



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	韓国における条例制定権の範囲と限界（3・完）：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, 59(1), 157-222
Issue Date	2008-05-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/33821
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-1_p157-222.pdf



韓国における条例制定権の範囲と限界（三・完）

——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条例

(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

一・概説

二・関連判例

（二）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

三・財産権法定主義と条例

（一）学説

一・財産権規制不能説

二・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、五八卷六号〕

- (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・概説
 - 二・違法条例に対する大法院提訴

- 三・ 違憲・違法命令・規則審査権による統制
- 四・ 憲法訴訟制度による統制
- 第五節 小括
- おわりに

(以上、本号)

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

条例は地方自治団体の自主法ではあるが、上位の法令に違反することは出来ない。すなわち、条例には法令優位の原則が適用され、法令に違反した条例は無効である。⁽¹⁾ こうした法令優位の原則は、韓国の実定法上明確に規定されている。憲法第一一七条第一項は「法令の範囲内」で条例を制定できると規定しており、地方自治法第九条第二項は、地方自治団体の事務を例示しているが、そのただし書に「法律にこれと異なる規定がある場合は、この限りではない」とし、同法第二二条には「法令の範囲内」で条例を制定できると規定している。これは、法令優位の原則を明示しているものと解釈される。ここで、「法令の範囲内」の解釈が問題となるが、これをめぐって通説は、「法令に

違反しない範囲内で」条例を制定できるものとして解釈する。また、判例は「法令の範囲内」を厳格に解釈し、法令の明文に明らかに違反しない条例だけ、その効力を認め、明文規定に違反した内容の条例に対しては、一貫してその効力を否定してきた。

例えば、光州市都市計画事業収益者負担金徴収条例に対する判決で、大法院は、「都市計画法に基づき、収益者負担金徴収に関して条例で定めるよう委任されたとしても、その不服手続を訴願法による訴願に限定した都市計画法第八八条に違反する内容の規定を設けるのはできないので、負担金納付通知書を受けた日から一〇日以内に異議申請をしなければならぬ」と規定した光州市都市計画事業収益者負担金徴収条例第二〇条は、都市計画法第八八条の規定に違反し無効である⁽²⁾と示した。また、地方自治が復活した後に行われた近年の判例(安養市建築条例案無効確認請求訴訟)でも、「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出来るが、被告が一般住居地域内の建築物の建築禁止及び制限に関する条例を制定するに当たって、一般住居地域を一種、二種、三種に分けて指定できるようにした法令の趣旨に従わなければならない、二種一般住居地域が集合住宅・低層アパート中心の住居環境を助成するために指定されるものであるという範囲を逸脱することは出来ない。ところが、改正条例案は二種一般住居地域にも一五層アパートの建築が出来るようにその制限範囲を広げ、二種一般住居地域が高層アパート中心の住居環境になる結果を招いており、住居環境を保護するために建築物の規模を制限した都市計画施行令第二二条第二項第一号に抵触し無効である^③と示し、判例は一貫して条例に対する法律優位の原則を堅持し、法律の先占事項は条例制定の対象外とされ、法令が一定の事項に対して規定している場合に、条例でそれを上回る規定を設けることは許さなかった。いわゆる、法律先占論が厳格に守られてきたと言える。

法律先占論は、国が法律で規定している領域、すなわち、国が法律で先占している領域に対しては、法律の委任がない限り、条例を制定することが出来ないとする見解であり、日本で体系化され、一九六〇年代までには条例と法律との関係に関する支配的な見解であった。しかし、一九六〇年代末頃から、公害や

環境の悪化から地域を守るために国の法令の規定よりも厳しい基準を規定した条例（上乗せ条例）、法令の定めた規定対象よりも広げた規定を定めた条例（横出し条例）が各地で制定されるにつれ、憲法論を導入した新しい条例論が登場することとなったが、この過程で法律先占論の克服が行われ、法律先占論は衰退することになる。

一方、韓国においては法律と条例の関係について、日本の法律先占論が早くから取り入れられ、支配的な基準として作用してきた。特に、地方自治が中断された時期が長かったせいもあり、法律先占論の克服が遅れ、地方自治が復活したしばらくの間も日本のような横出し、上乗せ条例の論議は殆ど見られず、法律先占論は学説・判例上も堅持されてきたと言える。しかし、地方自治が発展するにつれ、一九九〇年代半ば以降から、国の法令と規制の目的・対象は同一であるが、法令による規制よりも厳しい規制を規定した上乗せ条例や規制対象を追加した横出し条例（韓国では追加条例といわれる）が多く登場することとなり、判例も従来の厳格な法律先占論の立場から緩和し、国の法令の目的や効果を阻害することなく、国の法令が全国一律の規定を求める趣旨でない限り、地域の実情に合わせて条例による規制を上乗せ・横出ししても国の法令と矛盾・抵触するもの

ではなく、合法であるという見解が目立ってきている。

法律優位の原則と条例との関係については、こうした上乘・横出し条例の制定が可能なのか、そして、法律の規定と目的が異なる条例が制定可能なか、法律の規定が存在しない空白の領域にも条例の制定が可能なかなどが大きな論点である。以下では、法律優位の原則と条例の関係における上記の論点に対する韓国の学説や判例の傾向について述べることにする。

二．法律空白領域と条例

現代社会は多様化、複雑化、専門化、高度化を特徴とする。こうした社会ではしばしば法律の規制が社会のニーズに即時に対応できず、立ち後れて法律空白領域が発生する場合がある。

法律と条例の関係については、こうした法律空白・立法不在領域に対して地域的ニーズにより条例で規制する必要性が発生した場合に、条例の制定が可能であるかが問題となる。

これについて学説では「法令に規定がなくても、国の全権に属しない事務に関して、一般的な裁量により条例で規定することが出来る」とする見解⁽⁴⁾、「立法者が直接規律していないため法令により規定されていない領域に対しては、条例で直接規定することは合法である」とする見解⁽⁵⁾、「地域的特性により、固

有事務に関して拘束的な規律が必要な場合は、法律による全国的規律が行われる前でも、例外的に条例制定が許容できるという論理が可能であろう。規律対象・規律方法や手段及び手続などが、憲法と行政法の一般原理と調和できる限度内において法律の制定を待たず、条例で規律することは可能である」とする見解⁽⁶⁾等が、提示されている。

法律空白領域には、法律不備の場合と、法律廃止の場合に分けることができる。まず、法律の不備の場合は、当該事案の性格からみて、何の規制もしてはならず、自然放置すべきものと判断される場合は条例で規制できないが、国法が予想しなかった部分を地域特殊性に基づき、補完・規制したほうが合理的な場合には、条例で規制できると言える⁽⁷⁾。

次に、法律廃止の場合、当該分野において国家全体の立場から当該行為を法規範として規制する必要がないと認められ、法令を廃止した場合は、条例でこれを規制する必要がないと言える。例えば、ある処罰法規が廃止された場合、それは国法が単に沈黙しているのではなく、国家としては、その犯罪性そのものを否定したものであるから、条例を持つて処罰することは出来ない⁽⁸⁾。

しかし、国レベルでは全国的・統一的規制をする必要性がないために国法を廃止したが、地域の特事情による規制を禁止

する趣旨で法令を廃止した場合は、条例でこれを規律できると言える。⁹⁾

次に、法律空白領域と条例の抵触が問題となったケースとしては、以下のようなものがある。一つ目は、清州市行政情報公開条例に対する判例である。これは、既に第一節のところで紹介された判例であるため、詳しい内容は省略するが、当時（一九九一年）国のレベルで情報公開条例が未整備された状況下において、清州市議会が全国で初めて行政情報公開条例案を議決したが、首長は根拠法がないことを理由に再議を議会に要求した。しかし、議会で再び再議決されたために、首長が条例案の取消を求めて大法院に訴えた事例である。

大法院は、判決で「地方自治法第二二条は、地方自治団体は法令の範囲内で、その事務に関して条例を制定することが出来るが、住民の権利制限または義務の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、義務の賦課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出来ると言える。ところが、本件条例案は行政に対する住民の知る権利の実現を目的としながらも、これによる個人の権利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、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。

本件条例案は、国家委任事務ではなく、自治事務に関する情報だけを公開対象としており、全国的統一基準に従う必要性はなく、地方自治団体が各地域の特性を考慮し、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考えられるので、国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の行使を妨げることは出来ない」と示し、「法律空白」領域に対する条例制定権を認めた。

二つめの事例は、ビデオルーム規制条例である。韓国では一九九〇年代に入ってから新種業態としてビデオルームという名のルーム付きビデオ鑑賞のお店が全国的に流行り始めた。これは、貸し出したレンタルビデオをその場でルームに入って見られるシステムであるが、ルーム式になっているため不健全な営業を行うお店も現れ、規制の必要性が生じてきた。しかし、当時はまだこれを規制する法令もなく、立法不備の状態が続いたため、釜山市ではビデオルームに対する登録制や規制違反に対する過怠料の賦課などを内容とする、「ビデオルーム規制条例」を一九九四年に立案したが、これについて当時の内務部（現行政自治部）は、「ビデオルーム営業に関する事項は、憲法が保

障する職業選択の自由に属し、これに対する規制行為は、国民の権利と自由を制限するものであり、個別法の委任がなければこれに関する条例制定権は認められない」という解釈を示し、結局、釜山市は条例の制定を断念し、ビデオルーム規制条例は制定されなかった。しかし、その後、ビデオルームに対する規制の必要性を感じた政府は、一九九五年に「音盤及びビデオ類に関する法律」を改正し、ビデオ鑑賞業を登録制にし、施設基準や規制に違反したお店には取り締まりが出来るようにした。

三つ目の事例は、急流ボート乗りに対する規制を内容とする条例案を議員提案で発議し、議決されたが、地方自治法第二二条の規定に違反すると判断され、再議の結果、否決となった事例である。これは、一九九六年に江原道麟蹄郡議会が、郡内に散在するリフトツアー業者の施設において、施設不備による安全事故が多発していたため、リフトツアー業者の数を制限し、施設に対する規制と登録制を内容とする条例案を発議したが、事業者の数を制限し、規制違反に対する財産権放棄などの規定は、住民の権利を制限するものであり、法律の委任がなく、法令に違反するとして再議に掛けられた結果、急流ボート乗り規制条例案は否決された。しかし、その後、水上レジャー事業者に対する登録制度、操縦免許制度を内容とする、水上レジャー

安全法（一九九九・二・八公布、法律第五九一〇号）が制定され、法の空白領域が埋められた。

思うに、法律空白領域に対する条例制定の判断基準としては、法律不存在が条例による規制を明らかに禁ずる趣旨である場合、規制対象の事務が国家事務の性質を持つ場合、住民の権利制限・義務賦課に関わる分野に対して法律の委任規定がない場合、憲法上の基本権原理から自然放置したほうが妥当であると判断される場合¹¹⁾などは、条例の規制対象にならないとみるべきである。

しかし、法律の空白が憲法上の基本権保障の側面から規律すべき事項を規律していない場合や不十分な場合などは、地域的必要性から条例でそれを規制・補完することが出来ると言える。また、法律の空白領域に対して条例で規制・補完する分野が住民の権利・利益を侵害する分野の際には、その解釈を嚴格に適用し当該地域の特殊性から不可避的な場合でない限り、条例による規制は避けるべきであり、住民に利益を与える「収益的分野」の場合は、当該地域の特殊性を考慮し比較的自由に条例による規制が許されるというべきであろう。

三、法律と異なる目的の条例

法律優位の原則と条例との関係においては、法律と規制対象

が同一であるが、規制の目的、趣旨を異にする条例が制定可能かも知重要な論点の一つである。すなわち、一つの建築物に対して、建築法はその構造の強度と安全性を、都市計画法は全体的な土地利用の合理化を、消防法は火災の予防を目的として各法律で規制しているのと同様に、法が規制している同一対象について、法の趣旨・目的とは異なる条例が制定できるかの問題である。これについて過去日本では、動物保護管理法（昭和四八年）の制定前に置いて、飼犬の取締りのために、犬の所有者に対する義務や罰則などを内容とした飼犬取締り条例を制定することは、狂犬病予防法とその趣旨を異にするからならさしかえないとされている。¹⁵⁾

また、判例上も、徳島公安条例上告審判決で、最高裁は、「特定の事項について、法令と条例が併存していても条例が目的を異にしている条例によって法令の目的・効果が阻害されない場合は、法令と条例の抵触はなく、条例は法令に違反しない」と示し、条例によって法令の目的・効果が阻害されない限り、目的を異にした条例の制定を認めている。¹⁶⁾

一方、韓国の判例上も、光州広域市東区地方議会が制定した低所得住民の生活保護のための支援条例案に対する判決で、大法院は、「条例が規律する特定事項に関して、それを規律する

国の法令が既に存在する場合でも、条例が法令と別途の目的に基づき規律することを意図し、その適用により法令の規定が意図する目的と効果を阻害しない場合…、条例は国の法令に違反しない」とし、法律の目的と効果を阻害しない限り条例で法律の趣旨・目的を異にする条例は制定可能であるとされる。

思うに、法律が規定している対象に対して目的を異にする条例の制定は、法律に著しく違反しない限り条例を制定できると言える。しかし、それを判断するに当たっては、当該地域の特殊性、侵害される私益と保護する公益との比例原則、法律の目的と効果に対する阻害性、国法全体の統一性との関連などを総合的に検討する必要があると思われる。

四、超過条例及び追加条例

超過条例とは、法律と同一目的で同一対象に対して、条例で規制基準をより強化して施行する条例である。¹⁵⁾一方、追加条例とは法律が規制している目的と同一の目的で規制し、その規制対象を追加して規制する条例である。¹⁶⁾この超過条例及び追加条例に関する論議は、法律と条例の関係において法律が先占している領域に対して条例がどこまで規制できるかをめぐり議論が展開され、法律先占論を乗り越え、いわゆる上乗せ・横出し条

例の法的許容性を根拠づける条例論が形成されてきた一九六〇年代以降の日本の条例論の影響を大きく受けているため、日本における議論の展開について参照として補足しておく。

日本の場合、超過条例や追加条例、すなわち、上乗せ条例や横出し条例に関する法理は、一九六〇年代末から大気汚染防止、水質汚染防止、騒音規制など公害規制領域で、当時深刻化しつつあった公害や環境汚染を防ぐために国の法律の基準を上回る規制を取り入れた公害防止条例、煤煙防止条例、騒音防止条例などを制定する自治体が続出したが、その適法性を導くために展開された。

例えば、公害行政領域における地域的特性と住民の生存権確保という憲法的要請に照らし、企業の財産権及び自由権よりは、前者の価値優越性、公害行政に対する現代的要請などに鑑み、国の法令による公害規制は条例による規制を抑制するものではなく、全国的・全国民的視点から規制する最低基準（ナショナルミニマム）として捉え、上乗せ・横出し条例の合法性を導いた、公害規制法律ナショナルミニマム論⁽¹⁷⁾。地方自治体の営む行政の中には固有の自治事務領域としての第一次的権限と責任が地方自治体に留保されるべき行政が存在し、こうした事務領域は地方自治行政の核心的部分として、国の立法政策に左右され

ないいわゆる「固有の自治事務領域」であり、かかる事務領域に対して、国が法律を制定して規制措置を定めた場合は、それは全国一律に適用されるべきナショナルミニマムの規定と解すべきであり、地方自治体がそれを不十分と考える場合は、それ自体基本的な人権の保障や比例原則に違反しあるいはその手段目的が不合理でない限り、独自に条例をもって横出ししない上乗せ規制を追加することも可能であるとした、いわゆる「固有の自治事務領域規制法律ナショナルミニマム論」⁽¹⁸⁾。地方自治にかかわる国の法令を最低基準として捉え、単なる法文の文理解釈ではなく、地方自治の本旨に従い、規定事項の性質に応じつつ条例を巡る地方自治を不当に抑制しない条理解釈によって、国の法律は「規制限度法律」と「最低基準法律」に大別でき、前者は、規制事項の性質と人権保障とに照らして、当面における立法的規制の最大限まで規定していると解される法律であるから上乗せはできないが、後者は、全国的な最低基準として定められていると解される法律であるから、地域行政需要に応じて上乗せ条例ができるとする、「規制限度法律・最低基準法律区別論」⁽¹⁹⁾などの解釈論が展開された。そして、この時期の上乗せ・横出し条例の適法性の法理を導く一連の過程は、従来、法律と条例の関係に関する支配的な解釈論であったいわゆる法律先占論²⁰：法令が明示

又は黙示に（法令による明確な規制はないが、法令全体の趣旨から考えて）先占している事項については、法令の明示的な委任がなければ条例を制定できないという論理……に対する批判と見直しが行われた時代でもあった。なお、日本におけるこうした上乘せ・横出し条例の適法性に関する法的可能性は、判例にも反映されることとなり最高裁大法廷判決によっても、公認されることになった。すなわち、「条例が国の法令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。……特定事項についてこれを規律する国の法令と条例が併存する場合でも、後者が前者とは別の目的に基づく規律を意図するものであり、その適用によって前者の規定の意図する目的と効果をなら阻害することがないときや、両者が同一の目的に出たものであっても、国の法令が必ずしもその規定によって全国的に一律に同一内容の規制を施す趣旨ではなく、それぞれの普通地方公共団体において、その地方の実情に応じて、別段の規制を施すことを容認する趣旨であると解されるときは、国の法令と条例との間になんらの矛盾抵触はなく、条例が国の法令に違反する問題は生じないのである」。

