

地方分権改革後の国の法令のあり方

- 条例先行領域における後追い法律制定を手掛かりとして -

法学政治学研究科 公共政策専修コース

26154 奈良 裕信

はじめに

従来から、国が定める法律と地方自治体が定める条例の関係については数々の議論がなされてきた。そして、2000年の第一次地方分権改革（以下「分権改革」という。）により、機関委任事務が廃止されるなど条例の制定できる事務の範囲が広がったことから、この問題の重要性が今日さらに増していることは、分権改革後に法律と条例の関係の議論が活発になされていることにも表れている。

このような法律と条例の関係についての議論は、これまでは、分権改革後の議論も含め、法律の存在を前提として条例制定の可否等を論ずるものであった。しかしながら、現実には、ある行政課題に対して条例が先行して制定された後、後追いの法律が制定されることは少なくない。その場合にも、これまでのような法律の存在を前提とした議論がそのまま通用するのだろうか。

また、特に分権改革後の議論に顕著であるが、法律と条例の関係を対立的に捉え、地方分権推進的立場から前者を悪、後者を善とするかのような風潮がある。しかし、法律も条例も一定の行政課題を解決・解消するために定められるものであり、その結果、権利義務を規制されるのは事業者等を含む住民なのであるから、行政課題の解決のため、あるいは住民への規制を適切なものにするため、法律と条例がいかにあるべきかという視点が、この種の議論に欠落しているのではないだろうか。

本稿では、このような問題意識に立って、条例先行領域における後追い法律の制定を手掛かりとして、法律と条例の関係をとらえ直すことにより、地方分権改革後の国の法令のあり方についての考察を試みる。具体的には、第 1 章で従来の学説・判例を概観してその限界を考察した後、第 2 章で条例先行領域において国が法律を制定する場合にどのような制度設計がなされ、また先行条例と後追い法律がどのような関係になるのかについての考察を行う。そして、第 3 章で後追い法律の具体的事例を概観した上で、どのような場合に後追い法律が正当化されるかについて考察する。さらには、第 4 章で、地方分権時代に相応しい法律と条例の関係の構築に向けて、今後必要な立法政策・措置について言及する。

・法律と条例の関係についての学説・判例

1．問題の所在

地方公共団体は「法律の範囲内で」(憲法 94 条)「法令に違反しない限りにおいて」(地方自治法 14 条 1 項)、条例を定めることができる。したがって、法令(法律及び法律に基づく委任命令)に抵触する条例は無効であり、この「法律の範囲内」「法令に違反しない限りにおいて」の解釈から、法令と同じ目的で、法令の規制対象について法令より厳しい基準を定める「上乘せ条例」、法令の規制対象に隣接する事項について規制する「横出し条例」、法令の規制対象規模未満について規制する「裾出し条例」¹等の適法性が議論されてきた。

以下、従来からの一般的な解釈(学説・判例・行政解釈)と分権改革後に提唱された注目される学説に分けて、概観する。

2．従来からの議論

(1) 学説

戦後当初の学説は、国の法律が規定した領域については規制範囲を拡大したり基準を強化したりする条例を定め得ないとする法律先占論に依っていた²。しかし、その後、法律先占論は限定的に解釈される方向で修正され、「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」³とか、「国の法令の先占領域 - 条例を制定しえない範囲 - はできるだけ限定的に解釈し、法令が条例との関係で沈黙している場合には、十分合理性の認められる法令の定めにより明らかに抵触するものでない限りにおいて、条例を制定することができるものと解すべき」⁴とする考え方が有力となった。

近年は、法律先占論の限定的解釈を前提としつつ、法令と条例を調和的に解釈し、条例が法令と異なる規制をすることを法令が禁止する趣旨かどうか(条例による規制を排除する最大限規制法令か、条例による上乘せ等を許容する最小限規制法令か)を具体的に検討すべきであるとする説⁵が通説的見解である。そして、一般的には、法令の規定がない白地の場合や法令と目的が異なる場合には条例による規制は許

¹ 「裾切り条例」と呼ばれることもある。

² 田中二郎「新版 行政法 中巻」全訂第二版(弘文堂、1976)134頁は、「従来は、当該事項について、形式上国の法律が存する以上...それを法令の先占事項又は先占領域として、これに違反する地域の特殊事情に応ずる条例の定めも、法令に違反する無効の条例と考えるのが一般の傾向であった」としている。

³ 成田頼明「法律と条例」憲法講座第4巻(有斐閣、1974)215頁

⁴ 田中・前掲 135頁

⁵ 兼子仁「条例をめぐる法律問題」69頁、成田頼明ほか編集「注釈地方自治法」全訂(第一法規、加除式)688~699頁(小早川光郎・高橋滋)

容される、法令と同じ目的の場合、横出し条例・裾出し条例は通常は許容されるが、上乘せ条例は法令にこれを許容する明示的規定がない場合には法令の趣旨・目的等の考慮が必要となる、法令の規制を緩和・免除する条例は法令にこれを許容する明示的規定がない限り違法である、と解されている⁶。

(2) 判例

最高裁は、徳島市公安条例事件判決(最大判S50・9・10刑集29巻8号489頁)において、「条例が国の法令に違反するかどうかは、両者の対象事項と規定文言を対するのみでなく、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これを決しなければならない」として、次のように判示した。

ある事項について法令中にこれを規律する明文の規定がないことが、いかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるときは、これを規律する条例の規定は法令に違反する。

特定事項について法令と条例とが併存する場合でも、条例が法令とは別の目的に基づくものであり、その適用によって法令の規定の目的・効果をなんら阻害することがないときは、条例は法令に抵触しない。

法令と条例が同一目的であっても、法令が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は、条例は法令に抵触しない。

したがって、法令と条例の間に矛盾抵触がなく、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、条例は適法である。

また、高知市普通河川管理条例事件判決(最判S53・12・21民集32巻9号1723頁)は、河川法の適用を受けない普通河川について、同法の適用・準用河川への指定により必要ならいつでも河川法の対象とすることができるから、河川法は普通河川について適用・準用河川以上の強力な河川管理を定めることを禁止する趣旨であると解され、普通河川に対する横出し条例は違法であるとした⁷。

(3) 行政解釈

行政解釈も、このような通説・判例をほぼ踏襲していると思われる。元自治省事

⁶ 成田ほか・前掲(小早川・高橋)686・689頁、大塚直「環境法」(有斐閣、2002)39頁

⁷ このほか、旅館業法より強い規制を定めた上乘せ条例を比例原則に反し違法無効であるとした福岡高裁判決(S58・3・7行集34巻3号394頁)等がある。

務次官・松本英昭「逐条地方自治法」⁸は、法令・条例の規定対象と法令の趣旨目的の解釈による「メルクマールのなもの」を示した上で、「個々具体的には、法令の規定と条例の規定の背景、経緯等の事情、規定の趣旨・目的、規定の対象事項、規定の内容及び効果等を検討勘案して、個別に判断せざるを得ない」としている。また、元内閣法制局局長・前田正道編「法制意見百選」⁹も、法制意見の解説の中で、法令の趣旨の解釈による一般的な判断基準を示し、徳島市公安条例事件最高裁判決を引用した上で、「『地方社会における具体的必要性和規制の合理性、比例原則、技術進歩の程度、国の法律に定める罰則との関係等を総合的に配慮して個々具体的に判定すべきである』(成田頼明『法律と条例』ジュリスト憲法の争点二一頁)というほかはない。」と述べている。

3. 分権改革後の議論

(1) 分権改革による条例制定権の拡大

2000年の分権改革による条例制定権の拡大は、その後の法律と条例の関係をめぐる学説にも少なからず影響を与えている。ここではまず、条例制定権の拡大に関する改革の内容について概観する。

機関委任事務の廃止

分権改革によって、自治事務¹⁰の範囲が従前のいわゆる公共事務・団体委任事務・行政事務のそれから拡大するとともに、機関委任事務が廃止され地方自治体には国の事務がなくなった。従来、機関委任事務については地方自治体が独自に条例を定めることはできないと考えられてきたが、分権改革後は、自治事務はもちろん法定受託事務¹¹についても条例制定が可能となった。

地方自治法2条の改正

地方自治法2条の改正により、地方自治体が処理する事務及び処理できない事務の例示規定(旧3項・10項)が削除されるとともに、「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づき、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえたものでなければならない。」(11項)、「地方公共団体に関する法令の規定は、地方自治の本旨に基づいて、かつ、国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえて、これを解釈し、及び運用するようにしなければならない。」(12

