

バイエルン憲法裁判所について(二)

——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 (以上甲南法学55巻1・2号)

第二節 組織

第二章 若干の検討

第一節 組織

第二節 権限

(a) 規範統制 (以上本号)

(b) 憲法異議

(c) 民衆訴訟

跋文

第一章 現行制度の概要

第二節 組織

権限に続いて組織について見ていくこととする。バイエルン憲法裁判所は、連邦憲法裁判所とは異なり、組織的には「自立した (selbständig)」裁判所 (BVerfGG 1 条 1 項) ではなく、「ミュンヘン高等裁判所⁽¹⁾に併設さ

(1) 高等裁判所 (Oberlandesgericht: 「上級ラント裁判所」とも訳される) は、通常・行政・税務・労働・社会の5つの裁判権 (基本法95条1項) のうち通常裁判権に属する。裁判所構成法 (GVG) によれば、民事・刑事の事件を扱う通常裁

れる」裁判所であり（憲法68条1項、法1条）、「附属裁判所（„Annexgericht）⁽²⁾」と称されることもある。総計53名の構成員（長官1名、職業裁判官の構成員22名、その他の構成員15名、その代理15名）が存在する（法3条1項）。

憲法裁判所の構成員が州議会によって選任されることは憲法（68条2項・3項）で規定されているが、具体的な内容は憲法裁判所法で規定されている（憲法69条参照）。長官及び職業裁判官構成員は州議会によって8年の任期で選任される（法4条1項、1990年改正の現行法により従来の6年から延長された）。その他の構成員（非職業裁判官構成員⁽³⁾）とその

判権（13条）の裁判所としては、区裁判所（Amtsgericht）、地方裁判所（Landgericht：「ラント裁判所」とも訳される）、高等裁判所、連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof, BGH）が存在する（12条）。そのうち連邦通常裁判所は連邦の裁判所であるため、高等裁判所が州における最上級の裁判所であるのが通例である。

もっともバイエルンでは、統一ドイツ＝ドイツ帝国成立（1871年）にもかかわらず、裁判所構成法施行法（Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz, EGGVG）8条以下に基づき、1625年から続く歴史と伝統のあるバイエルン最高裁判所（Bayerisches Oberstes Landesgericht）が存在していたのであり、高等裁判所が州における最上級の裁判所ではなかった。実際、憲法裁判所の前身である国事裁判所（Staatsgerichtshof）は最高裁判所に併設されると規定されていた（1920年国事裁判所法〔GVBl., S.323〕1条）。しかし、この最高裁判所はナチス期（1935年）に廃止されており、1946年の憲法制定時には存在しなかったため、ミュンヘン高等裁判所に併設することとされたのである。その後1948年に再建されるが2006年に再び廃止された。この最高裁判所の廃止についても民衆訴訟等で争われたが、憲法裁判所は合憲と判断している（VerfGH 58, 212）。バイエルン最高裁判所については、*Helmut Kalkbrenner*, Die Bedeutung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, BayVbl. 1969, S.418ff. ; *ders.*, Die geschichtliche Entwicklung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, BayVbl. 1975, S.184ff. を参照。

(2) 例えば *Josef Franz Lindner*, Bayerisches Staatsrecht, 2010, S.179 (Rn.476) 参照。

(3) その他の構成員（weitere Mitglieder）は、職業裁判官構成員以外の構成員のことであり、非職業裁判官構成員（nichtberufsrichterliche Mitglieder）とも呼ば

代理は、州議会の選挙ごとに新たな州議会によって選任される（法 4 条 2 項）。したがって、解散（憲法18条・44条 5 項）がない限り原則として任期は 5 年である（憲法16条 1 項、従来は 4 年とされていたが1998年の憲法改正により 5 年となった）。連邦憲法裁判所の裁判官（BVerfGG 4 条 2 項）とは異なり再選も可能である（法 4 条 3 項）。その他の構成員（非職業裁判官構成員）とその代理は、比例選挙法の原則に従って選任されると規定されている（法 4 条 2 項⁽⁴⁾）。しかし、長官と職業裁判官構成員については特に規定がなく、州議会の意思決定の原則（憲法23条 1 項）に従って単純多数決によって選任される。3 分の 2 の特別多数を要求する連邦憲法裁判所（BVerfGG 6 条・7 条）と対照的な点でもあり、議会多数派／政権政党の影響を受けやすいという点において批判も存在するところである⁽⁵⁾。

資格としては、年齢40歳以上で州議会の被選挙権を有することの他に、公法の素養が求められている（法 5 条 1 項 1 文・2 文）。連邦憲法裁判所

れるが、職業裁判官であっても就任することは妨げられない。

(4) 実際には、会派の勢力に応じて各会派に提案権が認められ、その提案が州議会でも承認されるという形をとる。2013年 9 月の州議会議員選挙後の第17立法期における選挙では、非職業裁判官構成員とその代理につきそれぞれ CSU：8 名、SPD：4 名、Freie Wähler：2 名、Bündnis90/Die Grünen：1 名の提案権が認められている。2013年12月 4 日の州議会会議事録(Bayerischer Landtag Plenarprotokoll 17/6, S.187f., S.232. 州議会のウェブサイト <https://www.bayern.landtag.de> で閲覧可能) 参照。具体的な裁判体の構成においても、この党派構成は考慮されている（【表 5】参照）。

(5) Vgl. *Heinrich Amadeus Wolff*, in: Lindner/Möstl/Wolff, *Verfassung des Freistaates Bayern*, 2009, S.386 (Art.68 Rn.20f.). もっとも、法律上の裁判官を保障する基本法101条 1 項 2 文に違反するという憲法異議は連邦憲法裁判所によって退けられている（BVerfG, 1.Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 23. 7. 1998, 1BvR 2470/94, BayVBl. 1999, S.16ff.）。しかし、連邦憲法裁判所も憲法政策上は（verfassungspolitisch）特別多数の方が望ましい（wünschenwert）と指摘している（ebd., S.17）。

(BVerfGG 4 条 3 項) とは異なり、憲法裁判所裁判官としての定年はない⁽⁶⁾。長官はバイエルンの高等裁判所の長官から選任されると規定されており(憲法68条 2 項、法 5 条 3 項 1 文)、バイエルンの高等裁判所はミュンヘン、ニュルンベルク、バンベルクに存在する⁽⁷⁾が、ミュンヘン高等裁判所の長官が憲法裁判所の長官に選任されるのが慣例である⁽⁸⁾。職業裁判官構成員は、バイエルン州の職業裁判官から選任される(法 5 条 3 項 2 文)。職業裁判官構成員の選任に際し、従来慣行として行われてきた長官の提案権が1990年改正によって明示的に規定された(法 6 条 1 項)。その他の構成員(非職業裁判官構成員)も、裁判官資格を有するかバイエルンの大学における法学教師であるべき(sollen)とされており(法 5 条 1 項 3 文)、現在では大学教授、公証人、弁護士が選任されることが多いが、⁽⁹⁾“Soll-Vorschrift”として絶対的な要件とはされておらず、州大臣経験者等

(6) 職業裁判官構成員については、本職の方が定年(Bayerisches Richtergesetz 7 条)となれば憲法裁判所裁判官も同時に退職となる(法 5 条 3 項 3 文参照)。

(7) Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern 1 条。

(8) 当初は、バイエルン最高裁判所に併設され、バイエルン最高裁判所長官が国事裁判所長官を兼任していた1919年憲法下の国事裁判所を受け継ぎ、憲法裁判所はミュンヘン高等裁判所に併設され、ミュンヘン高等裁判所長官が憲法裁判所長官を兼任することが予定されていたが、3つの高等裁判所の長官の中から州議会が憲法裁判所長官を選任することに改められたという経緯がある。1946年10月11日の憲法委員会審議(Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung Bd.3, S.736) 参照。

第二代 Wilhelm Walter (1953年 8 月～1956年 9 月)、第三代 Ernst Holzinger (1956年10月～1958年12月)がニュルンベルク高等裁判所長官であった他は、すべてミュンヘン高等裁判所長官が選任されている。バイエルン最高裁判所の再建に伴い、最高裁判所長官も憲法裁判所長官に選任されうするという見解が説かれたこともあった(Theodor Meder, Handkommentar zur Verfassung des Freistaates Bayern, 1.Aufl. 1971, S.150 [Art.68 Rn.7])。

(9) Hildegund Holzheid, Der Bayerische Verfassungsgerichtshof als Hüter der (甲南法学'15) 55-3-32 (148)

のような多様な経歴の者もいる⁽¹⁰⁾。この点については後に再び言及する。

以上の記述から既に明らかなように、バイエルン憲法裁判所においては、ドイツの大学における法学教師以外の兼職が禁止されている16名の専属の裁判官を有する連邦憲法裁判所 (BVerfGG 3条4項・2条2項) とは対照的に、兼職が原則である⁽¹¹⁾。そのため本職との関係が問題となるが、憲法裁判所の構成員としての活動が他のすべての任務に優先すると規定されている (法8条1項)。権力分立の観点から議会や政府 (バイエルン州だけでなく連邦や他の州のものも含む) の構成員との兼職は禁止されている (憲法68条3項2文、法5条2項)。この兼職禁止についても後に詳しく検討する。

連邦憲法裁判所のように二つの法廷から構成される (BVerfGG 2条1項) のではなく、三種類の裁判体が存在し、各裁判体の構成及び管轄は手続の種類に従って次のように決められている (憲法68条2項、法3条2項1文)。

- ①州政府又は州議会の構成員に対する弾劾の事案 (憲法61条、法2条1号) においては、長官、8名の職業裁判官構成員 (うち3名は高等行政裁判所〔⁽¹²⁾ VGH〕の裁判官)、及び10名のその他の構成員。

Bayerischen Verfassung, in: 50 Jahre Bayerische Verfassung, 1996, S.76. Vgl. auch *Franz Knöpfle*, Die Verfassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1972, S.50f.

