



Title	憲法異議の受理に際して行なわれる予備審査手続
Author(s)	ヴィットゥム, ヴォルフガング・グラフ; 牧野, 忠則//訳
Citation	北大法学論集, 37(3), 119-164
Issue Date	1987-03-18
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16526
Type	bulletin (article)
File Information	37(3)_p119-164.pdf



[Instructions for use](#)

憲法異議の受理に際して行なわれる予備審査手続

(西ドイツチュービンゲン大学法学部教授) ヴォルフガング・グラーフ・ヴィッツトウム

牧野忠則訳

I 序論—問題の所在

II 予備審査手続—その展開と形成

一 出発点

二 一九五六年の新規定に至るまでの過程

三 予備審査手続についての一九六三年の改革

四 一九七〇年の改革

III 予備審査手続—現行法上の規定と実務上の運用

一 三人委員会と小法廷との狭間にある予備審査手続

二 予備審査手続の運用

三 憲法に照して見た予備審査手続

四 予備審査手続の運用に関する憲法上の諸準則

IV 要約—連邦憲法裁判所の機能能力と個人の権利保護請求との間の
 緊張関係

I 序論—問題の所在

「憲法上の争訟の数の増大に直面して、我々も連邦憲法裁判所とともに、いかにしたら連邦憲法裁判所の負担を軽減しうるのかを検討しなければならない。」

新しい連邦政府によって設定されたこのような法政策上の目標は、本質的には、このドイツの最高裁判所〔である連邦憲法裁判所〕それ自体の設立以来存在するものである。すなわち、このような〔目標設定をする〕きっかけは恒常的に存在しているのである。というのは、通常の裁判所 (Fachgerichte) から〔⁽¹⁾連邦憲法裁判所に〕送付される具体的規範審査事件が著しい数にのぼっているということと並んで、これまでの連邦憲法裁判所法の改正の度ごとにその原因となつたのは、個人による憲法異議 (基本法九三条一項四 a 号) が絶えず増加しているということであつたからである。連邦憲法裁判所の機能能力を保持かつ保証し、そのことによつて、〔訴訟量の増加によつて裁判所の〕量的負担が過剰となり訴訟〔それ自体〕も長期化している時代に「法という限られた源泉」を本当にそれが必要な者に利

用させるべきだという理由からしてすでに、憲法異議のこの大きな量—それはしばしば「洪水」とか「訴訟を」乱用〔させる〕制度〕とか「法治国家的贅沢」とか称されて批判されるのである。が—を抑制あるいは制限すべきであらう。⁽⁵⁾

裁判官を補佐するスタッフである調査官の増員・弁護士強制の導入・訴訟費用無料制度の廃止などの近年考慮された解決策が、憲法異議がずつとかかえてきた問題⁽⁶⁾を多少とも解消するものなのかどうかについては、ここでは問わないことにしたい。⁽⁷⁾ここで取扱ひまた批判を加えるに価すると思われるのはむしろ、法によつて規律されたいかなる訴訟手続によつて多くの憲法異議がかつて取扱われまた現在取扱われているのか、そしてまた、そこから憲法実務がいかなる帰結を導き出したのか、ということである。このことは必然的に、個人が憲法裁判所へ接近するための手続〔すなわち、予備審査手続〕を形成することが、〔連邦憲法裁判所の〕本来の任務である、基本権および基本権類似の手続的権利の侵害について審査する任務、といかなる関係にあるのか、すなわち、具体的には、基本法上の規定がこのドイツの最高裁判所への接近のためにいかなる訴訟上の手続を定め

ているのか、という問いにどのような解答を与えるのかということと結びつかざるをえない。

II 予備審査手続—その展開と形成

一、出発点

一九五六年の連邦憲法裁判所設立当時、立法者にとつては、特に市民の基本権の（保護の）ために作られた訴訟手続に於いて市民が自からの基本権に直接（すなわち、単に（その基本権侵害について）通常の裁判所での訴訟手続の中で付随的に審査されるのみならず）依拠する可能性をドイツに於いて初めて制度化した手本として存在したのは、憲法異議および民衆訴訟を定めるバイエルン憲法の規定（バイエルン憲法六六条、九八条四段、一一〇条、バイエルン憲法裁判所法二条六号、七条、四六条以下、五三条）だけであつた。⁸⁾ バイエルン憲法裁判所のその当時までの短期間の裁判実務をみた場合、そこからは、この（上述の、たとえば、連邦憲法裁判所に提訴される膨大な数の憲法異議をその氾濫として批判する立場からみた）法治国家原理のいわゆる「誇張」¹⁰⁾ に対して予備的な手続法上のフィルターをかける何らの理由も見出しえなかつた。なぜなら、訴訟の

増大に対する最終的抑制手段としては、当初から、連邦憲法裁判所法二四条—この規定では、もちろん、憲法異議の却下（そのためには、口頭弁論を経る必要もまた理由を付する必要もなかつた。）のためには小法廷（一つの大法廷は当時はまだ二人の裁判官で構成されていた。）の全員一致の同意が要件とされていたのであり、また、この規定を適用することができたのは、訴が不適法かあるいは明らかに理由のない場合だけであつたのであるが—を利用することができたからである。しかし、まさに後者の場合、すなわち、明らかに理由がないとして憲法異議が却下される場合は、当時まだ判例の蓄積がなくまた判例が確定してもいなかったのであるから、稀であつたことであろう。

自からの真の権利あるいは権利であると考えたものを求める市民の殺到が連邦憲法裁判所の設立後直ちに始まつたことによつて、連邦憲法裁判所—ただ、その（二つの）小法廷の職務負担量には、連邦憲法裁判所法一四条に規定された強行的権限分配のゆえに、きわめて大きな差があつた¹¹⁾—のであるが—は、広範にこの（連邦憲法裁判所法二四条という）負担軽減手段を使うことを余儀なくさせられた。すなわち、連邦憲法裁判所設立二年目には、提訴された三六二件の憲法異議のうちあつたの三件だけが通常の手続（すなわち、予備審査手続でない本案手続）

で取扱われ⁽¹²⁾、残りは連邦憲法裁判所法二四条にもとづく手続—すなわち、それは全員一致の決定によつてであるが、しかし、そのうちの大多数には（必要がないにもかかわらず）手間のかかる理由付けがなされていたのであり、そのことは、正当にも、その憲法異議の理由のなさの明白性に疑いを生じさせるに違いないものであった—によつて処理されたのである。一二人で構成された小法廷に於ける審理の負担を軽減するために—法律の規定がないにもかかわらず—事件の選り分けと予備的審理のために、三人の裁判官からなる委員会が作られた⁽¹³⁾。

二、一九五六年の新規定に至るまでの過程

〔連邦憲法裁判所の労働量が予期せぬほど多量にのぼつたこと—両小法廷に割り振られた労働量（による負担の程度）は相互に異なっていたのはあるが—や、（二四条の規定する）簡便化された手続によつてもなお憲法異議の処理に手間がかつたこと、そして、却下決定をするためには小法廷全体が一致しまたそれに対応して「（そこで全員が一致するまで）審理すること」が必要であるというわずらわしさなどが、負担過重に押しつぶされそうになっていた連邦憲法裁判所に、一九五四年にある記念論文集に於いて憲法異議のための間口の思いきつた制限をす

ることを考慮させる動機を与えた。アメリカに於ける「手本」である連邦最高裁判所に於いて実務上取り入れられている訴訟受理手続（すなわち、サーシオレアライ）を引き合いに出して、連邦憲法裁判所は、「すべての憲法異議が義務としてこれを経なければならぬ」義務的「特別受理」手続とでもいうべきもの創設を望んだ。そこでは、この受理の決定は—すでに存在していた—三人委員会（すなわち、当時の「小法廷の全」）裁判官の四分の一）によつてなされるものとされ、また、連邦憲法裁判所法三十条一項二段の規定するところとは異なり、その決定には理由を付す必要がないものとされた⁽¹⁴⁾。

負担軽減の必要から〔連邦憲法裁判所が〕取扱う事件を「憲法裁判所による決定に値する事件」に限定したこととならんで、この特別受理手続は、それによつて訴訟狂による憲法異議の濫用を阻止すべきものと考えられたのである。それに対して、憲法異議の制度それ自体を廃止するということは、当時憲法異議は単に通常法律⁽¹⁵⁾にその根拠を持つただけであつたのでたとえこの制度それ自体を廃止したとしてもそれは何ら解決不能な問題を惹起するなどということはなかつたであろうが、それにもかかわらず、考慮されなかつた。この連邦憲法裁判所法案—これに対する見解を一連邦憲法裁判所判事は激しい口調で表明した

のであった¹⁷⁾が、一つの簡単な修正がされただけで〔可決され〕、その後、憲法異議を処理するためのこの簡易な〔予備審査〕手続を根拠づける法的基礎となつた¹⁸⁾。

このことによつて、これまでドイツの訴訟法には存在しなかつた類型の手続が採用されたのである——とはいへ、それは伝統的な訴訟法上の諸原則に適應したのである¹⁹⁾。すなわち、連邦憲法裁判所法九一 a 条の定めるこの受理手続に於いては、同法二四条で定めている却下理由についてそれ何らかのものを付け加えるべきものとされたのではなく、むしろ、この段階では憲法異議の適法性および訴に理由があるかどうかについては、全く決定されないとされたのである²⁰⁾。しかし、このことによつて逆に、九一 a 条の手続について、新しい基準、すなわち、「憲法問題の解明」〔が期待されうるのかどうか〕や「重大で不可避な不利益」が発生するかどうかを決定するための判断基準、を發展させる必要が生じた。しかしながら、この基準を發展させることを三人委員会は徹底して怠り、むしろ、それまで使い慣れてきた基準、である、不適法という基準および場合によつては、明らかに理由がないという基準やまた場合によつては、詳細な審査の後にはじめて理由がないことを認識しようという基準、を使い、そのことによつて、連邦憲法裁判所法二四条が

つて要求していたのと同様に、憲法異議に勝訴の見込みがある必要のあること——この訴の成功の見込み如何は、他の〔訴訟類型の訴の〕場合でも憲法裁判所の審査の中心をなすのであるが——を導き出した²¹⁾。このようなことによつて、この〔憲法異議の予備審査の〕領域では、この〔二四条の〕規定は殆ど時代遅れのものとなり、この規定に代つて三人委員会が〔憲法異議を〕処理し、〔三人委員会に於いて訴を却下することについて、稀に三人の裁判官の〕一致がない場合には小法廷〔全体〕が決定——これも連邦憲法裁判所法二九条〔が、全員一致と規定するの〕とは異なり、小法廷がその憲法異議を単純多数で却下することができたのだが——したのである。

〔処理件数という〕量的観点からすれば、このような処理方法は確かに効率的である。なぜならば、二年目にしてすでに、小法廷全体による〔却下〕決定が単に二六件だけであつたのに対して三人委員会による〔不受理〕決定は五一九件であつたからである。他方、困難は次の二つことによつてひきおこされた。その一つは、憲法異議の報告担当裁判官^(附註3)によつて書かれた教示書の中の却下理由に対して提訴者が応酬し、そのことによつて憲法裁判所はその提訴者と手紙による法律論争をすることを強いられるという同裁判所が望まなかつたことが実務上次第に広

がったこと⁽²³⁾、また、もう一つは、⁽²⁴⁾両三人委員会の決定が勝訴の見込みという基準に従つてなされるようになったことである。

立法者が望む却下決定の基礎は、「このように」客観的および主観的な重要性⁽²⁵⁾についての純粹な予備審査—この制度の目的は、「この審査を通過した後の」小法廷での通常の訴訟手続に於いて

提訴者に肯定的結果を得させるためというのではなく、およびそ小法廷への出訴の途を選択的に開くということにあつたのだが（なぜならば、さもなくば、連邦憲法裁判所法九一 a 条の一部（すなわち、「…本案についての裁判の拒否」という部分）は全く意味を持たなくなつてしまつたであろうからである。）—から伝統的な基準である明らかに不適法⁽²⁶⁾あるいは明らかに理由がないという基準へと移つていつたのであるが、このことは、予備審査（のための三人）委員会の決定の論拠を小法廷が基準とする論拠のレベルにまで高めたということを意味するのであり、また、そのことによつて、小法廷の—同法廷が当該訴を処理していたとしたら依拠したであろうと考えられる—却下理由について想像がつくようになったのである。しかし、この却下決定の基礎が変えられたことは、三人委員会が、明らかに理由のない憲法異議と、まさに、「単なる」理由のない（すなわち理由のないことは明白ではない）憲法異議と、を合理的に説明しうる

ように区別しなければならぬ局面に立たされたときに、新たなジレンマに陥つた。この二つのものを区別することは、三人委員会—この三人委員会は、自らの権限領域に於いては「連邦憲法裁判所（そのもの）」⁽²⁶⁾であり、その三人委員会が下した決定に対しては、その制度の基礎および目的からしてすでに提訴者にはそれ以上の何らの出訴の手段も開かれていないものとされ、⁽²⁷⁾また、その三人委員会は、そこで処理される憲法異議についてはそこでの手続の中で、裁判官忌避・仮命令・訴の濫用に対する制裁金などの副次的効果についても決定することができたのであるが—にとつてはしばしば困難であつた。

さらに、その権限からして正当にも「小さな小法廷」と呼ばれるこの二つの三人委員会も、しばしば生じた一つの特例事例に於いては、またもとの客観的および主観的重要性という基準に頼らなければならぬと考へた。さもなくば、憲法異議の提訴者の側からみた実質的正義がこの（憲法異議という）訴訟手続に於ける（連邦憲法裁判所の）負担軽減という目的と全く対立することになつたであろうからである。すなわち、それは「取るに足らぬ事件」の場合であつて、その場合には、それはたいへい法律上の審問を受ける権利（基本法一〇三条一項）の侵害を理由とするものであつたが、三人委員会は（訴えを却下す

る論拠として)ここでは憲法異議が実質的内容に乏しいということを持ち出したのである。ここで、この憲法異議の実質的内容の乏しさということは、提訴者の人格に対する基本権侵害の程度が高くないという論拠および提訴者が侵害の危険にさらされていると考えること(あるいは、もの)の物質的価値がむしろ考慮に値しない程の(取るに足らぬ)ものであるという論拠と結びついて、(憲法異議がこの三人委員会の予備審査をパスして)小法廷によって取扱われることを、従ってそれとともに必然的に、憲法異議の成功することが確実であるということ、否定するために使われたのである⁽²⁹⁾。