⁸ 松本英昭「新版 逐条地方自治法」第1次改訂版(学陽書房、2002)145～149頁

⁹ 前田正道編「法制意見百選」(ぎょうせい、1986)344～345頁(古居儒治)

¹⁰ 地方公共団体が処理する事務のうち、法定受託事務以外のもの(地方自治法2条8項)

¹¹ 法令により地方公共団体が処理する事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであって、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるもの(地方自治法2条9項1号)等

項)「法律又はこれに基づく政令により地方公共団体が処理することとされる事務が自治事務である場合においては、国は、地方公共団体が地域の特性に応じて当該事務を処理することができるよう特に配慮しなければならない。」(13項)との国・地方の適切な役割分担¹²を踏まえた立法・解釈運用原則及び自治事務への配慮義務が明文化された。

これらの規定のうち、特に11項の国の立法原則については、憲法92条の「地方自治の本旨」の内容を確認・具体化したものであり、したがって同項(の憲法原則)に違反する法律は無効である、と主張されることがある¹³。しかしながら、同項が文言上「地方自治の本旨」と「適切な役割分担」を並列していることから分かつとおり、同項の役割分担原則は「地方自治の本旨」と完全に重なるものではないと解される¹⁴。

また、同項は基本法的な性格を有する規定であると考えられるが、だからといって、同じ法律である個別法との間に法的効力の優劣はない。

以上のことから、ある法律が、憲法92条の「地方自治の本旨」に反する場合はともかく、地方自治法2条11項の立法原則に違反するからといって直ちに無効となるわけではないと解される。

一方、政省令の規定が同項に違反する場合には、違法無効と解される。例えば、「政令の定める基準に従い」条例で基準設定等を行う規定が法律に定められている場合に、当該「政令」の規定が地方の裁量の余地がないほど高い規律密度で定められているときは、同項との関係で違法無効か否かが問題となり得るであろう。

(2) 標準設定論

現在、複数の地方分権推進的な論者¹⁵によって主張されているのが、国の法律が規定している自治体の事務について条例を制定することは原則として可能であり、特に自治事務については法律の規定は「標準設定」として扱って差し支えない(も

¹² 同法1条の2参照。

¹³ 成田ほか・前掲178頁(小早川・高橋)、北村喜宣「新地方自治法施行後の条例論・試論」(良書普及会「自治研究」76巻8号・9号、2000)8号49頁

¹⁴ 松本・前掲45～46頁、鈴木庸夫「地方公共団体の役割及び事務」(ジュリスト増刊「あたらしい地方自治・地方分権」、有斐閣、2000)64頁。なお、塩野・前掲176頁は「役割分担原則は、憲法の定める地方自治の本旨を現時点においてさらに具体化しようとしたものであるが、地方自治の本旨それ自体は必ずしも時間的・空間的に固定的なものではないので、この準則に反する立法が直ちに憲法違反ということになるものではない」とする。

¹⁵ 北村・前掲、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巻5号、2001)、地方6団体地方分権推進本部「『地方分権時代の条例に関する調査研究』の中間まとめ(2001)、斎藤誠「分権時代における自治体の課題と展望 - 条例論を中心に」(ジュリストNo.1214、2001)。

のがある」とする説である。

その根拠として、地方自治法 2 条 11 項・13 項が憲法原則の確認規定である¹⁶、あるいは個別法に対して論理的優越性を有する基本法である¹⁷ことから、これに反する法律の規定は限定解釈すべきという点を挙げている。しかしながら、先に述べた理由から同条 11 項が憲法原則であるとは必ずしも言えず、ましてや地方自治法に基づく概念である「自治事務」への配慮義務を定めた 13 項が憲法原則であるという合理的根拠が示されているとは言い難いし、また、基本法だからといって他の法律に法的効力が優先するわけではない。

さらに、ある法律の規定を標準と解することは、標準とされる規定に私人に対する罰則がある場合の罪刑法定主義（構成要件の明確化）との関係からも、問題がある場合があると思われる¹⁸。

したがって、標準設定論を法律解釈論として採ることは困難といわざるを得ない。

（3）規範抵触論

岩橋健定「条例制定権の限界」¹⁹は、分権改革後は、ある事務が条例制定権の範囲内にあるか否かの判断を独立に行う意義はなく、法律と条例に実質的な抵触があるか否か、抵触がある場合にはどちらを優先すべきかを判断すべきとする。これを、従来の「領域先占論」に対し「規範抵触論」という。

そして、法律上の要件を変更する「書きかえ条例」は明文の規定がなければ原則として認められない、法律上の要件を具体化する「具体化条例」は法律の範囲内である限り広く認められる、とした上で、法律上の制度と競合・重複して上乗せ・横出し等を行う「並行条例」については、その重複が不合理でない限りは規範の抵触を導くべきでない、法律が条例上の制度の発動を制限することができるのはそれを正当化できるだけの立法事実が存在するときに限られる、とする。

岩橋論文は、分権改革後の法令と条例の関係のとらえ方について、条例の分類と併せて、一つの重要な示唆を与えるものであると考えるが、条例の分類に関し、上乗せ条例・横出し条例を「並行条例」と位置づけていることについては、やや違和感がないわけではない。上乗せ条例・横出し条例の定義の問題であるが、従来は、

¹⁶ 北村・前掲 8 号 49 頁

¹⁷ 櫻井・前掲 67 頁

¹⁸ 北村・前掲 9 号 70～71 頁は一定の場合には法令の規定の条例による緩和も違法でないとするが、例えば、法律で自治体の許可を要するとされている私人の行為について、当該規定を標準であるとして条例でその全部又は一部について許可を要しないこととする場合に、無許可行為に対する罰則規定との関係が問題となる。

¹⁹ 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「行政法の発展の変革（下）」有斐閣、2001）

上乘せ・横出しであるか否かは法令の規制基準との比較において決まってくるのであり、それが自主条例たる「並行条例」による場合もあれば、法律に基づく「書きかえ条例」による場合もある、という整理の仕方が多かったように思う。本稿で言う上乘せ条例・横出し条例もこのような整理を前提としている。

4．これまでの条例論の限界

以上見てきたように、これまでの条例論は、分権改革後の議論も含め、既存の法令の存在・先占を前提として、条例を類型化し、その可否、違法・適法を論ずるものであり、国の法令のあり方や既存法令の改革案については「大綱化」「規律密度を下げる」という抽象論に終わってしまうことが多いという限界があった²⁰。

しかしながら、実際には、法令より先に条例で定められている事務領域も多く、また、国の法令制定の際は必ずしも既存条例に十分な配慮が払われないということもあることから、発想を転換し、条例の存在を前提として、後追い法律との関係や国が法令の制定に際して考慮すべき事項を考察する必要がある。さらには、それを手掛かりとして、分権改革後の国の法令のあり方について考察することが、本稿の目的である。

・条例先行領域における国の法律の後追い制定

1．条例関係規定の類型

先に述べたように、ある行政課題に対して条例が先行して制定された後、後追いの法律が制定されることは現実に少なくない。本稿では、このように法律より条例が先行して定められている事務領域について、「法律先占領域」に対する用語として「条例先行領域」と呼ぶ。

また、このような後追い法律が制定される場合、後に述べるように（先行）条例との関係についての規定が設けられることが少なからずあるが²¹、これを「条例関係規定」と呼ぶこととし、以下、条例関係規定の類型について考察する。

²⁰ 最近では、北村喜宣「『法定自治事務に関する条例』の可能性」（「自治研究」78巻12号・79巻2号、2002・2003）が、標準設定論を前提としつつ「解釈論ゆえの不安定さがある」として、条例による法律の要件変更を大臣との協議・同意にかからしめる制度等を提案している。なお、以下「北村・前掲2002年論文」と略すこととし、前掲「新地方自治法施行後の条例論・試論」は「北村・前掲2000年論文」と略す。

²¹ 松本・前掲142頁は、「条例との関係自体について定める条例の規定は、条例が先行している場合、法律が制定されることによって、そのままでは地域によって先行する条例よりも規制等が緩和されるなど、既存の条例による法秩序を法令が乱すこととなる場合が生ずることがあり得ることに関連して、かつて、特に公害関係立法の整備が進められた際に、法令の規定と条例との関係が大きな論議となったことから、立法的な措置が講じられたことが、契機になったものと言うことができる。」としている。

