

ドイツ連邦大統領の法律審査権 — 連邦法律認証権の意味とその限界問題 —

加 藤 一 彦

目 次

- 一、はじめに
- 二、背景
- 三、連邦大統領の法律認証権の意味
- 四、国家実践
- 五、学説の対応
- 六、小結

一、はじめに

筆者がドイツ連邦大統領の法律認証権（基本法 82 条 1 項）に興味をもった遠因は、1994 年のドイツ政党法改正にあたり、当時連邦大統領であったヴァイツゼッカーが連邦議会及び連邦参議院で議決された同改正政党法につき、法律認証に先立ち法律審査権を行使し、その認証をぎりぎりまで回避しようとしたことにある¹⁾。なぜ、ヴァイマル時代のライヒ大統領とは異なり、意識的に大統領権限を縮小し、形式的権能しかもたない連邦^{フンデス}大統領が、形式的な法律認証権を行使する際に、当該法律への審査権をもつのか不可思議に感じていた。もっといえば、ヴァイマル憲法体制時代、ライヒ大統領が議会の外に立ち、プレシットの要として議会政の反作用的な憲法機能を担ったことを負の歴史として自覚したはずの（西）ドイツ

基本法の下において、連邦大統領が法律審査権を独占的に有する連邦憲法裁判所とは異なる次元から、立法機関で議決された法律を審査することの実質的意味がどこにあるのか理解できなかったのである。

一方、日本に目を転じれば、旧憲法5条において天皇の立法権が保障され、同6条において「天皇ハ法律ヲ裁可シ其ノ公布及執行ヲ命ス」権能をもち、天皇大権の一つとして²⁾法律拒否権が天皇に留保されていた。他方、現憲法においては天皇の権能は儀礼的・名目的な行為に限られ、天皇は「内閣の助言と承認」の下、「法律の公布権」（憲法7条1号）しかもたない。法律にかかわる実質的事項として、「内閣の法律執行権」（同73条1号）のほか、法律・政令に対する主任大臣の署名及び内閣総理大臣の連署（同74条）が法定されている。そこでは行政機関＝内閣は法律認証権をもたず、したがって法律制定過程において内閣が——首相にせよ主務大臣にせよ——国会で議決した法律につき法的効力を付与し、公証する——場合によっては法律制定を阻止する——方途は存在しない。

こうした立法過程に対する両国の相違、すなわち法律に対する「認証権」の存否は、どのような意味をもつのだろうか。本稿では、ドイツの国家実践をベースにしつつ、連邦大統領の法律認証権をめぐる諸学説を検討したい。なお、昨今の日本国憲法における国会と内閣との関係性の捉え直しについては、別稿が必要なほどの仕事が不可欠なため、本稿では考察の対象外とした。かかる仕事への予備的考察として、ドイツ基本法における憲法政治の相克関係について論じることからはじめたい。

二、背景

ドイツ基本法82条1項は「この基本法の規定に従って成立した法律は、副書の後、連邦大統領によって認証 (ausgefertigt) され、連邦法律公報に公布 (verkündet) する」と定めている。ここでいう「認証 (Ausferti-

gung)」とは、第一義的には、当該法律のテキストの正文性、公布されるべきテキストと議会において議決されたテキストとの合致性を公証することをいう³⁾。この認証権を大統領がもつことの実際の意味は次の点にある。「政党政治的に性格づけられた立法手続により制定された法律は、政党あるいは多数派の法律ではなく、むしろ全体の福利に仕え全ての者を拘束するものとしての国家の法律である。大統領の認証をもってカテゴリーの変換が行われる。つまり政治的に行動する多数派の決定は国家の決定に変換する。政党政治的、多元的闘争の結果が国家の意思となる。連邦大統領だけがこの変換を与えることができる⁴⁾。

もちろんこの「認証」概念はドイツ基本法における限定的な意味ではない。歴史的に言えば、ライヒ皇帝の「認証権」は、法律拒否権と一体的な君主大権事項の一種であった。つまりラーバントによれば、ライヒ憲法17条によりライヒ法律の認証と公布 (Verkündigung) は、ライヒ皇帝に委ねられており、皇帝は法律の認証を形式的理由により拒むことで拒否権 (Veto) を行使する権能を事実上有していた⁵⁾。また、大統領型 (二元主義型) 議院内閣制を採っていたヴァイマル憲法体制においても、ヴァイマル憲法70条はライヒ大統領に法律認証権を付与していた。このライヒ大統領の法律認証権は、「憲法に従って成立した法律」を審査する権能であるが、ただ「その審査権限は、立法手続の形式性の遵守という側面についてのみ、当該法律の『形式的』憲法適合性に及ぶのであって、憲法と当該法律との『実質的 (内容的)』一致にまでは及ばない⁶⁾」と解されていた。しかし国民から直接選挙されるライヒ大統領は、憲法上——旧帝国憲法におけるライヒ皇帝よりも弱められた権限ではあるが——軍事司令権 (47条)、非常権限 (48条)、ライヒ首相任免権など広汎な権限を有し、実質的にも形式的にも国家元首であった。

