



特別意義論の検証(村上義弘教授還暦記念号)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2009-08-25 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 南川, 諱弘 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24729/00001701">https://doi.org/10.24729/00001701</a>

# 特別意義論の検証

南川 諦 弘

## 一 特別意義論の提唱

### (1) 憲法による条例制定権の保障

「地方自治の本旨」に基づく地方自治を保障する現行憲法は、地方公共団体は「財産を管理し、事務を処理」するほか、「行政を執行する権能を有」する、と規定している（九四条）。すなわち、旧憲法時代の府県や市町村が事業団体あるいは経済団体と観念されたのと異なり、現行憲法の地方公共団体は、警察や統制といった権力的行政を行うことができる、一の統治団体であることを保障している。

ところで、法治国家のもとでは、行政は法に基づき法に従って行われなければならないが、とりわけ権力的行政については法律の留保の原則が適用される。したがって、統治団体としての地方公共団体が、その地域において権力的行政を行うためにはその根拠となる法が必要であるが、この地方公共団体の権力的行政が自治的なものであるためには、その根拠法を地方公共団体が自から制定しえなければならない。ただし、地方公共団体の行政が、国の法令に基づき国の法令に従ってしか行いえないとするならば、そこには地方公共団体の自治が存在するとはいえないからである。

したがって、地方公共団体が自治立法権をもつということは、地方公共団体、とりわけ統治団体たる地方公共団体の自治を保障するうえで不可欠である。現行憲法が、「地方公共団体は、…法律の範囲内で条例を制定することができる」と規定し（九四条）、法律の授権によることなく（「法律に基づいて」と規定していない）、かつ法律によっても奪うことのできない条例制定権を地方公共団体に付与しているのは、右のような理由からである。

ところが、他方、憲法は、国法秩序の一元性という観点から、地方公共団体の条例制定権に「法律の範囲内で」なければならないとの制約を課している（地方自治法一四条一項は、これを「法令に違反しない限りにおいて」と規定しているが、同旨）。すなわち、条例は国の法令に抵触しえない。そこで、どのような場合に条例は国の法令に抵触するか、が問題となるが、その解釈如何によって、条例制定権の範囲が広くも狭くもなり、延いては地方公共団体の自治の内容・程度が決定される。このような意味から、条例の法令適合性をどのように考えるかは、「地方自治の本旨」に基づく地方自治制度の保障という観点から極めて重要な問題である。

## (2) 条例の法令適合性に関する学説・判例

条例の法令適合性に関する学説・判例の状況を時系列的に概述すると、左の通りである。

### (イ) 原型的法律先占論

条例の法令適合性に関する伝統的な見解は、法律先占論と呼ばれる。その原型理論は、国の法令が明示又は黙示に（法令による明確な規制はないが、法令全体の趣旨から考えて）先占している事項については、法令の明示的な委任がなければ条例を制定することができない、というものである。この見解では、一体どのような場合に法令による先占がなされ、条例が法令に抵触することになるのか、が問題となる。この点について、久世公堯氏は、行政実例等をもとに詳細な類型的分析を行っておられる。<sup>(1)</sup> それによれば、(一)条例が法令と目的を異にする場合は、条例の制定は可能であるが、<sup>(2)</sup> (二)目的が同じで対象

だけを異にする場合は、①法令の趣旨が、当該事項及びその隣接の分野中当該事項のみを全国的規制の必要ありとして取り上げ、他は規制の自由を認めたことが明らかであるときは、条例の制定は可能であると解するものの、②法令の趣旨が、その隣接分野をも考えて、そのうち一定事項のみを取り上げたことが明らかであるときには、条例を制定することができないと解しているし、さらに③条例が法令と目的及び対象を同じくする場合は条例の上乗せ規制はできない、としている。

#### (ロ) 明白性の理論

昭和三〇年代の中頃になると、右に述べたような法律先占論を修正する見解が唱えられるようになった。すなわち、成田頼明教授は、「法令の先占領域の観念をあまり広く解して自治立法権の範囲を縮小する解釈にはにわか賛成しがたい。先占領域の観念を認めるにしても、その範囲は、当該法令が条例による規制を明らかに認めていないと解される場合に限られるべきである」との、いわゆる明白性の理論を唱えられた。<sup>(3)</sup>

#### (ハ) 法律ナショナル・ミニマム論

昭和四〇年代中頃から、法律先占論とは異なる立場、というよりそれを否定する立場から条例の法令適合性を考える、いわゆる法律ナショナル・ミニマム論が唱えられるようになった。この見解は、当初は公害規制に関し、公害現象の地域性、生存権の財産権Ⅱ企業の自由に対する価値優越性、及び公害行政に対する現代的要請から、「国の法令による規制は、…全国的・国民的見地からする規制の最低基準を示すもの」<sup>(4)</sup>である、とする解釈であったが、その後一般化され、例えば、原田尚彦教授は、「現行の地方自治制度のように、憲法に自治制度の根拠がある場合には、いかなる事務でも国の立法政策で任意に国の事務とし、地方自治体の関与を一切排除することができると考えること自体に疑問がある」として法律先占論を否定したうえで、「地方自治行政の核心的部分については、『地方自治の本旨』を保障した憲法の趣旨よりみて国の立法政策のいかんによらず、いわば『固有の自治事務領域』として第一次的責任と権限が地方自治体に留保されるべき」であり、「かかる事務領域につき、国が法律を制定して規制措置を定めた場合には、それは全国一律に適用されるべきナショナル・ミ

