

バイエルン憲法裁判所について(三)・完

——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 (以上甲南法学55巻3号)

(b) 憲法異議

(c) 民衆訴訟

跋文 (以上本号)

第二章 若干の検討

第二節 権限

(b) 憲法異議

バイエルン憲法においては、何人でも州の行為による基本権侵害を憲法裁判所で争いうるという理念的観点においても、利用頻度という実際の観点においても、憲法裁判所の権限の「二本柱 (beide Säulen)」⁽¹⁾ を成

(1) *Hans Domcke*, Die bayerische Popularklage, in: Christian Starck / Klaus Stern (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit Teilband II, 1983, S.233.

【表10】 バイエルン憲法裁判所における憲法異議と民衆訴訟

	対 象	裁判体	意義・目的
憲法異議	個別行為のみ	非職業裁判官も含む	主観的権利保障
民衆訴訟	法令のみ	職業裁判官のみ	客観的憲法保障

するのが憲法異議と民衆訴訟である。一方はバイエルンの伝統的制度であり、他方はバイエルンに特有の制度である。そして、その憲法異議と民衆訴訟の間で「きれいな棲み分け」がなされている点が大きな特徴である（【表10】参照）。

ここでは、争いのある憲法異議の意義・目的について検討することとする。バイエルン憲法においても、初期の判例には、憲法異議の意義は主観的権利保障に尽きるものではなく客観的憲法保障をも目的とすることを強調するものも存在する⁽²⁾点は——これらの判例が連邦憲法裁判所の判例に影響を与えたとする指摘も存在する⁽³⁾ところであり——確かに看過されるべきではない。もっとも、それらは連邦の手続法に基づく州裁判所の判決を州憲法裁判所は破棄することができないとされていた時代の判例であり⁽⁴⁾、破棄はできず、当事者の救済にはならないとしても、違憲

(2) VerfGH 3, 67 (79) ; 11, 90 (96f.) ; 19, 61 (62) usw.

(3) *Ekkehard Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, 1963, S.113 に対する *Eckart Klein*, Zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde, DÖV 1982, S.797 Fn.4 の評価を参照。

(4) 「最高の法益としての憲法の擁護(Wahrung)という観点の下ではじめて、憲法異議もその真の(wahr)意味を獲得する」と憲法保障という観点を強調して刑事裁判所の判決を無効とした判例 (VerfGH 1, 101 [107]) に対して加えられた批判 (*Walter Roemer*, Zur Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Süddeutsche Juristen-Zeitung 1949, Sp.187ff.) を受けて、違憲確認にとどめるようになったという経緯がある。Vgl. VerfGH 3, 4 (7f.) ; *Wilfried Berg*, Kassation gerichtlicher Urteile, die in bundesrechtlich geordneten Verfahren ergangen sind, in: Starck / Stern (Hrsg.), a.a.O.(Anm.1), S.534f.

の確認には意味がある（確認を求める法的利益は失われない）という文脈であることに注意する必要がある。このような判例に対する批判⁽⁵⁾を受けて、現在（1973年以降）では、破棄も可能とされており、一般に憲法異議の第一次的な目的は主観的権利保障であると位置づけられている。もちろん、間接的・副次的には客観的憲法保障の機能も果たすが、あくまで第一次的な目的は主観的権利保障だとされているのである⁽⁷⁾。

個人の主観的権利保障を主たる目的としていることから、憲法裁判所による保護を求めるか否か、どの範囲で保護を求めるか、については当事者の自由な処分に委ねられる、つまり処分権主義が妥当すると解されている⁽⁸⁾。したがって、手続の開始に当事者の申立が必要である（法14条1項1文）ことは当然であるが、さらに、(i) 憲法裁判所による審査は、申立人の主張する（しかも申立期間内に）基本権侵害の有無に限定されると解されている⁽⁹⁾。また、(ii) 申立人による憲法異議の取下げによって

(5) *Ludwig Schäfer*, Die Kassation gerichtlicher Entscheidungen durch den Verfassungsgerichtshof, in: *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, 1972, S.259ff.

(6) VerFGH 26, 127 (138f.) ; 27, 35 (43ff.) usw. この点は連邦憲法裁判所においても認められている (BVerfGE 96, 345 [370])。Vgl. auch *Ernst Friesenhahn*, Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts Bd.1, 1976, S.765f.

(7) *Hans Zacher*, in: *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle* (Hrsg.), *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, Art.120 Rn.1 (1970) ; *Theodor Meder*, *Die Verfassung des Freistaates Bayern*, 4.Aufl. 1992, S.454 (Art.120 Rn.1) ; *Heinrich Amadeus Wolff*, in: *Lindner/Möstl/Wolff*, *Verfassung des Freistaates Bayern*, 2009, S.890f. (Art.120 Rn.2).

(8) *Zacher*, a.a.O.(Anm.7), Art.120 Rn.82.

(9) VerFGH 19, 61 (62f.) ; *Josef Franz Lindner*, *Bayerisches Staatsrecht*, 2010, S.194 (Rn.526).

憲法異議は終了するものと解されている（実際、取下げにもかかわらず公の利益を理由として憲法判断を下した例は存在しない⁽¹⁰⁾）。

他方、民衆訴訟は、間接的・副次的には主観的権利保障の機能をも果たすとしても、第一次的な目的は客観的憲法保障だとされている。職権による裁判は認められず手続の開始に申立が必要であることは民衆訴訟においても変わらない（法14条1項1文）。しかし、申立は手続を開始するための手続的要件に過ぎず⁽¹¹⁾、したがって、既に本稿（一）で見たように、（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（＝当事者の主張に拘束されず）、あらゆる観点からの憲法適合性が審査される。また、（ii）民衆訴訟が取り下げられた場合であっても、連邦憲法裁判所の抽象的規範統制の場合と同様に、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⁽¹²⁾とされている（法55条5項1文）。

注目すべきは、民衆訴訟に関するこの（i）（ii）はともに、連邦レベルの憲法異議で認められているということである。即ち、連邦の憲法異議においては、（i）基本権侵害要件を充足して憲法異議の適法性が認められた後には、主張された基本権侵害の審査に限られず、あらゆる観点からの合憲性審査が可能だとされており⁽¹³⁾、（ii）当事者が異議を取り下げ

(10) *Wolff*, a.a.O.(Anm.7), S.890f. (Art.120 Rn.2).

(11) *VerfGH* 25, 45 (47). 連邦の抽象的規範統制につき *BVerfGE* 1, 208 (219) をも参照。

(12) *BVerfGE* 8, 183 (184) ; 25, 308 (309) ; 77, 345 ; 87, 152 (153) ; 110, 33 (46) usw.

(13) *BVerfGE* 6, 376 (385) ; 17, 252 (258) ; 31, 314 (333) ; 42, 312 (325f.) ; 57, 220 (231) ; 70, 138 (162) ; 76, 1 (74) usw. Vgl. *Ernst Träger*, Zum Umfang von Prüfungsbefugnis und Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsbeschwerde-Verfahren, in: *Verantwortlichkeit und Freiheit*, Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, S.762ff. 第一法廷（基本権法

た場合であっても憲法判断を下すことが可能だとされている⁽¹⁴⁾。連邦における憲法異議の意義・目的については、主観的基本権保障に尽きるものではなく、客観的憲法保障をも目的としている(二重機能)と解されている⁽¹⁵⁾が、まさにこれらの点にその特徴が表れているといえる⁽¹⁶⁾。

以上のように、バイエルンの憲法異議と対比すれば、連邦の憲法異議は多分に客観的意義に重点を置いて運用されていると言うことができるのである。ところが、わが国においては、憲法異議の第一次的な目的を主観的権利保障と捉える見解が有力に主張されている⁽¹⁷⁾。そして、憲法異議が主観的権利保障を目的とした制度であることを前提としたうえで、そのような憲法異議が実際には連邦憲法裁判所の扱う事件のうち95%を超える圧倒的多数を占めていることから、《権利保障》を目的とするアメリカ型司法審査制と《憲法保障》を目的とするドイツ型憲法裁判制度の「合一化傾向」が教科書レベルでも指摘されている⁽¹⁸⁾。しかし、処分権主

廷)はこのような解釈・運用に否定的であることが指摘されている。*Hans-Jürgen Papier / Christoph Krönke*, Grundkurs öffentliches Recht 2, 2012, S.37 (Rn.83) (ミュンヘン大学教授でもあったパピア前長官は第一法廷であった)。

(14) BVerfGE 98, 218 [ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、2008年) 32頁以下(斎藤一久)]。申立人の死亡にも拘わらず憲法判断を下した例として、BVerfGE 124, 300 (318f.)をも参照。

(15) BVerfGE 33, 247 (258f.) ; 79, 365 (367f.) ; 85, 109 (113) ; 98, 163 (167) ; 98, 218 (242f.) ; 124, 235 (242) ; 124, 300 (318f.) ; 126, 1 (17) usw.

(16) 例えば、工藤達朗「憲法異議 総説」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) 286頁以下。初宿正典編『レクチャー比較憲法』(法律文化社、2014年) 128-9頁(櫻井智章)をも参照。

(17) 川添利幸「西ドイツにおける憲法訴願 Verfassungsbeschwerde 制度の本質」(1962年)同『憲法保障の理論』(尚学社、1986年) 177頁以下に代表される。

(18) 例えば、高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第3版〕』(有斐閣、2013年) 409頁、浦部法穂『憲法学教室〔全訂第2版〕』(日本評論社、2006年) 359頁。同趣旨の指摘として、例えば、長谷部恭男『憲法〔第5版〕』(新世社、2011年) 406頁、戸波江二『憲法〔新版〕』(ぎょうせい、1998年) 439頁。なお、芦部信喜や佐藤幸治が「歩み寄りの傾向」「接近傾向」の根拠とするのは、具体的な基本権侵害を契

義が妥当していない連邦の憲法異議を、自己の基本権侵害が提起の要件になっているというだけの理由から、単純に個人の主観的権利保障を目的とした制度だと位置づけることには疑問の余地がありうるところである。

さて、バイエルン憲法の視点から連邦の憲法異議を眺めると、民衆訴訟が存在したならば民衆訴訟が果たすべき役割をも憲法異議が果たしている、即ち、憲法異議が多分に民衆訴訟的要素（規範統制的要素）を取り込んで運用されている、とすることができるのであるが、連邦レベルでのこのような憲法異議は、運用の過程で変容していったのか、当初から民衆訴訟的要素をも取り込んだ憲法異議が構想され導入されたのか、という点については更なる検討を要するようと思われる。(i)「森林での乗馬」事件の少数意見においてグリム裁判官が一般的行為自由説の採用による《憲法異議の規範統制への拡大》を看取していたように、エルフェス判決（既に本稿（二）で見たように、このエルフェス判決自体、バイエルン憲法の影響が指摘されうる）をはじめとする諸判例によって変容していったという理解もありうる⁽²⁰⁾ところである。(ii)また、規範統

