

法令の規律密度の低下と地方分権改革

田 丸 大

はじめに

第1章 法令の規律密度の低下・大枠化についての近年の議論

第1節 第一次分権改革における残された課題

第2節 地方分権改革推進委員会（2007年4月発足）における議論

- (1) 義務付け・枠付けの見直しと条例制定権の拡大
- (2) 条例による法令の上書き権

第2章 景観法の分析（条例委任と自治体の自律的意思決定確保の観点から）

第1節 景観法（平成16年6月公布、17年6月施行）の概要と評価

- (1) 概要
- (2) 評価

第2節 「政令で定める基準に従い」条例委任を行う立法スタイルの分析

第3節 自治体の反応—自治体は景観法を歓迎しているか？

第3章 法令データ提供システムを用いた若干の現実的な提案

第1節 法令データ提供システムを用いることの意義

第2節 検索結果

- (1) 「条例との関係」
- (2) 「地域の特性」や「地域の実情」
- (3) 「同等以上」
 - ① 含意
 - ② 検索結果

おわりに

はじめに

筆者が研究者を志したきっかけは、僅か2年間ではあるが、旧建設省都市局（現国土交通省地域整備局）の公務員としての勤務経験である。日常の業務をこなしながら、省庁の官僚制内部の意思決定の仕組みや政策決定のあり方に疑問を感じたのである。とりわけ法案（被災市街地復興特別措置法）の作成作業に携わった時に、国家公務員法律職のキャリア公務員（法律事務官）の仕事の中核の一つである法案の作成作業があまりに精緻過ぎ、また自己目的化している点に疑問を感じた。法律事務官の仕事は、毎年携わるわけではないが、法律を作成することにそのエッセンスや大変さが凝縮されていることを実感し、そこで、法案の作成過程の内部作業を明らかにして、そこに見られる省庁官僚制における意思決定のあり方について疑問を呈したいとの考えを抱いたのである¹。

このような意思決定についての疑問と同時に、法律を切り口とした国と地方の関係についても疑問を感じるがあった。例えば、国の省庁が作成する法律は様々な理由から非常に複雑なものとなる。他方で自治体が定める条例であれば、同じ政策課題に対してポイントを押さえつつも簡潔な条文から成る条例で対応することも可能である。しかも、その方が政策課題へのより迅速な対応も可能となるるのである²。既存の複雑かつ精緻な法体系に基づき作成される、各省庁との法令協議に耐えなければいけない、法制局審査をクリアしなければならないといった理由のために、法制度は膨大で複雑なものになってしまうのであるが、ほぼ同じ政策内容を、自治体の条例であれば、複雑な制度体系が事前に存在していないことが通常であるため、簡素に描くことができる（フリーハンドの余地が大きい）のである。

1 法案作成過程において省庁の官僚制がどのように意思決定を行っているのかという点について、法制局審査、他省庁との法令協議、国会議員への説明・根回しの3つの側面があることを明らかにし、その逆機能や問題点について検討を行った。田丸大『法案作成と省庁官僚制』信山社、2000年を参照。

その後、省庁官僚制の外部に身を置くようになると、研究関心は徐々に変化し、まず、そのように精緻に作成された法律が自治体の意思決定あるいは自由な政策選択をどのように阻害しているのか³、さらにはそのような妨げをなくすためには、各省庁所管の法律を現実可能な解決策としてど

2 同上 143 から 4 頁を参照。そこでは、1995 年に起きた阪神・淡路大震災からの復興を図るための都市計画についての特別法（被災市街地復興特別措置法）と神戸市の震災復興条例の比較分析を行った。

一刻も早い被災地の復興を図る目的で、被災地においては無秩序な建築・復興を防ぐために、まずは建築制限を行う必要がある。国の法律でそのための条文を作成すると、従前から積み重ねられてきた法令との整合性（整合性を重視する内閣法制局の審査）や各省庁との協議を踏まえるため、相当に膨大な分量の条文構成となってしまう。建築制限を規定する一条文のもとに、2 つの項とその下に 5 つの号、さらに 2 つの下位分類も含み、そのため一見したのでは当該建築制限の全体像を掴むことが困難なくらいに非常に複雑な構成となっている。

他方で、国の復興特別措置法の制定を待たずに市独自の条例でこの問題（被災地における建築制限）に対応した神戸市の条例は、2 条文のもとに 4 つの項から成るシンプルな構成となっている。

3 この点についてはたとえば、「政令で定める基準に従い」条例委任を行う立法スタイルが、自治体の自律的意思決定を阻害している点を指摘した。田丸大「条例委任と自治体の自律的意思決定—「政令で定める基準に従い」一方式の考察」『都市問題』第 93 巻第 2 号、2002 年 2 月を参照。

最近でも自治体の政策法務に詳しい研究者から同様の指摘がなされている。たとえば、以下の 2 つを参照。

「例えば現行法の中で、政令の定める基準に従い条例ができると書いてある条文が多いですね。その政令で定める基準というのが合理的ならばいいのですけれども、自治体にとってもよくないという場合に、この範囲、縛りをどう考えるのかということも、理論的には大きな問題…実務的にも大きな点であろうかというように思います。」北村喜宣「地方分権と条例制定権の解釈」日本自治学会『2008 年度活動報告集—シンポジウム・研究会—』213 頁。

「開発許可の技術的基準のように、条例で基準の強化・緩和を認めている例もあるが、そこには「政令で定める基準に従い」という条件があり、政令でその基準が細かく規定されて、条例制定の範囲を限定していることである。条例委任の規定があるからといっても、こうした限定的な委任では問題があろう。」磯崎初仁「法令の規律密度と自治立法権—地方分権改革推進委員会の検討を踏まえて」『ジュリスト』1396 号、2010 年 3 月 15 日、147 頁。

のように改革すればよいのか、という点に移っていった。官僚制内における意思決定よりもむしろ、複雑膨大な国の法制度体系を簡素化する、あるいは自治体はその複雑膨大な国の法制度体系に過度に拘束されることなく、自律的に条例を定める環境整備のためには何が必要なのか、具体的に何をどうすればよいのか、といった点の探求に研究関心が移っていったのである。

実はこの種の問題、すなわち以下論じるような、国の法令の規律密度を下げるあるいは大枠化する、さらには自治体の定める条例の決定範囲を拡大すべきであるという主張は、近年、地方分権改革を論じる際の1つの大きな論点となっている。そこで本稿では、この法令の規律密度の低下・大枠化という問題について最近の議論の状況を整理しつつ、最近制定された法律はこの問題にどう応えているか検討し、改革困難な中で現実問題としてどのような改革の方向性があるのか1つの展望を示してみたいと思う。

本稿の構成は次のとおりである。

まず、地方分権改革に関連して、この問題がどのように議論されてきたのか、1990年代の第一次分権改革以降の最近までの議論を、ごく大まかに整理したい。国の「法令の規律密度の低下あるいは大枠化」とは一体どのようなものであるのか、またこの問題と密接に関係があり、ここ数年の間に議論の俎上に上がるようになった「条例による法令の上書き権」について、議論の状況を整理し今後の展望について述べる。

次に、近年の法律ははたして上記の議論にどのように応えているのか、都市計画・まちづくり分野で地方分権を先取りした法律と言われる景観法（平成16年6月公布、平成17年6月施行）を取り上げ、景観法はこの問題（法令の規律密度を低下・大枠化し、細則を条例に委ねることによって、自治体の立法権あるいは自律的意思決定の拡大を図ること）についてどのように応えているのかといった点について、具体の条文を取り上げ議論する。景観法は、当時の自民党安部内閣の「美しい国づくり」という政策スローガンのもと、公共事業の量的拡大を重視する右肩上がりの時代から方

針転換を行い、また分権を強く意識し、先進的に取り組む自治体を後押しする政策として国土交通省が作成した法律だからである。地方分権の趣旨を先取りし自治体の条例制定を多用する立法スタイルを採用した景観法について、条例制定の自由度は本当に高いのか、当の自治体は景観法を歓迎しているのかといった点に注目し分析を行いたい。

その次に、いきなり規律密度の低下や大枠化を行ったり条例による上書き権を認めるところまで行かずとも、現行の法体系の微修正によって事態の改善を図ることも可能ではないかという考えから、法令データ提供システムを用い具体の条文を素材に若干の思考実験と提案を行いたい。

