

# 調査研究報告書

(平成25年度 全国知事会 自主調査研究委託事業)

## 政策の影響範囲と条例制定権の関係

名古屋大学大学院法学研究科教授 大屋雄裕

平成26年3月

## 目次

はじめに	・ ・ ・ 1
第 1 節 従来 の 議 論	・ ・ ・ 2
1 . 地 方 分 権 改 革 以 前 の 議 論	・ ・ ・ 2
・ 条 例 制 定 権 の 基 礎	・ ・ ・ 2
・ 平 等 原 則 と の 関 係	・ ・ ・ 2
・ 法 律 留 保 事 項 の 存 在	・ ・ ・ 3
・ 類 型 論 と そ の 批 判	・ ・ ・ 4
・ 法 律 と の 関 係	・ ・ ・ 5
2 . 地 方 分 権 改 革 の 影 響	・ ・ ・ 6
・ 地 方 分 権 推 進 法 ・ 地 方 分 権 一 括 法	・ ・ ・ 6
・ 「 人 民 主 権 」 型 地 方 自 治 論	・ ・ ・
7	
・ 実 務 的 観 点 か ら の 検 討	・ ・ ・ 8
・ 類 型 論 へ の 批 判 と 「 条 例 制 定 権 の 限 界 」 の 消 失	・ ・ ・ 8
第 2 節 事 例 の 検 討	・ ・ ・ 1 1
1 . パ ッ チ ワ ー ク 的 規 制 : 淫 行 規 制 条 例	・ ・ ・ 1 1
・ 淫 行 規 制 条 例 に 関 す る 経 緯	・ ・ ・ 1 1
・ 淫 行 規 制 条 例 に 関 す る バ リ エ ー シ ョ ン	・ ・ ・ 1 2
・ パ ッ チ ワ ー ク 的 規 制	・ ・ ・ 1 3
2 . 実 験 的 規 制 ? : 児 童 ポ ル ノ 規 制	・ ・ ・ 1 4
・ 児 童 ポ ル ノ 規 制 に 関 す る 経 緯	・ ・ ・ 1 4
・ 条 例 に よ る 規 制 の 模 索	・ ・ ・ 1 5
・ 実 験 的 規 制 と し て の 条 例	・ ・ ・ 1 6
3 . 越 境 す る 影 響 範 囲 : 東 京 都 に よ る 有 害 図 書 規 制	・ ・ ・ 1 6
・ 有 害 図 書 規 制 に 関 す る 経 緯	・ ・ ・ 1 6
・ 出 版 産 業 に 関 す る 特 殊 事 情	・ ・ ・ 1 7
・ 規 制 波 及 の 実 例	・ ・ ・ 1 8
・ 影 響 波 及 の 問 題 点	・ ・ ・ 1 9
4 . 条 例 に よ る 解 決 の 意 義 : ヘ イ ト ス ピ ー チ 規 制	・ ・ ・ 1 9
・ ヘ イ ト ス ピ ー チ と 規 制 状 況	・ ・ ・ 2 0
・ 日 本 に お け る 状 況	・ ・ ・ 2 1
・ 立 法 事 実 の 問 題	・ ・ ・ 2 3
・ 条 例 に よ る 規 制 の 積 極 的 意 義	・ ・ ・ 2 4

第 3 節	事例からの検討	・ ・ ・	2 6
	・ 適用範囲に関する属地主義の問題	・ ・ ・	2 6
	・ アカウンタビリティとの関係	・ ・ ・	2 6
	・ 人・財・情報の流通範囲の拡大	・ ・ ・	2 7
	・ 実験的立法が持つ問題性	・ ・ ・	2 8
	・ 地域適応性・先駆性に対する信認	・ ・ ・	2 9
第 4 節	結論	・ ・ ・	3 1



はじめに

地方自治体の自治立法としてどこまでのことが行なえるのかという問題は、従来「条例制定権の限界」として論じられてきた。その際に問題となり得るのは(1)憲法を含む国の法令との関係、(2)都道府県・市町村関係など他の自治体の条例との関係、そして(3)自治立法としての規則制定権との関係であるが、このうち(2)(3)についてはいかなる内容の条例であれ発生し得る問題であるため、本稿では扱わないこととし、規制の内容・性質からその範囲外とされるべきもの(あるいは少なくとも慎重に取り扱われるべきもの)があり得るのかどうかという問題に焦点を当てる。

この点では、戦後早い時期に一定の類型論が提唱され、日本国憲法における条文の書きぶり、または自治立法としての条例が国家法体系に占める位置という構造的要因からその範囲を限定する見解が提唱された。しかしその種の類型論は必ずしも実務の受け入れるところとならず、いくつかの判例を経て、より具体的な考慮が必要であるという方向性が定着したように思われる。さらに1990年代後半以降に展開された地方分権改革を経て、条例を通じた地方自治体の自律的規範形成を従来よりもなお広範に認めるべきであるとする傾向が強まり、個別具体的に法令との抵触問題を考慮すれば十分であって「条例制定権の限界」という形でこの問題を固有に扱う必要はないとの見解がむしろ主流となったように考えられる。

だが近年、条例により規制が実現されてきたことによる全国的な不統一という、地方分権改革以前から一部で懸念されてきた問題がいくつかの事例において特に目立つようになってきた。またそのなかには、国家法の制定過程に存在する高いハードルを回避するために条例という手段を「活用」しているのではないかと考えられる例すらないではない。

本稿では、まずこの問題をめぐる従来の議論の展開を確認したのち、パッチワーク的規制・実験的規制・影響範囲の越境という3つの異なるタイプの問題について事例を挙げて検討する。その後、問題の性質からは逆に条例による解決が適切ではないかと考えられるにもかかわらずそのような対応が考慮されていない例を取り上げる。それらの事例について理論的に検討したのち、結論的には「条例制定権の限界」に関する議論が再度必要であること、その際に考えられる将来の展開について述べることとする。

## 第 1 節 従来 の 議 論

### 1. 地方分権改革以前の議論

#### ・ 条例制定権の基礎

日本国憲法 94 条が「地方公共団体は（……）法律の範囲内で条例を制定することができる。」としている以上、一定の条例制定が可能であることは明白であるが、その根拠については理論的な争いが見られた。

その一方の立場は同 92 条によって認められる地方自治体の自治権が根拠であるとするものであり（俵静夫『地方自治法』法律学全集 8、有斐閣、1965、p. 297）、他方は国民の権利義務について規定し得る本来の意味での法規の制定権は「唯一の立法機関」（憲法 41 条）たる国会に独占されているのが原則だが、その例外としての自治立法権が 94 条によって認められているという立場（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、1964、p. 199）であった。

だがこれらの見解については、いずれにせよ条例制定権の存在とその行使にあたって法律の授權を別途必要とはしない点について一致しており、それを 92 条・94 条の組み合わせで正当化するものであるので特に区別する必要はないとの見解が支配的だったように思われる（一例として樋口陽一他『注釈日本国憲法 下』青林書院、1988、pp. 1413-1416（中村睦夫執筆））<sup>1</sup>。

#### ・ 平等原則との関係

地方自治体ごとに制定される条例によって規制に差異を設けることが、平等原則（憲法 14 条 1 項）との関係で問題を生じさせないかという議論も展開されてきた。同項は「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない」としており、法の内容と適用の両面における平等性を要求していると考えられるからである。

---

<sup>1</sup> 同様の見解として松永邦男「自治立法権の意義」門山泰明編『条例と規則』最新地方自治法講座 2、ぎょうせい、2003、p. 7 も「両説の争いは、多分に観念的・純理論的なもの」と評し、「地方公共団体の自治立法権に関して、現行憲法の条文に基づき具体的な問題を考察する場合には、いずれの説によろうとも、実際の憲法の規定の適用に当たって著しく異なった結果がもたらされるものではない」と結論している。

このうち刑罰規定を条例で定めること（およびそれを可能とした地方自治法 14 条 3 項）については、東京都売春防止条例に関して最高裁が合憲と判示している（最高裁判決昭和 33 年 10 月 15 日、刑集 12 巻 3305 頁）。すなわち、憲法が地方自治体の条例制定権を認めている以上それによって罰則規定の差異が生じることは憲法自体が当然に予期しているものであって憲法 14 条に違反しないとの趣旨であり、その後の福岡県青少年保護育成条例違反事件（最高裁判決昭和 60 年 10 月 13 日、刑集 39 巻 6 号 413 頁）においてもこの見解が維持されている。

だが後者において、伊藤正己判事が各都道府県における当時の淫行規制条例が規定内容・罰則水準とも極めて多様であることを指摘し、「わが国のように、性および青少年の育成保護についてほとんど地域差の認められない社会において、青少年に対する性行為という、それ自体地域的特色を有しない、いわば国全体に共通する事項に関して、地域によってそれが処罰されなかつたりし、また処罰される場合でも地域によって科せられる刑罰が著しく異なるなどということは、きわめて奇異な事態であり、地方公共団体の自主立法権が尊重されるべきものであるにせよ、一国の法制度としてはなほだ望ましくないことであるといわなければならない」と反対意見において述べていることには注意しておくべきであろう（後述）。

