

バイエルン憲法裁判所について(一)

——職業裁判官・民衆訴訟・占領米軍——

櫻 井 智 章

序論

第一章 現行制度の概要

第一節 権限

(a) 概観

(b) 抽象的規範統制

(c) 憲法異議

(d) 民衆訴訟（以上本号）

第二節 組織

第二章 若干の検討

第一節 組織

第二節 権限

跋文

序論

本稿筆者は、かつてドイツ連邦憲法裁判所第二代長官ヨゼフ・ヴィントリッヒ（Josef Marquard Wintrich, 1891年2月15日～1958年10月19日、長官：1954年3月23日～1958年10月19日）の見解について検討を加えたことがある。その際に、連邦憲法裁判所法の制定過程や連邦憲法裁判所⁽¹⁾

(1) 櫻井智章「戦後ドイツにおける基本権論の展開の出発点」初宿正典先生還暦記念論文集『各国憲法の差異と接点』（成文堂、2010年）421頁以下。

の初期の判例に対して、強力な権限を有するバイエルン憲法裁判所の存在やその運用実績が大きな影響を与えた可能性を示唆しつつも、詳細な検討は後日に委ねるとしておいた。私事ながら、ミュンヘン大学において、連邦憲法裁判所に関する定評ある概説書の補訂者でもある Stefan Koriöth 教授⁽²⁾の下で在外研究の機会を与えられたこともあり、本稿は、そのやり残した課題の一端を果たそうとするものであるが、それだけではない。

ドイツ連邦憲法裁判所については、日本においても、既に数多くの先行研究がある。ドイツの憲法裁判所が日本においてこれほどまでに大きな注目を集めてきたのは、単に明治以来のドイツ法（学）の伝統という理由だけではなく、次の二つの理由をあげることができるであろう。

第一に、理論的な観点からは、アメリカ型司法審査制と並ぶ、1つの「典型」として注目を集めてきた、という事情が挙げられる。抽象的規範統制をはじめとして強力な権限を有するドイツの連邦憲法裁判所は、政党禁止に代表されるように否定的な観点からであれ、憲法異議を中心にしてその諸判例によって戦後の憲法学の発展を牽引してきたという肯定的な観点からであれ、まさしく検討に値する存在であった。

第二に、実践的な観点からは、現在の日本における現実的な問題として、憲法裁判所の導入の是非をめぐる議論がある。近時「活性化」が指

(2) Klaus Schlaich / Stefan Koriöth, Das Bundesverfassungsgericht : Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 9. Aufl. 2012. コリオート教授による補訂以前のもののであるが、邦訳として、名雪健二訳「ドイツ連邦憲法裁判所論（1）～（10）」比較法27号（1990年）96頁以下、東洋法学34巻1号（同年）101頁以下、比較法30号（1993年）67頁以下、東洋法学37巻2号（1994年）237頁以下、比較法31号（同年）135頁以下、東洋法学38巻1号（同年）309頁以下、同39巻1号（1995年）135頁以下、同2号（1996年）189頁以下、比較法34号（同年）147頁以下、東洋法学40巻2号（1997年）83頁以下。

(3) 文献も含め、畑尻剛＝工藤達朗編『ドイツの憲法裁判〔第二版〕』（中央大学出版部、2013年）を参照。

摘されることもあるが、諸外国と比べて違憲判断の件数が少なく、そのため違憲審査制が機能不全を起こしているとの現状分析の下、違憲審査を活性化させる方策の1つとして憲法裁判所の導入論が主張されることがあり、実際に各種の憲法改正案に登場することもある。特に英米法の専門家であった伊藤正己教授が、最高裁判所の実務を経験した後に、大陸型憲法裁判所の導入を説いたことは、大きなインパクトを与えた。現在の日本の違憲審査制（アメリカ型司法審査制）とは別の可能性として、現実的な代替案として、ドイツ型憲法裁判所は検討に値する存在であり続けているといえる。

以上のように、ドイツ型（あるいはより一般的に大陸型）憲法裁判所が注目を集めてきたことには相応の理由があるものと考えられるが、一口にドイツ型（大陸型）憲法裁判所と言っても、どの側面に焦点を合わせるかによって意味合いは異なってくる。機関争訟（基本法93条1項1号）や抽象的規範統制（同2号）のように日本の裁判所が有していない強力な権限を有しているという権限面に注目が集まることが多いが、職業裁判官のみから構成されるのではなく多数の大学教授が裁判官として活躍しているという組織面に注意を促す見解も存在するところである⁽⁵⁾。

(4) 伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）133頁以下。

(5) 何よりも、大陸型憲法裁判所における「法学教授の権威の伝統」について述べる樋口陽一の見解を参照。多くの著書で述べられているが、例えば、樋口陽一「違憲審査をする裁判官の正統性と法解釈観」（1994年）同『転換期の憲法？』（敬文堂、1996年）165頁、178頁、同「「違憲審査制革命」と日本」同ほか『新版憲法判例を読み直す』（日本評論社、2011年）3頁、9頁。また、官僚的司法からの訣別を強調する、永田秀樹「ドイツと日本の憲法裁判」法と民主主義264号（1992年）20頁以下、同「ヨーロッパの憲法裁判所と日本の憲法裁判所構想」法律時報70巻1号（1998年）36頁以下をも参照。この点で、*Thomas Oppermann, Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre*, in: Peter Badura / Horst Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Bd.1*, 2001, S.421ff.〔赤坂正浩訳「連邦憲法裁判所と国法学」立教法学87号（2013年）121頁以下〕；*Peter*

そして、そのどちらに注目するにしろ、バイエルン憲法裁判所は興味深い素材を提供するものである。詳しくは後述するところに委ねるが、バイエルン憲法裁判所においては《民衆訴訟 (Popularklage)》によって憲法裁判が行われているのである。つまり自己の基本権が侵害されたか否かに関わらず《誰でも (quavis ex populo)》憲法裁判を提起できるのであって、比較憲法的に強力な権限を有するとされる連邦憲法裁判所⁽⁶⁾すら有していない権限を有しているのである。そして、その民衆訴訟を含む規範統制 (法令の合憲性審査) の裁判は、職業裁判官のみによって構成される裁判体によって行われているのである。

民衆訴訟による憲法裁判とは具体的にどのようなものなのか、なぜ民衆訴訟が認められるようになったのか、そのようなものを認めて問題はないのか、なぜ職業裁判官のみによって規範統制に関する裁判が行われているのか、等々の疑問が直ちに浮かんでくる場所である。

以上のような問題関心から、本稿は、バイエルン憲法裁判所について紹介・検討を試みるものである。連邦憲法裁判所に対して与えた影響についても折に触れて扱う予定であるが、日本との関係でも、アメリカ占領下において米軍の関与の下で憲法が制定されたという点 (成立面) において注目に値するというだけでなく、保守党の長期政権⁽⁷⁾が続き、政権政党の意向が反映されやすい裁判官選任方法の下で、職業裁判官のみに

Lerche, Rechtswissenschaft und Verfassungsgerichtsbarkeit, BayVbl. 2002, S.649ff. が興味深い。「憲法ドグマティックなき憲法裁判は神学なき宗教」と言われている (*Udo Steiner*, Schweizer Verhältnisse in Bayern?, 2000, S.21)。

(6) “Das Grundgesetz kennt keine Popularklage.” (BVerfGE 45, 63 [75])

(7) 本稿 (二) で詳しく扱うが、バイエルン州においては、社会民主党 (SPD) のヴィルヘルム・ヘーグナー政権の時期 (第一次: 1945年9月～1946年12月、第二次: 1954年12月～1957年10月) を除き、基本的にキリスト教社会同盟 (CSU) 政権が続いている (本稿 (二) 【表6】【表7】をも参照)。バイエルン憲法が制定されたのは、後述のように、この第一次ヘーグナー政権期である。

よって法令の違憲審査が行われているという点（運用面）においても、日本の違憲審査制の問題を考えるに際して興味深い視点を提供してくれるはずである。

本稿では、まず現行制度について概観し（第一章）、上記の問題関心から注目すべき点について若干の検討を加える（第二章）こととする。歴史的な検討やより本格的な理論的検討等については、別の機会に委ねることとしたい。

以下、本稿で「憲法」と略記した場合にはバイエルン憲法（Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946⁽⁸⁾）を、「憲法裁判所法」又は単に「法」と略記した場合にはバイエルン憲法裁判所法（Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof vom 10. Mai 1990⁽⁹⁾）を意味する。また、連邦憲法裁判所については常に「連邦憲法裁判所」と表記するため、単に「(州) 憲法裁判所」と表記するときは——文脈から（州）憲法裁判所一般を指す場合は別として——バイエルン憲法裁判所を意味する。連邦憲法裁判所法については、無用な混乱を避けるため BVerfGG と表記する。

(8) 改正により古くなった部分もあるが、邦訳として、伊藤満訳「独逸連邦共和国各ラント憲法（全訳）その1」創価法学7巻4号（1978年）117頁以下がある。

(9) 1947年7月22日に制定され、遡って同年7月1日から効力を生ずるものとされた憲法裁判所法（GVBl., S.147）は、その後数次の改正を経て、1990年に新しい法律となっているが、判例の展開や運用の実際に合わせた改正がほとんどである。したがって現行法を中心に概観し、重要な改正については折に触れて言及することとする。1990年改正について趣旨・概要を理解するには、VerfGH 46, 1 (9ff.) 及び *Gerhard Vill*, Das Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof, BayVBl. 1999, S.353ff. ; *Franz Knöpfle*, Zur Neuordnung der Organisation der Verfassungsgerichtsbarkeit in Bayern, VerwArch 1992, S.213ff. が有益である。なお、1990年改正を巡って NVwZ 誌上で論争が行われた。*Christian Pestalozza*, Das neue Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof, 1991, S.1059ff. ; *Walter Schmitt Glaeser*, Das neue Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof, 1992, S.443ff. ; *Peter Schechinger*, Verfassungswidrige

【法令 1】 バイエرن憲法の概要

前文

第 1 編 国家の構成及び任務

第 1 章 バイエرن国家の基礎（1 条～12 条）

第 2 章 州議会（13 条～33 a 条）

第 3 章 元老院（34 条～42 条）[1998 年改正により廃止]

第 4 章 州政府（43 条～59 条）

第 5 章 憲法裁判所（60 条～69 条）

第 6 章 立法（70 条～76 条）

第 7 章 行政（77 条～83 条）

第 8 章 司法（84 条～93 条）

第 9 章 官吏（94 条～97 条）

第 2 編 基本権及び基本義務（98 条～123 条）

第 3 編 共同生活

第 1 章 婚姻、家族、子供（124 条～127 条）[2003 年改正前は「婚姻と家族」]

第 2 章 教育と学校、自然的生活基盤及び文化的伝統の保護（128 条～141 条）
[1984 年改正前は「教育と学校」]

第 3 章 宗教と宗教団体（142 条～150 条）

第 4 編 経済と労働

第 1 章 経済秩序（151 条～157 条）

第 2 章 財産権（158 条～162 条）

第 3 章 農業（163 条～165 条）

第 4 章 労働（166 条～177 条）

終末規定及び経過規定（178 条～188 条）

第一章 現行制度の概要

第二次大戦後、ドイツは英・米・仏・ソ 4 か国による占領下に置かれたが、バイエルンはアメリカ占領区域に属する。憲法制定の作業は、米軍によって首相に選任されたヴィルヘルム・ヘーグナー（Wilhelm Hoegner, 1887–1980 年⁽¹⁰⁾）を中心に進められていく。ヘーグナーの用意し

Organisation des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs?, 1993, S.446ff. を参照。

た憲法草案（ヘーグナー草案）が憲法準備委員会（Vorbereitender Verfassungsausschuss, VVA）⁽¹¹⁾で審議・修正されたうえで、1946年6月30日に選挙された憲法制定州議会（verfassunggebende Landesversammlung）に提出される。草案の審議は憲法委員会（Verfassungsausschuss, VA）に付託され、同委員会による審議・修正を経て、1946年9月20日に一旦⁽¹²⁾可決される。しかし、占領米軍による修正の要求が入り、それを受けて若干の修正が施されたうえで、1946年10月26日にミュンヘン大学の講堂において憲法制定州議会によって採択された。1946年12月1日の州民投票において70%強の賛成で承認され、12月2日に首相ヘーグナーにより⁽¹³⁾認証された後、12月8日に公布、同日から施行された。憲法準備委員会及び憲法委員会において中心的役割を果たしたのがハンス・ナヴィアスキー（Hans Nawiaskey, 1880-1961年）⁽¹⁴⁾であり、1948年に出版されたコン

