

「自治体政策法務論の現況——自治立法権を中心に」

石 森 久 広

目 次

- 一 政策法務と自治立法権
- 二 法律と自治条例
- 三 政策法務の環境整備

一 政策法務と自治立法権

1. 政策法務の意義

「政策法務」という言葉は、かなりな程度認知されるに至っているといつてよい。しかし、それにもかかわらず、論者によってこの言葉にはさまざまな意味が込められ、未だ内容の固まった「政策法務論」が提供されているわけで

はないこともまた否定できない<sup>(1)</sup>。しかし、法解釈中心の法律学から見れば、「政策↓条例制定↓条例適用」というプロセスにつき、いったん条文が制定されればその後はもっぱら条文解釈に関心が寄せられた従来のスタイルとは発想を異にする点で、政策法務論はどれも共通しているように見える。法解釈学もこれまで自治体法務には大いに有益であったと思われるが、それが自治体の政策実現にいかに関与しうるかという視点は確かに希薄であった。この点、政策法務論は、政策実現の一手段である法的手段を使ってどのようなようにしくみをつくり(組み換え)、それをどう運用するのが有用かという戦略的側面が多分に含まれている点に特徴を見出すことができよう。そこには、政策実現に向けた制度設計(再設計)、とりわけ条例を通じた制度設計、すなわち自治立法権が中核におかれる<sup>(2)</sup>。そこで、この条例制定を通じた自治立法権が、都道府県ないし市町村の、国ないし都道府県に対する自主性・自立性の確立にどのように寄与しうるかを論ずることで、わが国における自治体の政策法務論の一端を明らかにしてみたい。

## 2. 条例の種類と自治条例

「条例」といっても種類はさまざまである。例えば、①地方分権一括法による事務区分の変更に伴って制定した条例(例えば機関委任事務から地方公共団体の事務への移行に伴い必要となった手数料徴収条例)、②地方自治法一四二条二項が「義務を課し、又は権利を制限するには」条例によらなければならないとしたことを受け(これまでも条例によらずにそれが許されたわけではないにしても)制定された条例(例えば開発指導要綱に基づく事前届出制度を条例化したもの)、③法律の委任を受けたり法律の規定を具体化するためにつくられた条例(例えば法律の距離制限規定を具体化する条例)、「委任条例」「執行条例」、④法律がメニューを示し、それを利用して制定する条例(例えば都市計画法に基づく風致地区内の建築規制条例)<sup>(3)</sup>、⑤法律の包括的授權を根拠に制定される条例(例えば、法定外目的

税を創設する条例)、⑥法律の規律のない領域に制定される条例(例えば放置自動車規制条例)、⑦法律に規定がありながらそれと並行して制定される条例(「並行条例」)、⑧法律の規律内容に変更を加える条例(「書きかえ条例」)、⑨個別条例の指針となるべき自治体の基本方針を定める条例(例えば自治基本条例)(「基本条例」)などである。①はこれで網羅的だというわけでもなく、また制定の動機や端緒などが混在し必ずしも類型化されたものでもない。政策法務が関心をもつのは、このうちの条例であると限定できるのではなく、あくまで当該地方公共団体の独自の政策・施策を実現するための条例である。これを自治条例と呼ぶこともできようが、それは条例が法律から委任を受けているとか、法律の許可基準を定めた条例であるとかの制定の端緒や形式は問わない。確かに自治条例の典型は、法律が規律していない領域・事項、あるいは反対に法律がすでに規律している領域・事項について独自の規律を行うものであるが、たとえ法律の委任を受けたり法律の規定の具体化であっても、そこにその地域独自の政策・施策を盛り込むことは可能である。逆にいえば、政策の有効な実現さえできれば、どのような形の条例でもかまわない。政策法務にとって、条例の形式自体は「開かれて」いる。

### 3. 政策実現に向けた自治立法

政策法務論とは別に、これまで、法律の規律に対して独自の政策・施策の実現を条例の制定により試みた地方公共団体は少なくない。一例を挙げれば、長崎県飯盛町は、旅館業法の定める距離制限の外で建設されるモーター類似施設の建築につき、社会環境や青少年育成の見地から町長の同意を必要とする条例を制定した。この条例は規制の範囲につき「附近」という不明確な言葉を使っており、結局違法と判断されたが、しかし旅館業法の規制を条例で強化すること自体は否定されなかった<sup>4)</sup>。また、宝塚市は、風俗営業法で都道府県条例に基づく規制の対象となっているパ