機に憲法裁判が行われること（芦部信喜）や国民の具体的な権利救済に仕えているという機能の実態（佐藤幸治）である。芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第5版〕』（岩波書店、2011年）369頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）621頁。「合一化傾向」を指摘したカベレッティの見解については、マウロ・カベレッティ（谷口安平＝佐藤幸治訳）『現代憲法裁判論』（有斐閣、1974年）86頁以下、126頁以下、137頁を参照。

(19) BVerfGE 80, 137 (168) [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）]。

(20) *Ekkehard Schumann*, Die Aufwertung der Verfassungsbeschwerde im Elfes-Urteil und im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Perspektiven des Öffentlichen Rechts, Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht, 2011, S.51ff. シュテルンも「決定的な一歩 (entscheidende[r] Schritt)」がエルフェス判決だと指摘する (*Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd.II, 1980, S.1022 [赤坂正浩ほか編訳『ドイツ

制と憲法異議が併合審理されるという (バイエルン憲法裁判所においては裁判体が異なるため起こり得ない⁽²¹⁾) 事態が連邦憲法裁判所においてはしばしば行われているという点も、憲法異議の規範統制化にとっては重要かもしれない⁽²²⁾。(iii) 更に、憲法異議の洪水という現実を前に、受理手続のような負担軽減策を講じていく上で、憲法異議の客観的意義を強調する必要があったという側面も否定できないように思われる。

しかし、(i) 先に見たように、バイエルン憲法においても初期の判例においては憲法異議の客観的意義が強調されていたこと、(ii) 連邦憲法裁判所法の制定に際して憲法異議の導入に大きな役割を果たしたと考えられるヴァントリッヒも憲法異議の客観的意義を強調していたこと (そ

ッ憲法 I 総論・統治編』(信山社、2009年) 532頁)。

(21) VerfGH 16, 142 (146) ; 26, 127 (132) usw.

(22) BVerfGE 10, 59 (65) [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) 94頁以下 (小林武)]; 22, 387 (407); 23, 208 (222); 28, 66 (76); 90, 145 (148) [前掲『ドイツの憲法判例 II』42頁以下 (工藤達朗)] usw.

(23) 具体的規範統制と憲法異議が併合審理された BVerfGE 10, 59 が憲法異議における違憲判決の効力論に大きな意味をもった点について、林屋礼二『憲法訴訟の手続理論』(信山社、1999年) 3 頁以下、特に13頁以下を参照。

(24) 本稿 (一) 注78参照。ミュンヘンで執筆したため付記することを失念したが、シュテルンの著書には邦訳がある。井上典之ほか編訳『ドイツ憲法 II 基本権編』(信山社、2009年) 400頁 (鈴木秀美訳)。原著の誤りが邦訳でもそのまま訳されている。

(25) 林屋・前掲 (注23) 59頁。詳しくは文献も含め、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) 439-40頁を参照 (Josef Wintrich, Probleme der Verfassungsbeschwerde, Der Bayerische Bürgermeister 1948, S.140をも参照)。「最高の法益としての憲法の擁護という観点の下ではじめて、憲法異議もその真の意味を獲得する」というバイエルン憲法裁判所の判例 (前掲注4) は、ヴァントリッヒの見解でもある (Josef Wintrich, Schutz der Grundrechte durch Verfassungsbeschwerde und Popularklage, 1950, S.5)。

の背景としては、(i) で掲げた当時のバイエルン憲法裁判所の判例の影響も重要かもしれないが、権利保障という目的であれば基本法19条4項だけで十分であるという憲法異議導入反対論に対抗する必要性という観点が重要であると考えられる)、(iii) バイエルン憲法では憲法異議ではなく民衆訴訟の対象である立法行為が、連邦では憲法異議の対象になっていること⁽²⁶⁾ (ヘレンキームゼー会議に提出されたバイエルンの基本法草案の段階で既に立法行為をも対象とした統一的な憲法異議が構想されていた)⁽²⁷⁾、(iv) 後に触れるように、国民の民主的意識 (各人が法と法治国家を支えるのだという意識) の強化というバイエルン憲法では民衆訴訟⁽²⁸⁾ に関して指摘される理由が連邦レベルでの憲法異議の導入に際して重要な役割を果たしたこと⁽²⁹⁾、等に鑑みれば、連邦レベルでの憲法異議の導入に際して——誰でも提起できるという意味での民衆訴訟は採用されないとしても——⁽³⁰⁾ 個々の国民が提起できる客観的憲法保障の手続という意味

(26) 今や憲法異議は抽象的規範統制・具体的規範統制と並ぶ規範統制の一種と整理されることすらある。例えば、畑尻剛「連邦憲法裁判所の権限 総説」畑尻 = 工藤編・前掲 (注16) 280-1頁。

(27) Ergänzung zu den Bayerischen Leitgedanken für die Schaffung eines Grundgesetzes, Grundrechte, in: Deutscher Bundestag und Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949 Akten und Protokolle Bd.2, 1981, S.48 (S.44の表題は誤りだと考えられるのでS.49に倣って訂正した)。

(28) Wintrich, a.a.O.(Anm.25), Schutz der Grundrechte, S.18 [櫻井・初宿 還暦 441-2頁]。

(29) Deutscher Bundestag Plenarprotokoll Nr.1/112 vom 18. Jan. 1951, S.4227A. 連邦憲法裁判所法の制定に尽力したガイガーは憲法異議に賛成する論拠を a) から i) まで 9つ挙げている。Willi Geiger, Gesetz über Bundesverfassungsgericht, 1952, S.273f.(Vorbemerkung vor §90). そのうちの e) を参照。

(30) ヘレンキームゼー会議に提出されたバイエルンの基本法草案にも (従ってヘレンキームゼー草案にも) 民衆訴訟はない。その理由は未だ明らかにはされていないようである。Ekkehard Schumann, Bayern als Vorreiter umfassender Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Martin Löhnig (Hrsg.), Zwischenzeit, 2011,

での民衆訴訟的要素をも取り込んだ憲法異議が構想・導入されたようにも考えられるのである。

(c) 民衆訴訟

バイエルン憲法裁判所を特徴づけるのが民衆訴訟である。かつて芦部信喜は日本公法学会の総会報告「憲法訴訟の理論と技術」において、ウォーレン・コート時代のアメリカ法について「憲法秩序の限界を維持することに関心をもつ市民 (citizen) であるという理由だけで、ある種の憲法問題を提起する当事者適格をもつというような時代に向かって⁽³¹⁾いる」という見解を引用していた。バイエルンにおいてはそれが民衆訴訟という形で既に1947年に実現していたことになる。民衆訴訟は、自己の基本権侵害とは無関係に誰でも、バイエルン州のあらゆる種類の法令の合憲性を憲法裁判所で争うことができる点が最大の特徴である。既に本稿 (一) で指摘したように、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のある人によって提起されているというのが実情である。しかし理論的には、例えば、犬を飼っておらず将来的に飼う気もない人が、自分が住んでいるわけでもない市町村の「犬の税金に関する条例」について争ったり、パソコンを持っていない人がオンライン捜査に関する法律の規定を争ったりすることも可能である。⁽³²⁾《事件性の要件》を

S.160. 1947年9月にCSUとSPDの連立が解消され、CSU単独政権（第二次エーハルト内閣）となり、ヘーグナーは司法大臣ではなくなる。ヘーグナーを民衆訴訟積極派、エーハルトと民衆訴訟消極派と位置づけることにより、一応の説明は可能かもしれないが、あくまで推測の域を出るものではない。

(31) 芦部信喜「憲法訴訟の理論と技術」（1975年）同『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）5頁。その後、バーガー・コートで「国民の連邦裁判所へのアクセスを制限する新しい方向」が打ち出された点につき、同書56頁「補論」をも参照。

(32) Vgl. *Lindner*, a.a.O.(Anm.9), S.185 (Rn.495).

司法権の「本質的要素」と捉える佐藤幸治が、「司法判断適合性」に関する諸法理（「当事者適格」「成熟性」「ムートネス」）の相互関係を示すために——佐藤幸治司法権論に多大な影響を与えたブリルマイヤーの⁽³³⁾論文に依拠して——挙げた例、即ち「ある市が居住用財産に選挙運動に関するビラ等を貼ることを禁ずる条例を制定したと仮定する。一市民がこんなふうに政治的表現を制限することは違憲であると信じていると仮定して、ただ彼自身はビラを貼るような行為には及ばず、したがって訴追されるようなこともないとする。目下のところビラ貼りをする気はないが、この条例にはがまんできないとした場合、彼はどのような措置をとりうるか」という例についても、バイエルンであれば民衆訴訟で争うことが可能である。付随的審査制の下での“司法権”をめぐる細かな議論を一気にすっ飛ばしてしまう民衆訴訟のインパクトを、ここに見ることができる。それだけでなく、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、連邦の抽象的規範統制との対比においても大きな意義を有するのが民衆訴訟である。しかし、①実践的な観点、及び②理論的な観点から、直ちにいくつかの疑問が浮かんでくるところである。

①実践的観点

民衆訴訟について直ちに思い浮かぶ実践的な問題点は、言うまでもなく「濫訴の弊」である。連邦レベルにおいて、多数の憲法異議が提起され、連邦憲法裁判所の過剰負担が大きな問題となっていることは周知のとおりである。民衆訴訟は、自己の基本権侵害を要件としておらず誰で

(33) 参照、石川健治「トボスとしての権利侵害論」法学教室327号（2007年）49頁。同ほか「法における人間像を語る」法律時報80巻1号（2008年）25-6頁（石川健治）をも参照。

(34) *Lea Brilmayer*, *The Jurisprudence of Article III*, 93 *Harvard Law Review* (1979), p.298.

(35) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）116頁。

も提起できる点において、その憲法異議よりも訴訟要件のハードルが低いのである。その上、弁護士強制もなく（本人訴訟も可能）、訴訟費用もかからない（法16条、27条1項1文）。更に、予防的民衆訴訟は認められていないが、制定後であれば、憲法異議（BVerfGG93条：原則1ヶ月／法令に対する憲法異議は1年、法51条：原則2ヶ月）とは異なり、出訴期間の制限も存在しないのであり、いつでも民衆訴訟を提起することが可能である。また、憲法異議（BVerfGG90条2項、法51条2項以下）とは異なり、事前に訴訟手段を尽くしておくことも必要とされていないのである。多数の民衆訴訟が提起され、憲法裁判所が多く的事件を抱え込んでパンクしてしまうのではないか、との懸念が生じるのも当然であろう。

もっとも、憲法異議と民衆訴訟において濫訴であることが明らかな場合には、憲法裁判所は1500ユーロ（1ユーロ＝140円換算で21万円）以下の「濫訴料（Missbrauchsgebühr）」を課すことができるとされている（法27条1項2文以下）。しかし、これが実効的な濫訴の抑制になりうるかは、連邦の例（BVerfGG34条2項：2600ユーロ以下）が示すように、疑わしい（なお、1995年～2011年の162件の民衆訴訟のうち、実際に濫訴料が課されたのは11件である⁽³⁶⁾）。

にもかかわらず、実際に濫訴の弊はない⁽³⁷⁾。【表11】に掲げたように、1947年の創設から2013年12月31日まで66年間で、憲法異議は年におおよそ100～130件提起され（近年では2000年の77件から2009年の162件まで年による違いも大きい）、認容率は約2.3%（連邦憲法裁判所より少し低い⁽³⁸⁾がほぼ同様）である。それに対して民衆訴訟は年に20件程度提起され

(36) *Bastin Bohn*, Das Verfassungsprozessrecht der Poplarklage, 2012, S.359.

