 반대하는 研究者의 聲明」(憲法, 行政法, 行政學, 政治學, 財政學, 地方自治研究者 등 500여명의 連名에 의한 것으로서, 內閣總理大臣 및 自治大臣에게도 제출하였다)까지도 公表되었었다.

## 11. 地方自治法의 改正法案의 內容

1986년 3월 14일의 閣議에서 地方自治法의 一部를 改正하는 法律案이 決定되어 第104回國會에 제출되고 있거니와, 그 內容은 國家의 機關委任事務와 관련한 職務執行命令訴訟制度의 改革만이 아니라 機關委任事務와 관련된 地方議會·監査委員의 關與의 擴充, 監査委員制度의 整備, 公有地에의 土地信託制度의 導入등의 改正이 포함되어 있다.

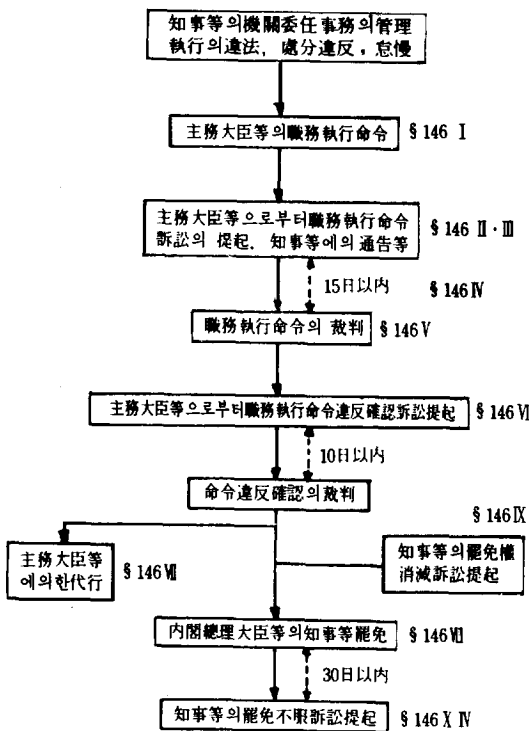
이 가운데서 職務執行命令訴訟制度的 改革과의 관계에서는 上술한 地方制度調査會의 答申에 따라 條文化되어 있는데, 形式的으로는 普通地方公共團體의 長의 地位(2節1款)속에 위치지워져 있는 現行의 146條의 條文을 全部削制하고 長의 權限(同節2款) 속에 새로이 151條의 2로서 20개항에 걸치는 規定을 新設하고 있다. 이와같이 長의 地位에 관한 款으로부터 權限의 款으로 規定이 옮겨진 것은 새로운 規定에서도 長의 罷免制度가 폐지되어 있기 때문이다. 새로운 151條의 2의 規定은 條文으로서는 상당히 길기때문에 紙面關係로 여기서는 그 全體의인 骨子만을 적고, 各項의 說明은 생략하고 節次의 概略에 관해서 現行의 146條와 新151條의 2를 대조한 表를 제시하는데

그치기로 한다. 우선 그 主要骨子是 다음과 같다.

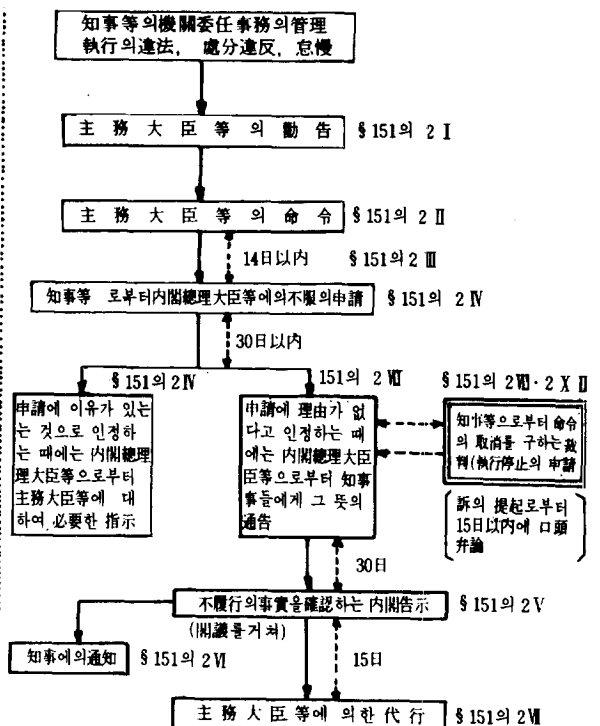
(1) 主務大臣은 知事が 處理하는 國家의 機關委任事務의 管理·執行에 대해서 法令·主務大臣의 處分에 대한 違反 또는 懈怠가 있고, 다른 方法으로 그 是正을 도모하는 것이 곤란하며, 그것을 방지함으로써 現저히 公益을 해치는 것이 명백한 경우에 ① 知事の 不履行의 事實을 확인하는 內閣告示를 거쳐, 知事에 대신하여 당해사항을 行할 수 있는 것으로 한다.

(2) 知事は 主務大臣의 命令에 대하여 內閣總理大臣에게 不服申請을 할 수 있으며, 內閣總理大臣으로부터 不服申請에 이유없다는 뜻의 通

〈現行146條〉



〈新151條의 2〉



고가 있을 때에는 主務大臣의 命令의 取消을 구하는 訴訟을 제기할 수 있는 것으로 하며, 그 때 아울러 執行停止의 申請을 할 수 있는 것으로 한다.

(3) 知事의 罷免의 制度는 廢止한다.