それと同じほどに目的意識的に、したがってまた、(小法廷により広い裁量の余地を与えるように)拡張的に、両小法廷は、いったん「憲法問題の解明」が期待されえないというべきなのかという問題をも、解釈したのである。すなわち、解明の必要な問題にびったり「合う」事件が係属する場合にのみその事件の提訴者は本来の本案問題の審査のために(その訴が)受理されることを期待することができるというわけであって、「その憲法異議によって解明の必要な問題について(その一部だけが)殆ど(その問題の解明に)役に立たない形で持ち出される」という場合では十分ではないのである⁽³⁰⁾。そのことによって、

連邦憲法裁判所が、現時点では決定することが望ましくないと判断した問題提起を取り上げずまた先例となるような決定をしまった場合に生ずることになる諸々の帰結を現在(でもなお)避けるための一つの手段を創り出したということは殆ど争いえないであろう。非常に目の細かいこの基本法九一a条のフィルターは、両三人委員会の活動―その一部は両小法廷によってもコントロールされないのであるが―を通じて、すべての憲法異議の予備的処理のための訴訟法上の「一般条項」になったのである。

三、予備審査手続についての一九六三年の改革

外面的な点について予備審査をすとはいえ(その実、³¹⁾本質的には本案判断をするものであった(三人)委員会の手続についての六年間の経験から、この手続の若干の不十分な点が明らかになった。それは、教示書を読めばおそらくは想像できるところである、報告担当裁判官が偏見(から決定することがあるということ)、連邦憲法裁判所の見解によれば大げさなものでありまた負担軽減という(この手続導入の)目的に直接矛盾するものでもある理由づけ義務が定められていること(連邦憲法裁判所法九一a条三項および二四二条二段)、口頭弁論を開くことが義

務づけられていること(連邦憲法裁判所法二五一条一項)、そして三人委員会の権限と小法廷の権限とを限界づける際に種々の困難が生ずること、であった。⁽³¹⁾

予備審査手続についての新しい「法」改正の目的は、政府草案によれば、次の二つのことであつた。⁽³²⁾すなわち、それは、実質的決定権を小法廷に戻すこと、および、口頭弁論を廃止した理由づけ義務を限定することである。紛れもなく、この予備審査は、その形式からしても、「アメリカの」サーシオレアライ手続に近づけられるべきものとされた。すなわち、憲法異議の「却下」(Verwerfung)「手続」は、「受理(Amnahme)手続」に席を譲るべきものとされ、⁽³³⁾その際、「三人委員会」で受理が拒否されなかつた場合)小法廷で二人の裁判官が一致すればそれだけですでにその少数派は(小法廷での)本案の審理それ自体を要求することができたのである。

この時に採用された連邦憲法裁判所法九三a条は、負担をさらに軽減せよという連邦憲法裁判所の要求と連邦憲法裁判所への出訴の途を確保し(連邦憲法裁判所が)憲法異議を自から処理しその理由づけをするという法治国家上の要請と(の両方)に応えようとするものであつた。⁽³⁴⁾三人委員会の権限が一九六三年の連邦憲法裁判所法九三a条三項に列挙された場合に限定さ

れたことによつて—ただ、そこで列挙された諸々の場合が系統的に規定されているかについては疑問の余地があるが—今や再び小法廷が憲法異議の客観的および主観的重要性の存在について自から決定することになつたのであり、他方、三人委員会は、訴が不適法であるかどうかまた明らかに理由のないものであるかどうかに基づいて決定することになつたのである。(とはいへ)予備審査手続の基本的構造には何らの変更も加えられなかつた。すなわち、「確かに、」実質的重点は移されたのではあるが、しかし現在でも、この「三人委員会による手続の」段階では、—アメリカの手本に忠実に従つて—連邦憲法裁判所法九三a条三項および四項に基づいてなされた(「不受理」決定からは、提起された本案についての何らの結論をも導き出すべきではないとされるのである。⁽³⁵⁾すなわち、そこで審査されたことは、憲法異議の訴を受理するか否かだけなのである。

この改正のもたらした結果には誰しも満足しなかつた。この改正によつては(—小法廷の)—三つの三人委員会それぞれとその小法廷とが相前後して予備審査することが起こりうるのであるがそのことがこれまでと同様の負担を負わせたので(結局は)連邦憲法裁判所の負担は、軽減されなかつたし、また、この改正がもたらした結果を見れば、連邦憲法裁判所法九三a

条三・四項で規定された（三人委員会と小法廷との間の）権限分配が適切なものであったといふこともいへなかつた。三人委員会は今や、憲法異議を受理するかどうかを、小法廷自身が連邦憲法裁判所法二四条に基づいてするのと同じ論拠に基づいて、拒否することができたし、また三人委員会は、それに加えて、以前から長い間そうされてはいたがもともと法律上何らの規定のなかつたものである、勝訴の可能性の審査、をしなければならぬとされたのである。そして、このことは、一九六三年までの裁判実務に対する立法者の歴然たる降伏を意味した。小法廷は、今や、判例の統一性を確保するために、（提訴された）憲法異議に裁判する価値があるかどうかを決定する権限を取り戻したのである。しかし、もちろん、これまでの実務に於いては憲法異議の本審査理以外の何物でもなかつたものである、事件の客観的および主観的重要性（の審査）が、連邦憲法裁判所法二四条（の規定する裁判所の権限）および三人委員会の権限に対していかなる関係にあるのかといふことは、依然として不明確なまゝに残つた。³⁷ はつきりしていたことは、単に、この改革によつて予備審査手続がより、一層アメリカの手の方向へと形成された一人かかの裁判官の見解によればそれは不十分にしかなされなかつたのであるか³⁸といふこと、また、アメリカの

手本では訴の受理は訴の客観的重要性と結びついているのであるが、（連邦憲法裁判所に於いても憲法異議の受理の決定に際して）憲法異議の客観的重要性に以前より一層依拠すべきであるとされたといふこと、だけであつた。³⁹

このようなわけで、立法者が望みまたそれを連邦憲法裁判所が歓迎したように、予備審査手続の重心がこの改革が実施される過程で再び小法廷に戻されるということが期待されたのであるが、（しかし、）そう期待した者はすぐにそれが裏切られたことに気づいた。すなわち、統計に明らかに表われているように、小法廷に於いては（連邦憲法裁判所法九三a条四項（に基づく手続）および通常の手続によつて）審理された憲法異議の数は停滞したのであるが、他方、三人委員会が処理した訴の数は時として（これまでと）同じに留まりまた時としては増加したのである。このことは（しかし）驚くにあたらない。なぜならば、小法廷での決定の基準と三人委員会での決定の基準を憲法裁判所の実務に於いて有用かつ明確な形で区別することは殆どできなかったからであり、また更には、（法律上規定された）権限が（三人委員会と小法廷に於いて）厳格に遵守された場合には小法廷の負担が著しく増えたとであろうからである。このことは（逆に）、この改正の根拠が不十分なものであつたことの証拠として

資料 十分である。

一九六三年の改正法によって規定することの期待された立法課題が広範に履行されなかったことに伴って、実質的には一義的に不適法でも明らかに理由がないわけでもない憲法異議（の受理）が六つの三人委員会に於いて再三拒否されるという事態が起つた。学説によって批判の槍玉にあげられた事件は、むしろその大半がまさに「単なる」理由のないものであったのであるが、（それらについては決定することは）いづれにしろ、三人委員会の権限ではなく小法廷の権限に属することであった。⁽⁴¹⁾ 憲法異議を三人委員会が明らかに理由がないという簡単な判断によって決定するという実務もまた、憲法異議の提訴者や彼らの訴訟代理人（すなわち、弁護士や大学教授）を憤慨させた。⁽⁴²⁾ 他方、この三人委員会はその不受理決定に於いて、法律上義務づけられていることを越えて、詳細な理由を付す場合があつたのであるが、その場合そこで付された理由は、将来の決定のための先例として理解されたのであり、そのことは全く不当というわけではなかつた。⁽⁴⁴⁾

四、一九七〇年の改革

上述のような非難からその根拠をなくするために、立法者は、一九七〇年、すなわち、基本法が保障するドイツの最高裁判所（すなわち、連邦憲法裁判所）の権限カタログの中に憲法異議を採り入れた一年後に、（今や）この憲法異議の予備審査手続を新たに改正すべき時であると考えた。最初見たところでは（真の）改革というよりもむしろ「小手先だけの改革」のように見えたことが、連邦憲法裁判所の協働の下になされた法務委員会の審議の中で急速にその固有のダイナミズムを展開させた。政府草案によれば、（この改革は）、何ら実質的な変更をもたらすものではないとされ、それゆえ、本案について三人委員会が持つ裁量判断の余地は拡張されるわけではなく、単に、その判断が「憲法異議の提訴者に対してより、敵対的でない」法的基礎に基づいてなされるべきことになるだけであるとされた。すなわち、今や、憲法異議の訴が「何ら勝訴の見込みのない」場合には、三人委員会は「訴の受理を」拒否することができる⁽⁴⁵⁾とされたのである。とにかくも、そのことによって、法的には一九六三年以来小法廷に於いて審査されるべきものとされていた（勝訴の見込みという）予測の要素が改めてまた三人委員会の予備審査決定の際に審査されるべきものとして認められたのである。

それに対して、一九六三年の連邦憲法裁判所法の二四条と九三a条三項とに訴を不適法とすべき複数の理由が非系統的に並存していた状態を（この改正で）なくしたことは、何ら実質的変更を含むものではなかった。しかし、歴然としていたのは、（三人委員会が勝訴の見込みを審査する旨を定める）この新しい規定が、外に対しては、小法廷と三人委員会との関係についての軽視すべからざる軌道修正を意味したということであった。それは、すなわち、「十分な勝訴の見込みがない」という基準は、明らかに理由がない」というこれまでの基準よりも確かに基準としては不確定なものであったので、それゆえ、それ自体かつては小法廷の審査権限に服すとされていた諸論拠を使うことが小法廷にも許されねばならなくなった、ということである。

III 予備審査手続—現行法上の規定と実務上の運用

一、三人委員会と小法廷との狭間にある予備審査手続

一九七一年から現在までに連邦憲法裁判所が処理した憲法異議の合計二二五二二件のうち六四七件（二・七五％）は、小法廷によって（すなわち、予備審査手続によって不受理とされるのではなく）通常の訴訟手続によるか、あるいは、連邦憲法裁

判所法二四条および九三a条四項にもついで）処理され、また二二八七五件は三人委員会だけによって処理された。従つて、結果としては各三六番目（すなわち、三六分の一）の憲法異議だけが連邦憲法裁判所法九三a条のハードルを越えることに成功している。その際、つぎに、（その成功した訴のうち）約六％は不適法、四四％は理由がないとして却下され、五〇％は訴を認容されている。⁽⁴⁶⁾ それゆえ、結局、単に、およそ各七五番目（すなわち、約七五分の一）の憲法異議（すなわち（憲法異議全体の）一・三％）だけしか勝訴しておらず、訴の大部分は予備審査をする（三人）委員会の細かいふるいの目の中に詰つて残っていることになる。

この手続は、今日では、その大部分が法律で規律されている。⁽⁴⁷⁾ 提訴されたすべての訴は、まず、それが連邦憲法裁判所法に規定のある訴訟類型の一つに分類されるのかどうか、について審査される。さらに、連邦憲法裁判所は、訴訟類型毎に整理された特別な記録簿の他に、「一般記録簿」（連邦憲法裁判所職務規則五九条以下）をつけるのであるが、そこでは、一純粹に事務的事項の他に—とりわけ、明らかに不適法な憲法異議を記録として残すことができる。この明らかに不適法な憲法異議の場合には、連邦憲法裁判所法九三a条三項に基づく予備審査手続

に先だつて、法律上の規定はないが、非公式な性格を持つる種の「教示手続」が行なわれる。すなわち、裁判官職に就く資格を持つ中位の職務にある官吏が憲法異議の提訴者に対してその訴が不適法であることを指摘し、場合によっては、欠落している〔裁判〕資料を補充することを要求する。⁽⁴⁸⁾このように事前選別された憲法異議は、これを小法廷の裁判長は、当該事項を管轄する報告担当裁判官に配分する。この報告担当裁判官は、当該裁判官付調査官の協力の下に、⁽⁴⁹⁾この憲法異議を法的に（処理しうるような形に）に仕上げ、場合によっては詳細にまた場合によっては見出し語を付す程度にし、不適法の場合にはその旨の短いコメントをつけて、これを当該裁判官の属する三人委員会に提出する。⁽⁵⁰⁾そこでの〔不受理〕決定は、全員一致でなされるが、その決定は、場合によっては詳細な理由をつけ、⁽⁵¹⁾また場合によっては単に短い理由を付しただけで、⁽⁵²⁾提訴者に知らされる。この決定の公表の仕方また、実務上、統一的なものはなく、また、外部の者にとってはわかりにくい。一九八一年には、三人委員会が決定した事件二四二五件のうちまさに一件だけが連邦憲法裁判所判例集に於いて公表され、一九八〇年にはそれは、二五三九の決定のうちそれでも五件であった。それに對して、一九七九年には、二四三五件の手続のうち一つも公表

されなかつた。⁽⁵³⁾

三人委員会に於いて意見が一致しないというごく稀な場合か、⁽⁵⁴⁾あるいは、そこでの問題を法的に解決するとすれば三人委員会はその権限を明白に超越することになるような事件の場合（たとえば、理由のある、「取るに足らぬ事件」の場合）には、小法廷に於いて当該憲法異議が受理されるか否かの決定がなされる。三人委員会に於ける予備審査も、小法廷の受理決定も、いずれも、単に、本案裁判への通過段階、換言すれば、独立のものであるが、⁽⁵⁵⁾はな一統段階、にすぎないのであるから、三人委員会での受理が拒否されなかつたことも、小法廷での受理（決定）も、憲法異議の提訴者には知らされない。小法廷が〔訴を受理しないことについて〕一致せず（そこで）⁽⁵⁶⁾少くとも二名の裁判官がこの予備審査手続で〔不受理〕決定をすることに反対する場合には、即座に、本案審理が始められる。確立された実務によれば、このことは、それどころか、一人の裁判官が反対した場合でもすでに生じる。

二、予備審査手続の運用

三人委員会の審査権限〔「不適法」かどうかおよび「勝訴するについて何らの十分な見込みがない」かどうかの審査〕と小法

廷の審査権限〔憲法問題の解明〕が期待されるかどうかおよび「重大で避けられない不利益」が生ずるかどうかが概念上区別されていることからすれば、それは、憲法異議の審査過程が予め広く法律で定められているかの如き印象を与える。が、しかし、連邦憲法裁判所法の改正によって予備審査実務に対して効果的に影響を与えようとする一九六三年以来の立法者の不毛な努力を見ると、それは、連邦憲法裁判所法九三a条四・五項に規定されている諸基準の射程範囲および相互の関係、すなわち、それらの基準の合理性、に疑いを起こさせる。ただ、この疑い〔の内容〕は、個々の審査基準ごとに異っている。

