

ドイツにおける条例制定権の 限界に関する理論状況

渡 邊 互

目次

問題の所在

1. 予備的検討 —— ドイツにおける自治行政の保障
2. 基本法 28 条 2 項の制定過程
3. 条例制定権の限界に関する判例の展開
4. 条例制定権の限界に関する学説の状況

まとめ

問題の所在

日本国憲法 94 条は、地方公共団体が「法律の範囲内」で条例を制定できる旨を規定している。比較法的な観点からは、ほぼ同時期に制定された 1949 年のドイツ連邦共和国基本法（以下「基本法」という。）28 条 2 項 1 文に《ゲマインデには、地域的な団体のすべての事項について、法律の範囲内¹で、自らの責任において規律する権利が保障されていなければならない（Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.）》という規定があり、そこに含まれている条例制定権の限界を画する同様の文言が注目される。もっとも、この文言をめぐって展開されている議論のあり様は、わが国のそれとは大きく異なる部分があることには注意を要する。

第一に、改めて指摘するまでもなく両者の規定の間には、基本法の制定時に日本国憲法が参照ないし継受されたといった直接的なつながりがあるわけではない。基本法 28 条 2 項は、ドイツ憲法に伝統的な「自治行政 (Selbstverwaltung) の権利」を保障した規定にほかならない。自治行政の概念は、19 世紀前半における近代的な地方自治の成立を起源とするが、同世紀後半、P・ラーバントに代表される実証主義的な国法学の影響により住民参加という要素がとり除かれた結果、様々な公的団体一般の自治を表わす概念へと発展した¹。たとえば、戦後の代表的な行政法概説書が、「自治行政とは、それ自体は国家の任務を、団体、営造物、財団が遂行することである」² とするのは、こうした展開を受けてのことである。

第二に、基本法下の連邦憲法裁判所判例において、自治行政の権利にもとづき制定される条例 (Satzung) が法律の留保 (議会留保) に服するという法理が成立した (3 (1) 参照)。今日の条例制定権の限界をめぐる議論における到達点は、例えば、行政法各論の概説書における次のような説明にみることができる³。

《条例が自由と財産を侵害し、または侵害を授権する場合には、法律の特別な根拠が必要とされる。いわゆる古典的な侵害留保は、つまり条例にも妥当し、侵害の種類および方向を示す法律上の基礎を要求するのである。このように法律が「授権プログラム」に対して明確性を要求していることは、ゲマンインデが独自の事務において条例を制定することができるとするゲマンインデ規則の一般的な規

凡例： 本稿では、《 》は他の文献からの引用、または、その要約を示している。
[] は著者による補足を示している。 ウェブサイトの閲覧日は、すべて 2017 年 10 月 31 日である。

- 1 この経緯については、渡邊互「条例制定権の限界の根拠としての基本的人権 日本とドイツにおける議論の比較法的考察」憲法論叢 13 巻 (2006 年) 153 - 180 頁参照。
- 2 E. Forsthoﬀ, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1973, S. 478.
- 3 E. Schmidt-Aßmann/H. Christian Röhl, in: E. Schmidt-Aßmann/F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2008, 1. Kap. VII 1b, Randnummer 96.

定（一般的な条例条項）によって充たされるものではない。》

この一節は、要するに条例制定に対する侵害留保原則を説いたものであり、実質的に見れば、わが国では「大阪市売春勧誘行為禁止条例事件」（最判昭和 37 年 5 月 30 日刑集 16 卷 5 号 577 頁）や「奈良県ため池条例事件」（最判昭和 38 年 6 月 26 日刑集 17 卷 5 号 521 頁）などにおいて問題となった論点に関わる原則が示されているとみることができる。もっとも、上記の説明からも明らかなように、議論の前提には条例制定の性質が行政であるというわが国では必ずしも一般的とは言えない認識があることが注目される。さらに、条例への法律の授権に対する明確性、すなわち、《侵害の種類および方向を示す》という一定の規定内容が要求されているという点にも、わが国ではあまり議論されていない法律と条例の関係にかかわる論点をみることができよう。

以上のように、「法律の範囲内」の解釈をめぐるドイツで展開されている議論の理論構成や結論には、わが国との大きな相違が見られることは確かであるが、そこにおける理論状況を検討することにより、わが国で必ずしも十分に探究されていない条例制定権の限界をめぐる重要な論点を明らかにすることができるように思われる。後に詳しく見るように、奈良県ため池条例事件において最高裁が本件条例を合憲とした理由は、その規制対象が《憲法で [.....] 適法な財産権の行使として保障されていないもの》であることに求められており、一般的に、どのような条件の下で条例が自由と財産という基本権を侵害できるのか、という点に正面から答えているとはいえない。また、大阪市売春勧誘行為禁止条例事件では、条例は《国民の公選した議員をもつて組織する国会の議決を経て制定される法律に類するものである》とする一方、《条例によつて刑罰を定める場合には、法律の授権が相当な程度に具体的であり、限定されて》いること、すなわち授権の明確性を求めているが、その程度や根拠は十分に明らかにされていないといわざるをえない。

ドイツにおける条例制定権の限界をめぐる議論を検討することは、まず、

以上のような、わが国の判例において未解明の問題を探求するにあたって参考になると考えられる。もっとも、条例は《広く所管とされた事務全般に及び》として、《個別の法令の授権なしに、住民の基本的人権などの制限をその内容とすることができる》とみる、わが国の有力な見解によれば⁴、先に引用したドイツの見解自体、過剰に条例制定権を制限するものと捉えられるかもしれない。しかし、ドイツにおける理論状況を観察するならば、そこには「法律の制定を通じて、国民の人権を国家権力から保護する」という近代立憲主義の重要な原則に忠実な態度が見られるのであって、理論構成の違いを超えてわが国においても参照に値する法理が含まれていると考えられる。

こうした問題意識のもと、本稿では、ドイツにおける条例制定権の限界をめぐる理論状況について、まず、予備的考察として基本法の下での自治行政およびその保障のための法制度について、それが成立した経緯を含めて概観したうえで（1、2）、条例の法律適合性をめぐる判例および学説の展開について検討を加えてゆくことにしたい（3、4）。

1. 予備的検討 —— ドイツにおける自治行政の保障⁵

今日のドイツでは、地域をその一要素とする統治作用をもった団体は、「地域団体（Gebietskörperschaft）」⁶、「自治団体（Kommunalkörperschaft）」⁷あるいは単に「自治体（Kommune）」などと呼ばれる。これには、まず、わが国における市町村に相当する「ゲマインデ（Gemeinde）」（2017年現在 11,253）がある。このゲマインデは、原則として「郡（Landkreis）」（州によっては、単に Kreis と呼ばれる。同年現在 294）に属

4 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）565頁。

5 「1. 予備的検討」と同様の説明は、渡邊互「ドイツにおける国と地方の関係」比較憲法学研究 16号 12-17頁（2004年）にもあるが、本稿では内容をアップデートするとともに若干加筆している。

6 Z. B. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 23 I (S. 583).

7 Schmidt-Aßmann/Christian Röhl (Fn. 3), 1. Kap. I, Randnummer 1.

する。ただし、ゲマインデが人口について一定の要件を満たすと、原則として「郡独立市 (kreisfreie Stadt)」(同年現在 107) として、通常のゲマインデと郡の権限を併せもつ特別の地位を有するゲマインデとなることができる⁸。これらの自治体には、(1) 基本法 28 条 2 項、(2) 州憲法、(3) 州の地方自治法という 3 つの法的レベルで「自治行政の権利 (Recht der Selbstverwaltung)」が保障されている。

(1) 基本法 28 条 2 項

基本法 28 条 2 項は「自治行政の権利」を保障しているが、その内容には、同条同項の《地域的な団体のすべての事項について、法律の枠内で、自らの責任において規律すること》⁹ に加えて、その前提である、自治行政の権利をもつゲマインデの存在の保障も含まれると考えられている¹⁰。さらに、自治行政を侵害する行為の差止めといった、その保障に必要な種々の法的保護も本条から引き出され、それは上にみた憲法訴訟によって実現される¹¹。

自治行政の対象は《地域的な団体のすべての事項》であり、それは、連邦憲法裁判所の見解によれば、《地域社会に由来する、あるいは地域社会の特有のつながりをもつ必要や利益、つまり、ゲマインデの住民に、まさにそれ自体として、つまりゲマインデにおいて人間がともに居住し、生活

8 これらの自治体の政治組織のあり方は、各州の立法に委ねられており、伝統的に北ドイツ型、南ドイツ型、参事会型、首長型の 4 種類に整理されてきた。ただし、1990 年代に入り、議会と長がそれぞれ選挙で選ばれ、長を行政のトップとする「南ドイツ型」が主流となっている。また、このほかの地域団体として、複数の自治体がその事務を共同して行うために設立する事務組合が存在するが、これらの点について本稿で触れている余裕はない。

9 これは、制度的保障説の立場から「客観的法制度保障」(Objektive Rechtsinstitutionsgarantie) と呼ばれることがある。Vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., 1983, § 12 II 4b.

10 これは、制度的保障説の立場から「制度的法主体保障」(Institutionelle Rechtssubjektsgarantie) と呼ばれることがある。Vgl. Stern (Fn. 9), a. a. O.

11 これは、制度的保障説の立場から「主観的地位保障」(Subjektive Rechtsstellungs-garantie) と呼ばれることがある。Vgl. Stern (Fn. 9), a. a. O.