チンコ店等の営業につき、良好な生活環境の確保を目的として商業地域以外は一律禁止する条例を制定した。判決は、風営法は風俗営業の場所的規制について全国一律の最高限度の規制を定めたものであるとし、条例を違法とした。<sup>(5)</sup>しかし、教育環境に目的を絞った伊丹市条例のように、地方の実情により風営法の規制を条例で強化することを肯定している判決も少なくない。<sup>(6)</sup>

いずれにしても、法律の規定によっては当該地方公共団体の目指すまちづくりができないような場合、条例制定権を用いることは、その地方公共団体の政策・施策の実現の有力な手段の一つとなる。政策法務論や分権改革は「地域の事務」についてまさにこのような自主的、自立的運営を目指しており、それゆえこの「自主性・自立性」が問題になるのは、法律と条例が共存可能かどうかの境界線付近である場合が多い。この競争を来たす境界線は、少なくとも分権改革によって、それ以前と比べ独自の政策・施策を自らの制度設計・運用で実現できる方向に進んだと思われる。<sup>(7)</sup>その意味で、政策法務論は分権改革とも密接に関連しているといえる。したがって、分権改革後の条例制定権の可能性を確定することが政策法務論の内容の確定に大きく寄与することにもなる。

## 二 法律と自治条例

### 1. 「法律の範囲内」の判断基準

ところで、条例は、地方自治の本旨に基づき(憲法九二条)、「法律の範囲内で」(同九四条)制定できるようにすぎない。地方自治法も「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(一一四条一項)。ただし、

この地方公共団体が有する自治立法権がどこまで及ぶのか、言い換えると「法律の範囲内」や「法令に違反しない限りにおいて」という制約がどこまで及ぶのかというのは、必ずしも明確ではない。この判断基準は、徳島市公安条例事件最高裁判決が示した定式である。それによれば、「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」によって判断するのである。ただし、この定式が、とくに一九九九年の地方自治法改正（分権改革）により条例制定権の可能性がどこまで広がったのか見定めるのは今後の作業に委ねられている。

## 2. 目的・対象事項の異同による条例制定の可否

これまでも、法律がすでに一定の対象に一定の規制を施しているとき、条例が法律と同じ目的で同じ対象に規制を強化しようとするとき、「上乗せ条例」としてその可否が議論されてきた。同様に、法律と同じ目的で同じ基準のもと規制の対象を拡げるとき、これを「横出し条例」としてその適法性が議論されてきた。これらはとくに公害の規制の場面で行われ、大気汚染防止法四条、三二条は明文でこれらを認めるに至った。しかし、このような規定のないところでは、問題となる法律の趣旨・目的、内容・効果に照らし、条例がそれを阻害しないかどうかによって条例制定権の可否が判断されることになる。すなわち、法律の規定が全国一律の規制基準を定めるものか、あるいは全国最低基準（ナショナル・ミニマム）を定めるものか（したがって地方の事情に応じて異なる規制を許す趣旨か）を判断、後者であれば条例による規制の強化は可能とされるのである。同様に、法律が規制範囲を限定しているのが、それ以外の対象に規制を加えることを制約する趣旨なのか、あるいは全国的に最低これだけは規制し、あとは地域の事情に応じて地方に任せる趣旨なのかによって、条例による規制対象拡大の可否を判断することになる。

他方、法律と目的が相違する場合にも、法律がすでにある目的で一定の対象に規制を加えているとき、法律と同一の対象に法律と異なった目的で規制を加える条例や、また法律と異なる対象に異なる目的で規律を及ぼす条例の制定可能性についても同様に判断される。前者の場合、さしあたり条例の適用が法律の目的や効果を阻害するかしないかが判断基準となる。よく持ち出される例として、狂犬病予防法で野良犬に規制が加えられているところに野良犬取締条例を制定しても狂犬病予防法の目的や効果は阻害しないと解される。後者は法律がなんら規定を置いていないことが、その領域における規制を許さない趣旨であれば格別、そうでない限り、条例による規律は可能であると解される。例えば、いわゆる子供をほめて育てる条例（「前津江村児童生徒表彰に関する条例」、二〇〇〇年）を制定しても教育基本法の目的や効果は阻害されないであろう。

