

法律実施条例の法律抵触性判断基準・試論

北 村 喜 宣

1. 議論の必要性

(1) 2つのパターンによる条例制定権拡大

第1次分権改革によってもたらされた「条例制定権の拡大」は、その後、2つのパターンでその実現が進行中であるようにみえる。

第1は、「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」という同名の法律、いわゆる数次の一括法による「枠付けの緩和」措置にもとづき実施されている条例制定の方式である。これは、中央政府のやり方である。もとよりきわめて限定された範囲ではあるが、かつては政省令により国が全国一律的に決定していた事項に関して、事務の主体となった自治体の条例によって決定がされるようになった⁽¹⁾。第1次一括法および第2次一括法に続き、内閣府に設置された地方分権改革有識者会議において2013年以降に展開されている作業は、部分的には、この延長線上にある⁽²⁾。いわゆる提案募集方式を通して集められた自治体の条例に関する法改正要望のごくわずかについては、第1次一括法および第2次一括法と同名の整備法であるいわゆる第5次一括法を通じて実現した⁽³⁾。これも、

(1) 中央政府としてのひとつのまとめとして、義務枠見直し条例研究会（編著）『義務付け・枠付け見直し独自基準事例集』（ぎょうせい、2013年）参照。

(2) 作業の概説として、岩崎忠「地方分権改革と提案募集方式：地方分権改革有識者会議での審議過程を中心にして」北村喜宣（編著）『第2次分権改革の検証：義務付け・枠付けの見直しを中心に』（敬文堂、2016年）324頁以下参照。

(3) 第5次一括法に関しては、上林陽治「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～第5次一括法～（平成27年6月26日法律50号）」自治総研444号（2015年）45頁以下参照。条例による決定は、建築基準法および「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」の2カ所で規定された。中央政府による解説として、大田圭十田林信哉「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（第五次地方分権一括法）について」地方自治813号（2015年）17頁以下参照。

条例による代替決定である。こうした条例は、いわゆる「委任条例」、筆者のいう「分任条例」⁽⁴⁾である。分権改革の歴史のなかで、拡大のための措置として個別法の明文規定により条例余地を創出するという方式がとられたことについては、明確に記憶されなければならない⁽⁵⁾。

第2は、そうした国法の動きとは別に、法律により自治体の事務とされたものに関して、当該事務の実施権限を有する自治体が、憲法94条にもとづき、地方自治法2条12項および13項も踏まえつつ、独自の立法事実を踏まえ、地域特性に対応できるように法令の規定内容に追加・修正を加える条例の制定の方式である。個別法に、条例を認める明文の規定はない。これには、①リンク型（条例で規定された内容が、法律と融合し、法律の一部として作用するもの）、②非リンク型（条例で規定された内容は、法律とは融合せず、並行的に作用するもの）がある。これらは、個別法を自治体において実施するにあたり制定されるものであり、法律実施条例とよぶ⁽⁶⁾。いずれもが、地域において、憲法92条の「地方自治の本旨」の具体化を企図している。

(2) 個別法の明文根拠なき条例と「法律の範囲内」

第1のパターンであっても、そこで制定される条例には、憲法94条のいう「法律の範囲内」という制約がある。しかし、それは相当に統制された「拡大」であるがゆえに、「指示」に忠実に従っているかぎりにおいては、法律との牴触が問題になるケースはあまり考えられない⁽⁷⁾。

(4) 北村喜宣「分任条例の法理論」自治研究89巻7号（2013年）17頁以下参照。

(5) 現在に至るまでの全体状況の概観として、北村喜宣「枠付け見直しの動きと条例による決定」都市問題104巻5号（2016年）52頁以下参照。

(6) 条例の類型論については、北村喜宣「2つの一括法による作業の意義と今後の方向性：『条例制定権拡大』の観点から」北村（編）・前註（2）書3頁以下17頁〔図表1〕、田中孝男「地方公共団体における条例制定の裁量」行政法研究3号（2013年）65頁以下参照。いくつかの実例については、北村喜宣『環境法〔第3版〕』（弘文堂、2015年）94～97頁参照。法律実施条例がリンク型と非リンク型に分けられる点については、これまで筆者は、十分な認識をしてこなかった。なお、リンク型の法律実施条例は、法律の規定を利用するという意味で「法律規定条例」ともいわれる。斎藤誠「法律規定条例の可能性と限界」『現代地方自治の法的基層』（有斐閣、2013年）299頁以下参照。

(7) もっとも、「従うべき基準」「標準とすべき基準」「参酌すべき基準」に関しては、中央政府自身、確たる根拠を持っていなかったために、何の根拠も示せなかった。このため、基準に用いられている数値を自治体が無批判に「流用」したならば、比例原則に反して違法とされる可能性がないとはいえない。ただ、「これまでそれで特段の不都合はなかった」という「事実」は、それなりの立法事実となるのだろう。

一方、個別法に明文規定がないケースにおける第2のパターンにおいては、法律との緊張関係が発生する。第1次一括法および第2次一括法の2つは、個別法の個別規定を改正することによって、まさに「道を付けた」のであるが、措置がされなかった法律については、いわば反対解釈により、条例による修正はできないと主張されるかもしれない。そこで、自治体は、「道を自分で切り拓いて進む」ことになる。内閣法制局審査を経て実現された第1のパターンとは異なって、第2のパターンに挑戦する意欲的な自治体には、それを適法というための独自の自治的法解釈が求められる。自治体にとって必要なのは、この点の学問的指摘だけではなく、具体的な解釈論である。

本稿は、第2のパターンのリンク型法律実施条例を念頭に置いて、法律抵触性判断基準を試論的に検討する。このタイプの条例は、条例による決定内容が法律の一部となって法律と融合的に作用するものである。法律の実施には関係するけれども、融合的でないものは、並行条例と整理する。

