

地方自治法施行 60 周年記念

平成 19 年度 第 2 回地方分権セミナー・第 11 回トレンドセミナー

平成 20 年 1 月 21 日 (月)

13 時 30 分 ~ 15 時 45 分

三重県自治会館 4 階ホール

(司会者：近沢職員研修センター研究監)

ただいまより、地方自治法施行 60 周年記念、平成 19 年度第 2 回地方分権セミナー・第 11 回トレンドセミナーを開催いたします。開催に当たりまして、副知事の望月達史よりごあいさつを申し上げます。

(副知事・望月達史)

ひと言ごあいさつ申し上げます。第 2 回地方分権セミナー、第 11 回トレンドセミナーを開催いたしましたところ、多数ご参加いただきましてありがとうございます。厚くお礼申し上げます。

今日は、北海道大学大学院の人見先生をお招きいたしまして、分権改革推進、特に条例の制定権の問題につきまして、お話しをいただくことにしております。昨年 4 月に内閣府に地方分権改革推進委員会が発足いたしまして、2 年後の 3 月の法案成立を目途に地方分権に関していろいろと議論が進められています。

第 1 次分権改革の地方分権一括法が施行されまして、もうすぐ 8 年になります。2000 年 4 月、丁度、介護保険が始まった日と同じ日に施行されましたけれど、もう 8 年になります。前回の議論で積み残されました権限移譲の問題でありますとか、義務付けの廃止・縮小や税財源の問題など、たくさんありますが、その問題について今各省庁と分権改革推進委員会との間でさまざまな議論がなされております。

年度が変わりますと勧告が出されまして、遅くとも 2 年後の 3 月までに関連の法案が国会に出される予定です。特にその中でも、前回の分権改革の議論の中では、あまりと言いますか、それほど大きな課題にはなっていなかった条例制定権の問題が、今回、非常に大きな問題として取り上げられております。

法律で枠を決めるにしても、事細かな事まで政令や省令で決めるのではなく、もっと条例に委ねてもいいのではないか。あるいは、政令・省令で決めても、それを地域の実態に合わせて地方独自の考え方で、条例でいわば書き換えることを「上書き」と言っているようですが、そういった仕組みが導入できないかといった、かなり突っ込んだ議論

がこれから展開されることになると思います。

政治の場を含め様々なところで地方重視が言われておりますので、かなり制度的にも大きく変わる可能性があると思います。これは、ぜひ変えて欲しいところでありまして、そういった点からも今日の先生のお話は大変、有意義なものになるのではないかと思います。県でも市町の現場でも、条例の問題はこれからますます大きくクローズアップされてきます。どうか今日のお話が、皆様方、現場の方々にとりましても、有意義なものになりますように祈念申し上げます。

県でも議会改革が行われまして、今年から 240 日間の期間を持つ県議会になるだろうというところがございます。ますます活発な議論がなされるかと思えます。私どももいたしましても、改めて気を引き締めて臨まなければならないと考えております。

そういった中で、条例の問題は、県でも市町でもこれから大きな課題になるかと思えます。どうか今日の機会を通じまして、改めましてご認識を賜って、市町や県の行政を進めてまいりたい、またお願いしたいと考えておりますので、どうかよろしくお願いいたします。

(司会者：近沢職員研修センター研究監)

ありがとうございました。それでは本日の予定につきまして簡単にご案内いたします。本日、人見先生には午後 3 時 30 分頃までご講演をいただきまして、その後、若干でございますが質疑応答の時間をおとりしたいと考えております。

それでは講演に入らせていただきます。本日は「地方分権改革と自治立法権の拡充・強化」と題しまして、北海道大学大学院教授の人見剛先生にご講演いただきます。人見先生につきましては、先ほど副知事からご紹介いただいておりますが、プロフィールの詳細につきましては、お手元の事項書に掲載しておりますのでご覧ください。

それでは人見先生、どうぞよろしくお願いいいたします。

講演 地方分権改革と自治立法権の拡充・強化

(講師) 北海道大学大学院 法学研究科

教授 人見 剛 氏

ただいまご紹介いただきました北海道大学の人見でございます。本日は私の講演に大勢の方にお集まりいただきましてありがとうございます。

実は昨年あるいは一昨年ですが、この会場で、恐らく政策法務がテーマだったと思うのですが、皆様にお話しする機会がございました。本日は、分権改革とか条例制定権というテーマで、若干重複する部分があるかと思いますがお話をさせていただきます。

最初に第1次分権改革と条例にかかわることを整理し、その上で先ほど副知事からもご紹介がありました地方分権改革推進法、それに基づいて現在進行中の第2次分権改革、その中の1つの重要なアイテムであります「上書き」条例にかかわる問題を紹介いたします。その後で3番目として「上書き」条例が抱える問題点、それから「上書き」条例がどういうコンセプトに基づく条例なのかをお話させていただきます。最後に4番目として、それ以外の最近の注目すべき条例制定課題について若干のご紹介をする、こういうことで進めさせていただきます。

〔 第1次分権改革と条例 〕

まずレジュメの最初にあります「第1次分権改革と条例」についてです。1999年、いわば前世紀の末に第1次分権改革が行われ、2000年に地方自治法の大規模な大改正がなされました。その中における分権改革、とりわけ条例の位置づけについて復習をさせていただきます。

1. 第1次分権改革の概要

第1次分権改革の概要については、レジュメでは7項目書いてありますが、その中の(1)と(2)、これが第1次分権改革の重要な柱ということになると思います。すなわち、第一に機関委任事務の廃止と自治事務および法定受託事務への再編成。第二に国・地方間関係、あるいは都道府県・市町村関係における関与の縮減とその関与に係わる事前・事後のルールの整備、そして、それを担保するための係争処理システムの導入。この2つが、前世紀末に行われたいわゆる第1次分権改革の重要な成果と言えると思います。

ということは、翻ってみますと(3)以下の分権改革の課題というのは、それほど大きな成果を挙げられなかったということです。

通常、地方分権といえ、国がやっていた仕事を地方に移すというふうにイメージされるわけですが、第1次分権改革においては、地方への事務移譲はあまり行われませんでした。ただ、まちづくり関連については一定程度の事務移譲が行われて、人口20万以上の都市が受け皿になり、それを特例市という制度で受け止めるということで行われました。

それから(4)必置規制と呼ばれている、法令によってある一定の資格を持った職員を配置しなければいけない、あるいは、ある組織を必ず自治体には置かなければいけないといったことも、自治体の自主的な組織権を制約しているものとして改革の対象になりました。しかし、これについても一定の成果はありましたが、自治体の自主的な組織権を大幅に拡充するということまではいかなかったということです。

そして、(5)の地方税財源の充実確保も重要な課題であったわけですが、これについても成果はごく僅かということになります。このことは、レジュメにあります(3)の事務移譲がごく僅かだったということの裏返しと言ってもいいと思います。つまり、国の仕事を地方公共団体に移すということがなされず、第1次分権改革の前後で自治体の仕事が増えたわけではないですから、仕事が増えないのにお金だけよこせというのではなかなか説得力がないわけです。国の財政も非常に逼迫しておりますので、よほど何か重要な根拠が挙げられないと税財源の移譲というのはできません。事務移譲が少ない、仕事を移したわけではないですから税財源を増大させることにはならなかったということでもあります。

このように、第1次分権改革の成果というのは、ほぼレジュメに書いたとおりです。繰り返しになりますが、機関委任事務制度を全廃し、そのうち6割~7割方が自治事務になり、その残余を法定受託事務に再編成する。それから、国が自治体の行っている事務事業に対する口出し、自治法の用語では関与と言っていますが、関与に関してきちんとした実体法的及び手続法的なルールをセットする。そのルールがきちんと守られることを担保するために、出るところへ出て白黒つけましょうという形で係争処理のシステムを導入する。これが第1次分権改革の達成点ということになります。

機関委任事務の廃止についてですが、機関委任事務というのは元々、市町村及び都道府県の執行機関(多くの場合、市町村長や都道府県知事)が、国の機関として、いわば国の地方出先機関としてやっていた仕事です。そういう意味では自治体が行っていた仕事なわけですが、知事や市町村長が国の機関としてやっていたものです。だから国の方から1片の通達で、全国隅々までこういうやり方でやれという縛り(関与)があったわ

けです。機関委任事務を廃止するというのは、そうした関与を弱めることを意味するわけです。

関与を弱めた中でも、最も弱めたのが自治事務化した事務ということになるでしょうし、一定の関与を残さざるを得ないというものが法定受託事務になると思います。それまで市町村や都道府県がやっていた仕事の多くが機関委任事務（都道府県で7割、市町村で3,4割）でありましたから、国の言いなりにやらざるを得なかったわけです。それを国の言いなりにやらなくてもいいようにするというのが機関委任事務制度の廃止ということであったわけです。

2．新地方自治法の諸原則

さて、そういう画期的ともいえる機関委任事務制度の廃止でありますけれども、それに合わせて地方自治法という地方公共団体の組織及び運営に関する根本的な法律に、分権改革の趣旨を体現した基本的な原則が定められたということも第1次分権改革での重要な事柄であります。

レジュメに書きましたのは、新地方自治法の1条の2及び2条2項に示されている国と地方の役割分担に関する基本的な原則であります。国の役割というのは一定の限定されたものとし、住民に身近な事柄は地方公共団体が総合的に行うということがここに規定されているわけです。

その他、レジュメにありますように、2条11項、12項、13項において、国が法令を制定する際に、地方自治をきちんと踏まえたものでなければならない。あるいは、既に制定されてある法律についても、それを地方自治の趣旨、自治体の自主・自立性や役割分担の原則を配慮した形で解釈しなければいけない。さらには、とりわけ地方公共団体の処理している事務事業が自治事務にかかわるものであれば、なおさらそれを尊重した形で行わなければいけない、といったことが規定されました。こうした大原則が地方自治法に規定されるに至ったということも、重要な第1次分権改革の成果であると思います。

3．新地方自治権と条例制定権

さて、それでは第1次分権改革において、都道府県や市町村の条例制定権というものがどのように変わり、あるいは変わらなかったという点を確認しておきたいと思います。

まず、地方自治法14条という条例制定権に関する規定でありますけれども、この条文それ自体は変わっておりません。短い条文なので読みますが、「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。」と書かれています。ただ、条文中に引用されている第2条第2項の条文が改正されています。旧地方自治法の第2条第2項というのは、自治事務（当時の地方自治法にはなかった概念ですが、）に関して条例が制定できるという趣旨だったわけです。

このことは反対解釈すれば、機関委任事務については条例は制定できないということの意味していたわけです。それは当然であります。機関委任事務というのは、知事や市町村長が処理していても、国の事務だったわけですから、国の事務について自治体の代表機関であるところの地方議会が条例を制定できないのは、論理的な帰結であったわけです。