していることに関係するが故に共通するもの¹²である。この定義によっても、その範囲は明確であるとはいえないが、重要な点は、《地域的な団体のすべての事項》は客観的に確定できるものであって、ゲマインデの行政能力によってその広狭が変わるものではない、ということが明らかにされた点であるとされる¹³。

ゲマインデは、以上の事項を《自らの責任において》規律できるとされる。この文言の意味は、端的に言えば、《地域に関する事項については、州の命令は禁止される》¹⁴ということである。「規律する」は、立法作用についてのみ語るものようであるが、それに限らず行政作用を含めて広く解するものとされる¹⁵。州は、原則として、「規律」を行うか行わないか、いつ、どのように行うかを決定することができるが、それは、次に見る《法律の範囲内において》という文言を根拠に大きく制限を受けているのが現実である。

《地域的な団体のすべての事項》と《自らの責任において》の両方に係る《法律の範囲内において》という文言は、一般的に「法律の留保」の原則を表わしたものと理解されている¹⁶。この文言は、いうまでもなく条例と法律の関係において重要な意味をもつが、本稿のテーマであるこの問題については、後に詳しく検討を加える。ここでは、「法律の範囲内」という文言が自治行政の制限の根拠となり、やはり「法律の留保」の下にあるとされる基本権の制限と部分的に共通する点があること、自治行政の「本質内容 (Wesensgehalt)」に属するものは制限することができないと考え

12 BVerfGE 79, 127 (150 f.).

13 BVerfGE 79, 127 (150).

14 Vgl. W. Löwer, in: I. v. Münch, P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. 2, 6. Aufl., 2012, Art. 28, Randnummer 69.

15 Vgl. Löwer (Fn.14), Art. 28, Randnummer 92.

16 Vgl. u. a., BVerfGE, 79, 127 (143); Vgl. Löwer (Fn.14), Art. 28, Randnummer 67; Schmidt-Aßmann/Röhl (Fn. 3), 1. Kap. II 2 d Randnummer 20; H. Dreier, in: H. Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., 2009, Art. 28, Randnummer 109.

られていることを指摘しておきたい¹⁷。本質内容に含まれる事務の確定したカタログはないものの、少なくとも地域の事務で、法律により他の行政主体に委ねられていないものを自らの権限とする権限（いわゆる Kompetenz-Kompetenz）がこれに含まれることに異論はない¹⁸。

基本権とパラレルに論じられる「本質内容」以外の領域については、法律の留保の内容は 28 条 2 項の規定から導かれる独自の権限分配の原理によって定められるものとされる。連邦憲法裁判所の見解では、ゲマインデの権限が制限されるのは、ある事務がゲマインデ以外のものによって行われなければ、予定どおり事務の遂行が確保されなくなるというように、《ゲマインデの権限を制限する理由が、28 条の事務配分原則よりも重要になる場合》¹⁹ である。

(2) 州憲法

基本法 28 条 2 項は、自治行政の保障のいわば「最低ライン」を示したものであり、各州の憲法において基本法を上回る保障をすることが認められると解釈されている²⁰。ドイツにおける 16 の州憲法のうち、都市州である 2 州（ベルリン、ハンブルク）を除く 14 州の憲法が「自治行政の権利（Recht der Selbstverwaltung）」の保障を含む地方自治体に関する規定をもつ²¹。もっとも、自治行政の権利については基本的な規定内容に大き

17 Vgl. Schmidt-Aßmann/Röhl (Fn. 3), 1. Kap. II 2 d, Randnummer 21; Dreier (Fn. 16), Art. 28, Randnummer 109.

18 Vgl. M. Nierhaus, in: M. Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl., 2004, Art.28, Randnummer 49.

19 BVerfGE, 79, 127 (154) .

20 Vgl. Löwer (Fn.14.), Art. 28, Randnummer 38.

21 ブレーメン州は都市州であるが、ブレーメン市とブレーマーハーフェン市から構成されており、同州の憲法には地方自治体に関する規定がある。なお、ベルリン憲法 66 条には、「区（Bezirk）は、自治行政の原則に従ってその任務を遂行する」という規定があるが、区はベルリン市の一部であり、独立した自治体ではない。14 州の憲法の自治体に関する規定は以下のとおりである。バーデン・ヴェルテンベルク憲法（Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11. November 1953）71 - 76 条；バイエルン憲法（Verfassung des

な相違があるわけではなく、やはり基本法 28 条 2 項の規定に要約される
とよい。

(3) 州の地方自治法

上記の 14 州のうちブレーメンを除く 13 州では、州憲法の地方自治体
に関する規定の趣旨を具体化した諸法律、いわば「地方自治法」が制定され
ているが、その名称としては、伝統的に Gemeindeordnung,
Landkreisordnung などのように「規則 (Ordnung)」という言葉を含む
ものが多い。ゲマインデ、クライスについて別々に規律した、ゲマインデ
規則、クライス規則をもつ州もあれば、両者をまとめて対象とした自治体
法をもつものもある²²。

Freistaats Bayern Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946) 11 - 12 条 ; ブランデンブルク憲法 (Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. August 1992) 97 条 ; ヘッセン憲法 (Verfassung des Landes Hessen) 137 条 ; メクレンブルク・フォアポメルン憲法 (Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern Verfassung vom 23. Mai 1993) 72 条 ; ニーダーザクセン憲法 (Niedersächsische Verfassung vom 19. Mai 1993) 57 条 ; ノルトライン・ヴェストファーレン憲法 (Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen vom 28. Juni 1950) 78 - 79 条 ; ラインラント・プファルツ憲法 (Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. Mai 1947) 49 - 50 条 ; ザクセン憲法 (Verfassung des Freistaates Sachsen vom 27. Mai 1992) 84 条 ; ザクセン・アンハルト憲法 (Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt vom 16. Juli 1992) 87 - 89 条 ; シュレースヴィヒ・ホルシュタイン憲法 (Verfassung des Landes Schleswig-Holstein vom 13. Dezember 1949, in der Fassung vom 2. Dezember 2014) 54 - 55 条 ; テューリングェン憲法 (Verfassung des Freistaats Thüringen vom 25. Oktober 1993) 91 - 95 条 ; ブレーメン憲法 (Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 1947) 143 - 149 条。

- 22 各州の「地方自治法」の名称は以下のとおり。バーデン・ヴュルテンベルク : Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Landkreisordnung für Baden-Württemberg ; バイエルン : Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Landkreisordnung für den Freistaat Bayern ; ブランデンブルク : Kommunalverfassung des Landes Brandenburg ; ヘッセン : Hessische Gemeindeordnung, Hessische Landkreisordnung ; メクレンブルク・フォアポメルン : Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern ; ニーダーザクセン : Niedersächsische Kommunalverfassungsgesetz ; ノルトライン・ヴェストファーレン : Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen,

2. 基本法 28 条 2 項の制定過程

基本法の起草作業は、1948 年 8 月にミュンヘン郊外の湖・キームゼーのヘレン島 (Herren-Chiemsee) における専門委員会によって開始されるが、ここで得られた基本法の草案 (いわゆるヘレンキームゼー草案) には、基本法 28 条 2 項に対応する規定は含まれていなかった。その理由としては、憲法制定会議が州の要望により、自治体の自治行政に関する規定を置くことを一旦断念したためであることが指摘されている²³。これは、自治体に関する規律は、連邦ではなく州が行うべき事項であり、各州の憲法に規定を委ねるべきであるという考え方を背景としたものであろう。

その後、1948 年 9 月 29 日の専門委員会第 5 回会合において、自治体の自治行政の権利について言及がなされることになるが、その契機となったのは、委員会における次のような質問であった。そこでは、行政行為が法律の根拠を必要とする範囲、すなわち法律の留保の妥当範囲が質されたのに続き、自由と財産の侵害をすることなくゲマインデの任務を遂行する創造的行政については、行政官庁の管轄であるというだけで法的根拠は十分といえるのかという点が問われた。社会民主党のフリッツ・ホーホ (Fritz Hoch) 議員²⁴は、これに関連して、プロイセンの行政法によれば、国家行政と自治体行政の区別があり、ゲマインデは、法律によって他の機

Kreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen ; ラインラント・プファルツ : Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz, Landkreisordnung Rheinland-Pfalz ; ザールラント : Kommunal selbstverwaltungsgesetz Saarland ; ザクセン : Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, Landkreisordnung für den Freistaat Sachsen ; ザクセン・アンハルト : Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt シュレースヴィヒ・ホルシュタイン : Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein, Kreisordnung für Schleswig-Holstein ; テューリンゲン : Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung.