(3) これまでの検討との関係

これまで筆者は、第2のパターンの法律実施条例が「なぜ可能か」について論じてきたが⁽⁸⁾、「どういう場合に違法になるか」については検討を怠っていた。しかし、この基準は、現実の争訟において、条例の法的評価をする際に必要であるし、自治体現場における条例案作成作業においても必要になるものである。裁判例に事後的に群がるのではなく、それが出される前に何らかの枠組みを提示して、住民福祉を向上させる法政策の実現をサポートすることは、自治体政策法務論の責任であろう⁽⁹⁾。

もっとも、法律実施条例に関する具体的紛争が十分でないために⁽¹⁰⁾、本稿の議論

(8) 筆者なりの一応の議論として、北村喜宣「法律改革と自治体」公法研究72号(2010年)123頁以下参照。論者の数は増えないが、議論は深まりつつある。斎藤・前註(6)論文、礒崎初仁『自治体政策法務講義』(第一法規、2013年)第11~12章、松本英昭「自治体政策法務をサポートする自治法制のあり方」北村喜宣+山口道昭+礒崎初仁+出石稔(編)『自治体政策法務』(有斐閣、2011年)80頁以下、岩橋健定「分権時代の条例制定権：現状と課題」同前353頁以下、田中孝男「地方公共団体における条例制定の裁量」行政法研究3号(2013年)65頁以下参照。

(9) 礒崎初仁「自治体立法法務の課題」北村ほか(編)・前註(8)書32頁以下参照。

(10) 西尾勝「『地方自治の本旨』の具体化方策」東京市政調査会(編)『分権改革の新展開に向けて』(日本評論社、2002年)35頁以下・53~54頁は、判例法を通じた「地方自治の本旨」の内容の具体化の可能性を明確に認識する。

は、手探りをしつつ進めざるをえない点を、あらかじめお断りしておきたい⁽¹¹⁾。また、立法論ではなく、解釈による条例制定権の拡大を論ずるものである⁽¹²⁾。

2. 徳島市公安条例事件最高裁判決とその射程

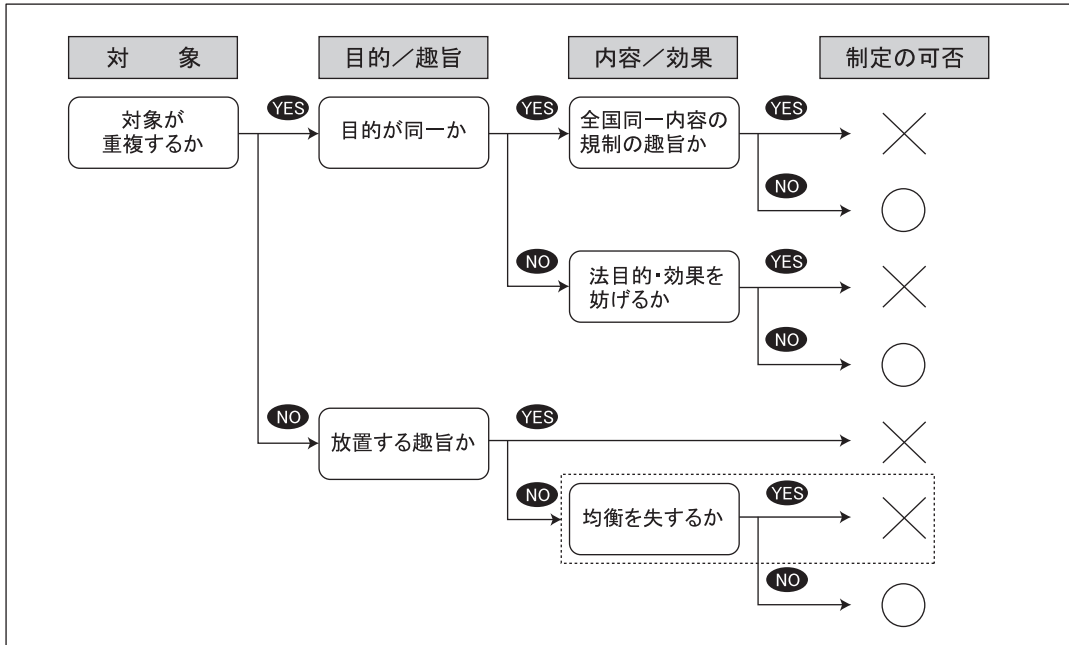
(1) 前提としての独立条例・並行条例

「徳島市集団行進及び集団示威運動に関する条例」（徳島市公安条例）が道路交通法に抵触して違法かどうか争点となった事件において、最高裁判所大法廷が示した基準は、ほぼいかなる具体的帰結をも導きうるほどに柔軟であり、また、必ずしも明確ではなく妥当性に疑問符が付くとはいわれるものの⁽¹³⁾、その後の裁判実務に大きな影響を与えている（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）。広く知られた判例法理であるが、これをフロー図にして示せば、[図表1]のようになる⁽¹⁴⁾。

公安条例は、道路交通法との関係では、独立条例である並行条例である。それゆえ、その判例法理の射程は、そのままでは法律実施条例には及ばない⁽¹⁵⁾。しかし、最高裁判決は、「法律の範囲内」という憲法94条の解釈をしたという点において、法律実施条例の法律抵触性判断と共通するところはある。

