

재정법제 자료 07-08

자본주의 국가인 일본의 지방재정제도의 헌법문제

2007. 11. 16.

재정법학술 초청강연회 일정

◇ 일 시 : 2007년 11월 16일(금), 16:00~18:00

◇ 장 소 : 한국법제연구원 대회의실

◇ 구 성

○ 사 회

문준조(한국법제연구원 연구위원, 산업경제법제연구실장)

○ 강 연

福家 俊朗(名古屋大学大学院法学研究科 教授)

○ 통·번역

김경덕(일본 나고야대학 법학부 법학연구과 박사과정)

○ 토 론

장선희(대구가톨릭대학교 법학부 교수)

김세진(한국법제연구원 초청연구원)

목 차

■ 자본주의 국가인 일본의 지방재정제도의 헌법문제 - 국가·지방간 관계의 헌법규율과 1999년 지방자치법 개정 (지방분권추진일괄법) -	
一 머리말 — 문제의 소재의 배경에 관하여	5
二 자치재정권의 헌법규율 — 헌법의 내재적 규율 등과 국가 관여의 필요성	9
三 지방재정에 대한 국가 관여의 의의와 그 절차 및 논리적 필수요건	12
四 맺음말 — 과제와 전망	15
1 국가·지방간의 재정을 둘러싼 이해조정 등의 방법으로서의 「협의와 합의」	15
2 사무배분과 부담구분의 비연동제(非連動制)와 쌍방향적 「협의와 합의」	17
■ 資本主義国家日本の地方財政制度の憲法問題 - 国・地方間關係の憲法規律と1999年地方自治法改正 (地方分権推進一括法) -	
一はじめに — 問題の所在の背景について	20
二 自治財政權の憲法規律 — 憲法の内在的規律等と国の 関与の必要性	23

三 地方財政に対する国の関与の意義とその手続および 論理的必須要件	26
四 おわりに - 課題と展望	29
1 国・地方間の財政をめぐる利害の調整等の方法としての 「協議と合意」	29
2 事務配分と負担区分の非連動制と双方向的「協議と合意」	32

▣ 토 론 문

토 론 문1(장선희)	36
토 론 문2(김세진)	40

자본주의 국가인 일본의 지방재정제도의 헌법문제

- 국가·지방간 관계의 헌법규율과 1999년 지방자치법 개정(지방분권추진일괄법) -

福家 俊朗

(名古屋大学大学院法学研究科 教授)

— 머리말 — 문제의 소재의 배경에 관하여

— 지방분권추진일괄법¹⁾은 1980년대에 개시된 신자유주의적 행정개혁의 최종단계에서 필요하게 된 소위 지방분권(devolution; decentralization)을 추진하는 일련의 필요성에서 1999년 제정되었다. 이는 (1) 국가(중앙정부. 이하 동일)로부터 지방(지방공공단체=지방정부. 이하 동일)에의 사무권한의 위양(위임) 및 (2) 국가의 지방에 대한 광의(廣義)의 관여의 축소, 두 가지를 기본전략으로 하고 있다. 이는 동시에 지방공공단체가 국가와 병립·대등한 관계에 있는(지방분권추진위원회는 『대등·협력의 관계』라고 한다) 일종의 통치단체(원칙적으로 전권 한성과 자기책임성의 보장²⁾)인 점과 모순되는 양자의 부적합한 관계

1) 『지방분권의추진을피하기위한관계법률의정비등에관한법률』(平成11년법률제87호. 이하 『지방분권일괄법』이라 한다).

2) 지방자치법 1조의 2 제 1항이 『주민의 복지증진을 꾀하는 것을 기본으로 지역에서 행정의 자주적이며 종합적으로 실시할 역할을 폭넓게 담당하는 것으로 한다』고 규정하는 지방공공단체의 역할규정은, 지방공공단체가 지역주민의 인권보장과 관련된 모든 사무를 원칙적으로 자기책임으로 처리할 권한을 부여하고 있다고 해석하여야 할 것을 헌법이 요청하고 있음을 내포하고 있다.

및 제도를 개선한다는 의미에서, 일본국 헌법이 규정하는 「지방자치의 취지」(동92조)에 적합한 국가·지방간의 관계를 다시 확인하지 않을 수 없었다.³⁾ 자본주의 국가의 헌법이 가지는 「이면성=정당성과 이데올로기성」이 바로 그것이다.

예를 들어 지방공공단체에의 국가의 관여(「국가의 관여」란 소위 「행정적 관여」를 가리킨다. 국회에 의한 「입법적 관여」는 명시한다)에 관해서 지방자치법은 법률의 근거를 필요로 한다는 「관여법정주의」(지방자치법 245조의 2)를 새로이 규정하였다. 이와 같은 규정은 비권력적 관여에 있어서는 법률의 근거가 불필요하다는 침해유보설적 해석이나 법률의 근거만 있으면 어떠한 관여라도 가능하다고 해석할 수도 있는 「형식적 법치주의」를 극복하는 것으로 이해하지 않으면 안된다.

궁극적으로는 국가·지방간 관계의 「법화(法化. juridification)」의 원칙과 밀접한 관계가 있는 이 관여법정주의는, 관여는 목적을 달성하기 위하여 「필요최소한도」의 것으로 함과 동시에 지방공공단체의 「자주성 및 자립성」을 배려한다는 「관여의 기본원칙」을 확인하는 규정이다(동 245조의 3 제1항 참조). 우리는 지금까지 국가가 지방공공단체의 권한이나 활동에 관해서 법적으로는 문제되지 않은, 대부분 사실상의 폭넓은 관여(통제·시정을 포함한 규제 및 조성)수단을 이용하여

3) Art, 92 “Regulations concerning organization and operations of local public entities shall be fixed by law in accordance with the principle of local autonomy”

Art, 93 “The local public entities shall establish assemblies as their deliberative organs, in accordance with law.

2 The chief executive officers of all local public entities, the members of their assemblies, and such other local officials as may be determined by law shall be elected by direct popular vote within their several communities.”

Art, 94 “Local public entities shall have the right to manage their property, affairs and administration and to enact their own regulations within law.”

은 이와 같은 「비법화(非法化)」 관계를 묵인하여 온 것에 유의하지 않으면 안 된다.

二 단 관여법정주의 및 관여절차 등(동 246~250의 6등. 또한 동 250의 7~252는 관여와 관련한 계쟁처리 절차를 규정하고 있다)을 포함한 이들 「요건」을 추가함에 따라 오히려 관여주체를 종전의 자치대신으로 한정하지 않고 각 성(省)의 대신으로 확대하여 자치사무에 관해서도 명령강제를 내용으로 하는 권력적 관여의 가능성을 남겨두고 있는 점에도 유의하여야 한다(동 245조의 5 참조). 국가의 종적(縱的) 행정(vertically segmented administration)의 편이 때문에 지방공공단체가 담당하는 종합행정(multi-purpose or comprehensive administration)을 방해할 가능성이 있는 관여의 기회를 보다 확대하고 있다고도 말할 수 있기 때문이다. 지방공공단체의 재정권한 및 그 처리는 전형적인 자치사무(local autonomous affairs/functions)이지만 국가의 「지방자치행정」 전반(총무성설치 4조 20~35호, 37~39호, 45~62호 등 참조)을 소관하는 총무대신 및 지방재정과 밀접한 관계를 가지는 국가의 「재무행정」(재무성설치 4조 등 참조)을 소관하는 재무대신이 주요한 관여주체로 된다는 것이 예정되어 있다. 물론 지방행정을 좌우하는 보조금 등(협회의 보조금이나 국고보조금)의 교부주체도 지방공공단체가 담당하는 다양한 행정과 관련하여 종전과 다름없는 상태를 그대로 유지하고 있다.⁴⁾

4) 단 지방자치법 제11장 「국가와 보통지방공공단체와의 관계 및 보통지방공공단체 상호간의 관계」(동법 245조 이하)에서 말하는 「관여의 기본유형」에는 「국가 또는 도도부현(都道府縣)의 보통지방공공단체에 대한 지출금의 교부 및 반환과 관련된 것」은 빠져 있다(동 254조 본문 후단 괄호). 보조금 등에 관해서는 예를 들어 보조금등적화법이 별도로 정해져 있기 때문이라고 되어 있다.

그 외, 예를 들어 국가의 사무를 주민이 직접선거로 선출한 장(Prefecture Governor, City Mayor etc.)이 국가기관의 지위로서 행하는 것이 가능했던 구(舊) 기관위임사무는 폐지되었지만, 『지방공공단체가 처리할 사무』라는 표현으로 자치사무가 아닌 『본래 국가가 담당하여야 할 역할』과 관련된 법정수탁사무(national affairs/functions statutorily entrusted to Local Governments 지자 2조 9항 1호 참조)가 창설되었다. 이에 따르면 본래 국가가 의무와 책임을 져야 할 사무를 『법률』에 의하기만 하면 지방공공단체의 사무로서 지방공공단체에게 그 의무와 책임을 지게 하여 사무를 실행시키고 그에 대한 비용을 부담시킬 수 있도록 되어 있다.⁵⁾

三 또한 아직까지도 결정적으로 부족한 재원을 마련하지 않았을 뿐만 아니라 지방공공단체의 새롭게 증가한 사무에 알맞은 재원의 이양이 거의 이루어 지지 않았다. 동시에 원칙적으로 구 기관위임사무를 폐지하고자 하였던 취지에 맞추어 법 형식상으로는 국가와 지방공공단체 간의 『사무구분』을 실현한 반면에 『부담구분』을 포함하지 않는 제도⁶⁾를 종전 그대로 유지하는 『구조』는 특히 유의하지 않으면 안 된다.⁷⁾

5) 마치 지방공공단체에의 일방적인 사무위양의 방법이었던 구 단체위임사무의 창설의 방법을 답습하고 있다.