三人委員会に於いて受理が拒否されるのは、第一に、不適法な憲法異議である。このような場合に於けることが明白なのは、出訴期間の徒過・要式違背・権利の明白な不在の場合のような（一九七〇年に同法から削除された）絶対的不適法事由に於ける場合であり、とくに、この点については、長期にわたって形成された変更されることのなかった判例実務が存在しているだけにおのおの明白である。⁽⁵⁷⁾このような先例は、たとえば、法律に対する憲法異議の適法性に関しても存在する。⁽⁵⁸⁾がしかし、近時の判例を見てわかるように、裁判官の間ではこの問題についての一致ははるかに少ない。⁽⁵⁹⁾不適法性の問題を解決すること

は、一般に、決して純粋な本案決定よりも容易ではないということとは、出訴の途が尽される（連邦憲法裁判所法九〇条二項二段）以前に提起される訴の適法性についての豊富な判例が示している。⁽⁶⁰⁾それゆえ、ある憲法異議が三人委員会に於ける（予備審査という）最初のハードルを越えることができるか否かは、単に現在の判例だけに基づいては判断されえない。すなわち、余りに多くの不確定な諸事実が憲法異議の提訴者が出訴することの負担となっているのである。

三人委員会は、憲法異議の受理を、さらに、「勝訴する十分な見込みがない」場合に、拒否することができる。ここでの審査の対象はもはや訴の適法性の問題ではありえないということ（「予備審査手続」全体〔の脈絡〕からして明白なのであるが、そのことは別として、この「勝訴の十分な見込みという」文言はそれが解決するよりも多くの問題をひきおこす。権限が〔三人委員会と小法廷とでは〕分かれているのであるから、この〔三人委員会による勝訴の見込みの審査の〕段階では憲法異議の客観的および主観的重要性の問題について決定することは許されない―すなわち、この決定権は小法廷に属する―ということも確かである。さらに、確かであるように思えることは、「十分な見込みがない」という基準は「訴に明らかに理由がない」とい

う基準（一九七〇年までの規定）よりも広い訴不受理の根拠となるものである⁽⁶¹⁾ということ、すなわち、いずれにしろ、「本案についての」通常の訴訟手続に於ける勝訴の見込みについて（予備審査のこの段階で）決定することが許されるということである。三人委員会（そして、外部の者）にとつて、ある憲法異議が受理されるべきものか否かの判断を困難にしているのは、さらに、小法廷が本案に於いて（傍点―訳者）どのように決定するだろうかの予測が主として必要であるということ、換言すれば、連邦憲法裁判所法九三a条四項に基づいてなされる（小法廷による）決定に於いて使われる基準を（三人委員会の）判決見のために援用することが許されないということ―なぜなら、九三a条四項に基づく決定に於いても、まさに本案については決定されないからである―、である。また、すでに（この問題についての）判例が存在している場合にも、そのような予測は重大な諸々の不確定要因―それはここでは（以下で）単に示唆されるにとどまるのだが―に左右される。すなわち、提起されている新しい問題と全くあるいは一部同じであった事件を、どの小法廷が、いかなる（人的）構成によって、いつ、裁判したのか？小法廷は（かつての）自らの判断を今だ堅持しているのか⁽⁶²⁾、「、ということに左右されるのである」。（すなわち、現在問

題になつてゐる事件と同種あるいは類似の事件の判断をした小法廷のかつての決定を基にして予測をするにしても、その時と今とでは事件の置かれた社会と状況も、取り扱つた小法廷もまたその構成も異つており、その予測は困難なのである。）

公表された数少ない決定および若干の未公表の決定を通覧しその共通点を調べてみると、三人委員会自体も「勝訴する十分な見込み」とは何かということに限界づける何らの明確な基準をも発展させなかつたという印象を受ける。すなわち、連邦憲法裁判所法九三a条三項についての決定のうちその一部には、「この勝訴する十分な見込みの判断の際に」古い判例を持ち出しとうの昔に解決済みの憲法（問題についての判断）を長々と述べているものがあり、このような手法を使えば、「勝訴する十分な見込みについての新たな基準を発展させることなく」ある訴が明らかに理由のない憲法異議であると判断することは明らかに容易である⁽⁶³⁾。しかし（他方）、通常法律上はその意義を認めうるかもしれないがしかし憲法上は重要ではない事件（についての決定）の中には、三人委員会の審査権を少くともその最大限度まで拡張解釈している決定も存在する。それは、たとえば、連邦憲法裁判所（すなわち、その小法廷）にはこれまでまだ提起されたことがなくまた学説上も争いのある憲法問題について

は簡単に言及するに留りながら管轄機関に対してはその問題を「正しく」処理するための指針を与える、という再三に亘って生じている事例の場合である⁽⁶⁶⁾。他方、たとえば、三人委員会が、〔通常の裁判所の〕誤った法見解についてそれに簡単に言及するだけで処理するという場合のように、三人委員会が〔自らの審査権は〕補充的なものであるという考え方を厳格に堅持し、通常の裁判所の明らかに不適当な裁判をもそのままにしている場合もあるのである⁽⁶⁸⁾。

このような多彩な決定の混合の中には、それゆえ、非常にアクチュアルな法律問題と並んで「店ざらしになっていない憲法問題」が、また、全く理由がないというわけではない問題提起と並んで全くの不適法な提訴が、含まれているのである。そして単に以下のことだけが、すべての決定に共通している。すなわち、三人委員会の予備審査に於けるこれらの提訴の不受理が小法廷の負担軽減という絶対的の必要に役立つものであるということ、また、この受理の拒否には三人の裁判官の一致が必要であるということである。ここで、制度上三人の裁判官が一組となっているこの三人委員会は連邦憲法裁判所法九三a条二項一段によれば一年ごとに任命される⁽⁶⁹⁾。そして、その構成は連邦憲法裁判所職務規則三八条四項によればこれをその後〔三年以上〕

変更せずにおくべきではないとされている。それにもかかわらず、この三人一組の構成は、三人委員会の決定に見逃しえない連続性を作り出しているのである。それゆえ、頑固な提訴者が同一の事実を前提として何回にもわたって提訴に及ぶ場合その提訴者は〔事実上〕常に同一である委員会と対決することになる⁽⁷¹⁾。

憲法異議の提訴者が三人委員会での〔勝訴する十分な見込みの審査という〕この第二のハードルをも越えた後に生ずるのは、小法廷が当該憲法異議にいかなる重要性を与えたいと考えるのかという問題である。なぜならば、客観的あるいは主観的な重要性をもつ提訴だけが受理されなければならないからである。しかし、他方、小法廷は憲法異議がこの基準に達しない場合でも自由に本案審理に入ることができる。すなわち、小法廷は不受理決定権と並んで受理決定権をも持っているのである。

当初から、連邦憲法裁判所は、裁判をすることによって憲法問題の解明が期待されるかどうか、あるいは、本案についての裁判を拒否する場合に提訴者に重大かつ避けがたい不利益が生ずるかどうか、の審査に際しては、当該憲法異議に勝訴の見込みがあるかどうかに従って判断した。主観的重要性という基準の場合にはその〔勝訴の見込みという〕ことに依拠せざるを

えないということは明白である。なぜならば、憲法異議に理由がある場合にのみおよそ本案についての裁判の拒否によつて提訴者に不利益が生じうるからである。⁽⁷²⁾それに反して、同じことは客観的重要性という基準についてはあてはまらない—なぜならば、結果として理由がないとされることになる憲法異議もまた憲法問題の解明に著しく貢献しうるからだ—⁽⁷³⁾。

それでは、本案についての裁判が拒否されるならば提訴者に重大かつ不可避⁽⁷⁴⁾の不利益が生ずるといふのはどのような場合か？この予備審査手続のもつ負担軽減効果という観点だけからみると、この本案についての裁判が拒否される場合としては、殆ど実質的な内容をもたない憲法異議、すなわち、まず第一に、—とりわけ基本法一〇三条一項の領域での—上述した「取るに足らぬ事件」、が考えられよう。このような事件に於いては、いかなる場合に法的審問が原告に対して法廷に於いて拒否されるのかという憲法上解明されて久しいことが問題となる他に、さらに、このような事件は、そこで訴の対象が憲法異議の提訴者にとつてしばしば殆ど負担という程の物質的価値を持つものではなく、したがつて、そこで憲法侵害とされるものは提訴者の人格にかかわるものではなく財産的価値だけに限定されている事件だということが問題となる。このように考えると理由がな

いとはいえない期待である、そのような事件は通常は予備審査によつて阻止されるという期待は、(しかし)、判例をよく検討してみれば期待外れに終るであろう。連邦憲法裁判所は、最初⁽⁷⁶⁾は、法律上の審問を受ける権利の侵害について、それを常にそれだけについて独立に決定し、提訴者がその自らの権利を獲得する手助けをしていたのであるが、そのような実務慣行は一九七六年一月一日の決定⁽⁷⁷⁾によつて思いがけずも急激な方向転換をした。今や、負担軽減という目的が提訴者の理由のある請求に優位すべきであるとされたのである。すなわち、その決定では、そこで訴の対象となつていたものの価値が、控訴要件たる訴の対象の財産的価値の最低限度額⁽⁷⁸⁾、よりもはるかに低額であつたので、提訴者には何らの重大な不利益も生じない、とされたのである。しかし、その後すぐに、この立場を、最初はこの問題については互いに異なる判断をしていた二つの小法廷は再び放棄した。⁽⁷⁹⁾すなわち、今日では、民事訴訟というところの「取るに足らぬ事件」もまた、—少くとも、第一小法廷に於いては、—予備審査手続の諸々のハードルを越える十分な可能性をもっているのである。しかし、このような処理の仕方は、客観的重要性の基準とは適合しないように思える。

(さらに、)このように小法廷が予備審査手続に於いてその権

限の限界を逾越することは他の場合でもおそらく避けられないであろう。たとえば、この予備審査手続が通常の訴訟手続と区別されるべきなのは単に外見上だけではないとすれば、どの程度の本案の解明および決定がこの「予備審査という」通過段階では許されるのかという問題はまだ解明されていないのである。^(80a)まさに連邦憲法裁判所法九三a条五項一段で理由づけ義務が免除されていることは、小法廷にすでにこの段階で最終的に決定〔すなわち本案判断〕をしてしまおうという気を起こさせうる。しかし、他方では、連邦憲法裁判所が予備審査手続に於いて、まず、ある憲法問題を、まさにそこで解明されたことをその後で他の憲法異議を不受理とすることに使うために、解明しようとすることは排除されえない。その場合、ある事件が所期の憲法問題を解明するために適切であるとされるのはどのような場合か、ということもより、詳細に検討される必要がある。(しかし)法律上の規定はそのための何らの手がかりも与えていない。

以上を要約すると次のような「連邦憲法裁判所」像が浮かびあがってくる。すなわち、それは、憲法異議によって過重な負担を負わされている連邦憲法裁判所(像)であって、最初は例外的事態と考えられていたここでの予備審査手続は、既に長い間常態となつてしまつていたのであり、また、この予備審査手

続たるや、規範上は一義的に規律されてはいるが、その手続の持つ固有のダイナリズムは法解釈学の諸々の限界を踏み越える恐れを絶えずもつていて、というものである。(予備審査手続が)小法廷の負担軽減―それは間接的にはもちろん独自の法的価値を持つのであるが―ということをはゞ唯一の目的としていることは、その結果として、「(現実には、)〔本来〕欠陥を除去するというよりはむしろ単にそれを整理する」という機能を果すべきものにすぎない三人委員会に対して、殆どコントロールが及びえずまた国民が殆ど気がつかないうちになされるが実は訴訟を刻印づけるような諸決定―このような決定がなされる場合に共通しているのは、主として、明らかに、三人委員会が「真に重要である(と見做す)―憲法問題(だけ)を取扱いたいと考えている」ということなのであるが―をする広い裁量の余地を与えることになつて⁽⁸²⁾いる。このような結果は―外見だけは殆ど合理的に見える規範網によつて正当化されて―、確かに、三人委員会自体をもまた小法廷をも法的に何らかの形で拘束するものではないが、しかし、憲法異議の提訴者にとつてはしばしば越え難い法的ハードルを作り出す。不確定概念が問題となつており、ここでの問題が「連邦憲法裁判所の」裁量領域に属することでありまた、それについての決定権も「同裁判所の」専権とされて

いるというようなすべての条件を満たす事件の場合には、同裁判所は、比較的独自の憲法訴訟政策およびそれとともに憲法政策を自由に遂行することができる。それは、たとえば、(後に)克服することの困難なだけの先例を性急に作り出すかわりに、完全に「びつたり合った」事件が現われ裁判官達の問題意識および法理解の変化が判例の変更を可能にするまで待つということである。非常に魅力的なアメリカの手法、すなわち、「アメリカ合衆国連邦」最高裁判所のサーシオレアライ手続との相異は、そうすると、具体的結果としては、憲法訴訟理論の中で言われているよりもはるかに少ないということになる。⁽⁸⁵⁾

三、憲法に照して見た予備審査手続

根拠規範のいくつかは単に外見上合理性があるように見えるだけであること、三人委員会および小法廷が法をどのように適用するかを予測することが困難であること、「不適當な時点では熱い鉄を掴まない」(すなわち、訴を受理しない)ことによつて憲法訴訟政策が陰然にあるいは公然と行われること、そして、「行きすぎた先例形成機能」⁽⁸⁶⁾を持つ決定が利用されていることなどは、憲法異議を基本権保護手段として原則的に肯定的に評価することとは注目すべき対照を示している。すなわち、憲

法異議を肯定的に評価する場合には、「そこでは憲法異議は」それの持つ一般的教育効果とともに「法治国家理念を最高に実現したもの」として称讃され、この憲法異議を廃止することは、今日ではこれをあえて主張する者は殆どないのであるが(「他方」前述のような憲法異議の否定的側面についていえば、訴訟法上具体的に形成された憲法異議「制度」の内容およびその実務上の取扱いは激しい批判にさらされており、その批判は単に憲法異議に関与した者の側からなされるだけではないのである。ある憲法裁判官は憲法異議は「労力がかからず金もかからず見通しもたない」⁽⁸⁷⁾ものであると述べているが、実際に憲法異議が実務に於いてそのようなものであるべきではないとするならば、予備審査手続の取扱いに拠り所と方向づけのための助けを与えるために通常の訴訟法上の弱い骨格を補強する憲法上のコルセットの張り骨が必要なのである。なぜならば、通常の法律を定立する立法権は見たところでは殆どそれをなしえないということとは、三回に亘つて試みられたこれまでの(連邦憲法裁判所法の)改正によつて問題が解決されえなかつたことによつて十分に証明されているからである。