- (11) 筆者と立場は異なるが、岩橋健定「条例制定権の限界」小早川光郎＋宇賀克也（編）『行政法の発展と変革（下）』[塩野宏先生古稀記念]（有斐閣、2001年）357頁以下、小早川光郎「基準・法律・条例」同前381頁以下は、この論点に関する分権改革初期における基本文献である。
- (12) 立法論としては、松本・前註(8)論文、岡田博史「自治通則法（仮称）制定の提案」自治研究86巻4号105頁以下・5号124頁以下（2010年）、喜多見富太郎「上書き権改革『残置』の論理と地域主権の法理」自治研究86巻6号（2010年）、幸田雅治「法律の壁を乗り越える条例の可能性」神奈川法学（近刊）参照。
- (13) 岩橋・前註(11)論文365頁、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』（有斐閣、2008年）291頁参照。
- (14) なお、点線で囲んだ「均衡を失するか」の基準は、高知市普通河川条例事件最高裁判決（最1小判昭和53年12月21日民集32巻9号1723頁）の判示内容である。
- (15) 小早川光郎＋北村喜宣「[対談]自治立法権の確立に向けた地方分権改革」都市問題100巻1号（2009年）27頁以下・40～41頁[北村発言、小早川発言]参照。たとえば、「法律施行に関し必要な事項を定めることにより、その適正な施行を確保する」という趣旨が目的に規定されているとしても、規定内容が法律に対して直接に法的効果を及ぼさないようなもの（例：「千葉県林地開発行為等の適正化に関する条例」（2010年制定））は、非リンク型（並行型）法律実施条例（行政手続条例が適用）であり、これは徳島市条例事件最判の射程内にある。千葉県条例については、北村喜宣「一線越えないおつきあい？：千葉県林地開発行為適正化条例」『自治力の躍動：自治体政策法務が拓く自治・分権』（公職研、2015年）48頁以下参照。

[図表 1] 条例の法律適合性の判断（最高裁判所の判断枠組み）



(出典) 北村喜宣＋磯崎初仁＋山口道昭（編著）『政策法務研修テキスト〔第2版〕』（第一法規、2005年）15頁を若干修正。

最高裁判決が示した基準を法律実施条例に適用すればどうなるだろうか。法律実施条例であるから、法律と対象は同じであるし、目的も同じである。したがって、これらを独立したチェックポイントとして措定することには意味がない。そうすると、法律の規制内容が全国画一的であるかどうかの問題になる。分権時代においては、「法律はできるだけ地方の自主性を制限しないように限定的に解釈されるべき」である⁽¹⁶⁾。一般的には、自治体の事務（とりわけ法定自治事務）としておきながらすべての部分が全国一律に適用されるべきといえる場合はそれほど多くないだろうから、ほとんどがこのスクリーンをクリアして「パス」となってしまう。これでは、到底基準とはいえない。条例を制定する自治体の側からみれば、緩やかな基準は、実務的には歓迎すべきなのかもしれないが、少なくとも法理論的には、別に考えるべきである。筆者は、法定事務の構造や法律実施条例の特性に即した基準を考える必要があると考えてい

(16) 阿部・前註(13)書292頁。

る⁽¹⁷⁾。

(2) 北海道砂利採取計画認可条例事件公調委裁定

「北海道砂利採取計画の認可に関する条例」が問題となった裁定において、公害等調整委員会（公調委）は、前記最高裁大法廷判決を引用して、その適法性を肯定した（公調委裁定平成25年3月11日判時2182号34頁）。少し、検討してみよう。

北海道条例は、砂利採取法16条にもとづく砂利採取計画認可の審査にあたって、同法19条にいう「砂利の採取が他人に危害を及ぼし……公共の福祉に反する」という基準の判断をするために、申請者に対して、砂利工業組合または金融機関の保証措置書面の提出を義務づけたものである⁽¹⁸⁾。筆者は、北海道条例について、他人に危害を及ぼさないことを保証措置の有無によって判断しようとしている点で、地域特性を踏まえて法定基準を読み込み、これを具体化・詳細化するものと整理していた⁽¹⁹⁾。

この点、本裁定は、この仕組みを「法19条の文言及び解釈を超えた別段の規制」と整理している。そこで、「別段の規制」という文言が問題になるが、公調委は、これを並行条例の意味で用いているようである。道路交通法と公安条例の関係と同じ意味で、砂利採取法と北海道条例を把握したのである⁽²⁰⁾。すなわち、非リンク型の法律実施条例と考えた。

しかし、この判断には、相当な無理がある。何より、「砂利採取法……第16条の規定による採取計画の認可……に関し、必要な事項を定める」と規定する条例1条の文言に反する。また、「知事は、法第19条に規定する認可の基準の適用に当たっては、特に当該採取計画に定める次に掲げる事項が適正かどうかを審査しなければならない

- (17) 北村喜宣「斬れる刀：条例の法律抵触性判断基準」北村・前註(15)書57頁以下参照。本判決を独立条例に適用する場合にも、本判決が地方自治の本旨にまで検討の視野を拡げた形跡がないことから、現在においては、その判示は、限定的に解されるべきである。阿部泰隆「法律・条例の設計の手順・考慮要素(14)」自治実務セミナー40巻9号(2001年)4頁以下・11頁参照。後述するように、もちろん、「全国画一的規制であるかどうか」は、重要な基準ではありつづける。
- (18) 北海道条例に関しては、北村喜宣「だって私の事務だもの！：北海道砂利採取計画認可条例」『自治力の冒険』（信山社出版、2003年）95頁以下参照。
- (19) 北村喜宣『自治体環境行政法〔第7版〕』（第一法規、2015年）39頁参照。
- (20) 北村喜宣「判評」新・判例解説Watch13号(2013年)275頁以下では、公調委が北海道条例を法律実施条例と理解したという前提で議論していた。同「判評」では、「裁定」と表記すべき部分を「裁決」としていた。また、裁定に関して、直接裁判所に提訴することも可能と誤解していた。裁定前置主義である。いずれも訂正する。

い。」として、事項のひとつに「保証措置」を掲げる7条の仕組みにも整合的ではない。北海道条例は法律実施条例であると評価するのが素直である。裁定は、「保証措置が講じられないことをもって法19条に該当すると認め申請を棄却した」と事実認定をしているにもかかわらず、さらに、処分庁も申請人も、条例規制が「別段の規制」であるとは主張していないにもかかわらず、公調委はなぜ条例の法的性質を変えたような解釈をしたのだろうか。

本件において、公調委には、徳島市公安条例事件大法廷判決を踏まえつつも法律実施条例の法律抵触性判断基準をつくることが求められた。しかし、公調委は、それを果たせなかったようにみえる。そこで、前提を異にする大法廷判決の射程に北海道条例を取り込んで整理をしたのではないだろうか⁽²¹⁾。これを見ても、公調委や裁判所の使用に耐える判断基準を早急に提示する必要性を痛感する。

