

「司法権の観念」論（続）

——司法の機能の原点に立返って——

宇都宮 純

一

目次

- 一 はじめに——問題の所在と本論文の課題
- 二 序論——基本権解釈と基本権理論について
 - 一 基本権解釈の展開——基本権の変遷か、あるいは基本権の危機か——
 - 二 基本権の諸次元と基本権解釈方法論——基本権の解釈と具体化、法的演繹か、あるいは政治的決定か——
- 三 実体的基本権と手続的基本権——憲法と民事訴訟
 - 一 序説——理論史的概観
 - 二 実体的基本権と手続的基本権——実効的権利保護と権利保護請求権
 - (一) 訴訟の憲法化——憲法と民事訴訟
 - (二) 民事訴訟上の手続原則と憲法——R・シュトルナーの所説に即して——
 - (三) 基本権保障と手続法——権利保護における手続原則の意義
 - 四 基本権保障と公正な手続の要請
 - (五) 基本権保障の拡大と手続法——憲法裁判権の守備範囲——
- 四 結びに代えて

一 はじめに—問題の所在と本論文の課題

本論文は前稿（『司法権の観念』論—司法の機能の原点に立返って—）法学第五十七巻第六号（一頁以下）に引き続き、人権の実効的実現と司法権の変容という観点から、現代ドイツ憲法学および訴訟法学の議論を素材とし、当該問題をめぐる日本の憲法学および民事訴訟法学の議論をも視野に入れて、実体的基本権と手続的基本権との総合的把握の必要性を憲法的救済理論の観点から検証し、続いて憲法学上の司法過程論の構築の可能性を探り、それを展望することを課題として設定している。

以下本稿では先ず実体的基本権と手続的基本権の関係をめぐる議論に立入る前に、ドイツにおける基本権解釈と基本権理論をめぐる動向を概観しておくことが立論の上で便宜と考えられる。そこで、ここではドイツの連邦憲法裁判所の基本権解釈に批判的な二人の憲法学者、すなわちF・オッセンビュールとE・W・ベッケンフェルデの議論を参照しながら考察を進めていくこととする。そして以上の検討を前提として、権利の司法的救済という視座に立つて実体的基本権と手続的基本権の総合的把握の意義、重要性、必要性につき考察、検討を行っていききたい。

そして、そのような総合的把握の意義の考察を経て、一方において裁判を受ける権利あるいは司法付与請求権の意義の再構成につき検討する必要があるであろうし、他方において基本権保障と国際人権条約との関係において基本権（人権）の国際的保障の動向とその可能性を探る必要もあろう。そしてこうした考察をふまえて最終的には人権保障における司法の役割を再確認し、さらに現代的な課題、要請に対応した司法権観念の構築の可能性を検討したい。そのことと同時に憲法学的司法過程論の枠組の構築の可能性も模索することが要請されているのではないか

というのが本論文のモチーフである。なお、本稿では紙数の関係上、実体的基本権と手続的基本権の総合的把握の意義についての検討までを収める。

二 序論—基本権解釈と基本権理論について

一 基本権解釈の展開—基本権の変遷か、あるいは基本権の危機か—

（西）ドイツにあつては、一九五八年のいわゆるリュート判決が基本権規定の一側面として客観的価値秩序の存することを示唆して以来、一九七〇年代に至り、一連の連邦憲法裁判所の判決が基本権のいわゆる客観法的内容に言及してきたことは、日本にも紹介され、学説の注目を集めてきた。この一連の判決の中で連邦憲法裁判所は、基本権の理念が通用力を身につけるべく、可能な限り高い程度の実効性をそれに付与しようと努めてきたと評されている。そしてこのような判例の状況を「基本権の変遷(Wandel der Grundrechte)」として理解する学説も存し、この「基本権の変遷」について語ることが流行になつていとも言われる。しかし、このような状況を「基本権の変遷」ではなくて「基本権の次元の蓄積(dimensionale Anreicherung)」として把握するオッセンビュールに依れば、「基本権の変遷」という慣用語ないし標語は危険であるとともに不正確である。⁽¹⁾ 先ず第一に、この標語は、国家の侵害に対する防禦権から参加権へという基本権の多層的且つ多重因果的な展開を概念的に把握しようとするものであるが、一連の憲法裁判所判決自体は、今日でも基本権が相変わらず第一義的に国家に対する市民の防禦権であることを強調してきた。それゆえ、憲法裁判所の意図するところは、基本権の防禦的性格を除去することではなくて、参加という局面のような追加の次元(ディメンジョン)によって基本権を補完することであり、決してそのような次

元と取り替えることではない。この点で先の標語は不正確である。つまり、基本権は憲法裁判所によって全く新しい解釈を施されているのではなくて、その適用領域及び妥当領域を拡大されているのである。したがってそこに在るのは変遷ではなくて、「基本権の次元の蓄積」である。

第二に、この「基本権の次元の蓄積」を強調することは、新たに発見された豊富な基本権の次元を前にして、基本権の防禦機能が忘れ去られる危険性があるが故に必要である。「基本権の変遷」のような不正確で紛らわしい概念を立てた場合、それ自身の影響力により、基本権のイデオロギー化が不必要に助長されるが故に、この標語について語ることは危険でもある。かくしてオッセンビュールは、連邦憲法裁判所の一連の重要な判決によって基本権規定の客観法的内容ないし保障が解釈によって導出されてきた状況の中、このような基本権現実の現在状況を基本権理解の危機として捉える視点を呈示しているのである。ここにいう危機とは基本権規定の展開の転換期ないし転換点を意味する状況として理解されるが、その状況がどのように進行していくのか、その方向は解答されないままである。すなわち、状況次第によつては基本権を豊かにする方向へ至ることもあれば、それを解体する方向へ至る可能性もあるのである。この点については、現代ドイツにおいて基本権の客観法次元の中心的概念としての国家の基本権保護義務をめぐる活発な議論の存することは周知のところである。⁽²⁾

二 基本権の諸次元と基本権解釈方法論——基本権の解釈と具体化、法的演繹か、あるいは政治的決定か——

(一) ドイツの連邦憲法裁判所が、基本権規定の客観法的保障への転換という道筋を切り拓いていったのを契機として、同裁判所の諸判決においても、またそれをめぐる文献においても基本権規定の幾つかの次元（ディメンジョン）が明らかかなものとして認識されるに至っている。先のオッセンビュールに依れば、それは以下の五つの意味内

容を有する次元にまとめることができる。⁽³⁾すなわち、(i)防禦權 (Abwehrrechte)、(ii)価値決定的原則規範 (wertentscheidende Grundsatznormen)、(iii)制度的保障 (institutionelle Gewährleistungen)、(iv)参加權 (Teilhaberrechte)、(v)請求權的基礎 (Anspruchsgrundlagen)の五つの次元である。さらにこれら五つの次元は、それ自体の中で再び分化し、流動的に推移していくものであり、また相互の關係をも示すものである。そしてこれら区分された基本権の次元は連邦憲法裁判所の判決の中にも取り入れられることとなった。

前述のように連邦憲法裁判所は一九六〇年代以降基本権を国家に対する市民（国民）の（主観的）防禦權であるのみならず、同時に法秩序の全領域に妥当し、立法、行政、裁判の指針となる客観法的価値決定を内容とするものであると捉える解釈手法を採用し、このような解釈の帰結として基本権の全法秩序への照射効や国家の保護義務が導出されている。しかもこのような解釈手法は、同裁判所自身が確立した判例となっておりと位置づけ、この傾向は今日に至るまで基本的に継承されていると言える。以上のような基本権の解釈をめぐる連邦憲法裁判所の判例理論はドイツの学説によって基本的に支持、承認されているとされるが、その受けとめ方や評価の論調には自ずと相違が見られるし、E・W・ベッケンフェルデのように基本権規定の中に客観法的内容を盛り込むことの問題性を指摘する見解も存する。

これらの諸見解のうち、基本権解釈における実際の基本権の実現の限界の存在を指摘するオッセンビュールの観るところ、相変わらず基本権を国家に対する防禦權として解釈することが連邦憲法裁判所判例の重要な出発点である。⁽⁴⁾そして、この出発点としての解釈に、先のいわゆる客観法的並びに制度的解釈が付け加わって、基本権の実効性を強化するという公然と掲げられた意図に仕えるのである。それゆえ、同じ基本権規定から防禦權も、そして価値決定的原則規範も引き出されるのであるが、オッセンビュールの分析に依れば、連邦憲法裁判所の抱いている

基本権構想における参加及び給付の観念は、その発端としてわずかに際立っているにすぎないのであり、ここで基本権解釈は、その実際の実現の限界と境を接しているのである。ここにおいては連邦憲法裁判所の基本権解釈の方法の是非、ひいては司法ないし司法権の守備範囲、とりわけ連邦憲法裁判所の権限の範囲如何が問われているのである。

(二) 先の基本権の客観的内容という概念の有用性については、これを消極的に評価する見解も存するが、その危惧するところはこの概念自体のもつ危険性にあつたり、あるいは先のベッケンフェルデのように基本権の客観法的次元という考え方の問題性にとどまらず、さらにこれを客観的内容の判断、確定の権限の帰属先如何の問題として捉え、裁判による法創造の是非の問題（ここでは連邦憲法裁判所による基本権の客観的内容の判断、確定の是非）へと問題の視座が展開されている。⁽⁶⁾ ここにも法治国家原理を基礎とする司法国家的救済理論と民主政原理を基礎とする議会制的民主的國家構造擁護論との対立図式が登場しているわけである。

ところでベッケンフェルデは、基本権が個々の基本権の担い手の主観的な自由権であるとともに客観的な原則規範あるいは価値決定であるということは基本権知識の根本に属することであると認識を示しながらも、このような基本権の二重形態（構造）の中に基本権ドグマティクの中心的な、且つ未だ解決されていない問題の存在を指摘する。そして具体的な問題としては、国家と市民との関係を越えた今日の基本権効力の範囲と強さ、ベッターマンのいう「基本権の肥大」(Hypertrophie der Grundrechte)、基本権領域における副立法者(Nebengesetzgeber)あるいは最終検査官(Superkontrollleur)としての憲法裁判所の是非等が挙げられている。⁽⁷⁾ これら一連の問題は先の民主政原理と法治国家原理との相互対立関係の中で解答が模索されることになるが、ベッケンフェルデの問題関心にとって重要なのは連邦憲法裁判所の権限の射程範囲如何ということである。それゆえ、正当な、あるいは許容され

