

国立国会図書館 調査及び立法考査局

Research and Legislative Reference Bureau
National Diet Library

論題 Title	オーストリア連邦首相府憲法部の機能—ウィーン調査報告—
他言語論題 Title in other language	Function of the Constitutional Service (Verfassungsdienst) in Austria
著者 / 所属 Author(s)	赤坂 幸一 (Akasaka, Koichi) / 九州大学法学研究院准教授
雑誌名 Journal	レファレンス (The Reference)
編集 Editor	国立国会図書館 調査及び立法考査局
発行 Publisher	国立国会図書館
通号 Number	805
刊行日 Issue Date	2018-02-20
ページ Pages	13-24
ISSN	0034-2912
本文の言語 Language	日本語 (Japanese)
摘要 Abstract	オーストリアの憲法実践において重要な役割を果たしてきた憲法部の機能について、政府法案の憲法適合性審査、政府代表機能、専門性・客観性の確保という観点から報告する。

* 掲載論文等は、調査及び立法考査局内において、国政審議に係る有用性、記述の中立性、客観性及び正確性、論旨の明晰（めいせき）性等の観点からの審査を経たものです。

* 意見にわたる部分は、筆者の個人的見解であることをお断りしておきます。

オーストリア連邦首相府憲法部の機能 —ウィーン調査報告—

赤坂 幸一

(本稿は、憲法課が執筆を委託したものである。)

目 次

- I はじめに
- II 政府法案の憲法適合性審査
 - 1 内部的立法過程における鑑定手続
 - 2 憲法部による法令整備事業
 - 3 インフォーマルな審査
 - 4 憲法解釈の共同体
- III 政府代表機能
 - 1 連邦憲法裁判所との関係
 - 2 EU 機関との関係
 - 3 欧州人権裁判所との関係
- IV 専門性・客観性の確保
 - 1 権威と慣行
 - 2 独立性の確保

要 旨

- ① オーストリア共和国の連邦首相府の憲法部は、すべての政府提出法案及びすべての州法律の憲法適合性について審査したり、重要な憲法問題について所見を述べたり、連邦憲法裁判所で連邦法律の憲法適合性を主張したりするなど、同国の憲法実践において重要な役割を果たしている。
 - ② 連邦首相府憲法部による政府提出法案等の事前の合憲性審査は、オーストリア独特の法案鑑定手続の一環として行われている。
 - ③ 憲法部による合憲性審査は、「連邦の法鑑定人」たる憲法部の法令整備事業の一環として行われている。
 - ④ 憲法部による事前審査が実効性をもつのは、書面による正規の鑑定意見よりも、むしろ事前のインフォーマルな接触による意見交換の形式においてである。
 - ⑤ 憲法部の鑑定意見は、他の鑑定団体の意見とともに、国民議会の HP で公表されている。
 - ⑥ 憲法部はまた、「共和国の弁護人」として、国家行為の適法性につき、オーストリア連邦政府を代表する任務をもつ。具体的には、憲法部は、①連邦憲法裁判所、② EU の裁判所（欧州司法裁判所・欧州一般裁判所）及び欧州委員会、並びに、③欧州人権裁判所において、オーストリア政府を代表し、国家行為の適法性を主張する。
 - ⑦ 憲法部の鑑定意見が尊重されるのは、その専門性・客観性が確保される限りにおいてであり、それは憲法部の鑑定事務における職権行使の独立性を前提としている。この独立性が確保されるのは、しかし、その鑑定意見に法的拘束力が認められないことと表裏一体であり、だからこそ、憲法部は、単に法技術的な側面のみならず、法政策的な側面まで立ち入った審査を行いうる。
- * 本稿脱稿後、政権交代に伴う 2018 年 1 月 8 日の改正法の施行により、憲法部の大部分は連邦首相府から法務省（「憲法・改革・規制緩和・法務担当の連邦省」）に移された。法案の審査及び憲法裁判所における連邦政府の代理に関する権限は基本的に維持されているが、今後の動向が注目される。

I はじめに

オーストリア共和国の連邦首相府の憲法部は、同国の憲法実践において極めて重要な役割を果たしてきた。すでに1980年の時点で、ある公法学者は、「連邦首相府の憲法部は、今日、またその輝かしい歴史のすべてにおけると同様に、将来においても、オーストリア憲法の発展にとって決定的な役割を果たすであろう」⁽¹⁾と予言している。1920年のオーストリア憲法の制定過程において立法技術面での検討を行うために設けられた立法部を起源とする憲法部は⁽²⁾、その後、憲法の遵守を監視する機能を果たすようになり、すべての政府提出法案及びすべての州法律の憲法適合性について審査したり、重要な憲法問題について所見を述べたり、連邦憲法裁判所で連邦法律の憲法適合性を主張したりする任務を果たしてきた。近年では、1995年のオーストリアの欧州連合（EU）加盟に際し、憲法改正や連邦制度改革、EU法への対応、加盟申請の準備など、あらゆる局面で憲法部が獅子奮迅の働きをしたことが記憶に新しい⁽³⁾。

昨年（2016年）のベルリン訪問調査では、ドイツ連邦政府内部における憲法適合性の統制について、連邦内務省及び連邦法務省に着目しつつ、①立法過程における両省の事前審査、及び②連邦憲法裁判所の審査手続における両省の関与のあり方について、従来知られていなかった具体的な憲法実務の一端を明らかにすることができた⁽⁴⁾。今回のウィーン訪問調査（2017年）においては、さらに、オーストリアの連邦首相府憲法部の実務のあり方について実地に調査することができ、これにより、わが国の内閣法制局に比肩しうるドイツ・オーストリア両国の組織について、①・②の両側面にわたる憲法実務の有様を、少なくとも部分的に解明することができた。

