

オーストリア共和国における連邦制
—連邦国家における権限配分を中心として—
(3)

奥 正 嗣*

Federalism in the Federal Republic of Austria
— **The division of responsibilities between *Bund* and *Länder*** —
(3)

Masatsugu Oku *

Abstract

A federal state consists of smaller individual states, nine in Austria, and responsibility for legislation, administration and jurisdiction are divided between the states and the federation.

This paper examines the Federalism in the Federal Republic of Austria, chiefly the division of functions between *Bund*, the federal state, and *Länder*, the individual states,

Firstly, we see the main provisions of the Austrian Constitution (*Bundes-Verfassungsgesetz* [*B-VG*]) related to these functions, namely Articles 10-15, which show clearly the centralization of Austrian Federalism in comparison with that of Germany or Switzerland.

Secondly, we see the participation of *Länder* in the legislation or administration of *Bund*, and the co-operation of *Bund* with the legislation or administration of *Länder*.

Thirdly, we see examine the control and compulsory execution of *Bund* on *Länder*.

Lastly, we examine the relations between the constitution of *Bund* and that of *Länder*.

キーワード

連邦と州との間の権限配分、オーストリア連邦憲法10条-15条、財政憲法律、化石理論 (Versteinerungstheorie)、配慮原則 (Berücksichtigungsprinzip)、観点理論 (Gesichtspunktetheorie)、連邦と州の協力、州に対する連邦の監督、協働的連邦国家

* おく まさつぐ：大阪国際大学名誉教授 〈2017. 9. 15 受理〉

目次

はじめに

第1章 連邦国家における権限配分

1. 権限配分の対象と権限高権

(1) 権限配分の対象

(2) 権限高権

2. 連邦と州との間の権限配分

(1) まえがき

(2) 一般的権限配分

(以上、大阪国際大学紀要『大阪国際大学研究論叢』第30巻第3号、平成29年3月)

(3) 学校制度

(4) 財政関係

(以上、大阪国際大学紀要『大阪国際大学研究論叢』第31巻第1号、平成29年10月)

(5) 非高権的行政（私経済行政、私法行政）

(6) 公的委託制度

3. 権限規範の解釈

(1) 権限の解釈

(2) 権限領域の分離、累積（重なり）原理および観点理論

(以上、本号)

第1章 連邦国家における権限配分

2. 連邦と州との間の権限配分

(5) 非高権的行政（私経済行政、私法行政）

①私権の主体としての連邦および州の地位

連邦憲法17条（「立法および執行の権限に関する連邦憲法10条ないし15条の諸規定は、私権の主体としての連邦および州の地位に変更をもたらさない」）は、私権の主体としての連邦と州の地位は、連邦憲法10条ないし15条の管轄権規定によって影響を受けない、すなわち、連邦および州における非高権的行政の権限法的拘束からの解放を規定する（非高権的行政〔私経済行政、私法行政〕の権限中立性）⁽¹⁷¹⁾。

非高権的行政（私経済行政、私法行政）の権限中立性は、連邦憲法10条ないし15条が定める権限秩序の厳格な限界を超えて、私法的手段による公権力の弾力的な行動、および連邦行政と州行政の協力を可能にし、それぞれの管轄権限を超えて広がる行政任務（作用）の実現に奉仕するという利点を有する⁽¹⁷²⁾。

非高権的行政（私経済行政、私法行政）は、とりわけ私法上の契約という手法によって形成されるところの私法上の法関係によって特徴づけられる。その目標と内容は多様である。それらは、とりわけ、経済的企業の経営（利益を得ることを意図するか否かを問わない）、助成を与えること（補助金行政）、インフラ整備への配慮（例えば、交通制度の設置および維持の形態での生存配慮〔Daseinsvorsorge〕）、並びに公務の民間委託（例えば、公

権力による建設計画において) など、営利活動(国庫行政)および私法の手法による公任務の処理のために、とりわけ給付行政の領域において用いられる⁽¹⁷³⁾。非高権的行政は私経済行政とも呼ばれるが、「私経済行政(Privatwirtschaftsverwaltung)」という用語は、私法の法形式における行政機関の行為を意味し(私法行政)、オーストリア法においては、この形式的特性に拠っている。企業経営のような典型的な私経済的活動に制限されるわけではなく、助成行政のような典型的な国家作用をも包含する概念である⁽¹⁷⁴⁾。

非高権的行政の権限中立性は、営業に関する事項や営業の行使の例においてよく示される。すなわち、営業に関する事項の法律的規制権限と公権的執行は連邦に帰属する(連邦憲法10条1項8号)。この権限は、営業の行使に関する連邦法律的規制(人的要件、施設の運営など)の根拠を形づくっている。このような規定の適用および執行は、例えば、許可の付与、権限を有せず営業を行う施設に対する賦課金の定め、あるいは差し止めなど、連邦の高権的職務(作用、機能)(Funktion)の枠内において生ずる⁽¹⁷⁵⁾。

こうした連邦権限とは独立に、連邦も州も、私権の主体として営業活動を行うことができ、その例として、連邦独自の印刷事業、州の旅行事業などを想定できる。連邦憲法17条は非高権的行政を連邦憲法10条ないし15条の権限法的拘束から解放し、権限中立的であることを明らかにしているのも、何ら障害とはならない。連邦および州は、「私人」と同様に、行動することができる。その際、連邦も州も、私人によって遵守されねばならないところの公法的規制に服する。それゆえに、州は、旅行事業に関して、連邦が営業法に基づき高権的に処分をもって付与する営業許可証を必要とする。同様のことは、連邦の印刷事業についても準用される。その際、私経済行政事項の執行は、連邦法律または州法律に別段の定めがない限り、私経済行政を執行する行政主体の最上級機関が権限を有するので、州にあっては州政府が、連邦にあっては連邦主務大臣がそれぞれ代表権限を有し、執行を行う⁽¹⁷⁶⁾。ただし、連邦財産の管理については、連邦大臣がこの事務処理を州知事または州知事に服属する州官庁に委任できるとする(連邦憲法104条2項)。

②連邦と州の権限の重複

この種の「連邦と州の権限重複的行為(transkompetente Aktivitäten)」は、特に補助金給付において重要な役割を演ずる。住宅建設のための私法上の助成手段が、連邦によっても州によってもなされる。同様に、連邦は、本来なら連邦憲法15条1項によって州権限に属しているゆえに、この任務の高権的形成を禁じられるところのスポーツ制度に関し、非高権的手段をもって、スポーツ助成を行っている。この種の連邦と州の権限重複は、連邦と州の任務の調整という観点から問題であるように思える。連邦憲法15a条による「連邦と州間の協定」は、連邦と州の協力的活動に対する憲法的手段を提供する⁽¹⁷⁷⁾。非高権的行政としての補助金給付行政(連邦憲法17条)などにおいては、連邦および州が相互に配慮義務を尽くすことによって、重複効果の発生を避けることができよう(後述3. (4))

② b. の2参照⁽¹⁷⁸⁾。

③権限体系の空洞化

非高権的行政の権限的中立性は、高権的執行の領域における拘束を避けるために用いられる(権限配分からの回避)。それゆえ、経済統制という一定の目的を、権限が拘束され

るところの高権的な執行行為に代えて、権限中立的な非高権的執行行為によって、達成することも可能である（生産統制の効果を達成するために、禁止に代えて負担金（Auflage）による生産統制推進契約の締結など）。連邦国家的な権限配分の秩序目的は、こうした方法で、憲法的な可能性を法的に利用しながら空洞化される⁽¹⁷⁹⁾。さらに、私法行政のその他の憲法上の問題（権利保護の欠缺、基本権、国家賠償など）も存する⁽¹⁸⁰⁾。

④非高権的行政の法律化

この非高権的行政の領域において、特別な法律的规定を制定する傾向が、ここ数十年明らかに強まっている（いわゆる行政私法）。このことは、とりわけ、連邦および州が、内容的・手続的・組織的観点から多数の補助金法律において規定するところの補助金給付について妥当する。連邦法においては、公の機関による企業活動領域においても、行政私法が存在する⁽¹⁸¹⁾。

