

はしがき

本書は、条例制定権の範囲ないし限界、特に国の法令との関係における条例制定権の限界とそれに関連する行政指導・要綱行政について、筆者がこれまで発表した下記の論文等をまとめたものである。

昭和30年代後半に始まる高度経済成長政策の下で生じた公害や環境破壊を防止するため、東京都公害防止条例（昭和44年）などいわゆる上乘せ・横だし条例が地方公共団体により制定されたが、それら条例の法令適合性をめぐる議論を通して、条例論が法律レベルから憲法レベルに引き上げられることとなった。

こうした状況の下で、条例の法令適合性に関する伝統的な解釈であった法律先占論も、徳島市公安条例事件における最高裁大法廷昭和50年9月10日判決により修正され、特定事項について規律する国の法令と条例が併存する場合でも、国の法令が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（「最大限規制立法」と呼ばれる）ではなく、国の法令が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（「最小限規制立法」と呼ばれる）であると解されるときは、条例は国の法令に違反しない、と説示し、従来の法律先占論よりも条例制定権を拡大する解釈をとった（筆者はこの修正された解釈を「法令の趣旨解釈論」とネーミングしている）。

しかし、この解釈も、個々の法令の趣旨が最大限規制立法か最小限規制立法かの区別は必ずしも容易でないことから、条例制定権の拡大を後押しするものとはならず、地方公共団体では、依然として行政指導ないし要綱行政への逃避が続いた。

筆者は、国の法令が条例による規律を明文で排斥している事項について規定するとか、国の法令が一定の事項の遵守を最低基準として要求している場合に当該法令による授權なしにその遵守義務を免除するなど、条例が国の法令に積極的に抵触する場合でない限り、条例による規律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、条例の制定は許されるとの「特別意義

論」を提唱してきた。けだし、このように解釈することによって、地方公共団体は、当該事項が国の法令により黙示的に先占されているか否か、国の法令と目的が同じか否か、国の法令の趣旨が最大限規制立法か最小限規制立法か、といった詮索をすることなしに、当該地域の特性を生かした「まちづくり」を行うために必要な条例を制定することができ、それが自治権としての条例制定権を実質的に保障し、ひいては「地方自治の本旨」に基づいた地方自治制度の確立につながる、と考えたからである。

他方、第1次地方分権改革に際しては、地方公共団体の事務に関する国の法令は標準法であるとの原則を、国と地方公共団体との関係を規律する基本的な法律の中に明記すべきことを提唱するとともに、地方分権一括法により改正された地方自治法第2条第12項により、国の法令は原則として最小限規制立法と趣旨解釈することが憲法規範的に要請され、また、同条第11項により、国の法令が自治事務について規定する場合や条例に立法を委任する場合には、メニュー方式をとるなど国の法令による規律密度を低くすることが憲法規範的に要請されている、と主張してきた。

しかし、地方分権改革後もなお依然として国の法令による規律密度が高く、条例制定権が拡大しているとはいえない状況にある。本年4月に制定された「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」に基づく義務づけ・枠づけの見直しにより、条例制定権の拡大が期待されるが、具体的にどのような見直しが行われるか、また、見直しの対象とならなかった事項についてどう考えるか、という問題が残されている。このような認識に基づき、この度、『「地方自治の本旨」と条例制定権』のタイトルで論文集を著すことにした次第である。

本書は4部から成っており、その内容と発表論文等は以下のとおりである。

第I部では、本書の主題である自治権としての条例制定権の範囲と限界を考察するうえで、その前提となる憲法第92条の規範的内容について考察している。

第1章では、憲法第92条の「地方自治の本旨」の規範的意味について検討している(覚道豊治先生古稀記念論集『現代違憲審査論』所収、法律文化社、1966年11月)。

第2章では、現行憲法の制定過程においてGHQが我が国に導入しようとしたアメリカのホーム・ルール自治制度は、明文上、現行憲法第95条の地方自治特別法の住民投票制にしか実現されていないが、その実体的権能は「地方自治の本旨」の中に残っているとの考えに立って、ホーム・ルール・シティの自治立法権について検討している(阪大法学第43巻第2・3号、1993年11月)。

【資料】は、ホーム・ルール・シティの「憲法」にあたる自治憲章(ホーム・ルール・チャーター)とはどのような内容であるかを、カリフォルニア州バークレイ市の自治憲章を例にとりて紹介したものである(大阪学院大学法学研究第19巻第1・2号、1993年3月)。

第II部では、本書の主題である条例制定権の範囲と限界について論じている。

第1章は、条例の実効性確保という点で重要な条例による罰則の設定について、憲法第94条の条例制定権に罰則設定権が含まれるかという、主として条例制定権の範囲について論じたものである(『条例制定権に関する研究』[大阪府立大学経済研究叢書第60冊]所収、1984年3月)。

第2章は、ラブホテル規制条例を例にして、条例による営業の自由の規制の限界や財産権規制の可否、旧地方自治法第2条第2項、旅館業法、建築基準法など国の法令との関係について論じたものである(『条例制定権に関する研究』[大阪府立大学経済研究叢書第60冊]所収、1984年3月)。

第3章は、条例の法令適合性(憲法94条、地方自治法14条1項)に関する学説および判例を検討し、伝統的解釈である、いわゆる法律先占論に代わり特別意義論を提唱したもので、本書で最も重要なものとして位置づけられる(『条例制定権に関する研究』[大阪府立大学経済研究叢書第60冊]所収、1984年3月)。

