

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—
(4)

奥 正 嗣*

Federalism in the Federal Republic of Austria
— The division of responsibilities between *Bund* and *Länder* —
(4)

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)、配慮原理 (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. 11. 8 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、大阪国際大学紀要『大阪国際大学研究論叢』第31巻第2号、平成30年1月)

(3) 横断事項または複合事項

(4) 権限の集中と権限行使の調整

(5) 「制度理論」その他の連邦権限の一般条項化

(6) 補完性の原則の確立に向けて

(以上、本号)

第1章 連邦国家における権限配分

3. 権限規範の解釈

(3) 横断事項（Querschnittsmaterie）または複合事項（komplexe Materie）

①総論

連邦国家における管轄権限の憲法的配分は、同じ全体に属していて互いに関係を有する任務（職務）が、可能な限り閉じた排他的管轄権限として分割されずに唯一の権限保持者の手に留保され、その権限保持者が任務の遂行について責任を負うよう形成されるべきものとされている。しかし、多くの場合において、管轄権限と任務の一致（同一性）が達成されていない。連邦と州の異なった管轄権限に配分されている一連の複雑に絡み合った総合的・包括的任務事項が存在する。こうした「横断事項」に属するのが、とりわけ環境保護、空間計画（生活空間の計画的形成）（国土計画、地域計画）、経済統制、災害克服、包括的国土防衛、廃棄物処理、難民制度などの事項である⁽²⁴²⁾。例えば、「環境保護」に関し、営業騒音（連邦憲法10条1項8号）・自動車騒音（連邦憲法10条1項9号）につき連邦

の権限が、建築現場の騒音（連邦憲法 15 条 1 項）につき州の権限が認められる。また、「空間計画」に関し、連邦道路計画（連邦憲法 10 条 1 項 9 号）・森林計画（連邦憲法 10 条 1 項 10 号）につき連邦の権限が、建築上の土地利用計画（連邦憲法 15 条 1 項）につき州の権限が認められる⁽²⁴³⁾。

「横断事項」に関する権限は、連邦も州も統一的規制権限を持たないという意味で、“Weder-Noch-Kompetenz”と呼ばれている。統一的責任が欠如する、あるいは、規定間の矛盾や規定の欠缺が生ずる可能性があるという問題点がある⁽²⁴⁴⁾。

連邦憲法の権限配分は、著しく、19 世紀の秩序行政的思考によって特徴づけられる。連邦憲法 10 条（連邦の立法および執行権限に属する諸事項）の諸事項（Tatbestände）とグループ分けは、伝統的な、省庁の管轄権限配分を反映している⁽²⁴⁵⁾。上述の横断事項に現れているように、新たな事項が、権限配分を通じて、さまざまな管轄権限領域に配分される。これらの事項を、統一的立法によって規定することは、権限法的な分断によって困難なものとなっている⁽²⁴⁶⁾。それゆえに、横断事項については、連邦が、全体的統一的規定の本質的必要性を強調し、憲法改正を通じて、全権限ないし少なくとも決定的な影響力を得ることをしばしば試み、一連の重要な連邦の環境保護権限を新たに根拠づけていった（連邦憲法 10 条 1 項 12 号に関する 1983 年および 1988 年改正〔BGBl.Nr.175/1983; BGBl.Nr.685/1988〕、10 条 1 項 9 号に関する 1993 年改正〔BGBl.Nr.508/1993〕、11 条 5 項に関する 1988 年改正〔BGBl.Nr.685/1988〕など。後述「②環境保護」参照）。このような中央集権的圧力は、「補完性の原則（Subsidiaritätsprinzip）」の無視など、オーストリアにおける権限処理の不当で誤った連邦国家理論の中にも登場する⁽²⁴⁷⁾。

②環境保護

（i）国家目標規定としての包括的環境保護

環境保護は、人間・動物・植物にとって生態上完全な生活空間の保持と回復に関する多くの措置を包含する。環境保護のためには、特に大気・大地（土地）・水の清浄に関する措置、廃棄物の防止および除去に関する措置、動植物世界の保護に関する措置、景観の維持・保護に関する措置、放射線・騒音・悪臭・振動などによる有害な環境汚染からの保護に関する措置が、必要とされる。国家目標としての包括的環境保護の憲法的規定において、法的定義が含まれている。すなわち、包括的環境保護とは、人間の生活基盤としての自然環境を有害な影響から防御することである。包括的環境保護は、特に大気・大地（土地）・水の清浄に関する措置、騒音による妨害の回避に関する措置の中に存する（包括的環境保護に関する 1984 年 11 月 27 日の憲法律 1 条 2 項）（BGBl.Nr.491/1984）。この規定は、国家目標規定、それゆえに任務規範（Aufgabennorm）である。環境保護領域における管轄権限の配分規定を何ら含むものではない⁽²⁴⁸⁾。その後、この憲法律は、「持続性、動物保護、水および食料供給の確保並びに調査研究に関する憲法律」（BGBl. I Nr.111/2013）に引き継がれた。ここにいう「持続性」は、経済（Ökonomie）、生態（Ökologie）、社会（Sozial）の 3 つの要素を有する 3 本柱モデルの意味で理解されている。この憲法律 3 条 2 項において、包括的環境保護につき、包括的環境保護に関する憲法律 1 条 2 項と同様の規定を置いている⁽²⁴⁹⁾。

(ii) 大気汚染および廃棄物処理領域における連邦および州の権限

憲法は、環境保護領域における立法および執行に関して、統一かつ包括的な管轄権限をなんら提供するものではない。連邦は、確かに、大気の清浄維持、および廃棄物処理の領域において、比較的広範な権限を行使する（連邦憲法10条1項12号）（後述（4）①）が、両権限とも領域全体をおおうものではない。居住用建物の暖房設備に関する規定については、州が管轄権限を有しており、連邦は、必要に応じて、大気に対する有害物質について大気汚染の限界値を確定することができる（連邦憲法11条5項）。廃棄物処理領域における連邦の権限は、さしあたって危険な廃棄物に制限されるが、連邦はここにおいても、必要に応じて、その他の危険でない廃棄物に拡張しようとする統一規定を發布することができる（連邦憲法10条1項12号）⁽²⁵⁰⁾。

環境汚染による危険な負担を防止するための連邦の管轄権限は、必要ならば居住用建物の暖房設備にも関わるごとく、内容的に包括的に構想されている。環境汚染の限界値を超えることによって生ずるところの環境への危険な負担を防止するための諸措置は、連邦憲法10条1項12号によって、立法および執行につき連邦の権限に属する。もっとも基準となる環境汚染限界値が連邦と州との協定によって確定されている場合（1983年3月2日の憲法律による連邦憲法改正〔BGBl.Nr.175/1983, Artikel II〕）のみ、連邦は、こうした権限を用いることができる。この拘束によって、州は、連邦による州の権限の一方的な制限から保護されている。連邦と州は、環境汚染の限界値に関する協定を締結した（BGBl.Nr.443/1987）。それは、大気に負担を負わせる環境汚染に関わる。それに対応する連邦の法律的规定は、オゾン法（Ozongesetz）（BGBl.Nr.210/1992）と大気汚染防止法（Immissionsschutzgesetz-Luft）（BGBl. I Nr.115/1997）を含んでいる。その中で、直接に差し迫った危険または既に生じた危険を防止および排除するために、大気に負担を負わせる施設および活動の制限（オゾン法15条1項2号 - 4号、大気汚染防止法13条）、道路交通における自動車の利用の制限（オゾン法15条2項1号、大気汚染防止法14条）が規定されている⁽²⁵¹⁾。

(iii) 連邦の立法事項としての環境影響評価

連邦は、連邦憲法11条1項7号（BGBl.Nr.508/1993）により、環境に重大な影響が予期される計画の際には、環境影響評価を規定することができ、手続集中を含めてその手続を法律的に規定することができる（前述3.（2）④参照）。さらに、連邦は、必要があれば、個々の実体法から生ずるところの実体的許可要件を統一的に定めることができる（同条同項同号）⁽²⁵²⁾。