詳しくは同書 S.360-365 の記述及び S.370-295 の一覧表を参照。

(37) 例えば、*Lindner*, a.a.O.(Anm.9), S.183 (Rn.491) を参照。

(38) 連邦憲法裁判所のウェブサイト (<https://www.bundesverfassungsgericht.de/>)

【表11】 憲法異議と民衆訴訟の実際

	総数	年平均	認容数	認容率
憲法異議	7531件	114件	173件	2.3%
民衆訴訟	1405件	21件	150件	10.68%

*1947年の創設から2013年12月31日まで66年間の数字。事務総長 Dagmar Runderisch から頂いた資料による。⁽³⁹⁾

(近年では1999年の3件から2010年の31件まで幅がある)、認容率は約11%である。憲法異議との対比からだけでも濫訴の弊が実際に存在していないことがわかるであろう。では、何故か。

ここで想起されるべきは、民衆訴訟の対象が、法令であればあらゆる種類の法令が含まれる（もちろんバイエルン州法に限られる）とはいえ、あくまでも法令に限定され、行政行為や裁判のような個別行為は含まないということである。一歩立ち止まって冷静に考えてみれば、1日だけでも無数に下される行政行為や裁判とは異なり、年間に制定される法令の数はそもそも限られている。すべての法令を官報・公報に掲載することが可能であること自体がその何よりの証左である。しかも、そのなかで基本権の侵害が問題となるような法令となると、実際にはごくわずかである（バイエルンでは政治的に見解の分かれる法令のほとんどすべてが遅かれ早かれ民衆訴訟によって憲法裁判所に持ち込まれると言われて⁽⁴⁰⁾いるにもかかわらず、年間約20件しかないのである）。更に憲法問題自

organisation/gb2013/A-I-1.html) によれば、2013年12月31日まで、計197003件の憲法異議のうち認容されたのが4640件であり、認容率は約2.4%（とウェブサイト上は表記されているが、厳密には2.355%）である。

(39) 公表されている情報としては *Karl Huber*, Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zu den Grundrechten, BayVBl. 2010, S.391, S.393 を参照。ほぼ同様の値が書かれている。

(40) *Karl Huber*, Grundfragen der Bayerischen Verfassungsgerichtsbarkeit, BayVBl. 2008, S.68 ; *ders.*, a.a.O.(Anm.39), S.393.

体がそもそも無数のレパートリーがあるわけではないので、判例が確立していけば、新たに発生する憲法問題は限られてくる。⁽⁴¹⁾初めての憲法判断については大法廷による審理・裁判が必要な日本の最高裁判所（裁判所法10条1号）において、戦後当初とは異なり現在では大法廷による裁判がほとんどないことは、——全く異なる事案の判例を先例として大法廷による審理・裁判を回避しているのではないかという批判もありうるとしても——全く新しい憲法問題がそう頻繁に発生するものではないことを示している。⁽⁴²⁾設立当初はあらゆる法令の合憲性審査が舞い込み、一時的な過剰負担問題も生じうるが、運用が軌道に乗れば、濫訴しようにも濫訴のネタがそもそも限られてくるのである。無数の個別行為を対象とし、通常の裁判手続で敗訴した者が最後の望みをかけて憲法異議を提起するという形で「超上告審」として運用されがちな憲法異議よりも、濫用の可能性はそもそも小さいといえる。この問題に関する限り、裁判に対する憲法異議を認めるよりも法令に対する民衆訴訟を認める方が、はるかに弊害が少ないといえる。そして、このことは同時に、行政による無数の行為を対象とする行政訴訟において民衆訴訟が排除されるべき理由が、法令を対象とする民衆訴訟にはそのままでは妥当しないということをも意味している（この点については後に再び検討する）。

憲法判断に立ち入る以前に、各種訴訟法（特に行政事件訴訟法）の訴訟要件のハードルを越えることができず、憲法判断を仰ぐ前に「門前払

(41) 抽象的規範統制（意見の相違）についてであるが、*Sigmund Elsässer, Der Bayerische Verfassungsgerichtshof*, BayVBl. 1963, S.166を参照。この点は、関西憲法判例研究会の折に、「基本権訴訟」の提唱者でもある棟居快行教授にご教示いただいた。もっとも、棟居の提唱する基本権訴訟は、あくまでも主観訴訟であり、「事件性・具体的争訟性」の要件は当然に必要だとされている。棟居快行「基本権訴訟」の可否（1985年）同『人権論の新構成』（信山社、1992年）304頁、305頁、315頁。

(42) 参照、伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）129頁以下。

い」になることの多い日本の現状を鑑みると、民衆訴訟による憲法裁判というのは、極めてラディカルな選択肢として検討に値するものであるように思われる。

(b) 理論的観点

「最高裁判所が原告の主張するがごとき法律命令等の抽象的な無効宣言をなす権限を有するものとするならば、何人も違憲訴訟を最高裁判所に提起することにより法律命令等の効力を争うことが類発し、かくして最高裁判所はすべての国権の上に位する機関たる観を呈し三権独立し、その間に均衡を保ち、相互に侵さざる民主政治の根本原理に背馳するにいたる恐れなしとしないのである。」(警察予備隊訴訟)⁽⁴³⁾。

これは最高裁判所が、日本の違憲審査制はアメリカ型付随的審査制を採用したものであることを述べる文脈で、ドイツ型抽象的審査制に対して表明した懸念である。しかし、連邦憲法裁判所に対する抽象的規範統制はそもそも「何人も」提起できるものではなく、提起権者は極めて限定されている(基本法93条1項2号)。警察予備隊訴訟における原告(鈴木茂三郎)も、野党の代表であるという理由で提訴権があると主張していたのである⁽⁴⁴⁾(野党の代表であることが提訴権を基礎づけるかは、それ自体大きな問題であるか)⁽⁴⁵⁾。ここで述べられた最高裁判所の懸念は、民衆訴訟による憲法裁判にこそ当てはまるといえる。この最高裁判所の懸念には、本稿でも検討しているように、実践的な問題点と理論的な問

(43) 最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁(785頁、下線による強調は引用者)。

(44) 民集6巻9号796頁。

(45) 宍戸常寿「司法のプラグマティック」法学教室322号(2007年)30-1頁。この点で、不適法な民衆訴訟として訴え却下とすれば十分であったにもかかわらず、事案の解決に不必要な「抽象的違憲審査制の是非」という問題について抽象的に判断したと批判する、江橋崇「わが国の憲法裁判の原点」野中俊彦ほか『ゼミナール憲法裁判』(日本評論社、1986年)125頁をも参照。

題点が含まれている。実践的な問題点としては、「法律命令等の効力を争うことが頻発し」と述べられているように、濫訴とは言わないまでも多数の憲法訴訟が頻発することに対する懸念である。しかし、この点は先に検討したように、個別行為を対象としない民衆訴訟であれば、一般に懸念されるほど大きな問題にはならないのではないと思われる。もっとも、そこでも述べたように、設立当初は一時的な訴訟の頻発も生じうるのであり、当時の最高裁判所がこのような懸念を抱いたことが全くの的外れだったと言うわけではない（バイエルン憲法裁判所でも初期には1949年：44件、1950年：69件、1951年：33件、1952年：54件と高めの数字が示されている）。

ここで検討すべきは、「三権独立し、その間に均衡を保ち、相互に侵さざる民主政治の根本原理に背馳するにいたる恐れなしとしない」という理論的な問題点である。この点については、「民主制原理も権力分立も憲法裁判の制度と矛盾しない⁽⁴⁶⁾」というのがバイエルン憲法裁判所初代事務総長にして連邦憲法裁判所第二代長官の見解であり、「憲法裁判権と権力分立の間に矛盾はない⁽⁴⁷⁾」というのがドイツを代表するコンメンタールの編著者と連邦憲法裁判所前長官（ともにミュンヘン大学教授）の見解である。このような見解もありうるのであって、こうした壮大なテーマについて本格的な検討をここで行うことはできない。とはいえ、違憲審査

(46) *Josef Wintrich*, Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, S.207 [影山日出弥訳「憲法裁判の任務・本質・限界」(愛知大学)法経論集30号(1960年)248頁]。Vgl. auch *dens.*, Der Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung, Internationales Jahrbuch der Politik 1954, S.265f.

(47) *Theodor Maunz / Hans-Jürgen Papier*, Verfassungs- und Verfaassungsprozessrecht, in: *Winfried Berg u.a., Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern*, 6.Aufl. 1996, S.72 (Rn.230).

論 説

制の民主的正統性に関する一般の問題として、⁽⁴⁸⁾(i) 憲法制定者である州民(憲法前文、2条1項)が憲法裁判所を創設した(憲法第1編第5章)という制度的・作用的正統化(institutionell-funktionelle Legitimation)、(ii) 憲法裁判所の裁判官は州民の代表から成る州議会(憲法13条2項1文)によって選任される(憲法68条2項・3項、法4条)という組織的・人的正統化(organisatorisch-personelle Legitimation)、(iii) 憲法裁判所は憲法に準拠して裁判する(しかもバイエルン憲法は、各州議会の代表者から構成された「議会評議会」によって採択された基本法とは異なり、州民によって直接選挙された議員から構成された憲法制定州議会によって審議・可決されたうえで、州民投票によって圧倒的多数で可決されたという点において二重の民主的正統化手続を経ている)という事項的・内容的正統化(sachlich-inhaltliche Legitimation)、という模範的解答によってお茶を濁すことも、「司法の自己抑制」という賢慮ある運用⁽⁴⁹⁾に委ねられているという無難な指摘で済ませることも妥当とは言えないであろう。バイエルン憲法裁判所が非常に強力な権限(具体的事件を前

(48) そもそもバイエルン憲法の制定に際して、違憲審査権と民主制の関係が意識されていなかったわけでは決してない。ワイマル期における「裁判官の審査権(richterliches Prüfungsrecht)」をめぐる論争において、裁判所による違憲審査に否定的だったのは、概して議会制民主主義を擁護する立場の論者であった(Schumann, a.a.O.[Anm.30], S.131; 栗城壽夫「違憲審査制」樋口陽一=栗城壽夫『憲法と裁判』法律文化社、1988年、186頁)。こうした議論を引き継いだ戦後のバイエルン憲法においても、ヘーグナー草案(57条)において裁判官の審査権が形式的審査権に限定され、実質的審査権が否定されていたのは、ゴードスベルク綱領以前にその立場を先取りしていたと評されるヘーグナー(参照、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13頁)自身、社会民主主義者として議会制民主主義の確立を志向していたからだと言われている(Schumann, ebd., 128ff.)。もっとも、バンベルク憲法72条では明示的に裁判官の審査権が肯定されており、「後退(Rückschritt)」との評価がなされる(ebd., S.121f.)。

(49) Vgl. VerfGH 49, 96 (102); BVerfGE 36, 1 (14f.).

