

なお注意すべきは、二重の基準論を採用した場合であっても、合憲性判定基準はそれぞれの自由の種類や性格によってさらに細分化して考えられているという点です。というのも、精神的自由、経済的自由と一言でいっても、その内部には権利の性質、内容、規制立法の目的等において違いがあるからです。以下では精神的自由の代表的ケースである表現の自由の規制及び経済的自由の代表的ケースである営業の自由の規制を取り上げます。

(2) 表現の自由の規制

精神的自由のうち特に問題となるのが、表現の自由の規制ですので、これを取り上げると、論点になるのが、(1) 事前抑制（とくに「検閲の禁止」）、(2) 明確性の原則、(3) 内容規制・内容中立性規制です。

(1) の事前抑制とは、表現行為以前に行政機関、その他の国や自治体の機関が、これを審査し、行為の是非を判定することをいいます。検閲は事前抑制の最たるもので、憲法では明文の規定でこれを禁止しています。もっとも、判例では、検閲とは、①行政権が主体となって、②思想内容等の表現物を対象とし、③その全部又は一部の発表を禁止することを目的とし、④網羅的、一般的に審査し、⑤発表することを事前に禁止するものであるとされ、国外ですでに発表済みのものや裁判所の事前差止めは、「検閲」に当たらないとしています*1。

(2) の明確性の原則とは、刑罰法規の要件が明確でなければならないとする原則です。表現の自由に係る刑罰法規の要件があいまいな場合は、いつ、どのような場合に処罰を受けるかわからないので、市民は萎縮してしまい、結果的に表現の自由を損ねてしまいます。そこで刑罰法規の法文が漠然として不明確な場合は、違憲とするのです（文面審査といわれます）*2。

(3) 内容規制とは、表現内容がわいせつである場合、名誉棄損的表現である場合、プラバシーの暴露のように、表現内容が適切でない場合の規制です*3。これらの内容規制の是非は内容や受け手がどうであるかなどを基準として各々厳格に検討されます。

内容規制とは異なった側面で問題となるのが、表現行為の態様や時間、場所など表現行為とその環境との関わりでの規制がどこまで許されるか、という内容中立性規制です。表現の内容には立ち入らないという意味で中立性という用語がつかわれています。都市の「美観風致」「生活環境の保全」などの観点からの規制は、内容規制とは異なり、裁判所はそれほど厳格な審査を行わず、規制を公共の福祉の観点から合憲としています*4。

(3) 営業の自由の規制

〈1〉規制目的二分論

法令や条例でよく扱われる営業の自由（憲法22条）の規制については、①食品や医薬品の安全基準など、住民、市民の生命、安全、健康を守るための

*1 関連する裁判例

わいせつ文書の輸入つき、札幌税関事件最判昭59.12.12、知事選に絡む名誉侵害を理由とする発行禁止仮処分につき、「北方ジャーナル」事件最判昭61.6.11を参照してください。また教科書検定事件最判（平5.3.16）や有害図書指定により自動販売機に収納できなくなったとする岐阜県青少年保護育成条例事件最判（平元9.19）でも当該措置はいずれも検閲に当たらないとしています。その他、表現の自由に対する事前抑制として問題となる事例としてはデモ行進の事前許可などがあります（新潟県公安条例事件最判昭29・11・24は、許可制を合憲としました）。

*2 関連する裁判例

最高裁は、この場合の基準を「一般人」とし、通常的能力を有する一般人の目から見て、法文があいまいであるか否かを判断しています（徳島市公安条例事件最判昭50.9.10）。刑罰法規が不明確であってはならないことは罪刑法定主義の立場から憲法31条による審査が行われることになるのですが、表現の自由に関わることも多いので、学説は表現の自由との関わりで、これを取り上げています。

*3 関連する裁判例

「チャタレー夫人の恋人」事件最判（昭32.3.13）や「悪徳の栄え」事件最判（昭44.10.15）のほか前述（*1）の岐阜県青少年保護育成条例事件最判でも問題とされたところだ。

*4 関連する裁判例

たとえば、大阪市屋外広告物条例事件最判昭43.12.18があります。

*** 5 関連する裁判例**

規制目的を二分して審査した裁判例として、たとえば、消極目的・警察的規制については薬局距離制限事件最判昭50.4.30、積極目的・政策的規制については小売商業調整特別措置法違反が問題となった小売市場事件最判昭47.11.22があります。

