



Title	憲法抗告における適法要件の構造（1） —ドイツ連邦共和国の制度とその展開—
Author(s)	寺島, 壽一; TERASHIMA, Toshikazu
Citation	北大法学論集, 45(4), 1-50
Issue Date	1994-12-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15586
Type	departmental bulletin paper
File Information	45(4)_p1-50.pdf



憲法抗告における適法要件の構造（一）

—ドイツ連邦共和国の制度とその展開—

寺
島
壽
一

目次

序

第一章 憲法抗告制度の概要

1 制度の位置と根拠

- (1) 憲法裁判制度における位置づけ
- (2) 制度の根拠規定

（以上本号）

2 適法要件の諸相

- (1) 憲法抗告手続の当事者
 - (2) 「公権力による侵害」の要件
 - (3) 基本権侵害の主張と訴えの利益
 - (4) 司法救済前置と申立ての期限・方式
- 3 受理手続制度
- 4 審査範囲と判決方式

第二章 法令に対する憲法抗告の要件

- I 「影響を蒙る事情」の要件
- II 「直接性」・「補充性」の判例法理
- III 学説における「直接性」と「補充性」

第三章 「権利保護の利益」存続の要件

- I 「権利保護の利益」存続の基準に関する判例
- II 「憲法論上の争点解明」基準の正当化論

むすびに代えて

序

ドイツ連邦共和国では、各人の憲法上の権利に対する特別の法的救済手続として、連邦憲法裁判所への憲法抗告

(Verfassungsbeschwerde)——従来「憲法訴訟」「憲法異議」なども訳されている——が定められている。これは、憲法上の権利(基本権)を侵害する公権力の措置(法令・裁判判決を含む)の違憲性確認と無効宣言ないし取消を救済方法とする手続である。⁽¹⁾ 本稿は、違憲審査制の比較研究という関心から、この救済手続においてそもそも実体裁判がなされる以前の入口の段階で生じうる適法要件(訴訟要件)の問題、とりわけ訴えを提起しうる適格および狭義の訴えの利益(権利保護の利益の存続)といった要件をめぐる彼地の判例・学説上の論議を明らかにし、この制度の手続上の特質を探ろうとするものである。以下、この題材に関連するわが国のこれまでの研究状況を振り返りつつ^(a)、本稿における題材をいっそう明確に特定したうえで^(b)、かかる題材選択の意義を述べ^(c)、本稿の構成を示しておく^(d)。

(a) ドイツ連邦共和国の憲法裁判制度そのものについては、わが国でもこれまでにかなり豊富な研究がある。連邦憲法裁判所の管轄する訴訟・裁判手続の概観を与える試みがなされてきているし、とりわけ法令の憲法適合性に関する連邦憲法裁判所の判決(裁判)の方式・効果は精力的に紹介されてきた。⁽³⁾ ここでは抽象的法規審査(abstracte Normenkontrolle)・具体的法規審査(konkrete Normenkontrolle)——Normenkontrolle——は従来「規範統制」「規範審査」「法令審査」とも訳されている——といった制度の存在や、連邦憲法裁判所の判決の一般的効力の承認が注目を浴びてきたといえよう。それらの知見に基づいて、ドイツ連邦共和国における憲法裁判権の性格が論ぜられてきた。たとえば、ある論者はまず、「普通の裁判所に具体的事件処理の前提として、違憲審査権を与える方式」具体的な、付随的または前提的審査制(一八〇三年以後のアメリカ)と「特別の裁判所ないし特別の機関(西独、第五共和制フランス)に抽象的審査を可能にするような仕方(4)で審査権を与える方式」抽象的審査制」とを、違憲審査制の「基本的な類型」として取り出す(傍点は原文)。⁽⁴⁾ そのうえで、ドイツ連邦共和国における違憲審査制の特質を如実に窺わせるものとして、法規審査

における判決の一般的効力承認のほか、抽象的法規審査の申立権者が国家机关に限られていること、さらに「私人への憲法忠誠の法的要求と制裁（基本法一八条の基本権剝奪条項）、私人の政治的組織体としての政党に対するそれ（同一一条二項の政党条項）」といった制度の存在が指摘される。そして、この論者にあつては、「現代段階において登場してくる抽象的審査制」は、「市民 citizen が憲法によって国家をしばるといふよりはむしろ、国家が市民に対して憲法への忠誠を要求し、その憲法が何であるかをまさしく裁判的機関が決定し、そのようなものとしての憲法的価値の全社会過程への貫徹がはかられる、という点」に「基本性格」を有するものとして、「前提的審査制」とは鋭く対置され、かように理解された「抽象的審査制」の「典型」としてドイツ連邦共和国の違憲審査制が位置づけられたのであつた（傍点⁽⁵⁾は原文）。ここでは憲法抗告制度の存在意義はやや相対化させられていたといえよう。これに対し、付随的審査制の下でも司法審査の憲法保障機能を踏まえた「事件性」要件の緩やかな運用がみられる反面、ドイツ連邦共和国でも、連邦憲法裁判所の管轄する裁判手続にあつて具体的法規審査や憲法抗告（とりわけ後者）の占める件数が圧倒的なものとなつてきたところから、違憲審査制の両類型における「合一化傾向」が指摘されるようになってきた。⁽⁶⁾あわせて、ドイツ憲法裁判制の歴史研究も積み重ねられ、そのなかで、オーストリアの場合とは異なりドイツでは、とりわけヴァイマル期を通じて、事件の裁判に際しその先決問題として適用法規の合憲性を審査する権限が裁判官にはあるのだ、という観念が底流として形成されていき、ドイツ連邦共和国における今日の具体的法規審査制にしても、あくまでそうした観念を前提としたうえでのものだ、という重要な知見も示されるに至つて⁽⁸⁾いる。

そうしたなかで、憲法抗告制度そのものに照準を合わせた研究ももとより蓄積されてきた。憲法抗告制度はドイツ帝国内期・ヴァイマル共和国期を通じて全ドイツ国（das Deutsche Reich）レヴェルで行われたことはなく、前身たる連邦法上の制度を持たないものの、その種の制度が未施行に終わった一八四九年のフランクフルト憲法で予定されていたこ

とは、ドイツの憲法史・憲法裁判制度史に関する研究を通じてすでに紹介されている⁽⁹⁾。また、ボン基本法下の憲法抗告制度成立史を辿った研究も、第一次世界大戦以降のバイエルン州における憲法抗告制度が起草者(連邦政府)によつて参考にされたことを指摘しており⁽¹⁰⁾、憲法抗告制度がドイツの憲法伝統にとつて決して疎遠なものではなかったことが明らかにされている。さらに、現行制度とその運用について、主として制定法の規定に依拠しつつ、初期のリーディング・ケースの紹介や若干の判例法理の摘記を交えて、憲法抗告の訴訟要件(手続要件)を通観するものが公表されてきたし、また、憲法抗告の手続要件全般に亘つて連邦憲法裁の示してきた判例上の基準を簡潔かつ網羅的に概観する成果も上げられてきた。立法府の不作為による基本権侵害を憲法抗告で争うことが判例上認められていることに注目して、その種の憲法抗告をめぐる判例・学説を特に取り出し詳しく紹介した論稿も、すでにいくつか存するところである⁽¹⁴⁾。

それら一連の研究にあつてしばしば論及されているのが、「個人の訴による憲法問題に関する訴訟である点でアメリカの司法審査制と類似点をもつ」ものであると同時に、独立した憲法訴訟の手続を成すものである点では「アメリカのそれと対照的である⁽¹⁵⁾」とも評される、憲法抗告制度の「本質」・「目的」・「性格」——それを「主観的」訴訟と言い切つてよいのかという問題——である。この点に関し、論者のなかには、憲法抗告では原告(抗告人)の権利侵害主張が要件とされること・連邦憲法裁の管轄する多種多様な訴訟を十把一絡げに「客観的」と捉えるべきではないとの考慮から、憲法抗告制度の「主観性」を強調する向きもあつた⁽¹⁶⁾。反面、憲法抗告制度は「主観的」にしてかつ「客観的」であるというのがドイツ連邦共和国における一般的理解であり、そのことを前提として、「主観性」・「客観性」のいずれに相対的比重が置かれるべきかをめぐつて見解が分かれているのだ、という彼地の議論状況もすでに紹介されている⁽¹⁷⁾。わが国のこれまでの研究も概してこの制度の「主観性」・「客観性」を共に指摘してきたといえよう。その際、憲法抗告における「客観性」の契機としては、(i)審査基準が基本権規定のみに限られず、争われている措置の憲法適合性は他の憲

法規定すべてとの関係で問われうること⁽¹⁸⁾、(ii)それはまた、法令審査が憲法抗告手続においても「決してその事件の解決のみに限定されない」仕方で行われることを意味していること、(iii)客観的な憲法秩序の保障にも資すること⁽²⁰⁾、(iv)審査対象が原告（抗告人）により直接攻撃されている措置のみに必ずしも限定されないこと⁽²¹⁾、(v)判決が一般的効力（法律的効力）を有すること⁽²²⁾、(vi)受理手続（予備審査制度）の存在⁽²³⁾、が挙げられてきたのである。

以上に対し、連邦憲法裁判所の管轄する個々の訴訟形態を取り出して、それぞれの訴訟要件の判例における運用・それをめぐる学界の論議状況に関し、その展開過程を具体的に示す試みがどちらかといえば手薄であった、という印象は否めない⁽²⁴⁾。具体的法規審査に関してはすでに相当な研究成果が上がっているが、憲法抗告の手続要件については、予備審査・受理手続に関し紹介がなされているものの、各研究業績のまとめられた時点までに連邦憲法裁判所の示してきたカズイステイクの全般的概観という、以後の研究にとって貴重な手掛かりが与えられていながら、なお探究が深められてきたとはいえない。したがってまた、たとえば、憲法抗告における原告適格・訴えの利益のごとき訴訟要件との関連において、その「客観性」がそもそも或いはいかなる形で表れているのか、といった点も、決して解明されてきてはいないのである。

同時に、憲法抗告に関しては、憲法裁判所の管轄する手続のなかでその占める位置ということのほかに、裁判による基本権救済ルート全般におけるその位置づけも問題となりうるわけであるが、一般の司法救済システムと憲法抗告制度との関係についても、十分な論及は見出されないようである。

(b) 本稿は、憲法抗告における訴訟要件のうち、法令の規定自体を直接争う場合の要件としての「影響を蒙る事情」・「補充性」原則、およびいわゆる「抗争前提消滅のケース」における訴えの利益（「権利保護の利益」あるいは「権利保

護の必要性」それぞれの判例における扱い・それをめぐる学界の論議状況につき、その展開過程を辿ることによって、以上の点をいささかなりとも補うことを一つの目的としている。

憲法抗告では、(i)原告(抗告人)は自らの基本権に対する侵害を主張しなければならず(連邦憲法裁判所法九〇条一項)、また(ii)原則として、一般の司法救済を経たのちに憲法抗告を提起すべきものとされている(同一項)。そこから、(i)抗告人は、その争う公権力の措置によって「自ら・現に・直接に影響を蒙る事情」を具えていなければならない、という点が訴訟要件に属することについては、今日のドイツの判例・学説において合意事項となっている。ここでは、法令の規定がその個別的・具体的な適用行為を予定するものであるとき、それにもかかわらず個々人が当該規定により「直接に影響を蒙る事情」を具備しているといえるのはいかなる場合なのか、という問題が持ち上がる。同時に、(ii)判例および学説は、連邦憲法裁判所法九〇条一項から、「一般の裁判所による司法救済に対して、憲法抗告による基本権救済は「特例的」で「補充的」なものに止まる以上、できるかぎり一般の司法救済をまずもって求めよ」という原則_{II}憲法抗告の「補充性(Subsidiarität)」の原則を読み取っている。ドイツ連邦共和国では、一般の裁判所——各法分野ごとに専門の事件管轄を別にする裁判所系列に分かれているため「専門別裁判所(Bachgerichte)」と呼ばれる——において個々の法令適用行為の合法性が争われる際に、当該行為の根拠法規が違憲無効に当たらないかという前提問題が裁判の結論を左右する意義をもつと認められるときは、専門別裁判所から憲法裁判所への争点提起(Vorlage)を行うべきものとされ、これを通じて憲法裁判による当該法規の憲法適合性審査(=具体的法規審査)が果たされうることになっている(基本法一〇〇条一項)。すると、個々の適用行為を争うことを通じて法令の違憲審査が得られないわけではない。そのため、法令自体を直接に争う憲法抗告は「補充性」原則にてらして却下されるべき「不適法(unzulässig)」なものに当たるようにみえる。ところが、連邦憲法裁判所法の諸規定は、憲法抗告で法律を直接争うることを前提としている(九

三条二項・九四条四項・九五条三項)。これらの規定と「補充性」原則とのほごまにあつて、法令の規定自体が個々人の権利領域に及ぼす影響の「直接性」という論点とも絡み合いながら、法令を直接争う憲法抗告——いわゆる「法規攻撃型憲法抗告 (Rechtssatzverfassungsbeschwerde)」——の適法要件如何という問題は、複雑な様相をみせることになる。

他方、本稿におけるいまひとつの着眼対象となる「権利保護の利益 (Rechtsschutzinteresse)」(ないし「権利保護の必要性 (Rechtsschutzbedürfnis)」)とは、この語自体から知られるように、「権利保護」を制度趣旨に含む訴訟制度(いわゆる「主観性」を具えたそれ)をもつて、その適用場面としてるのであるが、そのかぎりで、訴訟法上一般に訴訟要件として想定されているものである。訴えの利益というものが一般にそうであるように、「権利保護の利益」なる訴訟要件が、憲法抗告に関して連邦憲法裁判所法の明文で規定されているわけではないが、連邦憲法裁判の判例は、この訴訟要件が憲法抗告においても妥当する、との見解を採ってきた。憲法抗告については連邦憲法裁判法に種々の訴訟要件規定が置かれている。しかし、それら明示の要件に加えて、当該救済制度の性格、上想定されてしかるべき、制度利用を正當化しうるだけの一定の法的利益——それが「権利保護の利益」という観念で表現されるのである。この訴訟要件は憲法抗告の「性格」・「目的」と密接に絡んでいるわけである。

ドイツ連邦共和国の一般的議論に徴すると、「権利保護の利益(必要性)」が問題とされる主要な場面には大別して二つある。一つは、「補充性」原則との関連でこの要件が論ぜられる場合である。ここでは要するに、他の裁判的救済手続の存在・司法救済経由の余地にもかかわらず憲法抗告による法的救済手続の利用を認めるだけの必要があるか、という論点が、憲法抗告を通じた権利保護の必要性如何として定式化されているのであり、他の裁判手続との競合問題がそこでの主題である。そして、「権利保護の利益」要件のいまひとつの重要な適用場面を成すのは、いわゆる「抗争前提消滅のケース (Erlidigungsfall)」である。これは、争われている公権力の措置が改廃・取消・執行をみたり前提を失

