

<著者>

兼子 仁

1935年生

現職

主要著書

東京大学法学部卒業，東京大学法学博士
東京师范大学教授(法学部，行政法担任)
行政行為の公定力の理論(東京大学出版会，
61年)，現代フランス行政法(有斐閣，行政手続・
行政法専断研究(学総書房，71年)，行政手続・
行政訴訟法(共著，現代法学全集，初版78年)
年)，教育法(法律学全集，有斐閣，初版78年)

条例研究叢書 1

条例をめぐる法律問題

昭和五三年五月二五日 初版発行
昭和五七年三月二〇日 四刷発行

定価 二八〇〇円

著者 兼子 仁

発行者 小林 泰 輔

発行所 学 陽 書 房

(編集) 東京都新宿区市谷薬王寺町二六
(倉庫) 東京都千代田区富士見二一七五

電話 〇三十一六二一一二二
振替口座 東京 七八四二四〇

印刷・文庫学製本・東京業務職工
兼子・淳子の機会はお取り替えていたします。

©1978 Masashi Kaneko

Printed in Japan ISBN 4-313-22001-1 C3332

ていないことを示している⁽³⁾。

かくして、一九七〇年代における公法学説の進展により、法律先占論は批判的に克服される必然性があったと言える。通説的な公法学説によるつぎの表明が、その事実を浮き彫りにしているであろう。

「従来は、当該事項について、形式上国の法令が存在する以上——そして、その法令が条例で規定しうべきことを認めていない以上——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。しかし、こうした考え方は、最近、次第に修正されてきた。……いわゆる自治事務についても、国が国の法令で全国一律に規制する合理的理由のある場合が少なくなっている。しかし、元来、自治事務とされているものは、地域の事情に即した行政の要請されているものが多いのであって、その基準たるべき条例の制定を許さず、したがってまた、地域の事情に即した行政措置を否定するような国の法令は、地域住民を十分納得させるに足りるだけの合理的理由がない限り、国の法令そのものが、不当に自治事務に介入し、地方公共団体の自治権を侵害するものであって、その限りにおいて、国の法令自体の効力が問題とされなければならない。こういう見地からすれば、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であろう。」(田中二郎『新行政法中巻』一九七六年全訂二版、一三四—三五頁)

ほぼ同旨の考え方の転換が、自治省関係者によっても公表された⁽⁴⁾。従来は「法令側を中心とし、法令に少しでも抵触したり、法令の示す基準よりも高い基準等を条例に規定することは不可とする等かなり厳格かつ狭義に解するのが通説の立場であった。その結果、一定の条例が制定され運用されていても、これと同一の分野はもろろん隣接分野にかかる法令が制定されても、当該条例は、法令に違反するものとして条例そのものの効力が否定されることがしばし

ばであった。条例に対する法令優位の思想が、法令にとつて最も有利に、かつ条例にとつては最も不利に解釈され運用されているのである。法令と条例との関係をこのような形において考える限り、条例の主体性を確立し、その地域立法性ないし自治立法性を発揮することは不可能であるといつてよい。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のである。それが、『地方自治の本旨』に沿った法解釈である(久世公麿『地方自治条例論』一九七〇年、一五四頁)。

三 規制限度法律と最低基準法律との区別

同一対象に対し同一目的の規制を国の法令よりも強化する条例、つまり規制「上のせ条例」の適法性について、いかに解すべきか。これについて、法律先占論をのりこえ、地方自治権・条例制定権の憲法的保障をふまえて考えると、地方自治にかかわりを持つ国の法律が条理解釈によつてつぎの二つに大別され、それに従つて条例との関係が正反対になりうるということが重要であろう。

第一の「規制限度法律」は、規制事項の性質と人権保障とに照らして、当面における立法的規制の最大限までを規定していると解される法律(最大限規制法律)であり、当然のことながらこの場合には、法律の示す規制限度を越えて規制しよとする条例は、法律に違反することとなる。これに対し第二の「最低基準法律」は、全国的な規制を最低基準として定めていると解される法律(全国的最低基準法律)で、それは、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ゆだねる趣旨であるから、まさに規制「上のせ条例」が法律に反することなく制定されうる。

