

「新」地方自治法における自治立法権の特質

小林

武

目次

はしがき——地方自治体の自治立法権

一 条例の意味

(一) 「条例」の概念

(二) 狭義の条例以外の自治立法

1 規則

2 要綱その他

二 条例制定権の憲法上の根拠と限界

(一) 条例制定権の憲法上の根拠

(二) 条例制定権の憲法上の限界

1 憲法上の法律留保事項との関係

2 地域的取扱いの差異と平等原則

三 条例制定権の範囲

(一) 条例の対象となる事務の範囲

1 地方自治法二条二項の「事務」

2 国の事務とされるもの

(二) 国の法令との関係

1 法律(法令)と条例

2 「法律先占」論と「先占」事項

3 七〇年代以降の「上乗せ」・「横出し」条例の輩出と新理論の提起

4 判例の見地と問題点

四 条例と「憲章」——むすびにかえて

(一) 制憲過程における「Charter」構想

(二) 「憲章」の今日的意義——福島県矢祭町『自治基本条例』の試み

はしがき——地方自治体の自治立法権

日本国憲法は、地方自治体を、自治権能をもつ統治団体と位置づけ(九二条)、「地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる」(九四条)と定め、この自治権の一内容として、地域の事務にかんして地方自治体が自らの判断で法規範を定立することのできる自治立法権を保障する。こうして、地方自治体の自治立法権には憲法的保障が与えられているが、それにより、地方自治体は、極めて広範かつ強力な自主的法定立権限を行使することができ、そのことは、地方自治体に統治団体たる性格を与え、地域の課題に的確に 대응することを可能にしている。こうした憲法的保障の根底には、地方自治体は、ほかならぬ住民の基本的人権のためにこそ存在する、との理がある。したがって、自治立法権の設定・運用は必ず人権保障の要請に即してなされるべきことが、たえず確認されなくてはならない。

自治立法権は、戦後地方自治制度の歴史の中で展開してきたが、一九九九年のいわゆる地方分権一括法による、地方自治法を中心とした諸法律の改正・制定をとおして大きく変容した。後に述べるように、大改正を受けた地方自治法、いわば「新地方自治法」は、地方自治体に条例を積極的に活用する機会を拡げたものであって、今、自治立法権は改めて注目されている。

そして、あたかも、この改正地方自治法施行の二〇〇〇年を境に、憲法改正の動きが急進展した。今般の改憲の波の中で公にされてきた憲法構想は、その多くが全面改正を求めるものであって、照準を第二章戦争の放棄、とくに第九条第二項に合わせているものであることはたしかであるが、同時に、第八章地方自治も、改憲を図る主要な分野のひとつとされている。とりわけ、二〇〇五年に出された自由民主党の『新憲法草案』では、現行日本国憲法の、四か条から成る第八章が六か条に、かつ文字数では三倍を超えるものに増加し、内容においては、条例それ自体にかんしては直接触れていないものの、住民の負担分任義務を定め、また自治体の健全財政確保の責務を明記するなど、地方自治のありように大きな変容をもたらすものとなっている。こうした状況は、現在、地方自治体の自治立法権を検討するにあたって、必ず考慮に入れておくべき要素であるといえよう。

そこで、以下では、憲法・行政法上の従来の論議を土台にして、条例の意味、条例制定権の憲法上の根拠と限界、および、条例制定権の及ぶ範囲について論じるが、その場合、地方自治法大改正のもたらしたものととくに留意し、また、基底にある要因として憲法改正動向を常に念頭に置いておきたいと思う。

一 条例の意味

(一) 「条例」の概念

憲法九四条にいう「条例」とは、地方自治体の定立する自主法一般を指す。すなわち、地方自治体の議会（憲法九三条一項）の議決によって制定される「条例」（地方自治法（以下「地自」と略称）一四條）のほかに、地方自治体の長（憲法九三条二項）が制定する規則（地自一五條）がここに含まれる、と解される。

もっとも、この点にかんして学説は一致しておらず、憲法九四条の条例は地方自治体の議会の制定する条例のみを意味するとの狭義説²⁾、右のほかに長の制定する規則を含むとの広義説³⁾、および、右兩者のほかに各種委員会（地自一三八條の四第一項）の定める規則その他の規程（同第二項）をも含むとの最広義説⁴⁾が対立している⁵⁾。そのうち、狭義説は、憲法の「地方自治の本旨」の根幹をなす住民自治の原理に最も叶う自主法は住民代表議会の制定法であることを強調して、長の定める規則などは条例に含めるべきでないとする。しかし、それは、自治体の長が、議会と同じく住民の公選によるものとして憲法上の保障を受けた機関であることを看過している。他方、最広義説は、自主立法を広く条例と呼ぶのが憲法の趣旨で、その種類を如何にするかは法律に委ねられているとする。これが多数説を形成しているが、各種委員会の規則等は法律の定めるところによるものであって、法律によって特定の委員会が廃止されても憲法違反の問題は生じない以上、この規則を憲法上保障された条例に含めることには無理があるといわねばなるまい。結局、広義説を妥当とするべきであろう。もっとも、広義説・最広義説にあっても、最も重要なものは議会の制定する条例であるとされることに変わりなく、本稿のテーマは主としてこの狭義の条例をめぐって論じられる。それに先立ち、狭義の条例以外の

自治立法である規則等について一べつしておきたい。

(二) 狭義の条例以外の自治立法

1 規則

(1) 規則の意味と性質 地方自治法一五一条一項は、「普通地方公共団体の長は、法令に違反しないかぎりにおいてその権限に属する事務に関し、規則を制定することができる」と定める。地方自治体の規則というとき、広くは委員会等の規則も含まれるが、通例は、最も重要な意味をもつ長の制定する規則を指す（本項でも、それについて述べる）。

規則は、住民の直接選挙によって選ばれる憲法上の機関たる長（九三条二項）が定めるものであるため、条例と同様に憲法の地方自治保障の対象であり、国の法令または条例による委任を要することなく長が独自に制定することができる。また、内容上も、長は、その権限に属する事務の範囲内であれば、住民の権利義務にかんする事項であるか否かを問わず規則制定をなしうる包括的な権限を有していることから、行政規則の性質を有するものだけでなく、法規たる性質を有する規則も定めることができる。こうした点で、条例と規則の關係は、法律の委任がない限り命令により規則を定めることができるという、法律と命令の關係とは異なる。つまり、条例が、住民代表機関たる議会の議決より制定される自主法であるのに対し、規則は、住民に直接選挙されるものである点に差異があるにとどまるのである。

(2) 規則制定権の範囲 規則をもって定めることのできる事項の範囲は、ひとつに、長の「権限に属する事務」に限られる。この規定は旧地方自治法一五一条一項と同じであるが、その意義は、新地方自治法で機関委任事務が廃止されて自治事務だけでなく法定受託事務も条例制定事項となったことから、大きく変った。すなわち、旧法では、機関委任事務については条例の制定が認められず規則の排他的管轄領域とされていたのが、その廃止で、規則のみの制定が許さ