第1章 法令の規律密度の低下・大枠化についての近年の議論

そもそも地方分権改革は、国と自治体の間で自治体における財源と権限の拡大を目指すものであるが、「永遠に未完の分権改革」⁴と称されるほど、その道のりは険しい。

本稿ではその中でも、自治体の自律的意思決定という筆者の問題関心から、国の法律による縛りを少なくして、自治体が条例・法規を自由に制定できるようにするためにはどのようにしたらよいかという認識のもと、法令の規律密度の低下、大枠化と呼ばれる問題に特化して議論を進める。

4 分権改革が「永遠に未完」であることの特質として、①意思決定の構造（各省庁や政権・与党は原則として自らの希望しない内容の立案は行わないし、また自らの好まない改革に対しては、ある種の拒否権も持っている点）や、②仮に適切に制度設計されたとしても運用段階に入り不具合が生じることもある点が挙げられる。金井利之『行政学叢書3 自治制度』東京大学出版会、2007年、54から6頁、71頁を参照。

もっとも「分権」改革だけが永遠に未完であるのか、それは制度改革一般に通ずることであるのか、検証も必要であろう。同81から2頁を参照。

第1節 第一次分権改革における残された課題

この問題に関しては、機関委任事務の廃止等の成果を挙げ日本の地方分権改革に大きな役割を果たした1990年代後半（1995年から2001年まで）の地方分権推進委員会の活動（「第一次分権改革」と通称されるので、本稿でもこの用語法に従う。）に中心的に関わった行政学者である西尾勝が、その第一次分権改革に残された課題の1つとして、以下のように振り返っている。本稿で議論する、法令の規律密度の低下・大枠化、条例制定権の拡大という問題の所在・構造を的確に指摘しているので、少々分量が多いが、まず見ることにする。

地方分権推進委員会の活動において残された課題の1つは、「法令等による義務付け、枠付けを緩和することである。第一次分権改革によって通達通知の法的拘束力を剥奪したが、日本ではこれら通達通知の背後にある法令等（法律、政令、省令、告示）自体の規定が詳細をきわめていて、このことが自治体の権能の拡大を妨げている。そこで、この法令等による事務の義務付け、政策・制度の枠付けを大幅に緩和する課題が残っている。なお、ここで「法令等による義務付け、枠付け」と呼ばれていた現象のことを最近では「法令の規律密度」と呼ぶようになってきている」⁵。

「法令の規律密度を緩和する方策とは、端的に言えば、法令を大綱化すること、法令には全国津々浦々これだけは遵守してほしいと国が望む必要最小限の事項のみを規定し、それ以上の細則の制定は自治体の条例等のローカル・ルールに委ねることを意味する。細則の制定をローカル・ルールに委ねれば、当然のことながら、このローカル・ルールの内容は都道府県、市区町村ごとに微妙に異なるものになる。いいかえれば、それは、政策・制度を企画し、

5 西尾勝『行政学叢書5 地方分権改革』東京大学出版会、2007年、114頁。以下引用順に116頁、164頁、164頁、219～220頁。

立案する企画立案権（＝立法権）を国から自治体に移譲することなのである。したがって、それは自治体の政策・制度の選択の自由を拡大する方策なのである。」

「自治体の自治権を拡充する方策はこの事務権限の移譲に尽きるものではない…国から自治体への立法権の移譲なのである。」「それでは、国から自治体に立法権（政策・制度の企画立案権）を移譲するにはどうすればよいのか。…法令等を大綱化・大枠化し、細目のルール・メイキングを道州または市区町村の条例等に委ねることである。問題は、この法令等の大綱化・大枠化を誰がどのようにして法令等の所管省庁に迫るのかである。…第一次分権改革では、…通達通知を一括して「技術的な助言」に改めた。しかし、国による立法的関与である法令等の場合にはこの種の一括処理を行う余地は、皆無ではないにしても、きわめて限定されている。そこで、たとえば、都市計画法、建築基準法、景観法、屋外広告物法等々、個別法令の体系ごとに仔細に点検し、どこをどのように大綱化・大枠化してほしいのかを調べ、これらの法令等の所管省庁にその改正をもとめていくほかないのである」。

そのためには、「法令の規律密度の緩和に関しては、個々の自治体からの提案が不可欠であるように思われる。各省庁所管の個別法令ごとにその規律密度の緩和を要求しその実現を図るには世論の支持が不可欠であるが、この課題について世論の支持を得ようとすれば、法令の規律密度を緩和したときの効果について具体例を示して、生き生きと説明しなければならない。たとえば、都市計画法・建築基準法・景観法に定められているこの規律とこの規律とを撤廃してくれさえすれば、わが市は次のようなまちづくりを展開し、わがまちの景観をこのように改善することができるか、わが市の公立中学校の校舎を次のような設計に改めていくことが可能になるといった類の、夢のある構想と絵がほしいのである。…この種の構想と絵は現場に根をおろした個別の自治体にしか描けないのである。」

「法律を大綱化・大枠化してみても、これによって白地となった領域についての細則の制定がすべて行政立法に委ねられた…事態を避けるためには、法律を大綱化・大枠化すると同時に、それ以上の細則の制定を自治体の条例・規則に委任する措置を講じてもらわなければならない。この点については、地方分権推進委員会の『第一次勧告』においてすでに、…「国は、自治事務（仮称）について基準等を定める場合には、全国一律の基準が不可欠で条例制定の余地がないという場合を除き、地方公共団体がそれぞれの地域の特性に対応できるよう、法律又はこれに基づく政令により直接条例に委任し、又は条例で基準等の付加、緩和、複数の基準からの選択等ができるように配慮しなければならない」と勧告していたところであった。しかし、この勧告については、この種の立法原則の確立は国会の立法権を制約するもので、内閣提出法案に書き込み得る性質の事項ではないとする内閣法制局の見解をどうしても崩せず、政府の地方分権推進計画に書き込むことすらできなかったのであった。ここに立法権移譲のむずかしさがある。」

以上をまとめると、法令の規律密度を下げ大枠化し、かつ細目の制定を自治体の条例・規則に委ねていくことによって立法権の移譲を国に求めることが重要であるが、これには国の省庁の反発が当然ながら強いし、また国の立法権を制約することにも繋がりがねないため内閣法制局の見解との調整が難しいこと、さらに各省庁に個別法令の規律密度の緩和を要求するためには、その前提として自治体の実務に基づいた提案が必要であるということである。

第2節 地方分権改革推進委員会（2007年4月発足）における議論

その後（21世紀に入ってから）、研究者の論文や発表の場においては、法令の規律密度の低下・大枠化が重要である（すなわち大枠化すべきである、規律密度を低下すべきである）という指摘がたびたびなされているが、現実問題として、これまでのところ実現していない。また、そもそも個別

の法令に関して、実務を踏まえて、具体の法律のこの規律密度を低下してくれという要望提案が自治体から次々となされるとか、立法権の自治体への移譲に関して、内閣法制局との議論にもちこたえるほどの法律的な議論を含む提案が次々となされてきたわけでもない。

そのような中でも、最近では『ジュリスト』の連載企画「自治体政策法務」シリーズの1396号「立法法務の課題（1）分権改革と立法法務の法的課題」（2010.3.15）が、このような問題関心に基づく諸論文を掲載しており、非常に参考になった。以下の議論においてしばしば参照する予定である。

一方、政府においては、さほど世間の注目を浴びることはなかったが、第一次分権改革以降も法令の規律密度の低下・大卒化について議論がなされてきた。そして最近では2007年4月発足の地方分権改革推進委員会がこの問題について正面から取り上げ、条例による法令の上書き権を議論の俎上に上げるほどになっている⁶。

地方分権改革推進委員会はまず、その調査審議の方針を示した「基本的な考え方」において、「義務付け・枠付けの見直しと条例制定権の拡大」という課題を提示し、その一項目として「条例による法令の上書き権を含めた条例制定権の拡大」を挙げた⁷。具体的には、義務付け・枠付けについて、その存置を許容する場合のメルクマールを設定し、これに該当しない場合には義務付け・枠付けを原則として廃止することを各府省に求めるほか、縮減、全部・一部の条例委任、または条例による補正の許容等の見直しを行うことで、条例制定権の拡大を図るべきものとされている。また、今後制定される法令については、各府省及び政府全体として自立的に

