



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	韓国における条例制定権の範囲と限界（2）：日本の条例論と比較検討を中心に
Author(s)	鄭, 原昌
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 58(6), 205-265
Issue Date	2008-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/32577
Type	departmental bulletin paper
File Information	vol58-6_p205-265.pdf



韓国における条例制定権の範囲と限界（二）

——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、五八巻四号〕

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) 現行地方自治法第二七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（地方税創設肯定説）
 - 二、地方税法律主義（地方税創設否定説）
 - (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

（以上、本号）

- (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、憲法訴願制度による統制

第五節 小括

おわりに

第三章 条例の法律適合性

第一節 概説

憲法第一一七条第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。しかし、その但し書において「住民の権利制限又は義務賦課に関する事項及び罰則を定める場合には法律の委任がなければならぬ」と規定している。この但し書きと関連して、法律留保原則により条例の制定には必ず法律の委任や根拠が必要であるかをめぐり論争が展開されてきた。

法律留保の原則は、法律優位の原則とともに法治主義の原理

を具現するための根本原理である。法治主義の原理は憲法の核心的な基本原理であり、国民に対する公権力の行使を憲法と法律に羈束させ、公権力の濫用を防ぎ、国民の自由と権利を守るための基本原理である。自治立法も国家法体系の一部であるため、当然、自治立法を制定する際には法治主義の原則により法律留保と法律優位の原則に従わなければならない、これらの原則は自治立法権の制定範囲を決める際の重要な論点でもある。

条例制定においては法律留保の原則、すなわち、条例は国家法体系の下部に位置する下位規範であるため上位の法令に違反してはならないことについては、殆どの公法学者の見解は一致している。しかし、条例制定において法律の授權が必要であるかについては、見解が分かれている。

すなわち、行政立法のように個別的に法律の委任が必要か、又は、法律の委任は包括的で足りるかの問題である。また、これと関連して国会立法主義の原則を規定している憲法第四〇条

と、基本権制限に関する一般的法律留保規定である憲法第三七条第二項との関係をめぐり条例制定権の範囲に関する論争が展開されてきた。

条例制定権の範囲に関する問題は、法律留保の原則と密接な関わりを持つが、憲法が地方自治団体に対して自己責任性及び全権限性をもつ包括的自治権を与えている点と、法律留保の原則が行政行為に対する民主的統制のために導入されている点などを考慮して決めるべきものと思われる。

第二節 憲法上の「法令の範囲内」の解釈

条例制定権の法律留保原則を定めている憲法第一一七条第一項の「法令の範囲内」の趣旨をどう解釈するかについては、条例が法令優位の原則に反してはならないことには異論がないが、条例に対して法律留保が及ぼす範囲については見解が対立している。すなわち、条例制定権の範囲を拡大しようとする論者からは「法律に違反しない範囲内」と解釈し、条例委任立法説の立場からは、「法令の委任によって」と解釈し、条例制定権の範囲を縮小しようとする見解が存在する。

洪井善教授は「法令の範囲内」という表現は、それ自体とし

て明白なものではなく、それは地方自治制度の本質、国と地方自治団体との関係など地方自治団体を巡る問題に対する憲法上の決断に対する全般的な利害を前提として解釈すべき性質の問題であるとし、「法令の範囲内」とは法令に反してはならないという意味の他に、場合によって「法令の委任により」という意味も含まれるという。⁽¹⁾

朴鉞斡教授は、条例制定権の限界は憲法による地方自治の制度的保障、国法体系全体の統一性、地方議会の立法能力、条例の実効性等を考慮した上で、具体的な事案に基づいて決められるべきものであるとし、「法令の範囲内」とは「法令に違反しない範囲内」と同様の意味であると解釈する。⁽²⁾

韓堅愚教授は条例の規律範囲が法規命令の場合よりも広い理由は条例が住民の代表機関である地方議会の議決をへたものである点にあり、「法令の範囲内」という意味は「法令に違反しない範囲内」の意味として解釈する。⁽³⁾

金弘大前法制局長は、「法令の範囲内」を「法令に違反しない範囲内」と解釈するのは実定法の文言に忠実な解釈ではなく、日本の地方自治法のように条例制定権の範囲について「法令に違反しない限りにおいて」と規定していない立法現実を考慮すれば無理な解釈であるという。従って、基本権保障についての

一般留保条項である憲法第三十七条第二項を、基本権保障の最高規範とし、憲法第一一七条第一項の規定を同条に対する下位規定と考えれば、憲法第一一七条第二項の「法令の範囲内」とは、国民の基本権を侵害する領域では法律留保の原則が適用されるが、その他の領域では「法令に違反しない範囲内において」法律の委任なしに条例を制定できるものと解釈する⁽⁴⁾。

思うに、憲法第一一七条第一項の「法令の範囲内」が何を意味するかには、規定の文言からは明らかではなく、憲法が保障している地方自治の本質、国と地方自治団体の関係、住民によって選ばれ、民主的正当性をもつ地方議会が制定する自治立法権の意味などを考慮し、憲法全体的な観点から解釈すべきである。

憲法第一一七条第一項は、条例の制定範囲を「法令の範囲内」と規定し、「法令の授權によつて」又は「法令の委任によつて」とは規定していない。すなわち、これは、法律留保の原則を意味するのではなく、法律優位の原則を表したものと解釈できる。従つて、「法令の範囲内」とは、「法令に違反しない範囲内において」法律の委任なしに条例を制定できるものと解釈すべきである。

他方、憲法第一一七条第一項の「法令の範囲内」の法令の意味については、法律・大統領令・部令などの立法形式により制

定された法規命令のみならず、法規命令の明示的委任により中央行政機関の長が定める行政規則(訓令・告示等)⁽⁵⁾と国内法的効力が認められる国際法規も含まれる。すなわち、法律優位の原則により条例は国の法令に違反できないことを意味する。従つて条例の内容が国の法令、すなわち、国会が制定した法律や国内法的効力が認められる条約その他、憲法と法律の委任により制定された法規命令の内容に抵触する場合、当該条例は法律優位の原則に違反し無効となる。法令の中には法規命令の他にこれらの明示的委任により制定された訓令・例規・告示も含まれるという見解もあるが、執行命令と訓令・告示等の行政規則はここのいう法令には含まれないというのが通説である⁽⁶⁾。しかし、行政規則が国家法令の明示的な委任を受けたとしてもその性質は行政内部のみに拘束力をもつ準則に過ぎないものであり、独自の法人格をもつ地方自治団体の条例制定権を国家法令に基づく行政規則が上位法規範として制限を加えるのは許容できないといえる⁽⁸⁾。

第三節 住民の権利・義務に対する法律留保事項と条例

憲法第三十七条第二項は「基本権の制限は国家の安全保障、秩序維持又は公共福利のために必要な場合に限り法律で制限することができ、制限する場合でも自由と権利の本質的内容を侵害することはできない」と規定し、基本権制限の法律留保主義を採択している。そして、基本権制限におけるこの憲法上の法律留保の原則は地方自治法第二二条のただし書きに現れている。すなわち、地方自治法第二二条のただし書きには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場合には法律の委任がなければならないとし、法律留保の原則を明らかにしているのである。そして、地方自治法第二二条のただし書きの解釈を巡り、従来からその違憲性が主張されてきた。すなわち、憲法第一一七第一項は「法令の範囲内で」で条例制定権を保障し、これを受けた地方自治法第二二条にも「法令の範囲内」で条例制定権を保障しているが、この地方自治法第二二条のただし書きの規定により憲法上保障された条例制定権がかなり制限されてしまい、自治立法権を保障した憲法の趣旨に反するからである。この論点は憲法第一一七第一項の「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」という規定の趣旨をどう捉えるかにより合憲説と違憲説の対立が見られる。

条例制定を行政作用の一種であるとする立場からは、上記のただし書きの合憲性が主張される。すなわち、前記のように現行憲法第三十七条第二項によると国民の権利と自由の制限は法律の根拠がなければならないから、住民の権利を制限し義務を賦課する規制条例や侵害条例を制定するには法律の委任がなければならないという。

一方、条例の自主法ないし準立法性を強調する立場からは、自治事務に関する限り、地方自治団体は法律による個別的授權がなくても住民の権利制限、義務賦課が可能であることを理由に、二二条ただし書きの違憲性を唱える⁽¹⁰⁾。

以下では、住民の権利・義務に対する法律留保事項と条例制定権の関係について、二二条ただし書きを巡る論点と判例の傾向を取り上げながら述べてみることにする。

一・学説

（一）合憲説

条例委任立法説によると、地方自治団体が憲法第一一七条第一項に基づいて条例制定権をもつことは事実であるが、地方自治団体が住民の権利を制限する条例を制定する場合、憲法第三十七条第二項により必ず法律の根拠を必要とし、法律の委任範囲

で可能であるとする。また、地方自治法第二二条ただし書きの法律留保原則に憲法第三七条第二項を確認し具体化した規定に該当する。すなわち、住民の自由と権利を侵害する公権力の発動に関する場合、必ず法律の根拠が必要であるという侵害留保の原則を採択している。

法律の個別的な授権又は委任によらず国民の権利と自由を侵害することはできない。すなわち、憲法第三七条第二項は国民の基本権を保障するために法律留保を厳格に規定しているし、これを根拠として地方自治法第二二条のただし書を合憲とする。⁽¹⁾

また、国民全体意志の表れである法律と地方自治団体住民の意思表現である条例制定権との間にはその民主的正当性において差を認めざるをえず、国民の基本権に関する原則的規律、その他国民の自由と権利の制限的規律は全国的な民主的正当性のある法律の委任がある場合に可能であるとする。⁽²⁾

(二) 違憲説

条例自主法説によると、現行地方自治法第二二条の「法令の範囲内」を法令留保論的に解釈するのではなく、条例は法令に違反又は抵触してはならないだけであって、法律留保を要求しているものではないとする。同条の解釈と関連した法令留保の

原則は機関委任事務だけを対象に適用されるものであり、自治事務まで法令留保を要求するとしたら憲法第一一七条に違反するものとして解釈されるので、地方自治行政の実効性を担保するための手段である侵害的地方行政分野まで法律留保を求めるのは地方自治権を侵害した規定として明らかに違憲であるとする。また、法令の委任がある場合に制定される委任立法とは異なり、条例は憲法第一一七条第一項により法令の範囲内で制定できるように規定されているにも拘わらず、地方自治法第二二条ただし書において法令の範囲内で制定できず、法令の委任がある場合に制定できるとして条例制定権に制限を加えており、憲法第三七条第二項の規定は国民の自治と権利一般を対象とする基本権制限の一般的限界を規定したものであって、憲法によって別段に保障されている地方自治団体の条例制定における法律の委任に関して規定したものではなく、従って、地方自治法第二二条ただし書は憲法が地方自治団体に対して包括的な自治権を与えた趣旨に反するとする。⁽³⁾

二. 行政機関の見解

地方自治法第二二条ただし書きの法律留保の原則について、法制處は、地方自治団体の法務や法律事務に携わる公務員を対

象に作られた自治立法実務テキストにおいて、「法令に違反しない限りにおいて条例を制定でき、関連法令がない場合は、条例が法律に準ずる地位をもつ日本の場合とは異なる（日本では住民の権利義務制限や罰則制定において韓国のような法律委任の規定がない）」ところに留意しなければならない。すなわち、

韓国の条例と日本の条例の制定範囲を同レベルとみて、法律の委任なしに住民の権利・義務と罰則に関する事項を条例で規定できると考えてはならない¹⁴⁾とし、また、地方自治法第二二条

ただし書きは、憲法第一一七条第一項の「法令の範囲内」で条例を制定出来るとした規定よりも強化して法律の委任を要求し、憲法の趣旨を制約し自治立法権を侵害していると主張する違憲論について、「地方自治法第二二条ただし書きは、国民の基本権制限と関連して法律留保原則を宣言した憲法第三七条第二項の『国民のすべての自由と権利は国家安全保障、秩序維持、または、公共福利のために必要な場合に限り、法律で制限することが出来、制限する場合も自由と権利の本質的な内容を侵害することは出来ない』とした、規定に基づくものであり、憲法第一一七条も、憲法第三七条第二項の原則により制限せざるを得ないから合憲であるとするのが妥当であろう¹⁵⁾」とし、住民の権利制限、または義務賦課に関する事項や罰則を定める場合は、

法律の委任が必要であるとし、法律留保の原則が適用されることを違憲ではないという見解を示している。

他方、地方自治団体であるソウル特別市は、地方自治法第二二条ただし書きについて、「国民の権利・義務に関する事項や罰則の規定において、個別的な法律の委任が必要であるとした地方自治法第二二条ただし書きの規定は違憲であり……、条例はその地方の住民の代表者で構成される地方議会で制定されるものであるから、住民の権利義務に関する事項だけでも治者被治者の自動性の原理により法律の委任なしに、地方自治団体が法令の範囲内で自ら制定できるようにするのが妥当であり、これが地方自治団体の自主性と自律性を尊重する道であろう¹⁶⁾」とし、条例が住民の代表により制定される自律的な法規範としての正当性を持つことから、法律の委任なしに、住民の権利・義務に関する事項を制定できると主張する。

三、判例の傾向

判例の傾向は一九六〇、七〇年代までには住民の権利・義務に関する条例は法律の個別的な委任がなければ違法であるというのが基本的な立場であり、法律留保の原則が厳格に適用され、条例の有効性・適法性を判断する際に地方自治法第二二条た

し書きの条項を単純に適用して同条項は当然合憲である立場から判決が行われてきた。しかし、地方自治が復活した九〇年代以降からは地方議会が構成されていなかった以前と比べ、条例が住民の直選で選ばれた地方議員によって構成された地方議会の議決により制定される自主法である認識から地方自治団体が法令に違反しない範囲内で住民の権利・義務に関する規定を制定できるとし、法律による委任の具体性を大きく緩和する傾向にある。しかし、判例の基本的立場は、地方自治法二二条ただし書の規定が合憲であることには変わりはなく、住民の権利・義務に関する条例には原則的に法律留保の原則が適用されるが、条例の民主的正当性に照らし、条例に対する法律の委任は一般行政立法とは異なり、包括的委任で足りるとされる。

例えば、大邱市収入源・支出源保障条例判決（大判63.2.28.63判22）において、大法院は「旧地方自治法第七条（現行地方自治法第二二条）によると、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、住民の権利に関する事項や罰則を規定する場合は法律の委任がなければならぬと規定しているが、身元保証契約期間に関する法律の委任があることが見当たらず……」と示し、法律留保の原則を判断の際の当然の前提としており、全羅北道共同住宅入居者保護

のための条例案無効確認判決（大判1995.5.12.94chu28）においては、「地方自治法第二二条は原則的に憲法第一一七条第一項の規定のように地方自治の自治立法権を保障し、そのただし書きに国民の権利制限、義務賦課に関する事項を規定する条例の重要性に鑑み、立法政策的考慮から法律の委任を求めている規定が設けられている。これは、基本権制限について法律留保原則を宣言した憲法第三七条第二項の趣旨に付合するから条例制定において上記のような場合に法律の委任根拠を求めることに違憲性があるとは言えない」とし、地方自治法第二二条ただし書きの合憲性を明示的に認めた。

他方、ソウル市公有水面専用料など還収条例事件（大判91.8.27.90nu6613）において大法院は「法律が住民の権利・義務に関する事項に関して具体的に範囲を定めず条例に包括的に委任したとしても、行政庁の命令とは異なり、条例も住民の代表機関である地方議会の議決により制定される地方自治団体の自主法であることから、地方自治団体が法令に違反しない範囲内で住民の権利義務に関する事項を制定することができる」と示し、条例に対する委任は包括的で足りるとして法律留保原則の適用を緩和している。

そして、憲法裁判所も富川市及び江南区タバコ自動販売機設

置禁止条例事件（憲法裁判所九二憲 ma264, 279 併合）において、「条例制定権者である地方議会は選挙によりその地域の民主的正当性をもつ住民の代表機関であり、憲法が地方自治団体に對して包括的な自治権を保障している趣旨からみて、条例制定権に對する過度の制約は望ましくないので条例に對する法律の委任は法規命令に對する法律の委任のようにならずとも具体的に範圍を定める必要はなく、包括的で足りると言える」とし、大法院と同様の見解を示している。

