

「条例制定の法的課題と政策法務」

本ファイルは、ジュリスト 1338 号(2007.7.15)103-114 頁に掲載していただいた拙稿の草稿段階のもので、公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

I はじめに

条例制定は、まさに政策法務の精華とみなされてきた分野であろうが、自治体が条例制定権を実際に行行使するためには、法律との関係が常に問題になる。この点については言うまでもなく、徳島市公安条例最高裁判決¹の判断枠組が現在に至るまで学説・実務の主流となっている。1996 年 12 月の地方分権推進委員会第一次勧告が「(上記最判の)法律と条例の関係についての考え方は、国と地方の新しい関係の下においても維持されるものである」と述べているように、第一次地方分権改革によっても、この判断枠組自体が変更されたとはい一般に理解されていない²。

しかし、同分権改革がうたった「国と地方の新しい関係」、なかんずく事務配分の新たなあり方に照らして条例制定権の範囲が拡大するのではないかというのは当然の期待であり、そのような問題関心から地方分権一括法の成立と前後してさまざまな議論が展開された。本稿は、第一次分権改革以前の議論状況もふまえた上で(II)、上で筆者なりの視点からこれら議論のレビューを試みるが、基本的にはこれまでの議論の整理にとどまり、何を付け加えるものでもない。(III)。その上で本稿は、逆説的ではあるが、自治体の先導性を生かすために、創造的な条例による規制を必要としないう制度設計の重要性を指摘する(IV)。

II 「領域先占論」の思考枠組－比較法と戦後初期の行政実例

1 まずは第一次分権改革以前の状況を振り返ってみよう。1960 年代末以降の公害対策をめぐる自治体条例への期待の高まり³などを背景として、条例制定権の拡大を志向する学説は、「伝統的…通説」⁴とされた「法律先占論」⁵を克服すべき対象とみなしていた⁶。たとえば原田尚彦は「法

¹ 刑集 29 卷 8 号 489 頁

² 塩野宏『行政法Ⅲ(第3版)』(有斐閣、2006)172 頁、芝池義一「条例」ジュリスト増刊『あたらしい地方自治・地方分権』(有斐閣、2000)68 頁

³ 先駆的なものとして参照、室井力『現代行政法の原理』(有斐閣、1973)193-219 頁

⁴ 原田尚彦「自治立法権の本質－先占理論の再検討」『自治論文集』(ぎょうせい、1988)443-462 頁

⁵ 批判的学説によって「伝統的通説」の代表とみなされた文献として、久世公堯「法律と条例」総合判例研究叢書憲法(4)(有斐閣、1960)71-164 頁(105-125 頁)、田中二郎「国家法と自治立法(1)」法学協会雑誌 80 卷 4 号(1963)439-458 頁、成田頼明「法律と条例」清宮四郎・佐藤功編『憲法講座4』(有斐閣、1964)193-218 頁(208-218 頁)など。これら論者相互、また論者各人の見解も変遷していることは、批判的学説によっても正しく認識されている。なお、阿部泰隆『行政の法システム(下)』(有斐閣、新版、1997)、727 頁は「法律が条例の後から制定されても勝つ」点を重視して「専占」という表記を選択する。

⁶ 注(3)(4)に加え、さしあたり、兼子仁『条例研究叢書7 条例をめぐる法律問題』(学陽書房、1978)65-139 頁、山内一夫「法律と行政事務条例との関係に関する解釈論と立法論(再論)」『新行政法論考』(1979、成文堂)191-213 頁、南川諦弘「いわゆる法律先占論に関する一考察」大阪府立大学経済研究 28 卷 1・2 号(1983)304-285 頁、高田敏「条例論」『現代行政法体系 8 地方自治』(有斐閣、1984)、201-222 頁(203 頁)

律先占論」を、「いったん国が法律を制定して規制に乗り出すと、当該事項は、法律が占拠し国の事務領域に採りこまれたとみなすべきであるから、地方公共団体はもはや条例により国の法律と異なる定めをすることはできなくなる、とする……。一言でいえば、『法律の定めは当該事項における自治立法権の行使を排除する』というのが、その規定をなす考え方ということができると批判的に要約する。それでは、伝統的な通説や実務でとられてきたとされる「法律先占論」はいかなる思考を展開し、批判的学説はそれをどのように克服しようとしたのだろうか⁸。

2 ここでは外国に目を転じてみよう。法律先占論の考察枠組を明確化するために、地方自治とは問題の位相を異にすることを重々承知の上で⁹、連邦制度を採用するアメリカ・ドイツにおける連邦法一州法関係について若干見てみる。

支配的見解によれば、アメリカ合衆国憲法第6条第2項が連邦法を国の「最高法規」とすることのコロラリーとして、連邦法と州法あるいは自治体条例が抵触する場合は、前者が優位し、後者は無効となるが、これが一般に先占(preemption)と呼ばれ、以下の3分類が一般的である。まず、①「連邦議会の(先占の-引用者注)指示が、成文法によって明言されているか、その構造・目的に暗黙に(implicit)含まれている」明示的先占と、それ以外の黙示的先占とに分けられる。後者は更に、②「連邦の規制の仕組みが全面的に浸透していて(pervasive)、州が補充する余地を連邦議会がもはや認めない」領域的先占(field preemption)と③「連邦の規制と州の規制の双方に従うことが物理的に不可能な」規範抵触的先占(conflict preemption)とに分けられる¹⁰。

領域的先占の例としてあげられる Rice v. Santa Fe Elevator Corp では、穀物倉庫規制に関する連邦法と州法の関係が問題になったが、連邦最高裁は、9つの事項については連邦議会がその「政策」を表明している以上、州の規制が許される範囲の外にあるとした一方で、3つの事項については、連邦議会は未だその政策を表明していないとして先占を認めなかった¹¹。