#### ・ 法律留保事項の存在

また、憲法 29 条 2 項の財産権法定主義（「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」）、31 条の罪刑法定主義（「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」）、84 条の租税法律主義（「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする。」）との関係で条例制定権の限界が定められるとの見解もあった。いずれも文面上は「法律」を要するとしており、条例がここに含まれるかどうかについては争いがあり得たからである。だがこの問題についても、条例制定権の基礎に関する議論と同様、実務・判例によりこれらの領域についても地方自治体による条例制定が少なくとも一定程度は可能であることは確立しており、やはり条例制定権の限界の問題として抽象的に考察する実益はないという立場が主流を占めているように思われる。

具体的には、条例による財産権の規制については、特に 1960 年代より環境規制（公害防止条例など）、土地利用規制（ため池保全条例、スーパ

一規制条例など) の分野で実現例が多くなったために積極的に議論されてきたが、結論的には憲法上の財産権法定主義も条例による規制を排除するものではないとの立場が定着している。罪刑法定主義については(旧)地方自治法<sup>2</sup>14条5項により条例に罰則を置くことが一般的・包括的に認められていたこととの関係が議論の対象とされたが、すでに述べた通り結論には一定の収束が見られている。

租税については条例による地方税の賦課徴収を認めた地方税法の合憲性が議論されてきたが、やはり結論として一定の条例制定が認められることについては判例・学説とも一致しており、その根拠が争われてきたにすぎない。通説的見解は地方自治体に保障された自治権を実質化するために重要なものとして自主財政権とその実現手段としての課税権を位置付け、個別的な法律の委任を不要とするものであるかと考えられる。

これらの議論に共通するのは、憲法上の規定文言を根拠として一定の問題領域については条例制定権の範囲外にあるとする考え方がすでに支持を失っていることである。その結果、地方自治体はその自治権を実現するために広範な領域で条例制定を行なうことが可能であると考えられるようになった。

だが一方、これらの領域に属するものであっても不適切な条例制定があり得ることが否定されているわけでもない。たとえば「財産権に関して、もっぱら全国一律に規律されるべき事柄については、条例で定めることはできない」(山下健次・小林武『自治体憲法』自治体法学全集 2、学陽書房、1991、p. 193) との指摘を見れば、憲法の文言のみによるのではなく規制対象や規制態様によって、条例制定権の限界が画し得る可能性についてはなお検討する必要があるだろう。

#### ・類型論とその批判

規制の性格から条例制定権の限界を定めようとする議論については、以下の4項目を「条例制定が許されないと考えられる事項の類型」と整理する古典的な見解をその典型と捉えることができる(成田前掲、pp. 210-211)。

- ① 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思われるもの。

---

<sup>2</sup> 地方分権一括法(平成11年法律87号)による改正前の地方自治法(昭和22年法律67号)について、区別する必要がある場合にはこのように表記しておく。同様に、改正後のものは(新)地方自治法と表記する。



- ②私法秩序の形成等に関する事項。
- ③刑事犯の創設等に関する事項。
- ④そのほか、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係るもの、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。

その背景にあるのは、憲法や法令の具体的な規定との関係ではなく地方自治体の本質に関する考慮から「法令が明確に国の事務として留保していない場合でも、(いわば条理上)国全体を通じて画一的制度によるべきものと考えられる事項、影響範囲が一地区を超えて国土全般又は国民全体にわたると考えられる事項等」(松本英昭『要説 地方自治法 [第8次改訂版]: 新地方自治制度の全容』ぎょうせい、2013(初版2002)、p. 260)については条例制定権の範囲から除外されるという見解である。

しかしこの整理に対しては多くの批判が向けられている。すなわち①の例として挙げられる社会保障制度について見ると、国の責任は全国的な最低限度の設定にあり、地方自治体独自にそれを上回る水準を実現すること(上乘せ条例)は国家法秩序からも許容されると考えられる(たとえば山下健次・小林武『自治体憲法』自治体法学全集 2、学陽書房、1991、p. 201)。また実際にもそのような分野における地方自治体の役割は拡大する傾向にあるだろう。

②③についても、当該地域に特有の必要性がある場合にそれを対象とした条例制定は認められるのではないかと一般論に加え、どのような規制が「私法的秩序の形成」や「刑事犯」にあたるかの判断を抽象的に行なうことは困難であり、基本的には民法・刑法など法令との関係による制約として具体的に論じられるべきであるという指摘がある(松本前掲、p. 262)。

また④についても、現代社会においては一地域に関する事項であっても全国的な影響を持つことが通常なので、この基準を機械的に適用して条例制定権の範囲を非常に狭いものとするのは妥当でないと批判されてきた。結果的に、単純な類型論は成立しないとの理解が有力であったと考えられる。

#### ・法律との関係

そこでこれ以外に基準を提供し得るものとされたのが、(旧)地方自治法2条10項である。同項が地方自治体の処理し得ない国の事務として8項目を挙げていたことから、これらについては条例制定権の外にあるという理解が提唱されていた。その一方、同項の規定文言に着目し、「国の」

事務・「国立の」施設に関する事務という形での限定が付されていない司法・刑罰・郵便については一律に国の専管事項とは考えられないとの異論もあった。

いずれにせよこれらの議論の背景として、(旧)地方自治法に定められていた機関委任事務については自治事務ではないために一律に条例制定権が及ばないと解されていたことに注意しておくべきだろう。そのため、地方分権改革以前の国・地方関係においては、ある特定の事務がいかなる類型に属するものかを検討することによって条例制定権の限界を画そうとする議論が、自治立法としての条例を活用しようとする立場から提唱されることになっていたのである。

## 2. 地方分権改革の影響

### ・地方分権推進法・地方分権一括法

1993年の第三次行政改革審議会「最終答申」を受けて進められた地方分権推進に関する検討は、地方分権推進法(平成7年法律96号)として実現した。同法の内容のうち本稿との関連で重要な点としては、国と地方の役割分担について、国が「重点的に担う」領域として以下の4点を列挙した部分が挙げられる(4条)。

- ①国際社会における国家としての存立にかかわる事務
- ②全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務
- ③全国的な規模で若しくは全国的な視点に立って行われなければならない施策及び事業の実施
- ④その他国が本来果たすべき役割

その一方、これと対比する形で地方の役割については「住民に身近な行政は住民に身近な地方公共団体において処理するとの観点から地域における行政の自主的かつ総合的な実施の役割を広く担う」ものと位置付けられた(同)。

またこのような役割分担の発想は、地方分権一括法(平成11年法律87号)による地方自治法(昭和22年法律67号)改正についても共通している。本稿の問題に関連した同改正の重要な点としては、以下が挙げられる。

(1)地方自治体が処理する事務を「自治事務」「法定受託事務」の二類型とし、後者を限定列挙したことにより「自治事務」の範囲を拡大・明確化したこと。都道府県の事務の7~8割、市町村の事務の3~4割を占

めるとも言われた機関委任事務が条例制定権の範囲外とされてきたところ、その大半が「法定受託義務」に引き継がれなかったことは、地方自治体の自律性を大きく拡大したと評価されている。

(2) 国と地方自治体について、前者は「国際社会における国家としての存立にかかわる事務、全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動若しくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務又は全国的な規模で若しくは全国的な視点に立つて行わなければならない施策及び事業の実施その他の国が本来果たすべき役割」を重点的に担うものとし、「住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねる」という役割分担の関係を明示したこと（1条の2第2項）。

(3) 条例制定権の範囲についても、普通地方公共団体の処理範囲とされた「地域における事務及びその他の事務で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」（2条2項）に関し「法令に違反しない限りにおいて」（14条1項）制定し得るものとされたこと。2条2項の規定する処理範囲の後半については法令上の根拠が別に存在することとなるので、基本的には前半「地域における事務」がその限界を画することになると考えることができる。

#### ・「人民主権」型地方自治論

ではこのように地方自治に関する体制が改められたことは、条例制定権の限界という問題にどのような影響をもたらしたことになるのだろうか。現代憲法下で地方自治が持つべき性格について「人民主権」型の地方自治論を唱える小林武は、同改革により条例制定権が拡大したものとして積極的に評価している（小林武『地方自治の憲法学』晃洋書房、2001）。すなわち「人民主権」の観点からは民主政全体の正当化原理が人民の自己決定に求められるのであり、したがって全国家的・全人民的問題については中央政府が「人民」の意思に基づいて処理することが求められる一方、地方公共団体で処理できる事務は中央政府から自立して・住民の意思に基づいて地方において処理されるべきだとされるのである。

小林によれば、地方分権改革全体はなお「国に一般的・包括的な権限を確保した上で地方に権限を割りあてるといふ、従来型の事務配分方式を維持したもの」であり「国がその事務負担を国の側から一方的に免れて、国民生活関連行政は地方に押しつけ、自らは『国際貢献』・国際化対応に専念するとの観念が伏在している」（同、p. 113）。そのような発想に基づいて実現した地方自治法改正についても所詮は「国の役割を重点化することを優先させて地方自治体に補完的な役割を受け持たせる構図

の中でのものであることに留意すべき」(同、p. 119)であるが、それでも自治事務の範囲が拡大し、法定受託事務についても条例制定が可能になったことは事実である。地域における行政の基本を「住民の福祉の増進」に置いた(新)地方自治法1条の2第1項の精神を重視し、「解釈論として、地方自治体は住民に身近な統治団体として地域住民の人権保障のためにするすべての事務を自己の責任において処理する権限をもつとの、いわゆる全権限性と自己責任制の保障の法理にもとづいてこれを展開する」(同、p. 121)ことが求められるというのである。