ウィーン訪問調査の具体的な経緯や聞き取り調査の内容については、本号掲載の毛利論文に詳しいので、本稿では、毛利論文が利用したものとは異なる諸文献をも参照しつつ、同論文を補完することを試みたい。

II 政府法案の憲法適合性審査

1 内部的立法過程における鑑定手続

議院内閣制を基軸とした半大統領制⁽⁵⁾を採用しているオーストリアでは、議会外の立法過程

* 本稿の注に掲げるインターネット情報は、2017年12月18日現在のものである。

(1) Hans R. Klecatsky, “Bundes-Verfassungsgesetz und Bundesverfassungsrecht,” Herbert Schambeck, Hrsg., *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1980, S. 108.

(2) 憲法部の歴史的由来については、毛利透「オーストリア連邦首相府憲法部による政府提出法案の審査について」『レファレンス』805号, 2018.2, pp.3-12（以下「毛利論文」と呼ぶ。）の第I章を参照。

(3) その過程では、鑑定意見の作成や調査・研究、EU統合問題にかかる諸問題についての所見や通達の作成、関連する憲法草案・法律草案の作成、閣議報告案文の作成、各種の調査・研究グループの統括、議会質問等の答弁書の作成など、連邦首相府憲法部はEU加盟・EU統合にかかる問題領域について、連邦政府内で主導的な役割を果たした。憲法部内の主担当者による回顧的記録として参照、Josef Azizi, “Vorbereitung und Begleitung des EU-Beitrittes Österreichs durch den Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes: Erfahrungsbericht eines verantwortlichen Mitarbeiters,” Ludwig Adamovich et al., Hrsg., *Festschrift für Gerhart Holzinger*, Wien: Verlag Österreich, 2017, S. 35.

(4) 赤坂幸一「ドイツにおける連邦政府内部の憲法適合性審査—ベルリン調査報告—」『レファレンス』794号, 2017.3, pp.67-86. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_10315721_po_079405.pdf?contentNo=1>

(5) 大統領制と議院内閣制の結合形態で、内閣が議会と大統領の両者の信任を得て選出され、この両者に対して責任を負う点に着目して、新二元型議院内閣制とも言われる。

で重きをなすのは連邦政府であって、連邦大統領は限られた役割しか果たしていない。例えば、大統領が法律の署名を拒否しうるのは、法律の成立手続に憲法上の瑕疵（かし）がある場合に限り、法律の実体的内容を理由に署名を拒否することはできないとされる（したがって大統領は拒否権を有しない。連邦憲法第47条第1項・第2項を参照）。

また、連邦政府と議会の関係（議院内閣制的要素）に着目しても、憲法上の比例選挙の採用、及び合意形成型デモクラシーの伝統により、ウェストミンスター型・対決型の要素が相対化される結果⁽⁶⁾、連邦レベルでは、とくに議会審議前の連邦政府内の立法過程（内部的立法過程）における合意形成が重要になる⁽⁷⁾。しかも、オーストリア連邦憲法は大臣の個別責任制を採用している結果、閣議は全会一致で行われる（首相は「同輩者中の第一人者」（Primus inter Pares）であるに過ぎない）。政府法案の提出には閣議決定が必要である以上、連邦政府内の反対意見を予め連邦政府内で解決しておくことが一層必要となる⁽⁸⁾。

毛利論文が、オーストリア独特の政府法案の原案作成段階における「法案鑑定手続」（Begutachtungsverfahren）の存在に注意を促すのも、このような歴史的・制度的な背景を踏まえてのことであって、そこではオーストリア型コルポラティズムの要素が強く看取される。すなわち、同手続においては、連邦各省庁、州政府、「社会パートナー」と呼ばれる経済諸団体⁽⁹⁾、及び個別のケースにおいて利害関係を有する団体など、250以上の関連組織の鑑定意見が徴取されるのであって、今回の訪問調査のテーマである、連邦首相府憲法部による政府法案の事前の合憲性審査も、この鑑定手続の一環として位置づけられている⁽¹⁰⁾。

2 憲法部による法令整備事業

内部的立法過程の比重が高いということは、すなわち、連邦政府各省（及び各省の法制官僚（Legist））が法案の作成・成立に重要な役割を果たすことを意味している。連邦首相府憲法部も、憲法法律や行政手続法、政党法、メディア法、データ保護法などの領域で、主管部門として立案作業を行う⁽¹¹⁾（毛利論文第I章）。憲法部は、さらに、他省庁・他部局の作成した法律案について、事前の憲法適合性審査を行う（毛利論文第II章・第III章）。しかし、注意すべきは、法案鑑定に際して憲法部は、法案の憲法適合性のみならず、立法技術や法的体系性など、ドイツ連邦内務省・法務省における法体系審査（とくに水平的審査⁽¹²⁾）及び法形式審査に対応する⁽¹³⁾、法

(6) 両モデルの対比については、赤坂幸一「参議院をどうするのか 参議院に左右される内閣 合意形成型モデルへの着眼も」『朝日ジャーナル—政治の未来図—』（週刊朝日 116 巻 51 号増刊）2011, pp.42-44 を参照されたい。

(7) Anton Pelinka, “Gesetzgebung im politischen System Österreichs,” Wolfgang Ismayr, Hrsg., *Gesetzgebung in Westeuropa: EU-Staaten und Europäische Union*, Wiesbaden: VS Verl. für Sozialwiss., 2008, S. 433.

