

環境保全行政をめぐる諸問題

— 条 例 を 中 心 に —

楠 元 茂

1 問 題 の 提 起

「このようにわれわれは歴史の転換点に到達した。いまやわれわれは世界中で、環境に一層の思慮深い注意を払いながら行動を起こさなければならない。無知、無関心であるならば、われわれは生命と福祉が依存する地球の環境に対し、重大かつとりかえしのつかない害を与えることになる。」

その前文中にこのように述べた国連の人間環境宣言は、その本文の第1項に次のように宣言している。「人はその生活で尊厳と福祉を保つに足る環境で自由かつ平等、適切な水準の生活を営む基本的権利をもち、将来の世代のため環境を保護、向上させる責任を負う。¹⁾」

宣言中のこの文章に、人類の環境問題に対するあるべき姿勢が打ち出されているのであるが、わが国においても、公害と環境汚染の問題が1970年代の最も重要な課題となってきた。

公害問題の発生は、古く明治時代からの足尾鉍毒事件に求めることができるが、わが国における重化学工業の発展に支えられた経済の高度生長と都市化の傾向はここ10数年来顕著であって、このような傾向が、今日のような広域にわたる公害を生むようになり、局地的な公害の観念は次第に広く環境破壊の問題としてとらえられるようになった。

この小論では、主に行政法の立場から、環境保全対策としてのいくつかの問題点をとらえて概観すると共に、特に問題の多い条例をめぐる法律上の問題点について論ずるのであるが、公害行政法は、「特殊現代法的な諸問題の宝庫」²⁾

1) 南日本新聞 昭和47年6月18日号。

2) 成田頼明 「公害行政の法理」『公法研究』32号 103ページ。

といわれる通り、解決をせまられる難問が山積しており、それらをすべて徹底的に究明することはこの小論のよくするところではない。

2 私法的救済との関係

最近における一連の公害訴訟の判決は、政府に対して環境行政の練直しをせまるほどの大きな影響を世に与えた。特に四日市ぜんそく訴訟は、従来見られなかった広範囲の大気汚染を内容とし、コンビナートぐるみ6社を相手にした「集合公害」である点で注目を浴びていたが、昭和47年7月24日の津地裁四日市支部の判決は、その共同不法行為理論、因果関係の推定の理論を中心に、今後の判例研究を通じてその真価が明らかにされることであろう。

しかし、ここで注意せねばならないことは、判決があった後も、依然としてこの地区の工場の煙突はばい煙を排出しつづけているという事実である。公害の被害者に対する事後的救済、すなわち、民法 709条を中心とする損害賠償の請求についてはある程度その目的を達したかに見えるが、今日より重要と考えられるのは、公害源の遮断、操業停止などの強力な手段が取られない点であって、ここに今後の問題が残されていると思われる。

山田教授は、「公害問題の法律の意味が、そもそもは民事責任の追求の可否ということに現われてくる。」ということを経済行政の出発点にしておられるが、「公害」ということば一見 *Public nuisance* の訳語であるように思われる。

しかし英米法の *Public nuisance* の代表的なものは、公道における通行妨害であり、わが国の公害問題やドイツ民法の *Immission* は、*Private nuisance* に対応するものと解される³⁾。

すなわち、現在の公害問題は、元来私法上の生活妨害ないし権利濫用の問題として採りあげられ、主に不法行為の理論で論ぜられてきたが、わが国の不法行為の理論では、英米法の *nuisance* の理論におけるように、損害賠償の請求

3) 山田幸男 「公害行政の位置づけ」『公害行政』5ページ。

と並んで規定の明文上は差止命令（injunction）の請求は認められていない⁴⁾。

すなわち、「不法行為の制度は、違法行為からすでに生じた損害の填補をさせるものであって、現になされている違法行為の停止（妨害排除）ないし将来なされるべき違法行為の予防（妨害予防）の請求権は、不法行為からは直接には発生しない⁵⁾。」のであり、ただ、物権の侵害があれば物上請求権が発生し、このような物上請求権は、判例・学説によって物権以外の人格権や賃借権にまで拡張されてきているに止まるのである。

ここに私法的救済の限界が考えられるのであって、加藤教授も「さらに、その場合にも、一般市民の生活を脅かすような企業は、私的な妨害排除の問題に委ねることなく、公法的な規制を加えて抑えていくのが妥当である⁶⁾。」と指摘しておられる通りである。

従って、われわれは今後の私法理論の研究に期待すると同時に、事前の救済、損害発生自体の防止に関する法律論を展開せねばならないのであって、これが広義の公害行政ないし環境保全行政の問題であり、田中裁判官は公害行政中の重要な分野である公害の規制を、行政作用法の中の「規制法」として位置付けておられる⁷⁾。

なお、特別の行政上の救済制度として、「公害に係る健康被害の救済に関する特別措置法」が制定されたことを付記しておく。

3 行 政 指 導

広義の公害行政の中で、特に有効確実な手段といえば立法に基づく行政すなわち法令、条例に根拠を持つ規制であり、下命、許可、認可、特許及びその取消し、停止等の行政行為がその具体的内容となるが、これらの行政は「法律による行政の原理」からいっても最も適当な手段であることはいうまでもあるまい。

4) 山本進一 「権利濫用と信義則」『新民法演習』10ページ。

5) 加藤一郎 『不法行為』213ページ。

6) 同 上 214ページ。

7) 田中二郎 『新版行政法』下Ⅱ 324ページ。

しかし、複雑、高度化した現代行政権の発動に際しては、法的根拠の見当らない場合が少なくないのであり、特に公害の問題は広大な地域で多くの住民の健康に関係のある事例が多く、行政上の措置に急を要する場合が多いのである。