る憲法解釈の方法如何の問題は同時に憲法裁判権の正当な、あるいは有意義な権限の範圍如何の問題の別の面であると捉えられているのである。⁽⁹⁾

この憲法解釈の方法につきベッケンフェルデ自身はこれを以下の四つの方法に分類していた。⁽¹⁰⁾ すなわち(i)古典的・ヘルメノイティッシュな方法(Die klassisch-hermeneutische Methode) (ii)トポス並びに問題志向的な方法(Die topisch-problemorientierte Methode) (iii)現実科学的志向の憲法解釈(Die wirklichkeitswissenschaftlich orientierte Verfassungsinterpretation) (iv)ヘルメノイティッシュに具体化する憲法解釈(hermeneutisch-konkreisierende Verfassungsinterpretation)の四つの解釈方法である。このうち(i)の古典的方法是憲法と法律とを同置することを前提として、憲法規定を法律と同じ方法に従って解釈するもの、(ii)の問題志向的方法是憲法解釈の真正の方法としてトポスと問題思考の定立を内容とするもの、(iii)の現実科学的憲法解釈は、その発端をスメントの統合理論に有し、憲法解釈の基礎と基準を形成すべきものは憲法の意味と現実であつて、その文言やドグマティッシュな抽象的概念ではないとするもの、(iv)の具体化解釈にあつては憲法解釈が法創造的な充填の性格を獲得することになるものとして把握されている。そして、それぞれの憲法解釈の方法につき、その問題性が検討、指摘されているが、とりわけ現実科学的憲法解釈については、その解釈結果の不確定性及び不透明性、並びに解釈の基準点の転換していく点に問題性を見出していることが目につく。が、本稿の問題関心にとって注目すべきは、K・ヘッセを以て代表的論者とされている具体化としての憲法解釈、すなわち(iv)の憲法解釈の方法である。

(三) これに対して憲法解釈としての基本権解釈の方法につきオッセンビュールは、単純法律の解釈と基本権解釈との本質的相違を指摘し、基本権の解釈か、あるいは具体化か、そして法的演繹か、あるいは政治的決定か、という問いを発している。⁽¹¹⁾

先ず第一にオッセンビュールの観るところ、基本権解釈の問題性は次の点に存する。すなわち、一般的な仮決定による確固とした規範的な拘束と定めが單純法律には原則として与えられているのに対して、純然たる方向指示(Richtungsangaben)についての基本権規定にあつてはそれが消えてなくなってしまうという点に存する。したがつて單純法律の解釈のための方法的発端を基本権解釈に簡単に転用することができない。つまり通常、法適用者は上位概念への包摂という法適用モデルに従つて、具体的に發生する個別事例に一般的に定式化され、原理的には規律内容を最終的に決定する規範を適用するが、そのような法適用モデルは基本権解釈には利用できないのである。このような具体的な個別事例の一般的及び最終的な仮決定としての規範は憲法にとつて無縁のものであるからである。ここでは憲法規定とりわけ基本権規定の本質をどのように捉えるかという問いが提起されている。

これに関連して「基本権の具体化について」と題する論文において解釈の任務を基本権の具体化として叙述したハンス・フーバー(Hans Huber)に注目し、そこに鋭敏で感情移入の感覚を感じ取つたオッセンビュールは、フーバーによつて示された定式を基本権解釈方法として基本的に支持している。⁽¹²⁾そして、この基本権の具体化という定式を通常の法学的解釈からの隔絶として受けとめ、基本権そのものを規範領域及び保護領域に一寸触れるための見出し語を提供するものにすぎないものと把握する。通常の法学的解釈は基本権解釈にあつては、基本権の技術性の少なき故に不適切で機能を發揮しないのである。このことからオッセンビュールにとつて具体化とは、結局一九世紀法律学の包摂的理想型への断固とした拒絶ということになり、基本権規定は論理の方法で事実に適用されるべき上位命題を何ら提供していないのである。ここで具体化という手法には基本権規定という全くの規範プログラムの充足、実現による法の継続形成の機能が期待されている。ただ、この具体化は訓練された法学的思考の道筋を離れ、政治的な熟慮の中へと移行することを勧奨するものではないという点に留意する必要がある。

そこで第二に従来の習熟した法律解釈に対する基本権解釈の隔たりという指摘は、政治的決定という觀念、さらに法学的演繹の限界を議論の俎上に載せることになる。ここで法学的演繹から政治的決定への移行は流動的である。オッセンビュールに依れば一方における政治的決定の条件と方法と他方における裁判官の演繹、より適切には法的演繹とを比較対照することが重要であつて、それは方法論的問題あるいは形式上の事柄に限定されるものではない。そのような比較対照の中で例えば多数決原理が取り上げられる。しばしば法的問題は多数決によつては解答されないと言われるが、この命題は条件付きでのみ妥当するのであつて、多数決原理は法的決定を政治的決定から分離する判定基準たりえない。このことは連邦憲法裁判所における不運な特別投票(Sondervotum)すなわち少数意見制並びに公表された決定の票の關係の通知の導入以来、明白なこととなつてゐる。こうして双方の決定の比較が方法論、決定過程にとどまらず、決定が生成されていく全環境をも取り入れて行われ、その結果、法的な決定と政治的な決定との間の質的な相違がより明確に表現され、納得のいくものにされることによつて、連邦憲法裁判所自身にとつての恒常的且つ潜在的な危険に対する確実なバリケードが築かれうるであらう、というのがオッセンビュールの主張である。

以上のような比較対照の考察を受けて、オッセンビュールは基本権は先ず第一に少数者を保護し、連邦憲法裁判所は基本権を適用することで以て少数者の保護を實行する、という基本認識に至る。彼の理解では、基本権解釈と基本権適用とは議會の決定過程の純然たる事後執行とは違ふもの、つまり議會の多数派によつて受け容れられた解決策という意味での複合的な社会問題の決定とは違ふものであつて、ここにも政治的決定と法的決定との本質的な相違が存する。立法者は多数派に従つて決定し、それゆえ法律は多数派の意思であると捉えられるところ、法律の差し止めの裁判所の決定に関して支配層から苦情や批判が提起されるのは自然で期待されるべき警鐘であり、そ

れは憲法裁判権が健全であるならば常にそれに付随してくるものである。このような苦情や批判は憲法裁判の危機のシグナルではなくて、その絶え間ない伴奏音楽として積極的に評価され、受け止められているのである。

ところで先のベッケンフェルデは、憲法解釈の方法としての古典的、ヘルメノイティッシュな方法をして憲法と法律とを同置するものと理解していたが、同じく古典的とはいいいながら、規範解釈の古典的方法のもとにオッセンビュールが理解するのは、文法にかなった解釈、生成史的考察、発展史的解釈、目的論的解釈そして法体系的考察である。⁽¹³⁾これらはいずれも基本権解釈にあつても無通常に繰り返されているのであるが、オッセンビュールの観るところ連邦憲法裁判所の基本権解釈の重点は体系的・目的論的考察方法にある。また、この基本権解釈の精神的過程については一般的にほとんど述べられていず、その意味内容を推論するためにいかなる解釈図式あるいは特定の解釈原理も基本権規範には持ち出されてはいない。結局、オッセンビュールにとつて、連邦憲法裁判所が歩んでいる道筋は全く基本権個別的に(Grundrechtsindividuell)定められているということが確認されるにすぎない。ただ、常に連邦憲法裁判所の基本権判決の中で繰り返される二、三の論証形態(Argumentationsfiguren)が注目され、検討の対象に取り上げられている。オッセンビュールが特別に言及しているのは、基本権カタログの価値秩序(価値体系)としての理解、比較衡量、相互作用理論の三つであり、個別的な基本権をめぐる連邦憲法裁判所の判決の中で三つの論証形態は互いに密接に関連し合うものとして把握される。が、これら三つの論証の手法に対するオッセンビュールの評価は消極的なものであり、基本権とその基本権を制限する一般法律との間の相互関係の中にあつて、一般法律による憲法の切り崩しの危惧が表明されている。⁽¹⁴⁾

四) さて、オッセンビュールの基本的認識においては、現代ドイツにおける社会問題は困窮の除去ではなくて、裕福の分配という点にあり、この問題は原則として基本権の解釈を通じて解答されうるものではなく、その解決は

（社会国家的）立法者の問題である⁽¹⁵⁾。そうすると前述のように、自身を基本権の番人に任じ、可能な限り高い基本権の実効性の確保という目標を自身に課した連邦憲法裁判所にとって、基本権解釈の今日の問題はリベラルに構想された基本権を現代の分配闘争の広範な前線に取り入れることが許されるのか、あるいはそうしなければならぬのかということである。オッセンビュールにとって、あくまでリベラルな基本権理解は国家に対する防禦権として基本権を性格づけるとともに、時間を超越した永遠に効力のある言明内容を含んでいるのであり、それは、支配が存する限り、常に専横の防禦を必要とするという命題である。基本権のもつ自由を守るという構成要素は我々にとって政治的にも法ドグマーツィッシュにも馴染みのあるものであり、それゆえこの要素は防禦には役立つが分配には役立たないのである。したがって先の問題提起は、基本権を分配（者）国家に対する保護機能の中に投入するということではなく、基本権を分配基準として、あるいはさらに前出の請求権の基礎として実現することを意図しているものであるということになる。

前述のように分配問題の最終的決定者を立法者としていることからすると、オッセンビュールはベッケンフェルデと同じ思考過程を経て、基本的に同様の結論に帰着することになるようである。彼はベッケンフェルデと同様に、連邦憲法裁判所の判例理論とは一線を画し、それを批判的に受け止めた上で、市民的法治国家の要請を民主制の国家構造の中で、防禦権としての基本権理解を基盤として基本権解釈を通じてどのように効果的に実現していくべきかという問題を自らの課題として設定して、基本権解釈の問題に取り組んでいるものと思われる。

