

〔論 説〕

条例制定権と比例原則

武 田 真一郎

国と地方は対等であることを前提とした現行地方自治法が施行（2000年4月1日）されてから20年以上が経過した。これに伴って自治体（法令上の地方公共団体を意味する。以下同じ）の条例制定権の範囲も拡大したが⁽¹⁾、実際には自治体が積極的に独自の条例を制定する機運は高まっていないといわれている⁽²⁾。

その理由の一つは条例制定権には限界があるという前提が変わっていないからであろう。憲法94条が「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、地方自治法14条1項も「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第2条第2項の事務に関し、条例を制定することができる」と規定しているから、現行地方自治法の下でも自治体の条例制定権には「法律の範囲内」または「法令に違反しない」という制限があり、この制限を超える事項には条例制定権が及ばないことになる。

-
- (1) 現行地方自治法は機関委任事務（国の事務のうちその執行が地方公共団体の長に委任されたもの）を廃止し、自治体の事務を自治事務と法定受託事務に再編した（2条8項、9項）。国の事務である機関委任事務には条例制定権が及ばなかったが、自治事務と法定受託事務はいずれも自治体の事務であり、条例制定権は当然に及ぶことになる。この事実だけを見ても条例制定権は相当に拡大したといえる。
- (2) 例えば、市橋克哉「新地方自治法と条例制定の可能性」（最終回）住民と自治457号74頁、77頁（自治体研究社、2001年）は、新地方自治法の下でも自治体は「上乗せ条例」の制定に躊躇しているとしている。

ここにいう条例制定権が及ぶ範囲は従来からかなり厳格に理解されてきたように思われる。その結果として、自治体がある事項を条例で規制しようとしても、そのような条例は条例制定権の範囲を超えるのではないかという懸念が生じ、それが新たな条例を制定しようという意欲に対して抑圧的に働くことは否定できないであろう。

しかし、既に多くの学説が指摘しているように、現行地方自治法の施行によってやはり条例制定権の範囲は大幅に拡大したはずである。ただし、どのような条例の制定も許されるようになったわけではなく、制定された条例の内容は適正なものでなければならない。このような観点から本稿の結論を最初に提示すると、①条例制定が禁止されるのは憲法および法律が明確に条例による規制を禁止している場合に限られるが、②制定された条例の規制内容は比例原則に適合した適正なものでなければならないといえるのではないだろうか。つまり、条例制定権の範囲という議論の意義はもはや限定的となり、条例の適法性に関する論点はその内容の正当性（比例原則との適合）に移行したのではないかというのが本稿の基本的な考え方である。

以下、本稿では最初にこのような考え方を示唆する二つの裁判例を検討し、次にこれまでの判例・学説との整合性を考えることにしたい。

1 飯盛町旅館条例事件

(1) 福岡高裁 1983（昭和 58）年 3 月 7 日判決

長崎県飯盛町（現在は諫早市と合併）は、1978（昭和 53）年に「旅館建築の規制に関する条例」（以下、1 では「本件条例」という）を制定施行した。本件条例 2 条は、旅館業法が規定する旅館業の経営を目的とする建築物を建築しようとする者は町長の同意を得なければならないと規定し、同 3 条は、町長が建築主から同意を求められたときは、同条各号の一つに該当する場合は同意しないものとするが⁽³⁾、善良な風俗を損なうことがなく、かつ生活環境保全上支障がないと認められる場合はこの限りでないと規定していた。

(3) 同条各号により同意しないものとされたのは、(1) 住宅地、(2) 官公署、病院及びこれに類する建物の付近、(3) 教育、文化施設の付近、(4) 児童福祉施設の付近、(5) 公園、緑地の付近、(6) その他町長が不適當と認めた場所、である。

X（原告）は、飯盛町内で旅館建築を計画し、町長（被告、以下「Y」という）に対して同条例2条に基づいて同意を求めたところ、Yは建築予定地が教育文化施設（3条3号）の付近にあり児童生徒の通学路であること、モータル類似施設は青少年に好ましくない影響を与えること、地域住民がこぞって反対していることなどを理由として不同意とする決定を行い、Xに通知した。これに対してXは不同意決定の取消訴訟を提起した。

第1審判決⁽⁴⁾は、本件条例は旅館業法と同一の目的で同法より高次の規制を行うものであるが、同法はこのような規制を行うことを許さない趣旨であるから、本件条例2条および3条は同法に違反して無効であり、したがって本件の不同意決定は違法であるとして、同決定を取り消した。Yが控訴。

本判決⁽⁵⁾は控訴を棄却したが、第1審判決が旅館業法は条例による規制を禁止していると判断したのに対し、本判決は同法が条例による規制を禁止しているとはいえないとしており、理由はかなり異なっている。本判決の判旨を要約すると次のとおりである。

（ア）条例の法令適合性を判断するには、条例が法令と同趣旨の規制目的のもとに法令より強度の規制を行つている場合でも、両者の対象事項と規定文言のみを対比するだけでなく、それぞれの趣旨、目的、内容および効果を比較し、法令が全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨か、あるいはその地方の実情に応じた別段の規制を施すことを容認する趣旨であるかを検討したうえ、両者の間に矛盾抵触があるかどうかを決しなければならない。

（イ）旅館業法と本件条例とを対比すると、両者の規制は併存、競合しているが、地方公共団体が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、旅館業法の規定は、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。

（4） 長崎地裁 1980（昭和55）年9月19日判決、判時978号24頁。

（5） 福岡高裁 1983（昭和58）年3月7日判決、判時1083号58頁。本件では上告審の係属中に条例が廃止されたため、訴えの利益が消滅したとして却下された。

(ウ) もっとも、旅館業法が旅館業に対する規制を前記の程度に止めたのは、職業選択の自由を保障した憲法 22 条の規定を考慮したものと解されるから、条例により旅館業法よりも強度の規制を行うには、それに相応する合理性および必要性が存在し、かつ、規制手段が右必要性に比例した相当なものであることが肯定されなければならない。もし、これが肯定されない場合には、当該条例の規制は、比例の原則に反し、旅館業法の趣旨に背馳するものとして違法、無効になるというべきである。

(エ) 本件条例の規制内容を検討すると、いわゆるモーター類似旅館であれ、その他の旅館であれ、その設置場所が善良な風俗を害し、生活環境保全上支障があると町長が判断すれば、町の旅館建築審査会の諮問を経るとはいえ、その裁量により、町内全域に旅館業を目的とする建築物を建築することが不可能となる結果を招来するのであつて、その規制の内容は旅館業法と比べて極めて強度といえることができる。そして、本件全証拠によつても、このような極めて強度の規制を行うべき必要性や、このような規制手段をとることについての相当性を裏づけるべき資料を見出すことはできない。また、よりゆるやかな規制手段についても、その有無、適否が検討された形跡は窺えない。

(オ) 以上の検討によれば、Y が本件不同意処分をするにあたって、その根拠とした本件条例 3 条各号は、その規制が比例原則に反し、旅館業法の趣旨に背馳するものとして同法に違反するといわざるを得ない。