一方、韓国では日本のような横出し・上乘せ条例に対する論議が始まったのは、一九九〇年代以降、地方自治制が復活してからのことである。地方自治が中断されていた時期には上乘せ・横出し条例の問題が発生する余地がなかったため、日本のように法律と条例の抵触に関する議論や法理を展開する必要性がなく、当然、公法学者の間でも重要な関心の領域ではなかった。しかし、地方自治制が復活した以降は、法令の規定を上回る基準や規定を定めた条例や、法令の規制対象よりさらに規制内容を追加した条例などが現れ、その適法性を巡り大法院に提訴されるケースが増加するにつれ、その適法性を導く過程で日本の判例や学説が受容されるようになった。特に、韓国の代表的な行政法学者であり日本でも著名な故徐元宇教授は、上乘せ条例を超過条例、横出し条例を追加条例と名付け、日本の学説を紹介しながらその適法性を説いている²¹。

思うに、上乘せ条例・横出し条例に関する論議は、法令の不備や欠陥の程度、地域的規律の必要性、憲法上の生存権、幸福追求権、環境権などの基本的人権論の観点から、アプローチすべき論点であると思われる。

日本の場合、この種の論議は主として、公害・環境行政の領域で現れたが、韓国は生活保障、福祉などの給付行政の分野で

現れているのが特徴であるが、以下では、超過条例に関する判例の傾向について述べてみることにする。

(一) 超過条例を適法とした判例

一) 光州広域市東区地方議会の低所得住民の生活保護のための支援条例案

自活保護対象者に対する生活保護支援を規定した光州広域市東区地方議会の低所得住民の生活保護のための支援条例案は上位法令である生活保護法の趣旨と抵触せず、適法であるとした判例(大判1997.4.25, 96chu244)

〈事実の概要〉

光州広域市東区地方議会(被告)は一九九六年一月七日に低所得住民の生活保護のための支援条例案(以下、本件条例案)を議決し、光州広域市東区庁長(原告)に移送したが、原告は地方自治法第一七二条一項の規定に基づく光州広域市長の再議要求指示に従い、被告に再議を要求したが、被告は再議要求に対して原案通り再議決を行った。

再議決された本件条例案は、二年以上当該地方自治団体に居住を持つ者の中で法律上扶養義務者がいるが、扶養義務を行う

ことが出来ない者として認められ、事実上生活に困難な自活保護対象者を本件条例案の保護を受ける保護対象者とし、生活保護法所定の生活費水準に準じて、区予算の範囲内で生活費を支援し、区庁長に毎年的一般会計予算で保護対象者の生活費支援に必要な費用を確保することを義務づける内容であった。原告は、本件条例案は地方財政法や生活保護法に違反し違法であるとして、条例案再議決の無効を求めて大法院に提訴した。

〈判旨〉

大法院は次のように判示し、本件条例案は違法ではないとし、原告の主張を退け棄却した。

① 地方財政法違反について

原告は、地方財政法第一四条一項は、同項各号で定めている場合を除く、地方自治団体が個人に寄付・補助又は公金を支出することを禁じているが、本件条例案に基づき支援する生活保護対象者に対する生活費支援は、同項各号所定の場合に該当せず、地方財政法第一四条の規定に違反すると主張する。

地方自治団体の財政及び会計に関する基本原則を定めて地方財政の健全な運営と厳正な管理を図ることを目的で制定された地方財政法は、その第二条で地方自治団体財政の健全な運営の

義務を規定し、第十四条一項一号は、地方自治団体が個人又は公共機関ではない団体に寄付・補助又はその他公金の支出を行うことが出来る場合の一つとして「法令の規定がある場合」を規定している。

ところが、地方自治団体は住民の社会保障、社会福祉の増進に努力する義務（憲法第三四条二項、第一一七条）及びその事務を処理するに当たって、住民の便宜及び福利増進のために努力する義務（地方自治法第八条一項）を負い、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（地方自治法第二二条）、地方自治法第九条二項二号には、生活困窮者の保護及び支援を地方自治団体の事務の一つとして例示している。こうした法令の規定を総合してみると、本件条例案第三条、第五条、第八条の規定により決定された保護対象者に対する生活費の補助は、地方自治法第九条二項二号所定の「生活困窮者の保護及び支援」に該当し地方自治団体の事務に属することが明らかであり、したがって、本件条例案により決定された保護対象者に対する生活費補助は、地方自治団体が個人又は公共機関ではない団体に對する寄付・補助又は公金の支出が出来ることを規定した地方財政法第一四条一項一号所定の「法令の規定ある場合」に該当するものと見るべきである。したがって、本件条例案が

地方財政法第一四条の規定に違反するという原告の主張は理由がない。

② 生活保護法違反について

原告は、生活保護法は保護対象者の選定基準及び保護内容と保護に必要な財源の調達方法に関して規定しているが、本件条例案は法律の委任なしに条例で生活保護法が定めている保護の対象及び方法を拡大したので上位法令である生活保護法の規定に違反すると主張する。

しかし、地方自治団体は法令に違反しない範囲内において、その事務に関して条例を制定することができ、条例が規律している特定事項に関してそれを規律する国の法令が既に存在する場合にも条例が法令と別途の目的で規律することを意図し、その適用によって法令の規定が意図する目的と効果を全く阻害せず、また、両者が同一の目的をもっているが、国の法令が必ずしもその規定により全国画一同一の内容を規律する趣旨ではなく、その地方自治団体がその地方の実情に合わせて別途に規律することを容認する趣旨として解釈される場合はその条例が国の法令に違反するものではないといえる。

ところが、本件条例案の内容は生活維持の能力がなく、生活

が困窮な人に対して保護を施し、彼らの最低生活を保障し自活を助成することにより、区民の社会福祉向上に寄与することを

目的としたものであり、生活保護法とその目的及び趣旨が同じであるが、保護対象者選定の基準及び方法、保護の内容など生活保護法とは異なる規定をし、生活保護法所定の自活保護対象者の中から事実上生活維持が困難な者に対して、生活保護法とは別途に生活費を支援することを内容としている点で生活保護法とは異なるところがあり、本件条例案により生活保護法所定の自活保護対象者の一部に対して生活費を支援するとしても、生活保護法が意図する目的と効果を阻害する恐れはなく、生活保護法が自活保護対象者に対しては生活費を支援しないように規定しているとしても、それが全国一律・同一の内容の保護を行う趣旨とは言えず、各地方自治団体がその地方の実情に合わせて別途の生活保護を実施することを容認する趣旨であると思われるべきであり、本件条例案の内容が生活保護法の規定と矛盾・抵触するとは言えない。

そして、原告は、生活保護法第三六条は保護対象者に対する保護業務に要される費用を国と地方自治団体が一定の比率で負担するように規定しているが、本件条例案は保護対象者の保護に必要な財源の全額を当該地方自治団体の出費で賄うように規

定しているから、生活保護法第三六条の規定に違反すると主張する。

しかし、地方自治団体がその財政権により確保した財貨は、その構成員である住民の犠牲によって成り立ったものであるからこれを効率的に使用することで健全な財政の運営を営まなければならない、住民の福利に関する事務を処理する権限と義務を持つ地方自治団体の機関である地方議会が、事前に地方自治団体長の意見を聞き（地方自治法第一一三条）、当該地方自治団体の財政能力の範囲内で生活保護法とは別途に、生活困窮者を保護する内容の条例を制定・施行することは地方自治制度の本質に付合するものであり、これによって地方自治団体財政の健全な運営に支障を来すものではない限り、これを責めることはできない。

ところが、地方自治法を見ると、地方自治団体長は会計年度ごとに法令及び条例が定める範囲内で合理的基準により予算案を編成し、これを地方議会に提出し（地方自治法第一一八条一項、地方財政法第三〇条一項）、地方議会は予算の審議・確定権限（地方自治法第三五条二号）に基づき、首長が提出した予算案の適正当否を判断し又は決算の承認権限（地方自治法第三五条三号）に基づき、事後的に首長が支出した予算の適正当否

を審査するようになっていたが、本件条例案によると、保護対象者の具体的な選定基準は規則で定め（条例案第三條二項）、保護対象者に支給する生活費の額も区予算の範囲内で定めるように規定し（条例案第四條第二項）、地方自治団体長に生活保護に所要される予算の規模を決定する権限を与えているから、本件条例案の施行により当該地方自治団体財政の健全な運営に支障を来すとは考えられない。したがって、本件条例案により決定された保護対象者に対する生活補助に所要される財源の全額を当該地方自治団体の出費で賄わせたとしたことを理由に、本件条例案が生活保護法に違反するとは考えられない。よって、本件条例案が法令に違反し無効と主張する原告の主張は理由がないから、これを棄却する。⁽²³⁾

二）丹陽郡共有財産管理条例⁽²⁴⁾

地方自治法と地方財政法においては、重要財産の処分と取得に関して、地方議会の議決を義務づけながら、共有財産の管理行為に関しては、別途の規定を設けていないが、この事項を条例で規定したことが違法ではないとされた事例

〈事実の概要〉

丹陽郡（以下、原告）は一九九九年九月一日に丹陽郡議会（以下、被告）に対して、丹陽郡共有財産管理条例改正案（以下、本件条例案）の議決を求めたが、丹陽郡議会は同条例案三七條第一項（以下、本件係争条項）を修正議決した。修正された係争条項には、そのただし書に、「原型を変更する工業用賃貸などの管理の場合」にも、地方議会の議決を受けることを義務づけ、共有財産の取得と処分以外にも原型変更を起こす可能性のある工業用財産の賃貸のような共有財産の一部管理行為も被告の議決事項としたが、原告が議決を求めた案には、共有財産の取得と処分のみが被告の議決事項とされ、上記のような管理行為はその対象から除外されていた。そこで、原告は、本件条例案の係争条項は、委任条例であるにもかかわらず、上位法令である地方自治法と地方財政法などの委任範囲を超え、その趣旨に反する事項を規定しており、法令が定めていない事項を規定した違法条例であると主張し、大法院に訴えた。

〈判旨〉

棄却

地方自治法第九條第一項と第二二條などの関連規定によると、地方自治団体は原則的にその固有事務である自治事務と法

令により委任された団体委任事務に関して、いわゆる自治条例を制定できるほか、個別法令において特別に委任している場合には、機関委任事務に関してもその委任の範囲内でいわゆる委任条例を制定できるが、条例が規定している事項が、その根拠法令に照らして自治事務や団体委任事務に関するものであるならば、これは自治条例として地方自治法第二二条が規定している「法令の範囲内」という事項的限界が適用されるのみで、委任条例のように国家法に適用される一般的な委任立法の限界が適用される余地はない。

ところが、地方自治法第九条第二項第一号などの規定によると、本件係争条項で規定している共有財産の管理は、地方自治団体の自治事務に該当することが明らかであり、したがって、本件係争条項は自治条例として地方自治法第二二条で規定している「法令の範囲内」という事項的限界が適用されるのみであるが、ここでいわれる「法令の範囲内」とは、「法令に違反しない範囲内」という意味であり、特定事項に関して、国の法令がすでに存在する場合でも、その規定の趣旨が必ずしも全国一律に規律するものではなく、各地方自治団体がその地方の実情に合わせて別途に規律することを容認する趣旨であると解釈される場合は、条例が国の法令で定めていない事項を規定してい

ても、これが法令違反になるとは言えない（大法院 1997. 4. 25. 96cIn244 判決参照）。

ところが、地方自治法第三五条第一項第六号及びその施行令第二二条の三と地方財政法第七七条及びその施行令第八四条は、一定の重要財産の取得と処分に関しては、管理計画で定め地方議会の議決を受けることを義務づけながらも、共有財産の貸し付けのような管理行為が、地方議会の議決事項であるかに關しては明示的に規定していない。しかし、地方自治法第三五条第二項では、地方議会で議決すべき事項を条例で定めるように規定しているだけでなく、共有財産の管理がその行為の性質などから、地方自治団体長の固有権限に属するものとして、地方議会が事前に関与してはならない事項であるとされる根拠はないから、地方自治法と地方財政法などの法令において、上記のような重要財産の取得と処分に関して地方議会の議決を受けることを義務づけながら、共有財産の管理行為に関しては別途の規定を置かなくても、これは共有財産の管理行為を地方議会の議決事項にすることを排除する趣旨ではなく、各地方自治団体においてそれに関して条例で別途に定めることを容認する趣旨であるとみるべきである。

したがって、本件係争条項においてその共有財産の管理行為

を被告の議決事項と規定しているのは、上記のような地方自治法第三十五条第二項の規定によるものであり、同法第二二条で定めている法令の範囲内という自治条例の事項的限界内の規定と
言うべきであり、法令に違反する条例規定であるとは言えない。

（三）ソウル特別市農水産物卸市場条例⁽²⁴⁾

月間取引の実績が最低基準に満たない場合に、卸業の許可を取り消す行政処分の規定を定めたソウル特別市農水産物卸市場条例は、旧農水産物流通及び価格安定に関する法律が定めた基準よりも厳格な基準を定めているが、裁量権の範囲を逸脱せず、違法ではないとされた事例

〈事実の概要〉

旧ソウル特別市農水産物卸市場条例（二〇〇一・四・一六改正前の条例、以下、条例）第五条は、仲卸業者が維持すべき月間最低取引基準を定め、第四条及び条例施行規則には、仲卸業者の取引実績が最低基準に三ヶ月連続して達しない場合は、仲卸業許可を取り消す行政処分ができる規定が定められていたが、これに基づき、許可の取消処分を受けた仲卸業者（以下、原告、被告诉人）は、条例の規定内容は、地方自治法第二二条

ただし書き定める住民の権利制限又は義務賦課に関する事項に該当するにもかかわらず、法律の委任がなく無効であり、したがって、本件処分は違法であるとしてソウル高等裁判所に処分の取消を求めて出訴し、原審では本件処分は違法と判断されたため、ソウル特別市長（以下、被告、上告人）は大法院に上告した。

〈判旨〉

破棄差戻し。

「旧農水産物流通及び価格安定に関する法律（二〇〇一・一・二八、法律第六二三号全文改正前のもの、以下、同法）は、農水産物流通の円滑を図り、適正な価格を維持させることで、生産者と消費者の利益を保護し、国民生活の安定を図ろうとする立法目的（第一条）を達成するために、地方自治団体が農水産物の卸売取引のための卸売市場を開設し（第二二条）、農林部長官の許可を得て開設する中央卸売市場の場合、その開設要件として、卸売市場の運営に関する細部事項を定めた業務規定の内容が、卸売市場の健全な運営を図るに適合と認められること、開設される卸売市場の取引品目に対する当該地域の需給実績と需給見通し、そして、その地域の卸売市場ごとの取引実績

と取引見通し等の内容が入っている運営管理計画書の内容が忠実であり、その実現が確実であると認められることなどを要求することにより（第十五条）、卸売市場がその機能を果たすように配慮している。また、地方自治団体が開設された卸売市場で農水産物の販売などの業務を担当する適正数の卸売市場法人を指定し（第二十四条、第一八条）、同法の立法目的の達成と卸売市場がその機能を円滑に行われるよう、卸売市場における正常な取引の妨害防止規定（第三十七条第一項）、卸売市場開設者の公正な取引秩序確立義務（第一六条）と、卸売市場における取引秩序維持のために必要な措置を行うこと（第三十七条第一項）を規定している。一方、条例は同法の規定を受け、卸売市場運営に必要な細部規定を定めているが、特に、仲卸業者が一ヶ月以上続けてその業務を休業した場合、仲卸業者の月間取引実績が条例が定めた最低取引基準に三ヶ月以上達しない場合、正当な事由なしにその業務を怠り農水産物流通に重大な障害をもたらした場合などの事由が発生した場合には、その中卸業の許可を取り消しうることを規定している。」

そして、判決は次のように示し、上乗せ条例の適法性を導き、原審を破棄差戻しした。

「仲卸業者に対して取引実績を維持するように明文の規定を

置き、これを条例で定めるよう明示的に委任していないが、厳格な規制方法をもって卸売市場の適正な運営を図ろうとする同法の趣旨や農水産物の流通過程における仲卸業者の地位と役割から見て、もし仲卸業者がその役割を忠実に行わなければ、卸売市場における取引を通じて農水産物流通の円滑化を図ろうとする同法の立法目的達成に重大な影響を及ぼす恐れがあること、卸売市場における公正な取引秩序確立のために設けた同法第三十七条などの規定は、仲卸業者がある程度の取引実績を維持することで卸売市場がその機能を發揮することを前提としている点、そして、同法が卸売市場における正常な取引を妨害する行為を禁止しているから、長期にわたる基準に達しない取引実績に対して制裁を加えることが同法の規定趣旨に付合する点などに照らして、仲卸業者の月間最低取引基準を定め、これに達しない場合は許可取消の処分をするように規定している本件条例第四条、第五条及び条例施行規則第一七条の二の規定は同法第三十七条などに基づき、その法律規定が予定している事項を具体化・明確化したものとして委任根拠があると言える。

地方自治団体の月間取引実績が条例で定めた最低取引基準に達しない卸売市場の仲卸業者に対する仲卸業許可を取り消した場合、この取消処分は同法の立法趣旨、仲卸業者の役割及び適

切な処分をしなかった場合の波及効果などの公益目的を考慮すれば裁量権の範囲を逸脱・濫用したとは言えない。」

（二）超過条例を違法とした判例

一 水原市自動車車庫地確保などに関する条例⁽²⁵⁾

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、自動車管理法令が定めた自動車登録基準よりも高い基準を定めた条例を違法とした判例

〈判例の内容〉

この判例は前節のところで既に紹介されているため詳しい内容は省略するが、超過条例の適法性を否定した代表的な判例である。大法院は、自動車管理法など国の法令が規定している自動車登録基準よりも強化した基準（車庫地確保基準）を規定した水原市自動車車庫地確保条例に対して、法律の委任根拠はあるが、その内容が自動車運輸事業法令などの基準よりも高い基準や面積を定めた同条例は上位法令の制限範囲を超過し無効とした。

