

「司法権の観念」論（再続）（三）

——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
- 二 裁判を受ける権利と司法付与（供与）請求権の観念—実体的基本権の規範的内実をめぐって—
 - 一 日本国憲法における裁判を受ける権利
 - （一）制定過程概観（以上第二三巻第一号）
 - （二）従来の学説・判例理論
 - （三）「裁判を受ける権利」論の新展開
 - （四）裁判を受ける権利と司法権（以上第二三巻第三号）
- 三 ドイツにおける司法付与（供与）請求権の観念
 - （一）序説—裁判を受ける権利と訴権との関係をめぐって—
 - （二）ドイツにおける司法付与（供与）請求権の観念
 - （i）民事訴訟法学説からのアプローチ
 - （ii）憲法学説からのアプローチ（以上本号）
- 四 基本権保障と国際人権条約—基本権の国際的保障の可能性と限界—
 - 基本権の司法的救済
- 五 憲法と司法過程—憲法学における司法過程論の試み—

二 裁判を受ける権利と司法付与（供与）請求権の観念

——実体的基本権の規範的内実をめぐって——

二 ドイツにおける司法付与（供与）請求権の観念

(一) 序説——裁判を受ける権利と訴権との関係をめぐって——

(1) 前款においてわれわれは、日本国憲法における裁判を受ける権利をめぐる学説、判例の理論状況を検討したが、ここでは訴訟法学説並びに一部憲法学説は、憲法第三二条が裁判を受ける権利を保障するにふさわしい内実を伴った裁判制度を構築し、その裁判制度を通じて国民に自己の権利、利益の司法的救済を与える義務を国家に負わせたものと理解すべきことを説いていることが確認された。同時にそこでは、国民の裁判を受ける権利に対応する国家の義務が司法付与義務と呼ばれ、この義務の内容として、裁判所及び司法の運用に必要な関連制度を整備し、且つ適正な裁判手続を保障することが挙げられている。そして裁判を受ける権利の最も直接的な内容が、民事、行政事件については申立てによって裁判所の裁判を要求できること、すなわち裁判請求権であるところ、国民からの民事・行政事件の訴えの提起に⁽¹⁾応じて、国家の機関としての裁判所が裁判するということが、この国家の司法付与義務の内容に含まれることになる。

ところで、前記進歩的な憲法学説は、憲法第三二条の規定が個別の実体的基本権に訴権性を付与することによって実体的請求権たらしめるところの手続的基本権規定である旨を説き、既に憲法学においても前記裁判請求権ない

し訴権をどのように憲法理論の中に位置づけるかという課題が設定されているとの認識を示した上で、ドイツにおける訴権論と憲法との関係をめぐる理論状況に注目している⁽²⁾。この訴権と憲法、とりわけ裁判を受ける権利との関係をめぐる問題については、周知のように民事訴訟法学説において理論的対立が存した。それは、民事訴訟法学にいう訴権と憲法上保障された裁判を受ける権利とを何らかの形で結び付けうるか否かということと争点としたものであり、当初の肯定、積極説が有力な否定・消極説によつて厳しく批判され、近時再び肯定説的な見解が有力に主張されてきているという学説の展開を見せている。

(2) すなわち、訴権論において有力な見解となつた抽象的訴権説（公法的訴権説）の中にあつて、本判決請求権説と司法付与請求権説との間の論争を経由して、日本においてもドイツにおける理論的動向を継承して司法付与請求権説が有力に主張されるようになる。この訴権を訴訟の対象である私権から切り離し、国家に対する関係で認められる権利、つまり公権として位置づける考え方は、ドイツにおいてグロー、ローゼンベルクらの司法付与請求権説を以て有力説たらしめる展開を見せたのであるが、このようなドイツの学説状況の展開を受けて、日本の民事訴訟法学説も敏感な理論的反応を示してきた。右の司法付与請求権としての訴権の把握に対しては、ドイツにおいてハーブシャイドらの唱えた訴権否定説が存したように、日本においても同様の訴権否定説の立場からの批判が存した。けれども訴権を訴訟法と憲法（ないし国法）とを結び付ける概念形式として把握し、その点に理論的価値を見い出す見解は、今日まで依然として有力説たる地位を確保していると言つてよいであろう。このような立場の根底には、訴えの提起を受けて審理しなければならぬ国家（裁判所）の拘束は、国家制度としての訴訟制度の憲法上の基礎を成すものであり、その点を理論的にどのように説明するかは、「適用された憲法」としての訴訟法の基礎理論の中で中核的支柱を成すとの認識がある⁽³⁾。ただ、勿論、司法付与請求権説といえども、その説くところは時代