提としないという点において日本の裁判所との対比では言うまでもなく、誰でも訴訟を提起できるという点において連邦憲法裁判所との対比でも非常に強力な権限)を有すること自体は間違いないところだからである。

では、なぜバイエルンでは民衆訴訟が採用されたのか。

まず、違憲審査制一般について見ておくことが有益であろう。憲法制定に際して主として争われたのは、①将来のドイツ連邦との関係、②州大統領を設けるか否か、③第二院を設けるか否か、④選挙法、特に小選挙区制か比例代表制か、⑤学校制度、⑥経済体制といった論点であり、⁽⁵⁰⁾憲法裁判所についてはあまり争われていない。⁽⁵¹⁾バンベルク憲法(1919年のバイエルン憲法)の国事裁判所を承継しつつ憲法保障に関する権限を拡大するという点については——共産党(KPD)の議員を除いて——⁽⁵²⁾一般に広いコンセンサスがあったといえる。法令に対する違憲審査権が導入された背景として、「バイエルン憲法の父」であるヘーグナーとナヴィアスキーの亡命先であったスイス憲法の影響、ナヴィアスキーの母国(ナヴィアスキーはグラーツで生まれ、ウィーンを中心として法学を学んだ)であるオーストリア憲法及びその基礎にある純粋法学の影響、占領米軍の影響、等々多様な見解が主張されているが、どれも決定的とは言えないのが現実である。むしろ、ワイマールにおける民主制の自壊の経験を経て、憲法裁判所こそが「民主制の最高の保証人(der oberste Garant der Demokratie)」「民主制と自由の城塞(Zitadelle der Demokratie und der Freiheit)」⁽⁵³⁾であるという意識が一般には強かった

(50) この点では、後にアデナウアー政権下において連邦経済大臣として「社会的市場経済」というスローガンとともに戦後ドイツ「奇跡の経済復興」の歴史に名を残すルートヴィヒ・エアハルト(Ludwig Erhard, 1897-1977年)が、第一次ヘーグナー内閣の経済大臣であったことも指摘されるべきであろう。

(51) Vgl. *Gisela Lauer*, Die Entstehung der Bayerischen Verfassung von 1946, BayVBl. 1990, S.740ff.

(52) *Schumann*, a.a.O.(Anm.30), S.114.

ように見受けられる。独立した裁判所による強力な憲法裁判権こそ、——法治国家から裁判（官）国家への転換ではなく——《法治国家の完成》⁽⁵⁴⁾であるという考え方は、広く観られるものである。

次に、民衆訴訟が導入された理由について見ていくこととするが、この点については未だわからないことが多い。⁽⁵⁵⁾連邦憲法裁判所はフランクフルト憲法（126条1項f号）⁽⁵⁶⁾との関連性を指摘している。⁽⁵⁷⁾フランクフルト憲法126条1項f号は、抵抗権を訴権へと転換したもとの位置づけられるものであり、⁽⁵⁸⁾バイエルン憲法と同時期のヘッセン憲法（1946年12月1日）147条の有名な抵抗権条項⁽⁵⁹⁾との関連でも興味深い指摘である。しか

(53) それぞれ、憲法裁判所法について審議する際の Carl Lacherbauer 議員 (CSU) と Thomas Dehler 議員 (FDP) の発言。1947年5月29日の州議会議事録 (Baye-rischer Landtag Plenarprotokoll 1/17, S.486) 参照。

(54) *Hans Nawiasky / Claus Leusser*, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, S.140 ; *Josef Wintrich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), Die Grundrechte Bd.III/2, 1959, S.649 ; *Gerhard Leibholz*, Einleitung, Der Status des Bundesverfassungsgerichts, JöR n.F. Bd.6 (1957), S.111. 連邦憲法裁判所法の審議においても述べられている (Deutscher Bundestag Plenarprotokoll Nr.1/112 vom 18. Jan. 1951, S.4218C)。

(55) 民衆訴訟の導入に関する憲法・憲法裁判所法の制定史については、*Bohn*, a.a.O.(Anm.36), S.42ff. が詳しい。

(56) *Hans Joachim Faller*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849, in: *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, 1974, S.827ff. ; 初宿正典「フランクフルト憲法におけるライヒ裁判所の管轄権」愛知教育大学社会科学論集22号（1982年）221頁以下。

(57) BVerfGE 13, 132 (141)。

(58) *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 Bd.2, 3.Aufl. 1988, S.836. ヴイントリッヒもバイエルン憲法の民衆訴訟の特別な意義の一つとして、この点を指摘している (*Wintrich*, a.a.O.[Anm.25], *Schutz der Grundrechte*, S.18)。Vgl. auch *Hermann Rechenberg*, *Widerstandsrecht und Popularklage*, BayVBl. 1978, S.449ff.

(59) 例えば、宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1971年）137-8頁、163-4頁、

し一般には、ナヴィアスキーやヘーグナーも米軍の要望 (Wunsch) に基づくものであると述べている⁽⁶⁰⁾ように、米軍の要求に基づいて導入されたものであるとされている⁽⁶¹⁾。まず、民衆訴訟の根拠となる憲法98条4文を含む憲法98条全体が1946年9月6日の米軍の提案⁽⁶²⁾に基づくものであり、この提案が内容的な議論もないままに表現を若干変えただけで憲法98条となっている⁽⁶³⁾。もっとも憲法98条4文の文言(「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」)からは当然に民衆訴訟が導かれるものではなく、一方で職権による裁判を肯定する見解から、他方で何ら特別な権限を追加する規定ではないという見解(即ち、他の手続において法令を違憲と判断した場合に無効と宣言することのみを定めた規定であるという見解)に至るまで、多様な解釈の可能性がありうるところである⁽⁶⁴⁾(実際、ヘーグナー政権下で用意さ

初宿正典「ボン基本法の「抵抗権」条項」法学セミナー312号(1981年)71-2頁参照。

(60) *Nawiasky / Leusser*, a.a.O.(Anm.54), S.141, S.145及び1946年12月11日の閣議におけるヘーグナーの発言(*Karl-Ulrich Gelberg*, Die Protokolle des Bayerischen Ministerrats 1945-1954, Das Kabinett Hoegner I Bd.2, 1997, S.1033)。

(61) *Franz Knöpfle*, in: *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle* (Hrsg.), a.a.O. (Anm.7), Art.98 S.4 Rn.1 (1992) ; *Wolff*, a.a.O.(Anm.7), S.622 (Art.98 Rn.12)。

(62) この米軍の提案は、*Christian Pestalozza*, in: *Nawiasky/Schweiger/Knöpfle* (Hrsg.), a.a.O.(Anm.7), Art.98 Rn.8 (2005)に掲載されている。第4文に相当する箇所は「憲法裁判所は、基本権を違憲に制限する法律及び緊急命令を無効と宣言しなければならない」という内容であった。

(63) 1946年10月22日の憲法委員会における審議 (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Bayerischen Verfassunggebenden Landesversammlung, Bd.3, S.748)、1946年9月19日及び10月26日の本会議における審議 (Stenographische Berichte über die Verhandlungen der Bayerischen Verfassunggebenden Landesversammlung S.167, S.230, S.237) 参照。

(64) Vgl. *Christian Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3.Aufl. 1991, S.443 (§23 Rn.90)。ナヴィアスキーも憲法98条4文の趣旨は明確ではないと述べていた。*Nawiasky / Leusser*, a.a.O.(Anm.54), S.59, S.182。

れた当初の案は前者であったのに対し、その後を受けたエーハルト内閣によって提出された案は後者であった⁽⁶⁵⁾。日本に来たニューディーラーたちほど違憲審査制に警戒的ではなかったとしても、ドイツの占領米軍もニューディール期における母国の経験は知っていたはずである。違憲審査制に関する何らかの提言はあったとしても、民衆訴訟の導入を勧めるとは考え難いようにも思われる。しかし、憲法裁判所法制定の際にも、従来の法律案では市民の権利保障が十分ではないとの懸念が米軍によって示され⁽⁶⁶⁾、それを受けて1947年6月13日にCSUやSPDなど4党派共同で改正提案が行われ⁽⁶⁷⁾、民衆訴訟が導入されたという経緯がある⁽⁶⁸⁾。憲法異議も具体的規範統制も既に予定されていたにもかかわらず、どのような点において権利保障が不十分と判断されたのかは——憲法異議も具体的規範統制も実際にどのように運用されるのかはこの時点ではまだ必ずしも明らかではなかったという点を差し引いたとしても——判然としないところがある（アメリカと対比しても劣っているものとは思われない）。また、同じく米軍の占領下にあったヘッセン及びヴュルテンベルク＝バーデンでは民衆訴訟が採用されていないことに鑑みれば、米軍の要求が民衆訴訟の導入であったとは解しがたい⁽⁶⁹⁾。ともかく権利保障を拡充すべきという米軍の意図は窺うことができ、それに応じて、先に見た憲法98条4文に関する両極端の見解、即ち職権による裁判を肯定する見解と何ら特別な権限を追加する規定ではないという見解の「中道(Mittelweg)⁽⁷⁰⁾」

(65) 本稿(二)注93参照。

(66) *Schumann*, a.a.O.(Anm.30), S.147. この点については *Bohn*, a.a.O. (Anm. 36), S.58-61 が未公表の史料を用いて詳述している。

(67) Bayerischer Landtag Drucksache, Nr.1/415.

(68) 1947年6月26日の州議会議事録(Bayerischer Landtag Plenarprotokoll 1/22, S.679f.) 参照。

(69) Vgl. *Bohn*, a.a.O.(Anm.36), S.50f.