6) 예를 들어 지방자치법 232조는 지방공공단체의 사무집행의 경비의 전액지번의무(全額支辨義務)를 규정하는 한편 지방재정법 10조는 『국가와 지방공공단체 상호의 이해와 관계 있는 사무』의 일부에 관해서 국가의 부담을 정하는 것에 지나지 않는다. 또한 지방재정법 10조의 2도 이처럼 사무구분과 부담구분의 비연동성을 전제로 해서 이들이 지방공공단체의 사무라는 이유가 아니라 오로지 국가의 이해 또는 책임을 이유로 부담하는 것으로 되어 있다. 이 모두가 지방공공단체에게 필요 불가결한 재원을 확보하지 않는 것을 전제로 해서 부족분을 국가의 부담부분으로서 처리하는 『구조』로 되어 있다.

7) 이 문제에 관해서는 재정문제가 사무문제와 불가분의 관계에 있음과 동시에 이미 상세히 검토한, 福家俊朗 □□현대재정의 공공성과 법(現代財政の公共性と法□□ 제6장 참조.

二 자치재정권의 헌법규율 — 헌법의 내재적 규율 등과 국가 관여의 필요성

— 지방공공단체의 재정에 관해서는 그것이 국가가 아니라 지방공공단체의 재정이라는 점에서 특히 지방자치의 원칙이 문제 된다. 일본국 헌법은 지방공공단체의 조직 및 운영에 관한 사항을 「지방자치의 본지(本旨)」에 따라 법률로 정한다(헌92조)고 하는 한편, 지방공공단체 스스로가 재산을 관리하고 사무, 사무의 집행, 행정의 집행에 대한 권한을 가진다고 함과 동시에 「법률의 범위 내」에서이기는 하지만 입법권(조례제정권)을 가진다고 규정하고 있다(동94조). 재정을 관리하는 기능에 관해서는 명시적인 규정이 없지만 자치행정권이나 자치입법권과 같이 논리적으로는 자치재정권이라고 할 만한 권한을 인정하고 있다고 해석하지 않으면 안 된다. 지방공공단체의 이 같은 권한은 「자치」권이기 때문에 국가와의 관계에서 문제가 된다. 그 때문에 「지방공공단체의 재정(이하 지방재정이라 함.)운영, 국가의 재정과 지방재정과의 관계 등에 관한 기본원칙을 정하여 이로써 지방재정의 건전성을 확보하고 지방자치의 발전에 이바지할 것」을 목적으로 하는 헌법부속법이라 할 수 있는 지방재정법을 제정하여 자치재정권한을 확인하고 있다.⁸⁾

8) 동법은 다음과 같은 「지방재정운영의 기본」을 규정하고 있다. 즉 「지방공공단체는 그 재정의 건전한 운영을 위해 노력하고 국가의 정책에 반하거나 국가의 재정 혹은 다른 지방공공단체의 재정에 해를 끼치는 것과 같은 시책을 행하여서는 안 된다.」(동 2조 1항)고 하는 한편 「국가는 지방재정의 자주적이며 건전한 운영의 조성을 위해 노력하고 그 자율성을 해하거나 지방공공단체에게 부담을 전가(轉嫁)하는 것과 같은 시책을 행하여서는 안 된다.」(동법 2항)고 하는 자치재정권의 보장을 주안으로 하는 것이다.

二 지방공공단체의 재정과 이를 집행·관리하는 권한으로서의 자치 재정권은 본래 그것이 일종의 통치단체인 지방공공단체의 『재정』이기 때문에 통치활동으로서의 의의가 부여되어 있으며 동시에 이로 인해 내재적 및 외재적 통제를 당연히 받게 된다.

예를 들어 그 중 하나가 『대표 없으면 과세 없다』라는 원칙에서 시작되는 재정민주주의이며 국가의 경우 국회중심주의이고, 지방공공단체의 경우에는 지방의회중심주의로 된다. 이는 국민이나 주민의 직접 선거로 선출된 대표자(의원)로 구성되는 의결기관에 의해 재정을 처리한다고 하는 원칙(정당성)에 의한다(지자 96조 1항 각호 및 제9장 『재무』 참조).

또한 재정 그 자체의 내재적 규율로서의 건전재정주의(지재 4조~4조의 3, 5조 본문 등)라든지 대표적인 재원취득작용에 대한 조세 조례주의(지자 223조, 지세 3조) 등에 관해서는 당연한 것을 확인하거나 논리적으로 도출되는 법규(상기 지자 제9장 및 지방재정법 참조)가 적지 않게 규정되어 있다.

한편 재정민주주의하에서도 당해 개별적 재정처리에 관해서는 당연히 주민의 기본적 인권과 저촉되어서는 안 된다는 규율준수가 요구된다. 이들이 지방공공단체라고 하는 일종의 통치단체의 통치활동인 까닭에 헌법규율이 직접적으로 관여하고 있다. 따라서 주민에게는 이와 같은 것들이 정치적 문제인 경우 참정권을 행사할 수 있으며, 법적 문제인 경우 재판을 받을 권리를 행사할 수 있다. 민주주의 제도인 주민감사청구나 주민소송을 제외하면 이와 같은 법적 문제가 생기는 전형적 사건은 주민의 재산권에 대한 침해의 수인(受認)범위와 한도를

공공의 복지에 적합하도록 법률이나 조례에 의해 정하는 것과 관련된 조세를 둘러싼 분쟁이 대부분이다.

三 지금까지 국민건강보험세⁹⁾, 나라현 문화관광세나 고도보존 협력세¹⁰⁾ 및 최고재판소(한국의 대법원에 해당함)에 상고되었으나 화해가 성립된 소위 동경도(東京都) 은행세¹¹⁾ 등이 납세자인 주민에 의한 재판사건으로서 다투어져 왔다.¹²⁾ 이 모두가 납세자인 주민이 이들 지방세가 여러 측면에 있어서 기본적인 인권(평등권, 신교{신앙}의 자유 등)이나 그것을 구현하는 원칙(조세조례주의의 구체적 내용으로서의 과세요건 법정주의 또는 지방세법의 규정 등)과 저촉됨을 이유로 그들의 당부(當否)를 재판으로 다투고 있다.

무엇보다 자치재정권 행사와 관련된 지방세 조례에 관한 이들의 내재적 규율과 관련하여 지방세법이라는 표준법적인 법률에 의한 규율(입법적 관여)에 그치지 않고 그 확인이나 그에 근거하는 시정을 위한 국가의 행정적 관여를 인정하고 있는 경우가 있다. 예를 들어 상기 나

9) 국민건강보험세조례가 헌법 92조 및 84조에 위반된다고 주장된 秋田市 국민건강보험세소송 공소심 판결(仙台高裁所秋田支部判 1982년 7월 23일 行裁判例集 33권 7호 1616p). 또한 헌법 84조에 위반된다고 주장된 국민건강보험세 과세처분 무효확인청구 등 사건 판결(名古屋地裁 1997년 12월 25일 판례 지방자치 175호 37p) 참조.

10) 헌법 20조에 위반된다고 주장된 奈良地裁 1968년 7월 17일 行裁判例集 19권 7호 1221p 등, 및 京都市 고도보존협력세조례에 대해서 헌법 20조가 보장하는 신교의 자유, 정교(政教)분리의 원칙 및 14조의 법 앞의 평등에 위배된다고 주장된 京都市 고도보존협력세조례사건 제1심 판결(京都判 1984년 3월 30일 行裁判例集 35권 3호 353p) 및 그 집행정지사건(京都地判 1986년 8월 26일 판례タイムズ 622호 88p).

11) 본 사건에서는 본건 조례가 헌법 94조나 14조 1항 등에 반한다고 주장되었다. 1심 판결(동경地判 2002년 3월 26일 판례시보 1787호 42p) 및 2심 판결(동경高裁 2003년 1월 30일 판례시보 1814호 44p) 참조.

12) 그 외에 유흥음식세의 특별징수는 헌법 11조·12조·13조·22조·29조·31조·36조에 위반된다고 주장된 사건판결(最判大 1962년 2월 21일 形集 16권 2호 107p) 참조.

라현 문화관광세나 고도보존 협력세는 법정외보통세(non-statutory local taxes for general revenue)의 신설에는 자치대신의 허가를 요하는 것으로 되어 있다. 단 당해 관여는 법정외보통세의 지방세법상의 법정요건과 흡사한 취지의 규율을 확인적 또는 추가적으로 과하는 것이 아니라 차원이 다른 별도의 정책적 목적에서 규율을 가하는 것으로 되어 있었다. 즉 이 관여에 있어서는 차원이 다른 규율이 모순을 일으킬 경우(허가요건을 충족하고 있음에도 불허가의 경우) 그 처리방법에 대하여 그 목적이 적절한지의 여부가 반드시 문제로 된다.