二 ソウル特別市ボイラ設置条例⁽²⁶⁾

ボイラを設置する建築主に対して、ボイラの設置・施工確認書の提出を義務づけ、提出しないと建築物の使用承認を与えないことを内容とした条例案は建築法令に違反するとした判例

〈事実の概要〉

ソウル特別市議会（以下、被告）は、二〇〇三年二月一日にソウル特別市ボイラ設置条例改正案（以下、本件改正条例案）を議決し、ソウル特別市長（以下、原告）に移送したが、原告は上級官庁である行政自治部長官の指示に従い、本件改正条例案第四八条が、地方自治法第二二条、行政規制基本法第四条に違反することを理由に被告に再議を求めたが、被告は同年二月一六日に開かれた臨時会において本件改正条例案を原案通りに再議決し確定され、同年二月二七日に公布された。そこで、本件改正条例案の再議決は上位法令に違反し無効であるとして大法院に提訴したのが本事件である。

〈判旨〉

認容判決

「改正条例案第四八条が建築物にボイラを設置・施工した場合に、施工者に対してボイラ設置・施工確認書を建築主と工事

監理者に交付する義務を賦課する一方、建築主に建築物の使用承認を申請するに当たって上記のように交付されたボイラ設置・施工確認書の添付を義務づけ、その書類の未添付を建築物使用承認の拒否事由とすることで、ボイラを設置する建築主に對してボイラの設置・施工確認書を提出しないと建築物の使用承認を拒否することを内容としており、これは、住民の権利を制限し住民に義務を賦課する事項であることが明らかであるので、地方自治法第二二条ただし書き及び行政規制法第四条の規定に基づき、それに関する法律の委任がなければ適法とはならない。

都市ガス事業法第一四條第一項、第二項、同法施行規則第二〇條、第二〇條の二の各規定は、ガス施設施工業の登録をした者が、ガス供給施設又はガス使用施設の設置工事又は変更工事を完成したときには、ガスボイラ設置・施工確認書などを作成・保存し、その謄本を都市ガス事業者及び特定ガス使用施設でガスを使用する者に対して交付することを規定することで、ガス施設工業を登録した者に対して、ガスボイラ設置・施工確認書などを都市ガス事業者と特定ガス使用施設でガスを使用する者に対して提出を義務づけるだけであるから、ガス・油・電気・練炭ボイラなどのボイラ設置・施工者に対してボイラ設

置・施工確認書を提出する義務を賦課し、建築主が建築物の使用承認申請時に、上記のような確認書の提出を義務づけている本件条例案第四八條の委任根拠とはならないと言える。

建築法第二一條第五項、建築施行規則第一九條第三項の各規定によると、工事監理者は暖房設備が設計通りに施工されているかを確認したが監理中間報告書及び監理完了報告書を作成し、建築主に提出し、建築主は建築物の使用承認を申請するときには、中間管理報告書と監理完了報告書を添付し提出することを義務付けているが、上記各規定は、暖房施設の手抜き工事を防止して安全事故を予防し、エネルギー使用の効率的な利用を図ることにその立法趣旨があるといえるが、そうであるならば、改正条例案第四八條は、上記建築法令の規定が規制していることとは異なる新しい規制であるか、より強い態様の規制を行うものとみるべきであるから、改正条例案第四八條は上位法令である上記建築法令の規定に違反するものである。したがって、改正条例案は違法であり改正条例案に対する再議決の効力は否認されるべきである。」

三 楊平郡墓地などの設置許可に対する住民の意見聴取に関する条例案²⁷⁾

羈束裁量である私設墓地などの設置許可の要件を法律の委任なしに、法律の要件よりも強化した規定を定めた条例案を違法とした判例

〈判決内容〉

この判例は、第四節「地方自治団体の事務と条例制定権の限界」のところで取り上げられているので、詳しい内容は省略するが、私設墓地などの設置許可に対して影響圏内の住民二／三以上の賛成を許可要件として規定した楊平郡墓地などの設置許可に対する住民の意見聴取に関する条例案（以下、本件条例案）が法令の規定より強い規定を定めた上乗せ条例としてその適法性を否定した判例である。

大法院は判決で「憲法第一一七条第一項と、これに基づいた地方自治法第二二条本文によると、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、条例は法令に違反すると無効になる。

本件条例案は第三条の内容は、墓地などの予定地に対する影響圏を規定し、影響圏内の二／三以上の賛成を得て墓地などの設置許可をすることを規定している。しかし、埋葬及び墓地などに関する法律第八条は、私設墓地などを設置する者は道知事

の許可を受けることを規定し、同法施行令第五条は、私設墓地などの設置基準を定め、同法施行令第九条は、墓地などの設置禁止地域を定めているが、影響圏内にある住民の同意に関する規定は存在しない。

埋葬及び墓地などに関する法律第八条の私設墓地などの設置許可行為は、同法施行令第五条第二項などに定められた基準による羈束裁量行為と見るべきであり、行政庁としては法令が定めた基準に該当すれば私設墓地などを設置することを許可しなければならぬと言える。

ところが、埋葬及び墓地などに関する法律の立法目的は、墓地などの管理に関する事項を規定することにより、保健衛生上の危害を防止し、国土の効率的利用及び公共福利の増進に寄与することにある（第一条）、一方、本件条例案は、楊平郡の地理的状況を利用して墓地などの嫌悪施設乱立による住民の集団反発を防ぐために、墓地などの設置許可における住民の意見聴取事項を規定することを目的とする（第一条）ものであるが、本件条例案でいう住民の集団反発とは、保健衛生上の理由に基づくものであると言えるから、結局、上記法律と本件条例案の立法目的はほぼ同じであると言える。したがって、本件条例案第三条は、上記法律が定めた私設墓地などの許可要件に対して

上記法律と同一又は類似した目的で、法令の根拠なしに影響圏内の住民二／三以上の賛成という新しい許可要件を加重するものであり、法令の要件に該当すれば私設墓地などの設置許可をすべきことを規定した埋葬及び墓地などに関する法律及びその施行令に違反する違法なものとするべきである。」と示し、法律の要件よりも強化した規定を定めた条例案を違法とした。

第六節 小括

日本の場合、条例制定権の範囲と限界に関する論議は、憲法によって保障された条例制定権に、自治体の条例で行政的規制を定める余地が認められた結果、公安条例による表現の自由の制限や青少年保護条例による表現の自由・営業の自由・私生活の自由の制限などにみられるように、条例による規制をめぐる基本権侵害がしばしば問題となり、憲法の定める法律留保事項との関係で条例制定権の範囲と限界に関する究明に議論が交わされてきた。また、法律との関係では、「法令に違反しない限り」条例制定権が保障されていることから、条例が国の法令に違反せずどこまで立法的規制をなしえるか、その適法性に関する理論的究明に議論が行われてきた。その結果、憲法や法律との関

係における条例制定権の範囲と限界に関するテーマは条例論の核心をなすものとして取り上げられ、多くの議論と論点を交わしながら条例論が形成されてきたといえる。

憲法との関係における条例制定権の範囲と限界については、条例でどこまで住民の権利を制限し義務を賦課することが可能であるか、特に、財産権保障規定を定めた憲法第二十九条二頁、罪刑法定主義を定めた憲法三十一条、租税法律主義を定めた憲法第八四条などの憲法の法律留保事項との関係に関して議論が集中し、判例や学説が形成されてきた。以下では、日本における憲法上の法律留保事項と条例との関係をめぐる学説や判例の動向について述べてみることにする。

まず、財産権法定主義と条例との関係である。日本国憲法第二十九条二頁は「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と法律留保事項になっているため、条例で財産権を規制できるかが過去議論されてきた。特に、条例による罰則及び地方税の創設の場合と異なり、条例による財産権制限の可能性については、包括的委任を定めた法律規定が存在しないため、まちづくりのための土地利用の規制や環境保全のための産業活動の制限等を内容とする条例制定の許容性に関する問題は、実務上も切実な問題であった。⁽²⁸⁾

条例による財産権制限については否定説と肯定説が見られる。否定説の論拠は、財産権の内容に関する規制は、たとえ公共の福祉の要請が存するとしても、法律の個別的な委任がある場合を除き、条例で規制することは憲法上認められず、形式的意味の法律によらなければならないというものであり、憲法二九条二頁の「法律でこれを定める」という文言をその根拠とする。さらに、財産権が全国的取引の対象となりうることから、土地利用規制について法律の定めるところによる旨を明記した旧地方自治法第二九条三項一八号、一九号の規定を挙げ、財産権の場合その内容を定めたり、これを制限するためには、統一的法律によるものが妥当であると主張する³⁰。また、この否定説の中には、憲法第二九条二項の文言が財産権の「内容」を法律で定めるようにしていることから、財産権の内容と行使を区分して前者に対しては条例による規制が可能であるが、後者に対しては条例による規制が可能であるとする見解もある³¹。

肯定説は、条例による財産権規制は財産権の行使だけでなく内容についても可能であるとする。その論拠は、条例制定権を保障する憲法九四条が国会を唯一の立法機関と定めた憲法四一条の例外をなし、条例が地方議会という民主的基盤に立って制定されることから、実質的に法律と差がないこと（条例準法律

説）、条例による規制が許される精神的自由権よりもその社会的・内在的制約の厳しい財産権について、条例による規制を認めないのは均衡を失うこと、憲法二九条二項の趣旨は、財産権を規制するには議会の議決した法律を必要とし、行政命令をもつてすることはできないという「法律の留保」の原則を定めたものと解すべきで、前述の条例準法律説にたてば、条例をもつて財産権を規制してもその原則に反するものではないという点を挙げている³²。

条例による財産権規制について、一九五〇年代までには行政解釈や判例においても、財産権規制の全国統一性、財産権規制の法律留保を定めた憲法二九条二頁の文言、旧地方自治法第二九条三項一八号、一九号の規定などを理由に、否定的な見解が支配的であった。しかし、一九六〇年代以降、住民の安全や健康を守り、快適なまちづくりのための条例が制定されるにつれ、条例による財産権規制の必要性が表れ、特に、一九七〇年以降は財産権の行使についても条例で規制できるとする見解が有力となり、自然保護条例、郷土保全条例、モーター規制条例などが、一九八〇年代以降はリゾート開発、マンション建設などの乱開発から地域の環境や景観を守ろうとする各種まちづくり条例が登場することとなった。これらの条例は土地利用や開発の

規制など財産権規制にかかわる性格上、条例による財産権規制がどこまで許容できるかが特に問題となったが、判例の傾向もいわゆる「ため池条例判決」⁽³⁴⁾で、ため池条例の条項はため池所有者の財産権行使に著しい制限を加えるものであるが、「それは災害を未然に防止するという社会生活上のやむを得ない必要から来るものであって、ため池堤とうを使用する財産上の権利を有する者は何人も公共の福祉のため当然これを受忍しなければならぬ」と判示し、災害防止の必要がある場合には、条例で財産権の行使を制限することができるとし、初期の否定的見解から肯定的見解に転じている。いまのところ判例の傾向は災害防止など消極的見地からの財産権規制しか認めていないが、都市計画区域外の区域や未線引き都市計画区域内での開発に関して許可制や届出制を定める条例、ゴルフ場等の造成事業につき協議にもとづく同意の取得を条件としたり、協定の締結を義務づけたりする条例など、地域の環境保全や快適なまちづくりを進めるために積極的な規制を行っている条例が数多く存在するのが現状であることから、現在では実務や学説においても、条例による財産権規制については可能であるという見解が支配的であり、もっぱら個別法令との抵触・違背に論点が集中する傾向である。⁽³⁵⁾

次に、罪刑法定主義と条例との関係である。憲法第三十一条は「何人も、法律に定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」とし、罪刑法定主義を定めている。これと関連して、憲法第七十三条第六号ただし書では、「政令には、特に法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることはできない」とされている。これは、刑罰が社会秩序を維持していくうえで必要不可欠なものである反面、人身の自由に対する重大な侵害となるものであることから、法律の定める手続によるべきことを定めたものであるが、手続の法定にとどまらず手続の前提となる要件の法定、すなわち、法律で定めた刑によらなければ罰せられないという罪刑法定主義の原則が、その趣旨に含まれると解されている。ところで条例については、地方自治法第一四条第五項で「普通地方公共団体は、法令に特別の定めがあるものを除く外、その条例中に、条例に違反したものに對し、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、科料又は没収の刑を科する旨の規定を設けることができる」と定めている。このような条例への刑罰権の委任が、憲法第三十一条等に違反していないかどうか従前から問題とされ議論されてきた。

この問題について学説・判例はほぼ一致して当該条項を憲法

三一条違反ではないとしており、合憲か違憲かの次元よりは、もっぱら合憲性の根拠をどこに求めるかをめぐり見解が分かれている。

第一説は、憲法直接授權説ともいうべきものであるが、これには、条例制定権は憲法九四条から直接与えられたもので、それにはただ法律の範囲内という制約が付されているにすぎず、これは憲法第三一条の「法律」とは「国会の制定する法律」であるというべきことの例外として憲法自身が認めたものであるから、法律（法律の委任）なくして政令の罰則はないが、法律なきところ、若しくは法律の禁止なきところにも条例の罰則はありとされる。そして、地方自治法第一四三条三項は、憲法第一〇三条を受けて、条例を制定しうる範囲内についての一般的制限を設けたものであるとする。³⁶⁾

第二説は、条例準法律説ともいうべきものであるが、条例が地方公共団体の議会の議決を経て制定され、法律に準ずる民主的な法形式であることから、憲法第三一条との関係では条例を法律と同様にみる見解である。すなわち、憲法第三一条は、政令に対する罰則の委任を禁止した憲法第七三条第六号ただし書とともに元来行政府による刑罰権の乱用を防ぐためのものであり、地方公共団体の自治立法である条例に対する一般的委任を

禁止する趣旨ではなく、条例は行政立法と異なり、住民の代表機関である議会の議決により成立するものであり、実質的法律に準ずる性質をもつから、法律の委任は一般的・包括的で足りるとし、地方自治法第一四三条三項は、そうした委任・授權規定であるという。³⁷⁾

第三説は、委任要件緩和説である。これは、条例に対する罰則の委任にも憲法第七三条第六号のただし書の制限を受けるから、条例への罰則の委任は包括的委任は許されず、具体的な委任が求められるが、条例は地方議会の議決を経た民主的な法形式であるから、罰則を政令に委任する場合のように個別的・具体的であることを要しないとする。

条例への罰則委任が問題となった代表的な判例である、「大阪市売春勧誘行為等の取締条例事件」³⁸⁾において最高裁は、条例に対する罰則の委任は憲法第三一条に違背するとした被告の主張に対して「地方自治法一四三条五項（現行地方自治法一四三条三項）による罰則の範囲も限定されている。しかも、条例は、法律以下の法令といっても、公選の議員をもって組織される地方公共団体の議会の議決を経て制定される自治立法であって、行政府の制定する命令などとは性質を異にし、むしろ国民の公選した議員をもって組織する地方公共団体の議会の議決を経て制定

される法律に類するものであるから、条例によって刑罰を定める場合には、法律の授權が相当な程度に具体的であり、限定されておればたりと解するのが正当である」とし、条例準法律説の立場に立つて条例への罰則の委任を合憲とした。

次に、租税法律主義と条例との関係である。日本国憲法第八四条は、「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」とし、租税法律主義を定めている。ところが、地方税に関しては地方税法第三条一項には、「地方団体は、その地方税の税目、課税客体、課税標準、税率その他課税徴収について定をするには、当該地方団体の条例によらなければならない」とされているため、当初から、地方税が租税法律主義に違反するのではないかが問題となり、租税法律主義を定めた憲法第八四条の規定と地方税の賦課徴収について条例によることを定めた地方税法第三条一項との関係をめぐって、地方税法の存在を前提としたその合憲性の問題として議論がなされてきた。

この論点に関する学説・判例は、地方税法の合憲という結論においては見解の一致を見せていたが、その合憲性の根拠については当初、見解が分かれていた。例えば、地方公共団体は地方税法の包括的委任を受けて条例による課税ができるという説、⁽³⁹⁾

租税法律主義の例外として地方公共団体は条例により課税をしようという説、⁽⁴⁰⁾などがあつた。そして、一九六〇年代以降には、自治体の自治権を構成する財政高権を根拠として、個別的法律の委任がなければ地方税の賦課徴収に関する事項を規定し得ないと解することに對して疑問を呈し、「自治権の一つとして財政高権を有する地方公共団体が個別法律の委任のない場合には地方税の賦課徴収に関する事項を規定し得ないとは解せず、又条例準法律説に立つならば憲法八四条の法律には条例も含まれると考える」とし、憲法八四条の法律には条例も含まれるとする説や、憲法が創設した自治体の固有権たる財政権は、地方議会の議決を経て条例の制定というかたちで行使され、住民はこの条例によりはじめて納税の義務を負うという地方税条例主義が、地方税の賦課徴収には要請され、この点で憲法八四条の「法律」には条例が含まれるとするいわゆる「地方税条例主義」が⁽⁴²⁾提唱され、判例にも影響を及ぼすなど有力説となつてきた。⁽⁴³⁾

現在では、地方税に関する条例の制定は憲法により授權されたという見解が通説とされる。⁽⁴⁴⁾

以上のように、日本における条例制定権の範囲と限界に関する問題は、憲法の法律留保事項との関係を巡る法律的論点とともに、法律との関係をめぐっては、一九六〇年代に国の公害防

