慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

| | |
|---|---|
| Title | 自治体財政権侵害の審査基準としての比例原則 |
| Sub Title | Verhältnismäßigkeitsprinzip als Prüfungsmaßstab für den Eingriff in die kommunale Finanzhoheit |
| Author | 上代, 庸平(Jodai, Yohei) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 2014 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.87, No.2 (2014. 2) ,p.413- 448 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 小林節教授退職記念号 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20140228-0413 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 自治体財政権侵害の審査基準としての比例原則

上代庸平

一　はじめに
二　地方自治における比例原則の妥当性
三　自治体財政権と比例原則
四　結びに代えて

## 一　はじめに

本稿は、地方自治体の自治権、特に自治体財政権に対する制限に関して、比例原則による審査を適用することの可否及びその意義について検討することを目的とする。

憲法学における比例原則とは、憲法上保護される利益（一般的には基本権）の制限が問題となる場合に、その制限を加える立法の合憲性を審査する基準として用いられるものである。[1] この原則は、①適合性、②必要性、③

狭義の比例性の三つの基本原則から成るものとされており、[2] 最近では基本権制約に関する従来の違憲審査基準論に対置する形で、この原則を含む三段階審査のわが国への導入を試みる論者も多く見られる。[3]

本稿は、この比例原則の根拠及び内実それ自体を検討することはせず、単に、その適用射程のみを検討の対象とする。比例原則はその出自において、確かに「基本権の制限に対する制限」として、ドイツの判例・学説の中で練成されてきたものである。では、「基本権に類似した」効力を持つとされる[4]地方自治体の自治権・自治体財政権に対して、これを機能させることができるのだろうか、あるいは、機能させることが適当であろうか。このような問題意識に立ち、本稿はまず連邦憲法裁判所の判決における自治権一般の保障と比例原則の関係について概観し、自治権保障の構造に即した比例原則の適用に踏み込みつつある判例の進展状況について検討を加えるとともに、その構造の自治体財政権の保障への援用可能性について若干の考察を行うこととする。

## 二　地方自治における比例原則の妥当性

比例原則が、いかなる根拠によって「制限に対する制限」として機能するかについては議論があるところであるが、[5] 連邦憲法裁判所は「比例原則は全て国家行為の包括的な指導原理であって、法治国原理から必然的に生じ、従って憲法上の位置付けを有する」[6]と明確に説示しており、法治国原理にその根拠があるものとしている。

この法治国原理は、国家の最も根本的な原則の一つであり、あらゆる国家の活動はそれに従ってなされなければならない。その意味では、国家の権限の垂直的配分たる地方自治行政や、その財政的基礎たる自治体財政も当然に法治国原理に服し、よってその制約については比例原則が考慮されても良さそうである。しかし、この点は連邦憲法裁判所も論理必然とはしてこなかった。ここでは、この点に関しての時系列上での判例の変遷を概観し

てみる。

### (一) 黎明期

基本法制定後間もなくの一九五〇年代には、基本法が保障する自治とはどのようなもので、どのように行われるべきか、という点が、まず喫緊の問題になっていた。

それを反映して、連邦憲法裁判所の初期の判決では、地方自治に関する制度的保障理論の導入とその保障内容に関する説示に重点が置かれている。例えば、連邦憲法裁判所の地方自治保障に関する最初の判決として知られるオッフェンバッハ判決においては、地方自治の法的性質が制度的保障であることを明らかにした上で、その侵害の基準については次のように判示した。

「たしかに自治行政の一定の核心は、あらゆる法律による縮減に対して保護される。しかし、特定の緊急の状態においては、ある程度の制限に服しなければならない自治の現象形態は存在する。このような自治への介入の許容性を量る基準は、画一的とはなり得ない。……要請されるのは、単に、その異常な介入が法律の形式に則って企図され、そして時間の上でも事実の上でも絶対的に必要な限度に限られることのみである。」(7)

この判決は、かつてのライヒ国事裁判所による地方自治の制度的保障に基づく理解が基本法第二八条第二項の解釈として導入されたことを示す一方、その保障内容については歴史的方法に依拠することを示している。ここで説示されているのは、自治保障の核心領域は立法によっても制限され得ないこと、但し例外的な場合においては形式的意味における法律によって自治権に対する制約を肯定し得ること、そしてその制約は、立法の事実上又

は時間上の必要性によって正当化され得る、という論理である。

連邦憲法裁判所の黎明期の判例ではあるが、少なくとも、地方自治の保障は単なる制度の問題として扱われるのではなく、自治の核心は保護されるのが原則であり、制限は絶対的な必要性によって正当化されるような例外的な場合に限られるという、基本権の場合に似た構造の原則―例外関係が説示されていることは読み取れる。その意味で、本決定は、「基本権類似の」地方自治の理解の基礎をなすものと理解できる。

ただ、基本法第二八条第二項の「法律の範囲内において」という文言が、地方自治行政の保障に法律の留保が付されていることを明示したものだと理解すれば、この判決の論理の内実は、文言から読み取れる意味内容から一歩も出るものではないともいえる。

### ㈡ 展開期

一九六〇年代から一九七〇年代にかけては、行政の効率化を目指す領域改革が各ラントにおいて行われた。規模の小さいゲマインデを合併して大規模化し、広域自治体に権限を整理統合することで行政サービス提供能力の向上と行政経費の合理化を狙ったものであったが、それが自治体の反発を招き、自治権侵害としての訴えが見られるようになった。

#### 1 ゾーズム・ヒルデスハイム決定

連邦憲法裁判所が、地方自治に関して初めて比例原則を審査基準として用いたのが、ゾーズム・ヒルデスハイム決定である。この事件は、学校監督に関するゲマインデの権限を強制的に連合させて行政区に移管するものとするニーダーザクセン州学校管理法の憲法適合性が問われたものであった。ゲマインデの権限の範囲に関して、裁判所はまず下記のように判示した。

「地方自治行政の保障は、絶対的なものではなく、法律による影響を甘受すべきものである。……核心領域の画定に際しては、自治行政の歴史的発展と歴史上の様々な現象形態を考慮に入れなければならない。[8]」

ところが、本件においてゲマインデが侵害されたと主張する学校監督権限は、基本法第七条第一項により、国（ラント）の事項であることが明示されているものであった。そのため、この権限については自治保障の核心領域であるか否かという基準は無意味である。そこで問題は、自治保障の周縁領域に対する制限の許される基準へと移ることになる。

「このような場合においては、憲法上の比例原則が国家による介入に対して要請され、自由な意思をもって……他のゲマインデと連合する可能性が各ゲマインデに留保される。国は、そのような連合がなされない例外的な場合に限り、……（自治体への）強制を規律し得るに留まる。[9]」

では、そのような例外的な場合とはどのようなものであるかが問題となるが、本件では学校管理法の適用は自治権を侵害しないと判断されたため、その具体的内容については触れられていない。

「説示したような規律の可能性が満たされていない場合にのみ、学校管理法（の強制連合規定）が適用され得る。ここでは、比例性の見地から、基本法第二八条第二項に基づく国の介入への制限が考慮に入れられることもあろう。[10]」

この説示からは、少なくとも法律による規律の必要性と、その法律の目的の正当性が比例性の要素となっていることは読み取れるが、あくまで傍論の部分であるため、それ以上の内容を読み取ることは難しい。しかし、本決定はその後、地方自治における比例原則の嚆矢をなしたものとして扱われていくことになる。

2　ラーツェン決定

ゾーズム・ヒルデスハイム決定の内容を継承し、発展させた同時期の判例として、ラーツェン決定を挙げることができる。この決定は、ニーダーザクセン州のゲマインデであるラーツェン市の、州都ハノーファー市への法律による強制編入の憲法適合性が争われた事件に関するものであるが、制度的保障の対象に個別の自治体の存立が含まれないことを明らかにしたことで著名である。