(10) ヘーグナー自身、法学博士号を有する政治家・法律家であり、多くの著書の中にバイエルン憲法の教科書（*Wilhelm Hoegner, Lehrbuch des Bayerischen Verfassungsrechts*, 1949）もある。

(11) *Karl-Ulrich Gelberg, Die Protokolle des Vorbereitenden Verfassungsausschusses in Bayern 1946*, 2004. 現在では州立図書館のウェブサイトダウンロード可能である。<http://www.bayerische-landesbibliothek-online.de/landtagverfassungsgebung>

(12) 後に本稿（二）（三）で述べるように、憲法裁判所に関しても米軍の要求に基づき変更された箇所がある。

(13) Vgl. *Claus Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946*, JöR n.F. Bd.3 (1954), S.150ff. ; *Gisela Lauer, Die Entstehung der Bayerischen Verfassung von 1946*, BayVBl. 1990, S.737ff. ; *Hans F. Zacher, Fünfzig Jahre Bayerische Verfassung*, BayVBl. 1996, S.706ff. ; *Josef Franz Lindner, Bayerisches Staatsrecht*, 2010, S.31ff. (Rn.17-21) ; 北住炯一「ドイツ「複合占領」と連邦・州憲法の成立」『現代史と民主主義〈年報日本現代史2号〉』（東出版、1996年）222頁以下。

(14) バイエルン憲法とナヴィアスキーの関係については、何よりナヴィアスキーを登用した当のバイエルン州首相による *Wilhelm Hoegner, Professor Dr. Hans Nawiaskey und die bayerische Verfassung von 1946*, in: *Staat und Wirtschaft*,

メンタール⁽¹⁵⁾は、現在でもバイエルン憲法の概要と趣旨を理解するには最適である（同書は、その後多くの著者によって最も権威のある加除式コンメンタールとして発展している⁽¹⁶⁾）。以上のような憲法制定の経緯から、「バイエルン憲法の父」として通常名前が挙げられるのはヘーグナーとナヴィアスキーであるが、この二人と並んでハンス・エーハルト（Hans Ehard, 1887-1980年）の名前が挙げられることもある⁽¹⁷⁾。エーハルトも法学博士号を有する法律家・政治家であり⁽¹⁸⁾、憲法準備委員会、憲法制定州

Festgabe zum 70. Geburtstag von Hans Nawiaskey, 1950, S.1ff. を参照。一般的には、*Hans F. Zacher*, Hans Nawiaskey und das bayerische Verfassungsrecht, in: *Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung*, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1997, S.307ff. ; *ders.*, Hans Nawiaskey (1880-1961), Ein Leben für Bundesstaat, Rechtsstaat und Demokratie, in: Helmut Heinrichs u.a. (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, S.677ff. [畑尻剛訳「ハンス・ナヴィアスキー」森勇監訳『ユダヤ出自のドイツ法律家』(中央大学出版部、2012年)1009頁以下] を参照。ナヴィアスキーはその後ヘレンキームゼー会議にも関与している。

(15) *Hans Nawiaskey / Claus Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 : Systematischer Überblick und Handkommentar, 1948. その後1953年には Hans Lechner の協力の下、基本法の制定による影響や法令の改正・判例の進展等をまとめた *Ergänzungsband* が出版されている。

(16) *Hans Nawiaskey / Karl Schweiger / Franz Knöpfle* (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern (Stand: 14.Lieferung 2008). 本書には、ヘーグナー草案や憲法準備委員会案も収録されている。なお、バイエルン憲法もバイエルン州における法学国家試験の必須科目であり、*Lindner*, a.a.O.(Anm.13), Bayerisches Staatsrecht のように試験用の概説書で有益なものもある。

(17) 例えば *Barbara Fait*, Demokratische Erneuerung unter dem Sternenbanner, 1998, S.205, S.569.

(18) エーハルトは首相就任に際しても自分は“Mann des Rechts”であると表明した政治家であり（Bayerischer Landtag Plenarprotokoll 1/2, S.26）、現職の州首相時代にもラートブルフらとともに“Süddeutsche Juristen-Zeitung”（1951年からはその後継誌“Juristenzeitung”）の編集を務めた。*Hans Ehard*, Die Verfassungsbeschwerde nach bayerischem Landesrecht, BayVBl. 1966, S.73ff. は、憲法裁判

議会・憲法委員会の構成員としてヘーグナーと並ぶ働きを見せている。憲法制定州議会・憲法委員会において多数を占めていたのはヘーグナーの社会民主党（SPD）ではなくエーハルトのキリスト教社会同盟（CSU）であったというだけでなく、憲法裁判所法が制定されたのはヘーグナーの後を継いだ第一次エーハルト政権においてであり、少なくとも憲法裁判所との関係ではエーハルトまで視野に収めておいた方がよい⁽¹⁹⁾（エーハルトはその後、基本法の制定に際しても重要な役割を果たす⁽²⁰⁾）。

連邦制を基本原理とするドイツにおいては、「諸州の憲法秩序は、この基本法の意味における共和制的、民主的、社会的な法治国家の原則に適合しなければならない」と規定する基本法28条1項1文の同質性要請（Homogenitätsgebot）の下で、各州が自律的に憲法を制定することができる（Verfassungsautonomie）。特に基本法（1949年5月）よりも前に制定された旧西側諸州の憲法には、「意欲的な条文を盛り込んで注目された⁽²¹⁾」と評されるヘッセン憲法（1946年12月1日）をはじめとして特色ある憲法も少なくない。1946年のバイエルン憲法もそうしたものの1つである。プロイセンに対する対抗意識の強いバイエルン王国の伝統を引

所の判例に基づいて憲法異議の訴訟要件について検討したものであり、首相経験者の論文とは思えないような内容である。第二代連邦憲法裁判所長官候補として名前が挙げられたこともあったようである（*Rolf Lamprecht, Ich gehe bis nach Karlsruhe*, 2011, S.43）。

(19) 後に本稿（二）（三）で言及するように、ヘーグナー政権の下で準備されていた憲法裁判所法案がエーハルト政権によって大きな変容を被ったという経緯がある。もっとも第一次エーハルト政権の司法大臣はヘーグナーであり、憲法裁判所法の制定過程においてもヘーグナーは重要な役割を果たす。

(20) *Rudolf Morsey, Zwischen Bayern und der Bundesrepublik*, JZ 1981, S.361ff. ; 北住炯一「ドイツ戦後連邦制の成立と地域アイデンティティ」法政論集183号（2000年）1頁以下。基本法の草案を準備するための会議（ヘレンキームゼー会議）をバイエルンで開催させたのもエーハルトである。

(21) 高橋和之編『新版世界憲法集〔第2版〕』（岩波文庫、2012年）162頁（石川健治）。

き継ぎ、基本法の制定にも唯一反対したバイエルン州は、キリスト教民主同盟（CDU）と統一会派を組みながらもあくまでも別政党であり続けるキリスト教社会同盟（CSU）の存在にも象徴されるように、ドイツにおいても独特の存在感を示しており、その憲法についても、1808年以來の長い伝統を有している。⁽²²⁾ 現行憲法に関しても、例えば職能代表型の《元老院（Senat）》⁽²³⁾や、非常に強力な権限を有する《憲法裁判所》を設ける等、比較憲法的に興味深い例を提供する注目すべき内容を有している（もっとも1998年の憲法改正により元老院は廃止された。しかしこの

(22) *Franz Mayer*, Bayerns Verfassungstradition, in: Rainer A. Roth (Hrsg.), *Freistaat Bayern*, 4.Aufl. 1986, S.65ff. ; *Peter Claus Hartmann*, Die bayerische Verfassung von 1946 im Kontext der bayerischen Verfassungsgeschichte seit 1808/1818, in: 50 Jahre Bayerische Verfassung, 1996, S.139ff. 二番目の1818年憲法は100年続いた歴史を誇る。

(23) 職能代表型という組織・構成（憲法旧34条・35条参照）はそれ自体興味深いものであるが、権限面でも二院制（兩院制）論にとって大きな問題を提起する。即ち、元老院は立法過程にも関与する（憲法旧39条～41条）が、立法権は州民及び州議会にのみ帰属すると規定されており（憲法5条1項・72条1項）、元老院は立法に関する諮問的な権限しか有していなかった。だからといって無意味だったというわけでは決してない（*Der Bayerische Senat, Biographisch-statistisches Handbuch, Ergänzungsband*, 2001, S.144によれば、廃止までの52年間で憲法旧41条に基づく異議を計152件提起し、うち37件が完全に、49件が一部考慮され、憲法旧40条に基づく専門的意見を計1005件表明している）。しかし、このような元老院を第二院と位置づけるべきか、従ってかつてのバイエルン憲法が二院制（兩院制）を採用していたといえるかは、「二院制（兩院制）とは何か」に関わる大きな問題である。*Roman Herzog, Zweikammersystem*, in: *Evangelisches Staatslexikon Bd.2, 3. Auf.* 1987, Sp.4109ff. ; *Peter Badura, Rolle und Funktion der Zweiten Kammer*, BayVBl. 1997, Heft24 Beiheft, S.II. ヘーグナーは、その教科書の「前書き（Vorwort）」の冒頭でこの問題に触れるほどのこだわりを見せて、バイエルン憲法が二院制であることを強く否定する（*Hoegner, a.a.O.[Anm.10]*, *Lehrbuch*, S.3, S.74）。このような問題点と“Senat”という伝統的名称が選択されたという点（当初は“Landesrat”も考えられていた）に鑑み、本稿では「上院」ではなく「元老院」と訳している。

憲法改正自体も正式の憲法改正手続によらずに州民発案・州民表決によって行われたものであり、興味深い例を提供するものである⁽²⁴⁾。そこまで特徴的ではないとしても、社会権的基本権や直接民主制的諸制度のように、基本法では意図的に忌避されたものが採用されていることも多く、諸州の憲法は基本法と異なる点も少なくない。そのような州憲法に関して「憲法の番人」として存在しているのが州の憲法裁判所であり、現在ではすべての州が独自の憲法裁判所を有している（かつて唯一基本法99条に依拠していたシュレーズヴィヒ・ホルシュタイン州においても2006年の憲法改正により2008年から憲法裁判所が設けられた）。基本法自体、

(24) *Josef Isensee*, Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit, 1999 ; *Otmar Jung*, 50 Jahre verfassungswidrige Praxis der Volksgesetzgebung in Bayern?, BayVBl. 1999, S.417ff. ; 村上英明「バイエルン上院の廃止」法政研究 68巻1号（2001年）367頁以下。50年間の記録をまとめた *Der Bayerische Senat, Biographisch-statistisches Handbuch 1947-1997* の出版後まもなく廃止されたため物悲しく出版された *Ergänzungsband*（前掲注23）にも多くの情報が掲載されている。後掲注59をも参照。

(25) 村上英明『ドイツ州民投票制度の研究』（法律文化社、2001年）。バイエルン憲法に関して言えば、たたき台としてのヘーグナー草案は、ヘーグナーのスイス亡命中に、同じく亡命中であったナヴィアスキーの協力を得て作成されたとされており、スイス民主制の影響が指摘されている。*Zacher*, a.a.O.(Anm.13), Fünfzig Jahre Bayerische Verfassung, S.706f.（関連して *ders.*, Plebiszitäre Elemente in der Bayerischen Verfassung, BayVBl. 1998, S.737ff. をも参照）。詳しくは、*Hans-Wilhelm Langen*, Die Einfluss der schweizerischen Verfassungszustände auf die Bayerische Verfassung, 1949（主査〔Referent〕をヘーグナー、副査〔Coreferent〕をナヴィアスキーが務めたミュンヘン大学の Dissertation）；*Elke Seefried*, Schweizer Exilerfahrungen in der Verfassungsgesetzgebung Bayerns 1946, in: Claus-Dieter Krohn / Martin Schumacher (Hrsg.), Exil und Neuordnung, 2000, S.113ff. ナヴィアスキーによるスイス亡命時代のスイス憲法に関する著書として、*Hans Nawiasky*, Aufbau und Begriff der Eidgenossenschaft, 1937 を、スイス民主制に関して *ders.*, Die Demokratie in der Schweiz, 1951 ; *ders.*, Von der unmittelbaren Demokratie, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, 1953, S.195ff. を参照。

各所で州の憲法裁判所の存在を予定しているところである（93条1項4b号、99条、100条1項・3項）。

州憲法裁判所は、当該州の行為について州憲法を基準として合憲性を判断することが任務である。裏を返せば、連邦の行為については判断することができない。このことは州憲法裁判所の役割からして当然であるが、法理論的に見ても、連邦法は州法に優位するのが基本法上の原則（基本法31条）であり、いかなる種類の法令であれ連邦法の方が州憲法よりも優位する⁽²⁶⁾ので、上位法（連邦法）を下位法（州憲法）に基づいて審査することになってしまうため、認められないのである。他方、連邦憲法裁判所は連邦の行為だけでなく州の行為についても判断することができる。但し、その際の基準は基本法（及びその他の連邦法）であり、州憲法に基づいて州の行為の合憲性を判断するのは州憲法裁判所の任務である。州憲法裁判所と連邦憲法裁判所は審級関係に立つわけでもなく、⁽²⁷⁾州憲法裁判所の裁判に対して連邦憲法裁判所に上訴することはできない⁽²⁸⁾（もっとも、要件を充たす限りで、州憲法裁判所の裁判が基本法上の基本権を侵害すると主張して連邦憲法裁判所に憲法異議を提起することは可能である⁽²⁹⁾）。両者は相互に独立しており、それぞれの手続の要件を充

(26) BVerfGE 96, 345 (364).

