

第5章 自治立法

第5章 自治立法

第1節 自治立法制定権の根拠

1 地方議会と条例制定権

1961年に地方自治が停止され、「地方自治に関する臨時措置法」の規定により地方議会の権限を上級行政庁が代行するようになって以来、1988年の地方自治法第6次改正により地方議会が復活するまでの間は、自治立法制定権についても上級行政庁の関与が課されていた。すなわち、広域自治団体である市・道の条例については内務部長官の、基礎自治団体である市・郡・自治区の条例については市・道知事の承認が、それぞれ必要とされていた。

1991年に実施された地方議会議員選挙により30年ぶりに議会が復活した結果、この上級行政庁による承認は不要となり、地方自治団体の自治立法権についてもようやく地方自治が停止される以前の状態に復した。

2 条例制定権の法的根拠

条例、規則等の自治立法制定権の根拠は憲法及び地方自治法に求めることができる。

まず、憲法第117条第1項では、「地方自治団体は、住民の福利に関する事務を処理し、財産を管理し、法令の範囲内で自治に関する規定を制定することができる」と規定し、「法令の範囲内」という留保のもとに自治立法権を保障している。

これを受け、地方自治法第28条では、「地方自治団体は法令の範囲内でその事務に関し条例を制定することができる」と規定し、条例制定権の実定法上の根拠となっている。

なお、規則についても地方自治法第29条で「地方自治団体の長は法令や条例の範囲でその権限に属する事務に関し規則を制定することができる」と規定しているところである。

第2節 条例の制定手続

1 議会の議決等

条例の制定及び改廃は、地方議会の議決事項となっている（地方自治法第47条第1項第1号）。

条例案が地方議会で議決されたときは、議長は議決の日から5日以内に当該地方自治団体の長に移送し、移送を受けた地方自治団体の長は20日以内にこれを公布しなければならない。また、地方自治団体の長は当該条例案に対して異議があれば、移送の日から20日以内に理由を付して地方議会に還付し再議を要求することができる。ただしこの場合、条例案の一部のみの再議や修正案の再議は要求することができない（地方自治法第32条第1項～第3項）。

再議要求を受けた地方議会は条例案を再議に付すこととなるが、在籍議員の過半数の出席と出席議員の3分の2以上の賛成により従前と同じ議決をした場合はその条例案は条例として確定する。なお、地方自治団体の長が条例案の移送を受けてから20日以内に公布も再議要求もせず不作為により20日の期間が経過した場合であっても、当該条例案は条例として確定することとされている（地方自治法第32条第4項、第5項）。

2 公布

再議され確定した条例や地方自治団体の長の不作為により期間が経過した条例は、地方自治団体の長が遅滞なく公布しなければならない。この場合において、条例が確定したとき（再議後確定した条例は移送を受けてから）から5日以内に長が公布しないときは、地方議会の議長がこれを公布することとされている（地方自治法第32条第6項）。

条例に効力発生日の規定が明記されていない場合は、公布の日から20日が経過した日からその効力が発生する。公布の方法については、当該地方自治団体の公報に掲載して行うことが定められている。ただし、地方議会の議長が公布する場合は、公報若しくは日刊新聞への掲載又は掲示板に掲載して行うこととされている（地方自治法第32条第8項、第33条第1項）。

なお、公布日は、公報や新聞の発行日又は掲示板への掲載日である旨が明定されている（地方自治法施行令第31条）。

3 報告

条例や規則を制定及び改廃する場合、条例は地方議会から移送される日から5日以内に、規則は公布予定日の15日前までに、市・道知事は行政安全部長官に、市長・郡守及び自治区の区庁長は市・道知事にその全文を添付して、それぞれ報告しなければならない。報告を受けた行政安全部長官は、これを関係中央行政機関の長に通知しなければならない（地方自治法第35条）。

4 条例・規則審議会

地方自治団体の長が条例・規則を制定、改廃及び公布等をしようとする場合に、次の各号の事項を審議・議決するために、長の所属下に条例・規則審議会を置くこととされている（地方自治法施行令第28条第1～2項）。

- (1) 地方自治団体の長が地方議会に提出する条例案
- (2) 地方議会の議決を経た条例公布案。ただし、地方自治団体の長が地方議会に提出し、原案議決された条例公布案は除外される。
- (3) 地方自治団体の長が制定・改正・廃止する規則案
- (4) 予算案、決算案その他地方議会に提出する案件中、地方自治団体の長が審議会の審議・議決が必要と認めた事項

条例・規則審議会の議長には地方自治団体の長が、副議長には副知事、副市長、副郡守、副区庁長が充てられ、委員は室長・局長又は室長・課長が充てられる。（地方自治法施行令第28条第2項）