が進むにつれてその内容を変遷させていったのであり、また論者によっても一様ではなかった。

(3) 当初、右の積極説的見解と同じ志向性を有しながら、さらに訴権概念の持つ理論的価値と並んで、實際的効用を発揮するために訴権と憲法第三二条とを結び付けることの必要性を説く見解が提起されることとなった。⁽⁴⁾そして、当時の代表的憲法学説にも憲法第三二条の保障する権利を「自己の権利または利益が不法に侵害されているとみとめるときに、裁判所に対して、その主張の可否を判断し、その損害の救済に必要な措置をとることを求める権利——これを裁判請求権または訴権という——」として理解する見解が存し、この見解は、諸外国の権利宣言にいう「法定の裁判官の裁判を受ける権利を奪われない」旨の規定は、この訴権を保障した規定であり、また明治憲法第二四條の規定も同じ趣旨を定めたものと理解している。⁽⁵⁾右の明治憲法第二四條にいう「法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權」につき、当事の憲法学説も、前記ドイツにおける公法的訴権説の立場に立ち、民事裁判にあつては、これを私権の保護を求めるために国家に対し裁判を要求する権利であるところの訴権として把握し、この訴権は、直接に私権から生ずる効果ではなく、私権に伴つて憲法によつて認められる公法上の権利、すなわち「別ニ國法ノ認ムル所ノ公權」と理解していたのである。⁽⁷⁾

こののち、訴権論は、はなはだ影のうすいものとなり「斜陽に立つ」との感を深く意識し、現状のような訴権論のままでは、学界の精力はそれほど訴権論に注ぐべきではないとの基本的立場に立ち、したがって注入された労力の割合に非生産的な領域であるとの評価を下す見解も見られた。⁽⁸⁾右の見解は、訴権論という抽象的な一下手をする⁽⁸⁾と免罪符的な役割を演ずる一領域に安住、惰眠することではなく、その論者の示す具体的な民事訴訟法理論、その民事訴訟法理論が市民のサーヴィス機関としての民事裁判所の確立にどれほど役立つかということが重要であると説くが、民事裁判所を市民のサーヴィス機関としての側面から捉えなおす時には、訴権がそのための有効な武器、

道具になりうることは否定していない。

そこで、権利保護請求権説の精緻な理論によって訴えの利益などの観念が確立され、制度運営上の規律理論が一応明らかにされたとの総括をした上で、訴権論に新たな意義を見い出す方向への学説の展開が見られた。すなわち、前記訴権否定説には一面の真理があるとしながらも、訴権論争の功績を私権と訴訟との関係を明らかにした点に見出しつつ、なお利用者の立場を第一義とした解釈、立法への指導標として訴権の観念を用いる実益の存することを認める見解の登場を見る。⁹⁾ この訴権論の再生を提唱する見解は、前記訴訟法学説のように訴訟法と憲法とを結び付けるためだけに訴権の観念を認めるのではなく、また当初の憲法学説のように訴権を裁判を受ける権利と同義に解するのでもなく、「訴権論争における伝統的な使い方を受けて訴権を判決を求める権利として構成し、裁判を受ける権利の中核として訴権を考えるのが適切」であると説く。

右のような見解を経て、さらにそれをおし進めて、制度利用の関係を「当事者権」として捉えた上で、同様に憲法第三二条の保障する裁判請求権ないし裁判を受ける権利と訴訟との関係に着目して、裁判原則の「憲法化」の結果、憲法を取り込んだ新たな訴権の観念（「憲法的訴権」の観念）が提示されるに至る。¹⁰⁾ この見解は、基本権としての裁判という視座に立って、国民はその地位にふさわしく裁判を受ける権利を保障されると同時に、「個別事件の内部においても、当事者として司法行為を要求する権利を有するとみるべき」旨を主張し、この権利は、「単に法律上必要な審理を求める権能としてではなく、憲法に裏打ちされたデュー・プロセスに則った審理と判断を求める権利として構成されなければならない。」と説く。ここで主張されている「司法行為請求権」は、憲法を取り込むことで新しく別個の権利へと変容することになる。¹¹⁾