規範抵触的先占のわかりやすい例は、州法で禁止されていた態様のメイプルシロップ表示を連邦法が義務付けた McDermott v. Wisconsin¹²であるが、もちろん、抵触するかどうかの判断が困難な場合の方がより一般的である。「連邦法と州法が異なっているという事実だけでは、許されない抵触を必ずしも意味しない。むしろ、連邦政府は最低基準を設定したものであり、州がより厳しい基準を設定することを許しているかもしれない。他方で、連邦の規制こそが唯一の基準であり、州法の異なった基準を先占しているのかもしれない」¹³。例えば連邦法よりも厳しい州法のアボカド販売規制が問題になった Florida Lime & Avocado Growers, Inc. v. Paul において、連邦最高裁は、これが

⁷ 原田(尚)・前掲注(4)446頁

⁸ 以下本稿は、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、2001年)357-379頁に負うところが大きい。特にII,IIIは、同論文の副題にも示されている問題意識—筆者が誤読していないことを願うが—を筆者なりの視点から敷衍したものにすぎないともいえる。

⁹ 必ずしも「地方自治」の問題とはいえない連邦-州関係をここで検討するのは、そこにおける二つの立法権限の競合をめぐる思考枠組に関心があるからであり、従って、連邦法と州法のいずれが優先されたかという「結論」に本稿はさしあたり関心を持たない。なお、本稿はほぼ教科書レベルの判例学説の祖述の域を出ず、より立ち入った検討は他日を記したい。

¹⁰ Gade v. National Solid Wastes Management Association, 505 U.S.88,98 参照、Erwin Chemerinsky, Constitutional law: principles and policies, 3rd.Edition, 2006,394-; Lawrence Tribe, American Constitutional Law 3.ed, Vol.1(2000),p.1176-

¹¹ 331 U.S. 218,236-237.

¹² 228 U.S. 115

¹³ Chemerinsky(注10),pp.409-410

「連邦法と州法の両方に従うことが不可能な事例」ではないことを確認した上で、連邦法を最低基準の設定を目的としたもの解して、上乘的な州法の規制を容認したのである¹⁴。

領域的先占と規範抵触的先占の相違は、概念の効果に着目すれば一応明確である。すなわち前者が認められる場合、州・自治体の規制は、連邦の実質的「政策」と内容的にどんなに合致している場合であっても無効となる点で後者と相違すると考えられる¹⁵。しかし、例えば Tribe は、領域的先占も他の先占類型も連邦議会の目的が問われる点では異ならないとし、領域的先占を特別のカテゴリーとすることに批判的である。他の先占類型では連邦議会の実体法的な意図、前者は管轄に関する意図が問題になっているというのが論者の理解である¹⁷。領域的先占のカテゴリーを認める判例・学説¹⁸も、議論のトポスを「連邦議会の意図」に求め、主に立法史を参照するアプローチ¹⁹をとる点では相違ない。

おそらく両者の相違は、領域(field)という語の選択に示されているような空間的なイメージに依拠するかどうか、ということになる。メルクマールとして連邦規制の「浸透」の有無が問われているように、領域的先占では一定の事項の「面的な塗りつぶし」を観念する解釈作法がとられているのである²⁰。

「面的な塗りつぶし」の観念は、ドイツ法においてより顕著と思われる。ドイツ基本法上、立法権に関する連邦の管轄は、専属的立法(71条)と競合的立法(72条)とに分けられ、それぞれに属すべき領域が基本法で列挙されている(73条、74条)。競合的立法の領域では、連邦の立法権限が法律によって適法²¹に行使された場合、新たなラント法の制定は許されず、既に制定されたラント法は無効になるとされている(「排除効」)ため、先占論と共通する問題が生じる。排除効の範囲については、連邦法が「完結的規律」(eine erschöpfende Regelung)を行っているかどうかは問われ、その場合、ラント立法者の規律は全面的に排除され、「連邦法の空隙」を主張することも許されない。完結的規律の有無は、「関係規範領域の総合的評価」「連邦立法者の規律意思」によって決せら

¹⁴ 373 U.S. 132(135,148)

¹⁵ 連邦法と州法の目的の比較もなされる。Pacific Gas & Electric Company v. State Energy Resources Conservation & Development Commission, 461 U.S. 190 では、高レベル廃棄物処理の安全な手段が認められるまで原発のモラトリアムを命ずるカリフォルニア州法が、連邦原子力エネルギー法によって先占されているのではないかということが問題になったが、連邦最高裁は、連邦法の目的を狭く解釈した上で、州法の目的を安全目的—連邦法によって先占されている—ではなく、核廃棄物に関する「経済的な」目的ととらえることで、両者の抵触を回避した。他方で、Gade v. National Solid Wastes Management Association(注10)では、危険廃棄物を取り扱う労働者の健康・安全の保護を定める州法と連邦の職業安全保健法の関係が問題になり、裁判所は先占を認め、州法を無効とした。目的の相違を主張する州の主張が退けられたのである(505 U.S.88,107)。最低基準—一律基準という問題設定とあわせ、日本との類似性は一見して明らかであるが、関係の有無の考察は他日を期したい。

¹⁶ Tribe(注10),p.1205.

¹⁷ Tribe(注10),p.1177.

¹⁸ Gade v. National Solid Wastes Management Association(注10)、Chemerinsky(注10)

¹⁹ このような解釈手法に対する一般的な批判として、アントニン・スカリア／中川丈久「法律解釈における立法史の利用について—議会意図の擬制による司法の責務放棄」ジュリスト1129号77頁以下。

²⁰ もっともこの点でも両者の相対性はなお否定できない。領域的先占論をとった判例である Rice v. Santa Fe Elevator Corp(注11)においても、関連事項の全てに連邦法の先占が認められたのではなく、一部のみについて連邦法の先占が及ぶとされる発想がとられる一方で、規範抵触的先占を、規範の及ぶ事項の射程という枠組みでとらえることも可能である。なお、岩橋・注(8)363頁にいう「中間項」も参照。

²¹ 2006年法改正以前の基本法72条では、連邦法制定は「連邦領土内での均質な生活関係の創出のため、又は国家全体の利益のための法的統一又は経済的統一の維持(のため)」(日本語訳は、基本的に高橋和之編『世界憲法集(新版)』(岩波書店、2006)(石川健治)207頁。連邦法律の定めが「必要」な場合に限定されていたが、同年改正によって、この必要性要件は、競合的立法事項の一部のみに妥当するものとなった。