*** 6 関連する裁判例**

公衆浴場の距離制限事件最判(平元.3.7)も、距離制限の目的が国民の保健・衛生の保全の確保とともに既存公衆浴場業者の経営の安定を目的とするというように、消極目的及び積極目的の両面の確保を目的とする場合があり、両目的を併有するといわれています。また、酒税法上の酒類販売免許制度は酒税の確保を目的とするが(最判平4.12.15)、財政目的の規制は、消極目的や積極目的とも異なるとの指摘もあります。

*** 7 関連する裁判例**

たとえば、農業共済組合への当然加入をめぐる農業災害補償法が問題となった最判平17.4.26があります。

規制を「消極目的規制(消極的・警察的規制)」といい、②大手スーパーの出店規制を行い、一般の小売店を保護するための大規模小売店舗立地法など、社会的弱者や国民経済の持続的発展などを目的とする規制を「積極目的規制(積極的・政策的規制)」といいます。そして営業の自由の規制ではこの二分法が行われるのが一般的です。合憲性判断基準としては、消極目的・警察的規制については、規制目的が重要な公共の利益のために必要・合理的な規制であって、その目的達成の手段も、より緩やかな方法では効果がない場合に限って合憲となるという「厳格な合理性の基準」といわれる基準が使われています。これに対し、積極目的・政策的規制の場合は、規制の必要性・合理性については、第一次的には立法府の裁量に委ね、立法府の裁量が「著しく不合理であることが明白である場合」に限って違憲となるとされています。ここでは「明白性の基準」が使われています*5。

〈2〉規制目的二分論の問題点と最近の動向

営業の自由に対する規制の二分論については、近時、学説や判例でもこうした単純な図式では割り切れないという主張が登場してきており、パターン化して当てはめることには疑問が出されています*6。最近の最高裁も規制の対象となる権利の性格や内容、規制の種類などに応じた個別具体的な判断をする傾向にあります*7。したがって、今後の営業の自由の規制に係る裁判所の審査は、消極・積極二分法ではなく、立法事実(法令・条例の規制の合理性を支える社会的・経済的・文化的な一般的事実)の審査と規制措置の必要性と合理性が審査されるべきという主張が次第に有力となっています。

(4) 条例と人権

条例を制定改廃するときというのは、まさに自治体が政策主体となって、政策をルール化する作業で、自治体の自主立法権の行使という最も重要な事務の一つであることはいうまでもありません。

ところで、従来の自治体は、各省庁から示されたモデル条例や他の自治体の条例のいいとこどりをして、条例に対して正面から取り組むことがあまり十分でなかった自治体も少なくはありませんでした。しかし、2000年の分権改革以後、自治体は自主的な政策主体として条例に取り組むこととされました。

条例制定過程ではいろいろの検討が必要ですが、意外と見落とされがちなのが、憲法上の人権との関係です。例えば、福岡県飯盛町では、かつて、「飯盛町旅館建築の規制に関する条例」を制定し、いわゆるラブホテルの建築規制を行いました。しかし、この条例ではゾーニングについても、学校等の「付近」の文言だけで、付近がどこまでを意味するか明らかでないうえ、旅館建築審査会の諮問を経るという仕組みを採っていましたが、町長の同意の裁量の範囲は極めて大きいものでした。裁判所は、善良な風俗を損なうことなく清浄な生活環境を守るという規制の必要性は理解できるが、規制手段としての同意基準があいまいで、旅

館営業についてこのような強度の規制を行う必要性と相当性を裏付ける資料を見出すことはできなかつたとして、そして、業者側の職業の選択の自由（営業の自由）に配慮して、この条例を違法と判断しました。この裁判例は、旅館業法と条例の関係について、つまり法律と条例の関係について判断したのではなく、条例の憲法適合性を判断したのです。また裁判所は、もっと緩やかな規制手段もあり得たはずであるが、これを検討した形跡はうかがえないとして、条例制定過程のありかたにも言及しました（福岡高判昭58. 3. 7）。

このように、条例制定過程においては、関係法令との関係だけではなく、憲法上の人権にも配慮した検討が必要で、この検討過程でさえも、裁判所は十分吟味するのだということを知っておく必要があります。そして、ここでは条例を必要とする立法事実とこの規制目的を達成するのに最もふさわしい行政手法が選択されるような検討が求められているということが出来ます。

なお、類似の「愛知県東郷町ラブホテル規制条例」をめぐる控訴審（工事中止命令無効確認請求控訴事件・平18. 5. 18名古屋高判）では、条例によるラブホテルの規制の合理性を認定し、憲法22条・風営法・旅館業法に違反しないとしています（最高裁も上告棄却・最決平19. 3. 1）。



