

## 「自治体の立法権に関する規律」論点別意見（素案）

## ※地方自治制度に関する主要論点 3（2）関係

|   |   |    |
|---|---|----|
| ア | 自治体の専属的・優先的な立法権限及び憲章制定権の保障について……………       | 2  |
|   | A 憲法上具体的に規定すべきとする意見……………                  | 2  |
|   | B 憲法上具体的に規定することは必ずしも適切ではないとする意見……………      | 3  |
| イ | 法令と条例の関係……………                             | 5  |
|   | (ア) 法令と条例の抵触に関する解釈論……………                  | 5  |
|   | i 伝統的な解釈論……………                            | 5  |
|   | A 規範抵触論……………                              | 5  |
|   | B 固有の自治事務論……………                           | 5  |
|   | C 法律趣旨重視論……………                            | 6  |
|   | ii 第1次分権改革以後の法令と条例の抵触に関する解釈論……………         | 6  |
|   | A 条例原則適法説……………                            | 6  |
|   | B 合理的規範優位説……………                           | 7  |
|   | C 認知的先導性論……………                            | 7  |
|   | D 標準設定論……………                              | 7  |
|   | (イ) 条例による法令の書き換えをめぐる議論……………               | 9  |
|   | A 法律の委任なく、条例による法律の書き換えは認められないとする意見……………   | 9  |
|   | B 法律の委任がなくとも、条例による法律の書き換えが認められるとする意見…………… | 10 |
| ウ | 義務付け・枠付けと上書き権……………                        | 11 |
|   | (ア) 個別法による自治立法権の強化について……………               | 11 |
|   | A 個別法改正による義務付け・枠付けの見直し……………               | 11 |
|   | B 個別法の枠組法化……………                           | 12 |
|   | (イ) 一般法による自治立法権の強化について……………               | 13 |
|   | A 通則法による上書き権の規定……………                      | 13 |
|   | B 国法の立法に際しての考慮事項を強化する観点からの法改正……………        | 15 |
| エ | 条例の違法性評価……………                             | 17 |
|   | A 現行法の活用……………                             | 17 |
|   | B 立法論……………                                | 17 |
| オ | 広域自治体の条例と基礎自治体の条例の関係……………                 | 18 |
|   | A 解釈論……………                                | 18 |
|   | B 立法論……………                                | 19 |

## 憲法

第94条 地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。

### ア 自治体の専属的・優先的な立法権限及び憲章制定権について

#### 論点

○ 自治体の専属的・優先的な立法権限及び憲章制定権を、憲法ではなく法律（地方自治法等）によって、何らかの形で定めることはできないか。

#### A 憲法上具体的に規定すべきとする意見

●衆議院憲法調査会(2005)『衆議院憲法調査会報告書』436～437頁

第9款 地方自治

第4 条例制定権

条例制定権について、次のような意見が述べられた。

- a 従来の法律の範囲内での条例制定権ではなく、国と地方公共団体の権限配分に対応して、地方公共団体の専属的あるいは優先的な立法権限を憲法で保障する必要がある。
- b 基礎的自治体における多様な自治のあり方を可能にするために、それぞれの地方公共団体がその代表組織、取り扱うべき事務、その経費の負担等の原則を条例で規定して、国会が承認するチャーター（憲章）制を採用すべきである。  
これに対して、チャーター制は、各地方公共団体において基本的な事項につき制度が異なることになり、問題であるとする意見が述べられた。
- c 条例により一定の法令の適用除外の選択を可能とする特例を定める「地方自治基本法」を制定すべきである。
- d 憲法上、国と地方の役割分担を法律により行うこととされているのであるから、国の権限を限定する法律を制定し、国会は法律で大枠のみを定め、残りの基準は政省令ではなく、条例で定めるという形態に変えていく必要がある。
- e 自治事務に関連する事項であっても、国全体の利益や他の地方公共団体の利益を配慮した形での国の法規制は当然に想定されている。法律と条例の抵触については、その文言のみならず趣旨等を勘案して判断するという最高裁判所の判例により、上乘せ条例や横出し条例の適法性を妥当な形で解決することが可能である。

(参考人等の発言)

- ・「自治基本条例」という条例により一定の法令の適用除外の選択を可能とする特例を定める「地方自治基本法」を制定すべきである。この「自治基本条例」は、95条を類推して住民投票により効果を生ずるものとし、それにより適用除外される法令としては、当該市町村の長や議会の議員の選挙における選挙権の年齢を定める公職選挙法の規定などが考えられる。(辻山幸宣参考人)

