

## 分権時代ならではの条例の発想と実績

上智大学大学院法学研究科長 北村 喜宣

日本都市センターと全国市長会が共同設置する「都市分権政策センター」では、2021年11月に「分権社会の都市自治体条例」を議題に、**第30回都市分権政策センター会議**を開催した。会議では、都市分権政策センター委員で上智大学大学院法学研究科長の北村喜宣教授による講演と、委員である市長及び学識者の間で活発な意見交換が行われた。本稿では、その模様を紹介する。

なお、当センターでは、北村教授を座長に「分権社会の都市自治体条例に関する研究会」を設置し調査研究を進めてきたが、その研究成果を、このたび『**法令解釈権と条例制定権の可能性と限界**』として第一法規(株)から刊行する運びとなった。本稿とあわせて是非ご一読いただきたい。

### 2つの「before/after」と存続する慣性

地方自治においては、2つの「before/after」がある。一つは日本国憲法制定の「before/after」、もう一つは第1次分権改革の「before/after」である。

私は自治大学校で教えているのだが、研修生の大半は、30代～40代前半の「ミレニアル世代」であり、2000年 after の採用、つまり、入庁時点で既に現在の「分権時代」である。2000年前後の分権改革の「熱い時代」を知らない人が多く、なぜ機関委任事務がなくなったのかについての十分な理解がないまま、仕事に就いており、私は危機感を持っている。

### 現在の行政現場に作用する「慣性」

職員とやり取りをしていると、「これまでやってきたことをそのとおりにこれからもやっていく」という一種の「慣性」が現場に働いているのではないかと感じる。この慣性がなぜ働いているかという点、一つには、第1次分権改革の before/after で法令の構造・内容がほとんど変わっていないからである。before 時代（機関委任事務時代）に制定された法令の下での事務のやり方が、法令が変わらないがゆ

えに after 時代（分権時代）においても継続しているのである。

分権時代においては、多くの事務が自治体自らの事務になっているので、分権改革の成果、すなわち西尾勝氏が強調するように、法令の自主解釈権を活用して地域適合的な行政を可能にすることができるにもかかわらず、それが十分実現されていない。

マスコミ報道においてもこれは顕著であり、最近「地方分権」というヘッドラインを見ることすらなくなったというのが実情である。2000年 after に入庁した自治体職員は今後ますます増え、いずれは全員が2000年 after の職員になる。その職員に、あの分権改革やその意義が伝わっていないのは、危機的である。

片山善博氏が「月刊ガバナンス」（2020年4月号）に次のようなことを書いている。国の側には、以前のように「自治体を下部機関のように従わせたい」という思いが根強く残っているので、自治体が「改革の成果の上に胡坐をかいて気を緩めていると、元の本阿弥になりかねない」。したがって、「自治体の側には隙を見せない態度と強靱な精神力が必要」な

のだということである<sup>1</sup>。これが2003、2004年であれば「まあそうかもな」と思うが、2020年になっても片山さんがこのように感じているということは、やはり重く受け止めるべきであろう。

このような中、自治体の今後の対応として、私のような行政法、政策法務を専攻している者が注目しているのが、個人情報保護法の改正を受けた自治体条例の対応である。国からは「ガイドライン」と称してモデル条例のようなものが示され、自治体職員は茫然と立ち尽くしている状態である。今後は国の「モデル条例」と横並びの条例ばかりになるのか、それともこれまでの自治体の個人情報保護法制を踏まえて、むしろ個人情報保護法の方を自分たちの条例の方に取り込むのか。この国の「巻き返し」のような傾向は、最近とみに感じるところであり、要注意である。

### before 時代の法令の特徴

先ほど「before/after」で法律は変わっていないと述べた。確かに法令から機関委任事務という魂は抜いたが、法律の構造自体は同じであり、構造に制約を受けて仕事をする職員は昔からのやり方を変えていない、これが「慣性」である。

before 時代の法令は、中央政府職員の立場に立てば、国の事務を自治体現場で実現するための手段である。自治体は国の出先機関であった。この場合、サービスの相手方は「住民」ではなく「日本国民」なので、47都道府県・3,000以上の市町村に居住する「日本国民」に対して同じ内容のサービスを等しく提供するためにはどのような法令状態が望ましいかが重要になる。

そこで、全国画一、規定詳細、決定独占という言葉ば「三密状態」の法律が作られたのである。そこでは、地方公務員に対する国家公務員の信頼感は低いため、細かく指示を書き込んだ通達やマニュアルが用意される。もっとも、これはパターンリズムというよりも、国の事務を国の責任で現場においてきちんと実施させるという一種の責任感という面もあったであろう。それがなお分権後の現在においても継続している。

### after 時代における法令のあり方

それでは、after 時代における法令はどのようなものであるべきか。自治体の事務を規定する法律は、憲法92条、すなわち地方自治の本旨を具体化した地方自治法の関係規定を踏まえ、国と自治体の間に「健全なリーガルディスタンス」を創出するように展開されるべきである。つまり、全国画一、規定詳細、決定独占という「三密状態」から、地域多様、自由度拡大、決定分散という方向に進むべきであろう。もちろん、法令に違反しない範囲内ということになるが、それぞれの権限は、以前のように国ではなくそれぞれの自治体にあるので、47都道府県、1,718市町村、23特別区においてローカルオプティマムを実現することが自治体の役目であり、自治体の長の大きな任務である。

このような方向で法律が改正されれば、自治体はそれに従って行動していけばよいということになる。ところが、中央政府にはそういう方向で法律を変える気がないので、自治体が自らやるしかない。

提案募集方式については、自治体が様々なことを内閣府に提案し、内閣府は関係省庁とネゴシエーションして、それなりの成果を出してきた。農地転用許可の権限移譲等是一个の大きなアジェンダであったということは、ご承知のとおりである。しかし、条例を通じた自己決定権の拡大という点に関しては、ほとんど成果を上げていない。

本来であれば、自治体は、自らの事務として法律に規定されている事務について法令を自主解釈して、法令を運用する、あるいは条例を制定する、ということをしていく義務があるはずである。