れる事務の範囲は大幅に縮減し、規則と条例の双方の制定が可能な共管事項が増加したのである。

また、地方自治法一四條二項が、「義務を課し、又は權利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない」と規定したことから、従来の機関委任事務でもっぱら規則が規律していた、また公共事務で規則によっても規律できた權利義務規制は、条例によらなければならない。結局、新地方自治法のもとでは、規則の専管事項は、法令または条例による委任がある場合だけとなったのである。なお、規則には、行政法の秩序罰である過料を科す規定を置くことができる(地自一五條二項)

規則制定権の範囲を確定するもうひとつのものは、「法令に違反しない」(同一五條一項)という要件である。この規定は、条例の場合(同一四條一項)と同様に、法令に違反して制定された規則は無効とされることにより国法秩序の統一性確保をはかろうとするものである。ただし、いわゆる「上乗せ」・「横出し」条例をめぐって後に詳述する法律・条例関係論は、法律(法令)と規則の関係を論ずる場面でも、理論上妥当するものであることに留意しておきたい。

2 要綱その他

(1) 要綱 要綱とは、一般的に、政策・法律施行について基本的な事項をまとめたものをいう。地方自治体においては、法律または条例に具体的に法的根拠をもつことなく制定された要綱にもとづいておこなわれる行政活動、いわゆる「要綱行政」が目立った展開をみせている。

こうした状況は、地域の急激な変貌の中で、地方自治体は住民要求に根ざした行政需要に対応しなければならないのであるが、一方でそれに必要な国の法令の不備や立ち遅れがあり、他方で自治体の側もまた、条例を機動的・効果的に用いることの困難をかかえている、といった事情を背景にして生じている。すなわち、地方自治体は条例によって対応するのが原則であるが、条例には拘束力があることがこれを発動することを躊躇させ、また法律に「上乗せ」・「横出し」

することは、理論的に可能であるにもかかわらず実際上は容易ではないため、多くの自治体で、指導・勧告・要望等の拘束力のない手法を盛り込んだ要綱を定めることによって、実質的に法律を上廻る内容の規制・助成をする方法が選択されるのである。

このような形で用いられている要綱は、対内的には執行機関の行動についての、訓令的性格を有する指針・準則であり、対外的には行政指導を内容とするもので、原則として法的な直接的拘束力を有しない。それゆえにまた、議会の議決を必要とせず、条例や規則・規程と異なつて法源としての性質をもたないものである。したがって、一般に、要綱違反の行政活動も、それを理由として違法となることはなく、逆に要綱に適合していても、それゆえに適法とされるわけではない。また、要綱から住民の権利義務が直接生じることもない、とされている。しかし、要綱は、住民の権利義務との関係において法的に全く意味のないものではなく、行政指導における裁量基準となり、また他方、住民の行為の違法性を間接的に判断する基準ともなりうるのである。

地方自治体による要綱行政の試みに対して、国は一貫して否定的な態度を示し、建設省および自治省時代より、宅地開発指導要綱等に行き過ぎがあるとして、都道府県に対し幾度も通達を出して是正指導をおこなってきた。それらの指導は、開発事業者の利益に偏したものであることが多く、その点で不合理だといえるが、ただ、要綱行政が地方自治体の法的責任回避の手段となりがちであることもまた否定できない。行政手続法の制定（一九九三年）や廃棄物処理及び清掃法の改正（九七年）は、要綱行政でおこなわれてきた利害調整過程を法律上の手続へと転換させる契機となつたことが指摘されている。

(2) 自治体・企業間の協定 右にみたように、要綱には、地方自治体の自主法形成のひとつの創意として積極的に評価されると同時に、実効性に欠け、また法治主義の観点から問題が残る。そのこともあって、地方自治体が個別の企業と協定を締結する形式が登場する。公害防止協定などが典型であるが、そこで定められる、法律よりも厳しい内容も、

「同意は違法性を阻却する」の法格言により違法とはされない。もっとも、紳士協定にとどめられていることが多く、企業による違反が裁判所に訴えられたことも実際にはないとされる。しかし、住民が遵守を見守るという状況があれば、十分実効性をもつものとなる¹⁰⁾。

(3) 私人間で生成する自主法 住民同士が締結する協定も注目される。代表例は建築協定であるが、建築基準法は、一定の地域でこの種の協定を締結することができ旨を条例で定めてよいとしており(六九条)、それは、地権者等が全員一致の合意のもとで行政庁の許可を得れば効力を発し、所有権者が代わっても有効とされるから対世的効力があるといえる(七五条)。そして、建築協定違反の行為があれば裁判所に訴えて除去等の判決を得ることもできる。たとえば、建物の階層を地上二階までとする建築協定違反について撤去請求を認容した事例がある(神戸地姫路支判一九九四・一・三一判タハ六二号二九八頁)。ただ、この協定違反に対して行政が除去を命じたり、行政上の強制執行としての代執行をすることはできない。

また、住民の中から、いわば生ける法が形成され、それが自治法としての実質を獲得する場合もある。たとえば、住民が長年にわたり、相互理解と結束、また自己犠牲によって良好な景観を形成してきた地域では、地権者のもつ所有権から、景観を維持することのできる一定の法的地位が派生する。そして、この「景観権」に近い法的地位を侵すことは不法行為となるとされる(東京都国立市の事例。東京地判二〇〇二・一二・一八判時一八二九号三六頁)。このように、住民の努力によって生ける規範が成立し、それが裁判所によって保護されて、まちづくりが進められている状況を重視しておきたいと思う¹¹⁾。

二 条例制定権の憲法上の根拠と限界

自治立法権については、以上のように、主として条例の意味を明らかにした上で、条例制定権の憲法上の根拠と限界が論じられることになる。ただ、このテーマは、これまでに論議が一応尽くされているので、若干の点を加えつつ、整理しておくにとどめたい。

(一) 条例制定権の憲法上の根拠

地方自治体の条例制定権が、自治権の一内容となすものとして憲法上の保障を受けるものであることは、今日では広く承認されている。ただ、厳密に言えば、憲法の条文上の根拠をどこに求めるかで相違がみられる。九二条に根拠を求めて九四条は確認規定であるとみる立場と、九二条は地方自治体の組織・運営に必要な内部的規律にかんする規範の制定権を導くに過ぎず、条例制定権の根拠は九四条であるとする立場とであるが、両者とも、条例定立は個別的法律の委任を必要としないとする点では一致しており、論議には実質上さほどの意味はない。

こうした通説に対立するものとして、条例を委任立法と一つとみる異説がある。これは、地方自治体の権能について伝来説を採ることを前提にして、条例は法律の授權にもとづくものであり、地方自治法一四条一項が条例制定権の一般的・包括的授權条項であると¹⁵⁾する。しかしながら、地方自治体が自治的統治団体であることを憲法によって保障されている以上、そのする実質的意味における法規たる条例の制定は、法律の授權を当然に必要としないものと解すべきであろう。最高裁判例の見地も、同様である（最大判一九六二・五・三〇刑集一六卷五号五七七頁）。

