

第2次分権改革における法令基準の 改革の検証と今後の改革方策

小 泉 祐一郎

1. 本稿の目的と方法

分権改革には、自治体の権限を拡大するために国から自治体に権限を移譲する「権限移譲」と、自治体の事務処理の自由度を拡大するために国から自治体への統制、関与を少なくする「関与の改革」の2つの方法がある。関与の改革には、国の関与を削減して関与を量的に減らす「関与の量的限定」と、国の関与を法的強制力の弱いものに改める「関与の質的限定」の2つの方法がある。

第1次分権改革⁽¹⁾においては、機関委任事務制度の廃止により、条例制定の事務の領域が拡大するとともに、自治体の機関に対し法的強制力を有していた通達が廃止されて自治事務については法的強制力のない技術的助言に改められた。機関委任事務制度の廃止は、国の事務から自治体の事務への転換、特に、条例による事務の規律が新たな権能として可能となったという点では「権限移譲」として、また、国による運用上の規律が通達から技術的助言又は処理基準⁽²⁾に代わったという点では「関与の質的限定」として、評価することができる。また、自治体の行為に対する国の関与である許認可等の一部が対等な立場の協議等に改められた⁽³⁾。

しかしながら、自治体の事務に対する法令による関与について、第1次分権改革では個

(1) 本稿において「第1次分権改革」とは、西尾勝（2007、pp. 122-123）の用語法に従って、1995年7月の地方分権推進委員会の発足から2000年4月の地方分権一括法の施行までを対象としている。

(2) 法定受託事務の処理基準が「よるべき基準」であって「よらなければならない基準」ではないことについては、小泉祐一郎（2011b、p. 53）。

(3) 自治体の事務処理と国の関与については、出石稔（2014、pp. 210-213）。

別法にまでは手が付けられず、地方分権推進委員会の最終報告⁽⁴⁾では、「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緩和する必要がある。」とされ、将来的に抜本的な解決が必要な分権改革上の重要課題として引き継がれた。

この課題については、関与の量的限定を図る趣旨から「法令の規律密度」の改革として枠組み法化、大綱化・骨格化が論じられる場合と、関与の質的限定を図る趣旨から「法令の規律強度」⁽⁵⁾の改革として条例による補正や上書きの許容が論じられる場合があり、法令基準による規律については、密度と強度の両面から改革の方策が論じられてきた。

第2次分権改革⁽⁶⁾では、法令で定めている基準を条例で定めるよう改める措置（以下「法令基準の改革」という。）が法改正によって講じられた⁽⁷⁾。その主な対象は、地方分権改革推進委員会の第3次勧告で重点対象とされた自治事務に係る「施設・公物設置管理の基準」である。本稿においては、これを検討の対象としている。したがって、本稿においては、自治事務を前提に論じているものである。

法令基準の改革は、地方分権改革推進委員会の勧告や政府の計画において、「義務付け・枠付けの見直し」として一括され、しかも、「条例で定める」とする法律の規定が「条例委任」という同一の概念で論じられた。5-1で述べるように、改革の対象となった法令基準の性質は一樣ではないにもかかわらず異質な性格のものが同一視された結果、改革の対象、方法の2つの点において、論理的に未整理の状態のまま改革が実行された。このため、何がどう改革されたのかが不明確となっており、今後の分権改革を進めるうえでは、この点をまず明確にする必要がある。

本稿では、第2次分権改革で行われた法令基準の改革について、分権改革としての成果と課題を明らかにするため、①改革の対象、②改革の手法の2つの観点から改革の検証を行い、今後の法令基準の改革の方策を提示することを目的としている。

改革のあるべき姿を論ずるうえでは、現状認識、特に法律と条例の関係に関する解釈論が議論の前提となるので、第1次分権改革による成果を根拠規範と規制規範、規制行政と施設管理行政の違いに焦点を当てて解釈論として整理したうえで、第2次分権改革を検証

(4) 分権型社会の創造 — 地方分権推進委員会の活動の全て — (2001、pp. 652-653)

(5) 「規律強度」については、小泉祐一郎(2011c、pp. 48-49)。

(6) 本稿において「第2次分権改革」とは、2007年4月の地方分権改革推進委員会の発足後の改革を対象としている。

(7) 第2次分権改革の全体像については、岩崎忠(2012、pp. 7-65)。

し、今後の立法論を述べることとする。

2. 本稿における概念の整理

本稿では、法定自治体事務、根拠規範、規制規範、規制行政、施設管理行政といった概念を用いるため、これらについて整理しておく。

2-1 法定自治体事務

本稿では、地方自治に関する一般法である地方自治法と対比する趣旨で、各行政分野の行政作用法を個別法と呼び、個別法に定めのある自治体の事務を「法定自治体事務」と呼ぶこととする。この法定自治体事務は、道路、都市公園などのように行政領域を包括的に捉えたものではなく、計画の策定、基準の設定、行為の許可、施設の設置、施設の整備、施設の維持管理などの個別具体の事務を法律の条項ごとに捉えたものである⁽⁸⁾。個別法が個別具体の事務を特定せずに「設置及び管理に関し必要な事項は条例で定める」と規定した場合に条例で定められた個別具体の事務は、法律に定めのある法定自治体事務ではなく非法定自治体事務である。自治体の事務を行政領域で包括的に捉えた場合には、法定自治体事務と非法定自治体事務が併存していることになる。

法定自治体事務であるか否かの判断について、個別法の行政領域で包括的に捉えるのではなく、個別具体の事務を法律の条項ごとに捉えるべきことは、第1次分権改革において地方分権推進委員会が自治事務（仮称）を「法律に定めのある自治事務（仮称）」と「法律に定めのない自治事務（仮称）」に区分する際に前提となったものである⁽⁹⁾。重要なことは、この考え方が機関委任事務制度の廃止において意味を持っていたことである。ある行政分野の法律が制定されると、その行政分野で自治体が処理する事務の全てに法律の網がかかったような誤解が生じる場合があり、国の府省は機関委任事務も行政領域で捉える傾向があった。こうした誤解を払拭することが、分権改革の第1歩として重要であった

(8) 岩橋健定（2001、p.362）は、事務の概念に「領域」と「点的」概念としての権限の2種類が存在するとしている。

(9) 地方分権推進委員会第1次勧告（1996、p.6）

と考えられる⁽¹⁰⁾。

2-2 根拠規範と規制規範

法律による行政の原理とは、行政機関の活動が「常に法律（又は条例）の根拠に基づき、その定めに従って行われるべきもの」⁽¹¹⁾とされている。「法律（又は条例）の根拠に基づき」における「根拠」となるものが根拠規範であり、「法律（又は条例）の定めに従って」における「定め」が規制規範である。この場合の法律や条例の「規範」の「名宛人」は行政機関である。

根拠規範となる法律は行政組織法ではなく行政作用法である個別法である。規制規範となる法律は、個別法だけでなく行政手続法等の通則法も含まれるが、本稿では個別法のみを対象として述べることとする。

したがって、「個別法の定め」、すなわち個別法の各条項には、根拠規範である定めと、規制規範である定めがある。そして、個別法に定めのある自治体の事務は、個別法に根拠規範がある場合は「個別法に基づく事務」であり、個別法に根拠規範がなく規制規範しかない場合は「個別法に規律された事務」というべきである。当然のことながら、条例も法律と同様に根拠規範や規制規範となり得る。

(1) 根拠規範

「根拠規範とは、（中略）その行為をするに際して特別に根拠となるような規範を指す。（中略）授権をする規範を根拠規範というのである。」⁽¹²⁾。日本の自治体には憲法第94条によって包括的に事務処理の権能が授権されており、個別法による授権がなくとも必要に応じて事務を処理することができる。ただし、法人格の付与や公有水面埋立の免許のような形式的権能など、個別法の授権がなければ自治体が処理することはできない事務もある。

また、独自に事務を創設することが可能な事務の領域であっても、都市計画法第29条の開発許可のように、個別法で法定自治体事務の根拠規範を定めた場合、当該事務

(10) 国の府省の誤解の解消は第1次勧告までは十分ではなく第2次勧告で実現した。これは、第2次勧告では自治事務（仮称）と法定受託事務（仮称）の区分が条項単位で詳細になっていることにも表れている。

(11) 田中二郎（1976、p. 15）

(12) 塩野宏（2013、p. 73）

は「法律に基づく事務」になる。自治体にとって個別法の根拠規範は、授権規定であるとともに事務処理の義務付け規定でもある場合が多い。権限移譲が事務の義務付けとしても機能するのはこのためである。

なお、自治体に公営住宅の供給を義務付ける公営住宅法第3条や市町村に小学校の設置を義務付ける学校教育法第29条などの義務付け規定、都市公園の管理者を定める都市公園法第2条の3や公共下水道の管理者を定める下水道法第3条、国道、都道府県道、市町村道の道路管理の分担を定める道路法第12条、第14条、第16条など役割分担を規律又は確認する規定は、根拠規範ではなく規制規範である。

(2) 規制規範

「規制規範というのは、ある行政活動をある行政機関がなしうることを前提として、その適正を図るために規律を設ける、というものである。」⁽¹³⁾。自治体にとって、規制規範である法律の定めは、法定自治体事務を処理するに当たり従わなければならない縛りであり、規律である。規制規範による規律には、事務処理の内容の定めと方法の定めがあり、第2次分権改革では、内容の定めを「義務付け」、方法の定めを「枠付け」と呼んでいる。

法定自治体事務は、根拠規範によって自治体に権限が授権され、自治体の事務として自治体が事務処理の権限を有することとなったうえは、当然に自治体の条例・規則による規律の対象となる。この点が、法律の委任がなければ立法権を有しない国の行政機関に個別法に基づく事務処理が授権された場合と、憲法によって立法権限を包括的に授権されている自治体の事務となった場合の大きな違いである。規制規範については、自治体が独自の定めをしたとしても並行条例⁽¹⁴⁾とはならない。ただし、条例・規則で定める規制規範は、個別法の趣旨・目的をはじめとする個別法の規定に抵触することはできず、また、法解釈の一般原則等の制約を受ける。

したがって、個別法の「条例で定める」や「条例で定めることができる」との規定が根拠規範の場合は「委任」の用語を用いることは許されるが⁽¹⁵⁾、規制規範の場合は「委任」の用語は適当ではない⁽¹⁶⁾。条例で定めるべき事項が規制規範である場合

(13) 塩野宏 (2013、p. 73)

(14) 並行条例の定義については後述3-1(1)。

(15) 根拠規範の場合であっても「委任」に代わる用語が望ましいことについては後述6-2-3。

(16) 規制規範について委任の用語を用いることが不適当なことについては後述5-2-1。

は、条例で定めることを義務付ける規律であるからである。ただし、法令で定める規制規範の書き換えを授権する場合は根拠規範であり委任である。なお、法令の規制規範が標準等である場合には、これと異なる定めを条例で規定することは必ずしも書き換えには当たらない場合があり、この場合の個別法の「条例で定めることができる」との規定は確認規定である。

(3) 根拠規範と規制規範の違い

根拠規範は、当該事務について定める法令又は条例等の明文の規定に限定される⁽¹⁷⁾。一方、規制規範には、当該事務について定める法令や条例等の明文の規定だけでなく、憲法、地方自治法、当該事務について定める法律又は条例の趣旨・目的等の規定や法解釈の一般原則、条理なども含まれる。

