

自治体政策法務と条例

北 村 喜 宣

【連載にあたって】

「地域の法と政治研究」は、地方自治総合研究所のプロジェクト「応用・政策研究」のひとつとして、2017年に組織された。1999年の地方分権一括法の成立以降、中央政府で議論され推進されてきた一連の行財政改革や個別法改正が、個別自治体レベルでの事務処理のあり方や政策形成のパターンにどのような影響を及ぼし、自治の拡大にどのような意味を持っていたのか。研究メンバーは、中堅・若手の研究者（専攻は、政治学、行政学、法社会学、行政法学）から構成され、こうした問題意識のもとで、理論的・実証的研究を進めている。メンバーについては、地方自治総合研究所ウェブサイト (<http://jichisoken.jp/project/project.html>) を参照されたい。

本連載は、その研究成果の一環として、「地域の法と政治研究」の観点から重要と思われる文献のレビューを、メンバー全員による討議を踏まえて、主担当の責任で取りまとめるものである。

1. レビューの対象

『自治体政策法務の理論と課題別実践』（第一法規、2017年）（北村喜宣＋山口道昭＋磯崎初仁＋出石稔＋田中孝男（編））は、鈴木庸夫千葉大学名誉教授の古稀をお祝いするべく編まれた記念論文集であり、25本の論文を収録する。本稿では、同書第3部「自治立法の政策法務」のもとに配置された6本のうち、磯崎初仁「法令の過剰過密と立法分権の

可能性」、小泉祐一郎「自治体の事務と区分と条例」、神崎一郎「地方議会の立法機関性」、松井望「課題設定と自治体政策法務」をとりあげる。

「政策法務」という言葉がこの世に誕生したのは、1988年7月であった⁽¹⁾。それから30年が経過し、この言葉は、自治体関係者や地方自治研究者の間で、それなりの認知を得るようになってきている。2009年には、「自治体法務検定 政策法務編」まで登場した⁽²⁾。

政策法務は、自治体行政との関係で語られることが多い。そして、その内容は、立法、法執行、争訟・評価の3つの場面に整理されるのが一般的である⁽³⁾。本稿で検討する4本は、このうち「立法法務」に関するものである。「自治体政策法務論」の基層には、国が立案した政策を自治体が法令や通知に忠実に実施するという構造を乗り越えて、第1次分権改革により自治体の事務となった法定事務を自治体が地域特性を踏まえて自主的・自立的に実施すべきという認識がある。さらに、国の政策が具体化していない分野においては、自治体は積極的に政策課題を把握して適法な法的対応をすべきという認識がある。4論文は、そのいずれもが、こうした認識を意識しつつ論じられている。

本稿では、4論文（以下、著者の敬称略）をレビューするとともに論点を抽出し、自治体政策法務と条例という観点から、「地域の法と政治研究」の研究会における議論を踏まえてコメントをする。なお、カッコ内の数字は、記念論文集の頁数を意味する。

-
- (1) 天野巡一＋加藤良重＋阿部浩二「2人のレジェンドに何う政策法務の来し方・行く末」政策法務Facilitator56号（2017年）12頁以下・13頁によれば、政策法務の命名者は天野巡一教授（当時、武蔵野市職員）であり、「赤城山の頂上の国民宿舎」における故・松下圭一教授などとの研究合宿において誕生した。なお、松本佳祝氏（群馬県職員）らの調査によれば、この施設は、「国民宿舎赤城緑風荘」である。1968年に開設され2002年に閉鎖された。現在、跡地は、駐車場になっているという。関係者にとって、同所はまさに「聖地」であり、「政策法務発祥の地」の石碑でも建てたいところである。
 - (2) 自治体法務検定委員会（編）『政策法務検定公式テキスト 政策法務編』（第一法規、2009年）参照。
 - (3) 磯崎初仁＋金井利之＋伊藤正次『ホーンブック地方自治〔第3版〕』（北樹出版、2014年）104頁〔磯崎執筆〕、山口道昭「自治体における執行法務の課題」北村喜宣＋山口道昭＋出石稔＋磯崎初仁（編）『自治体政策法務』（有斐閣、2011年）2頁以下・2頁参照。

2. 礒崎初仁「法令の過剰過密と立法分権の可能性： 分権改革・第3ステージに向けて」

(1) 要約

礒崎論文は、「1990年後半以降の分権改革の意義と残された課題について法的側面を中心に確認するとともに、『立法分権』を中心にさらなる分権改革の可能性を探ろうとするもの」(189)である。その前提として、機関委任事務制度の廃止と自治事務・法定受託事務への転換がされたにもかかわらず、構造や内容の改正を受けることなく存置された縦割りの個別法を分析する。そして、「法令の過剰過密」(193)という状態を確認し、これこそが自治体が分権改革の成果を実感できない大きな障害であると整理する。議論の方向は、立法分権による自治体の自由度拡充である。

法令の過密状態は、「規律密度が高い」と表現されることがある。その原因として、礒崎は、以下の5つの仮説を提示する。①国の法令は全国で生じうる問題や事例に対応できる汎用性を備えるために、様々な基準や例外規定が必要になる、②所管官庁が自らの政策方針を貫徹させ、権限や存在感を維持したいという意識が働く、③法令は自己完結すべきものという固定観念が立案担当者にあり、内閣法制局審査がこの傾向に拍車をかける、④執行現場の対応力を信頼せず、解釈運用の誤りや混乱を防止するため細部まで規定しておくという後見的・心配性的配慮が働く、⑤機関委任事務制度が廃止され執行段階での自治体統制（行政的関与）が難しくなり、制度設計段階での統制（立法的関与）が必要になった。

