

条例の適法性と条例の立法事実との関係に関する一考察 —— 旧自治法下での裁判例の概略と新自治法下での裁判例の検討 ——

Relationship between Legality of Regulation and Legislative Fact of Regulation

神 川 哲 弥
Tetsuya Jinkawa

要 約

本稿は、自治体の条例制定権が拡大したといわれる、新自治法下での条例の適法性について考察するものである。本稿では、条例の適法性に関する議論は、旧自治法下でのものが新自治法下においても継続するということを前提とする。しかし、旧自治法下で示された条例の適法性に関する判断基準を形式的に適用するだけではなく、条例の適法性について条例の立法事実との関係から考察していき、新自治法下において条例の適法性が争われた場合に、条例の立法事実がいかなる役割を果たすのかを示唆することを目的とする。

この目的を達成するために、旧自治法下での二つの裁判例の概略をみていき、あわせて、新自治法下での一つの裁判例をやや詳しく検討していく。その結果、①条例の規定が憲法の規定と抵触するおそれがある場合でも、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の合憲性及び適法性も肯定される、②条例の規定が法律の規定と抵触するおそれがある場合でも、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の適法性も肯定される、③条例の規定が憲法及び法律の規定と直接抵触しない場合には、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の適法性も肯定されるということが示唆された。

キーワード：条例の適法性、条例の立法事実、条例と法律との抵触、条例と憲法との抵触

はじめに

本稿は、地方公共団体（以下「自治体」という。）の条例制定権が拡大したといわれる、平成11年法律第87号による改正後の地方自治法（以下「新自治法」といい、改正前のものを「旧自治法」という。）下での、条例の適法性について考察するものである。

旧自治法下では、徳島市公安条例事件の上告審判決（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）で最高裁が示した、「法律と条例の趣旨、目的、内容及び効果を比較する」という判断基準に基づき、条例の適法性を判断していた。1で後述するように、同基準は、新自治法下においても維持される。しかし、その一方で、このことを前提としながらも、条例の適法性を判断するに当たり、最高裁が示した条例の適法性に関する判断基準を形式的に適用するだけではなく、条例の立法事実との関係を重視する必要性が指摘されている¹⁾。

このような状況に鑑み、本稿では、条例の適法

性について条例の立法事実との関係から考察していき、新自治法下において条例の適法性が争われた場合に、条例の立法事実がいかなる役割を果たすのかを示唆することを目的とする。

本稿は以下において、次のように構成される。まず1では、新自治法下においても、旧自治法下で示された法律と条例との関係が維持されることを確認する。

次に2では、そのことを前提としながらも、条例の適法性を判断するに当たり、条例の立法事実との関係を重視する必要性が指摘されていることを述べ、実際、旧自治法下においても、条例の適法性を判断するに当たり、条例の立法事実との関係を考慮した裁判例（本稿で取り上げるのは、①奈良県ため池条例事件の上告審判決〔最大判昭和38

1) 例えば、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—」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革 下巻』（有斐閣、2001年）378頁。

年6月26日刑集17巻5号521頁], ②長崎県飯盛町旅館建築規制条例事件の控訴審判決〔福岡高判昭和58年3月7日行集34巻3号394頁〕である。)があることを指摘する。あわせて、条例の適法性と条例の立法事実との関係について示唆するために、それらの裁判例の概略をみていく。

3では、2で示唆されたことに加えて、さらに条例の適法性と条例の立法事実との関係について示唆するために、新自治法下での裁判例をやや詳しく検討する。検討する裁判例は、外来魚の再放流を禁止する条例の適法性をめぐり、条例の立法事実の有無そのものが争われた、滋賀県琵琶湖外来魚放流禁止条例事件の原審判決(大津地判平成17年2月7日判例地方自治267号67頁)である。

最後に、おわりにで、2と3で示唆された条例の適法性と条例の立法事実との関係をまとめ、新自治法下において条例の適法性が争われた場合に、条例の立法事実がいかなる役割を果たすのかを示唆するという本稿の目的の結論を述べ、あわせて、今後の課題を示す。