(8) *ibid.*, S. 434 f., 446.

(9) 社会パートナーの詳細については次の URL を参照。Die Sozialpartner Österreich website <<http://www.sozialpartner.at/>>

(10) もっとも、2000 年以降、①主管省庁の定める鑑定期間が短縮される傾向にあること、及び、②与党議員提出法案の形をとることで政府法案にかかる鑑定手続を迂回する現象が見られることから、鑑定手続の意義それ自体が減少している旨の指摘もある。Pelinka, *op. cit.*(7), S. 447 f.; Heinz Schäffer, “Legistische Richtlinien in Österreich,” *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2, 1987, S. 130 (insb. Anm. 43). 毛利論文の結語も参照。

(11) これは連邦首相が、大臣同格制の下において、他の連邦大臣と並ぶ「主任の国務大臣」（Ressortminister）として管轄する事務にあたる。Gerhart Holzinger, “Der Verfassungsdienst der Republik Österreich,” *Vorträge Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, Nr. 180, 1989, S. 6.

(12) 審査対象となっている規定と他の法規定との整合性や、改正法令案の内的整合性、原則=例外関係の整序、規律内容の一義的明確性などの審査をいう。

(13) 赤坂 前掲注(4), pp.71-72 を参照。

技術的な側面からの審査も行っているということである。このような法技術的審査は、①連邦憲法第 49a 条の新設により、法文の現代語化・形式整備を行い再公布する法整備事業⁽¹⁴⁾（推奨的性格を有する『立法執務提要』（Legistischen Richtlinien⁽¹⁵⁾）の作成を含む）、②事実上の法令廃止効力をもちうる連邦法インデックス化事業⁽¹⁶⁾、及び③州法律に対する連邦政府の意見表明手続（連邦憲法第 97 条）で用いられるチェックリストの作成事業など、連邦首相府憲法部が行う法形式・法体系の整備の一環として位置づけることができ、憲法関連法案の立案や政府法案の憲法適合性の審査とともに、「連邦の法鑑定人」（Rechtsgutachter des Bundes）としての憲法部の伝統的な職責となっている⁽¹⁷⁾。

3 インフォーマルな審査

憲法部の組織・任務に憲法上の根拠規定はなく、したがって、憲法部による政府法案の憲法適合性の審査も、——個別規定により鑑定意見提出権をもつ諸団体とは異なり⁽¹⁸⁾——憲法上・法律上の根拠をもたない慣行として行われている。のみならず、毛利論文も指摘するように、この審査が実効性をもつのは、書面による正規の鑑定意見（毛利論文第 III 章）よりも、むしろ事前のインフォーマルな接触による意見交換の形式においてである⁽¹⁹⁾。というのも、いったん憲法部の鑑定意見が公表されると、公衆・メディア・野党が憲法部の鑑定意見に着目した対抗的な議論を展開することが多くみられ、それゆえ議論が硬直化し、柔軟な修正が困難になるからである⁽²⁰⁾。それゆえ各省庁は、外見的議員提出法案という形で鑑定手続それ自体を回避する場合を除き、政府案を鑑定手続にかける前の段階で、憲法部とインフォーマルに接触し、憲法上・立法技術上の難点を予め排除しようとするのである。

これについては、鑑定意見の国民議会 HP における公表措置についても考慮に入れる必要がある。すなわち、国民議会は 1961 年、決議により、連邦政府に対し、鑑定手続に付された原案、及び同手続に寄せられた諸意見を国民議会に送付し、議員がこれを委員会又は会派で閲覧できるようにすることを求めた。この要求は容れられたが、原案及び鑑定意見にアクセスできるのは議員に限られていたところ、1999 年以降、確たる法的根拠もないままに、これらの原案・鑑定意見が国民議会の HP で公開されるようになり、その結果、公衆・メディア・野党が（とくに法案に批判的な）鑑定意見を基礎にした言論活動ないし議会活動を展開するようになった⁽²¹⁾。このような事態に鑑み、近年では上記のような鑑定手続の迂回現象が一部で見られるものの、

(14) これはドイツの連邦法務省が行っている法整備（Rechtsbereinigung）事業に対応する。

(15) その最新版は、連邦首相府憲法部の HP から閲覧・入手することができる。

(16) これは現行の連邦法をインデックス化して EDV（法令データ提供システム）上に登録し、法令検索の容易化、及び法令体系の整合性の確保をはかるための事業であり、同インデックス上に現行法として記載されない場合には、事実上、当該法令は廃止されたものとして扱われることになる。

(17) Schäffer, *op.cit.*(10), S. 131 f.; Gerhart Holzinger, “Funktion und Wirkungsweise des Verfassungsdienstes im Bundeskanzleramt,” Heinz Schäffer und Otto Triffterer, Hrsg., *Rationalisierung der Gesetzgebung*, Baden-Baden: Nomos, 1984, S. 315, 317; Georg Lienbacher, “Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat (Referat),” *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 71, 2012, S. 40.

(18) H.P. Rill, “Verfassungskonzept und Sozialpartnerschaft,” Georg Ress, Hrsg., *Rechtsfragen der Sozialpartnerschaft*, Köln: Heymann, 1987, S. 38 ff. 労働会議所法第 85 条や医師会法第 1 部第 67 条、薬剤師会法第 3 条、商工会議所法第 10 条など、その例は枚挙にいとまがない。

(19) Holzinger, *op.cit.*(17), S. 322 f.

(20) Lienbacher, *op.cit.*(17), S. 39.

(21) *ibid.*, S. 41.