そこで次節において、一方において多数説とは言えないが有力なベッケンフェルデやオッセンビュールの見解を視野に入れながら、他方において連邦憲法裁判所の基本権判例理論の是非の検討を通じて実体的基本権と手続的基本権をめぐる議論を素材として司法（権）の役割を再検討する作業に移行することにする。また、その際にはオッ

センビュールのいう分配国家の概念、P・ヘーベルレのいう給付国家における基本権の構想並びに憲法的救済の要請の見地にも留意して考察を進めていきたい。

- (1) 以下の叙述はF・オッセンビュールの次の論文に依拠している。Fritz Ossenbühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: ders. Freiheit Verantwortung Kompetenz, Ausgewählte Abhandlungen, (1994), S. 179 ff.
- (2) 栗城壽夫「最近のドイツの基本権論について——基本権の客観法的内容をめぐる議論に即して——」憲法理論研究会編・人権理論の新展開(一九九四)九三頁以下、小山剛「基本権の客観的側面をめぐる諸問題」比較法研究五三号一五二頁以下、同「国の『基本権保護義務』」憲法理論研究会編・人権保障と現代国家(一九九五)五一頁以下参照。
- (3) Ossenbühl, a. a. O. S. 181.
- (4) Ossenbühl, a. a. O. S. 193.
- (5) 栗城・前掲論文九七頁。
- (6) E.-W. Bockenförde, Grundrechte als Grundsatznormen-Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: ders. Staat, Verfassung, Demokratie (1991), S. 159 ff. また「裁判による法創造については前稿」宇都宮「司法権の観念」論—司法の機能の原点に立返って—」法学第五十七巻第六号(一九九四)一七頁以下で検討を加えている。
- (7) Bockenförde, a. a. O. S. 159-160.
- (8) 栗城教授は「ベッケンフェルプは『憲法裁判所によって具体化されるべきものとしての基本権の客観法的内容という考え方を、民主政原理を根拠にして否定している』と見る。栗城・前掲論文一〇三頁。
- (9) E.-W. Bockenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation-Bestandaufnahme und Kritik, in: ders. a. a. O. S.

53-54.

- (10) 以下の叙述は、Bockenförde, a. a. O. S. 56 ff. に依拠している。なお、渡辺康行『憲法』と『憲法理論』の対話 (一)・(二)——戦後西ドイツにおける憲法解釈方法論史研究——」国家学会雑誌第百三巻第一・二号（一九九〇）一頁以下、第百五巻第一・二号九〇頁以下参照。

- (11) Ossenbühl, a. a. O. S. 194 ff. なお、同様の問題関心に基づく研究書として、Michael J. Perry, *The Constitution in the Courts, Law or Politics?*, Oxford U. P. (1994) にも注目しておく。

- (12) ハンス・フーバーはスイス連邦憲法の基本権規定を例に挙げて次のように指摘している。すなわち、憲法の基本権規範は根本においては解釈されるのではなくて具体化されるのである。基本権規範の適用は特別に法創造的な任務であり、例えば出版の自由（スイス連邦憲法第五五条）についての規範は憲法裁判官の創造的な行為を通じてはじめてその輪郭を獲得し、その完全な意味を獲得するのである。連邦裁判所は内容が豊富な運用の中で憲法規律を具体化し、はじめてそれに自由権の射程を認識させた。Hans Huber, *Über die Konkretisierung der Grundrechte*, in: *Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden*, (1971), S. 191 ff.

- (13) Ossenbühl, a. a. O. S. 196.

- (14) Ossenbühl, a. a. O. S. 198-199.

- (15) Ossenbühl, a. a. O. S. 200.

三 実体的基本権と手続的基本権——憲法と民事訴訟

一 序説——理論史的概観

一九七七年ベルギーのгент（ガン）で開催された第一回民事訴訟法国際会議において、その総括テーマとして「司法の人間化」（*Vermenschlichung der Justiz*）が掲げられ、報告者の一人 W・J・ハープシャイドは「民事訴訟法の基本原理」と題する報告の中で、手続法が特別にその時の社会体制（ハープシャイドは自由主義的法体系と社会主義的法体系との区別を念頭に置いている）の倫理的小よび政治的基礎に依存する法領域の一つであるという認識から出発し、二つの基本問題グループとして一つは実体的権利、民事訴訟法そして憲法秩序、今一つは正義と公平の原理に合致する判決のための保障としての手続的正義の原理を挙げていた。ここでは司法を人間にふさわしいものにするため、あるいは「人間の顔をもった裁判を目指して」さまざまな考察、検討が行われたのである。⁽¹⁾

続いて日本でも広く紹介されているように一九八三年西ドイツのヴュルツブルクで開催された第七回民事訴訟法国際会議での総括テーマは「効果的な権利保護と憲法（適合）的秩序」（*Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*）であり、その総会テーマの一つが「憲法と民事訴訟」であった。そこで主として強調されたことは、「適用された憲法」という立言に象徴されるように、裁判所構成法あるいは手続法の諸規定が憲法に端を発しているということであった。⁽²⁾ 憲法上の明文規定、法治国家原則、そして平等原則のような一般条項から、さまざまな手続的基本権が推論され基礎づけられるというのである。この点日本国憲法は裁判官の独立、法律による拘束、裁判へのアクセス（司法付与請求権）に関する規定を置いているが、こと民事訴訟に関しては、第八二条に公

開の原則につき明文規定を置くだけで、他の手続原則を定める明瞭な規定をもたない。しかし同憲法第三二条の「裁判を受ける権利」という普遍的事実的権利に「公正な手続を求める権利」が含まれると解釈することが許されとすれば、⁽³⁾このことを出発点として効果的な権利保護の実現という観点のもとに、真の基本権保障を目指して憲法解釈を通じて実体的基本権と手続的基本権との関係の把握の再構成が要請されるのではない。また、刑事訴訟に関する憲法上の原則が明文化される度合いに比較して、民事手続に関するそれが少ないことには歴史的、実質的な理由が存すると考えられるが、民事手続上の基本権が実体的基本権と結合した形で保護されるべきことが基本権の保護一般にとって重要な意味を持ち、その意義は刑事手続上の基本権保護に劣るものでは決していない。このようにみえてくると司法の役割も「司法の人間化」という理念あるいは「司法は国民のためのものであるという、平凡な真理⁽⁴⁾」のもと、従来の機能の再検討を迫られるのではない。

では、先の解釈手法はどのように理論構成されて、根拠づけられるのであろうか。この点、M・カペレッティによつて現代における法と司法の重要な局面の一つとして法と司法の「憲法化」が指摘され、⁽⁵⁾その帰結として世界的規模で手続的な保護手段を護るために司法審査という武器が用いられ、実際（西）ドイツの連邦憲法裁判所は積極的に民事手続に関する諸規定の解釈、運用の憲法適合性につき数多くの判断を示してきていることは周知のところである。このような動向は、民事訴訟法学に伝統的な視野と関心の拡張と変容を促すものであると同時に、従来の憲法学説にとつても手続による実体的基本権の実現という視座、あるいはさらに実体的基本権を中心とする「権利を実効的にする」（カペレッティは、これを「アクセスの実効性」をキーワードとする法と司法の「社会的局面」として位置づける）ないし実体的基本権の実効的な実現という視座に立った検討の必要性を意識させられることとなった。ドイツの学説においても基本法が明文規定を以て保障する出訴の保障（第一九条四項）、法律の定める裁判官

の保障(第一〇一条一項二文)、法的審尋請求権(第一〇三条一項)などを除けば基本法と民事訴訟との関係は散発的に研究されていたにすぎないとの指摘もあり⁽⁶⁾、当初は憲法と民事訴訟法との関係は必ずしも重視されてきたとは言えないようである。が、前述のように連邦憲法裁判所の積極的な対応もあって、民事訴訟法学のみならず、憲法学においても活発な議論の対象となっていることは、前記第七回民事訴訟法国際会議における総括テーマやベンダ、ヴェーバーらの「手続法における憲法の影響」と題する同じ民事訴訟法国際会議での国別報告からも窺える⁽⁷⁾。こうしてドイツの学説、連邦憲法裁判所の判例においては、憲法上保障された個人の地位の実現手段としての民事訴訟法の機能から、効果的な権利保護を求める一般的請求権が導出され、その根拠が一方において法治国家原則に求められ、他方において効果的な権利保護を求める請求権により実効性を付与されるべき実体的基本権に見い出されている⁽⁸⁾。手続法は実体的基本権の実効性をもたらすべきものとして位置づけられ、裁判によって給付されるべき権利保護は法治国家の本質的要素とみなされることになる。さらに連邦憲法裁判所は、法治国家的手続の本質的原則に属するものとして公正な手続を求める権利を引き出し、それを根拠づけるものとして法治国家原理のほか、実体的基本権や社会国家原理も援用されたり、あるいは平等原則から恣意裁判の禁止が導出されるに至っている⁽⁹⁾。

この公正な手続を求める権利は憲法(基本法)規定が明示的に言及していない、いわば不文の手続的基本権が裁判所の解釈を通じて導出されているわけで、そのこと自体の是非も一つの問題であるが、連邦憲法裁判所は、法治国家思想および法治国家における裁判の機能として、法の欠缺を裁判官が埋めることを必要なこととみなしていることになり、学説にも法(律)を具体化する裁判官法の可能性が出現することを当然のことと受け止める向きもある⁽¹⁰⁾。そしてこのことは基本的にスイスの連邦最高裁判所の判例理論にもあてはまる。A・ヘーフリガーに依れば、同裁判所は一九五九年以来、憲法の継続形成の権限を自己に当然のものとして要求し、その憲法運用の中で不文の基本

権を認知しているという⁽¹⁾。判決の理論構成に従えば、そのような不文の権利の創造が許容されるのは連邦の民主的および法治国家的秩序の不可欠の構成要素と思われる自由の場合、さらにはその不文の基本権の行使にとって前提条件を形成するような自由の場合であり、以上の不文の基本権は原則として成文の基本権と同じ通用力を有するものと理解されている。