止防止法令と同一対象について規制を強化した規定を定めた公害防止条例に象徴されるように、法律が規制している同一の対象に対して法律が定めた基準より高次の規制を定めたいわゆる上乗せ条例や、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横出し条例などの適法性に関する問題が、論点として議論を巻き起こした。これと関連して、戦後当初は、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の制定をしないという、いわゆる法律先占論が支配的な見解であったが、一九六〇年に以降、公害防止条例のような上乗せ条例が登場したのを契機として、従前の法律先占論を克服し、法律と条例の関係を住民の生存権や憲法の保障する地方自治の本旨に基づき、理論的に再構築しようとする動きが現れた。例えば、「公害行政の目的は国民・住民の生活環境の保全」生存権確保にあるから憲法の価値構造上資本的財産権に生存権が優先することなどを考慮するならば、すくなくとも公害行政領域においては国の法律の規制基準は最低基準であって地方自治体が地域的特質に応じて上乗せ基準を定めることも許されるべきである⁴⁶⁾とする公害規制法律ナショナルミニマム論など、上乗せ・横出し条例の法的適法性を根拠付けるための様々な学説が展開された。この過程については、すでに本章で触れてい

るので、分権改革以降、新たに登場した法律と条例の関係に関する解釈論である、いわゆる「標準説」または、「標準設定論」とも言うべき説について触れてみることにする。これは、二〇〇〇年分権改革により機関委任事務が廃止され、国と自治体の役割分担の原則を定めた地方自治法第一条の二、これに立脚した法令の立法・解釈運用の原則に関して定めた第二条一項、一三頁などが新設・改廃されるなど、条例制定権をめぐる立法環境が大きく変わったことから、条例制定をめぐる法解釈にも分権改革の趣旨を生かした解釈論が必要であることを前提にした解釈論である。すなわち、法律は、全国画一的性格を持っているから、地域によっては、その内容が過剰・過少規定となっている可能性は否定できないとし、「地域の特性」の観点からみれば自治事務を規定する法令の内容は基本的に「標準的なもの」として、とらえるべきとされる⁴⁷⁾。

また、自治事務が自治体の事務であることに考えれば、国法は、むしろ、「標準法」的な性格を持つものであり、自治事務の内容が、自治体の自己決定権を尊重する地方分権の趣旨に合わないとなるならば、地域の利害を調整した上で、当該事務を実施する自治体において、たとえ明文の規定がなくても、国法を解釈し、条例によって、当該自治体なりの「リージョナル・

オブティマム」あるいは「ローカル・オブティマム」が実現できる制度をつくらねばいいとされる⁽⁴⁹⁾。

要するに、「標準説」又は「標準設定論」とは、少なくとも自治事務に関しては法令上の基準はいわば「規律の標準設定」としてとらえるならば、当該自治体において、法律の趣旨目的を阻害せず、当該自治体の公共の福祉の増進が期待されるなど、国の法令の基準を超える必要性が存在すれば、法令に特段の明示がない限り、地域の実情にに応じてこれを緩和又は強化することは可能であるという考え方である。

また、最近条例制定権の拡大のため注目を集めているのがいわゆる条例による法令の上書き権である。これは、最近の北海道道州制特区設置の議論の過程で浮上した概念であるが、地方自治団体が自主的・主体的な裁量によって政策を実施できるように、国の法令や省令を修正できる強力な条例制定権を持つ仕組みである。上書き権については最近の地方分権改革推進委員会の中間報告（平成一九年一月）において条例制定権の拡大のため条例で法令の補正を許容できる上書き権の確保が提示されており、日本における条例制定権は第二次地方分権改革が進むにつれより強化されていくものと思われる。

日韓の条例制定権の限界に関する学説や判例の傾向は、日本

の場合、条例による基本権制限に肯定的であり、条例による行政罰の創設まで認めているのに対して、韓国は条例による基本権制限については消極的であり、住民の権利制限や義務賦課に対しては法律の委任が必要とされ、日本と比べると条例制定権の範囲が狭く、自治体の自主的な立法活動に制約が多い。また、日本のように上乗せ・横出し条例の法的許容性をめぐり、それを根拠付ける学説が展開される契機となる要因が少なかつたせいか、条例論に関する韓国独自の理論形成が行われなかった。長い間中央集権の国家システムが続いたため、自治体の実務界においても地方自治法制における自治立法権の果たす役割と機能の重要性をそれほど自覚していないのが現状であり、自治立法を作れる法務能力も十分とは言えない。住民も条例違反行為に対して行政罰しか設けていない条例を遵守するわけにはいかない。法律の委任なしには条例で住民の権利・義務に関する事項を定めることができないようになっている、現行地方自治法制の下では憲法によって保障された自治立法権は意味を持たないと思われる。その意味で、条例違反に対して「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」の罰則を科することが認められている日本の現行制度は、「地方公共団体にかか

る広範な立法権限を一律に認める地方自治制度は、おそらく比較法的にはめずらしい」と指摘しているように、日韓の条例制定権を比較すると日本のほうがはるかに広範な権限が認められているといえる。

第四章 条例に対する統制

地方自治団体は独立した法人格を持つ主体であり、憲法により保障された地方の統治主体として国家から統制や関与されないのが原則である。しかし、地方自治団体も国家や国民の全体の利益に違反してはならず、それは地方自治団体に対する統制の正当な根拠となる。地方自治団体に対するこうした統制の手段は多様なものがあるが、特に条例に対する統制は地方自治団体のもつ立法権限に対する統制手段として多様な制度が設けられている。以下、韓国の現行法上設けられている条例に対する統制手段について統制の主体を中心に住民による統制、行政府による統制、立法府による統制、司法府による統制に区分して述べてみることにする。

第一节 住民による統制

一・条例の制定及び改廃請求権

（一）意義

住民による条例の制定及び改廃請求制度は地方行政への住民参加手段を強化するために一九九九年に新設された。地方自治法一五一条一項には「地方自治団体の一九歳以上の住民は市・道及び五〇万以上の大都市においては一九歳以上の住民総数の一〇〇分の一以上、七〇分の一以下、市・郡及び自治区においては一九歳以上住民総数の五〇分の一以上二〇分の一以下の範囲内で当該地方自治団体の条例で定める一九歳以上の住民数以上の連署で当該地方自治団体の長に条例の制定及び改廃を請求することが出来る」と規定されている。

条例は住民の代表機関である地方議会で制定されるため、住民が条例の制定過程に参加することは出来ない。したがって、住民のニーズに合わない条例や不当・不合理な条例が制定された場合これを是正する手段が必要である。条例の制定及び改廃請求制度は、住民が積極的に地方行政に関与できる直接民主主義の手段として極めて重要である。

住民の条例制定及び改廃の請求があれば、地方自治団体の長は条例の制定及び改廃案を作成して地方議会に付議しなければならぬから実質的には住民が提案権を持つものと解釈され

る。条例案の制定又は改廃請求があっても条例案に対して制定又は改廃する義務を負うものではないため実効性はないと思われる。しかし、住民の条例制定及び改廃の請求があつた際、地方自治団体の長は必ず地方議会に付議しなければならないため地方自治団体の条例制定権に対する地域住民による直接的な統制手段の一つといえる。

条例の制定及び改廃請求の際、一定以上の住民が共同して行うことになっているが、これは、この制度が間接民主制の欠陥を補完するためのものであり、個人の権利擁護のためのものではないことによるものである⁵¹⁾。

(二) 請求権の内容

一) 請求の主体

条例の制定及び改廃を請求できる住民の数は地方自治団体の規模により、市・道及び五〇万以上の大都市においては一九歳以上の住民総数の一〇〇分の一以上、七〇分の一以下、市・郡及び自治区においては一九歳以上住民総数の五〇分の一以上、二〇分の一以下の範囲内で当該地方自治団体の条例で定める一九歳以上の住民数以上の連署で当該地方自治団体の長に条例の制定及び改廃を請求することが出来る。一九歳以上の住民総数

は年度ごとに算定し、「住民登録法」の規定による住民登録票に基づいて調査した前年度一二月三十一日現在人口統計による。

二) 請求の相手方

条例の制定及び改廃請求の相手方は当該地方自治団体の議会ではなく、地方自治団体の長である。

三) 請求の対象

条例の制定・改廃の対象は地方自治団体の条例制定権が及ぶ条例の規定事項である。但し、次の三つの事項は除外される。

i) 法令に違反する事項 ii) 地方税・使用料・手数料・負担金の賦課・徴収又は減免に関する事項 iii) 行政機構の設置・変更に関する事項又は公共施設の設置を反対する事項。

四) 請求の手続

i) 地方自治団体の一九歳以上の住民が条例の制定及び改廃請求をするには、請求人の代表者を選定してからこれを請求人名簿に記載し、請求人の代表者は条例の制定及び改廃案を作成して提出しなければならない。

ii) 当該地方自治団体の長は請求があれば受け付けた日から五

日以内にその内容を公表し、請求を公表した日から一〇日間請求人名簿又はその写本を公開した場所に配置し閲覧できるようにしなければならない。

iii) 請求人名簿の署名に関して異議がある者は地方自治団体の長（前記 ii）の期間内に異議を申請することが出来る。

iv) 異議申請があった場合、地方自治団体の長は ii) の期間が終了した日から一四日以内にこれを審査・決定し、その申請に理由があると決定した場合は請求人名簿を修正し、これを異議申請した者と請求人の代表者に通知し、その異議申請が理由なしと決定した場合はその旨を直ちに異議申請をした者に通知しなければならない。

v) 地方自治団体の長は iii) の規定による異議申請がない場合又、同項の規定によって行われた全ての異議申請に対して iv) の規定による決定が完了した場合は請求を受理し、そうでない場合は請求を却下し、これを請求人の代表者に通知しなければならない。

vi) 地方自治団体の長は v) の規定により請求を却下する場合に請求人の代表者に意見提出の機会を与えなければならない。

vii) 地方自治団体の長は iv) の規定により請求を受理した日か

ら六〇日以内に条例の制定又は改廃案を地方議会に付議し、その結果を請求人の代表者に通知しなければならない。

二. 請願権及び住民の訴願権

韓国憲法第二六条第一項には「すべての国民は、法律が定めるところにより、国家機関に文書で請願する権利を有する」、同条第二項には「国は請求に対して審査する義務を負う」と規定し、請願権を保障している。そして、この憲法の規定を受け、請願権行使の手続と請願の処理に関する事項を規定した請願法が制定されているが、その第九条には請願を受理した国家機関が誠実かつ公正に請願を審査・処理し、通知する義務を規定している。

請願できる機関は憲法の規定では国家機関とされているが、地方自治団体に對しても請願することが出来る。請願は地域の住民だけでなく地域に居住する外国人も出来る。そして、自然人だけでなく法人も請願できる。

請願について地方自治法第七三條第一項には「地方議会に請願を行おうとする者は、地方議会議員の紹介を得て請願書を提出しなければならない」と規定し、議員紹介による議会への住民請願権を認めている。請願を紹介した議員は所管委員会又は

本会議の要求がある場合は請願の趣旨を説明しなければならぬ。⁵²

請願の内容は被害の救済のみならず、立法に関する事項も請願事項であるため条例の制定及び改廃に関する請願も可能である。したがって、地方自治団体の住民は憲法、請願法、地方自治法の規定により条例に対する統制を行うことが出来ると言える。

第二節 立法的統制

立法府による統制とは中央政府が地方自治団体の行為に準則を定め、この準則に違反した場合に統制を行う方式である。しかし、立法的統制は現代行政においては行政の複雑多様化、専門領域の増大、行政裁量権の拡大等により弱まってきていると言える。⁵³

韓国憲法第一一七条第二項には「地方自治団体の種類は法律で定める」と規定し、第一一八条第二項には「地方議会の組織、権限、議員選挙並びに地方自治団体の長の選任方法その他地方自治団体の組織及び運営に関する事項は法律で定める」と規定されている。これは地方自治団体の行政は立法権を持つ国会に

より統制され、国会が地方自治の形成者としての権限を持つことを意味する。

韓国憲法は自治立法に関して「法令の範囲内」で保障しているので国会は法律の制定を通じて自治立法を統制することが出来ると言える。すなわち、地方自治団体の事務に対して上位法規である法律で細かい規定を定めたり、地方自治団体の自治立法が国家の立法政策に反した場合は関連する法律の規定を改正したり廃止すれば、条例は法令の範囲内で制定されなければならないから条例の制定・改廃を誘導することになり自治立法に対する大きな統制手段といえる。

自治立法に対するもう一つの立法的統制手段として挙げるこ
とができるのは、地方自治団体に対する監査制度である。地方自治団体に対する現行監査制度には地方自治団体の執行機関自らによる監査、地方議会の行政監査・調査等の内部監査制度と、国会の国政監査・調査と、監査院による外部監査制度がある。

国会や監査院による地方自治団体に対する監査の範囲は、「国政監査及び調査に関する法律」第七條二項において「地方自治団体の中で特別市・広域市・道、但し、その監査範囲は国家委任事務と国家が補助金予算を支援する事業とする」と規定し、広域地方自治団体に限定され、基礎地方自治団体には及ばない。

したがって、地方自治団体の固有事務に対しては地方自治団体の執行機関や地方議会による内部監査のみ行われことになる。地方自治団体に対するこうした外部又は内部監査制度により地方自治団体の条例に対する調査・監査が可能であるため監査制度は地方自治団体の自治立法権に対する立法的統制手段の一つといえる。

第三節 行政的統制

一・再議要求による統制

（一）意義

再議要求制度はそもそも大統領制国家において立法に関する国会の独占を牽制し、法令の執行機関である政府の立法に関する意志を反映し、立法機関と行政機関の牽制と均衡を保つための手段として設けられた制度である。

現行地方自治法は地方議会と長の関係を機関対立型の大統領制を採用しており、再議制度は議会と長が対立した場合の調整手段の一つである。又、条例案や議決内容が権限の逸脱又は法令違反に該当する場合に条例の適法性を確保する手段でもある。

現行地方自治法は長による議会の議決に対する再議制度と、国が地方自治団体を指導・監督する立場から地方議会の議決事項に対して再議要求を行うことが出来る制度を設けている。又、再議要求制度と併せて地方議会が再議決された違法な条例に対して大法院に提訴する制度を設けている。

（二）再議要求制度の類型

現行地方自治法には再議要求制度として四つの類型を規定している。まず、第二六条三項には「地方自治団体の長は条例案に対して異議がある場合に再議を要求することが出来る」と規定している。

第一〇七条には、地方議会の議決が越権又は法令に違反又は公益を著しく害すると認められる場合に、そして、第一〇八条には地方議会の議決が予算上執行出来ない経費が含まれると認められる場合に再議を要求することが出来る」と規定している。第一七二条には、地方議会の議決が法令に違反又は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・郡及び自治区に対しては市・道知事が再議を要求することが出来るとし、上級行政機関による再議要求制度を設けている。

(三) 再議要求権者

地方自治法第二六条三項及び第一〇七条一項と第一〇八条一項には地方自治団体の長が再議要求権者であることを、主務部長官（行政自治部長官）又は上級地方自治団体の長の指示による再議要求を規定している第一七二条にも当該地方自治団体の長が再議要求権者であることを明らかにしている。⁽⁵⁶⁾

又、地方教育自治に関する法律には、教育監による再議制度が設けられている。すなわち、教育監は教育・学芸に関する市・道議会の議決が法令に違反し若しくは公益を著しく害すると判断される場合は、その議決事項が移送された日から二〇日以内に理由を付し、再議を要求することができる。教育監が教育人的資源部長官から再議要求をするよう求められた場合は、市・道議会に再議を求めなければならない（同法第二八条一項）。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、教育監は再議決された日から二〇日以内に大法院に出訴することができる（同条三項）。教育人的資源部長官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、当該教育監が出訴しない場合は、当該教育監に出訴を指示し又は直接出訴することができる（同条四項）。

(四) 条例案再議要求の事由及び基準

地方自治法第二六条における再議要求事由は「条例案に対して異議がある場合」であり、同法一〇七条における再議要求事由は「越権又は法令に違反するか公益を著しく害すると認められる場合」であり、同法第一七二条における再議要求事由は「法令に違反するか公益を著しく害すると認められると判断される場合」とされている。第一〇八条の再議要求事由は同条二項に「予算上執行できない経費が含まれていると認められる場合と、災害復興費等を削減する場合」に再議要求が出来る規定され、再議要求の基準が第二六条、第一〇七条、第一七二条に比べて具体的に示されている。

一）当該地方自治団体の事務ではない事務に関して規定した場合

地方自治法第二二条は「地方自治団体は…その事務に関して条例を制定することが出来る」と規定しているので、当該地方自治団体の事務ではない事務に関して規定した条例は法令に違反することとなり、再議要求の事由となる。国家事務や機関委任事務等は個別法律において条例で定めることを委任しない限り、条例制定の事項ではない。したがって、国家事務や機関委

任事務等に関して条例を制定した場合再議の対象となるが、現行法上地方自治団体の事務と国家事務や機関委任事務の区分が困難な場合が多く、再議が行われやすい領域である。

二）法律の委任なしに住民の権利制限・義務賦課又は罰則を規定する場合

地方自治法第二二条ただし書には「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は法律の委任がなければならない」と規定している。したがって、こうした基準に違反した条例案に対して地方自治団体の長は再議要求を行うことが出来る。

三）法令に違反した場合

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することが出来る」と規定し、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」と規定している。したがって、こうした基準に違反した条例案に対して地方自治団体の長は再議要求を行うことが出来る。

四）市・郡・区の条例が市・道の条例・規則に違反した場合
地方自治法第二四条は「市・郡及び自治区の条例や規則は市・道の条例や規則に違反してはならない」と規定している。すなわち、上級地方自治団体の条例・規則に違反した下級地方自治団体の条例・規則は違法な条例として再議要求の事由となる。

五）予算上執行不可能な場合

地方自治法一〇八条第一項は「地方自治団体の長は地方議会の議決が予算上執行できない経費が含まれていると認められる時は…再議を求めることが出来る」と規定されているが、条例案も地方議会の議決事項であるので予算上執行不可能な事項を含んだ条例案に対しては再議を行うことが出来ると言える。

