

# 「特例」指示の法的問題点

## ——第33次地制調答申と地方自治法の改正案

山田健吾（専修大学教授）

### 1 はじめに

（1）地方自治法の一部を改正する法律案（以下「改正法案」という）が、2024年3月1日に国会に提出され、同年5月7日に衆議院で審議入りした。その後、改正法案は、252条の26の5に、1項を追加する修正のうえ（「4 各大臣は、第一項の指示をしたときは、その旨及びその内容を国会に報告するものとする」）、5月30日に、衆議院本会議を可決、通過し、6月5日に参議院本会議で審議入りをした（6月13日現在）。

改正法案は、「情報システムの適正な利用等」、「公金の収納事務のデジタル化」、「地域の多様な主体の連携及び共同の推進」及び「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態における国と地方公共団体との関係等の特例」に関する、地方自治法の改正を内容とする。改正法案は、「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態における国と地方公共団体との関係等の特例」措置の一つとして、「生命等の保護の措置に関する指示」を定めている（252条の26の5。第33次地方制度調査会「ポストコロナの経済社会に対応する地方制度の在り方に関する答申」（2023年12月21日）では、この指示につき国の「補充的な指示」と呼称されていた。本稿ではこの「生命等の保護の措置に関する指示」を「『特例』指示」という。）。

（2）この「特例」指示については、地方自治法（以下「自治法」という。）が定める関与法制（自治法第11章）の「特例」として定められることになっていること、指示の要件もその文言上は多くの条件が付されており、また、各大臣が、「特例」指示をするにあたり、閣議決定を経ること、指示後

に国会への報告も求められている。さらに、各大臣と地方公共団体との間で「特例」指示に係る協議・調整を行う仕組みが用意されている（同252条の26の5第2項）。

「特例」指示の要件や手続の厳格化を試みたとしても、各大臣が、地方自治法を直接の根拠として、地方自治体の事務処理一般を対象に、かかる指示を行えるものである以上、その法定化によって、「地方自治法が、国の関与を制限して地方自治を守るものではなく、国の関与を拡大するものになってしまう危険性」は否定できないであろう<sup>(1)</sup>。そうだとすると、この「特例」指示が、日本国憲法の「地方自治の本旨」や地方自治法の関与の法原則に適合的な関与になりうるのか、「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」において、各大臣が「特例」指示を行使することで、当該地域で生活を営む住民の基本的な人権を十全に保障しうるのか、について疑問の余地がないとはいえない。「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」の発生（またはそのおそれ）に対して、「特例」指示の法定化を当然視したり、安易に正当化するのはなく、その法定化につき、地方自治法が定める国と地方の役割分担原則（1条の2）や関与の法原則（245条の2・245条の3）、そして、日本国憲法が定める地方自治の公共性とのかわり、この「特例」指示について法的に吟味することが求められているのである。

（3）そこで、本稿では、地方自治法の関与法制における指示の法的基準を整理したのち、「特例」指示が、かかる法的基準を極めて形式的に捉えて（国と地方自治体の対等並列の関係性を無視軽視して）、法定化されたことを明らかにする。

この法定化が、国と自治体との法関係に、いかなる論理で、どのような影響を及ぼすことになるかについても検討を行う<sup>(2)</sup>。

## 2 関与法制における指示とその法的基準

### (1) 地方自治法における関与としての指示

#### ① 指示の法定化の限界

自治法は、国と地方自治体との関係が対等並立関係にあることを前提として、国や都道府県による地方自治体の事務処理に対する関与法制（関与の限界）を定めている<sup>(3)</sup>。