(4) 右にみたような見解に対して、訴訟法学説の中にも批判的見解が存するが、憲法第三二条との関係で訴権を

理論的、實際的に構成すべきだとする基本的立場は、徐々に有力になりつつあるように思われる。

すなわち、少なくとも憲法第三二条の裁判を受ける権利と民事訴訟法学上の「訴権」とは「内容的に重なりをもち、その限りで憲法と民法とを結びつけながら併存するというべき」旨を説く見解⁽¹²⁾や、訴権は裁判を受ける権利のなかで、民事訴訟制度へのアクセスの点でとらえられた国民の権利として捉え、この訴権は基本的に憲法上の「裁判を受ける権利」にもとづくとともに、民事訴訟のプロセスにおける当事者の権利、つまり「当事者権」に結びつくものとして理論的に構成されるのが適当であると説く見解がこれである⁽¹³⁾。このような民事訴訟法学の理論的動向は、従来その意味内容を深く追究することなく訴権の觀念を用いてきた憲法學說に対しても反省を促し、学問的關心を喚起している。裁判を受ける権利の法的意味を明らかにする上で、訴訟法で明治憲法以来争われてきた「訴権」と、憲法學で通常用いられてきた「裁判請求権または訴権」とがどのようにかわるかということが探究すべき課題として設定されるに至っているのである⁽¹⁴⁾。そして、憲法學說における右のような指摘を受けて、近時これまでの民事訴訟學說の理論的展開を批判的に受け止めて、したがって訴権論に対して一定の距離を保ちながらも、訴権の觀念から何がしかの憲法理論上の帰結を導き出すことを模索する學說も提起されている。この學說にあつては、ドイツにおける理論的動向を参考にしながら、司法行為請求権が裁判を受ける権利を含むという解釈の理論的方向性を支持し、訴権を司法行為請求権と解する可能性を志向する見解が提示されている⁽¹⁵⁾。

前述のように、「適用された憲法」や「国民のための司法」の理論、あるいは「人間の顔をもった裁判」(「司法の人間化」という觀念なり基本的理念が、司法の進むべき正しい方向性を示しているとするとするならば、「裁判原則の憲法化」は基本的に支持すべき選択肢であり、訴権を「司法行為請求権」として理解し、これを憲法上の裁判を受ける権利と関連させて把握する解釈手法は、人権保障の憲法感覚に照らして「手続正義の感覚」を研ぎすまし、鋭敏

なものとしていく上で有効な手段となりうる可能性を有すると考えられる。このような意義を持ちうる点に着目して、今少しわれわれは、いうところの「司法行為請求権」、あるいは司法付与（供与）請求権の觀念を、ドイツ訴訟法学、憲法学の理論的動向を視野に収めて、立ち入って検討し、その規範的内容、原理的基礎を明らかにしていくこととしたい。

- (1) 竹下二小暮・前掲書七一頁以下及び七五頁以下参照。
- (2) 棟居快行・前掲書一九二頁、笹田栄司・前掲論文五七頁以下参照。
- (3) 中野貞一郎「訴権」法学セミナー六四号（一九六一）六一頁参照。また、ドイツ及び日本における訴権論の展開については、海老原明夫「ドイツ法学継受史余滴・紛争解決と訴権論：その一、その二、その三」ジュリスト九五八、九六〇、九六一号（一九九〇）参照。
- (4) 斎藤秀夫「訴訟と憲法との架橋」石田文次郎古稀記念論文集（一九六一）二六一頁以下（のちに同・民事訴訟法理論の生成と展開（一九八五）に所収）、同・民事訴訟法概論（一九六九）四四頁以下参照。
- (5) 宮沢俊義著・芦部信喜補訂・全訂日本国憲法（一九七八）二九八頁参照。
- (6) 美濃部達吉・逐条憲法精義（一九三二）三七三頁参照。
- (7) 美濃部達吉・憲法撮要（改訂第五版）（一九三四）一六九頁参照。
- (8) 鈴木正裕「訴権論の現況と現代的意義」法学教室（第二期）一号（一九七三）七一頁参照。
- (9) 新堂幸司・民事訴訟法（第二版）（一九八一）一七二頁参照。
- (10) 小島武司・前掲論文「裁判請求権」一〇頁参照。
- (11) この見解の論者は、前記斎藤秀夫教授の所説は新しい訴権の質的転換を明確にしなかつたところに問題があり、訴権否定説三

ヶ月章教授の所説、同一裁判を受ける権利」民事訴訟法研究八卷一六頁以下）からの批判を浴びたと指摘する。小島武司・前掲論文一三頁註（2）参照。

(12) 中野貞一郎・前掲書・民事手続の現在問題六頁参照。

(13) 林屋礼二・民事訴訟法概要（一九九一）一一頁参照。

(14) 芦部・前掲書二五〇—二五二頁参照。

(15) 笹田栄司・前掲論文「訴権」の憲法的理解」七五頁以下参照。この論者は、訴権を判決を求める権利として裁判を受ける権利の中核に据えるとの見解について、裁判を受ける権利とその中核に据えられる訴権との理論的整合性も今ひとつ明らかになつていないと批判し、訴権を裁判を受ける権利の中核に据える考え方からこの際離れるべきではなからうかと提言している。同七九頁及び八〇頁註（11）参照。