(27) BVerfGE 6, 376 (382) ; 41, 88 (118f.). Vgl. auch *Gustav Lichtenberger*, Das Verhältnis der Landesverfassungsgerichtsbarkeit des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes, in: Michael Piazolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S.77f.

(28) BVerfGE 6, 445 (449).

(29) BVerfGE 13, 132 (140) ; 96, 231 (242) usw. *Ekkehard Schumann*, Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht gegen Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, in: a.a.O.(Anm.14), Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung, S.201ff. が詳しい。バイエルン憲法裁判所の裁判に対する憲法異議が認められ、連邦憲法裁判所によって破棄された実例として BVerfGE 97, 298 参照。

たす限りで、州の同一の行為について、基本法違反を理由として連邦憲法裁判所に提起することも、州憲法違反を理由として州憲法裁判所に提起することも、原則として可能である。⁽³⁰⁾ しかもその場合には、基本法に基づいて判断するか州憲法に基づいて判断するかが異なるため、両者の結論が異なったとしても問題はない。⁽³¹⁾ もっとも、一方が先に違憲判断を下すと他方の手続の訴訟要件に影響を与えることとなる（一方が規範を違憲無効とすると他方の手続の対象が存在しなくなる、一方が憲法異議を認めると他方の手続において権利保護の必要性がなくなる等）。いずれにせよ、連邦レベルにおける連邦憲法裁判所のように、「州憲法の番人」⁽³²⁾として州憲法の有権的な解釈を司るのが州憲法裁判所である。

バイエルン州において「国法上の問題に関する最高の裁判所」（憲法60条）と位置づけられ、「バイエルン憲法の番人（Hüter der Bayerischen Verfassung）」⁽³³⁾としての役割を与えられているのが、バイエルン憲法裁判

(30) 憲法異議については州によって扱いが若干異なる。そもそも基本権条項をもたない州（ハンブルク）、憲法異議が認められていない州（ブレーメン、ノルトライン・ヴェストファーレン等）もあるが、州憲法裁判所への憲法異議を補充的にのみ認める州（ザールラント等）、連邦憲法裁判所と州憲法裁判所のどちらか一方にのみ憲法異議を認める州（ベルリン等）もある。バイエルンにおいては、後述のように、連邦憲法裁判所・州憲法裁判所のどちらにも憲法異議を提起することが可能である。各州憲法裁判所に関する詳細な著書もあるが、*Christoph Degenhart*, *Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht*, 29.Aufl. 2013, §12 に概要がコンパクトにまとめられている。

(31) Vgl. VerfGH 28, 143 (156) ; BVerfGE 69, 112 (116f.).

(32) Vgl. *Horst Säcker*, *Der Bayerische Verfassungsgerichtshof*, in: Reinhold L. Bocklet (Hrsg.), *Das Regierungssystem des Freistaates Bayern Bd.2*, 1979, S.448, S.450 ; *dens.*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7.Aufl. 2008, S.97f., S.266 [第5版の邦訳として、生天目忠夫訳『概観ドイツ連邦憲法裁判所』（信山社、2002年）82頁以下]。

(33) *Hildegund Holzheid*, *Der Bayerische Verfassungsgerichtshof als Hüter der Bayerischen Verfassung*, in: a.a.O.(Anm.22), 50 Jahre Bayerische Verfassung, S.66ff.

【法令 2】 バイエレン憲法の憲法裁判所に関係する条文

第 1 編「国家の構成及び任務」第 5 章「憲法裁判所」(60条～69条)

60条 国法上の問題に関する最高の裁判所として、バイエルン憲法裁判所を設ける。

61条 ①憲法裁判所は、州政府又は州議会の構成員に対する弾劾について裁判する。〔2 項以下略〕

62条 憲法裁判所は、選挙及び投票からの有権者団体の排除について裁判する(15条 2 項)。

63条 憲法裁判所は、州議会議員選挙の有効性及び州議会議員資格の喪失について裁判する(33条)。

64条 憲法裁判所は、最高国家機関又は憲法によって固有の権利を付与された最高国家機関の部分機関の間の憲法争訟について裁判する。

65条 憲法裁判所は、法律の憲法適合性について裁判する(92条)。

66条 憲法裁判所は、官庁による憲法上の権利の侵害を理由とする異議について裁判する(48条 3 項、120条)。

67条 憲法裁判所は、さらに法律によって割り当てられた個別の事案において裁判する。

68条 ①憲法裁判所は、ミュンヘン高等裁判所に併設される。

②憲法裁判所は次のように構成される。

a) 61条所定の事案においては、バイエルンの高等裁判所の長官 1 人、8 人の職業裁判官(そのうち 3 人は高等行政裁判所に属する)、及び州議会によって選任される 10 人のその他の構成員

b) 65条の事案においては、長官及び 8 人の職業裁判官(そのうち 3 人は高等行政裁判所に属する)

c) その他の事案においては、長官、3 人の職業裁判官(そのうち 2 人は高等行政裁判所に属する)、及び州議会によって選任される 5 人の構成員

③長官及び職業裁判官は、州議会によって選任される。長官及び職業裁判官は州議会議員であってはならない。

69条 憲法裁判所の組織及び手続、並びにその判決の執行に関する更なる規定は、法律によって定める。

第 1 編「国家の構成及び任務」第 6 章「立法」(70条～76条)

75条 3 項 法律によって憲法が改正されたか否か、又は許されない憲法改正の発議が行われたか否か、についての意見の相違は、バイエルン憲法裁判所が裁判する。

第1編「国家の構成及び任務」第8章「司法」(84条～93条)

92条 裁判官が法律を憲法違反と考えるときは、憲法裁判所の裁判を求めなければならない。

第2編「基本権及び基本義務」(98条～123条)

98条 4文 憲法裁判所は、基本権を違憲に制限する法律及び命令を無効と宣言しなければならない。

120条 官庁によって自己の憲法上の権利を侵害されたと考えるバイエルン住民はすべて、バイエルン憲法裁判所の保護を求めることができる。

所⁽³⁴⁾ (Bayerischer Verfassungsgerichtshof) である。戦後ドイツで最も早く活動を開始したバイエルン憲法裁判所は、「憲法の番人」をもって自任⁽³⁵⁾ しており、強力な権限を背景に意欲的な判例を展開し、連邦憲法裁判所の導入・設立に際して大きな影響を与えた⁽³⁶⁾ だけでなく、初期の連邦憲法裁判所⁽³⁷⁾ にしばしば知的源泉を提供している。連邦憲法裁判所の陰に隠れ

(34) バイエルンにおいて“VGH”という略称は、1879年創設以来の伝統を誇る高等行政裁判所 (Verwaltungsgerichtshof) 及びその公式判例集を指すため、新参者の憲法裁判所 (Verfassungsgerichtshof) は“VfGH”又は“VerfGH”と略記される (他州の憲法裁判所と区別して特にバイエルンの憲法裁判所であることを示す際には“BayVfGH”又は“BayVerfGH”)。公式判例集も“VGH”は1880年から続く伝統ある判例集であり、戦後1947年から neue Folge として、第一部の高等行政裁判所の判例に続き、第二部に憲法裁判所の判例が掲載されており、13巻 (1960年) からは引用の際には“VerfGH”と表記するよう公式判例集自身が求めている (12巻までは“VGH n.F. 巻数 II”と表記するよう求めていたが、本稿ではすべて“VerfGH”と表記する)。なお、憲法裁判所法の公式略称は“VfGHG”とされている。

(35) VerfGH 1, 81 (85) ; 1, 101 (107) usw.

(36) *Ekkehard Schumann*, Bayern als Vorreiter umfassender Verfassungsgerichtsbarkeit, Die Entstehung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, in: Martin Löhning (Hrsg.), Zwischenzeit, 2011, S.151ff. ; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II, 1980, S.330f. ; *Joachim Wieland*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd.3, 2.Aufl. 2008, S.468f. (Art.93 Rn.15) ; *Oppermann*, a.a.O.(Anm.5), S.423〔赤坂訳163頁〕。後に本稿(二)(三)で詳しく扱うが、特にヘレンキームゼー草案にはバイエルン憲法の影響が顕著である。

がちな州憲法裁判所の中であって、例外的な存在と位置づけられることもあった⁽³⁸⁾（現在では他の州憲法裁判所の活性化も指摘されている⁽³⁹⁾）。

以下では、主として連邦憲法裁判所との異同に注意しつつ、その特徴を見ていくこととする。手続の種類によって裁判体の構成が異なるので、まずは権限から見ておく方が便宜であろう。

第一節 権限

（a）概観

連邦憲法裁判所に関する特別の章を設けずに「裁判」に関する第9章において連邦憲法裁判所について規定する基本法とは異なり、バイエルン憲法では憲法裁判所のために特別に1章が設けられており、第1編「国家の構成及び任務」第5章（60条～69条）において憲法裁判所について規定されている。そのため、基本法においては連邦憲法裁判所の権限が一応93条1項に列挙されつつも、その他に18条（基本権喪失）、21条

(37) *Christian Pestalozza*, *Verfassungsprozeßrecht*, 3.Aufl. 1991, S.403 ; *Säcker*, a.a.O.(Anm.32), *Der Bayerische Verfassungsgerichtshof*, S.455 ; ゲーブハルト・ミュラー（村上淳一訳）「ドイツ連邦共和国における憲法裁判権」法曹時報21巻3号（1969年）2頁。代表的には、BVerfGE 1, 14 (32)〔ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅰ〔第2版〕』（信山社、2003年）457頁以下（布田勉）〕やBVerfGE 1, 208 (246)〔同83頁以下（高田篤）〕等を挙げることができる。比例原則に基づく審査を早くから導入していた点も挙げられるべきであろう（VerfGH 1, 81 [91] ; 2, 72 [82] ; 4, 63 [74] usw.）。

(38) *Klaus Stern*, *Einführung*, in: *Christian Starck / Klaus Stern* (Hrsg.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit Teilband I*, 1983, S.13f.

(39) *Christoph Goos*, in: *Hillgruber/Goos*, *Verfassungsprozessrecht*, 3.Aufl. 2011, S.339 (Rn.911).