6 このテーマに関する様々な論考や研究者による試行錯誤の議論が一種のブレインストーミングとなって、キングダムという解決案の流れの構築に貢献してきたと理解することも可能である。だからこそ、「条例による上書き権」という形で、この問題に対する1つの解決案が、地方分権改革推進委員会という政府の公の場で議論のテーブルに載ったのである。

7 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—地方が主役の国づくり」（2007年5月30日）

チェックしていくための組織的な仕組みの整備についても検討が進められた⁸。

ここでは、前者の「義務付け・枠付けの見直しと条例制定権の拡大」に関して1点についてのみ改めて注意を喚起し、後者の「条例による法令の上書き権を含めた条例制定権の拡大」については、やや詳しく見ることにしたい。

(1) 義務付け・枠付けの見直しと条例制定権の拡大

まず前者の義務付け・枠付け見直しについて、本稿に近い問題関心を持つ研究者には、義務付け・枠付けの見直しそれ自体に反対意見を持つ者はいないものの、各論あるいは実現のための議論の進め方となると、必ずしも委員会の方針に肯定的でそれを歓迎する意見ばかりでもない。義務付け・枠付けの見直し議論が不十分である（なまぬるい）として、例えば以下のような批判がおこなわれているのである。

自治体職員出身の研究者である磯崎は、委員会での審議・検討においては、「条例による自主的な決定又は法令による義務付けの条例による補正（補充・調整・差し替え）を認めている」規定は対象外とされたが、そのうちの一例である都市計画法第33条の開発許可の技術的基準については、「政令で定める基準に従い、条例で技術的細目で定められた制限を強化又は緩和できる」と条例による補正が認められているため、委員会勧告の対象外とされたと批判を加えている⁹。同じく、自治体職員出身の研究者である出石も「法令に一定の配慮がなされているなどの理由からそもそも検

六九 8 地方分権改革推進委員会「中間的なとりまとめ」（2007年11月16日）、同「第1次勧告—生活者の視点に立つ『地方政府』の確立」（2008年5月28日）、同「第2次勧告—『地方政府』の確立に向けた地方の役割と自主性の拡大」（2008年12月8日）

9 磯崎、前掲「法令の規律密度と自治立法権—地方分権改革推進委員会の検討を踏まえて」147頁。

討対象にならなかった条項は、何も変わらないのである。…「政令で定める基準」が詳細にわたり、条例で定められる事項はかなり限定されている。…本来ならば、自治体の使い勝手も考慮した見直しが求められるべきであるが、このように検討すら行われていない自治体の自由度を縛る規定も少なからず存在するものと思われる。」として、委員会での審議・検討のあり方に、磯崎と同様の疑問を呈している¹⁰。

しかしながら、この点については、委員会の当該ワーキンググループのメンバーの一人である行政法学者の齋藤誠から、「いきなり完璧を目指すことはできない、選択的な議論は委員会の戦術によるものだ」といった以下のような反論もなされているところである。すなわち、

「これには委員会の戦術によるものである。補正の対象・範囲が狭小であるものなど、当然ながら問題は存在する。時間・リソースの制約条件のなかで、より問題の大きなものに対象を絞ったのであって、この類型に委員会がお墨付きを与えたものではない。…無罪放免にしたものではない。¹¹

「現在、義務付け・枠付けの見直しを分権改革推進委員会で行っています。そこでは、482本の法律、10,057条の条文を対象にして、…存続を認める限定的なメルクマール…に該当しない条項について、廃止する、あるいは、少なくとも条例による補正を認めるという方向での見直し作業を行っています。…

既に条例補正を認めている法令は、これは対象外になる。…都市計画法の開発許可基準、…都市緑地法の39条2項を挙げています。…こうした規定は、第2次分権改革前から、メニュー主義と言われて、自治体に独自の余地を認

10 出石「義務付け・枠付け見直しと条例による上書き権」『都市問題研究』第62巻第1号、2010年、73頁。

11 義務付け・枠付けに関するWGのメンバーとして参画した齋藤誠による論考を参照。「義務付け・枠付け見直しの展望と課題」『都市問題』2010年6月号、52、59頁。

めたようには見えるけれど、そのプラスマイナスの幅が狭かったり、付加できる事項が狭かったりする問題が指摘されていました。しかし、今回の作業では、そういう余地すら認めていないものに比べれば、これは、まだ「良い子」であるという前提で作業を進めていることとなります。限界ということでもありましょう。」¹²

委員会で議論を行った当事者によるこの言明を斟酌すれば、現段階で「見直しの対象が狭く不十分である」という批判は早計に過ぎよう。このような批判もなされているわけだから、より丁寧に今後の議論・検討がなされるべきであるということである。

(2) 条例による法令の上書き権

次に、上書き権自体については、結論的にいうと、現在の議論の状況は、分権改革委員会第3次勧告が以下のように述べているように、「引き続き、慎重な検討が必要である」という段階にとどまっている。

「個別の法令の内容を問わず、通則規定で条例による国の法令の「上書き」権を保障することをめぐって様々な意見があるが¹³、

- ・法律の制定は、「国権の最高機関とされている国会によって行われること（憲法第41条）」
- ・地方自治体の条例制定権は「法律の範囲内」とされていること（憲法第94条）
- ・政令は「憲法及び法律の規定を実施するため」に、府令・省令は「法律若しくは政令を施行するため、又は法律若しくは政令の特別の委任に基づいて」制定されるものであり、特に、それらによって罰則を設けたり義務を課したり国民の権利を制限したりするのはすべて法律の

12 斎藤誠「条例制定権の現状と課題」日本自治学会『2008年度活動報告集—シンポジウム・研究会—』213頁。228から9頁。

委任に基づいて行われるものであること（憲法第 11 条、内閣法第 11 条、内閣府設置法第 7 条、国家行政組織法第 12 条参照）。

等を踏まえつつ、引き続き、慎重な検討が必要である。」

ということである。

条例による法律の上書き権を認めるべきであるという提案は、極めてドラスティックな解決方法である。1990 年代の第一次分権改革において、通達を技術的な助言にすぎないとして、その法的拘束力が剥奪されたように、省庁・法律横断的に一気に問題の解決を図ることができるからである。しかしながら、上書き権はそもそも地方分権改革推進委員会自身が「引き続き、慎重な検討が必要である」と述べているように、法制的な議論に持ち堪えることは相当程度困難であるし、またこのような荒療治とも言える手法はその性質故に、各省庁にはなかなか受け入れられないことも容易に想像される。

とするならば、条例による法律の上書き権という夢のような解決案が日

13 条例制定権の拡大をどう捉えるのかという問題については、岩橋武定「分権時代の条例制定権—現状と課題」前掲『ジュリスト』140 から 1 頁に理論的にかつ簡潔にまとめてある。たとえば「条例による法令の上書き権を含めた条例制定権の拡大」の具体的な制度構築のイメージについて、①地方自治法の改正等により一般的に保障するのか、それとも②個別法令等で行うのか、あるいは③両者セットすなわち個別法のごとの検討の上での一括見直しをめざすのかといった具合に、具体的な設計を念頭に入れながら、その当否について簡潔に論じている（岩橋自身は、③の設計が個別法ごとの個別的事情への配慮を合わせて行うことから、その意味での合理性を有すると思われる、としている）。

ちなみに、自治体職員出身の研究者は、条例による「上書き権」の保障を積極的に主張する傾向がある。例えば、出石、前掲「義務付け・枠付けの見直しと条例による上書き権—自治体の条例制定権への影響—」74 から 5 頁は、主張を導くだけの法律的な議論までは展開していないものの、「自治立法として議会の議決を経て制定する条例は、政省令とは対等な位置づけを有すると解釈すべきであろう。その点を解決したうえで、政省令に定められる基準の条例による上書きを可能とすることが肝要ではないだろうか。」と主張する。

の目を見るか否かは、やや乱暴なまとめ方ではあるが、要は時の政権がこの問題に真剣に取り組み、地方分権そのもの、さらにはその地方分権の中でもとりわけこの問題に高い優先順位を置き、政権あるいは内閣の方針として強く打ち出すかどうか、さらに一番大きなハードルとも言うべき内閣法制局が最終的に yes と言うかどうかということであろう。以上の点を鑑みると、民主党政権はこの問題にかなりの程度真剣に取り組んでいるものの、やはり内閣法制局の壁は固いようである¹⁴。