- ・中央政府があまりに詳細に物事を決めてしまうと、全国一律的になり、地域の実情にそぐわず不自由が生ずる。地方に自由度、柔軟性、選択性を持たせることが、これからの中央政府の地方公共団体に対する関与のあり方である。（片山善博参考人）
- ・国が法律でどこまで細かく規定できるかという点については、特にルールがない。したがって、法律で詳細に規定した場合、実質的に地方の自主立法の余地が縮小してしまう。法律の規律密度をどのような制度でコントロールできるかが課題となるが、基本的には国会が自主的にコントロールするのが現実的である。（森田朗参考人）

●参議院憲法調査会(2005)『日本国憲法に関する調査報告書』206頁

[地方自治]

2 住民自治・基礎的自治体の強化、住民投票制

住民自治の強化

条例については、

- ・条例制定権はあっても、立法・司法権を保障されているのではないという部分や、法律の範囲内でしか許されていないという部分があり、憲法改正が必要になるかについて議論の必要がある、
- ・地方自治体には、法律の範囲内の条例制定権にとどまらず、中央政府との権限配分に対応し、地方自治体にゆだねられる分野の専属的・優先的な立法権を憲法上保障すべき。国は、専属的分野については立法権をもたず、優先的分野については大綱的基準を定める立法のみ許されるとの原則を書き込むべきではないか、などの意見が出された。

●民主党(2005)「憲法提言」(2005年10月31日)13頁

4. 多様性に満ちた分権社会の実現に向けて

3. 自治体の立法権限を強化する

…自治体の組織および運営に関する事項や、自治体が主体となって実施する事務については、当該自治体に専属的あるいは優先的な立法権限を憲法上保障する。中央政府は、自治体の専属的立法分野については立法権を持たず、自治体の優先的立法分野については大綱的な基準を定める立法のみ許される。

**B 憲法上具体的に規定することは必ずしも適切ではないとする意見**

●全国知事会編(2006)『地方自治の保障のグランドデザインⅡ』139～140頁

…具体的にどのようなものが「地方的事項」に含まれるかについて、なお議論があると思われるし、それは時代とともに変化していく可能性がある。そのため、それを憲法で具体的に列挙して保障することは困難であると思われる。したがって、「地方自治の本旨」を憲法上の基本的原則として規定した上で、その中に、そのような考え方を読み込んでいくことを試みるべきではないかと思われる。

…条例制定権に加えて、地方自治体の憲章(charter)制定権についても憲法で規定すべきではないかという議論がある。この憲章制定権を認めるということは、条例を上回り法律

に匹敵する効力を持つ自治体版憲法をつくることを認めるということであるが、その憲章制定権の最も中核的な部分は、地方自治体自らの政府形態の決定権・選択権である。(後略) …地方自治の姿を大きく変えてしまう可能性を持つこの憲章制定権については、…将来的な検討課題とすべきではないかと思われる。

## イ 法令と条例の関係

### (ア) 法令と条例の抵触に関する解釈論

#### 論点

- 規律密度が高いとされる法令に対して条例制定権を拡大するために、法令と条例の関係に関するどのような解釈を採るべきか。
- 条例制定権の更なる拡大を目指す場合、伝統的な解釈にはどのような限界があるか。
- 第1次分権改革以降に提出された解釈のうち、実務に影響を与えたものはあるか。

#### i 伝統的な解釈論

##### A 規範抵触論

###### ●徳島市公安条例事件最高裁判決（最判昭和50・9・10）

地方自治法一四条一項は、普通地方公共団体は法令に違反しない限りにおいて同法二条二項の事務に関し条例を制定することができる、と規定しているから、普通地方公共団体の制定する条例が国の法令に違反する場合には効力を有しないことは明らかであるが、条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者の間に矛盾抵触があるかどうかによつてこれを決しなければならない。例えば、ある事項について国の法令中にこれを規律する明文の規定がない場合でも、当該法令全体からみて、右規定の欠如が特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これについて規律を設ける条例の規定は国の法令に違反することとなりうるし、逆に、特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によつて前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであつても、国の法令が必ずしもその規定によつて全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえないのである。

##### B 固有の自治事務論

###### ●原田尚彦（2005）『新版地方自治の法としくみ〔改訂版〕』学陽書房、71頁

憲法上の自治法自治の保障を（国の立法過程への自治体の参画など：引用者注）手続的参加のみに求め、実態的保障をいっさい断念してしまうのは、いささか早計である。憲法が地方自治を保証する以上は、地方公共団体が住民自治の原則に即して実施すべき中核的事務があると考えるのが、常識的である。たとえば、地域の環境保全や住民の健康な生活環境の保持は自治体の固有の自治事務と解すべきである。もしこの分野に法律が定められた場合には、その期待は、自治体の権能を制約する立法ではなく、全国一律のナショナル・ミニマムの定めであり、自治体が必要な対策を追加的に講じるのを妨げるものではないと解すべきである。

