

市公安条例改正の問題点

田中, 孝男
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/7429607>

出版情報 : 法政研究. 92 (4), pp.1-32, 2026-03-19. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics)
Kyushu University
バージョン :
権利関係 :



市公安条例改正の問題点

田 中 孝 男

はじめに

- 1 問題の所在
- 2 警察法施行に伴う経過措置を定める政令
- 3 県警移管条例の範囲
- 4 県警移管条例の改正の可否
- 5 拘禁刑の創設と市公安条例改正の可否

おわりに

はじめに

授業で徳島市公安条例事件最高裁判決（最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁）を扱うために、同判決の判決文と合わせて、件の徳島市条例⁽¹⁾を調べていたところ、同市が令和7年3月に同条例中の「懲役若しくは禁錮⁽²⁾」を「拘禁刑」に変更することを内容に含む条例を制定していたことを知った。だが、そもそも、今は徳島県の公安委員会・警察が管理執行している公安条例を、徳島市が改正をすることは、できるのだろうか。

(1) 題名は「集団行進及び集団示威運動に関する条例」（昭和27年1月24日徳島市条例3号）である。以下本稿では、デモや集会を一般的に規制する地方公共団体の条例を、その題名の如何にかかわらず、「公安条例」という。

(2) 制定・改正時点における常用漢字の相違により、法令・条例中の「禁錮」の「錮」には、ルビを振るものと、振らないものが混在する。本稿ではルビを振らない形で表記を統一する。

(3) 「刑法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係条例の整備等に関する条例」（令和7年徳島市条例9号）による。

筆者は、平成元年度～平成5年度の5年間、前職（札幌市）において、法規事務（法制執務）に従事していた。札幌市にも公安条例はあるが、職場の先輩たちからの教えと、職場に常備していた公安条例に関する検討ファイルにおける記載から、市の公安条例の改正は行えないと記憶していた。もう40年前のことなので筆者の記憶違いかもしれないが、市が公安条例を改正することには、大変な抵抗を覚える。

そこで、以下では、市が制定した後、現在も廃止されていない公安条例（以下「市公安条例」という）において、その市が当該条例中の懲役・禁錮を「拘禁刑」に改正することの可否について検討する。

1 問題の所在

1.1 自治体の条例制定権

「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて（地方自治法）第2条第2項の事務に関し、条例を制定することができる」（同法14条1項。括弧書きは筆者が付記した）。以下では、この「普通地方公共団体」を「自治体」といい、また、同法を「自治法」という。

この自治法14条1項中の「第2条第2項の事務」の解釈は、次のとおりである。⁽⁴⁾

- ① 自治体の事務でない事項について条例を規定することはできない。例えば、国防や外交など国の専管事務について自治体の事務として条例を制定することはできない。
- ② 当該自治体にとつての「地域における事務」⁽⁵⁾でなければ、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以外は、条例を制定することができない。本稿では、このことが問題となる。

都道府県の公安委員会や警察（以下単に「県警」という）の機関・職員が管理執行している市公安条例に基づく事務は、都道府県の事務なのではないか。そうすると、公安条例を制定した市（以下「公安条例制定市」という）には、同条例の改廃権はないのではないか。このような疑問が生じるのである。

(4) 佐藤文俊『逐条地方自治法』（学陽書房、2025年）147～148頁。

(5) 自治法2条2項の事務には、「地域における事務」のほか「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ているもの」（その他の事務）が含まれる。だが、「その他の事務」は、本稿の公安条例には関わってこないと考えられるので、以下では言及しない。

件の徳島市公安条例は、昭和27年に制定された。当時は、昭和29年の警察法（同年法律162号）施行前の自治体警察の時代である。徳島市が市警察の事務として「第2条第2項の事務に関し」公安条例を制定したものであった。

逆に、市の事務として制定した市の条例を、県警の機関・職員が管理執行していくためには、上記②のとおり、「法律又はこれに基づく政令」に特別な根拠規定が必要となる。

1.2 市公安条例の制定と条例中の「懲役・禁錮」の「拘禁刑」への変更

警察法施行により市町村警察から都道府県警察への転換がなされたことに伴い、下記2の経過措置規定により、市町村警察時代に制定された公安条例は県警がこれを執行するという形態が暫定的形態として採用された。その後、いくつかの県で公安条例が制定されて、県内市町村の公安条例が廃止されたところもある⁽⁶⁾。

時を経て、平成17年4月1日時点で、（施行中の）公安条例の存する市町村は35市であったとされる⁽⁷⁾。その後、いわゆる平成の大合併により、35市の中の一つである弘前市の公安条例は失効した⁽⁸⁾。

そこで、残る34市の例規集（web版）並びに議会提出の議案及びその議決結果により筆者が確認をしたところ、その34市全てで、令和6～7年にかけて、公安条例中の懲役・禁錮を規定する罰則規定についてこれを「拘禁刑」に変更することを内容とする改正条例を制定していた。どれも、当該市において「懲役」や「禁錮」を定める各種の条例について、一括してこれらを「拘禁刑」に改める整備条例の中で、公安条例の該当条項も改正するというものであった。

(6) この間の公安条例制定の広がりとも道府県の条例制定による市町村条例の廃止の経過については、人見剛「公安条例の歴史と問題の所在」地方自治総合研究所『地方自治からみた市公安条例の問題』（同、2007年）20～29頁を参照。

(7) 三野靖「自治体警察廃止後の市公安条例の問題」地方自治総合研究所・前掲6）32頁。

(8) 辻山幸宣（分担執筆分）「市町村合併と市公安条例」地方自治総合研究所・前掲6）94～95頁。

(9) 札幌市、宇都宮市、京都市、福知山市、宇治市、大阪市、枚方市、池田市、吹田市、高槻市、茨木市、東大阪市、八尾市、泉佐野市、岸和田市、守口市、堺市、泉大津市、神戸市、姫路市、洲本市、奈良市、大和高田市、米子市、岡山市、岩国市、光市、防府市、山口市、萩市、徳島市、高松市、坂出市、丸亀市の34市である。

2 警察法施行に伴う経過措置を定める政令

旧・警察法（昭和22年法律196号）時代に市町村条例が市町村警察の事務を定めていたものについて、警察法制定附則1項から31項までに定められていない経過措置は政令で定めるとされた（同附則32項）。

同項に基づき、警察法施行令（昭和29年政令151号）制定附則19項が、次の規定を設けている（【図表1】参照）。同制定附則を以下「施行令附則」という。

【図表1】警察法施行令制定附則19項

19 法の施行の際自治体警察を維持していた市（指定市を除く。以下本項中同じ。）町村の条例で現に効力を有するものの規定により当該自治体警察の機関又は職員の事務として定められていた事項は、当該市町村又は当該市町村を包括する都道府県が条例で別に定をするまでの間、当該市町村を包括する都道府県の都道府県警察の機関又は職員の事務として当該都道府県警察の機関又は職員が処理するものとする。

徳島市公安条例に基づく事務は、この規定に基づいて徳島県警察の機関・職員がこれを処理することになっている。

また、施行令附則19項では同項の適用が除かれている指定市（いわゆる五大市）については、警察法施行後1年間、市警察が存続していた（警察法制定附則28項）。当該指定市における市警察から府県警察への移管に伴う市条例の取扱いについては、「市警察の廃止に伴う経過措置に関する政令」（昭和30年政令79号）に次の規定が定められた（【図表2】参照）。この規定を以下「経過措置令10条」という。

【図表2】経過措置政令10条

第10条 法の施行の後1年を経過した際、指定市の条例で現に効力を有するものの規定により当該市警察の機関又は職員の事務として定められていた事項は、当該指定市又は指定府県が条例で別に定をするまでの間、当該指定府県の府県警察の機関又は職員の事務として当該府県警察の機関又は職員が処理するものとする。

ちなみに、施行令附則19項及び経過措置令10条は、関係文献に条文が掲載されているものの、市販の加除式法令集や「e-Gov 法令検索」では見ることができない。⁽¹⁰⁾ 編集上なぜか掲載が省略されている。条文は、当時の官報から確認するか、国立国会図書館のデジタルライブラリーに載る公布原本をオンラインで閲覧することによって確認することとなる。

施行令附則19項及び経過措置令10条の各規定は、適用対象となる市町村と施行時期が異なるが、市町村条例の取扱いに関する内容は実質的に同じと解される。そこで、施行令附則19項及び経過措置令10条が適用されて当分の間都道府県警察の機関・職員が執行をすることとなる条例をまとめて以下「県警移管条例」という。