このように、法律の委任根拠と関連して条例の持つ自治立法性と民主的正当性を尊重し、条例制定権の可能性を広く認める判例もあれば、条例の本質的性格や条例が地域の自治立法として果たす特殊性や自律性を無視し、条例に對する法律留保の問題を形式的に判断して条例の効力を否定したり、条例制定権の可能性や立法範圍を狭めようとする判例も多く見られる。

例えば、学院の設立・運営に関する法律違反事件（大判 1993. 2. 9. 92chu93）で大法院は、「学院の設立・運営に関する法律施行令第一八条には受講料の基準に關して条例などに委任したことがないから、濟州道学院の設立・運営に關する条例や、それに基づいた濟州道学院業務處理指針の關係規定が法令の委任に從い、法令の具體的内容を補う機能を持つものとは見

受けられないから、法規命令とはいえず、行政機關内部の業務處理指針に過ぎない」条例に對する法律留保の問題を形式的に捉え、条例のもつ効力を否定しており、全羅北道行政不滿意處理条例事件（大判 1994. 4. 26. 93chu175）で大法院は、「地方議會在執行機關の人事権に關して、消極的・事後的に介入することは、それが牽制の範圍内であれば許容されるが、執行機關の人事権を独自の行使したり、同等の立場から合意して行使することはできず、事前に積極的に介入することも原則的に許容できないから、条例案に規定された行政不滿意調整委員會委員の委嘱及び解職に地方議會の同意を義務づけたのは、事後に消極的に介入することとして地方議會の執行機關に對する牽制権の範圍内に属する適法な規定であるとみるべきであるが、その一部を地方議會議長が委嘱するようにしたのは地方議會在執行機關の人事権に事前に積極的に介入することとして、地方自治法が定めた議決機關と執行機關の権限分離及び配分の趣旨に背馳した違法な規定である」とし、同趣旨の判決として、大邱広域市都市計画委員會条例事件（大判 1993. 2. 9. 92chu93）で大法院は、「地方自治団体長の機關構成員任命・委嘱權限が、条例により与えられる場合は、条例により首長の任命權限に牽制や制限を加える規定を設けることができるが、上位法令にお

いて首長に機関構成員任命・委嘱権限を与えながらも、任命・委嘱権の行使に対する議会の同意を義務づけるなどの牽制や制限規定をしたり、そうした制限を条例でできることを規定しない限り、当該法令により任命・委嘱権は首長に専属的に与えられたものと見るべきであり、下位法規である条例では首長の任命・委嘱権を制限できないというべきで、地方議会の地方自治団体に事務に対する批判、監視、統制のための行政事務監査及び調査権の行使の一環として上記のような制約を規定する条例を制定することはできない」とし、地方自治団体の長を制限する条例などに対しては、否定的な立場を見せている。また、大田広域市儒城区国・市費補助金申請手続に関する条例事件（大判1997.3.28.95chu87）で大法院は、「地方自治法上、議決機関と執行機関の権限分離及び配分の趣旨に照らしてみると、地方議会は地方自治団体の予算を審議・確定する権限があるから、地方自治団体の長の財政負担を伴う国・市費補助金の事業が適切ではないと判断されれば、関連予算案に対する審議を通じて事後に監視・統制することができるが、法令上、地方自治団体の長に予算案の編成又は国・市費補助金の予算計上申請などの事務に関する執行権限を与えながらも、その権限行使に対する議会の事前議決又は事後承認を義務づけるなどの権限行使

を牽制・制限する規定を設けたり、そのような内容の条例を制定できると規定していない限り、下位法規である条例では首長の予算案編成権又は国・市費補助金の予算計上申請権を本質的に制約する内容の規定を設けることはできず、こうした内容の条例が制定されたならば、これは地方自治法に違背する」とし、首長の権限行使を制限する条例に対して厳格な立場を示し、河南市行政審判請求支援条例事件（大判1997.3.28.96chu60）では、「当該地方自治団体の住民を相手としたすべての行政機関の行政処分に対する行政審判請求を支援することを内容とする条例案は、地方自治団体の事務に関する条例制定権の限界を逸脱したものであり、その条例案が当該地方自治団体の行政処分に対する行政審判請求のみを支援する意味として理解されるとしても、その支援の可否を決定するための前提として当該行政処分の正当性の是非を地方議会が判断するように規定しているならば、これは、結局地方議会が自ら行政処分の正当性を判断することによって首長を牽制するものである。これは法律に規定のない新しい牽制装置を作ることであり、首長の固有権限を侵害することとなり無効である」とし、住民を相手とした行政機関の行政処分に対する行政審判請求を支援する条例案は首長の固有権限を侵害し、条例制定権の範囲を逸脱したものとし

て無効と示した。このように、首長の権限行使に制限を加え、牽制を与えるような内容の条例に対して、判例は比較的厳格な判断を下しているようにみうけられる。

四．関連判例

（一）住宅建設事業承認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に必要な事項を規定した全羅北道共同住宅入居者保護のための条例案は地方自治法第二二条ただし書きに違反し無効とした判例（大判 1995. 5. 12, 94chu28）

〈事実の概要〉

全羅北道議会（被告）は一九九四年九月一六日に全羅北道共同住宅入居者保護のための条例案（以下、本件条例案）を議決し、同月一七日全羅北道知事（原告）に移送し、原告は本件条例案を検討した結果、法令に違反する事項があることを理由に地方議会の議決に対する再議要求を規定した地方自治法第九八条に基づき、同年一〇月七日に被告に再議を求めたが、被告は

〈表１〉：住民の権利・義務に関わる条例に対する近年の判例の傾向

事件名及び 事件番号	区 分	内 容	判 旨
占用料賦課処分 取消 大判 1991. 8. 27, 90nu6613	住民の権利・義務に関わる条例に対する法令の委任は一般的・包括的委任も可能とした判例	公有水面の占用料の賦課徴収において、法律で包括的に委任した場合、課税時価標準額を基準として賦課することを規定した条例を合法とした事例	「法律が住民の権利・義務に関する事項に関して、具体的に範囲を定めず、条例に定めるよう包括的に委任したとしても、行政官庁の命令とは異なり、条例も住民の代表機関である地方議会の議決により制定される地方自治団体の自主法であるから、地方自治団体は法令に違反しない範囲内で住民の権利・義務に関する条例を制定できる」
清州市行政情報 公開条例案再議 決取消 大判 1992. 6. 23, 92chu17	自治事務に関しては地方自治団体が地域の特性を考慮して条例で規律できるから、国家の立法不備を理由に地方自治団体の自主的な条例制定権を妨げないとした判例	自治事務に関する情報の外部公開を定めた条例は、国民の権利制限や義務賦課に関する条例ではないから法律の委任が必要ではないとした事例	「情報公開条例案は行政に対する住民の知る権利の実現をその根本内容とし、それに伴う個人の権益侵害の可能性を排除しているから、住民の権利を制限し義務を賦課する条例とは言えず、従って、その制定には必ずしも法律の個別的な委任が必要ではない」

タバコ自動販売機設置禁止条例に関する憲法裁判所決定 憲裁決 1995. 4. 20, 92憲 ma 264, 279併合	住民の権利・義務に関わる条例に対する法令の委任は一般的・包括的委任も可能とした判例	タバコ自動販売機の設置制限は青少年保護のために必要であるから、職業選択の自由や平等の原則に対する侵害あるとは言えず、遡及立法による財産権の侵害もないとした事例	「条例の制定権者である地方議会は、選挙によって選ばれたその地域の民主的正当性を持つ住民の代表機関であり、憲法が地方自治団体に對して包括的な自治権を保障している趣旨から見て、条例制定権に対する甚だしい制約は望ましくなく、条例に対する法律の委任は法規命令に対する法律の委任と同様に必ずしも具体的に範囲を定める必要はなく、包括的であれば充分」
全羅北道議会行政事務監査及び調査に関する条例再議決無効確認 大判 1997. 9. 26, 97chu43	法令の内容を補い又は基準を変更する条例を違法とした判例	地方議会が事務監査において地方自治法が定めた手続上の権利を制限する条例は住民の権利を制限する条例として、地方自治法第22条ただし書きに違反するとした事例	「地方自治団体は法令に具体的な根拠がなくとも、法令に違反しない範囲の中でその事務に関する条例を制定できるが、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際には法令の委任がなければならない……、地方自治法施行令は監査・調査に必要な事項を条例で定めるよう委任しているが、その委任の対象は地方自治法令で定めたこと以外の監査・調査に必要な事項であり、地方自治法施行令で定めたことを変更又は例外を定める事項ではないといえるから、本件改正条例案法令の委任根拠なしに住民の権利制限を行うものであって違法である」
水原市自動車車庫地確保等に関する条例案再議決無効確認 大判 1997. 4. 25, 96chu251	法律に委任規定がある場合でも、法に定めた基準よりも強化された基準を要求する条例は無効とした判例（上乗せ条例の否認事例）	法令の委任根拠なしに車庫地確保制度を規定した条例は住民の権利を制限しているから地方自治法第22条ただし書きに違反し違法である。車庫地確保対象を自動車運輸事業法令が定めた基準よりも拡大し、車庫地面積基準も拡大した条例は違法とした事例（上乗せ条例に対して包括的ではあるが、一応法律的委任根拠を認めながらも、上位法令の制限範囲を超えた上乗せ条例を無効とした事例）	車庫地確保立証書類の未提出を自動車登録拒否事由として定め、自動車管理法令が定めた自動車登録基準よりもより高い水準の基準を賦課している車庫地確保制度に関する条例案は、その法律的根拠があるとしても、その内容が車庫地確保基準及び自動車登録基準に関する上位法令の制限範囲を超え無効である。

同月二五日に開かれた臨時会で当初の原案通りに再議決を行った。

再議決された条例案の内容は、第一条（目的）この条例は共同住宅に対する苦情による入居者の被害を防止し、共同住宅の分譲を受けようとする住民の権益保護などに関する事項を規定することを目的とする。第二条（適用対象）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する。第三条（入居者確定報告）共同住宅建設事業者は共同住宅を分譲する場合入居者確定した後、翌月末までに当選された入居者の名簿を市長・郡守に報告しなければならない。第四条（モデル住宅の存置）共同住宅のモデル住宅を設置し、入居者を募集した場合はそのモデル住宅の存置期間は入居者の入居完了時までとする。第五条（敷地所有権未確保住宅の分譲制限）住宅供給に関する規則第七条第三項に、敷地の使用承諾を得て建設する住宅の場合、敷地所有権を確保できなかった住宅の「やむを得ない事由」は、事業主体と土地所有者の間に敷地売買契約が成立し契約金と中間金は支払われたが、所有権移転手続き上やむを得ない事由が発生した時に限定する。第六条（過怠料）¹⁷第三条及び第四条を違反した共同住宅建設事業者には一千万ウォン以下の過怠料を賦課徴収する。

原告は、上記条例案第一条、第二条は住宅の供給条件・方法・手続きに関する事項は建設部長官の固有事務である国家事務であり、法令に基づき上記国家事務が被告に委任されてないにもかかわらず、被告が法令に基づき委任されてない事項に関して条例を制定し、地方自治法第二二条、住宅建設促進法第一条、第四条、第五条、第三二条に違反し、条例第五条はやむを得ない事情で敷地の所有権を確保せず、敷地の使用承諾を得て住宅を建設し、入居者を募集する事業主体に対して法令の委任なしに事業主体の権利を制限し、義務を賦課することで住宅建設促進法第三二条と地方自治法第二二条に違反し、条例第六条は入居者の確定報告及びモデル住宅存置義務を違反した共同住宅建設事業者に法令の委任なしに過怠料を賦課することで憲法第一二条第一項に違反し無効である。従って、条例案の再議決は無効であると主張し、条例案の無効確認を求めて大法院に提訴した。

〈判旨〉

本件条例案は住宅建設事業承認対象である分譲を目的とする二〇世帯以上の共同住宅に対する苦情による入居者の被害を防止し、共同住宅の分譲を希望する住民の権益保護などに必要な

事項とその処罰規定を設けている。ところが、住宅建設促進法は住宅のない国民の住居生活の安定を図り、すべての国民の生活水準の向上のため住宅の建設・供給と、そのための資金調達及び運用などに関して必要な事項を規定することを目的とし（第一条）、建設交通部長官は大統領が定めるところにより住宅に関する基本政策、住宅建設などに関する住宅建設総合計画を立て・実施すべきであり（第四条第一項）、中央行政機関の長とソウル特別市長などは住宅の建設・供給と関連した事項として、同法に規定された事項以外の所掌事務に関して必要な措置を行う場合は、事前に建設交通部長官と協議又は承認を得なければならぬ（第五条第一項）と規定し、また、事業主体と住宅の供給を受けたものは建設部令が定める住宅の供給条件・方法・手続きなどに基づき、住宅を建設・供給し又は住宅の供給を受けなければならない（第三二条）と規定し、これに基づいて住宅の供給条件・方法・手続きなどに対して住宅供給に関する規則（建設部令）が制定された。

従って、住宅の供給条件・方法・手続き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見るべきである。国家事務（機関委

任事務）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を逸脱しない範囲内で条例を制定できる対象とはされず（大法院1992. 7. 28. 宣告92chu31判決・1994. 5. 10. 宣告93chu14判決など参照）、法令により国家事務が被告に委任されたことがないにもかかわらず、住宅建設承認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、地方自治法第三二条ただし書き、住宅建設促進法第一条、第四条、第五条、第三二条に違反するものであり、その具体的条項が法令に違反するかどうかを検討する必要もなく、全体的に無効であると言わざるを得ない。

これに対して被告は、条例制定権は憲法第一一七条第一項が直接保障する地方自治団体の自治立法権に基づくものであるから、地方自治団体は法律の授權又は委任がなくても法令に違反しない限りその事務に関して条例を制定することができるにもかかわらず、地方自治法第二二条ただし書きは「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場合は法律に委任がなければならない」と規定し、憲法が保障した自治立法権の本質内容を侵害し憲法に違反すると主張するが、地方自治法第二二条が原則的に憲法第一一七条第一項の規定と同様に地方自治団体の自治立法権を保障し、国民の権利制限・義務賦課に関

する事項を規定する条例の重要性に鑑み、立法政策的な考慮から法律の委任を求めると規定しているところ、これは基本権制限に対して法律留保原則を宣言した憲法第三十七条第二項の趣旨に付合するし、条例を制定するに当たって上記のような場合に、法律の委任根拠を求めることに違憲性があるとは言えないので被告の主張は理由がない。したがって、本件条例案は法令に違反し無効である。¹⁸⁾

(二) 清州市議会で議決した清州市行政情報公開条例案が住民の権利を制限し又は義務を賦課する条例とは言えず、その制定において必ずしも法律の個別的委任が必要ではないとした判例（大判 1992. 6. 23. 宣告 92chu17 判決）

〈事実の概要〉

¹⁹⁾ 清州市行政情報公開条例案（以下、本件条例案）は、一九九一年七月二四日に清州議会議員の発議によって一九九一年一月二八日に執行機関である清州市長（以下、原告）に移送されたが、清州市長は一九九一年二月一三日に清州市議会（以下、被告）に対して地方自治法第二六条第三項に規定に基づき、再議決を求めた。また、清州市を管轄する忠清北道の知事は本件

条例案に対して地方自治法第一七二条の規定に基づき、原告に再議決を指示し、原告はこの指示に従い、被告に再議決を求めたが、一九九一年一月二六日、被告は議員多数の賛成を得て本件条例案を再議決した。これに対して原告は、次のように主張し再議決の取消を求め大法院に訴えた。

① 行政情報公開は、その性格上全国共通の利害関係をもち、統一的な体系が求められるので、情報公開法が制定された後に、その範囲内で条例制定が可能であると言える。したがって、根拠規定なしに制定された本件条例案は法令の範囲を逸脱した違法な条例である。