法定自治体事務に関する個別法の各条項が、当該自治体にとって根拠規範であるか規制規範であるかを見分けるうえでは、その条項が個別法から削除された場合に、当該自治体が条例を制定することなしに事務処理を継続することが法的に可能か否かが一つの判断材料となる。削除された規定が根拠規範であれば授権規定がないので自治体が事務処理を継続することはできないが、規制規範であれば、規律がなくなって自治体は自由度が増しただけであるから、条例が法令に代わって規律すべきかどうかという問題はあり得るが、事務処理を継続することは可能であり、必要である。

根拠規範と規制規範の違いを分権改革の観点から述べるとすれば、根拠規範に関わる事項は権限移譲の問題であり、規制規範に関わる事項は関与の改革の問題であるといえる。

後述するように、第2次分権改革における法令基準の改革は、この違いについてあまりにも無関心なまま改革が実行された。これには、「義務付け・枠付けの見直し」の概念が、不明確で、多義的な意味で用いられたことによるものと考えられる。

2-3 規制行政と施設管理行政

第2次分権改革の重点対象となった「施設・公物設置管理の基準」は、次の2つの事務

(17) 田村達久(2007、pp.224-225)は、第1次分権改革における地方分権推進委員会の第1次勧告で、「『政令による委任条例』なる観念が提示されている」ことを問題として指摘する。条例を政省令の下位に位置づけることを問題としている点は重要な論点である。

に区分され、後述するように2つの事務では改革の手法が異なるべきものと考えられる。一つは、行政主体が私人の行為を規制する事務（以下「規制行政」⁽¹⁸⁾という。）である。もう一つは、行政主体が道路、公園等の公物や学校、福祉施設等の営造物、すなわち公共施設を設置・管理する事務（以下「施設管理行政」という。）である。

公共施設に係る法定自治体事務には占用許可等の権力的な事務もあるが、本稿においては、これを検討の対象から除いている。その理由は、公共施設に係る占用許可等の事務に関する分権改革上の論点は、本稿が対象としている法令基準にあるのではなく、それ以前の問題として、そもそも条例で定めるべき「占用しようとする者は、〇〇の許可を受けなければならない。」とする規定（根拠規範）を法律で定めていることにあると考えるからである。許可の根拠規範を条例で定めることになれば、自動的に規制規範の許可基準も条例・規則で定めることになり、法令基準の問題は解消されることになる⁽¹⁹⁾。なお、第2次分権改革においては、占用許可等の事務に係る法令基準は改革されていない。

規制行政においては、全ての事務は個別法又は条例に根拠規範が必要であるが、施設管理行政においては必要とは限らない。また、規制行政、施設管理行政のいずれにおいても、法定自治体事務の内容の全てが個別法や条例の規制規範によって規律されているとは限らない。

個別法の定めが、規制行政であるか、施設管理行政であるかは、都道府県と市町村で異なる場合がある。例えば、都道府県知事が市町村の水道事業の経営の申請に対して認可をする場合、都道府県は統治団体として認可する立場であり、市町村は事業団体として申請する立場となる。都道府県の認可は規制行政であるが、市町村の申請は施設管理行政である。水道事業の経営の認可に係る水道法の定めを分権の観点から見直す場合、都道府県の規制行政と市町村の施設管理行政のいずれに焦点を当てているかによって論点は異なってくる。規制行政の主体である都道府県の自主性を高めるのであれば、水道法で定める都道府県知事の認可に係る法令基準の規律の見直しが論点となる。施設管理行政の主体である市町村の自主性を高めるのであれば、認可の見直しが論点となる。

第2次分権改革で改革の重点対象となった施設・公物の法令基準には、規制行政の事務と施設管理行政の事務の両方があるにもかかわらず、両者の違いは論じられていない。本

(18) 本稿における「規制行政」の用語は、塩野宏（2013、pp.9-10）の権力的手法を用いる「権力行政」の概念と同一である。例えば、社会福祉法人等が社会福祉施設を設置・運営する場合の基準のような福祉分野の規制も本稿では規制行政になる。

(19) 公有水面のように貸付等によって自治体が権原を有することができないものの占用許可等については、法律で根拠規範を規定する必要がある。具体的には後述4-1。

稿では、まず、両者の違いと根拠規範、規制規範の違いの2つに焦点を当てて論ずることとする。

〔表 1〕 規制行政と施設管理行政の規範の状況

事務の種別	法定自治体事務の規範	
	根拠規範	規制規範
規 制 行 政	個別法に根拠規範が必ず存在する。	個別法に規制規範が存在しない場合がある。
施 設 管 理 行 政	個別法に根拠規範が存在しない場合がある。	個別法に規制規範が存在する場合が多い。

3. 規制行政

3-1 規制行政における直接規制と行政処分の違い

規制行政には大別して次の2つの場合がある。一つは、法令で一定の基準を示して、私人がこの基準に従って行動するよう規制する場合である。道路交通法に基づく交通ルールが典型例である。大気汚染防止法第13条第1項の規定に基づく排出基準による規制も同様である。本稿では、このように法令基準が直接的に私人の行為を規制することで事務が完結する場合を「直接規制」と呼ぶこととする。直接規制では行政機関が行政処分によって介入することがなく、違反行為には罰則が適用されることもある。

もう一つは、行政機関の行政処分による場合である。代表的には、法令で一定の行為を一律に禁止し行政機関に個別に禁止を解除する権限を与える許可や、一定の要件を満たす場合に一定の行為の作為・不作為を命ずる命令がある。本稿では「行政処分」と呼ぶこととする。例えば、都市計画法第29条の開発行為の許可や大気汚染防止法第14条第1項の改善命令である。

(1) 規制行政の根拠規範

直接規制の場合は、個別法で「A行為をしてはならない」又は「A行為をする場合には、B基準を遵守しなければならない」といった定めがされる。これらの規定は自

治体に何らの権限を授権しておらず、法定自治体事務になっていないから自治体にとっての根拠規範ではない。法律に基づく規制の権限は国が有している。A行為の内容の一部を条例で定めるという規定や、B基準を条例で定めるという規定が個別法に定められた場合には、これらの規定は自治体にとっての根拠規範となる。

行政処分の場合、個別法で行政機関に対する根拠規範として「A行為をしようとする者は、Bの許可を受けなければならない」などと定めている。Bが自治体の機関であれば、この規定は自治体にとって事務処理を行う根拠規範となる。

法定自治体事務が規制行政の場合には、法律に根拠規範が必ず存在し、法律から委任がない限り条例に根拠規範は存在しない。法律からの委任がないにもかかわらず条例で根拠規範を定めた場合は、法定自治体事務ではなく非法定自治体事務となる。その場合の条例は「並行条例」と呼ばれている。本稿において「並行条例」とは、法律とは別に根拠規範を定める独自条例（自主条例）のうち、法律と条例の規制対象が同一であるものをいう。並行条例の定義は、角松生史が指摘するように根拠規範に着目すべきであり、また、北村喜宣が指摘するように規制対象が同じものに限るべきである⁽²⁰⁾。

（２） 規制行政の規制規範

直接規制では根拠規範である法令の定め（告示を含む）によって事務が完結するため規制規範は存在しない場合が一般的である。ただし、個別法から条例に委任された場合には、条例の定めを規律するために規制規範が存在する場合がある。なお、直接規制に違反した場合の是正命令については、直接規制とは別に根拠規範が定められており、是正命令は行政処分であるため規制規範が存在する場合がある。

行政処分における行政機関にとっての規制規範は「案件処理規範」と呼ばれている。「一定の前提 p が満たされるときはという法律要件と、行政機関は一定種類の処置 x を取らなければならないとか、取ることができる等の法律効果とを結び付ける形で基準を定めている」「要件効果規定」⁽²¹⁾である。法律要件 p の内容は、政省令に全部又は一部が委任されている場合がある。

(20) 並行条例の定義については、角松生史（2007、p. 109）に従い根拠規範を条例で定めるものとし、かつ、北村喜宣（2013 a、pp. 56-57）に従い、法律と規制対象を同じくする条例としている。

(21) 小早川光郎（2001、pp. 388-389）

墓地埋葬等に関する法律第10条第1項の規定に基づく経営許可のように、個別法に根拠規範がある法定自治体事務について案件処理規範が当該法律になく、自治体が条例、規則で定めているものもある。

[表2] 規制行政における法令基準の根拠規範と規制規範

行政の区分	根拠規範	規制規範
直接規制	国の直接執行事務（原則） *規制の対象と内容の定め	存在しない（原則）
行政処分	国の直接執行事務（原則） *規制の対象の定め	存在する場合としない場合がある。 *許可等の処分をするか否かの基準

3-2 規制行政に関する第1次分権改革の成果と課題

(1) 第1次分権改革以前の機関委任事務の主役の時代

第1次分権改革以前における自治体の規制行政は、行政事務、団体委任事務、機関委任事務の3つの場合があった。

行政事務は、自治体が統治団体として処理する権力的な事務であり、現行憲法の制定後の第1次地方自治法改正により規定されたものである。しかしながら、行政事務は、個別法に基づく機関委任事務が肥大化することによって、法律上も事実上も大きな制約を受けていた。また、本来は個別法で根拠規範を定める規制行政の事務こそが自治体に団体委任されるべきであったにもかかわらず国の事務として機関委任された。しかも、機関委任事務の多くは都道府県の機関に権限が付与されており、市町村の機関には個別法上の権限はない場合が多かった。

第1次分権改革以前の機関委任事務制度の下においては、機関委任事務については法律の委任がなければ当該事務に関し条例を制定することはできないとされていたことから、行政事務の根拠規範を条例で定める並行条例が制定され、個別法と条例の領域と抵触の問題が主な論点となっていた⁽²²⁾。

(22) 領域と抵触については、岩橋健定（2001、pp. 357-379）。

(2) 第1次分権改革の成果と課題

第1次分権改革によって、機関委任事務制度が廃止され、自治事務はもとより法定受託事務についても、当該事務に関する条例を制定することが領域的には可能となった。また、地方自治法に国と自治体の役割分担や国の立法及び法律の解釈・運用に関する諸原則が規定された。

第1次分権改革によって地方自治法上は分権化したが、個別法の法令基準等の規定は従前のまま維持されたことから、個別法の規定をいかに分権に適合したものとして解釈することができるかが大きな課題となった⁽²³⁾。

3-3 規制行政における法律実施条例の可能性

第1次分権改革後の議論の中心は、従来の並行条例ではなく、自治体が法律に基づいて処理している規制行政を対象とした法律実施条例⁽²⁴⁾の制定の可能性である。これについては、磯崎初仁の条例規定の5区分が明解なのでこれを基本に論じることとする⁽²⁵⁾。5区分とは、具体化規定（法律の抽象的・一般的な規定を詳細化）、強化規定（法律の基準をより厳しくする）、緩和規定（法律の基準をより緩やかなものにする）、拡張規定（法律の対象範囲を拡大する）、縮小規定（法律の対象範囲を縮小する）の5種類である。

条例で規定することが可能かどうかは、法律実施条例の対象となるかどうかの「領域」の問題と、領域として認められる場合に、法律の規定に反しない場合とはいかなる場合かという「抵触」の問題の2つを分けて考える必要がある。領域の問題は根拠規範に係る授權の問題であり、抵触の問題は案件処理規範に係る規律の問題である。