(10) 事務総長 Dagmar Runderisch によれば、現在のその他の構成員 (非職業裁判官構成員) は全員が裁判官資格を有しているとのことである。

(11) 本職を退職した後に非職業裁判官構成員に選任された者が兼職でないのは当然であるが、兼職に関する大きな例外として事務総長 (Generalsekretär) が挙げられる。長官が職業裁判官構成員の中から任命する事務総長 (法11条) は、本職の裁判官の任務を免除され憲法裁判所の職務に専従する (法8条2項)。日本の最高裁判所事務総長とは異なり、職業裁判官構成員として憲法裁判所の裁判にも加わる。初代事務総長 (1947～54年) が後に第二代連邦憲法裁判所長官となるヨゼフ・ヴィントリッヒである。

- ②規範統制の事案（憲法65条）、即ち、具体的規範統制（法2条5号）、民衆訴訟（同7号）、抽象的規範統制（同8号）の事案においては、長官と8名の職業裁判官構成員（うち3名は高等行政裁判所の裁判官）。機関争訟（同4号）においても、法令の憲法適合性が問題となる場合には、この②の構成の裁判体の管轄となる。
- ③その他の事案においては、長官、3名の職業裁判官構成員（うち2名は高等行政裁判所の裁判官）、及び5名のその他の構成員。

①弾劾裁判の事案は、既に本稿（一）で見たように、実例がいまだ存在しない（つまり理論的・歴史的な重要性はともかく實際上の重要性は低い）。③は①②以外のすべてを包含する建前であり、機関争訟（法令の憲法適合性を主題としないもの）も重要性において劣るものとはいえないが、實際上数の上でその中心をなすのは憲法異議である。②と③が活動の中心であり、したがって9名の裁判官によって裁判をするのが通例である。具体的な裁判体の構成と事務の配分は、長官と全職業裁判官構成員によって組織される職業裁判官総会（Berufsrichterplenum：法3条6項）の定める事務配分計画（Geschäftsverteilungsplan）によって決められる（法10条⁽¹²⁾）。裁判体はそれぞれ複数形成することができ、どの構成

(12) バイエرن州においては、行政裁判所法施行法（BayAGVwGO）1条1項1文に基づいて“Verwaltungsgerichtshof（VGH）”という伝統的名称が用いられているが、これは行政裁判所法（VwGO）にいう高等行政裁判所（Oberverwaltungsgericht：「上級行政裁判所」と訳されることもある）に相当する（行政裁判所法184条参照）。各州に1つ設置され（同2条、もっともベルリン州とブランデンブルク州は同3条2項に基づき共同で設置している）、原則として控訴審を担当する（同46条）。上告審の連邦行政裁判所は連邦の裁判所であるため、州においては最上級の行政裁判所である。既に本稿（一）注34で触れたように、“VGH”という略称は歴史と伝統のある高等行政裁判所を意味する。バイエルン高等行政裁判所の歴史につき、Klaus Werner Lotz, Zur Geschichte des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, BayVBl. 2006, S.719ff. を参照。

員も少なくとも1つの裁判体に属することとされている(法3条2項2文・3文)。実際には②については3の裁判体、③については13の裁判体が存在しており、職業裁判官構成員は2～5の裁判体、非職業裁判官構成員は4～6の裁判体に属している(【表4】【表5】参照)。憲法裁判所の任務に専従する事務総長(Generalsekretär[in])は②のすべての裁判体に属しており、③の裁判体においても憲法異議以外のすべての事案を扱うこととされている(事務配分計画B.Ⅲ.1)。事務総長が憲法裁判所の「魂(Seele)」⁽¹⁴⁾と評される所以である。高等行政裁判所(VGH)所属の職業裁判官構成員の人数(①3名、②3名、③2名)に関する憲法上の規定は、上限であるとともに下限でもあると解されて運用されている。⁽¹⁵⁾③の裁判体が13も存在するのは専ら憲法異議に対応するためであり、そのため憲法上の要請(68条2項c号)に基づいて、高等行政裁判所(VGH)所属の職業裁判官構成員が多くの裁判体に属することとなっている。このような状況は、ナヴィアスキーがバンベルク憲法(1919年バイエルン憲法)下の憲法異議を「特別な行政裁判」と位置づけていたことに鑑みれば、決して不自然・不合理なこととはいえないかもしれない。⁽¹⁶⁾しかし、憲法異議を「特別な行政裁判」と捉えることが妥当か否かは、検討の余地がありうるところである。

ともあれ、注目すべきは、②規範統制の事案は、民衆訴訟も含めてすべて、職業裁判官のみによって構成される裁判体(「職業裁判官法廷(Burufsrichterssenat)」と呼ばれる)によって裁判がなされるというこ

(13) 事務配分計画はBayerischer Staatsanzeiger に公表される(法10条3項)。

2014年(2013年12月19日決定)の事務配分計画につき、Bayerischer Staatsanzeiger 2014 Nr.1 (3.Jan.2014), S.3f. を参照。

(14) Christian Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht, 3.Aufl. 1991, S.410 (§23 Rn.17).

(15) Wolff, a.a.O.(Anm.5), S.385 (Art.68 Rn.11).

(16) Hans Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht, 1923, S.457ff.

【表 4】 職業裁判官構成員の事務配分

	氏 名	所 属	①大法廷	②職業裁判官法廷	③小法廷
1	Dr. Erwin Allesch	VGH	○	B	4, 9, 11
2	Andreas Dhom	VGH		C	3, 10
3	Dr. Hans-Joachim Heßler	LG(MünchenI)	○	B	1
4	Peter Hilzinger	OLG(Nürnberg)		A	6
5	Dr. Martin Kainz	OLG(München)		A	10
6	Stephan Kersten(1)	VGH	○	C	1, 6, 12
7	Theresia Koch	VGH		A	1, 6, 9
8	Peter Küspert(2)	OLG(Nürnberg)	○	C	2
9	Michael Lorbacher	OLG(München)		A	9
10	Elisabeth Mette	LSG	○	A	11
11	Ivo Moll	VG(Augsburg)		C	13
12	Judith Müller	VGH		A	2, 5, 7
13	Ulrike Müller	OLG(München)		C	12
14	Dr. Bernt Münzenberg	AG(Augsburg)		B	8
15	Dr. Andrea Muthig	OLG(München)		B	4
16	Ralf Peter	AG(Mühlendorf)		C	5
17	Andreas Polloczek	VGH	○	A	7, 12, 13
18	Dagmar Ruderisch(G)	OLG(München)	○	A, B, C	3
19	Andreas Schmitz	VGH		B	3, 8, 13
20	Dr. Herbert Veh	LG(Augsburg)	○	B	7
21	Dr. Ludwig Wagner	VGH		B	4, 8, 10
22	Dr. Dieter Zöllner	VGH		C	2, 5, 11

* Bayerischer Staatsanzeiger 2014 Nr.1 に基づき作成。Stephan Kersten が長官第一代理、Peter Küspert が長官第二代理、Dagmar Ruderisch が事務総長 (Generalsekretärin)。LG は地方裁判所 (Landgericht)、OLG は高等裁判所 (Oberlandesgericht)、LSG は高等社会裁判所 (Landessozialgericht)、VG は行政裁判所 (Verwaltungsgericht)、AG は区裁判所 (Amtsgericht)。

とである。①の事案又は③の事案の手続においては非職業裁判官構成員も関与しているが、その場合でも、裁判に必要な法令が憲法に違反するとの見解に至った場合（例えば、行政行為に対する憲法異議において、
(甲南法学'15) 55-3-36 (152)

【表 5】 非職業裁判官構成員の事務配分

			①	③ 小												
			大	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
1	Prof. Dr. Herbert Buchner	CSU	○	○			○			○		○			○	
2	Maria Lauckner	CSU	○		○			○			○		○			○
3	Dr. Manfred Weiß	CSU	○	○		○			○			○		○		
4	Peter Welnhöfer	CSU	○		○		○			○					○	
5	Hermann Leeb	CSU	○			○		○			○					○
6	Otto Schaudig	CSU		○			○		○			○				
7	Dr. Eva-Maria Hepp	CSU			○			○		○			○			
8	Dr. Winfried Kössinger	CSU				○			○		○			○		
9	Dr. Klaus Hahnzog	SPD	○	○				○				○	○			○
10	Carmen König-Rothemund	SPD	○		○				○				○	○		
11	Reiner Knäusl	SPD	○			○				○				○	○	
12	Ulrike Pauckstadt-Mailhold	SPD					○				○				○	○
13	Reinhard Brey	FW	○	○		○		○		○		○				
14	Prof. Dr. Stephan Lorenz	FW			○		○		○		○					
15	Angelika Lex	90/緑	○										○	○	○	○

* Bayerischer Staatsanzeiger 2014 Nr.1 に基づき作成。

その行政行為の根拠となる州法律が州憲法に違反すると考える場合）には、②の構成の裁判体、即ち職業裁判官のみから構成される「職業裁判官法廷」へと移送しなければならないとされている（法 3 条 3 項 1 文⁽¹⁷⁾）。このように憲法裁判所の内部で具体的規範統制と同様の手続が採られて

(17) 同趣旨の規定は1947年当初から存在しているが、民衆訴訟に関する箇所に規定されていた（1947年法54条2項）。これは後に本稿（三）で扱うように、憲法98条4文の解釈に関わり、憲法裁判所法制定過程の最終段階で民衆訴訟が導入されたことによる。1990年改正に際して元老院の提案に基づき3条3項に移された。

いるのであり、具体的規範統制が「裁判官による移送 (Richtervorlage)」とも呼ばれるように、この手続は「内部的な裁判官による移送 (interne Richtervorlage)」⁽¹⁸⁾と呼ばれている。一見すると日本の最高裁判所の論点回付手続 (最高裁判所裁判事務処理規則 9 条 3 項後段) と類似するようにも思えるが、次の点においてやはり異なるものと言わざるを得ない。即ち、①の事案の裁判体は、②の構成の 9 名 + その他の構成員 (非職業裁判官構成委員) 10 名 = 計 19 名という構成であるにも関わらず、より人数の少ない「職業裁判官法廷」に移送しなければならないのである。これほどまでに徹底して法令の合憲性は、職業裁判官のみによって判断することとされているのである。

第二章 若干の検討

以上、特に権限と組織に着目して現行制度の概要について簡略ながら概観してきた。ここでは、注目すべきと考えられる点について若干の検討を試みることにする。まずは、引き続き組織について検討する方が便宜であろう。

第一節 組織

組織面で何より疑問なのは、なぜ規範統制の裁判を職業裁判官だけで行うことになっているのか、という点であろう。憲法裁判所内部においても、法令の合憲性が問題となる場合には非職業裁判官構成員の関与する法廷から「職業裁判官法廷」への移送が要請されていた (法 3 条 3 項 1 文) ように、徹底して職業裁判官のみによって法令の合憲性審査が行われることになっていた。

(18) Vgl. *Steffen Schmidt*, Die „interne Richtervorlage“ im Bayerischen Verfassungsgerichtshofgesetz, BayVBl. 1992, S.742ff. ; *Wolfgang Sprenger*, Die „interne Richtervorlage“ beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof, ebd., S.746ff.