県警移管条例に関しては、

- ① 警察法施行時に市町村警察が管理執行していた市町村条例のうち、どれあるいはどの部分が県警移管条例に該当するのか（県警移管条例の範囲）
- ② 県警移管条例を制定した市町村は、警察法施行後、当該条例を改正することができるか（県警移管条例改正の可否）

という2つの論点がある。

これまでの市公安条例に関する議論は、その条例の全部分が当然に県警移管条例に該当すると理解して、①の論点を等閑視していた。だが、3.3（2）の京都市風紀取締条例事件に関する評釈等の主張を踏まえると、まず①について検討する必要がある。

3 県警移管条例の範囲

3.1 論点

旧・警察法に基づき警察が置かれた市町村が定める条例のうち、当該市町村の市町村警察の機関・職員を名宛人とした行為規範を定めているものについては、少なくとも当該行為規範規定部分は県警の機関・職員が管理執行しているから、施行令附則19項及び経過措置令10条の規定の明文上、県警移管条例に該当する。

しかし、当該条例の全文が県警移管条例に該当するかどうかは明らかではない。

(10) 三野・前掲7) 35～36頁。

例えば、市町村条例が規定する刑事罰規定は、当該市町村の機関・職員が執行するものではないという解釈をすることもできるから、刑罰規定部分は県警移管条例に該当しないという解釈があり得る。

県警移管条例に該当する条例（又は条文）については、県警の機関・職員の事務を定めているものであるから、当該市町村の事務に該当するものではないので、市町村は当該県警移管条例（又は条項）を改正することができないという解釈となりそうである。だが後記4.1及び4.2で見るように県警移管条例であっても市町村が改正可能という解釈もあり得る。

これに対し、県警移管条例に該当しない条例あるいは条文は、当該県警の事務を定めていることにならないことから、それは当該市町村の事務を定めているものであって、当該市町村がこれを改正することができると解釈することがあり得る。この解釈を踏まえて、市公安条例中の懲役・禁錮の規定を県警移管条例に該当しないと解すると、これらの用語を「拘禁刑」に改正することには何ら問題がないことになる。

3.2 県警移管条例該当性の判断基準

こうした県警移管条例の該当性の判断基準については、大別すると次の2つの見解があり得る。

- ① 警察法施行時、市町村の事務分掌上、市町村警察が管理執行していた条例（全文）を県警移管条例とする（所管説）。
- ② 警察法施行時、市町村の事務分掌にあって、市町村警察が管理執行していた条例中で、当該市町村警察の機関・職員を名宛人とした行為規範を定めている条項部分を、県警移管条例とする（名宛人説）。

施行令附則19項及び経過措置令10条は「～機関又は職員の事務として定められていた事項」という表現であるが、「事項」を「条項」と理解する（名宛人説）か、広く「事柄」と捉えるか（所管説）で、両説があり得ることになる。市公安条例については、所管説を採れば条例全体が県警移管条例となる。対して、名宛人説を採れば市町村警察の行為規範を定めている規定は県警移管条例となる一方、例えば、罰則規定部分は県警移管条例とならないことになる。

なお、実際に市町村警察が管理執行していた市町村条例を県警に移管するに当たっては、そのどれを移管するのかについて、当該市町村（警察）と都道府県（県警）との間で協議が行われ、協議が整ったものだけが県警移管条例となったようである。⁽¹¹⁾ こうした協議は、上記①の所管説を前提としていたものと考えられる。また、市町村警察が所管していたが、県警移管条例としての都道府県との協議が整わなかった条例は、施行令附則19項及び経過措置令10条が適用されない条例ということになるので、警察法施行時点において、市町村警察から当該市町村の長の組織に、所管が移行したという説明をする必要がある。

3.3 風紀取締条例の問題

(1) 背景

県警移管条例該当性が問われるものに、市町村が制定した風紀取締条例がある。⁽¹²⁾

太平洋戦争後、日本政府当局には、占領軍兵士による買春があること前提に、占領軍から、性病管理の徹底が求められていた。そして、占領軍の示唆の下、各地で風紀取締条例が制定された。⁽¹³⁾ 労働省婦人少年局資料『売春に関する法令』（昭和30年）によれば、昭和30年7月時点で、12都県、35市、6町、3村で風紀取締条例が制定（施行）されていた。

風紀取締条例の多くは、住民の禁止行為を定め、義務違反に罰則規定を置くが、市町村警察組織の取り扱う事務について直接に定める条文がないというものである。そのため、市警察の機関が管理・執行していた風紀取締条例については県警移管条例に該当するのかが問われる。

ところで、3.2の札幌市と北海道の例にあるように、市町村と都道府県との協議により、市警察で所管していた風紀取締条例を都道府県警には移管せず、市長部局で引き続き市の条例として所管している例がある。⁽¹⁴⁾

(11) 例えば、札幌市『新札幌市史第5巻（通史5上）』（2002年）59頁によれば、「道警察本部側の求めにより、公安条例のみが存続となり、現在も生きている」としている。

(12) この条例は売春の取締りを主な内容としている。「売春取締り」「売いん取締り」「痴漢取締り」「風俗保安」「街娼取締り」などを題名に含む条例も、売春の取締りを内容としているものは本稿でいう「風紀取締条例」にあたるものとして検討を進める。

(13) 藤目あき「日米軍事同盟と売春取締り地方条例」「アジア現代女性史」編集委員会編『アジア現代女性史2』（明石書店、2006年）132～150頁。

また、小倉市風紀取締条例（昭和26年制定）と福岡県風紀取締条例（昭和27年制定）のように、県と市がともに同様の条例を制定していたことがある。⁽¹⁵⁾警察法が施行されると、市条例には、施行令附則19項の「都道府県が条例で別に定をするまでの間」が明文上適用されないから、警察法施行により市の風紀取締条例が県警移管条例となるものではないことになる。このため、上記昭和30年の労働省資料に掲載されている小倉市風紀取締条例は、郷土史の文献によれば昭和29年に廃止されたとされる。⁽¹⁶⁾『小倉市史』によれば同小倉市条例は小倉市警察が専任の係を置いて所管していた。『小倉市史』や『福岡県警察史』には小倉市条例の制定のことは載っているが廃止のことは載っていない。このため詳細を明らかにできないが、警察法施行後に福岡県警察が県条例と小倉市条例を併せて管理していたとは考えにくく、上記昭和29年廃止は、警察法施行時のことであったと思われる。

（２）京都市風紀取締条例事件

（い）事件と争点

具体的な裁判において風紀取締条例の県警移管条例該当性が直接に問題となったものは見当たらないが、この論点について考えさせられる事件がある。京都市風紀取締条例事件⁽¹⁷⁾である。

これは、平成8年4月24日に被告人が行った行為が京都市風紀取締条例（昭和27年条例11号）3条に当たるとして、同人が京都簡易裁判所に略式起訴された事件である。同条は、「売いんの目的で…立ちどまったり、うろついたり、または…つき

(14) 札幌市風紀取締条例は昭和28年3月に制定され、昭和33年4月1日（売春防止法の完全施行日）に廃止された（札幌市法制課から情報提供を受けた）。また岡山市でも「売春等取締条例」を昭和28年8月に制定し現在でも施行されているが、同条例は、現在、岡山市市民協働局市民生活部生活安全課で所管している（筆者の照会に対する同課からの回答）。

(15) 福岡高判昭和27年6月27日判特19号101頁は、「（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も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）市条例の規定が某県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ものというべく、」と述べたうえで、小倉市条例は福岡県条例に違反しないとした。

(16) 佐藤瑞枝「『志賀島村風紀取締条例』の制定・廃止経過」『福岡女たちの戦後第3号』（戦後の女性記録継承プロジェクト・福岡戦後史研究会、2018年）32頁。

(17) この事件に関しては、岡田博史・関西学院大学教授から資料提供とご教示を受けた。

まったり等して相手方を誘った者は5千円以下の罰金または拘留に処する。」という規定であった。

平成3年法律31号により、刑法等の罰金の引上げ等が行われて、罰金の額の寡額（下限額）も1万円に引き上げられた。自治体の条例については、1年間の猶予期間が与えられて、その間に罰金を引き上げることが予定されていた（平成3年法律31号附則2項）。しかし、京都市条例の改正は行われなかった。その結果、同条例の罰金規定が刑法15条（罰金は1万円以上と定めている）に抵触することになった。この事件では、同条例の罰金を定めた部分が失効したことを前提として、拘留を定めている部分も有効かどうかが問われた。拘留には執行猶予の言渡しができない（刑法25条1項参照）。条例の罰金刑が失効していて拘留刑のみが適用されるとすると、罪刑の均衡を欠く点で、拘留刑の規定も効力を失うのではないかというのである。