三 지방재정에 대한 국가 관여의 의의와 그 절차 및 논리적 필수요건

— 그렇다면 자치재정권에 대하여 법적으로 혹은 사실상으로도 통제(규제 및 조성)기능을 가지는 특히 상기와 같은 법률에 근거를 두는 국가 관여의 필요성 및 정당성은 어디에서 찾아볼 수 있을까.

우선 기본적으로는 공적 자금으로부터의 재원이라는 「희소자원」의 국가·지방간의 배분 또는 지방공공단체간 조정을 포함한 국가 전체의 최적배분(optimal allocation of scarce resources)의 필요성에서 구하지 않으면 안 된다. 그것은 국가와 지방공공단체가 병립·대등 또는 대등·협력이라고 하는 「국가·지방관계」에서 국민과 주민에 대한 단독(독자)적 및 협동(공동)책임을 지기 위한 불가결한 재원의 배분을 위한 적절한 배분이나 전국적인 최적배분뿐이다. 국가의 관여는 재원의 국가·지방간에서 또는 지방공공단체간의 조정을 포함한 국가 전체에서 오로지 그와 같은 취지의 배분을 위해서 인정될 수 있을 것이다. 이와 같은 국가의 관여는 재원배분의 목적인 국가 및 지방공공단체의 재정책임 나아가서는 국민이나 주민에 대한 행정책임(국민 및

주민의 「복지의 증진=기본적 인권의 보장과 실현」을 다하기 위해 말 그대로 「대등·협력」의 이해의 조정 또는 처리를 목적으로 하고 있다.

二 단 이와 같은 취지의 국가·지방간의 재원배분의 기준은 일의적으로 정해지는 것이 아니다. 다시 말해 당해 재원배분과 관계되는 재정수요, 나아가서는 당해 재원이 충당되는 국가 및 지방공공단체의 책무에 속하는, 항상 개선을 지향하는 가변적인 행정수요(사무배분)의 질 및 양의 확인에 의해서만 결정할 수 있다. 그렇게 되면 법률에 의해 확정적으로 정해두는 것이 어려워서 고작 배분의 일정기준을 대강 정하는 것에 그치고 구체적인 사건마다 적절히 처리하는 조정절차가 상당히 중요한 의미를 가지게 될 것이다.

말할 것도 없이 이때의 당해 국가 및 지방공공단체의 이해는 각각 궁극적으로는 헌법에 근거하는 정당성을 가지고 있다. 따라서 국가의 관여는 그와 같은 재원배분을 적절하게 행할 수 있는 종류 또는 유형이어야 하며, 동시에 국가의 이 같은 관여가 꼭 필요한 것임을 유의하지 않으면 안 된다. 당해 관여에 관해서 「대등·협력」 관계에 의해 당연히 예정되는 쌍방향성은 그 절차에서 빠져서는 안 된다.

三 그렇다고는 하지만 법률에 근거를 두는 국가의 관여 중에는 당해 관여를 우선시키는 것과 관련하여 불가결한 조치가 필연적으로 문제시 되는 것이 있다. 왜냐하면 자치재정권은 원칙적으로 주민의 복지증진이라고 하는 지방공공단체의 헌법상의 책무와 관련되어 있는데, 국가의 관여 중에는 지방공공단체의 자치재정권의 정당한 행사와 저촉됨에도 불구하고 당해 관여가 우선시되어야 할 경우가 있을 수 있기 때문이다. 따라서 그 같은 관여는 국회가 법률을 제정하는 것에

의하게 되는 입법적 관여로 될 것이다. 예를 들어 지방세법에 지방공공단체마다의 주민간의 부담의 공평을 피하기 위하여 세율의 상한을 정하거나 세목에 관해서 명시하는 것과 같은 관여가 그것이다.

또한 당해 지방공공단체뿐만이 아니라 전국적인 관점으로 보아 적절하고 합리적인 경제정책이나 사회정책의 필요에서, 국회의 선택으로서, 국가의 관여가 자치재정권보다 우월한 경우가 있을 수 있다.¹³⁾ 물론 이러한 경우에도 감소되는 재원을 어떤 방법으로든 보충할 것인가는 불가결한 조치로 남는다. 본래 얻을 수 있는 자원취득을 제약하거나¹⁴⁾ 국가 전체를 위하여 『특별한 희생』을 강요당하기 때문이다.

四 이상으로부터 자치재정권에 대한 국가 관여의 존재이유를 대략 분류하면, ① 재원배분이라고 하는 국가·지방을 통한 『정당(正當)』 이해(대립)관계의 단순한 조정 또는 처리를 목적으로 하는 것과, ② 별도의 공공목적에서의 자치재정권의 통제(결과적으로는 재원배분을 희생으로 하는 것)에 역점을 둔 것으로 나눌 수 있다.

하지만 위의 두 경우 모두 국가·지방의 『대등·협력』 관계를 전제로 하여 국가와 지방공공단체가 함께 국민 및 주민의 복지증진이라고 하는 행정책임을 완수하기 위한 정당한 요구와 관련되어 있다는 점은 동일하다. 다시 말하면 『정당성의 충돌』의 처리 또는 조정문제로 될 수밖에 없다. 이 때문에 어느 경우에도 당해 이해(대립)관계의 조정 또는 처리절차는 쌍방향적 즉 상기와 같이 지방공공단체 측으로부터

13) 어느 것에도 정당성에 의문이 있지만 예를 들어 세원(소득)이 증폭되는 이자소득이나 배당소득의 우대조치(국세)를 지방세에도 미치게 한 예나 법인세(국세)나 법인주민세(지방세)의 부담을 경감하기 위하여 법인사업세액을 손금(損金) 취급하는 예가 그 전형적인 예이다.

14) 또한 소위 표준세율을 기준으로 부족분을 보완하는 지방교부세 제도가 설치되어 있다.

의 관여의 필요성이 반영한 절차가 아니면 안 된다고 말할 수 있을 것이다. 강권적이 아닌 민주적이며 도리나 정의(예를 들어 앞서 말한 ②의 사건에서는 손실보상의 법리가 그것이다)에 적합해야 된다.

四 맺음말 — 과제와 전망

1 국가·지방간의 재정을 둘러싼 이해조정 등의 방법으로서의 『협의와 합의』

— 지방공공단체는 주민의 기본적 인권의 보장과 실현을 위한(주민의 복지증진에 이바지하기 위한), 이 의미에 있어서, 일종의 통치단체라고 이해되어 왔다. 이를 감안하여 지방재정의 구체적 내용에 대해 불가피하다고도 말할 수 있는 국가의 행정적 관여 및 입법적 관여를 정한 규정의 합헌적 이유나 이들의 해석은 필연적으로 계속 문제 될 것이다.

입법적 관여이건 행정적 관여이건 이들을 둘러싼 국가·지방간의 법적·정치적 『분쟁 또는 사건』의 처리방법의 법 원칙은 헌법 92조에서 말하는 『지방자치의 본지(本旨)』라는 점은 말할 필요도 없다. 가장 문제가 되는 행정적 관여에 관해서 말한다면 이를 합의한 국가와 지방공공단체의 『대등·협력』 관계로부터 논리적으로 도출되는 것은 『협의와 합의(consultation and consent)』¹⁵⁾라고 하는 처리절차일 것이다.¹⁶⁾

15) 본고에서 사용하는 이 용어는 필자가 영국의 이것에 관해서 사용해 온 것이다. 福家俊朗 『イギリス地方自治の変容—1988年地方政府法制定にいたる諸改革の法的位相』成田=塩野=金子=園部=小早川編□□行政法の諸問題□□上巻、雄川一郎先生献呈論集、1990年、有斐閣참조(동 논문에 있어서 영국의 국가·지방간 관계와 관련하여서는 동 논문에서 언급·참조한 Loughlin에 따르고 있다.

16) 말할 것도 없이, 예를 들어 사안의 성질상 기본적으로 합의가 불가피한 상기 ① 사항에 관해서는 우선은 쌍방의 합의를 얻기 위한 성실한 협의가 당연히 의무화 되어 있다. 다음으로 그 협의가 이뤄지지 않는 경우에는 당사자 일방의 요구 등에 상대방을 복종시키는 것이 아니라 적절한 제3자의 법적인 이해조정(調停)에 맡기는 것이 가능하도록 되어야 한다. 그 제3자에는 법적 문제를 처리할 권한이 있는 재판소뿐

二 당연한 말이지만 재정과 관련된 『조정』을 필요로 하는 이해대립을 사무의 성질 면에서 대별(大別)한다면 우선 (1) 국가와 지방공공단체가 각각 단독 실시와 부담의 쌍방에 관해서 독립된 의무와 책임을 가져야 할 사무를 전제로 하며 이와 관련되어 있다. 다음으로 (2) 국가와 지방공공단체가 협동(공동)하여 책임을 지는(저야 하는) 사무(예를 들어 국고부담금의 대상으로 되어 있는 지방공공단체의 사무)를 전제로 하며 이에 관련되어 있다.