過剰過密な法状態は、執行を担当する自治体の自由度を制限し、地域づくりのための法執行という発想を持つことを困難にし、地域事情に適合した法令の解釈運用を阻害する。過剰過密ゆえに条例を制定する余地も狭くなり、分権改革の成果を活用したくてもできない状況になっている。「豪華かつ洗練されているが画一的な制度よりも、粗削りでも身の丈に合った制度が望ましいのであり、だからこそ行政分権よりも立法分権が求められる」(195)。

このような認識に立って、礒崎は、主に2つの立法論を提案する。第1は、法制度の統合と規律密度の引き下げである。例として、「土地利用については、都市計画法、農振法、森林法、自然公園法等を統合して土地利用計画法（仮称）を制定し、その下で都道府県と市町村が計画と規制による2段階のコントロールを行う」(197) 仕組

みを提示する。これは、既存法の改正を伴うが、その方法として、一括改正方式、個別撃破方式、特別組織方式、競争提案方式、特例容認方式をあげる。

第2は、条例の上書き権の制度化であり、上記の特例容認方式の具体化である。上書き許容規定を創設するのであるが、上書きの対象となるものには一定の限界もある。法律目的や執行手段の上書きは法律の趣旨や体系をゆがめるし、執行主体の上書きは混乱を招くため、いずれも除外される。上書き規定の創設モデルとしては、①地方自治法等の通則法に根拠規定を設ける方法（通則法方式）、②個別法に上書き規定を設ける方法（個別法方式）、③通則法で一般的に規定し、個別法でその可否を決定する方法（組合せ方式）がある。上書き対象に関しては、できるものを明示するポジティブ・リスト型とできないものを明示するネガティブ・リスト型がある。このなかでは、③が適切である。この方式がすぐれているのは、一般的制度としての上書きが明確になる、対象外とするには個別法規定が必要であり行政側に説明責任が生じる、個別法の趣旨・目的・効果の維持が可能になる、特別法優先原則が明確になるという理由による。

（2） 若干のコメント

「未完の分権改革」⁽⁴⁾の内容には、「未完の法令改革」が含まれる⁽⁵⁾。地方分権推進委員会が、『最終報告 分権型社会の創造：その道筋』（1999年）のなかで、「まだまだ数多くの改革課題が残っている」と指摘したもののひとつである。法令改革に関しては、2007年から、地方分権改革推進委員会が中心となって「義務付け・枠付けの緩和・撤廃」のための作業が始まり、現在は、地方分権改革有識者会議が、いわゆる提案募集方式を踏まえて作業を継承している。その作業は、「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「一括法」による個別法改正を通じて実現される。

一括法は第8次まで制定されているが、磯崎は、「重要な事項ほど対象外であったし、地域事情を反映させる必要性が乏しい事項がアリバイづくりのように条例委任された」（192）と評価する。第1次分権改革に深くかかわってきた関係者も、同様の印象を語っている。すなわち、最近の状況について、西尾勝は、「決して止まってい

(4) 西尾勝『未完の分権改革』（岩波書店、1999年）。

(5) 北村喜宣「法令の規律密度をいかにして緩和するか」同『分権政策法務と環境・景観行政』（日本評論社、2008年）52頁以下・52頁。

るわけではなく、ちょこちょこ進んでいるのですけれども、だんだんとチマチマしてきた⁽⁶⁾と評し、松本英昭は、「ミクロをいくら積み上げてもマクロの改革にはならない⁽⁷⁾と評している。筆者も同じ印象を持つ。関係省庁は、きわめて後ろ向きなのである。「各省庁が抵抗する背景には、義務付け・枠付けによって自らの利益を保護されていると考える利害関係者等があり、これらの者の反対は無視できないという事情がある⁽⁸⁾という。個別法改正方式の限界である。

こうした状況に対して、磯崎は、組合せ方式による立法改革を提案する。立法論は、いわば外科手術であり、インフォームドコンセントが求められる。ところが、組合せ対象の通則法方式については、「何よりも内閣法制局が駄目と言っています。」⁽⁹⁾という状況にあるため、内閣提出法案による実現は、当面は不可能である。そうになると、磯崎論文が最後に簡単にふれるように、現実的には、「解釈論によって条例制定権の範囲を拡充すること」(203)が重要になる。ただ、解釈論については簡単にしか論じられていない点が惜しまれる。磯崎は、「規律密度の引下げを行った場合、広がった空間を埋めるべく、法定事務条例を制定する」(203)という。しかし、引下げは立法論であるから、議論の前提を欠いているように感じられる。また、法令改正により空間が広がれば条例余地が広がるという認識は、筆者のいう「隙間説」⁽¹⁰⁾であるが、きわめて他力本願であり、解釈論とはいえない。

磯崎は、法律規定内容の具体化と強化は適法としつつ、緩和、拡張、縮小は違法とする。自治体に関する事項についての法令の過密とは、要するに「国の決めすぎ」状態を意味する。その内容が地域特性に適合しない場合に、緩和、拡張、縮小を条例決定することがなぜ違法になるのかについては十分な説明がない。これらは、磯崎自身