### 3. 自治条例の類型

政策課題はすなわち自治体の活動の「目的」に、それを達成する手段は「対象事項」にそれぞれ相当する。それゆえ、以上のような法律の目的・対象事項との異同を基本軸にした条例可能性の可否の判断枠組みは、政策課題の有効な実現を目指す政策法務論に適合することになる。そこでこれを基本に自治条例を類型化するとすれば、概ね①上乘せ型、②横出し型、③交差型、④創設型に分類されよう。また、①②③④の形式をとりながら、同時に法律の要件等に修正を加える⑤書きかえ型に至るものもある。それぞれの例としては、①上乘せ型は、前記飯盛町モーター規制条例、すなわち、通学路に計画されるモーター類似施設につき、旅館業法の制限距離一〇〇m（三条三項）の外にあり、また風営法上の宿泊施設（二条六項四号）にも該当しない場合には、法律上の規制がかからないため、青少年に対する教育上の配慮から旅館業法の規制対象施設の範囲および規制距離を強化した条例がこれにあたるであろう。また、

②横出し型は、前記宝塚市パチンコ店規制条例、すなわち、風営法はパチンコ店の営業を都道府県公安委員会の許可にかからしめているが、立地に関する許可基準は政令の定める基準に従い都道府県条例で具体化されることになっており、その都道府県条例が定める営業禁止区域以外に禁止対象区域を広げるといふ条例がこれにあたるであろう。さらに、③交差型としては、例えば熊本市墓地等の設置等に関する条例がこれにあたるであろう。すなわち、墓地の設置に関して墓地埋葬法が規定をおくが、許可基準について何も定めがないことから、かつて熊本県知事が地元首長や議会の陳情・決議を受けて住民の良好な生活環境に鑑み不許可処分としたところ、熊本地裁判決が許可基準に目的規定、とりわけ「公衆衛生」から推定できるもの以外を取り込んではならないと判断したところであった。以後、近隣住民とのトラブルや災害等のおそれについて行政指導による対応を続けてきた熊本市が、墓地の設置に関して埋葬法の目的とは別に「良好な生活環境の保持」を創設する条例を制定、手法として許可申請に先立つ事前協議制を導入したものである。また、日田市条例も③にあたるであろうが、同時に⑤書きかえ型にもあたるものと思われる。すなわち、自転車競技法によれば、車券の発売等の施設を設置しようとする者は経済産業大臣の許可を受けなければならない(四条)。しかし、そこには施設設置先の地方公共団体の意向を反映させる規定は見られない。そこで日田市が、新たに「日田市公営競技の場外券売場設置等による生活環境等の保全に関する条例」を制定し(二〇〇〇年六月二七日公布)、場外券売場の設置許可申請に先立ち日田市長の同意を要することとしたものである(五条)。

以上、政策法務論にとって、条例制定がどこまで可能かを確定するにあたり、①上乘せ型、②横出し型、③交差型、④創設型、と⑤書きかえ型に類型化して考えることが、さしあたりは便宜であると思われる。

## 4. 法律と自治条例

## (1) 法律と条例の対等性

法律と条例の関係については、徳島市判決がいう、法律と条例のそれぞれの趣旨・目的および内容・効果を比較して相互に抵触がないこと、という基準によるとしても、趣旨・目的、内容・効果の比較が法律を基準として行われるとすれば、高度に複雑化した現代行政に対応するため行政領域のすみずみにまで法律の規律が及んでいる現在<sup>(9)</sup>、法律の趣旨・目的、内容・効果に抵触しない領域はほとんど残っていないことになる。また、徳島市判決の基準はニュートラルな表現ではあるが、しかしながら法律を所与として、その法律の趣旨・目的および内容・効果に、条例のそれが抵触しないかを判断するにとどまるならば、条例制定の範囲は法律の定め方いかに依存してしまうことになる。学説で、法律の定める要件に修正を加える書き換え条例が否定される際に、もしそれが法律の内容いかに<sup>(10)</sup>よらずそうであるとすれば、やはり結果は同じことであろう。しかしそれでは、そもそも憲法で条例制定権が付与された意味がないし、ひいては憲法九二条の「地方自治の本旨」にそぐわないこともいうまでもない。改正地方自治法は、地方公共団体に「地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割」を担わせ(一条の二第一項)、「住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねることを基本」としたうえで、国は「地方公共団体との間で適切に役割を分担するとともに、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」と規定する(一条の二第二項)。法律の規定も、地方自治の本旨に基づき、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて規律され、また解釈・運用されなければならない(二条一一項及び一二項)、とくに自治事務については国の特段の配慮が求められている(同一二項)。これらのことから、国と自治体の間には「役割分担」があり、それは重なりうるとしても、少なくとも「住民に身近な行政」については、「法律」



を必ずしも「所与」として考える必要のないことが導かれよう。<sup>(11)</sup>それゆえ、法律の規定が国の役割に照らして必要かつ合理的なものであるかの吟味が、それ自体必要であるように思われる。