本件において侵害が主張されていた自治体の領域高権は、伝統的に自治体の基本的な権限に含まれるものと理解されてきた[11]。もっとも、自治権は基本法上、「法律の範囲内で」のみ認められるものでもある。そこで、本決定においては、立法者は地方自治の制度について政治的決定と形成の余地を有すること、そして、その形成の余地が自治の核心領域に触れないでいる限りにおいて、自治権の制約及び制度形成を許容するものとしている[12]。そうであるとすると、立法による自治権の制限又は制度の形成がどの範囲で許容されるかに関しては裁判所の審査を肯定する事になるため、その審査基準については以下のように具体的な説示がなされている。

「ゲマインデに対する立法者の権限への制限は、法治国原理から導かれる。……憲法裁判所は、立法者による事実関係の考慮の有無、評価の正当性及び法律がその事実関係を基底としているか否か、そして公共の福祉に適合するあらゆる根拠並びに法律の規律に含まれる利益と不利益が追証可能な形で十分に考慮されているか否か、及び、立法による介入が必要性と比例性を満たしているか、また適正性と体系整合性にかなっているかを、特に審査しなければならない。[13]」

しかしながら本件強制編入は、地方自治の制度的保障が個々の自治体の存立の保護を含むものでない以上、憲法異議において争うことはできない。ただ、この論理に従えば、例えばラーツェン市を他の自治体に編入した後、かつてラーツェンでなかった場所（つまり他の自治体の領域内）にラーツェン市を再設置した場合には、ラーツェン市と当該領域を抱える自治体の領域高権の侵害になり得る。このような場合には、特にその介入の程度や手段選択に当たって、立法事実に照らした適正性及び制度全体の観点から見た体系性の有無、制限又は制度形成の必要性、及び当該立法措置の比例性が審査されることになろう。実際に、本決定は、領域改革を行った各州において提起されていた憲法異議に関する諸州憲法裁判所の判断例[14]を念頭に、以下のような仮定を挙げている。

「立法者の形成の余地にとって、将来における利益が廃止される場合においては比例原則と結びついた自治行政の保障から導かれる限界付けが存在しないとしても、……ある領域から切り離されて新たに他の場所に設置されたゲマインデが、将来においてもはや自治行政団体として存立して行政事務や予想される事務その他の事務を適切に遂行できないような場合は、（このような限界付けが）存在し得る。[15]」

こうして、基本権と全く同じ意味での保障と制限の原則―例外関係ではないものの、自治権保障の例外としての自治の制限については比例原則の適用が肯定され、統制密度が高められていったことを指摘することができる。

### 3　騒音防止決定

連邦憲法裁判所への憲法異議の提起を通じて、地方自治体が広域的な行政枠組みに対して抵抗の声を上げた事件に関するものが、騒音防止決定である。

この事件は、連邦法律である航空機騒音防止法の規定により、連邦環境大臣が連邦参議院の同意を得て定める区域においては公共施設の設置が禁止され、あるいは指定の内容によっては住宅区域としての使用を禁止されることになっていたところ、その指定を受けた自治体側が、基本法第二八条第二項で保障される自治権の内容たる計画高権の侵害を主張したものである。

まず、計画高権の保障が、自治権の核心領域に含まれるか否かが問題となる。計画高権とは、自治権の内容を成す自治体高権の一つとして観念されるものであり、自治体がその領域と権限の範囲内で、自らの責任に基づいて都市計画裁量を行使するための権限をいう。この点について、連邦憲法裁判所は次のように説示した。

「ゲマインデの計画高権が、自治体の地方自治行政権に属するか否か、また、それがいかなる範囲においてそうであるのかについては、評価の余地がある。……本件では、その領域内における計画からのゲマインデの完全なる排除が、常に自治権の核心領域を侵害することになるか、という問題を解決する必要はない。……航空機騒音防止法は自治体の計画高権を制度として一般的に制限し、又は完全に廃止することを内容とするものではなく、区域として厳格に限定された領域での個々のゲマインデの計画高権に対する制限を、例外的にのみ命令制定権者（連邦環境大臣）に認めているに過ぎない。[16]」

計画高権それ自体は確かに自治権の歴史的内容に属するものであることは否定できないが、だからといって計画高権に対する制限が常に核心領域侵害として観念されるわけではない。[17] ラーツェン決定の論理によれば、制度的・一般的な自治への侵害は核心領域への抵触を構成し得るが、個々の自治体の法的地位それ自体は、そもそも地方自治行政が「法律の範囲内で」という法律の留保を伴うことからして、一定の制限に服することが想定されている。すなわち、ここに保障と制限の原則―例外関係を観念し得るのである。

次に、例外的に自治体の法的地位を制限することが許されるのはどのような場合であるかが問題となる。

「（ゾーズム・ヒルデスハイム決定）において既に判示したように、当該ゲマインデは、他のゲマインデとの比較において特別の犠牲となることを課せられるような意思決定に、何の保護もなく委ねられるわけではない。むしろ立法者は、国の介入に対しての基本法第二八条第二項に基づく制限について、比例性の観点から考慮しなければならず、また更に立法者は、法治国原理から導かれ、……憲法異議の手続において自治行政への介入を判定するための審査基準として援用される恣意禁止を、高権主体相互の関係において顧慮しなければならない。[18]」

ここで「特別の犠牲（Sonderopfer）」という文言が用いられていることから、個々の自治体の法的地位に対する個別的な制限が検討されていることが分かる。個別的な制限の許容性の判断基準として裁判所が挙げるのは、比例原則と、手続における恣意禁止の二つである。本決定では、この比例原則の内容は基準としては明らかにされていないが、当てはめにおいて、命令制定権者が「区域や範囲の決定にとって不可欠な事実関係を完全に調査しなければならず、命令もこれ（調査の結果）を基礎としていなければならない[19]」と、ラーツェン決定を引用しつつ説示していることから、①立法事実に照らした適正性（Sachgerechtigkeit）及び制度全体の観点から見た体系性（Systemgerechtigkeit）の有無、②制限又は制度形成の必要性、③当該立法措置の比例性、という基準に則っているものと理解できる[20]。本決定では、立法事実に関する調査を限定し、結果として立法事実の把握が不十分であったことが「命令制定権者の衡量余地及び衡量義務に対する誤認のもとで[21]」生じたとの批判がなされていることから、本件に係る騒音防止区域の設定は立法事実に照らした適正性を欠いているとして、自治権制約の限界を超え違憲と判断されたのである。

ラーツェン決定では憲法異議において主張されていた領域高権の侵害がそもそも裁判の対象とならなかったの

に対し、本決定での計画高権侵害は本案として扱われたため、地方自治の制度的保障の核心領域に含まれない保障内容について、あてはめを含めた具体的な説示がなされていることが特徴的である。

本決定の意義は、立法による自治権への制限に関し、核心領域について不可侵であるとする従来の議論に加えて、周縁領域に対しても憲法による自治の保障が及ぶことを示したことにあるとともに、その審査基準として比例原則と手続における恣意禁止の考慮が要請されることを具体的に明らかにしたことにある。こうして、地方自治に対する制度的保障は、絶対不可侵な核心領域保障と、例外としての制限を伴う保障の構造を持つ周縁領域保障の二段階の構造を持つことになる。この点は、同時期になされていた、基本法第一四条第一項の所有権の核心に関する議論や、基本法第一九条第二項の「基本権の本質的内容」に関する議論との比較において、一定の共通性を持たせる方向性で進展してきたものと評価される[22]。

しかしながら、核心領域とは何であるかについては依然として不明確であるという印象が拭えない。上述の判例は、制度的に保障される地方自治の核心領域は不可侵であるとしつつも、その内実については歴史的に画定されることを一般論として示すのみで、巧妙に核心領域に関する審査を回避している。逆に言えば、具体的な事件に関して核心領域に対する保障が審査基準として機能してこなかったからこそ、その周縁領域が重視され、比例原則を用いた当該部分への審査の統制密度が高められてきたと評価することも可能であろう。

