慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	韓国における条例制定権の現状及び拡大可能性
Sub Title	Last status of Korean enactment power of municipal ordinance and its possibility of expansion.
Author	李, 侑娜(Li, Youna)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2018
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.119, (2018. 12) ,p.275- 308
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20181215-0275

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

韓国における条例制定権の現状及び拡大可能性

李　侑　娜

一　はじめに
二　条例制定権の根拠
㈠　憲法一一七条及び地方自治法二二条を巡る諸学説
㈡　地方自治法二二条但書に対する行政機関の見解
㈢　合憲論の根拠とその問題点
三　条例制定権の範囲
㈠　地方自治団体の事務権限における憲法上の原則
㈡　事務類型及びその再編成の必要性
四　韓国における条例制定権の拡大の可能性
㈠　二〇一八年文在寅改憲案
㈡　韓国条例論の今後の方向性
五　終わりに

一　はじめに

本稿は、韓国における条例制定権、とりわけその根拠と範囲を中心についての学説及び判例に着目し、条例制定権の現状を紹介しつつ、現在議論中の韓国「二〇一八年文在寅大統領憲法改正案（以下、改憲案とする）」に対し検討を行うものである。韓国より一歩先に地方分権改革を行った日本からどのような示唆を得られるかについても、最後に若干の検討を加える。韓国が憲法で「地方分権」という言葉を正面に出して憲法改正を行おうとするのは、一九四八年以来実に七〇年ぶり[1]であり、今回の改憲案は地方自治全般においてとても重要な動きである。改正されれば地方自治団体の条例制定権の拡大はもちろん地方自治全般の発展に繋がるに違いないと考えられる。

韓国において、条例制定権が注目を浴び始めたのは、一九八七年第九次憲法改正からである。一九六〇年第三次憲法改正により、地方議会に条例制定権が付与されたが、一九六二年から始まった軍事政権の影響で、地方自治が全面中止され、全ての条例制定権は中央行政機関が握るようになり、地方自治団体における条例制定権は有名無実になった[2][3]。地方自治の暗黒時代を終え、一九八八年現行憲法はその第八章において地方自治に関する章を設け、一一七条に、地方自治団体は法令の範囲内で条例制定権を有すると定めた。また、地方自治法二二条は、住民の権利制限または義務賦課及び罰則に関する内容を条例で定める場合、法律の委任が別途必要だとしている。これらの規定の解釈を巡り、韓国ではいくつかの学説が存立するが、これは本文で詳しく述べることにする。韓国の地方自治法は制定当時、日本をモデルにしており、条例論の形成は日本と同じく憲法と法律の関係における条例制定権の範囲及び限界を中心に研究が進んでいた[4]。それから学説及び論点、判例の見解なども日本と類似しているところが多い。ただ、条例制定権の範囲については韓国の方がより制約が多くかつ範囲が狭い[5]。また機関委任事務制度が依然存在することで地

方自治団体における自治立法権の自主性が大きな制約を受けており、立法環境の変化が必要である。一九九一年、韓国において地方自治が復活してから、条例に対する住民の意識も昔に比べ高まっており、各地方自治団体の法務能力も大幅に向上し先進的な条例が多く制定されている。[6] そして、地域の実情及び必要性に応える条例の制定、条例制定権の拡大及びその活用は益々重要になってきた。[7]

なお、韓国における法律先占論の克服、横出し条例、上乗せ条例等の「条例論の限界」に関する内容は、鄭原昌の諸論稿[8]にて詳細に紹介されているので、本稿では条例制定権の根拠及び範囲に焦点を当てる。

二　条例制定権の根拠

㈠　憲法一一七条及び地方自治法二二条を巡る諸学説

まずは、韓国の条例制定権における憲法及び地方自治法上の学説について紹介する。

1　憲法一一七条一項

憲法一一七条一項は、「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」と定めた。これは憲法上で地方自治団体の自治立法権を承認したことを意味する。この規定には、①個別法律の規定がなくても地方自治団体は条例を制定でき、[9] ②国会は地方自治団体に対する立法権限の全てを地方自治団体に委任することはできない[10]という、二つの意味が含まれている。そして、条例制定権の法的性格をめぐっては、創設規定説と確認規定説が対立している。

創設規定説[11]によれば、憲法一一七条一項の規定は、自治に関する包括的な規則制定権として条例制定権を保障しているので、原則的に国の立法は国会が、地方自治団体の立法は地方議会が担当することにより、立法権の機能的配分を図っている。従って、法律によっても自治の核心的な部分は侵害できないことを規定し、これに必要な立法権を地方自治団体の権限として保障したのである。法令によって自治に関する事項を詳細に規定し、条例制定権を制約することは、地方自治を保障し自治に関する条例制定権を授権した憲法の趣旨に反することであるため、そのような地方自治の本質に反する法律は違憲かつ無効であるとする。そして、立法権は国会にあるため、住民の権利制限または義務を賦課する事項及び罰則を定める場合は法律の根拠が必要であり、条例として法規事項を規律する場合、個別法律の授権が必要であるとする。

そして、確認規定説[12]は、条例制定の根拠を地方自治団体に保障されている自治権に求め、憲法一一七条一項の規定や地方自治法二二条の規定がなくても条例制定権は存在し、憲法一一七条一項の規定はそれを確認する規定にすぎないという。憲法の規定は国家の立法権について規定したものであり、地方自治団体の立法権について規定したわけではない。国民の自由及び権利を制限する内容は、法律でしか定められないという国会の立法原則は代議民主主義原理に基づいているが、条例の制定機関である地方議会も同じく住民の代表機関である以上、代議民主主義の原理に鑑み法規事項を条例で定めるのも問題はないとする。

2　地方自治法二二条

地方自治法二二条は、「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できる。但し、住民の権利制限または義務を賦課する事項及び罰則を定めるには法律の委任がなければならない」と定めている。「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」という部分は憲法一一七条一項の規定と一致しているが、そ

の但書では住民の権利・義務・罰則に関わる事項は、法律の委任を要するとしている。憲法は法律の委任について規定していないにもかかわらず、地方自治法が二二条但書において、このような規定を設けているのは違憲ではないかということが問題となり、韓国の学界ではこれを巡りいくつかの学説が対立している。注意が必要なのは、地方自治法二二条の規定には自治事務及び団体委任事務に関わる規定が含まれているが、ここで問題の対象となるのは自治事務であるということである。そもそも団体委任事務は国家及び上位地方自治団体からの委任であるので、この場合条例制定権は委任立法に属する。[13]

(1) 従来の学説

地方自治法二二条但書については、従来、主として合憲説と違憲説が対立してきた。合憲説の根拠は韓国憲法三七条二項「国民の自由及び権利は……法律で制限できる」との規定にある。この法律留保の原則に鑑みれば、地方自治法二二条但書は憲法に反しないというのがこの説の見解である。合憲説によれば、法律は国会が制定するものに限るので、地方自治法二二条但書は憲法三七条二項を確認するにすぎない。[14] また、憲法一一七条一項における「法令の範囲内」とは、条例の内容が法令に反してはいけないという意味を持つと同時に、場合によっては法令が根拠として必要とされるという二重の意味を持つと解釈される。[15] とはいえ、当説は憲法一一七条一項の法的性格を創設規定とは考えていない。[16] 地方自治団体が住民の基本権を制限する条例を制定する場合でも、住民の意見だけでは正当化されないし、国のレベルで新たに民主的正当性を付与されなければならない。これは住民基本権の重要性、さらには国家全体の統一性の維持に正当性があると考えられているからである。憲法三七条二項について、以上のように解釈する合憲説は、基本権を制限する条例を制定できるのは、地方自治団体に対する法律の委任がある場合のみであるとする。仮に地方自治法二二条但書が削除されたとしても、基本権を制限する条例を制定する際には、法律の委任が必要であると考えている。