(iv) 連邦および州のその他の環境保護権限

さらに、連邦と州のその他多数の環境保護権限が存する。それらは、営業および産業に関する事項（連邦憲法10条1項8号）、交通制度（連邦憲法10条1項9号）、鉱業・林業・水法（連邦憲法10条1項10号）など連邦権限領域に、狩猟法・漁業法、自然および景観保護法（連邦憲法15条1項）など州権限領域に見出される⁽²⁵³⁾。

③空間計画（生活空間の計画的形成）（国土計画、地域計画）

空間計画（Raumordnung）に関する事項も、立法および執行の横断事項に属する。空間

計画は、生活空間の最適利用を目標とし、国家的措置のみではなく非国家的措置も含め極めて広い意味において理解されている。国家的措置には、官庁の場所的活動範囲（管区）の確定による国家空間の機能的に適切な形成に関する措置や、道路の配線または工業施設の位置の定めなど空間利用のための法的拘束力を有する「土地の公共物指定（Widmung）」（Raumplanung）のような高権的活動のみではなく、経済的に発展の遅れた地域の振興など非高権の行政活動も含む。また、非国家的措置として、自然のままの景観保護を目的としての私的利益団体による土地購入などがある。

ここにおいても、唯一の権限担い手の全権限ではなく、横断原理に従った連邦と州の間の権限配分を見出すことができる。例えば、連邦道路の計画と設置に関する規定は連邦の権限（連邦憲法 10 条 1 項 9 号）に、州道路およびその他の道路に関しては、州の管轄権限（連邦憲法 15 条 1 項）に属する。さらに、連邦憲法 15 条 1 項により立法および執行が州権限に属する限り、例えば、州領域において自然保護地区を定め、土地利用制限を行うことも、鉄道制度、鉱業制度、森林制度、水法制度など連邦憲法 10 条ないし 12 条により明らかに連邦権限に留保されていない限り、州の計画権限に属する⁽²⁵⁴⁾。

④経済統制

(i) 経済統制領域における連邦の包括的権限と州の権限

財貨およびサービスに対する価格の法律または官庁による確定、エネルギー・原料・食料品など資源の管理統制、農業における生産過剰の縮小に関する市場統制的措置など、経済統制的措置は、権限法的に見て同様に、事柄に応じて考慮される連邦と州の個々の権限事項に配分される。例えば、採鉱については「鉱業」(連邦憲法 10 条 1 項 10 号)に、発電については「電気事業」(連邦憲法 12 条 1 項 5 号)になどというように権限配分される⁽²⁵⁵⁾。

しかし、連邦は、戦争を契機に、また戦争に続く経済の統一的管理統制の確保のため、特に必需品を国民に供給するという観点からも、経済統制領域に対する包括的な管轄権限を行使することができる(連邦憲法 10 条 1 項 15 号)。戦争に限定された緊急状況に対する一時的な特別権限が問題とされている。緊急状況は、例えば、価格の職権（官庁）による統制、生産の規制、財貨の配分、または、食料配給券などの割り当てと配給制度の導入による乏しい財貨の管理統制という形で、あらゆる必要な措置を規定する可能性を連邦に与える⁽²⁵⁶⁾。一般的権限配分規定（連邦憲法 10 条ないし 15 条）によれば州の立法または執行権限に属する事項（例えば、農業における市場秩序）についても、連邦は、この権限に基づいて規制することができる。この領域においては、州権限および州法規定が連邦法によって締め出される（停止・暗影原理：Suspendierungs-oder Überschattungsprinzip）⁽²⁵⁷⁾。

(ii) 連邦権限保護のための憲法規定

連邦は、戦争を契機として、または戦争に続いてのみ、経済統制領域に対する包括的な管轄権限を用いることができる(オーストリアの戦争への関与は必要ではない)。この条件が存在しない、またはもはや存在しなくなったときは、経済統制領域の管轄権限は、横断事項として、連邦と州のさまざまな権限領域に配分される。しかし、連邦は、通常（平常）時においても、自らの統制可能性を保持するために、価格法（Preisgesetz）（BGBl. Nr.145/1992）、市場秩序法（Marktordnungsgesetz）（BGBl. I Nr.55/2007）などさまざま

な統制法律の中に、権限法的な保護、それゆえ、これらの連邦法律の合憲的な存続に奉仕するところの特別な憲法規定を定めた⁽²⁵⁸⁾。このような権限保護条項の規定ひな形は、次のような形式を有する。すなわち、「憲法規定：この法律に含まれている法規定の公布、改正、廃止および執行は、連邦憲法に別段の定めがない限り、連邦事項にも属する。」⁽²⁵⁹⁾。価格法 Artikel I（憲法規定）1項、市場秩序法1条（憲法規定）にも同様の規定がある。

⑤災害克服、包括的国土防衛

ここにおいても、権限法的に横断事項が問題となる。災害克服に関する措置についての連邦の規制権限は、例えば、水法（例えば、石油事故後の地下水保護）（連邦憲法10条1項10号）、鉄道および航空など交通制度（鉄道事故、航空機墜落）（同条同項9号）、森林制度（森林火災）（同条同項10号）、健康制度（原子力汚染）（同条同項12号）の領域に見出される。これに対し、火災警察および火災防止制度に関する事項は、特別な連邦の管轄権限（例えば、森林火災の際の森林制度、航空・鉄道・船舶交通の領域における火災の際の交通制度）が規定されていない限り、州の規制権限（連邦憲法15条1項）に属する⁽²⁶⁰⁾。以上の状況は、例えば、飛行機の墜落によって住居と森林が火災になり、さらに、燃料によって地下水汚染のおそれがある場合などに起こりうる⁽²⁶¹⁾。

同様の権限に関する問題は、包括的国土防衛の際に生ずる。包括的国土防衛は、軍事的・精神的（理念的）・市民的（非軍事的）・経済的側面を包括する（連邦憲法9a条2項の法的定義参照）。それゆえに、とりわけ、防衛施設の設置のような軍事的措置（連邦憲法10条1項15号）、学校における教育労働（schulische Bildungsarbeit）（学校制度）（連邦憲法14条、14a条）、住宅における避難所（防空壕）の設置（建築法）（連邦憲法15条1項）、緊急事態用の備蓄品の備え付け（経済統制）（連邦憲法10条1項15号、15条1項）などに配慮することが、それに当たる。ここでも、連邦と州の権限の強力な分断・分散に突き当たる⁽²⁶²⁾。

（4）権限の集中と権限行使の調整

立法と執行における管轄権限の配分は、連邦国家制度の本質的要素を形づくっている。しかし、この配分は、自然環境保護（州権限）と連邦道路建設（連邦権限）、都市計画（州権限）と記念物保護（連邦権限）など、国家的任務の効率的な処理にとって、および問題の最良の解決にとって、一つの妨害を形成する。とりわけ横断事項の例は、権限分離の原則によって問題をより一層先鋭化する⁽²⁶³⁾。

①権限の集中

連邦国家における合目的的な任務処理が権限配分によって困難化または妨げられるという危険にどのように対処することができるのか。一つの可能性は、一人の権限主体の下に管轄権限を集中することに存する。こうした方法で、権限の分断・分散状況が無くなり、あるいは、少なくとも弱められる⁽²⁶⁴⁾。

一定の範囲において、こうした可能性は、既存の権限配分の中に既に存在する。連邦が、一定の条件の下に有害な環境汚染による負担の除去（連邦憲法10条1項12号）の領域において、また経済統制（連邦憲法10条1項15号）に関して、用いる包括的管轄権限がある（前述（3）②④）⁽²⁶⁵⁾。