ちなみに、京都市風紀取締条例は、「刑法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係条例の整理等に関する条例」（令和7年京都市条例第3号）10条によって廃止された（同年6月1日施行）。

（ii）下級審判決

この事件の第一次第一審・京都簡決平成8年8月26日刑集53巻4号405頁は、拘留規定も含め、京都市風紀取締条例3条全部の規定が失効したとし、検察官の公訴を棄却した⁽¹⁸⁾。一方、抗告審・大阪高決平成8年10月3日刑集53巻4号407頁は、拘留の規定は失効していないとして本件を差し戻した。

差し戻後の第二次第一審（京都簡判平成9年3月10日刑集53巻4号409頁）及び控訴審（大阪高判平成9年11月5日刑集53巻4号410頁）では被告人に拘留刑が言い渡されていた。

（iii）最高裁判決

最決平成11年4月8日刑集53巻4号387頁は、「同条例3条は、…と定めているところ、そのうち、罰金を定めた部分については、…、同法施行の日から1年を経過した時点で効力を失うに至ったが、拘留を定めた部分は、なお罰則としての効

(18) この判決の結論と同じ見解を採るものとして、松宮孝明「罰金と拘留」法学セミナー547号（2000年）109頁がある。

力を有しているものと解すべきである…」と判示し、被告人の上告を棄却した。

(iv) 京都市の考え

この事件において、京都市が平成3年刑法改正に対応して本件条例の罰金刑の金額を引き上げなかったことの当否あるいは是非が本稿での検討対象となる。

京都市は、京都府警などと協議した上で、この条例が市警察時代の昭和27年に制定されたものであり、その後、警察法が改正されて都道府県警察となった関係で、新たに都道府県警察に義務を課すような条例の改正はできないと判断し、条例改正を見送った。⁽¹⁹⁾つまり、京都市は、風紀取締条例が県警移管条例に該当すると解し、しかも、県警移管条例につき京都市は（罰金の上限を引き上げるような内容の）改正を行うことができないという解釈をしていたことになる。前者の論点について、3.2の所管説を採用しているものと解される。

(v) 京都市の対応を批判する見解

これに対し、拘留刑しか科することができないことが異常事態であり、「現行警察法の下で市が有しないのは独自の警察組織を持つ権限だけであって、…取締りの対象を定めただけで警察組織の運営事務については何も定めていない風紀取締条例の改正権限を京都市はなお有している」と京都市の対応を批判する判例評釈がある。⁽²⁰⁾これは、3.2の名宛人説に立って、京都市条例が県警移管条例に該当しないと解しているように読める。

そしてこの見解は、警察法施行後の風紀取締条例の改正を認めている判決として、東京高裁判決を挙げている⁽²¹⁾ので、この判決を次の(3)で簡単に言及する。

なお、上記(iv)の京都市の解釈に理解を示しながらも、改正ができないのであれば風紀取締条例を廃止して新風紀取締条例を制定すべきであったとする判例評釈もある。⁽²²⁾

(19) 本件控訴審判決の刑集53巻4号412頁を参照。京都市の内部資料を踏まえて詳しく京都市の見解を示すものとして千手正治「判批」法学新報106巻5・6号(2000年)243~261頁(特に251~253頁)を参照。

(20) 和田俊憲「判批」ジュリスト1176号(2000年)112~115頁(特に115頁)。最高裁調査官は、これに同調する。宮崎英一「判解」『最判解説刑事篇平成11年度』(法曹会、2002年)82頁の(注7)を参照。

(21) 和田・前掲20) 115頁。

(22) 千手・前掲19) 258頁。

（３）横浜市風紀取締条例事件

本件は、昭和30年2月～4月にかけて被告人のした行為が、横浜市風紀取締条例（昭和26年条例48号）で規定する、売春のための場所を提供した者等に対する刑罰規定の犯罪にあたるとして起訴された刑事事件である。

被告人側は、横浜市警察は廃止された（昭和30年6月30日）ので、これに伴い横浜市風紀取締条例は廃止すべきであり、廃止手続がなされていないので違法な条例であるなどと主張していた。第一審・横浜簡判昭和31年1月16日判例タイムズ54号83頁は被告人の主張を斥けているが、本稿に関連する第二審判決を取り上げる。

第二審・東京高裁昭和31年12月17日裁判所ウェブサイトは、横浜市条例は①単に警察の組織や運営事務等警察行政に属する事項を規定しているにすぎない、②横浜市警察が廃止されるに至ったからといって条例が失効するいわれはないと述べている。

この高裁判決には、①の判示前に「普通地方公共団体である横浜市が憲法によって保障された自主立法権に基き憲法を母体とする地方自治法の定むるところに従い市議会の表決を経て制定されたもので、同市の制定する新たな条例による改廃ないしは右条例と抵触する法令の制定施行なきかぎりその効力に消長のある筋合ではなく、」（原文の促音を小書きに変更した）と述べる部分がある。前記（３）（v）で京都市の対応を批判する判例評釈は、この箇所を、傍論ながら警察法施行後も横浜市による風紀取締条例改正を認めている箇所であると理解する（本稿脚注20）参照）。だが、本件で被告人が罪を問われている行為は、横浜市警察廃止前のことである。市警察廃止後、神奈川県警察が本件市条例に基づき、事件を立件したのかもしれないが、本判決をもって経過措置令施行後も市条例の改正ができると解した判決とはいえないのではなからうか。

（４）検討

警察法施行後の市風紀取締条例の適用をめぐる裁判事件はほかにもあるが、判決文において、その条例の県警移管条例該当性に言及するものは見られない⁽²³⁾。また、この市風紀取締条例の県警移管条例該当性について、（２）の京都市事件も、（３）

(23) 例えば、横須賀市風紀取締条例に係る最判昭和34年4月23日刑集13巻4号450頁では、被告人が市条例の憲法14条（平等原則）違反等を主張していたが、簡単に斥けられている。

の横浜市事件も、裁判所は判断をしていないと考えられる。その上で筆者は、次のとおり考える。

第一に、施行令附則19項や経過措置令10条は、その文言からは、条文ではなく一件の条例単位で、それが県警移管条例に当たるかどうかを決することを想定していると思われる。実際、本稿脚注11)で挙げた、北海道警が札幌市に対してした公安条例のみを県警移管条例とする旨の要請は一件の条例単位でなされていたと考えられる。県警移管条例か否かを条文単位で判別するというのは、実務的に無理ではないだろうか。

第二に、3.2の名宛人説を貫くと、市町村警察の機関・職員の職務を定める規定でない条項は、県警移管条例に当たらないことになる。しかし、目的規定や定義規定など県警移管条例に当たらないと解することは、常識に合致しないのではないか。

第三に、例えば「●●した者は、××の罰を科す」との条例の規定は、受範者に「●●をしてはいけない」という行政上の義務を課している。自治体は、その行政上の義務について、条例の目的達成のために、自らその義務が履行されているかどうかを管理監督する職責を有する。条例中に当該自治体の機関・職員がする職務内容が具体的に明記されていない条文も含め、条例全体を当該自治体が執行しているのではないだろうか。

以上のように名宛人説は、実務的にも、解釈的にも問題がある。所管説が適切であると考えられる。

所管説に立つと、警察法施行前に都道府県が同様の風紀取締条例を制定していない場合において、市町村が制定しその警察が管理執行していた風紀取締条例は、同法施行までにその所管を市警察から市長に移管しなかったときは、同法施行後、施行令附則19項及び経過措置令10条によって、その条例全文が当該都道府県の県警移管条例となると解すべきである。

以下、県警移管条例該当性の判断基準につき所管説に立って検討を進める。

4 県警移管条例の改正の可否

4.1 県警移管条例の事務の帰属先

県警移管条例に対する当該市町村による改正の可否を検討する前提として、当該

県警移管条例の制定改廃と条例執行の事務の帰属先について、ここで検討を行う。このことについては、3つの考え方があり得る。以下では、それぞれを（1）～（3）で説明した上で、（4）で検討を行い、私見を述べる。

