

2つの一括法による作業の意義と今後の方向性 —「条例制定権の拡大」の観点から—

北村喜宣

1. 第2期分権改革と枠付けの緩和

「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」という同名の法律が、2011年4月および同年8月に制定された。いわゆる第1次一括法・第2次一括法である⁽¹⁾。その中心的内容のひとつは、これまで政省令でされてきた基準値等の決定を、いくつかの法律について、条例の制定を通じた自治体決定に変更したことである。これは、「枠付けの緩和」と称される措置であり、第2期分権改革のなかでは、「玄人受けするテーマ」⁽²⁾であった。地方自治法のもとで整理するならば、自治体に配分された事務でありながらも政省令を通じてなされている国の関与を縮小するた

(1) 多くの文献がある。政府関係者のものとして、井上貴至「第2次義務付け・枠付け見直し一括法について」自治体法務研究28号（2012年）50頁以下、上坊勝則「第二次義務付け・枠付け見直し一括法について」地方自治769号（2011年）33頁以下、大村慎一「条例制定が地域を変える：『義務付け・枠付けの見直し』と『条例制定権の拡大』」市政61号（2012年）25頁以下、新田一郎＋上坊勝則＋森川世紀「『地域主権改革』関連三法について：地方分権改革から『地域主権改革』へ」地方自治764号（2011年）55頁以下参照。研究者のものとして、岩崎忠『「地域主権」改革：第3次一括法までの全容と自治体の対応』（学陽書房、2012年）、川崎政司（編著）『「地域主権改革」関連法：自治体への影響とその対応に向けて』（第一法規、2012年）、小泉祐一郎『地域主権改革一括法の解説：自治体は条例をどう整備すべきか』（ぎょうせい、2011年）、出石稔「義務付け・枠付けの見直しに伴う自主立法の可能性：条例制定権拡大をどう生かすか」自治体法務研究24号（2011年）11頁以下参照。

周知の通り、第1次一括法案は、「地域主権改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律案」として、2010年の第174回国会に上程された。その際、「地域主権」の用語をめぐって審議が紛糾し、結局、第177回国会において、衆議院で題名を修正されたうえで可決され、さらに修正案が参議院に送られて可決・成立した。

(2) 大森彌『変化に挑戦する自治体：希望の自治体行政学』（第一法規、2008年）401頁。

めのものである⁽³⁾。

枠付け緩和作業の必要性は、すでに第1期分権改革において指摘されていた。地方分権推進委員会は、2001年に出したその最終報告『分権型社会の創造：その道筋』のなかで、「国の法令等（法律・政令・省令・告示）による事務の義務付け、事務事業の執行方法や執行体制に対する枠付けの緩和については、ほとんど全く手付かずに行われている。地方公共団体の事務を文字どおりそれらしいものに変えていくためには、国の個別法令による事務の義務付け、事務事業の執行方法や執行体制に対する枠付け等を大幅に緩和する必要がある。」と述べている。廃止された機関委任事務を規定していた法令はもとより、団体委任事務を規定していた法令についてもそうしたことが求められるという認識であろう⁽⁴⁾。

条例による決定を2つの一括法は求め、関係自治体は、その作業を2013年3月31日までに完了させた。自治の拡充は、自己決定権とその行使・不行使に伴う自己責任の拡充を意味するはずであるが、第2期分権改革と整理されるこの数年の動きのなかでの今回の一括法対応は、地方分権の推進との関係で、どのように評価できるのだろうか。この後もこうした方式が、いわば「第n次一括法」として、維持・反復されるべきなのだろうか⁽⁵⁾。本稿では、「条例制定権の拡大」と整理されている内容を⁽⁶⁾、第1次一括法・第2次一括法を踏まえて、ややマクロ的観点から論じる⁽⁷⁾。

2. 現行法における条例規定の意味

(1) 作業対象である法令世界

「国の事務」である機関委任事務の全国平等な実施を自治体行政庁に命ずるにあたって、中央政府は、事務内容を、法律本則のほか、政省令および通達によって、詳

(3) 松本英昭『新版逐条地方自治法〔第6次改訂版〕』（学陽書房、2011年）17頁参照。

(4) 機関委任事務制度全廃の経緯については、西尾勝『未完の分権改革』（岩波書店、1999年）79頁参照。旧団体委任事務についてはあまり議論がないが、自治体行政職員の意識の実情に鑑みれば、旧機関委任事務以上に枠付け緩和が必要と考えるのが適切である。

(5) 政権交代により、民主党政権時代の内閣府地域主権戦略室が中心となって進められていた義務付け・枠付け改革が、名称新たになった地方分権改革推進室のもと、どのような組織と方法で進められるのかは、現在のところ、明らかではない。

(6) 大村・前註(1)解説、同「地域主権改革関連条例の制定状況について：条例制定権の拡大と議会の役割」議員NAVI〔第一法規〕33号（2012年）（非売品）48頁参照。

(7) 北村喜宣「基準の条例化と条例による追加・加重、上書き権」辻山幸宣＋菅原敏夫（編）『基準設定と地方自治：第25回自治総研セミナーの記録』（公人社、2011年）85頁以下も参照。

細に規定していた。自治体首長を国の事務の世界に「強制連行」して事務をさせるのであるから、詳細な指示は当然のことであった。自治体首長は、それを踏まえて、補助機関たる職員を使い、行政サービスを、「たまたまその自治体に居住する日本国民」に対して行っていたのである。

そうした法令が、その外形をそのままにして、自治体の事務を規定するようになった。「個別法自体の規律密度を見直す余裕はなかった」⁽⁸⁾のであるが、それがされなかった規定状態の不適切さは、冒頭に引用した地方分権推進委員会最終報告の認識にある通りである。「未完の分権改革」は「未完の法令改革」でもあり⁽⁹⁾、その実現は、喫緊の国家的課題である。

(2) 機関委任事務・団体委任事務と条例

憲法94条が自治体に保障する条例制定権は、法定事務に関していえば、かつての機関委任事務には及ばず、団体委任事務については及んでいた。それらを規定する法律のなかに、条例に関する規定が設けられることがある。

団体委任事務は条例制定権の対象となるから、そうした規定は、確認的性格を持つものである。たとえば、「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」のもとでの一般廃棄物の処理は、市町村の団体委任事務であるところ、同法は、2000年以前から、「廃棄物減量等推進審議会の組織及び運営に関して必要な事項は、条例で定める。」（5条の7第2項）と規定していた。これは確認規定である。「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」のもとでの風俗営業許可は、都道府県の団体委任事務であるところ、同法も、2000年以前から、風俗営業の営業時間規制について、「風俗営業者は、午前零時（都道府県が習俗的行事その他の特別な事情のある日として条例で定める日にあつては当該事情のある地域として当該条例で定める地域内は午前零時以後において当該条例で定める時、当該条例で定める日以外の日にあつては午前一時まで風俗営業を営むことが許容される特別な事情のある地域として政令で定める基準に従い都道府県の条例で定める地域内に限り午前一時）から日出時までの時間においては、その営業を営んではならない。」（13条1項）と規定していた。であるがゆえに政令

(8) 大森・前註(2)書385頁。そのほかにも、西尾勝『これからの行政活動と財政：第2次分権改革の焦点』（公人の友社、2002年）35頁、松本英昭『要説地方自治法：新地方自治制度の全容〔第5次改訂版〕』（ぎょうせい、2007年）140頁参照。

(9) 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。

基準による縛りが強いが、団体委任が、一応は確認規定といえよう。

一方、機関委任事務については、首長による規則の制定は可能であるものの（地方自治法15条1項）、条例は制定できない。しかし、国の事務といえども、地域特性に応じた対応をすることが必要な場合がある。そこで、法律のなかには、団体委任事務としての条例の制定を特定自治体に認め、制定された条例の内容を法律の一部とすることを規定するものがある。上乘せ条例に関する水質汚濁防止法3条3項がその例である。同項は、「都道府県は、当該都道府県の区域に属する公共用水域のうちに、その自然的、社会的条件から判断して、第1項の排水基準によつては人の健康を保護し、又は生活環境を保全することが十分でない」と認められる区域があるときは、その区域に排出される排出水の汚染状態について、政令で定める基準に従い、条例で、同項の排水基準にかえて適用すべき同項の排水基準で定める許容限度よりきびしい許容限度を定める排水基準を定めることができる。」（下線筆者）と規定する。下線部の規定があつて初めて、当該条例は法律と融合的に適用されるのである。これは、創設規定である⁽¹⁰⁾。たとえていうならば、機関委任事務を規定する法律の側からアームが伸びてきて、制定された団体委任事務条例をつかみ、それを法律の世界に取り込んだようなものである。

（3） 機関委任事務制度の廃止と自治体の事務化

分権改革により、団体委任事務は法定自治事務となり、機関委任事務は法定自治事務と法定受託事務とに振り分けられた。これらはいずれも自治体の事務であり、それゆえに、憲法94条にもとづき、当該事務の実施権限を与えられた自治体の条例制定権の対象となる。「法律の範囲内」という制約はあるものの、「そもそもできない」という法環境ではなくなった⁽¹¹⁾。

自治体の事務化により、自主的法解釈が可能になるといわれることがある⁽¹²⁾。そ

(10) 北村喜宣『自治体環境行政法〔第6版〕』（第一法規、2012年）26～27頁参照。

(11) 西尾・前註(4)書157～158頁参照。団体委任事務は自治体の事務であるから条例制定は可能であるが、自治体行政現場では、機関委任事務も団体委任事務も、法定事務であるがゆえにそれほどの違いをもって受け止められておらず、当該事務の根拠法律に条例規定がなければ条例は制定できないと考えられていたように思われる。磯崎初仁『自治体政策法務講義』（第一法規、2012年）23～24頁、成田頼明「機関委任事務制度の廃止と新たな事務区分」『地方自治の保障《著作集》』（第一法規、2011年）283頁以下・302頁も参照。

(12) 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＋磯崎初仁＋出石稔（編）『自治体政策法務』（有斐閣、2011年）80頁以下・82～83頁参照。

の内容は多様であるが、解釈の結果として、旧機関委任事務に関する条例を制定することも可能になったのである。

ところが、分権改革によっても法令は基本的に改正されていないから、先にみた水質汚濁防止法3条3項のような規定は残っている。これは、省令で規定される排水基準の厳格化をする条例に関するものであるが、同法においても、それ以外の規定に関して、条例を制定して法律と一体的に運用することを予定する条文はない⁽¹³⁾。