審議会の会議は議長、副議長を含む在籍委員の過半数の賛成により議決する。（地方自治法施行令第28条第3項）

5 住民参加

地方自治法の全部改正（2022年1月施行）により、住民の直接参加を保障し地方行政の民主性と責任性を向上することを目的として住民条例発案制が導入された。改正された地方自治法には、目的規定に住民の地方行政への参加が明記されるとともに、住民が議会に直接条例案を発議できることが規定されるなど、住民主権の強化に向けた措置が盛り込まれた（地方自治法第1条、第19条）。

なお、これまで住民条例請求に関する事項は、地方自治法及びその下位法令で規定されていたが、全部改正に伴い、別途「住民条例の発案に関する法律」が制定（6章第3節参照）され、改正地方自治法と同時に施行された。

第3節 法的特徴

1 日本の制度との比較

韓国の地方自治法における条例及び規則に関する規定は、概ね日本の地方自治法の規定と類似はしているが、異なる点もいくつか見られる。

第1に、条例制定範囲の限界についてである。これに関し、日本の地方自治法では「...法令に違反しない限りにおいて条例を制定することができる」(第14条第1項)と規定しているのに対して、韓国の地方自治法は「...法令の範囲内において条例を制定することができる」(第28条第1項)と規定しており、立法範囲と自立性において、文理上、より限定されたものとなっている。

第2に、住民の権利制限及び義務賦課についてである。日本の地方自治法では「...義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない」(第14条第2項)と規定し、必要的条例事項である旨を明記しつつ自治体任意の条例制定を前提としているのに対して、韓国の地方自治法では「...住民の権利の制限若しくは義務の賦課に関する事項又は罰則を定めるときは法律の委任がなければならない」(第28条第1項ただし書)と規定し、住民の権利制限及び義務賦課には法律の委任を要することとされている。

第3に、罰則規定の付与についてである。日本の地方自治法では、「...条例に違反した者に対し、2年以下の懲役若しくは禁固、100万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は5万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる」(第14条第3項)と規定し、条例に秩序罰だけでなく刑事罰も置くことができるとされている。これに対して韓国の地方自治法では、上述のように「...罰則を定めるときは法律の委任がなければならない」(第28条第1項ただし書)とし、刑事罰については法律の委任を要することとしており、自治体の任意で付与できるのは行政秩序罰である「1,000万ウォン以下の過怠料」のみである(第34条第1項)。

第4に、規則の制定についてである。日本の地方自治法では「普通地方公共団体の長は、法令に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則を制定することができる」(第15条第1項)としているのに対して、韓国の地方自治法では「地方自治団体の長は、法令又は条例の範囲内においてその権限に属する事務に関して規則を制定することができる」(第29条)とし、長の規則制定権についても法令又は条例の範囲内に制限している。

第5に、広域自治団体の条例と基礎自治団体の条例の関係である。地方分権一括法による改正前の日本の地方自治法では、都道府県が市町村の行政事務に関して必要な規定を設けることができ(いわゆる「統制条例」)、これに違反する市町村条例は無効とされていたが、現行の規定ではこれが削除された。これに対して韓国の地方自治法では、「市・郡及び自治区の条例又は規則は市・道の条例又は規則に違反してはならない」(第30条)としており、一般的に広域自治団体の条例の優位性を規定している。

以上をまとめると、次の表のとおりとなる。

〈図表 5 - 1〉 自治立法権に関する日韓比較

区 分	韓国の地方自治法	日本の地方自治法
条例の制定範囲	地方自治団体は、法令の範囲内において条例を制定することができる（第 28 条第 1 項本文）。	普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第 2 条第 2 項の事務に関し、条例を制定することができる（第 14 条第 1 項）。
権利制限・義務賦課に関する条例の制定	住民の権利の制限若しくは義務の賦課に関する事項又は罰則を定めるときは法律の委任がなければならぬ(第 28 条第 1 項ただし書)。地方自治団体は、条例で条例違反行為に対して 1,000 万ウォン以下の過怠料を定めることができる（第 34 条第 1 項）。	普通地方公共団体は、義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない。（第 14 条第 2 項）
条例違反に対する罰則規定	地方自治団体の長は、法令又は条例の範囲内において、その権限に属する事務に関して規則を制定することができる（第 29 条）。	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ほか、その条例中に、条例に違反した者に対し、2 年以下の懲役若しくは禁錮、100 万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は 5 万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる。（第 14 条第 3 項）
長の規則制定権	（規定なし）	普通地方公共団体の長は、法令に違反しない限りにおいて、その権限に属する事務に関し、規則を制定することができる。（第 15 条第 1 項）
規則違反に対する罰則規定	市・郡及び自治区の条例又は規則は市・道の条例又は規則に違反してはならない。（第 30 条）	普通地方公共団体の長は、法令に特別の定めがあるものを除くほか、普通地方公共団体の規則中に、規則に違反した者に対し、5 万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる。（第 15 条第 2 項）