(二) 条例制定権の憲法上の限界

1 憲法の法律留保事項との関係

条例制定権の憲法上の限界をめぐっては、まず、憲法が「法律」に留保している三つの領域について、それを条例によって規律しうるかが問題とされてきた。いずれも、要点のみ記しておこう。

第一に、憲法二九条との関連で、条例による財産権制限が許されるか否かが論じられる。かつては消極説も出されていたが、条例は法律と同様に住民の代表機関である議会の制定するものであることから、条例による財産権の内容への規制も許される、とする見解が通説の地位を獲得している。最高裁も、奈良県ため池条例事件判決（最大判一九六三・六・二六刑集一七巻五号五二二頁）以来、同様の見地に立つ。

なお、財産権規制の条例にかんして、一九九九年改正前の地方自治法は、二条三項において地方自治体が処理する事務を例示していたが、その一八号で、「法律の定めるところにより、建築物の構造、設備、敷地及び周密度、空地地区、住居、商業、工業その他住民の業態に基づく地域等に関し制限を設けること」と規定し、また一九号で、「法律の定めるところにより、地方公共の目的のために動産及び不動産を使用又は収用すること」と規定していた。この「法律の定めるところにより」との文言のために、これらの規定は、個別法令との関係以前に条例単独の財産権規制を阻むものとしてはたらいていた。とくに、まちづくりなどを目的とする土地利用規制を条例で定める際の障壁となっていたのであるが、法改正で例示規定そのものが削除されて、この問題は解消した。¹⁶⁾

第二に、法律によらない科刑の禁止、すなわち、いわゆる罪刑法定主義を定める憲法三二条、および、命令への罰則の一般的委任を禁止する七三条六号との関連で、条例で罰則を定めることを認める地方自治法一四条三項が問題になる。これについては、憲法九四条が地方自治体に授權した条例制定権には実効性を担保するための罰則設定権が当然に含ま

れているとする説と、¹⁷⁾ 刑罰権の設定は本来国の事務であるから条例に罰則を設けるには法律の委任が必要とする説が対立し、この後者は、さらに、条例への委任は一般的・包括的でよいとするものと、¹⁸⁾ 担当に具体的・限定的でなければならぬとするものとに二分されている。最高裁は、大阪市売春取締条例事件判決（最大判一九六二・五・三〇刑集一六卷五号七七頁）において右の限定的法律授權説を採っているが、地方自治体の自治立法権が憲法上のものであることに立ち返るなら、憲法授權説が妥当とされよう。

そして第三に、憲法八四条の租税法律主義と、地方税を条例にもとづいて賦課徴収することとしている地方税法（三条一項）との関係が問われる。従来の支配的見解は、地方税条例は地方税法の授權によつてはじめて成立しうるとの、いわゆる法律委任説であつたが、今日では、右条例を制定する自治体の権能は憲法によつて授權されたものであつて個別的な法律の委任を必要としない、とする地方税条例自主説が通説的となつてゐる。

裁判例の中には、秋田市国民健康保険税条例事件控訴審判決（仙台高秋田支判一九八二・七・二三行集三三卷七号一六一頁）のように、憲法九二条は地方税条例主義を要請しているから八四条の「法律」には条例が含まれてゐる、と解するものがある。

2 地域的取扱ひの差異と平等原則

条例制定権についてのもうひとつの憲法上の限界は、平等原則との関係で論じられる。すなわち、条例による取扱ひ、とくに処罰に地域的不均衡のあることが憲法一四条に反しないかという問題である。これについては、従来より、条例の内容が自治体間で異なることによって生ずる罰則などの差異は、条例制定権を各自治体に認めた以上当然生じるものとして憲法自身が予期しているものであつて、一四条違反は生じない、と解されてきた。最高裁も、初期の東京都売春等取締条例事件判決（最大判一九五八・一〇・一五刑集一二卷一四号三三〇五頁）以降、右の見解を採っている。

ただ、このテーマにかんしては、わが国では、いわば「国家法代替条例」と呼ぶべきものがきわめてしばしば制定されていることが、看過できない立法政策上の問題として指摘されるべきであろう。すなわち、公安条例、青少年条例、売春取締条例など、本来は国家的な統一法として制定されるべきものが、政治的事情ないし意図から自治体法の形式で制定された一群の条例である（その多くは、かつて行政事務条例と呼ばれていたものに属する）。こうした条例の合憲性審査については、裁判所は、本来、条例の実体上の憲法適合性ととも、国による自治体の自主立法権侵害の有無について審査すべきところである。それにもかかわらず、とくに最高裁判所は、前述の、地域間格差は条例制定権に内在しているとの論拠から直截にこれを合憲と判断してきており、疑問である³⁰。

三 条例制定権の範囲

法律のレベルで地方自治体の条例制定権の範囲を画定するものは、地方自治法一四条一項の、「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第二条二項の事務に関し、条例を制定することができる」とした規定である。すなわち、条例の規律範囲は、ひとつには、同法二条二項の定める事務の範囲によって、もうひとつには、国の個別の法令に違反しないかどうかの基準によって画されることになる。

(一) 条例の対象となる事務の範囲

1 地方自治法二条二項の「事務」

地方自治体の条例制定権について定めた前掲の地方自治法一四条一項の規定は、一九九九年大改正前のものと同じで

あり、地方自治体は、従前同様、二条二項の定める事務について条例を制定することができるわけである。しかし、二条二項の規定内容が改定されたことで、その意味するところは一変した。

すなわち、旧規定は、地方自治体が処理する事務として公共事務、団体委任事務および行政事務を挙げていたのに対し、新規定は、「地域における事務」と「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」を挙げている。この二つの事務は、二条八項の定める自治事務と法定受託事務にあたるから、地方自治体は、自治事務だけでなく法定受託事務についても条例を制定することとなったのである。改正前の地方自治法では、自治事務については条例を制定することができたが、機関委任事務についてはそれができないとされていたところ、機関委任事務制度が廃止されて法定受託事務の制度が設けられた。これについても条例が制定することになったのは、画期的なことであるといえる。ただ、法定受託事務については、その処理にかんして、通例、法令に詳細な規定が置かれ、条例で定める余地は事実上、相当狭いものとなる。また、これにかんして条例の制定が認められるとともに、各大臣が処理基準を定めることもできる（二四五条の九）。処理基準は法令ではないから、条例がそれと矛盾抵触しても違法とはならないが、国において処理基準がつくられると、条例はそれに従わざるをえなくなるであろう。国の関与の手段として機能するわけである。

なお、地方自治体は、地域における事務を自らの選択した手法で実施することができ、それに際して必ずしも条例を制定する必要はないが、事務の執行にあたり住民に義務を課したり権利を制限したりする必要がある場合には、必ず条例を定めなければならない（一四条二項）。改正前の同条同項は、こうした規制行政を行政事務と呼んでいたが、新地方自治法は行政事務の概念を用いていないこともあり、この改正となった。

2 国の事務とされるもの

条例制定権の対象から国の事務が除かれることは、いうまでもない。条例を制定することのできる事務の範囲は、従

前のように自治事務に限られることはなくなったにしても、地方自治法二条二項が新たに定めた分野内のものでなければならぬのであって、国の事務と解されるものについては、今日でもなお条例で規律しえないことに変りはないのである。