権限集中は、憲法上の権限配分の改正によってのみ生ぜしめることができる。その例が存する。大気清浄と廃棄物処理の領域における連邦の比較的広範な管轄権限（連邦憲法 10 条 1 項 1 2 号）（前述（３）②）は、1988 年 11 月 29 日の憲法律による連邦憲法改正（BGBl.Nr.685/1988）に遡る。それによって、権限法的な分断・分散は、環境保護の重要な二つの分野において弱められた。1993 年 7 月 30 日の憲法律による連邦憲法改正（BGBl.Nr.508/1993）は、連邦に対して、環境影響評価の領域に、幅広い規制権限をもたらし（連邦憲法 11 条 1 項 7 号）（前述（３）②）⁽²⁶⁶⁾。

しかし、権限集中の手段による特に連邦への権限と任務の集中に対して、憲法改正手続という制限が設けられている。そうでなければ、この戦略は、州の犠牲において連邦の権限授与の効果を生ぜしめ、最終的には、連邦国家の破棄につながることになる⁽²⁶⁷⁾。

② 権限行使の調整

a. 連邦と州の協定

管轄権限の集中に代わる第二の方法は、権限行使の調整に存する。その際、連邦と州の権限法的な保持状況が維持されるが、管轄権限の主張は相互の調整によって生ずる。

連邦憲法は、連邦国家における調整措置のための特殊な手段として、連邦と州の間の協定を定める（連邦憲法 15 a 条）。それに従って、連邦と州（州相互の間においても）は、立法と執行の事項について協定を締結することができる。その中で、例えば、空間（地域）計画事項における調整規定の策定や調整的行動について取り決めすることができよう⁽²⁶⁸⁾。

b. 配慮原則（配慮権限と配慮義務）

既に概観した（第 1 章 3（２）権限領域の分離、累積原理および観点理論を参照）ように、連邦と州の権限領域の厳格な分離を前提としながらも、観点理論の適用によって、同じ一つの生活実態に対して、権限法的内容的に異なった規制が可能となっている（主権限〔Hauptzuständigkeit〕と副権限〔Nebenzuständigkeit〕の競合）。このような連邦国家的権限競合を克服するため、配慮原則が有益である。

連邦と州の権限の密接な関連性は、それぞれの立法者が立法するに際して、他方の規定にも配慮することを要請する。その際、2つの場合が区別される。一方では、このような配慮がどの程度まで許されるのかという問題（配慮権限）であり、他方では、このような配慮がどの程度まで要求されるのかという問題（配慮義務）である。以下、2つの場合を考える⁽²⁶⁹⁾。

b. の 1 配慮権限

連邦立法者および州立法者は、立法するに際し、自己の裁量（自由な判断）に従って、自己の権限外の目的も含めあらゆる公の目的（公益）を考慮することができる。それゆえ、他方権限者の行政目的をも考慮することが許される（VfSlg 13326/1993）⁽²⁷⁰⁾。それによって、憲法的基礎を成す連邦国家における連邦規定と州規定間の、さらにそれら執行行為間の意思調整が容易となる。特に連邦と州の権限が交錯する空間（地域）計画の領域において、この傾向が顕著である。例えば、記念物（碑、像、建造物）保護は、立法および執行において連邦事項（連邦憲法 10 条 1 項 1 3 号）であるが、州立法者は、建築事業を許可するに際して、周囲の記念物を考慮に入れることが許される（VfSlg 14266/1995: この判決

については、注（220）参照⁽²⁷¹⁾。しかし、他方権限者の利益や目的を考慮する権限は、他方権限者の権限に属する規制を自ら行う程度にまで濫用することは許されない（VfSlg 13326/1993: この判決については、注（270）参照）。州の空間（地域）計画権限も、大型市場の設置など競業政策的ないし産業政策的観点が絡む事項（連邦憲法10条1項8号）には及ばない（VfSlg 9543/1982）^{(272) (273)}。自己の権限の補完（Kompetenzergänzung）としての定めはできるが、規制の主要内容（Hauptinhalt）として自己の権限外の目的を考慮するところの権限拡張（Kompetenzerweiterung）や権限移動（Kompetenzverschiebung）は、憲法上の権限配分規定に反し憲法上許されないのである⁽²⁷⁴⁾。

b. の2 配慮義務

b. の2の1 配慮義務の意義

連邦と州は、以上② a. で概観した特別な協定が無い場合でも、それぞれの管轄権限を行使するにあたって、相互に配慮義務を負っている⁽²⁷⁵⁾。すべての立法者が考慮しなければならない「すべての公の目的（alle öffentlichen Zwecke）」には、当然、他方の権限者の「公の目的」も含まれているので、立法に際しては、他方の権限者の考慮すべきあらゆる法規定を考慮しなければならないということになる⁽²⁷⁶⁾。例えば、森林法（Forstgesetz 1975 [BGBl.Nr.440/1975]）17条3項によって、連邦の森林官庁が開墾許可を与えるに際し、とりわけ州権限事項に属する自然保護に配慮する義務があり、逆に、州立法者は、州行政庁が建築許可を付与するに際し、連邦権限事項に属する記念物保護に配慮することを定めることができる。このような権限外の目的の配慮を、立法者は、憲法上許される方法で定めることができる。

b. の2の2 配慮義務の根拠

1999年のスイス連邦憲法は、「連邦および州は、各々の任務の遂行にあたって相互に支援し、かつ協働する」（44条1項）、「連邦および州は、相互に配慮し、かつ援助する責任を負う。連邦および州は、相互に職務上および法律上の救援を行う」（44条2項）と定め、連邦および州相互の配慮義務の憲法上の明文的根拠を置いている⁽²⁷⁷⁾。これに対して、オーストリアにおいては、連邦と州の相互の配慮義務（Pflicht zur Berücksichtigung）ないし忠誠義務（Treuepflicht）は、オーストリア憲法に明示されているわけではないが、「任務領域ないし管轄権限の排他的分離の原則」、連邦と州は、その権限を行使する際には、他方の権限者に対する不当な妨害を引き起こすような態度をとることは許されない、という意味での「一般的公正の原則（連邦と州の対等の原則）」（allgemeines Sachlichkeitsgebot [Gleichheitssatz]）から導き出すことができる⁽²⁷⁸⁾。憲法裁判所は、配慮義務を連邦国家の本質から導き出している（VfSlg 17497/2005）^{(279) (280)}。配慮原則は、「連邦法は州法を破る（Bundesrecht bricht Landesrecht）」という解釈基準に無縁のオーストリア憲法において、連邦国家における連邦立法と州立法の相互調整のための本質的な解釈基準となっている⁽²⁸¹⁾。

b. の2の3 配慮義務の限界

権限外の利益と目的の配慮義務についても、他方立法者の権限事項を規定し、ひっくり返す（umkippen）ほど広範囲に及ぶことは許されない⁽²⁸²⁾。連邦または州の立法者の他方

立法者に対する配慮義務は、自律性からの制限ともいえる限界を有するのである。立法者は、他方立法者の自律的規制を妨げてはならず、他方立法者の立法をかいぐる（unterlaufen）、すなわち廃止または適用できないようにすることは許されない（粉碎禁止〔Torpedierungsverbot〕、VfSlg17497/2005〔注（279）〕も参照）。権限領域の分離と独自性は、他方の権限者に対する不当な妨害を許容するほど広範なものではない。一種の権限濫用ないし権限踰越の禁止の要請である⁽²⁸³⁾。

また、州の連邦立法への配慮義務から、連邦に対する忠誠（Bundestreue）に基礎を置くところの「州に対する連邦の監督」権限（第３章で後述）を引き出すことも許されない⁽²⁸⁴⁾。

b. の 2 の 4 配慮義務と利益衡量

観点理論（Gesichtspunktetheorie）および配慮権限（Berücksichtigungsbefugnis）は、実際問題として、連邦立法と州立法が、部分的に重複するばかりではなく、お互いに矛盾する規定を発布する結果となる可能性がある（観点理論につき、以下、b. の 2 の 6 （i）狩猟法（州法）と森林法（連邦法）、（ii）自然保護法（州法）と鉄道法（連邦法）、（iii）催し物法（州法）と動物保護法（連邦法）を参照）。連邦立法者も州立法者も、他方の権限者が認める利益を否定し、その法律的規制をかいぐり、他方の権限者の立法の実効性を不当に侵害する立法をなすことを禁じられる（配慮義務）。それゆえ、立法者は、立法に際し、自己の利益と他方の権限者の利益の適切な調整に至るところの衡量（利益衡量）を行うことが義務づけられる⁽²⁸⁵⁾。