一般的に上書き権を認めることは法律的な議論に持ちこたえられるのか、その意味で現実性があるのかといった点については、上記の勧告の文面が既に検討していることであり、筆者がさらに加えて論理的な検討や貢献を行い得るものではない。そこで、ここでは視点をやや変え、上書き権を議論する際に、ややもすると見落とされかねない論点について一点のみ言及することにする。

条例による上書き権を議論する上で盲点となり得るのは、条例による上書き権を認めるだけでは、場合によっては国・地方全体として、却って法令に加えて条例の規律密度も高くしてしまう可能性がある点である。法令の現行程度の規律密度を維持したままで、条例委任の規定を盛り込む場合には、自治体の執行現場においては、規律密度の高さは従前となんら変わらないからである¹⁵。

要するに、上書き権を認めることは条例制定権の拡大には資するものの、それだけでは法令の規律密度の低下・大枠化とは全く関係のないものであ

14 最近の新聞報道によれば、「政府は、地域を限定して規制を緩和する「総合特区」法案に、地方自治体の条例で法規制を塗り替えられる「上書き権」を盛り込むことを見送る方針を決めた。…党側は法案の目玉と位置づけていたが、内閣法制局などが「条例が法律を超え（て規制緩和を決め）るのは違憲の恐れがある」と慎重で、政治主導による突破を図った党側も官の壁を超えられなかった。…内閣法制局は「（憲法が定めた）唯一の立法機関である国会を超える権能を自治体に与える法案は困難だ」と反対。」ということである。『毎日新聞』2011年1月28日付。

六五

る。ということは、上書き権を認めただけでは（認めないよりは、認めた方がはるかに良いのだけれども、それでも）、複雑な国の法令に引き回されて、自治体の条例も包摂した形で複雑な法制度が加速度的に生産されるおそれがあるのである。上書き権の議論にあつては、そもそもこの点にこそ注意が向けられるべきであるというのが筆者の主張である。

第2章 景観法の分析

（条例委任と自治体の自律的意思決定確保の観点から）

第1節 景観法（平成16年6月公布、17年6月施行）の概要と評価

（1）概要¹⁶

近年、急速な都市化の終息に伴って、美しい街並みなど良好な景観に関する国民の関心が高まっているが、そのような背景のもと、少なからぬ自

15 この点について、上書き権というよりもむしろ条例委任一般を対象とした指摘ではあるが、磯崎が的を射た指摘を行っている。地方分権改革推進委員会の義務付け・枠付けの緩和と条例制定権の拡大の議論に関して、単なる条例重視主義では、条例委任さえすればよいという傾向を招くとともに、将来的に「法の過剰・過密」を生み出す可能性がある点を指摘している。

「そもそも規律密度に対しては、簡素化・大綱化を図ることが基本であるが、ここで廃止か条例委任かという設定をしたため、法令の規律密度を残しながら条例委任の規定を入れればよいという対応を招いている。その結果、自治体は規律密度の隙間をぬうように委任条例を制定することになるし、法令と条例によってますます規律密度が高まり、執行現場を「窒息」させる可能性も生まれるのではないか。」磯崎、前掲「法令の規律密度と自治立法権—地方分権改革推進委員会の検討を踏まえて」150から1頁。

同様の指摘について、前掲、田丸「条例委任と自治体の自律的意思決定」90頁も参照。

「不用意な条例委任では、条例制定が「国の複雑な…法体系に引きずられかねない結果、条例も巻き込んだ形で複雑なメニュー追加の体系が広がるおそれがあるのではないか。」

16 概要についての記述は、国土交通省都市・地域整備局都市計画課監修『逐条解説 景観法』ぎょうせい、2004年、3から9頁を参照した。

治体において、景観に関する自主条例が制定され（平成 15 年 4 月現在で、450 市町村 494 条例、27 都道府県 30 条例）、また景観に配慮した都市整備も各地で行われる等、良好な景観の形成に向けた取組みが進められている。そうした中で、国土交通省も平成 15 年 7 月に公表した「美しい国づくり政策大綱」、12 月に公表した社会資本整備審議会「都市再生ビジョン」において、良好な景観の形成と豊かな緑の創出に向けた制度の構築が挙げられていた。このような良好な景観の形成に関する動きを具体的な施策に結びつけるため立法化されたのが景観法である。景観法は、わが国で初めての景観に関する総合的な法律であり、これまでの地方自治体の取組みを踏まえ、良好な景観の形成に関する基本理念や、国、自治体、事業者及び住民の責務を明らかにするとともに、条例では限界のあった強制力を伴う法的規制の枠組みを用意するものである。

(2) 評価

本稿では、条例との関係に注目し、主に強制力を伴う規制の枠組み部分について、条例にどれだけ自由が与えられているのか、あるいは法律・政令による縛りが依然として強いのかどうかといった点を分析することにする¹⁷。

景観法は、近年の景観に対する認識の高まりもあって、研究者・実務家

17 したがって本章での景観法の分析は、条例の自由度や法律面に関しての国の統制・関与がどの程度のものであるのかという観点からのものにとどまっている。

六三
景観法制定に関して国土交通省がどのような課題にどう対応して（既存の政策枠組みでは対応できないと判断して）、どういった法的な政策手段を用いて条文の設計を行ったのか、さらに景観法に見られる諸制度（法的な政策手段）は近年の都市計画法制度とはどのような関係にあるのか（旧来の延長線上に過ぎないのか、新たな制度設計の芽も観察することができるのか）といった諸点については、別途考察を行った。田丸大「景観法」森田朗・金井利之編『政策再編と制度設計—政界再編と省庁再編の先の政治行政—』ミネルヴァ書房、2012 年 3 月刊行予定も参照。

双方から非常に注目された法律であり、さまざまな研究分野から分析・検証が既になされている。本稿の問題関心からすると、その中でも行政法や自治体政策法務の研究者による論考が、実際のところ自治体の条例制定の自由度は高まったのか、法律面に関して国による自治体の統制は弱まったのかという観点から分析を行っており、非常に参考になった。

例えば、自治体政策法務に詳しく法律と条例の関係に関して積極的な提言を繰り返す北村喜宣は、「法律における国と自治体の役割分担に関して、地方分権改革の趣旨に照らして先駆的な制度設計をしている部分があり、今後のモデルのひとつとなりうるものである。…自治体の自立性・自律性をかなりの程度尊重する法システムを設計し…実施にあたって、条例を多く活用する法制度設計をした」¹⁸と評価しているとおおり、景観法は全107条文のうち、計19事務について条例委任を行っている。そして、第一に条例に決定させる事項の数が多くかつ多様となっている点、第二に法令による規律密度の低さがその特徴であるとされる¹⁹。

そこで、この特徴2点を組み合わせた点を確認できると考えられる「政令で定める基準に従い」条例制定を認めている条文について、以下分析することにする。そのような条文は、条例委任を行いつつも（条例制定を認めつつも）、その内容を政令で縛ることによって国の法令による関与を依然として残す、いわば決定権を国に留保するものであるため、本稿の問題関心から言えば、まさに望ましくない形である。とはいうものの、その政令が、条例制定にあたって考慮すべき事柄を示しているだけであれば、なお条例制定の自由度は低くない、国の関与・統制はそれほど強くないともいえるのである。したがって、「政令で定める基準に従い」条例制定を認めている条文ががどのくらい詳細に規定され条例制定を拘束しているかと言う事は、「地方分権の趣旨に照らして」「自治体の自立性・自律性をかな

18 北村喜宣『分権政策法務と環境・景観行政』日本評論社、2008年、230頁。

19 同上、236から7頁。

りの程度尊重しているか」という点に関しての試金石となるものと思われる。

第2節 「政令で定める基準に従い」 条例委任を行う立法スタイルの分析

「政令で定める基準に従い」条例委任を行う立法スタイルは、全部で4条文ある。第72条第1項、第73条第1項、第75条第1項・第2項である。すべて、「政令で定める基準に従い、条例で…制限を定めることができる（規制をすることができる）との文言となっている。