●原田尚彦（2010）『行政法要論〔全訂第7版〕』学陽書房、68～69頁

一部の学説は、地方自治の本旨に基づく地方行政の実現を憲法が保障する以上、行政作用のうち、地方自治の核心にかかわる事務領域は、いわば「固有の自治事務」として、憲法上、地方自治体に留保されていると解すべきだと主張している。かかる領域を規律する法律は、立法者の意図いかんにかかわらず全国一律に適用される最小限規制立法と見なして、法律の規定が地方自治の推進にとって不十分であると認められるときは、自治体が条例で独自の規律を付加することができるとするのである。

< B への反論 >

●塩野宏（2006）『行政法Ⅲ〔第3版〕』有斐閣、208頁

…そのいわば「固有の自治事務」としては、地域の環境の保全と住民の健康な生活環境の保持がその例として示されている。（中略）この考え方には、環境の保全がなぜ条例の優先的領域になるのか、その範囲はどのようなものか必ずしも明確ではなく裁判規範になじみにくいものがある。

（中略）この立場は、国家立法がナショナル・ミニマムとして規律することを当然のように認めているように解され、そうだとすると、国と地方公共団体が同一対象について規律している場合には、より厳しい規律が妥当するということになる…その意味で、この種の地方自治の事項的保障理論は、厳密な意味における地方自治保障法理ではないことに注意しなければならない。

●宇賀克也（2009）『地方自治法概説〔第3版〕』有斐閣、150頁

…そもそも国法が介入できない「固有の自治事務」を觀念する学説も有力であるが、「固有の自治事務」を否定する見解、何が「固有の自治事務」かを論証することが困難であるという批判等もあり、立法実務に影響を与えるには至っていない。

C 法律趣旨重視論

●兼子仁（1978）『条例をめぐる法律問題』学陽書房、69頁

第一の「規制限法律」は、規制事項の性質と人権保障とに照らして、当面における立法的規制の最大限までを規定していると解される法律（最大限規制法律）であり、当然のことながらこの場合には、法律の示す規制限度を超えて規制しようとする条例は、法律に違反することとなる。これに対し第二の「最低基準法律」は、全国的な規制を最低基準として定めていると解される（全国的最低基準法律）で、それは、それ以上の規制を各地方における行政需要に応じて自治体に委ねる趣旨であるから、まさに規制「上のせ条例」が法律に反することなく制定されうる。

ii 第1次分権改革以後の法令と条例の抵触に関する解釈論

A 条例原則適法説

●阿部泰隆（1999）『政策法学と自治体条例』信山社、123頁

…地方自治法改正案2条3項は、自治事務については、「国は地方公共団体が地域の特性

に応じて当該事務を処理できるように特に配慮しなければならない」としていますので、条例は原則として国法に違反しないという推定が働くと思われず、解すべきではないかと思えます。

## B 合理的規範優位説

●岩橋健定（2001）「条例制定権の限界—領域先占論から規範抵触論へ—」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革 塩野宏先生古希記念（下）』有斐閣、378頁

…法律と条例が現実に抵触関係にある場合でも、一律に条例の側が違法と判断されるべきではない。もちろん、第一義的には、条例の側について、法律の定めと抵触してでもある規律をしなければならないだけの合理的な根拠が、立法事実によって裏付けられているか否かが問われよう。しかし、一方で、法律の側についても、地方自治の本旨及び地方自治法の定める立法原則の存在からいって、条例による抵触を許さないという形での法律の定めをすることの合理的な根拠が、立法事実によって裏付けられているか否かが問われる。その上で、より合理的な根拠を有する規範が優位するということになるだろう。

## C 認知的先導性論

●角松生史（2001）「自治立法による土地利用規制の再検討」原田純孝編『日本の都市法Ⅱ』東京大学出版会、326頁

…法的な対処を必要とする新しい種類の問題が生じたときに、現場の事情により通じている地方公共団体の方が、問題の認知あるいは分析において、あるいはその「公共化」において、国よりも先行する現象は、一般的に認めるところであろう。自治体がもちうるこのような能力を以下では、「認知的先導性」と呼ぶこととしよう。条例制定権を正当化する「地域的事情」には、…問題自体が特定地域固有のものである、あるいは地域によって問題の性質が変化する場合のみならず、このような認知的先導性が存する場合をも含めるべきだと思われる。

## D 標準設定論（国の法令を標準的な基準・取扱等と解する）

●北村喜宣（2004）『分権改革と条例』弘文堂、131頁

法律は、全国画一的性格を持っている。したがって、地域によっては、その内容が過剰・過少規制となっている可能性は、否定できない。（後略）

…「地域の特性」の観点からは、法定自治事務を規定する法令の内容は、基本的に、「標準的なもの」と、とらえることになる。こうした考え方は、学界では、徐々に一般化しつつあるように見える。実際には、条例を制定せずに法令をそのとおりに実施することになるかもしれないが、その場合でも、自治体としては、条例を制定しないという消極的意思表示をすることにより、その内容が地域特性に適合しているこの「再確認」が、必要となってくるのである。国会が創出する法定自治事務の基幹的枠組のもとで、その実施を委ねられた自治体は、ローカル・オブティマムを、追究することになる。