(二) ドイツにおける司法付与（供与）請求権の観念

(i) 民事訴訟法学説からのアプローチ

(1) 今日の民事訴訟法学説が説くように、憲法第三二条の保障する裁判を受ける権利と民事訴訟法学上の訴権とを同一とみることはできないにせよ、前記公法的訴権説のもとで説かれた司法付与請求権説は、当事者（国民）の裁判請求権と国家の裁判義務との相互関係を軸に、国法上の請求権として展開され、その内容とするところは、憲法の保障する国家との関係における国民の裁判を受ける権利と内容的に共通する部分を含み、それは憲法並びに訴訟法の法体系を包括する権利保障の態様を説明するのに有効な道具概念を提供しうるものであった。

このドイツにおける訴権論にあつて通説的に受け容れられている司法付与請求権の観念を、裁判を受ける権利の

理論的精緻化、なかならずその実効的保障、憲法的保障との整合的な理解を企図する上で、いかに合理的且つ有効に活用出来るであらうか。以下においてドイツの民事訴訟法学説並びに憲法学説における司法付与請求権の觀念をめぐる理論的展開に焦点を当てて検討することを通じて、右の理論的課題に取り組むことにしたい。

(2) 司法付与請求権については、当初「司法行為請求権」として紹介され、その内容は「個々人の、国家に対して、権利保護の許容 (Gewährung von Rechtsschutz) を求める公法上の請求権をい」と説明された。¹⁾ ことから、国家の義務として国民に権利保護を付与する義務が導き出されることになる。この司法付与請求権説がドイツの訴訟論において通説的見解であるといわれる。また、当初の民事訴訟法学説は、いわゆる審尋請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) が基本法第一〇三条一項によつて認められたことによつて、「司法行為請求権」(司法付与請求権) はその憲法上の保障を得たと主張したが²⁾、この見解は、ドイツにおける通説を形成するには至っていない。

右の司法付与請求権が憲法上保障されているかどうかという論点が本項の中心的な関心の対象であるが、この論点をめぐる憲法学説のアプローチの検討に入る前に、先ず現在のドイツの民事訴訟法学説が、この請求権をどのように位置づけ、その内容をどのように理解しているのかという点に焦点を当ててみていくことにしたい。

(3) 初期の民事訴訟法学説は、司法付与請求権を前述のように国家に対して権利保護の付与を求める公法上の請求権と定義したが、それは近代に入つて個々の市民に自力救済を禁止した結果、その代わりとして国家が市民に権利保護を与える義務を負うとの伝統的な理論枠組が基礎になつており、そして、このような原理的説明は基本的に今日まで引き継がれてきている。

先ず第一にシュタイン・ヨナスの「民事訴訟法コンメンタール」を取り上げてみよう。同書においてE・シュマンは、右の理論枠組を踏襲して、国家が個々の市民に自力救済を禁止した結果、その代償に国家は彼に権利保護

を供与しなければならず、それ故、裁判所が市民の問題の案件について何らかの手を打つことを国家に対して要求する市民の公法上の請求権は、この自力救済に対応するものである。ただ、この請求権の言い表し方は、ドイツにおいて変動してきており、不確定であることを指摘している。⁽³⁾すなわち、それは司法付与請求権 (Justizgewährungsanspruch)、『司法請求権 (Justizanspruch)』、『司法を求めざる請求権 (Anspruch auf Rechtspflege)』あるいは権利保護又は権利保護付与を求めざる請求権 (Anspruch auf Rechtsschutz oder Rechtsschutzgewährung) などと呼ばれている。そしてシューマンの説明に依れば、内容的誤解を回避するために、この請求権は権利保護請求権 (Rechtsschutzanspruch) と言い表されてはならないとされる。というのは、民事訴訟(法)においてこの概念は、司法付与請求権とほとんど関連がない特別の問題性(すなわち訴権論)と結び付けられるからである。ここにも訴権の觀念と当事者の裁判請求権とは、歴史的にそれぞれ別個独立に理論形成されてきたとの認識が考察の基底にある。

(4) それでは、この司法付与請求権は実定法上の根拠に基づいて保障される権利なのか、それが存在するとして、それはいかなるものか。この論点につきシューマンは、ヨーロッパ人權規約 (EMRK)、ドイツ連邦共和国基本法(以下基本法と略記)、実定民事訴訟法を取り上げて検討を加えているが、彼は、比較的積極的にそれぞれの規定の中に前記請求権の根拠を見出し出していると言える。

すなわち、先ずヨーロッパ人權規約については、周知のようにその第六条一項の規定が司法付与請求権を承認しているとする支配的見解を支持し、同条項がそもそも人權規約の構成締約国の内部における国内裁判所手続に案件が立ち至る場合に、その際の最小限の保障のみを定めたものと解する少数意見が斥けられる。その上でシューマンは、ヨーロッパ人權裁判所の判例も、ドイツにおける支配的見解と一致していることを確認し、人權規約の中に書き記された司法付与請求権が承認されるとすれば、それは同時に司法拒絶の場合、たとえば連邦共和国の法律が特