例えば、工作物の制限に関する条例委任に関して基準を定める政令第20条は、「工作物の利用上の必要性、当該景観地区内における土地利用の状況等を考慮し、地域の特性にふさわしい良好な景観の形成を図るため、合理的に必要と認められる限度において定めること。」といった具合に定性的表現にとどめてあることもあり（比例原則の確認規定があるにすぎないため²⁰⁾、この点だけ見ればたしかに条例への拘束度は高くない。しかし都市計画法制度の要とも言うべき開発許可行為に関連した部分に関しては、都市計画法と同様に、政令を通じ条例への詳細な統制を行っている。

そこで、この景観地区内での開発行為の規制に関する事項の条例委任を行う条文（法73条1項）について具体的にみてみることにする。

景観法

第七十三条（開発行為等の制限）

市町村は、景観地区内において、都市計画法第四条第十二項に規定する開発行為（次節において「開発行為」という。）その他政令で定める行為について、政令で定める基準に従い、条例で、良好な景観を形成するため必要な規制をすることができる。

20 同上、237頁。

景観法施行令

（条例で景観地区内において開発行為等について規制をする場合の基準）

第二十二條 法第七十三條第一項の政令で定める基準は、次のとおりとする。

一 開発行為又は前条各号のいずれかに該当する行為であつて、地域の特性、当該景観地区における土地利用の状況等からみて、当該景観地区における良好な景観の形成に著しい支障を及ぼすおそれがあると認められるものについて規制をすること。

二 前号の行為（国の機関又は地方公共団体が行うものを除く。）をしようとするときは、あらかじめ、市町村長の許可を受けなければならないものとする。この場合において、国の機関又は地方公共団体が同号の行為をしようとするときは、あらかじめ、市町村長に協議しなければならないものとする。

三 第一号の行為についての規制は、次に掲げるものによること。

イ 開発行為についての規制は、開発行為後の地貌が地域の景観と著しく不調和とならないように、法第七十三條第一項の規定に基づく条例（以下この条において「景観地区開発行為等制限条例」という。）で、切土若しくは盛土によって生じる法の高さの最高限度、開発区域内において予定される建築物の敷地面積の最低限度又は木竹の保全若しくは適切な植栽が行われる土地の面積の最低限度を定めて行うこと。

ロ 前条各号に掲げる行為についての規制は、当該行為後の状況が地域の景観と著しく不調和とならないように、景観地区開発行為等制限条例で、規制をする行為ごとに必要な行為の方法又は態様を定めて行うこと。

ハ 第一号の行為についてイ又はロの制限を定める場合において、これらの制限に相当する事項が定められた景観計画に係る景観計画区域内においては、景観地区開発行為等制限条例は、当該景観計画による良好な景観の形成に支障がないように定めること。（以下略）

六〇

第一項第一号で「良好な景観の形成に著しい支障を及ぼすおそれがある

と認められるものについて規制をすること」、同第三号イで「地域の景観と著しく不調和とならないよう」といった具合に、条例制定にあたって考慮すべき事柄を定性的な表現にとどめて指示しているにも関わらず、同じ第三号イで「建築物の敷地面積の最低限度又は…土地の面積の最低限度を定めて」といった具合に、定量的な部分にまで踏み込んで自治体が定めるべき条例内容を縛っているため、この点に着目すると条例の自由度は低いと言わざるを得ない。この点を重く見ると、「地方公共団体の権限を拡充するとともに、なお土地利用規制の重要部分を国の法令に留保するという、両面的な性格をもっている」²¹との観察結果も導かれるのである。

たしかに、例えば都市計画制度の要である開発行為に直接的に連動する部分に関しては、このように国が事前に詳細に規定して自治体の条例制定を制限する従来型のスタイルが見られるものの、数値の範囲を限定的に示すといったところまで詳細に統制を行っているわけではない。また「政令で定める基準に従い」という縛りがかかっていない条例委任の条文に関しては、ほぼすべて自由な条例制定ができるよう、フリーハンドの余地を多く残している。とすればやはり、「地方分権改革の趣旨に照らして先駆的な制度設計をしている部分があり、今後のモデルのひとつとなりうるものである」との指摘が的を射ていると思われる²²。

第3節 自治体の反応—自治体は景観法を歓迎しているか？

だからといって、自治体（とりわけ景観問題に関して国よりも先行して条例制定を行っていた自治体）が景観法を歓迎しているかということ、そうでもない点にも注意が必要である。あくまで国が定める法令の範囲内での条例制定であるため、少々自由度が高まったところで、自治体には法令の範囲内で自由に決定できるという「限られた」自由しかないのである。し

21 佐伯祐二「景観法・景観条例」『まちづくり・環境行政の法的課題』日本評論社、2007年、308頁。

たがって、自治体が規制に関連し本当に欲している制度（①良好な景観の確保と密接に関連する眺望を考慮した時に求められる「絶対高さ制限」を景観法のメニューとして規定してほしい、②景観条例を建築確認に連動させてほしいといった自治体からの声²³⁾は景観法の枠の外となっている以上²⁴⁾、先行自治体からはむしろ不満の声も聞かれるのである。しかも、景観条例を追認する性格を持つ景観法は、先行自治体にとっては、「法律による一律な手法の採用が強制されるため」²⁵⁾、あまりメリットのない法律でもある。

となると、景観法の効果は、結果的に関連制度の活用を促したことにあ

22 本論とはややはずれるが、都市計画運用指針（技術上の助言）を見ても、自治体の条例に対する都市計画法体系の姿勢が着実に変化してきていることを読み取ることができる。地方分権・地方自治の考えが、徐々にではあるが着実に浸透してきているのである。

ア 第一次分権改革の議論の最中での、都市計画中央審議会答申（1998年1月）

「基本的には、法律で規定するメニュー、内容に沿って、都市計画制度の具体的運用がされることを想定しており、風致地区内における建築等の規制のように、法目的に対応した規制内容について地域的な行政需要の差が見込まれる場合には、条例への委任を法律上明らかにしている。また、現行法の規定は、法目的に対応して最低限の規制又は規制の上限を定めている規定も多く、この場合には、これら規定と異なる条例の制定は許されないという考えは、都市計画事務が自治事務と構成されても、変わらないと考える」と、法律優位の立場を強く主張している。

イ 第一次分権改革直後の都市計画運用指針（2001年4月）は

「都市計画手続に係る事務は自治事務であることから条例で手続きを付加することが当然可能である」と述べるにとどめている。

ウ 最近の都市計画運用指針 第5版（平成18年11月）では、より柔軟な考えが示されている。

「都市計画制度の運用は、自治事務として各地方公共団体自らの責任と判断によって行われるべきものである…。…地域の実情等によっては、本指針で示した原則的な考え方によらない運用が必要となる場合もあり得るが、当該地域の実情等に即して合理的なものであれば、その運用が尊重されるべきである。」と、運用面に限定してはいるものの、かなり柔軟な姿勢を見せるようになってきている。

るようである。つまり国が「景観」を正面から認めたことで、関連する他の制度（高度地区）を活用して、自治体が課題解決に取り組む状況も生まれているのである²⁶。国土交通省自体も、「総合性一体性の確保」として運用指針（技術上の助言）においてこれを勧めている程である²⁷。

まさに、景観法は「都市計画法や建築基準法等、既存の個別諸法律を所与の前提に、かかる縦割法制の間隙を縫って制定された」法律であって²⁸、

23 例えば、景観法の国会審議における、山出保 金沢市長（参考人）の発言を参照。

「例えば高さなんかも、整っているというのが視角に訴えて安らぐわけでありまして、美しいわけでありまして、整序の論理というのは極めて大事だというふうに思っております。ところが、景観条例なるものは地区ごとに高さなんかをきめておるわけでありまして、今の扱いですと、高さについてはむしろ建築基準法とか都市計画法という方向にいくわけでございます。私が言いたいのは、景観条例で高さ制限というものをしたら、即それを景観法が認めて欲しい、景観法が条例に授權してほしい、そうしたら、自治体、市町村は大変やりいい、こういうことを言いたい。」

「あわせて、建築基準法第6条の建築確認の対象となります建築確認関係規定の中に、景観法及びこれによる条例も読み込めるように法改正を求めまして、景観条例の実効性を担保していきたい。」衆議院第159回国土交通委員会議事録第19号、30頁、平成16年5月11日。

また、景観法でいわゆる都市計画上の用途制限を行うことはできないことに対しても不満の声はあるようである。例えば、国土交通省担当課長（建築職）による以下の言明を参照。Q & A 20 「景観計画や景観地区では建築物等の用途を制限することはできません。特に特定の用途を規制誘導する必要がある場合には、特別用途地区や地区計画等の都市計画制度を活用することにより可能となります」岸田里佳子「第1章 景観法とは何か」景観まちづくり研究会編『景観法を活かす』学芸出版社、2004年、33頁。