ニマムの規定と解すべきであって、自治体がもしそれを不十分と考える場合には、……独自に条例をもって横出ししないし上乘せ規制を追加することも、つねに許される」と解釈されてよく、もし「かかる領域について、国が条例の関与を一切禁止する趣旨の法律の明文を設けるとすれば、……法律の方が地方自治の本旨に反するものとなり、かえって違憲の疑いをもたれることになる」と述べておられる。<sup>(5)</sup>

## (二) 法令の趣旨解釈論

公海上乗せ規制条例の出現や法律ナショナル・ミニマム論は、学説のみならず、判例にも少なからぬインパクトを与えた。最高裁は、徳島市公安条例事件において、「特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合で……、両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしも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、その地方の実情に依じて、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は、国の法令と条例との間になんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じえない」と判示し、原型的法律先占論では条例の法令適合性が否定される場合、すなわち条例が法令と同一の目的で同一の対象について規定する場合でも、当該法令の趣旨を解釈することによって条例の法令適合性を肯定することができる、とのいわば法令の趣旨解釈論ともいうべき新たな見解（法律先占論の修正理論）を打ち出した。

## (3) 条例の法令適合性に関する諸見解の検討と特別意義論

まず原型的法律先占論であるが、この見解によれば、国の法令が存在する場合、たとえそれが不十分な内容で当該地域の実情に適合しないものであっても、地方公共団体としては独自にその必要とする条例を制定することができないという不都合がある。また、国の法令が存在しない場合でも、右の見解がよって立つ国家法優位思想の下では、国の法令によって黙示的に先占されているとして、条例の制定が許されないと解される可能性が高い。このように、原型的法律先占論は、無条

件に国の法令による先占を認める結果、法令制定の可否を全く国の立法政策に委ねてしまうものであって、憲法が、法律によっても奪うことのできない自治権として条例制定権を地方公共団体に保障している意味を没却し、妥当とは思われない。

しかし、他方、法律先占論の対極にある法律ナショナル・ミニマム論も採りえない。けだし、同見解は、一定の自治事務については国の法令によっても奪うことができず、したがって、そのような事務領域においては条例が国の法令に常に優位することを認めるのであるが、憲法九四条は、条例の制定は「法律の範囲内」と規定し、また同九二条は、地方公共団体の組織及び運営に関する事項は「法律でこれを定める」と規定している現行憲法の下では、たとえ地方自治の核心的部分にかかわる事務（固有の自治事務）について定める条例といえども、国の法令に積極的に抵触することができないであろうし、また、法律によっても奪われないという意味で固有の行政事務を憲法が地方公共団体に具体的に保障していると解することが困難である<sup>(8)</sup>からである。

といて、国の法令による先占は、当該法令が条例による規制を明らかに認めていないと解される場合に限られるべきであるとして、一見条例制定権の範囲を拡大するかの如く思われる明白性の理論も、国の法令が一定の基準を設けて規制している場合に、国の法令と同一の目的で同一の事項につき法令よりも高次の基準を付加する条例、および国の法令が一定の規制をしている事項について国の法令と同一の目的で国の法令の規制より強い態様の規制をする条例の制定は許されないとしているし、また、昭和四五年改正の大気汚染防止法四条一項が、ばいじんならびに有害物質については排出基準の上乗せ規制を認める一方、いおう酸化物を除外していることに関連して、「このような改正後の大気汚染防止法の規定の下では、いおう酸化物について条例で国の基準より厳しい基準を設けることが許されないことはかえって明確になった<sup>(9)</sup>」としており、原型的法律先占論の解釈とほとんど変わらない。

また、現在の通説であるといえる法令の趣旨解釈論についても、法令の趣旨が必ずしも明らかでないため、その解釈次第で条例制定権の範囲が広くも狭くもなり、条例の法令適合性の判断基準としての安定性に欠けるところがある。例えば、飯