23 Dreier (Fn. 16), Art. 28, Randnummer 21 f.

24 同議員については、次のウェブサイトを参照。

<http://www.bpb.de/geschichte/deutsche-geschichte-nach-1945/grundgesetz-und-parlamentarischer-rat/39080/fritz-hoch-spd>

関に分配されていないすべての事務を、自己の活動範囲に加えることができるのに対し、国家の行政機関は、法律に基づいて帰属する任務のみを遂行することができる」と述べ、これに関連して、ヴァイマル憲法と同様に、基本法においても自治体の自治行政の権利を規定することを提案する²⁵。

自治体議会の代表者の関与を経て、同議員は、1948年10月8日の専門委員会会議において、以下の規定を第4項として29条に加えることを提案している²⁶。

《ゲマインデとゲマインデ連合には、地域社会のすべての事務を法律の範囲内で自らの責任において規律する権利が保障されなければならない。》

この案は、同年10月14日の中央委員会の会議に提出されるが、そこではゲマインデの事務の包括的性格について賛否両論が述べられている。これを受けて中央委員会は、29条4項の名宛人を州とするとともに、自治行政の法的定義を含むものとしたほか、ゲマインデとゲマインデ連合の相違についても言及する、次のような案を作成する²⁷。

《州は、ゲマインデ及びゲマインデ連合に自治行政の権利を保障しなければならない。自治行政の本質には、ゲマインデが、法律が州またはゲマインデ連合に事務を分配しない限り、地域社会のすべての事務を法律の範囲内で自らの責任において規律しなければならないことが含まれる。》

自治行政の保障規定の名宛人が州であることは、州を主語としない現行の28条2項でも同様であり、これは起草当初からの一貫した規範内容で

25 Dreier (Fn. 16), Art. 28, Randnummer 21 f.

26 W. Werner, Das Parlamentarische Rat 1948-1949 Akten und Protokolle, 1981, Bd. 3, S. 413 f.

27 Deutscher Bundestag und Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, V/1, 1993, S. 313.

あった。したがって第一文は、同条の趣旨をより明確にしようとしたものといえよう。他方、全体編集委員会は、1948年11月16日の27条2項に対する提案において、中央委員会の案ではなく、専門委員会の案に賛意を示すとともに、「中央委員会の規定の仕方は、あまりにも強力な制約を意味するという」理由を述べている。これは、中央委員会案によると、法律によりゲマインデの事務が無制約に州またはゲマインデ連合のものとなることを懸念したものと考えられる。こうして、中央委員会の第一読会における趣旨説明では、現行規定に近い文面の全体編集委員会の提案が示されている²⁸。

《ゲマインデには、地域社会のすべての事務を法律の範囲内で自らの責任において規律する権利が保障されなければならない。ゲマインデ連合も、その任務の範囲内において、自治行政の権利を有する。》

以上のような経緯からは、基本法28条2項の制定過程においては、当初から侵害留保原則が憲法制定会議の議論の前提とされており、それ自体が疑問に付されることはなかったということができよう。すなわち、自治体が有する「地域社会のすべての事項を規律する」という包括的権限も、自治体の行政活動が侵害留保に服することを前提として認められたものであると考えられる。これは換言すれば、侵害留保に服する自治行政について自治体は、直接、基本法28条2項にもとづく独自の権限を有していないというのが、同条の制定時の理解であったということになる。したがって、条例制定に対する法律の根拠のあり方という問題は、もともと本条の解釈として展開されてきたわけではない。もっとも今日では、後に述べるように(4)、条例の適法性を判断するにあたり、基本法28条2項による

28 Deutscher Bundestag und Bundesarchiv (Fn. 27), S. 313. Vgl. Art. 28, in: G. Leibholz/H. von Mangoldt (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Bd. 1, 1951, S. 257.

自治行政の権利の保障が問題の解決に重要な意味をもつ、という見解も有力になってきている。こうした論点を含む分析視角から判例および学説の展開に検討を加えることが、以下の課題である。

3. 条例制定権の限界に関する判例の展開

ドイツの判例では、条例制定に侵害留保の原則が適用されるという立場は一貫して維持されているということができ、その枠内においてさまざまな理論構成が採られており、その内容は必ずしも統一されているわけではない。本節で判例に検討を加えて行くにあたり、その立場の前提となっている次の諸点を確認しておきたい。

第一に、ドイツにおける自治行政の概念は、地方自治体のみならず各種の公的団体のそれを包摂するものであり、判例も、これらの諸団体を理論的にひとつの射程範囲に収めるものとして展開されている。たとえば医師会の自治行政に関する法理は、すべての自治行政団体、したがって地方自治体にも適用されるものと考えられている。

第二に、このこととも関連するが、地方自治体を含む各種の自治行政団体が制定する規範は、共通して *Satzung* と呼ばれている。これは、地方自治体についてのみ条例という言葉を用いるわが国の用語法とは異なるものであるため、*Satzung* にひとつの訳語を充てることは必ずしも適切ではない場合がある。以下では、必要に応じて、*Satzung* というドイツ語を用いることにしたい。

第三に、判例において侵害留保の原則が一貫して適用されているということは、必ずしも判例の見解にまったく変化がないということの意味するのではない。判例は、伝統的な侵害留保の原則をそのまま受容しているのではなく、以下に検討を加えるように、これに議会留保の法理や自治行政の保障という観点から一定の修正を加えることにより、各事案の解決に臨んでいるのである。

(1) Satzung の適法性に関する判例理論

初期の判例

基本法のもとで、裁判所が条例と侵害留保原則の関係について見解を初めて明らかにしたのは、連邦行政裁判所の 1958 年 3 月 7 日判決の傍論においてであるといわれている²⁹。そこでは、ゲマインデが一般的な条例制定の授権のみにもとづいて条例により法律とは異なる規定を置くことができるのか、という問題について、次のような説示が見られる。すなわち、《州は、従来そして直近の時代においてもゲマインデに対して、「ゲマインデの事項」の規律を行う、「地域社会の事項を規律する」、「法律が規定を置かない範囲で、指示を受けない事項を規律する」といった自律権を与えている。これらの一般的な授権には、しかし、市民の自由と財産を侵害する [.....] 財産上の給付とくに納税を義務付ける [.....] といった権限は含まれていない。これらすべての場合に自律的な規律は、特別な法律の授権が存在する場合にのみ許されるのである。》と³⁰。

上記の引用箇所は、すでに指摘があるように、おもに戦前の文献が注で指示されているのみで、裁判所独自の理由づけはなされないまま結論を導いている³¹。その結論は、条例が侵害留保の原則に服することを言おうとするものであり、条例が行政立法であるという前章で確認した伝統的な理解からすれば当然の事理を説くにとどまるといえよう。要するに本判決は、基本法以前の理論状況を反映したものに過ぎないのであり、実質的に裁判所独自の見解が初めて示されたのは、次に検討する連邦憲法裁判所の専門医決定であるといえることができる。

リーディングケース 専門医決定

連邦憲法裁判所による 1972 年 5 月 9 日の専門医決定 (Facharzt-

29 H. Maurer, Rechtsfragen kommunaler Satzungsgebung, in: DÖV (Die Öffentliche Verwaltung) 1993, S.184 (188) .

30 BVerwGE 6, 247 (250 f).

31 Maurer (Fn. 29), S. 188.

Beschluß) は、医師会 (Ärzttekammer) の自治的規範である Satzung を対象としたものであるが、判例においてその射程は自治体条例にも及んでおり、自治行政に対する法律の留保という問題一般に関するリーディングケースと位置づけられている³²。同決定では、ノルトライン医師会規則 39 条 1 項の「専門医として開業している者は、原則として、監督医師 (Vertrauensarzt : 保険医を監督する医師) の活動を行うことができない」という規定が、基本法 12 条 1 項 (「すべてのドイツ人は、職業、職場、職業訓練所を自由に選択する権利を有する。職業上の行為は、法律により又は法律に基づきこれを規律することができる。」) の保障する職業選択の自由を侵害するものであるかが争われた。この事件において連邦憲法裁判所は、医師会の規則により何を規定することができるかという、Satzung による規律の範囲と限界の問題について、大要、次のような論理を展開している³³。

《基本法 12 条 1 項は、職業選択の自由の制限が直接、法律により又は法律に基づく行政命令により行なわれなければならないとしているのでない。そのような規律は、Satzung により行なうこともできる。団体の自律という考え方は、基本法の秩序の仕組みによく合致するところであるが、そのもとで Satzung の制定権を与え、これを行使するにあたっては、一定の限界が存在する。立法者は、その法制定権を放棄してはならず、団体組織が制定する規範の内容に対する影響を完全に放棄してはならないのである。これがとくに当てはまるのは、自治を認めることにより団体に基本権の侵害を授權する場合である。こうした場合に立法者は、いかなる公共の利益が重要であるため、個人の自由権が譲歩しなければならないのか、について決定を下さなければならない。この決定の義務を立法者は、随意に免れるものではない。》

32 BVerfGE 33, 125.

33 BVerfGE 33, 125 (155 ff.).

このように述べたうえで同判決は、《国民が国家権力をもっとも直接的には自らが選挙した国会を通じて行使する国家においては、まず、この国会が公開の意思形成過程において、さまざまな、状況によっては対立する利益のなかで、憲法によって決定されていない社会の問題について決定を下さなければならないのである》と、議会留保の法理を説いている³⁴。

この法理は、上記のように、職業団体による法制定にも適用されることになるが、その理由として同判決は、それがもたらす《独特の危険》、すなわち《職業に就いたばかりの者や職業団体に属さない者には、職業団体による法制定が団体組織の過度の重視あるいは狭隘な団体思想に有利に働くことにより、硬直化した職業制度に必要な改正や規制緩和を加える際の妨げとなることがあり得る》という点を指摘している。こうして、《社会集団の権力により個人の自由が脅かされる危険を防止し、少数者、そして同時に公共の利益をまもることは、法律の留保の機能に属する》という結論が導かれている³⁵。

以上のように *Satzung* による職業選択の自由の規律が認められる一方で、基本権侵害については議会留保に服し、法律による規律が必要であるとすると、一体、*Satzung* により職業の規制について何を（どこまで）規定できるのか、という問題が生じることになる。ここで同判決は、かつて連邦憲法裁判所が示したいわゆる「段階理論（*Stufentheorie*）」³⁶ によりつつ、それぞれの侵害の強度という基準を示し、これを「指導原則」として次のように敷衍している³⁷。