先に見たように、三種類の裁判体が存在し、①大臣や議員の弾劾裁判については、長官、8名の職業裁判官構成員（3名の高等行政裁判所裁判官＋5名の裁判官）、10名のその他の構成員（非職業裁判官構成員）という計19名の構成、②規範統制については、長官、8名の職業裁判官構成員（3名の高等行政裁判所裁判官＋5名の裁判官）という計9名の構成（「職業裁判官法廷」）、③憲法異議を中心とするその他の事案では、長官、3名の職業裁判官構成員（2名の高等行政裁判所裁判官＋1名の裁判官）、5名のその他の構成員という計9名の構成、という形で事件を担当していた。

そもそも現在のバイエルン憲法裁判所は、バンベルク憲法（1919年バイエルン憲法）の下における国事裁判所（Staatsgerichtshof）を基にして設計されており（当初は名前も「国事裁判所」であったが、憲法の保障を第一次的な任務とするということで「憲法裁判所」に変更された⁽¹⁹⁾）、①と③⁽²⁰⁾の構成は、国事裁判所の構成を引き継いだものである。1919年憲法によって国事裁判所には大臣弾劾、憲法異議、機関争訟の権限が認められており（憲法70条1項、1920年国事裁判所法2条）、大臣弾劾は①と同様の構成、憲法異議と機関争訟は③と同様の構成によることが規定されていた（憲法70条2項、国事裁判所法3条）。これが基本的にそのまま承継された形となっている⁽²¹⁾。これらの場合には過半数（①では19名中10名、

(19) 1946年8月5日の憲法委員会の審議（Stenographische Berichte, a.a.O. [Anm.8], Bd.1, S.290）参照。

(20) この点も含め、現行憲法と1919年憲法（バンベルク憲法）の関係につき、Gustav Lichtenberger, Verbindungslinien zwischen der Bamberger Verfassung von 1919 und der Bayerischen Verfassung von 1946, in: Werner Wagenhöfer / Robert Zink (Hrsg.), Räterepublik oder parlamentarische Demokratie, Die „Bamberger“ Verfassung 1919, 1999, S.135ff.

(21) 厳密にいうと、1925年憲法改正により州議会議員に対する弾劾裁判の権限も導入されたが、これは①ではなく③と同様の構成によって行うこととされていた（1925年憲法改正法〔GVBl., S.245〕4条、1929年国事裁判所法〔GVBl., S.94〕

③では9名中5名)が非職業裁判官構成員によって占められることとなる。

問題は、戦後1946年憲法において新たに憲法裁判所に認められるようになった規範統制に際しての②の構成である。なぜ職業裁判官だけなのか。

その理由として、ある教科書では、職業裁判官の方が「より予断(先入観)に囚われていない／より公平(unbefangener)」という理由が挙げられている⁽²²⁾。この理由を表面的に理解するなら、この理由自体が予断(先入観)に囚われた見解ではないか(なぜ職業裁判官の方がより公平だと言えるのか)と考える者も多いであろう。現行法を見る限り、職業裁判官構成員は任期が8年であるのに対して、その他の構成員(非職業裁判官構成員)は原則5年であり、確かに職業裁判官の方が独立性は強いと言えるかもしれない。しかし、具体的な選任手続を問題とするのであれば、むしろ、その他の構成員(非職業裁判官構成員)は比例代表の原則に従って選任されるのに対して、職業裁判官構成員は州議会の単純多数決によって選任されるのであるから、職業裁判官構成員の方が議会多数派=政権与党の影響を受けやすいとすら言えるのである。

では、なぜ職業裁判官だけなのか。この謎を解く鍵は、現行の憲法裁判所法をいくら眺めても出てこない。制定史を紐解くことが必要になってくる。そして制定史を瞥見すれば、当初の案では、かつての国事裁判所に倣い、①と③の構成だけが予定されていたところに、途中から②の構成(職業裁判官法廷)が付け加わったことがわかる。では、何故か。

先に見たように現行の憲法裁判所法では、すべての憲法裁判所構成員

3条)等の相違も存在するが、本稿にとっては重要ではないので立ち入らない。

(22) Lindner, a.a.O.(Anm.2), S.179 (Rn.477).

(23) 例えば1946年8月5日の憲法委員会の審議(Stenographische Berichte, a.a.O.[Anm.8], Bd.1, S.295f.)参照。

について、議会や政府（バイエルン州だけでなく連邦や他の州のものも含む）の構成員との兼職が禁止されている（法5条2項）。しかし、長官と職業裁判官構成員に関してのみ、州議會議員（及び元老院廃止前は元老院議員）との兼職を禁止するというのが憲法上の要請である（68条3項2文⁽²⁴⁾）。当初の憲法裁判所法も長官と職業裁判官構成員に関してのみ州議會議員及び元老院議員との兼職を禁止していた（1947年法7条）。即ち、逆に言えば、その他の構成員（非職業裁判官構成員）と州議會議員（及び元老院議員）との兼職は必ずしも禁止されるとは解されていなかった⁽²⁵⁾のである。弾劾裁判を議会の議員が行う例は比較憲法的に珍しいわけではなく、弾劾裁判を中心的な権限としていた国事裁判所に準拠して憲法裁判所が構想されたという経緯に鑑みれば、それほど不思議な制度設計というわけではない。しかし、そのために、州議會議員が過半数を占める構成の裁判体で法律の合憲性審査が行われうる点について占領米軍からクレーム（Beanstandung）が入り、この米軍の要求（Verlangen）を受けて、法律の合憲性は「職業裁判官法廷」で審査するという憲法68条2項b号が導入されたのである⁽²⁶⁾。要するに、「法律の制定に関与した者がその法律の合憲性を判断することは許されない」という理由で、議員との兼職が禁止されている職業裁判官のみによって法律の合憲性を審査することとされたのである⁽²⁷⁾。先に見た、職業裁判官の方が「より予断

(24) 憲法の条文については、本稿（一）掲載の【法令2】を参照。

(25) *Hans Nawiasky / Claus Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, 1948, S.147.

(26) VerfGH 2, 61 (70f.)に簡潔にまとめられているが、1946年10月11日の委員会審議（Stenographische Berichte, a.a.O.[Anm.8], Bd.3, S.736f.）及び1946年10月26日の本会議審議（Stenographische Berichte über die Verhandlungen der Bayerischen Verfassungsgebenden Landesversammlung, S.228f.）を参照。

(27) Vgl. *Wilhelm Hoegner*, Der Bayerische Verfassungsgerichtshof, Süd-deutsche Juristen-Zeitung 1947, Sp.491.

(先入観)に囚われていない／より公平 (unbefangener)」という理由もこうした文脈で理解される必要がある。そして、そのような趣旨であるから、憲法の条文上は憲法65条の場合、即ち具体的規範統制 (92条) の場合にのみ「職業裁判官法廷」によることと明記されている (68条2項b号) にもかかわらず、具体的規範統制に限られず、おおよそ法令の合憲性を審査するような場合には「職業裁判官法廷」によるべきこととされてきたのである。⁽²⁸⁾ こうした判例を受けて、現行の憲法裁判所法では、すべての規範統制手続 (具体的規範統制に加え、抽象的規範統制及び民衆訴訟)、更には法令の合憲性が問題となる機関争訟においても「職業裁判官法廷」によることとされているのであり (法3条2項1文2号)、内部的な移送の手続も予定されているのである (法3条3項)。

結局のところ、規範統制は職業裁判官のみによって裁判するという憲法上のルールは米軍のクレームに由来するものであるが、そこには“Nemo iudex in causa sua (Niemand kann Richter in eigener Sache sein.)”という要請があることも確かである。⁽²⁹⁾ しかし、方法としては、非職業裁判官構成員についても州議会議員 (及び元老院議員) との兼職を禁止するという方向性もありうるのであり、本来ではればそちらが本筋であろう。戦後当初の頃には、ナチス期に多くのユダヤ系知識人が国外に亡命し、戦後はナチスに加担した者の公職追放が進められていく中で、広範な兼職禁止を規定すると人材が不足するという現実的な理由もあったのかもしれない。理論的には、法と政治の緊張関係の下に置かれる憲法裁判においては職業裁判官には欠けている政治的知識・経験も重要であるという観点から正当化が試みられてきた。けれども、現職の議会の

(28) VerfGH 2, 61 (71) ; 29, 62 (80) ; 23, 80 (85) ; 29, 62 (80) ; 43, 107 (116) usw.

(29) 連邦憲法裁判所によれば、この要請は法治国家原理に属する (BVerfGE 3, 377 [381])。

議員が憲法裁判所の裁判官を兼任するというのは、たとえ法律の合憲性審査には関与しないとしても——少なくとも現在の我々の感覚からすれば——相当に違和感のあるものである。実際、人的分離としての「兼職禁止 (Inkompatibilität)」をも内実としていると解されている権力分立原理 (基本法20条 2 項 2 文、バイエルン憲法 5 条⁽³⁰⁾) の観点から疑問・批判も少なからず提起されていた⁽³¹⁾。そのため、1990年に改正された現行憲法裁判所法により、議会や政府の構成員との兼職は禁止されることとなったのである。

したがって現在では、法律の合憲性審査を職業裁判官のみに限定していた理由は既になくなったと言えるわけであるが、そもそもこの「アメリカの押しつけ (amerikanisches Drängen)⁽³²⁾」が正当なものであったか否かについては疑問の余地がありうる。確かに、1919年憲法の下における国事裁判所の運用において、州議会の選任する非職業裁判官構成員が専ら州議会議員であったこと、憲法制定議会においても州議会議員から選任⁽³³⁾されることを当然の前提とした議論がなされていたこと等⁽³⁴⁾に鑑みれば、

(30) *Nawiasky / Leusser*, a.a.O.(Anm.25), S.81.

(31) 例えば *Jakob Kratzer*, Die Gewaltentrennung in Bayern, BayVBl. 1962, S.302 ; *ders.*, Landtagsabgeordnete als bayerische Verfassungsrichter, BayVBl. 1968, S.89ff. ; *Hulmut Kalkbrenner*, Bewährung und Reformbedürftigkeit unserer Verfassung, BayVBl. 1972, S.9 ; *Karl Streicher*, Zur Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit in Bayern, in: Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1972, S.198. 詳細な検討として *Knöpfle*, a.a.O.(Anm.9), S.57ff. を参照。

(32) *Pestalozza*, a.a.O.(Anm.14), S.407 Fn.12.

(33) *Heinrich von Jan*, Die Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern vom 14. August 1919, 1927, S.144 (Anm.7 zum §70).