(70) 1947年6月12日の州議会の法・憲法問題委員会(Ausschuss für Rechts- und

を進む形で民衆訴訟が導入されたわけである。しかし、それによって裁判所が強くなりすぎるのではないかという懸念が示された様子を見て取ることはできない。特に米軍がこの点に懸念を示さなかったことは、日本との対比でも興味深いところである。

以上見てきたように、憲法98条4文は憲法制定の最終段階で、民衆訴訟に関する規定は憲法裁判所法制定の最終段階で、ともに米軍の要求に基づいて導入されたものである。米軍の要求の趣旨が民衆訴訟を導入することにあつたとは考えられないにもかかわらず、バイエルン側としてはともかく米軍の要求に応えるためだけに民衆訴訟を導入したという感じである。そのため、どのような理念に基づいて民衆訴訟が導入されたのか、という問題については、制定史からは明らかにすることはできない。

そこで、その趣旨を合理的に考察していくこととする。民衆訴訟の趣旨としては、市民に対して規範の合憲性審査への協力権 (Mtwirkungsrecht) を認めるものであり、市民を「客観的憲法秩序の監視人 (Wächter)」に任命するものであるということが指摘される。⁽⁷²⁾ ヴイントリッヒは、民衆訴訟の特別な意義、あらゆる法令の合憲性をあらゆる憲法上の観点から審査するという点では共通する具体的規範統制⁽⁷³⁾によっては決して取っ

Verfassungsfragen) における司法大臣ヘーグナーの発言 (Bohn, a.a.O.[Anm.36], S.61)。

(71) Bohn, a.a.O.(Anm.36), S.69. バイエルンは、早期の憲法制定によってバイエルン国家の独自性を確保するため、アメリカ占領下の他の二州 (ヘッセン、ヴェルテンベルク=バーデン) よりもアメリカの要求に従順に従ったと指摘されている。ベルンハルト・ディーステルカンブ (石部雅亮訳) 「西ドイツ占領下 (1945-1949年) における憲法の制定」日独法学14号 (1990年) 26-27頁。

(72) VerfGH 36, 56 (61) ; BVerfGE 13, 132 (141). しばしば用いられる「憲法の監視人 (Wächter)」という表現は、Max von Seydel, Bayerisches Staatsrecht Bd.2, 1885, S.48 に由来するようである。

(73) 既に本稿 (一) (二) で見たように、バイエルン憲法においては、連邦レベル

て代わることのできない意義、その意味で単なる客観的憲法保障という観点によっては汲み尽くせない民衆訴訟の意義として、先に見た (i) 自然法上の抵抗権の訴権への転換という観点、(ii) 国民の意識の強化という観点、と並んで、(iii) 政治生活への国民の能動的参加という観点を挙げている。⁽⁷⁴⁾「言葉の最も真正な意味における“citoyen”として」⁽⁷⁵⁾公共的事柄 (res publica) へと能動的に参加することを通じて、「公民」としての意識が醸成されていくという点において (iii) は (ii) と密接に関連している。

(i) 自然法上の抵抗権の訴権への転換という点については、まさしく「天への訴え (appeal to heaven)」⁽⁷⁶⁾としての抵抗権を「憲法裁判所への訴え」に転換するものであり、既に見たように、フランクフルト憲法及びヘッセン憲法との関係においても興味深い点である。さらに、それによって「不満の吐け口=安全弁 (Ventil)」としての役割も期待されている⁽⁷⁷⁾という点が興味を引く。同様の役割は憲法異議について指摘される⁽⁷⁸⁾こともある。⁽⁷⁹⁾日本では表現の自由について、そのような役割が指摘されることがあるが、バイエルンではそれが民衆訴訟 (及び憲法異議) とい

とは異なり、具体的規範統制においてもあらゆる法令が対象となる。ここで具体的規範統制との対比が登場するのは、既に本稿 (二) で見たように、民衆訴訟は抽象的規範統制としての性質も有しており、実際に抽象的規範統制と呼ばれることもある(ヴェントリッヒも民衆訴訟を抽象的規範統制とも呼んでいる)。その意味で抽象的規範統制と具体的規範統制が対比されているのである。

(74) Wintrich, a.a.O.(Anm.25), Schutz der Grundrechte, S.18.

(75) Peter M. Huber, Die Bayerische Verfassung als lebendige Grundlage politischen und gesellschaftlichen Lebens, BayVBl. 2012, S.259.

(76) ジョン・ロック『統治二論』後編「市民政府論」の例えば168節及び242節を参照。

(77) Wintrich, a.a.O.(Anm.25), Schutz der Grundrechte, S.18.

(78) Hildegund Holzheid, Der Bayerische Verfassungsgerichtshof als Hüter der Bayerischen Verfassung, in: 50 Jahre Bayerische Verfassung, 1996, S.73 ; Huber, a.a.O.(Anm.39), S.393.

う形で制度化されており、しかも結構な頻度で実際に活用されているのである。また、この関連で「裁判というものは権力ではなくことばによる議論によって決着をつける公的な場であるというイメージが市民の間に広がってゆく」ことによって「わが国の法文化にも大きな影響を及ぼすであろう⁽⁸⁰⁾」という（日本の現代型訴訟に関する）指摘が、次の(ii)国民の意識の強化という点にも関わるものとして、非常に示唆に富むものである。

(ii) 国民の意識の強化という点について。民衆訴訟も基本権侵害の有無について争うものである（憲法98条4文）が、民衆訴訟を提起する市民は、公の利益のために《公益の代表者》として、「言葉の最も真正な意味における“citoyen”として」行動するのである。民衆訴訟は、憲法異議とは異なり、個人の主観的利益のためではなく、公の利益のために（im öffentlichen Interesse）認められる⁽⁸¹⁾ということの意味も、この文脈でよりよく理解することができであろう。さらにその背景には、①基本権は個人の主観的権利に尽きるのではなく法共同体の客観的価値を体现したものでもあるという戦後ドイツ主流の基本権論⁽⁸²⁾、②戦後日本に特

(79) *Thomas I. Emerson, Toward a General Theory of the First Amendment*, 1966, p.1-15 [小林直樹=横田耕一訳『表現の自由』（東京大学出版会、1972年）1-22頁] が掲げる表現の自由の4つの機能の1つ (ibid. p.11ff. [邦訳15頁以下]) として、しばしば言及される。例えば、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、1988年）18頁以下、松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）446頁参照。もっとも、あまり重要視されていない。

(80) 田中成明『現代日本法の構図〔増補版〕』（悠々社、1987年）64頁。

(81) この点では、住民訴訟における原告を「住民全体の利益のために、いわば公益の代表者」として訴訟を提起しているものと位置づける、最一判昭和53年3月30日民集32巻2号485頁（488頁）をも参照。

(82) Vgl. VerfGH 25, 45 (47) ; 36, 56 (61).

(83) BVerfGE 7, 198 (205) [前掲『ドイツの憲法判例I』157頁以下（木村俊夫）]。この問題におけるヴィントリッヒの重要性については、*Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd.III/1*, 1988, S.897ff. [前掲(注24)『ド

徴的なように基本権と「公共の福祉」を対立的に捉えるのではなく、基本権の確保こそ「共通善 (bonum commune)」の実現に他ならないという考え方⁽⁸⁴⁾、を看取することができる。このような民衆訴訟だからこそ、《法》と《法治国家》⁽⁸⁵⁾を自ら支えるのだという意識が醸成されるので

イツ憲法Ⅱ』51頁以下)を参照。ベッケンフェルデもリユート判決の裁判長がヴァイントリッヒであったことに注意を促している。*Ernst -Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen* (1990), in: ders., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, 2011, S.193 Fn.11.

(84) 参照、稲垣良典「人権の哲学的基礎」理想577号(1981年)33-4頁。詳しくは、同『トマス・アクィナスの共通善思想』(有斐閣、1961年)を参照。代表的には、ジャック・マリタンの見解(例えば、その政治思想の集大成である、久保正幡=稲垣良典訳『人間と国家』創文社、1962年、139頁以下)が挙げられるべきである。同書には「人間は決して国家のためにあるのではない。国家こそ人間のためのものである」(16頁)というヘレンキームゼー草案1条1項と同じ表現も見られる。マリタンは「世界人権宣言」の起草にも影響を与えたトマス主義の思想家であり、わが国の第二代最高裁判所長官も高く評価していた。田中耕太郎「ジャック・マリタンの政治哲学」恒藤博士還暦記念『法理学及国際法論集』(有斐閣、1949年)1頁以下。

(85) 1946年バイエルン憲法は「法治国家 (Rechtsstaat)」という言葉を用いた世界最初の憲法であると指摘されている (*Michael Piazolo, Der Rechtsstaat*, 3.Aufl. 2004, S.97)。その真偽については、本稿筆者は未確認であるが、本書は Bayerische Landeszentrale für politische Bildungsarbeit の発行している市民教育用の著書であり、このような自己理解とその市民への普及活動は、それ自体として重要な意義を持つものと考えられる。

なお、憲法にも優位する「特別な制限」として占領米軍によって課されていたものの一つが「法の支配 (rule of law)」であった (Schreiben des Amtes der Militärregierung für Deutschland an die Direktoren der Militärregierungen der Länder über die Beziehungen zwischen Militärregierung und Zivilregierung nach der Annahme der Länderverfassungen vom 30. September 1946, in: Bayerische Staatskanzlei (Hrsg.), *Dokumente zum Aufbau des bayerischen Staates*, 1948, S.58)。しかし、法治国家の再建が説かれることはあっても、「法治国家ではなく英米流の法の支配が必要だ」というような見解はまったく見当たらない。Vgl. auch *Udo Steiner, Zum Wiederaufbau des Rechtsstaates nach 1945*

ある。憲法や基本権は、紙の上でいくら立派なことが書かれていても、現実のものにならなければ意味はなく、そのためには国民の意識に定着することが何よりも重要だ、というのがヴィントリッヒの基本的な考え方であった⁽⁸⁶⁾。このような考え方自体は、日本においても戦後民主主義を定着させようとする進歩的文化人らによって繰り返し主張されてきた点である。しかし、そのためにこれといった処方箋が示されることはなく啓蒙活動に終始していた日本とは異なり、ヴィントリッヒにとってはまさしく民衆訴訟こそが国民の意識を強化するための手段であった⁽⁸⁷⁾（かつて宮沢俊儀は、「自分となんのかかわり合いもない赤の他人」が人権蹂躪的取扱いを受けたことについて、「本能的に、いわば肉体的に憤激を覚える」「人権の感覚」を国民が身につけることが重要であると説いていた⁽⁸⁸⁾。民衆訴訟はまさしく「赤の他人」の権利侵害であっても、憲法裁判所で争う手段をすべての国民に与えるものである）。こうした問題点は、「自らのうちに公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められている⁽⁸⁹⁾」という観点から導入された裁判員制度に対して批判的な見解が根強く主張されている現代日本にとって、今なお重要な課題であり続けているということが出来る。

am Beispiel Bayerns, BayVBl. 2012, S.549ff.

(86) Vgl. Wintrich, a.a.O.(Anm.25), Schutz der Grundrechte, S.23 ; Wolfgang Kahle, Der neue Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Die Neue Zeitung 20. März 1954, S.4.