(1) 失効規定

後追い法律と重畳する先行条例の罰則規定は法施行と同時に失効することとする規定が設けられることがあるが、これを「失効規定」と呼ぶこととする。

売春防止法附則 4 項が「地方公共団体の条例の規定で、売春又は売春の相手方となる行為その他売春に関する行為を処罰する旨を定めているものは、第二章の規定の施行と同時に、その効力を失うものとする。」としているのがこの例である。同様の規定は、ストーカー規制法、児童買春禁止法、風営法平成 13 年改正法のそれぞれ附則において、各法律の罰則規定と各都道府県の迷惑防止条例等との関係に関して定められている。

(2) 移行規定

国土利用計画法昭和 62 年改正法附則 3 項は、新法と同様の規制内容を定めている先行条例での届出相当行為を法律上の届出とみなし、あらためて後追い法律に基づく届出をすることは不要とした。このように先行条例の手続から後追い法律の手続への移行を円滑に行うための経過措置規定を「移行規定」と呼ぶこととする。

環境影響評価法 53 条・附則 2 条にも、条例又は要綱等に基づく書類を法律上の書類とみなす移行規定が定められている。

(3) 書きかえ規定

条例による上乘せ・緩和・横出し・裾出し等の規定を法律の規定に代えて適用することを認める規定を「書きかえ規定」と呼ぶこととする。書きかえ規定の対象となる条例は必ずしも先行条例に限定されないが、実際には既に条例や要綱等が定められている場合が多い。

書きかえ規定の代表例としては、都道府県が公害防止条例等で法律の基準より厳しい基準を定め、それを法律の基準に代えて適用することができることとする大気汚染防止法 4 条 1 項や水質汚濁防止法 3 条 3 項が挙げられるが、これらのほか、法令基準の強化・緩和を認める都市計画法 33 条 3 項、法律の規定の適用除外又は基準緩和を認める建築基準法 41 条、法令基準の横出し・裾出し・基準追加を認めるハートビル法²² 3 条等がある。

また、書きかえ規定に基づく条例を書きかえ条例と呼ぶこととする。

(4) 妨げない規定

当該法律の規定が自主条例による規制（横出し・裾出し等）を妨げるものではな

²² 「高齢者、身体障害者等が円滑に利用できる特定建築物の建築の促進に関する法律」の略称。

い旨を定めた規定を「妨げない規定」と呼ぶこととする。

法の対象事業以外の事業についての環境影響評価手続等について条例で定めることを妨げないとする環境影響評価法 61 条がその例であり、このほか、大気汚染防止法 32 条、水質汚濁防止法 29 条、都市計画法 17 条の 2 等がある。

このほか、騒音規制法 27 条 1 項や振動規制法 24 条 1 項のように「法律とは別の見地」から自主条例で規制を定めることを妨げるものではないとする類型²³もある。

2. 条例関係規定についての考察

(1) 根拠

条例関係規定を法律が定められる根拠は、「法律の範囲内で」(憲法 94 条)、「法令に違反しない限りにおいて」(地方自治法 14 条 1 項)定めることが可能である条例の形式的効力が、法律(及び法律に基づく委任命令)のそれに劣後することにある。すなわち、法律は先行条例の規定を変更・廃止することができるし、逆に法律の根拠がなければ条例が勝手に法律の要件・効果を変更することはできない。

同様に、条例の形式的効力は、法律に基づく委任命令にも劣後するから、条例関係規定を委任命令で定めることも可能であると考えられる²⁴。しかしながら、法律がこれまで規制していなかった分野・対象にあらたに権利義務規制を講ずるには法律によることを要することから、先行条例との関係で言えば、条例関係規定は法律に定めるのが原則であろう。

(2) 確認規定か創設規定か

条例関係規定が、本来当然のことを入念的に確認する「確認規定」なのか、本来は違法なものを特別に認める「創設規定」なのかが議論されることがある²⁵。条例関係規定が一律にどちらかであるということとはできないが、上記類型ごとに以下のように解することができると思われる。

失効規定

法律が罰則を定めた行為については「法律に特別の定めがある場合」(地方自治法 14 条 3 項)に該当し条例であらためて罰則を定めることができないと解される²⁶ことや、同一の構成要件に該当する行為について法律と条例で二重に処罰されることはないこと(二重処罰の禁止)から、法律の規定と構成要件を同じくす

²³ 妨げない規定の類型については、松本・前掲 142～143 頁参照。

²⁴ 条例ではなく規則にはあるが、政令の規定の「書きかえ」を認めた規定としては、宅地造成規制法施行令 16 条がある。

²⁵ 松本・前掲 143 頁等、特に書きかえ規定・妨げない規定について議論されることが多い。

²⁶ 杉村敏正・室井力編「コンメンタール地方自治法」(勁草書房、1979) 112 頁(芝池義一)

る条例の罰則規定は当然に無効であると考えられる。したがって、失効規定は確認規定である。

平野龍一ほか編「注釈特別刑法」佐藤文哉解説²⁷も、売春防止法附則4項に関し、「本法によって売春に関する一切の行為を規律しようとする国の意思が明らかになった以上、条例中売春に関する行為を処罰する規定は当然に無効となるが、解釈上の疑義を除くため本項が置かれた。すなわち、本項は創設的な効力規定ではなく、宣言的な確認規定にすぎない。」としている。

移行規定

先行条例に基づく届出等が後追い法律に基づく届出等と当然にみなされることはなく、移行規定がなければ届出等をしない行為は違法である。したがって、移行規定は創設規定である。

書きかえ規定

書きかえ規定は、法律の要件の変更（上乘せ・緩和等）を条例に委任しているという点において、いわゆる「条例委任規定」の1つであると考えられる。したがって、以降の議論は条例委任規定全般に当てはまるものも多いが、ここでは便宜上、書きかえ規定をその代表選手として考察することとする。

書きかえ規定について、地方分権推進的な立場から確認規定と解すべきとの見解がある²⁸。しかしながら、書きかえ規定は、一定の条例の規定を法律の規定とみなして法律の規定と同等の効果（規制・罰則等）を与えるという点において、創設規定であると考えられる。すなわち、書きかえ規定がなければ、条例の規定が当該法律の枠組みにおいて法律の規定と同等の効果を与えられることはない。この点、確認規定説は書きかえ条例を自主条例と解するが故に、かえって条例の法的効果を過小なものとしてしまうことになり、分権推進的な解釈としては必ずしも成功しておらず、また文理解釈としても困難であるものと思われる。

また、書きかえ規定による授權範囲を超えて条例で上乘せ・横出し等を行うことについて、北村喜宣「『法定自治事務に関する条例』の可能性」²⁹は、書きかえ

²⁷ 平野龍一ほか編「注釈特別刑法第7巻 風俗・軽犯罪編」第二版（青林書院、1988）165～166頁（佐藤文哉：東京地方裁判所判事）

²⁸ 山口道昭「規制・関与と自治体の対応は」（小早川光郎編著「分権型社会を創る 地方分権と自治体法務 その知恵と力」ぎょうせい、2000）168～170頁、同「地方自治法の一般原則と個別法規定 - 自治事務を中心に -」（今村都南雄「自治・分権システムの可能性」敬文堂、2000）89～90頁、山代義雄「新・地方自治の法制度」改訂版（北樹出版、2001）

²⁹ 北村・前掲2002年論文。同「委任条例の法理論」（小林重敬ほか「条例による総合的まちづくり」学芸出版社、2002）199頁以下も同旨。なお、北村氏は確認規定説から改説したのであ

規定による授權範囲は標準的なものであると解されるので(標準設定論)その範囲を超えて上乘せ・横出し等を行う条例も「拡大された委任条例」として可能であると。しかし、前述のとおり標準設定論を法律解釈論として採ることは困難であり、したがってそれに依拠する「拡大された委任条例」説も同様に法律解釈論として採ることは原則として困難であると言わざるをえない³⁰。

一方、書きかえ規定は条例制定可能な範囲を限定する意味での創設規定であるので、授權範囲を超える上乘せ・横出し等は自主条例としても認められないとする見解もある。成田頼明ほか「注釈地方自治法」小早川光郎・高橋滋解説³¹も、大気汚染防止法4条に関し、「独自の判断の行う権限を地方公共団体に付与する法の定め方が範囲を限定したものとなっている点に鑑みるならば、限定された授權の対象から外れた事項については、同法による規制とは別個に条例で独自の排出規制を設ける余地は、原則的に否定されているものと考えらるべきであろう」とする³²。

しかしながら、書きかえ規定を一定範囲の条例の規定に法律の規定と同等の効果(規制・罰則等)を与える創設規定と単純に解して、その授權範囲を超える上乘せ・横出し等を自主条例として行うことについては書きかえ規定は原則として何ら限定していないと解すべきではないだろうか³³。