(6) 西尾勝「[インタビュー] 自治・分権・憲法〔後篇〕」都市問題108巻6号(2017年)47頁以下・51頁。

(7) 松本英昭「[講演] 地方分権推進法の20年と地方分権の今後の展望(上)」自治実務セミナー2016年5月号26頁以下・27頁。

(8) 高橋滋「地方分権はどう進んだのか：『義務付け・枠付け見直し』を中心に」自治体法務研究24号(2011年)6頁以下・10頁。

(9) 松本・前註(7)講演30頁。

(10) 北村喜宣「法律改革と自治体」同『分権政策法務の実践』(有斐閣、2018年)2頁以下・前註(5)論文13頁。こうした整理を分権改革に直接関与した関係者がしているのは、「内閣法制局と議論をしていけば、個別法令の規律密度を落した上で、そこに条例ができていくという説明をするしかありませんでした」という認識を共有しているからであろう。地方自治制度研究会(編)『地方分権20年のあゆみ』(ぎょうせい、2015年)230頁[山崎重孝発言]。

が政策の構成要素のなかで「地域事情を反映させる必要性が高い」(192)とする「対象」に含まれるのではないだろうか。なお、この点は、基本的人権保障における国と自治体の適切な役割分担との関係で、分権改革の重要な論点である。筆者は、解釈論により、礒崎のいう「組合せ方式」と同旨の主張をしている⁽¹¹⁾。

礒崎は、分権改革後も規律密度が高い法令が制定される背景を的確に指摘する。少なくとも、総務省自治行政局のチェックは機能していないということであろう。この点は深刻である。このため、さらに、「第三者による点検・統制が必要」(194)とする。もっとも、「内閣府等に第三者的機関を設置」「参議院等に検討組織を付置」(198)というアイデアが示されるにとどまる。「第3のステージ」は、どのようにして設定されるのだろうか。

既存法令改革が遅々として進まないなかで、規律密度が高い法令が拡大再生産されているかどうかは検証されるべき課題である。かりにそうであるとすれば、「地方分権」という永久作業に対して燃料を投入しているようでもあり、まことに滑稽な構図というほかない。

3. 小泉祐一郎「自治体の事務の区分と条例」

(1) 要約

小泉論文は、第1次分権改革における機関委任事務制度廃止により誕生した自治事務および法定受託事務という「事務の区分」に着目し、法定受託事務の定義の妥当性、事務仕分けの見直しの必要性、事務区分と条例制定の可能性について検討する。現行法が規定する自治体の事務は、上記のいずれかの事務とされた。それは、同改革時にとりあえず妥当であったとしても、20年を経過しようとしている現在においてもそうであるとは必ずしもいえない。こうした認識のもとに、本論文では、あるべき区分論が追究される。

法定受託事務の定義は、地方自治法2条9項において、「法律又はこれに基づく政令により都道府県、市町村又は特別区が処理することとされる事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであつて、国においてその適正な処理を特に確保する必要

(11) 北村喜宣「法律実施条例の法律抵触性判断基準・試論」同・前註(5)書64頁以下参照。

があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるもの」（第1号法定受託事務）（下線筆者）と規定される。この定義に至るまでには変遷があった（226表1）。小泉は、『地方分権推進計画』（1998年5月）では含まれていなかった下線部が1999年7月の地方自治法一部改正に含まれている点に注目する。仕分けは、「行政分野や行政客体のレベルで捉えた『事務の性質』と、個別の事務の内容のレベルで捉えた『関与の具体的な必要性の程度』という2段階の絞り込み」（230）によりなされた。「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」にもとづく精神病院指定事務のように、事務の性質は法定受託事務のメルクマールに該当するが関与の必要性が低いことから自治事務とされたものもある。

仕分けられた法定受託事務については、「地方分権を推進する観点から検討を加え、適宜、適切な見直しを行う」（1999年地方分権一括法附則250条）とされる。衆議院修正により加えられたこの命令を踏まえて、政府には「不断の見直し」（231）が求められる。

河川法にもとづく二級河川の管理は、法定受託事務とされた。その管理に関しては、「今日においても機関委任事務時代の運用が継続されている」（231）。都道府県が管理のために取得した用地の所有権について、国土交通省は、国に帰属するという旨を処理基準（地方自治法245条の9）のなかで示している。それは、「〔河川〕法にもとづく河川の管理は国の事務であって、都道府県が管理する場合も法定受託事務とされている」（232）という認識にもとづいている。

二級河川管理は、本来、自治事務に仕分けられるべきものである。法定受託事務に仕分けられたのは、この管理事務が、法定受託事務のメルクマール2「根幹的部分を国が直接執行している事務」の②「広域にわたり重要な役割を果たす治山・治水及び天然資源に関する事務」に該当したとされるからであるが、二級河川は都道府県区域内で完結するために、そもそも「広域」とはいいがたい。「都道府県に最終的には任せられない」（233）という理由には合理性がない。事務の性質論からも自治事務とされるべきであり、その結論は、関与の必要性の程度からの検討によっても支持される。国の関与は整備に対して行われているが通常の維持管理は対象になっていないのであり、ほとんどすべてを法定受託事務として関与の対象とする必要はない。二級河川管理を法定受託事務としたのは、「個別の事務への国の関与の具体的な必要性にまで議論が至らなかった」（235）ためであり、上述の見直し方針に鑑みれば、自治事務化の可能性を検討するのが適当である。