法的根拠がなくても採り得る手段としては行政指導が考えられるのであり、ここには行政庁の自由裁量にまつべき分野が多く、⁸⁾それだけに適宜適切な措置を講ずることができる。

行政指導とは、行政機関が、相手方の同調を求め、誘導することによって、その意図するものを実現しようとする作用であって、法的拘束力も、法的効果もともなわない事実作用である点に特色があり、⁹⁾その類型も多種多様であるが、公害関係の法律中にも勧告等の名称を用いて行政指導についての規定を置いている例がある。

大気汚染防止法に定める排出基準に関する勧告（5条）、海洋汚染防止法に定める港湾管理者への勧告（36条）、水質汚濁防止法に定める排水基準に関する勧告（4条）等がそれであり、都道府県の公害防止条例にもその例があり、例えば京都府の公害防止条例にも、ばい煙、污水等の対策としての改善勧告（13条）、低いおう重油使用の勧告（36条）を規定している。

このように行政指導は、法令に根拠のある場合と、法令上の根拠はなく、設置法の一般的権限に基づく場合とに大別できるが、勧告操短、企業の集約化等近時問題を提供している事例の多くは後者に該当する場合が多い。特に最近、地方公共団体の行う行政指導には、無権限の場合でも行われる事例が多い¹⁰⁾のことであって、「法律による行政の原理」からすれば問題であろう。

行政指導の存在理由はかなり明瞭であるが、同意の下に行われるべき行政指導が、事実上の強制になり易く、反対に、なれ合いになる場合もあり、救済手段も不備であること等の欠点があり、¹¹⁾できるだけ速やかに立法措置に移行するこ

8) 同上 304ページ。

9) 成田 外 『現代行政法』 170ページ。

10) 山代義雄 「公害行政法」『書斎の窓』 211号 25ページ。

11) 成 田 「行政指導」『現代の行政』 166ページ。

とが必要であろうが、差し当って公害行政の中の有力な手段であることは確かであろう。

4 公 害 防 止 協 定

次に行政指導とも関連のある公害防止協定について一言しよう。

かつて地方公共団体の多くは、企業誘致条例によって企業の誘致と開発に力を注いだ。然るに昨今は、このような行き方とは対象的と考えられる公害防止協定を企業と締結する例が増加しつつある。

一口に公害防止協定といっても、地方公共団体と企業の間で締結される場合と、住民と企業の間で締結される場合があるが、法律問題になるのは主に前者の場合である。

このような協定の内容は、地方公共団体が企業に対して規制目的を達成するための遵守事項を片務的に約束させる場合が多いが、¹²⁾このような協定が、公害規制立法と並んで締結される主な理由は、実務家の説明によれば、地方公共団体に取締り権限がない場合、たとえば、是正命令権、立入調査権がない場合に企業との合意による債権的効力により強制しようとする¹³⁾ことがあげられる。これは、行政指導と同様に立法の不備を補う手段であると考えられる。

その法的性質については、後に述べる 建築協定と同様に 種々の考え方がある。すなわち、紳士協定説、私法契約説、公法上の契約説或いは包括的な行政指導と解する説があるが、公法上の契約と解すれば、行政事件訴訟法の適用を受け得る点に実益¹⁴⁾がある。

ただ、公害防止協定の内容は、多種多様であるため、一義的にその性質を決定するのは困難であり、結局個々の協定を検討して判断する以外にないと考えられる。

しかし、成田教授もいわれるように、立法の不備を補完して、より強い規制

12) 同 上 前掲論文『公法研究』 98ページ。

13) 山 代 前掲論文 24ページ。

14) 田 中 『新版行政法』上 99ページ。

をするための手段として協定を利用するということであれば、「法律による行政の原理」を潜脱することになる¹⁵⁾ので、差し当っては条例による規制を待つ方が適当であろうが、条例の制定を待てない場合も多いし、さらに、規制という形でなく相互の自由意思を尊重する形の方が効果が上がるであろうから、私法上の契約として構成するのが妥当ではあるまいか。実益からいうと公法上の契約とした方がよいであろうが、行政事件訴訟法に規定する「公法上の法律関係」¹⁶⁾の概念が不明確なので問題がある。紳士協定説や行政指導説をとるときは、法的拘束力を欠くため公害防止の目的達成のためには強力な手段とはなり得ないと思われる。

私法契約説をとる場合、地方公共団体は誰のために協定を結ぶかを考えると民法 537条の「第三者のためにする契約」と解するのがより正当ではあるまい¹⁷⁾か。ただ同条二項の第三者の利益享受の意思表示の時を何時と解するかはやや問題であろう。

5 建 築 協 定

ここでやや特殊な問題であるが、建築基準法69条以下に規定された建築協定に付いて論ずることにする。この建築協定は、一見公害規制とは無関係のように思われる。

しかし、最近、特に地方公共団体がその対策に苦慮している、モーター、ボーリング場或いは高層マンション等の建設は、いわゆるモータリゼーションに伴う生活環境の破壊の一つと見られないこともない。建築公害、モーター公害という名の示す通り、日照権、風紀、住宅環境の汚染が一種の公害という印象を与えつつあるのは否定できない。

公害の定義に関し、公害対策基本法2条の限定列举からはこれらの現象は洩れているが、最近の公害防止条例、例えば先に述べた京都府の条例によれば、

15) 成 田 前掲論文 101ページ。

16) 綿貫芳源 「公法上の契約」『行政法講座』二巻 107ページ。

17) 矢 代 シンポジウム「公害行政の法理」『公法研究』32号 126ページ。

公害とは生活環境を含めて広く自然環境の侵害を指すのであり、大気の汚染、水質の汚濁等により、人の健康または快適な暮らしが阻害されることとして、限定列举の形をとっていない（1条）ので、公害の意義を広義に解することができる。