六）公益を著しく害する場合

地方自治法第一七二条第一項は「地方議会の議決が…公益を著しく害すると判断される時には、市・道に対しては主務部長官が、市・郡・区に対しては市・道知事が再議要求をするように求めることが出来る」と規定している。したがって、公益を著しく害する場合と思われる条例案に対しては、地方自治団体

の長は再議要求を行うことができる。しかし、公益を害すると思われる事項が何であるかについては抽象的・多義的概念であるためその判断が難しいが、地方自治団体の長の再議要求は地方自治法第二六条第三項の規定「地方自治団体の長は移送された条例案に対して異議がある場合は二〇日以内にその理由を付し地方議会に還付し、その再議を要求することが出来る」により長の自由裁量行為と解されるため、解釈上問題はないと思われる。

(五) 再議要求の手続

一) 地方自治団体の長の職権による再議要求手続

再議要求を行うことができる期間は地方自治法第二六条第三項によると移送された条例案に対して二〇日以内であり、その理由を提示しなければならない^⑤。議会は理由が提示されている限り再議を拒否することは出来ない。再議要求は地方議会が閉会期間でも行うことが出来、再議要求を受けた地方議会はやむを得ない事情がない限り、再議要求書が届いた日から一〇日以内にこれを再議に付しなければならない。この場合、閉会又は休会期間はこれを参入しない（地方自治法施行令第三十七条一項）。地方自治団体の長は地方議会の議決の一部について、又

はその議決を修正して再議を要求することは出来ない（地方自治法施行令第三十七条第二項）。

再議の要求があった場合、地方議会は再議に付し、在籍議員過半数の出席と出席議員の三分の二以上の賛成により前と同じ議決が行われればその条例案は条例として確定される（地方自治法一〇七条第二項）。地方自治団体の長が先述の二〇日以内の期間内に公布又は再議の要求を行わなかった場合でもその条例案は条例として確定される。

地方自治団体の長は確定された条例を直ちに公布しなければならない、確定された条例を五日以内に地方自治団体の長が公布しなかった場合は地方議会の議長がこれを公布する。

なお、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認められる場合は大法院に提訴することが出来る（地方自治法一〇七条第三項）。

二) 主務部長官・市・道知事の命令による再議要求手続（地方自治法一七二条）

地方議会の議決が法令に違反するか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、市・郡及び自治区に対しては市・道知事が再議を要求させることができ、再議

の要求を受けた地方自治団体の長は議決事項が移送された日から二〇日以内に地方議会に理由を付し再議を要求しなければならない。再議の結果、在籍議員の過半数の出席と出席議員の三分の一以上の賛成で前と同じ議決が行われればその議決事項は確定される。

そして、①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に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出来る、②この場合必要と認められる場合にはその議決の執行を求める執行停止決定を申請することが出来る、③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係わらず当該地方自治団体の長が提訴しない場合、当該地方自治団体の長に提訴を指示するか直接提訴及び執行停止決定を申請することが出来る、④提訴の指示は①の期間が経過した日から七日以内とし、当該地方自治団体の長は提訴指示を受けた日から七日以内に提訴しなければならない、⑤主務部長官又は市・道知事は④の期間が経過した日から七日以内に直接提訴することが出来る。

また、地方議会の議決が法令に違反すると判断され、主務部長官又は市・道知事から再議要求指示を受けた地方自治団体の長が再議を要求しない場合（法令に違反する地方議会議決事項

が条例案の場合であつて、再議要求指示を受ける前に当該条例案を公表した場合を含む）には主務部長官又は市・道知事は再議要求期間が経過した日から七日以内に大法院に直接提訴及び執行停止決定を申請することが出来る。

上記の手続により議決又は再議決された事項が二つ以上の部處と関連するか、主務部長官が明らかでない場合には行政自治部長官が再議要求又は提訴を指示するか直接提訴及び執行停止決定を申請することができる。

（六）再議要求の実態

再議要求制度は地方自治が復活されてしばらくの間は地方自治団体の法務能力を補完し、地方自治団体の執行機関と議決機関との適正な関係を維持する役割を果たしてきた。地方自治が復活され、初の首長選挙が行われた一九九五年から二〇〇五年までの一〇年間の再議統計を見ると、長による再議要求が二二二件、主務部長官の指示により市・道知事が行ったものが三一件、主務部長官によるものが八二件で、合計六一五件である。再議要求の内容は、法令違反が四九〇件、公益違反が四六件、異義が六五件である。処理結果は、再議決が一四八件、修正議決が三七件、否決及び廃棄が三八五件（係属四五件）である。

そして、大法院に出訴されたのは七六件であり、主務部長官が四件、市・道知事が三八件、市長・郡守・区庁長が三四件である。訴訟結果は、無効確認が五八件、適法とされたのが七件、訴の取り下げが三件、却下が三件（係属三件）である。

統計から見ると、長の判断で再議されたものよりも、上級機関の指示によるものが多く、再議決の結果、訴訟に至った場合地方議会が敗訴になるケースが多い。これは、多くの条例案が法令に抵触する理由で大法院の判決により廃棄されることを意味し、自治体の条例制定権を萎縮させる原因になりかねない。

二．モデル条例案による統制

一九九一年に地方議会が構成される前には「地方自治に関する臨時措置法」により地方議会の議決は市・道の場合は内務部長官（ソウル特別市の場合は国務総理）、市・郡の場合は市・道知事の承認を得て施行したが、上級機関が条例案の審査における利便性と全国的統一性を図るためあらかじめモデル条例案を作成して地方自治団体に提示し、地方自治団体はそのモデル条例案に基づいて修正した条例案を上級機関の承認を得て公布・施行するケースが殆どであった。

地方議会が構成され地方自治制が復活した近年においても中

央の上級機関が作ったモデル条例案に基づいて条例を制定するケースが未だに根強く、地方自治団体の自治立法の自主性を損なう大きな原因になっている。

三．承認・協議による統制

現行法令には条例を制定・改正又は廃止する場合は関係中央行政機関の長又は上級地方自治団体の長の承認を得るか協議するよう規定している場合がある。⁶⁰⁾ この場合、地方自治団体の長は条例制定過程においてそのような協議と承認手続を経なければならぬが、このように国家機関等から承認を得なければならぬことを国家的承認留保という。

こうした承認留保は現行地方自治法、地方財政法、地方税法、地方自治関連法令や各個別法令に規定されている。承認制度は権力的関与・監督の手段であると同時に協力的関与手段でもある。承認が協力的手段にもなるのは、地域的利害と同時に国家的利害がある事項について予め上級機関の承認を得ることに⁶¹⁾よって地方自治団体と国が協力できるからである。

第四節 司法的統制

一・概説

現行法上条例に対する司法的統制は大法院による統制制度と憲法裁判所による統制制度が存在する。大法院による統制には、地方自治法第一〇七条と第一七二条による違法条例に対する提訴制度と憲法第一〇七条二頁による違憲・違法命令・規則審査権による統制制度があり、憲法裁判所による統制には、憲法訴願による統制制度がある。憲法第一〇七条二頁による違憲・違法命令・規則審査制度は、審査結果が当該事件のみに拘束・適用されるのに対して、地方自治法第一〇七条と第一七二条による大法院提訴制度は、その条例が適用された事件の発生を前提としないことと、当該条例の無効を確認することだけであるという点が異なる。

憲法裁判所による統制である憲法訴願制度は憲法第一一条一項五号と憲法裁判所法第六八条一項に基づくものである。憲法裁判所法第六八条一項は裁判所の裁判を除く一切の「公権力の行使又は不行使」に対する憲法訴願審判を認めている。これにより条例により直接基本権を侵害された者であつて他の救済方法がない場合は、憲法裁判所に直接憲法訴願を提起出来るとされる。一方、憲法裁判所の審判の一種である「権限争議審判」⁽⁶³⁾（憲法第一一条一項四号）は国家機関相互間、国家機関と地

方自治団体間又は地方自治団体相互間の権限争議に関する審判を扱うが、条例案に関する権限争議については大法院提訴制度により大法院の管轄となるため条例に対する司法的統制手段には含まれない。

二・違法条例に対する大法院提訴

条例は地方自治団体の議決機関である地方議会の議決を経て制定される自治立法であるが、条例も国法体系の一部をなすものであり、条例よりも上位の法規範に違反してはならない。上位法規範に違反した条例は無効である。

現行地方自治法第一〇七条と第一七二条には違法な条例に対する大法院への提訴制度を設けている。地方自治法第一七二条には、地方議会の議決が法令に違反するか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・道知事が地方自治団体の長に再議を地方議会に要求するよう求めることが出来る規定が設けられている。再議要求を受けた地方自治団体の長は議決事項が移送された日から二〇日以内に地方議会に理由を付し、再議を要求しなければならない。地方自治団体の長は再議要求した条例案が再議決された場合、その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へ提訴でき、この場合、必要と認められるときはその議決の執行を停止する執行停止の決定を申請することが出来る。

そして、主務部長官又は市・道知事は再議決された条例案が法令に違反すると判断されるにも拘わらず当該地方自治団体の長が訴を提起しないときは当該地方自治団体の長に提訴を指示するか直接提訴及び執行停止決定を申請することが出来る。提訴の指示は再議決後二〇日以内が経過した日から七日以内とし、当該地方自治団体の長は提訴指示を受けた日から七日以内に提訴し、主務部長官又は市・道知事は提訴指示による提訴期間が経過した日から七日以内に直接提訴することが出来る。

地方自治法一〇七条には地方自治団体の長が自らの判断で地方議会の議決に対する再議要求と提訴を行うことが出来る規定が設けられている。すなわち、一〇七条によると地方自治団体の長は地方議会の議決が越権又は法令に違反するか公益を著しく害すると認められる場合は地方議会に再議を求めることが出来、再議決された条例案が法令に違反すると認められる場合は大法院に提訴することが出来る。この場合、提訴期限と執行停止決定申請に関する第一七二条第三項の規定が準用される。

条例と規則の制定手続について規定している地方自治法第二

六条にも地方自治団体の長は地方議会の条例案について異議がある場合は、地方議会に再議を要求することが出来る規定が設けられているが、再議決された条例案に対する大法院への提訴規定は設けられていない。しかし、第二六条により再議を要求した条例案に対しても再議決された条例案が法令に違反すると認められる場合は第一〇七条に基づいて大法院に提訴することが出来る⁽⁶⁵⁾と解釈される。

大法院提訴制度の被告は地方議会となるが、原告は地方自治団体の長もしくは行政自治部長官又は市・道知事である。前者の場合は、地方自治団体内部における地方議会と執行機関間の紛争であり、後者は地方議会と国家など上級行政機関間の紛争⁽⁶⁴⁾である。

なお、大法院への提訴制度の性格については、地方自治団体の長が提起する条例案再議決の無効確認訴訟は機関訴訟であることについて異論はないが、行政自治部長官又は市・道知事が提起する訴訟の場合、機関訴訟の性質を同一の法主体間の紛争と理解するか、異なる法主体間でも機関訴訟が可能であるとみるかによって、学説上、機関訴訟説と規範統制説の対立が見られる⁽⁶⁵⁾。

三・違憲・違法命令・規則審査権による統制

韓国憲法第一〇七条第二項には「命令、規則又は処分が、憲法又は法律に違反するかないかが裁判の前提になった場合には、大法院は、これを最終的に審査する権限を有する」とし、裁判所の命令・規則審査権を規定している。

大法院による命令・規則審査権は国法秩序の統一を維持し、違憲・違法な命令・規則による国民の基本権侵害を防止するために設けられた制度である。憲法は審査の対象として命令と規則を規定しているが、条例も国法秩序の体系下にあり、違憲・違法な条例による国民の基本権侵害を防ぐためにも大法院の違憲・違法審査権の対象に含まれると解される。また、大法院による命令・規則審査権は条例が憲法や法律に違反することが裁判の前提となった場合に審査することが出来、審査の結果違反すると認められる場合大法院はその条例を当該事件に適用することを拒否するのみであって、その無効を宣言することは出来ず、その範囲内で条例は裁判所の統制を受けることになると言える。

四・憲法訴願制度による統制

韓国憲法第六章（第一一条～一二三条）には憲法裁判所制度⁶⁶⁾

について定められているが、その憲法裁判所の管轄事項として憲法訴願制度が設けられている。憲法訴願とは立法・司法・行政等の公権力の行使又は不行使により憲法上保障された国民の基本権が直接的・現実的に侵害された場合、その侵害の原因になった公権力の行使を取消又はその不行使が違憲であることを確認するため国民が憲法裁判所に救済を求める特殊な権利救済制度である。⁶⁷⁾すなわち、公権力の乱用と悪用から国民の自由と権利を保護する制度として、基本権保障という最高価値の実現のために国民を憲法訴訟の当事者地位に昇格させる最も実効性のある権力制御装置である。⁶⁸⁾これは憲法による国家権力行使の正当性を統制し、実質的法治主義における基本権保障という憲法裁判制度の理念的基礎と不可分の関係にあり、国民の基本権に対する司法的保障を実質化することに意義がある。⁶⁹⁾こうした憲法訴願制度を導入した国にはドイツ、オーストリア、スペイン、ロシア、ハンガリー、チェコ、スロバキア等があり、アメリカ、イギリス、フランス、日本等多くの国は憲法訴願制度を採択していない。

憲法訴願制度は一八四九年ドイツ「Paulkirchen 憲法」で裁判拒否や裁判妨害の場合、市民が最高裁判所に訴願する制度を設けたのがその始まりであり、韓国では第六共和国憲法（現行

憲法)に初めて導入され、憲法裁判の花と評価されるほど量的・質的面で多くの比重を占めている。⁽⁷⁴⁾

憲法に定められている憲法裁判所の規定を受け、制定された憲法裁判所法には憲法訴願制度を「権利救済型憲法訴願」と「違憲法律審査型」の二種類に分類している。すなわち、憲法裁判所法第六十八条第一項には「公権力の行使又は不行使により憲法上保障された基本権を侵害された者は、裁判所の裁判を除いては、憲法裁判所に憲法訴願審判を請求することが出来る。但し、他の法律に救済手続がある場合は、その手続を経た後でなければ請求することが出来ない」と規定されているが、これは、公権力の行使又は不行使により憲法上保障された基本権を侵害された者が請求できる伝統的な憲法訴願制度である。そして、その第二項には「第四十一条一項の規定(法律が違憲であるかないかが裁判の前提となったときは、当該事件を担当する裁判所は職権又は当事者の申請による決定により憲法裁判所に違憲であるかないかの審判を申請する)による法律の違憲審判の提請申請が棄却されたときは、その申請をした当事者は、憲法裁判所に憲法訴願審判を請求することが出来る。この場合その当事者は、当該事件の訴訟手続により同じ事由を理由としてさらに違憲であるかないかの審判の提請申請することが出来ない」と定

められている。これは、裁判所が法律の違憲審判提請申請を棄却した場合に、違憲法律審判を直接憲法裁判所に請求する制度であるが、客観的規範統制の意義を持ち、韓国特有の制度として世界的にも珍しい憲法裁判手続である。⁽⁷⁵⁾

憲法裁判所法第六十八条一項が規定している公権力の行使には立法権の立法行為も含まれるが、地方自治団体が制定する条例も不特定多数人に対して拘束力をもつ法規であるので条例制定行為も立法作用の一種として憲法訴願の対象となる。⁽⁷⁶⁾

しかし、憲法裁判所法第六十八条二項で規定している違憲審査型憲法訴願の場合、「第四十一条一項の規定による法律の違憲審判の提請申請が棄却されたときは、その申請をした当事者は、憲法裁判所に憲法訴願審判を請求することが出来る」と規定していることから、審判の対象が「法律」であるので地方自治団体の条例はその対象にならない。⁽⁷⁷⁾

権利救済型の憲法訴願審判を請求できる者は条例により憲法上保障された基本権が侵害されたと主張する住民である。地方自治団体や地方議会は住民の基本権を保護する責任と義務もち、基本権の主体ではないため憲法訴願を提起することは出来ない。⁽⁷⁸⁾

憲法訴願審判を請求するには、①公権力の行使又は不行使に

より憲法上保障された自分の基本権が直接的かつ現実的に侵害されること、②他の法律に救済手続がある場合はその手続を全て完了すること、③権利保護の必要性があることが前提条件である。

したがって、条例そのものにより直接基本権が侵害された場合はその条例を対象に憲法訴願を請求することが出来る。この場合、憲法訴願の前提要件として当該条例が直接的かつ現実的に国民の基本権を侵害するものでなければならぬ。

条例に対する憲法訴願は憲法裁判所法第六九条一項により条例が施行された事実を知った日から六〇日以内、条例が施行された日から一八〇日以内に請求しなければならない。条例が施行された後になってその条例に該当する事由が発生し、基本権を侵害された者はその事由が発生したことを知った日から六〇日以内、その事由が発生した日から一八〇日以内に憲法訴願を請求しなければならない。⁽⁷⁵⁾ 憲法裁判所は審判の結果、条例は又は条例の条項が違憲であることを宣告することが出来、憲法裁判所の認容決定はすべての国家機関と地方自治団体を羈束する。

第五節 小括

日本の場合も条例に対する統制は多様な制度によって行われている。現行法上設けられている統制手段は、住民による統制、国の行政的・立法的・司法的統制に分けることができる。まず、住民による統制手段としては、地方自治法第七四条には住民の条例制定・改廃の請求制度が設けられている。普通地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を有する者は、政令の定めるところにより、その総数の一／五〇以上の者の連署をもって、その代表者から、首長に対し、条例の制定又は改廃の請求をすることが出来る。但し、地方税の賦課徴収並びに分担金、使用料及び手数料の徴収に関する事項は除外される。

