



Title	韓国における条例制定権の範囲と限界（1）：日本の条例論との比較検討を中心に
Author(s)	鄭, 原昌
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 58(4), 279 [1907]–333 [1961]
Issue Date	2007-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/30248
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(4)_279-333.pdf



韓国における条例制定権の範囲と限界（一）

——日本の条例論との比較検討を中心に——

鄭 原 昌

目 次

はじめに

第一章 韓国の地方自治法制における条例の位置づけ

第一節 現行法上の条例制定権の根拠

第二節 条例の法的性質に関する学説

一・ 条例自主立法説

二・ 条例委任立法説

三・ 学説の検討

第三節 小括

第二章 地方自治団体の事務と条例制定権

第一節 地方自治団体の事務

一・ 事務の種類

(一) 自治事務（固有事務）

(二) 委任事務

一） 団体委任事務

二） 機関委任事務

二・ 自治事務、団体委任事務、機関委任事務の立法上の区別

第二節 事務の配分

第三節 事務の種類と判例の傾向

一・ 判例の傾向

(一) 委任の根拠法令がない機関委任事務を規定した条例

(二) 委任の範囲を逸脱した委任状例

(三) 条例の規定対象外の場合

二・ 判例の検討

第四節 小括

第三章 条例の法律適合性

第一節 概説

〔以上本号〕

第二節 憲法上の「法令の範囲内」の解釈

第三節 住民の権利・義務に対する法律留保事項と条例

一．学説

（一）合憲説

（二）違憲説

二．行政機関の見解

三．判例の傾向

四．関連判例

第四節 条例制定権の憲法上の限界

一．概説

二．基本的人権と条例

（一）平等原則と条例

（二）概説

（三）関連判例

（四）職業選択の自由と条例

（一）概説

（二）関連判例

（三）表現の自由と条例

（四）財産権法定主義と条例

（一）学説

（二）財産権規制不能説

（三）財産権規制許容説

① 財産権行使規制許容説

- ② 条例準法律説
 - ③ 憲法受授權説
 - (二) 学説の検討
 - (三) 関連判例
 - 四、罪刑法定主義と条例
 - (一) 合憲説
 - 一) 条例準法律説
 - 二) 法律授權説
 - 三) 憲法授權説
 - (二) 違憲説
 - (三) 学説の検討
 - (四) 地方自治法第二〇条の問題点及び改正方案
 - 五、租税法律主義と条例
 - (一) 学説
 - 一) 地方税条例主義
 - 二) 地方税法律主義
 - (二) 学説の検討
 - (三) 関連判例
- 第五節 法律優位の原則と条例制定権の限界
- 一、法律優位の原則と条例
 - 二、法律空白領域と条例
 - 三、法律と異なる目的の条例
 - 四、超過条例及び追加条例

- (一) 超過条例を適法とした判例
- (二) 超過条例を違法とした判例
- 第六節 小括
- 第四章 条例に対する統制
- 第一節 住民による統制
 - 一・条例の制定及び改廃請求権
 - (一) 意義
 - (二) 請求権の内容
 - 二・請願権及び住民の訴願権
- 第二節 立法的統制
- 第三節 行政的統制
 - 一・再議要求による統制
 - (一) 意義
 - (二) 再議要求制度の類型
 - (三) 再議要求権者
 - (四) 条例案再議要求の事由及び基準
 - (五) 再議要求の手続
 - (六) 再議要求の実態
 - 二・モデル条例案による統制
 - 三・承認・協議による統制
- 第四節 司法的統制
 - 一・違法条例に対する大法院提訴
 - 二・違憲・違法命令・規則審査権による統制

三、憲法訴訟制度による統制

第五節 小括

おわりに

はじめに

一般的に、条例論に関する研究は主に条例制定権をめぐる法律問題の領域と、個別条例についての実態的領域という二つの次元で行われている。本稿は前者の領域に関する研究であり、研究の対象を韓国の条例論に限定し、韓国における条例制定権の範囲と限界について日本の条例論との比較検討の視点から述べながら、韓国における条例制定権の範囲と限界をめぐる実態と理論状況を紹介したものである。

日本の場合は、条例制定権をめぐる法律問題については、主に憲法と法律との関係における条例制定権の範囲と限界をテーマに憲法及び行政法学の領域で研究が行われ、条例論が形成されてきた。特に、一九六〇年代以降、公害・環境行政の領域で国の法令基準より高次の規制を規定したり、法令の規制以上に条例で規制目的や規制対象を追加したり、法令が一定の規模・

基準以上の種類・事項を規制対象にしている場合、条例がその規制対象から外れているものを規制した、いわゆる上乗せ条例、横出し条例、裾きり条例などが現れ、その法的許容性をめぐり理論的発展が図られながら、法律と条例の関係に関する条例論が形成されてきた。その過程で法律と条例の関係に関する戦後の通説的な見解であった国の法令が先占している事項については、法律の明示的委任がなければ条例を制定することができないという、いわゆる「法律先占論」の克服が行われた。法律と条例の関係に関する「法律先占論」の克服の可能性は、すでに徳島公安条例違反事件における最高裁判決¹⁾において公認されており、同判決が示した判断基準は今日の裁判実務界における通説的な見解となっている。

一方、韓国の場合、日本と同様に、条例制定権をめぐる法律問題については、主に憲法と法律との関係における条例制定権の範囲と限界をテーマに憲法及び行政法学の領域で研究が行わ

れ、条例論が形成されてきた。しかし、韓国の場合は独立後、しばらくの間地方自治を実施した経験はあったが、一九六一年以来中断された時期が三〇年間に及び、地方自治が復活したのが一九九〇年代に入ってからであったため、地方自治団体の条例制定権が論点として取り上げられる必要性はそれほどなかったといえる。すなわち、地方自治中断期における条例制定の実態は地方議会など住民の意思を反映する手段もなく、地方自治団体は中央行政機関の下部機関に過ぎなかったため、条例制定は中央行政機関が制定したモデル条例案に従って行われ、条例の自主性は乏しく、自治体独自の自治立法は殆どなかったのである。従って、日本のような法律と条例の抵触が問題となる余地は殆どなく、上乘せ・横出し条例の法的許容性に関する問題は浮上してこなかった。そのため、従来、韓国における条例論に関する研究はそれほど注目を浴びず、蓄積された研究成果も少なく、学説の展開も日本の条例論を参考にしたものが多く、独自の理論形成が行われてこなかった。

ところが、一九九〇年代以降地方自治が復活し、住民の選挙により選ばれた首長と地方議員や議会が構成されてからは、憲法と地方自治法によって保障された条例制定権を活用し、自主性と創意性のある条例が登場しつつあり、その過程で条例の規

定が法律と抵触し裁判に至ったり、上乘せ・横出し条例の許容性をめぐり憲法・行政法学の領域でも議論が交わされるなど自治立法に対する関心が高まるようになってきた。韓国の地方自治制度は日本と歴史的背景や現行法制度が異なっているものの、日本と同じく機関対立型の首長制を一九四九年の地方自治法制定以来変わらず維持しており、日本と類似しているところがかなり多い。そのためか、近年の韓国における条例制定権をめぐる学説や、判例の見解などは、日本の学説や判例の影響を大きく受けており、条例制定権の範囲と限界を巡っては、日本のそれと同様の学説や論点が交わされているが、条例制定権をめぐる両国の実定法上の規定を比較してみると、韓国の方がより限定・制約されたものとなっているため、条例制定権の範囲は狭く、自主的条例を制定するには現状の実定法上の制約環境があまりにも厳しいものになっていると言わざるを得ない。条例制定権をめぐる両国の実定法上の規定を比較してみると、次のようにまとめることができる。

まず、条例制定権の根拠について、日本の場合、条例制定権の法的根拠は憲法第九十四条と地方自治違法法第一四条一項に求めることができる。すなわち、憲法第九十四条は、「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」と定めてお

り、地方自治法第一四条一項には、「普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第二条二項の事務に関し、条例を制定することが出来る」と定め、地方自治体の条例制定権を保障している。

一方、韓国の場合、条例制定権については、憲法第一一七条一項と地方自治法第二二条に法的根拠が規定されている。すなわち、憲法第一一七条一項には、地方自治団体は「法令の範囲内で自治に関する規定を制定することができる」と規定されている。そして、この憲法規定を具体化した地方自治法第二二条には「地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関し条例を制定することができる」とし地方自治団体の「条例制定権」を規定している。規定の文言でみるかぎり条例制定権の自主性や制定範囲は韓国の方が日本のそれより制限されたものと解釈される。すなわち、憲法上の規定から見ると、日本の場合は法律の範囲内で条例制定権が保障されているのに対して、韓国は法令の範囲内で条例制定権が保障されている。法律の範囲内と法令の範囲内との違いは、後者は法律と命令を含む概念であり、一般的に、韓国では国会で制定された法律とその下位規範である大統領令、総理令、部令などの施行令及び施行規則⁽²⁾を合わせて呼ぶ時に使用される。従って、条例を制定する際には法律とそ

の下位規範である命令にも拘束されることとなり、立法範囲は文言でみるかぎり日本に比べると、より制限されたものとなっている。一方、地方自治法上の規定からみると、日本の場合は法令に違反しない限り条例制定権が保障されているのに対して、韓国の場合は憲法の規定をそのまま取り入れ法令の範囲内で条例制定権を保障している。これは、憲法第一一七条第一項の「法令の範囲内」の意味に対する解釈と関わりを持つ。条例制定権の範囲を広く捉える立場からは、「法令の範囲内」の意味を「法令に違反しない範囲内で」条例を制定することができるものと解釈し、条例制定権の範囲を狭く捉える立場からは、「法令の範囲内」の意味を「法令の委任により」条例を制定することができるものと解釈する。いずれにせよ、日本の地方自治法のように「法令に違反しない限り」条例を制定することができることと実定法上明らかに文言上規定していないかぎり、「法令の範囲内」の意味を「法令に違反しない限り」と解釈するのは無理があり、地方自治法上の規定から日韓の条例制定権を比較すると、韓国のほうがより制限的のものになっていると言わざるを得ない。

第二に、法規たる条例、すなわち、住民の権利義務を規律し、住民の権利義務に関する定めを内容とする条例について相違が

見られる。日本の地方自治法第一四條二項には「普通地方公共団体は、義務を課し、又は權利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない」とし、法令に特別な定めがないかぎり、法律の委任がなくても条例による制限を認めている。これに対して、韓国の地方自治法第二二條但し書きには、「…住民の權利制限若しくは義務の賦課に関する事項又は罰則を定めるときは法律の委任がなければならぬ」と規定し、住民の權利義務に変動をもたらすいわゆる行政事務条例の制定に当たっては、法律の委任がなければならぬとし法律留保の原則を明らかにしている。この一五條但し書き規定については、従来からその違憲性が主張され、地方自治団体の条例制定権を萎縮させ、条例の自主性を妨げる要因であるとして批判されてきたが、未だに削除されていない。行政事務条例の制定に関する日韓の実定法上の規定をみるかぎり、韓国のほうが条例制定権の自主性を發揮するにはより制限的なものとなっていることがわかる。

第三に、日韓の地方自治法にはともに、条例の実効性を担保するための規定を定めているが、罰則の内容面で違いがある。日本の地方自治法第一四條三項は「…条例に違反した者に対し、二年以下の懲役若しくは禁錮、一〇〇万円以下の罰金、拘留、

科料若しくは没収の刑又は五万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる」と規定し、条例により秩序罰だけでなく、刑事罰も設けている。これに対して、韓国の地方自治法第二七條一項には「地方自治団体は条例で条例違反行為に対して一千万ウォン以下の過怠料を定めることが出来る」と規定し、刑事罰則を定める権限を一般的に委任せず、行政秩序罰である過怠料（日本の科料に該当）を定める権限のみを委任している。元々旧地方自治法第二〇條は「市・道は当該地方自治団体の条例で三月以下の懲役又は拘禁、一〇万ウォン以下の罰金・拘留・科料又は五〇万ウォン以下の過怠料（過料）の罰則を定めることができる」と規定し、条例で刑事罰則を制定することができる規定が設けられていたため、これが罪刑法定主義を定めた憲法第一二條と住民の權利制限又は義務賦課に関する事項や罰則を定める場合には法律の委任がなければならないとした地方自治法第一五條の但し書規定に違反するのではないかをめぐり学説上の対立があったが、結局、違憲の余地が強いとみなされ一九九四年四月に行われた地方自治法改正の際、条例違反行為に対して刑事罰則を定めることができた旧地方自治法第二〇條の規定は削除され、行政秩序罰のみを定めることができる現行地方自治法第二七條の規定に改正されたのである。条例で規

定できる罰則の内容を比較してみると、このように日本のほうが刑事罰を条例で制定することができるところから条例の実効性を担保するうえでより強い権限が与えられていると言える。

第四に、長の規則制定権について、日本の地方自治法は第一五条一項に、「普通地方公共団体の長は、法令に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則を制定することができる」としているのに対して、韓国の地方自治法第二三条には「地方自治団体の長は、法令又は条例が委任した範囲内においてその権限に属する事務に関して規則を制定することができる」としており、法令の委任に基づく法令委任規則と、条例の委任に基づく条例委任規則にわけることができる。従って、規則は法令や条例の委任の範囲を超えることができず、委任規則の性質上、上位の法令などの委任範囲を超えて規定することは許されず、法令などの全体的な立法趣旨に違反する規則を制定することはできない。この点で、韓国の規則制定権は日本に比べると弱く制限されていると言わざるを得ない。

第五に、広域自治団条例と基礎地方自治団条例との関係である。韓国の地方自治法第二條一項には、地方自治団体の種類について①特別市、広域市と道及び特別自治道、②市と郡及び区（区は特別市と広域市の管轄区域内に置かれる自治区であ

り、その自治権の範囲は法令の定めに従って市・郡と異なることができる）の二種類が定められている。地方自治団体間の関係は、基本的には、自治体に法人格が与えられ（自治法第三條一項）、対等・平等の関係を持つとされる。従って、広域地方自治団体と基礎地方自治団体の関係も、基本的には対等・独立した関係をもつとされるが、現実には、広範な国家委任事務の存在により広域地方自治団体の長が基礎地方自治団体の長を指揮・監督する垂直的關係が形成されている。³⁾ 広域地方自治団体は現行法上設けられている様々な関与・監督手段を用いて基礎地方自治団体を統制しているが、条例制定権に対する統制もその一つである。すなわち、現行地方自治法第一七条には、条例と規則の立法限界について、「市・郡及び自治区の条例と規則は市・道の条例や規則に違反してはならない」とし、広域地方自治団体の自治立法権の基礎地方自治団体の自治立法権に対する優越を認めている。この点、地方分権一括法による改正前の日本の旧地方自治法では、広域自治体である都道府県が基礎自治体である市町村を包括する自治体であることにかんがみ、かつ、法体系の統一を確保する観点から、旧地方自治法第一四條三項に、「都道府県は、市町村の行政事務に関し、法令に特別の定めがあるものを除くほか、条例で必要な規定を設けること