現在のドイツ基本法は、かかる強大な権力をもつ二元主義型議院内閣制における大統領制から決別し、「宰相デモクラシー (Kanzlerdemokra-

tie)」としての一元主義型議院内閣制下の大統領制へと質的に転換させていった。とはいえ、日本国憲法下の象徴としての天皇とは異なり、連邦大統領は国家元首の地位を有し（59条）、そのほか形式的権能ではあるが首相提案権（63条1項）、連邦議会解散権（68条1項）など多様な憲法上の権能をもっている。こうした大統領権限の一つが、法律認証権である。問題はこの連邦大統領の法律認証権が、時に政治的に重要な意味を帯びてくる点である。

三、連邦大統領の法律認証権の意味

I 形式的法律審査権

連邦大統領が法律認証権を有することから、ドイツ基本法とある法律との憲法適合性につき、連邦大統領は法律審査権限を有するとみるのが一般的見解である。すなわち、連邦大統領の「認証」は、手続決定の確認機能のほか、法文の真正性の公証機能を有するが、この点に連邦大統領の認証されるべき法律への審査権があると捉えられている。つまり、連邦大統領にはドイツ基本法秩序を遵守し維持していく義務があるが、その義務の中に連邦大統領の法律審査権能を読み取ることができるといわれている⁷⁾。問題は、この連邦大統領の法律審査権の性格及びその範囲についてである。学説上、この法律審査権は形式的審査権と実質的審査権の二つに分けて論じる場合が多い。

形式的審査権とは、ドイツ基本法82条1項にもとづき「この基本法の規定に従って成立した法律」について大統領が認証するにあたり、①連邦議会が認証にかかわる法文の内容を法律として議決したのか否か、②当該法律は連邦参議院の同意を必要とする法律であったのか否か、③連邦参議院が当該法律に同意したのか否か、④連邦立法者の権限問題には疑問の余

地がないのか否かについて、連邦大統領がそれぞれ当該立法手続の合法性を審査すること指す。その目的は、形式規定が遵守されていること、基本法上の権限規制が維持されていること、公布すべき法律内容とそれに対応する立法行為の諸議決が一致していることを連邦大統領が公証することにある⁸⁾。その意味において連邦大統領は、法律審査権を義務づけられており、かかる審査権を行う「生まれながらの機関」と捉えられている⁹⁾。

II 実質的法律審査権

法律に対する実質的審査権が連邦大統領にあるのか否かについては、学説は対立するが、まずもって実質的審査権があるという場合においても、アメリカ大統領のような法案拒否権（憲法1条7節2項）という意味の「政治的審査権」は連邦大統領にはないというのが共通理解である。すなわち、連邦大統領は基本法上、「政治的合目的理由」により法律認証を拒否できず、また「その他の実体的理由」により相当の長期に渡り認証を引き延ばすことはできない。かかる政治的拒否権を連邦大統領に与えることは、連邦大統領を立法の主役にし、議会の地位に取って代わる可能性をもつからである¹⁰⁾。

ここでいう連邦大統領の実質的法律審査権とは、かかる政治的審査権とは異なる。すなわちドイツ基本法の憲法保障的機能の充実化という視点から、連邦大統領は基本法20条3項及び1条3項に拘束されるために、「この法拘束を通じて基本法と合致する法的行為のみを企図することが許され、それ故、形式のみならず実質的に憲法と一致する法律だけを認証することが許される」¹¹⁾とみる見解である。連邦大統領が基本法上、国家元首であり、国家元首たるもの憲法違反行為をしてはならず、そのことが逆に連邦大統領の実質的審査権を保障するというのが、その基本的立場である。

