

# これからの自治体法務について 慣性、行政ドック、そして条例

上智大学法科大学院教授

北村喜宣

## 1. 「自治力アップ」の組織戦略

精力的な研究活動を展開されている岡山行政法実務研究会で報告の機会を与えられましたことを、深謝いたします。この研究会は、岡山地域の自治体職員、弁護士、研究者の三者から構成される「自治力アップ」のための研究会です。「自治力」とは、2001年刊行のエッセイ集のタイトルを考える際に発案した造語ですが、その想いを継承していただいているのかもしれませんが。当時は、組織の自治力を高めるために「自治筋」を鍛えるべく、『巨人の星』の星飛雄馬のように「自治力養成ギプス」をはめて汗をかきましようというようなことを考えておりました。

さて、本日は、「これからの自治体法務について」という全体テーマのもとで、最近の私の問題関心を踏まえて、話題提供をいたします。全体は、4つの部分に分かれます。第1は、自治体行政の「慣性」についてです。第2は、「行政ドック」についてです。第3は、分権時代の条例論についてです。そして、第4は、空家法・住泊法の実施をめぐる自治体対応についてです。

## 2. 自治体行政の「慣性」

自治体職員研修などを通じて自治体職員の方々と長らくおつきあいをしていて、最近、つくづく感じるがあります。それは、行政現場には、おそらくは2000年の分権改革以前から、組織の「慣性」が無意識のうちに作用しており、それが現在の仕事を規定しているのではないかという点です。

いうまでもなく、この改革は、違憲性の強かった機関委任事務制度を全廃し、ほぼそのすべてを自治体の事務としました。国の事務を実施すべく、上級行政機関である中央省庁から下級行政機関である自治体行政庁に発せられていた通達は、まさに一片の紙によって「技術上の助言」になりました。たしかに、法的拘束力はない。しかし、旧通達は、オフィスのキャビネットにある加除式の行政実例集に残されています。現場風景は、何も変わっていません。

機関委任事務時代の法令には、①全国画一性、②詳細規定性、③決定独占性という特徴があります。これが、そのままに残っています。機関委任事務時代には、国のサービスを全国の末端にまで平等に届ける必要がありましたから、こうした特徴は、形式的な法治主義の観点からは当然であり、むしろ望ましくもありました。

それに対して大きなパラダイム転換をしたのが分権改革でした。この改革は、いろいろな意味で「未完」です。法令改革についていえば、機関委任事務という「魂」は抜いたのですが、その「骨格」は変わっていません。このため、法令にもとづき仕事をする自治体職員は、とくに何を変える必要もなく事案に対応しています。「前例による行政」は、自治体現場における「鉄板の法則」です。分権改革からは超然としているのが、平均的な自治体行政現場であるように感じます。

分権改革によって新たな法環境が創出されたのに、自治体行政現場ではそれが認識されていませ

ん。2000年からの数年間は、まだ熱い雰囲気があったのですが、その後の、合併騒動やいわゆる三位一体改革騒動にまぎれて、今ではすっかり熱は冷めました。現在の内閣に分権改革を進める気がないのは明らかなので、総務省はおとなしくしています。分権改革の意義を十分に踏まえた報道をするジャーナリストにも高齢化が目立ち、若手は育っていません。「改革派首長ブーム」も去り、そうした人たちにひっかきまわされた行政現場は、また以前の状況に戻りつつあります。そのような状況のなかで入庁してくる若い自治体職員は、分権改革の意義を必ずしも十分に理解できておらず、「未完の法令改革」についても「それがあたりまえ」というスタンスであるように感じます。

### 3. 行政ドック

#### (1) 実務と法治主義との「距離」の体感

それをどのようにして変えればよいのか。妙案はありませんが、この10年ほどの間、私は、「行政ドック」を提唱してきました。その根底には、「個人の意識改革は組織の意識改革がなければ実現しえない」という確信があります。