ところで、地方公共団体特に市町村のモータル規制対策としては、モータル規制条例の制定が多く見られ、昭和46年12月末で大宮市を始め26市町に達する¹⁸⁾が、憲法の保障する営業の自由や財産権の保障、或いは法律と条例の関係で法的に問題を含んでいる。

最近、風俗営業取締法の一部改正が行われ、都道府県条例で地域を指定して規制することになり、モータルの規制はこの面から立法的に解決したかに見えるが、（同法4条の6）規制対象が建築でなく営業に止まり、構造も密室に限られる点問題が残し、ここに建築協定の意義が認識されてくる。

近時、昭和31年制定の横浜市建築協定条例を範として、建築基準法69条の定める建築協定条例を制定する市町村が増加しており、県でも積極的に市町村を指導している例がある。

建築協定とは、建築主または建築主となろうとする複数の者が、建築行為に關しての必要事項についてあらかじめ協定を結び、将来にわたって所定の目的を担保しようとする法律上の制度であるが、¹⁹⁾建築基準法令は建築制限についての最低の基準を定めたものと解されるので、それ以上の規制を地域住民が望む場合の、自主的な建築制限制度といえよう。²⁰⁾

近時、公害防止協定についての解決策を、この建築協定に求める立場も出てきている。²¹⁾

ここでも公害防止協定と同様に、その法的性質が問題になるが、協定と最も異なる点は、建築協定の成立には、市町村の条例で、一定の区域について、協

18) 宮崎県地方課提供。

19) 市川・広瀬「建築協定」『ジュリスト』481号 47ページ。

20) 島田・関『建築基準法体系』423ページ。

21) 成 田 前掲シンポジウム 126ページ。

定を結ぶことができる旨規定せねばならないこと（69条），土地所有権者等協定しようとする者全員の合意が必要であり，さらに，特定行政庁の認可が要件となっている点（70条）であろう。

荒教授は，建築協定が，建築基準法に根拠を持ち，条例によって裏打ちされ縦覧・公開の聴聞という民主的手続を経，さらに，協定書を特定行政庁の認可にかからしめ，成立に全員の同意を要する点を重視して，協定に準条例的性格を与え，住民自身の公行政に対する補完作用であると論ぜられる²²⁾。

しかし，協定締結の必要性の認定は協定締結者にあり，しかも，全員の合意が必要であること，さらに，認可が羈束行為であることを重視すれば，この協定の主体はやはり権利者である住民自身にあり，従って，私法上の行為をその本質と解するのが妥当ではあるまいか。すなわち，建築協定は，住民自身の規制制度であると解されるから，これを公法的規制に引き上げることにはちゅうちよする。

実務家の解釈としても，「建築協定は基準法令そのものではないから，建築主事の確認の対象とならないし，これに違反しても，特定行政庁や建築監視員の是正措置命令の対象にならず，また処罰されることもない²³⁾。」のである。

なお，この協定が契約ではなく，合同行為であると解されることは，教授の論ぜられる通りである。

6 環 境 権 の 発 想

次に，最近，主に憲法問題として各方面で主張されつつある「環境権」の考え方について一言しておこう。

冒頭に掲げた「ストックホルム」における人間環境宣言の1条は，基本権としての環境権の存在を打ち出しており，特に最近，米国においては，環境権が多くの州で立法上採択されている。例えば，イリノイ州改正憲法（71・7・1

22) 荒 秀 「建築協定の法的性質」『ジュリスト』490号 48ページ。

23) 島田・関 前掲書 424ページ。

施行)は、「各人は、健康な環境に対する権利を有する。各人は、州議会が法律により定める合理的な制限及び規制に従った相当な法律上の手続をもって、すべての政府機関又は私人に対して、この権利を行使できる。」という内容の具体的請求権である「各人の権利」を宣言しており注目される。²⁴⁾

わが国においても日弁連公害シンポジウム（昭和45年9月）において環境権の法理が打ち出されたが、²⁵⁾学説も最近次第にこの問題を取りあげるようになった。²⁶⁾

判例でも、いわゆる国立歩道橋事件（昭和45年10月14日東京地裁決定）すなわち、横断歩道橋の設置箇所の近隣に居住する住民が、歩道橋の設置により従来の方法による道路通行権の行使が妨害され、「環境権」が侵害されることを理由に、架設工事の施行の停止を求めた事件において、裁判所は申請人らの申請人適格を認めた。

ただし、この判例では申請人適格を認めただけであって、「なお、申請人らの主張するいわゆる環境権なるものが認められるかどうかについては多分に検討を必要とするところであるが」といっているように、環境権そのものが認められたとは解されないが、少なくとも、行政事件訴訟における当事者適格の範囲が拡張されたという意味で意義がある。²⁷⁾

このように環境権が提唱される理由としては、一口でいえば、公害規制対策と救済手段の不備にあるといえよう。

すなわち、今日の環境破壊は、局地的、事後的な損害賠償による救済では到底及ばないほど広域に拡がり、複雑な様相を見せつつある。公害対策立法は整備されてきつつあるとはいっても、その中心となるべき公害対策基本法自体の

24) 生田典久 「米国における環境訴訟の新動向」『ジュリスト』502号 68ページ。

25) 『法律時報』43巻3号 154ページ。

26) 高柳信一 「環境権の保護について」『法律時報』43巻8号50ページ、小林直樹「憲法と環境権」『ジュリスト』492号222ページ、佐藤幸治「生活環境権としての日照権」『ジュリスト』490号 23ページ、阿部照哉「現代人権論の一側面」36回日本公法学会報告。

27) 『行政事件裁判例集』21巻10号

不備がすでに指摘され、改正を余儀なくされている状況にある。条例の制定にしても多くの問題点があることは後に述べる通りであり、期待される行政権による予防的規制も形骸化²⁸⁾している状況が少なくない。