### ㈢　転換期

一九八〇年代に入ると、領域改革が一段落した各ラントにおいては、機能改革が行われるようになった。これは、規模や行政遂行能力の小さいゲマインデから権限を吸い上げ、クライスや行政区など上部の団体にこれを処理させることで、行政需要の広域化と行政サービス提供の均整化を実現しようとするものであった。この時期に

は、地方自治体が権限の吸い上げに抗し、又は広域行政への参加権を求めて、憲法異議を提起する例が見られるようになる。

### 1　ラシュテーデ決定

一九八〇年代当初まで、自治権の制限に関する審査基準論は、順調に基本権保障理論との共通性を保ちながら進展してきたのであるが、その転換点となったのが、ラシュテーデ決定である。

本件は、ニーダーザクセン州のゲマインデであるラシュテーデが、従来処理していた廃棄物処理事務の権限を機能改革に伴う法律によりクライスに吸い上げられたことについて、クライスを相手方として憲法異議を提起した事件に関するものである。原審の連邦行政裁判所においては、当該権限の吸い上げについてはラシュテーデの事項高権に対する制限の事例であるとした上で、下記のように判示したものの、結論としてはクライスに事務を処理させる法律には根拠があるとして、ラシュテーデの敗訴となっていた。

「基本法第二八条第二項第一文の自治行政の保障は、ゲマインデにとって重要な自治行政事務の核心領域を保護するだけではなく、客観的に正当な理由のない事務事項の剝奪からも、比例原則の基準により保護する。[23]」

これを受けてラシュテーデが提起した憲法異議に、連邦憲法裁判所がどのような判断を示すかが注目された裁判が本件である。連邦憲法裁判所は、これまでの判例が出発点とした、ある事項が自治体高権の内容として核心領域に属するものか周縁領域に属するものかという観念的な問題に立ち入ることをせず、基本法第二八条第二項の地方公共団体の自治が及ぶ事務権限の範囲に関して、まず次のように判示した。

「基本法第二八条第二項第一文の保障は、ゲマインデに対して、地域的共同体に関する原則全ての事務を含む事務領域のみならず、当該事務領域に関する自己責任による事務処理の権限をも保護するものである。同項に規定される法律の留保は、地域的共同体の事項の処理と態様だけではなく、これらの事項についてのゲマインデの権限をも包摂する。」[24]

この説示の特徴的な点は、自治体高権（本件の場合は事項高権）に対する保障と制限の関係に触れることなく、端的に事務の権限に重点を置いているところにある。すなわちここでは、従来の判例が扱ってきた、「自治体高権に対する『例外』としての制限は許されるか」という問題領域に踏み込むのではなく、単に「自治体にはどのような権限が配分されるべきか」という問題が立てられているのみであるということになる。この問題を前提に、裁判所の説示は以下のように続く。

「ゲマインデの自治行政の本質的内容には、対象が特定され、又は限定されたメルクマールに基づき規律される事務のカタログは適合しない。ゲマインデの自治の本質的内容には、法律により他の公行政主体に既に委ねられていない限りで、全ての地域的共同体の事項を特別の権限名義なくして自己の事務として引き受ける権限が、当然に含まれている。」[25]

この説示は、従来のように、地方自治の核心領域（本質的内容）をポジティブ・リストによるものと理解するのではなく、どちらかといえばネガティブ・リストとして理解しようとしているように読める。すなわち、いかなる事項が核心領域に含まれるかを積極的に画定し、リスト・アップすることは困難であるため、逆に、全権限性すなわち他の権限主体に委ねられていない全ての事項を引き受けることそれ自体を核心領域とみなすことで、

自治の保障が及ぶ事項の範囲を明確にすることを狙ったものである。

「基本法第二八条第二項第一文は、自治行政の保障の核心領域以外についても、地域的共同体の事項について、ゲマインデを優先する憲法上の事務配分原理を内容とする。この原理を、権限配分に際して立法者は考慮しなければならない。[26]」

つまり、全権限性は核心領域に属する要素であるから、他の権限主体に委ねられていない権限を引き受けることができるという推定それ自体は、立法によって廃止し又は実質的に無にすることはできないものの、立法者はその推定を覆しさえすれば、ある具体的な事務権限をゲマインデに配分しなくとも制度的保障の侵害を免れることができる。こうして、核心領域たる「権限名義の推定」と、周縁領域たる具体的な事務権限配分における優先の保障が隔てられたことになる。従って、事務権限配分における優先の推定を、立法者が適切に覆せているかが周縁領域侵害のメルクマールとなり、審査基準は以下のようになる。

「立法者は、公共の利益を理由とするときに限り、特に、他の方法で秩序適合的な事務の履行が確保され得ないようなとき、又は基本法第二八条第二項第一文の憲法上の事務配分原理に対して事務を剝奪する理由が優先し得る場合に限り、ゲマインデから地域に関連を有する性質を持つ事務を剝奪することが許される。[27]」

このような権限配分に着目したネガティブ・リストとしてのアプローチは、確かに制度的保障の効果を、これまでよりも広い範囲の権限に及ぼすことになる。裁判所が本決定において権限配分に着目したのも、自治体の権

限が常に行政の効率性と住民との近接性の板挟みに置かれてきたことから、効率化を理由とする事務の吸い上げに対応することが不可能であり、そのために立法による侵害からの保護効果を十分に果たすことができていなかったことによる。[28] そこで、古典的な都市自治を象徴する概念としての全権限性[29]を解釈概念として導入することで、事務配分という具体的な次元における新たな原則―例外関係を打ち出したのである。[30] 従って、立法者が地域的共同体の事務をゲマインデから剝奪することが許されるのは、ゲマインデ優先の事務配分原理を保障することで公共の利益の確保が困難になるような例外的な場合に限られることになる。

なお、当該事項が「地域的共同体の事務」であるかどうかの立法者の判断については、これが不確定的な憲法上の概念であるところから、主張可能性の統制が妥当するものと判示されている。[31] すなわち、当該事項が地域的共同体の事務に該当する／しないの具体的な立法の際の立法者による予測が、その当時として最大限利用可能な認識手段に基づいていることが主張可能であれば、それをゲマインデ優先の事務配分の推定を覆す根拠とするのである。

結論において、本件ではラシュテーデの憲法異議は認められなかったが、それは廃棄物処理という広域的な処理枠組みと設備を必要とする事務の特質からして、地域的共同体の事務として扱わせることは不適当であるとした立法者の判断に合理性が認められたためであった。この点に着目すると、裁判所が立法者の判断に主張可能性の統制が及ぶと説示したのは、地方自治の制度的保障にとっての間隙となる可能性がある。なぜなら、主張可能性の統制は、立法者に判断能力やその基礎情報が集中しやすい事項に関しては、立法者の一次的判断を裁判所が一応承認することを前提とするものだからである。端的に言えば、立法者の判断に合憲性の推定を与えることにもなりかねない。制度的保障の構造それ自体が、立法による制度の形成をある程度前提としている以上はやむを得ないことではあるが、本決定の判断枠組みが自治権の制限に関する審査基準として用いられるのであれば、こ

の点がなお留意されるべきであろう。

2　ラシュテーデ決定の評価をめぐって――原則―例外関係のタイポロジー

ここでの最大の問題は、ラシュテーデ決定とそれ以前の諸決定の関係をどう見るか、である。この点については、連邦憲法裁判所が自治権制限に対する比例原則の適用を放棄したものと見て、断絶が存在すると理解する立場[32]と、逆に、地方自治に対する法律の留保の解釈をより具体化したものと理解する立場[33]が相対している。この双方の立場の対立点については、既に多くの紹介と分析があるのでここでは詳論しないが[34]、いずれの立場を採るにしても、連邦憲法裁判所が、審査に当たっての原則―例外関係を大きく転換させたことは事実である。すなわち、従来は、自治体のある権限の保障を原則とし、それへの制限を例外とする基本権類似型の原則―例外関係が措定されていたのに対して、ラシュテーデ決定における原則―例外関係は、地域的共同体の事務は原則としてゲマインデに優先的に配分するが、例外的に立法者がその推定を覆す場合にはその限りではない、という権限配分型となっている。