(40) 連邦憲法裁判所の特徴については、初宿正典編『レクチャー比較憲法』（法律文化社、近刊）第4章「ドイツ」（櫻井智章）において、本稿筆者なりの観点から整理してある。教科書としての性格上、出典等の表示は基本的に省略しているので、不足を補う意味でも併せて参照していただければ幸いである。

【法令3】 バイエルン憲法裁判所法の概要

第1部	設置及び管轄権……	1条～2条
第2部	構成及び組織……	3条～13条
第3部	手続	
第1章	一般手続規定……	14条～30条
第2章	個別手続規定	
第1節	州政府又は州議会の構成員に対する弾劾（2条1号）	
第1款	州政府の構成員に対する弾劾……	31条～43条
第2款	議員に対する弾劾……	44条～45条
第2節	選挙及び投票からの有権者団体の排除に関する裁判（2条2号）	
	……	46条～47条
第3節	州議会議員の選挙の有効性及び州議会議員資格の喪失に関する裁判（2条3号）	
	……	48条
第4節	最高国家機関間の憲法争訟、憲法改正に関する意見の相違（2条4号及び8号）	
	……	49条
第5節	裁判官による移送（2条5号）	
	……	50条
第6節	憲法異議（2条6号）	
	……	51条～54条
第7節	民衆訴訟（2条7号）	
	……	55条
第4部	改正規定・経過規定・終末規定……	56条～57条

2項（政党禁止）、100条1項（具体的規範統制）等のように各所に散在しているのとは異なり、憲法裁判所の権限については憲法61条～67条に列挙されており、それぞれ関連する条文が括弧書きで示されている（【法令2】参照）。もっとも抽象的規範統制（憲法75条3項）と民衆訴訟（憲法98条4文）については、憲法61条～67条に対応する条文が存在しない。これは、詳しくは後述するところに委ねるが、前者については機関争訟で争われることが予定されていたからであり、後者については憲法制定の最終段階で米軍の要求に基づいて、趣旨も定かでないままに憲法98条が挿入されたことが理由である。そのため、バイエルン憲法裁判所の権限について概観するには憲法裁判所法2条を見た方がよい。連邦憲法裁判所の権限がBVerfGG 13条にまとめられているのと同様に、憲法裁判

所の権限については法2条にまとめられているからである。以下、①～⑨は同条1号～9号にそれぞれ該当する。

①州政府又は州議会の構成員に対する弾劾(憲法61条) 憲法又は法律に故意に違反した州政府構成員に対する弾劾裁判(憲法59条)、及び職権濫用や故意に秘密を漏洩した州議会議員に対する弾劾裁判である。大臣弾劾に対する裁判権は憲法裁判所の前身である国事裁判所(*Staatsgerichtshof*)が⁽⁴¹⁾1850年に設立されて以来有している由緒正しい権限である。もっとも、これまで事例は存在しない。

②選挙及び投票からの有権者団体の排除(憲法62条) 憲法15条によれば、憲法違反の有権者団体(主として政党)は選挙及び投票に参加することができず、その決定は憲法裁判所が行うこととされている。「民主主義者に対してのみ民主主義」を保障し、⁽⁴²⁾「自殺としての民主制(Demokratie als Selbstmord)」を拒絶する⁽⁴³⁾このような規定が設けられた歴史的意味については改めて指摘するまでもない。しかし、まさに基本法の政党禁止(21条2項)と趣旨が同じであるが故に、基本法の制定によって——政党を「違憲」と判断できるのは連邦憲法裁判所のみとされたため——実際上は無意味になっていると解されている。⁽⁴⁴⁾連邦の政党禁止とは異なり、事例も存在しない。

③州議会議員選挙の有効性及び州議会議員資格の喪失(憲法63条) 選挙

(41) Gesetz-Blatt für das Königreich Bayern, 1850 Sp.133ff.

(42) “Demokratie nur für Demokraten” (*Wilhelm Hoegner*, a.a.O.[Anm.10], Lehrbuch, S.3 ; *ders.*, Die Schwierige Außenseiter, 1959, S.250)。

(43) 1946年7月25日の憲法制定州議会憲法委員会におけるナヴィアスキーの発言 (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung Bd.1, S.103. 州立図書館のウェブサイトで閲覧可能) 参照。Vgl. auch *Nawiasky / Leusser*, a.a.O.(Anm.15), S.155.

(44) VerfGH 11, 164 (180) ; *Hans Nawiasky / Hans Lechner*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Ergänzungsband 1953, S.46.

審査については州議会の義務とされている(憲法33条)。州議会の決定に対して憲法裁判所の判断を求めるものであり、基本法41条2項・BVerfGG 13条3号に相当する。憲法裁判所の判例集に最初の判例として掲載されている(VerfGH 1, 1)のは、選挙の有効性に関する事件である。

- ④機関争訟(憲法64条) 最高国家機関又は憲法によって固有の権利を付与された最高国家機関の部分機関の間の憲法争訟について裁判するものであり、基本法93条1項1号・BVerfGG 13条5号に相当する。⁽⁴⁵⁾連邦の機関争訟とは異なり、当事者能力が認められるためには議事規則ではなく憲法によって権利を付与されていることが必要とされているが、憲法に規定があることがほとんどであり、当事者能力が認められる者の範囲はむしろ連邦の場合よりも広いとすら言うことができる。憲法上規定が存在しなかった会派についても、解釈上当事者能力が認められるものとされてきた⁽⁴⁶⁾(1998年の改正により16a条が挿入され、現在では野党・野党会派に関する憲法規定が存在する)。野党会派の文書質問に対する州政府の回答が不十分であるか否かがしばしば機関争訟で争われている点は興味深い。⁽⁴⁷⁾政党についても憲法上特別な規定は存在しないが、連邦と同様に基本法21条を根拠に当事者能力が認められている。⁽⁴⁸⁾そのため、州内部の憲法争訟に対する連邦憲法裁判所の補充的管轄権(基本法93条1項4号、BVerfGG 13条8号・71条1項3号)はバイエルン州に関しては発生する余地がない。

(45) バイエルン憲法における機関争訟の歴史的意義につき、Schumann, a.a.O. (Anm.36), Bayern als Vorreiter, S.124ff., S.164ff.を参照。BVerfGE 2, 143 (152ff., 175f.)をも参照。

(46) VerfGH 29, 62 (81) ; 30, 48 (57) ; 34, 119 (121) usw.

(47) VerfGH 54, 62 ; 59, 144.

(48) VerfGH 23, 80 (84f.) ; 29, 62 (80f.). 基本法21条は州の憲法秩序に対しても直接に効力を有する(BVerfGE 1, 208 [227] ; 4, 375 [378] ; 6, 367 [375] usw.)。

憲法裁判所法の個別手続規定において、機関争訟に関する手続と抽象的規範統制に関する手続が同一の条文（法49条）で規定されている点⁽⁴⁹⁾は、両者の本来的な同質性を示すものとして注目に値する。またこのため、機関争訟においても法令の合憲性を争いうること（この点に関しては連邦の場合も同様⁽⁵⁰⁾）は当然の前提とされており（法3条2項1文2号）、違憲の確認にとどまる連邦憲法裁判所の機関争訟（BVerfGG 67条）とは異なり、バイエルン憲法裁判所は機関争訟においても抽象的規範統制の場合と同様に無効と宣言することができると解⁽⁵¹⁾されている。このことは、連邦憲法裁判所においても、機関争訟の規定を準用して違憲確認にとどまる連邦・州間争訟（基本法93条1項3号、BVerfGG 69条）よりも、無効宣言までも可能な抽象的規範統制（基本法93条1項2号）の方が、法令の合憲性が問題となる場合には、より適切な手続であると言われている状況⁽⁵²⁾に鑑みれば、少なくとも意味をもっているといえる。

(49) 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）第1部、特に127頁。基本法制定以前のプレーメン憲法（1947年10月21日）やラインラント・プファルツ憲法（1947年5月18日）についても、抽象的規範統制と機関争訟は明確には区別されていないことが指摘される。*Gerhard Ulsamer*, Abstrakte Normenkontrolle, in: Christian Starck / Klaus Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit Teilband II, 1983, S.49f.

(50) BVerfGG 64条1項の「措置 (Maßnahme)」には法令の制定も含まれると解されている。BVerfGE 1, 208 (220) ; 4, 144 (148) ; 118, 277 (317) usw.

(51) VerfGH 19, 64. この点につき *Heinrich Amadeus Wolff*, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2009, S.379 (Art.64 Rn.21) を参照。もっとも *Judith Müller*, in: Theodor Meder / Winfried Brechmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern, 5.Aufl. 2014, S.439 (Art.64 Rn.13) は、機関争訟と抽象的規範統制を峻別し、機関争訟においては違憲確認にとどまると述べる。

(52) *Jörn Ipsen*, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 25.Aufl. 2013, S.249 (Rn.902).

- ⑤ 具体的規範統制（憲法65条） 憲法92条によれば、憲法裁判所以外の裁判所が適用すべき法律を憲法違反と考えるときは、憲法裁判所の判断を求めなければならないとされている。裁判所による移送に基づいて法令の合憲性について裁判するのが具体的規範統制である。ワイマール期の議論を承けて条文化されたものであり、すべての裁判官が法令の合憲性に関する審査権（*Prüfungsrecht / Prüfungskompetenz*）を有することを前提としたうえで廃棄権（*Verwerfungskompetenz*）のみが憲法裁判所に集中していること、移送には違憲の確信が必要とされることなど、連邦憲法裁判所の具体的規範統制（基本法100条1項・BVerfGG 13条11号）と基本的に同じである。しかし、連邦憲法裁判所の場合とは異なり、移送の対象は形式的意味の法律に限られず、バイエルン州法であれば、あらゆる種類の法令（憲法制定以前か以後かも問わない）が含まれると解されている⁽⁵⁵⁾。このような見解に基づき、憲法の条文上は“Gesetze[n]”（65条）、“Gesetz”（92条）と書かれているが、憲法裁判所法では“Rechtsvorschrift[en]”（2条5号・50条1項）という表現になっている。この点については、抽象的規範統制について扱う（b）で再び言及する。

バイエルン憲法裁判所に移送するのはバイエルン州法がバイエルン

(53) *Schumann*, a.a.O.(Anm.36), S.128ff. Vgl. auch *Walter Jellinek*, Das richterliche Prüfungsrecht in den drei Ländern der amerikanischen Zone, in: Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun anlässlich der Vollendung seines 65. Lebensjahres, 1948, S.269ff. (ヴァルター・イエリネックはヘッセン憲法の制定に関与した)。

(54) 畑尻剛『憲法裁判研究序説』（尚学社、1988年）。

(55) VerfGH 4, 63 (69f.) ; 4, 194 (200). 前者はBVerfGE 1, 184 (201)〔前掲『ドイツの憲法判例Ⅰ』538頁以下（畑尻剛）〕に登場する1951年4月13日の判例（*Verwaltungsrechtsprechung*, Bd.4 1952, S.13 [18]）である。連邦憲法裁判所もバイエルン憲法裁判所も、その後も他方の判例を意識しつつも自身の判例を維持する（BVerfGE 4, 178 [188f.] ; VerfGH 5, 103 [111]）。

憲法に違反したと考える場合のみである。連邦法がバイエルン憲法に違反するということは——連邦法の方がバイエルン憲法より優位するため——理論的にありえず、バイエルン州法・連邦法が基本法に違反すると考える場合には連邦憲法裁判所へ移送する（【表 1】参照。この点については後に本稿（二）で更に詳しく検討する）。連邦においては憲法異議に次いで多くの事件数を誇る具体的規範統制であるが、バイエルン憲法裁判所においては数があまり多くない。その理由は主として、裁判所で実際に適用されている法令のほとんどが、民法典（BGB）や刑法典（StGB）をはじめとする連邦法であるというドイツ連邦制の現実⁽⁵⁶⁾に求められる。

【表 1】 具体的規範統制

バイエルン州法がバイエルン憲法に違反	バイエルン憲法裁判所に移送（憲法65条・92条）
バイエルン州法が基本法に違反	連邦憲法裁判所に移送（基本法100条1項）
連邦法がバイエルン憲法に違反	理論的にありえない（基本法31条）
連邦法が基本法に違反	連邦憲法裁判所に移送（基本法100条1項）

- ⑥憲法異議（憲法66条、120条） 後に（c）で詳しく扱う。
- ⑦民衆訴訟（憲法98条4文） 後に（d）で詳しく扱う。
- ⑧抽象的規範統制（憲法75条3項） 憲法改正に関する「意見の相違」についての裁判であり、後に（b）で詳しく扱う。
- ⑨その他法律によって定められた事件（憲法67条） 基本法93条3項・BVerfGG 13条15号に相当する。州選挙法（LWG）に例がある（64条、73条5項等）。