3. 現行法規定と条例制定の「余地」「根拠」

(1) 「隙間可能説」と「原則修正可能説」

分権改革以前の外観で維持されている現行法を、条例制定権の拡大の観点からどのようにとらえるか。この点は、枠付け緩和作業を進めるにあたっての原理的な認識を形成する。この点については、大きく分けて2つの立場が考えられる。前提となるのは、法律実施条例である。

第1は、いわば「隙間可能性説」（隙間説）ともいうべきものである。典型的には、「国の法令等（法律、政令、省令、告示）の規定が詳細をきわめ、政策・制度の細部にわたって規律してしまっているために、国の法令等によって先占されていない白地領域はきわめて狭く、条例制定の余地はあまり残されていない⁽¹⁴⁾」という認識である⁽¹⁵⁾。このような認識に立てば、枠付け緩和のためになされるべき作業は、創設的に「余地をつくる」ことになる。まさにゼロサムゲームであり、戦線の防衛・侵攻をめぐる、

(13) 水質汚濁防止法29条はあるが、これは、主語が「地方公共団体」となっているように、制定自治体のいかに問わない。法律と一体的に運用される法律実施条例ではなく、独立条例たる並行条例となる。構造はフル装備条例である。北村・前註(10)書34～35頁参照。

(14) 西尾勝『地方分権改革』（東京大学出版会、2007年）67頁。

(15) 隙間説のような認識を持つと思われるものとして、木佐茂男「新地方自治法の課題：法制度設計とその前提条件」山口二郎（編）『自治と政策』（北海道大学図書刊行会、2000年）57頁以下・104頁、久保茂樹「分権時代の法環境：都市計画・まちづくり分野から見て」日本地方自治学会（編）『どこまで来たか地方自治改革』（敬文堂、2002年）31頁以下・33頁参照。「〔法令の〕空白の充填は原則として許容され〔る〕」とする、阿部泰隆『行政の法システム（下）〔新版〕』（有斐閣、1997年）733頁も同旨だろうか。自治体行政の立場から、「空白域」が少ないと指摘する広域的な連携を活用した地域づくり促進検討会（北海道庁自治体法務ワーキンググループ）『検討結果報告書』（2011年）も、隙間説の枠組みで考えているようである。

熱い戦いが展開される。

第2は、いわば「原則修正可能説」（原則可能説）ともいうべきものである。典型的には、「全国統一的に対応する必要性がきわめて強い場合であれば、それを修正することは違法である。しかし、そうではないと考えられる場合には、その程度に応じて、基準や手続の強化・追加を条例ですることも許される」⁽¹⁶⁾という認識である。このような認識に立てば、もともと「余地はすでにある」のであり、枠付け緩和のためになされるべき作業は、条例が制定できない事項を明示することになる⁽¹⁷⁾。明示の内容としては、①本来の条例不可能事項の確認的明確化、②政策的不可能事項の創設的明確化がある。とりわけ、②に意味がある。それ以外の現行法規定については、条例制定に関して特段の措置は不要であり、基本的に標準的事項を規定したものとみるのである。

隙間説にもとづく作業がポジティブ・リストの創設であるとすれば、原則可能説にもとづく作業は、ネガティブ・リストの創設になる⁽¹⁸⁾。憲法92条や地方自治法1条の2、2条11項・13項に照らしてその正当性・適法性を論証するのはそれなりに大変であるが、「国と自治体の適切な役割分担」のためには、必要な作業である。

(2) 「不要説」と「必要説」

法律実施条例について、別の角度から整理してみよう。条例制定と法律の根拠の関係については、大きく分けて2つの立場が考えられる。この点に関しては、学説においても十分な検討がされていないため、モデル的に提示する。

第1は、「個別法明文規定不要説」である。憲法94条によって自治体事務に条例制定権が保障されているから、それ以上の措置は必要がないと考える。もちろん、地方自治の本旨の実現を阻害しないかぎりにおいて、個別法に条例規定が設けられることは否定しない。不要説であっても、当然に合憲でなければならないし、法の一般原則の制約は受ける。また、何よりも「法律の範囲内」である必要がある。

第2は、「個別法明文規定必要説」である。法定外自治体事務であれば別であるが、

(16) 北村喜宣「景観法と政策法務」『分権政策法務と環境・景観行政』（日本評論社、2008年）190頁以下・192～193頁。

(17) 松本・前註(12)論文、同「地方分権改革委員会の『第一次勧告』と政府の『地方分権改革推進要綱（第一次）』を読んで」自治研究84巻9号（2008年）3頁以下、阿部泰隆『政策法学と自治条例』（信山社出版、1999年）123頁の基本的認識も、同様かと思われる。

(18) 観点は異なるが、こうした作業の必要性は、成田頼明「法律と条例」同・前註(4)書169頁以下が早くから指摘していた。

法定自治体事務に関する条例制定の根拠としては、憲法94条だけでは不十分であり、立法者の明示的な意思表示である個別法の明文規定が必要と考える。それが無いにもかかわらず、法律実施条例を制定するのは、憲法41条に照らして問題があると考えられるのである。

(3) 自治体職員の意識と議論の方向性

自治体職員には、「政策の推進に『条例』を活用することを嫌う傾向がある。」⁽¹⁹⁾と指摘されることがある。「まだ『法律に規定がないことはできない』という旧意識から脱却できないでいる。」⁽²⁰⁾ともいわれる。「隙間説」「必要説」は、そうした職員心理に親和的な整理である。

本稿の議論は、条例制定の強制を主張するものではないが、憲法のもとで、自治体政策の推進に関して自治体の自主的・自立的対応を促す分権推進的法治主義の実現のためには、条例が不可欠であるという観点から、「原則可能説」「不要説」の立場に立つ⁽²¹⁾。第1期分権改革以前の時代に、「国と地方公共団体との適切な役割分担」を考えずに制定された多くの現行法規定は、改革の制度趣旨に照らせばきわめて不十分な状態にあるという認識が、その立場の前提にある。最近、佐賀県は、庁内向けに「佐賀県庁の仕事の進め方」という文書を出したが、筆者と基本的に同方向の発想と思われる⁽²²⁾。以下、検討を続けたい。

(19) 出石稔「組織論：分権改革に対する自治体の組織対応」北村喜宣（編著）『ポスト分権改革の条例法務：自治体現場は変わったか』67頁以下・（ぎょうせい、2003年）73頁。こうした心情は、要綱への逃避傾向という形で現れることがある。北村・前註(10)書48～51頁、山口道昭（編著）『入門地方自治〔第1次改訂版〕』（学陽書房、2012年）63～64頁〔山口・執筆〕参照。

(20) 大森・前註(2)書385頁。

(21) 兼子仁『変革期の地方自治法』（岩波書店、2012年）29頁、出石稔「地域主権時代の自治立法のあり方」都市とガバナンス14号（2010年）45頁以下・47頁もそうだろうか。

(22) そこでは、「条例は、個別法の特段の委任がなくとも、『法律の範囲内』で制定できることから、今後、地域における諸課題の解決に際して、個別法^[77]において委任されていない事項であっても、条例制定の可能性について検討を行う。」とする。北村喜宣「 $a \times b = c$ ：佐賀県条例の将来」自治実務セミナー52巻1号（2013年）67頁参照。佐賀県の一括法対応については、日野稔邦「佐賀県における一括法対応とそこから見えたもの」自治総研（近刊）参照。

4. 地方分権改革推進委員会と第1次一括法・第2次一括法の考え方

(1) 『基本的な考え方』

冒頭で引用した地方分権推進委員会の「遺言」を実現する実質的役割を任されたのは、地方分権改革推進法にもとづいて内閣府に設置された地方分権改革推進委員会であった。同委員会は、2007年4月の発足後すぐの5月13日に、『地方分権改革推進にあたっての基本的な考え方』を首相に提出した。

枠付けに関しては、①「事務事業の執行方法・執行体制に関する枠付けについて、条例等による見直し」、②「地方自治体が処理する事務について、企画立案から管理執行に至るまで地方自治体が責任を持つことができるように見直し」、③「条例による法令の上書き権を含めた条例制定権の拡大」が明記された。①を「枠付け決定の条例移譲の原則」、②を「法定自治体事務に関する完結的責任の原則」、③を「法律上書き権の原則」ということにしよう。

(2) 2つの一括法までの道のり

(a) 『中間的なとりまとめ』

この『基本的考え方』を踏まえて、地方分権改革推進委員会は、枠付け緩和の作業を進める。それは、以下のように展開していった⁽²³⁾。

次に出されたのが、2007年11月16日の『中間的なとりまとめ』である。そこでは、枠付けに関して、「明快な基準にもとづき徹底的に見直すことで廃止するとともに、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大をはかっていく」とされ、それが「自治立法権を確立していくことにつながる」とされたのである。「枠付け決定の条例移譲の原則」および「法律上書き権の原則」が堅持されており、「上書き」は、まさに目玉商品のような位置づけを与えられた。廃止あるいは縮減される枠付けに代わっては、「全部・一部の条例委任」とするとされた。そして、「上書き」については、「条例による補正の許容」と整理された。

(23) 北村・前註(7)論文90頁以下参照。

「補正」とは何だろうか。行政法用語としては、行政手続法7条や行政不服審査法21条などに用いられている。用語の意味は、それをを用いる者が定義をすればよいともいえるが、このような公的文書の場合には、一般の法律用語と同じような意味合いで用いるのが常識的であろう。特段の断りがされていない場合には、なおさらそうである。それを前提にすれば、「とりあえずは確定した判断がされているが、権限ある者が別の観点からそれでは不適切だと考えた場合に職権でそれを修正する」というほどの意味であろう。議論の文脈でいえば、「とりあえず法令で決定されている内容を、事務処理権限を有する自治体が地域特性に適合させるべく、条例で修正する」ことを意味すると考えるべきである⁽²⁴⁾。重要なのは、十分な内容になっていると判断されるかぎりにおいて、必ず補正をしなければならないわけではないことである。

(b) 『第1次勧告』から『第3次勧告』へ

地方分権改革推進委員会は、その後も鋭意作業を継続し、2008年5月28日に、『第1次勧告：生活者の視点に立つ「地方政府」の確立』⁽²⁵⁾を、2008年12月8日に、『第2次勧告：「地方政府」の確立に向けた地方の役割と自主性の拡大』を提出した。さらに、2009年6月5日提出の『義務付け・枠付けの見直しに係る第3次勧告に向けた中間報告』を経て、政権交代後の2009年10月7日に、『第3次勧告：自治立法権の拡大による「地方政府」の実現へ』⁽²⁶⁾を提出したのである⁽²⁷⁾。