うに至り、もはや裁判所による憲法抗告認容の実体裁判（基本権違反の確認プラス法令の無効宣言、裁判等の取消）によつては、それらの措置に起因する基本権侵害を排除する余地がなくなつてしまつたように思われるケースを指す。かような場合にも原告（抗告人）はなお実体裁判を求めうるか、という点が「権利保護の利益」の存続如何という構成で問われるのである。

(c) 憲法抗告が連邦憲法裁判所への申立てのなかでも圧倒的な件数を占めていること、したがつてまた、ドイツ連邦共和国におけるこの制度の重要性は、すでにわが国の論者によつても指摘されてきたところである。⁽²⁷⁾ その際、件数の面からいえば最も多いのは、圧倒的に（専門別裁判所の審級における）終審の裁判を争う憲法抗告である（審理手続の違法を理由とする再上告的性格の申立てが多い）。しかし、法令を直接争う憲法抗告も積極的に活用されており、その件数は決して少ないとはいえず、また、法規攻撃型憲法抗告が（憲法裁—立法府の間あるいは憲法裁—専門別裁の間の）⁽²⁸⁾ 権能配分との関係でも大いなる重要性を有することは、彼地の論者によつても指摘されている。実際、法令を直接争う憲法抗告の適法要件をめぐる問題は、彼地にあつても精力的な論議の的となつていゝものである。

これに対し、「抗争前提消滅のケース」における「権利保護の利益」存続要件の判例上の運用については、実は、彼地の学説レヴェルで詰めた議論が活発に交わされているとはいいがたい。それにもかかわらず本稿がこれに注目するのは、既述のとおり憲法抗告の「性格」・「目的」と密接な関係に立つ「権利保護の利益」要件をめぐる判例が、抗争前提消滅のケースにおいても憲法解釈上の争点を解明すべき必要性という観点から「権利保護の利益」存続をしばしば肯定するといふ、この要件の「客観化」をもたらしめており、憲法抗告制度の実際の運用における姿を理解するうえで逸したい特徴を示しているからである。詳細は今後の叙述に委ねざるを得ないが、連邦憲法裁の判例も、この要件との関連

においてこそ、憲法抗告の「性格」・「目的」を論じているのである。

また、そうした判例・学説の論議状況を探ることには、単にドイツ連邦共和国の制度とその展開に対する理解の深化ということを超えて、わが国における法政策論・憲法論にとつても一定の示唆を与えてくれるという意義がみとめられよう。⁽²⁹⁾ 彼地の論議は、法令の規定自体の合憲性が第一次的主要問題として審査されるシステムの利害得失という論点に關わっており、また、裁判手続の長期化（それに伴う事後の事情変動）への違憲審査制の側からのありうべき一つの対応を示すものでもあるからである。

(d) 以上の見地に立って、本稿は次のような構成を採る。

憲法抗告における訴訟要件（手続要件）の概要は、既述のように、これまでの研究業績によつても示されてきたところであるが、「権利保護の利益」要件との関連で説かれる憲法抗告の「目的」論がそれら手続要件全般の整合的正当化論たる性格をも有していることに鑑み、本稿でもまず、手続要件の概観を与えておく（第一章）。

そのうえで第二章では、本稿の対象の一方である、法令を争う憲法抗告の要件を論ずる。まず「影響を蒙る事情」・「補充性」の要件が判例上展開してきた過程を確認し（第二章Ⅰ・Ⅱ）、次いで、「直接影響を蒙る事情」の要件・「補充性」の問題に的を絞って、それらをめぐって展開されている学説上の議論を概観する（第二章Ⅲ）。

続いて第三章では、「抗争前提消滅のケース」における「権利保護の利益」（の存続）要件の問題を取り上げる。まず、その判例における展開、とりわけ、連邦憲法裁判所が——既述のごとくこの要件が本来いわゆる「主観的」訴訟にこそ適用の舞台を見出すものであるにもかかわらず——憲法抗告の「客観性」を引き合いに出して、「権利保護の利益」の一定の「客観性」をもたらしていることを垣間見る（第三章Ⅰ）。そのあと、「抗争前提消滅のケース」における「権

利保護の利益」が判例上「客観化」を見せている点に関して、この論点との関連でほとんどの場合に参照を指示されている、M・フルーリンガー (M. Frohlinger) の判例正当化論の紹介を中心として、「権利保護の利益」要件をめぐる判例に対する学界の反応を確認する (第三章II)。

以上の作業を通じて憲法抗告制度そのものの複合的性格を明らかにしていきたい。

〈注・序〉

(1) <Verfassungsbeschwerde>にいかなる訳語を充てるかは一個の問題である。

①「憲法訴願」の訳語を用いるものがかつては少なくなかったが、②「憲法異議」と訳出する例が最近では多くなってきており、また③「憲法抗告」という訳語も一部では用いられている。この点、①・③の訳語の難点としては、「訴訟法上の抗告とは異なり上訴の一種ではなく、また行政法上の訴願ないし抗告訴訟とは異なり行政庁の公権力の行使に対する不服申立てに限られない」こと、が指摘される (村上淳一「ポストモダンの法理論」『社会変動のなかの法』〔岩波講座社会科学の方法VI・岩波書店・一九九三年〕二六一頁以下〔二六二頁〕)。

これに対し「異議」の語は、行政法上のその用法 (行政法上は「異議申立て」・「異議の申出」のいずれも処分庁に対する不服申立てである) を連想させるものの、行政法の分野以外でも実に多様な意味で用いられる法律用語であり (参照、竹内||松尾||塩野「編集代表」『新法律学辞典 (第三版)』〔有斐閣・一九八九年〕一六一七頁)、その故に却って、「憲法異議」の訳語を採用することが相対的には最も無難であるようにも思える。

それにもかかわらず、本稿が「憲法抗告」の訳語を敢えて用いることとしたのは、<Verfassungsbeschwerde>が、(i)公権力の行使に関する不服の救済手続としての性格を有している点ではやはりわが国の抗告訴訟に比定しうること、(ii)のちにも触れる司法救済経由の原則により、多くの場合、わが国の特別上訴——「通常の不服申立方法のない、又はそれが尽きた裁判に対して、憲法違反があることを理由としてする最高裁判所に対する不服の申立て」(同前一〇七四頁)——に類似

する機能を実際上営んでいること(ちなみに、民訴法四一九条ノ二の特別抗告は「違憲抗告」とも称され「同前一〇七二頁」、特別上訴の一つに数えられるが「同前一〇七四頁」、これは原裁判の「確定後の不服申立てで本来の上訴ではない」。「同前四〇九頁」、によるものである。なお、本稿と同様に「憲法抗告」の訳語を用いている例として、小早川光郎『行政訴訟の構造分析』(東京大学出版会・一九八三年)一五二頁、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」国家学会雑誌九八巻三・四号(一九八五年)五三頁以下(六四頁)、宇都宮純一「合憲性審査権の法理の歴史的展開」『憲法と行政法』(小嶋和司博士東北大学退職記念・良書普及会・一九八七年)五五頁以下(六二頁)、大西有二「公法上の建築隣人訴訟(四)」北大法学論集四一卷四号(一九九一年)六一頁以下(九六頁)。

(2) 覚道豊治「立法の裁判的統制——憲法裁判制の理念と機能」『現代の立法』(岩波講座現代法3・岩波書店・一九六五年)三三五頁以下(三三五—四三三頁)連邦共和国の制度の前史やオーストリア・スイスの制度にも言及している)、清水望「ドイツの政治機構」(成文堂・一九六九年)四四九頁以下、高見勝利「ドイツの憲法裁判」芦部信喜編『講座憲法訴訟第1巻』(有斐閣・一九八七年)九七頁以下。また、山田晟「ドイツ連邦憲法裁判所の十七年」『裁判法の諸問題(上)』(兼子博士還暦記念・有斐閣・一九六九年)五七頁以下〔連邦憲法裁判所の一九六八年までの活動実績を統計的に明らかにしている〕。

(3) 林屋礼二「憲法訴訟における裁判の拘束力と民事訴訟における裁判の拘束力」学習院大学法学部研究年報2(一九六五年)二七頁以下、山内敏弘「西ドイツ連邦憲法裁判所における法令審査の判決の効力(1)・(2)」一橋論叢五三巻三号(一九六五年)九一頁以下・五四巻二号(一九六五年)一〇五頁以下、野中俊彦「西ドイツにおける違憲判決の方法」『公法の理論(上)』(田中二郎先生古稀記念・有斐閣・一九七六年)一〇五頁以下、阿部照哉「西ドイツにおける違憲確認判決の効力」『公法と経済法の諸問題(上)』(今村成和教授退官記念・有斐閣・一九八一年)一九七頁以下、永田秀樹「西ドイツにおける法律の憲法判断の方法」大分大学経済論集三三巻三号(一九八一年)八六頁以下、憲法裁判研究会「西ドイツ連邦憲法裁判所における具体的規範統制と新しい判決形式」比較法雑誌一六巻四号(日本比較法研究所「中央大学」・一九八三年)七一頁以下〔有澤知子執筆〕、宮地基「西ドイツ連邦憲法裁判による規範統制判決の展開と機能」神戸法学雑誌三九巻四号(一九九〇年)九三九頁以下。

(4) 樋口陽一「違憲審査制の近代型と現代型」(一九六七年初出)同『司法の積極性と消極性』(勁草書房・一九七八年)一

- 頁以下(四頁)。
- (5) 同前一頁。但し参照、同書一四一五頁。
- (6) マウロ・カベレッティ(谷口〓佐藤訳)『現代憲法裁判論』(有斐閣・一九七八年)一二六頁以下。
- (7) 林田和博「憲法保障制度論」(九州大学出版会・一九八五年)、池田政章「ドイツ型憲法裁判の系譜と特質」(一)『国家学会雑誌七三卷六号(一九六〇年)五一頁以下・七三卷八号(一九六〇年)三八頁以下・七四卷一〓二二号(一九六〇年)一頁以下、畑尻剛「憲法裁判研究序説」(尚学社・一九九〇年)、宇都宮・前出注(一)。
- (8) 畑尻・前出注(7)一五七頁、一七四一五頁。もつともこれが、法令の適用拒否・法令の違憲性宣告といった権限を含まない、弱い意味での審査権に限ったことである旨を強調するものとして、参照、永田秀樹「西ヨーロッパの憲法裁判と人権保障」佐藤〓初宿(編)『人権の現代的諸相』(有斐閣・一九九〇年)二五二頁以下(二五六一七頁、二六三一四頁注(5))。
- (9) 池田・前出注(7)論文(三)六一七頁、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」『社会科学論集二二号(愛知教育大学社会科学会・一九八二年)二二二頁以下。
- (10) 清水・前出注(2)四九九一五〇頁、恒川隆生「憲法裁判における基本権保障理論の考察」(一)名古屋大学法政論集九六号(一九八三年)三七一頁以下(四一二頁)〔この論文は、ドイツ連邦共和国の憲法抗告制度そのものの成立史に関するこれまでで最も詳細な研究である〕。なお、連邦憲法裁判所の成立過程に関する研究としては、参照、清水・前出注(2)四二六一三六頁、永田秀樹「西ドイツ連邦憲法裁判所の成立過程の研究」『法学論叢一〇四卷二号(一九七八年)五七頁以下、大越康夫「西ドイツ連邦憲法裁判所成立過程の一考察」『社会科学討究二九卷三号(早稲田大学社会科学研究所・一九八四年)三七頁以下。
- (11) 覚道豊治「憲法訴訟の当事者適格」『世界各国の憲法制度』(大石義雄先生還暦記念・有信堂・一九六六年)三五五頁以下(三五八一七〇頁)、同・前出注(2)二五四一七頁。
- (12) 清水・前出注(2)五〇五頁以下。
- (13) 阿部照哉「憲法訴訟制度の一考察」『法学論叢一〇六卷三号(一九七九年)一頁以下。
- (14) 山内敏弘「立法者の不作為に対する憲法訴訟」『一橋研究一三三号(一九六六年)一頁以下、長尾一紘「立法府の不作為に

に対する憲法訴訟」法学新報七九卷一号（一九七二年）一一一頁以下、笹田栄司「西ドイツにおける立法不作為理論の展開」九大法学四五号（一九八二年）一頁以下。また、戸波江一「立法の不作為と憲法訴訟」Law School二五号（一九八〇年）四〇頁以下も、ドイツ連邦共和国の判例理論に触れている。

(15) 覚道・前出注(2) 三五二—三頁。

(16) 川添利幸「西ドイツにおける憲法訴訟 Verfassungsbeschwerdeの本質」公法研究二四号（一九六二年）一五〇頁以下（一五四頁）。

(17) 恒川・前出注(10) 三七七—九頁。

(18) 高見・前出注(2) 一二八頁。

(19) 野中俊彦「憲法裁判」公法研究三八号（一九七六年）一四九頁以下（一五二頁）。

(20) 高見・前出注(2) 一二五頁・一二八頁、清水・前出注(2) 五〇六頁。

(21) 高見・前出注(2) 一二八頁。

(22) 阿部・前出注(13) 四頁、野中・前出注(19) 一五二頁。

(23) 阿部・前出注(13) 四頁。

(24) 高見・前出注(2) 九八頁は、「西ドイツの憲法裁判に関するわが国の研究は……これまで相当の成果をあげている」としつつ、「ただ、その成果は、主として、憲法裁判権の歴史・憲法裁判制度もしくは憲法判例の研究といった分野に関するものであり、憲法裁判手続に照準を合わせた研究は、現在までのところ、ほとんど見当たらない」（傍点は原文）、と述べているが、この指摘は現在でも基本的に妥当する。そうしたなかで、連邦憲法裁判における裁判手続を——種々の訴訟形態を横断する形で——解説する貴重な文献として、高見によっても挙げられているのが、永田秀樹「西ドイツにおける憲法訴訟の手続原則」大分大学経済論集三四卷三号（一九八二年）一二五頁以下である。なおまた、連邦憲法裁判所による仮命令の手続に関して、野中俊彦「憲法裁判における仮処分」金沢法学一四卷一号（一九六八年）一頁以下、同「西ドイツ連邦憲法裁判所の仮命令判決例」金沢法学一四卷二号（一九六九年）一二三頁以下、がある。

(25) 最近の研究として、憲法裁判研究会・前出注(3)、同「西ドイツにおける具体的規範統制の現実的機能」比較法雑誌一六卷三号（日本比較法研究所「中央大学」・一九八三年）二五頁以下（工藤達朗+嶋崎健太郎執筆）。