法定受託事務と自治事務とで条例制定の可能性に違いがあるかについては、十分な議論がない。事務の性質と国の関与の観点から検討すると、以下ようになる。メルクマール1「国家の統治の基本に密接な関連を有する事務」や同7「国が直接執行する事務の前提となる手段の一部のみを地方公共団体が処理することとされている事務で、当該事務のみでは行政目的を達成し得ないもの」については、「自治体には当該事務に関する条例を制定する余地が実質的にはないに等しい」(236)。それは、法定受託事務のなかに「自治体の役割に比べ国の役割が強い事務」(236)が存在しているからである。条例の可能性は、国の役割の強さと相関する。

法律の規律密度が低ければ、法定受託事務であっても自治事務であっても、条例による規定の補充や具体化は可能である。これが高い場合、「憲法及び憲法を具体化した地方自治法の規定を基に、個別法令の規定を分権適合的に解釈することが可能」(238)である。

(2) 若干のコメント

第1次分権改革当時、静岡県職員であった小泉は、総理府地方分権推進委員会事務局に調査員として籍を置いていた。本論文は、いわゆる膝詰め談判をはじめとする種々の交渉過程を砂被り席で観ていた自身の知見を十分に踏まえるものである。

小泉論文が示す二級河川管理事務に対する国土交通省の認識は、実に興味深い。法定受託事務は自治体の事務であるが、それを「国の事務」と明記しているのである。小泉が引用するように⁽¹²⁾、それを解説書において堂々と記述する感覚には、機関委任事務時代からの認識の「慣性」を感じる。小泉が指摘するように、「機関委任事務時代の通達行政の発想が自治体の事務となってもも払拭されていない」(232)のである。「よるべき基準」(地方自治法245条の9第1項)である処理基準に記載がされていても、河川法の例にみるように、その基準が違法であれば尊重する義務はない。自治体には、外形だけにまどわされることなく、内容の精査が求められる。

上述の地方自治法2条9項下線部の「2段絞り」に照らせば、法定受託事務に仕分けられた事務のなかには、二級河川管理事務以外にも、自治事務とすべきものがあると推測される。それほど関与が必要とされない事務は自治事務化すべきが、地方分権一括法附則250条に則した対応である。小泉は、その必要性を指摘する。ただ、ど

(12) 河川法研究会(編著)『河川法解説 逐条解説』(大成出版社、2006年)492頁。

のような制度を通じてされるべきかには触れていない。分権改革において、「各省のどこか特定の局を狙い撃ちにするような形になる……〔取組みは〕……絶対に動かなくなる」⁽¹³⁾といわれる。なお、提案募集方式は、まさに狙い撃ちである。したがって、このやり方では、実現は到底可能にはならない。

小泉が指摘するように、たしかに、自治事務と法定受託事務とで条例制定の可能性にどのような違いが生じるかに関する研究は少ない⁽¹⁴⁾。法定受託事務については、その事務の性質ゆえに条例制定の可能性が低い場合があるが、それは個別事務の事情によるのであり、およそカテゴリーカルに否定されるわけではない。基本的に、「法定自治事務と法定受託事務で条例制定の可能性に明確な違いがあるとはいえない」⁽²³⁸⁾という理解は、筆者も共有するところである。

小泉は、規律強度の高い法令であっても、分権適合的解釈を施すことにより条例制定の可能性は拓けると論ずる。前述の「隙間説」には与さず、かつ、条例を可能とする明文規定は不要という立場のようであり、そうであるとすれば、筆者の年来の主張でもある⁽¹⁵⁾。そうした考え方にもとづいていると整理できる条例も、実際に制定されている⁽¹⁶⁾。これらは、個別法の規定のある部分を自己選択したうえで上書きしている。これを個別法の一部改正によって可能にするのは、現実には不可能である。内閣法制局は、「政令・省令は法形式として相当高いものであり、一方で条例は地方自治法で地方公共団体の制定権を認めているだけ」⁽¹⁷⁾と認識しているという。条例の可能性を法令で厳格に制御したうえではじめて制定を認めるという発想なのである。したがって、実践的には、たとえば、提案募集方式を通じての法律改正などという非現実的な方法ではなく、自治的解釈により「法律リンク型条例」⁽¹⁸⁾の制定を進めるのが、地域特性に応じた事務を実現するための近道であろう。

(13) 地方自治制度研究会・前註(10)書258頁〔西尾勝発言〕。

(14) 小泉論文では参照されていないが、筆者は、この観点からの検討をしたことがある。北村喜宣「法定受託事務と条例：産業廃棄物処理施設設置許可事務を例にして」同『分権改革と条例』（弘文堂、2008年）88頁以下、同「『法定自治事務に関する条例』の可能性」同前116頁以下参照。

(15) 北村・前註(5)書、同・前註(10)書、同・前註(14)書参照。磯崎論文がこの点についてどのように考えているのかは、主として立法論を議論しているために明確ではない。

(16) 北村喜宣「基準の条例化と条例による追加・過重、上書き権」同・前註(10)書21頁以下・37～39頁参照。なお、後註(33)も参照。

(17) 地方自治制度研究会・前註(10)書230頁〔山崎重孝発言〕。

(18) 北村・前註(10)論文15頁参照。磯崎論文が整理する「条例の上書き権の制定方式」⁽²⁰¹⁾は、解釈論において参考にできる。

4. 神崎一郎「地方議会の立法機関性： 議会による立法事実の構築・審査の視点から」

(1) 要約

神崎論文は、自治体議会の立法機関としての内実を、立法事実の構築・審査をめぐる議論を参照しつつ、国会との比較を通じ、法制度面や実体面に着目して検討する。議論の方向は、「地方議会が立法機関たるに欠けている点」(207)の把握である。