連邦憲法裁判所法九三a条は(憲法訴訟に関するすべての規範と同様に)憲法と憲法実務との間の特殊な、しかし、他でも

見出しことのできる、緊張関係の中に立たされている。この規範（すなわち、九三a条）は、一方では、憲法が具体化されたものなのであるが、他方、まさにこの憲法を連邦憲法裁判所が具体化するための法的根拠でもある。⁽⁹¹⁾基本法に少し目を向けただけですでに、このことの正しさがはつきりする（基本法九四条）のであるから、それだけに、憲法制定者が、一九六九年に憲法異議を、特別な地位が賦与されている憲法裁判権あるいは、国事裁判権の⁽⁹²⁾伝統的な諸訴訟手続と並置し、そのことによつてそれらの手続と同じ序列と権威をこの憲法異議に与えて以来、この（九四条という）基本法（に於ける憲法）委託はますます重要なものになるのである。全く相異なる法的性格と意味を持つ種々の憲法異議が無制限に殺到することを許すとすれば、⁽⁹³⁾その結果として、不可避的に法的扶助（Rechtspflege）の行き詰まりが生じるということ、また、連邦憲法裁判所は現行の予備審査手続が基本法と一致しないというそれまでに持ち出された非難にこれ以上さらされたくないと考えている⁽⁹⁴⁾ということ、がすべての関係者にとつて明白であったので、補完的に、まさにこのような（憲法異議が殺到する）場合に対処するために白地の（Regelungsoffen）特別な授權（規定）が基本法の中に採用されたのである。それが、すなわち、基本法九四条二項二段で

ある。しかし、だからといって、この規定によつて権利保護体系に於ける憲法異議の原則的意味に実質的に変更が加えられるべきだとされたわけではないのであつて、むしろこの規定は、単に、憲法異議の手続について、連邦憲法裁判所法一七条乃至三五条が定める訴訟手続とは異なる特別な定めをすること、のみを可能にすべきものとされたのである。⁽⁹⁵⁾そのことは、すでに基本法九四条一項に基づいて形成された訴訟手続に関する規律の絡絡全体を見ればわかることである。

したがつて、三人委員会の制度および小法廷に於いてなされる簡易な（受理審査）手続という制度は合憲であるということ、疑いがないし、また、これら二つの制度の間に法律上の手段のつながり（Rechtsmittelzüge）（すなわち、上訴の可能性）が認められていないことの合憲性も同様である。およそ一般に、憲法異議が基本法の権利保護体系に於いて特別な地位を持つているということから、立法者にはこの憲法異議の手続を形成するについて特に広い裁量領域が認められるのである。すなわち、口頭弁論主義も公開主義も一少くとも一般の見解によれば一憲法上命じられているものではない。⁽⁹⁶⁾しかしながら、このことおよび基本法九三条二項二段が（特別な受理手続）を規定することについての（白地の授權を定めているということから、憲

法制定者は一九六九年の状態を知っていたのでありそのことはその状態を認めたということなのであるから予備審査手続がどのようなものに形成されようともまたその手続を三人委員会が恣意的に運用しようともそれは合憲である、という結論が導き出されるとすれば、それは、歴史的論拠の持つ論証力は限定的なものであるという理由からしてすでに、許されない。ここで必要なのは、「憲法固有の意味・内容を解明することである。歴史的観点は単にそのための出発点を与えることができるにすぎない」。

ここでの考察の対象である〔憲法異議という〕訴訟類型―それは多くの特殊性を持つものであるが―が、訴訟の背後にあり訴訟をそれに方向づけを与える形で決定づけている特定の実体的諸権利がまさに実現されることに奉仕するものであるということからしても、憲法訴訟法は憲法が具体化されたものなのである。この憲法訴訟法に於いては二つの指導的目的が合流する。すなわち、それは、一定の諸権利〔そのもの〕を保障するということであり、また、これらの権利を裁判所に訴求する可能性を基本法が保障するということであって、これを換言すれば、基本権の保護、および、その保護されている基本権の裁判所による保護である。基本法九三条一項四a号によれば、

憲法異議は、何人でも提起しうる特別な上訴(Rechtsmittel)（ただし、それは、技術的な意味での上訴ではない）であって、この特別の法律上の救済手段(Rechtsbehelf)（（訴訟））たるや、まさに、その九三条一項四a号で挙げられた諸権利を表現しまた実効的なものにするに奉仕するとされるものなのである。⁽⁹⁸⁾（そして）この個人の基本権を保護する手段は、まずもって、基本法一九条四項の定める権利保護の保障に包括されるものである―とはいえず、それは、この一九条四項の規定からの帰結というわけではないのだが―。憲法異議を基本法九三条の規定する連邦憲法裁判所の権限のカタログに付け加えたことによつて、市民に対してその基本権を保障するためにもう一つの特別な出訴の途が開かれたのである。⁽¹⁰⁾ この出訴の途を個別具体的に立法者がいかに形成するかは、依然として立法者の裁量に委ねられている。そして、それはもちろん、「ここで」直ちに画されなければならない限界の範囲内に於いてである。すなわち、その限界とは、憲法異議の訴訟手続は実効的な権利保護を与えるものでなければならず、また、この権利保護はその保護の対象となる〔実体的〕権利に適合するもの、すなわち、〔その権利の〕機能に適合するもの、でなければならぬということである。この二つは相互に不可分のものであり、実質的な意味での法治国家原理

がカバーする広い範囲とびつたり一致する⁽¹⁰⁾。実効的権利保護ということから訴訟手続の形成に関する立法者の自由に対して具体的にいかなる憲法上の要請が生ずるのかは、保護されるべき権利が何であるかによって異なる。そして、それは、純粹に民事法上の争訟の場合には国家の刑事訴追請求権の行使の場合とは別異に判断される。しかし、この保障は、「基本権侵害を除去すること、あるいは、公権力との関係で私人たる個人に与えられている憲法上の保障を⁽¹¹⁾実行することが問題となっている場合には、特に重要である」。出訴の途の形成に際しては、その出訴の途は、このこと〔すなわち、基本権侵害を除去し、公権力との関係で私的個人のために憲法上の保障を⁽¹²⁾実行すること〕を確保するという「目的に合ったものになるように、そしてまた、それに相応しく、また適したものになるように形成されなければならず、また、権利保護を⁽¹³⁾求める者に対して要求可能な範囲内のことを要求するものになるように形成されなければならぬ」。そして、それは、とりわけ、連邦憲法裁判所へ出訴するについて不適切なほど大きな手続法上の障害を作り出すものであつてはならないのである⁽¹⁴⁾。

訴訟手続に関するそれ以外の憲法規定としては、実質的な正当性というよりもむしろ訴訟手続上の正義を確保するためのも

のであるこのような保障に―基本法一〇一条一項二段が規定する法律の定める裁判官の裁判を受ける権利と並んで―属するのは、基本法一〇三条一項の法律上の審問を請求する権利である⁽¹⁵⁾。そして、この法律上の審問を請求する権利が権利保護を求める者の尊厳や基本法三条一項に根拠をもつ法適用の平等と密接な関係を持っていることは、この法適用の平等と裁判所へ出訴する機会の平等とが密接な関係を持っていることと同様に、看過しえないほど明白である⁽¹⁶⁾。

自らの基本権の保護を求める市民が持つ訴訟法上承認された「訴訟手続上の能動的地位」は、その背後にある特別の実体的権利〔すなわち、実体的基本権〕の裏面である。すなわち、憲法異議は基本権およびこの基本権と等置される訴訟手続に関する権利の侵害に対する訴訟上の保護手段なのである。とはいえ、基本権に関するすべての国家機関の一般的な義務〔すなわち、すべての国家機関が、基本権に拘束されること〕（基本法一条三項）はいずれにしろ遵守されねばならないのである⁽¹⁷⁾。そして、単に、裁判所による〔基本権の〕保護がまさにこの義務を具体化するものであるゆえに、そしてそのかぎりでは、この裁判所による保護は実効性をもつのである⁽¹⁸⁾。基本法九三条一項四a号の（…各人の権利の…）という文言からしてすでに明白なよう

に、憲法異議は、とりわけ、主観的公権としての基本権を個人が実現することに奉仕するものである。^(109a)この権利保護手段が目的としているのは、憲法一般の保障ではなく、主観的権利の侵害の除去なのであつて、それはたとえ、主観的権利の侵害が結局は客観法違反にも（あるいは）そのみに、起因する場合であつても、また、それどころか客観法違反を主張することによつて初めてその主観的権利侵害に出訴の途が開かれる場合であつても、そうなのである。⁽¹¹⁰⁾このことと、この（憲法異議という）制度の意味が客観法をも保障することであり適用もそれに及ぶとするしばしば主張される解釈が矛盾するように見えるのは、単にみかけだけのことである。憲法異議のこのような（客観法の保障という）客観的機能を憲法異議の本質から生ずるものとしてではなく偶然的なものにとらえ、その（憲法異議が）客観的機能を持つということから、たとえば、市民は連邦憲法裁判所へ出訴する権利を持っているなどという帰結を導き出そうとすることに對しては、たとえ個人の権利保護がこのような裏面を持つこと（すなわち、憲法異議が客観的機能を持つていること）が—以下のような表現が許されるとすれば—殆ど自明のことであるとはいへ、異論を唱へることはできない。⁽¹¹¹⁾しかし、予備審査手続を民衆訴訟的異議申立手続—すなわち、個

人の権利保護に對する要求を単に手段としてしか見ず、また、その要求を、提出された法律問題を説明するかしないかを裁量によつて決定することについての優越的公共の利益というものを承認する手がかりにするような異議申立手続—にする方向で改革するとすれば、それは基本法に適合しないであらう。⁽¹¹²⁾

四、予備審査手続の運用に関する憲法上の諸準則

さて、予備審査手続を形成しそれを運用する際には、上で述べた諸原則が考慮されるべきである。本案審理および本案判決にまで至る憲法異議の「割合がきわめて低い」ということからしてすでに、予備審査手続の持つ事実上の影響力は大きすぎるのである。ここでは、記念論文集のための論文としての枠を越えないように、若干の点を確認するに留めたい。

1、予備審査手続は、純粹な受理手続である。この段階では、最終的な本案審理および判断はなされえないし、また、許されもしない。それをするには、三人委員会は十分な審査権を持っているわけでもないし、また、権利侵害を除去するのに十分な決定権を持っているわけでもない。⁽¹¹³⁾

2、従つて、連邦憲法裁判所法九三a条三項に規定されている「十分な成果」という基準は、狭く解釈されなければならな

い。すなわち、確定した判例に基づいて理由がないと判断される憲法異議だけがこの勝訴する十分な見込みがない憲法異議といえるのである。憲法上の争訟問題を説明することは、この予備審査手続に於いては―それどころか、単に「そこで」の傍論としても―許されない¹⁴⁾。立法者の意思によつて三人委員会の権限と小法廷の権限とが分離されたことは、とりわけ、厳格に遵守されねばならない基本法一〇一条一項二段の定める命令に対応するものである。

3、憲法異議の提訴者に対して「承認を」要求しえずまた基本権の持つ重要性からして適当でもないのは、同様に、連邦憲法裁判所に提起された事件がいかなる場合に憲法上の争訟事件の解明に適さないということになるのかという問題の解釈に於いて拡張解釈をすることである。この問題の判断によつて決定的なのは、その訴―その訴が法律上理由があるとみなされることになるか否かにかかわらずが、他の問題の他に、連邦憲法裁判所の裁判を必要とするおよそ何らかの憲法問題を提起するものであるのかどうかということである。「その際」そこで提起される法律問題が基本権解釈によつて先例的意義を持つかどうか¹⁵⁾が特に考慮されなければならない。

4、重大な疑義が提起されなければならないのは、次のよう

な判例―それは、明らかにこの間に明確に破棄されることなく先例としては使われなくなつたのであるが―に對してである。

すなわち、それは、明らかに理由のある憲法異議であっても、そこで提起されている憲法問題がすでにずっと以前から解決済みの問題であり、また、提訴者に対して何らの重大かつ回避しえない不利益を生じさせない場合には、「その憲法異議に対する」本案判断は拒否されうる、というものであつた。このことについては、連邦憲法裁判所は、法適用の平等の要請について自ら立てた次のような諸原則に深く留意すべきであらう。「それにもかかわらず、一方当事者が…結果として権利を持っているということになる場合には、その者にとっては、経済的な観点からあるいはまたその他法的なものではない観点からすればその誤つた判断は受忍しうるものであるということを根拠として、その者に対してその権利を与えることを拒むことは許されない。このことは、裁判権による権利保障の意味の核心的内容なのである。なぜならば、規範の執行の領域では法適用の平等は正義の根幹を占めるものだからである。そして、このような考え方は、我が法思想の初めから存在するものなのである。(モーゼ第三書《レビ記》第九章第一五節参照。)¹⁶⁾」。

5、訴訟法を实体法に即して解釈すべしという訴訟法上の一

般原則⁽¹⁰⁾が最もよくあてはまるのはまさに憲法異議訴訟に於いてであるということはおよそ一般に言えることである。なぜならば、憲法異議もやはり一訴訟法上その対極に位置するものである。抽象的規範審査と同様に一憲法裁判権の核心的構成要素だからである。たとえ、訴に理由があるかどうかの審査に於いて憲法異議が客観的機能を持つことが正当と考えられるとしても、法が保護する裁判所へ出訴する権利、すなわち、本案審理および本案判断を求める権利、が実現されるかどうかは、場合によつては生じうる、客観法を説明する必要性、如何にかかわるのではなく、単に、基本法九三条一項四a号がすでに示している如く、主観的権利が侵害されたということが主張されているかどうかだけにかかわるのである⁽¹¹⁾。

IV 要約—連邦憲法裁判所の機能能力と個人の権利保護請求との間の緊張関係

以上のすべての考察にもかかわらず依然として不明確なのは、いかなる現実的背景が時としてきつかけとなつて、連邦憲法裁判所が同裁判所に対して憲法訴訟法によつて設定された諸々の限界を疑問視するようになるのか、ということである。土曜・

日曜を除く毎日、連邦憲法裁判所には約一四件の憲法異議が持ち込まれ、各裁判官は三人委員会の構成員としては年間一人で約六〇〇件の憲法異議を処理する。すなわち、二〇〇件は自ら割り当てられたものを、そして、四〇〇件は同僚裁判官に割り当てられたものを(三人委員会の審査に於いて)⁽¹²⁾。その他に、相当数の具体的規範審査が付け加わる。(たとえば)一九八二年には、五七件(の具体的規範審査)が(連邦憲法裁判所に)係属した。