(26) 憲法裁判研究会「憲法異議手続における連邦憲法裁判所の過重負担とその解消策」比較法雑誌二三卷一号(日本比較法研究所「中央大学」・一九八九年)五七頁以下。訳業として、ヴォルフガング・グラーフ・ヴィッツトウム(牧野忠則訳)「憲法異議の受理に際して行なわれる予備審査手続」北大法学論集三七卷三号(一九八七年)一一九頁以下。

(27) たとえば、阿部・前出注(13)一頁。

(28) Harald Klein, Funktionell- und verfahrensrechtliche Probleme der Rechsatzverfassungsbeschwerde, in: Furst/Herzog/Umbach (Hg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 2, Berlin/New York: Walter de Gruyter 1987, S. 1325 ff. (1325 mit FN.)。それによれば、年間に提起された憲法抗告全体・そのうちの法規攻撃型憲法抗告の件数およびその間に係属した抽象的法規審査・具体的法規審査の件数は、一九八六年でそれぞれ二九三五件、九一件、二件、一〇〇件、一九八五年ではそれぞれ三〇六六件、一二二件、四件、三七七件、である。

(29) ちなみに、覚道・前出注(2)は、ドイツ連邦共和国の憲法抗告制度のほか、オーストリアおよびスイスのそれにも触れつつ、「かかる制度はわが国についても、憲法八一条の解釈として、それ(「憲法八一条」)にもとづいて採用することを考慮しうると思われるものである」と言う(三三三頁)。念のため断っておけば、本稿自身があらかじめこうした前提に立脚しているわけではない。

第一章 憲法抗告制度の概要

ここではまず、憲法抗告制度の概要をみていくこととする。はじめにこの制度が憲法裁判制度のなかで占めている位置、この制度の根拠規定を確認し(1)、次に、憲法抗告がそもそも「適法(zulässig)」とされるための様々な要件(2)、「適法要件(Zulässigkeitsvoraussetzungen)」(つまり訴訟要件)を概観したあと(3)、続けて、受理手続制度(3)、実体審理の範囲・言い渡される判決(裁判)の態様(4)について説明する。

1 制度の位置と根拠

(1) 憲法裁判制度における位置づけ

(a) 本稿で対象とする憲法抗告制度の概要をみるに先立ち、それがドイツ連邦共和国の憲法裁判制において占める位置を理解するうえで、まずもって同国の憲法裁判制度の全体像を簡単に確認しておくことが相当であろう。

ドイツ連邦共和国における違憲審査制が、(i)集中型の制度(＝特別に設けられた憲法裁判所に立法の違憲性判定権を集中させるシステム)を基本枠組としていたともに、(ii)抽象的審査方式(＝法令その他の国家行為の効力・合憲性を、自己を具体的な事件・紛争の解決とは関係なく——その意味で抽象的に——第一次的主要問題として直接に審判の対象とする手続方式)を具えており、この種の審査手続の申立権を政治的機関に認めているものであることは、周知の事柄に属する。⁽¹⁾

ところで、後述するように、ドイツ連邦共和国では憲法裁判権と対置される一般の裁判権は(通常・行政・税務・社会・労働の)五系列に分かれているのであるが(2)(a)参照)、このうち、通常裁判権については、「民事の法律上の争訟および刑事事件で、行政庁もしくは行政裁判所の管轄権が設けられていないもの又は連邦法の規定に基づいて特別の裁判所が指定(Bestellen)もしくは容認(zulassen)されているのではないものは、すべて通常裁判所の権限に属する(vor die ordentlichen Gerichte gehören)。」(裁判所構成法一三条)、行政裁判権については、「行政裁判権による救済経路(Verwaltungsrechtsweg)は、当該争訟が連邦法律により他の裁判所に明文で配されているのではないかぎり、公法上の争訟で憲法上のそれに当たらないものすべて(alles öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher

(a)において与えられる。州法の領域における公法上の争訟は、州法律によっても他の裁判所に配することができる。」(行政裁判法四〇条一項)⁽²⁾、というように、それぞれ概括主義条項が存在する。これに対し憲法裁判所の管轄権に関しては、⁽³⁾ 彼地の学説は一般に、概括主義の不採用⁽²⁾ 列記主義 (Numerationsprinzip) の採用を確認するところから出発している。かかる列記主義の根拠として論者によって指摘されるのは、「歴史的にみて憲法裁判権が特定の裁判手続類型に即しつつ漸進的に発展してきたものでしかない」という事情である。⁽⁴⁾ もっとも、連邦憲法裁判所が管轄する裁判手続形式 (訴訟形式) は多数にのほり、その違憲審査権限の及ぶ範囲は実に広汎であるため、連邦憲法裁判の権限リストから漏れるものは最終的にはほとんどない⁽⁵⁾、といわれ、そうした実質に即して、「連邦憲法裁判に委ねられた管轄権の総和は、概括主義条項に類するような意味での包括的管轄権に極めて近い」⁽⁶⁾ などとも評されているところである。

(b) これらの裁判手続形式の多くは、ドイツ連邦共和国の実質的憲法典である「ドイツ連邦共和国基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, GG)」自体の諸規定によって定められている。それらの多種多様な (本案) 裁判手続の類型化・分類範疇のネーミングは、論者によっても若干異なるのであるが、以下の五類型に分ける説明——それは紛争当事者・制度目的の共通性 (とりわけ後者) を基準とした分類であるということができ⁽⁷⁾——が「代表的」類型化に相対的に最も近いもののように思われる。⁽⁸⁾

① 狭義の憲法上の争訟 (Verfassungsstreitigkeiten im engeren Sinne) 「本来の憲法上の争訟 (eigentliche Verfassungsstreitigkeiten)」あるいは単に「憲法上の争訟」⁽⁹⁾ とも称されることのあるこのカテゴリーに含められるのは、(i) 機関争訟 (連邦最上級機関または固有の権利を認められているその構成部分の間におけるその基本法上の権利義務をめぐる争訟——基本法九三条一項一号)、(ii) 連邦対州の争訟 (連邦法の執行に関わるもの) 基本法九三条一項三号、その他の公法上の争

訟で他に出訴の途がないもの(同四号)および州相互間・一州内部の公法上の争訟(但し他に出訴の途がない場合——基本法九三条一項四号)、である。

連邦憲法裁に係属しうる手続はすべて憲法上の争訟に係るものと称することもできようが、そのなかでも特に右の裁判手続形式が「狭義の憲法上の争訟」として括られるのは、憲法上の権能帰属単位が自らに与えられた憲法上の権限をめぐって相互に争う機会を認めることを制度目的とし、申立人と被申立人とを正式の手続当事者とする「対決構造型手続 (kontradiktorisches Verfahren)」の形式を採っている、という点で共通性を具えているからである。⁽¹²⁾ もっとも、(i) が連邦レヴェルでの権力分立に関わっているのに対し、(ii)のタイプの争訟——論者はこれをしばしば「連邦制型争訟 (föderative Streitigkeiten)」と呼んでいる——が連邦制原理に出るものであるところから、(i)のみを「狭義の憲法上の争訟」と称して「連邦制型争訟」を別の分類範疇として設定する論者もある。⁽¹⁵⁾

② 法規審査 (Normenkontrollen) この類型に含められるのは、(i)抽象的法規審査・(ii)具体的法規審査の両手続(それぞれ基本法九三条一項二号・同一〇〇条一項)のほか、(iii)いわゆる法規存否認定 (Normenverifikation) の手続(連邦法の構成部分としての国際法規・個々人に権利義務を直接もたらす国際法規の存否を争訟事件の裁判の先決問題として判定する手続——基本法一〇〇条二項)、(iv)いわゆる法規資格判定 (Normenqualifikation) の手続(新憲法制定前の法が連邦法となつたか否かを判定する手続——基本法一二六条。基本法には申立権者の定めはないが、連邦憲法裁判所法の規定によれば、連邦議会・連邦参議院・連邦政府・州政府を申立権者とする抽象的手続(八六条一項)、一般の裁判所が争訟事件の裁判の先決問題として申立てを行う具体的手続(同二項)、の二種類がある)、がある。さらに、(v)いわゆる先例離反の争点提起 (Divergenzvorlage) に基づく手続(州憲法裁が基本法につき連邦憲法裁・他州の憲法裁の裁判例と異なる解釈をしようとする際にあらかじめ行うべき連邦憲法裁への申立て——基本法一〇〇条三項)も、(i)~(iv)と同じ類型に括られることが多い。⁽¹⁶⁾

これらの裁判手続形式は、ある法規とその上位法規との適合性、法規の存在・内容の認定、といった法の客観的確認を指すものであり、⁽¹⁷⁾ いわゆる「客観的」手続であつて^(18a) (これらの手続形式では被申立人は存せず「対決構造型手続」には当たらない)、各主体に対する関係での権利保護を目的としているのではない。^(18b) そこで、これらの裁判手続を「客観的手続」という指標の下に括る論者もある。⁽¹⁹⁾ また、(i)・(ii)ばかりでなく(iii)以下の手続形式をも広く含めた分類概念として「Normenkontrolle」への表現を用いると、「Normenkontrolle」に広狭二義が生ずることになるが、そのことに伴う混同を避けるためか、(iii)以下をも含めた範疇の指標としては「Normenprüfung」への表現を用いる向きもある。⁽²¹⁾

③ 憲法抗告 (Verfassungsbeschwerden) これには(i)本稿の主題を成す市民の憲法上の権利に対する救済手続としてのそれ(基本法九三条一項四a号)のほか、(ii)市町村(Gemeinde)ないし市町村連合(Gemeindevorband)が憲法上保障されたその自治権(基本法二八条二項)の法律による侵害を争つて提起しうるそれ(但し、州法律による自治権侵害の場合に関しては、州法で州憲法裁への抗告が認められていないときに限る——基本法九三条一項四b号)がある。⁽²²⁾

単に「憲法抗告」と言う場合、念頭に置かれているのは前者であることが多いといえようし、本稿でも、特に断らないかぎり、専ら前者を指して「憲法抗告」の語を用いることとするが、いずれの裁判手続形式も基本法・連邦憲法裁判所法(九〇条・九一条)では「憲法抗告」と称されており、特に両者の区別を明確にする必要がある文脈ではしばしば、(i)は「個人憲法抗告(Individualverfassungsbeschwerde)」⁽²³⁾、(ii)は「自治体憲法抗告(Kommunalverfassungsbeschwerde od. kommunale Verfassungsbeschwerde)」⁽²⁴⁾と呼び分けられている。

両者の共有する性格としては、各権利主体に対する権利保護の供与に関わる裁判手続であることが挙げられている。⁽²⁵⁾ いずれも、申立権者が憲法(Verfassung)で保障された一定の権利に対する侵害を受けた場合にその不服救済申立て(Beschwerde)を承認するものである点で、ひとしく「Verfassungsbeschwerde」⁽²⁶⁾と「こと」であろう。もともと、

法律による（抽象的な）自治権侵害を専ら対象としている(ii)に関しては、実質からいって、特定の問題に係る申立権を自治体に承認した形式での法規審査の一種である、との理解に立ち、「法規審査手続」の一つとして取り上げ説明している論者もあり、その分類論上の位置づけについては見解が分かれていることを付言しておかねばならない。⁽²⁷⁾⁽²⁸⁾

④ 訴追 (Anklagen) このカテゴリーは「準刑事手続 (quasi-strafrechtliche Verfahren)」あるいは「特別の憲法保護手続 [Besondere] Verfassungsschutzverfahren」⁽³⁰⁾とも別称されるもので、「(iii)にまとめられる管轄は、憲法敵的な策動に対する憲法の保護を目的とするものである」⁽³¹⁾。これには、基本権失権手続(基本法一八条)・政党の違憲性認定(同二二条二項)といった、ドイツ連邦共和国のいわゆる「闘う民主制」の特質を窺わせる手続のほか、連邦大統領・裁判官の弾劾手続(同六一条、五八条二項・五項)、が含まれる。

⑤ その他の裁判手続 連邦議会議員の選挙の効力・議員資格に関する審査手続(基本法四一条二項)は、以上いずれの範疇にも当てはまらないもの、と位置づけられている⁽³²⁾。また、州法の委任ある場合には連邦憲法裁は「一州内の憲法上の争訟」⁽³³⁾に關し裁判しうる、とされているが(基本法九九条)、この裁判手続形式については、①に分類している論者も少なくないもの、⁽³⁴⁾ここにいう「憲法上の争訟」が必ずしも(一州内の)機関争訟のみに限られるわけではない(この点で、前記①(ii)に挙げた州内の「公法上の争訟」が専ら機関争訟を意味するとは異なる)、と一般に解されている⁽³⁴⁾こともあつて、①④のいずれの類型とも区別して取り扱っている説明もみられる⁽³⁵⁾。さらに論者のなかには、先例離反の争点提起による手続(前述②参照)についても、①④のいずれにも分類しえないものだ、との立場を採り、選挙審査手続と同様に「その他の手続」として括る向きもある⁽³⁶⁾。

(c) ところで、周知のとおり、連邦憲法裁判所は各八名の裁判官で組織される二つの法廷(Senate)から成るが、⁽³⁷⁾原則的には、各裁判手続形式ごとに管轄の法廷が決められている(連邦憲法裁法一四条)。たとえば、狭義の憲法上の争訟・

訴追・選挙審査手続および法規存在否認は、当初から第二法廷の管轄に属している。それに対し、広義の法規審査（法規存在否認を除く）・憲法抗告（個人憲法抗告・自治体憲法抗告の双方）⁽³⁸⁾ に関しては、連邦憲法裁の発足当初は第一法廷の管轄と定められていたが、すぐ後述するとおり、連邦憲法裁に係属する手続の件数を裁判手続形式の種類ごとに分けた場合、そのほとんどを占めるのが憲法抗告でその他の多くは具体的法規審査手続である、というのが当初からの実情であり、このため、両法廷間の職務負担に顕著な不均衡を来すこととなった。そこで今日では、自治体憲法抗告が第二法廷の管轄とされているほか、狭義の法規審査・先例離反の争点提起による手続・個人憲法抗告は、両法廷に跨がる形で——具体的には当該事案で取り沙汰される基本法の法条如何を基準として——配されるようになって⁽³⁹⁾いる。

(d) それでは、連邦憲法裁判所の管轄する裁判手続のなかで個々の手続形式が占める比重を実際の係属件数の面から統計的にみると、どうであろうか。

連邦憲法裁に係属する手続の年間当たりの件数は、表1・表2に示したとおり、一九五八年以降には一〇〇〇件を下回るものがなくなり、一九六四年以降は一五〇〇件を恒常的に超すようになった。さらに、一九七〇年代後半は概ね毎年二五〇〇件から三〇〇〇件の間で、八〇年代には毎年三〇〇〇件から四〇〇〇件の間で推移していたが、東西ドイツ統一後は四〇〇〇件を突破し、一九九三年には五〇〇〇件をも超すに至っている。