言い換えれば、「OS」自体は分権の枠組みに変わっているのだが、その上に乗っている「アプリ」（個別法令）が昔のままである。そこで、OSに合わせてアプリを改造していく必要があるということである。

### 国と自治体の適切な役割分担を考える

地方自治法1条の2は、憲法92条を具体化した規定である。1999年の地方分権一括法で入れ込まれた。

1 片山善博（2020）「地方分権一括法と自治体の長」月刊ガバナンス 228号、pp.14-16

まず、国と自治体では自治体の方が先に1項で出てくる。ここでは、自治体は「地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担う」と規定されている。

私が注目したいのは、国の役割を規定する2項の冒頭「前項の規定を達成するため」という部分である。国はあくまで自治体が自主的かつ総合的に地域における行政を展開できるようにするために、いろいろと配慮すべきだと規定されている。つまり、国は本来果たすべき役割を重点的に担うというのである。

1項の「自治体は広く担う」、2項の「国は自分の役割を重点的に担う」、この2つを合わせれば、国は抑制的に立ち振る舞うべきであり、殊に自治体の事務に関する限りは、より多くの決定権を自治体が持てるように制度設計をすべきであるというラフスケッチが導出できる。そして、自治体はその下で自主性及び自立性を十分に発揮することによって地域住民の福祉を増進させる。これが、自治体が現在負っている責務なのである。

その上で、法律はどのようにあるべきか。方向としては、地方自治法2条11項から13項に規定されている。11項は、立法原則として、法令の規定は、「地方自治の本旨に基づき」—という憲法92条の言葉がコピー・アンド・ペーストされている誠に重い条文であるが—「国と地方公共団体の適切な役割分担を踏まえたもの」であるべしというわけである。

次の2条12項は、同じように「地方自治の本旨に基づき」「国と地方公共団体の適切な役割分担を踏まえて」解釈、運用すべしと規定している。

この2つの条文から分かるとおり、我々が追求すべきは、国と自治体の適切な役割分担を、法律の制度設計の面で実現する、あるいは法律の運用の面で実現する、ということになる。

個人情報保護法の改正は、相当の揺り戻しだとは思いますが、この国と自治体との適切な役割分担を考えるための一種の実験的な対応ではないかと考えている。つまり、この改正を受け止めて各自治体がどのような条例対応をするのか、これを経て結果的に国と自治体の適切な役割分担関係が、個人情報保護の分野において定まるのではないかという見立てである。

そして、最後に13項で、自治体の事務に関する場合は、国は地域特性に応じて事務を処理することができるよう特に配慮しろということを、立法府は自らに命じ、また、行政府に対して求めている。本日のテーマである条例は、この特に配慮を要するものに關係している。

1条の2の2つの項を踏まえて、2条のこの3つの条文を見れば、国と自治体の関係の規律については、「まず自治体ありき」ということが言える。つまり、「自主的」とは自分の意思で決定することであるし、「総合的」とは縦割りではなく全体的な観点から、「広く」とはそのようにできる対象が多くあるべきだということであるが、これらが2000年の時点で既に定められている。あとは、自治体の側がこれをいかに自分に引きつけて施策を展開していくかが問われているのである。

### 「未完の法令改革」でよかった

さて、再三「法令は変わっていない」と述べたが、私は、これは結果的にはよかったのではないかと感じている。

地方分権推進委員会がこの分権改革を自ら「未完」と総括しているのは、周知のとおりである。同委員会の最終報告では、その「未完」を6つの内容に分けており、その一つとして、法令改革が未完である、義務付け・枠付けがなお強いという点を挙げている。

地方自治法では、前述のように規定しているが、「どのような役割分担が理想的か」というよるべきモデルは特に示されていない。そうした中で、例えば不十分かつ不適切な法令改正を性急にしまえば、何となくそれが「デフォルト」として「相場」を形成してしまった可能性がある。しかし、それは恐らくあまり賢くないやり方であろう。学説や実務の展開の中で、数十年かけて「適切な政府間関係を踏まえた法律モデル」が見えてくると考えるべきである。第2次分権改革の義務付け・枠付けの見直しや、現在も続けられている提案募集方式は、そのための取組みの一つであるし、先行する自治体条例を吸収して、ほぼそのまま法律にしまった空家法や個人情報保護法改正は、国による実験的な試みと位置付けられる。

また、自治体の側が行う、「三密状態」の法令に

対して適切なリーガルディスタンスを創設すべくなされる解釈や具体的な条例制定は、実験的ではあるが、法の発展にとっては極めて重要なものである。

### 自治体の自己決定手段としての条例

では、条例にはどのようなものがあるのかを整理しておきたい。

市長さん方は、自分の自治体にいくつ条例があるかをご存じだろうか。根拠はないが、最も人口の多い自治体が最も条例の数が多いと仮定すると、東京都には597の条例がある。反対に、人口が最も少ない自治体が最も条例数が少ないと仮定すると、東京都の青ヶ島村には128の条例がある。

条例には、「法律実施条例」と「独立条例」の2つのタイプがある。「独立条例」とは、対象行為に対して直接制定されるものであるが、法律とは全くリンクしていない。法律から独立している。そもそも法律がない場合もあるし、法律による規制はあっても、それとは別に条例が規定をしている場合もある。条例論で有名な徳島市公安条例事件判決の公安条例は、道路交通法からは独立しているというパターンの独立条例である。

他方、「法律実施条例」とは、対象行為に対して法律が制定されているところ、それを自治体独自の判断で地域特性に合うように変えていくという効果を持つ条例である。ここからは、この法律実施条例について述べる。

なお、独立条例は、個別法とはリンクしないので、いわゆる牴触問題は発生しにくい。法律実施条例は、いわば法律に手をかける効果を持つため、牴触が問題になりやすい。

### after 時代にできること

この after 時代にどのようなことができるのかについて考えてみたい。

昔も今も、条例が制定できるのは自治体の事務に限られる。この点、「分権改革が条例制定権の拡大につながる」と言われたのは、国の事務であった旧・機関委任事務（現・法定受託事務、法定自治事務）に関して条例が制定できるようになった、すなわち事項的な拡大があったからである。

before 時代の機関委任事務の下では、法律に条

例を制定すればその結果を「国の事務」の内容としてみなしてあげるといふ明文規定がなければ、条例を制定しても法律と融合的に運用できなかったが、現在ではそうではないというのが理論的な整理である。