なお、本稿において「法律実施条例」とは、規制行政において、法律に根拠規範を有する法定自治体事務に関する条例をいう⁽²⁶⁾。したがって、法律に根拠規範を有さず、規制規範のみの「法律に規律された事務」である法定自治体事務（例えば、自治事務である施

(23) 北村喜宣（2004、p. 146）は、「現行の制度を『所与』とみてはならない。法定自治事務とされているにもかかわらずそうした状態になっていることが、違憲的なのである。そうであるとすれば、とりあえずは、当該法令を合憲限定解釈する必要がある」と述べている。

(24) 法律実施条例は北村喜宣（2012、p. 34）の用語を用いている。

(25) 磯崎初仁（2012、pp. 217-218）

(26) 北村喜宣（2013 a、pp. 56-57）の「法律実施条例」、斎藤誠（2012、pp. 286-308）の「法律規定条例」、磯崎初仁（2012、pp. 31-33）の「法定事務条例」は、いずれも規制行政において、「法律に基づく」法定自治体事務を対象とした条例を意味するものと解される。

設管理行政)に関する条例は、本稿では法律実施条例とは呼ばない。

3-3-1 領域について

規制行政において、法律実施条例の領域となるためには、根拠規範である法律の授権の範囲内である必要がある。すなわち、並行条例とは異なり、法律が自治体の事務として定めた事務の範囲に限定される。

直接規制の場合は、法律又はこれに基づく政令・省令・告示で規制の基準を定める事務は国の直接執行事務であり、自治体の事務とはなっていない。直接規制の法律の定めは、自治体が規制の基準を定める根拠規範ではないからである。したがって、法律から条例に委任がない限り、法律実施条例の領域とはならない。並行条例の領域とはなり得る。例えば、大気汚染防止法第3条第1項のばい煙の排出基準については、法律の委任がなければ法律実施条例としては、具体化規定を定めること、基準の数値を強化又は緩和すること、規制の対象とするばい煙の種類を拡張又は縮小することはできない。

行政処分の場合は、規制の対象範囲は根拠規範で定められる。「A行為をする者は、Bの許可を受けなければならない」という場合の「A行為」がそれである。Bが自治体である場合、法律は許可の可否の権限を自治体に授権しているが、許可を要するA行為、すなわち規制の対象範囲については法律は自治体に授権していない。根拠規範で定めるべき規制の対象は、法律から条例に授権されていない限り、条例で定めることはできない。

なお、北村喜宣(2012、pp. 35-38)は、憲法に適合した法解釈をすれば、法律による自治体への授権規定には、その構造上、自治体が地域特性に応じて第2次決定ができる部分や独自に決定できるオープンスペース部分があり、こうした部分の広さは事務の性質によって異なるとしている。この見解によれば、規制の対象範囲についても授権があると解釈される場合があり、根拠規範についても法律実施条例の領域になり得ることになるが、本稿では、授権規定の内部構造の議論には立ち入らないで、従来の見解をベースに論ずることとする。

一方、行政処分の案件処理規範については、案件処理の権限が自治体に授権され、自治体の事務として処理するうえは、案件処理規範を法律に抵触しない範囲内で、具体化、強化、緩和することは領域的には可能である。なお、規制の対象範囲を拡大する横出しのような拡張規定や、規制の対象範囲を縮小する縮小規定は、根拠規範で定めるものであるので、案件処理規範の対象ではない。

このように、5区分の規定が根拠規範である場合には、直接規制については自治体の事務となっておらず、行政処分の規制の対象範囲については法律実施条例の領域とはなっておらず、いずれも同条例で定めることはできない。

具体化規定、強化規定、緩和規定が行政処分の案件処理規範である場合には、行政処分は自治体の事務となっており、法律実施条例の領域であるため、抵触の問題がなければ条例で規定することは可能である。

〔表3〕 領域の観点からの法律実施条例の可能性

規範の区分	条例の規定内容の区分				
	具体化規定	強化規定	緩和規定	拡張規定	縮小規定
根拠規範	×	×	×	×	×
案件処理規範	○	○	○	—	—

3-3-2 抵触について

法定自治体事務における抵触の問題は、根拠規範ではなく案件処理規範の問題である。根拠規範によって自治体に事務処理の権限が授けられたうちは、自治体は案件処理規範を自ら定める権能を有しているのであるから、条例で具体化規定、強化規定、緩和規定を定めることにより、法令に抵触しない範囲内で案件処理規範を補充することは可能であると考えられる。

(1) 具体化規定

条例による案件処理規範の具体化には、法令基準が存在しないものを補充する場合と、法令基準を詳細化する場合がある。

① 法令基準が全て白地の場合

法令基準が存在しない典型例は、墓地、埋葬等に関する法律第10条第1項の規定に基づく経営許可の基準である。この事務は、法律の制定時は機関委任事務とされ、経営許可の基準については通達で示されていた。昭和57年の法改正で団体委任事務化されたが、その際には条例による許可基準の補充は論点とはならなかった。

これが論点として浮上したのは、いわゆる地方分権一括法による改正で、当該事務が自治事務になった平成12年4月以降である。厚生労働省が技術的助言として示した墓地経営管理の指針において、「具体的な運用に当たっては、こうした要件を

条例、規則等に定めておくことが望ましいと考えられる。」としている⁽²⁷⁾。

厚生労働省の通知が出される以前に、自治体が地方分権一括法の趣旨を踏まえて条例で許可要件を規定したことは、第1次分権改革が自治体の条例活用の意識を覚醒させたものといえることができる。

② 法令基準が一部白地の場合

法令基準が一部白地の場合の典型例は、宅地造成等規制法第9条及びこれに基づく政令に規定する宅地造成に関する工事の許可の基準である。同法は、昭和36年に制定された法律である。昭和43年に制定された都市計画法の開発行為の許可の基準と比べた場合、行為者の資力や工事施行者の能力に関する基準を欠いているが、許可をするうえで必要な要件である⁽²⁸⁾。横須賀市ではこれらの許可要件を条例で補充して明文化している。

③ 法令基準が抽象的な場合

法令基準が抽象的な場合の典型例は、森林法第10条の2の林地開発許可の基準であり、自治体は具体化した基準を国の技術的助言を参考に審査基準として定めている。この審査基準の内容は、都市計画法第29条の規定に基づく開発許可においては、同法第33条及びこれに基づく政省令で規定されている事項と類似のものがあるので、条例、規則で定めるべき事項が少なくないと考えられる。

(2) 強化・緩和規定

行政処分においては、行政機関は法目的を達成するために個別具体の案件に応じて、「単に法定の基準を文言どおりに適用するのではなく、いかなる処置が適切であるかの判断の基準を案件ごとに補充しかつそれを適用することによって、その判断を完結させることが必要となる」⁽²⁹⁾。この行政機関の裁量を規律するものが案件処理規範であるから、少なくとも自治事務については、法令基準が案件処理規範である場合、典型的な案件を想定した標準モデルを対象として基準を定めているものと考えることが

(27) 厚生省生活衛生局長通知「墓地経営・管理の指針等について」（平成12年12月6日）

(28) 開発行為の許可要件として申請者の資力や工事施行者の能力が必要なことについては、小泉祐一郎（2010、pp. 330-331）。

(29) 小早川光郎（2001、pp. 391-392）

できる⁽³⁰⁾。なお、標準モデルを対象として基準を定める場合に、その基準の数値等が最低限度（例：面積は1人当たり〇〇㎡以上であること）、標準（例：幅員は〇〇を標準とする）、最高限度（例：高さは〇〇m以下であること）のいずれの方式で規定するかは、当該法令基準の定め方の問題である。

社会経済状況の変化や地域の特性によって、自治事務について標準モデルと異なる例外的な案件が生じた場合、自治体は法令基準を形式的に適用すべきではない。個別法の案件処理規範には、「ただし、標準モデルと異なる案件についてはこの限りでない」という「黙示のただし書」が存在するものと解すべきである。

また、標準モデルと異なる案件に例外の場合におけるモデルを設定できる場合には、行政機関は例外的なモデルにおける審査基準を別途定めることが適当である。さらに、自治体は例外的なモデルを対象とした案件処理規範を条例で定めて行政機関の裁量を規律することも可能と考えられる。

例外的なモデルの典型例は、再開発型開発行為における都市計画法第29条の開発許可の法令基準の運用である。この法令基準は、社会基盤の未整備な地域における新規の宅地化を標準モデルとしているため、開発済地における2次的な開発には適合しない場合がある。昭和62年の建設省の通達では、総合設計制度等により建築敷地に歩道状の公開空地等が確保される場合については、法令基準で定める公園や道路を形式的に求める必要はないとし⁽³¹⁾、平成13年の国土交通省の開発許可制度運用指針においても同様のものが技術的助言として示されている⁽³²⁾。なお、平成5年の政令の改正により、道路の基準については、「ただし書」が追加され緩和されている。

同様の事態は、国土交通省が推進する既成市街地における中高層建築物の総合設計制度等の活用場面だけでなく、昭和の市町村合併前の旧町村役場が所在した既存集落における再開発でも生じている。社会基盤が整備されて宅地化が進行した地域における開発行為については、法令基準を緩和した特例基準を条例で定めることが考えら

(30) 北村喜宣（2004、pp. 64-65）は、「地方自治法第2条第13項の法意からは、たとえ、規律密度高く規定されている法令であっても、それは、例示であって一応の標準的なものと、受け止められるべきであろう」と述べている。

斎藤誠（2012、p. 263）は、「自治事務に関して設けられた個別の法令による規律は、いわば『規律の標準設定』として扱って差し支えないものがあり、このことによって条例による規律が直ちに排除されると解すべきものではないであろう。」と述べている。

(31) 建設省建設経済局長通達「再開発型開発行為に関する開発許可制度の運用の適正化について」（昭和62年8月18日）

(32) 国土交通省総合政策局長通知「開発許可制度運用指針」（平成13年5月2日）

れる。なお、同法第33条第3項⁽³³⁾は、「政令で定める基準に従い」条例で法令基準を強化・緩和できるとしているが、同政令による道路の基準の緩和は既成市街地のみを対象としており、市街化調整区域の既存集落は対象とはなっていない。

3-4 規制行政における分権的解釈の限界と立法的解決の必要性

規制行政における法律実施条例による基準の設定について、分権的な解釈の法律上及び事実上の限界と立法的解決の必要性を検討する。

3-4-1 根拠規範の場合

直接規制の場合における規制対象及び規制基準の設定や行政処分の場合における規制対象の設定は個別法の根拠規範で定められており、これらが個別法から条例に授権されなければ、自治体は法定自治体事務としては設定することはできないので、創設規定による立法的な解決が必要となる。従来は個別法による条例への委任が行われてきたが、近年、地方自治法等による一般的措置による方法も提起されている。