れるとされる²²。

3 さてそれでは、法律と条例の関係に関する我が国の判断枠組みにおいて、領域的先占論における「面的塗りつぶし」という観念は、いかなる局面で採用されていただろうか。

この点に関する判断枠組の原型は、地方自治法制定後の法務庁・法務府・法制局の回答によって基本的に形成されたものと考えられるが²³、これら回答では、(1)照会の条例にかかる事務が、旧地方自治法2条2項に照らしてそもそも地方公共団体の事務たりうるものかを検討した上で、(2)当該事務に関する国の法令の規定を確認するという手順がとられている。

まず(1)について、外国人登録についてはほぼアプリオリに「国の事務」として一外国人登録令の存在に言及してはいるが一条例制定は許されないとする回答(1949.11.15)もある一方で、集会、デモ行進等の規制(1948.7.22)、淡水魚についての経済統制(1948.7.23)、畜犬条例(1949.7.1)、三極・楮の経済統制(1949.9.7)、農機具の奨励、銘柄等の指定及び公示(1949.12.1)、食品衛生(1950.2.16)が、「本来地方公共団体の事務に属する」とされている。他方、法制意見は旧地方自治法2条3項17号(当時)の「法律の定めるところにより、建築物の構造、設備、敷地及び周密度、空地地区、住居、商業、工業その他住民の業態に基く地域等に関し制限を設ける」という規定を条例制定権を否定する趣旨と解した上²⁴で、公衆浴場の距離制限(1949.12.1)は同号に該当する、また、私有地を県立公園に指定する条例は、「第17号に準じて法律の定めるところにより」行うべきと解するのが妥当」としていた(1949.3.26)。ここでは明らかに「領域」的な発想がとられているが、個別の法律の先占を問題にするのではなく、憲法・地方自治法上の一法制意見は両者をほぼ同格に扱っている一事務配分が問題にされていると言えるだろう。

(2)について、領域先占論的な発想がとられたものとして、「性病予防については、これを国がその事務として取り上げることも、地方公共団体が府県等の事務として取り上げることも可能である」とした上で、旧花柳病予防法から、「国が性病予防殊に強制入院制度は条例に任すことなく、法律によって行おうとせんとする意思」を読み取り、条例制定を否定する回答(1948.7.22)、港則法について「同法の適用を受ける港に関する限り、港内における船舶交通の安全と整頓を図るための規制については、これを国の事務としてとり上げるとともに、これについての必要且つ十分の規制を加えたもの」として、同法の規定外の事項について条例の規制を否定する回答(1952.5.2)がある。

しかし多くの回答は、機関委任事務が問題になる場合でも、一定の事項を面的にぬりつぶして国に留保する発想をとるのではなく、法律・条例の個別規定の趣旨解釈により違反の有無を認定している。例えば機関委任事務である(旧)家畜伝染病予防法と畜犬条例の関係についての回答では、「一定の行政事務について、これを国がその事務としてとり上げている場合においても、その範囲のそとにある部分については、これを地方公共団体の事務とし、これに関して、憲法及び法令に違反しない限りにおいて条例を制定することは、差支ない」とした上で、同法と同条例の関係について、「国の機関としての知事の権限を犯す」かどうか逐条的に検討し、法7条の予防注射に関

²² Rupert Stettner, in: Horst Dreier (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd.2, 2.Aufl.2006, Art.72 Rn.27-28; Bodo Pieroth, in: Jarass/Peroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2006, Art.72 Rn.2; Christoph Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Rn.17-32

²³ 高田・注(6)202頁。以下、内閣法制局『法制意見総覧』(帝国地方行政学会, 1957年)1281-1357頁による。

²⁴ 学説上は、同号(後に「18号」)は例示に過ぎず、「およそ公用制限又は公用負担が法律の先占領域であると解することは、誤った解釈」(成田・注(5)213頁)という理解が早期に確立するが、実務上は、第一次分権改革の地方自治法改正で事務列举が廃止されるまで同号が高いハードルになったのは周知のことであろう。

する規定以外については、条例事項たり得ると判断を示している(1949.7.1)。また、有名な食品衛生に関する法制意見でもこのような判断枠組がとられ、法令で基準・規格を定められた食品・添加物についてより厳しい基準を設定することは認められない一方、基準・規格が定められていないものについて基準・規格を定めたり許可制を導入したりすることは認められるとされた(1950.2.16)。その他保安林伐採禁止を解除する条例(1951.12.19)、へい獣処理場法と畜舎条例の関係(1953.12.18)でも、法律の個別規定の趣旨解釈により、条例の適法性が検討されている(結論はいずれも条例制定権を否定)。

つまり、これら回答において、(1)一定の社会的事象に関する規律が「国の事務だから」条例制定が許されないという考え方は、憲法・地方自治法上の事務配分レベルのみにおいてとられる考え方であり、(2)個別法による先占については、機関委任事務とされたものについても、社会的事象の性質に基づいて国に面的に留保されているわけではなく、法律の定める個別の権限や個別の規制内容との抵触の有無がもっぱら問題にされていることが多い。ただし、法律の解釈の問題として、一定の面的な領域が国に留保されたと観念する領域先占論的思考がとられている場合もあるという整理が可能であろう²⁵。

4 上記の法制意見においては、実は「法令の先占」概念はそもそも用いられていない。また、学説においても、この概念に一応言及はされるものの、道具概念性は乏しく、また、必ずしも上でみたような領域的先占に限定されてはいない²⁶。

しかし、領域先占論の思考枠組が採られる場合、法令の定めとの関係で先占の単位ないし事項的範囲をどのように設定するかということが最大の問題である。その範囲は、必ずしも社会的事象としての性質だけからではなく、当該法令の定めや関係する規範内容からも区切られるものである。必ずしも明確な概念枠組の下に論じられたものではないにせよ、60年代にはほぼ完成した法律と条例の目的・対象の異同を問題にする手法²⁷は、法律がそもそも規律している領域の単位をどう観念するかという問題を設定し、実質的にはこのような思考に近いものを含んでいたともいえよう。それが、徳島市公安条例判決の「同一の目的」テストに流れ込むことは言うまでもない。

