

(要約)

条例の法的性質と地方議会の法的地位

川端 倅司

本論文は、条例制定権の限界を検討することを通じて、条例の法的性質や地方議会の地位に新たな分析視角を提示することを目指すものである。

日本の地方自治法制は、元来ドイツ法に由来するもので、戦前における条例は、「自主法」として、行政立法と同様の位置付けにあり、その背景には、地方公共団体は「公共団体」あるいは「経済団体」として、非権力的な役割を担うにすぎないという事情があった。しかし、戦後改革によって、アメリカ法の影響を受けるとともに、現在では、憲法 94 条によって地方公共団体に条例制定権が認められ、条例は国会による法律と同様に地方議会による民主的意思形成過程を経ていることから、「自治立法」として、実質的に法律に準ずるものである（条例の「準法律」性）とする理解が一般的である。戦後の条例論に関する研究では、アメリカのホーム・ルール制との比較がなされてきたが、これについては、必ずしも日本の地方自治法制がホーム・ルール制を採用したということとはできず、アメリカ法の影響も必ずしも明確ではないと指摘される。また、現行の地方自治法が定める地方議会の権限には、公の施設の設置・廃止に関する議決や債権放棄議決など一般に立法作用とは考えられないような権限も含まれていることから、これを純然たる立法機関として位置づけることはできない。加えて、「条例が法律に準ずる」という命題についても、条例の処分性が認められる場合や審査基準・処分基準を条例化する場合のように、法律と同視することが難しい局面も存在する。そのため、地方議会や条例に関するこうした差異を踏まえることなく、条例を法律と同視することには問題があると思われる。

そこで、本論文は日本の地方自治制度の基礎となったドイツ法を比較対象とする。ドイツにおいては、今なお条令（以下、*Satzung* の訳語として「条令」を用いる）にも法律の留保が及び、我が国の条例論とは大きく異なるものとなっている。すなわち、条令により基本権を侵害する場合には法律の授権が必要とされるが、条令は住民による選挙を経たゲマインデ議会を通じて制定されることから、法律によって「十分に定められた（hinreichend bestimmt）」というほどに法律の授権の程度が緩和されている。法律の授権を要するのは、ドイツのゲマインデ議会があくまで行政として位置づけられるとともに、ゲマインデ議会によって制定された条令は、特定の利害関係からの距離が十分でないがゆえに、（国家の）議会によって制定された法律と同視することはできず、法規命令と同じく「行政による法定立」とされているためである。一方で、ゲマインデ議会には、住民という「部分国民（Teilvölker）」によって選出されたといった部分的な民主的正統性が認められることから、法規命令よりも法律の規律密度が緩和される。

このように、日本とドイツでは大きく議論の前提が異なることを理由に、条例の法的性質や地方公共団体（地方議会）の法的地位について、比較検討されることは従来少なかった。しかし、日本の条例論においても、戦前や戦後しばらくは、ドイツ法の影響の下、条例は「自主法」とであるとともに、地方公共団体は「公共（事業）団体」であることを前提に、条例に

も法律の留保が及ぶとされてきた。また、後に見るように、戦後、日独両国ともに、地方議会の行政機関・立法機関双方の両義的な地位が問題とされ、地方自治の保障と民主的正統性・法治国原理（基本権保護）との緊張関係をどのように調整していくかという共通の課題に取り組んできたことから、ドイツにおける地方議会や条令に関する議論と比較することによって、これまで自明視されてきた日本の条例の性質や地方議会の地位を再検討する余地が生まれると考えられる。

したがって、本論文は以下のような構成をとる。

まず第1部では、日本法における条例論を取扱う。戦前の日本では、地方公共団体は、公共団体（行政機関）として位置づけられており、条例は「自主法」として、行政立法の一部とされていた（II）。これに対して、戦後の地方公共団体は、「統治団体」として権力的作用を行うことが認められた結果、「条例は法律に準ずる」という説明が一般的になった。しかし、「条例は法律に準ずる」という命題にはバリエーションが存在する。まず、法律の留保においては、①罰則の委任、②条例による財産権規制、③租税条例主義に分かれ、類型①から③にしたがって、地方議会が「立法機関」としての地位を強めていき、条例は法律に匹敵する地位に近づいていくことを示す。