ができる」と規定されていた。同項の規定により、都道府県が市町村の行政事務に関し定める条例が、いわゆる統制条例であり、市町村の行政事務条例が統制条例に違反するときは、当該市町村の条例は、無効とされた（同条四項）。都道府県は、この統制条例を制定することにより、都道府県の独自の意志で、市町村の行政事務の処理を規制することができ、都道府県が市町村の条例制定権を統制する手段となっていたが、昨今の分権改革でこの規定は削除された。

広域地方自治団体系の優越性を名文で認めている韓国の制度は日本の旧地方自治法上の統制条例制度よりも、基礎地方自治団体に対する強力な統制手段となっており、この点からみても、韓国の基礎地方自治団体における自治立法権の自主性は日本よりかなり大きな制約を受けているといえる。

近年、日本における条例制定権をめぐる立法環境は大きな変化を遂げている。一九九〇年代以降進められた地方分権改革は、一九九五年五月に地方分権推進法を制定し、四次にわたる勧告を経て、一九九八年五月に「地方分権推進計画」が閣議決定され、一九九九年には同計画を実現するための関連法律に対する大幅な法改正が行われ、地方分権一括法が成立し、二〇〇〇年四月から施行されることとなった。二〇〇〇年分権改革の最大

の成果は、戦後長い間中央集権型地方自治制度の要因となっていた機関委任事務制度を廃止し、新たな事務区分として法定受託事務と自治事務を設けたことである。これにより、自治体の条例制定権の範囲は大きく拡大されたこととなった。すなわち、従来、機関委任事務に対しては条例制定権が及ばなかったもので、条例制定権の範囲は限定されていたが、分権改革により従来の機関委任事務の五五％が自治事務化し、自治体の条例の制定及び運用に係る事務量が飛躍的に増大し、条例制定権の対象と範囲も広がることになった。しかし、憲法九四条の「法律の範囲内において」、地方自治法一四条の「法令に違反しない限りにおいて」条例を制定することができるとした基本的性格には変化がないため、新たな自治事務について自治体がどこまで条例で定めることができるかは、自治事務について定める法令の規定により左右されるところが多きいと思われる。いずれにせよ、今日の日本における条例制定をめぐる立法的环境は、国が先占している事務領域については条例制定権が及ばないとする「先占領域論」は、既に過去のものとなり、独自の存在意義を喪失した今日においては、分権改革により改正された地方自治法第一条の二に掲げられた国と地方の役割分担の原則、すなわち、①国際社会における国家としての存立に関わる事務、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もしくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務、③全国的な規模でも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など、との調和を図りながら、地域の実情や必要性に沿った条例を、拡大された条例制定権を活用しに創出し運用するかが、大変重要になってきたといえる。

一方、韓国は金大中政権から現盧武鉉政権に至るまで着実な分権改革が進められ、中央権限の地方移譲のための地方移譲促進法（一九九八年）、地方分権を推進するための基本原則を定めた「地方分権特別法」（二〇〇四年）、地域間の不均衡を解消し、自立型地方化を促進して国家の均衡ある発展を図るための「国家均等発展特別法」（二〇〇四年）などの制定や、地方分権を推進するための具体的な日程と課題を盛り込んだ基本計画である「地方分権ロードマップ」（二〇〇三年）の策定などにより、地方分権を国政の最重要課題として位置づけ取り組んでいるが、中央集権型地方自治制度の柱とされる機関委任事務制度の廃止や分権型社会に合う自治立法権の在り方などに関する議論は殆ど論外視されているのが現状である。

本稿は、上記のような日韓の条例制定権をめぐる立法的環境や実定法上の現状を踏まえ、韓国の現行地方自治法制における

条例論の現状を、日本の条例論との比較検討の視点から、条例制定権の範囲と限界に関する韓国国内における学説や判例を中心に紹介しながら述べているが、その意義と趣旨は次のようにまとめることができる。

第一に、韓国の地方自治法制は制度の根幹をなす地方自治法そのものが制定当初から日本の地方自治法をモデルとして制定されたため、日韓の地方自治制度は類似点が多く、抱えている課題や問題点にも共通点が多い。特に本稿のテーマである条例論においては、地方自治制復活以降、日本の条例論に関する学説や理論が多く導入されており、条例の法律適合性が問題となった判例においても日本の判例理論がかなり反映されている。本稿はこうした条例論における日韓の共通点や相違点を比較検討の視点から考察することにより、日韓の条例論の抱える共通した問題点を見出し、日韓の地方自治法制において、条例が自治体の政策形成や住民福祉の増進など、地方自治の理念を実現する道具としての役割を果たせるようにするための共通の課題を提示することである。

第二に、従来、日本では諸外国の条例論に関する研究はそれほど重視されず、日本国内の条例論に関する研究が主として行われたため、これまで日本で蓄積された条例論に関する文献の

中で諸外国の条例論を取り上げた文献は極めて希薄である。そこで、本稿が日本ではまだそれほど取り上げられていなかった韓国の条例論を紹介することにより、韓国だけでなく諸外国の条例論に関心を持つ契機となれば幸である。なお、本稿は全四章で構成されており、各章の小括には日韓の条例論に関する比較検討を行った。

第一章 韓国の地方自治法制における条例の位置づけ

第一節 現行法上の条例制定権の根拠

韓国の憲法は一九四八年七月一七日に制定されたが、その第八章に地方自治団体の事務範囲と地方自治団体の組織や運営など地方自治に関する規定を設け地方自治を憲法的に保障している。

韓国の憲法はこれまで九次にわたる改正を行っているが、地方自治と関連した主な改正の沿革を見ると、次のようにまとめることができる。まず、国政を大統領制から議院内閣制度に変えた第三次改憲においては、地方自治団体を住民の直接選挙

により選出する公選制とし、邑・面・洞などの基礎地方自治団体にまで地方自治が実施され、地方議会には条例制定権が付与された。次に、軍事政権に変わった一九六二年の第三共和国憲法である第五次改憲においては、いわゆる「地方自治に関する臨時措置法」（一九六一年九月一日制定）により、地方自治が全面的に中断されることとなり、条例制定権は中央行政機関の承認に基づき行われた。そして、大統領直選制、憲法裁判所などを導入した一九八八年の第九次憲法改憲下においては、中断されていた地方自治が一九九一年から復活し、地方自治団体の公選制、地方議会の構成などが段階的に実施され、地方自治団体の条例制定権が復活した。

現行韓国憲法はその第八章に地方自治に関する独立した章を設け、その第一一七条第一項に、「地方自治団体は住民の福利に関する事務を処理し、財産を管理し、法令の範囲内で自治に関する規定を制定することができる」と定められている。これは、憲法が地方自治団体に地方自治行政に関する権限と責任を与え、統治団体としての性格を付与することにより、自治立法権を承認したことを意味する。

憲法第一一七条第一項の規定に基づき、地方自治法⁽⁴⁾第二二条には「地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関して、条例

を制定することが出来る。但し、住民の権利制限又は義務賦課に関する事項や罰則を定めるには法律の委任がなければならぬ」と規定し、同法第三十九条一項には、条例の制定及び改廃は地方議会の議決によることを規定している。

ところが、憲法第四〇条は、「立法権は、国会に属する」と定め、国会立法の原則を明らかにしている。従って、憲法第一七条第一項の地方自治団体の条例制定権と、憲法第四〇条の国会の立法権との関係が問題となる。これについては、憲法第四〇条により国会は立法機関としての地位を持つが、これは国会が立法権を独占することを意味するものではないとされる。同条は、憲法秩序において国会が中心的な立法機関であることと、法律の形式で行われる立法機能は必ず国会によらなければならないことを意味するものであって、地方自治団体の条例制定権を妨げる趣旨ではないとされる。⁽⁵⁾

憲法第一一七条第一項の法的性格をめぐっては、地方自治権を固有権説の立場を取るか伝來的立場を取るかにより、確認規定説と創設規定説に分かれる。確認規定説は、条例制定の根拠を地方自治団体に保障されている自治権に求め、憲法第一一七条第一項や地方自治法第二二条の規定がなくても条例制定権は存在し、憲法第一一七条第一項の規定はそれを確認する規定に

過ぎないという。一方、創設規定説は、憲法第一一七条第一項の規定は確認規定ではなく、創設規定であり、地方自治法第二二条はこの憲法規定に基づき、名称、形式、規定事項の範囲などを明確にしたことに過ぎないという。

憲法第一一七条第一項は、自治に関する包括的な規則制定権として条例制定権を保障しているので、原則的に国の立法は国会が、地方自治団体の立法は地方議会が担当することにより、立法権の機能的配分を図っている。⁽⁶⁾従って、法律によっても自治の核心的な部分は侵害できないことを規定し、これに必要な立法権を地方自治団体の権限として保障したのである。法令において自治に関する事項を詳細に規定し、条例制定権を制約することは地方自治を保障し自治に関する条例制定権を授けられた憲法の趣旨に反することであり、地方自治の本質に反する法律は違憲・無効である。⁽⁷⁾

第二節 条例の法的性質に関する学説

一般的に、条例とは自治体が法令の範囲内でその権限に属する事務に関して地方議会の議決により制定される法である。条例は不特定多数人に対して対外的拘束力を持つ法規であり、形

式的意味の法律ではないが、実質の意味の法律に該当する。^⑧

条例の法的性質は条例制定権の根拠と関連があり、特に、条例制定の範囲を決める重要な基準でもある。条例の法的性質について韓国の公法学者の間では、公法上の高権的権力の性質と法規としての性質を持つ点については異論がないが、条例が自主法としての性質を持つか、委任立法としての性質を持つかによって、条例自主法説と条例委任立法説の対立がみられる。

一．条例自主立法説

条例自主立法説は地方自治権に関する固有権説に立つか、伝来説に立つかによって固有権的自主立法説と伝来的自主立法説に分かれるが、条例は当該地方自治団体の事務に関して規定する自主法であるという点では一致している。

固有権的自主立法説は、地方自治団体が持つ自治権は自然的固有権であり、憲法に規定がなくても地方自治団体の固有の領域に関する事務は地方自治団体の条例で規律でき、従って、地方自治団体の固有事務に関しては憲法に基づかなくても、条例を制定できるという。また、地方自治の固有の領域においては自治立法である条例と国の法律が抵触しても条例に優先的な効力があるから、法律の効力は排除せざるを得ないという。こ

の説によると、憲法第一一七条の「法令の範囲内」の意味は、固有事務については意味がない規定とされるか、緩和して解釈される。すなわち、地方自治団体の固有事務に関する条例に関しては自然権的固有権である自治権の行使であるから、法律留保と法律優位の原則が適用されないとされる。

他方、伝来的自主立法説は地方自治権に関する伝来説に基づき、条例は憲法により国家の統治権の一部として国から地方自治団体に伝来されたものであるという。この説は、法律の条例に対する優位を認めながらも、自治権の本質を害する程度 of 法律による条例制定権の制約は違憲とされる。だが、この場合でも、固有事務領域において制定された国の法令に優先することは出来ず、国法体系から完全に独立した排他的・閉鎖的な地方法体系を構成するものではない。^⑨ 条例は自主法ではあるが、それは憲法の承認を受け由来したものであり、広義の意味で国法秩序の中に含まれるべきであり、憲法第一一七条第一項の「法令の範囲内」の設定は、その現れであるという。

しかし、この伝来的自主立法説の見解においても、地方自治団体の自治権ないし自治事務（固有事務）は憲法によって保障された制度的保障の一つであり、従って、自治事務に対しては法令に違反しない限り、法令の個別的な委任がなくても条例を

制定できるとされる⁽¹⁰⁾。

二・条例委任立法説

条例委任立法説は法体系における条例の位置づけから条例の法的性質を検討している。この説によると、自治権は国家権力から与えられたものであり、条例制定権も国家権力から由来し、憲法を頂点とする法体系において条例は法律の授權に基づく委任立法の一つであるという。条例は行政機関の命令と同様に法律の授權に基づくものであるから、地方自治団体の住民の権利・義務に関して規律する場合は、必ず法律の委任が必要であり、従って、条例制定権は地方自治法の授權によって認められ、法律留保原則と法律優位の原則は必ず適用されるという。

この説を主張する韓国の公法学者の見解によると、「地方自治団体の自治立法権は憲法上の行政権の一つであり、その一部を形成しているから、その意味で自治立法権も行政権と同様に法律の優位及び法律の留保原則の支配下にあるものとみななければならない⁽¹¹⁾」、また、「地方自治団体の自治立法権は行政行為の一部であり、従って、それは当然行政の法律適合性を持つ⁽¹²⁾」とか、「条例も行政主体が定める法規範であるから、一種の行政立法であるといえるが、他の行政立法である法規命令とは違い

がある⁽¹³⁾」と述べている。要するに、条例委任立法説は地方自治団体の条例制定行為は、一種の行政行為であるから、条例の制定には必ず法律の委任が必要であるという。

三・学説の検討

一般的に、条例とは地方自治団体が法令の範囲内でその権限に属する事務に関して地方議会の議決で制定される法である⁽¹⁴⁾。地方自治団体が条例制定権を通じて自治立法権を持つことは、憲法上の権力分立原則に違反することではなく、憲法一一七条第一項により明文を持って保障されたものである。条例に関する実定法上の根拠規定である地方自治法第二二条は、憲法上の規定を具体化したものであり、条例制定権を創設したものではない。

条例の法的性質を明らかにすることは憲法上保障された地方自治を具体化するための法的手段である条例制定権の範囲と限界を設定する上で非常に重要な法的課題でもある。条例の法的性質に関して、韓国では条例自主立法説と条例委任立法説の対立がみられるが、地方自治を保障した現行韓国の憲法下における多数説は条例自主立法説、特に、伝来的自主立法説であると言える⁽¹⁵⁾。固有権説に基づいた条例自主立法説は、自治権を自然

権的な固有権として捉え、条例制定権に関する憲法の規定がなくても地方自治団体の固有の事務領域においては自由に条例を制定できる自主法であると主張するが、固有権説の説くように今日の地方自治制においては国家から完全に独立した地方自治団体を想定することは国家法秩序の統一性の要求からも、また、現行地方自治制度が憲法によって保障され、制度化されていることからみても困難であり、現行憲法秩序に反する法理であると言える。

他方、条例を単純な委任立法の一種として捉える条例委任立法説は、次のような理由から妥当ではない。すなわち、現行韓国憲法が、その第一一七条第一項に「地方自治団体は法令の範囲内で自治に関する規定を制定することが出来る」とし、条例制定権を保障している趣旨から見ても、憲法が地方自治団体に對して、国の行政機関に対する委任命令制定権とは区別される自主立法権を保障していることは明らかであり、「法令の範囲内」とは、「法令の委任によつて」とその解釈が異なるからである。「法令の範囲内」とは、条例と法令が抵触する場合は法令が優先し、条例は既存の法令に違反して制定できないことを意味し、これは、法律優位の原則を宣言するに止まり、少なくとも、地方自治団体が自治事務の領域においては自主的に条例