その際、表1・表2の双方を基礎として算定すると、一九九三年末までの時点で連邦憲法裁に係属した手続件数は、総数で九五九四四件であるが、そのうち実に九一八三件（約九五・七パーセント）までを憲法抗告（自治体憲法抗告を含む）⁽⁴⁰⁾が占めている。同時に、憲法抗告に次いで多くの件数を数えるのは具体的法規審査手続であるが、これまた掲記の表から明らかであるように、連邦憲法裁に係属する手続を年ごとに見た場合、その九割ないしそれ以上が憲法抗告

'70	'71	'72	'73	'74	'75	'76	'77	'78	'79	'80	'81	'82	'83	'84	'85	'86	'87	'88	'89	'90	'91	'92	累計	
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	4
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2
5	-	-	5	1	-	-	4	-	-	1	8	-	3	2	2	-	-	6	-	2	19	-	89	
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
-	-	1	-	1	1	1	1	-	1	1	-	2	15	4	1	1	-	1	3	14	5	4	91	
1	1	2	3	7	-	1	5	2	-	-	1	1	6	3	4	2	6	6	6	4	2	8	120	
-	-	-	-	2	1	-	-	-	-	-	4	-	-	-	-	1	-	1	1	-	1	1	25	
1	1	1	1	1	1	1	-	-	1	3	1	3	3	4	3	-	3	-	1	5	9	7	66	
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
-	-	-	1	-	-	-	1	1	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	13
59	84	47	50	26	42	42	41	155	114	81	86	57	75	56	37	100	74	48	30	31	99	137	2756	
-	-	-	1	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	-	-	2	-	12	
-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	7	
2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	151	
-	-	2	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	
3	3	16	11	16	2	15	29	15	6	25	13	15	16	33	28	19	35	27	24	35	36	57	597	
1606	1453	1529	3249	1583	1540	2407	2459	2623	2988	2996	2984	3508	3828	3382	3066	2935	3358	3613	3693	3309	3904	4214	86567	
-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	

1677 1542 1598 3321 1637 1588 2468 2540 2796 3110 3107 3098 3586 3946 3484 3141 3060 3476 3702 3758 3400 4077 4431 90504

Bryde, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden: Nomos 1982, S. 466 f.; *Christian Pestalozza*, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, Heidelberg: C. F. Müller 1991, S. 532; *Emil Hübner/Beck* 1993, S. 248 f. 但し90・91年の各年分は後3者を対照し筆者が算出した。

憲法抗告における適法要件の構造（1）

表1 連邦憲法裁判所の各年ごとの手続係属件数

	1951	'52	'53	'54	'55	'56	'57	'58	'59	'60	'61	'62	'63	'64	'65	'66	'67	'68	'69	
基本権失権	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
政党の違憲認定	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
選挙・議員資格審査	-	7	3	2	2	1	1	-	2	-	-	5	-	1	-	2	5	-	-	-
大統領弾劾	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
機関争訟	3	4	1	-	3	2	-	3	1	1	2	1	-	2	2	2	5	1	1	1
抽象的法規審査	1	4	5	1	2	1	4	7	-	2	6	8	-	1	4	1	-	1	1	1
連邦対州の争訟	1	-	2	1	1	-	3	2	-	2	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-
他の公法上の争訟	-	4	1	1	1	1	1	-	-	3	-	-	1	-	-	-	2	1	-	-
裁判官弾劾	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
州内の憲法争訟	-	-	-	2	1	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	2	-	2	2
具体的法規審査	36	151	120	29	54	59	43	107	49	46	42	57	52	62	50	49	40	47	92	92
国際法規存否認定	-	-	1	-	1	1	-	-	-	1	-	1	1	-	-	-	-	-	-	-
先例離反の争点提起	-	-	-	1	-	-	-	1	-	1	1	1	1	-	-	-	-	-	-	1
連邦法規資格判定	3	3	4	73	33	2	2	-	1	1	-	-	1	-	4	4	15	1	2	2
連邦法律に基づく諸手続 ('71年以降)																				
仮命令('70年迄は法律に 基づく諸手続含む)	7	13	14	9	4	8	5	10	-	13	7	5	8	3	4	2	3	-	3	3
憲法抗告	423	822	591	453	489	686	779	1004	1160	1054	993	1377	1349	1569	1440	1520	1526	1549	1556	1556
合同法廷の裁判 ('71年以後)																				
総件数	476	1009	742	572	591	761	838	1134	1213	1124	1051	1456	1414	1638	1504	1580	1598	1600	1659	1659

〈典拠〉 Bundesverfassungsgericht 1951-1971, Karlsruhe: C.F. Müller 1971, S. 204 f.; Brun-Otto Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl. München: C.H. Beck 1991, S. 363; Ernst Benda/Eckart Klein, Horst Hennek Rohlf, Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 1993/94, München: C.H.

表 2 1993年の連邦憲法裁判の新規手続件数

	全手続	憲法抗告	法規審査
第1法廷	2319	2276	22
第2法廷	3121	2970	66
合計	5440	5246	92

〈典拠〉 NJW 1994, Heft 15 S. XVII. 法規審査は具体的法規審査と抽象的法規審査とを一括したもの。

に当たりそれ以外の手続の大半を具体的法規審査が占める、という状態は連邦憲法裁判当初からのほぼ一貫した傾向である。それ以外の手続形式である程度多用されているのは仮命令手続（連邦憲法裁判法三二条）であるが、本案裁判手続についていえば、抽象的法規審査、機関争訟、選挙・議員資格の審査、といったところが——憲法抗告・具体的法規審査に比すると申立て件数は遙かに少ないとはいえ——比較的定常的に活用されてきているといえよう。

個々の裁判手続形式が憲法秩序の形成・展開の過程において果たす役割の重要性・インパクトの強さはたしかに、その手続の提起件数の問題に還元されるものではない。けれども、基本権に係る連邦憲法裁判所判例の本質的部分は憲法抗告手続の枠内で展開されてきたものだ、という彼地の論者による論評は、⁽⁴⁾右の統計をも考慮に入れることによつて、いっそうよく理解しえよう。同時に、膨大な件数の憲法抗告手続にどのように対処していくか、という点こそが連邦⁽⁴²⁾憲法裁判にとつて実務上の最大の問題であることをも、これらの統計は示しているのである。

(e) 本稿は、以上にみた個々の裁判手続形式を逐一取り上げることが意図するものではないし、またそれだけの余裕もない。ただここでは、憲法抗告制度の守備範囲を理解するうえであらかじめ念頭に入れておく必要があると思われる事項として、憲法抗告手続と狭義の法規審査手続との異同・関係を簡単に確認しておこう。

① 申立権の所在 憲法抗告では市民が申立権者である。憲法抗告手続はまた、連邦憲法裁判の管轄する本案裁判手

続のうちでも、一人一人の私人が申立権を認められている唯一のものである。⁽⁴³⁾

これに対し、具体的法規審査手続ではあくまで、具体的な事件・争訟の裁判に当たる裁判所（訴訟裁判所）が申立権者であることに注意しなければならない。すなわち、一般の裁判所が当該事件・争訟における関連法律を違憲と解するとき、しかも、当該法律の効力如何が「裁判の結論を左右する意義（Entscheidungserheblichkeit）」をもつときは、その事件・争訟の裁判手続を中止したうえで、当該裁判所は、自らの違憲判断につきいわずば憲法裁の裁可を仰ぐべく、中間手続としての具体的法規審査手続の開始——憲法裁判所が裁判するのは先決問題としての法律問題のみであり具体的な争訟・事件の終局裁判は訴訟裁判所によって行われる——を求めるべきものとされているのである。⁽⁴⁴⁾したがって、具体的な訴訟に際して訴訟当事者が法律違憲の主張を提起しても、一般の裁判所はこの当事者の主張を斥けて合憲判断を下す権能を有する。⁽⁴⁵⁾具体的法規審査制は、すべての裁判所が法律の憲法適合性審査権を有することを前提としたうえで、法律に関する効力排除権限（Verwertungsbezugnis）を憲法裁判所に独占させたものだ、と彼地の論者が一般に評する所以である。⁽⁴⁶⁾

なお、抽象的審査方式としての抽象的法規審査手続における申立権者が政治的機関（連邦政府・州政府・三分の一の連邦議会議員）であることは、周知のとおりである（基本法九三条一項二号参照）。

② 審査対象 抽象的法規審査にせよ、具体的法規審査にせよ、法規審査手続で審査の対象となるのは法規に限られるのに対し、⁽⁴⁷⁾憲法抗告では個別処置・不作為をも含めた公権力の措置一般が審査対象である（後述2(2)参照）。

さらに、具体的法規審査手続に関しては、次の事情が付言されておかねばならない。すなわち、連邦憲法裁によれば、基本法一〇〇条一項の趣旨は、「連邦ないし州の立法府の意思を個々の裁判所すべてが無視する事態を防止すること」⁽⁴⁸⁾にある、とされる。しかも、ここにいう「連邦ないし州の立法府」とは、いっそう具体的には、「基本法および州憲法

で樹立 (Konstituieren) された立法権」ということであつて、防止されるべき事態とはあくまで、「憲法の効力の下に活動を始めるに至つた立法院、したがつて憲法に拘束される立法院による法律に対し裁判所がその承認を拒むことによつて、かかる立法院の意思を無視する事態」⁽⁴⁹⁾なのである。そこから、連邦憲法裁判における具体的法規審査手続の対象となる法規とは、基本法施行後に制定された形式的意味における法律 (いわゆる「制憲後の法形式上の法律 (nachkonstitutionelle formelle Gesetze) 」) に限定される、とするのが連邦憲法裁判の確立された判例である。⁽⁵⁰⁾ そのことの裏返しとして、たとえば法規命令に関しては、それが基本法違反であれば裁判所一般においてその適用を排除することもできるわけである。⁽⁵¹⁾

抽象的・法規審査手続では法規命令・制憲前の法も審査対象となりうる⁽⁵²⁾ことが連邦憲法裁判によつて肯定されており、ここでは「あらゆる規範レヴェルの連邦法・州法が審査される⁽⁵⁴⁾」ことになるが、具体的法規審査手続では審査対象の範囲に右のような限定が付け加わるために、審査対象の範囲に関しては、具体的法規審査よりも抽象的・法規審査の方が憲法抗告に近いものがある⁽⁵⁵⁾、とも評される⁽⁵⁶⁾ところである。

③ 審査基準 憲法抗告手続では、申立人は一定の憲法上の権利を侵害された旨主張しなければならぬ。すなわち、基本法 (九三条一項四 a 号) ・連邦憲法裁判法 (九〇条一項) の定めるところによれば、申立人は、「自らの基本権」のいずれか (ここにいう「基本権」とは基本法第一章「基本権」(一条一―一九条) に規定されている諸権利を指す)⁽⁵⁶⁾、あるいは基本法「第二〇条第四項、第三三条、第三八条、第一〇一条、第一〇二条および第一〇四条の内容を成す自らの権利」——これらの権利は一般に「基本権類似の権利 (grundrechtsähnliche Rechte) 」ないし「基本権同様の権利 (grundrechtsgleiche Rechte) 」などと総称される⁽⁵⁷⁾——のいずれかを侵害された旨の主張をもつて、憲法抗告を提起する。この点、判例によれば、以上に、列挙された条項に基づき、権利が申立人によつて被侵害権利として主張されているの

でなければ、憲法抗告は不適法として却下を喫する⁽⁵⁸⁾。したがって、憲法抗告の申立てが適法であるためには、争われている公権力の措置と基本法の前記法条との適合性につき審査を求める——つまり当該措置に関する審査基準をそれらの法条に求める——ものであることが必要である。

このように憲法抗告手続では、申立ての適法性が違憲(基本法違反)一般の主張によつては基礎づけられえず、基本法の条項のうちでも限られたそれとの不適合が主張されている場合にのみ肯定されるのに対し、法規審査手続では、申立ての適法性に対するその種の制約は存しない。具体的法規審査でも抽象的法規審査でも、基本法全体が審査基準に含められるからである⁽⁵⁹⁾。しかも、いずれの法規審査手続における実体審理に際しても、連邦憲法裁判は、申立てにおいて列挙された基本法規定との関係にかぎらず、すべての憲法上の観点から当該法規を審査すべきものとされているのである⁽⁶⁰⁾。この点は、法規審査手続が、申立人の法的地位の保護を目的としているのではなく、「憲法を保護するための公的(objective)な手続」であるの^(61a)に対し、憲法抗告手続が「基本権を保護・貫徹するための特例的な法的救済手続」^(61b)、「国家に対する市民の格別な法的救済手続」^(61c)である、という制度目的論と関わってくる。

しかし、審査基準に関して憲法抗告手続と両種の法規審査手続との間に存する以上のような相違は、相対化をみるに至っている。すなわち、後述するとおり、連邦憲法裁判の判例によれば、憲法抗告手続においても、何らかの点で違憲である法律による自由制約は一般的自由権(基本法二条一項)の侵害として訴えうるし、適法な憲法抗告の範囲内であるかぎり、申立人の主張しうる違憲事由・当該審査対象に関し連邦憲法裁判が基本法適合性を審査しうる範囲に格別制限は課せられないからである(4(a)参照)。

④ 判決の方式・効力 連邦憲法裁判所が法律を基本法違反と判定する場合の裁判(判決・決定)主文の内容およびその効力に関しては、法規審査手続と憲法抗告手続との間に共通性がみとめられる⁽⁶²⁾。

すなわち、この場合、法律は無効である旨または基本法と適合しない旨が裁判主文で宣言される（連邦憲法裁判法三一条一項一段・七八条・八二条一項・九五条三項）⁽⁶⁴⁾。

また連邦憲法裁判法は、連邦憲法裁判の下す裁判一般の効力につき、「連邦および州の憲法上の機関ならびにすべての裁判所および行政庁を拘束する」（三一条一項）として、あらゆる国家機関に對する、「拘束力（Bindungswirkung）」を定めているが、法規審査手続・憲法抗告手続で法律の合憲・違憲・無効が宣言された場合に関しては、連邦憲法裁判の裁判が——一般市民に對しても及ぶところの——「法律効（Gesetzeskraft）」を有する（三一条二項）、とされている（これは、基本法九四条二項一段が「連邦法律は、連邦憲法裁判所の……裁判がいかなる場合に法律効を有するかについて規定する」としているのをうけたものである）。その際、この法律効の射程を調節する連邦憲法裁判の規定（七九条・八二条一項・九五条三項三段）によれば、基本法不適合または無効と宣言された法律に基づく個別の裁判判決・決定処分ですでに不可争力を生じているものうち、確定有罪判決については刑事訴訟法の規定による再審手続が認められるのに對し、その他については——憲法抗告の認容に應じて取り消されるべき当の裁判・処分自体を除けば——法律に別段の定めがないかぎり、当該個別処置の効力は影響を受けない（但し未だ強制執行前のときは執行不可となる）、とされている。