## (2) 国の説明・立証責任

法律と条例は、あくまで役割分担された事務に関するそれぞれの対等な規律である。適切に役割分担された事務に関する規律を前提として「条例は法律の範囲内で」制定しなければならないのである。政策法務の焦点は、この「法律が国の適切な役割分担に基づいて規律しているかどうか」に当てられることになる。そうすると、今後、地域の事務について「法律」が地方自治の本旨に基づいているかどうか、地方の自主性、自立性を奪っていないかどうか、あるいは逆に国の専管事項について条例が口出ししていないかどうかの精査が必要となるのである。言い換えれば、条例の許容性を吟味するため、まずは法律の趣旨・目的および内容・効果を探り、それに抵触しないかどうかの判断は必要であろう。しかし、それに加え、その法律の規定が、国の役割・自治体の役割を適切に捉えたうえでなされたものかも判断する必要がある。日田市条例を例にとれば、もし、自転車競技法が場外車券売場設置を地元の意向を審査基準に入れない趣旨であるとすれば、そこに地元自治体が条例を制定して大臣の許可手続きに割り込んで許可要件を変えてしまうことは違法かもしれない。しかし、その法律規定が果たしてどういう理由で正当化され合理的手段として評価されるか、の判断も、それに加えて必要である。

そして、そのことは、地方自治法が事務分担を「国の役割を定義↓それ以外を地域の事務」としていることから、法律の規律対象がなぜ国の役割に基づくものかについて国の側に説明責任が課せられ、それが合理的になされなければ、自治体の規律事項になりうるかの推定が働くと考えるべきである。同様に、都道府県条例と市町村条例の競合に

についても、地方自治法の規定する都道府県の役割は、地方公共団体に課せられた役割のうち、「広域にわたるもの、市町村に関する連絡調整に関するもの及びその規模又は性質において一般の市町村が処理することが適当でないもの」を担当することにある（二条五項）。したがって、地方自治法が都道府県の役割を列記しそれ以外は市町村の役割としている趣旨からすれば、その事務が「広域にわたるもの」であるとの立証が都道府県の側からなされる必要があり、それができなければ市町村の側に規律権限があると考えらるべきであろう。

条例の制定やその適用をめぐり国から関与を受けた場合には、当該地方公共団体は係争処理の申し出をすることができ、その審査手続きのなかで法律と条例の關係に検討が加えられることになる。また、条例をめぐる紛争が生じた場合、原告となる住民、事業者等が、条例の違法性（「法律の範囲内」を逸脱している）を主張すれば、訴訟の場合、国の法律が自治立法権の侵害になっていないかどうかの審査が行われる。地方公共団体としては、これらの場を通じて自己の主張を展開し、その攻防を通じて、地方自治の本旨に基づく自治立法権を確立する不断の努力が求められる。

### 三 政策法務の環境整備

#### 1. 政策法務論の守備範囲

政策法務の中核には以上のような自治立法権があるとしても、政策法務論がそれで論じ尽くされるわけでは毛頭ない。地方自治の本旨に基づく自治体運営のために必要な事項を実現するための手段・手法はすべて政策法務論の対象になりうる。例えば、自治立法権の行使についてだけみても、自治条例の制定までには、さしあたり、①その問題を

問題として認識すること、②その問題に関係する法令の洗い出し、③現行法制で対応が予定されていない、または対応に限界があることの見極め、④その問題解決の既存の政策課題への組込み、または新たな政策課題の設定、⑤その課題実現のために取りうる手法の列挙、⑥その中からどの手法を選択するか吟味、⑦選択された手法が現行法と整合することの確認（人権制約の場合の合憲性、法律目的・効果との整合、他条例との整合など）、⑧トラブルの形態およびその帰趨の予測、の手順を経る必要があるように思われるが、<sup>(12)</sup>ここには、従来の法制執務や訟務対応を超えた、法解釈、政策形成、制度設計の試みが戦略的に必要になることが明らかになる。自治体運営のあらゆる場面で、地方自治の確立に照らしてどこにどのような問題があるのか、それがどうされるべきで、そのためにはどうしたらよいのか、これはすべて政策法務論の守備範囲である。その意味で政策法務論も常に「開かれて」いるといつてよい。そこで以下では、そのうち若干の論点にのみ例示的に触れてみたい。