しかし、連邦大統領が法律審査権を法律認証時にその形式性を超えて、

実質的にドイツ基本法と当該法律との内容審査を伴う審査権を行使した場合には、認証は立法手続の重要な要素となり、公証機能以上の立法作用として機能する。そこでは連邦大統領の基本法上の義務として、「立法手続の合法性の統制」の領分を越えて、いわば立法者としての連邦大統領の権限が発生する余地が生じる。そうした危険性があるにもかかわらず、これまで例外なく各連邦大統領は法律審査権を現実に行使してきた¹²⁾。

四、国家実践

連邦大統領が法律審査権を行使し、当該法律に対し疑義を表明することはしばしばみられる。ラウ前連邦大統領（1999-2004年）の論文によれば¹³⁾、連邦大統領がドイツ基本法82条1項にもとづき「認証」を拒否した事例は、これまで6回あったとされている。また認証拒否までには至らないが、連邦大統領によって当該立法への憲法上の疑義が表明された後、連邦大統領が法律認証した事例は16回（最近のテロ阻止に伴う航空安全法事例を含めれば17回¹⁴⁾）を数える。またホフマンによれば、先の認証拒否6回の内、4回は法律の形式審査権行使によるもの、2回は実質的審査権により認証が拒否された事例だとされている¹⁵⁾。

法律認証が拒否された場合、当該法律は有効に成立しない。6回の実例からみられるのは、①法律が有効に成立しないまま終わる場合、②連邦憲法裁判所への提訴が行われ（ラント政府による抽象的規範統制訴訟）、連邦憲法裁判所の判断をまって立法改正が試みられる場合、③立法者が自発的に立法手続を再開し、連邦大統領の認証を改めて受け取る場合である¹⁶⁾。

以上の点から次のことが確認される。第1に、連邦大統領が立法過程に積極的に関与している点である。第2に、連邦大統領が法律認証において、認証拒否の場合のみならず、認証する場合においても「疑義」を表明している点である。第3に、連邦大統領の認証にかかわる審査権行使が、形式

的審査権と実質的審査権の2種類あり、その審査権行使が一定の憲法政治にインパクトを与えている点である。

とくに、連邦大統領が法律認証するにあたって、憲法上の「疑義」を表明する場合には、連邦大統領の立法分野への介入をどのようにみるべきかという重大な憲法問題を発生させる。というのも、連邦大統領が法律審査権を行使するとき、法律制定過程における手続上の瑕疵を問題としたのか、それとも当該法律の内容が不適切だとの判断なのかが声明の中で明らかにされる。そしてその連邦大統領の行為が適切であったのか否かは——政治的決着を度外視すれば——最終的に連邦憲法裁判所の判決によって決着が図られるからである。この点について、次の先例をあげるとわかりやすいであろう。

カールステンス連邦大統領（1979-1984）は、1981年2月12日に国家賠償法の認証にあたり、当該法律は連邦参議院の同意を必要とする法律であり、当該法律の立法手続につき瑕疵があると判断した。連邦大統領の審査権限の内、形式的審査権を行使し、立法手続違反があるとの大統領判断が固まったのである。しかしカールステンス大統領は、当該法律の認証拒否はせず、むしろ認証を行ったが、その際に次のような声明を各関係機関に表明した。

「私の見解によれば、連邦の立法権限につき著しい疑念があります……私の見方によれば、連邦の立法権限が行使されるにせよ、今回の法律は連邦参議院の同意によって発せられるべきとする十分な根拠があります……。連邦大統領には法律の認証を拒否することはできないと思います。私は、法律と基本法とが不一致していることを公にし、疑義があることだけを私の態度で示したいと思います。私の判断にあたり、私は連邦法律が基本法と一致するか否かを決めるのは、もっぱら連邦憲法裁判所による拘束力ある形でなし得ることを考慮しました。とくにそのための規定である規範統

制訴訟において事が決せられます。その場において全ての当事者、連邦議会が意見表明をすればよいのです。規範統制訴訟を起こすための連邦憲法裁判所への訴の提起は、当該法律が連邦大統領によって署名され、公布されたときのみ可能です。かかる理由を考慮しつつ私は署名致します」¹⁷⁾。

カールステン大統領が国家賠償法を認証することで、当該法律は有効に成立したが、カールステン大統領自身が当該法律を手続違法のため違憲とみたという事実は、ある意味必然的に連邦憲法裁判所の判断を仰ぐ結果を招く。実際、当該法律はバーデン＝ヴュルテンブルク、バイエルンほか計五ラントのラント政府により基本法 93 条 1 項 2 号にもとづく抽象的規範統制訴訟の対象になった¹⁸⁾。