地方自治関係法律におけるこの二種は、論理的に元来考えられた類型であるが、それが現実の法解釈として学説上明確に唱えられたのは、一九六〇年代の末以降、上のせ公害防止条例をめぐる論議においてであった。

最初の明瞭な行政法学説の表現によれば、「住民の生活環境の保全と資本的財産権との対抗関係においては前者が優先することが、憲法の価値構造から承認されること、および公害行政はもともと地方自治体が一次的に主体たるべきことから、国の法律による規制基準は、むしろ最低基準を示したものであって、地方自治体が公害の地域的特質に応じて、国の定める基準以上のきびしい基準を定めることも許されると解すべきであろう。」(窪井力「公害行政における指導と助成」『公法研究三三号』一九七〇年、一一三頁。六九年の日本公法学会報告)

また、「地方自治固有の行政分野については、国の法律は、いわばナショナル・ミニマムの定めすぎないものとするのみである。いかえれば、地方自治体はかかる分野については、法律の規制が存在する場合でも地方自治の要請があると認める場合にはかさねて条例で上乗せ横出しなどのきびしい定めをすることも許されると解すべきであろう。」(原田尚彦『行政法要論』一九七六年、五七―八頁)

さらに、条例と法律との関係にかんする右の法的可能性は、すでに最高裁判所判決(昭五〇・九・一〇刑集二九卷八号四八九頁。徳島市公安条例事件)によっても、公認されることとなっている。

「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。…特定事項についてこれを規律する国の法令と条例とが併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなんら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしも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ではなく、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であると解されるときは、国の法令と条例との間にはなんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じないのである。」

なお、多分に立法指針論としてはあるが、自治省関係者によるつぎの注目すべき発言も存する。「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なのである。…具体的にいうならば、法令には、全国的に画一・統一して行な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ふように、両者が一体化して一定の目的を達成しうより配慮すべきであろう。」

さてところで、前記の「規制限度法律」と「最低基準法律」とは、実際にはいずれが多く有りやすいであろうか。かつての法律先占論におけるごとく、法律の文理ないし立法者意思に従って決するときには、上のせ条例を許さない規制限度法律と解されるものが少なくないであろう。しかし規定内容が地方自治にかかわりを持つ法律である以上、事柄の性質に応じ「地方自治の本旨」の憲法的保障を促進するように、合憲的に条理解釈していく必要があり、規制限度法律は、その上でなお個人の自由権保障と全国一律的規制の必要とから、法律による規制が最大限を成しているものと解すべき場合でなければならない。となると、そのように条理解釈されるべき規制法律は、実際にはさほど多く有るものではないであろう。条例罰則の限度を定めた地方自治法一四条五項のほか、交通取締法規としての道路交通法がそれに当るであろうか。

それに対して、規定内容の性質に照らして全国的最低基準法律と目すべき場合が、むしろ多いと考えられる。最低基準法律であることを明記している例が労働基準法であって、「この法律で定める労働条件の基準は最低のものであるから、労働関係の当事者は、この基準を理由として労働条件を低下させてはならないことはもとより、その向上を図るよう努めなければならない。」と規定している(二条二項)。したがって地方公務員の勤務条件を定める条例(地方公務員法二四条六項)は、上のせ保障条例でなければならない。また近年の国の法律には、条例による規制「上のせ」

を承認する規定を置いて、全国的最低基準法であることを表明する例も増えつつある。しかし最低基準法律として規制「上のせ条例」と共存すべき法律か否かは、本来、規定事項の性質と憲法原理とに即した条理解釈によって正しく決しうる問題であると言えよう。

