

日本自治條例之制度特質與啟示： 從「依法行政」到「合憲自治」*

林孟楠**

<摘要>

我國學說對於地方議會是否具有立法權性質，以及自治條例是否適用依法行政原則，向有爭議，也影響司法實務見解。不過，我國憲法已經確立中央與地方的立法分權架構，釋義學上應該根據實定憲法發展。鑒於日本憲法保障的自治條例制定權，學說發展上明確呈現出從「依法行政」到「合憲自治」之演進軌跡。本文乃從以下三個層面深入研究日本法，探求對我國法的啟示。（1）國家法體系中，自治條例是否根據憲法取得相當於法律之體系定位，並具有獨自之民主統合與基本權保障功能。（2）自治條例如果不受法律保留原則之拘束，而得作為限制基本權之根據時，又應如何釐清法律與自治條例之關係。（3）自治條例如果不受法律優位原則之拘束，而得與法律競合立法時，又應如何同時兼顧國家法秩序之整合性與因地制宜之必要性。

關鍵詞：地方自治、自治條例、法律優位、法律保留、住民自治

* 本文為國科會計畫（110-2410-H-033 -003）補助研究成果，特此致謝。

** 中原大學財經法律學系教授、日本名古屋大學法學博士。

E-mail: seanlin@cycu.edu.tw

• 投稿日：03/21/2023；接受刊登日：12/27/2023。

• 責任校對：黃品樺、羅元廷、張馨麟。

• DOI:10.6199/NTULJ.202409_53(3).0002

◆目次◆

- 壹、前言
- 貳、自治條例之法體系定位
 - 一、憲法體制之轉換
 - 二、自治條例性質之論爭
 - 三、憲法政策之轉換
 - 四、小結
- 參、自治條例與法律保留原則
 - 一、垂直權力分立下的法律保留原則
 - 二、憲法之法定原則與自治條例
 - 三、小結
- 肆、自治條例與法律優位原則
 - 一、法律先占理論
 - 二、實質抵觸論
 - 三、小結
- 伍、日本法對我國法之啟示
 - 一、自治條例之法體系定位
 - 二、自治條例與法律保留原則
 - 三、自治條例與法律優位原則
- 陸、結論

壹、前言

自治條例與法律競合立法時，常見爭議類型是地方議會為維護住民生活品質而制定自治條例，採取較法律更為嚴格的管制措施。問題在於，自治條例更為嚴格限制基本權時，是否應遵守法律保留原則；與法律有不同規定時，是否可基於法律優位原則，逕自認定自治條例無效。

從比較法來看，德國法認為地方議會是行政機關，自治條例是行政行為，於依法行政原則下，本來就難以出現自治條例與法律競合立法之情形。問題重點乃在法律有無授權自治條例另為規定，以及授權明確性的要求程度¹。另一方面，日本法強調地方議會是自治立法機關，自治條例是立法行為，極易與法律出現競合立法的情形。問題重點乃在自治條例是否「實質抵觸」法律。簡言之，德國法重視國會中心之基本權保障，以法律保留原則為判斷重點；日本法強調地方分權之合憲自治，緩和法律優位原則之適用²。

我國受德日影響，歷來學說呈現類似布局，爭議於法律保留與法律優位之間³。司法院釋字第 38 號解釋似傾向德國法，強調法律保留原則。司法院釋字第 738 號解釋則認為自治條例得較法律更嚴格限制基本權，不當然抵觸法律，似乎接近日本法。不過，司法院解釋言簡意賅，仍有必要從基礎理論深入探究自治條例與法律之關係。

鑒於日本作為單一國家，體制與我國相近⁴，而且日本法之發展，可以明確觀察出從「依法行政」到「合憲自治」之演進軌跡。本文擬以日本法作為研究對象，釐清自治條例與法律競合立法時，釋義學上如何調整法律保留及法律優位原則之適用，又應如何判斷自治條例之合憲性，進而探求對我國法發展之啟示。另外，為求行文簡潔，以下不區分日本法及我國法，一律將自治條例簡稱為「條例」，地方自治團體簡稱為「地方」，敬請留意。

¹ 許春鎮（2021），《論自治規章》，頁37-38、290-294、297-303，新學林。

² 渡邊互（2019），《法律の留保に関する比較研究》，頁181-266，成文堂。

³ 林明鏘（2000），〈論地方立法權：以臺北市自治法規為例〉，《律師雜誌》，244期，頁75。

⁴ 先行研究可見蔡茂寅（2006），《地方自治之理論與地方制度法》，增補版，新學林；蔡秀卿（2009），《地方自治法》，三民。先行研究偏重於日本法之概況介紹，本文則著力於制度史分析，並參照2010年以來的文獻，指出最新發展動向。

貳、自治條例之法體系定位

日本於 19 世紀繼受西歐地方制度時，特別參考德國地方自治之法學理論。當時德國受到立憲主義之市民運動影響，分別形成「作為人權之地方自治權」與「作為行政組織之地方制度」兩股思潮，並以後者獲得通說地位，延續至今⁵。日本法最初對德國法亦步亦趨，但於第二次世界大戰之後，卻逐漸發展出不同於德國法之特質，強調住民自治與人民自主決定之關聯，賦予條例得與法律競合立法之憲法根據。本章將從憲法體制及憲法政策之沿革史，分析條例之法體系定位，指出日本法之制度特質。

一、憲法體制之轉換

（一）明治憲法

1. 基本架構

日本繼受地方自治法學之初，理論上明確區分「自主立法權」與「自治行政權」。自主立法權係指地方「訂定法規以規範自治事項之權」，自治行政權則是地方「依國家法律處理事務之權」。由於立法權專屬國家，而自主立法權之範圍必須依人民教育程度而適時調整，故以法律列舉得由條例因地制宜之事項⁶。因此，1888 年制定的鄉鎮制度法及市制度法第 10 條第 1 項，「特別允許」鄉鎮市議會得依「本法明文規定或其他特別規定」，以條例規範鄉鎮市之事務及鄉鎮市民之權利義務。依同法第 121 條及第 125 條規定，條例應經內務大臣許可。

1889 年制定之大日本帝國憲法（下稱「明治憲法」），於君主立憲體制之下，認為沒有以憲法特別保障地方自治之必要，刻意不作任何規定⁷。欠

⁵ 木佐茂男（2015），《國際比較の中の地方自治と法》，頁331，日本評論社。

⁶ 広川喜久治（編）（1888），《市町村制及理由》，頁89，日本法律社。

⁷ 小嶋和司（1988），《小嶋和司憲法論集一：明治典憲体制の成立》，頁331-394，木鐸社。

缺憲法保障的地方自治，終究只是立法者的創作物，不具有任何對抗國家介入的憲法地位⁸。通說從權力分立的角度，認定地方公法人作為行政主體，包含地方議會在內的地方機關，都是形式意義之行政權，行使國家賦予的行政權限。而且於「統治」與「行政」截然二分之前提下，立法權乃是專屬於國家的統治權能，也不得授予地方行使⁹。從而地方議會制定之條例，形式上既然不是國會制定的法律，就只能劃入行政行為之範疇¹⁰。

地方作為行政權之一環，自治事項以法律列舉者為限，除了地方組織及財政事項外，皆是公共服務事項，不具高權性質。地方的任務是提供公共服務，設置及管理公共設施，並向住民收取相關費用以支應財政。換言之，地方只是「公共事業團體或費用負擔團體」¹¹，用以補充國家高權行政不足之處，滿足住民基本生活需求。因此，法律列舉之條例制定權，同樣局限於地方組織、財政及公共服務事項，原則上不具有干涉行政之性質。

2. 條例之體系定位

依照明治憲法第 5 條及第 37 條，天皇總攬統治權，國會制定法律乃是「輔佐」天皇行使立法權。通說繼受德國之自由法治國理念，依循 Otto Mayer 之見解，忠實描繪依法行政原則之釋義學架構，並據以說明條例之體系定位，可指出如下三點特色。

第一，地方整體作為行政權之一環，條例乃是依法行政原則之適用對象，既不得抵觸法律，也不得未經法律授權而限制基本權¹²。通說完全泯滅自主立法權與自治行政權之性質不同，忽視民選地方議會之民主正當性。

⁸ 渡邊宗太郎（1935），《地方自治の本質》，頁165-166，弘文堂書房。

⁹ 宇賀田順三（1938），《地方自治制》，頁19，日本評論社。

¹⁰ 佐々木惣一（1924），《改版日本行政法論：總論》，頁16-17，有斐閣；美濃部達吉（1936），《日本行政法：上卷》，頁40，有斐閣。

¹¹ 田中二郎（1976），《新版行政法：中卷》，全訂2版，頁86、130，弘文堂。

¹² 佐々木惣一，前揭註10，頁58-59；美濃部達吉，前揭註10，頁63、69-70、581、583。

第二，通說雖然注意到條例不同於法規命令，具有單獨的法源地位¹³。但條例制定權既然是法律授予之權限，並受到法定列舉事項之嚴格控制，條例無異於法規命令。

第三，憲法沒有賦予地方免於中央恣意侵害自治權限的憲法地位，也就不可能容許條例與法律競合立法¹⁴。通說更從單一國家體制角度，以中央集權作為行政法的基本原則，強調地方不得違背國家之意思，條例不得抵觸法律¹⁵。因此，依法行政原則具有確保中央集權之功能，最終鞏固天皇總攬統治權之君主立憲理念。

（二）現行憲法

1. 基本架構

1946 年修正公布之憲法，確立國民主權原則，明文保障地方制度，條文臚列如下。

第 92 條：「地方公共團體之組織及運作相關事項，以法律基於地方自治本旨定之」。

第 93 條：「①地方公共團體應依法律規定設置議會作為議事機關。②地方公共團體之首長、議會之議員以及法律規定之其他官員，由該地方公共團體之住民直接選舉之」。

第 94 條：「地方公共團體，享有管理財產、處理事務以及實施行政之權能，並得於法律範圍內制定條例」¹⁶。

對照明治憲法，憲法第 94 條以「**實施行政**」概括保障地方自治權限，並於第 93 條區分立法權與行政權，賦予地方與國家相似之「統治主體」地

¹³ 佐々木惣一，前揭註10，頁38。

¹⁴ 實務上如出現條例是否抵觸法律而無效之問題，判斷重點在於條例是否逾越法律授權意旨。大審院決定昭和11年6月15日大民集15卷1098頁。

¹⁵ 美濃部達吉，前揭註10，頁63、72-73。

¹⁶ 該條所指之「條例」，通說採廣義理解，包含地方首長訂定之規則與地方議會制定之條例。不過，討論條例與法律之關係時，通說則採狹義理解，僅指地方議會制定之條例。

位，可謂是極大的體制轉換¹⁷。統治主體於管轄區域內，得基於內部成員之意思，全權管理自身事務，作成政治判斷，並制定抽象法規範¹⁸。因此，只有國家與地方可經由民選議會作成政治判斷及制定法規範，有別於一般行政主體。

單一國家體制下，地方的統治活動仍然應受國家節制，憲法第 92 條及第 94 條乃授權國家以法律規範地方自治，並以「地方自治本旨」作為法律的憲法界限。通說認為地方自治本旨乃是制度性保障之核心內涵，係指「住民自治」及「團體自治」。住民自治，乃是基於民主國原則，地方事務應依照住民意思而運作，重點在於住民參與政治之意思形成過程，並以條例作為自治法規範。至於團體自治，則是地方應自行處理地方事務，自我承擔責任，重點在於地方不受國家恣意干涉之自主活動領域¹⁹。

憲法體制轉換後，地方從法律設置的行政主體，質變為憲法制度性保障的統治主體。地方議會成為憲法保障之民選立法機關，基於住民自治之理念，條例成為住民政治意志的結晶。法律與條例之關係，是否仍然直接適用依法行政原則，成為學說攻防之焦點。

2. 憲法保障之條例制定權

憲法第 94 條概括保障條例制定權，則地方制定條例時，是否仍如同明治憲法時期應有法律依據，理論上有 2 種解釋。其一是抽象保障說，認為憲法沒有具體劃定條例制定權之內容，必須經由法律初步規範後，地方始可具體行使。換言之，憲法規定只是方針條款，法律之授權規範具有創設性質。其二是具體保障說，主張憲法直接授予條例制定權，地方不待法律規定，即可逕行制定條例。法律如有規定，也只是「確認」而非「創設」條例制定權。

¹⁷ 法学協會（編）（1954），《註解日本國憲法：下卷》，頁1401，有斐閣。

¹⁸ 塩野宏（1990），《国と地方公共団体》，頁5，有斐閣。

¹⁹ 塩野宏（2021），《行政法III》，5版，頁140、148，有斐閣。中文介紹見李仁森（2008），〈地方自治中的住民自治：以日本之住民訴訟制度為中心〉，《臺北大學法學論叢》，65期，頁10-16。

憲法制定之後，通說一貫採取具體保障說²⁰。條例的「制定權限」不再需要法律根據，但就「基本權限制」是否應另有法律根據，仍涉及法律保留原則之問題。

至於憲法第 94 條規定之「法律範圍內」，則是中央保有以法律劃分自治事項、界定事務內容以及規範執行方式之權限。1947 年制定之地方自治法（下稱「舊地自法」）第 14 條第 1 項，據此規定地方「以不違反法令為限」，就自治事項得制定條例。因此，條例制定之合憲要件，可再細分為①自治事項以及②內容不得牴觸法律。

先就①而言，凡有全國一致必要者，為中央專屬事項；有因地制宜必要者，為自治事項。舊地自法第 2 條第 10 項乃明文列舉中央專屬事項，並於同條第 3 項例示規定各種自治事項²¹。由於地方並無專屬自治事項，個別法律往往將同一事項依其內容分層劃予中央及地方，實務運作中依然難以界定自治事項之具體範圍，無法避免法律與條例之競合現象²²。如果依照法律規定而嚴格認定自治事項之具體範圍，等於是限縮條例制定權。再就②而言，憲法容許法律規範自治事項之內容。如果法律已有規定時，即認為條例完全不得牴觸法律，地方就該自治事項將完全失去條例制定權。因此，法律與條例之關係，是否適用法律優位原則，即生爭議。

鑒於上述問題，憲法體制轉換後，釋義學必須克服依法行政原則之傳統模式，重新建構條例理論²³。依照解釋者對於地方自治之態度，乃至於容忍中央集權之尺度不同，釋義學發展上，呈現出「法律優先」及「條例優先」兩股思潮之拉鋸。整體而言，受到住民運動之影響，從「法律優先」逐漸朝向「條例優先」之方向轉換。

²⁰ 原龍之助（1956），〈條例と規則〉，田中二郎、原龍之助、柳瀨良幹（編），《行政法講座第1卷：行政法序論》，頁287-288，有斐閣。

²¹ 中文介紹見蔡秀卿，前揭註4，頁154-157。

²² 塩野宏，前揭註18，頁26。

²³ 成田頼明（2011），《地方自治の保障》，頁173-174，第一法規。

3. 條例理論與住民運動

憲法體制之轉換，未必能夠立即改變法律工作者之思維。早期學說與實務受到明治憲法體制之影響，依然嚴格限縮條例制定餘地。雖然當時學者謳歌地方自治，但若是政治社會上並無擴張條例制定餘地之呼聲，也就不會意識到根本改變之必要。尤其是戰爭剛結束後的日本，面臨中央主導的重建復興需求，自然會傾向確保地方服從中央之解釋理論。因此，1947年至1960年代間的通說，依舊維持依法行政原則之思考模式。

戰後復興告一段落後，日本邁入經濟高度成長期，加速都市化及工業化之進程，於1950年代末期至1970年代間產生大量公害問題。由於各地公害狀況不同，中央又未及立法因應，於住民迫切要求下，往往先由地方制定條例規範。另一方面，中央為加速經濟發展，高舉「新中央集權主義」之大旗，深度介入地方事務，企圖縮減地方自治權限。乃有地方首長結合住民之社會運動，喊出「革新自治團體」之口號，正面對抗經濟發展優先的中央政策，主張回歸以住民生活品質為中心之地方自治²⁴。因此，地方為保護生活環境，往往制定較法律更為強化環境保護之條例，並在輿論支持下，迫使中央修正法律以回應地方需求。例如，空氣污染防治法及水污染防治法於1970年之修正，明文賦予條例更嚴格管制的空間，即是為了回應1969年制定之東京都公害防治條例。地方於欠缺法律規定時，甚至更率先採納新興制度而制定條例，引導後續法律之發展。例如，環境影響評估制度始於1976年制定之川崎市環境影響評估條例²⁵，中央直到1997年才制定環境影響評估法。

面對住民運動之興盛，以及條例展現出的進步理念，一般認為應從法學理論強化地方分權對抗中央集權之正當性。尤其是條例之實踐經驗顯示，地方就切身之新興社會問題，通常較中央更直接掌握現場的實際狀況，可以迅速對應處理，不妨寬鬆承認條例作為「實驗立法」²⁶。因此，學說積極擴張

²⁴ 小林武、渡名喜庸安（2007），《憲法と地方自治》，頁55-65，法律文化社。

²⁵ 兼子仁（1978），《条例をめぐる法律問題》，頁19-20、74-77，学陽書房。

²⁶ 角松生史（2007），〈条例制定の法的課題と政策法務〉，《ジュリスト》，1338号，頁111-112。

條例制定餘地，革除依法行政原則之思考模式，主張法律與條例皆是直接以憲法為根據之立法行為，兩者並非上下位階，而是水平協力。此一主張於 1970 年代完成典範轉移，奠定今日通說之架構。

1980 年代以後，日本面臨經濟成長鈍化及財政危機，決定放棄新中央集權主義，走向新自由主義的「小政府」改革路線。中央削減自身事務的方法之一，便是地方分權，因而接納學說主張，從 1990 年代起展開一系列地方制度改革，大幅擴張條例制定餘地，以期達成「立法之地方分權」。就此而言，今日通說與實定法乃是反映當代政治社會需求之產物。

如上所述，條例理論之發展，深受政治社會需求之牽引，以 1970 年代為分界，發生典範轉移。其中，關於條例性質之釋義學論爭，明確反映出學說克服依法行政原則之軌跡，以下進一步詳細分析。

二、自治條例性質之論爭

（一）自主法說之功過

1. 田中二郎之理論

明治憲法時期，通說雖然注意到條例與法規命令之性質不同，但兩者於形式上既然都有法律授權，實際適用上並無明顯差異。田中二郎提出自主法說，說明條例於本質上是團體內部規範，並不當然成為國家法體系之法源²⁷。憲法體制轉換後，田中依然維持相同主張²⁸，於 1950 年代至 1960 年代成為通說。

依照自主法說，地方作為獨立享受權利負擔義務的行政主體，不待法律明文授權，就自治事項享有「**制定自己法規之權利**」，用以規範團體與成員之間的內部法律關係。法律如於形式上對自主法有授權規範，可區分為三種類型：①自主法作為國家法適用之宣示規定；②基於劃一明確之程序方式規

²⁷ 田中二郎（1938），〈公共団体の自主法の根拠と限界〉，《国家学会雜誌》，52卷10号，頁1393-1419。

²⁸ 田中二郎（1954），〈条例の性質及び効力〉，氏著，《法律による行政の原理》，頁329-345，酒井書店。

定；③作為限制基本權或規範非自治事項之根據規定。其中①②均無授權之實質內涵，只有③才是真正的授權規範。不過，就法規命令而言，授權規範乃是「**立法權與行政權之權限分配**」；就自主法而言，則是「**國家與公法人之權利分配**」，兩者功能仍有不同²⁹。

儘管如此，鑒於形式意義之立法權，僅限於國會享有，條例於性質上是廣義之行政立法，並劃入「自治行政」之範疇³⁰。換言之，地方整體依然是行政權，條例是行政行為，只不過基於地方議會之民主正當性，法律授權條例規制基本權時，不以特定授權為必要³¹。