定の争訟に関する民事事件において、法的手段 (Rechtsweg) を排除している場合、必要とされれば人権規約第二五条に從つて人権異議 (Menschenrechtsbeschwerde) の方法を自由に使えるとの解釈を示している。

(5) これに対して基本法上の根拠については、その中に定められた法治国家原理が、民事法領域における包括的な権利保護を保障しているとの解釈は早くから支持されてきており、有力説となつてはいるが、前記ヨーロッパ人権規約第六条一項と同様の明文規定をそこに見出し出すことはできない。また、しばしば指摘されているように、出訴の保障を定める基本法第一九条四項の規定も、その文言に從えば、公法上の從属関係における司法付与請求権のみを保障していると解釈される。したがつて、同条項は民事裁判所に割り当てられている公法的性格を有する争訟にとつては重要な規定であるが、そのような争訟を越えて直ちにそのほかの民事裁判所の手続に適用することはできないということになる。この点に関してシューマンは、基本法第一九条四項に匹敵しうる民事裁判所の領域に関する規定の欠如が、民事司法のための基本法上の保障の拒絶を意味するといった反対解釈を導き出すことはできないと説いている。けれども、民事司法についての司法付与請求権如何の問題に対する回答は、連邦憲法裁判所の判例からも明確に汲み取ることができないということも指摘しており、この点は今少し判例の理論的集積をまつ必要がある。

他方、学説においては、基本法の中に含まれる法治国家原理が、包括的な民事裁判所のシステムを保障しているとの解釈が大方の賛同を得て受け容れられている。しかし、シューマンの分析に依れば、右の解釈を越えて、基本法第一九条四項、同第一〇一条一項二文、あるいは同第一〇三条一項の諸規定を根拠として民事の権利保護を求め基本権の存在を肯定する学説は、それと反対の立場、すなわち基本法においては、およそいかなる民事の権利保護の保障も存在しないと見る解釈と同様に、あまり大きな賛同を得られなかった。ただ、司法付与請求権に基本権

の属性が認定される限りにおいて、そのことによって同時にその請求権の侵害が生じているとされる場合に連邦憲法裁判所に憲法異議 (Verfassungsbeschwerde) を提起することができるということは、学説において是認されているという。

(6) そして最後に実定民事訴訟法は、前記ヨーロッパ人權規約や基本法の定める規律からは独立して、裁判所が当事者に対して司法 (Rechtspflege) を行う義務を負っているという基本認識から出発している。この民事訴訟法 (法) 上の司法付与請求権は、古くはグロー (Groh) や L・ローゼンベルク (Leo Rosenberg) らによって既にその概念の骨格が基礎づけられており、しかもヨーロッパ人權規約や基本法が発効する以前から承認されているもの、民事訴訟法 (ZPO) の明確な規定から汲み取り、権利として導き出すことのできないものである。この点シューマンの理解に依れば、この司法付与請求権は、国家に対する主観的な公権として裁判所の活動を目標にした権利であり、そのような司法請求権 (Justizanspruch) は、国家が市民に裁判所を自由に使わせ、その裁判所が適切な時間の範囲内で手続法に従って決定を下すことによって満たされるものであり、またあらゆる人に付与されるべき権利である。

また、この司法付与請求権は、いわゆる「権利保護請求権」との対比においても特徴づけられる。すなわち、権利保護請求権が裁判所の特定内容を持った行動を要求する実質的、内容的あるいは実体的な主観的権利と看做されるのに対して、司法付与請求権は、裁判官の活動の内容に関しては原則として何も述べず、それ自体裁判行動に向けられたところの形式的な主観的公権である。

以上みてきたようにシューマンの説明並びに理解を総括するならば、司法付与請求権は、ヨーロッパ人權規約において明文規定によって保障され、基本法並びに実定民事訴訟法においては明文規定はないものの、少なくとも

基本権ないし国家に対する司法（付与）請求権として保障されると解される。そしてその侵害は、民事訴訟法上の異議や裁判官法（DRiG）上の勤務状態監督異議（Dienstaufsichtsbeschwerde）（§26 Abs. 2）の提起、基本法第三四条や民法典（BGB）第八三九条の規定に基づく損害補償請求権の発生、さらにはヨーロッパ人権規約違反あるいは基本権侵害が存在する限りで同規約上の人権異議あるいは基本法上の憲法異議の提起を可能にするとされ、したがって実定法規上積極的に司法付与請求権は保障されているということになろう。