(2) 本判決の検討

本判決の(ア)は、法律と条例が同一の目的で同一の事項を規制している場合であっても、法律が条例による規制を容認していると解される場合には、条例による規制が許されるとしている。この考え方は徳島市公安条例事件の最高裁 1975 (昭和 50) 年 9 月 10 日判決 (以下、「徳島公安条例事件判決」という) で判示されている。本判決は同判決を引用していないが、同判決に従ったものと考えられる。

(イ) は、旅館業について規制している旅館業法と本件条例を比較した上で、両者の規制は併存、競合している、つまり同一目的で同一の事項を規制しているが、旅館業法は条例によって地域の実情に応じた規制をすることを禁止 (排斥) しているとは解されないと判示した。

これに対して第 1 審判決は、旅館業法は市町村が条例によって同法と同

一の目的でより高次の規制を行うことを禁止しているとし、よって本件条例の2条および3条は同法の規定に違反して無効であると判断した。本判決の特徴の一つはこの点、つまり旅館業法が本件条例による規制を禁止していないと判断した点にある。

しかし、本判決のより大きな特徴は（ウ）から（オ）の判断に示されている。（ウ）は法律が条例によるより強度な規制を禁止していないとしても、条例による規制が適法であるためには規制に合理性および必要性が存在し、かつ、規制手段が相当なものでなければならないとして、規制目的と規制手段が比例原則に適合していることを要件としている。

そして（エ）は、本件条例が（ウ）の要件を充足するかどうかを検討し、本件条例は町長の判断によって町内全域であらゆる旅館の建築を不可能とするができるというきわめて強い規制を行うものであるが、このような規制を行う必要性や規制手段の相当性は見出せないとした。（オ）は結論として、本件条例3条各号は比例原則に反し、旅館業法に違反しており、これに基づく本件不同意処分も違法であるとした。

以上のように、本判決は条例による規制の適法性の判断に際し、①法律（旅館業法）が同一目的の規制を禁止（あるいは容認）しているかどうかという点だけでなく、②条例による規制が比例原則に適合した適正なものであるかどうかという条例の内容を問題としている。これまでの自治体の条例制定権に関する議論はもっぱら①の点に注目しており、この点についての重要な先例である前記の徳島市公安条例事件の最高裁判決も同様と考えられる。

しかし、少なくとも本件では本件条例が違法と判断される決め手となったのはむしろ②の点であり、事案の解決にとって②は①と同様かそれ以上の重要な意義を有している。一般論としても、条例が適法であるためにはその規制内容が比例原則に適合した適正なものでなければならないはずである。

飯盛町の条例をみると、町長の同意がなければあらゆる旅館の建設ができないものとし、しかも町長が旅館の建築を適当でないと判断すれば町内では常に旅館の建設を拒否できる制度になっている。事業者には職業選択の自由および営業の自由が保障されていることを考慮すれば、同条例による規制は必要な限度を超えた強度なものであり、比例原則に違反していると考えられる。

本判決は、条例制定時に立法者がより緩やかな規制方法を検討していないことも問題としているが（前記（エ））、ここにも本判決が比例原則を重視していることが現れている。同条例がその内容においても適法であるためには、より適正な規制方法⁽⁶⁾を規定することが必要であったと思われる。

以上のように、本判決は①法律が条例による規制を禁止（容認）しているかどうかという点だけでなく、②条例による規制が比例原則に適合した適正なものであるかどうかを重視した点に大きな特徴があり、その結論自体も正当であると考えられる。

本判決の評釈をみると、「旅館業法の規制が、全国一律に施されるべき最高限度の規制であるとする1審判決の見解を採りえないのはもちろんのこと、本件条例を旅館業法のいわば守備範囲内にあるとする本判決の前提にも疑問がある」が、「本条例の定める強力な規制には必要性、合理性があるとはいえず、また規制手段もそれに比例した相当なものとはいえないので、本条例は憲法22条、13条に違反する疑いが強いといわざるを得ない」⁽⁷⁾として、本件条例による規制が比例原則に違反して違法であるという結論に賛成するものがある。

この他には、「判旨の結論を支持する。また理由づけについても、おおむね妥当であると考え」としつつも、「法令の趣旨を解釈することによって条例制定の可否を決する方法には、解釈基準としての不安定さが伴う」ので、「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・・・当該法令の趣旨解釈から解放して、その適法性を肯定するべきである」とし、「比例原則は、条例の法令適合性の問題ではなく、基本的人権の保障に違反しないかどうかの問題である。本判決には、この点で混同がある」⁽⁸⁾とするものがある。

(6) 条例がより詳細な許可基準を規定し、また、処分の際して町長に事業者との十分な協議を義務付け、是正勧告を前置することなどが考えられる。

(7) 関哲夫「旅館業を目的とする建築について旅館業法よりも強度の規制を定めた町条例が、右規制を行うについての合理性・必要性を欠き、かつ所定の規制手段が右必要性に比例した相当なものであるとはいえないから、比例原則に反し、同法の趣旨に背馳し違法、無効であるとされた事例」判例時報1097号195頁（判例評論300号）、198頁（1984年）。

(8) 南川諱弘・「地方自治の本旨」と条例制定権（法律文化社、2012年）212頁、216-218頁。

これらの評釈は本判決の結論には賛成するものの、本判決が条例の適法性判断の基準として比例原則によった点に特に注目しておらず、後者はむしろ疑問視している。確かにこの時点では、条例の適法性とはもっぱら自治体がある事項について条例制定権を有するかどうか、つまり法律が条例による規制を禁止（許容）しているかどうかという問題だと理解されており、制定された条例の規制内容が比例原則に適合した適正なものであるかどうかは、条例制定権とは異なる次元の問題だと理解されていたと思われる。

実は条例制定権と比例原則の関係は今日でも明らかではなく、比例原則を重視した本判決もこの点をどのように考えていたのかを判示しているわけではない。この点については現在の視点からなお検討が必要であろう。

その後の最高裁判決には条例の適法性を判断する際に比例原則との適合性を重視した事例があり、この問題は重要性を増している。次にこの判決を検討することにしたい。

2 紀伊長島町水源条例事件

(1) 最高裁 2004 (平成 16) 年 12 月 24 日判決

三重県紀伊長島町は水道水源を保護することを目的として「紀伊長島町水道水源保護条例」（以下、2では「本件条例」という）を制定した。本件条例は、町長は水源保護地域を指定することができること（11条1項）、産業廃棄物処理業その他水質の汚濁または水源の枯渇をもたらすおそれのある事業を対象事業とすること（2条4号および別表）、対象事業を行う事業場のうち水質の汚濁または水源の枯渇をもたらし、またはそれらのおそれがあるものを規制対象事業場と認定することができること（2条5号、13条3項）、水源保護地域に指定された区域においては規制対象事業場の設置を禁止すること（12条）、水源保護地域内において対象事業を行おうとする事業者は、町長と協議するとともに、説明会の開催その他の措置を採らなければならない、町長は上記協議の申出があったときは、紀伊長島町水道水源保護審議会の意見を聴き、規制対象事業場と認定するかどうかを判断すること（13条）などを規定していた。