しかし、その機関委任事務が廃止されたことにより、第2条第2項の事務というのは、自治事務及び法定受託事務（新たに設けられた自治体の事務領域であるところの法定受託事務）の両方を包含しているということになりました。従って、条文それ自体は改正されませんでした。第2条第2項の事務に関し条例が制定できるということは、地方公共団体が処理している自治事務及び法定受託事務の両方を包含した自治体が処理している事務全体について条例が制定できるということの意味するということになったわけです。14条の条文それ自体は変わらなかったけれども、結果的に条例制定権の範囲が拡大したと理解されているところです。

さらに、2番目として、自治法14条2項において、必ず条例で規定しなければいけない事項（必要的条例事項）について、従前は「行政事務について」という規定であったものが、改正法によって「義務を課し、または権利を制限する場合」という定め方になりました。このこと自体は内容的に大幅な変更ということではないと思いますが、自治体の制定する条例も国の法令と同様、国民・住民が持っている基本的人権をはじめとする権利自由について、それを制約する場合には、必ず条例に依らなければいけない、従前の機関委任事務時代のように長の規則等で済ますというわけにはいかなかったということです。

3番目ではありますが、現行法では消滅しておりますが、従前、住民の権利自由を規制するような行政事務に関して都道府県条例が市町村条例を縛る、市町村行政を縛るという統制条例という制度がありました。しかし、国と地方公共団体の対等・平等性を確保するという分権改革の理念は、都道府県と市町村の間にも当てはまるわけで、都道府県条例が市町村を縛るという統制条例は、やはり分権改革の理念にそぐわないということで廃止されたことは周知のとおりです。

4番目は、議会の議決事件についてです。自治法96条の議会の議決事件に関する条文

に第2項が新たに付け加わって、条例により議会の議決を要する事項を拡大していくことが認められるようになりました。

5番目でありますけれども、従前、条例の定めた事項の実効性担保として2年以下の懲役・禁錮と100万円以下の罰金ということだけが規定されておりましたが、新たに5万円以下の過料という実効性担保措置が追加されました。私自身は、以前から解釈論として、別にこの規定がなくとも罰則が規定できる以上、過料は当然設けられると解釈しておりましたけれども、自治省、現在の総務省の解釈は必ずしもそうではありませんでした。今回、こういう形で明文で過料という形の条例による規制の実効性担保措置が設けられたのは歓迎すべきことであると思います。

なぜなら、刑罰というのは、憲法上、検察官が起訴した刑事裁判手続に依らなければいけないことになっているので、実効性担保措置がとられるかどうかは検察官の起訴便宜主義の下にあるといえます。このことは、自治体の意思を離れたところでしか実効性担保措置がとられないということになります。過料であれば長の行政処分によって課すことができますから、条例の実効性担保措置として5万円以下という少額ではありますが、検察官の手を離れたところでこういった措置ができるということは重要なことだと思います。路上喫煙の禁止条例等でこういった過料の手段をとる条例が現れたのは、よく知られているところです。

6番目として、従来、認められていなかった条例の新しい類型として、事務処理特例条例というのが認められました。法令上、都道府県の事務とされている事柄を、都道府県条例を制定することで、一種の分権措置として都道府県から市町村への事務移譲ができるようになりました。これは、今日の話の中心的テーマである上書き条例、一種の上書き条例といってもいいと思います。法律で都道府県がやると書いてあるのに、都道府県条例を制定して市町村が事務処理をすることができるわけですから、法令の内容を変える、そういう条例でありますので、そのように理解できるということです。

さらに、7番目として、議会の議案提出権についてですが、これには当然、条例案の提出といったものも含まれています。議会の議員立法を促進するという見地から、議員の議案提出権・修正動議が議員定数の8分の1以上から12分の1以上へと緩和されたことも、条例制定に係わる重要な地方自治法改正事項であると思います。

これらが、第1次地方分権改革の概要と条例制定権に係わる改革の問題でした。

4. 条例制定の動向

こうした前世期末に行われた第1次分権改革、そしてその後丸8年を経過した現在に

において、条例制定の新しい動きが生まれてきているので、それを私の気になっている点を中心に、以下、6つのことについて紹介したいと思います。

自治基本条例 1 番目に、自治基本条例の制定が全国で活発に進められております。何をもって自治基本条例というかというのは議論のあるところですが、自治基本条例というそのままの名称の条例もありますし、まちづくり基本条例とかいろいろな名称でつくられておりますので、どこまでを自治基本条例と呼ぶかは議論が分かれています。また、いわゆる平成の大合併により、自治基本条例を制定した自治体が合併によって消滅するということも見られ、現在いくつとカウントすればよいかということもよく分かりませんが、おそらく40～50はあるのではないかと思います。

そういった自治基本条例の一種のブームのような様相を呈してきたわけですが、その発端となったのが北海道のニセコ町条例です。他に、主だったところでは、レジюмеに書きましたように杉並区自治基本条例、川崎市自治基本条例、北海道行政基本条例、三鷹市自治基本条例、大和市自治基本条例など、多くを挙げることができます。この三重県におきましても四日市市、伊賀市、名張市の3市において自治基本条例と性格づけることができる、内容はバラエティがあるわけですが、自治基本条例と通常理解されている条例が制定されていると一般的に評価されています。

なぜ、こうした自治基本条例ブーム、一種のブームのようなものが出てきたのかということではありますが、私が理解するところでは、やはり分権改革の1つの帰結であると思われる。

第1次分権改革以前は、国から「ああしろ、こうしろ」というふうに指示されて事務を処理してきた機関委任事務体制において、自治体は間違いを起こさないように、中央の縦割りの中央組織の官庁によって命令・統制され、それによって適法な行政活動が担保されておりました。それを打破し、機関委任事務制度を廃止して、自治事務ないしは法定受託事務に再編成をいたしました。なお、国のほうが手出しをする、関与をするという枠組みは残りますが、その関与の質的・量的な部分を減らし、かつその関与が適正・妥当に行われるよう実体的、手続法的な関与のルールを定め、さらにそれを担保するための係争処理制度をつくる、これが第1次分権改革の成果であったわけです。

つまり、国が自治体の行う事務事業を統制するのではないということが第1次分権改革の1つの成果であるわけですが、では、自治体が行っている事務事業を今度は誰が統制するのかということです。分権改革の理念は、正に住民がそれを統制するのだということだと思います。

それを達成しようと多くの自治体で、もちろんそれは詳細な制度設計を要するわけですが、取組を進めています。これまでは、霞ヶ関の省庁が、全国隅々にわたってきちんと行われるように機関委任事務に位置づけて通達を出し、あるいは自治事務に対してもですが、そういう形で統制していました。これに対して、これからは、自治体が自主的に地域のニーズに即した事務事業を行う。そのために住民自らがそれが適正に行われているかどうかをチェックする、コントロールすることが必要になる。このことを理念的に、原理原則的に明記するのが自治基本条例だと思います。住民の参加・参画、そして参加・参画を担保するために住民との情報の共有、あるいは、住民による直接決定の住民投票の規定なども含んで、多くの自治基本条例が、その精粗はいろいろありますけれども、全国各地で制定されるようになってきたということだと思われまます。

住民投票条例 住民が自治体行政をコントロールするだけでなく、住民自らが決定する、これが正に住民投票であります。第1次分権改革以前からこうした住民投票条例は始まっていました。

レジュメに書きましたが、1982年、高知県窪川町において全国で最初に住民投票が条例で規定されました。これは原子力発電所の設置問題を巡って、住民投票条例が制定されたものです。実際には住民投票は行われていません。これ以前にも、住民投票が事実上行われていたことはありますけれども、条例で明確に規定したのは、この82年の窪川町が最初と言われています。その後、個別のテーマを巡って、各地で住民投票条例が制定されるようになりました。

次に、米子市の中海淡水化賛否についての市民投票条例は、1988年に制定されましたが、これをわざわざ書きましたのは、住民からの直接請求によって制定された初めての住民投票条例と言われているからです。窪川町の条例は首長提案だったと思いますが、米子市の条例は住民からの直接請求で制定された初めての住民投票条例となります。これも実際に住民投票は行われませんでした。

全国で初めて住民投票条例に基づく住民投票が実際に行われたのは、有名な1996年の新潟県巻町の原発の設置にかかわる住民投票条例です。ここ三重県におきましても、南島町、紀勢町、海山町、名張市等々で住民投票が多分実際に行われていると思います。原子力発電所あるいは市町村合併をテーマに、住民投票が現実には実施されているわけです。

核施設、産廃の処分場、あるいは軍事施設、合併など、こうした個別テーマをターゲットにした住民投票条例が制定され、とりわけ合併について最近には膨大な数の住民投票

が実際に行われています。このような住民投票条例が、第1次分権改革の前後を挟んでずっと進んできたわけですが、最近の傾向として2ページの上から4行目になりますが、いわゆる常設型の住民投票条例といったものが生まれてきていることが注目されます。

今、紹介したような核施設、軍事施設や産廃処分場などといったある特定のテーマではなく、その自治体にとって重要な事項一般をターゲットに、条例で包括的に一般的な制度として住民投票条例を設置する。実際に投票を行うかどうかは、住民からの直接請求とか、議会の議決といった個別的な決定を必要とするなど制度的に仕組んでおくわけですが、1回限りの住民投票条例ではなくて、そうした一般型の住民投票制度を仕組んだ常設型の住民投票条例というのも、第1次分権改革後から現在に至るまで各地で制定が進んできています。

以上の自治基本条例と住民投票条例の2つが、第1次分権改革の成果を住民自治の側面から受け止めて真正面から制定している条例といえます。

まちづくり条例 次に、(3)指導要綱の条例化についてですが、わかりやすくいうと「要綱行政からまちづくり条例へ」というスローガンで言われる事柄です。従前、地方公共団体の条例制定権について、機関委任事務については条例は制定できない、あるいは法令に違反してはいけないと定められていました。また、都市計画法や建築基準法など地域のハードのまちづくりに関わって、改正前の地方自治法第2条第3項第18号の規定では、用途地域等々にかかわる事項については法令に基づいて自治体は処理するというような地方公共団体の事務の例示規定がありました。そこから、そうした地域のまちづくり規制については、法令に根拠がないとできないという解釈がされてきたわけです。

そのような条例制定権を狭く解する解釈論、さらにはまちづくり規制をかけることに関して議会の意見が一致を見ないということで、条例制定がなかなか難しいといったようなさまざまな事情がありました。しかし、そうはいつでも地方では高度経済成長期における郊外への市街地の拡大と乱開発によるスプロール化現象といった問題を抱えていたということもあり、全国各地の地方公共団体では開発指導要綱による規制を行っていったわけです。中でも、横浜市が作った要綱が全国に波及していくこととなりました。