1 条例の適法性に関する議論の継続

平成11年7月、地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律、いわゆる地方分権一括法が成立し、一部を除いて平成12年4月から施行された。地方分権一括法の施行により475本の法律が一挙に改正されたが、その中核となっている地方自治法の改正は、実質的には「新自治法」の制定ともいえるものである²⁾。

新自治法下では、国と自治体の関係を対等・協力の関係にすべく、自治体の長が、国の機関として国の大臣の指揮監督下で、国の事務を行う機関委任事務制度が廃止された。従前の機関委任事務が、国の直接執行とされるものを除きすべて自治体の事務になった結果、自治体の処理する事務は自治事務と法定受託事務の二種類に区分され、いずれもが条例制定対象事項となった。つまり、新自治法下では、自治体の条例制定権の範囲が拡大することになったのである³⁾。

しかし、条例は、法律及び命令に違反することはできない。なぜなら、自治体の条例制定権は、

2) 成田頼明「地方自治法の改正—その意義と課題—」『分権改革の法システム』(第一法規, 2001年) 124-126頁。

憲法94条により「法律の範囲内」でしか認められておらず、自治法14条1項により「法令に違反しない限りにおいて」しか認められていないからである。この点については、地方分権一括法の施行により自治法14条1項が改正されなかったことから、新旧自治法をとおして変化はない。それゆえ、条例の適法性に関する議論は、旧自治法下のものが新自治法下においても継続することになる⁴⁾。

このことは、平成8年12月に出された地方分権推進委員会の第一次勧告が、はじめにで触れたように、最高裁(最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁)が示した、「両者(法律と条例—引用者注)の対象事項と規定文言を対比するのみでなく、それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較し、両者(法律と条例—引用者注)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」という条例の適法性に関する判断基準を引用しながら、結論として、「こうした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」⁵⁾としていることから明らかであろう⁶⁾。

2 旧自治法下での裁判例の概略

1で述べたように、新自治法下においても、条例の適法性に関する議論は、旧自治法下のものが継続することになる。だがその一方で、このことを前提としながらも、条例の適法性を判断するに当たり、最高裁が示した条例の適法性に関する判断基準を形式的に適用するだけではなく、条例の立法事実との関係を重視する必要があるとの指摘がなされている⁷⁾。

3) 成田・前掲(注2) 127-130頁、小幡純子「改正地方自治法の概観」小早川光郎・小幡純子編『あたらしい地方自治・地方分権』(有斐閣, 2000年) 60-61頁。

4) 芝池義一「条例」小早川・小幡編・前掲(注3) 68-69頁。

5) 地方分権推進委員会事務局編『地方分権推進委員会第一次勧告』(ぎょうせい, 1997年) 22頁。

6) 田村達久「新地方自治法における『条例』をめぐる諸問題の考察」佐藤英善編著『新地方自治の思想—分権改革の法としくみ—』(敬文堂, 2002年) 83頁。

7) 注1の文献以外に、例えば、北村喜宣「新地方自治法施行後の条例論・試論」『分権改革と条例』(弘文堂, 2004年) 78-79頁、磯崎初仁編著『政策法務の新展開—ローカル・ルールが見えてきた—』(ぎょうせい, 2004年) 60-61頁〔山口道昭執筆〕、鈴木庸夫「政策法務の理論と実践—立法法務を中心に—」都市問題研究54巻11号(2002年) 11-12頁等がある。

立法事実とは、法律の制定を根拠づけ、法律の合理性を支える社会的・経済的・文化的な一般事実であり、立法府が立法の資料として収集認定した事実である⁸⁾。従来、立法事実は、法律の合憲性を判断する際の基準として用いられてきた⁹⁾。しかし、条例にも、その合理性を支えるための立法事実は存在するはずであり、そうであれば、条例の適法性を判断する際の基準として、条例の立法事実を用いることも可能だと思われる¹⁰⁾。