それに対して、違憲説は基本的に条例自主説[17]を主張しており、憲法一一七条の「法令の範囲内」という規定は、条例が法令に違反または抵触しないとの意味で、法律留保を要求しているわけではないとしている。自治事務は機関委任事務とは異なるので、自治事務まで法令留保を要求するのは、憲法一一七条に違反するだけではなく、地方自治権及び自治行政に対する侵害でもあるとする。また、自治事務は委任立法ではなく、憲法が法令の範囲内で地方自治団体が条例を制定できると規定しているにもかかわらず、地方自治法二二条が法令の委任がある場合に限り条例を制定できると制限を加えるのは違憲であるとする。合憲説が根拠とする憲法三七条二項の規定は、国民の自治と権利一般に対する基本権制限の一般的限界を規定したものであり、憲法によって別段に保障される地方自治団体の条例制定における法律の委任に関する規定ではないので、地方自治法二二条但書は、憲法が地方自治体に対し包括的自治権を付与する趣旨に反するとする。なお、韓国の学界において、主流となっているのは、この違憲説である。[18]

(2)　近年の展開

従来地方自治法の二二条を巡る学説は、主に合憲説と違憲説の対立であったが、近年になって学説も変わりつつある。その原因は、裁判所が地方自治法二二条に対し一貫して憲法三七条二項の「法律留保」を根拠に合憲を主張してきたが、法律留保だけでは解釈しきれない判例も増えつつあり、それらに対しては、合憲とする根拠を「立法政策上の考慮」あるいは「法律留保の原則も場合によっては必ずしも厳格に適用する必要はない」とするなど、新しい解釈[19]を示したからである。

ここからは合憲の新たな根拠となっている学説について述べていく。一つ目は、区別説である。権利による区別説とも呼ばれるこの説は、地方自治法二二条但書における権利を、憲法が保障している基本権と法律上の権利に区別している。基本権的権利制限の場合、憲法三七条二項の趣旨を尊重し、法律留保の原則を厳格に適用する。従って、授権法の内容も個別・具体的であることが要求される。しかし、法律上の権利制限の場合は、憲法一一七条一項の趣旨

を尊重し、法律留保の原則は厳格に適用されないと考え、法律上の権利の制限に関しては、地方自治団体が幅広い裁量権を有しているので、授権法の内容も個別・具体的である必要はないとする。[20]

区別説も結局は憲法合致的解釈の一種であると言われるが、憲法合致的解釈というのは、「地方自治法二二条但書を憲法合致的に解釈する限り、地方自治の憲法的保障のもとで違憲の問題は存在しない」とする説である。[21]

合憲説の根拠となるもう一つの学説は立法政策説である。この説は、憲法一一七条一項は地方自治団体の自治立法権を保障しているが、自治立法権がどんな場合でも絶対的な保障を受けるわけではなく、その具体的な範囲は、憲法の範囲内で法律により具体化されるとする。従って、国民の権利制限及び義務賦課に関する事項を法律の委任により制定できるようにするか否かは立法政策に属すると考えており、立法政策上の考慮や条例が関わる事項ないし保護領域の重大性に鑑み、仮に条例の制定に法律の委任が必要だと規定しても違憲ではないとする。[22]

(二) 地方自治法二二条但書に対する行政機関の見解

韓国の法制処（日本の内閣法制局に相当）は公務員を対象に作成した「自治立法実務テキスト」において、地方自治法二二条但書の問題について「日本のように法令に違反しない限り、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国と韓国とは異なるところに留意しなければならない。韓国の条例制定権と日本の条例制定権を同じレベルでみて、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いけない」とし、合憲説の立場をとる。そして、地方自治法二二条但書は、憲法一一七条一項の「法令の範囲内」で条例を制定できるとした規定よりも強化して法律の委任を要求しているため、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説に対しては、「地方自治法二二条但書は、国民の基本権制限と関連して法律留保原則を制限した憲法三七条二項の規定に基づくものであり、憲法一一七条も憲法三七条二項の原則により制限されざるをえない

から合憲であるとみるのが妥当であろう」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は違憲ではないという見解を示した。[23]

一方、地方自治団体は地方自治法二二条但書について違憲であるとの見解を示しているところが多い。例えば、ソウル特別市は、地方自治法二二条但書は違憲であるとし、「条例は地方の住民の代表者で構成された地方議会で制定するものであり、住民の権利義務に関する事項であっても、治者被治者の自同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立性を尊重する道である」[24]としている。

㈢　合憲論の根拠とその問題点

以上、行政機関の見解を見てきたが、以下ではこの問題における憲法裁判所の見解を検討していく。主な裁判所の見解をまとめると[25]「憲法一一七条一項及び地方自治法二二条の規定は地方自治団体の自治立法権を保障するとともに、国民の権利制限及び義務賦課に関する事項を規定する条例の重大性に鑑み、そうした条例を制定する場合は、法律の委任が必要であると規定している。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三七条二項の趣旨に合致すると判断しており、条例制定において上述のような場合に法律の委任根拠を要求するのは違憲とはいえない」とのことである。なお、地方自治法二二条但書の委任問題については、一般的・包括的委任で足りるとし[26]、形式だけでなく自治権を保障する趣旨から判断するようにしている。ただ、国民の権利制限と義務賦課及び罰則に関する条例を制定する場合、条例の性格に関係なく、法律の委任が必要であり、委任なしで制定された条例は効力を有しないとしている。[27]

憲法一一七条の規定は、必ずしも法律留保を要求しているわけではない。そして、地方自治権及び自治行政を尊重

する立場から筆者は違憲説が妥当だと考えている。

上述した合憲の根拠となる諸説（法律留保を根拠とする合憲説・区別説・立法政策説）は、但書の規定を合憲とさせるための「憲法合致的解釈」に過ぎず、なぜ但書が違憲ではないかの説明にはならない。憲法裁判所が当初合憲の根拠として提示した法律留保説、またそれで解釈できない事項において採用した、立法政策説（立法政策への依存性を考慮）または区別説（ケースバイケースで考える）には、但書の内容自体を合憲だとする解釈または説明が含まれていない。このような「憲法合致的解釈」の問題点がそのまま現れているのが次の判例である。

1　判例検討――京畿道教育庁電磁波脆弱階層保護条例

(1)　概　要

京畿道内にある幼稚園及び小学校などを電磁波安全地帯と指定・運営し、電磁波脆弱階層を保護する目的で、京畿道議会（被告）が制定した京畿道教育庁電磁波脆弱階層保護条例（以下、本件条例とする）に対し、教育部長官（原告）は、本件条例の安全地帯内での基地局の設置を禁止し、既に設置された基地局に対しては撤去するよう勧告できると規定した本件条例の内容が、法律の委任なしに住民の権利制限または義務を賦課したものに該当すると主張し、無効判決を求め、憲法裁判所に出訴した。[28]

(2)　判　旨

まず、本件条例の規定が条例制定事項に属するか否かについての判旨は以下の通りである。憲法一一七条一項の規定により地方自治団体は条例制定権を有する。地方自治法九条二項二号は「老人、児童、障害者、青少年及び女性に対する保護及び福祉増進」を地方自治団体の自治事務として例示している。本件条例の規定は電磁波の有害性から京畿道児童及び青少年の健康と安全を保護するために京畿道教育監が幼稚園及び小学校並びに児童・青少年施設を電磁

波安全地帯として指定し、その範囲内で基地局の設置を禁止するのをその内容とする（本件条例三条・四条）。従って、本件条例が規定した事務は地方自治法九条二項二号による自治事務に該当し、条例制定事項に属する。

次に、本件条例の規定について法令の委任が必要か否かについての判旨は以下の通りである。地方自治法二二条の但書の規定により……法律の委任が必要であり、法律の委任なしに制定した条例は無効である。但し、条例への委任形式については、法律上で制限は特に存在しない。憲法一一七条一項は地方自治団体の包括的自治権を保障している。従って……包括的に委任した場合でも地方自治団体は法令に反しない範囲内で住民の権利義務に関する事項を条例で制定できる。[29] そして、本件条例五条は「京畿道教育監が幼稚園及び小学校などを電磁波安全地帯として指定した場合、何人も基地局を設置できない」と規定しているので、これは営業の自由及び契約の自由を制限する条文と言える。従って、本件条例五条及び六条一項は法律の委任があってはじめて効力を有する。また、本条例は老人、児童、青少年及び女性の健康や安全と関わるものであり……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のが妥当である。