条例という形での明確な権利制限ではなく、開発指導要綱という形での行政指導により、事実上お願いをしていくということを行いました。ただ、それを担保するために、例えば水攻めと呼ばれるような水道供給契約を締結しない、あるいは建築確認を保留するなどといった担保措置を伴うことにより、事実上、指導に従わせたのです。これは、

今日の目からすると、ちょっと法治主義の見地からみて問題が残らざるを得ないような事柄でもあったわけですが、こうした指導要綱という形で条例によらずに事実上の行政指導によって開発規制を行ったわけです。これは、乱開発を一定程度防ぎ、成果を挙げたと評価されておりますけれども、こうした開発指導要綱というのは、自治体の現場で窮余の策として大きく普及していったのです。1996年の調査では、1513の市町村で2111の要綱があったとされています。

ただ、こうした開発指導要綱も当時の建設省、今の国土交通省から、「そうした要綱による事実上の財産権規制というのはやめるべし。」と抑制的な通達がどんどん出てきました。また、日米構造協議の中で、「日本には非関税障壁がある。アメリカの企業が日本市場に進出しようとしても、事実上の行政指導や業界指導、あるいは自治体のこうした指導要綱によって、アメリカの企業が日本市場に十分に参入できない。日本企業はアメリカ市場にどんどん参入してきて、アメリカの企業をつぶしている。これを是正しろ。」といった、このような規制に対するアメリカからのプレッシャーなどもあり、どんどん規制緩和が進むことになりました。そのような状況もあり、さらには行政手続法の制定に見られるように、自治体の行政運営、とりわけ行政指導に関して抑制的な立法化が進んでいったことから、自治体においても窮余の策とはいえ、いつまでもそうした事実上強制を加えるような行政指導を続けていくことはできないということになったわけです。

それから、開発指導要綱とは別の形でのこうしたまちづくり問題の対処例として紛争調整型の条例を取り上げることができます。これは、公共的な利益の見地から規制を行う、行政指導するというのではなく、大型店舗や大規模なマンション開発などで周辺住民とのトラブルが生じ、周辺住民から何とかこうした大規模な開発をやめさせてほしい、あるいはそれを縮減してほしいという要望が出てきた場合に対処するためのものです。開発業者と周辺住民とのトラブルを民民間の紛争と真正面から捉えて、民民間の紛争調整を自治体が間に入って調停・斡旋をやっていくという形の条例制定が進んでいったということです。

例えば、各地の中高層建築規制に関する条例がそうですし、第一次分権改革後に注目を集めた杉並区の「特定商業施設の出店及び営業に伴う住宅地に係る環境の調整に関する条例」も、こうした民民間の紛争を調整するという形の条例です。この杉並区の条例は、具体的には“ドンキホーテ”という大型小売店が住宅地の中に、用途地域上は建てられるということで進出してきたもので、それに対して周辺住民とのトラブルが発生し、

これに対処すべく制定されたものです。この時期は、アメリカからのプレッシャーのもと、大型小売店舗の出店規制などはなかなかできないという状況の中、民民間の紛争を調整するという形で条例制定をしたという苦心の作です。

第1次分権改革後、こうしたハードのまちづくりにかかわる重要な条例として、開発指導要綱をいよいよ今度は日陰の存在から日向の存在へと真正面から条例化していくという動きが進んできています。ここでは、横須賀市の「特定建築行為等行為に係る基準及び手続並びに紛争の調整に関する条例」、札幌市の「緑の保全と創出に関する条例」、大磯町の「まちづくり条例」、それから川崎市の条例、ちょっと名称は忘れてしまいましたけど、を挙げています。これらは、いずれも都市計画法上の開発行為や建築基準法上の建築確認にかかわって制定された従前の要綱を、条例化するという動きです。

さらに、自治体の自主的な取組として、最近特に注目されているのが、フルスペックのまちづくり条例といわれるものです。都市計画法や建築基準法など法令に基づいて条例に委ねられた事項、つまり法律から委任を受けて制定される条例を委任条例といいますが、このような委任条例と、都市計画法上も建築基準法上も規定されていない事項について、自治体が地域の実情に即して制定する自主条例とを併せて一本化する統合的なまちづくり条例をフルスペックのまちづくり条例といいます。この場合、百箇条を超えるような大きな条例になります。そのような条例として、例えば国分寺市や練馬区の条例が注目を集めています。

法定外税条例 第1次分権改革の成果として自治体の自主財源の拡大というのは大きな成果を挙げることはできませんでした。しかし、新しい税源開発の見地から、自治体が地方税法に法定された以外の税目を新たに生み出すことについて、従前は法定外の普通税しかできず、目的税はできないというふうに立法されていたのを、法定外の目的税も制定できる、また、総務大臣の許可が必要とされていたのを同意を要する事前協議により、すなわち許可よりも関与を緩和した形で法定外地方税を導入できるという改正がなされました。

それを受けて各地で法定外地方税の導入が進められ、一躍、法定外税ブームと呼ばれるような時期を呈した時期もありました。例えば、東京都のホテル税、神奈川県の特例企業税と水源環境税、山梨県河口湖町ほかの遊魚税、それから三重県の産廃税、こうしたものが実際に導入されているわけです。

ただ、その中で私自身ちょっと関わっているのですが、神奈川県の特例企業税に関しては「いすゞ自動車」という会社から違法であるとして現在、訴訟を提起され、神

奈川県と「いすゞ自動車」の間で紛争状態になっております。私は神奈川県側に立って、鑑定書というようなものを書いておりますが、この先、場合によって神奈川県がもしも負けると、膨大な税の返還が生じます。その当時は非常に不景気であり、企業税を緊急的・臨時的に課税したもので、相当の多額の税収源でしたので、もし敗訴して利息を含めて返還することになれば、神奈川県にとっては大変なことになります。

その他、注目すべきものとして、豊島区の「放置自転車等対策推進税条例」とか「狭小住戸集合住宅税条例」というのもあります。

「放置自転車等対策推進税条例」というのは、次のようなものです。JR池袋駅などを中心に豊島区内に大量の駅前放置自転車がありますが、JR側は駐輪場を増設することを一切してくれないということから、JRをはじめとする豊島区内で駅を持って事業を行う東京都営地下鉄、営団地下鉄、西武鉄道などの鉄道事業者に対して課税を行い、その税源により駅前の駐輪場を整備していくためにつくった条例です。これについては、JR側と裁判にはなりません。JR側が折れて駐輪場を整備することになり、豊島区側は目的を達成したとして実際にこの税条例で税を課すということにはならなかったということです。

次の「狭小住戸集合住宅税条例」は、ワンルームマンション建築に関して税金を課すというものです。これは、ワンルームマンションが豊島区内にたくさん建てられる中で、ファミリータイプのマンションの建築に誘導したいということで作られたものだと思います。これらはいずれも、総務大臣の同意を得て立法化されている条例であります。

これに対して、総務大臣が「ノー」と言ったのが、横浜市の「勝馬投票券発売税条例事件」ということになります。こちらは、日本中央競馬会（JRA）の場外馬券売り場が横浜市内にあり、その場外馬券売り場の売上に税金をかけるという条例です。これについてはいろいろな法律問題があり、総務大臣が「ノー」と言ったのですが、それに対し横浜市が先ほど紹介しました第1次分権改革の重要な成果の1つである国の関与に対する係争処理の制度を利用して、国地方係争処理委員会に「国の不同意は違法である。」という形で申し立てを行い、国地方係争処理委員会が平成13年7月24日に勧告をしました。

その勧告の内容は、「国の不同意の中に手続上違法な部分があるが、内容的な部分については、もっと国と横浜市の間で協議をすべし」というものでした。その後、裁判に持ち込むこともできたわけですが、横浜市は市長が代わったこともあり、結局、この勝馬投票券発売税は導入しないまま今日に至っています。

過料の活用例 また、先ほどお話したように、第1次分権改革の成果として条例の実効性確保措置として刑事罰則の他に過ち料としての過料を課せるようになったことから、路上喫煙に対する規制条例などで、それが使われています。

事務処理特例制度 次に、先ほど紹介しました都道府県の事務を市町村に事務移譲する方法として、条例による事務処理の特例制度が導入されました。これは、これからお話しする上書き条例の1つのパターンともいえるものだと申し上げましたが、この後紹介いたします地方分権改革推進委員会の「中間的な取りまとめ」の中に、この制度がそれなりに活用されているという記述がありましたので、該当部分を抜き出して紹介しておこうと思います。

現在、200以上の法律を対象として、この事務処理特例の条例が制定されているようです。例として挙がっていたのが、都市計画法の開発行為の許可、土地区画整理組合法の組合設立認可、換地計画の認可、農地転用許可、大気汚染防止法の諸権限、浄化槽法の浄化槽の設置・水質検査、商工会法の定款変更認可、工場立地法の特定工場の新設届出受理、特別養護老人ホームの設置認可、介護保険サービス事業者の指定・監督などです。これらは本来的には都道府県の事務ですが、都道府県条例に基づいて市町村に移譲するという措置が、全国のいずれかの都道府県で行われているということです。

以上、第1次分権改革の成果にかかわる部分についてお話をしました。

〔 第2次分権改革と条例 〕

次に、現在進行中の地方分権改革推進法に基づく第2次分権改革について、お話をさせていたただきたいと思います。特に条例にかかわる部分に関しましては、お手元の資料の7ページ以下、「中間的な取りまとめ」の中の重要なポイントに関わる資料が添付されておりますので、それも見ていただきながら、現在の第2次分権改革における条例論をテーマにしてお話をさせていただきます。

1. 地方分権改革推進法と条例

地方分権改革推進法が定めているさまざまな改革課題の中で、条例がかかわる重要なポイントとしてレジュメに2点掲げています。1つは「自治体への権限移譲推進と自治体事務の処理又はその方法の義務付け及び関与の整理・合理化」(5条)であり、もう1つは「自治体行政の公正確保・透明性の向上・住民参加の充実等の措置による自治体行政体制の整備・確立」(7条)です。この2つの項目が条例論の見地からは重要な項目と思われる。

この法律に基づいて設置された地方分権改革推進委員会が、昨年 11 月 16 日に「中間的な取りまとめ」を発表しました。その中から条例論にかかわると思われるポイント、要点だけを抜書きしました。まず、そこを紹介させていただきます。

2. 地方分権改革推進委員会「中間的な取りまとめ」と条例

レジュメ 2 ページの下から 4 行目に記載していますように、「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り、立法権の分権を目指すことは政治改革に連動している。そのため、自治立法権を担う地方議会の機能、制度などについて抜本的改革が必要になるとともに、休日、夜間の議会開催、議員による条例提案の活発化など積極的な議会運営が求められる。」というふうに述べています。

実際、2000 年に機関委任事務の廃止を中心とする地方自治法の大改正が行われましたが、その後も、毎年のようにと言っていいぐらいに、地方自治法においては細かな改正をなされており、その中では、やはり地方議会にかかわる改正というのが大きなポイントでした。

