

## 【研究論文】

### 条例による政省令の「上書き」に関する研究

—地方議会の議決は政省令に従うべきなのか—

#### Ordinance of Local Government, After the Resolution of Its Assembly, Prevails over Ministerial Order of Central Government

名古屋市立大学大学院

石原 治

Graduate School of Humanities and Social Sciences, Nagoya City University

Osamu Ishihara

#### 要旨

第2次地方分権改革において、当初は「条例による法令の上書き権を含めた条例制定権の拡大」が掲げられたが、実際に行われた法改正は、これまで国が定めていた、保育所などの施設の基準について、地方公共団体が条例で施設の基準を設定することに改めることとしたものの、他方で、「従うべき基準」「参酌すべき基準」を国が定め、条例で基準を設定するさいに、国の「従うべき基準」に従い、あるいは「参酌すべき基準」を参酌しなければならないというものであった。

学界においては、条例で定められる範囲が狭いことや、従うべき基準が導入されたことについて批判がなされた。

本稿では、「従うべき基準」や「参酌すべき基準」が、法律本体ではなく省令で定められたことが最大の問題であったと指摘をする。その結果、条例が法律をも上書きするという議論であったはずのものが、条例が省令に従わなければならないということとなった。

そして、本稿では、実定法解釈論、立法政策論の両面から、条例が政省令に優越し、条例が政省令を上書きできることを示し、それを明確にするための法改正の提案も行う。

## Abstract

The purpose of this article is to show that ordinance of local government with the resolution of its assembly prevails over ministerial order of central government, and to show that ordinance of local government with the resolution of its assembly supersedes ministerial order of central government.

## I 本稿の概要と構成

本稿は、条例が政省令に優越し、条例が政省令を上書きできることを、実定法解釈論、立法政策論の両面から示すものである。

国においては、国会の議決により定める法律、閣議決定を経て内閣が定める政令、各省において定める省令がある。一般に、法律と政令・省令をあわせて法令といい<sup>1</sup>、政令と省令をあわせて政省令という。

他方、地方公共団体においては、地方議会の議決により定める条例、首長(都道府県知事・市町村長)が定める規則がある。

法律と条例との関係については様々な議論が従来からあるが、政省令と条例との関係について本格的に論じるものはこれまでないところであり、それを論じるのが本稿の意義である。

法律と条例との関係については、地方分権改革において、条例による法令の上書きの議論がなされた。地方公共団体の事務についても、国の法令で、事務を行うことの義務付けや、事務事業の執行方法等に対する枠付けが定められている。これら義務付け・枠付けを緩和し、そうした事項を地方公共団体が自ら条例で定めるという条例制定権の拡大の検討がなされたなかで、国の法律を、地方公共団体の条例により修正するという、上書き権についての議論がなされたのである。本稿のⅡにおいては、地方分権改革においてなされた議論を、義務付け・枠付けの緩和や、条例による上書き権に関するものを中心に、紹介する。

他方、学説においても、条例による法律の上書きを認める見解があった。本稿のⅢにおいてこれらを紹介する。

しかしながら、地方分権改革においては、条例による法律の上書きは認められなかったとあってよい。

---

<sup>1</sup> 本文に述べたように、法令を「法律及び命令」と定義して、政省令が含まれるとする考え方が一般的である。また、法令に条例を含むという見解もある。しかし、日本国憲法において記載があるのは、法律と政令だけであるので、法令は「法律と政令」と定義するのが適切であるというのが筆者の見解である。この定義の問題は、地方自治法(昭和22年法律第67号)第14条第1項の「法令」の解釈に影響を与えうる。

そこで、本稿では、条例と法律の関係ではなく、条例と政省令との関係に着目をして、条例が政省令に優越すること、そして、条例による政省令の上書きを認めることについてⅣで論じる。これが本稿の本論である。

最後に、Ⅴで若干の補足を加え、むすびとする。

## Ⅱ 地方分権改革と「条例による法令の上書き権」

### 1. 本章の構成

本章Ⅱでは、地方分権改革において検討された「条例による法令の上書き権」の議論を紹介する。ただし、結果的には、「条例による法令の上書き権」は実現されなかったといえる。

本章では、まず、2. で、地方分権改革の目的は何か、そのなかで、「条例による法令の上書き権」はどのように位置づけられるのかを確認する。

次に、「条例による法令の上書き権」は、いわゆる第2次地方分権改革において検討がなされたものであるが、第2次地方分権改革に先行する議論の推移を理解するため、3. で地方分権改革の全体像と分権改革以前を、4. で第1次地方分権改革を、5. で三位一体の改革を概観する。

そのうえで、6. で第2次地方分権改革における義務付け・枠付けの見直し、条例制定権の拡大と、条例による法令の上書き権の議論を取り扱うこととする。

### 2. 地方分権改革の目的

1995年(平成7年)の地方分権推進法(平成7年法律第96号)制定以来、わが国においては、地方分権改革が進められてきた<sup>2</sup>。

これに先立つ1993年(平成5年)には衆参両議院で「地方分権の推進に関する決議」がなされた。衆議院の決議では次のように述べられている。

---

<sup>2</sup> 地方分権改革については内閣府ウェブサイト「地方分権アーカイブ」<https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/archive/archive-index.html>(2022年(令和4年)12月25日参照)に公的文書が掲載されている。

「今日、さまざまな問題を発生させている東京への一極集中を排除して、国土の均衡ある発展を図るとともに、国民が待望するゆとりと豊かさを実感できる社会をつくり上げていくために、地方公共団体の果たすべき役割に国民の強い期待が寄せられており、中央集権的行政のあり方を問い直し、地方分権のより一層の推進を望む声は大きな流れとなっている。

このような国民の期待に応え、国と地方との役割を見直し、国から地方への権限移譲、地方税財源の充実強化等地方公共団体の自主性、自立性の強化を図り、21世紀に向けた時代にふさわしい地方自治を確立することが現下の急務である。」<sup>3</sup>

また、1994年(平成6年)の第24次地方制度調査会答申では<sup>4</sup>、「地方分権推進の目指すもの」として、次のように述べられている。

## 「2 地方分権推進の目指すもの

(1)間近かに迫った21世紀を展望した行政システムとしては、画一性よりも自立性や多様性がより尊重され、住民に直接接する自治の現場にあるものの判断や責任が生かされるよう、住民に身近な行政は身近な地方公共団体が担っていくことを基本とすべきであり、このため地方分権を推進していかなければならない。

(2)地方分権の推進により、住民の立場からみて、具体的には次のような成果が得られるものとする。

1 地方分権の推進は、国・地方を通じた行政全体のあり方を再構築するものであり、行政全体の簡素効率化を進めることができる。

2 地域に関する行政は、地方公共団体が自らの判断と責任で処理できる体制を確立することにより、行政の即応性、柔軟性、総合性が増し、住民の期待に応えることができる。

3 今日、国民ひとりひとりが生活の豊かさを実感するうえで、多様で活力あふれ、住みやすい地域社会が形成されているかどうか重要な要素になってきている。

地方公共団体の自主性・自立性を強化し、地域行政の主体としての能力を高めることにより、創意工夫を生かした地域づくりを進めることはもとより、急速に進みつつある高齢

<sup>3</sup> 1993年(平成5年)6月3日衆議院本会議決議「地方分権の推進に関する決議」。なお、1993年(平成5年)6月4日参議院本会議決議「地方分権の推進に関する決議」は、わずかに文言が異なる。

<sup>4</sup> 1994年(平成6年)11月22日第24次地方制度調査会答申「地方分権の推進に関する答申」。

社会に対応したきめこまやかな地域福祉の展開等のそれぞれの地域における様々な政策課題に責任を持って取り組むことができる。

4 地方分権を推進し、地方自治を確立することは、地域住民自らの選択と負担<sup>〔マ〕</sup>もとで、それぞれの地域の問題を解決することでもあり、行政をより民主的に処理する体制をつくり、さらに住民の自治意識の向上を図ることにつながる。」

これらの決議や答申にもあるように、地方分権改革の推進の方法は、①住民に身近な行政は身近な地方公共団体が担う、ということと、②地方公共団体の自主性・自立性を強化する、ということとに、大きく 2 つに分けられる。すなわち、①事務の地方公共団体への移管と、②地方公共団体が担っている事務についての自由度の拡大、である。

わが国においては、すでに多くの事務を地方公共団体が担っているが、その事務の執行について、国(中央政府)で決定されている度合いが高いとされる<sup>5</sup>。したがって、それら地方公共団体が行う事務について、②地方公共団体の自主性・自立性を強化する、ということが地方分権改革の主流であるといえる<sup>6</sup>(なお、事務の移管と、権限の移譲とは異なることに留意が必要である<sup>7</sup>)。

---

<sup>5</sup> 西尾勝は「日本では行政サービス提供業務のおおよそ 7 割前後は自治体によって担われていることになる。これは、先進諸国のそれに比べ、きわめて高い比率である。…それなら、日本は世界に冠たる地方自治の国であると誇れるのかと問われれば、イエスとはとても答えられない。なぜなら、自治体が担う行政サービス提供業務の範囲、仕組み、基準の設計と法制化に始まり、その執行に関する執務マニュアルの策定に至るまで、中央政府＝国で決定されている度合いが高いからである。すなわち、『事務事業』は大幅に都道府県と市町村に分散されているものの、実質的な決定権は国に高度に留保されているのである。」と述べる。西尾勝『地方分権改革』(東京大学出版会、2007年)8-9頁。

<sup>6</sup> 西尾(勝)は、これを「所掌事務拡張路線」と「自由度拡充路線」という軸で整理する。西尾勝『自治・分権再考～地方自治を志す人たちへ～』(ぎょうせい、2013年)82頁。また、「自治体の権能拡張をめざす改革」と「自治体の自由度拡充をめざす改革」とも述べる。西尾勝「地方分権改革とは何であったのか」都市問題公開講座ブックレット 37『「分権」から「自治」へー地方分権改革から 20 年』(公益財団法人後藤・安田記念東京都市研究所、2021年)2-19頁、10頁。そして、西尾(勝)は、「自治体側から寄せられた改革要望事項の大半は国の関与の縮減を望むもので、権限移譲の要望は予想外に少なかった」とも述べる。西尾(勝)・前掲注 5、27頁。

<sup>7</sup> 事務の移管と、決定権限の移譲とは、分けて考えなければならない。受付などの業務をすでに地方公共団体が行いながら、最終決定のみ国が行う場合に、その決定権限を地方に移管するのは、事務の移管ではなく、決定権限の移譲である。この点、1994年(平成6年)12月15日閣議決定「地方分権の推進に関する大綱方針」では、「第2 地方分権の推進に関する基本方針」「2 国から地方公共団体への権限委譲等の推進」において、「(1)権限委譲等の基本的考え方及び進め方」と「(2)国の関与及び必置規制の整理等」に分けているが、「(1)権限委譲等の基本的考え方及び進め方」の中で「全国的な統一性、全国的な規模・視点を重視して行う必要のある事務についても、その執行に当たり地方公共団体の裁量に委ねることが適当なものについては、国は、極力、基準の提示や制度の大枠の制定にとどめるものとする。」と述べている。すなわち、地方公共団体が行う事務について、国の縛りをなくし、地方公共団体の裁量を拡大することを、「権限委譲等」に含めているのである。

そして、地方公共団体の自主性・自立性を強化するために、2006年(平成18年)からの第2次地方分権改革において、地方公共団体の事務について国が設定している義務付け・枠付けを緩和することが提言され、その中で検討されたのが、地方公共団体の条例制定権を拡大し、国の法令を地方公共団体の条例で上書きをするという、「上書き権」の議論であったのである。

### 3. 地方分権改革の全体像と分権改革以前

#### (1) 地方分権改革の全体像

本稿では、概ね、1995年(平成7年)の地方分権推進法制定から2000年(平成12年)の地方分権推進一括法(地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律(平成11年法律第87号))の施行までの改革を「第1次地方分権改革」とし、2002年(平成14年)の「経済財政運営と構造改革に関する基本方針2002」(骨太の方針)から2005年(平成17年)に定められた「平成18年度予算編成の基本方針」までの改革を「三位一体の改革」とし、2006年(平成18年)の地方分権改革推進法(平成18年法律第111号)以降の改革を「第2次地方分権改革」とする。

#### (2) 地方分権改革以前

1995年(平成7年)からの地方分権改革に先立って、地方分権について述べたものに、臨時行政改革推進審議会(いわゆる第2次行革審)が1989年(平成元年)に提出した「国と地方の関係等に関する答申」がある。

1987年(昭和62年)4月20日に発足した臨時行政改革推進審議会、いわゆる第2次行革審は、竹下登内閣総理大臣から「地域の特性をいかした個性豊かな地域づくりを進める上では、地域の主体性と創意工夫を基軸としてこれに当たることは言うまでもなく…地方公共団体の自主性、自立性の強化を図っていく必要がある。」との要請を受けて<sup>8</sup>、1989年(平成元年)12月20日に「国と地方の関係等に関する答申」を提出した<sup>9</sup>。そこには、「国の関与・必置規制の廃止・緩和等」が掲げられ、「基準等の大幅な弾力化による通常自由・例外関与の方式への移行」が提案されていた。また、検討の視点には、「官主導でどちらかと

<sup>8</sup> 臨時行政改革推進審議会事務局監修『行革審・全仕事』(ぎょうせい、1990年)17頁。

<sup>9</sup> 1989年(平成元年)12月20日臨時行政改革推進審議会答申「国と地方の関係等に関する答申」。

例えば中央集権型であった意思決定や資源配分のパターンを個人、地域等が主体的に参加し決定していくものに改め」ることや、東京一極集中の是正が示されていた。

ここに「官主導」の是正という視点があったことを指摘しておきたい。

そして、1989年(平成元年)12月29日に閣議決定された「国と地方の関係等に関する改革推進要綱」においても、「国の関与・必置規制の廃止・緩和等の推進」が掲げられた<sup>10</sup>。

さらに、1993年(平成5年)の臨時行政改革推進審議会(いわゆる第3次行革審)の「最終答申」(第3次答申)においては、「国と地方の役割分担の本格的見直し」「国からの権限の移管等の推進」「地方自治体の財政基盤の強化」「自立的な地方行政体制の確立」「地方分権に関する立法化等の推進」が掲げられた<sup>11</sup>。

1989年(平成元年)の臨時行政改革推進審議会の「国と地方の関係等に関する答申」を「地方分権の全体像を語ろうとするものとしては、政府レベルの審議会としては初めてと言えるのではないかとするものもあるが<sup>12</sup>、地方行政調査委員会設置法(昭和24年法律第281号)によって1949年(昭和24年)に設置された地方行政調査委員会による1950年(昭和25年)の「行政事務再配分に関する勧告」において<sup>13</sup>、すでに「どのような事務を、どのような形で行うかという発意は、地方公共団体が自ら行うことが望ましいのであって、法令では、必要な最小限度において主として最低限度の水準を定める程度にとどめるべきであろう。」等と述べられている。

ここにはすでに、義務付け・枠付けの緩和の観点が示されていたことを指摘しておきたい。

なお、この1950年(昭和25年)の地方行政調査委員会勧告は「地方自治のためにそれぞれの事務は、適当な最低段階の行政機関に与えられるであろう。市町村の適当に遂行できる事務は、都道府県又は国に与えられない(補完性の原則)、「市町村は、住民に直結する基礎的地方団体であるから、地方公共団体の事務とされるものは、原則として市町村に配分するという方針を採るべきである。」「地方公共団体の事務とされたものであっても、なんらかの意味で国家的な影響をもち、又は国民的関心の対象となっているものが少なく

<sup>10</sup> 1989年(平成元年)12月29日閣議決定「国と地方の関係等に関する改革推進要綱」。

<sup>11</sup> 1993年(平成5年)10月27日臨時行政改革推進審議会答申「最終答申」。

<sup>12</sup> 地方自治制度研究会編集『地方分権 20年のあゆみ』(ぎょうせい、2015年)15頁。

<sup>13</sup> 1950年(昭和25年)12月22日地方行政調査委員会「行政事務再配分に関する勧告」。地方行政調査委員会編『地方行政調査委員会資料』(地方行政調査委員会、1952年)3-31頁。

ないから、国が主として情報を公開し、援助若しくは助言又は勧告を与え、著しい不均衡を調整し、最低水準の確保を図る等のことを必要とする場合も考えられる。但しこの機能はあくまで好意ある援助であり、サービスであって、権力的な監督であってはならない。」「国の責任とされた事務の処理を地方公共団体に委任することができる場合は、必要やむを得ない最小限度にとどめ、地方公共団体が国の代行機関として働く範囲を極力縮小すべきである。」等、地方分権改革の種々の内容を先取りしている。逆にいえば、わが国においては中央集権化が進み、この勧告が示した方向に進んでこなかったということであるともいえよう。

#### 4. 第1次地方分権改革

##### (1) 第1次地方分権改革の概要

1995年(平成7年)からの第1次地方分権改革の内容は、①機関委任事務制度の廃止、②国の関与のルール化と係争処理制度の設置、③必置規制の緩和等、にまとめられる<sup>14</sup>。

以下では、本稿の主題であり第2次地方分権改革において検討される義務付け・枠付けの緩和、条例制定権の拡大、そして条例の上書き権の議論に関連するものとして、①機関委任事務制度の廃止と、②国の関与のルール化と係争処理制度の設置について紹介する<sup>15</sup>。

##### (2) 機関委任事務制度の廃止

機関委任事務制度の廃止は、第1次地方分権改革の大きな成果であるといえる<sup>16</sup>。

---

<sup>14</sup> 第1次分権改革の内容・成果のまとめ方は一様ではない。たとえば磯崎初仁は、「①機関委任事務制度の廃止、②国の関与のルール化と係争処理制度の設置、③都道府県と市町村の関係の対等化」にまとめる。磯崎初仁『立法分権のすすめ—地域の実情に即した課題解決へ—』(ぎょうせい、2021年)22頁。本稿では、第1次地方分権改革における地方分権推進委員会の委員である西尾(勝)の著書の記述を踏まえつつ整理した(西尾(勝)・前掲注5、57-93頁)。

<sup>15</sup> なお、必置規制の見直しとしては、農業委員会に置かれる農地主事、青年学級主事などの必置規制が廃止され、また、身体障害者更生相談所などの名称規制が弾力化され他の行政機関との組織統合などが可能となった。この他、児童福祉手当の受給資格の認定や、商店街振興組合の設立認可等の権限が、都道府県から市へ移譲されるなどの権限移譲も行われた。

<sup>16</sup> 村松岐夫は「地方分権推進委員会の主眼は、機関委任事務廃止にあった。」「地方分権改革は機関委任事務の廃止が目的」と述べる。村松岐夫『政と官の五十年』(第一法規、2019年)232-233頁。また、谷畑英吾は「いわゆる地方分権一括法は、機関委任事務制度の廃止をはじめ、中央省庁による自治体への関与を法定化や文書化により封じ込めることに一応成功したといえる。」とする。谷畑英吾「日本の地方自治における自治組織権」村松岐夫、稲継裕昭編著『包括的地方自治ガバナンス改革』(東洋経済新報社、2003年)58-95頁、94頁。津軽石昭彦も「地方分権改革で行われた最も大きな改革として、機関委任事務の廃止がある。」と述べる。津軽石昭彦「地方自治制度①地方自治はなぜ必要か？」関東学院大学地域創生実践研究所編著『地域創生入門—地域創生を実現するために押さえておくべき基本事項』(第一法規、2021年)73-93頁、87頁。

機関委任事務制度とは、国の事務を、市町村長や都道府県知事などに委任する制度である。この委任は、地方公共団体全体に対して行われるものではなく、首長等の地方公共団体の一機関に対し、国の事務を委任するものであった。

第1次地方分権改革にさいして5次にわたる勧告を行い、改革をリードしてきた地方分権推進委員会(1995年(平成7年)7月3日発足)は、1996年(平成8年)の「中間報告—分権型社会の創造—」において<sup>17</sup>、機関委任事務制度の弊害として次の5点を掲げている。

「(1)主務大臣が包括的かつ権力的な指揮監督権をもつことにより、国と地方公共団体とを上下・主従の関係に置いている。

(2)知事、市町村長に、地方公共団体の代表者としての役割と国の地方行政機関としての役割との二重の役割を負わせていることから、地方公共団体の代表者としての役割に徹しきれない。

(3)国と地方公共団体との間で行政責任の所在が不明確になり、住民にわかりにくいだけでなく、地域の行政に住民の意向を十分に反映させることもできない仕組みになっている。

(4)機関委任事務の執行について、国が一般的な指揮監督権に基づいて瑣末な関与を行うことにより、地方公共団体は、地域の実情に即して裁量的判断をする余地が狭くなっているだけでなく、国との間で報告、協議、申請、許認可、承認等の事務を負担することとなり、多大な時間とコストの浪費を強いられている。

(5)機関委任事務制度により、都道府県知事が各省庁に代わって縦割りで市町村長を広く指揮監督する結果、国・都道府県・市町村の縦割りの上下・主従関係による硬直的な行政システムが全国画一的に構築され、地域における総合行政の妨げとなっている。」

機関委任事務制度の廃止により、従前機関委任事務であったものは、事務自体を廃止したわずかな例外を除いて、①地方公共団体の事務である「自治事務」、②地方公共団体全体が法律に基づき国から委任を受けて事務を行う「法定受託事務」、③国の直接執行事務への引き上げ、に振り分けられた。

法定受託事務は、国が本来果たすべき役割に係る事務であって、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとされ(地方自治法第2条第9項)、1998年(平成10年)

---

<sup>17</sup> 1996年(平成8年)3月29日地方分権推進委員会「中間報告—分権型社会の創造—」。

に閣議決定された「地方分権推進計画」において<sup>18</sup>、次のとおりメルクマールが示されている。

「(1) 国家の統治の基本に密接な関連を有する事務

(2) 根幹的部分を国が直接執行している事務で以下に掲げるもの

① 国が設置した公物の管理及び国立公園の管理並びに国立公園内における指定等に関する事務

国立公園内における軽微な行為許可等に関する事務

国立公園内における特別地域・特別保護地区等の指定等に関する事務

② 広域にわたり重要な役割を果たす治水・治水及び天然資源の適正管理に関する事務

③ 環境保全のために国が設定した環境の基準及び規制の基準を補完する事務

環境基準の類型当てはめ(水質・交通騒音)に関する事務

総量規制基準の設定に関する事務

大気汚染、水質汚濁、土壌汚染、交通騒音の状況の監視に関する事務

④ 信用秩序に重大な影響を及ぼす金融機関等の監督等に関する事務

⑤ 医薬品等の製造の規制に関する事務

⑥ 麻薬等の取締りに関する事務

(3) 全国単一の制度又は全国一律の基準により行う給付金の支給等に関する事務で以下に掲げるもの

① 生存にかかわるナショナル・ミニマムを確保するため、全国一律に公平・平等に行う給付金の支給等に関する事務

② 全国単一の制度として、国が拠出を求め運営する保険及び給付金の支給等に関する事務

③ 国が行う国家補償給付等に関する事務

(4) 広域にわたり国民に健康被害が生じること等を防止するために行う伝染病のまん延防止や医薬品等の流通の取締りに関する事務

① 法定の伝染病のまん延防止に関する事務

---

<sup>18</sup> 1998年(平成10年)5月29日閣議決定「地方分権推進計画」。

② 公衆衛生上、重大な影響を及ぼすおそれのある医薬品等の全国的な流通の取締りに関する事務

医薬品等の取締りに関する事務

食品等の取締りに関する事務

農薬等の取締りに関する事務

(5) 精神障害者等に対する本人の同意によらない入院措置に関する事務

(6) 国が行う災害救助に関する事務

(7) 国が直接執行する事務の前提となる手続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

(8) 国際協定等との関連に加え、制度全体にわたる見直しが近く予定されている事務」

ここで「自治事務」と「法定受託事務」という区分けがなされたことは、第 2 次地方分権改革における事務付け・枠付けの緩和、条例制定権の拡大、そして上書き権の議論においても、大きな意味がある。

すなわち、地方公共団体が行っている事務は、法律に根拠がある「法定受託事務」以外は、すべて、地方公共団体の「自治事務」となるのだから、区分けが明確となった。法律に根拠がない以上、これは自治事務ではなく法定受託事務である、という主張はできなくなった。そして、地方公共団体自身の「自治事務」について、国が「義務付け・枠付け」をすることがなぜ許容されるのか、「自治事務」は地方公共団体の「条例制定権」の対象なのではないか、それゆえに、「自治事務」については、条例による法令の上書き権を認めてよいのではないか、という主張に結びつくからである。

### (3) 国の関与のルール化と係争処理制度の設置

第 1 次地方分権改革では、国から地方公共団体への同意・指示・勧告といった関与について、法律上のルールを策定した。

まず、地方公共団体に対する国の関与は、法律又はこれに基づく政令に定めのある場合でなければ、行うことができないとされた(地方自治法第 245 条の 2)。加えて、関与は必要な最小限度のものとするとともに、普通地方公共団体の自主性及び自立性に配慮しなければならないことが法定された(地方自治法第 245 条の 3 第 1 項)。

また、関与の類型を「助言又は勧告」「資料の提出の要求」「是正の要求」「同意」「許可、認可又は承認」「指示」「代執行」「協議」「その他」に分類し(地方自治法第 245 条)、特に自治事務については、「代執行」「その他」の関与はできる限り設けないこととするとともに、「協議」「同意」「許可、認可又は承認」「指示」の関与も一定の場合に限定されることとされた(地方自治法第 245 条の 3)。

前述した機関委任事務制度の廃止及び「自治事務」「法定受託事務」の振り分けとセットで国の関与のルールが導入されたものといえよう。

加えて、地方公共団体が国の行政機関が行った助言等に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならないことも法定された(地方自治法第 247 条第 3 項)。

さらに、国の関与についての審査を処理する国地方係争処理委員会が設置された<sup>19</sup>(地方自治法第 250 条の 7)。

ここでは、関与が「法律又はこれに基づく政令に定めのある場合」でなければ行うことができないこととされたことを、特に指摘しておきたい<sup>20</sup>。これは、「関与の法定主義」といわれる(地方自治法第 245 条の 2 の条文見出しが(関与の法定主義)である。)

---

<sup>19</sup> 国地方係争処理委員会は、あまり活用されていない。西尾(勝)は「自治体関係者には国と抗争してでも地方自治の地平を切り開こうとする気概が欠けているのではないかと述べる。西尾(勝)・前掲注 5、78 頁。大森彌と大杉覚も「国地方係争処理委員会など係争処理の仕組みをせっかく創設したにもかかわらず十分に活用されていないのではないかといわれることもあります。」と述べる。大森彌、大杉覚『これからの地方自治の教科書 改訂版』(第一法規、2021 年)105-106 頁。しかし、阿部泰隆が述べるように、「せっかく作った今の自治紛争処理は機能していない。国地方係争処理委員会で扱ったのはこれまで横浜市の法定外税である馬券税だけであったが、総務省と協議がまとまらないから、係争処理委員会に解決を求めたのに、積極的に協議せよという勧告であった。これでは何も進まない。地方公共団体は失望して、以後申し出をする地方公共団体はなかった。最近、普天間基地の辺野古への移転に関し、沖縄県が国の関与について救済を求めたが、同委員会は、平成 28(2016)年 6 月 20 日何らの解決もせず、ますます無用の存在であることを証明した。」というのが実態ではないかと思われる。阿部泰隆「地方公共団体を巡る法治国家の貫徹」阿部昌樹、田中孝男、嶋田暁文『自治制度の抜本的改革一分権改革の成果を踏まえて』(法律文化社、2017 年)204-234 頁、206-207 頁。「沖縄米軍基地辺野古埋立取消請求事件は…本件是正の指示の適法性について『判断しない』とする審査結果を通知した(2016 年 6 月 20 日決定)」。磯崎初仁『自治体政策法務講義[改訂版]』(第一法規、2018 年)184 頁。そして、「この決断は、逆に係争委の権威を失墜させたのではないだろうか」と言われる。山口道昭「国地方係争処理委員会の成立と運用」北村喜宣、山口道昭、磯崎初仁、出石稔、田中孝男編『自治体政策法務の理論と課題別実践—鈴木庸雄先生古稀記念』(第一法規、2017 年)389-403 頁、402 頁。