ア 個別法による委任

個別法による委任には、規制対象や規制基準の設定を条例に委任する方法と、個別法で定めた規制対象や規制基準を条例で補正することを許容する方法の2つがある。

① 規制対象や規制基準の設定を条例に委任

a 規制対象の設定の委任

条例への委任ではないが、悪臭防止法第3条で規定する規制地域の指定及び同法第4条で規定する規制基準の決定・公示は、都道府県知事が行うとしている。

b 規制基準の設定の委任

旅館業法第4条第2項は、営業施設について講ずべき衛生に必要な措置の基準を条例で定めるとしている。

② 規制対象や規制基準の条例による補正

a 法律の規制基準を強化する「上乗せ規定」

大気汚染防止法第4条は、同法第3条第1項で定める排出基準に代えて適用すべき上乗せ基準を条例で定めることができるとしている。

(33) 桜井敬子(2001、p.72)は、「都市計画法33条3項に関する限り、条例の内容が『国が合理的と認めて政令で許容した範囲に限られる』と解する必然性はなく(後略)」と述べている。

b 法律の対象範囲を拡大する「横出し」「スソ出し」のような「拡張規定」

都市計画法施行令第19条は、許可を要する開発行為のスソ出しを条例で定めることを許容している。この規定は、規制対象の範囲という根拠規範に係る事項の定めを条例に委任したものである。一方、水質汚濁防止法第29条は横出し条例による規制を妨げないとしているが、「法律に基づかない横出し条例」⁽³⁴⁾であり、これは独自条例の制定に関する確認規定である。

c 法律の対象範囲を縮小する「縮小規定」

条例ではなく規則への委任であるが、鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律第29条第7項は、許可不要行為を都道府県知事が定めるとしている。

イ 地方自治法等による一般的措置

個別法の根拠規範の条例による補正を地方自治法等で一般的に措置する方法が提起されている。松本英昭は、条例による法令の規定の補正としては、条例で法令の規定を附加、補完、強化するための「上乘せ」「横出し（法令にスソ切りがある場合のスソ切りまでの部分を含む）」と法令の規定と異なる規律とするための「全部又は一部の適用除外」「書き換え（「置き換え」「代替」「緩和）」とが考えられるとし、これを「条例による上書き等」と呼んでいる⁽³⁵⁾。

松本英昭の「条例による上書き等」は、直接規制の場合における規制対象や規制基準の設定、行政処分の場合における規制対象の設定といった根拠規範に関わる事項までも射程に入れたものであると解される。

しかしながら、直接規制の場合は、国が個別法で規制対象や規制基準を定めただけでは法定自治体事務となっておらず、個別法で都道府県又は市町村が規制対象や規制基準を定めることができる旨の根拠規範があってはじめて法定自治体事務となるものである。例えば、大気汚染防止法第4条を削除してその代わりに地方自治法等で一般的に措置することは、国から自治体への権限移譲を地方自治法等で一般的に可能にするものであり、立法論としても難易度が高いと思われる。行政処分の場合における規制対象の定めも個別法の根拠規範に関わるものであり同様である。

したがって、根拠規範に関わる事項については、個別法による条例への委任の方式によるべきであると考えられる。

(34) 北村喜宣（2004、p. 15）

(35) 松本英昭（2008、p. 28）

3-4-2 規制規範の場合

(1) 直接規制の場合

直接規制の場合は、条例に規制対象や規制基準の設定が委任された場合に、個別法で「政令で定めるところにより」といった規制規範による条例の縛りが設けられる場合がある。

規制規範による規律密度が高い場合には条例に委ねた意味がなく、形式的に権限を移譲しながら実質的に権限を国が留保するという機関委任事務制度と同様の弊害を生じさせることから、自治体の自主性が発揮できる自由度が十分に確保されている必要がある。

(2) 行政処分の場合

行政処分の場合は、個別法に案件処理規範が存在する場合が多い。個別法の根拠規範によって自治体の事務とされていれば、自治体は自ら案件処理規範を定立する権能を有している。

個別法の案件処理規範が白地の場合や抽象的な場合は、法律の目的や根拠規範の趣旨に合致したものである限り、自治体が条例で案件処理規範を定立して補充することは可能であるため、個別法で確認規定を定めるまでの必要はなく、立法的な解決の必要はないものと考えられる。

一方で、個別法の案件処理規範が詳細な場合には、これを標準モデルにおける基準と解釈することで、標準モデルと異なる立法事実を有する例外的な案件についてモデルを設定し、その基準を条例で定めることは可能と考えられ、これによって一定の解決は図られる可能性がある。

しかしながら、そもそも自治体は事務処理の権能を有し自ら案件処理規範を定立することができるにもかかわらず、個別法の詳細な案件処理規範で自治体を規律していることは、自治体の自主性を阻害するものであり、分権の観点からは根本的に問題がある⁽³⁶⁾。また、解釈論としては可能であっても、自治体が法令と異なる基準を法律実施条例として定めることは訴訟上のリスクがあり慎重にならざるを得ないという実情も考慮する必要がある。

(36) 小早川光郎(2001、pp. 383-384)は、「国の立法が自治体の事務の処理の方法に関して何らかの定めをする場合も同様であり、上述の意味で憲法上の限界を越えるものは違憲無効となる。」と国の法令による自治体の事務の定めの一般的な限界を述べている。

したがって、個別法の案件処理規範が詳細な場合には、分権に適合するよう立法的に解決すべきである。その方法としては、法令の規律密度を低下させる方法と、法令の規律強度を低下させる方法がある。その主な方法を例示すれば、次のとおりである。

ア 法令の規律密度の低下

① 法令基準の削除又は骨格化

「政令で定めるところにより」といった規律については、当該政令の規定を削除するか、当該政令の定めを骨格化する方法がある。法令基準の削除は方法が明確であるが、骨格化の方法については方法論が確立していない。骨格化の方法論については後述する。

② 個別法で基準を「条例で定める」と規定

行政事務の簡素合理化及び整理に関する法律（昭和58年法律第83号）による機関委任事務を団体委任事務化する関係法令の一括改正においては、例えば、興業場の経営の許可に係る設置場所や構造設備等の基準について、興行場法施行規則で定めていた省令基準が削除され、興行場法に条例で定める旨が規定された。この場合の「条例で定める」という規定は「委任」ではなく、自治体が案件処理規範を条例の形式で定めることを義務付けるものである。

イ 法令の規律強度の低下

① 法令基準を自治体が条例又は規則で補正することを許容

都市計画法第33条第3項は、政令で定める基準に従い条例で、政令の基準を強化し又は緩和することができるとしている。こうした規定は先駆的な条項として評価できる一方で、「政令で定める基準」の規律密度に問題がある。宅地造成等規制法施行令第16条第2項は、都道府県の規則で、政令の基準を強化し、又は必要な技術的基準を附加することができるとしており、自治体の規則による基準設定に対する政令による規律はない。

② 法令基準が適合しない事情がある場合に、自治体が別の基準を定めることを許容

自然公園法施行規則第11条第35項は、都道府県知事は、省令基準の特例を定めることができるとしている。

③ 法令基準を適用することが困難な場合に、審議会等の議決により一件ごとの特例的な処理を許容

都市計画法第34条第14号は、都道府県知事が開発審査会の議を経て認める開発

行為を特例許可の対象とする。また、建築基準法第48条第14項は建築審査会の同意を得ることを条件に用途地域における特例許可の対象とする。

④ 地方自治法等による一般的措置

①～③の個別法による措置とは別に、前述した松本英昭の「条例による上書き等」により、個別法の規制規範の条例による補正を地方自治法等で一般的に措置する方法が提起されている。

条例による上書きや条例による補正の概念が既に個別法等の根拠規範によって法定自治体事務となっている行政処分の場合の案件処理規範を対象としているのであれば、地方自治法等の一般法で個別法の規制規範を条例で上書き又は補正できるとすることは、立法論としてはあり得ると考えられる。

なお、行政処分の場合における案件処理規範については、前述したように解釈論としても条例による補正の余地はあり得るものであり、その場合の地方自治法等による一般的措置の規定は確認規定になる。

4. 施設管理行政

4-1 施設管理行政の根拠規範

法定自治体事務が施設管理行政の場合は、個別法が制定される段階で、既に自治体が当該事務を処理する権限を有していることを前提としているものがかなりあり、個別法に規制規範しかなく根拠規範が存在しない場合が多い⁽³⁷⁾。

塩野宏によれば、道路、公園等の公物管理権は、所有権その他の利用権、すなわち権原が根拠であり、公物管理法が制定されている限りにおいて、公物管理権の根拠はこれに吸収されるとする。この考え方を、自治体が設置している公物のうち公物管理法に根拠規範がないものに適用すれば、自治体の公物管理権は、その所有権その他の利用権、すなわち権原が根拠であり、公物管理条例が制定されている限りにおいて、公物管理権の根拠はこれに吸収されるということができよう。また、学校、福祉施設、水道等の営造物も同様と解される。なお、塩野宏によれば、現行の公物管理法による根拠だけでは、全ての管理権

(37) 本稿における「施設管理行政」には、占用許可等の権力的事務を含まないことについては2-3。

をカバーできない場合があるとしている。

一方で、海岸等の国が所有権を有する施設を自治体が管理をするためには、個別法に根拠規範を定めるか⁽³⁸⁾、又は国から自治体への譲渡、貸付、管理委託等が必要となる⁽³⁹⁾。個別法又は譲渡・貸付等により施設管理の権原を自治体が有することになれば、法律から条例への授権がなくとも、自治体の条例・規則による規律の対象となる⁽⁴⁰⁾。

4-2 施設管理行政の規制規範

施設管理行政に対する個別法の規制規範による規律は、事務の内容の義務付けと事務の執行方法の枠付けがあるが、本稿では事務の執行方法の枠付けである法令基準を対象に検討する。

施設管理行政に対する法令基準による規律は、個別法が全てをカバーしているわけではなく、条例による規律と共存している場合が多い。また、個別法の法令基準は、標準として定められたものや⁽⁴¹⁾、道路構造令のように個別の条項を見る限りでは一律の基準のようであるが、包括的な例外条項によって標準として機能してきたものもある⁽⁴²⁾。また、準用河川の構造基準は、河川法で法令基準を準用して適用するものとしたが必要な省令が制定されず、結果として準用されなかった⁽⁴³⁾。

(38) 海岸法第40条の3は、国の所有する公共海岸の土地は、海岸管理者の属する地方公共団体に無償で貸し付けられたものとみなすとしている。

(39) 道路法第90条第2項は、普通財産の地方公共団体への無償の譲渡・貸付を規定する。港湾法第54条は、国の直轄工事で生じた港湾施設（土地を含む）の港湾管理者への貸付又は管理委託を国に義務付ける。

(40) 港湾施設の所有者は、国、地方公共団体、民間と様々であるが、「港湾管理条例」は、地方公共団体が設置したもの及び国から貸付等を受けたものを対象に、法律に基づかない独自条例として制定されている。港湾の管理について港湾法が地方公共団体の固有事務であることを前提とし、委任条例ではなく独自に港湾に関する条例を定めることができることについては、多賀谷一照（2012、pp. 102-106）。

(41) 職業能力開発促進法施行規則（昭和44年労働省令第24号）第10条第2項など。

(42) 道路構造令第38条の「小区間改築の特例」を弾力的に適用することで、道路構造令の原則に適合しない道路の改築についても国庫補助金が交付されている。

(43) 準用河川の多くは堤防がない掘込河道の小河川であり、河川管理施設等構造令（昭和51年政令第199号）をそのまま準用することに無理があることは、小泉祐一郎（2011 a、pp. 212-219）。

4-3 施設管理行政に関する分権改革の影響

(1) 第1次分権改革以前の状況

第1次分権改革以前における自治体の施設管理行政は、多くのものが公共事務であったにもかかわらず、法律の定め（規律）が及ぶことで、団体委任事務になったかのような様相を呈していた。