また、憲法94条の「法律の範囲内」においても、こうした法律の「準法律」性が問題となる。徳島市公安条例事件によれば、「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」という判断枠組によって条例と法律の抵触性の審査がなされる。ただし、条例には、①自主条例、②法律実施条例、③委任条例という類型が存在する。とりわけ、②法律実施条例は①自主条例と③委任条例の中間に位置し、その位置付けには学説上もバリエーションが存在する。上記の判例は①を念頭に置いたもので、②法律実施条例や③委任条例については射程が及ばない可能性が指摘されている。すなわち、(1)条例による部分的な上書きを認める説、(2)法規命令・裁量基準よりも条例の適法性を緩やかに認める説、(3)条例を法規命令・裁量基準と同等に見る説などがみられる。そうすると、(1)から(3)にしたがって、条例は行政立法としての性格を強めていき、地方議会は立法機関としてよりもむしろ行政機関に近づいていくとも考えられる（III）。

このように、「条例は法律に準ずる」という内容にはグラデーションが認められ、これに応じて法律の規律密度を検討する必要があると考えられる。その際に最も重要となる憲法原理としての考慮事項は、人権保障と地方自治の保障である。このとき、①人権保障の観点からは、「特定利害関係との距離」が近づくことにより、少数者の権利が侵害される危険が指摘されるほか、②地方議会の「議事機関」としての性格が曖昧であること及びその民主的性格がどのように位置づけられるかという点が検討されなければならない（IV）。

そこで、第2部のドイツ法では、地方自治・民主的正統性・法治国原理（基本権保護）等の諸原理の間でどのように衡量が行われ、法律の規律密度がどの程度求められるかという問題意識の下で、ドイツの条令論を検討する。

本論文では、まず前提として、ドイツの自治理論がどのように歴史的に変遷してきたか、その中でアウトノミー（Autonomie、ここでは主に条令制定権を意味する）がどのように位置づけられてきたかを概観し、ドイツでは地方自治は自治行政（Selbstverwaltung）であって、地方議会は行政機関として、条令制定権は行政による法定立権限として位置づけられていることを確認する。また、ドイツの条令論に関して、判例を見ると、罰則の委任が問題となった事案では地方議会に立法機関としての性質が認められたが、他の事案では地方議会はいくまで行政機関であることから、法律の留保が及び、国民の権利・自由を制限する場合には法律の授權が必要とされている。これは、法治国原理・民主的正統性からの要請に基づくものであり、自治原理との緊張関係が生じる。そのため、次に立法者による自治原理とこれらの原理の衡量義務が問題となる（II）。

第一に、事務配分論の観点からは、現在の日本の事務配分システムに近い、一元的事務配分論を中心に取り上げる。ここでは、主に日本では法定受託事務に相当する、指図書事務の位置付けが問題となる（III）。現在では、指図書事務が自治事務か委任事務かについては、個別規定から実質的に判断するという見解が一般的であるが、何を自治事務とするかを一義的に確定することは困難であって、立法者による判断余地が許されていることから、事務配分論に基づく法律の規律密度の設定は困難ではないかとも思われる。

第二に、民主的正統性の観点からは、戦前、地方自治は「全体国民」を前提とした民主主義に反するとされてきたのに対し、戦後には「分節民主主義」あるいは多元的な民主的正統性が認められるようになった。ただし、地方議会は地域住民という部分的な民主的正統性を有するにすぎず、「特定利害関係からの距離」が近いことから「議会（Parlament）」とは認められていないことを取り上げる（IV）。すなわち、戦前において前提とされていた民主政理解は、国民「全体」による民主政であって、地域住民が行政に参加する地方自治（行政）は、こうした全体性を欠く反民主主義的な制度として位置づけられていた。こうした地方自治の反民主主義的な要素は、戦後においても影響を与え、ベッケンフェルデのような一元的な民主政理解にもつながることとなった。しかしながら、現在ではこうした一元的な民主政理解は変容しており、シュミット＝アスマンをはじめとする多元的な民主政理解が主流となった。もっとも、地方自治に国・州と同等の民主的正統性を認めるまでには至らず、あくまで①国レベルの法律と監督による統制及び②地域住民による選挙という二重の民主的正統性が認められるといった説明がなされるようになった。これは、民主的正統性の観点からは、やはり国民（Volk）の全体性が今なお必要とされており、地域住民は「部分国民」にすぎないこと、また、国家レベルでの不特定性・一般性を欠いていること、つまり、地域住民の利害関係との近さ故の民主的な「距離」の欠如が指摘されたためである。