ところが、分権改革以前のように「規定がなければ無理だ」という思考の慣性があるために、after 時代であっても、「規定がなければ条例制定できない」といふ発想につながりがちである。実際に、私が法制担当の自治体職員と条例に関して議論するときにも、「制定していいと法律に書いてないから」といふ人は非常に多くいる。分権改革から20年も経っているのに、どうしたものかと思うが、実態はこのような状況である。

### 「法令に明文規定がなくても法令内容を修正する条例の制定は可能」といふ考え方

私は、法令に明文規定はなくても法令内容を修正する条例の制定は可能だと考えている。もちろん、それは違法だといふ議論もあるだろう。それについて4点に分けて整理をしたい。

まず、批判の1番目として、法律に条例制定が可能だといふ明文規定がない以上、自治体が勝手に条例を制定して法令内容を動かすのは憲法41条が規定する立法権の侵害に当たるといふものが考えられる。現行法令を額面どおりに解する「狭義説」である。

これに対する反論として、立法権も当然、地方自治の本旨に反するような法律は制定できないはずであり、憲法92条を具体化したのが前述した地方自治法の関係規定であるので、立法者がそうした方向での対応を否定しているとは解せないと考える。これが私の整理であり、これを「広義説」としておく。

次に—これは非常に面白い認識だと思いが—法令は政治的・行政的に多くの調整を経た完結性の高いものだといふものである。省内協議、各省協議、業界調整、与党審査、法制局審査を経てようやく完成するのが法律案であり、まさに様々なバランスが取れたガラス細工のようなものである。したがって、できないことはできないから法律に書いていないわけで、それに手を加えるのは完結性を壊すといふ発想である（ガラス細工説）。こうした認識は非常に根強いのではないかと思う。

しかし、法律に一切手を加えるなどというならば、国の事務にすればよい。自治体の事務にしておきながら地域特性に応じた対応ができないのは、背理である。決定対象外となるとすれば、それは国が全国統一的・画一的にすべきだと真に考える部分に限定されるべきであり、国が本則、政令、省令で決定をしたとしても、それは暫定的な決定なのであって、自治体は必要があれば修正は可能だと考える（後述のベクトル説）。

3番目は、形式的な議論である。法律に条例規定がないのは、認めないという立法者意思の表れ、すなわち規定の欠缺は条例の否定だという整理である。確かに機関委任事務時代はそうだったが、現在は自治体の事務になっている。したがって、条例を認めたくなければ「認めない」という規定があってはじめて条例を排除できると考えるべきで、そうした措置がされていないということは、基本的に可能だと考えるという整理である。すなわち、否定規定の欠缺は条例の肯定だという逆転の発想で考えるというわけである。

4番目に、条例の制定によって法令の内容が自治体により異なるのは平等原則に反するという議論もあろう。しかし、自治体の事務にした以上、内容に違いが出るのは当然であり、結果的にそうであっても、これは合理的な区別であると再反論ができる。

### 「条例による法令の上書き」をめぐる政府答弁

以前、構造改革特別区域法をめぐって「条例による法令の上書き」について国会答弁—具体的には内閣法制局関係者の答弁—がされたことがある。この際の3つの答弁を見ると、要するに「やれるならば法律に書いてあげている」という1点に尽きるわけである。「法律に勝手に触るな」「法律に書いてある限りでできる」というような趣旨の答弁である。

### どのように規定すれば可能になるのか？

この整理を踏まえ、適法な条例はいかにすれば可能になるのか、具体例を示したい。構造改革特別区域法35条は、「条例で定める」と書いてあるが、この条例で定めるところに行き着くまでに4つのハードルを越えなければならない。①政省令に規定された規則をクリアすること、②内閣総理大臣の認定を

受けること、③政省令により規定された規制に係るものでなければならないこと、そして具体的には、④政省令で定めるところに従う、という4つをクリアしてようやくできる。がんじがらめもいいところであり、現行法の立法方針では、このような形で条例の可能性を縛っている。内閣法制局に相談すると、こんな法律案ができあがるのである。

次に、第2次分権改革での条例規定の具体例として、「鳥獣の保護及び管理並びに狩猟の適正化に関する法律」（鳥獣保護法）を見てみる。何を条例で定めることができるのかということ、標識の寸法である。要するに「何cm×何cm」ということを条例で定める。しかも、この条文がなければできないのである。通常、各市の条例では、寸法などは規則事項としており、条例本則でそんなことを書く法務運用は多分ない。しかし、中央政府は、その程度のことを決めさせることで「自治体に自己決定させた」と受け止めているのである。

提案募集方式では、自治体の様々な提案に基づいて法改正がなされている。その一つの例が建築士法改正である。委員の任期について、改正前は「2年とする」とされていたが、改正により括弧書きで「(都道府県建築士審査会の委員にあつては、その任期を2年を超え3年以下の期間で都道府県が条例で定めるときは、当該条例で定める期間)」という規定が加わった。「2年を超えて3年以下」という場合、通常は「2年3か月」などではないので「3年」なのであるが、この程度のことも法律の明確なお許しを得なければできないというのが中央政府の条例観である。暗澹たる想いがする。

### 首長ではなく長として

私の認識では、こんなことしかできないわけではない。後で紹介するようにもっと大きなことができるし、現にやっている。というのは、市長をはじめ都道府県知事、町長、村長は「長」だからである。

なぜ「地方公共団体の長」を「首長」という誤った言い方がこの社会に蔓延しているのか、非常に不可思議で私には理解できない。法律用語では、「首長」とは憲法66条1項が言う内閣総理大臣1人しか指さない。他の大臣の任命権があるので、当然他の大臣よりも首が出ているから「首長」というのであっ