●櫻井敬子（2001）「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、68 頁

一般論としては、法律に条例制定を禁止ないし制限する旨の明示の規定があるか、そのような規定をまつまでもなく解釈上そのことが明白であると考えられるのでない限り、自治事務について設けられた個別法令は、基本的に「標準法」としての意味をもつにとどまり、地域的事情から別段の規制が禁じられるものではないと解するべきである。

●地方六団体地方分権推進本部（2001）『「地方分権時代の条例に関する調査研究」の中間まとめ』〔非売品〕

### 3 権利義務規制条例

#### （1）法令との抵触

ア条例と法令との関係

#### （ウ）分権改革と法令解釈

#### b 分権改革を踏まえた法令解釈

…特定事項について条例を制定し得るかどうか検討する場合、次の点を基本的な判断基準とすることが適当と考える。

①法令が地方の実情に応じて別段の規制を施すことを容認していることが明確な場合は当然であるが、それが明確でない場合であっても、国と自治体との「適切な役割分担」等に照らせば、自治体の事務について条例を制定することは原則として可能であろう。

②特に自治事務については、「地域の特性に応じた特段の配慮義務」が定められるとともに、国の関与について特有の基本類型（国の同意、許可・認可・承認、指示は一定の場合に限定されることなど（詳細は、「2（1）イ（ウ）国等の関与及び紛争処理に関する諸規定の創設」参照））が定められるなど、法定受託事務とは異なる取扱いが要請されており、自治体の自主的な判断が特に尊重されるべきものである。このため、自治事務につい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ではないであろう。

●斎藤誠（2001）「分権時代における自治体の課題と展望（上）」ジュリスト 1214号

（上記・地方六団体地方分権推進本部「中間まとめ」の：引用者注）②は、…国の関与が制限されている自治事務に関しては、条例独自の基準を過度に制限するかに見える法令上の定めについて、それを条例により代替可能な「規律の標準設定」と解して、当該法令と地方自治法2条11項～13項の整合性と、自治事務に関する自治体の施策につき「自主性及び自律性が十分に発揮される」（同1条の2）ことを確保しようとするものである。

### < Dへの反論 >

●磯崎初仁（2009）「分権時代の条例論—条例は国法を乗り越えられるか（政策法務の要点⑨）」月刊自治フォーラム 603号、60頁

…自治事務に関する法律の規定を一般に「標準規定」と解すれば、規律密度の問題も大きな障害ではなくなるし、後述の上書き権を制度化する必要性も低いということになる。それだけに、こうした「便利な」解釈を打ち出すには慎重でなければならないと思われる。

## (イ) 条例による法律の書き換えをめぐる議論

### 論点

- 条例による法律の書き換えが認められる要件は何か。現行法制の規律密度によるか、当該事務の性質によるか。

### A 法律の委任なく、条例による法律の書き換えは認められないとする意見

#### ●塩野宏（2006）『行政法Ⅲ〔第3版〕』有斐閣、173頁

条例の中には、旅館業法（四条）に基づく条例のように法律の委任によって制定されるものもある。かかる委任規定のない場合には、直ちに地方公共団体としては、行政手続法による審査基準を定めることになるが、これを条例の形式として定めることは、法律の法規創造力からして、許されないと解される。

#### ●岩橋健定（2001）「条例制定権の限界—領域先占論から規範抵触論へ—」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革 塩野宏先生古希記念（下）』有斐閣、376頁

（法律によって定められた法律要件を条例によって変更するという：引用者注）書きかえ条例の類型については、明文なしには原則として認められないと考えられる。明文がある場合にはその趣旨に従うことになるし、明文なしに例外的に認めるべき場合には、その例外の必要性和許容性からその範囲が決定されることになるだろう。

#### ●小早川光郎（2001）「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 塩野宏先生古希記念（下）』有斐閣、393頁

…法律で自治体行政の任務とされた案件の処理に関し、要件効果規定の形の基準を条例で付加することは、法律自身による条例への委任ないし授權があれば格別、それ以外の場合には認められないものと解すべきであろう。このことは、自治体の自治事務と法定受託事務の区別にはかかわらない。