さらに、行政権の法律上の義務の不履行、不作為に際しては、不作為の違法確認の訴（行政事件訴訟法3条5項）以外に、いわゆる「義務づけ訴訟」や「義務確認訴訟」を無名抗告訴訟の一種として認める理論もあるが、通説は、そのようなことは司法権の本質に反し、行政権の第一次的判断権を奪うことになるという理由で消極的²⁹⁾である。

そこで、現前している環境破壊を事前に予防するためには、各住民に、強力な差止請求権、妨害排除請求権を認める必要があり、これらの具体的請求権を含む環境権を、憲法上の基本権の一つとして構成する理論が考えられる。

もちろん、憲法の規定の中には直接にはこのような権利は見当たらないが、天赋人權の思想は、日本国憲法の一つの重要な柱をなしており、この人権に対して決定的な影響を与える可能性のある公害ないし環境破壊を予防し、自然環境を保全するための何らかの権利を、憲法の中に見出す努力は、当然に肯定されてよいであろう。

ただ、自由権といい社会権といい、国家権力が客体或いは主体になっていることは歴史的にもいい得ることであって、企業が主たる客体となっている環境権の場合は、憲法の保障が私人間に及ぶかというような従来の憲法理論からすれば困難な問題を解明せざるを得ないわけである。

現在では、環境権を憲法25条の生存権及び13条の幸福追及権によって理論付けようとする立場が有力であるが、社会権である生存権は、批判はあるにしても、プログラム規定であると解するのが従来からの通説³⁰⁾となっており、25条を基礎とする理論はその点においてやや問題があるように思われる。

幸福追求権は、周知の通りヴァージニア権利宣言、アメリカ独立宣言中にそ

28) 高 柳 前掲論文 53ページ。

29) 田 中 『新版行政法』上 293ページ。

30) 『註解日本国憲法』上 489ページ、宮沢俊義『日本国憲法』 265ページ。

の文言が見られ、個人の尊厳を保つ上に不可欠な権利自由を包括的に述べたものであり、憲法各条に具体的に保障されている各種の権利自由の根底に存する自然法的な権利である³¹⁾。

特に近時、プライバシーの権利の根拠を、この条文に求める立場が有力であるが、環境権をこのプライバシーの権利と並べて、或いは含めて考える方が、25条を基礎にするよりも適当なのではあるまいか。

しかし、わが憲法は、合衆国憲法修正9条のような、憲法中に特定の権利を列挙してあるからといって、人民の保有する他の諸権利を否認するのではないとする規定を置いていないので、その点で問題があるように思われる。

何れにせよ、環境権を憲法上の基本権の一つとして構成することの必要性は十分に認められるが、憲法理論の上で多くの困難な問題があることは覚悟せねばなるまい。

憲法の人権論ないし地方自治論と密接な関係のある現象として、最近、各地域で急速な盛り上がりを見せている、公害反対の住民運動をあげることができる。

そのタイプ、規模は種々であり、反対の対象も、幹線道路・鉄道・各種工場・発電所の建設、ごみ焼却場・モーター・マンションの建設、開発計画等多岐にわたっているが、これらの運動が、地域住民の環境破壊に対する自主的な集団行動であり、行政機関の指導によるものでなく、かつ、現行法制上の諸制度をあまり利用していない点ではほぼ一致している。

現行法制上の制度としては、地方自治法の規定する、条例の制定改廃の請求（12条1項）、事務の監査請求（12条2項）、議会の解散請求（13条1項）、解職の請求（13条2・3項）を内容とする直接請求制度、その他、住民による監査請求（242条）、住民訴訟（242条の二）及び請願権（124条）等があげられるが、これらの制度が公害防止のためには、住民によってあまり活用されていない理由は十分検討されなくてはならないが、恐らくは、現前している公害の

31) 同上『日本国憲法』338ページ。

防止策としては間に合わないか、不十分であるため、もしくは、住民にはなじまない制度であり手続が面倒であるためではなかろうか。

先に述べた 公害防止条例が、多くの場合に制度上の 条例制定請求権によらず、住民の苦情や陳情を通じて制定される場合が多いことはその一つの例としてあげることができよう。³²⁾

なお、山田教授は、住民運動の問題に対する 法的解決は、「オムバッズマン」制度の導入に求められると述べておられるが、³³⁾このような行政部外の民主的で権威のある公的機関による住民の苦情処理の制度は、今後十分考察に価すると思われる。³⁴⁾

7 公 害 立 法

今日、焦眉の急とされる環境破壊の防止策として、差し当って環境権の理論が間に合わないとするれば、環境保全行政の中の有力な手段といえ行政指導の実施、公害防止協定の締結が考えられるが、これとても十分な手段とはいえないことはすでに述べた通りであり、結局は立法的規制に期待せねばならないことになる。

立法といっても、「国家法」たる法律、命令と「自主法」たる条例に区別できるが、この条例の中でも公害規制法たる公害防止条例の重要性は改めて説くまでもない。

公害防止条例制定の歴史は、公害関係法より古く、昭和24年8月に東京都の工場公害防止条例が制定されてから、多くの地方公共団体がこれを制定、昭和46年3月施行の京都府公害防止条例の制定を最後に、すべての都道府県でこの種の条例の制定を終えている。