人間ドックに着想を得た行政ドックとは、次のようなものです。何らかの基準を踏まえて行政の運用を診査・評価し、問題があればそれを確認して改善策を提案するとともに、その個別事案で得られた知見を全庁にフィードバックするのです。基準を何にするかは難しいところですが、行政手続法が適切だろうと考えました。すべての行政分野に関係する法律ですし、審査基準や処分基準をどう作成するか、申請の受付の際にどのような対応をするかなど、独自の法解釈にも大きくかわるからです。法定自治事務となったかつての機関委任事務や団体委任事務に関しては、これを自分の事務と受け止めて地域の実情に適合した自主的・自立的な決定をしているのが重要です。そこで、そうした視点からチェックする作業を通じて、職員に現在の法環境を認識してもらうとともに、現場実務との「距離」を体感してもらいたいと思ったのです。

もとよりこれは、研究者の「お遊び」のようなものでした。ところが、2007年8月に、ある場所で私の講演をお聴きになった静岡市の課長さんが、「使える！」と感じてくださったのです。実に運命的な出会いでした。もともと静岡市には、旧清水市との合併の際に政策法務課が設置されており、分権時代にふさわしい事務を進める意欲と素地がありました。早速作業にお入りになり、わずか半年後の2008年3月に、『静岡市政策法務推進計画：分権社会・法化社会の政策法務』が作成されます。そして、そのなかで、行政ドック10「行政リーガルドック」として位置づけられました。

#### (2) 実施現場の実情

この仕組みは、どちらかといえば地味なものであり、政治家の目を引くようなものではありません。しかし、その重要性を見抜いた自治体が、少しずつではありますが、静岡市のあとを追っています。私が把握しているだけでも、豊田市、流山市、那須塩原市、花巻市、滝沢市、軽米町があります。

「言い出しっぺ」ということもあり、私は、このうちのいくつかの自治体のお手伝いをしています。ここでは、静岡市の制度設計が、デファクト・スタンダードになっているようです。その概要は、次の通りです。事務局担当は、総務・企画系の部署です。行政手続法の内容は多様ですが、そのなかで「第2章 申請に対する処分」または「第3章 不利益処分」を対象にします。これらに関して、原課

にどれくらいの事務があるかを原課自身にまず確認してもらいます。一度には無理ですので、今年は第2章、来年は第3章というようにします。たとえば、「申請に対する処分」を取り上げようということになると、行政手続法第2章や裁判例を踏まえて、事務局がチェックシートを作成します。30ほどの質問事項でしょうか。たとえば、「審査基準を作成していますか」「それは具体的には何ですか」というような内容です。それを原課に配布して記入をお願いします。

原課で中心的な作業を担当するのは、政策法務主任者に任命された若手職員です。回収されたもののうち、処分実績がそれなりにある事務を選び、外部委員による面接診査にまわします。私がお手伝いしているのは、この場面です。1件90分程度でしょうか。1年で可能なのは、6～8事務程度です。診査は、チェックシートの回答内容を確認するように、「1問1答方式」で進みます。

なお行政ドックは、地方自治法で一律に押し付けられるようなものではありません。全くの任意です。それぞれの自治体は、身の丈に合った内容にカスタマイズしています。大変望ましい現象です。

### (3) いくつかの具体例

さきほど、あるべき状態と現実との「距離」と申しました。それより先に、現場は「慣性」で仕事をしているとも申しました。実際、ドックの診査をしていると、いろいろな実情に接します。複数自治体で共通して観察された実情をいくつかご紹介しましょう。

【ケース1：法令名と条文番号のみの記載】行政手続法5条によれば、行政庁には、審査基準を作成しこれを公にする義務があります。チェックシートの「審査基準を作成していますか」という項目については、だいたいは「○」です。そこで、現物を提出してもらいます。少なからずあるのは、法令名と条文番号のみが記されている事例です。解釈の余地がないほどに法令基準が明確という場合はまずないので、行政が作成した何かの基準にもとづいて許認可の判断がされています。これが審査基準なのですが、それを公にすることなく法令基準を審査基準と誤解する運用が20年も継続しています。法令を自主解釈して作成するのが審査基準であるとお伝えします。