3. 法律実施条例の特徴

(1) 法定事務の構造に関するベクトル説

法律実施条例の法律抵触性判断基準を考えるには、まず自治体に事務実施権限を与えている法律の構造について検討する必要がある。この点が分権時代の条例論の根幹となるように感じているが、いまだ十分な整理ができないでいる。現在のところ、試行錯誤的ながら、[図表2]のようなものではないかと考えている⁽²²⁾。その形から、ベクトル説と称している。「自治体の事務」といっても、そう単純なものではない⁽²³⁾。

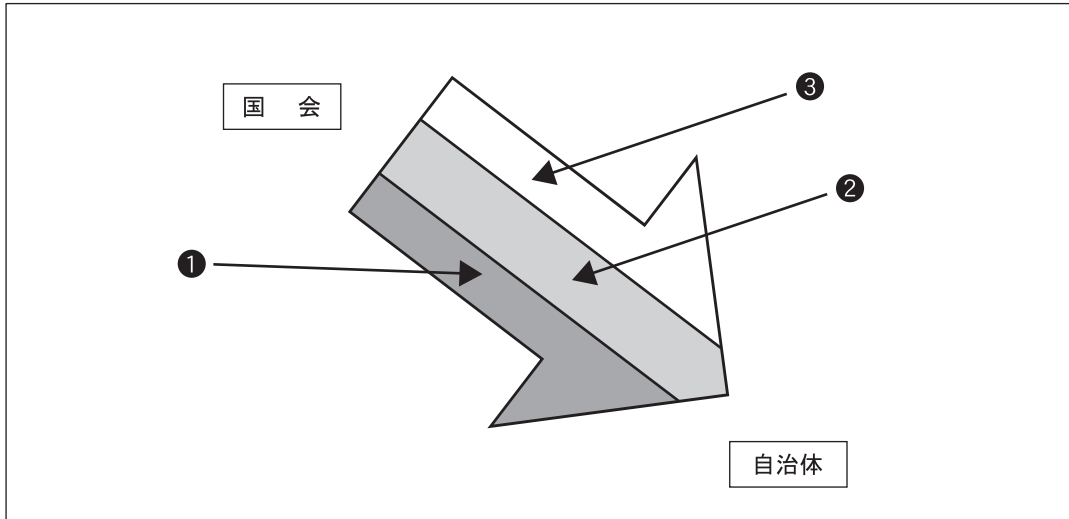
国会は、法律を通じて自治体の事務を創設するとともに、自治体に対して、その実施を命じている。事務の内容は、法律本則や法律の委任にもとづく政省令によって規定される。それを「ベクトル」で表現し、理論的には、3つの部分から構成されると

(21) 北村喜宣「公調委の真意：北海道砂利採取条例事件」北村・前註(15)書54頁以下参照。判例評釈として、人見剛・法学セミナー706号(2013年)109頁、岩崎忠・自治総研422号(2013年)73頁以下、三好規正・自治研究91巻9号(2015年)139頁以下参照。

(22) かつては、もう少し大雑把に考えていた。北村喜宣「法律の規律密度をいかにして緩和するか」『分権政策法務と環境・景観行政』(日本評論社、2008年)52頁以下・59頁[図表4.1]参照。

(23) 第1次一括法と第2次一括法のもとでの3つの基準を踏まえた条例対応を取り込んだベクトル説に関しては、北村喜宣「三訂・ベクトル説：条例三基準の位置づけ」北村・前註(15)書17頁以下参照。

[図表2] ベクトル説



整理する。それぞれについては、次節で解説する。

①は、「国が全国画一的適用をすべく法令により決定したものであり、内容の修正は許されない部分」である。②は、「国が法令により決定したが、それは非完結的・暫定的な第1次決定であり、地域特性を踏まえた自治体の第2次決定に開放されている部分」である。③は、「国が法令の目的を実現するための内容としては決定しなかったものであり、自治体の第1次的決定に開放されている部分」である。

都市計画法の開発許可制度を例にして説明する。①は、開発許可という仕組み、許可対象や許可基準として規定されているもののうち全国画一的に適用されると解される部分である。②は、許可対象や許可基準として法令で規定されているもののうち、権限を有する自治体において、地域特性に応じた修正が許されると解される部分である。以上は、29条や33条に規定される。③は、「都市計画の内容及びその決定手続、都市計画制限、都市計画事業その他都市計画に関し必要な事項を定めることにより、都市の健全な発展と秩序ある整備を図り、もつて国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進に寄与する」という都市計画法1条の目的を実現すべく、権限を有する自治体において、法令には規定されていないけれども地域的事情に対応するには規定が必要と解される部分である。

②と③の境界線については、法令で第1次決定がされているかどうかの違いにより判断する。これは、形式的になしうる。問題は、①と②の境界線である。「法律によ

るあまたの規律の中から、地域的立法政策の見地から規範補正の余地を十分に認め得る部分と、およそそのような余地を認め得ない画一的規範の部分を選ばし」という指摘があるが⁽²⁴⁾、おそらくは同じ発想によるものと思われる。なお、理論的には、国と自治体の役割が競合する部分が考えられるが、本稿では、この点には踏み込まない。

なお、そのように明確に境界を画することができるのかという批判は、当然に予想される。しかし、これは、整理のためのモデルとして提示しているものであり、それゆえのおおざっぱさは不可避である。そこで、このように発想することの妥当性についての議論を期待したい。

(2) 全国一律に決定・運用される部分

(a) 判断基準

①は、全国一律に適用される部分である。国の第1次決定が最終決定となる。自治体の事務といえども法律にもとづくものであり、国の立法的・行政的役割がなくなるわけではない。自治体の事務ゆえに、それを規定する法令のすべてが条例制定対象となるというのは、事務の法構造を無視したあまりに乱暴な議論であろう。