ただ、新地方自治法では、地方自治体が処理することのできない国の事務を列記した旧二条一〇項が廃止された。それは、国の専管事務と解されてきた事項は列記された八項目に限られるものではないこと、「国の」「国立の」という限定句の付された事務はその限りにおいて国の事務であるにしても、事務の性質に照らせば国の専管事項とはいえないといった批判を強く受けたこと、また、旧二条三項にあった地方自治体の事務の例示規定を削除したこととの整合性を考慮したことによる、とされる。また、一条の二第二項が置かれて、国は本来果たすべき役割を重点的に担い、それ以外の広範な事務へのかかわりはできるだけ少なくするとともに、住民に身近な行政はできる限り地方自治体に委ねる方向で処理すべしという法の立場が明示された。したがって、従来国の事務と考えられて条例の規律ができないと解釈されてきたものについても、右の基本原理に則して、広く積極的に地方自治体の事務にあたるものと推定していくことが求められているといえる。

たとえば、かつては、国全体にわたって画一的な制度によることが好ましいとして条例制定が許されないとされていた事項についても、事柄の性質上全国画一的に決めることが望まれる義務教育制度の基本などは別にして、社会保障制度や労働者保護制度については、国の責任は全国的な最低基準の設定にあり、地方自治体が「福祉上づみ条例」など上乗せ条例を制定することは、後にも述べるとおり、国法秩序の上からも当然に許容され、むしろ期待されるものであるといえよう。

また、対象たる事項が一地方の利害にとどまらず全国民の利害に関係のあるもの、または規制の影響の及ぶ範囲が一地方をこえて全国にわたるものという類型についても、一地方の利害にかんする事項も、現代社会では通例全国的な影

響をもつものであるから、この基準を機械的に適用するなら、条例が制定される分野はきわめて狭隘なものとなろう。そのことを考慮するなら、地方と全国の双方にかかわる事務の中には、その性質からむしろ地方の事務とすべきものが含まれているというべきであり、こうした類型化は、必ずしも妥当なものとは考え難い。

結局、憲法の地方自治保障の趣旨をふまえた上で、個々の事項ごとに、そこで扱われる住民の権利の性質と、規制ないし保障、利益付与等の公権力行使の性質との両面から、地方自治体の自治権に属すべき事務を確定し、それを条例事項とすることが基本とされなければなるまい。そして、そのことは、地方自治法大改正後の今日においてはとりわけ強く要請されているものといえよう。

(二) 国の法令との関係

1 法律（法令）と条例

条例制定は、国の法令との関係で制約を受ける。条例制定権に画される第二の限界である。憲法は、これにつき、九二条で、「地方自治の本旨」にもとづく限り国が地方自治体の事務に関与することを一般的に認めている。そして、九四条が、地方自治体は「法律の範囲内で」条例を制定することができるとしている。また、地方自治法一四一条一項も、「法令に違反しない限りにおいて」制定しうる旨、定めているのである。

これは、国法秩序の統一性確保の観点に立って、条例制定権に国の個別の法令による制約を課したものである。ただし、それは、国の法令が常に条例に優位することを意味するものではなく、個別に考察されるべきであり、以下にそれを試みよう。なお、憲法が「法律」としているにかかわらず「法令」とする地方自治法の右規定は憲法に抵触しないか、という問題が一応存在するが、日本国憲法の下では、命令は法律の授權がない限り制定されず、適法に制定された命令

は法律の具体化と解することができるので、この抵触の問題はクリアーされると、通例考えられている。

2 「法律先占」論と「先占」事項

さて、この法律＝命令と条例の関係について、地方自治法成立後一九六〇年代に至るまで支配的な見解でありその後も多大の影響力を有しているものは、いわゆる法律先占論（国法先占論）である。⁽²⁵⁾ この理論の基本的枠組みは、国の法令が明示または黙示に先占している事項については、法律の明示的な委任がない限り条例を制定しえないとするところにあるが、何が法律の先占する事項であるかについては類型的整理が試みられてきており、一九六〇年代半ばには次のような形で定式化されていた。⁽²⁶⁾

それによれば、①法令に違反しないと考えられるものには、(ア)当該事項を規律する国の法令がなく、国法上全くの空白状態にあるものについて規制する条例、(イ)国の法令が規制している事項（対象）について当該国の法令とは異なった目的で規制する条例、(ウ)国の法令が規制している目的と同一の目的の下に、国の法令が規制の範囲外においている事項または対象を規制する条例があり、他方、②法令に違反すると考えられるものには、(ア)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、同一事項につき法令よりも高次の基準を付加する条例、(イ)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により強い態様の規制をする条例、(ウ)法律の特別の委任がある場合にその委任の限界を越える条例、があるとされているのである。

もっとも、この説の中でも、一九六〇年代半ばになると、それまでの法律先占論の大多数の所説が「先占領域」を過度に広く解していることに疑問を呈して、「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」⁽²⁷⁾（傍点は引用者）とするものが出てくる。とはいえ、その基盤にあるものは、やはり、法律先占領域であるか否かを法令ないし条例の文言に依拠して判断する態度であり、そのために、

実際上も、「横出し」条例は法令に違反しないが「上乘せ」条例は許されない、との結論をとっていた。

3 七〇年代以降の「上乘せ」・「横出し」条例の輩出と新理論の提起

ところが、いわゆる高度経済成長のなか、公害による環境破壊が進行する状況下で、国の法令が指定する以外の地域・施設をも規制対象とする「横出し」条例、さらに、法令が定めるよりも強い規制手段や高次の規制基準を定める「上乘せ」条例を制定する需要が高まり、とくに一九六九年の東京都公害防止条例をはじめとして各地方自治体がそうした条例を定めるようになった。これを反映して、七〇年頃より、法律と条例の関係を憲法にもとづいて再検討する新しい理論構成が提起されるようになった。

それは、まず、公害規制の課題を担いつつ提起されたものであるが、一学説は、公害現象の持つ地域性、生存権と財産権¹¹企業との対抗関係における前者の価値優越性、公害行政は積極行政たるべしという現代的要請などを判断の基準として、国の法令による規制は、地方自治体の条例による規制を抑制するものではなく、全国的・国民的見地からする規制の最低基準（ナショナル・ミニマム）を示すものである、と論じた¹²。また、別の学説は、地域社会における公害から住民の健康を保護し、生活環境を保全することは、地方自治体がおこなわざるえない事務であるとの認識を基礎にして、条例により国の法令により厳しい排出基準を定める必要が客観的に認められるにかかわらず、ある法律がそのような必要を満たすべき条例を禁止する趣旨であると解さなければならぬものである場合（すなわち、合憲解釈がなされる余地がない場合）には、当該法律の規定は憲法九二条の「地方自治の本旨」に反して無効である、とする¹³。このように、右の両者は、さしあたり公害規制行政の分野において、人権と「地方自治の本旨」の二つの視点に立つ憲法論としての法律・条例関係論を提示したものである。