《職業選択の自由、ひいてはメンバーではない者（就職活動中の者）の保護に値する利益にかかわる規律、すなわち「独自の」事項の範囲を超える規律は、立法

34 BVerfGE 33, 125 (159).

35 BVerfGE 33, 125 (159 f.).

36 Vgl. BVerfGE 7, 377 (401ff.); 23, 50 (56); 25, 1 (11 f.).

37 BVerfGE 33, 125 (160).

者が自ら行なわなければならない [中略]。

これに対して、団体のメンバーの職業活動の自由のみにかかわる規律については、団体に規範制定を授権しても原則として問題は生じない。》

以上のように専門医決定は、自治行政の権利が認められた団体による法制定について、その対象が団体の内部にとどまるのか、あるいは外部にまで及ぶのかという基準を立て、後者のみが議会留保のもとに置かれるという考え方を示した。これは基本法の下における自治行政の意義を認め、これに対する議会留保の適用の範囲を制限することにより、いわば両者のバランスをとったものということもできよう。もっとも、こうしたアプローチは、次に検討を加えるその後の裁判例において必ずしも一貫して採用されているわけではなく、また、ここで示された職業団体に関する法理が自治行政にも全面的に及んでいるという考え方もそこには見られる。とくに後者は、Satzung と議会留保の関係について論争が生じる原因となっているようである。

(2) 自治体条例の適法性に関する裁判例

ドイツでは、基本権を侵害する自治体条例には明確な法律の根拠が存在するケースが多く、それが違法とされた裁判例はそれほど多くはないといわれている³⁸。もっとも、これらの裁判例のなかには本稿のテーマの論点に関わる見解が示されているものがあり、以下、その論理を中心に検討を加えておくことにしたい。

レオンベルク市プール規則事件

自治体条例の適法性が問題となった初期の裁判例として言及されることがあるのが、1975年7月7日のバーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所

38 Vgl. G. Lübke-Wolff, Satzungsrechtliche Betretungsrechte und Art. 13 GG, in: DVBl (Deutsches Verwaltungsblatt) 1993, S. 769.

の決定である³⁹。原告は、市営プールの利用規則を定めた市条例のなかの、すべての利用者にスイムキャップ着用を義務付ける規定（以下、「プール規則」という）が違法であるとして、規範統制訴訟を提起したが、同裁判所は訴えを棄却している。その理由のなかで、プール規則の適法性を根拠づけている箇所を一部要約して示すと、次のようになる⁴⁰。

《プール規則の制定を授権する根拠となっているのは、概括的な条例制定権を規定したゲマインデ規則 4 条 1 項である。同条同項の概括的授権は、自由と財産の侵害への権限を含んでおらず、そのためには個別的な法律の授権を必要とする。しかし、プール規則が基本法 2 条の一般的な行動の自由を制限する限り、この侵害には根拠がある。というのも、基本法 2 条の一般的な行動の自由は、憲法的秩序という基本法の留保の下にあるが、それは連邦憲法裁判所によって一般的な法秩序と同じであるとされており、法律より下位の法規定も含むものだからである。したがって、その制限は、個別的な法律の授権がなくても、やはり法である自治体の条例によることが許されるのである。》

本判決において問題とされた公共施設 (Einrichtung) における利用規則を条例で定めることについては、今日まで、比例原則など一定の条件の下で適法であると考えられているといってよい⁴¹。その理由は、本決定が示しているように、基本法 2 条（「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道德律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。」）が規定する一般的な行動の自由の制約は、必ずしも法律を根拠としなくても許されることにある。この問題は、かつては営造物管理権 (Anstaltsgewalt) の理論、すなわち、営造物の目的に適合す

39 Vgl. M. Burgi, Kommunalrecht, 5. Aufl., 2015, S. 212 ff.

40 VGH BW (Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg), Beschluß vom 7.7.1975, in: BWVPr (Baden-Württembergische Verwaltungspraxis) 1975, S. 227.

41 Vgl. VGH BW, Urteil vom 16. 10. 1996, in: DVBl 1997, S. 1278.

る範囲であれば、利用者に負担を課す条例を制定する権限が慣習法上認められるという理論で説明されることもあったが⁴²、本判決のような理論構成をとる以上、このような理論は不要であるという指摘もある⁴³。結局、本判決は条例による基本権の制約という問題を対象としているものの、正面から「基本権に対する法律の留保」が論じられているとはいえないことは明らかであろう。それは次に見る裁判例において、初めて問題とされたということができる。

ミュンヘン市事業系廃棄物管理条例事件

法律の留保との関係で自治体の条例の適法性が問題とされた裁判例としては、ミュンヘン市の事業系廃棄物管理に関する条例の複数の規定に対して、同市で営業する小売業者が提起した規範統制訴訟がある。同条例は廃棄物の抑制を目的とするものであったが、本件訴えの対象となった規定は、次のような内容のものであった。(1) 市は、一定の条件のもとで、再利用されない容器包装を営業に使用することを制限ないし禁止することができる(3条2項)、(2) 営業者に対しては、自らの費用で顧客に対して、廃棄物処理に関する市の情報を販売所において知らせることを義務付けることができる(3条3項)、(3) 販売者に対しては、包装容器及び一定の廃棄物のための収集容器を設置することを義務付けることができる(3条4項)。

第一審を担当したバイエルン行政裁判所は、1992年1月22日の判決のなかで規範統制の訴えを大部分認容し、本件条例の規定を無効であると宣言した⁴⁴。連邦行政裁判所による第二審の1992年9月7日の確定判決では、

42 A. Gern, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl., Randnummer 251 passim.

43 Burgi (Fn. 39), S. 212 ff.

44 BayVGH (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof), Urteil vom 22. 1. 1992, in: BayVBl (Bayerische Verwaltungsblätter) 1992, S. 322 (337 f.). 同判決は、《一般的な条例制定の自治は、個別的な法的根拠なしに私人の基本権、とくに自由と財産を侵害することを許していないという、文献において広く採用され

専門医決定を参照しながら、本件条例の規定を無効であるとする結論を導いている⁴⁵。すなわち、同判決は本件条例の規定が基本法 12 条の規定する職業の自由を制約するのであり、同条によれば、その制約は範囲と限界が認識できる法律の規律に基いてのみ可能であるとしたうえで、本件条例について次のように判示している。やや長いので要約を示すと以下のようになる⁴⁶。

《基本法 12 条 1 項 2 文は、必ずしも職業の自由の規律を法律、あるいは法律により授権された行政により指示しなければならない、としているわけではない。こうした規律は、自治を認められた団体が制定した *Satzung* の形をとることも、一定の範囲内で可能である。職業団体の分野における連邦憲法裁判所の判決 [専門医決定] が、自治体条例の分野でも意味をもつか否か、および、その範囲については、ここで判断をする必要はない。というも、自治体条例を機能的自治行政と同視したとしても、憲法上必要とされるのは、条例による基本権の制限を可能とする十分な、法律上の授権の根拠が存在することだからである。その際に、授権の明確性への要求は、自由な職業活動が影響を受ける度合い、そして、当該活動のあり方により公共の利益が影響を受ける度合いに応じて高まることになる。なぜなら、いかなる共同の利益が重要であり、それゆえ個人の自由権が譲歩しなければならないかに関する決定は、国家の立法者の責任にほかならないからである。基本法 12 条 1 項 2 文が自らに規律を留保していることは、立法者がこの責任を果たすことを確保しようとするものである。基本法 28 条 2 項 1 文における

ている見解》に与するとともに、例外は、《特別な地域的關係、つまり当該団体の領域のみしか含まない関係があるという、あまり考えられない場合にのみ》見られる、という見解を示している。その根拠として、同判決は、法律の留保の法治国家原則には《場所的要素》が含まれているという点を挙げている。すなわち、《法律の留保は、私人に対して [.....] 負担の予測可能性を保障する。[.....] 予測可能性を語るることができるのは、十分に広範な規制地域が存在する場合にのみであって、私人が狭小な地域ごとに、様々な、内容的に制約のない規定を考えなければならないのであれば、それはできないであろう》と。

45 BVerwGE 90, 359.

46 BVerwGE 90, 359 (362).

ゲマインデの条例制定の自治の保障のみでは、それゆえ十分ではなく、バイエルン州ゲマインデ規則 23 条 1 文が認めるような、憲法上の保障を単に宣言的に繰り返した一般的な条例制定への授権も十分ではない。》

同判決は《ここに述べているような条例の規定を制定するための十分な法律上の授権の根拠は、ほかにも存在しない》として、同条例には必要とされる法律上の根拠は存在しないと判断している。なお、同判決では、さらにバイエルン地方自治規則 24 条 1 項 1 号により認められた公共施設の利用を規律する権限について言及されているものの、本件条例の規定は、廃棄物処理に関するものであり、施設の利用とみることはできないという判断が示されている⁴⁷。その趣旨は、やや分かりにくいのが、先のプール規則の適法性をめぐる裁判例でみられたのと同様、仮に廃棄物処理にかかる何らかの制限を定めた条例が、公共施設の利用規則と見ることができる場合には（例：ごみ置き場の利用規則）、それは私人の行動を制限するものであっても、必ずしも基本権侵害には当たらないという理論構成を想定していると考えられる。したがって、この点には立ち入らず、以下では条例に対する議会留保の原則を否定する論点にかかわるもうひとつの判例に検討を加えたい。