を制定できることを意味していると解すべきである。

結局、条例制定権は憲法第一一七条第一項により保障されたものであり、法律の委任がなくても条例を制定することが出来る。条例は地方自治団体の自治権に基づき、民主的正当性を持つ地方議会から制定される自主法であるが、国法体系から完全に独立した排他的・閉鎖的な方法ではなく、憲法を頂点とする国法体系の一部をなすものであり、条例制定権は国家の統治権から伝来され、自治事務に関しては法令に違反しない限り個別の法令の委任がなくても条例を制定できるものと解釈すべきである。

第三節 小括

日本の場合、条例制定権の法的根拠は憲法第九四条と地方自治法第一四条に求めることができる。まず、日本国憲法は第八章に地方自治に関する規定を別途に設け地方自治を保障している。第九二条には「地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基いて、法令でこれを定める」とし、地方自治の基本原則を宣言し、第九四条には「地方公共団体は、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

有し、法律の範囲内で条例を制定することができる」とし、自治財政権、自治行政権、自治立法権を明示している。

この条例制定権に関する憲法上の規定をめぐって、条例制定権が憲法の保障する自治権の一つであることについて今日殆ど争いはないが、その憲法上の根拠及び範囲をめぐって学説の対立が見られる。まず、第一説は、いわゆる創設説又は授權規定説と呼ばれるものである。これは、憲法上保障された自治権（憲法第九二条）に含まれる条例制定権を、自治体の存立を維持し活動するために必要な組織・運営に関する内部的規律についての一般的規範の定立に限定し、その構成員たる住民に新たな義務を課し、その権利自由を制限する実質的意味における法規を定立するには、そのための特別の授權が必要であるとする。そして条例制定権を定める憲法第九四条が、この実質的意味における法規を定立しうる自治立法権を憲法上創設・授權したのであり、それは、国を唯一の立法機関とする憲法第四一条の例外を憲法上特に認めた規定であるとする。¹⁶⁾

第二説は、いわゆる確認規定説というものである。これは、条例制定権の根拠について、自治体が自治体としての存立を認められている限り、その事務に関して法規を設けることは、その自治権の内容としてこれを認めなければならないとし、条例

制定権には、自治権を認める規定の他に、法的根拠を必要としないとする見解と、¹⁷⁾憲法第九二条で保障されている地方自治権には条例制定権が当然含まれるとし、憲法九二条に根拠を求める見解がある。この見解によると、憲法第九四条の規定は、確認の意味を有するに過ぎないことになり、その法的意味は法律と条例の関係について規定したことにある。

第三説は、自治体の条例制定権が九四条によって創設されたのか、九二条の「地方自治の本旨」にすでに含まれているかという議論は、あまり意味がないとし、日本国憲法は、九二条の「地方自治の本旨」の一環として九四条で条例制定権を含む地方自治権の保障を明記したのであり、条例制定権は九二条と九二条があいまって憲法上に保障されていることになるという。¹⁹⁾

いずれにせよ、これらの説は、条例制定権の憲法上の根拠を憲法九二条または九四条に求める点で異なるとはいえ、憲法が実質的意味の法規の定立を含む自治立法権を保障しているとし、条例制定権の根拠を憲法に求め、条例制定において別途に法律の授權は要しないと考える点においては一致している。

最高裁の判例も条例制定権の根拠について、「地方公共団体が制定する条例は、憲法が特に民主主義政治組織の欠くべからざる構成として保障する地方自治の本旨に基づき（同九二条）、

直接憲法九四条により法律の範囲内において制定する権能を認められた自治立法に外ならない。従って条例を制定する権能もその効力も法律の認める範囲を超えることはできないけれども、法律の範囲内にあるかぎり、条例はその効力を有するものといわなければならない⁽²⁰⁾とし、条例制定権の根拠は憲法にあり、条例制定において別途に法律の授權は要しないことを示している。

一方、自治立法権を保障した憲法九四条の規定を受けて、地方自治法第一四条には、「普通地方公共団体は、法令に反しない限りにおいて…条例を制定することができる」とし、自治体の条例制定権を規定している。条例制定権について定める本条の解釈については、憲法九四条の解釈との関連で様々な諸学説が見られるが、大きく二つに見解が分かれている。一つは、いわゆる確認規定説（条例自主立法説）である。これは、条例制定権の根拠が憲法自体に存在する以上、法律の特別の授權や媒介を必要とせず、条例は原則的に当該自治体の事務に関して定立される自治体の自主法とされる。すなわち、憲法による自治立法権の授權は、自治体の事務について、法律に矛盾・抵触しない範囲で、包括的に自治体固有の自主法を定立しうる権能を自治体に与える趣旨である、命令のように法律による委任を

改めて必要とせず、また憲法には、本来自治体の事務処理権能に属しない事務に関する条例の制定を法律が自治体に委任する場合も、それは、概括条項による一般的、包括的委任で足りる、このことから、まず地方自治法第一四条一項は、自治立法権の根拠を定めたものではなく、憲法自身による授權を地方自治法上確認したものに過ぎないとされる⁽²¹⁾。

もう一つは、いわゆる創設規定説（条例委任立法説）であるが、これは、条例制定権が法律の授權によって認められると解し、条例も国の命令と同様に委任立法であるとするものである。すなわち、近代法というのは憲法を頂点としてその下に法律があり、法律の授權によって命令・条例が制定されるという法体系を持つものである。そして、こうした法体系の一貫性により近代法の法的安定性、個人の権利・自由の保護、行政の適法性が保障される。従って、条例の法的性質を考慮する際、それが近代法体系の中で占めている位置をまず考えなければならぬ。そうすると、条例は法体系において命令と同様、法律の授權によつて初めて制定することができるものである。この見解によると、地方自治法第一四条の規定は憲法九四条の自治立法権保障規定を確認した確認規定ではなく、直接自治体に条例制定権を授權する創設規定とされる⁽²²⁾。

この自治法一四条の規定の法的性質については、自治立法権自体は憲法によって賦与されたものであり、自治法一四条は、「自治立法権の根拠を定めたものではなく、自主法の法形式を明瞭にし、その規定事項の範囲を他の法形式との間において確定するものであるにすぎない」という、確認規定説が通説とされる。

条例制定権の法的性質については、日韓ともに、憲法によって条例制定権が保障されていること、条例制定権は法律による制限に服さなければならないこと、条例は当該自治体の事務について制定する自主法であることについては一致している。また、条例制定権の根拠を憲法自体に求め、条例に関する実定法上の根拠規定である地方自治法上の規定(日本の場合は一四条、韓国の場合は一三二条)は、第一次的な授權規定ではなく、憲法の規定を受けて、規定事項の範囲を具体化・明瞭化した趣旨に過ぎないし、条例制定権を創設する意味ではないことについても一致している。ただ、韓国の場合、住民の権利・義務に関する事項ないし権利制限・義務賦課に関する事項については、実定法上の規定が個別的法律の委任を要求している関係上(自治法二二条但し書規定)、いわゆる、住民の権利義務に関わる行政事務領域の条例を制定するに当たっては法律の個別的

委任が必要とされるが、日本の場合、韓国の自治法二二条但し書規定のような制限事項が設けられていないため、公権力をもって住民に命令・強制し、権利自由を侵害するいわゆる干渉行政(Eingriffsverwaltung)にかかわる条例の制定についても法律の特別の授權は必要としない解⁽²³⁾されている。

第二章 地方自治団体の事務と条例制定権

地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関して条例を制定することができるため条例制定権の範囲を知るには条例制定権が及ぶ事項的範囲を限定している地方自治団体の事務体系について理解することは重要である。地方自治団体の事務体系について地方自治法第九条第一項に「地方自治団体はその管轄区域内の自治事務と法令により地方自治団体に属する事務を処理する」と規定し、同法第一〇二条には「市・道と市・郡・自治区で施行する国家事務は法令に他の規定がない限り市・道知事と市長・郡守及び自治区の区庁長に委任して行う」と規定し、第一〇三条には「地方自治団体の長は当該地方自治団体の事務と法令によりその地方自治団体の長に委任された事務を管理し執行する」と規定している。この九条第一項の規定は自治事務と

団体委任事務について、一〇二条と一〇三条の規定は機関委任事務について規定したものである。

上記のような地方自治団体の事務体系において地方自治団体の条例制定権が及ぶ範囲は、固有事務である自治事務と団体委任事務に限るというのが、学会の支配的な見解であり、判例上も確立された見解である。

以下では、地方自治団体の事務体系や事務の内容と条例制定権の範囲について述べてみることにする。

第一節 地方自治団体の事務

一・事務の種類

（一）自治事務（固有事務）

自治事務とは地方自治団体がその仕事を遂行するに当たって国家又は他の地方自治団体から干渉されず、自己の意志と責任の下で住民の福利増進のために処理する地方自治団体本来の事務であり、地方自治団体の存立の目的に属する事務を指す。地方自治法第九条一項には「地方自治団体はその管轄区域の自治事務と法令により他の地方自治団体に属する事務を処理する」と規定し、自治事務に関する規定が置かれている。地方自治団

体の自治事務は法令により国家又は他の地方自治団体に帰属されない限り、住民の福利に関する全ての事務が含まれる。自治事務は任意的自治事務と義務的自治事務に分けることができる。義務事務には教育法による初等学校の設置とその経営義務、汚泥清掃法による汚泥処理義務、伝染病予防法による予防接種施行・予防施設の義務、消防法による消防事務などがある。任意的自治事務を随意事務、義務的自治事務を必要事務という。⁽²⁴⁾

自治事務は憲法第一一七条第一項で規定している「住民の福利に関する事務」⁽²⁵⁾と地方自治法第九条第一項の「その管轄区域の自治事務」である。自治事務の処理経費は当該地方自治団体が全額負担するのが原則である。自治事務については補助の根拠が法令に定められていなくても中央と上級地方自治団体が補助することができ、奨励的補助金が当たる。地方自治法第一六六条第二項は「国又は市・道は地方自治団体が当該地方自治団体の事務を処理するに当たって必要と認められる場合は財政支援又は技術支援を行うことができる」と規定している。

自治事務に対する国家又は上級地方自治団体の事前監督は原則的に排除され、合法性監督又は事後監督に止まる。地方自治法第一一六条第一項は「中央行政機関の長又は市・道知事は自治団体の事務に関して助言又は勧告及び指導することができ、

このために必要な場合は地方自治団体に対して資料の提出を求めることができる」と規定している。しかし、地方自治法第一六九条第一項は「地方自治団体の事務に関して長の命令や処分が法令に違反するか著しく不当であり、公益を害すると認められる場合には市・道に対しては主務部長官が、市・郡及び自治区に対しては市・道知事が期間を定めて書面では正を命じ、その期間内に履行しない場合にはこれを取り消又は停止することができる。この場合自治事務に関する命令や処分に対しては法令に違反するものに限る」とされ、自治事務に対しても取消・停止権を与えており、自治権に大きな制限を加えている。

地方自治法第九条第二項には第一項の規定に基づく地方自治団体の事務の内容が例示されているが、これに対してはその事務の性質をめぐって自治事務のみが規定されたものであるという見解と自治事務と団体委任事務を規定したものであるという見解に分かれている。⁽²⁶⁾ 思うに、団体委任事務とは法令の規定により地方自治団体の事務に属するものであることから、個別法令の規定にさきたって団体委任事務を例示するのはあまり意味がないし、自治事務のみを例示したものと解釈される。⁽²⁷⁾

(二) 委任事務

委任事務とは地方自治団体が法令により国又は地方自治団体から委任を受け行う事務を指す。委任事務は狭義には団体委任事務のみを意味するが、広義では機関委任事務も含まれる。⁽²⁸⁾

一 団体委任事務

団体委任事務は地方自治団体の本来の事務ではなく個別法令又は条例の規定により国又は他の地方自治団体から委任を受け処理する事務を指す。団体委任事務は元々当該地方自治団体の事務ではないが法令や条例の個別的規定により地方自治団体に委任された事務である点において自治事務や機関委任事務とは異なる。団体委任事務は一応地方自治団体に委任されると地方自治団体の事務に転換され、自治事務と同様の扱いになり条例制定の対象になる。また、団体委任事務は地方自治団体に直接利害関係にあるだけでなく、全国的利害関係にある事務であるため中央政府や上級地方自治団体の指導・監督は自治事務に比べ広範囲に渡る。

現行法上規定されている団体委任事務として挙げることができるのは、国が国の河川の占用料等の徴収を市・道に委任したもの（河川法第三八条）、国が市・郡・区に国税徴収を委任したもの（国税徴収法第八条）、道が道税の徴収事務を市・郡に

委任したもの（地方税法第五三条）、市・郡が他の市・郡に義務教育学齡児童の一部に対する教育事務を委託したもの（初・中等教育法第一二条第三項）などがある。

団体委任事務の一般的な特徴は次の通りである。⁽²⁹⁾

① 団体委任事務は事務を委任した国又は地方自治団体の事務であるため団体委任事務の処理効果は国又は委任地方自治団体に帰属される。

② 地方自治団体は自治事務のみならず委任事務に所要された経費も負担する義務があるが、国の事務又は地方自治団体の事務を委任された場合はこれを委任した国または地方自治団体がその経費を負担する（地方自治法第一四一条）⁽³⁰⁾

③ 団体委任事務は自治事務と同様に地方自治団体の自主的な責任の下で処理することができるが、中央政府や上級地方自治団体による統制及び監督が認められる。

④ 団体委任事務は地方自治団体の固有事務ではないが地方自治団体が行う事務であり地方自治団体に影響を及ぼすものであるため自治事務と同様に地方議会の関与が認められる。自治事務と団体委任事務の区別は理論的にも実際的に明確ではない。自然法的な地方権思想を背景とした自治事務と団体委任事務の区別理論が近時においてはその理論的

根拠を喪失したし、⁽³¹⁾ 両者共に個別法により地方自治団体に配分される事務であること（自治事務は包括的な委任であるが、団体委任事務は個別委任）、両者共に地方議会の関与が認められていること、経費の面でも実質的に大きな差はないことなどから区別の実益を否定し団体委任事務の自治事務への一元化を主張する見解が多い。⁽³²⁾

二）機関委任事務

機関委任事務は国又は他の地方自治団体がその地方自治団体の長又は機関に委任した事務を意味する。機関委任事務に関しては自治法第一〇二条に「市・道は市・郡及び自治区において行われる国家事務は法令に別の規定がない限り市・道知事と市長・郡守及び自治区の区庁長に委任して行われる」と規定し、同法第一〇三条には「地方自治団体の長は当該地方自治団体の事務と法令に基づいてその地方自治団体の長に委任された事務を管理し執行する」と規定されているが、この「市・道と市・郡及び自治区において行われる国家事務」と「法令に基づいてその地方自治団体の長に委任された事務」が機関委任事務を意味する。また、国家事務を地方自治団体の長に委任する根拠は政府組織法第五条第一項及びその下位法令の一つである「行政