それから、本件条例五条及び六条一項について法律の委任があるか否かについての判旨は以下の通りである。共有財産及び物品管理法九四条の二の二項は、「地方自治団体は共有財産と物品の管理・処分・収入と支出に関わる事項を条例または規則で制定・運営できる」と規定している。また、小・中等教育法一一条は、「国民は学校教育に支障を与えない範囲内で、国立学校の施設等を利用でき、公立・私立学校の施設等は市・道の教育規則に従い利用できる」と定めている。公立幼稚園、公立小学校、公立児童・青少年教育施設は全て地方自治団体が設立・運営している学校及び施設[30]として地方自治団体の共有財産に該当する。即ち、小・中等教育法は国公立及び私立小学校、国公立幼稚園並びに国公立及び私立児童・青少年教育施設をその適用対象としている。本件条例五条及び六条一項の公立幼稚園、公立小学校及び公立児童・青少年教育施設に関する部分は、共有財産の管理等に関する事項を条例に委任した共

有財産及び物品管理法九四条の二の二項を委任根拠法律として考えられる。また、公立・私立小学校及び公立・私立児童・青少年教育施設に関する部分は、公立・私立施設等の利用に関する事項を教育規則に委任した小・中等教育法一一条をその委任根拠法律として考えられる。しかし、本件条例五条及び六条一項の地方自治団体の共有財産でもなく、小・中等教育法の適用対象でもない「私立幼稚園」に関する部分については、基地局の設置を禁止することに関して、基地局設置者が有する契約の自由を制限できるように条例に委任した法令の規定は存在しない。従って本条例は無効である。

2　検討――判例及び地方自治法二二条但書に対する私見

上述の判例は、教育に関する内容が地方自治団体の自治事項に属するとし、地方自治団体の「包括的自治権」を認めながらも、何人も電磁波安全地帯に基地局を設置できないとの規定が、営業の自由及び契約の自由を制限すると判断し法律の委任を必要としている。そして、私立幼稚園だけは委任根拠法律が存在しないという理由で条例の全てを無効としている。これは地方自治法二二条但書の規定を合憲とするための「憲法合致的解釈」に他ならない。私立幼稚園以外の学校及び施設の委任根拠法律では、「施設は教育に支障を与えない範囲であれば利用可能である。」とし、施設利用の条件を提示するとともに立法の趣旨及び本旨を明確にしている。そして、地方自治法一四四条二項は「施設設置及び管理に関する法令の規定がない場合、条例で定める。」としている。ならば、私立幼稚園に対し特に規定がなくても、上述の規定に鑑み、教育に支障を与えない範囲であれば、私立幼稚園内に基地局を設置することは可能であるし、その詳細を条例で制定することも妥当である。私立幼稚園に対する委任根拠法律がないことを理由に、条例全般に対し無効判決を下すのは説得的とは言えない。憲法の規定に鑑みれば、条例は地方自治団体が法令の範囲内で自治に関して定めている法規であり、憲法一一七条の規定は条例について、法令の範囲内であれば委任がなくても

制定できるとしている。言い換えれば、住民の権利制限または義務賦課に関する事項、そして罰則に関わる事項でなければ住民に対して拘束力を持っている規定であっても法律の委任は不要である。[31]

上述したように、憲法裁判所は地方自治法二二条の規定を違憲ではないとしている。ただ、このような解釈は委任に関して二二条の規定が違憲ではないと示すだけであり、仮に地方自治法二二条但書の規定が存在しないとした場合でも、条例で住民の権利・義務に関する内容を規定することに対し、憲法裁判所が同じ見解（違憲ではない）であるかは判然としない。憲法裁判所が、地方自治法二二条但書について「法律留保原則を宣言した憲法三七条二項の趣旨に合致する」または「地方自治法二二条は……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」としたところからみると、地方自治法二二条の規定が存在しない場合、憲法一一七条の委任により、個別法律による委任がなくても住民の権利制限・義務賦課に関する事項及び罰則に関する規定を定めることができると解釈しうる。[32]

また、条例制定の範囲において問題提起がされるのは、自治事務である。国家が自治事務の内容と限界を憲法で規定する以外に、法令を通じてまたも自治事務に対し制限を行うこと自体が自治事務の本質に反する行為であり、地方自治団体の条例制定権に対する過度な制限でもある。自治事務の内容は地方自治法九条[33]で定めているが、自治事務を通じて住民の福利を増進する方法は地方自治団体によって異なるので、自治事務の遂行方法を最初から法律を通じて、個別的・具体的に委任することは不可能である。[34]ならば、自治事務の遂行においては、住民の自由及び義務に関する内容をある程度条例で規律するのは、不可避なことであり、これを一律に法律の委任が必要であるとの形で制限するのは、憲法一一七条の本旨ではないと考えられる。従って、地方自治法二二条但書は違憲であり、削除すべきである。

このような問題意識は地方自治法二二条但書の合憲説に立っている学者達も共有している。[35]即ち、根本的に地方自治法二二条但書を削除し、条例に対する法律留保の問題は原則的に一般法律留保理論を通じて解決し、地方自治制度

に対する憲法的保障の意味に鑑み、緩和された形で条例と法律留保の問題を解決するのが妥当であると考えている。

三　条例制定権の範囲

以上、韓国における条例制定権の根拠について紹介したが、以下では条例制定権の範囲を事務権限における憲法上の原則及び事務類型等の概観を通じて検討していく。

㈠　地方自治団体の事務権限における憲法上の原則

地方自治の実現において、事務権限のない自治は考えられない。地方自治団体における事務配分の問題は地方自治の本質的要素とも言えるだろう。事務配分の問題は単に行政政策的な次元の問題ではなく憲法的原理の実現という規範的次元の問題である。そして、地方自治制度はただ政策的なものではなく、憲法により保障される制度であるので、地方自治の内容は憲法による規範的命令である。[36] 地方自治の内容の本質は地域の事務に対する全権限性の保障及び事務処理に対する自己責任性の保障である。

1　全権限性の原則（憲法一一七・一一八条）

地方自治における憲法的保障の本質は「地方自治団体による地域的事務の自己責任的な遂行」であり、これは地方自治団体の事務領域の保障を中心内容とする。従って、地域的事務が存在する限り、憲法的保障により、その事務は原則的に地方自治団体の事務領域に該当し、地方自治団体の管轄権が認められる。これが地方自治団体の全権限性である。[37] このような全権限性により、特別の法律の定めがない限り、地方自治団体は地域内全ての事務を管理できる権

限を有する。[38] 全権限性原則には、法律による制限がない限り、地域事務に関しては国家の管轄権より地方自治団体の管轄権が優位することも含意されている。そして、ここでは、地方自治団体の権限に属する地域的事務とは何かが問題となる。地域的事務とは、「地域共同体内の事務又はそれと関連する事務」である。しかし、このような定義のもとで、地域的事務を判断することは容易ではなく、また、全権限性の原則が例外なく適用されるわけでもないので、確実に言えるのは、地域的事務においては「幅広い事務領域」が保障されるべき、ということである。[39] そして、この原則が事務配分の外縁を形成するわけではないので、[40] 超地域的事務の場合でも、地方自治団体による事務遂行がふさわしく、地域への理解と関わることであれば、地方自治団体の事務となる可能性もある。

2　補充性原則（地方自治法八・九・一〇条）

現行憲法は補充性原則について明文上の規定は設けていないが、地方自治法が既に事務配分に対し、事務処理の基本原則（八条）、地方自治団体の事務範囲（九条）、地方自治団体の種類別の事務配分の基準（一〇条）の規定を詳しく設けているので、憲法にあえて加える必要がない等の意見が多くあった。最近では、今まで中央政府が法令で地方自治団体事務を先占してきたことを考慮し、「中央―地方」間の合理的役割分担のため、個人と下位共同体の自律及び責任を保障するための補充性原則を憲法に明文化する必要があるとの見解が増えている。[41]

全権限性の原則は実質上の事務配分の原則ではなく、潜在的事務配分の原則として、地方自治団体権限を措定している。特に現代民主国家において、国家と地方の固有事務、地域的事務の区分は難しく、性質上重なる部分があるのも不可避である。従って、実際の事務配分において、重要な機能を果たしているのは、補充性原則である。[42] 補充性原則は地方自治に対する憲法保障による特有の事務配分原則として、事務配分の際には、地方自治団体が優先される。地域事務の剝奪なしでは正常の事務遂行が難しい場合のみ例外的に国家に対して事務が配分される。このような補充

