

Title	「地方自治の本旨」と条例制定権
Author(s)	南川, 諦弘
Citation	大阪大学, 2012, 博士論文
Version Type	
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/59402">https://hdl.handle.net/11094/59402</a>
rights	
Note	著者からインターネット公開の許諾が得られていないため、論文の要旨のみを公開しています。全文のご利用をご希望の場合は、 <a href="https://www.library.osaka-u.ac.jp/thesis/#closed">〈a href="https://www.library.osaka-u.ac.jp/thesis/#closed"〉</a> 大阪大学の博士論文について <a href="https://www.library.osaka-u.ac.jp/thesis/#closed">〈/a〉</a> をご参照ください。

***Osaka University Knowledge Archive : OUKA***

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

氏名	みなみ がわ あきひろ 南 川 諭 弘
博士の専攻分野の名称	博士(法学)
学位記番号	第 25070 号
学位授与年月日	平成24年3月22日
学位授与の要件	学位規則第4条第2項該当
学位論文名	「地方自治の本旨」と条例制定権
論文審査委員	(主査) 教授 高橋 明男 (副査) 教授 高田 篤 教授 野呂 充

## 論文内容の要旨

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

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

こうした状況の下で、条例の法令適合性に関する伝統的な解釈であった法律先占論も、徳島市公安条例事件における最高裁大法廷昭和50年9月10日判決により修正され、特定事項について規律する国の法令と条例が併存する場合でも、国の法令がその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨(「最大限規制立法」と呼ばれる)ではなく、国の法令がそれぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨(「最小限規制立法」と呼ばれる)であると解されるときは、条例は国の法令に違反しない、として、従来の法律先占論よりも条例制定権を拡大する解釈が採られるようになった(著者はこの修正された解釈を「法令の趣旨解釈論」とネーミングしている)。

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

著者は、国の法令が条例による規律を明文で排斥している事項について規定するとか、国の法令が一定の事項の遵守を最低基準として要求している場合に当該法令による授権なしにその遵守義務を免除するなど、条例が国の法令に積極的に抵触する場合でない限り、条例による規律が特別の意義と効果を持ち、かつその合理性が認められるならば、条例の制定は許されるとの「特別意義論」を提唱してきた。ただし、そのように解釈することによって、地方公共団体は、当該事項が国の法令により黙示的に先占されているか否か、国の法令と目的が同じか否か、国の法令の趣旨が最大限規制立法か最小限規制立法か、といった詮索をすることなしに、当該地域の特性を生かした「まちづくり」を行うために必要な条例を制定することができ、それが自治権としての条例制定権を実質的に保障し、ひいては「地方自治の本旨」に基づいた地方自治制度の確立につながる、と考えたからである。

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

よる規律密度を低くすることが憲法規範的に要請されている、と主張してきた。

しかし、地方分権改革後もなお依然として国の法令による規律密度が高く、条例制定権が拡大しているとは言い難い状況にある。本年4月に制定された「地域の自主性及び自立性を高めるための改革の推進を図るための関係法律の整備に関する法律」に基づく義務付け・枠付けの見直しにより条例制定権の拡大が期待されるが、具体的にどのような見直しが行われるか、また、見直しの対象とならなかった事項についてどう考えるか、という問題が残されている。本書はこのような問題を解決するための解釈論を提示するものである。

本書の構成と内容は以下のとおりである。

第1部では、本書の主題である自治権としての条例制定権の範囲と限界を考える上で、その前提となる憲法第92条の規範的内容について考察している。

第1章では、憲法第92条の「地方自治の本旨」の規範的意味について検討している。

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

【資料】は、ホーム・ルール・シティの「憲法」に当たる自治憲章(ホーム・ルール・チャーター)とはどのような内容のものであるかを、カリフォルニア州パークリ市の自治憲章を例にとりて紹介したものである。

第2部では、本書の主題である条例制定権の範囲と限界について論じている。

第1章は、条例の実効性確保という点で重要な、条例による罰則の設定について、憲法第94条の条例制定権に罰則設定権が含まれるかという、主として条例制定権の範囲について論じたものである。

第2章は、ラブホテル規制条例を例にして、条例による営業の自由の規制の限界や財産権規制の可否、旧地方自治法第2条第2項、旅館業法、建築基準法など国の法令との関係について論じたものである。

第3章は、条例の法令適合性(憲法94条、地方自治法14条1項)に関する学説及び判例を検討し、伝統的解釈である、いわゆる法律先占論に代わり特別意義論を提唱したもので、本書で最も重要なものとして位置づけられる。

第4章は、私見である特別意義論の有用性を、普通河川管理条例、公害防止条例、ラブホテル等規制条例を例に挙げて検証したものである。

第5章は、パチンコ規制条例の法令(風俗適正化法)適合性について、神戸地裁平成5年1月25日判決と神戸地裁平成9年4月28日判決が異なる判断をした理由とその是非について検討したものである。

第6章は、平成11年7月に制定された地方分権一括法による改正地方自治法第2条第1項・12項は憲法規範的効力を有すること、また、条例の法令適合性に関する最高裁大法廷昭和50年9月10日判決の判断枠組みの適用に当たっては、法令の趣旨解釈は条例の法令適合性を原則的に肯定する方向で行われるべきことが憲法規範的に要請されていること、を論じたものである。

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

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

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

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

4では、3の控訴審判決である大阪高裁平成22年4月27日判決を解説している。

第3部では、条例の法令適合性問題を回避する手段として多くの地方公共団体で用いられている、行政指導ないし要綱行政の内容とその限界について論じている。

第1章は、法治主義の観点から、規制行政指導の実効性を担保する措置の限界を検討したものである。

第2章は、昭和42年に兵庫県川西市で始まった、いわゆる要綱行政の内容及び限界について、裁判例を紹介しながらその問題点を指摘するとともに、要綱の条例化を提唱したものである。