公共事務は住民の福祉の増進を目的に自治体が施設を管理し、又は事業を実施するなど自治体の存立目的たる事務とされ、原則として非権力的な事務とされたが、地方税の賦課や施設の利用に関する規制等の権力的な事務も含まれていた。公共事務は、学説上は委任事務と区別する意味で固有事務と称されていたが、その多くは個別法の整備に伴って次第にその規律の対象となった。

一方、団体委任事務は、「委任された事務は国家事務であっても、一旦、委任によって普通地方公共団体の処理権能に属しめられた限りにおいては、それは公共事務となんら異なることなく取り扱われるものである。」とし、「公共事務自体についても現在多くの法令による規制が行われているのであって、実際上は、公共事務、委任事務として区別して議論するほどの実益はほとんどないといってよい。」とされていた⁽⁴⁴⁾。

団体委任事務と公共事務を区別しないで取り扱うことは、委任事務を固有事務と同様に地方自治法の規律の下に置こうとする意義を有しているが、地方自治法の趣旨とは合致しない個別法による規律の増大を抑制するルールを欠いた状況の中では、固有事務と称されていた公共事務の領域にまで個別法の規律が過度に及ぶ結果を招いたことは否めない。

実務上は、個別法が適用される事務は固有事務ではなく委任事務と解する傾向があり、具体的には、旧地方自治法の別表1は都道府県の、別表2は市町村の必要事務を一覧で表示したものであるが、これらの表に掲げられた事務は団体委任事務であるとする見解も有力であった⁽⁴⁵⁾。

固有事務とされた公共事務の領域は、個別法による規制規範が幅広く及ぶことによって団体委任事務であるかのような様相を呈し、公共事務が擬似団体委任事務化し

(44) 長野士郎（1993、p. 40）

(45) 田中二郎（1976、p. 124）

ていた。個別法に根拠規範がなく規制規範を定めているにすぎない「個別法に規律された事務」が「個別法に基づく事務」のごとく見られていたのである。

一方で、こうした傾向に対する問題も指摘されており、杉村章三郎は「ただ法律上の規定があるという事実だけから委任事務と断定するのは危険である」⁽⁴⁶⁾とし、室井力は、教育基本法第6条第1項や学校教育法第5条は「『公の性質を持つ』『法律に定める学校』の設置者を、国、地方公共団体又は学校法人として併列的に定めているにすぎない」⁽⁴⁷⁾としていた。また、兼子仁は、「地方自治法別表第1・第2に掲げられた各法定事務は、前述したとおり事務の性質上から多くは、地域自治性のある公共事務・行政事務が『必要事務』化されたものと見るべきである。」と述べている⁽⁴⁸⁾。

(2) 第1次分権改革の影響

第1次分権改革では、国の事務を自治体又は自治体の機関が委任されて処理するという委任の概念が廃止され、自治体は法律に基づく事務であっても、自らの事務として処理することとされ、従前の団体委任事務や機関委任事務は廃止又は国の直接執行事務となったものを除き自治体の事務となった。すなわち、第1次分権改革は、委任事務を主な対象に改革が行われたのである。

第1次分権改革によって自治事務に区分された公共施設のほとんどは、自治体が所有権等の権原を有しているにもかかわらず、個別法の規制が広範に及ぶことによって、公共事務（固有事務）が擬似団体委任事務化していたものである。問題は、公共事務の擬似団体委任事務化が、委任事務の概念が廃止された後も払拭されていないことである。自治体の条例の中には、個別法に根拠規範がなく個別法から授權されていないにもかかわらず、条例の第1条で個別法の規定に「基づき」と規定しているものがある。条例の制定を義務付けられているにすぎないものを「基づき」と規定する主体性が欠如した意識は、第1次分権改革後も自治体に残っているのである⁽⁴⁹⁾。

(46) 杉村章三郎（1969、p. 20）

(47) 室井力（1981、p. 7）

(48) 兼子仁（1989、p. 103）

(49) 静岡市都市公園条例第1条は、「この条例は、都市公園法（中略）第18条の規定に基づき」と規定している。都市公園法第18条は、「都市公園の設置及び管理に関し必要な事項は、（中略）条例で（中略）定める」というもので、地方自治法第244条の2第1項と同様に条例制定の義務付け規定であって授權規定ではない。

5. 第2次分権改革における法令基準の改革の検証

本章では、第2次分権改革で行われた法令基準の改革について、①改革の対象、②改革の手法の2つの観点から、何がどう改革されたのかを明らかにする。

5-1 改革の対象

第2次分権改革における「義務付け・枠付けの見直し」として法令基準の改革の重点対象となった「施設・公物設置管理の基準」は、その名称からすると対象となった法令基準の性格が全て同じような印象を受けるが、実際には基準の性格は異質なものが混在している。これを基準の事務の性質によって区分すれば規制行政と施設管理行政に、また、基準の法規範としての性質の違いに着目して区分すれば根拠規範と規制規範に区分される。

第2次分権改革で改革された「施設・公物設置管理の基準」の主なものを、この区分に応じて整理すれば、規制行政の根拠規範である「直接規制の基準」、規制行政の規制規範である「案件処理規範の基準」、施設管理行政の規制規範である「施設管理行政の基準」の3つに区分される。

[表4] 第2次分権改革で改革された「施設・公物設置管理の基準」の類型

	根拠規範	規制規範
規制行政	[直接規制の基準] ・児童福祉施設の設備・運営の基準 (児童福祉法第45条第1項) ・養護老人ホーム等の設備・運営の基準 (老人福祉法第17条第1項)	[案件処理規範の基準] ・指定居宅サービス事業者の指定基準 (介護保険法第70条第2項) ・病院等の開設の許可基準 (医療法第7条の2第4項、第5項)
施設管理行政	—	[施設管理行政の基準] ・道路の構造基準 (道路法第30条第1項) ・都市公園の整備基準 (都市公園法第3条第1項) ・公共職業訓練施設の運営の基準 (職業能力開発促進法第19条第1項)

上記の「義務付け・枠付けの見直し」として改革された「施設・公物設置管理の基準」

の中には、「義務付け・枠付けの見直し」以外のものが含まれている。地方分権改革推進委員会の第2次勧告によれば、「『義務付け』とは、地方自治体に一定の種類活動を義務付けることをいい、(中略)『枠付け』とは、地方自治体の活動について手続、判断基準等の枠付けを行うことをいう」とされている⁽⁵⁰⁾。すなわち、『義務付け』とは自治体の事務の内容を、枠付けとは自治体の事務処理の方法を規律するものであり、いずれも自治体にとっての規制規範を対象としたものである。

しかしながら、児童福祉施設の設備・運営の基準や養護老人ホーム等の設備・運営の基準等の「直接規制の基準」は根拠規範であるから、国が法令で定めていたものを自治体が条例で定めるよう改めることは、「義務付け・枠付けの見直し」ではなく、国から自治体への新たな権限の移譲である。

5-2 改革の手法

第2次分権改革の施設・公物の設置管理の基準の改革において地方分権改革推進委員会は、改革の手法として、法令基準の削除・縮減をまず検討し、次に条例委任又は条例による補正を許容する方法を検討するよう府省に求めていたが⁽⁵¹⁾、府省は、規制行政と施設管理行政、根拠規範と規制規範といった法令基準の特性の差異を考慮しないで、個別法で法令基準を条例で定めるよう規定し、条例を政省令の参酌基準・標準・従うべき基準のいずれかで規律するという同一の方式を採用した。政府はこれを「条例委任」と一括して称している。

改革の手法として論点となるのは、「条例委任」とは何かという概念の妥当性、「条例で定める」と規定することの妥当性、政省令の参酌基準・標準・従うべき基準のいずれかで条例を規律する新たな規律の妥当性の3点である。

5-2-1 「条例委任」の概念

第2次分権改革における法令基準の改革は、2つの異なるものが「条例委任」という名称で一括されている。一つは、自治体への権限移譲のための根拠規範である法令基準を対象とした本来の条例委任であり、もう一つは、関与の改革のための規制規範である法令基準を対象とした法的強制力の緩和である。

(50) 地方分権改革推進委員会第2次勧告(2008、p.3)

(51) 地方分権改革推進委員会第2次勧告(2008、p.27)

〔表5〕 「条例委任」として一括されたものの内容の違い

改革の対象	改革の手法	改革の意味
根拠規範である法令基準 (規制行政の直接規制の基準)	基準設定の権限の条例委任	権限移譲
規制規範である法令基準 (規制行政の案件処理規範の基準、施設管理行政の基準)	法令による規律の法的強制力の緩和	関与の改革

「義務付け・枠付けの見直し」ではない根拠規範の基準の設定権限の移譲については、権限移譲すなわち授権であるから、「条例委任」の概念を用いることは許容できる⁽⁵²⁾。

問題は、「義務付け・枠付けの見直し」である法令基準の規律強度の緩和について「条例委任」の概念を用いたことである。すなわち、規制行政の案件処理規範の基準や施設管理行政の基準は規制規範であり、自治体は自ら基準を設定する権能を有している。法令で定めていた規制規範を「条例で定める」とする個別法の規定は条例で定めることを義務付けるものでしかなく、個別法から条例に基準の設定権限が授権されたわけではない。規制規範にまで「条例委任」という概念を用いたことは、論理と実態が一致しない事態を生じさせており、分権改革の論理上、適切ではない⁽⁵³⁾。第1次分権改革前において公共事務が擬似団体委任事務化していた状況と同様の事態を招来するおそれがある。

5-2-2 「条例で定める」とする規定

根拠規範である基準の設定権限の移譲においては、「条例委任」のために個別法で「条例で定める」と規定することは必要不可欠であるから論点とはならない。論点となるのは、規制規範の法令基準の規律強度を緩和するに当たり、「条例で定める」という義務付けをすることが妥当かどうかである。

この点については、案件処理規範の基準と施設管理行政の基準では、考え方が異なる

(52) 第1次分権改革による委任事務の概念の廃止を踏まえ、「条例委任」に代わる用語が望ましいことについては後述。

(53) 松本英昭(2008, p.27)は、「厳密にいうと『委任』というのは適切ではないのではないかと思います。」と述べている。

齋藤誠(2012, p.302)は、「条例委任という呼称は、ミスリーディングである。」と述べている。

ものと考えられる。

(1) 案件処理規範の場合

3-3-2で述べたように、法律で案件処理の権限が自治体に授権されたうちは、自治体の条例による案件処理の規律は可能であるが、法令で案件処理規範を定めることもできる。つまり、法定自治体事務の案件処理規範については、法令と条例が競合する共管の領域である。立法上、案件処理規範を何らかの法形式で定める必要があると判断される場合、法律で「政令で定める」、「条例で定める」等を規定することは必要なことである。個別法が案件処理規範を「条例で定める」と規定することは、政省令で定めないことを明示するとともに、当該基準を審査基準等の行政規則ではなく法規として条例で定めることが必要であることを明らかにしたものと解することができる。

したがって、案件処理規範の場合には、個別法で「条例で定める」と規定して自治体に条例の整備を義務付けることは問題ないと考えられる。ただし、自治体が定める基準の内容によっては、法律で自治体の立法形式を「条例」と指定することの妥当性が論点となる。本稿ではこの点には立ち入らないが重要な論点である⁽⁵⁴⁾。