実際、旧自治法下においても、条例の適法性を判断するに当たり、条例の立法事実との関係を考慮した裁判例がある。以下では、それらの概略についてみていくことにする。

2-1 奈良県ため池条例事件

条例の適法性を肯定する理由の一つとして、条例の立法事実との関係が考慮された旧自治法下での裁判例として、憲法29条2項が「財産権の内容は、…法律でこれを定める。」と規定しているにもかかわらず、条例によって財産権を制限することができるか否かが争われた、奈良県ため池条例事件の上告審判決（最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁）がある¹¹⁾。

同判決は、「記録によると、奈良県においては、13,000に余る(マ)かんがい(マ)の用に供する貯水池が存在しているが、県下ならびに他府県下における貯水池の破損、決かい(マ)等による災害の事例に徴し、その災害が単に所有者にとどまらず、一般住民および滞在者の生命、財産にまで多大の損傷を及ぼすものであることにかんがみ、且つ、貯水池の破損、決かい(マ)の原因調査による科学的根拠に基づき、本条例を制定公布したものであることを認めることができる。」として、条例の立法事実の存在を肯定した上で、条例の合憲性及び適法性を肯定した。

さらに同判決は、上記の内容をまとめて、「事

柄によっては、特定または若干の地方公共団体の特殊な事情により、国において法律で一律に定めることが困難または不適当なことがある、その地方公共団体ごとに、その条例で定めることが、容易且つ適切なことがある。本件のような、ため池(マ)の保全の問題は、まさにこの場合に該当するというべきである。」と述べている。このことから、「地方公共団体の特殊な事情」、すなわち、地域の実情に即した条例の適法性を基礎づけるには、条例を支える地域の立法事実の存在が重要になると思われる¹²⁾。

以上、奈良県ため池条例事件の上告審判決の概略をみてきたが、この裁判例は、条例の規定が憲法の規定と抵触するおそれがあった事例である。それゆえ、同判決からは、条例の規定が憲法の規定と抵触するおそれがある場合でも、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の合憲性及び適法性も肯定されることが示唆されよう。

2-2 長崎県飯盛町旅館建築規制条例事件

同じく旧自治法下での裁判例であるが、上記の奈良県ため池条例事件の上告審判決とは反対に、条例の適法性を否定する理由の一つとして、条例の立法事実との関係が考慮されたものとして、旅館業法より強度の規制を定めた条例の適法性が争われた、長崎県飯盛町旅館建築規制条例事件の控訴審判決（福岡高判昭和58年3月7日行集34巻3号394頁）がある¹³⁾。

同判決は、まず「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、すなわち、これを行う必要性が存在し、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いずれも肯定されなければならぬ」として、条例により旅館業法よりも強度の規制を行うことを一概には否定しない。

次に、このことを前提として、同判決は、「本件全証拠によっても、旅館業を目的とする建築物の建築について、このような（「いわゆるモデル類似旅館であれ、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

8) 戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2000年）234-235頁。

9) 木佐茂男編著『自治立法の理論と手法』（ぎょうせい、1998年）174頁〔田中孝男執筆〕。

10) 鈴木庸夫「自治立法と最適化命令としての『地方自治の本旨』」月刊自治フォーラム509号（2002年）16頁。

11) 同判決を、条例の立法事実との関係から捉えるものとして、角松生史「自治立法による土地利用規制の再検討—メニュー主義と『認知的・試行的先導性』—」原田純孝編著『日本の都市法Ⅱ—諸相と動態—』（東京大学出版会、2001年）325頁以下がある。

12) 磯崎編著〔山口執筆〕・前掲（注7）61頁。

13) 同判決を、条例の立法事実との関係から捉えるものとして、木佐編著〔田中執筆〕・前掲（注9）179頁以下がある。

があると町長が判断すれば、…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」一引用者注) 極めて強度の規制を行うべき必要性や、旅館営業についてこのような(上記注と同様一引用者注) 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。」として、条例の立法事実の存在を否定した上で、条例を違法と判断した。