国会が、地方自治法1条の2第2項に限定列挙される国の役割にもとづき、国民の基本的人権の保障や福祉の向上を考えて、全国的に共通とされるべき枠組みを規定することには、合理性がある。法律は、関係する諸利害がメタレベルで政治的に調整された結果として制定されるが、このレベルの政治的決定をするのは、「国の唯一の立法機関」たる国会の専権的な役割である。また、それを前提にして、一定程度の行政的決定がなされる。国民の側からみれば、その権利利益が法律によってのみ確定される部分である。

何が具体的にこの部分に該当するのかは、解釈になる。この点に関しては、地方分権改革推進委員会が義務付け・枠付けの存置の許容性を判断する際に用いた

(24) 磯部力「分権改革と『自治体法文化』」北村ほか(編)・前註(8)書61頁以下・67頁。

メルクマールが、ひとつの参考になる⁽²⁵⁾。網羅的ではないが、これを踏まえて、たとえばいくつかの基準を抽出してみれば、次のようになる。

- ①制度目的の実現のために、事務を実施する自治体が共通のルールに従うことが必要な内容
- ②国民の生命・健康等への重大かつ明白な危険から国民を保護するために、あるいは、最低限の福祉の確保のために必要な内容
- ③国際的取決めを実施するために必要な内容

この基準は、①と②を区別する境界線の基準でもある。①～③のいずれにも該当しなければ、②になる。注意が必要なのは、前記メルクマールは、法定自治事務に関する義務付け・枠付けの存置の判断のために用いられたということである。全国一律的に決める部分があるとしても、法定受託事務ではない以上、その「必要性」は、より限定的に考えるべきであるともいえる⁽²⁶⁾。

もっとも、①～③であれば、国の直接執行とする選択もありえた。そうであるにもかかわらず自治体の事務とする以上、すべてが条例の事項の対象にならない（＝条例が排除される）というのは難しいように思われる。

- (b) 制度目的の実現のために、事務を実施する自治体が共通のルールに従うことが必要な内容

自治体域を超えて展開される活動に関する法制度には、それをスムーズに実施させることが、憲法上求められているといえる。それは結局のところ、当該活動に関係自治体間で「受け渡す」ようなものであり、適用されるルールは同じである必要がある。制度の全国的統一や解釈の全国的統一がされるべき場面である。

(25) メルクマールについては、斎藤誠「第二次地方分権改革の位置付けと課題：義務付けの見直しを中心に」同・前註(6)書309頁以下、田中聖也「義務付け・枠付け見直しの到達点(上)：地方分権改革推進委員会第二次・第三次勧告」地方自治765号(2011年)34頁以下参照。小早川+北村・前註(15)対談40頁[小早川発言]は、「使えるところは使ってもらえればありがたいですね。」という。

(26) 法定受託事務とするメルクマールをまとめた『地方分権推進計画』(1998年5月閣議決定)には、「広域にわたり国民に健康被害が生じること等を防止するために行う伝染病のまん延防止や医薬品等の流通の取締りに関する事務」があった。一方、地方分権改革推進委員会『中間的なとりまとめ』で示された、義務付け・枠付けの維持を判断するメルクマールのなかには、「広域的な被害のまん延を防止するための事務であって、全国的に統一して定めることが必要とされる場合」があった。法定自治事務が前提になっている以上、後者においては、「たんなる必要」ではなく、「きわめて高度の必要」と解すべきである。

自治体相互が協力して、当該活動の目的を実現することになるから、「抜け駆け的対応」は許されない。また、自治体域を超えた観点から設けられた制度の場合、その枠組みを自治体判断により修正することは、制度目的の実現を阻害するためにできない。そのような性質を持つ事務は、観念的には想定しうる。

十分な立法事実があっても条例による修正はできないのかと反論されそうであるが、このような事務に関しては、一自治体に関する立法事実を問題にするわけにはいかないのである。独立条例である並行条例により対応するとしても、その適法性は、[図表1]にある徳島市公安条例事件最高裁大法廷判決の法理に即して評価される。おそらくは、「法目的・効果を妨げるか」という基準に照らして違法とされるだろう。

- (c) 国民の生命・健康等への重大かつ明白な危険から国民を保護するために、あるいは、最低限の福祉の確保のために必要な内容

「国民」の生命・健康等の保護は、国の重要な任務である。保護のレベルについては様々な考え方があろうが、やや観念的にいえば、その中心的な部分は、学問的・技術的観点から客観的に確定が可能であり、どの自治体の住民であろうとも、およそ日本国民であれば⁽²⁷⁾憲法上保障されるべきものである。

それは、国の直接執行事務を通じて措置されている場合もあるし、法定自治体事務を通じて措置されている場合もある。その内容およびそれを確保するための仕組みは、生命・健康等に対する重大かつ明白な危険から国民を保護するための最低限度のものである。こうした事務に対して的確な措置がされていなければ、立法不作為として国家賠償責任すら招来しうるであろう。最低限の福祉についても、同様に考えることができる。

- (d) 国際的取決めを実施するために必要な内容

「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」(憲法98条2項)。(自動執行的でない)条約の実施のために制定された法律は、締約国としての最低限の責任を果たすためのものである。実施にあたっては、中央政府のみに権限が与えられている例が多いように思われるが、自治体の事務を規定することができないわけではない。

(27) 定住外国人や一時滞在外国人についても問題になるが、ここでは議論を単純化するために、「日本国民」とする。

どのような制度設計をしてどのような実施をすれば国際法上の義務を果たしたといえるのかは、解釈の問題である。中央政府の権限のみを規定する法律であれば法律実施条例の余地はないが、法定自治体事務（法定受託事務となる可能性が高い）が規定された場合はどうだろうか。法律実施条例と独立条例の区別を意識しているかどうかは必ずしも定かではないが、「法律の上乗せ、あるいは横出しの条例が制定可能か否かは、国際条約の趣旨に照らして判断されることになる」とする説がある⁽²⁸⁾。