これら勧告では、総論的には、地方政府を完全自治体とするために、一貫して自治立法権・条例制定権の拡充の必要性が強調されていた。そのなかで、「権」という強い表現はされなくなったものの、「上書き」は、シンボリックな意味で注目された。

(24) 金子宏＋新堂幸司＋平井宜雄（編集代表）『法律学小辞典〔新版〕』（有斐閣、1994年）1041～1042頁、法令用語研究会（編）『有斐閣法律用語事典〔第2版〕』（有斐閣、2000年）1296頁も参照。

(25) 第1次勧告に関しては、松本・前註(17)論文参照。

(26) 第2次勧告および第3次勧告に関しては、出石稔「義務付け・枠付けの見直しと条例による上書き権：自治体の条例制定権への影響」都市問題研究62巻1号（2010年）63頁以下、上林陽治「義務付け・枠付けの見直しとは何か：見直し条項数の量的分析」自治総研375号（2010年）70頁以下、田中聖也「義務付け・枠付け見直しの到達点（上）（下）：地方分権改革推進委員会第2次・第3次勧告」地方自治765号34頁以下・同767号33頁以下（2011年）参照。

(27) この流れについては、大森・前註(2)書参照。条例の観点から整理するものとして、田村達久「地方分権改革と条例論の新構築：法律と条例の新たな関係の一考察」『地方分権改革の法学分析』（敬文堂、2007年）205頁以下参照。

『第1次勧告』は、「地域のことはその地域に暮らす住民自らが判断し、実施に移すことができる行政体制を整え、個性豊かで活力に満ちた多様な地域社会…を再構築していくことが肝要」とし、『第2次勧告』は、「法制的な観点からも地方自治体の自主性を強化し、政策や制度の問題も含めて自由度を拡大するとともに、自らの責任において条例を制定し、行政を実施する仕組みを構築することが必要」とした。『第3次勧告』は、「国が全国一律に決定し、地方自治体に義務付けていた基準、施策等を、地方自治体自らが決定し、実施するように求める改革」とした。

(3) 3種類の基準

(a) 条例対応の指針

勧告の作成作業と並行して、地方分権改革推進委員会は、関係省庁と折衝を重ね、枠付けの存置・廃止、そして条例委任と仕分けていった。その結果、検討対象とした482法律10,057条項のうち、義務付け・枠付けを存置する必要がないものとして、4,076条項を抽出したのである⁽²⁸⁾。

条例対応との関係では、「法令で規定されている施設・公物設置管理の基準」が問題となる。これについては、廃止が基本とされつつも、それが困難である場合には、基準の条例への委任が検討されるべきとされた。法律から政省令ではなく条例への直接の委任といわれるものである⁽²⁹⁾。そして、その際には、条例制定にあたって自治体に課すことが許容される制約の程度が課題となるとされた⁽³⁰⁾。

(28) 膨大な法律およびそこに規定される事務を前にして、どこから枠付け緩和作業に手を付ければよいかについては、様々な選択肢があるだろう。この点について、地方分権改革推進委員会は、『中間的とりまとめ』において、次のように宣明した。「自治事務を対象として、そのうち、法令による義務付け・枠付けをし、条例で自主的に定める余地を認めていないものを対象とする。」そのうえで、枠付け存置もありうるとの前提で、7つのメルクマールを提示し、これに該当しないものは廃止をすると宣言したのである。本稿の論点ではないが、筆者は、方針を誤ったと思う。やるなら「元機関委任事務であった法定自治事務で条例規定があるもの」について、「よりよい条例規定」をつくるべきであった。その作業を通して、条例規定はあるが不十分にしか決定を認めていないものをより決定権拡大的に改正することで、あるべき状態の「相場」が見えてくるはずと考えるからである。

(29) 法律から政省令と条例への「同時委任」という議論もされていた。第177回国会衆議院総務委員会議録11号（2011年4月19日）21頁〔西博義委員質問と片山善博総務大臣答弁〕参照。

(30) この点で、今回の改革は、規律密度ではなく規律強度の改革と評されるのである。小泉・前註(1)書12頁参照。

結局、この方式が一般的となる。『第3次勧告』は、「条例への委任は、条例制定の余地が実質的に確保される方法で行われるべき」として、委任にあたっての条例制定基準を提示した。周知の通り、①従うべき基準、②標準、③参酌すべき基準である。同勧告は、次のように説明する。

①	従うべき基準	条例の内容を直接的に拘束する、必ず適合しなければならない基準であり、当該基準に従う範囲内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である。
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は許容されるものである。
③	参酌すべき基準	条例の内容を直接的に拘束するものではなく、十分参照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は許容されているものである。

これらの基準の定義は2つの一括法に規定されているわけではなく、法的拘束力を持つものではない。自治体に対するガイドラインのようなものである。それゆえ、決定についての説明責任は、すべて自治体が負うことになる。中央政府は、拘束力が強いと考える「従うべき基準」についても、その根拠を提示していないといわれる。「必ず適合しなければならない」というにすれば、あまりにも不適切な対応である。ガイドラインにすぎないと強弁するとすれば、自己矛盾もいところである⁽³¹⁾。その内容が、地域特性を配慮した対応の制約となる程度に限定するのであれば、当該政省令は、地方自治法2条13項に反して違法となる⁽³²⁾。

(31) それぞれの基準について、どの程度の根拠が中央政府から示されたのかは、別途、実証的に確かめられるべきことがらである。筆者は、「従うべき」と法律に規定すれば、根拠が不十分であるにもかかわらず問答無用に拘束力が生まれるがごとき理解は、憲法92条に反していると考えられる。北村喜宣「つき出し条例? : 「従うべき基準」の拘束力」自治実務セミナー51巻10号(2012年)65頁参照。出石稔「自治体と議会は地域主権改革にどう対応すべきか」廣瀬克哉+自治体議会改革フォーラム(編)『議会改革白書2012年版』(生活社、2012年)101頁以下・103頁は、「自治体議会に対する……立法統制を国の行政機関がなすことにならないか」と指摘する。

(32) 人見剛「分権改革後の条例制定権：横須賀市調査を踏まえて」『分権改革と自治体法理』(敬文堂、2005年)172頁以下・178～179頁も参照。地方自治法2条13項は、立法指針にとどまるという解釈もある。塩野宏「条例の範囲と可能性」自治フォーラム522号(2003年)2頁以下・2頁参照。

また、3基準を上記のように位置づけたため、当該事務を処理する自治体は、すべてが条例制定を強制される結果になった。立法形式の不合理な強制であり過度の介入である⁽³³⁾。「条例規定主義」に立脚する地方分権推進委員会が最終報告を出した時点では、想像もされなかった状態であろう。

(b) 「上書き」

なお、『第3次勧告』は、注目すべき整理をしている。すなわち、参酌すべき基準を踏まえて自治体が条例で異なる内容を定めることは、「条例による国の法令の基準の「上書き」を許容するもの」というのである。

参酌基準とは、何ら確定的な性格を持つものではない。それを参考に条例決定することを「上書き」というのは、きわめて奇妙な用語法である。参酌基準を踏まえた独自基準決定という方法以外にも、「上書き」の方法はあるというのであるが⁽³⁴⁾、少なくとも『第3次勧告』のコメントに関するかぎりでは、「牽強付会」というしかない⁽³⁵⁾。勘違い的期待といわれるのかもしれないが⁽³⁶⁾、肩すかしを食らったと感じた人は、少なくないはずである⁽³⁷⁾。シンボリックであった言葉の「なれの果て」という気がする。

地方分権改革推進委員会は、後に整理する個別法改正方式により枠付け緩和を進めるといった戦術をとった。同委員会も、上記の整理がベストとは考えていないようであるが、こうするのが「一番現実的なやり方だと判断したというようにみ

(33) 岡田博史「自治体から見た地方分権改革：自治立法権に焦点を当てて」ジュリスト1413号(2010年)22頁以下・24頁参照。小泉祐一郎「第二期分権改革の一括法における条例と規則の役割分担」自治実務セミナー49巻8号(2011年)58頁以下・59頁は、「義務付け・枠付けの見直しをしながら、新たな義務付け・枠付けをしていることがわかっていない」と酷評する。

(34) 斎藤誠「義務付け・枠付け見直しの展望と課題」『現代地方自治の法的基層』(有斐閣、2012年)351頁以下・363頁参照。もともと、それが具体的にどのようなものかは、明らかにはなっていない。

(35) 北村喜宣「牽強付会?：地方分権改革推進委員会のいう「上書き」」『自治力の爽風』(慈学社出版、2012年)23頁以下参照。岡田・前註(33)論文23頁註4、鈴木庸夫「地域主権時代の条例論」ジュリスト1413号(2010年)15頁以下・19頁も参照。

(36) 筆者などは、勘違いをした1人であった。北村喜宣『上書き権を含めた』の意味：条例制定権拡充の方向性『自治力の達人』(慈学社出版、2008年)20頁以下参照。

(37) 出石・前註(21)論文72頁、出石・前註(31)論文101頁、岩崎・前註(1)書46頁、川崎・前註(1)書113頁〔岡田慎一・執筆〕、磯崎・前註(4)書226頁、磯崎初仁「法律の規律密度と自治立法権：地方分権改革推進委員会の検討を踏まえて」北村喜宣ほか(編)『自治体政策法務』(有斐閣、2011年)368頁以下・378～379頁参照。

んなが理解すべき⁽³⁸⁾と納得したのである。「定義などは、われわれがこうだといえはこうなるのだ」という権威主義的開き直りにもみえ、何とも苦しい整理である。

(4) 29法律100条項

『第3次勧告』を踏まえ、それを部分的に実現するべく、政権交代後の民主党政権のもとで、2009年12月15日に、『地方分権改革推進計画』が閣議決定された。その内容が、完全にではないが、42法律を一括改正する第1次一括法（2011年5月2日公布）に反映されている。さらに、同政権のもとで設置された地域主権戦略会議は、これまでの勧告を踏まえて検討を重ね、その結果を『地域主権戦略大綱』として、2010年6月22日に閣議決定した。その内容は、完全にではないが、188法律を一括改正する第2次一括法（2011年8月30日公布）に反映されている⁽³⁹⁾。