四 全国的最低基準法律にたいする地域の行政需要充足条例の適法性

(1) 地域差ある行政需要に見合う上のせ条例——公害防止条例を例として

(4) 一般論

事の性質上行政需要に地域差があるような規制事項の場合には、その規制が地方自治事務になじむとともに、それにかんする国の法令だけでは行政需要に十分応ええず、国の法令は全国的な規制の最低基準を定めるにとどまるもの、と条理解釈されうるであろう。このように行政需要に地域別特殊性が規制事項の性質上ありうる場合には、法令の規制に各地域の行政需要に応じた「上のせ」を行なう条例が適法と認められよう。この「上のせ条例」による規制方式をとってこそ、規制される人権に対して最大限保障（憲法二三条）、比例原則を全うしやすくとともに、また各地域の行政需要にきめこまかに応じうるであろう。国の法令にも指定地域ごとの規制を定める方式があるが、地域の行政需要への即応はまさに地方自治立法にふさわしい事柄である。

この場合に、地域の行政需要に応じた上のせ規制が地方自治事務を成すと解されるかぎり、上のせ条例の制定は、法律による委任・許容をまつまでもなく、行政事務条例として可能となる。法令の規制は全国的最低基準であつて、上のせ条例はなんら「法令に違反しない」からである。ただ、法律に規定ある事項について法令と異なる定めを当該自治体限りで行なうわけであるから、法令による全国的一般法にたいする特別法たる条例として「特別条例」の一種を成すであろう。

さらにその場合に、法令にもとづく最低限規制の行政は国の機関委任事務として法定されていることが有りうる。そこで旧来の法律先占論によれば、当該事項の規制は法律上国の事務化せしめられているので、法律の委任なくして条例を制定しえないとされよう。しかし「最低基準法律」説に立てば、国の事務化されたのは法令の最低規制基準にもとづく規制行政の限りであつて、地域の行政需要に応じた上のせ規制行政はその性質上地方自治事務として存続しえている、と解される。このように法令上の国の事務にたいする条例による地方自治事務の継ぎ木には、奇妙さはあるが別段違法性はない。この場合、地域の行政需要に応じた規制行政が性質上地方自治事務として存在しうる以上、国の事務として最低基準規制を定めた法令は、やはり法的に地方自治にかかわりを持っているものであつて、もしい上のせ規制の地方自治事務を排斥するようであると逆にその合憲有効性が問題となつてこよう。したがつて事の性質に即した立法論としては、国の法令による全国的最低基準の設定は、自治体の行政事務をその限りで「必要事務」化するという、地方自治事務にたいする国の立法的関与の方式のほうがふさわしいと考えられるのである。

ところが、国が公害防止立法に取りくみだしたとき、大部分、法令にもとづく公害規制行政を国の事務とし、都道府県知事等の「機関委任事務」として法定する態度を示した。たとえば、「大気汚染防止法及びこれに基づく政令の定めるところにより、ばい煙発生施設又は粉じん発生施設の設置等の届出を受理し、これらの施設の構造等の改善若しくは使用の一時停止……を命」ずることや、「水質汚濁防止法及びこれに基づく政令の定めるところにより、特定施設の設置等の届出を受理し、特定事業場の汚水等の処理の方法等の改善若しくは排出水の排出の一時停止……を命」ずることなどは、都道府県知事に授權された国の機関委任事務として、地方自治法の別表第三(一)の(九)の(四)(九)の(五)などに掲げられている。そこで、各府県の上のせ公害防止条例は、それに地方自治的公害防止「上のせ」規制を継ぎ木し、実際には地方自治的公害防止行政に国の行政を多分に吸収する形になつていのであるが、法令にもとづく国の事務が最低基準規制行政である以上、それはむしろ性質に沿うことと言えらるであろう。