て、「首相」というのはまさにその首である。

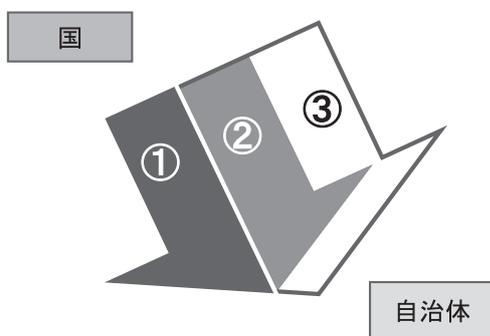
ところが、市長は最初から1人である。しかも、それは総合的な行政を命じられた存在である。つまり、地方自治法1条の2第1項と148条が規定するように「自主的かつ総合的」に事務を実施する市行政の管理・執行責任者である。こういうことを考えると、原島良成氏が「法律なり政省令なりが明示的に『この範囲で工夫できる』と認めたところで制定された条例に、自律も創造もあろうか」<sup>2</sup>と言うように、「ここでやりなさい」と言われてそこでしかやらないのでは、「子どもじゃあるまいし」という感じがする。

現在の自治体の長は、分担管理責任主義に立脚する省一内閣は分担管理原則で動いているが一の下級機関ではないので、長が総合的な観点から自治体の政策を法律の実施を通して遂行できる法環境になっている。個別法に規定されている自治体の事務は、中央政府にとってはもはや「自分の省の事務」ではない。しかし、国は「自治体離れ」ができず、自治体に「ああだ、こうだ」と言っている。自治体の側には、地域のニーズを踏まえて法律を市にカスタマイズして実施する責任がある。

### 法定自治体事務に関する法律実施条例

では、法律をどのように受け止めればよいのか。ベクトル説で説明しよう。図1の濃く塗られた部分は、現在、文言として明示的に存在する法律・政省

図1 ベクトル説



筆者作成

令で、これを①、②に分けている。法律の中にも当然、国の役割として全国統一的に実施されるべき内容がある(①)。例えば、規制の方法を許可制としている場合は、恐らく全国一律に許可制であるべきだということである。また、許可の基準でもいくつかのものについては、基本的人権の保障の観点から、全国統一的に決めるべきものもあるだろう。しかし、それだけではない。すなわち法律本則や政省令で規定はされているけれども、それは暫定的に規定されているだけであって、自治体のニーズがあれば修正できる。これが②の部分である。しかし、その修正は住民の権利義務に大きく関わるため、要綱や規則ではなく条例によるのが原則である。

そして、法律の目的を各市で実現するために、法律が必要かつ十分な内容を規定しているかということ、そうではない。我が市ではこれも規制対象にすべきだと思うが、政令ではそれが挙げられていないといった場合には、市で条例を制定してその条例を法律の一部として実施する(法律と融合的に作用させる)ということになる(③)。①の部分は駄目だが、②部分、そして③の「オープンスペース」については条例による修正・追加が可能だということである。

### 分権時代ならではの条例の具体例

実際にそのようなことをしている条例はあるのかということ、ある。いくつか実例をあげる。まずは、②の例としての「北海道砂利採取計画の認可に関する条例」(2001年)である。砂利採取法19条では、砂利採取計画の認可基準として「他人に危害を及ぼし」と規定されているが、何を以て「他人に危害を及ぼす」のかよく分からない。そうならないようにするための内容として、北海道は条例で保証措置を挙げている。これは、要するに掘り逃げ防止のためである。砂利採取後には埋戻し義務があるが、北海道では埋め戻さない例が頻発した。そこに水が溜まったりすると非常に危険なため、何とかしなければならぬ。命令・代執行という事後的な対応では金と時間がかかって危険がなかなか解消されない。そこで、許可基準の一つとして保証措置、すなわち砂利工業組合の債務保証が講じられていることを求

2 原島良成編著(2020)『自治立法権の再発見』第一法規、p. i

めたのである。その業者が埋め戻さない場合には組合に埋め戻させることで道民の安全を確保するというスキームである。

次に、「鳥取県廃棄物処理施設の設置に係る手続の適正化及び紛争の予防、調整に関する条例」(2005年)である。廃棄物処理施設は残念ながらこの地域においても嫌われ者で、地元住民との調整が不可欠であり、その調整に各県は苦勞している。鳥取県も同様であり、廃棄物処理法の申請前に業者に住民説明会を求めている。ところが、このプロセスは廃棄物処理法との関係では事実上のものであり、このプロセスを飛ばして申請がなされれば、申請を受け取って審査して判断しなければならない。すなわち前のプロセスと後のプロセスがリンクしていない。

そこで、鳥取県は条例でこれをリンクさせた。前のプロセスを終了せずに申請がなされた場合、廃棄物処理法15条の2第1項・第2項の「周辺地域の生活環境の保全について適正な配慮」がされていないとみなして、許可しないものとする規定している。自分の事務であるから、こうした手続的な内容の義務付けの充足も許可の一つの理由にするということである。これは先ほどの③に当たる。

このほか、③の例として、「横須賀市宅地造成に関する工事の許可の基準及び手続に関する条例」(2006年)がある。宅地造成等規制法は、崖地等の工事のときに問題となる。宅地造成等規制区域において何事かをする場合は、許可制となっているが、その許可の基準はことごとく土木基準である。不十分な技術で工事すると大変なことになるので、土木基準が政令基準として制定されている。

横須賀市においては、工事の予算が十分調達できずに途中で工事が止まってしまうという事例が散見された。工事が途中で止まると危ないので、当然宅地造成等規制法では長がその業者に対して是正命令、原状回復命令、措置命令を出すことになっているが、資金がショートしている業者に命令を出してもできるわけがないので、結局これも代執行をせざるを得ない。しかし、時間と手間がかかる一方、危険は切迫している。そこで、そもそもそういうことが起こらないようにするために資力要件を独自の許可基準として追加したのがこの条例である。

宅地造成等規制法1条の目的は、国民の生命及び

財産の保護である。横須賀市においては、この「国民の生命及び財産」という言葉を「横須賀市民の生命及び財産」と読み替えて、その場合に何がこの法律には足りないかを考えた。その結果、きちんとした資力要件が必要だということで、この法律の目的を達成するために③のオープンスペースに資力要件を追加した、という立てつけである。

景観法では、届け出れば30日間事業に着手してはならないという実施制限が規定されている(景観届出。法18条1項)。安曇野市景観条例(2010年)では、それを一定の対象物に関しては期間を60日と上書きしている。期間を延ばすというのは「上書き」という呼称にふさわしいやり方である。これは②の例である。