自治法は、「普通地方公共団体の事務の処理に関し」、国または都道府県が行う行為で、「助言又は勧告」(245条1号イ)、「資料の提出の要求」(1号ロ)、「是正の要求」(1号ハ)、「同意」(1号ニ)、「許可、認可又は承認」(1号ホ)、「指示」(1号ヘ)、「代執行」(1号ト)、「普通地方公共団体との協議」(2号)及び「一定の行政目的を実現するため普通地方公共団体に対して具体的かつ個別にかかわる行為」(3号)を関与手段とし、国・都道府県が地方自治体の事務処理に関与するには、以上の手段を用いなければならず、法律又は政令の根拠が必要であると規定する(245条の2)。これに加えて、同法は、関与の手段やその内容の選択にあたり、関与目的の達成にとって必要最小限のものとなるようにするとともに、地方自治体の自主性・自立性に配慮したものでなければならないと定める(245条の3第1項)。自治法が、かかる関与の法定主義と関与の基本原則を明定したのは、関与の法定化や関与を行うに際し、各行政領域の個別法ごとに、その目的、私人の権利利益の保障のあり方、国と自治体の法関係や役割分担を精査して、当該個別法における関与の必要性の有無や関与手段の選択の当否・適否を、確認することを求めているからであると解される(関与の公共性の確認)。したがって、地方自治体の自治事務一般や法定受託事務一般に対する関与手段を、地方自治法に法定化することは原則として認められるべきではなく、法定化する場合には、関与の公共性に照らして特段の説明が求められることになる。

指示については、その公共性を確認するための

基準が自治法に定められている。それは、自治事務の処理につき、「国民の生命、身体又は財産の保護のため緊急に自治事務の的確な処理を確保する必要がある場合等特に必要と認められる場合を除き」、指示「に従わなければならないこととすることのないようにしなければならない」というものであり、自治事務の処理につき、指示の法定化の限界を定めている(245条の3第6項)。この指示の法定化の限界が意味するところは、自治事務に対する指示の法定化は、あくまで「国民の生命、身体又は財産の保護のため」緊急性があり、指示することが「特に必要と認められる」場合に限ってなしうという、指示が自治事務に対する例外的な関与手段であるということにとどまらない。自治法245条の3第6項は、指示の法定化につき「特に必要と認められる」か否かの個別具体的な吟味を求めるのであるから、個別法でしか、自治事務に対する指示を法定化しえないことも意味すると解すべきである<sup>(4)</sup>。したがって、地方自治法に、自治事務一般に対する指示の根拠規定を定めることは認められない。

#### ② 指示の内容の限界

自治法245条は関与の一手段として指示を規定するが、その性質や内容について明らかにしてはいない。指示の法的性質につき、学説は、地方自治体に対して「一定の行為に従うよう求めるものであり、法的拘束力を有する」<sup>(5)</sup>、245条の7の是正の指示についても、同様に、「地方公共団体の側にこれに対応した作為、不作為をする義務が発するものとして法は取り扱っている」と説明する<sup>(6)</sup>。最高裁も同様に解しているようである<sup>(7)</sup>。

是正の指示は、自治法245条の7の文言上、地方自治体の法定受託事務の処理に違法性・不当性がある場合に行われる。自治法245条1号へに定められている指示については是正の指示のような要件は定められていないため、地方自治体の法定受託事務の処理の事前事後過程に対して、指示を行えるかのようである。かかる指示を認めることは、国と自治体との対等並立関係に相応しくないため、個別法で指示を定める場合でも、できる限り是正の指示に限定すべきである。

是正の指示の内容については、自治法 245 条の 7 第 1 項が「違反の是正又は改善のため講ずべき措置に関し、必要な指示ができる」と定めており、自治法 245 条の 5 が定める是正の要求よりは内容が特定のことは窺えるものの、条文上、内容について限定は付されていない。245 条 1 号への指示の内容についても同様である。このことから、是正の指示や指示の内容について判断の余地が広いと解すべきではなく、当該行政領域の個別法が保障する権利利益や国・自治体関係を踏まえて、その内容が判断されなければならない。

## (2) 災害対策基本法・新型インフルエンザ等対策特別措置法・国民保護法における指示の態様

① 災害対策基本法において地方自治体が処理する事務は自治事務であって、災害応急対策や応急措置の要否や手段の選択等につき、市町村長が判断して、これらの事務の処理を担う。この自治事務に対する関与として指示が法定されている。国土交通大臣が都道府県道及び市町村道の管理者・港湾管理者に対して、農林水産大臣が漁港管理者に対して災害時の車両の移動に係る事務に対してなす指示（76 条の 7 及び同法施行令 34 条の 4）と、都道府県知事が応急措置の実施について市町村長に対して行う指示であって（72 条 1 項）、自治法 245 条の 3 第 6 項により認められる例外的な指示と整理できよう<sup>(8)</sup>。