(ロ) 上のせ公害防止条例の適法性

国が公害防止立法に取り組みだしてからの一九六〇年代後半以降における公害防止条例は、当然ながら、規制「上のせ条例」たることとなっている。

たとえば東京都公害防止条例(昭四四・七・二)による法令にたいする規制の上のせは、つぎのようである。

① 大気汚染防止法、水質汚濁防止法、騒音規制法はいずれも工場内における個々の特定施設を規制対象とし、特定施設ごとの排出・騒音発生について規制基準を定め、排出・排水基準は濃度規制方式を主としているのに対して、都条例・施行規則では、工場全体を規制対象として総量規制方式の排出・排水基準を定めている(条例一八条参照)。

② 国の前記三法律はいずれも個々の特定施設の設定について都道府県知事への届出制を規定しているのにすぎないのに対し、都条例では全体としての工場の設置・変更について「認可」制(行政法的な許可制)を布いている(二三・二四条)。大気汚染防止法、水質汚濁防止法では排出・排水基準違反の施設の規制として、当該施設の使用の一時停止命令を規定するのにとどまるが、都条例は違反工場にたいする「認可」の取消しまでを定めている(三四条一項)。

③ 騒音規制法では、規制基準違反の特定施設についてその使用方法・配置変更の命令権を規定するのにとどまるが(二二条二項、都条例は工場騒音の基準違反に対して作業の一時停止命令をも知事に授権している(三三条二項))。

東京都公害防止条例によるこれらの規制「上のせ」の適法性について、都当局筋では、法令の場合と異なつて工場全体を対象とする別態様の規制方式であるから、実質上の上のせ規制であっても、法令とは趣旨を異にする規制を別個に定める条例であるから適法である、と説明しているようである⁽⁸⁾。そしてそれを支持する学説もある⁽⁹⁾。

たしかに、そのような論法も法的に成り立ち、法律先占論が根強い状況下に実務的通用力のある解釈論として実際の意味があつたと見られる。しかし、別態様の規制は法令と規制の趣旨を異にすると言ふときには、法令と規制の目的・趣旨を異にする条例は固有条例として可能だといふ前述の法理とは別の立論をしているわけであつて、やはり実

質的には規制「上のせ条例」の適法論にはかならないであろう。そこでその条例による実質的な規制「上のせ」の適法性についてさらに問われるならば、根本的にはやはり、前項にのべた「全国的最低基準法律」にたいする地域的公害防止行政需要の充足条例であることを挙げなくてはならないと考えられる。そしてそもそもその法理は、上のせ公害防止条例を契機として唱えられたものであつて、こんにちでは、上のせ公害防止条例の適法説として、全国的最低基準法律にたいする地域的公害防止行政需要の充足条例であることを理由とするのが、有力な行政法学説になつて見られる⁽¹⁰⁾。

この場合に、公害防止規制への行政需要が各地域の公害関係状況に応じて地域差・地域的特殊性を持つものであることは見易い。しかし、公害規制がその性質上地方自治事務に属し、かつ自治体として現実に最大限にその責任を果さなければならぬ行政事務であることを論証するには、公害規制の住民生存権保障性を押えることが必須であろう。公害は、地域住民の生命・健康にかかわる生活環境を破壊していく社会現象であり、公害防止のために企業活動の権力的規制を行ふことは、現代の自治体が住民の生活保障・生存権保障という地方自治の本来的目的を實現するのにあたつて最重要な事務を成していると解される。そして自治体による公害防止規制は、住民の生存権保障のなかでも生命・健康という人身の安全保障にかかわるかぎり、現実に目的を達成しうるだけの権限を条例によつて授権されている必要がある。都公害防止条例の前文におけるつぎの原則規定は、まさに以上の趣旨を謳つたものであろう。すなわち、「東京都民の自治組織体である東京都は、都民の健康で安全かつ快適な生活を営む権利を保障する最大限の義務を負うのであつて、この義務を果たすため、あらゆる手段をつくして公害の防止と絶滅をはからなければならない。」