そして、60年代以降第一次分権改革前までの学説では、条例制定権の拡大を共通の問題意識にした上で、(1)法令の先占領域を一繰り返しになるが概念としてはやや不明確さを残すが一それが明白な場合に限定しようとする試み²⁸ (2)いわゆる「公害規制法律ナショナルミニマム論」など、法令の趣旨を限定解釈する試み(3)自治体によって規律されるべき「固有の自治事務領域」の憲法上の保障という主張²⁹などが展開されてきた。特に注目すべきは、徳島市公安条例判決が、「(法律

²⁵ 参照、人見剛『分権改革と自治体法理』(敬文堂、2005)160-161頁。岩橋・注()363-364頁の適切な議論の整理も参照。

²⁶ 成田・注(5)215頁は、「(法律と条例の)積極的な矛盾・抵触の場合だけではなく、法律の趣旨・目的からみて、条例の規制が法令の先占領域を侵す」場合には条例制定は許されないとした上で、後述のように、先占領域は限定的に解すべきとするが、そこであげられる具体例は、前掲の食品衛生条例・畜舎条例のような、個別の規定が問題になり本稿が規範抵触として整理した類型である。田中・注(5)458頁は、「国の法令による明確な規制はないが、法令全体の趣旨・建前からいって、法令の先占領域と解される場合」は条例の規制はできないとするが、具体例は示されていない。

²⁷ 成田・注(5)。参照、高田・注(6)204-205頁

²⁸ 成田・注(5)215頁

²⁹ 学説のレビューとして、高田・注(6)206-207頁

と条例)が同一の目的に出たものであつても、国の法令が必ずしもその規定によつ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に条例制定を容認したことである。先に見たように、「同一の目的」テストが、領域先占論の枠組と共通するものを含んでいたとすれば、そこでは内容を問わず条例の制定が許されないとされていてもおかしくはない³⁰。そうではなく、そこで条例制定が許されないのは規範抵触がある場合に限られるという議論の枠組³¹がそこでは前提とされていたのである。

5 まとめれば、本来の領域先占論的思考は、既に第一次分権改革前の段階で、ほぼその実効性を失っていたと言えるだろう。法律の制定により、立法者の意思によって一定の領域が面的に「塗りつぶされる」かどうかという思考枠組がとられることはそもそも稀であり、個別規定や個別権限との関係での問題考察が主流だった。そして、ある意味で領域先占論的思考の後継者とも言える「同一の目的テスト」の枠内でも、法律の専管領域とされるのではなく、内容的に矛盾しない条例制定が認められるようになる。「憲法・地方自治法上そもそも条例制定が許されない」という領域においてはなお領域先占論的思考が残存するが、第一次分権改革による自治体事務の拡大、事務列挙の削除によってここでもいわば「息の根を止められた状況」になっていると思われる。

III 規範抵触論の位相—行政機関による案件処理と私人の法関係

1 法律と条例の関係について、上述のように領域先占論的思考の妥当する余地は極小化され、もっぱら規範抵触論の枠組—それを「先占」と呼ぶかどうかは、もはや用語法の問題であろう—によるとすれば、何が問題になるのだろうか。

規範抵触の典型的な場合は、上述のメイプル・シロップの表示の例³²や、法律が右側通行を命ずるが条例が左側通行を命ずるという教科書的設例³³のように、ある行為主体の観点からみて、二つの異なる規範命題が課した義務に「同時に従うことが不可能」という状況であろう³⁴。憲法 94 条の「法律の範囲内」および地方自治法 14 条の「法令に違反しない限りにおいて」という規定は、その場合の抵触規則として、(i)法律の内容である特定の規範命題 A と条例の内容である特定の規範命題 B がそれぞれ有効に成立し、かつ(ii)両者の抵触が不可避であるという状況においては、A が優先されるということを意味するものである。ここではあくまで特定化された規範命題についての優先劣後が問題になるに過ぎないことに注意する必要がある。このような積極的な抵触だけでなく、法律の趣旨・目的からみて「法令に違反」とされるのがどのような場合か、というのが従来の議論の問題設定であったが、ここではあえて、まずは厳密な意味での規範抵触に定位して考えた上で、法解釈のバックグラウンドルールに関わる法政策的問題をそれと区別すべきことを指摘する。

³⁰ 参照、Tribe・前掲注(10), p.1205(前掲注(16))

³¹ 南川・注(6)16 頁もこの点を重視し「特別意義論」を展開する。

³² 参照、McDermott v. Wisconsin 228 U.S. 115 (前掲・注(12))

³³ 久世・注(5)106 頁

³⁴ 「法律が義務づけている行為や積極的に自由としている行為を禁止したり、法律が禁止している行為を条例で義務づけるような場合」(岩橋・注(8)376-377 頁)

2 厳密な規範抵触が実際に問題になるのは、(1)行政機関の個別案件に関する権限行使においていかなる案件処理規範³⁵を適用するかが問われる局面と、(2)私人の行為規範が問題になる局面とに分けられる。

(1)についていえば、行政機関の特定案件処理についての根拠規範³⁶は、一般的に言って、法律であるか条例であるかのいずれか一方である。例えばいわゆる横出し条例の典型例として、食品衛生法 51 条・食品衛生法施行令 35 条所定の要許可営業以外の業種に関して許可制を定める都道府県条例を考えてみよう³⁷。この場合、法律・政令所定の営業に関する許可の根拠規範は法律であり、条例所定の営業に関する許可の根拠規範は条例であるが、実際の行政活動においては、両者の区別をさほど意識しない一体的な運用が可能だと考えられる。根拠規範がいずれか一方である以上、「同時に従うことが不可能」という状況は、基本的にはあり得ない。より一般化して言えば、「並行条例」³⁸の類型で法律との「棲み分け」がなされている場合には、行政機関の案件処理の側面から見た厳密な意味での規範抵触はカテゴリーカルにありえないと考えられる。ただし、徳島市公安条例判決が述べるように、法律の「意図する目的と効果を……阻害する」場合³⁹はあり得る。「目的・効果阻害」をそもそも、またどの程度で「規範抵触」とみなすかは、解釈のバックグラウンドルールに関わるものであり、法政策的な問題と解すべきではないだろうか。