（1）都道府県の機関に対する機関委任事務説（機関委任事務説）

これは、県警移管条例に基づく事務はあくまでも同条例を制定した市町村の事務であると解したうえで、施行令附則や経過措置令という法令に基づく規定によって、県警の機関・職員に機関委任されたと解するものである。県警移管条例の事務の帰属先は当該市町村となり、その改廃の権限は、当然に当該市町村に留保されることになる。

（2）留保付き都道府県の法定事務説（留保説）

これは、施行令附則や経過措置令という法令に基づく規定によって県警移管条例に基づく事務は都道府県の事務として県警の機関・職員が担当するものであるが、県警移管条例の制定権者は市町村であるからその改廃権限は市町村に留保されているとするものである。この見解の下で、県警移管条例についてこれを制定した市町村がなお改正することができるかどうかについては、さらに施行令附則19項及び経過措置令10条の解釈を進めていくこととなる。

（3）権限吸上げによる都道府県の法定事務説（権限吸上げ説）

これは、警察法の制定によって、市町村警察の権限が都道府県警察にいわば吸い上げられることによって、当該市町村の事務が当該都道府県の事務となると解するものである。この見解では、県警移管条例の改廃権限も都道府県に留保されていると考えることになり、市町村は県警移管条例について改廃権限を持たないことになる。

（4）検討

（i）機関委任事務説について

まず（1）の機関委任事務説について、これを明示する公刊文献は（筆者の調

査不足かもしれない)見られない。また、判例も見出してない。

とはいえ、施行令附則や経過措置令の「都道府県(府県)警察の機関又は職員の仕事として」とある部分を、文言的に機関委任と解釈する余地はあると考えられる。

しかし、第一に、警察法施行とほぼ同時に発刊された同法の逐条解説書の執筆者である町田充(肩書は内閣法制局参事官)は、施行令附則19項の解釈に関して「従って、当該都道府県の機関又は職員が処理するのは自らの仕事として処理するのであって、市町村のために、市町村の委託、委任を受けて処理するものではない。従って(ママ)、また、都道府県はその処理に要する経費を市町村から支出させる等のことではないものと解するのである。」⁽²⁴⁾と述べて機関委任事務説を明確に否定している。

この後段の言及に関して、機関委任事務の経費については、事務の本来の帰属先である委任をした国や自治体がその経費を負担するのが地方財政法制上の基本原則であると考えられる。⁽²⁵⁾しかし、県警移管条例を都道府県が執行する場合の市町村の経費負担規定は見られない。実際、都道府県の市公安条例事務に係る経費を市が負担する例は見出せない。

第二に、機関委任事務説は、県警移管条例の事務の帰属先を市町村と理解することになるから、もし、都道府県警察が県警移管条例につき違法な職務執行を行って私人に損害を及ぼしたときは、その国家賠償法1条1項の賠償責任は、当該県警移管条例を制定した市町村が負うものとなるはずである(都道府県が責任を負う場合は同法3条によることになる)。だが、京都市の公安条例において違法な不許可処分を行って京都府が負うこととなった損害賠償は、国賠法1条1項によるものであった(京地判昭和50年3月25日判例時報781号41頁。同判決で確定)。一つの下級審判決だけから断言することはできないが、裁判所(司法)も、機関委任事務説は採用していないと推察される。

(24) 町田充『新警察法逐条解説』(近代警察社、1954年)322頁。施行令附則19項の解説部分。表記に当たり、原文の促音を大書きから小書きに改めた(同書からの引用は以下も同様とする)。なお、昭和27年8月1日から昭和37年6月30日までの同組織の正式名称は「法制局」であり、内閣法制局の名称に戻るのは昭和37年7月1日以降である。なぜ本書において著者の肩書が「内閣法制局参事官」なのかについて、筆者が調べた限りでは分らなかった。

(25) 国が法令により自治体に事務執行を義務付けたり、都道府県の事務を市町村が行うこととしたりする場合、国は自治体に対し、都道府県は市町村に対して、必要な財源措置をしなければならない(地方財政法13条、28条参照)。市町村条例の執行を都道府県の機関(県警)がする時も、その経費は市町村が負担することになるのが地方財政上の基本ではないだろうか。

第三に、機関委任事務であるならば、市町村はその条例執行に関して、都道府県の機関（県警）に対して指揮監督権があることになるのではないか。だが、警察法施行後は、市町村には警察に関する権限がないと思われ、そうすると、そうした指揮監督権もないと解さざるを得ない。これで機関委任事務といえるのだろうか。

第四に、第一次地方分権改革（とくに平成12年4月施行の自治法等の改正）以後の地方自治法制において、機関委任事務のような考え方を遺すことは妥当ではない。

もっとも、機関委任事務的な運用を想定する文献や機関委任事務の理解に立っているように解釈できる事務マニュアルもみられる。すなわち、市公安条例の中には、デモに対して許可制を採用し、その不許可や許可の取消しの際に、当該市の市議会に報告する旨の規定を設けることがある（この規定を以下「市議会報告規定」という）。この市議会報告規定を受け、県警が市公安条例に係る不許可や許可取消しをする際はその報告書をその市議会に通知する旨の事務処理基準を定めることがある⁽²⁶⁾。施行令附則19項及び経過措置令10条の解釈として県警が市議会に報告しなければならないというのである⁽²⁷⁾。これは、県警の機関が市警察条例の執行を機関委任事務として行っているような感覚であろう。確かに、警察法施行前は、その市公安条例に基づいて市議会が市の事務としての不許可の報告を受ける権限を有していたであろう。しかし、当該条例に基づく事務が都道府県の事務となったのであれば、市議会には報告を受領する権限はないようにも思われる。

（ii）権限吸上げ説と留保説について

次に、行論の便宜上、先に（3）権限吸上げ説を見ていく。この説を直接言明する公刊文献は見られない。これは、静岡県公安条例事件最高裁大法廷判決（最大判昭和35年7月20日刑集14巻9号1243頁）の多数意見に対する批判的見解として提示されたものを参考に筆者が構想したものである。

この静岡県事件は、次のようなものであった。同県は、旧・警察法時代に、デモ行進に対して「所轄の市町村の公安委員会」の許可を得ること等を内容とする公安条例

(26) 例：兵庫県「集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例の事務取扱規程」11条（神戸市議会、姫路市議会、洲本市議会への報告）。

(27) こうした解釈を示すものとして尾崎治『公安条例制定秘史』（柘植書房、1978年）282～283頁参照。なお、尾崎は、神戸市では公安条例制定後実際に不許可となった事例は一度もないことを挙げ、市議会報告規定を、「今や全く意味を持たない死文であるが」と断っている（283頁）。

を定めていた。本件は、無許可でデモ行進をした被告人が起訴された刑事事件である。

本件で第一審・静岡地判昭和28年11月20日刑集14巻9号1233頁は、静岡県条例を違憲であるとして被告人を無罪とした。その後、警察法が施行された後に、第二審・東京高判昭和29年9月11日刑集14巻9号1507頁が下された。この第二審でも第一審判決が維持された。また、調査官解説によると、警察法の立案者が静岡県に同条例に施行令附則19項の適用がないことについてサゼッションをしていたにもかかわらず、県は何らの措置もとらなかったようである。最高裁大法廷（多数意見）は、警察法施行によって静岡県条例の該当条文は死文化したとして、刑事訴訟法411条5号、同法413条ただし書の規定により原判決を破棄し、同法337条2号の刑が廃止された場合に該当するとして免訴の判決を下した。⁽²⁸⁾

この大法廷判決（多数意見）に対し、『ジュリスト』誌上の公安条例に関する座談会において、兼子一は静岡県条例につき自分の権限を市町村の公安委員会に委任した形なのであり委任関係が切れたらどこかへ吸い上げられるのではないかと最高裁判決を疑問視し、田中二郎も県条例で市町村の公安委員会に許可権を委任していたわけで、その市町村の公安委員会がなくなったときは当然県の公安委員会にその事務が引き継がれるのが筋ではないかと述べている。⁽²⁹⁾

ところで、都道府県の事務として定めた行政事務条例によって、県の行政事務（住民に義務を課し、又は権利を制限する事務）を市町村の機関に執行させることとするのは、そもそも許されないとするのが、昭和26年12月25日に行政実例で示されている。⁽³⁰⁾したがって、権限の吸上げをする前段階の静岡県条例で定める市町村公安委員会への権限委任をするかのような規定自体の適法性に疑義がある。だが、兼子一も田中二郎も、このことを問題視せずに、このような権限吸上げ論を展開していた。