(2) 施設管理行政の基準の場合

地方自治法第244条の2第1項によって、自治体は公の施設の設置及びその管理に関する事項を条例で定めるよう義務付けられている。個別法が条例に代わってこれを定めている場合は同項の「特別の定め」に該当し、自治体は条例で定める義務を免れていたのである。ただし、自治体が条例で法令に抵触しない定めをすることは可能であった。

したがって、施設管理行政の場合には、個別法の各条項で改めて「条例で定める」という地方自治法と同じ内容の「特別の定め」を重複的にする必要は全くなく、本来は必要がないにもかかわらず個別法で「条例で定める」と規定することは、公共事務が擬似団体委任事務化していた状況と同様の事態を招来するおそれがあり適当ではないと考えられる。

以上のように、施設管理行政においては、個別法で重複的に「条例で定める」とす

(54) 筑紫圭一 (2014、pp. 22-31)

る必要は全くないと考えられるが、第2次分権改革の「条例で定める」とする手法には、従来とは異なる新たな問題があることを指摘しておきたい。

施設管理行政に関する個別法の定めは、従来は「設置及び管理に関し必要な事項は条例で定める」という概括的な規定⁽⁵⁵⁾で条例の整備を義務付けてきた。第2次分権改革では、概括的な規定ではなく、個別具体の基準を特定して「条例で定める」と規定された。すなわち、自治体が例規の体系として構築してきた条例事項と規則事項の区分のルールを無視した条例事項の義務付けが行われたのである。施設管理行政の基準は、自治体が私人の行為を規制するものではなく、自治体の行為を自ら律するための基準である。公共施設の設置・管理上の技術的細目でしかない内容も含めて一律に条例事項としたことは、条例から規則への委任が可能ではあるものの、自治体の例規の体系を歪なものにしてしまった。

このように、施設管理行政については、地方自治法と個別法が重複した義務付けをする必要がないこと及び本来は自治体の例規で定めるべき事項についてその体系を尊重すべきことから、「条例で定める」と個別法で規定することは適当ではないと考えられる。

〔表6〕 個別法で基準を「条例で定める」と規定することの適否

	「条例で定める」の意味	「条例で定める」規定の適否
根拠規範の基準	条例への授権	適当（必要）
案件処理規範の基準	・政省令で定めない旨の表明 ・自治体の条例で定めることの義務付け	適当。ただし、立法形式を条例と指定することの妥当性が別に論点となる。
施設管理行政の基準	地方自治法との重複	不適当（不要）

5-2-3 参酌基準・標準・従うべき基準による条例の規律

条例による基準設定に対する個別法の新たな規律として、参酌基準・標準・従うべき基準を定める政省令が定められた。これらの政省令の条項の内容は、従前の法令基準と概ね同じである。参酌基準は参考にすれば足りるとされていることから、規律強度は極

(55) 地方自治法第244条の2第1項の特別の定めとして個別法で概括的な義務付け規定を定めるものは、都市公園法第18条、下水道法第25条、公営住宅法第25条、社会教育法第24条（公民館）、図書館法第10条などがある。

めて低いものである。標準は通常よるべき基準とされていることから、合理的な理由があれば独自の定めをすることは可能であり規律強度は高くない。従うべき基準は、必ず適合しなければならない基準とされており規律強度は高い。

次のように規律の対象となる条例によって、参酌基準・標準・従うべき基準による規律の適用は異なっている。

[表7] 参酌基準・標準・従うべき基準による規律の状況 () は、主なものの例示

	根拠規範を定める条例	規制規範を定める条例
規制行政	[直接規制の基準] ・従うべき基準 (児童福祉施設の従事者) ・標準 (児童福祉施設の利用者数) ・参酌基準 (児童福祉施設の運営)	[案件処理規範の基準] ・従うべき基準 (病院等の病床数算定の補正、指定居宅サービス事業者の指定基準のうち法人格に係る基準)
施設管理行政	—	[施設管理行政の基準] ≪ほとんどが参酌基準≫ (道路の構造、都市公園の配置等、公共職業訓練施設の運営) ≪ごく僅かな例外≫ ・従うべき基準 (公共職業訓練の指導員の資格) ・標準 (公共職業訓練生の数)

(1) 直接規制の基準

児童福祉法等に基づく社会福祉施設の基準については、国から都道府県等に基準定立の権限が移譲されたことに伴い、従うべき基準、標準、参酌基準という省令による新たな規制規範が設けられた。権限移譲に伴って新たな規律が導入されることは、過去の分権改革においても見られるが、強力な規律が導入された場合には、形式的には自治体に権限を移譲しながら、実質的には国が統制するという旧機関委任事務と同じ問題を生じさせることになる。

児童福祉法等に基づく社会福祉施設の基準のうち、運営の基準については、省令による規律が参酌基準となっており、権限移譲に伴う規律の創設が常套手段となっている中で、規律強度を最小限に止めたものとして評価できる。

一方で、施設の従事者の基準については、条例の基準設定に対する規律は従うべき基準となっており、権限移譲をしておきながら実質的には強い規律で統制している。

地方分権改革推進委員会の勧告に比べ法改正では従うべき基準の範囲が拡大されており、従うべき基準の厳格な適用が必要である⁽⁵⁶⁾。

(2) 案件処理規範の基準

案件処理規範の基準で改革されたものは、介護保険法第70条第2項の指定居宅サービス事業者の指定基準及び医療法第7条の2第4項、第5項の病院等の開設の許可基準とごく僅かであり、これらの基準はいずれも従うべき基準に改められた。

案件処理規範の基準は、行政機関が許認可等の行政処分をするに当たって審査しなければならない項目を定めたものである。直接規制の基準のように基準の各項目が独立した規制として機能しているものではないので、一つの基準の中で項目別に従うべき基準、標準、参酌基準といった規律を異にすべきものではない。

自治体は、法定自治体事務について案件処理規範を設定し、これを条例・規則で定める権能を有しており、案件処理規範の定立は、国の法令と自治体の条例・規則の共管領域である。従うべき基準といった条例・規則の自主性が著しく制約されているかのような法令の規律は、地方自治法の原則に適合しておらず、分権改革の立法手法として不適當である。

案件処理規範の法令基準については、第2次分権改革以前に、①法令基準の削除とこれを条例で規定することの義務付け、②個別法で条例又は規則による基準の強化・緩和を許容する、といった手法が導入されている。

第2次分権改革の従うべき基準による規律の手法は、分権改革としては従前の手法に比べ後退したものであり、自治体が権能を有する案件処理規範の定立に対する規律の手法としては、従うべき基準を用いるべきではない。

(3) 施設管理行政の基準

施設管理行政の基準については、政省令による規律は、ごく僅かなものが従うべき基準、標準とされたが、ほとんどは参酌基準とされた。参酌基準による規律の強度は極めて低いため、第2次分権改革の前後を比較すれば、規律強度は著しく低下してお

(56) 地方分権改革推進委員会第3次勧告(2009、p.8)では、従うべき基準は、①施設・公物の利用者の資格のうちの基本的な事項、②施設・公物の本来的な性格・機能等に係る基本的枠組み、③民間共通の士業等の資格について特に従うべき基準を示す必要がある場合、の3つに限定されていた。なお、従うべき基準とすることに法解釈上の合理性がない場合には、自治体はその拘束に縛られないものと解される。詳細は、小泉祐一郎(2011a、p.97)。

り、自治体の自主性・自律性の向上に寄与したといえる。

6. 今後の法令基準の改革方策

第2次分権改革における法令基準の改革では、「義務付け・枠付けの見直し」や「条例委任」といった用語が曖昧なまま用いられた。改革を進めていくうえでは試行錯誤も重要であり、これが新たな地平を拓くこともあるが、一定の成果が出た段階で、改革の論理や概念を再構築する必要がある。

その場合には、根拠規範に係る権限移譲と規制規範に係る関与の改革の違い、規制規範の関与の改革における規律密度の改革と規律強度の改革の違いを認識したうえで、それぞれの改革の対象と手法を明らかにしていく必要がある。

特に法令基準の改革においては、前述したとおり、性質の異なる基準が存在しており、それぞれの性質に応じて、改革の対象と手法を整理することが重要である。

6-1 今後の改革の対象

第2次分権改革における「義務付け・枠付けの見直し」として行われた法令基準の改革は、「施設・公物設置管理の基準」を重点対象として特定することで改革が具体化した。第1次分権改革でも経験したように、中央政府の制度改革においては、改革の対象を法令の条項で特定し改革の手法を明示したものが閣議決定されなければ、法改正には至らない。自治事務のうち、「施設・公物設置管理の基準」を重点対象としたことは、最も改革し易いものから手を付けたという点で、法令基準の規律を改革する突破口としては誠心的を射たものであった。

また、直接規制の基準の条例委任は、「義務付け・枠付けの見直し」ではなく、国の設定権限を都道府県等に移譲した権限移譲として評価できる。

一方で、改革の対象を実質的に絞ったことで、改革の対象から除外されて論点とならなかつた領域が生じた。具体的には、(b)許認可等の規制対象の基準、(c)委任条例による直接規制の基準は改革の対象から除外され、法定受託事務に係る基準も全て対象とされなかつた。また、ごく一部の改革が行われただけの領域も生じた。具体的には、(a)直接規制の基準はごく僅かに改革されただけであり、(d)許認可等の案件処理規範は、ほとんど

手が付けられなかった。

こうした中で、今後の改革を実効あるものとしていくためには、次のターゲットを何に絞るかが重要である。(a)と(b)は、基準の強化であれば並行条例で対応可能である。(c)は、条例委任が行われたものに対する規律であるという点で分権的には重点対象の優先度からは劣後する面がある。

一方、(d)は、法令による規律が広く及んでいるために、自治体が法定自治体事務について案件処理規範を定立する権能を有しながら、事実上の問題も含め、条例・規則の活用が制約されている領域である。

したがって、今後の取組みとしては、(d)の許認可等の案件処理規範の基準を優先して改革を行うことが必要である。また、将来的には、(a)(b)(c)(e)についても、改革の対象に順次加えていく必要がある。

〔表 8〕 第 2 次分権改革における法令基準の改革の状況

行政の区分		規制主体にとっての根拠規範	自治体にとっての規制規範
規制行政	直接規制	(a)直接規制の基準 ごく一部が改革対象となった	(c)委任条例による直接規制の基準 改革対象とならなかった
	行政処分	(b)許認可等の規制対象の基準 改革対象とならなかった	(d)許認可等の案件処理規範の基準 ほとんど改革対象とされなかった
施設管理行政		—	(e)施設管理行政の基準 第2次分権改革の重点対象となった

6-2 今後の改革の手法

6-2-1 基準の特性に応じた改革の手法

第2次分権改革の法令基準の改革の検証を踏まえ、改革の対象となった(a)直接規制の基準、(d)許認可等の案件処理規範の基準、(e)施設管理行政の基準について、それぞれの基準の特性に応じた改革の手法を検討する。

(1) 直接規制の基準

直接規制である法令基準の場合、例えば福祉施設の基準では、従事者、利用者、施設面積、施設設備、運営など、基準の内容には様々な項目がある。しかも、各項目が

それぞれ独立した規制として機能し罰則と直結している。このため、項目によっては全国一律でなければならないものや緩和することが適当ではないものも存在する可能性がある。こうした直接規制の基準の特性からすれば、ある法令基準を一括して条例に委任する場合に、従うべき基準、標準、参酌基準といった規律の違いが一つの基準の中で項目別に生ずることはやむを得ないものである。