なお、内閣総理大臣が、災害発生都道府県以外の都道府県に、災害発生都道府県や市町村の応援を求めることができることとされているが、それに加えて応援するよう指示する権限は付与されていない（74 条の 3）。

② 新型インフルエンザ等対策特別措置法における地方自治体の事務は法定受託事務である。これらの事務は都道府県知事が主たる担い手である。同法における都道府県知事の事務処理については、地方自治法に基づく是正の指示を用いることができる。同法は、これとは別に、政府対策本部長に総合調整権限を付与し（20 条 1 項）、まんえん防止等重点措置が発出されている場合に、総合調整権限に基づく措置が実施されないときに同

部長が都道府県の知事その他の執行機関に指示ができるとしている（3 項）<sup>(9)</sup>。

③ 災害対策基本法及び新型インフルエンザ等対策特別措置法では、前述したとおり、その事務の処理は、それぞれ市町村長と都道府県知事の判断に基づいて実施されることになる。これに対して、「武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律」（以下「国民保護法」という）では、対策本部長である内閣総理大臣の指示でもって、地方自治体の事務の処理が作動していくことになる（例えば、避難措置の指示〔52 条〕、救援の指示〔74 条〕、応援の指示〔86 条〕など）<sup>(10)</sup>。対策本部長の指示に基づいて事務の処理が実施されない場合には、対策本部長による総合調整に基づく指示が行われ（武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律〔以下「事態対処法」という〕14 条 1 項及び 15 条、例えば、避難の指示に関しては国民保護法 56 条 1 項）、この指示に基づく事務の処理を都道府県知事が行わないときや緊急を要するときには、内閣総理大臣が代行権限を行使しうる（例えば、国民保護法 56 条 2 項）。同法の指示の体系は国と自治体との対等並列関係を前提にしているものとはいえないであろう。

## 3 「特例」指示の検討

### (1) 「特例」性をめぐる問題

改正法案は、「大規模な災害、感染症のまん延その他その及ぼす被害の程度においてこれらに類する国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」（この「事態」は改正法案 14 章で「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」とされる。）における国と地方自治体との関係を「特例」として定める。第 33 次地制調答申は、かかる関係を「特例」として定める理由を、「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態における国と地方公共団体及び地方公共団体相互の関係に関する規定」が、自治法第 11 章が定める関与法制に影響を及ぼさないようにするためであるというがその意味するところは判然としない。

改正法案の文言上も、「特例」を設ける理由は判然としない。第 33 次地制調答申は「国民の安

全に重大な影響を及ぼす事態」であって「個別法の規定では想定されていない事態」の発生に対処する必要性を強調する。その事態に対処するために、通則に対する例外を正当化する場合には緊急性を持ち出すのが通例であるが、改正法案では緊急の文言は用いられていない。緊急の場面で、通例に対する例外を設ける場合には、通例、時間的に限定されている。しかし、「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」について時間的な区切りは改正法案では存在しない。「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」は、事態対処法がいう「武力攻撃事態」(2条2号)や「武力攻撃予測事態」(2条3号)、あるいは災害対策基本法105条の「災害緊急事態」と同時に、改正法にいう「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」が認定されることもありうる。「武力攻撃事態」等の前段階に、「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」の発生のおそれが認定されることもありうる。そして「武力攻撃事態」等が終了しても「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」が継続することもありうる。「特例」指示が仮に応急的なもので、とりあえずその場をしのぐためのものであるのかもしれないが、改正法案ではいつまで「特例」指示でしのぐのかについても触れるところはないのである<sup>(11)</sup>。