さて、静岡県条例は県警移管条例ではないから、兼子一や田中二郎の権限吸上げ説の考え方が直ちに市町村の県警移管条例にも及ぶと考えることはできない。とは

(28) 田原義衛「判解」『最判解説刑事篇昭和35年度』（法曹会、1966年）278頁。

(29) 本判決には6人の反対意見があるが、反対意見の主張は本稿の主題との関係でここでは省略する。

(30) 座談会「最高裁の三つの公安条例判決」ジュリスト208号（1960年）46頁。

(31) 本通知の内容その他この問題について学説等を要領よくまとめてあり、参考文献を知るにも適切な文献として海老名富夫「都道府県・市町村関係における都県公安条例の問題」地方自治総合研究所・前掲6）77～80頁を参照。

いえ、施行令附則及び経過措置令によって、市町村条例による警察関係の権限も県警の機関に吸い上げられて県の事務となるという解釈も、文言上はあり得るものと思われる。

しかしながら、この権限吸上げ説は、警察法立案関係者の解釈とは異なっている。例えば、前出（i）の町田充は、施行令附則等の根拠となる警察法制定附則32項（経過措置の政令への委任規定）の解釈において「もともと市町村の条例は、市町村限りで改廃の措置をとるべきものであって、当該市町村が警察制度の改編を機会に廃止しようとしているものまでをも、当然に都道府県公安委員会と読み替えて存続させることは適当ではない⁽³²⁾」と述べていて、市町村条例に対する都道府県による介入につき批判的な見解を提示する。

また、法制局職員の小谷宏三は、昭和36年発行の雑誌に「市町村条例の一部改正は都道府県の所管事項ではなく、警察法施行令制定附則19項も都道府県条例を制定する権能を与えたものではない⁽³³⁾」と載せて、都道府県条例による市町村公安条例の改正を否定している。

以上からすると、警察法立案関係者や法制局関係者は、県警移管条例の事務の帰属先等について、上記（2）の留保説に立つと考えられる。

（iii）私見

県警移管条例の事務の帰属先に関する考え方のうち、機関委任事務説は、警察法立案関係者の採用する解釈でもなく、地方財政法や国家賠償法の上の解釈問題を持つもので難点が多い。しかも、20世紀末の地方分権改革によって法制上は機関委任事務体制を廃止しているにもかかわらず、現在でも例外的にこれが法制上残っていると解するのは適切でない。機関委任事務説を採用することはできず、県警移管条例の事務の帰属先は都道府県にある、と考えられる。問題は、県警移管条例の改廃の権限を有する主体についてである。

筆者は、施行令附則19項及び経過措置令10条の規定ぶりから、次のように考える。すなわち、もし、県警移管条例の改廃権限が吸い上げられて都道府県にあるとするならば、施行令附則19項及び経過措置令10条の規定は、「都道府県（指定府県）が

(32) 町田・前掲24) 283頁。

(33) 小谷宏三「法令質疑応答・市町村公安条例の一部改正について」時の法令408号（1961年）64頁。

条例で別に定をする」(傍点筆者)のではなく、県警移管条例は「都道府県が制定したもののみならず」といった趣旨を規定するのではないだろうか。敢えて「別に」とするのは、県警移管条例の改廃権限だけは市町村に残っているからこそ、別に都道府県条例を制定することとする規定とした考えられる。

以上から、警察法立案関係者の見解と同じく、筆者も、県警移管条例の事務の帰属先は都道府県(県警)にあるが、その県警移管条例の改廃権限だけはなお市町村に留保されていると解する。

4.2 県警移管条例改正の可否

4.1では、県警移管条例の改廃(傍点筆者)の権限を市町村が有すると安易に表記した。だが、この事務の本来の帰属先は都道府県であり、本来の事務の帰属先ではない市町村は県警移管条例の改廃を自由に行い得るのであろうか。以下では、条例の改正と廃止を分けて検討する。

(1) 県警移管条例の改正について

県警移管条例の改正については、学説や実例を考えると、次の①条例改正(全)否定説、②限定的条例改正肯定説、③条例改正肯定説があり、これら各説を概説した後、検討を加えて私見を提示する。

(i) 条例改正(全)否定説(改正権限凍結説)

まず、県警移管条例の改正はできないとする見解である。

先に挙げた小谷宏三は、昭和39年発行の雑誌に内閣法制局第一部参事官補の肩書⁽³⁴⁾で載せた解説において「市町村条例は、本来は、都道府県の機関に責務を課したり、権限を附与したりすることはできません。…(改行)…(警察法施行令附則19項の趣旨について述べる)…。(改行)したがって、市町村公安条例は、警察法施行当時の状態に、いわば釘づけになったまま、都道府県警察によって運用されているわけです。(改行)もしも、今後市町村がその条例をもって公安条例を改正するとす

(34) 同年に小谷は「内閣法制局参事官補兼警察庁総務課付警視」の肩書で別の論文を発表している。同「公安条例の解釈に関する二、三の問題点について(上)(下)」警察学論集17巻4号・5号(1964年)。この警察学論集掲載論文に、県警移管条例関連の記述はない。

れば、それは、新たに新しい市町村公安条例を制定してその条例による事務を都道府県の機関に処理させようとするのと同じことになってしまい、警察法施行令附則第19項は、そこまでも認めているわけではありません。⁽³⁵⁾」と述べ、結論として、市町村公安条例は、当該市町村の条例をもって廃止することができるが、改正することは不可能と思われるとした。

昭和36年の文献（本稿脚注33）参照）と併せ読むと、「市町村公安条例の制定廃権限は市町村にあるが、改正権限は施行令附則19項及び経過措置令10条によって凍結されている」といった趣旨になるのではないと思われる。ただし、小谷の見解がおよそ一切の公安条例の改正を認めない（すなわち、次の（ii）の体裁や形式の改正も認めない）とする趣旨であるかどうかは、昭和36年と昭和39年の文献だけでは判別できない。

なお、県警移管条例の事務の帰属先が都道府県であることを理由に、同条例につき改正も廃止も認めない学説もある。⁽³⁶⁾

（ii）限定的条例改正肯定説

これは、「市公安条例の内容の改正をすることはできないが、内容の改正を伴わない、体裁や形式的な変更は例外的になしうる」とする考え方である。

例えば、県警移管条例において法律のある条文を引用している場合において、その法律の用語が変更されたときや、条項の移動があって引用条文の移動が必要なときなどに、その県警移管条例の内容の同一性を維持して執行をするために、用語変更などをするものである。これは、条例を改正せずに変更解釈⁽³⁷⁾によって対応することが望ましくないと考えた上での必要最低限の補正をするという考え方に基づくものといえよう。

実例としては、警察法施行時に市公安条例中の「警察吏員」を「警察官」「警察職員」に改正した神戸市の例が紹介されている。⁽³⁸⁾

(35) 小谷宏三「『読者の声』についての所見」時の法令515号（1964年）59頁。

(36) 辻山・前掲8）93頁。

(37) 変更解釈とは、「法令の規定の文字の意味を変更して、別の意味に解釈すること」をいう（佐藤達夫『法制執務提要（第2次改訂新版）』（学陽書房、1968年）383頁）。これは、「立法上の誤りであることが明らかであるときか、その他事情が非常にはっきりしている場合に限って許されることであって、それをむやみに用いることは、法令の安定性からいって危険なことである」とされている（同書384頁。促音の大書きは小書きに変更した）。

また、筆者が勤務していた札幌市では、昭和36年に、同年札幌市条例32号（札幌市条例を左横書きに改める条例）によって、条例を縦書きから横書きに改めた。同条例では、従前の縦書きで表記されていた条例中の漢数字をアラビア数字に改めるといった字句の改正も併せて行っている。市公安条例も、この一括条例の中で、表記の縦書きを横書きにしたことにしている。この札幌市公安条例の改正は、小谷の否定説を了知した上で故意に行ったのであれば、⁽³⁹⁾「限定的条例改正肯定説」に立って措置した条例改正であったということになろう。元内閣法制局長官の林修三は、法令は縦書きでも私的に利用したり出版したりする場合などに横書きにすることはさしつかえないとする⁽⁴¹⁾。確かに、国の法律は縦書きだが「e-Gov 法令検索」の画面は横書き表示である。ただし、彼は、「法令を正式によこ書きにしようとする場合には、法令の形式や法令上の言葉づかいについて若干の修正を加える必要があるであろう」とも述べている⁽⁴²⁾。その点で、横書き化が単なる形式的修正といえるのかは、問題である。⁽⁴³⁾