2つの一括法には、①施設・公物管理の基準の見直し、②協議、同意、許可・認可・承認（国等の関与）の見直し、③計画等の策定およびその手続の見直し、が含まれている。本稿の検討の対象となる、基準決定の条例移譲に関しては、29法律100条項で措置されたといわれている⁽⁴⁰⁾。条例対応が義務づけられるのは、都道府県については26法律83条項、指定都市・児童相談所設置市については26法律83条項、一般市町村については18法律44条項であり、どの市町村でも該当するのは8法律22条項といわれる。これをどのように整理して条例化するかは自治体の選択であるが、対応に要する条例数は、都道府県で20～30本、市町村で10本前後であろうといわれている。

(5) 基本的発想の泉源

(a) 明示的統制主義

作業を進めた地方分権改革推進委員会も、勧告のなかでは、「上下主従から対応協力へ」という第1期分権改革のキャッチフレーズを十分に認識した表現をし

(38) 第85回地方分権改革推進委員会（2009年5月28日）議事録14頁〔西尾勝委員長代理・発言〕。

(39) 法案審議に関しては、岩崎・前註(1)書35頁以下、川崎（編著）・前註(1)書105頁以下〔岡田慎一・執筆〕、下山憲治「公法解釈における立法者意思とその探究序説：地方自治関連立法動向研究の意義とその手法」自治総研410号（2012年）1頁以下参照。

(40) 大村・前註(6)解説49頁参照。これは、2つの一括法による対応の数であるが、そのほかにも、介護保険法のように個別法改正によるもの、および、政令等の改正で可能と明確にされたものがある。

ている。しかし、具体的作業の結果をみていると、「上下主従」意識が払拭されていないのではないだろうか。総論部分の認識と具体的成果とのギャップが、かなりあるように感じられるのである。

自公政権があった2009年8月までは、そうした意識であってもあるいは仕方なかったかもしれない。しかし、「地域主権改革」を「1丁目1番地」と位置づけた民主党政権のもとでも、その意識に変化がみられなかったのは、いささか奇異に映る。ほぼできあがっていた作業を、『第3次勧告』の段階でひっくり返すことは、政治的には不可能だったのだろうか⁽⁴¹⁾。

自公政権と民主党政権の結果的合作ともいえる第1次一括法・第2次一括法の条例対応措置のやり方については、疑問が多い。各勧告が、総論としては、自治体による自己決定を重視していながら、なぜ、それをすべき対象法律、対象条項、許容範囲と程度に関する決定を完全に国に委ねてしまったのか。なぜ、そんなことは自己決定したくないという自治体に対しても、基準を示して決定を強制してしまったのか⁽⁴²⁾。委員会は、条例制定に関して、おそらくは「隙間説」「必要説」に立っていると思われるが、なぜ、法定自治体事務である今回の措置対象外の事務について、合理的な立法事実がある場合であっても、「法令の条例による補正」を認めないのだろうか。

政権交代があっても考え方が変わらないとすれば、それを支持する「変わらぬ

(41) 些末なことであるが、「地域主権」という言葉にあれほど拘った民主党政権が、「委任条例」という言葉が無邪気に使用したことには、強い違和感を覚えずにはいられなかった。地方自治法10条2項の用語法にならって、「分任条例」と表現すべきであった。かつての機関委任事務は、現在では、適切な役割分担関係を踏まえて、国と自治体が分任しているのである。国と自治体は、権限の相互分担関係にある。北村喜宣「分任条例の法理論」（近刊）参照。「分担」は、少なくとも民主党政権の認識であったはずである。第174回国会参議院総務委員会会議録11号（2010年4月13日）5頁〔原口一博・総務大臣答弁〕参照。松本・前註（3）書108頁によれば、分任とは、「分けて負担に応ずる意」である。「委任」という表現を不適切とするものとして、小泉・前註（1）書64～65頁、松本・前註（12）論文93頁、山口（編著）・前註（19）書31頁〔山口・執筆〕、斎藤誠「法律規定条例の可能性と限界」同・前註（40）書299頁以下・302頁、松本英昭『自治制度の証言：こうして改革は行われた』（ぎょうせい、2011年）109～110頁、も参照。適切な用語が見当たらないから「委任条例」を用いたといわれるが（小早川光郎「義務付け・枠付けの見直し：その意義と展望」市政61号（2012年）22頁以下・23頁）、「必要説」を自治体に刷り込むためにあえて用いているのではないかといううがった見方もできないではない。後註（62）も参照。

(42) 批判の多い点である。たとえば、前註（33）の岡田論文、小泉論文のほか、磯崎・前註（4）書184頁参照。

組織」が原因ではないかとも勘ぐりたくなる。それは、内閣法制局である。中央政府が今一步踏み出せないように思われる背景には、自治体による「自由な」書き換えに対して、中央省庁はもちろんのこと⁽⁴³⁾、内閣法制局が否定的な立場をとっていることがあるように思われる⁽⁴⁴⁾。憲法41条論がその根底にあるのだろう。先にみた『第3次勧告』にも、そうした認識が現れていたように感じられる。41条が大切なことは論を俟たないが、憲法解釈としては、92条を踏まえつつ41条を考えるべきなのであるが⁽⁴⁵⁾、後ろの方にある第8章などは、それほど重く扱われていないのかもしれない⁽⁴⁶⁾。第1期分権改革後も、事務の基準などを法律の本則に詳細に規定することを求める内閣法制局の審査姿勢が指摘されている⁽⁴⁷⁾。かつて内閣法制局長官は、地方自治について、「法律でもって地方団

(43) 阿部・前註(15)書733頁参照。

(44) もちろん、内閣法制局がそうした見解を公表するわけではないが、どうもそうした思考構造になっているように推察する。なお、内閣府に設置された地方分権改革推進委員会の委員を務めた小早川光郎は、「法律を含めた上書論ということになると、いまの内閣法制局の考える常識からするとどうであろうかということのようです。」とコメントしている。小幡純子+曾和俊文「〔討論〕討議のまとめ」ジュリスト1413号(2010年)31頁以下・37頁〔小早川発言〕参照。義務付け・枠付けの見直し作業に関して、地方分権改革推進委員会は、「行政法学者の小早川委員にほとんど全権を委任したに近かった」と評されている。大森彌『政権交代と自治の潮流：続・希望の自治体行政学』（第一法規、2011年）65頁参照。それを前提にすると、委員会作業の枠組みを知るにあたって、前出の小早川コメントは重要である。

2012年度日本自治学会分科会B「義務付け・枠付けの見直し」の討論において、大村慎一・内閣官房副長官補室(内閣参事官)は、内閣法制局の認識として、「基本的に41条との関係で、国会が唯一の立法機関であるということで、その委任に基づいた範囲でどう書けるかということである……。それについては自主的に国会の立法権を没却するような形で抽象的・包括的な委任は許されないという形で考えている……。」と述べている(以下「大村・セッション発言」として引用)。一方、「明文規定でなければ条例に何も書けないのかということを行っているわけではないと思っています。」とも述べる。これは、筆者のモデルである「ベクトル説」(北村・前註(9)論文130頁)でいえば、オープンスペース部分についてのことだろうか。〔図表1〕でいえば、②①⑤(イ)の横出し条例である。しかし、いわゆるメルクマールにもとづく義務付け・枠付け存置許容調査(2007年12月19日付け)に対して、ほぼすべて「見直す必要なし」というゼロ回答をした中央省庁がそうした大らかな認識を持っているとはとても信じられない。

(45) 鈴木・前註(35)論文17～18頁、同「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・62～64頁の整理を参照。

(46) 北村喜宣「沈黙の解釈：憲法41条と92条」自治実務セミナー52巻4号(近刊)参照。

(47) 大森・前註(2)書378頁参照。鈴木・前註(35)論文19頁は、「規制的な制度は法令によらなければならず、条例によって規制的な制度を創設することは例外的であるとする、伝統的な法令優先ないし法令中心主義の考え方」があると指摘する。同感である。

体に与えるというのが今の憲法の考え方」と答弁した⁽⁴⁸⁾。条例による補正を認めるにしても、国が第1次決定をしている以上、すべて個別法に明文規定を有さなければならないということであろうか。法令伝來說と称しうる認識である。なるほどそうした憲法解釈もあるのかと思うが、自治権が憲法92条で保障されている現在では、実定法的根拠を欠く見解である⁽⁴⁹⁾。

個別法による明示的統制が必要という発想に立てば、たしかに2つの一括法の対応の方法は、うまく整理できる。しかし、それは、結果的に、機関委任事務制度の廃止という第1期分権改革の最大の成果の影響を「極小化」することにつながるのであって、分権時代の憲法解釈としては、あまりに狭い枠組みといわざるをえない。「地方自治の本旨」を、憲法事項ではなく法律事項と考える結果になっており適切ではない⁽⁵⁰⁾。自治体としては、内閣法制局は、所詮は中央政府のひとつの行政機関にすぎないことを十分に認識しておく必要がある。

(b) 一律主義

従来、法律に規定される条例に関する方針には、大きく分けて2つがある。第1は、任意主義である。たとえば、水質汚濁防止法3条3項や都市計画法33条3項は、法令内容と異なる内容を決定したいと自治体が思えば、条例によって、随時それを実現する方式を規定する。

第2は、一律主義である。たとえば、食品衛生法51条は、飲食店営業許可基準を条例で定めるべきことを規定する。法令には基準はなく、条例が制定されないかぎり事務が実施できない。

2つの一括法がとった方式は、第2の一律主義であった。しかも、従来からある政省令基準を前出の3つの基準にしたうえで、である。白地に絵を描くのであれば、あるいはそうした方式も考えられたであろう。しかし、法令基準であっても何ら不都合を感じない自治体に対しても、条例決定を義務づけるのである。

(48) 第174回国会参議院総務委員会会議録11号(2010年4月13日)5頁[梶田信一郎・内閣法制局長官答弁]参照。北村喜宣「『与える』か『分担する』か? : 内閣法制局長官vs. 総務大臣」北村・前註(35)書19頁以下も参照。

(49) 兼子仁「自治体の行政権力」『行政法と特殊法の理論』(有斐閣、1989年)140頁以下・145～146頁も参照。鈴木・前註(35)論文16頁は、「憲法構造(中央地方政府間関係)からの考察が希薄」である点を指摘する。岡田・前註(33)論文26～27頁も参照。