このうち、連邦憲法裁判所の判例理論としては、ラシュテーデ決定以降、権限配分型が原則となったものと見る向きもあるが、実はこの点はかなり流動的である。男女同権委員決定[35]において、異議申立人たるゲマインデが主張した比例原則を含む三段階審査の適用が否定されている一方、区域再編成決定[36]やザクセン・アンハルト自治体改革決定[37]においては、比例原則や恣意禁止が権限配分の問題と関連しつつ引き続き審査基準として援用されている。また、ラントの憲法裁判所に目を広げれば、ラシュテーデ決定を引用しつつも比例原則に則って権限配分の如何を審査する例が多く見られる。ノルトライン・ヴェストファーレン州憲法裁判所のガルツヴァイラーⅡ判決[38]や、ニーダーザクセン州国事裁判所のリューヒョウ・ダネンベルク判決[39]を著名な例として挙げることができる。

タイポロジーに適するほどに例を挙げることができるわけではないが、比例原則の適用を否定した男女同権委

員決定において争われたのは、常勤の男女同権委員の選任を法律でゲマインデに義務付けることによる組織高権侵害であった。一方で、引き続き比例原則を援用した判決において争われたのは、区域再編成決定ではゲマインデの領域再編成に先立つゲマインデの聴聞権及びその前提としての情報提供を受ける地位の侵害、自治体改革決定では改革に伴って自治体連合の結成を命じられることによる組織高権侵害、ラントレベルの憲法判例に目を移すと、ガルツヴァイラーⅡ判決では州計画法及び州開発計画に基づく制限区域の設定による計画高権侵害、リューヒョウ・ダネンベルク判決では、自治強化法に基づくクライスの強化に伴って生じるゲマインデの事務権限の範囲に対する侵害である。

(1) 比例原則の適用を否定した例

まず、連邦憲法裁判所が比例原則の援用を否定した例を見てみると、男女同権委員決定の事案では、組織高権が地方自治の核心領域に属するものではないことが前提となっている。組織権限は地域的共同体の事項に含まれないため、立法者はその裁量に従って、その権限を自治体に割り当てるかどうかを自ら決定することができる。[40] ラシュテーデ決定の事案もそれと同じ構造である。すなわち、廃棄物処理事務については事項高権の対象とはならないものであるため、結局は立法者による割り当てる／割り当てないの裁量判断により、その権限が自治体によって処理されるべきかが決まっていく。[41] こうしてみると、この二つの決定は、自治体のある権限の有無それ自体が立法者の判断に懸かっている場合であると見ることができる。従って、これらの事件は問題の性質上、権限配分型の原則―例外関係に則らざるを得ない事案であると評価し得る。

(2) 比例原則の適用を肯定した例

次に、連邦憲法裁判所が比例原則を援用した例について、まず区域再編決定における聴聞権と情報提供を受ける地位は、具体的に法律により規定されているものであるため、区域再編成に際してある自治体にのみそれを賦

与する／賦与しないという立法者の裁量判断の余地は存在しない。[42] 自治体改革決定の場合は、組織高権が地方自治の核心領域に属しないものであるという理解を前提にしても、立法者の基準に従って自治体連合を結成するか、あるいはそれ以外の枠組みでの自治体連合の枠組みを模索するか、またあるいは共同事務など法律の基準以外の方法で行政遂行能力を確保するかの決定は自治体になお留保されており、[43] 自治体の組織の如何が立法者の決定には直接懸からない事案といえる。従ってこれらの事件は立法者の行為それ自体が問題となる事案ではなく、むしろ自治体の権限への制限が問題の基本となるものと理解し得る。そのため、ここで用いられる原則―例外関係は、基本権類似型となる。

(3) 比例原則に対する否定論と肯定論の関係

では、これらの二つのタイプは相互に排除し合うものだろうか。連邦憲法裁判所の説示からはこの点について明確な答えを得ることができないが、ラント憲法による地方自治保障の下で、自治侵害への訴えの矢面に立つラント憲法裁判所の説示は、それよりもなお直截的である。

ガルツヴァイラーⅡ判決では、州計画法に基づき褐炭採掘の鉱区に指定された区域を含む自治体が、鉱区指定に係る計画高権の侵害を主張して提起した憲法異議について、州憲法裁判所は以下のように判示した。

「自治の領域に対しては、ラント憲法第七八条第二項（及び基本法第二八条第二項）に基づいて、法律により介入がなされ得る。しかし、その介入には限界がある。介入は、自治行政の保障の核心領域を侵害してはならない。核心領域の外についても、立法者は地域的共同体の事務のゲマインデ優先を内容とする事務配分原理、……及び比例原則と恣意禁止を遵守しなければならない。[44]」

リューヒョウ・ダネンベルク判決では、委任事務の執行を、法律で指定された特定の区域に限ってゲマインデからクライスに移すことの可否が争われたが、ゲマインデが委任事務を処理する権限はラント憲法で保障されており、法律によって事務の委任が具体化され、かつ、それに事実上の問題が生じていない以上、委任事務権限といえども一律にこれを剝奪することは、ゲマインデ優先の事務権限配分に悖るものとされた[45]。ただ、その事務権限配分を立法者が覆すことの正当化については、比例原則と恣意禁止が妥当するとした[46]。

このようにしてみると、権限配分型と基本権類似型は相互に排除し合うものでないことが分かる。すなわち、周縁領域における自治権制限が問題となる場合に、まず立法者は、原則としてゲマインデ優先の権限配分を考慮しなければならないが、それを覆す場合には、立法者の側に一定の理由付けと手続が必要である。その理由付けの内容として、その立法行為が自治への介入を内容とするものである以上は、自治保障の例外としての制限の正当化を審査する基準として、比例原則が機能するという構造となっている[47]。

端的に言えば、法律によって個別の自治体の事務権限そのものを廃止し、又は剝奪するような極端な場合には、権限配分準拠型で直截的に審査をすることが可能であるが、具体的な権限を認めつつそれを法律により制限する場合には、そもそも権限は失われていないのであるから、権限配分準拠型で審査することはできず、制限の正当化に関する基本権類似型の関係と捉えて審査をすることになる[48]。自治権侵害の態様が多様化し、その立法上の理由も巧妙化する中で、自治権侵害に対する審査基準の実質化と統制密度の向上を目指した思考の結果と言うことができよう。

そうだとすると、ラシュテーデ決定はそれまでの連邦憲法裁判所の判断の蓄積を覆したものではなく、むしろ原則―例外関係における権限配分準拠型と基本権類似型の二重構造を打ち出し、自治権に対する「法律の留保」のとらえ方をより精緻にしたものと理解するのが妥当であろうと思われる[49]。

### ㈣　小括

憲法上の比例原則は、地方自治の制度的保障に対する侵害の審査基準として、ラシュテーデ決定が打ち出した憲法上の権限配分原理と関連し合いながら、作用し得る。連邦憲法裁判所は、核心領域に関する絶対不可侵の保障について繰り返し判示してはいるが、その実、核心領域に対する介入を認めた例は未だ存在しない。憲法上の比例原則は、核心領域以外の周縁領域に対する侵害に関する審査基準として出発し、統制密度を高めてきた。また、核心領域に含まれるとされる自治体高権に対する制限の場合であっても、その制限が個々の自治体に向けられている場合には、個々の自治体の権限や存立それ自体は制度的保障の対象とならないと理解されるため、周縁領域侵害の場合と同様の議論によって、制限の許容性が論じられることになる。

