

## 地方分権と政策法務

— 地方自治体の実務担当者から見た条例制定権の可能性と課題に関する一考察

鎌 水 三千男

### 1 はじめに

地方自治体の条例制定権については、一方で国の制度改革による量的拡大と、他方で地方自治体の独自の判断による自主条例<sup>1</sup>の制定による質的拡大の二つの方向性が認められる。

二〇〇〇年の分権一括法の制定により、機関委任事務と団体委任事務が廃止され自治事務と法定受託事務とに再編されたが、これらの事務のうち法定受託事務についても原則として条例の制定ができることとされたので、地方自治体の条例制定権は量的に大きく拡大した。また、地方分権改革推進委員会の四次にわたる勧告を受けて、地域主権改革一括法が二次にわたって制定され、特に義務付け・幕付けの見直しが行われたことにより、省令に定められた基準の条例化という条例制定権の量的拡大がもたらされた。

一方、地方自治体は、地方分権改革が議論される以前から、地域の実情に合致する自主条例の制定を志向していたが、分権一括法の制定はその傾向に一層拍車をかけることとなった。このように、地方自治体の条例制定権

は、量的にも質的にも拡大されたのであるが、その双方について、様々な問題が顕在化している。

筆者は、二〇〇三年から四年間千葉県において政策法務室長として勤務したが、その間、鈴木庸夫先生のご指導を受けて、いくつかの自主条例の制定に関与した。本稿は、その過程で実感するに至った地方自治体における条例制定権に関する展開とその課題について、政策法務の現場における一実務担当者の視点から整理しようとするものである。したがって、その内容中意見にわたるものは、筆者の個人的な理解を述べたものであることをお断りしておきたい。

## 2 条例制定権の限界―従前の議論の整理

まず、地方自治体の条例制定権に関する従来の議論を整理しておく。

日本国憲法は、第八章として地方自治に関する規定を置き、その九四条で「地方公共団体は、……法律の範囲内で条例を制定することができる」と規定し、また、地方自治法一四条一項は「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて二条二項の事務に関し、条例を制定することができる」と規定する。そうすると、地方自治体は、

- ① 法令に反しない限りにおいて
- ② 地方自治法二条二項の事務（「地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるもの」）に関し

という二つの要件を満たす場合に条例を制定することができることとなる。

このうち、①については、特定の事項を規律する法令がなく国法上空白の状態にあるものについて条例を制定

する場合、国の法令が規制している事項ないし対象について当該法令と異なった目的で規制する場合、国の法令が規制している目的と同一の目的の下に国の法令が規制の範囲外においている事項又は対象を規制する場合には、条例で規制しても違法とはならないと整理することができる。<sup>(2)</sup>

また、②については、分権一括法による改正前の地方自治法二条九項において、普通地方公共団体が処理することのできない事務として八項目の事務を掲げていたが、一九九九年の自治法改正により現行の二条二項の規定が設けられた。同項のうち「法律又はこれに基づく政令により処理することとされた事務」の内容は明確であるが、「地域における事務」が何であるかは必ずしも明らかではない。法令の解釈は国のみならず当の地方自治体でも行うことができるのであるから、「地域における事務」の範囲に関して国と地方自治体とが衝突することがあり得る。ある事務が国の事務なのか地方の事務なのかについて解釈に相違があり、条例制定権の及ぶ範囲が問題となった場合には、最終的には司法裁判所にその当否の判断が委ねられることとなる。

### 3 条例制定権の拡大

#### (1) 分権一括法以前の状況

条例の守備範囲が大きく拡大したその分岐点は、二〇〇〇年の分権一括法の制定に求めることができる。すなわち、分権一括法成立以前において、地方自治体の事務の相当部分を占めるのは機関委任事務であり、当該事務の執行に当たる地方自治体の機関は規則を制定することはできても、地方自治体は団体意思としての条例の制定はできなかつた。

分権一括法以前の地方自治体の条例の制定過程は、国が示す準則に依存し、その準則どおりになざる作業が中心であったといつても過言ではなかつた。地方自治体が独自の判断で立法を行う場面としては、一部で独自の規制条例の制定もあるが、法律との抵触問題が発生することのほとんどない公の施設の設定管理条例等が典型であつた。地方自治体においては、法律との抵触を回避することが条例制定の場面における重要な課題と意識されてきた結果、条例により地域の独自性を發揮することが忌避されてきたという傾向があつたことは否定できない<sup>6</sup>。

また、法律により条例に委任された事項について委任条例を制定することはできるが、その内容は委任の範囲内にとどまることとなるので、その委任の限界を超えることはできないと考えられていた<sup>7</sup>。したがって、地方自治体が当該法律の執行に際して独自に必要なと認めた事項について条例を制定する場合でも、それが法律の趣旨を超えることはできないということになる<sup>8</sup>。

## (2) 分権法制定以後の状況

分権一括法の制定によって地方自治体の法的環境は一変した。機関委任事務は廃止され、地方自治体の事務は自治事務と法定受託事務に再整理され、いずれも必要に応じて条例を制定することができることとなった。そして、国の関与は原則として法的な根拠が求められることとなり、従前の国からの通達は基本的に技術的助言とされ、当然に地方自治体を法的に拘束することはなくなった。

さらに進んで、二〇〇七年十一月一日に公表された地方分権改革推進委員会の「中間的なとりまとめ」では地方自治体を「地方政府」と位置づけ、地方自治体がその名にふさわしい実質を備えるためには、自治行政権、自治財政権のほか自治立法権も確立すべきとの考え方が示された。地方自治体が自治立法権を具備するという

ことは、地方自治体の事務については当該地方自治体がその実情に応じた処理のための具体的な基準を定めるということであり、国は、当該事務について法律を定める場合には基本設計を示すにとどまり、制度の詳細設計は地方自治体に委ねるということである。換言すれば、国は、当該事務について複数のメニューや望ましい基準を提示することはできるが、その具体的な運用や規定は条例で定めるところによるとすることである。「中間的なとりまとめ」は、国と地方自治体がこうした役割分担を行うことこそが憲法の保障する地方自治の本旨に適合すると位置づけたものと思われる。

### (3) 義務付け・枠付けと条例制定権

国が法令で事務の実施やその方法を縛っている「義務付け」・「枠付け」は、地方自治体の自治事務についても多数存在する。「義務付け」とは一定の課題に対処するために地方自治体に一定種類の活動（計画策定を含む。）を義務付けることをいい、「枠付け」とは地方自治体の活動について、組織、手続き、判断基準等による制約を設けることをいう。地方分権改革推進委員会は、二〇〇八年の第一次勧告を皮切りに四次にわたる勧告を行い、義務付け・枠付けの見直しを行うよう進言した。

こうした見直しが必要とされたのは、義務付け・枠付けにより国が地方自治体をコントロールすることは地方の裁量権を阻害するとともに、地方自治体が地域の特性に応じて行政サービスが提供できないとされたからであり、また、国と地方自治体間で行われていた同意、協議、計画の策定などは、地方自治体の負担を伴い、多大な時間、人手、コスト等がかかるとされたからである。

義務付け・枠付けの見直しは、したがって、地方自治体の負担を軽減するとともに、地域の特性に応じた行政

サービスを提供できるようにしていくことや、地方自治体自らの判断と責任において、政策や制度の創設・改廃などを行えるようにしていくために不可欠のこととされたのである。

義務付け・枠付けの見直しは、地方自治体の関係者からは、条例制定権の拡大につながるの期待がもたれた。とりわけ地方自治体を地方政府と位置づけようとする観点からは、積極的に歓迎されることとなる。地方自治体は二元代表制を採っていることから、地方自治体が地方政府としてふさわしい存在となるためには、行政権のほか、立法権の分権が必要である。長による行政権の行使の自由度を高めるとともに、立法権の担い手である自治体議会の充実もまた不可欠であるからである。条例制定権の対象となる事務の範囲が拡大することにより、自治体議会議員は当該条例の対象となる事務の内容を正確に理解し、当該条例の対象となる事務が地方自治体の事務かどうかの判断に加えて、その条例内容が当該地方自治体における立法事実を踏まえた適切なものかどうか、条例の制定という手法が適切であるかどうか、他に採り得る手段があるかどうかなど、多面的な検討を求められることとなる<sup>10</sup>。

いきおい、自治体議会議員には、これらの事項を判断するための知見と資質が求められる。換言すれば、多くの場合長から提案される条例案について、長のスタッフである自治体職員と対等な議論ができる法務能力が求められることとなる。専門的な知識を有する自治体職員と比肩できる知見がなければ、自治体議会議員は、地域の実情に応じた条例案について十分な審査ができないこととなり、地方政府として不可欠とされる立法権の分権などとうてい実現できないからである。

こうして地方政府を構成する長及びそのスタッフとしての職員並びに地方議会議員には、その政策立案能力とそれを担保する法務能力が求められることとなり、また、これらの者が十全にその権限を行使し、その能力が発

揮できるような組織制度が求められることとなる。

二〇〇八年一月八日に公表された地方分権改革推進委員会の第二次勧告において「行政権の分権だけではなく、立法権の分権が不可欠である。このため、条例により法令の規定を『上書き』する範囲の拡大を含めた条例制定権の拡充の必要があり、法制的観点から、地方自治体の自主性を強化し、政策や制度の問題を含めて自由度を拡大することとともに、自らの責任において行政を実施する仕組みを構築することが必要である」としているのは、以上の意味において理解されるべきであろう。

なお、住民もまた、条例制定権の拡充＝議会の権限が拡大することで、その立法権の行使に際して適切な判断を示す者を自らの代表として選挙しなければならぬ責務を負う。仮に自治体議会議員が不適切な判断を行った結果発生することのある不利益は、住民が自ら負わなければならないこととなるものであり、その意味においても地方自治体の自己決定・自己責任が問われることとなるのである。

#### (4) 第三次勧告の問題点

地方分権改革推進委員会の第二次勧告においては、自治事務のうち、法令による義務付け・枠付けをしており、条例で自主的に定める余地のないもの（条例による補正を認めていないもの）を見直しの対象とした。

しかし、地方分権改革推進委員会が二〇〇九年一月七日に公表した第三次勧告において「地方自治体の自主性・自立性を阻害している義務付け・枠付けは、今回対象としているものに限られない」と自認しているように、義務付け・枠付けの見直しは必ずしも十分なものとなっていない。すなわち、次のような問題点が指摘されるであろう。

先ず、法定受託事務を義務付け・枠付けの見直しの対象から除外したことが挙げられる。法定受託事務については、国がその処理のためのよるべき基準を定めることができる（地方自治法一四五条の九第一項）ことなどを理由に、義務付け・枠付けの見直し対象から除外しているが、そもそも法定受託事務と法定自治事務との区別が相対的である。法定受託事務とは、法令により地方自治体が処理することとされる事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであって、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として法令で特に定められたものとされるが、法定自治事務との間に明確な基準が示されているわけではない<sup>①</sup>。そして、国は、法定受託事務についてはよるべき基準を定め、法定自治事務については従うべき基準を定めることができるのであって、そこに明確な区分の考え方が示されていない。加えて、地方分権一括法の附則において、既に法定受託事務とされたものについても、適宜適切な見直しを行うとされており、その区分は極めて相対的なものということができよう。

そうすると、法定受託事務に係る義務付け・枠付けを見直しの対象にしなかったことにより、法定受託事務の中にも本来自治事務と評価されるべき事務があることの検討の機会を奪ったこと、及び法定受託事務に係る地方自治体の条例制定権が狭い範囲に限定されている現状が固定化されるおそれがあることが指摘されるであろう。

次に、政省令が見直しの対象から除外されているが、これも問題とされるべきである。法定自治事務を定める法律の委任を受けて、政省令がその手続きや基準を詳細に規定している実態があり、条例の制定権の拡大を図る観点からはそのような政省令による規律を廃止・抑制することを求めていくことが必要であると考えるが、第三次勧告では法律の規定を根拠にして政省令で義務付け・枠付けしているものは、検討の対象としていなかった。この結果、例えば、公営住宅の入居者に係る収入超過者に対する住宅明渡しを請求できる要件が政令で定められ

ており、この要件を上書きして、緩和したり厳格にしたりすることが困難となる可能性がある。

また、法律と異なる行政手法を採用することは是非について検討されていないことも疑問がある。法律上許可制となつているものを届出制又は協議制にするなどの場合のほか、法律が規制の対象としていなかった事項について、地域の実情に応じて条例において許可制を採っていたにもかかわらず、法律により当該事項について届出制を採用した場合における既存の条例の効力について、何らかの検討を加えた形跡はない。<sup>12)</sup>

### (5) 義務付け・枠付けの見直しに係る条例の委任

国は、義務付け・枠付けの見直しを行うに際して、これまで国が全国一律に法律で定めてきた事項について、条例による上書きを認めるのではなく、地方自治体の条例に委任することとした。その具体的手法は、基本的施設・公物設置管理の基準設定を条例に委任するというものであり、しかも、その委任の内容は、地方の実情を踏まえた地方自治体の自由な裁量に委ねるものではなく、国が基準を示すという「新たな規制措置」を伴うものである。すなわち、国は条例委任に際して次のような基準を設定したのである。