另一方面，自主法作為團體內部事務之規範，本質上有其制定界限，除了不得抵觸法律之形式界限外，依照公法人之構成、目的及功能，亦有先驗不成文之實質界限。只有於形式及實質界限內的自主法，始可「編入」國家法體系。就條例而言，即是制定對象限於自治事項，且內容不得超出因地制宜之合理範疇³²。因此，自主法說之實踐目的乃是強調國家法的優越性，並以「編入」作為條例適法之不成文要件，嚴格限定條例制定餘地。尤其是田中據此進一步提出「法律先占理論」，主張只要是法律明示或是默示規定之內容，即為中央專屬事項，絕對不容條例抵觸。換言之，國會享有近乎不受限制之立法形成自由，可以任意決定自治權限之範圍及具體內容。

2. 分析

田中認為國家與地方是不同的權利主體，從團體自治的觀點，強調地方有自治權必有自主立法權，闡明憲法概括保障條例制定權之內涵，可謂是最大貢獻。但成形於明治憲法體制之自主法說，原始目的是從行政組織法層次統一說明地方、農會及水利會等自治團體的自治規章性質，並未特別回應現行憲法保障地方自治本旨之內涵，故有下列3點問題。

²⁹ 田中二郎，前揭註27，頁1403-1410。

³⁰ 田中二郎（1957），《行政法總論》，頁62、364，有斐閣。

³¹ 田中二郎（1963），〈國家法と自治立法：條例制定權の限界を中心として（一）〉，《法學協會雜誌》，80卷4号，頁453。

³² 田中二郎，前揭註27，頁1415-1418。田中對於因地制宜之判斷標準，極為嚴格。

第一，田中認為條例之位階當然低於法律，容許國會近乎不受限制之立法形成空間，得以法律大幅限定自治權限之範圍及內容，忽視憲法保障地方自治本旨之防禦功能³³。第二，田中將條例制定權劃入行政權之範疇，認為地方議會制定之條例與地方首長訂定之規則，兩者作為自主法之性質並無不同。田中顯然認為中央與地方只有行政分權，沒有深究住民自治之憲法理念下，是否具有立法分權之可能性³⁴。第三，田中雖然強調條例與法規命令不同，但在國家法與自主法乃是異質性規範之前提下，經由條例「編入」國家法體系之要件，依然將依法行政原則轉用於法律與條例之間。

簡言之，自主法說認為一元法體系下，國會於民主政治過程中，足以充分統合包含地方利益在內的一切利益，必然成為法秩序之最終決定者，不必讓步於地方議會³⁵。但如此強調中央集權之釋義學架構，難以回應政治社會之新興需求，於 1970 年代完全失去支配地位。今日通說則是選擇性承繼發展，肯定地方與國家是基於憲法之不同權利義務主體，自主法係指地方本於自治權限當然可以制定之法規範，而不再以自主法說作為限定條例制定餘地之理論基礎³⁶。至於如何進一步釐清條例的本質，學者於 1970 年代分別提出委任立法說與地方立法說，如下所述。

（二）委任立法說之斷絕

1. 綿貫芳源之理論

自主法說依然認為條例於性質上是行政立法。既然如此，綿貫芳源主張條例之本質就是委任立法，界定「憲法→法律→條例」之法位階順序，更為直接明確。

理由在於，憲法明文容許法律規範自治權限之具體內容，解釋上應肯定國會優先以法律形塑地方制度之形成空間，以便彈性因應政治社會之需求。

³³ 兼子仁（1989），《行政法と特殊法の理論》，頁172，有斐閣。

³⁴ 兼子仁（1991），〈日本国憲法九四条にいう条例の意義〉，樋口陽一、野中俊彦（編），《憲法学の展望：小林直樹先生古稀祝賀》，頁646-647，有斐閣。

³⁵ 宮澤俊義（1978），《全訂日本国憲法》，頁760-761，日本評論社。

³⁶ 齋藤誠（2012），《現代地方自治の法的基層》，頁187，有斐閣。

關於條例制定權之具體範圍，同樣也必須先經由法律初步規範後，地方始得制定條例，從而條例於性質上必然是以法律為根據之委任立法。條例固然以法律授權為必要，但不以特定授權為原則，概括授權即為已足。舊地自法第2條第3項關於自治事項之例示規定，即具有概括授權之意旨，並足以作為限制基本權之根據。換言之，只要條例之規範對象是自治事項，就不會出現無法律授權之問題，故法律保留原則不會是條例合憲性審查的重點³⁷。

另一方面，條例與法規命令不同，受到憲法直接保障，法律之規範內容仍應符合地方自治本旨。因此，條例與法律之規範內容如有衝突時，只要條例沒有明文牴觸法律，解釋上應儘可能確保條例制定餘地。此時不必拘泥於法律文義及立法目的，而應由法院於個案中實質判斷條例是否確有因地制宜之必要性，並符合比例原則。由於條例係經由民選之地方議會制定，富含地方政治判斷之色彩，法院原則上應尊重條例之制定餘地，採取合理審查標準。只要地方可以舉證說明條例係為保障地方住民權益而為之規範，顯非恣意限制或差別對待，即屬合理必要³⁸。

2. 分析

委任立法說於1970年代登場之時，即未能獲得任何學者呼應，往後也不再類似見解出現。理由在於，該說大幅削弱憲法直接保障地方立法權之意義³⁹，並過度擴張立法形成自由的空間⁴⁰。不過，該說仍有以下3點特色，值得注意。

第一，由於國會對自治權限之範圍，享有相當寬廣的立法形成空間，實務運作上也以舊地自法及個別法律為「憲法之具體化規定」，認為地方應於法律授予之自治權限內制定條例。此一實務運作現象，正是委任立法說之立

³⁷ 綿貫芳源（1971），〈條例〉，田中二郎（編），《宮沢俊義先生還曆記念：日本國憲法體系補卷》，頁97-98、112-114、162-163、174-176，有斐閣。

³⁸ 綿貫芳源，前揭註37，頁164-166、216-221、230、245-250。

³⁹ 高田敏（1984），〈條例論〉，雄川一郎、塩野宏、園部逸夫（編），《現代行政法大系（8）：地方自治》，頁175，有斐閣。

⁴⁰ 小高剛（1974），〈條例の機能と限界〉，成田頼明（編），《現代社会と自治制度の变革》，頁125-126，学陽書房。

論根基，也成為學說必須克服之課題⁴¹。第二，綿貫認為條例經由憲法及法律授權後，當然是國家法體系之組成部分，條例與法律乃是具有同質性之規範。因此，國家與地方於地域管轄上重疊，國民與住民於成員身分上也是兼容並存，法律與條例乃是競合適用，無須如同自主法說另有「編入」之要件。第三，綿貫強調條例與法規命令不同，反對將依法行政原則適用於條例，也不認為形式合法性審查有太大意義，主張將審查重心轉移至條例內容之實質合憲性審查。換言之，法律與條例之適用關係，應由法院於個案中進行利益衡量而決定，並無法律當然優先適用之預設前提。

綜上所述，委任立法說其實是認為法律只有於劃定自治事項之範圍時，具有授權內涵，但法律規範自治事項之內容時，並不當然優越於條例。

（三）地方立法說之崛起

1. 杉原泰雄之人民主權說

自主法說肯定條例係經由民選地方議會循立法程序所制定，具有「類法律」之特質，不同於法規命令，應受較大程度之尊重⁴²。更有認為憲法第 94 條規定之條例制定權，乃是同法第 41 條「**國會為國家唯一立法機關**」之例外規定⁴³，暗示立法權之地方分權。但是自主法說始終維持法律位階必然高於條例之立場，沒有意識到兩者若是於立法上分權，就未必有位階高下之分。

面對 1960 至 1970 年代間擴張自治權限之社會思潮，杉原泰雄重新界定憲法保障地方自治本旨之內涵，提出人民主權說，從開放民主過程之觀點，認定條例於自治事項中具有法律之地位，主張立法分權之必要性。雖然理論內容未能獲得普遍支持，但啟發條例理論進一步發展，故有必要特別介紹⁴⁴。

⁴¹ 原島良成（2020），〈條例制定の根拠・対象・程度〉，原島良成（編），《自治立法權の再発見：北村喜宣先生還暦記念論文集》，頁18，第一法規。

⁴² 田中二郎，前揭註28，頁343。

⁴³ 宮澤俊義，前揭註35，頁341、773。

⁴⁴ 人民主權說具有2個目的，其一是說明憲法保障地方自治之本質目的，與固有權說、承認說及制度性保障說處於競爭地位，未能成為通說。中文分析見蔡茂寅，前揭註4，頁23-34。其二是說明住民自治之實踐目的，強化地方自治的固有民主

杉原認為，地方自治本旨是以基本權保障為最優先目標，而地方相較於國家可以更全方位切身保障住民基本權（近接性原則），故就住民基本權事項應推定為地方事務，國家僅承擔地方難以或不能處理之事務（補充性原則）。再從政治決定應儘可能直接反映人民意思之觀點，必須注意到政治運作會因為人口及地域規模之擴大，而反比例地降低人民直接參與之機會及意願。相較於遠在天邊的中央事務，近在眼前的地方事務更適合由人民直接參與政治過程，自應確保在地住民自主決定的權限。因此，必須依循人民參與政治過程之濃淡深淺，分配中央與地方之立法權限⁴⁵。法律之規範領域應限於中央事務，如介入地方事務，原則上僅限於自治事項之框架⁴⁶。如此一來，法律與條例作為立法權之產物，各有不同規範領域，亦無上下位階之分。憲法第 41 條與第 94 條並非原則與例外之關係，而是各有適用領域之權限分配規定⁴⁷。

杉原基於「地方自治作為基本權保障機制」之理念，鼓勵住民挺身經由地方自治以對抗中央集權之弊害⁴⁸。此一結合基本權保障與民主政治過程之主張，啟發兼子仁進一步開展地方立法說之內涵。

2. 兼子仁之地方立法說

兼子批評自主法說並未革除明治憲法體制之遺緒，殘留國家可以任意形塑地方制度之思考模式，得出法律必然優先於條例之結論。因此，提出下列 3 點理由，指出憲法體制轉換後，國家與地方都是依照憲法設置的統治主體，法律與條例都是直接具有憲法根據之立法行為，法律並不當然優先於條例適用。

正當性，成功影響地方分權改革之方向。參見渡辺康行（2000），〈多数だけでは決めない仕組み〉，樋口陽一（編），《ホーンブック憲法》，改訂版，頁286-288，北樹出版。

⁴⁵ 杉原泰雄（1976），〈地方自治権の本質・3完〉，《法律時報》，48卷4号，頁133-134、136-139。

⁴⁶ 杉原泰雄（2008），《地方自治の憲法論》，補訂版，頁45-51，勁草書房。

⁴⁷ 杉原泰雄（1989），《憲法II：統治の機構》，頁217、480，有斐閣。

⁴⁸ 杉原泰雄，前掲註46，頁45-51。

首先，憲法預設之民主意思形成過程，並未以國會為單一統合中心，而是於保障地方自治之前提下，同時賦予地方議會統合地方住民意思之功能。尤其是隨著現代社會快速變遷而產生的新興問題，通常與住民生活環境密切相關，更不容忽視地方現場的民心所向。因此，住民經由地方議會自主形成政治意思之固有空間，既非國會所能取代，亦不容法律恣意干涉⁴⁹。換言之，國會與地方議會乃是並立的立法機關，各自統合不同層級之民意需求。

其次，法體系是以憲法為頂點，以憲法第 41 條規定之法律及第 94 條規定之條例，分別規範中央事務與地方事務，並無高下之分。法律與條例系出憲法同源，並非異質性規範，無須「編入」要件⁵⁰。

最後，憲法雖然容許國會以法律介入地方事務，但也以地方自治本旨作為界線。法律規範之對象，應限於全國一致及國家政策所必要之內容，規範密度上亦應保有地方以條例自主規範之空間。因此，法律與條例如於適用上發生衝突時，應依地方自治本旨，先以合憲解釋之方式，確保條例制定餘地⁵¹。

3. 分析

自主法說將中央與地方之權限劃分，矮化為行政分權，認為民主政治過程是以國會為中心，經由中央行政權之法律執行，由上而下貫徹至地方行政權。除了委辦事項不容地方議會置喙外，即使是自治事項，也因為法律鉅細靡遺之規定，質變為中央立法地方執行之事項。法律與條例之上下位階關係，正好對應中央與地方之行政分權，鞏固上命下從體制。但若是從立法分權之層面，突顯住民經由地方議會參與民主政治過程之重要性，即有必要重新界定法律與條例之關係。就此而言，地方立法說具有以下 3 點特色，廣獲當時學者共鳴。

第一，地方住民就切身事務以及自身基本權之實現，享有優先自主決定之機會。此種結合民主國原則與基本權保障之論證方式，深化住民自治之理

⁴⁹ 兼子仁，前揭註 33，頁 148-150。

⁵⁰ 兼子仁，前揭註 33，頁 188。

⁵¹ 兼子仁，前揭註 25，頁 36-37。

念，帶動典範轉移為由下而上之民主政治過程。第二，法律及條例並非上下位階關係，而是立足於憲法之水平分工關係。第三，法律與條例之分工圖式，從中央優先轉換為地方優先，肯定條例具有更為寬廣之制定餘地。本文認為此說正式擺脫「依法行政」之桎梏，促使學說自 1970 年代後，邁向「合憲自治」之坦途。

雖然今日通說沒有採納杉原及兼子之理論構成，理由在於憲法並未保障地方享有完全不受法律規範的固有地方事務。而且單一國家體制下，仍然必須維護國會得以法律形塑地方制度的第一次形成空間。不過通說同樣肯定條例乃是立法行為⁵²，法律與條例乃是對等之分工關係，法律應合憲確保條例制定餘地。就此而言，地方立法說奠定今日通說之根基，促成憲法政策之轉換，確立合憲自治之路線⁵³。

三、憲法政策之轉換

（一）第一波分權改革

1. 垂直權力分立之模式轉換

1993 年自民黨一黨執政終結後，國會通過「地方分權推動決議」，以擴充「地方住民之自我決定權」為口號，先是於 1995 年通過地方分權推動法，再於 1999 年大幅修正舊地自法⁵⁴。本次改革之指導理念，乃是強調地方具有「統合行政」之組織特質，不同於中央各部會僅重視主管之全國一致業務，地方可以全面關注自身之地域議題而因地制宜。尤其是地方規模較小，住民更有機會經由地方選舉及民主參與，積極主導地方事務之處理方式⁵⁵。

⁵² 塩野宏，前揭註19，頁202。藤田宙靖（2022），《行政組織法》，2版，頁279-280，有斐閣。佐藤幸治（2020），《日本国憲法論》，2版，頁598、612，成文堂。駒林良則（2006），《地方議会の法構造》，頁270-271，成文堂。

⁵³ 渡邊互，前揭註2，頁244-245。

⁵⁴ 中文介紹見蔡秀卿，前揭註4，頁161-168。

⁵⁵ 飯島淳子（2022），〈条例と地方自治総合行政〉，北村喜宣（等編），《法令解釈権と条例制定権の可能性と限界：分権社会における条例の現代的課題と実践》，頁352-357，第一法規。

基於推動地方統合行政之改革目標，新地自法增訂第 1 條之 2 作為中央與地方之「任務分工指針」，擺脫中央命令地方服從之上命下從模式，轉換為地方優先中央輔助之對等協力模式。至於具體內容，可整理為以下 3 點。首先，事務管轄權限之分配時，原則上應儘可能將住民切身相關之事務交由地方處理，由地方概括承擔自主且統合實施行政之責任，以增進住民福祉。

其次，刪除舊地自法列舉之中央專屬事項，避免過去以「事務領域」為劃分標準，完全排除地方參與處理之機會。新地自法改以例示方式，說明中央事項主要包含 3 種：①國際社會中涉及國家存續之事務、②有全國一致規定必要之各種國民活動相關事務及地方自治之基本準則、③應從全國規模或觀點推行之政策及事業。

最後，國家處理中央事項之目的，乃在國家應協助地方專注於地方事務，避免地方承擔超過自治能力之責任，並非完全否定地方參與之機會。因此，國家必須適當分配中央及地方事務，決定地方制度或實施政策時，亦應確保地方充分發揮自主性及自立性之空間。

換言之，基於地方優先原則，凡是地方可以適當處理之事項，應優先交由地方處理，國家則是居於輔助及備位之角色。一般認為，任務分工指針乃是憲法保障地方自治本旨之確認規定⁵⁶。新地自法第 2 條第 11 項及第 12 項，重申任務分工指針不僅是中央法令制定及修正之原則，也是中央法令解釋與適用之準則。因此，國會、內閣乃至於法院，均應遵守任務分工指針。

2. 條例制定對象之擴張

依照任務分工指針，同一事務不再截然劃分為中央或自治事項，而是容許中央與地方競合管轄協力處理。新地自法第 2 條第 2 項乃「概括」規定地方之權限範圍，「推定」一切地方事務及其他法定事務為自治權限，進一步擴張條例之制定對象。

⁵⁶ 小早川光郎（2000），〈地方分權改革：行政法的考察〉，《公法研究》，62 號，頁 170。藤田宙靖，前揭註 52，頁 234。

鑒於地方過去執行大量中央委辦事項，淪為中央之下級機關。新地自法乃廢止委辦事項，並將能下放給地方者，改為自治事項，不能下放給地方者，收回中央自行處理。不過，若干事項雖具有全國一致性質而應由國家處理，但基於個別法令規定，仍可交由地方處理，此即「法定受託事項」。為避免法定受託事項只是委辦事項之借屍還魂，法定受託事項以明文列舉者為限，且應定期檢討存廢。國家非依法律明文規定之方式，不得逕自指揮監督地方執行，以確保地方獨立規劃之權限。因此，地方執行法定受託事項時，就相關法令之解釋適用，享有自主判斷空間，地方議會亦得就法定受託事項制定條例。換言之，條例制定之對象，擴張及於法定受託事項，得與法律競合立法。

另一方面，新地自法刪除中央專屬事項之列舉規定，並廢止委辦事項後，也刪除舊地自法例示之自治事項。理由在於，事務是否屬於例示自治事項而發生爭議時，往往陷入「全有全無」之判斷方式，實務運作上更傾向應由地方承擔說明責任，嚴格解釋自治事項之範圍。因此新地自法為強調自治事項之概括性質，採取反面定義之規定：「**地方處理之事務中，扣除法定受託事項者**」。由於條例制定之對象，不必預先受限於例示自治事項之鉅釘解釋，實際上也較舊地自法更為擴張。

（二）第二波分權改革

1. 立法分權之制度設計

第一波分權改革之後，立法論上如何修正既有法律之規範內容，以符合地方自治本旨及任務分工指針，成為第二波分權改革之課題⁵⁷。既然「**立法權之分權乃是不可或缺**」，自有必要明確承認條例得直接「變更」法律規定

⁵⁷ 地方分權推進委員會（2001），《地方分權推進委員會最終報告：分權型社会の創造：その道筋》，<https://warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/8313852/www8.cao.go.jp/bunken/bunken-iinkai/saisyu/4.html>（最後瀏覽日：07/24/2024）。

之權限，以確保地方自主決定之空間⁵⁸。立法技術上，可於地自法以概括方式規範條例變更權之要件，或是於個別法律明確規定條例變更權之對象⁵⁹。

法制研議過程中，條例變更權之方案深受中央法制官僚反彈⁶⁰，立法政策上乃退而求其次，採取降低個別法律規範密度之方式。詳言之，法律對於自治事項之規範方式，可以區分為「義務規範」及「框架規範」。前者係指法律課予地方執行特定事務之義務，後者係指法律規定事務處理應一體適用之程序、方式及判斷基準。兩者均應以條項為單位，由中央各部會依循任務分工指針，一一檢討是否修正。修正方向則是以「提高地方自主性」為目標，刪減或廢止義務規範，並降低框架規範之密度，以擴大條例制定餘地。如此一來，法律規範自治事項時，於因地制宜之合理範圍內，通常應為「參考基準」而容許條例自行調整⁶¹。至於降低個別法律規範密度之立法程序，則是中央政府每年檢討法律是否充分賦予條例之制定餘地後，再以包裹立法方式一次修正。自 2011 年至 2022 年間，完成 12 次包裹修法，一共降低 330 項次之法律規範密度，擴大條例制定餘地。