この事態に対しては早急に対策が講ぜられる必要がある。なぜならば、連邦憲法裁判所がその機能能力を維持することは憲法上保障されていることからしても、また、法的安定性や権利保護の保障からしても、係属している訴訟が適切な期間内に裁判されなければならないということは疑いがなからである⁽¹³⁾。

訴え提起の対象とされその訴えが認容されることのきわめて多いものである、法律上の審問を受ける権利の侵害、という連邦憲法裁判所に負担を負わせている問題の中でも特に重要な問題の場合には少くとも⁽¹⁴⁾、憲法異議の機能および連邦憲法裁判所が裁判権一般に対して持つ重要性はできるだけ速やかに改善されなければならない⁽¹⁵⁾。

「憲法異議の受理に際して行なわれる予備審査手続」の持つ

開いている傷口を立法者が自分から塞ぐことができるかどうかはわからない。しかし、とにかくも、一方では憲法異議訴訟によつて連邦憲法裁判所に出訴しうる範囲の広さと他方では小法廷の事件処理能力が限られているゆえに必要となる予備審査手続というフィルターの目の細かさとの間には関連があるということが、そのうちに、立法者にも以前より明瞭になってくるであろう。憲法異議の提訴者にとつて連邦憲法裁判所への出訴の間口が広いということは、この間に、社会的財産とでもいうべきものになつたといわれている。従つて、立法者がこの社会的財産を侵害しない限りは、予備審査手続は、それを今以上に法治国家原理に一致させる余地は殆どない〔ほど、十分に一致したままでいることになる〕。

予備審査手続をアメリカ合衆国最高裁判所のサーシオレアライ手続—この手続を採用するとすれば、まず、それについての詳細な研究が必要となるだろうが—に近づける方向で改革するということも理論上は考えうるであろう。予備審査手続をそのように改革した場合にそれに対応して生まれるであろう負担軽減効果が連邦憲法裁判所にとつてたとえどんなに大きいものであるとしても、そのような改革は、現実には、個人の権利保護請求権を否定して客観的重要性ということを訴え受理の基準に

するということを意味することになるであろう。それは、すなわち、憲法異議の重心を主観的権利の保護から基本権の客観的内容の解明という方向に移すということなのである。そして、市民の憲法訴訟上の基本的地位に対するその種の侵害は合法かという問題を立てること自体がそれに対して解答するということを意味するのである。

註

- (一) 政府声明に於ける連邦首相H・コールの発言 Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 10, WP, Sten. Ber., 4, Sitzung am 5. 4. 1983, S. 66A 以下。また、F. K. Fromme, FAZ vom 1. 6. 1983, 参考。これに改訂された H. Kutscher, Die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts 1951 bis 1969, in: Festschrift für G. Müller, 1970, S. 161ff.; W. Heyde, Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Bewährung-Änderungen, Änderungsvorschläge, in: Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für H. Kutscher, 1981, S. 229ff. 参照。
- (二) その(具体的な)数については、B. - O. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 469, 参照。

- (3) それでもとにかくも、この〔訴訟が遅延しているという〕ことのゆえに、連邦憲法裁判所はすでに何度もヨーロッパ人権裁判所の批判をうけている。その詳細については、*R. Priebe*, Die Dauer von Gerichtsverfahren im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Grundgesetzes, in: Grundrechtsschutz im nationalen und internatinnalen Recht, W. v. Simson zum 75. GebT, 1983, S. 287ff. 参照。
- (4) *F. - W. Dopatka*, Das Bundesverfassungsgericht und seine Umwelt (Schriften zum öffentlichen Recht, 410), 1982, S. 154ff.
- (5) *E. Benda*, Richter im Rechtsstaat, DRiZ 1979 S. 357ff. (362f.); *ders.*, Der soziale Rechtsstaat, in: E. Benda/W. Maihofer/H. -J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 509 unter Berufung auf BVerfGE 9, 20 (35)。一九八三年については、連邦憲法裁判所には約四〇〇〇件—これは、一九八二年と比較して五〇〇件の増加である—の訴訟の係属が見込まれる。
- (6) *K. Löw*, Dauerproblem Verfassungsbeschwerde, DVBl. 1973 S. 941ff.
- (7) それについては、*W. Heyde*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, aaO (o. Fn. 1), S. 241ff.; *R. Zuck*, Zur Reform des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht, ZRP 1973 S. 233ff. 参照。もっとも最近のものとしては、*T. Ritterspach*, *Unvorgreifliche Gedanken zu Reformen im verfassungsgerichtlichen Verfahren*, in: *Festschrift für E. Stein*, 1983, S. 285ff.
- (8) 立法手続に於いて連邦政府がとった立場については *BT - Drs. I/788 Anl. 2* 参照。この手続が、これまで以上のものに形成されてきたのかについては、*C. Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 2. Aufl. 1982, S. 229f., 242ff.; *K. Stern* (Bearb.): Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder, Lbl., Stand 1978, Einl. S. XLVff.
- (9) *S. Elsässer*, Der Bayerische Verfassungsgerichtshof, BayVBl. 1963 S. 165ff.; *H. Zacher*, Verfassungsentwicklung in Bayern, JöR N. F. 15 (1966), S. 360ff.
- (10) たとえば、(このような結果が生ずるといふことについて) 連邦憲法裁判所法の立法手続に於いて表明された懸念については、*W. Geiger*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952, Nr. 3 vor § 90. 参照。
- (11) (二つの小法廷に係属した事件の具体的) 件数については、*Zur Reform des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für H.

- Nawasky, 1956, S. 211ff. 参照。それによれば、一九五五年五月二二日までには、第一小法廷には二九七九件、第二小法廷には三二二件の訴訟が係属した。
- (12) それ以後の年に於ける〔通常の手続で処理された憲法異議の〕(判例集に基づいて計算した)件数は、以下の通りである。一九五三年八件(提起された全ての憲法異議三八七件中)、一九五四年八件(同、三三二件)、一九五五年七件(同、二五六件)。
- (13) T. Ritterspach, Gedanken, aAO (o. Fn. 7), S. 286.
- (14) Denkschrift des BVerfG, 上の点については、H. -J. Rinck, Die Vorprüfung der Verfassungsbeschwerde, NJW 1959 S. 169ff. (170). (に引用された同論文の当該箇所) 参照。アメリカ合衆国連邦最高裁判所のサーシオリ・アライ手続については、H. M. Hart/H. Wechsler, The Federal Courts and the Federal System, 1953, S. 1313ff., 1394ff.; P. Linzer, The Meaning of Certiorari Denied, Columbia Law Review 79 (1979), S. 1227ff. 参照。一九五三年には連邦最高裁判所は、一四六三件の上訴の申立てがなされ六五件の事件に対してその申立てが認められ理由づけの付された判決がなされたのであるが、他方、一九八二年には上訴の申立て件数は五三二一件に増加しそのうち一四一件についてその申立てが認められ判決が下された。アメリカ連邦最高裁判所が恒常的に負担
- 過重の状態であること、および、今やこれを解消する方策を作り出すことがどうしても必要であることについて、*Chief Justice Burger, American Bar Association Journal* 69 (1983), S. 442ff. 参照。
- (15) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. WP, Anl. Bd. 37, BT-Drs. II/1662, Nr. 13.
- (16) Denkschrift des BVerfG, H. -J. Rinck, Vorprüfung, aAO (o. Fn. 14), S. 170. に於けるその引用参照。
- (17) W. Geiger, Reform, aAO (o. Fn. 11), S. 211. 彼によれば、「立法機関は、即座に行爲し可能な最短期間に緊急状態を除去しない場合には、憲法侵害の責任を負う」。
- (18) この〔旧〕連邦憲法裁判所法九一a条は以下の如くであった。
- (1) 三人の裁判官によって構成され、管轄する小法廷によって一年の任期について任命された委員会は、憲法異議を予備的に審査する。各小法廷は、複数の委員会を任命することができる。
- (2) 委員会は、裁判によって憲法問題の解明が期待されることもなくまた本案についての裁判を拒否することによって憲法異議の提訴人に重大かつ不可避の不利が生ずることもない場合には、全員一致の決定によりその憲法異議を却下することができる。委員会で意見の一致が見られない場合には、小法廷は上述の理由と同一の理由によ

つて単純多数で憲法異議を却下することができる。

- (3) (本案の場合に於いては) 二四条二段が準用される。
- (19) W. Grundmann, Zum Verhältnis von § 91a zu § 24 BVerfGG, DÖV 1958 S. 170ff. (171). これまで慣れ親しんできた(我が国の)訴訟法体系にこの新しい制度が挿入されたことが我々にとって理論的な意味で(実的な意味でではなく)これまで余すところなく成功を収めたというわけではない、ということは言えるであろう。
- (20) BVerfG, NJW 1959 S. 191. 明示の規定によるものではない(がいずれにしろ連邦憲法裁判所の)負担を軽減するための他の手続上の手段については、H. -F. Zacher, Die Selektion der Verfassungsbeschwerden: Die Siebfunktion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1976, S. 396ff. (410). 参照。この問題全体については、B. Schmidt - Bleibtreu, in: T. Maunz/B. Schmidt - Bleibtreu/F. Klein/G. Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Lbl., Stand Sept. 1979, Rn. 3 zu § 93a.
- (21) H. -F. Zacher, Selektion, aaO (o. Fn. 20), S. 411.
- (22) H. Faller, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf Grund des § 91a BVerfGG, JZ 1959 S. 663. によれば、一九五六年の(連邦憲法裁判所法の)改正から一九五九年の初頭に至るまでに、単に一四件の憲法異議だけが連邦憲法裁判所法二四条に基づく手続によって処理された。
- (23) この「不幸な書簡交換実務」については、H. -F. Zacher, Selektion, aaO (o. Fn. 20), S. 410.
- (24) 興味深いことに、両小法廷は、その職務負担量の多さにもかかわらず、単にそれぞれ一つの委員会しか任命しなかった。H. Faller, Rechtsprechung, aaO (o. Fn. 22), S. 663.
- (25) 問題なのはたゞは、BVerfG, DÖV 1958 S. 779f. m. Anm. J. Beeser.
- (26) BVerfGE 7, 241 (243); 19, 88 (90).
- (27) BVerfGE 18, 440f.
- (28) BVerfGE 11, 1 (3)-裁判官選擧について、16, 236 (237f.)-仮命令について、13, 189 (290)-訴の濫用(に対する)制裁金について(記註7)。
- (29) H. Faller, Rechtsprechung, aaO (o. Fn. 22), S. 665 m. w. N. aus der Spruchpraxis des Gerichts. 尚ほ(この問題について)K. Kniestedt u. H. Röhl の論争については、NJW 1959 S. 2052ff.; 1960 S. 853; 1961 S. 60ff. 参照。

- (30) BVerfGE 8, 256 (259f.) 三人委員会はこの点について一致した決定をなしえなかったので、小法廷が連邦憲法裁判所法九一条二項二段に基づいて多数決で決定しなければならなかった。
- (31) 疑いもなく、予備審査〔三人〕委員会が「単なる」理由のない憲法異議をも明らかに理由のない憲法異議に広く包括しそのことによって意識的に小法廷の負担軽減を図ったことが、同委員会に、連邦憲法裁判所内部でも疑念を生じさせるきっかけを与えるような種々の形の理由づけをしている決定を出させる原因となったのである。このことについては、〔当時の〕G. Müller〔連邦憲法裁判所〕長官のRABT〔連邦議会法務委員会〕での公聴会に於ける発言「Protokoll des RABT IV/57 vom 20. 6. 1963, S. 43. 参照。それどころか、少数派とはいえ連邦憲法裁判所全体の中の無視しえない数の裁判官は、負担軽減の効果的手段がないことを理由として憲法異議の〔制度そのものの〕廃止を主張していたようである。そのことについては、G. Müller, ebenda, S. 10f. 参照。
- (32) BT-Drs. IV/1224 Anl. 1. 公然とは述べられなかったがそこでの背景となったのは、一九五六年にすでにそうであったように〔両小法廷を〕後に改組して統一法廷にするために裁判官の数を削減するという意図であった。
- (33) 立法審議の個々の点については、B. Schmidt-Blethen, aaO (o. Fn. 20), Rn. 3 zu § 93a; W. Grundmann, Die neue Verfassungsbeschwerde, DÖV 1963 S. 754ff.; F. Klein, Die Dritte Novelle zum Bundesverfassungsgesetzgesetz, DVBl. 1964 S. 89ff. 参照。〕か〕、サーシオレアライ手続に於いて決定を行うのは裁判所全体（九裁判官）であって、委員会ではない。さらに、弁護士強制もあり、訴訟費用も無料ではない。とりわけ、―そしてこれは決定的な違いであるが―サーシオレアライが与えられるのは「法のためであって、個々の当事者のためにではない」。〔このサーシオレアライ手続による〕コントロールは「判例を統一する必要から、また、一般的重要性をもつ問題を適切に解決するために、なされるのである。』Chief Justice Hughes, zit. in: H. M. Hart/H. Wechsler, Courts, aaO (o. Fn. 14), S. 1396 (ebd., S. 1401. サーシオレアライが与えられるのは、「当該問題に含まれる公の利益のゆえに」であり、結局、そこで問題となっているのは、個々の事件に於ける正義ではなく、「クラスアクション」なのである。ebd., S. 1404f.)。サーシオレアライの〔手続〕原則のこの客観的目的に対応するのが、サーシオレアライを与えることについて同裁判所がほぼ無制限の裁量をもつということである。個々の点については、P. Linzer, Meaning, aaO (o. Fn. 14), S.