- ① 従うべき基準…条例の内容を直接に拘束する、必ず適合しなければならぬ基準であり、当該基準に従う範囲で地域の実情に応じた内容を定める条例は許容されるものの、異なる内容を定めることは許されないもの
- ② 標準…法令の「標準」を通常よるべき基準としつつ、合理的な理由がある範囲内で、地域の実情に応じた「標準」と異なる内容を定めることが許容されるもの
- ③ 参酌すべき基準…地方自治体が十分参酌した結果としてであれば、地域の実情に応じて、異なる内容を定めることが許容されるもの

このような条例委任型の義務付け・枠付けの見直しについても、条例制定権の拡大がもたらされたとして積極的に評価する見解もある。この見解は、地域の実情を踏まえた基準が設けられること、基準を作る過程において長官局と議会とが議論することで政策論議が活性化させる可能性が生まれたこと、条例制定により議会も基準設定の責任を共有すること、地方自治体の政策法務力が強化されることなどを義務付け・枠付けの見直しによる条例制定権の拡大の意義と効果として挙げている。<sup>13)</sup>

しかし、この見解は、条例制定権の拡大がもつばら量的拡大となっており、質的拡大になっていないことについて言及していない。なるほど、今回の義務付け・枠付けの見直しに係る条例制定権の拡大は認められるし、従うべき基準についても上乘せを行うなど、各地方自治体は創意工夫を行ってはいるが、だからといって、条例制定権の拡大が国の実質的コントロール下の下に行われているという状況に変わりはない。

上記三基準のうち、参酌すべき基準が圧倒的に多ければ、義務付け・枠付けの見直しに際して地方自治体の条例制定権の拡大に資するとの評価もあり得ようが、実質的には①の従うべき基準が大半を占める結果となっている<sup>14)</sup>。加えて、地方自治体は国が示した基準に従い条例を制定しなければならず、この点について地方自治体の選択の余地はない。本来地方の事務であれば、「法令の範囲内で条例を制定できる」はずであり、その判断は地方自治体に委ねられるべきであり、しかも当該事務について法令の委任や授権は不要であるはずであるが、義務付け・枠付けの見直し対象となった事務は、地方の事務とされたにもかかわらず「条例を制定しなければならぬ」とされたのである。そうすると、地方自治体は自治立法権に基づき条例を制定するのではなく、国の委任によって条件づけられた国のコントロール下において条例を制定するにすぎず、「自治立法権の拡大」というよりは「委任立法権の拡大」という状況が生まれてしまっている。

このように、地方分権改革の名の下に行われた義務付け・枠付けの見直しは、条例制定権の質的拡大ではなく、量的拡大という結果を生じさせたことにほかならない。地方自治体の事務の相当割合を占めた機関委任事務について、地方自治体が処理するにもかかわらず自治体議会の関与が認められなかったことに比較すれば、条例制定権が拡大したことが事実であって一歩前進という理解もできようが、果たして「次善の策としてやむを得ない」といってよいのかどうかは、疑問である<sup>17)</sup>。

「中間的なとりまとめ」の段階では、地方分権改革推進委員会が当初提案した条例制定権の拡大は地方自治体に条例による法令の上書権を認めようとする方向を示していたと理解することが、地方自治体関係者の素直な感覚であり、いつのまにかその方向性が義務付け・枠付けの解消に係る類型の問題に縮小してしまった感は否めない<sup>18)</sup>。

ところで、委任条例の対象となる事項については、省令の内容が詳細な基準に関することであるために、地方自治体において裁量の余地がなく、地方自治体独自の基準を策定することが困難である。その結果、ほとんどの地方自治体で委任条例が省令をなぞる「コピー条例」となっている<sup>19)</sup>。また、省令の基準をもって条例の基準とするという「一括引用条例」も採用されている。

「一括引用条例」については、省令を引用しただけでは条例と言えるかといった批判がありうるが、地方自治体にこのような選択を行わせたこと自体の当否が問われるべきであろう。地方分権の本来の在り方からすれば、地方自治体が地域の特性に応じた条例を制定する場合においては、地域の実情を反映する立法事実を踏まえたものでなければならぬのであるから、全国一律に条例化が強制される今回の地域主権改革一括法は、地方自治制度の趣旨に合致しないものである。

加えて、今回の義務付け・枠付けの見直しに係る条例への委任は、技術的基準に関するものが圧倒的に多く、そもそも地方自治体が独自基準を制定する余地のほとんどないものである。しかもこれを「従うべき基準」とし、これによらなければ法令違反となるというのであれば、当該基準を緩和することは許されず、強化する方向とならざるを得ないのであって、そのような措置を講ずるのであれば、従来も行われてきた地方自治体の独自の法令解釈に基づく「横出し条例・上乘せ条例」でも十分対応は可能であったと思われる。

もっとも、長は、議会に対して「一括引用条例」案の作成過程において政策的検討を行った結果、省令の基準としたとの説明を行うこととなり、また実際に地方自治体は省令が当該地方自治体の基準となり得るかどうかについて検討を省略するわけではなく、省令準備が条例の省令への丸投げになるものではない。「一括引用条例」という手法を採ったことが当然に政策的検討を放棄したことにはならないのであって、その点において「コピー条例」であると「一括引用条例」であると大差はない。

## (6) 条例上書権の検討とその挫折

「中間的なとりまとめ」においては、自治体の自由度と責任を確保し、国が担う役割について明快な基準を設定するとともに、国による義務付け・枠付け、関与などを見直し、廃止すること及び条例により法令の規定を「上書き」する範囲の拡大を含めた条例制定権を拡大するとの方向性が示された。<sup>(20)</sup>

ところで、条例上書権とは何か。ここでいう上書きとは、法令の規定を条例で補正することである。条例により法令の規制をより厳しくする上乘せとは異なり、法令に規定されている要件や効果を具体化したり、書き換えたりするものである。社会経済状況の変化や地域的な事情等により、国の法令が適合性を失ったときに、地方自

治体は解釈権を行使して当該地域の実情に妥当するように法令を適用しようとするが、解釈による対応では限界を覚えたときに、法令の改正を待っていたのでは当該地域の課題に的確に対応できないと判断された場合には、条例により法令の要件や効果の上書きを認めるべきとの議論が展開されている。<sup>(21)</sup>既に、大気汚染防止法や水質汚濁防止法などの環境法の分野で条例による法令の上書きを認めていることから、それ以外の分野においても条例による法令の上書きを認めるべきとの見解に対しては、条例は法令の圏内で制定できるものであるとの立場から消極的な見解も有力である。こうした状況の中で、「中間的なとりまとめ」において、条例上書きを認めることで条例制定権の拡大を志向したことは、自治体関係者に大きな期待を持たせたのである。<sup>(22)</sup>

加えて、第二次勧告でも、既述のとおり、「『地方政府』の確立には、行政権の分権だけではなく立法権の分権が不可欠である。このため、条例により法令の規定を『上書き』する範囲の拡大を含めた条例制定権の拡充の必要があり」として、地方自治体の条例制定権の拡大は、条例による法令の上書きを含む概念として明示されたのである。

—それにもかかわらず、第三次勧告以降では、義務付け・枠付けの見直しは、国が示す基準を条例化するという委任条例の範囲の拡大が条例制定権の拡大であると矮小化されてしまっている。

地方自治体の自治立法権が法令の範囲内に留まるべきとの要件を厳格に理解するならば、条例は法令が許容する範囲で制定されるべきことは当然であり、また憲法に違反しなければ法令にどのような内容の定めを置くことも国会の裁量次第であるから、地方自治体は国の立法政策に従えば足りるということになる。

しかし、地方自治体を地方政府として位置づけるならば、そのような考え方は地方分権を進めるといふ方針に適合しないというべきである。すなわち、地方に委ねるべき事項は大胆に地方の政策判断に委ね、地方の実情に

即した政策に法的根拠を付与する条例制定権を拡大するという地方分権改革の趣旨を踏まえれば、条例制定権を實質的に国のコントロール下に置くという制度を設けることは、条例制定権の拡大の方向性を大きく損なうものである。

国は、本来国がなすべき事項に専念するために地方のできることは地方に委ね、そのために地方自治体の権限を拡大し、自治行政権、自治立法権、自治行政権を有する完全自治体としての地方政府を確立すると決意したのではなかったか。そこに、条例制定権の拡大を投影させたときには、国のコントロール下の条例制定権の量的拡大は想定されず、質的拡大こそが制度設計にかなうものである。そして、真の意味での自治立法権を確立するためには、条例に法令の上書権を認めるとする「中間的なとりまとめ」ないし第二次勧告の精神に復帰することが求められるのである。

そもそも地方分権が目指すものはなんであったか。旧地方分権改革推進法一条は「国民がゆとりと豊かさを実感できる社会の実現を目指す」とし、同法二条はこれを実現するために「個性豊かで活力に満ちた地域社会を実現する必要がある」との認識を示した。そして、この目的を達成する手段として、国と地方との関係を見直し、これまでの「上下主従関係」から「対等協力関係」へ改め、具体的には機関委任事務を廃止したはずであった。

この精神は、地方分権改革推進法でも基本的に継承されており、その後地方分権の旗印が「地域主権」となったけれども、その実質は地域が責任と権限を有して地方自治を推進するということに他ならない。

その視座からすれば、義務付け・枠付けの見直しについて国の基準に従って条例を制定することが、地方分権を推進し、国と地方等の関係を上下主従から対等協力に改めたとする地方分権推進に合致するものかどうかは、極めて疑問である。特に、従うべき基準の存在は、「新たな機関委任事務の創設」ともいふべき重大な問題であ

る。条例は従うべき基準によらなければならないこと、及び条例を制定しなければならないことの二点は地方議会の裁量権がほとんどないことを意味しており、地方分権の趣旨に照らし、到底納得できるものではない。

地方自治体の立法権は、その地域の実情に応じて法令とは別の規定をすべきものと判断された場合に、当該地方自治体が主体的な選択に従って行使すべきものであり、法律で条例を制定しなければならないと強制されるべきものではない。加えて、義務付け・枠付けの見直しを委任条例の制定としての量的拡大に留めることは、憲法が保障する地方自治制度の趣旨に照らしても疑義があるのではないか。

憲法九章の地方自治の保障は制度的保障とされ、地方自治の本旨とはいわゆる団体自治と住民自治が保障されることであると考えられてきた。しかしながら、そのことが何らかの形で地方自治体が存続し、その長や議員を直接住民が選挙できることが形式的に保障されることをもって足りると考えるべきではない。地方自治の本旨は、地方自治体が独立して行政を執行し、その実施が可能となるような財源が確保され、行政執行の法的根拠となる法整備について自治立法権が確立される地方政府であることに求められる。地方自治の本旨は、自己決定・自己責任に基づく地方自治体の体制と運用が確立されることにあると考える。

地方自治の本旨をこのように理解するのであれば、地方自治体の権能として掲げられている条例制定権が「法律の範囲内」とされているからといって、法律が憲法違反でない限り、地方自治体の条例制定権も国の立法裁量でいかようにも制約することができると理解すべきではない。自治体に関する法律を制定する場合には、地方自治の本旨に抵触するような立法を行うことはできないと解すべきであり、その意味で国の立法裁量も地方自治を保障する憲法規範に従うべきである。<sup>23</sup>二〇〇〇年の地方自治法の改正により、地方自治法一条の二の規定が新たに加わり、同条第一項が「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

主のかつ総合的に実施する役割を広く担うものとする」と定め、同条第二項が「国は……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って、地方自治体の自主性及び自立性が十分に發揮されるようにしなければならない」と定め、更に同法一二条前段が「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、運用しなければならない」と定めたことを単なる訓示規定としてはならない。

これまで、地方自治体は、国の法令の不備を補うために、時として要綱行政を行うことで地域の実情を踏まえた地方自治体の行政執行の重要性を示し、あるいは法令との抵触問題を意識しつつ独自の条例を制定することを通じて、国に対し地方の実情を踏まえた自治立法権を主張してきた。

そうした経緯を踏まえれば、国がその事務を地方に移管するに際しては、地方自治体が地域の実情をより反映しやすくするよう配慮すべきものであり、地方の独自性や地域特性をほとんど發揮できないようにながらぬがための基準を設けることは、時計の針を逆行させるに等しい行為であると考ええる。

### (7) 条例上書権再考

地方分権改革推進委員会の第三次勧告以降、義務付け・枠付けの見直しは、省令の基準を条例に委任することとし、条例上書権は、義務付け・枠付けの見直しの過程でこれを採用しないことで立法的な決着がついてしまったので、当面議論の表舞台から退場してしまった感がある。しかしながら、条例上書権は地方自治体にとってその立法権を拡大するに際しての有力な手段であることには変わりはない。そこで、これまでの条例上書権の可能性についての議論を踏まえて一応の整理をしておきたい。

一 仮に条例上書権を制度的に保障する場合、どのような方法が考えられるであろうか。具体的には、法令に個別に規定する方法（以下「個別方式」という。）と、通則法においてこれを保障する方法（以下「通則法方式」という。）を想定することができるであろう。

