

2005年10月25日

東京地方裁判所民事第38部 御中

鑑 定 意 見 書

「住民基本台帳法30条の5の解釈—区と都の送受信裁量の有無—」

杉並区と東京都の間の住基ネット受信義務確認訴訟をめぐる論点のうち、住民基本台帳法30条の5の解釈、すなわち、区と都の送受信裁量の有無について、意見を申し上げます。

中央大学総合政策学部教授
東京大学法学博士
阿 部 泰 隆

I 論 点

杉並区が、東京都に、その住民票の本人確認情報につき、通知を希望しない住民の分を除いて送信しようとしたところ、東京都からこれを受信しないとされた場合に、どちらに違法があるのか。

II 結 論

地方自治法、住民基本台帳法の体系的解釈、および住民基本台帳法30条の5の文理解釈によれば、送信する杉並区の方には、通知を希望しない住民の分を除く裁量権限があるのに対し、都の方は送信されたものを拒否する裁量権限を有することなく、そのまま受信しなければならない。

III 理 由

第1 はじめに

これは、住民基本台帳法（住基法）の定める本人確認情報の送受信に関する区と都の権限が法的に完全に羈束されているのか、裁量があるのかという問題で、住基法30条の5の第1項と第3項の解釈問題であるが、それは、住民基本台帳事務の地方自治法、住基法における体系的位置づけ及び同条における文言の使い分けをふまえて決定されるものである。

第2 区には、例外的に住民の情報を都に送信しない裁量がある

1 住民基本台帳に関する事務は市区町村の自治事務であること

もともと（2000年の分権改革前は）、自治体の現場で行われている事務には、主に中央省庁から委任される機関委任事務と、自治体自身の事務である自治事務（公共事務、団体委任事務、行政事務）に分けられていた。住民票は、住民の居住関係を公証する制度であるから、自治事務であった。機関委任事務＝国家的事務ではなかった。

地方分権改革で、機関委任事務が廃止され、自治体の現場で行われている事務は法定受託事務と自治事務に分けられた。「国が本来果たすべき役割に係るものであつて、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるもの」は法定受託事務であり、それ以外は自治事務である（地方自治法2条8、9項）。前者の方が国家の関与は強力である（同法245条以下）。

住基ネット・システムの設計としては、全国统一システムが望ましく、全住民の4情報ほか（本人確認に必要な最小限の情報である氏名、生年月日、性別、住所の4つに、その変更年月日及び変更理由と住民票コード）を全て全国に流通させるべきであるという考えもありうる。もしそうであつて、それを貫徹するなら、法定受託事務にするべきではなかったかと思われる。しかし、立法者は、そうではなく、自治事務との法システムを採用した。法定受託事務とするためには、それぞれの法律で事務の区分という規定に掲載される必要があるほか、自治法の別表第1に掲載する（同法2条9、10項）。事務の区分の例としては、たとえば、都市計画法であれば87条の5、建築基準法であれば97条の5がある。しかし、住民基本台帳法にも自治法別表にもこの種の規定はない。できた法律を見る限りは、これは自治事務なのである。

それに、住基ネットは、国民背番号制をもくろむのではないか、国家的なシステムではないかと疑われているが、少なくとも建前としては、国家のためではなく、住民の利便の向上のためであるから、市区町村が主体となつて、地域住民の利便の増進の観点から考えなければならない。

そのことは、住民基本台帳法の目的規定、国、都道府県の責務規定からも明らかである。

今これを引用すると、

目的規定である第1条は、「この法律は、市町村（特別区を含む。以下同じ。）において、住民の居住関係の公証、選挙人名簿の登録その他の住民に関する事務の処理の基礎とするとともに住民の住所に関する届出等の簡素化を図り、あわせて住民に関する記録の適正な管理を図るため、住民に関する記録を正確かつ統一的行う住民基本台帳の制度を定め、もつて住民の利便を増進するとともに、国及び地方公共団体の行政の合理化に資することを目的とする。」と定める。

国及び都道府県の責務を定める第2条は、「国及び都道府県は、市町村の住民の住所又は世帯若しくは世帯主の変更及びこれらに伴う住民の権利又は義務の異動……がすべて一の行為により行われ、かつ、住民に関する事務の処理がすべて住民基本台帳に基づいて行われるように、法制上その他必要な措置を講じなければならない。」としているのみである。

他方、市町村長等の責務については、第3条は、「市町村長は、常に、住民基本台帳を整備し、住民に関する正確な記録が行われるように努めるとともに、住民に関する記録の管理が適正に行われるように必要な措置を講ずるよう努めなければならない。」としている。

そもそも、地方自治法13条の2は、「市町村は、別に法律の定めるところにより、その住民につき、住民たる地位に関する正確な記録を常に整備しておかなければならない。」として、住民基本台帳事務が市町村の事務であることを明定しているのである。