(34) 例えば1946年 8 月21日の憲法委員会の審議 (Stenographische Berichte, a.a.O.[Anm.8], Bd.2, S.422f.) 参照。ヘーグナー自身かつて州議会議員時代に二度 (1924年、1928年) 国事裁判所の非職業裁判官構成員に選任された経歴を持つ。

米軍が示した懸念にももっともな理由があると言えるかもしれない。しかし、1920年国事裁判所法においても刑事訴訟法（StPO）の除斥・忌避の制度は準用されていたのであり（10条）、利害関係人は裁判に関与することができなかったのである。憲法裁判所は、多くの点で国事裁判所法の規定を引き継いで創られているのであり、除斥・忌避の制度についても憲法裁判所法の制定の際に当然に引き継がれるべきものであったはずである（実際に1947年法でも9条で規定されていた）。州議会議員と憲法裁判所裁判官（非職業裁判官構成員）の兼職が可能であった時代でも、非職業裁判官構成員をも含む裁判体によって裁判をする事案において、州議会が利害関係人として憲法裁判所の手続に参加する場合には、州議会議員を兼職する非職業裁判官構成員は裁判に関与することができないとされていたのである。⁽³⁵⁾したがって、たとえ議員を兼職する非職業裁判官構成員がいたとしても、その議員兼裁判官は自身が制定に関与した法律の合憲性審査からは当然に排除されるという考え方もありえたはずである。

逆に、現職の議員と憲法裁判所裁判官の兼職を禁止したとしても、元議員が憲法裁判所裁判官に就任することは妨げられず、議員時代に制定に関与した法律の合憲性審査に関わるという事態は起こりうる。⁽³⁶⁾その場合、単に法律の制定に関与しただけでは利害関係人にはならない、つまり「自分の事件（eigene Sache）」ではないという考え方もありうるところであり、現に連邦憲法裁判所においてはそのように運用されている（BVerfGG18条3項1号⁽³⁷⁾）。民主政においては立法手続への幅広い参加

1924年7月8日の州議会議事録（Verhandlungen des Bayerischen Landtags, Stenographische Berichte Sitzungsperiode 1924–1928 Bd.1, S.55）、1928年7月25日の州議会議事録（同 Sitzungsperiode 1928–1932 Bd.1, S.9）参照。

(35) VerfGH 18, 85 (92) ; 30, 48 (58) ; 31, 77 (89f.) ; 38, 51 (57) usw.

(36) 日本においてしばしば発生するのは、法制局長官時代に法律の制定に関わった最高裁判所裁判官の問題である。

が予定されているという観点もさることながら、多様な知識・経験を有する憲法裁判官という観点⁽³⁸⁾からしても、まったく有り得ない見解であるとは言えない。かつて国事裁判所法においては、弾劾の訴追に関する州議会の議決に関与しただけでは忌避の理由にはならないと規定されていた(1929年法10条2項)のであり、その規定は憲法裁判所法にも受け継がれていた(1947年法9条3文)。法律の合憲性審査の場合よりも、「特別な刑事裁判」という性格を有する弾劾裁判⁽⁴⁰⁾において、訴追に関与した議員が過半数を占めうる裁判体によって裁判が行われうることの方がむしろ、訴追機関と裁判機関の分離という観点、予断排除という観点からして遥かに問題を孕むものであるように思われる(クレームをつけるべきはむしろこの点ではなかったか)。⁽⁴¹⁾

また他方で、職業裁判官構成員にしても、自分の行った移送決定に基づく具体的規範統制⁽⁴²⁾や自分の下した判決に対する憲法異議が問題となり

(37) BVerfGE 2, 295 (297f.) ; 58, 177 (188). もちろん、この規定(BVerfGG18条3項1号)自体、批判がありうるところである。バイエルン憲法と対比しつつこの規定に検討を加えたものとして、*Franz Knöpfle*, Besetzung der Richterbank, insbesondere Richterausschließung und Richterablehnung, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts Bd.1, 1976, S.162f.

(38) Vgl. BVerfGE 82, 30 (36f.).

(39) Vgl. BVerfGE 99, 51 (56f.).

(40) *Nawiasky*, a.a.O.(Anm.16), S.452ff.

(41) かつてのこの規定が法治国家原理(憲法3条)に反するとすると指摘していたものとして、例えば *Meder*, a.a.O.(Anm.8), Art.68 Rn.8 (1.Aufl., S.150f. ; 3.Aufl. 1985, S.177) を参照。Vgl. auch *Knöpfle*, a.a.O.(Anm.9), S.66f.

(42) この問題は連邦でも起こり得るが、バイエルンにおいては職業裁判官構成員が兼職であるため起こりやすいというだけでなく、内部的移送(法3条3項1文)という特殊な手続を設けているため特に重要な問題である。即ち、憲法上長官はすべての裁判体に加わることとなっており(68条2項)、事務配分計画上事務総長も多くの裁判体に加わることとなっているので、内部的移送の際に、移送を受け

うるケースは容易に想定されうところである。決して議員と兼職の非職業裁判官構成員だけが「自分の事件の裁判官」となりうる危険を抱えているわけではないのである。

すべては法律（憲法裁判所法）による具体的な内容形成（資格や兼職禁止に関する具体的規定）や実際の運用（具体的な人選や除斥・忌避の運用＝どのような事情を以て「不公平な裁判をする虞」ありとするのか⁽⁴³⁾）を待ってはじめて決まることだったのではないか。米軍のクレームの結果、かえって、法律の合憲性審査に関与しない限り州議会議員が憲法裁判所裁判官を兼任してもよいという異例の制度を⁽⁴⁴⁾1990年の法改正まで続けさせてしまうこととなったのではないか。事件の原因を作り出した張本人が首席裁判官として違憲判決を下し、それが指導的判例とされている国の人たちが考えたことが果たして正当であったのか、疑問の余地がありうところである。

こうした「アメリカの押しつけ」問題も決して他人事とは言えないかもしれないが、日本との関連で注目すべき点として次の二点があげられるべきであろう。

第一に、法令の違憲審査については職業裁判官のみによって行われて

た職業裁判官法廷に長官や事務総長が関与できるかという問題となってくるのである。VerfGH 45, 12の移送決定とそれを受けたVerfGH 45, 54を契機に論争になった。前掲（注18）のSteffen SchmidtとWolfgang Sprengerの文献を参照。

(43) この点に関する詳細な検討として、*Rupert Stettner*, Die Ausschließung von Richtern des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs wegen amtlicher oder beruflicher Vortätigkeiten „in der Sache“, BayVBl. 1979, S.481ff.

(44) Vgl. *Franz Knöpfle*, Richterbestellung und Richterbank bei den Landesverfassungsgerichten, in: Christian Starck / Klaus Stern (Hrsg.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit Teilband I*, 1983, S.265f.

(45) 畑博行『アメリカの政治と連邦最高裁判所』（有信堂高文社、1992年）13頁以下。*Winfried Brugger*, Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit, 200 Jahre Marbury v. Madison, JuS 2003, S.320ff.

いるが、それでも十分な実績を残している点である。基本法制定以前に制定されたバイエルン憲法においては、当然の前提とされている民刑事の通常裁判所の他は、特に行政裁判所が憲法上予定されているだけである(93条)。当初の構想では、「職業裁判官法廷」は、長官、5名の通常裁判官、3名の行政裁判官という構成が考えられていた。⁽⁴⁶⁾つまり、長官(=民刑事事件を扱う高等裁判所の長官)を含め、9名中6名の裁判官は民刑事の事件を専門とする裁判官で構成することとされていたのである。基本法の制定により、5系列の裁判権が形成された結果、——3名の裁判官が高等行政裁判所(VGH)所属でなければならないことは憲法上の要請であるが——5名の裁判官は通常裁判所の裁判官には限られなくなった。とはいえ、裁判官の絶対数が多いこともあり、通常裁判所の裁判官から選任される例が多数である(【表4】参照。22名の職業裁判官構成員のうち、11名が通常裁判所の裁判官、9名が高等行政裁判所〔VGH〕の裁判官、2名がその他〔行政裁判所、社会裁判所〕の裁判官となっている)。行政裁判所法(VwGO)によれば州法が定める限りで法律以下の法令に関する規範統制の権限を高等行政裁判所に与えることが可能とされており(47条1項2号)、バイエルン州では高等行政裁判所に規範統制の権限が認められている(BayAGVwGO 5条)。そのため、3名の高等行政裁判所の裁判官は規範統制に馴染みがあるということもできるが、あくまでも多数派(9名中6名)は民刑事の裁判官である。民刑事を専門とする職業裁判官に対して憲法裁判を担いうる資質を疑う見解は、内外を問わずま見られるところであるが、バイエルン憲法裁判所においては少なくない違憲判決(2013年12月31日時点で民衆訴訟だけで150件の違憲判決がある)⁽⁴⁷⁾が下されていることも事実なのである。

(46) *Nawiasky / Leusser*, a.a.O.(Anm.25), S.41, S.147.

(47) 事務総長 Dagmar Runderisch から頂いた資料による(本稿(三)に【表11】として掲載)。公表されている情報としては *Karl Huber*, *Die Rechtsprechung*

第二に、保守党（CSU）の長期政権が続き（【表6】【表7】参照）、議会の単純多数決という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、にもかかわらず少なくない違憲判決が下されているという点である。日本において違憲判決が少ない理由として、最高裁判所の過剰負担や内閣法制局による事前審査の存在など、様々な見解が主張されている。その中で、比較的流布した見解として、自民党の長期政権が続き、政権政党の意向が反映されやすい裁判官選任方法が採られている（日本国憲法6条2項・79条1項）が故に、政権政党である自民党の意向に沿った政府ベッタリの判決ばかりが下されるというものがある。⁽⁴⁸⁾ バイエルンにおいては、同様の状況の下で、特に左派からはCSUベッタリと批判されることも少なくない憲法裁判所であるが、⁽⁴⁹⁾ にもかかわらず少なくない違憲判決が下されているのである。政権交代の不在と裁判官選任方法を理由とする説明は再検討を要するのではあるまいか。民衆訴訟の認容率

des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zu den Grundrechten, BayVBl. 2010, S.393 を参照。それによれば2009年段階で民衆訴訟だけで146件にのぼる。民衆訴訟であるから当然に法令違憲の件数である（一部違憲も含む）。

(48) 例えば、樋口陽一「「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）7頁、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）20-21頁。

(49) バイエルン憲法裁判所に関するドイツ語版 Wikipedia にもこのような批判が書かれている（2014年10月28日現在）。連邦憲法裁判所よりも認容率が低いため提起されるこのような批判に対して、フーバー長官は数字と根拠を挙げてその理由を説明している（*Karl Huber*, Grundfragen der Bayerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 2008, S.66ff.）。既に本稿（一）で見たように、バイエルン憲法裁判所の裁判のほとんどが実際には憲法異議、しかも連邦法を適用した裁判に対する憲法異議であり、この場合には憲法裁判所の審査範囲は限定されること、規範統制にしても連邦憲法裁判所において多数を占める具体的規範統制は専門家である裁判官が違憲の確信を持った場合にのみ移送がなされるのに対して、バイエルン憲法裁判所において多数を占めているのは誰でも簡単に提起できる民衆訴訟であること、したがって認容率という数字だけで連邦憲法裁判所と対比しても意味はない、というのがその骨子である。