個別方式を採用した場合において、地方自治体にとつての最大のデメリットは、上書権の採否を国が決めるというところにある。もちろん、法律の提案権は議員にもあるが、政府提案による法律と比較して議員提案による法律の件数が相対的に少ないのは中央・地方を問わず、一般的な傾向である。現実的には法律案のほとんどが政府提案であることは周知のとおりであり、しかもその主導権は事実上官僚が握っているといつてよい。

中央政府の官僚が立案する個別の法律案で条例上書権の採否を決定することが地方自治体にとつてなぜデメリットとなるかといえば、当該法律案を立案する際の立法事実は、法律が全国一律に適用されることから、全国的に、かつ、広範に認められるものに準拠せざるを得ず、特定地域の特定固有の実情を反映するものとなることは期待できないからである。<sup>(2)</sup>

さらに立法事実から遠いところにある官僚は、文字資料等に基づき抽象的な思考を重ねて立法を企画することとなりがちであろうし、また、法律が制定された後の立法事実の変遷があつた場合にも、同じような理由から機動的に対応することは望みえないであろう。

一方、国の法令について条例による上書きを認める一般的な条項を法律で定め、これにより法令に対する条例の優越的な地位を認める通則法方式を採用すれば、上書きに適さない場合を除き、原則として地方自治体による上書きを認めることとなり、しかもその判断は地方自治体が主導権を持つて行うこととなる。すなわち、現場の最前線に立つ地方自治体職員が現実<sup>(3)</sup>に発生している立法事実を踏まえて、当該立法事実<sup>(4)</sup>にふさわしい内容の条例

を制定することとなる。換言すれば、地方自治体に関する法令の定めは全国的に望ましい基準を定めたものであつて、地方自治体はその判断と責任において、法令に準拠するの否、地域の特性に応じた独自の規程を制定するの否を選択することとなる。この点から見れば、地方自治体の自己決定権に基づきその必要に応じた施策を選択できる通則法式が地方自治体にとって望ましい方法であることは、明らかである。<sup>25)</sup>

#### 4 政策法務の時代―条例制定権の質的拡大に向けて

##### (1) 政策法務の必要性

政策法務に関する議論は、二〇数年前から開始されていたが、本格化したのは二〇〇〇年施行の第一次分権改革以降である。<sup>27)</sup> 政策法務についての定義は論者によって異なるが、ここでは出石稔関東学院大学教授の定義である「法を政策実現の手段としてとらえ、有効かつ効果的に地域固有の課題の解決や政策の推進を図るために、法令を地域適的に解釈運用し、地域特性に応じた独自の条例を創る法的な活動」に従うこととする。本稿では、地方自治体における争訟・政策評価については触れないからである。

既述のとおり、二〇〇〇年の第一次分権改革によって機関委任事務と団体委任事務が廃止され、地方自治体の事務は自治事務と法定受託事務に再編された。そしてこのことは条例制定権の飛躍的な拡大をもたらすこととなった。すなわち、第一次分権改革により地方自治体の法的権限（＝条例制定権と法令解釈権）が拡大し、地方自治体はその地域に応じた政策を実施するため、その法的根拠となる条例を積極的に活用することとなり、自主条例の制定が進んだのである。<sup>29)</sup>

自主条例については、国が関心を有していなかった分野において地方自治体が先駆的に取り組んだ事例もあるが、国の法令の整備を待っていたのでは住民の生命や財産が保護されないという危機感から、時として法令との抵触を恐れず地方自治体が政策法務的手法を駆使して制定されたものも少なくない。<sup>31)</sup>

政策法務は、地域の実情を踏まえた事務を創設する必要がある時に、立法事実を発見し、分析し、論点を整理し、整合性、合理性のある自主条例を作るための取組みである。したがって、二〇〇〇年以前にも政策法務の必要性について議論されていたのは、地域の課題を解決しようとする自治体職員にとっては当然のことといつてよいが、実質的にその機能が注目されたのは、やはり条例制定権が拡大した分権一括法以降ということになるであろう。

## (2) 条例の類型とその内容及び課題

条例については、様々な分類がされている。大別すれば、法律に根拠がなく各地方自治体が独自に事務を創設してその執行に根拠を与える自主条例と、法令に基づき地方自治体が処理することとなる事務について必要な事項を定める法定事務条例に区分される。そして、それぞれさらに区分することが可能である。

これらの条例のうち、自主条例は地方自治体がその地域の行政需要に応じて独自の判断に基づき制定するものであって、その制定に当たっては政策法務の考え方や手法が最も妥当する分野である。

自主条例の制定が進むきっかけは、既に述べたように分権一括法の成立であり、これにより飛躍的に条例制定権の質的拡大がもたらされた。各地方自治体は、競うように自主条例の制定を企図したのであった。その結果、各地方自治体において特徴のある条例が次々に制定されていった。以下では、そのような自主条例について概観

することとする。

① 基本条例

基本条例には、包括的な自治基本条例と分野別基本条例がある。前者については、執行機関だけを対象とする自治基本条例ないし行政基本条例<sup>(32)</sup>と、議会が自律的な内容を定める議会基本条例<sup>(33)</sup>とが別々に制定される場合もある。自治基本条例<sup>(34)</sup>は、自治体運営、地域経営の基本的指針を定めるものであり、自治体の憲法的な位置を占め、当該地方自治体の目指すべきまちづくりの方向性を理念として明らかにするために制定されるもので、当該地方自治体の他の条例に対して優越的な位置にあるとされている<sup>(35)</sup>。

自治基本条例において規定されている事項は、地方自治体によって差がある<sup>(35)</sup>が、条例の制定が進むにつれて規定事項がおおむね標準化されているようである<sup>(36)</sup>。すなわち、

・ 前文

- ・ 市民の権利と責務…まちづくりに参画する権利や行政情報を知る権利等
- ・ 情報共有の原則とそのための方策…情報の共有、情報の公開・提供等
- ・ 市民のための行政…長・執行機関・職員の役割と責務、説明責任等
- ・ 市民のための議会…議会の基本的な役割、市民への説明・情報公開・提供等
- ・ コミュニティ…コミュニティの重要性、公共主体としてのコミュニティ等

に関する規定が中核的なものとなっている。

自治基本条例は、当該地方自治体における最高規範性を有するといわれている。その理由は、他の条例や行政計画の上位にあり、解釈運用の際に指針となると同時に、他の条例を制定し、行政計画を策定する際の立案指針

とすべきものという位置づけを与えられているからである。地方自治法一六条の制約があるために、法形式的には他の条例と制定も改廃も同じ議決要件とせざるを得ないので、自治基本条例に「硬性条例」としての地位を認めることは困難である。しかし、例えば、図書館に係る法律について、教育基本法↓社会教育法↓図書館法といった一定の階層性が認められる法律群があるので、法形式を同じくする場合でも、その規定の在り方によって階層的な理解や運用を行うことは可能であることから、自治基本条例を当該地方自治体における最高規範として位置づけることは許容されるであろう。また、自治基本条例の改廃に際しては、住民投票を行うなど手続的に加重することを制度化することでより慎重に行うという手法も考えられる。

自治基本条例は、近年、一種の流行のように制定が進んでいるが、基本条例といえども立法事実が必要なのであつて、当該地方自治体において自治基本条例を制定する必要性が住民から十分認識されることが重要である。長の政治的パフォーマンスとして制定が企図された場合には、当該長が交代したときに後継の長によってせっかくの自治基本条例が「塩漬け」にされてしまうことが十分あり得るからである。

## ② 分野別基本条例

分野別基本条例とは、例えば、環境基本条例、消費者基本条例、土地利用基本条例などのように、各行政分野においてこれに取り組む行政の基本的理念や施政方針を定めるために制定される条例をいう。分野別基本条例を制定する意義は、第一に、基本条例の制定によって当該地方自治体の施策の方向性が明確になり、主体的な対応を促進する効果が期待できること、第二に、条例制定をPRすることにより、施策の対象となった住民や事業者の意識を高める効果が期待できること、第三に、条例制定過程に住民その他の関係者が参画することで、関係者が問題の所在を確認し、現状認識を共有することとなり、協働の意識を醸成することができること、などが挙げ

られる。

一方、分野別基本条例の課題としては、その内容が基本理念や関係者の責務などの抽象的な規定が中心とならざるを得ないため、実効性の確保が常に問題となるという点が挙げられる。分野別基本条例には上述したとおり、一定の意義は認められるものの、条例を制定したというだけでは現状の行政需要に対する対応が進展するものではないので、当該条例の制定に合わせて具体的な施策の策定と実施が求められることとなる。換言すれば、具体的な施策を視野に入れない分野別基本条例は「絵に描いた餅」に過ぎないともいえよう。分野別基本条例も条例である以上立法事実が必要であり、当該立法事実を踏まえて、現状を改革する道筋が見えるような工程表が求められるものであつて、個別の施策やこれを体系化した行政計画に裏打ちされなければならないというべきである。

なお、ここで、基本条例・給付条例・手続条例の三つの要素が含まれる特色ある条例として、千葉県障害者条例（障害のある人もない人も共に暮らしやすい千葉県づくり条例）について言及しておきたい。

当該条例は、直接的には、二〇〇四年に策定された第三次千葉県障害者計画中に「障害者の権利を守るため、国に障害者差別禁止法の制定を働きかけ、千葉県独自に同趣旨の条例の制定を検討する」との意見が記載されたことが契機となった。また、上記計画と同時に発表された「千葉県障害者地域生活づくり宣言」において、堂本暁子知事（当時）が四つの重点課題として千葉県独自の障害者差別をなくすための条例づくりを掲げたことも条例制定の背景として挙げる<sup>(38)</sup>ことができる。

条例案を検討するために、二〇〇五年に障害者、福祉関係者のほか、教育関係者、企業関係者など県民各層から公募した委員によって構成される「障害者差別をなくすための研究会」が組織され、鈴木庸夫千葉大学教授も政策法務アドバイザーとして参加された。当該研究会による二〇回の議論を経て、報告書が知事に提出され、こ

れに基づく条例案が二〇〇六年二月定例県議会に提案されたが、最大会派を中心に反対意見が多数を占め、「拙速」を理由に継続審査となった。その後も、当該条例案に対しては様々な意見が寄せられたこともあり、原案の修正を検討せざるを得ない状況となり、一たん条例案を撤回することとなった。

その後、議会に設置された任意の健康福祉常任委員会協議会に対し、知事から原案に修正を加えた「検討用試案」が提出され、各派の検討に付された。そして、議会最大会派からの修正案及び義務教育諸学校を中心とする教育関係者、中小企業関係者からの意見を加味して作成された修正案が二〇〇六年九月議会に提案され、可決成立した。

千葉県の障害者条例の特徴は、以下のとおり整理することができる。

・ 障害者に対する差別事案があったと認められる場合には、罰則による対応ではなく、あっせん勧告制度<sup>39)</sup>を採用したこと。

・ 差別と虐待について、積極的な類型化を行ったこと。

・ 障害者差別を行ったとして勧告を受けた者が当該勧告に従わなかった場合において、障害者が訴訟を提起したときは、訴訟費用を貸与することとしたこと。

・ 第三者機関の関与を明確にしたこと。<sup>40)</sup> すなわち、差別を受けたと思料する障害者が知事に対して第三者機関のあっせん・助言が受けられるように申立てを行い、知事はその当否を第三者機関に審理を求め、第三者機関がこれを是とした場合にあっせん・助言をおこなうこととしたこと。

このように、千葉県障害者条例は、当初案にかなりの修正がくわえられ、紆余曲折を経て成立した。<sup>41)</sup> 差別は理不尽なものであるが、これを解消することは容易ではない。差別意識は人間の深層に根ざすものであり、これを

条例により解消することがそもそも可能であるかについては、疑問を呈する者が少なくなかった。しかし、国に先んじて障害者に対する差別の実態を明らかにし、これを解消するために「一步前へ」踏み出し、条例化に取り組んだという先進性は評価に値するものと考ええる。

### ③ 給付条例

給付条例は、住民に権利を付与し、又はサービスを提供することを内容とする条例である。典型的には、企業立地を促進するために補助金の交付その他の優遇策を講ずることを内容とする企業誘致促進条例が挙げられる。補助金・助成金の交付などは、予算に根拠があれば執行機関の判断により行うことができるものであるから、こゝとさらに条例の根拠は不要であるが、条例において一定の要件に該当すれば給付請求権を付与するという構成をとることにより、一過性のものではなく永続性のある制度として位置づけることが可能となる。

特に企業立地促進条例は、補助金などの給付のほか、当該自治体が造成した工業団地に誘致するなど、当該地方自治体の総合的な産業振興政策との連携の中で運用することにより一層の効果を上げるよう企図されるものである。その結果、著名な企業の誘致に成功した場合には、固定資産税等の税収の増加、当該地方自治体の知名度の向上や地元からの雇用の発生、従業員の流入による人口の増加などに伴う様々な経済波及効果が期待される。

一方、給付条例は、主に経済的な利益を付与することにより行政が意図する政策の実現を図るものであり、財政的根拠が必要となるものであることから、その時々々の地方自治体の財政状況に大きく影響を受けることとなる。また、給付を受けた者がその給付の目的を十分達成しないまま対象となった事務事業から撤退してしまったような場合には、条例そのものの効果が問われることにもなり、条例中にこのような場合を想定した一定の措置を定めておくなどの工夫が求められる。