行政的統制手段としては、条例の制定改廃に対する報告や許可制度と、再議要求制度がある。二〇〇〇年改正前の旧地方自治法二五二条には、「第三条三項の条例を除くほか、普通地方公共団体は条例を設け又は改廃したときは、政令の定めるところより、都道府県にあつては自治大臣の、市町村にあつては都道府県知事にこれを報告しなければならない」とし、同法第三条三項には、「都道府県以外の地方公共団体の名称を変更しやうとするときは、この法律に特別の定めのあるものを除くほか、条例でこれを定め、都道府県知事の許可を得なければならない」とし、条例に対する報告と許可の制度を設けていた。しかし、

現行地方自治法にはこれらの規定が削除され、旧地方自治法第三條三項の規定は、許可制から都道府県知事への協議制に改正された。

地方自治法一七六条には「普通地方公共団体の議会における条例の制定若しくは改廃又は予算に関する議決について異義があるときは、当該普通地方公共団体の長は、この法律に特別の定めがあるものを除くほか、その送付を受けた日から十日以内に理由を示してこれを再議に付することができる」とし、再議制度が設けられている。再議は、長が議会の議決、選挙等を拒否して再議・再選挙等に付する権限であり、「拒否権」といわれ、アメリカ憲法の法律案に対する大統領の拒否権（Veto power）に由来する制度である。現行地方自治法上、再議には、一般に条例の制定改廃、予算に関する議決について異義がある場合に認められる「一般的再議」と（同法一七六条一項）、特別の事由がある場合に認められる「特別的再議」（同法一七六条四項、一七七条一項、二項一号、二号）に分けることができる。前者は、長が自己の意志や政策に反する議決について、その執行を強制されることがないように長と議会の力の均衡をはかろうとするものであり、その権限の行使は行使の機関に制限があるが、行使するかどうかは長の任意的判断によるものである。これに

対して後者の特別的拒否権は議会の議決の欠陥、瑕疵等についてその是正を求めるものであり、これらの事由があるときは、長は再議に付することを義務づけられている。⁽¹⁶⁾

特別的再議には、①議会の議決又は選挙がその権限を越え又は法令若しくは会議規則に違反すると認めるとき、②議会の議決が、収入又は支出に関し執行することができないものがある⁽¹⁷⁾と認めるとき、③義務費を削除・減額する議決のとき、④非常時に要される経費を削除・減額する議決のとき等、四種類がある。

再議に付した結果、議会の議決がその権限を越え又は法令若しくは規則に違反すると認めるときは、都道府県知事にあっては、総理大臣、市町村長にあっては都道府県知事に對し、当該議決が合った日から二日以内に、審査を申立てることができる（同法一七六条五項）。申請を受けた総理大臣又は都道府県知事は、審査の結果、議会の議決又は選挙がその権限を越え又は法令若しくは会議規則に違反すると認めるときは、当該議決を取り消す旨の裁定をすることができる（同条六項）。この裁定に不服があるときは、普通地方公共団体の議会又は長は、裁定のあった日から六〇日以内に、裁判所に出訴することができる（同条七項）。

立法府による統制手段としては、憲法第九十四条と地方自治法第一四条に定められた条例制定権の範囲と限界に関する規定を挙げることができる。すなわち、憲法第九十四条の「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」という規定と、地方自治法第一四条の「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項第二項の事務に関し、条例を制定することができる」の規定により、条例制定権は、「法令の範囲内で」、「法令に違反しない限りにおいて」制限されるから、条例は国の立法により統制を受けることになる。

司法院による統制手段としては、地方自治法第一七六条七項に設けられている、議会や長による裁判所への出訴制度がある。同条には先述のように議会の議決に対する再議制度が設けられているが、再議要求され再議決された条例が権限を超え又は法令に若しくは会議規則に違反すると認めるときは、都道府県知事にあつては総理大臣、市町村長にあつては都道府県知事に対し、審査を申立てることができる。そして、審査の結果なされた裁定に不服があるときは、議会又は首長は裁判所に出訴することができる。この訴訟の性格は機関訴訟であり、被告は、裁定庁が通常であるが、長が原告のときは、裁定庁又は議会を被

告とすることもできると解されている。この訴訟は、議会の議決若しくは選挙又は裁決の取消を求めるものであり、裁定庁が被告となるときは、裁判所によって取り消されれば裁定庁は裁定をし直すこととなり、長が議会を被告としたときは、議決又は選挙が裁判所によって取り消されれば議決又は選挙がなかったこととなる。⁽⁷⁾

一方、韓国の場合、条例に対する統制は本章で紹介したように、住民による条例制定・改廃請求（地方自治法第一五一条）、再議制度（同法第二六条、一〇七条、一〇八条、一七二条）、違法条例に対する大法院提訴（同法一〇七条、一七二条）、違憲・違法命令・規則審査権による統制（憲法第一〇七条二項）、憲法訴訟制度による統制（憲法一一一条―一三三條）など、日本と比較するとより多様な制度が設けられており、国による指導・監督が強い。これは、地方自治団体の工夫と創意による自主的・独創的条例の創出を妨げる要因となっていると言える。

本章で紹介したように現行韓国の地方自治法には再議制度として、①異義のある条例案に対する再議（第二六条）、②地方議会の議決が越権又は法令に違反し若しくは公益を害すると認められる場合（第一〇七条）、③地方議会の議決が予算上執行不可能な経費が含まれると認められる場合（第一〇八条）、④

地方議会の議決が法令に違反し若しくは公益を害すると判断される場合、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・道知事が求める再議要求（第一七二条）等、四種類が用意されている。特に、②と④に対しては大法院への出訴ができることになっており、④は主務部長官、市・道知事（以下、監督機関）の再議要求に基づき再議決された事項に対して長が提訴するものと（第一七二条三項）、監督機関が直接提訴するもの（第一七二条第四項）の二種類が設けられている。

韓国の再議制度が日本と異なる点は、第一に、日本の場合、特別的再議には再議が義務づけられるが、韓国は④を除くすべて任意的である。④は主務部長官や市・道知事の再議要求が求められた場合、地方自治団体の長は議会への再議要求が義務づけられている。

第二に、日本の場合、再議決された事項に対する裁判所への出訴には不服申立前置主義がとられているが、韓国の場合は大法院に直接提訴する仕組みになっていることと、市・道（広域地方自治団体）に置かれている教育委員会の代表である教育監による再議要求及び大法院への提訴制度を設けている点が特徴的である。また、この種の訴訟については機関訴訟に該当すると解されることについては日韓とも一致している。⁷⁸⁾

第三に、日本の場合、再議に対して国による指導・監督の仕組みがないが、韓国は国や市・道知事による再議要求、大法院への直接提訴など広範な関与の仕組が設けられている。

全般的にみて、韓国における条例に対する統制は日本に比べ広範囲にわたり条例の制定過程から運用に至るまで立法的・司法的・行政的多様な手段が用いられている。特に、司法的統制の場合、大法院の違憲・違法命令・規則審査権による統制、憲法裁判所の憲法訴願制度による統制、違法条例に対する大法院提訴による統制など、司法的統制手段が多様である。また、国や上級地方自治団体による行政的統制の比重が大きいことも特徴的である。これは、条例の自主性・創意性を阻害し、条例制定権を萎縮させる要因となっている。今後韓国においては、憲法上の保障された地方自治が本来の機能を果たすには、条例制定権の範囲が拡大するとともに、条例に対する統制を国による統制から自治体の自立的統制ないし住民による統制に変えるほうが望ましいと思われる。

おわりに

本稿は韓国の条例制定権の現状を、条例制定権の範囲と限界

をめぐる韓国国内の学説や判例を中心に述べてきた。各章の小括のところで日本の条例制定権との比較を加えたが、本文でも述べているように日本の条例制定権に比べ韓国における条例制定権をめぐる立法的範囲はごく制限されており、立法的環境も憲法の保障した自治立法権の趣旨や地方自治の本質とは裏腹に、条例による住民の権利制限や義務賦課に対する法律留保、広範な国家委任事務の存在、条例に対する実効性のない罰則規定、中央行政機関による条例案に対する提訴⁽⁷⁹⁾等の条例に対する各種統制制度の存在、条例による基本権制限や上乗せ・横出し条例に対する消極的な判例の傾向、学界・法曹界・実務界における法律先占論に対する根強い信奉など、決して好ましい状況ではない。

特に、「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」とし、条例による住民の権利制限や義務賦課に対する法律留保事項を定めている地方自治法第二二条ただし書は、「法令の範囲内」で、すなわち、法令に違反しなければ、法律の委任がなくても自治事務に関して自由に条例が制定できるように条例制定権を保障している憲法第一一七条第一項の趣旨に反するものであり、条例を委任立法の一種として転落させ、自治体の自主的な立法活

動を阻害し、条例制定権を大きく制約する大きな要因であると見て、従来からその違憲性が強く主張されている。

また、条例の実効性を担保する手段である罰則の規定が現行地方自治法上は、一千万ウォン以下の過料しか罰せられず、しかも、地方自治法第二二条ただし書規定により法律の委任がなければ条例で罰則を制定できないようになっている。これは、地方自治行政の実効性を確保できる規制手段を法律に留保することで、自治体の自治立法権ないし自治権そのものを形骸化する要因になりかねない。自治立法権が憲法上保障されている以上、自治権の範囲に属する自治事務に関する事項である限り、条例で罰則の規定を設けるのに法律の委任は必要でないと解すべきであり、罰則の規定も日本のように刑罰を含む多様な制裁手段を確保しなければならない。条例が地域の行政需要に応え、地域の実情と特殊事情にあった政策を立て、その行政目的を実現していく手段としての機能を十分果しながら、地域内の多様な利害関係を調整し、地方自治行政の実効性を確保できるには、刑罰を含む多様な罰則手段が伴わなければならない。この地方自治法第二二条ただし書規定の削除と、二七条の罰則規定の強化は至急に解決すべき懸案課題にもかかわらず、近年進められている地方分権改革においても、まだ改正の動きは見られないの

が現状である。

そこで、韓国の現行法体系において萎縮された条例制定権の範囲を拡大するために改善すべき課題について述べてみると次のような点が提示できる。

第一に、事務配分の明確化と自治事務の拡大である。条例制定権の事項的範囲を限定する地方自治団体の事務体系が国家事務に偏っており、自治事務よりも委任事務、特に機関委任事務の比重が高く、条例制定権の範囲を狭める要因となっている。また、国家事務と自治事務の区別が明確でないため、自治事務が国家事務として解釈され条例制定権が及ばない場合が多い。特に、地方自治団体の事務範囲について例示している地方自治法第九条二項のただし書き「法律にこれと異なる規定がある場合には、この限りではない」規定は、個別の法により地方自治団体の事務範囲が限定される恐れがあり、国家事務と自治事務を区別した同法九条二項の立法趣旨を損なっている。同法九条二項の事務範囲は自治事務の例示に過ぎず、同法一条に規定された国家事務を除く全ての行政事務は原則的に自治事務と見るべきであり、同法九条二頁のただし書きは削除されるべきである。

近年、韓国においても地方分権の動きが活発化するにつれ、

中央権限を地方に移譲するとともに地方分権をより体系的に推進するために「中央行政権限の地方移譲促進等に関する法律」いわゆる「地方移譲促進法」を一九九八年に制定して、中央と地方の行政機能及び行政事務の再配分を進めているが、権限移譲に対する中央省庁の反発や消極的な姿勢等によりその成果はそれほど大きくはない⁸⁰⁾。また、最近では地方分権を協力かつ体系的に推進するための具体的な日程と課題を盛り込んだ「地方分権ロードマップ」(二〇〇三年)を作成し、その課題の一つとして中央地方政府間権限再配分を掲げて中央権限の画期的な地方移譲を推進している。しかし、自治事務を拡大し条例制定権の範囲を広げるには近年の日本の地方分権改革のように、地方自治団体に対する中央統制の象徴である機関委任事務の思い切った廃止が必要であり、機関委任事務の廃止を前提とした地方自治団体事務の再編成議論が進まない限り、中央権限の地方移譲は困難であろう⁸¹⁾。

第二に、条例の制定範囲を規定している憲法一一七条第一項と地方自治法第二二条の改正である。自治立法権を保障している憲法一一七条第一項と地方自治法第二二条は条例の制定範囲を「法令の範囲内」と規定している。この「法令の範囲内」の解釈をめぐるのは条例制定権制定権の範囲を広く捉える立場から

は、「法令に違反しない範囲内」と解釈され、条例制定権の範囲を狭く解釈する立場からは「法令の委任により」と解釈されるなど混乱が生じている。条例制定権の範囲を拡大するには「法令の範囲内」の解釈を「法律に違反しない限り」条例を制定できる趣旨として捉えるべきであり、憲法第一一七条一項に「法令の委任により」ではなく「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いるのは、個別的授權による法律留保原則ではなく、包括的授權による法律優位の原則を表した規定として捉えるべきである。そして、このような解釈を實質的に保障し、又解釈上の混乱を避けるためにも憲法や地方自治法上の規定を改め、「法令の範囲内」を「法律に違反しない限り」として明文で示すことが望ましい。現行憲法及び地方自治法上の規定である「法令の範囲内」はその趣旨が明らかでなく、しかも、法律の範囲内ではなく法令の範囲内という言葉上、条例が法律だけでなく命令によりも下位に置かれ、命令により条例制定権の範囲が制限されることとなり、地方自治の本質を侵害する恐れがあるからである。憲法に地方自治を保障しながらも、命令によっても自治立法権を制限できるようにした憲法及び地方自治法の規定は条例に対する法律優位の原則だけでなく、命令優位の原則までも適用されるものとして解釈され

る可能性があり、「法令」を「法律」に書き換え、「範囲内」は「違反しない限り」に書き換え、条例の規律範囲が広げられるように立法的に明らかにすることが必要であろう。憲法第一一七条一項の規定を改正するのは困難であっても、地方自治法二二条の改正は早急に取り組まなければならない課題であろう。

第三に、住民の権利制限・義務賦課に関する事項に関して法律の委任がなければならぬことを規定している地方自治法第二二条ただし書きの削除である。この規定は日本という行政事務条例領域^⑤における法律留保の原則を掲げた規定であるが、これについては従来から違憲論と合憲論が対立しており、違憲論の立場からは地方自治団体の包括的な自治権と全権限性の原則、条例のもつ民主的正当性などを理由に条例制定には法律留保の原則が適用されないとする見解が、合憲論の立場からは、住民の権利を保護するために法律留保の原則を求めたものであるから、伝統的な侵害留保原則を適用した例であり、基本権制限に関する法律留保の原則を掲げた憲法第三七条二頁の内容を確認し宣言したものであるという見解が主張されてきた。

思うに、今日のような社会の多様化・多元化・複雑化した社会においては、自治体行政領域においてもそれに対応してますます住民の権利・義務に関する条例を制定する必要性が高ま

り、行政事務条例領域が大きくなっているにもかかわらず、韓国の場合は、地方自治法第二二条のただし書きにより、法律の不備や根拠法律規定の不存在のために条例制定が遅延し、自治行政の支障を来す場面が多い。憲法第一一七条一項が条例制定の範囲について法律留保の原則を掲げず、「法令の範囲内」と規定したのは、行政事務の包括的な授權のために法律優位の原則を掲げものであり、地方自治法第二二条ただし書き規定は条例制定権について法律優位の原則を掲げた憲法の趣旨に反するものである。同規定は住民の権利制限や義務賦課に関する条例制定について一律的に法律の委任を求め、憲法上保障された地方自治の本質や自治権を侵害する恐れがあり、違憲性が高いと言える。本論で述べているように条例と法律留保の原則との関係について、韓国の判例の傾向は地方自治法第二二条ただし書き規定が合憲である前提から、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から条例に対する法律の委任は一般行政立法とは異なり、包括的な委任で足りるという立場を示しているが、一部の判例は条例の自主立法性、民主的正当性等条例の本質に関する理解がなく、形式的に法律留保の原則を適用することにより条例の制定権の範囲を萎縮する傾向も見られる。

地方自治法第二二条ただし書き規定は地方自治団体の条例制定について住民の権利制限・義務賦課に関する事項を除く非権力的な作用に關してのみ条例の自主性を認め、権力的な作用に關しては法規命令と同様に法律の委任がある場合に許容できるようにしたため、条例と法規命令を同一視する結果をもたらした。条例制定権の範囲を狭める大きな要因となっているといえる。住民の権利・義務に関する法律留保の原則を掲げた地方自治法第二二条ただし書きは諸外国の自治立法においてもまれな制限であり早急な削除が望まれる。

第四に、条例違反に対する罰則規定の強化である。現行地方自治法第二七条には条例違反行為に対して罰則規定が規定されているが、行政罰である一千万ウォン以下の過怠料（日本の過料に該当）しか設けられていない。ところが、九四年改正前の旧地方自治法第二〇条には、条例違反行為に対して市・道は当該地方自治団体の条例で三月以下の懲役又は禁錮、一〇万ウォン以下の罰金・拘留・科料又は五〇万ウォン以下の過怠料の罰則を定めることができると規定されていた。しかし、条例で刑罰を科することができると可能にした旧地方自治法第二〇条の規定については従前からその解釈をめぐり違憲論と合憲論が分かれていた。