こうした法律的规定によって、単に行政の内部領域を拘束するにすぎない規制（自己拘束的法律〔Selbstbindungsgesetz〕）がなされる限り、連邦憲法17条が、連邦および州が利用しうるところの権限根拠規定として妥当する。この関連で、連邦大臣の助成要綱（Förderungsrichtlinie）が命令（Verordnung）あるいは私経済行政行為とされるのかどうかという問題は、内容、規制目的、さらには権限法的管轄権に依存し、疑いがある場合は、高権的権限外の自己拘束的法律に基づいて発せられた行為であり、命令と解すべきではないとされている。非高権的行政行為に関する法律において、直接的な外部効力を伴って法関係（権利義務関係）が形成される場合（例えば、損害賠償請求による公機関の義務など）には、高権的規定として連邦憲法10条ないし15条の権限配分事項（特に10条1項6号、15条9項による民事法制度）が考慮されよう⁽¹⁸²⁾。

⑤高権的行為形式と非高権的行為形式との間の「立法者」による選択の自由

学説および判例は、高権的行政と非高権的行政との区別については、法律がいかなる法形式を規定するかが決定的だとして、原則的に選択の自由を前提としながら、個々の権限事項によって、その素材（Materie）における選択の自由が権限法的理由から認められない場合があり、さらに、規制対象（Regierungsgegenstand）が行政機関による強制権限をあらゆる場合において私法的に形成することを許さない限りにおいて、実際上の限界を有しているとする⁽¹⁸³⁾。

⑥高権的行為形式と非高権的行為形式との間の「行政」による選択の自由

立法者が一定の行為形式を行政に命じている場合は、選択の自由は存在しない。それゆえ、行政機関が、高権的作用（職務）に関して、私法的に処理することは許されない。これに反し、法律的规定が欠ける場合は、行政機関は、当然既存の法律の枠内においてのみ、それについての明白な法律上の授権が与えられていなくても、私法形式で行為することができる。連邦憲法17条により、一定の事物領域（Sachgebiete）に制限されない⁽¹⁸⁴⁾。

(6) 公的委託制度

公的委託制度に関しては、連邦と州との間の協定（連邦憲法15a条）によって公的委託制度の統一的規定を定めるべきだとする州の提案が連邦によって拒否された。しかし、

新たな統一的な連邦委託法を制定するに際しては州に協力することが示された⁽¹⁸⁵⁾。

2002年6月28日の連邦法律 (BGBl. I Nr.99/2002) (Artikel 1 [Änderung des Bundes-Verfassungsgesetzes]) (Artikel 1 は、憲法規定 [Verfassungsbestimmung] である) に基づく連邦憲法 14b 条は、公的委託制度に関する連邦と州の権限配分を定める。それによれば、「立法」権限については、連邦立法のための一般条項により、原則的に連邦に帰属する (1 項)。一般条項による連邦のための立法権限も、4 項によって著しく相対化される。それによれば、関連連邦法律の準備 (Vorbereitung) に協力 (Mitwirkung) する機会を州に与えなければならないとされる (4 項前段)。また、執行が州権限事項に属するところの州または州に支配される組織・企業による委託を規定する連邦法律は、州の同意がある場合のみ公布することが許される (4 項後段)。すべての州の同意が必要である。1 項の連邦立法権限の例外として、州または州に支配される組織・企業による委託の事後審査事項における立法権限は州に帰属する (3 項)。この 3 項に基づき、手続法的規定を発布する州の権限も存する。

「執行」権限については、委託者が連邦ないし連邦に支配される組織・企業か、それとも、州または市町村、ないし州または市町村に支配される組織・企業かに応じて、連邦と州の間に配分される (2 項)。州または州に支配される組織・企業による委託の事後審査事項における執行権限は州に帰属する (3 項)。連邦の執行権限についても、5 項によって著しく制限される。それによれば、連邦法律による委託規定の施行命令 (施行法) (Durchführungsverordnung) は、別段の定めがない限り、連邦によって発布されるが、この施行命令 (施行法) が、州または州に支配される組織・企業による委託を規定している限り、州の同意がある場合のみ公布することが許される。この施行命令 (施行法) は、特別事情があれば、連邦に代わって州が公布する権限を有する (2002 年連邦委託法 [Bundesvergabegesetz 2002 : BGBl. I Nr.99/2002, Artikel 2] 37 条 3 項、44 条 2 項)。事後審査手続の実施について権限を有する行政官庁に対する執行の最高機関 (連邦憲法 19 条 1 項) による監督の憲法的授権も設けられた (連邦憲法 14b 条 6 項)⁽¹⁸⁶⁾。

3. 権限規範の解釈

ここでは、権限規範の解釈原理として、判例および学説上主張されている化石理論、観点理論、配慮原則 (配慮権限、配慮義務) その他の解釈原理を、判例および学説を適宜引用しながら考察する。ただし、ここで取り上げる解釈基準は、連邦憲法が規定する権限配分における「権限事項 (Angelegenheit)」に関わる事項的権限配分 (B-VG 10 条 - 15 条) に適用され、「租税 (Abgaben)」概念を中心として権限配分秩序を構成している財政憲法 (F-VG) (財政憲法律 6 条参照) に適用されるものではない⁽¹⁸⁷⁾。

(1) 権限の解釈

①問題の所在と化石理論 (原則)

憲法の権限配分は、営業・産業 (連邦憲法 10 条 1 項 8 号)、林業 (連邦憲法 10 条 1 項 10 号)、衛生制度 (連邦憲法 10 条 1 項 12 号) など指定の権限事項 (Angelegenheit,

Kompetenztatbestand) ないし制度 (-wesen)、または、一般条項 (連邦憲法 15 条 1 項) として、表現されている⁽¹⁸⁸⁾。そこで、例えば、営業上販売されている洗濯機などの製品のエネルギー節約に関する拘束的規定を公布する権限を、連邦立法者が営業法に関する権限の枠内において有しているのかどうか問題となる。その際、そのような規定が連邦憲法 10 条 1 項 8 号の「営業および産業に関する事項」という連邦の権限事項に属するのかどうかに明らかに依存している。この権限事項の意味するところが解明されねばならない⁽¹⁸⁹⁾。同様な事例として、発電所の設置が連邦憲法 10 条 1 項 10 号の「水法」に該当する事項として連邦の権限に属し、連邦が発電所の設置を規制することが許されるのかどうか問題となる。発電所は「建造物 (Bauwerk)」であると考えれば、連邦憲法に連邦の権限とする規定を見出せないで、州の権限となる (連邦憲法 15 条 1 項)。他方、発電所は、少なくとも一部、「河川」の中に存する建造物であると考えれば、連邦権限が根拠づけられる⁽¹⁹⁰⁾。以上 2 つの事例から明らかなように、特に連邦憲法に列挙されている連邦の権限事項の概念内容が解明されねばならない。権限事項は、一般に不確定概念であり、その解釈に際しては、特に、憲法裁判所によって発展させられてきたいわゆる化石原則 (Versteinerungsprinzip) ないし化石理論 (Versteinerungstheorie)⁽¹⁹¹⁾ の形での歴史的解釈 (historische Interpretation) が特別な役割を演ずる⁽¹⁹²⁾。化石理論は、歴史的体系的解釈の一変種 (Spielart) である。歴史的解釈のみにおける場合と異なり、歴史的立法者の意図ではなく、化石時点 (1925 年 10 月 1 日) に通用していた単純法律的法状況が、権限事項の概念内容を確定するための決定的基準となる⁽¹⁹³⁾。化石理論は、法文上の概念内容の解釈的観点と化石時点における単純法律の歴史的体系的な解釈的観点とを一つにしたものであるとも理解されている⁽¹⁹⁴⁾。

化石理論によると、個々の権限事項は、当該権限事項の発効の時点においてそれらが存在していたところの法領域の集合名称である。すなわち、権限配分規定に含まれる概念は、それが発効した時点 (1925 年 10 月 1 日) において存在した単純法律のその当時の法秩序の状況および体系に従って有していた意味内容が、1925 年 10 月 1 日の連邦憲法の権限概念の中に「化石化 (versteinert)」して残り存在している⁽¹⁹⁵⁾。例えば、林業 (連邦憲法 10 条 1 項 10 号) の事項に関しては、この権限概念の発効の時点 (1925 年 10 月 1 日) において存在していたところの森林法 (Forstgesetz) (森林法自体は 1852 年 12 月 3 日の皇帝勅許 [Kaiserliches Patent] により既に 1852 年から存在している [RGBl.Nr.250/1852]) が、全体としてそれに当たるとして取り扱われ、連邦に配分される⁽¹⁹⁶⁾。それゆえに、「林業」という事項の解釈に際しては、その発効時の立法状況に焦点を合わせなければならない。いずれにせよ、この時代の林業 (森林) 立法において見出されるどころの諸規定が「林業」に属する⁽¹⁹⁷⁾。