(50) 松下圭一『市民自治の憲法理論』(岩波書店、1975年)113頁は、早くからこの論点を指摘していた。

「大きなお世話」と感じた自治体は多かっただろう。条例制定および施行に関して、いわゆる猶予期間を2013年3月31日としたのも、一律主義のあらわれである。国民との関係における平等原則が根底にあるようにも思われる。

ところで、条例の制定を強制された自治体は、どのようにしてそれを実現したのだろうか。法律を所管する原課が、地域的な立法事実を踏まえて地域に最適な内容を決定したことが多いのだろうが、筆者の調査によれば、コンサルタントに委託した自治体もある。それをしなかった自治体においても、原課が対応できないために、法制担当が見るに見かねて政令で示された基準を、とりあえずそのまま（従前と内容の変更はなく）条例に移植するような決定をして、何とか取り繕ったところもある。形式的に自己決定はしたものの、真の意味での自己決定にはほど遠い状況である。こうした対応が全国のどれくらいでなされているのかは不明である。もっとも、条例制定状況に関する統計調査に熱心な内閣府地域主権戦略室であったから、おそらく全体像を調査していることだろう。その後継の地方分権改革推進室は、結果を是非とも公表してほしいものである⁽⁵¹⁾。地方行政経験が豊かな前政権時代の分権改革担当幹部は、「自分の地域の社会資本の整備などを自分たちの地域に合った形に決められるわけですから、やりがいもあるはずです⁽⁵²⁾」というけれども、前提となる枠組みの不合理さについてあまりに無自覚かつ大らかな認識であり、とまどってしまう⁽⁵³⁾。

霞ヶ関の関係省庁に条例による決定を認めさせるには、「自治体によってやる場所もあればやらない場所もある」「やるかやらないかは自治体が決める」という方針では、現実の交渉ができなかったのかもしれない。オールオアナッシング的対応に合理性はないが、自治体不信が強い省庁を相手にした交渉戦術とし

(51) 2012年12月の政権交代の結果、「地域主権戦略室」は「地方分権改革推進室」となった。経済政策を優先させる政治的判断ゆえに、内閣府HPのトップページから「地方分権」のバナーが消えたままになっている新政権の分権改革戦略がどのようなものかは定かではないが、旧政権時代に進めた「条例制定権の拡大」の実態については、是非とも検証してもらいたい。また、研究者においても、対応状況の実態調査は、今後の改革の進展を考えるうえでも不可欠の作業である。出石・前註(21)論文は、こうした対応を「愚行」と表現する。たしかにそのようにも思われるが、決定すべき内容の質および決定の強制措置に鑑みれば、少々厳しい評価であろう。

(52) 逢坂誠二『自治体のカタチはこう変わる』（ぎょうせい、2012年）84～85頁。

(53) 地方自治法制度研究者であっても、枠組みそれ自体に対する疑問はそれほど持たれていないようにもみえる。この点について、大森・前註(44)書243頁、兼子・前註(21)書9頁参照。

では、合理性はあるのかもしれない。「やるかやらないかは霞ヶ関が決める」のである。しかし、筆者は、枠組みを緩めて、任意主義を採用すべきであったと考える。「地方が要望した」という言説もあるが、何の民主的根拠もない団体の要望に、法的にどれほどの重みがあるのだろうか。全く、一律主義の最たるものである。29法律100条項について、どれほどの自治体が望んだのだろうか。少なくとも、約1,700の大多数が望んだという証拠はどこにもない。

5. 2つの一括法を受けた枠付け緩和の条例対応

(1) 明文規定ある法律実施条例

条例制定権の拡大にもとづく自己決定は、当時の中央政府が進める枠付け緩和施策のキャッチフレーズであった⁽⁵⁴⁾。制定が予定された条例（「枠付け緩和対応条例」という。）は、どのような性格を持つものであろうか。〔図表1〕を用いて説明しよう⁽⁵⁵⁾。

〔図表1〕 法律に対する条例の効果の観点からみた条例の諸類型

条例	① 独立条例	① 法律と規制対象を同じくする条例	④ 法律前置条例	
			⑤ 法律並行条例	(ア)要件・手続追加（横出し）条例
				(イ)要件・手続加重（上乘せ）条例
	② 法律と規制対象を異にする条例			
	③ 法律の未規制領域を規制する条例			
	② 法律実施条例	① 法律と規制対象を同じくする条例	④ 法律規定条例（分任条例）	(ア)要件・手続追加（横出し）条例
(イ)要件・手続加重（上乘せ）条例				
(ウ)内容確定条例				
⑤ 法律非規定条例（狭義の法律実施例）			(ア)要件読込み（具体化・詳細化・顕在化）条例	
			(イ)要件・手続追加（横出し）条例	
(ウ)要件・手続加重（上乘せ）条例				

(54) 大村・前註(1)解説、同・前註(6)解説参照。

(55) 分権改革のものの条例論は、条例を的確に分類したうえで展開されるべきものであるが、そうした作業をしないままに、徳島市公安条例事件最高裁判決（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）を参照しつつ漫然と論じられていることが多いのは、何とも不可解である。

まず、枠付け緩和対応条例は、法律からは独立した「①独立条例」ではなく、「②法律実施条例」である。それは当然に、「③法律と規制対象を同じくする条例」になる。そして、明文主義としてみたように、個別法の根拠を有する「④法律規定条例（分任条例）」である。その内容は多様でありうるが、今回の条例は、3つの基準により示された内容を自治体において確定する「(ウ)内容確定条例」である。

(2) 2013年3月31日と現在

まさに「イケイケ、ドンドン」調の内閣府地域主権戦略室（当時）の督促もあり、条例制定を義務づけられた自治体は、前述のように外注をしたところも含めて、2013年3月31日までに、何とか関係条例の制定を完了した。とりわけ、2012年度において、条例制定状況が芳しくない懸念する内閣府は、ことあるごとにその状況や「先進事例・優秀事例」を公表・紹介し、また、対応状況の数字をあげ、腰が重いようにみえる自治体を叱咤激励していた⁽⁵⁶⁾。雑誌等に寄稿される取組状況の報告記事や解説などは、まさに実況中継の感があった⁽⁵⁷⁾。

2012年12月の衆議院解散により、さらなる枠付け緩和策が盛り込まれていた第3次一括法案は、審議未了で廃案となったが、当初、第4次一括法対応分とされていたものも含めて、新第3次一括法案として上程されている。しかし、その後の作業見通しは、今のところ立っていない。枠付け緩和対応事項の整理および対応条例の制定の作業は、暫時休戦となる。筆者は、この機会は、条例の活用による枠付け緩和を考える際の重要な時間をもたらしたと考える。2つの一括法による対応を、より長い時間のなかで位置づけて、今後のあり方を展望することが重要である。自治体行政関係者や分権研究者の間には、今回のようなやり方は基本的に適切なものであり今後も繰り返されるといような認識が、無意識のうちに一般化しているように思われるが、そのように固定化して考えることは、分権推進にとって決して適切ではない。

(56) 井上貴至「義務付け・枠付けの見直しに関する条例規定」自治実務セミナー51巻6号（2012年）12頁以下、大村慎一「義務付け・枠付けの見直しに関する条例の制定動向」自治体法務研究31号（2012年）6頁以下参照。

(57) 地方財務697号（2012年）は、大村慎一「『義務付け・枠付けの見直し』に伴う地方公共団体の条例制定の取組み」（2頁以下）のほか、7自治体の対応を伝えるが、その典型例である。前註（56）の自治体法務研究31号も、大村解説のほか、5自治体の対応を伝える。近藤貴幸「義務付け・枠付け見直しに関する地方独自の基準事例について」地方自治775号（2012年）52頁以下も参照。

6. 枠付け緩和のための条例対応の諸方式

(1) 個別法改正方式

枠付け緩和を実現するための方策としては、いくつかのものが考えられる⁽⁵⁸⁾。これまでみてきたように、第1次一括法・第2次一括法は、関係する法律を一括法方式で改正する「個別法改正方式」であった。おそらくは、今後も「第n次一括法」として、予定されているやり方である。条例でできることを明示するという意味で、ポジティブ・リスト方式といえる。

しかし、この方法が唯一というわけではない。3つについてみておこう。

(2) 通則法方式

第1は、通則法方式である。この方式の前提には、個別法改正方式の場合には、反対解釈によって、それがされていない法律については条例決定ができないとされることへの懸念がある。そこで、「個別行政分野の法令の規定について、横断的に、包括的・一般的に、条例による法令の補正等が可能であることの根拠となる通則的な法律の規定を設けて、例外となる法令の規定を特に法令で定める」のである⁽⁵⁹⁾。具体的には、以下のような規定を地方自治法に追加するべきとされる。

地方公共団体は、当該地方公共団体が特定の施策を実現するために特に必要がある場合においては、日本国憲法第92条に規定する地方自治の本旨に則る国と地方公共団体との関係の向上のための特例措置として、法律に特別の定めがある場合を除くほか、条例で、当該地域の自然的、社会的条件その他の事情に応じて、法令の規定の全部又は一部を適用せず、又は法令において定められた制限を強化し、附加し、補完し、若しくは緩和することができる

通則法方式によれば、個別法律に条例制定ができない事項が具体的に規定されるこ

(58) 川崎（編著）・前註(1)書111頁〔岡田慎一・執筆〕は、表現は異なるものの同様の整理をする。

(59) 松本・前註(12)論文91～92頁。本稿では、松本説を扱うが、ほかに通則法説をとるものとして、岡田・前註(33)論文、同「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）参照。岡田説は、松本説よりも条例対応ができる対象がより広い。

とになる。ネガティブ・リスト方式である。これは、法定自治体事務については条例が基本的に可能であることを前提としつつ、例外的にそれができない場合を明記するものであり、分権改革の制度趣旨に則した方法である。

通則法の施行日をいつにするかはさておき、個別法については、それまでの間に、必要であれば、ネガティブ・リストを規定する法改正をしなければならない。それができずに施行日が到来すれば、解釈上条例制定ができないと考えられる事務以外については、条例制定が可能になるのである。ポジティブ・リスト方式との関係では、まさに「攻守逆転」である。

通則法方式をとる説は、それがなければ条例は制定できないと考えているのかどうかは、必ずしも明らかではない⁽⁶⁰⁾。上記横断条項は憲法のもとで何ら創設的な効果を持つものではなく、憲法92条を分権改革の制度趣旨に鑑みて確認したにすぎないと考えているのであれば、そうした規定がなくて条例は可能ということになる。しかし、何らかの条文がなければ安定性を欠くために、補正の種類を可能なかぎり具体的に表記したのである。