「議会への提出前の段階の、結局提出されないかもしれないものも含めた、原案とこれについての各方面からの意見が、すべて閲読可能と」され、「政府提出法案について、原案段階では省相互の間に意見の対立が存在することまでもが公然化されている」(毛利論文第Ⅱ章)現状は、立法過程の合理化・透明化をもたらすものとして、肯定的に受け止められているようである。

以上に対し、鑑定手続においてフォーマルに提示された憲法部の意見は、何らの法的拘束力も有しないが、憲法部長官が当該法案を審査する議会委員会に出席し、参考人として専門的観点からの所見を述べるため、後の手続に事実上の影響をおよぼす。なお、憲法部の見解が反映されなかった場合であっても、憲法部は憲法裁判所における法律の合憲性審査手続等において連邦政府の見解を擁護する任務をもち、憲法部自身の見解との葛藤に悩まされることになるが、これについては後述する(第Ⅲ章第1節)。

4 憲法解釈の共同体

オーストリア連邦首相府憲法部は、すべての政府提出法案について、法案の議会提出前に憲法適合性の審査を行う。憲法部の鑑定意見(Begutachtung, Expertise)は、實際上、高い権威を有しており、政治プロセスにおいて受容されている。毛利論文も指摘するように、その権威の一つの源泉は、憲法関連実務における人事交流の密度の高さにある⁽²²⁾。例えばともに憲法部長官を務めた後に憲法裁判所判事となったゲルハルト・ホルツィンガー(Gerhart Holzinger)とゲオルク・リーンバッハー(Georg Lienbacher)の場合、ザルツブルク大学法学部助手であったリーンバッハーを憲法部に誘ったのが、1984年から憲法部長官を務めていたホルツィンガーであり⁽²³⁾、1990年にこの招聘を受けたリーンバッハーは、2005～2010年、ホルツィンガーの2代後の憲法部長官となっている。このときホルツィンガーはすでに憲法裁判所判事に転出していたが、2011年に両者は再び憲法裁判所判事として同僚になる⁽²⁴⁾。このように、憲法部と憲法裁判所は、「実態として、…相互に交流しながらオーストリアの憲法解釈を担っているという関係にある」点に注意しなくてはならない⁽²⁵⁾(毛利論文第Ⅳ章)。重要な憲法裁判所の判断が出された場合に、憲法部が通達(Rundschreiben)という形でこれを周知するのも⁽²⁶⁾、この文脈で捉えることができよう。

しかし、もう一点看過してはならないのは、憲法部・憲法裁判所という憲法実務を担う機関と、憲法学・公法学との距離の近さである(毛利論文第Ⅰ章)。そもそも憲法部は、「もとより自

⁽²²⁾ Theodor Maunz et al., *Grundgesetz. Kommentar*, 79. EL Dezember 2016, Art. 82 Rn. 66-67. 例えば本注のゲオルク・リーンバッハー(Georg Lienbacher)元憲法部長官は、同職への招聘に先んじて、オーストリア及びザルツブルクの人権審議会(Menschenrechtsbeirat)の委員長代理を4年半にわたり務めたほか、公安捜査の拡充の代償措置として設けられた権利保護官(Rechtsschutzbeauftragte)制度の立案過程にも関与している。両制度はいずれも連邦内務省関連の組織を統制するために設けられたもので、例えば人権審議会は、1999年の刑事訴訟法改革で新設された内務省内の第三者機関であって、公安行政等に際して人権保障に配慮する任務を負っている。Georg Lienbacher, "Neue Rechtsschutzformen im Bereich der Sicherheitsverwaltung," *BM.I, Hrsg., Verfassung - Reform - Rechtsschutz: 3. Rechtsschutztag des Bundesministeriums für innere Angelegenheiten*, NWV, Neuer Wiss. Verl., 2006, S. 97 f.

⁽²³⁾ ホルツィンガー長官から1984年に憲法部への招聘を受けたヨーゼフ・アツィーツィ(Josef Azizi)は、当時の憲法部が、その高い名声のゆえに、人々の羨望の職場であったことを述懐している。Azizi, *op.cit.*(3), S. 36.

⁽²⁴⁾ Georg Lienbacher, "Der Verfassungsdienst als Anwalt der Republik?" Adamovich et al., Hrsg., *op.cit.*(3), S. 531.

⁽²⁵⁾ 同様の指摘をするものとして、Manfried Welan, "Der Verfassungsgerichtshof," Anton Pelinka und Manfried Welan, Hrsg., *Demokratie und Verfassung in Österreich*, Europa Verl., 1971, S. 225; Ewald Wiederin, "Verfassungsinterpretation in Österreich," Georg Lienbacher, Hrsg., *Verfassungsinterpretation in Europa: Heinz Schäffer Gedächtnissymposium*, Sramek, 2011, S. 96.

⁽²⁶⁾ Holzinger, *op.cit.*(17), S. 328, 331.