バイエルン憲法裁判所について（二）

【表 6】戦後バイエルン州首相・内閣

首 相	与 党	在 任 期 間
Fritz Schäffer	—	1945年 5 月～1945年 9 月
Wilhelm Hoegner (SPD)	—	1945年 9 月～1946年12月
Hans Ehard (CSU)	CSU, SPD, (WAV)	1946年12月～1947年 9 月
	CSU	1947年 9 月～1950年12月
	CSU, SPD, GB/BHE	1950年12月～1954年12月
Wilhelm Hoegner (SPD)	SPD, BP, GB/BHE, FDP	1954年12月～1957年10月
Hanns Seidel (CSU)	CSU, GB/BHE, FDP	1957年10月～1958年12月
	CSU, GB/BHE, FDP	1958年12月～1960年 1 月
Hans Ehard (CSU)	CSU, GB/BHE, FDP	1960年 1 月～1962年12月
Alfons Goppel (CSU)	CSU, (BP)	1962年12月～1966年12月
	CSU	1966年12月～1970年12月
	CSU	1970年12月～1974年11月
	CSU	1974年11月～1978年11月
Franz Josef Strauß (CSU)	CSU	1978年11月～1982年10月
	CSU	1982年10月～1986年10月
	CSU	1986年10月～1988年10月
Max Streibl (CSU)	CSU	1988年10月～1990年10月
	CSU	1990年10月～1993年 6 月
Edmund Stoiber (CSU)	CSU	1993年 6 月～1994年10月
	CSU	1994年10月～1998年10月
	CSU	1998年10月～2003年10月
	CSU	2003年10月～2007年10月
Günther Beckstein (CSU)	CSU	2007年10月～2008年10月
Horst Seehofer (CSU)	CSU, FDP	2008年10月～2013年10月
	CSU	2013年10月～

* バイエルン州政府のウェブサイト (<http://www.bayern.de/Kabinette-seit-1945-316/index.htm>) 等 に 基 づ き 作 成。WAV = Wirtschaftliche Aufbau-Vereinigung, GB/BHE = Gesamtdeutscher Block / Bund der Heimatvertriebenen und Entrechteten, BP = Bayernpartei

論 説

【表 7】 バイエルン州議会議員選挙における CSU の選挙結果

回	年 月 日	CSU 獲得票割合	CSU 獲得議席数	影 響
1	1946年12月 1 日	52.3%	104／180 (過半数)	第一次 Ehard 内閣
2	1950年11月26日	27.4%	64／204 SPD：63	第三次 Ehard 連立内閣
3	1954年11月28日	38.0%	83／204 SPD：61	第二次 Hoegner 連立内閣
4	1958年11月23日	45.6%	101／204 SPD：64	Seidel 連立内閣継続(第二次)
5	1962年11月25日	47.5%	108／204 (過半数)	第一次 Goppel 内閣
6	1966年11月20日	48.1%	110／204 (過半数)	
7	1970年11月22日	56.4%	124／204 (過半数)	
8	1974年10月27日	62.1%	132／204 (過半数)	
9	1978年10月15日	59.1%	129／204 (過半数)	
10	1982年10月10日	58.3%	133／204 (過半数)	
11	1986年10月12日	55.8%	128／204 (過半数)	
12	1990年10月14日	54.9%	127／204 (過半数)	
13	1994年 9 月25日	52.8%	120／204 (過半数)	
14	1998年 9 月13日	52.9%	123／204 (過半数)	
15	2003年 9 月21日	60.7%	124／180 (2／3超)	
16	2008年 9 月28日	43.4%	92／187 SPD：39	第一次 Seehofer 連立内閣
17	2013年 9 月15日	44.7%	101／180 (過半数)	第二次 Seehofer 内閣

*Bayerisches Landesamt für Statistik und Datenverarbeitung のウェブサイト
(<http://www.wahlen.bayern.de/landtagswahlen/>) に基づき作成。

は約11%であり、しかも違憲と判断されたものの3分の2以上は、地方の条例のような適用範囲が限定された法令ではなく、州法律や州政府の法規命令である。⁽⁵⁰⁾ もちろん違憲判決といってもその内実は多様であり、政府の意向に沿った違憲判決というものも考えうるところである。⁽⁵¹⁾ 更に立ち入った検討が必要といえるが、政権政党 (CSU) にとって不本意な判決も下されていることは指摘されるべきであろう。例えば、官吏の寡婦にのみ遺族年金を認め、寡夫には認めていなかった官吏法の規定を違

(50) Huber, a.a.O.(Anm.49), S.68.

(51) 見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス』(成文堂、2012年)。

憲とした1960年の判決（VerfGH 13, 89）は代表的なものと言えるであろう。

第二節 権限

権限については、まず、連邦レベルのものとはほぼ同様でありながら、制度趣旨に関わるような相違を見せる規範統制（具体的規範統制及び抽象的規範統制）について検討する（a）。次に、民衆訴訟との対比を念頭に置きつつ憲法異議について扱う（b）。最後に、バイエルン憲法裁判所の特徴である民衆訴訟について詳しく見ていくこととする（c）。

（a）規範統制

既に本稿（一）で見たように、連邦憲法裁判所とバイエルン憲法裁判所では、具体的規範統制・抽象的規範統制ともに制度趣旨に相違がみられ、その結果として規範統制の対象となる法令の範囲が正反対となっていた（【表2】参照）。この点について、より詳しく見ていくこととする。

具体的規範統制の制度趣旨としては、何よりも（i）憲法解釈の統一性の確保、即ち個々の裁判所による憲法判断の分裂を防止し、憲法裁判所により統一的な憲法判断を行うことが挙げられる（法治国家的観点⁽⁵²⁾）。しかし、連邦レベルではそれに加えて、（ii）民主的立法者の意思の尊重、即ち議会の定めた法律を各裁判所が違憲と判断してその適用を拒否することを防止することも挙げられる（民主主義的観点⁽⁵³⁾）。そして、（ii）の観点から、具体的規範統制の対象となるのは基本法制定以後の形式的意

(52) この点で、実際には各裁判所（専門裁判所）が「憲法適合的解釈」という形で頻繁に違憲審査権を行使しており、そこに——土井真一「法の支配と司法権」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ』（有斐閣、1998年）79頁以下のモデルに依拠して——「法治国家」から「法の支配」への転換を読み取ろうとする、毛利透「法治国家」から「法の支配」へ」法学論叢156巻5・6号（2005年）330頁以下をも参照。

(53) BVerfGE 1, 184 (197ff.)〔ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅰ

味の法律に限られると解されている。⁽⁵⁴⁾ 逆に言えば、法律ではない法規命令等や、法律であっても基本法制定以前の法律については、各裁判所が自己の判断で違憲と判断し、適用を拒否できるのである。それに対してバイエルン憲法裁判所においては——もちろん (ii) の民主主義的観点が重要でないわけではないが——主として (i) の法治国家的観点が挙げられ、したがって形式的意味の法律に限られず、あらゆる種類の法令（当然ながらバイエルン州法に限定される）が含まれるとされるのである。⁽⁵⁵⁾

抽象的規範統制の制度趣旨として、連邦レベルでは、「基本法93条1項2号に基づく規範統制〔抽象的規範統制〕においては、憲法の番人としての連邦憲法裁判所の任務が何よりも重要となる。連邦憲法裁判所は、基本法が連邦又は州の法令によって、形式的にも実質的にも侵害されないよう……監視する」(BVerfGE 1, 184 [195])、「憲法保障のための客観的手続」(BVerfGE 1, 396 [407])といった判例からも了解できるように、客観的憲法保障、即ち違憲の法令を無効とすることによって憲法に違反する下位の法令から憲法自身を護ることが挙げられる。そして、これこそが権利保障を主たる目的とするアメリカ型司法審査制に対して、憲法保障を目的とするドイツ型憲法裁判所を特徴づける権限だとされ、連邦憲法裁判所が「憲法の番人」であることを最も特徴づける権限だと位置づけられてきた。⁽⁵⁶⁾ したがって、対象となる法令は憲法より下位のあらゆる

〔第2版〕(信山社、2003年) 538頁以下(畑尻剛)；4, 331 (340)；42, 42 (49f.)；63, 131 (141)；68, 337 (344f.)；86, 71 (77)；97, 117 (122) usw.

(54) BVerfGE 1, 184；2, 124.

(55) VerfGH 4, 63 (70)；*Josef Wintrich*, Die Rechtsprechung des bayerischen Verfassungsgerichtshofs, in: Hermann Wandersleb (Hrsg.), Recht, Staat, Wirtschaft 4.Bd., 1953, S.140；*Lindner*, a.a.O.(Anm.2), S.195 (Rn.532). 制度趣旨として「法令の権威の尊重」が挙げられることもある (VerfGH 48, 149 [152f.]).

(56) *Hartmut Söhn*, Die abstrakte Normenkontrolle, in: a.a.O.(Anm.37),

る法令（基本法改正法律も含む）だとされてきた。それに対して、バイエルン憲法裁判所においては、「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」と理解されているのである。そして、この制度趣旨から、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と解されているのである。連邦の抽象的規範統制と対比した場合、バイエルン憲法裁判所の抽象的規範統制は、予防的抽象的規範統制も認められているという点において時間的には拡張しているが、対象の面では限定されているのである。⁽⁵⁷⁾

以下、具体的規範統制・抽象的規範統制それぞれについて、ごく簡単にではあるが、順に検討していく。

①具体的規範統制 連邦レベルでは形式的意味の法律に限定されるのに対して、バイエルンではあらゆる種類の法令が含まれると理解されている。その相違は、——連邦憲法裁判所の過剰負担の回避という本当は最も重要かもしれない現実的な理由を別とすれば——具体的規範統制の制度趣旨として、(i) 憲法解釈の統一性の確保という法治国家的要請に加えて、(ii) 民主的立法者の意思の尊重という民主主義的要請を考慮するか否かという点にかかっている。ここでその優劣・当否について判断することはできない。連邦憲法裁判所とバイエルン憲法裁判所では地位も任務も異なるので、相違があっても問題ないという見解にも、後述の

BVerfG und GG Bd.1, S.294f.; 森保憲「抽象的規範統制」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）399頁以下。

(57) 本稿（一）で現行制度を概観する際には、バイエルン憲法裁判所においては制度趣旨の観点から提起権者の面でも限定があると述べたが、それは当事者能力だけでなく当事者適格も要求されるという話であって、抽象的規範統制に関して連邦憲法裁判所と対比すれば、提起権者の範囲は連邦（基本法93条1項2号）の場合よりも圧倒的に広い（州議会の委員会、会派、個々の議員等にも提起が認められる）。

(58) BVerfGE 1, 184 (199).