もっとも、その侵害に対する審査の基準がいかなるものであるべきかについては、立法行為の内容、それによって介入を受ける権限の種類や内容及び介入の程度によって、個別具体的に判断せざるを得ない。法律の規定によってその内容に大きな変化を被りやすい個別の事項権限については、権限配分原理を審査基準とした方がより直截であると考えられるのに対して、立法によって制限され得るものであっても、完全に廃止することが難しい特質を有する組織権限や計画権限については、比例原則を用いて審査をした方が、統制密度を高められよう。各判例の審査基準の違いは、その点にあるものと考えられる。

## 三　自治体財政権と比例原則

自治体財政権への立法による介入に対しては、比例原則は審査基準として援用し得るだろうか。自治体財政権

は、地方自治体が自ら財源を確保し、財政計画を作成し、それを自らの責任においてその事務に資することができるための権限の一切をいうものであり、自治体高権の一つである財政高権の具体化である。

### (一) 財政高権の特質と審査基準

この財政高権は、憲法上は二つの形態をもって現れるものとされる。一方は、憲法によって直接かつ具体的に保障される自治体財政権である。例えば、基本法第一〇六条第五項に規定する所得税のゲマインデ帰属分を、自己の財源として取得する権限がこれに該当する。[50] 他方は、憲法においては一般的に保障されるに留まり、法律による制度形成の枠内で実現される自治体財政権である。基本法第二八条第二項による保障の対象に含まれる「財政上の自己責任の基盤」は、自治体が自ら財源基盤を確保し得ることを一般的に規定したものであり、例えば起債や課徴金の徴収などによる具体的な財源の確保の方策をとるには、法律の根拠が必要となる。[51]

前者の、憲法により直接かつ具体的に保障される具体的保障型の自治体財政権は、当然ながら立法者の判断によって完全に廃止され、又は実質的に機能し得ない状況に置かれることはあり得ない。なぜなら、そのような内容の立法は、自治体財政権侵害を論ずる以前にそもそも憲法明文に違反することになるからである。他方、後者の、一般的にのみ憲法で保障されるに留まり、立法者の形成の余地を許す一般的保障型の自治体財政権は、立法者の判断によって実質的に廃止され、又は機能し得ない状況に置かれることが生じ得る。

自治体財政権への侵害は、ほとんどの場合は一般的保障型が問題となるが、以下では両方の例を挙げて、その論理構造について若干の検討を加えることにしたい。

### (二) 具体的保障型自治体財政権への介入に対する審査基準

### 1　具体的保障型の自治体財政権

具体的保障型の自治体財政権は、憲法によって直接かつ具体的に保障された自治体の財政権限であり、基本法の規定の上では所得税、法人税及び売上税のゲマインデ帰属分を取得する権限（基本法第一〇六条第三項）、所得税のラント帰属分から配分を取得する権限（同条第五項）、売上税の帰属分を取得する権限（同条第五a項）、土地税及び営業税の収入を取得し、並びに地域消費税及び奢侈税のゲマインデ帰属分を取得する権限（同条第六項）、土地税及び営業税の税率を決定する権限（同項）、共同租税のラント取得分から配分を取得する権限（同条第七項）がある。[52]

これらの権限の対象となる財源は、ゲマインデの固有の財源として取得され、ゲマインデの自治行政を支える財政基盤を形成する。特に、基本法第一〇六条第六項の土地税及び営業税の税率をゲマインデが自ら決定する権限は重要であり、それがゲマインデの法人誘致などの経済活動と、財政運営の継続可能性にも影響することから、基本法により特に具体化された自治体財政権の例として挙げられることが多い。

### 2　自治体財政権の具体化形態としての賦課率

連邦憲法裁判所において、この具体的保障型の自治体財政権侵害が争われたのが、賦課率設定の事案である。この決定は、営業税の賦課率[53]について、連邦法律により下限が設けられたことについて、ブランデンブルク州のゲマインデが、基本法第二八条第二項第三文の一般的な自治体財政権と、同法第一〇六条第六項の賦課率設定権の侵害を主張して、憲法異議を提起した事案に関するものである。

まず、連邦憲法裁判所は、両条文の関係について、以下のように判示した。

「基本法第二八条第二項第一文により保障されるゲマインデの財政高権は、（基本法の改正によって）同項第三文に独

自に明文で規定されている。……この規定はゲマインデに土地税と営業税の賦課率設定の権利を保障するものである限りにおいて、基本法第一〇六条第六項第二文の保障を強化する……。」[54]

ここでは、基本法第二八条第二項が規定する一般的な自治体財政権は賦課率設定権を含むものとして観念され、それを特に具体化したのが基本法第一〇六条第六項の規定であるとの位置付けがなされている。そのため、両規定は、その介入に対する審査において競合するのではなく、両方が審査の場合の適用条文となることが分かる。

「（基本法第一〇六条第六項の規定は）土地税・営業税の両税自体の存続を保障するものではなく、ゲマインデの賦課率設定権は税目自体の削除からは保護されない……。ただ（第二八条第二項の）規定が、基本法第一〇六条……の内容以上に、ゲマインデに賦課率決定権を伴う他の財政力に対応した税源が代替として維持されていない限りは、財政力に応じた営業税は廃止されないことを保障する。」[55]

連邦憲法裁判所は、このように判示して、税目ごとの賦課率の保障はあくまで自治体財政高権の具体化形態であり、その税目自体の存立までは制度的保障の対象とはならないとした。ただし、自治体がその資に充てるための財源を確保するための自治体財政権は、それを含めて一般的に妥当するものとされ、万一税目自体が廃止される場合であっても、賦課率設定権を含めた税源を与えることが憲法の趣旨である以上、その代替財源が保障されるものとしている。

### 3　審査基準

そうであるとすると、結局立法者は賦課率設定権を含むゲマインデの固有の税源を立法によって完全に廃止し、

又は実質的に機能し得ない状況に置くことはできないことになる。その意味で、自治体財政権の具体化形態は、一般的な自治体財政権によって補われ、強化されているということができよう。

違憲審査基準については、自治体財政権の具体化形態に対する保障と制限の原則―例外関係が妥当することになる。この観点から、裁判所は、審査基準について以下のように説示している。

「自治行政の保障一般、そしてその本質的要素である財政高権と同様、基本法第一〇六条第六項第二文により保障され、更には基本法第二八条第二項三文における財政高権の特別な具体化として保護される賦課率設定権も、比例性に反して制限されてはならない。賦課率設定権……への制限は、正当な目的の達成に適切かつ必要であり、更に比例性に適合していなければならない。」(56)

自治体財政権の保障が、一定の範囲での法律の留保と立法による制度形成を必要としつつ、憲法によって直接具体化されている自治体財政権を立法によって完全に排除できない以上、保障される自治体財政権の具体化形態への介入のみが問題となり、その正当化の要求を通じて、違憲審査における統制密度を高めるという、ラシュテーデ決定の方向性に概ね則ったものと評価し得る。

こうして、具体的保障型については、具体的に保障された権限範囲への制限のみが問題となり得る。この場合の具体的保障型自治体財政権には、憲法規定の解釈によって導かれる一定の保護範囲が存在し、それに対する介入があったときは、その介入を基礎付ける立法者の判断が正当化され得るかが問題となる。その意味では、基本権類似型の原則―例外関係が妥当するといえるのである。

### ㈢　一般的保障型自治体財政権への介入に対する審査基準

一般的保障型自治体財政権とは、憲法によって直接に具体化されてはいないが、地方自治の制度的保障の対象となる自治体の財政上の権限である。

自治体がその財源を取得する局面における一般的保障型の自治体財政権は、その資に充てるべき財源が事務権限に付随することから、事務権限の分類に対応して、国からの委任事務又は指図を伴う事務に関する適正供与保障と、自治体の固有の事務に関する最少供与保障とが、その内容となるとされる。[57]