製造業の海外展開により産業の空洞化がいわれて久しい現在、各企業とも国内事業場の再編が頻繁に行われることが常態化しているなかで、巨額の補助金等を用意して企業を誘致しても期待した効果が上がらない場合も散見され、この種の給付条例の運用は難しい局面にある。<sup>④</sup>

#### ④ 手続条例

手続条例とは、法律に基づく申請の前に一定の手続を行うことを義務付ける条例をいう。住民に対して義務を課すことになるので、規制的な内容を有するものであるが、その内容が手続に関するものであれば、これを出して手続条例として区分することができる。この条例は、多くの場合、従前地方自治体で許認可事務の前提として行われてきた行政指導を条例化したものである。地方自治体は、一定の事業に関する事業者と住民との紛争の未然防止のために、行政指導により関係住民に対する説明会の開催等を求めてきたが、行政指導には任意性という限界があること、また、行政執行の透明性の確保の観点から、手続条例の制定が進みつつある。産業廃棄物処理施設設置手続適正化条例<sup>⑤</sup>や宅地開発許可基準手続条例<sup>⑥</sup>がその好例である。

次に、手続条例とパブリックコメント制度の関係について、検討しておきたい。パブリックコメント制度は、行政機関が一定の政策を実施しようとする際に、その趣旨・目的、内容等を広く住民に公表し、これに対する住民からの意見を募集し、これに対する行政機関の見解を提示する制度である。国においては、二〇〇五年に行政手続法を改正し、法律に基づく命令の制定、申請に対する処分に係る審査基準、不利益処分に係る処分基準、行政指導指針についてあらかじめ国民の意見を求める意見公募手続を法制化した<sup>⑦</sup>が、地方自治体が実施するパブリックコメントの対象は更に広く、地方自治体が独自に定める条例や行政計画にまで及んでいるのが通常の制度設計となっている。

パブリックコメント制度は、住民が行政の政策決定に際して関与するという側面からは住民参加手続と評価されるが、行政機関からすれば特別の事由がない限り、あらかじめ定められた対象事項についてはパブリックコメントを経由すべきこととなり、合理的な理由なくしてパブリックコメントを実施しなかった場合には、「手続違反」との評価をされることとなる。パブリックコメント制度は、国の意見聴取手続の法制化に先んじて多くの地方自治体で採用されてきたが、そのほとんどは要綱に基づくものであり、必ずしも法的な制度として位置づけられ法的義務として実施されているわけではない。しかし、行政手続法が改正され、同法四六条が「地方公共団体の措置」として、地方自治体に国の命令等制定手続きと同様の措置を講ずべき努力しなければならない旨定めた結果、地方自治体においては、何らかの対応をとるべきことが求められることとなった。

各地方自治体の対応は様々であり、国と同様に命令等について行政手続条例に組み込んで、条例や行政計画については従前どおり要綱に基づくパブリックコメントの対象として残置させた事例、自治基本条例の中に位置づけた事例、市民参加条例の中に位置づけた事例、独自のパブリックコメント条例を制定した事例などが認められる。意見公募手続条例とパブリックコメント条例を並置させた事例もある。

いずれの手法を採るかは、それぞれの地方自治体の判断であるが、命令、審査基準、処分基準、行政指導指針が条例に基づき義務的に意見聴取手続を踏むこととなるのに対して、条例や重要な行政計画が行政上の内規である要綱に基づく（したがって、法的な義務ではない）パブリックコメントにより対応されるというのは、いささかバランスを欠くのではなからうか。条例については住民代表による議会の審査を経るのに対して、命令等は行政機関限りで策定されるのだから一層義務的な意見聴取手続になじむとの議論もあり得るが、住民にとってより重要な内容を有する条例や行政計画が住民の意見が十分反映されたものとなることは議会の審査と矛盾する

ものではなく、むしろ幅広い住民の意見を踏まえた条例案が議会に提案されることにより、一層充実した議会審査が期待できるものでもあり、この議論には理由がないように思われる。

パブリックコメント制度も、条例により裏打ちされた義務的な制度として構築されるべきであり、手続条例として明確な位置づけをすることで、より民主的で透明性の高い行政の展開が実現されるものと考ええる。

### (3) 規制条例の展開

自主条例の重要な区分として規制条例がある。規制条例とは、住民の権利を制限し、義務を課すことを内容とする条例をいう。禁止、許可、承認などの手法を採ることによって一定の行政目的を達成しようとする事務については、地方自治法一四条二項の規定により条例によらなければならない。

その立法例は広範にわたり、パチンコ店等の建築規制（例えば、「宝塚市パチンコ店等及びラブホテルの建築の規制に関する条例」）、地下室マンシヨンの建築規制（例えば、横須賀市の「斜面地建築物の構造の制限に関する条例」）、水道水源付近での産業廃棄物処理施設等の立地規制（例えば、「桑名市水道水源保護条例」）などがその典型である。<sup>16)</sup>

#### ① 立法事実

政策法務の視点から規制条例を制定する場合には、そのスタートとなるのは立法課題の発見であるが、次のステップとして重要な要素の一つが立法事実の把握と確定である。立法事実とは、立法を成立させ、かつ存続を支える事実を意味する。すなわち、立法を行うに当たっては、その必要性・合理性を基礎づける社会的・経済的・政治的な事実が存在していることが必要であり、このような立法を行う場合の基礎を形成し、かつ、その必要性・合理性を支える事実が立法事実である。したがって、とりわけ規制条例の制定は、個別具体的な支障を積み上

げてその必要性を検証していく帰納的な作業が不可欠であり、立法事実なくして条例の制定はあり得ない。

とりわけ、住民の権利自由を制限する規制条例にあつては、立法事實は不可欠の要素である。仮に立法事実なくして規制条例を制定したとすれば、それは憲法の保障する人権を合理的な理由なくして制限したことになり、憲法違反の疑いが極めて濃厚となる。この点で問題となるのが、例えば理容師法施行条例における流水式洗髪施設の設置義務を求める条項であらう。

理容師法では、一定の衛生上の措置を講ずべきことを条例で規定し、これが満足されない場合には営業ができないこととなっている<sup>17)</sup>。一方、理容所において髭剃りや洗髪を行わずカットのみを行うことで廉価な散髪サービスを提供する専門店（以下「カット専門店」という）<sup>18)</sup>が各地で開設されるようになり、従前のフルサービスを提供する理容所にとつては営業上の脅威となつていた。このため、理容師の事業団体は都道府県議会に対し、洗髪施設を設置するよう義務付ける条例の制定ないし改正を求めて請願を行うに至つた。これを受けて、いくつかの地方自治体で流水式洗髪施設の設置を義務付ける理容師法施行条例の制定ないし改正が行われている。

流水式洗髪施設を設けることは営業規制に当たることから、散髪後に洗髪しなければ衛生上支障があることが立法事実として存在しなければならぬが、必ずしもそのような立法事実があるとはいえない状況にあるし、また、制定当時にそもそも県内にカット専門店が存在するかどうかの調査をしないまま流水式洗髪施設の設置を義務付ける条例を制定している県もある。このことは、衛生上の支障があるとの立法事実が認められるかどうかの確認をすることなく条例を制定したものであり、カット専門店の進出を予防する措置として規制条例が制定されたものと考えざるを得ない。理容師法施行条例中に流水式洗髪施設の設置を義務付けている場合には、新規に参入する業種に対して既存の業者の利益を擁護したとも受け止められるものであり、規制条例としては大きな問

題を含む事例といつてよい。

② 周辺住民同意制ないし隣接土地所有者同意制

規制条例の課題の一つに、事業地区周辺の住民同意制ないし隣接土地所有者同意制の問題がある。いわゆる迷惑施設の設置に関しては、許認可庁が紛争の事前予防のために、行政指導として周辺住民の同意を求めることがしばしば行われていたが、これを条例化する例も散見される。例えば、制定当時の三重県生活環境の保全に関する条例第九四条は「知事は、産業廃棄物を処理する施設の設置について、その計画段階から地域住民との合意を図ることに努めながら進めることを基本として、必要な事項を別に定めるものとする」と規定しており、その必要な事項を「三重県産業廃棄物処理指導要綱」において具体的に定めていたが、当該指導要綱は、設置者は廃棄物の処理及び清掃に関する法律に基づく申請に先立ち周辺住民の同意取得を含む事前調整を行わなければならないとしていた。ただし、当該条文は二〇〇九年に削除されているので、上記指導要綱中の周辺住民同意制度は現在でも存続しているが、条例上の根拠を失い、行政指導に留まっている。

また、「柏崎市ペット葬祭施設の設置等に関する条例」では「ペット葬祭施設の設置について許可制とし、許可の基準として「ペット葬祭施設の設置に係る土地の隣接土地所有者及び地元町内会の同意をえていること」を定めている。

さらに、千葉県の北東部に位置する複数の市町におけるいわゆる残土条例は、周辺土地所有者同意制を採用している。これらの条例は制定時期に顕著な特徴を有しており、「銚子市土地の埋立て等及び土砂等の規制に関する条例」が二〇〇五年一〇月七日に制定されると、「匝瑳市土砂等の小規模埋立て等による土壌の汚染及び災害の発生の防止に関する条例」が二〇〇六年一月二三日に、「香取市小規模埋立て等による土壌の汚染及び災害の

発生の防止に関する条例」が同年三月二十七日に、「多古町小規模埋立て等による土壌の汚染及び災害の発生防止に関する条例」が同年二月二〇日に条例の一部を改正することで、ほぼ同時期に相次いで周辺土地所有者同意制を導入している。これらの市町は互いに境界を接しているか、極めて近い距離にあるため、一つの地方自治体が周辺土地所有者同意制を採用したことで、その手続きの煩瑣を回避して周辺土地所有者同意制を有しない地方自治体に残土等を搬入する事業者が増加することが懸念されるため、周辺の地方自治体は踵を接するようにして同様の条例制定ないし改正に踏み切ったものと思われる。

このような住民同意制については、土地の使用収益について周辺住民に「拒否権」を付与するととなり、憲法違反との指摘がある<sup>(49)</sup>のであって、千葉県北東部の地方自治体においても、周辺土地所有者同意制の導入に当たって、事業者から周辺土地所有者同意制は憲法違反であるとの訴訟を提起された場合には敗訴する判決が出る可能性が高いことが議論されたものと思われる。しかしながら、訴訟リスクはあるものの、後続の地方自治体としては、住民や議会からの圧力（隣の市や町で導入した制度をなぜわがまちでは導入しないのか）を踏まえると、周辺土地所有者同意制がたとえ憲法上疑義があるとしても、当該制度を採用するほか選択の余地がなかったとも考えられる<sup>(50)</sup>。

地方自治体が許可の法的要件として住民同意の取得を事業者に求めることは、許認可権限を有する行政にとつて、紛争予防のためには便利で使い勝手の良い制度であろうが、住民同意制は行政法学的には憲法違反との疑義を払拭できないものであり、条例上の措置としては、事業者に対して住民説明会の開催など丁寧な説明義務を課することに留めるべきである。

③ 規制条例の実効性確保

規制条例については、さらに実効性確保の問題がある。分権一括法によって条例制定権の対象領域が拡大され、地方自治体はそれぞれの地域の需要に応じて政策的な規制条例の制定を進めたのであるが、その規制の実効性を確保するための制度としては、地方自治法一四三条三項に規定された罰則（二年以下の懲役・禁錮、一〇〇万円以下の罰金、拘留、没収又は五万円以下の過料）と行政代執行法二条に基づく行政代執行しか認められてこなかった。

条例に認められた刑罰としての自由刑は二年以下の懲役・禁錮であり、条例違反の犯情がいかに悪質なものであってもこれ以上の刑罰を科すことができないし、また、二年以下の懲役・禁錮は、特に初犯の場合ほとんどが執行猶予が付く程度の重さであって実刑を期待することは困難である。また、罰金も上限が法定されている以上独自に加重することは許されないので、罰金を支払っても十分見合う事案であれば、罰則の抑止効果はほとんど期待できない。

また、行政代執行制度は要件が厳格であって使い勝手が悪く、加えて執行費用を回収することが困難と認められる場合には、財政状況が窮屈な地方自治体にあつてはその手段を選択することに躊躇することもあろうし、地方自治体職員に行政代執行に係る事務に精通する職員はほとんどいないという実務上の問題もある。

加えて、民事手続による執行については、いわゆる宝塚市パチンコ店等規制条例事件に関する最高裁判所平成一四年七月九日第三小法廷判決により、行政権の主体が民事手続きによって行政上の義務履行を求める道が閉ざされてしまっている。

そこで、地方自治体は、制度の上の不備を補うため、氏名の公表制度、即時強制などを規制条例の中に取り込むことで、条例の実効性の確保を図ってきた<sup>⑤</sup>。例えば、前者の例としては、「広島市屋外広告物条例」、「東京都

消費生活条例」など少なくない条例において採用されている。また後者については、いわゆるプレジャーボート条例<sup>52</sup>や放置自転車取締条例などにおいて採用されている<sup>53</sup>。