⁽⁵⁹⁾
【裁判所による移送】

バイエルンの裁判所（裁判権・審級を問わない）が、

①連邦の法律が基本法に違反すると考えた場合

連邦憲法裁判所に移送する

②連邦の法規命令が基本法に違反すると考えた場合

自ら違憲と判断し、法規命令を適用しない＝移送は許されない

③州の法律が基本法に違反し、州憲法には適合すると考えた場合

連邦憲法裁判所に移送する

④州の法規命令が基本法に違反し、州憲法には適合すると考えた場合

自ら違憲と判断し、法規命令を適用しない＝移送は許されない

⑤州の法律が基本法には適合するが、州憲法に違反すると考えた場合

州憲法裁判所に移送する

⑥州の法規命令が基本法には適合するが、州憲法に違反すると考えた場合

州憲法裁判所に移送する

⑦州の法律が基本法にも州憲法にも違反すると考えた場合

基本法違反を理由として連邦憲法裁判所に移送することも、州憲法違反を理由として州憲法裁判所に移送することも、同時に両方に移送することもできる。

(a) どちらか一方の憲法裁判所に移送した場合

(1) 移送を受けた憲法裁判所が違憲と判断した場合には、法律は無効となり、裁判所は当該法律を適用することができないし、他方の憲法裁判所への移送もできない

(2) 移送を受けた憲法裁判所が合憲と判断した場合には、改めて他方の憲法裁判所へ移送することができる（基本法に基づいて審査するか、州憲法に基づいて審査するかが異なるため、別の結論になっても問題はない）

(b) 同時に両方に移送した場合

(1) 一方の憲法裁判所が違憲と判断した場合には、他方の手続の「裁判にとっての必要性」要件が欠けることとなり、移送は不適法となる

(2) 一方の憲法裁判所が合憲と判断した場合でも、他方の手続は影響を受けない（基本法に基づいて審査するか、州憲法に基づいて審査するかが異なるため、別の結論になっても問題はない）

⑧州の法規命令が基本法にも州憲法にも違反すると考えた場合

次の(a)(b)の可能性がある。どちらを選んでもよいという見解と、(a)を優先すべきとする見解に分かれている。

(a) 基本法に違反するものと判断し、連邦法に違反するが故に州憲法との適合性を問題とするまでもなく無効であり、州憲法裁判所へ移送せずに、自ら違憲と判断し、法規命令を適用しない

(b) 州憲法違反を理由に州憲法裁判所へ移送する

ように確かに一理ある。しかし、このような相違のために、裁判所による移送の可否及び移送先が極めて複雑になってしまっているのも事実であり（【裁判所による移送】参照）、これにEU法の問題（欧州連合の運営に関する条約〔AEUV〕267条）も加わってくるとなると複雑さは倍増する。このような状況が望ましいか否かは大いに問題である。また、法律よりも下位の法令について、バイエルン州の裁判所が、基本法適合性については自ら判断でき、基本法違反と判断した場合には適用を拒否できるのに対して、バイエルン憲法適合性の場合には憲法裁判所への移送が必要というバランスの悪さも違和感のあるところである（特に行政裁判所法〔VwGO〕47条に基づく高等行政裁判所〔VGH〕による規範統制に際しての移送の問題を考慮に入れると、バランスの悪さが際立つ）。

注目すべきは、連邦レベルにおいて、(ii) 民主的立法者の意思の尊重という要請から対象を形式的意味の法律（しかも基本法制定以後の法律）に限定するため、具体的規範統制制度の重要な目的である (i) 憲法解釈の統一性の確保という要請はその分実現できなくなるが、その点については抽象的規範統制によってカバーされると考えられていることである。即ち、「基本法の枠内における規範統制全体の意義及び連邦憲法裁判所に割り当てられた任務の意義」⁽⁶¹⁾から個々の権限の役割を考えるべきだとされているのである。この様な考え方からすれば、全体の権限が異なれば、個々の権限の役割（意義・目的）も、たとえ同様の権限であったとしても、異なってくる可能性がありうる。したがって、民衆訴訟の権限をも有するバイエルン憲法裁判所と、民衆訴訟が認められていない連邦憲法裁判所では、同じく抽象的規範統制や憲法異議といっても、その

(59) *Lindner*, a.a.O.(Anm.2), S.199f. (Rn.542) に基本的に依拠しつつ、記述の順番を変える等若干の変更を加えている。

(60) BVerfGE 1, 184 (199). 参照、BVerfGG76条1項2号。

(61) BVerfGE 1, 184 (195).

役割（意義・目的）が異なってくるのは、むしろ当然のこととなってくる。

この考え方は次の二点で重要である。第一に、全体の権限と切り離して個々の権限の役割を考えても無意味だということである。したがって例えば、全体の権限と切り離しておよそ抽象的規範統制なるものの本来の制度趣旨などというものを探求しても意味をなさないということになる。そのことは同時に、連邦レベルの抽象的規範統制とバイエルン憲法の抽象的規範統制のどちらが本来の姿でどちらが逸脱形態かを定めることはできないということをも意味する（本稿もバイエルン憲法のものが本来の姿で連邦のものは不純な逸脱形態だと論じるものではない）。第二に、抽象的規範統制においても憲法異議においても、連邦のものとバイエルン憲法のものでは相違が見られるが、こうした観点からその相違を説明できるのではないか、という視座を提供してくれることである。以下ではこうした観点から、抽象的規範統制、次いで憲法異議について見ていくこととする。

②抽象的規範統制 「具体的規範統制」の憲法裁判所法上の正式名称は「裁判官による移送（Richtervorlagen）」であり、ここで問題とする「抽象的規範統制」の正式名称は「（憲法改正に関する）意見の相違（Meinungsverschiedenheiten）」である。そして実際にバイエルン憲法において抽象的規範統制は、あらゆる法令の合憲性を審査（して違憲な法令を無効とすることによって憲法を保障）する制度としてではなく、まさしく「立法手続に関与した者の間の意見の相違」について裁判するものとして位置づけられているのである。⁽⁶²⁾そのため、連邦憲法裁判所の抽象的規範統制とは異なる点も少なくない。既に本稿（一）で現行制度の概要について概観した際に指摘したもの以外にも次の点を挙げることができる。

(62) VerfGH 25, 97 (109f.).

まず、既に見たように手続的には機関争訟で争うことが予定されているため、連邦の抽象的規範統制のように相手方のいない客観的手続ではなく、対審手続が採られている。

次に、連邦の抽象的規範統制の場合のように、申立人の主張に拘束され⁽⁶³⁾ずに、あらゆる観点から合憲性を審査するのではなく、連邦の機関争訟の場合と同様に当事者の申立に拘束され⁽⁶⁴⁾ると解されている⁽⁶⁵⁾。

このように連邦の抽象的規範統制とはかなり様相を異にしており、確かに具体的な訴訟事件とは無関係に法律の合憲性を審査するものであるとはいえ、同じく「抽象的規範統制」と呼んでよいものか、疑念も生ずるところである。特に、抽象的規範統制こそがアメリカ型付随的審査制と対置されるドイツ型憲法裁判所制度を特徴づける権限であり、「憲法の番人」としての性格を最も顕著に示す権限だというイメージを持っている場合にはなおさらである。

むしろ、連邦の抽象的規範統制に比すべきものとしては、バイエルン憲法では民衆訴訟の方がふさわしいとも言える。民衆訴訟は、客観的憲法保障を目的としており、あらゆる法令を対象とし、相手方のいない客観的手続において、当事者の申立に拘束されずにあらゆる観点から合憲性が審査されるのである。自己の基本権侵害に関係なく誰でも (quavis ex populo) 提起できるので「民衆訴訟 (Popularklage)」と呼ばれているが、具体的事件と無関係に法令の合憲性を審査するという側面に着目すれば紛れもなく抽象的規範統制である。提訴権者に限定はなく誰でも提起できるのであり、まさしく「誰でも提起できる抽象的規範統制」と

(63) BVerfGE 39, 96 (106) ; 93, 37 (65) usw.

(64) BVerfGE 1, 14 (41) ; 37, 363 (396f.) ; 86, 148 (211), 101, 239 (257) usw.

(65) BVerfGE 2, 347 (367f.) ; 68, 1 (63) ; 73, 1 (28) usw.

(66) VerfGH 2, 181 (199) ; 21, 110 (115) ; 25, 97 (107) usw. もっとも、この限界内では、あらゆる観点から合憲性を審査する。VerfGH 3, 115 (122) ; 25, 97 (114) usw.

評することができる。⁽⁶⁷⁾元来の憲法上の根拠は「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」と定める憲法98条4文であり、この条文からは多様な制度設計の可能性がありうるところである。詳しくは後に本稿（三）で扱うが、憲法裁判所法によって民衆訴訟として制度化されており（法2条7号・55条）、実際の運用においては、特に次の三点において一般的な規範統制として機能している。

（i）既に本稿（一）で見たように、民衆訴訟の提起には、自己の基本権である必要はないが、ともかく基本権の侵害を主張することが必要とされている。しかし、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のである。例えば、法治国家原理違反を主張するだけでは民衆訴訟を提起することはできないが、訴訟の適法性が認められた後は、法治国家原理違反についても審査される。また、プログラム規定と解される憲法規定は、個人に主観的権利を保障するものではなく、したがって当該規定違反の主張では民衆訴訟の適法性は認められないが、訴訟の適法性が認められた後には、プログラム規定違反か否かについても審査される。⁽⁶⁸⁾後者は、プログラム規定の意義、日本で流布している「プログラム規定説と呼ばれるもの」について再考を迫るものといえる（プログラム規定の多かったワイマール憲法の下では裁判所の違憲審査権が十分に確立されておらず、それが確立された基本法の下ではプログラム規定が存在しないため、「プログラム規定の裁判規範性」という問題は本来未解明というべ

(67) *Bernhard Kempen*, in: Becker/Heckmann/Kempen/Manssen, *Öffentliches Recht in Bayern*, 5.Aufl. 2011, S.50 (Rn.219). Vgl. auch *Holzheid*, a.a.O. (Anm.9), S.74.

(68) VerfGH 17, 30 (38). *Judith Müller*, in: Theodor Meder / Winfried Brechmann (Hrsg.), *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 5.Aufl. 2014, S.788f. (Art.98 S.4 Rn.29).

きである)。

(ii) 更に、民衆訴訟の提起には基本権侵害の主張が必要とされている点に関しては、バイエルン憲法101条についても、基本法2条1項と同様に、「一般的行為自由 (allgemeine Handlungsfreiheit)」を保障するものと解されていることが大きな意味をもつ。というのも、一般的行為自由説は憲法裁判所の機能を「基本権の番人から憲法全体の保障へと拡大する」⁽⁶⁹⁾ものだからである(もちろん、欠缺なき基本権保障という観点からの重要性も看過されるべきではない。例えば、バイエルン憲法においては基本法12条に相当する職業の自由に関する明文の保障規定がなく、基本法101条によってカバーされている⁽⁷⁰⁾)。バイエルン憲法裁判所は、市町村 (Gemeinde) に対する財産権の保障のように、連邦憲法裁判所とは異なる解釈を示すこともあるが、基本権の実体的解釈論に関しては概ね連邦憲法裁判所の判例に準拠している(そのため理論的には面白くないが受験生にとってはありがたいとも言われる⁽⁷¹⁾)。しかし、この一般的行為自由説に関してはバイエルン憲法裁判所の方が先に判断を示している⁽⁷²⁾のであり、ここでもバイエルン憲法の模範性(連邦への影響)が指摘されている⁽⁷³⁾。もともとバイエルン憲法101条は「何人も、法律及び良俗⁽⁷⁴⁾

(69) VerfGH 22, 34 (39) ; 30, 109 (119) ; 34, 40 (46) ; 42, 156 (165) ; 52, 159 (163f.) usw.