24 「景観基準の重要な要素の一つでございます高さの制限についてでございますが、これにつきましては、景観法とは別の都市計画法や建築基準法など他の法律にゆだねておりまして、非常にわかりにくい規制形態をとっておるというふうに思っております。」山出保 金沢市長（参考人）衆議院第159回国土交通委員会議事録第19号 平成16年5月11日

25 田口一博「自治体間の横の連携」森田朗・田口一博・金井利之編『分権改革の動態』東京大学出版会、2008年、145頁。

そしてこのように都市計画法・建築基準法体系を維持するという国土交通省の基本的スタンスは、いわゆる国立マンション問題が国会で取り上げられた時（景観法制定の4年前）と、なんら変化ないことも事実である²⁹。

26 「景観形成に関する問題として、建築物の高さは、非常に難しい面を有している。形態・意匠に比べ、財産権を制約する度合いが高く、制度設計の在り方、コンセンサスの醸成の仕方に特別な配慮を要するからである。」藤川眞行「小田原市における新たな景観政策の制度づくり」『ジュリスト』No.1314、2006年6月15日、75から6頁。

「現行の都市計画制度を用いた保全整備策が各地で積極的に用いられるようになってきた。特に目立つのが高度地区の活用である。東京都の7区4市、…首都圏、…全国の歴史都市において規制が取り入れられつつある。」西村幸夫「景観法をめぐる近年の動き」『都市問題研究』第58巻第3号、2006年、48頁。

「容積率規制と斜線制限規制がボリューム・形態コントロールの主要な手段であったが、「しかし、90年代後半以降、眺望・街並み景観の確保や、周辺環境からの突出した高層マンションの予防の手段として、絶対高さ制限（高度地区の活用…筆者注）が再評価されつつある。」大澤昭彦「市街地建築物法における絶対高さ制限の成立と変遷に関する考察」『土地総合研究』16(1)、2008年、51頁。「2004年から2007年に導入または変更した自治体は、36自治体に及んでいる（ちなみに、2004年までは、189自治体…筆者注）」。59から61頁。

「景観計画によれば建築物等の高さ制限には処分を使わず（勧告ができるにとどまる）、他方、景観地区の利用が相当に困難な現状では、都市計画法上の高度地区が有望な手段である。やや皮肉ではあるが、景観法の効用は、このように、他の法律に定める制度の利用を促進する点にも認められよう。」佐伯、前掲「景観法・景観条例」、317から8頁。

27 景観法運用指針（平成17年9月）

「法に基づく各種の制度を総合的、一体的に活用するとともに、法に基づく手法と高度地区、風致地区、地区計画その他の各種規制誘導措置…を一体的に検討し、良好な景観形成のための総合的な施策の推進を図ることが望ましい。」

28 亘理格「土地利用規制論と景観法」『ジュリスト』No.1314、2006年、21頁。

第3章 法令データ提供システムを用いた若干の現実的な提案

第1節 法令データ提供システムを用いることの意義

次に、法令データ提供システム（全法令を対象にキーワード検索を行うことができる、総務省ホームページ上のデータベース）を用いながら、若干の検討を行いたい。

条例による上書き権まで考えると法制的になかなか難しいし、かといって法律の大枠化、規律密度を下げることそのものを目指すと、法律ごとに膨大な議論が必要となり收拾がつかなくなるであろう。仮に個別の法令について規律密度を下げるために1つ1つ詳細な議論をするとすれば、1990年代の第一次分権改革での地方分権推進委員会と各省庁の間の膝詰め折衝のように、あまりに骨の折れる消耗戦に陥ってしまうことが予想されるからである。

そこで、ここでは、現実的な対応として、国の法令の条文について改革後のイメージを広げるための作業を予備的に行ってみたい。すなわち、法令データ提供システムを活用し、自治体の条例制定を過度に束縛せずに、国の政策目的を実現する条文文言はどのようなものがあり得るのか、既存の法律にいくつかの条文を付け加える、あるいは条文に修正を加えることによって、若干の展望を開くことができないか、考えてみたい。思いつきに基づくもので荒削りではあるが、改革を現実可能なものとするためには、改革後の姿である制度設計を構築するための新たな概念やアイデアの蓄積が必要であるため³⁰、その一助になればとの思いに基づくものである。む

五五 29 「建築規制というのは財産権の制約を伴うものでありまして、建築確認対象とする基準とするには、…建築基準法その他の法令で明確な基準を定めているものに限定しているわけでございます。いわゆる景観条例は、法律に基づいて明確な基準を定めているものではないということで、建築確認の対象とすることは困難ということでございます。」那珂政府参考人答弁 第147回国会建設委員会第19回議事録（平成12年4月14日）

ろん、実際に自治体にとって使い勝手が良いか、望む条文設計となっているかという点は別問題である。また、以下で取り上げる2,3の条文スタイルのうち、とくに「同等以上」方式は、前章で指摘したように、条文をかえって複雑にしてしまうことも危惧される。仮にそうだとしても、既存の法制度を前提とした上で、条例制定あるいは自治体の政策決定の自由度を高めるために、何か思考実験としてできることはないのか、とにかくまずは考えてみて何か案をひねり出したいというのが本稿のスタンスである。

ちなみに、磯崎は、規律密度の低下・簡素化を実現するための手法の1つとして、一定の領域や同種の分野の規制について相互に比較することによって最低限の規律内容にしていく方法を提案している。相互参照によってある程度の「相場」を形成するのである³¹。分野ごとの特性も見えてくる可能性がある魅力的な提案であるが、今回は、条文の文言レベルでどのような表現が可能であるか、現在使用されている表現を分野横断的に観察し若干の提案を行い今後の議論の参考に資することが目的であるので、個

30 新しい概念やキーワードなどのアイデアの創出は、制度改革につながる可能性を持ち重要である点については、以下の2つの言明を参照。

「制度改革の構想にはメスを入れる切り口が必要であること、いいかえれば、有機的な複雑系の制度構造を明快に腑分けするキーワードの再構成が必要不可欠である」。西尾勝、前掲『行政学叢書5 地方分権改革』、4頁。

「通達通知による命令を排除しても、まだ事前の報告、届出、許可、認可、承認等々が要求され、事後にも検査、認証、是正命令等々の国の側の行政処分が残っている。これらの自治体に対する国の行政処分を総称して「国の関与」と呼ぶようになったのがいつからのことか、確認していない。しかし…第三次行革審に提出する資料として、当時の総務庁が法令検索システムを活用して調べたときに、これらの自治体に対する国の行政処分を「国の関与」と総称することにしたのではないかと推測している。…「補助金総覧」に類似の「関与総覧」と呼ぶにふさわしい調査結果原簿が初めて公開され、…この調査結果原簿は、こののち、地方六団体の地方分権推進本部や地方分権推進委員会事務局によって活用され、第一次分権改革に役立てられた…国の関与の標準化とルール化を図った…。要するに、「関与」という新しい概念が創り出されその実態調査がなされていないなかったならば、通達行政の退治は困難だった」同上、235から6頁。

別法令の政策内容について検討することや、分野ごとの相場把握までは立ち入らないことにする。

第2節 検索結果

(1) 「条例との関係」

まず、条文の見出しで「条例との関係」と規定する法令について見ることにする。この見出しは、条例制定権の拡大を認める内容を規定している、あるいは条例を法令に優先させている可能性が推測されるからである。少なくとも、当該法令条文と条例との関係について何かを規定しているはずなので、ここでの検討に関して何らかのヒントを期待できるかもしれない。

結果は合計 19 件であるが、そのうちの 7 件は、新法の制定に伴い「条例の規定で…の部分については、この法律の施行と同時に、その効力を失うものとする」といった具合に、既存の条例を失効させるものであるため、条例制定権を拡大しているわけではない。また、全 19 件のうち、第一次分権改革の趣旨が各省庁に的確に認識されたと考えられる平成 10 年以降のものは 5 件であり³²、さきほどの失効タイプを除くと僅か 2 件である。