- 1248ff.
- (34) *K. - M. v. Bally*, Verfassungsbeschwerde und Annahmeverfahren, Jur. Diss., München 1973, S. 14ff.
- (35) このような立場をとっていたのは、この当時の連邦憲法裁判所判事（である、ルッパ）および厳格なサーシオレアライ手続（を採用すること）を勧める人々であった。*H. G. Rupp*, Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem, ZVP 82 (1969), S. 1ff. (7)。しかし、サーシオレアライを出さないということからは「そのこと以上の」何らの結論を引き出すこともできないしまたそうすべきでもない（たとえば、フランクファーターの「その拒否は、当裁判所が当該事件を取り上げることがを拒否したということの意味するのであって、それ以上ではない」という発言参照。）と考える見解は、単に、カーシオレアライ手続についてのオールドボックスな見解であるにすぎない。近年の研究は、サーシオレアライ手続に於いても実体的法的観点、たとえば、「訴に」理由があるかどうかという観点、が全くもって一つの役割を果しうるということを示している。*P. Linzer*, Meaning, aaO (o. Fn. 14), S. 1229, 1255ff., 1302ff. 参照一。
- (36) *W. Grundmann*, Verfassungsbeschwerde, aaO (o. Fn. 33)によれば、ここで取扱われるのは「憲法異議」でさえなく、単にその受理を求める申立てでしかない。
- (37) 的確にも、*H. - F. Zacher*, Selektion, aaO (o. Fn. 20), S. 413. は、「…実に魅力的な不明確さ」と言っている。
- (38) *J. Federer*, Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 34ff. (55); *T. Ritterspach*, Gedanken, aaO (o. Fn. 7), S. 287.
- (39) *F. Klein*, Novelle, aaO (o. Fn. 33), S. 90; *W. Grundmann*, Verfassungsbeschwerde, aaO (o. Fn. 33), S. 754; *a. M. K. - M. v. Bally*, aaO (o. Fn. 34), S. 15f. 彼は、それから生ずる付随現象（すなわち、理由づけ義務と口頭弁論を聞く義務とを廃止したこと）を過小評価している。
- (40) *E. Schumann*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen (Schriften zum öffentlichen Recht, 11), 1963, S. 46.
- (41) 連邦憲法裁判所の一九六六年一月三日の決定—1BvR 616/66. これについては、*O. Bachof*, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsverordnungen und Satzungen, NJW 1968 S. 1065; *K. Vogel*, „Offensichtlich unbegründet“, JZ 1969 S. 801; Beschluss des BVerfG vom 31. 3. 1969, DVBl. 1969 S. 544 m. Anm. *G. Seibert*, *W. Leinemann*, FR 1969 S. 362f. m. w. N.

- (42) たとえば(交通標識の法的性質についての古くからの解釈論上の争いについて決定した)連邦憲法裁判所の一九六五年二月二四日の決定 NJW 1965 S. 2395. されたことについては R. Hoffmann, の註釈 NJW 1966 S. 875f. 以下, Wz., Grenzen der Ablehnungskompetenz der Dreiaussschüsse, DB 1967 S. 175ff. 参照。
- (43) たとえば'政府草案の提案理由 BT-Drs. VI/388, zu Nr. 20. 参照。
- (44) Ebenda, S. 12. 連邦憲法裁判所長官 G. Müller の連邦議会法務委員会の公聴会での発言 (Protokoll des RABT VI/13 vom 23.4.1970, S. 121.) と比較せよ。三人委員会が処理した憲法異議の約半数には詳細な理由が付された。R. Rupprecht, Vorprüfung der Verfassungsbeschwerde, JZ 1970 S. 207 mit Fn. 11. 以下部分の理由づけの(理論的)水準(の低さ)は以下部分から鋭く批判がなされた。O. Bachof, Verfassungsbeschwerde, aaO (o. Fn. 41), S. 1065. 参照。実際、三人委員会の決定の理由づけを過大に評価すべきではない。一サーシオレアライ手続に於いては'通常'受理あるいは不受理決定の理由づけはなされるべきこと、それは実際上の(すなわち、負担軽減という)理由からである。しかしながら、多数意見に反してサーシオレアライが与えられるべきであったと考える裁判官の反対意見(が表明されること)を増えている。それについて H. M. Hart/H. Wechsler, Courts, aaO (o. Fn. 14), S. 1414ff., 1418ff.; P. Linzer, Meaning, aaO (o. Fn. 14), S. 1255. 参照。
- (45) Protokoll des RABT VI/13, S. 121 (G. Müller), 123 (W. Sauffert). 最終的に採択されたこの法文は'鑑定人である H. H. Rupp 教授の提案に由来するものでもった。Protokoll des RABT VI/17 vom 4. 6. 1970, S. 14 mit Anl. 4. 新規定がより大きな負担軽減機能を果したことを認める連邦議会の法務委員会の報告 BT-Drs. VI/141, S. 7. 参照。
- (46) この数字は'連邦憲法裁判所が出した統計(一九八二年末現在)による。勝訴率およびその他の統計上の分類については詳細は K. Peters, Die Verfassungsbeschwerde in der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts (Bände 1-40), MDR 1976 S. 447ff.
- (47) 連邦憲法裁判所法九三三条に加え更に'連邦憲法裁判所職務規則の諸規定が定められている。これは'たとえは K. Stern (Bearb.): Verfassungsgerichtsbarkeit, aaO (o. Fn. 8), Teil A 3. に収録されている。
- (48) 連邦憲法裁判所の出す情報によれば'この手続は驚くほど効果的なようである(ただし'もちろん'訴訟狂に對しては別であるが)。R. Rupprecht, Vorprüfung, aaO

(o. Fn. 44), S. 208によれば、それでも、この教示を受けた者の八〇％はそれを容れて訴訟を取り下げた。この数字は、*K. Löw, Dauerproblem Verfassungsbeschwerde*, aaO (o. Fn. 6), S. 942では多少異っている(すなわち、五〇％)。——一般登録簿 (AR-Register) に於ける「予備審査手続」の前の「予備審査手続」は、予備審査実務に於ける憂慮すべき問題点である。この手続は、通常は、裁判官の関与なしに経過する(したがって、ここでは、連邦憲法裁判所職務規則六〇条一項二段の規定する代理権は有効に利用し尽くされることになる)。当然のことながら、「訴が」不適法であるとかあるいは明らかに「勝訴の」見込みのないものであるという教示をする場合それはほほいつもあつてゐる。しかし、誤つた「予測」——それは、裁判官がするものではない予測である——がなされる可能性は依然として残つてゐるのである。さらに、*Schmidt-Bleibren*, aaO (o. Fn. 20) Rn. 39 a E. zu § 93a. の要求する要件(すなわち、憲法裁判官が未だ関与していないということの認識可能性)が常に充足されているかどうかが問われる。提訴者が教示を受けた後でも自らの訴が正式な手続によつて処理されることに固執する場合には、[AR-Register から]訴訟類型毎に整理された記録簿 [R-Register] へ書き換え(これによつて訴は「正式な」憲法異議として取扱われる。)られる(このことによつて、

もちろん、場合によつて——弁護士が関与する場合にはまさに——連邦憲法裁判所法三四条五項に基づく手数料によつて「罰せられる」ことがある)。全体として見ると、この点では、連邦憲法裁判所を取り巻いてゐるのは区裁判所の雰囲気である。

(49) このことについては、*R. Zuck, Der „Dritte“ Senat im Bundesverfassungsgericht*, DÖV 1974 S. 305ff.

(50) *R. Rupprecht, Vorprüfung*, aaO (o. Fn. 44), S. 208. この「一連の手続準則」の他に、場合によつては、更に、連邦憲法裁判所法九四条に基く意見聴取や、教示などがなされることがある。しかし、この二つのものはともに、それが行われることはきわめて稀である。

(51) たとえば、*BVerfGE* 50, (6, 5 S.); 54, 143 (4, 5 S.); 55, 144 (6 S.).

(52) たとえば、*Beschluß des BVerfG vom 7. 1. 1975-1 BvR 444/74*.

(53) 法律専門誌に掲載された決定でそれが提訴者およびその訴訟代理人だけの意思で公表されたものである場合には、その決定はここでは含まれていない。しかし、連邦憲法裁判所法九三a条に基づいてなされた決定のうち適切だと考えられる個々の決定は、それが判例集に登載されない場合でも、これを連邦憲法裁判所は新聞や専門誌に公表する (DVBl. 1983 S. 746掲載の決定参照)。一般

には、公表された決定は全くもつて内容に乏しい書き方がされている。それはおそらくは、同裁判所は自ら先例に拘束されたくないと考えているからであろう。しかし、これらの決定は、コンセイユ・デタがその判決を理由づけるために常に使うあの有名な皇帝の簡潔さ(imperatoria brevis)のような、簡潔な方法とは殆ど比較しうべくもない。

(75) W. Geiger 判事の発言 (Protokoll des RABT VI/13 vom 23.4.1970, S. 120) によれば、いざにしろ、「一般の見解からすれば「何ら取扱うに値するものを持たない」事件だけが三人委員会に持ち込まれる、といわれる。一訴訟が三人委員会に持ち込まれるのかあるいは小法廷に決める鍵を握っているのは通常は明らかに報告担当裁判官である。その裁判官が、当該事件には「何ら論ずべきものがない」と考える場合には、同裁判官は、三人委員会にその旨の短いコメントと決定草案とを提出する(三人委員会は、今日では、ほとんどいつも回覧によって決定する)。当該裁判官が、それとは反対に、当該事件には「取り扱うべき何らかのものがある」と考える場合には、通常は、三人委員会は(その事件に)全く関与しない(とはいえ、そこでは、当該事件が小法廷に提出されるべきであるということを決める「肯定的」決定はなされない、といわれる)。報告担当裁判官は「(訴状の被

告および関係人に対する)送達」(連邦憲法裁判所法二二条(原文では九四条。しかし、ここは二二条であるべきことは明白であるので訳者の責任でそのように訂正した。)参照。)のきつかけを与える。この送達はこれを、通常は、この報告担当裁判官の提案に基づき小法廷の裁判長が命じるのである(連邦憲法裁判所職務規則二二条一号参照。しかし、当該条項の後半部分「すなわち、同規定が「連邦憲法裁判所法二二三条二項に基づく送達は報告作成裁判官の提案に基づき小法廷の裁判長によってなされる。それは、憲法異議の場合には通常は連邦憲法裁判所九三a条二項三項に基づく手続の終了後になされる」と定める憲法異議に関する部分)は、明らかに、「その規定が定める通りに」は運用されていない。すなわち、訴を小法廷が取扱う―送達によってこの小法廷での取扱いが準備されることになるのだが―ためには、報告担当裁判官が訴を不受理と決定するための要件が存在しないと考える、ということ足りるとされているからである)。この送達決定は、しばしば、三人委員会あるいは小法廷の受理決定であると誤解される。実際には、この送達決定は、単に、事件が小法廷に持ち込まれるであろうことを推定させる強い情況証拠ではない。しかし、報告担当裁判官が―特に、自から下した態度決定に基づいて―その事件には「何ら取扱うに値するものがない」という

結論に到達し、(当該事件を)予備審査三人委員会に取扱わせ、この委員会が不受理決定を下す、ということも起りうるのである。小法廷もまた、通常は、連邦憲法裁判所法九三a条四項に基づく積極的な受理決定というものをしない。小法廷は、そこで本案について裁判する場合、その事件をすでに黙示に「すなわち、受理したことを明示的に表明することなく」本案決定のために受理しているのである。

(55) そのような中間段階の決定について報道されることは新聞に於いてもきわめて稀である。これがなされた一番最近の例は、国勢調査に対する憲法異議の訴の受理(BVerfG, NJW 1983 S. 1307), FAZ vom 12.5. 1983, 2667 だ。

(56) G. Seibert, Die Verfassungsbeschwerde in der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Die Freiheit des Anderen, Festschrift für M. Hirsch, 1981, S. 491ff. (501 Fn. 14c); Ausnahme in BVerfG, NJW 1978 S. 926ff. mit Anm. K. Redeker. —サーミンオンブライ手続に於いても類似の現象が生じており、ここでは確かに、原則としては、少くとも(九人中の)四人の裁判官の賛成がサーシオレアライを与えるために必要であるが、しかし、しばしば、二—三人の裁判官という少数派ですでに十分であると見なされることがあるのである。

Chief Justice *Hughes*, zit. in: *H. M. Hart/H. Wechsler, Courts*, aaO (o. Fn. 14), S. 1401f. また最近の状況については、*P. Linzer, Meaning*, aaO (o. Fn. 14), S. 1249, 参照。

(57) 連邦憲法裁判所の一九七四年一月七日の決定—BVerfG 447/74 (ECの法規命令に対する憲法異議が明らかに不適法であることについて)を参照することで足りる。—訴の適法性に疑問がある場合でも、憲法異議に、いずれにしろ、「他の理由から、勝訴する何らの十分な見込みがない」場合には、「予備審査(三人)委員会が(そのことを理由に訴の受理を拒否し)その適法性については判断せずにすませる」ということは実務上は稀ではない。たとえば、連邦憲法裁判所の一九七四年九月一八日の決定—BVerfG 920/83—参照。いずれにしろ、「森の枯死に対する憲法異議」には何ら十分な勝訴の見込みはない(すなわち、ここでは、国の管轄諸機関は、場合によっては負うことのある(森の)保護義務を「明白に侵害した」とはいえないとされた。)のである。

(58) BVerfGE 1, 97 (101f.); 30, 1 (16). これは確定した判例である。

(59) BVerfGE 58, 81 (124f., 129-131); 60, 360 (369f.)—これは連邦憲法裁判所法一五条二項四段に基づく決定である。

- (60) 連邦憲法裁判所長官も同じ見解であった。Protokoll des RABT IV/57 vom 20.6. 1963, S. 28. また、訴の不適法事由のカタログについては、*B. Schmidt-Bleibtreu*, aaO (o. Fn. 20), Rn. 21 zu §93a; *R. Rupprecht*, Vorprüfung, aaO (o. Fn. 44), S. 209. 参照。
- (61) *R. Rupprecht*, Änderung des Bundesverfassungsgesetzes, NJW 1971 S. 169ff. (171). 「彼によれば」「この基準は」實際上に範囲にわたる重要性をもつ」といわれる。疑問があるのは、*B. Schmidt-Bleibtreu*, aaO (o. Fn. 20), Rn. 22 zu § 93a. である。この *B. Schmidt-Bleibtreu* の前掲書の当該箇所引用されている他の論者の説明では、この新しい基準の意義を正しく把握しえない。なぜならば、彼らは、予測という要素の内容を充足しまた限定することなく単にその要素に焦点を合わせて説明しているだけであるからである。
- (62) *G. Seibert*, Verfassungsbeschwerde, aaO (o. Fn. 56), S. 500.
- (63) BVerfGE 44, 103 (教会税の徴収について)、49, 375 (宗教上の所属について)、54, 143 (鳩への給餌の禁止について)。
- (64) BVerfGE 45, 434 (刑法上の適用法令の競合について)、55, 28 (指導上の監督について)。
- (65) BVerfGE, 54, 39 (行政裁判所の集団訴訟について)

BVerfGE 56, 247 (新聞の発行停止について)の判決には疑問がある)。さらに、*F. Kübler*, NJW 1983 S. 1304 に引用されている二人の裁判官の見解をも参照。

- (66) BVerfGE 40, 352 (「大学に於ける」受け入れ可能学生数の確定)の判決については、*G. F. Schuppert*, Der Zugang zu den Universitäten - eine Bilanz der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Numerus clausus, in: Die Freiheit des Anderen, Festschrift für M. Hirsch, 1981, S. 567ff. (582ff.) 連邦憲法裁判所の一九八一年七月一二日の決定—1BvR 447/78—ドイツ連邦議会請願中央事務局について—この決定については、*M. Schmitt-Vockenhausen*, Die Unzulässigkeit des Vorprüfungsverfahrens bei der Behandlung von Petitionen an den Bundestag durch die Zentralstelle für Petitionen, DVBl. 1980 S. 522ff. この点での問題については、連邦行政裁判所の一九七五年一月二八日の決定—VII C53.73.—および一九七八年三月三日の決定—7B 44.77.—をも参照。両決定ともに、*K. Buchholz* (Begr.): Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Lbl., 11. Art. 17 Nr. 1, 3. に収録。
- (67) ここでは、「電気料金」支払いのボイコットのために基本権に依拠しようという電気使用者の試みを「簡単なこ

とばて却下した」連邦憲法裁判所の一九八二年九月二九日の決定—BvR 1353/81。（を参照する）だけ（で足りる）。連邦憲法裁判所の類似の決定として、NJW 1982 S. 1803. 連邦憲法裁判所の一九八三年五月三〇日の簡潔で明確な決定—2 BvR 705/83 (NJW 1983 S. 2136) をも参照。これは、連邦領域に於けるABC兵器の配備を連邦政府が黙認していることに対する憲法異議を不適法とするものである（すなわち、防衛政策上の大綱の決定は、提訴者の法領域と直接の関係を持つものではない）。最後に、アルトゥン事件についての一九八三年三月一六日の決定—2 BvR 429/83—を見よ。ここでは、亡命手続終了以前の引き渡しは憲法を侵害しないとされている（一九八二年七月一六日の亡命手続法をも参照）。

(68) 全くの誤りであるStuttgart区裁判所の判決に対する連邦憲法裁判所の一九七九年—二月二〇日の決定（1 BvR 84/79）NJW 1979 S. 2047ff. m. Ann. G. Lücke.