この場合、地方自治体はその領域に関する事柄であればすべてに対して条例制定権を及ぼし得るとというのが基本的考え方であり、国家法において明示的な制限が特に加えられている場合にのみ(かつそのような制限が(新)地方自治法2条11項など国・地方の役割分担のあり方を定めた規定に反しない限りにおいて)その範囲外となる事項が特定されるということになる。言い換えれば、(新)地方自治法2条2項にいう「地域における事務」かという対象に関する判断以外には、具体的な法令との抵触問題のみを考慮すればいいという結論になるのではないか。

#### ・実務的観点からの検討

興味深いことに、「人民主権」という理念的考慮に由来するこのような議論と、より実務的な観点からの検討は、結論的にほぼ一致している。

松本英昭は、地方分権一括法により機関委任事務制度が廃止されたことにより、「条例制定権の問題ばかりでなく、一般的に、地方公共団体の事務か国の事務かといったことは、特に憲法や法律で規定するもの以外には、法的に問題になるケースは、格段に少なくなっている」と指摘している(松本前掲、p. 248)。門山泰明もまた、これまで条例制定権の意義が論じられてきたのは、地方自治体が処理するにもかかわらずその範囲外とされてきた機関委任事務の存在があったからであると指摘し、地方分権改革後の現在において「『制定権の範囲と限界』を抽象的、純理論的に論じる意味は従来に比べ、相当小さくなったのではないかと考えられる」としている(門山泰明「条例制定権の範囲と限界」門山泰明編『条例と規則』最新地方自治法講座2、ぎょうせい、2003、p. 44)。

#### ・類型論への批判と「条例制定権の限界」の消失

このような観点から、古典的な類型論に対する批判はさらに強まることになる。先に挙げた類型④、すなわち「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」について松本は、そもそも類型として曖昧である上に「今日のように社会経済活動が広域化し、濃密なものとなっている実態の下では、④に該当するような事例は決して少なくなく、自治立法（自主法）の事項的範囲を根本において狭めてしまうことになりかねない」と指摘している（松本前掲、p. 261）、特に「情報通信に関する分野でネット取引等の飛躍的拡大が進んでいるがこれらの分野でも地方公共団体の事務・権能が期待されることが少なくないと思われること」（同）を考慮すれば、安易にそれらを条例制定権の外側に置くことは疑問だというのである。

結論的に松本は、類型論が問題としたような事項は法令による「先占領域」が実定法上も比較的多いかそのように解釈されることになるということの意味していると考えべきだと主張している。「したがって、個々の法令との関係において、『先占領域』の具体的な有無及びその範囲等に関する解釈、すなわち、『法令に違反するかどうか』という『形式的効力に関する法的限界』についての判断とした方が適切であろう」（同、p. 262）。

典型的な国の事務と考えられてきた外交・防衛・司法等についても、「外交といっても姉妹都市提携や語学指導助手の招聘等の草の根の国際交流は十分『地域における事務』といえるものであろうし、防衛といわれる分野でも地方公共団体が役割を果たさざるを得ない『地域における事務』もあろう」（門山前掲、p. 42）との批判が加えられる。大づかみに領域の性格を論じるのではなくより詳細に、条約の締結・軍事的組織の設置・裁判のように具体的な事務を想定して整理する立場（松永邦男・長谷川彰一・江村興治『自治立法』地方自治総合講座 2、ぎょうせい、2002、p. 90）も考えられるが、むしろ端的に「条例は、要するに、当該地方公共団体の事務の範囲外に及ばないということに尽きる」（塩野宏「条例：その意義と限界」『ジュリスト』800号、有斐閣、1983、p. 13（地方自治法改正前の見解））ということになるだろうか。

門山は地方自治法14条が「第2条第2項の事務に関し」と定めている点に注目し、「2条2項の事務と何の関係もない事柄については、そもそも条例は制定できないが、何らかの関わりがあれば、はじめから条例が制定できないということにならない」（門山前掲、p. 43）とする見方を提示している。その関わり的大小に応じて、制定された条例の実効性が左右されるということはあるとしても、実効性の乏しい条例がそれ自体として違法であるとか不当であるということにはならない。それらはいくまで適切性の次元の問題として、「条例制定権の限界」という合法

性の次元から消去される。

結論的に、「本来的に地方公共団体の事務・権能に属さない」ために条例制定権の外に置かれるべきものは、憲法により地方自治体の事務・権能になり得ないとされる事項、国家間の関係と不可分な国家に関する事項に限定されることになる（松本前掲、p. 267）。すなわち条例制定権の限界という問題は基本的にすべて現実の法律・命令との関係で具体的に検討されるべきであり、それ自体として論ずべき価値はないと整理されることになるであろう。

以上からは、機関委任事務をはさんだ国・地方の権限争いという状況の下でクローズアップされた「条例制定権の限界」という問題系が、地方分権改革がその焦点を解消させたことにより、問題としての有効性・有益性を失い、議論として消滅していくという経過を想定することができる。だがそこで想定されているように、条例制定権をめぐる議論の焦点は機関委任事務にのみあったのだろうか。あるいはそれはあくまで理論的・抽象的な問題であり、現実の条例に対する評価には直接的な関係を持たないようなものだったのだろうか。

次節以降では、近年注目されてきたいくつかの事例を通じて、この点について検討することとしたい。

## 第 2 節 事例の検討

### 1. パッチワーク的規制：淫行規制条例

#### ・淫行規制条例に関する経緯

青少年保護育成条例（都道府県により「青少年健全育成条例」など他の名称を用いている場合もある）は、当初 18 歳未満などの青少年が夜間に単独で外出することを規制することなどを中心として整備され、その後 1960 年前後にエロ・グロなどを対象とした有害図書規制、70 年代後半に自動販売機による有害図書の販売規制などを取り入れる形で制定が全国に広がっていったものである。さらにエアガン・ナイフなどの有害玩具規制、着用済み下着の売買（ブルセラ）やテレホンクラブの利用に関する規制など、時代ごとの課題を取り込む形で規制対象を拡大してきた。近年に取り込まれた領域としては、インターネットの利用環境に関する規制（インターネットカフェや携帯電話端末におけるフィルタリング義務付けなど）が挙げられる。

以下でいう「淫行規制条例」とは、青少年（ここでは 18 歳未満の男女）との淫行等を規制する条例上の規制条項を指す。多くの場合において淫行規制条例は、上掲した各要素と並んで青少年保護育成条例に盛り込まれた規定内容となっている。実際の規定文言については、「いん行又はわいせつな行為」（福岡県青少年健全育成条例 31 条 1 項など）、「みだらな性交又は性交類似行為」（東京都青少年の健全な育成に関する条例 18 条の 6 など）、「青少年の心身の未成熟に乗じた不当な手段によるほか単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められない性行為又はわいせつな行為」（千葉県青少年健全育成条例 20 条 1 項）など相当のバリエーションが存在するが、中心的な規制対象として想定されている内容については共通していると考えてよい。

すなわちこの種の条例については、当時の福岡県青少年保護育成条例に置かれた規定（10 条 1 項）の合憲性が問われた訴訟において、「婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等、社会通念上およそ処罰の対象として考え難いもの」を含むことにより過度の広範性の故に違憲となることを回避するため、「『淫行』とは、広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきでなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認め

られないような性交又は性交類似行為」と解すべきとの合憲限定解釈がなされており（最高裁判決昭和 60 年 10 月 23 日）、文面上の表記はともかく、実質的な処罰範囲としては当該判示のような理解で統一されてきたからである。

他方、その基準が交際の真摯度という、当事者の主観によるところが強い要素に置かれたため、特に青少年の親権者の告発による場合など認識のズレに由来する問題が発生し得る点についても注意する必要がある<sup>3</sup>。

#### ・淫行規制条例に関するバリエーション

淫行規制条例についての問題点としては、第一にすでに述べた通り、法的に可能な処罰範囲としては最高裁判決によりある種の「相場」が確立しているにもかかわらず、各都道府県条例における規定ぶりに相当の違いがあることを挙げることができる。千葉県条例、あるいは同様に「専ら性的欲望を満足させる目的で、青少年を威迫し、欺き、又は困惑させることなど「淫行」を性的関係一般から区別する要因を詳細に規定する大阪府青少年健全育成条例（昭和 59 年大阪府条例 4 号）34 条と、単に「いん行又はわいせつな行為」と定める条例とのあいだで規制対象に差異があるのかどうか、あるとすればその正当化根拠が問題になるであろうし<sup>4</sup>、ないとすれば同一の事態に対する法的記述が散乱していることになり、国家法体系の統一性という観点から望ましくない事態だと評価すべきであろう。

淫行行為自体に対する罰則については、近年の処罰強化により地方自治法 14 条 3 項により許されている範囲の上限（2 年以下の懲役または 100 万円以下の罰金）にほぼ統一されつつあるが、1 年以下の懲役または 50 万円以下の罰金としているケースも見受けられる（埼玉県）。2008 年時点での調査<sup>5</sup>においては懲役の上限を 1 年以下とするもの、罰金の上限を 50 万円とするものおよびこの組み合わせなど相当のバラエティが存在