そして、昭和45年11月改正の新東京都公害防止条例が、省令の定める規制基準を上まわるきびしい基準を設けていることから、改めて法律と条例の関係、

32) 和田英夫「法律と条例」『ジュリスト』466号 19ページ。

33) 山 田「環境保全問題を科学的にどう考えるか」『ジュリスト』471号 43ページ。

34) Ombudsman については拙稿『商経論叢』18, 19号。

国と地方公共団体の公害行政に関する権限の問題が採り上げられることになった。

そこでここでは、まず条例の法的性質について論じ、続いて法律と条例の関係、市町村条例と都道府県条例の関係について論ずることにする。

(1) 条例の法的性質

条例の法的性質をどのように解するかは、法律と条例の関係を説明する場合に大いに関係があるので、ここではわが国の学説の中で代表的な立場をあげて論ずることにする。

条例の法的性質についての学説は、自主法説³⁵⁾と委任立法説³⁶⁾に大別できるように思われる。

自主法説をとる学説は多いが、ここにその基礎を提供された田中説によってその骨子を分析して見よう。

イ、自主法の定立には国家法の授権を必要とするが、「自主法定立の授権は公共団体に国家法を定立する権利を与へる趣旨ではなく、公共団体に公共団体自らの法を定立する権利を与へる趣旨である。そこで定立せられる法は、公共団体固有の法である。³⁷⁾」

ロ、普通、法律の委任或いは国家法の授権の意味は、命令に対する委任のことであるが、条例の場合は、自主法定立の委任であって、国家法定立の委任ではない。

ハ、条例に対する国家法の授権には限度があり、それは「自主法が自主法として当然にその成立の地盤たる団体の目的・機能に照らして一定の制約を受けねばならぬ。³⁸⁾」

ニ、地方公共団体が自主法たる条例を制定するには、その自治権を認める規

35) 田中二郎 「公共団体の自主法の根拠と限界」「条例の性質及び効力」『法律による行政の原理』307ページ、成田頼明「法律と条例」『憲法講座』4 193ページ。

36) 綿貫芳源 「条例」『日本国憲法体系』補巻 112ページ。

37) 田中前掲 『法律による行政の原理』 319ページ。

38) 同 上 314ページ。

定の外に、別段の法的根拠を必要としない。

ホ、例外として、法律が自治団体に認めた自治権の範囲を超えて自主法の定立を行なうことを認める場合には、法定立の授権の明確な根拠を必要とする。

ヘ、地方自治法14条1項に、「法令に違反しない限りにおいて」条例を制定できるとあるが、これは、日本国憲法の下では、命令はすべて執行命令か委任命令であり、これらの命令違反は法律違反と同視すべきであり、ここに条例に対する国家法の優位が確定されている趣旨である。

ト、自主法が、団体構成員の自由及び財産の侵害その他の拘束を規定する以上、法治国においては、形式上の法律による授権を必要とする。ただし、自由財産の侵害するものの外は、必ずしも法律の授権を必要としない。

以上、不十分な分析ではあるが、田中説の要点について述べたわけである。

次に、基本的には自主法説の立場をとりつつも、田中説とはやや異なった説を展開しておられるのが成田教授である。

すなわち、条例制定権については国法の授権に基づくとしながら、この場合の授権は命令に対する委任とは異なり、「地方公共団体の事務について、法律に矛盾・抵触しない範囲で、包括的に、地方公共団体固有の法を定立する権能を付与する趣旨」であり、「条例は、国家から譲与された独占的で固有な法定立権³⁹⁾に基づいて制定される地方公共団体の自主法である」とされる。

そして、命令の場合と異なり、法律が条例制定権を授与する場合には、「概括条項 (generalklausel) による一般的・包括的授権も許される」とされる。

田中説では、国家法による条例制定権の授権については、一定の制約を設け国家法たる法律・命令の条例に対する優位を主張し、かつ、国民の自由・財産を侵害する場合には法律の授権を要すると解されるのに対し、成田説によれば、一般的・包括的授権を認め、条例と命令の性格の相異を強調され、行政事務条例を含めて干渉行政に関する条例の制定についても法律の特別の授権は必要でないとされる点、条例制定権の範囲や限界を考えるに際して、相当のひら

39) 成田 前掲『憲法講座』 195ページ。

きがでてくるように思われる。

これらの条例自主法説に対し、主に英米法の研究を基礎として、条例委任立法説をとられるのが綿貫教授である。

教授は、わが国の条例に関する憲法や地方自治法の規定は、アメリカ法制と大陸法制との混合型であることを指摘された後、「アメリカ州憲法の場合は条例制定権の範囲及び限界についてかなり詳細な規定を定めることが多いが、裁判所はその司法審査に当って条例を委任立法とし、憲法及び制定法の授権の範囲内において効力を有するに止まるという理論を採用し、その授権規定を寛かに解釈することによって実質的に広い条例制定権を保障している。⁴⁰⁾」とされ、わが国の条例制定権の範囲・限界は、アメリカに比して遙かに法律に依存しており、わが国の場合はアメリカの場合よりもさらに委任立法説が妥当すると説かれる。

さらに、「地方公共団体の権能について固有権説を採らないとすれば、その権能の重要な一つをなす条例制定権も当然憲法或は法律の授権に由来するといわねばならない。そしてこのように憲法及び法律によって授権される立法形式としては委任立法以外には考えられない。」と主張される。

このような考え方は、自治権伝來說の立場と、条例を固有法とする自主法説の立場における論理的な矛盾を解決し、実益の面からいっても、条例制定権の範囲と限界を広く解しようとする最近の公害立法の傾向にも合致する。さらに憲法上法律の留保のある諸権利を制限する条例に合憲の基礎を与え易いといった点で、明快な理論を提供していると考えられる。

しかし、教授もふれておられるように、わが憲法94条は条例制定権について明文の規定を置いており、条例制定権は、憲法に直接の根拠を置いていると解されるので、委任立法であると断定することは若干ちゅうちよせざるを得ない。