第4章は、私見である特別意義論の有用性を、普通河川管理条例、公害防止条例、ラブホテル等規制条例を例に挙げて検証したものである(大阪府立大学経済研究第32巻第3号、1987年5月)。

第5章は、パチンコ規制条例の法令(風俗適正化法)適合性について、神戸地裁平成5年1月25日判決と神戸地裁平成9年4月28日判決が異なる判断をした理由とその是非について検討したものである(山村恒年先生古稀記念論集『環境法学の生成と未来』所収、信山社、1999年9月)。

第6章は、平成11年7月に制定された地方分権一括法による改正地方自治法第2条第11項・12項は憲法規範的効力を有すること、また、条例の法令適合性に関する最高裁大法廷昭和50年9月10日判決の判断枠組みの適用にあたっては、条例の法令適合性を原則的に肯定する方向で行われるべきことが憲法規範的に要請されていること、を論じたものである（月刊自治フォーラム1482号、1999年11月）。

判例評釈・解説1～4はいずれも、条例の法令適合性が争点となった裁判例について評釈・解説したものである。

1では、モーテル類似施設の規制を目的とした飯盛町旅館建築規制条例の法令（旅館業法）適合性が争点となった、飯盛町旅館建築規制条例事件に関する福岡高裁昭和58年3月7日判決を評釈している（大阪府立大学経済研究第28巻第4号、1983年8月）。

2では、阿南市水道水源条例の法令（廃棄物処理法）適合性が争点となった、阿南市最終処分場事件に関する福岡地裁平成14年9月13日判決を解説している（北村喜宣編『産廃判例を読む』所収、2005年7月）。

3では、地方自治法第203条の2第2項違反が争点となった、県労働委員会等委員月額報酬支出差止請求住民訴訟事件に関する大津地裁平成21年1月22日判決を解説している（判例地方自治317号、2009年7月）。

4では、3の控訴審判決である大阪高裁平成22年4月27日判決を解説している（判例地方自治331号、2010年8月）。

第Ⅲ部では、条例の法令適合性問題を回避する手段として多くの地方公共団体に用いられている、行政指導ないし要綱行政の内容とその限界について論じている。

第1章は、法治主義の観点から、規制的行政指導の実効性を担保する措置の限界を検討したものである（判例タイムズ581号、1986年3月）。

第2章は、昭和42年に兵庫県川西市で始まった、いわゆる要綱行政の内容および限界について、裁判例を紹介しながらその問題点を指摘するとともに、要綱の条例化を提唱したものである（大阪学院大学通信第20巻第12号〔1990年3月〕、第21巻第1号〔1990年4月〕、第21巻第2号〔1990年5月〕、第21巻第6号〔1990年9月〕）。

判例評釈・解説の1は、建築紛争を解決するための斡旋指導における建築確認の留保に違法性を認めた、最高裁昭和60年7月16日判決を評釈したものである（民商法雑誌第94巻第3号、1986年6月）。

その2は、最高裁昭和60年7月16日判決で示された「特段の事情」がどのような場合に適用されるかについて判示した、横浜地裁平成10年9月30日判決を解説したものである（判例地方自治196号、2000年3月）。

第Ⅳ部では、補論として、法令適合性が問題となる個別条例の検討と条例上の義務を民事訴訟によって実現することができるか、という問題を取り上げている。

第1章は、全国で初めて興信所・探偵社による身元調査を規制した、いわゆる興信所条例について、その制定の背景・理由ならびにその意義と問題点について述べたものである（天理大学同和問題研究室紀要第2号、1986年3月）。

第2章は、平成12年に制定された「ニセコ町まちづくり基本条例」に始まる自治基本条例制定の経緯と内容を紹介するとともに、自治基本条例の最高規範性について論じたものである（高田敏先生古稀記念論集『法治国家の展開と現代的構成』所収、法律文化社、2006年12月）。

第3章は、行政上の義務の履行を求める訴訟は法律上の争訟にあたらない、と判示した最高裁平成14年7月9日判決は、地方公共団体から条例上の義務の履行を確保する有力な手段を奪うものであることから、行政上の義務の履行を求める民事訴訟の可否について論じたものである（『現代の行政紛争』〔小高剛先生古稀祝賀〕所収、2004年12月）。

本書が地方自治の発展に少しでも役立つことがあれば、筆者にとって望外の喜びである。

最後に、大学院でご指導いただいた覚道豊治先生（大阪大学名誉教授）はじめ、関西行政法研究会や審議会（「高田ゼミ」ともいえる）において法的思考の基本を教えていただいた高田敏先生（大阪大学名誉教授）、大阪府立大学在職中の公法講座主任教授であった村上義弘先生（大阪府立大学名誉教授）、行政訴訟研究

会（現在は行政法務研究会）を主催され、多くの研究者を育ててこられた山村恒年先生（弁護士・神戸大学名誉教授）、学会、研究会、各種審議会等でご一緒させていただいた真砂泰輔先生（関西学院大学名誉教授）、田村悦一先生（立命館大学名誉教授）、芝池義一先生（京都大学名誉教授・関西大学教授）、ならびに公私においてご好誼を賜わった研究仲間、同僚、行政関係者その他の皆様に、この場をお借りし、心から感謝申し上げたいと存じます。また、本書出版を快くお引き受けいただくとともに、編集にあたり種々の適切なご助言をいただいた、法律文化社の田藤純子社長に厚くお礼を申し上げたい。

* なお、掲載した論文等は独立のものであるため、論理の展開上記述が重複している箇所が多々あることをご了解いただきたい。

大阪学院大学の研究室にて、平成23年12月5日記す

南川 諱弘