氏名の公表制度は、条例上の義務違反がある場合に、違反者の氏名や違反内容などを公表する制度である。行政代執行法第一条に規定する法律に留保された義務履行確保手段には含まれず、条例によって創設が可能であると解されている。氏名公表制度には、制裁を目的とする場合のほか、違反の事実を消費者等に知らせて不測の損害が生ずるのを防止する機能もあるとされているが、規制条例で期待されているのは制裁的機能である。違反事実と違反者の氏名を公表することで一般の社会的評価を低下させることになり、社会的信用や評価を大事にする事業者などにとっては罰金などよりもはるかに効果的な制裁となり得るが、社会的評価の低下に無頓着な者については、実効性が期待できないという限界がある。一方、氏名の公表に伴う社会的評価への打撃はときとして罰金等よりも大きな不利益を与えることから、その実施に際しては公表に先立って関係者に意見書の提出や弁明の機会の提供など、慎重な事前手続の整備が求められる。

即時強制は、事前に義務を課すことなく、したがって、相手方の義務不履行を前提とせず、強制的に行政目的を達成するため、直接身体又は財産に対して有形力を行使する行為をいう。即時強制が許されるのは、非常の場合又は危険切迫の場合であって、これを回避するために必要な措置を講ずることを義務者に命ずる時間がないとき、又は性質上義務を命ずることによってはその目的を達し難い場合である。相手方の意思の如何にかかわらず一方的に相手方の権利利益を侵害することとなるので、その要件と適用範囲を明確にすることが求められる。例えば、「千葉県プレジャーボートの係留保管の適正化に関する条例」では、プレジャーボートの不法係留を禁ずる区域を定め、特に重点区域に放置されているプレジャーボートについては他の場所に移動させることができ

ることとし、事前に不法係留者の氏名・住所等を知ることができると場合には警告し、緊急の必要がある場合等には直ちに移動させるなどの工夫をしている。

ところで、行政上の義務の履行を求める方法として、行政自身による場合（行政的執行）のほか、裁判所を経由する方法（司法的執行）が考えられるが、最高裁判所が既述の宝塚市パチンコ条例判決において、行政上の義務の履行を求める訴訟は法律上の訴訟に該当しないととして司法的執行の可能性を否定してしまったので、地方自治体としては規制条例で使用可能な行政手法が大きく制約を受けることとなった。地方分権一括法により条例制定権の対象領域が大きく拡大し、地域の実情に即した自主的な条例を独自に構想することが可能となったにも関わらず、義務履行確保の道が広がっていないのは大きな問題である。今後は、地方自治体における義務履行確保に関する新たな立法措置が講じられるべきである。<sup>54)</sup>

#### ④ 刑罰を規定する場合の問題

規制条例の実効性確保手段としての行政刑罰は、その機能不全が指摘されているもの、依然として有力な義務履行確保手段の一つであり、規制条例を制定するに際しては、罰則を当該規制条例中に規定するかどうかの検討は不可避である。行政刑罰には刑法総則が適用され、刑事訴訟法に基づき課せられるものである。したがって、条例違反があった場合には捜査機関に委ねられ、最終的には検察が起訴することで処理されることとなることから、法律上の義務ではないものの、実務的には検察庁との協議が必要になってくる。

条例に刑罰を盛り込もうとする際に最も重要な点は、明確性の原則を踏まえた内容にしなければならないということである。すなわち、刑罰を定める規定が不明確であって、どのような行為がどのような罪に当たり、どのような罰を加えられるのが住民に対して明らかでなければ、罪刑法定主義に抵触するものとして、違憲無効と

なるからである。

明確性の原則に照らして条例の違憲性・違法性が争われた事件としては、徳島市公安条例事件最高裁判所判決（最高裁昭和五〇・九・一〇、判例時報七八七号二三頁）、福岡県青少年保護育成条例事件（最高裁昭和六〇・一〇・二三、判例時報一一七〇号三頁）がある。前者は特に条例と法律との関係を整理した事件として、あまりにも有名である。すなわち、法律が規定している事項についても、両者の対象事項と規定文言を対比するのみではなく、法律と条例の趣旨目的、内容及び効果を比較し、両者の間に実質的に矛盾抵触がなければ条例を制定できるとして、法律先占論を排除した。

また、後者は、「福岡県青少年保護育成条例」が小学校就学の始期から満一八歳に達するまでの者を青少年と定義した上で、「何人も青少年に対し淫行又はわいせつの行為をしてはならない」とし、その違反者に対して二年以下の懲役又は一〇万円以下の罰金を科すとしたところ、「淫行」の概念が明確性を欠き、憲法三一条違反と主張された事件に対する判決である。最高裁判所は「淫行」について「広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っている」とか認められないような性交又は性交類似行為というものと解するのが相当」として、限定的な解釈を行ったうえで、当該条例を合憲とした。この判決に対しては、二名の裁判官の補足意見と三名の裁判官の反対意見が付されるなど、明確性に疑問が持たれた事件であった。

このように、通常の判断能力を有する一般人の理解を超える、相当無理があるといわざるを得ないような限定解釈をするのでなければ救済されない条例は、立法技術の点からも拙劣といふべきであり、まして明確性の点で

大きな疑問があるといわなければならない。このような事案が頻発すれば、裁判所における地方自治体の立法能力が問われることにもなり、規制条例に対する信頼性を欠くことにもなりかねないのであって、規制条例中に罰則を規定する場合においては、そのことが人権侵害の可能性を内包するものであることを十分認識しなければならない。地方自治体職員もまた、裁判所の審査に耐えられるような政策法務能力と立法技術の双方において研鑽を積むことが求められる。

### (3) 議員立法の現状と課題

地方自治体の条例は、長が提案するものばかりではない。長の提案する条例の件数に比較すれば相対的には少数であるが、各地方自治体において議員立法による条例もまた、確実にその制定が進んでいる。

地方自治体では二元代表制が採用されているが、実質的には長優位の状況があるといわれており、議会は執行機関を監督し、その活動を監視する役割が期待されていた。しかし、地方分権一括法成立後は、議会の機能強化が謳われ、その一つとして議員立法の積極的活用が志向されている<sup>56)</sup>。

この結果、少なくとも条例が議員により提案されるようになっており、次表に示すとおり相当数の条例が成立している。

\* 都道府県議会における政策条例<sup>59)</sup>の成立件数

年度	二〇〇二	二〇〇三	二〇〇四	二〇〇五	二〇〇六	二〇〇七	二〇〇八	二〇〇九	二〇一〇
件数	一八	一三	二八	一八	一九	二四	二一	二〇	三七

出典…全国都道府県議長会の資料に基づき筆者作成

## \* 市議会における政策条例の成立件数

年度	八一年	九二年	一〇三年	一一一年	九七年	九七年	一三一年	一五六年	一五九年
件数	二〇〇三	二〇〇四	二〇〇五	二〇〇六	二〇〇七	二〇〇八	二〇〇九	二〇一〇	二〇一一

出典…全国市議会議長会HP「市議会の活動に関する実態調査結果」に基づき筆者作成

しかしながら、その対象となる事案については、従来長の権限に属するとされてきた行政執行権、行政組織編成権などと衝突する可能性を内包すると懸念されるものもあり、また、住民の行為を規制する条例等も散見され、基本的な人権との関係において議論の余地が残されている。例えば、次のような事例が認められる。

## ① 行政計画に議会が議決その他の関与をする条例

ここで掲げた行政計画とは、法律に根拠を有すると否とにかかわらず、長がその権限に属する事務の執行に際して目標を設定してそれを実現するための手段を総合的ないし体系的に提示するために策定する構想で、おおむね複数年にわたるものをいう<sup>⑥</sup>。このような行政計画の策定は、附属機関に諮問したり、広く住民の意見を徴したりすることはあっても、長がその責任において策定するものであって、議会がこれに組織として関与することはなかったのであるが、二〇〇一年に三重県で「三重県行政に係る基本的な計画について議会が議決すべきことを定める条例」を制定して以来、特に都道府県において行政計画に議会が関与する条例（以下「行政計画議会議決条例」という。）の制定が進んでおり、二〇一〇年一月一日現在で、二九府県に及んでいる。

しかし、行政計画の策定に議会が関与することについては、いくつかの疑問がある。そもそも行政計画は長が行政執行を行うについてその指針とするものであって、行政計画を策定するかどうか、その内容について議会将

関与させるかどうかは、長の裁量に委ねられるべきである<sup>(6)</sup>。また、長は、行政計画を立案する場合には、有識者によって組織される附属機関やパブリックコメント手続き等を経て住民の意見を徴することが常態であるが、このことは、有識者や住民の意見を踏まえつつも、最終的には長の責任において行政計画を企画・立案・執行していくことが認められるのであって、議会の関与を経ない自治体行政の分野が想定されていることに他ならない。仮に、自治体議会が行政計画が住民に関心の高い分野であることから住民代表を関与させよとする主張を展開するのであれば、行政計画の立案者及び執行者が長であることとのバランス上、行政計画議会議決条例の提案権は、長に専属すると解すべきである。

さらに、既に制定されている行政計画議会議決条例には、次のような問題点が認められる。

ア 否決の効力…議会の同意は行政計画の効力発生要件となるか、否決された場合において行政計画の執行そのものには影響はなく、長の政治責任が生ずるだけとなるか。

イ 再議の制度との整合性…行政計画を議会が否決したときは、長は再議を求めることができない（再議の対象は、自治法一七六条一項の規定により、条例の制定改廃と予算である。）が、行政計画に係る予算を減額した場合は、再議の対象となる。これを矛盾なく説明できるか。

ウ 計画の対象範囲…法定計画を対象とするか、対象外とするか。法定計画を対象とする場合、これが否決されたときには、当該法定計画の策定を義務付ける法には長が採るべき対応について特段の規定はない。

エ 行政計画の修正可能性…先行自治体の行政計画議会議決条例では、議会による行政計画の修正を想定しておらず、可決か否決かの二者択一である。否決する場合には、否決理由と否決すべき個所については特定可能であり、したがって理論的には修正可能であるが、行政執行の実務を担当していない議会において、現実

に修正は困難である。

## ② 附属機関の設置に関する条例

議会が長の政策に関連してこれをけん制するため、附属機関の設置を求め、その構成を規定する条例を制定した例がある。「長野県治水・利水ダム等検討委員会条例」は、二〇〇一年二月二〇日に田中康夫長野県知事(当時)が「脱ダム宣言」を発表したことを受け、同年三月二六日に制定されたものである。当該条例では、対象となる河川を明示し、当該河川の流域に係るダム等を含む総合的な治水・利水対策に関する事項について、知事の諮問に応じて調査審議するために設置するものとされている。加えて、委員会の委員について選任されるべき範囲を定めるなど、長の行政組織編成権や人事権を侵害する虞のある内容を含んでいる。

このほか、「島根県附属機関等の設置及び構成員の選任等に関する条例」も、いずれも努力義務ながら、審議会の男女構成比を一定比率未満としないようにすべき旨の規定、構成員を公募すべき旨の規定、同一人による委員就任を制限すべき旨の規定を定めて、長の選任する審議会委員に対して一定の配慮を求める内容となっている。

## ③ 住民の行為に一定の規制を行う条例

議会議員が提案する条例案は、理念型条例に属するものが多いのが特徴であるが、中には、規制条例に該当するものも少数ながら存在する。例えば、千葉県、鳥取県、高知県などの「暴走族・暴走行為等根絶条例」、北海道、岩手県の「プレジャーボート等の事故防止条例」、宮城県「ピンクチラシ根絶活動促進条例」などが挙げられよう。

これらの条例は解釈運用を誤ると基本的な人権を侵害する可能性のあるものであり、現に立法事実が存在し、そ

の規定内容が妥当であり、特に犯罪構成要件については明確でなければならぬものである。このような規制条例を長が提案する場合には、有識者等からなる検討委員会を組織し条例の内容の適法性、合理性、必要性などを審議するなどのほか、罰則を伴う場合は案の段階で検察庁と協議するなど慎重な手続きが取られることが常態であるが、議員提案にあつても同様な手続きを採ることが望ましい。特に、他の条例では類例のない手法を採る場合には、従来の法理論との整合性を確保しておくことが不可欠である。<sup>64)</sup>

議員提案条例は、その趣旨説明は提案者の議員が行い、他の議員からの質問に答えることとなる。すなわち、当該条例案を提出した議員は、その条例を必要とする立法事実を収集・分析し、当該地方自治体の条例や施策の体系、類似の施策の有無、財政状況、行政組織のありかた、提案に係る施策の他の自治体における実施状況などの広範な事項について調査研究を行い、提出した条例案が法的にも合理的であり、現状の課題を解決するために有効であることを説明しなければならない。

議会における賛否の審議及び討論も、議員同士が行うこととなるので、その議論が真摯なものであれば、議会の活性化にとって有効であることは言うまでもない。しかしながら、せっかくの提案もほとんど議論らしい議論が行われなまま本会議で議決してしまう場合がある。<sup>65)</sup> このことは、議員提案は議会活性化のきわめて有効な手法ではあるものの、議員にも条例制定に係る立法技術や政策法務的思考が求められることを端的に示している。<sup>66)</sup>