(7) 続いて第二に「ミュンヘン民事訴訟法コンメンタール」に目を転ずると、同書において序章を担当したG・リュケは、先ず司法付与請求権を前記「権利保護請求権」と取り違えてはならないことを指摘する。この「権利保護請求権」は、民事訴訟を私的事柄として扱い、したがって真実発見への公の関心がそこで否定されるところの自由主義的な訴訟理解に基づく請求権として捉えられ、このような国家に対して向けられるところの個人の自己に有利な判決を求める請求権としての「権利保護請求権」の理論が学説において大方拒絶されているのは正当であるとの評価が下されるからである。⁽⁵⁾ リュケにとつて司法付与請求権とは、法治国家原理から流れ出てくるものであり、それ故憲法上保全された権利であるとともに、訴訟手続法に従った権利保護の供与に向けられた請求権である。

以上のようにリュケの説くところに依れば、司法付与請求権は、直接法治国家原理（Art. 20 Abs. 1 GG）から帰結されるのであって、それ故基本法第一〇三条一項の規定が司法付与請求権を基礎づけるものではないと解する通説の立場が支持されることになる。⁽⁶⁾ ただ、リュケがそれ以上説き及ぶところはなく、連邦憲法裁判所の判例理論並びに基本法第二〇条一項が標榜する法治国家原理を、憲法の基本権規定と民事訴訟法ないし裁判の手続原則とを結び付ける媒介項として把握する後述の憲法学説と同じ認識の上になつていると言えようか。⁽⁷⁾

(8) 最後に第三の文献としてローゼンベルク＝シュワープの「民事訴訟法（Zivilprozessrecht）」を取り上げる。

同書において同じく序章を担当したシュワープは、先ずかつてP・ゴットヴァルトと共同で作成した第七回民事訴訟法国際会議（一九八三）での報告「憲法と民事訴訟⁽⁸⁾」を受けて、民事訴訟法と憲法との密接な関係の意義を連邦憲法裁判所の判例を援用しながら説き起こしている。すなわち、基本法は、広範囲にわたって裁判所の構成及び裁判所の手続に影響を及ぼしていることを確認し、その上で司法付与請求権の規範的内実について、前出の二人の訴訟法学者よりも一步踏み込んだ論述を行っている。先ず、基本法上の個別的な手続保障規定、すなわち第一〇一条一項や第一〇三条一項は民事訴訟にも妥当し、同第九二条や第九七条も密接な関係を有する。それ以外の手続保障も、シュワープの理解に依れば、より一般的な基本権や法治国家原理から導き出すことができる。たとえば基本法第三条の規定から訴訟上の武器平等の原則、社会的法治国家を採用するとの基本法の決定から社会的機会均等を保障する手続が要求される等の例が挙げられる。そして、司法付与請求権は、連邦憲法裁判所の判例理論が発展させた手続的基本権として取り上げられている。シュワープの説くところに依れば、この権利は憲法上保障されており、内容的には効果的な権利保護を求める権利を内包するものとして、その権利内容が拡張されている。また、この権利は、ヨーロッパ人権規約第六条の規律内容と同様に長過ぎる手続を禁止し、同時にこの権利を基礎づける法治国家原理は、当事者の予見しうる手続を要求するとの学説、判例理論も引証され、これまた司法付与請求権の内容として措定されている点に注目したい。

以上のような民事訴訟法と憲法との密接な関係を念頭に置いて、司法付与請求権の理論構成が試みられる。すなわち、裁判所は、国法上並びに訴訟法上、司法（Rechtspflege）を行うことを義務づけられており、訴訟当事者は、人々がこの司法あるいは司法付与（Justizgewährung）を求める請求権、簡単に言えば司法請求権（Justizanspruch）と名付ける権利を有する。この請求権は、司法高権の担い手としての国家に対して向けられており、国家は、

この請求権を司法に任せられた国家機関、なかんずく裁判所を通じて満たし、裁判所に訴訟当事者に対する関係で彼の請求権の充足義務を負わせる。さらに国家は、裁判所に訴えを提起する可能性を保障するばかりでなく、あらゆる関係者に事実上効果的な権利保護を求める請求権を付与するが、前記司法請求権は、絶対的に正しい判決を保障するのではなくて、国家に対して争訟を独立の裁判官によつて法治国家的手続で裁定することを義務づけるものである。しかもシユワープの理解に依れば、司法付与請求権は、効果的な且つ公正な手続をも保障するのである。このように解される結果、裁判所が前記義務に違反したり、権利保護を拒絶ないし遅延させたりした場合には、連邦憲法裁判所の憲法異議という手段で強制することが可能となる。