らを学術的部門であると考えており、実際今日まで憲法的良心を成してきたのであって、この憲法的良心が国家慣行を指導している」⁽²⁷⁾。そもそも、オーストリアにおける学術的意義を有する憲法解釈論の体系は、伝統的に実務を基盤として構築されてきたのであって、実務担当者が大学の教授職に招聘されることによって初めて、解釈的営為の中心が大学に移行したという歴史的背景を看過しえない⁽²⁸⁾。第二次大戦後も長く、1960年代に至るまで、学術的営為は判例分析の枠を出ることがなく、1967年に刊行の始まった『国家と法』叢書や、ヴァルター（Robert Walter）の『オーストリア憲法論』⁽²⁹⁾、シェッファー（Heinz Schäffer）の『オーストリアにおける憲法解釈』⁽³⁰⁾によって初めて、批判的な学術著作が生み出されたのである。このシェッファー自身、同書を刊行したのちに連邦首相府の憲法部に勤務し、後には憲法裁判所の構成員となるなど、憲法解釈専門家からなる緊密な人的ネットワークの内部にいたことに、留意しなくてはならない⁽³¹⁾。

Ⅲ 政府代表機能

以上に見た内部的立法過程における事前の憲法適合性の審査とは別に、憲法部は、国家行為の憲法適合性一般について、オーストリア連邦政府を代表する機能を有している。具体的には、憲法部は、①連邦憲法裁判所、②EUの裁判所（欧州司法裁判所・欧州一般裁判所）、及び欧州委員会、並びに、③欧州人権裁判所において、オーストリア政府を代表し、国家行為の適法性を主張する。ただし、この局面においては、憲法部はあくまで連邦首相府の一部局として、連邦首相を補佐する観点から活動するのであって、憲法部の固有の責任で特定の法解釈を提示することを任務とするのではない点に、注意が必要である。

1 連邦憲法裁判所との関係

憲法部は、連邦憲法裁判所において、連邦政府を代理して法律の合憲性を擁護するだけでなく、条約審査や機関訴訟においても、連邦政府を代表する任務をもつ。もっとも、これらのいずれについても、特定の憲法部の任務について定めた憲法上・法律上の規定はなく、活動主体はあくまで連邦政府であって、連邦政府内の特定部局がその権限を行使するわけではない。それゆえ、憲法部が連邦憲法裁判所で主張する見解も、憲法部独自の見解ではなく、合議体としての連邦政府それ自体の見解であることが求められる⁽³²⁾（合議体としての連邦政府は自ら活動しえないために、その決定を実行に移すのは連邦首相の任務であり、これを連邦憲法裁判所との関係で

⁽²⁷⁾ Wiederin, *op.cit.*(25), S. 97.

⁽²⁸⁾ その一例として、1913年にウィーン大学で法学博士の学位を取得したルートヴィッヒ・アダモヴィッチ（Ludwig Adamovich）の1923年の著作、『オーストリア憲法裁判所における法律及び命令の審査』（Ludwig Adamovich, *Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof*, F.Deuticke, 1923.）が挙げられる。同書は、1920年から連邦首相府立法部（後の憲法部）に勤務していたアダモヴィッチが、その経験を踏まえて執筆した教授資格論文で、その成功により、彼はプラハ大学教授として招聘を受け、1930年以降はオーストリア憲法裁判所の常勤調査官となった。また第二次大戦後に憲法裁判所の再建に尽力したアダモヴィッチは、1946年から1955年に死去するまで、憲法裁判所の長官を務めている（なお彼の息子（Ludwig Adamovich junior）も、1984-2002年、父と同じく憲法裁判所長官を務めている）。

⁽²⁹⁾ Robert Walter, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, Wien: Manz, 1972.

⁽³⁰⁾ Heinz Schäffer, *Verfassungsinterpretation in Österreich: eine kritische Bestandsaufnahme*, Springer, 1971.

⁽³¹⁾ 以上につき、Wiederin, *op.cit.*(25), S. 97 ff.; *ibid.*, S. 42; Holzinger, *op.cit.*(17), S. 316.; Holzinger., *op.cit.*(11), S. 27.

⁽³²⁾ そもそも、連邦憲法裁判所では法律を擁護することが憲法部の任務であって、法律の諸側面を考慮した専門的見解を述べることが求められているわけではない。この点が、憲法部の事前審査と決定的に異なる点である。

代理するのが連邦首相府憲法部である)。

それゆえ、毛利論文が指摘するように、憲法裁判所での政府代理事務について、憲法部には「職権行使の独立性はなく、政府の方針に従うことが義務づけられる」(憲法部はいわば「使い走りの役目」(Botenfunktion)しか果たさない)。これを法律の違憲審査に即して具体的に見れば、連邦憲法裁判所が連邦政府の意見を求めたときは、通常は、憲法部が主導して所管省庁⁽³³⁾との協働の下にこの意見を作成し、この意見が連邦首相又は連邦首相府内の所管大臣により閣議に提出され、これを受けて閣議決定⁽³⁴⁾された連邦政府の意見が、連邦憲法裁判所に伝えられることになる。それゆえ、当該法律の立法過程において憲法部が批判的な見解を表明していた場合には、憲法部は、自身の見解とは異なる政府見解を連邦憲法裁判所において主張しなければならない。「憲法裁判所が弁論手続でそのような矛盾を指摘してくることは、もちろん、憲法部からの代理人にとっては、快適な環境ではない」⁽³⁵⁾とは、前述のリーンバッハー長官の述懐である。また、そもそも、連邦憲法裁判所で連邦政府を代表する具体的人物は、必ずしも憲法部や関連省庁の構成員である必要はないのであって(連邦政府の「使い走り役」をするのは誰であっても構わない)、組織としての連邦首相府・憲法部が、連邦憲法裁判所で政府を代表する権限を正式に与えられているわけではない⁽³⁶⁾。