<sup>20</sup> 牛山久仁彦は「自治体に関する国の関与については、地方自治法の第 245 条で『関与の類型』が法定化されることとなり、法律または政令によらなければ、自治体に対する国の関与はありえないこととなった。このことは、これまで自治体に対して陰に陽に行われてきた国の関与を、あらためて法に明確に位置づけ、自治体の自主性・自律性を確保することが求められたという意味で画期的なことである。」と評価している。牛山久仁彦「国と自治体の役割分担—それぞれが担う行政と政治」幸田雅治編『地方自治論—変化と未来』(法律文化社、2018 年)19-42 頁、38 頁。また、板垣勝彦は、「関与の法定主義」に加え、「一般主義の原則」「公正・透明の原則」をもって、関与の 3 原則として整理する。板垣勝彦『地方自治法の現代的課題』(第一法規、2019 年)6-7 頁。

#### (4) 第1次地方分権改革で残された課題

第1次地方分権改革で残された課題については、2001年(平成13年)の地方分権推進委員会「最終報告」において<sup>21</sup>、「未完の分権改革」との表題を示し、「次の段階の改革の焦点は、地方税財源の充実確保方策とこれを実現するために必要な関連諸方策である」と示されている。

地方分権推進委員会は、数度にわたる勧告で、地方税財源の充実確保策について示したが、目に見えるような規模での地方税財源の充実は行われなかった。

そこで「最終報告」は、第3章において「第二次分権改革の始動に向けて」の「地方税財源確保の基本的視点」を示している。また、第4章「分権改革の更なる飛躍を展望して」の最初の項目に「地方財政秩序の再構築」を掲げている。

そして、この第4章の2番目の項目に掲げられたのが「地方公共団体の事務に対する法令による義務付け・枠付け等の緩和」であり、次のように述べられている。

「ついで第二に、地方分権を実現するには、ある事務事業を実施するかしないかの選択それ自体を地方公共団体の自主的な判断に委ねることこそが最も重要であるため、地方公共団体の事務に対する国の個別法令による義務付け、枠付け等を大幅に緩和していくことである。

第一次分権改革の主要な成果の一つは、国の通達等による関与を大幅に緩和したことであるが、国の法令等(法律・政令・省令・告示)による事務の義務付け、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終わっている。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。」

なお、これに先立つ1994年(平成6年)の第24次地方制度調査会答申「地方分権の推進に関する答申」においても<sup>22</sup>、「第3 国から地方公共団体への権限移譲等の推進」「1 権限移譲等の基本的考え方」の(3)において、次のように述べられている。

---

<sup>21</sup> 2001年(平成13年)6月14日地方分権推進委員会「最終報告」。

<sup>22</sup> 前掲注4。

「地方公共団体の事務処理について法律の制定が必要とされる場合であっても、法律は制度の大枠的なものを定めるに留め、制度の具体的内容は地方公共団体の条例で規定できる仕組みにすべきである。」

これらの報告や答申を受けて、第 2 次地方分権改革において、義務付け・枠付けの緩和、条例制定権の拡大、そして、条例による上書き権の議論がなされることとなったのである。

## 5. 三位一体の改革

第 2 次地方分権改革に入る前に、第 1 次地方分権改革と第 2 次地方分権改革の間に位置する三位一体の改革について概観しておこう。

三位一体の改革は、第 1 次地方分権改革で残された課題のうち、第 1 の課題である「地方財政秩序の再構築」に取り組んだものといえる。

三位一体の改革の趣旨については、経済財政諮問会議で検討され、2002 年(平成 14 年)に閣議決定された「経済財政運営と構造改革に関する基本方針 2002」<sup>23</sup>の「第 4 部 歳出の主要分野における構造改革」において、次のとおり述べられていた。

### 「3. 国と地方

(1) 地方行財政改革については、これを強力かつ一体的に推進する必要がある。先ず、国の関与を縮小し、地方の権限と責任を大幅に拡大する。地方分権改革推進会議の調査審議も踏まえつつ、福祉、教育、社会資本などを含めた国庫補助負担事業の廃止・縮減について、内閣総理大臣の主導の下、各大臣が責任を持って検討し、年内を目途に結論を出す。

(2) これを踏まえ、国庫補助負担金、交付税、税源移譲を含む税源配分のあり方を三位一体で検討し、それらの望ましい姿とそこに至る具体的な改革工程を含む改革案を、今後 1 年以内を目途にとりまとめる。

この改革案においては、国庫補助負担金について、『改革と展望』の期間中に、数兆円規模の削減を目指す。同時に地方交付税の改革を行う。9 割以上の自治体が交付団体となっている現状を大胆に是正していく必要がある。このため、この改革の中で、交付税の財源保障機能全般について見直し、『改革と展望』の期間中に縮小していく。他方、地方公共団体の間の財政力格差を是正することはなお必要であり、それをどの程度、また、どのように

---

<sup>23</sup> 2002 年(平成 14 年)6 月 25 日閣議決定「経済財政運営と構造改革に関する基本方針 2002」。

行うかについて議論を進め、上記の改革案に盛り込む。これらの改革とともに、廃止する国庫補助負担金の対象事業の中で引き続き地方が主体となって実施する必要のあるものについては、移譲の所要額を精査の上、地方の自主財源として移譲する。

現在、地方においては約 14 兆円の財源不足が生じている。歳出削減や地方税の充実など様々な努力により、できるだけ早期にこれを解消し、その後は、交付税による財源保障への依存体質から脱却し、真の地方財政の自立を目指す。」

すなわち、三位一体の改革は、国の関与を縮小し、地方の権限と責任を大幅に拡大するために、国庫補助負担事業の廃止・縮減を進め、地方の自主財源として税源移譲し、同時に地方交付税の改革を行うものとされていた。用途が指定されている国庫補助金を廃止し、税財源として移譲することで地方の自主財源を増やすとともに、地方交付税の算定方法を改善することで<sup>24</sup>、地方公共団体の自主性を高めるための改革を目指したものであったはずなのである。

しかし、結果的には、①国庫補助金の縮減▲約 4.7 兆円、②税財源の移譲+約 3.0 兆円<sup>25</sup>、③地方交付税(臨時財政対策特例債を含む)の見直し▲約 5.1 兆円となり、②③の地方の一般財源はむしろ▲約 2.1 兆円減ることとなった<sup>26</sup>。そして、地方の財源自体は▲約 6.8 兆円という大幅な減少となった。

加えて、国庫補助金は総額が縮減されたものの、補助金の廃止でそれが実現されたわけではなく、補助負担率の引き下げが行われた。補助負担率の引き下げは、地方の自由度の拡大につながらないために行ってはならないと地方側が主張していたものであった<sup>27</sup>。し

<sup>24</sup> 川瀬憲子は「地方交付税の補助金化」として、事業費補正によって、一般財源であるはずの交付税が国庫支出金の補給財源としての役割をもたらされることとなったと指摘している。川瀬憲子『「分権改革」と地方財政－住民自治と福祉社会の展望－』（自治体研究社、2011年）66-67頁。

<sup>25</sup> 国庫補助負担金の減額よりも、税財源の移譲が少ないことについて、池上岳彦は、実施する必要がないということで事業のスリム化をしたというのが国の考え方であることを示している。池上岳彦『分権化と地方財政』（岩波書店、2004年）69頁。しかし、本文で後述するように、実際に行われたのは義務的な費用についての補助負担率の引き下げなのであるから、事業のスリム化というのは考えられない。また、事業を実施するかどうかを地方が判断できるようにすべき、というのが補助金改革の出発点だったのであるから、実施する必要がないと国が決めるという発想自体が根本的にずれているといわなければならない。

<sup>26</sup> 川瀬・前掲注 24、136-137頁参照。

<sup>27</sup> たとえば、ある地方公共団体で、税収等の一般財源額が 10 億円あり、A 事業に上限 4 億円、B 事業に上限 6 億円、C 事業に上限 8 億円の国庫補助金があって、すべて補助率が 3分の2であったとする。この場合、当該地方公共団体は、A 事業に 2 億円、B 事業に 3 億円、C 事業に 4 億円の一般財源を投入し、国庫補助金を上限まで受けて、A 事業 6 億円、B 事業 9 億円、C 事業 12 億円を執行し、余った 1 億円で補助のない D 事業を行うことにより、10 億円の一般財源で 28 億円の事業を行うことができることとなる。市民サービスのために最大の事業を行おうとすると、このような国庫補助負担金を反映した予算配分を行

かも、国の求めに応じて地方側が提案した補助金廃止項目はほとんど実施されず、補助負担率の引き下げが行われたのは、義務教育費教職員給与分や児童扶養手当・児童手当等の国庫負担金など、義務的で地方の裁量の余地のないものであった。その結果、用途指定は残り、自由度は拡大しないまま、地方公共団体は負担増を強いられることとなったのである<sup>28</sup>。

地方分権の観点からは、三位一体の改革は、失敗であったといわざるをえない<sup>29</sup>。むしろ、地方の自由度と自主性を縮小するものとなったのである。

このように、地方分権を進めるはずの取り組みが、むしろ地方分権に逆行し、かえって中央集権を進めるものにすり替えられるということは、本稿の主題である第 2 次地方分権改革における条例の上書き権の検討でもみられるところであることから、特に指摘をしておきたい。

---

わなければならない。使途が指定されている国庫補助金は、地方公共団体の一般財源の使途までも事実上拘束することになるという問題がある。

仮に、この補助率が 3 分の 2 から 3 分の 1 に引き下げられ、A 事業の補助上限額が 2 億円、B 事業の補助上限額が 3 億円、C 事業の補助上限額が 4 億円となり、従前の国庫補助金の上限額との差額 9 億円が国から地方公共団体の一般財源として移譲された場合、当該地方公共団体の一般財源額は 19 億円となり増加する。しかし、国の補助金を最大限活用して事業を行おうとすると、一般財源投入額は A 事業に 4 億円、B 事業に 6 億円、C 事業に 8 億円となる。結果、A 事業 6 億円、B 事業 9 億円、C 事業 12 億円を執行し、余った 1 億円で補助のない D 事業を行うこととなり、補助率の引き下げ前と全く変わらない。補助負担率の引き下げは、地方の自由度の拡大につながらないのである。

他方、C 事業の補助金は上限 8 億円かつ補助率 3 分の 2 で維持するものの、A 事業と B 事業の補助金を廃止し、その補助金相当額の 10 億円の一般財源が地方公共団体に移譲された場合、当該地方公共団体の一般財源額は 20 億円となる。この場合、C 事業については一般財源を 4 億円投入して国庫補助金 8 億円を得て 12 億円の事業を執行するとしても、B 事業を廃止して、A 事業に 10 億円、D 事業に 6 億円を投入して大幅に拡充して執行するというように、事業の取捨選択や拡大縮小の判断が地方公共団体でできることとなる。国庫補助金の廃止と一般財源の増額により、地方の自由度は拡大するのである。

<sup>28</sup> 中島正博は、「小泉内閣のもとで実施された三位一体改革は、国庫補助負担金の削減と税源移譲という地方分権を進める方向での成果をえたが、同時に、地方交付税の総額の削減という地方自治体にとってマイナスの事態にもなった。」とする。中島正博『「競争の時代」の国・地方財政関係論—一般財源は自治体の自由になるのか』(自治体研究社、2019 年)46 頁。しかし、国庫補助負担金については主に補助負担率の引き下げであったので、地方分権を進める方向での成果とは言い難い。この点、西尾(勝)は「自治体側は補助事業そのものの廃止を目指したにもかかわらず、自由度の高まらない補助負担率の削減にとどまったものが多」いとする。西尾(勝)2013・前掲注 6、84 頁。また、川瀬は、義務教育国庫負担金などについて「国庫負担率の引き下げによって、国の関与が全面的に残されることとなり、地方側が求めた負担金の全廃による国の関与の縮小と全額税源移譲という要求とはかけ離れたものとなった。」と述べる。川瀬・前掲注 24、140 頁。

<sup>29</sup> 礒崎は「三位一体の改革は、地方分権の推進という点では失敗に終わった」と述べる。礒崎・前掲注 19、186-187 頁。また、礒崎・前掲注 14、19 頁も同趣旨。吉田貴明も「一般に、三位一体の改革は『失敗』であったと評されている。」と述べる。吉田貴明「自治財政権」中川義朗、村上英明、小原清信編『地方自治の法と政策』(法律文化社、2019 年)107-128、113 頁。

なお、国庫補助負担金の見直しについては、もともと補助負担金額以上に地方公共団体が独自財源を投入して充実して実施することは認められていたものであり、それを廃止して、一般財源化することは、補助対象事業の縮小の可能性につながるだけであり、その事業を重視する立場の人にとっては、反対すべきものだ、と主張する者もあるかもしれない。これは、本稿の主題である義務付け・枠付けの緩和、条例制定権の拡大、条例による上書き権を含めた、地方分権全体に反対をする議論につながりうるので、ここで反論をしておく。

もしも、1つの補助負担金だけを見直した場合には、その補助対象(であった)事業の縮小の可能性につながるだけだというのは、そのとおりである。しかし、多くの補助負担金を見直した場合には、ある補助対象(であった)事業は縮小するかもしれないが、その財源により、他の補助対象(であった)事業は一層充実させることができる。したがって、多くの補助負担金を一括して見直す場合には、補助負担金対象事業が縮小するだけであるという反対理由はあたらぬ。だからこそ、地方分権改革は、少しずつ個別にではなく、一斉に多分野で進めなければならないのである。

そして、どの事業を縮小し、どの事業を充実強化するかということ、地方が自ら決めるようにするということが<sup>30</sup>、そもそもの地方分権改革の目的なのである。

## 6. 第2次地方分権改革における義務付け・枠付けの見直し、条例制定権の拡大と上書き権

### (1) 第2次地方分権改革の概要

第2次地方分権改革の内容は、①国から都道府県等及び都道府県から市町村への権限移譲、②法令による義務付け・枠付けの見直しと条例制定権の拡大、③国と地方の協議の場の設置、にまとめられる<sup>31</sup>。

---

<sup>30</sup> 本多滝夫は『『総合行政主体』という考え方は、市町村を国にとって管理しやすいように規格化するという集権的発想が潜んでおり…さまざまなタイプの自治体が存在していることを前提とした自治の多様性の尊重とは相容れない』と論ずる。本多滝夫「第2次安倍政権と地方分権改革」本多滝夫、榊原秀訓編著『どこに向かう地方分権改革—地方分権改革の総括と地方自治の課題』(自治体研究社、2014年)9-43頁、18頁。しかし、総合行政主体である市町村が、どの事業を縮小し、どの事業を充実強化するかということ、多くの分野で自ら決めることができるようにすることこそが、自治の多様性の尊重であると筆者は考える。

<sup>31</sup> 磯崎初仁「分権改革と国・地方関係のガバナンス」月刊ガバナンス第241号(ぎょうせい、2021年)21-23頁、22頁参照。また、磯崎・前掲注14、21-23頁も参照。

①権限移譲については、看護師など各種資格者の養成施設等の指定・監督等の権限や、商工会議所の定款変更の認可の権限などが、国から都道府県に移譲された。また、都市計画マスタープランの策定権限、病院の開設許可権限、県費負担教職員の給与等の負担などが、都道府県から指定都市に移譲された。このほか、都道府県から市町村への権限移譲は、すでに指定都市や中核市に移譲されている権限を市に移譲し

このうち、②法令による義務付け・枠付けの見直しと条例制定権の拡大が、本稿の主題にかかわる部分であるので、以下でその議論を紹介することとする。

たり、移譲先を市に限定したりするなど、移譲先を限定して市と町村とに差をつけるかたちのものも多数見られた。

③国と地方の協議の場は、(1)国と地方公共団体との役割分担に関する事項、(2)地方行政、地方財政、地方税制その他の地方自治に関する事項、(3)経済財政政策、社会保障・教育・社会資本整備に関する政策その他の国の政策に関する事項のうち、地方自治に影響を及ぼすと考えられるものを対象とし、そのうち重要なものについて、いわゆる地方 6 団体の長と、内閣官房長官、総務大臣、財務大臣等が協議をする場であり、法律により設置された(国と地方の協議の場に関する法律(平成 23 年法律第 38 号))。

このほか、地方分権改革推進委員会の勧告をもとにした改革の後、地方側からの提案方式が導入され、これにより、年に数件から 10 件余ほどの事務・権限の移譲や義務付け・枠付けの緩和がなされている。宇賀克也『地方自治法概説 [第 9 版]』(有斐閣、2021 年)245-247 頁参照。この提案方式は、地方側の支障事例重視となり、地方側から支障が示されてその支障の改善のために制度改正の必要性が認められない限り、引き続き地方を拘束することが正当化されるというかたちで議論が進められている。そして、地方側の主張が合理的であれば現行制度でも認められると府省側は主張し、地方の主張が国の見解と反するものであれば地方の主張は不適切だと府省側は主張するため、提案は年に何百件となされているにもかかわらず、制度改正に至らないのである。

しかし、適切かどうかを府省の官僚ではなく地方公共団体が判断するのが、地方分権なのである。現行制度でも認められるのであれば、むしろ、問題ないので、地方の主張どおりに制度改正をすればよいはずである。本来は、地方にゆだねることを支障がない限り容認すべきである。北村喜宣『『個性を活かした地方をつくる：地方分権改革の総括と展望』を読む－枠付け見直しの観点から－』北村喜宣編著『第 2 次分権改革の検証－義務付け・枠付けの見直しを中心に－』(敬文堂、2016 年)303-323 頁、311-313 頁参照。

地方分権改革の本筋は、国から地方への事務を移管することではなく、国により地方に対してなされている規制の緩和である。規制は、規制を行う側がその必要性を証明しなければならない。＜規制が続くことの支障を証明できなければ、規制は緩和されない＞というものではない。＜規制を緩和することの支障を証明できなければ、不要な規制＞だということなのである。田中孝男は、条例制定における立法事実(条例制定事実)の重要性、必要性について述べる。田中孝男『自治体法務の多元的統制－ガバナンスの構造転換を目指して－』(第一法規、2015 年)144-172 頁。立法事実というのは法律(による規制や援助)を新しく制定し、また、存続させることを示す事実である。法律を廃止したり、緩和したりすることが検討されている場合には、立法事実を示さなければならないのは、廃止・緩和を主張する者ではなく、存続・維持を主張する者であるはずなのである。それにもかかわらず、規制緩和について、提案側に支障事例を提示させる提案方式は、国の裁量権限を保持する手続になっているといえるだろう。北村喜宣が「条例を通じた自己決定の拡大という点に関しては、ほとんど成果を上げていない。」と述べているとおりである。北村喜宣「分権時代ならではの条例の発想と実績」都市とガバナンス第 37 号(日本都市センター、2022 年)10-22 頁、11 頁。

ただし、大森と大杉は「個別自治体等から提案を募る『提案募集方式』や、個別自治体の発意に応じて選択的に権限移譲を行う『手上げ方式』を取り入れることで、ともするとこれまで“上から”目線で取り組まれてきたとは異なる“地域発”の改革が進められるようになったことは注目されます。」と述べている。大森、大杉・前掲注 19、107 頁。また、大橋洋一は「提案募集制度は、地方公共団体の問題発見能力に基づき法令等の改善を図るシステムであり、地方公共団体による苦情申立システムと立法参画システムが融合した興味深い仕組みとなっている。」と論じている。大橋洋一『行政法 I 現代行政過程論 [第 4 版]』(有斐閣、2019 年)451 頁。田村達久は「政策立案・形成能力は、具体の支障事例に則して提案をまとめる過程を経ることで、よりよく鍛えられるものである」と述べる。田村達久「これまでの地方分権改革の動向と今後の展望」都市とガバナンス第 32 号(日本都市センター、2019 年)20-29 頁、29 頁。伊藤正次も「提案募集方式では、法定受託事務に対する義務付け・枠付けも提案の対象に含まれており、個々の自治体の創意によって自由度の拡大と所掌事務の拡張という 2 つの方向性をさらに追求する改革が試みられている」と述べる。伊藤正次「地方分権改革」磯崎初仁、金井利之、伊藤正次『ホーンブック地方自治 [新版]』(北樹出版、2020 年)34-43 頁、42 頁。このように提案募集方式を評価するものもある。

他方、出石稔は、「自治体からの提案募集の中には、従うべき基準の見直しの提案が一定程度あるが…いったん従うべき基準に整理されると、なかなか見直しをされ」ないこと、また、「第 11 次一括法は初めて 1 桁の法改正にとどまった」ことを指摘している。出石稔「第 11 次地方分権一括法への対応」月刊ガバナンス第 243 号(ぎょうせい、2021 年)68-69 頁、69 頁。

## (2) 地方分権改革推進委員会での検討

義務付け・枠付けの見直し、条例制定権の拡大と上書き権について、第2次地方分権改革において4次にわたる勧告を行い、改革の議論をリードした地方分権改革推進委員会の発出文書から、どのように検討がなされてきたのかを、まず示すこととする。

2007年(平成19年)の地方分権改革推進委員会発足直後に示された「地方分権改革推進にあたっての基本的な考え方」において<sup>32</sup>、「条例による法令の上書き権を含めた条例制定権の拡大」が掲げられた。

そして、2007年(平成19年)の地方分権改革推進委員会「中間的なとりまとめ」において<sup>33</sup>、その考え方が次のとおり示された。

「これまでは、国が全国画一的に定める基準こそが行政サービスの水準とされ、どこの地方自治体にあっても、この水準を達成することが行政目的とされてきた。…しかし、地域ごとにさまざまな実情や個性の違いがあり、すべて国が決める基準を一律にあてはめることは、逆に地域活性化の障害となる危険性がある。むしろ地域の実情に応じた独自の個性を優先させる方が住民にとって望ましいと考えられる領域も数多く存在する。」

「義務付け・枠付けについて、廃止・縮減、全部・一部の条例委任、又は条例による補正の許容などの見直しを行い、これらによって条例制定権の拡大をはかるべきである。このうち、条例による補正の許容は、地方自治体による法令の『上書き』を確保しようとするものである。」

この「中間的なとりまとめ」においては、「基本的な考え方」で「上書き権」と述べられていたものが「上書き」となったが、条例による法令の補正を許容するものであることが示された。

次に、2008年(平成20年)の地方分権改革推進委員会「第1次勧告」においても<sup>34</sup>、この「上書き」の考え方は維持され、次のとおり示された。

「当委員会は、これに加えて、第2次勧告に向けて上記の見直し作業を進め、地方自治体に対する国の法令による義務付け・枠付けを存置することを許容する場合のメルクマー

<sup>32</sup> 2007年(平成19年)5月30日地方分権改革推進委員会「地方分権改革推進にあたっての基本的な考え方」。

<sup>33</sup> 2007年(平成19年)11月16日地方分権改革推進委員会「中間的な取りまとめ」。

<sup>34</sup> 2008年(平成20年)5月28日地方分権改革推進委員会「第1次勧告～生活者の視点に立つ『地方政府』の確立～」。

ルを明らかにするとともに、それに基づいて現行法令における義務付け・枠付けを横断的に見直して整理方策を勧告する。それにより、義務付け・枠付けを廃止・縮減するか、仮に存置するとした場合でも、その全部・一部についての条例への委任又は条例による補正を許容(地方自治体による法令の『上書き』の確保)するなどの方法を求めていくこととなる。」

そして、2008年(平成20年)の地方分権改革推進委員会「第2次勧告」においては<sup>35</sup>、「立法権の分権」という考え方が示され、より具体的な提言が次のとおり示された。

『『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。」義務付け・枠付けの存置を許容する場合等の「メルクマールに該当する条項…を除き、①廃止(単なる奨励にとどめることを含む。)、②手続、判断基準等の全部を条例に委任又は条例による補正(『上書き』)を許容、③手続、判断基準等の一部を条例に委任又は条例による補正(『上書き』)を許容、のいずれかの見直しを行う必要がある。その際には、①から③までの順序で見直しを行うべきである。」

しかし、2009年(平成21年)の地方分権改革推進委員会「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」において<sup>36</sup>、「条例による上書き」の議論から、突如、施設基準の「条例への委任」の方法の議論に変わり、その中で、「従うべき基準」と「参酌すべき基準」という考え方が次のとおり示された。

「見直し対象施設等基準について、当該基準に係る規定そのものを廃止するか、又は条例へ委任の措置を講ずる」。条例への委任にあたって「『従うべき基準』を国が設定するのは真に必要な場合に限定されるべき」である。

「見直し対象施設等基準のうち必要最小限のものを、条例制定に当たって『参酌すべき』基準として規定することは許容する。なお、この『参酌すべき基準』については、その法

<sup>35</sup> 2008年(平成20年)12月8日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～」。

<sup>36</sup> 2009年(平成21年)6月5日地方分権改革推進委員会「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」。

的性格をここで整理したとおり、地域の実情に応じて、地方自治体が条例で異なる内容を定めることを許容するものであることから、地方自治体の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ことができる。」

すなわち、これまで国が定めていた、保育所などの施設の基準について、法律を改正して、地方公共団体が条例で施設の基準を設定することに改めることとしたのである。しかし、他方で、「従うべき基準」「参酌すべき基準」を国が定め、条例で基準を設定するさいに、国の「従うべき基準」に従い、あるいは「参酌すべき基準」を参酌しなければならないこととされた。

そして、2009年(平成21年)の地方分権改革推進委員会「第3次勧告」においては<sup>37</sup>、「条例への委任」にあたっての、「従うべき基準」型、「標準」型、「参酌すべき基準」型という3つの条例制定基準の考え方が次のように示された。

「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である。このような観点から、条例の内容を直接的に拘束する条例制定の基準等を設定することは厳に差し控えられるべきである。

条例へ委任する場合における条例制定の基準(以下『条例制定基準』という。)については、現行法令では『従うべき基準』型、『標準』型、『参酌すべき基準』型の3つに類型化できる」。

「国が設定する『従うべき基準』は、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。」

「国が設定する『標準』は、通常よるべき基準である。すなわち、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。」

「『参酌すべき基準』については、国の役割を果たすために、地方自治体に対して『参酌すべき』ものとして示すものであることから、これを十分参照し、これによることの妥当性を検討した上で条例が制定されなければならない。しかしながら、法的には、条例の内

---

<sup>37</sup> 2009年(平成21年)10月7日地方分権改革推進委員会「第3次勧告～自治立法権の拡大による『地方政府』の実現へ～」。

容そのものを直接的に拘束しているものではない。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。

「見直し対象施設等基準のうち必要最小限のものを、条例制定に当たって『参酌すべき』基準として規定することは許容する。なお、この『参酌すべき基準』については、その法的性格をここで整理したとおり、地域の実情に応じて、地方自治体が条例で異なる内容を定めることを許容するものであることから、地方自治体の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えることができる。」

この「第3次勧告」において示された「標準」と「参酌すべき基準」との違いはわかりにくい、「標準」は理由があれば異なる内容を定めることができるわけであり、「標準」と異なる内容の「定め」の客観的・結果的な違いに着目し、それを説明できればよいといえる。他方、「参酌」については、「十分参照し」「検討した」かどうかという行為・手続・経緯に着目するものといえるだろう<sup>38</sup>。

「第3次勧告」においては、この「参酌すべき基準」を「『上書き』を許容するもの」としている。しかし、「中間的なとりまとめ」「第1次勧告」「第2次勧告」においては、「条例への委任又は条例による補正を許容(地方自治体による法令の『上書き』の確保)」と述べており、「条例への委任」と「上書き」は別のものとして掲げていたのであるから、「参酌すべき基準」を付して条例に委任することを、「『上書き』を許容するもの」とはいえないであろう<sup>39</sup>。

第2次地方分権改革においては、条例の「上書き(権)」は実現されなかったといえる<sup>40</sup>。

<sup>38</sup> 十分参照し検討するためには、基準である省令を策定した各省から、その基準設定の根拠や考え方が示されなければならないのではないかと、という論点が生じうるであろう。

<sup>39</sup> 北村は、参酌すべき基準を上書きということについては、「『牽強付会』というしかない。」と述べる。北村喜宣『分権政策法務の実践』(有斐閣、2018年)154頁。本多も「このような条例制定基準を設けて条例に基準設定を委ねる方式が、そもそも『上書き』に当たるかどうか疑問に思われます。」と述べる。本多滝夫「地域主権一括法と『義務付け・枠付けの見直し』」本多滝夫、榊原秀訓、角田英昭、久保貴裕編『「地域主権改革」と自治体の課題—行政分野別に考える条例づくり・権限移譲—』(自治体研究社、2012年)9-61頁、30頁。さらに本多は、「『参酌すべき基準』を『上書き』を許容したものと解することは困難である。」と述べ、また、地方分権改革推進委員会の勧告が個別法の改正を求めるものであったことから、「分権改革推進委は…通則規定で自治体の『上書き』権を保障することには消極的な評価を下し」たとする。本多滝夫「義務付け・枠付けの見直しと法定自治事務条例の展開」三橋良士明、村上博、榊原秀訓編『自治体行政システムの転換と法—地域主権改革から再度の地方分権改革へ』(日本評論社、2014年)39-66頁、44-45頁。