かくして配慮義務は、化石理論と観点理論の厳格な適用を巧みにかわし、権限配分が、利益衡量問題で苦しむことになる。しかも、さまざまな利益間の利益衡量が行われ、この利益衡量には基準が存在しないので、憲法裁判所の判断の余地を著しく高め、絶えざる不安定性の増加と結び付く⁽²⁸⁶⁾。評価の基準として、次の点が指摘されている。第一に、連邦または州の立法権者による他方の立法権への妨害が、自己の立法権の濫用ないし踰越といえるほど重大であるかどうか、第二に、その妨害を、他方の立法権者が、自己の権限行使の自律性を危険にさらされることなく受け入れることができるかどうか、が憲法的価値評価の対象となる。そこでは、連邦および州の両当事者の立場からの衡量が行われる。抽象的な衡量ではなく、連邦および州のそれぞれの立法権限内容および目的、規定する領域の特性、規定によって把握される生活領域の合法性、それぞれの法政策的な形成の自由、平等原則などを考慮して個別具体的な衡量が行われる。次の b. の 2 の 6 （ii）で考察する「ゼメルング鉄道基礎トンネルに関する判決（VfSlg 15552/1999）」においても、政治的に非常に敏感な自然保護法（州法）と鉄道法（連邦法）の法対立を、これらの基準によって解決した⁽²⁸⁷⁾。

b. の 2 の 5 執行機関と配慮原則

当然のことながら、配慮権限および配慮義務は、憲法適合的（合憲的）解釈の原則（Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung）を媒介として、立法者のみではなく執行機関についても認められる。そこでは、裁量規定や不確定法律概念は、相手方当事者（他方の権限者）と矛盾する形で規制や執行行為として解釈適用されてはならず、相手方当事者（他方の権限者）もその実現に関して権限を有するところの「公益」を考慮に入れな

なければならない (VfSlg 14534/1996)^{(288) (289)}。

b. の 2 の 6 配慮義務に関する 3 つの事例

次に、連邦立法と州立法の相互調整に関する義務である配慮義務に関する 3 つの事例を挙げる⁽²⁹⁰⁾。

(i) 狩猟法 (州法) と森林法 (連邦法)

連邦憲法裁判所は、1984 年の判決 (VfSlg 10292/1984) において初めて、連邦と州の権限行使に際しての相互の配慮義務を明言している。この判決は、狩猟法と森林法の関係に関わる。林業 (山林管理) (営林制度) (Forstwesen) は連邦事項 (連邦憲法 10 条 1 項 10 号) であり、狩猟制度 (Jagdwesen) は州の管轄権限事項 (連邦憲法 15 条 1 項) である。1975 年 7 月 3 日の連邦法律である森林法 (BGBl.Nr.440/1975) は、すべての人に対して、休養目的のために森に立ち入り、そこに留まることを許している (いわゆる共同利用の事例) (森林法 33 条 1 項)。ただし、森林法 33 条 2 項、3 項、および 34 条に定める場合における例外規定がある。土地の所有者による森への一時的 (34 条 2 項) または永続的 (34 条 3 項) な立ち入り禁止は、植林の保護のためなど一定の場合においてのみ許される。森林法の規定とは別に、ニーダーオーストリア州の 1974 年狩猟法 (Nö. Jagdgesetz 1974) (LGBL6500-0,Nr.76/1974) は、狩猟地域に立ち入ることができるのは、土地所有者、利用権限者、彼らから授権された者、職務上の地位ないし職務上の権限に基づき狩猟地域に立ち入る権利義務を有する者のみであり (94 条 5 項)、狩猟に関係ない者に対して、狩猟地域への一般的立ち入り禁止を規定した (94 条 1 項)。それによって、この法律の適用領域において、同時に森林でもある狩猟地域での森林法上の共同利用が、實際上禁止されることとなった⁽²⁹¹⁾。

権限法的にさまざまな規定の累積的重なりは、権限分離の原則に相応する。形式的に見れば、何ら矛盾は存在しない。すなわち、森林法上の自由は、その他の法秩序 (それゆえに狩猟法も含めて) の枠内においてのみ享受しうる。しかし、連邦憲法裁判所は、この形式的な解決で満足しなかった。連邦憲法裁判所は、権限分離の原則は、連邦国家における権限行使の相互妨害に至ることを許すものではなく、連邦または州の立法者は、他方の権限者によって認められた利益を否定し、その法律的规定をかいくぐって弱体化ないし破壊する (unterlaufen) (廃止または不適用にする)⁽²⁹²⁾ ことを禁止されるという目的論的な衡量を前提として、連邦と州は、自己の利益と相手方利益との妥当な (angemessen) 調整に至る利益衡量を行い、このような利益調整につながる規定のみをなすことが要求される⁽²⁹³⁾。そして、その時その時の諸規定と相手方の執行行為を考慮する義務を有しているということ⁽²⁹⁴⁾を判示した (以上、VfSlg 10292/1984. この判決は、後述する (iii) の判決において引用されている)⁽²⁹³⁾。こうした理解が、判例の一定不変の傾向であるとされている⁽²⁹⁴⁾。

ニーダーオーストリア州の狩猟法による制限は、森林法的な自由を何ら考慮しておらず、それゆえ、連邦国家における配慮原則 (Grundsatz der Rücksichtnahme) 違反ゆえに、連邦憲法裁判所によって破棄された。ニーダーオーストリア州の狩猟法は、州立法者が、連邦立法者が認めたところの森林が持つ森林法上の国民に対する保養機能利益よりも、狩猟経済上および猟獣・猟鳥生物学上の利益を過度に優先させたことにより、憲法上の配慮義

務違反が認められたのである⁽²⁹⁵⁾。狩猟法（州法）と森林法（連邦法）の重なりについては、森の害虫駆除のための毒薬の使用に関する規定は、連邦の所管、それとも州の所管という問題もある⁽²⁹⁶⁾。

（ii）自然保護法（州法）と鉄道法（連邦法）

連邦憲法裁判所は、（i）の判決（１９８４年判決）を引き継ぎ、さらに発展させた。ゼメリング鉄道基礎トンネル（Semmering-Basistunnel）に関する判決（VfSlg 15552/1999）において、鉄道法（連邦憲法１０条１項９号により連邦事項）と自然保護法（連邦憲法１５条１項により州事項）の関係が問題となった。建設計画は、鉄道法上の許可とともに自然保護官庁の許可を必要とした。自然保護官庁の許可は、ニーダーオーストリア州自然保護法に基づき、ニーダーオーストリア州により拒否された。憲法裁判所は、ニーダーオーストリア州自然保護法のいくつかの規定に関する法律審査手続を機に、自然保護法上の観点からの拒否処分に対するトンネル建設権限を有する会社側からの訴えを受理した。憲法裁判所は、連邦と州相互の配慮原則は、釣り合いのとれていること（Verhältnismäßigkeit）という観点から、対立する関係利益（この場合は、交通政策とエコロジー〔生態保護〕）の衡量を要求しているということを前提とした。憲法裁判所の理解するところによれば、ニーダーオーストリア州自然保護法は、そのような衡量をしていないという理由で、憲法裁判所は、この法律のそれに相当する諸規定、およびそれら諸規定に基づき拒否されたニーダーオーストリア州自然保護官庁の拒否処分を破棄した⁽²⁹⁷⁾。