### < A に対する意見 >

#### ●斎藤誠（2001）「分権時代における自治体の課題と展望（上）——条例論を中心に」ジュリスト 1214号、27頁

いずれも、法令とは異なる定めを条例におくという場合、独自の要件を立てるのであれば、効果等について既存の法令を利用するのではなく、独立した仕組みとして要件・効果ともに当該条例によるべきであり、そこで法令との抵触関係（法令・条例の合憲性も含めて）が問われる、という「自力本願」ないし「フル装備」を原則・前提にする点で共通している。

「規律の標準設定」論が、並行条例のみならず、「書き換え条例」「法令と条例の一体運用」をも視野に入れるのであれば、こうした見解を踏まえたうえで、その許容性と判断基準を提示しなければならない。法定要件のあり方と、自治体の「地域における行政」の「自主的かつ総合的实施」役割を言う地方自治法 1 条の 2・2 条の諸原則を及び憲法の地方自

治保障との関係を、具体例を挙げて精査する必要がある。

## B 法律の委任がなくとも、条例による法律の書き換えが認められるとする意見

### ●北村喜宣（2004）『分権改革と条例』弘文堂、73～74 頁

従来は、たとえば、建築基準法 49 条 2 項のような明文の規定なくして、法定基準を条例によって緩和することは、法律と条例との積極的抵触となり、そのかぎり、条例が、無効とされた。今後はどうなるのだろうか。（中略）

…法令が標準的な規制程度を示していたとしても、その内容が、当該自治体においては、「過剰規制」的であり、それほど厳しくしなくても地域の公共の福祉には影響しないと判断されれば、緩和することも違法とならないように思われる。過剰規制を緩和しても便益の内容・程度が保障されると判断される場合には、法律による規制内容を押しつける合理性はないだろう。

### ●斎藤誠（2004）「条例制定権の限界」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点〔第 3 版〕』有斐閣、161 頁

…a 地域における事務、とりわけ自治事務において、b 法令の基準によっては、地域における行政需要に応じた自主的かつ総合的な行政（総合性には、所管する事務を横断的・連結的に把握する意味と、企画・立案・調整・実施の一貫した処理という意味が含まれる）の実施が困難であるケースにおいて、法律規定条例で、独自の基準を定立できると解する余地がある。（中略）

たとえていえば、法令上の基準は金属製のものさし上の目盛りであるが、それが計測する対象である法律規定条例は、憲法上の地方自治保障および自治法における前記諸原則という熱源をもった物体であり、ものさし自体の伸びが、ある程度は計測上予定されていると解される。

## ウ 義務付け・枠付けと上書き権

### 論点

- ① 地方自治法の立法解釈原則を強化する方法として、どのような立法論があり得るか。
- ② 義務付け・枠付け問題への対応方法として、「個別方法」と「通則方法」のいずれが適切か。

### (ア) 個別法改正による自治立法権の強化について

#### A 個別法による義務付け・枠付けの見直し

●地方分権改革推進委員会「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～（2008年12月8日）」3頁

#### 第1章 義務付け・枠付けの見直しと条例制定権の拡大

##### 1 義務付け・枠付けの見直しの基本的考え方

###### (1) 見直しの必要性

…「地方政府」の確立には、行政権の分権だけでなく立法権の分権が不可欠である。このため、条例により法令の規定を「上書き」する範囲の拡大を含めた条例制定権の拡充の必要があり、法制的な観点から、地方自治体の自主性を強化し、政策や制度の問題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行政を実施する仕組みを構築することが必要である。

(略)

##### 4 義務付け・枠付け見直しの今後の進め方

…これまでの当委員会の調査審議等を踏まえれば、このうち、次に掲げるような形態のものについては特に問題があり、これらを中心に、当委員会として第3次勧告に向けて具体的に講ずべき措置の調査審議を進め、結論を得る。

このため、第2次勧告後、速やかに、各府省に対し、(a)から(c)までに係るものについて、それぞれに掲げる方針に従って見直しを行うことを求めることとする。各府省の回答は公表するとともに、その内容について当委員会として重点的な調査審議を行う。

###### (a) 施設・公物設置管理の基準

原則として、次の順序で見直すこととすべきである。

- ① 基準の全部の廃止（単なる奨励にとどめることを含む。）
- ② 基準の全部について条例に委任又は条例による補正を許容
- ③ 基準の一部について条例に委任又は条例による補正を許容し、その他の部分について定量的でなく、また、個別具体的な方法等を含まない、一般的・定性的な基準への移行

###### (b) 協議、同意、許可・認可・承認

原則として、次の順序で見直すこととすべきである。

- ① 協議、同意、許可・認可・承認の廃止（協議等の単なる奨励にとどめることを含む。）
- ② 事後の届出、報告、通知等の情報連絡への移行

(c) 計画等の策定及びその手続

原則として、計画等の策定、内容、策定手続それぞれについて次の方針で見直すこととすべきである（計画等の策定手続のうち、(b)に該当するものについては、(b)に掲げる方針による）。