ついで、一論者は、公害行政の分野に限定することなく一般的に、憲法上、地方自治行政の核心的部分については第

一次の責任と権限が地方自治体に留保されるべきであるとの見解を前提にして、そうした「固有の自治事務領域」については、国が法律により規制措置を定めたとしても、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る、とする。⁽²⁸⁾さらに、一説は、規制事務の性格と人権保障とに照らして、立法的規制の最大限までを規定していると解される「規制限度法律」との関係では、法律の示す規制限度を越えて規制しようとする条例は法律に違反することになるが、他方、全国的な規制を最低限度として定めていると解される「最低基準法律」は、それ以上の規制を各地方における行政需要に応じて自治体に委ねる趣旨のものであるから、そうした法律との関係では「上乗せ」条例も許容される、との一般的類型化を試みている。⁽²⁹⁾

そして、このような学説状況の中で、国法先占論に立つ代表的論者も、自説に修正を加え、「上乗せ」・「横出し」条例成立の余地があることを認める見地へと転じるに至る。すなわち、「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と規制の合理性、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々を総合的に配慮して個々具体的に判定すべき」であるとするのである。⁽³⁰⁾

右の新しい諸論調が、今日の時代的要請に應える法律・条例関係論構築の基礎となりうるものであることは明らかである。課題は、それらが呈示するところの、国側の「ナショナル・ミニマム」ないし、「最低基準法律」およびそれと表裏をなす地方自治体側の「固有の自治事務領域」など、それ自体では概括性を免かれない各概念をいかに具体化・内実化するかであろう。その点でなされるべきは、さしあたり、第一に、「地方自治の本旨」論をつねに基底に据えること、第二に、法令ないし条例が対象としている人権の性格・価値序列を正しく理解すること、そして第三に、法律・条例関係を行政領域ごとに個別的に論ずることである。⁽³¹⁾これらの点については、さらに次のように論じられよう。

すなわち、条例の定めの性質を区分し、まず、規制の条例の場合は、財産権に対する規制は厳しくあってよいが、公安条例など精神的自由を規制する条例には「上乗せ」・「横出し」は認められない。ついで、公害防止条例を典型とする

双面的条例の場合は、それが住民の生存権と事業者の経済的自由との對抗関係において前者を保障する課題をもつものであるがゆえに、現代憲法秩序の下では、法令におけるよりも強化した規制を条例で定めることは当然に認められることになる。そして、助成的条例の場合は、条例による福祉的給付の上積みは住民の生存権を充実させるものとして肯定される、と考えられるのである。

4 判例の見地と問題点

このような法律先占論への批判、ないし同理論自体の修正の動向は、判例にも一定の反映をみせている。最高裁が、よく知られているように、徳島市公安条例事件判決（最「大」判一九七五・九・一〇刑集二九巻八号四八九頁）において、一般論にとどまるものであるが、法律先占論を一步踏み出して、「上乗せ」条例が許容される場合のあることを承認したのがそれである。

しかし、この判決が、いかなる具体的事案についていかなる具体的結論を示したのか——それは、漠然ゆえに無効とされてしかるべきような不明確な文言を含んだ集団行進規制条例を合憲と判断したものであった——を考えると、また、この判決を後の高知市普通河川等管理条例事件判決（最「小」判一九七八・一二・二民集三三巻九号一七三三頁）と関連させて理解しようとするとき、その一般的判示を、留保なしに積極評価することは正当ではないと思われる。すなわち、徳島市公安条例判決では、集団行進という表現の自由を規制する立法としての道路交通法について、これを規制の最低限度を定めた国法であるとして、条例による「上乗せ」を許容し、逆に、高知市河川条例判決では、財産権を規制する立法である河川法を規制の最高限度を定めたものとして「上乗せ」を認めなかったのであるが、これは、「上乗せ」条例が許容されるべきでない分野で許容され、逆に許容されるべきところではそれが否定された、という逆転現象である。この、精神的自由には厳しい規制を、逆に経済的自由には緩やかな規制をあてはめる姿勢は、なるほどわが

国最高裁の今日に至るまでの判例動向の一端をなすものではあるが、憲法学説がほぼ異論なく承認する基本的人権の価値序列と合致しないものといわなければならない。

その後の下級審判決には、この二つの最高裁判決が影を落としている。飯盛町旅館建築規制条例事件において、第一審判決（長崎地判一九八〇・九・一九判時九七八号三四頁）が高知市河川条例判決を引いたのに対して、控訴審判決（福岡高判一九八三・三・七判時一〇八三号五八頁）が徳島市公安条例判決に依拠して見解を分けたのは、顕著な一事例である。こうした判例状況は、最高裁が「上乗せ」条例の許否をめぐる、人権理解にかんして問題の多い態度に示し、かつ判断が十分整合的でないことを物語っているといわなければならない。

近時の判例も、安定したものとはなっていない。「上乗せ」条例にかんしても、それを許容する判決（神戸地伊丹支決一九九四・六・九判例自治二二八号六八頁。パチンコ店等建築規制条例について、風営法の場所的規制を全国的最低基準を定めたものと解して条例による上乗せを認めた）と、違法とする判決（神戸地判一九九七・四・二八判時一六一三三三六頁、同控訴審大阪高判一九九八・六・二判時二六六八号三七頁。改正された風営法について当該基準を「規制限度」と解して、上乗せすることを違法とした）とに分かれている。また、「横出し」条例については、厳格な限定を付した判決（福岡地判一九九四・三・一八判タ八四三号二二〇頁）も出されている。しかし、右のうち、「上乗せ」・「横出し」条例に消極的な裁判所の態度については、論者が言うように、地方自治法改正で新設された二条一三項が、自治事務にかんして地方自治体が「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」とした趣旨に照らして、再検討を要するものといえよう。

四 条例と「憲章」——むすびにかえて

自治立法権について、現在これを論じる場合、とくに条例の今日的意義を考えようとするとき、その成り立ちを改めてふりかえっておく必要があるように思われる。地方自治体が地方政府の内実をもつ、住民を地域の主権者とする統治団体であり、またその中心的立法が条例である以上、自治体の憲法にあたる基本法的条例が構想されて当然であろう。そして、その構想は、よく知られているように、すでに憲法制定期のGHQ（連合国軍総司令部）の《charter》（「憲章」）の提案の中にあられていたのであるが、日本側がこれを法律の範囲内にある条例の型へと転換させた経緯がある。つまり、「憲章」から条例へという変容である。しかし、今日、地方自治拡充の要求を背景に、自治体の基本法的条例、いわば「自治体憲法」が見直されている。条例から再び「憲章」への展望が課題となっている、といえる。この点を論じてむすびにかえることにしたい。

（一）制憲過程における《charter》構想

憲法制定過程における日本国憲法第八章の形成をめぐる論議のうち、とくに総司令部の《charter》構想に焦点を合わせ、その経過をみておこう。³¹⁾

すなわち、一九四六年二月、まず、総司令部民生局の運営委員会最終案の中に、「都・市・町などの」団体は、国会の定めた範囲内で、自らの事務を処理し、自らの《charter》を定める特権を与えられる」との考えが示された（それに先立つ小委員会原案も、「憲章」の語こそ掲げていないが、都道府県・市町村に「法律および命令」[law and ordinance]を制定す