学習のポイント

- 自治体の政策法務においても、憲法の基本原理たる人権保障の原則を守る必要があります。
- 我が国では人権を精神的自由権と経済的自由権と分けて考察することが行われています（いわゆる二重の基準）。
- 精神的自由権は、表現の自由や集会、結社の自由（団体結成の自由）などに現れています。
- 精神的自由権を制約する条例や自治体の施策は地方議会の民主的決定を経て決定されるだけで正当化されるのではなく、その規制について裁判所によって厳格な審査が行われます。とくに表現の自由の規制については、事前抑制の可否、明確性の原則、内容および内容中立性の規制について、その可否が検討されます。
- 経済的自由の規制の中心である営業の自由の規制については、消極目的（警察目的）による規制と積極目的（政策目的）による規制では異なった合憲性判断の基準が用いられます。前者については「厳格な合理の基準」が、後者には「明白性の基準」が使われます。
- 営業の自由に関する規制目的二分論に対して、こうした二分法では割り切れないという主張が有力となっており、最高裁も規制の対象となる権利の性格、内容、規制の類型などに応じた個別具体的な判断をするようになっていきます。

第3節 立法の典型的パターンの使い方

1 立法のパターンの応用

(1) 立法のパターンの組合せ

立法のパターンは、実際の法律や条例から、典型的な行政手法（「本章2節「行政手法」参照）による構成要素を取り出して整理したものです。例えば、許可制（「本章4節1 規制条例作成のポイント」参照）や政策フレーム（「本章5節1 基本条例作成のポイント」参照）といった立法のパターンも、実際の法律や条例の中から典型的な行政手法の構成要素を取り出して再構成しています。

条例は、課題を解決するために政策を制度化しようとするものであるため、課題が極めて限定的で単純である場合は別ですが、一般的には、行政手法も課題に対応するため、いくつかの手法を複合的に組み合わせることになります。