#### 4 地方政府としての自治体と立法権——結びに代えて

地方自治体は、その時々々の国の法制度の変更を反映して条例を制定するとともに、地域の課題を解決するため自主条例の制定に取り組んできた。その過程で様々な課題が顕在化していることは、既述のとおりである。義

務付け・梓付けの見直しのための委任条例を制定する過程で、地方自治体の法務能力が必ずしも十分でないことが露呈した部分もあり、また、自主条例の制定にあっても自治体の立法能力に裁判所から疑問が示された事例も散見される。しかし、こうした課題は地方自治体にとって克服することが困難なものではない。地方自治体はこれまで、様々な分野において、地域の実情や行政需要に対応するための自主条例を制定してきた。すなわち、住民の生命・身体・財産を保護し、自然環境・生活環境を保全し、住民の参画を促し、自治意識を高めるために、国に先んじて様々な施策を構築し、これを裏打ちする特徴ある条例を制定してきたことは動かしがたい事実である。そのような知見の集積を踏まえれば、条例の制定に伴い様々な課題が発生しているとしても、それは地方自治体が地方政府として成長するための糧のなり得るものである。政策法務的な手法や考え方が自治体法務の標準装備となりつつあり、地方自治体の法務能力は着実に向上しているし、これを制度的に担保するための取組みも行われている<sup>67</sup>。立法権の分権を受け入れられる素地は、地方自治体に育ちつつあるというべきである。

地方分権改革推進委員会の「中間的なとりまとめ」で示された地方自治体を地方政府と位置づける考え方は、地方自治体の権限を確立し、地方自治体独自の施策を推進しようとする地方自治体の関係者からは歓迎されたのであるが、それはそのような実績を踏まえることと考えられる。実力を伴わない、建前だけの議論ではない。しかし、その後の勧告を見ると、地方政府としての自治体に自治立法権を認めるべきとの地方分権改革推進委員会の提言は、竜頭蛇尾となった感がある。

地方には国とは異なる事務領域があり、しかも、当該事務領域についてそれぞれの自治体においてはそれぞれの地域的な特徴があり、一律的画一的な法解釈と法の執行では解決できない状況があるのであって、これは法定受託事務であると法定自治事務であるとを問わないというべきである。まして地方自治体が法の空白を踏まえ

て実施しようとする法定外自治事務にあつては、当該自治体が住民の行政需要を前提として、新たな法を創造しなければならない場面も少なくない。このことは、地方自治体で自主条例を制定してきた経緯を見れば明らかである。

そうすると、地方自治体には、政策法務を通じて、「国の法世界とは異なる、もう一つの法文化的境地としての自治体独自の法世界」<sup>68</sup>が形成されつつあるように思える。「中間的なとりまとめ」に示された地方政府が保有する自治立法権は、こうした地方独自の法の世界を具現するために必要不可欠な権限ではなからうか。

地方自治体の自治立法権は、国の法体系から独立して存続することはあり得ない。憲法九四条の規定により、条例が憲法及び法律に抵触することは許されないからである。日本の法秩序が憲法を頂点として形成されている以上、憲法違反の条例は許されないのは当然であり、そのことは法律も同様である。しかし、「法律違反の条例」については、これを形式的に判断することが適当でないことは、徳島市公安条例違反事件最高裁判決以来、既に定着した考え方である。したがって、法律と条例との抵触関係は、常に内容に及んで検討されるべきこととなる。その際の実定法上のメルクマールは、次に示すとおり、地方自治法の中に認めることができる。

- ① 住民に身近な行政はできる限り地方自治体に委ね、国が地方自治体に係る制度の策定及び施策の実施に当たっては、地方自治体の自主性及び自立性が十分発揮できるようにする（同法一条の二）。
- ② 地方自治体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づき、かつ、国と地方との適切な役割分担を踏まえたものでなければならない。その解釈及び運用も同様である（第二条一項・一二項）。
- ③ 法令に基づき地方自治体が処理することとされる事務が自治事務である場合には、国は、地方自治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に特に配慮しなければならない（二条一三項）。

こうした地方自治法の規定の解釈については、国は国にとって都合よく、地方自治体は自治体にとって合目的に行う傾向があることは否定しえないが、それにしても、国に対して特段の配慮を求める地方自治法の上記の規定は、個別具体的な施策の構築及び実施に際しては有名無実となっている感がある。

国と地方自治体の役割分担は、仕事の配分のみならず権限の配分にも及ぶべきものである。国と地方自治体の役割分担は、国が地方自治体の事務を決め、地方自治体はその決定に従って淡々と国の指針通りに仕事をすればよいという趣旨ではないはずで、役割にはこれを執行する権限が伴うべきである。また、地方自治体に一定の権限が配分されたとしても、当該権限の行使について国が微に入り細を穿ったコントロールを及ぼすというのであれば地方自治の名に値しないものである。

現に法定自治事務にあつては、自治事務として位置づける以上当然に地域的な裁量の余地が残されるべきところ、法律及び政省令による規律密度が高く、実質的に機関委任事務と大差ないことが指摘されている<sup>(99)</sup>。地方自治法その他の法律の規律密度の高さが自治体の独自性の發揮の支障となつてゐることはしばしば指摘されてきたところであり、国に地方の事務について地方に委ねる意思があるのであれば、地方自治体が地方政府にふさわしい権限を行使するために、地方自治の基本的なあり方を規定する新たな枠組みの構築こそが検討されるべきである。そして、憲法が規定する地方自治の本旨を具現する地方政府が明確に位置づけられ、その本質的構成要素である自治立法権の行使として、当該地方政府が所管する地域の独自の需要に基づき、その立法事実にあつた形形で制定されることが条例の究極の在り方ではなからうか。

(1) 自主条例とは、法律に基づくものではなく、地方自治体がその地域の需要を踏まえて独自に事務を創設して必要な事項を

定める条例をいう。「政策条例」と表現する場合もある（山本博史・「条例制定過程の現状と課題―すぐれた条例を創出する条例制定過程とは」・自治体政策法務（有斐閣、二〇一一年）四一―三頁）。その対象とされる分野は、環境、まちづくり、社会福祉、情報公開・個人情報保護、NPO支援、消費者保護、人権擁護など広範に及ぶものである。

なお、磯崎初仁中央大学教授は、条例について次のように分類区分している。

法定事務条例	類型区分	
	基本条例	内容
自主条例 （独自条例）	規制条例 給付条例 手続条例	自治体の運営や特定分野の施策等について基本的事項を定める条例 住民の権利を制限し、義務を課すことを定める条例 住民に権利を付与し、又はサービスを提供することを定める条例 住民又は行政機関の活動について手続を定める条例
	内部事項条例 委任条例	自治体の組織、職員の人事その他の内部事項について定める条例 法律の委任に基づく事項について定める条例
	執行条例	法律の委任によらず、法律の執行に必要な事項について定める条例

出典：磯崎初仁・自治体政策法務講義（第一法規、二〇一二年）八三頁

- (2) 成田頼明・地方自治の保障・第一法規（二〇一二年）・一八六頁、
- (3) 八項目の事務とは次のとおりであった。
- ① 司法に関する事務
  - ② 刑罰及び国の懲戒に関する事務
  - ③ 国の運輸、通信に関する事務
  - ④ 郵便に関する事務
  - ⑤ 国立の教育及び研究施設に関する事務

- ⑥ 国立の病院及び療養施設に関する事務
- ⑦ 国の航行、気象及び水路施設に関する事務
- ⑧ 国立の博物館及び図書館に関する事務
- これらは地方自治体において処理できない事務の例示であつて、このほかにも地方自治体が処理できない事務があるとされており、それは次のような事務と理解されていた（成田頼明・前掲一八二頁～）。
- ア 国全体にわたつて各一的な制度によることが好ましいと思われるもの
- イ 私法秩序形成等に関する事務
- ウ 刑事犯の創設等に関する事項
- エ その他対象たる事項が一地方の利害にとどまらず全国民の利害に関係のあるもの、又は規制の影響の及ぶ範囲が一地方を超えて全国にわたるもの
- しかし、このような区分が適当なものであるかどうかについては、疑問が示されている（松本英昭・要説地方自治法第七次改定版（ぎょうせい、二〇一二年）二五一頁～）
- （４） 都道府県事務の七〇％から八〇％、市町村事務の三〇％から四〇％が機関委任事務であつたといわれている。成田頼明監修「地方自治法改正のポイント」（第一法規、一九九九年）一四頁～一六頁、井川博「新地方自治法と自治体の自立」（公人の友社、二〇〇一年）一頁～一三頁
- （５） 例えば、千葉県の「宅地開発の基準等に関する条例」、各都道府県の青少年健全育成条例及び公安条例など
- （６） 法令が地方の行政需要に必ずしも十分に対応することができず、しかも、条例は法令の範囲内でしか制定することができないという制約の中で、地方自治体は、創意工夫して要綱を制定しこれを運用して住民の期待にこたへてきたという経緯がある。その分野は、都市開発、環境、福祉など多方面に及ぶ。こうした地方自治体の対応については、法行政の原則に反するという批判がされてきたが、地方自治体が住民の福祉と快適な生活を守るといふ責任を全うするために必要な緊急避難的というべき行為であつたとして、一定の理解を得てきている。
- （７） 成田頼明・前掲一八九頁。ただし、条例の制定権の限界については、より精緻な議論が展開されており、上記のような

基準を原則としつつも、個別具体的な立法事実を踏まえて、法律と条例の関係を検討し、法令と条例との関係を整理しようとする傾向にある（松本英昭・前掲・二五七頁）

(8) これまで「委任条例」として理解されてきた条例については、法律が政令に委任するようなものとは異なるのであつてむしろ「法律規定条例」と呼ぶべき、と提唱されている。齋藤誠「条例制定権の限界」芝池義一ほか編「行政法の争点」〔第三版〕（有斐閣、二〇〇四年）一六〇頁

(9) 地方分権改革推進委員会第三次報告において、見直しの対象とされたものには次のようなものがある。

① 地方自治体の施設であるにもかかわらず、国が設置・管理の基準を示すもの

例えば、都市公園の面積等の基準、バリアフリー化構造基準、保育所の入所基準、道路使用許可の基準等三二項目

② 地方自治体の事務であるにもかかわらず、国が協議、同意、許可などの関与を行うこととされているもの

例えば、地方の有料道路料金変更の許可、山村振興基本方針の協議、県が管理する国定公園の利用許可の同意協議等八項目

③ 自治体の事務であるにもかかわらず、多くの計画を策定させ、国の施策に誘導するもの

例えば、様々な類型の地域活性化、港湾・漁港などの公共施設の整備など二二七の計画について策定を義務付け

(10) 自治体法務検定公式テキスト（平成二五年度対応）自治体法務検定委員会編・第一法規・六四頁）

(11) 国がある事務を法定受託事務と定めるか法定自治事務と定めるかは、法律によって決定されるのであるから、結果的に国の裁量によるものとなっている。本来、特定の事務が国の事務となるか地方の事務となるかの区分は、地方自治法第一条の二に定める基準によるべきであるが、その判断は国が主導することが前提とされているものであつて、地方自治体の意向を尊重するシステムが存在するわけではないからである。

(12) 例えば、千葉県では、「千葉県廃棄物の処理の適正化等に関する条例」に基づき、事業者が自ら排出した産業廃棄物の積替保管場（廃棄物の積替え又は保管を行う場合における積替え又は保管に係る場所をいう。）のうち、一定規模以上のものの設置を許可制としているが、国は二〇一〇年五月に廃棄物の処理及び清掃に関する法律を改正し、産業廃棄物を事業場の外で保管する際の事前届出制を創設した。この場合において、条例による法律の上書きが認められなければ、条例制定時の立法

事実が維持されるべきである場合でも、千葉県条例は法律違反として違法無効とされてしまう可能性がある。しかし、そもそも法律が産業廃棄物の積替保管場に関して規制してこなかったときに千葉県が地域の実情に応じて制定した条例が、その立法事実が存続しているにもかかわらず、全国一律に適用されるべき法律によって否定されてしまうことについては、到底容認できないものがある。

- (13) 大村慎一「義務付け・枠付けの見直しに関する条例制定の動向」・自治体法務研究NO. 三一(二〇一二年、ぎょうせい) 一四頁

- (14) 北海道町村会法務支援室がまとめた資料(地域主権改革一括法に関する条例等対応関係一覧表(市町村対応版)によれば、国土交通省関係の事項には「参酌すべき基準」が多いが、厚生労働省が所管する住民に最も身近な社会福祉関係に関する事項のほとんどが「従うべき基準」となっている。

- (15) 西尾勝「地方分権改革」東京大学出版会(二〇〇七年、二六六頁)

- (16) このような印象を持たれることは、必ずしも制度設計に携わった関係者の本意ではなかったと思われる。地方分権改革推進委員会の委員を務めた小早川光郎教授(当時)は、二〇一〇年八月一日に開催された第一〇回行政法研究フォーラムの席上、条例上書権の問題が「参酌すべき基準」にすり替わったのではないかとこの意見に対し、「上書き」という当初漠然としていたイメージが制度設計において具体化していく過程で一番落ち着きのよいのが『参酌基準方式』である」旨の説明をしている。ジュリストNO. 一四一四(二〇一一年、有斐閣)三三三頁