次に化石理論の適用領域の問題であるが、化石理論 (原則) は、権限内容の固定化 (Inhaltsfixierung)、法的に完結した事項 (rechtlich abgeschlossener Tatbestand)、権限配分の排他性 (Exklusivität) と安定性 (Stabilität) を志向するので、権限が列挙されている連邦権限には適用されるが、憲法 15 条 1 項によって一般条項的に定められる州権限には適用されないと一般的に理解されている⁽¹⁹⁸⁾。しかし、裁判例および学説の一部によって、連

邦憲法15条1項「連邦憲法が明示的に連邦の立法に委任することなくまたは執行にも委任していない事項は、州の独自の権限に属する」の「属する (verbleiben)」という文言は、歴史的に完結し、拡張されることのない州権限の存在を示すものだと、州権限の化石化も受け入れられている⁽¹⁹⁹⁾。

②森林火災規制

化石理論の適用事例として、森林火災の克服に関する諸規定が、「林業」(連邦憲法10条1項10号)の表題の下に連邦権限に属するのか、それとも「火災警察」(連邦憲法15条1項)の領域として州の一般的権限に属するのか考えてみる。最初に、連邦の権限内容が究明されねばならない。その内容は、この権限事項が発効した時点(化石時点)における林業(森林)立法状況によって定められる。連邦憲法10条、11条、12条の大多数の権限事項のように、「林業」も1925年10月1日の1925年連邦憲法改正でもって発効した。この時点において、「林業」は本質的に1852年の森林法(RGBLNr.250/1852)によって規律されていた。この法律は、特に森林火災防止に関する諸規定を有していた⁽²⁰⁰⁾(1975年の森林法[BGBLNr.440/1975]においても、森林火災防止に関する規定がある。同法40条-42条参照)。

ここから、森林火災克服の事項は、化石時点の歴史的立法状況に従って、森林法(連邦事項)に属しており、一般的火災警察(州事項)に属するものではなかったということになる。このような関係づけは、化石理論の意味において、今日まで基準となっている。それゆえ、「林業」の表題の下に、森林火災の予防と克服に関する法律的諸規定を定めることは連邦事項であり、州に権限は与えられない(連邦憲法裁判所も、1951年の判決において同旨[VfSlg 2192/1951])。この判決によると、「森林制度」は、森林量(森林面積)の育成・維持・保護に関するすべての措置、それゆえ、特に、森林火災の予防と克服に必要な措置も含むとされる。VfSlg 10831/1986; 14266/1995において、本判決が引用されている)⁽²⁰¹⁾。さらに、後述する(3.(1)⑤「化石理論」と「制度内の永続的發展の原則」)とこの「制度内發展理論」を本件の森林火災の例に当てはめれば、森林を火災から保護するための、およびこうした火災の克服のための森林立法は、1925年10月1日の森林法に含まれている規定とは異なった規定を定めることができるということである。それゆえ、例えば、森林所有者の火災防止または更なる保護義務という新たな技術を定めることも可能となろう⁽²⁰²⁾。

③居酒屋ホイリゲ規制

(i) 問題の所在

また、連邦規制が及ぶのか州規制が及ぶのかについて争われた事例として、居酒屋ホイリゲ(Buschenschank,Heurigenlokal)に関する連邦憲法裁判所判決(VfSlg 17000/2003)がある⁽²⁰³⁾。オーストリアにおいて、ホイリゲは自家製ワインを小売りする居酒屋である。居酒屋としての「ホイリゲ(Heurige)」という名称はオーストリアにおいてよく知られているが、法律によって定義されているわけではなく、法律上は「ブッシェンシャンク(Buschenschank)」と呼ばれる(後述ニーダーエスターライヒ州ブッシェンシャンク法参照)。「ブッシェンシャンク」は、「緑の小枝(通年営業ではないホイリゲの軒先に吊るされ、営

業中を示すもの)を吊るした居酒屋」の意味で、田舎にある、ウィーンのホイリゲと似たような居酒屋である。以下の記述においては、なじみある「ホイリゲ」という用語を用いる。

居酒屋ホイリゲに対する規制は、この事項が連邦憲法10条ないし12条に列挙されていないので、連邦憲法15条に従って原則的に州の管轄権限に属する。通常の料理店(Gasthaus)営業は、連邦憲法10条1項8号によって「営業事項」として連邦権限に属するので、居酒屋ホイリゲと通常の料理店とを区別することが必要不可欠となる。それゆえに、「温かい料理」の提供は、居酒屋ホイリゲ事項として州権限に属するのか、それとも、通常の料理店営業事項として連邦権限に属するのかという問題を考慮に入れて、営業法上の権限の正確な内容が解明されねばならない。

(ii) 連邦憲法裁判所判決

原告(ホイリゲ店主)は、温かい料理を客に提供し、営業禁止処分を受けた。そこで原告は、ニーダーエスターライヒ州ブッシェンシャンク法(NÖ Buschenschankgesetz 1997)(LGBL7045-2,Nr.37/1997; Stammgesetz は、LGBL7045-0,Nr.146/1974; 現行の第4次改正法は、LGBL7045-4,Nr.19/2003)が、温かい料理を客に提供することを禁じ、違反には刑罰(同法13条1項)、営業禁止(同法13条2項)規定を置いているのは、個人の自律(自主性)および営業の自由の基本権を侵害するとして、当該州法の違憲無効を求めて憲法裁判所に出訴した。憲法裁判所の判断は、以下のとおりである。

a. ホイリゲ制度は、連邦憲法10条ないし12条に列挙されていないゆえに、連邦憲法15条により、州の独自の権限に属する。

b. 連邦憲法10条1項8号の「営業に関する事項」に算入されない「ホイリゲ制度」の範囲は、自家製の飲み物を小売りする居酒屋を含む。1899年12月18日の内務大臣の告示(Erlaß)によって、パン、ソーダー水その他の炭酸飲料の提供が認められてきた。自家製の冷たい料理の提供は、伝統(Herkommen)の枠内において許容される。

c. ホイリゲ制度の歴史的概念から、本来の意味のホイリゲとは、ぶどう・果実農園所有者によるワイン・果実酒・ぶどう液・未発酵果汁・ぶどうジュース・果実ジュースを小売りする居酒屋と理解される。さらに、それと結びついた第二次的権限として、冷たい料理の提供およびミネラル水・炭酸飲料の小売りもまた、これらの活動が伝統的に(herkömmlich)当該州におけるホイリゲ類型に合致し、州法によるホイリゲ規定で規定される限りにおいて、ホイリゲ権限に属することが理解される。

d. 以上の法展開から、州立法者の権限に属するホイリゲ制度と連邦権限に属する通常の料理店営業制度との違いを見て取ることができる。

e. ニーダーエスターライヒ州ブッシェンシャンク法11条において、一定の料理(冷たい料理と自家製の穀粉製料理[Mehlspeise])の提供が認められており、これは、憲法的・権限法的に許されるホイリゲ営業に関する第二次的権限の許容である。しかし、ホイリゲ制度と結び付いた伝統(Herkommen)を考慮して、ホイリゲ営業には限界が設けられる。

f. 憲法的・権限法的に根拠づけられ、温かい料理の提供が認められる通常の料理店営業(1994年営業法[GewO][BGBL.Nr.194/1994]2条9項)に対して、ホイリゲ営業に