性原則及び地方自治団体優位の原則は民主主義を本質的要素とする地方自治において、とても重要なことである。また、上位機関による支援義務も含まれており、上位機関は下位機関が適切に活動できるようにサポートしなければならない。[43] とはいえ、上位機関は下位機関の活動を代替または吸収してはならず、あくまで相互補完し、足りない能力を支援する関係が相応しいのである。

3　法律留保の限界（憲法三七条）

地方自治に対する憲法的保障である全権限性の原則及び補充性原則に従い、地域での事務は原則的に地方自治団体に配分される。しかし、場合によっては国家の関与も不可避である。とはいえ、地方の全ての事務に対し、国家の関与が認められるわけではない。地方自治は「法令の範囲内」で保障される。即ち、地方自治権は、地方自治の本旨を侵害しない範囲で、法律留保のもとで保障されるものである。従って、このような法律留保は、その限界を設けないと、地方自治の保障に対し、致命的な弱点となる可能性があるので、法律留保の限界を設定するのは重要である。[44]

補充性の原則に従わず、地方自治権を制限する法令を制定することも可能ではあるが、憲法的保障による核心領域の保護及び比例原則による限界は必ず存在する。こういた点に鑑み、地方自治の保障における法律留保は二重の側面をもっていると判断できる。即ち、より優越する公益を根拠として適切な範囲内で事務が他の地域の事務あるいは国の事務に移転される可能性があり、この場合、法律留保は地方自治団体の活動が制限を受ける根拠となる。その一方で、法律留保という限界には、地方自治の侵害に対し最適な保護を保障しなければならないという側面も含まれている。[45]

(二)　事務類型及びその再編成の必要性

以上、韓国の地方自治団体事務権限における憲法上の原則について述べてきたが、以下では、第一次分権改革前の日本の状況と類似する点の多い、韓国の地方自治団体における不合理な事務類型と、機関委任事務の廃止の必要性について述べておく。

1　事務の類型

一つ目は自治事務である。自治事務には、憲法一一七条一項で規定している住民の福利に関わる事務[46]及び地方自治法九条一項の管轄区域内の自治事務が含まれる。地方自治法九条一項は「地方自治団体はその管轄区域の自治事務及び法令により他の地方自治団体に属する事務を処理する」と規定している。自治事務には、法令により国家または他の地方自治団体に帰属されない限り、住民の福利に関する全ての事務が含まれる[47]。自治事務処理経費は当該地方自治体が全額負担し、これに対して中央及び上級地方自治団体は補助することができる。また、国家または上級地方自治団体による監督は事後監督に止まる[48]。

事務類型の二つ目は、団体委任事務である。団体委任事務とは、当該地方自治団体の事務ではないが法令または条例の個別規定により地方自治団体に委任された事務であり、自治事務に比べ、中央政府または上級地方自治団体の広範な監督に服する[49]。団体委任事務の処理効果及びかかる経費は国または委任地方自治団体に帰属される。定義による区分は以上の通りであるが、実際のところ自治事務と団体委任事務の区別ははっきりとしていない。自然法的な地方権思想を背景とした自治事務と団体委任事務の区別理論が近時においてはその理論的根拠を喪失し[50]、両者共に個別法により地方自治団体に配分される事務であるという点で共通している。即ち自治事務は包括的委任であるが、団体委

任事務は個別委任である。また両者共に地方議会の関与が認められていること、経費の面でも実質的に大きな差がないことなど区別の実益を否定し団体委任事務の自治事務への一元化を主張する見解が増えている。[51]

そして、三つ目は機関委任事務である。機関委任事務は国または他の地方自治団体がその地方自治団体の長または機関に委任した事務を指す。機関委任事務は国の直接行政に属し、事務処理の効果も国に帰属される。機関委任事務はあくまで国家事務であり、地方自治団体の条例制定権は及ばない（委任条例は除く）。[52] 従って国と上級地方自治団体は地方自治団体が行う機関委任事務に対して積極的な指揮監督権を有する。地方自治団体の事務には国家事務の比重が多く、特に機関委任事務の割合が多い。地方自治団体の事務の区別は上述したように曖昧で、区分するのが容易ではない。特に機関委任事務については様々な問題点が指摘されている。機関委任事務の問題点については、[53] まず、機関委任事務制度は国家事務を地方自治団体の執行機関に委任して処理する事務であるため、自治事務と国家事務を区分する基準が明確ではなく、行政事務の多様化と高度化によりその区分は益々困難になっていることが指摘される。次に、中央政府は地方自治団体に対する統制を強化するため、機関委任事務を増やし、機関委任事務が中央政府の地方に対する指揮・監督の手段となっていることも問題である。また、地方自治団体を中央政府の下部機関化し、地方行政を全国画一化する要因となっており、機関委任事務を通じた中央行政機関の関与により地方自治団体の自主性と創造性が阻害され地方自治の発展を抑制されてしまう。そして、機関委任事務は国と地方自治団体間の責任所在が不明確であり、地域住民の意思を反映することができない、といったことも指摘されている。

2　事務類型の再編成の必要性

韓国の場合、複雑な行政事務の性質上、それぞれの事務をはっきり区別するのは難しく、特に軍事政権により地方自治が中断された一九六一年から一九九一年の約三〇年の間には上級機関の承認なしには条例の制定ができなかった

ため、その当時から事務の区別にはあまり意味がなかった。[54] 現状では、地方自治団体の事務には国家事務の比重が多く、特に機関委任事務の割合が多い。そして、国家事務と地方自治の基準が明確に定められていないし、どのような場合に国家事務を地方へ移譲するか、その基準に対する規定は存在しない。また、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も多い。事務配分の明確化及び自治事務の拡大は最大の課題のひとつである。地方自治法九条二項但書は「法律にこれと異なる規定がある場合、この限りではない」と規定しているが、これは別の法令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地方自治法の立法趣旨を損なっているので、削除されるべきである。原則的に、国家事務[55]を除く全ての行政事務は自治事務とみるべきである。また、中央統制の象徴である機関委任事務を思い切って廃止しない限り、地方団体事務の再編成及び中央権限の地方移譲はほぼ不可能と言える。[56] 従って、機関委任事務の廃止及び地方団体事務の再編成が急務である。

四　韓国における条例制定権の拡大の可能性

以上、韓国の条例論について、学説及び判例を通じ検討を行ったが、以下では、これから韓国が行おうとしている地方分権改革に焦点を当て、二〇一八年文在寅大統領憲法改正案の内容について紹介してから若干の検討を加え、最後に今後の韓国条例論の方向性について、日本の二回の地方分権改革から、どのような示唆を得られるかを検討しておく。

㈠　二〇一八年文在寅改憲案

今回の改憲案は、地方分権改革をテーマとし、地方政府権限の拡大と住民参加の拡大を主な内容としている。憲法

で地方分権について改正が行われれば、一九四八年以来実に七〇年ぶりのことであり、今までの「分権ロードマップ」や「地方分権特別法」とは違う次元の動きである。改正されればただの計画や抽象的な話に止まらず、地方自治の発展に実質的な貢献ができると考えられる。

1　改憲案の主な内容

改憲案一条三項は「大韓民国は地方分権国家を志向する」と地方分権国家宣言を行い、今の中央集権体制から地方分権体制への強い転換意志を示し、国家運営の基本方向が地方分権にあることを明確にした。また「地方自治団体を地方政府」にその名称を変え（改憲案一二二条二項。名称変更に伴い、以下、改憲案における地方自治団体を地方政府とする）、改憲案一二二条二項では「……地方議会の構成方法、地方行政部の類型、地方行政部の長の選挙方法などの地方政府の組織及び運営に関する基本的事項は法律で定め、具体的内容は条例で定める」とし、地方政府の組織・運営に関する詳しい内容を条例で制定できるよう、地方政府に構成の自主権を付与した。

改憲案一二一条四項では、「国家と地方政府間、地方政府相互間の事務配分は、住民の身近な地方政府を優先する原則に従い法律で定める」と、事務配分の原則について定めた。続いて自治立法権に関して、改憲案は一二三条で「①地方議会は法律に反しない限り、住民の自治及び福利に必要な事項に関して条例を制定できる。但し、権利を制限または義務を賦課する場合は法律の委任を要する。②地方行政部の長は、法律または条例を執行するために必要な事項について法律または条例で具体的な範囲を定め、委任された事項に関しては自治規則を制定できる」と規定した。