<sup>40</sup> 磯崎は、「第2次分権改革の検討過程では、条例の上書き権(法令の規定を条例で書き換える権限)の法制化も検討されたが、実質的には実現に至らなかった。この提案は、国の法令が条例の上位にあるという発想を転換する点で魅力的なものであり、引き続きその可能性を追求する必要がある。」と述べる。磯崎初

なお、「第3次勧告」において、「3つの条例制定基準」による見直し対象範囲とされたのは、地方自治体又はその機関が施設や公物(公の営造物)を設置し、又は管理するに当たっての、施設等の総量、職員の数・資格、職員給与・研修、利用者資格・利用者数の義務付け・枠付けに該当するものである。

すなわち、施設等の設置管理基準のみがその対象とされることとなった。

### (3) 実施された法改正

第2次地方分権改革においては、義務付け・枠付けの緩和として、施設等の設置管理基準について、国が「従うべき基準」「標準」「参酌すべき基準」を示しながら、地方公共団体の条例に委任することとした。

この3つの条例制定基準のうち、特に厚生労働省所管分においては「従うべき基準」が設定されたものが多かったとされる<sup>41</sup>。

第2次地方分権改革においては、数次の一括法により、その内容を実現する法改正が行われたが、第1次一括法について、全国知事会が整理した資料によれば<sup>42</sup>、国が「従うべき基準」「標準」「参酌すべき基準」を付しながら条例に委任した43項目のうち「従うべき基準」が付された条項は31項目であった(1つの項目のなかで「従うべき基準」と「参酌すべき基準」の2つが、あるいは、さらに「標準」も加えた3つが付されたものもある)。この31項目はすべて厚生労働省所管分であり、厚生労働省所管分に限れば、35項目のうち31項目に「従うべき基準」が付されたのである。

具体的な法改正の内容について、保育所などの児童福祉施設の設置基準を例として示すと、次のとおりである。

改正前の児童福祉法(昭和22年法律第164号)の児童福祉施設の設置基準に関する定めは次のとおりであった。

---

仁「政策法務と条例」磯崎初仁、金井利之、伊藤正次『ホーンブック地方自治[新版]』(北樹出版、2020年)109-119頁、111-112頁。

<sup>41</sup> 義務枠見直し条例研究会『義務付け・枠付け見直し独自基準事例集』(ぎょうせい、2013年)36頁。大田直史は、「社会保障分野の場合でみると、他の分野と比べて『従うべき基準』の比率が大きくなっています。①従来、法令による最低基準が国の生存権保障の責務を果たす意義を有してきたことと同様にナショナル・ミニマムを保障する意義を有する」と述べている。大田直史「地方自治体の事務と条例制定権」岡田正則、榊原秀訓、大田直史、豊島明子『地方自治のしくみと法』(自治体研究社、2014年)39-69頁、63頁。

<sup>42</sup> 2011年(平成23年)6月23日全国知事会第1回地方分権推進特別委員会「参考資料2 条例委任事項一覧(地方分権改革推進計画・第1次一括法)」。

「第 45 条 厚生労働大臣は、児童福祉施設の設備及び運営並びに里親の行う養育について、最低基準を定めなければならない。この場合において、その最低基準は、児童の身体的、精神的及び社会的な発達のために必要な生活水準を確保するものでなければならない。

2 児童福祉施設の設置者及び里親は、前項の最低基準を遵守しなければならない。

3 児童福祉施設の設置者は、児童福祉施設の設備及び運営についての水準の向上を図ることに努めるものとする。」

そして、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(平成 23 年法律第 37 号)(第 2 次地方分権改革における第 1 次一括法)による改正後の児童福祉法の児童福祉施設の設置基準に関する定めは次のとおりとなった。

「第 45 条 都道府県は、児童福祉施設の設備及び運営について、条例で基準を定めなければならない。この場合において、その基準は、児童の身体的、精神的及び社会的な発達のために必要な生活水準を確保するものでなければならない。

2 都道府県が前項の条例を定めるに当たっては、次に掲げる事項については厚生労働省令で定める基準に従い定めるものとし、その他の事項については厚生労働省令で定める基準を参酌するものとする。

① 児童福祉施設に配置する従業者及びその員数

② 児童福祉施設に係る居室及び病室の床面積その他児童福祉施設の設備に関する事項であって児童の健全な発達に密接に関連するものとして厚生労働省令で定めるもの

③ 児童福祉施設の運営に関する事項であって、児童(助産施設にあつては、妊産婦)の適切な処遇の確保及び秘密の保持、妊産婦の安全の確保並びに児童の健全な発達に密接に関連するものとして厚生労働省令で定めるもの

3 児童福祉施設の設置者は、第 1 項の基準を遵守しなければならない。

4 児童福祉施設の設置者は、児童福祉施設の設備及び運営についての水準の向上を図ることに努めるものとする。」

里親に関しては、別の条項へ移し、本条からは削除されている。

また、地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律(第 2 次地方分権改革における第 1 次一括法)の附則第 4 条は次のとおり定めている。

「(保育所に係る居室の床面積の特例)

第4条 都道府県が第13条の規定による改正後の児童福祉法第45条第1項の規定により条例を定めるに当たっては、保育の実施への需要その他の条件を考慮して厚生労働省令で定める基準に照らして厚生労働大臣が指定する地域にあつては、政令で定める日までの間、同条第2項の規定にかかわらず、保育所に係る居室の床面積については、同項の厚生労働省令で定める基準を標準として定めるものとする。」

すなわち、保育所に係る居室の床面積についての省令で定める基準は、原則としては「従うべき基準」であるが、指定地域にあつては「標準」として、条例で異なる基準を定めることを認めるとしたのである。

具体的に、厚生労働省令で定められた保育所に係る居室の床面積の基準は、

- ・0、1歳児を入所させる保育所 乳児室(1.65 m<sup>2</sup>/人)又はほふく室(3.3 m<sup>2</sup>/人)
- ・2歳以上児を入所させる保育所 保育室(1.98 m<sup>2</sup>/人)又は遊戯室(1.98 m<sup>2</sup>/人)

であった。

児童福祉施設の設備及び運営に関する基準(昭和23年厚生省令第63号)の規定の一部をそのまま引用すれば次のとおりである。

「第5章 保育所

(設備の基準)

第32条 保育所の設備の基準は、次のとおりとする。

- 1 乳児又は満2歳に満たない幼児を入所させる保育所には、乳児室又はほふく室、医務室、調理室及び便所を設けること。
- 2 乳児室の面積は、乳児又は前号の幼児1人につき1.65平方メートル以上であること。
- 3 ほふく室の面積は、乳児又は第1号の幼児1人につき3.3平方メートル以上であること。
- 4 乳児室又はほふく室には、保育に必要な用具を備えること。
- 5 満2歳以上の幼児を入所させる保育所には、保育室又は遊戯室、屋外遊戯場(保育所の付近にある屋外遊戯場に代わるべき場所を含む。次号において同じ。)、調理室及び便所を設けること。

6 保育室又は遊戯室の面積は、前号の幼児 1 人につき 1.98 平方メートル以上、屋外遊戯場の面積は、前号の幼児 1 人につき 3.3 平方メートル以上であること。

7 保育室又は遊戯室には、保育に必要な用具を備えること。

8 乳児室、ほふく室、保育室又は遊戯室(以下「保育室等」という。)を 2 階に設ける建物は、次のイ、ロ及びへの要件に、保育室等を 3 階以上に設ける建物は、次に掲げる要件に該当するものであること。

イ 耐火建築物(建築基準法(昭和 25 年法律第 201 号)第 2 条第 9 号の 2 に規定する耐火建築物をいう。以下この号において同じ。)又は準耐火建築物(同条第 9 号の 3 に規定する準耐火建築物をいい、同号ロに該当するものを除く。)(保育室等を 3 階以上に設ける建物にあっては、耐火建築物)であること。

ロ 保育室等が設けられている次の表の上欄に掲げる階に応じ、同表の中欄に掲げる区分ごとに、それぞれ同表の下欄に掲げる施設又は設備が 1 以上設けられていること。(以下略)

この法改正の結果をみてもわかるように、「従うべき基準」や「参酌すべき基準」は、法律本体に具体的に書かれたわけではなく、省令で定められた。

もともと、法律を含めた法令を条例が上書きできる、すなわち、条例が法律にさえ優越しうる、ということが、条例の上書き(権)の議論であったはずである。それが、「従うべき基準」や「参酌すべき基準」が法律本体ではなく省令で設定されることとなったため、条例が省令に従わなければならない、あるいは、条例が省令を参酌しなければならないこととされた。省令が条例に優越するという前提とした法改正がなされたのである<sup>43</sup>。三位一体の改革と同様、地方分権を進めるはずであったものが、むしろ中央集権を進める内容にすり替わり、地方分権に逆行する結果となったのである<sup>44</sup>。

<sup>43</sup> 田中(孝)は、この第 2 次地方分権改革による法改正の前までは、従うべき基準の多くは政令で定められており、また、参酌すべき基準も前例が少なかったことを指摘している。田中(孝)・前掲注 31、111 頁(なお具体的な例の紹介が、同 91-111 頁にある。)。すなわち、第 2 次地方分権改革において、条例に対する省令の優越が示された、ということになる。

<sup>44</sup> 吉岡正和は「権力を持つ中央政府には、自らの権限を縮小する分権化を進めるインセンティブはほぼない。1990 年代半ば以降の地方分権化は、与野党間の政権交代があって実現した例外的なものであった。」と述べる。吉岡正和「新しい行政法学と自立した自治体の創造」神戸大学法政策研究会編『法政策学の試み—法政策研究第 20 集』(信山社、2020 年)273-315 頁、308 頁。

さらに、「厚生労働省令で定めるもの」が、「従うべき基準」となった。何を「従うべき基準」とするのか、ということまでも、省令で定めるとされたことは、留意すべき点である。

#### (4) 学説等における評価

第2次地方分権改革における義務付け・枠付けの見直しについての学説等における評価については<sup>45</sup>、まず、条例制定権が拡大し、地方の自主性・自立性が増したというものがある<sup>46</sup>。

---

<sup>45</sup> 本文における筆者の整理とは異なるが、田中(孝)が「義務付け等見直しに係る条例論」の状況を整理している。田中(孝)・前掲注 31、87-88 頁。また、田中(孝)は、「従うべき基準」「参酌すべき基準」「標準」に違反する条例の効力について論じ、当然に無効になるのかどうかということが検討課題として残っていることを指摘している。同 88-90 頁。ただし、田中(孝)が、違法な条例に従って行われた地方公共団体の契約について、「相手方保護に関して何らかの解釈(例、表見代理制度の参照)が行われるものと思われる」と述べているのは、条例の効力の問題から、条例に従った行為の効力の問題に論点が変わってしまっている。条例が違法であり、それゆえに、条例に従った行為もまた違法であったとしても、その行為は当然には無効になるものではない。違法な行為がただちに無効となるわけではなく、その行為が契約のような民事的法律行為であった場合には、なおさらであって、表見代理制度を持ち出すまでもないことである(この点は、裁判所が、住民訴訟等において、深く検討もせず、違法であれば即無効とし即損害賠償を認めるといった誤った判示をするように、しばしば誤解される点であろう。)

また、小泉祐一郎は、理論面で、条例への委任という考え方に疑問を提起している。「自治体の事務である以上、法令に反しない限りにおいて条例で定めることはもともと可能なのであるから、法律の委任に基づく条例ではなく、法定された事務に関する自治体の条例として位置づける必要がある。」と論じ、「分権改革委員会の第3次勧告で『従うべき基準』『標準』『参酌すべき基準』の3つの類型において『委任』の用語が用いられているが、理論構成上は、従来の委任の概念とは次元を異にしていると考えべきであり、第3次勧告は、その点を明確にすべきであったと思われる。」とする。小泉祐一郎『地域主権改革一括法の解説—自治体はどう整備すべきか—』(ぎょうせい、2011年)65-66 頁。すなわち、もともと「法律に基づく事務(権限)及びその領域について地方公共団体が個別法の委任を受けずに自治立法権を行使し法律実施条例を制定しうる」のであり(小泉祐一郎「法律と条例・規則の機能分担と相互関係」北村喜宣、飯島淳子、磯崎初仁、小泉祐一郎、岡田博史、釘持麻衣、公益財団法人日本都市センター編著『法令解釈権と条例制定権の可能性—分権社会における条例の現代的な可能性と実践』(第一法規、2022年)181-230 頁、182 頁)、「個別法が地方公共団体の立法権限の領域内に地方公共団体の事務として事務を設定した段階で、地方公共団体の自治立法権は法律に基づく事務に及ぶ」(同 191 頁)。「既に立法権限を包括的に有している地方公共団体に対して改めて立法権を黙示的に付与する必要はないものと考えられる」(同 193 頁)。ゆえに、「法律で『条例で定める』とする規定は条例への委任ではなく条例制定の義務付けと解される」(同 211 頁)。第2次地方分権改革における義務付け・枠付けの見直しの「中心は地方公共団体の公の施設等の設置管理に関する基準を法律で『〇〇の基準は政令で定める』とする規定であった。したがって、この改革の主たる内容は、国から地方公共団体への『立法権限の移譲』ではなく、地方公共団体の事務に対する国の『立法的関与の廃止・縮減』であった。立法的関与を廃止する場合は法律から条例に委任する必要はない。法令の関与の規定を削除するのみで足りる。立法権限の移譲ではないにもかかわらず法律からの『委任』という形式で法改正が行われた結果、あたかも法律から条例に規律事項の定立の権限が授権されたかのような誤解を生じさせた。」と論じる(同 218 頁)。

<sup>46</sup> 松本英昭は、「改正後の措置を踏まえた条例は法令に違反しないこととなり、条例制定権の範囲は当該事項について拡大する。」と述べる。松本英昭『地方自治法の概要<第6次改訂版>』(学陽書房、2014年)188 頁。また、田中聖は「筆者は、義務付け・枠付けの見直しを地方公共団体の事務の処理のあり方を質的に変化させるものであると同時に、行政法の分野にイノベーションをもたらす契機になるものと考えている」とする。田中聖「義務付け・枠付けの見直しの到達点(下)—地方分権改革推進委員会第2次・第3次勧告—」地方自治第767号(地方自治制度研究会編・ぎょうせい、2011年)33-55 頁、54 頁。小泉は「今回の規律密度の改革については、将来の改革に向けた大きな実績が積まれたものと言うことができる。」とし、『参酌基準』の導入は、立法における分権が含まれているという点では評価すべきである

他方で、その対象範囲が施設等に限定され<sup>47</sup>、また、施設等の設置そのものや制度の大枠ではなく<sup>48</sup>、設置基準が対象となったことから、範囲が狭いという批判がある<sup>49</sup>。また条例への委任が概括的ではなく個々の基準ごとに詳細化されたものであったということの指

---

う。」(小泉 2011・前掲注 45、416 頁)、「実質的な効果は大いに評価できる」(小泉 2022・前掲注 45、219 頁)と述べる。他方、本多は「自治体は、条例制定に際して、当該基準の地域適合性について住民に対して説明責任を果たさなければなりません。そうすると、今回の『義務付け・枠付けの見直し』で採られた方法は、『団体自治』だけでなく『住民自治』の強化にも資するものとも評価できます。」という。本多 2012・前掲注 39、40 頁。

<sup>47</sup> この点、小泉は「対象を『施設・公物設置管理の基準』に絞った」と指摘する。小泉 2011・前掲注 45、415 頁。また、大津浩は「今回、先行的な見直し対象となった主な分野は、自治体が管理・運営の主体となっている施設・公物の設置管理であった。…民間の活動を規制する場合の許認可の基準等、まさに自治体立法権を行使するにふさわしい分野については、なお国の政省令が基準を設定し続けている。」と論じる。大津浩『分権国家の憲法理論—フランス憲法の歴史と理論から見た現代日本の地方自治論』(有信堂、2015年)386 頁。

<sup>48</sup> 2001 年(平成 13 年)6 月 14 日地方分権推進委員会「最終報告」(前掲注 21)では「ある事業を実施するかしないかの選択それ自体を地方公共団体の自主的な判断に委ねることこそが最も重要である」とされていたが、そのような改革にはなっていない。北村・前掲注 39、23 頁参照。この点、大津は「より重大な問題としては、今回実際に条例に委ねられることになったものの多くが、予め法律に定められた要件を実施に移す際の具体的な数値などの実施基準(要件該当基準)に過ぎなかったことである。その前提となる処理や規制の要件自体の決定を条例に譲り渡さない限り、真の『立法権分権』は実現できない。実施基準の規範定立は、本来、自治体首長の規則制定権に委ねられるのがふさわしい。」と指摘する。大津・前掲注 47、386 頁。また、岡田正則は「住民の自治的判断に基づいて、一定の住民福祉にサービスを特化する選択も行われてよいはずですが。しかし現実には、国は、…『全国一律』の事務の実施を全地方自治体の必須の義務」としている。岡田正則「地方自治の理念と歴史」岡田正則、榊原秀訓、大田直史、豊島明子『地方自治のしくみと法』(自治体研究社、2014 年)11-37 頁、30 頁。磯崎も「重要な事項は相変わらず政省令に留保し…自治体が自主性・自律性を発揮することは難しいと思われる。」と述べ(磯崎・前掲注 19、191 頁)、また、「義務付け・枠付けの見直しでは条例委任が広がった。しかし、法令の『過密』が変わらない中で部分的に条例制定の余地が広がっても、政策的に活用することは難しい」と論じる。磯崎初仁「国と地方の『対等・協力』と立法分権」月刊ガバナンス第 250 号(ぎょうせい、2022 年)23-25 頁、24 頁。鈴木庸夫も「もともと条例による上書き権は、法令の中心的な制度も含めてこれを条例によって書き換えることによって、地域の実情に合わせた個々の制度を構築することにその主眼があつたが、そうした手法は全く採られなかったといつてよい。」とする。鈴木庸夫「地域主権時代の条例論」ジュリスト第 1413 号(有斐閣、2010 年)14-21 頁、19 頁。

<sup>49</sup> 北村は「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。」と評する。北村・前掲注 39、173 頁。また、鈴木潔は「一部事項について条例委任が導入されたとはいっても、重要な事項が引き続き政令に留保されている」と論じる。鈴木潔「政策法務と地方分権」今川晃、牛山久仁彦編『自治・分権と地域行政』(芦書房、2020 年)153-172 頁、160 頁。鈴木(庸)も「最も大きな問題は、『規律密度の解消』という目的が達成されたのかどうかということである。しかし、大綱を見るかぎり、こうした目標は達成されたとはとてもいえない。」とする。鈴木(庸)・前掲注 48、19 頁。岡田博史は、「次のような点が不十分であつたのではないかと考える。」として、「法定受託事務を対象から外している」「政省令が検討の対象外となっている」「いわゆる『できる』規定…は除外されている」「法律とは異なる行政手法を採用することの是非について検討がされていない」ことを掲げる。岡田博史「自治通則法(仮称)制定の提案(1)」自治研究第 86 巻第 4 号(第一法規、2010 年)105-124 頁、107-108 頁。

摘もあった<sup>50</sup>。加えて、それが本来は条例本則で定めるべき事項ではなく、規則以下で定めるべき技術的詳細事項であったという指摘もある<sup>51</sup>。

「従うべき基準」を認めたこと、また、「従うべき基準」が設定された範囲が広いことについての批判や指摘もあった<sup>52</sup>。

---

<sup>50</sup> 小泉は「本来は法律で『〇〇の管理に関し必要な事項は条例で定める』といった概括的な定めをすべきところ、個々の基準ごとに『条例で定める』と規定したことで、地方公共団体の例規の体系を変則的な形にしてしまった。」と述べる。小泉 2022・前掲注 45、219 頁。また、小泉は、「領域のレベルで権限移譲が行われ」ることで「法律によって条例で定めることが義務付けられた事項と地方公共団体独自の定めが一体的に規定されることになる。この場合は、法律が指定した条例事項とそれ以外を条例上は区別せずに規定することが可能とな」として、一体的に区別せずに規定することを肯定的に捉えており、これは、「法律で『条例で定める』とする規定は条例への委任ではなく条例制定の義務付けと解されるから」、すべて地方公共団体の事務であるため一体的に条例で規定することが望ましいと考えているものと思われる(同 211 頁)。さらに小泉は「法律から条例への委任は立法権を有する地方公共団体に行政立法ではなく立法を委ねるのであるから、立法の分担(分任)に相応しい内容である必要がある。許可の基準の一部のような詳細化した事項ではなく、許可基準そのものといった概括的な事項であるべきである。」(同 226 頁)と論じる。

<sup>51</sup> 小泉は「対象は自治事務のうちの施設・公物の設置管理基準に限られ…技術的細目である」と述べる。小泉 2011・前掲注 45、400 頁。また、北村は「第 2 次分権改革での条例規定の具体例として、『鳥獣の保護及び管理並びに狩猟の適正化に関する法律』(鳥獣保護法)を見てみる。何を条例で定めることができるのかというと、標識の寸法である。要するに『何 cm×何 cm』ということ条例で定める。しかも、この条文がなければできないのである。通常、各市の条例では、寸法などは規則事項としており、条例本則でそんなことを書く法務運用は多分ない。しかし、中央政府は、その程度のことを決めさせることで『自治体に自己決定をさせた』と受け止めているのである。」と論じる。北村 2022・前掲注 31、14 頁。

<sup>52</sup> 小泉は「『従うべき基準』の導入は、その使われ方によっては分権の趣旨を形骸化するおそれがあるものと言えよう。」と述べ(小泉 2011・前掲注 45、417 頁)、「分権改革委員会が示した『従うべき基準』や『標準』を設定できる場合の条件が政府の段階で緩和され、分権改革委員会が想定した以上に国の基準による縛りが形式を変えて存置されることになった。」と指摘する(同 415-416 頁)。他方で、小泉は「従うべき基準」であっても、例外としてであれば、異なる基準を設定しようと主張する。「国の基準を一律に適用することが合理性を欠き、例外基準を設定することが法目的や要件規定の趣旨に合致する場合には、従うべき基準と異なる基準を定めることができるものと考えられる。例えば、原則としては従うべき基準と同じ基準を定め、例外として、通常想定している事態とは異なる事態に限って従うべき基準とは異なる基準を定めるのである。」「さらに、『従うべき基準』と『従わなければならない基準』とは理論的には違う」というのである(同 97 頁)。

「従うべき基準」を見直し、「参酌すべき基準」化を求める主張は、全国知事会において、継続してなされている。2020 年(令和 2 年)10 月 29 日全国知事会地方分権推進特別委員会地方分権改革の推進に向けた研究会「報告書」4-6 頁。全国知事会の活動の成果として、放課後児童クラブの支援員の配置及び資格に係る「従うべき基準」が「参酌すべき基準」に 2020 年(令和 2 年)4 月 1 日より移行した(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(令和元年法律第 26 号)第 9 条。いわゆる第 9 次一括法)。ただし、提案から 2 年以上経過してようやく実現するなど、提案の実現には多大な時間と労力が必要であり、また、これまでに多くの「従うべき基準」の見直しを求める提案がなされたものの、提案が実現した例はごく少数であるとされる。これらの経緯については、2020 年(令和 2 年)2 月 19 日全国知事会地方分権推進特別委員会第 2 回地方分権改革の推進に向けた研究会「資料 1 事務局説明資料」参照。また、出石も、従うべき基準について「自治事務にありながら法定受託事務を超えるほどの自治体への縛り」であると述べ、「自治体からの提案募集の中には、従うべき基準の見直しの提案が一定程度あるが…いったん従うべき基準に整理されると、なかなか見直しをされ」ないことを指摘している。出石・前掲注 31、69 頁。

他方で、角田英昭は「『参酌すべき基準』では…基準引き下げや規制緩和にシフトしていくことが懸念されています。端的に言えば、それを可能にする方策になっているわけです。次に『従うべき基準』ですが、これは条例に委任しても現行の国基準を全国的に維持することであり、そのこと自体は一定の評価ができます。」「条例に委任する場合は、基本的には『従うべき基準』にすべきです。」と述べ、従うべき基準を評価し、参酌すべき基準に否定的である。角田英昭「条例化の課題と取り組みの基本方向」本多滝夫、

また、そもそも、条例制定基準を定めたこと自体への疑問も提起されている<sup>53</sup>。

条例制定が義務付けられ、新たな義務付けが生じたという批判も多い<sup>54</sup>。

地方公共団体の対応として、基準を条例自体で定めず、基準を定める省令の条項を引用したり<sup>55</sup>、規則にさらにゆだねたりすることについての議論もあった。

鈴木潔は、「条例委任された法令について、自治体が十分に活用していないようにみえることである。例えば、自治体のなかには、参酌すべき基準も含めて当該政省令の基準を丸ごと条例化する例があること、また、条例化の方法として、『〇〇の基準は、△△政令で定める基準をもって、その基準とする』旨の規定とする、いわゆる『リンク方式』を採用する例もある。」と述べる<sup>56</sup>。

これは、条例制定が義務付けられることに対しての裏腹の問題であるともいえる。いわゆるリンク方式は、「参酌すべき基準」について、修正したい部分のみについて修正後の内容を条例で具体的に記述し、そうでないところは基準を定める省令の条項をそのまま引用することで、「上書き」のスタイルをとったものであるといえる<sup>57</sup>。

---

榊原秀訓、角田英昭、久保貴裕編『「地域主権改革」と自治体の課題—行政分野別に考える条例づくり・権限移譲—』（自治体研究社、2012年）77-87頁、81-83頁。これは、規制緩和自体に対して、否定的であるといえる。しかし、資源に限りがある以上、何らかを向上拡大しようとするならば、他の何かを低下縮小しなければならない。すべて国の基準として低下縮小はないが向上拡大もないというよりも、実際に業務を行っている地方公共団体が実情を踏まえて何かを向上拡大させ何かを低下縮小するという判断をするほうがよい、ということが、地方分権の理念なのである。

<sup>53</sup> 鈴木(潔)は「条例委任の事項についても、国が『従うべき基準』、『標準』、『参酌すべき基準』という3つの基準を示すことができるようになっており…これでは自治体が創意工夫する余地が少ないということになる。」と論じる。鈴木(潔)・前掲注 49、160頁。また、小泉も『「条例委任」に当たって国は『従うべき基準』、『標準』、『参酌基準』を示すことができることとされた。」と表現する。小泉 2011・前掲注 45、415頁。

<sup>54</sup> 北村は「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。」と述べる。北村喜宣「2つの一括法による作業の意義と今後の方向性—『条例制定権の拡大』の観点から—」北村喜宣編著『第2次分権改革の検証—義務付け・枠付けの見直しを中心に—』（敬文堂、2016年）3-40頁、12頁。また、「実際になされたのは『条例決定ができる法令部分とその範囲を中央政府が決定し、期限内に条例制定を強制する』ものであった。」（北村・前掲注 39、i頁）、「望んでいる事務については条例対応が認められず、望んでもいない事務については期限付きで条例制定を強制される」（同 139頁）、「何ら不都合を感じないような自治体に対しても、条例決定を義務づける」（同 159頁）等と論じる。本多・前掲注 39、61頁。田中(孝)は、「自治体では、大量の施設等基準条例などの整備が必要になっている。見方によっては、自治体には大変な事務負担になっているといえよう。」と指摘する。田中(孝)・前掲注 31、87頁。磯崎も「自治体の裁量を重視するのであれば、条例で定めることを『義務付け』しないで、何をどういう形式で定めるかも含めて自治体に任せるべきであった。」とする。磯崎・前掲注 19、191頁。

<sup>55</sup> 本多・前掲注 39、43頁参照。

<sup>56</sup> 鈴木(潔)・前掲注 49、160頁。

<sup>57</sup> 榊原秀訓「保育行政における基準の条例化」本多滝夫、榊原秀訓編著『どこに向かう地方分権改革—地方分権改革の総括と地方自治の課題』（自治体研究社、2014年）53-74頁、70頁参照。なお、榊原秀訓は、