## 2. 国との対等性の主張

まずは、国との対等性に疑問が生じるしくみについては、自治体側にもそれを発見し除去するアクションが求められる。一例を挙げれば、法定受託事務に係る処分に対する住民の不服申立てとして審査請求が指示されている地方自治法上のしくみがある。<sup>(13)</sup>（二五五条の二）。この審査請求に対する裁決は自治法所定の係争処理手続には乗らない。また、裁決に対して自治体側に不服があっても、自治体の側から裁決の取消しを求める訴訟は提起できないと解されている（最判昭和四九・五・三〇。もっとも本件第一審・第二審はともに出訴可能と解し、これを支持する学説もある<sup>(14)</sup>）。法定受託事務も自治事務同様自治体の事務なので、理論的には当該自治体に上級行政庁は存在しないのに、対等なはずの機関が審査請求機関として審査を行うのである。しかも、審査機関の認容裁決は形成力をもつため、当該処分は

この裁決により取り消されることになる(行審四二条一項)。さらに自治体はその裁決の趣旨にそった処分等を義務づけられることになる(同四三条一項・二項)。自治事務に係る処分の場合、異議申立ての決定を不服として住民から訴訟が提起されても、処分庁が訴訟の場で自己の処分の正当性を主張できるのとは対照的である。分権改革が国と地方の対等性、地方の自主性・自立性の確立にあるとするならば、それにそぐわないしくみを改革すべく地方の側から声を挙げる必要がある。

この点、一九九九年の地方自治法改正で、地方からの意見具申権とそれに対する内閣の回答努力義務(一定の場合回答義務)の規定が新設されたことは評価されてよい(二六三条の三)。(16) この意見具申権は、「地方の時代」実現のための基本的な柱となり、①国の法令への全国的統一性・公平性の要請に伴い、自治体の自由な判断余地、活動領域および自己責任の範囲が狭くなる必然的傾向に対する代償措置、ならびに②日常業務に伴う自治体の(国以上の)専門知識を国の立法活動に反映させることにより、実情に適合した法令、住民に身近な法令の制定改廃が可能となる点で重要な機能を果たしうる。(17) 自治権の保障、自治体の実体的利益の手続的保障ともいえる。(18) ただし、意見を申し出ることができるのは、いわゆる地方六団体のような全国的連合組織に限られ、内閣の回答も「新たに事務又は負担を義務付ける」ものに限られている。この意見具申権制度についてですら、自治体側は、各地方公共団体ごとに意見具申権が保障されそれに対する回答義務が定められるべく主張していく必要がある。

### 3. NPMとの関係整理

次に、政策法務は、一見、規制緩和や行政改革にはそぐわないとの印象を与える。現在、国のみならず地方における財政も危機的な状況にある。地方の財源不足は構造的なものとなっており、毎年地方公共団体に一般財源として配

分される地方交付税についてみると、実に四〇%近くが借入金で賄われている（地方交付税・譲与税特別会計による借入れ）。当の自治体の財政状況も困難を極め、実質収支が赤字の団体も続出している。「財政力指数」「經常収支比率」「公債費負担比率」「起債制限比率」等の指標が一樣に危険度を表す自治体も少なくない。昭和二九年度に特需景気の反動不況で大幅赤字を記録した地方公共団体の財政再建のため制定された地方財政再建促進特別措置法の適用（準用）も、現実味を帯びた話になってきている。近い将来多くの地方公共団体で施設の維持更新や退職者のピークなど支出の増加要因も目白押しであるという。<sup>(19)</sup> これまで地方の行財政システムは市場原理と無縁であったが、今後は真に必要な政策・施策を可能な限り効率的に実現すべくその態勢づくりをしなければならぬ。規制を緩和し公的任務をスリム化しようとする「行政改革」や「NPM」はそれに有益な視点や手法を提供するものである。公会計制度改革や独立行政法人創設、PFIや政策評価など、これまで合理性、科学性を重視する財政運営とは無縁であった自治体に「管理志向」や「効率化」の意識改革をもたらした功績は大きい。しかし、それは、決して従来のように、とにかく支出を減少させればよいとの観点であってはならない。あくまでも自治体の政策の実現を目指すことに力点がおかれたものでなければならぬ。その意味で、政策の効率的な実現に向けられた行政改革やNPMは、まさにこの点で政策法務と軌を一にするのである。