他方、連邦憲法裁判の規定（三一条二項二・三段）では、法規審査手続・憲法抗告手続の双方において、裁判主文で法律が基本法と適合する旨の宣言も行いうる事が想定されている（注意を要するのは、この合憲宣言の場合にも連邦憲法裁判の裁判は法律効を有するのであり、この効果によつて、連邦憲法裁判が合憲と判定した立法の合憲性を争う憲法抗告の申立ては遮断される、ということである）⁽⁶⁶⁾。もつとも、連邦憲法裁判による従来の実際の運用をみると、法規審査手続では、法律が基本法と適合すると判断されたときは裁判主文でその旨積極的に確認されているのに對し、憲法抗告

手続で申立てが棄却される際の裁判正文では「憲法抗告を棄却 (zurückweisen) する」との言渡しに止められることが少なくない、という違いが指摘されている。⁽⁶⁷⁾

⑤ 一般の司法救済・具体的法規審査・憲法抗告の相互関連 憲法抗告の提起は一般の司法救済を経由し尽くした後でなければ原則として不適法であること、専門別裁判所の裁判手続で法令自体を争う用途は通常存しないこと、しかし具体的法規審査手続が介在しうる可能性の故に法規攻撃型憲法抗告に関してもその「補充性」を言う余地があること、以上の点は本稿の冒頭でもすでに触れたところである (序(b)参照)。

これらの点に加えて留意しておくべきは、法令を直接争う憲法抗告には当該法令の施行後一年以内という出訴期限が課せられているため (後述2(4)(b)参照)、施行後一年を超えている法令について、私人がその合憲性を争おうとするときは、専門別裁判所の裁判手続において前提問題型の違憲審査を求めなければならないことになる、という点である。その際、制憲後の法形式上の法律が違憲とされるためには、当該専門別裁判所からの争点提起→具体的法規審査手続の開始が必要となる (前述②参照)。しかし、争点提起をするか否かは当該裁判所の決するところであるから (前述①参照)、終審まで遂に具体的法規審査手続に至ることなく終わるケースも当然ありうる。この場合には、直接には専門別裁の(終審)裁判を攻撃対象に据える形の憲法抗告を提起することによって、その先決問題として適用法規の合憲性を争うことになるわけである。

(2) 制度の根拠規定

(a) ドイツ連邦共和国基本法には、憲法抗告に関する規定が二つ見出される。いずれも第九章「司法 (Rechtsprechung)」

(九二条―一〇四条) 中の規定であり、一は九三条一項a号、他は九四条二項二段である。

① まず、九三条一項は「連邦憲法裁判所は、次の事項について裁判 (entscheiden) する」(一段) としたうえで、連邦憲法裁判所の扱う裁判手続 (訴訟) の種類として四つの——連邦機関相互間の争訟 (一号)・いわゆる「抽象的法規審査」(二号)・連邦対州の憲法上の管轄をめぐる争訟 (三号)・連邦対州または州相互間のその他の争訟 (四号)——に続き、同項四a号で次の裁判手続類型を掲げる。すなわち、

「何びとも、公権力により自らの基本権のいずれか、または第二〇条四項、第三三条、第三八条、第一〇一条、第一〇三条および第一〇四条の内容を成す権利のいずれかを侵害されている旨の主張をもって、提起することができる憲法抗告」。

② 次に、九四条は、一項一段で連邦憲法裁判所の構成・手続・裁判の効力については連邦法律で定める旨規定しているのに続けて、同項二段で次のごとく規定している。曰く、

「連邦法律は、憲法抗告に関し、あらかじめ司法救済を経由し尽くすことを要件とし、および特別の受理手続を規定することが出来る」。

(b) すでに度々言及した連邦憲法裁判所法 (正式には「連邦憲法裁判所に関する法律 (das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht; BVerfGG)」) は、連邦憲法裁判所の地位・機構・手続・裁判の効力に関し包括的に規定している法典である。⁽⁶⁸⁾ 連邦憲法裁判所法は四つの篇 (Telle) から成っており、第一篇⁽⁶⁸⁾ 連邦憲法裁判所の構成と権限 (一条―一六条)、第二篇⁽⁶⁸⁾ 裁判手続総則 (一七条―三五条)、第三篇⁽⁶⁸⁾ 裁判手続各則 (三六条―九六条) (九七条は「削除」のままとなっている)、第四篇⁽⁶⁸⁾ 補則 (九八条―一〇七条)、となっており、連邦憲法裁判所の管轄する一五種類の (本案) 裁

判手續各々の特有の手續要件に関しては、第三篇中のそれぞれの章 (Abschnitt) で規定され (一章―十五章 (二六章は「除」のままとなっている)、仮命令手續に関しては、それら (本案) 裁判手續の種類すべてを通じ問題になりうるものとして、第二篇中に関係規定 (三三二条) を置いたうえで、各 (本案) 裁判手續の種類ごとに必要に応じて特別を定める体裁を採っている。このうち、①第二篇中の連邦憲法裁判所が管轄する (本案) 裁判手續の種類を列挙した規定 (一三二条) に「憲法抗告」も掲げられており (同条八 a 号)、また、②第三篇第一章 (第一三二条八 a 号の事件の手續) 冒頭の規定 (九〇条一項) が、基本法九三二条一項四 a 号とはほぼ同じ文面で「憲法抗告」の何たるかを示す規定となっている。連邦憲法裁判法九〇条の規定を掲げておこう。

第九〇条 (1) 何びとも、公権力により自らの基本権のいずれか、または基本法第二〇条第四項、第三三二条、第一〇一条、

第一〇三条および第一〇四条の内容を成す自らの権利のいずれかを侵害されている旨の主張をもって、連邦憲法裁判所に憲法抗告を提起することができる。

(2) 当該侵害を争う司法救済経路が適法であるときは、憲法抗告は、司法救済経路を尽くしたのちにはじめて提起することができる。但し、憲法抗告が普遍的意義を有しているとき、または、抗告人がまずもって司法救済経路の經由を求められた場合には抗告人に重大かつ不可避的な不利益が生ずることとなるときは、連邦憲法裁判所は、司法救済経路を尽くす前に起こされた憲法抗告に関して、直ちに裁判することができる。

(3) 州憲法上の権利に基づいて州憲法裁判所に憲法抗告を提起する権利は、影響を受けない。

(c) 以上に述べたところは、現行法上の根拠規定であるが、実は憲法抗告制度は当初基本法に規定されたものではなかった。基本法起草過程では、憲法抗告制度を基本法で定めることが検討されたが、公権力による権利侵害を争う司法

救済の包括的保障（現在の基本法一九条四項）が基本権規定として置かれたため、これと別に憲法抗告を基本法に規定することの必要性が疑われるとともに、他の争訟に対する憲法抗告の関係をいかに定めるべきかに関しても方向は固まらなかつた。そのため、連邦憲法裁判所の管轄に関する基本法の規定（九三条）で、管轄事項として機関争訟・抽象的法規審査・連邦対州の争訟・州相互間（ないし一州内）の公法上の争訟・「この基本法に規定されたその他の場合」を列挙したうえで（同条一項）、「以上のほか、連邦憲法裁判所は、連邦法律で指定されたその他の場合に職務を行う」（同条二項）として、法律による憲法抗告制度採用の余地を残しつつも、結局、憲法抗告を基本法の条文に盛り込むことは見送られたのであつた。⁽⁶⁹⁾

しかし、一九五一年の連邦憲法裁判所法では、第三篇第一五章が「憲法抗告」と題され、憲法抗告制度が定められるところとなつた（法九〇条―九六条）。⁽⁷⁰⁾ この制度はもともと通常の法律に根拠を有するものとして出発したのである。⁽⁷²⁾ 制度発足の当初から予想を遙かに上回る件数の憲法抗告が提起され、連邦憲法裁判所の過重負担をもたらしたため、やがて憲法抗告制度の廃止を説く憲法学者も現れたが、⁽⁷³⁾ 政治部門は、憲法抗告が市民をして憲法とのつながりを実感させ（*eine lebendige Beziehung zur Verfassung bringen*）、⁽⁷⁴⁾ 憲法の発展に寄与する意義をもつものであることに鑑み、連邦憲法裁判所自身の意向をも踏まえて、予備審査・受理手続の導入による濫訴対策（後述3）を講じつつ、憲法抗告制度を維持する立場を採り続けた。

その後、一九六八年の基本法改正で、非常事態に関する一連の規定が基本法に置かれるに至つたが、⁽⁷⁵⁾ これに伴い防衛上の緊急事態にあつては、連邦議会・連邦参議院それぞれの議員の代表者から成る小人数の合同委員会（*Gemeinsamer Ausschuss*）が、連邦議会の速やかな集会・活動が不可能である旨を自ら認定することによつて、連邦議会・連邦参議院の権能を代行することができるとされた（基本法五三a条・一一五e条一項）。その際、合同委員会は基本法改正の権

能を有しないとされたほか(基本法一一五e条二項一段、合同委員会による連邦憲法裁判所法の改正に関して、連邦憲法裁判の見解に従っても裁判所の本務遂行能力を維持するに必要と認められうる範囲内に限る、との制約が課せられたが(基本法一一五g条)、この制約につき連邦議会議法制委員会では、合同委員会が憲法抗告制度を廃止するための法律改正を行う余地が直ちに閉ざされたことにはならない、と解していた。しかし、憲法抗告制度は非常事態にあつても廃止されることのないようにこれを基本法上の制度とするのが相当である、との見地から、ほどなく基本法改正が再度行われ(一九六九年一月)、現在の基本法九三条一項四a号・九四条二項二段が挿入された。⁽⁷⁶⁾ 抵抗権(基本法二〇条四項)が憲法抗告で主張しうべき被侵害権利に加えられたのもこのときのことである。この基本法改正はそれまでの法律上の憲法抗告制度に実質的変更を加えることを意図したのではない。⁽⁷⁷⁾ したがって、憲法抗告制度に関するそれまでの運用実例・これに即して展開してきた解釈論との連続性が維持されることになった。⁽⁷⁸⁾ ただ、憲法抗告制度を通常の法律で廃止することは許されなくなったのである。⁽⁷⁹⁾

(d) かくして現在の基本法には、「何びとも、公権力によってその権利を侵害されたときは、司法救済経路(Rechtsweg)を閉ざされない」(一九条四項一段)といたうえて、「他に管轄が設けられていないかぎり、通常裁判権による救済経路(ordentlicher Rechtsweg)が与えられる」(同二段)と定め、公権力の権利侵害に対する司法救済を包括的に保障した規定が置かれている一方で、連邦憲法裁判への憲法抗告を通じた法的救済の保障も並立的に規定されているのであるが、それぞれの保障の射程は必ずしも一致するわけではない。ここで両者の射程をあらかじめ簡単に比較しておく。

① 憲法抗告手続では法令・裁判判決をも攻撃対象としうるのであり、すでに一言したように(1)(1)(2参照)、この手続を通じて争える「公権力」による基本権侵害とは、立法権・司法権をも含めた「公権力」一般によるものである。

これに対し、基本法一九条四項にいう「公権力」には立法権も司法権も含まれない、とするのが連邦憲法裁判の判例である。⁽⁸⁰⁾

② 憲法抗告手続で救済を求めうるのは、専ら基本権その他の一定の憲法上の権利に限られる(1)(1)(e)③参照)。他方、基本法一九条四項は公権力による権利侵害一般に対する司法救済を保障しており、憲法抗告におけるような限定はない。

③ いまひとつここで言及しておくべきは、憲法抗告を通じた法的救済手続そのものは基本法一九条四項にいう「司法救済経路」に当たるといふ点である。

この点、連邦憲法裁判の判例によれば、基本法一九条四項はそもそも、「争われている当該公権力の措置の性格にその都度見合う裁判手続類型」までも要求するものではなく、「個々の市民の利益を損なう高権行為が何らかの裁判手続で審査されること」を保障しているに止まるのであるが、同時に、同項二段にいう「他の管轄」とは「憲法裁判権を念頭に置くものではない」のであり、同項の趣旨は、「通常裁判権ないし行政裁判権による救済経路に何らか対応する司法救済経路が与えられていないときは、それをもって直ちに通常裁判権による救済経路を開こうとする主義を採る」にある。しかし、「憲法抗告はかかる司法救済経路ではない。それは連邦憲法裁判法九〇条二項によれば、基本権の保護のみに限定された、憲法に則った最終の法的救済手続であり、裁判官による審査一般を得るためのそのほかの機会がすべて尽くされたときにかぎり、与えられるものである」と憲法裁判は説く。⁽⁸²⁾そして、この説示はつまるところ、憲法抗告の機会自体は一九条四項にいう「司法救済経路」には該当しないことを表明したものと一般に受け止められているのである。⁽⁸³⁾

〈注：第一章上〉

- (1) この点については、序注(2)所掲の文献のほか、簡潔な解説として、阿部照哉「西ドイツ連邦憲法裁判所」『今日の最高裁判所』(法学セミナー増刊：日本評論社・一九八八年)一三二頁以下(一三二―一四頁)、栗城壽夫「違憲審査制」樋口 ㊦栗城『憲法と裁判』(法律文化社・一九八八年)二二七頁以下(一八七―一九頁)、樋口陽一『比較憲法』(全訂第三版)。(書林書院・一九九二年)三〇四―三七頁、初信正典「ドイツ」阿部照哉(編)『比較憲法入門』(有斐閣・一九九四年)二八一頁以下(二三二―二四八―五一頁)、等を参照されたい。
- (2) この規定によれば、公法上の争訟であっても「憲法上」のそれについては、行政裁判所の管轄権が認められるわけではない。この点、Ferdinand O. Kopp, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 8. Aufl. München: C. H. Beck 1989, S. 186 f. (540 Rn. 32)によれば、この場合の憲法上の争訟とは、裁判に際して連邦ないし州の憲法条項の適用が問題となりうる争訟のすべてをいうものではなく、(i)「いわゆる真正の憲法上の争訟、すなわち、憲法の現実的運用(Verfassungsleben)に直接参予する権利帰属主体である、憲法上の機関ないしその構成部分の間の争訟」(たとえば、連邦・州の議会・政府、政党・個々の議員などの間の争訟)に加えて、(ii)「専ら憲法論に負うものとされてきた(ausschließlich dem Verfassungsrecht zugerechnet)その他の争訟」(例、形式的意味における法律に対する主要問題判決令審査)を意味する、とされる。Vgl. dazu auch Oskar Tschira/Walter Schmidt Glaeser, *Verwaltungsprozeßrecht*, 9. Aufl. Stuttgart u. a.: Boorberg 1988, S. 34–36 (Rn. 72–77) m. w. N.
- (3) Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, München: C. H. Beck 1980, S. 976; Christian Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht*, 3. Aufl. München: C. H. Beck 1991, S. 62 (§ 2 Rn. 60); Eckart Klein, in: Benda/Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts*, Heidelberg: C. F. Müller 1991, S. 125 (Rn. 295); Klaus Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2. Aufl. München: C. H. Beck 1991, S. 6, 50 (Rn. 8, 72); Wolfgang Löwer, *Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, Heidelberg: C. F. Müller 1987, S. 737 ff. (740 [Rn. 3]); Alfred Rincken, in: *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2 (Reihe Alternativkommentare), 2. Aufl. Neuwied: Luchterhand 1989, S. 1029 (Art. 93 Rz. 1).