#### 1　委任事務財源に対する適正供与保障

##### (1)　委任事務と財源

ドイツにおいて、委任事務とされるものには二つの類型がある。その一つは、本来的委任事務である。これは、国の事務と自治体の事務の区分を前提として、国の事務が、その下級行政機関としての自治体に委任される場合の事務権限である。本来的な権限の主体は国である点を特徴とするものであり、わが国におけるかつての機関委任事務がこれに相当する。もう一つは、機能的委任事務である。国の事務と自治体の事務の区分を設けず、地域における公的事務として一元化した場合に、権限自体は自治体に帰属するものの、国全体としての規律の必要性を根拠とする執行の義務付けや指図が付着し、自治体の執行における判断の余地が国によって制限される事務をいう。わが国における法定受託事務は、これに相当する。適正供与保障は、事務を委任する場合に併せて財源を移転する場合の自治体財政調整に作用するが、この場合の自治体財政調整は、財源の「垂直的配分」の問題とされてきた。すなわち、委任事務の権限が自治体に属すべきものと立法者が決定したとき、権限の垂直的配分と財源の垂直的配分の乖離が発生することが、自治体財政権の侵害の問題として論じられてきたのである。[58]

##### (2)　適正供与保障の審査基準としての牽連性原理

本来的委任事務及び機能的委任事務の押しつけによる自治体財政権への介入に関する審査基準となるのは、牽連性原理である。この牽連性原理は、防禦的効力と予防的効力を内容とする。[59] 防禦的効力は、原則として立法者が自治体に対して事務を委任することを禁じ、例外的に費用補塡の定めによって正当化される場合にのみ委任を許容することを内容とするものであり、費用の補塡の有無及び補塡による充足の程度が、裁判所による具体的な審査の対象となる。また、予防的効力は、立法者がその委任の結果を適切に予測し、説明責任を果たすことを要請するものである。まず前者は、防禦権侵害の構造と同じように、自治体の事務領域に財政面から介入する効果を持つ事務の委任についての正当化を要求する内容を有し、比例原則とは異なる意味においてではあるが、委任の禁止が原則、費用補塡が伴う場合にのみ例外として委任を正当化しうるという、原則―例外関係を形成する基準として機能する。また後者は、従来は自治体財政への保護機能において劣るものと評価されてきたが、近年のラント憲法裁判所の判例により、自治体財政に介入する立法に際しての自治体への聴聞や補塡費用の算定の適正性を担保するための手続的保障として再構成され、存在意義を強めてきている。

なお、現在においては、委任事務費用の適正供与に関する限り、本来的委任事務と機能的委任事務の区別はほとんど意味を持たないものと考えられている。各ラントにおける牽連性原理の構成要件の厳格化により、かつては国の事務たる本来的委任事務の場合に限られていた牽連性原理の射程は公的事務たる機能的委任事務へと拡大し、かつ、公的事務に牽連性原理が適用されることが各ラントの憲法改正により明文化されたからである。[60]

### (3) 比例原則と牽連性原理

適正供与保障の審査基準としての牽連性原理は、比例原則とは併用されることはない。[61] なぜなら、牽連性原理は、財政面に特化してそれ自体立法者の事務の委任に関する判断余地を大きく制限する効力を持つ財政憲法原理として解釈に定着し、又は憲法に明文化されるに至っており、一般的な比例原則を併せて援用することは、却っ

て統制密度を低下させるおそれがあるからである。

また、牽連性原理を、財政面における原則―例外関係を形成するための比例原則の一形態とみる余地もないではないが、牽連性原理は、あくまで財政面における決定者と費用負担者との間での財源負担という実体の繋がりを根拠とする原理である。[62] 法治国原理を根拠とし、立法による介入について規範的な正当化を求めることを内容とする比例原則とは、その出自や効果においても、やはり別物と考えられる。実際に、ラントレベルでの自治体憲法異議では、本来必要となる財源と実際に補塡された財源とを比較して、原則一〇〇％が補塡されるべきところ、それ未満の割合の額しか補塡されていないことについての正当化が必要であるとの主張が自治体からなされたことはあるが、直接に牽連性原理を主張すべきものとして、裁判所に一蹴されている。[63]

ただ、牽連性原理によっても、義務付け又は指図を伴うものとして立法者が自治体に割り当てた事務に関し、どの程度の財源補塡が「適切」と算定されるかについては立法者の判断の余地が介在するため、適正供与として保障される明確な財源の範囲を憲法のレベルで具体的に確定することは困難にならざるを得ないのは事実である。比例原則が牽連性原理を補うものとして機能し得ない以上、牽連性原理の更なる精緻化によって対応されるべき問題であろう。

## 2　固有事務財源に対する最少供与保障

### (1)　固有事務と財源

固有事務とは、自治体がその全権限性に基づき、自己責任によって行う性質の事務であって、自治体にその事務を行うか否か、及びその執行に関する程度並びに方法に関する決定権が留保されているものをいう。[64]

一般的に、国がその領域内に存在する全ての自治体について固有事務に必要な最小限度の財源を確保させるためには、使途を指定しない基準交付金を、法律によって形成される自治体財政調整制度を通じて交付する方法が

採られる。この自治体財政調整制度に作用する最少供与保障は、財源の「水平的配分」の問題として論じられることが多かった。すなわち、立法者が財政調整を通じて自治体の財政力の強弱を逆転させることを禁ずる過度平準化（財政力序列変更）の禁止や、財政調整総額の減額に比してある自治体の減額を理由なく大きくすることを禁ずる配分の公平の問題として扱われてきたのである。[65]

(2) 最少供与保障の審査基準

自治体財政調整制度はラントの事項であるため、この審査基準については、ラントの憲法裁判所においてしばしば争われる。

例えば、バイエルン州学校財政法判決は、州の学校財政法が、公立学校設置者（ゲマインデ又は目的連合）に対して、その所管にある外国人中等教育学校に対する経常費補助金の交付を義務付けたことが問題となった事案に関するものである。自治体側は、牽連性原理に対する違反を主張して争ったが、州憲法裁判所の判断は、外国人中等教育学校に対する補助の事務は固有事務であり、最少供与保障の対象となる、とするものであった。その上で、以下のように判示した。

「自治行政権の保障の意味からして、いかなる場合でもその範囲が恣意禁止で制限されるのみの国の意思決定に委ねられたままにすることは、正しくない。……むしろ、ゲマインデの財政高権の範囲に関する法律の規定は、法治国原理から導かれる比例原則の要請にも適合していなければならない。すなわち、ゲマインデへの負担や財政供与への介入と、介入の根拠となるべき公的利益に適合し、かつ事実に裏付けられた理由付けとの具体的な比較衡量が要求されなければならない。[66]」

「立法者が、ゲマインデに対する財政上の最少供与を保障する義務をどのように果たすかは、立法者自身の判断による。

ここには規範的な判断の広汎な余地がある。……この法律の留保は、財政高権にも及ぶ。」[67]

問題は、その法律の留保の内容をいかに具体化するかである。

本件では、結論としては外国人中等教育学校への経常費補助は地域的共同体の事務そのものであり、実体的にも自治体及びその住民が享受する利益に鑑みれば実際に生じる負担も不合理なものとはいえないとして、自治体への補助の義務付けは違憲ではないとされた。つまりここでは、経常費補助の必要性・適合性と負担額に関する比例性が考慮されているといい得る[68]。本判決は、立法事実の主張可能性の審査に留まっていた裁判所の財政高権に対する見方を、比例原則を用いた具体的な衡量に推し進めた判断として注目されるべきものといえよう。

直近の例としては、ブランデンブルク州憲法裁判所の第三次財政調整法判決がある。州財政調整法改正法律が基準交付金の算定基準を変更したことについて、自治体憲法異議の提起があった事案に関するものである。基準交付金の算定基準が変更されれば、処理する事務は変わらなくとも、自治体が獲得する財源の内容は変化し得る。そのため、これが固有事務の最少供与保障を侵害する、というのが、その理由であった。裁判所は自治体憲法異議を棄却したものの、その中で三段階審査に類する審査を行ったことが注目される。すなわち、①法律が自治の保障に対する介入となるか、②その介入が正当化され得るか、具体的には②'法律が形式の上で憲法に適合するか、②"法律は実体的に憲法が保障する自治の内実を掘り崩していないか、という審査の構造となっている[69]。その上で、正当化に関して次のように判示する。