(3) 第2次決定に開放される部分

②は、国がとりあえず第1次決定をただけで、事務を実施する自治体による第2次決定に開放されると解される部分である。憲法92条を具体化した地方自治法2条13項は、「法律又はこれに基づく政令により地方公共団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。」と規定する。法定事項ではあるけれども①ではない部分に関しては、この配慮義務が適用される⁽²⁹⁾。筆者の整理に即して解すれば、地域特性適合的に事務内容を第2次に決定する自治体の法解釈を尊重する義務が、裁判所を含む「国」に課されているのである。条例によりなされる第2次決定の内容としては、上書き、法定基準の詳細化・具体化・顕在化（以上は、解釈の明確化）が考えられる⁽³⁰⁾。法令内容を修正する上書きには、強化的上書きと緩和的上書きがある。前者は、上乗せである。

第2次決定は、義務的ではない。これをしないという決定をすれば（＝何もしなければ）、法令による決定がそのまま適用される結果となる。

(4) オープン・スペースの部分

③は、法律目的を実現するために自治体が法律の制度趣旨の範囲内で第1次決定を

(28) 渋谷秀樹「地方公共団体の条例と国際条約」立教法学73号（2007年）223頁以下・235頁参照。

(29) 法定自治事務に関しては「特に配慮」されるべきであるとともに、法定受託事務に関しては「それなりに配慮」されるべきというのが、筆者の解釈である。北村喜宣「『法定自治事務に関する条例』の可能性」『分権改革と条例』（弘文堂、2004年）116頁以下・122頁参照。

(30) 斎藤・前註(6)論文305頁、阿部泰隆『政策法学講座』（第一法規、2003年）290頁も参照。法定基準の詳細化・具体化・明確化は、行政手続法5条にもとづく審査基準、および、同法12条にもとづく処分基準を通じて、自治体行政庁が行うこともできる。

することが予定されている部分である。無制約ではなく、あくまで法律の制度趣旨の枠内であって、オープン・スペースとして存在している。横出し条例は、この部分に関するものである。「法律は不完全であるのを通例とするから、条例によるその空白の補填は原則として許容され〔る〕」⁽³¹⁾ というのは、同旨であろうか⁽³¹⁾。

4. 具体的基準

(1) 議論の前提

上述のように、本稿で念頭に置くのは、法定受託事務あるいは法定自治事務を規定する法律の実施にあたって、当該事務の主体である自治体が自主的に制定する法律実施条例である。第1次一括法および第2次一括法による枠付け緩和措置のように、政省令が詳細に規定していた部分を、国会がいわば消しゴムで消して真っ白にしたうえで条例による決定に強制的に代える⁽³²⁾ ようなものではない。詳細に規定されている部分について、自主的判断により、それを修正したり (㉒) 追加したり (㉓) するものである。なお、本来は、法定受託事務に関する法律実施条例と法定自治事務に関する法律実施条例とを区別した議論をすべきであるが、本稿ではこの点を捨象して、法定事務に関する法律実施条例として議論を進める⁽³³⁾。

法律実施条例の法律抵触性判断基準を真空状態で考えるのは、現実には困難である。徳島市公安条例事件最高裁判決が上述のような議論をしたのは、条例を違法として検察の控訴を棄却し、被告人を一部無罪とした地裁判決（徳島地判昭和42年11月30日判時508号24頁）を支持した控訴審判決（高松高判昭和46年3月30日判時629号44頁）の議論があったからである。控訴審判決が条例を違法としたのは、「交通秩序の維持」という文言の抽象性もさることながら、「道交法七七条により所轄警察署長が道路使用の許可条件として具体的に規制の対象とした事項については、特段の理由なくして直ちに条例による規制、処罰の対象とすることは許されないものと解せられる」から

(31) 阿部・前註(13)書295頁。

(32) 北村喜宣「『義務付け・枠付けの見直し』は自治を進めたか」月刊自治研643号（2013年）25頁・26頁参照。

(33) 理論的には、原則として、法定自治事務に関する法律実施条例の方が、判断基準の適用がより緩やかになるはずである。櫻井敬子「自治事務に関する法令の制約について：開発許可を素材として」自治研究77巻5号（2001年）62頁以下・69頁も参照。

であった。要は、ある種の形式的な法律先占論である。最高裁判決は、これを否定するために、多くの場合分けをし、【図表1】にみるように、その樹形図の上から2つ目の末端において「○」とした部分に公安条例が該当するとしたのであった。前提が異なれば、理論構成は違っていただかもしれない。

法律実施条例の場合には、どうであろうか。制定される条例に対してなされる「違法」という主張の根拠をある程度念頭に置いて論を進める。

【図表2】においては、条例の可能性として、②（第1次決定修正型）と③（オープン・スペース補填型）を提示した。それぞれにおいてもいくつかの内容が考えられるが、以下では、具体的なイメージを持って議論を進めるために、第1次決定修正型としては、省令基準に代えてそれを強化する条例基準を用いる旨を規定する条例を考える。これに対しては、法律に特段の明示的根拠なく、国が立法的・行政的に行った第1次決定を修正するのは憲法41条に反して違法ではないかという議論が想定される。また、オープン・スペース補填型としては、法定の許可要件に横出的に要件を追加する条例を考える。これに対しては、法定要件は基本的人権に対する最大規制であるから、法律に特段の明示的根拠なくこれを強化するのは違法ではないかという議論が想定される。

なお、法律の制度趣旨を逸脱する条例は違法であるし、比例原則に反する条例も違法である。当然のことであるが、確認しておきたい。

（2） 全国一律に適用される部分

前述のように、全国的に統一して定めることが必要な部分（①）は、国の役割にもとづく決定として、自治体は所与とすべきものである。したがって、条例制定権の事項の対象外になる。共通に適用されるべき内容であり、それが適切に規定されているかぎりにおいて、この部分を修正する条例は違法となる。