さらに、岩国市では昭和63年に公安条例1条の目的規定を改正しており、これは内容の改正ではないと市当局は主張していた模様である⁽⁴⁴⁾。これも、限定的条例改正肯定説と位置付けられる。

また、平成18～19年にかけて、岩国市、防府市、坂出市、丸亀市の4市は、市公安条例に解釈指針規定の条文を設けている。4市のうち岩国市については昭和63年

(38) 尾崎・前掲27) 278～279頁。ここで挙げられている神戸市の条例改正は昭和29年6月30日に公布されている。つまり、厳密には警察法施行の前日になされた。このほか、萩市が同年10月に、同様の改正をしたようである（三野・前掲7）62頁を参照。

(39) 小谷・前掲33)、小谷・前掲35)を載せていた『時の法令』は、筆者の在籍（平成元年～同5年度）時点では、職場に常備してあったし、既刊を製本していたので、昭和36年当時も常備していたのではないかと思われる。

(40) そのほかに、例えば、岸和田市は、昭和37年に「文書左横書きに関する特別措置条例」を制定し（同年岸和田市条例14号）、その第2条前段は、「この条例の施行前に制定された条例は、左横書きに改める。」と規定する。ところが、同市の例規集（web版）上の公安条例の附則には、公安条例をこの特別措置条例により左横書きにしたという改正経緯を載せていない。

(41) 林修三『法令作成の常識（第2版）』（日本評論社、1975年）54頁。原文は「たて書」、「よこ書」だが、本文のように漢字表記に揃えた。

(42) 東京都など、自治体の例規集も、縦書きのものを便宜上横書きでweb表示するところがある（東京都は、例規集の正式名称も「令規集」であり、「例規集」ではない）。

(43) 林・前掲41) 54頁。

(44) 三野靖（分担執筆分）「市町村合併と市公安条例」地方自治総合研究所・前掲6）112～113頁。

改正と同じように、内容の改正ではないという理由でこの解釈指針規定の整備を正当化するのかもしれない。

ただ、限定的条例改正肯定説は、合理的ではないように思われる。そのような形式的な改正も含めて、本来は、「都道府県が条例で別に定をする」（施行令附則19項）ことが予定されているからである。この説は、結局、市当局のご都合主義を粉飾していると指摘されても仕方がないだろう。

（iii）条例改正肯定説

これは、市町村条例はあくまでその市町村がその事務として条例を定めたものであるから、法律で特別に失効規定を置くような場合⁽⁴⁵⁾でない限り、その改廃についても当然に当該市町村が権限を有すると解するものである。

この場合における施行令附則19項及び経過措置令10条の「都道府県警察の機関又は職員の事務として…」とある部分は、政令によって、市町村条例の執行事務だけを都道府県（警察の機関・職員）の事務に特別に切り分けたものと解することになると思われる⁽⁴⁶⁾。

この考え方を明示的に公にした論考を探し出せていないが、前記3.3(2)(v)で京都市の対応を批判する学説は、もし、京都市の風紀取締条例が県警移管条例にあたるという解釈に立つならば、この説により条例改正を肯定し、逆に京都市が条例改正をしなかったことを責めるものになると考えられる。

また、前掲3.3(3)の横浜簡裁昭和31年判決は、「横浜市としては市警察の廃止によって自己の警察組織を有しなくなった結果（…）、自己の警察によってはその取締の執行をすることができず、これを国又は都道府県の警察の力に俟たなければならぬというに止まる」と述べていて、この条例改正肯定説に立った判決のようにも読める。ただし、この判決は、警察法施行後の市条例改正の可否に関わる判示をするものではない。

条例改正肯定説の下で、市町村が県警移管条例に関して内容上の改正をしようと

(45) 売春防止法制定附則4項参照。

(46) 千手・前掲19) 251頁及び260頁の注12参照。なお、県警等の行う事務の機関委任事務的解釈によって、移行条例の事務の帰属先を市町村と解したときもその移行条例の改正は可能となるが、本稿ではその説を採らない（前記4.1参照）ので、この4.2以下では、機関委任事務的解釈を前提とした検討は扱わない。

する場合は、当該市町村との条例の執行を担う都道府県（県警）との間で協議を行い、都道府県（県警）側の同意が事実上必要になると考えられる。⁽⁴⁷⁾

(iv) 検討（私見）

施行令附則19項及び経過措置令10条には、県警移管条例の改廃に関して具体的に定める文言はないから、この県警移管条例にも自治法14条1項の規定が適用される。そうすると、県警移管条例を制定した市町村（公安条例制定市）は、県警移管条例に係る事務が都道府県に移管し自身の事務ではなくなっているため、同項に規定する「第2条第2項の事務」ではない県警移管条例に定める事項に関してこれを制定改廃することは、できないことになると考えられる。小谷宏三が昭和39年の『時の法令』に載せた「釘づけ」論（本稿脚注35）参照）は、このことを表していると考えられる。

以上から、上記（iii）の条例改正肯定説は採用できない。そして、原則論に照らせば、（i）の条例改正否定説が形式的に分かりやすく適切な解釈になると考える。もっとも、県警移管条例の内容を一切変更しないが体裁（例：縦書きから横書きへの変更）など実質的な内容を変更しないものは、「第2条第2項の事務」について定める改正条例ではなく、その一方で当該県警移管条例の改廃権限がなお市町村に留保されていることから、条例改正が可能（限定的条例改正肯定説）と解することが絶対に許されないとまでは言い切れないように思われる。ただし、これも本来の事務の帰属先である都道府県（県警）側が改めて別の条例を制定すれば済むことである。

本稿では「少なくとも、県警移管条例（市公安条例）の内容の変更は許されない」ことを結論として、次の検討に進む。

(2) 県警移管条例の廃止について

県警移管条例の事務が都道府県に帰属するのであれば、これを改正するだけではなく、廃止することも認められないとするのが、より首尾一貫した解釈になるので

(47) 原島良成・中央大学教授からの教示による。なお、県警側が同意できない内容の条例であれば、県警はそうした内容の条例執行は行わないという選択をすることができる。「関与」のような仕組みによって、都道府県が不執行の事務を市町村が是正することができる制度がなければ、都道府県側の拒否により、その条例に基づく事務は執行されなくなる。

はなかろうか（本稿脚注36）参照）。これに対し、小谷宏三は県警移管条例を廃止できるとしているが、⁽⁴⁸⁾結論だけを示してその理由は分からない。

ただ、もし廃止ができなくなると、県警移管条例（市公安条例）はいわば浮遊状態にあり続けることになる。施行令附則19項及び経過措置令10条によって「都道府県が条例で別の定」をしたときにも、市町村は県警移管条例を廃止できないことになる、一般の住民には、条例の適用関係が分かりにくい。

そこで、「県警移管条例を廃止することが、市町村が自身の事務でないものであるにもかかわらずこれを当該市町村の事務として規定する条例を廃止して、いわば法的には無の状態であることを明文上確認するものであることを趣旨とする場合は、可能である。」と解したい。

このとき、実務上は、県警移管条例を執行する都道府県（県警）と協議をして、その合意の下で県警移管条例を廃止することになると考えられる。なお、都道府県は、必要に応じて、施行令附則19項及び経過措置令10条の「条例で別の定をする」ことができるし、警察法令上、都道府県との協議を義務付けているわけではないことから、市町村は都道府県の合意がなくても県警移管条例を廃止することができると考えられる。

4.3 県警移管条例の改正が違法の場合の効果

違法な条例は、無効である（自治法2条17項参照）。それでは、4.2の考察で私見では許されない内容の改正を図った場合の県警移管条例はどうなるだろうか。これには、県警移管条例全部無効説と県警移管条例内容改正部分無効説が考えられる。

（1）全部無効説

この見解は違法な県警移管条例の改正内容が改正先の県警移管条例に溶け込むことで、改正条例施行時点で県警移管条例の全部が無効となると解するものである。

(48) 小谷・前掲35) 59頁。

(2) 内容改正部分無効説

これは、県警移管条例の改正そのものが無効なのであるから、改正先の条例に溶け込む前から無効であり、結果としてその改正条例による改正は行われぬ（改正部分が無効）と解するものである。