重要なことは、従うべき基準が、真にそうであるのか、標準や参酌基準では本当にいけないのかということが厳しく吟味されているかどうかである。

一方で、全ての項目が真に従うべき基準によって統制すべき基準の場合には、従うべき基準は最低限度を定めたものと解されることから、都道府県等に基準設定を委任するのではなく、大気汚染防止法第4条と同様に、条例で基準を強化する権限を委任する方法も選択肢となると考えられる。

〔表9〕 直接規制における基準設定の権限移譲の手法

第2次分権改革前	第2次分権改革後	あるべき姿	
法令基準が直接規制 (国の直接執行事務)	条例基準が直接規制 (法定自治体事務)	参酌基準・標準・従うべき基準が混在する場合	基準設定を条例委任し、条例基準が直接規律(第2次分権改革と同じ手法)
		全ての項目が従うべき基準による規律の場合	上記と同様の手法のほか、基準の設定は法令で行い、個別法で条例による強化のみを委任する手法もあり得る。

(2) 案件処理規範の基準

許認可等の案件処理規範を定める法令基準は多様であり、規律密度が著しく高く多様な実態に適合しないもの、例外的な場合が頻繁に発生し基準の一律性が実態に適合しないものなど、現行の法令基準を見直すべき視点も一様ではない。案件処理規範については、①法令基準の削除・骨格化、②法令基準の参酌基準・標準化、③条例による基準の強化・緩和の許容の3つの手法を、法令基準の規律密度等の課題の状況に応じて選択して用いることが適当であると考えられる。なお、こうした立法論とは別に、解釈論としては、案件処理規範については、自治体の自主的な解釈の余地があること

は前述のとおりである⁽⁵⁷⁾。

(3) 施設管理行政の基準

自治事務である施設管理行政は、旧公共事務と同様の性格を有し、住民の福祉の増進を目的に自治体の自主性が最も発揮されるべき事務である。施設の利用者の大半は住民であり、地域住民のニーズに対応して創意工夫を凝らすことが可能であり、かつ、必要な事務の最たるものである。また、施設の管理に瑕疵があった場合には自治体が責任を負うものであるから、自治体は自らの責任で施設の安全を確保することが求められており、施設の設置・管理に関する条例を制定することは、地方自治法によって義務付けられている。

したがって、憲法及び地方自治法第2条第11項、第12項、第13項の規定を踏まえれば、自治事務である施設管理行政に対する個別法による規律は、必要最小限度のものとするよう立法的な解決を図るべきである。

その場合の方法としては、施設の権原さえ自治体が有していれば条例による規律が可能である施設管理行政については、法令基準を削除するか又は法令基準を骨格化⁽⁵⁸⁾することにより法令の規律密度を低下させる立法措置を講ずることが本来のあるべき姿である。その場合、第2次分権改革で用いられた「条例で定める」とする個別法の規定は前述のとおり不要である⁽⁵⁹⁾。

また、自治体の条例が整備された後も参酌基準が存在し続けることは、自治事務であり、かつ、固有事務としての性質を有する施設管理行政にはふさわしくないものであり、参酌基準を定めるのであれば、改正に伴う経過措置として改正法附則において定めるべきである。

したがって、自治事務である施設管理行政については、規制規範である法令基準の参酌基準化により規律強度を低下させることは意義あることであるが、将来的には、参酌基準を削除することにより、法令の規律密度を低下させることが適当であると考えられる。

(57) 北村喜宣(2013 a、p. 68)は、「自治体事務化によって枠付け緩和は基本的になされている」と考えるべきとする。案件処理規範の解釈論として同感である。

(58) 骨格化については、千葉実(2013、p. 84)。

(59) 本稿の検討対象とはしていないが、第2次分権改革において、組織規範である審議会等の委員については、法令基準の定数等の定めが削除され、定数等を条例で定めるとする重複した義務付けはされなかった。

[表10] 施設管理行政における基準設定

	第2次分権改革	今後のあるべき方策
規律強度の改革	法令基準の参酌基準化 *この手法が多用された。	参酌基準の暫定措置化（将来的に削除） 
規律密度の改革	法令基準の削除・骨格化 *ほとんど行われなかった ⁽⁶⁰⁾ 。	法令基準の削除・骨格化

(4) 改革の手法の整理

(1)～(3)を踏まえて、法定自治体事務の法令基準の種別に応じた改革の手法を整理すれば次のとおりである。

[表11] 法定自治体事務の法令基準の種別に応じた改革の手法

基準の種別	基準の特性	本来の改革の手法
直接規制の基準	[法律の委任が必須の領域] 個別法から条例への委任がなければ法定自治体事務とはならないもの	条例委任（法令基準の強化・緩和の権限を委任する場合を含む）
案件処理規範の基準	[法律と条例の共管領域] 法律で案件処理の権限が自治体に授權されたうちは、自治体の条例による案件処理の規律は可能なもの	・法令基準の削除・骨格化 ・法令基準の参酌基準・標準化 ・条例による強化・緩和の許容
施設管理行政の基準	[本来は条例の領域] 自治体が本来、自主的に条例で定めるべきもの	法令基準の削除・骨格化

6-2-2 法令基準の骨格化による規律密度の改革の方法論

第2次分権改革を推進した地方分権改革推進委員会は、法令の規律密度の改革を優先させようとしたが、国の府省は法令の規律強度の改革で対応した。国の府省が、規律密度ではなく規律強度の改革で対応するやり方は、第1次分権改革と共通している。

これには、分権改革を推進する手法にも原因があると考えられる。規律密度を低下させる手法は具体的に示されていないが、規律強度を低下させる手法は改革を推進する側

(60) 参酌基準化するに当たり、従前の法令基準を骨格化した例については6-2-2(2)。

から提示されているからである。すなわち、第1次分権改革では、地方分権推進委員会から通達に代わる技術的助言と処理基準、許認可に代わる同意、協議という手法が提示された。また、第2次分権改革では、地方分権改革推進委員会から参酌基準・標準・従うべき基準という手法が提示された。さらに第2次分権改革に至る過程では、条例による上書きや前述の松本英昭による地方自治法等の一般法による措置も提唱されていた。

分権改革において規律密度の改革が実現しないのは、府省が歩み寄れる手法が提示されていないことも原因の一つであると考えられる。府省にとっては、一度に法令基準を全て削除するという対応は困難であろう。

そこで本稿では、国の府省が法定自治体事務に対する法令基準の規律を見直す場合に、ガイドラインとなる法令基準の骨格化の手法を示すこととする。

本稿で述べる法令基準の骨格化については、法律から条例に委任する場合（直接規制の基準）を対象⁽⁶¹⁾としたものではなく、自治体に条例で基準を定める権能があることを前提に法令の規律を自制的に削減する場合（案件処理規範の基準及び施設管理行政の基準）を対象としたものである⁽⁶²⁾。

法定自治体事務の法令の規律密度を低下させるための法令基準の骨格化については、2つの論点が存在している。一つは、法定自治体事務に特有の論点として、法令と条例・規則の分担のあり方がある。もう一つは、法令基準と運用基準の分担のあり方である。この論点は、法定自治体事務だけでなく、国の直接執行事務や自治体の独自条例に基づく事務にも共通する法規、例規による規律と行政規則による運用基準（審査基準等）との分担のあり方である。これらの論点と関連して、基準の適用と固有事情の審査の問題があるが本稿では立ち入らない⁽⁶³⁾。

（1） 法令と条例・規則の分担

法令と条例・規則の分担をするためには、法令基準として残すべきものと、条例・

(61) 平岡久（1995、p. 51）は、法律から政省令・告示への授権の憲法適合性の判断について法律の「規律密度」を取り上げて論じている。行政法学における「規律密度」の用語が、元々は法律でどこまで規定すべきかという法律の密度の確保が論点となっていたことを窺わせるもので興味深い。

(62) 本稿の骨格化の手法は法律と条例が主従の関係で分担する方式であるが、人見剛（2005、p. 177）は、自治事務に係る法律が自治体の自主性を尊重する方式として、「法律が自己の適用範囲を自制し、その趣旨を生かした条例の制定を広く自治体の自主性に委ねる方式がありうる。」と指摘し、適用範囲で対等に分担する考え方を示している。

(63) 行政規則による運用基準の適用と個別審査については、交告尚史（2011、pp. 269-289）。

規則で規定すべきものの区分の方法論を提示する必要がある。その方法論としては、法令では要件のみを定め、要件に該当するかどうかを判断するための技術的細目（これを本稿では「要件該当基準」と呼ぶこととする。）を自治体が条例・規則で定める方法が考えられる。その場合、要件該当基準を定める条例は、個別法の具体化規定を定める条例⁽⁶⁴⁾であり個別法の委任を要しない。

① 案件処理規範の例

都市計画法第33条第1項は、申請に係る開発行為が「次に掲げる基準」＝「同項各号」に適合していることを許可の要件として規定し、同条第2項は「前項各号に規定する基準を適用するについて必要な技術的細目は、政令で定める」としている。同条第1項各号に規定された「基準」が「要件」であり、政令に規定された「技術的細目」が「要件該当基準」である。

② 施設管理行政の規制規範の例

道路法第29条は、「道路の構造は、当該道路の存する地域の地形、地質、気象その他の状況及び当該道路の交通状況を考慮し、通常の衝撃に対して安全なものであるとともに、安全かつ円滑な交通を確保するものでなければならない。」と道路の構造の原則を定め、同法第30条は道路の構造の技術的基準を政令又は条例で定めるとしている。同法第29条に規定された「原則」が「要件」であり、同法第30条で政令又は条例で定めることとされた「技術的基準」が「要件該当基準」である。

③ 要件と要件該当基準の区分

前述の都市計画法の開発行為の基準や道路法の道路構造の基準のように、要件と要件該当基準が区分されて規定されているものばかりではなく、要件が規定されないまま要件該当基準が省令に羅列されている場合もある。そのような場合は、法令の規定を要件該当基準のみの「仕様表示」から求める要件を明示した「性能表示」に改める必要がある⁽⁶⁵⁾。

また、自治体が条例・規則で定める要件該当基準についても、一律の仕様表示が必ずしも合理的、科学的とは限らないのであるから、性能表示の可能性も検討すべ

(64) 6-2-3で述べるように、案件処理規範の場合は法律実施条例の規律条項、施設管理行政の規制規範の場合は法規律事務条例であり、いずれも規制規範の定立であるから、個別法の授權を要しない。

(65) 高橋滋（2011、pp. 256-257）は、近年の法令の安全基準の「性能規定化」による民間技術団体の役割拡大と法が設定する「基準」の担う機能の変質について述べている。

きである⁽⁶⁶⁾。

なお、法令基準が要件を定めずに要件該当基準のみを規定していることは、法規の体系のあり方として問題がある。どのような要件を満たすために必要な基準なのか明示されないまま数値基準のみの要件該当基準を省令で規定するやり方は、行政機関の案件処理を規律する法令基準の定め方としては不十分である⁽⁶⁷⁾。

(2) 法令基準と運用基準の分担

法令の中には、運用基準で規定すべき内容のものまで規定している場合がある。法律から政令へ、政令から省令へ、省令から告示へと委任していくことで、法令基準は詳細化されるが、法令で詳細に規定するほど、法令が想定しているモデルに合致するケースは少なくなり、例外的なケースが増えてくる。