これに対して、根拠規範を法律に有する行政権限の行使に関して条例が規範を定めた場合、厳密な意味での規範抵触の可能性はある。ここで問題になるのは、規範抵触回避の法技術をどこまで投入するか、ということである。この類型について、岩橋健定は、「書きかえ条例」と「具体化条例」を区別する。前者は「法律によって定められた法律上の効果を発生させるための要件が、条例によって変更されている類型」であり、後者は「法律によって定められた要件のより具体的な内容が、条例によって定められている類型」とされる⁴⁰。個別の案件処理規範をめぐる法律と条例との関係がどちらに該当するかは、関係する法律・条例の解釈に依存する。例えば法律ないしその委任を受けた政令・省令の基準と条例の基準との関係について、後者を前者の「具体化」とみなすか、それとも両者は本質的に異なるものであり「書き換え」にあたるかとみるかはしばしば微妙だろう。また、前者の基準を羈束的なものと解するか、裁量を認めるものと解するかによっても結論が異なることは言うまでもない⁴¹。また、抵触ないし書き換えに当たるかどうかは、条例の側の解釈にも依存する。

³⁵ 小早川光郎「基準・法律・条例」小早川=宇賀編・前掲注(8)385 頁、385 頁、小早川『行政法講義下1』(弘文堂、2002 年)1 頁以下。

³⁶ 塩野宏『行政法 I (第 4 版)』(有斐閣、2005)65 頁。ただし侵害留保説を前提にすれば、根拠規範として法律も条例も有さない行政活動もありうる。

³⁷ 法制意見にある例(1950.2.16 法務府法意1発第 16 号。内閣法制局監修・前掲注(23)1315 頁)であり、実際にも数多く制定されていることはいうまでもない。

³⁸ 岩橋・注(8)360 頁。ただし岩橋の定義は、要件効果を定めているのが法律か条例かという観点からこの分類を試みているのに対して、本稿では、権限行使の根拠規範という側面から整理している。また、この 3 分類は、法典単位でみた個々の条例の分類のようにも読めなくもないが、同論文の趣旨からすれば、まさに「点」としての権限の行使に当たって、法律・条例それぞれの個別規定の相互関係を表現したものとして理解するのがより妥当ではないか。

³⁹ 最判 1975.9.10 刑集 29 巻 8 号 489 頁(500 頁)。この観点から条例を違法と判示したものとして、福岡地判 1994.3.18 行裁例集 45 巻 3 号 269 頁

⁴⁰ 岩橋・注(8)360 頁

⁴¹ 小早川・注(35)「基準・法律・条例」391 頁は、「要件効果規定の形の基準が法定されていても、それだけでは案件をいかに処理すべきかの判断が完結しない場合」であっても、条例による基準制定は、「案件処理における考慮事項の範囲を変化させるものである限りで許されない」とする。その場合は「書き換え」になってしまうという趣旨であろう。ここでの問題は、根拠規範が法律にある以上は考慮事項の範囲は法律のみから生じると考えて、そこにのみ

即自的には法律の要件の「書き換え」と読める条例の定めについても、非拘束的な裁量基準や行政指導規範と読み替えた上でその限りで効力を認めたり⁴²、あるいは、並行条例として読み替えたりする⁴³解釈の可能性もある。

「自治事務について設けられた個別法令は、基本的に『標準法』としての意味を持つにとどまり、地域的事情から別段の規制が禁じられるものではない」と解するいわゆる「標準法説」⁴⁴ないし「標準設定」説⁴⁵も、このような抵触回避解釈の一類型として一解釈論的限界はその都度慎重な見極めが必要であろうが⁴⁶積極的に評価できるだろう。このことは、法的安定性の障害を必ずしも意味しない。立法事実上の裏付けがある場合は、国が自治事務についても一律の基準を設定し、自治体による上乗せを一切許さない趣旨を明確にすることは排除されないだろう⁴⁷。むしろ「標準設定」がデフォルトの解釈準則であることを前提にして、立法者がそれをオーバーライドする際にはその旨の明らかな規定を設けるといふ立法実務がとられるようになれば、解釈の不確実性が減少し、法的安定性に資するといえないだろうか。

抵触回避の法技術を解釈論としての限界の枠内でどこまで積極的に投入すべきかという問いも、「目的効果障害」の判断と同様、法解釈のバックグラウンドルールに関する法政策的問題であろう。憲法92条の地方自治の本旨、国と地方の役割分担に関する地方自治法の規定(1条の2, 2条第⑪-⑬項)に関する理解がその法政策を大きく規定すべきことは言うまでもない。

3 自治体の権限行使に関する規範抵触とは別に、規範の名宛人・第三者としての私人に関する規範抵触を問題にする余地がある。並行条例と法律との間で問題になる規範抵触は、もっぱらこちらの類型に整理できるだろう。

まず、前述の右側／左側通行の設例のように、法律によって課された義務と条例によって課された義務を同時に遂行できない場合の規範抵触は明らかだが、そのような事態はおそらく希だろう。より問題になるのは、法律を上回る規制を自主条例が定めている場合を、果たして規範抵触と理

積極的に考慮事項を読み取ろうという解釈態度をとるか、それとも一定の事項について、法律と条例の協働の余地を認めるため、少なくとも条例との関係では法律の規律密度を謙抑的に解する解釈態度をとるかである。

⁴² 小早川・注(35)「基準・法律・条例」393頁は、自治体行政機関の個別事情考慮義務との関係でも条例の要件効果規定設定には限界があるとするが、この問題には、「法律・条例の一般性 vs 行政機関の個別事情考慮」という軸と同時に、議会 vs 執行機関の関係という自治体内部の権限配分に国の法律で介入することになるという側面もあるため、法律が個別事情考慮義務を重視したという立法者意思を読み取るにはより謙抑的であるべきという考え方も成り立ちうる。磯崎初仁も「法律が団体の事務を定めた場合には、まず団体として当該事務をどう実施するかを検討し、法律の基準を具体化した規定を定めることも可能だから、それを条例で定めることによって執行機関の要考慮事項を縮減させたとしても、団体内部の問題であって法律に抵触するものではない」と指摘している(「自治立法の可能性」『自治体の構想2 制度』(岩波書店,2002)、116頁注(33))