以上が憲法裁判所の権限であり、連邦憲法裁判所と同様に、明示的に列挙されたこれらの訴訟類型に該当する限りで管轄権が生じるのであつ

(56) 2014年5月20日に本稿筆者が憲法裁判所を訪問した際の事務総長 Dagmar Runderisch の説明による。

て、通常裁判所（裁判所構成法13条）や行政裁判所（行政裁判所法40条）のように一般条項に基づいて管轄権が発生するのではない（Enumerationsprinzip⁽⁵⁷⁾）。連邦の場合（BVerfGG 6条）とは異なり、定足数や意思決定に関する特別の規定は置かれておらず、裁判所構成法（GVG）が準用され（法24条5項）、全員出席のもと過半数で決定する（裁判所構成法196条）。少数意見制度も存在するが、連邦憲法裁判所（BVerfGG 33条2項）とは異なり、匿名とされている（法25条5項）。他方、憲法裁判所の裁判は、連邦憲法裁判所の場合（BVerfGG 31条1項）と同様に、すべての他の憲法機関、裁判所、行政庁に対して拘束力を有する（法29条1項）。法令を違憲と判断した場合には無効と宣言するのが原則（憲法98条4文参照）であるが、連邦の場合と同様に多様な判決手法が認められている。そのため憲法裁判所法では、法令が違憲、無効、又は特定の解釈の下でのみ憲法に適合すると宣言された場合には、憲法裁判所の裁判を官報（Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt [GVBl.]）で公表すべきものと規定されている（法25条7項）。

以下では、特に注目すべきと考えられる抽象的規範統制（b）、憲法異議（c）、民衆訴訟（d）について、順に詳しく見ていくこととする。

（b）抽象的規範統制

憲法改正に関する「意見の相違」について裁判する抽象的規範統制（憲法75条3項）は、具体的事件とは無関係に法律の合憲性を判断するものであり、基本法93条1項2号・BVerfGG 13条6号に相当するもの⁽⁵⁸⁾（Gegenstück）といえる。しかし、異なる点も多い。何より憲法改正について規定する憲法75条に定められていることが大きな特徴である。そこでまず憲法改正について概観しておくことが便宜であろう。

(57) Vgl. VerfGH 9, 147 (154) ; BVerfGE 1, 396 (408f.) ; 13, 54 (96).

(58) Vgl. VerfGH 47, 241 (253).

バイエルン憲法の改正は、(i) 州民発案・州民表決(憲法74条)のみによる憲法改正の可能性が認められていること、⁽⁵⁹⁾(ii) 議会の手続による場合であっても必ず州民表決が必要とされていること(obligatorisches Verfassungsreferendum: 憲法75条2項2文)、(iii) アメリカ型アmendメント方式による改正の可能性も予定されていること(75条4項)、⁽⁶⁰⁾という極めて重要な手続上の相違を別とすれば、基本法の改正(基本法79条)とほぼ同じである。即ち、憲法改正であることを明示した(憲法75条4項)法律制定の方法でのみ改正することができる(同1項1文)が、憲法改正には州議会の3分の2の特別多数を必要とする(同2項1文)とともに、「憲法の民主的基本思想と相容れない憲法改正の発議は許されない」とされている(同1項2文)。憲法改正の限界として条文上は「憲法の民主的基本思想(demokratische Grundgedanken der Verfassung)」とだけ規定されているが、これは言うまでもなく1933年の授権法(全権委任法)⁽⁶¹⁾を強く意識して条文化されたものであり、狭い意味での民主制

(59) 本来、憲法改正について規定するのは憲法75条のみであり、憲法74条は州民発案・州民表決について規定している条文である。この憲法74条に基づいて制定される法律に憲法改正法律が含まれるか否かは大きな解釈問題である。元老院(Senat)の廃止に関する1998年の憲法改正は、この憲法74条の手続で行われたものであるが、憲法裁判所はその合憲性を肯定した(VerfGH 52, 104 [125-127])。もっともその際に憲法裁判所は、従来の判例(VerfGH 2, 181 [218])を変更して、有権者の25%以上の賛成という特別な要件(通常法律の州民表決や議会の手続に基づく憲法改正州民表決の場合には必要とされない)を課した(VerfGH 52, 104 [127ff. bes.135f.])。この要件は、現在では州選挙法(LWG)79条1項2号で規定されている。以上については、櫻井智章「代替立法者としての憲法裁判所」大沢秀介=川崎政司編『現代統治構造の動態と展望』(尚学社、近刊)をも参照。

(60) 憲法改正を“Anhang”に記載する(憲法75条4項)という規定は、ナヴィアスキーの提案によるものであり、ナヴィアスキーはその趣旨を“Idee der amendments”だと述べている(Stenographische Berichte, a.a.O.[Anm.43], Bd.1, S.187)。ナヴィアスキーの強い要望により導入された(ebd. Bd.2, S.413ff.)。もっともアmendメント方式で憲法改正が行われた事例は存在しない。

原理だけでなく、法治国家原理（憲法3条1項1文）や人間の尊厳（憲法100条）等も含まれると解されている。⁽⁶²⁾ そもそも基本法28条1項も憲法改正の限界となるため、例えば法治国家原理や共和制を否定する憲法改正は不可能であり、改正限界の内容についても基本法と大きく異なるものではありえない（基本法＝連邦法違反か州憲法違反かは、理論的・技術的には重要な相違であるが）。

さて、憲法75条3項においては、①法律によって憲法が改正されたか否か、又は②許されない憲法改正の発議が行われたか否か、についての意見の相違は、バイエルン憲法裁判所が裁判すると定められている。①と②という二つの類型の争い（意見の相違）が予定されているが、②が憲法改正の限界を裁判的に担保する趣旨であることは明らかであろう。興味深いのは次の二点である。（i）連邦レベルでも基本法改正法律も抽象的規範統制の対象になり得ると解されているが、バイエルン憲法においてはその点が憲法上明示されていることである。したがって「違憲の憲法（verfassungswidriges Verfassungsrecht）」も存在しうることが憲法⁽⁶⁴⁾上予定されているのである。（ii）連邦レベルでは原則的に認められてい

(61) 1946年7月20日の憲法委員会におけるヘーグナーの発言（Stenographische Berichte, a.a.O.[Anm.43], Bd.1, S.187）参照。

(62) Hildegund Holzheid, Gedanken zur Bayerischen Verfassung, BayVBl. 1997, S.130f. 憲法裁判所によれば「自由主義的・法治国家的民主制の本質的メルクマールすべてを含む」（VerfGH 52, 104 [122] ; 53, 42 [60]）。それどころか人格の尊厳と平等は憲法制定権力をも拘束すると解されている（櫻井・前掲（注1）初宿還暦425頁以下、後掲注103参照）。もっとも、このことは条文を一言一句変えてはならないという趣旨ではなく、現に「人間の尊厳」について規定する憲法100条は2003年に改正され、基本法と全く同じ文言になった。

(63) 盗聴判決（BVerfGE 30, 1）〔前掲『ドイツの憲法判例Ⅰ』261頁以下（西浦公）〕に代表される。

(64) 「違憲の憲法」問題については、後述の注103～105に対応する本文をも参照。問題の広がりにつき、樋口・前掲（注5）「違憲審査をする裁判官の正統性と法解釈観」173頁以下を参照。

ない「予防的」抽象的規範統制 („vorbeugende“ abstrakte Normenkontrolle)⁽⁶⁵⁾も認められることである。⁽⁶⁶⁾憲法75条3項では「許されない憲法改正の発議 (Antrag) が行われたか否か」についての意見の相違と規定されており、発議の段階での抽象的規範統制の提起が明示的に承認されているのである。もちろん、この規定は公布・発効後の提起を妨げる趣旨ではなく、通常の事後的な抽象的規範統制の提起も認められている。また、憲法改正法律だけでなく通常⁽⁶⁷⁾の法律についても予防的抽象的規範統制が認められると解されている。他方、①については、憲法の条文上は「法律によって憲法が改正された (geändert) か否か」についての意見の相違と表現されており、憲法改正で行うべき内容の改正を通常⁽⁶⁸⁾の法律改正で行ったか否かについての争い (意見の相違) が念頭に置かれているように読めるが、連邦レベルの抽象的規範統制の場合と同様に、法律の憲法適合性のことであると理解されており、⁽⁶⁹⁾憲法裁判所法では「法律によって憲法が侵害された (verletzt) か否か」と表現されている (法2条8号・49条1項)。

連邦レベルの抽象的規範統制との大きな相違は、そもそも抽象的規範統制の制度趣旨に関わる。既に触れたように、バイエルン憲法において抽象的規範統制は憲法改正に関する憲法75条3項に規定されており、憲法裁判所に関する第5章 (60条～69条) に規定が置かれていない。これは⁽⁶⁹⁾機関争訟の手続 (憲法64条) で争うことが予定されていたからである。

(65) BVerfGE 1, 396 ; 79, 311 (327) usw.

(66) Lindner, a.a.O.(Anm.13), S.201 (Rn.548).

(67) VerfGH 2, 61 (69).

(68) VerfGH 11, 1 (5) ; 19, 64 (68) ; 21, 110 (115) ; 25, 97 (107) usw.

(69) Nawiasky / Leusser, a.a.O.(Anm.15), S.156. 当初は憲法裁判所法2条にも列挙されていなかった (1949年4月に行われた最初の改正で付加された)。なお、調査委員会 (基本法44条に相当) の決定に対する裁判に関して憲法25条4項が1998年の憲法改正によって設けられたが、機関争訟で争われることが予定されている

そのため、既に機関争訟の際に見たように、憲法裁判所法において抽象的規範統制に関する手続は、機関争訟に関する手続と同一の条文（法49条）で規定されているのである。バイエルン憲法において抽象的規範統制は、機関争訟の一種として構想されていたのであり、「立法手続（法律制定手続）に関与した者の間の争訟（意見の相違）についての裁判」として理解されているのである⁽⁷⁰⁾。この制度趣旨からいくつかの限定が生じる⁽⁷¹⁾が、重要なのは次の二点である。（i）提起権者について。機関争訟と同様に抽象的規範統制についても提起できるのは、州議会、州政府及び「憲法によって固有の権利を付与された最高国家機関の部分機関」とされている（法49条）。しかし、これらに該当する者であっても、「立法手続（法律制定手続）に関与した者の間の争訟（意見の相違）についての裁判」という制度趣旨から、法律制定過程に関与しない者は抽象的規範統制を提起できないとされている。つまり、連邦レベルの抽象的規範統制とは異なり、機関争訟と同様に当事者適格が問題となりうるのである。規範統制よりも機関争訟としての性格が前面に出ていると言える。

（ii）対象について。同様に法律制定過程における意見の相違についての裁判という制度趣旨から、対象は憲法改正法律を含む形式的意味の法律に限定され、法律より下位の法令は含まれないこととなる。従って、先に具体的規範統制について見たところとも合わせれば、規範統制の対象が、連邦憲法裁判所とバイエルン憲法裁判所でちょうど正反対になっているのである（【表2】参照）。この点は、抽象的規範統制・具体的規範統制それぞれの制度趣旨にかかわるので、後に本稿（二）で詳しく検討することとする。

ため、この点に関する特別な規定は憲法上も憲法裁判所法上も存在しない。

(70) VerfGH 39, 96 (136) ; 47, 184 (189) ; 47, 241 (252) usw. Vgl. *Nawitsky / Leusser*, a.a.O.(Anm.15), S.156.

(71) *Lindner*, a.a.O.(Anm.13), S.201 (Rn.545ff.).