憲法裁判所の判断の論理構成は、次のごとくである。

a. 連邦憲法１０条１項９号における「交通制度」には、鉄道制度も一般的に含んで理解される。鉄道制度のあらゆる局面を包括するところのこの広範な連邦権限は、連邦憲法１５条１項により州が権限を有するところの規制、従って鉄道に関わる規制をもとより排除するものではない。

b. 州の管轄権限からの連邦権限の限界に関しては、１９２５年連邦憲法発効時（１９２５年１０月１日）における鉄道に関する法的規制の内容が基準となる。

c. 自然保護は、権限法的に見れば、その時々々の管轄権限を有する立法者が共に規制権限を有するところの横断事項（Querschnittsmaterie）でも付属事項（Annexmaterie）でもない。自然保護は、一般的に、むしろ州の立法および執行権限に位置づけられる。

d. １９２５年１０月１日当時の「交通制度」事項の中に、何ら明確な自然保護法的規制を見出すことができない。

e. 新たな規制（ここでは自然保護）は、それ（自然保護）が、その本質的内容から判断して、体系的に（systematisch）、権限の基礎（Kompetenzgrund）（ここでは「交通制度」）に属するときのみ、一定の権限構成事項（ここでは「交通制度」という連邦権限）に包含される。しかし、この条件は、１９２５年１０月１日当時の「交通制度」という背景の下で、鉄道についての「交通制度」に対する関係における自然保護について妥当しない。それゆえに、この権限構成事項（ここでは「交通制度」）の体系内（intrasystematisch）の更なる展開（Weiterentwicklung）も受け入れることができず、連邦憲法１５条１項における権限、すなわち自然保護法的観点からの州立法による規制のための余地が残されている。

f. 一つのプロジェクトについて、いくつかの許可が必要とされ、法規定に従って、さまざまな権限主体が、許可を与えたり拒んだりする。このことは、それぞれの権限主体が、立法権限を行使するに際し、一定の規制を絶対的に行い、他の権限主体（連邦、州など）の権限を空洞化する、あるいは、かいくぐり（unterlaufen）、弱体化ないし破壊するという意味において、完全に自由であるということを決して意味しない。連邦国家を構成する連邦憲法は、連邦と州のさまざまな利益が立法行為の中に具体化されて次から次へと採決される限りにおいて、調和的な法秩序の基礎でなければならない。それゆえに、州立法者（連邦立法者も同様）の法政策的な形成の自由は、他方の法定立機関の規制の実効性を事項的に不当に侵害するものと見えるところの規制をなすことを禁止される限りにおいて制限される。

g. 州立法者の疑う余地のない自然保護権限にもかかわらず、少なくとも、自然保護の利益とその侵害を引き起こすその他の利益（鉄道上の利益）との間の衡量という形において、自己の権限外の利益を考慮する余地も存在しなければならない。

h. 以上の理由から憲法的に命ぜられるこの種の利益衡量を、ニーダーオーストリア州の改正自然保護法（LGBI.5500-5）（1998年2月20日発効）は認めず、正しく法的に排除している。ニーダーオーストリア州の改正自然保護法は、自然保護法によって正当に保護される環境保護利益が侵害する法益の重要性にもかかわらず、全く特別な全経済的意義を有する交通制度の設置ないし建設の妨害を可能にする。それによって、連邦は、権限的に委託された相応な高性能の鉄道および道路ネットワークという全経済的需要の確保の実現が妨げられうる。

i. 改正前のニーダーオーストリア州の自然保護法2条1項および3項とは異なり、改正法2条は、5条3項および6条4項の許可の拒否要件の合憲的解釈を認めていない。それゆえ、ニーダーオーストリア州の改正自然保護法（LGBI.5500-5）は、憲法違反として廃止されるものとする。連邦憲法140条6項により、法律の違憲審査に付された改正自然保護法2条の廃止の結果、鉄道目的の建設物を設置する公益上の利益に配慮することを認めるところの廃止されていた改正前自然保護法2条3項が再び効力を有する（以上、VfSlg 15552/1999）。

（ちなみに、改正前のニーダーオーストリア州の自然保護法2条1項は、「この法律の諸規定によって、連邦の管轄権限は、特に、軍事に関する事項（連邦憲法10条1項15号参照）における措置（同法同条同項1号）、鉱業・林業・水法に関する事項（連邦憲法10条1項10号参照）における措置（同法同条同項2号）、衛生制度（連邦憲法10条1項12号参照）に属する限りで動物の疫病の駆除に関する措置（同法同条同項3号）につき影響を受けない」と規定していた。さらに、改正前のニーダーオーストリア州の自然保護法2条3項は、「連邦軍、鉱業、鉄道・道路・航空交通制度の目的に専らまたは圧倒的に奉仕するところの平地・水面および既存施設は、自然保護によって、その利用を侵害することは許されない」と規定していた。ところが、改正後の自然保護法（LGBI.5500-5）2条には、改正前の自然保護法2条3項に該当する規定はもはや含まれていない。憲法裁判所の判決を考慮してか、2000年のニーダーオーストリア州自然保護法〔Nö. NSchG 2000〕

[LGBL5500-0] 4条1項において、「この法律の適用に際しては、連邦の権限法上の利益は、自然保護の利益との衡量の形において配慮される」ことが新たに規定されている)。

(ゼメリング鉄道は、1848年に着工し1854年に開通した、ヨーロッパの屋根と言われたアルプス山脈を初めて超えた鉄道(世界初の山岳鉄道)(全長41km)であり、1998年には鉄道全体が世界遺産に登録された。20世紀中ごろには、走行時間の短縮と輸送量の拡大を目的に、ゼメリング峠のトンネル掘削のためのいくつかの試みがもくろまれた。1989年に、第一次ゼメリング鉄道基礎トンネルプロジェクトが計画され、グログニッツとミュルツツーシュラクとの区間を全長22.7kmで結ぶものであった。このトンネルによって、走行時間が、従来45分かかったところが約30分となり約15分短縮されるものとされており、1990年代に建設工事が始まった。ところが、多量の浸水とニーダーオーストリア州の自然保護決定により、トンネル推進事業が一時停止され、続いて中止されてしまった。2012年春には、グログニッツとミュルツツーシュラク間のゼメリング鉄道基礎トンネル建設(全長27.3km)の新たな準備作業に行われた。2014年には、行政裁判所によって、環境影響評価と許可手続の合法性が審査され、2015年5月に、あらゆる異議が棄却され、トンネル建設に希望の光が与えられた。ユネスコも、ゼメリング鉄道基礎トンネル建設によって、世界遺産であるゼメリング鉄道を取り囲む周囲の景観に何ら危険を与えるものではないと見ている。2015年6月23日について、トンネル建設が始まった。2025年までに完成の予定である)⁽²⁹⁸⁾。

(iii) 催し物法(州法)と動物保護法(連邦法)

動物保護法(Tierschutzgesetz 2004)(BGBl. I Nr.118/2004, Artikel 2)(連邦憲法11条1項8号)に基づく連邦法規(動物保護・催し物令)(Tierschutz-Veranstaltungsverordnung)(BGBl. II Nr.493/2004) 2条2項は、捕獲野鳥展示の絶対的な禁止を定めたが、ザルツカンマーグートの慣習に従って捕獲野鳥(鳴禽(めいきん))[Singvogel])の展示を認めるオーバーオーストリア州の催し物法(興業法)(Oö. Veranstaltungsgesetz 1992)(LGBL Nr.75/1992)⁽²⁹⁹⁾ 1条2項2号に反しており、憲法上の配慮義務要請に違反しているとされた(VfSlg 18096/2007)(BGBl. II Nr.80/2007)⁽³⁰⁰⁾。

憲法裁判所の判断の論理構成は、次のごとくである。

a. 本件の連邦大臣の野鳥展示禁止命令は、その種類と範囲を一義的に明白に規定しており、申立人である野鳥愛好家や野鳥愛好団体の法的に保護された利益を単に潜在的のみではなく、直接かつ現実的に侵害しており、かつ、憲法裁判所の下で命令の違法性の審査を申し立てる以外に違法侵害に対する他に期待しうる防御手段も何ら存しないので、連邦憲法139条1項末文により申立ては許容される。

b. 2004年の連邦憲法改正(BGBl. I Nr.118/2004, Artikel 1)により、動物保護に関する事項は、2005年1月1日以降、連邦の立法権限に属する(連邦憲法11条1項8号)。連邦法律である動物保護法28条3項は、所管の主務大臣に対して、ザルツカンマーグートにおける伝統的な野鳥展示も含めて、許可義務を伴う動物展示に関し、催し物期間中の動物の届け出、期間、飼育などの観点から、より詳細な規定を命令によって定めることを委任した。しかし、動物保護法28条3項は、野生動物の絶対的な展示禁止の十分な