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

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

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

第1章は、全国で初めて興信所・探偵社による身元調査を規制した、大阪府興信所条例について、その制定の背景・理由並びにその意義と問題点について述べたものである。

第2章は、平成12年に制定された「ニセコ町まちづくり基本条例」に始まる自治基本条例制定の経緯と内容を紹介するとともに、自治基本条例の最高規範性について論じたものである。

第3章は、行政上の義務の履行を求める訴訟は法律上の争訟に当たらない、と判示した最高裁平成14年7月9日判決は、地方公共団体から条例上の義務の履行を確保する有力な手段を奪うものであることから、行政上の義務の履行を求める民事訴訟の可否について論じたものである。

## 論文審査の結果の要旨

本論文は、南川氏の長年の研究テーマである条例制定権の問題を中心とした地方自治に関する研究論文をまとめたものである。その概略は、次の通りである。

第1部は憲法92条の「地方自治の本旨」の規範的意味を探り、関連してアメリカのホーム・ルール・シティの自治立法権を論じている。とりわけ、「地方政府たる地方公共団体」の意思を反映させる手続的保障が「地方自治の本旨」の規範的内容に含まれると解している。

第2部は全体の中心的な部分で、条例制定権の限界について、学説・判例の状況を論じた後、リーディングケースである最高裁の徳島市公安条例事件の判例理論の分析に基づく独自の理論として、特別意義論を提唱している。この考え方は、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持ち、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できるというものである。さらに、このような考え方に立って、具体的な条例について、その有用性を検証している。

第3部は条例の法令適合性の問題を回避する手段として用いられている行政指導、要綱行政について、その内容と限界について論じている。

第4部は興信所条例や自治基本条例といった個別の条例の法令適合性の問題と条例上の義務の履行を求める民事訴訟の可否について論じている。

以上のような本論文をもとに、平成24年1月31日16時から17時まで、発表会と審査を行った。

まず、南川氏から、論文の概要について説明があったあと、審査委員からの質問に南川氏が答える形で審査を行ったが、論文の内容に合わせて次の点が議論された。

第1に、憲法による地方自治の保障、あるいは地方自治の手続的保障というテーマについて、憲法上、国に留保された事項あるいは権限はあるかという問いに対して、塩野氏の地方自治保護の分類、須貝氏の手続的・実体的保護論を紹介しつつ、市町村への権限の推定、市町村優先が憲法上保障されており、改正地方自治法1条の2はそれを表現したものであると答えた。また、憲法93条以下は手続的ホームルール権が形になったものと言えるかという問いに対して、アメリカにおいてシティが占める割合は高くなく、Home Ruleによる保障は全国的ではないとしつつ、憲法95条は手続的な地方自治権の保障として、また93条・94条は実体的な保障として形になったと答えた。法律にも憲法を体现する法とそうでないものを区別する考え方があることを踏まえつつ、改正地方自治法1条の2が憲法上の地方自治の本旨を表した憲法上の効力をもつとするならば、改正前の地方自治法は違憲と言えるのかという問いに対して、法律であっても憲法的・憲法規範的なものもあり得るし、条例レベルでも、「自治基本条例」を自治体における憲法的効力を持たせる工夫は可能であると答えた。なお、憲法上の地方自治の保障に関連して、道州制あるいは大阪都構想の憲法上の評価あるいは伝統的コミュニティを破壊するような組み替えは許されるかという問いに対して、道州制

をめぐる議論を紹介しつつ、州や特別区の長が公選である以上、「地方自治体」と言える面もあるが、住民との距離が問題となり、法律で許されることには限界があると答えた。

次に、条例論、特に特別意義論に関連して、特別意義論と最高裁の判例理論との異同を問うたのに対し、立証責任の転換を図ったものであり、法律からではなく、条例自身の必要性、合理性を審査することから始めることが重要であり、たとえば、最高裁判例では違憲とされた高知市普通河川条例も、河川法の適用のない河川をめぐる法律関係の実態を踏まえれば、同条例の所有権者の同意制も必要と言える面があると答えた。法律と条例の積極的抵触がある場合、特別意義論に基づいて法律を違憲とすることができるのかという問いに対しては、過去における公害規制立法は人権論を根拠にして違憲とすることができたが、「法律の範囲内」という前提があるため、積極的抵触の場合に特別意義論によって法律を違憲とすることは難しいと答えた。また、条例における刑罰制定権の限界に関する問いに対して、罰金刑のみとするような法律は違憲であると答えた。さらに、租税分野の法定主義から来る限界についての問いに対して、事務配分に相当する課税権が分配されなければならないとは言えないと答えた。

そのほか、全体を通じて、「アメリカの自治体の保護は州という大枠の中の小規模な存在を前提としているのではないか、特別意義論は大いに傾聴できる考え方であるが、法律は自治体にとって制約であると同時に、政策を推進する面もあるのではないか、要綱行政以外の協定といった手法にも着目できるのではないか、要綱を条例化する場合、条例におけるインフォーマルな手続化によって法的問題が表に出てなくなるという面もあるのではないか、といった指摘が審査委員側からなされた。

討論を通じて、地方自治の保障及び条例の意義に関して、実務を踏まえつつ理論的な解明を目指そうとする南川氏の深い学識と洞察が窺われ、丁寧に学説・判例を分析して、独自の見解を導き出すという手法によって、高い学問的価値を有する論文となっていることと合わせて、本論文が博士の学位に値することを審査委員全員が一致して認めた。