盛岡旅館建築規制条例事件において、第一審判決は、<sup>(10)</sup>「旅館業法は、……自ら規制場所につき定めを置いていること、しかも規制場所については、同法が定める敷地の周囲おおむね一〇〇メートルの区域内と限定しており、これは無制限に規制場所を広げることは職業選択の自由を保障した憲法二二条との関係で問題があることを考慮したものであると思われること、旅館業法が条例で定めることができるとしているのは、都道府県の条例をもって学校ないし児童福祉施設に類する施設を規制場所に加えること（同法三条三項三号）及び旅館業を営む者の営業施設の構造設備につき基準を定めること（同法施行令一条一項一―号、二項一〇号、三項七号、四項五号）の二点であると限定していることにかんがみると、旅館業法は同法と同一の目的の下に、市町村が条例をもって同法が定めているより高次の営業規制を行うことを許さない趣旨であると解される」と判示したのに対し、その控訴審判決は、<sup>(11)</sup>「地方公共団体が当該地方の行政需要に応じてその善良な風俗を保持し、あるいは地域的生活環境を保護しようとすることは、本来的な地方自治事務に属すると考えられるので、このような地域特性に対する配慮を重視すれば、旅館業法が旅館業を規制するうえで公衆衛生の見地及び善良の風俗の保持のため定めている規定は、全国一律に施されるべき最高限度の規制を定めたもので、各地方公共団体が条例により旅館業法より強度の規制をすることを排斥する趣旨までを含んでいると直ちに解することは困難である」と判示し、同じ旅館業法について全く逆の趣旨解釈を行っている。したがって、地方公共団体としては、このような解釈の下では、確信をもって条例を制定することができず、結局、国の法令に従った行政に甘ずるか、さもなければ、<sup>(12)</sup>法治主義の点から大変問題のある、いわゆる要綱行政に逃避することにならざるをえない。

そこで、筆者は、前述したように、(一)条例の制定は「法律の範囲内」でなければならず、との憲法上の制約を無視できない、(二)憲法は、地方公共団体の組織及び運営に関する事項は「法律でこれを定める」と規定し自治権の保障につき法律に留保していることから、法律によっても奪われない一定の行政事務を憲法が保障しているとの見解は採りえない、という前提のもとで、(三)統治団体としての地方公共団体にとって、行政事務について条例制定権を有することが地方自治の保障に極

めて重要な意味をもつことから、できる限り広くそれを認める方向で条例の法令適合性を解釈するために、次のような見解（特別意義論）を提唱している。すなわち、国の法令に積極的に抵触する条例は制定できないが、条例による規制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場合には、そのような条例の制定を承認してもよいのではないか、というものである。<sup>(13)</sup>

ところで、条例が国の法令に積極的に抵触する場合としては、法律が条例による規律を明文規定をもって排斥している場合が考えられる。例えば、自然公園法四二条一項が、「都道府県は、都道府県立自然公園の風致を維持するため、条例の定めるところにより、その区域内に特別地域を指定し、かつ、特別地域内及び当該都道府県立自然公園の区域のうち特別地域に含まれない区域内における行為につき、それぞれ国立公園の特別地域又は普通地域内における行為に関する前章第四節の規定による規制の範囲内において、条例で必要な規制を定めることができる」（傍点筆者）と規定し、横出し上乗せ規制を禁止しているような場合である（自然環境保全法四六条一項も同様<sup>(14)</sup>）。また、法律が一定の事項の遵守を要求している場合に、当該法律による特別な授權なしに、その遵守義務を免除したり軽減する等の措置を条例で定める場合も、積極的抵触に該当するであろう。したがって、例えば、建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する「最低の基準」を定めている建築基準法の規定の適用を緩和させる条例を、法律の授權（例えば、建築基準法四一条）なしに制定することができない。

しかし、右のように、条例が国の法令と積極的に抵触する場合でないならば、条例による規制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（条例制定の必要性・合理性・実効性が存在する）ときは、国の法令と目的が同一ないし共通しているか否かとか、国の法令の趣旨が全国一律に規制せんとするにあるか、それとも地方の実情に応じて条例による別段の規制を施すことを容認するか等を詮策することなく条例の制定を可能と解することが、地方公共団体に条例制定権を与えた憲法の趣旨に沿う所以である、と考える。そして、かような解釈によってはじめて、地方公共団体がそれぞれの地域的事実から制定している条例の法令適合性を肯定することができ、また現在は要綱行政に逃避しているものを法治主義の要請を

叶えさせる途である、と考える。

そこで、以下では、二・三の条例をとりあげ、現在の通説である法令の趣旨解釈論と対比させながら、特別意義論の有用性を検証する。

## 二 特別意義論の有用性の検証

### (1) 普通河川管理条例

河川法は、一級河川（国土保全上又は国民経済上特に重要な水系で政令で指定したものに係る河川で建設大臣が指定したもの。同法四条一項）及び二級河川（四条一項の政令で指定された水系以外の水系で公共の利害に重要な関係があるものに係る河川で都道府県知事が指定したもの。五条一項）を対象とし（三条一項）、一級河川及び二級河川以外の河川で市町村長が指定したものについては、二級河川に関する規定（政令で定める規定を除く）が準用される（一〇〇条一項）仕組みになっている。前者を適用河川、後者を準用河川といい、それ以外の河川が普通河川で、いわゆる法定外公共用物（行政財産）といわれているものである。