## (2) 「特例」指示の「補充性」要件の問題

① 改正法案252条の26の5第1項は、地方自治体の事務の処理について、「当該生命等の保護の措置の的確かつ迅速な実施を確保するため講ずべき措置に関し」、「特例」指示を行うことができると規定する。この「特例」指示は、関与法制における指示と同じく、一方性と法的拘束力を有するものとされることになろう。そして、この「特例」指示の対象は法定受託事務に限定されておらず、各大臣は自治事務に対しても「特例」指示をなしうる。しかし、「特例」指示が国民の生命、身体又は財産の保護のため緊急の必要があるなど特に必要と認められる場合に用いられるからといって、地方自治法を根拠に、自治事務一般に対して「特例」指示をなしうるとすることは指示の法的基準に抵触し認められない。

② 第33次地制調答申が、地方自治体の事務

処理が違法でない場合でも、自治法を根拠に生命等の保護の措置の的確かつ迅速な実施を確保するために指示ができるようにすべき旨を提言していたことからすると、「特例」指示は、地方自治体の事務の処理の是正のためだけではなく、事務処理の事前・事後過程で用いられることが想定されているといえよう。「生命等の保護の措置」には多様なものが含まれざるをえないから、これに応じて一般的な内容の指示や特定の内容の指示も行われることになるであろうし、その内容にかかる判断の余地も広範なものとならざるをない。

③ 改正法案252条の26の5第1項は「他の法律の規定に基づき当該生命等の保護の措置に必要な指示をすることができる場合には」「特例」指示は行うことはできないと定め、「特例」指示の「補充性」を定める。改正法案は、この「補充性」の要件でもって、地方自治体に私人の権利利益を制限する権力的活動の権限が付与されていない場合にまで、かかる活動を「特例」指示でもって義務付けることまで容認することはないであろうし、国民保護法はもとより、災害対策基本法や新型インフルエンザ等特別措置法では限定されているとはいえ、国に指示の権限が授權されていることから、「特例」指示が用いられる場面は限定されることになるというのであろう。しかし、仮に、「武力攻撃事態」や「災害緊急事態」等の発生時またはその前段階に、「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」の発生のおそれが認定されるとすると、事態対処法や国民保護法などの法律以外では、自治事務であれ法定受託事務であれ、それに対する関与としての指示(是正の指示ではない)が法定化されている場面は限られているのであるから、「他の法律の規定に基づき当該生命等の保護の措置に必要な指示をすることができる場合」は例外ではなくなる。かくして、「特例」指示は、地方自治体の事務の処理(法定のものも法定外のものも含めて)を覆い、自治体は、この指示を待つて事務を処理することを求められることになる。それは事態対処法や国民保護法と同様の指示の体系となる。この指示の体系は「特例」指示の法的性質とその内容の包括性からすると命令の体系ともいえ、国と自治体との法関係は対等並列

関係とは異なる関係への転化することになる。

「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」の発生やそのおそれが認定されれば、おそらく、「特例」指示に対する司法判断の機会是与えられないまま、既成事実が行政領域横断的に、そして継続的に積み重ねられていくであろうし、そうなれば、「特例」指示を行うたびに、閣議決定を経ることや国会に報告することで「特例」指示をコントロールできるかについては疑問である<sup>(12)</sup>。

### (3) 「特例」指示のための協議・調整の問題

自治法は、各大臣や都道府県知事その他の都道府県の執行機関が、その担任する事務につき、地方自治体に対して、その「事務の運営その他の事項について適切と認める」技術的な助言や勧告をするため、または、「事務の適正な処理に関する情報を提供するため」に、資料の提出を求める関与を定めている（245条の4）。これは、是正の要求や是正の指示などを行うための関与ではない。

改正法案は、各大臣及び都道府県知事その他の都道府県の執行機関が、「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態が発生し、又は発生するおそれがある場合」に、その担任する事務に関し、地方自治体に資料の提出を求める関与を定めている（252条の26の3第1項）。かかる「特例」でもって、地方自治体に対して資料の提出を求めることができるのは、「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」に係る基本方針を検討するため、「生命等の保護の措置」を自ら講じ、同措置について、地方自治体に対して関与（助言、勧告以外のもの）を行うためであり、資料の提出を求めることができる事項を自治法245条の4の場合よりも拡張している。改正法案は、さらに、資料の提出の要求だけでなく、地方自治体に対する意見の提出の要求も定めている（252条の26の3第2項）。