② 本件条例案は公開対象の範囲が国の事務についても公開しなければならなくなっており、条例制定の範囲を逸脱している。

③ 行政情報公開の決定は執行機関の固有の権限なので、条例を持つて執行機関に対して情報公開等の義務規定を定めるのは、現行事務管理規定三三条の規定に違反する。

④ 公開を拒否されたときは異議申請をすることができるとする本件条例案第一条は、上位法令上根拠のない権利救済制度であり法令（行政審判法三三条及び四三条の規定）に違反する。

⑤ 内務部長官（現行政自治部長官）の事前承認なしに、合議制行政機関の性格を持つ情報公開審査委員会の設置を定めるのは法令に違反する。

〈判旨〉

本件条例案の法令違反の可否

① 全国的に統一的な法的根拠がない点について

原告は、情報公開事務とは国全体の共通した利害関係を持ち、全国的統一性が求められる。したがって、法律による体系的な基準が設けられ、その範囲内で条例制定が可能であり、本件条例案はこうした法令の根拠なしに制定されたものであり、条例の制定範囲を逸脱したと主張する。

まず、地方自治法第二二条によると、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、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場合は法律の委任がなければならないと規定しているから、地方自治団体はその内容が住民の権利制限又は義務賦課に関する事項又は罰則に関する事項でない限り、法律の委任がなくても条例を制定できると言えるが、本件条例案は、行政に対する住民の知る権利の実現をその目的としながらも、これによる個人の権限侵害

の可能性を排除しているので、住民の権利を制限し義務を賦課する条例であるとは言えず、したがって、その制定に当たって必ずしも個別的委任が必要であるとは言えない。

そして、地方自治法第一条二号には、地方自治団体は物価政策、金融政策、輸出入政策など全国的に統一的な処理が必要な国家事務は処理できないように規定しているが、情報公開事務の処理が必ずしも全国的に統一的な処理が必要な事務とは言えず、行政情報の公開事務制度を悪用する行為に対しては現行法によってもその処罰や権利救済が可能であるが、本件条例案は第五条に、他の法令において公開を禁止している情報、執行機関内部又は他の機関との間に意志決定過程にある情報であり、適正な意志決定に支障を来す明白なおそれがある情報、国家又は公共団体相互間の協議又は依頼により作成・取得した情報であり相互間の協力関係が傷つく恐れがある情報などの公開を禁止することができるよう規定しているから、原告が指摘するような公益阻害、国及び他の地方自治団体との摩擦が発生する恐れが大きくないと言えるから、全国的に統一化・体系化された法的基準が必要とは言えない。

むしろ、行政情報の公開制度は以前から世界の国々で施行されているのが実情であり、韓国もそのような立法の必要性がな

いとは否定できず（これと関連して原告も行政情報公開制度そのものが、違憲・違法であるとは主張していない）、後述するように、本件条例案は国家委任事務ではなく自治事務などに関する情報のみを公開対象としていると解されるから、必ず全国的に統一的な基準に従うのではなく、地方自治団体が各地域の特性を考慮して、自分の固有事務と関連した行政情報の公開事務に関して独自に規律できると言えるので、国の立法不存在を理由に地方自治団体の自主的な条例制定権の行使を妨げることとはできないと言うべきであり、原告の主張には理由がない。

② 国家事務も処理対象にしている点について

原告は本件条例案が公開対象である情報の範囲を明らかにせず、執行機関が国から委任を受けた事務に関して作成、保有・管理するすべての情報まで公開対象として規定し条例制定の範囲を逸脱したと主張する。

地方自治法第二二条によると、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できると規定しているから、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権限に属するすべての事務、すなわち同法第九条一項に規定された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に

関する事項であるといえるが、本件条例案は、その第二条第一号の「執行機関が職務上の作成又は取得した文書など」とは、執行機関が地方行政機関としての地位ではなく、地方自治団体の執行機関としての地位から、地方自治法第九条に規定された自治事務及び団体委任事務に関して作成又は取得した文書などを指し、国家事務に関して作成又は取得した文書まで含むものとは言えず、原告の主張は受け入れられない。

③ 情報公開義務条項が事務管理規定違反である点について

原告は情報公開条例案が執行機関の情報公開義務を規定したのは上位法令である事務管理規定第三三条二項の公開有無に対する行政機関の裁量的判断権限を剥奪したものであるとして違法である主張する。

事務管理規定によると、地方自治団体の機関を含めた行政機関の事務管理をその適用範囲とし（第二条）、行政機関が公務上作成、施行又は受付したすべての文書などを公文書と規定し、文書を保存している行政機関は行政機関ではない者が文書の閲覧又は謄写を求める場合は、秘密又は対外秘に分類されている文書又は特別な事由がある場合を除く、これを許可するように規定している（第三三条二項）。

しかし、事務管理規定第三三条二項による行政機関の情報公開許可の可否は、機密に関する事項など特別な事由がない限り、必ず情報公開請求に応じなければならない羁束行為として行政機関に対して情報公開に関する裁量権を与えていると解されないから、本件条例案が上述したように他の法令において公開しないように規定している情報などを除く一定の行政情報の公開義務を規定している以上は、上記の規定に違背するとは考えられない。したがって、原告の主張には理由がない。

④ 権利救済制度が行政審判法に違反している点について

原告は本件条例案の異議申請制度に関する規定によると、情報公開請求人が執行機関の情報公開拒否決定に対して、異議申請を請求できる日から情報公開審議委員会で公開当否決定が行われる時まで最長六〇日が所要されるため、場合によっては、請求人に六〇日間までに権利救済を遅延させる結果になりかねないので、事案の専門性と特殊性を生かすのに特に必要であり、法律で定める場合を除く、請求人に不利な特例を規定しないようにした現行行政審判法第四三条一項に違背すると主張する。

しかし、執行機関の請求人に対する情報公開拒否決定は、行政審判法第二条でいう処分に該当すると言えるし、したがって、

請求人はこれに対して同法第三条一項による行政審判を提起できないと言えるが、本件条例案第一条で認めている異議申請は行政審判法に基づく行政審判を請求するための前置条件として規定されたものではなく、請求人が上記異議申請と行政審判を同時に又は選択的に請求できるように権利救済の方法を追加したものであり、行政審判を提起する権利を剥奪し、権利の行使を遅延させることではないと言えるから、執行機関の処分に對して請求人に不利な特例を規定したものとは言えない。したがって、原告の主張は理由がない。

(三) 自動車・建設機械の保有者に車庫地確保義務を賦課した水原市車庫地確保制度条例案は自動車登録基準及び車庫地確保基準に関する上位法令の制限範囲を逸脱し、上乘せした条例として無効とした判例(大判1997.4.25.宣告96ohu251判決)

〈事実の概要〉

水原市議会(被告)は一九九六年一〇月二二日に、「水原市自動車車庫地確保等に関する条例案」(以下、本件条例案)を議決し、翌日、水原市長に移送した。水原市長は地方自治法第一五九条第一項に基づく京畿道知事(原告)の再議要求指示に

従い、一九九六年十一月一日に被告に再議を求めたが、被告は原案通りに再議決をした。これに対して原告は水原市長に提訴指示を行ったが、水原市長がこれに応じなかったため、地方自治法第一七二条六項に基づき、直接本件条例案の無効を求めて大法院に提訴した。

再議決された本件条例案は、都市交通整備促進法第十九条の一〇第三項に基づき、同法所定の交通需要管理の一環として自動車保有者に自動車（一、五〇〇cc以下の乗用車は除外）の種類別に一九九七年から二〇〇〇年まで車庫地の確保を義務付け、建設機械保有者には一九九七年に車庫地の確保を義務づけ、自動車登録及び建設機械登録・変更届けを出す自動車・建設機械の保有者に車庫地確保に関する立証書類の提出を義務づけ、未提出者には登録・変更届け出の受理を拒否することを内容とする車庫地確保制度であった。

交通整備促進法第十九条の一〇第三項が、条例による車庫地確保制度の法律的委任根拠となりうるか、条例による車庫地確保制度は法律の委任が必要であるかなどが争点となった。

〈判旨〉

大法院は次のように判示し、本件条例案を無効とした。第一

に、車庫地確保制度条例案が自動車・建設機械の保有者に車庫地確保を義務づけ、自動車管理法による自動車登録及び建設機械管理法による建設機械登録・変更届けを出す自動車・建設機械の保有者に車庫地確保立証書類の提出を義務づけ、立証書類の未提出を登録及び届け出受理の拒否事由とすることで、結局、登録・変更届を出して自動車・建設機械を運行しようとする保有者に対して、車庫地を確保しなければ自動車・建設機械を運行できないようにすることを内容としているならば、これは、住民の権利を制限し、住民に義務を賦課することが明らかであるから、地方自治法第二二条ただし書きの規定に基づき、それに関する法律の委任がなければならない。

第二に、都市交通整備促進法第十九条の一〇第三項には、交通需要管理に関して法に定められた事項を除く、条例で定めるよう規定されており、車庫地確保制度は車庫地を確保しなかった自動車・建設機械の保有者が自動車・建設機械を運行できないようにすることであり、結果的には、自動車などの通行量を減らす交通需要管理方案の一つに該当するので、同法第十九条の一〇第三項の規定は、包括的・一般的ではあるが、車庫地確保制度を規定した条例案の法律的委任根拠になる。従って、本件条例案第五条が法律の委任根拠がなく無効であるという原告

の主張には理由がない。

第三に、車庫地確保対象を自家用乗用車の中で乗車定員一人未満の自動車と、二・五t未満の貨物自動車とし、自動車運輸事業法令が定めた基準よりも拡大し、車庫地確保立証書類の未提出を自動車登録拒否事由とし、自動車管理法令が定めた自動車登録基準よりも高い水準の基準を課している車庫地確保制度に関する条例案は、法律的委任根拠はあるが、その内容が車庫地確保基準及び自動車登録基準に関する上位法令の制限範囲を超えるものであり、したがって、本件条例案の再議決は無効である。⁽²²⁾

第四節 条例制定権の憲法上の限界

一．概説

世界各国の憲法には国民の基本的人権に関する様々な規定が設けられている。韓国の憲法にも基本的人権保障に関する規定が置かれている。まず、第一〇条には、「すべての国民は人間としての尊厳と価値をもち、幸福を追求する権利を持つ。国は個人がもつ不可侵の基本的人権を確認し、これを保障する義務をもつ」とし、国民の基本的人権に対する国の責任を宣言する

とともに、個別的な基本権として、第一条には平等権、第二条には身体の自由、第一四には住居・移転の自由、第一五条には職業選択の自由、第一七条には私生活の秘密と自由、第二一条には言論・出版・集会・結社の自由、第二三条には財産権の保障、第三五条には環境権などが設けられている。そして、第三七条第二項には、国民の基本権を制限するには、「国家安全保障・秩序維持、又は公共福利のために必要な場合に限り法律で制限することができ、制限する場合には自由と権利の本質的な内容を侵害することはない」とし、基本権制限の限界と法律留保の原則を定めている。このような憲法上の基本的人権規定と関連して、条例がどこまで基本的人権を制限できるかが問題となり、条例制定権の範囲を決める憲法上の限界といえる。

二．基本的人権と条例

(一) 平等原則と条例

一) 概説

憲法第一条第一項は、「すべての国民は法の下で平等である。何人も性別、宗教又は社会的身分により、政治的、経済的、社会的、文化的生活のすべての領域において差別を受けない」

と規定し、平等原則を宣言している。この平等原則は、一切の差別的待遇を否定する絶対的な平等を意味するのではなく、法の適用・立法において不合理な条件による差別をしてはならないことであり、差別的な待遇を行っても、それが合理的な根拠に基づいた場合は平等の原則に反するものではない。従って、すべての国民が法の下で平等であることは、形式的な法適用上の平等だけでなく、法の制定を含めたすべての国家作用の実質的な平等原理の具現を目標とする意味として理解されるものもあり、こうした意味における平等権の保障は形式的・実質的な内容を総合的に検討して合理的に判断すべきである。⁽²³⁾

こうした平等原則は条例の制定にも適用されるため、条例相互間の内容上の差が憲法上の平等原則に違反した場合は違憲の問題が生じる。例えば、同一の規制対象に対して、地方自治団体ごとにその規制内容が異なる場合や条例の特定条項が合理的な差別とは言えない性別・社会的身分・人種・信条などにより差別を行う規定を定めた場合は、憲法の保障する平等原則に違反し、違憲の問題が生ずる。

判例の傾向は、後述のタバコ自動販売機設置禁止条例に関する憲法裁判において「条例による規制が地域の状況や環境など、その特性により異なるのは憲法が地方自治団体の自治立法権を

認めたからには、当然予想される不可避な結果であり……平等権の侵害とは言えない」とし、地域の特性や状況による差を認めており、韓国の公法学者の見解も同様である。⁽²⁵⁾

二) 関連判例

① いわゆるアジア通貨危機による国家非常事態において地方行政組織に対する構造調整方針の一環として光州広域市水道事業本部で検針業務を行ってきた技能職勤務員職制を廃止し、それに該当する定員を削除する改正を行った光州広域市の条例が平等原則に違反していないとした判例（大判2006.9.14.2004du3991判決）

〈事実の概要〉

光州広域市はいわゆるアジア通貨危機による国家非常事態において、行政自治部から地方行政組織に対する構造調整方針に従い、傘下機関などに対する組織のスリム化と行政機能配分の再構造化のための職務分析と人力診断を行った結果、光州広域市上水道事業本部（以下、上水道事業本部）の所管業務から上水道検針業務を民間に委託することにし、光州広域市地方公務員定員条例（以下、本件条例）及び同条例施行規則を改正した。

これにより上水道事業本部で検針業務を行ってきた技能職助務員職制が廃止され、それに該当する助務員の定員が削除されたが、本件条例付則第二条には、「この条例の施行により定員を超える現員がいる場合は二〇〇〇年一月三十一日までに、その超過人員に相応する定員が別途いることと見なす」と規定されていた。

光州広域市上水道事業本部長（以下、被告）は、事業本部の助務員職制の廃止に伴い、定員超過となる助務員の救済のために、民間会社を設立し検針業務を委託させ、定員超過助務員を雇うことにした。

一方、行政自治部は、超過現員を職権免職処理するにおいて、二〇〇〇年一月から二〇〇一年七月三十一日までに一時的に、各地方自治団体の超過現員が全体欠員を超える場合、その超える人員数を超過現員として算定できることを内容とする指針を示したが、それによる上水道事業本部の超過現員は四九名であった。

他方、上水道事業本部の免職対象者選定委員会は、超過現員選定基準及び解消方案について、「助務員全員で法人を設立し、検針業務を委託させ、全員を職権免職する方案」と、「助務員六一名中、超過現員に該当する四九名ないし民間会社の設立に

入社を希望する五六名を除いた五名ないし二名を二〇〇一年七月末までに限定的に公務員身分を維持させる方案」など、二つの免職基準をめぐり審議した結果、後者の場合、助務員の中で二〇〇一年七月末までに残留させる一二名の選定基準設定が難しく、既に五六名が民間会社設立に入社を希望しており、入社を拒否した五名を残留させる場合、入社を希望した助務員に不利益を与えることとなり反発が予想されるし、一部の人員を残留させる場合は、すでに予定された検針業務の民間委託推進日程に支障を来し、一部を選定し二〇〇一年七月末までに公務員身分を維持させたとしても、その後の就職対策がなく、反って不利益を与える結果になりかねないなどの理由から、助務員全員を免職対象者として確定することを決めた。そして、これにより、被告は助務員全員を二〇〇〇年一月三十一日付けで職権免職する処分を行った。

免職処分を受けた助務員ら四五人（原告）は本件処分の根拠となっている地方公務員法第六十二条第一項第三号は憲法第七条第二項が規定する職業公務員制度の趣旨に反し違憲である。またこれに基づいて行われた本事件の処分は違法であり、憲法上の平等原則に違反するとして、処分の取消を求めて出訴したが、一審（光州地裁 2001. 12. 27. 2001gu1597）、二審（光州高裁