第三に、法治国原理の観点からは、法治国原理には権力分立に加えて、行政組織について効率的な事務遂行を可能にする組織を構築する要請も含まれ、そこでは、行政の決定内容の正しさや効率性（Effizienz）の観点が必要であるとされていることから、(1)決定内容の合理性、(2)権力分立において、地方議会がどのように位置づけられているかが問題となる。州法

レベルでは地方議会は行政機関であることが前提とされているが、学説においても同様に、地方自治はあくまで行政内部の権限配分の問題とされている。もっとも部分的な民主的正統性や住民との距離の近さを肯定的に捉える立法機関説も存在しているがあくまで少数説にとどまっていることを取り上げる（V）。ドイツにおける通説的な見解は、こうした住民との利害関係からの距離の近さによって、少数者の基本権が不当に侵害される可能性が高いことから、地方議会は立法府ではないとともに、基本権を侵害する条令には法律の授権が必要であるとしている。そうすると、ドイツでは、法治国原理において、地方議会と住民の距離の近さが否定的に捉えられている結果、地方議会によって制定される条令も「行政による法定立行為」としての地位にとどまっていると指摘できる。

これらの地方自治の保障、民主的正統性、法治国原理の各原理間の衡量を通じて、法律の規律密度が定められることになる。中でも法律の留保との関係では、特に基本権を侵害する事項について、法律がどの程度規律していれば、当該事項を定める条令に対する法律の授権があると認められるかという点がしばしば問題となる。ドイツの判例においては、授権法律が基本権の侵害の範囲と限界について定めているかによって判断されるが、侵害の強度によって規律密度は高められうることもされている。これに対し、地方分権の必要性から、そもそも授権を不要とする説や、別の特定の地域事務に付随して規制することを許容し、法律の規律密度を緩和するという説も存在することから、そこではどのように基本権と地方自治の保障のバランスが図られているか取り上げる。それに加えて、法律の優位も条令に及ぶが、地方自治による特殊性は認められていないほか、むしろ法律の留保のレベルで検討されている場合がみられることも示す（VI）。

以上の検討を通じて、本稿では、日独の地方議会の法的地位の相違点として、日本では立法機関としての性格が強いのにに対し、ドイツでは行政機関としての性格が強いことから、条例（条令）の法的性質にも違いが生じている点を指摘する（結語）。

(1) まず日独における地方議会の地位の違いは、部分的な民主的正統性や地域の利害関係との距離の評価の違いに起因する。ドイツにおいては、地方議会を「立法機関」として位置づけることにはかなり慎重な立場が根強いことを念頭に置くと、翻って日本の地方自治理論においても、なぜ地方議会に立法権が認められ、国会と同じ立法機関に位置づけられるのか、また、なぜ「条例が法律に準ずる」とされているのかという前提を再検討する余地がある。その際、地方自治と民主的正統性・法治国原理との緊張関係をどのように調整していくかという点が日本でも同様に問題となるほか、日本の地方議会も行政機関としての性格を帯びていることからすると、ドイツの地方議会に関する議論も十分参照するに値すると考えられる。

(2) また、地方議会が立法機関としてだけでなく、行政機関としての性質も有するという点は、条例と法律の留保・法律の優位の関係に対しても影響をもたらすと考えられる。その際、①自主条例、②委任条例、③法律実施条例、それぞれの場合に分けて、以下のように日本の条例論を整理できる。

まず①自主条例においては、条例による財産権規制の場面で見られたように、地方議会は立法機関として位置づけられ、条例は国民の権利や自由を侵害する根拠となるという意味で「法律に準ずる」とされた。ここで問題となっているのはむしろ条例という形式単独でも権利侵害の根拠規範となるということであるため、条例には法律と同様の法規創造力が認められるという方が正確である。自主条例の場面では、条例の法規創造力が認められる以上、条例に対する法律の留保は問題とならない。また、法律の優位に対応する形で、憲法 94 条は、むしろ国と地方公共団体間の立法権限の競合の問題とする理解にもつながりうる。ただし、判例では法律と条例が抵触しているかの判断に際して、基本権や地方自治の保障という観点が考慮され、法律の規律密度が設定されている。