(イ) 公害規制「上のせ条例」を容認する法律規定の解釈

実は、騒音規制法(昭四三)は当初から、大気汚染防止法、水質汚濁防止法は一九七〇(昭和四五)年末から、条例制

定を一定程度に容認する規定を設けるにいたっている。そのうち、法律規制対象外の事項にかんする規制条例や別目的規制条例の容認規定（大気法三条、水質法二九条、騒音法二七条）は別として、つぎの公害規制基準「上のせ条例」の容認規定は大いに解釈問題をはらんでいる。

騒音規制法四二条二項「市町村は、……前項の規定により定められた規制基準によつては当該地域の住民の生活環境を保全することが十分でないとき、条例で、環境庁長官の定める範囲内において、同項の規制基準にかえて適用すべき規制基準を定めることができる。」（傍点筆者、以下同じ）

水質汚濁防止法三条三項「都道府県は、……その自然的、社会的条件から判断して、第一項の排水基準によつては人の健康を保護し、又は生活環境を保全することが十分でないとき、……政令で定める基準に従い、条例で、……同項の排水基準で定める許容限度よりきびしい許容限度を定める排水基準を定めることができる。」

大気汚染防止法四二条一項「都道府県は、……その自然的、社会的条件から判断して、ばいじん又は有害物質に係る前条……の排出基準によつては、人の健康を保護し、又は生活環境を保全することが十分でないとき、その区域におけるばい煙発生施設において発生するこれらの物質について、政令で定めるところにより、条例で、……よりきびしい許容限度を定める排出基準を定めることができる。」

これらの条例容認規定において、自治体条例による公害規制「上のせ」が地域の生活環境保全のためにその必要性が有りうるとして、国の法律自体により認められたことは、大いに注目される。しかし、もしこれらの法律規定を、条例許容の限定的創設規定として読まなければならないとする⁽¹⁾、そのかなりの文理的限定のゆえに、自治体にとって現実に必要な規制「上のせ条例」の制定が妨げられるおそれもありうる。

第一に、前記三法律はいずれも文字通りには、政令・環境庁告示といった国の行政立法の定めに従うことを条件と

して条例の制定を容認しているのにすぎない。そしてそこには、法認された上のせ条例の制定自体が国から委任されて自治体の事務となつた団体委任事務にはかならないという立法者意思が窺われる。

第二に、大気汚染防止法四二条一項は、国の燃料関係政策の反映として、「ばい煙」中の「いおう酸化物」を大気汚染の一元凶であるにもかかわらず、規制「上のせ条例」の容認事項からはずしてあり、「ばいじん」と「有害物質」（カドミウムなど）とについて条例を容認するように替えているのにすぎないのであつて、この事実は公知である。

そこで、前記三法律の条例容認規定を文字通りに適用するときは、自治体による公害防止規制が住民の生存権保障ひいては地方自治目的を達成しようとするものが現実に妨げられるおそれがありうる。したがって前記法律規定は、それを限定的創設規定と読むときには、憲法九二条「地方自治の本旨」に反するおそれがあるため、自治体に対し上のせ公害防止条例の制定を最低基準的に認めた規定であると条理解釈すべきであらう。

子細に検討するならば、前記三法律による上のせ条例の容認は、国の機関委任事務としての都道府県知事・市町村長による公害防止規制に關してである（地方自治法別表第三の二の（九の四一六）、第四の二の（八））。したがって、そこで国の公害規制行政を上のをせしうる条例の制定に法令による限定が付されることは、有りうるところであらう。当該条例の制定自体、法律にもつづく自治体の団体委任事務にはかならないからである。ただし右の上のせ条例の限定は、あくまで国の事務としての公害防止規制に關してなのであるから、地方自治事務としての公害防止規制を實質的に上のをせる特別条例・行政事務条例にまで当然に及ぶものではないと言ふ余地が有るわけである。

そこで、さきの条理解釈における、全国的最低基準法律にたいする地域的行政需要充足のための規制「上のせ条例」のうち、地方自治事務にかんする部分は前記法律規定によつてならぬ妨げられることなく残されているものと解することができるのであつて、行政法學説上この解釈がすでに有力説となつていゝるのである⁽²⁾。