一方、そうではなくて、横断条項がないかぎり条例制定はできないというように創設的に考えているのであれば、それが実現しないかぎりは、個別法改正方式と同じ結果になる。2つの一括法により、条例対応が可能になっていることとの関係が問題になるが、現に、通則法は制定されていないから、この立場を厳格に考えると、対応されていない自治体事務については、条例はできないということになるだろう。

なお、この通則法方式に対しては、『第3次勧告』が、牽制球的なコメントをしている点が注目される。同勧告は、「個別の法令の内容を問わず、通則規定で条例による国の法令の「上書き」権を保障することをめぐって様々な意見があるが、」としたうえで、次のように述べる。

(60) 通則法説をとる松本英昭は、「法律で『条例で定める（定めることができる。）』としている場合でも、その地方公共団体の自治立法権は、憲法八章の地方自治に関する規定に根拠を有するものであり、法律の当該規定は、自治立法権の行使が憲法94条の「法律の範囲内」であることを示すとともに、当該事項について定める法形式は、地方公共団体の条例とすることを定めているものとみるべき」としている。松本・前註(41)書109～110頁。これによれば、後にみる憲法94条直接適用方式であるようにもみえる。

- 法律の制定は、「国権の最高機関」とされている国会によって行われること（憲法第41条）。
 - 地方自治体の条例制定権は「法律の範囲内」とされていること（憲法第94条）。
 - 政令は「憲法及び法律の規定を実施するため」に、府令・省令は「法律若しくは政令を施行するため、又は法律若しくは政令の特別の委任に基づいて」制定されるものであり、特に、それらによって罰則を設けたり義務を課したり国民の権利を制限したりするのはすべて法律の委任に基づいて行われるものであること（憲法第73条、内閣法第11条、内閣府設置法第7条、国家行政組織法第12条参照）。
- 等を踏まえつつ、引き続き、慎重な検討が必要である。

中央政府の解説によれば、「通則法レベルで、法律の特定の規定と異なる規定を条例によって設けることを一般的に許容する規定を法律に設けることは許容されないものと考えられる」という趣旨のものである⁽⁶¹⁾。

内閣法制局の姿勢については先に指摘したが、それが『第3次勧告』の記述の前提になっているように感じられる。「委任」という文言が特徴的である⁽⁶²⁾。論点は、勧告が引用する憲法94条の「法律の範囲内」をどのように考えるかである。

（3） 一括法方式

第2は、一括法方式である。個別法に条例を可能とする規定がなければ条例はできないという認識を前提にしつつ、「この法律の実施に必要な事項は条例で定めることができる」という規定を個別法に規定するというものである⁽⁶³⁾。「この法律」とは、条例が可能な法律であるとする、当該法律に上記規定を追加する一部改正を一括法という手段により実現するのである。地方自治法の規定など原課は参照しないため、担当する法律に明示規定がある方がメッセージとしての効果が高まるということはいえそうである。

そうした規定がないかぎり法定自治体事務であっても条例制定はできないとする

(61) 田中・前註(26)(下)解説47頁。

(62) 小泉・前註(33)論文60頁は、「『条例への委任』の観念を委任事務の概念を廃止した地方分権推進委員会自身が持ち続けていたこと」が、こうした認識の遠因となっていると指摘する。

(63) 大森・前註(44)書394～398頁、北村喜宣「法令の規律密度をいかにして緩和するか」北村・前註(16)書52頁以下・57～58頁、同「一括挿入！：条例制定権の明確化」同・前註(36)書17頁以下参照。

のであれば、個別法改正方式と同じである。しかし、違いは、どの事項について条例対応をするかを自治体が自立的に決定できるという点にある。ここでも、通則法方式と同じ議論が妥当する。すなわち、条例規定が創設的意味をもつのであればその欠缺は条例制定の否定を意味するし、確認的意味を持つのであれば、次にみる憲法94条直接適用方式と同じになる。

(4) 憲法94条直接適用方式

第3は、憲法94条直接適用方式である。反対解釈による条例制定権の不拡大に対する懸念を、通則法方式や一括法方式と共有する。そのうえで、より原理的に考えて、個別法に規定がなくても、憲法94条のみを根拠に、実質的に通則法方式の提案条文が規定するような条例対応を可能とする考え方があつた。通則法方式を否定するのではなく、それは憲法94条の確認規定とみるのである。立法論ではなく、解釈論である。自治体職員は、明文規定があると安心できるから、通則法方式や一括法方式はその点で優れているのであるが、そのような法律制定・改正が容易に実現しないことを考えると、自治的解釈により「勝手に」進めるのが現実的である。

周知のように、憲法29条3項に関しては、個別法に損失補償規定がない場合の解釈論として、立法指針説（プログラム規定説）、違憲無効説、直接請求権説（適用説）があるところ、最高裁は、直請請求権説に立っている（最大判昭和43年11月27日判タ229号256頁）。それになぞらえていけば、憲法94条直接適用説である。憲法学において、同条をプログラム規定と解する説はないように思う。直接適用説が、基本とされるべきである⁽⁶⁴⁾。

もちろん、確認説であっても、当然に憲法94条の「法律の範囲内で」という制約のもとにはある。したがって、条例ではできないことについて規定をすれば、それは違憲である。通則法方式が提案するように、それは個別法にネガティブ・リスト方式で明記されることが望ましいだろう。もっとも、直接適用方式は、そうした対応が基本的にされていない現行法状態を前提にするので、異なった整理が必要になる。

法定自治体事務といつても、すべてが自治体の事務というわけではない。モデル的には、①国の役割として全国一律的に規定する部分、②自治体による地域特性適合的対応が認められる部分、から構成される。①は、条例制定が本来的に否定される部分

(64) 岩崎・前註(1)書103頁も参照。

である。これに対して、②に関しては、法政策的に条例制定を否定することもありうる。したがって、この部分について、ネガティブ・リスト方式が必要になる。逆にいえば、法定自治体事務について、①でないかぎり、原則として条例は可能である。どの法律のどの事務のどの部分について条例を制定するかは、当該事務の主体である自治体が判断する。この整理にもとづけば、2つの一括法のように、規定がなければ条例ができないのではなく、規定がなければ条例を否定できないことになる。

2つの一括法制定に至る過程においては、地方分権改革推進委員会が相当に苦勞をして、29法律100条項についての条例規定明文化を実現した。直接適用方式のもとでは、先にもみたように、苦勞する立場が逆転することになる。すなわち、法律所管省庁が、ネガティブ・リストにアップする内容を選んで、十分な理由とともに、分権改革担当組織と交渉し、そこで「やむなし」と認められて初めて、条例を否定することが可能になる。積極的に動かなければならないのは、各省庁の方になる。「立証責任」という文言を用いるのはいささか不適切ではあるが、わかりやすくいえば、立法にあたっての立証責任が転換されることになる。分権の大きな流れのなかで、「条例が制定できない事務と制定できない理由」を、説得力をもって説明するのは、相当の難事だろう。

7. 「分権国会」の立法者意思

第1期分権改革において地方分権推進委員会が作業をしていた途中まで、法定受託事務に関して条例は制定できないといわれていた。それが、内閣法制局の見解により「急遽」修正されたとされる。この認識の変更は、当時の委員会関係者にとっても唐突だったようである。

それを踏まえてなされた第145回国会における地方分権一括法案審議の一場面を確認しておこう。同国会における法案審議内容は、最近ではあまり振り返られなくなったが、分権改革の「原点」として、たえず意識しておく必要がある。時の総務大臣は、次のように答弁していた（下線・付番筆者）。

そこで、今回の改正案の結果、地方自治法第14条第1項の規定で、法令に違反しない限りにおいて、自治事務であると法定受託事務であるとを問わず、条例制定権の対象になるということなんですね。この場合、条例制定の制約となるのは、その条例が規定する内容に関する個別の法律の規定及びその解釈ということによるわけですが、いずれにせよ、したがって、①法定受託事務につきましても、法令の明示的な委任を要さないで条例を制定ができるようになったということでありませう。

ただ、実際には、法定受託事務については、法律や政令などでその処理の基準が定められている場合が多いわけでありまして、結果的に、②条例を制定しなければならない余地というのは少なくなるであろうということは想像されます。

[出典] 第145回国会衆議院行政改革に関する特別委員会議録5号(1999年5月26日)10頁
[野田毅・総務大臣答弁]。

この答弁は、法定受託事務についてされていることを、まず確認しておこう。2つの一括法の対象となっている法定自治事務は、法定受託事務よりも自治体決定の自由度が高いと一般にいわれることから、下線部①については、より一層その趣旨が妥当する。一方、下線部②については、法定受託事務は国として相対的に高い責任と関心を持つものであるため、全国統一性を保持する必要がある、条例対象事項が狭くなるとされている⁽⁶⁵⁾。しかし、基準が制定されていなければ、条例による基準設定は可能ということである。

この答弁の重さは定かではないが、「国権の最高機関」におけるものであり、分権改革の基本をなす整理である。それを一応前提にして、法定自治事務に対する条例の可能性を論ずれば、おそらく、次のような結論になるだろう。すなわち、法定自治事務に関する基準が法令に規定されていた場合、自治体はそれを地域特性に適合するように、条例によって修正することができ、それには個別法の根拠を要しない。法定自治事務についても法令で基準が規定されていることはあるが、そのかぎりにおいて法定受託事務と同様に考えるというのでは、両事務の区別はないことになり不合理である。したがって、法定自治事務に関する法令基準は標準とみることができ、「法律の範囲内」で条例制定が可能である⁽⁶⁶⁾。

(65) 成田頼明「地方自治法の改正：その意義と課題」『分権改革の法システム』（第一法規、2001年）124頁以下・130頁参照。

(66) 自治省『第145回国会（常会）想定問答集（地方分権総論・地方自治法改正関係）』（1999年4月）には、「新たな事務区分の下では、自治事務であっても法定受託事務であっても『法令に違反しない限りにおいて』条例制定権が認められることとなり、条例制定の制約となるのは、当該条例が規定する内容に関する個別の法律の規定及びその解釈である。」という記述がある。個別法の解釈問題であるとしている点に注目しておきたい。