次に、②委任条例や③法律実施条例の場合には、地方議会は行政機関に近いものとして位置づけられ、法律としてよりもむしろそれぞれ法規命令や行政規則に近いものとして理解されることになる。条例の法規創造力については、いずれもあくまで法律の枠組みの範囲内で、当該法律の要件又は基準を規律するにすぎず、地方議会に立法権限が専属するわけではないことから、条例の法規創造力が否定される。このように、条例の法規創造力が否定されると、条例に対しても法律の留保や法律の優位が適用される。法律の留保については、その範囲や法律による授権の程度が必ずしも明らかではないが、少なくとも罰則の委任における議論では、人権保障の観点から法律による授権を要するとされたのに対し、地方議会の民主的性格から白紙委任的な規定であっても許容された。一方で、財産権をはじめとする人権保障の観点から法律の規律密度が高められる可能性もある。また、法律の優位については、徳島市公安条例事件の射程はあくまで①自主条例のように、地方議会が立法機関として、立法権限が競合した場面にとどまり、②委任条例や③法律実施条例の適法性判断には及ばない。

これに対して、ドイツにおいては、条令に対しても法律の留保や法律の優位が及ぶとされてきた。これは地方議会が行政機関であることを前提として、条令は国民の権利・自由を侵害する根拠となる「法律」としての属性が認められていないということであり、厳密には条令の法規創造力が認められていないということである。また、法律の留保の場面においては、罰則の委任については白紙委任的な規定でもよいとされていた一方で、基本権を強度に侵害すればするほど、法律による規律密度が高められなければならないという理解がされていた。そうすると、日本の条例論においても、特に地方議会が行政機関に近いものとして位置づけられる②委任条例や③法律実施条例の場面で、ドイツにおける条令論を参考にすることができるとも考えられる。とりわけ条例に対する罰則の委任に関する日本法の議論は、ドイツの判例・学説とかなり類似している。また、日本の②委任条例や③法律実施条例について、例えば、法律の内容の一部を書き換える条例を制定した場合、法律の優位の問題として捉えられうるが、これについては、条例が規律する部分については法律による授権が存在しないという法律の留保に則した説明も可能であり、いずれにしても法律の規律密度がどの程度であるかが問題となることは変わらない。これと併せてドイツにおいても法律の優

位のレベルの問題が法律の留保のレベルの問題としても扱われていることも考えると、結局のところ、条例（条令）に対する法律の規律密度が問題となり、基本権保護や地方自治の保障と法律の規律密度の相関関係に関してはドイツの条令論も参考にできるのではないかとと思われる。

一方で、①自主条例の場合においても、ドイツの条令論を参照することができるかについては慎重な判断を要するが、少なくとも日本の条例論で見られるような国・地方との間でどのように役割を分担するか、あるいは、人権保護の観点から法令の規律密度を引き上げるといふ発想は、法律の規律密度に着目するドイツにおける重要事項留保説を前提とした条令論とも親和的なものであるとも考えられる。

(3) そこで改めて日本とドイツの地方議会や条例（条令）に関する議論を比べると、ドイツにおける地方議会の民主的正統性については、不特定性・一般性が認められている一方で、領域が限定されていること（全体性の欠如）を理由として、連邦・州議会ほどの民主的正統性は認められていない。しかし、日本では地方議会の民主的正統性が不完全であるという議論はほとんど見られず、地方議会に立法機関としての地位が認められていることから、地方議会の民主的正統性を不十分とすることは必ずしも妥当しないように思われる。

これに対し、ドイツで見られたように、法治国原理の中でも、内容的合理性の観点からは、より地域の利害関係が反映されやすいために「偏った判断へのおそれ」が生じることから、特に基本権を侵害する事項については、地方議会に委ねることができないとする余地もある。他方で、日本でも議論されているように、地方公共団体の認知的・試行的先導性を考慮すると、むしろ地方議会に委ねた方が利害調整の観点から最適化され、内容的合理性が認められる事項も考えられる（例として公害行政、消費者保護など）。