---

<sup>3</sup> 具体例としては、アルバイト店員であった女子高校生と性的関係を持った飲食店副店長（既婚）が愛知県青少年保護育成条例違反に問われたが、両者の恋愛感情が認定され「淫行」にあたることが否定されたケース（名古屋簡裁判決平成 19 年 5 月 23 日）などがある。

<sup>4</sup> 福岡県青少年保護育成条例事件最高裁判決における伊藤正己反対意見（前掲）を参照。

<sup>5</sup> 「都道府県青少年保護育成条例集（平成 20 年 12 月 1 日現在）」  
[http://www8.cao.go.jp/youth/kenkyu/jourei/pdf\\_index.html](http://www8.cao.go.jp/youth/kenkyu/jourei/pdf_index.html)。



し、なかには 30 万円以下の罰金のみを規定しているケースもあった（奈良県）。

一方、児童に淫行を教示し、または淫行を見せる行為については現時点でも規定の幅が広く、2 年以下の懲役または 50 万円以下の罰金としている例（沖縄県）から 10 万円以下の罰金のみを置いているケース（三重県）、さらに違法だが罰則のない例（山口県）や規定を置いておらず他の法令に該当しない限り不可罰となっているケース（東京都・大阪府など）まで存在する。

また長野県は青少年保護条例自体を制定しておらず、相当する条例を独自に制定している長野市・佐久市にも淫行規制条例にあたる部分は存在しない。また東御市条例は該当する規定を置いているが、処罰は罰金刑（30 万円以下）に限定されている。東京都もまた、2005 年の改正に至るまで淫行規制条例にあたる部分を青少年健全育成条例に盛り込んでいなかった。

#### ・パッチワーク的規制

このような淫行規制条例のあり方については、全体として都道府県ごと（一部は市町村ごと）に規制対象・規制水準の異なるパッチワーク的な規制になっていると評価することができる。典型的事例に関する処罰水準こそその後の立法努力により統一に向かっているが、教示などの周辺の類型についてはなお不十分であると言わざるを得ず、伊藤正己判事の懸念した問題は解決されていないことになる。

さらに問題なのは、当時と比べて人の移動する範囲と連絡を取り合う範囲が拡大していることである。福岡県青少年健全育成条例事件の発生した 1981 年当時、一般に利用可能な通信手段としては電話・電報・FAX・ポケベル程度が存在したのみであり、通信自由化（1985 年）以前の段階において未成年者が自由に利用できるような状況にはなかった。ポケベルが青少年に対してもある程度広く普及し、家族関係の希薄化・非行化との関連が指摘されるようになったのは、高速化・低料金化を実現した 1987 年以降のことであり、本件でも性的関係は直接の顔見知りのあいだで・電話による連絡を契機として発生している。

これに対し、インターネットの普及（1994 年以降）・携帯電話の普及（1995 年の PHS 導入以降）・スマートフォンの普及（2008 年の iPhone 日本発売以降）後は状況が大きく異なっている。物理的には遠く離れた当事者同士がインターネットや携帯電話を通じて連絡を取り合い、淫行等の行為に及ぶ可能性が高まり、いわゆる「援助交際」として社会問題

ともなっている。たとえば警察白書が「ハイテク犯罪の現状と警察の取り組み」を特集に掲げたのは平成10年版（1999年）、テレホンクラブやインターネット上の「出会い系サイト」を通じた児童買春事犯の増加に警鐘を鳴らした特集「21世紀を担う少年のために」は平成13年版（2002年）のものである。これにより、主として都道府県という「規制の境界」を超えた事案が発生する可能性も著しく増大したということができよう。

かつてのように対面の関係を中心とした社会から財・情報の移動範囲が大きく拡張したことによって、パッチワーク的な規制がもたらし得る問題の危険性も広がったことには注意が必要だと思われる。

## 2. 実験的規制？：児童ポルノ規制

### ・児童ポルノ規制に関する経緯

同様のパッチワーク的な規制ではあるが、積極的な評価も可能な事例として、児童ポルノに関する条例的規制を挙げることができる。

この領域については、1996年の「第1回児童の商業的性的搾取に反対する世界会議」において日本人によるアジアでの児童買春が問題となったこと、ヨーロッパで流通している児童ポルノの8割が日本製と指摘されたことを背景として、また国内においても青少年を対象としたいわゆる「援助交際」が問題となっていたことから、国レベルの規制として児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（平成11年法律52号・以下「児童ポルノ禁止法」）が導入された。同法では18歳未満を「児童」と定義し（2条）、対償を供与した児童との性交等（児童買春）および児童を相手方とする性交等を写真や電磁的記録<sup>6</sup>により視覚的に描写したもの（児童ポルノ）の提供・製造等を罰則を伴って禁止している（4条・7条）。

同法については、被写体となった児童の権利を守る観点からは現在のように提供行為のみを禁止するのでは不十分であり、既存の児童ポルノの単純所持についても規制することによって情報自体が消失していくようにすべきであるとの批判が日本ユニセフ協会などから挙がっており、そのような観点から単純所持の禁止（罰則なし）・自己の性的好奇心を満たす目的での所持の犯罪化などを盛り込んだ改正案が第183国会にも提出されている（議員提出法案、継続審議中）。

---

<sup>6</sup> 成立当初「ビデオテープ」であったものが2004年改正（平成16年法律106号）により「電磁的記録」へと改められた。

・ 条例による規制の模索

これに対し、都道府県レベルの条例においては、独自性を持った規制を実現することが模索されている。

たとえば奈良県の「子どもを犯罪の被害から守る条例」（平成 17 年奈良県条例 9 号）は、国レベルでの児童ポルノ禁止法改正に関する動向を先取りする形で「子どもポルノの所持等の禁止」（13 条）を盛り込んでいるが、他方で「子ども」の定義を 13 歳未満としており、18 歳未満を「児童」と位置付けて規制対象とする児童ポルノ禁止法と差別化している（栃木県条例も同様）。

また京都府の「児童ポルノの規制等に関する条例」（平成 23 年京都府条例 32 号）は、児童ポルノ禁止法と同様の対象について「正当な理由」のない単純所持を禁止する一方、同法では規制対象とされていないが「児童に係るわいせつな行為」の視覚的描写についてもその製造・提供・単純所持等を禁じる努力義務を導入している。

その背景としては、現行児童ポルノ禁止法のようにそれ自体に写っている内容を問題にすると、幼児の全裸が含まれている家族の温泉旅行の写真や 17 歳のアイドルが自発的に撮影に同意したグラビアが「児童ポルノ」と位置付けられてしまう危険性がある一方（過剰包摂）、着衣の児童の顔に精液がかかっているなど撮影時に実在する児童に対して性的虐待が行なわれたことは明白だがそのイメージ自体を「ポルノ」とは言いえない場合には規定対象から除外されてしまう（過少包摂）という問題があることが指摘できる。この点は園田寿・甲南大学法科大学院教授などにより、児童ポルノ禁止法の立法目的<sup>7</sup>に齟齬していると指摘されてきた。

このような視点に立ち、大阪府青少年健全育成条例（昭和 59 年大阪府条例 4 号）の平成 23 年改正に関する議論では、表現それ自体を問題にする有害図書の枠組ではなく、制作にあたって発生し得る児童に対する虐待行為を特定した上でその描写物を規制対象にするというアプローチが取られている。結果的には、以下のような類型に該当する行為の視覚的描写（「子どもの性的虐待の記録」）を製造・販売・所持することを禁ずる努力義務規定が置かれた（39 条）。

- ① 刑法 176 条から 178 条の 2 までの規定に該当する行為（（準）強制わいせつ、（準）強姦、集団強姦等）

---

<sup>7</sup> 「児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性にかんがみ（……）児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰する（……）ことにより、児童の権利を擁護すること」同法 1 条。

- ② 児童福祉法 34 条 1 項 6 号に掲げる行為（児童に淫行をさせる行為）
- ③ 児童ポルノ禁止法 2 条 2 項に規定する児童買春
- ④ 児童虐待防止法 2 条 2 号に掲げる行為（児童にわいせつな行為をすること又は児童をしてわいせつな行為をさせること）・同 3 条に定める虐待
- ⑤ 同条例 34 条各号に掲げる行為（みだらな性行為及びわいせつな行為）
- ⑥ 13 歳未満の青少年が水着、下着等を着用した状態で陰部又はでん部を強調した姿態をとらせる行為
- ⑦ 13 歳以上 18 歳未満の青少年の同意を得ず、又は当該青少年を威迫し、欺き、若しくは困惑させて、当該青少年が水着、下着等を着用した状態で陰部又はでん部を強調した姿態をとらせる行為

・ 実験的規制としての条例

もちろんここでも、京都・大阪・奈良という隣接自治体において規制対象・規制水準が異なるというパッチワーク的規制の問題が生じていることは否定できない。特に、その境界地域に関西文化学術研究都市（けいはんな学研都市）という計画人口 41 万人の広域都市建設が進められていることを考えれば、この問題の影響が将来的にはさらに拡大することが懸念される。

しかし他方、ここで各府県の条例に盛り込まれた内容は国家法レベルでの改正動向・提案を先取りするものであり、学界からの先進的な見解を踏まえたものでもある。問題点には留意しつつ、即応性・実験性を重視した法規制としての条例の性格（後述）にかなうものとして積極的に評価すべきだと考えられる。