- (17) 国の省令による基準を条例に委任することは、ナショナルミニマムの解体につながるとして福祉関係者から根強い反対がある(例えば、一般社団法人日本保育学会による二〇一一年八月一〇日付の「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律(以下「整備法」)の施行に伴う児童福祉法施行規則等の一部改正に関する意見書)。

- (18) 「コピー条例」ないし「一括引用条例」という方法を選択せざるを得なかったのは、省令が裁量の余地のない詳細なものであったということのほか、時間的制約が大きな原因であった。すなわち、省令が出そろったのは平成二四年三月末であり、その時点から都道府県は条例制定の準備に入らざるを得なかった。千葉県では、県が制定すべき条例案がおおむね提案され

たのは同年の一二月定例議会であった。市町村では、独自に準備を開始していたところもあるが、一方で、例えば道路、公営住宅、介護施設の基準条例等は県の条例の状況を見ながらこれと大きくかけ離れた条例を制定することは適当ではないとの判断があったものと思われ、平成二五年三月議会で制定を目指すとしても実質的には数か月の時間の余裕しかなかったのである。

(19) 地方自治体において独自の基準を制定するのではなく、一括引用方式による条例化が地方自治体にとつては最も負担が少なく、特に市町村にあつては大勢を占めるのではないかと思われる。「一括引用条例」を採用するメリットは、省令の内容をすべて条文化することで条数が多くなる「コピー条例」よりも、当該条例の趣旨が実際に条例の適用を受ける関係者にとつてわかりやすいことが挙げられる。特に、一括引用方式によれば、当該地方自治体が独自基準を設けなければ、省令に規定する基準を当該事務の基準とする旨を規定すれば足りることとなるし、また、独自基準を定めた場合であっても、当該独自基準のみが具体的な条文として表記され、それ以外は「省令の規定する基準による」と規定することとなつて一層鮮明となり、これにより、議会における審議は当該独自基準の妥当性に絞られ、論点が明確となる。

(20) 「中間的とりまとめ」は、国と地方との役割分担について「グローバル化した社会における国家としての存立にかかわる事務、その他の国が本来果たすべき役割を重点的に担うように中央政府の役割を限定し、住民に身近な行政は地方自治体に移譲し地方の裁量と責任のなかで実施することが基本である」としたうえで、「国は、地方自治体の自治事務に対しても、法令にもとづいて様々な義務付け・枠付け、関与などを行つており、これが地方自治体の実質的な裁量権と責任ある判断を大きく制約している。地方自治体に与えられた事務や権限について本当の意味で判断の自由度と責任を確保し、権限移譲を実質的に進めていくためには、国が担う役割についての明確な基準を設定し、これにあてはまらない義務付け・枠付け、関与等は廃止するとの基本方針のもと、徹底的な見直しを行う必要がある。」と明確に述べている。こうした姿勢に照らし、義務付け・枠付けの見直しが「従うべき基準」により地方自治体の創意工夫を大きく制約し、実質的に省令の基準に準拠する条例の制定を強制する勧告が同じ委員会から示されることは、想定を大きく超える事態である。

(21) その方法には、おおむね二つあるといわれている。第一に個別の法律に上書きを認める条文として「〜にかえて条例の定めるところによることができる」旨の規定を置く個別の上書きの方法、第二に地方自治法などの通則的規定に「地方自治体

は、法令の規定が地域の実情に適合せず、これを放置した場合には住民の生命身体財産等に重大な脅威となるものと認められるときは、法令の規定にかえてその地域の実情に応じた規制等を行うために必要な条例を制定できる」旨の規定を置く通則の上書きである。これに加えて、法令に上書きを認める具体的な根拠がなくとも、憲法等の解釈から条例による上書きを認めても良いのではないかとの議論もある。

- (22) 地方六団体は、平成二〇年五月二一日付け「地方分権改革推進委員会の第一次勧告に盛り込むべき事項」において「義務付け・枠付け、関与の見直しと条例による法令の上書きを含めた条例制定権の拡大については、『中間的なとりまとめ』で示されているとおり、地方自治体の自主性を強化し、政策や制度の問題を含めて自由度を拡大する姿勢に立ち、『全国的に統一して定めることが必要な場合』等を極力限定的にとらえて見直しを行うことを明確に打ち出すこと」と要望し、平成二一年一月一七日付け「地域主権の確立と地方の自立・再生に向けて」において「国と地方の役割の抜本的見直しと地方への大胆な権限移譲、義務付け・枠付けの見直し等の実現を通じた自治立法権・自治行政権の確立」を強く求め、さらに平成二一年一月二日一五日付け「義務付け・枠付けの更なる見直しを求める声明―地方分権改革推進計画の閣議決定を受けて―」において「保育所や老人福祉施設などに関し、勧告では『参酌すべき基準』とされた項目について、自治体の裁量の余地が乏しい『従うべき基準』とし、それらについて『法施行の状況等を踏まえ再検討する』との形で先送りされるなど、政府が掲げる『地域主権』の理念に沿った内容とは言い難く不十分と言わざるを得ない」として更なる見直しを求め、繰り返し地方自治体の条例制定権の質的な拡大を求めている。国は、これらの地方六団体の要望や要求について、単に建前を述べたものとして取るに足りないと考えているのであろうか。

- (23) 北村喜宣・分権改革と条例(弘文堂、二〇〇四年) 五二頁、

- (24) 筆者の印象で言えば、患者の顔色を見、問診を重ねて病気の原因を探ろうとする総合診療医と、検査結果を記録したパソコンの画面ばかり見て、患者に向き合おうとしない専門医ほどの差があるように思える。

- (25) 自治体の条例上書き権を認める通則法を新たに制定することが直ちに困難であるならば、一般的な上書き権を地方自治体が確保する方法としては、例えば、地方自治法第一四条の次に次のような一条を挿入することでも対応することができるのではないか。

① 地方自治体が、その地域的に必要とされる独自の施策を展開するために必要があると認めるときは、条例で、法令の規定の全部又は一部を適用せず、又は必要な制限を付し、補完し、若しくは緩和し、若しくは法令の規定に代えて、適用すべき事項を加えることができること。

② 国は、法律による統一的な施策を実現するために、地方自治体により前項の措置が講じられることが適当と認めるときは、当該法律に地方公共団体が同項の措置を講ずることができない旨の規定を設けることができるが、この場合には、憲法九二条に規定する地方自治の本旨に照らし、当該規定を設けることにより地方自治体によるその実情に応じた自立的な政策の実現を阻害することのないよう十分な配慮が行われなければならないこと。

③ 国が法律に条例による上書きの措置を講ずることができない旨の規定を設けた場合において、地方自治体は国地方係争処理委員会に対し当該地方自治体が制定する条例について当該規定の適用を除外するよう請求することができること。

(26) 一九七〇年代に松下圭一法政大学名誉教授の自治体法務を巡る問題提起を受けて、東京都多摩地区の自治体職員が自主的勉強会を組織して自治体法務に係る研究に取り組んだことが政策法務に関する議論の嚆矢となっている（天野巡一・岡田行雄・加藤義重編著「政策法務と自治体」（日本評論社、1989年）はしがき）。その後、一九九〇年に開催された自治体学会大阪大会から政策法務分科会が設けられて、本格的な議論が開始された。一方、北海道・神奈川県・千葉県などにおいて研究者と自治体職員による自主的な研究活動が行われており、政策法務に関する研究活動は全国的な広がりを見ることがなった。

(27) 条例制定の歩みについては、磯崎初仁・自治体政策法務講義（第一法規、二〇一二年）一七頁を参照

(28) 北村喜宣上智大学教授は、自治体政策法務を「地方自治の本旨の実現のために、住民の福祉増進の観点から必要と考えられる政策を、憲法をはじめとする関係法体系のもとで、自主的な法規酌を踏まえて、いかに適法・合理的に制度化・条例化するか、適法・効果的に運用する思考と実践」と定義している（自治体の法環境と政策法務・都市問題九五巻五号・二〇〇四年・四頁）。また、磯崎初仁中央大学教授は、政策法務を「法を政策実現の手段としてとらえ、政策実現のためにどのような立法、法執行、争訟評価が求められるかを検討する理論及び実務における取組み」と考えている（自治体政策法務講義・第一法規・二〇一二年・三頁）。

(29) 千葉県では二〇〇三年に法務担当課の名称を文書課から政策法務課に変更し、政策法務室を設置して組織として政策法務に取り組んだ。一年間の条例審査件数（一部改正条例を含む）は、公の施設設置管理条例や法令委任条例等を含めて、その時々には差はあるものの、おおむね一〇〇件前後で推移しているが、その中でも、自主条例は着実に件数を増やしている。すなわち、一九八七年六月一五日現在の千葉県の条例二三六件のうち自主条例（公の施設の設置管理条例、奨学金給付条例、行政の組織や公務員に関する事項に係る内部事務に係る条例を除く。以下同じ。）は二七件であった。一方、二〇〇二年一月二三日現在の自主条例は四八件であり、二〇〇三年以降制定された自主条例は一八件である。

(30) 情報公開条例と個人情報保護条例が典型的な事例である。わが国の情報公開制度は、一九八二年に山形県金山町が情報公開条例を制定したことから始まった。その後、各地方自治体で制定が進み、現在ではすべての都道府県で情報公開条例が制定されており、またほぼすべての市区町村及び一部事務組合でも制定されている。国が情報公開法（行政機関の保有する情報の公開に関する法律）を制定したのは、一九九九年である。また、個人情報保護制度については、一九八四年に福岡県春日市で初めて個人情報保護条例が制定されてから各地方自治体で制定が進み、国において個人情報保護法（個人情報の保護に関する法律、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律）が制定されたのは、これに遅れること二〇年後の二〇〇三年であった。

(31) この種の条例には枚挙に暇がないが、典型的な事例として「千葉県産業廃棄物の処理の適正化等に関する条例」を挙げることができる。千葉県は首都圏に比較的近く、また、地形的には谷津田などに耕作放棄地が多いという諸条件から、これらの地に産業廃棄物の不法投棄や不適正処理が大量に行われていた。その時、産業廃棄物の処理及び清掃に関する法律（以下「廃棄物処理法」という。）に自社処分の積替え・保管に係る許可・届出等の規制がなかったため、千葉県内において、自社処分を装って法令の処理基準を超えて産業廃棄物を搬入し、堆積させる結果、その場所が事実上の最終処分場と化してしまう実態が多く認められた。廃棄物処理法に排出事業場以外の保管について処理基準はあったものの、処理基準に基づく指導・取締りにより不法堆積の現場を改善することは実質的に困難であった。千葉県はこうした状況を改善するために監視業務の強化等の独自の取組みを行いつつ、法改正を求めて国に対して様々な機会をとらえて要望してきたが、法改正はついに行われなかった。そこで、千葉県では二〇〇二年に条例制定に踏み切ったのである。その過程において、環境省や千葉地方検

- 察庁・千葉県警察本部との協議も行われたのであるが、これらの関係機関は、当該条例案について違法であるとの見解を示し、この条例の制定については終始消極的な姿勢を示していたといわれている（北村喜宣・「揺れ動く産業廃棄物法制…自治体現場で何が起きているか」（第一法規、二〇〇三年）一〇九頁）。
- (32) 行政基本条例は、執行機関の組織及び運営の基本事項を定める条例であり、自治基本条例と共通する事項が多い、議会に関する規定を定めていない点が狭義の自治基本条例とは異なる。二〇〇二年に北海道が初めて制定したが、その後の制定は進んでいない。
- (33) 議会基本条例は、二〇〇六年に施行された北海道栗山町議会の「栗山町議会基本条例」をもって嚆矢とする。議会改革の一環として、自治基本条例とは別に相当数の自治体議会で制定が進められており、NPO法人公共政策研究所の調査によれば、二〇一二年五月一日現在で二六〇議会で制定されている。
- (34) 自治基本条例は、二〇〇一年に施行された「北海道ニセコ町まちづくり基本条例」がその先駆けといわれている。その後各地の地方自治体で制定が進み、NPO法人公共政策研究所の調査によれば、二〇一二年二月二九日現在で二五四団体（北海道行政基本条例を含む）で制定されている。
- (35) 自治体法務検定委員会編・自治体法務検定公式テキスト平成二五年版（第一法規、二〇一二年）三八頁。なお、木佐茂男＝逢坂誠二・わが町の憲法（日本経済評論社、二〇〇三年）一六四頁参照
- (36) 政策法務研究会・「政策法務の理論と実務」（第一法規、加除式）九〇二頁、
- (37) 兼子・北村・出石・「政策法務辞典」（ぎょうせい、二〇〇八年）一〇〇頁、
- (38) 障害者の差別の実態を明らかにするため、県民から差別事例に当たると考えられる事例を募集したところ、約八〇〇件の事例が報告された。
- (39) 条例の制度設計の段階では、差別事案に対しては是正勧告を行い、これに従わなかった場合には氏名の公表を行うこととし、是正勧告を行う前に差別したとされる者に弁明の機会を付与するとの案も検討されたが、採用には至らなかった。
- (40) 鳥取県でもほぼ同様の時期に「鳥取県人権侵害救済推進及び手続きに関する条例」が制定されたが、地元弁護士会を筆頭に猛烈な反対運動が起り、結局施行されないまま凍結状態となつて、やがて廃止された。当該条例では、「人権救済推進委