は温かい料理は初めから正当化されていないだけでなく、ホイリゲ営業の際に提供することが許される料理から除外されている。正当な法的権限の観点から、州立法者が、伝統(Herkommen)に支えられ、個々の、田舎風の営業として典型的な穀粉製料理のみをホイリゲにおいて提供すべきことを認めたことに異論を唱えるものではない。

g. 温かい料理およびブッシェンシャンク法 1 1 条に明示的に挙げられた穀粉製料理以外の料理の提供の禁止が、個人の自律(自主性)だけでなく営業の自由という基本権を侵害するとしても、禁止を憲法違反とするほどの著しい侵害ではない。それをを超える特別に重大な法律上の侵害を語るができない。なぜならば、追加的に、それ相応の通常の料理店の営業権(例えば、いわゆる「ホイリゲビュッフエ」)を取得することによって、甘いデザート類などお菓子も含めて、温かい料理および冷たい料理を好きなように提供する権限を取得することができるからである。

h. 以上の理由から、原告はニーダーエスターライヒ州ブッシェンシャンク法 1 1 条の「冷たい」料理、「菓子類を除外して」の文言の廃止を求めているが、この訴えを棄却する(以上、VfSlg 17000/2003)。

(iii) まとめ

憲法裁判所は、化石理論(Versteinerungstheorie)に基づき、1859年営業法(RGBl. Nr.227/1859)(1925年10月1日発効)に含まれる規定が、どのような概念内容から構成されているのかを吟味した。居酒屋ホイリゲ制度は、営業法上の規制から除かれており、営業法上の通常の料理店の許可を必要としない。この要件の緩和が、通常の料理店に比べて、提供することが許される料理や飲み物の制限につながっており、自家製の飲み物(ワイン、果実酒、ぶどうジュース、果実ジュース)の小売りとともに「冷たい料理」の提供にとどまっていたことが明らかになる。他方、化石時点(1925年10月1日)に適用していた営業法の諸規定から、「温かい料理」の提供は、それに相当する営業権に基づいてのみ許されていたことが理解される。それゆえ、ホイリゲ店主が「温かい料理」を提供するならば、この活動は、通常の料理店営業の権限事項となる。それに対応する規定を発布することは、連邦の権限事項となる。

オーストリアにおいて、ホイリゲは、1784年8月17日のヨーゼフⅡ世の勅令に遡り、それによって、すべての人は、自家製のワイン、果実液を販売および小売りする許可が与えられたとされている。1883年には、官庁による監督のために届け出義務が課せられた。この特別な権利が、ウィーン、ニーダーエスターライヒ、プルゲンラント、シュタイアーマルク、ケルンテン諸州のブッシェンシャンク法で規定されていく。ホイリゲにおいては、当初は、ワインとともに、パン、ナッツのみが提供されていた。1960年代になると、ホイリゲは比較的小規模の経営であり、選択できる料理も極めて少ない、あるいは、全く選択の幅が無いという理由で、客がホイリゲに料理を持ち込むことが当然のこととなった。今日まで、このことが許されているとされる。

もっとも、1994年の営業法(BGBl.Nr.194/1994)は、ブッシェンシャンクを営業法の適用除外としており(2条1項5号)、そしてこのブッシェンシャンクを「温かい料理」の提供が許されない居酒屋(Ausschank)と定義する(2条9項)。ウィーン州のブッシェ

ンシャンク法（10条2項）（LGBl.Nr.4/1976：現行の第6次改正法は、LGBl.Nr.39/2013）、ニーダーエスターライヒ州のプッシェンシャンク法（11条）（LGBl.7045-0,Nr.146/1974：現行の第4次改正法は、LGBl.7045-4,Nr.19/2003）、ブルゲンラント州のプッシェンシャンク法（7条2項、3項）（LGBl.Nr.57/1979：現行の第3次改正法は、LGBl.Nr.2/2007）も、「温かい料理」を除外して「冷たい料理」に限定している。

連邦憲法裁判所が判示していたように、実際上は、同じ敷地内で、2人の家族構成員によって、一方は、営業法に基づき「温かい料理」も提供できる通常の料理店営業（いわゆるホイリゲビュッフェ〔Heurigenbuffet〕）を、他方は、プッシェンシャンク法に基づき「冷たい料理」のみを提供できる伝統的な居酒屋ホイリゲを営み、2つの形態が並存していると言われている⁽²⁰⁴⁾。

④ ディスコ規制

(i) 問題の所在

さらに別の例として、1992年の連邦憲法裁判所判決（VfSlg 12996/1992）がある。そこにおいて、ディスコ（レコード音楽を主にしたダンスホール）、すなわち、音楽とダンスが中心になっており、飲食物の提供は従たる役割を演ずるに過ぎない営業行為に対する営業法（連邦憲法10条1項8号）の適用が問題となった。1925年10月1日の化石時点において、ディスコは未だ知られていなかった。1859年の営業法（GewO）（Kaiserliches Patent）（RGBl.Nr.227/1859）⁽²⁰⁵⁾にも服する音楽を伴う飲食店は確かに存在したが、他方において、公の娯楽の催し物（Veranstaltung）は、営業法から排除されていた。この催し物に関して、州は、法律的に規定する権限を有していた（興業〔催し物〕制度）。それゆえに、ディスコは、営業行為として連邦法に服するのか、それとも公の娯楽の催し物として州法に服するのか、問題となった。

(ii) 連邦憲法裁判所判決

憲法裁判所は、上述の判決において、ディスコが新たな飲食店の営業形態として営業法に服することは、「制度（体系）内の永続的発展の原則」に必ずものであるということを示した⁽²⁰⁶⁾。

憲法裁判所の判断の論理構成は、次のごとくである。

a. 決定的な法問題は、1973年営業法（BGBl.Nr.50/1974）1条（1条1項は、「この連邦法律は、第2条ないし第4条において別段の定めをしない限り、営業上行使され、かつ法律上禁止されていないあらゆる活動に適用される」と定める。）および2条1項17号（営業法2条1項は、「この連邦法律は、…次の諸規定に挙げる活動には適用されない」と定め、その第17号に、「劇場、映画、公の娯楽の催し、あらゆる種類の見世物、音楽および文学の演奏ないし上演」を挙げている。ちなみに、1994年営業法（BGBl.Nr.194/1994）においても同様の文言である。）の例外規定の解釈問題である。

b. 1973年営業法の諸規定は連邦に営業法上の諸問題についての規制権限が帰属するところの営業上の活動のみに適用され、営業法2条の例外規定についても、その可能な言葉の意味（語義）の枠内において合憲的解釈を行い理解されねばならない。その限り、この法問題は憲法的に重要である。

c. ディスコの営業活動に関する法律的規制、特に、営業活動のための要件に関する規制、営業活動それ自体のための規制、必要な営業施設の操業のための規制、営業の終了に関する規制は、連邦憲法10条1項8号により連邦事項なのか、あるいは連邦憲法15条1項により州事項なのか、憲法的に重要な問題である。その際、連邦憲法15条3項が、州立立法者に、公の見世物、演奏・上演、娯楽の催しに関する事項についての規定を発布する権限を与えており、さらに、この規定が、州が、連邦警察官庁に、催しの監視の任務と権限付与の際の協力を委任しなければならないことを定めているということに留意しなければならない。

d. 憲法自体が詳細に規定しない憲法的概念は、その概念を含む憲法規範が発効した時点における法秩序の状況と体系に従い、それらの概念に帰属していたところの意味において理解される。それゆえに、連邦憲法10条1項8号の「営業および産業に関する事項」として連邦の立法権限に服する規定には、1925年10月1日当時における単純法律の状況および体系に従って、営業法上の規定と見なされるあらゆる規定が含まれる。その際、一方では、典型的に営業上の性質を有する措置が問題となり、他方では、1925年10月1日の単純法律の法秩序に従って、営業法上の規定の基礎になった、あるいは、営業法上の活動から体系内在的な方法で発展してきた経済領域に関する措置が問題とされねばならない。

e. 1925年当時においては、「ディスコ」は未だ知られていなかった。確かに、ピアニストがそこにおいて演奏するところの飲食店営業は、1859年発布の営業法(GewO)に明らかに服していた。他方、公の娯楽の催しは、営業法の適用領域外であり、1859年営業法発布時において、こうした催しに対して特別の警察的規定が存在した。

f. 1925年10月1日の連邦憲法の権限規定発布の時点における以上の法的状況から、営業法の発効時点までは、あらゆる種類の音楽的産物は営業ではなく、行政警察的観点から取り扱われるべき事項として考慮され取り扱われてきたことが、結論として出てくる。

g. しかし、だからといって、飲食営業の枠内において、ナイトクラブのミュージシャンや楽団などによって音楽演奏を催すことは、その営業から飲食営業という特性を奪うことにはならない。単なる音楽演奏のみが、それ自体として、連邦憲法10条1項8号の規制領域・規制対象から排除されるが、音楽演奏が飲食営業内において催されるならば、連邦立法者が飲食営業に関する営業上の規制を発布することは自由である(以上の傍点は筆者)。

h. 飲食店主人が、ダンスの催しを自己の店で実施する限り、飲食営業に際して生ずる典型的な営業上の諸問題の規制に関する権限を連邦が失うことを受け入れる理由は、歴史的観点からも何ら存在しない。ただし、単なるダンスの催しあるいはその他の公の娯楽の催しそれ自体は、「営業および産業に関する事項」ではない。

i. さまざまな営業形態を有する飲食営業が、特にその営業施設の観点から、さまざまな営業法上の安全措置に服させられる。時の経過の中で、さまざまな営業形態が発展し、また時代遅れになっていく。新たに発展する営業形態に対する規制についても定める権限が