另一方面，國會立法過程中，涉及地方事務之法律制定或修正，自應充分考量地方意見，始符合地方自治之程序保障。新地自法第 263 條之 3 乃賦予地方聯合團體得向內閣及國會，就地方事務法令之制定或修正，陳述意見之權利，並課予內閣及各部會應予以參酌之義務。2011 年制定之國家與地方協議法，進一步規範中央與地方就地方事務相關事項及法令之協商機制。因此，前述包裹修法以降低法律規範密度之立法程序，自 2014 年起改採「提案募集方式」，由地方主動提出修法建議案，再與中央主管部會折衝調整後，

⁵⁸ 地方分權改革推進委員会（2008），《第1次勸告：生活者の視点に立つ「地方政府」の確立》，頁6，<https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/080528torimatome1.pdf>（最後瀏覽日：07/24/2024）。

⁵⁹ 磯崎初仁（2023），《地方分權と条例：開発規制からコロナ対策まで》，頁88-92，第一法規。

⁶⁰ 西尾勝（2007），《地方分權改革》，頁265，東京大学出版会。

⁶¹ 地方分權改革推進委員会（2009），《第3次勸告：自治立法権の拡大による「地方政府」の実現へ》，頁8，<https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/091007torimatome01.pdf>（最後瀏覽日：07/24/2024）。

由內閣送交國會審議。實行以來，地方提案通過率將近九成，進一步深化住民自治之憲法理念⁶²。

2. 框架法之可能性

以包裹修法明文擴大條例制定餘地之方式，確實有相當成果。問題在於，法律明文規定條例的上下限標準，或是「授權」條例得自主規範之特定內容，形式上與法規命令之授權規範殊無二致⁶³。故有認為此種立法技術並非立法之地方分權，而只是立法之地方分工，未能徹底保障條例制定餘地⁶⁴，立法技術上應考慮「以框架法或基準法之方式制定法律」⁶⁵。亦即個別法律只規定地方事務之基本架構及參考基準，具體內容交由條例自行規範後，始完整對人民發生法律效果。

分權改革過程中，政府諮詢報告曾建議全面採取框架法之立法方式。**縱然是全國一致性、重視全國規模及觀點之事項，中央應儘可能僅規範基準，具體執行則委諸於地方之裁量。至於就地方之事務處理有制定法律之必要時，法律亦應僅止於規範制度之大綱，而由條例規定制度之具體內容**⁶⁶。一般認為，地方自治法、地方稅法、地方財政法、地方公務員法以及地方公營事業法，早已是框架法之規範方式⁶⁷。

⁶² 大橋洋一（2018），〈分權改革としての提案募集制度の発展可能性〉，総務省（編），《地方自治法施行70周年記念自治論文集》，頁161-174，総務省。

⁶³ 人見剛（2015），〈「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》，438号，頁51。多數說及實務認為，法律如有「授權」規定，既已具體衡量全國一致與因地制宜之必要性，則條例是否抵觸法律之審查架構，原則上應比照法規命令。少數說則指出法律不得違反憲法第94條，個案審查中仍應容許條例得逾越法律而為不同規定之可能性。詳見北村喜宣（2018），《分權政策法務の実践》，頁45-63，有斐閣。川端倅司（2024），《条例の法的性質と地方自治の保障》，頁94-102、113-116，弘文堂。

⁶⁴ 西尾勝，前掲註60，266頁。

⁶⁵ 塩野宏（2001），《法治主義の諸相》，頁402，有斐閣。

⁶⁶ 內閣府（1994），《地方分權の推進に関する答申》，<https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/archive/category04/archive-19941122.html>（最後瀏覽日：07/24/2024）。

⁶⁷ 塩野宏，前掲註19，頁152、209。

框架法之立法模式至今未獲得全面採用，理由可歸納為以下 3 點。第一，從國會之立法能力而言，難以全面盤整各個事務領域之作用法，一律改制為框架法。第二，中央法制官僚始終堅持法律之優越地位，拒絕大幅開放條例制定餘地，只願意接受逐條修正之漸進方式。第三，現行包裹修法之作業方式，逐條逐項降低法律之規範密度，長期累積之下，依然具有將法律框架化之可能性⁶⁸。

（三）分權改革之憲法內涵

今日通說認為憲法規定之條例制定權具有 2 種功能，一是賦予地方不待法律即可逕行制定條例之授權功能，二是保障條例制定範圍不受法律恣意侵害之防禦功能⁶⁹。換言之，條例與法律都是直接以憲法為根據之法規範，只有符合「地方自治本旨」之法律，才得以形塑條例之制定框架。然而通說也承認，地方自治本旨並無完全禁止法律規範之核心領域，依然容許一定程度之立法形成空間。因此，以下參考當代權威學者見解，以條例制定權為中心，說明分權改革如何具體化地方自治本旨之內涵。

高橋和之將中央與地方之權限劃分，區分為 3 種模式：①只有行政分權，例如明治憲法體制。②行政及立法之分權，例如現行憲法體制。③除了行政及立法之分權外，進一步劃分司法權，例如聯邦憲法體制⁷⁰。然而現行憲法之下，早期的自主法說依然深受明治憲法體制影響，以行政分權為前提，經由依法行政原則，將地方納編為行政組織法之一環，而未深入探討住民自治之內涵。地方立法說蔚為今日主流後，經由分權改革，實定法上確定立法分權之發展方向，終於徹底告別行政組織法之體系定位⁷¹，走向合憲自治。條例作為立法行為，再無異論。

⁶⁸ 西尾勝，前揭註 60，頁 264-266。

⁶⁹ 塩野宏，前揭註 19，頁 140、148。

⁷⁰ 高橋和之（2017），《立憲主義と日本国憲法》，4 版，頁 390，有斐閣。

⁷¹ 飯島淳子（2011），〈地方自治と行政法〉，磯部力、小早川光郎、芝池義一（編），《行政法の新構想 I：行政法の基礎理論》，頁 195-196，有斐閣。

然而，立法分權之概念，並非意味著多元民主正當性之法體系。畢竟單一國家體制下，毋寧是以國會為中心之一元民主政治過程中，儘可能維護地方自主性的民主政治過程，以廣納多元性的地域社會秩序⁷²。分權改革之成果，正是大幅容許法律與條例之競合適用，於全國一致之法律規範上，重合疊加因地制宜之條例規範，描繪出中央與地方協力合作之法秩序圖像。如此一來，住民經由地方議會對地方事務之自我決定，國民經由國會對全國事務之自我統合，兩套民主過程共同實現國民主權原則。條例與法律既非上下位階關係，也非截然區分適用領域之平行關係，而是相互交疊之協力關係⁷³。

立法分權之憲法理念下，高橋闡釋地方自治本旨時，猶如同心圓指出3個層次：①個人基於憲法保障之自我決定權，形塑地方認同意識之權利地位。②個人經由住民自治之民主政治過程，決定地方事務之參政地位。③個人經由團體自治之垂直權力分立與制衡機制，不受中央恣意干涉地方事務之防禦地位⁷⁴。簡言之，國家與社會之間，經由地方作為中間團體，確保個人自我決定與多樣發展的機會⁷⁵。條例作為住民自治之結晶，當然不容法律恣意抹滅。因此，以擴充「地方住民之自我決定權」為目標之分權改革，即是具體化憲法意旨之憲法政策⁷⁶。

從垂直權力分立角度，如同塩野宏所言，若以國家社會二元論為觀察點，地方一方面是以社會為發展基盤，實質上具有社會團體的性格；另一方面本身也行使公權力，與國家同樣具有統治主體之性格⁷⁷。此一雙面性格對應至條例制定權，則是一方面以憲法第92條之地方自治本旨為根據，抑制法律過度規範地方事務；另一方面依照憲法第94條，條例必須受到「法律範圍

⁷² 只野雅人（2011），〈自治体の立法権をめぐる「国家の型」の理論：立法権の「分有」と条例制定権についての素描〉，大津浩（編），《地方自治の憲法理論の新展開》，頁82-88，敬文堂。

⁷³ 大津浩（2014），《分権国家の憲法理論：フランス憲法の歴史と理論から見た現代日本の地方自治論》，頁390，有信堂高文社。

⁷⁴ 高橋和之，前掲註70，頁78-81、392。

⁷⁵ 高橋和之（2006），《現代立憲主義の制度構想》，頁138，有斐閣。

⁷⁶ 齋藤誠，前掲註36，頁67-68。

⁷⁷ 塩野宏，前掲註65，頁423。

內」之國家控制。換言之，條例既是基本權的實現者也是侵害者，法律同樣既是住民自治之威脅者也是協力者。條例擺脫依法行政原則之後，條例與法律的緊張關係，實際上也具有相互制衡之功能。

四、小結

君主立憲之明治憲法下，欠缺地方自治之憲法保障，古典通說更將地方整體視為行政權，認為條例只是廣義之行政立法，應適用依法行政原則，藉以確保中央集權體制。換言之，地方自治只有行政之分權，欠缺立法之分權。此一見解於憲法體制轉換為民主國之後，經由自主法說，依然維持支配地位。因此，以法律為中心的一元法體系，必然以國會為民主政治過程的最終決定者，足以完全替代住民自治的民主統合功能。

不過，憲法既然明文賦予地方議會制定條例之權限，住民運動又呈現出因地制宜的多樣性需求，學說體認到地方議會具有不同於國會之民主統合功能，正面肯定地方議會具有立法權之性質，條例則為立法行為。雖然以憲法為頂點之一元法體系中，法律依舊居於中心地位，得以優先規範地方事務之框架。但條例受到憲法保障的制定餘地，亦不容法律過度限制。換言之，民主政治過程中，國會與地方議會於不同階段中各自統合不同層次之利益，難以相互替代。依照住民自治之憲法理念，法律與條例既非上下位階關係，也非毫無交集之平行關係，而是交疊重合之協力關係。

雖然憲法以地方自治本旨作為條例制定權不容法律過度限制之界線，但依然容許一定程度之立法形成空間。如何依照憲法意旨而實現地方之立法分權，重點在於法律之制度設計。因此，自 1990 年代開始至今的分權改革，大幅容許條例與法律之競合立法，並不斷降低法律規範密度，以確保條例制定餘地。如此一來也真正完成從「依法行政」邁向「合憲自治」之憲法體制轉換。不過，條例制定餘地大幅擴張後，也難免與法律發生衝突。依法行政原則既然不再是解決兩者衝突之依據，釋義學上也有必要思考新的理論架構。以下，本文將分從法律保留及法律優位原則之角度，進一步梳理日本法之演進過程。

參、自治條例與法律保留原則

法律保留原則之核心理念，乃是經由國會制定之法律以保護基本權於形式上免於公權力行政之恣意侵害。因此，地方議會就自治事項制定之條例，是否足以完全替代法律之形式保障功能，尚非無疑。本章以法律保留原則為中心，探討日本法之理論發展上，如何肯定條例得作為限制基本權之根據。

一、垂直權力分立下的法律保留原則

（一）法律保留原則與條例

1. 法律保留原則之發展

明治憲法時期，關於法律保留之適用範圍，當時通說採取干涉保留理論，要求行政權對基本權之干涉行為，應有法律作為根據⁷⁸。反面而言，以天皇總攬統治權為前提之立憲君主體制下，只要不涉及干涉行政，行政權享有極為廣泛的自由空間，無須法律特別規範。經由干涉保留理論，劃分出立憲君主與民選國會之活動範圍⁷⁹。因此，儘管通說認識到法律具有民主正當性，卻欠缺從民主國原則擴大法律保留範圍之問題意識。

現行憲法制定之後，法律保留依然是行政法之基本原則。鑒於憲法改採國民主權原則，學說重新探討立法權與行政權之權限分配，主張擴張法律保留之適用範圍。尤其是隨著給付行政之興起，行政行為即使沒有侵害基本權，也涉及權利義務變動或重要資源分配，仍應由法律規範。然而，無論是全面保留理論或是公權力保留理論，最終都無法獲得廣泛支持。因此，雖然學說一致認為應以干涉保留理論為中心，擴大法律保留之適用範圍，但實務依然維持干涉保留理論⁸⁰。

⁷⁸ 美濃部達吉，前揭註10，頁69-71。

⁷⁹ 小早川光郎（1999），《行政法（上）》，頁83，弘文堂。

⁸⁰ 塩野宏（2015），《行政法 I》，6版，頁83，有斐閣。

至於法律保留之「法律」是否包含條例之討論，有 3 點應先行注意。第一，法律保留之核心理念，是由立法權預先制定一般性抽象性規範，以防止行政權恣意侵害基本權。地方議會是否該當於「立法權」，乃成為判斷重點。第二，法律對於地方權限之規範，形式上常見類似授權條款之情形，但其目的或為自治權限之範圍界定，或為委辦事項之權限移轉，並非法律保留之授權規範。第三，由於法律保留之適用範圍是以干涉保留理論為中心，學說與實務向來聚焦於條例是否可作為基本權限制根據之問題。

2. 條例作為基本權限制根據之理論構成

明治憲法時期，古典通說認為地方議會本質上為行政權，條例並非形式意義之法律，不得直接作為限制基本權之根據⁸¹。憲法體制轉換後，憲法第 94 條概括賦予地方議會制定條例之權限。學說旋即改變見解，肯定條例就自治事項得直接作為限制基本權之根據，無須法律任何授權規範⁸²。不過，自主法說一方面認定地方議會為行政機關，條例應為行政行為，另一方面卻又肯定條例不待法律授權即可限制基本權⁸³，理論並未一貫。而且自主法說就憲法明文之法定原則以及法律之默示先占領域，仍要求法律授權，實際上與古典通說相去不遠。直到地方立法說成為通說後，始可一貫說明條例限制基本權之理論基礎。

首先，從民主國原則的觀點，憲法並未以國會作為單一旦絕對的民意代表機關，而是於保障地方自治之前提下，於憲法第 93 條及第 94 條規定地方議會應經民選議員組成，作為地方之「立法機關」制定條例規範地方事務。基於住民自治之憲法理念，地方議會就自治事項制定之條例，性質上類似於國會就中央事項制定之法律，得直接作為基本權限制之根據⁸⁴。

⁸¹ 佐々木惣一，前揭註10，頁58-59。美濃部達吉，前揭註10，頁63、69-70、581、583。當時之條例制定權以法律之個別列舉事項為限，故於法律列舉之權限範圍內限制人民權利，形式上同時滿足法律授權之要件。

⁸² 法学協會（編），前揭註17，頁1396、1402。

⁸³ 田中二郎，前揭註30，頁62、364。俵靜夫（1969），《地方自治法》，3版，頁295、298，有斐閣。

⁸⁴ 兼子仁（1988），《自治体法学》，頁56，學陽書房。藤田宙靖，前揭註52，頁

其次，從法治國原則而言，條例與法律都具有一般性抽象性之規範特徵，並以公開審議之方式制定，足以確保可預見性及法安定性⁸⁵。雖然地方行政權之首長亦有直接民選基礎，但「**行政權之行使，應以住民代表於公開議會進行審議決定之一般性規範為根據**」⁸⁶。

最後，憲法第 94 條規定之「實施行政」，文義上包含干涉行政及給付行政，地方基於實施行政之自治權限，不待法律授權，即可以條例直接規範之⁸⁷。尤其是憲法沒有明文規定地方不受法律規範之專屬自治事項，故為確保中央與地方之權力制衡，更有必要肯定地方以條例直接規制住民權利義務之權限⁸⁸。換言之，憲法沒有具體限定法律介入規範自治事項之範圍，如再嚴守法律保留原則，不啻是將涉及基本權限制之自治事項，一律劃為中央專屬事項，過度壓縮地方自治。

依照上述 3 點，法律保留之「法律」，於地方事務中包含條例。地方為處理地方事務而必須限制基本權時，應有條例作為依據，稱之為「條例保留原則」⁸⁹。法律保留原則僅於水平權力分立層次中發揮作用，而不適用於中央與地方之權限分配。不過，法律保留原則之起源地德國，今日依然堅持條例應有法律授權始得限制基本權，與日本法大相逕庭。以下參照日本學者之比較研究成果，進一步剖析日本法之特質。

（二）日本法與德國法之「距離」

1. 德國法之梗概

德國法傳統上將鄉鎮定位成「間接國家行政」之一環，本質上為行政權，劃入「自治行政」之概念範疇。從而鄉鎮議會為行政機關，條例則是行政行為，應受到依法行政原則之拘束。基於法律優位原則，法律規範之事項，如

234。

⁸⁵ 高田敏，前揭註39，頁171、177-178。

⁸⁶ 藤田宙靖，前揭註52，頁292。

⁸⁷ 塩野宏，前揭註18，頁6-7。

⁸⁸ 塩野宏，前揭註65，頁363-364。

⁸⁹ 參見新地自法第14條第2項。

無授權條款，條例不得有牴觸法律之規定。基於法律保留原則，如無個別法律授權，條例不得限制基本權⁹⁰。

雖然德國法肯定鄉鎮議會具有民主正當性，不同於中央行政權而有特別顧慮之必要，但強調國會制定之法律乃是一般性抽象性規範，可以統合全國利益以謀求公共利益，而非僅關注特殊利益。由於鄉鎮只是小規模的地域團體，條例的制定者與受規範者僅有微小的「距離」，極易侵害人民的基本權，故不能免於法律之拘束⁹¹。換言之，德國法十分重視「民主意思形成過程之距離確保」，強調法律可以從形式上保障基本權免於公權力恣意侵害。而法律與條例之適用地域及人口規模，畢竟廣狹有別，於一般性抽象性之規範特徵上，法律保障基本權之功能，遠勝於條例。

另一方面，法律保留之適用範圍，係以重要事項理論為標準，強調國會應以法律規範「基本權實現之本質事項」，區分出絕對法律保留與相對法律保留之層次，形成層級化法律保留體系。凡是涉及基本權侵害之條例，至少必須取得法律授權，始可確保國會充分衡量公共利益與基本權保障之機會。只不過鄉鎮議會並非德國基本法第 80 條第 1 項規範之「執行權」，法律授權條例制定時，不必如同法規命令嚴格遵守授權明確性原則，可為較寬鬆之認定⁹²。

綜上所述，德國基本法第 28 條第 2 項關於鄉鎮應於「法律範圍內」自治之規定，一般認為是法律保留原則之展現⁹³。正因為德國法嚴格要求法律保留原則，法律規範自治事項時，條例不是因為法律先行規定而不得為牴觸規定，而是因為本來應以法律規定之內容，不得逕行以條例規定⁹⁴。因此，德國法直接否定條例與法律競合立法之情形。

⁹⁰ 許春鎮，前揭註1，頁37-38、290-294、297-303。

⁹¹ 薄井一成（2006），《分權時代の地方自治》，頁70-71，有斐閣。

⁹² 渡邊互，前揭註2，頁212-213。

⁹³ 渡邊互，前揭註2，頁297。

⁹⁴ 大橋洋一（1993），《現代行政の行為形式論》，頁370，弘文堂。

2. 日本法對於「距離」的回應

雖然日德兩國對於條例之定位顯然不同，但德國法強調「距離」以保障基本權之問題意識，同樣受到日本學者重視⁹⁵。只不過通說基於住民自治之理念，肯定地方議會具有立法權之性質，條例亦可作為基本權形式保障之一環，不會過度強調以國會為中心的基本權保障體系。對於德國法所警示的問題，則有以下3項解決方案。