この点について教授は、「この条例制定権の保障に関する憲法九四条を無意味だと主張しているのではなく、条例は委任立法であるが、それは地方自治の

40) 綿 貫 前掲「条例」111ページ。

本旨に則して認められる地方公共団体の制定する委任立法であるから、同じ委任立法でも内閣の制定する政令以下の命令と異なる地位をもち、法律による授權の範囲も広く認められねばならない」と解しておられる。

公害立法に関連して重要と思われるのは、自主法説をとるときは、特別の明文の授權規定のない限り、法令に違反し得ないので、「法律・命令の先占区域の解釈如何によっては、条例制定権の範囲は著しく狭くなる。」と解される点であろう。確かにそのように考えられるが、「解釈如何によっては」自主法説の立場に立っても条例制定権の範囲をある程度広げることができはしないであろうか。前述の成田説の立場もその一つの考え方であると見られる。

ところで、これまで述べた所と関連して、条例制定権の根拠について検討して見よう。

田中説はこの点について、国家法の授權にあるとされ、成田説は直接憲法の授權するところと解される。

田中説によれば、条例制定権は憲法、地方自治法の規定をまって始めて生ずるのではなく、自治権が認められれば当然に認められるのであり、憲法や地方自治法が条例について規定を設けているのは、自治権を前提として法形式を明瞭にし、規定事項の範囲を確定するためであるが、成田説では、憲法94条の規定は、地方公共団体が地方自治の本旨に基づいて有する権利を確認する趣旨ではなく、むしろ、創設的に条例制定権を付与する趣旨をもつのであって、憲法の規定自体に条例制定権の根拠を求めるのであり、このような説をとる学説は⁴¹⁾少なくない。判例も同様である。（昭和29年11月24日最高裁判決）そして、このような見解をとる以上、条例の制定に際しては、法律の特別の授權を必要としないということになる。そしてこのことは、行政の執行すなわち住民の権利自由の規制事務についても同様であって、憲法も「行政を執行し」という文言⁴²⁾を用いている。

41) 宮 沢 前掲書 772ページ、俵静夫『地方自治法』 298ページ。

42) 原竜之助 「条例と規則」『行政法講座』一卷 294ページ、成田前掲『憲法講座』199ページ。

結局憲法がわざわざ92条以外に94条の規定を設けていることを重視すれば、条例制定権の根拠を直接この規定に求める立場がより適当であると考ええる。

そして条例の法的性質については、基本的には自主法説に立ちつつ、条例制定権の範囲を拡げ得る立場にある成田説によるのが適当ではなかろうか。

（2）法律と条例の関係

次に、公害立法の関係では最も問題の多い、法律と条例の問題に移る。

昭和45年10月に開かれた臨時国会では公害対策14法を成立せしめ、公害国会と称されたほどであるが、中でも一部改正の大気汚染防止法、新しく成立した水質汚濁防止法は、条例との関係で注目される。

大気汚染防止法では、都道府県または知事の権限を強化しているが、特に、都道府県はばいじん、有害物質については、省令の定める排出基準によっては人の健康、生活環境の保全のため十分でないと認められる区域があれば、政令で定めるところにより、条例で、よりきびしい基準を設けることができる（4条）旨規定している。

ただ、ばい煙発生施設で発生するばい煙以外の物質、ばい煙発生施設以外の施設で発生するばい煙等については、条例で必要な規制を定めることができる（32条）が、中心となるべきばい煙発生施設から発生するばい煙については法律が先占しているわけである。

水質汚濁防止法でも、条例による排水基準の強化を認めており（3条3項）政令の未規制項目及び特定事業場以外の施設からの排水については条例で規制できる旨規定している。（29条）

なお、騒音規制法では、従来から、指定地域内の特定工場等において発生する騒音に関し、地域の自然的、社会的条件に応じて、この法律と別の見地から条例で必要な規制を定めることを妨げない（27条1項）旨規定しており、公害条例の制定における地方公共団体の自主性が認められている点注目に価する。

以上の諸立法で理解できることは、最近特に条例による規制の範囲、程度に拡大強化の傾向があるということである。

そこで考えねばならないことは、基本的には、公害の規制、環境の保全行政の主体は、国にあるべきか地方団体にあるべきかということである。

この点に関して、公害対策基本法は、「国の責務」として「国は、国民の健康を保護し及び生活環境を保全する使命を有することにかんがみ、公害の防止に関する基本的かつ総合的な施策を策定し、及びこれを実施する責務を有する。」（4条）、地方公共団体の責務として「地方公共団体は、住民の健康を保護し、生活環境を保全するため、国の施策に準じて施策を講ずるとともに、当該地域の自然的、社会的条件に応じた公害の防止に関する施策を策定し、及びこれを実施する責務を有する。」（5条）と規定し、一応両者の公害行政についての分担を定め、両者の協力態勢を示しているように見えるが、5条には「国の施策に準じて」という文言があり、同じ表現は18条にも見られるので、国に主体があるよう印象を受けないでもない。

一方、公害行政の性格については、その規制的な面に注目すれば、行政事務の一種と解されるが、⁴³⁾地方自治法2条3項中に、「住民及び滞在者の安全、健康及び福祉を保持すること」、その他「…騒音防止、風俗又は清潔を汚す行為の制限…」とあり、この規定の文言によれば、公害行政、環境保全行政は固有事務の性格が強いようにも思われる。

結局、公害行政は、地方自治法上の行政事務と固有事務の双方の性格を備えていると考えられる。

公害の地域的条件の差異と、被害者の存在態様から見て、公害行政の主体は一次的には、地域住民の意思に密接した地方公共団体であることを主張されるのは室井教授である。⁴⁴⁾