これに対して、BVerfGE 57, 39ff.に於いては、通常の裁判所の裁判が、事実の評価がそこで正しくなされなかったことを理由として、破棄された。

(69) この一致が単に結論だけについて必要なのかあるいは理由にまで及ばなければならないのか、という争いのある問題については、B. Schmidt-Bleibtreu, aaO (o. Fn. 20), Rn. 24 zu § 93a; G. Seibert, Verfassung-

beschwerde, aaO (o. Fn. 56), S. 500. 参照。

(70) この規定が実務上どのように実現されているのかということを知ることは、判例集に頼る外部の者にとってはきわめて難しい。（ただ）少くとも、一委員会の構成が四年以上にわたって同じであることは見てとれる。しかし、まさに一つの委員会での判断が固定化することを防ぐために、連邦憲法裁判所職務規則三八条三項が原則として守られていることは明らかである。そのこと（「すなわち、一つの委員会での判断が固定化するのを防ぐこと」）には、各小法廷の少くとも一裁判官が二つの委員会に属している（この裁判官が、裁判長裁判官であることがしばしばであることは明らかである）こともまた役立っている。

(71) たとえば、ドイツ連邦議会議員の選挙権を長年にわたって獲得しようとして争っている喜ばしいほど頑固なEC官吏の事件に於いて。すなわち、連邦憲法裁判所のEGGRZ 1976 S. 438の判例、連邦憲法裁判所の一九七九年—一月二三日の決定—2 BvR 864/79—、連邦裁判所の一九八〇年—二月二五日の決定—2 BvR 70/80— BVerfGE 58, 202ff. 参照。一九七六年と一九七九年の憲法異議に対して、当該三人委員会は、ほぼ同一の構成によって、何ら勝訴の見込みをも認めなかったのであるが、他方、最も新しい（連邦憲法裁判所法二四条に基づく！）決定

- に於いては、考え方の変化の徴候が現われている。この決定に關与した（第二小法廷の）八人の裁判官のうちの四人は、すでにそれ以前の諸決定〔すなわち、二つのあるいはそのいずれか一方〕に關与した裁判官であった。
- (72) *G. Leibholz/R. Rupprecht*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1968, Rn. 3zu § 93a m. w. N. aus d. Rspr.
- (73) 以下のものを参照するだけでよい。BVerfGE 20, 162ff. — Spiegel 事件判決 30, 1ff. — 盜聴判決, *H. G. Rupp*, Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem, ZfP 82 (1969), S. 1ff. (3f.).
- (74) この不利益の不可避性の（欠落している）意味内容については *R. Schneider*, Das Rechtsschutzbedürfnis im Verfahren der Verfassungsbeschwerde, ZfP 70 (1966), S. 1ff. (68).
- (75) BVerfGE 49, 252 (259)によれば、「連邦憲法裁判所法の膨大な判例によつて、この規定〔基本法一〇三条一項〕の適用領域は細部にわたつては最後の問題に至るまで解明されてゐる」。 *F. O. Köpp*, Das Rechtliche Gehör in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 106 (1981), S. 604ff.
- (76) このことの証拠については *G. Leibholz/H. J. Runcq*: Grundgesetz, Kommentar, Lbl., 6. Aufl. 1979ff., Rn.

- 5f. zu Art. 103 Abs. 1 GG. を参照。
- (77) BVerfGE 46, 72f.
- (78) まず第一に BVerfGE 46, 313ff.; 47, 102ff. この判例に對して批判的な *R. Müsging*, Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde wegen Fehlens eines „schweren Nachtteils“, NJW 1978 S. 1358ff.; BVerfGE 47, 128ff.; 53, 205ff. サーシオレマライ手続に於いては、前審で誤判があつたことは、決して、きわめて高い訴え受理のハードルのクリアを保障するものではないのであるが、一方ではこのサーシオレマライ手続を、他方では *O. Bachof*, Verfassungsbeschwerde, aaO (o. Fn. 41), S. 1065 (bez. auf § 93a a. F.)の以下の発言を参照。
- 「連邦憲法裁判所はアメリカ合衆国連邦最高裁判所のサーシオレマライ手続に添うように九三a条二項を運用しているという印象を与える。ドイツの立法者がそのような〔アメリカの〕手続へ向かう道の中に留まつたということとはこれをたとへ後悔することができるとしても、そのドイツの立法者はとにかくも他の別の規律をしてしまつたのであり、それゆゑ、その点でこの立法者〔の行為〕を是正することは連邦憲法裁判所の任務ではありえない。」
- (79) そのことが初めて見てとれたのは、BVerfGE 50, 32ff.

た、そして、のさだは E51, 126ff.; 51, 352ff.に於いてである。

- (80) 以下の判例参照。BVerfGE 60, 96 (価値＝一五七マルク)、61, 119 (価値＝利子を含めて六〇・四六マルク)。物質的価値に乏しいこのような場合に対しても配慮された事例が、基本法一〇三条一項に関する事件に留まらなかったのは、従来と同様であった。BVerfGE 49, 244ff.; 53, 353ff. — 家賃の増額要求について、基本法一四条に関する事件 — 参照。

- (80a) BVerfG, NJW 1978 S. 936ff. m. Sondervolum M. Hirsch, 参照。

- (81) たとえば、連邦憲法裁判所の一九六六年五月二六日の決定 — 2 BvR 261/66, JZ 1967 S. 570ff. m. Anm. K. Tiedemann; C. Sailer, Verfassungsbeschwerde im Zweifel, ZRP 1977, S. 303ff. (305).

- (82) T. Ritterspach, Gedanken, aAO (o. Fo. 7), S. 287f. 外部の者にとっては、「小法廷が決定するに値する」訴訟を選別するに際しては、実際には、通常は個別事件としての正義という観点からなされている — すなわち、それは、基本権が侵害された蓋然性が高いか否かに従って決定されている (それに対して、たとえば、民事訴訟法五五四 b 条に基づく上告受理、の目的とその運用を参照。) — という印象を受ける。現実には、そのことによつて、効果

的な権利保護が保障されよう。しかし、ある問題が予備審査 (三人) 委員会に於いて否定的に取り扱われ、その後でしかし他の別の訴によつて小法廷に持ち込まれ、それどころか場合によつては憲法侵害があると判断される、とどうにも思ふ所ありう。

- (83) H. F. Zacher, Selektion, aAO (o. Fn. 20), S. 431; E. Blankenburg/H. Treiber, Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1982 S. 543ff. (545). 「……提訴の官僚主義的な処理と学問上の基礎作業」の叙述、その明確には、H. Ridder, Operation Verfassungsbeschwerde, NJW 1972 S. 1689. ①「ネグシ色の目立たなさ」という叙述を参照。

- (84) BVerfGE 23, 191f.; M. Sachs, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977, S. 389ff. m. w. N.

- (85) 連邦憲法裁判所の活動の自由を肯定しているのは、B. -O. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 158ff., 379ff. である。— サーシオレライ令状手続に於いては「連邦最高」裁判所はその裁量に基づいて活動する。訴の受理についてのそのような自由裁量を持つ負担軽減効果は、サーシオレライ手続の場合には理論上は常に同裁判所全体 (九人の裁判官) が決定することになっている (しかしながら、現実には、同裁判所は九つの受理委員会で

構成されている。なぜならば、その時々々の裁判官が長官の「受理討議リスト」に記載する事件だけが裁判所全体の討議にまわされるのであって、それ以外のすべての事件、すなわち、サーシオレアライ申請全体の約七〇％は、それ以上の検討がなされずに却下されるからである。

P. Linzer, *Meaning, aAO* (o. Fn. 14), S. 1250) にもかかわらず、〔西ドイツの〕連邦憲法裁判所法九三a条の手続のもつ負担軽減効果よりも大きいであろう。そのうえ、連邦最高裁判所—それは、単に、義務に適った裁量〔権行使〕という拘束を受けるだけであり、サーシオレアライ申請を特別の恩恵のように与えるのであるが—は、受理決定を〔訴の量の〕制御手段として使うことができる。したがって、たとえば、同裁判所にとって本案についての裁判をすることが「適当ではない」と考えられる（すなわち、たとえば、—人種融和の例のように—政治的に余りに争いがある場合に。）限りは受理を拒否することができるのである。（他方）九三a条の手続に於ける連邦憲法裁判所の裁量は、はるかに限定されている。すなわち、政治的に適切かどうかという観点には、何らの役割を果たすことも許されないのである。サーシオレアライ手続（すなわち、時機を得たものかどうか、あるいはまたやはり、法政策全体からの観点およびタイミング、を考慮することとの重要性）については、F. W. Schurf, *Grenzen der*

nichterlichen Verantwortung, 1965, S. 353（裁量という要素に対するアメリカの憲法学者の批判については *ibid.*, S. 381ff.）。このサーシオレアライを却下するという手続法上の処理によって本案の裁判をしないというテクニックの戦略—戦術的な利点については、S. 384ff.）

- (86) W. Hoffmann-Riem, *Beharrung oder Innovation: zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in: *Der Staat* 13 (1974), S. 335ff. (358).
- (87) K. Zweigert, *Die Verfassungsbeschwerde*, JZ 1952 S. 321; *BVerfGE* 33, 247 (258f.); 45, 63 (74); 72, 245の序決について、H. G. Rupp, *Verfassungsbeschwerde*, aAO (o. Fn. 35), S. 3f. 参照。
- (88) T. Ritterspach, *Gedanken aAO* (o. Fn. 7), S. 288.
- (89) この点を要約的に述べたのは、C. Salter, *Verfassungsbeschwerde im Zweifel*, ZRP 1977 S. 303ff.
- (90) W. Rupp-v. Brinnek, *Die Grundrechte im juristischen Alltag*, 1970, に拠って引用。
- (91) P. Heberle, *Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts*, JZ 1976 S. 377ff. (378).
- (92) さらに、連邦憲法裁判所設立の当初に大きくなった憲法異議制度を廃止せよという要求（たとえば、C.-H. Ule, *Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde und*

Verfassungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1953, S. 12ff.; R. Thoma, Rechtsgutachten, betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, J6R N. F. 6 (1957), S. 161ff. (184f.))は、国事裁判権としての憲法裁判権のこの伝統的であり方を基準としてなされたように見える。

- (55) E. Benda, Aktuelle Probleme der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, NiW 1980, S. 2097ff. (2098)によれば、真摯な憲法上の論証に基づいて基本権侵害を主張している訴として残るのは、結局、憲法異議全体の約三〇から三五%である。そのうち、その半数は、これまでの判例に基づいてすでに解決しうるものである。驚くべきことに、この結果は、サーシオマライ手続の場合と類似している。すなわち、ここでは、サーシオレアライ申請の六〇%は、最初から全く問題にならないものであり、二〇%は審査の結果受理を拒否されるものであり、残りの二〇%〔だけ〕が成功する。すなわち、「受理を認められる」ものである。— H. M. Hart/H. Wechsler, Courts, aao (o. Fn. 14), S. 1402. に於いて引用されている Hughes 長官の言葉。— 三〇年代の〔裁判実務に於ける〕これらの比率は、サーシオレアライが受理される割合が更に低くなるという形で悪化した。すなわち、四〇年代の終りにはすでに、約一五%の申請しか受理されなかった。— Vinson 長官の発言 ebd., S. 1404. そして、そ

れは今日では約一〇%だけである。Heyde, aao (o. Fn. 1), S. 244.

- (94) 連邦議会の法務委員会への連邦憲法裁判所の書簡 Protokoll des RABT V/86 Anlage 2; BVerfGE 7, 241ff. (連邦憲法裁判所法九一a条に(1)つ) 18, 440ff.; 19, 88 (92) — 連邦憲法裁判所法九三a条に(1)つ — 参照。

- (95) 詳細は、K.-M. v. Bally, Verfassungsbeschwerde, aao (o. Fn. 34), S. 128.

- (96) BVerfGE 4, 74 (94); 15, 303 (327) — これは、連邦憲法裁判所法九一a条に基づいてなされた決定である。詳細は論じつゝの 19, W.-R. Schenke, in: Bonner Kommentar, Lbl., Stand 1982, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 92f. m. w. N.; a. A. K. Engelmann, Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozessrecht (Schriften zum öffentlichen Recht, 316), 1977, S. 45ff., 53.