首先，從垂直權力分立而言，憲法預設的基本權保障體系中，法律與條例各自扮演不同層次的角色。法律經由全國一般性之規範特質，廣泛衡量全國規模之利益，固然可以隔絕特殊利益之不當影響，降低公權力恣意侵害基本權之風險。但高度抽象化的全國一致規定下，法律難以及時回應地方的新興議題以維護住民基本權。反面言之，條例與地方住民切身相關，具有近接性之規範特質，雖有靠攏特殊利益之疑慮，卻能更明確具體規範住民切身之生活事務，可以彈性回應地方需求，有助於住民基本權之實現。因此，法律與條例之分工，重點應在於法律與條例作為基本權保障之功能與界限，而非拘泥於法律授權之必要⁹⁶。簡言之，此一問題其實可以理解為涉及基本權之事項中，如何衡量國會及地方議會之功能適性，界定出何種限制應有全國一致規範，而非完全否定條例限制基本權之資格。

其次，從「民主意思形成過程之距離確保」而言，雖然法律相較於條例通常具有更高程度之一般性抽象性，但難以據此完全隔絕特殊利益之不當影響。毋寧是經由規範審議過程的透明公開，化解特殊利益以實現公共利益，始可確保民主決定的品質⁹⁷。尤其是日本法重視住民自治，突顯地方議會作為立法機關之民主正當性⁹⁸。只要地方議會遵循與國會相近的議事程序與公

⁹⁵ 宇賀克也（2021），《地方自治法概說》，9版，頁229，有斐閣。亦有參考美國共和主義之理念，指出小規模之民主政治容易受到特殊利益團體把持。長谷部恭男（2022），《憲法》，8版，頁466，新世社。

⁹⁶ 只野雅人，前揭註72，頁88-89。

⁹⁷ 毛利透（2014），《統治構造の憲法論》，頁304-306，岩波書店。

⁹⁸ 德國之自治行政，傳統上以團體自治為中心，並不包含住民自治。鄉鎮議會作為行政機關，也不當然採行與國會相同之議事程序。渡邊互，前揭註2，頁297。駒

開原則，制度上足以確保審議過程之透明性，理論上並無必要假設條例一定會受到特殊利益把持。

最後，即使沒有法律保留原則的形式保障，條例規範內容依然受到憲法直接控制，必須符合比例原則、平等原則及正當法律程序，始可實質合憲限制基本權。地方議會如果受到特殊利益擄獲而制定出侵害基本權的違憲條例，人民自可經由司法程序請求法院審查條例之合憲性⁹⁹。

綜合以上 3 點，通說肯定條例得直接作為基本權限制之根據。不過，憲法明文之法定原則，性質上是否為絕對法律保留事項，則有爭議，如後所述。

二、憲法之法定原則與自治條例

（一）財產權法定原則

1. 實務

憲法第 29 條第 2 項：「財產權內容，應符合公共福祉，以法律定之」。本條為財產權法定原則之規定，文義上如何理解「財產權內容」以及「法律」之內涵，左右條例之制定餘地。早期學說尚未明確意識到法律與條例之關係，或有籠統認為條例不待法律授權即得限制財產權¹⁰⁰，或有認為條例應有法律授權始得限制之¹⁰¹。

最高法院於 1963 年之案件中，雖然肯定條例得限制財產權，但理由構成卻是刻意採取模糊態度。本案為奈良縣制定條例，禁止住民使用埤塘之堤防耕種或設置工作物，以預防潰堤釀成水災。住民則主張堤防使用應為受憲法保障之財產權內容。爭點在於，系爭條例是否為憲法第 29 條第 2 項之「法律」，不待法律授權，即可直接限制住民財產權。最高法院審理後，認為系

林良則，前揭註 52，頁 57-59。

⁹⁹ 川崎政司（2010），〈自治立法のあり方と政策法務：より良き条例を目指した枠組みへの展開に向けて〉，《ジュリスト》，1399 号，頁 129-130。

¹⁰⁰ 法学協會（編）（1953），《註解日本國憲法：上卷》，頁 568，有斐閣。

¹⁰¹ 久世公堯（1960），〈法律と条例〉，大西芳雄、佐藤功（編），《憲法（4）》，頁 104-105，有斐閣。

爭條例係本於自治權限之規定，未違反憲法第 29 條第 2 項，以下列理由宣告合憲。

「①基於防範災害於未然之必要，社會生活上不得不有如此限制。使用埤塘堤防之財產權利人，基於公共福祉，當然有責任承擔忍受義務。換言之，埤塘堤防使用行為乃是造成埤塘破損或決堤之原因，無論是憲法上或是民法上都是不受合法保障之財產權行使行為，亦即不在憲法及民法保障之財產權行使範圍內。因此，條例禁止此等行為並予以處罰，尚難謂牴觸或逾越憲法及法律。……②除此之外，依事務性質而言，如就特定或部分地方之特殊情形，由國家以法律為一致規定將有困難或不適當之處，故由地方各自制定條例，更為方便適當。本案埤塘之保全問題，正可說該當於此種特殊情形」¹⁰²。

判旨①僅就系爭條例之規範內容進行實質合憲性審查後，以堤防使用行為不受憲法及民法保障為由，迴避憲法第 29 條第 2 項之判斷。這是因為最高法院內部對於條例是否得限制財產權，就憲法第 29 條第 2 項之解釋，有極為分歧之見解，大致上可分為三說。否定說認為財產權應有全國一致之規範，僅有法律或法律授權之條例，始得限制之¹⁰³。肯定說認為「法律」包含條例，地方得於自治權限範圍內以條例直接限制財產權¹⁰⁴。折衷說則認為如不涉及「財產權內容」，即屬條例得直接限制之自治事項¹⁰⁵。三說各有不同理論構成，共通爭點都是本案是否應適用法律保留原則，取決於本案是否為自治事項。因此，判旨②強調本案係出於因地制宜之需求，無須由法律為一致規定。換言之，多數意見的最大共識，乃是條例限制財產權時，只要不涉及全國一致事項，即不適用法律保留原則。

2. 學說

鑒於最高法院未能明確說明條例與財產權法定原則之關係，乃激起學說熱烈討論。依照憲法是否容許條例直接限制財產權，可分為以下 3 種見解。

¹⁰² 最大判昭和38年6月26日刑集第17卷5号521頁。①②為本文所加。

¹⁰³ 河村大助法官不同意見書、山田作之助法官不同意見書。

¹⁰⁴ 垂水克己法官協同意見書。

¹⁰⁵ 入江俊郎法官協同意見書、奧野健一法官協同意見書、橫田正俊法官不同意見書。

否定說認為財產權作為全國單一市場之交易對象，關於財產權之內容及行使，應由法律為全國一致之規範，不容條例逕自限制。縱使地方有因地制宜之需求，亦應俟法律具體授權後，始得制定條例為之¹⁰⁶。不過，包含言論自由在內的自由權，一般容許條例直接限制，反而是具有社會義務性的財產權，完全排除條例直接限制，此於基本權保障之體系解釋上顯失均衡¹⁰⁷。而且關於財產權之限制，未必都有全國一致之必要¹⁰⁸。因此，否定說完全不受學者支持。

折衷說依照憲法第 29 條第 2 項之文義，區分財產權之「內容限制」及「行使限制」。內容限制有全國一致之必要，應由法律規定；行使限制不妨因地制宜，容許條例直接規定¹⁰⁹。然而，憲法通說認為財產權之內容限制與行使限制難以有明確劃分標準，亦無區別實益¹¹⁰。因此，折衷說無法取得多數學者認同。

1970 年代以後至今，通說採取肯定說，認為財產權與其他基本權並無不同，殊無特別排除條例直接限制之必要。憲法第 29 條第 2 項之「法律」，解釋上當然包含條例。至於條例限制財產權時，不得涉及全國一致事項，此乃是自治權限之界線，並非法律保留原則之問題¹¹¹。

上述學說之核心爭點，乃是條例是否得直接限制財產權，本質上是中央地方權限分配之問題。

¹⁰⁶ 雄川一郎（1963），〈財產權の規制と条例：奈良県ため池保全条例に関する最高裁判決について〉，《ジュリスト》，280号，頁14。

¹⁰⁷ 山田幸男（1961），〈宅地造成規制法案をめぐる諸問題〉，《ジュリスト》，234号，頁10。

¹⁰⁸ 成田頼明，前掲註23，頁178。

¹⁰⁹ 田中二郎，前掲註31，頁455-456。

¹¹⁰ 今村成和（1968），《損失補償制度の研究》，頁14-17，有斐閣。

¹¹¹ 塩野宏，前掲註19，頁200。

(二) 罪刑法定原則

1. 實務

憲法第 31 條：「任何人非依法律所定程序，不得剝奪其生命、自由，或科處其他刑罰」。依照同法第 73 條第 6 款，只有法律特定授權時，內閣始得於法規命令中規定刑罰。該兩條即為罪刑法定原則之規定，至於條例是否得直接規定行政刑罰，則無憲法明文可稽。因此，國會於 1947 年修正舊地自法，新增第 14 條第 5 項，地方得於條例中規定，違反本條例者，處以 2 年以下有期徒刑、10 萬元以下罰金或沒收等刑罰。雖然新地自法明確限定刑罰之種類及上限¹¹²，但構成要件完全概括委任予條例制定，產生是否違反罪刑法定原則之爭議。

大阪市於 1950 年制定條例，禁止以性交易為目的而於公共場所招攬顧客，違者處以罰金或拘役。當時性交易防制法尚未制定，有住民因違反系爭條例而遭起訴，住民乃主張系爭條例違反憲法第 31 條之罪刑法定原則。最高法院審理後，指出舊地自法第 2 條第 3 項第 1 款及第 7 款，分別規定地方「保持住民安全」及「維護善良風俗」之自治權限，可認為舊地自法第 14 條第 5 項之授權規定合憲，理由如下。

「①憲法第 31 條未必有刑罰均應由法律規定之意旨，解釋上應認為法律如有授權，亦得由下位階法令規定……。惟法律之授權，禁止為不特定概括之空白委任，毋待贅言。②至於地自法第 2 條……第 3 項第 7 款及第 1 款所規定之事項，可認為有相當具體之內容，且同法第 14 條第 5 項亦限定罰則範圍。③而且，雖然條例是法律之下位階法令，惟如上所述，乃是經由民選議員組成之地方議會之議決後，制定之自治立法，性質上迥異於行政權訂定之命令，毋寧是類似於民選議員組成之國會經議決後所制定之法律。④因

¹¹² 該法修正時，即有違憲疑慮，故有此一限定條文。南川諱弘（2012），〈「地方自治の本旨」と条例制定権〉，頁94-95，法律文化社。

此，條例規定刑罰時，只要法律授權有相當程度之具體性，並可事先限定〔罰則〕，即屬正當¹¹³。

1962 年的最高法院尚未意識到地自法作為框架法之性質，也沒有完全脫離法律保留原則之思考模式，因此判旨①先行否定地方直接依憲法制定刑罰之權限，限定本案爭點為授權明確性之問題。雖然垂水法官特別指出地方依照憲法保障之自治權限，經由民選地方議會制定之條例，類似於法律，本來即可制定行政刑罰，無須法律授權¹¹⁴。但入江法官強調刑罰是中央專屬事項，地方應有法律授權始能制定行政刑罰¹¹⁵。就此而言，判旨③④認為地方議會之民主正當性，至多只能作為放寬授權明確性之根據，多數意見顯然否定地方依憲法直接享有制定行政刑罰之權限。

至於授權明確性之審查上，判旨④仍然禁止概括授權，但只要法律授權程度達到「相當程度之具體性」即可，不以特定授權為必要。問題在於，判旨②將舊地自法例示規定之自治事項，解釋為構成要件之授權規定，內容極為空泛，實際上與概括授權無異¹¹⁶。而且自治事項之規定，本質上是中央與地方之權限分配，並非基本權限制之授權規範，難以解釋出授權目的及範圍¹¹⁷。因此，多數意見其實是認為地方只要是於法律例示之自治權限範圍內，即可制定行政刑罰。

此後，最高法院不再審查條例規定行政刑罰之授權根據及授權明確性。不過，新地自法完全刪除自治事項之例示規定，改採概括推定規定。判旨②④失所附麗，不存在任何「相當程度之具體」授權根據，只有同法第 14 條第 3 項仍維持刑罰種類及上限之規定。儘管如此，最高法院依然承認地方制定行政刑罰之權限，並未質疑新地自法欠缺授權根據¹¹⁸。或許對最高法院而

¹¹³ 最大判昭和37年5月30日刑集第16卷5号577頁。①②③④及〔〕內文字為本文所加。

¹¹⁴ 垂水克己法官（藤田八郎法官加入）協同意見書。

¹¹⁵ 入江俊郎法官協同意見書。

¹¹⁶ 奧野健一法官協同意見書。

¹¹⁷ 小島和司（1963），〈条例における罰則〉，芦部信喜（編），《憲法判例百選》，頁260，有斐閣。

¹¹⁸ 例見最三小判平成19年9月18日刑集61卷6号601頁。

言，今日於概括自治權保障下，單憑判旨③即足以肯定地方制定行政刑罰之權限¹¹⁹。

2. 學說

依照條例是否須經法律授權為標準，可以區分出法律授權說及憲法授權說。早期通說為法律授權說，認為刑罰為中央專屬事項，且基於憲法第 31 條之罪刑法定原則，只有法律或法律授權之法規命令可以創設刑罰。因此，地方應於法律授權之後，始得以條例規定刑罰。至於授權明確性之程度，鑒於地方議會具有民主正當性，故不以特定授權為必要，概括授權即可¹²⁰。問題在於，舊地自法規定之自治權限及刑罰種類，究其實質並非授權規範，毋寧是權限分配規範。而且此說之理論前提，乃是自主法說，故自 1970 年代以後，伴隨自主法說一同失去通說地位。

憲法授權說依照憲法直接保障自治權限及條例制定權之意旨，並鑒於地方議會具有民主正當性，無論是認為憲法第 94 條為憲法第 31 條之特別規定¹²¹，或是憲法第 31 條規定之「法律」包含條例¹²²，都不須法律另行授權。此說自 1970 年代以後，蔚為主流。今日通說進一步指出，地方為推行自治行政事務，必須確保住民實現行政法上義務，自應一貫肯定地方得直接以條例制定行政刑罰，作為相應之制裁手段。而地自法本質上是框架法，僅是明確限定條例制定刑罰之範圍及上限，亦非授權規範¹²³。

歸納學說之共同點，均肯定地方議會具有民選代議機關之特質，條例有別於法規命令。條例得否制定行政刑罰，則是憲法是否保障地方制裁權限之問題。

¹¹⁹ 佐藤幸治，前揭註52，頁615。

¹²⁰ 田中二郎，前揭註28，頁343-344。俵靜夫，前揭註83，頁307。成田賴明，前揭註23，頁176-177。

¹²¹ 深瀨忠一（1970），〈條例と罰則〉，田中二郎（編），《行政法判例百選》，新版，頁74，有斐閣。

¹²² 磯崎辰五郎（1964），〈行政罰〉，田中二郎、原龍之助、柳瀨良幹（編），《行政法講座第2卷》，頁219，有斐閣。

¹²³ 塩野宏，前揭註19，頁152、201。

(三) 租稅法定原則

1. 實務

憲法第 84 條：「課徵新租稅或變更現行租稅，應依法律或法律所定要件為之」。依照本條之租稅法定原則，法律不得概括授權法規命令規範租稅。地方稅法於 1948 年制定後，地方得依該法制定條例課徵租稅，規範租稅主體、租稅客體及稅率等事項。因此，條例是否符合憲法文義之「法律」，即生爭議。

最高法院早期並未深究地方稅法與條例之關係，於 1953 年判決中，以極為簡略的理由，將地方稅法解釋為授權根據，認為條例係依地方稅法之委任而課稅，並未違反租稅法定原則¹²⁴。不過，最高法院於 2006 年判決中，則指出憲法第 84 條乃是法律保留原則之強化規定，肯定該條所稱之「法律」，包含「法律或於法律範圍內制定之條例」¹²⁵，但沒有說明地方稅法與條例之關係。

直到 2013 年判決，最高法院始深入闡明地方稅法與條例之關係。本案乃是神奈川縣制定條例課徵臨時稅，納稅義務人主張系爭條例牴觸地方稅法而提起訴訟。最高法院依下列理由，認為條例得作為課稅根據，符合租稅法定原則，至於是否牴觸法律，另屬一事。

①地方依照憲法保障之「地方自治本旨而執行自治事項時，必須擁有自行籌措相關財源之權限。從而憲法上預設地方乃是有別於國家之課稅權主體，此乃地方自治不可或缺之要素」。②「鑒於租稅課徵涉及國民整體稅負之程度、國家與地方之間乃至於地方相互之間的財源分配等事項，故有考量上述事項而為調整之必要。因此，就地方所得課徵租稅之稅目、租稅客體、稅基及稅率等事項，乃是基於憲法之租稅法定原則，要求法律應依照地方自

¹²⁴ 最一小判昭和28年4月30日刑集第7卷4号909頁。

¹²⁵ 最大判平成18年3月1日刑集第7卷4号909頁。

治本旨而規定課稅之準則。法律如就課稅相關事項規定準則時，地方之課稅權限，應於法定範圍行使之」¹²⁶。

判旨①肯定地方基於憲法保障之自治權限，得自主決定是否以及如何制定條例課徵租稅。此一地方財政自主權限對應至租稅法定原則，即是條例為憲法第 84 條之「法律」，可以直接作為租稅課徵之依據。判旨②則說明地方稅法之性質是框架法，基於全國一致之必要，劃定地方課徵租稅之權限範圍，並非授權規範。換言之，雖然條例可以直接作為課稅根據，仍不得牴觸法定課稅框架¹²⁷。地方稅法與條例乃是權限分配之關係，並非授權關係。

2. 學說

鑒於租稅法定原則之原始理念，旨在確保「無代表無租稅」，學說一致肯定地方議會得直接制定條例以課徵地方稅，無須個別法律特定授權¹²⁸。換言之，從干涉保留之角度，條例之民主正當性即足以作為租稅課徵之根據。不過，理論上仍有必要探究地方稅法與條例之關係，始可正確釐清條例之體系定位。依照地方之財政自主權是否直接受憲法保障，可區分為法律授權說及憲法授權說。

早期通說為法律授權說，雖然肯定地方享有財政自主權，但認為地方稅法乃是將中央課稅權限賦予地方之規範，地方稅法與條例乃是上下授權關係¹²⁹。至於憲法上如何解釋條例課稅並未違背租稅法定原則，雖有各家見解，並無太大區分實益¹³⁰。依此見解，假設國會沒有制定地方稅法，地方即完全無法課徵地方稅。而國會制定地方稅法時，也享有不受限制之立法形成自由。

¹²⁶ 最一小判平成25年3月21日民集第67卷2号587頁。①②為本文所加。

¹²⁷ 穴戶常壽（2016），〈自主財源主義〉，中里実、佐藤英明、増井良啓、渋谷雅弘（編），《租稅判例百選》，6版，頁19，有斐閣。

¹²⁸ 宮澤俊義，前掲註43，頁712。

¹²⁹ 清宮四郎（1979），《憲法 I》，3版，頁263，有斐閣。田中二郎（1990），《租稅法》，3版，頁579，有斐閣。

¹³⁰ 俵靜夫，前掲註83，頁335、339。

由於此說掏空憲法保障之地方財政自主權，於 1960 年代備受批判，失去主流地位¹³¹。

自 1970 年代以後成形之通說，可稱為憲法授權說，主張憲法第 92 條保障之地方自治，包含財政自主權，地方依照憲法直接享有以地方稅籌措必要財源之權限¹³²。即使國會沒有制定地方稅法，地方依照憲法第 94 條，仍然可以直接制定條例課徵地方稅¹³³。國會鑒於租稅涉及全國財源分配及稅賦公平而制定之地方稅法，乃是規範地方課稅權限之框架，並非授權規範¹³⁴。