また、省令が変更された場合、地方公共団体は、議決を経て条例を改正しなければならないことになるのか、という問題がある。この問題を踏まえ、筑紫圭一は、基準を条例で定めるのではなく規則に委任するという方式や、省令の基準をそのまま適用することを条例で記述するリンク方式の是非について論じている<sup>58</sup>。

なお、小泉祐一郎は、基準を条例から規則へ委任することは当然可能であるとして<sup>59</sup>、むしろ、「対象は自治事務のうちの施設・公物の設置管理基準に限られていることから、多くの事項が自律的な基準であること、また、ほとんどが政省令で規定されていた技術的細目であることから、条例で定めるべき事項は限定されている。」とする<sup>60</sup>。

田中孝男も「通常、法律が許可基準等を政省令に委任する理由は、政治的な決定を行政機関に委ねるためではなく、専門技術的な事項であり国会が担うよりも行政機関の方が機動的かつ的確に対処し得るからと思われる。…そうすると、専門技術的であることを理由として法律が委任をする『政省令で規定する事項』については、これを単純に『条例で規定する事項』に変更するのは、不適當なことになる。」と述べる<sup>61</sup>。

## (5) 筆者の評価

第2次地方分権改革における義務付け・枠づけの緩和についての筆者の見解を述べると、「従うべき基準」や「参酌すべき基準」が法律ではなく、省令で定められたということが最大の問題であると考えられる。

その結果、条例が法律を上書きする、という議論であったはずのものが、条例が省令に従わなければならない、ということとなった。地方分権を推進するどころか、地方分権に逆行するものとなり、将来に禍根を残すことになったといえる。

---

「現在の改正動向に照らすと、基準の切下げ方向に向かうことも懸念され、…切り下げを安易には認めないことになる『書き写し方式』を採用したほうが妥当だと考えられます」と述べる(同72頁)。

<sup>58</sup> 筑紫圭一「義務付け・枠づけの見直しに伴う条例の制定と規則委任の可否」北村喜宣編著『第2次分権改革の検証－義務付け・枠づけの見直しを中心に－』(敬文堂、2016年)88-102頁、92-97頁。

<sup>59</sup> この点、小泉は「一括法では、従来は法令で定めていた基準等を『条例で定める』とされた。『条例で定める』という規定は、一般的には、条例で規定することを意味しているが、条例から規則へ委任することは当然可能である。この点に関し、自治体の現場では、法律が条例でとしている以上、規則への委任は法律の趣旨に反するといった誤解が生ずる可能性があるため、念のために整理しておく。」と述べる。小泉 2011・前掲注 45、95 頁。また、別の論点であるが、小泉は、「首長の規則制定権は、民主主義の原理に基づく日本国憲法に根拠を有し、地方自治法で公選による首長が定める法規として位置付けられて」いることを指摘する。小泉 2022・前掲注 45、207 頁。

<sup>60</sup> 小泉 2011・前掲注 45、400 頁。

<sup>61</sup> 田中(孝)・前掲注 31、40 頁。

学説等においては、本多滝夫が「そもそも条例制定基準を定める規範を、これまでと同じように政令・省令等にしたままでよかったのかは、疑問」と述べるほか<sup>62</sup>、基準が政省令で定められたことについての言及はあるものの<sup>63</sup>、とりわけ条例と省令との関係に着目しての、積極的な批判や指摘はみられない<sup>64</sup>。

次に、何を「従うべき基準」とするかということまで「省令で定める」という規定ぶりにしたことも、大いに問題があると筆者は考えるが、この点については、他に批判や指摘はみあたらない。

また、条例に委任するにさいして、「条例制定基準」を付すことを前提として、「従うべき基準」「標準」「参酌すべき基準」という 3 つの基準が登場したわけであるが、そもそも条例に委任をするならば、国はそれ以上の基準をつけないことを原則とすべきであった。

「条例制定基準」などというようなものが必要かどうか、という議論が欠けていたといえる。この点については、学説でも指摘をされていたことは、Ⅱ 6. (4) で述べたところである。

実際に、国が基準等を示さず、地方公共団体の条例にゆだねた個別法の規定はすでに存在している。

---

<sup>62</sup> 本多・前掲注 39、42 頁。これ以上の記述はないが、法律で定めるべきことを示唆しているとも読める。  
<sup>63</sup> 北村は「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」であることを指摘し(北村・前掲注 54、3 頁)、『従うべき基準』というものは、①基準遵守の義務づけ、②基準の具体的設定の二つの次元で整理される。法律本則では①がなされ、省令で②がなされる。」と実状を正しく示している。北村喜宣『自治力の挑戦・閉塞状況を打破する立法技術とは』(公職研、2018 年)27 頁。また、北村は「法律で政省令の内容として囲い込めば自治体事務に関して詳細に規律できるとなれば、分権改革以前と同じような法状況となる。」とも述べている。北村喜宣「分権改革後の憲法第 8 章に関する行政法学からの質問」憲法研究第 8 号(信山社、2021 年)75-91 頁、81 頁。また、田中(孝)も「いわゆる義務付け・枠付けに伴う施設設置基準の条例事項化」について、「従うべき基準」は「政省令によって条例の内容を厳格に拘束しようとする基準」であるとし(田中(孝)・前掲注 31、35 頁)、「政省令による統制」(同 49 頁)、「政省令による条例制定基準」(同 87 頁)であると示している。

<sup>64</sup> なぜこのような結果になってしまったのか、この点についてなんらかの批判がなされなかったのか、という疑問が生じる。これは、先に見てきたように、「上書き」の議論が、「従うべき基準」「標準」「参酌すべき基準」の議論に突如変更になったということがある。かつ、実際の基準の多くが「従うべき基準」であること、さらには、その基準が法律本体ではなく省令で定められることが判明したのは、具体的な法改正案が例示された時点であり、十分に検証がなされなかった可能性がある。そして、批判は「従うべき基準」を認めたこと自体に集中し、そこからさらに踏み込んだ検討がなされなかったといえるであろう。

また、地方議会の議決を経る条例よりも省令が優先することに対して、本来、異議を申し立てるべきは、地方議会である。ところが、地方分権改革における地方側のメインプレイヤーは地方 6 団体のうち、全国知事会、全国市長会、全国町村会であり、地方議会の活動は弱かったということもあったかもしれない。ただし、斎藤誠は、「条例は、都道府県、市町村を問わず、すべからく地方議会の議決を必要とする」としつつ、「問題はことの実質であり、自治体の様々な政策形成を担う条例については、制度設計の主役は従来、首長部局であった。」と述べる。斎藤誠「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」ジュリスト第 1220 号(有斐閣、2002 年)84-91 頁、89 頁。

たとえば、自転車の安全利用の促進及び自転車等の駐車対策の総合的推進に関する法律(昭和 55 年法律第 87 号)第 6 条は、第 1 項で「市町村長は、駅前広場等の良好な環境を確保し、その機能の低下を防止するため必要があると認める場合において条例で定めるところにより放置自転車等を撤去したときは、条例で定めるところにより、その撤去した自転車等を保管しなければならない。」と定め、第 2 項で「市町村長は、前項の規定により自転車等を保管したときは、条例で定めるところによりその旨を公示しなければならない。この場合において、市町村長は、当該自転車等を利用者に返還するため必要な措置を講ずるよう努めるものとする。」と定める。放置自転車を撤去するかどうかは市町村が決め、撤去をする場合には条例で定めなければならないとする規定ぶりであるが、国による基準についての定めはない。

また、屋外広告物法(昭和 24 年法律第 189 号)第 3 条第 1 項本文は「都道府県は、条例で定めるところにより、良好な景観又は風致を維持するために必要があると認めるときは、次に掲げる地域又は場所について、広告物の表示又は掲出物件の設置を禁止することができる。」と定め、同項第 6 号は「前各号に掲げるもののほか、当該都道府県が特に指定する地域又は場所」と定める。すなわち、禁止するか否かということも、どこで禁止するかも、都道府県にゆだねられており、それができるといふことのみを法律が定めている。条例で定めなければならないが、国による基準についての定めはない。屋外広告物法は他の条項も同様の規定ぶりである<sup>65</sup>。

---

<sup>65</sup> このほか、墓地、埋葬等に関する法律(昭和 23 年法律第 48 号)第 10 条は「墓地、納骨堂又は火葬場を経営しようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。」と定めているが、この許可基準についての規定は一切なく、条例で定めることさえも求められていない。すべて都道府県知事にゆだねられ、許可をするかしないかという判断を知事が行わなければならないことだけが、法律で定められている(小泉 2022・前掲注 45、212 頁参照)。この許可の基準を条例で定めることに関し議論があることを田中(孝)が指摘しているが(田中(孝)・前掲注 31、33 頁)、法律上の制約がない以上は、条例でどのように定めても、定めなくとも、違法になるはずがない(違法というのは法律に違反するという意味であるから、法律がないところに違法はない)、というのが筆者の見解である。

なお、木下昌彦は、いわゆる薬事法判決(薬局距離制限事件最高裁判決(最大判昭 50・4・30・民集 29 卷 4 号 572 頁))で違憲とされた薬事法(昭和 35 年法律第 145 号)の規定は、「許可を与えないことができる」という、都道府県に裁量を認める規定ぶりであり、さらに、配置の基準も都道府県の条例で定めるといふ分権的な規定であったことを指摘したうえで、「薬事法の適正配置規制が分権的規定であることは、憲法上の論証では全く問題にされることがなく、適正配置規制それ自体が合理的な根拠を欠くとして、薬事法の規定それ自体が違憲無効とされた。」と指摘する。木下昌彦「国の立法裁量と地方公共団体の立法裁量—ブランドイソの実験室理論を示唆として」憲法研究第 8 号(信山社、2021 年)119-136 頁、120 頁。そして、「適正配置は国によって一律に設定されたものではなく、それが及ぶ地理的範囲は、その導入を自ら選択した都道府県のみであり、また、都道府県の選択次第によっていつでも撤回が可能なものであった。逆に、薬事法判決は、都道府県の立場から見れば、一旦与えられた適正配置を設定するか否かを定める自由を奪うものであったということになる。…適正配置規制の合理性の判断については、最高裁が一つの解答を出

他方、食品衛生法(昭和 22 年法律第 233 号)は、食品衛生法等の一部を改正する法律(平成 30 年法律第 46 号)第 2 条による改正前は、第 51 条で「都道府県は、飲食店営業その他公衆衛生に与える影響が著しい営業(食鳥処理の事業を除く。)であって、政令で定めるものの施設につき、条例で、業種別に、公衆衛生の見地から必要な基準を定めなければならない。」と定めており、従うべき基準や参酌すべき基準はなく、基準は完全に都道府県の条例にゆだねられていた。しかし、平成 30 年改正により、改正前第 51 条は改正後第 54 条となり、「都道府県は、公衆衛生に与える影響が著しい営業(食鳥処理の事業を除く。)であって、政令で定めるものの施設につき、厚生労働省令で定める基準を参酌して、条例で、公衆衛生の見地から必要な基準を定めなければならない。」と改められ、新たに「参酌すべき基準」が付された。

条例による上書き権を否定して、省令で「従うべき基準」や「参酌すべき基準」を付すという、地方分権に逆行した改革が、将来にわたって禍根を残したといえる<sup>66</sup>。

平成 30 年改正前から、都道府県は、改正前第 51 条により条例で基準を定めていた。その条例で定める基準を改めることなく、平成 30 年度改正以降も引き続き使用していたとすれば、平成 30 年改正にあたって示された厚生労働省令で定める基準を参酌していないということは明白であるが、この条例により定められた基準は「参酌していない」ことをもって違法となるのか、という疑問が生じうる。政省令が条例より優越すると考える論者、「従うべき基準」「参酌すべき基準」を肯定的に捉える論者に、尋ねてみたい点である。

なお、「従うべき基準」を、国が生存権保障の責務を果たすナショナル・ミニマムであるとして正当化する議論については<sup>67</sup>、筆者は賛同しない。

---

すのではなく、『さらなる実験』による害悪の是正に委ねるということもあり得たのではないか。」と論じる(同 133-134 頁)。

<sup>66</sup> 小泉は、火の使用に関し火災の予防のために必要な事項を市町村条例で定めることを規定した消防法(昭和 23 年法律第 186 号)第 9 条について、「第 2 次分権改革までは『政令で定める基準に従い』という規定はなかったが、なぜか追加された。」と指摘している。小泉 2022・前掲注 45、225 頁。たしかに、消防法第 9 条の「政令で定める基準に従い」という文言は追加されたものであるが、2001 年(平成 13 年)に制定された消防法の一部を改正する法律(平成 13 年法律第 98 号)により追加されたものであり、第 2 次地方分権改革前の時期というべきであろう。また、基準を省令ではなく政令で定めるとしていることから、第 2 次地方分権改革における個別法改正の流れとは距離を置くものといえる。

<sup>67</sup> 保育所等の施設基準について、厚生労働省がナショナル・ミニマムの主張をしたとされる。本多 2012・前掲注 39、31-40 頁参照。また、地域主権改革研究会『実務者必携！解説 地域主権改革～義務付け・枠付けの見直しと権限委譲／関係法律 全 219 掲載』(国政情報センター、2011 年)136 頁参照。大田は、義務付け・枠付けの見直し結果について、「社会保障分野の場合でみると、他の分野と比べて『従うべき基準』の比率が大きくなっています。」「従来、法令による最低基準が国の生存権保障の責務を果たす意義を有してきたことと同様にナショナル・ミニマムを保障する意義を有する」と述べる。大田・前掲注

たとえば、児童福祉施設の保育所の基準は、いわゆる認可外保育園には適用されない。したがって、保育所の基準は、もともと、最低基準の役割を果たしていないのである。認可保育園に適用される基準がナショナル・ミニマムとして本当に必要なものであり変更することが許されないというならば、そもそも認可外保育園の存在を許してはいけないのである。認可外保育園を許しておいて、認可保育園の基準がナショナル・ミニマムだということは、完全に矛盾している。国による保育所の基準は、たんに、地方公共団体の認可保育園の業務を拘束するものでしかなく、保育の質の担保とはならず、「従うべき基準」としなければならない理由はない<sup>68</sup>。

---

41、63 頁。また、本多は、「『岩盤規制』…は…既得権の塊であるかもしれませんが…基本的人権…を実効的に保障するための社会的な規制です。」とする。本多・前掲注 30、32-33 頁。

<sup>68</sup> 保育所に係る居室の床面積について、特例として「従うべき基準」ではなく「標準」とし、地域の実情に応じた異なる内容を定めることが許容され、東京都や大阪府で待機児童が発生している地域において実際に標準よりも狭い面積を適用できる基準設定が条例でなされた(これらの経緯については、高橋光幸「保育所の設備・運営基準(最低基準)の条例委任」本多滝夫、榊原秀訓、角田英昭、久保貴裕編『「地域主権改革」と自治体の課題—行政分野別に考える条例づくり・権限移譲—』(自治体研究社、2012年)96-101頁に紹介がある。榊原・前掲注 57、54-57 頁も参照。)。榊原は、これを「待機児童対策を理由に実際に条例によって国基準の切り下げがなされた」と主張する。榊原秀訓『地方自治の危機と法—ポピュリズム・行政民間化・地方分権改革の脅威』(自治体研究社、2016年)187 頁。榊原は「従来、保育所の設備運営基準を定める国基準によって定められていたのは『最低基準』であり…『厚生労働省令に定める基準を上回る基準を設定してはならないわけではない』と考えられ、従来から、基準は多様であった。」(同 189 頁)、「ナショナル・ミニマムとして憲法上保障されているとも考えられる『最低基準』を切り下げることが自由にできるかも問題」(同 191 頁)、「地方分権改革の名において、実際には、社会権の切下げが目指されているとしか考えることができない」(同 196 頁)と論じる。榊原は「保育所の面積基準については、国基準が『従うべき基準』であり、法制度上、『ナショナル・ミニマム』であることは疑う余地はな」とする。榊原秀訓「保育所設備運営基準の条例化と保育所設置主体の多様化」三橋良士明、村上博、榊原秀訓編『自治体行政システムの転換と法—地域主権改革から再度の地方分権改革へ』(日本評論社、2014年)93-128 頁、100 頁。しかし、本文で述べたように、認可外保育園を許容している時点でナショナル・ミニマムではありえない。待機児童があるということは、保育園に入れない家庭がある、あるいは、認可外保育園で劣悪な環境を強いられている家庭があるということであり、一方で認可保育園に入ることができた家庭だけが良好な環境を多額の税投入で享受できるということは、認可保育園に入れない家庭の親も税負担をしている(ことがある)ということを経れば、不公正であることは明白である。これは憲法問題でも法律問題でもなく、政策判断であり、議会が決めることである。むしろ、保育園に入ることができた恵まれた家庭の親は連携しやすく数の面でも多数であるうえに保育園を通じて組織化・団体化できるという面でも強い政治力を持ち、発言力も強くなる(高橋光幸は保育にかかわる多くの団体が保育所面積基準の緩和について懸念や怒りを表明しているとする(高橋・前掲注 68、101 頁)。)。他方、保育園に入れない恵まれない家庭は少数であり、かつ、連携できない弱者である。そうした弱者である認可保育園に入れない恵まれない家庭のことを考慮して、その対応を優先すべきと主張することは、むしろ、日本国憲法に定められた人権の考え方に適合した提言である。逆の言い方というならば、最も恵まれない弱者である少数者を切り捨てることを日本国憲法が人権保障として要請しているはずがない、ということである。この点は沼尾波子が「確かに、自治体に任せると、面積の基準が下がってくるというのはあり得る話だと思うのですが、他方で、今日の保育所の問題を見ると、公立の保育所に入れた子どもは非常に良いサービスを受けられるのだけれども、そこから排除されてしまい、待機児童としてウエイティングリストに載っている子どもたちがマンションの一室で運営されているベビーホテルのようなところでサービスを受けなければならないこともある。それをもう少し、個々の状況に応じてユニバーサルにやろうとすれば、多少面積基準を下げても、財源の配分の仕方をもうちょっと幅広にして、普遍的にサービスを提供するという資源配分を自治体で考えるということはあると思います。」と正しく指摘しているところである。沼尾波

また、榊原秀訓は、ナショナル・ミニマムの考え方から、「制度改革以前も、国基準…を上回る基準設定や運用は広く行われていた」とし、「緩和できない基準が緩和できるようになった」と義務付け・枠付けの緩和について批判的に論じる<sup>69</sup>。仮に、1つの基準だけを緩和したとすれば、そうした批判は該当しうるが、様々な分野で多くの基準を緩和・廃止すれば、何らかの分野・事業を低下縮小し、それによって生じる資源を投入することで、他の何らかの分野・事業を一層向上拡大することが可能となる。実際に業務を行っている地方公共団体が、実情を踏まえて、何らかを向上拡大させ、何らかを低下縮小するという判断ができるようになるのであり、こうした批判はあたらない。だからこそ、地方分権は、少しずつ部分的にではなく、多分野で一斉に行わなければならない。この点は、II 5.において三位一体の改革に関して論じた補助金改革の議論と同じである。

ところで、法律や条例といっても、その対象やカバーする範囲は多様である。

たとえば、学校教育法(昭和 22 年法律第 26 号)は、私学を含むすべての学校に適用される。小中学校の多くは市町村立であるが、私立にも適用されるので、必ずしも地方公共団体の業務について定めるものではない。他方で、学校に対し、具体的な認可や命令を行うのは、その内容ごとに、文部科学省(文部科学大臣)であったり、都道府県(知事)であったり、都道府県教育委員会であったりする。

一方、児童福祉法に基づいて定められる保育所に関する規定は、前述のように、いわゆる認可外保育園は保育所ではないと位置づけられるので、適用されない。すなわち、保育所に関する規定は、地方公共団体が管理する認可保育園のみに適用されるものであり、地方公共団体の業務について定めるものである。

環境基本法(平成 5 年法律第 91 号)に基づく環境基準は、大気や水質について定められている。したがって、直接、これをもって誰かを規制するものではない(ただし航空機騒音や新幹線騒音に関する環境基準は排出者が明白である)。これに対し、排出基準は個別法律により、排出者を規制するものとして定められ<sup>70</sup>、実際の規制は地方公共団体が行う。

---

子「福祉の分権化の動向とその課題」嶋田暁文、木佐茂男編著『分権危惧論の検証 教育・都市計画・福祉を題材にして』(公人の友社、2015年)54-71頁、66頁。

<sup>69</sup> 榊原・前掲注 57、59頁。

<sup>70</sup> 水質汚濁防止法(昭和 45 年法律第 138 号)は第 3 条第 1 項において「排水基準は、排水の汚染状態(熱によるものを含む。以下同じ。)について、環境省令で定める。」としつつ、同条第 3 項において「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、その自然的、社会的条件から判断して、第 1 項の排水基準によっ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

職業安定法(昭和 22 年法律第 141 号)に基づく職業紹介事業は、国政府が行うことと法定されており、その手続等の規定は国政府の事業実施について定めるものとなる。

こうした区別をせずに、法律と条例との関係を一般的に決定できる原理原則が確立できるとは思われない。ただし、第 2 次地方分権改革で、義務付け・枠付けの緩和や上書き権が議論になった法律の規定は、すべて、地方公共団体が実施する事務(自治事務)についてのものであったことをここで指摘しておくとともに、また、本稿の検討の対象も地方公共団体が実施する事務(自治事務)に関する条例(の上書き権)であるということを前提としたうえで、本稿の先行研究ともいえる、法律と条例との関係についての学説の紹介に移ることとする。

### Ⅲ 法律に優越する条例の理論

#### 1. 条例の法律適合性の議論

本章Ⅲでは、主に、条例により法律を上書きできるとする学説を紹介し、検討をするが、その前に、条例と法律との関係についての議論を簡単にまとめておく。

---

あるときは、その区域に排出される排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。」と定めている。筑紫は、水質汚濁防止法第 3 条第 3 項のような「明文規定は…自治体に対し、条例制定が可能な事項や範囲を明確に伝えるものであり、予見可能性を高めるものとして評価することもできる。…しかし、第一次地方分権改革を踏まえ、条例による法令修正を法律の明文なく認める立場からすると、こうした規定はそれほど大きな意味をもたないし、むしろ自治体の個性発揮を妨げうると評価されるかもしれない。それは、当該規定の授權範囲が狭く規定・解釈されたり、それがなければ法令の修正が認められないとの解釈がとられたりする可能性もあるからである。」と論じる。筑紫圭一「条例についての個別法の定め—個性発揮の手掛かり?それとも…」法学教室第 492 号(有斐閣、2021 年)21-25 頁、24-25 頁。他方、水質汚濁防止法第 12 条第 1 項は「排水を排出する者は、その汚染状態が当該特定事業場の排水口において排水基準に適合しない排水を排出してはならない。」と定めており、排出基準は、排出者の義務の直接の根拠ともなり、地方公共団体の事務の基準に留まるものではないともいえる。また、1998 年(平成 10 年)に閣議決定された地方分権推進計画(前掲注 18)において、「環境保全のために国が設定した環境の基準及び規制の基準を補完する事務」のうち「環境基準の類型当てはめ(水質・交通騒音)に関する事務」「総量規制基準の設定に関する事務」「大気汚染、水質汚濁、土壌汚染、交通騒音の状況の監視に関する事務」は、国が本来果たすべき役割に係る事務であって、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして示された、法定受託事務のメルクマールに該当する。地方公共団体が実施する事務についてのものとは必ずしもいえないことに留意が必要である。ちなみに、水質汚濁防止法は、第 29 条において「この法律の規定は、地方公共団体が、次に掲げる事項に関し条例で必要な規制を定めることを妨げるものではない。」とし、第 1 号「排水水について、第 2 条第 2 項第 2 号に規定する項目によって示される水の汚染状態以外の水の汚染状態(有害物質によるものを除く。)に関する事項」はじめ第 4 号まで定めている点は、筑紫が指摘するとおりである。筑紫・前掲注 70、22 頁。

日本国憲法は、第 92 条で、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。」と規定する。

また、地方自治法第 14 条第 1 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第 2 条第 2 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(なお、地方自治法第 2 条第 2 項は「普通地方公共団体は、地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるものを処理する。」と定めている。)

すなわち、条例は法律に適合していなければならない、というのが前提であり、その前提のもとで、条例と法律との関係についての議論(法解釈論)は、基本的に、条例が法律に適合するか、という観点でなされていた<sup>71</sup>。

この問題についてのリーディングケースとなる最高裁判例である徳島市公安条例事件最高裁判決(最大判昭 50・9・10 刑集 29 卷 8 号 489 頁)は、警察署長の道路使用許可条件に違反して「自らもだ行進をした」ことが道路交通法(昭和 35 年法律第 105 号)の犯罪行為に、そして、「集団行進者にだ行進をさせるよう刺激を与え、もって集団行進者が交通秩序の維持に反する行為をするようせん動した」点が徳島市の集団行進及び集団示威運動に関する条例(昭和 27 年徳島市条例第 3 号)の犯罪行為に該当するとして、起訴された事件について、次のとおり述べる。

「すなわち、地方自治法 14 条 1 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 2 条 2 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っ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

---

<sup>71</sup> 秋田周は「条例の法的限界が問題になるのは、条例に関し、憲法 94 条が『法律の範囲内で』と、地方自治法 14 条 1 項が『法令に違反しない限りにおいて』と定めているところから、これらの規定の解釈をめぐってである。」と述べる。秋田周「条例制定権の限界に関する一考察」都市問題研究第 378 号(都市問題研究会、1982 年)27-39 頁、31 頁。条例の法律適合性に関する判例と学説の状況をまとめているものとして、石毛正純『自治立法綱要』(ぎょうせい、2018 年)162-191 頁。また、磯崎・前掲注 40、196-234 頁参照。

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、その適用によっ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っても、国の法令が必ずしもその規定によっ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」。

そして、道路交通法は道路交通秩序の維持を目的とするのに対し、徳島市の集団行進及び集団示威運動に関する条例は道路交通秩序の維持にとどまらず、地方公共の安寧と秩序という、より広はん、かつ、総合的な目的を有するとしたうえで、道路交通法が一般的禁止事項を公安委員会の裁量にゆだね全国一律に定めることを避けていることから推測するに、道路交通法による規制とは別に地方公共団体が一定の規制を施すこと自体を排斥する趣旨まで含むものとは考えられず、両者の内容に矛盾抵触するところがなく、条例の規制が意義と効果を有し、合理性が肯定される場合には、条例による規制を否定、排除する趣旨ではなく、条例をもって道路交通法に違反するものとすることはできない、とした。

徳島市公安条例判決について、板垣勝彦は、「徳島市公安条例判決を一言でまとめると、法令と条例の矛盾・抵触の有無は、法令の趣旨、目的、内容、効果を読み取って決められるということである。法令が関心を有している事項については、条例での別段の定めは許されないが、そうでない場合には、別段の定めが許容される。」「結局法令に依存しているだけで、何も具体的なことは述べていないという批判も根強いが、裏を返せば、相当に応用可能な判断枠組みであるともいえる。法律先占論が実務で力を持っていた40年前に、この判決が自治立法権の拡充に果たした役割は十分に評価すべきであろう。」と評する<sup>72</sup>。

---

<sup>72</sup> 板垣勝彦「自治立法権—機能と実践」幸田雅治編『地方自治論—変化と未来』（法律文化社、2018年）105-126頁、110頁。条例の法適合性を狭くとらえるとすれば、法律がなんらかの規定をしている分野では、法律の明示的な委任がない限り、条例は制定できない、ということになる。さらには、条例が先に制定されており、その後その分野について法律が定められた場合でも、条例は違法・無効となるという考え方もあった(宇賀・前掲注 31、231頁参照)。そうした見解もあった中で、この判決が自治立法権の拡充に果たした役割は十分に評価すべきという点には筆者も同感である(徳島市公安条例事件最高裁判決及びその前後の議論については、木村草太「公安条例の明確性—徳島市公安条例事件」長谷部恭男、石川健

治、宍戸常寿編『憲法判例百選 I [第 7 版]』(有斐閣、2019 年)179-181 頁、汝思思「条例の適法性判断(1)―日本と中国を対象に」自治研究第 97 巻第 4 号(第一法規、2021 年)121-138 頁及び汝思思「条例の適法性判断(2)―日本と中国を対象に」自治研究第 97 巻第 5 号(第一法規、2021 年)129-150 頁に紹介がある。)