法令基準の過度な詳細化を是正するためには、法令基準と運用基準の区分の方法論を提示する必要がある。その方法論としては、法令や条例・規則では要件及び要件該当基準を定め、要件該当基準に該当するか否かを判断するための判断の方法は、運用基準で定める方法が考えられる。

例えば、第2次分権改革による改正前の公営住宅等整備基準（昭和50年建設省令第10号）は、基準の詳細を「国土交通大臣が定める措置」として告示に委任していたが、改正後は省令から告示への委任が削除され、従来の法令基準が骨格化されたうえで、自治体が条例を整備するうえでの参酌基準として示された。自治体は基準の詳細を運用基準で定めることとなった⁽⁶⁸⁾。

6-2-3 法令基準の改革のための条例の類型の再整理

第2次分権改革において用いられた「条例委任」には、法律から条例への権限移譲（授権）と、法令による規律を緩和する関与の改革の2つの異質なものが一括されており、後者を条例委任と呼ぶことに問題があることは、5-2-1で述べたとおりである。

この問題とは別に、そもそも論として、第1次分権改革によって「委任事務」の概念

(66) 中村英樹・大口敬（2011、pp.195-202）は、土木計画学の立場から、現行の道路構造令が仕様型であることを問題とし、性能照査型に転換すべきとしている。

(67) 直接規制の法令基準は、案件処理規範の要件や要件該当基準とは逆に、基準の具体性が重要である。

(68) 告示の内容が運用基準で定めるべき内容であることを省令改正前に指摘したものとして小泉祐一郎（2011 a、p.269）。

が廃止されたことから、法律から条例に権限移譲（授権）する場合であっても、「委任」と呼ぶことは適当ではないとの指摘がされており⁽⁶⁹⁾、委任に代わる用語を用いることが望ましいと考えられる。この論点は、単に呼称の適否だけではなく、概念の整理を伴うものであるため、第1次分権改革によって委任事務の概念が廃止され法律に基づく事務であっても自治体の事務とされたことを踏まえ、条例・条項の類型の再整理を試みることにする。

自治体が処理する事務に「法律に定めのある事務」と「法律に定めのない事務」があるとされていることは既に述べたところであるが、より厳密に言えば、前者は法律が適用される「法適用事務」、後者は法律が適用されない「法不適用事務」＝「独自事務」と呼ぶべきである。法律に定めがあっても、条例で根拠規範を定めれば自治体独自の事務になり、当該事務に法律は適用されないからである。例えば、法律との抵触の問題は別として、法律に基づかない自治体独自の上乗せ条例がある。法律が適用される「法適用事務」に関する条例を「法適用事務条例」、法律が適用されない「独自事務」に関する条例を「独自条例」と呼ぶこととする。

法適用事務には、法律に根拠規範がある「法律に基づく事務」と法律に根拠規範がなく規制規範しかない「法律に規律された事務」がある。前者の事務に関する条例を「法律実施条例」⁽⁷⁰⁾、後者の事務に関する条例を「法規律事務条例」と呼ぶこととする。法律実施条例は、法律規定条例⁽⁷¹⁾、法定事務条例⁽⁷²⁾とも称されている。

法律実施条例の条項は、①法律からの授権に基づき条例で「根拠規範に関する定め」をする「従前の委任条例（項）」——これを「分任条項⁽⁷³⁾」と呼ぶ⁽⁷⁴⁾——と、②法律からの授権に基づかないで条例で「規制規範に関する定め」をする「規律条項」——法律が規制規範について「条例で定める」と規定しても授権ではないことは5-2-1で述べたとおり——、③組織規範などを定める「その他の条項」、の3つに分類できる。

(69) 北村喜宣（2013 b、p. 24）、斎藤誠（2012、p. 333）。

(70) 北村喜宣（2012、p. 34）

(71) 斎藤誠（2012、pp. 286-308）

(72) 磯崎初仁（2012、pp. 31-33）

(73) 分任は、北村喜宣（2013 b、pp. 20-22）の用語を用いている。北村は「適切な役割分担の観点から自治体に分けて任せる」のが分権改革であり、従来の委任条例ではなく「分けて任せる」という意味の「分任条例」と呼ぶべきとする。

(74) 北村喜宣（2013 b、pp. 30-31）は、法律実施条例には法律に明文規定がある分任条例とそれがない狭義の法律実施条例があるとしている。狭義の法律実施条例の内容は、本稿の規律条項又はその他の条項が該当するものと解される。

法律が適用されない「法不適用事務」＝「独自事務」に関する独自条例の条項は、①法律と規制対象を同じくする「並行条項」「前置条項」⁽⁷⁵⁾、②法律と規制対象が同種であるが対象が異なる「横出し条項」、「裾出し条項」、③その他の独自条項、の3つに分類できる。

なお、分任、並行、前置、横出し、裾出しは、一つの条例の中の条項として規定されることが多いことから、条例ではなく条項の区分としている。

[表12] 自治体の事務の区分と条例・条項の種類⁽⁷⁶⁾

法適用事務	法律に基づく事務 (法律に根拠規範のある事務)	根拠規範に関する定め	分任条項	法律実施条例 法律規定条例 法定事務条例	法適用事務条例
		規制規範に関する定め	規律条項		
		その他の定め	その他の条項		
	法律に規律された事務	法規律事務条例			
独自事務	法律が適用されない事務	法律と規制対象を同じくするもの		並行条項 前置条項	独自条例
		法律と規制対象が同種であるが対象が異なるもの		横出し条項 裾出し条項	
		その他のもの		その他の独自条項	

* 条例・条項を類型により整理すると表12のようになるが、自治体が条例を制定する場合には、類型ごとに条例を制定するのではなく、政策単位で一元化した条例を制定し、自治体の政策目的と政策の体系を条例で示すことが重要である⁽⁷⁷⁾。

6-3 改革のツールとなる新たな概念の構築

分権改革をはじめ各種の制度改革においては、制度の創設の場合と同じように、改革のツールとなる概念の構築が重要である。第1次分権改革においては、地方分権推進委員会

(75) 北村喜宣(2012、p.34)は、法律と規制対象を同じくするものを「並存条例」と呼び、これを法律と同時に規制する「並行条例」と、法律の規制の事前に規制する「前置条例」に区分している。

(76) 表12は、北村喜宣(2013a、p.56)をベースに作成したものである。

(77) 政策単位での条例制定と目的規定を定めた分権型の条例体系の構築については、小泉祐一郎(2011a、pp.105-158)。

が「法律に定めのある事務」、「自治事務（仮称）」、「法定受託事務（仮称）」といった概念を構築して改革を推進した。

第2次分権改革においては、地方分権改革推進委員会が「参酌基準」「標準」「従うべき基準」という概念で法改正を導いたことは評価すべきである。一方で、法定自治体事務に対する法令による規律の廃止・緩和を意味する「義務付け・枠付けの見直し」の概念に、国の直接執行事務となっている基準定立の権限移譲を含めるとともに、地方分権改革推進法で「義務付け」や「枠付け」とは別の概念として規定している許認可等の国の行政機関による「関与」も含めており、異質なものを混在させている。

特に問題なのは、既に自治体が基準定立の権限を有しており、法令による規律によってその権限が制約されていた規制規範の領域にまで「条例委任」という概念を用いたことである。条例が本来規定可能なものについて法令が規定していた事項を条例で規定することは、「条例規定化」とでも呼ぶべきものであり、地方分権改革推進委員会は「条例規定化」に該当する新たな概念を明確に示したうえで、「義務付け・枠付けの見直し」を推進すべきであったと考えられる。

本稿においては、既存の概念では論述することが困難なものを表す都合上、「規律強度」、「法律に規律された事務」、「直接規制」、「要件該当基準」、「法適用事務条例」、「法規律事務条例」、「条例規定化」という本稿特有の概念を用いた。今後、分権改革によって国と自治体の新たな分担関係を構築していくためには、改革のツールとなる新たな概念の構築が重要であると考えられる。

（こいずみ ゆういちろう 法政大学大学院公共政策研究科博士後期課程）

キーワード：根拠規範／規制規範／案件処理規範／規律密度／規律強度／
規制行政／施設管理行政／骨格化／要件該当基準

【参考文献】（50音順）

- 出石稔2014年「自治体の事務処理と国の関与」『行政法の争点』有斐閣
磯崎初仁2012年「自治体政策法務講義」第一法規
岩崎忠2012年「『地域主権』改革」学陽書房
岩橋健定2001年「条例制定の限界」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革下巻』有斐閣
角松生史2007年「条例制定の法的課題と政策法務」ジュリストNo.1338、有斐閣
兼子仁1989年「自治体法学全集7 地方自治法」兼子仁・磯野弥生編、学陽書房

- 北村喜宣2004年「分権改革と条例」弘文堂
- 北村喜宣2010年「法律改革と自治体」日本公法学会
- 北村喜宣2012年「自治体環境行政法第6版」第一法規
- 北村喜宣2013年 a 「2つの一括法による作業の意義と今後の方向性」自治総研413号、地方自治総合研究所
- 北村喜宣2013年 b 「分任条例の法理論」自治研究89巻7号、第一法規
- 交告尚史2011年「行政判断の構造」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』有斐閣
- 小早川光郎2001年「基準・法律・条例」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革下巻』有斐閣
- 斎藤誠2012年「現代地方自治の法的基層」有斐閣
- 桜井敬子2001年「自治事務に対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、第一法規
- 塩野宏2013年「行政法 I [第5版補訂版] 行政法総論」有斐閣
- 杉村章三郎1969年「逐条解説自治要覧」東京法制研究会編、光文書院
- 高橋滋2011年「行政上の規範 — 安全基準を中心にした一考察」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』有斐閣
- 多賀谷一照2012年「詳解逐条解説港湾法」第一法規
- 田中二郎1976年「新版行政法中巻全訂第2版」弘文堂
- 田村達久2007年「地方分権改革の法学分析」敬文堂
- 筑紫圭一2014年「義務付け・枠付けの見直しに伴う条例の制定と規則委任の可否」自治総研431号、地方自治総合研究所
- 千葉実2013年「枠付けの緩和の向かうべき方向」自治総研419号、地方自治総合研究所
- 長野士郎1993年「逐条地方自治法」学陽書房
- 中村英樹・大口敬2011年「性能照査型道路計画設計の導入に向けて」土木学会論文集D3（土木計画学）Vol. 67、No. 3、土木学会
- 西尾勝2007年「地方分権改革」東京大学出版会
- 人見剛2005年「分権改革と自治体法理」敬文堂
- 平岡久1995年「大阪市立大学法学叢書（45）行政立法と行政基準」有斐閣
- 松本英昭2008年「地方分権改革委員会の『第1次勧告』と政府の『地方分権改革推進要綱（第1次）』を読んで」自治研究84巻9号
- 室井力1981年「教育の地方自治」日本教育法学会編

【拙著引用文献】

- 小泉祐一郎2010年「土地利用・開発許可制度の解説」ぎょうせい
- 小泉祐一郎2011年 a 「地域主権改革一括法の解説」ぎょうせい
- 小泉祐一郎2011年 b 「国の自治体への関与の改革の検証と今後の課題（上）」自治総研397号、地方自治総合研究所
- 小泉祐一郎2011年 c 「国の自治体への関与の改革の検証と今後の課題（下）」自治総研398号、地方自治総合研究所