⁴³ 北村喜宣『分権改革と条例』(弘文堂、2004年)9頁は、「たとえば基準の設定について、委任の範囲を超えた条例が制定されたならば、超えた部分の実施は、法律ではなく、自主条例によることになる」とする。規範抵触回避の解釈技術の積極的行使として評価できるが、権限行使の根拠規範自体の変更となると困難を伴うかもしれない。

⁴⁴ 櫻井敬子「自治事務に対する法令の制約について」自治研究 77 卷 5 号 68 頁。参照、北村・前掲注(43)40 頁、64-65 頁、131-132 頁

⁴⁵ 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 1214 号 23 頁(26 頁)、斎藤「地方分権と環境法のあり方」ジュリスト 1275 号 122 頁(126 頁)。なお、斎藤・ジュリスト 1214 号 26 頁は、「法定受託事務に関しても、自治体の事務として、地方自治法に規定された限りでの関与の違いに自治事務との差異を還元するとすれば、法定受託事務にも『標準設定』論を及ぼす余地はあろう」と指摘する。

⁴⁶ 斎藤・ジュリスト 1275 号 127 頁は「設定値の変更限界は、制限される権利利益との関係での比例原則や法律の趣旨・目的との関係(逸脱禁止命令の射程)により画される」とする。参照、斎藤・行政法の争点 160 頁

⁴⁷ 斎藤・ジュリスト 1214 号 26 頁

解すべきかどうかである。ここでは、規制によって設定される規制主体—規制の名宛人—第三者の利害関係の法的把握が問題となる。

まずは名宛人との関係である。たとえば一定レベル以上の環境負荷的行為を禁止する法律の規制が、同時に、規制の名宛人にとって、一定レベル未満の環境負荷を与える自由を保障するものと解されるとすれば、その限りにおいて、上乘せ規制を定める条例と法律との間に規範抵触が認められると考えられる。このような解釈の成立余地は、基本権一般理論上も十分な検討が求められる⁴⁸が、それに加えて、なぜどのようにして法律でその規制水準が設定されたかという立法事実の吟味が必要であろう。例えば食品衛生法 11 条に従って厚生労働大臣が添加物に関する基準・規格を定めた場合を考えよう⁴⁹。もしこの基準・規格が、例えば一定の閾値以下では健康に対する影響が認められないことが科学的に確定されて定められたものであれば、まさにその限りにおいて、法律は当該添加物の利用の自由を保障したものと解される⁵⁰が、当該基準・規格がリスクと経済合理性のバランスを踏まえて設定されたものだったとすれば、必ずしもそうはいえないかもしれない。また、例えば徳島市公安条例事件における道路交通法の規制は、それに違反しない限りでデモ参加者の表現の自由を保障したものだたと解する余地が十分にあるだろう⁵¹。

次に、ある規制が、第三者に何らかの権利ないし法的に保護される利益を設定したと解されるかどうかという問題設定が可能である。例えば法律による一定の規制をめぐり、「或る者の義務と他の者の義務とが、換言すれば或る者の義務と権利とが不可分の、『地位の組み合わせを巡る互換的利害関係』⁵²が観念可能な場合、条例が別の見地からそれと矛盾する規制緩和的内容を定めたことによって、そのような第三者の法的地位が損なわれるという場合があり得るだろう。この場合も、規範抵触を観念することができる。

条例による上乘せ的な基準設定が認められる場合であっても、逆に「法律が定めた基準を『緩和』することは、法律の規範内容を縮小・削減するものであって、原則として認められないと解される。…法律が全国についてこれだけの水準は必要と考えて定めた以上、最低限規制としての効果は認めるべき」という理解⁵³はおそらく従来一般的であったと思われるが、それは、上のような第三者の法的地位が観念可能な場合⁵⁴には、説得力を有するものであろう⁵⁵。

⁴⁸ この問題を考察したものとして、松本和彦「環境汚染の自由の保障？」高田敏先生古稀記念論集『法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、2006）307 頁以下

⁴⁹ 参照、内閣法制局監修・前掲注(23)1315 頁(1950.2.16)、参照、前注(37)

⁵⁰ ただし、新たな知見が生じた場合、自治体はその認知的先導性を生かして緊急対応として規制する可能性は残されている。

⁵¹ 塩野宏『行政法 III 行政組織法(第 3 版)』（有斐閣、2006）172 頁は、「この場合においてこそ、implied preemption の観念を働かせるべきではなかったか」とする。また、花柳病患者に関する法制意見(内閣法制局監修・前掲注(23)1284 頁(1948.7.22)、参照、前述 32 頁)は、「人身の自由に対する干渉」という内容の性質上、法律および省令の規定は「最大限の人身の自由に関する制限」であるとする。

⁵² 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000）310 頁。なお、拙稿「建築紛争と土地利用規制の制度設計—情報構造の観点から」日本不動産学会誌 75 号 58-65 頁は、建築利用規制について、空間をめぐる利害関係者間の「権利配分」の動的な具体化過程としてのモデル化を試みた。

⁵³ 磯崎初仁「法律上の許認可基準と条例制定に関する一試論」都市問題研究 54 卷 11 号 53 頁

⁵⁴ 分権改革以前から唱えられてきたいわゆる「法律ナショナル・ミニマム論」(高田・注(6)209 頁および同所掲記の文献)は、そのような方向性にもつながりうる議論であったと考えられる。なお、北村・注(43)74 頁は、「法律による規制の便益を受けるのは、国民であるが、その便益の内容・程度をその役割を踏まえて、国が『絶対的』に保障したと解されるような場合には、条例による緩和はできない。積極的抵触の問題である…(他方)過剰規制を緩和しても便益の内容・程度が保障されると判断される場合には、法律による規制内容を押しつける合理性はない」とする。