連邦に授権されているということは、今問題になっている連邦憲法10条1項8号の「営業および産業に関する事項」の制度（体系）内発展（intra-systematische Weiterentwicklung）に全く合致する。営業法についての立法者（連邦）が、飲食店営業者・隣人・店の客の保護のため、ディスコに対して営業上の安全措置を定めることは、憲法によって授権されていると言える。

j. 以上の憲法的背景の下において、1973年の営業法2条1項17号の規定も理解しうる。営業法2条1項は、「この連邦法律は、…次の諸規定に挙げる活動には適用されない」と定め、その第17号に、「劇場、映画、公の娯楽の催し、あらゆる種類の見世物、音楽および文学の演奏ないし上演」を挙げている。そこでは、公の娯楽の催しそれ自体のみが、営業法の適用領域・規制対象から排除されるが、典型的な飲食営業上の給付・サービス提供と結びついて音楽またはダンスも催すという飲食営業上の活動は、営業法の適用領域・規制対象から決して排除されるものではない。飲食営業活動の枠内におけるこのような演奏・上演に対して、オーバーエスレーライヒ州の興業法（催し物法）（Veranstaltungsgesetz）によって、さらに許可が必要かどうか、官庁の監督措置が可能かどうか、またどのような方法によってか、については、単なる営業法上の次元に制限されたこの手続において明らかでない（以上の傍点は筆者）。

連邦憲法裁判所は、以上のように判示している（VfSlg 12996/1992）。

⑤「化石理論」と「制度（体系）内の永続的發展の原則」

化石理論（原則）は、権限内容の固定化（Inhaltsfixierung）、法的に完結した事項（rechtlich abgeschlossener Tatbestand）、権限配分の排他性（Exklusivität）と安定性（Stabilität）を志向するものであり、それゆえに、ダイナミックに変化する権限配分が意識的に排除されている⁽²⁰⁷⁾。しかし、化石理論は、権限内容を化石時点（多くは、1925年10月1日）の規定の具体的状況に固定することを決して意味するものではない。権限事項の内容は、歴史的立法状況によって、1対1の比で決まるものではない。基準となるのは、歴史的な法状況の個々の事象（個々の歴史的規範）ではなく、歴史的な法状況によって構成されるものの制度（体系）である⁽²⁰⁸⁾。判例（VfSlg 17000/2003：ホイリゲ判決）⁽²⁰⁹⁾および学説も、化石理論は、単純法律規定の概念内容が、化石化した1925年10月1日当時において、「点（Punkt und Beistrich）」の状況で化石化したものではなく、その「抽象的な内容（abstrakter Gehalt）」に従ってとらえられ化石化されたものだと理解している。もっとも、憲法裁判所の判断においても、「抽象的化石化」の程度に、多い少ないの著しい差があるといわれる⁽²¹⁰⁾。典型的な法内容が化石化されているのであるから、新たな規制も所定の規定条項の「制度（体系）内の永続的發展（intra-systematische Fortentwicklung）」と言える限り、化石化された権限事項となりうる。この制度（体系）の枠内において、法的な改新（Neuerung）も許されるのである⁽²¹¹⁾。それゆえに、原子力事故による損害賠償に関する規定も、1925年当時は何ら原子力に関する規定は存在しなかったが、損害賠償法の「制度（体系）内の永続的發展」と言えるので、連邦憲法10条1項6号の「民事法制度」の概念内容の下に、連邦の権限となる⁽²¹²⁾。

こうした方法で、化石状況を超えるところの規制に対する権限事項の一定の開放性が保

障される。この意味において、「化石理論」の安定した働きは、権限法的な弾力化の方向への「制度（体系）内の永続的發展」の可能性によって弱められる。こうした弾力化が無く極めて具体的な内容が化石化されているととらえるならば、同じ権限表題の下においては、何ら新たな規制を行うことができないであろう。具体的な化石状況を超えるところのすべての新たな展開（neue Entwicklung）（例として、現代的コミュニケーション手段、飛行機による医学上の緊急救助など）は、自動的に、連邦憲法15条1項により州の権限となることであろう。このことは、結果として、事項的に同じ全体に属して互いに関係がある法領域の耐えることができない分断に至ることになる。逆に、化石化される「抽象的レベル」が高まれば高まるほど、化石化されている連邦の権限内容が拡大し、州の権限をより制限することとなる。この関連において、学説および判例（例えば、VfSlg 2720/1954；2721/1954；13299/1992；14266/1995；17000/2003；17160/2004）⁽²¹³⁾は、より広い観点（抽象化）を強調し、しばしば、圧倒的に中央集権的な永続的發展（überwiegend zentralistische Fortentwicklung）を認めている⁽²¹⁴⁾。

⑥「制度（体系）内の永続的發展の原則」と「観点（視点）理論」との緊張関係

さらにまた、化石理論に含まれる「制度（体系）内の永続的發展の原則」は、化石理論と同じく憲法裁判所によって用いられてきた「観点（視点）理論」（詳細は、後述3.（2）②③参照）との間に緊張関係を引き起こす。すなわち、「制度（体系）内の永続的發展の原則」は、権限事項の制度（体系）内発展に留まる限度において規制範囲を拡張し、その分、他の権限事項に関係づけるところの観点（視点）からの規制権限を排除する。憲法裁判所において争われているごとく、個々の権限事項が、考慮されるあらゆる規制観点を含んでいるのかその射程距離に争いがある。憲法裁判所は、化石理論の適用によって問題を解決しようと試みている。

a. 鉱業（連邦法）と建築（州法）

例えば、鉱業（連邦憲法10条1項10号）という権限事項は、「ある一定の」建造物、すなわち、その建設のために第一次的に鉱山建築技術上の知識を必要とするところの建造物を含んでいる。この限りにおいて、「ある一定の」建築事項について、連邦権限は、建築に関する州権限を排除する。これに対し、鉱山関連の他の建造物は、建築法上の州権限（連邦憲法15条1項）に服する⁽²¹⁵⁾。

b. 鉱業（連邦法）と自然・景観保護（州法）

同様に、州の自然および景観保護法的規制（連邦憲法15条1項）は、採石場など鉱山施設にも拡張される。この限りにおいて、「ある一定の（自然および景観保護に関する）」鉱山事項について、州権限は、鉱業に関する連邦権限（連邦憲法10条1項10号）を排除する。化石時点（1925年10月1日）当時、鉱業と自然保護との対立は、鉱山法上の規制の内容ではなかったし、「制度（体系）内の永続的發展」の枠内においてもとらえることができなかったからである⁽²¹⁶⁾。

c. 交通制度（連邦法）と建築（州法）、交通制度（連邦法）と自然保護（州法）

以上の関連で、「鉱業」ではなく同じく連邦権限である「交通制度」に関して述べると、憲法裁判所の判例によれば、「鉄道に関する交通制度」（連邦憲法10条1項9号）は連邦