員会」がその名において救済の申立てを受け、調査を行い、必要な救済措置を講ずるなど、執行機関的な権限を付与されることとなっており、制度設計にやや無理な点があったことなどもあって、批判の一つの根拠となっていた。

たしかに、地方自治法一三八条の四第一項の規定により、執行機関は法律の根拠がなければ設置できないこととされており、条例設置による執行機関はありえないこととなる。しかし、自治執行権の一環として自治事務の執行に必要な行政組織を自治体が創設してならない理由はなく、国がコントロールしなければ自治体が不要な組織を作りかねないというのであれば、悪しきバターナリズムというべきであって、立法論としては地方自治法を見直して執行機関を条例で設置することも許容されるべきであろう。

- (41) 千葉県障害者条例については、研究会の構成員による著書(野沢和弘・条例のある町(ぶどう社、二〇〇七年)、条例担当課員の著書(千葉県障害者条例情報発信プロジェクトチーム・障害者条例を必要としているあなたへ(ぎょうせい、二〇〇九年)及び制度設計に関わった県の政策法務担当者による条例解説(鍾水三千男・法令解説資料総覧NO. 三〇三(第一法規、二〇〇七年)がある。

- (42) 朝日新聞の記事(二〇一二年・三・一九)によると、二〇〇二年度以降、一億円以上の補助金を投じて誘致した企業のうち、一〇年以内に撤退・縮小したケースが製造業を中心に二一社の計二三件に上り、これらの企業に対して総額二〇〇億円以上の補助金が支出されていたとのことである。同報道によると、これらの地元自治体のうち、秋田、長野、新潟、石川、静岡、三重、広島が「期待していた雇用や税収が得られない」として一〇社に対して補助金返還請求を行い、その結果計一億六二〇〇万円は返還されたとのことである。

- (43) 立法例として、「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、調整等に関する条例」や「岐阜県産業廃棄物処理施設の設置に係る手続の適正化等に関する条例」が挙げられる。

- (44) 立法例は枚挙に暇がない。例えば、神奈川県内の市町村では、二〇一一年四月一日現在で、いわゆるまちづくり条例を含めれば、三三市町村のうち、一九市町で制定されている。

- (45) 政策法務研究会・前掲・二九九七頁)

- (46) 自治体政策法務検定委員会編・自治体法務検定公式テキスト・平成二五年度対応(第一法規、二〇二二年)四〇頁

- (47) 理容師法一二条は「理容所の開設者は、理容所につき左に掲げる措置を講じなければならない。」と定め、同条四号は「その他都道府県知事が条例で定める衛生上必要な措置」と定めている。また、同法一条の二は「……理容所の開設者は、その構造設備について都道府県知事の検査を受け、その構造設備が第一二条の措置を講ずるに適する旨の確認を受けた後でなければ、これを使用してはならない」と定めている。
- (48) 例えば、埼玉県では二〇〇九年に、千葉県でも二〇一〇年に、理容師法施行条例が改正され、理容所の講ずべき衛生上の措置として流水式洗髪施設の設置を義務付けた（ただし、千葉県条例では、「頭髮に係る作業を行わない理容所にあつては、理容所内に洗顔を行うことができる流水式の設備を設ければ足りる」としている。）が、隣接する東京都や神奈川県の理容師法施行条例には、流水式洗髪施設・洗顔施設を設けるべき旨の規定はない。また、第三者機関を設置して理容師法施行条例による流水式洗髪施設を設置するか否かの検討を行った結果、衛生上の問題はないとして条例改正を行わなかった地方自治体もある。条例に係る立法事実に地域的な差異があるのは当然であるが、本件のような衛生上講ずべき措置に係る立法事実に地域的な差異があるとは思えない。理容師法施行条例は立法事実の存否よりも政治的な配慮が優先された条例の例として挙げることが可能であろう。
- (49) 阿部泰隆・環境行政と住民参加・増刊ジュリスト（有斐閣、一九九九年）七六頁〜七七頁、北村喜宣・自治力の情熱（信山社、二〇〇四年）七〇〜七二頁、出石稔・条例によるまちづくり・土地利用政策（第一法規、二〇〇六年）五五頁。横内恵・判例評釈「三重県産廃処理施設住民同意条例事件」（阪大法学五八巻一号、二〇〇八年）二〇五頁
- (50) 類似の事例として想起されるのは、市区町村がオウム真理教及びその後継集団の信者に対して、住民票の移転を拒否したりする事例と居住移転の自由との関係である。
- (51) 本来であれば直接強制により対応することが望ましい場合であっても、法律上の制約があり、その結果即時強制によって代替されているとの指摘がある（櫻井敬子・橋本博之・行政法〔第三版〕（弘文堂、二〇一一年）一八七頁）
- (52) 北海道、千葉県、東京都、神奈川県、広島県などに立法例がある。
- (53) 義務履行確保の一つの方法として、行政サービスの提供拒否があるが、その立法例としては「小田原市市税の滞納に対する特別措置に関する条例」がある。水道法などにおいては給付を拒否できる場合を限定的に明記しており、サービスの拒否

を一般化することができるかどうかについては議論があるが、要件を明確にし、かつ、住民の生存権に配慮する形での運用が行われるのであれば、あながち不可能とは思えない。

- (54) こうした措置に係る提言として、鈴木庸夫・地方公共団体における義務履行確保に関する法律要綱試案覚書（千葉大学法学論集、二〇〇八年）九頁～四〇頁。なお、総務省は平成二五年四月二二日に「地方分権の進展に対応した行政の実効性確保のあり方に関する検討会」の報告書を公表している。この報告書では、地方自治体は新たな政策課題に直面する中で、規制等を行う独自条例を制定しているが、その実効性を確保するために様々な問題点や制約があるとの認識に基づき、所要の改革が必要とされており、体系的な法制化に関する検討が求められているとの結論が示されている。

- (55) 宇賀克也・行政法概説Ⅰ（有斐閣、二〇〇六年）二一四頁、櫻井敬子・橋本博之・前掲・一九八頁～一九九頁

- (56) この点で少数意見の中で厳しい評価をされたのが、広島市暴走族追放条例事件最高裁判所判決（平成一九年九月一八日）である。同判決では、広島市条例中に規定された「暴走族」の定義について限定的な解釈を行うことでかろうじて合憲とされたのであるが、藤田宙靖裁判官は多数意見を批判し、次のように反対意見を述べている。「多数意見のような解釈は、広島市においてこの条例が制定された具体的な背景・経緯等を十分理解し、かつ、多数意見もまた『本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範に及び、憲法二二一条一項及び三一条との関係で問題があることは所論のとおりである』と指摘せざるを得なかったような本条例の粗雑な規定の仕方が、単純に立法技術が稚拙であることに由来するものであるとの認識に立った場合に、初めて首肯されるものであって、法文の規定そのものから多数意見のような解釈を導くことには、少なくとも大きな無理があるといわなければならない。」

藤田裁判官は、広島市における暴走族の状況に照らして取り締まりの必要性までは否定してはいないと思われ、要するに条例といえども立法事実を踏まえた適切な立法技術を駆使しなければ違憲の判断を免れないとの見解を示して、目的さえ適当であれば規定の表現の正確性・相当性は二の次という手法に警鐘を鳴らしたものと理解される。

- (57) この場合における政策条例とは、定数や報酬、政務調査費、資産公開など議会や議員の身分等に関するもの及び議会基本条例を除く、政策的な行政関係条例をいうと説明されている。

- (58) 地方分権改革推進委員会第二次勧告では、「地方議会の機能強化観点から、自治法九六条二項の活用に努めること。」と提

- 案されていたが、さらに進んで「都道府県議会制度研究会中間報告」（二〇〇五年三月一八日）では「改革④ 議決権を拡大せよ」との項目を掲げ、
- ・自治法九六条一項の制限列挙を概括列挙に改めよ。
  - ・法定受託事務についても自治法九六条二項による議会の議決権の対象として認めよ。
  - ・契約締結及び財産取得・処分議決事件に係る政令基準による全国一律的規制を廃し、条例で自主的に定めることができるようにせよ。
- とより具体的な主張を展開している。
- (59) 「中間的とりまとめ」においても、地方政府の確立のためには立法権の分権が不可欠であるとし、自治立法権を担う地方議会の権能、制度について抜本的な改革を必要と指摘し、議員による条例提案の活発化など積極的な議会運営が求められるとしている。
- (60) 塩野宏・行政法Ⅰ（第三版）（有斐閣、二〇〇五年）一八八頁は行政計画を「行政権が一定の公の目的のために目標を設定し、その目標を達成するための手段を総合的に提示するもの」と定義している。
- (61) 国土利用計画法七条三項の規定により、都道府県計画については、当該都道府県議会の議決を要すべきとされているが、これは個別法によって義務付けられている稀有な例であり、これをもって行政計画に議会が関与することができるとして一般化することは適当ではない。
- (62) 国は、附属機関の設置について、「長の権限の分掌組織ではなく、一般の局、部、課、出先機関とは異なった独立性を有するものであること及び特に長に専属させる明文の規定がなく、また条理上もそのように言い切れないことから、条例提案権の原則からいって」議員にも条例提案権を認めることができる」と解しているようである（地方自治制度研究会編・地方自治法質疑応答集（第一法規、加除式）一四四頁）
- (63) 「ピンクちらし」とは、「宮城県ピンクチラシ根絶活動の促進に関する条例」の定義によれば「性的好奇心をそそる衣服を脱いだ人の姿態若しくは性的な行為を表す場面の写真若しくは絵又は人の性的好奇心に応じて人に接する役務の提供を表す文言を掲載し、かつ、電話番号その他の連絡先を記載したちらし」をいう。ピンクちらしの内容は、端的に言えば売春等へ

の誘因行為であり、これを放置することは、事実上売春が野放しで行われていることを白昼堂々と明らかにするようなものであり、管理売春行為の温床となつていゝと考えられていた。また、当時、こうしたちらしが電話ボックスや電信柱等に大量に掲示され、都市景観を阻害するとともに、青少年の健全育成上問題があると認識されていた。

ピンクちらしの掲示等は、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律二条七項一号に規定する無店舗型性風俗特殊営業（人の住居又は人の宿泊の用に供する施設において異性の客の性的好奇心に応じてその客に接触する役務を提供する営業で、当該役務を行う者を、その客の依頼を受けて派遣することにより営むもの）のための広告・宣伝行為ともいえる形態であるが、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律ではこうした営業に関する広告宣伝については、同法六条において「風俗営業者は、その営業につき、営業所周辺における清浄な風俗環境を害するおそれのある方法で広告又は宣伝をしてはならない」との規定があり、同法三一条の二にも広告宣伝の禁止に関する規定が置かれているものの、実効性に乏しいものであった。

(64) 前掲の宮城県条例四条に「何人もまき散らしが行われたピンクチラシを除去又は廃棄することができ」と規定して、市民が条例で禁止された違法行為を直接是正することができる旨規定している。このような規定は、条例により市民に対して一種の自力救済的な権力ないし権限を付与したとも理解できるものであるが、どのように法理論的な説明ができるのかは、必ずしも明らかではない。

(65) 千葉県の行政計画議会議決条例に関する質疑の中で、少数会派の議員の質問に対し、提案した最大会派の議員は「これは議会運営委員会で、決まったことだから」と答弁し、実質的な議論を封じてしまった事例がある。

(66) 地方議会議員においても議会の政策形成能力を高める意識が増大しており、例えば第二三回自治体学会においては議会の政策形成能力の向上を分科会のテーマとして掲げ、議員による政策検討、条例化に関する先進事例の共有化を図り、議会の政策法務についての議論がなされるなど、議員自らの自己革新の動きは顕著となつていゝといつてよい。また、議員立法の支援を行うために議会事務局の機能強化が求められているが、これを具体化するものとして、例えば、三重県では議会事務局企画法務課に政策法務監を設置し、「議員の政策立案に関する事務」を処理させており、大分県では議会事務局政務調査課に「政策法務班」を設置している。これらは、議員の政策条例制定に取り組む姿勢を明確にし、支援するための組織的対応

と評価できよう。

(67) 例えば、静岡市では「政策法務推進計画」を策定し、組織的・計画的に政策法務の推進を図るための取組みを行っており、また岡山市でも政策法務兼務職員を各局に配置するなどして原課と政策法務担当課が連携し、課題解決に当たる方式を採用している。また千葉県では政策法務担当者の立法能力を向上させるために、定期的に衆議院法制局に職員を派遣するとともに、衆議院法制局からも職員の派遣を得て政策法務課に配置している。

(68) 磯部 力「分権改革と自治体法文化」自治体政策法務・有斐閣・二〇一一・六四頁

(69) 磯部 力・前掲・六六頁