- ・ 計画等の策定の義務付けについては、廃止（単なる奨励にとどめることを含む。）
- ・ 計画等の内容の義務付けについては、廃止（単なる奨励にとどめることを含む。）又は条例制定の余地の許容
- ・ 計画等の策定手続のうち、意見聴取、公示・公告・公表等の義務付けについては、廃止（単なる奨励にとどめることを含む。）又は条例制定の余地の許容

< A に対する反論 >

●松本英昭（2009）「自治体政策法務をサポートする自治法制のあり方について」ジュリスト 1385 号、94 頁

…個別行政分野の法令の規定で、条例による法令の規定の補正等の規定を置いても、反対解釈によって、かえって地方公共団体の権能にとっては桎梏となる懸念があり、その懸念を完全に払拭するには、全法令の規定を取り上げて、条例による法令の規定の補正等が可能なものを網羅して示さなければならないことになる。

●出石稔（2010）「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、73～74 頁

（地方分権改革推進委員会の第三次勧告では：引用者注）自治体にかかわる法令全般にわたる見直しがなされなかったこと、一部の個別法ごとの対応（改正）という方式が採用される見込みであることを踏まえると、自治体側も義務付け・枠付けが緩和され、条例により上書き（正しくは委任条例）が認められた部分のみ、条例を制定するという対応にとどまってしまわないだろうか。

●岡田博史（2010）「自治通則法（仮称）制定の提案（上）」自治研究 86 巻 4 号、109 頁（松本（2009）の指摘した：引用者注）問題に加え、個別方法を採用しているという点でも、同委員会（地方分権改革推進委員会：引用者注）の検討方法は、不十分どころか、歩むべき道を誤ったのではないかと考えられる。

なぜなら、「上書き」の可否は、実質的には内閣提出法案を検討する中央省庁が判断することとなるからである。地方公共団体ではなく中央省庁に判断権があるという点では、2002 年に制定された構造改革特別区域法に基づく特区制度と変わるところがない。これでは、地方公共団体の自律性が十分に保障されているとはいえない。

B 個別法の枠組み法化

●塩野宏(2001)『法治主義の諸相』有斐閣、387 頁

国家的見地からの国法の定立が必要である場合にも、その具体化は政令等の国の法令ではなくして条例の形式を選択すべきであるという立法形式が考えられます。国の立法を枠

組法ないし基準法とするという方法であり、これは、組織法の分野、たとえば地方公務員法に示されていますが、作用法の場面への適用をもっと考えるべきです。

このように、条例制定の範囲を拡大したとして、地方公共団体がその期待に応えないような場合には、当該地方公共団体が自主的に条例を制定するまで、国の定める標準条例が適用されるという方法も、考慮の余地があります。国ではなく、地方公共団体の連合的組織が何らかの形でその任に当たるということも考えられます。

## （イ）一般法による自治立法権の強化について

### A 通則法による上書き権の規定

●松本英昭(2009)「自治体政策法務をサポートする自治法制のあり方について」ジュリスト 1385号、94頁

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法令の規定を設けて、例外となる法令の規定を特に法令で定めることとする制度ができないかを考えてみたい。

そうした規定としては、「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実情に応じて、法令の規定の全部または一部を適用せず、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、若しくは法令の規定にかえて適用すべき事項を定めることができる」といった条文を地方自治法に規定することを提案したい。

●岡田博史(2010)「自治通則法(仮称)制定の提案(下)」自治研究 86 卷 5 号、125 頁

自治通則法(仮称)は、他の法令の規定の特則を条例で規定することを認めることに主眼を置いた法律である(通則法による特別法の特別法化であり、その現行法制として、行政手続等における情報通信の技術の利用に関する法律第 3 条がある)。これにより、自治通則法(仮称)の規定の適用を除外する規定を他の法律に置かない限り、条例で他の法律の規定の特則を置くことができる。

### < A に対する反論 >

●地方分権改革推進委員会「第三次勧告～自治立法権の拡大による「地方政府」の実現へ～(2009年10月17日)」38頁

…個別の法令の内容を問わず、通則法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、

- ・ 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。

●磯崎初仁（2009）「分権時代の条例論一条例は国法を乗り越えられるか（政策法務の要点⑨）」月刊自治フォーラム 603 号、59 頁

（上書き権を一般法に規定する方法は：引用者注）個別法の改正（すなわち各省庁の改正作業）を要しないという点では魅力的な提案だが、①「特別法は一般法を破る」という原則の下で、個別法に規定がなければ、一般法は排除され適用されないという疑問が残ること、②個別法にはそれぞれの政策目的や制度設計の考え方があるため、個別法を無視して常に条例を優先させることは乱暴であることから、一般法で指針や原則を定めたいうえで、どのような事項について、どの程度まで上書き権を認めるかについては個別法で定めることが正攻法だと思われる。