第1次一括法および第2次一括法の作業は、「隙間説」「必要説」で行われている。大臣答弁にあるように、それが法定受託事務ならば、あるいはそうした整理も立法者意思に即したものであるといえるかもしれない。しかし、作業対象が法定自治事務である以上、そのような対応をする根拠はないというべきである。どこかで、法定受託事務と法定自治事務が意図的に混線されているような気がする。法定受託事務に関する処理基準（地方自治法245条の9）にも似た「従うべき基準」を法定自治事務に関して設けたことにも、それを感じる。

8. 第1次一括法および第2次一括法を受けてのこれから

(1) 盛り上がらないマスコミと学界

第1次一括法および第2次一括法により枠付け緩和と条例による決定が実現されたことに対しては、マスコミも学界も、ほとんど関心がないといってよい状況にみえる。マスコミはともかく、憲法解釈や行政法のあり方について重大な影響を与えうるこの論点について、学界が的確な問題意識を持っていないことについては、素朴な驚きを禁じえない。法環境が根本的に変わったにもかかわらず、機関委任事務時代の認識のままであるかのようである。「現実が変われど行政法は存続する」⁽⁶⁷⁾という事態になっていないだろうか。

筆者は、2つの一括法がなした作業、および、おそらくはその延長線上で展開される今後の作業は、それが無自覚に繰り返されるとすれば、憲法92条が保障する地方自治にとって重大な問題があると考えている。その作業を中央政府が担当する以上、中央集権的分権改革になるのは当然の結論というべきかもしれないが、自治体の側がその問題点にあまりに無自覚であるのは、国と自治体の適切な役割分担の観点からは、豊かな地方自治の発展をもたらさないのではないかと危惧するものである。より大きな枠組みで現象をとらえるべきである。以下、いくつかの点についてコメントをする。

(2) 議論の基本的枠組み

まず、基本的スタンスを明らかにしておきたい。それが自治体の事務であるならば、

(67) 遠藤博也「戦後30年における行政法理論の再検討」『行政法学の方法と対象』（信山社出版、2012年）45頁以下・67頁。

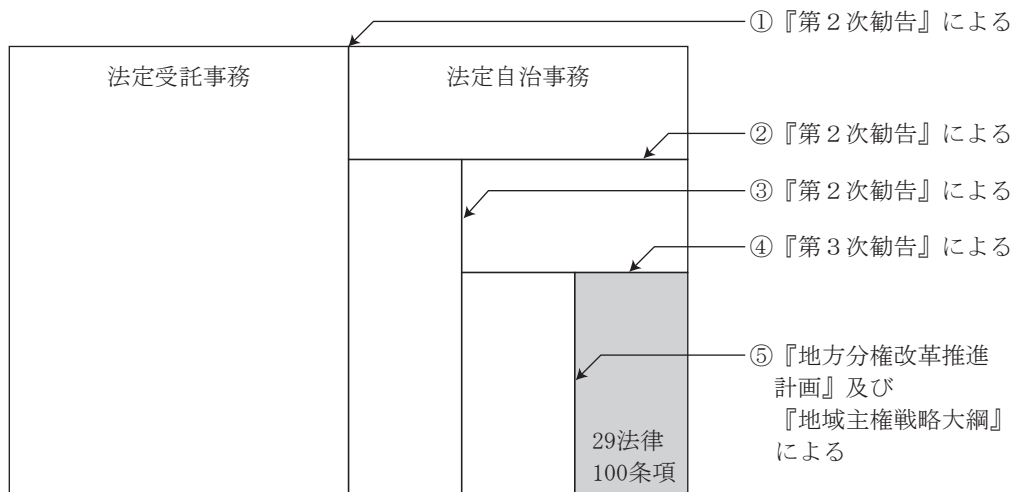
事務を処理する自治体が条例により、「法律の範囲内」において自己決定できることは、憲法上当然に認められている。前述の通り、①本質的に全国一律的であるべき事項、および、②法政策的にそのようにした方が適切と考えられる事項はあるから、そうしたものについては、条例制定の対象外となる。しかし、基本的に、個別法を改正してそこに規定がなければ条例は制定できないと考えることには、理論的根拠はない。

また、個別法改正による明文規定必要説のように考えるとすれば、法改正をしない国会のツケが自治体にまわることになる。いかに憲法41条があるとしても、そのような不合理を国会が是認していると考えすることはできない。

(3) 分子たる29法律・100条項の分母

第1次一括法および第2次一括法において、29法律・100条項の事務が、枠付け緩和として実現された。やや大雑把に整理すると、【図表2】のようになる。すなわち、①法定自治体事務のなかで法定自治事務を対象とし、②法律に条例規定がない法定自治事務のうち、③判断基準に従うことを義務づけている法定自治事務のうち、④施設・公物設置管理に関する基準のうち、⑤地方要望があったもの（これは、第1次一括法の前提となった『地方分権改革推進計画』のみ）、である⁽⁶⁸⁾。

【図表2】 第1次一括法・第2次一括法の枠付け緩和対応事務の絞り込まれ方



(68) この点に関して、斎藤誠「義務付け・枠付けの見直しの展望と課題」同・前註(34)書351頁以下・353頁以下参照。

このようにして絞られた29法律・100条項は、法定受託事務をもあわせた法定自治体事務全体からみれば、どれほどのものなのだろうか。それらを分子とすれば、分母は何法律であり何条項なのだろうか。簡単な式で示せば、【図表3】のようになる。

【図表3】 第1次・第2次一括法の枠付け緩和対応状況

■法律 $\frac{29}{a-29}$	■事項 $\frac{100}{b-100}$
-----------------------	-------------------------

内閣府関係者にヒアリングしたが、「a-29」「b-100」がそれぞれいくつになるのかについては、確たる回答はなかった。しかし、「半端な数ではない」ことは確かである。

2つの一括法で実現した枠付け緩和方式は、自民党政権のもとでも、おそらくは継承されるだろう。それを前提にすると、「第n次一括法」が延々と制定され、それにより、「条例制定権の範囲が拡大」されることになるのだろう。どの事務をどのようなやり方で選ぶのかは定かではないが、事務を処理する自治体が「政省令基準と異なる基準が地域適合的であるから修正したい」と考えても、個別法改正方式はもとより、通則法方式および一括法方式の創設説に立てば、「法律改正がされるまで待ってください」ということになる。しかも、法律改正により選ばれる事務に関しては、すべての自治体が一致して法令と異なる内容を規定したいと考えているわけではないのである。

気が遠くなるような分母の数を思えば、個別法改正方式は、「永久作業」になるのではないだろうか⁽⁶⁹⁾。しかも、場合によっては、「余計なことをしやがって」と迷惑がられ、あるいは、「それではなくこちらを先にすべきである」と批判される。それでも、「明文がなければできないところをできるようにしたからヨリマシ」というのであれば、それは分権の名に値しない認識であるといわざるをえない。

(69) 岡田・前註(33)論文23頁も、「個別方法を採用していることが地域主権改革を停滞させている大きな原因の1つである」とする。これに対し、斎藤・前註(68)論文353頁は、逆の認識を示す。

9. 自治体の「能力」を向上させるための「実験」

(1) 自己決定の強制

分権改革後も、「居眠り自治体」と揶揄されるように、自分の事務となった法環境を全くいかさずに従来通りの仕事をしているところもあったと思われる。多くの論者の批判的指摘があるように⁽⁷⁰⁾、2つの一括法が関係自治体に行ったのは、条例制定の強制であったが、これは、いわば惰眠をむさぼる自治体を「たたき起こしてプールに放り込んだ」という効果はあった。このショック療法により何とか目が覚めた自治体は、おぼれそうになりながらも死ぬ思いでプールサイドに泳ぎ着いた、すなわち、2013年3月31日までに、何とか条例制定という作業を終了させたのである⁽⁷¹⁾。

そうした自治体にとっては、いささか手荒ではあったけれども、どの法律のどの事務を選ぶかという作業対象のすべてを国が決定してくれるという時代があったやり方は、それなりに意味があったのかもしれない。とにもかくにも「自己決定」ができたのである⁽⁷²⁾。

しかし、分権時代に期待される「自立した自治体」にとっては、条例制定という自己決定ができるのはいいとしても、その範囲はあまりにも狭いというべきである。自治体の事務となったことを重視し、それを地域特性に応じた形で運用しようという意欲のある自治体職員にとっては、内閣府地域主権戦略室関係者が「条例による自己決定権の拡大」を絶賛調で語る様子は、何ともしらけて映るのである。筆者がヒアリングした自治体の法制担当者の多くは、総じてネガティブに評価している。

決定する法律、そのなかの条項、決定に関する基準のすべてを国が決めたのが、2つの一括法による枠付け緩和である。これをもって「自己決定」と称することができるような人は、それまでの人生において、徹底した管理教育を受け、自由に使うことができるわずかばかりのお小遣いを初めて与えられて、「ああ、自由になった」と感じているような人とはか思えない。

(70) 前註(42)の諸論文参照。

(71) 岡田・前註(33)論文28頁は、2010年の時点で、「いきなり野に放たれるようなもので、右往左往する自治体が出かねない」と危惧したが、まさにその通りになった。

(72) 松下圭一『日本の自治・分権』（岩波書店、1996年）84頁によれば、「居眠り自治体」は、「自治体間競争の過程で、市民の批判によって……目を覚まさざるをえなくなって」いくはずなのであるが、随分と手荒な起こされ方をしたものである。

(2) 国の一律主義と自治体の多様性

2つの一括法による枠付け緩和方策をみていると、その背景には、前述の「一律主義」とも評すべき発想があるようである。すなわち、自治体の自主性に委ねる部分は極小化し、それであっても国が決めた一律的枠組みのなかで一律に義務づけるのである。第1期分権改革後、自分の事務になったにもかかわらず自治体が地域特性を踏まえた条例対応に動かなかったことに対する苛立ちが根底にあるようにも思われる。

筆者はこうした一律対応には批判的なのであるが、「居眠り自治体」の視点でみれば、別の風景がみえてくるかもしれない。すなわち、このような強制がなければ、内容は別にして、条例を制定して自己決定をするなど夢にも考えなかった自治体にとっては、貴重な経験であっただろう。限定された範囲での決定であったがゆえに、何とか可能になったのである。目を覚まされたことについては、積極的に評価してよいようにも思う。