る権限が認められるべきことを提案している)。そして、総司令部案で、「首都地方、市町村ノ住民」が「彼等自身ノ憲章ヲ作成スル權利」は奪われてはならないとされたわけである(なお、(charter)は、「基本法」と訳されることもある)。

いずれにしても、総司令部案のこの構想は、合衆国の多くの州におけるいわゆる「ホーム・ルール・チャーター」(自治憲章)を下敷きにしたものであることは明らかであるが、それは、自治体を、憲法Ⅱ基本法に準すべき「憲章」をもつことのできる、高い水準の主体性を与えた統治団体として把握し、しかも、それを、住民投票などの直接民主主義的過程を経て定められるべき「彼等(Ⅱ住民)自身ノ」憲章と位置づけていたわけである。つまり、「憲章」の提案は、内容的にも手続的にも、地方自治保障に資する先進的な構想であつたことが確認できるのである。

ところが、総司令部案を受け容れた後の日本政府による三月二日案以降の提案は、「憲章」を法律の範囲内において制定される「条例」(regulation)(ないし「条例及規則」)に変えるものであつた。このことについて、政府側は、総司令部自身がブレジデンシャル・システム、つまり首長直接公選制とそれに結びつく首長・議会対立制を強く推したことで、「憲章」を置く意味がほとんどなくなつた、旨説明する。たしかに、「憲章」の制度は、沿革的には英米の地方自治制度史に由来するものであつて、そこでは、社会生活体たるコミュニティが国王または議会から法人設立の許可書を受けたときに政治的共同体たる自治体となる。この自治法人設立許可書が「憲章」であつて、そこには名称・境界・機構等、自治体の基本的事項が書き込まれている。その方式には各種のものがあるが、合衆国の約半数の州によって採られているのが「ホーム・ルール・チャーター」のシステムで、任意に起草した設立許可書を承認する方式であり、これが総司令部の念頭に置かれていた。その点で、英米流の「憲章」がこうした歴史的背景をもたない日本の制度に直ちになじむかは、問題がないわけではなかつたことが認められる。

しかし、日本側案の真意は、地方主権的意味合いをもつこの「憲章」規定を避けて、自治立法に対する中央統制を容易にするしくみを残そうとするところにあつた。そのことは、たとえば、のちに憲法九四条が地方自治法一四条で改め

て規定されることになった際に政府側のとった態度にも示されている。すなわち、政府は、条例を法令以下に位置づけて、条例により罰則を設けることは罪刑法定主義に反するとの見解に立っていた。現行の、条例による罰則設定を認める地方自治法上の制度は、総司令部の強い働きかけによる同法第一次改正によって、はじめて実現したものである。⁽²⁰⁾そして、こうした見地は、行政解釈の中では、遺憾ながら今日に至るも基本的には維持されているといわざるをえない。

(二) 「憲章」の今日的意義——福島県矢祭町『自治基本条例』の試み

「憲章」構想は、今述べたような経過をとおして排除され、わが国憲法の中に採り入れられことはなかった。しかし、制憲期に出されたこの「憲章」のビジョンは、たんなるひとつの憲法史的エピソードに終らせことのできない大きな意義を有しており、とくに今日あらためて評価されてしかるべきものと思われる。

もとより、総司令部が示した「憲章」構想は、前述のとおり、英米の歴史に規定された制度であって、制憲期における日本政府側の旧態保存の姿勢を差し引いたとしても、必ずしもストレートにわが国の土壌に定着したとはいえないかもしれない。とはいえ、日本国憲法典中に錨着をみた「条例」も、「憲章」と、理念の上で隔絶されたものでは決していない。すでに述べたように、日本国憲法における条例は、中央政府に対して強い自律性を持つ地方自治体の自主法である。法律と条例の関係については、むしろ、国の法律は、各自治体が条例を定めるにあたって、住民の権利実現を内容とするものである場合その最低限度を、人権規制を内容とするものである場合その最高限度を示すものにほかならないとみるのが、今日の一般的理解である。このような、いわゆる「上乗せ」条例や「横出し」条例も正当とする発展的な解釈をおこなうとき、制憲期の「憲章」構想は大いに参考になるものといえる。

また、近年、多数の自治体が、まことに様々な「わが町の憲法」・「わが地域の憲法」、またその意味での「自治体憲

法^カを、条例や宣言の形式でつくっており、「憲章条例」と呼ばれるものもある。もっとも、多くの場合、そこにいう「憲法^カ」は一種の比喩であって、それは通例、各自治体の固有性^{アイデンティティ}を盛り込もうとする。わが町ならではの手づくり条例・宣言^カにほかない。つまり、統治の基本法たる「憲法」でないことはもとより、総司令部の提案にかかる「憲章」とも異なるものである。とはいえ、かつての「憲章」構想は、こうした、わが町にふさわしい条例・宣言を制定しようとする人々を鼓舞し、また豊かな示唆を与えることにもなりましょう。

その中には、神奈川県川崎市で試みられた『都市憲章』のような、わが地域にふさわしい人権宣言と統治のあり方、つまり真正の自治体憲章を創出しようとする、一歩進んだ志向もみられる。また、ごく小規模な自治体であっても、制度規範^{フエアファクシナ}そのものではないが、自立の姿勢を「基本条例」の型で表現したところがある。その典型として、福島県矢祭町の『自治基本条例』を紹介しておきたい。

矢祭町は、人口約七〇〇〇、面積約一一八平方キロの、文字どおりの小規模自治体であるが、二〇〇一年一〇月三十一日、今般の「平成の大合併」が迫り来たときに『市町村合併をしない矢祭町宣言』を出し、その姿勢を貫いてきた。そして、この独立不覆の方針を町の最高法規の形で規範化すべく、二〇〇五年一二月二五日、前文と三章一〇か条から成る『矢祭町基本条例』を制定するに至った（施行は翌〇六年四月一日）。右の宣言と条例の全文を掲げておこう。

市町村合併をしない矢祭町宣言

国は「市町村合併特例法」を盾に、平成十七年三月三十一日までに現在ある全国三、二三九市町村を一、〇〇〇から八〇〇に、更には三〇〇にする「平成の大合併」を進めようとしております。

国の目的は、小規模自治体をなくし、国家財政で大きな比重を占める交付金・補助金を削減し、国の財政再建に役立てようとする

る意図が明確であります。

市町村は戦後半世紀を経て、地域に根ざした基礎的な地方自治体として成熟し、自らの進路の決定は自己責任のもと意思決定をする能力を十分に持っております。

地方自治の本旨に基づき、矢祭町議会は国が押しつける市町村合併には賛意できず、先人から享けた郷土「矢祭町」を二一世紀に生きる子孫にそっくり引き継ぐことが、今、この時、ここに生きる私達の使命であり、将来に禍根を残す選択はすべきでない判断いたします。