X（上告人、産業廃棄物処理業者）は、紀伊長島町に産業廃棄物中間処理施設を設置することを計画し、1993年11月に三重県尾鷲保健所長に産業廃棄物中間処理事業計画書を提出し、1994年12月には廃棄物の処理及

条例制定権と比例原則

び清掃に関する法律（以下、「廃棄物処理法」という）15条1項に基づき、三重県知事に産業廃棄物処理施設設置許可申請をしたところ、同知事は1995年5月10日にこれを許可した。

紀伊長島町は上記1993年11月のXの計画書提出によって本件計画を知り、本件条例を制定することとし、1994年3月の町議会で本件条例が可決され、同月25日に施行された。Y（被上告人、紀伊長島町長）は、本件条例11条1項に基づき、本件施設の設置予定地を含む町の区域の約8割に相当する部分を水源保護地域に指定した。

Xは1994年12月にYに対して本件条例に基づく協議の申出をし、Yは本件条例13条に基づいて水道資源保護審議会の意見を求めたところ、同審議会は本件事業場を規制対象事業場に認定することが望ましいという答申をした。Yは、同月31日に本件施設は本件条例2条4号の対象事業場のうち同条5号の水道水源の枯渇をもたらし、またはそのおそれがあるものに該当すると認定する処分（以下、2では「本件処分」という）を行った。

そのため、Xは前記の廃棄物処理法に基づく産業廃棄物処理施設設置許可処分を受けているものの（ただし、本件条例が施行された1994年3月25日の時点ではXの申請は審査中であり、許可がなされたのは施行後の1995年5月10日である）、本件施設の設置ができないことになった。そこでXは本件処分の取消しを求めて出訴した。

第1審判決は⁽⁹⁾、本件施設における取水（日量95m³）により、町の水道水源の水位を著しく低下させるおそれがあると認められるとして、Xの請求を棄却した。

控訴審判決は⁽¹⁰⁾、廃棄物処理法は産業廃棄物の適正な処理によって生活環境の改善を図ることを目的とするものであるが、本件条例は水道法に基づいて安全な水道水を確保することを目的とするものであるから、その目的・趣旨が異なっており、本件条例が廃棄物処理法に違反して無効であるとはいえないとした上、本件施設の取水により水道水源の水位を著しく低下させるおそれがあるとして、本件処分は適法であるとした。Xが上告。

(9) 津地裁1997（平成9）年9月25日判決、民集58巻9号2536頁に掲載。

(10) 名古屋高裁2000（平成12）年2月29日判決、同上。

本判決は⁽¹¹⁾、原判決を破棄し、原審に差し戻した⁽¹²⁾。本判決の判旨を要約すると以下のとおりである。

(ア) 本件条例は、水源保護地域内において対象事業を行おうとする事業者にあらかじめ町長との協議を求めるとともに、当該協議の申出がされた場合には、町長は、規制対象事業場と認定する前に審議会の意見を聴くなどして、慎重に判断することとしているところ、規制対象事業場認定処分が事業者の権利に対して重大な制限を課すものであることを考慮すると、上記協議は、本件条例の中で重要な地位を占める手続であるということができる。

(イ) 本件条例は、Xが三重県知事に対してした産業廃棄物処理施設設置許可の申請に係る事前協議にYが関係機関として加わったことを契機として、Xが町の区域内に本件施設を設置しようとしていることを知った町が制定したものであり、Yは、Xが本件条例制定の前に既に産業廃棄物処理施設設置許可の申請に係る手続を進めていたことを了知しており、また、同手続を通じて本件施設の設置の必要性と水源の保護の必要性とを調和させるために町としてどのような措置を執るべきかを検討する機会を与えられていたということができる。そうすると、Yとしては、Xに対して本件処分をするに当たっては、上記手続において、上記のようなXの立場を踏まえて、Xと十分な協議を尽くし、Xに対して地下水使用量の限定を促すなどして予定取水量を水源保護の目的にかなう適正なものに改めるよう適切な指導をし、Xの地位を不当に害することのないよう配慮すべき義務があったものというべきであって、本件処分がそのような義務に違反してされたものである場合には、本件処分は違法となるといわざるを得ない。

(ウ) ところが、原審は、上記の観点からの審理、判断を経ることなく、本件処分の違法性を否定したものであって、原審の判断には、審理不尽の結果、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があるというべきである。論旨は、この趣旨をいうものとして理由がある。

本判決は本件条例の適法性については言及していないが、廃棄物処理

(11) 最高裁 2004 (平成 16) 年 12 月 24 日判決、民集 58 卷 9 号 2536 頁。

(12) 差戻後の控訴審判決では、本件処分はXの地位に配慮してなされていない違法があるとして取り消された。名古屋高裁 2006 (平成 18) 年 2 月 24 日判決、判例タイムズ 1242 号 131 頁。

法と本件条例の趣旨・目的は異なっており、本件条例が同法に違反するとはいえないとした控訴審判決の判断を是認したと考えられる。このように本判決は本件条例の適法性自体は認めたものの、Yがした本件処分の適法性については審理が尽くされておらず、処分が違法である可能性があるとして、原判決を破棄して原審に差し戻した（前記（ウ）参照）。

その理由は、前記（イ）のとおり、YはXが本件条例の制定以前に廃棄物処理法に基づいて知事に本件施設の許可申請を行っていたことを了知していたのであるから、そのようなXの立場を踏まえてXと協議を尽くし、地下水使用量の限定を促すなど適切な指導を行い、Xの地位を不当に害することがないように配慮すべき義務があるのにこれを怠ったというものである。

以上のように、本判決は、①法律（廃棄物処理法）が条例による規制を禁止（容認）しているかどうかという点だけでなく（ただしこの点について本判決は控訴審の判断を是認し、特に言及していない）、②条例に基づく規制（規制対象事業場認定処分）が適正であるかどうかを問題としている。本件においても飯盛町の事件と同様に、事案の解決にとって決め手となったのはむしろ②の点である。そして、本件処分に際してYがXの地位を不当に害することがないように配慮すべき義務を果たしたかどうかは、本件条例の規制目的を達成するために本件処分（という手段）が適正であったかどうかということであり、②の点は比例原則の問題といえるであろう。本判決の調査官解説を参考として、次にこの点を検討したい。

（2）本判決の検討

本判決の調査官解説⁽¹³⁾は、まず法律（廃棄物処理法）が本件条例による規制を禁止（容認）しているかどうかという点については、「本件条例による規制は、水質汚濁の防止を図ることをその内容に含んでいる点では、廃棄物処理法と重なる面があるけれども、同法は水源の枯渇の防止と

(13) 杉原則彦「紀伊長島町水道水源保護条例（平成6年紀伊長島町条例第6号）の規定に基づき指定された水源保護地域内に設置予定の施設が設置の禁止される事業場に当たるとした町長の認定は当該施設の設置を予定する事業者の地位を不当に害することのないよう配慮する義務に違反してされた場合には違法となるとされた事例」法曹時報57巻12号220頁（2005年）。なお、最高裁判所判例解説民事篇では平成16年（下）810頁以下に掲載されている。