また、改憲案一二四条では「①地方政府は自治事務の遂行に必要な経費を自ら負担する。国家または他の地方政府が委任した事務を執行する場合、その費用は委任する国家及び他の地方政府が負担する。②地方議会は法律に違反しない範囲で自治税の種目と税率、徴収方法に関して条例を定めることができる。③租税で構成された財源は国家及び

地方政府の事務負担範囲に合わせ配分する。④国家及び地方政府、地方政府間は法律の定めにより適切な財政調整を実行する」と定め、初めて「地方税条例主義」を導入し、地方財政の拡大及び地域間の財政格差の拡大を防ぐための憲法上の根拠を提供した。

その他、改憲案五五条は「①立法過程で地方の意見が反映されるよう、地方自治と関連する法律案に対しては、国会議長が地方政府に通達し、地方政府は意見を提出しなければならない。②中央と地方間の意思疎通と協力体制を構築し、地方の実質的な国政参加を拡大するため、大統領、国務総理、法律で定める国務委員及び地方行政部の長で構成される国家自治分権会議を審議機構として新設する。③国家自治分権会議は地方政府間の協力を推進し、地方自治と地域間の均衡発展に関わる重要な政策を審議する」とし、国務会議と同じ立場である国家自治分権会議を新設した。これは地方自治と地域の均衡発展を審議する機構である。議長は大統領、副議長は総理である。目指すのは中央と地方間の意思疎通と協力体系の構築、そして地方の実質的な国政参加の拡大である。

2　改憲案に対する検討

以上、地方分権改革と関わりのある主な条文について紹介したが、ここで若干の検討を加えておきたい。まず、地方分権国家を志向し、地方自治団体を地方政府と名称変更を行い、地方政府に構成の自主権を付与する内容は、地方自治団体を地方政府として位置付けそれに相応しい自治権を与えようとする分権改革の本旨が現れている。日本も第一次地方分権の際に、地方自治体を地方政府と位置付け、地方分権改革推進会議で「……国の法令は基本的な制度設計にとどめることとし、それ以外の自治事務の処理に必要な事項については……条例で定められるようにすべきである」と提言し[57]、国の関与は原則として法的根拠が求められることとなり、地方自治体を法的に拘束することがなくなった。地方自治体を地方政府に位置付け、それに相応しい自治権を付与しようとする狙いは両国で一致している。

韓国の場合、地方政府の組織及び運営に関する全ての事項を法律で定めるとした現行憲法の規定に比べれば、「基本的事項は法律で定め、具体的内容は条例で定める」とした改憲案の規定は、国の関与をできるだけ控え地方政府の事務に関して、地域の実情及び特性に照らして地方政府が独自で条例を制定できるようにしたい意志が現れており、地方政府の条例制定権において、前に進んだと評価できる。これにより地方政府及び条例の法的地位が高められることもある程度期待できるだろう。ただ、地方政府の組織及び運営に関する基本的事項は法律で定めるとしたことは、日本の「基本設計を示す」との内容とは大きく異なり、国の原則を最小限に抑えようとした日本の分権改革に比べれば、韓国はまだ国のコントロールが強く残っていると考えられる。即ち、国の関与の余地は多くあり、どこまでが基本的事項で、どこからが詳しい内容になるかは、国がその裁量権をもっているので、地方政府の条例制定権の拡大を確実に果たしたいなら、日本のようなはっきりとした宣言が必要である。

また、事務配分原則についても規定を行っているが、憲法レベルで事務配分原則について規定を設けたのは、初めてあり、評価すべきである。但し、国と地方の事務配分に関する憲法上の規定はこの条項が全てであり失望感を覚えることは否めない。事務配分については「住民の身近な地方政府が優先」という一言よりも日本のような詳しい規定が必要である。日本は、自治体は住民の福祉の増進を図ることを基本として、地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を担うものとし、国の役割を①国際社会における国家としての存立にかかわる事務、②全国的に統一して定めることが望ましい国民の諸活動または地方自治に関する基本的な準則に関する事務、③全国的な規模でまたは全国的な視点に立って行わなければならない施策及び事業の実施など、国が本来果たすべき役割に限定した。[58] 国と地方の明確な役割分担がない以上、韓国が目指している中央と地方政府の「独自的かつ水平的関係」（改憲案一二二条二項）の実現は難しく、今のような「主従的・上下関係」は克服不可だと考えられる。韓国が地方分権国家宣言を行い、中央と地方政府の役割分担において「補充性原則」に従うとした以上、明確にその役割を分担し、必要以上の国

の関与を最小限にする規定を設けるのは、地方分権改革の第一歩だと考えられる。

続いて、自治立法権に関する規定については、この規定により元々の「法令の範囲内」で条例制定権を有した地方政府の自治立法権は「法律に反しない限り」という形で大幅に拡大されたといえる。元々は法律だけではなく、大統領令・総理令・府令・公示・行政規則等の規定の制約もあり、これらの行政法令の存在は、条例の制定権の範囲をさらに狭める大きな問題となっていたが、「法律に反しない限り」と改正したことにより克服されたといえる。しかし、元々憲法上には規定がなかった地方自治法二二条但書の内容（権利を制限または義務を賦課する場合は法律の委任が必要である）が憲法上に追加された。これにより従来の憲法と地方自治法の規定を巡る、様々な解釈や異なる見解が生じた問題はとりあえず決着がついたとは言えるだろう。ただ、このような改正が果たして妥当であるかは疑問が残る。韓国の条例論において最大の議論課題のひとつは地方自治法の二二条の違憲性を巡る問題であった。これは単に憲法の条文に地方自治法の二二条但書の規定がないからだけではなく、その規定自体が地方自治の本旨や趣旨に合致せず、地方自治団体の条例制定権を行使の阻害するものであるからこそ削除すべきとの見解が多かった。地方政府の条例制定権について、「法令の範囲内」を「法律に反しない限り」にしたことは、大きな進歩であり、その規定に従って、地方自治法二二条但書も削除すべきである。また、地方自治法二二条但書の規定を憲法上にあえて加える必要がない。改憲案が初めて地方分権を主な内容にするとした際に、筆者は、①憲法一一七条と地方自治法二二条但書を巡る問題、②機関委任事務の廃止及び地方事務の再編成の問題の、最低この二つの問題を何らかの形で解決できると期待したが、どちらについても曖昧な改正であると言わざるを得ない。地方自治団体事務の大半を占め[59]、長年にわたって地方自治団体の負担である機関委任事務の廃止については、本文でも述べている通り学説や多くの自治体がその必要性を唱え[60]、地方分権改革の際に至急で解決を要する課題であったが、今回の改憲案は機関委任事務の廃止については一切言及していない。そして、地方政府の条例制定権を「法令の範囲内」から「法律に反しない限り」へと、その範囲を拡大し

たかと思えば但書が新設され、地方政府の条例制定権の拡大はなかなかに困難であることを改めて実感する。

それでも「地方税条例主義」の導入や国家自治分権会議が新設されたことは評価すべきである。「地方税条例主義」の導入は日々厳しくなっている地方財政の問題を解決しようとする政府の努力の証である。韓国では「地方税条例主義」の導入が日本に比べ著しく遅れているが、これは韓国における地方政府の地位の低さ及び条例制定権の範囲の狭さを表すことでもある。そして、国家自治分権会議が新設されたことも、地方自治の発展や条例制定権の拡大に繋がるだろう。地方自治と関連する法律案は地方政府に直接にかかわる内容であり、地域の事情や特性に通ずる地方政府が、地域の発展に貢献できる内容を多く提案できると考えられる。従来は地域の事情について、文字資料に従い中央が制定を行うため抽象的になりがちであった。地方政府も意見を多く提示できる制度を設けたことにより、中央と地方政府の「対等協力関係」への実現に一歩を踏み出したと言える。そして、より具体性・実効性のある法律案が制定される可能性も高く、地方の状況に相応しい法律の制定を期待できる。

㈡　韓国条例論の今後の方向性

以上、改憲案の内容を紹介し検討を行ったが、ここからは日本がどのような地方分権改革の道を歩んできたかを簡単にまとめておきたい。日本は韓国条例論のモデルであるだけではなく、韓国より一歩早く地方分権改革を始めているので、今後の韓国条例論の発展に与えられる示唆は言うまでもなく多いと考えられる。