もとより過去 6 回の事例と同様に、カールステン大統領が認証をしなかったとすれば、そのこと自体が機関訴訟（基本法 93 条 1 項 1 号）の対象となり¹⁹⁾、連邦大統領の法律審査権行使自体が連邦憲法裁判所の判断に委ねられることとなる。その点、連邦大統領の法律審査権は重大な法治国家の例外としての役割をもっていないが、しかし今日に至るまで各連邦大統領は、法律審査権を節目節目において行使し続けている。連邦大統領の人格と結びついたそうした政治への関与をどのように評価すべきなのであろうか。

五、学説の対応

I 実質的審査権否定論の論拠

連邦大統領が法律認証にあたり実質的審査権を行使することについては、国家実践上、確立している。しかし学説上、連邦大統領が形式的審査権を超えて実質的審査権を行使すること、さらには形式審査権の場合であって

も、認証拒否権を認めることについては否定する見解も有力である。その代表者はフリーゼンハーンである。フリーゼンハーンは「連邦大統領の審査権について」²⁰⁾と題する論文の中で、連邦大統領の実質的審査権否定論の論拠として次の三点をあげている。すなわち、第1に、立法府への執政機関 (Exekutive) の介入 (Einbruch) は、基本法上、一義的に命じられていないこと、第2に、連邦大統領の審査権は違憲の法律の適用を妨げるために憲法政治上必要とはされていないこと、第3に、ドイツ基本法は連邦憲法裁判所に法律と憲法との一致性を権威あるものとして決する特別な憲法機関として制度化していることである²¹⁾。

フリーゼンハーンがこうした指摘を行う背景には、ドイツ基本法の憲法原理とそれを裏付けるヴァイマル憲法とドイツ基本法との断絶性に留意しているからにほかならない。すなわち、「大統領による法律の実質的審査権は立法府に属しない国家機関が、憲法により明示的に割りあてられている認証と公示という形式行為にもとづき決定的影響力を立法内容にまで及ぼすことを意味する。わが憲法における権力分立の原則は、確かに固定的に実現されているわけではない。多様に交差しあう部分もある。しかしこの原則は、われわれの基本法秩序の基礎を提示し、基本法20条2項が定めている基本構造から離脱することは、明示的に憲法典において認められるか、あるいは基本法の組織構造の全体像からやむを得なく発生する場合に限られる。連邦大統領の実質的審査権を認めるというこの事例は、この二つにはあてはまらない。この審査権は連邦大統領に明示的に割りあてられてはいない。憲法の基本構造はこれを認めることとは逆の立場にある」²²⁾という。

またフリーゼンハーンは、「認証」とは「審査」することではなく、「公証 (beurkunden)」することであり、「認証」に「公証」以上の意味を与えることは、ヴァイマル憲法の国家実践から何ら学んでいないと厳しく批判する。というのも、ドイツ基本法上、連邦大統領は「単純法律の認証」

のみならず「憲法改正法律の認証」(79条)の権限を有するが、その場合、連邦大統領はライヒ大統領が執った「憲法破毀 (Verfassungsdurchbrechung)」の概念——ドイツ基本法79条において明示的にこの概念を排しているにもかかわらず——を改めて利用しうる立場に立つ。だからこそ連邦大統領の憲法改正法律への審査権の範囲は「憲法改正法律の手続」だけに限定されなければならないのである²³⁾。

さらにフリーゼンハーンは、ヴァイマル憲法とドイツ基本法との断絶性を強調し、ヴァイマル期におけるライヒ大統領の地位・権限をドイツ基本法における連邦大統領に引き継がせる発想そのものに批判的である。その視点として次の二点をあげている。第1に、大統領と議会との関係変化である。ヴァイマル憲法時代、支配的学説によればライヒ大統領の実質的法律審査権が承認されたのは、大統領が議会と対峙しあう存在であることが期待されていたからである。すなわち、ライヒ議会が民選議会である一方、ライヒ大統領も国民より直接選挙され、また国家元首の地位を有していた。ライヒ大統領を立憲君主と近似的に捉え、立法に対する「国王の同意 (königlicher Konsenses)」なるテーゼが利用されていた。しかし、このテーゼを連邦大統領にあてはめることは、連邦大統領がドイツ基本法上、議会の「対抗力 (Gegengewichte)」としての地位を有さない憲法構造上の故、不可能である。連邦大統領はライヒ大統領とは異なり C. シュミットのいう「憲法の番人」ではなく、「代表制的国家元首」でしかないからである²⁴⁾。