따라서 이는 어느 경우에도 쌍방이 궁극적으로는 헌법에 의거하여 주장하는 『정당성의 충돌』이 되기 때문에 이를 조정하기 위한 방법으로서 『협의를 합의』가 불가피하게 된다. 또한 이 같은 의미에서의 재원배분은 법률문제임과 동시에 특히 입법문제이기도 하기 때문에 그 처리에는 준사법적 절차뿐만이 아니라 준입법적(민주적) 절차¹⁷⁾가 필수적이다.

하지만 지방분권일괄법에 의한 개정 지방자치법은 국민이나 주민에게 필요한 행정 즉 사무를 국가와 지방공공단체간에서 간단히 이분한다는 원칙을 근거로 무리한 사무배분을 실시하였다. 지방분권추진의

만이 아니라 사안의 성질에 따라 입법적 처리가 불가피한 경우에는 국가나 지방공공단체에 재원을 필요로 하는 사무를 배분한 당사자인 국회 자신(지방행정 위원회를 시작으로 하는 상임위원회나 특별위원회)을 포함하여도 좋을 것이다. 또한 감히 반복하건데, 재원배분이라고 하는 공통의 이해관계(대립) 사건에 관해서는 본래 국가도 지방공공단체에 대해서 『협의』의 신청이나 동의를 구하지 않으면 안 된다(할 수 있다). 필연적으로 지방공공단체와의 『합의』를 요하는 『협의』가 불가피하기 때문에 합의(지방공공단체의 동의)를 얻지 못하면 국가는 원칙적으로 당해 사건을 일방적으로 처리할 수 없다. 그 경우에는 관여법정주의 비추어 원칙적으로 법화(法化)를 적절하게 규율하기 위한 사법적 해결에 맡길 수 밖에 없다. 이 같은 의미에서도 관여는 일방적이 아니라 본질적으로 『쌍방향적』이지 않으면 안 된다.

17) 덧붙여서 행정의 준사법적 행위에 관해서는 사법적 절차가, 준입법적 행위에는 민주주적 절차가 유추적으로 적용되어야 하는 점에 관한 문제관심에 대해서는 福家俊朗『イギリスにおける計画法と参加—その法的論理構造と法的位相』(長谷川正安編□□現代国家と参加□□[公法学研究2]法律文化社、1984年) 참조.

기본전략 중 하나인 권한의 이양(移讓)은, 우선 결과적으로는 지방공공단체에게 재정부담이 많은 사무를 이양하였다.

三 그 반면 국가와 지방공공단체가 협동(공동)책임을 져야 할 사무구분이 무시되고 있다. 이 협동(공동)책임 사무구분은 당사자가 병립·대등하지 않은 경우에는 특히 행정책임이 애매하게 될 우려가 있다. 또한 주지하는 바와 같이 이는 국가에 의한 지방행재정(地方行財政) 통제에 근거가 될 가능성이 큰 공관사무(共管事務)로 될 수도 있다는 비판을 받고 있다. 그럼에도 불구하고 국민이 어디에 살고 있는지 향수(享受)할 수 있는 「그 향상을 위하여 항상 가변적인, 인간의 생존·생활조건」¹⁸⁾ 또는 「표준 행정수준」이라고 하는 범주의, 국가에게 일의적 책임이 있는 소위 내셔널 미니멈(national minimum)을 정의할 수 있음과 동시에 지방공공단체에게도 그 책임의 일부(대등한 입장에서 협동책임)를 인정하는 것이 일의적 향수자(국민으로서의 주민)에게 적합한 것이 있다. 그 실현을 위한 사무(행정)에 관해서는 실시책임은 국민으로서의 주민과 밀접한 지방공공단체에게 있으나, 그 부담은 전면적으로 국가가 진다고 하는 것과 같은 협동(공동)책임의 사무구분이 필요하다.

2 사무배분과 부담구분의 비연동제(非連動制)와 쌍방향적 「협의와 합의」

一 지방분권일괄법이 예정하고 있었던 것은 신자유주의적 행재정개혁의 핵심이기도 하지만 소위 내셔널 미니멈은 달성되었다고 하는 「허구」의 「대전제」 하에서 자조·자립의 자기책임을 관철할 수 있는 주

18) 福家俊朗·전게서 204~207p 참조.

민자치와 단체자치에 입각한 지방공공단체의 독자적인 행정수준의 향상이었다. 따라서 오로지 지방공공단체가 모든 책임을 지는 것으로 이해되는 독자적인 행정수준의 유지·향상과 관련된 행정수요에 대해서는 지방공공단체 자신이 주민의 의사(선택과 부담)에 근거한 자치재정권을 획득할 수 있어야 했다.

그렇다고 한다면 국가와 지방공공단체간의 재정을 둘러싼 상기의 이해관계(대립) 사건의 조정 또는 처리는 지금까지 서술한 방법과는 약간 다른 것으로 될 수밖에 없다.

국가가 우선은 책임을 져야 할 내셔널 미니멈의 향상은 이제 불필요하다고 단정하고 있기 때문에 각 지방공공단체의 재정수요 쪽이 국가의 재정수요보다도 우선되지 않으면 안된다. 그 때문에 자원배분을 둘러싼 합의(지방공공단체의 동의)를 필요로 하는 협의는 오히려 국가가 지방공공단체에게 구하지 않으면 안 되는 상황으로 될 것이었다.

二 하지만 이 「대전제」와 관련된 내셔널 미니멈은 그 「목표치」를 세워서 달성하여도 다음 목표치를 설정하지 않으면 안되기 때문에, 그것이 달성되었음을 이유로 국가에는 책임이 없다고 하는 것은 헌법질서(예를 들어 25조 2항 참조)를 고려할 때 허용될 수 없는 일이다. 또한 「새로운」 내셔널 미니멈이라고 할 수 있는 행정수요(예를 들어 고령자 개호{介護}수요 등)가 증대하는 것도 기정사실이기 때문에 자치재정권에 대한 관여의 해석에는 보다 복잡한 요소가 얽히게 된다. 다시 말해 국가에게도 적절한 책임을 완수하게 할 수 밖에 없기 때문에 (본질적으로 협동{공동} 책임사무이기 때문에) 당해 사무의 책임의 소재(배분)에 관해 어떤 것이 적절한 자원배분의 방법 또는 기준인가에 대해서 신중하고 종합적으로 고려하여야 한다.

지방분권일괄법은 결국 이 같은 문제를 해결하지 못한 채 규정되었다기보다 무리한 사무배분을 통해 『대등·협력』의 관계를 실현하려고 하였기 때문에 본래 협동(공동) 책임사무로 해야 할 사무(그 대표적인 것이 달성되었다고는 도저히 말할 수 없는 내셔널 미니멈에 속하는 사무이다)에 관해서 지방공공단체의 책임을 묻지 않는 대신에 국가의 책임역시 불문으로 하게 되었다고 하는 편이 보다 정확한 표현일 것이다. 예를 들어 사무구분과 부담구분을 동반하지 않는 제도설계는 법정 수탁사무와 같은 원래는 국가에게 책임이 있는 사무를 지방공공단체의 사무로 하여 상기와 같은 협동(공동) 책임사무로 해야 할 것을 종전과 같이 불명확한 채로 그 대부분을 지방공공단체의 사무로 규정해두는 것(개개 주민의 불공정하고 불공평한 부담에 의거하는 것)에 이점(利點)을 두는 자본주의 국가체제로부터 도출되고 있다. 즉 국가의 부담책임을 경감 또는 회피하는 반면 국가는 이해에 필요한 한도 내에서 재량적인 재원지원(보조금 등의 지출)의 수단을 통하여 지방공공단체의 사무집행을 통제할 수 있는 것이다.

三 이와 같은 의미에서 국정에 있어서 민주적인 중앙집권체제를 지향하는 한편, 보다 합헌적이고 합리적인 사무배분과 재원배분에 대한 이해 또는 해석의 중요성이 점점 높아지고 있다. 특히 사무와 그에 동반되는 재원을 소위 『상강(上降)』¹⁹⁾적으로 배분함에 있어서 서브시디어리(subsidiary) 원칙이 국가의 이상형을 규율하는 전제조건이며 그 실현방법이다.

19) 하강(下降)이 아닌 상강(上降)은 주민과 가장 밀접한 통치단체인 지방공공단체 등이 우선은 주민의 복지증진을 위한 전권한성과 자기책임성을 주민으로부터 직접 의무 지위집과 동시에 보다 광역적이고 통일적 또는 조정적인 사무처리가 필요한 사항을 처리하기 위하여 국가 등의 상위의 통치단체를 『필요악』적으로 창설해 나간다고 하는 근대국가의 극히 자유주의적인 논리를 표현하기 위한 『조어(造語)』이다.