しかし、筆者は解釈論としては、この判決の考え方には賛同しない。法の解釈は、法の文言によって行うのが基本である。法の趣旨は、法律に書かれているわけではないので、なんの規範にもならず、結果的には裁判官の直感的価値判断、フィーリングになってしまう。また、趣旨、目的、内容および効果を検討する考え方は、むしろ、矛盾抵触を広くとることになりうる。田中(孝)も「同判決は結局のところ法律(国法)の趣旨・目的を重視する姿勢を明確化したのであって、積極的な条例制定を阻害しかねないものとなっている。」と指摘している。田中孝男「自治体法務の力、未来」自治実務セミナー第 701 号(第一法規、2020 年)10-13 頁、10 頁。

法解釈にあたっては、一般的に法律(強行法規)と契約との関係を見る場合と同じく、形式的に矛盾しているかどうかのみをみればよいはずである。

たとえば、法律で「100 個以下でなければならない」とあり、条例で「200 個以上でなければならない」とあった場合には、矛盾抵触する。

しかし、法律で「100 個以下でなければならない」とあり、条例で「50 個以上でなければならない」とあった場合には、矛盾しない。法律も条例も有効とみて、その結果、「50 個以上かつ 100 個以下でなければならない」ということになる。

また、法律で「100 個以下でなければならない」とあり、条例で「50 個以下でなければならない」とあった場合には、矛盾しない。法律も条例も有効とみて、その結果、条例の規定どおり、「50 個以下でなければならない」ということになる。

次に、法律で「100 個以下でなければならない」とあり、条例で「200 個以下でなければならない」とあった場合にも、矛盾しない。法律も条例も有効とみて、その結果、法律の規定どおり、「100 個以下でなければならない」ということになる。条例のこの規定には現時点では意味はないが、あえて違法あるいは無効という必要はない。

他方、書きぶりが異なり、法律で、「100 個以下は認める」とあり、条例で「200 個以下は認める」とあった場合には、法律には「200 個以下で 101 個以上」を認めてはならないとは書いていないのであるから、矛盾抵触しない。条例の規定は有効であり、「200 個以下は認める」ということになる。

しかし、法律で「100 個以上は認めてはならない」とあり、条例で「200 個以下であれば認めなければならない」と書かれていれば、これは矛盾抵触する。法律に抵触する範囲で条例は無効となり、結果としては、「100 個未満は認めなければならない」ということとなる。

以上がごく普通の法解釈であり、条例と法律との関係においても、そのまま適用してなんら問題はない。そこに、趣旨も、目的も、混入する余地はない。すなわち、具体的な法律の条項のどの文言に違反している、と明確に言えれば違法、そうでなければ違法ではない、という、あたりまえのことである。

成田頼明は、「条例の条文が積極的に法律の条文に矛盾・抵触する場合に、条文の当該規定が『法令に違反』することとなるのはいうまでもないが、…法令の先占領域の観念をあまりに広く解して自治立法権の範囲を縮小する解釈にはにわかには賛成しがたい。先占領域の観点を認めるにしても、その範囲は、当該法令が条例による規制を明らかに認めていないと解される場合に限られるべきである。」と主張する。成田頼明『地方自治の保障』(第一法規、2011 年)187-188 頁。これは、筆者の見解に近いと思われる。他方、成田は、国の法令で届出制になっている事項を条例で許可制にする等の条例は、法令に違反すると述べており(同 188 頁)、ここは筆者と見解が異なる。「届け出なければならない」ということと「許可を得なければならない」ということは矛盾抵触しない。届け出て、許可を得れば、法律にも条例にも適合する(ただし、法律に「～することができる。」「前項の場合には事前に市町村長に届け出なければならない。」とあった場合に、「～するためには許可を得なければならない。」という条例が定められたときは、許可を得られずに行うことができないこととなったときに、むしろ前項の「できる」という規定に矛盾抵触することとなる。)

いずれにせよ、法律により明文で定めればよいのであるから、法律に書いていないことを、趣旨や意義として無理やりに導く必要はない。法律制定者が注意して記述すればよいことであり、そこに欠缺があったとしても、それが欠缺なのか正しい意図なのかも判断しないのであるから、司法がそれを埋めることは期待されていないし、埋めてはならないのである。

南川諦弘は「条例が国の法令に積極的に抵触しない限り、条例による規制が特別の意義と効果をもち、かつその合理性が認められるならば、条例の制定が許される」と述べている。南川諦弘「地方分権と条例制定権」地方自治研究第 13 巻第 1 号(日本地方自治研究学会、1998 年)7-12 頁、10 頁。南川諦弘『「地方自治の本旨」と条例制定権』(法律文化社、2012 年)200 頁も同趣旨。これも筆者の見解に近いが、合理性の判断は条例制定時に地方議会が行うことであり、裁判所がその判断を行うことはできないため、「条例が国の法律に積極的に抵触しない限り条例の制定が許される」というのが筆者の見解である。

いずれにせよ、条例は、法律と矛盾・抵触することはできない、ということが前提とされている。

## 2. 立法政策論としての条例による法律の上書き権

Ⅱで述べたように、地方分権改革のなかで、条例により法律を上書きする制度の導入が検討された。

これは、立法政策論としての、条例による法律の上書き論といえる<sup>73</sup>。

磯崎初仁は、条例による上書き権を、立法により導入することについて、肯定的である。すなわち、「一定の条件の下で条例で法令の規定を『上書き』することが考えられてよい。」<sup>74</sup>、「法律自体に、条例によって法令の規定の一部を補正(上書き)できるという規定を定めることができないかが問題になる。…自治体側から制約になっている規定を修正し、法令

---

小泉は、「法律に規律された事務…の場合は、個別法の具体的な規律に違反するかどうかは問題であり、条例で法律の目的外の目的…を追加することができる。」と論じており(小泉 2022・前掲注 45、195 頁)、結果的に筆者の見解に近くなる。また、小泉は「法律実施条例は個別法から条例への立法権の授権はないので委任立法における委任の範囲内か否かという授権事項適法性の審査事項はない」とも論じる(同 221 頁)。

なお、中嶋直木は「法律が自治事務と定めておきながら、『全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨』と解さなければならない場合はそれほど多くないといえる。」と指摘する。中嶋直木「自治立法権」中川義朗、村上英明、小原清信編『地方自治の法と政策』(法律文化社、2019 年)87-105 頁、98 頁。そうであれば、そう解さなければよいのであり、やはり、法律の条文の文言に明らかに矛盾抵触していなければ、違法ではないとすればよいこととなる。

北村は「『全国最低(最高)規制として設定されているのであればさらに緩和(強化)はできない』というが、何を基準にして全国最低(最高)規制と判断すればよいのだろうか。」と述べる。北村喜宣「北村条例論の来し方・行く末」原島良成編著『自治立法権の再発見 北村喜宣先生還暦記念論文集』(第一法規、2020 年)243-266 頁、264 頁。それは法律の文言を基準とするしかないのである。

木村草太は「明文規定があるなどの事情により、法律が条例による規律を排除ないし許容する趣旨であることが明白な場合には、条例の法令適合性の判断は容易である」、「問題は、法律の趣旨・目的が不明確で、法律と条例とが矛盾するとも、しないとも解釈できる場合である。」と述べる。木村・前掲注 72、180 頁。法律の条項のどの文言に違反している、と明確に言えれば違法、そうでなければ違法ではない、というあたりまえの解釈をして、法律の条文の文言に明らかに矛盾抵触していなければ、違法ではないとすればよいだけのことである。

なお、釧持麻衣は、具体的な条例の条項において、法律との関係が議論になりうるものについてまとめている。釧持麻衣「条例制定をめぐる論点と先進的な条例」北村喜宣、飯島淳子、磯崎初仁、小泉祐一郎、岡田博史、釧持麻衣、公益財団法人日本都市センター編著『法令解釈権と条例制定権の可能性—分権社会における条例の現代的な可能性と実践』(第一法規、2022 年)279-300 頁、279-296 頁。

<sup>73</sup> 磯崎は「条例制定権のあり方に関しては、これまで解釈論が中心であった。…憲法で保障された条例制定権を法体系の中でいかに位置づけるかをめぐって様々な議論があったが、いずれも解釈論であった。」とする。磯崎初仁「条例制定権拡充のための立法論—立法権の分担原則をどう具体化するか—」北村喜宣、飯島淳子、磯崎初仁、小泉祐一郎、岡田博史、釧持麻衣、公益財団法人日本都市センター編著『法令解釈権と条例制定権の可能性—分権社会における条例の現代的な可能性と実践』(第一法規、2022 年)62-92 頁、62 頁。

<sup>74</sup> 磯崎・前掲注 73、72 頁。

の分厚い壁に風穴をあけることを可能にする。」<sup>75</sup>、「法律自身が『地方自治の本旨』やその一部である役割分担原則に照らして、特定の事項で一定の条件の下で、条例による上書きを許容したとしても憲法に反するわけではないと解される。そして、上書きを定める条例は、上書き権を付与する法律によってその効果を認められているのだから、当然ながら『法律の範囲内』にあると認められる。…むしろ、立法権に係る役割分担原則が軽視され、過剰過密な法制度が放置されている現状が問題であって『地方自治の本旨』を実現するには、条例の上書き権制度化が必要になっているというべきである。」と論じる<sup>76</sup>。そして、「具体的には、…地方自治法(通則法)で『自治事務の対象、基準又は手続に関する法律の規定について、当該事務を処理する地方公共団体が条例で法律の規定と異なる規定を定めるときは、当該条例の規定を適用する。但し、当該法律の規定のうち、第1条の2第2項に規定する国が本来果たすべき役割に係るものであって、当該法律で特に定めるものについては、この限りでない。』という規定(14条2項)を定める」ことを提案している<sup>77</sup>。

ただし、あくまでも立法論であり、磯崎は「確かに上書き権についてはこれらの憲法規定との関係が問題になるが、法律自体で『上書き』を容認する規定を定めれば、国の立法権を侵害するものではないし、『法律の範囲内』をこえることにはならない。」とも述べる<sup>78</sup>。

これに対し、板垣は、立法政策論としての条例による法律の上書き権を否定し、第2次地方分権改革での議論は「法律の規定に真っ向から反する条例について、その効力を認める『上書き』権の創設などを含む内容であり、波紋を呼んだ。しかし、『地域主権』は憲法94条の明文に反するため、そのままのかたちで採用することは難しい。いくら地方分権が大切だからとはいえ、日本国憲法に背いた地方政治を行うとしたり、日本の刑法(法律)に背いて罪を犯したり、日本の所得税法(法律)を無視して税金を納めないことが許されるわけではない。日本の憲法・法律に従うということは、暗黙の前提なのである。」とし、「廃棄物処理施設の創業といった事業者の活動を規制する各種の規制法では、憲法が保障する

---

<sup>75</sup> 同上 88 頁。

<sup>76</sup> 同上 90 頁。磯崎初仁「法令の過剰過密と立法分権の可能性」北村喜宣、山口道昭、磯崎初仁、出石稔、田中孝男編『自治体政策法務の理論と課題別実践—鈴木庸雄先生古稀記念』(第一法規、2017 年)189-204 頁、199-200 頁も同趣旨。

<sup>77</sup> 磯崎・前掲注 73、91-92 頁。磯崎・前掲注 14、172 頁も同趣旨。

<sup>78</sup> 磯崎・前掲注 76、200 頁。さらに磯崎は、日本国憲法自体に上書き権を認める規定を定めれば、憲法上の疑義は生じないことになると論じる。磯崎・前掲注 73、89 頁。

事業者の経済活動の自由と、公共の福祉とを勘案した結果、いかなる規制が妥当であるのかについて、国会で慎重な審議が行われ、調整が行われた一経済活動の自由と公共の利益とを比較考量して『落としどころ』を探った一成果物なのである。」と論じる<sup>79</sup>。

しかし、板垣の主張は、自治事務について「法律自体で『上書き』を容認する規定を定めれば、国の立法権を侵害するものではない」とする礒崎の主張の反論にはなっていない。また、第2次地方分権改革においては、「従うべき基準」などが、そもそも法律ではなく省令で定められたのであるから、実際には、いかなる規制が妥当であるのかという具体的な基準について、国会で慎重な審議などは行われていないということは指摘をしておきたい。

他方、地方自治法の総論部分のような通則法で一般的に条例の上書きを規定することはできないが、個別法によって個別の条項について上書きを認めることはできるという考え方を示すものとして、田中聖也の見解がある。

田中(聖)は、「条例によって法律に違反する規定を設けることは許容されない。したがって、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。」とする一方で<sup>80</sup>、「さらに進めて考えると、一般的にはなく対象範囲を特定した上で、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許容する規定を法律に設けることは、特別法によって一般法に例外を設けるものであることから当然に可能である。」と論ずる<sup>81</sup>。

斎藤誠も、通則法に上書きの規定を置くことには否定的である。「上書き」あるいは「上書き権」などについて、「立法原則を地方自治法に規定することによって保障することは、同法も法源としての形式上は、個別行政作用法と同じ法律という平面にあるので、一般法と特別法の関係からも難しい面がある。」とする<sup>82</sup>。

---

<sup>79</sup> 板垣・前掲注 72、122 頁。

<sup>80</sup> 田中(聖)・前掲注 46、47 頁。

<sup>81</sup> 同上 48 頁。

<sup>82</sup> 斎藤誠『現代地方自治の法的基層』(有斐閣、2012 年)319 頁。岩橋健定は「一般法と特別法の関係から法源論の面から困難であるとの指摘」については、「問題があるとは考え難い」としつつも、「一つの条文で横断的に上書き権を保障する方法は、現実的には困難に直面することが予想される。」とする。岩橋健定「分権時代の条例制定権—現状と課題」ジュリスト第 1396 号(有斐閣、2010 年)138-145 頁、141 頁。第 1 次地方分権改革において実現した「国の関与のルール化」も、地方自治法の通則法に定められたものであり、仮に、個別法にこれとは異なる規定が置かれた場合に、一般法と特別法の関係から議論になりうる。たとえば、関与の法定主義について、国の地方公共団体に対する関与は法律又はこれに基づく政令に定めのある場合でなければ行うことができないとの定めが地方自治法の通則規定に置かれたが(地方自治法第 245 条の 2)、省令での定めにより関与を認める個別法の規定があった場合に、特別法と一般法の関係により個別法の規定が優先されるのか、という問題である。

他方、松本英昭は、磯崎と同様、「包括的・一般的に、条例による法令の補正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」を提案する<sup>83</sup>。

また、村中洋介は「法律の範囲外での条例制定は認められないというべきであるかもしれないが、これは条例制定について『地方自治の本旨』に基づき制定されている地方自治法が、法律と抵触するような条例であっても制定可能な場合等を規定することもできるだろう。」と述べる<sup>84</sup>。

実定法解釈としては(あくまでも地方公共団体の事務(自治事務)に関してということが前提であるが)、条例による法律の上書きを許容する規定が個別法に置かれた場合には合憲であり、条例による法律の上書きを許容する規定を通則法に置いて上書きを許容しない例外を個別法で置く(ネガティブ・リスト方式)場合には違憲になるという根拠はないであろう。

ただし、この、条例による法律の上書きを認めるという立法は、第2次地方分権改革では実現しなかったのである。

### 3. 現行実定法解釈論としての条例による法律の上書き権

#### (1) 上書き権否定説

Ⅲ1. で述べたように、現行実定法解釈論としては、条例は法律に適合していなければならない、というのが前提であった。

すなわち、阿部泰隆が論じるように「法律の授権なしで、条例で法律を書き換えることは許されないことは明らかである。」<sup>85</sup>というのが一般的な見解であろう。

---

<sup>83</sup> 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について」ジュリスト第1385号(有斐閣、2009年)88-97頁、94頁。

<sup>84</sup> 村中洋介『条例制定の公法論』(信山社、2019年)332頁。同371頁も同趣旨。

<sup>85</sup> 阿部泰隆『政策法学講座』(第一法規、2003年)288頁。また、岩橋も、「従来、法律と条例の関係は、『条例制定が可能か』『上乘せ・横出しが適法か』という適法か違法かの二者択一的議論でなされてきた。しかし…『どの範囲でどちらの法規範が優先されるのか』について、個別具体的に見ていかななくてはならなかったといえよう。」としつつ(岩橋健定「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 下巻』(有斐閣、2001年)357-379頁、373頁)、「書きかえ条例の類型については、明文なしには原則認められないと考えられる。」と述べる(同376頁)。

## (2) 標準説

しかし、実定法解釈論として、条例により法律を修正する、という上書きを許容する議論も、第2次地方分権改革の前から主張されている<sup>86</sup>。

北村喜宣は、自治事務について国が法律で定めた基準があったとしても、それは、標準的なものであり、地方公共団体が条例で上書きをすることができる<sup>87</sup>と論じる。

すなわち、「法定自治事務が自治体の事務であることに鑑みれば、国法は、むしろ、『標準法』的な性格を持つという考え方もありうる。」「国会が国の役割として、国民に対して一定レベルの状態を強く確保する必要性は、もちろん否定されないが、それは、基本的には、法定自治事務ではなく、法定受託事務か国の直接執行事務としてされるべきものであろう。」とし<sup>87</sup>、『国の事務』ではない以上、法律が提示するメニューは、まさに『標準的』なものであり、自治体が合理的範囲でこれと異なった制度をつくることについては、問題はなかったといえよう。」と論ずる<sup>88</sup>。

また、「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。」「したがって、『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。」とする<sup>89</sup>。「地方自治法2条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。」というのである<sup>90</sup>。

そして、「法律や政省令で規定されていても、それは暫定的である。それなりの専門性にもとづいた国の決定とは別の内容にする現場性・公正性・専門性を提示できるならば、法律実施条例の制定による詳細化・上書き(緩和・強化)は、可能と考える。」とする<sup>91</sup>。

---

<sup>86</sup> 筑紫は、第1次地方分権改革の影響として、これらの議論を簡潔にまとめている(筑紫・前掲注70、23-24頁)。

<sup>87</sup> 北村喜宣『分権改革と条例』(弘文堂、2004年)40頁。さらに、北村は、「法定自治事務とされた時点で、真に全国統一的に適用されるべき事項以外について、当該事務に関する自治体立法権を個別的法律は当然承認している」と論じる。北村2021・前掲注63、86頁。小泉は、「国から地方公共団体にある事務が授権されれば、地方公共団体は自らの事務となった当該事務に対し、自ら有している行政権及び立法権を行使するものと解する」、「地方公共団体の事務であれば全てが条例制定の領域となる」、「個別法を立法する国会は、条例制定の権能が法律に基づく事務に及ぶことを承知の上で立法したものと考える」と論じる。小泉2022・前掲注45、193頁。また、磯崎も「もし国が全国画一的な事務処理を確保したいのであれば、国の直接執行事務とすればよいのであって、自治体の事務とし、その負担で事務処理をさせながら細かく規律しようとする点に無理がある。」とする。磯崎・前掲注14、150頁。

<sup>88</sup> 北村・前掲注87、14頁。

<sup>89</sup> 同上131頁。

<sup>90</sup> 同上64-65頁。

<sup>91</sup> 北村2021・前掲注63、85-86頁。

北村が展開する、法律の規定を「標準」ととらえる考え方は<sup>92</sup>、突飛であると感じられるかもしれないが、民法(明治 29 年法律第 89 号)の契約関係の規定は当然にそのように受け止められており、民法の規定よりも、個別契約の定めが優先すると解されている。これは、民法第 91 条「法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思を表示したときは、その意思に従う。」に根拠がある<sup>93</sup>。

北村以外にも、同様の見解を主張する者がある。

南川諦弘は、「自治事務に関する国の立法的関与については、…その性格は標準法であることを原則とし、事柄の性質上全国的に最低限度の保障を施すべき場合にのみ例外的に最低基準法の制定が許される、とするのが妥当である。」とする<sup>94</sup>。

磯崎も、「詳細(過密)な規定について…全国に適用される標準的な規定であると解釈し、もし当該事務を担当する自治体が条例でこれと異なる規定を定めれば、当該条例の規定が適用されると解釈す」ることを提案する<sup>95</sup>。

### (3) 合理性説

また、合理性を根拠に条例の法律に対する優越を認める見解がある。

大津浩は、「憲法 41 条の原則は、国と地方の関係においては国会が立法権を独占するのではなく、国の立法権が自治体の立法権に優先するのが原則であると捉えるのが正しい」

---

<sup>92</sup> 大津は、本稿で「標準説」として提示をした北村の見解を、「一般的上書き権説」としたうえで、「福祉行政の分野で地域多数者による『規制緩和＝福祉国家の掘り崩し』の危険を孕む」とし、「福祉行政等の一定の分野で全国一律の最低基準を設ける政治選択を行うことを、憲法が禁止しているとは思えない」と指摘する。大津浩「分権改革の行方と『地方自治の本旨』解釈」憲法問題第 27 号(全国憲法研究会編・三省堂、2016 年)88-99 頁、95-96 頁。おそらく、北村の考え方によれば、全国一律とする必要があるならば自治事務とせずに法定受託事務とすればよい、ということになると思われる。また、大津のいう「全国一律の最低基準」なるものは実際には法律ではなく省令で定められており、かつ、何を従うべき基準とするのかも省令で定められるのであるから、実際には、そこで政治選択が行われているわけではない。なお、筆者は、福祉分野のような「守り」の分野は国政が担い、開発のような「攻め」の分野は地方公共団体が担うのがよいと一般的には考えているが、実際には、逆になっていると認識している。この点、宮脇淳は「①生活保護や防災など全国ベースのセーフティネットとして地域を越えて統一的に取り組むべき事項、②観光や上下水道事業など地域の特性を重視するものの、複数の地方自治体が連携した圏域単位で取り組むべき事項、そして③まちづくりなど個々の地方自治体単位で個々に取り組むべき事項」のうち「地方自治体には②③を担保する政策開発力がとくに求められる」とする。宮脇淳「分権改革の究極目標は政策力の確保と向上」月刊ガバナンス第 250 号(ぎょうせい、2022 年)26-28 頁、28 頁。

<sup>93</sup> 斎藤は「自治体にとっての『任意規定』と言い換えることもできよう」と指摘する。斎藤誠「分権時代における自治体の課題と展望(上)一条例論を中心に」ジュリスト第 1214 号(有斐閣、2001 年)23-27 頁、26 頁。

<sup>94</sup> 南川 1998・前掲注 72、10 頁。

<sup>95</sup> 磯崎初仁「立法分権と自主条例の法律適合性判断—判例・学説の整理と今後の解釈論—」法学新報第 126 巻第 7・8 号『井上彰先生古稀記念論文集』(中央大学法学会、2020 年)25-66 頁、29 頁。磯崎・前掲注 14、161 頁も同趣旨である。

としつつ、「条例が、その内容や立法の経緯に十分な必要性和合理性が認められる場合、部分的あるいは暫定的であることを条件に、例外的に、自治体の条例が国の法律に優位するということを、憲法第 92 条が認めている」とし、「地域的な必要性和合理性が十分に認められる場合には、条例が法律に優位するということは、特定の自治体、特定の分野に限り、憲法ではその条例が法律に抵触した場合でも憲法的適法性を与える」と論じる<sup>96</sup>。

#### (4) 時限的・部分的説

川崎政司は、時限的・部分的であれば、条例が法律に優先しうるとする。すなわち、「条例による先行的・実験的な対応ということの意義を認めることにもつながってくるのではないかと思われる。そして、国の法令が、自治体の事務に過剰に関与する一方で、地域の問題には十分に対応し得ていないという状況をも考慮するならば、時には、問題提起や議論の喚起のために、あえて国の法令との関係で法的に問題となり得るような条例を制定すること(いわば冒険的対応)も、より良い制度を目指しての法令と条例の競合として、ある程度は許容されていくべきだろう。」と論じる<sup>97</sup>。

また、地域限定性と合理性の双方に言及し、条例が法律に優先しうると述べる論者として、鈴木庸夫がある。「法令優先主義は、本来、役割分担規定と自治事務の特別な位置づけの連動により転換が図られるべきであった。」とし、「自治事務領域では、法令優先主義ではなく、条例が法令と対等(あるいは条例が特別法の位置を持つ)、若しくは優先する場合もあるといわなければならない。」「自治事務領域において、地域を限定したり、『地域の特性』がある場合には、書換え条例は、合理的な立法事実を前提として許されると解することになる。」と述べる<sup>98</sup>。

---

<sup>96</sup> 大津浩「憲法の地方自治規定と都市自治体」都市とガバナンス第 32 号(日本都市センター、2019 年)5-18 頁、7-8 頁。さらに、大津は「手段の合理性、手段の必要性、利益の均衡」の 3 要素を掲げ、「国法に抵触し、その規律を当該自治体に限り適用除外に(すなわち侵害)してしまう条例に適法性を見出す論理として、この 3 要素に基づく総合的な審査の手法が応用可能に思える」と論じる。大津浩「現代分権改革における自治体憲法理論の課題」憲法研究第 8 号(信山社、2021 年)35-51 頁、50 頁。大津は、このような必要性和合理性による判断は、「法律と条例との関係について柔軟で可變的な解釈が可能であり、「優れている」と主張している。大津・前掲注 92、97 頁。しかし、「柔軟で可變的」という「必要性和合理性」は、要するに主観でいかようにもなりうるということであり、なんら審査基準にはならない。優れていると認めることはできず、もはや司法の役割である法解釈とはいえないと筆者は考える。

<sup>97</sup> 川崎政司「自治立法と法」川崎政司編集代表『シリーズ自治体政策法務講座第 1 巻総論・立法法務』(ぎょうせい、2013 年)143-185 頁、148 頁。

<sup>98</sup> 鈴木(庸)・前掲注 48、15-16 頁。

## (5) 憲法との関係

条例が法律に優先するという主張は、憲法との関係をどのようにとらえているのだろうか。

北村は、「住民に近い行政を自主的・自律的な自治体決定に事務配分する法律…でない法制度は、その限りで憲法 92 条違反である。」<sup>99</sup>、「自治体の事務としておきながら条例制定をその根拠法律が否定しているとすれば、その法律が憲法違反である。」<sup>100</sup>、「自治体事務であるのに地域特性適合的配慮ができない法律であれば、それは、『地方自治の本旨』に反しているのであって違憲である」<sup>101</sup>と述べる。

すなわち、日本国憲法 94 条の「法律の範囲内」の『法律』というのは、憲法 92 条にいう『地方自治の本旨』に適合した法律を意味し、…そうならない法律は、条例との関係では、拘束的ではないのである。」というのである<sup>102</sup>。

このような憲法解釈を示す論者は少なくない。

磯崎はむしろこのような憲法解釈から実定法解釈としての上書き権を導いている。すなわち、「自治体の事務について基本的・大綱的事項を法律で定めることは問題ないし、むしろ要請されるが、その範囲を超えて詳細な規定を定め、自治体はその事務を自主的・総合的に実施することができない状態を招くとすれば、それは役割分担原則に反し、ひいては『地方自治の本旨』に抵触するというべきである。もともと、そうした詳細(過密)な規定についても、直ちに憲法違反と解するのではなく、全国に適用される標準的な規定であると解釈し、もし当該事務を担当する自治体が条例でこれと異なる規定を定めれば、当該条例の規定が適用されると解釈することが考えられる。このような限定的な解釈によって、国の法令の違憲性を回避することが妥当であろう(いわゆる合憲限定解釈説)。」という<sup>103</sup>。

---

<sup>99</sup> 北村・前掲注 39、5 頁。また、北村は「今後は、憲法 92 条を踏まえた『法律制定権の限界』が論じられるべきであろう」とも述べる。北村喜宣「憲法 92 条を踏まえた国と自治体の役割分担の枠組み」北村喜宣、飯島淳子、磯崎初仁、小泉祐一郎、岡田博史、釘持麻衣、公益財団法人日本都市センター編著『法令解釈権と条例制定権の可能性—分権社会における条例の現代的な可能性と実践』(第一法規、2022 年)15-39 頁、18 頁。

<sup>100</sup> 北村・前掲注 39、9 頁。

<sup>101</sup> 北村喜宣「自治立法と政策手法」川崎政司編集代表『シリーズ自治体政策法務講座第 1 巻総論・立法法務』(ぎょうせい、2013 年)113-141 頁、119 頁。北村・前掲注 99、38 頁も同趣旨。

<sup>102</sup> 北村・前掲注 39、31-32 頁。

<sup>103</sup> 磯崎・前掲注 95、29 頁。

さらに、斎藤が「現行法の解釈論としては、憲法上の地方自治保障規定を梃子に、法律規定条例の場合における法定要件・基準の強化・緩和も、一定の限度で可能と考える」と論ずる<sup>104</sup>ほか、他にも同様の論者がある<sup>105</sup>。