1　日本の地方分権改革の歩み

日本では一九九九年七月に成立し二〇〇〇年四月から施行された地方分権一括法によって、これまでの国と地方の関係は抜本的に変化し、条例制定権においても転換点と言えるほど、その範囲が拡大した[61]。地方分権一括法の制定以

前には、機関委任事務が地方自治体の事務の相当部分[62]を占めており、当該事務の執行に当たる地方自治体の機関は規則を制定することはできても、地方自治体は団体意思としての条例を制定することはできなかった。また法律との抵触問題の発生を恐れ、独自性のある条例を制定する地方自治体も少なく、ほぼ国が示す基準に従い、条例を制定してきた[63]。このような状況は、地方分権一括法によって一変した。機関委任事務が廃止され、地方自治体の事務は自治事務と法定受託事務に再編成され、いずれに対しても条例制定権を有するとし、少なくとも条例制定権は形式的に著しく拡大された[64]。そして自治体の事務処理に関する重要な原則として、地方自治に関する立法及びその解釈と運用について、「地方自治の本旨」と「国と自治体の適切な役割分担原則」（地方自治法二条一〇項・一一項）を踏まえ、自治事務について自治体が「地域の特性に応じて当該事務を処理することができるよう特に配慮しなければならない」とした[65]。また、二〇〇七年一一月一六日に公表された「中間的な取りまとめ」では、地方自治体を「地方政府」と位置付け、「地方が主役の国づくり」を実現するため、地方自治体に地方政府の地位に相応しい地方立法権を付与し、地方自治体の事務については、地方自治体が実情に応じて事務を処理するため、自ら具体的な基準を定め、国は当該事務について法律を定める場合、基本設計を示すことにとどまり、制度の詳細設計は地方自治体に委ねる趣旨を示した[66]。これにより自治立法における自治的法解釈・運用原則が明示され、地方自治体の条例制定権は大幅に拡大し、国の関与は原則として法的根拠が求められることとなり、従前の国からの通達は基本的に技術的助言とされた。従って、地方自治体を法的に拘束することはなくなった[67]。第一次分権改革を通じて、条例制定権は少なくとも量的には著しく拡大された。

条例制定権の「量的拡大」を実現してから、次のステップとして、日本は条例制定権の「質的拡大」を目指し、第二次分権改革に取り組み、地方自治体の自治事務に存在する法令による義務付け・枠付けについて緩和しようとした。「義務付け」とは「一定の課題に対処するために地方自治体に一定種類の活動を義務付けること」で、「枠付け」は

「地方自治体の活動について、組織、手続き、判断基準等による制約を義務付ける」ことをいう。[68][69] このような義務付け・枠付けの見直しが必要となったのは、それにより地方の裁量権が阻害されるだけではなく、地方自治体が地域の特性に応じて行政サービスが提供できない問題もあり、また国と地方自治体の間で行われる同意・協議・計画の策定は地方自治体の負担となり、ここにかかるコストや人手、時間が実に膨大であったからである。[70] これらの問題に向け、二〇〇八年一二月八日に公表された地方分権改革推進委員会の第二次勧告において「行政権の分権だけではなく、立法権の分権が不可欠である。このため、条例により法令の規定を『上書き』する規範の範囲の拡大を含めた条例制定権の拡充の必要があり、法制的観点から、地方自治体の自主性を強化し、政策や制度の問題を含めて自由度を拡大するとともに、自らの責任において行政を実施する仕組みを構築することが必要である」とされ、今まで条例による補正が認められていなかったものが義務付け・枠付けの見直しの対象となった。しかし、結論からいうと、義務付け・枠付けの見直しは成功とは言い難い。その最大の原因は第三次勧告以降からなぜか「条例による法令の規定の上書き」から「条例委任」に義務付け・枠付けの見直しの中心が移ったからである。[71] 国は条例による上書きを認めるのではなく、その代わりに「条例委任」を義務付け・枠付けの見直しの主な内容とした。[72] 即ち、国は地方自治体に条例委任を行う際のいくつかの基準を設けたのである。機関委任事務が大半を占め、地方体議会の関与が全く認められなかった時期に比べれば、条例制定権も進歩したと言えるかもしれないが、条例による法令の規定の上書きは失敗し、立法権の分権への期待は挫折した。[73] それでも筆者は立法権の分権を支持する。なぜなら今回の分権改革においては、採用されなかったが、条例による法令の規定の上書きは依然地方自治体の立法自治権を拡大する適切な方法であるからである。その制度的保障については、個別方式と通則法方式が挙げられている。松本英昭は「横断的に、包括的・一般的に、条例による補正などが可能であることの根拠となる法令の規定を設けて、例外となる法令の規定を特に法令で定めることとする制度」とし、通則法方式を積極的に提案している。[74] このように日本は分権改革を通じて、まず

は条例制定権の「量的拡大」を果たしてから「質的拡大」を目指し、その方向性を模索し続けている。

2　韓国条例論のこれからの方向性における示唆

筆者は、韓国も日本の地方分権改革のステップを参考として、まずは条例制定権の「量的拡大」から始め、しばらくは「量的拡大」という目標の実現に集中し、その目標を果たしてから「質的拡大」へ進むべきだと考える。

日本は二回の地方分権改革を通じて、まずは地方自治体の条例制定権の量的拡大を果たし、そして質的拡大に向け、現在も議論を続けている。一回の地方分権改革では理想の段階に近づけない。韓国もまず新設された国家自治分権会議を通じ、地方分権改革における問題点や課題について分析を行い、地方政府の条例制定権の拡大に向け努力を惜しまないことが大事である。日本の場合、第一次分権改革からおよそ七年を経て第二次分権改革にたどりついた。条例制定権の「量的拡大」から「質的拡大」に目を向けるまでにかかった時間である。韓国はまだ真の意味での条例制定権の「量的拡大」すら果たしていない。しばらくの間はまず条例制定権の「量的拡大」を目指し改革を行うべきである。そのためには、改憲案の課題からアプローチし、機関委任事務の廃止と新たな事務配分の基準を設けるところから始めるべきである。それから、現行改憲案の「住民の権利制限・義務賦課」に対する但書の規定を削除し、条例制定権の範囲を拡大すべきである。韓国は三〇年ほどの軍事政権下で地方自治が抹殺された歴史を経て現行憲法が実施されたが、その後も中央政府からの統制はかなり強く、地方政府の条例制定権の範囲は狭く、隣国の日本に比べてその発展がはるかに遅れている。今回の改憲案で「地方分権国家宣言」を持ち出したのは今まで事実上「中央集権国家」と大差がなかったことの自覚を反映したものであると考えられる。従って、長期間このような環境に置かれた地方政府に、大幅に強化した自治権を与えるのは慎重でなければならないとの懸念[75]もあり、曖昧さが残る改憲案になったのかもしれないが、益々多様化・複雑化を遂げている地方行政の実態及び今まで厳しい制限のある中でも制定され

た条例の数[76]と質[77]に目を向ければ、地方政府の能力は十分証明できる。韓国のこれからの地方分権の動きにおいて、大胆な「地方への委ね」が必要であり、それをもって韓国の地方分権改革もようやく新たなステージを迎えることになると考えられる。

五　終わりに

以上で韓国の改憲案について検討を行ってきたが、改憲案は地方政府に拡大された自治権を付与し、条例制定権の範囲を「法令の範囲内」から「法律に反しない限り」へと拡大する等、条例制定権の拡大の可能性を示した。そして、そこにはゆっくりではあるが、地方政府の条例制定権の拡大に向け動き出している、韓国政府の努力が現れている。改憲案が抱えている課題は今後更なる改革及び改正を通じて克服されることが期待される。

本稿は韓国の条例論から出発し、憲法一一七条と地方自治法二二条但書を巡る学説・判例、事務類型、そして韓国二〇一八年改憲案、条例制定権を中心とする日本の二回の地方分権改革について分析を行ってきた。日本の条例論も完璧ではなく、本文で指摘しているように様々な課題を抱えている。しかし、韓国より早い段階から地方分権改革を行ってきたうえに評価できる成果も残しており、韓国がこれからの条例論に発展や地方分権改革において参照できる点は豊富にあると考え、韓国条例論のこれからの方向性に対し示唆を与える点について述べてきた。今後は中国や台湾を中心とする東アジアの条例論に研究の幅を広げていきたい。