●斎藤誠（2010）「義務付け・枠付けの見直しの展望と課題」都市問題 2010 年 6 月号、57 頁

法形式の面では、①一般法に通則規定を置いて、個別法に対して方向付けをすることはできる（個別法に規定がなければ通則規定が適用になる）。さらに、②一般法に、「他の法令の規定にもかかわらず」と規定することによって、その方向づけを強めることもできる。すなわち、前法たる個別法の規定に対する優先を確保できるとともに、後法たる個別法に対しても、当該一般法の規定に対する明示の適用除外規定がなければ、一般法のルールが適用になると解することもできよう。（後略）

問題は通則法で規定される内容であって、…私人に対する規制がどのレベルまで合憲なのかという問題も含む規範の内容につき、地方自治の保障＋国の関与＋司法審査によって、通則法による置換を正統化し得るのか、地方政府基本法の検討において提起されているような、特別な層の法律という理論構成が必要なのか、上書きの対象として、憲法に直接の根拠を持つ政令と府省令の間で線が引けないのか、など、より突っ込んだ検討が求められるのは確かである。

●西尾勝（2010）「地方政府基本法についての意見」地方行財政検討会議（第 2 回）西尾教授提出資料

（皇室典範、国籍法、公職選挙法、国会法、内閣法、国家公務員法、裁判所法、会計検査院法、地方自治法等：引用者注）これらの諸法は、いずれも憲法の明示的な委任に基づいて制定された憲法実施法（または憲法附属法）と称しても決して不自然ではない法律なのであって、同じく国会によって制定された法律ではあるものの、その他の通常法律とは別格の法的効力を有する法律として制定され解釈適用されることも、あながち全く根拠のないことではないのではなかろうか、と愚考する次第である。

< A に対する反論への再反論 >

●松本英昭(2009)「自治体政策法務をサポートする自治法制のあり方について」ジュリスト 1385号、95頁

…国と地方公共団体との間の政府間関係については、憲法による地方自治の保障を背景として地方自治に関する基本的事項を定める法律(現行法制の下では地方自治法)であれば、当該規定は、個別行政分野の法律の規定に対して、いわば「特別法の特別法」に相当するのではないかと思う。(中略)「条例による事務処理の特例」の制度を定める地方自治法の規定は、事務処理の権能を都道府県と定めている個別行政分野の規定に対して特別法に相当する規定になっている。これは、都道府県と市町村との政府間関係に関する制度であることがその根拠ではなからうか。

## B 国法の立法に際しての考慮事項を強化する観点からの法改正

●地方分権改革推進委員会「第三次勧告～自治立法権の拡大による「地方政府」の実現へ～(2009年10月17日)」35頁

### 第1章 義務付け・枠付けの見直しと条例制定権の拡大

#### 6 義務付け・枠付けに関する立法の原則

##### (1) 義務付け・枠付けに関する立法の原則

自治事務については、地方自治法第2条第13項において「国は、地方公共団体が地域の特性に応じて当該事務を処理することができるよう特に配慮しなければならない」とされている。義務付け・枠付けの見直しとは、これを個別の法律において具体的に実現する意義を持つものである。

将来的にもこの見直しの実効性を担保するため、今後、制定、改正される法律は、今次の地方分権改革で定立した義務付け・枠付けに係る国の立法に関する原則、すなわち、第2次勧告第1章2(2)で明らかにしている、義務付け・枠付けの見直しの具体的な方針に沿ったものとなるようにすべきである。このためには、地方分権改革推進計画において、この義務付け・枠付けに関する原則を明確に位置付けるべきである。

さらに、今後、この原則について法律上明確にすることも検討すべきである。

●斎藤誠(2010)「義務付け・枠付けの見直しの展望と課題」都市問題 2010年6月号、57頁

(地方分権改革推進委員会の第三次：引用者注)勧告は、「さらに、今後、この原則について法律上明確にすることも検討すべき」とした。例えば、前記メルクマール(①第二次勧告における義務付け・枠付けの存置を許容する場合のメルクマールおよび②義務付け・枠付けの存置を許容する場合のメルクマール)非該当だが、残さざるを得ないと判断するもののメルクマール：引用者注)を、現2条13項をより具体化したものとして法律に規定すれば、それは政府を法的に拘束するにとどまらず、議員立法に対しても、少なく見積もっても、メルクマールを「離れる」場合は、その理由の説得的提示を求める一般法としての機能を持つことになる。

地方自治法

第 2 条

13 法律又はこれに基づく政令により地方公共団体が処理することとされる事務が自治事務である場合においては、国は、地方公共団体が地域の特性に応じて当該事務を処理することができるよう特に配慮しなければならない。