改正法案は、さらに、「特例」指示にあたり、各大臣が、「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態を適切に把握し」、地方自治体の事務の処理について「生命等の保護の措置」の検討を行うため、地方自治体に「資料又は意見の提出を求めその他の適切な措置を講ずるように努めなければならない

い」と定める（252条の26の5第2項）。

第33次地制調答申は、「特例」指示を行う前提として、国と地方自治体間で「迅速で柔軟な情報共有・コミュニケーション」の確保や「十分な協議・調整」が行われるよう求めており、その答申にしたがって「特例」として制度化されたのが、以上の資料の提出や意見の提出を求める仕組みである。

この協議と調整の仕組みには自治法245条の4第3項の規定は準用されておらず、地方自治体は自ら協議と調整の手続を始めることを認められていない。また、災害対策基本法61条の2のように助言に関する応答の仕組みも用意されていない<sup>(13)</sup>。事実上の協議や調整が行われるかもしれないが、そのような手続は、「特例」指示を行うためのものである限りは、地方自治体による単なる情報提供のための手続となる可能性が極めて高く、かかる協議と調整の結果としての「特例」指示の内容を地方自治体は受容することができないであろう。

改正法は「特例」指示をめぐる調整と協議の方法として、「その他の適切な措置を講ずるように努めなければならない」とするが、この「適切」性が、協議と調整の結果を地方自治体が十全に受容しうるものとするために、その手続を適正なものとするためのものではなく、「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」を理由に、この手続を講じないことをも正当化する理由として用いられる可能性も否定できない。改正法案が定める協議と調整の仕組みは、対等並列関係のコミュニケーションといるものではない。

## 4 おわりに

改正法案が定める関与法制の特例は、国と自治体との対等並列関係性を前提とするものではなく、命令の体系としての「特例」指示の実施のために、国と自治体との協力関係を構築しようとするものであろう。

「国民の安全に重大な影響を及ぼす事態」がいかなるものかはいまだ明らかではないが、かかる事態において、住民の「生命等の保護の措置」を行うのは住民に身近な地方自治体である。かかる措置の実施のあり方を、「国民の安全に重大な影

響を及ぼす事態」が発生するのを待つのではなく、平常時に、国と自治体の対等並立性を前提とした協議・調整のために制度化された手続の下で、双方が討議することで、「生命等の保護の措置」の内容は十全なものなりうるし、その結果を国と自

治体も受容することができるようになると思われる<sup>(14)</sup>。住民の権利益を擁護実現できるのは「特例」指示ではないであろう。

(やまだ けんご)

#### 〈参考文献〉

- (1) 榊原秀訓「第33次地方制度調査会答申における『補充的指示権』」住民と自治731号(2024年)16頁。同『第33次地制調と地方自治法『改正』案』住民と自治733号(2024年)39頁は改正法案につき「地方分権改革を逆流させるもの」という。日本弁護士連合会「第33次地方制度調査会の『ポストコロナの経済社会に対応する地方制度のあり方に関する答申』における大規模な災害等の事態への対応に関する制度の創設等に反対する意見書」(2024年1月18日)、自由法曹団「国地方公共団体に対する指示権を拡大する地方自治法改正案に反対する声明」(2024年3月11日)や改憲問題対策法律家6団体連絡会「国の指示権を拡大する『地方自治法の一部を改正する法律案』の廃案を求める法律団体の声明」(2024年4月17日)が公表されており、いずれも「特例」指示が地方自治を侵害するものであることを指摘し、改正法案の廃案を求める。
- (2) 改正法案では、「特例」指示以外にも関与としての指示が法定されているがここでは取り扱わない。
- (3) 白藤博行ほか著『アクチュアル地方自治法』(法律文化社、2010年)230頁(白藤博行執筆)参照。
- (4) 小早川光郎「国地方関係の新たなルール－国の関与と係争処理」西尾勝編著『地方分権と地方自治 新地方自治講座⑫』(ぎょうせい、1998年)111頁は、地方分権改革第1次勧告、第3次勧告及び第4次勧告の内容を踏まえ、「分権委勧告は、一定の特別の場合に限っては、自治事務に関しても国が個別法の規定に基づき個別に一定の措置を講ずべき旨の指示を行うことを認めている。“個別に”というのは、法定受託事務の