法的根拠を提供するものではない。主務大臣の命令は、動物保護法 28 条 3 項に含まれる授權の限度を超えるものである。

c. 野生動物の展示は、「催し物制度」の観点から州の管轄権限（連邦憲法 15 条 1 項）に服し、1992 年のオーバーオーストリア州催し物法（興業法）1 条 2 項 2 号により、許可も届け出も必要とせず実施することが許される（筆者注：ただし、捕獲については、許可が必要である。オーバーオーストリア州種保護令〔Oö. Artenschutzverordnung 2003〕〔LGBLNr.73/2003〕11 条 13 号参照）。

d. 連邦と州のそれぞれの規定が重なった場合における価値対立をどのように解決するのか憲法的に問題となる。憲法裁判所は、既に、判決（VfSlg 8831/1980;10292/1984〔筆者注：本文（i）判決〕など）において、連邦憲法に内在する配慮義務（Rücksichtnahmepflicht）について判示している。本件において、動物保護法 28 条 3 項の授權に基づく主務大臣の権限行使は、オーバーオーストリア州の利益との必要不可欠な調整を受け入れるものであるという趣旨に、法律的授權が解釈されねばならない。しかし、主務大臣は、このことに配慮していない。

e. 動物保護法 28 条 3 項の授權に基づく主務大臣の命令である「動物保護・催し物令」2 条 2 項は、捕獲された野生動物の絶対的な展示禁止を刑罰付きで規定しており、その結果、州の管轄権限に属し許容しうる催し物も、動物保護の観点から否定されることとなった。1992 年のオーバーオーストリア州催し物法 1 条 2 項 2 号において、「国民の慣習に基づく催し物」は、1 条 1 項の例外として、官庁の許可を不要とした州立立法者の意思に直接的に反するものであり、連邦の「動物保護・催し物令」2 条 2 項は、違法として廃止されるべきである（以上、VfSlg 18096/2007）。

（憲法裁判所の判断を受けて、「動物保護・催し物令」2 条 2 項が破棄され〔BGBL II Nr.80/2007〕、旧規定に代わる新たな規定においては、「2005 年 1 月 1 日より前に既に公布され通用していた州法的規定に反しない限りにおいて」という補則文言が展示禁止規定に付け加えられた。BGBL II Nr.70/2008 参照）。

（ザルツカンマーグートにおける野鳥（鳴禽）捕獲は、数世紀にわたり存在するオーバーオーストリア州の伝統的慣習である。皇帝ルドルフ 2 世は、1579 年 12 月 20 日の勅令で、ザルツカンマーグート地方での野鳥捕獲を許可した。大物猟獣・猟鳥（Hochwild）は貴族の、小物猟獣・猟鳥（Niederwild）である野鳥は庶民（kleiner Mann）の猟の対象となった。皇帝は、自己の所有地・御料地においても野鳥捕獲を許した。1727 年のオーバーオーストリア州に対する命令において、それまでは実際上一年中可能であった野鳥捕獲は、春の抱卵前および抱卵中には許されないことが決められた。1830 年代には、ハプスブルク家のザルツカンマーグート訪問が始まり、特に、皇帝フランツ・ヨーゼフ 1 世が、エリザベートとの結婚を祝して 1853 年に建てられたバート・イシュルのカイザーヴィラ（Kaiservilla）において毎年夏を過ごすようになると、それにつれて高まる観光ブームによって、鳥籠で飼う小鳥への需要がますます増大していった。1860 年代に入ると、鳥の捕獲を行う者（野鳥捕獲者）の団体が結成され、また野鳥展示会も開催されるようになった。1870 年 4 月 30 日の法律によって、鳥を保護するために、捕獲できる鳥の種

類、捕獲時季、捕獲方法が制限され、1890年の州法律によって、この規定が本質的に確認された。20世紀に入り、ますます多くの野鳥捕獲者および野鳥愛好家の団体や連合が結成され、構成員の数も増加した。1964年のオーバーオーストリア州自然保護法は、1870年法以上に、捕獲できる鳥の種類、捕獲時季、捕獲時間、捕獲場所に制限を加えた。1976年3月4日のザルツカンマーグートの野鳥愛好家連合会と州政府との協定において、捕獲できる鳥の数・種類、捕獲リストコピーのオーバーオーストリア州政府への提出、捕獲方法が定められた。1982年5月19日の「自然の保存および保護に関する法律」は、鳴禽（めいきん）（Singvogel）飼育の習俗としての野鳥捕獲を認めたが、飼育される鳥の数を5羽に制限した。2001年の「オーバーオーストリア州自然の保存および保護に関する州法律（オーバーオーストリア州自然および景観保護法）2001」（Oö.Natur- und Landschaftsschutzgesetz 2001）（LGBL.Nr.129/2001）、および2001年の「オーバーオーストリア州自然の保存および保護に関する州法律」27条、29条2項に基づく州政府の命令であるところの、2003年の「オーバーオーストリア州種保護令2003」（Oö. Artenschutzverordnung 2003）（LGBL.Nr.73/2003）によって、本質的に今日まで通用しているところの習俗による野鳥捕獲のための法的根拠が創られた。「自然および景観保護法」29条（特別保護規定の例外）、「種保護令」11条（鳴禽の捕獲と飼育に関する例外規定）において、捕獲できる野鳥の種類、捕獲時季、捕獲数、捕獲時間、捕獲場所、捕獲方法、捕獲野鳥の春季の解放、飼育方法、捕獲許可などについて具体的に定められた。また、1992年に既に、「オーバーオーストリア州催し物法（Oö. Veranstaltungsgesetz 1992）」（LGBL.Nr.75/1992）に基づき、捕獲された野鳥の展示が認められていた。しかし、これらの定めに対し、2004年の連邦法である「動物保護・催し物令」による捕獲野鳥の絶対的展示禁止に対して、本文に示したような訴訟が提起され、憲法裁判所は、連邦の州法への配慮義務違反を認めたのであった。ザルツカンマーグートの野鳥捕獲は、いわば「一般庶民の狩猟」であり、秋に、その地方固有の野鳥を伝統的な方法で捕獲する。さらに、その捕獲した野鳥展示会において、鳥の色彩の華やかさ、無傷さ、飼育状態に基づき、最も優れた鳥に賞が与えられる。捕獲された鳥は、冬の間、小鳥小屋で飼育され、春になると、再び自然に帰される。正しく、ザルツカンマーグートの野鳥捕獲とその展示は、ザルツカンマーグートのアイデンティティを形作っている。グローバル化の時代において、地域の伝統と地方の叡智が評価され、2010年、ザルツカンマーグートの野鳥捕獲が、オーストリアの無形文化遺産として、ユネスコに登録された。）⁽³⁰¹⁾

b. の3 配慮原則のまとめ

オーストリアにおいても今や、憲法裁判所の判決および支配的学説によって、連邦国家的な特別の調整義務として、「連邦および州の相互信頼の原則」が認められている。この原則は、オーストリア憲法における連邦と州それぞれの法秩序の分離と対等性に基づいている。しかし、その対等性は立法および執行領域の単なる形式的な対等性であり、圧倒的多数の国家的任務が連邦に割り当てられているという憲法上の権限構造における実質的不対等を考慮に入れば、配慮原則は、結果的に、一方的に州に責任を負わしめるという重大な事態を生じさせる。b. の2の6で概観した憲法裁判所の配慮原則の適用事例においても、

(i) (ii) で概観したように、配慮原則は、連邦権限の制限というよりも、州権限制約の根拠として機能する傾向がある。連邦と州の厳格な対等性を前提にした権限基準の確立が望まれる⁽³⁰²⁾。