このように、それぞれの自治体のニーズを踏まえて条例を制定し、自分たちの地域においてこの法律をよりの確に適用しようと考えたのである。

### 行政組織を分権型思考モードにする

こうした条例を生み出した組織の思考形態は非常に興味深い。私の専門は行政法学なので、行政学的な考察はあまりできないが、それぞれの自治体においてなぜこういう対応が可能になったのかを行政学者に調査分析してもらいたい。

それとは少し違った観点だが、組織として、自治体全体として、そういうことを考えられるようにしようという取組みを行っている自治体がある。組織の意識改革をしなければ個人の意識改革はない。市長は職員個人の意識改革を求めるのだが、「後ろを振り向いたら誰もいない」という状況が職員にとっては怖い。組織として「こうだ」と決めることが大事である。

その一つの例が「佐賀県庁における仕事の進め方」という文書である。この文書では、条例について「個別法の委任がなくてもできる、だって自分の事務だから」というわけで、地域の課題解決に必要なあれば条例制定をしていこうということが知事の決裁が下りた文書で示されている。この結果、佐賀県は、2014年に暴力団条項を入れるべく「旅館業に関する条例」の改正を行った。なお、2017年には旅館業法が改正され、この佐賀県の先駆的な取組みが全国的な法律に取り込まれて、現在に至っている。

また、豊田市では、行政手続の徹底を図るため「政策法務推進計画」を策定し、後述の行政ドックとしての行政リーガルチェックを実施している。私はお手伝いしているが、厳格に診査しているので、適切な行政手続がなされていないことが次々に見つかる。まさに「叩けばほこりが出てくる」のだが、あえて痛いことをして、よりきちんとした行政運営を行おうという考えを持っているのである。

### 適法性をどう説明するか？

では、これらの条例の適法性をどのように説明するか。分権改革の before/after で憲法 94 条の「法律の範囲内での条例制定」という原則は変わっていない。いかに法令の範囲内だ（地方自治法 14 条 1 項「法令に反しない限り」）と説明するかである。

法律の実施に関して、地域特性に応じた対応を条例でなし得ることは明確に認められている。自治法 2 条 11 項から 13 項に規定される方針に従った法改正は国会の義務だが、それがなされていない場合に、法律の制度趣旨を没却しない範囲での条例制定をしてはならないと考えることは解釈論上無理だというのが私の理解である。法律の中で目的を自治体ニーズに照らして必要かつ十分に実現する仕組みが規定されていないのならば、それを許容するオープンスペースが開かれていると解し、そのスペースを使って条例を作ることは可能である。要するに法律を条例でカスタマイズしていくのである。「法律による行政」と言われるが、現在は、自治体においては「法律と条例による行政」と受け止めるべきであろう。

### 地域特性適合的に法律を実施するというけれど…

適法な行政をしなければならないのは当然のことである。その一つの指標は、職員が行政手続をきちんと理解しているかである。市長さん方にとっては耳が痛いかもしれないが、実は、行政手続法に関する自治体職員のリテラシーは絶望的に低い。行政手続法は、住民の権利をいかに実現するかということについての行政職員の「お作法」のようなものだが、「知らない」「研修を受けていない」というのが一般的な自治体現場の実態である。いわば、「道路交通法を知らないタクシードライバー」状態で市民の権利を扱っている。しかし、その認識がない。また、

市民に対しても、「行政はどのようにして市民の権利実現をサポートしようとしているか」を十分発信できていないのが現状である。

誠に失礼ながら、今回、都市分権政策センターのメンバー市のウェブサイトで「行政手続」と検索した結果を基にランキングをつけてみたが、多くの市で、要するに住民に対して「行政手続というのはこういうものです。市はこういうことを通じて皆さんの権利保障をしようと思っているんです」ということを伝えていない。何ともはやという状態である。市長さん方には行政手続担当、特に一番エースの職員に「私は恥をかいた」と言ってほしい。

完全というわけではないのだが、全国で断トツ 1 位の市は、堺市である。堺市のサイトで「行政手続」と検索してみると非常に興味深い内容があり、「ここまでしなければならぬのか」と思われるのではないか。ぜひとも低ランクからの脱出を図っていただきたい。

### 慣性に外力を与える行政ドック

そこで、私は「行政ドック」を提唱している。いかに条例を作っても、きちんとそれを適用することができなければ意味がない。静岡市がお付き合いくださったことを皮切りに、現在では豊田市、流山市、那須塩原市がドックを導入している。

行政手続法は、職員でいる限り逃れることができない、常について回る非常に重要な法律である。行政手続法では、審査基準をきちんと作ること、不許可・不利益処分をする場合には理由を附記することが義務付けられているが、ドックを行ってみると、こうした手続が十分なされていないことが少なくない。

例えば、国や都道府県の基準を無批判に流用している、条例ではなく行政指導で権利制約をしている—しかもそれを行政指導だと認識していない—といった実態がある。また、理由が十分でない、つまり不許可処分書や改善命令等に根拠条文しか書いていない場合も多い。訴訟になれば確実に敗訴するが、問題となることが少ないのは訴える人がいないからで、結果的に行政は「不戦勝」状態である。

メンテナンスをしていない条例の点検を行う「条例ドック」としては、現在、神奈川県が条例の定期

見直しを制度化している。また、個別条例については、ニセコ町が景観条例のドックを行っている。ニセコ町については、北海道新幹線や高速道路の建設により開発圧力が強くなっていることから、これではもたないので何とかしようということで、ドックに入れて対応を考えようというものである。

存外、違法処分の温床になっているのは様式である。様式は、一般的には条例施行規則で規定するのだが、その規則の様式が間違っていることが結構ある。これもチェックする必要がある（様式ドック）。

なお、この点に関しては、地方自治研究機構の調査結果<sup>3</sup>に詳しく書かれている。豊田市、流山市、那須塩原市が何をやっているのかも紹介されているので、市長さん方には、ぜひ行政手続担当の職員に「こんなことをやっているぞ。うちではできないのか」と言ってもらいたい。「予算がない」と言うかもしれないが、それほどお金のかかるものではないので、検討いただければありがたい。