(4) 市町村長이 처리하는 國家의 機關委任事務의 管理·執行에 대해서도 前記에 準하는 것으로 한다.

## 12. 맺는 말 — 評價 —

新舊節次의 對照圖에서도 명백한 바와 같이, 現行制度에서는 두번에 걸치는 訴訟提起가 필요하며, 최종의 결론을 얻을 때까지는 오랜 期間을 필요로 하던 것을 새로운 改正案에서는 主務大臣 등의 勸告→命令→內閣告示라고 하는 國家行政만의 經由節次를 거쳐 代行을 가능케 하고 있다. 이 節次에서는 知事등으로부터의 職務執行命令訴訟의 取消을 구하는 裁判이 제기되어 裁判所에 의한 執行停止가 특별히 인정되지 않는 한, 主務大臣 등이 執行命令을 발하더라도 짧게는 89일로 代행이 가능하게 되는 셈이다. 現行的 146條의 節次에서는 主務大臣 등이 職務執行命令을 발하더라도 都道府縣知事が 指定期限까지 이를 이행하지 않을 때에 主務大臣등으로부터 먼저 裁判所에 당해사항을 이행할 것을 명하는 裁判( 이른바 mandamus proceeding)을 제기하지 않으면 아니 되지만 改正案에서는 이러한 裁判을 폐지하는 것으로 되어 있기 때문에 그 節次가 한결 간소화되는 셈이다. 그리하여 이에 대한 統制措置로서는 主務大臣등의 命令에 대한 命令의 不服申請의 길을 열어, 이것이 却下된 경우에 있어서의 知事의 主務大臣命令의 取消訴訟(執行停止申請을 포

함)이라고 하는 抗告訴訟型機關訴訟을 마련하고 있다. 따라서 知事등에서 不服이 있을 때에는 이 訴訟으로 다룰 수도 있으므로 裁判所의 干涉이 전적으로 없어진 것이라 할 수는 없지만, 職務執行命令訴訟의 提起는 「命令의 效力을 妨害하지 아니한다」(同條11項)고 되어 있기 때문에 執行停止의 申請이 裁判所에 의해 인정되지 아니하는 한 최종의 代行까지 그대로 진행되고말게 된다. 그리고 主務大臣등의 命令이 뒤에가서 裁判所에 의해 取消되었을 때에는 主務大臣등에 의한 代행의 뒤치닥거리(處分取消·原狀回復)는 知事가 이를 행하지 않으면 아니되는 꼴이 된다(同條16項). 이와같이 裁判所의 職務執行命令訴訟裁判이 없는 한, 主務大臣등은 代行할 수 없는 것으로 되어있는 現行制度를 事前의 裁判없이도 行政자체의 固有한 判斷으로 代行可能하고, 裁判所는 行政측이 내린 職務執行命令을 事後的으로 심사할 수 있는데 지나지 않도록 하는 制度로 改正하려는 것이라 할 수 있다.

그러나 이렇게 됨으로써 職務執行命令訴訟制度가 현저히 활용하기 쉬운 것이 되고, 國家가 機關委任事務의 執行을 위한 實効性を 기할 수 있는 유력한 무기가 될 것이라고 기뻐하기에는 문제가 없지 않다고 할 것이다. 그 이유의 첫째는 主務大臣등에 의한 職務執行의 勸告·命令은 知事등에 의한 단순한 違法處理나 懈怠의 事實의 存在만으로는 부족하다. 「...이 項부터 第7項까지에 규정하는 措置이외의 方法으로는 그 是正을 도모하는 것이 곤란하며 또한 그것을 방지함으로써 현저히 公益을 해치는 것이 명백할때」(同條1項) 이라는 要件이 새로이 정해져 있기 때문이다. 이 要件의 存否는 물론 裁判所에서 신중히 심사되는 것으로 되어있다. 둘째로는 主務大臣등 本條에



의한 勸告·命令權을 발동할 만한 事案은 지난날의 경험에 비추어 볼때 知事, 市町村長등이 國家와 맞서서 別個의 政策判斷을 행하려는 경우가 많을 것으로 생각되므로 命令을 받으면 訴訟를 면할 수 없고, 따라서 主務大臣등은 裁判을 각오하지 않으면 命令을 발할 수 없게 될 것이다. 裁判에서 만일 職務命令이 取消되게 되면 國家의 體面을 크게 손상케할 우려가 없지 않다. 따라서 고생하여 녹을 빼겨본 「傳家の 寶刀」을 손질해 보았으나 결국은 「빠서 써보지 못할 寶刀」를 다시 만들어내는 꼴이 되는 것이 아닌가하는 평가를 면치 못하고 있다. 그리고 또하나의 문제로서 지적할 점은 機關委任事務와 團體委任事務등에 관

한 主務大臣등의 代行에 관해서는 이미 보아온바와 같이 都市計画法 24條, 國土利用計画法 13條, 土地收用法 27條등에 地方自治法 146條에 의하지 아니하는 特別節次가 마련되어 있다는 점이다.

이러한 節次에 의하여 각 個別法에서 보다 간략하고 강력한 代行措置를 마련할 수 있는 것인 이상, 이상과 같은 地方自治法の 規定자체의 改正試圖는 별로 그 意義가 크지 못할 것이 아닌가하는 의구심도 없지 않게 된다. 그리하여 이상과 같은 평가내지 의구심의 제기가 政府측의 끈질긴 改正努力에도 불구하고 職務執行命令訴訟制度的 改革의 앞길을 아직도 가로막고 있는 이 유이기도 하다.