2004. 3. 125, 2002nu164）とも棄却され、大法院に上告したのが本件である。

〈判旨〉

上告棄却。

地方自治法第一〇三条一項は、「地方自治団体には当該地方自治団体の経費として負担する地方公務員を存置し、その定員は大統領令で定めた基準に基づき、条例で定める」と規定し、大統領令である地方自治団体の行政機構と定員基準などに関する規定により地方自治団体の定員に関する基準に関して規定しているが、本件条例は、上記地方自治法第一〇三条第一項の委任に基づき、上記大統領令の基準に基づき、光州広域市の地方公務員の定員を定めているから、本件条例が法律の委任がなく無効であるとは言えない。

一方、本件条例は国家危機状況において、政府の強力な地方組織改編推進指針に従い、地方公務員の定員管理における適正化と運営の合理化を図り、行政の効率性を上げるために、光州広域市所属機関などに対する職務分析と人力診断の結果を考慮した合理的な政策判断に基づき、上水道検針業務を民間に委託することに行われた改正であること、本件条例の付則には、

職制の廃止により定員を超過する公務員を二〇〇〇年一二月三一日までに定員外公務員としてその身分を維持できる経過規定を設け、希望する助務員に対しては上水道検針業務を目的とする民間会社を設立して就職できるように措置したことなどからみて、本件条例が過剰禁止の原則に違反したとは言えない。

他方、本件条例による助務員職制廃止及びそれに該当する定員の削除は、上水道事業本部の助務員を対象に差別なく行われたものであり、その施行は合理的な政策判断に基づき行われたものであるから、本件条例が光州広域市に所属したすべての助務員や他の地方自治団体の検針業務に従事する者との関係において、平等の原則を違反したとは言えない。

② 証人の不出席に対して過怠料の下限額を定めたのは地方自治法令に委任根拠があり、違法な条例ではないが、過怠料の賦課において社会的身分を基準に異なる賦課をした条例は憲法上の平等原則に違反し無効とした判例（大判 1995. 6. 30. 93chu76 判決）

〈事実の概要〉

仁川広域市南区議会（以下、被告）は、一九九六年九月二四

日に開かれた臨時議会で仁川広域市南区議会行政事務監査及び調査に関する条例の改正案を（以下、本件条例案）を議決し仁川広域市南区庁長（以下、原告）に移送したが、仁川広域市長の再議要求指示により被告に再議を要求したが、原案通りに再議決を行い、本件条例案を確定した。改正された本件条例案には、地方議会の監査又は調査のために出席を求められた区庁長又は関係公務員及びその事務に関係する者が、正当な理由なしに出席しないか、証言又は陳述を拒否した場合に、区庁長が賦課できる過怠料の範囲を区分して、幹部級公務員（五級以上）に対しては四五〇万ウォン以上五〇〇万ウォン以下、係長及び実務担当者に対しては三五〇万ウォン以上四〇〇万ウォン以下、機関（法人）の代表及び役員に対しては四五〇万ウォン以上五五〇万ウォン以下、実務担当者に対しては三五〇万ウォン以上四〇〇万ウォン以下にした差別的な規定が設けられていた。

原告は本件条例案が、地方自治法第三十六条第五項は証人の不出席又は証人拒否の場合は、五〇〇万ウォン以下の過怠料を課すことができるとし、過怠料の上限のみを規定し、下限を規定していないにもかかわらず、本件条例案は過怠料の下限を規定し、過怠料に関して法律によりも重い規定を定め、地方自治法第三十六条第五項に違反し無効である。また、地方議会の監査ま

たは調査のために出席を求められた証人に対して社会的身分により差別的な過怠料を設定している本件条例案の規定は憲法の保障する平等原則に違反し無効であると主張し、本件条例案の無効確認を求めて大法院に訴えた。

〈判旨〉

請求認容

原告は本件条例案が、地方自治法第（以下、法）三十六条第五項は証人の不出席又は証人拒否の場合は、五〇〇万ウォン以下の過怠料を課すことができるとし、過怠料の上限のみを規定し、下限を規定していないにもかかわらず、本件条例案は過怠料の下限を規定し、過怠料に関して法律によりも重い規定を定め、法第三十六条第五項に違反し無効であると主張する。

しかし、地方自治法施行令（以下、施行令）第一七条の四第四項は、法第三十六条第五項の規定による過怠料の賦課基準は当該地方自治団体の条例で定めると規定し、条例が過怠料の下限を定められるよう規定しており、法第三十六条第七項は、地方議会の監査又は調査のために必要な事項と、第四、五頁の宣誓・証人・鑑定に関する手続を大統領に委任するよう規定しているが、上記監査又は調査に必要な事項には過怠料賦課の具体的な

基準を定めることも含まれるものといえるから、条例で過怠料賦課の基準を定めることができるよう規定した上記施行令第一七条の第四項は、法第三六条第五項の委任を受けて制定されたものとして有効であり、従って、上記施行令に基づいて過怠料賦課の下限を定めた本件条例案は法律の委任なしに法律より厳しい制裁を定めた無効の条例とは言えない。

しかし、法第三六条第五項が不出席または証人拒否をした証人に対して過怠料を賦課するようにした目的は、証人の地方議会への自発的な出席と証言を誘導するとともに、不出席または証人拒否の証人に対して制裁を加えることで、地方議会の調査及び監査活動の円滑な遂行を図ることにあるから、過怠料の額は出席と証言を求めることになった当該調査及び監査活動の重要性、その調査及び監査活動においてその証人が占める重要度及び関連性の度合い、不出席と証人拒否が地方議会の調査及び監査活動に支障を来した程度、その不出席の回数や証人拒否の程度などにより具体的に算定されるべきであり、単なる不出席や証人を拒否した者の身分が高いことを理由により高い過怠料の制裁を行うべき合理的な根拠はないと言える。

本件条例案は社会的身分により過怠料の差を設定しているが、このような差別は証人の不出席・証人拒否に対して過怠料

を賦課する目的から照らしても、その合理性を認めがたく、地位の高低を基準とした不当な差別待遇であり、憲法に規定された平等原則に違反すると言える。

従って、本件条例案が過怠料の下限を設定していることには違法とは言えないが、社会的身分の高低により過怠料の差を設定している点では憲法の平等原則に違反し、無効であるといえる。

③ 大学生の子女を抱える所属公務員に対して、学費を支給するために制定した奨学金設置及び運用に関する条例案は、大学生の子女を抱えてない他の所属公務員や一般住民との関係でも公平性を欠け、平等原則に反するとした事例⁽²⁶⁾

〈事実の概要〉

仁川広域市議会は、仁川広域市公務員子女奨学金基金設置及び運用に関する条例案を議決したが（一九九六、五、一六）、同条例案は、仁川広域市所属公務員の子女のための奨学金基金造成と効率的な運用管理に必要な事項を規定することを目的とし（第一条）、その支給対象を市所属公務員子女の中で、教育部長官が認定する国内専門学校及び大学院に在学中の者とし（第

二条第一項)、基金は市の出損金と基金運用からできた収益を財源として造成(第三条)することなどを内容としていた。同条例案に対して内務部(現行行政自治部)は、同条例案は地方財政の健全運営及平衡性・公平性を阻害するだけでなく、地域住民が負担する地方税など造成された地方自治団体の収入を公務員に限定し、特別な利益を与えることとなり公益・公共性に反し、特に、第二条は地方公務員法第四条、地方公務員手当規定第一条、地方財政法第一四条、同法施行令第二四条などの法令に違反するとして、市長に再議要求を指示した。これに従い市長が再議を求めたが、議会で原案通りに再議決されたため内務部が市長に提訴を指示したが、市長が提訴しなかったために、内務部が直接大法院に提訴したのが本件である。

〈判旨〉

請求認容

本件条例案第二条第一項に対して、大法院は、公務員子女の学費を奨学基金から支出することにより、公務員が支出すべき学費を支出せず、所属公務員に変形された報酬として支給するものであり、これは、法その他法令によらない限り、いかなる金銭又は私有物も公務員の報酬として支給することを禁じた地

方公務員法第四条第二三項、子女学費補助手当を規定した地方公務員報酬規定第三条及び第三〇条第一項に違反し、地域住民が負担する地方税などで造成された地方自治団体収入の一部を取り出して、地域住民の中で大学生子女を持たない他の公務員との関係において公平に反し特別な利益を与えるものであり、一般住民や大学生子女を持たない他の公務員との関係において平衡性に反し、公益にも付合せず、地方自治法第一三三条第一項所定の基金設置要件(行政目的達成又は公益上の必要)に欠け、違法無効であるとした。

(二) 職業選択の自由と条例

一) 概説

憲法第十五条は「すべての国民は職業選択の自由を持つ」と規定し、職業選択の自由を基本権として保障している。職業選択の自由には、職業を決定する自由、職業に従事する自由、転職の自由、営業の自由も職業遂行の一環として職業の自由に含まれる。

職業の自由と条例との関係で問題となるのは営業の自由との関係である。職業の自由と条例との関係で問題となった判例として有名なのが後述の財産権保障と条例のところで紹介してい

るタバコ自動販売機設置禁止条例に関する憲法裁判所判例である。この裁判で憲法裁判所は、成人出入り店を除くすべての場所に対するタバコ自販機設置を制限した条例に対して、青少年保護のためにすべての場所に設置を制限しないと、その実効性を確保できないから、基本権制限において守るべき過剰禁止の原則に違背するとは言えないとし、職業選択の自由を侵害していないと示した。²⁷⁾

（二）関連判例

◆塾の教習時間を制限する「ソウル特別市塾の設立・運営及び放課外教習に関する条例」の第五条は、住民の職業選択の自由を制限する条例であるにもかかわらず、法律の委任をうけておらず無効であるため、同条による行政処分を取消を命じた判例（ソウル行政裁判所 2005. 4. 7. 2004GUHAP36557）

〈事実の概要〉

株式会社 I B 青山（以下、原告）はソウル江東区に塾を開いて経営していたが、江東教育庁教育長（以下、被告）は、原告が経営している塾の運営状況を調べた結果、原告が「ソウル特別市塾の設立・運営及び放課外教習に関する条例（以下、本件

条例）第五条に規定された塾の教習時間（05:00～22:00）を守っていない事実を摘発し、原告に本件条例第一〇条に基づき、是正命令を行った（以下、本件行政処分）。

原告は、「地方自治団体が塾の教習時間を制限することは、いわゆる『住民の権利制限または義務賦課に関する事項』であり、これを条例で定める場合は法律の委任がなければならない。ところが、ソウル特別市は塾の設立・運営及び放課外教習に関する法律など関係法令に何の根拠もないのに、本件条例第五条を定めて塾の運営時間を不当に制限している」と主張し、本件条例第五条は法治主義の原則に反し無効であり、これに基づき行われた本件行政処分は違法であるとし、処分の取消を求めた。ソウル行政裁判所に出訴した。

〈判旨〉

請求認容

地方自治法第二二条は、原則的に憲法第一一七条第一項において地方自治団体の自治立法権を保障し、国民の権利制限・義務賦課に関する事項を規定する条例の重大性に鑑み、立法政策的考慮から法律の委任を要求すると規定しているが、これは、基本権制限に対する法律留保原則を宣言した憲法第三七条第二

項の趣旨に付合し違憲とは言えない。

一方、本件条例第五条は塾の教習時間を制限することを内容とし、住民の職業選択の自由、特に職業遂行の自由を制限するものとして、地方自治法第二二条ただし書き規定の住民の権利義務に関する事項を規律する条例に該当し、従って、地方自治団体がこうした条例を制定するに当たっては、明らかに法律の委任が必要である。

ところが、塾の設立・運営及び放課外教習に関する法律は、塾の設立・運営の登録、施設基準、受講料などに関する規定を設け（第六条、八条、一五条）、教育監（日本の教育長に該当）の指導・監督を受けるように規定し、同法施行令は、塾の施設別基準、教習課程別需要人員などを条例で定めるよう委任しているが（同法施行令第九条二項、第一〇条三項）、本件で問題となっている塾の教習時間制限については何の委任規定も設けていない。

従って、本件条例第五条は地方自治法第二二条に違反して無効であり、これに基づき行われた本件行政処分は違法であるとと言える。

（三）表現の自由と条例

憲法第二一条は「すべての国民は、言論及び出版の自由並びに集会及び結社の自由を有する」と規定し、表現の自由を国民の基本権として保障している。言論・出版の自由、集会・結社の自由と条例の規定が抵触し、問題となった判例は韓国ではまだ蓄積されていない。それは、韓国の場合は表現の自由に対して条例による規制よりは法律による規制が主として行われ、条例による規制の必要性がなかった過去の歴史に起因するものである。すなわち、民主化以前の軍事政権時代には言論・出版、集会・結社に対する厳格な統制が行われ、国民の表現の自由は著しく制約されたが、国民の表現の自由を制限する法律として悪用されてきたのが「国家保安法」と、「集会及び示威に関する法律」である。特に、「集会及び示威に関する法律」は民主化運動のための集会・デモ行進などを取り締まるための手段として悪用され、集会とは暴力や反政府活動と同一視するものとして社会に認識されてきた。「集会及び示威に関する法律」は現在にも存続しており、過去の軍事政権時代のように政権を維持するために国民の表現の自由（集会の自由）を抑圧する悪法というイメージはなくなった。⁽²⁸⁾

日本の場合、公安条例、青少年保護条例、屋外広告物条例などの領域で条例の規定が表現の自由を侵害したとして裁判にお

いてその合憲性が問われたケースが多く見られるが、特に、公安条例は集会・デモ行進を許可や届出を通じて事前に規制する条例として、治安立法的な性格を有していること、事前の規制であること、不許可の場合の救済手続が不備であること、行政の側に広い裁量の余地を残していること等から、日本国憲法二一条の保障する表現の自由を制限する性格が強く、その合憲性が制定当時から問題とされた。そのため、公安条例については、集団的表現の自由の規制の是非及びその合憲性判断の基準、その適用をめぐって多くの判例が蓄積されている。そもそも日本で公安条例誕生の背景には、戦後混乱期において治安維持の目的からGHQ主導によりデモ行進・集会規制のための条例制定が自治体に強要されたことによるものとされるが、この種の規制領域について日本は諸外国と比べ法律ではなく条例により規制しているのが特徴的である。²⁹⁾

現在、韓国でも表現の自由と関わるものとして、多くの地方自治団体で日本のような「屋外広告物条例」や「青少年保護条例」などが制定されており、根拠法として「屋外広告物等管理法」、「青少年保護法」が存在する。今後、この領域において条例の規定が表現の自由を侵害する場面が現れると、判例も形成

されていくものと思われる。最近では、ソウル市が制定した「ソウル市広場の使用及び管理に関する条例」（二〇〇四年五月制定）が定めた、広場利用に関する市長の事前許可制が集会の自由を侵害する規定であるとしてその違憲性が指摘されているが、裁判には至っていない。

条例の規定が問題となった判例ではないが、交通手段を使つて他人の広告をすることを禁じている「屋外広告物等管理法施行令」の規定が表現の自由を侵害しているとして、憲法裁判所に違憲確認を求めた裁判において、憲法裁判所は表現の自由を侵害せず、違憲ではないとした判例がある。³⁰⁾

三、財産権法定主義と条例

憲法第二三条第一項は「すべての国民の財産権は保障される。その内容と限界は法律で定める」と規定し、憲法第二三条第三項には公共福利の必要により財産を収用・使用又は制限するにともなう補償を行う際には法律によることを規定している。財産権保障と条例に関して、住民の福利のために財産権を規制できるかについて学説の対立が見られる。

（一）学説

一) 財産権規制不能説

条例で財産権を規制することは国会制定の法律により可能であるという見解であるが、その論拠としては、財産権は国民の生存の根幹になる基本的な人権であるためこれを規制するには国民の代表機関である国会が制定した法律によらなければならない。また、財産権は全国的な取引の対象になるため全国一律的な法律によらなければならないとする。そして、基本的には憲法第一一七条が「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」と規定されているため、命令より下位にある条例で財産権の内容と限界を規定することはできないとする。³¹⁾