立法事実とは、「法律を支える社会的・経済的・政治的な事実」(208)である⁽¹⁹⁾。立法事実論は、憲法訴訟における合憲性推定作業の文脈で登場したものである。ただ、国会が審査する立法事実とは、裁判所によるそれと比較して「かなり幅広い」(209)。このことは、後述の神奈川県臨時企業特例税事件の最高裁判決(最1小判平成25年3月21日裁時1576号2頁)においても確認できる。

国会についてこれをみれば、立法事実とは、様々な過程で構築・審査されている。議員提案にかかる「法律案立案のステージ」においては、立案者と議員法制局の間で「立法目的の合理性や立法目的とそれを実現する手段との合理的関連性、それを支える社会的事実の検討を行い、法律案の形に仕上げていく」(212)。閣法でも議員提案でも、与党事前審査が実施される。この過程では、「しばしば怒号が飛び交うような真剣な議論が行われ」(212)、立法者による立法事実の構築・審査が「実質的に行われるプロセスという評価も可能」(212)である。

「国会の審議のステージ」についてみると、個別法案の審議時間は平均1～2日であるが、「この数字のみを見て、国会審議のステージにおいて立法事実の構築・審査が行われていないと理解するのは早計」(213)という。重要法案審議には時間がとられるし、野党議員はこの場面で立法事実の構築・審査をする。議員立法についても委員会審査がなされる。法案修正や附帯決議は、「立法者による立法事実の構築・審査の一形態」(215)といえる。

閣法に対する議員修正や議員立法成立率が「意外に高い」(215)ことなどを踏まえると、立法者による立法事実の構築・審査は、「かなり実質的に行われて〔おり〕」

(19) 神崎論文が引用する文献の著者によれば、「法律制定の基礎を形成する社会的事実」とされる。芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査：アメリカの理論・実態とその意義」同『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973年)117頁以下・138頁。

「国会が『立法機関』としての機能を果たしていることは確か」（215）である。それを支えるのは、「国会議員の『立法者』としての意識の高さ」（215）である。

国会に関する分析を踏まえ、神崎論文では、3つの条例に関するケーススタディをもとに、①政策・法形成のための基礎的情報の収集・整理（以下「情報収集整理」という。）、②情報の収集・整理を踏まえた規範設定（以下「規範設定」という。）という観点から、議会による立法事実の構築・審査が論じられる。

神奈川県臨時企業特例税および千葉県ヤード適正化条例の審議過程においては、①は確認できるも、②は確認できない。広島市暴走族追放条例の審議過程においては、いずれもが確認できる。

「地方議会の立法機関性を正面から肯定するためには、立法事実の構築・審査を充実させること、そして、そのための能力の向上を図ることが重要」（220）になる。しかし、審議時間があまりに短いのが実情である。立法能力に関していえば、「『政策』を『法』にトランスレートする能力」（221）が国よりも低いため、憲法解釈を含めた法解釈がされるようになっていない。立法者意識が高くない地方議員に関して、「『立法機関』としての看板が強調される傾向」（221）にある。自らが「立法事実の構築・審査の主体である」という意識を高めることも必要」（221）である。

地方議会には、トランスレーターとして議員を支える組織が不足している。①②のほかに、③その規範を正確に書き表す条文起草能力（以下「条文起草能力」という。）が必要である。「これら三要素が合わさって議会の立法能力（＝立法事実の構築・審査能力）が構成されているというべき」（221）ところ、現状では①がせいぜいであるため、地方議会が立法機関たるためには、②③の能力を向上させるためのトランスレーターの養成が重要となる。

（2） 若干のコメント

机を置く組織は異なったが、小泉と同じく神崎も、衆議院法制局および千葉県政策法務課という現場第一線において、実情をつぶさに観察してきた。そうした実務家感覚・認識を踏まえて執筆されたのが本論文である。

「立法事実の構築・審査」（以下「構築・審査」という。）は、本論文のキーワードである。議員立法を前提にした場合、構築・審査とは、政策立案の動機・目的、目的達成のための最適手段、代替案との比較検討、目的手段の合理的関連性、社会的事実の検討というプロセスである。神崎は、国会においては、閣法にせよ議員立法にせ

よ、これらが十分に実施されていると考えているようである。閣法であってもいわゆる対決法案でなかったり、委員長提案の議員立法であったりする場合には、外部者がこれらを検証するのは不可能である。公開されている会議録からは、想定問答集の読みあい（「小学生の学芸会」（206））にしかみえない法案審議もある。その評価は別にして、不透明ながらも実質は確保されていることが実情を知る当事者により報告されている点は重要である。「国会の会議録に残される議論は、立法者が行った立法事実の構築・審査のごく一部にすぎない」（214）というのは、その通りであろう。なお、神崎が引用する別の実務家による審査の形骸化批判には、いくつかの事例をもって反論がされているが、その限りにおいてはということにとどまる。

閣法の与党事前審査では政府案の大幅変更がされること、そして、閣法の修正割合や議員立法の成立率が高いことをもって構築・審査が実質的にされている証拠とする。民主主義の観点からはそうした作業は重要であるが、とりわけ前者において、原案が捻じ曲げられるのではなく、より合理的になっているのだろうか。プロセスがとられているのと内容がよくなっているのとは異なるが、この点は必ずしも明らかではない。「事前に質問と答弁のすりあわせが入念に行われる」（214）ことをもって立法者が構築・審査を意識している証左とするが、学芸会にもそれなりの効用があるという趣旨だろうか。