(87) そして実際に民衆訴訟が意識の強化に貢献してきたという評価も存在する。Domcke, a.a.O.(Anm.1), S.255. 著者 Domcke は事務総長を長年務めた後に長官となった人物であり、憲法裁判所について最も精通していると言っても過言ではない。

(88) 宮沢俊儀「人権の感覚」(1949年)同『平和と人権』(東京大学出版会、1969年)76頁。

(89) 司法制度改革審議会意見書(平成13年6月12日)「IV 国民的基盤の確立」〔ジュリスト1208号(2001年)230頁〕。

(iii) 政治生活への国民の能動的参加という点については、地方自治法上の住民訴訟を「地方自治の本旨に基づく住民参政の一環」と捉える日本の最高裁判所の判例と通底するものがある。そして、この (iii) の観点は、「違憲審査制と民主制」「違憲審査制の民主的正統性」という問題を考えるに際して、議会制民主主義との関係からの従来の問題設定（国民が直接選挙した議会の制定する法律を、国民からの距離がより遠い裁判所が、なぜ違憲無効とできるのか）に対して、《参加型民主主義》の観点からの視座を提供するものとして、重要な意味を持っているものと考えられる。

他方、民衆訴訟が排除されるべき理由について考えると、この点について明快に述べているものは意外に少ない。ここでの問題は、例えば「法律上の利益の侵害の有無にかかわらず、適正な行政の確保という見地から、広く国民一般に取消訴訟の提起を認めるべきものとする主張は、主観的訴訟としての取消訴訟と客観的訴訟としての民衆訴訟とを明確に区別して規定している行政事件訴訟法の根本の趣旨を没却するもの⁽⁹¹⁾」というような現行法制に関する解釈論上の主張ではもちろんなく、立法論として民衆訴訟が排除されるべき理由である。そのような理由として、濫訴の弊（濫訴による裁判所の機能麻痺の危険性）という問題が指摘されることは多い⁽⁹²⁾。しかし、濫訴が現実には起こらない場合、それ

(90) 最一判昭和53年3月30日民集32巻2号485頁（487頁）。同趣旨の判例として、最三判昭和38年3月12日民集17巻2号318頁（320頁）。「客観訴訟は、市民参加の一形態ともいえる」（山岸敬子）、「住民訴訟は、住民自治の原則を端的に体現した制度といえる」（人見剛）との指摘をも参照。山岸敬子『客観訴訟の法理』（勁草書房、2004年）16頁、人見剛「住民訴訟制度の諸問題」法学教室372号（2011年）53頁。

(91) 田中二郎「行政適正化への途」（1976年）同『司法権の限界』（弘文堂、1976年）203-4頁。

(92) バイエルンでは評価が高いにもかかわらず民衆訴訟が他の州や連邦で採用されないのは何故か、という本稿筆者の問いに対する事務総長 Dagmar Runderisch

にもかかわらず、なぜ民衆訴訟は一般に許されないと考えられているのか。

この問題は、容易に想像されるように、「司法権 = 法律上の争訟（事件性） = 主観訴訟」という等式（トリアーデ⁽⁹³⁾）が支配する日本においては、単なる立法政策上の合目的性の問題にはとどまらず、「司法権」概念という憲法上の問題と関わってくる⁽⁹⁴⁾。日本の司法権論の観点からは、「誰でも提起できる抽象的規範統制」としてのバイエルン憲法裁判所の民衆訴訟は、①「誰でも提起できる」という点、②抽象的規範統制である点、という2点に問題がありうる⁽⁹⁵⁾。このうち、②抽象的規範統制の可否の問題は、古くから長い間議論されてきた論点であり、日本では具体的な事件に即した経験的判断の重要性が説かれることも多いが、バイエルン憲法に

の回答も、まさにこの点を指摘するものであった。

(93) 亙理格「『司法』の二元的訴訟目的観」法学教室325号（2007年）61頁、石川・前掲（注30）「トポスとしての権利侵害論」49頁。

(94) 「民衆訴訟とは、個人の具体的権利義務に関係のない訴訟であって、本来法律上の争訟に関するものではなく、憲法上当然には裁判所の権限に属しない訴訟」であり（最三判昭和39年4月21日訟務月報10巻5号756頁〔757頁、強調は引用者〕）、「民衆訴訟は、裁判所法3条1項の『法律上の争訟』ではなく同項の『その他法律において特に定める権限』に含まれる」とされている（最一決平成24年11月30日判時2176号27頁〔29頁〕）。

(95) 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2013年）354頁の表現に従えば、①「主観性のモード」と②「具体性のモード」ということができる。

(96) ここでは、佐々木惣一「国家行為の純粹合憲性に対する最高裁判所の決定権」（1955年）同『憲法學論文選（一）』（有斐閣、1956年）139頁以下、小嶋和司「憲法訴訟手続法・違憲判決の効力」芦部信喜ほか『憲法の基礎知識』（有斐閣、1966年）第21問（181頁以下）、佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）のみを挙げておく。

(97) 例えば、佐藤・前掲（注35）53頁、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）122-3頁、同「法律上の争訟と行政事件訴訟の類型」法学教室371号（2011年）82-3頁、市川正人「違憲審査制の活性化」岩波講座憲法4『変容する統治システム』（岩波書店、2007年）296頁、

においては民衆訴訟によって憲法判例が発展し充実したと評価されている⁽⁹⁸⁾、という点を指摘するにとどめる。訴訟を成立させるために原告適格を有する8歳の少女を探し出したり(ブラウン判決)⁽⁹⁹⁾、妊娠中絶を求める裁判を継続するために合法的中絶期間の徒過を原告に強いたり(ロー判決)⁽¹⁰⁰⁾、そこまでして「作り上げられた」《事件》に、それほど意味があるものとは思われない。ブラウン判決の場合もロー判決の場合もバイエルンでは——ドイツとアメリカでは同じく連邦制と言っても、その内実については異なる点も少なくない(教育はともかく中絶を州法で規律できるか)ため、単純な比較はできないが、州法が問題となっているという点にだけ着目すれば——民衆訴訟で争い得るものと考えられる。「事件性」を要求することが、かえってこのような歪んだ訴訟活動を誘発しているのではないかと思われる。

ともあれ、ここでの問題は①「誰でも提起できる」という点(主観性のモード)である。この点は、民衆訴訟を排除する「当事者適格(原告適格)」の位置づけという問題となってくる。憲法上の司法権論と民事訴訟法上の訴訟要件論が密接に関連して論じられてきたという経緯もさる⁽¹⁰¹⁾ことながら、いかに重要な法的問題が存在していたとしても、誰にも原

同「文面審査と適用審査・再考」立命館法学321・322号(2008年)21頁以下。木下智史「違憲審査制の意義とその活性化の方向性」法学セミナー597号(2004頁)35頁は、このほかに市民参加を付随的審査制の利点として挙げるが、民衆訴訟と対比すれば、明らかに劣るものと言わなければならないであろう。

(98) Vgl. *Hans Lechner*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: a.a.O.(Anm.54), Grundrechte III/2, S.687. 否定的な意見も少なくない連邦の抽象的規範統制とは異なり、バイエルンの民衆訴訟に対する否定的な見解は——あくまで管見の限りではあるが——存在しない。

(99) 参照、大沢秀介『現代型訴訟の日米比較』(弘文堂、1988年)82頁以下。

(100) 参照、蟻川恒正「身体的自由」法律時報71巻2号(1999年)81-2頁。

(101) この点につき、安念潤司「司法権の概念」大石眞=石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008年)250頁を参照。

告適格がなければ、裁判所は当該問題に対して判断を示すことができないという一点に鑑みても、「当事者適格」の問題は「司法権」論における重要なテーマのはずである(佐藤幸治は、『『当事者適格』論の基底には、憲法の定める『司法権』の本質と限界に関する原理的評価が存する⁽¹⁰²⁾』と指摘する)。では、なぜ「当事者適格(原告適格)」が必要とされるのか。

民事訴訟法において「当事者適格」は、誰を当事者として争わせれば紛争を有効・適切に解決できるかという観点から決められるものであり、ある者を当事者として本案判決を下しても有効・適切な紛争解決がもたらされない場合にその者を訴訟追行から排除することによって裁判資源の浪費を防ぐという観点から必要とされている(この点で先に見た「濫訴の弊」という問題とも重なってくる)。憲法学においても「原告適格の要件は、訴訟に対し原告本人が個人的な利害関係を有していることを求めることにより、原告が訴訟を真剣に遂行することを確保し、それによって裁判所にとって論点が適切に提示されることを確保する⁽¹⁰⁵⁾」という説明がなされている。

(102) 佐藤・前掲(注35) 107頁。

(103) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上〔第2版〕』(有斐閣、2011年) 235頁、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』(有斐閣、2008年) 147-8頁(福永有利)、林屋・前掲(注23) 134頁。

(104) 伊藤真『民事訴訟の当事者』(弘文堂、1978年) 90頁以下は、この点を当事者適格の本来の機能としつつ、紛争解決にとってより適切な当事者を選び出す、という積極的な意味をも認めようとする。雄川一郎「訴の利益と民衆訴訟の問題」(1976年) 同『行政争訟の理論』(有斐閣、1986年) 291-2頁をも参照。

(105) 松井茂記「『国民訴訟』の可能性について」高田敏先生古稀記念論集『法治国家の展開と現代的構成』(法律文化社、2007年) 392頁。同所で指摘されている「裁判所の司法権行使をこのような場合に限定することによって行政権を侵害しないよう確保するという側面」については、法令を対象とするバイエルン憲法裁判所の民衆訴訟にとっては直接関係しない(あるいは立法権との関係という本稿で検討してきた問題と重なることとなる)と思われるため、特に取り上げることはしない。

しかし、具体的事件に利害関係を有している当事者が、憲法上の争点についても真剣に争い、裁判所に論点が適切に提示されるという想定には、夙に疑問が提起されてきたところである⁽¹⁰⁶⁾（この点は、国が当事者とならない憲法訴訟がありうる⁽¹⁰⁷⁾ということからだけでも明らかと言えるが、アメリカにおいても“Amicus Curiae”〔裁判所の友〕が大きな役割を果たしているという事実は、訴訟当事者によって憲法上の論点も適切に提示されるという想定が成り立っていないことを示していると言える）。具体的事件の当事者が、当然に「憲法上の争い」についても当事者として相応しいか否かについては、本来検討が必要なはずである。この点で、憲法訴訟においては、具体的事件と並んで法令の違憲性も「審判の対象（Streitgegenstand）」と考えるべきである、という林屋礼二の見解が興味深い。当事者適格は——訴訟物と無関係に決まる当事者能力とは異なり——具体的な訴訟物（Streitgegenstand）との関連で決まるものとされているのであり、⁽¹⁰⁸⁾具体的事件の当事者と憲法問題の当事者は異なり得る、⁽¹⁰⁹⁾というのも成り立ちうる見解だと思われる。会社訴訟（法人の内部紛争）について、管理処分権の形式的な主体である会社（法人）にではなく、⁽¹¹⁰⁾実質的な利害関係人に当事者適格を認めるべきであるという有力な主張が存在している。⁽¹¹¹⁾真の利害関係人に争わせてこそ充実した訴訟追行が期