ところで、高知市では、河川法の適用又は準用を受けない公共の用に供せられる河川、沼、ため池、ほり、水路及びみぞで市長の指定する区域と、公共の安全を保持し、又は公共の利益を増進するためこれらに設けられた堤防、護岸、水利、床留め、水門、閘門、樋管等の施設（普通河川等）において、工作物の新築、改築その他により流水又は土地を占用しようとするときは、市長の許可を要する、等と定めた条例（高知市普通河川等管理条例）を制定していたが、同条例の対象である河川の堤防の土地所有者Xが、一般人の通行を阻止するため（通行人がX方家屋をのそいたり、これに侵入しようとするので）、その両端に木塀を設けたところ、市長は、右条例（一四条）に基づき、木塀の除却を命じたので、Xは同除却命令の無

効確認訴訟を起した。この事件において、最高裁は、<sup>(15)</sup>「河川の管理について一般的な定めをした法律として河川法が存在すること、しかも、同法の適用も準用もない普通河川であっても、同法の定めるところと同程度の河川管理を行う必要が生じたときは、いつでも適用河川又は準用河川として指定することにより同法の適用又は準用の対象とする途が開かれていることにかんがみると、河川法は、普通河川については、適用河川又は準用河川に対する管理以上に強力な河川管理は施さない趣旨であると解されるから、普通地方公共団体が条例をもって普通河川の管理に関する定めをするについても……河川法が適用河川等について定めるところ以上に強力な河川管理の定めをすることは、同法に違反し、許されないものといわなければならない」とし、設置者の同意を得ないで河川管理施設を河川管理権に服せしめる右条例は、河川法に違反する、と判示した。すなわち、同判決は、普通河川をいつでも適用河川又は準用河川として指定することにより同法の適用又は準用の対象とすることができることを理由に、同法で定める以上の高次の河川管理を許さない、つまり横出し上乗せ規制を許さないというのが同法の趣旨である、と解したのである。

しかし、右のような河川法の趣旨解釈は、甚だ不都合な結果をもたらす。(一)右条例が制定された(昭和四二年)当時の河川法では、準用河川の指定の対象を、「第四条第一項の政令で指定する水系(一級河川の水系・筆者注)及び第五条第一項の水系(二級河川の水系・筆者注)以外の水系に係る河川」としていたので、一級河川及び二級河川の水系の小河川は準用河川の指定の対象となしえなかつたのである。それが昭和四七年の河川法改正で、冒頭に述べたように、「一級河川及び二級河川以外の河川」を準用河川として指定しうるようになったものである。右最高裁判決は、おそらく、同改正法により準用河川への途が広く開かれるようになったことから、条例による横出し上乗せ規制に対し厳しい趣旨解釈をしたのであろう。ところで、国の法令の改正によって、国の法令が従来条例で規定されていたものを吸収する結果、条例による規制が当該改正法令の趣旨から許されなくなるという場合、即時に当該法令に適合するように条例を廃止ないし改正しなければ、条例は無効ということになるであろうか。当然、一定の猶予期間が認められるであろう。もっとも、本件の場合、昭和四七年に河川

法の改正があり（四七・七・一施行）、除却命令は同四九年に出され（四九・一一・二七）、同五〇年に準用河川に指定されている（五〇・四・一）。したがって、この点については、仮に最高裁判決の趣旨解釈によるならば、本件条例は無効となるであろう。また、私見の特別意義論によっても、準用河川への道が開かれたということによって、この点での条例制定の特別意義（条例制定の必要性）は認められないということになる。

しかし、(二)四七年の法改正によって、本件のような条例制定の必要性が全く失くなったのであろうか。高知市では、一〇平方キロメートルに及ぶゼロメートル地帯を抱え、しかも同周辺地域の宅地化・都市化にともない遊水地帯が激減して低地帯の浸水被害が毎年くりかえされていたという中で、普通河川の管理の重要性が高まり、河川法一〇〇条一項に基づき、県の指定した高知市内の一〇六の普通河川のうち重要度の高い六三河川を準用河川として指定し、市が管理することの承認を県に対して申請したが、満足しうる回答が得られなかったため、結局、県との協議のうえ、右一〇六河川すべてを市が普通河川として指定し県に代って管理することとし、上記条例を制定したということである。<sup>(16)</sup>このように、法律上は準用河川への途が開かれていても、実際には準用河川の指定は必ずしも容易でないことがうかがわれる。

そのうえ、(三)「適用河川においては、同意を得て新たに河川算理施設としなければならぬような私有の河川施設は極めて少ない……。また、適用河川に、たとえ私有の河川施設が存する場合であっても、その所有者の多くは個人ではなく、農業関係団体……などであるため、法三条二項の同意を拒否することはほとんどない。さらに河川施設、特に護岸などは、河川管理者に管理してもらうことは、その所有者にも利益になることが多く、特に宅地等の造成業者などにあつては、……：大抵の場合、かかる河川施設についての所有権をも放棄する。……以上のような理由で、適用河川にあつては、實際上、河川管理上必要な私有の河川施設について、権限あるものの同意が得られず、ひいては河川管理施設とすることができず、河川管理に支障を来すというような事態は、……ほとんどない」のに対し、普通河川である「地方の小河川の堤防、河岸もしくはそれに類するあぜ道等は大河川の場合と違って私有地が多く、その所有関係も甚だ複雑で、一々その権原者の同意