もっとも、第一に、連邦憲法裁判所の弁論手続においては憲法部長官又は憲法部の構成員が質問に答えるのが通例であるところ、質問者への対応のあり方や時間の制約もあって、必ずしも、連邦政府の見解を単に伝達するにとどまらない、より主体的な活動が見られる場合もある。第二に、以上に見た法律の違憲審査手続とは別に、連邦憲法裁判所の調査官が行う事前手続において、憲法部の構成員を有識者として意見聴取の対象とすることがしばしば見られる。「憲法部が憲法裁判所に提出する見解がその判決に影響を与えていることへの自負が感じられ」る旨の指摘(毛利論文第IV章)は、——憲法部自身の見解が連邦憲法裁判所に提出されるわけではない以上——このような弁論手続等における具体的な応対を通じて、憲法部の独自の見解が影響を与える余地があることを示唆するものとして、これを受け取ることができよう⁽³⁷⁾。

2 EU 機関との関係

先に見たように、EUの裁判所(欧州司法裁判所・欧州一般裁判所)及び欧州委員会でオーストリア共和国を代表することも、憲法部の主要な任務である。前者の任務の法的根拠は、①1986年の連邦諸省法(Bundesministerienengesetz)第2条の附則2(Anlage zu § 2, Teil 2)で連邦首相府の所管事項として「EUの裁判所でオーストリア共和国を代表すること」が掲げられていること⁽³⁸⁾、

⁽³³⁾ ただし、憲法裁判権に関する事務については、連邦首相又は連邦首相府内の担当大臣が所管しており、関連法律の違憲審査に際して政府見解の原案を作成するのは、連邦首相府憲法部である。

⁽³⁴⁾ この閣議決定は、慣例上、全会一致で行われることになっており、それゆえ、閣内対立がある場合には、連邦政府の意見が提示されないこともある。

⁽³⁵⁾ Lienbacher, *op.cit.*(24), S. 537-538.

⁽³⁶⁾ ただし、慣例上、連邦政府の見解を主張する役目は、憲法部の構成員に割り当てられており、この者は、連邦政府の意見案の作成・集約段階から関与している。

⁽³⁷⁾ 以上につき参照、Lienbacher, *op.cit.*(24), S. 532-538.

⁽³⁸⁾ 附則も含め、同法の内容は、連邦首相府の法情報システムから確認することができる。“Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für Bundesministerienengesetz 1986, Fassung vom 17.01.2018.” Bundeskanzleramt Rechtsinformationssystem website <<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000873>>

及び、それを受けて、②連邦首相府内の事務分掌で欧州司法裁判所の審理手続が憲法部の所管とされていること⁽³⁹⁾に求められる。後者の任務は EU 機能条約第 258 条（旧 EC 条約第 226 条）以下に定められた条約違反の審査手続に関し、欧州委員会においてオーストリア共和国を代表するもので、憲法部の機能の中でもとくに重要なものである。後者については必ずしも明確な法律上の権限分配規定があるわけではないが、同じく連邦諸省法第 2 条の附則 2（連邦首相府の所管事項として「EU 規則の適時かつ完全な国内実施」を掲げている）、及び、連邦首相府内の事務分掌が根拠とされており、その詳細は連邦首相府通達により定められている⁽⁴⁰⁾。

いずれの代表任務においても、関連する連邦省庁及び各州の見解を取りまとめ、当該手続において意見を述べるのは、連邦首相府憲法部である。これは、連邦外務省（BMEIA）が EU 事務の調整一般を行うという原則に対する例外を成しており、また、欧州委員会での代表任務が連邦首相（したがって連邦首相府の憲法部）の所管であるのも、EU 法に関する事務一般を連邦外務省に割り当てている連邦諸省法の原則に対する例外を成している（これは、欧州委員会での条約違反審査手続が、EU 裁判所による審査の事前手続として位置づけられていることによる）。

なお、各州との関係でも、連邦首相府憲法部は EU 裁判所及び欧州委員会での代表任務をもつ。外交関係の権限は連邦レベルに集中されているところ、各州は、EU 関連事項について直接の協働権を持たないことの代償として、情報提供義務とともに意見提出権を与えられていること（連邦憲法第 23d 条の関与手続）、また、各州が利害関係をもつ事項について、連邦首相府憲法部は、EU の裁判所で各州を代理して訴訟を提起する権限が与えられていること、がその背景にある⁽⁴¹⁾。

3 欧州人権裁判所との関係

連邦首相（実際には連邦首相府の憲法部）は、外務省とともに、欧州人権裁判所でオーストリア共和国を代表する任務をもつとされる⁽⁴²⁾（欧州人権裁判所規則第 35 条の「代理人」(Agent) となる）。連邦諸省法にその趣旨の明確な権限規定はないが、第 2 条の附則 2 で憲法関連事項、とりわけ「基本権・自由権に関する事務」が連邦首相府に割り当てられており、連邦首相府内の事務分配でこれを憲法部が担当することとされていることをもって、欧州人権裁判所における憲法部の代表権限の根拠とされているようである。しかし、連邦諸省法は対外的な代表任務を外務省に集約することを原則としていることからすれば、例外を定めるのであれば、第三章第 2 節でみた EU 裁判所及び欧州委員会における代表の場合のような、特別の授権規定が必要となるは

(39) “Sektion V: Familien und Jugend.” Bundeskanzleramt Österreich website <<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/-/sektion-v-der-verfassungsdienst>>

(40) GZ BKA-670.746/0005-V/7/2009. Bundeskanzleramt Rechtsinformationssystem website <https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erlaesse/ERL_01_000_20090605_BKA_670_746_0005_V_7_2009/ERL_01_000_20090605_BKA_670_746_0005_V_7_2009.pdf> この通達は連邦首相府 HP から閲覧することができる。

(41) なお、各州との関係では、第二次大戦後まもなく、州首相会議及び州事務長官会議を連邦首相府（特にのちの憲法部に該当する第二部）が主宰するようになり、これに関連して連邦政府や連邦各省庁との調整を行ったり、両会議において憲法上の専門知識を提供したりしており、この憲法意見は連邦・州の双方から高い権威をもって受け入れられてきた。歴史的背景も含めて参照、Georg Lienbacher, “Die Landeshauptleutekonferenz, die Landesamtsdirektorenkonferenz und das Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst,” Andreas Rosner und Peter Bußjäger, Hrsg., *Im Dienste der Länder - im Interesse des Gesamtstaates: Festschrift 60 Jahre Verbindungsstelle der Bundesländer*, New Academic Press, 2011, S. 147 ff.