- (97) F. O. Kopp, Rechtl. Gehör, aao (o. Fn. 75), S. 618; BVerfGE 1, 299 (312); 47, 109 (127); 6, 55 (75). それに対して、それ以上に基本法九四条二項二段からは受理手続の内容およびその手続の形成について何らの結論も引き出しえないということは、正しい。BVerfGE 19, 88ff. からは、今日なされているこの問題提起を支持する何らの論拠をも導き出すことはできない。なぜならば、一九六五年にはまだ憲法異議は基本法が保障するものではな

かつたからである。

- (8) 詳細は、K. Stern, in: Bonner Kommentar (o. Fn. 96), Rn. 403ff. zu Art. 93GG.
- (9) K. Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 1016.
- (10) W. - R. Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht (Schriften zum öffentlichen Recht, 357), 1979, S. 247ff.; ders., aAO (o. Fn. 96), Rn. 43f. zu Art. 19 Abs. 4 GG. 憲法異議は通常の裁判所に於ける権利保護に対し単に補正的なものでしかありえず、またその内容もいかなるべきも (BVerfGE, 97, 103 u. ff.) とすることは、憲法異議が、明らかに、基本法九三条一項四 a 母に挙げられた諸権利を保護しようとするものである、ということからして必ず帰結するものであり、また、(その補完性は)憲法訴訟に関するきわめて多様な法規範の中にも反映されている (同じくは、単に連邦憲法裁判所法九〇条三項を参照)。しかし、このことから、出訴の途の保障され自体に関しては何も帰結しない。
- (11) W. Schmidt-Albaum, Art. 19 IV GG als Teil des Rechtsstaatsprinzips, NVwZ 1983 S. 1ff.; R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, Grundgesetz, Kommentar, Lbl., Stand 1982, Rn. VII/27 zu Art. 20 GG—Rechtsstaatsprinzip. 本記号論文
- 集による祝賀の名宛人 (たる Bachof 教授の本書巻末) の著作目録を一瞥すれば即座に、実効的な権利保護を要求することが決して近年唱えられ始めたことではなから、同じことが明らかである。O. Bachof, Art. 19 IV GG und das Bundesverwaltungsgericht, DRZ 1950 S. 245ff., 246. 参照。彼によれば、基本法一九条四項は「裁判所という組織によって實際上無価値なものにされた紙の上だけの権利保護をではなく、実効的な権利保護を保障するものである。」
- (12) BVerfGE 46, 166 (177ff.); 60, 253 (266).
- (13) BVerfGE 60, 253 (269).
- (14) それについて、P. Lerche, Zum „Anspruch auf rechtliches Gehör“, ZZP 78 (1965), S. 1ff. (5); W. Graf Vitzthum, Verfassergerechtigkeit im Völkerrecht, in: Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht, Festschrift für H. - J. Schlochauer, 1981, S. 739ff. (745ff.).
- (15) 詳細については、P. Lerche, ebenda; F. O. Köpp, Rechtl. Gehör, aAO (o. Fn. 75), S. 617ff. 参照。同じくは、G. Dürig, aAO (o. Fn. 101), Rn. 20 zu Art. 104 Abs. 1 GG の「憲法上の受訴権の請求」による叙述を参照。
- (16) W. Heyde, Die Rechtsprechung, in: Handbuch des Verfassungsrechts (o. Fn. 5), S. 1199ff., 1227.

- (四) *K. Redeker*, Grundgesetzliche Rechte auf Verfahrensteilhabe: Bemerkungen zu einem status activus processualis, NJW 1980 S. 1593ff. (彼は' *P. Häberle* に依拠してゐる); *G. Lübbe-Wolff*, Stufen des Grundrechtsschutzes gegen Verfahrensverstöße, in: Grundrechtsschutz, aaO (o. Fn. 4), S. 137ff. (152ff.).
- (四a) 同じくは' *H. -F. Zacher*, Selektion, aaO (o. Fn. 20), S. 397. を参照するのみで足りる。
- (四b) *D. Lorenz*, Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR 105 (1980), S. 623ff.; *H. Bethge*, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982 S. 1ff.; *H. Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, insb. S. 137ff., 217ff.
- (四c) これを要約的に述べているのは' *K. Hesse*, Grundrechte, in: Handbuch des Verfassungsrechts (o. Fn. 5), S. 90ff.
- (四d) このような場合にあたるのは' 特に' 基本法二条一項の「人格を自由に発展させる権利」の場合および基本法上の権限規範や手続規範に基づいて「権利侵害」を審査する場合である。このことについては' BVerfGE 10, 89 (99); 42, 20 (27)等。詳細は' *H. Hutzelmann*, Die prozessuale Bedeutung des Elfes-Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 6, 32), Jur. Diss., Regensburg 1970.
- (四e) 正當にも謙抑的なのは' *E. Klein*, Zur objektiven Funktion der Verfassungsbeschwerde, DÖV 1982 S. 797ff.
- (四f) 連邦議会の法務委員会の公聴会に於ける鑑定人として' *H. H. Rupp* も同一の見解を述べた。Protokoll des RABT VI/17 vom 4. 6. 1970, S. 12.
- (四g) BVerfGE 61, 82 (111).
- (四h) それゆえ' *G. Seibert* (Verfassungsbeschwerde, aaO, o. Fn. 56, S. 498 Fn. 14b)あるいは' *C. Starck* (Anm. zu BVerfGE 33, 1, JZ 1972 S. 360ff.)が挙げているような事件は除外されるであろう。三人委員会には「精緻に構成された憲法理論を呈示する」任務が与えられていないと同様に、同委員会は、まさに、特定の憲法問題を、それがすでに解明済みのものであるとすることによってその憲法問題が解明されることを妨げたりあるいは優先させたりする権限を持っていない。' *E. Schmidt-Abmann*, Konzentrierter oder phasenspezifischer Rechtsschutz, DVBl. 1981 S. 334ff., 335f.
- (四i) BVerfGE 54, 277 (296)一大法廷決定。請求が取るに足らぬものである場合に権利保護を拒否することに、批判的なのは' *O. R. Kissel*, Minima non curat praetor, in:

Arbeitsleben und Rechtspflege, Festschrift für G. Müller, 1981, S. 849ff. また、B. Pieroth, Rechtsverweigerung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen, VerwArch 68 (1977), S. 217ff. をも参照。

(116) この点については、民事法の観点から、E. Schumann, Die materiellrechtsfreundliche Auslegung des Prozeßgesetzes, in: Festschrift für K. Larenz zum 80. GebT, 1983, S. 571ff. または、B. Schmidt-Bleibtreu, aaO (o. Fn. 20), Rn. 37 der Vorbemerkung. を参照。

(117) したがって、疑問なのは、BVerfGE 57, 170, 176. の「その憲法異議は、新しい憲法問題を提起するものである。したがって、その憲法異議は適法である」という判旨である。

(118) E. Benda, Aktuelle Probleme, aaO (o. Fn. 93), S. 2092. の以下の叙述をも参照。

憲法異議(手続)に於いては連邦憲法裁判所は、連邦議会が請願(手続)に於いてそうであるように、オンブズマン的役割を果たす。しばしば区裁判所の雰囲気は予備審査手続を取り巻いているように、ここ、すなわち、憲法異議手続全体には、しばしば若干のオンブズマン的機能換言すれば、「司法的な形をとった請願」(H. Krüger)的な機能が感じられる。

(119) BVerfGE 60, 253 (269).

(120) K. Peters, Verfassungsbeschwerde, aaO (o. Fn. 46), S. 452. 参照。〔連邦憲法裁判所〕判例集の最近の巻には、きまづいていつもいくつかの基本法一〇三条一項に関する判例が載っている。第六〇巻の全二七件中八件の判例、また、第六一卷の全二二件中四件の判例〔が同条項に関する判例であること〕を参照。

(121) 基本的なものとしては、BVerfGE 42, 243 (248ff.); 54, 117 (123f.) mit Anm. K. G. Deubner, NJW 1980 S. 1945ff.; ders., Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als Rechtsbehelf im Zivilprozeß, NJW 1980 S. 263ff.。現行の通常訴訟法上の場合によっては可能な解決策については、Braun, Verletzung des Rechts auf Gehör und Urteilskorrektur im Zivilprozeß, NJW 1981 S. 425ff.; U. Seetzen, Die Anhörungsrüge kraft Verfassungsrechts, NJW 1982 S. 2337ff.。しかし、民事訴訟に於いては、一般的に聴問を求める訴(allgemeine Anhörungsrüge)というものは法政策上認められえないであろう。刑事訴訟については、刑事訴訟法三三二a条参照。法律上の審問を受ける権利の侵害を理由とする数多くの訴訟に連邦憲法裁判所は多大の労力を費さなければならぬことから、そのようなことをなくするために、現在、連邦司

法省は、(連邦憲法裁判所が、提起された)憲法異議(一)を審査する前にその訴(の)の対象とされている判断をした原審の(当該憲法異議についての)見解をまず先に求めることができるようにすることを検討している。更には、明らかに、憲法異議訴訟の訴訟費用無料制度を廃止することや、小法廷に対する三人委員会の地位を強化することも考慮されている。

訳註

(訳註1) これは、憲法裁判所に対置される概念で、この憲法裁判所以外の裁判所、すなわち、基本法九五条が規定する通常裁判権・行政裁判権・財政裁判権・労働裁判権・社会裁判権の各分野に属する裁判所、のことをいう。以下、Fachgericht (e)あるいはFachgerichtlichは、特に断わることなく、通常の裁判所(の)、と訳すことにする。ただ、この訳語も言葉の内容に即したものとはいいかねるが、他にそれに代わる定訳もない現在、ここではとりあえずこの訳語を使うことにした。

(訳註2) einfachgesetzlich ここで「通常法律 einfaches Gesetzとは、憲法である基本法以外の形式的意味での法律を示す。基本法(Grundgesetz)も形式的には法律であるから、これと区別するために通常法律と呼ぶのである。以下では、この訳語に従う。また、同様に einfachrechtlichも「通

常法の」と訳すことにした。

(訳註3) Berichterster 提訴された憲法異議は、連邦

憲法裁判所の定める権限管轄に従って(同法一四条参照。)当該事件を管轄する小法廷に回される。そこでは、さらに、その事件はその小法廷の中に設置された三人委員会(初期の頃は各小法廷に一つしか存在しなかったが、現在では各小法廷に三つ置かれている。また、各三人委員会の間では、事件の種類によって担当する事件が異なるのではなく、単に機械的に負担の少ない三人委員会に事件を割り振り、年間を通算して担当事件数が同数になるようにしているようである。)に回される。この三人委員会では、事件は特定の一裁判官の担当とされ、この裁判官は調査官(Mitarbeiter)の協力を得て(実際には、当該裁判官は最後に事件の記録に目を通して受理すべきかどうかの決定を下すがその仕事の中心となるので、事務的作業その他は調査官がするようである。)受理すべきかどうかを判断する。この担当裁判官をBerichterster というのである。不受理とする場合には、実務上、当該裁判官によって簡単な不受理理由が付された手紙が提訴者に送付されるようであり、これに対して提訴者が更に手紙で広酬することがあったので、これが本文の以下の叙述の意味である。H.-F. Zacher, Die Selektion des Verfassungsbeschwerden, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976, S. 410. 参照。

(訳註4) 連邦憲法裁判所法旧九一a条二項参照。すなわち、

「客観的重要性」とは、憲法問題の解明が期待されるということであり、「主観的重要性」とは、提訴者にとつて重大かつ不可避の不利益が生ずる、ということである。

(訳註5) 民事訴訟法(ZPO)五一一a条一項(一九五〇年公布の正文)によれば、この最低限度額は五〇〇マルクである。

(訳註6) Rechtsmittelが第二審以降のいわゆる上訴による権利救済を示すのに対し、このRechtsbehelfは、その上位概念として、Rechtsmittelの他に、第一審裁判所による権利救済をも含む。Creifelds Rechtswörterbuchの当該箇所参照。

(訳註7) これらの決定(Beschluß)は、外部に対しては(すなわち、判例集に於いては)当該三人委員会が属する小法廷の決定として公表されている。すなわち、「連邦憲法裁判所法九一a条に基づく(あるいは、基づいて設置された委員会による)×年×月×日の第×小法廷の決定」の如くである。

(訳者後記)

本稿は、Günter Püttner (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag, 1984. 所収の Wolfgang Graf Vitzthum, Das Vorprüfungsverfahren für Verfas-

sungsbeschwerden. の翻訳である。

本稿は、西ドイツの連邦憲法裁判所の憲法異議に於ける予備審査手続について、その数次に亘る改正の経緯と現在の制度とを概観し、また、それを基本法に照して批判的に検討するものである。我が国に於いては、この西ドイツの憲法異議の制度全般をある程度詳細に紹介するものがそもそも少ない(古くは、川添利幸「西ドイツにおける憲法訴願 Verfassungsbewernde 制度の本質」公法研究三四卷(一九六二年)一五〇頁以下、を嚆矢とする。他に、覚道豊治「憲法裁判の理念と機能」岩波講座現代法3(一九六五年)三三五頁以下、そして最も新しく、また、最も詳細にこの問題を扱っているものとして、阿部照哉「憲法訴願制度の一考察」法学論叢一〇六卷三号(一九七九年)があるにとどまる。)のであるから、まして、予備審査手続に至ってはそれを独立の対象とした研究は我が国には未だ存在しない(阿部前掲書はその中であつて比較的詳細にこの手続を紹介している唯一のものである。この問題に触れた講演の翻訳としては、G・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」法曹時報二一三号五一一八頁以下、特に、五三四頁以下に於ける「質問に対する回答」参照)。予備審査手続についてのこのような我が国の研究状況にあつて、この問題についての西ドイツの最も新しい研究であり、また、この制度の歴史的変遷および現状の簡潔な要約と問題点の指摘を含み、更には、西

ドイツの研究者の間でもこれまで知られていなかったこの制度の運用の実態の紹介などをしている本稿を訳出して紹介することは意義あることと考え、W. Graf Vitzthum 教授よりその抜き刷りをお送りいただいたことを機に、ここにその訳を発表する次第である。

訳文については、できるだけ本文に忠実に訳すことを心がけたが、場合によつては思いきつて意訳した箇所もある。いづれにしろ、本論文の内容自体がかなり細かく微妙な事柄を数多く含んでおり、そのわりには表現が簡潔な箇所が多く、原文通り訳したのでは意味がとれないことが多々あったので、訳者としては可能な限り言葉を（ ）の中で補つて意味がとりやすいよう努力したつもりである。記号については、このようなわけで（ ）は筆者が補なつた語句であり、これは（ ）がないものとしてそのまま読み下していただいて結構である。その他（ ）を筆者の判断で原語を挿入するために使い、引用記号の “ ” を「 」に変えた以外（また、註で多少自由に記号を言葉に変えている以外）は、原則として、原著者の記号をそのまま使っている。

いづれにしろ、前述したように語句を補充したり大幅な意訳をしている箇所もあるので、一訳者としては細心の注意を払つたつもりではあるが、一思わぬ誤解をしているところもあるのではないかということを恐れている。大方の御指摘をいただければ幸いである。