(2) 住民の生存権保障達成のための上せ条例——消費者保護条例等を例として

国の法令にもとづく規制では住民の生存権を現実には十分保障できないという場合、行政需要に地域差・地域的特殊性のない性質の事項に関しても、自治体は規制「上せ条例」を制定しえないであろうか。このような場合については、地方自治事務と条例制定事項を、全国一律規制になじまない地域的性質の事項であるとのみ考えていたのでは、国の法令が規定している規制に対してなお「上せ条例」を可なりと解することは、できがたいであろう。しかし、憲法の保障する「地方自治の本旨」にかんする前述の理解によれば、地方自治事務と条例制定事項たることの条理的根拠には、行政需要に地域差のある地域的特性を持つことのほか、地方自治の本来的目的をなす住民の生存権保障に現実に必要な自治体としての行政であること、が挙げられなければならない。もし国の法令が、自治体による住民生存権保障に必要な条例制定および規制行政を妨げるものであるときには、それは憲法九二条「地方自治の本旨」に反することにならう。国民・住民の生存権保障にかかわる国の法律は、その趣意に依りて「全国的最低基準法律」たるべき性質を持つのであって、条例による規制「上せ」を禁ずる限定は不条理である場合が少なくないと思われる。

たしかに、消費者保護立法が定めている製品安全・品質表示等にかんする消費者保護的企業規制は、全国的製造・流通商品についてはむしろ全国一律性があり、地域的特殊性に乏しいであろう。地域的特殊性のある消費者保護的企業規制の事項とその行政需要が存するかぎりでは、公害防止条例と同様な規制「上せ条例」が可能なのは、もちろんであるが、実際の消費者保護条例の規定内容はその域を越えていよう。現行の消費者保護条例が法的拘束力ある規制や刑事罰則を一切定めず、製品安全・品質表示等にかんする勧告的基準と是正勧告、および不服従企業の公表措置という行政指導権の上せにとどめているのは、多分に右の法的困難を意識してのことと推測される。

しかしながらひるがえって、消費者保護目的の企業規制も、公害防止規制と同じく、住民一般に人間らしい生活を

積極的に保障する生存権保障にかかわっており、それとして地方自治事務を成しているのだと言える。いわゆる「消費者の権利」は、憲法上の人権としては生存権の性質を持っている。自治体の消費者保護行政が消費者の権利保障目的のものであることは、東京都・生活物資の危害の防止、表示等の事業行為の適正化及び消費者被害の救済に関する条例(昭五〇・一〇・二二)一条に明記されている。「この条例は、……次の各号に掲げる消費者の権利を確立し、もつて都民の消費生活の安定と向上を図ることを目的とする。一 消費生活に必要な物資等によつて、生命及び健康を侵されない権利 二 消費生活に必要な物資等について、適正な表示を行わせる権利 三 ……不当な取引条件を強制されない権利 四、五(略)」

そこで今後において、消費者保護的企業規制の上せを行わなければ地域の消費者住民の生存権保障を現実に全うしえないと意識する自治体が出てくるならば、規制「上せ」の消費者保護条例の制定余地がないわけではないと考えられる。この場合には、規制事項の性質上は地域的行政需要の充足ということではないが、特定の自治体だけがその地方自治目的にかかわる行政需要を客観的に意識したことが、地域的な立法需要を成しているわけである。したがって、かような規制「上せ条例」の具体的な適法性は、当該自治体が住民生存権保障のために上せ規制を現実に必須であると認識したことの客観的根拠の提示、いわゆる「立法事実」(立法を客観的に支える事実)の立証に、もつぱら係っていることになる。規制条例が争われて訴訟の俎上にのぼったときには、まさにそのような立法事実の立証が当該自治体に求められるわけであるが、その用意さえあれば、行政需要に地域差のない規制事項に関しても、法令にたいする地方自治的「上せ条例」の制定を自治体は妨げられないものと解することができよう。