### 【質疑応答・意見交換】

○牛山久仁彦委員（明治大学教授） いわゆるナショナルミニマムについて、自治体はどう考えて、サービスの上乗せあるいは規制を考えていくべきか。

また、自治体は、分権の状況に対応して、国並みあるいは国以上に法務能力を高めていく必要があると思うが、所管課等で具体的な条例を作るのに必要な法務人材の育成や雇用が難しいという課題もあるのではないか。

◇北村委員 ナショナルミニマムについては、基本的に国の法律をどう見るかに関わる。

上乗せができるという立場では、法律の規定は標準的なもの、あるいは権利制約が最も緩いものだと理解する。

一方、恐らく国はそうは考えず、法律の規定内容は「ナショナルマキシマム」だと考えると思われる。というのは、法律制定過程で関係業界との調整の際に「ここまでしかしません」「勝手なことはさせません」などと言って手打ちしたはずである。「自治体は何するか分からないが、ひとつよろしく」な

どと言えば、恐らく業界との調整はできない。したがって、国としては法律の規定をミニマムとは考えないだろうが、自治体側としては一般にミニマムだと理解して問題なからう。

また、規制については、例えば福祉領域でこれを切り下げ得ると考えた場合、これはナショナルミニマムを条例によって緩めたのかという議論が当然あり得る。しかし、条例は住民の議論の結果、住民が「それでもいい」と決めたことなので、一ナショナルミニマムを国民に強制するというのはあるのかもしれないが——一定程度は自治体の裁量によっても構わないのではないかというのが私の認識である。

法務人材の育成や確保は確かに重要な論点である。したがって、なぜこうした条例を制定し得たのか—任期付職員である弁護士がいたからなのか、キーパーソンがいたからなのか、市長のリーダーシップによるものなのか—行政学的に調査してもらいたい。

ただ、任期付弁護士は全国に150名弱いると思うが、弁護士職員がいる自治体で政策条例が必ずできているかということ、そうでもない。いわゆる法科大学院世代の人が任期付弁護士に多いが、通常法科大学院では立法学や地方自治法を教えないので、立法のノウハウを十分に持った人が任期付弁護士として自治体にいるわけでもない。やはり職員が可能性を認識して、それを現実にすべく努力した結果なのではないか。

○蝦名大也委員（釧路市長） 本市で独自に制定した条例は67あり、制定に際してはチェック等を行ってきたところであるが、法令違反、訴訟にもなり得るという点が不安に思った。

◇北村委員 訴訟の一般的なパターンとしては、事業者が「条例によって不利益な措置を受けた」としてその取消しを求めるものである。「北海道砂利採取計画の認可に関する条例」では、業者が不認可処分の違法性を主張して争った。なお、通常取消訴訟ならば、知事の不許可処分に対しては地方裁判所に提訴するが、砂利やエネルギー関係の場合は、公

3 地方自治研究機構（2021）『自治体における行政手続きの適法・適正な運用に係る自己診断に関する調査研究』

害等調整委員会に取消裁定を求めることになっている。この業者は北海道砂利工業組合に加入しておらず、組合の債務保証なきままに申請したところ、北海道が債務保証措置がないことを理由に砂利採取計画を拒否したという事案である。

公害等調整委員会は結果的に道庁を勝たせた。その理由は、砂利採取法は自治体の事務を規定しているが、この法律は全国一律の仕組みでやれと考えているとは思えない。道がこうした措置を講じたのには十分な合理性があるから、それに適合しないという理由でなされた不許可処分は適法であるというものであった。なお、業者は控訴しなかったので、そこで判断が確定した。

こうした事案はまだ非常に少なく、裁判所の判断の蓄積も少ない。しかし、自治体において条例が制定されないと裁判所の判断も出ないので、各市においては、どんどん条例を制定し、どんどん訴えられてどんどん勝ってもらいたい。

○齋藤誠委員（東京大学教授） 国が、これは全国統一的に定める性質のものだと、法律で決めてしまうと、自治体が自主的に定める余地が狭まる。この点は今、自治体にとって逆風になっていると思う。

例えば、個人情報保護法の改正において、「自治体によって基準がまちまちなのはよろしくない」という論調もあって、地方の自主性が以前よりかなり狭まった。もちろん、保護水準の確保や、大規模災害等における個人情報の迅速な共有という観点は理解できるが、私は情報取扱画一化の論調が、行政情報や公文書一般の保存・管理・公開にも及んでくるのではないかと危惧している。

デジタル化においても、そのメリットが強調され、例えば様式が各自治体で統一されていないことに批判がある。中には不必要な独自様式もあるとは思いますが、自治体として必要があって独自のものになっている場合もある。挙げて統一化を迫る側に対して自治体はどう対応すべきか。情報・デジタル化、また今回の新型コロナなど緊急時の対応等において、自治体が自主性を発揮し、それを国の制度に組み入れることが大事だということを全国市長会やこの都市分権政策センターを通じて発信していくのも重要だと考える。

◇北村委員 個人情報保護等を見ると、自治体側は防戦一方という感じである。

一つは、地方自治法 263 条の 3 に、国が自治体に新たに事務や負担を求めるときには前もって意見聴取するようにという規定があるが、十分機能していない。地方六団体側としては、きちんと意見聴取しないのは国の義務違反だと言っていく必要がある。

もう一つは、どういうものが全国統一的であるべきかを国が一方的に考えているのが現状なので、自治体側は、この分権センターをはじめ様々な研究機関等を活用し、「国が法律上やれることはここまでなのだ」ときちんと論証していく必要がある。

「中央政府が考えたこと＝国のすべきこと」になってしまっている。個人情報保護法も、自治体の事務に関わっているのに一方的に決められている。政治プロセスの問題もあるかもしれないが、きちんと対応できる仕組みがあるべきである。

○高橋勝浩委員（稲城市長） 分権で分散される分、財源は当然増えなければならないはずが、行政改革と合わせて分権改革が行われたため、地方に権限移譲すれば国が身軽になるとして、なぜか財源を 3 割カットして移譲するという本来の分権の意義からも乖離した形で改革が行われた。