例えば、環境省担当者が編集協力した「環境法令・解説集」³⁴は、大気汚染防止法4条に関し、都道府県条例による「上のせ基準も本法に基づく排出基準であり上乘せ基準違反に対しては、本法の直罰規定、改善命令等の規定が直接適用になる。」とした上で、「硫黄酸化物の排出基準については...国が...排出基準を定め

るが、それは本文で指摘したように確認規定説が地方分権推進的な解釈として必ずしも成功していないことに気付いたためであると思われる(前掲「委任条例の法理論」202頁参照)。

³⁰ なお、北村・前掲2002論文79巻2号42頁は「法律と趣旨目的を同じくする規制であるのに、独立した規制システムを持つ条例を別に制定しなければならないというのは極めて不合理である」とするが、書きかえ規定の授權範囲を超える部分を自主条例と位置づけても委任条例と同一の条例を制定することは可能であり(内海麻利ほか「委任条例と自主条例の連携、一体的運用事例」小林ほか・前掲158頁以下参照)このような批判は当たらない。

他方、地方自治法2条11項の立法原則に反する政令は違法無効と解される余地があることから、技術基準政令等に拘束されない場合があるという点については否定しないが、それはあくまで政令が同項違反と評価された場合であり、常に拘束されないということにはならない。

³¹ 成田ほか・前掲701頁

³² 志賀二郎「改正都市計画法と自治体条例～開発許可制度を中心に」(「月刊地方分権」2000年6月号・107頁、ぎょうせい)も、都市計画法33条3項に関し、「政令で定める基準をも上乘せする基準を定める条例は、自主条例としても違法と評価せざるをえない」とする。磯崎初仁「土地利用規制と分権改革」(今村・前掲)188頁も同旨。

³³ 兼子・前掲77頁も同旨。

³⁴ 環境省環境管理局総務課ほか主管各課編集協力「環境法令・解説集」平成14年版(ぎょうせい)391頁

ることとしており、大気汚染防止法上、ばいじんや有害物質の場合と異なり、都道府県の条例による排出基準の上乗せについては規定していない。」としている。「国が…排出基準を定める」という部分を重視すれば前掲小早川・高橋解説のような解釈に繋がるが、「大気汚染防止法上」という限定をわざわざ加えていることを重視すれば、この規定の趣旨はむしろ法律の罰則・命令等の規定を条例による基準にも適用する範囲を規定したものであり、その授權範囲を超える自主条例が直ちに否定されるわけではない、ということ政府関係者も暗に認めていると見ることがも可能である³⁵。特に、大気汚染防止法や水質保全法の場合は、同じ法律の中に書きかえ規定のみならず妨げない規定もあることから、むしろそのように解さなければ両方の規定を整合的に解釈することはできないように思われる。

以上のことから、授權範囲を超えて上乗せ・横出し等を行う自主条例の適法性については、書きかえ規定の有無に関わらず、当該法律がそれを排除する趣旨であるかどうか（最大限規制法令かどうか）、それが「地方自治の本旨」に合致しているか、そして条例の側に上乗せ・横出し等を正当化する立法事実があるかどうか、といった一般的な判断基準³⁶により判断すればよいと考える。そして、「特に、条例が先行して、法令の規定が後追いしたような場合には、そういったケース（＝後追い法令が最低限規制法令と解されるケース）が少なくないことに留意を要する」（松本・前掲 147 頁。括弧内は筆者注）のである。

妨げない規定

妨げない規定は法律の規制対象外の事項についての規制や法律と別目的からの規制等を自主条例で定めることを妨げるものではないとするものであるが、これらの規制はこのような規定がなくても法律の趣旨目的解釈により通常は許容されるから、妨げない規定は原則として確認規定であると考えられる³⁷。

しかしながら、法律が「特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨である」（徳島市公安条例事件最高裁判決）と解されるような特別な場合には、妨げない規定が自主条例による規制の許容範囲を限定列挙する創設規定と解されることもあり得よう。ただし、それは前述したように当該法律の趣旨が「地方自治の本旨」に合致していることが前提となる。

³⁵ 環境庁水質保全局「公害と防止対策 水質汚濁（上）」（白亜書房、1973）119 頁も、水質保全法 3 条 3 項に関し、「一律基準の対象物質又は項目以外の物質又は項目に排水基準を設定すること（いわゆる基準の横のせ）は、この上乗せ基準とは無関係である」としている。

³⁶ 成田ほか・前掲 689 頁（小早川・高橋）参照。

³⁷ 環境庁環境影響評価制度推進室監修「逐条解説 環境影響評価法」（ぎょうせい、1999）244 頁、環境庁大気保全局編著「逐条解説 悪臭防止法」（帝国地方行政会、1973）117 頁等も同旨。

(3) 条例関係規定の功罪

条例関係規定には、法律と条例の関係を明確にして、住民等に対する二重規制を回避するという機能があると考えられる。失効規定や移行規定にこのような機能があることは疑いがないであろうし、書きかえ規定についても法律と条例の一体運用を可能にする点で同様のことが言える。妨げない規定については、条例の効力とは直接関係ないため、二重規制を回避する機能があるとは言えないが、少なくとも法律と条例の関係を明確にする機能があることは疑いない。法律と条例の関係が明確になり二重規制が回避されることは、規制の対象となる住民等にとって積極的に評価されるべきことだろう。

また、特に書きかえ規定については、地方分権推進委員会中間報告（平成8年3月29日）が「国は、自治事務について、法律で基準等を定める場合等には、地方公共団体がそれぞれの地域の特殊性に対応することができるようにするために…条例で基準等を付加し、若しくは緩和し、若しくは複数の基準等を選択できるように配慮しなければならない」と述べていることから明らかなように、本来は分権推進的な役割を果たすものである。

その一方で、特に書きかえ規定や妨げない規定の場合にしばしば指摘される問題は、これらの規定に定められた範囲外の事項について上乘せ・横出し等の規制を行う条例を違法とする根拠として解釈・運用されるという点である³⁸。この点については、条例関係規定についてこれまで述べたような解釈を前提に、適切に解釈・運用されることが必要である。

また、このような上乘せ・横出し等を許容する条例関係規定を設ける法律が増えてくると、条例関係規定のない法律については上乘せ・横出し条例等が一切認められないとの反対解釈がされることのないよう留意する必要がある。

3. 先行条例と後追い法律の関係

法律と条例の関係についての通説的見解を前提にしつつ、条例関係規定についてこれまで述べたような理解をすると、先行条例と後追い法律の関係はどのように考えられるだろうか。もちろん、「個々具体的には、法令の規定と条例の規定の背景、経緯等の事情、規定の趣旨・目的、規定の対象事項、規定の内容及び効果等を検討勘案して、個別に判断せざるを得ない」（松本・前掲149頁）ことは通常法律と条例の関係と何ら変わるところはないが、一般論としては概ね次のように考えられるのではないだろうか。

³⁸ 北村・前掲「委任条例の法理論」205頁。なお、建設省都市局都市計画課ほか監修「平成12年改正 都市計画法・建築基準法の解説Q & A」（大成出版社、2000）60～61頁参照。

(1) 先行条例と目的や規制の対象・内容が同じである場合（先行条例の規制内容を法律に引き上げる場合）

このような場合には、後追い法律に失効規定や移行規定が設けられることも少なくない。しかしながら、条例の規制内容を法律に引き上げるという法律の趣旨からすれば、このような条例関係規定の有無に関わらず、先行条例の規定は原則として法律の施行時に無効になるものと考えられる。

(2) 先行条例とは目的・規制分野が同じであるが、規制の対象又は内容が同じではない場合

このような場合、書きかえ規定や妨げない規定が設けられることも少なくないが、さらに後追い法律の規制の対象・内容により以下のように場合分けして考えることができる。

先行条例と同一の対象について効果が弱い規制を行う場合

先行条例はいわば上乗せ条例となる。

後追い法律に書きかえ規定がある場合には、その対象となる部分は書きかえ条例として適法化される。

書きかえ規定の対象でない部分及び書きかえ規定がない場合には、当該法律が条例による上乗せを排除する趣旨であるかどうか、それが「地方自治の本旨」に合致しているか、そして条例の側に上乗せ・横出し等を正当化する立法事実があるかどうか、で適法か違法かを判断すればよいと考えられる。

先行条例と同一の対象について効果が強い規制を行う場合

この場合、先行条例は法律の規定を緩和する条例と同視できる。

したがって、後追い法律に書きかえ規定がある場合には、その対象となる部分は書きかえ条例として適法化されるが、書きかえ規定の対象でない部分及び書きかえ規定がない場合には、法律が優先適用され条例の規定は無効となると思われる。