憲法の規定する地方自治の本旨、行政における中央集権化の傾向を⁴⁵⁾重視すれば、かかる主張は傾聴すべき多くのものを含んでいる。

43) 田 中 前掲『新版行政法』下Ⅱ 302ページ。

44) 室井 力 「公害行政における指導と助成」『公法研究』32号 112ページ。

45) W.A.Robson『危機に立つ地方自治』52ページ、拙稿『商経論叢』17号。

一方、田中裁判官は、今日のように公害現象が全国的規模で拡がっている状況では、地域性にとらわれても合理的な解決は望めないとされ、「国と地方団体の関係というのは、どちらが優先するか・どちらが他を排斥するかというような問題ではなく、規制の面においてもまた指導・助成の面においても両者の協力態勢のもとに初めて合理的な措置のできる分野の代表的なものではないか」と述べておられる。⁴⁶⁾

格差の大きい地方公共団体間の公害処理能力や公害防止に対する姿勢についての疑問から、このような田中説の立場に賛成する説もある。⁴⁷⁾

冒頭に述べたように、局地的な公害の被害の域を通りこし、次第に広域に拡がろうとする環境汚染の状況を見ると、地方公共団体だけが公害行政の主体となり、国には補完的地位しか与えないというのはやや公害の実態を無視するのではなかろうか。もちろん公害の中には極めて地域的な現象もあるから、実態を把握して適切な対策を講ずる必要があり、基本的には両者の協同が要請されよう。さらに、広域行政の立場から、複数の地方公共団体が協同して対策に当ることも必要な場合があるろう。地方自治法も地方公共団体の協力方式（252条の二以下）を規定している。

国と地方公共団体の関係についてこのような立場をとる場合に、条例制定権の限界はどのように解すべきであろうか。

憲法94条には「法律の範囲内で」、地方自治法14条1項には「法令に違反しない限りにおいて」条例を制定できると明示してあるが、その解釈については他の立法の場合と同様に公害立法においても困難な問題を含んでいる。

法令上、条例をもって規定すべきことを定めている場合、又は、法令の趣旨に照らし、国家法の専属管轄に属せしめるべきものと解されるときを除いて、法令に別段の定めのない場合には、条例をもって定め得るのであるが、特に公⁴⁸⁾

46) 田 中 前掲シンポジウム『公法研究』 123ページ。

47) 松島諄吉「公害行政における国と自治体」『ジュリスト』 466号、綿貫芳源「公害立法における国の権限と自治体の権限」『ジュリスト』 471号。

48) 田 中 前掲書下I 114ページ。

害立法の場合には、さらに詳細な分析が必要であり、その際、室井教授の次のような分析が参考になる⁴⁹⁾。

イ、国の法令が公害規制について、地域や施設等を指定している場合、指定以外の地域等についての規制を条例によってなし得るか。

ロ、指定以外の地域や施設等について条例による規制ができるとして、その規制の程度はどうか。

ハ、指定地域、施設等について国の法令に定める基準より強い内容の規制ができるか。

地方公共団体が公害行政の第一次的主体であると解する説からいえば、法律による明示の禁止がない限り、条例による公害規制は原則として地方団体の自主的決定に委ねられることになり、上述のすべての場合に肯定的に解することになる。

ところで、イの場合には、先に述べた公害立法のように規定を置いていれば問題はないが、規定がなくても地方の実情に応じて一般に条例による規制ができるものと解される⁵⁰⁾。ロの場合も同様に解してよいと考えるが、ハの場合は問題であろう。

この問題は、国の法令の基準を最低基準と見るかどうかにかかっているが、最低基準と見てより高次の規制を一般的に許すことは、将来の立法論としてはともかく、現行法の解釈としては困難ではなかろうか。大気汚染防止法が、規制権限を機関委任事務としており（31条）、騒音規制法も同様の規定を置いている（25条）ことからいってもそのことは肯定できる。ただし、先に述べた大気汚染防止法その他の法律のように特別の規定を設けていれば別であることはいうまでもない。特に騒音規制法27条1項のような規定は、今後の立法の指針とするに足るものと解される。

なお、公害対策基本法1条の改正により、調和条項が削除されたので、生活

49) 室井「公害行政における法律と条例」。『法学セミナー』70・11 66ページ。

50) 成田前掲『憲法講座』215ページ。

環境の保全についても、経済の発展との調和を考慮する必要がなくなり、生活環境の保全にかかわる環境基準について、一般的に条例によるよりきびしい基準⁵¹⁾が設定される可能性が出てきた。

（3）都道府県条例と市町村条例の関係

この関係については、従来あまり論じられていない。

しかし、「基礎的な」地方公共団体として地域住民の日常生活に密接しているのは市町村であり、その日常生活に深刻な影響を与える公害の中には、地域性の濃いものも少なくないのであって、その規制については市町村条例に委ねるべき場合が多いものと思われる。

都道府県と市町村の関係については、地方自治法は市町村を基礎的な地方公共団体、都道府県を市町村を包括する広域の地方公共団体とし、都道府県の事務としては、広域にわたる事務、統一的な処理を必要とする事務、市町村に関する連絡調整に関する事務、一般の市町村が処理することが不適當であると認められる程度の規模の事務があげられ（2条4項，6項），事務処理に当っては、相互に競合することを避けるべき旨の規定（同7項）を置いている。

これによって、都道府県と市町村とは、処理すべき事務を分ちつつ、地方の目的のために協同すべき関係にあることが明らかになった。⁵²⁾

公害対策基本法は「都道府県は、主として、広域にわたる施策の実施及び市町村の行なう施策の総合調整にあたるものとする。」（18条）と規定し、公害行政についても両者の分担は一応明らかにされている。

ところで、地方自治法の規定によれば、行政事務に関する市町村の条例が、都道府県の定める市町村の条例、いわゆる統制条例に違反するときは、市町村の行政事務条例は無効となる。（14条4項）