ロトヴァイル郡廃棄物管理条例事件

バーデン・ヴュルテンベルク行政裁判所は、1992 年 12 月 15 日の判決において、同州の自治体であるロトヴァイル郡の廃棄物管理条例の規定を、住居の不可侵を保障した基本法 13 条に違反するとして無効と宣言する判決を下している。原告は、同州の自治体にある住宅の賃借人であり、同条例 7 条 3 項の《郡及びゲマインデの委託を受けた者は、本条例の規定が遵守されているか否かを検査するため、廃棄物が置かれた土地への立ち入り

47 BVerwGE 90, 359 (363).

を妨げられない。事務所および事業所についても、通常の営業時間ないし事務時間においては、同様とする。》という規定に対する規範統制訴訟を提起していた。

同判決は、上記の規定について《住居の不可侵の基本権（基本法 13 条）を侵害するものであり、それゆえ郡の一般的な条例の自治のみを根拠とすることはできず、法治国家的な理由から個別的な（形式的法律の）法的根拠を必要とする。そのような根拠は、現在、存在しない》として無効であると宣言したが、この説示を次のように敷衍している⁴⁸。

《郡規則 3 条 1 項において保障されている一般的な条例制定の自治の保障は、条例により住民の基本権を制約する授權規範として十分ではない [.....]。基本法 28 条 2 項 1 文の規定からも、ゲマインデや郡が法律の根拠なく基本権を侵害する一般的な権限を有することを導くことはできない [.....]。基本法 1 条 3 項と結びついた基本権から導かれる法律の留保の命じるところによれば、こうした場合に条例は、基本権侵害の要件を十分に明確に規定した法律の根拠を必要とするのである。[.....]》

本判決および先に見た連邦行政裁判所の判決では、ともに、基本権を制限する条例の規定が、「そのための個別的な法律の授權が存在しない」という理由で違法と判断されている。各事案における条例の当該規定の制定根拠としては、基本法 28 条 2 項や各州の自治体規則における一般的・概括的な条例制定の自治の保障規定しか存在しないと指摘されている点も共通している。

もっとも、両判決の専門医決定との関係は必ずしも明らかではない。連邦行政裁判所判決では専門医決定を明示し、直接的なつながりはともかく、実質的に同決定の段階理論を、「授權の明確性への要求は、基本権および

48 VGH Baden Württemberg, Beschluss vom 15. 12. 1992, 10 S 305/92, in: DVBl. 1993, 778 (779).

公共の利益が影響を受ける度合いに応じて高まる」という形で踏襲している。これに対して、ロトヴァイル郡廃棄物管理条例事件では、単に基本権制限があることを理由として条例を無効としているようにも見える。その意味で各裁判例の間に理論的な一貫性があるのかについては疑問の余地があるが、これについては次の裁判例が参考になろう。

ニュルンベルク市埋葬および墓地条例事件

ニュルンベルク市が2009年4月に制定・公布した埋葬および墓地条例28条2項は、《設置することが許される墓標は、全工程において、2000年11月19日施行の「最悪の労働形態の児童労働の禁止及び撤廃のための即時の行動に関する条約（ILO条約182号）」にいう、搾取的な子供の労働なしに製造されたことが証明されたもののみとする。》という規定（以下、「本件条例の規定」という）を置いていた。同市で主として墓標彫刻を行っていた原告は、本規定が無効であるとして、ミュンヘン行政裁判所に規範統制訴訟を提起した。同裁判所は、これを認容し、同規定を無効と宣言する判決を下した。その後の訴訟の経緯は、ここでのテーマと直接関係がないため省略するが、確定判決を下した連邦行政裁判所は、2013年10月16日の判決において同規定を無効とする判断を示している⁴⁹。以下では、この判断の概要を明らかにしたうえで、その意義に検討を加える。

第一に、同判決は、本件条例の規定を制定することが基本法28条2項が規定する自治体の権限の範囲内であるとしつつ、《問題とされている本件条例の規定は、しかし、法治国家原則（基本法20条3項）から導かれる規範の明確性（Klarheit und Bestimmtheit）の要請を侵害している》と指摘している。ここにいう規範の明確性とは、解釈の余地がないことま

49 BVerwG, Urteil vom 16. 10. 2013, 8 CN 1. 12, in: DÖV 2014, 345 = NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht) 2014, 527 (<http://www.bverwg.de/161013U8CN1.12.0>). 同判決の評釈として、M. Karajewski, Menschenrechtsschutz durch Verbote von Grabmalen aus ausbeuterischer Kinderarbeit, in: DÖV 67, 2014, S. 721 ff. がある。

でを要求するものではなく、《当事者が客観的な基準により法状況を認識でき、それにより自分の行動を定めることができれば十分なのである》という。こうした基準によっても、しかし、本件条例の規定は明確性の要請を充たしていないという。なぜなら、本件条例の規定によって、自治体は墓標彫刻業者が提出した証明書が、墓標がILO条約182号に違反していないかを証明するか否かを判断することになるが、それによって《本件条例の規定の適用との関係で生じる問題が、許されない形で規範の執行へと移動することになる》からである、という。この意味するところはやや分かりにくいだが、ILO条約182号違反の有無は、証明書により客観的に判断されなければならないところ、本件条例の規定には証明書の記載事項等が示されておらず、結局、違反の有無が自治体の主観的な判断に委ねられてしまうという問題を指摘するものである。すなわち、《いかなる証明書で十分なのか、規範の名宛人にとって容易に認識できる場合》にのみ、明確性の要求が満たされているということができるといえるが、そのような要求を見出す規定は存在しない、と⁵⁰。

第二に、本判決は、本件条例の規定が職業の自由を保障した基本法12条1項の憲法上の要求を充たしていないと指摘している。すなわち、本件規定により墓標彫刻業者にはILO条約182号違反がない旨の証明書が必要になるが、その調達の費用や手間により職業活動の自由が制約される結果、基本法12条1項の基本権が制限されることになる。そして本判決は、専門医決定を引きつつ、それが自治体条例の分野でも意味をもつか否か、その範囲については、ここで判断をする必要はないという、上記のミュンヘン市事業系廃棄物管理条例事件の第二審判決とほぼ同様の前提に立ったうえで、次のように説明している。すなわち、基本権制限の強度により、法律で条例の内容、目的、範囲についてどの程度の明確性を与えなければならぬのかが決定的であるが、条例には、自治が認められているゆえに行

50 BVerwG (Fn. 49), Paragraph 22.

政命令に対する明確性を要求した基本法 80 条 1 項 2 文や同様の州憲法の規定は適用されない。したがって、《法律が、条例に職業の自由の制限を規定することを授権する場合、連邦憲法上、基本的には、自治条例の対象および条例制定の目的が疑問の余地なく読み取れなければならない、という範囲でのみ明確性が求められ》、さらに《職業活動の全体像を重要に規定する規定》も法律に留保されるという。こうした基準に照らすと基本法 28 条 2 項やゲマインデ規則の条例制定権を概括的に認める規定は、明確性の要求を充たすとはいえない。同様に、バイエルン州ゲマインデ規則 24 条 1 項 1 号《ゲマインデは、条例において、とくに次のことができる。1. ゲマインデの財産および公共施設の利用の規律》で認められた公共施設の利用を規律する権限、同規定 8 条および 9 条における詳細は条例で定める旨の規定も、明確性の要件を充たしているとはいえない。《これらの規定からは侵害の要件も、その範囲や限界も明らかにならず、そのため基本法 12 条 1 項の制限のための枠組みを与えるものとはいえない》からである⁵¹。

第三に、本判決は、やはり基本法 12 条 1 項違反を指摘するなかで、本件条例による職業活動の自由の侵害が比例原則に違反していると指摘している。それによれば、ILO 条約 182 号のいう子供の搾取的労働の禁止という本件条例の目的は正当なものといえることができる。しかし、そのための本件条例による規律は、職業活動の重要な部分を、子供の搾取的労働という事実がないことの証明に係らしめる点で、業者に過剰な負担を課すものである。例えば、海外から輸入した墓標の場合、墓標彫刻業者は、その製造過程をすべて明らかにすることはできない。証明書に関する十分に明確な規律がなければ、業者は、どのような証明書が十分に信頼できるものなのか分からず、その結果、証明書が自治体に認められないというリスクが生じることになる⁵²。

51 BVerwG (Fn. 49), Paragraph 25 ff.

52 BVerwG (Fn. 49), Paragraph 30 ff.

以上のような判断については、法治国家原則や比例原則という、法律の根拠の有無とは異なる角度から本件条例の規定に違法の評価が下されることが、まず注目される。このことは、《執行権と裁判は、法律と法に拘束される》と規定する基本法 20 条 3 項の文言を想起させるが、同条同項に関わる問題の詳細について、筆者は別稿で論じたことがあるので、ここでは立ち入らない⁵³。

さて、本判決においても法律の授権の明確性という論点に関しては、上記のとおり専門医決定との関係は明確にされていない。すなわち、自治体条例への法律の授権に求められる明確性を、専門医決定で問題とされた職業団体における *Satzung* と同様に考えるのか否かという論点について、見解は示されていない。その一方で本判決は、職業の自由の制限を条例に授権する法律に《条例の対象および制定の目的が疑問の余地なく読み取れなければならない》という明確性を要求しており、それがいかなる根拠に基くものであるのかは、必ずしも判然としない。これは恐らく、基本法やゲマインデ規則と同様の概括的授権である同規則 24 条が明確性の要件を充たすものでないという結論それ自体は、いかなる立場を取ろうとも明らかであると考えられたためである、と推測される⁵⁴。このように、以上に概観してきた裁判例は個別的な事案の解決の妥当性ということとは別としても、理論的に今日まで未解明の論点を残しているといわざるを得ないであろう。以下では、この論点を含めて、学説の状況に検討を加えることにしたい。