先行条例の規制対象の一部について規制を行う場合

規制が重なる部分については上記と同様だが、後追い法律が規制の対象としない部分については、先行条例はいわば横出し条例・裾出し条例となる。

この場合、後追い法律が「特に当該事項についていかなる規制をも施すことなく放置すべきものとする趣旨であると解されるとき」であり、かつ、それが「地方自治の本旨」に合致しているという特別な場合を除き、原則として先行条例の

規定は有効であると解される。

(3) 先行条例とは目的が重ならないが、規制の対象が同一である又は類似・関連する場合

趣旨・目的が異なるのであれば、基本的には条例の違法無効の問題は生じない。しかしながら、後追い法律の制度を利用して得られる情報により先行条例の規制が不要になることはないか等、法律制定を踏まえて条例の規定の必要性を見直し、実質的に二重規制とならないよう配慮すべきであろう。

・後追い法律の具体的事例とその是非

1. 事例研究

後追い法律にはどのようなものがあり、個々の先行条例との関係はどのように考えられるのだろうか。また、先行条例があるにもかかわらず、なぜ後追い法律が制定されたのだろうか。このような点について、具体的な事例を紹介しつつ、若干の考察を試みる。

(1) 香川県迷惑防止条例とストーカー規制法

経緯

つきまとい等のストーカー被害が社会問題化する中、香川県は2000年に迷惑防止条例を改正し(3月公布、7月施行)、従前からの電話によるいたずらに加え、つきまとい、文書によるいたずらといったストーカー行為をその規制・処罰対象とした。その後、国レベルでも、恋愛感情等に基づくストーカー行為を規制・処罰するストーカー行為等の規制等に関する法律(ストーカー規制法)が議員立法により成立し、同年5月に公布され、11月から施行された。

香川県の2000年改正迷惑防止条例が規制対象となるストーカー行為の類型をつきまとい及び電話・文書によるいたずらとしているのに対し、ストーカー規制法はつきまとい、監視、嫌がらせ等を規制対象の行為類型としてより広範に及んでいる。その一方で、ストーカー規制法が規制対象行為の目的を「特定の者に対する恋愛感情その他の好意の感情又はそれが満たされなかったことに対する怨恨の感情を充足する目的」(第2条)に限定しているのに対し、香川県条例は「正当な理由がない」という広範な限定しかない。したがって、香川県条例の規制対象は文言上、ストーカー規制法の規制対象と重なる部分と重ならない部分があった。後述するように、法律と規制対象が重なる部分は無効となったものの、重ならない部分については香川県条例の規定は引き続き有効である。

そこで、香川県は、2003年に同条例を改正し、規制対象の行為類型をストーカー

規制法に合わせて拡大するとともに、同法の規制対象行為（恋愛感情等に基づくストーカー行為）を条例の対象から除外することを明示して、条例の文言上も疑義がないようにした。

条例関係規定とその適用

ストーカー規制法には失効規定が設けられている（附則 2 項）。このことから明らかなとおり、同法と処罰対象（構成要件）が重複する条例の規定は無効であり、法律が優先適用される。つまり、その部分については条例による規制から法律による規制に移行したと見ることができる。

なお、四国新聞の 2000 年 7 月 3 日記事は、香川県条例とストーカー規制法の関係に関し「香川県警は『条例とストーカー規制法は補完しあう関係で、矛盾しない』と言っているが、条例か法適用かの判断等が警察部内の意思に委ねられることになり、この辺りをだれがどうチェックするのが課題」という旨述べているが、この批判は上記の理由から当を得ていない。さらに、2003 年の条例改正により法律との関係はより明確になったと言えるだろう。

考察

2002 年には、迷惑防止条例改正によるストーカー規制を行わなかった東京都・神奈川県等を含め、全国でストーカー規制法に基づく警告 965 件、援助 677 件、検挙 178 件の適用がなされている。

このように、ストーカー被害は一部の地域にとどまらず全国的に見られる現象であるが、法律制定時に既に条例で対応していた自治体はごく一部であり、かつ、ストーカー被害について何らかの規制を行う社会的要請が強かったのであるから、このような場合に各都道府県の自主的判断に任せるのではなく国として法律を制定することは、合理的理由があると考えられるのではないだろうか。

（ 2 ）東京都土地取引の適正化に関する条例と国土利用計画法

経緯

1980 年代後半の東京における地価高騰を受け、国土庁と東京都の合意により、まず東京都が土地取引の適正化に関する条例を制定し（1986 年 12 月施行）、国土利用計画法の届出対象面積（市街化区域 2000 m²、その他の都市計画地域 5000 m²、都市計画区域外 10000 m²）未滿の土地取引について、知事指定地域（地価の上昇が著しいと認められる区域又は土地の投機的な取引が行われていると認められる区域）における届出制及び勧告・公表制度が定められた。その後、ほぼ同内容の改正国土利用計画法が 1987 年 8 月に施行されたことにより、同日に都条例が廃止され、条例の

規制対象地域はそのまま同法に基づく監視区域（知事指定）に移行した。

条例関係規定とその適用

国土利用計画法の移行規定（昭和 62 年改正法附則 3 項）により、都条例による届出は同法に基づく届出とみなされることとなった。

考察

東京都だけの問題であれば、国土利用計画法の改正は特段必要なかったと思われる。しかしながら、同法施行後、翌月（1997.9）までに三大都市圏を中心に 7 都県 5 政令市で監視区域が指定された。また、同地域はその後指定を解除されたが、現在（2003.10）は、国会等移転先候補地を中心に 8 都府県 44 市町村で監視区域が指定されている。

このような事実を踏まえると、当時の東京都と同様の問題は程度の差こそあれ、全国的とは言わないまでも複数の自治体に共通の問題である（あった）と言える。このような場合に、法律で何らかの措置を講ずることはそれなりに合理的理由があるものと考えられるが、その措置の内容としては、自治事務化が図られた分権改革後の現在に行うとすれば、先行条例により配慮した方法があったのではないかとと思われる。

すなわち、都条例を廃止させ無効にするのではなく、書きかえ規定を設けて法律の枠組みの中で活かす方法である。具体的には、従来の届出制に関する規定の中に、都道府県条例により規則で定める区域・期間について対象面積の引き下げをすることができる旨の規定を設ければ、わざわざ都条例を廃止させ無効にすることなく、同様の効果が得られ、しかも地方自治体の自由度がより高い制度設計ができたのではないかと考えられる。

（3）東京都福祉のまちづくり条例と交通バリアフリー法、改正ハートビル法

経緯

東京都は、学校・病院・デパート等の建築物や公共交通施設等のバリアフリー化を進める福祉のまちづくり条例を 1995 年に制定し、特定施設についてバリアフリー基準適合の届出を義務づけた。一方、国は、2000 年に交通バリアフリー法³⁹を制定して公共交通施設のバリアフリー化を義務づけるとともに、2002 年にハートビル法を改正してデパート・ホテル等の大規模建築物のバリアフリー化を義務づけた。

³⁹ 「高齢者、身体障害者等の公共交通機関を利用した移動の円滑化の促進に関する法律」の略称。

同条例には法令によりバリアフリー化が義務づけられている部分については届出を不要とする規定があることから、法律の制改定にあわせた同条例の改正は特に行われていないが、同条例とは別に、改正ハートビル法に基づく書きかえ条例（ハートビル条例⁴⁰）を制定した（2003年12月公布、2004年7月施行）。その内容は、バリアフリー化の義務づけ対象建物として、同法が定める病院・デパート・ホテル等に、学校・保育所・共同住宅等を加える、同法が定める対象規模（2000㎡以上）を用途に応じて引き下げる、廊下・敷地内通路の幅、傾斜路の勾配等の基準を強化したり、子育て支援策として授乳場所やベビーチェアの設置等を付加する等法定基準を強化する、といったものである。

条例関係規定とその適用

交通ハートビル法には条例関係規定は設けられていないが、上述のとおり、2003年改正後のハートビル法には書きかえ規定（3条2項）により対象追加・基準付加等ができるようになっている。

考察

福祉のまちづくり条例は、東京都に限らず、内容の差こそあれ47都道府県全てと多くの市町村で制定されている⁴¹。

これらの条例はハートビル法の対象である建築物、交通バリアフリー法の対象である公共交通施設、両者の対象でない公園等をその対象にするという点で総合性に優れている一方、例えば東京都は届出制及び行政指導という制度であるため、実効性確保の点でやや難がある⁴²。

