

条例の適法性判断：日本と中国を対象に

汝, 思思

<https://hdl.handle.net/2324/4059974>

出版情報：Kyushu University, 2019, 博士（法学）, 課程博士

バージョン：

権利関係：Public access to the fulltext file is restricted for unavoidable reason (3)

| | | | | |
|--------|---------------------|------|-----|-------|
| 氏 名 | 汝 思思 | | | |
| 論 文 名 | 条例の適法性判断——日本と中国を対象に | | | |
| 論文調査委員 | 主 査 | 九州大学 | 教 授 | 田中 孝男 |
| | 副 査 | 九州大学 | 教 授 | 嶋田 暁文 |
| | 副 査 | 九州大学 | 教 授 | 大脇 成昭 |

論 文 審 査 の 結 果 の 要 旨

本論文は、日本における条例の適法性判断基準をめぐる議論（条例論）の考察を行った上で、中国における地方性法規の適法性判断基準をめぐる議論を考察し、そこで明らかになった課題を、日本の条例論に基づく知見を援用することによって乗り越えんとする意欲的な論考である。

この基準について、日本では、1975年の徳島市公安条例事件判決（徳島市判決）により確立した判断枠組みが今日まで維持されているが、それ以後の学説の到達点と課題を明らかにする必要がある。一方、中国では、憲法及び立法法で規定する地方性法規の適法性に関する有権機関の判断基準が必ずしも明確でなく、その結果、「有権機関による過度の中央集権的解釈」と「好ましからざる地方性法規の放置」という両極端の結果をもたらしている。学説もこれを改善する提案に至っておらず、中央集権と地方分権の適度なバランスをとる基準の構築が不可欠となっている。

こうした問題意識から、本論文は、まず第一部で日本における条例論の到達点と限界を明らかにし、中国を考える上で有益な学説を見出す作業を行う。その第1章では、徳島市判決の内実について考察する。ある最高裁調査官解説が同判決を成田頼明の修正法律先占説の考え方を取り入れたものとしていたことから、本論文は、まず成田の見解及びその前提となる伝統的法律先占説（田中二郎・久世公堯）の見解を整理し、そのうえで、徳島市判決を読解する。その結果、同判決は、法律の先占を観念せず、あくまで法律の趣旨・目的に照らして条例の適法性を考える点がその特徴であるとする。

これを前提とした上で、第2章では、1970年代から2000年分権改革前までににおける自主条例（地方公共団体が法律とは別個に事務を創設して必要な事項を定める条例）に関する議論を考察する。この時期は、公害対応をきっかけに条例をより柔軟に認める見解が唱えられた。本論文では、固有の自治事務という領域を構想する固有事務論（原田尚彦）、法律の趣旨・目的をより条例許容の方向で解釈する議論（成田頼明、兼子仁など）、立法事実（条例による特別の意義及び効果）を重視する議論（南川諦弘）を取り上げ、その内容と各課題を整理する。

第3章では、関連の法改正を概観したうえで、自主条例をめぐる2000年以降の主要学説として、事務の性質に着目し法令の標準性などを説く北村喜宣、個別法解釈につき条例の法令違反を主張する国側に法令の正当化責任を求める斎藤誠、立法事実裏づけられたより合理的な規範を優先させる岩橋健定、法律と条例の関係を原理規範の最適化命令問題として構成し立法事実を重視する鈴木庸夫、条例の認知的・試行的先導性に着目する角松生史、比例原則を踏まえ規制目的によって条例に要求される立法事実差異を設ける神崎一郎の議論を対象に、各内容とその課題を整理する。

第4章では、法律実施条例（法律の一部となり法律と一体となって作用する条例）について、岩橋健定の見解に依拠し、法律の要件効果に条例がどのように作用するのかという点からこれを「具

体化条例」と「書き換え条例」に区分する。そして、前者が許容される範囲を考察した裁量基準限定説（小早川光郎）と法令目的逸脱禁止説（斎藤誠）を検討する。また、後者については、条例否定説（小早川光郎、岩橋健定）と条例許容説（法令の要件を標準設定と解する斎藤誠と、法律の構造を細分化して書き換え範囲を検討する北村喜宣）の各内容とその課題を述べる。