なお、この1条には、「国及び地方公共団体の行政の合理化に資する」という文言があるが、住民に関する記録を正確かつ統一的行う住民基本台帳事務は、あくまで自治事務であるから、国の行政の合理化に資すること自体は第一

次の目的とはされていないというべきである。ただ、たとえば、選挙人名簿の登録等は、国政選挙でも活用されるのであるから、その記録が正確かつ統一的に作成されれば、国の行政の合理化にも資するということであろう。

2 国と地方の役割分担の観点からの区の自主性、自立性と国の配慮

そして、「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用するようにしなければならない。」（地方自治法2条12項）。これが国法の解釈・運用原則である。ここで、国と地方公共団体との適切な役割分担は、次のとおり、地方自治法1条の2に規定されている。

「地方公共団体は、住民の福祉の増進を図ることを基本として、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ものとする。」（1項）

「国は、前項の規定の趣旨を達成するため、国においては国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立つて行わなければならない施策及び事業の実施その他の国が本来果たすべき役割を重点的に担い、住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねることを基本として、地方公共団体との間で適切に役割を分担するとともに、地方公共団体に関する制度の策定及び施策の実施に当たつて、地方公共団体の自主性及び自立性が十分に発揮されるようにしなければならない。」（2項）

もし住民基本台帳制度が、「全国的に統一して定めることが望ましい」とか「全国的な規模で若しくは全国的な視点に立つて行わなければならない」ものと考えられるのであれば、それは国家の事務として位置づけられるはずであるが、自治事務として位置づけられていることからして、全国的な統一性よりも、「地方公共団体の自主性及び自立性が十分に発揮されるように」設計されてい

るといふべきである。

さらに、「自治事務である場合においては、国は、地方公共団体が地域の特性に応じて当該事務を処理することができるよう特に配慮しなければならない。」（地方自治法2条13項）。住民基本台帳事務については、国は地域の特性に応じた処理が行えるように国は特に配慮しなければならないのである。

このように、地方自治法、住民基本台帳法の体系を見れば、市区町村は、住民基本台帳法の解釈運用についても、地域の特性に応じて事務処理をする裁量権が与えられているべきである。そして、全国的な統一性は、地方公共団体の判断により多少害されてもやむをえないものとされているといふべきである。

3 「するものとする」と「しなければならない」と文言を使い分けている趣旨

しかも、本人確認情報につき、市区町村に送信、都道府県に受信する義務を規定している住基法30条の5は、このような市区町村の裁量権を明示し、その反面として、都道府県の裁量権を否定しているのである。

その第1項は、「市町村長は、住民票の記載・・・を行つた場合には、当該住民票の記載等に係る本人確認情報・・・を都道府県知事に通知するものとする。」と規定する。これに対して、その第3項は、「第一項の規定による通知を受けた都道府県知事は、総務省令で定めるところにより、当該通知に係る本人確認情報を磁気ディスクに記録し、これを当該通知の日から政令で定める期間保存しなければならない。」と規定している。

ここで、「するものとする」と「しなければならない」という言葉が使い分けられていることに注目すべきである。

この「するものとする」という規定は、少なくとも、「しなければならない」という言葉と意識的に使い分けられている場合には、日本の法令用語では、例外裁量を認める趣旨である（注1）。市区町村がいっさい裁量を有しないとする規定ではない。

そうすると、市区町村の方は、合理的な理由があれば、送信しない裁量権がある。他方、この通知を受けた都道府県の方は、送信されたものをそのまま受信する義務があり、これを拒否する裁量権はいっさいない。

これに対しては、これは立法ミスではないかとか、「ものとする」という言葉にそんなに大きな意味を持たせるべきではないといった反論があるかもしれない。

しかし、前記のように、住民基本台帳事務は市区町村の自治事務であるから、その自主性、自立性を尊重する必要があると考えると、市区町村の裁量を完全に否定することは整合性を欠くものであって、市区町村に例外的であれ裁量を認める規定はきわめて合理的である。これは自治事務に関する「国の配慮」の表れでもあるというべきである。

なお、住基法12条の3は、「都道府県知事は、その事務を管理し、又は執行するに当たつて、当該都道府県の区域内の市町村の住民基本台帳に脱漏若しくは誤載があ……ることを知つたときは、遅滞なく、その旨を当該住民基本台帳を備える市町村の市町村長に通報しなければならない。」としているが、この規定は、区が都に送信したら、都は受信した上で、脱漏があれば区に通報するという順序を踏むべきことを前提としているともいえるであろう。