二) 財産権規制許容説

① 財産権行使規制許容説

財産権の内容に関しては条例で規定することはできないが、行使に関しては条例で規制できるとする。すなわち、地方自治法第一一条には地方自治団体が処理できない国家事務の例が提示されているが、同条第二号及び三号には物価政策・金融政策・輸出政策、勤労基準、測量単位等全国的に統一が必要な事務を地方自治団体処理できない国家事務として規定している。

こうした財産的規制の場合、全国的な取引の対象になり全国共通の規制が必要であるため物権を創設し、契約内容に關与するなどの財産権の「内容」に関する規制はできないが、国家全体の私的取引秩序を害さない範囲内において地方自治団体の特殊な地域的・社会的事情に基づく財産権の行使方法及び態様を規制することは可能であるとする。すなわち、財産権の内容に関する規制はできないが、行使に関する規制は許容できるという説である。³²⁾

② 条例準法律説

憲法第二三条第一項の法律には条例が含まれるから条例で財産権の制限が可能であるとする。条例は住民の直接選挙で構成された地方議会の議決により制定される準法律的な性格を持つものであり、従って、憲法第二三条第一項の法律には条例が含まれ条例で財産権の規制が可能である。³³⁾

③ 憲法授權説

憲法第一一七条第一項で条例制定権を認めているので例外として条例で財産権を規制することが可能であるとする。憲法第一一七条の規定は立法を国会の専属事項とした憲法第四〇条の

例外をなすものであり、憲法第二十三条第一項で定められている財産権の規制に対しても地方自治団体の事務として処理する必要がある場合は条例で規制することができるとする。

（二）学説の検討

条例で財産権を規制できないとする財産権規制不能説は条例に対する法律優位論の立場から条例による財産権規制は全く出来ないとする解釈であるが基本的人権である自由権に対しては条例で規定できるのに（例えば日本の公安条例）それよりも内在的・社会的規制の許容度が高い財産権に対して規制できないというのは納得がたい法解釈である。そして、複雑・多様化している今日の自治体行政においては、例えば公共の福祉の増進のような行政目的を実現するために条例による財産権規制の必要性がますます高まっているが、そうした地域立法としての条例の持つ意義をまったく考慮しておらず、今日においては通用しない旧説となっているといえる。

そして、財産権規制許容説の中で財産権行使規制許容説は財産権の内容に関する規定と行使に関する規定の区分が曖昧であり、財産権はそもそもその内容と行使が本質的に繋がっているから分離できないという主張もあるが、財産権行使に関する内

在的制約を実現するための規制は財産権の内容とは別途に行うことが出来るといえる。

次に、準法律説の場合、条例が地方議会の議決という民主的手続によつて制定される点で国会の議決により制定される法律と同様であるとみても、法律は全国的に適用されるものであるが、条例は地方自治団体の行政区域内で適用されるものである点が考慮されておらず、憲法の法律留保事項に対してもその法律に条例が含まれと解釈するのは困難であると思われる。

憲法第一一七条により地方自治団体に与えられた自治に関する規定制定権には住民の福利に関する事務処理と財産管理を通じて地方における公共の福祉を増進し確保するためには住民の財産権に高権的規制を行う権限も含まれており、地方自治団体は法令に違反しない限り、地方的な特殊事情による住民の財産権に対する規制については、憲法上その条例制定権を与えられたと見るべきである。従つて、条例による財産権規制については、憲法第二十三条第一項の定める財産権の法律留保原則に対して、憲法第一一七条はこれを地方自治団体の事務として処理する必要がある場合は条例で制定できる権限を与えたとされる憲法授權説が妥当と思われる。

(三) 関連判例

〈タバコ自動販売機設置禁止条例に関する憲法裁判所決定〉(憲
裁決 1995. 4. 20. 92 憲 111264・279 併合) [棄却]

青少年保護のためにタバコ自動販売機の設置に対して、成人
出入店を除くすべての地域で禁止し、条例施行以前に設置した
自販機をその施行日から三月以内に撤去することを命じた富川
市と江南区のタバコ自動販売機設置禁止条例に対して、タバコ
小売業者が同条例は委任立法の限界を超えた無効の規定であり
憲法上保障された職業選択の自由等の基本権を侵害したとして
憲法裁判所に憲法訴訟⁽³⁵⁾願審判を請求した事件。

〈決定要旨〉

一、条例は地方自治団体がその自治立法権に基づいて自主的に
地方議会の議決をへて制定した法規であるから条例により直
接かつ自分の基本権を侵害されたものはその権利救済の手段
として条例に対する憲法訴訟願を提起することができる。

二、条例の制定権者である地方議会は選挙を通じてその地域の
民主的正当性を持つ住民の代表機関であり、憲法が地方自治
団体に包括的な自治権を保障している趣旨から見て、条例に
対する法律の委任は法規命令に対する法律の委任のように必

ず具体的に範囲を定める必要がなく、包括的であれば充分で
ある。

三、自動販売機を通じたタバコ販売は購入者の特定が困難で
あって青少年のタバコ購入を防ぐことが出来ず、その特性上、
販売者と対面しない匿名性、非露出性によって青少年のタバ
コ購入を心理的に容易にし、昼夜問わずいつでもタバコ購入
が可能であり、青少年が見つかりやすい場所に設置され青少
年の喫煙誘発効果が大きいといわざるを得ない。従って、青
少年保護のためにタバコ自動販売機の設置の制限は必ず必要
であり、これによりタバコ小売業者の職業遂行の自由が多少
制限されても法益衡量の原理からみて是認すべきである。

四、既存のタバコ自動販売機を条例の施行日から三月以内に撤
去することを命じた条例の附則規定は、この事件条例の施行
日前から続けていた自販機の設置・使用に対しては規制せ
ず、将来に向かって自販機の存置・使用を規制するのみであ
るから、その規定の法的効果が施行日以前の時点まで及ぶと
は言えず、憲法第一三条第二項で禁止している遡及立法に該
当しない。

〈事件の概要〉

本件の請求人は、富川市内と江南区内で、タバコ自動販売機（以下、「自販機」という）を利用してタバコ小売をしている人々である。

富川市と江南区は各々地方議会の議決を経て、富川市タバコ自動販売機設置禁止条例（富川市条例一九七号、以下、富川市条例という）と江南区タバコ自動販売機設置禁止条例（江南区条例二〇七号、以下、江南区条例という）を制定した。富川市条例は一九九二年八月一二日に、江南区条例は同年一〇月一六日に公布・施行された。

請求人は自販機の設置を制限すると同時に、すでに設置されている自販機も撤去することを規定する富川市条例四条及び附則二条、そして富川市条例と同一内容の江南区条例四条及び附則二条（参考法令参照）は、共に財務部令であるタバコ事業法施行規則一一条一項の別表二の自動販売機に関する規定を根拠にしているものであるが、タバコ事業法には自販機設置に関するいかなる規定も設けられていないにもかかわらず、上記の施行規則で自販機設置を条例で制限できると規定したことは委任立法の限界を越えたもので、右の施行規則は無効であり、このような無効の施行規則に基づいた本事件の諸条例も憲法一七条及び地方自治法二二条に定められている自治立法の限界を超

えて無効であり、憲法上保障されている職業選択の自由等を侵害しているとして、本件諸条例に対する憲法訴訟願審判を憲法裁判所に請求した。

本事件の論点は、第一に江南区条例と富川市条例（以下、「本件条例」という）は法律の委任の限界を越えた無効のものであるのか、第二に本件条例は憲法に保障されている職業選択の自由を侵害しているのではないのか、第三に本件条例の施行による、他の地域の住民との平等権の問題はどうなるのか、第四に条例による財産権（ここでは、営業権の自由）の制限は、財産権の内容と限界は法律で定めるとした憲法の規定（憲法二三条）に違反するのか、第五に遡及立法による財産権の剥奪の問題はどうなるのか、の五つであった。

憲法裁判所は裁判官全員一致で、請求人の審判請求を棄却した（裁判官全員一致決定）のが本件である。

当時ソウル市内には総計五一九二台の自販機（室内一六九四台）があり、この内の三分の二が外国産タバコを取り扱っている。本事件においては、既存の自販機設置者以外にも外国タバコ会社、タバコ自販機工業協会からの反発も強かった。

ところで、韓国では、大統領令が定める場所以外には自販機の設置が禁止されている上、一九才以下の者へのタバコ販売も

禁止されている（国民健康増進法九条二項、三項）。これを違反したものは過怠料が課せられる（同法三四条、但し、この罰則規定は一九九七年七月一日から施行された）。また、タバコを未成年者が喫煙するということを知りながら、未成年者にタバコを売った人には、一年以下の懲役または一〇〇萬ウォン以下の罰金、拘留若しくは科料に罰せられる（青少年保護法六条一項）。

〈憲法裁判所決定〉

憲法裁判所は、第一に、法律の委任と関連した憲法違反の問題について、本件は住民の権利義務に関する事項を規律する条例であるから、地方自治法一五条の規定により、法律の委任が必要であるとしたうえ、「ところで、条例の制定権者である地方議会が選挙を通じてその地域的な民主的正当性を有する住民の代表機関であり、憲法の地方自治体の包括的な自治権を保障している趣旨からみても、条例制定権に対する過度な制約は望ましくないから、条例に対する法律の委任は、法規命令に対する法律の委任のように必ず具体的な範囲を決める必要はなく、包括的なもので足りるというべき」であり、従って、本件条例は、タバコ事業法一六条四項、タバコ事業法施行規則一一条一

項の規定に根拠して制定されたものであるといえるし、「このような委任によって自販機の設置制限及び撤去に関して規定しているこの事件審判対象規定も同じく自販機の全面的な設置を禁止する内容がない限り、委任の限界を越えた規定とはいえない」とした。

第二に、職業選択の自由の侵害如何については、未成年者保護法の趣旨を踏まえたうえ、「青少年の保護のためには自販機設置の制限は必ず必要であり、これによるタバコ売人の職業遂行の自由が多少制限されても法益衡量の原理上受忍すべきであり」、「成年出入業所を除いたすべての場所に対して制限しない限り、その実効性は疑問視されるだけでなく、何よりも未成年者保護法の趣旨を貫かせるのは難しいのであるから、結局、本件条例は請求人の職業選択の自由を侵害したことはならないとした。

第三に、平等権の侵害問題については、「条例による規制において、地域の差が出るのは当然のことであり、本件の場合には青少年保護のために他の販売業従事者に比べて特別な規制をしていたとしても、このような規制は合理性が認められるから、請求人の平等権が侵害されたとはいえないとした。

第四に、遡及立法による財産権の剥奪の如何については、「本

件条例附則二条は三ヶ月間の猶予期間を置いて、請求人は勿論タバコ小売人に対しても、本件条例の施行による経済的損失を最少化させるためのある程度の配慮をしているから、本件条例の附則規定が、すでに設置されている自販機を本件条例の施行日から三ヶ月以内に撤去する旨を定めたとしても、請求人の信頼保護と法的安定性を度外視し、憲法上の法治主義の原理に合わないとはいえないとした。

また、条例による財産権の制限については、本件条例の場合には法律の委任によって制定されたものであり、「このような場合には委任の限界を越えていない限り、条例をもって財産権を制限することができるといふべきである」とした。³⁶⁾

四・罪刑法定主義と条例

条例も法令の一形式であるためその実効性を確保するための手段として条例違反行為に対して罰則を設ける必要がある。しかし、法律なければ犯罪も刑罰もないという罪刑法定主義は近代刑法の原則である。従って条例で刑事罰則を設けることが可能であるか問題となる。

現行地方自治法第二十七条第一項は「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

できる」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を定める権限だけを委任している。これは広域地方自治団体である市・道の条例に「三月以下の懲役・禁錮」等刑事罰則権を一般的に委任した旧地方自治法第二〇条の規定が罪刑法定主義に違反し違憲の余地があるとして改正されたものである。すなわち、憲法第一二条第一項は「何人も法律によらず逮捕・拘束・押収・搜索又は審問を受けず、法律及び適法な手続によらない処罰、保安処分又は強制労役を受けない」と規定し、罪刑法定主義を掲げているが、改正前の旧地方自治法第二〇条は「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条と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二二条のただ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二〇条の規定は削除さ

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二十七条の規定に緩和されたのである。³⁷⁾しかし、この改正に対しては条例の実効性を確保することが困難であり条例制定権の範囲を萎縮する規定になっているという批判が強く、立法論的な見直しが必要であるという見解が有力である。以下では、法律の授權規定がなくても罰則を創設できるかに関する学説や改正前の旧地方自治法第二〇条の規定及び自治法第二二条のただし書の規定を巡る学説上の対立について紹介し、条例の実効性を確保するための二七条の改正方案について検討する。

(一) 合憲説

一) 条例準法律説

憲法第一二条の罪刑法定主義は行政立法(大統領令及び総理令・部令)に対する罰則の包括委任を禁止した憲法第七五条(大統領令は、法令で具体的に範囲を定めて委任された事項及び法律を執行するために必要な事項に関して大統領令を発することができ)及び第九五条(国務総理又は行政各部の長は、所管事務に関して、法律若しくは大統領令の委任又は職権により、総理又は部令を発することができる)と同様に行政府による刑罰権の乱用を防止するための規定であり、地方自治団体の自主法

に対する刑罰権の一般的委任までを禁止する趣旨ではないとす

る。

その論拠は、条例制定権の性質からみて条例は大統領令のような行政立法とはその本質が異なることにある。すなわち、地方自治団体が制定する条例は国民の代表機関である行政府が法律の委任を受けて制定する「行政立法」とは異なり、住民の代表機関である議会の議決を経て成立する民主的な立法であるから実質的に法律に準じるものとして考えるべきであるとする。

この説によると、条例に対する罰則に委任は委任立法の限界を設定した憲法第七五条と第九五条の制約を受けず、その制定手続の民主性からみて憲法第一二条の罪刑法定主義との関係において条例は法律と同様又はそれに準じるものであるから法律の委任がなくても自由に罰則を定めることができる³⁸⁾とする。

二) 法律授權説

刑事罰則の創設とその科罰手続はそれが地方自治団体の自治事務に関連したものであっても、その性質上国家事務に属し、従って法律の委任がない限り条例で制定することはできず、地方自治法第二七条は条例に対して刑事罰則を定めることができるよう委任した創設的授權規定であるとする。

この法律授權説は一般的・包括的授權説と一般的・限定的授權説に分かれるが、前者は、条例は住民が選挙した代表で構成された地方議会で制定されるものであり、行政立法とは異なった準法律的性質を持つことから法律の委任は一般的・包括的であつても合憲であり、地方自治法第二十七条はそうした委任・授權規定であるとする。

後者は法律による条例に対する刑事罰則の授權は無限定・白紙委任的なものであつてはならず、限定すべきであるとする。そして、その限定性は条例の法律類似性により国の行政立法よりは緩和され、地方自治法第二十七条による刑事罰則は自治事務に対してのみ適用され条例規定事項が限定されており、三月以下の懲役又は禁錮、一〇万ウォン以下の罰金、拘留、科料に限定されているので違憲ではないとする。⁽³⁹⁾

（三）憲法授權説

条例のもつ刑事罰則制定権は憲法第一一七条第一項により直接授權されたものであり、従つて、憲法第一一七条第一項は憲法第一二条に対する例外規定であるとする。「地方自治団体が自治権を持つということは自治事務に関する自治立法権をもつことであり、こうした自治立法権は自治事務を授權し規則する

条例の制定権のみならず、その実効性を確保するための罰則制定権も含むものと見るべきである」⁽⁴⁰⁾。すなわち、地方議会が条例で罰則を定めるのは地方自治団体の行政目的実現と住民の安全を保障するための条例実効性確保手段であるから、憲法第一一七条の条例制定権には罰則を内容とする条例も含まれる。そして、憲法第一一七条の条例制定権にはその自治権に相応しい罰則制定権が含まれるし、地方自治法第二十七条は憲法上保障された地方自治団体の罰則制定権を確認し、憲法第一一七条と地方自治法第二二条の「法令の範囲」における罰則制定権の範囲・限界を規定したものである。