いう観点から規制をするものではなく、この点では、本件条例は同法と重複ないし相反するものではない。・・・本件条例のうち、少なくとも水源の枯渇を防止する規定については、国の法令との間に矛盾抵触がなく、法令違反の問題は生じない。本判決は、このような考え方を前提とすると思われる」⁽¹⁴⁾としている。

本判決はこの点については原判決の判断を前提とし、特に言及していないが、条例制定権が及ぶかどうかは法律の趣旨・目的によって判断するという徳島市公安条例事件の最高裁判決に従っている。その結論は上記のとおり、廃棄物処理法は本件条例による規制を禁止しておらず、町には条例制定権があるということである。

しかし、本判決は本件条例に基づく本件処分（規制対象事業場認定処分）は違法となる可能性があるとして、さらに審理を尽くすために本件を原審に差し戻した。その理由は次のように説明されている。それは、本件条例およびこれに基づく本件処分は憲法22条に適合した適正なものではなく、そのためには本件条例が定める事前協議手続が適正に行われなければならないが、本件における事前協議手続はXの立場を十分に考慮しておらず、適正に行われたとはいえないということである。具体的な理由は多岐にわたるが、調査官解説を整理して要約すると次のとおりである⁽¹⁵⁾。

(ア)「本件条例の憲法22条適合性については、本件条例の規制が目的を達するために合理的なものであるかどうか、あるいは、必要最小限度のものであるかどうか」が問題となる。このような観点からみると、本件条例は、①水源の保護という規制目的は取水量の制限という操業規制によって達成できるにもかかわらず、規制施設の設置自体を禁止するという合理的な程度を超えた過度の規制を行っている、②水源保護地域の指定について具体的な要件の定めがなく、実際にも町の8割にも及ぶ地域が指定されているなどの問題がある。

(イ) しかしながら、本件条例は①町長が審議会の意見を聴いた上で水源保護地域を指定し、②本件条例別表および規則において対象事業を定め、町長が対象事業を行おうとする者（事業者）と事前に協議し、審議

(14) 同228頁。

(15) 同231-237頁による。

会の意見を聴いた上で規制対象事業場と認定するという段階的な手続を規定しており、町長は事前協議を通じて事業者の取水量等を把握して事業者に事業計画の再検討を求めることなどにより、水源保護の要請と営業の自由を調和させることを予定しているものと解することができるから、本件条例は違憲ではないということが可能である。

(ウ) 本判決が、Yは、Xが本件条例の制定以前に産業廃棄物処理施設設置許可の申請手続を進めているというXの立場を踏まえ、Xと十分な協議を尽くし、予定取水量を水源保護の目的にかなう適正なものに改めるように適切な指導をし、Xの地位を不当に害することのないように配慮すべき義務があったというべきであり、「本件処分がそのような義務に違反してされたものである場合には、本件処分は違法となる」と判示したのは、事前協議手続が「その趣旨に沿う内容のものとして履践されることが必要である」という考え方に基づくものである。

この解説によると、まず(ア)では本件条例による規制は憲法22条に適合した適正なものでなければならぬが、そのためには本件条例による規制が目的を達成するために合理的であり、かつ、必要最小限でなければならないとされている。後記3でみるように、比例原則とは権力の行使は必要最小限でなければならない、または権力の行使は目的と手段のバランスがとれたものでなければならないということである。前記(ア)の「規制が目的を達成するために合理的」であるということは、「目的と手段のバランスがとれたもの」であることと同義であろう。よって、(ア)の本件条例による規制が憲法22条に適合した適正なものでなければならぬというのは、それが比例原則に適合していなければならないということの意味すると考えられる。

さらに(ア)は、本件条例が取水量の制限だけでなく施設の設置自体を禁止していること、水源保護地域の指定要件について定めがなく、町の区域の8割が保護地域に指定されていることは過剰な規制の疑いがある、つまり比例原則に違反する疑いがあるとして、ここでも比例原則が問題とされている。

しかし、(イ)は結論として本件条例は違憲ではないとしている。その理由は、本件条例によると町長は審議会の意見を聴いて水源保護地域を指定するものとし、事業者と協議して規制対象事業場を認定するという段階的な手続を規定しているので、協議の過程で事業者に再検討を求めるなど

の方法により、水源保護の要請と営業の自由を調和させることができるからである。つまり、これらの段階的な事前手続が適切に機能すれば、事業者が認定処分によって突然産業廃棄物処理業を営む権利を奪われる事態は回避され、事業者の地位や立場にも配慮して認定処分を行うことが可能となり、目的と手段のバランスがとれていることになるからである。それは比例原則に適合しているということであり、ここでも比例原則が問題とされているといえよう。

そして(ウ)が、YにはXの地位を不当に害することのないように配慮すべき義務があったというべきであり、事前協議手続が「その趣旨に沿う内容のものとして履践されることが必要である」としているのは、水源保護と営業の自由の保障という目的と本件処分という手段の均衡がとれるように事前協議手続を履践する必要がある、つまり本件処分が比例原則に適合するように事前手続を履践する必要があることを意味している。

以上のように、本判決は比例原則に直接言及していないが、条例による規制の適法性を考える際に比例原則を重視しているといえる。最高裁が比例原則を考慮していることは注目されるべきであろう。

次に、これら二つの裁判例を踏まえ、現行地方自治法の下で条例制定権を考える際に比例原則がどのような役割を果たしうるのかを考えることにしたい。

3 条例制定権と比例原則の役割

(1) 比例原則の意義

ここで念のため比例原則の意義を確認しておきたい。比例原則とはもともとは警察権力を抑制することを目的としていたが⁽¹⁶⁾、現在では憲法13条に根拠を有する法の一般原則（不文法源）だと理解されている⁽¹⁷⁾。

(16) 警察法2条2項は、警察の活動は厳格に前項の責務（個人の生命、身体および財産の保護、犯罪の予防・鎮圧・捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持）に限られるものであり、その職務の遂行に当たっては、いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利および自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあってはならないと規定しているが、これは比例原則が規定された典型的な例であるとされている。

(17) 高木光「比例原則の実定化」現代立憲主義の展開（上）（有斐閣、1993年）211頁、228頁参照。

有力な学説は、比例原則の一つの意味は警察権の行使は「警察違反の状態を排除するために必要な場合でなければならない」ということであり、もう一つの意味は「目的と手段が比例していなければならない」ということであるとし、「出発点は警察作用であるが、行政の権力作用一般に通ずるものとしても理解されていた」としている⁽¹⁸⁾。

これらの見解を参考として、本稿では、比例原則とは権力の行使は必要最小限でなければならない、あるいは権力を行使する際にはその目的と手段のバランスがとれていなければならない（目的と手段が均衡していなければならない）ことを意味すると理解することにしたい。