合憲論者は、地方自治団体の条例は委任命令と異なり住民の選挙により構成された地方議会が制定する準立法的性質を持つから、一定の範囲内で一般的・包括的委任が可能であり、また、その規律対象も地方自治団体の事務に限定され、罰則の範囲も限定されているから、憲法上の罪刑法定主義に違反しないと主張する。一方、違憲論者は刑事罰則を定める条例も委任立法の一つであり、条例に対する刑事罰則の委任も大統領令等の行政立法に対する委任と異ならないから、条例で定める犯罪構成要件を具体的に定めて個別的に委任しなければならないとし、旧地方自治法第二〇条の規定は量刑の最高限度は定めてあるが、犯罪構成要件は具体的・個別的に定めておらず、地方自治法に一般的委任をしてその事務の全般に関して犯罪構成要件を定めるようにしているので違憲であると主張した。この論争は結局、条例違反行為に対する制裁として刑罰の規定を定めた旧地方自治法第二〇条の規定を削除し現行規定のように行政罰に改められ、終止符を打ったが、改悪であったと言える。

地方の統治団体である地方自治団体は住民の安全を保障し多様な住民のニーズと地域の実情にあった行政を行う責任があり、そのような地方行政の目的を実現するには条例の実効性を担保する手段が確保されなければならない。地方議会の自治立

法権は憲法によって保障されたものであるから自治権の範囲に属する事項である限り、条例で住民の罰則に関する事項を規律するには法律の委任が必要ではないと解釈すべきである。地方行政が総合行政として、複雑・多様化している現代社会においては、地域や住民の多様なニーズに応えるとともに、行政目的を実現する手段としての条例の役割と機能がより一層重視されている。そして、その条例の実効性を確保するには条例違反行為に対して刑罰を含む多様な制裁手段が必要である。制裁手段が過剰料しかない現行地方自治法第二七条の規定は罰則の委任を定めた日本の地方自治法第一四条三項の規定のように刑罰を含む多様な規定に早急に改正すべきであろう。

以上、韓国の現行法体系において萎縮された条例制定権の範囲を拡大するために改善すべき課題について述べてみた。しかし、こうした条例制定権をめぐる実定法上の立法的環境の脆弱さにもかかわらず、韓国では地方自治制の復活後、自治体の創意・工夫による先進的な条例が登場するなど、自治体の法務能力や住民の条例に対する認識は依然と比べれば高まっていると言える。例えば、本稿で紹介された清州市行政情報公開条例、富川市及び江南区のタバコ自動販売機設置禁止条例、光州広域市東区低所得住民生活保護支援条例などは、自治体の創意・工

夫により編み出された条例であり、その適法性をめぐり大法院に提訴されたが、適法の判断が示され、条例制定権の範囲と限界に関する判例の代表的なりーディングケースとなっている。

特に、清州市行政情報公開条例は当時、情報公開に関する国の法律がまだ制定されていなかったにもかかわらず、全国で初めて情報公開条例を制定し、根拠法がないことで大法院に提訴され、全国の自治体から注目を浴びた条例である。同条例は大法院の判決で違法ではないとされ、その後、同様の条例を制定する自治体が相次ぎ、やがて国のほうでも一九九六年に情報公開法が制定され、一九九八年から施行される運びとなった。これは、日本において一九八二年に情報公開条例を全国ではじめて山形県金山町が制定し、その後、国のほうでも一九九九年に情報公開条例法が制定されるに至った経緯と非常に似通っている。自治体の条例が国の法令の不備を補い、先導する役割を果たしたのである。

これから、韓国で地方自治が成熟して行くにつれ、自治体の法務能力も向上していくものと考えられるし、条例が地域適応性・即応性をもつ法規として、国の法令の不備を補い、先駆性・先導性をもつ法規としての機能を果たす場面が多くなるだろうと思われる。

その際、永い間の中央集権国家体制から地方自治制が定着してから、わずか一七年あまりの歴史しか持たない韓国にとって、自治立法領域における日本の経験と歴史から学ぶべきものは大きいと言える。もちろん、日本の地方自治制にも問題点や改善すべき多くの課題が存在するが、現行韓国の地方自治法のパラダイムが日本であったことから、両国の地方自治制には類似したところが多く、韓国にとって日本は自治体の政策、法務、地方議会の運営、まちづくり、住民自治・住民参加など多様な領域で自治の先進国として学び取るべきものが大であると言わざるを得ない。同時に、日本の地方自治制が抱える課題や問題点は韓国の地方自治制にも当てはまる課題であり問題点であると言える。その意味で日韓の地方自治制に関する比較研究は大切であり、意義のある研究テーマであると言える。

本稿は韓国の条例制定権の現状と課題について、条例制定権の範囲と限界に関する学説と判例を中心に紹介しながら論じてきたが、本稿を通じて隣国である韓国の自治立法権の現状を把握し、比較法的視点から日本の自治立法権の位相を振り返ってみる契機となれば幸いである。本稿の研究範囲は韓国の地方自治制における条例制定権の範囲と限界に限定しながら、日本の条例論との比較検討を中心に行ってきたが、比較法的分析が足

りなかった点については今後の課題として取り組んでいきたい。

(1) 条例に対する法律優位は判例においても確立された原則でもある。例えば、仁川広域市都市ガス供給安定に関する条例案に対する裁判（大判 2001. 1. 27. 2001chu57）で大法院は、「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出来るとしても、上位法令に違反してはならず、特別な規定がない限り、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してはならず、地方議会が地方自治団体の固有権限でない事項に對しても、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」とし、地方自治団体の自治事務に関する条例制定の限界について法令優位の原則を明確に示している。

(2) 大判 1992. 7. 28. 92chu31。

(3) 大判 1999. 4. 27. 99chu23。

(4) 金道昶『一般行政法論（下）』青雲社、一九九二、七一頁。

(5) 柳至泰『行政法新論』新英社、二〇〇六、七七五頁。

(6) 崔承元「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、四〇五頁。

(7) 劉尚炫『条例の法的限界に関する研究』一九九四年、慶熙大学校、博士学位論文、六一頁。

このような条例の例として、旧「ソウル特別市一般廃棄物管理に関する条例」（一九八八年制定）を挙げることができる。同条例第六条には、ゴミの分別保管について定めているが、同条例の根拠法律である廃棄物管理法第十五条は、「一般廃棄物排出者は、市・郡・区の条例が定める規定に従い、一般廃棄物を種類・性状別に分離・保管しなければならない」と規定している。しかし、同条例第六条は、第一号、第二号に、練炭灰と非練炭灰の分離・保管について規定しているが、第三号には、「保管したゴミは指定した時間と場所に出さなければならない」と規定し、母法とその施行令が規定していない「時間・場所」に対する規制の不備を条例で補った。これは、人口一千万を超える大都會の地域的特殊性を考慮し、時間と場所の指定によりゴミ収集の効率化を図る趣旨で設けられた規定であり、母法が予想してなかった領域に対する法の不備を条例の規定で補完したものといえる。

(8) 徐元宇「条例制定権の範囲と限界」『考試界』一九九三年三月号、考試界社、一九〇頁。

(9) 劉尚炫『条例の法的限界に関する研究』一九九四年、慶熙大学校、博士学位論文、六〇頁。

- (10) 金弘大『地方自治立法論』博英社、一九九九、一八二頁。
- (11) 高田敏「条例論」『現代行政法大系（地方自治八）』、有斐閣、一九八四、二二一頁。
- (12) 兼子 仁「条例をめぐる法律問題」『条例研究叢書一』学陽書房、昭和五五年、五七頁。
- (13) 最大判 昭和五〇・九・一〇、判時七八七号、一二二頁。
- (14) 大判 1997. 4. 25. 96chu24.
- (15) 徐元宇「条例制定権の範囲と限界」『考試界』考試界社、一九九三年三月号、一九〇頁。この種の条例は、日本では上乗せ条例とよばれる。
- (16) 徐元宇「条例制定権の範囲と限界」『考試界』考試界社、一九九三年三月号、一九〇頁。この種の条例は、日本では横出し条例とよばれる。
- (17) 室井 力「公害行政における法律と条例」『法学セミナ一七七号』六七頁・同「公害対策における法律と条例」『ジュリスト四九二号』一七一～一七二頁。
- (18) 原田尚彦「地方自治の現代的意義と条例の機能」『シュリ総合特集…現代都市と自治』有斐閣、一九七五年四月号、六一～六二頁。
- (19) 兼子 仁「条例をめぐる法律問題」『条例研究叢書一』学陽書房、昭和五五年、六九～七二頁、一八六～一八七頁。
- (20) 最大判 昭和五〇・九・一〇、刑集二九卷八号四八九頁（徳島公安条例事件）。
- (21) 徐元宇「条例制定権の範囲と限界」『考試界』考試界社、一九九三年三月号。
- (22) 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が、この判例は上乗せ条例の適法性を認めた画期的なリーディングケースである。本件で大法院は超過条例（上乗せ条例）の適法性を認める基準として、①法令の目的と異なる目的を規律する場合、②法令と同一目的で規律する場合でもその法令の基準がナショナルミニマム基準とされる場合などを挙げ、超過条例に対する適法性の判断基準を示したが、これは、上乗せ条例に関する日本の解釈論を参考として出されたものと思われる。
- (23) 大判 2000. 11. 24. 2000chu29.
- (24) 大判 2002. 3. 26. 2002chu5927.
- (25) 大判 1997. 4. 25. 96chu251.
- (26) 大判 2004. 6. 11. 2004chu41.
- (27) 大判 1995. 12. 22. 95chu32.
- (28) 亘理 格「新制度のもつて自治体の立法権はどうなるか」『地方分権と自治体法務（分権型社会を創る④）』小早川光朗編『ぎょうせふ』二〇〇〇、八三頁。

- (29) 二〇〇〇年分権改革による改正前の旧地方自治法第二条第三項は、地方公共団体が処理する事務の例示規定を置いていたが、なかでも一八号は「法律の定めるところにより」建築物の規制や土地利用制限を行うことを、一九号は「法律の定めるところにより」地方公共団体の目的のための動産・不動産の使用・収用を行うことと定めており、いずれも特に法律の規定によることを条件とする旨の規定を置いていた。しかし、改正された新地方自治法には二条三項の例示規定が削除されたので、否定説の論拠は弱くなったとえる。
- (30) 雄川一郎「財産権の規制と条例」『ジュリスト二八〇号』有斐閣、一四頁。
- (31) 高辻正巳「財産権についての一考察」『自治研究』三八卷四号五頁・田中二郎「国家法と自治立法」『法学協会雑誌』八〇巻四号五頁。
- (32) 今村成和「財産権の保障」『憲法講座二』有斐閣、二〇五頁・成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』有斐閣、一九七八、二〇五頁・浦部法穂『憲法教室Ⅰ』日本評論社、一九九八、二六七～二六八頁。
- (33) 昭和二十四年三月二六日法務庁法制意見一二九〇頁・大阪高判昭和三十六年七月一三日、判例時報二七六号三三頁。
- (34) 最判昭和三十八年六月二六日、刑集一七巻五号五二二頁。
- (35) 亘理 格「新制度のもとで自治体の立法権はどうなるか」『地方分権と自治体法務（分権型社会を創る④）小早川光朗編』ぎょうせい、二〇〇〇、八六頁。
- (36) 阿部照哉「条例による罰則と憲法第三二条」『法学論集（京都大学）』七三巻二号、一三九頁・杉村敏政『行政法総論上巻』有斐閣、二五五頁等。
- (37) 田中二郎『新版行政法下』弘文堂、一一五頁・成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』有斐閣、二〇二、二〇三頁。
- (38) 最判一九六二・五・三〇、大法院判決、刑集一六巻五号、五七七七頁・判例時報三〇三号、二頁。
- (39) 清宮四郎『憲法Ⅰ』有斐閣、一九五七、二二二頁。
- (40) 田中二郎「租税法」有斐閣、一九六八、四三頁。
- (41) 成田頼明「法律と条例」『憲法講座四』有斐閣、一九六四、二〇五頁。
- (42) 北野弘久『憲法と地方財政権』勁草書房、一九八〇、二五頁。
- (43) 秋田県国民健康保険税条例事件第一審判決（秋田地判一九七九・四・二七）は、「地方税につき憲法八四条に規定する租税法律主義の原則は、地方公共団体がその有する課税権に基づき地方税法の定める範囲内で、新たに地方税を課し、または現行の地方税を変更するには、条例によってその租税要件、手続規定等を定めることを要するとする趣旨でその適用あがると解すべき」である

としており、その控訴審判決(仙台高秋田支判一九八二・七・二三・判例時報一〇五二号、三頁)も、「憲法九二条に照らせば：租税(地方税) 条例主義が要請されると言うべきであって、この意味で、憲法八四条にいう「法律」には地方税についての条例も含まれるものと解すべきであり、「地方税法は地方税の課税の枠を定めるものとして理解される」とし、地方税条例主義を前提とした見解を示した。

- (44) 高田敏「条例論」『現代行政法体系第八巻』有斐閣、一九八四、一九三―一九四頁。

- (45) 久世公亮「行政事務条例の実態と問題点」『法律時報』三一巻七号、三七頁。

- (46) 室井 力「公害規制法律における法律と条例」『法学セミナー』一七七号、六七頁・同氏「公害対策における法律と条例」『公法研究』日本公法学会、三二号、一一二―一一三頁。

- (47) 北村喜宣「分権改革と条例」(行政法研究双書一九)『弘文堂、二〇〇四、一三一頁。

- (48) 南川諱弘「地方分権と条例制定権」『地方自治研究』一三巻一号、一〇頁。

- (49) 北村喜宣「分権改革と条例」(行政法研究双書一九)『弘文堂、二〇〇四、四〇頁。

- (50) 塩野宏『法治主義の諸相(行政法研究七巻)』有斐閣、

二〇〇一、三五五頁。

- (51) 古川俊一「住民参政制度」『最新地方自治法講座三』ぎょうせい、二〇〇四、二三〇―二三一頁。

- (52) 崔昌浩『地方自治制論』三英社、一九八九、四三三―四三四頁。

- (53) 監査院は憲法九七条「国の歳入・歳出の決算、国家及び法律が定めた団体の会計検査並びに行政機関及び公務員の職務に関する監察を行うため、大統領所屬の下に監査院を置く」の規定により創設された機関である。国家の歳入・歳出の決算を検査し、国家機関と法律が定めた団体の会計を常時検査・監督し、その執行に適正を図り、行政機関の事務と職務を監察し、行政運営の改善・向上を図る役割を持つ。大統領所屬機構になっているが、職務に関しては独立した地位を持つ。監査院は日本の会計検査院と類似した機能をもつ機関であるが、行政機関の事務とその所屬公務員(国会、裁判所、憲法裁判所は除外)に対する幅広い職務監察機能を持つのが日本の会計検査院と異なる。

- (54) 地方議会による内部監査については、地方自治法第四一条一項に「地方議会は毎年一回、当該地方自治団体の事務に対して市・道においては一日、市・郡及び自治区においては七日の範囲内で監査を実施し、地方自治団体事務の中で特定事業については本会議議決で本会議又

は委員会に調査を行わせることができる」と規定し、固有事務と委任事務を問わず全ての事務に及ぶ。

(55) 議決機関の議決に対する執行機関の再議要求制度が必要理由は、第一に、執行機関はその事務を直接処理するので現実的であり専門性があるが、議決機関は専門性に欠け、問題のある条例を議決しやすい。第二に、執行機関の長に比べ、議決機関である地方議会議員は住民にアピールする機会が少なく、住民の人気を得るための行動を起こしやすく、問題のある条例案を議決する可能性がある。第三に、条例が公布され施行した後、法令違反として問題となり、違法性が争われるのを事前に予防する必要がある。金鎔珍「条例案に対する地方自治団体の長の再議要求等に関する一般的な基準」『法制』法制處、一九九一年一〇月、一三頁。

(56) 第一七二条による再議要求において行政自治部長官等による再議要求がある場合、地方自治団体の長は再議要求をしなければならないが、これに従わなくても、長に対して懲戒等の制裁措置は設けられていないため、宣言的な意味しか持たないと言える。大田広域市儒城区税特別条例不存在確認訴訟（大判1999.10.22.99chu54）において、大法院は「行政訴訟法第三条第四号と第四五条によると、国又は公共団体の機関相互間に権限の存否又はその行使に関する争いがある場合提起される機関訴

訟はいわゆる機関訴訟法定主義を採択しているが、地方自治法第一七二条は市・道知事が自治区の長にその自治区の地方議会議決に対する再議要求を指示したにも拘わらず、その自治区の長がそれに従わなかったとしても、直ちに、地方議会の議決又はそれによる条例の効力を争う訴を自治区の長を相手に提起できることを規定しているのではなく、自治法上こうした訴の提起を許容している根拠規定がないので、市・道知事が直ちに自治区の長を相手に条例案の議決の効力又はそれによる条例の存在及び効力を争う訴を提起することは地方自治法上許容されるものではないといえる」と判示し、再議要求に従わなくても地方自治団体の長に強制できないことを示した。

(57) ソウル特別市、道、広域市など広域自治体の地方議会に教育・学芸に関する議案と請願を審査・議決するために置かれている教育委員会の代表。教育委員会の所管事務を処理し、所属公務員を指揮・監督する。日本の教育委員会の委員長に該当する。

(58) 理由の提示は地方議会で再議決又は修正議決を行う際、そして、大法院に提訴する場合でも重要な判断資料となる。

(59) 行政自治部内部資料により作成。

(60) こうした規定の例として例えば、地方自治法第四条第

三項には「自治区ではない区と邑・面・洞の名称と区域を変更又は廃置・分合する場合は行政自治部の長官の承認」が必要とされ、同法第一〇四条第四項には「地方自治団体の長が委任又は委託された事務の一部を再び委任又は委託する場合は当該事務を委任又は委託した機関の長の承認」が必要とされ、地方税法第九条には「地方自治団体が課税免除、不均一課税又は一部課税を行う場合は行政自治部長官の許可」が必要とされている。

(61) 朴鉦圻『最新行政法講義(下)』博英社、二〇〇〇、一九三頁。

(62) 憲裁1998.12.29. 92憲ma216「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な地方議会の議決を経て制定された法であるから条例により基本権を侵害された者はその権利救済の手段として条例に対する憲法訴願を提起できる」。