「（財政調整法による）異議申立人の財政高権への介入は、是認し得る公共の利益の理由付けによって正当化され、かつ、比例原則に適合している。[70]」

この説示を基礎付ける審査の内容としては、①ラント及び自治体の財政状況に照らした公共の利益の目的設定の適正性、②公共の利益を実現する手段としての財政調整基準変更の必要性並びに財政調整制度の立法者による制度形成の必要性と裁量の範囲、③当該基準変更によって生ずる異議申立人の財政高権及び事項高権への侵害の程度（狭義の比例性）[71]が挙げられている。

(3) 最少供与保障と比例原則

固有事務財源に対する最少供与保障は、自治権の内容たる財政高権の核心を成すものであり、委任事務財源に対する適正供与保障は周縁領域にあるものだとの説明がなされることがあるが[72]、理論的にはともかく、現実的には裁判所が核心領域に対する立法の侵害を認定した例はない。固有事務のための財源は原則として自治体が自ら調達するものであり、その調達の方法について、基本法やラント憲法が少なくとも自治体税の賦課徴収を認めている以上は、それを完全に廃止し、又は実質的に機能し得ない状態に置くことは、立法者にとっては極めて困難である。そのため、憲法によって制度的に保障されている最少供与保障に対して、立法に対する介入が生じ、それが正当化され得るかどうかという審査が行われることになる。

ただそうだとすると、立法者は自治体の最少供与保障について、財政調整の措置を執るかどうか自体を含め、極めて広い裁量を持つことになる。現実的な金額の問題である狭義の比例性についてはともかく、必要性及び適合性については、この裁量が作用するため、統制密度としては低いものにとどまるとの指摘もなされる[73]。核心領域に属する固有事務財源への介入の審査基準が比例原則であるのに対して、周縁領域に属する委任事務財源への介入の審査基準はそれより厳格な牽連性原理であるという逆転現象が生じる原因も、この点にある。

いずれにせよ、近年のラントの憲法判例において、比例原則や三段階審査の導入によって一般保障型の自治体

財政権への介入に関する統制密度向上の動きについては、なお観察が必要であろう。

### ㈣　小括

他の自治体高権についてと同様に、自治体財政権の保障についても、比例原則や三段階審査類似の審査方法の導入により、統制密度を高める工夫がなされつつある。特に、最少供与保障への立法による侵害については、憲法判断に関する基準について決め手となる議論のない状況が続いていただけに、この動きは着目すべきものである。

ただし、比例原則を用いた自治体財政権への介入に関する審査において、裁判所があくまで判断の具体性を要求している点は見過ごしてはならないと思われる。自治体の活動には財源がおよそ不可欠である以上、財政高権はその他の権限とも強い関わりを持たざるを得ない。ここでは、財源の取得という純粋な財政活動のみを検討の対象としたが、例えば自治体の予算決算方式の変更は組織高権との間に位置する問題であるし、また官吏や被傭者の給与体系の変更は、人事高権との間に位置する問題である。このような自治体財政権の裾野にまでこの審査基準を広げて良いかどうかが、早晩問われることになろう。

## 四　結びに代えて

本稿は、地方自治行政の制度的保障に対する介入に対しての比例原則の援用の可否について検討し、以下の結論を得た。

第一に、連邦憲法裁判所の地方自治行政に関する判決の転換点と評されるラシュテーデ決定は、地方自治行政

に対する法律の留保に関して、権限配分型と基本権類似型の二つの原則―例外関係の存在を提示した。このことは、同裁判所のその後の判決の流れから裏付けられる。

第二に、具体的保障型の自治体財政権及び一般的保障型の自治体財政権のうち最少供与保障については、自治体権限の保障を原則とし、それへの制限を例外とする基本権類似型の原則―例外関係が妥当する。ここでは、比例原則を含む三段階審査類似の審査基準を援用する余地がある。

第三に、一般的保障型の自治体財政権のうち適正供与保障については、地域的共同体の事務は原則としてゲマインデの権限に属するものと推定し、立法者がその推定を覆す場合には例外的に権限配分の修正を認める権限配分型の原則―例外関係に依拠する牽連性原理が妥当する。審査基準としての牽連性原理は、比例原則とは併用されない。

牽連性原理がそうであったように、自治体財政に関する比例原則及びそれを内容とする三段階審査類似の審査基準が、判例の蓄積から理論化され、財政憲法原理としての地位を得られるかどうかは、その内容に関する明晰な論理を提示できるかどうかにかかっている。本稿では判例の論理のみを拾い上げ、審査基準に関する説示を整理するに留めたが、それに対しての学説の応答を含む検討は、別稿に譲ることとしたい。

（1）Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/2. 1994, S.774f.＝井上典之・鈴木秀美・宮地基・棟居快行（編訳）『シュテルンドイツ憲法Ⅱ基本権編』（信山社、二〇〇九年）三二二頁以下。

（2）Stern, a. a. O. (Anm.1), S.771ff.＝井上他編訳・三一三頁以下。

（3）代表的な例として、小山剛『「憲法上の権利」の作法（新版）』（尚学社、二〇一一年）一六頁以下。

（4）Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutchland. Bd. I, 2. Aufl., 1984, S.415.＝赤坂正浩・片山智彦・川又伸彦・小山剛・高田篤（編訳）『シュテルンドイツ憲法Ⅰ総論・統治編』（信山社、二〇〇九年）四四頁以下。

（5） この点につき同原則の歴史的背景に遡って検討を加えるものとして柴田憲司「憲法上の比例原則について（一）」法学新報一一六巻九・一〇合併号（二〇一〇年）二〇七頁以下。

（6） BVerfGE 23, 127(133).

（7） BVerfGE 1, 167(178). 邦語での解説としてドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三年）四四七頁以下（髙橋洋）。

（8） BVerfGE 26, 228(238).

（9） BVerfGE 26, 228(239). 括弧内―上代。

（10） BVerfGE 26, 228(241). 括弧内―上代。

（11） Stern, a. a. O. (Anm.4), S.413f.

（12） BVerfGE 50, 50(51).

（13） BVerfGE 50, 50(51).

（14） RhPfVerGH Urteil v. 17. 4. 1969.=DVBl 1969, 799; NRWVerfGH Urteil v. 24. 4. 1970.=OVGE26, 286; 28, 291; BadWürttStGH Urteil v. 14.2.1975.=NJW 1975, 1205.

（15） BVerfGE 50, 50(56). 括弧内―上代。

（16） BVerfGE 56, 298(313). 邦語での解説としてドイツ憲法判例研究会編・前掲注（7）四五二頁以下（駒林良則）。引用部分の括弧内―上代。

（17） なお、計画高権が地方自治の核心領域に含まれるかどうかについては争いがあり、連邦憲法裁判所も態度を明確にはしていない。大橋洋一『現代行政の行為形式論』（弘文堂、一九九三年）二六九頁以下。

（18） BVerfGE 56, 298(313). 括弧内―上代。

（19） BVerfGE 56, 298(319). 括弧内―上代。

（20） 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、二〇一〇年）一八〇頁。

（21） BVerfGE 56, 298(313). 括弧内―上代。

（22） Friedrich Schoch, Zur Situation der kommunalen Selbstverwaltung nach Rastede-Entscheidung des

Bundesverfassungsgerichts, VerwArch. 81. 1990, S.26.

(23) BVerwGE 67, 321(324).

(24) BVerfGE 79, 127(143). 邦語での解説としてドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第二版）』（信山社、二〇〇六年）三六〇頁以下（白藤博行）。

(25) BVerfGE 79, 127(146).