(70) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/2, 1994, S.1289.

(71) VerfGH 35, 56 (67) ; 42, 174 (183) ; 56, 1 (10) usw.

(72) VerfGH 37, 101 (105ff.) ; BVerfGE 61, 82 (100ff.) [前掲『ドイツの憲法判例 I』341頁以下(廣田全男)] usw.

(73) Vgl. Lindner, a.a.O.(Anm.2), S.148 (Rn.345).

(74) Wolfgang Knies, Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“, in: Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S.1172 ; Ekkehard Schumann, Die Aufwertung der Verfassungsbeschwerde im Elfes-Urteil und im Lissabon-Urteil des Bundesver-

の制限内において、他人を害しないすべてのことを行う自由を有する」という条文であり、基本法 2 条 1 項のように「アクロバットの解釈⁽⁷⁵⁾ (Auslegungsakrobatik)」と評されるような解釈を施すまでもなく、一般的行為自由を保障するものであるという解釈が素直に成立しやすいものであった。実際、1951年 3 月10日及び 7 月20日の判決において既に、憲法101条は、同条所定の制限内において一般的行為自由を保障したものであるという解釈が示されていたのである⁽⁷⁶⁾（特に前者は「バイエルン憲法101条から人格を自由に発展させる権利（基本法 2 条 1 項及び19条 2 項参照）が導かれる」と述べた上で、一般的行為自由を保障するものと解釈している点において興味深い）。そして、このように憲法101条によって一般的行為自由が保障されるため、客観的な違憲を基本権侵害として構成する可能性が生じてくるのである（“Elfes-Logik”⁽⁷⁷⁾ = 基本法 2 条 1

fassungsgerichts, in: Perspektiven des Öffentlichen Rechts, Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht, 2011, S.53–55. 後者は特にヴィントリッヒの重要性を指摘する。

(75) *Peter Lerche*, Bayerische Verfassung heute, in: a.a.O.(Anm.9), 50 Jahre Bayerische Verfassung, S.161.

(76) VerfGE 4, 30 (39) ; 4, 150 (161). これらの裁判には、後に1957年 1 月16日のエルフェス判決 (BVerfGE 6, 32 [前掲『ドイツの憲法判例 I』42頁以下 (田口精一)]) で第一法廷の裁判長を務めたヴィントリッヒが関与している (GVBl. 1951, S.43, S.139)。エルフェス判決が採用した解釈により、基本法 2 条 1 項にはバイエルン憲法101条が有する意味内容が与えられることとなる (*Josef Wintrich*, Zur Problematik der Grundrechte, 1957, S.26 Fn.55)。Vgl auch *Wintrich*, Zur Auslegung und Anwendung des Art.2 Abs.1 GG, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, 1958, S.1ff. bes. S.4ff. エルフェス判決が、他の多くの判例のように学説を引証せずに、専ら制定史に依拠して論を進めている点にも注目すべきであろう。【表 8】からも明らかのように、基本法 2 条 1 項の起源となるヘレンキームゼー草案 2 条 2 項はバイエルン憲法101条と——「法律」が「法秩序」となっている点を除いて——全く同一である。

(77) Vgl. *Christoph Goos*, in: Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 3.Aufl. 2011, S.25f. (§2 Rn.58ff.) ; *Kempen*, a.a.O.(Anm.67), S.58 (Rn.243).

【表 8】 対照表

バイエルン憲法	ヘレンキームゼー草案	基本法
101条 何人も、法律及び良俗の制限内において、他人を害しないすべてのことを行う自由を有する。	2条2項 何人も、法秩序及び良俗の制限内において、他人を害しないすべてのことを行う自由を有する。	2条1項 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法秩序又は道德律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。

項によれば一般的行為自由は憲法に適合する法秩序によって制限される。逆に言えば、憲法に適合しない法秩序によっては制限されえないのであり、行為自由を制限するためには形式的にも内容的にも憲法に適合している必要がある。⁽⁷⁸⁾ 行為自由を制限する法規範が形式的に又は内容的に憲法規定や憲法原則に反する場合には、基本法2条1項の基本権を侵害する。⁽⁷⁹⁾ したがって、何人も自己の行為自由を制限する法規範が形式的に又は内容的に憲法規定や憲法原則に反するか否かを基本権侵害の問題として憲法異議で争うことができる）。即ち例えば、単なる法治国家原理違反では民衆訴訟は認められないが、法治国家原理に反する法令によって誰かの何らかの行為自由が制限されている場合には、憲法101条の保障する基本権を侵害するという主張によって民衆訴訟の提起が可能となるのである。⁽⁸⁰⁾ まさしく一般的行為自由説の意義は——「森林での乗馬」

(78) Vgl. BVerfGE 29, 402 (408) ; 42, 20 (27f.) usw. 櫻井智章「基本権論の思考構造（一）」法学論叢155巻3号（2004年）123頁以下。

(79) 例えば、問題の法令は法治国家原理（憲法3条1項）に違反するが故に憲法秩序には属さず、行為自由を違憲に制限するものであり、憲法101条に違反する、としたVerfGH 36, 56 (69) を参照。連邦ではBVerfGE 41, 231 (243) を参照。本稿との関係では、州法の州憲法適合性は州憲法裁判所の任務であるから、「問題の州法が州憲法に違反するが故に憲法秩序には属さず、基本法2条1項に違反する」という主張については、連邦憲法裁判所は審査しないとしたBVerfGE 41, 88 (118f.) をも参照。

(80) Vgl. VerfGH 33, 130 (133) ; 50, 226 (243) ; Bastin Bohn, Das Verfassungs-
(甲南法学'15) 55-3-61 (177)

事件の少数意見におけるグリム裁判官の批判とは逆に——「法治国家原理の主観化 (Subjektivierung des Rechtsstaatsprinzips)」にこそあると⁽⁸¹⁾
いうことができる。⁽⁸²⁾

(iii) 州憲法裁判所は州の行為の州憲法適合性について審査するのが任務であり、審査の基準は州憲法である。州憲法の解釈を担当するのが州憲法裁判所であり、連邦の基本法の解釈を担うのは連邦憲法裁判所である。では、州憲法裁判所は基本法の解釈をすることはないのか。問題と⁽⁸³⁾されている州法律が基本法の立法管轄の規定 (73条・74条等) に反する場合、州政府の法規命令の根拠となる連邦法律が基本法80条1項の要件を充たしていない場合、更には基準とすべき州憲法自体が基本法に反する場合、等々の場合には、州憲法裁判所も基本法の解釈に立ち入らざるを得ないのではないか。基本法においても州憲法裁判所が基本法を解釈し⁽⁸⁴⁾うることが前提とされている (100条3項)。この点に関するバイエルン憲法裁判所の判例は揺れ動いている。⁽⁸⁵⁾ 民衆訴訟においては、州の法令の州憲法適合性を審査するのであり、州法の基本法適合性は基本法100

prozessrecht der Poplarklage, 2012, S.139f. ; *Ronald Fleury*, Verfassungsprozessrecht, 9.Aufl. 2012, S.30f. (Rn.143ff.) ; *Wolff*, a.a.O.(Anm.5), S.628 (Art.98 Rn.37).

(81) BVerfGE 80, 137 (167f.) [ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ [第2版]』(信山社、2006年) 31頁以下 (平松毅)]。

(82) シューマンは「法治国家原理の主観化」こそがエルフェス判決の“Meisterleistung (傑作、匠の技)”であると指摘する (*Schumann*, a.a.O.[Anm.74], S.58, 75f.). Vgl. auch *Michael Sachs*, in: Stern, a.a.O.(Anm.70), Staatsrecht III/2, S.416.

(83) この問題については、*Goos*, a.a.O.(Anm.77), §12 が要領のよい概観を与える。

(84) BVerfGE 60, 175 (206f.) ; 69, 112 (117).

(85) BVerfGE 103, 332 (352ff.) に、バイエルン憲法裁判所の見解が、判例の変遷とともに、まとめられている。Vgl. auch *Peter Lerche*, Probleme der Vorfragekompetenz in der Judikatur des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, in: a.a.O. (Anm.31), Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, S.247ff.

条 1 項（具体的規範統制）の意味における先決問題（Vorfrage）ではなく、したがって審査も（連邦憲法裁判所への移送も）しない、というの⁽⁸⁶⁾が憲法裁判所の基本的な判例である。しかし、基本法をはじめとする連邦法や EU 法に違反するような場合には、法治国家原理（憲法 3 条 1 項 1 文）に違反するという形で、あくまでも直接的な審査の基準は州憲法のみである（主文には州憲法に違反するか否かが示される⁽⁸⁷⁾）という原則を維持しつつも、連邦法や EU 法についても間接的な審査の基準として機能している⁽⁸⁸⁾のである。

このように見てくると、連邦の抽象的規範統制に相当するもの（Gegenstück）としては、バイエルン憲法においては民衆訴訟であるという見解にも十分な根拠があるものといえることができる。実際、連邦とバイエルンの憲法訴訟法を対象とした教科書では、「抽象的規範統制」という表題の下で連邦の抽象的規範統制とバイエルンの民衆訴訟を扱い、バイエルンの抽象的規範統制（意見の相違）については「その他の手続」⁽⁸⁹⁾で扱っているものもある程である。しかし、次の点には注意が必要である。

（i）バイエルンの民衆訴訟と連邦の抽象的規範統制は、客観的憲法保障という点では共通するとしても、規範統制を国民の側から提起できるか、国家機関の側からしか提起できないか、という問題は、理念的にはやはり大きな相違ではないか。この相違を無視して両者を同列に扱ってよいものか否かは、それ自体一つの大きな問題であるといえる。

（ii）連邦レベルの抽象的規範統制も、ヘレンキームゼー草案において

(86) VerfGH 26, 28 (34) ; 29, 191 (201) ; 58, 1 (21f.) usw.

(87) Vgl. BVerfGE 69, 112 (118).

(88) VerfGH 29, 191 (201f.) ; 41, 59 (64f.) ; 43, 107 (120f.) ; 45, 33 (40f.) ; 50, 76 (98f.) usw.

(89) *Fleury*, a.a.O.(Anm.80), S.21ff., S.95.