よって、矢祭町はいかなる市町村とも合併しないことを宣言します。

記

一 矢祭町は今日まで「合併」を前提とした町づくりはしてきておらず、独立独歩「自立できる町づくり」を推進する。

二 矢祭町は規模の拡大は望まず、大領土主義は決して町民の幸福にはつながらず、現状をもって維持し、本目細かな行政を推進する。

三 矢祭町は地理的にも辺境にあり、合併のもたらすマイナス点である地域間格差をもろに受け、過疎化が更に進むことは間違はなく、そのような事態は避けねばならない。

四 矢祭町における「昭和の大合併」騒動は、血の雨が降り、お互いが離反し、四〇年過ぎた今日でも、その痼は解決しておらず、二度とその轍を踏んではならない。

五 矢祭町は地域ではぐくんできた独自の歴史・文化・伝統を守り、二一世紀に残れる町づくりを推進する。

六 矢祭町は、常に爪に火をともし思いて行財政の効率化に努力してきたが、更に自主財源の確保は勿論のこと、地方交付税についても、憲法で保障された地方自治の発展のための財源保障制度であり、その堅持に努める。
以上宣言する。

平成十三年十月三十一日

福島県東白川郡矢祭町議会

矢祭町自治基本条例

二〇〇五年二月二五日 可決
二〇〇六年 四月 一日 施行

矢祭町は、平成一三年一〇月三二日、平成の大合併の波が押し寄せる前後、全国に先駆けて「市町村合併しない矢祭町宣言」を行った。

これは、矢祭町民の郷土を愛し守ろうとする強い意志の顕示である。

私達は、先人から受け継いだ郷土矢祭町を将来にわたって、子々孫々に引継ぎ、真に人間らしい生活を享受できる郷土を築くために、法令を以って命令されない限り合併をせず、自主独立の道を歩むものである。

ここに、矢祭町の基本的自治権を遵守するとともに、これからの矢祭町を創造するための理念及び運営の基本を明らかにし、もって町民の福利の向上に寄与するためにこの条例を制定する。

第一章 目 標

(適正規模の共同社会)

第一条 矢祭町は、我が国が歴史始まって以来の人口減少を迎える中でも、自立するためのあらゆる施策を講じ、人口減少に歯止めをかけ、適正規模の共同社会を目指す。

(郷土作りの基本方向)

第二条 子どもは町の宝、国の宝。矢祭町は、恵まれた自然

環境の中で、夢を持って子育て・子育てができる、「元氣な子ども」の声が聞こえる町づくり」に努める。

第三条 矢祭町の青年・壮年の世代は、子や孫達の健やかな成長を願うとともに、社会のために尽くしてきたお年寄りが、尊敬され、大事にされ、安心して生きていける町づくりに努める。

(総合計画等)

第四条 矢祭町は、郷土作りの基本方向に沿って町の将来の姿を明らかにし、これを総合的かつ計画的に実現するため、議会の議決を経て総合計画を策定する。

第五条 矢祭町は、町基本条例に基づいて運営される町政の基本的な制度と運営の原則を明らかにするために、行政、議会、町民の役割とその相互関係等に定める。

第二章 役 割

(町執行部及び職員の責務)

第六条 町執行部及び職員は、町民の信託に応え、町民の奉仕者であることを肝に銘じ、来たるべき団塊の世代の定年退職にも不補充で臨み、事務事業の執行に努める。

(町議会議員の責務)

第七条 町議会議員は、町民の信託を受けた町民の代表であ

る。議員は、町民の声を代表して、矢祭町の発展、町民の幸せのために議会活動に努める。

（町民のあり方）

第八条 すべての町民は、主権者として町政に参加する権利を有する。町民は、町政の主権者として、郷土愛を高め、自らの自治能力を向上させ、町づくりに参画する。

第三章 態勢

（町財政の健全化）

第九条 矢祭町は、健全財政を堅持する。人件費や経費の節減をし、以って町民サービスの向上に努め、独立独歩「自

立する町づくり」を確立する。

（町民の参加）

第一〇条 矢祭町の希望ある将来は、すべての町民の連帯と創造的な諸活動によって確立されなければならない。矢祭町は、町民の不断の努力と連携することによって、魅力ある町づくりを推進する。

附則

この条例は、平成一八年一月一日から施行する。

この「基本条例」は、町の最上位の条例と位置づけられている。現行法制上の法形式としては、これも条例の一つに他ならないものであることはいうまでもないが、国法における諸々の「基本法」方式と同様、立法者が、ある条例を最上位のものとして位置づけた場合、実質上、それに即して他の条例を解釈し、また、制定・運用することになる。すなわち、論者が指摘するように、こうした基本条例・基本憲章は、一般的にいえば、憲法↓基本条例（↓条例）↓それを受けた自治体の諸政策、という過程の中間に位置することになる。このような位置にあつて、それは、諸政策の嚮導規範としてその体系的展開を導くとともに、自治体の機関に一定の法的義務を課し、権限を賦与する根拠ともなる。この基本条例は、自治体の「憲法」ないし基本法としての性格をもつから、その基本法と諸政策の間には、政策の具体的根拠となる諸条例が制定されるのである。¹⁰⁾

矢祭町の自治基本条例で、内容上、最も重要なものは、ほかでもなく、市町村合併を拒否して郷土を子々孫々に引き継ぐことを改めて明言したところにある。すなわち、二〇〇一年の「宣言」を条例のレベルに引き上げ、合併せずに自主

独立の道歩むことを誓った上で、町の自立のための「目標」、「役割」および「態勢」を簡潔に謳っている。そして、同時に決定された『第三次総合計画』によってそれが具化され、両々相俟って町政の明瞭な見取り図となっている。憲法を地方自治の場で血肉化されているといえる。

また、第一章の「目標」でとくに注目されるのは、人口減少に歯止めをかけて「元氣な子どもの声が聞こえる町づくり」に努め、子どもとお年寄りが大切にされる矢祭町を目指すとしていることである（一条、二条、三条）。このような町づくりのために、総合計画で、誕生見舞金を拡充している。これは、町財政の困難の中にありながら財政の基本を町民福祉に置く姿勢を貫いたものであり、条例の先見性を示すものとなっている。

同時に、「役割」を定めた第二章で、自主独立の道歩む見地から人件費節約を図って、「来るべき団塊の世代の定年退職にも不補充で臨む」としている（六条）。自主財源の窮乏の中で窮極の選択であると思われる。これには、現に、矢祭町職員が日本国憲法が定めるとおりの住民の奉仕者として町民サービスに努めていることが背景にある（この実態を規範化した九条参照）。町民のための行政の実現を目的とした職員不補充なのである。ただ、もとより、職員は、町民の奉仕者であるとともに働く人としての権利の主体であるわけであって、今後、この双方を統一的・調和的に実現させる賢明な施策を講じることが重要な課題となっているといえよう。