以上、長崎県飯盛町旅館建築規制条例事件の控訴審判決の概略をみてきたが、この裁判例は、条例の規定が法律の規定と抵触するおそれがあった事例である。それゆえ、同判決からは、条例の規定が法律の規定と抵触するおそれがある場合でも、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の適法性も肯定されることが示唆されよう。

2-3 小括

以上、旧自治法下での二つの裁判例の概略をみるにより、条例の適法性と条例の立法事実との関係について、次のように類型化できると考える。すなわち、①条例の規定が憲法の規定と抵触するおそれがある場合でも、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の合憲性及び適法性も肯定される、②条例の規定が法律の規定と抵触するおそれがある場合でも、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の適法性も肯定されるということである。

しかし、条例の適法性を判断する際に、条例の立法事実が果たす役割については、まだ十分に明らかになっていないとはいいい難い状況にある¹⁴⁾。したがって、以下においては、新自治法下での裁判例をやや詳しく検討することにより、条例の適法性と条例の立法事実との関係について、さらなる類型化を試みることにする。

3 新自治法下での裁判例の検討

検討する具体的な裁判例としては、はじめにで触れたように、条例の適法性をめぐり条例の立法事実の有無そのものが争われた、滋賀県琵琶湖外来魚放流禁止条例事件の原審判決(大津地判平成17年2月7日判例地方自治267号67頁、以下「本件判決」という。)を取り上げる¹⁵⁾。

14) 鈴木・前掲(注7)12頁。

3-1 事実の概要

本件は、平成14年10月16日、Y(被告・滋賀県)において成立した、滋賀県琵琶湖外来魚放流禁止条例¹⁶⁾(以下「本件条例」という。)の規定をめぐり、X(原告・釣り人)らが、損害賠償等を求めた事例である。

問題となったのは、本件条例18条(以下「本件規定」という。)である。本件規定は、外来魚の再放流(魚を釣り上げ、釣り上げた魚をその場所に返す、いわゆるキャッチ・アンド・リリースのこと。)の禁止として、「琵琶湖におけるレジャー活動として魚類を採捕する者は、外来魚(ブルーギル、オオクチバスその他の規則で定める魚類をいう。)を採捕したときは、これを琵琶湖に放流してはならない。」と定めている。

一方、Xらは、オオクチバス等の外来魚を再放流する釣り人である。Xらは、本件規定には立法事実が存在せず、かつ、釣り人であるXらの権利を侵害する違憲(憲法13条、19条、20条違反等)・違法(動物の愛護及び管理に関する法律違反等)なものであるにもかかわらず、本件規定の制定によりオオクチバス等の再放流が禁止され、精神的損害を被ったなどとして、Yに対して損害賠償(国家賠償法1条)等を求めた¹⁷⁾。

3-2 判旨(請求棄却¹⁸⁾・控訴¹⁹⁾)

3-2-1 条例の適法性と条例の立法事実

「琵琶湖漁業においても在来種の漁獲量の低迷状態が続くなど、本件条例が制定された平成14年当時、琵琶湖は、在来種の生息数が極端に減少し、沿岸域はオオクチバス及びブルーギルが優占し、特に南湖では魚類相の単純化の進行が懸念さ

15) 本件判決の評釈として、江原勲「判批」判例地方自治270号(2005年)5頁以下がある。

16) 正式な条例名は、「滋賀県琵琶湖のレジャー利用の適正化に関する条例」という。なお、本件条例制定の背景、経緯、内容等については、中嶋義基「滋賀県琵琶湖のレジャー利用の適正化に関する条例—守ろう 広げよう 琵琶湖ルール—」法令解説資料総覧254号(2003年)103頁以下を参照。

17) なお、本件において、Xらは上記の損害賠償請求以外に、XらにはYとの間において外来魚を再放流してはならないとの義務が存在しないことの確認(行政事件訴訟法4条)等を求めているが、本稿ではこれらの点については、触れないことにする。