広域自治団体の条例と基礎自治団体の条例の関係		項) (規定なし)
------------------------	--	------------------

2 条例制定権の範囲を巡る法的問題と解釈

前述のとおり、韓国の地方自治団体の条例制定権の範囲は、法の文言上、日本と比較して、より限定・制約されたものとなっている。

これらの規定に対しては、韓国内においても議論があるところであるが、現実の判例を見ると、柔軟性のある法解釈などにより、法体系の理論的整合性を図りつつ多少なりとも地方自治団体の条例制定権を保障しようとする傾向が見られる。

(1) 対象となる事務

地方自治団体が制定できる条例の対象となる事務は、自治事務と団体委任事務とし、機関委任事務については法令に委任された範囲内でのみ認められるとした次のような大法院の判示がある。

「地方自治法第 15 条、第 9 条（※現在の第 28 条、第 13 条）によれば、地方自治団体が自治条例を制定することができる事項は地方自治団体の固有事務である自治事務と個別法令によって地方自治団体に委任された団体委任事務に限り、国家事務が地方自治団体の長に委任された機関委任事務は原則的に自治条例の制定範囲に属さないもので、ただし機関委任事務においてもそれに関する個別法令で一定の事項を条例によって定めるように委任している場合には、委任を受けた事項に関して個別法令の主旨に符合する範囲内でいわゆる委任条例を定めることができる」
 (大法院 2000 年 5 月 30 日公園条例改正条例案無効訴訟判決)

(2) 法令の範囲内

「法令の範囲内において」条例を制定できると定めた地方自治法第 28 条本文の規定については、いわゆる法の先占領域での条例制定の可否を巡る問題がある。これについては生活保護法（1999 年 9 月「国民基礎生活保護法」の制定により廃止）の「上乘せ条例」に相当する条例について、同法の規定に矛盾抵触せず、「法令の範囲内」とした判例がある。即ち生活保護法で生計費支援の対象とならない「自活保護」の対象者の中で、事実上生活が困難な者等一定要件を満たす者に対して、生活保護法とは別途に、同法に準ずる生計費を支援する内容の条例に対して、次のように判示し、これを認めたものである。

「地方自治団体は、法令に違反しない範囲内でその事務について条例が制定できるのであり、条例が規律する特定事項に対してそれを規律する国家の法令が既に存在している場合でも、条例が法令と別途の目的を期して規律することを意図するもので、その適用のために法令の規定が意図する目的と効果を全く阻害することがないとき、又は両者が同一の目的から出発したものであるとしても、国家の法令が必ずその定めにより全国にわたって一律に統一した内容を規律しようとする趣旨で

はなく、各地方自治団体がその地方の実状に合うように別途規律することを容認する趣旨であると解釈されるときは、その条例が国家の法令に違反するものではない。」（大法院 1997 年 4 月 25 日低所得住民生計保護支援条例案議決無効確認訴訟判決）

（3）法律の委任

地方自治法第 28 条ただし書は、権利制限・義務賦課に関する条例の制定には法律の委任が必要とする旨の規定を設けているが、これについては、憲法で「地方自治団体は…法令の範囲内で自治に関する規定を制定することができる」（第 117 条第 1 項）と定めていることから、当該規定が違憲か合憲かについてかねてから争いがあるところである。これに対して大法院では次のように判示してこれを合憲としている。

「地方自治法第 15 条（※現在の第 28 条）は、原則的に憲法第 117 条第 1 項の規定のとおり地方自治団体の自治立法権を保障しつつ、そのただし書で国民の権利制限・義務賦課を規定する条例の重大性に照らし立法政策的考慮により法律の委任が必要と規定しているところ、これは基本権の制限に対し法律留保原則を宣言した憲法第 37 条第 2 項の趣旨に符合しており、条例制定における上記のような場合に、法律の委任根拠を必要とすることは違憲性があるとはいえない。」（大法院 1995 年 5 月 12 日「全羅北道共同住宅入居者の保護のための条例案無効確認訴訟判決」）

一方、地方自治法第 28 条ただし書の解釈についても、大法院は、要件である「法律の委任」の意味を柔軟に解釈することにより、自治団体の条例制定権に多少の融通性を与え、次のように判示している。

「法律で条例に委任する方法については、法律上の制限はない。条例の制定権者の地方議会は、選挙を通じて地域的な民主的正当性を持っている住民の代表機関である。憲法第 117 条第 1 項は、地方自治団体の総合的な自治権を保証している。したがって、条例に対する法律の委任は、法規命令に対する法律の委任のように、必ず具体的に範囲を定める必要がない。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ないまま、条例で定めるように包括的に委任した場合にも、地方自治団体は、法令に違反しない範囲内で、住民の権利義務に関する事項を条例で制定することができる。」（大法院（日本の最高裁判所に該当）及び憲法裁判所はいずれも 2017 年 12 月 5 日京畿道教育庁電磁波脆弱層の保護条例案再議決が無効であると判決した。）

このように、現実の法解釈においては柔軟性のある運用がなされてはいるものの、行政学会や地方自治関係者の間では、そもそも地方自治法の規定自体を改正し、地方自治団体の条例制定権を明文法規で保障すべきという意見が強い。