資本主義国家日本の地方財政制度の憲法問題

- 国・地方間関係の憲法規律と1999年 地方自治法改正(地方分権推進一括法) -

福家 俊朗

(名古屋大学大学院法学研究科教授)

一 はじめに 一 問題の所在の背景について

一 1999年に制定された地方分権推進一括法¹⁾は、1980年代に開始した新自由主義的行財政改革の最終段階で必要になった、いわゆる地方分権(devolution; decentralization)を推進するものであった。(1)国(中央政府。以下同様)から地方(地方公共団体＝地方政府。以下同様)への事務権限の委譲、および、(2)国の地方に対する広義の関与の縮減、という二つの基本戦略から成っている。それは、同時に、地方公共団体が国と併立・対等の関係にある(地方分権推進委員会は「対等・協力の関係」という)一種の統治団体(原則として、全権限性と自己責任性の保障²⁾)であることと矛盾してきた不整合な関係および制度を改善するという意味において、日本国憲法が規定する「地方自治の本旨」(同92条)に適合的な国・地方間関

1) 「地方分権の推進を図るための関係法律の整備等に関する法律」(平成十一年法律第八七号。以下「地方分権一括法」という)。

2) 地方自治法1条の2第1項が「住民の福祉の増進を図ることを基本として地域における行政を自主的かつ総合的に実施する役割を広く担うものとする」と定める地方公共団体の役割規定は、地方公共団体が、地域住民の人権保障にかかるすべての事務を、原則として自己の責任において処理する権限を与えられている、と解釈すべきことを憲法が要請していることを含意している。

係を改めて確認せざるをえないものであった³⁾。資本主義国家の憲法が有する、『二面性＝正当性とイデオロギー性』に他ならない。

たとえば、地方公共団体への国の関与(とくに断らない限り、『国の関与』とはいわゆる『行政的関与』を指している。国会による『立法的関与』は明示する)について、地方自治法は、法律の根拠を必要とするという『関与法定主義』(地自245条の2)を改めて規定した。非権力的関与には法律の根拠が不要であるとする侵害留保説的解釈や、法律の根拠さえあればどのような関与でも可能であると解釈されかねなかった『形式的法治主義』を克服するものとして理解されねばならない。

究極的には国・地方間関係の『法化(juridification)』の原則に重大にかかわるこの関与法定主義については、関与は目的を達成するために『必要最小限度』のものとするとともに、地方公共団体の『自主性及び自立的性』に配慮すべきものとする、これも当然の『関与の基本原則』を確認する規定が置かれた(同245条の3第1項参照)。これまで、地方公共団体の権限や活動について、法的問題になることを回避して多くは事実上の幅広い関与(統制・是正も含め、規制および助成)手段を国が利用する『非法化』関係を黙認してきたことに留意しておかねばならない。

二 ただし、関与法定主義および関与の手續等(同246-250の6等。なお、同250の7-252は関与にかかる係争処理手続きを定めている)を含めたこ

3) Art.92 “Regulations concerning organization and operations of local public entities shall be fixed by law in accordance with the principle of local autonomy.”

Art. 93 “The local public entities shall establish assemblies as their deliberative organs, in accordance with law.

2 The chief executive officers of all local public entities, the members of their assemblies, and such other local officials as may be determined by law shall be elected by direct popular vote within their several communities.”

Art. 94 “Local public entities shall have the right to manage their property, affairs and administration and to enact their own regulations within law.”

これらの『要件』を追加することによって、むしろ関与主体を従前の自治大臣に限定せず各省大臣に拡大し、自治事務についても命令強制を内容とする権力的関与の可能性を残していることにも留意しなければならない(同245条の5参照)。国のいわゆる縦割行政(vertically segmented administration)の便宜から、地方公共団体が担う総合行政(multi-purpose or comprehensive administration)を阻害する可能性のある関与の機会をむしろ拡大しているともいえるからである。地方公共団体の財政権限およびその処理は典型的な自治事務(local autonomous affairs/functions)であるが、国の『地方自治行政』全般(総務省設置4条20-35号、37-39号、45-62号等参照)を所管する総務大臣、および、地方財政と密接な関係を有する国の『財務行政』(財務省設置4条等参照)を所管する財務大臣が主要な関与主体になることが予定されている。むろん、地方行政のあり方を左右する補助金等(狭義の補助金や国庫負担金)の交付主体も、地方公共団体が担う多様な行政にかかわって従来通り多様なままである⁴⁾。

そのほか、たとえば、国の事務を住民が直接選挙によって選出した長(Prefecture Governor, City Mayor etc.)を国の機関として行わせることができた旧機関委任事務は廃止されたものの、『地方公共団体が処理する事務』とされるが自治事務ではない『国が本来果たすべき役割に係る』法定受託事務(national affairs/functions statutorily entrusted to Local Governments地自2条9項1号参照)が創設された。ほんらい国が義務と責任を負うべき事務とされるものを、『法律』によりさえすれば地方公共団体の事

4) ただし、地方自治法第11章『国と普通地方公共団体との関係および普通地方公共団体相互間の関係』(同法245条以下)にいう『関与の基本類型』からは『国又は都道府県の普通地方公共団体に対する支出金の交付及び返還に係るもの』は除かれている(同254条本文後段括弧書)。補助金等については、たとえば、補助金等適正化法が別途に定められているからだとされている。

務としてその義務と責任において実施させ費用負担を課すことが可能になっている⁵⁾。

三 また、これまでも決定的に不足する財源の手当をしないだけでなく、地方公共団体の新たに増加した事務にふさわしい財源の移譲がほとんど行われなかった。同時に、旧機関委任事務を原則として廃止することにあわせて截然とした『事務区分』を法形式上は実現しながら、これに『負担区分』を連動させない制度⁶⁾を従前通りに維持するという『枠組み』にはとくに留意しなければならない⁷⁾。

二 自治財政権の憲法規律 — 憲法の内在的規 律等と国の関与の必要性

一 地方公共団体の財政については、それが国ではなく地方公共団体の財政であることから、とくに地方自治の原則が問題になる。日本国憲法は、地方公共団体の組織および運営にかんする事項を『地方自治の本旨』にもとづいて法律で定めるとする一方(憲92条)、地方公共団体がみずからの財産を管理し、事務を執行し、行政を執行する権限を有するとともに、『法律の範囲内』ではあれ立法権(条例制定権)を有するものとしてい

5) あたかも、地方公共団体への一方的な事務委譲の方法であった旧団体委任事務の創設の方法を髣髴させている。

6) たとえば、地方自治法232条は地方公共団体の事務執行の経費の全額支弁義務を定める一方、地方財政法10条は『国と地方公共団体相互の利害に関係のある事務』の一部について国の負担を定めるにすぎない。なお、地財政法10条の2も同様に事務区分と負担区分の非連動性を前提にして、それらが地方公共団体の事務であるという理由ではなく、もっぱら国の利害または責任から負担をすることになっている。いずれも地方公共団体に必要不可欠な財源を確保しないことを前提に、不足分を国の負担部分として手当とする『枠組み』になっている。

7) この問題については、財政問題が事務問題と不可分の関係にあることと併せてすでに詳しく検討した、福家俊朗□□現代財政の公共性と法□□第六章参照。

る(同94条)。財政を処理する権能については明示的規定がないものの、自治行政権や自治立法権とならび、論理的には自治財政権ともいうべき権限が認められているものと解さねばならない。地方公共団体のこのような権限は、『自治』権であるがゆえにすぐれて国との関係において問題となってくる。そのために、『地方公共団体の財政(以下地方財政という。)の運営、国の財政と地方財政との関係等に関する基本原則を定め、もつて地方財政の健全性を確保し、地方自治の発達に資すること』を目的として、わざわざ憲法付属法とでもいうべき地方財政法を制定し自治財政権限を確認している⁸⁾。

二 地方公共団体の財政とそれを執行・管理する権限としての自治財政権は、次に、ほんらいはそれが一種の統治団体である地方公共団体の『財政』であるがゆえに統治活動としての意義が与えられているとともに、そのことから内在的および外在的制約を当然に受けることになる。

たとえば、その一つが『代表なければ課税なし』に始まる財政民主主義であり、国における国会中心主義は地方公共団体の場合は地方議会中心主義ということになる。いずれも国民や住民による直接選挙によって選出された代表者(議員)からなる議決機関によって財政を処理する、という原則(正当性)のことである(地自96条1項各号および第9章『財務』参照)。また、財政それ自体の内在的規律としての健全財政主義(地財4条—4条の3、5条本文等)であるとか、代表的な財源取得作用についての租税

8) 同法は、つぎのような『地方財政運営の基本』を定めている。すなわち、『地方公共団体は、その財政の健全な運営に努め、いやくも国の政策に反し、又は国の財政若しくは他の地方公共団体の財政に累を及ぼすような施策を行つてはならない。』(同2条1項)とする一方、『国は、地方財政の自主的且つ健全な運営を助長することに努め、いやくもその自律性をそこない、又は地方公共団体に負担を転嫁するような施策を行つてはならない。』(同条2項)とする、自治財政権の保障を主眼とするものである。

条例主義(地自223条、地稅3条)などについては、当然の事を確認したり論理的に導かれる規律を定める規定(上記地自第九章および地方財政法参照)が置かれていることが少なくない。

他方、財政民主主義の下においても当該の個別的な財政処理については、当然のことながら住民の基本的な人権と抵触してはならないという規律の遵守が要求されている。それらが、地方公共団体という一種の統治団体の統治活動であるがゆえに憲法規律が直接に働いている。したがって、住民にはそれらが政治的問題であれば参政権の行使によって、そして、法的問題であれば裁判を受ける権利を行使して解決を図る方が開かれている。民主主義の制度でもある住民監査請求や住民訴訟を除けば、このような法的問題が生ずる典型的な事件としては、住民の財産権に対する侵害の受認の範囲と限度を公共の福祉に適合するように法律や条例によって画する側面において、租税をめぐるものが比較的多い。