神崎は、国会が立法機関としての機能を果たしている理由のひとつを、立法者としての意識の高さに見出す。構築・審査が実質的に行われていると評価するがゆえのことであるが、その証拠が説得的に示されてはいないように思われる。

地方議会の立法機関性に関して神崎は否定的であり、構築・審査の充実とそれを支える能力の向上が不可欠と考えている。「審議の質を確保する」（220）ためには審議時間の確保が必要と指摘する。国会と比較すると、情報収集整理および規範設定のいずれについても、条例案立案のステージおよび議会審議のステージにおける作業が貧弱という評価なのであろう。最高裁によって違法とされた神奈川県条例と違法ではないとされた広島市条例が紹介され、前者に関しては「会議録をみるかぎり」規範設定作業が確認できなかったという。しかし、それは、国と同様、見えない場面でされていたのかもしれない、表面的に確認できなかったことをもって違法とされた理由に誘

導するのには、若干の疑問を感じる⁽²⁰⁾。条例案立案過程においては、全員協議会での事前根回しが通例であるが、これはどのように評価されるのだろうか。

規範設定および条文起草能力に欠ける地方議会⁽²¹⁾には、トランスレーターが必要とされる。具体的な組織はイメージしにくいだが、議会事務局の充実を考えているのだろうか⁽²²⁾。政務調査費の増額によるコンサルティングのアウトソーシングを考えているのだろうか。また、執行部提案の文脈でも論じられているから、自治体政策法務における立法法務⁽²³⁾の充実を主張しているのだろうか⁽²⁴⁾。

国会の立法実務の実情を「モノサシ」にして、それを「地方議会に当てはめ」(215)で評価をすれば、結果は明白である。神崎は、基本的人権に法的制約を課す以上、法規としての「質」には差があってはならないと考えているようである。ただ、手続面はどうだろうか。自治体の側からは、「民意を直接かつ十分に反映すべく、われわれは条例案に対してパブリックコメントをしているが、国会はそうしたことはしていない。民意に鈍感な立法機関ではないのか」という声も出そうである。

立法事実は、当該法律の合憲性判断の際に重要となる。法定自治体事務をめぐる行政訴訟において原告が違憲性主張をした場合、これに相接する資料を被告である自治体は保持していない。自治体から請求を受ければ、国は必要資料を提供するのだろうか。処分が取り消されるだけでなく、自治体は、違法処分に起因する損害を国会賠償訴訟によって請求されるかもしれない。神崎論文の射程外であるが、訴訟手続の観

(20) 神崎論文において、国会に関しては、一般には可視化されていないプロセスでの実質的な作業が肯定的に評価されている。評価の問題であろうが、兼子仁「政策法務とは何か」川崎政司（編）『総論・立法法務』（ぎょうせい、2013年）1頁以下・13頁は、規範設定作業はされていたと考えているようにみえる。

(21) これらは、金井利之「議員提案条例と行政職員」議員NAVI25号（2011年）30頁以下・30頁が「多くの自治体議会の機能は心もとない」と評する場合の機能のひとつであろう。

(22) 磯崎初仁『自治体議会の政策づくり入門：「政策に強い議会」をつくる』（イマジン出版、2017年）127～130頁、江藤俊昭『地方議会改革：自治を進化させる新たな動き』（学陽書房、2011年）131～134頁参照。長部局から優秀な職員をまわすような人事上の配慮が必要である。議会事務局派遣中に執筆されたものとして、津軽石昭彦『議員提案条例をつくろう：議員提案条例のノウハウ』（第一法規、2004年）参照。

(23) 磯崎初仁「自治体立法法務の課題」北村喜宣＋山口道昭＋出石稔＋磯崎初仁（編）『自治体政策法務』（有斐閣、2011年）32頁以下参照。

(24) 渋谷秀樹「憲法と条例：人権保障と地方自治」北村ほか（編）・前註(25)書334頁以下・351～352頁も、「立法技術の稚拙さ」を指摘する。神崎と同じ衆議院法制局職員のものとして、仁田山義明「自治立法と立法技術」川崎（編）・前註(20)書221頁以下参照。

点から、若干に気になった⁽²⁵⁾。

5. 松井望「課題設定と自治体政策法務： 受動喫煙防止規制の検討過程を事例に」

(1) 要約

2014～2015年にかけて、東京都は、舛添要一知事のもとで、受動喫煙防止条例を構想したが、成功しなかった。松井論文は、政策課題認識はなされたけれども政策課題決定（条例制定）には至らなかった「メカニズム」（274）を探究する⁽²⁶⁾。

政策学理論によれば、課題認識から課題決定の間には、①課題領域、②体系的課題、③制度的課題、④決定課題という4つの階層がある。政策課題設定の局面では、「立法事実という根拠の調達」（275）が行われる。①から④に移るにつれて、政府の対応能力・容量の有限性ゆえに、「政策課題の量は少なくなる」（275）。政策課題決定がされなかったという失敗事例を素材にして、このプロセスにおける振り分け要因が整理される。

受動喫煙対策は、2020年の東京オリンピック・パラリンピックを迎えるにあたっての課題として認識された。知事による課題提示が2014年8月にされ、翌年5月には、東京都受動喫煙防止対策検討会（以下「検討会」という。）により「議論のまとめ」が提出された。そこでは、要するに、行政指導を通じた対応を進めるものの、条例化の判断を2018年まで延期するとともに、法律による対応を国に働きかけるという整理がされる。