【表 2】規範統制の対象

	抽象的規範統制	具体的規範統制
連邦憲法裁判所	あらゆる法令	形式的意味の法律に限る
バイエルン憲法裁判所	形式的意味の法律に限る	あらゆる法令（バイエルン州法）

（c）憲法異議

バイエルン憲法では、基本権に関する第 2 編に位置する120条において「官庁によって自己の憲法上の権利を侵害されたと考えるバイエルン住民はすべて、バイエルン憲法裁判所の保護を求めることができる」と定められており、憲法66条において憲法裁判所の権限として「憲法裁判所は、官庁による憲法上の権利の侵害を理由とする異議⁽⁷²⁾について裁判する」と規定されている。

歴史的な考察は別の機会に委ねたいが、既に1818年のバイエルン憲法第Ⅶ編21条において、すべての市民及びすべての市町村は憲法上の権利の侵害に関する異議（Beschwerden）を等族議会（Stände-Versammlung）に申し立てることができる、と規定されていた。ここに憲法異議の起源を求めることが⁽⁷³⁾妥当か否かは置くとしても、裁判所に対してではないとはいえ憲法上の権利の侵害に対する救済手段が導入されたことの意味は少なくない。第一次大戦後の1919年憲法（バイエルン・レーテ共和国が

(72) 憲法66条では憲法120条とともに憲法48条3項が挙げられている（【法令 2】参照）。憲法48条は、——奇しくも同じ数字であるが——ワイマール憲法48条のように非常事態に際して基本権の制限と廃止（aufheben）の可能性を定める（1項）とともに、議会によるコントロール（2項）と憲法裁判所によるコントロール（3項）について規定している。それ自体、基本法 1 条 3 項との適合性が問題となり得るうえ、事例も存在しないので、本稿では立ち入らない。

(73) 例えば Holzheid, a.a.O.(Anm.33), S.68. ホルツハイトはバイエルン憲法裁判所元長官（1992年7月～2001年10月、初の女性長官）であり、この論文の多くの記述がそのままバイエルン憲法裁判所のホームページ（<http://www.bayern-verfassungsgeschichtshof.de/>）にも掲載されている。

樹立されたミュンヘンを離れてバンベルクで制定されたためバンベルク憲法と呼ばれる）では、国事裁判所に対する憲法異議が規定されていた（93条1項、70条1項）。そこでは既に、他の権利救済手段を尽くした場合にのみ憲法異議が許されることも明記されていた（93条1項2文）。このような伝統を受け継いで、第二次大戦後の1946年憲法でも憲法異議が導入されているのである。今でこそ、多くの州で採用され⁽⁷⁴⁾、連邦憲法裁判所においても基本権実現の手段として、「市民の最後の拠り所（die letzte Zuflucht）」として（量的にも質的にも）最も重要な手続となっている憲法異議であるが、当初は、——ヘレンキームゼー草案においては「憲法異議によって基本権は初めて主観的権利としての完全な性格を獲得する」⁽⁷⁶⁾として導入が予定されていたにもかかわらず——基本法の制定に際して導入が否定・先送りされ、州レベルでもバイエルンのほか、ヘッセン（基本権訴訟⁽⁷⁷⁾）、ザールラントでのみ採用されていたにすぎない

(74) *Klaus Stern*, Der Aufschwung der Landesverfassungsbeschwerde im wiedervereinigten Deutschland, in: a.a.O.(Anm.14), Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung, S.241ff.

(75) 連邦政府による連邦憲法裁判所法案（1950年3月28日）の理由（Deutscher Bundestag Drucksache, Nr. 1/788, S.35）。

(76) Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, in: Deutscher Bundestag und Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949 Akten und Protokolle Bd.2, 1981, S.622. 憲法異議が代名詞（sie）になっている点を除いてこれと全く同じ表現が *Nawiasky / Leusser*, a.a.O.(Anm.15), S.202 に見られる。

(77) ヘッセン憲法131条1項、ヘッセン国事裁判所法43条～47条。ヘッセン州において「憲法異議」ではなく「基本権訴訟（Grundrechtsklage）」という表現が使われているのは、憲法異議が「特殊バイエルンの性格（spezifisch bayerische[r] Charakter）」を有しているからだといわれる。ヘッセン国事裁判所長官カール・レーア（Karl Lehr）の発言（Reinhard Schiffers, Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit [Quellen zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien 4.Reihe Bd.2], 1984, S.202）参照。

(しかもザールラントがドイツに復帰したのは1957年のことであり、その憲法異議も極めて限定的なものであった)。バイエルン憲法における憲法異議が連邦レベルでの憲法異議の導入に際して大きな役割を果たしたこともしばしば指摘されている。⁽⁷⁸⁾ いずれにせよ憲法異議はバイエルン憲法にとって伝統的な制度である。

自己の基本権侵害に対して何人でも提起できる連邦レベルの憲法異議(基本法93条1項4a号、BVerfGG 13条8a号・90条以下)と基本的には異ならないが、相違点も存在する。受理手続(94条2項2文、BVerfGG 93a条～93d条)が存在しないことや、提起期間が連邦の場合(BVerfGG 93条:原則1ヶ月)よりも長いこと(法51条:原則2ヶ月)⁽⁷⁹⁾などの相違も重要でないわけではない。しかし、最大の相違点は、憲法異議が認められるのは個別行為に限られ、法令に対する憲法異議は認められないという点である。これは、法令に対しては憲法裁判所では争え

(78) 例えば *Bruno Schmidt-Bleibtreu*, in: Maunz/Schmidy-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, §90 Rn.8 [Sept. 2003, Sonderdruck] (現在のHerbert Bethge, März 2010では制定史に関する記述が物足りなくなっている); *Rüdiger Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 4.Aufl. 2013, S.50ff. (Rn.144ff.)を参照。ともにヴィントリッヒの重要性についても指摘している(もっともヴィントリッヒはバイエルン憲法裁判所「長官」ではない。当時ヴィントリッヒは現在でいう事務総長〔Generalsekretär〕の職を務めていた。*Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/2, 1994, S.1279も同様の誤りを含む)。ヴィントリッヒは1950年4月21日に連邦議会法制度・憲法委員会(Ausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht)において専門家(Sachverständiger)として意見を述べている(*Schiffers*, a.a.O.[Anm.77], S.186ff. [憲法異議については特にS.202ff.] ; *Heinz Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S.120f.)。憲法異議の導入にとつてはこの委員会が決定的(endgültig)であったと言われる。*Sabine Hain*, Die Individualverfassungsbeschwerde nach Bundesrecht, 2002, S.79(もっとも過大評価も戒めている。Vgl. ebd., S.93)。

(79) *Karl Huber*, Grundfragen der Bayerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 2008, S.68.

ないということではもちろんなく、次に (d) で扱う民衆訴訟の守備範囲とされているからである。第二節 (組織) で詳しく見るように、法令の合憲性が問題となるか否かによって裁判体の構成が異なるため、憲法異議と民衆訴訟とは裁判体の構成が異なるのであり、両者の間で「きれいな棲み分け」がなされているのである。憲法異議の対象となる個別行為 (行政行為や裁判) の根拠となる法令の合憲性が問題となる場合には移送の手続が必要となる (連邦法・州法の基本法適合性が問題となる場合には、理論的には基本法100条1項に基づきバイエルン憲法裁判所から連邦憲法裁判所への移送が必要となり⁽⁸⁰⁾え、州法のバイエルン憲法適合性が問題となる場合には、後に本稿 (二) で述べるように憲法裁判所内部での移送が必要となる)。

憲法の条文 (66条・120条ともに) 上は「官庁 (Behörde)」と規定されているが、当初から裁判所も含まれると解されており、⁽⁸¹⁾憲法裁判所法51条1項2文では裁判所の行為又は不作為に対しても憲法異議を提起することができる⁽⁸¹⁾と明示的に定められている。行政庁の行為については、一方で訴訟手段が広く認められており (行政裁判所法40条、基本法19条4項)、他方でバイエルン憲法の憲法異議においても連邦レベルの憲法異議 (BVerfGG 90条2項) と同様に、憲法異議を提起する前に訴訟手段を尽くしておくことが要請されている (法51条2項以下)。そのため、行

(80) Vgl. VerfGH 15, 107 (110) ; BVerfGE 69, 112 (117f.). もっとも、州の個別行為の根拠となる連邦法の基本法適合性は、憲法異議における先決問題 (Vorfrage) ではないとした判例 (VerfGH 42, 105 [108]) が現在のバイエルン憲法裁判所の基本的な考え方である (例えば VerfGH 57, 7 [10f.] ; 58, 168 [173] 参照)。基本法100条1項に基づいてバイエルン憲法裁判所から連邦憲法裁判所へ移送が行われたことは一度もない (Lindner, a.a.O.[Anm.13], S.207 [Rn.570])。事務総長 Dagmar Runderisch によれば2014年5月20日時点でも未だ一度も移送した例は存在しないとのことである。

(81) Nawiasky / Leusser, a.a.O.(Anm.15), S.145, S.202 ; VerfGH 3, 10 (13).

政庁の行為に対しては、直ちに憲法異議を提起することは許されず、行政訴訟の手段を尽くして初めて憲法異議の提起が可能となる。同一の行為に対して複数の審級が関係する場合（例えば行政行為、それを是認する第一審判決、それを是認する控訴審判決等）には、どの行為を対象として憲法異議を提起してもよいとされているが、⁽⁸²⁾実際には、連邦の場合と同様に最終審の裁判に対する憲法異議が圧倒的多数を占めている（現バイエルン憲法裁判所長官カール・フーバーによれば、憲法異議のうち約98%が裁判所の裁判に対してであり、民事裁判に対するものが約58%、⁽⁸³⁾行政裁判・刑事裁判に対するものがそれぞれ約15%とのことである）。

主張できるのはバイエルン憲法上保障された権利のみであり、基本法上の基本権は主張できない。もっとも、主要な基本権はどちらによっても保障されている。州憲法上の基本権の効力に関する基本法142条によれば、両者の基本権が保障範囲も制限可能性も等しい場合に効力を有するのは当然であるが、州憲法の方が保障のレベルが高い場合だけでなく低い場合にも、保障のレベルが低い方の基本権を最低限度の保障と理解し、より高いレベルの基本権の保障を排除する趣旨でない限り、効力を有するとされている⁽⁸⁴⁾（州憲法の方が保障のレベルが高かったとしても、それに拘束されるのは州の行為のみであり、連邦の行為は州憲法上の基本権には拘束されない。他方、州憲法の方が保障のレベルが低かったとしても、州の行為も基本法1条3項により基本法上の基本権に拘束され

(82) Vgl. VerfGH 25, 143 (144).

(83) *Huber*, a.a.O.(Anm.79), S.66. これは2004年～2006年の数字であるが、その後も特に変化はないようである（*ders.*, Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zu den Grundrechten, BayVBl. 2010, S.391）。事務総長 Dagmar Runderisch によれば、連邦とは異なり母数が少ないため年によるバラつきはあるが、概ね同様の割合だとのことである。民事裁判に対する憲法異議の割合が高いのは、純粋に民事事件の数が多いことが原因である。

(84) BVerfGE 96, 345 (365).

るので、州憲法上の基本権の要求を満たしていたとしても、基本法違反にはなり得る)。したがってバイエルン憲法に関して言えば、すべての基本権⁽⁸⁵⁾が有効と解されている。州の行為によって同時に両方の基本権が侵害されている場合には、基本法上の基本権侵害を理由に連邦憲法裁判所に憲法異議を提起することも、バイエルン憲法上の基本権侵害を理由にバイエルン憲法裁判所に憲法異議を提起することも、同時に両方に提起することも——それぞれの憲法異議の要件を充たしている限り——可能である(BVerfGG 90条 3 項参照)。⁽⁸⁶⁾実際には「直接に妥当する法」(基本法 1 条 3 項)として自由権中心の構成となっている基本法と対比すれば、バイエルン憲法の方が遥かに多様な内容を含んでいる。(i) 1871年のドイツ帝国憲法(ビスマルク憲法)に基本権条項はなく、連邦レベルで基本権条項が整備されるのは——未施行のフランクフルト憲法(1849年)を除けば——1919年(ワイマール憲法)であるのに対して、バイエルンでは1818年憲法に既に基本権条項があり、連邦より 1 世紀も長い基本権の伝統を有すること、(ii) 基本法の中心をなす「人間の尊厳」(1 条 1 項)について、その成立においても解釈においてもバイエルン憲法が重要な役割を果たしたこと、⁽⁸⁷⁾(iii) 独自の基本権条項をもたない州憲法

(85) *Huber*, a.a.O.(Anm.83), Die Rechtsprechung des BayVerfGH, S.390 ; *Daniel Krausnick*, in: Meder / Brechmann (Hrsg.), a.a.O.(Anm.51), S.770 (Art.98 S.1 bis 3 Rn.59). もっとも放送の自由(憲法111 a 条)については議論がある。*Lindner*, a.a.O.(Anm.13), S.58ff. (Rn.87ff.); *ders.*, Die Grundrechte der Bayerischen Verfassung, BayVBl. 2004, S.644ff. 放送の自由(憲法111 a 条)についてはBVerfGE 97, 298(315) ; VerfGH 56, 1 (5)を参照。

(86) VerfGH 11, 11 (15) ; 12, 64 (68) ; 20, 87 (91) usw.