以上のように訴訟手続における当事者の地位に結び付けられて展開された手続的基本権の保障は、実体的基本権に対して有する意義すなわち手続上の一定の諸原則が法的に保障されなければ、あらゆる実体的保障は何の役にも立たないとの認識に端を発するもので、そこに効果的な権利保護というコンセプトが生まれたのである。そして連邦憲法裁判所も学説も今日に至るまで、このコンセプトを発展させるべく、憲法上の訴訟諸原則をめぐる個別の論点の検討を含めて、理論的精緻化を図ってきたのである。またドイツにあつては、権利の司法的救済をめぐる論議において基本法上の基本権規定並びに法治国家原理や平等原則などが重要な役割を果たしているが、他方においてひとつの特徴として国際人権条約、とくにヨーロッパ人権規約（EMRK）の果たしている役割の重要性も見逃すことができない。この点に日本における論議においては稀薄な特徴が存し、それだけに日本にとつても検討課題であるということに留意しておく必要がある。

二 実体的基本権と手続的基本権——実効的権利保護と権利保護請求権

（一）訴訟の憲法化——憲法と民事訴訟

前述のように「訴訟の憲法化」あるいは「適用された憲法」という表現が憲法と（民事）訴訟法との関係をめぐる判例・学説の動向を特徴づけるものとして引き合いに出されるが、翻つて考えてみると技術性の乏しい憲法規定

と極めて技術的に構成されてきた訴訟法のどこに接点があるのか。ベッターマンは、裁判所構成法が憲法でもある、つまり憲法付属法律であり、そして訴訟法は適用された憲法であつて、そのことは憲法訴訟、行政訴訟、そして刑事訴訟にとって明白であるとし、シュテルンは、裁判所組織とその裁判所での市民の権利の保護は国家の基本秩序にとつて根本的なものであるがゆえに裁判所構成法として手続法もまた適用された憲法であると説明する⁽¹²⁾が、今一つ説得力に乏しい。憲法の最高法規性の觀念やドイツの連邦憲法裁判所判例において優勢な基本権の照射効理論を根拠として導出される帰結であるかもしれないが、未だ確固たる説明は得られていない状況にあるとの評価も示されている⁽¹³⁾。

この点、ドイツの連邦憲法裁判所の判例の理論構成を見る限り、前述のように憲法の基本権規定と民事訴訟法を結び付けているのは基本法第二〇条一項が標榜する法治国家原理と実体的基本権そのものであつた。法治国家は当初、基本法第一九条四項の規定に見られるように主観的権利の裁判所による保護と同一視され、公権力の法違反に対して裁判所に訴えを提起できるということは法治国家原理の構成要素に属するものと理解されて⁽¹⁴⁾いた。が、さらに裁判は争いに裁定を下す権力であるばかりでなく、主として私法の分野において法を保持し、それを統制する権力としても把握され、そこで法治国家思想は、正しい法の貫徹に意を用い、それについての「最後の言葉」(letztes Wort)を法的統制を行う裁判権力に帰属せしめ、法の正しい認識と並んで法の実効性を法治国家の重要な関心事と位置づけたのである。この法の実効性の確保は連邦憲法裁判所によつてさまざまな形で強調され⁽¹⁵⁾、このような理念を基礎として同裁判所は数多くの判決の中で効果的な権利保護というコンセプトを立て、それを継続的に発展させながら今日に至っていることは既に概観したところである。そのような一連の判決の中で民事訴訟法の機能として憲法上の基本権の実現手段という役割が導き出され、権利保護を求めるための裁判上の方法の保障(出訴の保障)

は、基本法第一九条四項及び個別的な基本権から導き出すことができるだけでなく、法治国家にとって必要な構成要素と理解されており、この問題は民事訴訟の目的論とも関わり、多角的な論議を呼ぶものとなっている。⁽¹⁶⁾

さて、連邦憲法裁判所が民事訴訟法の諸規定自体やその運用につき、基本法上の基本権規定やその解釈を通じて導き出した不文の基本権に照らしてその憲法適合性判断を積極的に展開しており、このような状況は日本にも紹介され、踏みこんだ検討が進められているが、ゴットヴァルトの観るところ、同裁判所の判決において民事訴訟法に憲法上与えられる「ハンディキャップ」は近時拡張されてきており、そこにドラマティックなパラダイムの変化は見られない。⁽¹⁸⁾ 同裁判所が法治国家原理を「一般的な訴訟基本権」とみなし、その根拠を基本法第二〇条一項に求め、そこから効果的な権利保護と公正な手続を求める請求権を導き出したことは既に述べたが、さらに同法第三条一項からは恣意裁判の禁止を導き出している。⁽¹⁹⁾ それゆえ、例えば裁判所へのアクセスが事実的な理由からもはや正当化されない形式主義的な方法で困難にされた場合には、憲法上の権利保護の保障への侵害が存在すると判定されることになるし、権利保護は平等に違反して縮減されてはならず、訴訟当事者に上告の許容性の審査が不当に知らされず隠されている場合には、それは基本法第三条一項に違反することになるのである。⁽²⁰⁾ また、基本法第三条一項の規定する平等の命題の裁判所の手続にとっての意義については、特に民事訴訟における武器平等あるいは機会均等の原則の問題としても論議され、それは民事訴訟への憲法の作用の核心の一つとして捉えられている。⁽²²⁾

ところで日本において憲法と民事裁判との関係という分野での問題として議論の俎上に載せられるのは憲法第三条の規定する裁判を受ける権利ということになるが、この点に関する憲法判例は少なく、学説における論議も一部の論点を除いて低調であった。しかし、近時従来の民事訴訟法学の論議を受けて、憲法学説においても裁判を受ける権利の理論的再構成の気運が高まってきており、また裁判の公開原則についても再検討の必要性が主張され

るに至っている。このうち前者の論点については憲法学、民事訴訟法学双方からの論議の深化が期待されるところであるが、この点ドイツにあつては既に見たように手続関係の憲法裁判例が連邦憲法裁判所を中心に数多く出されていることもあつて活発な議論が行われている。ただ、後に触れるように憲法裁判所の解釈手法に対して、その行き過ぎを警戒する批評が寄せられており、憲法裁判権の行使の在り方、ひいては司法権の正統な行使か否か、あるいは実体的基本権の射程範囲などの論点をめぐつてこれまでの憲法判例が再び問い直される契機を提供している。

また一方において、ドイツの代表的な民事訴訟法の注釈書においても「基本法と民事訴訟法」や「民事訴訟法と憲法」といった項目が設けられ、基本法が民事訴訟法にとって直接の意義を有し、それが裁判所構成や裁判所の手続に広範囲にわたつて影響を及ぼしている旨が論述されるのが通例となつて⁽²⁴⁾いる。そして、このことは日本の最新の民事訴訟法の注釈書においても同様である。先ず「序説」の中の「民事訴訟制度の目的・訴訟観」の項では民事訴訟制度の目的論が近代立憲主義の下での司法権の在り方、その限界の問題との関連でも論じられ、その中で現代型訴訟といわれる訴訟類型における裁判官の法創造機能との関連で「実体的正義」に代わる「手続的正義」ないし手続保障による正当性の担保という原理の是非を「法による裁判」という立憲主義憲法の要請との関係で論ずるといふ視座が提示されて⁽²⁵⁾おり、そして次にまさに「憲法と訴訟法」の項では、問題を日本国憲法だけの枠内で、それも憲法第三二条・八二条との関係だけで論ずることは、もはやできなくなつたとの基本認識に立つて、現時の課題として、憲法が民事紛争につき国民にどのような性質・内容の裁判を、法律によつても否定・変更できないものとして基本的に保障しているとみるべきかを検討し、確定することを掲げ、裁判を受ける権利、手続基本権、「審問請求権」、審判公開の原則等が議論の俎上に載せられている。⁽²⁶⁾ここでは特に条約による国際的な手続規制が憲法と訴訟法の関係の再考を迫るとの指摘に注目しておきたい。

他方、ドイツ連邦共和国基本法の注釈書においては、特に同法第一九条四項に関連して、裁判所の手続の実効性の問題が独立の節として立てられており、その中で主要問題として裁判所の手続期間（Verfahrensdauer—適時の裁判判決）の問題が取り上げられ、効果的な権利保護は先ず何よりも適切な時間内での権利保護をも意味するとの前提に立って訴訟手続上の諸原則について論述されている⁽²⁷⁾。これを受けて例えばイーゼンゼー、キルヒホフ編集になる『国法学便覧』第六巻においては「司法付与請求権（Justizgewähranspruch）」の章で先ずこの保障の基礎を成すものとして、基本法の規定する手続保障（第一〇一条一項一文の法律上の裁判官の保障、第一〇三条一項の法的審尋請求権の保障、第一九条四項の出訴の保障）、一般的な法治国家原理そしてヨーロッパ人權規約第六条一項（民事及び刑事事件につき、あらゆる人が独立の且つ法律上の裁判所において適切な期間内に公開の手続において法的審尋を請求する権利の保障）が取り上げられた上で、「裁判所による保護の実効性」の問題に論及し、司法付与請求権は裁判所へのアクセスのみならず、効果的な権利保護の保障にも関係するという基本認識のもとに、裁判官の審査権限の範囲、裁判所の保護と法的安定性、適切な時間内の裁判所の保護、裁判所の決定の貫徹可能性が論点として取り上げられている。さらに同便覧第七巻においては改めてヨーロッパ人權規約が取り上げられ、「超国家的人權保障と国内の国家権力」の問題が論述されていることも注目される⁽²⁹⁾。

（二）民事訴訟上の手続原則と憲法—R・シュトルナーの所説に即して—

それでは憲法と民事訴訟との関係はドイツの学説において具体的にどのような問題領域で論議されてきたのだろうか。ここではR・シュトルナーの所説に注目したい。

訴訟の目的と憲法の関係および民事訴訟の手続原則と憲法の関係を論じたシュトルナーは、前節で概観したよう

な連邦憲法裁判所による誇張された具体化には否定的な評価を下し、憲法のいわゆる「枠機能」(Rahmenfunktion)を強調しているが、憲法と民事訴訟法との関係についてはこの双方を積極的に且つ相互機能的に結び付けて、それにとつての意義を検証しようとしている⁽³⁰⁾。