大津は、「法律自体、憲法 92 条の『本旨』による拘束を受けるため、『本旨』を侵害する範囲にまで条例を拘束することは許されないとする解釈が一般化した。」と述べている<sup>106</sup>。

## (6) 国家と中央政府と地方政府

条例が法律に優越しうる、という主張の背景には、国家と中央政府とを別のものとして、憲法(国家・日本国民)は、中央政府(国政)と地方政府(地方公共団体)のそれぞれに統治権を授権したのであり、中央政府(国政)から地方政府(地方公共団体)に授権がされているわけではない、という考え方があるように思われる。

実際、北村は「『国家＝国＋自治体』が日本の基本的統治機構であることが、再確認されるべきである。」と述べる<sup>107</sup>。

この考え方については、杉原泰雄が次のように論じている。

---

<sup>104</sup> 斎藤・前掲注 82、319 頁。

<sup>105</sup> 長浜政寿は「法律に依るならば自治権の範囲をどのように消極的に限界づけてもよいということではない。けだし、この法律は『地方自治の本旨』に従うものでなければならないからである。」とすでに指摘していた。長浜政寿「条例制定権の限界」法学論叢第 58 巻第 2 号(京都大学法学会、1952 年)1-18 頁、4 頁。成田も、「憲法に明文の規定が存在する以上、地方公共団体の条例制定権は、地方自治に関する制度的保障の一環をなすから、その本質的内容を侵すような法律の規定は違憲となる。」と述べる。成田・前掲注 72、173-174 頁。鴨野幸雄は、「法律は、まず『地方自治の本旨』すなわち、憲法の人権保障原理と国民主権原理を内容とする地方自治権の本質による精査を受けなければならないといえる。」とする。鴨野幸雄「地方政府の憲法理論」大津浩編著『地方自治の憲法理論の新展開』(敬文堂、2011 年)30-54 頁、38 頁。村中は、「法律に反しないかどうかの検討以前に、その領域に関して法律が制定されている場合は法律の、そして法律が規定されていない場合には条例自体の憲法適合性を検討する余地があるものであろう。…そうすると、一見すると条例が法律に適合しない、または法律に反するような内容であったとしても、直ちに法律に反して違法・無効なものとはされず、ここで条例を制約している法律が、当該条例の内容の制約について、『地方自治の本旨』に適合するか否かの検討を行ったうえで、条例の有効性が検討されなければならない。」と論じる。村中・前掲注 84、371 頁。大橋は、「法律の内容が地方自治を阻害したり、地方公共団体の自主性を否定する場合には、法律が無効と判断される。したがって、『地方自治の本旨』を尊重した法律だけが条例に優先する」とする。大橋・前掲注 31、68 頁。大森と大杉も、「地方公共団体の組織や運用に関する法律は、もしその内容が、『地方自治の本旨』に反するならば、国権の最高機関である国会といえども制定できないことを意味しています。つまり、この第 92 条の規定は、『地方自治の本旨』に基づいて立法を行うべき義務を国会に求めたものといえます。」とする。大森、大杉・前掲注 19、64 頁。また、原島良成は「憲法が条例に与えた役割をそこなう法律こそが、その限りで無効なものとして扱われるべきである。」とし(原島良成「条例制定の根拠・対象・程度」原島良成編著『自治立法権の再発見 北村喜宣先生還暦記念論文集』(第一法規、2020 年)3-26 頁、7 頁)、「条例制定は法律で授権されるが法律の内容には憲法上の制約がある」と述べる(同 11 頁)。

<sup>106</sup> 大津・前掲注 92、94 頁。

<sup>107</sup> 北村・前掲注 39、5 頁。また、北村 2022・前掲注 31、21 頁参照。

「中央政府と統治権の所有者としての国家とが同一物でないことにも留意すべきであろう。」<sup>108</sup> 『条例の形式的効力は法律のそれより弱い』とする。このような見解については、当面以下のことを重ねて指摘しておきたい。統治権が『国』の所有物であることは確かであるが、そのことからその統治権が国内でどのように行使されるかがただちに決まるわけではない。中央政府は、統治権(統治の権利)の所有者としての国ではない。中央政府がどのような権限をもち、地方公共団体とどのような関係をもつかは、憲法原理とそれに規定される憲法条項の定めるものである。<sup>109</sup> 「自治事務であることを認めつつ、その自治事務について、なぜこのような大幅な介入権が認められるのか…いつまで、中央政府と国との混同を続けようとするのか。中央政府は、統治権の所有者としての国ではない。中央政府も地方公共団体も、憲法を通じて国民から統治の権利を授権されている点においては、何らちがいはない。地方公共団体は、その統治の機能を中央政府から授権されているのではなく、憲法上の根拠なしに中央政府(や他の地方公共団体)の監督に服すべき立場にあるわけではない。」<sup>110</sup>

礒崎も、同様に、「現行憲法は単一主義国家制の下で、国(中央政府)と自治体(地方政府)にそれぞれ統治権を保障していると考えられる。」と論じる<sup>111</sup>。

また、鴨野幸雄が「憲法は二元的政府構造をとっていると解せる。すなわち、主権者たる国民が二種類の『政府』を設け、統治活動を中央と地方に信託して配分する意思の表明である(憲法前文)。」というの<sup>112</sup>、佐藤幸治が「国家による主権の独占と、国家においてその主権をどのように構成し秩序づけるかは別の問題で、後者は憲法によって定められるものであり、中央と地方との関係もそれに属する。国民は憲法制定権力の担い手として、憲法を通じて、統治権を中央と地方とに分割し、立憲民主主義の観点から、それぞれにふさわしい権力を配分したということである。したがって、憲法にいう『地方公共団体』は、端的に言えば、地方政府と称すべきものである。」と論ずるの<sup>113</sup>、同趣旨であろう<sup>114</sup>。

---

<sup>108</sup> 杉原泰雄『地方自治の憲法論 [補訂版]「充実した地方自治」を求めて』(勁草書房、2011年)151頁。

<sup>109</sup> 同上 58頁。

<sup>110</sup> 同上 199頁。

<sup>111</sup> 礒崎・前掲注 73、64頁。また、礒崎は、従来の学説について、この権力・権限の授権関係を整理している。礒崎・前掲注 14、187-189頁。

<sup>112</sup> 鴨野・前掲注 105、30-31頁。

<sup>113</sup> 佐藤幸治『日本国憲法論 [第2版]』(成文堂、2020年)597-598頁。

<sup>114</sup> 大森と大杉も「憲法は、主権者である国民がはじめから2種類の『政府』を設け、統治活動を中央と地方に分割し信託する意思を表明したものと解釈することができます。」と述べる。大森、大杉・前掲注 19、

西尾勝は、同趣旨の見解を、違う視点を加えつつ、次のように論じている。

「国・国家といったようなおよそ国という字のついたことばを憲法の中から拾ってみる。そうするとただ国というのがありますし、国家というのがあります…英文で何と叫んでいるのかを見ていくのが最初の手がかりになるのではないかと思うわけです。国民(the people)が主体になって形成する国民国家(the nation)と、一般に国とか中央政府などと称して **national government** とか **central government** あるいは **the state** と呼ばれるものを厳密に区別しなければならないと思われるのであります。」<sup>115</sup>「つまり、ここは非常に重要なところでありますが、主権者である国民は、この憲法の制定を通して国と地方公共団体の双方に政治を直接信託したと解釈することができます。国民は、はじめから国と地方公共団体という二つの種類の政府を **government** として設けたということができわけです。だから中央政府(**central government**)は、地方公共団体を勝手になくしたりコントロールしたりすることはできないものであります。…地方自治というものは、主権者である国民から信託されている独立の **government** だということであり、国とははじめから対等の関係にある **government** だということであり、」<sup>116</sup>

ただし、西尾(勝)は、憲法の規定により、国民国家としての統一をはかっていく上で必要な限度で地方自治相互の調整をはかる範囲内で、国会が法律制定を通して地方自治に介入することが認められていると解している<sup>117</sup>。

ここで紹介した、条例の法律に対する優越を肯定する実定法解釈論や、国家と中央政府(国政)を区別して中央政府(国政)と地方政府(地方公共団体)を対等に置く見解は、非常に興味深いものである。

しかしながら、Ⅱで述べたように、実際の地方分権改革においては、条例による法律の上書きは認められなかった。

また、日本国憲法の文言を素直に読んでも、条例が法律に優越すると解することは困難である。

---

65 頁。小泉も「国(中央政府)と地方公共団体(地方政府)の関係は憲法によって国民から行政権と立法権の権能を授けられた対等な権利主体間の関係である。地方公共団体は、日本国憲法 94 条によって包括的に立法権限が授けられており、地方公共団体は当該地方公共団体の事務に関して条例を制定する権能を有している。」と論じる。小泉 2022・前掲注 45、193 頁。

<sup>115</sup> 西尾勝『国会の立法権と地方自治 憲法・地方自治法・自治基本条例』(公人の友社、2018年)59頁。

<sup>116</sup> 同上 60-61 頁。

<sup>117</sup> 同上 64-65 頁。

他方で、地方分権改革においてなされた法改正は、政省令を条例に優越させるものであったことも、Ⅱで述べたとおりである。

そして、実際には、政省令に対する条例の上書き権が認められれば、第2次地方分権改革で定められた「従うべき基準」等はほとんどが省令によるものであるため、それらの基準はほぼすべて条例で書き換えられることとなる<sup>118</sup>。

そこで、次のⅣでは、条例と政省令との関係に着目し、条例が政省令に優越し、条例により政省令が上書きできるということを、論じることとする。

## Ⅳ 条例の政省令に対する優越と条例による政省令の上書き

### 1. 本章の構成

本章Ⅳでは、条例が政省令に優越し、条例により政省令を上書きすることができるということを論じる。

これは、Ⅱ及びⅢで示したように、第2次地方分権改革において、条例により法律を上書きできるようにするという取り組みがとん挫をし、また、現行実定法解釈としても、条例により法律を上書きできるという学説はあるものの、支持を得られるに至っていない状況を踏まえ、条例と法律の関係ではなく、条例と政省令との関係に限定し、条例の政省令への優越と、条例により政省令を上書きすることができることを示すこととしたものである。

については、まず、2.で、現行実定法においても条例は政省令に優越し(矛盾抵触する場合には条例が優先して適用される)、したがって、条例により政省令を上書きすることができることを示す。次いで、3.で、立法政策論として、条例は政省令に優越すべきであり、条例により政省令を上書きすることを認めるのが妥当であることを論じる。そのうえで、4.において、条例が政省令に優越し、条例が政省令を上書きできることを明確にするための、法改正案を提示する。これは、2.で示すように、もともと現行法でも条例が政省令に優先するのであるから、確認規定を置くものである。

---

<sup>118</sup> 礒崎は、行政分野において、「法律よりその委任による政令・省令・告示が多い」ことを指摘している。礒崎・前掲注 14、41 頁。他方で、礒崎は、各行政分野において具体的に見直すべき規定を洗い出しており、その多くは政省令であるが、見直すべき法律も示している。同 134-135 頁。

条例と政省令との関係に着目し、本格的に論ずることが本稿の意義であるといえるが、条例と政省令との関係について、あるいはその背景にある論点について、本格的な議論ではないものの、なんらかの言及や問題意識を示していた文献や説示がこれまでまったくなかったわけではない。それらの見解について、5. で紹介することとする。

## 2. 実定法解釈論としての条例の政省令に対する優越

### (1) 条例が政省令に優越する憲法解釈

現行実定法の解釈として、条例が政省令に優越し、条例による政省令の上書きが認められる根拠としては、日本国憲法にそれを求めることができる。

日本国憲法に「条例」については規定がある。日本国憲法第 94 条は、「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。」と定める。

しかし、「省令」については、日本国憲法に規定がない。したがって、条例は、少なくとも省令よりも優先されるのが当然である。

また、日本国憲法第 92 条は、「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基づいて、法律でこれを定める。」としている。したがって、法律以外の政省令で定めることはできないこととなる。

この条文においては、「地方自治の本旨」という文言について多くの議論がなされているが<sup>119</sup>、「地方自治の本旨」以上の文言がないため、論争は決着しない<sup>120</sup>。筆者は、一致した見解に到達していない「地方自治の本旨」という文言ではなく、「法律で」という文言に着目をするものである。

---

<sup>119</sup> 「地方自治の本旨」に関する議論については、小林武『地方自治の憲法学』（晃洋書房、2001年）6頁以下、石毛・前掲注71、24頁以下等参照。この点についての憲法解釈上の論点は、日本国憲法第92条に違反して、法律が違憲無効とされることがありえるかどうか、ということである。日本国憲法第92条が、無内容の、いわばプログラム規定である、という見解はあった。柳瀬良幹は『地方自治の本旨』は「不断にその内容の変化すべき流動的のものであって、決してそれに拘らず一定不動の内容をもった固定的のものではない」、「同条の定めるところはただ『地方自治の本旨』に合する限りにおいて地方自治を行うべきことにすぎない」と述べる。柳瀬良幹『憲法と地方自治』（有信堂、1954年）13頁。そして、「地方自治を認める余地が全くない如き事態を生じた場合には、一切の地方公共団体を廃止し、すべての行政を官治行政とすることも、決して憲法の禁ずるところでもなければ、又それに抵触することでもない」、「地方自治が適当である限りにおいては地方自治を行えというのがその究極の意味であるとすれば、斯様な具体的な内容をもたない、いわば立法者はその立法権を適当に行使せよというにすぎないものを特に『保障』と称して何の得るところがあるか、頗る疑問と思われる」と論じる（同14頁）。「第92条は畢竟ただ単に地方自治が適当である限りにおいて地方自治を行うべきことを命じたものに止まり、その意味においては、極端に言えばそれは全く無内容の規定であり（同15頁）、「国の立法機関は法律上は法律の規定如何に拘らず地方団体の権能に属するすべての事柄について当然に関与の機能をもっているのである」とする（同71頁）。しかし、小林武が言うように、素直に『地方公共団体の組織及び運営に関する法律は、地方自治の本旨に基づいて、法律でこれを定める。』との規定からするならば、法律が、この『地方自治の本旨』に反して地方公共団体の組織・運営にかんする定めをもったとき、それは、とりもなおさず違憲無効のものとなる。」とみるべきであろう。小林武『地方自治の本旨』をめぐる憲法解釈 大津浩編著『地方自治の憲法理論の新展開』（敬文堂、2011年）3-29頁、3-4頁。林田和博も「憲法92条ないし95条の規定に違反する法律命令その他は、当然に無効とされねばならない」と主張する。林田和博『憲法保障制度論』（九州大学出版会、1985年）407-408頁。小早川光郎も「自治体に対して一定の事務を義務づける国の立法は、このような憲法上の限界を越える場合には違憲無効である。」と述べる。小早川光郎「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、2001年）381-400頁、383頁。

北村は、「92条をプログラム規定と解する記述は憲法テキストにはみられない。」としつつ、「その法規範性については、どのように考えればよいのだろうか。」「条例論の実践的観点から筆者が知りたいのは、具体的場面における『憲法92条の法規範力とその切れ味』である。究極的には、紛争裁断力である。」と述べる。北村2021・前掲注63、82-83頁。そこで、具体的な場面における日本国憲法第92条の解釈について、筆者が考えた例を示す。地方自治の本旨とは、率直に読めば、地方は自ら治める、ということに他ならない。それでは、「地方自治の本旨に反して違憲」となる立法を考えられるかといえ、たとえば、「北海道知事は東京都知事の指示に従わなければならない」という立法がなされた場合には、それは「地方自治の本旨」に反して違憲無効となるというのが筆者の見解である。「自治」に明確に反するからである。この違憲判断が承認されるのであれば、日本国憲法第92条はプログラム規定ではなく、日本国憲法第92条に違反して法律を違憲無効と実効性のある規定だということになる。村松が「一定地域の住民が自己にかかわる政治的決定について、よそで勝手にきめられることはないという地方自治の原理」と述べるとおりである。村松・前掲注16、111頁。

<sup>120</sup> 西尾(勝)は『地方自治の本旨』という文言だけでは余りにも抽象的にすぎて、歯止めの機能をはたし得ない。」とする。西尾(勝)・前掲注115、23頁。また、「現行の日本国憲法第8章の第92条に規定されている『地方自治の本旨』が抽象的文言であるため、国会による集権的な立法に対する有効な歯止めになっていない。」とも述べる。西尾(勝)2013・前掲注6、82頁。

なお、法律による委任があることを根拠に、政省令の定めが条例に優越するということが認められない。すなわち、法律に「省令で定める」と書くことで、その省令の定めは、法律で定めたことと同視できる、という考え方は採用できない<sup>121</sup>。この点は次に述べる。

## (2) 法律による委任の限界

日本国憲法の規定から、条例は省令に優先し、地方自治の運営に関する事項は法律で定めなければならないが、法律で政省令に委任して地方自治の運営に関する事項を定めることもできないということについて、以下に述べる。

たとえば、名古屋市の子育て事業の実施について、法律で、岩手県に住んでいる高齢の農業主の定めに委任をすることができるであろうか。あるいは、北海道の水産林務部の定めにゆだねることはできるであろうか。もし、法律による委任を絶対視するならば、こうしたことも、できることになる。しかし、これができないことは明白である。

また、たとえば、国の施策において、厚生労働省が所管するハローワークが行う職業紹介事業や雇用保険に関する基準を、国土交通省令や文部科学省令にゆだねることができるであろうか。もし、法律による委任を絶対視するならば、こうしたことも、できることになる。しかし、これができないことも明白である。

これらの例を考えれば明らかなように、法律による他の規定への委任は、当該事務を実施する機関にその詳細の決定をゆだねるからこそ、認められるものである<sup>122</sup>。

---

<sup>121</sup> 北村は、「法律で政省令の内容として囲い込めば自治体事務に関して詳細に規律できるとなれば、分権改革以前と同じような法状況となる。これは、法律における政省令委任権の限界の問題であるが、憲法92条との関係でどのように考えればよいのだろうか。」と問題状況を正しく指摘する。北村 2021・前掲注 63、81 頁。ただし、本文に述べるように、この問題についての実定法解釈において筆者が着目するのは、日本国憲法第 92 条の文言ではなく、日本国憲法第 73 条第 6 号の文言である。

<sup>122</sup> 北村は、「法定自治事務としたかぎりでは、立法権の分有は、法理論的・法制度的に発生している。事務には自治立法権が付随する。」と述べている。同上 86 頁。小泉も「地方公共団体は…包括的に立法権限が授権されており、地方公共団体は当該地方公共団体の事務に関して条例を制定する立法の権能を有している」と論じる。小泉 2022・前掲注 45、193 頁。他方、筆者が本文で述べているのは、当該事務を行わない機関が政省令や条例を定めることはできず、法律によっても当該事務を行わない機関を相手先として委任をすることができない、という考え方である。すなわち、北村らの「事務には自治立法権が付随する」という主張の「裏」の関係にあたり、「事務なきところに政省令や条例の制定権はない」ということである。

ゆえに、地方公共団体が実施する事務に関する詳細を<sup>123</sup>、事務を実施しない国の省の省令にゆだねることは、認められない<sup>124</sup>。

日本国憲法第 73 条第 6 号の規定も「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること」とあり、これは、内閣が自ら実施をするために必要な政令を制定することを示している。地方公共団体が実施し、内閣が自ら実施をしない事項について、政令で定めることは憲法上認められていないのである。

ゆえに、あくまでも「地方公共団体の組織及び運営に関する事項」すなわち地方公共団体の事務については、条例が政省令に優越し、条例と政省令の規定に矛盾抵触がある場合には条例の規定が適用され、ゆえに、条例により政省令を上書きすることができることとなる。

もちろん、国(中央政府)の事務については、それを実施する内閣及び府省が定める政省令が効力をもつ。この場合、政省令は法律に根拠を持つものであるから、条例がそれを上書きすることはできないということによいと考える(法定受託事務も法律に定められた国(中央政府)の事務とみてよい)。

実際に、地方公共団体が実施する場合には地方公共団体の条例にゆだね、府省が実施する場合には省令にゆだねることとした法律の規定は存在している。

自然環境保全法(昭和 47 年法律第 85 号)は、国又は地方公共団体が行う自然環境保全のための事業について、その保全事業を行わなければならないこととなった原因となる行為を行った者、あるいは、その保全事業で著しい利益を受ける者から、負担金を徴収することができることとしている(第 37 条、第 38 条)。そして、第 40 条第 1 項において「第 37 条

---

<sup>123</sup> 北村が指摘するように「個別法に規定されている自治体の事務は、中央政府にとってはもはや『自分の省の事務』ではない」のである。北村 2022・前掲注 31、15 頁。

<sup>124</sup> 法律による委任に関して言及するものとして、石毛は「法律で委任する場合の相手方となる機関がどこかにより、委任の限定性に違いがあつてよいかどうかという問題がある。」と指摘するものの、「委任の限定性の問題は実質的に法律で定めたといえるかどうかという問題であるから、委任の相手方がどの機関かによって違いが生ずるものではない。」とし(石毛・前掲注 71、11 頁)、どの機関に委任をすることができるのか、あるいは、どの機関に委任をするのが望ましいのかといった観点での議論には至っていない。また、田中(孝)は「どの主体・機関に規範制定権を委ねるのか(委任先選択の裁量)」を論点として示しながら、「委任先選択の立法裁量について《憲法》上の規律は明文には存しないと思われる。」と結論づけている。田中(孝)・前掲注 31、113 頁。しかし、本文に示したとおり、政令に関して、日本国憲法第 73 条第 6 号に示されているというのが筆者の見解である。ただし、田中(孝)は「国と地方の役割分担(《自治法》1 条の 2)や、自治事務における地域特性配慮原則(同法 2 条 13 項)から、委任先は、原則的には、自治体の機関が望ましいという考え方(立法の指針)を採るのが適切である。」とする。他方で、「しかし、委任事項が技術的で瑣末である場合には「むしろ政省令事項とすべき」であり、「独自性の乏しい事項を条例事項化するのには、条例制定のための労力や経費に見合わない」とする。同 113-114 頁。

又は第 38 条の規定による負担金を納付しない者があるときは、環境大臣又は当該地方公共団体の長は、督促状によって納付すべき期限を指定して督促しなければならない。」とし、第 2 項において「前項の場合においては、環境大臣は環境省令で定めるところにより、当該地方公共団体の長は条例で定めるところにより、延滞金を徴収することができる。ただし、延滞金は、年 14.5 パーセントの割合を乗じて計算した額をこえない範囲内で定めなければならない。」と規定している。

延滞金の率について、環境大臣が徴収する場合には環境省令で、地方公共団体の長が徴収する場合には条例で定めることとしたものであり、事業を実施するものが決定する、という規定ぶりになっているのである<sup>125</sup>。

なお、地方自治法第 14 条第 1 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第 2 条第 2 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。この地方自治法の規定は、日本国憲法の規定とは異なるため、改正すべきである(その改正案は 4. で提示する。)。もし「第 2 条第 2 項の事務に関し」という文言が「第 2 条第 2 項の事務以外に関しても」という文言であれば、それは、適切妥当な立法であったといえよう<sup>126</sup>。

### 3. 立法政策論としての条例による政省令の上書き権

次に、あるべき法制度はどのようなものか、という立法政策論でも、条例は政省令に優越すべきであり、条例による政省令の上書きを認めるべきであるということを以下で論じる。

「地方の事務については制度の大枠など重要な事項は国が定める必要があっても、それ以外はできるだけ地方にゆだねるべき」という考え方がある。

1994 年(平成 6 年)に閣議決定された「地方分権の推進に関する大綱方針」において<sup>127</sup>、「全国的な統一性、全国的な規模・視点を重視して行う必要のある事務についても、その

---

<sup>125</sup> ただし、国の場合は省令で定めればよいことを、地方公共団体については条例で定めなければならないとすることについては、条例制定の義務付けであるともいえる。

<sup>126</sup> 磯崎も地方自治法第 14 条第 1 項の「法令に違反しない限り」という文言を「法律」に限定することを提案しているが、「法律の委任に基づく命令に限られる」ためとしており、法律により委任された政省令を排除していない。他方、磯崎は、法定受託事務もこの規定の対象となるよう法改正をすることを提案しつつ、条例による上書き権の対象は自治事務に限定しているようである。磯崎・前掲注 73、87-88 頁。

<sup>127</sup> 前掲注 7。

執行に当たり地方公共団体の裁量に委ねることが適当なものについては、国は、極力、基準の提示や制度の大枠の制定にとどめるものとする。」と述べられていた。

2005年(平成17年)の第28次地方制度調査会答申「地方の自主性・自律性の拡大及び地方議会のあり方に関する答申」においても<sup>128</sup>、「特に自治事務については、国は制度の大枠を定めることに留め、地方公共団体が企画立案から管理執行に至るまでできる限り条例等により行うことができるようにすべきである。」と述べられている。

また、地方行政調査委員会による1950年(昭和25年)の「行政事務再配分に関する勧告」において<sup>129</sup>、すでに「どのような事務を、どのような形で行うかという発意は、地方公共団体が自ら行うことが望ましいのであって、法令では、必要な最小限度において主として最低限度の水準を定める程度にとどめるべきであろう」と述べられていた。

すなわち、地方の事務についての国の義務付け・枠付けは、大枠にとどめ、必要な最小限度において行うべきということであり、これは地方自治法第1条の2第2項にも「地方公共団体に関する制度の策定及び施策の実施に当たって、地方公共団体の自主性及び自立性が十分に発揮されるようにしなければならない」と定められているところである。

しかし、どこまでが国が定めるべき「大枠」で「必要な最小限度」か、ということを経験的規定ごとに議論をしても、最後は見解の相違で終わってしまうために、地方分権改革が進まなかったともいえる。

次に、筆者は、「国の重要な事項は、国会の議決を経て法律で定めるべき」であるということを中心とする<sup>130</sup>(あくまでも、立法政策論であり、「法律で定めるべきである」という立法政策判断である。)

---

<sup>128</sup> 2005年(平成17年)12月9日第28次地方制度調査会答申「地方の自主性・自律性の拡大及び地方議会のあり方に関する答申」。

<sup>129</sup> 前掲注13。

<sup>130</sup> 本文の筆者の主張は「本質性理論」といわれる考え方に議会を重視する点も含めて類似性を持つ。大橋・前掲注31、30-33頁参照。また、塩見政幸「学説における『立法の意義』・『法律の留保』と立法実務における『法律事項』」立法と調査第332号(参議院事務局企画調整室、2012年)48-72頁、54-56頁参照。ただし、ここで論じているのは、あくまでも立法政策論であり、現行法上「法律で定めなければならない」ということではない。なお、村西良太は、法律の規律密度は低落しており、「重要事項の規律はすっかり国会の手を離れてしまっている」と述べる。村西良太「議会制民主主義の空洞化—国会の権限放棄を問う視点から」判例時報第2523号(判例時報社、2022年)135-143頁、136頁。村西は、「裁判所は民主制の回路の外側に位置するからこそ(つまりその非民主制ゆえにこそ)、民主制の内部で生じた機能不全を修正するのに適している」という見方も示すが(同141頁)、非民主的な機関がその役割を果たせるとは筆者には考えられず、国会の空洞化を補填できるとすれば、その役割を果たすのは地方議会であるというのが筆者の見解である。

このような考え方を主張する背景となる理念は「議会の重視」にある。

日本国憲法は、第 41 条において、「国会は、国権の最高機関」であるとしている<sup>131</sup>。また、議会制民主主義という言葉が使われていることから、議会の重要性は、一般にも承認されているといえる。

したがって、全国一律でなければならないような重要なことは国会の議決を経て法律で定めるべきであるといえる<sup>132</sup>。

上記で述べた 2 つの考え方、すなわち「地方の事務については制度の大枠など重要な事項は国が定める必要があっても、それ以外はできるだけ地方にゆだねるべき」ということと、「国の重要な事項は、国会の議決を経て法律で定めるべき」ということが肯定されるならば、地方にゆだねられない重要なことは国会の議決を経て法律で定められているはずであり、それ以外は重要ではない事項であるので地方にゆだねてもかまわないはずであるということになり、政省令を条例で上書きしてもかまわないはずだということになる。

この三段論法については、次の考え方により提示をしたものである。

「地方の事務については制度の大枠など重要な事項は国が定める必要があっても、それ以外はできるだけ地方にゆだねるべき」という一般論は概ね肯定されており、閣議決定でも示されているものであって、これを否定する見解は見られないが、何が(国が定めるべき)重要な事項なのか、という点については、各論になると、一致をしない。これに対して、内容ではなく、法律で定めているかどうかという形式により、その重要性を判断するメルクマールとするのが、私見の発想である。