(87) 成立に関しては更なる検討が必要であるが、さしあたり *Huber*, a.a.O. (Anm.83), Die Rechtsprechung des BayVerfGH, S.389f.を参照。ヘレンキームゼー草案の冒頭「国家は人間のためにあるのであって、人間が国家のためにあるのではない」(1 条 1 項)という有名な一節は、ちょうど1948年 8 月に出版されたナヴィアスキーのコンメンタールに——表現は若干異なるが——登場する

や基本法の基本権条項を借用している州憲法もあるなかで、詳細な基本権条項を備えた「完全な憲法 (Vollverfassung)」であることは、バイエルンの誇りでもある。そのため、一方で、基本法の要請を満たすとしても州憲法の要請は満たさないという事態が起こり得るのであり、この点では特に州憲法 (の基本権) 及び州憲法裁判所 (の憲法異議) がその独自の意義を発揮することができる。他方で、プログラム規定と解されるものも多い。バイエルン憲法には、ワイマール憲法の失敗を踏まえ、それを克服するための条文も存在することは事実である (阻止条項に関する14条4項、違憲政党の排除に関する15条、憲法改正に関する75条等⁽⁸⁸⁾。憲法裁判所自体も「過去に対するアンチテーゼ」である⁽⁸⁹⁾)。しかし、全体の条文構成 (【法令1】参照) を見ただけでもワイマール憲法の影響が顕著であることは否定できない (一方で憲法裁判所に関する規定を中心に⁽⁹⁰⁾)

(Nawiasky / Leusser, a.a.O.[Anm.15], S.62)。解釈に関しては何よりも *Günter Dürig*, *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes* (1952), in: ders., *Gesammelte Schriften*, 1984, S.30 を参照。バイエルン憲法裁判所の判例としては1948年3月22日判決 (VerfGH 1, 29 [32]) が特に重要である。*Hans Nawiasky*, *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 1950, S.26 ; *Josef Wintrich*, *Die Bedeutung der „Menschenwürde“ für die Anwendung des Rechts*, BayVBl. 1957, S.137ff. ; 若松新「ボン基本法における「人間の尊厳」(8)」早稲田政治公法研究30号 (1990年) 234頁以下をも参照。

(88) Vgl. *Wilhelm Hoegner*, *Die Bayerische Verfassung von 1946 als Antwort auf die Vergangenheit*, in: *Nach 20 Jahre*, 1966, S.11ff.

(89) 1946年8月21日の憲法委員会におけるナヴィアスキーの発言 (Stenographische Berichte, a.a.O.[Anm.43], Bd.2, S.420) 参照。

(90) 例えば *Josef Lindner*, in: *Lindner/Möstl/Wolff*, a.a.O.(Anm.51), S.11f. (Vorbemerkungen A Rn.38) 参照。バイエルン憲法に限らず、基本法制定以前の州憲法について同様の傾向が指摘される。*Christian Pestalozza*, *Verfassungen der deutschen Bundesländer*, 10.Aufl. 2014, S.XXVIII (Einführung Rn.25)。そもそも現行憲法の骨格を形作ったヘーグナー草案が多くの点でワイマール憲法 (及びバンベルク憲法) に依拠していたことにつき、*Nawiasky / Leusser*, a.a.O.(Anm.15), S.24f. 参照。*Walter Siegel*, *Bayerns Staatswerdung und Ver-*

バイエルン憲法が基本法に影響を与えた条文、他方で2003年改正後の憲法100条のように基本法に合わせて改正された条文も存在するが、ワイマール憲法と基本法を対比すれば、バイエルン憲法はワイマール憲法に近いと言える)。ワイマール憲法151条及び164条にそれぞれ相当するバイエルン憲法151条及び153条のほか、バイエルン憲法106条1項の適切な住居を求める請求権⁽⁹¹⁾、166条の労働権 (Recht auf Arbeit⁽⁹³⁾) 等、実際にプログラム規定と解されているものも多く、その場合には憲法異議を提起することはできない。

バイエルン憲法裁判所の憲法異議において対象となるのはバイエルン州の行為に限られる。他の州の行為や連邦の行為は対象にならない。このことは、既に述べたように、州憲法を基準として州の行為を審査する州憲法裁判所の役割からして当然のことであり、憲法異議に限られないことである。しかし憲法異議においては特に重要な意味をもつ。というのも、基本法による連邦・州間の権限分配の問題に関わるからである。

(i) 基本法に基づく裁判権の連邦・州間の権限分配によれば、下級裁

fassungsentstehung 1945/1946, 1978, S.64 によれば、ヘーグナー草案の68.46% がワイマール憲法と同一あるいは非常に類似しているという。

(91) VerfGH 21, 1 (10) ; 21, 205 (211) usw.

(92) 第2編「基本権と基本義務」に位置づけられ、文言上も「請求権 (Anspruch)」と表現されているにもかかわらず、プログラム規定であり、個人の主観的権利を保障するものではないと解されている (VerfGH 15, 49 [56f.] ; 42, 28 [32] ; 58, 94 [104])。生存権は憲法25条で「権利」と書かれている以上「権利」だ、という日本国憲法に関する議論と対照的で興味深い。

(93) VerfGH 13, 141 (144). なお、その他の社会権的基本権についても、「人間に値する (人間の尊厳ある) 最低限度の生活 (menschenwürdiges Existenzminimum)」の保障 (BVerfGE 125, 175) を除き、原則として立法者による実現に委ねられると解されているが、社会法や労働法が競合立法の対象とされている (基本法74条1項7号・12号) ように、そもそも州には立法の管轄権がないことも多く、実際の意義は乏しいと言われている。Vgl. *Peter Badura*, *Staatsrecht*, 5.Aufl. 2012, S.98.

判所は、連邦特許裁判所のような基本法96条所定の例外を除き、州の裁判所であるが、最高裁判所は連邦の裁判所である（基本法30条、92条、95条1項）。したがって、上訴によって最高裁判所による本案に関する判断が下されると、もはやバイエルン州の行為ではなく連邦の行為となり、バイエルン憲法裁判所に憲法異議を提起することはできなくなるのである⁽⁹⁴⁾（ミュンヘンを所在地とするとはいえ連邦税務裁判所・連邦特許裁判所の裁判が連邦の行為であることは言うまでもないが、連邦の裁判所がバイエルン州法を適用するとしても連邦の行為である）。そして、バイエルン憲法の憲法異議においても憲法異議を提起する前に訴訟手段を尽くしておくことが要請されている（法51条2項以下）ので、連邦の最高裁判所への上告が可能である場合には、バイエルン憲法裁判所への憲法異議は提起できないこととなる。つまり、上告が可能である限り、訴訟手段を尽くしておくという要件の故に上告せずに憲法異議を提起することは許されず、上告がなされれば連邦の行為となって州の行為ではなくなってしまうが故に憲法異議は許されなくなるのである。もとより上告の可否は各裁判権・各手続法により一様ではなく、厳しい上告制限がなされているのが通例である。また、例えば連邦行政裁判所が上告不許可に対する抗告を退けた場合（行政裁判所法133条）や上告を不適法として退けた場合（同144条1項）には、最高裁判所による本案に関する判断⁽⁹⁵⁾が下されたわけではないので、なお憲法異議は可能である。

（ii）基本法に基づく執行権の連邦・州間の権限分配によれば、連邦法律も州が「固有事務」として執行するのが原則である（基本法83条）。また（i）で見た裁判権の連邦・州間の権限分配の結果、州の裁判所が連邦法律を適用することもある。というより、州の裁判所で適用される法

（94） VerfGH 22, 124 (125f.) ; 26, 127, (139) ; 28, 14 (22) ; 39, 9 (15f.) ; 46, 160 (163) usw. Vgl. auch BVerfGE 96, 345 (371).

（95） VerfGH 23, 190 (191) ; 25, 143 (145) usw.

律は実体法（民法典〔BGB〕、刑法典〔StGB〕等）・手続法（民事訴訟法〔ZPO〕・刑事訴訟法〔StPO〕・行政裁判所法〔VwGO〕等）ともに連邦法であることが多いのが実情である（基本法74条1項1号）。このように連邦法律を州の行政庁や裁判所が適用する場合、連邦法優位の原則（基本法31条）と州の行政庁・裁判所の州憲法への拘束との間で困難な問題が生ずることとなる。その場合、まず、個別行為（行政行為や裁判）の根拠となる連邦法律のバイエルン憲法適合性を州憲法裁判所は審査することはできない（根拠となる連邦法律の基本法適合性が問題となるときは、先述のように理論的には連邦憲法裁判所への移送が必要となりうる）。次に、州の個別行為については、連邦法に基づいていたとしても、憲法異議によって州憲法裁判所で争うことは可能である。しかし、州憲法裁判所の審査範囲は限定されることとなる。⁽⁹⁶⁾ 即ち、裁判が恣意的なおおそよ法を適用したと言えないような場合にのみ、——おおそよ法を適用したとは言えないものである以上、連邦法を適用したわけでもないの——恣意を禁止する憲法118条1項（法律の前の平等）違反を理由として破棄することができるに過ぎないのである。⁽⁹⁷⁾

したがって、裁判に対する憲法異議は、数の上では圧倒的多数を占めているけれども、憲法裁判所は「超上告審（Superrevisionsinstanz）」で

(96) 連邦の手続法を州の裁判所が適用する場合における州憲法上の手続的基本権の効力については連邦憲法裁判所の判例（BVerfGE 96, 345）が存在し、バイエルンにおいては重要な手続的基本権である法的審問請求権（憲法91条1項）及び法律上の裁判官の保障（憲法86条1項2文）については、基本法上の基本権（103条1項及び101条1項2文）と同じ意味内容であるとされているので、州憲法上の手続的基本権に基づく審査が可能である。しかし、連邦の実体法を州裁判所が適用する場合の問題については未解決のままである（BVerfGE 96, 345 [362f.]）。

(97) この問題に関する判例は VerfGH14, 49 (53f.) ; 44, 18 (20) ; 57, 16 (20) 等、数多くあるが、BVerfGE 96, 345 (253f., 356f.) にバイエルン憲法裁判所の見解がまとめられている。シュテルンはこのような解釈を「トリック（Kunstgriff）」と評する（*Stern*, a.a.O.[Anm.78], Das Staatsrecht der BRD III/2, S.1511）。

はないという役割限定からの審査範囲の限定に加えて、⁽⁹⁸⁾ 以上のような連邦制の構造に由来する限定もあり（そもそも上告すらできない事件であるという点も加えればなおさら）成功の見込みが実際には極めて低いものとならざるを得ないである。

以上のような連邦制の構造のため、連邦憲法裁判所に比べれば、憲法異議の弊害がまだ小さいと言える。それでも、あらゆる手続の中で圧倒的多数——バイエルンにおいては民衆訴訟もよく利用されるので、連邦のように95%を超えるほどではないとしても——を占めているのが憲法異議であることは、連邦の場合と変わらない（【表3】参照）。

【表3】バイエルン憲法裁判所における事件数と割合

全体	9124件	—
憲法異議	7531件	82.54%
民衆訴訟	1405件	15.40%
機関争訟及び抽象的規範統制	54件	0.59%
その他の手続	134件	1.47%

*2013年12月31日現在。事務総長 Dagmar Runderisch から頂いた資料による。⁽⁹⁹⁾

(98) BVerfGE 18, 85 (92f.)〔前掲『ドイツの憲法判例Ⅰ』532頁以下(片山智彦)〕; VerfGH 20, 87 (91f.) ; 26, 127 (133) ; 30, 67 (71) usw. 一般的には裁判に対する憲法異議で問題となることが多いが、行政行為に対する憲法異議の審査でも同じである (BVerfGE 9, 338 [354] ; VerfGH 37, 31 [32])。