(5) 「制度理論」その他の連邦権限の一般条項化

憲法裁判所の古い判例 (VfSlg 2192/1951)⁽³⁰³⁾ によれば、連邦憲法の権限配分条項に「…制度」として挙げられている権限事項（例えば、貨幣・信用制度、銀行制度、営業制度、交通制度、森林制度、衛生制度など連邦憲法 10 条 1 項参照）については、州の一般的権限からすべての関連行政領域を取り出し、その結果、当該領域につき、州には何ら権限が残されていないから、他の観点からの州法的規制の余地を何ら認めないものであるとされる。権限事項に関連させ連邦優位を導く司法の試みである。しかし、学説からは、誤っており、とって代わられたとされている⁽³⁰⁴⁾。

他方、憲法判例は、個々の権限領域につき、連邦憲法 15 条 1 項による州の一般的権限に対する特別の例外的規定、例えば、連邦憲法 14 条 1 項の学校制度、21 条 1 項の公勤務法を実定法的根拠として、連邦の一般的権限（一般条項化）と州の極度に制限された例外的権限を認め、連邦優位の方向を助長する。

さらに、以上の憲法上の実定法的根拠とは関係なしに、特別な連邦権限の概念理解から、連邦の一般権限を導く。ここでは、連邦憲法 15 条 1 項の意味の「一般」および「特別」ではなく、連邦の概念上の一般権限を前提として、そこから非常に限定された例外としての州権限を区別する。「安全警察 (Sicherheitspolizei)」と「衛生制度 (Gesundheitswesen)」を例として取り上げる。「安全警察 (Sicherheitspolizei)」について述べると、一般的 (allgemein) 危険の除去は「一般的安全警察 (allgemeine Sicherheitspolizei)」に属する。一般的安全警察は、公共の平穏・秩序および安全の維持並びに第一次的・一般的な救助活動を含み (連邦憲法 10 条 1 項 7 号、78 a 条 2 項)、連邦の権限事項である。これに対して、営業警察 (連邦憲法 10 条 1 項 8 号)、交通警察 (連邦憲法 11 条 1 項 4 号)、建築警察 (連邦憲法 15 条 1 項) など、主に一定の特別な行政領域においてのみ生ずるところの特別な (besonder) 危険の除去は「行政警察 (Verwaltungspolizei)」に属する。行政警察は、根幹となる行政領域 (Stamm materie) の帰属に応じて、例えば、営業警察は連邦権限、建築警察は州権限というように、連邦または州の権限として配分される (付属原理 [Annexprinzip])。ここでは、「特別な (besonder)」危険の除去のみが、場合によってはありうる (allfällig) 州権限とされることとなる (VfSlg 3650/1959. この判決は、VfSlg 10831/1986, VfSlg 14266/1995 においても引用されている)⁽³⁰⁵⁾。同様に、「衛生制度 (Gesundheitswesen)」については、特別な行政領域における「特別な衛生警察 (besondere Gesundheitspolizei)」として州権限とされない限り、一般的 (allgemein) な衛生状態への危険の除去は連邦権限 (連邦憲法 10 条 1 項 12 号) に属する (VfSlg 16929/2003. この判決は、前述の VfSlg 3650/1959 を引用している)。かくして、連邦の概念上の「一般的」権限の中央集権的機能によって、歴史的に証明できる (nachweisbar) 州の行政権限のみが連邦権限から除外されることとなる。これこそ、連邦国家的権限理論の欠如を示すものである⁽³⁰⁶⁾。

（６）補完性の原則（Subsidiaritätsprinzip）の確立に向けて

憲法裁判所の解釈は、権限に関する問題を、憲法の個々の法的規定の切り離された法的解釈問題として理解し、個々の解釈の際に「連邦国家的な全体秩序」としての結果を考慮していない。連邦国家的権限理論は、「二つの政府」としての連邦国家の本質を前提とし、このような国家性の基本概念の具体化として、権限を解釈する。連邦国家においては、「国家（中央）政府」と「地方政府」との間の国家的任務および国家権力は、「地方政府」が、その地域において、原則的にあらゆる任務を自ら処理し、全国家的意義を有する任務のみが「国家（中央）政府」に委ねられるように、配分されるべきものとされる。それゆえ、連邦国家における任務ないし権限配分は、地方第一次的な「補完性の原則」に相応するものであり、「補完性の原則」は合意がある場合のみ変更しうる。

以上の連邦国家的権限理論の下において、現実のオーストリアの権限配分秩序の多くの特性が理解され、連邦国家違反の異常（bundesstaatswidrige Anomalie）と認識される。全体的権限秩序も、連邦と州の個々の権限も、「補完性の原則」に従って形成ないし発展することがなかった。「補完性の原則」の憲法的根拠ともいべき州の一般権限性（連邦憲法 15 条 1 項）も、国家的現実においては、連邦の権限の「残り権限（Restkompetenz）」、すなわち、化石化され内容が固定された個々の権限の任意の集合へと解釈を変えてしまっている。支分国家の国家的性格が、同時に上位国家の国家性もまた疑わしいものとさせる。連邦国家的「補完性の原則」機能の再認識と連邦国家的権限配分への再帰が、オーストリア連邦制の喫緊の課題である⁽³⁰⁷⁾。

（「第 2 章 連邦の立法および執行への州の協力、州の立法および執行への連邦の協力」

以下は、次号に続く）

注

(242) Bernd-Christian Funk, S.140 ; Ludwig K.Adamovich, Bernd-Christian Funk, SS.145-146, S.162 ; Theo Öhlinger, S.138 ; Walter Berka, S.131 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.185, S.412, SS.558-559 ; Peter Pernthaler, SS.338-339.

(243) Walter Berka, S.124, S.131.

(244) Walter Berka, S.131 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.185, S.559.

(245) Bernd-Christian Funk, S.152 ; Ludwig K.Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.151 ; Theo Öhlinger, SS.126-127 ; Walter Berka, S.127 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, SS.166-167 ; Peter Pernthaler, S.318, S.325, S.326, S.341.

(246) Bernd-Christian Funk, S. 140 ; Ludwig K.Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.162 ; Walter Berka, S.124.

(247) Peter Pernthaler, S.340.

(248) Bernd-Christian Funk, SS.140-141 ; Theo Öhlinger, SS.74-75 ; Walter Berka, S.65, S.67 ; Peter Pernthaler, SS.624-625.

(249) Theo Öhlinger, S.74 ; Walter Berka, SS.65-66 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.50.

(250) Bernd-Christian Funk, S.141.