例えば、政務調査費の法律上の位置づけ、議会の召集権・議案提案権などにかかわって、地方自治法は 2000 年の大改正後も毎年にもわたり改正を続けていました。さらに、第 2 次分権改革においても、条例制定権の担い手たる地方議会の改革というのが強く求められており、こういう形で今回の「中間的な取りまとめ」でも記載されているわけです。

次の部分ですが、「また、国によるさまざまな義務付け・枠付け、関与などを明快な基準にもとづき徹底的に見直すことで廃止するとともに、条例により法令の規定を『上書き』する範囲の拡大を含めた条例制定権の拡大をはかっていくことは、自治立法権を確立していくことにつながる。」と述べています。

この法令による義務付け・枠付け、関与の緩和、それから条例による法令の「上書き」、この点について、より具体的に論じているのが、レジュメの次に引用した部分です。

「地方自治体の自主性を強化し、政策や制度の問題を含めて自由度を拡大するには、義務付け・枠付けを見直すことが必要である。

このためには、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。

(見直しの手法)

地方自治体の自主性を強化し、自らの責任において行政を実施する仕組みを構築する観点から、自治事務を対象として、そのうち法令による義務付け・枠付けをし、条例で自主的に定める余地を認めていないものを対象とする。

次のとおり義務付け・枠付けの存置を許容するメルクマールを設定し、これに該当しない場合に、義務付け・枠付けを原則として廃止することを、各府省に求めることとする。」とあります。

そのメルクマールは別紙資料 8 ページの 1 番上から から に挙げられていますが、そうしたメルクマールに該当すれば、義務付け・枠付けは許容されるけれども、これに該当しないような義務付け・枠付けは原則として撤廃していくとされているところです。

これが、第 2 次分権改革の主要なターゲットの 1 つになっているわけですが、その背景を第 1 次分権改革との関係で整理してみたいと思います。

地方分権推進委員会最終報告 第 1 次分権改革の最後となりました旧地方分権推進法に基づく地方分権推進委員会のその最終報告は次のように述べておりました。これも紹介しておきたいのですが、2000 年になされた第 1 次分権改革の最終報告では、「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重要であるため、地方公共団体事務に関する国の個別法令による義務付け、枠付けなどを大幅に緩和していくことをやる。第 1 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、国の法令等による事務事業の執行方法や法体制に対する枠付けの緩和については、ほとんどまったく手付かずに終わっている。」ということ述べています。

すなわち、第 1 次分権改革のターゲットは機関委任事務でしたので、機関委任事務に伴っている訓令や通達といった通知による規制をなくすということが第 1 次分権改革の成果でした。

それに対して、国会が制定した法律、あるいは国会の法律に基づいて各省大臣が制定している省令や内閣が制定する政令、こうしたいわゆる法令による「あしなさい、こうしなさい。」という枠付け、義務付けについてはまだ手付かずだと言っているわけです。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なども大幅に緩和する必要があります。これが第 1 次分権改革の遺言と言ってもいい、最終報告の

中身だったのです。

第 28 次地方制度調査会答申 これを踏まえて、第 28 次の地方制度調査会の答申は次のように述べています。

「地方の自主性・自立性を高めていく見地からは、個別の法令による地方公共団体の事務の義務付け、事務事業の執行方法、執行体制に対する枠付けの理解を縮小していくことが求められているが、現実にはむしろこれらの新設が行われており、また地方に対する国の事務事業の移譲も進展していない。」

先ほど申しましたように、第 1 次分権改革のターゲットは機関委任事務であり、既に都道府県や市町村がやっている事務事業に対して、国の口出しを減らすということでしたから、国のやっている仕事を新たに都道府県や市町村に移していくという成果は少なかつたのです。それを今後進めていかなければいけない。さらには、第 1 次分権改革で撤廃したのは訓令や通達による関与であって、法令に基づく縛りは縮減していない。加えて、法令による縛りがどんどん新設され、増えてきている。通達などがもうできないので、霞ヶ関の方は、法律、政令や省令の中に詳しく、「ああしなさい、こうしなさい」という義務付けを増やしてきていると言っています。

さらにその答申の中で、「このような意味で、依然として地方の自由度の確保、権能の充実については十分とは言えない状況にある。・・・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。」と述べています。

これが第 28 次の地方制度調査会の答申の内容ですが、まさに今回の「中間的な取りまとめ」では、これをより具体化するべく、いろんなことを言っており、その中の一つとして法令の上書きを条例によって認めるということを言っているわけです。

3 . 実質的な決定権の自治体における確保

こうした地方分権改革推進委員会の「中間的な取りまとめ」の条例に係わる部分の基本的な考え方は、次のようなところにあると思われます。1 つは、「行政サービスの実質的決定権や必要な財源を地方自治体に移譲」、もう 1 つは「地方自治体への事務事業の移譲、地方自治体の行政サービス提供に関する決定権・裁量権の拡大、これらを支える行財政基盤の充実確保」、あるいは「地方自治体に与えられた事務や権限について、本当の意味で判断の自由度と責任を確保し、権限移譲を実質的に進めていく。」という部

分です。

ここでは、第1次分権改革でやり残した事務事業を国から地方公共団体に移していくということをする。それとともに、現在、既に地方自治体に移譲されている事務事業、それから今後移されるべき事務事業についても、決定権・裁量権を拡大するということが書かれています。

第1次分権改革により国の関与は限定的にされましたが、法律や政令、省令によって縛られているということは、法律上の決定権は知事や市長とされていても、実質的には決定権はないも同然です。それを実質的な決定権、本当の意味で判断の自由度を確保しましょうということで、法令等による義務付け、枠付けの縮減・撤廃ということが強く謳われているということになります。

以上が、この第2次分権改革に係わる「中間的な取りまとめ」の条例に関する重要と思われるところです。

〔 「上乘せ」条例から「上書き」条例へ？ 〕

いよいよこの「中間的な取りまとめ」の目玉の一つである「上書き条例」の問題をお話ししたいと思います。この上書き条例が出てくる背景について、少し条例制定権を巡るこれまでの議論の展開の中に位置付けてお話をさせていただきます。

「上書き条例」というのは耳慣れない言葉で、ごく最近に地方分権改革推進委員会で使うようになった言葉だと思います。それ以前には、日本が高度経済成長の真っ只中にあった頃、公害規制問題などを中心に、「国の法令ではダメだ。自治体がより厳しい環境保護規定を作っていかなければいけない。」というようなコンセプトで、言わば条例制定権の拡大を目指して、「上乘せ条例」というのが条例の重要な課題として言われておりました。この「上乘せ条例」の問題から話を始めさせていただきたいと思います。

1．法令先占論から「上乘せ条例」肯定論へ

第2次世界大戦後、日本国憲法が制定され、それに基づいて地方自治法が制定されました。これにより、地方公共団体は、自治体の自治事務について法令に違反しない限りにおいて条例が制定できると規定されたわけです。しかし、問題は、「法令に違反しない。」というのはどういうことかということが重要な解釈問題であるということです。

法令先占論 まず、これに関する初発の考え方というのは、法令先占論と呼ばれる考え方です。簡単に言えば、国の法令が既にあるところは、条例は制定できないという考え方です。国が、既に大気汚染防止のための法律を制定している、土壌汚

染防止のための法律を制定している、あるいは地下水汲み上げのための法律を制定していたら、それらをターゲットとした条例はそもそも制定できないということです。これが、法令先占論の最もプリミティブな形です。

しかし、これではあまりに不便です。国が既に法律を制定している領域に条例を制定すると、法令に違反したことになるという考え方でしたけれども、こうした考え方はまもなく克服されていくこととなります。レジュメでは、修正法令先占論と書いています。

修正法令先占論 修正法令先占論の考え方は、法令先占論のように単純には考えられないのであって、法令の目的と違う目的から法令と同じ対象を規制することは、それはダブっているけれども、違法とは言えないのではないか、あるいは、同じ目的でも法令が対象にしていらないものを対象にするのは許されるのではないかというものです。

例えば、犬という対象に対して、狂犬病予防法という法律が制定されています。狂犬病予防法は、犬が持っている病気が感染するのを防止するための法律です。一方、同じように犬を対象に、地方公共団体が野犬取締条例などを制定しています。これは、犬が人間に噛み付いたりするのを防ぐための条例で、同じ犬を対象にしても目的が違います。片や狂犬病予防、片や犬のそうした噛み付きなどを防ぐということで、目的が違いますので、同じ犬を対象としていても法令に違反したことはありません。

あるいは、同一目的であっても、対象が同一でなければいいのではないかということです。例えば、国の法律で1,000㎡以上の店舗や工場を対象として規制を加えているならば、999㎡の店舗や工場であれば、法律で何の規制もないこととなります。そこで、地域の実情にかんがみて、この地域においては500㎡以上の店舗あるいは工場を対象とすることを条例で定める。これを横出し条例、あるいはすそきり条例といいます。法律ですそきりになっている部分を対象とする、あるいは法律の定め以下の部分について横出しするという意味で使われています。

こうした横出し条例は、同じ店舗・工場を対象としても対象の範囲が違っているのだから、これは違法ではないということです。こういう形で条例制定権の範囲を拡大する議論を修正法令先占論と言っています。

公害規制問題と条例 次に問題になったのは、法令と同じ目的で、同じ対象について法令よりもより厳しい規制を加える条例はどうかということです。これが、まさに大気汚染防止や水質汚濁防止に係わって、国の法律が対象としているものよりも厳しい規制が必要であるという公害規制問題に関して直面した問題なのです。国の法律は煙突1本ごとに、あるいは川や海への排出口ごとに何ppm以下にせよというような規制を加えて

います。1本1本はその基準を満たしていても、巨大なコンビナートがある場合、大量にその地域に煙突が立って煤煙などを排出すれば、その地域全体の汚染度は非常に大きくなります。工場がポツポツとしかない地域と、それが密集している地域では全然実情が違います。国の法律は、規制の単位が煙突ごとであり、これでは不十分なので、総量規制が必要だということなのです。

そこで、例えば、東京都では公害防止条例により総量規制を導入しました。煙突ごとではなく、工場ごとに規制を加えるという方法です。あるいは、法律で届出制と定められているものを、より厳しい許可制にするという方法です。そういうことが許されないのでしょうか。法令先占論であれば全く論外となりますが、このように法令と同じ目的で同じ対象に関して、法令による規制の基準値あるいは規制方法よりも、より厳しい規制を加えるという条例、これを「上乘せ条例」と言っていますが、その上乘せ条例というものの適法性というのが大きな焦点になってきます。

法令の趣旨解釈論の確立 そこで、それを肯定する議論がいろいろ出されていたのですが、最終的に最高裁の大法廷も、「上乘せ条例」が適法になり得るということを認めました。これが出た事件が徳島市の「公安条例事件」と言われているもので、これは別に公害規制の事案ではなく、いわゆる道路等で行われるデモ行進規制に関する条例です。