本稿は条例制定権と比例原則の関係を考えることを目的としているので、比例原則が条例制定権のような立法作用にも及ぶかどうかを確認しておく必要がある。この点については、「比例原則はわが国ではかねて法治主義に根拠を有する不文の法として定着し、それが、現行憲法の下でも引き継がれている」⁽¹⁹⁾とすれば、憲法および法治主義に基づく不文の法、つまり法の一般原則として国会の立法権や自治体の条例制定権にも及ぶと解される。比例原則が行政権には及ぶが立法権には及ばないと解する根拠はないし、法律や条例に基づいて行使される行政権が比例原則に服するとすれば、法律や条例は比例原則に適合した規制を行わなければならないのであって、それは立法権もまた比例原則に服することを意味しているはずである。

実際に、地方自治法は立法権に比例原則が及ぶことを前提にしていると解される。同法2条11項は、「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」と規定しているが、国の法令が適切な役割分担を踏まえたものであるためには、法令に基づく国の地方公共団体に対する関与は必要最小限であり、目的と手段のバランスがとれたもの、つまり比例原則に適合したものでなければならないはずである。同項はそのような比例原則に適合した立法を国会に義務付けているといえる⁽²⁰⁾。

(18) 塩野宏・行政法Ⅰ〔第6版〕（有斐閣、2015年）93頁参照。

(19) 同。

(20) 宇賀克也「地方自治法概説」〔第6版〕（有斐閣、2015年）221頁は、地方自治法2条11項・13項は「国が、地方自治の本旨、国と自治体との適切な役割分担に反する法令を制定することを抑止しようとする規定」だとしている。

同項のほか、同条12項、13項、そして国の地方公共団体への関与の基本原則（国の関与は必要な最小限度のものとしなければならない）を定めた同法245条の3各項の規定は、地方自治法自身が比例原則を重視するとともに、他の法令を立法（国会の法律制定および行政機関の命令制定）する際の指針として比例原則を掲げていると解される。

このように比例原則は行政権だけでなく立法権にも及ぶのであり、国会が制定する法律および地方議会が制定する条例は、いずれも比例原則に適合した適正なものであることが必要である。

（2）条例制定権と比例原則

かなり以前から議論されてきたように、条例の適法要件の一つは①条例が法律の範囲内であるかどうか（憲法94条）、あるいは法令に違反していないかどうか（地方自治法14条1項）ということであった。

そして、前記1（飯盛町旅館条例事件）および2（紀伊長島町水源条例事件）でみたように、最高裁判例を含む裁判例は②条例が適法であるためには条例の規制内容が比例原則に適合した適正なものでなければならないとして、条例による規制が比例原則に適合していることをもう一つの条例の適法要件としている。

前記1および2の裁判例は、いずれもまず法律（旅館業法および廃棄物処理法）が条例による規制を禁止しておらず、条例が法令に違反していないことを前提として、その規制内容が比例原則に違反している（前記2の事例では違反している疑いがある）と判断している。

このように二つの事例ともまず①の要件に適合することを前提として、②の要件の充足性を判断している。この二つの判決があったのはそれぞれ1980年と1996年であり、2000年に現行地方自治法が施行される前であるとともに、旅館業法および廃棄物処理法に基づく事務（旅館業の許可および産業廃棄物処理施設の許置許可に関する事務）は県知事の機関委任事務とされている時期であった。この時期の条例制定権ないし条例の適法性についての論点は、第一義的には①の点にあったと思われる。そこでまず①の点が判断されているが、いずれの判決も条例制定権に関する重要な先例である1975（昭和50年）年の徳島市公安条例事件判決より後の事件なので、同判決の判旨（修正法律先占論）に従って法律が条例による規制を禁止（容認）しているかどうか判断されている（同判決については後記4

で検討する)。

これら二つの判決の時期を考えれば、まず①の点が判断され、次に②の点が判断されたことは当然と考えられるし、いずれの結論も妥当であると考えられる。ただし、この時期においては条例制定権あるいは条例の適法性とはもっぱら①の問題であり、②の点が独立した論点となるとは必ずしも認識されていなかったように思われる。二つの判決はいずれも①と②の関係については言及していないし、判例評釈などをみると学説も②の点の意義や①と②の関係については特に言及していない。

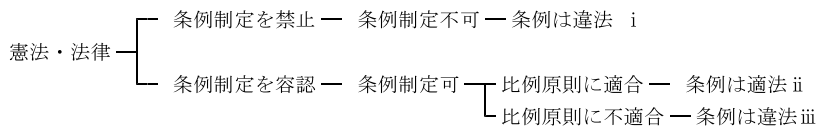
では、現行地方自治法の下ではこの①と②の関係はどのように考えるべきなのだろうか。現行地方自治法は国と自治体は対等であることを前提とし、機関委任事務を廃止するとともに、前記の2条11項および12項は、国の法令とその解釈・運用は国と地方公共団体との適切な役割分担を踏まえたものでなければならぬとし、さらに245条の3各号の規定は、国の地方公共団体に対する関与は必要最小限度のものとしなければならぬと規定している。

そして、多くの学説は、現行地方自治法の下では国の法令が条例制定権を制約できる場合は限定され、条例制定権の範囲は大幅に拡大すると指摘している⁽²¹⁾。このような学説の指摘と前記二つの裁判例を踏まえると、現在では条例の適法性を考える際に前記①の基準の役割は限定され、むしろ②の点が重要な判断基準となったのではないだろうか。

具体的には、①の基準により、条例制定が禁止されるのは憲法および法律が明確に条例による規制を禁止している場合に限られるが、どのような内容の条例であっても適法であるわけではなく、②の基準により、制定された条例の規制内容は比例原則に適合した適正なものでなければならぬということである。

(21) 宇賀・前掲注(20)221-222頁のほか、市橋・前掲注(2)、南川・前掲注(8)205頁以下、北村喜宣「新地方自治法施行後の条例論・試論」(上)自治研究76巻8号42頁以下(第一法規、2000年)、同(下)自治研究76巻9号66頁以下(同)、市橋克哉「新地方自治法と条例制定の新たな可能性」公共性の法構造－室井力先生古希記念論文集369頁以下(勁草書房、2004年)、三浦大介「分権改革と条例制定権の拡大」法律時報84巻3号9頁以下(2012年)、樋水三千男「地方分権と政策法務－地方自治体の実務担当者から見た条例制定権の可能性と課題に関する一考察」千葉大学法学論集28巻1・2号293頁以下(2013年)などがある。

〔図1〕現行地方自治法の下での条例制定権



つまり、条例制定権の範囲あるいは条例の適法性という問題の中心的な論点はもはや①（国の法令が条例制定を禁止しているか）ではなく、②（制定された条例の規制内容が比例原則に適合した適正なものであるか）に移行したと考えられる。これを図式的に表現すると上の図1のようになる。

このように考えることにより、自治体は原則として当該自治体の事務については条例制定権を有することになり、法律が条例制定を禁止しているかどうかという煩雑な議論を回避できるはずである。そのためには憲法および法律が明確に条例制定を禁止しているといえるかどうかについて煩雑な議論が続けられるのでは意味がないので、①の基準はなるべく簡明であることが望ましい。具体的には、形式的な基準として、憲法が法律によって全国一律に規律することを想定していると解される事項（私法秩序に関する事項、刑法犯に関する事項、司法に関する事項その他国の基本的な法律で規律される事項）⁽²²⁾、法律で国の事務とされた事項⁽²³⁾および法律が明文の規定で条例制定を禁止している事項であり⁽²⁴⁾、実質的な基準とし