法に服し、それゆえに「鉄道に関する交通制度」に含まれるところの鉄道交通に利用される建物（鉄道施設）は、建築法（連邦憲法15条1項）上の観点（視点）からの州法的規制を排除する（VfSlg 2685/1954；17424/2004）⁽²¹⁷⁾。これに反し、自然保護法（連邦憲法15条1項）上の観点（視点）からの州法的規制を認めている（VfSlg 15552/1999：ゼメリング鉄道基礎トンネル判決）（後述第1章3.（4）②b.の2の6（ii））⁽²¹⁸⁾。

以上 a.b.c. の事例から判断できるように、ある一つの、または、他の別の解釈局面（観点、視点）に優先権が与えられるべきかは、もはや学問上解明されるのではなく、しばしば司法的に判断されていると指摘されている⁽²¹⁹⁾。

⑦権限配分規定と連邦主義原理

さらにまた、憲法裁判所は、オーストリア憲法の基本原理である連邦主義原理（föderalistisches Prinzip）を連邦国家的権限配分の解釈原理に持ち込み、連邦憲法15条1項の州権限の一般条項性から、州権限と連邦権限を原則（Regel）と例外（Ausnahme）の関係と理解し、州権限を拡張的（extensiv）に、連邦権限を制限的（restriktiv）に厳格に解することを一般的には承認しながら（VfSlg 2282/1952；2977/1956；8891/1980；9543/1982；14266/1995）⁽²²⁰⁾、司法による具体的な問題解決に際しては、憲法自体から、連邦の権限に有利な解釈も州の権限に有利な解釈も引き出せないこともあって、この解釈基準にあまり実際的重要性を与えておらず、権限配分は、規定の目的ではなしに規定の対象と内容に従うという判例（VfSlg 10403/1985；14597/1996）⁽²²¹⁾も存在し、権限条項に関する裁判所の判断から、首尾一貫した連邦主義的（州友好的）傾向も中央集権的傾向も見取ることができないとされている⁽²²²⁾。連邦憲法15条1項の一般条項による州権限も、その内容は、實際上、連邦権限の解釈から導き出されるところの連邦権限の“残り権限（Restkompetenz）”と理解されていることから、連邦主義的解釈基準は、それほど実効性を持たず、その他すべての解釈基準に対して補充的な基準に留まっているとも言われる⁽²²³⁾。

⑧連邦と州との間の権限争議

連邦と州との間の権限争議は、常に権力問題である。しかし、この対立を、法的（司法的）観点から、できる限り合理的に最大限の確実性をもって解決することが要請される。これこそ、権限事項の解釈を予見可能にし、政治的争いを取り除くために憲法裁判所によって適用される「権限理論」の意味および目的でもある。権限規定の取り扱い、オーストリア憲法の最も複雑で厄介な問題に属する。連邦憲法は、憲法裁判所に対して、争いある権限問題を法律発布前に予防的に解決するため、権限確定の権限を与えている（連邦憲法138条2項）。さらに、権限に違反して発せられた法律を無効にする（連邦憲法140条）。かくして、オーストリア憲法上、権限争いという権力問題が、司法的な法問題に転換されている⁽²²⁴⁾。

（2）権限領域の分離、累積（重なり）原理および観点理論

①オーストリア憲法における権限分離の原則

すでに「第1章2. 連邦と州との間の権限配分」で考察したように、基本的に連邦と州の管轄権限は、相互に分離されている。権限の重複は、二重権限（競合権限）を生み出し、権限争議解決のための規則、多くは、連邦に有利な定め、例えば、最もよく知られたもの

として、“連邦法は州法を破る (Bundesrecht bricht Landesrecht)” という原則が適用されるゆえに、分権化された統一国家ではなく、連邦と州との二元的および対等的構造を有する連邦国家構築を目指すオーストリア憲法において、意識的に避けられてきた⁽²²⁵⁾。

権限領域の分離は、立法のみではなく執行においても存在している。このことは、連邦に帰属する立法または執行の管轄権限は同時に州に帰属することができず、州に帰属する立法または執行の管轄権限は同時に連邦に帰属できないということを意味する(権限分離の原則)(連邦と州の権限領域の排他性)。通常、管轄権限においては、Sowohl-als-auch (あれもこれも) 関係ではなく、Entweder-oder (あれかこれか、二者択一) 関係のみが存するに過ぎない。他の連邦国家憲法(例えば、ドイツ連邦共和国基本法72条、74条)とは異なりオーストリアにおいては、連邦と州の権限競合の一般的類型を設けていないが、連邦法と州法との関係において、状況によって権限の競合が生ずる(連邦憲法15条9項〔民事法・刑事法制度〕、10条1項15号〔経済統制〕、11条2項〔行政手続〕、15条6項〔施行法律〕、16条1項〔国家条約の締結〕など)。しかしながら、連邦と州の権限競合は、わずかの例外を除いて排除されている⁽²²⁶⁾。

権限領域の分離は、州法による連邦法の継受、連邦法による州法の継受を決して排除するものではない。このような例は公勤務法に見られ、そこでは、州の立法が、州領域に連邦公務員法のさまざまな諸規定を準用することを宣言している。例えば、ニーダーエスターライヒ州の州公務員法(NÖ Landes-Bedienstetengesetz [NÖ LBG] 2012, LGBL.Nr.74/2012: Stammgesetz は、LGBL.Nr.38/2006)は、「この法律に別段の定めが無い限り、公務員に関しては、…連邦の公法上の公務員に基準となる連邦法が準用される」(同法1条3項)と定める。もちろん、立法権限の一般的包括的な委任にも匹敵するところの一般的包括的準用(一定の時点において確定している、または容易に確定しうる規範内容の参照である静的参照〔statische Verweisung〕ではなく、ある規定が、他の規定をそれがその時その時に通用している本文の形において、自己の法規定の内容と宣言するところの動的参照〔dynamische Verweisung〕)は、憲法上の連邦と州との権限配分規定に違反しており、憲法違反として許されない(動的参照につき、VfSlg 3149/1957; 6290/1970; 7241/1973; 10311/1984; 17232/2004; 17335/2004 など。静的参照につき、VfSlg 10749/1986 など)⁽²²⁷⁾。

②累積(重なり)原理・観点理論1—営業法(連邦法)と建築法(州法)

権限領域の分離は、営業法と建築法の例に示される。営業および産業に関する事項の立法および執行は、連邦に帰属する(連邦憲法10条1項8号)。建築制度に関する事項は、本質的に州の管轄権限に属する(連邦憲法15条1項)。この権限配分に応じて、営業活動の行使および産業施設の運営に関する連邦法的規制と、建築物の建造に関する州法的規制が存する。前者につき営業法が、後者につき建築法が存在する。営業法は連邦法律であり、建築法は州法律である⁽²²⁸⁾。

営業法(連邦法)と建築法(州法)は、多様な制限および禁止を規定する。営業の行使および建築計画の実施は、それぞれの管轄官庁である営業官庁、建築官庁による監督に服する。例えば、集積場(倉庫、貯蔵所)(Lagerplatz)、売店あるいは産業施設などの営業施設の営業は、営業官庁の許可を必要とする。この許可は、施設の危険および有害な影響

が、適切な程度にまで制限されているときにのみ与えられる。他方、建造物の建築については、通常、建築官庁の許可が必要である。このような方法で、特に建造物の技術的安全性を保障するものとされる⁽²²⁹⁾。

営業法も建築法も、互いに、権限法的に分離され、内容的にも異なっている。それらは、立法および執行において異なった権限領域に属し、同一の規制対象に関係しない。営業法は、営業上の施設の営業を含めて、営業活動の行使を規制する。建築法は、建造物の建設および使用に関わる。権限分離の原則に対応して、営業法は、建築法に留保されているところの規制をなすことは何ら許されない。逆もまた然りである⁽²³⁰⁾。

通常、営業上の経営施設（工場施設）は、工場の機械作業室に示されるように、同時に建築法上の意味での建造物でもある。こうした場合において、当該事象（Sachverhalt）は、異なった法規定の適用に服する。工場（機械作業室、機械、集積場）は、営業上の経営施設（工場施設）として営業法の関連規定により判断され、施設の建築部分は、基準となる建築法により処理される。このことは、実際のところ、施設の営業については、営業官庁および建築官庁の許可がともに必要であるということの意味する⁽²³¹⁾。