【ケース2：県の基準の無自覚な使用】市町村の事務なのに、県の基準が審査基準として記載されている例もありました。権限移譲を受けた際に基準も一緒にもらったようで、それをそのまま使って現在に至っているのです。県の基準でもいいのですが、それについて自分で決めたという判断を示す必要があります。たとえば、生活保護に関しては、行政現場では「バイブル」と称されている『生活保護の手引き』(中央法規)があり、この記載内容が、実際には審査基準になっています。しかし、そうであっても、自分で決めたという形式を整える必要があります。「自分の事務意識」が徹底されていません。形式的なことかもしれませんが重要な点です。

【ケース3：不十分な理由付記】申請を拒否する処分の場合でも不利益処分の場合でもみられたのは、処分の根拠条項のみを記すという不十分な理由付記でした。なぜそうなるのかと質問して得られた回答は、興味深いことに、どこの自治体でも同じでした。「やりとりを通じて、相手はなぜこのような処分をされるのかがわかっているから、詳しく理由を書く必要がない」というのです。行政手続法8条および14条は、「理由」とのみ規定しており、何をもちて必要十分かは法解釈となっています。この点に関する裁判例を踏まえると、前述の対応は、争われたらまず違法とされる実務です。そうした

情報が、法制部署を通して原課にゆきわたっていないのでしょう。行政職員は、「様式で仕事をする」といわれます。そこで、施行規則で規定されている様式を改正して、新たに①事実、②規範、③あてはめの3つの欄（現行は、「理由」とのみ記されている）を整備するようにとアドバイスしています。

指摘を受けた事務運用については、原則として、改善していただきます。改善計画を提出してもらい、改善結果の報告もしてもらいます。診査結果については、幹部職員に報告されていますから、いい加減に済ますことはできません。

診査に際して、市長や副市長といった方々にお目にかかる機会があります。その際にいつもお願いするのは、指摘を受けた原課だけの問題と認識せず、その情報を全庁で共有し、指摘されなかったけれども問題のある対応をしているところにおいても改善が実現されるような仕組みを作ってほしいという点です。「よくぞみつかったくれた」というようでないと原課の積極的な協力は得られませんし、そうなれば、行政ドックの効果も限定的になります。

#### (4) 行政ドックの効果

個別事案における対応を超えて、行政ドックを通じて職員や組織にどのような変化が観察できるのかは、興味深いところです。間接的に知ったことですが、政策法務主任者に変化が見られるようです。主任者は、行政手続法を無理やり勉強させられます。一度受診を経験すると、その知識がある程度ついていますので、診査対象にはならなかったほかの事務に関しても「おかしいのではないか」と気づき、上司に報告するようになってきているようです。

一般に、課長はドックに消極的です。「変なことが見つかったらまずいから、そっとしておいてほしい」という慣性思考が平均的です。ところが、部下がこのように連絡してくると、「それはまずいから、すぐに対処しよう」というように考える人も出てきています。そのような正のスパイラルをファシリテートする幹部職員の理解と支援が重要です。行政ドックは、原課に対する受験の個別指導のようなものです。

## 4. 分権時代の条例論

### (1) 憲法94条直接授權説と個別法明文規定必要説

たとえば、自治基本条例やポイ捨て禁止条例のように、法律にリンクしない独立条例は、分権改革以前から制定可能でした。「以前にできなくて今はできる」のは、条例による決定内容を法令の一部としてこれにリンクする法定自治事務を規定する法律に関する条例です。これを、法律実施条例と呼びましょう。