(3) 検討

（違法な）内容改正を図ろうとする条例（の提案者）は、県警移管条例自体の廃止を目論む意図はないと解される。また、条例改正を行わなかった事例であるが、京都市風紀取締条例事件において最高裁は、法律によって執行不可となった条例の罰金刑規定の部分のみを無効としている（前記3.3（2）（iii））。

違法な部分だけを無効とすることで残りの部分を適法に執行できるのであれば、改正部分無効説が、実務に混乱を来さない措置であるから適切であると、筆者は考える。

4.4 平成の大合併と市公安条例

(1) 問題の背景

市町村に関する「平成の（大）合併」⁽⁴⁹⁾期にも、市公安条例の扱いが問題となったことがある。当時、公安条例制定市でも、その多くが周辺市町村との合併を進めた。

市町村合併には、編入合併と新設合併の2つの方式がある。前者（編入合併）は、合併をする側の「合併市町村」が、合併される側の市町村（合併関係市町村）の全部又は一部を編入して行う合併である（市町村の合併の特例に関する法律2条1項）。後者（新設合併）は、2以上の市町村の区域の全部又は一部をもって新たに一つの市町村を置くことをいう（同項）。

そして、合併市町村の条例、規則等（＝例規）の一般的取扱い、次のようになる。

- ① 編入合併の場合～合併市町村の例規がそのまま残り、編入された合併関係市町村に当該例規を適用するため、当該例規につき所要の規定整備等を行う。
- ② 新設合併の場合～必要な条例・規則について、

(49) 総務省は、平成11年以降のおおむね10年間を「平成の合併」と表記している（同省「平成の合併について」2010年3月）。

- (ア) 地方自治法施行令1条の2の規定により定められた新設市町村の長の職務を行う者が専決処分（自治法179条）してこれを制定する。同令を以下「自治令」といい、当該職務を行う者を「市長職務執行者⁽⁵⁰⁾」という。
- (イ) 又は、市長職務執行者は、必要な事項につき条例又は規則が制定施行されるまでの間、従来その地域に施行された条例又は規則を当該新設市の条例又は規則として当該地域に引き続き施行する（自治令3条。下線は筆者による）。なお、下線により、暫定的に施行される条例を「暫定条例」という。

（２）市町村合併時の市公安条例の取扱いとその問題

平成の大合併時、合併前に制定されていた市公安条例についての扱いは、次のようになっていた。

- ① 編入合併に際して、公安条例制定市が合併市町村となるときは、その市公安条例が引き続き施行され、条例の適用区域が編入された合併関係市町村の区域に拡大⁽⁵¹⁾する。
- ② 新設合併において、新設市町村が市公安条例を新たに制定することは、市公安条例の事務はその市に帰属していないので、行えない。そこで、公安条例制定市が、周辺市町村と新設合併をすることとしたときは、従来の市公安条例を暫定条例として旧市の区域に適用⁽⁵²⁾する。

これらの取扱いには、次の疑問あるいは問題がある。

第一に、編入合併に際して、市公安条例の区域が合併関係市町村の区域にまで拡大すると考えられていることである。このような市公安条例適用区域の拡大は、いわゆる昭和の合併時、警察法施行後における公安条例制定市における合併においても、問題視されることなく実施されていたようである⁽⁵³⁾。だが、条例の適用区域の拡大も条例の内容の変更であると解釈できる。そうすると、本稿の考え方（4.2）の下では、そうした適用区域の拡大部分は違法となる（4.3）のではないだろう

(50) この表記は、佐藤文俊・前掲4）95頁の「市（町村）長職務執行者」の表記に準じた。

(51) 辻山・前掲8）95頁。

(52) 平成の大合併時、洲本市、米子市、岩国市、光市、山口市、萩市、丸亀市がこの暫定施行によつたとされる（辻山・前掲8）94頁参照）。

(53) 辻山・前掲8）96～108頁参照。

か。

第二に、新設合併に際して、市長職務執行者には、市公安条例を暫定施行する権限があるのだろうか。新設合併時に市公安条例を暫定施行させるというのは、各県の警察から示唆・指導があったようである⁽⁵⁴⁾。だが、施行令附則19項及び経過措置令10条によって、市公安条例の執行権限は明らかに県警に移管しているのだから、そもそも市長職務執行者が市公安条例を暫定施行させる権限は持っていないのではないかと疑問がある。また、暫定施行させる対象となる条例は、自治令3条により「必要な事項につき条例又は規則が制定施行されるまでの間」とあるが、そもそも市公安条例は新設合併された市において新たに制定されることはないから、暫定施行の対象とならないのではないだろうか⁽⁵⁵⁾。

このように、市町村合併に伴う市公安条例の効力の範囲やその有効性については、施行令附則19項及び経過措置令10条と地方自治法制（市町村合併法制）との間では、解釈論による適切な解釈ができないという問題を含んでいると思われる。

5 拘禁刑の創設と市公安条例改正の可否

5.1 拘禁刑の創設

(1) 改正条文の内容

令和4年法律67号による刑法等の改正により、刑法で定める自由刑（身体を拘束する刑）の懲役・禁錮が廃止され、代わりに「拘禁刑」が創設され、改正法は令和7年6月1日から施行されている。

「拘禁刑」の内容は、「刑事施設に拘置し」（刑法12条2項）、受刑者には「改善更正を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができる」（同条3項）というものである。ここで、従来の懲役・禁錮の刑と、拘禁刑とを、【図表3】のとおり並べて比較する。

(54) 森雅幹「米子市公安条例をめぐって」地方自治総合研究所・前掲6）5～15頁参照。

(55) 辻山・前掲8）95頁も同旨と思われる。

(56) 日本国憲法34条には「何人も、…抑留又は拘禁されない。又、…」と規定されている。本条につき「身体の拘束のうち、一時的なものが抑留、より継続的なものが拘禁である」とされる（芦部信喜『憲法（第8版）』（岩波書店、2023年）269頁）。この憲法の「拘禁」と「拘禁刑」とは内容が異なる。このことについて、漆畑貴久「刑法等改正における「拘禁刑」創設の意味」法政治研究9号（2023年）114頁の注1）を参照。

【図表3】刑法改正による懲役・禁錮の刑と拘禁刑の比較

改正前	改正後
【懲役】 刑事施設に拘置して所定の作業を行わせる。	【拘禁刑】 i) 刑事施設に拘置する。 ii) 改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、又は必要な指導を行うことができる。
【禁錮】 刑事施設に拘置する。	

（出典）法務省：刑法等の一部を改正する法律（令和4年6月13日成立）の概要説明から。

拘禁刑は、懲役・禁錮と比べ、①「刑事施設に拘置する」と、②「作業を行わせ」ることは同様であるが、拘禁刑では、これらに加えて、②「改善更生を図るため」の「作業」と「必要な指導」が行われる。この③の内容を、以下では「作業・指導」と省略する。

このように、「作業・指導」を除けば、拘禁刑は、刑事施設に拘置されるということについては、懲役・禁錮とその内容が共通するといえるかもしれない。これに「作業・指導」が加わっているからこそ、拘禁刑は懲役・禁錮と異なる新しい刑であると見方もあり得る。

なお、「作業・指導」は、拘禁刑創設前も、従来から「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」（刑事収容施設法）にある程度規定があり、実施されていたものである。さらに、拘禁刑創設に関わる令和4年法律67号において、刑事収容施設法についても、「矯正処遇に係る規定」の整備（充実化）が行われた。

（2）「作業・指導」の位置付け

令和4年法律67号による刑法等の改正にあつては、改正案に関わる法務省・法制審議会では、自由刑の単一化に加え、「作業・指導」を刑の内容とすべきかどうかで議論が割れた。結局、拘置と「作業・指導」の項を書き分ける形で条文化がなされた。さらに、「作業・指導」が刑の内容に含まれるかどうかについては、国会審議でも最後まで政府は明らかにしなかったとされる。⁽⁵⁷⁾

(57) この経緯について差し当たり、赤池一将「拘禁刑と「矯正に必要な処遇」」法律時報96巻12号

このような経緯もあり、拘禁刑の意義や本質については、刑事法や刑事政策の研究者・関係者において、現在でも議論が続いている⁽⁵⁸⁾。

ここで、「作業・指導」が、受刑者に苦痛を与えるものとして「刑」の一種であると考え、禁錮刑が実質懲役刑になったような形となり、拘禁刑が「作業・指導」も刑の内容に加わったものとして、自由刑の重罰化をもたらしたという見方ができる⁽⁵⁹⁾。