を得るなど不可能に近い」という事情が存在する、といわれている<sup>(17)</sup>。そして、主としてこのような理由から、上記最高裁判決の河川法についての趣旨解釈が批判されているのである<sup>(18)</sup>。

しかし、私見によれば、法令の趣旨解釈は、もともとこのように解釈者によって結論を異にすることになる不安定さを孕んでいるのであって、それ故にこそ、地方公共団体の条例制定権を重視する立場から、法令の趣旨解釈からの解放が必要であり、筆者は上述のような特別意義論を提唱しているのである。ところで、私見によれば、本件条例の立法当時では、一から三のような条例制定の必要性（条例による規制に特別の意義）が認められ、昭和四七年河川法改正後においても、二、特に三のような事情が存在することから、条例の制定が認められることになる（条例制定の合理性・実効性は、この場合特に問題にならず、肯定できる）。特別意義論が有用である所以がここにあるといえよう。

## (2) 公害防止条例

条例の法令適合性の問題が特に大きな議論の対象とされるようになったのは、昭和四四年の東京都公害防止条例の制定によってである。もともと公害規制については自治立法が先行し、例えば戦前においては、明治二四年の大阪府令「製造工場取締規則」など、また戦後においても、例えば、東京都の昭和二四年の工場公害防止条例、同昭和二九年の「騒音防止に関する条例」、同三〇年の「ばい煙防止条例」等の条例が制定され、公害規制行政は、地方公共団体の手によって先行的に行われた。ところが、その後昭和三三年に至って、流血事件にまで発展した江戸川製紙事件を契機に、国においても、公共用水域の水質保全に関する法律、工場排水等の規制等に関する法律を制定し、さらに昭和三七年のばい煙規制法、建築物用地下水の採取の規制に関する法律、同四二年の公害対策基本法、大気汚染防止法、騒音規制法と、逐次公害規制立法の整備を行っていった。これに伴って、既存の条例の方は法令との二重規制を回避するために改正が行われ、その結果、条例の規制内容は、いわゆる落ち穂拾い的なものとなっていった。しかるに、昭和三〇年代後半以降の高度経済成長により、太平洋べ

ルト地帯を中心に公害その他生活環境の悪化が進んだ結果、公害が深刻な地方公共団体においては、国の公害規制立法では十分に対応できないことから、国の法令の上乗せ規制を含む独自の公害防止条例を制定せざるをえなくなった。上述の東京都公害防止条例は、このような地方公共団体による公害上乗せ規制条例の制定に先導的役割を果すことになった。すなわち、同条例では、例えば、大気汚染防止法では届出制であるばい煙発生施設の設置及び変更について認可制を採用し、また法律では施設毎のばい煙の排出基準を工場単位で総量規制する、などの上乗せ規制を定めていた。そのため、そのような条例の法令適合性が大きな問題となった。しかし、当時の公害状況は、右のような条例を無効と言い切るには余りにも深刻であったために、十分な法的検討も行われることなく、「皆んなで渡ればこわくない」式に既成事実が先行していった。このような状況の下で、昭和四五年秋のいわゆる公害国会において、悪名の高かった公害対策基本法二条二項の経済調和条項が削除されるとともに、大気汚染防止法四条、水質汚濁防止法三条三項が改正され、都道府県の条例による排出基準・排水基準の上乗せ規制が認められたことによって、公害防止条例が立法的解決をみたくにみえた。

ところが、右の改正は、かえって公害防止条例の法令適合性の問題に新たな困難を投げかけるところとなった。すなわち、(一)大気汚染防止法四条一項、水質汚濁防止法三条三項によって上乗せ規制条例を制定できるのは都道府県のみであるから、市町村にはそのような条例の制定が許されないのではないか、(二)大気汚染防止法四条一項が上乗せ規制を許しているのは、はいじんならびに有害物質についてであって、「燃料その他の物の燃焼に伴い発生するいおう酸化物」(二条一項一号)は除外されているから、条例によるいおう酸化物に関する上乗せ規制は許されなくなったのではないか、(三)右各条項が許容する上乗せ規制は、法令上の規制数値のかさ上げであるから、条例が法令上とられている規制方法と異なる方法によって規制を實質的に強化することが許されないのではないか、という問題が起ったのである。ところで、(1)で紹介した最高裁の法令の趣旨解釈論からすれば、河川法の場合よりもよりはっきりと、右の(一)～(三)、特に(一)、(二)については否定的に解されるであろう。<sup>(19)</sup>つまり現在の通説的見解である法令の趣旨解釈論からすれば、排出基準の上乗せ規制をしている市町村条例、工場設置