このような事例は、一定の事象に関して、いくつかの法的規定の適用の重なるの可能性を考慮に入れなければならないということの意味している（累積〔重なり〕原理：Kumulationsprinzip）。その際に適用されるべき規定は、異なった権限領域に属しえる。ここでは、異なった目的を有する規定が問題とされているので、権限分離の原則は、このような累積（重なり）に矛盾しない⁽²³²⁾。「化石理論」による権限事項の分離と結びつき、異なった観点から連邦と州のさまざまな規定が競合することを認める「観点理論」は、連邦国家原理の直接の具体化と見ることができ、オーストリアの権限秩序の最も重要な構造の一つとなっている⁽²³³⁾。

③累積（重なり）原理・観点理論 2—その他さまざまな法規制

前述の②の例をさらに拡張する。例えば、河川（湖沼）近くの景観保護地域にあって、森林地面積を有する不動産上に工場を建設するという場合を考える。この場合において、施設を正当に建設し営業を営むためには、営業法上および建築法上の許可とともにさらに、森林法、水法、自然保護法、景観保護法など連邦法上および州法上の許可が必要となる。さらに、地域計画法、被用者保護法などの規制も及ぶ。当事者は、上述の累積（重なり）原理から、このようなすべての法領域の累積的制限に服することとなる⁽²³⁴⁾。すでに述べたように、当該事象におけるいくつかの法規定の累積的適用は、権限分離の原則と矛盾しない。連邦および州の異なった規定がさまざまな観点から発布され、さまざまな規定目的を追求する。森林法は営林（山林経営）上および山林生態上の観点に関わり、水法は河川（湖沼）の保護および清浄をめざし、景観保護法は景観の保存を、建築法は建築上の危険の防止を、営業法は隣人および環境の保護を志向する（判例および学説上のいわゆる観点理論〔Gesichtspunkttheorie〕）⁽²³⁵⁾。もっとも、個々の場合において、建築法も営業法の経営施設（工場施設）法も、隣人の保護に奉仕するごとく、法適用領域と法目的の重なりと部分的な一致が見出される⁽²³⁶⁾。さらに、売春を例に挙げるならば、観点理論と累積原理の適用によって、隣人および子ども保護のための風俗警察の観点から州立法（連邦憲法15条1項）

によって、衛生警察の観点から連邦立法（連邦憲法10条1項12号）によって規制される⁽²³⁷⁾。

さらにまた、空間計画（Raumordnung）としての土地利用規制についても、住宅用または産業用建造物の建設を目的としての土地利用が目的とされているならば、州の立法権限に属し、他方、連邦道路建設を目的としての土地利用が問題とされているならば、連邦の権限となる。同様に、航空交通禁止についても、飛行の安全が問題とされているならば、連邦の権限に属し、他方、自然の保護が問題とされているならば、州の権限となる。どのような観点がどのような権限事項に関係づけられるかについては、連邦憲法の権限事項（10条、11条、12条）についての化石理論によって確認することができる⁽²³⁸⁾。

観点理論は、結果的に、権限配分の分断（Zersplitterung）を強めるが、他方、とりわけ州に対して、連邦が権限を有する事項について影響を与えることを可能にし、それゆえ連邦主義を強化する⁽²³⁹⁾。

④ 手続の累積（重なり）と手続の一元化（手続集中）

当事者および官庁など関与人にとっては、手続の累積が、かなりの負担と時間的遅れを結果としてもたらしうる⁽²⁴⁰⁾。許可申請者にとっては、さまざまな法領域の累積的適用は、たいへい負担の増加を意味する。その計画は、すべての法領域の要請に合致しなければならず、プロジェクトの評価および許可に関して、さまざまな官庁の手続に服さなければならない。さまざまな許可手続の一元化と唯一の官庁の管轄権限への割り振り（手続集中）は、環境への重大な影響が考慮され環境影響評価（BGBl.Nr.508/1993）に服させられる計画において、必要とあれば生じうる（連邦憲法11条1項7号）。さらに、行政手続法は、官庁に対して、累積的手続につき、基本的に、共通の審理および決定をすることを義務づけ、最終的に調整されることを要請している（行政手続法〔Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz〕39条2a項、BGBl.Nr.51/1991）⁽²⁴¹⁾。

〔第1章 3. (3) 横断事項または複合事項〕以下は、次号に続く）

脚注

(171) Bernd-Christian Funk, S.157 ; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.125 ; Walter Berka, S.123 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.181.

(172) Walter Berka, S.124 ; Peter Pernthaler, S.317.

(173) Bernd-Christian Funk, S.157 ; Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.160.

(174) Theo Öhlinger, Harald Eberhard, SS.124-125.

(175) Bernd-Christian Funk, S.157.

(176) Bernd-Christian Funk, SS.157-158 ; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, SS.124-125 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.182.

(177) Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, SS.160-161 ; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.125 ; Walter Berka, SS.123-124.

(178) Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.163.

- (179) Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.161.
 (180) Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.125.
 (181) Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.161.
 (182) Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.161; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.125; Walter Berka, S.124; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.182.
 (183) Theo Öhlinger, Harald Eberhard, SS.125-126; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.181.
 (184) Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.126.
 (185) Peter Pernthaler, SS.368-369.
 (186) Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.137; Walter Berka, S.132; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, SS.179-181; Peter Pernthaler, SS.368-369.
 (187) Peter Pernthaler, S.332.
 (188) Bernd-Christian Funk, S.148; Peter Pernthaler, S.332.
 (189) Walter Berka, S.132.
 (190) Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.183.
 (191) 化石原則は、判例において認められてきた原則であり、判決に際しての標準化された公式 (Formel) にすぎず、理論 (Theorie) と表現するのは正確ではないとするのは、Peter Pernthaler, S.331, S.332.
 (192) Bernd-Christian Funk, S.148; Walter Berka, SS.132-133.
 (193) Walter Berka, S.133.
 (194) Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.184.
 (195) もっとも、例えば、1994年7月1日に発効した連邦憲法11条1項7号の「環境影響評価」(BGBl.Nr508/1993)については、後の化石時点が与えられる。Walter Berka, S.133.
 (196) Bernd-Christian Funk, SS.148-149; Walter Berka, S.133.
 (197) Bernd-Christian Funk, S.149.
 (198) Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.165; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.160.
 (199) Peter Pernthaler, S.333.
 (200) Bernd-Christian Funk, S.149.
 (201) Bernd-Christian Funk, S.149.
 (202) Bernd-Christian Funk, S.150.
 (203) Walter Berka, S.133.
 (204) Walter Berka, S.133; *Heiriger*, aus Wikipedia: <https://de.wikipedia.org/wiki/Heiriger>, 2016.
 (205) 1859年の営業法は、領域ごとに異なる営業法を統一するという政治的中央集権主義と、ほとんどの営業を官庁への届出義務のみにする経済的自由主義とによって特徴づけられていた。
Gewerbeordnung 1994, aus Wikipedia: <https://de.wikipedia.org/wiki/Gewerbeordnung-1994>, 2017.
 (206) Bernd-Christian Funk, SS.149-150; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, SS.139-140.
 (207) Peter Pernthaler, SS.332-333.
 (208) Bernd-Christian Funk, S.150; Walter Berka, S.130, S.134; Peter Pernthaler, S.333.
 (209) VfSlg 17000/2003 (ホイリゲ判決)において、憲法裁判所は、新たな規制が、歴史的な、1925年10月1日当時における当該法領域に「体系的に属する (systematisch zugehören)」かどうかを問題とすべきだとする。
 (210) Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.184; Peter Pernthaler, S.333.
 (211) Bernd-Christian Funk, S.150; Walter Berka, S.130, S.134.
 (212) Walter Berka, S.134.