さらに、市町村は、都道府県の条例に違反してその事務を処理できない（2条15項）とあり、これは都道府県の行政事務条例に対する市町村の行政事務条

51) 金沢良雄 「公害対策基本法の理念と方向」『ジュリスト』471号 34ページ。

52) 田 中 前掲書下I 72ページ。

例の關係を示すものであ⁵³⁾って、都道府県行政事務条例に違反する市町村行政事務条例は、都道府県の条例に違反する市町村の事務処理として無効になる。

このような規定は、行政事務条例が住民の権利自由を規制するものであることから、都道府県と市町村の間に競合を生じないようにするため、市町村を包括する都道府県に調整の機能を認めたものであるが、ここでも、市町村条例制定権⁵⁴⁾の限界が問題になると考えられる。けだし、市町村が住民の生活に密着した基礎的な地方公共団体であり、公害の中には地域性の強いものが少なくないからである。

この点に関し、騒音規制法が、知事が地域を指定するときは、規制基準を定めねばならないが、市町村は、この指定地域内で、特別の理由があれば、条例で別の規制基準を定めることができる旨規定しているのが注目される。（4条）

このような法律の特別の規定があれば、市町村条例でよりきびしい基準を設けることができるが、規定のない場合はどうであろうか。

昭和27年6月27日の福岡高裁の判決はこの点に関して、一つの基準を定めている。すなわち、県風紀取締条例と市風紀取締条例との抵触に際し、「（一）県条例が特定行政事務につき条例の制定を禁止し、若しくは県条例の規定に反する条例を制定することを禁止する場合、（二）県条例が一定の制限乃至は条件を設けているにかかわらず市条例が該制限乃至は条件を排除した規定を制定した場合、（三）市条例の規定が県条例の精神に反する場合、以上の場合にはじめて市条例が県条例に違反する」として、本件の場合、県条例は市条例による売春行為に関する規定を禁止していないこと、その内容も県条例の立法精神に反する所がないとして、市条例を県条例に違反しないとしており、この判例に対して、綿貫教授は、（一）（二）の基準については賛成されるが、（三）については司法審査の判断の基準としては妥当でなく、「市町村条例に合理性があるかという見地から、その制定権の範囲を広く解すべきものと思⁵⁵⁾う。」と

53) 綿 貫 前掲書 242ページ。

54) 俵 前掲書 300ページ。

55) 綿 貫 前掲書 233, 251ページ。

される。

現行法に則する限り、一般的に市町村行政事務条例で都道府県の統制条例や行政事務条例の定める基準よりきびしい規制基準を設けることは困難であると解され、騒音規制法も、知事の規制権限を市町村長に対する機関委任事務としている（25条）が、将来の立法の指針としては、同法4条2項の規定のような方向が望まれる。

現行の府県制と市町村制については、周知の通り憲法の解釈上学説の対立があるが、地方制度が将来どのような改革の方向を採ろうとも、それを市町村と呼ぶかどうかは別として、地域住民に直接の関係を持つ基礎的な地方公共団体が、環境の保全についても中心的な役割を果すべきことは、「住民自治」の立前からいっても当然であり、それ以外の地方団体はその補完的役割に任ずべきではないかと考えられ、特に地方都市の持つ公害処理能力は、このことを実態面から裏付けており、ここに国と地方公共団体の関係とは異なった特別の関係を相互の間に見出すことができる。

8 展 望

以上、多面的に、環境保全行政について論じてきたが、この分野は規制行政を中心に、指導、助成とその範囲はきわめて広い。そして気が付くことは、完ぺきな対策は仲々見当たらないということであるが、現況の下では有効と思われる施策を並行して活用することが必要であると考えられる。

もちろん本小論では、未だ論じない問題も少なくない。その一つにいわゆる調和条項の問題がある。

周知の通り、改正前の公害対策基本法1条は、公害の目的を二つに分け、国民の健康に対する保護には条件を付けていないが、生活環境の保全については経済の健全なる発展との調和を図っていた。それが今回の改正によって、生活環境の保全についても無条件ということになった。

この改正は、同法1条の冒頭に、「国民の健康で文化的な生活を確保するう

えにおいて公害がきわめて重要であることにかんがみ、』という文言を挿入したとと並行して行なわれ、公害行政における人権尊重の姿勢を表明したものと解され、公害対策基本法はその意味ですっきりした形になったわけであるが、規制に終始することが公害行政のすべてではないことは論者の指摘する通りであって、ここに公害防止技術の開発に対する積極的な助成の重要性が認識されなくてはなるまい。

その他、規制行政の分野では自由裁量の余地が少なくないので、その過程における公正な行政を担保するため、「公開」の原則がとり入れられねばならないが、その手続をどうするか、⁵⁶⁾住民の意思を公害防止条例の制定の過程にどのように反映せしめるか、団体委任事務と機関委任事務の問題、費用負担の問題等、論すべき問題は山積している。

実定法上の制度として参考になるのは、各種の行政委員会制度であり、発足以来その実績は評価されるべきものがあり、特に公正取引委員会のような、審決その他の強力な権限を有する委員会の設置が期待されるが、その構成や手続に民意を反映せしめることが、ここでも要件となるであろう。

公害に対する、民意を代表しての常設的監視機関としては、新東京都公害防止条例の定める公害監視委員会があげられ、京都府公害防止条例の定める公害の状況・違反者の公表、改善勧告、改善命令、許可の取消し、操業停止命令、公害防止協定の締結への努力等の規定は大いに参考になるのである。（この小論脱稿後、公害等調整委員会が9月30日に発足、一定の裁定権限が付与されたことを付記する。）

（昭和 47 年 8 月 30 日）

56) 田 中 前掲書下Ⅱ 306ページ。

57) 「公開」については拙稿「特別権力関係と裁量権の問題」『商経論叢』20号。