### 3. 越境する影響範囲：東京都による有害図書規制

・ 有害図書規制に関する経緯

前述の通り、各都道府県において制定が進められてきた青少年保護育成条例の主な内容としては、青少年に有害な影響を与え得る出版物等の規制を挙げることができる（有害図書規制）。その対象としてはエロ（性的感情の刺激）・グロ（残虐表現）が主なものだが、自殺や犯罪を助長するものなどが加えられているケースもある（東京都、埼玉県、愛知県など）。また、2010 年に福岡県で暴力団を過度に美化したものとして実話

誌 5 誌が指定を受けるなど、地域の実情に対応したとも言える運用が行なわれたケースの存在も指摘できる。

指定された図書については、単に青少年に対して販売してはならないだけでなく、閲覧不能とするよう包装することが求められる。この際の具体的な方法の定めや指定の範囲・方式等が自治体により異なること、またそもそも指定するための諮問機関が自治体ごとに組織されるためなどのような図書類が指定されているかという規制の現状も当然に異なり得ることからは、有害図書規制についてもパッチワーク的規制の問題であることが懸念されるが、実態はそれと大きく異なっている。

#### ・ 出版産業に関する特殊事情

背景として指摘できるのは、ほとんどの主要業者が東京都に集中して立地しており、都条例による規制が実態としては全国的に影響を生じさせるという事情である。

雑誌・図書の流通は、制作者である出版社から流通業である取次を介し、実際に消費者への販売が行なわれる書店・コンビニ等へとつながる構造を持っている。このうち「上流」にあたる出版社は日本全国で 3500 社、「下流」にあたる書店は 1 万 5 千店前後存在すると言われているが、中間段階である取次はトーハン・日販（日本出版販売）の 2 社でシェアの 70%以上を占めると言われる寡占市場であり、両者ともに東京都内に本社を置いている。2 社以外の中小取次についても都内に所在する企業が多いほか、特に雑誌については重要な販路であるコンビニエンスストアチェーンの多くもその本拠を都内に置いている。

いわゆる大手出版社も、ほぼすべてが東京都内に本社を置いている<sup>8</sup>。また、日本書籍出版協会には比較的大規模の出版社 435 社（2013 年 7 月 30 日現在）が加盟しているが、東京都にはそのうち 352 社（81%）が所在している<sup>9</sup>。しかもこれは名古屋大学出版会など東京以外の大学の関連組織を含んだ数字なので、商業出版のみについて見ればさらにその集中度は高くなると言える。

このため有害図書規制については、東京都における導入された規制の

---

<sup>8</sup> 岡山市に本社を置くベネッセコーポレーション（旧・福武書店）がほぼ唯一の例外だが、同社も日本書籍出版協会に登録された所在地は東京都多摩市となっている

<sup>9</sup> 東京以外では京都の 37 社が最多、以下大阪 21 社、神奈川・千葉 3 社、長野・愛知・滋賀・奈良・兵庫・鹿児島 2 社、北海道・宮城・埼玉・新潟・岡山・広島・福岡各 1 社。

影響が制作・流通者を支配することを通じて事実上全国的に波及するという構造が生じている。

#### ・規制波及の実例

都における有害図書規制の基礎となっている「東京都青少年の健全な育成に関する条例」(昭和39年東京都条例181号)が2004年に改正された際、既存の一般的な規制に加え、この性質に注目した規制手段が盛り込まれた。「図書類発行業者」(図書類の発行を業とする者)に対し、「自主規制団体」(図書類の発行、販売若しくは貸付けを業とする者により構成する団体で倫理綱領等により自主規制を行うもの)または自らが一定の基準に抵触すると認めた図書類に「青少年が閲覧し、又は観覧することが適当でない旨の表示」を行ない(9条の2第1項)、かつ青少年が閲覧できないよう包装する(同3項)という内容の努力義務が課されたのである。

これを受けて出版倫理協議会は、コンビニエンスストア等で販売されるいわゆる「グレーゾーン誌」(「成人向け」表示を行なうことなく一定の性的描写を含む雑誌)に対し、立ち読み等で中身を見られないようにする「シール止め」措置を自主規制として導入した。出版倫理協議会は、日本雑誌協会・日本書籍出版協会・日本出版取次協会・日本出版物小売業組合全国連合会(現・日本書店商業組合連合会)の4者により1963年に設立された団体であり、出版・流通・販売という上流から下流まですべてを包含しているため、同組織を介して都条例の狙いが全国的に波及することになる。

過去にも同協議会は、「出版倫理協議会の自主規制の申し合わせ」を行なっている(1965年)。東京都において年5回、もしくは連続3回不健全図書に指定された雑誌類については、小売店から特別な注文がない限り配本しないという内容であり、顧客の側から特に書店に対して要求しなければ書店店頭には並ばないという規制であることから売上に対して極めて大きな悪影響をもたらすことが予想され、出版社サイドに対して強い規制力を生じさせた。

このように過去の経験があるためか、第28期東京都青少年問題協議会の答申を受けて、2010年に「年齢又は服装、所持品、学年、背景その他の人の年齢を想起させる事項の表示又は音声による描写から十八歳未満として表現されていると認識されるもの」に関する性交等の描写(「非実在青少年」規制)を含む都条例改正が提案された際には、出版社などのメディアが東京に集中している現状では条例改正の影響が全国に及ぶと

して、小説家・漫画家などの製作者や出版社サイドから強い批判が生じている。

#### ・影響波及の問題点

すでに述べた伊藤正己反対意見のように我が国が「性および青少年の育成保護についてほとんど地域差の認められない社会」であるとすれば、性表現の規制についても同様に、自治体ごとに規制対象が異なるようなパッチワーク的規制が実現する事態は望ましくないということになる。東京都条例がデファクト・スタンダードとして機能することで全国的に「統一的な事実」が生じることは、この点で積極的に評価すべき側面もある。また少なくとも東京都は、規制の当事者・関係者の多くが集まっているという意味において、そのようなデファクト・スタンダードを適切に形成するのに適切な性格を備えているとも言える。

その一方、人口・面積・経済規模のいずれを見ても東京都単独では日本全体において少数派の地位を占めるにすぎない。人口の約1割にすぎない東京都民により選挙された地方議員により国土全体の標準が定められてしまうことには、アカウンタビリティの観点から相当の疑念が示されるだろう（後述）。流通を介した規制のように、そこを通じて効果が自治体の領域外へと波及することがむしろ期待・意図されているとも考えられる場合においてはなおさらである。

さらに、表現に対する規制という合憲性が強く問題とされる領域に関するものであるにもかかわらず、その点に関する検討が十分になされたか・なされ得ることが制度的に保障されているかという問題も指摘できよう（後述）。国家法における内閣法制局のように、功罪はあり得るにせよ合憲性に対して統制を加え得るアクターを回避することを目的として条例という手段が「活用」される側面があるとすれば、やはり問題として意識されておくべきではないか。

#### 4. 条例による解決の意義：ヘイトスピーチ規制

これまでの3つの問題とは逆に、本来は「地域における事務」（地方自治法2条2項）に属するのではないかと思われるにもかかわらず国レベルでの立法措置が提言されている問題も想定することができる。以下では、特に在日韓国・朝鮮人を対象として展開されているヘイトスピーチの規制問題を取り上げて、この点について検討したい。

## ・ヘイトスピーチと規制状況

ヘイトスピーチ (hate speech; 憎悪表現) とは、典型的には民族・性などの先天的な属性を理由として、差別・排除の意図のもとに、当該集団に対する暴力や差別的行為を煽動する言論・表現を指す。対象となり得る属性としては民族的文化などの先天的属性に準ずるもの、宗教など必ずしも先天的ではないが当人の人格と密接な関連を有するものなどが含まれ得るともされ、また行為類型としては侮辱などの否定的評価の表明、差別行為の煽動、暴力行為の予告による脅迫など強弱にわたるものが想定される (このうちどこまでが法的に規制されるべきものかといった具体的な点では多くの議論がある)<sup>10</sup>。

歴史的なユダヤ人差別とその結果としてのホロコーストの経験を有するヨーロッパにおいては比較的早期から刑事的規制が実現しており、特にドイツでは「闘う民主政」の観点から刑法典 130 条に「民衆煽動罪 (Volksverhetzung)」が規定され、最長 5 年の禁錮刑が適用されてきた。同条の規制対象には、ドイツ社会の変動に応じる形で 1990 年代にホロコースト否認が、2005 年にはヒトラーやナチスを賛美する言動が加えられてきている。フランスにおいても、特に旧植民地であったマグレブ諸国出身のイスラム教徒移民に対する差別的行為・暴力などが頻発していることから、規制が強化される傾向にある。

他方アメリカにおいては、人種差別を背景とした 1960 年代の公民権運動とそれに対する反発としてのヘイトクライム<sup>11</sup>の頻発という問題を抱えながらも、連邦政府による言論規制を強く禁止することによって表現の自由を擁護した連邦憲法第 1 修正との関係から、規制強化は単純には進んでいない。