は、「法律が基本法に従って成立したか否か、又は提案された法律が105条から108条まで〔基本法改正等〕に該当するか否かに関する意見の相違について」(98条5号)と表現されていたのであり、「立法手続において成立しうる意見の相違」について裁判するものと理解されていたのである⁽⁹⁰⁾ (【表9】参照)。現在でも——ワイマール憲法13条2項の表現を引き継いだ形で——「意見の相違」という表現は残されている(基本法93条1項2号・BVerfGG13条6号)が、大きな意味をなしていない。そもそも「意見の相違」を争うのであれば、対審手続で争う方が適格的であろう。

(iii) 客観的憲法保障という点では民衆訴訟の方が優れているといえることができる。そもそも違憲の法令から憲法を護ること(客観的憲法保障)を目的とするのであれば、提起権者の限定はこの目的に適合しない。この目的を達成することだけを考えるのであれば、職権による裁判をも認めることが最も適格的であるが、権力のバランス等他の要請をも考慮して、あくまでも《裁判所》として性格づけることにより、職権による裁判を否定し、誰かによる提起を要件とする⁽⁹²⁾というのは一つの見識であるといえる(憲法98条4文の文言からすれば職権による裁判の可能性も否

(90) Deutscher Bundestag und Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949 Akten und Protokolle Bd.2, 1981, S.555, S.600. 初宿正典「ヘレンキームゼー草案(三)裁判に関する部分」愛知教育大学社会科学論集22号(1982年)249頁以下。【表9】からもわかるように、ヘレンキームゼー草案は、基本法よりもバイエルン憲法に類似しているといえる(連邦国家的争訟がバイエルン憲法に存在しないのは、事の性質上当然である)。この点については本稿(三)で再び言及する。

(91) Hans Holtkotten, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art.93 Entstehungsgeschichte S.8 (März 1982).

(92) Vgl. Karl August Bettermann, Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.371f.; 櫻井智章「行政と司法の理論的区分に関する試論」

バイエルン憲法裁判所について（二）

【表 9】対照表

ヘレンキームゼー草案	バイエルン憲法	基本法（1949年当時）
第 8 章「連邦憲法裁判所」	第 5 章「憲法裁判所」	第 9 章「裁判」
97条 連邦憲法裁判所は、最高の連邦裁判所又は最高の連邦裁判所の 1 つである。連邦憲法裁判所は、連邦国法の問題について管轄する。	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。	
98条 連邦憲法裁判所は次の事項について裁判する。		93条 1 項 連邦憲法裁判所は次の事項について裁判する。
1 号 連邦大統領（連邦首脳部の構成員）に対する弾劾について（85条）	61条 1 項 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〕	〔関連規定：61条 1 項 連邦議会又は連邦参議院は、連邦大統領が基本法又はその他の連邦法律に故意に違反したことを理由として、連邦憲法裁判所に訴追することができる。〈以下略〉〕
2 号 最高連邦機関又はこの基本法によって固有の権利を付与されたそれらの部分〈Teile〉の間の憲法争訟について	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〈Teile〉の間の憲法争訟について裁判する。	1 号 最高連邦機関の、又はこの基本法若しくは最高連邦機関の議事規則によって固有の権利を付与された他の関係者〈Beteiligte〉の権利及び義務の範囲に関する争訟を契機とするこの基本法の解釈について
3 号 連邦と州の間及び諸州の間の公法上の争訟について（44条）		4 号 他に裁判で争う方法が与えられていない限りで、連邦と州の間、異なる州の間、又は州の内部におけるその他の公法上の争訟において
4 号 裁判所の提起に基づいて連邦法律若しくは州法律とこの基本法との不適合性又は州法律と連邦法律との不適合性について（137条）	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） 〔92条 = 裁判官による移送〕	〔関連規定：100条 1 項 裁判所は、裁判に際して効力が問題となっている法律を憲法違反と考えるときは、手続を中止し、かつ……この基本法に対する違反が問題となっているときは連邦憲法裁判所の裁判を求めなければならない。〈以下略〉〕

論 説

<p>5号 法律が基本法に従って成立したか否か、又は提案された法律が105条から108条までに該当するか否か、に関する意見の相違について（110条）</p> <p>〔105条～108条＝基本法改正等の手続〕</p>	<p>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、に関する意見の相違は、バイエルン憲法裁判所が裁判する。</p>	<p>2号 連邦政府、州政府、又は連邦議会議員の3分の1の申立に基づき、連邦法若しくは州法とこの基本法との形式的及び実質的な適合性、又は州法とその他の連邦法との適合性に関して意見の相違又は疑義がある場合</p>
<p>6号 政党の違憲性について（47条4項）</p>	<p>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）。</p>	<p>〔関連規定：21条2項2文〈政党の〉違憲の問題については連邦憲法裁判所が裁判する。〕</p>
<p>7号 連邦議会選挙の有効性及び連邦議会議員資格の喪失について（51条）</p>	<p>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）。</p>	<p>〔関連規定は41条2項 連邦議会の決定に対しては、連邦憲法裁判所に異議を申し立てることができる。〕</p>
<p>8号 この基本法によって保障された基本権の侵害を理由とする異議について（…条）</p>	<p>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）。</p>	<p>〔1949年当初は規定なし、1969年改正以降は93条1項4a号 公権力によって自己の基本権の1つ、又は20条4項、33条、38条、101条、103条及び104条に含まれる権利の1つを侵害されていると主張して何人でも提起することができる憲法異議について〕</p>
<p>9号 基本権を援用する権利の喪失について（20条2項）</p>		<p>〔関連規定：18条2文〈基本権の〉喪失とその程度については、連邦憲法裁判所が宣告する。〕</p>
<p>10号 調査委員会に対する異議について（57条5項）</p>		
<p>11号 連邦法律によって割り当てられた個別の事案において</p>	<p>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。</p>	<p>93条2項 連邦憲法裁判所は、さらに連邦法律によって割り当てられた事案において活動する。</p>

定されず、実際、ヘーグナーは職権による裁判を導入しようとしていた⁽⁹³⁾。さらに、裁判所の能力を十分に活かすために、審査の対象を真に「審査に値する（prüfungswürdig）」ものだけに限定することにも一理あり、そのために提起権者に何らかの限定を加えることも合理的な制度設計であるといえる⁽⁹⁴⁾。しかし、そうだととしても、連邦レベルのように連邦政府、州政府、連邦議会議員の4分の1に限定すること（基本法93条1項2号）が適切か否かは大きな問題である。連邦議会の野党議員や野党が政権を握る州政府による抽象的規範統制の提起を誘発するだけで、いたずらに司法を政治化するだけではないのか。この点については、本稿（三）で民衆訴訟について検討する際に再び言及する。

先に見た「全体の権限から個別の権限の意義・役割を考える」という視点から見れば、バイエルンにおいては民衆訴訟があるからこそ、抽象的規範統制は「意見の相違」の解決と純粹化して捉えられていると考えることができる。

バイエルン憲法の観点から連邦憲法裁判所を見ると、連邦には民衆訴訟が存在しないが故に、民衆訴訟が引き受けるべき役割までも抽象的規範統制が引き受けることになっている。その結果、客観的憲法保障という目的を掲げながら、その目的には適合しない提起権者の限定がなされているものとみることができる。

大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開・上巻』（信山社、2012年）137頁。

(93) *Karl-Ulrich Gelberg*, Die Protokolle des Bayerischen Ministerrats 1945–1954, Das Kabinett Hoegner I Bd.2, 1997, S.1032f. 憲法制定州民投票と同時に行われた州議会議員選挙（1946年12月1日）の結果に基づく政権交代により、エーハルト内閣において職権による裁判の構想は否定された（*Karl-Ulrich Gelberg*, Die Protokolle des Bayerischen Ministerrats 1945–1954, Das Kabinett Ehard I Bd.1, 2000, S.68f.）。この閣議にはエーハルト内閣の司法大臣であったヘーグナーも参加しているが、特に異議をととなえていない（ebd., S.61, S.69）。

(94) Vgl. *Söhn*, a.a.O.(Anm.56), S.297.

他方、連邦憲法裁判所の観点からバイエルン憲法を見ると、まさに民衆訴訟が存在するが故に、抽象的規範統制が連邦ほど大きな意義・役割を担っていない。抽象的規範統制の数自体が多いものではないことは連邦の場合でも同じである。にもかかわらず、連邦において抽象的規範統制が大きな存在感を有しているのは、重要な憲法判例に関わる人が多いからである。バイエルンにおいては、そうした役割までも使い勝手のよい民衆訴訟に持って行かれがちである。

民衆訴訟ではなく抽象的規範統制が用いられる局面としては、(i) 予防的民衆訴訟は認められていないの⁽⁹⁵⁾に対して、予防的抽象的規範統制は可能であるから、時間的に早い段階で提起するという局面、(ii) 民衆訴訟の提起には基本権の侵害（自己の基本権に関係する必要はない）を主張することが必要であるから、基本権に関係しない統治機構の領域において法令の合憲性を争う局面、が考えられうる。しかし(i)については、仮命令制度（法26条）を活用することにより、ほぼ同様の効果を発揮させることは不可能ではない⁽⁹⁶⁾。(ii)についても、元老院の廃止や最高裁判所の廃止のような事案についても、抽象的規範統制も提起されているとはいえ、それと並んで、先述のように法治国家原理と結びついた一般的行為自由（憲法101条）や法律の前の平等（憲法118条1項）等を援用することによって民衆訴訟の提起も認められているのである⁽⁹⁷⁾。このような統治機構の領域の問題にまで民衆訴訟が(も)可能となってくれば、抽象的規範統制の存在意義は希薄とならざるを得ない。元老院が存在していた頃には、元老院は州議会の議決した法律に対し異議を提起するこ

(95) VerfGH 2, 61 (69) ; 32, 45 (50) ; 38, 71 (73) usw.

(96) 予防的抽象的規範統制の認められていない連邦の抽象的規範統制について、畑尻剛「ドイツ連邦憲法裁判所と人工妊娠中絶」城西大学研究年報人文・社会科学編17号（1993年）1頁以下を参照。

(97) VerfGH 52, 104 ; 58, 212.

とができた（憲法旧41条）が、その際に憲法違反であるという異議を提起し、州議会がその異議を考慮しなかった場合に抽象的規範統制を提起するという形で、元老院の存在意義を発揮するためにも活用することが可能であった（このこと自体、諮問的権限しかもたない、従って第二院と呼ぶことすら疑われる存在であったとしても、憲法裁判所制度と組み合わせることによって、相応の存在感を発揮することができるものとして興味深い点である⁽⁹⁸⁾）。元老院が廃止された現在では、そのような意義もなくなり、専ら野党の武器としてのみ使われるだけになるのか、それとも使われることなく衰退していくのか。もっとも、使われなくなっていたとしても、その原因が、民衆訴訟の方が使い勝手がよく、そちらが好んで用いられることにあるならば、特に問題はないと考えることもできる。

ともあれ、抽象的規範統制と民衆訴訟の対比からは、議会の野党すら違憲訴訟を提起しない場合であっても、個々の市民が違憲訴訟を提起できるという点において、市民を「客観的憲法秩序の監視人（Wächter）」に任命するものと位置づけられる民衆訴訟⁽⁹⁹⁾のもつインパクトを改めて浮き彫りにすることができる。

(98) この点で元老院の訴訟活動に焦点を合わせた *Andrea Verena Rygol*, *Die Beteiligung des Bayerischen Senats an Verfahren vor dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht*, 1989 は興味深い着眼点の Dissertation である。

(99) VerfGH 36, 56 (61) ; BVerfGE 13, 132 (141).