権限の委任及び委託に関する規定」第四条に規定されている。

機関委任事務制度は国の事務を処理するために国の地方行政機関を別に設けるよりは地方自治団体に任せた方が経費の節約になるし、住民の抵抗が予想される業務を中央機関が行うよりは地方自治団体に委任した方が便利であり、地方的事務は自治機構により処理する地方自治の理念に沿うことから設けられた制度である。従って、機関委任事務は国の直接的行政に属し、機関委任事務処理の効果は国に帰属する。⁽³³⁾このような機関委任事務を処理するに当たって地方自治団体の長は当該地方自治団体の機関ではなく国の行政機関としての法的地位を持つ。団体委任事務は地方自治団体の事務であるのに対して機関委任事務は地方自治団体の事務とは関係ない国家事務である。従って機関委任事務に対しては条例制定権が及ばず、条例を制定することができない。しかし、機関委任事務においてもそれに関する個別法令で一定の事項を条例で定めるよう委任している場合は地方自治団体の自治条例制定権とは無関係にいわゆる委任条例を制定することができるが、この際にもその内容は個別法令が委任している事項に関するものとして個別法令の趣旨に符合するものでなければならぬし、その範囲を逸脱した場合は委任条例としての効力が認められない。⁽³⁴⁾

機関委任事務の例としては、戸籍、住民登録、兵事、大統領及び国会議員選挙、警察、地籍、統計、経済施策に関する事務と各種の許認可事務などである。その他、個別法による機関委任事務が規定されたものとして公有水面埋立法による公有水面埋立事務、自動車運輸事業法による自動車運輸事業免許及びその取消事務、道路法による国道の維持・修繕義務、食品衛生法による営業時間制限事務などがある。

機関委任事務は地方的利害関係のない国家的事務であり、当該国家事務が地方自治団体の長に委任されても国家事務としての法的性質には変わりがない。国と上級地方自治団体は機関委任事務に対して積極的な指導監督権を持つ。地方自治法第一七〇条には地方自治団体の長に対する職務執行命令及び代執行、行政・財政上の必要措置を取ることができ、地方自治団体の長は異議がある場合は大法院に提訴することができると規定されている。機関委任事務の経費負担に関しては委任者である国又は他の地方自治団体が負担する（自治法第一四一条）。機関委任事務に対する監督は下級行政機関に対する監督に該当するため違法な場合のみならず不当な場合にも行われることがある。また、地方議会は当該地方自治団体の経費を負担する場合を除き、原則的に機関委任事務に関与できないし、条例を制定する

ことが出来ない。

日本の場合、機関委任事務については従来からその弊害が指摘され近年の分権改革により廃止されることになったが、韓国では従前の日本のような機関委任事務に対する問題点が指摘されているものの、まだ、廃止されず存続している。⁽³⁵⁾

二、自治事務（固有事務）、団体委任事務、機関委任事務の立 法上の区別

現行法令において地方自治団体の事務を区分することは容易ではない。その理由としては、第一に、三〇年間に及ぶ地方自治の中断期には地方議会の主要機能を上級機関が行い、条例は上級機関の承認を得て制定されていたため、事務を区別する実益があまりなかったことである。従って、現行法令には自治事務、団体委任事務、機関委任事務に対する区分があいまいになっている場合が多い。第二に、行政事務の複雑・多様化により国家事務と地方の事務を区別することは容易ではない。第三に、国家事務と地方事務の基準が明確に定められていない。また、国家事務の地方移譲に関する基準が明確に定められていない。一般的に事務区分については、個別法令の趣旨と内容を総合的に判断して、地方自治団体に利害関係がある事務は自治事務

に、中央と地方の共通的利害関係にある事務は団体委任事務に、全国的統一が必要であり、地方的利害がない場合は機関委任事務として区分することが合理的であるというのが、通説的な見解である。⁽³⁶⁾

現行法令上の規定形式と事務の性質等による事務の類型を比較したのが〈表二〉である。

第二節 事務の配分

条例制定権の範囲を決定する基本的な要素として重要なのは事務配分の基準である。事務配分によって法律留保の範囲が決められ、条例制定権の範囲を確定することが出来るからである。

憲法第一一七条第一項は地方自治団体の事務について、「地方自治団体は住民の福利に関する事務を処理し、財産を管理し、法令の範囲内で自治に関する規定を制定することが出来る」とし、「住民の福利に関する事務」が地方自治団体の事務であることを明らかにしている。これは、地方自治団体の事務に対するいわゆる全権限性（Allzuständigkeit）の原則を保障したものである。⁽³⁷⁾すなわち、地方自治団体の事務は全権限性の原則に基づき、法律に別途の規定がない場合でも住民の福利に関する

〈表2〉現行法上の地方自治団体事務の類型比較

区 分	自 治 事 務	団体委任事務	機関委任事務
法的根拠	地方自治法第9条第1項前段・第2項、第103条	地方自治法第9条第1項後段・第2項、第103条	地方自治法第102条・103条・第104条、政府組織法第6条第1項
法令上規定形式	・「地方自治団体は000を施行する」と明記された事務 ・「市・道知事(市長・郡守・区庁長)が000を施行する」と明記された事務で、その性質上全国的統一性の必要性がなく、当該地方自治団体のみに利害関係がある事務	・「国又は上級地方自治団体が地方自治団体(市・道又は市・郡・自治区)に委任すると明記された事務 ・法令上中央部処の長とし・道知事(市長・郡守・区庁長)の権限を同時に規定している事務 ・「市・道(市・郡・自治区)に000小(委員会・委員会・委員)を置く」と規定している事務 ・「市・道知事(市長・郡守・区庁長)が000を施行する」と明記された事務で、国家的利害関係と地方的利害関係を同時に持つ事務	・個別法律に委任することが出来る根拠条項を置き、大統領令で地方自治団体の長に委任する事務 例：この法律による000長官の権限はその一部を大統領令が定めるところにより市・道知事に委任することができる。 ・行政権限の委任及び委託に関する規定により地方自治団体の長に委任された事務 ・「市・道知事(市長・郡守・区庁長)が000を施行する」と明記された事務で、全国的統一が必要であり、地方的利害関係がない事務
国家の監督	消極的監督		
経費の負担	法令に明文の規定がなく、規定があるとしても補助と表現された事務	事業費の一部を国が負担する事務	全額国費補助として交付金の性格を持つ事務
事務の性質	・地方自治団体の存立目的のため、地方自治団体の責任に基いて住民の福利のため独自に処理する事務 ・住民の公共福利に関するもので当該区域内に限定された事務	・法令の個別的規定により国又は地方自治団体から他の地方自治団体に委任された事務 ・地方自治団体に委任又は所属された事務 ・必ず個別的法的根拠が必要な事務 ・直接的に当該地方的利害関係がありかつ全国的利害関係がある事務	・法令などにより国又は上級地方自治団体から地方自治団体の機関に事務処理を委任する事務 ・国家的利害関係が著しい国家事務 ・事務を処理する際、委任者である国又は上級地方自治団体の機関の地位で処理する事務
地方議会の関与	許容	許容	事務処理に必要な経費負担に関する事項以外は原則的に不可
賠償など結果責任	地方責任	国・地方共同責任	国の責任

資料出所：法制處『法律教育教材Ⅱ』2000、165～167頁。

全ての事務は地方自治団体の事務として処理することが出来ることを意味する。そして、憲法の規定を受け地方自治法第九条第一項には「地方自治団体はその管轄区域の自治事務と法令により地方自治団体に属する事務を処理する」とし、地方自治団体の事務には固有事務である自治事務と委任による委任事務があることを明らかにし、同法第一〇二条には「市・道及び自治区において施行する国家事務は法令に他の規定がない限り市・道知事と市長・郡守及び自治区の区庁長に委任して行う」とし、機関委任事務について規定している。

現行地方自治法は事務配分に関する原則として第一〇条第三項に「市・道及び自治区はその事務を処理するに当たって競合しないようにし、その事務が競合した場合は市・郡及び自治区が優先的に処理する」とし、事務不競合の原則と基礎地方自治団体優先の原則を掲げている。また、一九九九年に制定された「中央行政権限の地方移譲促進などに関する法律」⁽³⁸⁾には国と地方自治団体の事務配分の基準として第四条第一項に「国と地方自治団体間の事務を配分するに当たっては、地方自治法第一一条に規定された国家事務を除き、出来る限り地方自治団体に配分しなければならない」と規定し、同条第二項には「地方自治団体において処理する事務の中で地方自治団体の専門的・技術

的能力を超え、その業務の性格上中央行政機関で処理することが合理的な事務は中央行政機関に移譲しなければならない」と規定している。そして、同法第三条第一項には事務移譲の基本原則として、次のようなことが掲げられている。

①地方自治法上の事務（第九条第二項の例示事務）は地方自治団体において関連事務一括移譲の原則、可能な限り独自に処理できるようにすること、②地方自治団体の与件及び能力を考慮し、地方自治団体の意思を尊重すること、③地方自治団体が移譲された事務を自主的な決定と責任に基いて処理できるように移譲された事務と関連した全ての事務を可能な限り同時に移譲すること、④地方自治法上の事務配分基準（第一〇条の規定）を守ること、⑤住民の福利及び生活と直接関連した権限又は事務は市・郡・自治区に優先的に配分すること、⑥市・郡・自治区が処理する事務の中で市・郡・自治区の専門的能力を超え、業務の性格上市・道において処理することが合理的な事務は市・道に移譲すること。

地方自治法第一章第三節には地方自治団体の機能と事務について四カ条に渡り詳細に規定されている。まず、第八条には事務処理の基本原則として、第一項に「地方自治団体はその事務を処理するに当たって住民の利便性と福利増進のために努めな

なければならない」と規定し、第二項には「地方自治団体は組織及び運営の合理化に努め、その規模の適正化を図らなければならない」と規定し、第三項には「地方自治団体は法令及び上級地方自治団体の条例に違反してその事務を処理してはならない」と規定している。そして、第九条には地方自治団体の事務範囲について、第一項に「地方自治団体はその管轄区域の自治事務と法令により地方自治団体の事務に属する事務を処理する」と規定し、第二項には第一項の規定による地方自治団体の事務が六分野五七事務に関する規定が包括的に例示されている。³⁹⁾

第一〇条には地方自治団体の種類別（市・道及び市・郡・自治区）事務配分基準について規定しているが、まず、市・道の配分基準については、①行政処理結果が二つ以上の市・郡・自治区に及ぶ広域的事務、②市・道単位に同一の基準により処理すべき性質の事務、③地域的特性を生かしながら市・道単位に統一性を維持する必要がある事務、④国と市・郡・自治区間の連絡・調整などの事務、⑤市・郡・自治区及び自治区が共同に設置するのが適当であると認められる規模の施設の設置及び管理に関する事務を挙げている。

そして、市・郡・自治区については、市・道が処理する事務として例示された事務を除いた事務を処理することが出来ると

〈表3〉行政階層間の事務配分の基準

区 分	事 務 基 準	例 示
国の事務	・国家存立事務 ・全国的政策事務 ・全国的法制化の必要性 ・基準の統一性 ・国際情報資料 ・高度の技術開発 ・全国的規模の事務	・国防、外交 ・経済開発及び国土総合開発計画 ・国家制度整備及び改善 ・物価統制、食糧管理 ・住宅政策 ・気象、航空、原子力 ・郵便、電話通信、港湾
広域自治事務	・行政統合性・平等性 ・地域環境体系性 ・地域間利害関係 ・地域平等性 ・広域サービス ・地域計画監督	・警察、消防 ・水質、大気汚染、下水道 ・租税、所得関連事務 ・母子保健、伝染病管理、建築規制、法律行為規制 ・広域基準に一致する都市計画、環境影響評価
基礎自治事務	・地域現地性 ・住民密着性 ・地域開発・経済性 ・地域社会近接性 ・地方自治上の規定による事務	・地域住宅開発及び住居環境関連規制事務 ・住民生活及び福祉関連事務 ・商店街開発 ・条例、規則制定及び改廃と行政運営のための基本事務

資料出所：金会昌「中央行政権限の地方移譲に関する小考察『中央行政権限の地方移譲に関する研究』2000、5頁。

し、人口五〇万以上の市については道が処理する事務の一部を直接処理できると規定している。⁽⁴⁰⁾ また、市・道と市・郡・自治区はその事務を処理するに当たって競合しないようにし、事務が競合した場合は市・郡・自治区が優先的に処理することになっている。

第一条には地方自治団体が処理できない国家事務の例示が規定されているが、法律に特別な規定がある場合は例外を認めている。⁽⁴¹⁾

第三節 事務の類型と判例の傾向

憲法第一一七条第一項は「地方自治団体は住民の福利に関する事務を処理し、財産を管理し、法令の範囲内で自治に関する規定を制定することが出来る」と規定して地方自治団体の自治立法権を保障しており、この憲法の規定に基いて地方自治法第二二条は「地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関する条例を制定することが出来る」とし、自治立法権を確認にしている。そして、地方自治法第九条には地方自治団体の事務範囲に関する規定が置かれており、第一条には地方自治団体が処理できない国家事務に関する規定が置かれている。しかし、こ

した地方自治法上の規定にもかかわらず国の事務と地方自治団体の事務を区別することや地方自治団体事務の類型を区別することは困難なことである。すなわち、実定法においては個別事務の一部を地方自治団体の長に委任する規定をおく場合が多く、個別法令が地方自治団体の長の権限として直接規定した場合、これが自治事務又は団体委任事務該当するか、国家事務としての機関委任事務に該当するかは法律の文言のみでは判断が難しいと言える。したがって、地方自治団体の事務範囲を規定した地方自治法第九条と、国家事務の類型を規定した第一条からは地方自治団体の事務の類型を確認することは困難であり、自治権の法律留保原則を定めている憲法第一一七条第一項と第一一八条第二項の規定を前提にすれば、地方自治団体の事務類型に対する確認は立法者の意思に依存せざるを得ない。⁽⁴²⁾ 一般的に、当該事務が地方的考慮よりは主務部長官の統制の元に全国的基準により統一的処理すべき性質のものは機関委任事務として扱い、当該事務が例示された地方自治団体の事務に該当し、地域的特性による自立的な処理が望ましい場合は、自治事務として扱うのが望ましいという見解もある。⁽⁴³⁾

事務類型に対して大法院は、発電所周辺地域に対する支援事業の一部を地方自治団体の長ではなく地域団体が施行できるよ

うに規定した蔚珍郡発電所周辺地域支援産業施行に関する条例案無効確認訴訟において、「機関委任事務においても、それに関する個別法令において一定の事項を条例に定めるよう委任している場合には地方自治団体の自治条例制定権とは関係なしにいわゆる委任条例を制定することが出来るが、その際にもその内容は個別法令が委任している事項に関するものとして個別法令の趣旨に合わなければならない、その範囲を逸脱した場合は委任条例としての効力も認めることは出来ない。法令上、地方自治団体の長が処理することになっている事務が自治事務であるか機関委任事務であるかを判断するに当たってはそれに関する法令の規定方式と趣旨を考慮すべきものであるが、その他にもその事務の性質が全国的に統一的な処理が求められる事務であるかの可否及び経費負担と最終的な責任帰属の主体も考慮して判断すべきものである」とし、事務類型に対する区分基準を提示している。