ボアルネ事件 (*Beauharnais v. Illinois* 343 U.S. 250 (1952)) では「人種、肌の色、信条、または宗教を理由として、特定の市民に関する墮落、犯罪、性的不純性もしくは道徳の欠如を描き、または特定の市民を侮辱、嘲笑、もしくは中傷する」表現行為に対する処罰を規定したイリノイ州集団誹謗法が合憲と判示された。だがこれに対し、1992 年の RAV

---

<sup>10</sup> ヘイトスピーチについて詳細に論じた文献としては、Erik Bleich, *The Freedom to be Racist?: How the United States and Europe Struggle to Preserve Freedom and Combat Racism*, Oxford University Press, 2011 = 明戸隆浩他訳『ヘイトスピーチ：表現の自由はどこまで認められるか』明石書店、2014 がある。

<sup>11</sup> 特定集団に対する偏見が動機として明確な犯罪。ヘイトスピーチが現実の犯罪行為に及んだものとも言える。



事件 (*R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)) では、ヘイトスピーチを処罰するセントポール市 (ミネソタ州) 条例を連邦憲法第 1 修正違反により無効とし、黒人家庭の庭の芝生において十字架を焼却した十代の少年に対する有罪判決が覆された<sup>12</sup>。

世界的には、人種差別撤廃条約 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1966) が、第 4 条において「人種的優越又は憎悪に基づく思想の流布、人種差別の扇動、暴力行為又はその行為の扇動」、「人種主義に基づく活動に対する資金援助を含む援助の提供」、および「人種差別を助長し及び扇動する団体及び組織的宣伝活動その他のすべての宣伝活動」に対する処罰を求めたこともあり、規制導入が進んでいるとされる。

#### ・日本における状況

これに対し我が国は、人種差別撤廃条約 4 条についても日本国憲法における集会・結社・表現の自由の保障 (21 条 1 項) と抵触しない限度において義務履行するという留保を宣言しており、現時点に至るまでヘイトスピーチを直接的に規制する立法措置は取られていない。この点について示された人種差別撤廃委員会の一般的勧告の懸念も、「人種差別思想の流布等に対し、正当な言論までも不当に萎縮させる危険を冒してまで処罰立法措置をとることを検討しなければならないほど、現在の日本が人種差別思想の流布や人種差別の扇動が行われている状況にあるとは考えていない。」との理由で退けられている。外務省によれば日本政府は、人種差別思想の流布等に対し、「『正当な言論までも不当に萎縮させる危険を冒してまで処罰立法措置をとること』を検討しなければならないほど、現在の日本が人種差別思想の流布や人種差別の扇動が行われている状況にあるとは考えていない」<sup>13</sup>。

だが近年、「在日特権を許さない市民の会」(通称・在特会) などによる街宣・デモ・集会などが盛んに開催される状況が生じている。特に在日韓国・朝鮮人に対する差別的 content や危害の予告 (「朝鮮人を殺せ」「在日韓国人をテポドンにくくりつけ、韓国に打ち込みましょう!」など、ただし対象が特定されていないことから刑法上の脅迫罪などになじまな

---

<sup>12</sup> このような行為は、白人至上主義団体である KKK (Ku Klux Klan) が黒人および同調者に対する脅迫手段として頻用していたものであった。

<sup>13</sup> 「人種差別撤廃委員会の日本政府報告審査に関する最終見解に対する日本政府の意見の提出」

(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinshu/iken.html>)。

い) が繰り返されている点は、社会的にも問題視されている。

たとえば公安調査庁は『内外情勢の回顧と展望』（平成24年1月）において「東日本大震災を奇貨としてパチンコ業界批判、反原発運動への抗議活動を展開した右派系グループ」をコラムで取り上げ、「在日韓国や朝鮮人の追放など排外的な主張を掲げ、活動状況をインターネットの動画サイトに配信して不特定多数の参加者を集める手法を用いながら、街頭行動を中心とする活動を行った」と注意を促している（p. 67）。また警察庁警備局「治安の回顧と展望（平成25年版）」においても「平成25年中、極端な民族主義・排外主義的主張に基づき活動するいわゆる右派系市民グループが、韓国や北朝鮮問題等を捉えた徒歩デモや街頭宣伝活動等を各地で展開した。また、一部の過激な参加者が、右派系市民グループの活動に反対する勢力との間でトラブルを発生させ、6月に都内で行われた取組の際には、主催者側である右派系市民グループ4人と反対する勢力側4人の合計8人が暴行事件で逮捕されるなど、双方の間で対立が激化する状況もみられた」（p. 20）という形で、従来型の右翼活動とは別に取り上げられている。

なお下級審での判断ではあるが、京都朝鮮第一初級学校に対して在特会メンバーが街宣行為を行ない、また同校が隣接する都市公園を不法に占有し設置していたサッカーゴールや朝礼台を搬出、スピーカーの配線ケーブルを切断するなどした事件（2009年12月4日）に関する民事訴訟において、京都地方裁判所は当該行為を人種差別撤廃条約に違反するものと認定し、損害賠償と街宣禁止を命じている（京都地裁判決平成25年10月7日、控訴）<sup>14</sup>。

2013年5月には有田芳生・参議院議員（民主党・新緑風会）が同法務委員会における質問でこの問題を取り上げ、差別禁止法・ヘイトスピーチ禁止法などの立法措置を念頭に置いた調査委員会等を設立する必要があると指摘している（第183国会参議院法務委員会会議録7号）。

---

<sup>14</sup> ただし、街宣行為により特定の個人・法人の権利侵害・損害が生じたことを理由とする従来の不法行為法の枠組に沿った判断であり、対象を特定しない一般のヘイトスピーチを不法行為として認めるためには新たな立法措置が必要であるとも指摘している。言い換えれば人種差別撤廃条約違反の点は、不法行為の違法性の軽重を判断する材料として・損害賠償額算定の要素として考慮されているにすぎない点には注意が必要であろう。

## ・立法事実の問題

だがある意味では当然ながら、以上で言及したようなヘイトスピーチや排外デモの発生地域に、少なくとも現在までのところ、相当に大きな偏りが見られる点には注意しておく必要があるだろう。具体的には、東京では新大久保、大阪では鶴橋のようにコリアタウンと看做されていたり、韓国・朝鮮系住民の多い地域では頻発しており、その地域に近い都市中心駅近辺や繁華街、すなわち京都・四条河原町、神戸・三宮、東京・銀座、名古屋・駅西（コリアタウンでもある）などでも排外デモ（およびそれに対抗するカウンターデモ）が発生してはいるが、それ以外の地域での報告は珍しい。特に、横浜・中華街、神戸・南京町など中国系の色彩が強い地域での発生がほぼ報道されていない点には注意を要する。

アメリカでは前述の通り RAV 事件において、「公共的または私的な財産の上に、人種、肌の色、信条、宗教、または性別に基づいて、他者に怒り、不安、または憤りを生ぜしめると知られている、またはそう知られることに理由のあるシンボルなどを設置した者を処罰する」と規定していたセントポール市条例が「手段は必要不可欠なものでない、あるいは過度に広範である」として違憲と判断されている。

同様の行為の犯罪性が検討されたブラック事件（*Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003)）においても、十字架焼却という行為自体に「一応の（*prima facie*）」脅迫の意図を認めるとした（脅迫の意図を推定するとした）ヴァージニア州法の規定が同様の理由で文面上違憲と判断されている。同事件では被告に対する処罰自体は肯定されているが、それは脅迫の意図が現実に立証された場合に、そのような効果を持つ十字架焼却という行為を処罰することは（それが「表現」にあたるとしても）可能だという理由に基づく。言い換えればアメリカにおいてはなお、特定の対象に対する現実的な加害意思の表明（我が国であれば刑法上の脅迫罪で処罰し得るであろうもの）にあたらぬヘイトスピーチを処罰することには、なお極めて慎重であるということになる。

しかしボアルネ事件において、連邦最高裁の法廷意見が 1917 年に成立したイリノイ州集団誹謗法を有効と判示するにあたって、その背景にある同州独自の歴史的経緯の存在を指摘していることに注意しておこう。すなわちイリノイ州では人種暴動がしばしば発生し、かつその際にヘイトスピーチが大きな役割を果たしていたというのである。「このような歴史的事実と、人種的および宗教的プロパガンダにしばしば伴うものを前にしたとき、(……) 人種的および宗教的集団に対する悪質な名誉毀損を抑制するためにイリノイ州議会が取った手段に『正当な理由がなかった』

とは言えないであろう」。

これに対しドイツにおいては、1990年以降に排外主義的な極右（ネオナチ）によって殺害された被害者の数を政府の公式報告は60名としてきたが、警察が未解決の殺人（未遂）事件を再調査した結果、2011年までの3300件のうち746件、被害者数にして849人について極右の関与が疑われるという結果が得られている（“Cold Cases: Germany May Revise Up Statistics in Far-Right Killings”, *Spiegel Online*, 2013年12月4日）。

また、極右政党であり一般的にはネオナチと考えられている「国家民主党」（Nationaldemokratische Partei Deutschlands; NPD）は2005年の国政選挙において得票率1.6%を得たほか、特に支持の強い2州（ザクセン、メクレンブルク=フォアポンメルン）において州議会の議席を獲得しており、2011年に続き2012年にも、16州の内相から連邦基本法に基づく非合法化が請求される状況になっている。いずれもヘイトスピーチとそれを支持する政治勢力が全国的な広がりを見せていることを示していると考えられよう。欧州諸国とアメリカがヘイトスピーチ規制について示す姿勢の違いについては、このように問題の空間的広がりや分布が影響している可能性についても考慮すべきかと思われる。