⁵⁵ 他方、後述するように、法律で厳しめの基準を設定しておいて条例で規制緩和するというのは、十分にありうる

IV むすびにかえて—自治体の先導性を生かす制度設計

1 既に1975年(初出)、原田尚彦は次のように指摘していた。

「地方住民の生活に密着した行政分野においては、住民に身近でかつ直接行政責任を負う地方公共団体が、住民の要求を満たすにふさわしい規制その他の行政手法を、まず開発して国に先駆けて条例でこれを実現していく。そして、国は各地方自治体のいろいろな試みの最大公約数的な施策を法律に取り入れ、これをナショナル・ミニマムとして各自治体に遵守させる、というのが、『正常な法秩序の発展の姿』となると考えるべきである。…かかる動的な過程は、現代の福祉国家における国と地方のあるべき『競争的協力』関係を表象する平常的姿とみるべき…技術の発展の著しい行政領域においては、国は地方の独創的工夫に基づく先導をむしろ歓迎すべきものである」⁵⁶

このような自治体の認知的・試行的先導性⁵⁷を活かし、国と自治体や自治体間の競争・相互参照⁵⁸による法発展を促すために、どのような制度設計が望ましいだろうか。

条例制定権の限界に関する法解釈論は、既に十分複雑である。これまでの検討も、筆者としては問題の整理のつもりであったが、かえって複雑性に屋上屋を架しているかもしれない。そのような複雑性のリスクは、自治体の創造的対応に対する大きい制約になっていることが十分に予想できる。

対応策としてはまず、法定自治事務や、場合によっては法定受託事務についても、法令の基準を自治体が修正できるような明文規定をおくことが考えられる。近時の立法例として、例えば政令で定められる開発許可基準の『技術的細目』を条例で強化・緩和することを認める都市計画法33条3項⁵⁹がある。しかし、このような上乗せ規定は、反対解釈によってかえって条例制定権についての桎梏になりうることに⁶⁰に注意が必要である⁶¹。

2 さてここで議論を逆転させるようであるが、まちづくりをめぐる今日的状況に鑑みると、条例制定権の拡大と、自主条例による創造的な規制手法の賞揚という従来の視角だけでは問題を十分にとらえきれないのではないだろうか。

念頭にあるのは、2006年都市計画法改正である。大規模集客施設や公共公益施設の郊外立地などによる都市機能の無秩序な拡散に歯止めをかけ、集約型都市構造を志向するこの改正で

制度設計の方向性である。

⁵⁶ 原田尚彦『環境権と裁判』(1977, 弘文堂)248-249頁。兼子・注(6)79頁も、消費者保護条例について、「規制事項の性質上は地域的行政需要の充足ということではないが、特定の自治体だけがその地方自治目的にかかわる行政需要を客観的に意識したことが、地域的な立法需要をなしている」と、このような自治体の先導性を重視する。

⁵⁷ 拙稿「自治立法による土地利用規制の再検討」(原田純孝編『日本の都市法II』(東大出版会、2001)321頁(326-327頁)。なお、同論文においては、注(56)のような先行業績の検討が不十分であった。

⁵⁸ 参照、伊藤修一郎『自治体発の政策革新—景観条例から景観法へ』(木鐸社、2006)30頁以下

⁵⁹ 参照、櫻井・注(44)63頁以下

⁶⁰ 大気汚染防止法の上乗せ規定と硫酸化物規制という古典的問題について、さしあたり南川・注(6)294-296頁及び同所掲記の文献参照。

⁶¹ 自治体にとってのリスク軽減のためには、自治体の側から条例についての規範統制訴訟の仕組みの導入なども考えられるだろうが、功罪について様々な観点からの検討が必要である。

は、10000㎡以上の大規模集客施設の立地が原則として近隣商業・商業・準工業の3用途地域に限定されるとともに、同意協議にあたっての関係市町村からの意見聴取等、都道府県の広域調整機能の充実が図られた。また、2000年に導入された準都市計画区域の指定権者も市町村から都道府県に変更された⁶²。

第一次分権改革と並行してなされた1998年—2000年の都市計画法改正において都道府県から市町村への権限委譲が進められたことと比較すれば、上に国土交通省の路線転換を見いだすこともできるだろう。その背景にあったのは、次のような実態である。

「ゾーニングについては、用途地域内においては特別用途地区により、非線引き白地地域及び準都市計画区域の白地地域においては特定用途制限地域により、市町村が必要と判断した場合には大規模商業施設を含む施設の立地を地域の実情に即して規制することが可能となっている。しかしながら、市町村によっては大規模商業施設の立地がもたらす税収増や雇用を期待してむしろ誘致を行う場合も少なくなく、立地の場所や是非をめぐる市町村間の利害が競合することから、これらの制度はこれまで実際にはあまり活用されてこなかった。」⁶³

第一次分権改革と前後して市町村には、大規模集客施設を規制できる「メニュー」が既に与えられていたが、そのようなメニューの活用という形であれ、あるいは自主条例の形であれ、有効な対処がなされることはなかったのである。今回改正に関与した明石達生は、特別用途地区により大型店を規制した豊田市が、隣接市町村の大型店建設で「ひとり損」に陥った例を挙げ、次のように述べる。

「ここから得られる教訓は、市町村に決定権限のある都市計画は、互いに利害が競合することだと、役割を果たし得ないと言うことである。…空間的スケールを無視して、事務能力があるからという理由だけで市町村に権限委譲をしてはならない事柄が、確かに存在した」⁶⁴

ここまで直ちに言えるかどうかは別にして、各国の大型店対策を想起するだけでも、都市計画の現代的課題において、広域調整の比重が高まっていることはおそらく否定できないだろう。それを前提としつつ、先の論者は、市町村による都市計画を否定するわけではない。