一・判例の傾向

地方自治団体の事務と条例制定権の限界に関する判例の傾向は、国家事務（機関委任事務）と地方自治団体の事務（自治事務及び団体委任事務）という二元論にこだわり、地域住民の福

祉や生活環境など、地域的必要性がある事項に対しても機関委任事務という立法形式上の理由のみで違法条例と判断する場合が多く、機関委任事務と判断されればいかなる領域においても条例制定を事実上不可能にし、地方議会の関与を認めていない。国家事務と地方自治団体事務の立法上の区別が容易でないことを考えれば、機関委任事務と自治事務という区分を条例の違法性判断の基準として執着している裁判所の態度には批判が多い。

条例制定権が及ぶのは自治事務と団体委任事務に限定されるが、法令の委任がある場合は、機関委任事務にも条例を制定することが出来る。しかし、この場合も委任の範囲を逸脱してはならない。以下では、条例制定の対象ではない事項を規定した条例案の議決に対して、無効を宣言した判例の傾向について、①委任の根拠法令がない機関委任事務を規定した条例 ②委任の範囲を逸脱した委任条例、③条例の制定対象でない事務を規定した条例のケースに分けて紹介する。

（一）委任の根拠法令がない機関委任事務を規定した条例
住宅建設事業の承認に対する事項を規定した「光州広域市西区住宅建設事業計画立地審議会運営条例案」に対する判決で、⁴⁵⁾

大法院は、機関委任事務を規定した条例案に対して無効とした。大法院は判旨において、「本件、計画立地審議会運営条例案は、住宅建設事業計画承認に伴う住宅建設立地の適正可否を光州広域市西区庁長が決定にするに当たって、所管事項を事前審議するための住宅建設計画立地審議会の設置と運営に関して必要な事項を規定することを目的とし（第一条）、委員会の審議対象は住宅建設促進法第三三条の規定に基づき事業計画承認を得なければならぬ共同住宅とし（第三条）、住宅建設促進法第三三条及び同法施行令第三二条第一項の規定によると、同法第三三条による事業計画の承認を得なければならぬ共同住宅は二〇世帯以上の共同住宅であり、その事業計画承認は建設部長官の権限となっており、建設部長官はこの権限を同法第五〇条第一項、同法施行令第四五条第五号により市・道知事に委任し、再び、光州広域市長は同法第五〇条第二項及び光州広域市事務委任規則に基づき、三〇〇世帯未満の住宅建設事業計画承認に関する権限を原告に再委任したことがわかる。上記条例案は条例で制定できない事項を規定したものであり、条例制定範囲に関する地方自治法の規定に違反し違法である」と示した。

こうした判例の見解はその後も引き継がれ、⁽⁴⁶⁾「全羅北道共同住宅入居者保護のための条例案」に対する判決で、大法院は委

任の根拠法令がないにもかかわらず、機関委任事務を規定した条例を次のように判示し無効とした。⁽⁴⁷⁾住宅の供給条件・方法・手続などに関する事項は、建設交通部長官の固有業務である国家事務であり、住宅建設促進法第五〇条、同法施行令第四五条に基づく権限委任の場合でも、これは機関委任事務とみるべきであり、国会事務は自治事務とは異なり、憲法第一一七条第一項により法令の範囲内で条例を制定出来る対象とは言えないので、住宅建設事業承認の対象である分譲を目的とする二〇世帯以上の共同住宅を対象として必要な事項を規定した本件条例案は、地方自治法第一五条但し書き（現行地方自治法二二条但し書き、以下、本稿の判例中に示した地方自治法一五条とは現行地方自治法二二条を表す）、住宅建設促進法第一条、第四条、第五条、第三二条に違反し、全体的に無効である」と示した。

また、後述の「ソウル特別市都市公園改正条例案」に対する判決でも、大法院は、機関委任事務の場合は、委任の根拠法令がなければ条例で規定できないと示した。

（二）委任の範囲を逸脱した委任条例

機関委任事務に対しても委任の根拠法令があれば条例を制定できるが、これは委任条例と呼ばれる。しかし、委任条例の場

合も、委任の根拠となる法令の趣旨に合わなければならず、委任の範囲を逸脱した条例は無効とされる。

後述の「⁴⁸⁾ 蔚珍郡発電所周辺地域支援産業施行に関する条例案」に対する判決で、大法院は、「機関委任事務においても、それに関する個別法令で一定の事項を条例に定めるよう委任している場合は、地方自治団体の条例制定権とは無関係に、いわゆる委任条例を制定することが出来るが、この場合にも、その内容は個別法令が委任している事項に関するものとして、個別法令の趣旨に合うものでなければならず、その範囲を逸脱した場合は、委任条例としての効力を認めることができない」とし、委任の範囲を逸脱した委任条例の効力を否定した。

(三) 条例の規定対象外の場合

国家事務または、立法事項であるため条例の制定対象でない場合、これを規定した条例は無効とされる。

「京畿道都市計画委員会条例の改正条例案」に対する判決で、大法院は、「都市計画法第七五条第一項、同法施行令第六〇条の規定からみて、地方都市計画委員会の事務において、中央都市計画委員会から委任を受けた事項を審議することは地方自治団体の自治事務や団体委任事務に該当するとは言えないから、

地方議會は委任された事項に関して、地方都市計画委員会がその審議案件と会議結果を道議會に報告することを義務づける内容の条例を制定することはできないし、また、道知事の諮問機関としての事務は、地方都市計画委員会が道知事の諮問に応じて道知事の意志決定に参考となる意見を提供することに過ぎず、道知事はその意見に羈束されることではないから、地方議會が道知事の諮問に関する事項に関して、その審議案件の報告を義務づける内容の条例を制定することは出来ないから、京畿道都市計画委員会条例の改正条例案において、地方都市計画委員会の委員長が、道議會に審議する案件と、その会議結果を事前・事後に報告することを義務付けたことは、条例で制定できない義務規定を新設したこととなり、地方自治法第一五条及び都市計画法令の規定に違反し違法である」と示した。

また、「光州広域市議會事務處設置条例の改正条例案」に対する判決では、「地方議會議員に、別定職地方公務員である議員補佐官を付けるのは、地方議會議員の身分、地位及びその待遇に関する現行法令上の制度に重大な変更を招くものであり、これは、個別地方議會の条例で規定すべき事項ではなく、国会の法律で規定すべき立法事項であるので、地方議會議員に有給補佐官を付ける内容の改正条例案は無効である」と示し、国会

の立法事項であるから条例で規定できないとした。

二．判例の紹介

（一）道知事から市長・郡守に墓地などの許可権を委任したことは団体委任事務ではなく、機関委任事務なので議会がその事務を規律する条例を制定できないとした判例（楊平郡墓地など設置許可における住民の意見聴取に関する条例再議決無効確認判決（大判 1995. 12. 22. 95chu32）

〈事実の概要〉

京畿道楊平郡議会（被告）は一九九四年二月二〇日に開かれた第三八回臨会において楊平郡墓地など設置許可における住民意見聴取に関する条例案（以下、「本件条例案」）を議決し、同月二二日に楊平郡守（原告）に移送したが、原告は一九九五年一月一〇日に本件条例案が地方自治法及び埋葬及び墓地などに関する法律に違反する理由で、地方自治法第一九条第三項に基づき、条例案に対する再議を求めたが、被告は同年三月三十一日第四〇回臨時会において原案通りに再議決を行った。

再議決された本件条例案第三条には墓地など設置許可における住民意見反映について「郡守は墓地などの設置許可の申請を処

理するに当たって、意見聴取対象の三分の二以上の賛成がなければ許可できない。但し、楊平郡が設置する公設又は営利目的でない家系墓地などは例外とする」と規定されていた。また、七条には公用施設の設置について「郡守は経営を目的とする施設墓地などの誘致を抑制し、不法墓地発生防止と火葬を進めるために楊平郡住民が使用できる公設火葬場と納骨堂を設置しなければならぬ」と規定されていた。なお、京畿道知事は施設墓地など設置許可権を京畿道委任条例第二条別表の第八号に基づき、市長・郡守に委任していた。

原告は墓地、火葬場、納骨堂の設置許可において住民の意見を聴取するように規定した本件条例案第三条は法令の委任なしに郡守の許可権を制限するものであり、郡守の上記許可行為は羈束裁量行為として本件条例案がこれを不当に侵害しており、埋葬及び墓地などに関する法律によると、墓地などの設置許可事務は道知事の権限に属するが、京畿道委任条例に基づき市長・郡守に委任したものであり、郡の自治事務又は団体委任事務ではないにもかかわらず、条例で定めているので、本件条例案第三条は地方自治法第一五条に違反するとし、条例案の無効を求めて出訴した。

〈判旨〉

地方自治法第十五条に基づき、地方自治団体が条例を制定できる事項は地方自治団体の固有事務である自治事務と個別法令により地方自治団体に委任されたいわゆる団体委任事務に限られ、国家事務として地方自治団体の長に委任されているか、上級地方自治団体の事務として下級地方自治団体の長に委任されたいわゆる機関委任事務に関する事項は条例制定の範囲外といえる。埋葬及び墓地などに関する法律第八条は、私設墓地、私設火葬場又は私設納骨堂などを設置したいものは道知事の許可が必要であると規定し道の事務として規定しており、地方自治法第九条第二項第二号によると、墓地などの運営・管理を地方自治団体の事務として規定しており、同法第一〇条第二項、同法施行令第八条、別表一の第二号によると、財団法人が運営する墓地などの設置許可は道の事務とし、家系又は自然人が設置する墓地などの許可は市・郡の事務として規定している。

上記の法令の規定を検討すると、財団法人が運営する墓地などの許可は道の事務に属することで一致するが、家系墓地などの許可事務は埋葬及び墓地などに関する法律によると道の事務に属し、地方自治法及び同法施行令によると市・郡の事務に属することになっており、両法の規定が異なる。ところが、地方

自治法施行令第八条但し書きには「他の法令にこれと異なる規定がある場合はこの限りではない」と規定しているが、墓地などの設置許可に関しては地方自治法とは異なり、埋葬及び墓地などに関する法律が特別に規定したものとみることができ、埋葬及び墓地などに関する法律が地方自治法地方施行令よりも上位法規であることから、家系墓地などの許可事務も埋葬及び墓地などに関する法律第八条により道の固有事務である自治事務であると解釈すべきである。

次に、京畿道委任事務条例に基づき、市長・郡守に墓地などの許可事務を委任したことが機関委任なのか団体委任事務なのかについては、①地方自治団体が下級地方自治団体に対して団体委任事務を行う根拠規定は地方自治法第九条第二項であるが、京畿道委任条例はその根拠を機関委任事務の根拠規定である地方自治法第九条第一項に明示していること、②京畿道委任条例の第一条が道知事の司る事務を市・郡ではなく市長・郡守に委任していると規定していること、③団体委任事務の場合、自治事務と同様に委任した機関は消極的・矯正的監督に止まり、機関委任事務の場合は違法な場合だけでなく、不当な場合でも処分の取消・停止を行う積極的な監督を行うものであるが、京畿道委任条例第二条が委任した事務に関して道知事が指

揮・監督し、その処分が違法な場合だけでなく不当な場合でも

これを取消・中止できると規定していること、④墓地などの設置は当該市・郡がそれぞれ管理する場合これを設置することが困難な地方自治団体もあり得るので市・郡の間に調整が必要であり、道レベルで統一的に処理することが妥当であることなどから、京畿道知事から市長・郡守に墓地などの許可権を委任したのは団体委任事務ではなく、機関委任事務とみるべきである。

したがって、この事件において京畿道知事から墓地などの許可事務を委任された主体は地方自治団体である楊平郡ではなく、道の下位行政機関である楊平郡守であり、埋葬及び墓地などに関する法律又は上記京畿道事務委任条例から特別に委任された機関である市長・郡守が所属された市・郡の条例により事務処理に関する規定を定めることができる委任根拠規定もないので楊平郡議会がその事務を規律する条例を制定することはできないと言える。したがって、本件条例案第三条は地方自治法第十五条の本文に違反すると言える。

（二）都市公園造成計画の決定及び変更決定に関する事務は機関委任事務に該当するとした判例・・・ソウル特別市都市公園改正条例案無効判決（大判2000.5.30, 99cju85）

〈事実の概要〉

ソウル市議会（被告）は一九九四年四月二一日第一二回臨時会においてソウル特別市都市公園改正条例案（以下、本件改正条例案）を議決し、同月二二日にソウル特別市長（原告）に移送したが、原告が一九九九年五月八日に本件条例案において新設された第二三条第三項と第二三条第四項が法令に違反する理由で再議を求めたが、一九九九年一〇月二一日一一六回臨時会において当初原案通りに再議決（以下、本件再議決）を行った。

本件条例案は従来のソウル特別市都市公園条例（以下、公園条例）の第一〇条第一項第二号の但し書き「保健社会部長官」を「保健福祉部長官」にし、第二三条に第三項に「委員会の付議案件はソウル特別市議会の意見を聞かなければならない」、第四項に「委員会の会議関連資料及び会議録は公開する」を新設することを内容とする改正案であったが、従前の公園条例第二〇条は「都市公園に関する法第四条の規定による造成計画（以下、造成計画）の決定・変更決定に関する事項として原告に委任された事項、原告又は区庁長が立案した造成計画に関する事項、その他公園に関する重要事項を審議するためにソウル特別市にソウル特別市都市公園委員会（以下、委員会）を設ける」

と規定されていた。

原告は本件改正条例案に新設された第二三条第三項は都市計画法第一二条第一項但し書きと、同法施行令第七条の三第三号及び第十五条に違反し、第二三条第四項は「公共機関の情報公開に関する法律（以下、情報公開法）」第七条第一項第五号に違反し、本件条例案の再議決は無効であると主張し出訴した。

〈争点事項〉

① 地方自治団体が機関委任事務に関して条例を制定することができるか。

② 都市公園造成計画の決定及び変更決定に関する事務が機関委任事務に該当するか、また地方自治団体の事務に対して委任条例を制定することができるか。

〈判旨〉

① 地方自治法第一五条、九条に基づき、地方自治団体が条例を制定できる事項は地方自治団体の固有事務である自治事務と個別法令に基づき地方自治団体に委任された団体委任事務に限られ、国家事務が地方自治団体の長に委任された機関委任事務は原則的に自治条例の制定範囲に属しない。しかし、

機関委任事務において個別法令で一定の事項を条例に定めるように委任している場合は、委任された事項に関して個別法令の趣旨に付合する範囲内においていわゆる委任条例を制定することができる。

② 都市公園法第四条第五項は都市公園に関する造成計画の決定及び変更決定は都市計画で行うことを規定しており、都市計画法第一二条第一項は都市計画の決定及び変更決定に関する事務は建設交通部長官の固有事務である国家事務であると言える。しかし、都市公園造成計画は都市計画により決定された都市公園に対する公園施設の種類、位置及び範囲などを具体的に確定する計画であるから、造成計画の決定及び変更は都市計画法施行令第七条の三第三号の規定する「既に決定された計画における都市計画法第二条第一項第二号の施設に対する細部施設の決定及び変更決定」に該当し、したがって、都市計画法第一二条第一項但し書きの規定する「軽微な都市計画の変更」に該当するため、都市計画法第一〇条第一項、同法施行令第六条第一項第四号に基づき、造成計画の決定及び変更決定に関する建設交通部長官の権限が地方自治団体の長に委任されているだけであって、地方自治団体の都市公園造成計画の決定及び変更決定に関する事務は機関委任事務