#### ・ 条例による規制の積極的意義

ヘイトスピーチについては、すでに述べたことから明らかな通り、それが少なくとも手段としては政治的言論の範疇に含まれるために、憲法上の表現の自由の保護との関係が常に問題となる。前掲の外務省見解はこの点を重視して規制に慎重な姿勢を示したものと評価することができるが、規制に積極的な立場からも議論を精緻化することによって対立を乗り越えようとする試みがある。たとえばヘイトスピーチ全体を（差別的効果の小さい順に）侮辱・煽動・脅迫に分け、それぞれについて差別的意図・現実の効果の必要性を論じるような見解が、その一例として考えられる。ヘイトスピーチ規制の外延を明確にすることによって表現の自由との衝突を避けることが、そこでは意図されているということができよう。

だとすれば同様に、規制の根拠（立法事実）となる被害の発生範囲が限定されている場合には、国家法規制ではなく条例によりその有効範囲を限定することが有益だと考えられる。現在の日本におけるヘイトスピーチなど、対象とすべき問題が真に地域的に偏在しており、かつその規制において政治的言論・表現の自由というセンシティブな問題とのバラ

ンスを慎重に考慮せざるを得ない領域については、結果的にパッチワーク的な規制状況を生じさせることになるとしても、むしろ条例を通じて精神的自由権に強い制約を加える空間的範囲を限定することにポジティブな意義を見出すことができるのではないか。

この点に関しては特に、処罰規定が人権を制約するものであり、特に精神的自由に係る場合においては厳格な違憲審査に耐える最小限度のものでなければならぬはずのものであるということを前提として、「条例の間で処罰の地域差が生じるとき、その地域的格差が真に必要な不可欠であるか否かが厳密に検討されるべきであって、その立証責任は当然に条例制定・運用者が負うことになろう」（山下健次・小林武『自治体憲法』自治体法学全集 2、学陽書房、1991、p. 199）との指摘が、地方分権改革以前のものではあるが、なお参考にされるべきであろう。

### 第3節 事例からの検討

#### ・適用範囲に関する属地主義の問題

以上で検討してきた各事例が示しているのは、条例の適用範囲に関する属地主義、すなわち条例の適用範囲が基本的には当該地方自治体の領域に限定されており、逆に領域内での行為であれば他の地方自治体の住民に対しても適用されることをめぐる問題だと言うことができよう。

松永邦男は条例の特質として、「地域適応性・即応性を有する法規であること」「先駆性・先導性を有する法規であること」の二点を挙げている。すなわち地方自治体が自主的に制定する条例は「本質的にその地域に特有の課題に対して、地方公共団体の自主的な判断のみで、すみやかに対応する手段として利用できるもの」（松永邦男「自治立法権の意義」門山泰明編『条例と規則』最新地方自治法講座2、ぎょうせい、2003、pp. 9-10）であるから、「地域の行政課題に（……）敏感に対応しようとする場合にも、国における立法措置等を待つことなく活用できることから、条例は新しい政策の実現のための強力なツールとなりうる」（同 p. 10）。

また条例の性質上その効果範囲が当該地方自治体に限定されることから、仮に問題が内包されていたとしてもそれが顕在化し得る範囲もまた限定されることになる。したがって「その地域に限っての実験的な試みを行うことも、可能とするもの」（同）だということになる。ここではむしろ、属地主義の積極的意義が強調されていると言うことができよう。

だが同時にそこで、「もちろん、いうまでもないことながら、「事前に周到な検討を行い、十分にその責任を自覚して」ということが必要であるが」（同）と注記している点には留意する必要がある。「『自治』立法権である以上、制定された条例により引き起こされるすべての問題について、その条例を制定した地方公共団体が全責任を負うことは当然である」（同）と指摘する松永は、同時にそのような自覚が地方分権改革以前の地方自治体に必ずしも十分でなかったのではないかと指摘している。しかし問題は地方自治体の「自覚」ないし意識のあり方に尽きるものなのだろうか。

#### ・アカウンタビリティとの関係

条例が地方自治体における自治立法として正しく機能するためには、住民の権利を制限しまたは義務を課する手段としての正統性を保障するために法的・政治的なアカウンタビリティを維持する必要があると考えられる。すなわち第一に法的な面では、当該規制を必要とする地域の事

情（立法事実）に関する情報を収集・分析し、それに基づいて立法的対処（条例の制定・改正）の内容を立案し、それにより生じた効果・影響を分析・評価するというサイクルを通じて規制の必要性・合目的性、さらに合憲性が保障される必要がある。第二に政治的な面では、規制の対象である住民により選出された代表が議会を構成し、立法的対処を行ない、その結果に関する被治者＝住民の判断を次回の選挙を通じて反映させるというサイクルが必要となる。前者は専門性、後者は代表性に関する問題だと考えてもよい。

たとえば地方自治体の領域内にある土地の利用方法について規制を加えるとか（典型例として「奈良県ため池の保全に関する条例」など）、道路を利用した政治的表現として許される手法について規定する場合（同じく「徳島市集団行進及び集団示威運動に関する条例」など）においては、ここで述べた法的・政治的アカウンタビリティを確保するための制度が機能することを期待することができる。他方、東京都条例による有害図書規制のように事実として影響が生じる範囲が自治体の支配領域を大きく超えて拡大する場合には、アカウンタビリティ確保が適切に行なわれず、規制の悪用や過剰規制などの危険が生じ得ることに注意すべきだと考えられる。

特に、国家法制定のための典型的な経路である内閣提出法案の場合を想定すれば、そこには法的アカウンタビリティ保障に資するさまざまな制度として各省庁内の審議会等による検討、省庁間の合議、内閣法制局の審査などが用意されている。政治的アカウンタビリティについても、法案に肯定的な政治勢力が国会において多数派＝政権与党を形成するのみでなく、他の政策課題と比較しても優先されるべき課題であり国会での審議時間が確保されるべきものである（あるいは野党側の抵抗を排しても成立が目指されるべきものである）点などについて政権与党内でも意見を異にする人々の説得に成功する必要がある。それらが組み合わせることによるハードルは極めて高く、その故に国家法制定が条例と比較して鈍重であるという評価も生まれ得るところではあるが、他方、だからこそ国家法に対する国民からの信認や合憲性の推定が基礎付けられているという側面についても見逃すべきではない。

#### ・人・財・情報の流通範囲の拡大

また、人や財の流通範囲が拡大していることにより上で検討したアカウンタビリティの問題が深刻化しつつあることについても注意する必要がある。人による行為を規制対象とする淫行規制条例についてもパッチ

ワーク的規制の持つ問題が現実化する事例が見受けられるが、インターネットを介した情報流通が世界規模に拡大してきたことを考えると、古典的な行為地概念を基礎にした属地主義がそれに対してどこまで適用可能なものであるかは慎重な検討が必要であるように思われる。

たとえば前述した京都府の「児童ポルノの規制等に関する条例」においては、悪性度の高い児童ポルノについて有償で供与を受けたものに対する罰則が規定されている（13条）。ここで、京都府に在住し供与を受けたものが・海外ないし国内他地域に設置されたサーバに対して規制対象となっている児童ポルノの提供を受けた場合、京都府以外の住民が・京都府内にいた時点で・府外のサーバに提供を受けた場合、京都府以外の住民が・府外にいながら・府内に設置されているサーバに提供を受けた場合のそれぞれについて処罰が可能なのか、どのようにそれが正当化可能なのかという問題の解決には相応の困難がつきまとうだろう。

財・情報の流通範囲が拡大し、ある規制主体の行動が影響し得る範囲についてもその物理的な境界を越えて広がっている現代社会であるからこそ、規制の影響が境界線を越えて広がることによりさまざまなアカウンタビリティ確保措置を無力化させる危険性について自覚的であるべきだし、条例制定権の限界に関する古典的な議論から再度学ぶべき点があるのではないかと考えられる。

#### ・実験的立法が持つ問題性

また、条例の地域適応性・先駆性を実現するための立法措置の多様性自体が別の問題を引き起こしている可能性についても注意する必要があるだろう。同じく京都府条例においては、一部の有害性の高い児童ポルノに対して「廃棄命令」の規定を置いている（8条）。問題はこの「廃棄命令」の現実的な履行形態とその法的な位置付けにある。

小川康則は、この「廃棄命令」によって課される作為義務が、国家法を念頭に置いて構成されてきた従来の行政法体系にうまく適合しないのではないかとの懸念を示している。命令を受けた義務者が利用しているコンピュータに児童ポルノに該当する画像・動画ファイルが記録されているというような典型的事例を想定した場合、ハードディスク等に記録された情報を一定のファイル操作により消去するという点に注目すればこれは義務者以外でも行い得る代替的作為義務であり、行政代執行法による代執行を通じて処理されるべきということになる。他方、問題となるファイルが多くの情報のなかに混在している、ファイル名偽装や暗号化により隠蔽されているなどの状況を考えれば義務者以外による消去は