(4) *Stern* (N 3), S. 976. この点との関連は *Schlach* (N 3), S. 6 f. (Rn. 8 f.) の叙述が参考とならう。すなわちシュライヒは、連邦憲法裁判所の管轄権に関する列記主義の確認に続けて、個々の裁判手続形式に係る管轄権の域に止まらないものとしての憲法裁判権という統一的概念は果たして成り立つのか、という問題が残されることを指摘し、その点に関連する事情として、「今日我々が憲法裁判と称しているものの中には、時代と背景をまったく異にする多様な伝統が合流して」おり、ドイツ憲法裁判権の端緒をどこに求めるかについては学説でも区々に説かれていること——あるいは神聖ローマ帝国期とされ（連邦制型争訟の起源・のちの憲法抗告の萌芽形態は帝室裁判所の管轄に求めることができる）、あるいは一九世紀とされ（当時のドイツ立憲主義は機関争訟の基盤を与えた）、あるいは一九二〇年オーストリア憲法（憲法裁判所による立法府統制の導入）の時点ともされる——に触れている。

なお、ドイツ憲法裁判の歴史的展開については、序注(マ)所掲の文献を参照されたい。

(5) *Stern* (N 3), S. 976; *Heinrich Simon*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Benda/Mahhofer/Vogel (Hg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Aufl. Berlin/New York: Walter de Gruyter 1983, S. 1253 ff. (1263) [邦訳: ルムート ジーモン (永田秀樹訳)「憲法裁判(上)」大分大学経済論集三九卷三号(一九八七年)六八頁以下(八一頁)]、(6) *E. Klein* (N 3), S. 127 (Rn. 301).

(7) *Stern* (N 3), S. 978; *E. Klein* (N 3), S. 127 (Rn. 302).

(8) 本文で以下に掲げる類型化・分類範疇の指標は、*Pestalozza* (N 3), S. 63-65 (§ 2 Rn. 60-65) に範を採ったものである。他の論者による類型化タイプ、vgl. *Stern* (N 3), S. 978; *E. Klein* (N 3), S. 127 f. (Rn. 302-307); *Schlach* (N 3), S. 744 (Rn. 7); *Rinken* (N 3), S. 1030 (Art. 93 Rz. 2); *Ernst Frisenhahn*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hermann Mosler (Hg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln/Berlin: Carl Heymanns 1962, S. 89 ff. (107 ff.); *Julius Federer*, Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht 1951-1971, Karlsruhe: C. F. Müller 1971, S. 59 ff. (64 ff.); *Hans Lechner*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 3. Aufl. München: C. H. Beck 1973, S. 46 f. (Eml. Anm. 5).

なお、連邦憲法裁判所の管轄する裁判手続の類型化については、参照、川添利幸「西ドイツにおける憲法訴訟 Verfassungsbeschwerdeの本質」公法研究二四号(一九六二年)一五〇頁以下(一五一-二頁注(一))、野中俊彦「憲法裁判にお

ける仮処分」金沢法学一四巻一号(一九六八年)一頁以下(二一—三頁注(1))。——これらはいずれもレッヒナーの分類に依拠している。

- (9) *v. E. Klein* (N 2), S. 127 (Rn. 303). p. *Rinken* (N 3), S. 1030 (Art. 93 Rz. 2); *Federer* (N 8), S. 64.
- (10) *Pestalozza* (N 3), S. 63 (§ 2 Rn. 61).
- (11) *E. Klein* (N 3), S. 127 (Rn. 303).
- (12) *Ebd.* Vgl. auch *Lauer* (N 3), S. 744 (Rn. 7): 「狭義ならし本来の)憲法上の争訟」という指称を用いてはいないが、(i)・(ii)を「いわば古典的な手続類型」として一括したうえで、両者に共通の特徴として手続の「対決構造」性を指摘する。これらの手続の「古典」性の意味あつにひびくは、注(4)参照。
- (13) やはり「対決構造型争訟手続」の語をこの分類範疇の指称として用いる論者もある。Siehe *Friesenhahn* (N 8), S. 107. Vgl. auch *E. Klein* (N 3), S. 127 (Rn. 303): 分類範疇を「本来の憲法上の争訟(対決構造型手続)」と称している。
- (14) *Stern* (N 3), S. 978; *Schlach* (N 3), S. 6 (Rn. 8).
- (15) *Schlach* (N 3), S. 6, 62 ff. (Rn. 8, 90 ff.). また *Stern* (N 3), S. 978 も「機関争訟」と「連邦制型争訟」とを別個のカテゴリーとして扱っている。
- (16) Siehe *Pestalozza* (N 3), S. 64 (§ 2 Rn. 62); *Lauer* (N 3), S. 744 (Rn. 7); *Rinken* (N 3), S. 1030 (Art. 93 Rz. 2). また *Schlach* (N 3) も「法規審査手続」と題する章(S. 68 ff. [Rn. 103 ff.])のなかで(i)～(iii)とあわせて「先例離反の争点提起」を取り上げ解説している(S. 110 ff. [Rn. 172 ff.])。これに対し、(ii)を(i)～(iv)と同じ類型に括するのは困難である、とするものもよく、vgl. *E. Klein* (N 3), S. 128 (Rn. 307), の点びつき本文後述⑤参照。
- (17) *E. Klein* (N 3), S. 127 (Rn. 304). 但し「彼が(ii)を(i)～(iv)と同じの類型に含めようとするのは、前注にも触れたとおりであり、したがって彼自身は(i)～(iii)に関するかありやりのために指摘しているに過ぎない。
- (18) *v. Pestalozza* (N 3), S. 64 (§ 2 Rn. 62); *Lauer* (N 3), S. 744 (Rn. 7). p. *Pestalozza* (N 3), S. 64 (§ 2 Rn. 62).
- (19) *Lauer* (N 3), S. 744 (Rn. 7); *Friesenhahn* (N 8), S. 108. Vgl. auch *E. Klein* (N 3), S. 127 (Rn. 304): (i)～(iii)を「法の客観的確認 (objektive Rechtsfeststellung) や目的・手段手続」などに類型化する。
- (20) *Pestalozza* (N 3), S. 63 (§ 2 Rn. 62); *Schlach* (N 3), S. 6, 68 ff. (Rn. 8, 103 ff.). Vgl. auch *Stern* (N 3), S. 978, 982 ff.

「法規審査手続」という分類範疇に対応する裁判手続形式として(i)~(iv)を取り扱っている。

- (21) *Rinken* (N 3), S. 1030 (Art. 93 Rz. 2).
- (22) Siehe z. B. *Löwer* (N 3), S. 826 ff.; *Ernst Benda*, in: *Benda/Klein*, Lehrbuch, aaO (N 3), S. 129 ff.
- (23) *Pestalozza* (N 3), S. 159; *E. Klein* (N 3), S. 128 (Rn. 305); *Rinken* (N 3), S. 1042.
- (24) *Stern* (N 3), S. 1023; *Pestalozza* (N 3), S. 159; *E. Klein* (N 3), S. 128 (Rn. 305); *Schlaich* (N 3), S. 114; *Rinken* (N 3), S. 1060; *Benda* (N 22), S. 263.
- (25) *E. Klein* (N 3), S. 128 (Rn. 305)
- (26) >Verfassungsbeschwerde< の用語法の沿革・今日におけるこの概念の理論的定義については、vgl. *Ekkehard Schumann*, Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) zu Landesverfassungsgerichten, in: *Starck/Stern* (Hg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilbd. II, Baden-Baden: Nomos 1983, S. 149 ff. (154–160). 実定法の規定自身が(i)・(ii)の双方を「憲法抗告」と称しているものもあり、多くの論者はこの語をそのまま分類範疇の指称としても用いているが (*Pestalozza* [N 3], S. 63 [§ 2 Rn. 62]; *E. Klein* [N 3], S. 128 [Rn. 305]; *Rinken* [N 3], S. 1030 [Art. 93 Rz. 2]; *Federer* [N 8], S. 69) 講学上の分類概念として「異議申立手続 (Anfechtungsverfahren)」なるカテゴリーを設定し、この概念の下に(i)・(ii)をまとめている論者もある (*Friesenhahn* [N 8], S. 112 f.)°
- (27) *Schlaich* (N 3), S. 114 f. (Rn. 183–185); *Löwer* (N 3), S. 808 f. (Rn. 64 f.).
- (28) Vgl. dazu *Werner Hoppe*, Die kommunale Verfassungsbeschwerde vor Landesverfassungsgerichten, in: *Landesverfassungsgerichtsbarkeit II*, aaO (N 26), S. 257 ff. (269–73) m. w. N.
- (29) *Lechner* (N 8), S. 46 (Einl. Anm. 5).
- (30) *Stern* (N 3), S. 978, 1004; *Schlaich* (N 3), S. 6, 191; *Löwer* (N 3), S. 744, 819. 「憲法防衛 (Verfassungsverteidigung)」と称している論者もある (*E. Klein* [N 3], S. 128 [Rn. 306])°
- (31) *E. Klein*, (N 3), S. 128 (Rn. 306). それで、このカテゴリーの呼称として「民主的國家秩序を保護するための訴追手続」という表現を用いる論者もある (*Federer* [N 8], S. 72)°
- (32) *Pestalozza* (N 3), S. 65 (§ 2 Rn. 65); *E. Klein* (N 3), S. 128 (Rn. 307). 選挙・議員資格の審査手続を①~④とは別個の類

型として捉える点に関する限り、論者の分類法には一致がみられる(注(8)所引の文献参照)。Vgl. aber Löwer (N 3), S. 744 (Rn. 7): 選挙・議員資格の審査手続を「対決構造型」の手続とひと括りにすることを避ける一方で、機関によるあらゆる職権行使の正当化連鎖は、議員の議席取得の合法性に遡るもので、それが機関としての合法的活動の根本的前提だから選挙・議員資格の審査手続は「着想の点で機関争訟手続の周辺領域に位置づけられるもの (gedanklicher Umkreis des Organstreitverfahrens)」だと述べた。

(33) *Pestalozza* (N 3), S. 63 (§ 2 Rn. 61); *Schlach* (N 3), S. 67 f. (Rn. 100); *Rinken* (N 3), S. 1030 (Art. 93 Rz. 2); *Friesenhahn* (N 3), S. 108; *Federer* (N 3), S. 66; *Lechner* (N 3), S. 46 (Einf. Ann. 5).

(34) 基本法九九条をうける連邦憲法裁法七三条一項によれば、この場合の「憲法上の争訟」の手続当事者となりうるのは、州の最上級機関ないし固有の権利を承認されているその構成部分に限定されており、そのため、ここにいう「憲法上の争訟」とは機関争訟のみに限定されるかのような印象を与える (*Pestalozza* [N 3], S. 150 [§ 11 Rn. 5])。しかしながら、基本法九九条の趣旨は各州が独自の憲法裁を設置するのを放棄する余地を与える点にある、として、同条にいう「憲法上の争訟」とは機関争訟に限られなく、と解するのが一般的である (vgl. aaO, S. 148 [§ 11 Rn. 2]; *Lower* [N 3], S. 768 f. [Rn. 48] jeweils m. w. N.)。従来この規定を活用して連邦憲法裁判所としての職務を委ねてきたのはシュレースヴィヒ＝ホルシュタイン州のみであるが (vgl. dazu *Pestalozza*, aaO, S. 149 f. [§ 11 Rn. 5]; *Karl-Georg Zierlein*, Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts in landesverfassungsrechtlichen Organstreitverfahren, AöR 118 [1993], S. 66 ff. [73 ff.]、) すでに機関争訟のほか、抽象的法規審査手続も連邦憲法裁判所に託されてきた(一九四九年州憲章三七条、一九九〇年州憲法四一・四四条)。この点、連邦憲法裁判の判例も、州が基本法九九条を根拠として抽象的法規審査を連邦憲法裁判に委ねることを承認している (BVerfGE 38, 258 [267])。Vgl. auch BVerfGE 7, 77 (83): 州が基本法九九条の規定を活用した場合、連邦憲法裁判が当然に、基本法一〇〇条により州憲法適合性に係る具体的法規審査の裁判を行うべき、当該州の憲法上の争訟につき管轄権を有する裁判所となる、とする。

(35) *E. Klein* (N 3), S. 128 (Rn. 307); *Stern* (N 3), S. 1027.