(63) 韓国憲法第一一一一条四号には、憲法裁判所の管轄事項として、国家機関相互間、国家機関と地方自治団体間及び地方自治団体相互間の権限争議に関する審判が定められており、これをうけ憲法裁判所法第六二条には権限争議審判の種類と当事者に関して、一・国家機関相互間の権限争議審判、国会、政府、裁判所及び中央選挙管理委員会相互間の権限争議審判 二・国家機関及び地方自治団体間の権限争議審判 ①政府及び特別市・広域市

又は道間の権限争議審判 ②政府及び市・郡又は地方自治団体の区(以下「自治区」という。)間の権限争議審判 三・地方自治団体相互間の権限争議審判 ①特別市・広域市又は道相互間の権限争議審判 ②市・郡又は自治区相互間の権限争議審判 ③特別市・広域市又は道及び市・郡又は自治区間の権限争議審判が規定されている。また、権限争議が当該地方自治団体の教育・学芸に関する事項の場合は、教育監が当事者となる。

(64) 市・道知事は国家行政組織の一部として大法院に提訴したとみるべきである。

(65) 機関訴訟説は、違法条例に対する大法院提訴制度は行政訴訟法第三条第四号の国又は公共団体の機関相互間において権限の存否又はその行使に争いがある場合提起される訴訟に該当するから機関訴訟の一種であると解する(韓国司法行政学会『注釈地方自治法』一九九七、五五一頁)。

規範統制説は、行政訴訟法上の機関訴訟は国家機関相互間又は公共団体の機関相互間の紛争を意味するから地方自治法上の大法院提訴制度を完全に包括することは出来ないとし、地方自治法上の大法院提訴制度は地方自治法に特有の訴訟携帯として規範統制の一種であると解する。規範統制とは憲法を頂点とする法規体系において上下法規相互間の矛盾・抵触を解消するための制度的装置

として、憲法裁判の核心的領域をなしているが、広い意味では憲法第一〇七条二項に規定された大法院の違憲・違法命令・規則審査まで網羅する概念として把握することが出来、また、主権的な権利保護よりは客観的な法秩序保護の側面を重視する一種の客観的訴訟であるところに特徴があり、違法条例に対する大法院提訴の結果、それが違法と判明されればその条例が無効となる点で、憲法に違反した法律を無効にすることと類似しており、条例も法規であることは明らかであり、上下法規相互間の効力関係に関する争いである点から規範統制の一種であると唱える（金弘大『地方自治立法論』博英社、一九九九、二四三―二四四頁）。

（66）ここで韓国の憲法裁判の歴史的沿革について若干説明を加えておくことにする。まず、韓国のいわゆる制憲憲法（第一共和国憲法）は一九四八年に制定されたが、憲法裁判所は置かず憲法委員会を設け、その委員会が違憲法律審判を担当した。憲法委員会は副大統領を委員長とし、大法官五人と国会議員五人の審判官で構成され、一九五〇年から運営されたが一〇年間たった六件の違憲法律審判事件を処理するに止まった。

一九六〇年に制定された第二共和国憲法は活動が低迷であった憲法委員会を廃止し、憲法裁判所制度を導入した。憲法裁判所は違憲法律審判、権限争議審判、政党解

散審判、弾劾裁判、選挙訴訟審判等を担当することになり、現在の憲法裁判所とその役割が同様であった。又、裁判所に係属中の事件に関して裁判所又は当事者が憲法に関する解釈を求めた場合、決定を通じて憲法を最終的に解釈する権限もあった。しかし、軍部政権の登場と共に憲法裁判所はその誕生を見ることもなく憲法裁判所法は廃止された。

一九六二年に制定された第三共和国の憲法は特別の憲法裁判機構を設けず、大法院が違憲法律審判と政党解散審判、選挙訴訟審判を担当し、弾劾審判は弾劾審判委員会が担当することとなった。しかし、大法院の違憲法律審判は活発に行われず、一九七一年に国家賠償法と裁判所組織法について違憲判決を行っただけであった。

一九七二年に第四共和国憲法いわゆる維新憲法下では第一共和国のように憲法委員会が設けられ、違憲法律審判、弾劾審判、政党解散審判を憲法委員会が担当することとなった。当時の憲法委員会法は地方裁判所や高等裁判所が違憲法律審判を提請する際、大法院がそれを必要でないと決定すれば憲法委員会に提請することが出来ないように規定されていたため、裁判所の違憲提請権が萎縮された結果、憲法委員会の違憲法律審判は一件も行われなかった。

一九八〇年の第五共和国憲法も引き続き憲法委員会を

設け、違憲法律審判、弾劾審判、政党解散審判を担当させた。しかし、大法院判事二／三以上で構成される合議体で法律が憲法に違反すると認められる場合に違憲法律審判を提請することができるようにしたため、違憲法律審判は以前よりも困難となり第四共和国下の憲法委員会と同様に休眠機関であった。

そして、一九八七年に行われた憲法改正（第六共和国憲法）で現行憲法裁判所制度が導入されることとなり、それと同時に憲法訴願制度も新しく設けられた。憲法委員会や大法院に憲法裁判を任せるのは国民の基本権保障に不十分であったことから、憲法裁判所を設置し、違憲法律審判、弾劾審判、政党解散審判、権限爭議審判（国家機関相互間、国家機関と地方自治団体間又は地方自治団体相互間の権限爭議に関する審判）、憲法訴願審判を担当させることになったのである。特に、韓国の法制史上初めて導入された憲法訴願審判は公権力の行使又は不行使により基本権を侵害された国民が直接救済を求めることが出来る制度として韓国の憲法裁判所歴史上重要な意味を持つ。

憲法が現実に対して規範力を持たず、国民の基本権保障の面で建前の規定に過ぎず、基本権保障の防波堤としての無力であった裁判所という過去の経験を持った韓国の国民は憲法訴願制度の導入で基本権保障が実質的に保

障されることとなり、憲法訴願制度が国民の基本権保障手段として多く活用されるようになった。現在憲法訴願請求は憲法裁判所への審判請求の中で大半を占めており、一九八八年九月から二〇〇六年六月までの審判請求統計をみると合計一三一〇九件中、違憲法律審判が五三件、弾劾審判が一件、権限爭議審判が三八件、憲法訴願審判が一二五三五件として憲法訴願審判が圧倒的多数を占めている。www.court.go.kr 参照。

- (67) 許營『憲法學原論』博英社、一九九八、三〇八～三〇九頁・金哲洙『憲法學概論』博英社、一九九八、一二九六頁・權寧星『憲法學原論』法文社、一九九八、一〇三六頁

- (68) 許營、前掲書、八二〇頁。

- (69) 張永洙「現行憲法訴願制度の意義」『現代憲法學理論』考試研究社、一九九六、六五〇頁。

- (70) リシウン「韓国の憲法裁判制度」『憲法裁判資料（第三集）』、憲法裁判所、一九九〇、七四頁。

- (71) 『憲法裁判實務概要』憲法裁判所、一九九八、一一五頁。

- (72) タバコ自動販売機の設置を禁止した条例が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、憲法裁判所に憲法訴願審判を求めた裁判において、憲法裁判所は「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な地方議会の議決を経て制定された法であるため条例により直接、そして現在自分の基本権を侵害された者はその権利救済の手段として条例に対する憲法訴願を提起できる」と判示し地方自治団体の条例も憲法訴願の対象となることを明らかにした。憲裁1995.4.20.92憲ma264.279併合。一方、条例は憲法訴願の対象ではないとし、条例の憲法訴願対象性を否定した判例もある（憲裁1998.10.15.96憲ba77「憲法裁判所法第六八条二項に基づく憲法訴願の対象は当該事件の裁判の前提となる「法律」であるから、地方自治団体の条例はその対象とならない」。

(73) 憲裁決1998.10.15.96憲ba77.

(74) 憲裁決1998.3.26.96憲ma345.

(75) 憲法裁判所は釜山広域市税条例附則第二条及び木浦市税条例附則第二条の違憲確認憲法訴願に対する決定において「住民税を賦課徴収する場合、同条例を適用して行われる別途の執行行為である課税処分により基本権侵害が現実に現れるものであるから同条例附則第二条は基本権侵害の直接性がなく、したがって、この附則条項を直接対象としたこの事件の審判請求は憲法訴願の要件を満たさず、不適法であると判示した。憲裁決1998.11.26憲ma55.

(76) 鈴木正明ほか『図解地方自治法』良書普及会、一九九七、八五頁。

(77) 松本英昭『逐条地方自治法』学陽書房、二〇〇二、五二一～五三四頁。

(78) 日本の場合、地方自治法一七六条七項による訴訟の性格は、議会と長の対立の調整を、最終的に司法判断に委ねる趣旨である。議会又は長が行う訴えは、裁定の取消を求める機関訴訟であり（行訴法六条）、議会又は長のいずれが原告となった場合も、裁定機関が被告となる。議会議決の取消裁定に対しては議会が、棄却裁定に対しては長が、それぞれ裁定庁を被告にして裁定の取消を求める訴訟の形式で出訴する。出訴する裁判所は裁定機関の所在地を管轄する地方裁判所である。この訴訟の手続には、行政事件訴訟法の取消訴訟に關する規定が準用される（行訴法四三条一項）。しかし、自治法一七六条七項の訴訟は、裁定庁を被告とする裁定の取消の形式をとるべきではなく、議会と長の間の、いわゆる形式的当事者訴訟で争わせる方が適當であるという指摘もある。原田尚彦『地方自治の法と仕組み』学陽書房、二〇〇五年、一〇四～一〇五頁・紙野健二『基本法コンメンタール地方自治法』日本評論社、二〇〇一年、一七二～一七三頁。一方、韓国の場合、自治法第一〇七条の規定による訴訟や地方教育自治法二八条三頁の規定（市・道議会及び

教育委員会の再議決に対する教育監の大法院への提訴)による訴訟が機関訴訟(行政訴訟法三条四項)であることについては異論がないが、自治法第一七二条三項、四項の規定による訴訟の性格について、抗告訴訟と解釈する学者もいるが(徐元宇、柳至泰、李琦雨など)、多数説は機関訴訟と解釈している。抗告訴訟と解釈する論拠は、地方自治法第一五九条三項に基づき訴訟を提起する地方自治団体の長の法的地位は地方自治団体の機関ではなく、国家監督庁の下級官庁である国家機関であるので、この場合の提訴は地方自治団体の長が行う自治事務ではなく、国家監督庁の下級監督庁として行う機関委任事務に該当し、これは国家の機関である地方自治団体の長が地方自治団体の機関である地方議会を相手に提起する訴訟であるため外部的な法律関係に関する訴訟であり、したがって、地方自治法第一七二条三項による訴訟の種類は訴訟の対象により異なり、地方議会の条例に対する提訴は一種の抽象的な規範統制に該当し、地方議会の処分的議決に対する提訴は抗告訴訟に該当するとされる(李琦雨『地方自治行政法』法文社、一九九一、一二三頁)。

しかし、この見解は九四年の地方自治法改正でその論拠がなくなつたと言える。すなわち、改正前の一七二条三項に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、地方自治団体の長は監督機関(内部部長官、市・道

知事)の承認を得て提訴することになっており、独自に提訴することは出来なかつたが、改正後に監督機関の承認に関する規定が削除され、地方自治団体の長が独自に提訴することが出来るようになったからである。すなわち、一七二条三項による訴訟は地方自治団体の機関(地方自治団体の長)対機関(地方議会)の内部的な法律関係に関する訴訟であり、機関訴訟であると言える。

この外、機関訴訟か抗告訴訟か争いがあるものとしては、地方自治団体の長の違法・不当な命令・処分的是正自治法第一六九条、地方自治団体の長に対する職務履行命令(自治法第一七〇条)などがある。これらを抗告訴訟として捉える解釈は、その理由として、同一の法体系内の機関同士の訴訟ではないこと、憲法や法律が付与した「権限の存否又はその範囲」に関する争いではなく、監督庁の是正命令・処分の取消・停止を審査するものである、地方議会が行う行政処分の一つである再議決の適法性を審査するものであること、そして、地方自治事務に関する紛争の場合には、地方自治団体及び国家その他の機関が独立の法人格の主体として主観的地位を有するのであり、監督庁の是正命令、処分ないし地方議会の再議決は行政行為としての性質を有すること等を挙げている(洪井善「機関訴訟」『考試界』一九九一年八月号、一一〇～一一二頁・徐元宇「地方自治団体の行政訴訟」『考

試研究』一九九四年一〇月号、三五―三七頁）。これに
対して、機関訴訟と捉える解釈は、その理由として、機
関訴訟とは、主観的な権利紛争の解決を目的とするもの
ではなく、客観的な法秩序の保護を目的とするので必ず
しも同一の法主体内機関間の争いであることを要しない
ことや、訴訟の対象となる是正命令・処分そして再議決
等は直接国民に対し具体的に権利を設定し命令を命じる
ものではないこと、大法院が第一審であると同時に終審
としての管轄裁判所と規定されていることなどを挙げて
いる（韓堅愚「機関訴訟の機能拡大論」『法政考試』一
九九五年一―月号、六〇頁・李柱榮「民衆訴訟、機関訴
訟」『行政訴訟に関する諸問題（下）』法院行政処、一九
九五、九六頁）。

ちなみに、韓国行政訴訟法には、訴訟類型として抗告
訴訟、当事者訴訟、民衆訴訟とともに機関訴訟を定めて
いる第三条。抗告訴訟と当事者訴訟は主観訴訟であり、
民衆訴訟と機関訴訟は客観訴訟に分類される。主観訴訟
とは、「個人の権益救済を直接目的とし、これを通じて
行政法規の適正な保障を目的とする訴訟」であり、客観
訴訟とは、「行政法規の適正な適用の保障を直接目的と
し、これを通じて個人の権利救済を目的とする訴訟」と
定義される（金南辰『行政法Ⅰ』法文社、一九九八、八
六二頁）。

(79) 多くの創意的な条例案がこの提訴制度により、法令抵
触などの理由により廃棄されている。例えば、一九九二
年から二〇〇〇年までに大法院提訴された三七件の条
例案中、有効とされたのはわずか五件である。

(80) 一九九九年から二〇〇三年までの中央事務の地方への
移譲件数は、一九九九年に二二件、二〇〇〇年に二四四
件、二〇〇一年に二二六件、二〇〇二年に三六五件、二
〇〇三年に二三三件等、審議された三、三七四件の事務
のうち、移譲が確定されたのは三二%に過ぎなかった。

移譲が確定された一、〇九〇件の事務のうち、国の事務
から地方事務に移譲が確定されたのは四六五件、市・道
事務から市・郡事務に再配分されたのは三九一件、その
他二三四件であった。韓国における最近の地方分権動向
については、鄭原昌「韓国の住民参政制度に関する考察」
『北大法学論集第五七巻第五号』二〇〇七、一、一八五
―一九二頁。

(81) この点、韓国では最近改正された地方分権特別法（地
方移譲促進法と地方分権特別法を統合して地方分権促進
特別法として二〇〇八、二、二九に改正）において、機
関委任事務を原則的に廃止し、自治事務と国家事務に二
分化すべきことが明記された（法第一〇条）。また、同
法第一三条には国と地方自治団体は自治立法権を強化す
るために条例制定範囲が拡大できるよう必要な法的措置

を構することが明記された。この特別法は二〇一三年までの時限法であるが、今後同法に盛り込まれた地方分権の課題を実現するための地方分権促進委員会が発足される予定であり、韓国においても機関委任事務制度の廃止や条例制定権の拡大など地方分権に向けた着実な進展がみられるだろうと思われる。

(82) 日本という行政事務条例とは、地方公共団体がその区域内において、地方公共に対する侵害を排除し、その福祉を維持するために、住民の権利・自由を制限し規制するような権力行使を伴う事務にかかる条例である。久世公堯『地方自治条例論』日本評論社、一九七〇、一頁。

(83) 「地方自治法第二二条は地方自治団体の自治立法権を保障し、立法政策的な考慮から住民の権利制限、義務賦課に関する事項は法律の委任がなければならぬと規定しているが、これは基本権制限に関して法律留保の原則を宣言した憲法第三七条二項の趣旨に付合し、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。」(大判344n26)。

(84) 「地方自治団体は自治事務に関していづゆる自治条例を制定でき、こうした自治条例については地方自治法第二二条が定める『法令の範囲内』という事項的限界が適用されるだけであって、一般的な委任立法の限界が適用される余地はなく、ここで言う『法令の範囲内』の意味

は『法令に違反しない限り』として解釈される。」(大判2002d17135)。「法律が住民の権利義務に関する事項について具体的に範囲を定めず条例で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で制定される地方自治団体の自主法であるから、地方自治団体が法令に違反しない範囲内で住民の権利制限に関する事項を条例で制定することが出来る。」(大判90n6613)。

(85) この論争はに、条例違反行為に対して罰則の規定を定めた大邱市議会の「証言及び鑑定に関する条例案」(一九九二年一〇月制定)が、当時の内務部(現行政自治部)により大法院に提訴され、その後、同様の条例案が九三年六月までに全国一四の広域地方自治団体で制定され、内務部により大法院に提訴されるなど問題となったのを契機に内務部は刑罰を定めた問題の旧地方自治法二〇条の規定をあっさり削除する法案を国会に提出し、現行の規定に改めたのである。崔鳳基「法令による条例制定権の統制と改正方向」『社会科学論叢』VOL17, NO1, 1998。

(86) 一九九五年に首長公選制が行われた時点を基準にすると、わずか一二年あまりの経験しか持たない韓国の地方自治制はまだ制度の発展過程にあり、これからも日本の地方自治から学び取るべき事柄は大であると思われる。