東京都内では受動喫煙防止が問題としては認知された状態にはなかったし、都内喫煙率は低下していたため、社会全体で問題が十分に浸透しなかった。また、東京都はそれなりの対策を講じており、無策ではなかったのである。これらが、決定課題に移行しなかった要因である。

松井論文は、検討会の会議録を素材に、技術的可能性の観点から整理をする。検討

(25) 神崎論文では参照されていないが、国の立法法務に関しては、山口道昭「政治・政策と政策法務：政策法務は政策に中立か」同『政策法務の最前線』（第一法規、2015年）47頁以下が有益である。

(26) なお、受動喫煙防止条例については、小池百合子知事のもとで上程され、知事の支持会派が多数を占める都議会において、2018年6月に可決成立した。

会は、「法が不在のなかで条例制定権の限界への認識に至った」(283)。この結論は、第1次分権改革後に自治体政策法務を主導している研究者・実務家の共通の理解に比べると、「温度差を感じる内容」(283)である。しかし、その理解は、「自治体政策法務に取り組む研究者・実務家のコミュニティのなかでは自明として共有されている条例制定権の拡充という認識は、存外、このコミュニティ以外には、従前通りの法と条例の関係の認識が浸透し続けていることを示している」(283)のである。「法技術的な可能性への理解の未浸透」(283-284)が条例化に至らなかった原因である。

価値受容性の観点からは、各種団体からの意見聴取状況を検討する。意見聴取機会を与えられた9団体からの要請内容は賛否両論であった。このような状況のもとで、「法技術的にも意見が揺らぐなかで、条例への賛否が求められたことで、検討会としての合意が形成されることはなかった」(286)。全員が合意できたのは、両論併記案であった。これは、結局、現行の受動喫煙政策の現状維持を意味した。

議会議席において相対多数を占める自民党が、検討会がスタートする以前に、条例による一律規制への反対姿勢を早々に示していたことも大きい。審議会数を重ねる検討会と同時並行に、知事は、罰則付き条例への消極姿勢、法律による対応の優先姿勢を表明している。「この二つの政治勢力の指向性が条例化という『決定課題』にまでは至らなかった要因」(288)である。

(2) 若干のコメント

受動喫煙防止条例については、2009年に神奈川県が成功事例がある⁽²⁷⁾。さらに、2012年には兵庫県がこれに続いた。大阪府や山形県が条例化に失敗したものの、成功事例があるなかで、長の政策の正当性や合法性にお墨付きを与える意図を持って設置されるのが通例の附属機関が、結果的にブレーキを踏んだのは興味深い。検討会を設置して議論をすることそれ自体が政治的に重要であるとするならば、条例化を肯定する結論を出さないような人選がされ、それぞれの委員は、賛成するにせよ反対するにせよ、期待されたお役目を忠実に果たしたということなのだろう。

そうしたシナリオを規定したのは、松井によれば、条例化に対する都議会自民党の

(27) 詳細な実証研究として、磯崎初仁『知事と権力：神奈川から拓く自治体政権の可能性』（東信堂、2017年）参照。推進当事者による回顧録として、松沢成文『受動喫煙防止条例』（東信堂、2009年）参照。

反対姿勢である。知事は、おそらくは政治的思惑からそれにすり寄った発言を重ね、検討会の議論があらぬ方向に進むのを牽制したのである。そうした政治的姿勢を伝えられていただろう検討会の結論は、最初から明白であった。検討会の座長をはじめとするメンバーは、次回会議の開催にあたって、事務局からの「ご説明」を受けるのが通例である⁽²⁸⁾。その際に、任命権者である知事の意向が伝えられたことは容易に想像できる。あるいは、制定しないための議論をすることを含んで就任を受諾したのだろう。課題に対して真剣に議論を重ねたというアリバイを残すことには成功したが、課題決定の失敗の理由は、実に単純である。

松井は、決定課題に至らなかった要因のひとつについて、「審議の場での条例制定権の限界に対する認識の揺らぎから、検討会内において『政策』の一貫した合理性を確保できなかった」(289)と述べる。そのようにみえるのかもしれないが、記述のかぎりでは、座長の消極的考え方に揺らぎはない。座長は法学教授(憲法専攻)であるが、もう1名の法学教授(消費者法専攻)も、その姿勢を結果的に支持した。これは、知事の条例見送り発言の後の検討会においてであり、うまくシンクロしている。法律の専門家としてメンバーとなっている2名がいずれも消極的である以上、条例化という結論はあろうはずもない。「訴えられたら敗訴の可能性も大きい」という専門家の明示・黙示の認識は、ブラフとして大きい意味を持ったであろう。一連のプロセスのなかで、都庁において内閣法制局的な役割を果たしている総務局総務部文書課は、どのような役割を演じたのだろうか。

自治体政策法務コミュニティの認識が、一般法学者のそれとズレているという観察は興味深い。それが条例制定権の拡大論の未浸透が条例化に至らなかった原因というのであるが、そうだろうか。たしかに、受動喫煙対策については、法律は存在しない。しかし、法律の沈黙が自治体独自の対応の否定を意味すると解されない以上、条例は可能というのが、分権改革以前からの解釈論である。分権改革における条例制定権の拡大の問題ではない。神奈川県条例や兵庫県条例は、そうした考え方に立脚している⁽²⁹⁾。たんに東京都が選択した法学者がそのように考えなかっただけである。法学教授2人を無作為抽出して任命したわけではないだろう。