(36) *E. Klein* (N 3), S. 128 (Rn. 307)。もっとも、その理由が詳らかにされているとはいいがたく、この手続形式が「判例統一のため」の手続であることが指摘されているのみである。

(37) 連邦憲法裁判の裁判官構成とその変遷については、参照、永田秀樹「連邦憲法裁判所の地位、組織および裁判官の選任」大分大学経済論集三三巻五号（一九八二年）一頁以下、野中俊彦「西ドイツ連邦憲法裁判所の人的構成」金沢大学法文学部論集法学篇一七（一九七〇年）三三頁以下。

(38) 連邦憲法裁判がそもそも二つの法廷から成る「双身裁判所（Zwillingsgericht）」として構成されたのは、憲法裁判所を伝統的な司法の観点からみる者と政治的な観点からみる者との妥協の産物であること、連邦憲法裁判の発足当初、「法律的」事件が第一法廷に配され、「政治的」事件が第二法廷の管轄とされたのも、そうした背景事情によるものであること、については、参照、高見勝利「西ドイツの憲法裁判」芦部信喜編『講座憲法訴訟第一巻』（有斐閣・一九八七年）九七頁以下（一四一頁注（27））。

(39) もっとも、連邦憲法裁判法自体に掲げられた管轄配分規定は一応のものにすぎない。すなわち、同法一四条四項は、一方の法廷に負担が持続的に偏った場合、連邦憲法裁判自身が全裁判官会議の決議によって同条一―三項所定の管轄配分と異なる定めをすることができる、としており（この決議は連邦法律官報に公示されるべきものとされる）、実際にもかかる決議によって若干の管轄修正が図られているからである（siehe den Beschluß des Plenums des BVerfG vom 6. 10. 1982 [BGBl. I S. 1735] geändert durch Beschluß vom 15. 12. 1989 [BGBl. I S. 2259]）。なお、いずれの法廷の管轄とすべきかに疑義あるときは、連邦憲法裁判の正副長官を含む四名の裁判官から成る委員会の決するところにより（法一四条五項）、また、一方の法廷が他方の法廷の裁判例と異なる法解釈を採ろうとするときは、両法廷合同による裁判に付される（法一六条一項）。これらの点については、参照、手塚和男「西ドイツ連邦憲法裁判所第一部と第二部の管轄について」法学五〇巻七号（一九八七年）一九九頁以下、高見・前出注（38）一三八―九頁。

(40) 手続形式別の件数を示す統計資料では、個人憲法抗告・自治体憲法抗告の両者をあわせて「憲法抗告」として集計されるのが常であり（本文に掲げた表の典拠である統計のいずれについても然りである）、そのため、これら二種の憲法抗告それぞれ件の数を性格に把むことはできない（彼地の論者もこのように指摘している。Siehe Reinhard Warmke, Die Subsidarität der Verfassungsbeschwerde, Berlin: Duncker & Humboldt 1993, S. 280）。しかしながら、自治体憲法抗告で争える対象は法令に限られており、そのことを考慮したうえで、以下の数字と本文所掲の表における「憲法抗告」全体の年間提起件数とを比較対照するならば、広義の「憲法抗告」の大半は個人憲法抗告であるとみて差し支えない。すなわち第一に、

Harald Klein, Funktionell- und verfahrensrechtliche Probleme der Rechtssatzverfassungsbeschwerde, in: *Furst/Herzog/Umbach* (Hg.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Bd. 2, Berlin/New York: Walter de Gruyter 1987, S. 1325 ff. (1325 FN 1) には、一九八五年および一九八六年の両年における「憲法抗告」全体・そのうち法令を直接争ったその年間提起件数が掲げられており(そこに示された各年の「憲法抗告」全体の提起件数は、本文所掲の表におけるそれぞれの年の「憲法抗告」つまり両種の憲法抗告をあわせた広義のそれ——の提起件数と一致する)、それによれば、法令を直接争った憲法抗告の年間提起件数は、一九八五年で一二二件、一九八六年で九一件、である。第二に、表1からは一九六〇年—一九七九年の間に三五三七〇件の憲法抗告が提起されていることが分かるが、*Brun-Otto Bryde*, *Verfassungsentwicklung*, Baden-Baden: Nomos 1982, S. 467 の掲げる数字に従えば、この間に憲法抗告によって争われた公権力の措置の数は総数で二七五一六、そのうち法律は四二二一、裁判所の裁判が二二七七一である。

Vgl. auch *Klaus Stern*, *Kommentierung zu Art. 93 GG* (Zweibearbeitung), in: *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburg: Joachim Heimann, Loseblattrausgabe seit 1950, Stand: März 1982, Rn. 778; *自治体憲法抗告*は、申立権者の数も多くな^く、厳格な補充性要件を課せられているが故に、その実際上の重要性は個人憲法抗告のそれに及ぶべくもない、と言う。

(41) *Rinken* (N 3), S. 1059 (Art. 93 Rz. 73).

(42) Vgl. *Ernst Benda*, *Aktuelle Probleme der Praxis des Bundesverfassungsgerichts*, NJW 1980, S. 2097 ff.; *Gothard Wohrmann*, *Änderungsnovellen zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz und weitere Reformüberlegungen*, in: *Umbach/Clemens* (Hg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Heidelberg: C. F. Müller 1992, S. 131 ff. 1) G点は憲法抗告における受理手続制度と関連するところであるが、受理手続については本章3で後述する。

(43) 選挙審査手続でも一般有権者に申立権が認められているが、一〇〇名の有権者の賛同を得ることが要件とされている(連邦憲法裁判法四八条)。

(44) 基本法および連邦憲法裁判法の関連規定は次のごとくである。

基本法一〇〇条 (1) 裁判所が法律を違憲と解し、この法律の有効性に裁判が懸かっているときは、手続は中止されることを必要とし、州憲法の侵犯が問われているときは当該州の憲法上の争訟につき管轄権を有する裁判所の裁判を、この

基本法の侵犯が問われているときは連邦憲法裁判所の裁判を、求めることを必要とする。州法によるこの基本法の侵犯または州法律の連邦法律との適合性が問われているときも、同様とする。

- 連邦憲法裁判法八〇条 (1) 基本法第一〇〇条一項の要件が存するとき、裁判所は直接に連邦憲法裁判所の裁判を求める。
- (3) 裁判所の申立ては、訴訟当事者による当該法の規準の無効事由主張 (Klage der Nichtigkeit) に左右されない。
- 同八一条 連邦憲法裁判所は法律問題に關してのみ裁判する。

ここにはいくつかの異なる種類の具体的法規審査手続が盛り込まれていることが分かる。この点、(i) 州法律の州憲法違反を理由とする州憲法裁判への審査申立て、(ii) 州法律の基本法違反を理由とする連邦憲法裁判への審査申立て、(iii) 連邦法律の基本法違反を理由とする連邦憲法裁判への審査申立て、(iv) 州法の連邦法違反を理由とする連邦憲法裁判への審査申立て、という四つに分かつ説明と、(ii)・(iii)をまとめて(ii)に区分する説明とがある。Vgl. dazu E. Klein (N 3), S. 298 f. (Rn. 692) [四分類説]: Gerhard Ulsamer, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblattsammlung seit 1964 (2. Aufl. seit 1985), München: C. H. Beck, Stand: März 1992, § 80 Rn. 23 [「分類説」 jeweils m. w. N.]

裁判所からの争点提起の適法要件を表す用語としての「Entscheidungserheblichkeit」(「entscheidungserheblich」という文言は「これらの規定には見出されないが、判例・学説におけるタームとして定着してるとどうう」とができる。判例として「siehe z. B. BVerfGE 7, 171 (173); 18, 305 (308); 36, 258 (263 f.); 50, 108 (113); 72, 91 (102), 学説は z. B. E. Klein, a.o. S. 324 (Rn. 757); Ulsamer, a.o. § 80 Rn. 217; Stern (N 3), S. 990; Pestalozza (N 3), S. 210 (§ 13 Rn. 18 f.); Schlaich (N 3), S. 92 (Rn. 138); Löwer (N 3), S. 788 (Rn. 77); Rinken (N 3), S. 1173 f. (Art. 100 Rn. 11).

また「中間手続 (Zwischenverfahren)」としての「具体的法規審査手続」という定式化としての「siehe z. B. BVerfGE 42, 42 (49); E. Klein, a.o. S. 301 (Rn. 695); Rinken, a.o. S. 1173 (Art. 100 Rz. 8); Ulsamer, a.o. § 80 Rn. 15.

なお、法規審査の申立てを行った訴訟裁判所の手続における訴訟当事者は、連邦憲法裁判での具体的法規審査手続に際し意見表明権を与えられるが (連邦憲法裁判法八二条三項)、だからといって連邦憲法裁判の手続における当事者 (Beteiligte [r]) となるものではない (BVerfGE 2, 213 [217])。その帰結として、口頭弁論 (連邦憲法裁判法二五一条一項)・裁判官忌避 (同二九一条) を申し立てる権利、憲法裁判手続に伴い生じた費用の補償を受けうる資格 (同三四一条) —— これらは連邦憲法

裁における裁判手続の当事者たる地位にある者に対しては認められる (vgl. BVerfGE 20, 1 [5]; 20, 350 [351]) —— を有しない」とされる (BVerfGE 2, 213 [217]; 20, 350 [351]; 42, 90 [91])。これに、訴訟裁判所の手続における訴訟当事者は法規審査の申立人たる地位にはならぬからであるとされる (Usamer, aO, § 82 Rn. 17; vgl. auch BVerfGE 20, 350 [351])。もっとも、申立てを行った訴訟裁判所が法規審査における手続当事者となるわけでもなく、具体的法規審査手続は対決構造型手続でもない以上、結局、この手続では——特定の政治的機関が手続開始後に正式の手続参加申出 (連邦憲法裁判法八二条三項) によって手続当事者とならないかぎり——そもそも当事者は存在しない、ということになる (Benda [N 22], S. 71 [Rn. 148])。

(45) この点を明言している判例として、BVerfGE 2, 406 (410 f.)、連邦憲法裁判法八〇条三項の規定 (前注参照) からすれば、逆に、訴訟当事者から法律の違憲無効が主張されていない場合であっても、裁判所が具体的法規審査の申立てを行うことに妨げはなし (Pestalozza [N 3], S. 206 [§ 13 Rn. 18 f])。

(46) Siehe z. B. Stern (N 3), S. 983; Ruben (N 3), S. 1171 (Art. 100 Rz. 3). また、Schlach (N 3), S. 83 f. (Rn. 127) のように表現されることが普通であるとしているが、一般の裁判所も、具体的法規審査の申立てによって同時に具体的争訟事件の裁判手続を中止するかぎり、問題の法律の暫定的不適用の権限を与えられているのであるから、憲法裁判による「効力排除権限」の独占という表現が完全に当たっているとはいえない」とする。Vgl. auch Löwer (N 3), S. 782 (Rn. 66); 法規の審査は分散的で、法規の最終的拘束力ある効力排除は集中的である、と言っ。

(47) 抽象的法規審査に係る関連規定は次のごとくである。

基本法九三条 (1) 連邦憲法裁判所は次の場合に裁判する。

二 連邦法もしくは州法とこの基本法との形式上および実質上の適合性、または州法とこの基本法との適合性に関する見解の相違もしくは疑義が存する場合で、連邦政府、州政府または連邦議会議員の三分の一の申立てがあったとき。

連邦憲法裁判法七六条 基本法九三条一項二号による連邦政府、州政府または連邦議会議員の三分の一の申立ては、申立権者のいずれかが連邦法または州法について次のいずれかの見解を採るときにかぎり、適法である。

一 基本法またはその他の連邦法との形式上または実質上の不適合性を理由として、無効と解しているとき。

二 連邦または州の裁判所、行政庁または機関が当該法を基本法または他の連邦法に適合しないものとして適用しなかつた事態ののちにおいて、これを有効としているとき。

これらの規定によれば、この手続においては、「連邦法または州法、すなわち連邦または州に帰せられるべき法規(Normen)の審査のみが適法(statthaft)である」(E. Klein [N 3], S. 281 [Rn. 652])。

また、「基本法一〇〇条一項により具体的法規審査手続の対象として想定されているのは「法律」・「州法」である(注(44)参照)。なお、「基本法一〇〇条一項による手続の裁判対象は、法規の憲法適合性であつて、裁判所の裁判のそれではない」旨明言した判例として、BVerfGE 73, 340 (371)がある。

(48) BVerfGE 1, 184 (197). (93) BVerfGE 10, 124 (127 f.)

(50) 審査対象が形式的意味の法律に限られる旨を明らかにした判例として、BVerfGE 1, 184 (189 ff.); st. Rsp., そのうちでも基本法施行後のそれに限られる旨を表明した判例として、BVerfGE 2, 124 (128, 130 ff.); st. Rsp. もともと、州憲法裁判における具体的法規審査手続の審査対象については、州の自律性に鑑み、州法でその範囲をさらに拡張することに妨げはない、とするのが連邦憲法裁判の判例であり(BVerfGE 4, 178 [188 ff.])。そうした州法の実例も散見される。州憲法裁判の具体的法規審査手続における審査対象の簡潔な概観を与えらるものとすべし。東西ドイツ統一前の状況については、vgl. Pestalozzi (N 3), S. 372 f. (§ 21 Rn. 1); Otto Groschupf, Richtervorlagen zu den Landesverfassungsgerichten, in: Landesverfassungsgerichtsbarkeit II, aao (N 26), S. 85 ff. (94 f.).

(51) Vgl. BVerfGE 68, 319 (325); 71, 305 (337). これらの判例については、法規攻撃型憲法抗告の補充性との関連で、第二章のところで論及する。

(52) BVerfGE 1, 117 (126); 2, 307 (312). (53) BVerfGE 2, 124 (131).

(54) E. Klein (N 3), S. 281 (Rn. 653).

(55) Bruno Schmidt-Bleibtreu, in: Maunz u. a., BVerfGG, aao (N 44), § 90 Rn. 87.

(56) Stern (N 40), Rn. 654 ff.; Schmidt-Bleibtreu (N 55), § 90 Rn. 48 f.; Christoph Gusy, Die Verfassungsbeschwerde, Heidelberg: C. F. Müller 1988, S. 45 f. (Rn. 68).

- (57) 「基本権類似の権利」と称するものと「*Gasy* (N 56), S. 44; *Rüdiger Zuck*, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2. Aufl. München: C. H. Beck 1988, S. 127 (Rz. 306), 「基本権同様の権利」と表現して「*Rinken* (N 3), S. 1047, 1054 (Art. 93 Rz. 48, 62); *Banda* (N 22), S. 154 (Rn. 361); *Stem* (N 40), Rn. 652 f. 連邦憲法裁の用語法は一樣でなく、いずれの表現も用いられている。前者の表現を採用した例として、*BVerfGE* 19, 166 (175); 33, 247 (258)、後者の表現を用いた例として、*BVerfGE* 56, 175 (181)。
- (58) *Vgl. BVerfGE* 3, 58 (74); 48, 64 (79)。なお、この点については後述の(60)参照。
- (59) 具体的法規審査に「*BVerfGE* 3, 187 (197), 抽象的法規審査に「*BVerfGE* 12, 205 (222)。
- (60) 具体的法規審査に「*BVerfGE* 4, 331 (334); 26, 44 (58), 抽象的法規審査に「*BVerfGE* 1, 14 (41)。
- (61) *a BVerfGE* 1, 396 (407), *o BVerfGE* 2, 287 (291), *o BVerfGE* 4, 27 (30)。
- (62) 以下の叙述は現行制度(一九七〇年の連邦憲法裁法改正以後の制度)に関するものである。それ以前の同法の規定とその変遷・判例における実際の運用につき概観を与えるものとして、参照、野中俊彦「西ドイツにおける違憲判決の方法」、『公法の理論(七)』(田中二郎先生古稀記念：有斐閣・一九七六年)一〇五頁以下(一一〇—一一九頁)。
- (63) ここにいう「法律(Gesetz)」とは、具体的法規審査手続では専ら形式的意味の法律を指すものということになるが、抽象的法規審査手続・憲法抗告手続との関係では法令規定一般を意味する(*Pestalozza* [N 3], S. 333 [§ 20 Rn. 103])。
- (64) このほか、連邦憲法裁が法令の違憲審査に際し、これ基本法違反と断ずるのを避けつつ、合憲限定解釈・警告判決といった、連邦憲法裁法の規定には掲げられていない判決方式を実践してきていることは、わが国でも広く知られている。これらの判決方式については、参照、野中・前出注(62)、永田秀樹「西ドイツにおける法律の憲法判断の方法」大分大学経済論集五三巻三号(一九八一年)八六頁以下、宮地基「西ドイツ連邦憲法裁による規範統制判決の展開と機能」神戸法学雑誌三九巻四号(一九九〇年)九三九頁以下。
- (95) *Pestalozza* (N 3), S. 333 (§ 20 Rn. 103); *Theodor Maunz*, in: *Maunz u. a. BVerfGG, aAO* (N 44), § 31 Rn. 37; *Klaus Renner*, in: *Umbach/Clemens* (Hg.), *BVerfGG, aAO* (N 42), S. 560 (§ 31 Rn. 90)。
- (99) *Vgl. BVerfGE* 1, 89 (90); *Maunz* (N 64), § 31 Rn. 37; *Eckart Klein*, *Verfassungsprozessrecht, AöR* 108 (1983), S. 410 ff., 561 ff. (438), もともと、法律効にも時的限界はある」と論者は指摘している(*Maunz, aAO: E. Klein, aAO*)。連邦憲法裁

(BVerfGE 33, 199 [204]) によれば、連邦憲法裁の既存の裁判における理由中の判断枠組を前提としたうえで、これに従えばその後の事情変動からして法律の憲法適合性の再審査が相当といえるときは、法規審査を求める争点提起を適法とする。なお、連邦憲法裁による合憲判断の拘束力・法律効と基本法解釈をめぐる先例離反に係る州憲法裁からの争点提起 (b) (参照) との関係については、vgl. *Mannz*, aO., § 85 Rn. 3-5; *dens.*, in: *Mannz/Durig u. a., Grundgesetz, Loseblattausgabe* seit 1958 (7. Aufl. seit 1991), München: C. H. Beck, Stand: September 1991, Art. 100 Rn. 52; *Remmert* (N 65), S. 555 (§ 31 Rn. 82).