- (213) 例えば、VfSlg 13299/1992 (連邦憲法 10 条 1 項 10 号の「鉱業」について)、14266/1995 (連邦憲法 10 条 1 項 13 号の「記念物保護」について)、17000/2003 (連邦憲法 10 条 1 項 8 号の「営業」について)、17160/2004 (連邦憲法 12 条 1 項 5 号の「電気事業」について)。
- (214) Bernd-Christian Funk, S.150 ; Walter Berka, S.134 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.184 ; Peter Pernthaler, S.334.
- (215) Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.141.
- (216) Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.141.
- (217) VfSlg 2685/1954 については、次の VfSlg 17424/2004 において引用されている。VfSlg 17424/2004 において、鉄道営業ないし鉄道交通の確保・進展に直接的または間接的に奉仕するところの建造物の下水処理について州 (ケルンテン) 法的規制が問題とされた。憲法裁判所は、この判決において、連邦の立法・執行権限に属する連邦憲法 10 条 1 項 9 号にいう「鉄道に関する交通制度」を、交通制度の一部としての「すべての鉄道制度 (das gesamte Eisenbahn)」と理解している。もともと、鉄道とは関係のない鉄道敷地上の施設については、連邦法とともに州法的規制を認めている。
- (218) Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.142 ; Walter Berka, S.134, S.135.
- (219) Theo Öhlinger, Harald Eberhard, SS.141-142.
- (220) VfSlg 14266/1995 は、「記念物周辺において、記念物の妨害となる売店・給油所・その他の建造物の設置を禁止することは、1925年10月1日当時の立法状況および体系に従って内容的に定められる「記念物保護」(連邦憲法 10 条 1 項 13 号) の法領域に明らかに属しないので、このような立法規定を公布する権限は、連邦憲法 15 条 1 項によって根拠づけられる州 (シュタイアーマルク) の一般的権限に属する」と判示している。
- (221) VfSlg 14597/1996 において、ザルツブルク州の給油塔税法 (Zapfsäulenabgabegesetz) による自動車の給油のための給油所 (ガソリンスタンド) への課税が問題とされた。判例は、「当該課税は、連邦立法事項である「大気的清浄」(連邦憲法 10 条 1 項 8 号)、「営業および産業」(連邦憲法 10 条 1 項 12 号) にも関係する目的 (Ziel)・効果 (Effekt) を有するが、租税形態を濫用して権限配分をかいくぐり (unterlaufen)、他方法立法者 (ここでは連邦) に留保されている事項の規制をなすなど、他方法立法者の権限事項自体の規制と評価されるほど広範囲にわたって影響を与えることは許されない」と判示し、本件では、州法には逸脱が無いとされた。これに反して、VfSlg 10403/1985 では、ウィーン州の住宅税法 (Wohnungsabgabegesetz) による自己使用を除き 6 ヶ月以上賃貸されていない住宅への課税が問題となった。判例は、「当該課税は、連邦立法事項である「国民の住居に関する制度」(連邦憲法 11 条 1 項 3 号) に一部関わるが、州立法者の唯一の意図が、このような住宅の賃貸に大きな圧力を生み出し、住宅市場の改善をもたらすことにあったばかりではなく、この目標設定が、租税法についてもはや語ることができないほどに、当該州立法の全体的な内容 (gesamt Inhalt) を形成しているように思える」と判示し、本件では、州法は憲法違反とされた。
- (222) Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.166 ; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.144 ; Walter Berka, S.135 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.186.
- (223) Peter Pernthaler, S.338.
- (224) Walter Berka, SS.135-136.
- (225) Peter Pernthaler, S.315.
- (226) Bernd-Christian Funk, S.137 ; Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, SS.163-164 ; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.132, S.138.
- (227) Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.162 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.159. 本文引用の VfSlg 10311/1984 の判示は、以下のとおりである。ウィーン市

建築法 1 3 3 条 (LGBL.Nr.18/1976) は、ウィーン市の建築許可の付与は、「権限を有する (zuständig)」市議会委員会 (Gemeinderatsausschuß) の権限に属すると定める。しかし、事物的管轄権限を有する行政官庁の具体的な定めは、ウィーン市建築法においてもその他の州法的規定においてもなされておらず、それどころかむしろ、詳細に決定されていない実質的な参照 (委任) (Verweisung [Delegation]) という方法で、ウィーン市憲法 4 9 条 1 項 (LGBL.Nr.12/1978) に準拠して、市議会委員会の選出について権限を有するウィーン市議会に委ねられた。判決では、「権限を有する (zuständig)」という言葉は、法律自体によって詳細に確定されておらず、法律執行権限を有する官庁の事物的管轄権限を詳細に規定すべきことを立法者に義務づけることを定める連邦憲法 1 8 条 1 項、2 項、および 8 3 条 2 項に違反するとされた。また、VfSlg 17335/2004 によれば、インスブルック市の下水道加入料金法 (Kanalanschlussgebührenverordnung) は、チロール州の建築法 (Bauordnung) を、「その時その時に通用している本文の形において」参照する動的参照であり、市の自律性の許されない制限であり、連邦憲法 1 1 8 条 2 項、3 項違反とされた。

これに対して、VfSlg 10749/1986 によれば、1 9 8 4 年医師法 1 0 0 条 1 項 (BGBl.Nr.373/1984) は、1 9 1 4 年の官吏服務規程 (Dienstpragmatik [RGBl.Nr.15/1914]) の規定を準用し、自己の法律の内容とした。官吏服務規程は既に 1 9 7 9 年に失効しているが、一定の確定している本文 (bestimmte-feststehende-Fassung) の形でのいわゆる静的参照ゆえに、憲法的疑念が存しないとされた。

- (228) Bernd-Christian Funk, S.137.
- (229) Bernd-Christian Funk, SS.137-138.
- (230) Bernd-Christian Funk, S.138.
- (231) Bernd-Christian Funk, S.138 ; Walter Berka, S.134.
- (232) Bernd-Christian Funk, S.138 ; Walter Berka, S.134.
- (233) Peter Pernthaler, S.335.
- (234) Bernd-Christian Funk, S.139 ; Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.162 ; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.141.
- (235) Bernd-Christian Funk, S.139 ; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, SS.141-142 ; Walter Berka, S.134 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, SS.184-185 ; Peter Pernthaler, SS.334-335.
- (236) Bernd-Christian Funk, S.139.
- (237) Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.141 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.185.
- (238) Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.185.
- (239) Walter Berka, S.135.
- (240) Bernd-Christian Funk ,S.139.
- (241) Bernd-Christian Funk ,SS.139-140 ; Theo Öhlinger, Harald Eberhard, S.141

参考文献

- ・ Bernd-Christian Funk, *Einführung in das österreichische Verfassungsrecht (14.Auflage)* , Leykam Kurzlehrbücher, 2011.
- ・ Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, *Österreichisches Verfassungsrecht (2.Auflage)* , Springer-Verlag.1984.
- ・ Theo Öhlinger, Harald Eberhard, *Verfassungsrecht (10.Auflage)* , Facultas Verlags-und Buchhandels AG facultas. wuv Universitätsverlag, 2014.
- ・ Walter Berka, *Verfassungsrecht (6.Auflage)* , Verlag Österreich GmbH,2016.

オーストリア共和国における連邦制—連邦国家における権限配分を中心として— (3)

- Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (11.Auflage)*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung GmbH, 2015.
- Peter Pernthaler, *Österreichisches Bundesstaatsrecht*, Verlag Österreich GmbH, 2004.
- Oskar Lehner, *Österreichische Verfassungs-und Verwaltungsgeschichte (4.Auflage)*, Trauner Verlag, 2007.
- Wilhelm Brauner, *Österreichische Verfassungsgeschichte (11.Auflage)*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2009.
- Robert Walter, Heinz Mayer, *Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 1988.
- Ernest C. Hellbling, *Österreichische Verfassungs-und Verwaltungsgeschichte*, Springer-Verlag, 1956.
- Ludwig K. Adamovich, *Grundriss des Österreichischen Verfassungsrechts*, Springer-Verlag, 1947.
- <http://www.verfassungen.de/at/titel.htm>, *Verfassungen Österreichs*, 2017.
- Bundeskanzleramt, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich (BGBl.)*, Österreichische Staatsdruckerei.
- *Amtliche Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg)*.
- 高田敏「オーストリア連邦憲法」、阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集〔第4版〕』、有信堂、2009年。
- 南塚信吾編『ドナウ・ヨーロッパ史』、山川出版社、1999年。
- アントン・ヴァルト、エドゥアルト・シュタウディングー、アロイス・ショイヒャー、ヨーゼフ・シャイプル著 中尾光延訳『オーストリアの歴史』、明石書店、2014年。
- エーリッヒ・ツェルナー著 リンツビヒラ裕美訳『オーストリア史』、彩流社、2000年。 など