道路上において一定の行為をしようとする場合、道路交通法に基づく道路の利用許可、道路法の占用許可等を取得しなくてはならないわけですが、デモ行進をより厳しく規制するために公安条例を制定し、道路交通法上の許可の他に公安条例に基づく許可あるいは届出をしないといけないという規制を設けました。徳島市だけではなく、東京都や新潟県など全国の主だった自治体で同様の条例が定められました。これは端緒がGHQの指導だったのですが、GHQの指導のもと全国各地で導入されていったということになります。

これが違法ではないかということが争われて、最終的に昭和50年の最高裁の大法廷において、「同一目的で同一対象について条例を定めたからといって、直ちにそれが違法になるというものではない。」という判決が下されました。法令の趣旨、目的により判断すべきであるということになっています。つまり、国の法令の中には、規制限度法律（最大限規制立法）と言われる国の法律でもうこれ以上は規制できないところまで規制しており、これ以上厳しいのはダメだという法律もあります。あるいは、全国各地において、ここまでは絶対規制しますが、これ以上厳しい規制を加えるかどうかは各自治体の自由だというように最低限の規制をただけの法律もあります。そこで、問題となっ

た道路交通法は、どちらにあたるのかということですが、この法律は最低限規制、最小限の規制を定めた法律であるという判断がされたわけです。従って、公安条例を別途規定して、より厳しい規制を加えても違法にはなりません。これが最高裁の大法廷の結論です。

公害規制ではありませんが、こうした公安条例規制に係わって、最高裁が法令の趣旨・解釈によって上乘せ条例を肯定するという理論を出したことは重要であり、これは今日の上乗せ条例を巡る重要なリーディングケースで、多くの学者の判断基準になっています。

2．法令の趣旨解釈論の限界

ところが、こうした最高裁の考え方、ここでは「法令の趣旨解釈論」と書きましたが、この限界が次第に見えてくることになります。

これに関して、高知市の「普通河川管理条例」や「パチンコ店規制条例」、「産廃処理施設の規制条例」などを紹介したいと思います。

普通河川管理条例事件 まず、最高裁で昭和 53 年 12 月 21 日に判決が出ました高知市の「普通河川管理条例」は、次のような事件でありました。

現在、河川に関しては国の法律で河川法という法律が制定され、1 級河川と 2 級河川の区分のもと、国あるいは都道府県知事はその河川管理者として管理を行っております。それ以外の河川法上は河川ではない河川、これを「普通河川」と言っておりますが、町の中の小さな普通河川というのがあります。これについては法律上管理者というのがないのですが、子どもたちが水辺で遊んでいて事故になるなどの危険管理の観点から、多くの場合、市町村が管理をしているという実態があります。自治体によっては普通河川管理条例というものを制定し、そうした河川法上の河川でない普通河川について管理をしています。

そこで、問題の高知市の普通河川管理条例についてです。河川法では、河川管理者以外の者がその河川区域の中に設置した物件について、その設置した物件の権限を持っている者の同意を得て、河川管理施設に組み込むと規定されています。高知市の普通河川条例においても、同様の規定を置いておりました。そのような中、高知市内の普通河川で、その川べりを歩く人に家の中を覗き込まれたくないという理由から、その川の護岸に木の壁を設置した人がいました。そこで、高知市は、その護岸は市の普通河川管理条例上の河川管理施設に該当すると判断し、無許可で河川管理施設に工作物を設けたとしてその木の壁の撤去を命じたわけです。

その結果、裁判となり、高知市の普通河川管理条例が、河川法よりもより厳しい規制を加えていることが違法ではないかということが問題になり、最高裁は違法であると判断しました。その理由は、「1級河川や2級河川のような大規模な河川でも、その河川区域に敷設されている物件について、それを河川管理施設として法律の規制の対象に取り込むためには、その物件の所有者の同意を取る必要がある。そうであれば、より小規模な普通河川の同種の物件について、所有者の同意も取らずに護岸を河川管理施設に組み込むことは許されない。」ということです。そのように最高裁は判決したわけです。つまり、大きなものでさえこの程度の規制しかしていないのに、こんな小さなものに対してより厳しい規制をするのはアンバランスだというのが、最高裁の発想だと思います。

しかし、「本当にそうか。」というのは、もっとよく考えていく必要があります。大規模な河川施設、例えばダムとか大きな堰については、そのダムの所有者である電力会社とか堰の設置者である協同組合等の同意を取らないと、河川管理施設に組み込めないというのは、尤もなことです。しかし、こんな小さな河川で、周りの周辺住民が護岸を築いた場合に、それをいちいち全部同意がなければ河川管理施設に組み込めないというのは、果たして合理的といえるのでしょうか。むしろ、小さな河川だからこそ、そうした細々とした規制を加えるためには、大きな河川にはない別の規制の手法が必要になるというふうにも考えられます。ですから、最高裁の考え方、つまり、河川法の規制水準というのが最高限度であり、より小さい河川の場合は同等かそれ以下の規制しかできないという発想が、本当に河川法の解釈として妥当かどうかというのは疑わしいところです。

パチンコ点等規制条例事件 次に、風俗営業法や建築基準法との適合性が問題となった、パチンコ店等の規制条例事件です。これも有名な伊丹市、宝塚市の条例の事件であります。

伊丹市条例事件の場合は、パチンコ店などを対象にした規制が風俗営業法に違反しないかどうかという点が問題となりました。風俗営業法上は設置できる地域に建てられるパチンコ店について、伊丹市が独自に厳しい規制を加えて、できないようにしました。これが風俗営業法に違反をするのかという問題です。風俗営業法の営業許可は、都道府県の公安委員会が許可権を持っています。風俗営業法上の問題がなければ、都道府県の公安委員会が許可してしまうわけです。しかし、伊丹市としては、例えば、都市計画上の用途地域としては準工業地域であり、風俗営業が許可できる地域であったとしても、ほとんどが住宅地になっているという実態に鑑みればパチンコ店などを許すべきではない地域であるから、地元の市町村で規制ができないかということなのです。

これについて、神戸地裁の平成5年判決は、伊丹市の条例に関しては適法であると判決したのですが、宝塚市の条例に関しては、神戸地裁は今度は一転、違法であるとし、大阪高裁に至ってもやはり結論は変わりませんでした。

風俗営業法というのは規制緩和式に解釈するというのが、その理由です。風俗営業について規制が緩和されてきたということは、風俗営業法は最高限度規制であると解釈するという事です。風俗営業をしたい人の営業の自由を守るために、これ以上厳しい規制はしないということで風俗営業法は作られているという解釈です。

それから、建築基準法との関係も問題になりました。建築基準法は、より地域に即したきめの細かい規制を都道府県条例で決められることができると定めているのだから、地域のきめの細かい規制は、都道府県条例によってのみできる。にもかかわらず、宝塚市が市の条例で規制するのは許されないということです。法令がわざわざ県の条例に委任しているのだから、市が条例でやるのは法令に違反をしているというのが、宝塚市事件の判決です。

これについても、「本当にそうか。」ということには議論の余地があります。風俗営業法というのは、全国水準でこの程度の規制としているだけで、地域の実情に即して、よりきめの細かい規制を許さない、専ら風俗営業者の営業の自由の保障の見地から、これ以上は絶対規制をしないという、本当にそういう趣旨なのかどうかということは、なお解釈論として詰める余地があると思います。また、建築基準法などが都道府県条例に委任をしたということは、都道府県条例だけでやれという趣旨なのか、市町村が別途条例を制定できないのか、法の反対解釈をして市町村条例は排除する趣旨と当然に読めるかどうかというのも、なお議論の余地があります。私は、この神戸地裁、大阪高裁の判決は、条例制定権の範囲の問題について狭い解釈を取っていると思います。

宝塚市条例事件は最高裁に上告されましたが、最高裁では、条例の是非については一切踏み込まず、非常に問題のある判決となりました。この事件は普通の事件と違って、宝塚市が原告となり、そのパチンコ店の建設事業者を相手取って、訴えを起こしました。条例の中に何らパチンコ店の建築活動を実効的に規制する根拠がなかったのです。単に禁止しただけで、禁止に違反したらどういうふうになるのかという規定が全然なかったのです。規制の担保措置がない。そこで、「条例に違反しているのだから建築を止めなさい。」と、市が民事の差し止め訴訟を起こしたのです。最終的に最高裁は、市の財産とかそういうものが侵害されているのであれば、市は裁判を起こすことができるけれども、行政上の権限を根拠に市が訴え出るといえることはできないという判断を下した

のです。最高裁の理論というのは一つの筋ではありますが、従前の下級審の積み重なってきた判断や、学説の到達点を一考だにしない、これは本当に非常に問題のある判決だと思います。行政権の主体としての市町村、都道府県、おそらく国もそうですが、行政権の主体としては原告として国民・住民を相手取って裁判を起こせないというのが、この最高裁の平成14年7月9日の判決になるのです。

その結果、従前、行政上規制権限がなくても、民事強制、裁判所の判決で執行名義を取得して、裁判官の執行吏員などの手を借りて行政上の義務の実現を図るという手段がありました。それがこの最高裁の判決によって認められなくなったこととなります。これは、ちょっと条例論とは無関係ではありますが、大いに問題がある判決だと思います。

産業廃棄物処理施設規制条例事件 それから産廃の施設に係わりまして、いくつかの事例を挙げております。まず、宗像市の環境保全に係る条例です。最終処分場である焼却施設などを対象に規制を加えた条例ですが、これが廃棄物処理法上認められ容認された施設を条例によって規制するもので、その営業の自由規制の見地から見て違法であるという判決がされています。

次に、徳島県の阿南市条例ですが、こちらは環境保全条例ではなくて水道水源の保護条例の事案ですが、徳島地裁、高松高裁のいずれにおいても違法である、廃棄物処理法違反という判決が出ています。

とりわけ、阿南市の事件では、産業廃棄物処分場の規制権限、許認可権限は県知事の権限であり、法律に基づく県知事の許可に加えて、さらに条例で阿南市という市町村がもう一つ許可制度を設けることは、産廃事業を営もうとする者に対して二重の手間をかけることになる。知事の規制権限と市の権限で二重規制になるので、それは違法である。廃棄物法で決めた知事の規制権限しか認められないという、これは非常に問題のある判決を出しております。

同じ水道水源保護条例に係わる紀伊長島町条例の事案ではありますが、この事件では最終的に最高裁判決は、破棄差し戻し判決となっておりますが、水道水源保護条例が廃棄物処理法に違反をするというようなことは、一切言っておりません。この判決の読み方として、真正面から適法だとも言っておりませんが、おそらく条例を容認する趣旨だと思います。