---

<sup>131</sup> この日本国憲法第 41 条の文言について、実定法解釈上の意味を認めない見解もあるようであるが(筆者はその見解に賛同しない)、仮に実定法解釈上は意味がないとしても、そこに議会の重視すべきという価値判断はあらわれている。

<sup>132</sup> 全国一律でなければならない重要なことは法律で定めるべきという主張にも関連し、地方自治法の第 14 条第 1 項以外の他の規定との整合性についても論じておく。地方自治法第 2 条第 9 項第 1 号において、法定受託事務は「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」とされる(法定受託事務は、その名のとおり、法定する必要がある。重要な事項は、法律で定めることが、ここにも示されている。)。他方、地方自治法第 2 条第 13 項は自治事務について「法律又はこれに基づく政令により地方公共団体が処理することとされる事務が自治事務である場合においては、国は、地方公共団体が地域の特性に応じて当該事務を処理することができるよう特に配慮しなければならない。」とも定めている。すなわち、全国一律に定め処理を確保する必要があるものであれば、本来は、法定受託事務として、法律に根拠を置かなければならない。自治事務としておいて、全国一律に定めるということでは、法定受託事務と自治事務とに分けた意味がないことになってしまう。この点に関し、出石は、「従うべき基準」について、「自治事務にありながら法定受託事務を超えるほどの自治体への縛り」とであると指摘している。出石・前掲注 31、69 頁。

また、議会の重視という理念をとれば、議会の議決を経ない政省令よりも、地方議会の議決による条例が優先されるべきである、ということにもなるのである。

#### 4. 条例による政省令の上書き権を認める法改正提案

##### (1) 個別法の改正による条例の上書き権

第2次地方分権改革では、これまで国が定めていた施設等の設置基準を条例に委任するとともに、その条例を制定するさいの「従うべき基準」「標準」「参酌すべき基準」を政省令で定めるというかたちで、個別法の改正がなされた。他方、前節IV3.で論じたように、筆者は条例による政省令の上書き(権)を認めるべきと考えているので、それを明確にする法改正案を提示したい。

礪崎は、条例による法律の上書き(権)は法律自身に定めれば可能であるとし、具体的な制定方式を整理している<sup>133</sup>。大きく分けて、個別法方式と通則方式がある、といえるであろう。本稿では、条例による法律の上書きではなく、条例による政省令の上書きについて、立法提案をする。なお、実定法解釈論としては、IV2.ですでに述べたように、条例は政省令よりも当然に優先するので、この法改正案は、確認規定を置くものである。そして、確認規定であるからこそ、異論がでないように、個別法と、通則の、両方で、その旨を定めることを提案する。

個別法の改正については、児童福祉法の児童福祉施設の設置基準に関する定めを例に、提案をする。

第2次地方分権改革による法改正前の規定は次のとおりであった。

「第45条 厚生労働大臣は、児童福祉施設の設備及び運営並びに里親の行う養育について、最低基準を定めなければならない。この場合において、その最低基準は、児童の身体的、精神的及び社会的な発達のために必要な生活水準を確保するものでなければならない。

---

<sup>133</sup> 礪崎・前掲注19、236-237頁。また、礪崎・前掲注73、88-92頁。他に、岡田(博)は、「自治通則法(仮称)制定の提案」として、通則方式による条例による法律の上書きの立法化を提案している。岡田博士「自治通則法(仮称)制定の提案(2)」自治研究第86巻第5号(第一法規、2010年)124-138頁、124-125頁。地方自治法に通則規定を置くのではなく、条例による法律の上書きを認める通則法として自治通則法(仮称)の制定を提案するものである。この岡田(博)の提案は、規模の小さい集団の意思決定が特別法的な意義をもち、より大きい集団の意思決定を一般法的なものとして、(規模の小さい集団の意思決定を)優先させるべきという、ローカルルール優先の原則が採用されるべきということを根拠としている。岡田(博)・前掲注49、117-118頁。

2 児童福祉施設の設置者及び里親は、前項の最低基準を遵守しなければならない。

3 児童福祉施設の設置者は、児童福祉施設の設備及び運営についての水準の向上を図ることに努めるものとする。」

次に、第2次地方分権改革による法改正後の児童福祉法の児童福祉施設の設置基準に関する定めは次のとおりとなった。

「第45条 都道府県は、児童福祉施設の設備及び運営について、条例で基準を定めなければならない。この場合において、その基準は、児童の身体的、精神的及び社会的な発達のために必要な生活水準を確保するものでなければならない。

2 都道府県が前項の条例を定めるに当たっては、次に掲げる事項については厚生労働省令で定める基準に従い定めるものとし、その他の事項については厚生労働省令で定める基準を参酌するものとする。

① 児童福祉施設に配置する従業者及びその員数

② 児童福祉施設に係る居室及び病室の床面積その他児童福祉施設の設備に関する事項であって児童の健全な発達に密接に関連するものとして厚生労働省令で定めるもの

③ 児童福祉施設の運営に関する事項であって、児童(助産施設にあっては、妊産婦)の適切な処遇の確保及び秘密の保持、妊産婦の安全の確保並びに児童の健全な発達に密接に関連するものとして厚生労働省令で定めるもの

3 児童福祉施設の設置者は、第1項の基準を遵守しなければならない。

4 児童福祉施設の設置者は、児童福祉施設の設備及び運営についての水準の向上を図ることに努めるものとする。」

なお、里親に関しては、別の条項へ移し、本条からは削除されている。

そして、筆者が提案をする改正案は次のとおりである。

「第45条 児童福祉施設の設置者は、児童の身体的、精神的及び社会的な発達のために必要な生活水準を確保するため、児童福祉施設の設備及び運営に関し厚生労働省令で定める基準を遵守しなければならない。

2 都道府県は、条例で、前項の基準に代えて児童福祉施設の設置者が遵守すべき基準を定めることができる。

3 児童福祉施設の設置者は、児童福祉施設の設備及び運営についての水準の向上を図ることに努めるものとする。」

なお、この筆者の提案のように、省令で定める基準に代えて適用する基準を、条例で定めることができるとする個別法の規定はすでに存在している。

動物の愛護及び管理に関する法律(昭和 48 年法律第 105 号)第 21 条第 1 項は、「第一種動物取扱業者は、動物の健康及び安全を保持するとともに、生活環境の保全上の支障が生ずることを防止するため、その取り扱う動物の管理の方法等に関し環境省令で定める基準を遵守しなければならない。」とし、第 4 項で「都道府県又は指定都市は、動物の健康及び安全を保持するとともに、生活環境の保全上の支障が生ずることを防止するため、その自然的、社会的条件から判断して必要があると認めるときは、条例で、第 1 項の基準に代えて第一種動物取扱業者が遵守すべき基準を定めることができる。」と規定している。

また、大規模小売店舗立地法(平成 10 年法律第 91 号)は、第 3 条第 1 項で「基準面積は、政令で定める。」とし、第 2 項で「都道府県は、当該都道府県の区域のうちに、その生活環境から判断して、前項の基準面積を超える他の基準面積とすることが適切であると認められる区域があるときは、当該区域について、条例で、周辺の地域の生活環境の保持に必要かつ十分な程度において、同項の基準面積に代えて適用すべき基準面積を定めることができる。」と定める。

筆者の提案は、これらの規定と同様のものであり、実現できない理由はない。

第 2 次地方分権改革においても、条例による上書き(権)の議論を、「従うべき基準」「標準」「参酌すべき基準」の議論に転換するのではなく、こうした規定を参考に<sup>134</sup>、せめて個別法で、条例による上書きを認めるべきであった。

---

<sup>134</sup> このほか、介護保険法(平成 9 年法律第 123 号)第 43 条第 2 項は「前項の居宅介護サービス費等区分支給限度基準額は、居宅サービス等区分ごとに、同項に規定する厚生労働省令で定める期間における当該居宅サービス等区分に係る居宅サービス及び地域密着型サービスの要介護状態区分に応じた標準的な利用の態様、当該居宅サービス及び地域密着型サービスに係る第 41 条第 4 項各号及び第 42 条の 2 第 2 項各号の厚生労働大臣が定める基準等を勘案して厚生労働大臣が定める額とする。」と定め、同条第 3 項は「市町村は、前項の規定にかかわらず、条例で定めるところにより、第 1 項の居宅介護サービス費等区分支給限度基準額に代えて、その額を超える額を、当該市町村における居宅介護サービス費等区分支給限度基準額とすることができる。」と定める。条例で定めるのは、「超える額」に限定されている。

高齢者、障害者等の移動等の円滑化の推進に関する法律(平成 18 年法律第 91 号)第 14 条第 1 項は「建築主等は、特別特定建築物の政令で定める規模以上の建築(用途の変更をして特別特定建築物にすることを含む。以下この条において同じ。)をしようとするときは、当該特別特定建築物(以下この条において「新築特別特定建築物」という。)を、移動等円滑化のために必要な建築物特定施設の構造及び配置に関する政令で定める基準(以下「建築物移動等円滑化基準」という。)に適合させなければならない。」と定め、同

## (2) 通則法による条例の上書き権

次に、通則法により条例の政省令に対する上書き権を認める法改正を提案する<sup>135</sup>。

現行の地方自治法第14条第1項「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第2条第2項の事務に関し、条例を制定することができる。」を次のとおり改正するものである(第2項及び第3項は現行どおりとする。)

「第14条 普通地方公共団体は、第2条第2項の事務に関し、法律に明白に違反しない限り、自由に条例を制定することができ、法律の趣旨、理念その他の理由により、条例が違法となることはない。」

「4 普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて、第2条第2項の事務に関しない条例を制定することができる。

---

条第3項は「地方公共団体は、その地方の自然的社会的条件の特殊性により、前2項の規定のみによっては、高齢者、障害者等が特定建築物を円滑に利用できるようにする目的を十分に達成することができないと認める場合においては、特別特定建築物に条例で定める特定建築物を追加し、第1項の建築の規模を条例で同項の政令で定める規模未満で別に定め、又は建築物移動等円滑化基準に条例で必要な事項を付加することができる。」と定める。条例で定めるのは、「追加」「規模未満で別に定め」「付加」に限定されている。

また、水質汚濁防止法は、第3条第1項で「排水基準は、排出水の汚染状態(熱によるものを含む。以下同じ。)について、環境省令で定める。」とし、第3項で「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項の排水基準によっ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。」と定める。「きびしい」ものに限られ、かつ、政令の基準には従わなければならない。

<sup>135</sup> 条例による法令の上書きについて、通則法による改正を提案するものとして、2020年(令和2年)2月19日全国知事会地方分権推進特別委員会第2回地方分権改革の推進に向けた研究会「広島県提出資料②」があり、地方自治法の改正案として、次のような具体的な文言を示している。

「第14条 普通地方公共団体は、その処理する事務に関し、法令に違反しない限りにおいて条例を制定することができる。

2 自治事務の基準又は手続に関する法律(又は法令又は政省令)の規定について、当該事務を処理する地方公共団体が条例で法律の規定と異なる規定を定めたときは、当該条例の規定を適用する。但し、当該法律の規定のうち、国が本来果たす役割に係るものであって、当該法律で特に定めるものについては、この限りでない。

3 前2項については第1条の2第2項及び第2条第11項から第13項までの規定を踏まえて解釈し、及び運用するようにならなければならない。」

この広島県の提案は、自治事務について一般的に条例による上書きを許容し、法律で特に定めた場合には否定をするという、ネガティブ・リスト方式をとったものといえるであろう。この広島県の提案は、「政省令」に言及しているが、原則的には「法律」あるいは「法令」を対象としている。また、法律で特に定めれば、政省令も上書きできないということになりえる。筆者の見解は、法律本体で規定をされたものは上書きできず、政省令にゆだねられたものは上書きできる、というものであり、広島県の提案とは基本的な構造は異なるものである。ただし、筆者の見解は、法律本体において規定された事項をもってネガティブ・リストとしているとみることもできる。

5 第1項の規定により定められた条例は、政令、省令、基準その他国が定める規定(憲法及び法律を除く。)に優先し、これらの規定を条例で修正することができる。これらの規定について法律による委任がある場合においてもまた同じとする。

6 地方公共団体が条例を制定するにあたり従うべき基準又は参酌すべき基準(以下「参酌基準」という。)を国が定めるにあたっては、国会の議決によらなければならない。

7 参酌基準を参酌していないことをもって条例が無効になることはなく、何人もその違法を主張することはできない。

8 条例を制定するにあたり従うべき基準を国が法律によらずして定めた場合には、その基準に従っていないことをもって条例が無効になることはなく、何人もその条例の違法を主張することはできない。その基準について法律による委任がある場合も、また同じとする。

9 条例その他の地方議会の議決に基づく行為については、長及び職員は一切の責を負わない。その行為が違法であってもまた同じとする。」<sup>136</sup>

## 5. 条例と政省令に関する議論

### (1) 本節の概要

条例と政省令との関係について本格的に論ずることが本稿の意義であり、条例が政省令よりも優越するという結論を前節IV4.までに示したが、条例と政省令との関係について、

---

<sup>136</sup> この改正案では、念入りに文言を記載している。本稿では、条例が政省令に優越することを示した。しかし、なんらかの争いが生じたとき、最後に判断を下すのは裁判所である。ところが、裁判所こそが、もっとも地方議会や条例を軽視し、地方分権に逆行している存在ではないかと懸念しているからである。この点について、小林は、「裁判所は…住民自治の要請にそぐわない自治体の施策については、その裁量権行使にかんする濫用・逸脱の有無を積極的に吟味することが期待されているものといわなければならない。」としている。小林 2001・前掲注 119、176 頁。しかし、少なくとも筆者は、そのような期待を裁判所に求めている。筆者が裁判所に求めるのは、ただ、憲法や法律の文言と事実に基づいて客観的に判断をする、ということのみである。地方議会が住民のために適切妥当だと判断した施策について、なぜ裁判所が異なる判断ができるのか、また、裁判所の判断のほうが優越するのか、まったく理解できない。それができると考えるのは、法律家の過信と傲慢であると、筆者は考える。田中(孝)は「裁判所は、条例制定裁量が違法かどうかは判断できる。しかし、その不当までも審査できるものではない」と述べており(田中(孝)・前掲注 31、45 頁)、筆者も同意見であるが、実際には裁判所は不当の主観的判断をししばしば行っているというのが筆者の認識である。

ところで、条例の規定について、裁判で論点になった場合、地方公共団体の裁判の当事者は首長あるいは行政サイドであることが多い。しかし、条例は、地方議会の議決により、定められるものである。議会は多数の議員から成り、その意図は千差万別であって、1 つに決まるものではない。そうした中で、訴訟のなかで、条例の適法性や合理性を、首長が主張する、というもおかしな話である。法律に違反するかどうかということは、誰の主張も要することなく、客観的に判定ができるものである。この点で、田中(孝)の「争訟となったときには、条例の合理性に関する事実を自治体側が積極的に主張し、証明していく必要がある。」という見解には(同 120 頁)、筆者は賛同しない。合理性の判断は議会がすでに行っているのであり(だからそこに条例がある)、裁判所が行うことではないのである。

本格的な議論ではないものの、なんらかの言及や問題意識を示していた文献や説示がこれまでまったくなかったわけではない。

本節 5. では、それらの見解を紹介し、筆者が本章Ⅳにおいてこれまでに示した主張や結論との類似点や相違点を示すこととする。

## (2) 第 2 次地方分権改革における検討過程

地方分権改革推進委員会の委員で、法制面での議論の中心となった小早川光郎は、関係者が集まった座談会において、次のように発言している。

「上書き権の議論は…私個人としては、法律を条例で上書きすることはできないだろうが、政令・省令レベルであれば、例えば内閣法や国家行政組織法に置かれている政令・省令の一般的授權規定に 1 項書き加えればできる話ではあろうと思っていました。…一般の論調としては、その辺の詰めた話はなされず…」<sup>137</sup>

これに対して、事務局を担った山崎重孝は次のように発言している。

「先ほど小早川先生が政令・省令の話がされましたが、内閣法制局の方々と議論していると、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だという議論をされるものですから、地方自治法なりの法律に、条例で政省令の規定を上書きすることができるという条文を書く自信もありませんでした。」<sup>138</sup>

第 2 次地方分権改革における報告や勧告にはあらわれなかったが、その検討過程において、上書きの対象から法律を外し、政省令のみとする発想はあったのである。

しかし、「詰めた話」、すなわち、その根拠を示した検討はなされていない。それを示すことこそが、本稿の意義であり目的である。すなわち、内閣法制局に自信をもって主張できる論拠を提供することである<sup>139</sup>。

<sup>137</sup> 地方自治制度研究会編集・前掲注 12、227 頁。なお、国家行政組織法(昭和 23 年法律第 120 号)第 12 条第 1 項は「各省大臣は、主任の行政事務について、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、それぞれその機関の命令として省令を発することができる。」と定める。

<sup>138</sup> 同上 230 頁。

<sup>139</sup> 梶田信一郎内閣法制局長官は、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に関する参議院総務委員会での質問に対して「地方自治権の淵源ということだろうと思いますが、憲法、御承知のとおり第 8 章で地方自治という章がございまして、その中で 92 条、『地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法律でこれを定める。』と、こういう規定がございまして、法律的に申し上げますれば、地方公共団体の行政権能がどのように認められるかということにつきましては、地方自治の本旨を十分考慮しながら、いわゆる立法裁量の問題といたしまして国、具体的には国会の判断にゆだねられていると、その制定する法律の定めるところによって定まるというふう

### (3) 従来の答申や意見書

2004年(平成16年)に示された地方分権改革推進会議の「地方公共団体の行財政改革の推進等行政体制の整備についての意見」では<sup>140</sup>、「条例が一定の範囲内で政省令に規定された内容の弾力化を図りうる仕組みづくり」に言及し、次のように述べていた。

「自治事務については、福祉、教育やまちづくり等の主要分野を中心として、個々の法令における条例への授権範囲の拡大に加え、条例に委ねるべき範囲の一般原則・基準を設定して包括的に条例への授権範囲を拡大することや、条例が一定の範囲内で政省令に規定された内容の弾力化を図りうる仕組みづくりといった地方公共団体の立法機能の強化に向けた方策も検討すべきである。その際には、市町村が処理する自治事務に関する都道府県の条例と市町村の条例の関係についても、必要に応じて同様の見地から検討すべきである。なお、これらの検討を行う際は、憲法上の問題を含めた議論が行われるべきである。」

---

憲法上はなっておるというふうに考えております。」(2010年(平成22年)4月13日第174回国会参議院総務委員会会議録第11号梶田信一郎政府参考人答弁)と答弁しているほか、東日本大震災復興特別区域法案に関する質問に対して、「憲法41条を先ほど申し上げました。これは、国会は国の唯一の立法機関であるというふうに定めておきまして、従来から、この憲法の趣旨を否定する、いわば国会の立法権を没却するような抽象的、包括的な規定により条例の定めゆだねるということは問題があるというふうに考えてきています。それで、条例による法律の上書きというものの具体的な内容をどうするかということですが、実は、条例による法律の特例の定めにつきましては、これまで、個別の法律におきまして、その法律の趣旨、目的を踏まえまして、地域の特性に応じて条例で特段の定めを設けることを許容する、個別具体的に定めるという対応、これは立法例としてもございます。そういう対応をしております。こうした対応によるのであれば、憲法上の問題は生じないというふうに考えております。」と答弁している(2011年(平成23年)11月24日第179回国会衆議院東日本大震災復興特別委員会会議録第8号梶田信一郎政府参考人答弁)。個別法での上書きは肯定しているようにも読める。

また、片山善博総務大臣は、地域活性化担当国務大臣として、総合特別区域法案について条例の上書き権が規定されなかったことに対する質問に対して、「やはり、国会が国権の最高機関で国の唯一の立法機関、これは憲法に規定されておりますけれども、その国権の最高機関である国会が定めた法律を、何はともあれ、各自治体が上書きといいますか修正できるというのは、我が国の今の憲法体制のもとでは認められないということが法制局の見解でありましたけれども、私も実はそう思っております。私も長年地方自治の分野に携わってきまして、自治権の伸展というのは非常に重要なことだというふうに考えておりますけれども、さればとて国法を自治体の条例が凌駕する、そこまではさしもの私も実は考えが至りません。むしろ、そうではなくて、やはり国法で、自治体に移譲すべきものはきちっと移譲するというを明記した方がいいだろうというのが私の見解であります。」と答弁している(2011年(平成23年)4月27日第177回国会衆議院内閣委員会会議録第9号片山善博地域活性化担当国務大臣答弁)。

こうした内閣法制局の見解について、北村は、日本国憲法第92条をプログラム規定ととらえているかのようであるという指摘をしている。北村・前掲注39、139頁。北村・前掲注101、120頁も参照。また、日本国憲法第92条への言及が一切ない、法令がすべてを決定しなければならないという強い認識が背景にある、自治体を個々の行政主体ではなく自治体全体(匿名性の高い対象)としてしかとらえていない、法律の完結性・無謬性を基本としている等の指摘をしている。北村・前掲注99、26-37頁。筆者としては、「国会は国の唯一の立法機関である」といいながら、実際の基準は、法律ではなく、省令で定められているということを指摘しておきたい。

<sup>140</sup> 2004年(平成16年)5月12日地方分権改革推進会議「地方公共団体の行財政改革の推進等行政体制の整備についての意見」。

すでにこの時点で条例による上書き権の発想が示されていたわけであるが、弾力化の対象を「法令」ではなく「政省令」としていた。ただし、この点に意識的であったかどうかは定かではないところである。

2005年(平成17年)の第28次地方制度調査会答申「地方の自主性・自律性の拡大及び地方議会のあり方に関する答申」において<sup>141</sup>、国が地方の事務執行について定める場合には、法律又はこれに基づく政令とすることについて、次のとおり記載をしている。

「事務事業の執行方法・執行体制に関する国の法令は、地方公共団体の自律性を高める内容とすべきである。特に自治事務については、国は制度の大枠を定めることに留め、地方公共団体が企画立案から管理執行に至るまでできる限り条例等により行うことができるようにすべきである。仮に国がこれらの執行方法等についての定めをする場合であっても、法律又はこれに基づく政令とすることを含めさらに検討する必要がある。」

省令など、法律又は政令によらない定めを許さない趣旨であると思われるが、その目的や考え方は示されていない。「法律又はこれに基づく政令」に限定するのは、第1次地方分権改革で採用された「関与の法定主義」に影響されたものではないかと推察される。

全国知事会が2006年(平成18年)に公表した『地方自治の保障のグランドデザインⅡ』では、次のように論じられている。

「条例と政省令の関係に係る議論がある。憲法第94条は『法律の範囲内で条例を制定することができる』とし、それを受けた地方自治法第14条第1項では『法令に違反しない限りにおいて…条例を制定することができる』と規定されているが、この両者は同じであり、憲法第94条にいう『法律の範囲内』とは、『法律又はこれに基づく命令(の範囲内)』を意味するものと解されている。したがって、条例は、法律に加えて政令・省令等にも違反しえないことになり、地方自治体の条例制定権は、国会だけでなく、国の行政機関からも(政省令等という形で)制約を受けることになる。

しかしながら、地方自治体の行政権は、憲法第65条に規定する内閣の行政権から派生しているものではなく、憲法第94条の規定に基づき認められているものである。そのため、国会が法律を定めるのはともかく、それを受けた執行段階においては、地方自治体が役割を担う部分については、政省令ではなく条例で定めるという形態に変えていくべきではな

---

<sup>141</sup> 前掲注128。

いかという議論も出てくることになる。しかしながら、一方では、地方自治体は地域総合行政主体として幅広い分野で多くの事務を処理しており、国としてもそれらに關係する法律の統一的運用を図る必要があるという側面を有している。そのため、憲法によって地方自治体が担う事務について法律一条例という一本の体系にしてしまうことは不可能である。結局、可能なものについては、できるだけ政省令ではなく条例に委ねていくことが望ましいという、主として法律レベルの問題であり、場合により、法律における制度設計とその解釈において、憲法における一般的な地方自治保障による制約をかけるということになるのではないと思われる。」<sup>142</sup>

日本国憲法第 94 条の規定に言及し、条例と政省令との關係に着目しながらも、現状の改変は不可能であるとし、望ましい法律論というレベルの問題であると整理している。

#### (4) 憲法第 94 条と地方自治法第 14 条第 1 項

全国知事会が 2006 年(平成 18 年)に公表した『地方自治の保障のグランドデザインⅡ』でも言及されているように、日本国憲法第 94 条は「法律の範囲内で条例を制定することができる」とし、それを受けた地方自治法第 14 条第 1 項では「法令に違反しない限りにおいて…条例を制定することができる」と規定されている。地方自治法で、「法律」ではなく、「法令」という規定になっていることについて、学説においても言及するものがある。

原島良成は「自治体の事務について『法令に違反しない限り』で条例制定可能とする自治法 14 条 1 項に対し、(それが憲法 94 条の規定振りと異なるにもかかわらず)抜本的な疑いの目が向けられることは稀であった。」と指摘する<sup>143</sup>。

すなわち、一般的な見解としては、「憲法が『法律』としているにもかかわらず『法令』とする地方自治法の右規定は憲法に抵触しないか、という問題が一応存在するが、日本国憲法の下では、命令は法律の授權がない限り制定されず、適法に制定された命令は法律の具体化と解することができるので、この抵触の問題はクリアされると通常考えられている」<sup>144</sup>のである。

<sup>142</sup> 全国知事会『地方自治の保障のグランドデザインⅡ』(全国知事会・(財)都道府県会館、2006 年)140 頁。

<sup>143</sup> 原島・前掲注 105、5 頁。

<sup>144</sup> 小林武、渡名喜康安『憲法と地方自治』(法律文化社、2007 年)275 頁。松本も、地方自治法第 14 条第 1 項の「法令に違反しない限りにおいて」という規定は、「憲法が『法律』と規定していることについて、法律に基づく政令その他の命令を含めて違反し得ないと解することを明示するものでもある。」とする。松本・前掲注 46、172 頁。この点、兼子仁は、「地方自治法 14 条 1 項により、自治体は『法令に違反しない限りにおいて』条例を制定できるとされている。そこで、条例は、憲法 94 条で『法律の範囲内で』

この点について、やや疑いの目を向けているのが小嶋和司であり、『法律に違反しない限り』との同視論者の多くは自治法 14 条 1 項が『法令に違反しない限りにおいて』と規定することの合憲性について自問する。そして多数の論者は、命令は法律実施のために制定されるのであるから、これまた『法律』の制約とみうると自答する。命令が、法律とは異なる制定権によって制定されるという事実は憲法的に無視しうるとするのであるが、これを不満とする少数の論者は、憲法 94 条にいう『法律』は国法の意味であると説く。」と懐疑的な記述をしているが<sup>145</sup>、明確な見解を提示するものではない。

### (5) 西尾勝の憲法論

これに対し、明確に、政省令での制約や拘束に否定的な立場を示すのが、西尾(勝)である。西尾(勝)は、日本国憲法第 94 条の規定を根拠に、次のように述べている。

「法律で定めるということは、政令・省令ましてや通達といった命令によって地方自治に介入し、地方自治を拘束することはできないということでもあります。」<sup>146</sup>「憲法上法律と呼ばれているのは国会が制定した法規に限定されていますので、『法律でこれを定める』と書かれていれば、それは国会が定めるという意味です。」<sup>147</sup>

(日本国憲法の)「第 5 章・内閣の諸条項を注意深く読み解いてみても、国の内閣、あるいは内閣を構成している各府省大臣には自治体、地方自治に介入する権能が一つも賦与されていないのです。その片鱗すらありません。」<sup>148</sup>

「地方自治は国会の立法によってのみ一定の制約を受けるけれども、内閣各府省等の行政権によってはいっさい拘束されないというはずなのです。それが法定主義、法律主義の

---

とされた法律だけでなく、国の行政立法である政・省令にも違反できず、効力関係において条例が政・省令の下位につくように見えている。そしてたしかに、条例が、法律の条文には反しないが政令または省令の条文に反するという形で、問題が出てくることがありえる。しかしながら、政・省令はがんに『法律の規定を実施するため』に法律に付属して定められる行政立法であるから(憲法 73 条 6 号本文、国行組法 12 条 1 項参照)、政・省令の規定は法律の具体化であってその外に出ることはないはずである。したがって、条例が政・省令の条文に反するという場合は、同時に実質的には根拠となる法律にも反しているはずで、結局議会立法どうしの抵触も有ることになる。つまり、条例が法律には反しないが政・省令には反するということはないはずで、もしそういう場合であれば、政・省令の当該条文のほうが法律違反で無効なのである。」と述べる。兼子仁『自治体法学』(学陽書房、1988 年)58-59 頁。ただし、「国の『法令』は自治体関連法規として自治体を拘束することにはなるが…『自治事務』(自治体の地方自治事務)については…法令の正しい条理解釈の下で条例とつきあわせると、当該条例は関係法令によって容認されており法令違反ではないと解されることが、少なくないのである。」と解釈論に収れんしている。同 59 頁。