今はなき機関委任事務は国の事務であり、条例の制定は自治体の事務です。両者は、水と油ですから、機関委任事務に関して条例を制定することはできません。条例の事項的範囲外だったのです。水質汚濁防止法のもとでの上乘せ条例は有名ですが、これは、法律が定めた内容に従った条例の制定を自治体が行った場合、条例による決定内容を国の基準として使うのを認めるという仕組みです。法律に明文規定があって初めて可能になりました。この規定は創設規定であり、法律が全体を仕切っていました。

分権改革により条例制定権が拡大したといわれるのは、事項的範囲に関する制約がなくなったからです。法定事務でも自治体の事務であるかぎり、憲法94条にもとづいて、「法律の範囲内」で条例制定は可能です。この考え方は、憲法94条直接授権説と呼ばれています。これに対して、分権改革後でも、個別法に明文規定がないにもかかわらず条例で法令の決定内容を修正するのは、憲法41条の立法権を侵害して違法であるという考え方があるようにみえます。個別法明文規定必要説と呼びましょう。内閣法制局は、おそらくはこの説ではないでしょうか。そうである以上、法律所管省庁も「前にならえ」です。

## (2) 分権的実質的法治主義

私自身は、前説に与しています。その理由を簡単に説明します。機関委任事務を全廃して国と自治体の関係を「上下主従」から「対等協力」に変えた分権改革は、それまでないがしろにされていた憲法92条の復権です。国民・住民の福祉向上のために、国と自治体の間に「適切な役割分担」を構築することが、改革の方向です。

法令改革についてこれをみれば、そこには前述の3つの特徴を持つ法令が立ちはだかります。しかし、分権改革の趣旨に鑑みれば、それを所与とするわけにはいきせん。法令改革の方向性は、地方自治の本旨にもとづいて国と自治体の適切な役割分担関係を規定することにあります。その趣旨は、憲法92条をある程度は具体化した地方自治法1条の2の役割分担原則、2条11項の立法原則、12項の解釈原則、13項の配慮義務に規定されています。

これらの原則の実現方法としては、法律改正と条例制定があります。内閣府が実施している提案募集方式は、法律改正方式を前提とするものです。法律改正が的確にされるのが法治主義の観点からもっとも望ましいのは、いうまでもありません。しかし、実際には、中央省庁は分権に反対ですから、自治体が望むような改正がされるわけがありません。数次の地方分権一括法により創設された条例規定は、みている方が恥ずかしくなるような内容です。これを「成果」と強弁せざるをえない内閣府には、同情するばかりです。

自治体の望むような法律改正を期待するのは、現実性を欠いています。また、少数の自治体がいくら法改正を求めても全国的必要性が感じられない以上は、国会は反応しないでしょう。住民福祉の向上を法律の実施を通じて行う責務のある自治体は、自力で対応するしかありません。法解釈を踏まえて条例を制定するのです。分権的実質的法治主義とでもいえましょう。

もちろん、「何でもあり」ではありません。国会が法律を制定するというのは、国民の福祉向上の視点から、全国的対応が必要と認める立法判断の結果です。その法律に関して、直営実施方式ではなく自治体に実施を命ずる方式を採用する意味は何でしょうか。私は、全国的に共通して適用される仕組みの利用を求める一方で、地域にベストフィットする規制内容を自治体で模索・決定・実施してもらうことを国会が認めていると整理するのが憲法の命令であるからだと考えます。

全国一律適用されると解される部分については、自治体による修正余地はありません。これを修正する条例は、「法律の範囲内」とはいえず、事項的範囲を逸脱して違法です。しかし、それ以外の部分については可能です。法定自治事務を規定する法律については、地域特性に応じた事務処理を可能にするよう国に配慮が求められています。この「配慮」の内容としては、個別法に条例明文規定を設け