(42) Georg Lienbacher, “Der Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt,” *Staat und Recht in europäischer Perspektive: Festschrift für Heinz Schäffer*, 2006, S. 449.

ずであり、法的根拠については問題を残しているとの指摘もある⁽⁴³⁾。

そのため、国家実務においては、欧州人権裁判所における訴訟手続とオーストリア国内における準備行為とを峻別しつつ、憲法部が関連省庁とともに、最上級裁判所（行政裁判所、憲法裁判所、及び最高裁判所）の見解も踏まえて⁽⁴⁴⁾、オーストリア政府としての見解を国内で集約しても、連邦諸省法には違反しない——それは「基本権・自由権に関する事務」として連邦首相府に割り当てられている——という正当化がなされている。これは、欧州委員会での条約違反審査手続が、EU 裁判所による審査の事前手続として位置づけられていること（訴訟手続と準備行為との一体性論）を根拠に、連邦首相府憲法部の代表権限が導かれてきたこととは矛盾する側面もあるが、欧州委員会での条約違反審査手続は、それ自体、国外においてオーストリアを代表する活動である点に鑑みれば、欧州人権裁判所の訴訟手続の国内における準備行為については、区別して論じることが可能であろう。それに対して、連邦首相（したがって連邦首相府憲法部）が欧州人権裁判所で直接オーストリアを代表することは、連邦諸省法第 15 条の委任がない限り、正当化することは困難だという見解が有力である⁽⁴⁵⁾。

IV 専門性・客観性の確保

1 権威と慣行

以上に見たように、オーストリアの連邦首相府憲法部は、第一に、「連邦の法鑑定人」として、憲法関連法案の立案や政府提出法案の憲法適合性の審査、あるいは、法案の法技術面の審査を含む法令整備事業を主管している。そこでは、必ずしも明確な法的根拠のないままに憲法部の法案鑑定が行われ、また實際上その見解が国民議会 HP で公表されるなど、インフォーマルな憲法慣行を通じて、逆説的にも、秩序形成プロセスの合理化・透明化が図られている。また第二に、憲法部は連邦憲法裁判所や EU 裁判所、及び欧州人権裁判所で連邦政府を代表する機能を果たすことが指摘されるが、子細に見た場合、憲法部が正式に代表権限をもつのは EU 裁判所及び欧州委員会との関係（第Ⅲ章第 2 節）のみであって、憲法裁判所との関係（第Ⅲ章第 1 節）では——具体的な弁論手続の中で、あるいは憲法裁判所の予備的調査の過程で——事実上の影響力を発揮し、欧州人権裁判所との関係（第Ⅲ章第 3 節）でも、その国内における準備手続において、事実上、オーストリア連邦政府としての見解の作成を主導する機能を果たしているに過ぎない。換言すれば、オーストリア連邦首相府・憲法部の事実上の高い権威は、このような事実上の慣行の積み重ねのうちに築かれてきたという性格を多分に有している。

2 独立性の確保

また、別稿で指摘したように、「いずれの国を問わず、政府内に憲法所管部門が設けられている場合には、当該部署は法令案の憲法適合性審査を行ったり、憲法解釈問題について検討したりするなど、重要な役割を果たしつつも、首相・政府の法的アドバイザーとしての側面と、憲法をはじめとする法令体系の守護者としての側面との間で、アンビヴァレントな任務を与え

⁽⁴³⁾ Lienbacher, *op.cit.*(24), S. 541.

⁽⁴⁴⁾ 国内の最上級裁判所の判決も、欧州人権条約違反を根拠に欧州人権裁判所に提訴されうるので、同裁判所の見解を踏まえてオーストリア国家としての見解を作成する必要がある。

⁽⁴⁵⁾ Lienbacher, *op.cit.*(24), S. 543.

られることが多い⁽⁴⁶⁾。ドイツと同様、オーストリアでも、政府内の憲法審査部門（憲法部）は、政治部門に対して専門的観点から独自の見解を述べると同時に（さらには訴訟の事前調査段階で連邦憲法裁判所にその専門的知見を提供すると同時に）、訴訟や対外関係といった局面において、連邦首相（及び実質的には連邦政府）を補佐する任務、すなわち「共和国の弁護人」(Anwalt der Republik)としての任務を遂行している⁽⁴⁷⁾。この点で想起されるのは、大森政輔・元内閣法制局長官のオーラル・ヒストリーを実施していた際の一節である⁽⁴⁸⁾。