(26) BVerfGE 79, 127(150).

(27) BVerfGE 79, 127 Leitsatz 3 b.

(28) BVerfGE 79, 127(148f.).

(29) この概念自体は、一八〇八年のプロイセン都市法の解釈の中で、国から特権を与えられた都市の自治的権限の内容として位置付けられていた。Vgl. Christian Ackermann, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts zum Kommunalrecht für unsere heutige Dogmatik. 2012, S.68ff.

(30) BVerfGE 79, 127(149).

(31) BVerfGE 79, 127(154).

(32) Schoch, a. a. O. (Anm.22), S.32f.

(33) Hartmut Maurer, Verfassungsrechtliche Grundlagen und kommunalen Selbstverwaltung. DVBl. 1995, S.1043.

(34) 白藤博行「ドイツにおける地方自治改革と法理」神長勲編『現代行政法の理論』（法律文化社、一九九一年）所収、三三二頁以下、新村とわ「自治権に関する一考察（二・完）」法学六八巻四号（二〇〇四年）八七頁以下及び須藤・前掲注（20）一七八頁以下。

(35) BVerfGE 91, 228. 邦語での解説としてドイツ憲法判例研究会編・前掲注（24）三八九頁以下（工藤達朗）。

(36) BVerfGE 86, 90. 邦語での解説としてドイツ憲法判例研究会編・前掲注（24）三八三頁以下（駒林良則）。

(37) BVerfGE 107, 1.

(38) NRWVerfGH Urteil v. 9. 6. 1997.=NVwZ-RR 1998, 473.

(39) NdsStGH Urteil v. 6. 12. 2007.=NordÖR 2008, 162.

(40) BVerfGE 91, 228(242). 本決定は、男女同権委員選任の義務付けは自治体の組織上の行為可能性を封じるものではなく、その組織上の権能が、ゲマインデの自己責任性を擁護していることは主張可能であると判断している。

(41) BVerfGE 79, 127(153). 本決定の論理が立法による事務の剝奪に合憲の推定を与える方向で作用し得ることは、上述したとおりである。

(42) BVerfGE 86, 90(108). 本決定は、ゲマインデの区域の現状に介入する法的規律が公的利益に適合するものであるためには、その成立段階から既に（聴聞権の保障などの）手続的要請が充足されていることが必要であるとする。

(43) BVerfGE 107, 1(20f). 本決定は、自治体がこのような判断をなし得ることについて、自治の核心たる全権限性・自己責任性の前域（Vorfeld）であるとみなしている。

(44) NRWVerfGH, NVwZ-RR 1998, 473(475).

(45) NdsStGH, NordÖR 2008, 162(164). なお、本判決の委任事務に関する権限領域に対する制限の説示は、三段階審査類似の構造をとっている。すなわち、委任事務の権限は自治の保障の対象に含まれ、委任事務の権限の吸い上げは保障内容への介入に当たり、それが正当化されない、という説示の流れをなしている。

(46) NdsStGH, NordÖR 2008, 162(165).

(47) なお、憲法裁判所が、原子力法上の連邦所管大臣の指示によるラントの権限への制限について、「個人の権利領域への国家作用に対する法治国原理から導かれる制限は、権限法上の連邦とラントとの関係においては適用されない。これは特に比例原則に当てはまる」（BVerfGE 81, 310 [338]）と説示していることを根拠として、国家機関相互の権限関係一般に比例原則が排除されたものと理解する見解があるが、これは正しくない。なぜなら、連邦とラントとの関係は純然たる国家関係に擬した連邦制に基づいており、その権限関係の原則は基本法に規定されているところから、比例原則が当てはまる余地がないことが言及されているに過ぎないからである。連邦制と地方自治は、垂直的権限配分の原理である点は共通するが、憲法上の制度及び原理としては全く別のものと理解されなければならない。保護範囲の概念が存在し、保障と制限の原則―例外関係が存在することを根拠に、個人の権利領域に比例原則が妥当するのであれば、それと類似の構造を持つ地方自治の制度的保障に関しても比例原則が妥当する余地がある、と読むのが妥当と思われる。

(48) 須藤・前掲注（20）一八三頁は、騒音防止決定について権限配分原理を審査基準として援用することは不適切であるとするが、権限配分原理は計画権限の存在を基礎付ける理由付けであり、制限を論じる場合の前提として審査基準に含まれていると考えるのがより妥当と思われる。

(49) Maurer, a. a. O. (Anm.33), S.1044.

(50) Michael Sachs (Hrg.), Grundgesetz Kommentar. 6. Aufl. 2011, Art.106. Rnr. 31f. (Helmut Siekmann). このように具体化された財政高権は、住民に対する命令的効果に着目すれば、租税に関しては課税高権、対価性を有する金銭徴収に関しては課徴高権となる。

(51) Sachs, a. a. O. (Anm.50), Art.28. Rnr. 87 (Michael Niehaus).

(52) Sachs, a. a. O. (Anm.50), Art.106. Rnr. 30ff. (Siekmann).

(53) 連邦営業税法は、営業税の税額は、ゲマインデの区域内に住所を有する法人の収益に、連邦が定める課税基準率とゲマインデが定める賦課率を乗じて算出すると定める。

(54) BVerfGE 125, 141(160f). 括弧内―上代。

(55) BVerfGE 125, 141(161). 括弧内―上代。

(56) BVerfGE 125, 141(168).

(57) Sachs, a. a. O. (Anm.50), Art.28. Rnr. 84 (Niehaus).

(58) Friedrich Schoch, Verfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Finanzautonomie. 1997, S.182.

(59) 拙稿「自治体財政に対する憲法的保障の構造と牽連性原理」法学政治学論究七二号（二〇〇七年）三二七頁以下。

(60) 拙稿「財政憲法原理としての牽連性」法学政治学論究七四号（二〇〇七年）二〇〇頁以下。

(61) Hans-GünterHenneke, Begrenzt die finanzielle Leistungsfähigkeit des Landes den Anspruch der Kommunen auf eine aufgabenangemessene Finanzausstattung? DÖV 2008, S.359f. ヘネッケは、牽連性原理は立法者の財政供与能力を考慮せずに自治体の財源を保障する効力を持つのに対し、比例原則は立法者の財政供与能力が考慮要素に含まれることを、区別において重要視している。

(62) Schoch, a. a. O. (Anm.58), S.45.

(63) BayVerfGH Entscheidung v. 6. 2. 2007. =BayVBl. 2007, 364(365).

(64) Schoch, a. a. O. (Anm.58), S.148f.

(65) SächsVerfGH, Urteil v. 27. 1. 2009. =LVerfGE 21, 318(332). これは、連邦憲法裁判所がラント間財政調整における審査基準として定式化したものである。Vgl. BVerfGE 72, 330(338).

(66) BayVerfGH, BayVBl. 2007, 364(366f.).

(67) BayVerfGH, BayVBl. 2007, 364(365).

(68) Henneke, a. a. O. (Anm.61), S.365.

(69) BbgVerfGH Urteil v. 6. 8. 2013. 〈http://www.verfassungsgericht.brandenburg.de/sixcms/detail.php?gsid=bb1.c.37615.de/: letzter Zugriff 25.8.2013.〉; B.II.

(70) BbgVerfGH Urteil v. 6. 8. 2013; B. II. 2. b. bb. 括弧内―上代。

(71) BbgVerfGH Urteil v. 6. 8. 2013; B. II. 2. b. bb. (1)-(3). 判決文の中で括弧付きで「狭義の比例性」の文言が用いられている。

(72) Sachs, a. a. O. (Anm.50), Art.28. Rnr. 84 (Niehaus).

(73) そのため、立法者によって必要性・適合性が低く見積もられることがないように、事務配分の財源配分における評価の等価性が考慮されるべきである。Vgl. Henneke, a. a. O. (Anm.61), S.365f.