これに対し、「刑の内容」と「刑の執行」を分け、改正刑法12条が2項と3項を書き分けた経緯を検討し、あるいは「作業・指導」は「行うことができる」であってその文言を刑の内容と解するのは困難であると主張して、「作業・指導」を刑の内容としない解釈も有力である⁽⁶⁰⁾。

5.2 市公安条例中の懲役・禁錮を拘禁刑に変更することの可否とその効果

(1) 論点

前記4までで見てきたように、筆者は「少なくとも、市(町村)は、県警移管条例(市公安条例)の内容を変更することはできない」との解釈に立つ。そうすると、今般34市全ての市公安条例でなされた懲役・禁錮の「拘禁刑」への変更企図行為は、それが、内容の変更を伴わないものである場合は、適法となるかもしれないことになる。

そこで、市公安条例における「拘禁刑」を定める条例改正が、県警移管条例の内容の改正に当たるかどうか、あるいは内容の改正を伴わない体裁や形式的な変更にとどまるかどうかを検討していく。

(2024年)112～113頁を参照。

(58) 赤池・前掲57)のほか、同論文も含めた法律時報誌のシリーズ「拘禁刑時代の施設処遇」(連載中)の各論考などがあり、筆者の能力の限界で、文献を網羅的に挙げることができていない。本稿の各脚注で挙げる文献のほか、井田良「拘禁刑創設と刑罰理論をめぐって」ノモス53号(2023年)19～38頁を参照。

(59) 漆畑・前掲56)114頁は、この刑法等の改正を、従来の実務に法的根拠を与えること、作業以外の指導を可能にする環境を整備したことに意義があると評している。このため、拘禁刑創設の認識としては、こちらの位置付けが強くなるかもしれない。

(60) 赤池・前掲57)のほか、高橋則夫「拘禁刑の創設について－受刑者処遇の理論的・実践的課題」ジュリスト1879号(2023年)98～103頁。

（２）検討

「作業・指導」を拘禁刑の内容としないという解釈を採用する場合、懲役・禁錮と「拘禁刑」は、刑事施設に拘置するという点で、懲役・禁錮と刑の内容は変わらないという理解をすることができそうである。その理解に立てば、市公安条例における「拘禁刑」の規定化は内容の変更には当たらないと解することができるかもしれない。

しかし、この理解は、5.1（2）で見たように、学説の一部では唱えられてはいるものの、国会審議からすると確定した解釈になったとはいえない。判例もまだ出ていない。上記を理由としただけで、市公安条例において懲役・禁錮を「拘禁刑」に改めることを、その市が内容の変更ではないからなし得るということではできないと解される。

また、拘禁刑の執行を受ける者は、それが刑罰ではないとしても、刑事収容施設法に基づいて「作業・指導」を受ける義務を負うことになる。懲役・禁錮と「拘禁刑」とでは、受刑者が負う義務・負担の質が異なると解するのがむしろ常識なのではないか。

懲役・禁錮の刑を定めていた各種の法律が、仮に全てこれらを単純に「拘禁刑」と変更していたとしても、それは各罰則規定について立法者が、懲役・禁錮とは質の異なる「拘禁刑」に変更してよいかという内容についての判断をした上での変更になると考えられる。

条例において、懲役・禁錮を「拘禁刑」に変更する場合でも、条例制定権者は、「拘禁刑」として新たに加わった義務を課することが、各条例の目的達成にとって、あるいは、その条例の立案上の要配慮事項（例えば、比例原則充足性⁽⁶¹⁾）から見て、妥当かあるいは適法かどうかという内容の判断をしていることになるのではないか。

そして、市は市公安条例（県警移管条例）の事務を所管していないから、「拘禁刑」による新たな義務・負担を課することが当該市公安条例の目的達成にとって適切妥当かどうかを判断する権限を持っていないし、その能力も現在は保持していない。

したがって、筆者は、市が、市公安条例中の懲役・禁錮を「拘禁刑」に変更する

(61) 条例制定における比例原則充足性については、差し当たり、武田真一郎「条例制定権と比例原則」成蹊法学92号（2020年）1～27頁を参照。

ことはできず、そのことを企図した条例を制定してもその内容は無効であると解する。その結果、市公安条例違反罪は、懲役・禁錮となっている部分が違法無効となり（4.3（3）参照）、仮に本罪で処罰されるとしても罰金刑が適用されることとなる。

おわりに

（1）本稿のまとめ

本稿は、次のようにまとめられる。

第一に、施行令附則19項及び経過措置令10条が適用される県警移管条例となるかどうかは、警察法施行時に、その規定する個々の条文ではなく一件の条例を単位して、市町村警察でその条例を所管しているかどうかで判断すべきである。市公安条例は典型的な県警移管条例であるといえるが、ほかに市警察が管理執行していた風紀取締条例も、県警移管条例となる場合がある。

第二に、市公安条例を中心とした県警移管条例について、少なくとも、市町村は内容の変更（改正）をすることができない。

第三に、許されない内容の変更（改正）をしようとした条例は、その変更（改正）をしようとした部分が無効となる。

第四に、刑法の懲役・禁錮の刑の「拘禁刑」への変更は、県警移管条例の改正の可否を検討するという観点からは、単に自由刑が一本化されたというものにとどまらず、刑の質・内容を変更したものである。

第五に、市公安条例中の「懲役」や「禁錮」を「拘禁刑」に変更することは、県警移管条例の形式的な変更を許容する見解に立ったとしても、許されない。

第六に、市公安条例中につき「拘禁刑」に変更しようとした部分は無効となる。現行の市公安条例における刑罰は、拘禁刑以外に当該条例において定めるところの罰金刑だけとなる。

（2）今後の市公安条例のあり方

本稿は、

- ① 現在の市公安条例が不要であるということ

② 公安条例中に「拘禁刑」を置くべきではないということ
を主張するものではない。

市公安条例を含む公安条例の内容には、「表現の自由」という基本的人権の侵害の観点から、憲法上の問題が指摘され続けている。このことには留意しなければならない。⁽⁶²⁾しかし、徳島市公安条例事件最高裁判決に見るように、判例上、現行の公安条例の内容が頭から否定されることはほほないものと思われる。それに、都県の公安条例が懲役・禁錮を「拘禁刑」に変更したことについて、これを問題視する論考は見られない。

道府県において新たに市公安条例と同内容の公安条例を制定し、その中で市公安条例の懲役・禁錮を「拘禁刑」にしても、直ちには違法とならないものと解する。

なお、本稿の検討結果は、市公安条例における懲役・禁錮の「拘禁刑」への変更を否定するものであるから、条例変更を企図した市当局の関係者の意には添わないものであろう。しかし、市公安条例の執行は道府県の事務であって、当該公安条例制定市の事務ではないから、「拘禁刑」の条文部分が無効であっても、その市の市政執行には影響がない。それに、市公安条例違反罪で懲役・禁錮（拘禁刑）までもが問題となる裁判事件は、ここ数十年、起きていないと思われる。⁽⁶³⁾刑事事件で「拘禁刑」が求刑されるような状況になって、やっと市公安条例における「拘禁刑」創設の改正の可否が裁判所で審理され得ることになる。その点で、本稿は、実務には影響がなかろう。それでも、こうした市公安条例の改正が法的に適法・違法であることについての検討は続けるべきと、筆者は考える。

現在、市公安条例をなおも執行する道府県では、施行令附則や経過措置令が「都道府県が条例で別に定をするまでの間」とあるものについて、もう70年以上も必要な(?)条例を定めていないことになる。これが正常なことだとは、およそ解されない。筆者は、これを早期に正してほしいと考える。

(62) 最近の指摘として、木村草太「判批（徳島市判決）長谷部恭男ほか『憲法判例百選Ⅰ（第8版）』（有斐閣、2025年）173～175頁。

(63) 判例データベースで調べると、市公安条例をめぐる刑事裁判事件は、少なくとも「平成」年代以降は、見当たらない。

論 説

追記：原稿送付後、札幌市・京都市ではない某公安条例制定市の法規事務担当者から、拘禁刑創設に伴う同市の公安条例の検討に関する経緯を徴することができた。その市では、公安条例の廃止も議論があったが、警察との協議の後、この度の措置となったとのことである。他の市においても、警察との同様の協議が行われた結果の措置であった可能性がある。