ることもあるでしょうが、それが無い場合には分権的解釈をすることもあると考えます。

### (3) 現行法令の受け止め方

後者を踏まえるならば、次のような整理が可能です。全国一律適用されるとは解されない法令決定内容は、暫定的なものと受け止める。そして、比例原則や平等原則に留意しつつ、自治体は条例により修正可能とするのです。修正の内容としては、理論的には、強化、緩和があります。修正とはいえませんが、法律文言の条例による詳細化、具体化、顕在化もあります。さらに、法令決定はされていないけれども、当該法律の制度趣旨に鑑みて必要と認められる事項を追加することも可能です。法令には、自治体の決定に委ねられたオープンスペースがあり、その部分を利用するのです。法律も、施行時の対象項目と現在とでは随分と異なっています。こうした法律進化の経験則に鑑みた整理です。条例の決定内容が法令の一部となり、それとリンクして融合的に作用します。もちろん、自治体が何の決定もしなければ、法令が規定する全国一律の規制内容が適用されてそれで十分ならば条例を制定する必要がないのは当然です。結果的に、「平均的自治体」ということになるでしょうか。

以上は解釈論です。これに対して、「明文規定がないではないか」という批判は、常にあるでしょう。「それは解釈論を超えた立法論だね」という声も聞こえてきそうです。しかし、それではどうすればよいのかを、行政法学は考えてくれません。この点で、自治体政策法務論は粘り腰です。

改正されるべきであるのにされていない現行法令を額面通りに受け止めるのは、分権改革の趣旨に反します。その想いを基底にして改革趣旨を最大活用し、取り付く島もないようにみえる法令に自己決定余地を見出すのです。自治体の修正余地や追加余地があると整理した部分について、かりに全国一律の対応が法政策的に望ましいとするならば、むしろそれを明文で規定すべきでしょう。規定なくしてできないのは、「条例の制定」ではなく「条例の否定」なのです。

なお、分権改革後に制定された法律が先にみた諸原則に適合的なのかといえば、残念ながらそうでないものが多いと感じます。この点に関しては、法令でそれら原則を反映した規定を書き切るのではなく、それら原則を踏まえた対応の裁量を自治体に与えていると解すべきと考えています。したがって、分権後の立法であっても、そこに規定されていないからといって自治体対応が否定されるわけではありません。「後法優先」という整理もあり得ますが、「前法」となるのは憲法的価値のある規範ですから、後法でオーバーライドされるようなものではありません。

## 5. 空家法・住泊法の実施をめぐる自治体対応

### (1) 空家法と条例

憲法94条直接授権説にもとづいているとみられる条例は、少しずつ制定されています。機関委任事務時代の慣性としてものごとを考えるのではなく、分権時代における法定自治事務の意味を真剣に考えたうえでの対応であるとするれば、たいへん喜ばしいことです。以下では、具体例として、2014年制定の「空家等対策の推進に関する特別措置法」（空家法）、および、2017年制定の住宅宿泊事業法（住泊法）をとりあげます。いずれも、分権改革後の法律です。

空家法実務においては、市町村の空き家行政のために空家法が使われる傾向がみえます。同法に条例規定はありませんが、同法成立後に同法の対象となる特定空家等への対応に関して条例制定が相次

いでいるのは、そうした意図の現れです。オープンスペースの利用例としては、特定空家等認定にあたっての手續、命令不履行時の公表、即時執行があります。実質的に修正をしている例としては、状態が急変して危険度が増した特定空家等に対して空家法を適用せずに条例にもとづいて命令を発するものがあります。そうした条例は無効であるとわざわざ国土交通省はいつているのですが、そうした解釈こそが不適切と公言しての対応です。

空家法の実施にあたっては、代執行の際の屋内残置物の処理、コンクリート基礎の撤去の可否、即時執行費用の徴収方法などをめぐる法的な課題が山積しています。「たかが空き家、されど空き家」という感じであり、自治体政策法務論の素材の宝の山のようにみえます。それへの回答は、行政法テキストにはありません。常に法治主義に配意しつつ、法律の制度趣旨を踏まえた柔軟かつ合理的な法解釈が求められます。