## エ 条例の違法性評価

### A 現行法の活用

●岩橋健定（2001）「条例制定権の限界—領域先占論から規範抵触論へ—」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革 塩野宏先生古希記念（下）』有斐閣、374頁

…これらの判断は、私人からの訴訟の場面でも問われるであろうが、これらの疑義を解決する手続のコストを私人に負担させることは適切ではないので、係争処理手続等を積極的に利用することが望ましいと思われる。

### B 立法論

●塩野宏（2001）『法治主義の諸相』有斐閣、439～440頁

条例・規則（以下、「条例」と略す）の違法確認訴訟とは、実質的には、条例が法令に違反したときに、ある個別の事件（例えば、条例に基づく処分取消訴訟）に際して、付随的にその条例の違法確認を求めるのではなく、条例の違法性それ自体を争訟の対象とするものである。

（中略）従来のような、主管官庁の指導を中心とした内部的な方法、個別事件の付随的審査では不十分であると考えられる。さらに、法律と条例をめぐって、国と地方公共団体の二つの政府の異なった法解釈が一国の内部で併存している状態は、統治団体の制定する法規範への信頼を失わせ、あるいは法秩序に対する評価を著しく貶めることになる。このような事態を避けるための法律的装置を用意しておくのは、国家の責務であると考えられる。

●宇賀克也（2009）『地方自治法概説〔第3版〕』有斐閣、161頁

…（国が条例の違法審査を求める：引用者注）かかる訴訟も法律上の争訟であるとするれば、現行法上も出訴可能ということになるが、仮に法律上の争訟に該当しないという立場をとったとしても、機関訴訟として、かかる訴訟を認めることは立法政策として十分に検討に値する問題である。逆に、地方公共団体が地方自治の本旨に反する法令の違憲審査を求める訴訟についても、同様の問題がある。

## オ 広域自治体の条例と基礎自治体の条例の関係

### 論点

- 広域自治体と基礎自治体の条例による規律が、相互に競合・抵触する場合について、どのような解釈をとりうるか。
- 広域自治体と基礎自治体の条例による規律が、相互に競合・抵触しないように、調整の仕組みを設けるべきではないか。

### A 解釈論

● 斎藤誠（2002）「分権時代における自治体の課題と展望（下）——条例論を中心に」ジュリスト 1220号、86頁

…都道府県・市町村両者の担当事務を定める（自治：引用者注）法2条3項と5項が抽象的・概括的なものであり、なおかつ自治体としての両者の任務が、時代により変化し、個別法令によって常に厳密に確定されるものでもないことに鑑み、両者の権限が競合・重畳する事務領域があることをむしろ前提として、その領域に限って都道府県条例の優先を認める場合があるのが、16項17項であるという解釈を提示したい。

### 地方自治法

#### 第2条

3 市町村は、基礎的な地方公共団体として、第五項において都道府県が処理するものとされているものを除き、一般的に、前項の事務を処理するものとする。ただし、第五項に規定する事務のうち、その規模又は性質において一般の市町村が処理することが適当でないと認められるものについては、当該市町村の規模及び能力に応じて、これを処理することができる。

5 都道府県は、市町村を包括する広域の地方公共団体として、第二項の事務で、広域にわたるもの、市町村に関する連絡調整に関するもの及びその規模又は性質において一般の市町村が処理することが適当でないと認められるものを処理するものとする。

16 地方公共団体は、法令に違反してその事務を処理してはならない。なお、市町村及び特別区は、当該都道府県の条例に違反してその事務を処理してはならない。

17 前項の規定に違反して行つた地方公共団体の行為は、これを無効とする

● 礒崎初仁（2009）「条例制定権の理論—『適法な条例』とはなにか」月刊自治フォーラム 601号、48頁

…法律が自治体の事務についても包括的に規定できるのに対して、条例は各自治体の事務に関して制定されるものであり、都道府県条例で市町村の事務について定めることは認められていない（中略）。とすれば、都道府県条例と市町村条例が内容的には異なっていたとしても、両者は基本的には両立・併存するというべきであり、市町村条例が「都道府県の条例に違反」する場合とは、ごく限定的に認めるべきであろう。

## B 立法論

●岡田博史(2010)「自治通則法（仮称）制定の提案（下）」自治研究 86 巻 4 号、125、129 頁

（条例同士の効力関係）

第 5 条 地方公共団体の条例の規定（以下「当該規定」という。）が当該地方公共団体を包括する他の地方公共団体の条例の規定と矛盾し、又は抵触するときは、当該規定が優先する。

（中略）

第 5 条の規定は、ローカルルール優先の原則に基づき、都道府県の条例よりも基礎自治体（市町村）の条例を優先させる旨を明らかにしたものである。