（1）　ここで韓国憲法の改正の流れについて簡単に触れておく。韓国憲法は一九四八年七月一日に初めて公布された。大統領と副大統領は国会の選挙（間接選挙の方法）で選ばれ、八月二五日憲法に従い、李承晩を大統領とする韓国政府が成立した。

第一次改憲（抜粋改憲）で、初代大統領だった李承晩は、自分が国会で当選される可能性がないと考え、長期執権のため選挙方法を直接選挙に変え、一九五二年七月四日に憲法を改正した。当時野党からの反発が強く、公告の手続きに反するなど問題点が多くあったが、強制的に改正が行われた。第二次改憲（四捨五入改憲）では、大統領再任は一回に限るとの規定が、初代大統領に限っては適用しないとした。当時国会で投票に参加したのは二〇三人、賛成は一三五人で、三分の二に該当する一三五・三三三名に至らず議決されなかったが、〇・三三は人に該当せず四捨五入すべきとし、無理矢理に改憲が行われた。これを受け、長期独裁執権に対する国民の反発が起こり、四・一九革命により李承晩政権は幕を閉じた。第三次改憲を通じ、大統領制から議員内閣制に変更され、両院制及び地方自治制度が導入された。第四次改憲では、不正選挙に関する罰則規定を新設した。第五次改憲により再び大統領制へ変更された（一九六一年の一六軍事クーデター）。大統領の再任は二回までとし、両院制から一院制になった。初めて国民投票で採択された改憲案でもある。第六次改憲を通じ、大統領再任は三回までとなった。長期執権のための改正だった。第七次改憲（維新憲法）で、朴正熙政権による国家改革が行われた。大統領任期は六年に延長、再任回数に対する制限がなくなり、選挙は間接選挙に変更され、地方議会及び国会による国政監査権が廃止となった。第八次改憲で朴正熙政権は崩れ（一二一二クーデター）、憲法には幸福追求権、環境権が追加され、大統領の任期は七年・間接選挙・再任禁止となった。第九次改正でようやく大統領選挙は国民による直接選挙制となった。任期は五年、再任禁止となり、国会の権限が強化され、憲法裁判所が新設された。なお、憲法の沿革については、韓国国家法令情報センターの沿革法令部分（http://www.law.go.kr/）を参照（二〇一八年八月一日最終閲覧）。

（2）　キムジェソン「韓国地方自治制度の歴史及び現況」記憶展望十四号（二〇〇六）一六二～一六七頁参照。

（3）　ここで地方自治の沿革について説明を加えると、韓国の地方自治法は一九四九年に制定され、一九五二年の地方議会の成立をもって地方自治が始まった。当時、特別市長と都知事は大統領が任命し、地方議会の委員は住民の選挙により選ばれ、市・邑・面長は議会で選挙を行った。地方自治団体長の選挙は一九五六年市・邑・面長直接選挙から一九五八年に任命制と、一九五八年は任命制から一九六〇年に直接選挙となった。一九六一年五月軍事革命委員会により地方議会は解散、地方自治団体長は再び任命制に変更され、三〇年ほど地方自治は中断された。一九八〇年憲法は、地方議会の構成は地方自治団体の財政自立度を考慮し順番に行うとし、その詳しい構成時期は法律で定めるとした。そして、一九八八年に改正された地方自治法がこれを具体化した内容である。そして、地方自治法に基づき、一九九一年に地方議会議員の選挙、一九九五年には地方自治団体長の選挙が行われ、いわゆる地方自治時代が開幕した。また、一九九九年には住民による条例制定・改正・廃止

請求制度及び住民監査請求制度が導入された。二〇〇四年の住民投票法により、地方自治団体の重要な決定事項に対し住民投票が可能となり、地方分権特別法、国家均衡発展特別法なども制定された。二〇〇五年には分権交付税及び住民訴訟制度を導入し、二〇〇六年には住民召喚に関する法律が制定され、住民に地方行政統制権が付与された。特別自治道制度も同年新設された。また二〇一〇年には地方消費税が導入された。なお、地方自治の沿革については、キムソンス『地方自治団体の条例制定権強化に関する研究』（ブギョン大学出版社、二〇一一）一五八～一七一頁を参照。

（4）キム・前掲注（3）・九九頁以下参照。

（5）鄭原昌「韓国における条例制定権の範囲と限界（一）」北大法学論集五八巻四号（二〇〇七）二八四～二八五頁。

（6）キムヨンロク「条例制定権の問題点及び改善方法」土地公法研究四三集二号（二〇〇九）五頁。

（7）李柄烈＝李宗秀「民選地方自治二〇年の自治立法権に対する評価」韓国自治行政学報三〇巻一号（二〇一六）四七～四八頁。

（8）鄭原昌「韓国における条例制定権の範囲と限界（一）～（三・完）」北大法学論集五八巻四号（二〇〇七）二七九～三三三頁、六号（二〇〇八）二〇五～二六五頁、五九巻一号（二〇〇八）一五七～二二二頁。

（9）キムチョルヨン『注釈地方自治法』（韓国司法行政学会、一九九七）一一二頁。

（10）権英生『憲法学院論（改正版）』（博英社、二〇〇一）二〇四頁。

（11）権・前掲注（10）・二〇四頁。

（12）チャンションス『憲法学』（弘文社、二〇〇六）三四四頁、ゾソンギュ「法治行政の原理と条例制定権の関係」公法研究韓国公法学会三三巻三号（二〇〇五）三七三頁。

（13）ゾ・前掲注（12）・三七八頁。

（14）キム・前掲注（3）・一四〇頁、ゾ・前掲注（12）・三八五～三八九頁参照。

（15）ホンゾンソン『地方自治法学（第二版）』（法英社、二〇〇二）二一三頁。

（16）リギウ「条例と法律留保の原則」ヤンスンデュ教授還暦記念論文集刊委員会主編『現代公法及び個人の権益保護』（弘文社、一九九四）三二三頁。

（17）条例自主説は、固有権的自主説と伝来的自主説があるが、いずれにせよ、条例は当該地方自治団体の事務に関して規定している自主法であるとの点では一致している。鄭・前掲注（5）・二九三頁。

（18）鄭原昌「韓国における条例制定権の範囲と限界（二）」北大法学論集五八巻六号（二〇〇八）二一五頁。

（19）国家情報法令センター（http://www.law.go.kr/）を参照（二〇一八年八月一日最終閲覧）。大判１９９５．５．12．宣告９４チュ２８（合憲説）、大判２００９．12．24．宣告０７チュ１４１（区別説）、大判２００９．12．24宣告２００７チュ14（立法政策説）。

（20）趙洪石「地方自治の憲法的保障と条例制定権の限界」リミョング博士還暦記念論文集刊行委員会主編『現代憲法学理論』（考試研究社、一九九六）五一七頁。

（21）憲法合致的解釈の前提となる理解は以下の通りである。条例の本質は行政立法であるにもかかわらず、地方自治団体は国家行政より自由な地位をもっており、その地位を通じ、自治行政権の実現を果たしている。地方自治団体は民主的正当性を有するので、行政立法における一般的委任法理としての具体的委任法理（憲法七五条――大統領は委任された事項及び法律の執行に必要な事項に関して、法律で具体的範囲を定め大統領令を制定できる）は、条例に対しては適用されないことを前提としながらも、地方自治団体の自治立法権においては、民主的正当性をもつ国家立法の国家秩序の統一性を排除できないので、国民の自由と権利を侵害する場合やそれに関わりのある侵害を条例に授権する場合、特別な法律上の根拠が必要であり、委任する場合でも詳しい法律の規定のない条例制定権の付与は、地方自治団体に基本権の侵害を授権できないし、自由及び財産を侵害する授権は特に不可能だと考えている。パクチャンズ「条例制制定権の根拠と範囲」ソウル大学法学五〇巻一号（二〇〇九）四九七～四九八頁。