- (251) Bernd-Christian Funk, S.142.
- (252) Bernd-Christian Funk, S.142.
- (253) Bernd-Christian Funk, S.142.
- (254) Bernd-Christian Funk, S.143, SS.210-214 ; Theo Öhlinger, S.139.Raumordnung は Raumplanung と類似の概念であるが、本文で概観したように、フंकは、Raumplanung を Raumordnung の手段 (Instrument) として理解している。Bernd-Christian Funk, S.210.
- (255) Bernd-Christian Funk, S.143.
- (256) Bernd-Christian Funk, S.143.
- (257) Ludwig K.Adamovich, Bernd-Christian Funk, SS.163-164.
- (258) Bernd-Christian Funk, SS.143-144 ; Walter Berka, S.130.
- (259) Bernd-Christian Funk, S.144.
- (260) Bernd-Christian Funk, S.144.
- (261) Bernd-Christian Funk, S.144.
- (262) Bernd-Christian Funk, S.145.
- (263) Bernd-Christian Funk, S.145 ; Walter Berka, S.145.
- (264) Bernd-Christian Funk, S.145.
- (265) Bernd-Christian Funk, S.145.
- (266) Bernd-Christian Funk, SS.145-146.
- (267) Bernd-Christian Funk, S.146.
- (268) Bernd-Christian Funk, S.146 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.412.
- (269) Theo Öhlinger, S.142 ; Peter Pernthaler, SS.344-346.
- (270) VfSlg 13326/1993 では、ザルツブルク州の 1986 年土地取引法 (Grundverkehrsgesetz 1986) 10 条 1 項 6 号において、外国との土地取引が国家政策的または国民経済的ないし地域経済的利益に反するならば、土地取引の許可を拒否しようと定めるが、「民事法制度」を連邦権限事項と定める連邦憲法 10 条 1 項 6 号に違反しないのか問題となった。判決では、州立法者は、他方権限者 (連邦) の権限に属する規制を自ら行う程度にまで自らの権限を濫用することは許されないが、あらゆる公の目的 (公益)、それゆえ連邦の利益や目的も考慮しうるとし、外国との土地取引を行政官庁の制限に服させる規定 (特に、地域経済的利益の観点から) は、州権限事項であり、連邦憲法によって示される州権限の範囲内だとした。
- (271) Theo Öhlinger, S.142 ; Walter Berka, S.145.
- (272) VfSlg 9543/1982 では、オーバーオーストリア州の 1977 年地域計画法 (Oö. Raumordnungsgesetz 1977) (LGBLNr.15/1977) 2 条 6 項 3 号 2 文において、大型店舗、百貨店、ショッピングセンターなど大型市場の設置は、市場範囲において、特に住民の日常必需品の維持・確保にとって危険を生じさせない限りにおいてのみ許されると定めるが、「営業および産業に関する事項」を連邦権限事項と定める連邦憲法 10 条 1 項 8 号に違反しないのか問題となった。判決では、1973 年営業法 (Gewerbeordnung 1973) (BGBl.Nr.50/1974) 69 条 2 項 (財産損害からの保護)、72 条 (騒音および振動からの保護)、73 条 (取引条件の明示) は、事業者の保護を顧客の保護と結び付けており、住民の需要に配慮することができるので、州規定は、もっぱら「営業」事項の権限事項に含まれる規定内容を示すものであり、その州法の当該規定は、連邦憲法 10 条 1 項 8 号の観点から、州の権限には属さず違憲として破棄されるものとされた。
- (273) Theo Öhlinger, SS.142-143 ; Peter Pernthaler, S.344.
- (274) Peter Pernthaler, S.345.
- (275) Bernd-Christian Funk, S.146 ; Walter Berka, S.145.
- (276) Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.185.

- (277) Peter Pernthaler, S.343 ; 樋口陽一・吉田善明編『解説 世界憲法集〔第4班〕』、三省堂、2001年、123-124頁。
- (278) Ludwig K.Adamovich, Bernd-Christian Funk, S.144, S.163 ; VfSlg10292/1984. このVfSlg10292/1984判決は、本文で後述する狩猟法・森林法判決であるが、注（279）で取り上げるVfSlg17497/2005でも引用されている。「忠誠義務（Treuepflicht）」については、Peter Pernthaler, S.307 参照。
- (279) VfSlg17497/2005 では、連邦憲法 12 条 1 項 1 号（救貧制度）、15 条 6 項に基づくウィーン州の 1986 年障害者法（Behindertengesetz）（LGBL.Nr.16/1986）43 条 4 項において、連邦憲法 10 条 1 項 11 号（社会保険制度）に基づく連邦法律である連邦生活扶助金法（Bundespflegegeldgesetz）13 条 1 項によって、年金受給者が生活保護主体の費用で住宅支援を受ける場合にも、連邦立法者の意思によって毎月交付される給付金（Taschengeld）を、ウィーン州政府が費用分担金の確定の際に「収入（Einkommen）」として参入すると定めるのは、連邦立法者の意図（障害者であることによって増える特別なその他の需要を、この給付金によって満たそうとする際に、その自由な使用を確保するという目的）を無視し、配慮義務に違反するものであるとされた。この判決において、配慮義務を連邦憲法に内在する（innewohnend）義務としてとらえている。
- (280) Walter Berka, S.145.
- (281) Peter Pernthaler, SS.345-346.
- (282) Walter Berka, S.145.
- (283) Walter Berka, S.145 ; Peter Pernthaler, S.346.
- (284) Peter Pernthaler, S.346.
- (285) Theo Öhlinger, S.143.
- (286) Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.186.
- (287) Peter Pernthaler, SS.346-347.
- (288) VfSlg 14534/1996 では、鉄道施設の建設（例えば、線路の敷設、防音壁の設置）に関係する樹木の切除を鉄道官庁の許可によって認める連邦法律である鉄道法（Eisenbahngesetz 1957）（BGBl.Nr.60/1957）（連邦憲法 10 条 1 項 9 号「交通制度」）と、樹木の切除を官庁の許可なしに行った場合に、刑罰とは関係なく、代わりの樹木を植えること（Ersatzpflanzung）、または調整税（Ausgleichsabgabe）を命ずるウィーン州法律である樹木保護法（Baumschutzgesetz）（LGBL.Nr.27/1974, LGBL.Nr.52/1993）（連邦憲法 15 条 1 項「樹木保護」「景観保護」「自然保護」）との関係が問題となった。判決では、鉄道施設の建設および維持に関連して生ずる措置（線路の敷設、防音壁の設置など）を行うことに対する鉄道官庁の許可には、樹木の切除の許可も含まれているとして、連邦立法によって為された規制への州の配慮義務を認め、鉄道施設へのウィーン州樹木保護法の適用を否定した。
- (289) Theo Öhlinger, S.144 ; Walter Berka, S.146 ; Peter Pernthaler, S.345.
- (290) Peter Pernthaler, S.345 注（86）においても、（i）（ii）の2つの事例を挙げている。
- (291) Bernd-Christian Funk, SS.146-147 ; Theo Öhlinger, S.143 ; Walter Berka, S.146.
- (292) Peter Pernthaler, S.346.
- (293) Bernd-Christian Funk, S.147 ; Theo Öhlinger, S.143 ; Walter Berka, S.146 ; Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.186.
- (294) Heinz Mayer, Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Karl Stöger, S.186.
- (295) Bernd-Christian Funk, S.147 ; Theo Öhlinger, S.143.
- (296) Theo Öhlinger, S.138.
- (297) Bernd-Christian Funk, S.147 ; Theo Öhlinger, S.143 ; Peter Pernthaler, SS.347-348.
- (298) <https://de.wikipedia.org/wiki/Semmering-Basistunnel>, 2016.

- (299) 1992年のオーバーオーストリア州の催し物法（興業法）（Oö. Veranstaltungsgesetz 1992）（LGBL.Nr.75/1992）は、「映画法」（Kinogesetz）とともに、2007年の「催し物の際の安全性に関する州法律」（Landesgesetz über die Sicherheit bei Veranstaltungen）（Oö. Veranstaltungssicherheitsgesetz 2007）（LGBL.Nr.78/2007）という一つの州法律に統合されたことにより、廃止されている。
- (300) Theo Öhlinger, S.143.
- (301) https://de.wikipedia.org/wiki/Salzkammergut_Vogelfang,2017.
- (302) Peter Pernthaler, S.348.
- (303) VfSlg 2192/1951によると、「森林制度」は、森林量（森林地面積）の育成・維持・保護に関するあらゆる措置、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においても、本判例が引用されている。
- (304) Theo Öhlinger, S.142 ; Peter Pernthaler, S.336.
- (305) Bernd-Christian Funk, SS.204-209. 特に、SS.206-209.
- (306) Peter Pernthaler, SS.336-337.
- (307) Peter Pernthaler, SS.340-341, S.343.

参考・引用文献

- ・ 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.
- ・ 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 Brauneder, *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.
- ・ LudwigK.Adamovich, *Grundriss des Österreichischen Verfassungsrechts*, Springer-Verlag, 1947.
- ・ <http://www.verfassungen.de/at/titel.htm>,*Verfassungen Österreichs*,2014.
- ・ Bundeskanzleramt, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich (BGBl.)*, Österreichische Staatsdruckerei.
- ・ *Ämtliche 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。

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—（４）

- ・ アントン・ヴァルト、エドゥアルト・シュタウディンガー、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