御厨 [貴・東京大学名誉教授] …いまのお話 [中曽根総理の靖国神社公式参拝をめぐる国会論戦] では長官を支えて八十九問の想定問答をお作りになるということですが、その際の説明をする立場というのは、とにかく総理を守るという感じなんですか。それとも敵を殲滅するという感じなんですか。守るほうが主体なのか、それとも、言われていることに対して違うよ、というテーゼを出していくのか、どちらなんですか。大森 法制局としては、そういう二者択一の言葉で表わすのとは少しニュアンスが違うのかな、という気がしますね。要するに内閣総理大臣として、ああいう方式で靖国神社に参拝することが、憲法二十条三項が禁止する宗教的活動には当たらない、ということを経々説明する。違憲じゃないんだという。総理のそういう行為が違憲にはあたらないということを説明するという点では「守る」ということになるんではしょうが、憲法上のそしりは受けませんということを証明するという立場ですかね。だから中曽根さんを守るんだという主観的な気持ちは、少なくとも私にはないですね。法制局はだいたいみんなそうじゃないですかね。

ここに見られるように、わが国の内閣法制局も、政治部門との一定の緊張関係の中で、自らの専門的見解を提示し、時に「無謬性の論理」とまで揶揄される精緻な論理の体系を構築してきた側面と、内閣及び首相を補佐するという側面とを併有してきた。そのバランスを取ることは常に困難な課題であるが、ドイツやオーストリアの政府内の憲法審査部局の場合、憲法裁判所や学界との非常に密な交流があり、いわばドグマティック（解釈論ないし解釈学）の世界でその高い権威を保持している側面が大きい。わが国の内閣法制局においては、最高裁判所をはじめとする司法部との人事交流や、アカデミズムとの綿密な人的・学術的接触は希薄であるように思われ⁽⁴⁹⁾、その分、政治部門との適切な距離・バランスをはかりつつ、固有の専門知を提示することが、相対的に困難な状況に置かれている。

また、連邦首相府の一部門でありながら、憲法部は、憲法所管の専門的部署として、鑑定意

(46) 赤坂 前掲注(4), p.86.

(47) 連邦首相・連邦政府と各州との関係を調整する際にも、憲法部長官には「自制と繊細さが求められる」という。Lienbacher, *op.cit.*(41), S. 157.

(48) 大森政輔述、東京大学先端科学技術研究センター牧原出研究室編『大森政輔オーラル・ヒストリー』（東京大学先端研オーラル・ヒストリーシリーズ 7）東京大学先端科学技術研究センター牧原出研究室，2015，p.135 以下。
〔 〕内は筆者補記。筆者は、御厨貴、清水唯一朗、山本健太郎各氏とともにメインインタビュアーとして同オーラル・ヒストリーに参加した。なお同書は、大幅に簡略化した上で、岩波書店より一般書籍として刊行される予定であるが（牧原出編『法の番人として生きる 大森政輔 元内閣法制局長官回顧録』岩波書店，2018.）、本文引用箇所は削除されている。

(49) もちろん、内閣法制局長官が最高裁判事に転出したり、法務省に検事として出向している裁判官が内閣法制局に派遣されたりすることはある（大森政輔氏の場合はまさにこれに当たる）。

見を述べるに際して連邦首相の指示権に服さず、この点は、憲法部長官によっても、連邦首相自身によっても、何度も強調されてきたところである⁽⁵⁰⁾ (毛利論文第Ⅲ章)。また、他の主務官庁の管轄領域から独立した組織だからこそ、例えば省庁間又は連邦・州間の権限争議に際して、憲法部は中立的な立場から憲法上・行政法上の専門的見解を述べることができ、そのことが憲法部の提示する見解に一定の権威をもたらしめている⁽⁵¹⁾。換言すれば、憲法部の鑑定意見が尊重されるのは、その専門性・客観性が確保される限りにおいてであり、それは憲法部の鑑定事務における職権行使の独立性を前提としている。この独立性が確保されるのは、しかし、その鑑定意見に法的拘束力が認められないことと表裏一体であり、だからこそ、憲法部は、単に法技術的な側面のみならず、法政策的な側面まで立ち入った審査を行いうるのである⁽⁵²⁾。

政府内部の憲法適合性の審査機関にいかなる役割を期待するかは、国により異なると思われるが、少なくとも、職権行使(ないし人事)の独立性・専門性・客観性と、その権限行使がもつ法的拘束力とはトレードオフの関係にあること、職権行使に拘束力が認められないからこそ、その独立的・専門的・客観的な職権行使の公開を通じて、秩序形成プロセスの合理化・透明化を図る方策も実例として存することは、単なる比較法的な次元を超えて、統治機構の一つのあり方として関心を惹くのではないかと思われる⁽⁵³⁾。

(あかさか こういち
九州大学法学研究院准教授)

付記：本稿脱稿後、政権交代に伴う 2018 年 1 月 8 日施行の連邦諸省法改正 (Bundesgesetz, mit dem das Bundesministerienengesetz 1986 geändert wird (Bundesministerienengesetz-Novelle 2017), BGBl Nr.164/2017) により、憲法部の大部分は連邦首相府から法務省(「憲法・改革・規制緩和・法務担当の連邦省」)に移された。法案の審査及び憲法裁判所における連邦政府の代理に関する権限は基本的に維持されているが、今後の動向が注目される。本稿は、この法改正前の状況を前提にしている。

⁽⁵⁰⁾ Holzinger, *op.cit.*(17), S. 319 f.

⁽⁵¹⁾ Holzinger, *op.cit.*(11), S. 27 f.

⁽⁵²⁾ Holzinger, *op.cit.*(17), S. 322.

⁽⁵³⁾ ドイツとの比較として、赤坂幸一「統治機構論探訪(第10回) 予防的規範統制—政府内部における憲法適合性の統制—」『法学セミナー』757号, 2018.2, pp.93-97; 同「内閣法制局の矜持」牧原編 前掲注(48)(所収予定)も参照されたい。