(67) *Schlach* (N 3), S. 197 (Rn. 337); *Pestalozza* (N 3), S. 201 (§ 12 Rn. 201); *Stern* (N 40), Rn. 763 jeweils m. w. N. 6-7 も、憲法抗告手続においても、合憲限定解釈の形で合憲宣言を裁判本文に掲げる例は以前から散見されたところであり (vgl. *Schlach*, aO., S. 197 Anm. 8; *Stern*, aO.)、*kurz* に最近では、法令を争う憲法抗告の棄却に際して裁判本文で積極的に合憲宣言の行われる傾向が強まっている (vgl. *Pestalozza*, aO., S. 285 mit FN 56 [§ 20 Rn. 27])。

(68) *Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1952* (BGBl. I, 243), 連邦憲法裁判所法の邦訳としては、参照、永田秀樹「連邦憲法裁判所法および連邦憲法裁判所規則(1)」大分大学経済論集四〇巻一号(一九八八年)七八頁以下。本稿でもこれを大いに参考としたが、必ずしもその訳語には従わなかった箇所もある。なお、連邦憲法裁判法の規定の変遷は *Pestalozza* (N 3), S. 10-37 (§ 2 Rn. 7-12) に掲げられている (ちなみに、「削除」のままとなっている第三篇第一六章 [九七条の一箇条のみから成る] は一九五六年に廃止された勧告的意見制度 [「法制鑑定所見 (Rechtstrachten)」制度] を定めた規定であった)。

(69) Vgl. *Schlach* (N 3), S. 118 (Rn. 189 f.); *Pestalozza* (N 3), S. 159 f. (§ 13 Rn. 1); *Gusy* (N 56), S. 1 f. (Rn. 3), この点に關連して、永田・前出注 (37) 四頁は、(法令の) 違憲審査権の担い手を通常の裁判所とすべきか特別な憲法裁判所とすべきか、という点が基本法制定時における論争の焦点の一つであったことを指摘したうえで、「憲法訴訟が基本法上除外されたのは、制定会議の審議の上では表面化していないが、客観的にはこの抗争との絡みにおいて理解することができる」との分析を示している。なお、基本法制定過程における議論の詳細については、参照、恒川隆生「憲法裁判における基本権保障理論の考察(一)」名古屋大学法政論集九六号(一九八三年)三七一頁以下(三九二頁以下)。

(70) 連邦憲法裁判法の制定に際しても、憲法抗告制度の導入は論争の的となった。その導入は訴訟マニアを刺激し争訟を無用

に長引かせるもので、法治主義の行きすぎに陥る、という批判が提起されたし、とりわけ連邦参議院では、行政裁判制度の整備・基本法一九条四項による保障の存在を理由として、行政・裁判所による基本権侵害に対する憲法抗告は不要だ、との意見が多数を占め、立法による基本権侵害を争うための「基本権訴訟 (Grundrechtsklage)」——それは州レヴェルでこれに相当する救済手続の余地がもはや存しない場合に限って連邦憲法裁判に提起しうるものとして構想されていた——が対案として打ち出された。これに対し連邦政府は、裁判所による基本権侵害の場合も含めて基本権保護は無条件に与えられるべきこと、バイエルンにおける (民衆訴訟型の) 憲法抗告の経験にてらせば連邦憲法裁判の過重負担の懸念はないこと、を主張し、連邦議会でも「連邦憲法裁判は憲法の番人であり、基本権保護がその管轄権の範囲に含められないのではその最も重要な役割の一つを逸することになる」として、公権力による基本権侵害一般を争うための手続 (しかも州憲法裁判による救済手続に対する関係で補充的な救済に止まらない手続) としての憲法抗告制度の採用が支持され、これに続く連邦参議院の第二段階の審議で調整委員会招集の提案が否決された結果、連邦憲法裁判法九〇条の規定が確定したのであった (Vgl. Schmidt-Bleibhen [N 55], § 90 Rn. 8; *Zuck* [N 57], S. 41—44 [Rz. 121—128], jeweils m. w. N.)。なお、連邦憲法裁判法の制定過程における憲法抗告制論議の詳細については、参照 恒川・前出 (69) 四〇九頁以下。

(71) 連邦憲法裁判法第三篇第一章にいう「憲法抗告」とは自治体憲法抗告をも含んでおり、九一条はその要件に関する規定である。

(72) 基本法九三条二項を授權根拠として連邦憲法裁判法に定められた (本案) 手続としては、このほかにも法制鑑定所見があった。なお、現行の例としては基本法二九条六項 (連邦領域の再編成) に基づく住民投票に係る審査手続等があるが、憲法抗告が基本法に根拠を有するものとなったため、今日では同項を授權根拠として法定されている裁判手続形式の多くはあまり重要性をもたない、といわれると同時に、この授權がこれまであまり積極的に活用されてきたとはいえない、とも評されている。Vgl. dazu E. Klein (N 3), S. 13 mit FN 35 (Rn. 31); Stern (N 40), Rn. 837 ff.

(73) *Richard Thoma*, *Rechtsgutachten betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, JoR 6 (1957), S. 161 ff. (184 f.).

(74) *Pastalozza* (N 3), S. 161 mit FN 9 (§ 12 Rn. 3) unter Bezug auf Regierungsbegründung des Dritten Änderungsgesetzes, BT-Drs IV/1224, S. 4.

(75) Das 17. Änderungsgesetz zum Grundgesetz vom 24. Juni 1968 (BGBl. I, 709).

(76) Das 19. Änderungsgesetz zum Grundgesetz vom 29. Januar 1969 (BGBl. I, 97). 以上に述べた基本法改正の経緯については、*xs*あたり vgl. *Zueh* (N 57), S. 1 f. (Rz. 4 f.) m. w. N. 自治体憲法抗告もそれまでは基本法に直接の根拠を有せず、連邦憲法裁判法で定められた法律レヴェルの制度であったが、この基本法改正に際して同様に憲法上の制度（基本法九三条一項四b号）となった。なお、連邦憲法裁判法一三条は、「連邦憲法裁判所は、基本法で規定された以下の場合に裁判する。」として、連邦憲法裁判の管轄する裁判手続形式を列挙しているが（一一一五号）、制定当初の同条に憲法抗告が掲げられていなかったことはいまでもなく、憲法抗告制度の基本法編入に伴い一九七〇年の連邦憲法裁判法改正（*Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht* vom 21. 12. 1970 [BGBl. I, 1765]) に際して、「同条八a号として」憲法抗告（基本法九三条一項四a号および四b号）が挿入された。

(77) *Pastalozza* (N 3), S. 162 (§ 13 Rz. 4).

(78) *Gusy* (N 56), S. 2 f. (Rn. 5).

(79) なお、基本法改正による憲法抗告制度の廃止が基本法七九条三項所定の憲法改正の限界に触れないか、という問題については、*xs*あたり vgl. *Zueh* (N 57), S. 2 ff. (Rz. 7) m. w. N.

(80) 立法権に *xs* *BVerfGE* 24, 33 (49); 31, 364 (367 f.). その論拠は、立法に対する権利保護がドイツの憲法伝統とは疎遠なものであること¹⁾に求められている (*BVerfGE* 24, 33 [9 f.])。また、司法権については、*BVerfGE* 15, 275 (280) が、一九条四項によって保障されているのは「裁判官による保護であって、裁判官に対する保護ではない」と説いている。

この点、公平な第三者としての裁判官が職権・身分の独立を保障されて行う権限行使は一九条四項にいう「公権力」の行使に当たらない²⁾との解釈は学説上も一般的な見解とみて差し支えないであろう。Vgl. *Wolf-Rüdiger Schenke*, *Kommentierung zu Art. 19 IV GG* (Zweitbearbeitung), in: *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburg: Joachim Heilmann, Loseblattausgabe seit 1950, Stand: Dezember 1982, Sonderabgedruckt als: *dens.*, Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, Hamburg: Joachim Heilmann 1982, S. 148 f. (Rn. 275); *Eberhart Schmid-Albmann*, in: *Mauz/Durig u. a.*, Grundgesetz, aO (N 66), Art. 19 IV Rn. 96 ff.; *Hans-Jürgen Papier*, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. VI, Heidelberg: C. F. Müller 1989, S. 1233 ff. (1250 [Rn. 37 f.]) jeweils m. w. N. しかしながら、立法権が一九条四項の「公権力」に含まれるか、という点に関して否定説を採

判例の立場が学説においても一般的支持を得ているといえるか、とすると疑わしい。この論点をめぐる学説の動向については、(i)否定説を通説と目している論者もあるものの、(ii)以前から争いのある点ではあるが肯定説が圧倒的に多数を数えるようになってきている、という学説状況の整理も見出され、さらには(iii)肯定説をもって通説と位置づけている論者も存するからである。(i)の例として、Schlach (N 3), S. 119 (Rn. 194)、(ii)の例として、Schmidt-Albmann, aAO, Art. 19 IV Rn. 93、(iii)の例として、Schenke, aAO, S. 136 f. (Rn. 249); Rudolf Wassermann, in: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1 (Reihe Alternativkommentare), 2. Aufl. Neuwied: Luchterhand 1989, S. 1290 (Art. 19 IV Rz. 37 f.)、および、肯定説の論者においても、法律自体を直接争うことを認めるとともに法律が違憲のときは判決のこれを対世的に無効とするという、主要問題型法規審査 (prinzipale Normenkontrolle) までもが直ちに一九条四項によって保障されるというのではなく、通常の場合は前提問題型審査 (Inzidentkontrolle) をもって同項自体の要請は充たされる、とされている。Vgl. Schenke, aAO, S. 136 f. (Rn. 249); Wassermann, aAO, S. 1290 (Art. 19 IV Rz. 38); Schmidt-Albmann, aAO, Art. 19 IV Rn. 94 f.

(18) BVerfGE 31, 364 (368). (28) BVerfGE 1, 332 (334).

(38) Gasy (N 56), S. 3 (Rn. 7); Schmidt-Albmann (N 80), Art. 19 IV Rn. 175 FN 10. 連邦憲法裁の編集による『判例総覧』も、この説示をもつて、「憲法抗告は〇〇【基本法】一九条四項にいう司法救済経路ではない」との趣旨を明らかにしたものと位置づけられている。Vgl. Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, hg. vom Bundesverfassungsgericht, Heidelberg: R. v. Decker's & C. F. Müller, Loseblatts Ausgabe, Stand: Juli 1991, Art. 19 IV GG, Nr. 24.

しかしながら第一に、判例の趣旨をこのように解するについては異論もないではない。たとえば、本件で争われたのは執行機関の個別措置であるが、個別措置の違法性は基本権規定以外の法規範に対する違反からも帰結しうる反面、憲法抗告による救済には「基本権の保護」という守備範囲の限定があるところから、憲法抗告を通じた連邦憲法裁への申立ての機会があるからといって、これが一九条四項二段に基づく通常裁判権による救済経路を排するような司法救済経路にはなり得ない、とする趣旨にすぎない、との判例理解を示す論者も存するのである (Schenke [N 80], S. 43-45 [Rn. 44 f.])。また第二に、判例をどのように理解するかは別として、憲法裁判所への申立ての機会も、個人権保護の役割を帰されているものであるかぎりにおいて一九条四項にいう「司法救済経路」と解すべきだ、と主張している有力な学説も見受けられ

説

2-21) 及び 29° Vgl. z. B. *Schemke*, aaO, S. 42-45 (Rn. 42-46); *Schmidt-Abmann*, aaO, Art. 19 IV Rn. 175 jeweils m. w. N.

論

* 本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（一九九四年六月三〇日学位授与）に基づくものである。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XLV No. 4 (1994)
SUMMARY OF CONTENTS

Struktur von den Zulässigkeitsvoraussetzungen im Verfassungsbeschwerdeverfahren — Ein Rechtsinstitut in der BRD und seine Entwicklung —

Toshikazu TERASHIMA*

Einleitung

1. *Kapitel.* Überblick über das Recht der Verfassungsbeschwerde
 1. Systematischer Standort und Rechtsgrundlagen
 - (1) Standort der Verfassungsbeschwerde im verfassungsgerichtlichen System
 - (2) Rechtsgrundlagen (in diesem Heft)
 2. Aspekte der Zulässigkeitsvoraussetzungen
 3. Annahmeverfahren
 4. Prüfungsumfang und Entscheidungsarten
 2. *Kapitel.* Zulässigkeitsvoraussetzungen der Rechrsatzverfassungsbeschwerde
 - I. Das Erfordernis von „Betroffenheit“
 - II. „Unmittelbarkeit“ und „Subsidiarität“ in der Rechtsprechung
 - III. „Unmittelbarkeit“ und „Subsidiarität“ in der Literatur
 3. *Kapitel.* Voraussetzungen für den Fortbestand des „Rechtsschutzinteresses“
 - I. Kriterien für den Fortbestand des „Rechtsschutzinteresses“ in der Rechtsprechung
 - II. Dogmatische Begründungsversuche für den Gesichtspunkt von „Klä-
rungsbedüftigkeit verfassungsrechtlicher Frage“
- Zusammenfassung (in Fortsetzung)
-

*Dozent für das Recht an der Hokkaido Pädagogischen Universität Sapporo.