もっとも、未浸透という観察は、教訓的である。ほかの自治体に先例があっても、

(28) 森田朗『会議の政治学』(慈学社出版、2006年)91頁以下参照。

(29) 単独の受動喫煙防止条例は、神奈川県および兵庫県のほか、美唄市(2015年)と芳賀町(2010年)において制定されている。いずれも罰則は規定されていない。

東京都に対しては、効果を発揮しなかった。松井論文が引用するように、筆者はコミュニティの一員と目されているが⁽³⁰⁾、学界においては、少数派である。分権改革によって、条例制定権は、理論的には拡大している。あとは、実践である。

しかし、自治体法務の現場においては、松井のいう「従前通りの法と条例との関係の認識」(283)が強く残存している。分権改革以前の法解釈論の「慣性」であり、それを新たな法環境のもとで再検討しようという学問的営為はそれほどみられない。多くの行政法テキストの条例論の部分は、分権改革に言及はするものの、基本的に、分権改革以前の記述を維持している。

6. 自己決定、能力、責任

(1) 国が考慮する国民の利害と自治体が考慮する住民の利害

小泉が提起する「国が考慮する国民の利害と自治体が考慮する国民の利害」(230)という視点は、自治体政策法務論にとって重要である。国の事務であった機関委任事務のもとでは、法律の対象は、「一重人格(国民)の存在」であった。それが法定自治体事務(法定受託事務・法定自治事務)に振り分けられた現在、サービスを受ける対象は、「二重人格(国民、都道府県民・市町村民)の存在」となっている⁽³¹⁾。

国民の基本的な人権の保障なり福祉の向上なりを目的に法律は制定されるが、法定自治体事務を規定する法律の立法者が見ているのは、国民であって住民ではない。しかし、その国民へのサービスの最前線に自治体を置く制度を法律で規定した以上、地域特性に応じた事務処理を自治体が条例を通じて行うことは、当該法律にこれを認める個別規定がなくても、憲法92条および94条により可能になっている⁽³²⁾。A市にとっては、法律に規定される「国民」という文言は「A市民」であり、「市町村民」という文言は「A市長」である。国がその適切な役割分担を踏まえて決定したと解される法令部分については全国統一的適用がされるべきであるため、自治体による修正はできないが、それ以外の部分や法令目的の実現のために必要ではあるが法令が決定して

(30) 引用されているのは、北村・前註(14)書76頁である。

(31) ひとつの法律のもとで、ある地域に関して、事務の内容によって都道府県と市がともに権限を持っている場合(例：大気汚染防止法31条1項、施行令13条)には「三重人格」である。また、国際人権規約を考えると、「四重人格」となる場合があるかもしれない。

(32) 北村喜宣「法律改革と自治体」同『分権政策法務の実践』(有斐閣、2018年)2頁以下参照。

いない部分については、自治体は、条例により自己決定が可能である。自治体は、国民に対する立法者の想いを踏まえ、同一人たる住民の権利保障や福祉向上を図るべく、法令による決定を吟味して、必要があれば、自治体にカスタマイズする義務がある。

なお、修正不可能な部分以外の部分について国が全国一律の対応が妥当だと考える場合には、その旨を法律のなかで明示的に規定すればよい。自治体には、磯崎が提示する2つの立法論（197）の内容を解釈論により実現する実践の積み重ねを期待したい⁽³³⁾。また、松井の指摘のように、伝統的理解が強い自治体実務に対して、新たな法解釈について理論的サポートを提供するのが、自治体政策法務論の役割である。

（2）自治体の「能力」と住民に対する責任

もともと、国会に比して立法能力が低いと神崎が示唆する自治体議会の制定にかかる条例に、法律に加えて人権制約効果を持ちうる地域特性適合的対応を期待してよいものだろうか。法令により一応の事務実施が可能になっているのであれば、立法能力が低い自治体は、何もせずに全国同一の事務内容を実施するのが住民たる国民にとっては幸せということになりそうである。これでは機関委任事務と変わらないけれども、不作為の決定をする自由も自治として認められる。

国の直接執行政務とはせずに、関与の権利を留保しつつ法定自治体事務として事務の実施を命じている以上、不作為の自由も作為の自由も国会は承認している。法律実施条例に関して、住民による十分な議論を踏まえて、国のモノサシで評価した場合の「質の悪い条例」を制定する自由は、自治体にあるというべきであろう。

それが訴訟で争われる際の裁判所の審査のあり方については、どう考えればよいだろうか。国の機関である裁判所は、自治体の能力を問わず、単一のモノサシで適法性・違法性を評価するべきなのだろうか。おそらくは、肯定的に解するのが常識にかなう。その一方で、分権時代には、自治的決定の最大尊重を裁判所は義務づけられているのではないかと気がしないでもない。立法事実に関して、条例の場合は、法律よりも「その検討・証明についてより弾力的に考える余地も出てこよう」⁽³⁴⁾という整理もある。この点は、継続して考えてみたい。

（きたむら よしのぶ 上智大学教授）

(33) 実現されているいくつかの具体例については、北村喜宣『自治体環境行政法〔第8版〕』（第一法規、2018年）38～41頁、同『環境法〔第4版〕』（弘文堂、2017年）92～96頁参照。

(34) 川崎政司「自治立法のあり方と政策法務」北村ほか（編）・前註(23)書395頁以下・401頁。

キーワード：自治体政策法務／立法法務／法令の過剰過密／
条例／国会／地方議会／立法事実