先ずドイツの基本法よりも古い訴訟目的論は、その新しい方向を憲法規範によって動機づけられることになるが、伝統的な訴訟目的論が法治国家原理の思考カテゴリーに関わるものであったとすれば、それに批判的な新しい動向を生ぜしめた動因は社会国家原理であった。そして古典的訴訟目的論が掲げた四つの目的、すなわち主観的権利の保護、客観的法の実証、法的平和、法的確実性のうち、第一の目的が憲法の保障する自由権から直接由来するものと理解された。これら四つの目的のいずれに重点を置くかについては論者によって時代によってさまざまであるが、法治国家原理は、その比較衡量的判断を立法者に委ねており、憲法上何ら仮決定は下されていないものの、ドイツ憲法においては中心的な訴訟目的としての個人権保護は、個人権としての基本権の中心的意義に対応し、権利保障の保障を削減することは許されない。

先の社会国家思想が訴訟目的論にいかなる作用を及ぼしているかにつきこれを明確に限定することはむずかしいが、二つの手がかりがあり、それは立法者として正しい社会秩序に配慮しなければならない国家の社会的義務と、実体的参加権としての基本権解釈へと向かわせる基本権の社会的関係である。そこでいわゆる社会的法治国家は、訴訟目的としての客観的法の実証に公正な社会的生活秩序と、その反射としての強化された個人権保護を期待するが、客観的法の確保が個人権保護をキーポジションから追い出すことはない。すなわち、憲法上要請される訴訟目的としての個人権保護は客観的法の確保という訴訟目的によって補完されることはあっても、それによって決定的に制限されてはならない。ここに自由主義的法治国家原理が社会国家原理に設定するところの訴訟法の領域におけ

る限界がある。ただ、權利保護基本權を社会国家的參加權として理解するとき、社会の不平等を補整すべき国家とその裁判所の義務が生じ、この「補整」(Kompensation)の思想は社会国家によつて特徴づけられた手続の本質的要素ともなる(ヴァッサーマンのいう「社会的民事訴訟」(Der soziale Zivilprozess)³¹)。そしてこの思想は、個人權保護の実効化のためにもたらされたばかりでなく、訴訟目的論の方向づけのやり直しのためにもたらされたものと受け止められる。こうして社会国家的參加權としての權利保護基本權は必然的に權利保護の質を変容させることとなり、裁判官の衡平決定を通じて社会的充足が図られることとなった。

次に訴訟法ななく個々の民事訴訟の基本原則と憲法はどのように関わるのか。シュトルナーは訴訟法と憲法との原則的關係を憲法の具体化という観点から把握した場合、二つの法領域の關係は狭く局限されたものであるとした上で、その相互關係を二つの異なる領域に分類する³²。すなわち第一に緊密な結合と一義的な憲法上の暫定的決定の領域、第二に立法、法の繼續形成、解釈の三者にとつての形成的な活動領域の二つである。このうち第一の領域では特定の手続規範が憲法に対して強い(Verfassungsfest)憲法に固定された³³ものか、あるいは憲法違反か、法適用および法の繼續形成の特定の形式が直接要請されるか、あるいは禁止されるか、が問題となり、第二の領域ではいくつかのあるいは多数の解決が憲法上許されるものであるか、そしてその争訟がより良い解決となるのか、あるいは良くない解決となる可能性があるのか、が問題となる。そして一般条項のような憲法命題の一貫した具体化を選擇するとすれば、古典的な解釈方法は必然的に、連邦憲法裁判所が実際に用いたような問題志向の比較衡量の個別的観点といったもの(前記ベッケンフェルデのいうDie topisch-problemorientierte Methode)になる。

ところで日本国憲法は公開の原則につき第八二条に明文規定を置くのみで、それ以外の民事訴訟の手続原則については明瞭ではないが、ドイツの基本法も民事訴訟について第一〇三条を除いて直接これを規律する規定は見当た

らない。そこで連邦憲法裁判所は、憲法のいわば全体構造から民事事件における効果的で公正な権利保護を取り出したが、それはこのような一般条項の性質をもつ保障を法治国家原理と社会国家原理の協同作用の中で、それと内容的に関連する基本権から推論した結果であった。権利保護の保障は、実体的基本権や法治国家原理と並んでこれらの上に一般条項を追加的に開拓するものと捉えられ、このようないわゆる裁判官法上の一般条項は、効果的および公正な手続という内容を伴って民事手続のすべての要素を憲法の地位へと高める装置である。が、シュトルナーにとっては同時にそれは時代に制約された観念を性急に絶対化し、その重要性が変わりゆく手続上の要求を固定的に記述しようとする試みでもある。これに対してシュトルナーは、国家権力を拘束するすべての憲法命題は一般に裁判、そして民事訴訟の判決手続にも妥当するが、手続規制の憲法上の審査は先ず第一に常にこの一般的に妥当する憲法命題を考慮し、そして第二ステップとして初めて手続法に対して開かれた裁判官法上の一般条項に手をつけるべきであろうと提言している⁽³³⁾。

シュトルナーの所説は手続原則の多くを憲法上の要請と捉え、それに関する連邦憲法裁判所による統制を認めようとするものであるが、この手続原則の中で審尋請求権、武器平等の原則、処分権主義、釈明義務、公開主義、口頭主義、直接主義が憲法上の要請として挙げられている⁽³⁴⁾。これらの手続原則すべてが憲法が要請するところであるかどうかは民事訴訟法学においても議論の分かれるところであるが、シュトルナー自身は、むやみに多くの手続要素を具体的な形で憲法に対して強いもの（*verfassungsfest* 憲法に固定されたもの）とし、手続理解の流行の時流を固定化してしまおうとする試みには抵抗すべきものと主張している⁽³⁵⁾。そしてこのような思考態度は後に触れるようにドイツの憲法学説にもみられる態度である。したがってシュトルナーも、多くの憲法保障は実定化された憲法命題の結合から初めて生じるとの基本認識に立つて、効果的な権利保護の保障を公権の領域については基本法第一九

条四項が明示的にこれを保障し、私権の領域については多くの憲法規範の概要から初めてそれが生じるとの解釈を示したが、連邦憲法裁判所が示したようにこの権利保護の保障を法治国家原理と場合によっては社会国家原理との協同作用の中で法的争訟に実体的に関係する基本権から取り出す解釈手法には警戒の念を表明していたのである。

（三）基本権保障と手続法——権利保護における手続原則の意義

前述の社会国家思想に係る参加権および社会的 기본權の思想は、従来のような基本權を市民の国家に対する防禦權として理解するという立場を越えて、国家の給付に参加することを主觀的に請求する權利としての基本權という観念を現出せしめた。すなわち、現代国家が市民の文化的育成を社会的に保護するということに取り組めば、それだけ一層市民と国家の關係においては、国家に対して基本權としての自由の保障という本来の要求と並んで、国家の給付への参加を基本權として保障することを補充的に要求するという展開をみせ、そのことはたとえばドイツにおいては養成制度の分野において明確に示されている。養成所の自由な選択を求める權利（基本法第二条一項）は、それを主張しうる事実的な前提なしでは無価値であろう。他方、このような權利（資格）の承認は立法者の意向次第であるとは考えられない。けれどもK・ヘッセに依れば、基本權から直接に具体的な、あるいは請求の訴訟を提起できるような国家の義務を導き出すことは裁判所によつて統制された憲法執行をして政治にとつて代わらせることとなり、それと共に開かれた民主制秩序の根本的な構成要素としての議會の意思形成の領域を決定的に狭めることとなり、この点に本来の参加權としての基本權と民主制秩序との間の「体系的矛盾」が存する⁽³⁶⁾。同時にここには司法審査とデモクラシーとの關係をめぐる古典的な問題も横たわっている。このような矛盾は本来の参加權の受け容れに限界線を引くことになるが、そのことは給付国家における基本權の問題性を正しく評価するのに、この参加

権が条件つきではあるが、そのいと口を与えてくれるものであろう。またヘッセの観るところ、基本法は社会的法治国家という定式（第二〇、二八条）で、公正な社会秩序のために配慮するという国家機関の義務を拘束力をもって基礎づける一般的任務を規範化するという道筋をたどっているが、個々の目的設定やその実現の仕方は民主的プロセスにおける決定に委ねられる。そしてヘッセにとつて、この任務は始めから個人の直接的な請求権を基礎づけるものではないが、そのような請求権を派生的参加権として基礎づけることのできる基本権の解釈にとつては本質的重要性をもつものである⁽³⁷⁾。

しかし、このような参加権や社会的基本権の思想は全体的に言つて現代における基本権の実効性とその保護にとつては限定された意義しか獲得しえないことが次第に自覚されていく。近時ドイツにあつては労働を求める権利、住居を求める権利、健全な環境を求める権利を基本法に挿入することが提起されているが、今までのところ効果がないままである。そこでヘッセがより重要なものとして注目するのが、それまであまり顧慮されなかつた関係、すなわち基本権、組織そして手続の関係である⁽³⁸⁾。この関係は基本権の実現と保障にとつて極めて大きな一般的意義を有するだけでなく、前記参加権の思想よりも一層現代国家における基本権の実効性というものの有する問題性の変容を正当に評価することを可能にする本質的な局面をも含むものと捉えられる。

このような組織および手続による基本権の実現および保護という観点から、たとえば基本権として保障されている夫婦と家族の制度、財産権の制度、出版あるいは結社の自由において、これらの基本権が社会的な現実の中でその機能を果たしうるためには、広い範囲にわたつて法秩序を通じてのそれを具体化する形態の必要性が新たに認識されることになる。すなわち、基本権として規範化された法状態を社会的現実の状態となるようにするためには、詳細に規定するところの内容的規範化だけではなく、組織の形成と手続の規律を提供することも必要になるのである。