53 渡邊互「行政活動の適法性の憲法的条件 その根拠と限界に関する比較法的考察」名城法学 64 巻 1・2 号 (2014 年) 253-279 頁。

54 Vgl. Karajewski (Fn. 49), S. 727 f., S. Lorenzmeier, Grenzen der kommunaler Selbstverwaltung und Völkerrechtskonforme Auslegung, BayVBl 2011, S. 485 (485). これに対しては、公共施設の利用を規律する権限を認めたバイエルン州ゲマインデ規則 23 条、24 条が、職業の自由を制限する十分な根拠となるという批判もある。

4. 条例制定権の限界に関する学説の状況

(1) 伝統的見解

条例が自由と財産を侵害する場合、または侵害を授權する場合には、その制定には、職業団体の *Satzung* の場合と同様、特別な法律の根拠が必要であると説くものを、ここでは「伝統的見解」と呼ぶことにする。上に検討した諸裁判例にも、少なくとも一部に伝統的見解を含むものがあったが、学説における代表的な例には、基本法の解釈を背景とする理論的な根拠づけを見ることができる。まず、次に見る F・オセンビュールの見解では、専門医決定を支持する立場から次のような議論が展開されている⁵⁵。

《国家法と自治法の対立の背景には、公共の利益と個別の利益（グループの利益）が隠されている。グループの利益に対して公共の利益をまもるのは、国家の立法者である。それゆえ、立法者は、基本権を形づくる決定をみずから下さなければならず、ともすれば職業団体に見られるかもしれない、グループの利益のみを追求する考え方に委ねてはならないのである。したがって、連邦憲法裁判所は、基本法 12 条について比例原則をもとに構成した段階理論を適用して、地位を形成する規範の制定を立法者に留保したのである。この原則は、職業団体だけでなく、自治体及び他の自治行政にも当てはまる。*Satzung* は、自治の一般的な授与に基づいて市民の自由と財産を侵害できるとする見解には、したがって、単に次のようにいうほかないであろう。すなわち、基本権は「自治を拘束する (*autonomiefest*)」と。》

E・シュミット＝アースマンも、専門医決定を念頭に置きながら伝統的見解を主張するが、F・オセンビュールの見解には見られない「法律の秩序づけ機能 (*Ordnungsfunktion*)」という観点から次のような根拠を示

55 F. Ossenbühl, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Aufl., 2002, § 6, Randnummer 66.

している⁵⁶。

《ゲマインデは、自治行政の権利のゆえに国家の行政よりも自由である。ゲマインデは、選挙された議会において、直接的な正当性の根拠を有している。それにもかかわらず、法律の秩序づけ機能は、自治体の領域においても欠かすことができない。この点について連邦憲法裁判所が専門医決定においてあげた理由は、原則としてゲマインデの自治行政にも当てはまる。ゲマインデ議会は、国会ではなく、したがって法治国家に必要な、法律による市民の距離の保護は、条例制定者に対しても保障されなければならない。特別な法律の根拠は、条例が自由と財産を侵害し、又は侵害を授權する場合に必要なとされる。いわゆる古典的な侵害留保は、したがって、条例に対しても妥当し、侵害の種類と方向を示す法的根拠を要求するのである。この法律の授權プログラムに対する明確性の要求は、ゲマインデが自己の事項については条例を制定することができるとする、ゲマインデ規則の一般的な規定によって充たされるものではない。》

これらの見解は、根拠づけに異なる点があるものの、専門医決定の判断を、「基本権を侵害する条例制定は、議会留保のもとに置かれる」という形で理解し、これを支持する点では共通している。ただし、専門医決定は、先に確認したように議会留保が及ばない条例制定の領域をも認める内容をもつものであったが、この点に関する評価が上記の諸見解では示されておらず、その意味で未解明の部分が残されているとみることもできよう。もっとも、専門医決定における自治行政の考慮が見られない裁判例もあることは先に確認したとおりであり、上記の諸見解は、むしろ、これらの裁判例と軌を一にするものなのかもしれない⁵⁷。いずれにしても、以下さらに検

56 Schmidt-Aßmann/Röhl (Fn. 3), 1. Kap. VII 1 b, Randnummer 95 f. なお、ここにいる「距離の保護」とは、公権力の限定により市民の権利が保護されている、というほどの意味である。

57 その例として参照、K. Lange, Kommunalrecht, 2013, Kapitel 12, Randnummer 18.

討を加える学説では、条例制定への議会留保を批判する見解も有力に主張されている。

(2) 新たな理論構成

伝統的見解に立つ判例や学説が、条例を職業団体の *Satzung* といわば同列において議会留保の対象としているのに対して、これを批判する見解が有力な論者によって主張されていることが注目されている。議論は必ずしも収束しているわけではないが、以下では新たな理論構成を提示している論者の見解を取り上げて、その展開を素描してみることにしたい。

条例制定に対する民主的法律の留保

A・ブレクマン (Albert Bleckmann, 1933-2004) は、1987年発表の論文「ゲマインデ条例における法律の留保の内容と範囲」において、かつてD・イエーシュによって示された「民主的法律概念」から導かれる法律の留保という枠組みを用いて議論を展開している⁵⁸。民主的法律概念の要諦を確認すると、「この法律概念は、国民主権の思想が想起されるとき、あるいは民主の種類社会契約論が展開されるときに常に見出される。この概念の本質は、法律が自己決定、すなわち自分自身の問題についての自律的決定である」という理解に立つものであった⁵⁹。

以上のような民主的法律概念に基づく民主的法律の留保に対して、ブレクマンによれば、ドイツにおいて伝統的に用いられてきた古典的な侵害留保の概念は、次のような内容をもつものであった⁶⁰。

《ドイツ立憲君主制の古典的憲法、それに続いてヴァイマル憲法および基本法においても、自由と財産に対する法律の留保は、ジャン=ジャック・ルソーにまで

58 A. Bleckmann, Inhalt und Umfang des Gesetzesvorbehalts bei Gemeinde-satzungen, in: DVBl 1987, S. 1085 ff.

59 D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 171.

60 Bleckmann (Fn. 58), S. 1085 f.

遡る次のような思想に基づいている。すなわち、議会を選挙人の意思、そして、公論による政治的統制を確実にする立法過程の公開性に結びつける。それにより議事を、常にその法律において個人の基本権を最大化するよう強いる。なぜなら、もちろん選挙人自身も、そのような最大化を追求するであろうからである。》

このように議事を一般意思を体現する機関と捉える以上、選挙された機関の権限を法律で制限するということはあり得ないことになる。すなわち、「原則として法律の留保は、古典的な侵害留保という形では、およそ選挙された機関——それが連邦議会であれ、州議会であれ、ゲマインデ議会であれ——には関係し得ないということの意味する。」のである。もっとも、現代の「利害の複雑化」に鑑みると、ゲマインデのレベルでは選挙された集団は原則として一般意思を体現するという原則が機能せず、侵害留保が例外的にここでも重要な役割を果たすのではないかという疑問があるかもしれない、という。しかし、プレクマンによれば、基本法 28 条 2 項は、ゲマインデの自治行政という憲法による基本的決定、すなわち憲法は、「ゲマインデの民主的構成は、市民の利益の考慮、それによる基本権の実現を国家よりも良く保障する」という考え方を含んでいる。したがって、古典的な侵害留保の概念に立つ限り、ゲマインデ条例が法律の留保のもとに置かれることはあり得ないことになる。

もっとも、プレクマンによれば、以上のことによって判断できるのは、《基本権侵害の際に適用されるドイツ憲法の一般的な法律留保は、自治体条例には関係しないということだけである》という。すなわち、《このことによって、自治体条例については、まったく法律の留保が存在しないと決まったわけではない》。そこで彼は、《民主制原則と結びついた国民民主権原則に基づく法律の留保》という概念を示し、自治体条例にはこの意味の民主的法律の留保が及ぶという⁶¹。すなわち、《基本法 20 条 3 項によれば、

61 Bleckmann (Fn. 58), S. 1086.

すべて国家権力は国民に由来し、したがって、公権力を国民の下にある官庁および公法上の法人に委ねるには法律に基づかなければならない」という考え方から⁶²、その範囲について次のような結論を示しているのである⁶³。

《法治国家的に理解された法律の留保は、ゲマインデに与えられた権限、とくに権力的権限に法律の根拠を要求するものではない。それを要求するのは、国家権力が国民の意思に由来するという民主的に解釈された法律の留保であるが、その要求は法律が国家の内容、範囲および目的を詳細に規定することにまで及ぶものではなく、権力的権限が明確に画定されていれば十分なのである。これを充たすためには、ゲマインデ規則において条例制定権が地域の事項に制限されていることで足りる。》

この見解は、基本法の基本原則である民主制原則の条例に対する要求に検討を加えることにより、判例とは異なり、基本権を侵害する条例制定にも議会留保を必要としないという結論に到達している点で注目に値しよう。こうしたいわば包括的な条例制定権というものを承認する見解は、わが国における通説の見解と類似した理論構成が見られる点で興味深いが、ドイツの伝統的見解とは根本的に異なる方向性を示すものということができよう。そのためか、こうした理論構成に賛同する見解はあまりみられず、伝統的見解の枠組みを維持しながら、何らかの相対化を図る試みが有力となっているようである⁶⁴。