第2に、大統領と裁判官との関係変化、すなわち法律に対する裁判官の法律審査権の課題である。ヴァイマル期まで裁判官の法律審査権は一般に否定されていた。しかしドイツ基本法では、法律審査権を有する連邦憲法裁判所が新設され、ライヒ大統領に代わって「憲法の番人」の地位をもつに至った。連邦憲法裁判所は連邦大統領の認証拒否を機関訴訟として取扱い、最終的な判断を下す権限があるという法的条件の中で、「連邦大統領

が連邦憲法裁判所によって見捨てられる (desavouiert) という結論もちつつも、憲法上の明示的規定がないにもかかわらず、連邦大統領に審査権の機能が付与される」とみるのは奇異である。逆に連邦大統領が実質的審査権を行使するのであれば、「影響力のあるサークル・団体が太鼓を鳴らし、民主的正当性をもたず議会制的責任を負わない大統領の助言者としての専門家たちの意見」に連邦大統領は依存することになる。その点、連邦大統領は「町中でランベットの音響と共に法律を公示する御触役に限定される²⁵⁾。

また実質的審査権否定論者であるフリアウフは、「ドイツ基本法は連邦大統領に断固として立法領域の決定過程に関与させてはいない²⁶⁾」という認識の下、連邦大統領は法律認証という形式的行為のみが委託されるに過ぎないと指摘している。もちろんその背景には、連邦大統領の地位がかつての法律裁可権を有したドイツ皇帝、またプレビシットで選挙されたライヒ大統領がもっていた権限を連邦大統領と連邦首相とが分かち合い、連邦大統領に「残余の地位」を認めることは、「憲政上の全体傾向」として承認できないと捉える²⁷⁾。

その他、フリアウフは、連邦大統領に実質的審査権を認めた場合に生じる論点を詳細にふれているが、ここでは二点のみ言及しておこう。

第1に、連邦大統領の職務宣誓義務についてである。ドイツ基本法56条に定める「職務宣誓」から連邦大統領が法律の実質的審査権を導く見方がある。「違憲とみられる法律を認証しないことが大統領の職務である」という視点からすれば、認証拒否は「職務宣誓」に合致した行為とみることができる一方、「立法機関が議決した法律をそのまま認証することが大統領の職務である」という視点からすれば、認証拒否は「職務宣誓」に反した行為と評価される。この「職務宣誓」義務から認証問題それ自体を論じることは循環論法に至るように思われる。ラウ元大統領が、「連邦大統領が目の黒い内に自身によって違憲とみた法律の成立に協力することは排

除すべきだ」²⁸⁾といいつつも、立法権限が最終的にどこにあるのかを全憲法構造から把握しなければ、連邦大統領の合憲的「職務」内容が定まらない。すなわち「職務宣誓」から職務内容が引き出されるのではなく、憲法構造から連邦大統領の職務が定まり、その職務を遵守させることが「職務宣誓」義務の意味のほずである²⁹⁾。

第2に、認証拒否があった場合における連邦憲法裁判所における機関訴訟の取扱いである。連邦大統領の当該立法への認証拒否があった場合、機関訴訟の対象は、当該法律の合憲性ではなく、連邦大統領の認証行為すなわち連邦大統領の憲法適合的職務行為自体である。通常、法律の合違憲性の訴訟は、連邦憲法裁判所第一法廷において受理され、機関訴訟の場合は第二法廷である（連邦憲法裁判所法14条1項）。法律の合違憲性が争われる第一法廷による規範統制訴訟において、第一法廷が当該立法を合憲判断するときには8人の裁判官中4人の同意で足り、逆に違憲判断をするときには5人が必要である。つまり5人の裁判官の意思によって当該法律の違憲性が確定する。他方、機関訴訟においては、違憲を求める側にとって、当該連邦大統領の違憲性を確定させるには、第二法廷において5人の裁判官が認証拒否を違憲とみたとき、初めて当該立法が有効に成立することになる。つまり、この認証拒否の違憲性を求める機関訴訟において、認証拒否違憲・当該立法合憲とするには、5人の多数意見が必要条件である。逆にこの機関訴訟において当該法律が無効となるのは、連邦大統領の認証拒否が合憲であるという4人の裁判官（可否同数）の意思が必要である。その二つの訴訟のルートの相違があるため、同一の法律の有効・無効にかかわる訴訟は、かかる矛盾を連邦憲法裁判所に与えるという不都合も発生させる³⁰⁾。