（22）朴均成『行政法講義（第五版）』（博英社、二〇〇八）九九三～九九四頁。

（23）鄭・前掲注（18）・二一四～二一五頁。

（24）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。

（25）大判63．2．28宣告６３ダ２２、大判１９９３．２．９宣告９２チュ９３参照。

（26）大判１９９５．５．12宣告９４チュ２８参照。

（27）鄭・前掲注（18）・二一五～二一六頁。

（28）大判２０１７．12．５．２０１６チュ５１６２参照。

（29）大判２００６．９．８宣告２００４ド９４７判決、憲法裁判所１９９５．４．20宣告９２憲マ２６４等参照。

（30）幼児教育法七条、小・中等教育法三条参照。

(31) パクユンフン「法治行政の原理と条例制定権の関係」慶喜法学二七巻一号（一九九二）五二～五三頁。
(32) パク・前掲注（21）・五〇三頁。
(33) 地方自治法九条は地方自治団体の事務範囲について定めており、自治事務に関して、①自治団体の区域、組織及び行政管理等に関する事務、②住民の福祉増進に関する事務、③農林、商工業等の産業振興に関する事務、④地域開発及び住民の生活環境施設の設置・管理に関する事務、⑤教育・体育・文化・芸術の振興に関する事務、⑥地域民間防衛及び消防に関する事務等が含まれると規定している。
(34) ジャンテズ『行政学概論』（ヒョンアム社、二〇〇五）九四〇頁。
(35) チャンションス『憲法学』（弘文社、二〇〇六）三四五～三四六頁。
(36) ゾソンギュ「国家と地方自治団体の立法事務権限及び財源配分」公法研究三六集二号（二〇〇七）五〇頁。
(37) ゾソンギュ「地方自治団体間の事務配分」公法研究三二集四号（二〇〇四）四六四頁。
(38) ゾ・前掲注（37）・四六四頁。
(39) ゾ・前掲注（37）・四六五頁。
(40) ゾ・前掲注（37）・四六五頁。
(41) 国民と共に歩む改憲（http://www.n-opinion.kr/?p=1740）を参照（二〇一八年八月二七日最終閲覧）。
(42) ゾ・前掲注（37）・五二～五三頁。
(43) リギウ「地方自治発展のための事務配分の課題」地方自治研究八巻二号（一九九六）二一頁。
(44) リ・前掲注（43）二二頁。
(45) ゾ・前掲注（37）・五二頁。
(46) 福利事務は生活配慮事務から発展してきた概念である。国民に対する行政の全ての給付活動を意味する。ホンギョンソン「条例と侵害留保」考試界四月号（一九九四）三一二頁。
(47) キムナムジン『行政法（二）』（法文社、一九九二）一一六頁。
(48) 鄭・前掲注（5）・二九九頁。
(49) ハンギョンウ『現代行政法（二）』（延世大学出版、二〇〇〇）五九四～五九五頁。
(50) 自然法論が衰退し地方自治団体は国家以前の生命体ではなく国家の創造物であり、その機能も地方自治団体に固有な地方

権ではなく、国から伝来したものであるとする伝来説が支配的になるにつれ、自然法的地方権思想を背景に成り立っていた伝統的な自治事務・委任事務の理論はその区別の実質的根拠を失ってしまったと言える。リサンギュ『新行政法論（下）』（法文社、一九九二）二五五頁。

(51) 崔昌浩『地方自治学』（三英社、一九九六）二五四～二五五頁。

(52) ハン・前掲注（49）・五九四～五九五頁。

(53) 機関委任事務の問題点については、ホンギョンソン『一般行政法学（下）』（博英社、一九九七）一〇六～一〇八頁。

(54) チェスンウォン「条例制定権の範囲と限界」考試界一月号（二〇〇一）一〇八頁。

(55) 地方自治団体が処理できない国家事務に関しては地方自治法一一条で規定している。

(56) 鄭・前掲注（5）・三三三～三三四頁。

(57) 地方分権改革推進委員会「地方公共団体の行財政改革の推進等行政体制の整備についての意見」（二〇〇四）一九～二〇頁。

(58) 川崎政司『地方自治法基本解説（第七版）』（法学書院、二〇一八）一一頁。

(59) キムゼホ「地方自治団体の事務と条例制定権」地方自治法研究四巻一号（二〇〇〇）七五頁。

(60) 崔・前掲注（51）・一〇八頁。

(61) 宮崎正寿「地方分権と条例制定権」地域政策研究四巻一号（二〇〇一）二五頁。

(62) 都道府県事務の七〇～八〇％、市町村事務の三〇～四〇％が機関委任事務であったと言われている。成田頼明監修『地方自治法改正のポイント』（第一法規、一九九九）一四～一六頁。

(63) 鑓水三千男「地方分権と政策法務」千葉大学法学論究二八巻一・二号（二〇一三）二九三～二九四頁。

(64) 鑓水・前掲注（63）・二九六頁。地方自治法二条八項・九項は、地方自治法は自治体が処理する事務の全てを自治体の事務とし、そのうち国が本来果たすべき役割にかかる事務で、国がその適正な処理を特に確保する必要がある事務を「法定受託事務」と定義し、残りは全て「自治事務」とした。

(65) 川崎・前掲注（58）・六六～六八頁。

(66) 地方分権改革推進委員会「中間的な取りまとめ」（二〇〇七）八～一〇頁参照。

(67) 鑓水・前掲注（63）・二九六～二九七頁。

(68) 鑓水・前掲注（63）・二九七頁。

(69) 地方分権改革推進委員会第三次勧告において、見直しの対象とされたものには次のようなものがある。①地方自治体の施設であるにもかかわらず、国が設置・管理の基準を示すもの、例えば、都市公園の面積などの基準、バリアフリー化構造基準、保育所の入所基準、道路使用許可の基準等三二項目、②地方自治体の事務であるにもかかわらず、国が協議、同意、許可などの関与を行うこととされているもの、例えば、地方の有料道路料金変更の許可、山村振興基本方針の協議、県が管理する国定公園の利用許可の同意協議など八一項目、③自治体の事務であるにもかかわらず、多くの計画を策定させ、国の施策に誘導するもの、例えば、様々な類型の地域活性化、港湾・漁師などの公共施設の整備など二二七の計画について策定を義務付け。地方分権改革推進委員会「第三次勧告～自治立法権の拡大により『地方政府』の実現へ～」（二〇〇九）五頁以下参照。

(70) 鑓水・前掲注（63）・二九七頁。

(71) 地方分権推進委員会・前掲注（66）・五～一六頁参照。

(72) 人見剛は「……実現した義務付け・枠付けの緩和は、そうした条例による法令の上書きとは異なり、若干の事務の義務付けを廃止し、あるいは（義務付けられた）事務処理に対する法令上の枠付けを廃止・緩和してその代わりの定めを条例で定める……「条例委任」という方式になった」と評している。人見剛「『枠組み法』研究序説――ドイツの『大綱法』の紹介と検討」自治総研四三八号（二〇一五）五〇頁。

(73) 白藤博行「地域立法自治権の可能性と限界」日本教育政策学年報二〇巻（二〇一三）六二頁。

(74) 松本英昭「自治体政策法務をサポートする自治法制のあり方について」ジュリスト一三八五号（二〇〇九）九五頁。

(75) 国民改憲サイト（https://www.constitution.go.kr/）（二〇一八年八月五日最終閲覧）での反対意見をまとめると主に次の二つに集約される。①地方分権は絶対に必要であるが、地方政府に対する信頼がまだ足りない。②韓国はまだ民主主義が根をおろしたとは言い難く、地方に大きな立法権を与えるのは慎重であるべきだ。

(76) 二〇一八年までに地方政府により制定された条例は計九万七一五一件、二〇一八年四月以降、実施される予定の条例は九万一〇一八件。統計は地方法規情報システム（http://www.law.go.kr/）が提供（二〇一八年八月五日最終閲覧）。単にこの数から見ても、地方政府が独自に条例を制定できる能力を備えていることは明らかである。

(77) ヤンウォンヒ『特色のある自治法、キラキラする行政』（考え共有図書出版、二〇一七）では一四〇個以上の条例が紹介

されているが、地方政府が中央より先に地域の問題に気づき、条例制定を通じ問題を解決し、特定分野の発展を果たしたものである。

李　侑娜（リ　ユウナ）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
専攻領域　憲法
主要著作　「東アジアにおける地方自治制度の比較憲法学的研究」（修士論文）
「地方自治体における条例制定権の限界及び拡大可能性――日本の地方分権改革を中心に」『日本法研究』第四号（二〇一八年）