62 Bleckmann (Fn. 58), S. 1086.

63 Bleckmann (Fn. 58), S. 1089.

64 もっとも、基本法 28 条 2 項 1 文によりゲマインデに保障された「地域社会のすべての事項を規律する」権利には、この領域における規範制定権が含まれているという立場から、次のような見解が主張されることもある。《基本法 28 条 2 項により条例制定権は、侵害行政の領域にまで及んでいる。このことは、個々の基本権の保護領域において規律を行う権利が本来、法律のみにあることを否定するものではないが、自治体が規律する領域にかかわる基本権（職業選択の自由、住居の不可侵、財産権等）については、独自の規範制定が許されて

条例制定の機能適合的理解

H・フォン=アルニーム (Herbert von Arnim, 1939 -) は、1988 年発表の論文「ゲマインデの民主主義と自治行政」において自治体の条例については専門医決定の論理が少なくとも全面的には妥当しないとして、次のような見解を主張している⁶⁵。

《自治体レベルでの決定については、次にみる「二重の正当化」を経ていれば、侵害的内容をもつ条例制定に対して議会留保が及ばないとする事は可能である。すなわち、第一に、ゲマインデは国民およびゲマインデの市民に由来する民主的正当性を有している。第二に、ここでは「正しさ」による正当性が問題となる。内容的な正しさの要請は、法治国家原則ではなく、基本法 1 条に根拠を有する。後者によれば、国家およびすべての国家機関は人間に仕えなければならない、すなわち、人間の利益を保護する義務を負うのである。》

上記の第二の点について彼は、さらに連邦憲法裁判所の判決⁶⁶が、権力分立は国家の決定が「できるだけ正しく、すなわち組織、構成、機能、手続の点で最も適した条件を有する機関によって下されること」を目的としている、という見解に注目し、こうした観点から自治体の決定の「正しさ」について次のように論じている⁶⁷。

《国会の法律制定には、ゲマインデの条例制定に対してある程度の優越性が認められる。これは、国会では中央省庁から通常もたらされる専門的知識が、自治体

いる。法治国家原則が要求する法的安定性、法的統一性、内容の正しさ等に照らしても、条例と法律の価値は同等である。民主制原則の観点からも、自治体議会は、国会と同様の民主的正当性を有しており、両機関の決定手続は、民主制の観点から見てやはり同等である。》 S. Engel-Boland, *Gemeindliches Satzungsrecht und Gesetzesvorbehalt*, 1999, S. 79, 93 und 109 f.

65 H. Herbert von Arnim, *Gemeindliche Demokratie und Selbstverwaltung*, in: AöR (Archiv des öffentlichen Rechts) 113 (1988), S. 13.

66 BVerfGE 68, 1 (86).

67 von Arnim (Fn. 65), S. 24 f.

には不足しているためである。権力濫用や縁故主義の危険は、当事者の関係が近いゆえに自治体におけるほうが大きい。これらのことから、少なくとも侵害行政については、法律の留保を維持することが望ましい。自治体の条例に比べて、国会の制定する法律が正しいことのほうが多く、それゆえ、条例による基本権の侵害には法律の授權が必要とされるのである。》

以上の説示については、「民主的正当性」と「決定の正しさ」という伝統的見解とは異なる観点から条例制定と議会留保の関係を論じている点が注目される。前者の観点は、先にみたブレクマンの見解におけるのと同様、国会と自治体議会の共通性を指摘するものである。後者の観点は、権力分立の機能適合的理解から導かれているが、これは連邦憲法裁判所の判例における議会留保の根拠ともなっていることは、すでに検討したとおりである(3(1))。もっとも、判例が議会・政府間の権限問題を対象としていたのに対して、フォン・アルニームの見解は国会と地方議会の関係を念頭に置いたものであることには注意が必要である。さらに彼は、国会と地方議会の相違に着目して結論を述べているが、両者の評価が先にみたブレクマンのそれとは正反対になっている点は興味深い。このように機能適合的理解からのアプローチには、検討の余地が残されているように思われるが、この点については、後に改めて検討に付したい。

「法律による授權の明確性」という論点

先にみた「ロトヴァイル郡廃棄物管理条例事件」判決は、伝統的理論への批判の契機となったが、そこには上記の議論では示されなかった「法律による授權の明確性」という論点が現れていることが注目される。

G・リュベ＝ヴォルフ (Gertrude Lübbe-Wolff. 1953 -) は、1993年に同判決に対する評釈を著しているが、そのなかで、条例制定に議会留保を要求する伝統的見解とは異なる方向性をもつ議論を展開している。彼女は、まず、本件で直接問題とはされていない「事務所および事業所 (Betriebs- und Geschäftsraum) への立入りを認める条例の規定に法律の根拠が必

要か」という問題に検討を加えている⁶⁸。そこでは、かつて連邦憲法裁判所が示した、「事務所および事業所には住居と比較して弱い憲法上の保護しか認められず、その限りで、基本法 13 条は行政官庁による立入りおよび査察権と相容れないものではない」とする判旨を引きつつ、次のように指摘している。すなわち、こうした連邦憲法裁判所の要求に見合う、事務所および事業所の敷地に立入るための法律上の根拠としては、ゲマインデ規則や水道法・廃棄物処理法における条例制定への授権規定が考えられる。これらの法律には、確かにはっきりした授権規定はないが、「はっきりした法律の規律は、この場合にはなくても許される」。なぜならば、自治体に憲法上、条例制定の自治が保障されていることに鑑みれば、行政処分や行政命令に比べて条例制定には、法律の根拠に明確性が強く要求されないことが認められているからである。したがって、「こうした授権にもとづく条例の規律から、立入りの目的および許される査察および検査の対象および範囲が明らかになるのであれば十分である」⁶⁹。

また、リュベ＝ヴォルフは、本件で問題となった住居への立入りについても、一般論として同様の構成をもつ議論を展開している。それによれば、基本法 13 条の「住居」(Wohnungen)には「住宅」(Wohnräume)と「宅地」(Wohngrundstücke)が含まれるが、両者を区別し、上記の事務所および事業所の場合と同様、必要とされる法律の授権の明確性を場合分けして考察することが可能である。その結果、本件のような「宅地」への立ち入りについては、はっきりとした法律の授権は必要ないことになる。もっとも、本判決は、そもそも法律の根拠が「まったく」存在しないと述べており、この論理を適用することはできないが、他の州では、ゲマインデ規則や水道法・廃棄物処理法の規定次第では、それを法律の根拠とみることができる可能性がある⁷⁰。

68 Lüzbe-Wolff (Fn. 38), S. 762 (765).

69 Lüzbe-Wolff (Fn. 38), S. 762 (765).

70 Lüzbe-Wolff (Fn. 38), S. 762 (767).

以上を要するに、リュベ＝ヴォルフは、基本法 28 条 2 項による自治行政の保障、および、条例により制限される基本権の「保護の度合い」を考慮に入れることにより、条例制定への法律の授権の明確性について、これを場合分けして考える見解を示している。後に見るように、この方向性は、今日、有力な見解となっているといえることができる。

専門医決定の位置づけ

H・マウラー (Hartmut Maurer, 1931-) は、1993 年発表の「自治体条例制定の法的問題」において、上記の連邦憲法裁判所による専門医決定を条例制定権の限界の問題に関するリーディングケースのひとつと位置づけたうえで、『同決定が、学説において一般化されただけでなく、拙速に自治体へと取入れられてしまった』という批判を展開している⁷¹。彼は、その議論を自治体と職業団体の自治行政との相違に関する次のような考察から根拠づけている⁷²。

《自治体の自治行政は、職業団体のそれと異なり、憲法上明示的に保障されている。ゲマインデは、団体ではなく一般的に民主的な代表により、団体よりも広範な民主的基盤と正当性を有している。法治国家的に疑念のある利害の衝突や距離の短縮は、職業団体の組織におけるほうが、自治体におけるよりもはるかに大きい。後者は、より広範な任務および組織をもち、法的監督や司法だけでなく公開の政治的な統制に服するからである。

専門医決定において連邦憲法裁判所が、「立法者は、その法制定権を放棄してはならず、団体組織が制定する規範の内容に対する影響を完全に放棄してはならないのである」と述べたことは、確かに自治体にも当てはまる。しかし、連邦憲法裁判所が議会留保を説いた重要性理論は、自治体の自治行政が憲法上保障されていることや、職業団体のそれとは異なる特別な形態をもつことのために、必ず

71 Maurer (Fn. 29), S. 184 (188).

72 Maurer (Fn. 29), S. 184 (188 f.).

しも他の場合と同様には適用されない。[.....] 自治体の条例制定権と法律の留保とは、慎重な考慮によりバランスをとるべきである。」

もともと、専門医決定は「段階理論」に基いて、Satzungによる基本権制限に対して一律に議会留保を適用しないという含みをもったものであった。マウラーの見解は、専門医決定が職業団体を対象としたものであることに注意を促し、これと異なる自治体の民主的、法治国家的側面を指摘することにより、専門医決定と整合的な立場から伝統的見解を批判するものといえよう。そして彼が、上記の引用に付した註のなかで基本法 103 条 2 項について「厳格な法律の留保」を語っていることから推測されるように、この試みは、結局、「法律の授権の明確性」の問題に帰結すると思われる、この点でリュベ＝ヴォルフの議論と共通点をもつといえよう。