上述學說爭議，一言以蔽之，乃是條例是否得直接課徵地方稅，實質上是憲法是否保障地方財政自主權限，而非租稅法定原則之問題。

三、小結

綜合學說與實務之發展成果，基於住民自治之憲法理念，地方議會具有立法權之內涵，自治事項成為條例不待法律授權之固有規範對象，條例得直接作為限制基本權之根據。憲法之三大法定原則，並非絕對法律保留之規定，仍然容許條例直接限制財產權、課予行政刑罰及課徵地方稅。簡言之，法律保留原則之「法律」，包含條例。

鑒於條例乃是立法行為，本質上與法規命令不同，法律與條例之分工，也就不會依循絕對法律保留與相對法律保留之區分，而是中央與地方之立法權限劃分。具體而言，可以整理為下列 3 點。

第一，條例制定之範圍，限定於自治事項之內。基本權之限制如有逾越自治事項範圍時，仍應由法律或法律授權之條例規定。例如，財產權之限制程度，如嚴重影響全國單一市場秩序者，即應由法律為之¹³⁵。

第二，國會應制定法律，明確劃分中央與地方之權限，形塑地方自治權限之框架規範。框架規範之立法衡量過程中，國會應考量基本權之性質及保

¹³¹ 成田賴明，前揭註 23，頁 124、186。

¹³² 成田賴明，前揭註 23，頁 179-180。

¹³³ 高田敏，前揭註 39，頁 199。

¹³⁴ 金子宏（2019），《租稅法》，23 版，頁 98-100，弘文堂。

¹³⁵ 齋藤誠，前揭註 36，頁 287-288。

障內涵，預為必要規定以防止基本權受到地方過度侵害之危險。例如，地自法關於行政刑罰之種類限定及罰金上限，目的是預防過於嚴苛之刑罰；地方稅法關於課徵要件及方式等基準規定，旨在確保條例符合稅負公平。至於框架法與條例之間，並非授權關係，而是條例是否牴觸法律之問題¹³⁶。

第三，憲法第 94 條之「法律範圍內」，係指條例不得牴觸法律，並無條例應有法律授權之意涵。因此，條例限制基本權之規定，即使欠缺法律明文規定而與法律不一致，也不是法律保留原則之問題，而是條例是否實質牴觸法律之問題。換言之，法律保留原則完全融入條例有無實質牴觸法律之判斷架構中，不必另行探究¹³⁷。

肆、自治條例與法律優位原則

法律優位原則之原始理念，乃是公權力行政應嚴格遵守法律，從形式上保護基本權免於恣意侵害。於垂直權力分立中，法律優位原則也具有維繫單一國體制之功能，以確保全國一致規定之貫徹。因此，條例是否完全不得牴觸法律之問題，其實兼具上述兩種不同考量。本章探討日本法如何結合基本權保障與因地制宜之必要性，限定法律優位原則之適用，以確保條例制定餘地。

一、法律先占理論

（一）法律先占理論之原型

明治憲法時期，基於依法行政之法律優位原則，條例不得牴觸法律。憲法體制轉換後，自主法說將憲法第 94 條理解為法律優位原則之規定，發展出法律先占理論，劃定條例不得牴觸法律之範圍。凡是法律規範之內容，即為全國一致標準，成為法律先占領域。除另有授權條款外，條例不得基於該

¹³⁶ 塩野宏，前揭註19，頁209。

¹³⁷ 藤田宙靖，前揭註52，頁291。

法律之同一規範意旨、目的或事項，另為不同規定。即使法律沒有明文規範，但就法律整體之意旨及基本方針，可以解釋出法律之「默示先占」領域時，亦不得制定條例¹³⁸。換言之，判斷架構承襲自法律優位與法律保留原則。

法律先占理論鞏固法律絕對優越於條例之中央集權體制，獲得中央官僚之歡迎。長年於中央主管自治事務的久世公堯，進一步提示下列判斷架構，蔚為行政實務主流見解¹³⁹。

- ① 法律完全未規範之事務，如果是向來未曾規範者，原則上得制定條例。如果是法律曾有規範，但嗣後廢止之情形，則視法律廢止之目的是否具有全國一致之必要，個別判斷是否容許條例制定。
- ② 法律具體規定之事務，條例原則上不得基於同一目的就同一事項另為不同規定，亦不得有任何違反法律意旨之不同規定。惟於下列三點，則可例外容許條例之制定。
 - A. 法律雖然規定一定標準以上始應全國一律受管制，但解釋上明確容許地方管制未達一定標準之對象。
 - B. 條例如果與法律之規範對象相同而目的不同，或是規範目的相同而對象不同，又不涉及全國一致之內涵時，得制定之。
 - C. 法律規定不完備而明顯影響行政運作時，得制定條例補充之。

上述判斷架構以法律規範內容當然是全國一致事務為前提¹⁴⁰，只要是法律明示或默示先占之事務領域，除法律另有授權外，一律排除條例介入¹⁴¹。如此一來，中央經由法律對於地方事務享有近乎毫無限制之規範權限，是否合乎憲法保障之地方自治本旨，並非無疑。尤其是東京都於 1949 年率先制定工廠公害防止條例後，一連串條例或先於法律制定，或更嚴格於法律，正面挑戰法律先占理論，也改變學說發展方向¹⁴²。

¹³⁸ 田中二郎，前揭註31，頁458。

¹³⁹ 久世公堯，前揭註101，頁105-118。中文介紹見蔡茂寅，前揭註4，頁222-224。

¹⁴⁰ 兼子仁，前揭註25，頁46。

¹⁴¹ 俵靜夫，前揭註83，頁302。

¹⁴² 村上順（2010），《政策法務の時代と自治体法学》，頁36-37，勁草書房。

(二) 明顯性理論

修正法律先占理論之早期代表性見解，首推成田賴明於 1964 年提出之「明顯性理論」。成田依然肯定法律規範自治事項具體內容之優越地位，但解釋法律意旨時，應考量憲法保障之地方自治本旨。因此，只有在法律解釋上「明顯排除條例之制定餘地」時，始可認定法律具有先占內涵。至於判斷架構，則為下列 3 點¹⁴³。

- ① 法律完全未規範之事務，原則上應容許條例逕行規定，並不存在「默示之先占」。即使原有法律規範該等事務，嗣後遭到廢止，也不得當然解釋為法律有意完全排除條例之規範，仍應個別判斷。
- ② 法律規範之事務中，條例於下列 2 種情形仍可制定。
 - A. 條例基於其他管制目的而規範同一事項。例如狂犬病防治法之規定外，條例可另外依據防止飼犬攻擊人類之目的，制定飼犬管理之條例。
 - B. 條例基於同一管制目的而擴張法律適用對象。例如食品安全衛生法未規定之特殊食品，仍可由條例納為管制對象。
- ③ 條例基於法律之同一目的及規範對象，加重法律規定之標準、許可要件或程序，即為抵觸法律。例如，要求特定食品添加物改為零檢出、增加公眾浴場許可要件之距離限制、申報制改許可制等。

上述判斷架構乃是比較法律與條例之規範目的與對象，就法律規範不及之領域，始容許條例得另為規範¹⁴⁴。因此，依然嚴格要求條例於形式上不得直接抵觸法律，未必充分關注因地制宜之現實需求。例如，1969 年制定之

¹⁴³ 成田賴明，前揭註 23，頁 186-188。

¹⁴⁴ 法律先占理論成形之際，學說將條例抵觸法律之樣態，區分為「上乘」及「橫出」等類型。上乘係指同一規範目的及對象下，條例較法律加重管制標準之規定。橫出係指同一規範目的下，條例較法律擴張管制對象之規定。依照明顯性理論，只有橫出條例不會抵觸法律，此種分類似有實益。但今日學說及實務並未依此種分類直接判斷條例是否實質抵觸法律，而是於個案中具體衡量因地制宜之必要性。既然此種分類只有「抵觸樣態之描述功能」而不具有「抵觸與否之判斷功能」，本文不擬深論。中文介紹見蔡秀卿，前揭註 4，頁 206-210。

東京都公害防治條例，就空氣污染物排放之取締標準，較空氣污染防治法更為嚴格。依照明顯性理論，該條例與法律具有同一目的及規範對象，即為抵觸法律。不過在社會輿論壓力之下，卻是國會讓步，於 1970 年修法賦予地方制定更嚴格標準之空間。明顯性理論至此完全失去學說支持，卻於司法實務延續影響力。

（三）最高法院之標準見解

早期司法實務採取法律先占理論，嚴格限定條例制定餘地。不過，嗣後於德島市案件中，卻受到明顯性理論影響而放寬判斷標準。鑒於該案件牽涉當時日本特殊政治情勢，故以下先介紹判決背景。

中央制定道路交通法（下稱「道交法」）以管理交通秩序，出於政治因素並未制定專法規範集會遊行。不過，面對戰後層出不窮的社會抗爭，恐涉及共產黨革命活動，加上美蘇冷戰格局成形，乃於美國壓力下，授意由地方制定集會遊行條例以取締違法集會遊行¹⁴⁵。最高法院一向以合憲解釋之方法，分別從寬肯定新潟縣、東京都及京都市之條例實體內容合憲¹⁴⁶，惟未涉及條例是否抵觸法律之問題。

直到德島市案件中，條例是否抵觸法律，始成為爭點。當時道交法對於違反道路使用許可之義務者，處 3 個月以下有期徒刑或 3 萬元以下罰金。德島市制定之集會遊行條例，則針對使用道路之集會遊行，如未能維持交通秩序者，處負責人 1 年以下有期徒刑或 5 萬元以下罰金。本案乃是反戰遊行違反道路使用許可，於道路上蛇行而破壞交通秩序，同時觸犯道交法及系爭條例之罪名，故從一重依系爭條例處罰。受處罰者不服，主張系爭條例抵觸法律規定，應屬無效。

¹⁴⁵ 村上順，前揭註142，頁80-82。

¹⁴⁶ 最大判昭和29年11月24日刑集8卷11号1866頁、最大判昭和35年7月20日刑集14卷9号1243頁、最大判昭和44年12月24日刑集23卷12号1625頁。

地方法院及高等法院均依據法律先占理論，認定系爭條例牴觸法律，應屬無效¹⁴⁷。最高法院審理後，於1975年作成判決，提出下列標準見解。

「就條例是否違反法律，並非僅對比兩者之規範對象、事項及文義，亦應比較各自之意旨、目的、內容及效果，依照兩者之間是否有矛盾牴觸，據以決定。例如，雖然法律就某種事項欠缺明文規範，如從該法律整體觀之，解釋上可認為相關規定之欠缺，其意旨乃是特別就該事項不施加任何規制而予以容任。則條例規範該事項之規定，將可能違反法律。反面言之，①就特定事項之規範，有法律與條例併存之情形，條例如果是基於與法律不同目的之規範意旨，而於適用上不會阻礙法律預設之規定目的及效果時，或是②兩者雖基於同一目的，但解釋上法律之意旨未必是要求全國一致施加相同內容之規制，允許地方個別根據地方實際需求而施加其他規制時，則法律與條例之間即無矛盾牴觸，不生條例違反法律之問題」¹⁴⁸。

本案事實屬於判旨②之類型，首先從法律之立法意旨而言，雖然是道交法之目的乃是維持全國一致之交通秩序，但亦賦予地方作成道路使用許可之權限，解釋上並未排除條例因地制宜之餘地。其次，從系爭條例之特別意義而言，雖然系爭條例與道交法都是規範同一事項，但系爭條例考量集會遊行之影響，另有維護地方安寧之規制內涵。最後，再從比例原則而言，系爭條例並未過度侵害表現自由。因此，「**條例之重複規定具有本身之特別意義及效果，且具有合理性**」，自可另為加重處罰之規定，並未牴觸道交法。

本判決受到明顯性理論之影響，同樣重視法律之規範意旨，不過更進一步綜合考量「法律之立法意旨」及「條例之特別意義」。只要法律個別規定於解釋上沒有全國一致之意旨，而條例又具有因地制宜之內涵時，即肯定條例適法。然而，本判決以法律當然合憲為前提，從法律規範意旨中探求條例制定餘地，依然維持法律先占理論之基本架構¹⁴⁹。一旦法律解釋上否定條例

¹⁴⁷ 德島地判昭和47年4月20日刑集29卷8号552頁、高松高判昭和48年2月19日刑集29卷8号570頁。

¹⁴⁸ 最大判昭和50年9月10日刑集29卷8号489頁。①②為本文所加。

¹⁴⁹ 穴戶常壽（2011），《憲法解釈論の応用と展開》，頁265，日本評論社。

制定餘地時，也不必檢討法律是否違憲侵害地方立法權，逕自認定條例牴觸法律而無效¹⁵⁰。

另一方面，本判決擴張條例制定餘地後，依循往例肯定系爭條例限制表現自由之合憲性。問題在於，最高法院雖然是考量當時政治情勢而從寬審查，但放任集會遊行條例過度限制表現自由，一向受到學說嚴厲批判¹⁵¹。因此，學說發展上，除了強調法院應嚴格審查條例之實質合憲性，也必須從基本權保障角度思考條例之制定餘地，發展出實質牴觸論。

二、實質牴觸論

（一）基本權保障之因地制宜

1. 生存權保障說之登場

1970 年代的學說，一方面因應地方公害防治需求，期望條例作為生活品質之保障者，另一方面也注意到集會遊行條例案件中，條例也可能成為表現自由之侵害者。因此，戰略上側重於公害防治領域，主張法律是國家最低標準規定，肯定條例得制定更嚴格之標準，本文統稱為生存權保障說。雖然學說都肯定公害問題具有地域性，適於因地制宜之處置，但具體理論構成仍有不同，可再細分為以下 3 說。

- ① **基本權價值序列說**：公害防治之紛爭，往往呈現出住民生存權對抗企業財產權的架構，本質上是基本權衝突的利益衡量問題。憲法釋義學上，應肯定生存權之價值序列優先於財產權，中央及地方皆有義務保障人民生存權免受第三人之侵害。而且國會制定公害對策基本法時，亦揭櫫優先保障國民健康及生活環境之目的，則地方適用法律時，自應優先維護住民之生存權。從而可認為法律是全國一致之最低保障標準，地方不得制定低於標準之條例，以免阻礙法律保護目的之實現。反之，若是法定最低標準仍不足以保護地方住民時，條例應可訂定更

¹⁵⁰ 例見最判昭和53年12月21日民集32卷9号1723頁。

¹⁵¹ 江橋崇（1976），〈公安条例判決の動向〉，《ジュリスト》，605号，頁14-23。

嚴格之標準。理由在於，條例不得牴觸法律之前提，乃是法律合乎憲法保障之地方自治本旨。既然憲法同樣課予地方保障生存權之義務，地方就法律保護不足之處，應得制定條例因地制宜，否則法律即為違憲¹⁵²。至於公害防治以外之行政領域，同樣必須考量地方自治之目的、基本權性質及價值序列，決定條例之制定餘地¹⁵³。因此，此說乃是結合地方自治本旨與基本權保障，強調法律與條例之關係，並非層級分明之上下位階，而是相互補完之水平協力。

- ② **固有自治事項說**：基於憲法保障之地方自治本旨，地方享有以條例規範「固有自治事項」之憲法權限，不受中央立法政策左右。換言之，法律雖然可以介入規範自治事項，但不得完全剝奪住民自治之決策權限。由於公害防治涉及地方環境與住民生存權之保護，本質上是固有自治事項，原則上應由條例優先規範。法律可以規定全國一致之最低保障標準，但不得禁止地方制定更為嚴格標準¹⁵⁴。至於「固有自治事項」作為條例制定權之核心領域，難以事前明確界定內涵，必須因應時代需求及具體實踐而動態發展¹⁵⁵。鑒於公害防治，往往是由地方率先制定條例，中央隨後才制定法律，卻又無法滿足住民期待，地方只能再次制定條例，自可認定為固有自治事項。因此，該說其實是以當時之社會需求為基礎，具有正當化住民運動之實踐目的。
- ③ **合憲體系解釋說**：法律規範內容涉及自治事項者，即應按照憲法保障之地方自治本旨，進行合憲體系解釋，以確保條例制定餘地¹⁵⁶。依照基本權性質及行政管制目的，法律作為全國一致規定之內涵，解釋上分為「管制上限」及「管制下限」2 種類型。管制上限是法律為保障基

¹⁵² 室井力（1973），《現代行政法の原理》，頁197-201，勁草書房。

¹⁵³ 室井力（1978），《現代行政法の展開》，頁178，有斐閣。中文介紹見蔡茂寅，前揭註4，頁226-228。

¹⁵⁴ 原田尚彦（1977），《環境權と裁判》，頁245-247，弘文堂。

¹⁵⁵ 原田尚彦（2005），《地方自治の法としくみ》，新版改訂版，頁168，學陽書房。

¹⁵⁶ 兼子仁，前揭註25，頁36-37。

本權不受公權力過度侵害，故為最高標準，不容條例逾越。管制下限則是法律為保障基本權實現之基本需求，故為最低標準，容許條例更嚴格規定¹⁵⁷。鑒於地方環境乃是與住民生存權密切相關之事務，應優先交由地方議會決定，始符合住民自治之憲法理念。因此，公害防治等涉及生存權保障之法律標準，解釋上應為最低標準，而容許條例更嚴格管制¹⁵⁸。此說結合地方自治本旨與基本權保障，經由合憲解釋方法，將法律標準解釋為框架規範。

2. 生存權保障說之發展

雖然生存權保障說主要針對公害防治條例展開論述，不過具有以下 2 點成果，指引後續學說之發展方向。第一，法律與條例是立足於憲法之水平競合關係，法律之制定或解釋，應以合乎地方自治本旨為前提，並確保條例因地制宜之空間，否則法律本身抵觸憲法而無效。此一論述成功迫使法律先占理論之首倡者變更見解，同意應依地方自治本旨限定法律先占領域，避免法律違憲無效之窘境¹⁵⁹。第二，條例與法律之競合適用，必須依照基本權之性質及基本權衝突之衡量，並參照事務特性，具體判斷。如此一來，地方自治本旨之內容，其實也蘊含地方議會基於組織特性而具有保障基本權之獨自功能，未必應完全屈從於國會。

鑒於上述成果，高田敏以生存權保障說為基礎，主張條例與法律競合適用時，應根據基本權之性質，綜合考量何者更為有利於基本權保障，並依照行政事務之類型，釐清條例制定餘地。由於條例是否抵觸法律應由法院判斷，從而也必須同步思考法院審查條例之審查標準。此即「基本權性質說」，具體內容為下列 3 點¹⁶⁰。

- ① 秩序行政事務中，表現自由應優先於財產權而受保障。若是條例較法律更為嚴格限制表現自由時，例如集會遊行條例，應以嚴格審查標準判斷

¹⁵⁷ 兼子仁，前揭註 25，頁 69-71。中文介紹見蔡茂寅，前揭註 4，頁 228。

¹⁵⁸ 兼子仁，前揭註 25，頁 72-77。

¹⁵⁹ 田中二郎，前揭註 11，頁 135。

¹⁶⁰ 高田敏，前揭註 39，頁 214-215。

條例有無牴觸法律，可認為法律是管制上限。但若是條例更為嚴格限制財產權時，例如河川管理條例，則可採取相對寬鬆之審查標準。

- ② 給付行政事務中，法律規定之給付額度，乃是人民基本生活所必需，應為最低標準，故條例只能提高給付額度。
- ③ 基本權衝突之行政事務中，例如公害防治紛爭，地方既然負有保護住民生存權之憲法義務，自應容許條例因地制宜，制定更為嚴格之標準。

不過，如何從憲法釋義學預先確定基本權之價值序列，並非易事。即使將生存權保障界定為地方之憲法義務或固有自治事項，也不能禁止法律介入規範，更不當然成為條例優先適用之根據¹⁶¹。至於條例是否違憲侵害基本權，則是條例內容之實質合憲性審查，並非條例形式上有無牴觸法律之問題。因此，生存權保障說乃至於基本權性質說，雖然於當時成功論證公害防治條例之正當性，但判斷架構並未成為通說，而是促成實質牴觸論之發展。