すなわち、1 つ目は景観法第 67 条が認定審査の手続に関して、「…の規定は、市町村が、これらの規定に反しない限り、条例で必要な規定を定めることを妨げるものではない。」としていて、2 つ目はダイオキシン類対策特別措置法第 43 条が排出基準に関して、「この法律の規定は、地方公共団体が、…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。」

31 磯崎、前掲「法令の規律密度と自治立法権」148 頁を参照。

五三 本稿で活用する法令データ提供システムは、あるキーワードが含まれている条文を分野横断的に比較・参照するという点では、磯崎の主張する「相互参照」「相場形成」に通ずるかもしれない。しかしながら、このシステムは「相互」に参照するのではなく、無数の条用例の中から、自らの判断で条文を検索してピックアップ（取捨選択）する性質のものである。その限りにおいて、複数の条文設計が可能な中で、そのうちのいずれを採用するかという点については、ある種恣意的な判断の生じる余地もある。

としているのみである。

これらはおそらく、平成9年以前の7件を模倣したものと考えられる³³。すなわち、決定手続に関しては、都市計画法第17条の2「決定の手続きに関する事項について、条例で必要な規定を定めることを妨げるものではない。」が既に存在している。また、規制についての条例容認は、主として環境分野の法律（例えば振動規制法第24条、水質汚濁防止法第29条、大気汚染防止法第32条等）に見られる「この法律の規定は、地方公共団体が、…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。」を模倣したものであろう。

以上から要するに、地方分権改革が進んだと考えられるこの10年ほどにおいても、「条例との関係」という文言を用いて、法律と条例の関係について正面から規定した法律は僅か2件しかなく、しかもその制度設計の仕方は模倣であったという、やや期待はずれな結果に終わった。

(2) 「地域の特性」や「地域の実情」

次に、直接的に条例制定を認めるわけではないものの、地方分権・地方

32 第一次分権改革の趣旨（例えば、国と地方が対等な関係であるとか、機関連任事務は廃止されて従前の通達は技術的な助言に過ぎなくなる等）がいつから各省庁に的確に理解されるようになったのか、正確な年号で示すことはもちろん不可能である。ここでは、分権推進委員会と各省庁が膝詰め折衝も行うようになり、委員会は諮問や提言を行うだけの存在ではなく、自分たちと同等の協議交渉を行う必要のある手ごわい相手であると認識されたであろう（そうであれば、交渉の結果如何によっては、最終的には委員会の主張する地方分権の理念を受け入れなくてはいけないというように、各省庁が認識するものと考えられる）時期ということで、委員会の活動の中盤以降であって、かつ切れの良い数字ということで、平成10年以降とした。このような趣旨であれば、境目とする時期は西暦2000年でも構わないのであろうが、法令データ提供システムが和暦を用いていることもあって、平成10年（1998年）とした。

33 平成9年以前の7件については、田丸、前掲「条例委任と自治体の自律的意思決定」108から9頁において同様の調査を行った経験がある。

自治(地方が自律的に意思決定を行うことができる)という観点からは、「地域の実情」や「地域の特性」という用語も参考になると思われる。

まず、「地域の実情」については59件で、そのうち平成10年以降が32件と半数以上であった。第一次分権改革の趣旨を各省庁が立法に取り入れようとしたものであろうと理解される。次に、「地域の特性」については80件で、そのうち平成10年以降が45件とこれも半数以上であった。この点を見る限り、各省庁が立法の際に、「地域の実情」や「地域の特性」という文言を入れて地方分権・地方自治に配慮を示すことは、かなり通例となってきたと言えるかもしれない。

しかし、条文の中身に立ち入って検討すると、やはりそれほど期待できる結果とはならなかった。「地域の実情」の文言を用いた法律条文について具体的にみると、「自治体は地域の実情に応じて…する」といった類の表現、すなわちある種の責務規定というべきものがほとんどであり、唯一の例外は国への意見提出（平成22年度における子ども手当の支給に関する法律第30条 受給資格者の認定業務について「地域の実情を踏まえ、厚生労働大臣に対して意見を申し出ることができる。」）が1件あるのみである。

前者の責務規定は、「地域の実情」に応じて…を勘案して…を決定する・行うと規定しているだけであって、「地域の実情」によって、国の定める各種の基準あるいは国の法令の規定を変更すること（これこそが「上書き権」と考えられるが。）を認めているわけではないことに注意が必要である。厳しい見方をすれば、自治に配慮した耳当たりの良い修飾語のような責務規定を置いているだけ、要するに「自治体は地域の実情に応じて仕事をしてください」と国の法律が自治体の業務に改めて抽象的に口出ししているものとも言えよう。少なくとも、国の義務付けを緩和するものではないのである。

「地域の特性」においても、状況はほとんど同じである。平成10年以降の45件のうち、責務規定や基本理念（定義も含む）を述べるものが41件

とほとんどであった。残り4件は、構造改革特別区域法関連が2法令、景観法関連が2法令である。前者は「地域の特性に応じて（生かして）〇〇をすることができる」といったように、既存法令の特例を認めるものである。前章で議論した条例による法令の上書き権と親近性のあるものと言えよう。次に景観法第55条が「地域の特性にふさわしい〇〇の整備を一体的に推進する必要があると認める場合には、〇〇〇を定めることができる」と確認規定を置いているのと、同政令が条例で定めるべき建築物の形態意匠等の制限の基準に関し、「地域の特性に応じた」とか「地域の特性にふさわしいものとなるよう」といった具合に、条例委任に際し定性的にゆるやかに指示を行っているものである。

(4) 「同等以上」

① 含意

次に「同等以上」という用語も参考になるかもしれないと思い、検索と検討を行った。これは、国の定める基準と「同等以上」の(に)効果が認められるものについて、当該法令基準の適用除外を認めるものである。

これらの用語は、地方分権改革というよりもむしろ、規制改革に関して参考となるキーワードである。安全基準について「同等以上」の効果が認められるものを当該法令の規制の対象外と規定することで、規制の趣旨や目的を形式的なものとせず、当該規制の実行力を確保しよう、あるいは高めようという趣旨の条文だからである。その意味で、たしかに法令の義務付けを緩和するものではないけれども、表面的な基準というよりもむしろ、その基準から期待される効果について検証を行い、その効果と同じであるかあるいはそれを上回るものである場合については、当該法令基準が要求する安全性が実質的に確保されるということで、法令の細かい基準の適用を差し控える趣旨である。

要するに、こういった条文は、規制等の中身をしっかりと見て、問題がなければ必要以上に国からは口出しをしないという態度を取っているの

で、地方分権の場合においても安全基準について規定する場合には、方向性としては有り得るのではなかろうか。地方分権によって自治体の自律的な規範定立行為を推し進めるという本稿の主張からすれば、「同等以上」方式は、都市計画法制度あるいは土地利用規制を行う法律等、私人の権利を制限するタイプの法令の条文には、参考になるとと思われる。

一般的には、法令で定めるのはあくまでも全国統一的な内容であって、それこそ「地域の実情」や「地域の特性」まできめ細やかにすべて配慮して規定することは困難か、おおよそ不可能であると考えられる。だからこそ、その法令の条文で定める規制によって達成したい内容を予めできるだけ具体的に明示し、それと「同等以上」の効果を上げることができると自治体が判断すれば、法令の当該条文とは異なる内容を条例で定めること（まさに「上書き」）を認めるといった具合に、「同等以上」というキーワードを模倣することも考えられるのではないか。

もちろん、これはあくまでも試論であって、法律的に踏み込んだ議論に持ちこたえられるかどうか甚だ心もとないが、分権改革推進委員会が通則規定で条例による法令の上書き権を認めるか否かといった問題について、「慎重な検討が必要である」と結論付けた理由であるところのかなりの部分（すなわち、①法律の制定は、「国権の最高機関」とされている国会によっておこなわれること（憲法第41条）、②地方自治体の条例制定権は「法律の範囲内」とされていること（憲法第94条）、③の一部…罰則を設けたり義務を課したり国民の権利を制限したりするのはすべて法律の委任に基づいて行われるものであること（憲法第73条））は、クリアできると考える。「同等以上」方式は、法律での規制の趣旨・目的を的確に明示し、それと「同等以上」の効果を持つ（と自治体が考える）政策内容を条例で定めるのであるから、①法律の制定自体は国会に留保してあるし、②条例はまさに「法律の範囲内」であるし³⁴、③条例委任を通則規定でなく個別条文で措置すれば、文字通り法律の委任に基づくものであるからである（もちろん、③のもう1つの議論、すなわち政令・府令・省令と罰則まで含めた関係につ