一方、ハートビル条例は「建築基準関係規定」（建築基準法6条1項）として建築確認の対象となるため⁴³実効性確保の点で優れており、法律に書きかえ規定をおく意義はこの点にあると考えられる。東京都はこのハートビル条例を福祉のまちづくり条例とは別に制定したが、規制を受ける事業者等にとっては書きかえ条例か自主条例かはあまり関係ないのであるから、わかりやすさの観点からも、福祉のまちづくり条例の枠組みの中にハートビル条例を取り込んで、福祉のまちづくり条例を「書

⁴⁰ 正式名称は「高齢者、身体障害者等が利用しやすい建築物の整備に関する条例」

⁴¹ 2003年12月現在。国土交通省資料及び各自治体ホームページによる。

⁴² 実際には建築確認との権限融合により実効性確保を図っていると思われるが、福祉のまちづくり条例が「建築基準関係規定」でない以上、それはあくまで行政指導の範囲に留まる。東京都も同様の見解のようである（福祉局地域福祉推進課及び都市計画局市街地企画課の担当官からの聴き取り）。なお、大阪府福祉のまちづくり条例における権限融合の問題について、山代義雄「福祉のまちづくり条例をめぐる法政策」（「自治研究」71号1巻、1995）53～55頁参照。

⁴³ ハートビル法3条3項参照。

きかえ条例+自主条例」と位置づけて、一体的な制度を整備すべきであったと思われる。都はハートビル条例の制定にあわせて福祉のまちづくり条例の改正を行ってはいないが、少なくとも、ハートビル条例の施行（2004年7月）までに福祉のまちづくり条例に基づく整備基準や届出対象施設に関する規定（同条例施行規則）を見直してハートビル条例との整合をとり、事業者等にわかりやすい制度にする必要があるだろう⁴⁴。

（４）東京都環境影響評価条例と環境影響評価法

経緯

開発事業が環境に与える影響を評価する環境影響評価については、東京都が1980年に環境影響評価条例（都アセス条例）を制定し、その後、国も1997年に環境影響評価法（アセス法）を制定した（1999年6月施行）。都アセス条例は国が実施する事業についての環境影響評価は都知事と国の協議により実施することとしていたが、国が実施又は関与（免許等）をする事業を対象とするアセス法が制定されたため、都は1998年に同条例を改正し、アセス法対象事業については一部の規定を除き都アセス条例の規定は適用しないこととした。

条例関係規定とその適用

アセス法には、1)法対象事業以外の事業への横出し条例・裾出し条例、2)法対象事業に係る地方公共団体における手続の上乗せ条例、について妨げない規定が設けられている（61条）。これは、国が当初、手続の重複を避けるため法対象事業については「国の制度による手続のみを適用することが適当である」（中央環境審議会答申⁴⁵）としていたのに対し、法対象事業に関し都アセス条例等の先行条例から規制内容が後退してしまうことや条例対象事業との逆転現象が生じてしまうことについての批判があったため、設けられたものである⁴⁶。

実際、法対象事業の一部については、アセス法による一連の環境影響評価手続に加え、都アセス条例により、都知事の意見提出に際しての公聴会・審査会の手続や事後調査等の手続が上乗せされている。

一方、アセス法には、法の施行の際又は法施行後の政令の制改定の際に、新たに法対象事業となる事業について条例又は要綱等に基づく環境影響評価手続が進行中

⁴⁴ 東京都は何らかの見直しの必要性は認識しているものの、まだ具体的には検討しておらず、ハートビル条例の施行までに見直しを行うつもりもないようである（2003年12月、福祉局地域福祉推進課担当官からの聴き取り）。

⁴⁵ 中央環境審議会答申「今後の環境影響評価制度の在り方について」（1997）

⁴⁶ 大塚・前掲 230～231頁

であるときは、当該条例又は要綱等に基づく書類で一定の手続に従って指定を受けたものをアセス法に基づく書類（準備書、評価書等）とみなす移行規定が設けられている（53条、附則2条）。この移行規定に基づき、アセス法施行時には、41都道府県15市の356書類（うち東京都は5書類）が法律上の書類とみなされ⁴⁷、アセス法の手続へと移行した。

考察

アセス法制定前には、多くの自治体で環境影響評価に関する条例や要綱が制定されていたが、法律に基づく許認可等との関係における法的拘束力の制約や広域的県際的な事業への対応⁴⁸に限界があった。したがって、アセス法の制定により、国が実施又は関与をする事業について環境影響評価手続が法定され、個別法の許認可等に対する横断条項（33条）が定められたことは、意義深いことであったと言える。

また、61条の妨げない規定については、環境庁「逐条解説 環境影響評価法」⁴⁹は、「この法律と条例との関係を入念的に規定するものであり、憲法や地方自治法において規定されている法律と条例の関係を変更する趣旨のものではない」としつつも、「各号に列記していない事項については、この法律との関係において、条例制定権の限界が存在する」としており、実際にはアセス法の環境影響評価手続より大きな負担を事業者に課す手続等を違法と解する⁵⁰根拠として、限定的・創設規定的な解釈・運用がなされている。しかし、上述のとおり、この妨げない規定は確認規定であり、これによって何ら地方自治体の条例制定権が制約を受けるものではないと解されることから、手続の上乗せ等に一定の限界があるとしても、それは妨げない規定の文言（「地方公共団体における手続」等）の解釈から導かれるのではなく、「法律の定める手続の進行を妨げない」⁵¹等の一般的な判断基準及びアセス法の趣旨目的についての地方分権適合的解釈から導かれるべきものであろう。

（5）広島県／高知県プレジャーボート係留保管適正化条例と小型船舶登録法 経緯

プレジャーボートの公有水面（港湾、河川等）への放置・不法投棄が社会問題化したのを受け、広島県は1998年に、高知県は2000年に、それぞれ指定区域におけるプレジャーボートの係留保管を届出制とし、プレジャーボートに届出済票の船体

⁴⁷ アセス法附則2条3項に基づき、平成10年6月12日環境庁告示29号により公表された。

⁴⁸ 北村喜宣「東京都環境影響評価条例」（ジュリスト増刊「新条例百選」有斐閣、1992）93頁

⁴⁹ 環境庁環境影響評価制度推進室・前掲244～246頁

⁵⁰ 大塚・前掲233頁

⁵¹ 大塚・前掲234頁

表示を義務づけるプレジャーボート係留保管適正化条例を制定した。その後、国は、2001年にプレジャーボート等の小型船舶（総トン数20トン未満の船舶）の所有に登録を義務づける小型船舶登録法を制定した（2002年4月施行）。

同法は、当初、放置艇対策の観点から広島県や高知県の条例のような指定区域における保管場所の確保の義務づけもその内容として検討されたが、政府の立案過程（法制局審査等）において、商法686条の船舶登記（総トン数20トン以上の大型船舶についての登記）のような「所有権の公証」を直接の目的とする登録のみの法律として制定された経緯がある⁵²。また、第151回国会における同法の提案理由説明においても「小型船舶をめぐり、約十四万隻とも言われる放置艇や公共水面における不法投棄が大きな社会問題となっており、放置艇の適正な保管場所への誘導や不法投棄の未然防止のため、小型船舶の所有者を確知するための制度が強く求められています」と述べられている。これらのことから分かるように、登録制度による所有者の利便性向上を直接の目的とする小型船舶登録法と公有水面における水域利用の適正化を目的とする係留保管適正化条例は、法文上の目的は正面から重複しないものの、事実上の効果としては重要な部分で重複するものがある。

同法の制定により、プレジャーボート等の所有者はその所有する小型船舶の登録及び船舶番号の船体表示を行うことが義務となったことから、高知県は同法の施行にあわせて条例を改正し届出制を廃止したが、広島県は同法の施行後も条例改正をしていない。

条例関係規定とその適用

条例関係規定は設けられていない。

考察

小型船舶登録法の立案過程において、放置艇対策の観点からの指定区域における保管場所の確保の義務づけが断念された理由はいくつかあるが、その大きな理由の1つが、そもそもこのような制度を法律で定めることに必ずしも合理的理由があるとは言えなかったことにあると考えられる。すなわち、放置艇の問題を解消するにはプレジャーボート等の現存隻数と同等又はそれ以上の係留保管場所があることが前提となるが、全国的に見れば係留保管場所の絶対数が不足している状況にあり⁵³、それ故、全国一律に係留保管場所の確保を義務づけるような環境にはない。そこで、