(99) 公表されている情報としては *Huber*, a.a.O.(Anm.79), S.66, S.68 を参照。それによれば、1947年から2007年の60年間で全体の約82% (6697/8140) が憲法異議、約16% (1267/8140) が民衆訴訟である。この割合は2006年の二つの改革、即ち第一次連邦制改革とバイエルン最高裁判所の廃止によって変化することが考えられる。前者により州の立法管轄権が広がったため民衆訴訟の対象が増加する可能性があり、後者は州の行為の減少＝連邦の行為の増加を意味し、州憲法裁判所への憲法異議を不適法とする方向で作用するからである。もっとも事務総長 Dagmar Runderisch によれば、現在のところ特に顕著な変化はないとのことである。

（d）民衆訴訟

民衆訴訟（Popularklage）は、基本法でも他の州の憲法でも認められておらず、バイエルン憲法裁判所を特徴づける権限である。基本権に関する憲法第2編の冒頭98条の第4文において「憲法裁判所は、基本権を違憲に制限する法律及び命令を無効と宣言しなければならない」と定められており、憲法裁判所法により民衆訴訟として制度化されている（法2条7号・55条）。即ち、バイエルン憲法の保障する基本権を侵害するバイエルン州の法令に対しては、自己の基本権が侵害されたか否かに関わらず、誰でも憲法裁判所に憲法訴訟を提起することが可能なのである。

対象となるのは、バイエルン州のあらゆる種類の法令である。憲法の条文上は“Gesetze und Verordnungen”（98条4文）と表記されているが、基本権を制限する法令から基本権を保障するという制度の趣旨・目的からして、法令の種類に限定を加えて保障に欠缺を生じさせてしまうことは妥当ではなく、したがってあらゆる法令を含むべきだと解されている⁽¹⁰⁰⁾。そして、このような見解に従って、憲法裁判所法上は“Rechtsvorschrift[en]”（2条7号・55条1項1文）と表現されているのである。法律及び法律より下位の法令（法規命令〔Rechtsverordnung〕や規則・条例〔Satzung⁽¹⁰¹⁾〕）が含まれるのは当然であるが、憲法改正法律や州民表決によって成立した法律も含まれる⁽¹⁰²⁾。ここまでは大きな異論はないが、更

(100) VerfGH 4, 181 (188f.).

(101) 法律より下位の法令については、行政裁判所法（VwGO）47条1項2号に基づき、高等行政裁判所（VGH）への規範統制の提起も可能である（Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung [BayAGVwGO] 5条）。そのため両者の関係は複雑となる。Vgl. VerfGH 36, 173 (177) ; 37, 35 (36ff.) ; *Roman Herzog*, Verfassungsrechtliche und Verwaltungsrechtliche Normenkontrolle, BayVbl. 1961, S.368ff. ; *Wilhelm Lossos*, Zur Abgrenzung der Normenkontrolle des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, in: *Verwaltung und Rechtsbindung, Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs*, 1979, S.1ff.

にそれを超えて「オリジナルな憲法」自体も対象となるとされている点⁽¹⁰³⁾が何よりも大きな特徴である。同じく《違憲の憲法》といっても憲法改正を違憲とするのと、オリジナルな憲法を違憲とするのとでは大きな相違がある。戦後当初、バイエルン憲法裁判所はオリジナルな憲法の合憲性に関する判断を積極的に行い（特に阻止条項〔憲法14条4項〕に関する1949年6月10日判決〔VerfGH 2, 45〕及び非ナチ化規定〔憲法184条〕に関する1950年6月10日判決⁽¹⁰⁴⁾〔VerfGH 3, 28〕）、これが《違憲の憲法》⁽¹⁰⁵⁾をめぐる議論に火をつけた。バイエルン憲法裁判所自身も批判に応答する（1951年3月14日判決⁽¹⁰⁶⁾）。そして、こうした議論は連邦にも飛び火する⁽¹⁰⁷⁾。そこでは憲法制定権力をも拘束する《実定法を超える法（über-

(102) VerfGH 50, 181 (195).

(103) VerfGH 2, 45 (47) ; 3, 28 (47) ; 20, 125 (128), 24, 181 (189) ; 30, 78 (88) ; 32, 56 (63) ; 38, 16 (20) ; 41, 44 (45) usw.

(104) 公式判例集 (VerfGH 3, 28) では1950年4月24日と誤記されている。Josef Wintrich, Die Rechtsprechung des bayerischen Verfassungsgerichtshofs, in: Hermann Wandersleb (Hrsg.), Recht, Staat, Wirtschaft 4.Bd., 1953, S.141 参照。

(105) Willibald Apelt, Die Gesetzgebungstechnik, 1950, S.8-10 ; ders., Ersteckt sich das richterliche Prüfungsrecht auf Verfassungsnorm?, NJW 1952, S.1ff. ; Otto Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? (1951), in: ders., Wege zum Rechtsstaat, 1979, S.1ff. ; ders., Zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Verfassungsnormen, NJW 1952, S.242ff. ; Theodor Maunz, Starke und schwache Normen in der Verfassung, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet anlässlich seines 75. Geburtstages, 1952, S.141ff. ; 櫻井・初宿還暦427-8頁。バイエルン憲法裁判所の判例に批判的な論者の一人に「バイエルン憲法の父」ナヴィアスキーがいた。Nawiasky / Lechner, a.a.O.(Anm.44), Ergänzungsband, S.25ff. ; Hans Nawiasky, Positives und überpositives Recht, JZ 1954, S.717ff. バイエルン憲法裁判所に賛成し、ナヴィアスキーに反対すると表明する Erich Kaufmann, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1952), S.129 (Aussprache) も参照。

(106) VerfGH 4, 51 (58f.).

(107) BverfGE 1, 14 (32) ; 3, 225 (230ff.) ; 5, 85 (134ff., bes.137-9).

positives Recht)》及び憲法規範内部におけるランクの相違をめぐり、興味深い議論が展開されていた。⁽¹⁰⁸⁾なお、このようにオリジナルな憲法の合憲性が争われるという事態は戦後当初だけに限られた話ではなく、例えば、1985年の判例 (VerfGH 38, 16) では「女子 (Mädchen) はさらに乳児保育、児童教育及び家事について特に教えられるものとする」と規定する憲法131条 4 項の合憲性が争われている (憲法裁判所は違憲とは判断しなかったが、1998年の憲法改正により、「女子及び男子 (Buben)」と改められている)。他方、法的効力をもたない行政規則や州議会の決議は民衆訴訟の対象とはならない。⁽¹⁰⁹⁾

また対象となる法令はバイエルン州の法令でなければならない。他の州の法や連邦法、EU 法は対象とならない。連邦法や EU 法に基づくバイエルン州法、例えば連邦法律に基づいて制定されるバイエルン州政府の法規命令 (基本法80条 1 項) は、民衆訴訟の対象にはなり得る。⁽¹¹⁰⁾しかし、憲法異議において連邦法を適用・執行する行為の際に問題になったのと同様に、審査範囲は限定され、根拠法となる連邦法や EU 法が州に決定の余地を認めている限りでのみ州憲法に基づく判断が可能となる

(108) バイエルン憲法裁判所において「実定法を超える法」を主張した急先鋒がヴァイントリッヒであった。*Georg Bäurle, 25 Jahre Bayerischer Verfassungsgerichtshof*, in: *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs*, 1972, S.18f. ; *Franz Knöpfle, Verfassungsgerichtsbarkeit in Bayern*, BayVBl. 1984, S.262. ラートブルフと並んで名前が挙げられることがある (*Ernst Forsthoff, Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre* [1968], in: ders., *Rechtsstaat im Wandel*, 2.Aufl. 1976, S.223 [櫻井・初宿選暦425頁]) のにも十分な理由がある。

(109) 例えば、行政規則につき VerfGH 28, 84 (86) を、州議会の決議につき VerfGH44, 85 (88f.) を参照。後者は基本法144条 1 項に関わる興味深い判例である。

(110) VerfGH 36, 1 (4) ; 39, 17 (21) ; 41, 83 (87) usw. Vgl. auch BVerfGE 18, 407 (414). 第一次連邦制改革 (2006年基本法改正) 以前には連邦の大綱立法 (基本法旧75条) に基づく州法の問題も存在した。

(逆に言えば、州に全く決定の余地が認められていない場合には、州憲法に基づく判断はできない。これが訴訟要件の問題か本案の問題かについては争いがあるが、そもそも民衆訴訟の対象になり得ないとして訴訟要件の問題であると位置づけられるのが通例である⁽¹¹¹⁾)。

何よりも重要なのは、対象となるのは法令に限られ、個別行為（行政行為や裁判等）は対象とならないという点である。これは憲法異議の準備範囲であり、両者の間ではきれいな棲み分けがなされているのである⁽¹¹²⁾。この点は民衆訴訟において常に問題となる「濫訴の弊」の問題を考える際に重要な点であり、後に本稿（三）で詳しく検討することとする。連邦では立法権・執行権・裁判権というすべての公権力の行為に対して統一的な憲法異議が予定されているのに対して、バイエルンでは個別行為に対する憲法異議、法令に対する民衆訴訟というように二本立ての構成になっているのが大きな特徴である。民衆訴訟は、自己の基本権が侵害されていなくても提起しうるという点に最大の特徴が存在するが、自己の基本権が侵害された場合にも提起しうるとは当然である。そして、⁽¹¹³⁾実際にはそれが通例である。その場合には、「(要件の非常に緩和された)法令に対する憲法異議」としての性質をもつという側面も、連邦憲法裁判所との対比では重要な視点である。

対象となるバイエルン州の法令は、憲法98条4文の文言からして当然であるが、バイエルン憲法の保障する基本権を侵害するものでなければならない。自己の基本権である必要はないが、単なる統治機構に関する憲法違反のように基本権に関係しない憲法違反では民衆訴訟は認められ

(111) VerfGH 27, 61 (63) ; 37, 140 (143) ; 57, 129 (135) ; 61, 187 (194) usw.

(112) BVerfGE 13, 132 (142).

(113) *Huber*, a.a.O.(Anm.83), Die Rechtsprechung des BayVerfGH, S.393. 事務総長 Dagmar Runderisch の話でも、ほとんどすべての民衆訴訟が実際には自己の利害に関係しているとのことである。

ない（これは機関争訟や抽象的規範統制の対象となる）。このように基本権侵害が要件であるため、主観的権利保障としての機能をも果たすが、これは二次的・副次的なものと位置づけられており、主要な機能は客観的憲法保障である⁽¹¹⁴⁾（この点について判例では「個人の憲法上の権利の保障ではなく、制度としての基本権〔Grundrechte als Institution〕の保障」と表現されることも多い⁽¹¹⁵⁾）。そのため、(i) 訴訟の提起には基本権侵害（自分に関係する必要はない）の主張が必要であるが、訴訟の適法性が認められた後は、主張された基本権侵害に限られず、あらゆる観点からの憲法適合性が審査される⁽¹¹⁶⁾。また(ii) 民衆訴訟が取り下げられた場合であっても、憲法裁判所は、公の利益のために必要と考えるときは裁判をすることができるとされている（法55条5項1文⁽¹¹⁷⁾）。この点については、憲法異議との関連で、後に本稿（三）で詳しく検討する。

(114) VerfGH 4, 181 (189) ; 25, 45 (47) usw. 後者では連邦の抽象的規範統制に関する BVerfGE 1, 396 の参照を指示している。

(115) VerfGH 25, 45 (47) ; 33, 1 (7) ; 36, 56 (61) ; 48, 46 (49) usw. Vgl. auch *Josef Wintrich*, Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: a.a.O.(Anm.105), Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, S.247f.

(116) VerfGH 11, 81 (83f.) ; 13, 10 (14) ; 20, 213 (216), 23, 120 (122) ; 25, 45 (47) ; 52, 47 (56) ; 54, 109 (135) usw. 憲法裁判所法の1990年改正によって、従来の「基本権の許されない制限を理由とする法律及び命令の違憲について」(旧2条7号) から「法令の違憲を理由とする民衆訴訟について」(現行2条7号) へと改められたことにより、この趣旨はより明瞭になったといわれる (Vill, a.a.O. [Anm.9], S.354)。

(117) VerfGH 21, 190 (191) ; 26, 69 (74) usw. 現行憲法裁判所法55条5項1文はこれらの判例を明文化したものである。