る。しかも、この必要性は人間の自由が本質的に国家の援助、配慮そして分配に頼らざるをえないという現代の諸条件の下では、さらに強められた意義を獲得するのであり、ここで組織あるいは手続が基本権に適合した成果を導き出し、それと共にそれらが、かの現代の諸条件の存在という問題性に鑑みて、基本権を有効に保障する手段であることが判明する。こうして手続思考は基本権と給付国家との間の接触地点へと転用されて給付国家における基本権の機能を一番正しく評価するものと位置づけられ、互いに矛盾対立する観点の調整を保障する手続は、基本権と給付国家との間の実際に役立つ整合 (praktische Konkordanz, K・ヘッセ) の手段となる。この点について P・ヘルレは組織法律および手続法律を「給付法律」と捉えて、この給付法律と手続的および多元主義的な福祉事情によつて、そのような「基本権的デュー・プロセス」というコンセプトが支持されると説く。給付国家的手続においては基本権は新しいやり方、すなわち手続的基本権の具体化に作用を及ぼすことになる。⁽³⁹⁾ここにいわれる組織および手続法律たる裁判所構成法そして手続法が前述のように「適用された憲法」として捉えられ、あるいは「立憲的訴訟法」(konstitutionelles Prozedrecht) と称されて⁽⁴⁰⁾、その規範の範囲はさまざまに引かれるが、自由的民主的法治国家においては、その核心において意見が一致しているといわれる。⁽⁴¹⁾近年のドイツにあつて基本法第一九条四項から導き出される権利保護請求権の完全な実現に鑑みて権利保護の保障あるいは一般的な司法付与という「補足的保障」(flankierende Garantie—シュミットアスマン)⁽⁴²⁾がますます舞台の前面に登場してきたわけである。そしてこの保障は部分的には基本権の中に、あるいは基本権と同等の権利の中に固定されたものとの解釈が生まれていくのである。⁽⁴³⁾

このように基本権が広い範囲において組織と手続を必要とするとすれば、基本権が基本権の具体化およびその保障に寄与するところの組織法および手続法に一定の作用を及ぼすことは容易に推論できる。前記ヘッセに依れば、

このことが明瞭にみられるのは組織原則あるいは手続原則の保障をその直接の対象としている基本権においてであり、基本法においては、たとえば結社の自由（第九条一項）、法的審尋請求権（第一〇三条一項）、第一〇四条が自由の制限および剝奪に関して規範化している諸前提条件および手続保障が挙げられる⁴⁴。このような手続基本権から生じるところの裁判所手続の形成についての要求を越えて連邦憲法裁判所が法治国家原理から公正な手続を求める一般的請求権を取り出したことは前述のとおりである。他方、シュテルンが指摘しているように、手続基本権が実体法上の法状態に対して影響を及ぼすだけでなく、実体法上の基本権が手続的作用を有するとすれば⁴⁵、実体的基本権もまた手続に影響を及ぼすことは明白である。それゆえに連邦憲法裁判所は、手続法を基本権に適合的に適用することに固執し、さらに同裁判所は基本権の実現および保障のために実体的基本権から特別の手続法上の要請、とりわけ個人が要求する効果的な（基本権的）権利保護の必要性を開拓し、それについて詳しく説示してきたのである。そして、このことは特に刑事手続の領域に現れているという。

また、前述のように連邦憲法裁判所が基本権の法全体への作用という原則と結び付けて手続規定の適用にとつての実体的基本権の意義を苦心して明らかにしていることもあって、手続法にとつての基本権の意義はますます増大しつつあり、そのことは本来の手続基本権や前記公正な手続を求める憲法上の一般的請求権に係る判決に広範囲に反映されている。したがって、ここでは手続規範の解釈のために引き合いに出されない基本権はほとんど存在しないと評されるほどである。ただ、実体法上の基本権が裁判所の手続に及ぼす影響は強く、それは手続の実践原則として一般に承認されているとはいえず、前記シュミットアスマンが指摘しているように、その憲法上の作用は裁判所の手続にとつて補足的ないし追加的に引き合いに出されるにとどまっていることにも留意する必要がある。すなわち権利保護の枠組の中で第一九条四項は権利保護を開設する基本権規範として、並びに第一〇一条と第一〇三条は

裁判所の手続を具体化する憲法規範としてそれに該当する規律を提供するのである。このように実体的基本権が手続法上有する作用は補足する作用、欠缺を埋め、支えとして補強する作用のみであるが、こうした作用を有する点において実体的基本権は重要な意義をもつ。シュテルンの分析に依れば、このことは特に次の三つのことにあてはまる。すなわち事実上有効な裁判所の統制の意味での裁判所の保護の実効性、裁判所の保護の予見可能性と計測可能性、そして裁判所手続における公正さの三つである⁽⁴⁶⁾。

さらに、しばしば指摘されるように基本権的な手続保障からの帰結を通じて裁判所の数多くの制限的な手続実務が修正され、そのような保障を志向した手続規定の適用に進むべき道筋が示され、時に立法者も市民のために手続法的規律の変更を促されることにもなったのである⁽⁴⁷⁾。ところで連邦憲法裁判所の基本的認識は、権利保護がなければ個人の自由および保障された権利は価値のないものとなってしまうという命題に表されるが⁽⁴⁸⁾、その点については先ず基本法第一九条四項による裁判所の権利保護の開始に際して実体法的一貫性が特に明確に示され、また同法第一〇三条一項に従った手続形成の権利も多く⁽⁴⁹⁾の点で実体的権利にとって重要であるとの理解が行われてきた。裁判所にとって基準となる形成に係る法の機能は実体的権利をできるだけ良好な形で貫徹させることを志向している⁽⁵⁰⁾であり、形式に係る権利はまさに基本権の実現に仕えるものである。すなわち出訴の保障と法的審尋の原則は、市民に対して公権力によって諸権利が侵害された場合に裁判所の事実上有効な統制を求める実体的な請求権を与えており、このことから裁判所へのアクセスは専門的理由からはもはや正当化されえない方法で困難にされてはならないという帰結が導き出されるのである⁽⁴⁹⁾。このようにして連邦憲法裁判所は手続規範の解釈のために、さまざまな基本権を引き合いに出し、効果的な基本権保護のために実体的基本権から訴訟手続上の要求を導き出していったのである⁽⁵⁰⁾。他方、この点に関連して裁判所は、司法的保障を基本法の「裁判」の章におけるその地位並びに形式的性

格が強いことのために、基本権類似の権利として取り扱い、あるいはせいぜい実体的基本権とは異なる訴訟基本権とみなす傾向があると指摘されてきた。基本法第一〇一条ないし第一〇四条を基本権に算入する学説も存するが、これを基本法第一章の基本権と区別する見解が優勢であり、訴訟基本権の特別の性格が強調される⁽⁵¹⁾。けれどもシュテルンに依れば、そのような区別のための基礎づけが今や不十分であり、さらに広がりつつある基本権概念と今日受容されている基本権のマルチ機能性に鑑みると、その基礎づけは単純ではない⁽⁵²⁾。

それではいわゆる訴訟基本権はどのように理解し位置づけるべきか。前記第一〇一条ないし第一〇四条は真正の基本権ではなく、基本権と同等の権利としてしかみなされないが、基本権の作用を有し、訴訟ないし手続基本権と呼ばれる。この手続基本権は前述のように実体的基本権の実現と貫徹に仕えるという任務をもち、すべての国家権力とりわけ裁判権力に対するその直接的な妥当力および拘束力は基本法第一条三項に基づいていることは疑いの余地がない⁽⁵³⁾。また、法治国家の要請と結び付けられて第一九条四項に定められた司法付与義務は、一連の憲法上の補完的制度によってまさに補足され、補強されており、そのことを通じて個人の権利保護請求権は現実にも主観的権利の保護、正義と法的确実性の要求を保証することができるものと捉えられる。こうして手続基本権と実体的基本権とは次第に広範囲にわたって同格の地位に置かれ、あるいは同列化されていくことになる。ただ、このような同列化の帰結として特に第一九条一、二項並びに比例原則の中に存する基本権の制限に対する形式的小および実質的な制約は、第一〇一条から第一〇四条までのいわゆる基本権と同等の諸権利にも適用されうることが導き出されることになるが、この点につき連邦憲法裁判所の考え方は必ずしも固まってい⁽⁵⁴⁾ない。しかし、少なくとも第一〇三条一項は第一九条四項に基づいて保障された裁判所へのアクセスを補足して、それを実効化するという役割を果たしていることは事実である。また法的審尋は手続上の根源的権利であるばかりでなく、客観法上の手続原理であり、そ

れは基本法の意味での裁判所の手続にとって構造決定的な且つ原則として不可欠のものである。⁽⁵⁵⁾そして第一〇四条における自由の形式的保障は第二条二項二文の実体的な自由保障と分かち難く関係するものとされ、第一〇二条の死刑廃止も第二条二項、さらには第一条一項の人間の尊厳と結び付けられて、この両者の関係は連邦憲法裁判所によっても強調されている。⁽⁵⁶⁾それゆえ憲法規範は常に裁判所の組織法および手続法の中で具体化されるという関係にあり、その限りでその憲法規範自体が訴訟法ないし手続法の一部であると言えようか。

（四）基本権保障と公正な手続の要請

前記公正な手続の要請は手続原則として、明示的に認められた憲法保障を越えて裁判権力にとって次第に高まりつつある意義を獲得している。⁽⁵⁷⁾ドイツの支配的学説並びに連邦憲法裁判所判例において、個々の実体的基本権の手続上の照射効と並んで、基本権の一般的な手続法的層が重要であるとの認識のもとに、この公正な手続の要請は法治国家原理と結びついた基本法第二条第一項の中に根をおろしているものである。⁽⁵⁸⁾この一般条項のような広がりを持った要請は事実に基づいた与件に応じて具体化されることを必要とする。この点に関連してかつてP・レルヒエが、包括的な手続的正義に基づく一定の論説に対しては批判的な立場をとりながら、法的審尋が、はたしてそこから公正な手続の原則（という不文の手続基本権）を導き出すことのできる「全体観念」(Gesamtvorstellung)の一部分として理解されうるか否か、という問題を提起したことはよく知られているが、⁽⁵⁹⁾これに対してフォルコマーは、公正な手続の原則を特殊な憲法上の手続保障より一段高いところにあるところの一般的な不文の手続基本権とみなし、⁽⁶⁰⁾シューマンは、この思想をさらに紡ぎ出して公正な手続をふむことの要請を一般的な訴訟原理の中に根をおろさせており、この訴訟原理から第一〇一条一項および第一〇三条一項の基本権が導き出されている。⁽⁶¹⁾ここにおい