そうすると、日本においても決定の内容的合理性をどのように制度的に確保するか、それを誰が決定するのが適切かというドイツ法の議論は参考に値し、日本の条例論、とりわけ「適切な役割分担」原則との関係で、こうした「決定の内容的合理性」を求める機関適正や本質性理論の考え方をを用いることが考えられる。このとき、必ずしも地方自治が補完性原理に基づく地方分権を意味するわけではないことからすると、少なくとも基本権については少数者保護の視点から、原則として国家が判断すべきなのではないかと思われる。そのため、罰則の委任のような類型や、財産権規制や地方税における議論で見られた法律の規律密度の強化という手法も考えられる。

その際、ドイツの学説、特にシュミット＝アスマンが用いていた「距離（Distanz）」概念も参考に値する（E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2004, S. 44-45）。ここでいう「距離」には民主的正統性から導かれる民主的距離と法治国原理から導かれる法治国的距離が存在する。民主的距離は特定利害関係からの距離を要求しており、これは「国民（Volk）」が不特定一般であることが根拠となっている。もともと、日本では地方議会に立法機関としての性格が認められているように、住民による選挙によ

って選ばれた地方議会も国や州の議会と同じく民主的距離の要件が満たされると思われる。これに対し、法治国的距離からも、地方議会と住民の距離が近く、地域の利害関係が反映される点が特に問題となるが、民主的距離とは異なり、最終的には、こうした利害関係がバランスの取れた判断をもたらすかという問題に収斂していくと思われる。日本では、地域との近接性が肯定的に捉えられ、地方公共団体は統治団体として、地方議会は立法機関として国民の権利や自由を制約する条例を制定できるのに対して、ドイツでは、こうした地域の利害関係と決定過程の近さを慎重に捉える結果、条令単独による基本権侵害を認めていないという点に大きな違いがある。このようなドイツの条令論は、一見すると地方自治の保障が不十分であるとも評価されうるが、基本権保護の場面では、むしろ地方自治や地方分権のデメリットの側面を示唆するものとして、十分参考にすることができると考えられる。そこでは、基本権保護と地方自治の保障のバランスの問題が依然として残り続けるが、現実の法制度ではどのようにバランスをとられているのかという実証的な点も含め、引き続き研究の対象としたい。

(4) 以上に述べた決定の質の確保や「距離」保障という観点は、既に述べた委任条例・法律実施条例の解釈論にも有用であると思われる。

委任条例・法律実施条例においては、「地方自治の本旨」や「適切な役割分担」原則から、条例による上書きを認め、あるいは法律を標準的な規定として解釈する見解がみられる。もっとも、こうした解釈に対しては、何が「適切な役割分担」といえるかが不明確であることから、地方分権的な解釈が一律に適切な役割分担原則を実現するとはいえないように思われる。確かに地方自治の保障も法律の規律密度を判断する際の考慮要素として認められるが、同時に少数者の人権保護や他の憲法原理との調整も図られなければならない。そうすると、「適切な役割分担」原則においても、国・地方公共団体の間に機関適正論を参照し、「決定の質」や地域の利害関係との「距離」の近さという見方を取り入れることも考えられる。その場合、従来、水平的な権力分立を念頭に議論されてきたドイツの機関適正論を、(日本の)地方自治においてそのまま援用することは慎重でなければならないものの、「決定の質」の確保や地域の利害関係との「距離」が近づきすぎることを防ぐという観点から、委任条例や法律実施条例においても、特に国民の権利や自由を侵害するときには、法律による授権を必要としたうえで、法律の規律密度が高く設定されることも考えられる。その際、法律の規律密度がどの程度であれば十分とされるかは、基本権侵害の内容や程度によっても異なりうるが、少なくとも侵害の範囲や限界という枠組みを法律によって定めることになる。

また、法定受託事務については、これに近い性質を有するドイツの指図事務の学説と比較したとき、従来の委任事務のように、国の行政機関の一部として、法規命令と同様の規律密度が必要とされるかが問題となる。地方議会の法的地位からみれば、従来は法規命令や裁量基準で定められていた内容を委任条例や法律実施条例として定めたような場合には、地方議会は立法機関としてよりもむしろ行政機関に近い地位でこれを制定したともいえる。このように行政機関としての性格が強くなる場面では、自主条例よりも法律の規律密度を高

く設定することや、法規命令・裁量基準における判断枠組みに近づけた解釈を行うことも考えられる。