「(英国やドイツが、大型店の立地制御を都市計画でしっかり行える-引用者注)秘密は、自治体のやる気などではない。法律制度が日本とは根本的に違うのだ。その違いとは、日本の都市計画は「自治体が規制したければ規制できる」制度、英独は「法律が原初的に開発を規制してあって、自治体は開発規制を解除したければ都市計画プロセスによって解除できる」制度という違いである。英独の自治体は、極細に言えば開発規制の解除しかしていない。もともと法律で規制されている状態から出発して、規制解除の是非と条件を民主的な調整プロセスに則って決定していくこと。その法的枠組みが自治体の都市計画行政をしっかりと機能させている。……だから、日本の制度は今までの発想を逆転しなければならない。規制の導入を自治体の意思に任せていたのでは、

⁶² 準都市計画区域指定に当たり、農地を含め、「土地利用の整序又は環境の保全が必要な区域を広く指定する観点」がとられるようになったことが理由である(改正法施行通知(2006.11.3 国土交通省都市・地域整備局長/住宅局長)が、市町村によるこれまでの指定実績の圧倒的乏しさももちろん背景になっているだろう。

⁶³ 国土交通省社会資本整備審議会「新しい時代の都市計画はいかにあるべきか(第一次答申)」(2006.2.1)

⁶⁴ 明石達生「都市計画法等改正の本当の意味」矢作弘/瀬田史彦編『中心市街地活性化三法改正とまちづくり』(学芸出版社、2006)36-37頁。第一次分権改革の時期の明石のスタンスについて参照、明石「都市計画の地方分権をめぐる論点の記録」『都市計画の地方分権—まちづくりへの実践』(学芸出版社、1999)300-372(304,352)

結局ごく一部の自治体しか本当に機能する都市計画行政を行えないだろう。規制できる権限を付与されたところで、実際に自ら規制を導入することは、都道府県であっても大変なことだ。大規模集客施設という、都市構造に重大な影響のある用途を対象を絞ってではあるが、そういう大変なことは建築基準法が最初にやっておき、自治体には都市計画によってその規制を解除できる権限を付与すること。これが、都市計画のパラダイム転換である」⁶⁵

筆者はかつて、「都市化社会」から「都市型社会」への移行に伴い、「今日の都市計画においては、計画の目標それ自体が居住者としての地域住民自身の創発的主体的参画と評価なしにはありえないこと、住民自身による目標の設定・価値の創出の重要性が高まっている」という認識を前提に、まちづくり条例について「住民参加による自己決定的地域像が具体化されるような規制システム」が実現できているかという観点からの評価の⁶⁶可能性を示唆した。しかし現在振り返ってみると、そのような「地域像」の自己決定についての議論の場がそもそもどのようにして創出されるのかについての考察が必ずしも十分ではなかった。大規模集客施設の無秩序な拡大に対して、広域調整以前に、立地市町村において、自らの地域像との関係における真剣な議論がどの程度行われてきたのであろうか。

建築・開発の自由⁶⁷あるいは「最小限規制原則」⁶⁸がデフォルトとされる場合は国の法律が特別用途地区・特定用途制限地域のような「使える」メニューを用意しているときですら、自治体と住民によって都市計画に関する主体的な意思決定が行使されるかどうかは、偶然に止まってしまう。まして、創発的な自主条例によるルール作り、そしてそれが住民自治に資する形で実効的かつ透明性をもって運用されることは、ごく一部の先進的自治体においてしか期待されえないのが実態ではなかったか。この点で、あくまで大規模集客施設についてはあるが、「従来の土地利用規制の原則を逆転し」明示的な都市計画決定を執り行うことを市町村に強いることで「地域の判断を反映した適正な立地を確保しようとする」⁶⁹(施行通知)今回の都市計画法改正は、一見市町村の自主的決定権を制限するような側面があるとしても、地域像の自己決定に関する住民による議論の場を創出するための仕組みとしては、評価できる。一般的に、デフォルトの規制を厳しくして、自治体の判断による緩和を認める仕組みの方が、自治体の先導性を活かした創造的まちづくりに資するとは考えられないだろうか。

もちろんこのことは、認知的先導性に基づいて新たな規制需要を自治体が見いだし、ローカル・ルールとしての条例制定を試みる重要性を毫も否定するものではない。そのような「エリート自治体」でなくても使いこなせるような仕組みを制度的に織り込むことの重要性を指摘したいだけである。日本の自治体の条例制定権が、例えば法律の委任を受けなければ条例制定ができないドイツと

⁶⁵明石「新まちづくり3法における都市計画のパラダイム転換」季刊まちづくり13号(2007)16-17。参考、明石・注(64)「本当の意味」39頁。

⁶⁶角松・注(57)330,337頁

⁶⁷参照、高橋寿一「建築自由・不自由原則」と都市法制—わが国の都市計画法制の一特質」原田編『日本の都市法』II(東大出版会、2001)37-60頁

⁶⁸藤田宙靖「土地基本法第二条の意義に関する覚え書き」金子古希『公法学の法と政策』(有斐閣、2000)下巻695-715頁、角松「ドグマティックとしての必要最小限原則:意義と射程」『土地利用規制立法に見られる公共性』(土地総合研究所、2002)82-98頁

⁶⁹改正法施行通知(前注62)

比べてはるかに広く、創造的な条例制定が試みられていることはしばしば指摘されてきた⁷⁰。しかし他方で、自治の実態の評価についてはさまざまな見方があり得よう⁷¹。先進的な自治体条例がさまざまな法分野全体の発展に果たした意義の大きさも十分に認めた上で、なお問われなければならない。「英雄のいない国」と、「英雄を必要とする国」、本当に不幸なのはどちらなのだろうか⁷²⁷³。

⁷⁰ 例えば大橋洋一『現代行政の行為形式論』(有斐閣、1993)373頁、塩野・注(51)170頁

⁷¹ 例えば参照、木佐茂男『豊かさを生む地方自治』(日本評論社、1996)36-55頁

⁷² ベルトルト・ブレヒト(岩淵達治訳)『ガリレイの生涯』(岩波書店、1979)172-173頁

⁷³ 本稿は、2005年度科学研究費補助金基盤研究(c)「情報処理システムとしての都市法に関する比較公法学的研究(課題番号17601006)の成果の一部である。なお、同僚の浅野博宣・井上典之・中川丈久各教授から多大な教示を得たが、言うまでもなく誤りは全て筆者の責任である。