このような意味で自治体の自治行政と職業団体のそれを区別する見解は、近年でも賛同がみられる。例えば、C・ヴァルトホフ (Christian Waldhoff, 1965 -) は、2000 年発表の論文「Satzung の自治と料金徴収」において、伝統的見解よりも、両者の間に《明確な、法的帰結を含む区別》を主張する見解のほうが評価に値するとしている。その根拠として彼は、憲法によって直接ゲマインデに法制定権が与えられていること、ゲマインデは、職業団体のように特定の集团的利益ではなく、基本法 28 条 2 項にいう「地域的な団体のすべての事項」を規律しなければならないこと、さらに、職業団体が法律により与えられた個別的権限をもつに過ぎないのに対して、ゲマインデは限定された地域において包括的権限をもつこと、を挙げている⁷³。このように、自治体を職業団体と区別して、法律の授権の明確性を場合分けして論じる見解は、以下に見るように、相当に有力となっているといえることができるように思われる。

73 C. Waldhoff, Satzungsautonomie und Abgabenerhebung; in: Festschr. f. Klaus Vogel, 2000, S. 495 (510 ff.).

明確性への要求を相対化する見解

今日の代表的な地方自治法概説書（第5版、2014年）の著者であるM・ブルギ（Martin Burgi, 1964-）は、1999年発表の論文「環境政策および社会政策における自治体の単独行動」⁷⁴のなかで、自治体の活動における裁量の余地という観点から問題を論じている。彼の見解によれば、さまざまな政策分野において自治体レベルで連邦および州の政策から離反しようという試みが増加しているが、これを自治体の「単独行動（Alleingang）」と呼ぶことができる。判例には、その正当化に関する統一的な基準が欠けており、基本法28条2項の自治行政の保障には十分な検討は加えられていない。こうした認識のもとブルギは、具体的な地域の事務との関連を有する「関連性のある単独行動」とこれを有しない「関連性のない単独行動」との区別を前提に、基本権を侵害する条例制定の可能性について、次のような見解を示している⁷⁵。

《基本権が実質的に要求するところは十分尊重に値するが、明確な法律の授権がなければ、直ちに自治体の侵害的活動が許されないということにはならない。自治体が地域社会の事項を「自らの責任」で規律するという28条2項の保障は、法律の特別な授権根拠が明確でなければならぬとする要求を引き下げる効果をもつ。このことは「関連性のある単独行動」について当てはまる。》

また、ブルギは、上記の地方自治法概説書のなかで、従来の授権の明確性に関する議論を要約する意味をもつ説明を加えており、以下に引用しておく価値があろう。すなわち彼は、専門医決定における「民主制の要請および法治国家の原則から、立法者は、法律制定権を自治行政の担い手（医

74 M. Burgi, Kommunale Alleingänge in der Umwelt-und Sozialpolitik, Verwaltungsarchiv Bd. 90 (1999), S. 77. 同論文の内容は、斎藤誠「国法の規律と地域性」小早川 光郎・宇賀 克也（編）『行政法の発展と変革 下 - 塩野宏先生古稀記念』（有斐閣、2001年）402頁でも紹介されている。

75 Burgi (Fn. 74), S. 97.

師会)の自由な行使に委ねることを禁じられているという」という判旨を引きながら、次のように述べている⁷⁶。

《もっとも、ゲマインデは自治体選挙の際に補完的な民主的正当性を得ており、その人的基礎は(職業団体の場合のように)一定の職業ではなく、地域への所属にある。このことから、基本法 28 条 2 項の自己責任の原則は、明確性の要請の緩和に働くと考えるのが正しい。この原則が条例制定権を保障していることにより [中略]、国家の立法者は、ゲマインデにその法制定権の一部を委ねることを義務づけられているのである。法制定権の委任は、こうして同時に、ゲマインデにその任務に適合した活動手段を与える憲法上必要な措置ということになる。したがって、場合によって起こりうる基本権侵害は、その種類と強度のみが予め形成されていれば、すなわち、対象となる人的範囲および侵害の枠が定められていれば十分なのである。》

以上に示したブルギの見解は、基本法 28 条 2 項やゲマインデ規則の概括的条項によって直接、条例制定権を根拠づけるのではなく、条例が法律の留保に服するという伝統的な前提を維持しながら、基本法における自治行政の保障を根拠に具体的な地域の事務との関連性を基準として、明確性への要求を相対化するもの、と要約できよう。これは、基本権を侵害する条例制定に議会留保を要求する伝統的見解と、これを否定し、概括的授權による条例制定を可能とする見解の中間を行く結論を示すものということができよう。

先にも触れたように、同様の方向性をもつ見解は複数の有力な論者によっても唱えられている⁷⁷。これは結果的に、先にみたりユベ = ヴォルフの

76 M. Burgi, Kommunalrecht, 5. Aufl., 2015, S. 212 ff.

77 K. F. Gärditz, Rechtsstaatsprinzip, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz (Loseblatt), 2010, 6. TEIL, Randnummer 165 mit dem Hinweis auf die folgende Literatur: D. Ehlers, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers

「基本権を侵害する条例には明確な法律の根拠はなくてもよい」という見解に新たな根拠を提供し、また、マウラーの「自治体の条例制定権と法律の留保とは、慎重な考慮によりバランスをとるべきである」という指摘を具体化する意味を持ち、現在の学説の到達点を示しているということができよう。

まとめ

以上に検討を加えてきたドイツにおける条例制定権の限界に関する判例および学説の理論状況は、これを次のように要約することができよう。

自治行政は行政の一種であり、したがって、法律の留保のもとに置かれるというドイツにおける伝統的な位置づけは、基本法 28 条 2 項の解釈においても踏襲されている。そのもとにおける判例や学説も、基本的にこの理論的枠組みのなかで展開されてきたとみることができる。

基本法制定後、条例が基本権を制限する場合には、議会留保のもとにおかれるという重要性理論が判例として認められたため、条例の制定を授權する法律の規定には一定の明確性が求められることになった。リーディングケースである専門医決定では、自治行政の権利が認められた団体による法制定について、その対象が団体の内部にとどまるのか、あるいは外部にまで及ぶのかという基準を立て、後者のみが議会留保のもとに置かれるという考え方を示した。これは基本法の下における自治行政の意義を認め、これに対する議会留保の適用の範囲を制限することにより、いわば両者のバランスをとったものということもできよう。もっとも、これは職業団体における問題であったこともあり、民主的基盤をもつ自治体における問題

(Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. (2010), § 2, Randnummer 57; B. Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 2010/2007, Art. 20 VI, Randnummer 123; Schmidt-Aßmann/Röhl (Fn. 3), Kap. 1, Randnummer 95 f.; C. Waldhoff (Fn.73), S. 495 (510 ff.); W. Watanabe, Die Bedeutung von Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes für kommunale Satzungen, Diss. Bonn 2010, S. 45 ff.

を解決するためには必ずしも十分な指針を提供しているとはいえない。また、その後の判例では、もっぱら、自治体規則における一般的・概括的な根拠のみにもとづく条例制定が問題とされたこともあり、明確性という論点については議論が十分に深まらないままであった。最新の判例でも一定の基準は示されているが、その根拠づけなどにおいて、理論的に今日まで未解明の論点を残しているといわざるを得ないであろう。

学説においても、自治行政は行政の一種であるという理論的枠組みのなかで、議論は展開されている。もっとも、伝統的見解が、基本権を制限する条例については、判例と同様に一般的・概括的な根拠のみにもとづく条例制定を否定するのにとどまっているのに対して、自治体の民主的基盤を考慮に入れた見解が主張されてきたことが注目される。こうした見解のなかにあっても、自治体の民主的基盤の意味をどの程度認めるかという点については、一般的・概括的な根拠のみにもとづく条例制定を認めるものから、結果的に伝統的見解と同様な結論に至るものまで、見解は大きく分かれている。しかし、近年の傾向をみると、自治体の民主的基盤を根拠として、職業団体における議論とは異なる結論に至る方向性がはっきりと見てとれる。すなわち、自治体の制定する条例においては、その根拠となる法律の規定に対する明確性の要求は、職業団体の制定する *Satzung* よりも低くなるという議論の方向である。

冒頭にも述べたように、条例制定を法律の留保のもとに置くドイツの理論的枠組み自体、過剰に条例制定権を制限するものと捉えられるかもしれない。しかし、本稿における理論状況の観察からは、「法律の制定を通じて、国民の人権を国家権力から保護する」という近代立憲主義の重要な原則に忠実な態度が見られることも確かである。ドイツでは、これを出発点として、自治体の民主的基盤を考慮にいれることによって原則の修正を図っているということができよう。これに対して、わが国では、周知のとおり自治体の民主的基盤を根拠として、包括的な条例制定権を認めており、そこには、法律による人権保障という原則がリスクにさらされているのではないか、という疑問が生じるように思われる。もっとも、わが国でも、徳

島市公安条例事件最高裁判決の公式のもとで、実は、一定の法律による人権保障が図られているといえることができる⁷⁸。こうして、いわば反対の方向から、法律による人権保障と条例制定権のバランスをとろうとしているものとみることができるであろう。この点については、機会を改めて詳細に論じることにはしたい。

78 このことは、徳島公安条例事件最高裁判決の公式の下で、基本的人権の保護という観点から条例を違反とした裁判例において確認することができる。これらの裁判例については、渡邊「条例制定権の限界の根拠としての基本的人権 - 日本とドイツにおける議論の比較法的考察 -」（註1）172頁以下を参照。