三 これまでにも、国民健康保険税⁹⁾、奈良県文化観光税や古都保存協力税¹⁰⁾、および、最高裁判所に上告されていたが和解が成立したいわゆる東京都銀行税¹¹⁾等が納税者住民によって裁判事件として争われてき

9) 国民健康保険税条例が憲法九二条および八四条に違反すると主張された秋田市国民健康保険税訴訟控訴審判決(仙台高裁所秋田支部判昭和五七年七月二三日行裁例集三三卷七号一六一六頁)。なお、憲法八四条に違反すると主張された国民健康保険税課税処分無効確認請求等事件判決(名古屋地判平成九年一月二五日判例地方自治一七五号三七頁)参照。

10) 憲法二〇条に違反すると主張された奈良県文化観光税条例事件判決(奈良地判昭和四三年七月一七日行裁判例集一九卷七号一二二一頁等、および、京都市古都保存協力税条例に対して、憲法二〇条の保障する信教の自由、政教分離の原則および一四条の法の下に平等に違背すると主張した京都市古都保存協力税条例事件第一審判決(京都判昭和五九年三月三〇日行裁判例集三五卷三号三五三頁)およびその執行停止事件(京都地判昭和六一年八月二六日判例タイムズ六二二号八八頁)。

11) 本事件では、本件条例が憲法九四条や一四条一項等に反すると主張された。一審判決(東京地判平成四年三月二六日判例時報一七八七号四二頁)および二審判決(東京高

た¹²⁾。いずれも、納税者住民がこれらの地方税のさまざまな側面における基本的人権(平等権、信教の自由等)やそれを体現する原則(租税条例主義の具体的内容としての課税要件法定主義または地方税法の規定等)との抵触を理由にしてそれらの当否を裁判で争っている。

もっとも、自治財政権の行使にかかる地方税条例についてのこれらの内在的規律にかかわり、地方税法という標準法的な法律による規律(立法的関与)にとどまらず、その確認やそれに基づく是正のための国の行政的関与が認められていることがある。たとえば、上記奈良県文化観光税や古都保存協力税は、法定外普通税(non-statutory local taxes for general revenue)の新設として自治大臣の許可を要するものとされていた。ただし、当該関与は、法定外普通税の地方税法上の法定要件と同様の趣旨の規律を確認的または追加的に課すものではなく、次元の異なる別の政策的目的からの規律を加えるものになっていた。したがって、この関与に係わっては、次元の異なる規律が矛盾を生じる場合(許可要件を充たしているのに不許可の場合)の処理方法にくわえて、その目的が適切か否かが必ずや問われる。

三 地方財政に対する国の関与の意義とその手続および論理的必須要件

一 そうすると、自治財政権に対する、法的にもまた事実上も統制(規制および助成)機能を有する、とくに上記のような法律に根拠のある国の関与の必要性および正当性は、どこに求められるであろうか。

判平成一五年一月三〇日判例時報一八一四号四四頁)参照。

12) それ以外に、遊興飲食税の特別徴収は、憲法一一條・一二條・一三・二二條・二九條・三一條・三六條に違反すると主張された事件判決(最判大昭和三七年二月二日刑集一六卷二号一〇七頁)参照。

まずは、基本的には公的資金できる財源という『稀少資源』の国・地方間における配分、または、地方公共団体間調整も含めた国全体における最適配分(optimal allocation of scarce resources)の必要性に求められねばならない。それは、国と地方公共団体が並立・対等または対等・協力という『国・地方関係』において、国民と住民に対する単独(独自)のおよび協働(共同)の責任を果たすために不可欠な財源の手当のための、適切な配分や全国的な最適配分に他ならない。国の関与は、財源の国・地方間における、または、地方公共団体間調整も含めた国全体におけるもっぱらそのような趣旨の配分のために認められよう。あえてくり返すが、このような国の関与は、財源配分の目的である国および地方公共団体の財政責任、ひいては国民や住民に対する行政責任(国民および住民の『福祉の増進=基本的人権の保障と実現』)を果たすうえでの文字通り『対等・協力』の利害の調整または処理を目的としている。

二 ただし、このような趣旨からする国・地方間の財源配分の基準は、一義的に定まるものではない。いいかえれば、当該財源配分にかかわる財政需要、ひいては当該財源が充てられる国および地方公共団体の責務に属する常に改善を志向する可変的な行政需要(事務配分)の質および量の確認によってしか決定できない。そうすると、法律によって確定的に定めておくことが難しく、せいぜい配分の一定の基準を大枠として定めるにとどめ、具体的事件ごとにそれらを適切に処理する調整手続が最も重要になろう。

いうまでもなく、そこでの当該国および地方公共団体の利害は、それぞれが究極的には憲法にもとづく正当性を有している。したがって、国の関与はそのような財源配分を適切に行うのにふさわしい種類または類

型でなければならず、同時に、国のこのような関与の必要性は地方公共団体側にも存在することに留意しておかねばならない。当該関与について、『対等・協力』関係が当然に予定する双方向性を、少なくともその手続において欠いてはならない理由でもある。

三 もっとも、法律に根拠のある国の関与のなかには、当該関与を優先させることに伴う不可欠な措置(手当)が必然的に問題になってくるものがある。なぜならば、自治財政権が原則として住民の福祉の増進という地方公共団体の憲法上の責務にかかわっているととともに、国の関与の中には地方公共団体のそのような自治財政権の正当な行使と明らかに抵触するにもかかわらず、当該関与を優先させる必要がありうるからである。そのような関与は、したがって、むしろ国会が法律を制定することによって行う立法的関与になろう。たとえば、地方税法に、地方公共団体ごとの住民間の負担の公平を図るために、税率の上限を定めたり、税目について法定するというような関与のことである。

また、たとえば、当該の地方公共団体だけにとどまらない全国的な観点から見て適切で合理的な経済政策や社会政策の必要から、国会の選択として、国の関与を明示的に自治財政権に優越させる場合がありうる¹³⁾。むろん、いずれの場合も、失われる財源を何らかの方法で補填することが不可欠の措置になる。ほんらい得られる財源取得を制約したり¹⁴⁾、国全体のために『特別の犠牲』を強いられるからである。

13) いずれも、正当性に疑問があるが、たとえば、税源(所得)が重なる利子所得や配当所得の優遇措置(国税)を地方税にも及ぼした例や、法人税(国税)や法人住民税(地方税)の負担を軽減するために法人事業税額を損金扱いする例が典型例である。

14) なお、いわゆる標準税率を基準に、不足分を補填する地方交付税制度が置かれている。

四 以上のことから、自治財政権に対する国の関与の存在理由を大雑把に分類すると、①財源配分という国・地方を通ずる『正当』利害(対立)関係のもっぱら調整または処理を目的とするものと、②別途の公共的目的からする自治財政権の統制(結果的には財源配分を犠牲にすること)に力点を置いたものに大別できよう。

しかし、いずれの場合でも、国・地方の『対等・協力』関係を前提とし、国もまた地方公共団体も、ともに国民および住民の福祉の増進という行政責任を果たすための正当な要求にかかわっている点で共通する。いいかえると、『正当性の衝突』の処理または調整問題にならざるを得ないのである。そのために、いずれの場合でも、当該利害(対立)関係の調整または処理の手続きは、双方向的、すなわち、上記のように地方公共団体側からの関与の必要性も要件に反映した手続きでなければならない、といえよう。強権的ではなく、民主的で、かつ、道理や正義(たとえば、上述の②の事件では、損失補償の法理がそれである)に適ったものでなければならない。

四 おわりに — 課題と展望

1 国・地方間の財政をめぐる利害の調整等の方法としての『協議と合意』

一 地方公共団体は、住民の基本的人権の保障と実現のための(住民の福祉の増進に仕えるための)、その意味において、一種の統治団体と理解されてきた。そのことに鑑みて、地方財政の具体的内容に対する不可避ともいえる国の行政的関与および立法的関与を定めた規定の合憲的理由やそれらの解釈が、必然的にかつ引き続き問題にならざるをえない。

立法的関与であれ行政的関与であれ、それらをめぐる国・地方間の法的・政治的『紛争または事件』の処理方法の法原則は、憲法92条にいう『地方自治の本旨』であることはいうまでもない。最も問題になる行政的関与についていえば、それを含意した国と地方公共団体の『対等・協力』関係から論理的に導かれるのは、『協議と合意(consultation and consent)』¹⁵⁾という処理手続であろう¹⁶⁾。

二 当然のことであるが、財政にかかわる『調整』を必要とする利害対立は、事務の性質から大別すると、まず、(1)国と地方公共団体とが各々単独で実施と負担の双方について独立の義務と責任を有すべき事務を前提にし、それにかかわっている。次に、(2)国と地方公共団体とが協働(共同)して責任を有する(有すべき)事務(たとえば、国庫負担金の対象になっている地方公共団体の事務)を前提にし、それにかかわっている。