そこで問題は、このような司法付与請求権を根拠づける憲法上の規定の存否如何である。基本法上のどの規定に對する違反に基づいて、憲法異議の提起が根拠づけられるかについては不確かであるからである。数多くの判決の中でいわゆる司法請求権に取り組んできた連邦憲法裁判所自身は、少なくとも基本法第一〇一条一項二文を引き合ひに出し、また前述のように学説の中には、この請求権の基礎を法的審尋請求権を保障する同第一〇三条の規定に見い出す見解も存する。けれどもシユワープは前記リュケと同様に、司法付与請求権は憲法に内在する法治国家原理から生ずるとする解釈がより正しいものと説き、特定の明文規定を単独の根拠規定とはしていない。したがつて結局、基本法第一条三項、第十九条四項、第二〇条、第二八条そして第九二条もまた根拠規定として挙げられており、また前記シユーマンと同様にヨーロッパ人權規約第六条の規定もこれに付け加えられている。これら諸々の実定法規の総体から導き出される憲法上の請求権として司法付与請求権は把握されていることになるが、このようなアプローチは、次項で検討する憲法学説においても優勢な解釈手法として受容される傾向を示していると言える。

(ii) 憲法学説からのアプローチ

(1) 前項でみたように民事訴訟法学説の理解においては、一部少数説は別として、司法付与請求権を基礎づける根拠として基本法の拠って立つ法治国家原理を挙げる見解が有力であるが、これに対して憲法学説は、この司法付与請求権をどのように理解しているのだろうか。

ドイツ憲法学が裁判所による権利保護如何という問題領域を考察するとき、その拠りどころとするのは、周知のように基本法上の手続保障に関する諸規定のほかに、やはり基本法そのものを基礎づけている法治国家原理である。ここで法治国家（性）とは、特定の制度的な要求を満たすところの広範囲にわたって展開された権利保護のことを意味し、これに対応するのが裁判所による権利保護である。¹⁰⁾当初は、公権力による法違反に対して裁判所に訴えを提起しうるものが、法治国家原理の構成要素に属するとの把握が重要視され、このような把握は基本法においては、その第一九条四項に結実する。したがって、同条項は裁判所による保護の方向へ向かつての法治国家の要素の具体化として理解され、この要素を基本権、主観的権利として形成し、さらにそれを越えて通常法律によって例外的に法的手段が容認されていない場合に、特定の訴訟手段へのアクセス権をも付与するものである。このように法治国家原理は、裁判所による権利保護を要求し、基本法第一九条四項は、この憲法の要請を公権力による権利侵害の場合における個人の請求権規範を設定することによって保障しているのである。

こうして法治国家原理の中に含まれる裁判所による権利保護の要請は、基本法第一九条四項によって明確にされ、その要請は実効性と個人の権利の貫徹可能性を指すものであるという意味において、それを体现する同条項は、裁判所の統制の範囲と強さ並びに時期にとつて注目すべき作用を發揮していることになる。もちろん法治国家原理が、裁判所による保護の存在だけによって充足させられるのではなく、裁判所による権利保護は、裁判権の領域

における一連の制度的な確保のための対策が講ぜられる場合にのみ実効的に保障されることは言を俟たない。そのため基本法第一九条四項とともに、同第一〇一条乃至第一〇四条、第九二条、第九七条さらには第二〇条一項等が、そのような憲法上の安全対策の系列に属するものとして位置づけられることになる。連邦憲法裁判所が、これら一連の憲法諸規定を根拠として、公正な手続を求める権利や適切な時間の範囲内での裁判所手続の遂行、迅速な権利保護を求める権利を導き出したことは既にみたところである。

(2) 右の基本法第一九条四項が、法治国家性の基本法の表象を体现するとの理解は、今日まで憲法学説に引き継がれているとともに、同条項は、近代国家の本質と固く結び付けられた一般的な司法付与 (Justizgewährung) の原理の一部であり、それは構成要件を独自に定式化され、特別に圧縮された部分であるとの理解も一般的である。そして、この司法付与は、国家の義務且つ個人の権利として、基本的な国家の保護義務とともに、国家による権力独占、市民的平和義務及び自力救済禁止の裏面を形造っているとの認識によって支えられていると言える。以下具体的な憲法学説に焦点を当てて司法付与請求権をめぐる理論的展開を検討していくことにしたい。

先ず第一に基本法コンメンタールにおいてE・シュミット¹¹⁾アスマンは、前記民事訴訟法学説における多数説と同様に、司法付与の基礎を基本法の個々の規定にはなくて、法治国家原理それ自体に見出し、これと並んで実体的基本権が裁判で争われている法関係に作用ないし影響を及ぼしうる限りでは、この基本権に直接関係づけられるいわゆる権利保護請求権がその基礎として考慮に入れられるとの解釈を提示している。そしてシュミット¹¹⁾アスマンの理解に依れば、国家の司法付与義務に、誰にでも当然与えられる司法付与請求権が相応し、それはなかならず訴訟手続法律によって予め指示された枠内で満たされるものである。つまり、この請求権は、憲法異議という手段で以て広範囲にわたって追求されうるものではないのである。ただ、それは、その有する基本権に相通じる領