（二）分權改革與實質牴觸論

1. 基本架構

地方分權改革之後，伴隨垂直權力分立之模式轉換，法律與條例之體系關係，也揚棄上下位階之依法行政模式，轉換為並立於憲法之下的競合適用模式。新地自法第1條之2規定之任務分工指針，依照同法第2條第12項，亦是法律解釋之指針，理論上自應重新界定條例是否牴觸法律之判斷架構。學說更以「從領域先占論轉向規範牴觸論」為題，正式告別法律先占理論，不再以法律絕對優位為前提，而是於個案中綜合考量法律與條例之合憲性及規範內容，依下列步驟判斷條例是否實質牴觸法律¹⁶²。

¹⁶¹ 塩野宏，前揭註19，頁204、257-258。

¹⁶² 岩橋健定（2001），〈條例制定權の限界〉，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》，頁375-378，有斐閣。齋藤誠，前揭註36，頁289-291。三浦大介（2012），〈分權改革と条例制定權の拡大〉，《法律時報》，84卷3号，頁9-13。

- ① 鑒於新地自法大幅容許條例與法律之競合管轄，只要涉及地方事務，不問是否已有法律規範，均推定得為條例制定對象。既然同一事項允許法律與條例之競合立法，而法律又預為規範全國一致之內容，故僅需審查條例是否實質抵觸法律。換言之，條例制定對象是否為自治事項，其實正是有無必要因地制宜之問題，消融於「條例是否實質抵觸法律」之層次。除極端案例外，通常沒有個別判斷之必要。
- ② 審查法律之規範密度，是否依照地方自治本旨及任務分工指針，合憲確保條例因地制宜之餘地，必要時予以合憲解釋。只有當法律合憲時，條例始有不得抵觸之憲法義務。
- ③ 法律合憲時，並非以法律為上位階規範而逕行限定條例制定餘地，而是以法律作為實現憲法意旨之基準規範，衡量條例因地制宜之理由，是否更具有憲法之正當性而未過度「偏離」法律。
- ④ 鑒於法律規範密度不斷下降，條例本身直接抵觸憲法之可能性，也大幅增加。因此，即使條例沒有抵觸法律，規範內容依然必須符合比例原則、平等原則及正當法律程序等憲法原則。

上述判斷架構，一言以蔽之，乃是法律與條例各自具有憲法正當性，如兩者競合時，應參照憲法意旨以決定條例是否可以優先於法律適用，本質上是利益衡量之架構，而有別於形式抵觸有無之古典架構，可稱之為實質抵觸論。換言之，於個案中衡量「法律之全國一致」及「條例之因地制宜」，何者更符合憲法意旨及基本權保障之需求。雖然於具體判斷過程中，依然注重法律之規範目的及架構，學說也嘗試各種類型化之判斷方式¹⁶³。但在法律本

¹⁶³ 依照條例是否直接與法律連動，可區分以法律構成要件之直接變動為內容之法律施行條例，以及與法律平行獨立規範之自主條例。區分實益在於，學說對前者是否仍有因地制宜之必要性尚無定論，對後者則一致認為條例得於因地制宜範圍內逾越法律規定，故本文以下敘述僅以自主條例為中心。不過本文認為，兩者於個案中未必可以截然區分，而且法律施行條例也依然保有因地制宜之憲法根據及必要性，不宜只從規範形式而直接判斷條例之制定餘地。詳見北村喜宣，前揭註63，頁64-84。川端倅司，前揭註63，頁287-290。

身也必須符合憲法意旨之前提下，迥異於往昔以法律為絕對上位規範之解釋方法。

2. 立法事實之判斷

條例與法律競合時，何者為更符合憲法意旨之合理規範，並非單從法學解釋可以判斷，尚必須進一步考量立法事實¹⁶⁴。所謂立法事實，乃是從法院審查法律合憲性之方式中發展而來，係指法律之目的正當性、手段關聯性乃至於利益衡量，是否具有充分之客觀事實支持。條例是否得以優先於法律適用，亦應根據條例之立法事實而為判斷。綜合學說整體趨勢，可以整理為以下3個審查層次¹⁶⁵。

- ① 就法律之合憲性而言，法律如欲規定不容條例變更之全國一致標準時，應就全國一致之目的正當性，以及完全排除因地制宜之手段關聯性，提示相應之立法事實。如未能提示，法律既然不能完全排除條例制定餘地，只能經由合憲解釋，容許條例因地制宜。
- ② 就條例是否實質抵觸法律而言，檢驗條例是否就因地制宜之目的正當性，條例偏離或變更法律規定之手段關聯性，提示相應之立法事實。如有相應立法事實，即未抵觸法律。
- ③ 就條例之實質合憲性而言，條例縱然沒有抵觸法律，也不得抵觸憲法。尤其是侵害基本權之條例，應符合比例原則，故必須再就條例限制基本權之目的正當性及手段關聯性，檢驗是否具有相應之立法事實。

鑒於立法事實之判斷過程中，上述②因地制宜之正當目的及合理手段，與③比例原則，兩者檢討之立法事實近乎相同。而法律其實是國會限制或保

¹⁶⁴ 生存權保障說早已指出條例因地制宜之規定，必須以客觀事實為根據，並指出當時公害影響地方生活環境，而法律卻未重視此一社會事實之問題。兼子仁，前揭註25，頁75、79。

¹⁶⁵ 神崎一郎（2009），〈法律と条例の關係における「比例原則」「合理性の基準」「立法事実」〉，《自治研究》，85卷8号，頁79-110。鈴木庸夫（2010），〈条例論の新展開：原理とルール・立法事実の合理性〉，《自治研究》，86卷1号，頁58-75。田中孝男（2015），〈自治体法務の多元的統制：ガバナンスの構造転換を目指して〉，頁133-179，第一法規。

障基本權之全國一致架構，可作為衡量條例於因地制宜時是否過度侵害基本權之基準。近年來乃有學說主張，無須個別判斷^②，只要直接審查^③，可以進一步擴張條例制定餘地¹⁶⁶。

（三）最高法院之動向

最高法院 1975 年判決確立「綜合考量法律之立法意旨及條例之特別意義」的標準見解後，下級審法院據以審查條例是否牴觸法律時，呈現兩股趨勢之拉鋸。如果偏重法律之立法意旨，則傾向限縮條例制定餘地¹⁶⁷；若是強調條例之特別意義，即易於擴張條例制定餘地¹⁶⁸。分權改革之後，理論上法院即使維持原有標準見解不變，只要依照新地自法之任務分工指針，更加重視條例之特別意義，即可大幅擴張條例制定餘地¹⁶⁹。鑒於最高法院至今並未明示變更見解，目前僅能指出以下 2 點發展趨勢，似有轉向合憲自治之跡象。

1. 框架法：全國一致基準

鑒於國會制定地自法及地方稅法等框架法時，已明確劃分中央與地方之立法權限，最高法院一向肯定框架法之合憲性，以之為全國一致基準，審查條例因地制宜時是否阻礙法律目的實現，以下兩案即為適例。

（1）臨時企業稅條例案

神奈川縣依照地方稅法之規定，制定條例對縣內大型企業，以法人事業稅之「以往年度事業虧損扣除額」為稅基，另行課徵稅金。當地企業主張系

¹⁶⁶ 原田一明（2016），〈條例をめぐる合憲性審査の一考察〉，磯部力先生古稀記念論文集刊行委員会（編），《都市と環境の公法学：磯部力先生古稀記念論文集》，頁239-271，勁草書房。武田真一郎（2020），〈條例制定權と比例原則〉，《成蹊法学》，92号，頁1-27。

¹⁶⁷ 例見神戸地判平成9年4月28日判時1613号36頁。

¹⁶⁸ 例見神戸地判平成5年1月25日判タ817号177頁。

¹⁶⁹ 山本龍彦（2013），〈徳島市公安条例事件判決を読む：「コンテクスト」としての分権改革〉，《法学セミナー》，58巻1号，頁51。

爭條例抵觸地方稅法之扣除額不予課稅之規定，應屬無效。本案中，最高法院維持 1975 年判決之標準見解，判決如下。

①地方稅法之規定，「除另有特別規定外（例如關於標準稅率容許條例另為不同規定之條文），解釋上均非任意規定而是強行規定。地方依照地方稅法制定或修正條例時，即受同法所定準則拘束」。②系爭條例之「規範意旨及目的，乃是部分遮斷地方稅法規定之事業虧損扣除額之適用」。但地方稅法之「規範意旨及目的，則是考量各會計年度間之所得金額與虧損金額之衡平，儘可能均等化法人稅負以求租稅公平，因此同法規定應適用以往年度事業虧損扣除額。就此而言，系爭條例之內容，違反同法規範意旨及目的，阻礙規範效果……，抵觸同法之強行規定而無效」¹⁷⁰。

判旨①認定地方稅法應為強行規定之理由，乃是參照國會之立法事實，已充分考量全體國民之稅負公平與中央地方之財政劃分，並詳細規定地方課稅之內容，自不易肯定條例逾越法律而有因地制宜之餘地¹⁷¹。就此而言，最高法院似仍以「法律之立法意旨」為優先，廣泛承認框架法之立法形成自由，而未從憲法角度確保條例制定餘地¹⁷²。不過，如果認為地方稅法規定之虧損扣除額亦應受財產權之憲法保障，則問題應在於條例是否過度侵害財產權¹⁷³。如此一來，可以詮釋判旨②是以地方稅法為具體化財產權保障內容之規定，實質審查系爭條例之立法事實後，認為地方財政困難之制定目的，不足以支撐條例逾越法律之特別意義，自然優先肯定地方稅法之適用¹⁷⁴。簡言之，地方稅法既是框架法又是財產權保障之基準，通常難以容許條例逾越法律。

¹⁷⁰ 最一小判平成25年3月21日民集第67卷2号587頁。①②為本文所加。

¹⁷¹ 塩野宏，前掲註19，頁206-207。

¹⁷² 批評可見村中洋介（2014），〈企業稅條例的法律適合性：神奈川県臨時特例企業稅條例事件最高裁判決を事例に（最高裁第一小法廷判決平成25年3月21日（民集67卷3号438頁））〉，《近畿大学法学》，61卷4号，頁77-80。

¹⁷³ 宇賀克也（2010），〈法定外普通稅條例の適法性〉，《法学教室》，356号，頁37。

¹⁷⁴ 原田一明，前掲註166，頁249。

(2) 政治倫理條例案

廣島縣府中市制定條例，禁止市議員之二等親內親屬及其所經營之公司，與該市締結承攬契約。由於地自法第 92 條之 2 只規定議員本人及其所經營之公司，不得與該市締結承攬契約。因此，乃有市議員主張系爭條例牴觸地自法而無效。最高法院審理後，並未引用 1975 年判決標準，而是直接審查系爭條例是否過度侵害議員活動自由之實質合憲性，判決如下。

①系爭條例之「限制目的，乃是為保障議員執行職務之公正，防止議員有引起市民懷疑或不信任之行為，進而確保議會之公正運作及市民對市政之信賴，故限制目的應屬正當」。②系爭條例擴大限制對象之手段，乃是鑒於「實質上是議員經營之公司，卻只因經營者於名義上是二親等內親屬而有規避地自法第 92 條之 2 規定之虞」，「可能導致限制目的無法實現之結果」。③「系爭條例於性質上是地方議會基於內部自律而作成之自我限制，就議會自律考量之限制手段，亦應優先尊重其自主判斷」，故「為達成前述正當目的而為之限制手段，仍於合理必要之範圍內」¹⁷⁵。

雖然最高法院只審查系爭條例是否過度限制議員活動之自由，但判旨②仍然援引地自法作為全國一致基準，判斷系爭條例之目的及手段，是否符合立法意旨。雖然系爭條例並未明確表現出因地制宜之理由，但基於同一目的而強化地自法實效性之手段，只要沒有過度侵害基本權，也就不會逾越地自法之框架¹⁷⁶。另外，判旨③也指出本案之特殊性，乃是議會自律，司法審查必須適度退讓。就此而言，地自法之框架規定，雖然是全國一致基準，但仍有可能於個案中容許條例另為不同規定，不能一概而論。

2. 個別法：實質合憲性審查

雖然分權改革持續修法降低個別作用法之規範密度，但仍有大量法律尚未修正。即使是降低規範密度後的法律，也不能完全排除地方因應新興社會

¹⁷⁵ 最三小判平成26年5月27日判時2231号9頁。①②③為本文所加。

¹⁷⁶ 原田一明，前揭註166，頁260-261。系爭條例並無強制性之制裁手段，也是合憲理由。

需求而有再次檢討之可能性。或因如此，最高法院近年來似乎認為只要條例沒有阻礙法律目的實現，審查重點應在於條例之實質合憲性，可舉以下兩案為適例。

(1) 水源保護條例案

三重縣紀伊長島鎮為保護自來水之水源，制定條例以劃設水源保護區之方式，限制廢棄物清理業者於保護區內設置清理設施，增加廢棄物清理法所無之管制手段。由於系爭條例及廢棄物清理法之最終目的，都是保護人民生命及健康，則廢棄物清理法並無容許因地制宜之規定，法院很可能就此認定系爭條例抵觸法律¹⁷⁷。不過，本案審理之地方法院沒有審究條例是否抵觸法律¹⁷⁸。高等法院則認定廢棄物清理法旨在維護生活環境，系爭條例則是保障住民之生命健康，並防止水源枯竭，兩者規範意旨不同，肯定條例具有特別意義，並未抵觸法律¹⁷⁹。本案上訴後，最高法院未加說明，維持條例適法之判斷¹⁸⁰。

由於最高法院只是間接肯定條例適法，學說解讀難免出現歧異。或有認為最高法院既然沒有明確表示見解，就不能認定有擴張條例制定餘地之動向¹⁸¹。亦有參照最高法院調查官之本案調查意見，指出最高法院仍有審查條例是否抵觸法律之立法事實，至少可以推測最高法院較以往更為寬容¹⁸²。由於類此案件，最高法院嗣後明確只審查條例之實質合憲性，依然未說明條例何以沒有抵觸法律¹⁸³，似乎可以認為最高法院已將審查重心轉為條例之實質合憲性。

¹⁷⁷ 相似規定之德島縣阿南市水源保護條例，即遭地方法院認定抵觸法律而無效。德島地判平成14年9月13日判自240号64頁。

¹⁷⁸ 津地判平成9年9月25日民集58卷9号2591頁。

¹⁷⁹ 名古屋高判平成12年2月29日民集58卷9号2621頁。

¹⁸⁰ 最二小判平成16年12月24日民集58卷9号2536頁。

¹⁸¹ 宇賀克也(2011)，〈條例の適法性審査：地方分権改革後の最高裁判例の動向〉，《法学教室》，369号，頁50-51。

¹⁸² 武田真一郎，前掲註166，頁10-13。

¹⁸³ 最三小判令和4年1月25日判自485号49頁。本案雖涉及水循環條例對土石採取業者之管制，是否抵觸土石採取法，但最高法院只審查條例是否過度侵害職業自由，

(2) 風化場所導覽店管制條例案

京都府制定條例，於學校等保護設施之 200 公尺範圍內，禁止開設風化場所導覽店，以抑制風化行業之廣告宣傳。雖然風化行業管理法容許地方得以條例劃設營業禁止區域，但並未納管僅以導覽為目的之營業方式，系爭條例是否抵觸法律，乃成爭點。地方法院及高等法院均引用最高法院 1975 年判決之見解，認為系爭條例與法律之規範目的及對象，並非完全相同，即未抵觸法律¹⁸⁴。不過，最高法院只審查實質合憲性，以下列理由判決合憲。

①「鑒於風化場所導覽店之特質及營業實態對於青少年育成……之影響程度，系爭條例就青少年經常使用設施……之基地一定範圍內，禁止風化導覽店之營業……乃是為確保符合公共利益之上述目的，具有必要性及合理性之手段。②而且參照風化行業管理法關於風化行業之管制內容及程度，京都府議會制定……之前述規定，也沒有逾越合理裁量之範圍」，從而系爭條例並未違反憲法保障之營業自由¹⁸⁵。

雖然本判決沒有說明條例未抵觸法律之理由，但判旨①肯定因地制宜之青少年保護可作為合憲目的，而判旨②則指出營業禁止區域乃是法律規定之管制手段，依然是以法律作為基本權侵害之參考基準。換言之，系爭條例之合憲理由，其實可以理解為風化行業之法定管制架構中，因地制宜之立法目的與手段具有合理關聯，並未過度侵害憲法保障之營業自由。就此而言，最高法院似有呼應學說主張，將因地制宜融入比例原則之發展趨勢。

三、小結

依照法律先占理論，凡是法律規定之內容，就是全國一致事項，絕對不容條例抵觸，實質上就是依法行政之法律優位原則。至於明顯性理論乃至於最高法院之標準見解，仍然是以法律為上位階規範，從規範縫隙中尋求條例制定餘地。直到生存權保障說指出住民經由地方議會自我保障基本權之意義

並宣告合憲。

¹⁸⁴ 京都地判平成26年2月25日判時2275号27頁、大阪高判平成27年2月20日。

¹⁸⁵ 最一小判平成28年12月15日判時2328号24頁。①②為本文所加。

後，連結住民自治與基本權保障之論述方向，始破除法律與條例之上下位階，轉為競合適用之關係。今日主流學說，則是以條例原則上得與法律競合為前提，個案判斷條例是否實質抵觸法律，並可觀察到最高法院近年來似有呼應趨勢，呈現合憲自治之動向。至於實質抵觸論之特質，可舉出下列三點。

第一，鑒於憲法容許法律規範自治事項之具體內容，而現實中又難以認定法律過度侵害地方自治本旨而違憲，因此必須以合憲解釋之方法，儘可能將法律解釋成「框架規範」。

第二，條例依然不能阻礙法律目的之實現，理由在於法律是第一次具體化憲法意旨之規範，乃是基本權保護內涵的全國性基準。條例是否得「偏離」法律規定，則必須綜合考慮憲法與法律之基本權保護內涵，並衡量因地制宜之目的正當性與手段關聯性，實際上是條例相較於法律是否過度侵害基本權之審查架構。

第三，條例是否抵觸法律，應於個案判斷，而非抽象法解釋之問題。近年來日趨重視立法事實之審查，並分別判斷全國一致與因地制宜之具體規範效果後，再進行利益衡量。

伍、日本法對我國法之啟示

我國地方自治之發展，因戒嚴及動員戡亂法制之影響，並未落實憲法保障地方制度之規定。1950年至1994年間，僅由行政命令規範地方制度，充滿中央集權及上命下從之色彩，地方實際上淪為中央行政權的下級執行機關，可稱之為「依命令行政」¹⁸⁶。經由過渡期之法制重整，直到1999年地方制度法（地制法）制定後，始回歸憲法理念，理應進入「合憲自治」之時代。不過，地方立法權之實際運作，即使是於環境保護領域，依然受到中央行政權極為強勢之壓制¹⁸⁷，難以形塑地方特色。本文認為制度轉換後，釋義

¹⁸⁶ 詳見蔡秀卿，前揭註4，頁36-42。

¹⁸⁷ 廖欽福（2016），〈論地方環境自治立法的困境與中央自治監督的界限〉，《南臺財經法學》，2期，頁23-47。

學上必須克服傳統「依命令行政」之中央集權模式，明確定位條例與法律之關係，始有可能於立法論及解釋論上一貫確保條例之制定餘地。日本近 140 年來從「依法行政」到「合憲自治」之發展經驗，即是重要的參考對象。

日本與我國同樣繼受德國法，憲法釋義學上皆認為地方自治乃是憲法之制度性保障。但日本卻能有別於聯邦國體制之德國法，走出單一國體制之特色，經由憲法保障之「住民自治」，賦予條例得與法律競合立法之理論根據。如以住民自治為媒介，我國應有參照日本法之可能性。因此，本文以下將對照前述貳、參、肆各章小結之日本法研究成果，分為三小節，各節中先概述我國法之問題現況，再就作者所得之啟示，提示我國法之未來發展方向。