処理に関する指示とは違って、当該事務の処理方法等の一般的な指示権を規定することは認めず、個別案件についての指示に限るとの趣旨である」としていた。

- (5) 宇賀克也『地方自治法〔第10版〕』(有斐閣、2023年)442頁。小早川・前掲注(3)論文111頁は「指示に係る特定の措置をとるべく相手方地方公共団体を義務付ける拘束力を有し、かつ、その拘束力は、相手方の地方公共団体が係争処理手続で争うと否とに関係なく当然に生ずるものと解するのが妥当」という。ただ、指示についていかなる拘束力が生じるかについては議論になるところであるが、ここでは取り扱わない。この点については、兼子仁「新地方自治法における解釈問題」ジュリスト1181号(2000年)46頁参照。
- (6) 塩野宏『行政法Ⅲ〔第五版〕行政組織法』(有斐閣、2021年)264頁。
- (7) 例えば、最判平成28年12月20日民集70巻9号2281頁参照。
- (8) 災害対策基本法23条の7、28条、28条の6において、各本部長に関係指定行政機関の長、地方公共団体の長その他の執行機関や指定公共機関・指定地方公共機関等に対する指示権を授権している。この指示は、「指揮監督権のような法的拘束力を有するものではなく、相手方の自発的な遵守を期待するというもの」(平成7年11月10日参議院災害対策特別委員会での政府答弁)とされている。指示の対象は地方自治体に限定されておらず、その性質からすると自治法の関与としての指示とは異なる。
- (9) 新型インフルエンザ等緊急事態においては、20条とは別の規定が用意され、指示の

対象に指定公共機関が加えられている（33条1項）。同事態においては、都道府県対策本部長も、24条1項に基づく総合調整に基づく措置が実施されない場合に、関係市町村長、指定公共機関や指定地方公共機関に必要な指示ができるとされている（33条2項）。

- (10) 大橋洋一「国民保護法制における自治体の法的地位－災害対策法制と国民保護法制の比較を中心として－」法政研究 70 巻 4 号（2004 年）62 頁も参照。
- (11) 美濃部達吉『逐条憲法精義』（有斐閣、1927 年）205 頁は、大日本帝国憲法 8 条の「緊急」につき、「第一に、豫期されていない事件が急に突発した爲にその必要を生じたことを意味し、第二に、その必要性に應ずる爲には次の会期まで待つことのできないことを意味する」としていた。
- (12) 榊原・前掲注（1）「第 33 次地方制度調査会答申における『補充的指示権』」論文 15 頁は「閣議決定の要求は、政治的判断と

して時の政権に委ねるものにすぎない」ことを指摘し、「国会の関与が必要で、個別法の改正の代替と考えるのであれば、報告にとどまらず、承認が必要」という。

- (13) 大橋洋一『対話型行政法の開拓線』（有斐閣、2019 年）267 頁はこれを「助言取得体制構築の趣旨」という。飯島淳子「地方公共団体と法」大橋洋一編『災害法』（有斐閣、2022 年）347 頁は、この規定が「国・都道府県に対し、情報の加工・伝達の機能を果たさせるほか、中継・媒介の機能をも課すものといえる」という。
- (14) 市橋克哉「複合機器（poly crisis）の中の法治主義と地方自治」榊原秀訓＝本多滝夫編著『地方自治をめぐる規範的秩序の生成と展開』（日本評論社、2024 年）41 頁は、「地方公共団体による国政参加をさらに前進させるための今日的課題は、国政参加のプロセスの中に積極的な論争と審議を構造化し、参加のプロセスに多様性だけではなく交渉力を組み込むとにある」という。