4 住基ネットへ不安を持つ住民の意向にも沿う必要があること

では、市区町村の裁量権は、現実にはどんな場合に活用するのか、それは必要なのか。

住民が安全で安心できる生活を営めるように配慮することは、第一線自治体である市区町村の責務である。住基ネットでも、安全と安心の両方が必要である。安全安心という日本語の用法も種々あろうが、安全は客観的なもの、安心は主観的なものとも考えることもできる。そして、住基ネットについては、本当に安全に作られているのか、疑問も少なくないが、安全であると仮定しても、

現状では、安心という意識を持ってない住民は少なくない。そのことは、杉並区で、住基ネットへの参加を拒否する住民が多数いることや、各地で、住基ネットの違憲訴訟が多数提起されていることから明らかである。最近判決が続出しており、金沢地裁平成17年5月30日判決は違憲判断を下した。もっともそれ以外は目下合憲説であるが、それは地裁レベルであり、その判断が最終的に定着したわけではない（注2）。少なくとも杉並区では不安派の住民がまだまだたくさん残っているということである。

また、この現状において、杉並区が住民の本人確認情報をそのまま都に送信すると、住民から訴えられて、責任を負わされる危険もあるので、これを回避するリスクマネジメントを行う必要がある。

このような杉並区の特性に鑑みれば、杉並区が、このような住民の意向にも添うとともにリスクを回避する必要があると判断したことは、その自主性、自立性の一面として、尊重されるべきである。

5 結論

このように、地方自治法、住民基本台帳法の体系的解釈に、住基法30条の5の文理解釈をふまえば、杉並区は、本人確認情報の送信に際して、住民の意向をふまえ、一部を送信しない裁量権があり、都側は、すべてが送信されていないという理由で受信を拒否することは許されない。そうすると、本件訴訟では、通知を希望しない住民の情報を送信しないという杉並区の方針が違法かどうかを審理するべきではなく、本件義務確認訴訟はそのまま認容されるべきものである。

第3 東京都は、地方公共団体間の関与、紛争調整ルールで対抗すべきである

もっとも、市区町村長が、その裁量権を濫用して、送信すべきものを送信しないことは許されない。では、それは誰が判断するのか。地方分権改革により、

国、都道府県、市区町村の関係も対等な当事者間の法律関係になったのであるから、最終的には裁判所が判断するしくみでなければならない。

では、もし、都が、杉並区長の通信が違法である（例外裁量を超える）と判断する場合にはどう対処すべきか。

その場合には、都の方から、地方自治法245条の6に基づいて是正の勧告をすべきである。それは勧告とは言え、行政指導のように気楽に行うことはできず、「法令の規定に違反していると認めるとき、又は著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるとき」に限って行うことができる。これは勧告であるから、これに従うべき法律上の義務を発生させるものではなく、杉並区が応じなければそれまでである。又、都は、区の自治事務に関しては、自らの判断では、是正の要求という強力な措置を講ずることはできない。

それは、総務大臣が地方自治法245条の5第2項に基づいて都知事に対し、違反の是正などの措置を講ずべきことを区に求めるように指示した場合に限る。その指示を受けた都知事は、同条第3項に基づいて、杉並区に対して、違反の是正などの措置を講ずべきことを求めるという段取りになる。これについて杉並区が不服であれば、自治紛争処理委員の審査を経て（地方自治法251条の3）、東京高等裁判所で審理されることになる（地方自治法252条）。

そこでは、区の事務処理が「法令の規定に違反していると認めるとき、又は著しく適正を欠き、かつ、明らかに公益を害していると認めるとき」に当たるかどうか審理される（注3）。

これが、都と区の間紛争処理のルールである。こうした正式のルートを経ないで、本件のように、都が受信を拒み、しかも、これについて訴訟は許されないという答弁をするのは、本来上記のように、法律のルールで解決されるべき紛争を、訴訟外でねじ伏せようとするもので、法治国家では許されないことである。

なお、以上に述べたことは、杉並区の方針が違法であるとするものではない

ことは当然である。

(注1) 立法技術関係の著名な本を紹介する。

石毛正純『自治立法実務のための法制執務詳解《四訂版》』（ぎょうせい、平成16年）557頁によれば、「するものとする」は「しなければならない」よりは義務付けの感じが弱く、ある原則なり方針を示すという場合に用いる、合理的な理由があればしなくてもよいという意味も出てくる、ということである。

田島信威『最新法令用語の基礎知識【三訂版】』（ぎょうせい、平成17年）97頁以下では、「するものとする」は「しなければならない」という意味に近いが、そこには若干のゆとりがもたせてあって、断定的に拘束するというよりは、取扱いの原則や方針を宣言するといったニュアンスがこめられている。・・・意識してこの両者を使い分けているようなときには、「するものとする」には若干の裁量の余地があるということができるといえる。