・変更の許認可制、燃料規制、装置規制を盛り込んでいる条例は、いずれも国の法令に抵触し無効と解されるのである。昭和四〇年代ほど公害問題が深刻視されない昨今において、もはや公害上乗せ規制を競う段階が過ぎたともいわれているが、なおそれぞれの地域の公害事情から、国の法令による規制では不足しないために、上乗せ・横出し規制条例の制定を必要とする地方公共団体もあると思われるが、法令の趣旨解釈論では、そのような条例を制定したくともできないという不都合がある。この点、私見の特別意義論では、大気汚染防止法等の国の法令はいずれも明示的に条例による規制を排斥していないし、しかも他方、正に公害現象の地域性から、公害問題が深刻な地方公共団体においては、国の法令を上回る規制を盛り込んだ条例を制定する特別の意義（必要性）が認められるであろうから、上乗せ規制条例の制定を肯定する結論を導くことが可能である。ここにも、特別意義論が有用である所以がある。

### (3) ラブホテル等規制条例

いわゆるラブホテルないしモーター類似施設（及びそれによる営業）は、地域の風俗環境を害し、青少年に有害な影響を与え、また良好な生活環境の保持という観点からも望ましくないとして、その建築や営業に反対する住民運動が各地で起り、このような反対運動が契機となって、多くの地方公共団体（市町村）では、ラブホテルないしモーター類似施設の建築ないし営業を規制する条例（以下ラブホテル等規制条例という）を制定している。

もっとも、右のような条例も、立法の形式、条例の目的、規制の対象、規制の手段、実効措置、罰則の有無等、その内容は様々であるが、ここでは、そのうちで最も典型的な条例、すなわち、「ラブホテル」あるいは「モーター類似施設」を定義し、一定の区域（当該地方公共団体の全域であることもある）を設定して、その区域内でのラブホテルやモーター類似施設の建築を認めない（禁止したり、長の同意制度をとり原則としてその同意を与えない）とする条例（立地規制型のラブホテル等規制条例）をとりあげることにする。

ところで、ラブホテル等規制条例の法令適合性の問題は、昭和五九年八月制定の風俗営業等の規制及び業務の適正化に関する法律（以下新風営法という）が施行される前においては、営業規制面では、旅館業法、風俗営業等取締法四条の六、建築規制面では建築基準法との関係がそれぞれ問題となったが、法令の趣旨解釈論の立場からも、右のいずれの法令との関係もクリアする、と解することができた<sup>(20)</sup>。ところが、新風営法が制定され、同法がラブホテルやモーテル類似施設を規制の対象とすることになったことによって、ラブホテル等規制条例の法令適合性の問題に新たな要素が加わることになった。すなわち、同法は、新たに目的規定を設け、「善良の風俗」の保持のみならず、「清浄な風俗環境」の保持、および「少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止」することをその目的に掲げている（一条）。また、第二条四項三号で、「風俗関連営業」の一つとして、「専ら異性を同伴する客の宿泊（休憩を含む。以下この号において同じ）の用に供する政令で定める施設（政令で定める構造又は設備を有する個室を設けるものに限る。）を設け、当該施設を当該宿泊に利用させる営業」をあげ、同規定に基づく風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行令第三条でレンタルルーム（一項一号）、モーテル（一項二号・二項一号）、モーテル類似施設（二項二号・二項三号）、及びラブホテル（一項二号・三項）の施設、構造、設備について規定している。そして、その営業に対する規制の方法として、営業所ごとに、公安委員会へ届出をさせる（新風営法二七条）とともに、一団地の官公庁施設、学校、図書館、児童福祉施設又はその他の施設でその周辺における善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為若しくは少年の健全な育成に障害を及ぼす行為を防止する必要があるものとして都道府県条例で定める敷地（これらの用に供するものと決定した土地を含む）の周囲二〇〇メートルの区域内での同営業を禁止し（同二八条一項）、さらにその禁止区域の上乗せ規制を都道府県の条例に授權している（同条二項）。そして、右一定区域（地域）での営業禁止に実効性をもたせるため、罰則（同四九条三項六号）のほか、営業の停止および廃止命令（同三〇条）の措置を定め、その他、同法又は同法に基づく命令若しくは条例の規定（前述の施設並びに禁止区域に関する都道府県の上乗せ条例を除く）に違反した営業者に対し、善良の風俗若しくは清浄な風俗環境を害する行為又は少年の健全な育