一、自治條例之法體系定位

（一）現況概述

我國為單一國家，惟憲法以類似聯邦國家之體例，例示規定中央及省縣之「立法事項」，劃定各級政府之事務領域。憲法更規定省縣之水平權力分立，省縣長統領行政權，省縣議會行使立法權。憲法增修條文第 9 條精簡省級後，依舊維持縣級之垂直立法分權及水平權力分立。司法院釋字第 498 號解釋即指出：「基於住民自治之理念與垂直分權之功能，地方自治團體設有地方行政機關及立法機關，其首長與民意代表均由自治區域內之人民依法選舉產生，……並有權責制衡之關係」。簡言之，地方乃是類同於國家的統治主體，今日多數學說亦肯定地方議會享有立法權¹⁸⁸。

另一方面，仍有學者參照德國法，從行政組織法角度，認為地方自治只是「間接國家行政」¹⁸⁹，地方立法權本質上是行政權之內部分工，地方議會是合議制行政機關，條例也只能是行政行為¹⁹⁰。不過，同樣研究德國法之學者，認為我國憲法既已明確賦予地方立法權，自無必要比附援引德國法¹⁹¹。

¹⁸⁸ 詳見蔡茂寅，前揭註 4，頁 159-164。

¹⁸⁹ 陳敏（2019），《行政法總論》，10 版，頁 166-167、987，新學林。

¹⁹⁰ 許春鎮，前揭註 1，頁 38-45。

¹⁹¹ 許宗力（1999），《憲法與法治國行政》，頁 303-305，元照。李惠宗（1999），

此一爭議，同樣延伸至條例是否應適用依法行政原則，也決定地方制度是否僅為行政組織法之一環。

（二）日本法之啟示

本文認為，德國的「自治行政」概念中，不區分地方、大學及職業團體等類型，一律否定「住民自治」，只容許「團體自治」，自始融入依法行政原則¹⁹²。由於我國明確以「住民自治」作為地方自治之憲法保障內涵，自無完全追隨德國法之必要。我國憲法釋義學上，如何依照住民自治之理念，一貫說明法律與條例之關係，始為重要課題¹⁹³。就此而言，日本法應較具有參照可能性，可指出三點如下。

第一，以憲法為頂點之一元法體系中，國會與地方議會於民主政治過程之不同階段中，各自統合不同層級之利益，亦於基本權實現過程中，回應不同區域規模之保障需求，難以相互替代。基於住民自治之憲法理念，住民經由地方議會就切身事務制定條例之地位，應為憲法保障地方立法權之核心領域，不容中央越俎代庖¹⁹⁴。惟核心領域難以明確界定，又不能否定法律預為框架規範之必要性，憲法解釋及憲法政策上自應盡力確保條例制定餘地，避免對地方立法權之行使造成實質妨礙或導致地方之責任政治遭受破壞。

第二，從立法分權之角度而言，法律與條例都是以憲法為正當性根據，故兩者既非上下位階關係，也非毫無交集之平行關係，而是交疊重合之水平

《權力分立與基本權保障》，頁89-92，韋伯文化。陳慈陽（2007），《憲法學基礎理論（三）：人權保障與權力制衡》，2版，頁336-341，翰蘆圖書。詹鎮榮（2019），〈論自治條例與中央法律之關係：地方立法權行使之回顧與展望〉，《中國地方自治》，72卷3期，頁4-6。陳清秀、許澤天（2021），〈論地方立法權與地方處罰之立法權〉，陳清秀、蔡志方（主編），《地方自治法》，2版，頁106-107，新學林。

¹⁹² 渡邊互，前揭註2，頁198-200。

¹⁹³ 鑒於現行憲法明確保障之地方自治團體，只有直轄市及縣，不及於鄉鎮，本文以下主張僅適用於直轄市及縣。

¹⁹⁴ 司法院釋字第550號解釋禁止法律侵害「財政自主權核心領域」，解釋理由書所舉之例，包含「中央代替地方編製預算」。由於預算應經地方議會議決，似可據以解釋出法律之規範密度不得過高，以免剝奪殆盡地方議會之條例制定權。

協力關係¹⁹⁵。由於法律保留及法律優位原則乃是成形於水平權力分立之架構中，旨在確保立法權對行政權之控制，故不應適用於垂直權力分立之架構。

第三，鑒於地方立法權之核心領域難以明確劃定，憲法政策上允宜從立法層面採取框架法之立法方式，並避免行政權監督地方立法權之模式，以確保條例制定餘地¹⁹⁶。尤其是地制法第 26 條及第 30 條，賦予上級政府事前核定、事後函告無效之監督權限，顯然是以條例類如法規命令為前提，實務運作上過度壓制地方立法權之發展¹⁹⁷。加上我國法律制定之初，大多未充分考量地方自治權限¹⁹⁸，再任由中央行政權片面解釋，更易限縮地方立法權。但基於住民自治之憲法理念，條例既然就自治事項享有相當於法律之地位，斷無容許行政權片面否定立法行為效力之理論根據，立法論上允宜檢討修正。

二、自治條例與法律保留原則

（一）現況概述

1. 學說

依憲法第 23 條，基本權之限制，應以法律為之。該條所稱之「法律」，是否包含條例，向有爭議。主要爭點在於，憲法保障之地方立法權中，是否當然包含基本權限制之內涵；如採否定見解，則地制法是否得為授權根據，據此可分為以下三說。

¹⁹⁵ 同旨見司法院釋字第 738 號解釋理由書第 3 段。

¹⁹⁶ 同旨見陳慈陽，前揭註 191，頁 341-343。

¹⁹⁷ 日本地自法於 1947 年制定以來，依照住民自治之憲法理念，並無上級政府事前核定或事後函告無效之一般規定，而是容許條例先行挑戰法律。至於條例是否抵觸法律，則循一般司法救濟途徑，由法院公開審理裁判。如此一來，不僅易於結合住民運動而引發社會關注，也累積豐富裁判實例可供學術研究，成為日本地方立法權蓬勃發展的原因之一。

¹⁹⁸ 例如我國環境法至今仍然充滿法律先占理論的色彩，相關批評可見劉如慧（2017），〈論地方空氣污染自治立法：以臺中市公私場所管制生煤及禁用石油焦自治條例為例〉，《中律會訊》，20 卷 3 期，頁 9-33。

- ① **個別法律授權說**：地方議會乃是行政權，應適用法律保留原則，而地制法內容空洞，不足以為授權根據¹⁹⁹。而且基本權之限制，為憲法第107條第13款之中央專屬立法事項，應另有個別法律授權²⁰⁰。
- ② **地制法授權說**：憲法雖賦予地方立法權，但仍應確保國會對於基本權限制作成基本決定之權限，故以地制法作為概括授權之根據²⁰¹，乃是創設性授權。
- ③ **憲法授權說**：憲法賦予地方立法權，應一貫承認條例得逕行限制住民基本權。法律如有授權規定時，乃是確認性授權，而非創設性授權²⁰²。

對照日本法之發展，①說與日本明治憲法之通說相同，②說與日本1960年代之通說相同，③說則與日本今日通說相同。但我國學說卻未如同日本法經歷長期學說辯證之過程，至今仍是三說鼎足而立，亦未從住民自治之角度，深入探究條例與法律保留原則之關聯。

2. 司法院解釋

大法官則如下所示，搖擺於憲法授權說與地制法授權說之間。

- ① 司法院釋字第38號解釋：「**縣議會行使縣立法之職權時，若無憲法或其他法律之根據，不得限制人民之自由權利**」。早期學者認為本號解釋採取憲法授權說²⁰³，晚近學者則認為是個別法律授權說²⁰⁴，顯見本號解釋存有模稜兩可之處。

¹⁹⁹ 陳敏，前揭註189，頁166-167。許春鎮，前揭註1，頁305-308。

²⁰⁰ 陳淑芳（2011），《權力劃分與權限歸屬》，頁382-385，元照。

²⁰¹ 蘇永欽（2002），《走入新世紀的憲政主義》，頁270-273，元照。蔡宗珍（2006），〈地方法規之形成與效力之研究〉，《月旦法學雜誌》，133期，頁163-164。陳新民（2015），《憲法學釋論》，修訂8版，頁177，三民。黃錦堂（2020），《地方制度法論》，修訂3版，頁224，元照。

²⁰² 蔡茂寅，前揭註4，頁216-219。許宗力，前揭註191，頁305。李惠宗，前揭註191，頁91。陳慈陽，前揭註191，頁316-317、340-341。詹鎮榮（2019），前揭註191，頁14-15。

²⁰³ 林紀東（1982），《中華民國憲法逐條釋義（一）》，修訂版，頁349-351，三民。薩孟武（1974），《中國憲法新論》，頁524-525，三民。

²⁰⁴ 蔡茂寅，前揭註4，頁216。許宗力，前揭註191，頁303。陳新民，前揭註201，

- ② 司法院釋字第 738 號解釋，指出依憲法第 128 條及憲法增修條文第 9 條而制定之地制法授權下，地方得以條例限制基本權，無違法律保留原則。本號解釋援引住民自治，採取地制法授權說，但個別意見書卻有質疑地制法是否足以作為基本權限制之授權根據²⁰⁵，可見地制法之框架規範是否具有授權內涵，頗生爭議。
- ③ 司法院釋字第 806 號解釋，指出地方與中央具有相同之行政立法分權架構，「**地方自治事項，凡涉及對居民自由權利之限制者，根據法治國原則相同法理，同樣有法律保留原則之適用**」，應由條例或條例明確授權之自治規則定之。本號解釋擴張法律保留原則之「法律」，包含條例，且將地制法第 28 條第 2 款列為框架規範而非授權規定，亦無須個別法律授權，又似乎傾向憲法授權說。

綜合上述解釋意旨，大法官注意到條例與法規命令之性質不同，限制基本權時，無須個別法律授權。一方面以住民自治作為降低法律授權密度之依據，另一方面又以法治國原則為依據，間接肯定條例就自治事項具有相當於法律之地位，得授權自治規則限制基本權。但大法官對於地方議會之民主正當性，乃至於立法分權與住民自治之關聯，向未深論，亟待學說補強。

（二）日本法之啟示

本文認為，鑒於我國憲法以「立法事項」作為中央地方之權限劃分根據，並輔以均權原則，而未以基本權限制為權限劃分根據，顯然預設條例得逕為限制基本權之根據。再依照住民自治之憲法理念，立法分權之法秩序形成過程中，應容許地方議會具體汲取在地民意，對基本權之實現方式因地制宜，得以條例逕行限制基本權²⁰⁶。因此，應以憲法授權說可採，並參考日本法補充 3 點意見如下。

頁176。

²⁰⁵ 司法院釋字第738號解釋黃大法官虹霞不同意見書、蔡大法官明誠不同意見書、湯大法官德宗不同意見書、葉大法官百修部分不同意見書、陳大法官新民不同意見書。

²⁰⁶ 德國法之「開放多元民主理論」亦呈現類似論證，但欠缺住民自治之憲法理念，

第一，條例限制基本權之性質及程度，如有逾越自治事項之範圍時，應由法律或法律授權之條例規定。換言之，依照均權原則，具有全國一致必要之基本權限制，仍為中央專屬權限²⁰⁷。例如，憲法第 8 條之人身自由剝奪，涉及法官保留而具有全國一致之保障內涵，即應由法律規定。此一範圍界定，完全是中央地方之權限劃分，應與法律保留原則嚴加區別。

第二，立法院受憲法委託而制定法律劃分中央地方之權限，形塑地方制度之框架規範，即為框架法。框架法之立法衡量過程中，必須考量基本權之性質，預為規定以保護基本權免於地方恣意侵害。例如，地制法第 28 條第 2 款乃是具體化法治國原則，確保地方議會就基本權限制事項行使立法權；同法第 26 條規定行政罰之種類及罰鍰上限，預防過於嚴苛之行政罰。至於框架法與條例之間，並非授權關係²⁰⁸，而是條例是否牴觸法律之問題。

第三，條例就自治事項限制基本權之規定，即使無法律授權下而與法律不一致，也不是法律保留原則之問題，而是條例是否牴觸法律之問題²⁰⁹。

三、自治條例與法律優位原則

（一）現況概述

1. 學說

按地方制度入憲，於單一國體制下具有限制中央立法權之意義²¹⁰。憲法例示規定「立法事項」之目的，原在劃分中央與地方之立法領域，不生競合立法之問題²¹¹。但憲法實際上是依照均權原則以事項「內容」之因地制宜深

僅用於鬆綁法律保留密度。黃錦堂（2016），〈營業管制的性質與地方自治條例：釋字第738號解釋評論〉，《法令月刊》，67卷12期，頁17-21。

²⁰⁷ 同旨見林紀東，前揭註203，頁351。

²⁰⁸ 司法院釋字第277號解釋指出中央應制定地方稅法通則，俾便地方得據以行使「憲法賦予之立法權」。本號解釋旨在課予中央制定框架法之義務，無涉法律保留原則。

²⁰⁹ 同旨見李惠宗，前揭註191，頁91。

²¹⁰ 薩孟武，前揭註203，頁502。

²¹¹ 陳新民，前揭註201，頁938。

淺而為劃分，法律又可對自治事項進行全國一致之框架規範，條例難免與法律競合²¹²。一旦條例與法律競合立法，是否依照憲法第 125 條規定，逕行認定條例與法律牴觸者，無效，解釋論上向有爭議，可區分為以下兩種立場。

- ① **形式牴觸說**：基於法位階理論及依法行政原則，條例不得以任何方式牴觸法律²¹³。而且國會制定之法律，具有全國一致內涵，殊難想像有違憲侵害地方立法權核心領域之可能²¹⁴。
- ② **實質牴觸說**：鑒於法律不得過度侵害憲法保障之地方立法權，故應先審查法律之合憲性，或以合憲解釋之方法，認為法律並無排除條例制定餘地。其次依照法律規範目的及內容，個別判斷條例是否得「偏離」法律而為不同規定²¹⁵。

對照日本法之發展，①說以法律規範當然是全國一致事項為前提，彷彿日本 1950 年代之法律先占理論，有助於國家主導之經濟發展，鞏固中央集權體制。如此就不難理解我國於解嚴之後，經濟發展掛帥的國家政策下，行政實務依然以①說為主流，成為中央行政權壓制地方立法權之根據。至於②說則類似日本今日通說，並為近年有力見解。但我國欠缺住民運動之長期發展過程，地制法又未如日本法有自治事項之推定條款，實踐上崎嶇多折。幸而我國解嚴以來的社會多元發展日愈成熟，地方於六都體制下也漸趨強勢，釋義學上如能強化住民自治之內涵，②說仍有進一步實踐的機會。

2. 司法院解釋

由於地制法容許上級政府以事前核定或事後函告無效之方式，逕行壓制地方立法權，加以大法官嚴格認定地方聲請解釋之要件²¹⁶，至今僅有以下 3 案可供具體分析。

²¹² 薩孟武，前揭註 203，頁 516-517、523。

²¹³ 蔡宗珍，前揭註 201，頁 160-161、165。許春鎮，前揭註 1，頁 294-296。

²¹⁴ 陳淑芳，前揭註 200，頁 385-388。

²¹⁵ 蔡茂寅，前揭註 4，頁 228-234。詹鎮榮（2006），〈論地方法規之位階效力：地方制度法第三十條「中央法破地方法」之辨正〉，《成大法學》，12 期，頁 36-42。蕭文生（2019），《地方自治法基礎理論與實務》，頁 64、77-79，元照。

²¹⁶ 地方不易尋求司法救濟，地方立法權將更形萎縮，近來已有學說主張應重塑憲法

- ① 司法院釋字第 738 號解釋，涉及條例較法律更嚴格要求電子遊樂場業營業場所之距離門檻時，是否牴觸法律之問題。本號解釋於住民自治之憲法理念下，先是擴張地方得與中央競合立法之事項，俾使兩者「**就特定事務相互合作，形成共同協力之關係以收因地制宜之效**」。再以合憲解釋之方法，認為法律賦予地方核發營業許可之權限，即是容許地方為因地制宜之規範。最後認為條例實為對執行職業自由所為之限制，而地方基於因地制宜之管制目的，而增加距離門檻之管制手段，合乎比例原則，即未牴觸法律。換言之，條例是否過度「侵害」職業自由，與條例是否過度「偏離」法律，兩者合一判斷。
- ② 司法院釋字第 769 號解釋，實質上涉及條例是否牴觸地制法之問題。按地制法修法規定，正副議長由議員以「記名投票」選舉罷免，但條例卻規定以「無記名投票」為之。本號解釋先肯定中央受憲法委託得就「**縣議會組織及其運作有關之重要事項**」享有立法權限，再依寬鬆標準予以審查，肯定地制法之全國一致規定未逾越中央立法權之合理範圍。雖然本號解釋認為框架法限制地方立法權時，仍應具有正當目的及合理手段，似有限制中央立法權之意涵。但在寬鬆審查標準之下，將輕易推定法律規範皆是全國一致規定，完全不容條例因地制宜。尤其是本案尚涉及地方議會自律事項，關乎住民自治與自由民主憲政秩序之實現²¹⁷，亦未見利益衡量。
- ③ 111 年憲判字第 6 號判決，涉及條例較法律授權之法規命令，更嚴格規定食品之安全容許量標準時，是否牴觸法律之問題。本判決指出，凡是「**規範效果或適用結果對於轄區外居民或事物，會產生直接、密切之實質影響**」者，即非自治立法對象，而食品具有全國流通性質，安全容許量標準自應全國一致，專屬中央立法事項，不容條例因地制

法庭審判權與行政法院審判權之分工。程明修（2022），〈憲法訴訟法施行後地方制度法上之司法救濟面貌〉，《公法研究》，3期，頁99-125。

²¹⁷ 國會之議會自律事項，參見司法院釋字第381號解釋，「應符合自由民主憲政秩序之原則」。

宜。簡言之，從寬認定中央專屬立法事項，即足以完全排除因地制宜之可能性，亦不必審查法律之合憲性。問題在於，本判決嚴格限定自治立法對象而迴避條例是否實質牴觸法律之判斷方式，等同於認定法律規範當然是全國一致規定，長遠來看將嚴重阻礙地方立法權之發展²¹⁸。例如，環境污染常具有跨域影響性質，未來也可能據此一律認定是中央專屬立法事項²¹⁹。

綜合言之，大法官雖於①解釋中，基於住民自治儘可能擴張地方得與中央競合立法之對象，再於個案中運用比例原則，具體衡量因地制宜之必要性，似採實質牴觸說。但於②解釋及③判決中，不再援引住民自治，而是逕以中央立法事項當然排除地方立法權之方式，通案否定任何因地制宜之機會，結論上與形式牴觸說無異。由此可見，住民自治與條例制定餘地之廣狹判斷，關連密切。至於大法官近年來傾向限縮條例制定餘地之理由，或許是擔憂條例有破壞國家目標實現之虞，但在釋義學上是否只有完全否定地方立法權之方式，始足以防止地方濫行制定條例，仍有待學說釐清。

（二）日本法之啟示

本文認為，法位階理論之法律優位原則，乃是基於下位階規範之正當性來自於上位階規範之前提，憲法第 172 條之本旨，即在於此。但是條例之正當性來自於憲法而非法律，條例不得牴觸法律之理由，應求諸於國家法秩序之整合性²²⁰，乃是中央地方權限劃分之問題，此即憲法於「地方制度」章，另以第 125 條規定之目的。鑒於住民自治之憲法理念下，法秩序並非僅以國會為中心由上而下完結規範，而是容許地方議會於不同地域中多元形塑以回

²¹⁸ 憲法法庭 111 年憲判字第 6 號判決蔡大法官明誠提出之不同意見書，認為本判決之判斷方式，有重回中央集權模式之虞。此一疑慮，於 113 年憲判字第 7 號判決再次獲得印證。