（二）違憲説

憲法第一二条第一項は処罰は法律によることを明らかにし、その法律は形式的法律を指すことに疑問の余地がないにも拘わらず、旧地方自治法が上級地方自治団体の条例に対して罰則の規定を委任し、その罰則委任により条例で定められる処罰が限的なものであるとしても、それは白紙委任に該当し憲法第一二条との関係で問題であるとする見解や、旧地方自治法第一五条但し書の委任は個別・具体的な委任を意味するため地方自治団体は旧地方自治法第二〇条により直接罰則を制定することは

できず、別途の特別授權条項がなければならぬとする見解等がある。⁽⁴²⁾

(三) 学説の検討

条例への罰則委任を肯定している三つの学説の中で、条例準法律説と憲法授權説は「条例は法律であるから」又は「憲法から直接授權されたものであるから」個別の法律による授權がなくとも条例で罰則を設けることができるという点で大きな差はなく、条例自主立法説に基づいた立場であるといえる。

憲法の基本原理である法治主義の見地から見ても、条例による刑事罰則規定は財産権の制限、課税制限などの分野よりも強い侵害規制行為に該当するのでその行使に慎重でなければならぬ。

しかし、地方自治団体は中央政府の単なる行政機関ではなく憲法第一一七条第一項による包括的自治権、すなわち住民の自治行政権、自治財政権、自治立法権等を授權された地域の行政機関であり統治団体である。従って、地方自治団体はその統治権に基づいて住民の安全を保障し、行政目的の実現と確保のためには、条例違反行為に対してそれを制裁できる権力的手段を行使できる権限を保障しなければならない。特に条例の実効

性を確保するには刑罰を持つて条例違反行為に対して制裁を加えることが不可欠である。その点からみて条例の罰則制定権を否定している違憲説は、憲法が地方自治権を制度的に保障した地方自治の本旨及び、条例と行政立法の性質の違いを無視した理屈であるという批判を免れないと思われる。条例に対する刑罰の委任は行政立法に対する委任よりもより緩和された法律留保論を適用すべきであると思われる。

刑罰に関する事務は基本的には国の事務ではあるが、地方自治団体がその行政を執行するためにその事務に関する事項に対して必要とされる罰則を設けることは例外として認めるべきである。そして、その際条例への罰則の委任は罪刑法定主義の趣旨、条例の罰則制定権が地方自治の実効性を確保し住民の基本権を保障するための基本的な規制手段であること等を考慮し、その範囲内において行使することが憲法の要請しているところと思われる。

(四) 現行地方自治法第二七条の問題点及び改正方案

現行法上規定されている条例の罰則規定をみると、地方自治法第二七条によると地方自治団体の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でき、同法第一三

九条第二項によると、詐欺、その他不正な方法で、手数料又は分担金の徴収を免れた者に対しては、その徴収を免れた額の五倍以内の過怠料に、公共施設を不正使用した者に対しては、五〇万ウォン以下の過怠料に処する規定を条例で定めることができる。

また、消防法第一三条第一項には、暖房機器・乾燥設備・電気施設、その他火災発生のある設備又は機器の位置・構造及び管理と、火の使用に関して火災予防上守るべき事項は市・道の条例で定めることになっており、同条第二項には条例で二〇万ウォン以下の過怠料を定めることができる規定が定められている。

その他個別法において過怠料の賦課・徴収権限を地方自治団体の長に付与又は委任した場合もある。地方議会が過怠料賦課徴収条例を定める場合は、地方自治法第二七条に規定されている上限額を超えることはできない。

思うに、現行地方自治法第二二条は憲法第一一七条の具体化した法であるが、憲法の規定が法律留保を採択していないことから、条例制定権は法令に違反しない限り幅広く認められていることを意味する。従って、条例制定権に対する法律留保を掲げている自治法第二二条のただし書と条例違反行為に対して過

怠料しか規制できない自治法第二七条の規定は地方自治の実効性を弱めるとともに地方自治権の本質を侵害した違憲規定であるといわざるを得ない。

罰則規定に関する現行地方自治法上の問題点を挙げれば、第一に、地方自治団体の自治事務であっても法律の委任がなければ条例で事務と関連した罰則を規定できないことである。これは、法令の範囲内で自治に関する規定制定権を保障した憲法第一一七条に違反するものである。憲法第一一七条は自治に関する規定制定において法令優位の原則を定めたものであって、法令留保原則を定めたものではない。従って、地方自治法第二二条ただし書において罰則制定権を一般的に法律に留保したのは自治に関する規定制定権を制約する unnecessary 規定である。⁴³⁾

条例で定める罰則に関する量刑の最高限度を定めている地方自治法第二七条の規定は、個別法において条例に罰則を委任する基準となっているが、一〇〇〇万ウォン以下の過怠料の賦課という単純な行政罰に限定されていて条例違反行為に対する制裁手段としては実効性のない規定になっているだけでなく、刑法上刑事罰則を賦課する罰金と比べて公平性・妥当性に欠けた非現実的な規定になっている。⁴⁴⁾ また、最も大きな問題点は地方自治法第二七条の規定のみでは罰則を制定することは出来ず、

法第二二条のただし書で規定している罰則制定要件を満たさなければならぬ点である。条例違反行為に対して過怠料を賦課するにはこの第二二条のただし書のために、まずは法により義務賦課を内容とする条例制定権の委任がなければならず、その義務不履行があつた場合に過怠料賦課条例を制定することが出来るのである。特に、法律の委任があつてから条例で住民の権利を制限し義務を賦課することが出来るので、法律の委任を受けた事項に対して法令上罰則の規定が存在しない場合にかぎり、第二七条の過怠料の規定を活用することが出来るのが現状であり、条例違反行為に対する制裁手段としては殆ど実用性のない規定であるといわざるを得ない。⁽⁴⁵⁾

条例制定権の実効性を確保するには、改正前の旧地方自治法第二〇条の規定のように条例違反行為に対して刑事罰則を含めた多様な制裁手段を加えた規定に改正すべきである⁽⁴⁶⁾というのが、大多数の学者の共通した見解である。

五・租税法律主義と条例

租税法律主義とは法律の根拠がなければ国は租税を賦課することが出来ず、国民は租税の納付を強要されない原則をいう。「代表なければ課税なし」という言葉が示すように国民の代表

機関である国会の承認がなければ国が一方的に課税権を行使できない理念であり、国と国民の対立抗争の産物として歴史的に形成されてきた概念である。韓国の憲法第五九条には「租税の種類と税率は法律で定める」と規定されており、租税法律主義を明確にしている。

租税法律主義はいわゆる「課税要件法定主義」と「課税要件明確主義」をその柱としているが、「課税要件法定主義」とは、課税は国民の財産を侵害することになるから納税義務者、課税物件、課税標準、課税期間、税率などの課税要件と租税の賦課・徴収手続は国民の代表機関である国会で制定した法律で規定しなければならないことであり、「課税要件明確主義」とは課税要件を法律で定めたとしてもその規定内容があまりにも抽象的かつ不明確であれば課税機関の恣意的な解釈と執行を招く恐れがあるからその規定内容が明確でなければならぬことである。従って、租税法律主義の理念は課税要件を法律で規定して国民の財産を保障し、課税要件を明確に規定して国民生活の法的安定性と予測可能性を保障することにある。⁽⁴⁷⁾

地方自治団体の財政権に関する根拠規定は憲法第一一七条第一項に求めることが出来る。すなわち、憲法第一一七条第一項には「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できる」と規定されており、自治行政権、自治財政権、自治立法権を保障していると解釈することが出来る。

租税法律主義を規定している憲法第五九条と関連して論点となっているのは条例で地方税を創設できるかどうかである。地方税法第二条には「地方自治団体はこの法の定めるところにより地方税として普通税と目的税を賦課・徴収できる」と規定されており、同法第三条第一項には「地方自治団体は地方税の税目、課税客体、課税標準、税率その他賦課・徴収に関して必要な事項を定めるに当たってはこの法が定める範囲内において条例によらなければならない」と規定されている。そこで、国が法律で規定した税目以外に地方自治団体が条例で地方税の税目・課税客体・課税標準・税率等を定めて賦課・徴収する権限を認めることが租税法律主義を定めた憲法第五九条に違反するのではないかが問題となる。

（一）学説

（一）地方税条例主義（地方税創設肯定説）

地方自治団体が自ら地方税を賦課・徴収出来る権限、すなわち、自主的課税権により条例で税目・課税客体・課税標準・税

率等を規定でき、憲法第五九条の租税法律主義に違反せず合憲であるとする。

肯定説を唱える学者の見解には、地方税の基準税率は地方税法に規定されており、その税率の範囲内で地方自治団体の条例で具体的な税率を決定することになっているから憲法が要求する租税法律主義に反しないとする見解⁴⁸⁾、条例も憲法が認めた法形式であり、また、法律の委任により条例で定めることなので租税法律主義に違反することではないという見解⁴⁹⁾、条例を民主的自主法として実質的法律にとらえる場合は法律の授權がなくとも条例で基本権を制限することが出来るし、租税法律主義でいう法律には条例が含まれるから条例で税金を賦課することが可能であるという見解などがある⁵⁰⁾。

（二）地方税法律主義（地方税創設否定説）

地方税法律主義は法律留保論に基づいて法律の明白な委任がなければ地方税の税目・課税客体・課税標準・税率、賦課・徴収に関する事項を条例で定めることが出来ないとする。

否定説を唱える学者の見解には、条例は法律と独立して住民の権利・義務と関連する事項を定めることは出来ず、地方自治団体のレベルで行われる事務には地域的特性によって規定しな

ければならない事項があり、この場合、これを中央政府が一律に定めるのは望ましくないと考えられるが、こうした場合でも上位法令の委任を受け定めざるを得ないし、これは地方税分野においても同様であるとする見解^{⑤1}、地方税の徴収は法理論上、侵害行政の一つであり侵害行政は国会制定法律主義の特別の根拠を要するため、地方自治団体は個別法律の委任がなければ条例で地方税を創設することが出来ないとする見解^{⑤2}、憲法第五九条は租税の種目と税率は法律で定めることとし、国民の代表者である国会議員で構成する国会が議決する法律によらなければ国民の権利制限又は義務・賦課を出来ないようにしているから、こうした原則を違反した条例は禁止されるとする見解^{⑤3}、地方自治団体の租税賦課は国民の自由と財産に対する制限を意味するから憲法第三七条第二項による法律留保が必要である。憲法により付与された一般的な条例制定権は十分な具体性がなく、地方自治団体の条例による租税創設の根拠にならない。地方税法第三条第一項の課税権は地方自治団体固有のものではなく、国家から与えられたものであり、地方税法の規定は一般的な規定に過ぎず、単なる財政高権の発動を調整・規律するものである^{⑤4}という見解等がある。

(二) 学説の検討

憲法の定める租税法律主義との関係から条例で地方税を創設できるかの論点に関する従来の通説は租税法律主義に基づいて地方税法条例は地方税法第三条一項の授權によって制定可能であり法律の委任がなければ地方自治団体が地方税を創設することは出来ないという「地方税創設否定説」であつたが、近時においては租税条例主義に基づいて地方自治団体の地方税創設権は地方自治権の保障に当然に伴う自主的な権能であり、地方税法は地方自治団体の課税の望ましいガイドラインを示す準拠法に過ぎず、地方自治団体が地方税を創設しても租税法律主義に違反するものではないという「地方税創設肯定説」が有力説として登場しつつある。両説の対立は理念的なものであり法解釈上の実益はないが、「地方税創設否定説」によると地方税の望ましい方向はもっぱら国の立法政策に係わるが、「地方税創設肯定説」によると国の法律であっても地方自治団体の自主課税権を不当に制約することは許されないとされる^{⑤5}。

思うに、条例で地方税を創設することは条例が住民の代表機関である地方議会で制定される自主法的性格を持つ地方方法であること、憲法第一一七条一項第一項により保障された自治財政権を実行する上で課税権の行使は欠かせないこと等に鑑み、地

方自治団体の条例で地方税の税目・課税客体・課税標準・税率等を自主的に定め、新たに地方税を創設することは憲法の定める租税法律主義に違反するものではないと思われる。特に、近年ますます地方自治団体を取り巻く財政的環境が厳しさをますますなかで自主財政権の確保は大きな課題となっているが、地方税条例主義に基づいて地方自治団体が自由に地域の必要性に応じて課税権を行使できるよう地方自治団体の自主課税権を実定法上明文化すべきである。

しかし、近年の法改正では地方自治団体の自主課税権を以前よりも萎縮し、自治財政権を制限する改正が行われた。すなわち、一九九八年一月三十一日改正前の地方税法第三条第一項には「地方自治団体は地方税の税目、課税客体、課税標準、税率、その他賦課徴収に関して必要な事項を定めるに当たっては条例によらなければならない」と規定されていたが、一九九八年一月三十一日の改正で同項の改正が行われ、「地方自治団体は地方税の税目、課税客体、課税標準、税率、その他賦課徴収に関して必要な事項を定めるに当たってはこの法が定める範囲内において条例によらなければならない」と改められた。これは、結局「この法が定める範囲内」という文言を挿入することで地方税法に地方税に関する詳細な事項まで法律留保し地方自治団

体のもつ自主課税権をより一層制限した規定になってしまったと言える。この「この法が定める範囲内」という制限文言を削除し、地方自治団体が地域社会の発展のために自治財政権を行使できるように地方自治団体の自主課税権を明文化する法改正が望ましい。

（三）関連判例

釜山直轄市検認契約書制度実施に伴う時勢不均一課税に関する条例第二条等違憲確認に関する憲法裁判所決定（憲裁決1995. 10. 26, 94 憲ma242）【棄却】

条例の規定が租税法律主義に違反したとして争点となった判例として、釜山直轄市検認契約書制度実施に伴う時勢不均一課税に関する条例事件がある。これは、釜山直轄市が制定した「検認契約書制度実施に伴う時勢不均一課税に関する条例」がアパートを購入し登記を行う際に納付する取得税・登録税に対して「個人間の取引の際に作成された検認契約書」に限って算出税額の三〇／一〇〇を免税する不均一課税を適用したことが租税法律主義に違反したとして憲法裁判所に憲法訴願を請求した判例である。

〈決定要旨〉

① 基本権保障のための法規定が不完全なためその補充が要される場合、その不完全な法規自体を対象にそれが憲法違反であるという積極的な審判請求を行った場合は不真正不作為立法に対する憲法訴願に該当する。

② 租税平等主義は特定の納税義務者を不利に差別することを禁止するのみならず、合理的な理由なしに特別な利益を与えることをも許さないことを意味するが、釜山直轄市検認契約書制度実施に伴う時勢不均一課税に関する条例第二条、第三条は、検認契約書制度実施によって個人間の取引の場合は、実取引価格が立証される法人との取引とは異なり、租税負担の急増による租税抵抗を抑え、誠実申告を誘導してこの制度の早期定着を図ろうとしたものであるから減税対象の選定において恣意又は合理性の欠如があったとは言えないから、租税平等主義に違反しない。

〈判示〉

憲法第一一七条は地方自治団体が法令の範囲内で自治に関する規定を制定できると規定されており、地方税法第七条第二項は「地方自治団体は公益上その他の事由により必要な場合は不

均一課税ができる」と規定されており、同法第九条は「均一な不均一課税は内務部長官（現行政自治部長官）の許可を得て当該地方自治団体の条例で定めなければならないと規定している。

ところが、この事件条例の成立に形式又は手続上瑕疵がある事実は見つかからない。従って、法人と個人を差別して不均一課税を行っているこの事件条例は形式上、地方税法第七条第二項及び第九条にその法律的根拠があると言える、（省略）

地方自治法第一二六条は「地方自治団体は法律の定めるところにより地方税を賦課・徴収することができる」とされ、地方税法第三条は地方税の賦課と徴収に関して必要な事項は地方自治団体が条例で定めることになっている。このように地方税法が地方税法の賦課と徴収に関して必要な事項を条例で定めるところになっているのは地方税はその規律対象の性質上、ある程度要綱的品格を持っているからだと解される。なぜなら、国民の財産権に重大な影響を及ぼす地方税に関する事項でも中央政府がすべてを画一的に確定することは地方自治制度本来の趣旨を生かすことが出来ないからである。しかも地方税法の規定に基づいて制定される地方税賦課に関する条例は住民の代表で構成する地方議会の議決を必要としているから法律が条例で課税要