⁵² 筆者が国土交通省（旧運輸省）において同法の制定作業に携わった際の経験に基づく。

⁵³ 国土交通省港湾局・河川局及び水産庁による平成14年度プレジャーボート全国実態調査によれば、全国の水際線近傍で確認されたプレジャーボートは22.7万隻、放置艇は13.4万隻と約6割に及ぶ。

係留保管場所の収容容量の需給バランスが均衡している地域（指定区域）における義務づけが考えられるが、そのような局地的な対応については地方自治体が条例を定めており、また法律の枠組みを使わなければならないような特別な事情もない、ということである。

ところで、後追いで成立した小型船舶登録法によって入手可能な情報を考慮すれば、広島県条例については、少なくとも、届出事項の一部（船の諸元等）及び届出済票の船体表示はその必要性を再検討する必要があると思われる。なお、同法施行後、神奈川県は保管場所の届出制を内容とする条例を定めているが、同法で得られる船体情報の届出や届出済票の船体表示については、条例に規定していない。

2. 後追い法律制定のメルクマール

(1) 後追い法律の特殊性

条例先行領域において後追い法律を制定しようとする場合に、一般の法律を先行条例のない事務領域において制定する場合と全く同様に考えることができるのだろうか。それとも、後追い法律であるが故に、何らかの制約があるのだろうか。また、あるとすれば、どのような場合に後追い法律制定が正当化されるのだろうか。

この点については、学説において特に今まで意識して議論されてきていないように思う。おそらく、後追い法律であっても一般の法律と同じであり特別の制約はないという暗黙の了解があったからではないだろうか。

しかし、既に自治立法である条例により一定の法規範が存在している事務領域と、条例も含めて全く法規範が存在していない事務領域とでは、法律が必要とされる程度が自ずと違ってくるものと思われる。すなわち、法律や条例の対象となる住民や事業者等の立場からすれば、規制等の根拠が法律であろうが条例であろうが大差ないのであるから⁵⁴、既に条例により一定の規制・制度・ルールが設けられている事務領域において、同様の法律を後追いで定めるには相当の合理的理由が必要となる。

(2) 「合理的理由」の存否についてのメルクマール

では、どのような場合に、その「合理的理由」が認められるのだろうか。

後追い法律であっても一般の法律であっても、制定にはその規制等を根拠づける立法事実の存在が前提となる。さらに、後追い法律については、これに加え、「先行条例によっても課題が解決できない」という事実の存在が必要となると思われる。

⁵⁴ もちろん、規制の実効性（強制力）や住民意思の反映のし易さ等において法律と条例の違いを住民等が感じることはあるかもしれないが、それはここでの問題とは直接は関係ない。

そして、後追い法律を定める合理的理由があるということは、上記事実の存在を前提として、法律を定めればその課題が解消又は緩和されるという事情があることであると言い換えることができよう。

この「先行条例によっても課題が解決できない」という事実の存在については、条例制定権の限界の問題、先行条例の内容の問題、課題自体の問題、に分けて考えることができ、さらに条例制定権の限界の問題は1)場所的限界と2)内容的限界の問題に分けられる。以下、この分類をもとにそれぞれ「合理的理由」の存否について考察する。

条例制定権の限界の問題

1)場所的限界（地理的限界）

地方自治体の条例は当該自治体の区域においてのみ効力を有するから、ある自治体の条例がその地域での課題解決に有用であるとしても、その課題が全国的又は広域的な課題である場合に、他の自治体が同様の条例を定めなければ、全国的な課題解決にはならない。このようなケースにおいて、他の自治体において同様の条例を制定することを待っていては課題に適切に対処できない場合には、法律の制定は合理的理由を有することになる。

例えば、1(1)のストーカー規制法の事例では、同法制定時にストーカー行為を規制する条例を制定していた自治体はわずかに6県であり、他の都道府県の条例制定を待っていたのでは、急速に全国に拡大するストーカー被害に適切に対処することができなかつたものと考えられる。逆に言えば、ストーカー被害が社会問題化した時点で、全国の都道府県で条例による規制がなされ実効をあげていれば、法律を制定する必要は必ずしもなかつたのではないだろうか。

2)内容的限界（法的限界）

法律により条例制定権の内容について何らかの制限を加えている場合に、その制限ゆえに条例により課題解決ができないケースでは、後追い法律の制定は合理的理由を有するものと考えられる。

その例としては、「2年以下の懲役・禁錮、100万円以下の罰金、拘留・科料・没収の刑又は5万円以下の過料」(地方自治法14条3項)を超える罰則等を規定するケースが考えられる。現行の法律には上記限界を超える罰則を定めたものはそれほど多くないが、近年、独占禁止法を始めとしていくつかの法律で罰金額の引き上げが行われるなど罰金額が引き上げられていく傾向があり、今後、上記限界を超える罰則を定めるニーズは増していくものと思われる。ただし、その場合には、そもそも地方自治法の制約が合理的なものであるかが問われることになるであろう。

また、これとは別に、既に隣接する事務領域に法律があり、課題解決のためにはその法律の仕組みを利用する必要があるようなケースも、後追い法律の制定は合理的理由があると評価されるだろう。

例としては、1(4)の環境影響評価法のほか、1(3)の改正ハートビル法が挙げられる。すなわち、福祉のまちづくり条例のバリアフリー基準について、その実効性を担保するため「建築確認」の対象としようとするれば、現行の建築基準法の枠組みでは自主条例では無理で、法律又はそれに基づく委任条例(ハートビル法に基づく書きかえ条例)による必要がある。ただし、この場合には、これまで述べてきたように、先行条例を書きかえ条例等としてできるだけ活かすことのできるような仕組みを後追い法律の側で用意することが望ましい。

先行条例の内容の問題

上述の条例制定権の限界(特に内容的限界)の範囲内で、さらに効果的な規制等を行うことが条例でできるにもかかわらず、先行条例が懈怠しているために課題解決がなされていないようなケースでは、基本的に先行条例の改正により対応することが望ましい。しかしながら、当該課題の解決を「全国的な視点に立って行わなければならない」(地方自治法1条の2第2項)場合には、後追い法律の制定は合理的理由があるものと考えられよう。

課題自体の問題

問題となっている課題について、先行条例の内容以上に効果的な規制がないと考えられるケースでは、後追い法律の制定には合理的理由はなく、他の政策手段によって課題解決を講ずることになるだろう。

3. 法の下での平等と条例

条例が地方自治体が定めるものである以上、同じ事柄について地域による取扱いの差異が生ずることは当然ある。このことが憲法14条の法の下での平等の原則に反するのではないかという問題について、最高裁は東京都売春等取締条例事件判決(最大判S33・10・15刑集12巻14号3305頁)において、社会生活の法的規律は通常は全国画一的に法律によってなされるが、中には各地方公共団体の自治に委ねる方が一層合目的なものもあり、またときにはいずれの方法によっても差支えないものがある、とした上で、「憲法が各地方公共団体の条例制定権を認める以上、地域によって差別を生ずることは当然に予期されることであるから、かかる差別は憲法みずから容認するところ

るであると解すべきである」と判示した。したがって、条例の規定に地域による差異があるからといって平等原則違反にはならない。

ただし、それでも立法論として、条例で扱うべきか法律による統一的処理がなされるべきかという問題は残る⁵⁵。

この問題については、例えばダフ屋行為や痴漢行為を禁止する迷惑防止条例について言えば、同条例が既に全国の都道府県で制定されている現状⁵⁶を前提とすると、少なくとも、地域的差異により具体的に問題が生じているとか、課題解決のためにはより強度の規制が全国一律に必要である、といった事情がない限り、単に規制内容に地域的差異があるというだけでは、後追い法律の制定は合理的理由があるとは言えないのではないだろうか。したがって、各売春取締条例の罰則の地域的差異ゆえに制定された売春防止法⁵⁷のような後追い法律を、迷惑防止条例に対して制定することは、今日においては消極的に解さざるを得ないと思われる。

・政策提言

地方分権時代に相応しい法律と条例の関係を構築するには、どのような立法政策・措置が必要であろうか。これまでの考察を踏まえ、いくつか指摘しておきたい。

1. 立法過程における条例への配慮

(1) 条例関係規定の活用

前掲岩橋論文⁵⁸は、徳島市公安条例事件判決で最高裁が法律の執行に当たって条例の存在を前提的に勘案する方法までを想定した判断をしていることを示唆しているが、さらに進んで、立法過程においても先行条例の存在を前提的に勘案することが地方分権時代の法律のあり方として必要である。