なおこの見地に立つた場合、消費者住民の生存権保障にかんする行政需要の段階差も見逃すことはできず、商品不当表示の規制を求める権利もさることながら、公害商品によつて生命・健康を害されない権利を全うせしめるための企業規制の必要が、とりわけ自治体の上せ条例を法的に根拠づけやすいであろう。たとえば、食品衛生法にもとづ

く厚生省告示で定めている食品や添加物の基準、規格に関し、食品衛生条例によって上のせ規制や類似品目にかんする横出し規制を定めうるか、という問題は、こんにち消費者住民の生存権の地方自治的保障の見地から再検討されてよいであろう。

2 私法の法律と異なる定めをする条例の捉え方

1 「公法」的特別条例論の再検討

非権力的な公共事務としての給付行政等にかんする条例のなかには、民法をはじめ一般私法の性質を持つ法律に対して特別規定を設けているものが少なくない。この場合に、私法的法律の施行規定と異なる特別条例の定めが「法律に違反しない」かどうかという問題を生ずることが有りうる。特別な関係法律の具体的委任にもとづく条例規定であれば別論であるが、そうでない一般的委任条例や固有条例であると、当該公共事務に一般法として妥当する私法的法律の施行規定と異なる定めを、条例がなしうる根拠が問われて当然だからである。

たとえば、公営住宅の使用関係はこんにちでは一般に、私法上の借家関係であって民法および借家法が一般的に適用されるものと解されている。ところが、公営住宅法二五条一項により、「事業主体は、この法律で定めるものの外、公営住宅及び共同施設の管理について必要な事項を条例で定めなければならない。」そして公営住宅条例では、居住者にたいする明渡請求事由の規定において、「公営住宅の管理上必要があると認めるとき」といった定めをしていることがある（東京都営住宅条例二〇条一項六号など）。これを文字通りに適用しようとするとき、借家法一条の二が、借家人の居住権保護のために解約申入れに関し「正当ノ事由」を要するとしている強行規定に反しないかが問題

となりうる。

このような場合に、特別条例規定の適法性を説明するのに、行政法学説として従来、かかる条例規定は非権力行政にかんする「公法的特別規定」であるがゆえに私法規定に優先するのだという解釈が、有力であった⁽¹⁶⁾。この行政法的解釈に依拠したと見られる判例（東京地判昭四〇・六・一五⁽¹⁷⁾）は、平屋の老朽都営住宅を建替えて中層化するために東京都が右条例条項にもとづいて居住者に明渡しを求めて出訴した事件に関し、都営住宅条例の明渡請求条項は借家法一条の二に優先するものとした上で、「行政処分の撤回の法理」に照らし「公益的目的に供された居住者の利益に対し相当の補償をすべき」ものであるが、補償は事後的でよいので結局明渡義務は発生している、と判示している。

ここで、公営住宅条例の明渡請求条項が「公法」的特別規定であるゆえは、それが行政による公益的目的・「公共の福祉」の実現にかかわる法規であるということにほかならないであろう。そして「行政法関係における公共の福祉優先性⁽¹⁸⁾」という考え方によって、公共の福祉・公益目的の実現にかかわる公法が一般私法に優先するのは当然とされやすい。

しかしながら、公営住宅関係法規など非権力行政にかんする特別法規が、一般私法の強行規定と異なる定めをしている場合に、その法的性質や優先性について、公共の福祉・公益目的の実現にかかわる「公法」といった漠然とした一般的な捉え方をすることで、はたして当該法規の条理解釈としてふさわしいであろうか。そういった非権力的・公益的公法観がすでに現行法制上確固としているのであれば別論、そうでない以上、非権力行政にかんする特別法規の性質や一般私法原理との関係は、各分野ごとに具体的な見定めをしていくべきであろう。もはや簡単に公益的公法の私法にたいする優先を理由に、特別条例規定の優先的効力を説明することは適切ではないように考えられるのである。