分権は必要だと思うが、一つ一つの事務事業について移譲の功罪が十分検証されていないのではないかと。全国統一的な基準で国がやるべきもの、事務を返す必要があるものもあると思うし、もっと自由度を増して各市町村が自ら基準を考え、実施する必要があるものもあると思う。もう一度仕分をし直して、各市町村がやるべきものは十分な権限と財源を付与し、国に戻すべきものは戻すべきではないか。

例えば、感染症の予防接種は市町村の自治事務であることを理由に一般財源化され、実質的には財源がないまま接種を実施している。一方で、今回の新型コロナについては特措法により国の命令を受けてワクチン接種を行っているわけだが、感染症対策については、どこに住んでいても予防接種が無料で受けられることが重要なので、国の事務に戻して全額国費でやってはどうか。

◇北村委員 これだけ多くの市町村があり、人口や

面積も多様なのに、当時の改革は基本的に市町村一律主義だった。しかし、「市町村」といっても全部が同じではないので、「本当にその自治体で法定事務ができるのか」という点から見極めていくことも必要ではないか。

例えば、空家法の担当部署を見ると、大きな市では住宅や建築の部署が多いが、町村では総務課という場合も多い。要するに何でも総務課が担当するような自治体がある一方で、全国どの市町村も同じ水準の事務が求められている。それは法律に「市町村は」と書かれているからである。この法律システムが本当にサステナブルなのか、大きな問題だと思う。

どこに事務を返上すべきかについては、国と都道府県、市町村の最適な役割分担をどう実現していくかということであるが、時間のかかる話であり、最適解が見つまっているわけではないので、今後の議論としては大いにある。

○高橋委員 国と地方の関係においては、分権改革により、重要な案件は法定の国と地方の協議の場で協議できることになった。これは非常によいことだが、都道府県と市町村の関係については、都道府県と市町村には法定協議会がなく、都道府県の事務処理特例条例で事務がどんどん市町村の業務に位置付けられてしまう。国と地方は対等に位置付けられたが、都道府県と市町村はいまだ上下関係で「下請け」扱いされている面があるのではないか。

◇北村委員 事務処理特例条例については、どんどん移譲が進められている。他の市町村が移譲を受け入れている中、自分の市だけ反対とは言いにくい。

静岡県の土採取等規制条例では、1ha未満の場合には一律に市に事務が移譲される。土石流のあった熱海市の盛土地は約0.9haなので、市の事務とされている。なお、当該事務については、分権改革前に静岡県の機関委任事務として既に熱海市が受けていたものを、分権後に事務処理特例に位置付け直したものである。

ポイントは、結局執行能力があるのかということに尽きる。もし調査委員会のレポート等で「執行能力がなかった」という結論になったとすると、静岡

県はそこに住んでいる県民のことをどう考えるのか、権限移譲すればよいというものではないのではないかが問われるのではないか。また、事務を受けるに当たっても、我が市で受けられるのか、市民が負担できるのかを真剣に考えることが長の役目だろう。県が一律に移譲しようとするとしても、個別の判断は非常に重要である。

○金井利之委員（東京大学教授） 個人情報関係で自治体側は強い逆風にさらされていると思うが、個人情報保護委員会自体が個人情報の利活用の方にバランスを失ってしまっているのではないか。政治学でいうキャプチャーという概念だが、規制委員会が事業者にも事実上、捕囚されてしまい、事業者にも有利な規制をしてしまうという状況であり、バランスが悪い。そうした中、バランスを回復させるために自治体はどうすべきか。いわゆる「1,700問題」がいけないという議論と、背景にある個人情報取扱事業者にも有利な取扱いをしたいという偏った政策判断とが、混在したまま議論されており、自治体側の対応が弱かったように思う。

また、他方でスーパーシティなど、市町村の意思によって個人情報を事業者へ差し出す自由はある。これは全国一律のルールではなく、特別に認定されると事業者により有利な形で差し出せるという自主性は認める。要するに、一律に、個人情報取扱事業者にも親和的な自治体だけには、住民個人情報を差し出す「自主性」だけがあって、住民の個人情報を守ろうという自主性を発揮した政策は認めないという歪んだ集権化が起こっている。政策的にニュートラルではない。

本来は逆で、差し出さない方向には一律の規制が必要で、仮に自治体の判断でスーパーシティ等をやりたいのであれば、加重した個人情報保護を課すとともに、住民個人に同意権・拒否権を認めるような仕組みにするのも一つの手だったのではないかと思う。

自治体の長の中には、目先の利便性に釣られて、個人情報を差し出す方が「先進的だ」という前のめりの人がいて、その人の方が良いことをやっているという安易な風潮もあるように思う。

○大西秀人共同代表（高松市長・日本都市センター理事長） 本市もスーパーシティの取組みを進めているが、同じような問題に直面している。本市では、本人同意の下に個人情報を活用するという方針だが、強い問題意識を持っている。

◇北村委員 個人情報保護法改正を推進した人々は、自治体を「ビッグデータを背負った獲物」としか見ていないのではないか。この法律での自治体の位置付けは、「行政機関の長等」の「等」―「行政機関」とは基本的に国の機関のことである。よくこんなものを総務省の自治行政局行政課が認めたなど不思議でならない。ノーと言える雰囲気ではなかったようなので、政治的なドライブがかかっているのだろう。とはいえ法律は成立してしまっているので、いかにこれに付き合っていくかが自治体の課題である。

タイムスケジュールを考えるともう対応しなければならぬのだが、多くの自治体の条例が、個人情報保護委員会から示されている「ガイドライン」と同じような内容になるのではないかと危惧している。しかし、これは法定受託事務ではなく自治事務であり、自治体はこれをどうするか、これで我が市の市民の個人情報は守られるのかを真剣に考えなければならない。

以前、住基ネットに接続しない町があったが、きちんと個人情報保護ができるまではこの法律とは付き合わないという自治体があってもよいと思うし、自治体なりのファイヤーウォールを条例で作っていてもよいと思う。それを国は「違法だ」と言うかもしれないが、「その解釈こそ違法だ」というように議論していくことが重要だろう。