ただし、政策実現のために条例が制定され、そのなかで採られた手法が仮にNPMと抵触するものであっても、民主的正当性をもって決定されたその非効率な手法が否定されてはならない。NPMは民主的意思決定に対して副次的な地位に留まると考えるべきであろう。<sup>(20)</sup> ただし、民主的プロセスにNPMの考え方を組み込むしくみづくりは焦眉の急であり、行政改革による自身のNPMへの取組み、監査機関等第三者機関による外部（準外部）評価の実質化など、検討すべき課題は多い。そのうえであえて「非効率」な手段が選ばれば、それは政策実現のために市民が選んだ選

択肢であり、もはや効率性の要請は退くことになる。

しかし、翻って考えてみれば、重要なのは、市民が「それを選んだ」ということである。政策実現は、課題の掘り起こしに始まり、課題の決定、実施、評価と連続するプロセスである。「選ぶ」ためには、それぞれの段階すべてに参加、関与できなければならない。市民が課題の設定段階から組み入れられて初めて、それは市民が「選んだ」ことになり、それがたとえ経済的には「非効率」であつても、政策実現のプロセス全体の効率性は（そしておそらくは経済的効率性も）、それによりアップするのである。

それだけに、自治体の意思決定は議会や行政の専管事項ではなく、市民や事業者をはじめとする自治体構成員の総意によらなければならない。政府のみならず非政府部門も含めた多元的な主体が自律的かつ自己統制的に連携したネットワークを形成するガバナンスを通じて決定される必要がある。<sup>(21)</sup> その際、市民が自ら決定し実施することができ、事項についてはできるだけ市民が主体となり、政府部門はそれを後見的に育てる配慮が必要である。それにより、市民の積極的参加と責任の引き受けを市民に要請することが可能になる。<sup>(22)</sup> 市民参加が叫ばれながら、他方でその能力を疑問視される市民の存在が指摘される。しかし、指摘だけでは問題は解決しない。市民の参加能力の涵養、そしてとりわけ声を上げぬ市民のニーズ掘り起こしに工夫を凝らすことは自治体自身の課題である。

#### 4. 政策法務の制御

条例制定は政策実現に有効である。しかし、条例による規制手段の設定は他面で市民の基本的な人権や法的利益の制約を伴う。それゆえ、従来も条例による基本的な人権の制約の可否が論じられてきた。例えば、憲法二九条二項で「法律でこれを定める」とされている財産権の内容を条例で定めることも可能かといった点については、地域ごとの特殊

事情（例えば都市部と過疎地域、歴史のある街と新興住宅地域）もありうることから、条例による規律も認められると解される。判例も、奈良県ため池条例事件において、条例による財産権の制限自体は合憲と判断している（最判昭和三八・六・二六刑集一七巻五号五二二頁）。財産権よりも制約に厳格でなければならぬ表現の自由についても、いわゆる公安条例でデモ行進の規制をしたり、青少年保護条例で有害図書規制をするなど、条例での規制は可能であると解されてきたところである。しかし、条例制定権の対象範囲が広がり、政策法務の中核としての地位を占めてくると、とりわけ基本権の制約には留意が必要である。政策が民主的ルールに即して作られれば作られるほど、少数派市民の自由権的利益と抵触する危険が増すことになる。もちろん、条例制定の際には、制約される基本権が人格権や精神的自由かあるいは経済的自由かといった権利の性質を見極め、裁判所が用いる審査基準を精査されるであろう。しかし、仮に緩やかな審査基準が用いられると予測されても、安易な規制手段の利用は厳に慎まなければならない。目指された目的の性質や正当性、そして手段の必要性・合理性・明確性等につき、どの場合でも十全に説明する責任が課せられている。

政策法務の各手段、とくに条例制定は文字通り「手段」である。何のためにそのような条文を作るのか、この点の熟慮と、それが「住民の福祉の増進」のために真に必要なのかの判断が重要になる。何が「住民の福祉」であるか、どの状態が「増進」かを見極めることは困難な作業である。突き詰めれば、それはひとりひとりの「人格」「価値観」に行き着かざるをえないのかもしれない。しかし、そうであればあるほど、ひとりひとりが「かけがえのない人生を生きる人々の喜びや悲しみに対して深く共感しうる豊かな人間性」<sup>(23)</sup>を涵養し、そのうえでの政策課題設定でありそのための政策法務でなければならぬ。少なくとも、政策法務論は、「法」の枠内で「法外的」なものを捨象して議論が完結した古き良き時代に終焉を迫る要素を内包していることだけは間違いない。