因みに水道水源保護条例というのは、聞くところによりますと、三重県を中心に多く制定され、全国に波及していったと聞いております。これは、環境保全という広い目的

ではなくて、まさに水道の水源を保護するというだけで、目的がそもそも廃棄物処理法と異なっています。かつ、規制の手段も、片や、その施設の構造要件を満たすかどうかであり、片や、立地が妥当かどうかということでもありますので、目的が異なっており、廃棄物法とは両立し得る条例と思われるので、おそらく最高裁もそのように考えているのではないかと思います。

ただ、今回の事案については、事業者が既に県との協議に入っていて、設置準備に取りかかっていた中で、協議制度を導入した水道水源保護条例の趣旨を勘案して、十分な協議、すなわち譲歩の余地を全く認めないまま、条例違反というふうに措置したことが違法になると判決され、確か差し戻された裁判所で町の措置が違法とされたと思います。条例が違法なのではなくて、本件で許さないのは、そのような決定をしたことが違法である、条例自体が違法ではなくて、その条例に基づく措置が違法であるということになったと思います。

このように、徳島市公安条例事件に関する最高裁大法廷判決によって、法令と同一目的で同一対象に関してより厳しい規制を加えるという上乗せ条例は、一般論として否定されるのではなく、その法令の趣旨・目的によってはむしろ肯定されることが示されました。法令の趣旨・目的をどのように理解するのかということが、条例が適法かどうかということの重要な要素になったということです。

従って、国の立法機関である国会がどういう法律を作るのかによって、自治体の条例制定権が及ぶのか、及ばないのか、排除されるのかということが決まってくるということになります。これでは国会の匙加減次第ということになり、本当に地方自治と言えるのかということが問題になります。

固有の自治事務領域の条例優先論あるいは立法整備論 そこで、そうした法令の趣旨解釈論の限界を打破することが重要であるとして、レジュメでは(4)のところになりますが、固有の自治事務領域の条例優先論あるいは立法整備論という議論が出てくることとなります。

固有の自治事務領域の条例優先論というのは、次のようなものです。自治体にはそもそも固有の自治の領域というものがあり、その領域に関して国の法律が手出しできないという議論も可能かも知れませんが、少なくとも憲法上そこまでの手がかりがあるわけではありません。従って、固有の自治事務領域についても、国が立法という形で手出しをする、法律を作るということは構わないが、その領域に関しては法律より条例のほうが優先するという考え方です。こういう理論を打ち立てて、先ほどの法令の趣旨によっ

て条例制定権の範囲が左右されるというのをさらに打ち破ろうというのも、学説の中にはないわけではありません。しかし、多数説とはなっておらず、少数説にとどまっています。

あるいは、どのような場合に条例が制定できるのかをもっと立法的に整備したらいいのではないかという考え方もあります。なるべく条例制定権を認める方向で整備したらどうかということです。先ほどご紹介した 99 年の分権改革の成果として制定された地方自治法の 1 条の 2、2 条 2 項、2 条の 11～13 項の規定の解釈から、そうした立法制度のあり方を理解して、具体的に制度化していくという議論が出てきています。

今回の「中間的な取りまとめ」でも触れられている、法令による義務づけ・枠付けの縮減・撤廃、それから条例による補完・補正を認めていくということが立法化されれば、それは一種の立法整備論の一つの表れと理解することもできるのではないかと思います。

3. 上乗せ条例（並行型条例・外付け条例）と「書き換え」条例

さて、こうした上乗せ条例の到達点とその限界というところまでお話をしてきたわけですが、さらに 2000 年の改正地方自治法後、この上乗せ条例のさらに限界を越えるべく出てきた「書き換え」条例の議論を次に紹介しておきたいと思います。

「書き換え条例」論 「書き換え」条例論というのは、レジュメに書きましたように、上智大学の北村教授や学習院大学の櫻井教授、あるいは東大の斉藤教授などの論説の中に垣間見える考え方です。

第 1 次分権改革の成果として、条例制定権を広く認める、なるべく国の法律で一義的に決めないで、細かいことは条例に任せるようにしなさいということで、特にハードのまちづくりの分野など（都市計画法の開発許可など）で、その許可の要件などについて条例で決めていいですよというような改正がされました。ただし、結果的に無条件では条例に委任してくれませんでした。つまり、政令の定める基準に従って条例で決めるという形で条例に委任するということになり、制定できる条例は国の定める政令の枠内に限定されたわけです。これを何とかより地域の実情に即したものにできないかという中で、書き換え条例というものが生まれてくるわけです。

自治事務に関する法令の標準法説・標準設定説 その地方自治法における根拠の一つが、2 条 13 項にあります。地方自治法 2 条 13 項は、「法律また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、国は地方公共団体や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。」と規定しています。自治事務については、国はその地方公共団体が地域の特性に応じて処理できるように配慮しなければならないのです。元々は、第1次分権改革の第1次勧告の中で、「具体的事項はその条例に委任するようにしなさい」というような勧告だったわけですが、それが法律になった時には、結局こういう抽象的な規定になってしまったという問題もあります。抽象的な言い回しになってはいますが、自治事務であれば地域の特性に応じて事務処理できるように国のほうが配慮しなさいとなっています。

従って、例えば都市計画法において、政令の定める基準で条例に委任するとなっても、この開発許可権限が自治事務である以上、政令で定める基準というのは決して上限ではなく、いわば標準であると考えていうことです。法令の枠内で政令で決められた基準というのは、あくまでも標準の基準であると考えて、その基準を上回っても、あるいは下回っても、それは地元の実情に即したより適切な基準であるというふうに考えていくということです。それで、政令で定められている基準よりも、より厳しい基準で開発許可に規制を加えていく。市長に、あるいは都道府県知事に認められた開発許可する基準を、法令で決まっているものより、より厳しいように条例で変えてしまうことができるというのが、この解釈論なのです。これが書き換え条例と呼ばれる議論です。これが2000年の分権改革、第1次分権改革後に出てきた議論になります。

これが今現在、上書き条例という形で議論が出てきています。最初は横出し条例、上乘せ条例という議論がありました。次に、書き換え条例という議論が出て、この書き換え条例を地方分権改革推進委員会が上書き条例、こういう言葉でいよいよ立法整備論として整備するということを提言しているのが、今回の議論の姿ということではないかと思っています。

4. 「上書き条例」の光と陰

先ほども紹介しましたように、第1次分権改革の成果というのは、機関委任事務を廃止し、それを自治事務と法定受託事務に再編成したことでした。これは、決して国の仕事を地方に移すということではなくて、既に自治体のやっている仕事が機関委任事務であるために、ああたこうだと国のほうから口出しがされる、関与がなされることから、その関与を縮減する、なくしていくということでありました。これにより、今までのような通達はできなくなったので、国は法律や、あるいは政令や省令で詳しく書くようになってきました。その結果、規律密度が強化されて、法令による義務付け・枠付けが増えてきました。だからそれを取り外しましょうということが、この第2次分権改革の主

要なターゲットになってきています。

地方の自主・自律の理念の確立 先ほども紹介しましたように、第1次分権改革において、なるべく自治体の自主性を高めようということで、法律に「この事柄については条例に任せます。」という条例委任の規定が入るようになりました。しかし、「政令で定める基準によって」というような規定が入ることにより、政令の中で細々と規定されてしまった結果、せっかく委任されても、結局大したことが条例で規定できません。あるいは、先ほどの例のように、法律で、都道府県が条例で規定をすると規定されてしまうと、今度は逆に、市町村は条例が制定できないというふうに解釈されてしまいます。そのような逆締め付け、任せたがために逆に締め付けられてしまうといった問題が出てきました。

現状では、法令で自治体の事務権限となっても、その中身についてはガチガチに決められてしまっており、それでは実質的な権限とは言えません。そこで、今回の第2次分権改革の条例論の基本的なトーンは、自治体の事務事業に対する実質的な自由度のある決定権の領域を確保するということになっています。

法令で縛り付けているのをなるべくなくし、たとえそれを残したとしても、条例で上書きすることを可能にする。先ほどの言い方で言えば、「書き換える。」となりますが、こういうことを認めるという議論になっています。

繰り返しになりますが、これは画期的と言えれば画期的ですが、先行例がなかったわけではありません。先ほどもご紹介しましたけれども、法令で都道府県が処理している事務権限、政令指定都市や中核市、あるいは特例市になれば、法令に基づいて市に事務権限が移るものもありますが、それ以外に都道府県が条例を制定して、市町村に委ねることもできると地方自治法で決まっています。都道府県が法律でやると決まっていることを条例で市町村がやることができる。これも一種の「上書き」、「書き換え」と言っているものです。

それから、地方税法の中で、各種税目の中で税率などが決められている場合もありますが、標準税率制を取っている場合、ある一定の枠内で上げてても下げても許される。これは条例によって法令の標準を変えることができるという例です。

二重規制問題の回避 レジュメの4の(2)ですが、先に述べましたように、今日では、法令で決めているものを上乘せ条例によって、同一目的・同一対象について、法令と異なった規制をすることが適法でありうるということが認められてきました。さらに重要なことは、レジュメに書いてありますように、こうした上乘せ条例はあくまでも、「並行

型条例」、「外付け条例」です。例えば、先ほどの水道水源保護条例で言えば、廃棄物処理法に基づいて都道府県知事が許可します。こうした許可制度は法律で決まっています。上乘せ条例というのも、この許可制度を変えたわけではなくて、この制度はこの制度としてやらないといけません。その他に地元の市町村が市町村独自の許可制度を条例でもう一つ設けたということです。つまり、法律に基づく都道府県知事の許可と条例に基づく市町村長の許可、これを二重に並行して、事業者は両方の許可を取らないと適法に事業が営めないという形になります。だから、こうした上乘せ条例を「並行条例」とか「外付け条例」と言っています。法令の許可に、新たに条例の許可制度を外付けして、二重の規制をするということです。

これが今までの「上乘せ条例」です。国の大気汚染防止法に基づいて届出制で規制を受け、これとは別に東京都の公害防止条例で許可を受けなければいけない。このように国の法律の制度は制度としてあって、条例の制度はそれとは別に並行して生じます。それで、国の基準よりも厳しい基準を条例で設けることにより、国の法令ではパスして許可されても、条例の規制で不許可になります。そうすると違法な活動になるということで、条例によって罰則等で規制を加える。これが上乘せ条例のケースです。

これに対して、「書き換え条例」というのは違います。国の法律の基準が緩すぎるから、条例でその国の法律で決まっている規制基準を上げてしまう。そういうふう書き換えてしまう。つまり、許可は一本で、法律の許可制度に条例でその規制基準をより厳しい要件を付け加えて、法律上の許可がそもそも出ないようにする。これが書き換え条例です。