こうした認識を強く持った自治体が、来年の早い時期に、条例要綱案やポジションペーパーなど何らかの発信ができれば、それを踏まえた議論が盛り上がるのではないかと思う。

○太田昇委員（真庭市長） 分権改革当時は中央省庁でも自治体でも非常に熱い議論がなされた。それが今はそうした認識が不十分な市長も多くなっている。もう少し自立の気概がないのかという思いを持っている。中央省庁にも、その時代を経験してい

ない人が多いため、分権に対する感覚が鈍い。

個人情報やデジタル化については本当に危機感を持っている。現在進められている17業務の様式の標準化のほかに、国保の事務の統一化も課題となっているが、各自治体について同じ計算をする関係上、小規模自治体の維持管理経費の単価が高くなってしまふ。しかし、情報処理の経費＝人件費と考えると、賃金の安い地方の方がむしろ安上がりになるはずである。中央の役所やベンダーは、地方の実情についての認識が鈍い。総論として一定の合理化は必要だとは思いますが、そうした問題もある。

○太田委員 地方自治に関する憲法の解釈について、憲法65条で行政権は内閣に属するが、この行政権というのは国政の行政権であり、地方自治に関しては92条以下にあるから、日本の行政体制は中央と地方の二元だと理解すべきだということを強調すべきではないか。

◇北村委員 私もその整理と全く同感である。日本国は、地方自治に関する規定のある珍しい憲法を持っている国である。民主国家、法治国家など、様々な国家のラベリングはある。日本国は連邦制国家ではないが、「地方自治国家」である。第8章を抜いてしまったら憲法体系が瓦解するというほどの重い意味が第8章にはあると思う。

すなわち、それを自治体の事務にしている以上は、基本的人権を国と自治体がタッグで支えていると理解できる。これがまさに適切な役割分担ということで、どういう関係が国民、住民にとってベストなのかと考えるべきである。

最近私が懸念しているのは、国が「地方自治は法律事項だ」と考えている節があるのではないかということである。大日本帝国憲法の下では地方自治は法律マターだったが、現在は憲法マターである。これを変更することはできないにもかかわらず、市長が指摘するように、そこに根差した議論がなされていない。憲法のテキストにはまだ古色蒼然としたことが書いてあるというのが現状である。我が公法学会もきちんと議論して、基本的な認識を固めつつ、関係方面に対して発信をしていくことが必要だと感じた。

○**太田委員** 日本国憲法を見習って、憲法に地方自治を入れることについての勉強会のためにベトナムに招かれたことがある。その後ベトナムの憲法がどうなったか確認できていないが、地方自治を章として入れた日本の憲法が、東南アジアの国にも影響を与えているということも認識して大事にしていかなければならないと思う。

○**真山達志委員（同志社大学教授）** 条例は自治体の立法権ということになるが、最近の動きについて、例えば大阪の府市の条例を見ると、市長など自治体トップの方針や考え方は大きな影響力を持っていると感じている。一方で、やはり立法なので議会の影響力・役割も相当重要であると思う。

せつかく良い条例案ができてなかなか議会で納得してもらえない、ということもあると思う。特に、何らかの規制を加えるような条例の場合、議会側の様々な利害対立を乗り越えないことがある。私の住む自治体でも、太陽光パネルの設置について市民が反対運動をしているが、市は条例は作ったものの実質的にはほとんど何の規制権限もない条例で、「ここから先は法律ですから」と逃げてしまっている。市独自に強力な規制を設けることは、議会の賛同を得るのがなかなか難しいようである。

本来これは行政学者の宿題なのかもしれないが、議会の位置付けについて、お考えを聞きたい。

◇**北村委員** 条例に関して議決権・拒否権を持っている最大のアクターは議会である。もちろん市長は再議に付すことはあるが、議会は過半数で否決することができるので、やはり重要な存在である。

太陽光パネルの規制について、仮にこれが全市的なマターだったらそういうことはなかったのかもしれない。よくあるパターンとしては、一部の地域の住民は反対しているが、他の住民は別にどうでもいいと思っている。だから激しい反対に見えても議会のサポートは得られない。こういう話は私もあちこちで見かける。

とすると、仮に市長部局が独自の規制を設けたいと考えるならば、いかにそれを全市的なマターにしていくかということが重要であろう。どこの地盤の議員にとっても大事なことなのだと考えさせるとい

う戦術・戦略が重要なのではないか。

また、条例を作るときには立法技術が重要である。つまり、なぜこういう条例が必要なのかをきちんと説得力を持って地域社会に問うていくということが事務方の仕事の一つである。これは万が一訴訟になった場合にも非常に大きな意味を持つ。

訴訟はすぐに起こるわけではない。しばらくしてから起こるのだが、立法事実に関するドキュメント、エビデンスは事後的に作ったら文書偽造になってしまう。立法の過程で、どのような地域ニーズが満たされるべきなのか、あるいはどのようなことが損なわれようとしているのかということを中心にきちんと事務方で記録しておき、しっかりと固めておく必要がある。そしてそれを議会に示して、それでもなお要らないということであれば、ノーと言った責任を議員に取ってもらう以外にない。これは如何ともし難いとは思いますが、そのあたりまで詰めていくということが、議会で真剣に考えてもらうための市長部局のやるべきことなのではないか。

○**大西共同代表** 市長就任以来、例えば自治基本条例や子ども・子育て条例、あるいは公共交通利用促進条例など、新規分野で力を入れるべき政策について条例を作ってきたが、作ることだけが目的とならないことが重要だと感じた。また、行政手続体制等についてはもう一度よく見直し、職員の政策法務能力も引き上げが必要である。そのための研修や体制等を整えていかなければならないと痛感している。

香川県ではネット・ゲーム依存症対策条例が有名になったが、あの条例の表面だけを捉えて「賛成」「反対」というような議論が多かったような気がする。自治体の条例制定権が注目されたのだから、もう少し地方分権の観点や、条例の内容、あるいは条例というものの自体の意義を多くの市民に知ってもらう機会になればよかったと思う。

また、現在デジタル化を進めているが、個人情報保護法の改正に伴い、個人情報保護条例をどうするかは大きな問題である。本日、先生方からもたくさんの議論があったので、我々としても勉強しながら慎重に取り組んでいきたいと思う。