(1) 鈴木庸夫、磯崎初人の分類によれば、政策法務の学派には①武蔵野学派(松下圭一)、②行政法学改革学派(阿部泰隆)、③研修学派(木佐茂男)があり、さまざまな「政策法務論」もこれを基本軸に整理することは可能であろう。ただし、これらの間には、①法を通じた自治体の政策実現に重点、②合理的な法制度設計の学問的理論的作業、③法的基礎教育、法的素養の涵養こそ重要、という決して安易に看過はできない相違がある。しかし、それにもかかわらず、これら「政策法務論」には、自主的・自律的自治体運営を確立するなかで必要な政策と法務の連結を促す共通点があるように思われる。多くの文献を代表して、参照、松下圭一『自治体は変わるか』(岩波書店、一九九九年)一〇四頁以下、阿部泰隆『政策法学の基本指針』(弘文堂、一九九六年)、阿部泰隆「入門講座 政策法学演習講座」自治実務セミナー三九巻八号(二〇〇〇年)以下連載、木佐茂男『自治体法務入門(第二版)』(ぎょうせい、二〇〇〇年)、木佐茂男・田中孝男「政策法務論の新展開」ガバナンス二〇〇一年五月号以下連載、小早川光郎編『地方分権と自治体法務』(ぎょうせい、二〇〇〇年)一頁以下(人見剛執筆部分)、山口道昭『自治体実務からみた地方分権と政策法務』(ぎょうせい、二〇〇〇年)一〇三頁以下、兼子仁『自治体・住民の法律入門』(岩波書店、二〇〇一年)二二三頁以下。

(2) 自治立法権の可能性につき、参照、北村喜宜「新地方自治法施行後の条例論・試論(上)(下)」自治研究七六巻八号(二〇〇〇年)四二頁以下・九号六六頁以下(「試論(上)・(下)」)、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』(塩野宏先生古稀記念)(有斐閣、二〇〇一年)三五七頁以下、小早川光郎「基準・法律・条例」小早川・宇賀編・同前書三八一頁以下、斎藤誠「分権時代における自治体の課題と展望(上)」―条例論を中心に」ジュリスト二二二四号(二〇〇一年)二三頁以下、磯崎初人「自治立法の可能性」松下圭一・西尾勝・新藤宗幸編『自治体の構想2 制度』(岩波書店、二〇〇二年)九三頁以下、久保茂樹「分権時代の法環境―都市計画・まちづくり分野から見て」日本地方自治学会編『どこまで来たか地方自治改革』(敬文堂、二〇〇二年)三一頁以下、櫻井敬子「自治事務に対する法令の制約について―開発許可を素材として」自治研究七七巻五号(二〇〇一年)六二頁以下、北村喜宜「法定受託事務と条例(上)(下)」自治研究七五巻八号(一九九九年)五六頁以下・九号九七頁以下、川崎政司「条例時代の到来」地方自治職員研修二〇〇一年一月号以下連載。なお、自主的・制度的設計の必要性和そのための法務の有用性について、石森久広・小崎昭也・三島健一「自主的・制度的設計・運用による自治体の政策実現―政策法務・政策財務論〈序説〉」アドミニストレーション(熊本県立大学)八巻三・四号(二〇〇二年)一〇五頁以下、一〇九頁以下でも若干の検討をしたことがある。