に該当する。

一方、都市公園法第三〇条は都市公園の設置及び管理に關して必要な事項は当該地方自治団体の条例に定めると規定しているが、「都市公園の設置及び管理に必要な事項」とは地方自治法第九条第二項第四号の規定する自治事務のことであり、都市公園造成計画の決定及び変更に關する事務はそれに該当しないと思われる。また、地方自治法施行令第四二条には地方自治団体はその所掌事務の範囲内で諮問機關を条例で設置することができる¹⁾と規定しているが、ここにおける地方自治団体の所掌事務とは固有事務である自治事務と団体委任事務のことであり、機關委任事務はそれに該当しないというべきであり、都市計画法第三〇条と地方自治法施行令第四二条を、国家事務として機關委任事務である都市公園造成計画の決定・変更決定に關する事項を条例で規定できるよう委任した根拠法令とは言えないし、他にその委任根拠となりうる法令が見当たらないので、地方自治団体は都市公園造成計画の決定・変更決定に關する事項を条例で定めることができない。

(三) 發電所周辺地域に対する支援事業の一部を地方自治団体長ではなく、地域団体が施行できるように規定した發電所周辺

地域支援事業施行に關する条例案が發電所周辺地域支援に關する法律施行令の委任の範圍を逸脱し無効とした事例（蔚珍郡發電所周辺地域支援産業施行に關する条例案無効確認訴訟・大判1999.9.17. 99chu30）

〈事実の概要〉

蔚珍郡議會（被告）は一九九八年一月二六日に蔚珍郡發電所周辺地域支援事業施行に關する条例案（以下、本件条例案）を議決し、同月二八日に蔚珍郡守（原告）に移送したが、原告が一九九九年一月一六日に条例案第二條第一号と第三條第一項及び第七條第一項が法令に違反することを理由に再議を求めたが、一九九九年三月五日に被告は当初の原案通りに再議決を行った。

本件条例案はその第一條に、發電所周辺地域支援に關する法律（以下、法）第一條と法施行令第三〇條第一項及び第三六條の規定に基づき、蔚珍郡發電所周辺地域支援事業の施行を効率的に進めるために必要な事項を規定することをその目的とする²⁾と規定し、①第二條第一号に「地域団体とは当該支援事業と直接利害關係がある当該邑・面の住民全体の構成と合議により運営される繁榮会又は地域發展協議會などの団体をいう」と規

定し、②第三条第一項に「蔚珍郡守は地方財政法第一四条第一項第四号に基づき、支援事業の効率的推進及び管理上、地域団体などが直接施行するのが妥当であると認められる事業は補助事業として施行することができる」と規定し、③第七条第一項に「地域団体は当該邑・面の住民福祉と地域発展及び住民所得増大など共同の利益を計る目的で当該地域全体住民で構成する協議体」と規定した（以下、上記三つの条項を、本件係争条項）。

原告は本件の請求原因として、法に基づく支援事業は地方自治団体の長に委任された機関委任事務に該当し、地方自治団体の条例で定めることができないにもかかわらず、本件条例案はそれに関して規定し、本件係争条項の法第一条と法施行令第三〇条第一項及び第三六条の委任範囲を逸脱した事項を規定している。その制定のための本事件再議決は無効であると主張し出訴した。

〈判旨〉

① 憲法第一一七条第一項と地方自治法第一五条に基づき、地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関して自治条例を制定することができるが、その事務とは地方自治法第九条第一項の地方自治団体の自治事務と法令により地方自治団体に属

する団体委任事務であり、地方自治団体が自治条例を制定できるのはこうした自治事務と団体委任事務に限られ、国家事務が地方自治団体の長に委任された機関委任事務のように地方自治団体の長が国の機関の地位で行う事務は地方自治団体の自治事務ではなく、原則的に自治条例の制定範囲外である。

② 機関委任事務も個別法令により一定の事項を条例に定めるよう委任している場合は、地方自治団体の自治条例制定権と関係なく、委任条例を制定することができるが、その内容は個別法令が委任している事項に限られ個別法令の趣旨に付合しなければならず、その範囲を逸脱した場合は委任条例としての効力を認めることはできない。

③ 法令において地方自治団体の長が処理するように規定している事務が機関委任事務に該当するかを判断するに当たっては、それに関する法令の規定方式と趣旨を考慮すべきものであるが、その他にもその事務の性質が全国的に統一的な処理が求められる事務であるかの当否及び経費負担と最終的な責任帰属の主体も考慮して判断すべきものである。

④ 発電所周辺地域支援に関する法律は地域開発の他に電源開発促進と発電所及び放射性廃棄物管理施設の円滑な運営を図ることを目的としており（第一条）、発電所周辺地域に対す

る支援事業は韓国電力公社が全国の周辺地域に対する長期計画を立て（第九条）、支援事業は地方自治団体長の他に同公社も施行主体であり（第一条）、支援事業の内容により各自分担して施行し（同法施行令第十九条、第二十五条）、事業施行に必要な経費は基本的に同公社が運営・管理する基金により賄う（第四条、第七条）ことなどを考慮すれば、発電所周辺地域に対する支援事業は地方自治団体の財政能力の差に關係なく統一的に施行すべき国家事務に該当するが、当該地域の事情と地方自治団体が施行する他の福祉施策と密接な関連を持ちながら施行する必要があることなどを考慮して当該地方自治団体の長に施行を委任した機関委任事務に該当する。

⑤ 発電所周辺地域に対する支援事業の一部を地方自治団体の長ではなく、地域団体が施行するよう規定した蔚珍郡発電所地域支援事業施行に関する条例案は発電所周辺地域支援事業施行に関する法律施行令第三〇条第一項、第三六条の委任範囲を逸脱し無効である。

（四）⁴⁹ 仁川広域市都市ガス供給安定に関する条例案
地方自治団体の条例制定権の範囲は自治事務と団体委任事務

に限られ、機関委任事務は原則的に条例制定権が及ばない。都市ガス供給安定に関する条例案が規定しているガス供給施設の工事計画と都市ガス供給規定の承認などの事項は機関委任事務に該当せず、法令により地方自治団体の事務に属する事項として条例制定が可能であるが、地方自治団体長の執行権を侵害する事項を規定しているため違法とされた判例。

〈事実の概要〉

仁川広域市議会（以下、被告）は、二〇〇一年五月二八日に「都市ガス供給安定に関する条例案」（以下、本件条例案）を議決し、仁川広域市長（以下、原告）に移送したが、原告は行政自治部長官の指示により、本件条例案第四条第二項、第五条第一項、二項が、都市ガス事業法、地方自治法など上位法令に違反することを理由に再議を求めたが、被告は原案通りに再議決した。

本件条例案は、その第一条に都市ガス供給施設及び使用施設（以下、ガス供給施設）の安定的・均衡的普及と設置を促進し、ガス事業者と使用者間の利害を調整することにより、公共の安全を図ることを目的とすることを規定し、第四条第一項は、「ガス事業者は都市ガス事業法（以下、法）第一八条の三第二項但

し書き規定に基づき、供給計画によるガス供給施設の工事が出
来ない場合は、可能な限り当該年度六月以前に、市長に承認を
要請しなければならない」とし、第二項には、「市長は第一項
の規定により承認する場合、承認しようとする一定規模以上の
ガス供給施設に対する追加設置ができるようガス供給計画を変
更しなければならない。ただし、ガス供給計画を変更する場合
は、ガス供給施設の設置を要求する多くの住民の民願地域を優
先的に考慮しなければならない」と規定していた。また、第六
条第一項は、「市長は法第一八条の三の規定によるガス供給施
設工事計画を立てる際には、市議会の所管常任委員会に報告し
なければならない」とし、第二項、「市長は法第二〇条の規定
に基づく都市ガス料金及びその他供給条件に関する供給規定を
承認又は変更する際には、上記供給規定が法第二〇条第二項各
号の基準に適合するかについて、市議会に報告し意見を聴取し
なければならない」と規定されていた。

原告は、本件条例案に対して、ガス供給施設の工事計画樹立
と都市ガス供給承認に関する業務は、法第一八条のガス供給計
画変更命令権、第二〇条のガス料金など供給規定承認権、第四
〇条の調整命令権などに照らし、全国的に統一を図る必要があ
る国家事務であるが、当該地域の特殊事情を考慮し、地方自治

団体長に委任されたことに過ぎない機関委任事務に該当し、そ
れに關して地方自治団体の条例で定めることはできないもので
あるばかりか、本件条例案第四条第二項、第六条第一項、第二
項は、地方自治団体長の執行権を侵害し、上位法令である法第
一八条、第一八条の三第二項但し書き、第四〇条など、地方自
治法関連条項の委任範囲を逸脱した事項を規定しているので、
本件条例案の再議決は無効であると主張し大法院に提訴した。

〈判旨〉

認容判決

(i) 「憲法第一一七条第一項と地方自治法第一五条によると、
地方自治団体は法令の範囲内でその事務に關して自治条例を
制定できるが、その事務とは、地方自治法第九条第一項で示
している地方自治団体の自治事務と、法令に基づき地方自治
団体に属する団体委任事務のことであり、地方自治団体が自
治条例を制定できるのは原則的にこうした自治事務と団体委
任事務に限られる。したがって、国家事務が地方自治団体長
に委任された機関委任事務のように地方自治団体長が国の機
関として行う事務は、原則的に自治条例の制定範囲に含まれ
ない。そして法令上、地方自治団体長が処理するよう規定し

ている事務が、自治事務に該当するか機関委任事務に該当するかを判断するに当たっては、まず、それに関する法令の規定形式と趣旨を考慮すべきものであるが、その他、その事務の性質が全国的に統一的な処理が求められる事務であるかの可否、それに関する経費負担と最終的な責任帰属の主体なども考慮して判断すべきものである。」

(ii) 「法第三条、第九条、第一〇条、第一一条、第一八条の三、第二〇条などの関連規定を総合すれば、特別市長・広域市長又は道知事（以下、市・道知事）が、一般都市ガス事業の許可権者であり（ガス卸事業許可権者は産業資源部長官）都市ガス供給規定の承認権者であるとしながら、委任の形式も取っておらず、市・道知事にその地域特性に適合するように都市ガス供給圏域などを設定・公示する権限を与えており、その許可などに伴う手数料の帰属やその事務処理費用の負担に関しても、市・道に帰属させている。一般都市ガス事業者が都市ガス供給のために設置すべきガス供給施設の設置などが専門的・技術的ことではあるが、必ずしも市・道など地方自治団体の技術と財政能力では行いうことが出来ないものとは言えず、都市ガスの料金、その他供給条件を規定した供給規定は、都市ガス使用者に直接影響を及ぼすものではあるが、

必ずしも全国的に統一すべきものではなく、韓国ガス公社から都市ガスの供給を受け保管する一般都市ガス事業者の保管場所、地形、ガス供給施設設置に所要する費用など、地域的な事情によりガス料金や費用負担などにおいて、適正な程度の合理的差別は可能であると言える。

従って、市・道知事の地域別ガス供給施設の工事計画樹立・公告や都市ガスの料金及びその他供給条件に関する供給規定の承認に関する事項は、地方自治法第九条、第三十五条第一項第一一号に基づき、法令により地方自治団体の事務に属する事項として条例を制定できるし、国家事務として市・道知事に機関委任された事務とは言えない。

ただ、産業資源部長官は毎年当該年度を含めた五年間のガス需給計画を立て、当該年度を含めた一〇年以上の期間にわたる長期天然ガス受給計画を立て、その主要内容を公告し（法第一八条の二）、天然ガスの輸出入計画締結などに対する承認権を行使し（法第一八条の四第一項）、市・道知事の上記供給規定承認に関連して一般都市ガス事業者の供給規定においてガス料金と供給条件及び費用の負担に関する事項が適正でなく、都市ガスの需給不均衡を招く恐れがあり、ガス使用者の保護のためにこれを改善する必要があると認められる時

には、市・道知事に供給規定の内容変更のため必要な措置を取らせることができ（法第二〇条第三項）、一時的なガス供給不足により緊急にガス使用を制限しないと、国民生活に支障を来し公共の利益を阻害する恐れが著しいと認められる場合には、必要な範囲内でガス使用者のガス使用を制限することができ（法第二四条第一項）、その制限に必要な範囲内で都市ガス事業者にガス供給の制限を命じることができ（法第二四条第二項）、ガスの需給上必要と認められる時には、都市ガス事業者がガス供給施設工事計画・ガス供給計画・ガス料金など供給条件の調整命令などを行うことができ（法第四〇条、その施行令第一〇条）、ガスの供給及び使用と関連した公共の安全又は危害発生の防止のために、ガス供給施設又はガス使用施設の安全管理業務に対して、市・道知事を指導・監督し業務報告をさせることができるが（法第四〇条の三、第四一条第一項、その施行令第一一条、第二一条）、これは、国の地方自治団体に対する一般的な指導・監督の範囲に属するものというべきであり、上記規定だけで市・道知事がもつ地域別ガス供給施設の工事計画の樹立・公告や都市ガス料金及びその他供給条件に関する供給規定の承認に関する業務の性質が異なることになるわけではない。」

(iii) 「しかし、地方自治団体がその自治事務に関して条例を制定することができるとしても、上位法令に違反することはできず（地方自治法第一五条）、特別の規定がない限り地方自治法が規定している地方自治団体の執行機関と地方議会の固有権限に関しては、条例でこれを侵害することはできず、地方議会が地方自治団体長の固有権限でない事項に対しても、その事務執行に関する執行権を本質的に侵害することは地方自治法の関連規定に違反し許されないといえる。

法第一八の三は第一項に、『市・道知事は第一八条第一項の規定に基づき、一般都市ガス事業者が提出したガス供給計画を元に、毎年三月末までに当該年度を含めた二年間の地域別ガス供給施設の工事計画を立て、これを公告しなければならない。公告した計画を変更した時も同様である』と規定し、第二項では、『一般都市ガス事業者は第一項の規定に基づき公告した地域別ガス供給施設の工事計画に従い、ガス供給施設を設置しなければならない。但し、産業資源部令が定めるやむを得ない事由がある場合は、この限りではない』と規定し、その施行規則第三〇条第二頁は、一般都市ガス事業者が地域別ガス供給施設の工事計画によるガス供給施設の設置をしなくてもいい場合として、①道路掘削許可をもらわなかつ

た場合、②ガス供給施設の設置予定日から一年以内に道路の拡張・包装が行われるよう計画されている場合、③地域再開発が進められる予定の場合、④その他予想外の事由が発生し、都市ガスの供給が不可能であると判断される場合として市・道知事の承認を得た場合と、規定している。