件等を確定できるよう租税立法権を部分的に地方自治団体に委任したとしても租税法律主義の基本である「代表なければ租税なし」という思想に反するものではない。

そうだとすれば、地方税法第七条第二項が租税法律主義に反して違憲又は包括的委任立法の原則に反して違憲であるとは言えない。従って、この事件条例も租税法律主義に反するか法律の委任の範囲を逸脱して憲法に違反するとは言えない。⁽⁶⁾

- (1) 洪井善『行政法言論(下)』博英社、二〇〇一、二二一～二二二。
- (2) 朴銳圻『最新行政法講義(下)』博英社、二〇〇〇、一三三～一三四。
- (3) 韓堅愚『現代行政法Ⅱ』延世大学校出版部、二〇〇〇、六〇〇。
- (4) 金弘大『地方自治立法論』博英社、一九九九、一〇一～一〇二。
- (5) 仁川広域市『自治立法ガイド』仁川広域市、二〇〇五、二一頁。
- (6) 金弘大『地方自治立法論』、博英社、二〇〇一、一七〇頁。
- (7) チョウ・ジョンハン「条例制定権と法律優位との関係

問題」『公法研究』韓国公法学会、第二九輯、第一号、三三八三項。

(8) 憲法第一一七条第一項「法令の範囲内」の法令に行政規則が含まれるかについて、憲法裁判所は江南区庁と大統領との権限争議審判事件（憲裁1992.6.26.91憲재25）において、「憲法第一一七条第一項は、『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できる』とし、法令の規定が地方自治団体の自治立法権に優先していることを明示している。また、ここで言う『法令』の中には、法規命令として機能する行政規則も含まれるから、問題条項（地方公務員手当などに関する規定第一五条四項「時間外手当の支給基準・支給方法など」）に關して必要な事項は行政自治部長官が定める範囲内で地方自治団体の長が定める」が、法規命令として機能する行政規則により請求人の法律上の権限を制限するものであるならば、その制限が地方自治の本質を侵害するものでない限り、請求人の法律上の権限を侵害するものではない。そして、問題条項でいう『行政自治部長官が定める範囲』とは、『法規命令として機能する行政規則により定められる範囲』のことであり、法規命令ではなく、単純な行政規則により定められるのはこれに含まれないと解釈されるか、あるいは、問題条項は法規命令による自治権の制限以上を意味するものではないから、請求人

の法律上の権限を侵害するものではない」とし、法規命令として機能する行政規則は憲法第一一七条第一項のいう「法令」に含まれると示した。また、憲法第一一七条第一項の意味について、「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できる』と規定して、地方自治制度の保障と地方自治団体の自治権を規定している。憲法が規定するこうした自治権の中には自治に関する規定を自ら制定できる自治立法権はもちろん、その他所属公務員に対する人事と待遇を自ら決定し、これと関連した予算を自ら編成・執行する権限が当然含まれる。自治権は自治任務の効率的な遂行が前提となるから、上記のような自治権の保障は自治制度の保障と分離しては考えられないからである。

ただし、こうした憲法上の自治権の範囲は法令により形成・制限される。憲法も第一一七条第一項に、法令の範囲内で自治に関する規定を制定できるとし、第一一八条第二項では、地方自治団体の組織と運営に関する事項は法律で定めると規定している」と示し、憲法第一一七条第一項が保障する自治権の内容と範囲は法令により形成・制限されるものであることを明らかにした。

この事件は、大統領令第一七一―三三号により「時間外勤務手当の支給基準・支給方法などに関して必要な事項

は行政自治部長官が定める範囲内で地方自治団体の長が定める」とした内容の地方公務員手当などに関する規定第一五条第四項（以下、問題条項）を新設、制定したところ、江南区庁（請求人）が、「地方自治団体は自治立法権、人的高権、財政高権などの憲法上の地方自治権限を持ち、地方自治法第九条第二項により、所属地方公務員の手当に関する支給基準・支給方法などを具体化する規則の制定及び施行に関する権限と、これと関連した予算の編成及び執行に関する権限を持つが」、大統領（被請求人）が上記のような規定を制定し請求人の権限を侵害したとして、その侵害の確認と上記規定の無効確認又はその取消を求める権限争議審判（韓国憲法裁判の一種類、国家機関相互間、地方自治団体相互間、国と地方自治団体の間に権限争いが発生した場合に、これを調整・解決するために行われる憲法裁判）を憲法裁判所に提起した判例である。なお、この事件では、問題条項は憲法や法律に違背せず、問題条項を無効又は取消すべきであるとした請求人の主張は理由なしとして審判請求は棄却された。

（9）日本の地方自治法には韓国の地方自治法第二二条のようなただし書きの規定が設けられていないので法令の委任がなくても法令に違反しない限り条例で住民の権利・自由を制限することができるが、この点は日韓の自治立

法権の大きな相違点であると言える。

- (10) 「地方自治法第二二条ただし書きの規定はそれが地方自治団体の固有事務に関する規定であるとする」と、それは憲法第一一七条第一項に違反していると言えるだろう」朴鉦圻「法令と条例の關係」『考試界』一九九二年一二月号、四四頁。

- (11) 地方自治法第二二条のただし書き規定の合憲説を唱える韓国の主な公法学者の見解は次の通りである。

- ① 洪井善「国会の秩序機能は放棄することができない。こうした見地からみると、住民の自由と財産を侵害し又は侵害を可能にする自治立法は特別な法律上の根拠が必要である。したがって、条例は実質的に法律と異ならないから当然に罰則を制定することができるという主張には同意できない。地方自治法第二二条のただし書きは、公課金の賦課、行政強制手段の確保、行政罰の賦課を定める条例は必ず法律の根拠が必要であることを示したものである。すなわち、古典的な侵害留保は自治立法においても妥当な原理である」。洪井善「地方自治法論」法英社、一九九一、一五一～一五二頁。・「条例と侵害留保——地方自治法第二二条ただし書きの合憲性」『考試界』、一九九三、四、一〇八～一一三頁。
- ② 権寧星「住民の自由と財産を侵害又は制限する条例の制定は特別な法律の委任が必要である。また、条例は実

質的に法律と異ならないから当然罰則を制定できるという見解もあるが、妥当ではない。地方自治法第二二条ただし書きの規定により地方自治団体はその内容が住民の権利制限又は義務賦課に関する事項や罰則に関する事項でない限り、法律の委任がなくても条例を制定することができる。この際の委任は一般的・包括的な委任を意味するか、具体的・個別的な委任を委任するかについては見解が分かれているが、具体的・個別的委任で足りる」権寧星『憲法学原論』法文社、一九九七、二七〇頁。

- ③ 李康嫻「地方自治団体の自治立法権には一定の限界がある。住民の権利を制限し義務を賦課する内容の条例を制定するには必ず法律の委任がなければならないからである。また、条例に対する法律の委任は具体的であるべきか概括的であるべきかについては、地方議会の条例制定に関する委任は概括であつても許容されると結論付けることができる」。李康嫻「地方自治と法律の留保」考試研究、一九八八、九八～九九頁。

- ④ 高永訓「国民の権利を制限し義務を賦課する行政、すなわち、侵害行政はかならず法律の根拠が必要であることは自治行政にもそのまま適用されるものであつて、条例が法律に代わることはできない。地方議会が地域住民から選出され、民主的正当性が認められ、地域の立法者としての役割を果たすのは事実である。したがって、地

方議会が条例を制定する権利が認められるのであり、法律で条例に委任する場合でも法規命令とは異なり、包括委任も認められるのである。しかし、地方議会に条例制定権があるとは言え、国民の基本権を侵害する権利まで持つのではない。法治国家の原理に基づいた法律留保は原則的に自治行政にも適用されるものである¹³高永訓「法律留保原則の理論と実際」『判例月報』一九九〇年五月号、五四―五五頁。

(12) 地方自治法第二二条ただし書を合憲とした裁判例として、「全羅北道共同住宅入居者保護のための条例案無効確認請求事件」(大判、1995.5.12, 94chun28)がある。この裁判で裁判所は、地方自治法第二二条は原則的に憲法第一一七条第一項の規定のように地方自治団体の自治立法権を保障しながら、その但し書において、国民の権利制限・義務賦課に関する事項を規定する条例の重大性に鑑み、立法政策的な考慮から法律の委任を要求すると規定されており、これは基本権制限について法律留保の原則を宣言した憲法第三七条第二項の規定の趣旨に付合し、条例制定において法律の委任根拠を求めることに違憲性があるとは言えないとし、合憲説に基づく判示を示した。

(13) 地方自治法第二二条の但し書き規定の違憲説を唱える韓国の主な公法学者の見解は次の通りである。

① 除元宇「地方自治団体が自治権を持つことは、地方自治団体は自治事務について自治立法権を持ち、こうした自治立法権は自治事務を授權し規則する条例制定権のみならず、それに実効性を持たせるための罪刑法定主義も含むものと捉えるべきである。……憲法第一一七条が保障する条例制定権はその自治に相応しい罰則制定権を含むものであり、……地方自治団体の基本原則を考慮すれば、法律の委任なしには罰則を禁止している地方自治法第二二条ただし書きは違憲の余地がある」除元宇「地方自治の憲法的保障」『考試研究』一九九三年六月号、三二―三三・同「条例制定権の範囲と限界」『考試界』一九九三年三月号、一八三―一八四頁。また同教授は、ドイツの条例論を参考にする学者の見解に強い疑問を表し、ドイツの理論と韓国の理論の相違を論じている。すなわち、「連邦法は州法を破るという原則と法律は条例を破るという原則はドイツの条例論の規定をなし、ドイツ地方自治団体は行政組織の一部分として存在し、地方自治団体の活動は行政活動として認識されているから、ドイツの理論に基づき条例制定の政治的・行政的機能を制限的に解釈するのは望ましくない。条例制定権は憲法第一一七条第一項により保障されている地方自治団体の権能であり、地方自治法第二二条はそれを単に確認する規定に過ぎないから第二二条ただし書きは違憲である。そし

て、憲法第三七条第二項の規定は、基本権制限の一般的な限界を定めたものであり、地方自治団体の条例制定における法律の委任を定めたものではない。むしろ、それは立法の限界を定めたものであり、地方自治の憲法的保障の本旨に抵触しない範囲内における基本権保障規定として解釈すべきである」とし、地方自治法第二二条ただし書きの違憲性を唱える。同「憲法と地方自治」『月刊地方行政』一九九四年一月号、一六頁、一九二〇頁。

② 朴銑圻「地方自治法第二二条のただし書きに基づき、住民の権利制限又は義務賦課に関する事項や罰則を設けるには法律の委任によつて制定することができる。それは、他の条例の場合は法令に違反しない限り制定できるが、住民の権利制限などに関する事項を制定する場合には法令に違反しないだけでなく、国の法令で個別的に委任している事項に限り制定することができる。しかし、これは、違憲の疑いがある。それは、憲法第一一七条第一項は条例に対して、法令の個別的委任がある場合に限り制定できる国家行政機関内の委任立法と異なり、自治事務に対してはその内容に関係なく、すべての事項を法令の範囲内で制定できるようにしているが、地方自治法第二二条ただし書きは住民の権利制限などに関する事項は法令の範囲内で制定できないようにし、法令の個別的委任がある場合に限り制定できるように追加的な制限を

加えているからである」。朴銑圻『最新行政法講義（下）』国民書館、一九九五、一二八頁。

③ 金明吉「個別的な法律の委任がある場合に限り条例で制定できるとした地方自治法第二二条ただし書きの法律留保は憲法が地方自治団体に対して包括的な自治権を付与している地方自治制度の自己責任性全権限性の趣旨に背馳する。すなわち、地方自治団体とは単なる中央政府の出先機関ではなく、法人格を持つ地域政治・行政の団体という性格と構成原理から考えると、地方自治団体の権限や事務に対する自律性と責任性という内在的特性から条例制定と関連した法律留保は地方自治制度の趣旨と付合し難いことを考慮すれば、地方自治団体の条例が一定の場合には法律としての機能を行うことができ、その範囲内で法律留保原則の例外を形成しているものと言える」。金明吉「条例制定権の範囲」『韓国公法学会第三二回学術発表会』韓国公法学会、一九九二年、二〇二頁。

柳至泰「地方自治法第二二条ただし書きの意味は地方自治団体が持つ条例制定権の限界と関連した規定として地方自治団体の事務が委任事務か自治事務かに関係なく、特定領域において法律留保原則の適用により法令が直接規律している場合、条例が独自に規定した法令と衝突又は競合となる内容を設けてはならないことを意味す

ると理解すべきである。したがって、この場合にはこうした法令の委任を受けて対象領域に対して条例が規律することができ、法令に規定がない限り地方自治団体が法令の委任がなくても直接規律できるものと解釈すべきである」とし、法令が直接規律している場合は法律留保原則が適用されるが、法令の規定がない場合は条例により直接規律できるという折衷的な見解を示している。柳至泰「条例の範囲と限界」『考試研究』一九九四年六月号、一〇三～一〇四頁。同「地方自治の制度的保障論小考」『考試研究』一九九三年一月号、九四頁。

(14) 法制處『自治立法と自治行政実務』法制處、一九九三、二九〇～二九一頁。

(15) 法制處『自治立法実務』法制處、二〇〇五、一五四頁。

(16) ソウル特別市『法制概論と実務』ソウル特別市、一九八九、一九二、二〇二頁。

(17) 金銭罰の一種。日本の過料に該当する。

(18) この判例は、共同住宅に対する苦情による入居者の被害を防止し、共同住宅の分譲を希望する住民の權益保護などのために議決された条例案に対して、住宅の供給条件・方法・手続などに関する事項は国家事務であることを理由に条例案を違法としたが、本件事案は条例案の目的規定から見ても住民の權利保護という受益的側面が強い事項を定めた条例案である。従って、単純に機関委任

事務であることと、法律の委任がないことを理由に地方自治法二二条ただし書きに違反し無効としたのは、住民の權利保護という地方自治の本質等を閑視した判例であると言える。

(19) 韓国中部に位置する忠清北道の道庁所在地。

(20) この判例は、当時国法レベルで不存在であった情報公開領域に対して自治体が先導して情報公開条例を作り、自治体レベルでの制度化を図った条例案に対して適法の判断を下した画期的なものである。情報公開制度に関する根拠法令がないなかで創られた条例案が適法であるかないか大きな注目を集めたが、裁判所は本件条例案の公開対象が自治事務に限定されていることと、住民の權利制限・義務賦課に関する事項ではないことを理由に適法の判断を下した。地方自治制が復活し、地方議会が構成されてから間もない時期に地方議會議員により創意的な条例が発案され、自治体の立法能力の可能性と自治立法の自主性を発揮させた事例であり、その後国レベルの情報公開法制定への道を切り開いた先駆的な役割を果たしたと評価される。

(21) 韓国京畿道の道庁所在地、市の人口は凡そ一〇〇万人。

(22) この判例は、いわゆる超過条例（上乗せ条例）を違法とした判例である。上乗せや横出し条例に対して韓国の判例は、条例が法令と目的及び趣旨が一致し、地域の特

性によるものであるとしても、条文の解釈に拘って厳格に解釈する傾向にある。本件は車庫地確保条例案が法律の委任根拠に基づいたものであることを認めながらも、上位法令の制限基準を超えるものとして違法としたが、本件条例案の根拠法律とされる「都市交通整備促進法」の目的（第二条）が、交通施設の整備を促進し、交通手段及び交通体系の効率的な運営・管理による都市交通の円滑な疎通と交通便宜の増進を図ることにあることからすれば、地域的な規制の必要性（車庫地を確保していない自動車所有者の無断駐車等による交通障害などに対する規制の必要性）から、法令よりも高次の基準を定めたとしても、それは法令の目的・趣旨を逸脱したものとは解されず、法令と目的及び趣旨が合致する。従って、本件条例案による上乗せ規制は許容されるべきものであり、適法と判断すべきであったと思われる。

(23) 大判 1966. 3. 29, 65nu69, 「憲法第九条（現憲法第一一条）でいう法の下の平等の趣旨はすべての国民を全体的に平等に待遇すべきことを意味するのではなく、不合理的な差別待遇を禁止する趣旨である」

(24) 憲裁決 1995. 4. 20, 92憲ma264・279 併合

(25) 韓国の代表的な憲法学者である権寧星教授は「条例制定権は、各地方自治団体がそれぞれ持っているものであり、一定事項と関連して各地方自治団体の事情が同一で

ないから異なる規律をすることが出来る。この場合、法律による規制は全国画一的であるのに対して、条例による規制は地域により異なるから、条例による規定が地域により不平等なものになる可能性もあるが、それは、憲法が地方自治を保障していることからくるやむを得ない結果であり、憲法違反ではないと言える」権寧星『憲法学原論』法文社、一九九七、二三九頁。

(26) 大判 1999. 10. 25, 96chu107.