成に障害を及ぼす行為を防止するため必要な指示（同二九条）を行うことができる旨規定している。

かくして、新風営法は、その目的において、従来よりも一層ラブホテル規制条例の目的との共通性を鮮明にするとともに、旧風営法が規制の対象としていたモーテル（施行令では、三条二項一号がこれについて規定している）営業のほか、定義の仕方および内容に異なるところがあるものの、ラブホテル等規制条例が（実質的に）規制の対象としているいわゆるラブホテル及びモーテル類似施設（営業）をも規制の対象としているので、新風営法が、ラブホテルの規制については同法による規制で必要かつ十分と考え、それ以上（以外）の規制を許さない趣旨かどうか問題となる。結論から先にいえば、同法の趣旨は、おそらく、善良な風俗ないし清浄な風俗環境の保持や少年の健全育成に障害となる行為の防止という目的による旅館営業の規制の対象、程度及び方法は同法の定めるところによらしめるといふものではないかと解される。<sup>(21)</sup> けだし、同法がラブホテル営業を規制の対象とすることとなった今回の改正（新風営法の制定）は、昭和四七年、旧風営法がモーテル営業を規制の対象としたときと趣きを異にしているからである。すなわち、旧風営法のそれは、風俗保持上問題のあったモーテル営業について、旅館業一般について善良の風俗の保持という見地から最小限の規制を行うところの旅館業法の規制では不十分な部分を上乗せ規制しようとするものであって、いわば弥縫策であった（したがって、同法はモーテル営業以外の営業まで黙示的に先占し、それに対する条例による規制を排斥する趣旨であるとは解されない）のに対し、新風営法は、それまでの改正のような弥縫策によって対処しきれなくなった最近の性風俗をはじめとする風俗環境の悪化という状況のもとで、単に善良の風俗の保持にとどまらず、清浄な風俗環境の保持および少年の健全育成に障害となる行為を防止するという目的から、風俗営業（二条一項）および風俗関連営業（同条四項）について、それらに対する取締及び風俗営業の適正化のための措置について定める抜本的改正法である。このことは、同法が旧風営法を全面改正し、法律の名称も改めたところにも現われている。同法によるラブホテル営業の規制も、右のようなコンテクストにおいて理解しなければならぬと考える。

したがって、法令の趣旨解釈論からすれば、新風営法のもとで、善良の風俗ないし清浄な風俗環境の保持あるいは青少年

の健全育成といった目的から制定される、(一)新風営法が明示的に規制の対象とするラブホテル営業と同じ対象(ラブホテルないしラブホテル営業の定義の仕方・表現に違いがあっても、実態的に同一内容の施設ないし営業を規制する場合は、これにあたる)について、一定の区域での建築なり営業を禁止(立地規制)することを定める市町村条例(新風営法では、立地規制の上乗せは都道府県条例に授權しているから、このような市町村条例は、右の都道府県条例にも抵触することになり、この点でも事実上無効となる。地方自治法二条一五項)、(二)新風営法が明示的に規制の対象とするラブホテル営業以外の営業、例えばラブホテル類似営業ないしそのための施設について、立地規制する条例は、それぞれ同法に抵触し無効と解釈されざるをえないものと考ええる。

このような中で、従来のラブホテル等規制条例のような立地規則方式を採らず、建築基準法上乗せ規制方式の条例を制定した大阪府高槻市の「高槻市ホテル等建築の適正化に関する条例」が注目される。同条例は、健全で快適な町づくりの一環として、ホテル等の構造等について一定の建築基準法の上乗せ基準を定めた条例である。新風営法との抵触を避けつつ、ホテル等の建築物が快適で良好な都市環境の実現及び青少年の健全な育成に反するようなものにならないことを求めたもので、建築基準法がその目的として決して排斥してはいないが、しかしそれを確保するという点で同法に欠落している基準を定めるといふ、ユニークな内容の条例である。

ところで、私見の特別意義論では、従来型のラブホテル等規制条例もその法令適合性を肯定する余地がある。けだし、新風営法及び同施行令の対象とするラブホテル及びモーテル類似施設は、施行令三条一項二号に定める数値を達成する施設でありさえすれば同法による規制の対象とならないために、青少年の健全育成あるいは地域の良好な生活環境の保全という点で、不十分な面がないとはいえないからである。したがって、地域によっては、条例で構造基準を上乗せして規制する特別の意義(条例制定の必要性)が認められよう(その立証は、一般的にいつて非常に難しいと思われるが)。ここにも、特別意義論の有用性が認められる所以がある。

以上三つの条例をとりあげ、その法令適合性について、特別意義論の検証を行ったが、右の条例はいずれも、現在の通説的見解によれば、法令適合性が否定されたり、あるいは否定的な結論が導かれる可能性が高いのに対し、私見の特別意義論によれば、右の条例はいずれも地域的特別事情が存在し、条例制定の特別意義（条例制定の必要性）が認められ（条例によって規制する合理性・実効性も認められる）、条例の制定が可能と解される。

このように私見の特別意義論では、地域的特別事情が存在すれば条例制定が肯定できるので、その他に例えば、放置自転車の取締条例、地下水の採取規制条例、自家用天然ガス採取規制条例、カラオケ規制条例、景観保護条例、緑の保全条例等々、それぞれの地域的な特別事情から、国の法令が存在しなかったり、あるいは不十分な場合、それぞれの地域に必要な規制を行うための条例も、その法令適合性を比較的容易に肯定することが可能である。