林修三『法令用語の常識』（日本評論社、1975年）48頁以下によれば、大体において、ことがらは、「・・・しなければならない」又は「・・・する」というような用語であらわすのを適切とするに近いが、さりとて、これらの用語を使うと、感じ、あるいは、ニュアンスが少しどぎつく出すぎる、もう少し緩和した表現を用いる方が適当であると考えられるような場合に、この用語が用いられることが多いといえるであろう。・・・ただ、こういう「・・・ものとする」式の表現をとった場合、立法者の気持は、「・・・しなければならない」と同じぐらいのつもりであったとしても、解釈論としては、「・・・しなければならない」よりはやや弱く、合理的な理由があれば、それに従わないことも許されるというような解釈が出てくる余地のあることもありうるであろう。これに対し、公共企業体等労働関係法第18条の「前条の規定（争議行為禁止の規定）に違反する行為をした職員は、解雇されるものとする。」という場合の「ものとする」などは、はじめから「・・・しなければならない」よりはやや緩和したニュアンスをもたせる趣旨で立法されたものとみてよいようであり、

争議行為を行った職員は、解雇されるのが立前である・原則である（したがって、合理的理由があれば例外も許される）という意味をあらわす趣旨で、この「ものとする」が用いられているものと考えてよいであろう、ということである。

ほかの用語法もあるが、わざわざ「ものとする」と「しなければならない」を使い分けている本文にふさわしい用語法はこれであると思われる。

(注2) 詳しくは、岡村久道「住基ネット関連判例の研究（上・下）」NBL 814号12-16頁、816号26-36頁（2005年）。

(注3) 文献は多数であるが、とりあえず、地方分権改革当時の自治事務次官である松本英昭の著書を参照されたい。『新版 逐条地方自治法【第3次改訂版】』（学陽書房、平成17年）994頁-1006頁、『要説 地方自治法【第三次改訂版】』（ぎょうせい、平成16年）499-506頁。

以 上

鑑定意見提出者の略歴・著作等

1 略歴

1960年3月	福島県立福島高校卒業
1964年3月	東京大学法学部卒業
1964年4月	東京大学法学部助手
1967年8月	神戸大学法学部助教授
1977年4月	神戸大学法学部教授
2000年4月	神戸大学大学院法学研究科教授
2005年4月	中央大学総合政策学部教授（現在に至る）

2 学位

東京大学法学博士（1972年6月、論文博士）

3 主要著書

（単独著）

- 『フランス行政訴訟論』（有斐閣、1971年）（学位論文）
- 『行政救済の実効性』（弘文堂、1985年）
- 『事例解説行政法』（日本評論社、1987年）
- 『行政裁量と行政救済』（三省堂、1987年）
- 『国家補償法』（有斐閣、1988年）
- 『国土開発と環境保全』（日本評論社、1989年）
- 『行政法の解釈』（信山社、1990年）
- 『行政訴訟改革論』（有斐閣、1993年）
- 『政策法務からの提言』（日本評論社、1993年）
- 『大震災の法と政策』（日本評論社、1995年）
- 『政策法学の基本指針』（弘文堂、1996年）

『行政の法システム上・下 [新版]』(有斐閣、1997年)
『(論争・提案) 情報公開』(日本評論社、1997年)
『行政の法システム入門』(放送大学教育振興会、1998年)
『政策法学と自治条例』(信山社、1999年)
『定期借家のかしこい貸し方・借り方』(信山社、2000年)
『こんな法律は要らない』(東洋経済新報社、2000年)
『政策法学講座』(第一法規、2003年)
『内部告発(ホイッスルブロウワァー)の法的設計』(信山社、2003年)
『行政訴訟要件論』(弘文堂、2003年)
『行政法の解釈(2)』(信山社、2005年)

(共編著・共同監修著)

『演習行政法上・下』(共編者、山田幸男、市原晶三郎)(青林書院、1979年)
『講義行政法Ⅰ・Ⅱ』(共編者、遠藤博也)(青林書院、1982年、1984年)
『判例コンメンタール 行政事件訴訟法』(共編者 山村恒年)(三省堂、1984年)
『定期借家権』(共編者、野村好弘、福井秀夫)(信山社、1998年)
『湖の環境と法—琵琶湖のほとりから—』(共編者、中村正久)(信山社、1999年)
『山村恒年先生古稀記念 環境法学の生成と未来』(共編者、水野武夫)(信山社、1999年)
『実務注釈定期借家法』(共編者、福井秀夫、久米良昭)(信山社、2000年)
『環境法 [第3版]』(共編者、淡路剛久)(有斐閣、2004年)
『京都大学 井上教授事件』(信山社、2004年)

詳細は、ホームページ <http://www.ne.jp/asahi/aduma/bigdragon/>。