「ナショナル・ミニマム」という議論がある。その内実は多様であるが、憲法92条に対する配慮を経たうえで、なお全国的観点から設定された最低基準と解されるのであれば、それを条例によって緩和的に修正することは違法となる⁽³⁴⁾。強化的修正は、次の項の問題となる。

(34) 田中孝男「自治立法の動向・課題とそのあり方」川崎政司（編集代表）『総論・立法法務』（ぎょうせい、2013年）317頁以下・331頁参照。

(3) 第1次決定修正型の場合

(a) 第2次決定禁止規定の有無

第1次決定修正型とオープン・スペース補填型とでは、適用されるべき基準が異なることから、まず具体的条例がこのどちらかであるかを考える。もっとも、この判断は、容易である。第1次決定修正型と判断された次のステップとしては、法律のなかに第2次決定を許さない規定があるかどうかの基準を考える。こうしたネガティブ・リスト方式は、分権時代の法律のあり方としては、基本的に望ましい⁽³⁵⁾。ただ、現在では、理論的可能性にとどまる。

国の第1次決定で完結する①の部分条例制定権の対象外であることは当然であるが、ここでは、「②であるけれども禁止が規定されている状態」を考える。この点については、形式的に判断できる。

(b) 禁止規定の合理性

禁止規定があった場合、その合理性が問題になる。国会が前述の配慮義務に違反していないかどうかである。立法裁量は広く認められるだろう。分権時代において、ネガティブ・リストを規定する立法が容易に制定できるかどうかはさておき、地方自治の本旨を含めた諸事情を総合考慮してなされた判断は、基本的には、立法裁量として尊重される。この場合には、条例は認められない⁽³⁶⁾。

理論的には、自治権の侵害立法の合憲性判断基準という角度からの議論が求められるが、憲法学でも行政法学でも、十分になされていないのが実情である⁽³⁷⁾。その議論が深まって立法裁量の統制法理が確立すれば、より斬れ味の鋭い基準が提示されるだろう。

(c) 禁止規定欠缺の意味

②の部分に関して禁止規定がないことをどう解釈するかが、もっとも重要である。とりわけ法定自治体事務の前身が機関委任事務であった場合には、全国画一

(35) かねてより、成田頼明「法律と条例」『地方自治の保障』（第一法規、2011年）（初出は1964年）169頁以下・187～188頁が指摘するところであった。最近のものとして、原島良成「自治立法と国法」川崎政司（編集代表）『総論・立法法務』（ぎょうせい、2013年）187頁以下・210頁参照。

(36) もちろん合理性が認められなければ、当該禁止規定が違憲無効となり、条例は適法になる。見上崇洋「自治体の行政法解釈」公法研究66号（2004年）225頁以下・231～232頁参照。

(37) 憲法学者の議論として、大津浩『分権国家の憲法理論：フランス憲法の歴史と理論から見た現代日本の地方自治論』（有信堂高文社、2015年）参照。

的な法律適用が基本とされたから、そうした規定はされていないのが通例である。そして、それは当然に、規定の欠缺は、（現在における意味での）法律実施条例が制定できないことを意味したのである。そうした解釈は、現在でもありうる⁽³⁸⁾。国会が制定した法律の内容を修正できるのは国会だけであるという前提に立って、法律実施条例には明文規定を要するようになるようにみえる内閣法制局の解釈もそうであろう⁽³⁹⁾。

機関委任事務が自治体の事務となった現在、形式的には、まさに手のひらを返したような状態になっている。すなわち、自治体の事務であるがゆえに条例制定権の対象となるのである。それゆえに、「条例は原則として国法に違反しないという推定が働く」という整理もされる場所である⁽⁴⁰⁾。①の部分は別であるが、筆者も、基本的にはそのようにいえると考える。ただ、判断基準としてはもう少し踏み込んで整理する必要がある。すなわち、当該事務に関して存在する法令規定が全国一律的に適用されるべきであり、地域特性適合的対応を許さない趣旨であるかどうかという基準である。

これが肯定されるならば⁽⁴¹⁾、すなわち、国と自治体との役割分担として適切であれば⁽⁴²⁾、地域特性適合的対応を考えることはできず、したがって、条例は制定できない。一方、そうではないと解されるなら、すなわち、国が完結的に決定することが国と自治体との役割分担として適切でないならば、条例は可能であ

(38) 志賀二郎「改正都市計画法と自治体条例：開発許可基準を中心に」月刊地方分権14号（2000年）106頁以下・107頁は、そういう趣旨だろうか。明文規定の欠缺の意味については、島田恵司『分権改革の地平』（コモンズ、2007年）92～95頁参照。

(39) 内閣法制局の認識については、第179回国会衆議院東日本大震災復興特別委員会議録8号（2011年11月24日）11頁〔梶田信一郎・内閣法制局長官答弁〕参照。復興特区法案の審議においてであるが、梶田長官は、「憲法41条……は、国会は国の唯一の立法機関であるというふうに定めておきまして、従来から、この憲法の趣旨を否定する、いわば国会の立法権を没却するような抽象的、包括的な規定により条例の定めゆだねるということは問題がある」と解している。

(40) 阿部泰隆『政策法学と自治条例』（信山社出版、1999年）123頁。阿部・前註(17)論文11頁も参照。

(41) 憲法92条の具体化として地方自治法2条13項が規定された現在においては、憲法41条も憲法92条と整合的に解釈することが憲法それ自身の命令であるといえる。「法律の範囲内」で制定されるべき条例であるが、「法律」の内容が分権改革の前後では変わっているのではないだろうか。櫻井・前註(33)論文67頁も、その趣旨であるようにみえる。

(42) 「国と自治体の適切な役割分担」に裁判規範性を持たせるかどうかは、解釈論の大きな争点である。

る⁽⁴³⁾。②の部分に関しては、全国的観点から政策的に条例対応を禁止することもありうる。しかし、その場合には、明文の禁止規定が必要であり、それがない以上、条例制定は可能である⁽⁴⁴⁾。