第一部の検討を踏まえ、第二部では、中国の地方性法規を自主性法規と執行性法規に二分し、前者には自主条例の理論を、後者には法律実施条例の理論を参照することとして議論を進める。

自主性法規について論ずる第5章で著者は、まず有権機関の判断を検討し、それが日本の伝統的先占説のように見えるものの修正先占説でも説明し得ることを明らかにする。次に、学説について、領域先占ではなく個別の事項を検討対象とする「事項」説と、明文の抵触及び立法の基本原則と精神（目的・趣旨）の抵触を判断基準とする「直接抵触・間接抵触」説を検討する。いずれの学説もなお「過度の集権」・「過度の分権」の問題を解消し得ないことから、日本法を参考に「立法目的・立法趣旨」と「立法事実」の議論を取り入れ、さらに両説を組み合わせることで基準の詳細化を試みる。

第6章では、執行性法規の態様を、法律に対しての規制対象の付加、要件・処分基準の付加、法的効果の付加と3つに分け、有権機関の見解及び学説の展開と限界を述べる。そうした限界に対処するため、日本法を参照し、規制対象の付加類型は自主性法規とみなすべきこと、要件・処分基準及び法的効果の付加には「書き換え条例」の許容説を参照し得ること、これらが中国の実定法上も十分採用し得ることを明らかにする。

第二部の最後では、中国の議論をまとめたうえで各基準の一層の精緻化が必要であることを今後の課題として挙げ、さらに、論文全体のまとめも兼ね、日本の条例についても中国の執行性法規における法的効果の付加類型の参照可能性があることを説き、また、日本で法律の規律密度を緩和した場合には中国と同様に「趣旨・目的論」だけではなく「立法事実論」がより一層重要になるとの見通しを示す。

中国の地方性法規については、近年、日本でも詳細な研究が見られるようになってきているものの、憲法（立法権）からの検討が中心で、具体的な実体法上の適法性判断基準を考察したものは乏しい。本論文は、中国の有権機関の判断や学説を的確に整理し、その上でより詳細な判断基準を構築しており、中国の実情に配慮しながらも独自性のある考察をしたものと考えられる。また、日本についても多くの論稿を学説の展開という観点から的確に整理している。自主条例に関して新しい理論枠組みを示すわけではないが、徳島市判決が成田説の影響を受けたものとする指摘が上記調査官解説だけでなく学説にも見られるところ、必ずしもそうとはいえないことを本論文は明らかにしており興味深い。また、今日議論が錯綜している法律実施条例論を、「具体化条例」「書き換え条例」に区分して学説を詳細に検討しており、今後の議論における論点整理に有用なものとなっている。

本論文については、日本の条例制定権に関わる憲法論への言及が十分か、条例論を網羅的に論じたといえるか、徳島市判決以外の判例はそれほど詳細には論じていないが適切か、現実の条例には自主条例と法律実施条例を截然とは区別できないものがあり両者を区別する議論は妥当か、中国の判断基準導出を主目的とする研究であるのに日本の考察部分が多過ぎないか、中国の検討に当たり日本の議論を安易に参照していないか、中国の個別具体の問題事例に対する検討が不足していないかといった課題も指摘できよう。

もっとも、上記指摘については、憲法・政治体制の相違から日本の憲法論を中国で直接取り入れることは難しいことや憲法から比較する先行研究は日本ではほかに存在することを考慮する必要があ

るし、日本の条例論に関する主要学説の検討にあつては本論文でも脚注などで可能な限り他の論者の関連論稿に言及している。中国法への参照のためには日本の議論を正確にまとめる必要があるからその記述が増えることもやむを得ないところがある。具体的事例の検討は、今後の研究課題と考えるべきであろう。このように上記課題は、本論文を博士論文として評価することを妨げるものではないと、考えられる。

以上により、本論文は、調査委員全員一致で、博士（法学）の学位を授与するに値するものと、判断した。