<sup>145</sup> 小嶋和司「条例制定権の限界について」都市問題第 63 巻第 1 号(東京市政調査会、1972 年)39-49 頁、45 頁。

<sup>146</sup> 西尾(勝)・前掲注 115、71 頁。

<sup>147</sup> 同上 17 頁。

<sup>148</sup> 同上 18 頁。

意味ではないかと考えるのであります。しかし現実には、地方自治法にしろその他個別事業法にしろ多くの重要事項を政令以下の命令に委ねてきているわけです。そして地方自治の運営において、決定的な重要事項は、むしろその命令に拘束されているわけであります。憲法には法律で定めると書いてあります。ところがその法律が政令以下に委任をしたり、あるいは法律上白紙の部分について行政府が勝手に執行命令などを制定し、効果的には、地方公共団体は法律のみならず国の行政各省の命令でがんじがらめに縛られているということになっているわけです。…この法律主義、法定主義を超えてしまった点は、憲法違反ではないかとさえ思います。そして、それは私の考え方からいいますと、地方自治の本旨に反しているからではありません。それは国民主権による直接の信託という憲法の理論構想そのものに対する批判であると思うのであります。」<sup>149</sup>

わずかな記述ではあるが、この西尾(勝)の見解は、ほぼ本稿の憲法論の法的・理論的な論拠の本質部分を言い表しているといえる。ただし、政省令と条例との優先劣後関係には言及されておらず(したがって条例による政省令の上書きについても検討されていない)、また、法律による政省令への委任の限界の議論もなされていないので、本稿が補う価値は十分にあると考える。

#### (6) 田村達久の形式的意味の法律限定論

田村達久は、条例制定権の範囲を画するのは、形式的意味の法律に限る、とする。すなわち、政省令による条例への拘束を否定する見解であり、本稿の結論と同趣旨といえる。

田村は、「条例制定権は、憲法によって直接保障され、根拠づけられた地方公共団体の機能(自治立法権)である」と述べ、「条例と行政府の命令(政令・省令)との関係」にも言及し<sup>150</sup>、「法律と同様に公選議会の制定する法規としての条例の効力が、単なる行政立法に過ぎない政省令より下位にあるとすることは、法規の民主的正統性という観点からは一種の背理であると言わざるを得ない」と論ずる<sup>151</sup>。

そして、実際の状況においては、法律から委任された政省令において詳細な内容が制定され、地方の裁量がほぼ認められない結果となっていることを踏まえ、「条例制定権の範囲

---

<sup>149</sup> 同上 71-72 頁。

<sup>150</sup> 田村達久『地方分権改革の法学分析』(敬文堂、2007年)206-207 頁。

<sup>151</sup> 同上 240 頁。

を画するのは、形式的意味の法律に限ると解することが適切であると考えられる。」と論じている<sup>152</sup>。

また、「従来政省令で定められてきた細かい事項まで法律本体で定めることは煩瑣に過ぎるとの批判がありうるであろう。しかし逆に言えば、そのような煩瑣な規定が本当に必要なのか否かを国会の討議に委ねることが重要なのであり、もし地方自治体の条例制定権に国の立場で枠をはめようとするならば、そのような面倒くさい国会審議の手続を経なければならぬという制度を確保することこそが、自治権の保障につながると考えるべきなのである。」とも述べている<sup>153</sup>。

すなわち、実際には政省令で詳細な内容が制定されており、それが地方の裁量を否定する結果になっている、という実態を正しく認識したうえで、地方の裁量を確保し条例制定権を拡大すべきという目的から、そのためには条例を拘束するのは形式的意味の法律に限るべきである、としたものであり、慧眼である。

ただし、田村は、実定法解釈は示していない。また、田村は、「面倒くさい」手続を強制することで規律を緩和するとともに、煩雑な規定が必要なのか否かを国会の討議にゆだねる、という考え方を示すが、本稿の立法政策論における筆者の考え方は、全国一律で定めなければならない重要な事項は国会が決定すべきである(国会で決定されているはずである)、というものであり、両者の考え方は、同じではない。しかし、最終的に、基準の内容ではなく、法律かどうかという形式に着目した点は、同様であるといえる。

#### (7) 関与法定主義との関係を論じる見解

第1次地方分権改革において、国の関与のルール化がなされたが、「関与の法定主義」として、地方自治法第245条の2において「普通地方公共団体は、その事務の処理に関し、法律又はこれに基づく政令によらなければ、普通地方公共団体に対する国又は都道府県の関与を受け、又は要することとされることはない。」と定められた。

国の地方公共団体への関与は法律又はこれに基づく政令によらなければならないこととされたのである<sup>154</sup>。

---

<sup>152</sup> 同上 221-222 頁。

<sup>153</sup> 同上 240-241 頁。

<sup>154</sup> 大橋は、「省令による規律が排除されているのは、各省単位の縦割り行政システムへの反省による。」とする。大橋・前掲注 31、443 頁。

国の地方公共団体への関与は法律又はこれに基づく政令によらなければならない、省令にゆだねることは認められていない一方で、第2次地方分権改革においては、条例が従うべき基準や、条例が参酌すべき基準の制定を、省令にゆだねてしまったのである。

この点について、本多は、「基準条例が、政令のみならず省令等に則って制定される点に照らすと、『行政立法権の分権』ではないにしても、条例制定基準は広く条例制定権の行使に対する『行政立法的関与』になっていることが、関与法定主義の観点からも問題であることにも留意すべきであろう。」と述べる<sup>155</sup>。

また、磯崎は、立法論として、「府省令または大臣告示で定められた規定は一律に削除し、または技術的助言と読み替えるというルールが考えられる。…自治体を拘束するのに少なくとも行政権を統括する内閣が決定する政令によるべきであること、自治法の法定受託事務や国等の関与も『法律又はこれに基づく政令』の根拠を要すること(2条9項、245条の2)等から、自治体の事務を規律する形式を法律とこれに基づく政令に限定する」ことを提案する<sup>156</sup>。関与法定主義を踏まえた提案である。

たしかに、第1次地方分権改革において、(行政的)関与については、法律又は法律に根拠をもつ政令に限定をされた。しかし、立法的関与(条例拘束)については、なぜ政令(委任)であれば許され、省令(委任)であると問題になるのかは、判然としない<sup>157</sup>。

#### (8) 法律・政令・省令のレベルに着目する他の見解

このほかにも、法律・政令・省令について言及する議論があるが、関与法定主義の考え方の影響を受けていると思われる。

斎藤は、「義務付けの内容設定を、政令レベルから省令・告示にまで降ろしている現状を、地方自治法の一般ルールないし政府の地方分権改革推進計画で、(閣議決定を経る)政令を限度にするよう変更することは法律論としては容易であるし、義務付けに関する内閣のコントロールを確保する上でも極めて重要である。」とする<sup>158</sup>。しかし、なぜ省令は望まし

<sup>155</sup> 本多 2014・前掲注 39、50 頁。

<sup>156</sup> 磯崎・前掲注 14、155 頁。また、磯崎は、「自治事務を規律する場合は法律と政令に限定し、法定受託事務の場合は省令まで含めることが考えられる」とも述べる。磯崎・前掲注 73、79-80 頁。なお、磯崎は別の議論においてであるが「法律の委任規定を根拠にして政省令や大臣告示で細かい規定がつけられる」ことにも言及している。磯崎・前掲注 48、25 頁。

<sup>157</sup> 阿部は、内閣法制局の審査を回避するため、政令ではなく、省令に委任されていると論じ、委任立法における重要課題であるとする。阿部泰隆「阿部流政策法学の趣旨」神戸大学法政策研究会編『法政策学の試み—法政策研究第20集』(信山社、2020年)3-68頁、43-45頁。

<sup>158</sup> 斎藤・前掲注 82、335 頁。

くなく、内閣のコントロールを確保する政令であればよいのかということは、やはり判然としない。

また、南川は、「自治事務に関する国の立法的関与については、その法形式は法律又はこれに基づく政令によるべきである」とする<sup>159</sup>。南川は「憲法第 92 条は、『地方自治の本旨』に基づいた地方自治制度を保障するところに規定の意味があり、同条が地方公共団体の組織および運営に関する事項を『法律で定める』と規定した趣旨は、国と地方公共団体および地方公共団体相互間の統治権限の分配ないしその調整等地方自治制度の基本的枠組みについては、民主主義ならびに団体間の利害調整という観点から、全国民を直接代表する機関である国会が制定し、かつ全国にわたって適用される法律で定めなければならないとするところにある。」とするが、「そこで問題となるのは、『地方自治の本旨』の中身である。」というように<sup>160</sup>、法律かどうかという形式面から議論が離れてしまっている。また、国会を重視しておきながら、政令での立法的関与(条例拘束)を許すという考え方も明快ではない。

関与法定主義等の考え方を踏まえたと思われる、立法的関与(条例拘束)を法律又は政令に限るとするいくつかの見解を紹介した。

しかし、法定主義の考え方をとるのであれば、立法的関与(条例拘束)は法律でしか許されないことになるはずだというのが筆者の見解である。

ただし、実際には、政令での立法的関与(条例拘束)は多くなく、ほとんどが省令でなされていることを考えれば、政令による立法的関与(条例拘束)を許しても(省令による立法的関与(条例拘束)を許さなければ)、実質的には大きく変わらないともいえよう。

法定主義とはやや異なる見解を示すものとして、田中(孝)がある。田中(孝)は、「法律が一定事項を条例に委ねているときは、当該法律が条例による地域独自の定めを容認していることを前提としている。したがって、条例制定基準制定を授権された政省令が、地域独自の決定をする余地が全くないような詳細な基準を、それに反してはいけないという意味で『従うべき基準』として定めることは、当該法律による条例制定基準に係る委任の範囲を逸脱する。…そうした、余地のない条例制定基準を『従うべき基準』として制定してい

---

<sup>159</sup> 南川 1998・前掲注 72、10 頁。

<sup>160</sup> 南川 2012・前掲注 72、5 頁。

るときには、当該政省令には…地域の実情により例外を認める旨の不文の内容が含まれていると解さざるを得ないと思われる。」と述べる<sup>161</sup>。すなわち『従うべき基準』が分権改革委のいう『標準』程度の意義内容しかないことにな」という<sup>162</sup>。

この田中(孝)の見解について検討するために、前章Ⅲで紹介した、日本国憲法第 92 条を根拠に、地方公共団体の事務や条例を過度に詳細に拘束する法律を違憲とする見解をここで振り返る。すなわち、北村の「法律の範囲内」の『法律』というのは、憲法 92 条にいう『地方自治の本旨』に適合した法律を意味し、…そうならない法律は、条例との関係では、拘束的ではないのである。」という見解<sup>163</sup>、あるいは、磯崎の「自治体の事務について基本的・大綱的事項を法律で定めることは問題ないし、むしろ要請されるが、その範囲を超えて詳細な規定を定め、自治体はその事務を自主的・総合的に実施することができない状態を招くとすれば、それは役割分担原則に反し、ひいては『地方自治の本旨』に抵触するというべきである。もっとも、そうした詳細(過密)な規定についても、直ちに憲法違反と解するのではなく、全国に適用される標準的な規定であると解釈し、もし当該事務を担当する自治体が条例でこれと異なる規定を定めれば、当該条例の規定が適用されると解釈することが考えられる。このような限定的な解釈によって、国の法令の違憲性を回避することが妥当であろう(いわゆる合憲限定解釈説)。」という見解である<sup>164</sup>。

これら北村や磯崎の見解の「日本国憲法第 92 条」と「過度に詳細な法律の規定」との関係と、「条例に委任をした法律」と「過度に詳細な政省令の規定」との関係に置き換えたのが、田中(孝)の主張であるといえるであろう。そして、実際に条例制定基準を定めているのは法律本体ではなく政省令であることを鑑みれば、田中(孝)の見解はより実態に即したものと評価できる。

しかし、ここで紹介した田中(孝)の主張は、個別法の文言解釈であるため、たとえば、個別法で、たんに条例は省令基準に従うべきと定められているのではなく、より明確に

---

<sup>161</sup> 田中(孝)・前掲注 31、117 頁。

<sup>162</sup> 同上 124 頁。

<sup>163</sup> 北村・前掲注 39、31-32 頁。

<sup>164</sup> 磯崎・前掲注 95、29 頁。

「条例は省令で定められた基準どおりに定めなければならない」と規定されたとしたら、その根拠を失うこととなるであろう<sup>165</sup>。

### (9) 地方議会が条例を制定することに着目する見解

条例が地方議会により定められることに着目し、政省令との関係に言及するものもみられる。

たとえば、樋口陽一は、「憲法上、命令は法律を前提とした執行命令と委任命令しかありえず、その意味では命令は法律の具体化とみることができるとしても、法律を実施するのに複数の選択肢がある際に、住民の公選による議会の条例が行政の命令に反することができないことには、問題が残る。」と述べるが<sup>166</sup>、多くは簡潔な記述に留まっている<sup>167</sup>。

この点について、原島は、やや詳しく論じており、「法律の実施を中央政府の執行部門が担う場合に、政省令による法律の具体化を通じて民主的正統性が希釈化されてしまうこと

---

<sup>165</sup> 明確に、条例は省令で定めた基準どおりに定めなければならないと法律に規定された場合には、その拘束的な法律の条項は違憲になるという考え方をとるとすれば、それは、北村や磯崎の見解と変わらない結果になるであろう。なお、条例は省令で定めた基準どおりに定めなければならないというような規定を法律に置く意味がないという指摘、すなわち、条例に委任をせずに単純に省令に委任をすればよいというもっともな指摘がありえるであろう。しいて言えば、省令とまったく同じ内容であったとしても、それをあえて条例で定めることにより、条例をみればすべてわかる、という一覽性を確保できることになる。

<sup>166</sup> 樋口陽一『憲法 [第4版]』(勁草書房、2021年)403-404頁。

<sup>167</sup> 兼子は「条例は自治体の議会立法であることが重んぜられるはずなのだ。まず、政・省令が必ず法律に附属し、法律の個別的・一般的委任に基づく委任立法であるのと異なって、条例には、法律の個別委任に基づく『委任条例』のほか、法律外的な『自主条例』(固有条例)がまさに有りうる。この自主条例こそが、各自治体における地方自治における地方自治立法の典型であって、これは関係法令に違反できないが、国の法令と並ぶ自主法規なのである。」と述べる。兼子・前掲注 144、57頁。政省令と条例との相違を指摘するが、むしろ、法律と条例との関係について、条例が法律と並ぶものであると論じるものといえよう。また、中嶋は「議会の審議・議決を経た条例の形式のほうが、『民主的正統性』という観点から望ましいという視点」について述べる。中嶋直木「裁量基準の条例化に関する諸論点」原島良成編著『自治立法権の再発見 北村喜宣先生還暦記念論文集』(第一法規、2020年)50-70頁、57頁。ただし、これは、地方公共団体が条例で定めるか規則で定めるかという議論における言及である。このほか、渡邊瓦は、ドイツにおける学説として、法律の留保の伝統的な考え方により、選挙された地方議会の権限を法律で制限することはありえず、条例が法律の留保のもとに置かれることはありえないとする A・プレクマンの議論を紹介する。渡邊瓦「ドイツにおける条例制定権の限界に関する理論状況」名城法学第 67 巻第 3 号(名城大学法学会、2017年)1-40頁、28-30頁。なお、建築基準法(昭和 25 年法律第 201 号)第 68 条の第 2 第 5 項は、「市町村は、用途地域における用途の制限を補完し、当該地区計画等(集落地区計画を除く。)の区域の特性にふさわしい土地利用の増進等の目的を達成するため必要と認める場合においては、国土交通大臣の承認を得て、第 1 項の規定に基づく条例で、第 48 条第 1 項から第 13 項までの規定による制限を緩和することができる。」と定めているが、この地区計画等の区域内での建築物規制を条例で緩和する場合の国土交通大臣の承認について、斎藤は、「議会の議決を経た条例に対して、国が承認・不承認の判断権を持つという関与は、法律規定条例も、憲法 94 条に基づく条例であり、それを規律する法律も地方自治の本旨に基づかなければならないことからしても(憲法 92 条)、承認制度によって達成しようとする目的に比して過度の関与である。」と指摘する。斎藤・前掲注 82、340 頁。

と対比して、一般的・抽象的な法律に条例形式で内容充填し民主的正統性を再調達するところに、地方自治の存在意義を認めることができる。」と述べる<sup>168</sup>。

ただし、原島は合理的根拠を基準とした考え方を提示する。すなわち、原島は「規制法律における規制基準の設定が省令に委任されている場合、それは規制基準の全国一律性を要求するものと読む余地があるが、その要求に合理的根拠が認められない限り、条例で規制基準を定めたときは省令基準に優先して適用されると考えることができる。ただ何をもって合理的と考えるかは一義的には決まらない。」と論じる<sup>169</sup>。

原島は、基準が実際には省令で定められていることを明確に意識していると思われるが、根拠に合理性を求めるのであれば、法律でも政令でも省令でも結論は変わらないのではないかと考えられる。

なお、原島の見解とは異なり、筆者の主張は「規制基準の設定が省令に委任されている場合、条例で規制基準を定めたときは当然に省令基準に優先して適用される」ということである。そこに、全国一律性も合理性も要求されるものではない。合理性を判断し、何が合理的かを決めるのは、議会である。条例が制定されているということは、地方議会がすでに判断しているということである。

以上で示したように、地方議会は、公選であること、民主的正統性を持つことなどが言及されている<sup>170</sup>。最後に、なぜ、議会を重視しなければならないのか、という点について議論を試みることで、むすびとする。

---

<sup>168</sup> 原島良成「自治立法と国法」川崎政司編集代表『シリーズ自治体政策法務講座第1巻総論・立法法務』（ぎょうせい、2013年）187-219頁、209-210頁。

<sup>169</sup> 原島・前掲注 105、23頁。

<sup>170</sup> 地方議会について、村松は「直接住民から選ばれることによって、この集団は、首長と並んで対等の正統性を承認されているといえよう。」と述べる。村松・前掲注 16、137頁。また、磯崎は、「制度・政策をつくる立法段階にこそ住民参加が求められるのであり、立法権が多様な住民を代表する議会に与えられている意味もそこにあると考えられる。」と論じる。磯崎・前掲注 73、69頁。他に、「本来、地方自治、民主主義を重視する立場からは、できるだけ議会の場で議論がなされることは望ましい。」（義務枠見直し条例研究会・前掲注 41、103頁）、義務付け・枠付けの見直しは「住民を代表する議会において条例という形式を用いて地方公共団体自らのルールを定めていく範囲を拡大していくということであり、こうした住民自治拡充の観点も加味されたものとして取り組まれた」（地域主権改革研究会・前掲注 67、46頁）と述べられている。

## V むすび ～なぜ議会が重要なのか～

最後に、むすびとして、国会と地方議会を含めた議会一般の重要性と役割について論じる。

本稿においては、国において重要な事項は国会の議決を経る法律で定めるべきであると論じ、また、地方議会の議決を経ている条例は政省令に優越すると論じた。

日本国憲法第 41 条において、国会は、「国権の最高機関」とであると明記されている<sup>171</sup>。他方、地方議会を含め、IV4. (9)でも紹介したように、議会について、公選である、民主的正統性を持つ、といった言及はなされているが<sup>172</sup>、いまだ抽象的である。

そこで、なぜ国会が最高機関であり、議会(の議決)は尊重されるべきなのか、いま筆者が考えていることを若干示しておくこととする。

議会は、少数意見の尊重と、多数決の原理により、運営される。議会においては、形式的であるかもしれないが、少数者が多数者を説得する機会が与えられる。そのうえで、多数決で決定をする。これに対して、たとえば住民投票には、少数意見の尊重はない。

また、議会は、公開の場で議論される。すなわち、衆人監視のもとにある。ゆえに、先に述べた少数意見の尊重とあわせて、多数者による少数者の搾取が大っぴらに行いにくいということになる。これに対して、たとえば住民投票は、誰がどのような投票をしたかは秘密であり、自らの利益だけを追求するための投票行動が行いやすいということになる<sup>173</sup>。

<sup>171</sup> この日本国憲法第 41 条については、たんなる美称であり、実定法解釈上は意味がないという見解もあるようであるが、筆者は賛同しない。法律に書かれた文言はそのままの意味に受け取るのが、解釈の基本である。他方、三権分立といった言葉は、日本国憲法にはない。したがって、単純に、国会が国権の最高機関であると考えて、なんら解釈上の矛盾は生じない。西尾孝司が「憲法第 41 条を素直に読めば、国会は国権の最高機関であって、内閣と裁判所に優越する権限をもっている、という解釈にゆきつくはずである。…三権は相互に対等平等ではない」と述べておられる。西尾孝司『「三権分立論」の虚妄性 国会は<国権の最高機関>である』(公人の友社、2014年)16頁。もしも、日本国憲法に規定がない場面で、国会と内閣、あるいは、国会と裁判所が争うこととなったら、日本国憲法第 41 条を適用して、国会が優越するという判断をすべきである(しかし、その判断を最終的にするのは裁判所であり、裁判所は自らの優越を確保したいがため、日本国憲法を無視して、第 41 条を適用しない判決を書く可能性がある。)

<sup>172</sup> 2020 年(令和 2 年)6 月 26 日第 32 次地方制度調査会答申「2040 年頃から逆算し顕在化する諸課題に対応するために必要な地方行政体制のあり方等に関する答申」では、「議会は、地域の多様な民意を集約し、団体意思を決定する機能や政策を形成する機能、執行機関を監視する機能を担っており、民主主義・地方自治に欠かすことのできない住民を代表する合議制の機関として、独任制の長にはない存在意義がある。」と述べられている。

<sup>173</sup> ゆえに、住民投票よりも議会の議決は優越しなければならないのであって、議会の議決に優越するような住民投票や議会の議決を拘束するような住民投票を認めてはならないと筆者は考える。この点について、大津は「市民の政治参加の拡充が世界的現象である以上、拘束型住民投票を合法化する憲法論が、やがては優越化するであろう。」とする。大津浩「地域の未来は住民が決める」大津浩、大藤紀子、高佐智

多数者に対する少数者の権利というのは、人権と言い換えても良い。

すなわち、公開の場で、少数者に多数者に対する発言を許し、匿名を許さずに議決をするという議会は、人権保護を制度的に保障するものとみることができるのである。

だからこそ、わが国の民主主義は、議会制民主主義といわれるのである。決して、内閣制民主主義でも、首長制民主主義でも、裁判所制民主主義でもない。議会こそが、民主主義の根本にある。それは多数者あるいは特定の力のある者の横暴を許さないということであろう。

ゆえに、議会(の議決)は重要なのである。

もちろん、議会には英知を結集するといった利点もあるが<sup>174</sup>、人権保護を制度的に保障するということこそが、日本国憲法が第41条において議会を「国権の最高機関」とする根拠であると筆者は考える。

---

美、長谷川憲『新憲法四重奏 [第2版]』(有信堂、2017年)259-273頁、271頁。また、樋口は、「国政規模での直接民主主義の導入には、慎重な歯止めが必要である。それにくらべて地方自治の次元では、住民参加や住民運動に見られるように『民意』がより目に見える形での実体を持っているし、『民意』を援用することにより首長の地位が強化されたとしても、それ自体が中央に対する地方分権の強化という効果を持つことになるから、直接民主主義制度の反立憲主義的側面を過度におそれることなしに、その積極的意義を期待できるであろう。」とする。樋口・前掲注 166、403頁。井口秀作も、「おそらく『地方自治においては、国政におけるよりも、直接民主制がより実質的なものとして機能しやすい』という認識は、憲法学の支配的見解であるといつてよい。…日本国憲法が、少なくとも地方自治のレベルにおいてまで、ことさらに直接民主制について警戒的な態度をとっていると解することは、妥当ではない。」と述べる。井口秀作「地方民主主義活性化のための住民投票の位置付けの再検討」大津浩編著『地方自治の憲法理論の新展開』(敬文堂、2011年)294-316頁、305-306頁。小島敏郎も、住民投票制度に対して好意的である。小島敏郎『これだけは知っておきたい日本の政治 国と地方自治体の政治家と官僚』(ウェイツ、2019年)197-199頁。しかし、筆者は、より個人の利害が直接的に左右される具体性をもつ地方自治の次元でこそ、単純多数決は少数者の権利を侵害するおそれが生じうると懸念する。この点は、只野雅人が「近接性は、しかしながら、基本的人権の保障にとって弱点をも有する。…地方代表が有する民主的正統性が、近接した場所で行使される権力のマイナス面を見えにくくしているのではないか、という点が問われることになる。」と述べるとおりであろう。只野雅人「自治体の立法権をめぐる『国家の型』の理論—立法権の『分有』と条例制定権についての素描—」大津浩編著『地方自治の憲法理論の新展開』(敬文堂、2011年)74-92頁、88-89頁。

<sup>174</sup> 合議や熟議(討議)に着目する見解もあり、榊原は、首長との関係について、「合議制の議会が有している権限の重要性を考えると、法制度的には議会優位と論じることが可能であり、その限りで『議会制民主主義』を語ることも不可能ではないと思われる。」と述べる。榊原 2016・前掲注 68、34頁。妹尾克敏は、「自治体議会は果たして行政機関なのか、立法機関なのかという極めて素朴な疑問に対して正面から応えることなく、少なくとも憲法学や行政法学という学問においても、なおざりにされ続けてきた…中央政府における行政運営に携わる官僚が依拠してきた従来の行政法理論が自治体議会について当該自治体の内部に存置されている行政機関と捉えてきた」と述べる。妹尾克敏『地方自治の統治機構 本格的分権時代の「まちのしくみ」を模索して』(敬文堂、2020年)135頁。そして、「議員相互間において必要かつ十分な討議ないし討論が確保されなければ、住民意思の代表機関たり得ない。」と論じる。同 145頁。江藤俊昭は、議会の権限は「すべて合議制に由来している。①多様性(様々な角度から事象にかかわり、課題を発見できる)、②討議(議会の本質の一つ：論点の明確化、合意の形成)、③世論形成(公開で討議をする議員を見ることによる住民の意見の確信・修正・発見)」といった特徴を議会は持つ。だからこそ、議会は『住民自治の根幹』なのである。」と論じる。江藤俊昭「自治と議会—住民自治進化論」自治実務セミナー第701号(第一法規、2020年)18-21頁、19頁。

そして、国会による法律の制定や、地方議会による条例の制定とは異なり、政省令の決定においては、少数者が多数者を説得する機会も、公の場での議論や意思決定も保障されていない<sup>175</sup>。

したがって、全国一律に適用しなければならない重要な事項は国会の議決を経て法律で定めるべきである。そうした重要事項を、国会の議決を経ない、政省令で定めるべきではない。

また、地方議会の議決を経た条例は、議会の議決を経ない政省令よりも優越すべきであり、条例の政省令への上書きを認めるべきである。

だからこそ、日本国憲法において、地方公共団体を規制・拘束できるのは、国会の議決を経た法律のみであることが、すでに定められている。

ゆえに、実定法解釈としても、条例は政省令に優越するものであり、条例は政省令を上書きできるのである。

[公開日：2023年3月15日]

\*本稿は査読を経て掲載されたものである。

---

<sup>175</sup> 政省令を定める場合には、行政手続法(平成5年法律第88号)の第6章に規定される意見公募手続等(パブリックコメント)がなされるが、この意見公募手続等(パブリックコメント)では、一定の期間を設定して意見募集をし、その後にまとめて、制定機関の検討結果を公表することで手続が終了するため、少数者の意見を聞いたうえで多数者が意思表示をするものとはなっておらず、また、意見提出者は匿名であることから、少数者が多数者を説得する機会や、公の場での議論や意思決定としては、議会の手続と比べると、限界があると考えられる。また、意見公募手続等(パブリックコメント)は、日本国憲法で保障された手続ではないということも留意すべきである。