(22) つまり、民法、刑法、裁判所法、労働基準法、独占禁止法など国の基本的な法令で規定された事項であり、自治体の事務ではないもの、あるいは司法権によって実現されることが想定されるものと考えられる。これらの事項に条例制定権が及ばないことは、伝統的な法律先占論の下でも同様であったと思われる。この点につき、依静夫・地方自治法（有斐閣、1965年）305頁、高田敏「条例論」現代行政法体系第8巻（有斐閣、1984年）183-184頁参照。

(23) 国の事務であっても条例による規制が必要または可能であり、規制内容が比例原則に適合していれば条例制定は可能と解する余地がある。例えばある自治体が「北方四島早期返還を促進する条例」を制定したとしても、領土や外交に関する事項は国の事務だとして違法だとは直ちにいえはないはずである。同様に都道府県の事務については市町村の条例制定権は及ばないが、規制内容が比例原則に適合していれば条例制定は可能と解される。市町村の水源保護条例によって産業廃棄物処理施設を規制するのがその一例である。

(24) 例えば、売春防止法の附則4項は「地方公共団体の条例の規定で、売春又

て、憲法や法令に直接的に抵触し、その規制目的を阻害する場合は該当すると考えられる⁽²⁵⁾。

これらの①の基準はやや抽象的であるが、一見して①の基準に該当しなければ条例制定は可能であると解し、②の基準によって条例の適法性を判断すれば足りるはずである。実質的に①に該当するような条例は、比例原則に適合しないとして違法と判断され、排除される可能性が高いであろう。

逆に、地方自治法2条2項が規定する「地域における事務及びその他の事務で法律又はこれに基づく政令により処理することとされるもの」は自治体の事務であり、条例制定が可能と解すべきである。

①の基準の役割が低下する結果として②の基準の役割が増大するが、条例の規制内容が比例原則に適合した適正なものであるかどうかを判断する際には、「規限制度法律」と「最低基準法律」の区別など、これまでに蓄積されてきた条例の適法性に関する議論が有効に機能すると考えられる。この点については4(2)で後述する。

なお、これまでの条例の適法性に関する議論は、主に同じ目的で国の法律より厳しい規制を行ういわゆる「上乗せ条例」をめぐる展開されてきた。上乗せ条例が憲法や法令に直接的に抵触したり、法律の規制目的を阻害することはあまりないと考えられるが⁽²⁶⁾、上乗せ条例や委任条例（特

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」と規定している。ただし、同5項はその場合でも地方公共団体が「条例で別段の定」をすることを想定しており、条例による規制をすべて排除する趣旨ではないと解される。「児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律」の附則2条1項および2項にも同様な規定がある。

(25) 伝統的先占論の下でも条例制定権の範囲は「憲法や法令に、正面から衝突するとか、直接的に抵触する場合は別として、それ以外の場合には、できる限り、地域性を生かし、その自主性を尊重しうるように、幅広く解釈することが望ましい」とされていたが、現行地方自治法の下ではこの考え方が全面的に該当するようになったといえよう。久世公堯「行政事務条例制定の推移と今後の問題点」地方自治条例論（日本評論社、1970年）154頁。

(26) 上乗せ条例はむしろ法律の規制目的を強化すると思われる。逆に、所有権の絶対性を制限したり、特定の刑罰の適用を排除したり、労働基準法の制限を緩和するような条例（「押し下げ条例」というべきか）が制定されるとすれ

に法令が定める基準により規制することとされるもの)を含むどのような条例であっても、むしろ②の基準によって適法性を判断すべきことは同様である⁽²⁷⁾。

以上の本稿の考え方は、これまでの判例・学説とも整合していると思われる。次にこの点について検討する。

4 これまでの判例・学説と比例原則

(1) 最高裁 1975 (昭和 50) 年 9 月 10 日判決 (徳島市公安条例事件) と比例原則

条例で道路におけるデモ行進等を規制することができるか (道路交通法は条例でデモ行進等を規制することを禁止しているか) どうか争われた本判決は、条例制定権の範囲に関する重要な先例であり、今日でも変更されていない。本判決は、道路交通法は各地の実情に応じて条例により道路交通を規制することを禁止していないとして条例を有効とし、条例が規定するより重い罰則を適用して被告人を有罪とした⁽²⁸⁾。

本判決の調査官解説は、「本判決は、国の法令が存在する事項については条例による規制は許されないとする考え方を否定し、条例が国の法令に違反するかどうかは、国の法令と条例のそれぞれの趣旨、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決すべきであるとした」として、本判決が伝統的な法律先占論を否定したことを明らかにしている⁽²⁹⁾。条例制定が禁止されるかどうかは法令の趣旨、目的の解

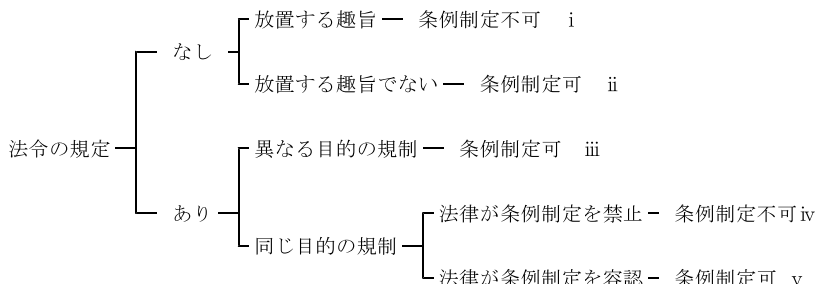
ば、国の法律と直接的に抵触し、その規制目的を阻害するものとして、①の基準によって違法となる。

(27) 法令が規制していない項目を規制する横出し条例、法令が一定基準未満を規制していない場合に基準未満の部分規制する裾切り条例のほか、法律が定める基準をいったん白紙にして条例で新たな基準を設定するいわゆる上書条例についても同様である。なお、上書条例については幸田雅治「法律の壁を乗り越える条例の可能性」神奈川大学法学部 50 周年記念論文集 (神奈川大学、2016 年) 121 頁、131 頁以下参照。

(28) 本件では条例が規定するより重い罰則の適用を回避するため、条例が違法・無効であると主張されており、条例制定権の拡大が求められた事例ではないといえる。

(29) 小田健司 [本件解説] 法曹時報 28 巻 5 号 (1976 年) 132 頁、153 頁。最高裁判所判例解説刑事篇では昭和 50 年度 156 頁以下に掲載されている。

[図2] 徳島市公安条例事件における条例制定権



積によって判断するべきだというのが本判決の考え方であり、この考え方は修正先占論と呼ばれている。さらに、同解説によると本判決の条例制定権に関する考え方は次のように要約できる。

(ア) ある事項について国の法令による規制がないが、いかなる規制もせずに放置する趣旨であれば条例による規制は禁止され（条例制定不可）、放置する趣旨でなければ条例による規制は禁止されない（条例制定可）。