なお、私見の特別意義論では、地域的特別事情が存在しない場合でも、すなわち本来は国の法令によって規制されることが望ましい事項でも、法令の規制が不十分なし存在せず、法令による規制をまてない緊急性がある（例えば、金属屑取締条例の制定がその例）とか、緊急性があるともいえずとも、法令による必要かつ十分な規制が行われるまでとりあえず条例によって補完しなければならないとかの事情が存在する場合（例えば、消費者保護条例の制定がその例）、条例制定の必要性が肯定される。

注

(1) 「法律と条例」総合判例叢書憲法(4)。

(2) このような考え方に立つ判例として、例えば高松地判昭四三・五・六下刑集一〇一五―五六七、名古屋高判昭五三・一〇・二五判時九二七―二五三。

- (3) 「法律と条例」憲法講座5・二一五。
- (4) 杉村敏正『憲法と行政法』九九・一四六・一六二・一六三、室井力「公害行政における法律と条例」法学セミナー一九七〇―一一―六七。
- (5) 「地方自治の現代的意義と条例の機能」『環境権と裁判』二四五・二四六。
- (6) 例えば、久世公堯氏や田中二郎博士も改説された。久世「新しい条例とその問題点」『地方自治条例論』一五四、田中『新版行政法中巻』一三五。
- (7) 最大判昭五〇・九・一〇刑集二九―八―四八九。
- (8) 塩野宏教授は、現行憲法では「事項的保護システム」を採っていないと解しておられる。「地方公共団体の法的地位論覚え書き」社会科学研究三三。
- (9) 「公害防止に関する法令と条例との関係」自治研究四七―四―九・一〇。
- (10) 長崎地判昭五五・九・一九行集三一―九―一九二〇。
- (11) 福岡高判昭五八・三・七行集三四―三―三九四。
- (12) 筆者は、開発指導要綱や中高層建築物指導要綱に基づく行政指導のようないわゆる統制的行政指導は、法的根拠なく行うことができないと解する。また、このような行政指導の実効性を担保するためにとられる、例えば上水道の供給拒否等の措置は、水道法一五条一項に違反すると解する（拙稿「行政指導と法治主義」判例タイムズ五八一―三七―三九）。東京地八王子支判昭五〇・一二・八判時八〇三一―一八、東京地八王子支判昭五九・二・二四判時一一四―一〇、東京高判昭六〇・八・三〇判時一一六六―四一。なお、大阪地堺支判昭六二・二・二五は、開発指導要綱に基づく開発協力金について、割当的寄附金等を禁止する地方財政法四条の五に違反する、と判示しているのが注目される。
- (13) 私見は、徳島市公安条例事件に関する最高裁判決の考え方を敷衍させたものである。すなわち、同判決は、本文中で紹介したように、道交法七七条一項四号の規定から推論して公安条例の法令適合性を肯定したのであるが、筆者は、この推論自体に無理があると考ええる。ただし、右の規定は、道路交通の秩序維持の見地から、所轄警察署長の許可を要する道路の特別使用行為を定めるにつき、各地方の道路交通の状況を考慮すべく各公安委員会の裁量に委ねたものであって、同規定を根拠に、条例が、道路交通の秩序維持という目的を越えた地方公共の安寧秩序を維持するという目的のために（その一環として）、道路交通の秩序を乱す行為を規制の対象とし、かつその規制に関し条例の優先適用を許している、と解することはできないと考えるからである。したがって、本判決は、道交法の趣旨云々をいうものの、

その実は、「条例における重複規制がそれ自体としての特別の意義と効果を有し、かつその合理性が肯定される場合」には条例は法令に違反しない、という考え方によったというのが、筆者の同判決についての理解である。

(14) 同規定の解釈について、荒秀教授は、同規定が最高規制を定めたとみることが妥当か否かは疑問であり、地方公共団体の独自の判断で規制する余地を認めているとみる方が正しいのではないかと思う」とされ、神奈川県自然环境保全条例の上乗せ規制を紹介されている。

「自然环境保全条例」『条例研究叢書』3六五～六七。

(15) 最判昭五三・一二・二民集三二一九一―一七二三。

(16) 竹内俊子『条例百選』ジュリスト八〇〇―二〇〇。

(17) 村上義弘民商法雑誌八一―四―五四二以下。

(18) なお、阿部泰隆「条例制定権の限界——最近の事例をめぐって——」都市問題。

(19) 成田前掲論文九・一〇、通産省公害保安局公害部編『大気汚染防止法・水質汚濁防止法の解説』三〇頁、原田前掲書一七・一八。

(20) 拙稿「ラブホテル規制条例と新風営法(二)」自治研究六二―六。

(21) 成田頼明「新風営法と警察活動」二五。