(106) 江橋・前掲（注45）132頁。

(107) 林屋・前掲（注23）142-3頁、戸波江二「国の関与しない違憲判決？」法学教室166号（1994年）59頁以下。

(108) 参照、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス』（成文堂、2012年）160-1頁、同「憲法学と司法政治学の対話」法律時報86巻8号（2014年）98頁。

(109) 林屋・前掲（注23）全体の主題である（参照、「まえがき」v頁）。

(110) 高橋・前掲（注103）236頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂、2011年）284頁。

(111) 谷口安平「判決効の拡張と当事者適格」（1970年）同『多数当事者訴訟・会社訴訟〈民事手続法論集第2巻〉』（信山社、2013年）201頁以下、同「団体をめぐる紛争と当事者適格」（1972年）同書228頁以下。

待でき、対世効が正当化される、というのがその意図である。憲法訴訟の判決は、——たとえ違憲判決の効力について個別的効力説を採用するとしても——実際には国民全般に大きな影響を与えるものである。憲法訴訟においても、「憲法事件」⁽¹¹²⁾の有効・適切な解決のためには誰を「当事者」とするのが適切か、という観点から問題を捉える視角が存在してしかるべきである（この問題は、付随的審査制がそもそも妥当なのか、という疑問を提起するだけでなく、連邦の抽象的規範統制についても、その提起権者の範囲が妥当なものと言えるか、という疑問を提起するものである⁽¹¹³⁾）。

この点、バイエルンの民衆訴訟について連邦憲法裁判所が興味深い見解を述べている。即ち、「バイエルン憲法98条4文によって憲法擁護の目的で一般的・公的利益のためにすべての市民に認められた地位は、裁判所で自己の権利を追求する『当事者 (Partei)』の地位と同視されなければならない」⁽¹¹⁴⁾。この見解を敷衍すれば次のように言える。即ち、違憲に行使された公権力に対する抵抗が、すべての人にとって権利であるとともに義務とされているヘッセン憲法147条と同様に、憲法が侵害されないようにすることにすべての市民が共同責任 (Mitverantwortung) を負っている⁽¹¹⁵⁾のであり、すべての市民が「憲法の監視人 (Wächter)」に任命されているのである。民衆訴訟を提起する市民は、《公益の代表者》として訴訟を提起するのであり、⁽¹¹⁶⁾《公益の代表者》としての「検察官 (Staats-

(112) この点で、「憲法事件の裁判」を主題化しようとする試みとして、宍戸・前掲 (注45) 28頁以下を参照。

(113) 読売新聞社の憲法改正試案のように抽象的規範統制の導入を主張するのであれば、ドイツ連邦憲法裁判所のものを引き写しにする (参照、丸山伸一「司法」読売新聞社編『憲法改正読売試案2004年』中央公論新社、2004年、233-4頁) のではなく、この点に関する自覚的な検討が必要というべきである。

(114) BVerfGE 13, 132 (141f.).

(115) Wintrich, a.a.O.(Anm.25), Schutz der Grundrechte, S.18.

anwalt⁽¹¹⁷⁾」に比すべき「基本権の擁護者 (Anwalt der Grundrechte)⁽¹¹⁸⁾」だと位置づけられているのである。⁽¹¹⁹⁾したがって、このような市民には、《公益の代表者》として当事者としての地位が認められるべきである、というのが民衆訴訟の背景にある考え方だということができる。

以上は、民衆訴訟を提起する市民が通常の主観訴訟における「当事者」と同視されるという見解を、民衆訴訟を提起する市民の《公》的側面に力点を置いて敷衍したものであるが、逆に《私》的側面に力点を置いて敷衍する方向性もありうるであろう。その場合、基本権侵害に関しては全ての市民が利害関係人である、あらゆる基本権侵害は他人事ではない、というのが民衆訴訟の背景にある考え方だとみることができる。日本の民衆訴訟についても、公金の支出は納税者にとって他人事ではない、選挙の有効性は有権者にとって他人事ではない、というように考えることができる。例えば、住民訴訟は「究極的には当該地方公共団体の構成員である住民全体の利益を害するものであるところから」⁽¹²⁰⁾認められたものであり、住民全員が利害関係人だということもできるのである。実際、⁽¹²¹⁾そのため主観訴訟として捉える可能性 (あるいは主観訴訟／客観訴訟の

(116) 前掲 (注81)・最一判昭和53年3月30日民集32巻2号485頁 (488頁)。

(117) 検察官は「公益の代表者」として法令によって付与された権限についても行使するものとされており (検察庁法4条)、一定の訴訟につき当事者適格が認められている (人事訴訟法12条3項、民法744条1項、公職選挙法211条等)。

(118) *Lindner*, a.a.O.(Anm.9), S.183 (Rn.491)。

(119) 民衆訴訟の提起人を公益の代表者としての検察官のように位置づける見解はサヴィニーにも見られるものである。*Friedrich Carl von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts Bd.2, 1853, S.314.* アメリカでも納税者訴訟や公共訴訟の提起人を「私的司法長官」と位置づける見解 (Private Attorney General Doctrine) が存在する。さしあたり、藤田泰弘「原告適格 (Standing) に関するアメリカ判例法の展開」公法研究37号 (1975年) 140頁以下を参照。

(120) 最一判昭和53年3月30日民集32巻2号485頁 (487頁)。

(121) 例えば、安念・前掲 (注101) 251頁、渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方〔第2

二分論に疑問を提起しつつ、住民訴訟も日本国憲法76条にいう「司法権」に含まれると捉える可能性⁽¹²²⁾も指摘されてきたところである。選挙訴訟に関しても、議員定数不均衡（一票の格差）をめぐる一連の訴訟について——公職選挙法204条を根拠としているとはいえ——主観訴訟と捉えることが可能であるというだけでなく、通常の選挙訴訟についても、「苟も選挙の正当に行はれ其の結果が適法に決定せらるゝことに、精神上正当の利害関係を有すと認むべき者には、凡て出訴の権能を得せしめて居る」⁽¹²³⁾と評価されていたのである。またドイツでも、EUに関する連邦憲法裁判所の判例（マーストリヒト判決、リスボン判決等⁽¹²⁴⁾）において、国家権力の正統化に参加し国家権力の行使に影響を及ぼす権利と解された基本法38条（選挙権）を根拠に憲法異議の適法性が認められている⁽¹²⁵⁾。このような裁判は、日本であれば、「上告人らが選挙権を侵害されたというのも、要するに、区民一般に与えられた権利に関する主張をしているに過ぎない」⁽¹²⁶⁾と一蹴した最高裁判例のように、民衆訴訟と位置づけられるのではあるまいか。すべての有権者が提起できる憲法異議と民衆訴訟の距離はもはや僅かである。マーストリヒト判決に対して民衆訴訟に道

版]」（有斐閣、2010年）404頁。もっとも、石川ほか・前掲（注33）「法における人間像を語る」26頁（石川健治）をも参照。

(122) 例えば、奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究41号（1979年）106頁、松井茂記「裁判を受ける権利」（日本評論社、1993年）173頁注（52）、204頁注（29）、野坂泰司「憲法と司法権」法学教室246号（2001年）43頁以下。

(123) 美濃部達吉『行政裁判法』（千倉書房、1929年）180頁（下線による強調は引用者。旧漢字は改めた）。

(124) BVerfGE 89, 155 (171f.) [前掲『ドイツの憲法判例Ⅰ』432頁以下（川添利幸）]；123, 267 (330)。

(125) 一般的行為自由説が法治国家原理を主観化するものであるのに対して、「客観法的」民主制原理の主観化」ということができる（*Papier / Krönke*, a.a.O. [Anm.13], S.22 [Rn.49]）。

(126) 最三判昭和39年4月21日訟務月報10巻5号756頁（757頁）。

を開くものとして警戒の目が向けられ、リスボン判決は「事実上の民衆訴訟⁽¹²⁸⁾」だと評される所以である。それに対して、客観訴訟とされている選挙無効訴訟（公職選挙法204条）を提起できるのは、当該選挙区に所属する選挙人に限られるとされているのである⁽¹²⁹⁾。

このように見てくると、どの程度の関連があれば利害関係者と言えるのか、というのは質的な相違というよりも量的な相違（程度問題）だと言えるのではないか⁽¹³⁰⁾。こうした観点から司法権と民衆訴訟に関して再検討を試みることも考えられるが、この問題に関する本格的な検討に立ち入ることは本稿の目的ではないので、別の機会を期したい。

跋文

従来わが国では、基本法及び連邦憲法裁判所に関して考察する際に、州憲法及び州憲法裁判所が顧みられることはほとんどなかった。しかし、基本法及び連邦憲法裁判所が出来上がる前に、多くの州では既に憲法が創られ、憲法裁判所が活動を開始していたのである。そして実際、バイエルン憲法裁判所が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ことは、しばしば指摘されているところである⁽¹³¹⁾。本稿（二）において抽象的規範統制について検討する際に見たように、少なくとも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（【表9】【表

(127) *Ingo Winkelmann* (Hrsg.), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993*, 1994, S.36–38.

(128) *Schumann*, a.a.O.(Anm.20), S.78f. ミュンヘン大学教授でもあるフーバー連邦憲法裁判所裁判官も同様の指摘をしている (*Huber*, a.a.O.[Anm.75], S.259)。

(129) 最大判昭和39年2月26日民集18巻2号353頁（355頁）。

(130) 参照、雄川・前掲（注104）290頁。

(131) 本稿（一）注36参照（付記を失念しているが、シュテルンの著書には邦訳がある。前掲（注20）『ドイツ憲法I』367頁）。もっとも連邦憲法裁判所自身は、モデル（Vorbild）は存在しないと述べている（BVerfGE 2, 79 [84]）。

12】参照)。これは、そもそもヘレンキームゼー会議のホストであるバイエルンが基本法の草案⁽¹³²⁾を提出し、それがヘレンキームゼー草案に大きな影響を与えたことに鑑みれば、当然のことともいえる。バイエルン政府⁽¹³³⁾（首相エーハルト）としては、基本法の制定にバイエルンの影響を確保すべく、メルヘン王ルートヴィヒ II 世ゆかりの景勝地キーム湖^{ギー・ヘレン}・男島での会議を実現させたのである⁽¹³⁴⁾（バイエルンの基本法草案の作成に際して決定的な役割を果たし、ヘレンキームゼー会議にも参加した「バイエルン憲法の父」ハンス・ナヴィアスキーの果たした役割も看過されるべきではない。なお、このナヴィアスキーの門下からはテオドア・マウンツ、さらにはペーター・レルヒェ、クラウス・シュテルンらが輩出されており、ナヴィアスキーは「今日のドイツ公法学の最大学派の始祖」⁽¹³⁵⁾と評されている）。さらに現在では最も重要な手続となっている憲法異議がバイエルンの伝統的な制度であること、連邦憲法裁判所の方向性を定めた

(132) Bayerischer Entwurf eines Grundgesetzes für Verfassungskonvent, in: a.a.O.(Anm.27), Der Parlamentarische Rat Bd.2, S.1ff. この草案が——少なくとも憲法裁判所に関しては——バイエルン憲法に依拠していることは一目瞭然である（【表12】参照）。

(133) *Heinz Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S.38f.