実際に、これまで見てきたとおり、条例関係規定を設けて条例に一定の配慮をした法律もある。今後の法律制定にあたっては、特に、創設規定である移行規定や書きかえ規定を積極的に取り入れて先行条例に配慮するとともに、同規定の地方分権に適合した適切な解釈・運用により地方自治体の条例制定が阻害されることのないように留意する必要がある。そのような観点から言えば、妨げない規定は、上述のように原則として確認規定と考えられるものの、限定的・創設規定的な解釈・運用がなされる実態もあることから、分権改革の進行とともにその確認的役割を終えつ

⁵⁵ 別冊ジュリスト No.154「憲法判例百選」第四版（有斐閣、2000）安西文雄 36 事件解説 75 頁

⁵⁶ 警察庁広報室からの聴き取り

⁵⁷ 兼子・前掲 10 頁

⁵⁸ 岩橋・前掲 366 頁

つあると考えられ、地方分権時代の法律としては必ずしも必要な規定であるとは思われない⁵⁹。

(2) 条例関係規定の進化・発展

条例関係規定は、これまで挙げた4類型に必ずしもとどまらず、法律と条例をとりまく状況によって今後も進化・発展をしていくものと思われる。

その際には、都道府県と市町村の関係ではあるが、都道府県知事の同意を得た市町村条例の規定を知事が許可する際の基準の一つにすることとした都市計画法33条5項⁶⁰、市町村条例について知事が認定したときは県条例の規定を適用しないこととした神奈川県土地利用調整条例19条、県条例の適用について知事と市町村長が協議して定めることとした広島県環境影響評価条例19条、のような規定が、国の立法に際しても参考になるとと思われる。

2. 既存法令の改革の方向

法令を制定する際に上述のような条例への配慮を行うことは、新規立法のみならず既存法令を改正する際にも配慮が行われるということであり、それに加え、政府の立法担当者の意識の変化等の効果が期待される。

さらに、具体的な改革の道筋としては、まず、地方自治の根幹を担う地方自治法自身が、同法2条11・13項の本来の趣旨に反して地方自治体の組織運営等に関し規律密度が高い⁶¹という「地方自治法のパラドックス」ともいうべき状況を早急に解消すべきである。それとともに、他の法令について、個別法令の改正の際、あるいは「第2次地方分権一括法」等により、現行の仕様規定(例:道路の車線の幅員はm以上でなければならない)を性能規定(例:道路の車線は車両が通行しやすく安全が確保できるだけの幅員を確保しなければならない)化するとともに⁶²、その具体化は必要に応じ条例に委ねる、といった手法を採り入れることが考えられる。

3. 条例のデータベース化

⁵⁹ 北村喜宣「環境影響評価条例と法律対象事業」(畠山武道・井口博編「環境影響評価実務」信山出版社、2000)122頁も、アセス法61条の妨げない規定の必要性について疑問を呈している。

⁶⁰ 北村・2002年論文79巻2号56～57頁参照。

⁶¹ 例えば、監査委員の人数(195条2項)や構成(196条)等を詳細に規定しているが、これが2条11項・13項に適合したものなのか、疑問である。また、議会の組織運営に関し、第2次地方制度調査会第6回専門小委員会(2002年9月10日)における佐藤参考人(宮城県議会議長)発言を参照。

⁶² このような技術基準の性能規定化は、建築基準法等で既に一部行われている。

国が条例に配慮して立法するには、まず、どのような条例があるのかを知ることがその第一歩となる。そのためには、各種の条例をデータベース化し、どのような条例が既に定められているのかを国が知る必要がある。

例えば、総務省の外郭団体である（財）地方自治研究機構は、自治体職員の条例制定執務の支援を目的として 20 分野約 350 の条例を「法制執務支援システム」としてデータベース化しているが、このようなデータベースを国にも、さらにいえば一般にも開放することが必要なのではないかと思われる⁶³。

また、最近ほとんどの自治体が条例・規則等をデータベース化してホームページに掲載しているが、このような自治体ごとにあるデータベースを一括して横断的に検索できるようなシステムを構築すれば、より充実したデータベースになるだろう。

4．国地方係争処理委員会の活用

先に述べたとおり、個別の法律が地方自治法 2 条 11 項違反に直接問われることはないが、個別の政省令が同項違反に問われることはありうるし、今後そのような場面は増えてくると思われる。

しかしながら、現行制度では、地方自治体が個別の命令の規定が違法であることを直接争う手段は、訴訟にせよ国地方係争処理委員会への審査の申出にせよ認められていない。現行の訴訟制度下においてこのような抽象的規範統制訴訟（国係争処理委員会の審査を経たものも含む。）を認めることには様々な問題・議論があることは理解できるが、少なくとも、国地方係争処理委員会の審査事項としては含めても構わないのではないだろうか。現行制度では、ある政令の規定が地方自治法 2 条 11 項に反すると地方自治体が考えた場合、それを国地方係争処理委員会に審査を申し出ようとしても、もし仮に「自治事務の処理」（同法 245 条の 5 第 1 項）に条例の制定が含まれず具体的な処分が必要であると解したとすると、当該政令に反する「違法」な条例の制定 当該条例に基づく処分 国による（技術的助言・勧告、）是正の要求といった手続きを経る必要があり、いかにも迂遠である。

また、地方自治法 2 条 11 項は、国の立法原則であるとしても、具体的な裁判規範になりうるかどうかは現段階では未知数である。国地方係争処理委員会が同項違反の政省令について具体的に審査することは、同項はもとより「地方自治の本旨」（憲法 92 条）を具体化する上でも非常に重要なことである⁶⁴。

⁶³ 「本システムのご利用は、原則として地方公共団体に限らせていただいております」（<http://hosei.rilg.or.jp/rilg/main/index.asp>）とのことであり、また少なくとも中央官庁全般で当システムが利用できるようなにはなっていない。

⁶⁴ 地方分権推進委員会最終報告（2001 年 6 月 20 日）も、将来の「究極の検討課題」として「地方自治の本旨」の具体化を挙げている。（第 4 章）

。「対立・抵触」の関係から「協力・補完」の関係へ～結びに代えて

これまで見てきたように、条例先行領域において後追い法律を制定するには、先行条例があるにもかかわらず法律の制定を正当化するだけの合理的理由の存在が必要になる。その結果、後追い法律を制定する場合には、先行条例に配慮し、また先行条例の存在を前提とした内容にすることが、地方分権時代の法律のあり方として必要である。そして、そのための手段の1つが、書きかえ規定のような条例関係規定を設けることであり、条例関係規定には、法律と条例の関係を明確にして、住民等に対する二重規制を回避するという機能がある。

このような考え方の底流にあるのは、法律と条例の関係を「協力・補完の関係」ととらえる考え方である。従来の条例論は、法律と条例の関係を「対立・抵触の関係」ととらえ、両者の抵触関係を主として論じてきた。また、分権改革後の学説も、両者の対立・抵触関係を強調して、法律は悪、条例は善、とするかのような風潮がある。法律と条例の関係にそのような側面があることは否定しないが、協力・補完の関係という側面がもっと強調されていいように思う。元自治大学校長・久世公堯「地方自治条例論」⁶⁵は、法律と条例の関係に関し、「一見二律背反的要請と思われる国家的要請と地方自治的要請とを共にみだす方法は、国法たる法令と自治立法たる条例とを対立的にとらえるのではなく、同一の法秩序・法基盤の中における機能的差異という形においてとらえることが必要」とした上で、「法令には、全国的に画一・統一して行うべき基本なり一般的規制なりを定め、条例には、その地域の特性に即応した個別の基準なり具体的規制なりを定めるというように、両者が一体化して一定の目的を達成するよう配慮すべきであろう」としている。三十余年経過して分権改革が行われた今なお、傾聴に値する言葉である。

住民の立場からすれば、規制等の根拠が法律であろうが条例であろうが大差ないのであり、誤解を恐れずに言えば、地方自治体の条例制定権を強調するあまり、法律と重複し不要な条例の規定が存続する方が有害である場合もあり得るのである。

先に述べたとおり、住民本位の立場から二重規制を避けるためには、例えば先行条例が既にある場合、同様の法律を定めるには合理的理由が必要であろうし、一方、合理的理由をもって法律が定められた場合には、逆に地方自治体は既存条例についてなお存続させる合理的理由があるかどうかを速やかに検討しなければならない。そして、その検討の結果、法律に条例関係規定を設けたり、条例に改廃したりする等、法律・条例相互に相互を考慮に入れて制度設計を行うことが必要である。そうすれば、法律と条例はともに発展していくことができ、住民にとっても利益になるのではないだろうか。

⁶⁵ 久世公堯「地方自治条例論」(日本評論社、1970)154～155頁(現国会議員)