て英米法における公正な裁判の原則、アメリカ合衆国憲法修正第五、一四条のデュー・プロセス条項が思想的に影響を及ぼしていることは明白であるが、シュテルンがさらにヨーロッパ人權規約 (EMRK) 第六条一項一文の公正な審尋の概念が力添えしていることを指摘していることに注目しておきたい。⁽⁶²⁾

連邦憲法裁判所も、公正な手続という表現を常に基本権と結び付けながら、法治国家原理の中に定住させてきたが、この原則も判例自身が述べるように補足的機能、(訴訟) 手続法的機能を有するにとどまるのである。

(五) 基本権保障の拡大と手続法—憲法裁判権の守備範囲—

基本権の意義の理解にとってさらに広い地平を開拓するものとして基本権保護と手続との関係に論及したオッセンビュールは、国家の基本権保護義務および育成義務が市民の自由の領域を開拓し拡張しているという認識を前提に、手続を基本権保障の要素として捉え、手続と結合的に把握された基本権を以下の四つに分類している。⁽⁶³⁾ すなわち手続自体を憲法的保障の対象としている基本権保障たる手続基本権、手続が個人の基本権行使にとって必須条件である手続従属的基本権、国家の手続によって打撃を与えられる自由に関係する基本権 (Verfahrensbetroffene Grundrechte)、最低限の国家組織および手続規則なしには実現、保障されえない基本権たる手続刻印的基本権 (Verfahrensgeprägte Grundrechte) の四つである。本稿の関心にとって重要なのは手続基本権であるが、第二の基本権も防禦権としての古典的基本権の類型からはずれた給付基本権としての性格を有し、その手続依存性は国家の割りあての必要性の結果であると捉えられている点に注目すべきであろう。また第四の基本権が第二の基本権と区別されるのは、そこでは個別具体的基本権の持ち主は国家の手続なしではやってゆけないし、基本権によって保障されている生活領域全体が機能しうるために組織法および手続法上作り上げられていかなければならないという点にお

いてであり、この基本権の例として放送の自由と学問の自由が挙げられている。

さて、手続基本権と実体的基本権との結合が連邦憲法裁判所によって基本法第一九条四項を媒介として強調され、同条項によって開設された権利保護が基本権に本質上所屬するものとして引き合いに出され、その実際的内容が効果的な権利保護として拡張されてきていることは既にみたところである。ただ、オッセンビュールは連邦憲法裁判所が基本権保護と手続権の関係をさらに緊密なものとし、拡張することを意図して、いわゆる基本権適合的解釈の手法を用い（特に個々の手続規定を基本権によって要求されるものとして評価するという解釈手法を用い）、さらに形式に関する法律における手続規律の適用を通じて単純法律上の手続法秩序の固定化がもたらされ、それが議会の立法者が行う規律や変更に対する障壁となる可能性を指摘している。⁽⁶⁴⁾ オッセンビュールは、そのような裁判所の評価によって単純法律上の手続規定を実体的な憲法内実として示すことの是非を問い、より具体的には基本権は特定の手続規律を必要とするが、それが法律上欠如している場合に、誰がいかなる方法でそこに存在する規範の空白状態を満たさねばならないかという問いを発している。ここでは空白を埋めるのは憲法規範によって限定された形成の自由の枠の中で議会の立法者か、あるいは基本権の具体化という方法で連邦憲法裁判所か、という二者択一的な問題設定が考えられるが、オッセンビュールは必ずしもこれら二つのものを対立拮抗するものとして捉えるのではなく、議会の手続立法と司法の基本権の具体化との関係を相互補完的な関係として捉えている。そしてオッセンビュールの観るところ基本権の具体化にとって信頼に足る基準が存在せず、またそれと共に議会の権限と連邦憲法裁判所のそれとの間に境界を設定する任務は同裁判所の最終的決定権限の中に入れているのであるから、結局のところ問題は司法の自己抑制という問題に帰着するところである。⁽⁶⁵⁾ そうだとすると、この問題は同時に前章で取り上げた一般的な憲法解釈の問題にも関わってくることになる。

オッセンビュールにとって手続規定は数多くの次元を有し、多面性を持ちうるものであり、したがって基本法上保障された基本権と（単純）手続法との間の関係も共通の分母で通分されない、さまざまな局面と次元を示すことになる。その手続規定の中に表現され、あるいは隠されているところの提示された基本権保護と、たとえば行政の効率との間の調整は、個人の保護と公共の福祉との間の比較衡量の結果であり、そのような比較衡量は第一次的には立法者の任務であり、それと共に立法部の形成の自由の対象でもある。すなわちオッセンビュールは、基本権の地位がそれに対応する手続の形成によって予防的に保護される、そして保護されうるという立論自体はこれを支持しているが、しかしそのような思考方法が単純な法秩序および法的安定性のための憲法を過度に拡張してしまう危険性を含んでいる点を危惧するのである。基本権の具体化が特に手続の領域においては立法者の任務であるという認識が正しいとすれば、単純法律上の手続の地位を基本権としての地位に引き上げることは、この認識と相容れず、そこに合理的根拠を見出すことは困難である。したがって憲法の地位を有する基本権として基礎づけられる手続権の地位は、基本法がそれ自体を容認している場合にのみ原則的に存続することになるはずである。

このように基本権から手続参加を求める主観的、公的権利を導き出し、単純法律上規定された手続権を基本権によつて要請されるもの、あるいは少なくとも基本権によつて献呈されたものとみなす解釈手法あるいは立論は、前章で取り上げた客観的価値決定としての基本権や照射効そして憲法の優位といったトposによつて導かれ、展開された解釈や議論の帰結として捉えることができるであろう。そしてこのような帰結と結び付けられた基本権の妥当力の強化とその実効化がドイツの法秩序をさらに発展させていくこととなったが、その際にその拠り所としたのは実体的正義の原理であつた。けれどもオッセンビュールに依れば、法秩序の価値は実体的正義の実現の度合いによつてのみ規定されるのではなく、法的安定性によつても規定されるものであり、この法的安定性と実体的正義とは

相互に緊張關係にあり、兩者を均等に實現することは極めて困難である。このような認識をもとにオッセンビュールは、憲法の優位の觀念が憲法裁判權と結び付いて發展させたダイナミズムにあつては前記実体的正義と法的安定性との根本的な關係を忘れてはならないと主張し、基本權保護と手続原則の關係に関する連邦憲法裁判所の判断の道筋に対して警告を発しているのである。この問題を論議する者に対しては、そして実体的基本權と手続的基本權の総合的把握の意義を探る本稿の関心にとつても、一方において憲法規範の射程範圍の過度の拡張を抑制し、他方において訴訟法の相対化による法的安定性の危殆化を監視するという両面からの理論的配慮が要求されると言える。このような留意点を念頭に置いて、効果的な權利保護、実効的な実体的基本權の實現のために司法がどのような機能、役割を果たすことが憲法規範上求められているのか、またその際どのような憲法解釈手法が適切なのか、これらの課題に対する慎重で綿密な理論的対応が必要である。本稿はこの課題の考察のいと口として前稿でも言及したように、適切な權利救済あるいは憲法的救済の觀念に注目し、この觀念を基礎とする憲法的救済理論の観点から基本的にこの問題領域において司法の積極的役割が肯定されるべきものとするものである。

以上、本節の考察において実体的基本權と手続的基本權との權利保護における緊密な關係が強く認識され、とりわけその相互補完關係からして基本權解釈において、効果的權利保護の見地から一定の方向性が指示されているものと考えられる。ただ、他方において実体法、訴訟法双方の法領域固有の特性を損なうことなく、また常に憲法的保障範圍の拡張の危険性を想起すべきことも求められている。こうしたことを念頭に置いて司法権の合理的な（あるいは憲法適合的な）守備範圍を画定していくという困難な課題が我々の前に横たわっている。

(一) Helmut Pieper, Für eine Vermögensschichtung der Justiz, Bericht über den 1. Internationalen Kongress für

Zivilprozessrecht in Gent/Belgien vom 27. 8 bis 4. 9. 1977, in: ZZP 91. Band • Heft 4 (1978), S. 459 ff. 小島武臣「海外学界事情」民事訴訟雑誌二四号（一九七八）二六六頁以下参照。

- (2) K.-H. Schwab/P. Gottwald, *Verfassung und Zivilprozess*, in: W. J. Habscheid (Hrsg.) *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung* (1983), S. 11 f. 小山昇「海外学界事情」民事訴訟雑誌第三〇号（一九八四）二六九頁以下参照。
- (3) 中野貞一郎「公正な手続を求める権利」同・民事手続の現在問題（一九八九）五六頁参照。
- (4) 竹下守夫「民事訴訟の改善と新たな審理モデルの模索」自由と正義第四〇巻第八号（一九八九）一〇一頁参照。
- (5) マウロ・カペレッティ「現代社会における司法の諸相」民事訴訟雑誌三四号（一九八八）二頁以下参照。
- (6) ベーター・アレンス「民事訴訟法の基本原理」民事訴訟雑誌二七号（一九八一）九頁以下参照。
- (7) E. Benda, A. Weber, *Der Einfluß der Verfassung im Prozessrecht*, in: ZZP 96. Band, Heft 3 (1983) Oskar J. Ballon, *Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozessrecht*, in: ZZP 96. Band, Heft 4 (1983).
- (8) Schwab/Gottwald, a. a. O. S. 66.
- (9) 中野貞一郎「憲法と民事訴訟法」中野・石川編・民事手続法の改革（ゲルハルト・リュケ教授退官記念）（一九九五）四頁以下参照。
- (10) Benda/Weber, a. a. O. S. 288 f.
- (11) Arthur Haefliger, *Landesbericht Schweiz, Die Hierarchie von Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Menschenrechte*, in: EuGRZ 1990, S. 476.
- (12) Karl August Betermann, *Hundert Jahre Zivilprozessordnung-Das Schicksal einer liberalen Kodifikation*, in: ZZP 91. Band (1978), S. 367. Klaus Stern, *Qualität und Bedeutung der Prozeßgrundrechte für die Grundrechtsbindung der Rechtsprechung*, in: *Verwaltung im Rechtsstaat, Festschrift für Carl Hermann Ule zum 80. Geburtstag am 26. Februar 1987* (1987), S. 359.