従って、上記の規定によると、ガスの供給計画は一般都市ガス事業者が作成し市長に提出するものであり、それにはガス供給に必要なガス供給施設の工事計画が含まれ、市・道知事が樹立・公告するものはその供給計画を元にした二年間の地域別ガス供給施設の工事計画であって、ガスの供給計画でないことは明らかであるにもかかわらず、本件条例案第四条第二項が、市長にガス供給計画を変更させる趣旨であるかは明らかでない。

また、本件条例案第四条第二項が、当初樹立・公告した地域別ガス供給施設の工事計画を市長に変更させる趣旨であるとしても、法第一八条の第三第二項によると、市長によって樹立・公告された地域別ガス供給施設の工事計画に基づき、一般都市ガス事業者はそのガス供給施設の設置義務を負担することになるが、法第一八条の第三第二項但し書きに基づき、その未設置が承認された後にも、その障碍事由が除去されれば、

直ちに設置するのが妥当な場合があるにもかかわらず、これを一律に排除し、市長に対してガス供給施設の工事計画を変更させ、他の場所にガス供給施設を設置させることは、当初ガス供給が予定されていた住民の利益を侵害する恐れがあり、一般都市ガス事業者者に絶対的な代替的作為義務を賦課することになるばかりでなく、ガス供給施設設置地域の優先順位も、その施設設置のために要される工事費の規模、既存供給施設との距離、公示の難易度、ガス需要の予想量、ガス供給の事業性などに対する考慮なしに、民願（苦情）を提起した地域住民の数だけで決めるのは、市場の供給施設設置地域と規模などに関する優先順位の決定に関する執行機関としての権限を本質的に侵害するものであり、上記関連法令に違反するといえる。」

(iv) 「一方、本件条例案第六条第一項には、原告が法第一八条の三の規定によるガス供給施設工事計画を樹立する際には所管常任委員会に報告しなければならない、これは、その工事計画の適正性に対する統制手段として、毎年当該年度を含めた二年間の計画を樹立するものであり、既に提出された一般都市ガス事業者のガス供給計画を元に樹立されるものであり、報告後必ず市議会の議決や意見に従わなければならない

法的拘束力はないから、地方自治団体の固有な執行権を侵害したものとはいえない。

また、原告が法第二〇条の規定に基づき、都市ガスの料金及びその他供給条件に関する供給規定を承認し、変更を求める場合でも、まず、上記供給規定が法第二〇条第二項の各号の基準に適合するかについて、事前に検討が行われるわけであり、その検討意見も公開すべき事項であり、必ず市議会の議決や意見に従わなければならない法的拘束力もないから、本件条例案第六条第二項にその供給規定の承認や変更要求前に、市議会に報告し意見を聴取することを規定したとしても、地方自治団体長の執行権を本質的に侵害したものとは言えず、法第二〇条第三項に規定された産業資源部長官の市・道知事に対する供給規定の内容変更のため必要な命令権限を剥奪・排除するものではないから、それに直接的に違反するとはいえない。

ところが、条例案の一部が法令に違反して違法である場合は、その条例案に対する再議決はその全体の効力を否認せざるを得ない。したがって、本件条例案第四条第二項が法令に違反しているから、第六条第一項、第二項など残りの条項が法令に違反しないとしても、本件条例案に対する再議決の効

力排除を求める原告の請求は認容すべきである。」

第四節 小括

日本の場合、条例制定権の事項的範囲と関わる自治体の事務体系が、二〇〇〇年分権改革により従前と比べ大きく変わった。長い間中央集権型地方自治制の象徴であった機関委任事務が廃止され、従前の機関委任事務の五五％が自治事務に、四五％が法定受託事務に再編成された。自治事務とは、地方公共団体が処理する事務のうち、「法定受託事務以外のものをいう」とされている（地方自治法第二条八項）。このように、自治事務について控除概念が採用されたのは、現実には地方公共団体が処理する事務が多種多様でありそれを定義することは困難であることや、自治事務を定義することにより、むしろその範囲を限定する結果をさけるためであるとされる。法定受託事務については、地方自治法第二条九頁に具体的に例示されている。すなわち、①法律又はこれに基づく政令により都道府県、市町村又は特別区が処理するとされる事務のうち、国が本来果たすべき役割に係るものであって、国においてその適正な処理を特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定

めるもの、②法律又はこれに基づく政令により市町村又は特別区が処理するとされる事務のうち、都道府県が本来果たすべき役割に係るものであって、都道府県においてその適正な処理に特に確保する必要があるものとして法律又はこれに基づく政令に特に定めるものである。①は国と地方公共団体との関係に関する法定受託事務であり、第一号法定受託事務と呼ばれる。②は都道府県と市町村・特別区との関係に関する法定受託事務であり、第二号法定受託事務と呼ばれる。要するに、法定受託事務とは、法律又はこれに基づく政令により処理される事務である点、国又は都道府県が本来遂行すべき役割に関連した事務である点、国又は都道府県でその適正な処理を特に確保する必要がある点などがある点、その基本的な特徴であると言える。また、法定受託事務は機関委任事務のように国家事務が自治体に委任されたものではなく、国の法令により自治体の事務として配分される点において従来の機関委任事務とは異なると言える。

機関委任事務制度の廃止は二〇〇〇年分権改革の中でもっとも大きな意味を持つものであり、機関委任事務制度の廃止により、普通地方公共団体の長の機関委任事務の管理・執行権の規定、国の事務に係る主任大臣・都道府県知事の指揮監督権等を

定める規定、職務執行命令に関する規定、その他機関委任事務の根拠規定となってきた関連規定はすべて削除された。

機関委任事務制度の廃止は、条例制定権に対して大きなインパクトを与えたといえる。従前、機関委任事務に対しては条例制定権が及ばなかったため、自治体の条例制定権の範囲は狭かったが、分権改革により自治事務だけでなく、法定受託事務についても、条例を制定することができるようになり、条例制定権の事項的範囲は大きく拡大されたからである。又、機関委任事務の廃止に伴い、自治体の事務の種類について定めていた旧地方自治法第二条二頁「普通地方公共団体は、その公共事務及び法律又はこれに基づく政令により普通地方公共団体に属するものの外、その区域内におけるその他の行政事務で国の事務に属しないものを処理する」の規定は、「普通地方公共団体は、地域における事務及びその他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を処理する」の規定に改められ、自治体の事務の例示（同法二条三項）、自治体が処理できない国の事務の例示（同法二条一〇項）の規定なども削除された。

また、改正された新地方自治法には旧地方自治法には存在しなかった、国と地方の役割分担の原則を掲げ、自治体は、住民

の福祉の増進を図ることを基本として、地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を担うものとし、一方で、国の役割を、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もしくは地方自治に関する基本的な準則に関する事務、③全国的な規模でも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など、国が本来果たすべき役割を限定した。

これにより、国の立法領域は国の役割の範囲に限定され、自治体の自治立法の範囲は拡大することとなった。また、分権改革後の条例解釈論は、国に先占された事務領域を確定し、その範囲を国に留保するという先占領域論は存在意義を喪失し、①「法令の範囲内で」②「法令に違反しない限り」という二つの判断基準に対する適合性に配慮しながら、分権改革の趣旨を踏まえた条例解釈論をいかに構築するかが課題となったといえる。⁵⁰⁾

日韓の条例制定権の事項的範囲を限定している事務体系や事務配分の現状を比較してみると、日本の場合は分権改革の最大の成果であった機関委任事務制度の廃止により、条例制定権の範囲は拡大し、条例の果たす役割と機能は従来よりも増して向上したと言えるが、韓国の場合は、分権改革前の日本のように条例制定権が及ばない機関委任事務の比重が大きく、固有事務

の範囲は狭い。もちろん、韓国も近年になって、中央行政権限の地方移譲を促進するための「地方移譲促進法」（一九九九年）の制定、地方分権を進めるため「地方分権特別法」（二〇〇四年）の制定など、地方分権型国家建設のための分権改革を行っているものの、機関委任事務の廃止に関する論議は対象となっていない。韓国の機関委任事務制度は二〇〇〇年分権改革前の日本の機関委任事務制度のように中央政府により自治体統制の手段として様々な弊害をもたらしており、特に、広範な機関委任事務の存在は条例制定権の範囲を限定している大きな要因となっている。今後、韓国における分権改革においては、日本の分権改革を参考にして機関委任事務制度の廃止を含む新たな事務体系の構築や事務の再配分に関する改革を進めなければ条例制定権の拡大にはつながらないだろうし、日本と比較して依然として自治行政において条例が政策形成の手段として果たす機能と役割は低く、地域の課題に速やかにかつ適切に対応できる自治立法の本来の機能と役割はは期待できないであろうと思われる。

（１）最大判一九七五・九・一〇判時七八七号二二頁。同判

決は、条例の法律適合性について、法令の趣旨解釈説を用いて、「地方公共団体の条例制定権には限界があるが、具体的な条例の規定が法律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ぬ」という基本的な考え方を示し、具体的な判断方法として、①法令中に明文規定がないことが規制をしてはならない趣旨であれば条例による規制は法令に抵触する、②特定事項について法令と条例が併存していても条例が目的を異にしていて条例による法令の目的・効果が阻害されない場合は抵触はない、③法令と条例が同一であっても法令が全国一律規制を意味せず自治体ごとに別段の規制を容認する趣旨であれば抵触はない、という三つのパターンを示した。また、法律と条例との関係に関する同判決が示した見解は、地方分権推進委員会第一次勧告にも受け継がれ、「法律との関係において条例制定が制約されるかどうかは、個別の法律の明示規定によるほか、法律の趣旨、目的などにより判断されることになる。こうした法律と条例の関係についての考え方は、国と地方の新しい関係の下においても維持されるものであるが、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わせる仕組みを検討する必要がある」とした。地方分

権推進委員会第一次勧告（第一章I二③）。

（2）大統領が定める命令は施行令と呼び、国務総理が発する総理令や各部（日本の省に該当）の長官が発する命令は、施行規則と呼ばれる。

（3）現行地方自治法上、広域地方自治団体の基礎地方自治団体に対する指揮・監督は以下のような仕組みが設けられているが、国の広域地方自治団体に対する指揮・監督の仕組みと連結されているため、これを含めて紹介すると次のような仕組みとなっている。①委任事務処理の指導・監督…地方自治団体又はその首長が委任を受けて処理する国家事務に関しては、市・道においては主務部長官の、市・郡及び自治区においては一次的に市・道知事の、二次的に主務部長官の指導・監督を受ける（第一六七条一項）。市・郡及び自治区又はその首長が委任を受けて処理する市・道事務に関しては市・道知事の指揮・監督を受ける（第一六七条二項）。

② 違法・不当な命令・処分は是正指示…地方自治団体の事務に関する首長の命令や処分が法令に違反したり、著しく公益を害すると認められる場合は、市・道に対しては主務部長官が、市・郡及び自治区に対しては市・道知事が期間を定めて書面では正を命じて、その期間のうちに履行しないときには、これを取消又は停止することができる（一六九条）。

③ 職務履行命令…地方自治団体の長が法令の規定によつて、その義務に属する国家委任事務又は市・道知事の管理及び執行を明白に懈怠していると認められる場合は、市・道に対しては主務部長官が、市・郡及び自治区に対しては市・道知事が期間を定めて書面でその履行すべき事項を命じることができる(第一七〇条一項)。主務部長官又は市・道知事は、当該地方自治団体の長が期間内にこれを履行しないときには、当該地方自治団体の費用負担で代執行をするか行政・財政上の必要措置を講ずることができる(第一七〇条二項)。

④ 自治事務についての監査…行政自治部長官又は市・道知事は、地方自治団体の自治事務について報告を受けて書類・帳簿あるいは会計を監査することができる。この場合、監査は法令違反事項に関して実施する(第一七一条)。

⑤ 地方議会議決に対する再議と提訴…地方議会の議決が法令に違反したり、公益を著しく害すると判断される場合は、市・道に対しては主務部長官が、市・郡に対しては市・道知事が再議を求めることができ、再議の要求を受けた地方自治団体の長は、議決事項の移送を受けた日から二〇日以内に地方議会に理由を付して再議を求めなければならぬ(第一七二条一項)。地方自治団体の長は、再議決された事項が法令に違反すると判断される場合

は、再議決された日から二〇日以内に大法院に提訴することができる(同条三項)。主務部長官又は市・道知事は、再議決された事項が法令に違反すると判断されるにもかかわらず、当該地方自治団体の長が提訴しない場合は、当該地方自治団体の長に提訴を指示しあるいは直接提訴及び執行停止決定を申請することができる(同条四項)。以上のような制度を通じて国→広域地方自治団体→基礎地方自治団体への広範な統制の仕組みが存在しており、これは、地方自治の発展を阻害する大きな要因となっている。

(4) ここで、韓国の地方自治法や地方自治制の沿革について若干付け加える。韓国の地方自治法は一九四九年七月四日に公布され、八月一日から施行された。地方行政階層を二層制とし、広域地方自治団体であるソウル特別市、道と、基礎地方自治団体である市・邑・面に分け、執行機関と議決機関を分離し、広域地方自治団体の執行機関の長は大統領が直接任命した。一九五二年には初の地方議会が構成され民選による地方議會議員選挙が行われ、市・邑・面長は議員の選挙による間接制で選ばれた。一九五六年には第二次地方自治法改正を行い、市・邑・面長の直選で選ぶことになったが、ソウル特別市長と道知事は依然として大統領による任命制のままであった。一九五八年には、地方選挙で敗北が予想された当時

の政権党である自由党により地方自治法の第四次改正が行われ、市・邑・面長まで国が任命する制度に変え、地方自治の後退が見られた。

一九六〇年には、いわゆる四・一九学生義挙（当時の無能・腐敗した自由党独裁政権を妥当し、自由民主主義国家の建設をめざし、全国各地で起こった大学生主導による革命運動）により政権が野党の民主党に変わり、憲法も改正された。改正された憲法には、議員内閣制度の導入とともに、地方自治団体の長を選任方法を法律で定め、特に市・邑・面長に対しては公選制を法定化し、憲法的に保障した。これに従い、首長の完全公選制を内容とする地方自治法の五次改正が行われ、一九六〇年一二月に首長と地方議員を選ぶ地方選挙が行われた。これにより韓国建国以来はじめて、完全な意味での地方自治制が実施される運びとなったのである。

しかし、それもつかのま、翌年の一九六一年に起きた五・一六軍事クーデターにより地方議会は解散され、同年九月には「地方自治に関する臨時措置法」が制定され、すべての地方自治団体の長を任命制とする第六次改正が行われ、地方自治は事実上中断されることとなった。同法の施行により地方自治法は事実上、死文化され地方行政の改編などは地方自治法ではなく、同法の改正により行われた。

一九七二年に改正された憲法（いわゆる維新憲法）には、地方議会の構成を韓国統一まで猶予することを規定し（憲法付則第一〇条）、地方自治法にも関連条文が廃止された（六次改正）。