18) 本稿で検討する損害賠償請求については棄却されたが、注17で触れた義務の不存在確認等の請求については却下された。

れるという、豊かで多様であった従来の生態系が危機的な状況に陥っていた。」

「琵琶湖におけるオオクチバス及びブルーギルの食性等の調査結果、オオクチバスの稚魚期から成魚期の食性や環境順応能力等の特性、ブルーギルの稚魚期から成魚期の食性、仔稚魚の初期減耗率やその生命力等の特性…からして、オオクチバス及びブルーギルによる在来種の捕食が在来種の生息数の減少という琵琶湖の生態系の変化に大きな影響を与えていることは明らかである。」

これらの「事実関係に照らせば、琵琶湖の本来の生態系を回復するために、琵琶湖に生息する外来魚の絶対数を減らしていくことが不可欠であり、釣りというレジャー活動の側面からも、本件規定を制定してオオクチバス及びブルーギルの再放流を禁止する必要があるとしたYの判断は、十分な合理性があり、本件規定を含む本件条例の制定にかかるYの行為は、立法裁量の濫用などの事情もなく、適法であると認められる。」

3-2-2 憲法及び法律の規定との抵触

「個人のレジャー活動という私的領域に関する事柄一般について、憲法13条の基本的人権として保障される場合があり、魚釣りを楽しむことがこれに含まれると解する余地があるとしても、それ以上に、特定の公共用物（琵琶湖—引用者注）において特定の魚類を採捕して放流するということまでも含むものではないし、また、同様にXらの主張する憲法19条及び20条によって保障される具体的な権利又は法的利益であるということもできない。したがって、本件規定が憲法13条、19条及び20条に違反するという「Xらの主張は認められない」。また、「Xらのその余の法令違反等の主張は、いずれも的確な裏付けがなく採用できない。」

19) 平成17年11月24日に、大阪高裁で本件の控訴審判決があり、同判決は原審判決を支持し、Xらの控訴を棄却した（朝日新聞社ホームページ（<http://www.asahi.com/kansai/news/OSK200511250018.html>、2005年11月25日現在。）。なお、Xらが期限までに上告しなかったため、平成17年12月14日までに、控訴審判決が確定した（京都新聞社ホームページ（<http://www.kyoto-np.co.jp/article.php?mid=P2005121400101&genre=D1&area=S00>、2005年12月14日現在。））。

3-3 検討

3-3-1 条例の適法性と条例の立法事実

2で触れたように、立法事実は、法律の合憲性を判断する際の基準の一つとして用いられてきたが、そもそも立法事実には、立証責任というものはない²⁰⁾。つまり、立法事実の有無を検討し、それを採用するか否かについては、裁判所の裁量的判断に委ねられているのである²¹⁾。

本件では、Xらが本件規定の立法事実の不存在について主張し、それに対してYが反論し、双方が立法事実の有無に関する証拠を提出している。本件判決は、双方から提出された証拠に基づき、本件規定の立法事実の有無を検討した上で、判旨(3-2-1)のとおり、本件条例の適法性を認めている。上記のとおり、立法事実の扱いが裁判所の裁量的判断に委ねられていることからすれば、本件規定の立法事実の有無について積極的に検討し、その存在を肯定した本件判決は評価できると考える。

3-3-2 憲法及び法律の規定との抵触

Xらは、本件規定が憲法・違法であると主張しているが、具体的には次のとおりである。すなわち、①本件規定は、オオクチバス等の再放流を自己の信条として魚釣りを楽しむという、Xらの幸福追求権や自己決定権といった人格権を侵害する（憲法13条違反）、②Xらは、オオクチバス等を殺生せず、生きたまま再放流することを思想的信条及び宗教的信念として釣りをしているが、本件規定は、その信条及び信念を否定し、その行動を規制するものである（憲法19条及び20条違反）、③動物の愛護及び管理に関する法律に基づき、Yにはオオクチバス等をみだりに殺すことを回避するための施策を、本件条例に盛り込む義務があるにもかかわらず、これを怠った（同法3条²²⁾違反）等である。