(27) 「自販機によるタバコ販売は、購入者が誰なのか特定するのは困難であり、青少年のタバコ購入を防ぐのは難しいため、未成年者保護法の趣旨を没却するだけでなく、その特性上、販売者と対面しない匿名性・被露出性により、青少年のタバコ購入を容易にし、昼夜関係なくいつでもタバコ購入が可能であり、青少年が簡単に見つける場所に置かれることにより、青少年に対する喫煙誘発効果が大きすぎると言わざるを得ない。

従って、青少年保護のために自販機設置の制限は必ず必要であり、このためタバコ小売り業者の職業遂行の自由がある程度制限されても法益衡量の原理上、甘受すべきものである。

請求人は青少年出入り店を除くすべての場所で自販機設置を制限する本件条例の規定は、請求人の基本権を侵害しすぎるものであると主張するが、青少年出入り店を

除くすべての場所に対して自販機の設置・使用を制限しない限り、その実効性に疑問を持たざるを得ず、何よりも未成年保護法の趣旨を生かすことは難しいと言わざるを得ない。

結局、本件条例の規定は基本権制限立法において必ず守るべき過剰禁止の原則に違反し、憲法第十五条で保障された職業選択の自由を侵害したとは言えない」憲裁決1995. 4. 20. 92 憲判264・279 併合

(28) ここで、韓国における集会の自由に関する規制法の沿革について若干補足を加える。韓国において集会の自由は建國憲法から現行憲法に至るまで言論・出版の自由とともに表現の自由の一種として規定されているが、集会に関する最初の法律は一九六〇年七月に制定された「集会に関する法律」である。同法は、一九六〇年四月一九日に起きたいわゆる四・一九革命により登場した第二共和国において制定された第二共和国憲法に基づき、革命後の混乱な政治状況の中で、集会による被害を規制する目的で制定された。三カ条の条文で構成された同法は、宗教、学術、親睦に関する集会及び政党の集会等を除く、すべての集会に対する事前申告制を規定した。第二共和国憲法には集会の自由について、第十三条に明示し、第二八条二項但し書には集会の許可制を禁止した。第一共和国下においては道路交通法などを適用し集会の自由が

極力抑制されていたが、同法により集会の自由は実質的に保障されることとなった。しかし、それも束の間、一九六一年五月一六日に発生した軍事クーデターにより同年九月に「集会に関する臨時措置法」が公布された。同法は経済開発事業促進・農村開発事業・災害民救護・娯楽・冠婚葬祭などのための集会以外は、すべての屋内外集会を禁止し、許容された集会の場合も二四時間前の申告を義務化し、禁止された集会を開催した者に対しては五年以下の懲役という刑罰を規定した。そして、五・一六軍事クーデターにより政権を掌握した軍事政権は一九六二年一二月に「集会及び示威に関する法律」を制定したが(以下、集示法)、集示法は、平和的な集会及び示威の保護(第二条)、裁判に影響を及ぼす恐れのある集会や民主的基本秩序に違背する集会及び解散された政党の集会禁止(第三条)、屋外集会に対する申告義務(第四条)、夜間の屋外集会及び主要官公庁舎周辺二〇〇メートル以内の場所に対する屋外集会禁止(第六、七条)などが規定された。しかし、集示法に対しては憲法上基本権制限の要件でもない「民主的基本秩序に違背」について、行政機関がそれを予測して禁止できることにしたことは裁量権の濫用であり、裁判に影響を及ぼす恐れのあるという概念はあまりにも漠然であるとして、違憲であるという批判が多かった。集示法は一九八〇年の第五共

和国に入つてより強化され、集会の事前禁止事由として、「公共の安寧・秩序維持に関する取締り法規に違反し又は違反する恐れがある集会及び著しく社会的不安を招く恐れがある集会」が追加された。これは、公共の安寧・秩序維持に関する取締り法規という包括的概念を用いて、事実上集会の自由を抹殺するものであり、憲法上保障された集会の自由は名ばかりとなったといえる。大法院も集示法の違憲性については当時の軍市政権に追従し、「集会及び示威に関する法律第三条第一項第四号で禁止した『著しく社会的不安を招く恐れがある集会又は示威』とは、公共の安寧と社会一般の秩序的安定を客観的に明らかにし、社会通念上受忍すべき程度を超えて侵害する高度の蓋然性ある集会又は示威をいうものであり、そうした集会及び示威を禁止した同規定は憲法上保障された集会の自由と罪刑法定主義を侵害しない合憲規定である」（大判1986.5.27. 860456判決）と示し、集示法による集会の自由に対する制限を合憲と判示した。

集示法は第六共和国に入ってから大幅な改正が行われ、一九八九年の全面改正では従前濫用の恐れが大きかった事前禁止自由を整備して二つの要件に制限した。すなわち、憲法裁判所により解散された政党の目的を達成するための集会と、集団的な暴行・脅迫・損壊・放火

等により公共の安寧・秩序に直接的な脅威を加えることが明白な集会を禁止した（第五条一項）。そして、平和的な集会を誘導するためにドイツの制度から「秩序維持人制度」を導入し、集会主催者の遵守義務を緩和して、単なる官公署の平常業務遂行や軍部隊の軍務遂行に支障を来す程度の騒乱行為を理由に主催者を処罰出来ないようにした（第一四条）。また、一九七三年以降削除されていた禁止通告に対する異議申請制度を復活させ（第九条一、二項）、裁決庁である市・道知事の裁決にも不服がある場合は、裁決書が送達された日から一〇日以内に高等裁判所に行政訴訟を提起できるようにした（第九条四項・現行法では削除）。

現行集示法は全文二五カ条で構成されているが、その主な特徴は、①秩序維持人制度、②秩序維持線（Police Line）制度、③集会及び示威の絶対的禁止事項の最小化、④屋外集会・示威の申告、⑤集会及び示威の禁止又は制限通告制度、⑥集会及び示威の禁止通告に対する不服制度などである。

（29）もちろん、道路交通法等の法律による規制形態も存在するが、日本では集会の自由・集団行動の自由に対する規制は、主として条例形式で行われているといえる。過去日本でも集団示威を規制する法を制定しようとする動きが一時期あったが、廃案となり実現しなかったことが

ある。すなわち、一九五二年に「集団示威運動等の秩序保持に関する法律が国会に提出され、同年六月に衆議院本会議で可決されたが、参議院の審議未了廃案となった。この法案は、その付則において、この法律の施行と同時に自治体の公安条例を失効とする旨を定めており、集会・示威に対する全国一律の法律レベルでの規制を図ったものであった。人見 剛「公安条例の歴史と問題の所在」『地方自治からみた市公安条例の問題』（財産法人）地方自治総合研究所、二〇〇七年、二六頁。

(30) 憲法裁判所 2002.12.18, 2000 憲 ma764 「屋外広告物等管理法は屋外広告物の表示場所・表示方法と揭示施設の設置・維持などに関して必要な事項を規定することによって、美観風致を維持し、公衆に対する危害を防止することを目的とするが、自動車に無制限的に広告を許せば、交通の安全と歩行の妨げになり、道路安全に影響を及ぼしかねない。従って、道路安全と環境・美観のために自動車に広告を付着するのを制限することは、大衆と運転者の公共福利のためであると言えるし、こうした理由により制限は可能であると言える。

また、屋外広告物等管理法施行令は、全ての広告を全面的に禁止するものではなく、自動車所有者本人に対する広告は許し、他人に対する広告を禁じるのは、表現内容による規制であると言えるが、本事件施行令条項が、

自分に対する広告と他人に対する広告を区分して規制の基準としたのは、広告の媒体として利用できる車両を制限することにより、自動車を使った広告行為の量を、道路交通の安全と都市美観を害さない適正な水準に制限するためである。従って、表現の自由を侵害したものとは言えない。このように条例の根拠となる母法においてその合憲性が証明されてしまうと、条例の違憲・違法を問題する余地は少なくなるだろうと思われる。

(31) 金哲洙「憲法学概論」博英社、一九八九、八四九～八五〇項。

(32) 金元主「地方自治団体の自治立法権」『公法研究』韓國公法学会、第一八輯、一九九〇、一〇八項。

(33) 丘秉朔『地方自治法』博英社、一九九五、一六五項。

(34) 金甲燮『条例に関する研究』朝鮮大学校、博士学位論文、二〇〇一、九七頁。

(35) 韓国の憲法訴訟制度は第6共和国憲法（現行憲法）により初めて導入された。憲法訴訟の意義については、憲法保障のための客観的争訟であるという主張と基本権保障のための主観的争訟であるとの見解が対立しているが、両方を含めているというのが一般的な説明である。韓國憲法裁判所法は、権利救済型憲法訴訟と違憲法律審査型憲法訴訟を規定している（一六八条）。権利救済型憲法訴訟は、伝統的な憲法訴訟である。違憲法律審査型憲

法訴願は、裁判の係属中当事者が違憲法律提請を裁判部に請求した場合に、裁判部が棄却したときその決定に対して憲法裁判所に憲法訴願を提出することができるようになっていゝる。これは韓国特有の憲法訴願であり、裁判に対する憲法訴願を禁止している原則の例外になつていゝる。ただし、憲法訴願は他の救済手段がない場合、又すべての救済手段を経た後でなければ提起できない（憲法訴願の補充性）。憲法訴願の対象になる公権力は立法権、行政権、司法権、地方自治権等である。行政権の行使または不行使による基本権侵害もその対象になるため問題になるのは、命令の制定等によるものと検事の不起訴処分のようなものである。憲法裁判所はこれ以外にも、弾劾審判権、違憲政党解散決定権、機関間権限爭議審判権をもつていゝる。

(36) この判例は、条例が憲法訴願の対象になるか、条例で財産権を規制できるかが争点となつたリーディング・ケースである。憲法裁判所は条例により基本権を侵害された者は条例に対する憲法訴願ができることを認め、地方議会の民主的代表性からみて、条例に対する法律の委任は具体性を要さず包括的で充分である見解を示した。また、法律の委任の限界を超えていゝない限り、条例で住民の財産権を制限できることも可能であることを示した。タバコ自動販売機設置禁止条例の立法目的が青少年

保護という地方自治団体固有の事務領域に該当することからも、本件条例による規制の適法性を導いた憲法裁判所の判断は適切であつたと思われる。

(37) 違憲論の論拠は、条例に対する刑罰の委任も大統領令等の行政立法の対する委任と同様のものであるが、自治法第二七条には量刑の最高限度は定めていゝるが、犯罪構成要件は具体的・個別的に定めておらず、地方自治団体の事務全般にわたる犯罪構成要件を定めることができるようになっていゝる白紙委任であり違憲であるとする。こうした見解を受け入れ、政府は九二年六月に開かれた国会に刑事罰則の規定を削除した改正案を提出し、現行規定に改められた。政府は、改正理由について「この規定によりまるで法律の具体的委任がなくても罰則制定が可能であるかのように理解されていゝて罪刑法定主義に違背する」といゝる学界の主張を尊重し削除することになつた」と明らかにしていゝる。鄭世煜「政府の地方自治法改正案、何が變つたか」『地方自治』、一九九二・九、六―七項。李琦雨「地方自治団体の条例制定権と法律留保」『地方自治』一九九二・九、三七頁。

(38) 条例準法律説を唱える学者として、金哲洙教授は「憲法第一一七の条例制定権に罰則を内容とする条例の制定権が含まれるかが問題であるが、肯定すべきである……なぜなら、法律による国民の権利・義務の制限と条例に

よる国民の権利・義務の制限はその性質において同一であるからである」『憲法学新論』博英社、一九九三、六三四項、また、丘秉朔教授は「罪刑法定主義に関する憲法規定の趣旨は国民の意思を代表する国会の承認なしに恣意的に罰則を規定し、国民の権利・自由を侵害できないことにある。条例は住民の直接選挙で構成された地方議会の議決により制定される準法律的な性格を持つものであり、従って、憲法第二三条第一項の法律には条例が含まれ条例で罰則を設けることが可能であり、罪刑法定主義を掲げた憲法の趣旨に違反するものではない」『注釈地方自治法』博英社、一九九一、一八〇項。

- (39) 朴鈞圻『最新行政法講義(下)』博英社、二〇〇〇、五〇～五一項。

- (40) 除元宇「地方自治法第二七条削除問題—地方自治法改正等—」『自治行政』、一九九三、二、一八三頁。

- (41) 李尚圭「新地方自治法の問題点」『考試界』一九八五、五、二〇項。

- (42) 李珪雨『地方自治行政法』法文社、一九九一、二二七項。

- (43) 朴泰國『条例立法の理論と実際』壮元出版社、一九九二、三三四頁。

- (44) 韓国のおよそ八〇〇余りの各法令における過怠料の上限は五万ウォンから一億に至るまで多様であるが、その

殆どが三〇〇万ウォン以下の設定になっている現実を考慮すると、条例で定める行政秩序罰である過怠料が一千万ウォン以下に設定されているのは他の法令との公平にあわないという批判が多い。

- (45) 李周熙「条例の実効性確保のための立法政策に関する研究」『韓国地方自治学会報』第二二卷第三号、五〇項。

- (46) 李周熙教授は地方自治法第二七条の規定を「地方自治団体は法令に特別な規定がある場合を除き、条例違反者に対して三月以下の懲役又は禁錮、一〇〇万ウォン以下の罰金、拘留、科料、三〇〇万ウォン以下の過怠料の罰則を条例で定めることが出来る」と改正することを提案している。李周熙、前掲論文、五七項。

- (47) 憲法裁判所裁決、1989. 7. 21. 89憲마38。

- (48) 金道昶『一般行政法論(下)』青雲社、一九九三、六五八項。

- (49) 朴鈞圻『最新行政法講義(下)』博英社、一九九七、七四三項。

- (50) 金哲洙「現法学概論」博英社、一〇一九～一〇二〇頁。

- (51) 金鎔珍「租税と条例」『会計と実務』一九九三、四、六六項。

- (52) 洪井善『地方自治法論』法英社、一九九一、二九一項。

- (53) 金鐵容『注釈地方自治法』韓国司法行政学会、一九九七、一三二項。

〔54〕 李琦雨『地方自治行政法』法文社、一九九一、二九四項。

〔55〕 金喜洙「条例制定権の根拠と限界」『社会科学研究』大邱大学社会科学研究所、第七集、第三号、二九頁。

〔56〕 この判例は、不均一課税の規定を定めて条例の違憲性が問われ、憲法訴訟となった事例であるが、憲法裁判所は条例のもつ民主的正当性、地方税のもつ地域的性格などから、法律が条例で課税要件等を確定できるよう租税法の定める租税法律主義には違反しないと、不均一課税を定めた本件条例は違憲ではないという判断を示した。憲法裁判所は、判示の中で地方税は規律対象の性質上、要綱的性格をもつとして地方税法は課税の指針を示す標準法であることを示していることから、半ば地方税条例主義の立場に立った判断を示したものと解釈されるが、基本的には地方税の創設には法律の委任が必要とする地方税法律主義の立場を堅持した判例であった。