II 実質的審査権肯定論の意味

連邦大統領の実質的審査権を認める立場は、ドイツ基本法における大統領の「認証」行為を執政権的決定（executive decision）と捉える傾向、つまり連邦大統領の法的地位をライヒ大統領から一部継受したものとみる見解を含んでいる。たとえば、連邦大統領を務めたヘルツォーク（国法学者）は、ドイツ基本法には連邦大統領と連邦憲法裁判所という二つの「憲法の番人」が存在することを認めている。問題はこの二つの「憲法の番人」をいかに調整させ、その職務をどのように把握するかにある——この「憲法の番人」としての連邦大統領の職務の一つとして、「自身が署名拒否をすることにより、市民、専門裁判所が連邦憲法裁判所に接近するのを可能な限り節約し、ひいては規範統制の負担を道半ばで半減させる」³¹⁾点があげられている。もともとヘルツォークも前述した事例におけるカールステン大統領の対応を評価していることからわかるように、連邦大統領の実質的審査権を無限定に奨励してはいない。というのも現実政治の上で、認証拒否は法律の全面施行停止にならざるをえず、それに対し連邦憲法裁判所の違憲判断は、当該法律の一部の規定を違憲とするに止まる場合もあり、そのため、連邦大統領の認証拒否は、政治的リスクが大きくなるからである。連邦大統領の認証拒否は立法手続上「最後の一步手前の審査の場」で行使され、だからこそ逆に認証拒否は例外的に用いられるのである。その例外を是認する条件として、「憲法典の法文あるいは確立した憲法判例への明白な違反が存在すること」、「連邦大統領の署名拒否が、署名が行われた以上の違憲の状況を生み出さないこと」が想定され、その際には連邦大統領は「確実に理性的に振る舞うこと」が求められるという³²⁾。

連邦大統領の実質的審査権を認める論者は、一般にこの条件を承認している。たとえば、ラウ元連邦大統領は、国家実践の上では、連邦大統領が行使する形式的・実質的審査権の差を強調するよりも、審査権自体が「連

邦大統領の事理にかなった審査尺度」にもとづいて行使されている点を踏まえ、この事理性を「明白な憲法違反性 (offensichtlicher Verfassungsverstoß)³³⁾」の存否にかかわらしめている。また別の論者も「連邦大統領が認証拒否できるのは、連邦憲法裁判所の地位と役割を尊重しつつ、基本法と法律との不一致が『明白かつ疑問の余地がない (offenkundig und zweifelsfrei)』ときに限られる³⁴⁾』と述べている。

このように連邦大統領の認証拒否は、憲法との実質的不一致が明白な場合に限ってこれまで行使され、その拒否の余地を残すことによって、連邦大統領のドイツ基本法上の実質的役割が再評価されている。

六、小 結

I 連邦大統領への期待値

しかし、こうした認証権のあり様は、連邦大統領に期待する役割は何かという基本問題と接続する。すなわち、連邦大統領の認証拒否が最終的に連邦憲法裁判所の判断に服するとしても、連邦大統領の法律認証権は法律認証拒否権を意味するののかという課題は、連邦大統領の存在自体への視線の在処と関連する。つまり、連邦大統領の法律の実質的審査権を承認する立場からすれば、「最後の憲法の番人」たる連邦憲法裁判所の下に連邦大統領の認証拒否権の適否が置かれ、その正当性は憲法裁判制度とワン・セットで計られ、そのために連邦大統領による法律審査権の権力濫用は妨げられうるはずだといった安全地帯において理解される以上の問題点があると思われる。

まず、第1に、ライヒ大統領と連邦大統領との断絶性の問題である。連邦大統領の「認証」に「公証」以上の意味を認め、法律の実質的審査権を認めることは、ヴァイマル憲法期におけるライヒ大統領と議会との関係性

の一部を引き継ぐものだとフリーゼンハーンは指摘しているが、確かにドイツ基本法下では連邦大統領と議会との力関係は、連邦議会が上回り、ヴァイマル憲法の実践・理論を引き合いに出すことはもやは意味がない³⁵⁾。宰相デモクラシーへの実質的転換の意味が、あるいは議院内閣制における連邦首相の法的地位の強化が再吟味されるべきであろう。