いての議論に関しては、別途検討しなければならないが。)

行政法学者の見解では一般に、「地方自治法のような一般法で条例による上書き権を付与することは、理論上困難」とされている。「そこで、個別法レベルで（条例への委任規定はなく）その法律が全国同一内容規制を意図していないことを明示することによって全国一律基準をクリアして自主条例制定への途を開くことや、こうした規定がない場合には、当該事務の性質に着目して最高限度規制の意図を否定する解釈上の努力が必要となるだろう」³⁵とされるが、例えば、この「同等以上」というキーワードは、そのような際にも当該事務の性質を解釈する際に参考になるものと思われる（むしろ、「同等以上」方式からは、法令が定めた規制の、条例による緩和が論理的に導かれるわけではない。むしろ実質的な強化が予期されていると言えよう）。

② 検索結果

検索結果は14法律であるが、その中でも建築基準法が1つの法律の中に22条文と多く存在した。以下、国の関与による分類と内容分類の2つの分類軸を設定し、それぞれの条文設計について詳しく見ることにする³⁶。

まず建築基準法について国の関与を軸に分類を試みた。「同等以上」のみの縛りで、他の縛り（関与）がないか（つまり関与の度合いが弱く、法の規制対象からみると自由度が高い）、それとも「同等以上」に加えて、大臣が定める基準あるいは政令で定める技術基準への適合を求めている

34 仮に、条例が法律の趣旨あるいは範囲内を逸脱している（「同等以上」の効果をもたない）と各省庁が判断した場合に備えて、国による条例の無効確認訴訟の道を開いておくことも検討に値する。新藤宗幸（西尾勝著）『未完の分権改革—霞が関官僚と格闘した1300日』岩波書店、1999年、247-8頁も参照。

35 原田大樹「第4章 政策の基準」大橋洋一編著『BASIC 公共政策学第6巻 政策実施』ミネルヴァ書房、2010年、83頁。

36 条文そのものを記載して議論した方が正確であると思うのだが、条文自体はかなり複雑で分量も多いため、本文・注ともに記載しなかった。

り、または大臣認定を求めている（つまり、「同等以上」のみの場合よりも関与の度合いが強く、そのため法の規制対象からみると自由度が低い）かどうかといった点から分類すると、以下のとおりである。

- ① 「同等以上」のみの規定（政令や大臣認定などの関与が一切ない、要するに自由度が極めて高いと思われるもの） 8例
- ② 「同等以上」でかつ「政令で定める技術的基準に適合するもの」、「国土交通大臣が定める基準に適合するもの」、「国土交通大臣が定めた構造方法を用いる」といったように、何らかの規範形式により事前に明示的・具体的に縛りをかけているもの³⁷ 5例
- ③ 「同等以上」でかつ「大臣が認める・大臣の認定を受けた」といったように、事前に具体的な明示なく抽象的な大臣関与をかけているもの 2例
- ④ ②と③の合わせ技、要するに事前の具体的な明示に加えて、抽象的な大臣認定も課しているもの 2例

次に内容面についてみると、安全等に関する技術基準と資格認定の2つに分類できた。技術基準が20例、資格認定が2例であった。前者の技術基準とは、同等以上の安全性（例えば、〇〇と同等以上に火災の発生が少ない等）が確保される場合に、当該条文の規制対象から除外するといった類の内容であり、先ほどの規範形式を軸とした分類とかけあわせると、バリエーションに富む。後者の2例はともに「国土交通大臣が〇〇の業務と同等以上の知識及び経験を有すると認めたもの」という縛りがかかっ

四七 37 ところで、「同等以上」という用語は含まれないので今回は考察の射程からはずしたが、但し書きで「この限りではない」として規制対象からはずす条文スタイルも存在する。例えば、建築基準法第13条「ただし、国土交通大臣が定める基準に従った構造計算によつて構造耐力上安全であることが確かめられた場合においては、このかぎりでない。」この場合も、その「構造計算」の詳細さ如何によっては、本稿で検討した地方分権・自治体の自律的な意思決定の観点からして好ましい状況も創出され得よう。

り、先の分類では③に該当した。

上記の2つの軸による分類は、建築基準法以外の残り13法令に対しても適用可能である。すなわち、1つめの分類方法によると、「同等以上」のみの規定（政令や大臣認定などの関与が一切ない、要するに自由度が極めて高いと思われるもの）11例、と②「同等以上」でかつ、政令や大臣認定による縛りをかけているもの2例（大臣認定1例…経済産業省関係中心市街地の活性化に関する法律施行規則第10条第4号、大臣認定と大臣が定める構造方法の合わせ技1例…建築基準法施行令第14条第2項）であった。

以上の分析からすれば要するに、建築基準法及び同法政令を除けば、そのほとんどは①「同等以上」のみの縛りの規定である。これは建築物の安全は究極的には国民の生命に直結するような技術的基準であるため、国が詳細にコントロールせざるを得ないからであると考えられるが、他方でそれ以外の法律では他の縛りなく緩やかに「同等以上」という文言を使用している法令がほとんどであるということである。

では、この検索・検討結果をもとに、自治体の条例制定権を拡大するあるいは条例による上書き権を実質的に認めるために、「同等以上」方式を他の法令でどのように応用して条文設計を行うことができるであろうか、他日を期して考えてみたいが、ここでは、1点のみ検討素材を例に挙げておきたい。自治体の自律性を阻害する条例委任としてしばしば批判の対象とされる都市緑地法第39条第2項の緑地率規制であるが、これは条例で独自基準設定を認めてはいるものの、政令で定める基準に従わなくてはならない（地区計画等の緑化率の最低限度が10分の2.5を超えないものとされる）。こうした規定については、「同等以上」というキーワードを用いることによって、政令で定める数値からはずれたとしても、その目的・趣旨にかんがみて実質的に判断することが法令の条文上で明白に可能になるとも考えられよう。

おわりに

最後に本稿で残された課題について2点述べたい。第1は、第3章で粗い分析を行った条文検索と条文設計を、より詳細で丁寧なものへと結実させることである。最近の地方分権改革における中心的な議論の1つは、第1章でもみたとおり法令の規律密度・枠付けの緩和、そして条例による法令の上書き権であるから、その趣旨を十分に踏まえて、個別の法令の条文設計を行うとしたならば、果たしてどのようなものとなるのか、素案・試案が必要であろう。第2章でみたように、都市計画分野において地方分権を先取りした法律と言われる景観法でさえも、法令による条例の統制は一定程度存在し、また当の自治体からはあまり歓迎されていない、使い勝手の良くない法律ということでもあった。

では、どのような条文設計が理想なのか、あるいは実現可能な提案としてベターなのか、実務と法制度設計の両方を踏まえた提案が望まれるところである。要するに、第1章、第2章、第3章を統合した形での個別法令の条文設計を編み出すことが究極の課題であるとも言えよう。

第2は、行政学的な視角から、地方分権が議論される場面における国の省庁の活動の仕組みを改めて探ることである。本稿では権限なかでも法制面に限定して、国の省庁による自治体の統制の実態と改革の方向性の一端を検討した。だが財源面での統制もそれに劣らず重要な観察対象である。例えば、交付金（いわゆる補助金）を対象に国・地方の関係を探った論考においては、本体の交付金要綱に加えて、既存の法令・通知・要綱も一体となって自治体の事務処理に枠をはめる点が指摘されている³⁸。したがっ

四五 38 「まちづくり交付金における個別事業実施要綱や、地域介護・福祉空間整備等交付金における介護保険法などがそれに当たる。いわば「規制型の」統制である。これら規制型の統制が…財政統制とともに作用し、実質的に自治体の交付金活用範囲を限定することになる。」谷本有美子「国による「上からの」自治体統制の持続と変容」森田朗・田口一博・金井利之編『分権改革の動態』東京大学出版会、2008年、131から2頁。

て、自治体の自律的な意思決定を考察するのであれば、権限・財源を総合した形で、国の省庁がなお自治体を誘導している構造を描き出すことこそが必要であろう。第1の課題である理想的な条文設計の探索は、自治体の財源面での自立・自律を伴ってこそ初めて有意義なものとなるであろうと考えられるからである。