(134) *Peter Bucher*, Einleitung, in: a.a.O.(Anm.27), Der Parlamentarische Rat Bd.2, S.CXIV ; *Rudolf Morsey*, Zwischen Bayern und der Bundesrepublik, JZ 1981, S.366 ; *Horst Säcker*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Konvent von Herrenchiemsee, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler Bd.1, 1987, S.266. Vgl. auch *Karl-Ulrich Gelberg*, Hans Ehard, 1992, S.172f. ; *dens.*, Bayerische Strategien für den Konvent, in: Peter März / Heinrich Oberreuter (Hrsg.), Weichenstellung für Deutschland, 1999, S.53ff., bes. S.55, S.62f.

(135) 石川敏行編著『ドイツ語圏公法学者プロフィール』（中央大学出版部、2012年）366-7頁。前掲『ドイツの憲法判例 I』592-3頁の「現代ドイツ公法学者系譜図①」をも参照。なお、ヴィントリッヒもナヴィアスキー（及びローテンビュッヒャー）門下とのことである。Vgl. *Theodor Maunz*, WINTRICH, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, 6.Aufl. 8.Bd. 1963, Sp.714.

【表12】 対照表

バイエルン憲法	バイエルンの基本法草案	ヘレンキームゼー草案
第5章「憲法裁判所」	第7章「連邦憲法裁判所」	第8章「連邦憲法裁判所」
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 連邦国法の問題に関する最高の裁判所として、連邦憲法裁判所(der Bundesverfassungsgerichtshof)を設ける。	97条 連邦憲法裁判所(das Bundesverfassungsgericht)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。
	連邦憲法裁判所は次の事項について裁判する。	98条 連邦憲法裁判所は次の事項について裁判する。
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〕	1号 連邦大統領又は連邦政府の構成員に対する弾劾について(47条及び60条)	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)
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)。	2号 選挙及び投票からの有権者団体の排除について(13条)	6号 政党の違憲性について(47条4項)
63条 憲法裁判所は、州議會議員選挙の有効性及び州議會議員資格の喪失について裁判する(33条)。	3号 連邦議會議員選挙の有効性及び連邦議會議員資格の喪失について(31条)	7号 連邦議会選挙の有効性及び連邦議會議員資格の喪失について(51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。	4号 最高連邦機関又はこの基本権によって固有の権利を付与された連邦最高機関の部分機関の間の憲法争訟について	2号 最高連邦機関又はこの基本権によって固有の権利を付与されたそれらの部分機関の間の憲法争訟について
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〕	5号 連邦法律の憲法適合性について(89条) 〔88条=裁判官による移送〕	4号 裁判官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)

バイエルン憲法裁判所について (三)・完

<p>75条3項 法律によって憲法が改正された (geändert) 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>6号 法律によって基本法が変更された (abgeändert) か否か、又は許されない基本法改正の発議が行われたか否か、に関する意見の相違について (67条3項)</p>	<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) 〔105条～108条 = 基本法改正等の手続〕</p>
	<p>7号 連邦と州の間及び州相互間の公法上の争訟について</p>	<p>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)</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>8号 連邦又は州の官庁による連邦憲法によって保障された市民の権利の侵害を理由とする異議について</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>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>9号 法律によって割り当てられた個別の事案において</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>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>10号 調査委員会に対する異議について (57条5項)</p>

* 基本権喪失 (後の基本法18条) については、バイエルンの憲法草案には登場しないが、前掲注 (27) でも触れた *Ergänzung zu den Bayerischen Leitgedanken für die Schaffung eines Grundgesetzes, Grundrechte* では扱われている (S.46)。

初期の判例にバイエルン憲法裁判所の判例の影響が見られる（例えば、違憲の憲法、一般的行為自由説、基本法の人間像⁽¹³⁶⁾）ことまでも視野に入れると、バイエルン憲法及びバイエルン憲法裁判所に関する検討は極めて重要な意義を持っているといえることができる。

にもかかわらず、これまで本格的な検討はなされてこなかった。その欠落の一部でも埋めることができれば本稿の目的は果たされたとと言える。なぜ民衆訴訟が認められるようになったのか、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、という序論で掲げた疑問点については、ともに占領米軍の要求であるという身も蓋もない結論が得られたわけであるが、本稿を終えるにあたり、本稿を通じて得られた示唆をまとめておくこととする。

(1) 民衆訴訟というとすぐに「濫訴の弊」という問題点を思い浮かべがちであるが、本文で述べたように、よくよく検討すれば制度設計によって克服可能な問題である。少なくとも裁判所の裁判に対する憲法異議を認めるよりも弊害は少ないといえる。

(2) 民衆訴訟のあるバイエルン憲法においては、抽象的規範統制、憲法異議、民衆訴訟それぞれの制度趣旨・役割がはっきりしているように感じられる。それに対して、民衆訴訟のない連邦レベルでは、バイエルン憲法であれば民衆訴訟が果たすべき役割を抽象的規範統制や憲法異議が担っている、そしてその分だけ抽象的規範統制や憲法異議の制度趣

(136) 本稿(一)注37参照。違憲の憲法については本稿(一)、一般的行為自由説については本稿(二)で扱った。「基本法の人間像」については本文で触れる機会がなかったが、投資助成法判決(BVerfGE 4, 7 (15f.) [前掲『ドイツの憲法判例 I』35頁以下(根森健)])で示された「基本法の人間像」がヴィントリッヒの見解に類似していることは既にシュテルンが指摘していたところである(Stern, a.a.O.[Anm.83], Staatsrecht III/1, S.32 Fn.131)。この点については、Ulrich Becker, Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S.47ff. が詳細な検討を加えている。

旨・役割が曖昧になっているのではないか、というのがバイエルン憲法裁判所を通して連邦憲法裁判所を眺めて得られた感想である。

(3)「憲法裁判所の最大の特徴とされる抽象的規範審査制度も、もともとは憲法規範の解釈をめぐる国家機関相互の争いの拡大版として構想されたものであった⁽¹³⁷⁾」。機関争訟と抽象的規範統制が未分離であり、当事者適格が要求され対審手続で争われる等の点において機関争訟の色彩を濃く残しているバイエルンの抽象的規範統制（意見の相違）は、そうした抽象的規範統制の「進化の過程」を示すものとして興味深いものである。この点で「機関訴訟抜き⁽¹³⁸⁾の抽象的規範審査制度の導入は、少なくとも憲法裁判権の内在的論理に忠実ではない」という指摘は、それ自体としてはもっともである。しかし、本稿（二）で見たように、今や連邦の抽象的規範統制は、バイエルン憲法でいうと機関争訟よりも民衆訴訟に近いものとなっているのであり、機関争訟と連邦のような抽象的規範統制とは、全く別個の権限であると解する余地もあるように思われる。本稿筆者としては、導入それ自体よりも、提起権者についての自覚的な検討がないままに、直輸入しようとする態度にこそ問題があるように思われる。

(4) 一般に大陸型憲法裁判所においては、通常の裁判系統とは別に憲法裁判所を設け、職業裁判官ではない裁判官（大学教授等）が多数関与⁽¹³⁹⁾することが特徴とされている。その理由として、旧体制を支えた職業裁判官への不信が挙げられることがある（「新しい酒は新しい革袋に」⁽¹⁴⁰⁾）。

(137) 宍戸・前掲（注45）30頁。本稿（一）注49参照。

(138) 宍戸・前掲（注45）30頁。

(139) 例えば、レイ・ファヴォラー（山元一訳）『憲法裁判所』（敬文堂、1999年）18頁以下。樋口陽一は、「今では重なり合うものとなっている」アメリカ型とドイツ型の「対照」が「強くあらわれている」点として、「審査機関の構成」を挙げる。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）3頁。

バイエルン憲法においては職業裁判官のみによって規範統制の裁判が行われることとなっているが、それは、本稿（二）で見たように、州議会議員が憲法裁判所の非職業裁判官構成員を兼任するという運用を前提として、「法律を制定した者がその法律の合憲性を審査する」という事態に対する米軍のクレームに由来する。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との兼職を禁止するという選択肢もありえたにもかかわらず、職業裁判官のみによって規範統制を行うという解決策が採られたのである。その理由は未だ明らかではないが、少なくとも職業裁判官に対する不信が大きくなかったことだけは確かであろう。また、その他の裁判体の構成にしても、バンベルク憲法（1919年バイエルン憲法）の構成を基本的にそのまま引き継いでいるのであり、少なくともバイエルン憲法制定に際して、「新しい酒は新しい革袋に」という意識があったことは言うことができない。

（5）日本との関連では、自民党の長期政権が続き、政権政党の意向を受けやすい裁判官選任方法の下で、職業裁判官のみによって憲法判断が行われていることが、日本において違憲判決が少ない理由として挙げられることがあるが、バイエルン憲法裁判所の運用実績はこのような説明に再考を迫るものと言える。即ち、バイエルン憲法裁判所においても、保守党（CUS）の長期政権が（日本の自民党以上に）続き、州議会の単純多数決という——特にバイエルンでは、連立政権が常態である連邦や他の州とは異なり、CSU単独政権であることが通例である（本稿（二）掲載の【表6】参照）ため——政権政党の意向の反映されやすい裁判官選任方法の下で、職業裁判官のみによって法令の違憲審査が行われているにもかかわらず、相当数の違憲判決が下されているのである。

（140） 例えば、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）22-3頁、山元一「今、憲法裁判所が熱い!？」自由人権協会編『憲法の現在』（信山社、2005年）71頁。

(6) 何よりも、民衆訴訟による憲法裁判は、頭から一蹴されるほど突拍子もない制度では決してない、ということである。現にバイエルンでは民衆訴訟による憲法裁判が行われており、しかも一般に高い評価を得ているのである。日本における制度改革に際しても、検討に値する選択肢であるように思われる。

当初は、最後に、日本の憲法との関係でバイエルン憲法がもう少し注目されるべき理由として、比較憲法史的な観点から興味深い点を若干指摘して本稿を閉じることを予定していた。しかし、思いのほか話が膨らんでいってしまったため、切り離して別稿として公表することとする。