本件判決が、判旨(3-2-2)のとおり、本件規定が憲法13条等に違反しないと判断するのは、本件規定に立法事実が存在するという理由からではなく、オオクチバス等を採捕し再放流するという

20) 安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」芦部信喜先生還暦記念「憲法訴訟と人権の理論」（有斐閣、1985年）381頁注8。

21) 戸松・前掲（注8）236頁。

行為が、そもそも憲法上保障される権利ではないという理由からである。さらに、動物の愛護及び管理に関する法律3条等の違反については、法律の立法事実の有無についてまったく触れることなく、「的確な裏付けがなく採用できない」としている。

つまり、本件判決は、本件規定が直接憲法の規定と抵触するわけではないので、そもそも違憲ではなく、同様に、本件規定が直接法律（動物の愛護及び管理に関する法律等）の規定と抵触するわけではないので、具体的な法律との関係では違法ではないと判断しているのである。結局、本件では、本件規定を含む本件条例の制定行為そのものに、立法裁量の濫用等があるか否かが問題となるので、本件判決は判旨（3-2-1）のとおり、本件規定の立法事実の存在に基づき、本件条例の適法性を認めるのであろう。この判断は、本件については妥当であると考えられる。

3-3-3 小括

以上の検討のとおり、本件は、条例の規定が憲法及び法律の規定と直接抵触しない事例であるが、本件判決は、条例の適法性を判断するに当たり、条例の立法事実との関係を重視しており、その内容も妥当であると考えられる。それゆえ、本件判決からは、③条例の規定が憲法及び法律の規定と直接抵触しない場合には、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の適法性も肯定されることが示唆されよう。

おわりに

本稿の目的は、はじめに述べたように、新自治法下において条例の適法性が争われた場合に、条例の立法事実がいかなる役割を果たすのかを示

唆することである。本稿を終えるに当たり、これまでの考察から、条例の適法性と条例の立法事実との関係について示唆されたことを、再度まとめておきたい。

まず、2でみたように、旧自治法下での裁判例の概略から示唆されたのは、①条例の規定が憲法の規定と抵触するおそれがある場合でも、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の合憲性及び適法性も肯定される、②条例の規定が法律の規定と抵触するおそれがある場合でも、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の適法性も肯定されるということである。

次に、3でみたように、新自治法下での裁判例の検討から示唆されたのは、③条例の規定が憲法及び法律の規定と直接抵触しない場合には、条例の立法事実の存在が肯定されれば、条例の適法性も肯定されるということである。

1でみたように、条例の適法性に関する議論は、旧自治法下のものが新自治法下においても継続することが前提になる。それゆえ、旧自治法下での裁判例の概略から示唆された①と②については、新自治法下においても妥当するものといえよう。したがって、新自治法下において条例の適法性が争われた場合に、条例の立法事実が果たす役割については、新自治法下での裁判例の検討から示唆された③を加えて、①から③のように類型化できると考える。

ただし、①から③の類型化は、あくまで本稿で取り上げた三つの裁判例から示唆されたものすぎない。それゆえ、今後の課題として、旧自治法下から新自治法下での現在に至るまでの、条例の適法性が争われた裁判例について、条例の立法事実との関係から検討を重ねる必要があると考える。

(2005年11月29日受付)
(2006年1月13日受理)

22) 同条は、「国及び地方公共団体は、動物の愛護と適正な飼養に関し、前条（「動物が命あるものであることにかんがみ、何人も、動物をみだりに殺し、傷つけ、又は苦しめることのないようにするのみでなく、人と動物の共生に配慮しつつ、その習性を考慮して適正に取り扱うようにしなければならない。」—引用者注）の趣旨にのっとり、相互に連携を図りつつ、教育活動、広報活動等を通じて普及啓発を図るよう努めなければならない。」と定めている。