- (13) 中野・前掲論文二八頁参照。
- (14) 宇都宮・前稿九頁参照。
- (15) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. (1984), S. 851, Fn. 555.
- (16) Eberhard Schmidt-Abmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar Art. 19 Abs. IV, RdNr. 15. (1985).
- (17) 「この点に関しては、既に本法の審判権を主張（Anspruch auf rechtliches Gehör）の既判力と密接な関係にあることは、前掲論文の註文（Anmerkungen）に示されている。」
- (18) Peter Gottwald, Barbara Honold, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Zivilprozeßrecht, in: JZ, 13/1995, S. 657 ff.
- (19) 一般に、訴訟行為の自由は、訴訟行為の自由（Paul Kirchhof, Objektivität und Willkür, in: Verantwortlichkeit und Freiheit: Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag (1989), S. 82 ff., Wolfrum Hötting, Das Verbot prozessualer Willkür, in: JZ 20/1991, S. 955 ff.
- (20) 前者については BVerfGE 88, 118, 後者については BVerfGE 66, 331 参照。
- (21) 中野・前掲論文一七―一八頁参照。
- (22) W. J. Habscheid, Rezensionen, in: ZZZP. 107. Bd. Heft 4 (1994), S. 558. 著者は、この論文で、訴訟行為の自由と訴訟行為の義務との関係について、H. W. Fasching, Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das zivilgerichtliche Verfahren, in: W. Jellinek, P. Böhm, A. Konen, W. Buchegger (Hrsg.), Festgabe für Hans W. Fasching zum 70. Geburtstag (1993), S. 3 ff.
- (23) 松井茂記・裁判を受ける権利（一九九三）・笹田栄司・実効的基本権保障論（一九九三）・井上典之・司法的人権救済論（一九九三）。
- (24) G. Lüke, A. Walchshöfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, (1992), Bd. I, S. 20 ff. (Lüke), L.

Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl. (1993), 6. ff. (Schwab). 前者のシタヤの叙述の詳しい紹介は中野・前掲論文参照。

- (25) 新堂・鈴木・竹下編集代表・注釈民事訴訟法、新堂・小島編・第一卷（一九九二）八頁以下（新堂）参照。
- (26) 新堂・小島編・前掲書五四頁以下（中野）参照。
- (27) Maunz-Dürig, a. a. O. Art. 19 Abs. IV, Rdmr. 262-272, (Schmidt-Abmann).
- (28) J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, Freiheitsrechte (1989), S. 1221 ff. (Hans-Jürgen Papier).
- (29) Isensee, Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII (1992), S. 731 ff. (Jochen Abr. Frowein).
- (30) 以下の叙述はシタヤルナーの次の論文に依拠している。Rolf Stürmer, Prozeßzweck und Verfassung, in: H. Prütting (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag (1990), S. 545 ff.
- (31) Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, (1978), S. 89 f.
- (32) R. Stürmer, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, in: W. Grunsky, R. Stürmer, G. Walter, M. Wolf (Hrsg.), Festschrift für Fritz Bauer (1981), S. 648 ff.
- (33) Stürmer, a. a. O. S. 649.
- (34) Stürmer, a. a. O. S. 650 ff.
- (35) Stürmer, Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß, in: NJW 1979, Heft 46, S. 2336. 中野貞一郎「民事裁判と憲法」同「民事手続の現在問題（一九八九）一一一一三頁参照。また、アレックスも別の観点から「人間の顔」をもつ司法に関連して、その影響が時間的に限定された解釈によって非常に変わりやすい憲法上の原則を援用して訴訟法という「厳格なる法」(rigor juris)を手中にするという危険を指摘し、それは手続法の「実定性」(Positivismus)と調和しないと批判している。アレックス・前掲論文一四頁参照。

- (36) Konrad Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland (1978), in: ders. *Ausgewählte Schriften*, S. 299.
- (37) Hesse, a. a. O. S. 300.
- (38) Hesse, a. a. O. S. 300 ff. 笹田・前掲書一八八頁以下参照。
- (39) Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: VVDStRL 30 (1972), S. 87.
- (40) Schwab/Gottwald, a. a. O. S. 8 f.
- (41) Stern, a. a. O. S. 359 f.
- (42) Maunz-Dürig, a. a. O. Art. 19 Abs IV, Rdnr 16 (Schmidt-Abmann).
- (43) Stern, a. a. O. S. 360.
- (44) Hesse, a. a. O. S. 301.
- (45) Stern, a. a. O. S. 361 f.
- (46) Stern, a. a. O. S. 362. なお、訴訟手続上の武器平等の原則の要請をめぐる問題については、まだ意見の一致をみていない。
- (47) Hesse, a. a. O. S. 302 Fn. 48, 49.
- (48) BVerfGE 30, 33 (40).
- (49) BVerfGE 41, 23 (26). なお、Karl August Bettermann, Zur Verfassungsrechtsprechung; Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 96, Bd. Heft 4 (1971), S. 528 ff.
- (50) いれまで連邦憲法裁判所によって説示されてきた個々の実体的基本権と手続原則ないし手続上の要求との関係については、Hesse, a. a. O. S. 302 ff.
- (51) Maunz-Dürig, Art. 103 Abs. I Rdnr. 3 (Dürig).
- (52) Stern, a. a. O. S. 369.

- (53) Stern, a. a. O. S. 372., Maunz-Dürig, Art. 103 Abs. 1 Rdnr. 10 (Dürig).
- (54) Stern, a. a. O. S. 371 f.
- (55) 矢野・E. Schmidt-Abmann, Die Verfahrensfehler als Verletzungen des Art. 103 Abs. 1 GG, in: DOV 40. Jg. Heft 23 (1987), S. 1029 ff.
- (56) Stern, a. a. O. 368.
- (57) P. J. Tettinger, Fairneß und Waffen gleichheit, (1984), besonders S. 12 f. また笹田・前掲書一〇三頁参照。
- (58) Maunz-Dürig, Art. 103 Abs. 1, Rdnr. 9 (Schmidt-Abmann).
- (59) Peter Lerche, Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör" in: ZfP 78 (1965), S. 1 (6). キーゼルはこれを「集合概念」(Sammelbegriff)と述べている。O. R. Kissel, GVG (1983), Einl. Rdnr. 168. また笹田・前掲書一六六頁参照。
- (60) Max Vollkommer, Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozeß, in: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns (1980), S. 195 ff. 笹田・前掲書九七頁以下参照。
- (61) Eckehard Schumann, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß (1983), S. 31 f.
- (62) Stern, a. a. O. S. 374. また「訴訟法は適用された憲法である」という命題を「ドイツの境界を越えて長く訴訟法学の共有財産として理解するハーブシャイトは「公正な手続を求める権利につき「スイスにおける証拠請求権に関する議論を素材として論じているが、その中で改めて権利保護の実効性の観点から極端に走った形式主義を排している」(Walter J. Habscheid, Zwei Fragen zum Recht auf einen fairen Prozeß aus Schweizer Sicht: Verbot des überspitzten Formalismus und Recht auf den Beweis, in: Eckart Klein (Hrsg.), Grundrechte, sozial Ordnung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Ernst Benda zum 70. Geburtstag (1995), S. 105 ff. なお前記フォルコマーは「さらに一般的な平等原則(第三条一項)が基本法第一条三項によって裁判官に対しても拘束力をもち、この一般的な平等原則は訴訟において裁判官の前の平等となり、それが訴訟当事者の平等な取扱いと武器平等の原則となると説く。したがって手続上の武器平等の根源は、先のシュワープの民事訴訟法注釈書における叙述(Rosen-

berg/Schwab/Gottwald, § I VII S. 6 f.) に依拠して、憲法すなわち法治国家原則、社会国家原則（第二〇条一項）とも連携した一般的な平等原則の中に存するものとして捉えている。Volkammer, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß - eine neue Prozeßmaxime? in: Festschrift für K.-H. Schwab zum 70. Geburtstag (1990), S. 503 ff.

- (63) Fritz Ossenbühl, Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht, in: Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag (1982), S. 184 ff. 笹田・前掲書二一九頁以下参照。

- (64) Ossenbühl, a. a. O. S. 192. 権利の実現と手続法の役割との微妙な関係あるいは手続法に固有の機能的価値、手続法の独自性の確保の要請については、シュテルンも、裁判上の手続権のそのような使用にもかわらず、その実体的権利からの分割（層を異にすること）およびそれに対する独自性が否認されてはならないと指摘する。Stern, a. a. O. S. 362. また笹田・前掲書三〇二頁のD・ローレンツの所説の紹介を参照されたい。

- (65) Ossenbühl, a. a. O. S. 193.

四 結びに代えて

効果的な権利保護といい、手続による基本権の実現と保護といい、いずれの課題についてもドイツの連邦憲法裁判所の判例上固まりつつある理論をめぐっては、ドイツの学説において未だ基本的な意見の一致を見ていないのが現状であり、日本における受け止め方も形成途上にあるというのが現状であると思われる。この連邦憲法裁判所の判例理論は実体的基本権から実効的権利保護請求権という観念を導き出したが、そこからこのような視点に立った論議、また国家を超えた人権保障さらには裁判を受ける権利の理論的再構成の必要性という課題が提起されている

と考える。これらの課題が提示する問題点と司法権の観念との関わり、権利救済の観点からの請求権概念の再構成が本稿の課題としても設定されなければならないであろう。この課題を考察、検討の上、憲法学における司法過程論構築の試みに進んでゆくことを期し、ひとまず本稿を閉じることにする。