これは医療において、主たる治療薬のほかに副作用を抑制する薬や症状を緩和する薬などが組み合わせて処方されるのに似ています。

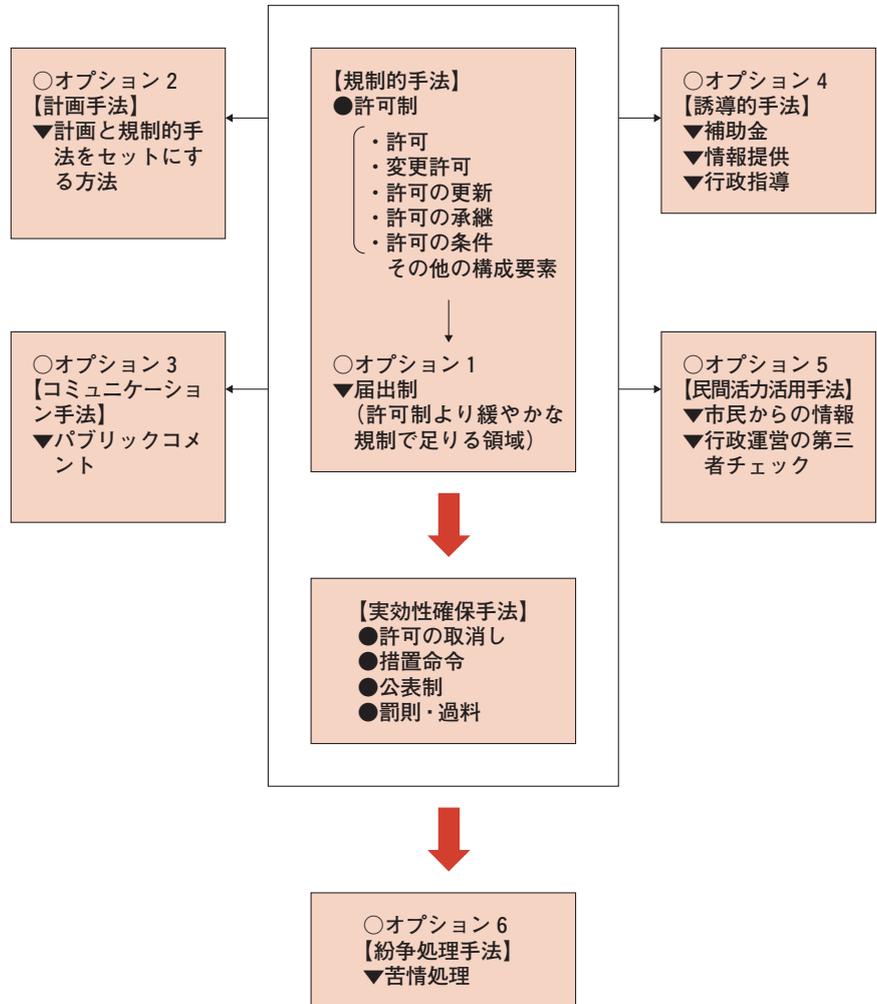
(2) 行政手法の組合せのイメージ

【図表3-1】に示すように、許可制を基幹とする制度を構想する場合でも、幹に対して枝にあたる部分にいくつかの行政手法を付加することが考えられます。

以下では、規制条例の中でいくつかの行政手法を組み合わせるパターンと、基本条例（政策フレーム条例）の中でいくつかの行政手法を組み合わせるパターンについて検討します。

いずれも、実務的に求められることの多い組合せといえます。

【図表3-1】行政手法の組合せのイメージ（許可制を基幹とする制度を構想する場合）



(3) ベンチマーキング手法とコピー手法の違い

〈1〉コピー手法の問題点

ある重要な課題について、条例による一応の解決策が先行する自治体から示されることがあります。すると新聞や雑誌で取り上げられ、同じ問題を抱える他の自治体でも、議会において議員から同様の条例による課題の解決を求める質問がされます。

そのようなとき、その課題が深刻であるほど、十分な検討時間を与えられずに、首長から同じ目的の条例案の策定が求められることが多いと思われます。そのような場合、条例案の策定について経験豊富な政策法務組織を有する自治体であれば、部局ごとに配属された政策法務担当職員を通じて、政策法務組織に相談することができます。

しかし、政策法務組織がないなど、政策法務について組織的対応が困難な状況

では、急いで条例案を求められて窮地に陥った職員が、他の自治体の条例であるにもかかわらず、極端なケースでは、題名の自治体名だけを取り替えて、内容はそのまま先行自治体の条例をコピーし、法規審査の場面で用語を若干整えて、条例案としてしまうという誘惑にかられることが、ないとはいえません。

このようなコピー手法は、課題が普遍的で、どこの自治体でも全く同じ対応が可能である場合は、あまり問題がないでしょう。現に、地方分権改革前の機関委任事務の時代には、条例準則が全国一律の標準条例として国から示されていました。

また、同じ都道府県内の市町村同士で、制度が共通でない都合が悪いという場合もあります。しかし、多くの場合、地域ごとに細かい点で課題が異なり、解決方法についても、条例が唯一の解決方法ではなく、仮に条例という手法を採用したとしても、隣接自治体とでさえ、全く同じ制度でよいとは限りません。

このような場合、先行した条例を検証する鍵は、立法事実にあります。課題について立法事実（「2章1節 立法事実」参照）を確認して、当面する課題が先行する自治体と同じ原因であり、解決手法も同じ方法を採用することが最も合理的だということがわかれば、ほぼ同じ内容の条例で差し支えないはずです。しかし、このプロセスを省いていきなり他の自治体の条例をコピーすることはたいへん危険です。

なぜなら、自治体の条例は、通常、その自治体に特有の課題に対する解決策を含んでおり、そのような立法事実がない自治体が、そのまま条例をコピーした場合、全く対応する課題がないのに、対策だけが条例化されるという奇妙な事態が発生しかねないからです。

先行する条例がある場合、全く最初から条例の設計を行うよりはるかに労力は少なくてすみますが、それでも、先行する自治体の立法事実を検証して、直面する課題が同じなのか異なるのか、確認することは欠かせないのです。

〈2〉ベンチマーキング手法について

ベンチマーキングは、もともと企業経営において、他社の優れた課題解決を研究しそこから学ぶことで経営を改革する手法として提唱されたものです。

条例のベンチマーキングという手法については、その応用版として「他の自治体の最も優れた条例などのシステムを、自己の自治体の現状と継続的に比較分析して、自己の条例の制度設計・運用に活かすこと」（田中孝男）と定義されています。

ベンチマーキングという手法は、単なる条例のコピーではなく、まず、当面する課題を分析し、さらに、その課題に最も優れた対応をしている条例を探し出し、先行する条例がないなど場合によっては、法律や外国の法制度をベンチマーキングの相手として、自己の自治体の現状と継続的に比較分析をするという基礎があってはじめて成り立つ手法です。

立法事実の分析の中でも、国の法令や他の自治体の先行例は、必ず検討しなけ