第1次一括法・第2次一括法により、施設・公物設置管理基準について、自治体に「自己決定」をさせたこの一律的取組みは、ひとつの「お試し」であったと整理できないだろうか。自治を進めるためには、自治体のいかに問わず、とにかく経験させるのが目的であった。従来は「基準は国がつくってそれを適用する」だけであったところ、「基準づくりも適用も自治体でできる」という点に意義を見出し、さらに意欲的に取り組む自治体があるだろう。逆に、「もうこりごり」と感じて、再び長い冬眠に入ってしまう自治体もあるだろう。地方自治の承認は多様性の承認を意味するから、それはそれで自然なことというべきである。かりに今後も一律主義が継続するとすれば、それは合併推進のための新たな戦術ではないかと疑いたくもなる。

10. 枠付け緩和のための自治体対応のあり方

(1) 「枠付け緩和」はされていないのか？

これまでの国の作業は、現行法に関して、枠付け緩和はされていないという前提のもとづいている。確かに、外形的にはその通りである。だからこそ、「隙間説」「必要説」に立って個別法改正作業をしてきたのである。しかし、理論的には、憲法94条直接適用説に立って、「自治体事務化によって枠付け緩和は基本的にされている」と考えるべきではないだろうか。

政権交代があっても、一律主義・明文主義にもとづく中央政府の作業方針には、おそらく変化がないだろう。自治体としては、それに付き合うことになるのだろうが、それ以外の法律に関して何もできないと考える必要はない。あるべき法律像を中央政府に提案するのもよいが⁽⁷³⁾、それ以外にも自治体は、立法事実を踏まえ、地域特性に対応できるような内容を法定事務に融合させるべく、法律実施条例を制定すべきである。その基本的適法性は、憲法94条が保障するところである。

「国と自治体との適切な役割分担」あるいは「法規制の明確性や予測可能性の確保」という観点から求められる法律改正は、第1次一括法および第2次一括法がしたような条例余地を拡大するようなポジティブ・リスト方式の内容ではない。法定自治体事務ではあるが、原理的あるいは政策的に全国一律的に対応されるべきであるがゆえに条例制定の対象にはできない事項を限定列挙するネガティブ・リスト方式の内容である。

法定自治体事務である以上、条例制定が原則的に可能なことは、憲法94条により明白である。それを破る立証責任を負うのは、「できない」と主張する側にある。

(2) 求められる自立的対応

「分権時代にふさわしい法律」という観点から中央政府のこれまでの作業をみた場合、日本法の将来について、いささかの不安を抱かざるをえない。いうまでもなく、現行法のほとんどは、第1期分権改革の前に、機関委任事務に典型的な「上下主従の国・地方関係」を前提として制度設計されたものである。その結果、国の仕切り部分が強すぎ、国の決定部分が多すぎ、地域特性への配慮部分が少なすぎる。このような特徴を持つ法律を、ややズームアウトしてみた場合、2つの一括法による枠付け緩和作業は、（表現にいささか品格が欠けるが、）何ともチマチマしたことをしているように映る。しかし、より大胆な決定権移譲をするような気配は、一向にみられない⁽⁷⁴⁾。悲観論にすぎるかもしれないが、種々の政治的・行政的調整が不可避の中央政府の内発的改革では、今後も、この程度がせいぜいなのだろう。前政権のもとで閣議決定された『地域主権推進大綱』（2012年11月30日）をみるかぎり、今後も、「第n次一括法」として継続されそうである。

本稿で論じたように、憲法92条が保障する地方自治を実現するためには、法定自治

(73) 西尾・前註(14)書219頁は、提案方式を推奨しているようである。

(74) 具体的方向性として、磯崎・前註(11)書184～185頁参照。

体事務に関して地域特性に適合的な法環境を創出すべく、それを必要とする自治体が、立法事実を踏まえて法律実施条例を制定するしかない。これからの自治体にとって必要なのは、今後も制定されるであろう一括法によって国が選んでくれた事務について、国が選んでくれた基準に則して条例を制定するという「待ちの姿勢」ではない。法令による第1次決定に対して、具体的な立法事実があるのであれば、条例による第2次決定をすることである⁽⁷⁵⁾。住民福祉を向上させるための自主的な試行錯誤は、憲法92条の保障するところである⁽⁷⁶⁾。

(3) 訴訟の懸念？

このようにいうと、「訴訟が増えることが懸念される」という反応がされることがある。しかし、行政を被告とする訴訟など、現実には、そう簡単に提起されるものではない。また、されたとしても、それは、徳島市公安条例事件最高裁大法廷判決の射程の及ばない法律実施条例に関する法律抵触性判断基準の創出につながるのである。大きなコストかもしれないが⁽⁷⁷⁾、それは自治体にとっての民主主義のコストであり分権改革のコストである。それが国家的に許容できないとすると、その理由は何であろうか。

分権改革の推進は、法律と条例の抵触問題を不可避的に随伴するものであり、それは、地方分権一括法を成立させた国会が当然に想定していたことである⁽⁷⁸⁾。法律に条例規定を完結的に整備することで訴訟の回避を実現しようという発想には、中央政府のパターナリズムを感じる。紛争を事前に内部的に処理したいという古典的発想ではないだろうか。自治体が真に望む法環境を法律だけで十全に提供できると考えているとすれば、半世紀前ならばともかく、現在においては何ともナイーブといわざるをえない。自治体がその方針に従いつつも地域的需要を実現しようとするれば、要綱行政

(75) 北村・前註(9)論文124～125頁、同・前註(10)書37～38頁参照。

(76) 小泉・前註(1)書5頁参照。

(77) 大村・前註(44)セッション発言は、「解釈で、条例をつくって国がつくっている法律と違うことを、違法かどうかすれすれの部分を条例に書いて大丈夫かということについて、予め予見可能性を持って議論するということはかなり難しいと思います。……司法判断がいっぱい出てきて、判例が蓄積されていけばたしかに予見可能性を持って条例が作れるかもしれませんが、しかしそのコストはおそらく我々が政府のなかでちまちまと第2次勧告まで作業をしながら分権委員会のなかでやっていくよりも大きなコストなのではないか」という。

(78) 成田頼明「四次にわたる地方分権推進委員会勧告の総括：達成できたこと、できなかったこと」成田・前註(65)書48頁以下・53頁参照。

に走るのは火を見るより明らかである。法治主義の観点から、由々しき事態になることを助長する結果になるのである⁽⁷⁹⁾。

(4) 2つの一括法の基本原理の不可解さ

「地方分権なり地域主権を中央集権的に強権的にやるというやり方ではいけない」
「地方分権とか地域主権というのは、やっぱり草の根型、地域自発的型の方が、……迂遠なようでも早い」「半ば強制的に市町村がふうふう言いながらやるという、こういう戯画化的なものも起こっておりまして、そうではなくて、やはり自治体の方で自分たちでそれをやると自主的に判断したものを、それにこたえていくというやり方の方が私はいいんだらうと思っております。」

これは誰の発言だろうか。本稿における筆者の立場のようでもあるが、そうではない。引用部分最後の「私」は、第177回国会における第1次一括法案の担当大臣であった総務大臣なのである⁽⁸⁰⁾。しかし、こうした認識のもとに、なぜそれとはかなり異なるように思われるやり方の法案が提出され、議論され、そして、可決されるのか。何とも不可解である。

国と自治体の適切な役割分担は、憲法92条にもとづくものである。中央政府は、もちろんそれに従っていると考えているはずである。2000年から数えて10年程度では、この概念の内実は確定しないのだろう。そうであるからこそ、自治体としては、自らの周到的な法解釈を踏まえた政策法務の実践を怠ってはならないのである。

【追記】本稿は、第12回日本自治学会分科会B「義務付け・枠付けの見直し」（2012年11月24日）における筆者の報告「2つの一括法による作業の意義と今後の方向性」に加筆・修正を施したものである。当日、拙い報告に対して、パネリストおよびフロアからの質問者として貴重なご指導をいただいた方々に御礼申し上げます。

（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／上書き／条例制定権の拡大／
地方分権改革推進委員会

(79) 塩野宏「自治体と権力」『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）351頁以下・366～367頁参照。

(80) 第177回国会参議院総務委員会会議録10号（2011年4月28日）10頁〔片山善博・総務大臣答弁〕。

分権改革のさらなる推進のための基礎作業 —— 義務付け・枠付け見直し検証研究会の発足に寄せて ——

上智大学教授 北村喜宣

2011年に制定された同名の2つの一括法（「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」）は、地方分権推進委員会が自ら評した第1期分権改革の「未完了」にチャレンジした成果である。この作業は、「義務付け・枠付けの緩和・撤廃」と称され、今後も継続されることになっている。

法律を地域特性に適合して運用させるべく自治体の自己決定を拡充することが、一括法の目的とするところである。ただ、留意が必要なのは、この作業は、あくまで分権推進のためのものであり、そこには「既存法を分権時代にふさわしい内容に変革する」ことも含まれていることである。機関委任事務時代から継続している法令の堅牢な構造それ自体も、当然に改革の射程のなかにあるはずである。

こうした分析枠組みを前提にすれば、一括法それ自体の検討をするとともに、そのもとで自治体現場において何が起こったのかを検証することが、不可欠の作業となる。それによりはじめて、中央政府が実施する改革を評価でき、今後の作業に関して、憲法のもとであるべき方向性を示すことができるのである。

一括法は、「国が引っ張り、自治体がついていく」という旧来のモデルから脱しておらず、「国と自治体の適切な役割分担」の実現の観点からは不十分と評せざるをえない。自治体の取組みに国が応答して法律を改正するという新たなモデルはないものだろうか。また、分権時代にふさわしい法環境を創出するために、自治体はどのような仕組みづくりや工夫をしていくべきなのか。そのヒントは、おそらくは自治体現場にある。

このような問題意識のもと、2012年10月に、「義務付け・枠付け見直し検証研究会」が組織された。メンバーは、人見剛（立教大学）、出石稔（関東学院大学）、田村達久（早稲田大学）、筑紫圭一（上智大学）、嶋田暁文（九州大学）、小泉祐一郎（静岡県庁）、松村享（四日市市役所）、肥沼位昌（所沢市役所）、上林陽治（地方自治総合研究所）である。北村喜宣（上智大学）が主査を、岩崎忠（地方自治総合研究所）が事務局を務める。

すでに、ゲストスピーカーを招いての討論やメンバー自身の研究報告が定期的実施されている。その内容は、『自治総研』誌に随時掲載していきたい。本号の北村論文は、そのひとつである。

「どうあるべきか」は、立場によってももちろん異なる。私たちなりの考察が、この国の分権推進に対して、何事かを加えることができるならば、洵に幸いと考える次第である。