15) 本稿で用いるこの用語は筆者がイギリスのそれについて使用してきたものである。さし当たり、福家俊朗『イギリス地方自治の変容—一九八八年地方政府法制定にいたる諸改革の法的位相』(成田=塩野=金子=園部=小早川編□□行政法の諸問題□□上巻、雄川一郎先生献呈論集、一九九〇年、有斐閣)参照(同論文において、イギリスの国・地方間関係にかかわって、そこで言及かつ参照したLoughlinに依っている)。

16) いうまでもなく、たとえば、事柄の性質上、基本的に合意を不可欠とする上記①事項については、まずは双方に合意を得るための真摯な協議が当然に義務づけられる。次に、その協議が整わない場合には、当事者の一方の要求等に相手方を従わせるのではなく、適切な第三者の法的な利害調整に委ねることができなければならない。その第三者には、法化問題を処理する権限のある裁判所のみならず、事柄の性質によって立法的処理が不可欠な場合は、国や地方公共団体に財源を不可欠とする事務を配分した授権者である国会自身(地方行政委員会をはじめする常任委員会や特別委員会)も含めて良いであろう。

なお、あえてくり返すが、財源配分という共通の利害関係(対立)事件については、ほんらい国も地方公共団体に対して『協議』の申し出や同意を求めなければならない(することができる)。必然的に地方公共団体との『合意』を要する『協議』を不可欠とするがゆえに、合意(地方公共団体の同意)が得られなければ、国は原則として当該事件を一方的には処理できない。その場合は、関与法定主義に照らし、原則として法化を適切に規律するための司法的解決に委ねざるを得ない。そのような意味からも、関与は一方的ではなく本質的に『双方向的』でなければならない。

したがって、いずれも、双方が究極的には憲法に依拠して主張する『正当性の衝突』になるので、調整とそのための方法として『協議と合意』を不可欠とする理由が認められよう。また、このような意味における財源配分は、法律問題であるとともに優れて立法問題でもあるがゆえに、その処理には準司法手続のみならず準立法的(民主的)手続¹⁷⁾が不可欠になるのである。

しかし、地方分権一括法による改正地方自治法は、国民や住民に必要な行政、すなわち事務を国と地方公共団体との間で截然と二分するという建前から、無理を承知の事務配分を行った。地方分権推進の基本戦略の一つである権限の委譲は、まず、結果的には地方公共団体への財政負担の多い事務の委譲である。

三 その反面、国と地方公共団体が協働(共同)責任を負うべき事務の区分が無視されている。この協働(共同)責任事務区分は、当事者が併立・対等でない場合はとくに、行政責任を曖昧にするおそれがないわけではない。また、周知のように、それは国による地方行財政統制の根拠にされる可能性が大きい共管事務になりかねない、として批判されてきた。それにもかかわらず、国民がどこに住んでいようと享受することができる『その向上に向けて常に可変的な総合的な生存・生活水準』¹⁸⁾または『標準行政水準』という範疇の、国に一義的責任があるいわゆるナショナル・ミニマム(national minimum)を観念できるとともに、地方公共団体

17) ちなみに、行政の準司法的行為については司法的手続きが、準立法的行為には民主的続きが類推的に適用されるべきことの問題関心については、福家俊朗『イギリスにおける計画法と参加—その法的論理構造と法的位相』(長谷川正安編□□現代国家と参加□□[公法学研究2]法律文化社、一九八四年)参照。

18) 福家俊朗・前掲書二〇四～二〇七頁参照。

にもその責任の一端(対等の立場からの協同責任)を認めるのが一義的享受者(国民としての住民)にとってふさわしいことがある。その実現のための事務(行政)については、国民としての住民に身近な地方公共団体が実施責任を負いつつ、負担については国が全面的に負うというような協働(共同)責任事務区分が不可欠である。

2 事務配分と負担区分の非連動制と双方向的『協議と合意』

一 地方分権一括法が予定していたのは、新自由主義的行財政改革の核心でもあるが、いわゆるナショナル・ミニマムは達成されたという『虚構』の『大前提』の下に、自助・自立の自己責任を貫徹できる住民自治と団体自治に立脚した地方公共団体独自の行政水準の向上であった。したがって、もっぱら地方公共団体が全責任を負うものと観念される独自の行政水準の維持・向上にかかわる行政需要については、地方公共団体自身が住民の意思(選択と負担)にもとづく自治財政権の行使によって獲得できなければならなかった。

そうすると、国と地方公共団体との間に財政をめぐる上記のような利害関係(対立)事件の調整または処理は、これまで述べてきた方法とは若干異なるものにならざるをえない。国がまずは責任を有すべきナショナル・ミニマムの向上はもはや不要と断定しているので、各地方公共団体の財政需要の方が国のそれよりも優先されねばならないはずであるからである。それゆえに、財源配分をめぐる合意(地方公共団体の同意)を要する協議は、むしろ主要には国の方が地方公共団体に求めねばならないことになるはずであった。

二 しかし、この『大前提』にかかわるナショナル・ミニマムは、その『目標値』を立てて達成しても次の目標値を設定しなければならない。え、それが達成されたので国には責任がないということは憲法秩序(たとえば、25条2項参照)からはありえない、という『宿命』を負っている。また、『新たな』ナショナル・ミニマムというべき行政需要(たとえば、高齢者介護需要等)が増大することも確実であるために、自治財政権に対する関与の解釈にはさらに複雑な要素がからんでくる。いいかえると、国にも適切な責任を果たさせたり果たしてもらわざるをえないために(本質的に協働(共同)責任事務であるがゆえに)、当該事務の責任の所在(配分)をめぐる何が適切な財源配分の方法または基準であるのかについて、慎重かつ総合的に配慮しなければならないからである。

地方分権一括法は、結局、このような問題を未解決のまま先送りしている。というより、無理な事務配分を通して『対等・協力』の関係をあえて実現しようとすることによって、ほんらい協働(共同)責任事務となるべき事務(その代表が達成されたとは到底いえないナショナル・ミニマムに属する事務である)についての地方公共団体の責任を問わない代わりに、とく国の責任を不問にすることになった、といった方が正確であろう。たとえば、事務区分と負担区分を連動させない制度設計の維持は、法定受託事務のようなほんらいは国に責任のある事務を地方公共団体の事務にし、上記のような協働(共同)責任事務とすべきものを従前どおり不明確にしたまま多くを地方公共団体の事務にしておくこと(個々の住民の不公平で不公平な負担に依存すること)にメリットを見る資本主義国家体制に『連動』している。すなわち、国の負担責任を軽減または回避しつつ、その反面、国の利害に必要な限りの裁量的な財源補填(補

助金等の支出)の手段を通して、これらの地方公共団体の事務の執行統制を行うことができるのである。

三 そのような意味においても、国政の場面ではより民主的な中央集権体制を志向する一方、他方で、事務配分と財源配分をより合憲的で合理的に連動させる理解または解釈を主張することの重要性がかつてないほど高まっているといえよう。とくに、事務やそれに連動する財源を、いわば『上降』¹⁹⁾的に配分する言葉の正しい意味でサブシディアリー(subsidiary)原則が、国のあり方を規律する前提条件でありその実現方法である。

19) 下降ならぬ『上降』は、住民の最も身近な統治団体としての地方公共団体等がまずは住民の福祉の増進のための全権限性と自己責任性を住民によって直接に義務づけられるとともに、より広域的で統一的または調整的な事務処理の必要なものを処理させるために国等の上位の統治団体を『必要悪』として創設してゆく、近代国家の優れて自由主義的な論理を表現するための『造語』である。

FM DJ FD

토 론 문 1

장 선희

(대구가톨릭대학교 법학부 교수)

발제문에서는 1999년 제정 지방분권추진일괄법 이후 현재 일본의 지방재정제도와 관련된 여러 문제점들이 크게 두 가지 맥락에서 다루어지고 있다; 그 하나는 중앙정부의 지방재정에 대한 관여의 문제이고, 다른 하나는 사무와 재정부담의 연동성/비연동성에 대한 법률적인 측면에서의 문제제기이다.

그러나 지방에 대한 관여의 문제와 사무와 재정부담의 연동성 문제는 상호 별개의 영역에 속하는 것으로서, 각각 별도의 영역에서 다루어야만 법리적 측면에서의 분석이 명료해질 수 있다는 생각이므로 이하 별론하기로 한다.

먼저 관여의 측면에서 보면, 변화된 국가·지방간의 관계를 바탕으로 보자면 협의와 합의는 당연히 요청되는 제도라는 데에는 이견이 없을 것이다. 그러나 여기에서의 협의와 합의라는 것이 행정의 절차상으로 다루어지는 협의와 합의를 의미하는 것인지, 아니면 갈등 발생 후 이를 조정하는 절차상으로 다루어지는 협의와 합의를 의미하는 것인지에 대한 구분이 먼저 이루어질 필요가 있다. 이는 협의와 합의의 주체와 구성, 절차 등 효력발생과 관련된 문제로서 법리적 분석을 위하여 필요한 부분이라고 생각된다. 이는 특히 구제절차와 관련하여 중요해지는 문제로서, 이미 재원의 배분문제는 법률문제임과 동시에 입법문제이기도 한 것이므로 그 처리에는 준수법적 절차뿐만이 아니라 준입법적 절차가 필수적이라고 발제문에서도 드러나고 있듯이, 이 문제와 결부하여 함께 다루어져야 하겠기에 더욱 그러하다.