第2に、連邦大統領の「行政権」の意味把握の仕方と関連する。各連邦大統領自身によっても、学説においても連邦大統領が実質的法律審査権を行使することが——憲法慣習法までにはなっていないが³⁶⁾——要求される実質的理由は那邊にあるのだろうか。私見によれば、ドイツ基本法の権力分立論における「政府」の捉え方に起因しているように思われる。すなわち、ドイツ基本法20条2項によれば、立法 = Gesetzgebung、執行 = vollziehende Gewalt、裁判 = Rechtsprechung の三部門に国家作用が分かたれるが、ここでの執行権は日本国憲法の内閣 = 行政権観念ではない。むしろ執行 (Vollziehung) は、その下部概念として統治 (Regierung) と行政 (Verwaltung) を包含し、この統治が国家指導 (Staatliche Leitung) としての政治作用を営み、その政治作用に国家元首としての連邦大統領が統一 (Einheit) を維持するために置かれている³⁷⁾。そしてこの連邦大統領を執行権の中に位置づけることによって、連邦政府・連邦首相の統治に対する全体としての政治指導をドイツ基本法の枠組内で統一化してゆくべきだと捉えている。

そこでは宰相デモクラシー型議院内閣制の下、多数派の意思による法律制定過程に連邦参議院が立法権の視点から統制を働かせるのと同様に——事後的には違憲審査権を有する連邦憲法裁判所が参与するが——その同じ場において連邦大統領が「国家的統一の体现者」³⁸⁾として法律審査権を行使することが、ドイツ基本法の安定化のために必要だとされた実質的理由だと思われる。実際、国家実践上、各連邦大統領が「認証」をためらうとき、憲法の枠を常時意識し、基本法と法律との不一致が「明白かつ疑問の

余地がない」までに至ることを条件として認証を拒否してきた。そして各連邦大統領は自己の判断の正当性について、「最後の憲法の番人」としての連邦憲法裁判所への提訴が可能な状況下に自己を置くことで法治国家システムの維持を図っているからである。そこにみられるのは、総体としての国家指導あるいは政治そのものである。

II 日本国憲法と行政権／執政権

日本との関連でいえば、問題は複雑である。日本国憲法上、「法律の認証」概念はそもそも存在しない。復習していえば、国会を通過した法律は最後の議院が可決の議決した日をもって法律成立の期日とされ³⁹⁾、可決の議決後行われる主任の国务大臣の署名及び内閣総理大臣の連署（憲法 74 条）が欠いた場合にも、法律の効力・成立には影響を与え得ないとされている⁴⁰⁾。また法律の公布は、内閣を経由して奏上し（国会法 65 条 1 項）、天皇は「内閣の助言と承認」に従い法律を 30 日以内に公布するが（憲法 7 条 1 項／国会法 66 条）、公布それ自体は有効に成立した法律等の表示行為であって、形式的には天皇、実質的には内閣が法律の効力を左右させる法的意味はない⁴¹⁾。要するに法律の定立には、日本国憲法上、国会の意思以外の国家機関の意思が入り込めない仕組みが備わっている。

この国会の確定的意思の一つである法律の制定に内閣の意思が法的に関与し得ないという憲法的事実が、日本国憲法上の厳格な権力分立の結果であるのか、また、日本国憲法上の内閣＝行政権保有機関＝vollziehende Gewalt、あるいは内閣＝法律の誠実な執行機関＝Verwaltungとして描かれたためであるのか、さらには別の観念なのかは、憲法 65 条における行政権＝内閣の図式をどうみるかによって異なる。また、昨今の執政（執行）権論の文脈において、特に高橋和之の図式——「政治のルールの領域」と「法の支配の領域（法の領域）」——において各国家機関が行使する政

治と法権限の相違をどのように評価するかと言う論点とも関連する⁴²⁾。

ドイツの連邦大統領の法律審査権をめぐる学説状況と国家実践は、ドイツの政治と立憲主義との相克関係性をみせている。この点につき、筆者の立場は、行政権優位の現代国家において内閣／内閣府／行政府の強大な権限を他の国家機関との調和を織り交ぜて構築するよりも、立法府の固有権限の強化をベースにした憲法理論に親和的である。ただ昨今の日本における行政権＝内閣の再定義については、今後の課題にしておきたい。

註

- 1) 加藤一彦『政党の憲法理論』（有信堂、2003年）170頁及び186頁の同脚注（37）参照。
- 2) 美濃部達吉『改訂憲法撮要』（有斐閣、1946年）190頁、特に423頁参照。ここでは同書の復刻版を利用した。
- 3) M. Nettlesheim, Die Aufgaben des Bundespräsident, in: J. Isensee u. P. Kirchhof (hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd., 3, 3. Aufl., 2005, S. 1090.
- 4) Ibid.
- 5) P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, Bd., 2, 5. Aufl., 1911, S. 42f. 邦語文献として林田和博『憲法保障制度論』（九州大学出版会、1985年）115頁以下参照、穴戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）53頁以下参照。
- 6) G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, S. 367.
- 7) M. Brenner, Art. 82, in: H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck (hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Bd. 3., 4. Aufl., 2001., S. 252.
- 8) Ibid., S. 253.
- 9) Ibid. S. 254.
- 10) Ibid., S. 253., Nettlesheim, a.a.O., S. 1092.