今回出てきている「上書き条例」というのも、まさにそのことを意図しています。国の法令で決められていることを上書きしてしまう。例えば、(ある規制値を)10ppmとしているのを、5ppmと条例で決める、あるいは、15ppmを満たさなきゃダメだと上書きするということが問題になっています。そういう意味で、書き換え条例という学説上出てきたものが、今回の第2次分権改革で、「上書き条例」という言葉で、「中間的な取りまとめ」に出ているということです。

従って、この上書き条例というのは、今言ったような国の法令による逆の締め付けが非常に厳しい状況、通知や通達を廃止したと思ったら、法律や政令、省令でぎちぎち締めつけられるという状況を一挙に打破する強力なツールということになるでしょう。また、これまでの上乘せ条例では二重規制になっていたわけですが、それを一本の規制でまとめられるわけですから、そういう意味でも優れた仕組みということになります。こ

れは、上書き条例の光の部分と言っていいでしょう。

規制緩和的「上書き」の問題 陰の部分というのは、逆に規制を緩和するような上書きも可能だということです。上乘せ条例というのは、国の法令と別に許認可制度を導入して規制を加えるというものですから、仮に法令の基準よりも緩い条例を作ったところで無意味です。条例をパスしても、法令をパスしなければ、結局、事業者は活動できないからです。だから、上乘せ条例というのは、あくまでも国の規制制度よりも、より厳しい規制でなければ意味がありません。仮に、緩い基準で条例を作っても、条例はパスしても、国の法令で不許可だから、結局、最終的には許可できないわけです。市町村長が許可しても、都道府県知事の許可が出ないということになりますから、上乘せ条例の場合に意味があるのは、国の法令よりもより厳しい規制を加える場合です。

これに対して、上書き条例ということになると、国の法令自体の規制を緩く上書きしてしまうことも可能になりますから、従前よりも容易にその事務事業が行われてしまうということになります。

これまで、規制緩和という流れの中で国の法律が緩められないかということで、構造改革特区法という法律に基づく国の制度として、試験的に特別な地域に限って、様々な規制緩和的な特区制度を導入してきました。例えば、従前は、国、地方公共団体と学校法人しか経営できなかった大学を株式会社が経営できるようになりました。正式な名称は知りませんが、そのような大学で経営に杜撰な部分があり問題ではないかといったようなことも言われており、いろいろな問題を孕んでおります。また、とりわけ環境保護などに関して、いろいろな危惧が表明されるということであろうと思います。

これについては、環境法の専門学者の意見をちょっと紹介しておきたいと思いますが、上書き条例あるいは書き換え条例に関しまして、次のような発言がされております。

「地方の開発志向により環境破壊、野生生物の絶滅等の結果を生ずることは懸念されるし、基準について科学的知見から導出されるものについては、自治体により異なるものを設定すべきではないのではないか。基準については経済社会のグローバル化の中でむしろハーモナイズしていく傾向があるのではないかと、などの疑問もある。特に、国民の生命・健康に関わる問題や生態系について、将来世代との関係も含めた基準設定を、基準の緩和を含めて、狭い自治体に委ねるべきかは、今後に残された課題であると思われる。」

地方自治の見地から見れば、そういった事柄も地域の実情に即して上乘せだけではなくて、緩和、より下げていくということも含め、自治体が責任を持って対応していくべ

きだと、こう胸を張って言いたいところです。しかし、この環境法の学者が指摘するように、例えば環境のような、重大な侵害があった時に取り返しがつかないような領域において、地域の経済が停滞する中で、経済活性化の見地から無茶な環境破壊などをしてしまうのではないかという危惧はやはり払拭できません。自治体においても、地域の環境問題に対する大きな実績は持っているものの、一方で経済的な富の追求ということで動かないという保証は全くないという問題が指摘されてもやむを得ない面もあります。

〔 最近の条例制定課題 〕

最後に、「最近の条例制定課題」についてお話したいと思いますが、まず大きく四つ書いてあります。住民自治を充実させるための条例、コンプライアンス条例、まちづくり条例、それから指定管理者制度の運用に係る条例を取り上げてあります。

1. 住民自治を充実させるための条例

自治基本条例をはじめとする住民自治を充実させていくための条例、さまざまな条例が制定されているわけですが、自治基本条例についてはもう既にお話したところです。

情報公開条例 その他、例えば情報公開条例についてです。「情報なければ参加・参画なし」と言われるように、住民参加の大前提として情報公開は重要なものです。議会の情報公開についてですが、総務省の統計では、通常の情報公開条例の実施機関として議会を定めている例が都道府県 30、指定都市 15、市区町村 1,767、議会独自の情報公開条例を定めている例として、都道府県 17、指定都市 2、市区町村 31 と報告されており、情報公開が議会にも広く適用されている模様が見て取れます。

また、従前、都道府県条例で、警察組織に関しては情報公開の対象になっていなかったのですが、裁判例もあり、現在では全都道府県で公安委員会と警察本部長の情報公開が、条例で規定されているところです。

さらに、地方三公社、すなわち地方開発公社、地方道路公社、地方住宅供給公社についても、総務省の解釈が示されて、情報公開条例の実施機関に定め得るというふうになりました。現在、情報公開条例の対象になっているところが、都道府県 16、指定都市で 2 となっており、これも今後増えていくでしょう。

それから、国の独立行政法人にやや遅れて、地方公共団体においても地方独立行政法人という制度が導入されました。これについても実施機関に含める条例が都道府県で 12、政令指定都市 5 あります。

それ以外の民法上の法人あるいは商法上の株式会社の形態を取った第三セクターなど

については、ここまではなかなか情報公開条例をダイレクトに適用することとはなっていないようですが、様々な努力義務を定めるなど、情報公開に努めるように各地の条例で規定しております。

パブリックコメント条例 次に、パブリックコメント条例についてです。国の行政手続法改正で意見公募手続というのが導入されました。そこで主に対象になっているのは、政省令の制定や行政規則の制定ですが、自治体で重要なのはそうした規則等ではなくて、むしろ基本的で重要な計画などだと思います。基本的な計画を対象とするパブリックコメント条例では、横須賀市の条例が有名であります。そういうものの制定が始まっております。

次の住民投票条例については先ほどお話ししました。

議会基本条例 自治基本条例に係わっては、自治基本条例の中に議会の規定を取り入れる自治体も現れておりますし、さらに議会独自の基本条例を制定することも見られるようになりました。北海道の栗山町を嚆矢に、三重県、それから伊賀市などで、政策・立案・提言の機能を高めることを目的として、議会の公開性・透明性の向上や討論の場としての議会のあり方、さらには首長提案に関して議論を巻き起こすための論点の明確化、あるいは広報公聴を充実させる等々、そうしたことの基本を定める議会基本条例が制定されてきています。

次の首長の多選自粛については、神奈川県では法律で認められることを停止条件としてだと思いますが、多選禁止条例を制定するといったことも散見されるようになりました。

2. コンプライアンス条例

さらに最近注目されているものとして、コンプライアンス条例というのもあります。昨年、食品偽装をはじめ、さまざまな偽装があり、年を明けてもエコ偽装というのが新たに出て来ておりますが、官民共通の不祥事が勃発しております。例えば、民間企業の話としては、独禁法がどんどん規制強化され、リーニエンス（Leniency）制度といったものが出てきています。これは、例えば、カルテルを結んでいる、あるいは談合している場合に、一番最初に自白してきたら課徴金を取らない、2番目に自白してきたら5割だけ課徴金、3番目に自白したら3割まけてやる、4番目以降に言ってきたらまけてやらないというものです。だから、いち早く「悪うございました。」と言ってきたら優遇してもらえます。このように、積極的に談合を自白させるという制度が導入され、「日本の文化には根付かないのではないか。」という見方もあったようですが、結構これが

使われて、大手ゼネコンなどでもどんどん談合が破綻してきているということです。私が学生時代には、公正取引委員会は「吠えない番犬」というふうに言われていたのですが、今ではそのようになっているということです。

それから、公益通報者保護法が制定され、この法律ができたからとは限りませんが、多くの内部告発が民間企業においてもどんどん増えております。

さらに、皆さんご承知だと思いますが、商法の中に含まれていた会社法も、会社法典という法律になり、それから証券取引法改め、金融商品取引法という法律が制定されました。その中では、株式を公開している大企業の場合は、内部統制システムをきちんとするという事になっています。これは前から、判例理論上当然と言われていたものですが、それが明文化されまして、大企業における内部統制のシステムの構築が活発化しています。

自治体におきまして、栃木県鹿沼市の職員の殺害事件や長崎市長の射殺事件等々の行政対象暴力の問題、さらには食糧費、裏金、プール金、贈収賄、官製談合、様々な問題が出てくる中で、コンプライアンスの必要が高まり、そうした条例が作られてきております。国の公益通報者保護法が作られる前から、例えば千代田区とか杉並区では、公益通報制度が導入されておりました。また、公益通報制度のみならず、行政対象暴力、不当要求、議員の不当な口利き問題などに対処するべく、おそらく日本の今の到達点は大阪市の条例だと思いますが、包括的で、かつ、そういう不当な要求などについて記録を取ることを定めたコンプライアンス条例が各地で制定されております。

3. まちづくり条例

まちづくり条例に係わりましては、指導要綱の条例化について既に触れたところでありますが、その他、2006年のまちづくり三法の改正に関して触れておきます。これまではアメリカからの対日圧力などもあり規制緩和をどんどん進めてきましたが、中心市街地のシャッター商店街化という問題、地方の衰退が進む中で、ようやく市街化調整区域などにおいて大型ショッピングセンターなどの進出を原則規制できる、そういう法改正がなされました。例えば、福島県などでは全県規模で一定の地域分けをして、この地域については大型ショッピングセンターの進出を認めないというような内容の計画を定める根拠となる条例が制定されております。

しかし、これもなかなか実際に活用するには多くの試練が待っています。つまり、都市部と農村部の対立という問題があるわけです。農村部において農業にもう将来がないということになれば、農地を売って大型ショッピングセンターに買ってもらうことによ

り、より便利になり、お金も入ると、こういった選択もあります。それを都市部の商店街の利益のために、そうしたことを我慢してもらうことになるわけですから、農村部と都市部の連携というのがなければ、こうした規制も機能しないということになります。

その他では、ようやく国も重い腰を上げて、景観法という法律を制定し、景観保護のための規制措置が取れるようになりました。ニュースで大きく報道されておりますが、京都市では、眺望景観創生条例というのを作り、景観法及びその他の関係の都市計画法、建築基準法などの規制を活用した新景観政策というのを実施して、かなり思い切った、その代わりに、土地所有者の方の反発を呼んでいます。そうした景観保護に大きく踏み切ったと、こういうことも紹介されているところです。

４．指定管理者制度の運用にかかる条例

時間がなくなってまいりましたが、指定管理者制度がいよいよ本格実施になりましたので、その運用に係わって様々な条例上の課題が生じているということも一言述べておきます。