(イ) ある事項について国の法令による規制があるが、条例が異なる目的の規制をする場合は条例による規制は禁止されない（条例制定可）。

(ウ) ある事項について国の法律による規制があり、条例が同じ目的の規制をする場合、法律が全国一律に同一の規制を行う趣旨でなく、条例による地方の実情に応じた規制を容認する趣旨であるときは、条例による規制は禁止されないが（条例制定可）、法律が全国一律に同一の規制を行う趣旨であり、条例による規制を容認しない趣旨であるときは、条例による規制は禁止される（条例制定不可）。

この考え方を図式的に表現すると上の図2のようになる。

ここでみた徳島公安条例事件の最高裁の考え方は、現行地方自治法の下では変化したのだろうか。iについては、現在では法令の明文の規定がないのといわば黙示的に条例制定が禁止される事項を想定することは困難であり、実際にはiの場合は存在しないと思われる⁽³⁰⁾。iiとiiiとvについ

(30) 伝統的先占論の下でも法律の規定が存在しない事項については条例制定が可能であると解されていたとされる。高田・前掲注(22)202頁。その後、国の法令が廃止された場合に、その法令が規制していた事項について条例で規

ては、現在でも条例制定は可能なので、この部分は今でも変わりがないことになる。

そうすると条例制定が禁止されるのは、条例が法律と同じ目的の規制をする場合で法律が条例制定を禁止していると解されるivの場合だけである。現在でも法律が条例の制定を禁止していると解されれば条例を制定することはできないので、ivの場合も基本的には変わっていないと考えられる。ただし、現在では国と地方は対等であり、「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」（地方自治法2条10項）のだから、国の法令が条例の制定を禁止していると解される場合はかなり限られるはずである。本稿は、そのような場合は憲法および法律が明確に条例制定を禁止しているときに限られると考えることは前述のとおりである。

このようにみると、本判決の考え方のうち、現在ではiの場合は実際には存在せず、ivの場合はかなり限定されるものと思われる。その限りでは本判決の考え方は今日では変化したといえるし、iの場合が実際には存在しなくなったという以外はあまり変化していないともいえるであろう。

しかし、条例制定が可能となるii、iii、vはいずれも憲法を含む法律が条例制定を禁止していない（容認している）場合であり、それは規制対象となる事項を法令がすでに規制しているかどうか（法令の規定があるかどうか）とは関係がなく、また、条例の規制目的が法令の規制目的と同じかどうか⁽³¹⁾とも関係がないと考えられる（法律が条例による規制を禁止していなければいずれの場合でも条例を制定をできるからである）。つまり、現在ではiiとiiiの内容はvと同じであり、vに統合することができるだろう。

その結果として、現在では図2のうちivとvだけが残ることになり、前掲の図1とほぼ同じになると考えられる。そしてvの場合に該当して条例制定が可能であるとしても、前記1および2の判決がいうように、その規制内容は比例原則に適合した適正なものでなければならない。徳島市公安

制することが適当かどうかの問題となったようである。同、204頁。

(31) 徳島市公安条例事件の最高裁判決がなぜ法令と異なる目的であれば条例を制定できるとしたのかは必ずしも明らかでない。古典的先占論を克服し、条例が制定できる事項を少しでも拡大しようとしたということなのだろうか。

条例事件判決は比例原則には言及していないが、制定された条例が比例原則に適合しなければならないことは当時も現在も同様であり、同判決でも当然の前提となっているはずである。

このように、現行地方自治法に則して徳島市公安条例事件判決の考え方を整理すると図1とほぼ同じになる。それは、図1に示された本稿の考え方は同判決と基本的に整合していることを意味しているといえるであろう。

(2) これまでの学説と比例原則

条例制定権の範囲に関するこれまでの学説をきわめて簡略に概観すると、次のようにいえるであろう。

伝統的（古典的）な法律先占論については様々な説明が存在するが⁽³²⁾、最大公約数としては「法律が明示的または黙示的に対象としている事項については、法律の明示的な委任なしに同一目的の条例を制定し得ないとする説」⁽³³⁾であると考えられる。

この考え方によると、既に法律によって規制されている事項については法律の委任がなければ条例を制定できないのだから、自治体の条例制定権の範囲はきわめて狭くなる。特に、法律と同じ目的で地方の実情に合わせてより厳しい規制をする「上乘せ条例」は制定できないことが問題となった。

そこで伝統的な先占論を修正して条例制定権を広げようとする様々な考え方が提唱され、このような考え方は修正先占論といわれるが、前記の徳島市公安条例事件の最高裁判決はこの考え方に立っている。同判決の判旨は前記(1)でみたとおりであるが、既に法令が規制している事項（法令の規定がある事項）であっても、法令が全国一律に同一の規制を行う趣旨でなく、条例による地方の実情に応じた規制を容認する趣旨であるときは、条例による規制は禁止されないとするものであった。

修正先占論の下では、法律が全国一律の規制を行う趣旨であるのか、それとも地方の実情に応じた規制を容認する趣旨であるのかを解釈すること

(32) 例えば、高田・前掲注(22) 204頁、久世公堯「行政事務条例の実態と問題点」法律時報31巻7号(1959年)36頁、成田頼明「法律と条例」憲法講座・第4巻(有斐閣、1964年)215頁参照。

(33) 宇賀・前掲注(20) 210頁。

が必要となるが、その際には国の法律が①規制の最大限度を規定した「規制度法律」なのか、②全国に適用される規制の最低限度（ナショナル・ミニマム）を規定した「最低基準法律」なのかが問題とされるようになった⁽³⁴⁾。①であれば法律は条例によって異なる規制（上乘せ規制）をすることを禁止していることになり、②であれば容認していることになる。

このように修正先占論によって従来の伝統的先占論の限界を克服するための解釈論が展開されてきたが、現行地方自治法の下では修正先占論に立っている徳島市公安条例事件判決の判断枠組みもやや変化していることは前記（1）でみたとおりである。

そして本稿は、前記3（2）でみたように、現行地方自治法の下では①条例制定が禁止されるのは憲法および法律が明確に条例による規制を禁止している場合に限られるが、②制定された条例の規制内容は比例原則に適合した適正なものでなければならぬと理解し、条例制定権に関する論点は①から②へ移行したと考えている。

本稿の考え方下では、憲法および法律が明確に条例による規制を禁止していない限りは、対象事項を規制している法律が規制度法律と最低基準法律のいずれであっても条例の制定は可能となる。ただし、それが規制度法律であれば条例による規制内容に対して比例原則が強く働き、規制の必要性や内容の適正さが強く問われることになり、最低基準法律であれば比例原則は弱く働き、規制の必要性や内容の適正さがむしろ推定されることになるといえよう⁽³⁵⁾。

なお、条例の適法性を判断する際に比例原則との適合を指摘する見解は本稿が最初ではなく、早くから存在していた⁽³⁶⁾。そして、条例制定権の

(34) この点につき、兼子仁・条例をめぐる法律問題・条例研究叢書1（学陽書房、1978年）69頁、市橋・前掲注（2）第5回、住民と自治456号74-76頁参照。