困難であり、非代替的作為義務と捉えられよう。しかしその場合にハードディスク全体の消去・破壊など義務者自身が取る履行手段・態様と異なる方法での強制を行なおうとすれば直接強制が必要になり、それを可能とする一般的法律がなく条例でそれを定めることも許されていない状況においては（行政代執行法1条）、履行を強制的に確保する適法な手段は存在しないこととなる（小川康則「地方分権の進展に対応した行政の実効性確保のあり方に関する検討会報告書について」地方自治制度研究会編『地方自治』788号、ぎょうせい、1993、pp. 22-23）。

この点について具体的には「義務者の同意と立会いの下、職員が消去を行うことを原則とするという」（同 p. 32）のだが、「行政上の強制執行でなく、義務者による任意の履行を職員が補助するものと解すべきであろうか」（同）との小川による評価は、このような対応を行政法における既存の強制手段の体系に適合させるのが困難であることを示唆してはいないだろうか。

もちろん義務者に「廃棄しました」と単に申告させるだけでは十分な履行確保力が生じないことは当然であるし、特にコンピュータにデジタル情報として記録されたものを想定すれば、たとえ自治体職員の面前で当該情報の削除操作が行なわれたとしても、問題になっている情報のすべてが正確に消去されたか・一定の簡単な操作によって復活できるような状態になっていないかといったことを確認することは困難であり、信頼できる職員に操作を委ねるといった手続きに一定の合理性があることは認めざるを得ない。だが条例があくまで「法律の範囲内で」（日本国憲法94条）制定可能なものである以上、合目的性のみでなく、既存の国家法体系への適合性や憲法の保障する基本的人権との関係もまた問われる必要がある。地方分権改革により条例制定権の範囲を拡大したからこそ、この点の保障手段についても検討される必要があると考えられる。

#### ・地域適応性・先駆性に対する信認

地域的に発生が局限されており、かつ全国的・一般的な国家法規制によって対処したのでは政治的表現との相克という問題が不可避免的に生ずるヘイトスピーチのような問題に対しては、本来であれば、発生地を含む地方自治体（東京都・大阪府をさしあたり考えることができよう）の条例により対応することが望ましいと考えられる。しかし関係者・被害者の側においてそのような提言は聞かれず、かえって鈍重なはずの国家規模の立法を求める声ばかりが強い（そして実現していない）という現状は、国際条約や他国の立法動向を背景とした運動であるという性格に

よるものもあるだろうとはいえ、地域の実情に適応した実験的規制手段としての条例の価値に対する社会的認識・信認の不足を物語るものだとも言える。

たとえば、在日韓国・朝鮮人を標的とするヘイトスピーチに対抗することを目的に設立された市民団体である「のりこえねっと」<sup>15</sup>も「人種差別撤廃条約の全面批准によるヘイトスピーチ禁圧の法制度とを、共に実現するべく、多くの人々と協力して反レイシズム運動を進めていきます」（「声明：神戸朝鮮高級学校での事件に関連して」）と主張しており、条例を通じた地域的規制の可能性には言及していない。

条例が地域の問題を即応的に解決するための手段として真に機能するためには、その規制手段としての性質について社会的な認知が高まり、必要を感じたステークホルダーによるアピールが適切な経路（地方議員への陳情、地方自治体への要請など）を通じて立法過程へと流入する状態を維持・形成することもまた必要だと考えられる。

---

<sup>15</sup> <http://www.norikoenet.org/>

#### 第 4 節 結論

日本国憲法が「地方自治の本旨」(92 条)に特に言及し、地方自治体を「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」するものと位置付けた上で法律の範囲内における条例制定権を認めていること(94 条)、またその趣旨を踏まえて 1990 年代後半に進められた地方分権改革が「住民に身近な行政はできる限り地方公共団体にゆだねる」(地方自治法 1 条の 2 第 2 項)という方針を掲げ、地方公共団体の自治的立法の範囲を拡大したことは、当然ながら高く評価すべき事柄であろう。

その理由としては第一に、民主主義全体が人民の自己決定というロジックに依拠していることが挙げられる。近代的な個人は何が自己にとっての幸福であり・どのようにすればそれを実現できるのかに関する判断が適切に行なえるような主体と想定されており、したがって国家による強制的な介入を避けて個人の自律的決定の領域を可能な限り広く確保することが当該個人の幸福、さらにはそれらを集計した社会全体の幸福の最大化に資すると想定されていたのであった<sup>16</sup>。この観点からは、当人に関する事項の決定が個人に委ねられるべきものとされるのと同様のロジックによって、集合的決定の必要な事項についてもその判断が可能となる最小の単位(国よりは都道府県、それよりは市町村、さらに集落や家族)に決定権限が委ねられることが望ましいということになる<sup>17</sup>。

だがこの点については、社会を構成する単位としての「個人」が本当に自律的・自己決定的な主体なのかという問題を措いたとしても<sup>18</sup>、ある政策から影響を受ける人々やその住所の範囲と・決定を行なう地方自治体の範囲が一致しているかという問題が指摘されるだろう。事例として取り上げた東京都における有害図書規制は両者のズレが生じている(そしてあるいは意図的にそれが利用されている)ケースであるし、たとえば東京都千代田区のように昼間人口・夜間人口に非常に大きな違いがあり、自治に参画する「住民」と彼らの代表が決定した区の政策の対象となる人々の範囲がほとんど一致しないような場合が存在することもすでに指摘されている。

---

<sup>16</sup> 大屋雄裕『自由か、さもなくば幸福か? : 21 世紀の〈あり得べき社会〉を問う』筑摩選書、筑摩書房、2014、第 1 章。

<sup>17</sup> 同様の見解として、先に挙げた小林武『地方自治の憲法学』晃洋書房、2001 が挙げられる。

<sup>18</sup> この点について詳しく検討するものとして、大屋前掲、第 3 章。

ここからは、住民を基礎として形成される地方自治体による・当該自治体議会の決定を通じて制定される条例という制度的に規定された存在を、安易に「人民主権」の成果と同一視して「全権限性と自己責任制」（小林武『地方自治の憲法学』晃洋書房、2001、p. 121）を委ねるような抽象的理論を展開するのではなく、その可能性と限界について具体的に検討することが求められると言えよう。その際、特に「地域における事務」性についてより厳密な検討を行なうことにより、「条例制定権の限界」という問題を法令との抵触には還元しきれない独自の性格を持ち得るものとして捉えることが必要だと考えられる。

無論、地方分権改革を通じて自治立法としての条例の重要性が社会的に強調され、また財・情報の流通範囲が拡大するという現代社会の動向を考慮するならば、戦後期における古典的な議論のように、自治体の領域外にもその効果を及ぼし得るような規制を一律に条例制定権の範囲外に置くがごとき基準を確立し、それを国家法規制として実現するようなことは到底望ましくない。他方、条例制定権が法的・政治的アカウンタビリティを喪失した状態に置かれ続けたならば、あるいは首長による政治的姿勢のアピール手段として、さらには内閣提出法案の品質維持に係るさまざまな制度的枠組を回避するためのものとして、恣意に利用されるおそれさえないとは言えない。

地方分権推進委員会の第1次勧告（2008年）が、徳島市公安条例事件最高裁判決（最高裁判決昭和50年9月10日、刑集29巻8号489頁）を踏まえ、法令と条例の抵触について「具体的な法律と条例の関係に係る判断を迅速かつ的確に行なわせるしくみを検討する必要がある」と指摘したにもかかわらず、この点が第4次勧告（2009年）においても「中長期的課題」と位置付けられていることを考えれば、この両者の調整問題が簡単な解決を許さないものだということは確実に言えよう（門山泰明「条例制定権の範囲と限界」門山泰明編『条例と規則』最新地方自治法講座2、ぎょうせい、2003、p. 48）。しかし以上で検討した問題を考慮すれば、調整が難しいからといってこの問題を単に放置することもまた望ましくないものと考えられる。当面の対応策としては、問題の所在と判断基準に関する学的知識を蓄積・共有することを通じて各地方自治体の立法担当者による自律的コントロールに待つほか、考えられる基準の公表により行政訴訟を通じた救済を事実上活用しやすくするなどのソフトなコントロール手段が考慮されるべきではないだろうか。

また、各地方自治体における即応的・実験的対応としての条例制定が一定の「相場」を形成するに至った場合には国家法レベルの立法措置に

よりそれらを「回収」し、整理することをむしろ国の責務として捉え、対応することが求められよう。私見によれば青少年を対象とした（真摯な関係に基づかない）性的関係を刑事的に取り締まるという淫行規制条例の典型的な内容についてはすでにこの段階に至っているものと考えられる。また、特定自治体における条例制定の取組が「地域の事務」の範囲を超え、むしろ実態としては全国・広範囲に影響を及ぼすものであり、かつそれが表現の自由などの重要な憲法的価値と抵触し得る性質を備えている場合（東京都の有害図書規制はこの一例と考えられる）においては、むしろそのような立法措置の内容を（その合憲性・合目的性について十分に精査した上で）「先取り」し、上乘せ規制を許さない法律とすることによって問題発生を抑止することもまた、国の側において可能な対応の一つであろう。

なお今後の課題としては、さらなる理論的検討のほか、この問題に関する実情および問題点の把握に努めることが挙げられる。また、国際法における属地主義との類似性（と限界）、他国の地方自治制度における同種の問題の事例と解決策についても調査することが有益であろうと考える。