²¹⁹ 對照日本地方立法權係以環境法為中心而逐漸擴張，我國環境法本已充滿法律先占理論的色彩，未來可能更難以擴張自治立法對象。

²²⁰ 同旨見林紀東（1981），《中華民國憲法逐條釋義（四）》，頁 136-137、179，三民。詹鎮榮，前揭註 215，頁 12-13。

應住民需求。條例是否牴觸法律之判斷過程，絕非僅止於憲法及法律之文義解釋，而是必須於具體個案中進行利益衡量，以確保國會與地方議會串聯而成的民主過程中，可以涵納不同層次之多元社會需求。因此，應以實質牴觸說可採，並參照日本法補充 3 點建議如下。

第一，鑒於自治事項難以明確界定範圍，又不能排除法律規範，如流於全有全無之通案判斷，將有過度限縮地方立法權之疑慮。因此除明確為憲法第 107 條規定之中央專屬立法事項外，解釋上應儘可能擴張地方得與中央競合立法之事項範圍²²¹。法律先有規範時，原則上應優先解釋為框架規範，仍然容許條例介入規範，而將審查重心置於個案中條例是否確有因地制宜之必要性判斷，以保有動態回應社會多元發展的空間。

第二，法律如明確有完全禁止條例另為不同規定之意旨時，仍應審查其合憲性，並以中度審查標準為宜，以確保國會實質衡量地方受憲法保障之自治權限。特別是我國於戒嚴時期成形之中央集權慣性，至今猶未消除，地方又欠缺制衡中央之權限，益加仰賴司法權之援護²²²。至於法律如無明確禁止條例另為不同規定之意旨時，則不必審查法律之合憲性，逕依合憲解釋將法律解釋為框架規範²²³，確保條例制定餘地。

第三，條例之因地制宜規定，仍應於法律目的實現之範圍內，並綜合考量法律蘊含之基本權保障內涵及憲法價值秩序，判斷是否過度「偏離」法律規定²²⁴。換言之，以法律作為憲法之第一次具體化基準，依照比例原則審查條例之第二次具體化規定，是否過度侵害基本權或破壞憲法價值秩序。此時，地方議會就因地制宜之目的正當性及手段關聯性，自應依其限制基本權性質之審查標準，舉出相應之客觀立法事實。在憲法、法律框架與比例原則的 3

²²¹ 同旨見蔡茂寅，前揭註4，頁202-204。陳慈陽，前揭註191，頁342-343。

²²² 參照本文前述之日本國會立法過程中，納入地方意見並實質考量之制度化運作，我國立法過程中，雖有徵詢地方意見之慣行，但似未實質考量。未來大法官亦可從程序保障之角度，審查國會是否實質考量地方意見。

²²³ 同旨見詹鎮榮，前揭註215，頁38。

²²⁴ 同旨見蔡茂寅，前揭註4，頁231-234。詹鎮榮，前揭註215，頁38-42。

道防線下，應可充分防止地方濫行制定條例，而不必預先完全否定地方立法權限。

陸、結 論

我國學說對於地方議會是否具有立法權性質，以及條例是否適用依法行政原則，尚有爭議。不過，我國憲法既已確立中央與地方之立法分權架構，釋義學上自應根據實定憲法發展。鑒於日本法之條例制定權，依照「住民自治」之憲法理念，明確呈現出從「依法行政」到「合憲自治」之演進軌跡。本文乃深入研究日本法，指出以下 3 點供我國法發展參考。

首先，憲法之立法分權架構下，國會與地方議會乃是並存之民主政治過程及基本權保障機制，各自統合不同層級之利益，回應不同區域規模之需求，難以相互替代。因此，法律與條例都是以憲法為正當性根據之規範，乃是交疊重合之協力關係。憲法解釋及憲法政策之發展方向，應在於如何確保條例制定餘地，以實現住民自治之憲法理念。

其次，條例得作為限制基本權之根據。雖然基本權限制之事項，必須依照憲法條文而分配中央與地方立法權限，就全國一致之基本權限制事項，應由國會規定而形似法律保留原則，但本質上仍然是立法分權，應予區辨。至於框架法與條例之間，並非法律授權關係，而是條例不得實質抵觸之界線。

最後，於儘可能擴大條例得與法律競合立法之前提下，條例是否實質抵觸法律，應從國家法秩序整合之觀點，考察條例是否實質阻礙法律目的實現而加以判斷。判斷過程中，一方面維持法律作為憲法第一次具體化基準之價值方向，另一方面容許條例因地制宜而有第二次具體化之餘地。

參考文獻

一、中文部分

- 李仁森(2008)，〈地方自治中的住民自治：以日本之住民訴訟制度為中心〉，
《臺北大學法學論叢》，65期，頁1-46。
- 李惠宗(1999)，《權力分立與基本權保障》，韋伯文化。
- 林明鏘(2000)，〈論地方立法權：以臺北市自治法規為例〉，《律師雜誌》，
244期，頁73-91。
- 林紀東(1981)，《中華民國憲法逐條釋義(四)》，三民。
- (1982)，《中華民國憲法逐條釋義(一)》，修訂版，三民。
- 許宗力(1999)，《憲法與法治國行政》，元照。
- 許春鎮(2021)，《論自治規章》，新學林。
- 陳敏(2019)，《行政法總論》，10版，新學林。
- 陳淑芳(2011)，《權力劃分與權限歸屬》，元照。
- 陳清秀、許澤天(2021)，〈論地方立法權與地方處罰之立法權〉，收於：
陳清秀、蔡志方(主編)，《地方自治法》，2版，頁103-166，新學
林。
- 陳慈陽(2007)，《憲法學基礎理論(三)：人權保障與權力制衡》，2版，
翰蘆圖書。
- 陳新民(2015)，《憲法學釋論》，修訂8版，三民。
- 程明修(2022)，〈憲法訴訟法施行後地方制度法上之司法救濟面貌〉，《公
法研究》，3期，頁99-125。
- 黃錦堂(2016)，〈營業管制的性質與地方自治條例：釋字第738號解釋評
論〉，《法令月刊》，67卷12期，頁1-34。
<https://doi.org/10.6509/TLM.2016.6712.01>
- (2020)，《地方制度法論》，修訂3版，元照。

- 詹鎮榮（2006），〈論地方法規之位階效力：地方制度法第三十條「中央法破地方法」之辨正〉，《成大法學》，12 期，頁 1-59。
- （2019），〈論自治條例與中央法律之關係：地方立法權行使之回顧與展望〉，《中國地方自治》，72 卷 3 期，頁 3-33。
[https://doi.org/10.6581/lsgc.201903_72\(3\).0002](https://doi.org/10.6581/lsgc.201903_72(3).0002)
- 廖欽福（2016），〈論地方環境自治立法的困境與中央自治監督的界限〉，《南臺財經法學》，2 期，頁 23-47。
- 劉如慧（2017），〈論地方空氣污染自治立法：以臺中市公私場所管制生煤及禁用石油焦自治條例為例〉，《中律會訊》，20 卷 3 期，頁 9-33。
- 蔡秀卿（2009），《地方自治法》，三民。
- 蔡宗珍（2006），〈地方法規之形成與效力之研究〉，《月旦法學雜誌》，133 期，頁 147-177。
- 蔡茂寅（2006），《地方自治之理論與地方制度法》，增補版，新學林。
- 蕭文生（2019），《地方自治法基礎理論與實務》，元照。
- 薩孟武（1974），《中國憲法新論》，三民。
- 蘇永欽（2002），《走入新世紀的憲政主義》，元照。

二、日文部分

- 人見剛（2015），〈「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》，438 号，頁 49-72。
https://doi.org/10.34559/jichisoken.41.438_49
- 三浦大介（2012），〈分権改革と条例制定権の拡大〉，《法律時報》，84 卷 3 号，頁 9-13。
- 久世公堯（1960），〈法律と条例〉，收於：大西芳雄、佐藤功（編），《憲法（4）》，頁 71-164，有斐閣。
- 大津浩（2014），《分権国家の憲法理論：フランス憲法の歴史と理論から見た現代日本の地方自治論》，有信堂高文社。
- 大橋洋一（1993），《現代行政の行為形式論》，弘文堂。

- (2018), 〈分権改革としての提案募集制度の発展可能性〉, 收於:
総務省(編), 《地方自治法施行 70 周年記念自治論文集》, 頁 161-
174, 総務省。
- 小早川光郎(1999), 《行政法(上)》, 弘文堂。
- (2000), 〈地方分権改革: 行政法的考察〉, 《公法研究》, 62 号,
頁 163-178。
- 小林武、渡名喜庸安(2007), 《憲法と地方自治》, 法律文化社。
- 小島和司(1963), 〈条例における罰則〉, 收於: 芦部信喜(編), 《憲
法判例百選》, 頁 259-260, 有斐閣。
- 小高剛(1974), 〈条例の機能と限界〉, 收於: 成田頼明(編), 《現代
社会と自治制度の変革》, 頁 117-156, 学陽書房。
- 小嶋和司(1988), 《小嶋和司憲法論集一: 明治典憲体制の成立》, 木鐸
社。
- 川端倅司(2024), 《条例の法的性質と地方自治の保障》, 弘文堂。
- 山本龍彦(2013), 〈徳島市公安条例事件判決を読む: 「コンテキスト」
としての分権改革〉, 《法学セミナー》, 58 卷 1 号, 頁 46-53。
- 山田幸男(1961), 〈宅地造成規制法案をめぐる諸問題〉, 《ジュリスト》,
234 号, 頁 6-10。
- 川崎政司(2010), 〈自治立法のあり方と政策法務: より良き条例を目指
した枠組みへの展開に向けて〉, 《ジュリスト》, 1399 号, 頁 125-
132。
- 今村成和(1968), 《損失補償制度の研究》, 有斐閣。
- 木佐茂男(2015), 《国際比較の中の地方自治と法》, 日本評論社。
- 毛利透(2014), 《統治構造の憲法論》, 岩波書店。
- 北村喜宣(2018), 《分権政策法務の実践》, 有斐閣。
- 只野雅人(2011), 〈自治体の立法権をめぐる「国家の型」の理論: 立法
権の「分有」と条例制定権についての素描〉, 收於: 大津浩(編),
《地方自治の憲法理論の新展開》, 頁 74-92, 敬文堂。

- 広川喜久治（編）（1888），《市町村制及理由》，日本法律社。
- 田中二郎（1938），〈公共団体の自主法の根拠と限界〉，《国家学会雑誌》，52 卷 10 号，頁 1393-1419。
- （1954），《法律による行政の原理》，酒井書店。
- （1957），《行政法総論》，有斐閣。
- （1963）〈国家法と自治立法：条例制定権の限界を中心として（一）〉，《法学協会雑誌》，80 卷 4 号，頁 439-458。
- （1976），《新版行政法：中巻》，全訂 2 版，弘文堂。
- （1990），《租税法》，3 版，有斐閣。
- 田中孝男（2015），《自治体法務の多元的統制：ガバナンスの構造転換を目指して》，第一法規。
- 地方分権改革推進委員会（2008），《第 1 次勧告：生活者の視点に立つ「地方政府」の確立》，載於：<https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/080528torimatome1.pdf>。
- （2009），《第 3 次勧告：自治立法権の拡大による「地方政府」の実現へ》，載於：<https://www.cao.go.jp/bunken-suishin/doc/091007torimatome01.pdf>。
- （2001），《地方分権推進委員会最終報告：分権型社会の創造：その道筋》，載於：<https://warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/8313852/www8.cao.go.jp/bunken/bunken-iinkai/saisyu/index.html>。
- 宇賀田順三（1938），《地方自治制》，日本評論社。
- 宇賀克也（2010），〈法定外普通税条例の適法性〉，《法学教室》，356 号，頁 32-40。
- （2011），〈条例の適法性審査〉，《法学教室》，369 号，頁 50-57。
- （2021），《地方自治法概説》，9 版，有斐閣。
- 成田頼明（2011），《地方自治の保障》，第一法規。

- 江橋崇（1976），〈公安條例判決の動向〉，《ジュリスト》，605号，頁14-23。
- 西尾勝（2007），《地方分権改革》，東京大学出版会。
- 佐々木惣一（1924），《改版日本行政法論：総論》，有斐閣。
- 佐藤幸治（2020），《日本国憲法論》，2版，成文堂。
- 穴戸常寿（2011），《憲法解釈論の応用と展開》，日本評論社。
- （2016），〈自主財源主義〉，收於：中里実、佐藤英明、増井良啓、渋谷雅弘（編），《租税判例百選》，6版，頁18-19，有斐閣。
- 杉原泰雄（1976），〈地方自治権の本質・3完〉，《法律時報》，48卷4号，頁133-140。
- （1989），《憲法II：統治の機構》，有斐閣。
- （2008），《地方自治の憲法論》，補訂版，勁草書房。
- 村上順（2010），《政策法務の時代と自治体法学》，勁草書房。
- 村中洋介（2014），〈企業税条例の法律適合性：神奈川県臨時特例企業税条例事件最高裁判決を事例に（最高裁第一小法廷判決平成25年3月21日（民集67卷3号438頁））〉，《近畿大学法学》，61卷4号，頁45-80。
- 角松生史（2007），〈条例制定の法的課題と政策法務〉，《ジュリスト》，1338号，頁103-114。
- 岩橋健定（2001），〈条例制定権の限界〉，收於：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》，頁357-380，有斐閣。
- 武田真一郎（2020），〈条例制定権と比例原則〉，《成蹊法学》，92号，頁1-27。
- 法学協会（編）（1953），《註解日本国憲法：上巻》，有斐閣。
- （1954），《註解日本国憲法：下巻》，有斐閣。
- 金子宏（2019），《租税法》，23版，弘文堂。
- 長谷部恭男（2022），《憲法》，8版，新世社。

- 南川諦弘（2012），《「地方自治の本旨」と条例制定権》，法律文化社。
- 室井力（1973），《現代行政法の原理》，勁草書房。
- （1978），《現代行政法の展開》，有斐閣。
- 美濃部達吉（1936），《日本行政法：上卷》，有斐閣。
- 俵静夫（1969），《地方自治法》，3 版，有斐閣。
- 兼子仁（1978），《条例をめぐる法律問題》，学陽書房。
- （1988），《自治体法学》，学陽書房。
- （1989），《行政法と特殊法の理論》，有斐閣。
- （1991），〈日本国憲法九四条にいう条例の意義〉，收於：樋口陽一、野中俊彦（編），《憲法学の展望：小林直樹先生古稀祝賀》，頁 637-654，有斐閣。
- 原田一明（2016），〈条例をめぐる合憲性審査の一考察〉，收於：磯部力先生古稀記念論文集刊行委員会（編），《都市と環境の公法学：磯部力先生古稀記念論文集》，頁 239-271，勁草書房。
- 原田尚彦（1977），《環境権と裁判》，弘文堂。
- （2005），《地方自治の法としくみ》，新版改訂版，学陽書房。
- 原島良成（2020），〈条例制定の根拠・対象・程度〉，收於：原島良成（編），《自治立法権の再発見：北村喜宣先生還暦記念論文集》，頁 3-26，第一法規。
- 原龍之助（1956），〈条例と規則〉，收於：田中二郎、原龍之助、柳瀬良幹（編），《行政法講座第 1 卷：行政法序論》，頁 285-307，有斐閣。
- 宮澤俊義（1978），《全訂日本国憲法》，日本評論社。
- 神崎一郎（2009），〈法律と条例の関係における「比例原則」「合理性の基準」「立法事実」〉，《自治研究》，85 卷 8 号，頁 79-110。
- 高田敏（1984），〈条例論〉，收於：雄川一郎、塩野宏、園部逸夫（編），《現代行政法大系（8）：地方自治》，頁 165-222，有斐閣。
- 高橋和之（2006），《現代立憲主義の制度構想》，有斐閣。
- （2017），《立憲主義と日本国憲法》，4 版，有斐閣。

- 齋藤誠（2012），《現代地方自治の法的基層》，有斐閣。
- 深瀬忠一（1970），〈条例と罰則〉，收於：田中二郎（編），《行政法判例百選》，新版，頁 73-74，有斐閣。
- 清宮四郎（1979），《憲法 I》，3 版，有斐閣。
- 渡辺康行（2000），〈多数だけでは決めない仕組み〉，收於：樋口陽一（編），《ホーンブック憲法》，改訂版，北樹出版。
- 渡邊互（2019），《法律の留保に関する比較研究》，成文堂。
- 渡邊宗太郎（1935），《地方自治の本質》，弘文堂書房。
- 雄川一郎（1963），〈財産権の規制と条例：奈良県ため池保全条例に関する最高裁判決について〉，《ジュリスト》，280 号，頁 12-16。
- 飯島淳子（2011），〈地方自治と行政法〉，收於：磯部力、小早川光郎、芝池義一（編），《行政法の新構想 I：行政法の基礎理論》，頁 193-221，有斐閣。
- （2022），〈条例と地方自治総合行政〉，收於：北村喜宣、飯島淳子、磯崎初仁、小泉祐一郎、岡田博史、釘持麻衣、公益財団法人日本都市センター（編），《法令解釈権と条例制定権の可能性と限界：分権社会における条例の現代的課題と実践》，頁 40-61，第一法規。
- 塩野宏（1990），《国と地方公共団体》，有斐閣。
- （2001），《法治主義の諸相》，有斐閣。
- （2015），《行政法 I》，6 版，有斐閣。
- （2021），《行政法 III》，5 版，有斐閣。
- 鈴木庸夫（2010），〈条例論の新展開：原理とルール・立法事実の合理性〉，《自治研究》，86 卷 1 号，頁 58-75。
- 綿貫芳源（1971），〈条例〉，收於：田中二郎（編），《宮沢俊義先生還暦記念：日本国憲法体系補巻》，頁 37-253，有斐閣。
- 駒林良則（2006），《地方議会の法構造》，成文堂。
- 磯崎辰五郎（1964），〈行政罰〉，收於：田中二郎、原龍之助、柳瀬良幹（編），《行政法講座第 2 巻》，頁 213-245，有斐閣。

- 磯崎初仁（2023），《地方分権と条例：開発規制からコロナ対策まで》，
第一法規。
- 薄井一成（2006），《分権時代の地方自治》，有斐閣。
- 藤田宙靖（2022），《行政組織法》，2 版，有斐閣。

An Analysis of Municipal Ordinance in Japan: From Administrative Regulation to Legislative Act

*Meng-Nan Lin**

Abstract

There is a dispute in our country's legal discourse regarding whether local councils have legislative powers and whether municipal ordinance is applicable under the principle of lawful administration. However, our country's constitution has established a framework for the division of legislative powers between the central and local governments, and its interpretation should be based on the established constitution. In view of the municipal ordinance drafting power guaranteed by the Japanese Constitution, the evolution from "administrative regulation" to "legislative act" is clearly presented. This article investigates Japanese law from the following three perspectives to explore its insights for our country's law: (1) within the legal system, whether municipal ordinance is equivalent to the legislative act approved by the parliament and has its own democratic integration and unique functions of fundamental rights protection; (2) how to clarify the relationship between national law and municipal ordinance if municipal ordinance is used as a basis for restricting fundamental rights without being bound by the principle of legal reservation; (3) how to balance the unity of the national law and the necessity of adapting to local conditions when municipal ordinance competes with the national law without being bound by the principle of legal superiority.

Through the study of Japanese law, this article can point out the following three points as conclusions. (1) In the national legal system, the constitutions of Japan and Taiwan adopt the framework of legislative separation of powers.

* Professor, School of Law, Chung Yuan Christian University, Taiwan; Ph.D., Nagoya University, Japan.
E-mail: seanlin@cycu.edu.tw

Therefore, according to the concept of resident self-governance, the municipal ordinance has its own democratic integration and unique functions of fundamental rights protection. (2) Since the municipal ordinance has direct constitutional basis, it can be used as a basis for restricting fundamental rights without any legal authorization. (3) Since both municipal ordinance and national law are based on the constitution, national law is not always superior to municipal ordinance.

Keywords: local autonomy, municipal ordinance, legal superiority, legal reservation, resident self-governance