一九七〇年代の地方自治の暗黒期を経て、地方自治に対する論議が再び始まるようになったのは、一九八〇年に改正された憲法（第五共和国憲法）に、地方議会を地方自治団体の財政自立度を考慮して順次構成し、その構成時期は法律で定める（付則第一〇条）と規定してからである。これにより一九八〇年代半ばからは地方自治の復活をめぐり与野党間に活発な議論が行われた。

そして、一九八七年六月に起きた民主化革命後、改正された憲法（第六共和国憲法）には、地方議会の構成に関する猶予条項を削除し、市・郡・自治区議会を構成してから、市・道議会を構成することを規定し地方自治制の復活を憲法的に保障した。この憲法の改正を受け、一九八八年には「地方自治に関する臨時措置法」は廃止され、地方自治法に対する大幅な改正が行われたが（第七次改正）、これが、現行地方自治法である（部分的な改正は幾度か行われたが、全面改正は第七次改正以来行われていない。従って、第七次改正時の内容がほぼ現行地方自治法に受け継がれている）。

第七次改正時に行われた主要内容は、①特別市・直轄

市の区を地方自治団体の種類に含める、②地方自治団体の種類を広域地方自治団体（特別市・直轄市・道）と基礎地方自治団体（市・郡・自治区）の二種類とする、③地方自治団体の機関構成は機関対立型を採用④地方自治団体の種類別事務配分の基準を定める⑤地方議会、地方自治団体の長は住民直選制などである。

そして、一九九一年四月には基礎地方自治団体（市・郡・自治区）レベルの地方議会が構成され、七月には広域地方自治団体（特別市・直轄市・道）の地方議会が構成されることとなり、三〇年あまり中断されていた地方自治の復活が実現され、一九九五年には第二期地方議会の議員選挙と同時に地方自治団体の長も選挙も行われ、長い間の官選首長の時代から抜け出し民選首長の時代を切り開いたのである。

(5) 許栄『韓国憲法論』博英社、二〇〇一、八三七頁。

(6) 韓国地方行政研究院『条例の法的地位及び制定範囲に関する立法政策的方案』韓国地方行政研究院、一九九五、五〇～五六頁。

(7) 朴源永『条例の法理に関する研究』東亜法学『創刊号』東亜大学、一九八五、三〇〇頁。

(8) 金東熙『行政法Ⅱ』博英社、二〇〇四、七四頁・洪井善『地方自治法学』法英社、二〇〇二、二〇三頁。

(9) イ・サン Chol『条例の法的性質と規律限界』『法制』

一九九七年九月号、法制處、一七二頁・朴ユンフム『法令と条例の関係』『考試界』一九九二年一月号、三八頁。

(10) 朴ユンフム『法令と条例の関係』『考試界』一九九二年一月号、三九頁・条例自主立法説を主張する公法学者の見解をみると、「憲法第一一七条第一項による自治事務に関する条例制定権の認定は、国の事務に関して憲法第四〇条が認めた国会の立法権に準ずるものであり、法律による行政は地方自治領域においては『条例による行政』を含めると解すべきである」朴ユンフム『法令と条例の関係』『考試界』一九九二年一月号、四二頁、

また、「地方議会が憲法によってその民主主義的な正当性が保障されている限り、適法手続きによって制定される条例は当該地方自治体の事務に関する限り、法律に準ずる性質を持つているし、これは民主主義の原理や法治国家の原理に反するものではない」と述べている・徐元宇「憲法と地方自治」『月刊地方行政』一九九四年一月号、一九頁。

(11) 金南辰『行政法Ⅱ』法文社、一九九一年、一一四頁。

(12) 洪井善『地方自治法論』法英社、一九九二年、七二頁。

(13) 李琦雨『地方自治行政法』法文社、一九九一年、七二頁。

(14) 金東熙『行政法Ⅱ』博英社、二〇〇四、七四頁。

(15) 朴ユンフム『法令と条例の関係』『考試界』一九九二年

一月号、三七頁。「我が国の学者は明らかにしてはいないが、条例自主立法説が多数説であり、条例委任立法説は少数説のようである」。

- (16) 成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』、有斐閣、一九六四、一九九頁・秋田 周「法律と条例」『現代地方自治全集六』ぎょうせい、一九七七、六六頁。

- (17) 田中二郎『新版行政法（中巻）』弘文堂、一九九〇、一三一～一三六頁。

- (18) 俵 静夫「地方自治法」『法律学全集』有斐閣、一九六五、二九五～二九七頁。

- (19) 兼子 仁「条例をめぐる法律問題」『条例研究叢書一』学洋書房、一九七八、三四頁。

- (20) 最判昭和三七・五・三〇大法院判決、刑集一六卷五号五七七頁、判例時報三〇三号二頁。

- (21) 俵 静夫「地方自治法」『法律学全集』有斐閣、一九六五、二九七頁「自治立法権自体は憲法によって賦与されたものであり、自治法一四条は、自治立法権の根拠を定めたものではなく、自主法の法形式を明瞭にし、その規定事項の範囲を他の法形式との間において確定するものであるにすぎない」・成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』有斐閣、一九九頁・久世公堯「法律と条例」『総合判例研究叢書』有斐閣、七九頁。

- (22) 綿貫芳源「条例の性質とその司法審査の基準」『公法

研究』三五号一九九頁。

- (23) 成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』有斐閣、一九九頁。

- (24) 金南振『行政法二』法文社、一九九二、一二六頁。

- (25) この「福利事務」とは、いわゆる生活配慮事務から発展してきた概念である。生活配慮(Daseinsvorsorge)という概念は、ドイツの公法学者フォルシュトフ(Forsthoff)が発展させた概念であるが、高権的な侵害行政に対して、給付行政を構造的な特性と意味において述べるために作られた概念である。一般的に生活配慮とは、国民に対する行政のすべての給付活動を意味する。洪井善「条例と侵害留保」『考試界』考試界、一九九三年四月号、三一二頁。

- (26) 朴英道『自治立法の理論と実際』、韓国法制研究院、一九九八、六三頁。

- (27) 金弘大『地方自治立法論』博英社、一九九九、八一頁。

- (28) 朴ユンフム『最新行政法講義（下）』博英社、二〇〇〇、一一〇～一一一頁。

- (29) 韓堅愚『現代行政法二』、延世大学出版社、二〇〇〇、五四四～五四五頁。

- (30) 地方自治法第一四一条には経費の支出について「地方自治団体はその自治事務の遂行に必要な経費と委任された事務に関して必要な経費を支出する義務を負う。但し、

国の事務又は地方自治団体事務を委任した場合はこれを委任した国又は地方自治団体でその経費を負担しなければならない」と規定している。

(31) 地方自治団体の事務を自治事務（固有事務）と委任事務に区別する理論は、ドイツ・フランスなど大陸系の自治制度をもつ国の歴史的所産として、自然法的・天赋人権的な地方権の観念がこの背景にある。しかし、自然法論が衰退し、地方自治団体は国家以前の固有な生命体でもなく国家の創造物であり、その機能も地方自治団体に固有な地方権ではなく、国から伝来したものであるとする伝来説が支配的になるにつれ、自然法的地方権思想を背景に成り立っていた伝統的な固有事務・委任事務の理論は、その区別の実質的根拠を失ってしまったといえる。

(32) 崔昌浩『地方自治学』、三英社、一九九六、二五四～二五五・李尚圭『新行政法論（下）』、法文社、一九九二、一五七頁・金道昶『一般行政法論（下）』、青雲社、一九九二、一五六頁。

(33) 韓堅愚、前掲書、五九四～五九五頁。

(34) 大判1999.9.17.99chu30.「機関委任事務においてもそれに関する個別法令において一定の事項を条例で定めるよう委任している場合には自治条例制定権とは無関係にいわゆる委任条例を制定することができる。その際その内容は個別法令が委任している事項に関するものと

して個別法令の趣旨に符合するものでなければならぬ」。

(35) 機関委任事務については次のような問題点が指摘されている。

第一に、機関委任事務制度は国家事務を地方自治団体の執行機関に委任して処理する事務であるが、自治事務と国家事務を区分する基準が明確ではなく、行政事務の多様化と高度化によりその区分はますます困難になっている。第二に、中央政府は地方自治団体に対する統制を強化するため、機関委任事務を増やし、機関委任事務が中央政府の地方に対する指揮・監督の手段となっている。第三に、地方自治団体を中央政府の下部機関化し、地方行政を全国画一化する要因となっている。第四に、機関委任事務を通じた中央行政機関の関与により地方自治団体の自主性と創造性が阻害され地方自治の発展を抑制する。第五に、機関委任事務は国と地方自治団体間の責任所在が不明確であり、地域住民の意思を反映することができない。

(36) 洪井善『一般行政法（下）』、博英社、一九九七、一〇六～一〇八頁。

(37) 全権限性の原則とは一九世紀にドイツで生まれた自治行政概念であるが、地方自治体は地域共同体に関する全ての事務を自らの判断と自己の責任に基いて規律できる

ことを意味する。すなわち、地方自治体は地域共同体に関する全ての事務を規律できる権利を持つが、こうした事務の範囲は原則的に制限がない。地方自治体の固有事務は法律に特別な規定がない限り、全ての事務に及ぶものであり、包括的に規定される。

(38) 「中央行政権限の地方移譲促進などに関する法律」は中央行政機関の権限を効率的・体系的に地方自治団体に移譲出来る制度的仕組みを設け、国家機能の地方移譲を促進し、地方自治団体の自立性・責任性を強調することで住民の福利増進を図る目的で一九九九年に金大中政権時に制定された法律である。この法律が制定された背景には一九九一年に三〇年間中断されていた地方自治が復活したことに伴い国と地方の役割を見直す必要性が生じたため、当時政府は民間合同の協議体である「地方移譲合同審議会」を設け、中央権限の地方移譲を推進したが、地方移譲を体系的に行うことができる法的な仕組みが整えられていなかったため、地方分権は遅々として進展しなかった。そこで、「国民の政府」をキャッチフレーズに掲げ登場した金大中政権は、先進地方自治の実現と政府機能の効率的な分配を通じた国家競争力の強化のために、「中央権限の地方移譲」を国政改革の課題として採択し、同法を制定した。そして、同法に基づく体系的・効率的な地方移譲を推進するため大統領直属機関として

「地方移譲推進委員会」を設置し、中央行政権限の地方移譲を推進することになった。これは地方分権を最優先国政課題として掲げた現盧武鉉政権に引き継がれ、地方分権ロードマップの課題の一環として進められた。その結果、「地方移譲推進委員会」は二〇〇五年一月まで

に五、一九四の地方移譲対象事務から三、五五五の事務を審議、一、三四六の事務に対する移譲を確定し、九八九の事務に対する移譲を完了した。行政自治部『二〇〇六年行政自治白書』第三章、行政自治部。

(39) 六分野五七事務とは、①地方自治団体の区域、組織及び行政管理などに関する事務、②住民の福利増進に関する事務、③農林・商工業など産業振興に関する事務、④地域開発及び住民の生活環境施設の設置・管理に関する事務、⑤教育・体育・文化・芸術の振興に関する事務

(40) 現行地方自治法及び同法施行令は広域地方自治団体である特別市・広域市・道と基礎地方自治団体である市・自治区間の事務配分について次のような二つの特例を設けている。第一に、特別市・広域市・区間の特例である。すなわち、区は特別市・広域市の一部として人工的に設けられたものに過ぎないので、その性質上市で処理すべきものは区で処理するのではなく、特別市・広域市で処理する。地方自治法施行令の別表二には自治区ではなく特別市・広域市で処理する事務の例示として、地方自治

団体の人事及び教育などに関する事務、地方財政に関する事務、都市計画に関する事務などが規定されている。第二に、人口五〇万以上の市に対する特例である。人口五〇万以上の市については道が処理する事務の一部を直接処理することが出来る。これは人口五〇万以上の大都市に配分する権限を中小都市及び郡に配分する権限と同様に画一化するのは不合理であるため、大都市にはより多くの権限を与える趣旨である。地方自治法施行令の別表三には人口五〇万以上の市が直接処理できる道の事務の例示として、保健医療に関する事務、地方公企業に関する事務、住宅建設に関する事務、土地区画整理事業に関する事務、環境保全に関する事務などが規定されている。

(41) 第一条には地方自治団体が処理できない国家事務の例示として次のような事項が規定されている。

① 外交、国防、司法、国税等国家の存立に必要な事務、② 物価政策、金融政策、輸出入政策など全国的に統一の処理が必要な事務、③ 農林・畜・水産物及び穀物の需給調節と輸出入など全国的規模の事務、④ 国家総合経済開発計画、国家河川、国有林、国土総合開発計画、指定港湾、高速国道・一般国道、国立公園など全国的規模又はこれと類似した規模の事務、⑤ 勤労基準、測量単位など全国的な基準の統一及び調整が必要な事務、⑥ 郵便、鉄

道など全国的規模又はこれと類似した規模の事務、⑦ 高度の技術を必要とする検査・試験・研究、航空管理、気象行政、原子力開発など地方自治団体の技術及び財政能力では耐え難い事務

上記のように地方自治法第一条には、地方自治団体が処理できない国家事務の例示として、「国家の存立に必要な事務、全国的統一及び調整が必要な事務、地方自治団体の能力に合わない事務」などを規定しているが、国の事務と地方の事務を区分することは、そう簡単ではない。すなわち、実定法上は個別事務の一部を地方自治団体の長に委任する規定を置く場合が多いが、個別法令が「市・道知事は〇〇事務を行わなければならない」のように地方自治団体の長に委任する規定がある場合は、これが自治事務又は団体委任事務なのか、機関委任事務なのか文言上では判断が難しい。従って、この場合は、当該事務が主務長官の統制の下で統一的に処理しなければならない場合は、機関委任事務とし、当該事務が例示された地方自治団体の事務に属し、地域的な特性による自律処理が望ましい場合は、地方自治団体の事務として処理するという見解もある。洪井善「条例と侵害留保」『考試界』考試界、一九九三年四月号、三三三頁。

(42) キム・ゼホ「地方自治団体の事務と条例制定権」『地方自治法研究』第四卷第一号、韓国地方自治法学会、二

〇〇四年六月、七五頁。

(43) チェ・スンウォン「条例制定権の範囲と限界」『考試界』考試界社、二〇〇一年一月号、一〇八頁。

(44) 大判 1999. 9. 17. 99chu30；大判 2001. 11. 27. 2001chu57 ^な。

(45) 大判 1992. 7. 28. 92chu31

(46) 大判 1995. 5. 12. 94chu28

(47) 大判 2000. 5. 30. 90chu85

(48) 大判 1999. 9. 17. 99chu30

(49) 大判 2001. 11. 27. 2001chu57

(50) 日本都市センター『分権型社会における自治体法務』財団法人日本都市センター、二〇〇二、六七～六九頁・佐藤俊一『地方自治要論』成文堂、二〇〇六、一二三～一二六頁・神奈川県自治総合研究センター『条例の制定と運用』公人社、二〇〇〇、一〇七～一一頁・川崎政司『地方自治法基本解説』法学書院、二〇〇六、五八～六四頁。