(35) 南川・前掲注（8）は、「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・・・当該法令の趣旨解釈から解放して、その適法性を肯定するべきである」としているが、条例による規制が特別の意義と効果をもつ場合も規制の必要性および合理性が認められ、比例原則に適合する可能性が高いであろう。

(36) 例えば、「条例の上乗せ・横出しの可否は、地域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」であるとされている。成

限界は法律がある事項を先占しているかどうかではなく、法律と条例の内容的な抵触によって判断すべきだとする指摘も既になされている。現行地方自治法の下では、地域における事務が広く自治体の事務となっているのでその領域が国に先占されていると把握する必要はないとして、条例制定の可否を『条例制定権の範囲』として論じる必要はもはやなく、法律と条例の内容的な抵触として捉えることで十分であろう」とする見解がその例であり⁽³⁷⁾、本稿も同様な観点に立っている。

このように本稿の②の基準の充足性を判断する際には従来の学説の考え方が機能するのであり、本稿と同様の観点に立つ見解も既に存在している。よって、本稿の考え方は従来の学説とも整合しているといえよう。

おわりに

本稿の最後に、以前に筆者が住んでいた愛知県みよし市（当時は三好町）の「みよし市まちづくり土地利用条例」（平成15年9月25日条例第31号）⁽³⁸⁾の内容を本稿の観点から検討することにしたい。同条例の概要は次のとおりである。

市長はみよし市基本構想に基づくまちづくり像を実現するため、まちづくり基本計画を策定する（7条1項）。まちづくり基本計画には、土地利用誘導区域（住環境保全区域、農業保全区域、自然保全区域、集落居住区域、教育環境保全区域、防災調整区域、地区まちづくり計画策定区域、その他規則で定める区域）および当該区域における土地利用の方針を定める（4項）。

市長は開発事業を行おうとする事業者に対して、あらかじめまちづくり基本計画および特定開発事業（一定規模以上の土地の区画形質の変更、中高層建築物・集合住宅・一定面積以上の建物の建築、土地利用目

田頼明「法律と条例」ジュリスト別冊・憲法の争点（1978年）210-211頁。

(37) 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」行政法の発展と変革（塩野宏先生古希記念）下巻（有斐閣、2001年）357頁、372頁。ただし、同稿は必ずしも条例の規制内容の適正さを問題としているのではなく、法令が条例の制定自体を禁止する場合が広く存在することを前提としているようである。

(38) 本条例は市のホームページに掲載されている。

https://www.city.aichi-miyoshi.lg.jp/toshi_k/documents/miyoshishijourei.pdf

的の変更、木竹の伐採等)の基準について説明しなければならず(14条1項)、事業者は開発事業をまちづくり基本計画および特定開発事業の基準に適合させなければならない(2項)。

事業者は、特定開発事業が法令の規定による許可、認可その他の行為を要することとされているときは、当該許可等を申請する前に、市長との協議その他の手続を経なければならない(15条、17条1項)。

市長は、協議後に開発計画がまちづくり基本計画に適合しないと認めるとき、特定開発事業の基準に適合しないと認めるときは、事業者に対し、理由を付した上、当該開発計画の中止、変更その他必要な措置をとるべきことを命ずることができる(22条1項)。この命令をしようとするときは、あらかじめみよし市まちづくり審議会の意見を聴かなければならない(2項)。

市長は、偽りその他不正の手段により特定開発事業に着手した事業者または請負人、22条1項の命令に違反して特定開発事業に着手した事業者または請負人等に対し、工事の停止を命じ、または原状の回復その他違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる(47条1項)。

第22条第1項の規定による命令に違反して特定開発事業に着手した事業者、第47条の規定による命令に違反した者は、6月以下の懲役または50万円以下の罰金に処する(53条)。

この条例により、特定開発事業をしようとする事業者は、都市計画法による開発許可や建築基準法による建築確認を申請する前に市長との協議を義務付けられ、事業計画がまちづくり基本計画や特定開発事業の基準に適合しないときは、計画の中止、変更またはその他の必要な措置を命じられることになる。まちづくり基本計画で定められる土地利用誘導区域は都市計画法による用途地域とは必ずしも一致しないし、特定開発事業の基準も建築基準法の基準(建築が許容される基準)とは異なるので、本条例は都市計画法や建築基準法よりも厳しい規制を行っていることになる。

都市計画法や建築基準法は開発事業者や建築主の権利にも配慮して全国一律の規制をする趣旨であり、最高限度法律であるから条例で上乗せ規制をすることは許されないといわれている。実際に、現行地方自治法が施行される前の事例であるが、建築基準法は用途地域内の建築物を自治体が条例で規制することを想定していないとして、市街化調整区域および商業地

域以外でパチンコ店等の建設を禁止する市の条例は同法に違反するとした裁判例がある⁽³⁹⁾。

それでは開発行為や建築を市の条例で規制し、市長に禁止や変更を命令する権限を認めている本条例は、都市計画法および建築基準法に違反し、違法となるのであろうか。

本稿の考え方によれば、憲法および法律が本条例の制定を明確に禁止しているとはいえない（憲法が開発行為や建築行為を法律で全国一律に規制することを想定しているとは解されず、法律には条例による規制を禁止する趣旨の規定はなく、本条例が国の法令に直接的に抵触し、その規制目的を阻害するともいえない）から、みよし市が本件条例を制定することは可能である。

そこで次に本条例の規制内容をみると、本条例はあらかじめまちづくり基本計画に基づいて土地利用誘導区域を定め、特定開発事業とその基準について規定し、法律上必要とされる許可の前に市長が事業者との協議を行うこととしている。これらの規制方法は事業者の立場にも配慮されており、まちづくり基本計画の内容や特定開発事業の基準も合理的であって、本条例の規制内容は比例原則に適合した適正なものと考えられる。

そもそも本条例は市民の代表である市議会が制定したものであり、まちづくり基本計画に基づいて適切な土地利用をしようとすることは市民の総意に基づいているのだから、国の法令による全国一律の基準を強制し、事業者の利益を市民の総意に優先させる正当な根拠はないであろう。

本稿の考え方によれば、このように自治体はある事項について条例制定権を有するかという議論からは基本的に解放され、条例による適正な規制のあり方を工夫する作業に専念できるはずである。

考えてみれば条例の内容が比例原則に適合しなければならないのは当然

(39) 宝塚市パチンコ条例事件の神戸地裁1997（平成9）年4月28日判決、行裁例集48巻4号293頁、大阪高裁1998（平成10）年6月2日判決、判例時報1668号37頁。本件では市の条例に基づいて市長が工事中止を命令し、民事訴訟で命令に基づく工事の続行禁止を請求したが、第1審と控訴審は本件条例は違法であるとして請求を棄却し、最高裁2002（平成14）年7月9日判決、民集56巻6号1134頁は、行政上の義務の履行を求める民事訴訟は法律上の争訟に当たらないとして訴えを却下した。本件訴えが提起されたのは1994年であり、現行地方自治法が施行される前である。

のことであり、本稿は従来の法律先占論の内容を比例原則の問題と言い換えたに過ぎないのかもしれない。しかし、その当然のことを改めて確認することにより、少しでも新たな条例を制定する気運が高まる契機となれば幸いである。