- 11) Ibid., S. 255.
- 12) Nettesheim, a.a.O., S. 1091.
- 13) J. Rau, Vom Gesetzesprüfungsrecht des Bundespräsident, in: DVBl., 1. Januar 2004, S. 3ff.
- 14) この航空安全法については、すでに連邦憲法裁判所において違憲判決が下されている。BVerfGE 115, 118. なお、航空安全法の立法過程として、渡辺斉志「ドイツにおけるテロ対策への軍の関与」(『外国の立法』223号2005年)38頁以下参照。
- 15) H, Hofmann, Die staatliche Teilfinanzierung der Parteien, in: NJW., 1994, H. 11, S. 696.
- 16) J. Rau, a.a.O., S. 3f.
- 17) v. K. H. Friauf, Zur Prüfungszuständigkeit des Bundespräsidenten bei der Ausfertigung der Bundesgesetz, in: hrsg. B. Börner, Einigkeit und Recht und Freiheit, Bd. 2, Festschrift für K. Carstens, S. 546f.
- 18) BVerfGE 61, 149. なお、本訴訟では当該法律はラントの権限侵害(基本法70条)を理由に違憲と判断され、連邦参議院の同意が必要であるか否かについてはふれていない。
- 19) Nettesheim (Fn.3), a.a.O., S. 1093.
- 20) E. Friesenhann, Zum Prüfungsrecht des Bundespräsident, in: Festschrift für G. Leibholz zum 65. Geburtstag, Bd. 2, 1966, SS. 679-694.
- 21) Ibid., S. 692.
- 22) Ibid., S. 683.
- 23) Ibid., S. 684.
- 24) Ibid., S. 687f.
- 25) Ibid., S. 689f.
- 26) v. K. H. Friauf, a. a. O., S. 553.
- 27) Ibid.
- 28) J. Rau, a. a. O., S. 2f.
- 29) v. K. H. Friauf, a. a. O., S. 550f.
- 30) Ibid., S. 566f.
- 31) R. Herzog, Bundespräsident und Bundesverfassungsgericht, in: hrsg.

- B. Börner, Einigkeit und Recht und Freiheit, Bd. 2, Festschrift für K. Carstens, S. 605.
- 32) Ibid. S. 609.
- 33) J. Rau, a.a.O., S. 3.
- 34) V. Epping, Das Ausfertigungsverweigerungsrecht im Selbstverständnis der Bundespräsidenten, in: JZ. 23/1991, S. 1110.
- 35) E. Friesenmann, a.a.O., S. 688.
- 36) 連邦大統領の実質的審査権が国家実践の上で確立しているとしても、それを「慣習法」、「憲法習律」とみることに反対の見解として、V. Epping, a.a.O. S. 1110. がある。
- 37) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, S. 226. コンラート・ヘッセ 初宿・赤坂訳『ドイツ憲法の基本特質』（成文堂、2006年）335頁以下参照。
- 38) Ibid., S. 229. 同上訳書・339頁。
- 39) 最判1951年（昭和26年）3月1日刑集5巻4号478頁。
- 40) 清宮四郎『憲法I（第3版）』（1979年、有斐閣）419頁参照。
- 41) 「公布」自体は法律施行の要件である。この点については、佐藤幸治『憲法（第3版）』（1995年、青林書院）150頁参照。なお、現憲法上、公布にかかわる統一的法は存在しない。公式令（勅令第6号）が廃止された後、法律等の公布は慣習により官報を通じて行われている。なお、公布時期に関する重要な判例として、最大判昭和33年10月15日刑集12巻14号3313頁参照。
- 42) 高橋和之『現代立憲主義の制度構想』（2006年、有斐閣）7頁以下参照。もとより、高橋は法定立=国会、法執行=内閣を厳格に捉えており、法定立を国会が独占することの重要性を承認している。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（2005年、有斐閣）308頁参照。