〔 むすびにかえて 〕

第２次分権改革における上書き条例の問題を中心に、その周辺の条例問題についてお話をさせていただきました。そういう中で、さらに各自治体の条例制定権が広がった場合、今度はそれを受け止める自治体側において、それを活用する人材、組織のありようが問われることとなります。分権時代にふさわしい条例制定権の活用のため、職員の皆様、そして議員の皆様の皆様のご活躍を是非お願いしたいと思います。

以上で、私のお話を終わらせていただきます。ご清聴ありがとうございました。

〔質疑応答、意見交換〕

(司会者：近沢職員研修センター研究監)

長時間にわたりまして本当にありがとうございました。

それでは、最後に皆様からご質問をお受けしたいと思います。せっかくの機会でございますので、どうぞ遠慮なくおっしゃってください。挙手をいただきまして、お名前をお願いしたいと思いますが、いかがでしょうか。

(A)

非常に難しいお話でございましたので、頭の中が混乱しているのですが、今日は第2次分権改革の推進に向けて、中央で議論をされているお話をお聞きさせてもらったのですね。その中で、例えば我々は上位法と言っている政令・省令を条例が超えられないという認識があるんですが、お話を聞いていますと、上書きとか横出しとか書き換えとかという条例は、その上位法を超えられるような可能性があるということですか。

(人見講師)

はい。今、「中間的な取りまとめ」で出ている上書き条例については、まさにそれができるといことです。問題は、具体的なその制度設計の問題でして、どの範囲までできるようにするのか、それはまだ不明です。しかし、今出ているものでは、おっしゃるとおり、条例で国の法令を変えてしまおうということですから、それができるようになるということですよ。

現実に今も条例による事務処理特例制度は、法令で都道府県の権限であると定めているものを、条例で市町村の権限にできるようにしているわけですから、これは書き換えられる部分が一点だけという限定的ではありますが、まさに書き換えができる一つの例ということですよ。

(司会)

他にいかがでしょうか。

(B)

具体的と言うか、現実的な話なのですが、先ほど環境保護のお話でございました。私の市には、放流水のBODの規制について、これを公共施設及び101人槽以上は5ppmと

する規定が条例の規則の中にあります。法律では、20ppm 以下にするのは知事の権限であるというふうに謳われているのですが、このことについて問題がないのかどうか。

もう1点は、私たちはBODよりCODの方が問題があるということで、CODを規制すべきだと言っているのですが、行政は、「CODについては国の基準値がない。」あるいは、「合併浄化槽についてCODをチェックすると言うか、クリアできるような水槽を国は認めていない。」というようなことで、それは不可能だという言い方をしているのですが、この2点について先生のご意見をお聞かせいただきたい。

(人見講師)

水質汚濁防止法との関係ですね。今の化学物質の話はちょっと私もよく分からないのですが、まず前者の話は、その水質汚濁防止法等の規制権限は都道府県知事にあるということですね。それでおそらく、今ちょっと正確には分かりませんが、都市によっては市町村に権限が移譲されているところもあるかもしれませんが、それはあくまでも法令の規制基準の話です。市町村が、その地域の実情・地域特性に鑑み、その数値では甘すぎるので、もっと厳しい数値にするべきだというふうに考えて、条例で規制を行うことは一般的には問題ありません。自治体が設置している公共施設であれば、自分の財産ですから、自分の財産の運用について数値を落とすように、自分で自分の活動を縛るだけの問題ですから、それを条例で規定しても何ら問題はない。

むしろ問題なのは、条例で一般住民の方の化学物質についてより厳しい規制を要求することのほうですが、それについても、今しがた述べましたように、私は、地域の実情について必要性があれば何ら問題はない、違法ではないと考えます。

後のほうの質問については、今の回答と一緒に答えられていましたか。

(B)

COD、化学的酸素要求量ですね、この部分で国の規制がないから、市としては設けられないというような回答なのですが。

(人見講師)

これはよくありがちな話です。大気汚染防止法などでも、煤煙か何かについて条例で上乘せ規制ができるという規定があるのですが、その反対解釈で、煤煙ではない法に規定されていない物質については、上乘せ規制はできないというような解釈がされること

があります。委任条例を定めたために、反対解釈で逆に締め付けられるという問題ですが、今のお話も、その COD について何も規制がないということは、国の法令の趣旨がフリーパスにするというものなのか、今のところ問題がないので何の手も付けてないのか、その解釈を見定める必要があります。今の到達点である法令の趣旨解釈論に立てば、わざとフリーパスにしてあるのであれば条例を定めるのはダメですが、そうではなく、特に今は科学的な判断がつかないので空白になっているだけだということであれば、自治体でこれだけの根拠があるから規制できるし必要であるという判断をすれば、全く問題なく規制ができると思います。

また、その法令の趣旨解釈説を離れて、そういう地域の環境のことについては、自治体のほうがより先導的に規制ができ、法令が空白にしているのであれば真正面から法令と抵触することはないわけですから、そういう意味でも解釈論として条例制定できる、こういう議論が十分成り立つというふうに私は考えます。

(司会)

他にいかがでしょうか。

(C)

2点教えていただきたいのですが、まず1点目は、第1次分権改革で住民自治に係わる成果というのはわずかであったということなのですが、分権改革の成果として住民自治が目指す方向と言うか、具体的な成果というのはどういったところを目標にしているのか、証明しにくいのでその辺を教えていただきたい。

もう1点は、レジユメの4ページに挙げていただいている「パーセント条例」ですが、私は、地方財政の関係からこのパーセント条例を研究しているのですが、行政法学的に見たパーセント条例の利点があれば教えていただきたい。その2点をお願いします。

(人見講師)

まず最初の質問ですが、「第1次分権改革では住民自治に係わる成果はわずか」と、こうレジユメに書きました。ただ、住民自治の一つの担い手である例えば議会を取り上げると、議会の活性化ということで、例えば議員立法の提案要件が緩和されたというのは、広い意味で住民自治に係わる改革の成果だと思います。あるいは、百条調査権とかについても、機関委任事務が廃止されたので、議会が調査できる範囲が拡大したわけです。

それも、議会という代表民主制を媒体とした住民自治の成果を意味すると思います。

それ以外に、直接的な民主主義のファクターというのもあるわけで、この点についてはなおまだ不十分なところがあると思います。地方公共団体独自の直接民主的な制度としてよく挙げられるのは、直接請求制度と住民訴訟制度だと思います。この直接請求に関しては、例えば住民からの有権者の 50 分の 1 以上の署名を集めれば条例の制定・改廃について請求できますが、これはあくまでも議会で審議してもらっただけの権利にとどまっています、若干、法改正があり、請求者は議場で説明できるようになりましたが、相変わらず議会で否決すれば条例は制定できません。例えば、住民投票でその条例制定の可否を決すとか、あるいは議会で否決したらそういうことができるとか、まだまだ制度改正の余地があります。それがまだできていないということです。

それから、いわゆるリコール請求ですが、首長や主要役職員、議員に対して、あるいは議会の解散に対して、有権者の 3 分の 1 以上の署名を集めなければ、そうした直接請求権が行使できないというのが現状ですが、この 3 分の 1 というのはあまりにもハードルが高すぎるわけで、これをもっと下げるといようなことはなおあってよいというふうに思います。

住民訴訟制度に関しても、これまで結構活用されてきましたが、その蓄積の中でかなり縛りをつけるような改正がされた結果、職員等が直接矢面に立たない形で 1 回目の住民訴訟をやることになりました。この改正自体そんなに悪いことではないと思いますが、財務会計上の行為の縛りであるとか、現時点で私自身が何か改正案を持っているわけではないですが、もっと活用できる部分があるかも知れません。このようなことを念頭に置くと、議会の活性化のところを除けば、ほとんど住民自治に係わる直接的な成果はなかったと、こういうことを申し上げたということになります。

それから、パーセント条例に関しては、まだそれほど各地でどんどん進んでいるということではなくて、千葉県の市川市などでそういうようなことがあるようです。行政法的にどうかと言われると、自分でもそんなによく考えていないので、行政法学者としての発言ではありませんが、私の個人的な印象を述べます。問題があると思います。納税の一部をある特定の事柄に限定して使わせることになると、一定の事務事業を営んでいる方とかが、自分の活動に有利な領域のものに納税額を限定できる、そちらにシフトさせることができるということになりますので、問題がありますね。

今ちょっと話しながら思ったのですが、特定の納税者がそういうことでシフトさせるということは、議会制民主主義のありよう、議会の審議の範囲、あるいは 1 人 1 票の原

則の問題とも絡んで問題なのではないかと思いましたが、少なくとも第一感としては、大いに民主主義の見地から問題があると思いましたがけれども、今日ご示唆をいただいたので、さらに考えてみたいと思います。ありがとうございました。

(司会)

ありがとうございました。まだまだご質問したい方はおありかと思いますが、時間がまいてしまいましたので、この辺で終わりたいと思います。

事前質問で2点ほど出ているのですが、2点目については先ほどの講演の中でお話しいただいたと思いますので、1点目の質問だけお願いできますでしょうか。読み上げさせていただきます。これを最後にしたいと思います。

「現在の県行政の状況では、自治立法権が拡充されても、それに応え得るだけの人材、組織とも整備されていないように思います。今後、自治立法権の拡充に応え得る自治体になるためにはどのような体制を取っていくことが望ましいでしょうか。」

という事前質問をいただいております。

(人見講師)

今の質問が2ついただいた事前質問の1つで、もう1つは内容的に既にお話したと思っています。

まず人材のほうですが、我田引水になります。今、全国の大学ではロースクールというのを発足させ、大量のロースクール修了生を輩出しております。中には新司法試験に合格しない学生も出ております。さらに、合格して修習を終えても弁護士事務所などに就職先が見つからない学生もおります。自治体、都道府県や市町村において、こうした学部卒よりも法務能力が長けた学生をぜひ採用して、彼らの能力を活用していただければと思います。

組織に関しては、それほど申し上げることはないのですが、この点についてよく、戦略法務が言われます。企業法務などでいう戦略法務に立った組織というのをどういうふうに組み込むか、すなわち、現場、現局にそうした組織あるいは人材を配置するのか、もしくは人材・組織を1点に集中させるのか、そういう戦略法務の組織のありようには大きく二つあると思います。それぞれに一長一短あると思います。この点については、私はこうあるべきだというような提案を今はできないのですが、そういった議論が組織に係わってはあるということだけご紹介させていただいて、終わらせていただきます。

(司会)

本当に長時間ありがとうございました。

本日のご講演は、議員の先生方をはじめ、地方自治に係わる私たちにとって大変意義深いものであったかと思えます。

今一度感謝を込めまして、先生に拍手をお願いします。ありがとうございました。

それでは、これもちまして地方自治法施行 60 周年記念の講演会を終了させていただきます。本日はありがとうございました。

(終)