- (3) 角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討―メニユー主義と「認知的・思考的先導性」原田純孝編『日本の都市法Ⅱ 諸相と動態』(東京大学出版会、二〇〇一年) 三二二頁以下参照。
- (4) 福岡高判昭和五八年三月七日判例時報一〇八三号五八頁。参照、大橋洋一「旅館業法より強い規制を定めた条例」地方自治判例百選(第二版)(一九九三年) 四四頁以下(およびそこに記載の参考文献)、阿部泰隆『政策法学と自治体条例』(信山社、一九九九年) 一一八頁以下。
- (5) 神戸地判平成九年四月二八日判例時報一六一三号三六頁。参照、野呂充「宝塚市パチンコ店規制条例事件」『平成九年度重要判例解説』(ジュリスト臨時増刊、一九九八年) 四五頁以下、阿部・前掲(注4) 一一五頁以下。上告審である最判平成一四年七月九日は、条例違反の建築工事につき続行禁止を求める訴訟は不合法であるとして訴えそのものを却下し、条例の適法性については判断しなかった。行政上の義務の民事執行の可否については検討の余地がある。参照、牛嶋仁「行政上の義務履行確保手段を欠いた行政上の義務賦課を争う方法に関する予備的考察」福岡大学法学論叢四二巻二、四号(一九九八年) 二二九頁以下。
- (6) 神戸地判平成五年一月二五日判例自治一一二号五九頁。いづれにしても、地域によって立法事実やまちづくりに対する温度差もあるはずであるから、条例による風俗営業の規制強化自体は許される方が合理的であると思われる。同旨、阿部・前掲注(4) 一一六頁。
- (7) 例えば、北村・前掲(注2)〔試論(上)〕 四二頁以下参照。
- (8) 本条例は、業者Mが大臣から別府競輪の場外券売場設置を計画したことと端を発する。その後日田市が大臣の当該許可の無効を主張して出訴し、現在係争中である。これは、地方公共団体の原告適格、自己決定権(「まちづくり権」)、名誉権等、数々の興味深い論点を提起する訴訟となったが、自転車競技法の解釈を基本に据え違法性が主張されている。この事件は、国の法律の規定の仕方いかんで、施設設置先の地方公共団体が標榜するまちづくりの基本方針に反する重大な事態が生じても、当の地方公共団体自身なすべがないことを露呈させたとともに、国の法律を所与としてそのもとの解釈にとどまるのではなく、逆に法律や自転車競技をめぐるシステムそのものに再設計を迫る手段として条例制定権を用いた点も看過できない。参照、森稔樹「サテライト日田をめぐる自治体間対立と条例」地方自治職員研修二〇〇一年五月号二七頁以下、木佐茂男編『まちづくり権』への挑戦―日田市場外券売場訴訟を追う―(日本評論社、二〇〇二年)。
- (9) 例えば参照、磯崎・前掲注(2) 九九頁。
- (10) 参照、小早川・前掲(注2) 三三八頁以下。

- (11) 参照、北村・前掲(注2)〔試論(上)〕七二頁。
- (12) 参照、阿部・前掲(注1)〔講座〕三九卷八号(二〇〇〇年)四頁、石森・小崎・三島・前掲(注2)一一一頁以下。
- (13) 参照、阿部泰隆「地方自治法大改正への提案」月刊自治研一九九九年五月号三七頁以下、四七頁、芝池義一「地方自治法改正法案の検討」法律時報七一巻八号(一九九九年)七八頁以下、八二頁、小早川光郎・小幡純子編『あたらしい地方自治・地方分権』(ジュリスト増刊、二〇〇〇年)九四頁以下。
- (14) 参照、塩野宏・小早川光郎・宇賀克也『行政判例百選Ⅰ〔第四版〕』(有斐閣、一九九九年)四五事件(九二頁以下)。
- (15) 参照、小早川・小幡編・前掲(注13)九五頁以下、山口・前掲(注1)三五頁以下、磯部力「自治体の国政参加」松下・西尾・新藤編・前掲(注2)三七頁以下。
- (16) 成田頼明「地方公共団体の国政参加」ジュリスト増刊『行政の転換期』(有斐閣、一九八三年)二二七頁。
- (17) 参照、成田・前掲二二九頁、市川須美子「地方公共団体の国政参加」成田頼明編『行政法の争点〔新版〕』(ジュリスト増刊、一九九〇年)一一八頁。
- (18) 参照、鈴木庸夫「機関委任事務の廃止と政府間手続」ジュリスト一〇九〇号(一九九六年)五三頁以下、五七頁。
- (19) 参照、宮脇淳「グローバル化の中の地方財政」都市問題研究五四巻二号(二〇〇二年)六六頁以下。二〇〇一年の財政投融资改革では、これまで地方に資金を供給してきた郵便貯金等からの運用が見直され、地方公共団体としても今後、市場からの資金調達も検討せざるをえないことも指摘する。
- (20) 民主性と効率性の関係につき、石森久広「行政法上の一般原則としての『経済性』―『経済性』『効率性』『有効性』の裁判規範性」『納税者権利論の展開』(北野弘久先生古稀記念論文集、勁草書房、二〇〇一年)一九九頁以下、二〇一頁以下、同「財政コントロールにおける民主性と合理性」会計検査研究二〇号(一九九九年)二三頁以下、二五頁以下、Franz - Ludwig Knemeyer, Kommunale Selbstverwaltung neu denken, DVBl 2000, S. 876ff., 877ff.; Klaus König, Öffentliches Management und Governance als Verwaltungskonzepte, DÖV 2001, S.617ff.
- (21) ガバナンス概念につき、例えば参照、宮川公男・山本清『パブリック・ガバナンス』(日本経済評論社、二〇〇二年)一二頁以下(宮川執筆部分)。
- (22) 参照、Knemeyer, a.a.O. (ann.20), S.879ff.
- (23) 司法制度改革審議会が二〇〇一年六月一二日に内閣に提出した意見書六三三頁参照。