残置物については、必要なものを搬出して残置物は適正処理することを命令内容に含め、不履行の際には一般廃棄物として処理して費用を代執行費用に含めるとともに、社会通念上・国民の宗教感情上、どうしても廃棄物とみなせないものが発見されれば、一時保管して弁済供託するか準遺失物として扱えば良いと思います。コンクリート基礎まで除去する合理性は、一般にはないでしょう。即時執行については、不利益処分としての費用納付命令を条例に規定し、非強制徴収公債権として確定させたうえで公法上の当事者訴訟を提起して徴収するのが適切です。条例にみられる「市長は徴収することができる」という規定は、自治体の想いにすぎず、これで債権が創出されるわけではありません。この点は、略式代執行の費用に関して「その者の負担のもとに」と規定する空家法も同様です。日本の略式代執行法制全体にかかわる話になります。

## (2) 住泊法と条例

一方、住泊法には、18条に条例規定があります。ただ、この条文は、規制区域と規制時期のみを条例規定できるとするにすぎません。そうであるとしても、法律のなかに規定があるため、そのかぎりでは安心して対応できます。

注目されるのは、条例事項として法律で規定される区域と期間以外に、たとえば、家主居住という要件を追加する条例がみられることです。それが充たされないものは住宅宿泊事業ではないとして強行すれば旅館業法違反と整理するというのです。また、住泊法が求めている周辺住民への事前説明記録や消防法令適合通知の提出を条例で横出的に新たに義務づけて、それが無い届出は不適式として届出番号を交付しない自治体もあります。いかに純粹届出であるとしても業務改善命令などの事後的対応では住民の安全を守れないという整理にもとづく対応です。これらもオープンスペースを利用した法律リンク条例です。

やや過激気味に制定された条例の出現は、自治体との調整を十分にせず、拙速に制定された住泊法に一因があります。住民の不安と事業展開の不透明さという条件のなかで、緊急的に一種のダウンゾーニング的対応をしたと評せます。そのかぎりでは適法だと解しますが、地域最適化をするために、早急な見直し、そして、必要があれば規制緩和的改正をするのが合理的です。

## 6. 新たな「法律による行政」

自治体政策法務論を牽引してこられた鈴木庸夫千葉大学名誉教授の古稀をお祝いして、『自治体政策法務の理論と課題別実践』（第一法規、2017年）が編まれました。そのなかに、行政学者である松井望教授による「課題設定と自治体政策法務」という論文があります。この論文のなかで、松井教授は、「自治体政策法務に取り組む研究者・実務家のコミュニティのなかでは自明として共有されている条例制定権の拡充という認識は、存外、このコミュニティ以外には、従前通りの法と条例の関係の認識が浸透し続けていることを示している」というのです。ここでも、「慣性」が指摘されています。

客観的にみれば、たしかにそうであるのかもしれませんが。研究会などは、どうしても業界人同士になり、そこでは議論が熱く盛り上がります。しかし、学界一般になるとどうでしょうか。行政法テキストの条例論の部分をご覧になると、一目瞭然です。分権改革により条例制定権は拡大したという趣旨の記述はあるものの、それでは具体的に何ができて何ができないか、法律抵触性判断基準をどう考えればよいかといった論点については、思考停止です。

自治体法務は、学界からの十分なサポートが期待できない状況のもとで展開されています。私自身は、本日話題にしたような事例に学びながら理論化を進めており、何がしかの成果を実務にお返しできればと考えています。抵触性判断基準も試行的ながら提示しています。裁判所には、「畢竟独自の見解」といわれるかもしれませんが、法律実施条例の適法性が争われてそれを使う日が早く来ないかと、意見書を書く機会を心待ちにしています。

これからの「法律による行政」とは、自治体職員にとっては、「地方自治の本旨に適合した法律にもとづく自治体による自主的・自立的行政」を意味します。決して法令を額面通りに受け止めることなく、憲法を踏まえてそこに自己決定余地を見出し、地域特性に適合した法令適用ができるような自治力が自治体行政現場に広く浸透すること、そして、この研究会がそのための発信を一層強められることを期待しています。