(4) オープン・スペース補填型の場合

(a) オープン・スペースの有無

次は、オープン・スペース補填型の場合である。第1次決定はされていないのであるが、それは、それ以外の部分をもって法令が完結的に決定したと考えるべきかどうかの問題になる。これを肯定するなら、横出しの対応の必要性は否定される。観念的にはオープン・スペースの余地はないことになり、条例は制定できない⁽⁴⁵⁾。

(b) オープン・スペースの役割

一方、オープン・スペースが認められるとなれば、次に、法律の制度趣旨に照らして法目的実現のために地域特性適合的対応が認められるかどうか問われる。これは、オープン・スペースの存在を認めた当然の帰結であり、条例制定は認められるだろう。前出の公調委裁定は、この解釈をとったものと整理できる。

以上を図示すると、**【図表3】**のようになる。いささか表現が冗長であり、斬れ味が鈍いと自認しているが、さらに検討を重ねたい。なお、憲法違反の条例が許されないことは、当然の前提である。また、本稿では「地域特性」「立法事実」という文言を無造作に用いているが、その内実が適切なものでなければならないのも、当然の前提である⁽⁴⁶⁾。

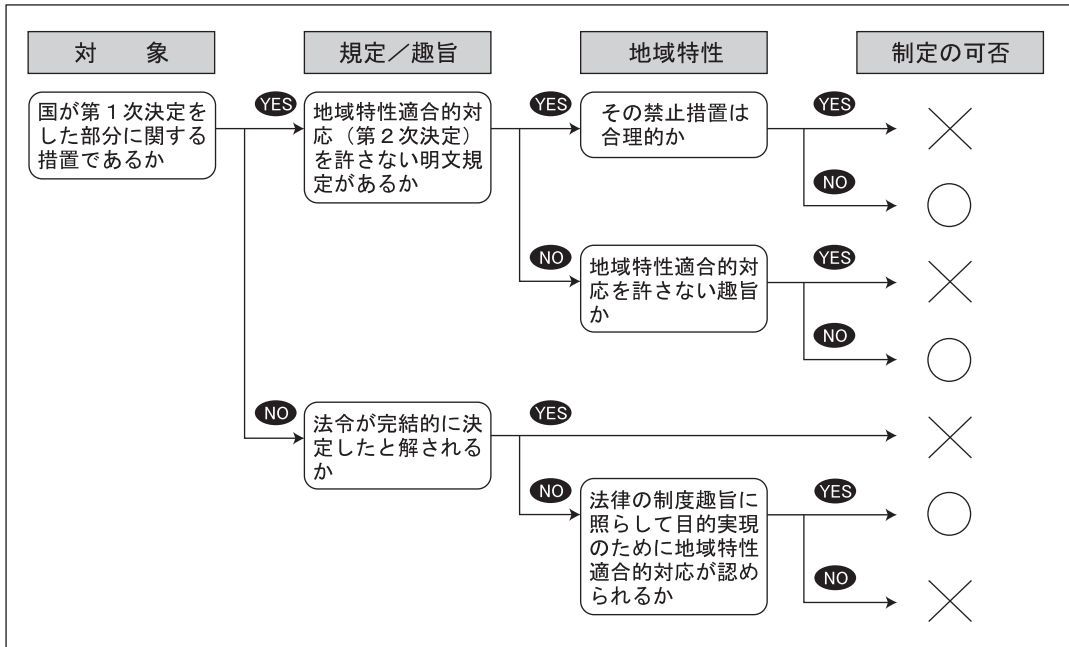
(43) 小早川・前註(11)論文383頁、斎藤・前註(6)論文305頁、見上・前註(36)論文230～231頁参照。

(44) 阿部・前註(30)書299頁も参照。

(45) 志賀・前註(37)論文107頁参照。

(46) 川崎政司「自治立法のあり方と政策法務：より良き条例を目指した枠組みへの展開に向けて」北村ほか(編)・前註(8)書395頁以下、神崎一郎「法律と条例の関係における『比例原則』『合理性の基準』『立法事実』」自治研究85巻8号(2009年)79頁以下、渋谷秀樹「条例の違憲審査」立教法学85号(2012年)1頁以下・12頁参照。

[図表3] 法律実施条例に関する法律抵触性判断基準



5. 法令を所与としない解釈論を

法律実施条例の法律抵触性判断基準について、まさに手探りで検討してきた。筆者は、分権改革の後も従前の法構造が維持されていることを重視するとともに、それを所与とせず、憲法92条のもとで、あるべき「国・自治体役割分担関係」、すなわち、「法律・条例役割分担関係」を探究するべく思索を重ねてきた。地方分権一括法によって変革されはずの「アンシャン・レジーム」であるが、全体としてみれば法令それ自体はほとんど改正されていないがゆえに、現在もその「慣性」が働いているように感じる。法令を所与としないという認識を強く持っているのはそのためである。

現実の認識として、筆者は、現行法は「国の決めすぎ状態」となっており、より多くを自治体の自立的決定に移行させるべきと考えている。したがって、条例制定権拡大の方向でのバイアスがかかった議論になったようにも感じている。

そうであるからか、筆者の議論は、「急進的解釈」と評されるように⁽⁴⁷⁾、少なくとも伝統的な行政法学の議論からは相当の距離があるようである。筆者自身は、いささか性急であるのかもしれないが、同時に前衛的であるとも考えている。それゆえに、抵抗感が持たれることも少なくないだろう。そうであるとしても、本稿で提示したたたき台をもとに自治体政策法務論からの議論が活性化され、結果として、自治体実務をサポートするような理論が導出され、そして、憲法が求めている分権法治主義が実現されるよう期待するばかりである。

(きたむら よしのぶ 上智大学教授)

キーワード：分権改革／枠付け緩和／条例制定権の範囲／ 法律の範囲内／国と自治体の適切な役割分担
--

(47) 鈴木庸夫「条例論の新展開：原理とルール・立法事実の合理性」自治研究86巻1号（2010年）58頁以下・73頁。