두 번째로 협의와 합의의 또 다른 쟁점으로 지적할 수 있는 것은 이 협의와 합의라는 개념 속에는 개념필수적으로 정치성을 배제할 수 없는데, 그렇다면 그것이 또 다른 부차적인 갈등을 야기할 여지가 크다고 보여진다. 즉, 협의와 합의라는 개념 속에는 다양성에 대한 배려가 포함되어 있어야 하겠기 때문이다. 이러한 다양성에 대한 배려는 기준이나 지표, 원칙 등의 다양화를 초래하게 될 것이므로, 이는 협의와 합의의 결과의 다양화를 피할 수 없게 만들 수 있을 것이다. 따라서 다양성에 대한 배려는 합리성과 효율성을 제고할 수 있을지는 모르지만, 중앙과 지방의 관계에서는 많은 경우 중앙의 판단에 정치적으로 휘둘릴 가능성이 많을 것이므로 오히려 협의와 합의는 중앙정부에 ‘대등하고도 협력적인 수단을 채택했다’고 하는, ‘합목적적 수단의 선택’이라는 헌법을 향한 면책의 구실을 제공해줄 수도 있을 것 같다는 우려도 있기 때문이다.

따라서 협의와 합의는 제도운영의 주체구성이나 절차 등을 통한 보완 등은 별도의 문제라고 차치하고라도 결국 이 제도는 보완적 제도로 운영되는 것이 합당할 것 같다는 생각이 든다. 이는 형식적 법치주의의 보완을 위한 제도가 오히려 법화나 법치의 퇴화를 유발할 가능성에 대한 우려가 있기 때문이다. 중앙과 지방간의 분쟁을 행정소송으로 다루고 있는 일본에서도 ‘중앙과 지방 상호간의 협의나 합의는 기관소송의 대상이 되지 못한다’고 하고 있는데, 그렇다면 특히 갈등이 소진되지 못할 우려는 상존할 수 있겠기에 더욱 그러하다고 할 것이다.

다음으로 사무와 부담의 연동성과 관련한 발제문의 내용을 보면, 일본의 경우 1999년 법 개정 후 지방에 사무를 이양하는 것은 성공하였으나 부담도 함께 이양되어 결국 지방의 부담은 오히려 실질적으로 가중되는 결과를 낳았다는 비판이 제기되고 있는데, 이는 우리의 경우에도 근래 지방자치법과 지방재정법을 대폭 개정하였음에도 불구하고 일본과 마찬가지로 여전히 해결하지 못하고 있는 문제이다.

우리나라의 경우 지방자치법과 지방재정법상의 관련 규정을 보면, 보통 지방자치단체의 자치사무의 수행에 필요한 경비는 지방자치단체가 부담하고, 국가사무 또는 다른 지방자치단체의 사무를 위임받아 처리하는 경우에는 이를 위임한 국가 또는 지방자치단체에서 그 경비를 부담하도록 하고 있다. 그러나 성질상 자치사무에 해당하는 것이라도 법률에 다른 규정이 있는 경우에는 지방사무로 하지 않을 수 있고, 또한 국가와 지방자치단체간의 사무배분을 명확화하고 객관화하기 위한 기준이 없기 때문에 사무의 구분 자체가 자치사무인지 위임사무인지 명확하지 않은 경우도 많다. 따라서 사무의 성격이 불명확한 경우에는 만약 규정 속에 비용부담자를 명시하지 않은 때에는 경비의 부담 주체가 불명확한 경우가 적지 아니하다. 법률에 따라서는 자치사무의 비용을 국가가 부담할 것을 정하고 있는 것도 있고, 반대로 위임사무임에도 불구하고 부담문제에 대해서는 구체적인 언급이 전혀 없는 경우도 있다. 결국, 사무의 유형화에 대한 결정이 입법자의 입법 재량에 속하는 한, 사무경비에 대한 지출책임도 입법자의 재량에 속하는 것으로 보아야 하는 결론에 도달할 수밖에 없게 된다. 이 문제는 결국, 만약 입법자가 개별 법률을 제정할 때에 법률의 집행경비의 책임 소재를 명확히 밝히지 않는 경우 지방자치단체의 지출의무로 전가되는 불합리한 결과를 낳게 되는 것이다.

독일의 경우에는 이의 극복을 위한 대안으로 제시된 것이, 지방자치단체의 재정고권과 기본법상의 경연성원칙을 법률인과관계원칙에 따라 해결하는 이론구성이었다. 이에 대해 일본의 경우 발제자가 고찰하고 계신 모든 문제점들을 감안하여 헌법적 관점에서 가장 바람직한 해결 방안이라고 제시할 수 있는 대안모색은 과연 무엇인지에 대한 답변이 듣고 싶다.

마지막으로 관여와 사무/부담의 비연동시에, 이에 대한 유권적인 해결방안에 대한 모색이 남아 있다. 우리의 경우에는 이를 헌법상의 권

한쟁의로 해결하고 있는데, 권한쟁의는 권한의 존부와 범위에 대한 확인에 대한 것으로서 합법적인 권한의 발동인 한 권한침해 판단이 불가능한 단점이 있다. 일본의 경우에는 관련 문제를 행정소송의 유형의 일종인 기관소송으로 다루고 있고, 구체적으로는 간섭취소소송과 간섭부작위위법확인소송으로 해결하고 있는 것으로 알고 있는데, 이러한 행정소송의 수단들이 일본에서 중앙과 지방간 재정분쟁의 사법적 해결방안으로 유용한 수단으로 활용되고 있는지가 궁금하다.

토 론 문 2

김 세 진

(한국법제연구원 초청연구원)

지방재정제도와 보충성의 원칙

발제 원고를 보면 교수님의 마지막 주장으로서 “민주적인 중앙집권 체제를 지향하는 한편 보다 합헌적이고 합리적인 사무배분과 재원배분에 대한 이해 또는 해석의 중요성이 점점 높아지고 있다. 특히 사무와 그에 동반되는 재원을 소위 『상강』적으로 배분함에 있어서 보충성의 원칙이 국가의 이상형을 규율하는 전제조건이며 그 실현방법이다.”라고 주장하고 있다.

보충성의 원칙은 국제적인 차원에서 법적, 정치적인 차원에서 본격적인 논의를 시작하게 된 계기는 1992년 유럽통합조약인 마스트리히트 조약에서 유럽통합의 원칙을 채택한 것에서 비롯된다.

로마군의 군사용어인 SUBSIDIUM은 전쟁터의 배후에 주문하면서 전투에 적극적으로 참여하지 않고 있다가 주력부대가 위협에 처하여 지원을 필요로 하는 경우에 투입되는 보충대를 의미하며, 연대성의 다른 측면이라고 알고 있다.

지원요청이 있거나 곤경에 처하여 지원을 필요로 하는 경우에 지원이 제공되어야 한다. 개인과 공동체간의 관계뿐만 아니라 더 나아가 가족, 지방, 지역, 국가 국제기구 등의 상호관계가 이에 속한다. 공동체에 대한 개인의 우선적 가치를 실현하려는 것이다. 현실 문제를 해

결하는데 구체적인 지침을 주는데 미치지 못하고 있지만 추상적인 방향성을 제시해주는 데 그 의미가 있다.

여러 계층의 공동체가 존재하는 경우에 어떤 공동체에게 어떤 역할과 권한이 배분되어야 하는지에 대한 의문에 대하여 보충성의 원칙은 기준을 제시한다. 상위단위가 하위단위의 존립이나 활동을 위협하는 경우 그 활동은 제한된다.

보충성의 원칙은 하위공동체가 무제한적으로 상위공동체로 역할과 권한을 빼앗겨 공동화되는 것을 막아줄 뿐만 아니라 상위공동체가 지나친 권한으로 과부화되는 것을 막아준다.

이것은 생활과 더불어 실현되어야 한다. 활성화된 시민사회, 시민의 덕성이 전제. 시민사회는 법적으로 강제된 것이 아니고 자발성에 기초를 두고 있다.

모든 권한이 중앙부서에 집중되지 않은 경우 발휘 될 수 있다. 강한 시민사회가 모든 권력의 집중화를 막아줄 수 있는 경우에만 가능하다.

보충성의 원칙은 합목적주의가 지배. 많은 업무가 가능한 한 하위단위에 이전되는 경우에 사회체제가 보다 낮고 효율적으로 기능을 한다고 본다. 인간이 중심에 서있다는 것, 개인이 모든 권력의 출발점이 된다는 것 자유주의사상과 매우 접근해 있다.

독일은 헌법개정을 통하여 제23조에 명문화되어 있다.

일본에도 유럽과 같은 강한 시민사회가 존재한다고 할 수 있는지 의문이다. 그리고 헌법상의 명문의 규정이 없어도, 첫째, 헌법상의 원칙으로 규범적(법적), 제도적 기준이 되고 있는지 또한 둘째, 재판상의 기준이 되고 있는지에 대해 명확한 논의와 설명을 부탁드립니다.