こうして、小規模ながら、高い志をもった地方自治体は、「憲法」としての骨格を具えた基本条例を持って、自治の道を歩んでいるのである。

——このような基本条例の試みの中に、制憲期に登場した《charter》構想が、住民自治ないし住民の主権的な地位を象徴的に表現するものとして、今日なお意味を失わず、かえって新しい意義をもつに至ったことを見出すことができるのではあるまいか。現在進められている「地方分権政策」が本来目指すべきは、憲法の指し示す、充実した地方自治の実現にほかならないが、それに向うためにも「憲章」の理念の再評価が今まさに求められている、と考える。

註

- (1) 参照、兼子仁『新地方自治法』（岩波新書、一九九九年）とくにi頁。
- (2) たとえば、宮沢俊義（菅部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）七七二―七七三頁。
- (3) たとえば、室井力『現代行政法の展開』（有斐閣、一九七八年）一七二―一七三頁。
- (4) 法学協会編『註解日本国憲法』下巻（有斐閣、一九五四年）一四〇二頁が嚆矢と思われる。なお、ここでの学説分類および文献掲挙については、樋口陽一ほか『註解法律学全集四・憲法IV』（青林書院、二〇〇四年）二六八―二六九頁（中村睦男執筆）に拠っている。
- (5) こうした学説対立の意味は、理論的なものととまるわけではない。地方自治体の各機関が制定する法規範が憲法上の権能の具体化であるとされるかどうかで、解釈論上、その効力等についての差が生じ、また、立法政策上、議会以外の機関にどこまで権力的行為形式の法規範の制定を認めるかについての判断も異なることになる（参照、松永邦男「自治立法権の意義」門山泰明編著『条例と規則』〔最新地方自治法講座2。きょうせい、二〇〇三年〕八―九頁）。
- (6) 地方自治体の執行機関としての委員会が定める規則として、教育委員会規則（地方教育行政の組織及び運営に関する法律一四条一項）、人事委員会規則または公平委員会規則（地方公務員法八条四項）、公安委員会規則（警察法三八条四項）があり、また、議会は会議規則を定め、議長は傍聴人規則を定めなければならない。
- (7) この項については、室井力・原野 翹（編）『新現代地方自治法入門（第二版）』（法律文化社、二〇〇三年）二二二―二二三頁（市橋克哉執筆）、および、高田 敏・村上武則（編）『ファンタメンタル地方自治法』（法律文化社、二〇〇四年）二四四―二四五頁（村上執筆）を参照した。
- (8) 参照、芝池義一「行政法における要綱および協定」岩波講座『基本法学』4（岩波書店、一九八三年）二八二頁以下。
- (9) 参照、室井・原野・前掲註（7）二一八頁（市橋執筆）。
- (10) 参照、高田・村上・前掲註（7）二四六―二四七頁（村上執筆）。
- (11) 参照、同右二四八頁。
- (12) このテーマにつきやや詳細に論じた私のものとして、山下健次・小林武『自治体憲法』（自治体法学全集2。学陽書房、一九九一年）一九一頁以下（小林執筆）への参照を請う。

- (13) 代表的に、俵 静夫『地方自治法』(法律学全集8。有斐閣、一九六五年)二九七頁。
- (14) 代表的に、成田頼明『法律と条例』清宮四郎・佐藤 功編『憲法講座』IV(有斐閣、一九六五年)一九九頁。
- (15) 綿貫芳源『条例』『日本国憲法体系』補卷(有斐閣、一九七一年)一〇二—一〇四頁。
- (16) 参照、芝池義一『条例(一、四條)』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、二〇〇〇年)六八頁、齊藤 誠『条例制定権の限界』芝池・小早川・宇賀克也編『行政法の争点(第三版)』(有斐閣、二〇〇〇年)一五八頁。
- (17) 深瀬忠一『条例と罰則』『行政判例百選』I(有斐閣、一九七五年)一一一頁など。
- (18) 成田・前掲註(14)二〇三頁など。
- (19) 宮沢(晋部)・前掲註(2)五七七頁。
- (20) この論旨をやや詳細に述べたものとして、小林 武『自治体の裁量権』公法研究五五号(一九九三年)二二二頁以下への参照を請う。
- (21) 参照、芝池・前掲註(16)六八—六九頁。
- (22) 参照、室井・原野編・前掲註(7)二〇一—二〇二頁(市橋克哉執筆)、室井 力・兼子 仁編『基本法コンメンタール・地方自治法(第四版)』(日本評論社、二〇〇一年)五二頁(市橋執筆)。
- (23) このように指摘するものとして、参照、高田 敏『条例論』雄川 一郎ほか編『現代行政法大系』8(有斐閣、一九八四年)二〇三頁。
- (24) 成田頼明『法律と条例』清宮四郎・佐藤 功編『憲法講座』IV(有斐閣、一九六四年)二二〇—二二二頁。
- (25) 同右二一五頁。
- (26) 室井 力『公害行政における法律と条例』法学セミナー一七七号(一九七〇年)六七頁。
- (27) 杉村敏正『憲法と行政法——問われる行政の姿勢』(勁草書房、一九七二年)一六二—一六三頁(当該論文の初出は、一九七一年)。
- (28) 原田尚彦『地方自治の現代的機能と条例の機能』ジュリスト総合特集『現代都市と自治』(一九七五年)六二頁。
- (29) 兼子 仁『条例をめぐる法律問題』(学陽書房、一九七八年)六九頁。
- (30) 成田・前掲註(14)二五二頁。

- (31) 高田・前掲註(23) 二二三—二二五頁。
- (32) これらについては、高田・前掲註(23) 二二五頁以下のほか、山下健次「地方自治」『現代憲法構義』(上)(日本評論社、一九八五年)二九五—二九六頁参照。
- (33) 参照、市橋・前掲註(7)〔室井・原野編〕二二〇頁。
- (34) 地方自治にかんする総司令部側の構想については、その全体像を粗述したものととして、山下・小林・前掲註(12) 六四頁以下〔小林執筆〕への参照を請う。
- (35) 手続的意義への留意を喚起するものとして、稲田陽一『地方自治とその原点』(木鐸社、一九八八年) 三三三頁。
- (36) 当時、衝に当たっていた佐藤達夫氏の述懐を引く稲田・同右書三三三頁参照。
- (37) 以上、中川剛『地方自治制度史』(学陽書房、一九九〇年) 五七—五八頁に拠る。
- (38) 兼子仁・磯野弥生編著『地方自治法』(自治体法学会全集7。学陽書房、一九八九年) 一三頁〔村上順執筆〕参照。
- (39) 神奈川県川崎市は、「都市憲章」を条例で作成すべく、一九七三年、『川崎市都市憲章原案』を公にした。前文と第一編「平和・市民主権・自治」、第二編「人間都市」川崎の創造」、第三編「最高性・改正」の六〇か条から成るもので、日本国憲法を市民の暮らしの中に生かす自治体の基本法、という性格を付与されている。この試みに強い関心を寄せて、これを「自治体憲法」の観点から意義つけた、山下健次「地方自治における憲法の保障と『自治体憲法』」山下・小林・前掲註(12) 二一五頁以下への参照を請う。
- (40) 山下・前掲註(12) 二二〇頁。