域や特別に補強された、側面を援護する制度（基本法第一〇一条一項二文、第一〇三条一項）の中では追求しうるものとして位置づけられている。ここにおいては彼が想定する一般的な司法付与義務と、この義務を特別な形で体现する基本法第一九条四項の定める出訴の自由とが一応区別された形で説明されている点は注目されるが、前者の一般的な司法付与義務の密度と範囲については、その正確な確定が為されてはいない。けれども、全体としてみるならば、今日、両者はその要求内容の点では遠く隔たつてはいないようである。⁽¹²⁾

(3) 続いて第二にH・J・パピイアの所説を取り上げる。パピイアもやはり同様に、基本法の法治国家原理から、効果的な権利保護の保障が導き出されるとの連邦憲法裁判所の判例理論が、一般的な司法付与請求権を引き合いに出している点に注目している。が、パピイアにとっても、この一般的な司法付与請求権は、憲法の保障する特別の基本権から帰結されるものではない。パピイアの理解に依れば、この請求権は公権力の行為に対する基本法上の特別の権利保護の保障（第一九条四項）の存在のために、本質的には民事法上の争訟に關してのみ独自の意義を確保している。このように基本法第一九条四項に基づく形式的あるいは手続的基本権は、公権力の行為に對してのみ市民の権利保護を保障しているのであり、また、同法第一〇一条以下が規定する特別の司法基本権（Justizgrundrechte）も、一般的な司法保障（Justizgarantie）を内容とするものではない。⁽¹³⁾

けれども、国家の権利保護の保障は、基本法の拠って立つ法治国家原理に内在するものであり、前述のように国家の権力独占や市民の犠牲においての自力救済禁止、原理的な平和義務に對する「理め合わせ」としての意味付けを与えられる。そこでパピイアの理解においても、効果的な権利保護の憲法上の包括的な保障としての一般的な司法付与請求権は、基本法上の法治国家原理に内在する権利として把握され、この点は連邦憲法裁判所の判例理論や憲法学説の多数説的見解と軌を一にしている。

ところで、パピイアの説くところに依れば、基本法によって本質的に規定された法治国家理念は、裁判権力による争訟の裁定と司法付与とに不可分に結び付けられている。そして、このことは基本法第二〇条二項という権力分立原則を定める一般的規定から帰結されるだけでなく、なかんずく同法第九二条の明確な規律からもまた帰結される。すなわち、後者の基本法規定は、裁判官のための裁判の独占を基礎づけ、また裁判権の行使についての裁判官の無制限の管轄権は、実質的に理解されるべき裁判の概念と結び付いて、一般的な権利保護の保障もまた基本法の法治国家的システムにおいては、裁判所による保護の保障であることを明らかにするものである。したがって、一般的な司法付与請求権とは、その歴史的な展開並びに基本法上の法治国家概念を特徴づける第九二条以下の規定するところに基づくならば、紛れもなく裁判所による保護請求権（Gerichtsschutzanspruch）である¹⁴。しかも、このような一般的な法治国家的司法付与義務は、裁判官による権利保護へのアクセス性（Zugänglichkeit）とその実効性にも関わり、この意味での司法付与は裁判官による権利保護を意味する。それ故、司法付与請求権は、その担い手が基本法第九七・九八条の要求に合致するところの裁判権力による権利保護及び争訟の裁定を志向しており、それに応じて裁判官の独立は、国家の司法付与という法治国家的義務の不可欠の構成要素であるということになる¹⁵。

なお、パピイアの理解に依れば、前記ヨーロッパ人権規約第六条一項の規定は、一般的な法的手段の保障を含むものではなくて、その時々々の国内の法秩序の中で想定されている民事及び刑事事件における裁判所の手続に関して最小限の水準のみを保障したものと捉えられている¹⁶。

(4) 最後に比較的近時に第二版が公刊されたベンダ・マイフォーファー・フォーゲル編の「憲法ハンドブック」に目を向けてみたい。同書においてW・ハイデは、効果的な権利保護の包括的な憲法的保障としての一般的な司法

付与請求権が、基本法の法治国家原理に内在する権利であると説示した連邦憲法裁判所の判例を、裁判所に訴える手段の保障という項目のところを取り上げているが、そこで考察の中心的な素材とされているのは、基本法第一九条四項の規定である¹⁸⁾。この規定の定める規範が法治国家原理の形成にとって原理的な意義を有し、それが保障する権利が形式上の主要基本権と呼ばれているからである。この第一九条四項において裁判による権利保護の付与を基本権として保障するということは、手続形成的な根本決定であり、このことの中に基本法の根底にある市民の国家に対する関係全体が、手続法上反映されているとの理解に至るのである。そこにおいて基本法第一九条四項は、同法第二一条一項の実体法上の完璧な個人権保障に対応して、公権力の介入による個人の権利領域の侵害に対する手続法上可能な限り完璧な裁判所による保護を付与するものとして位置づけられることになる。

また、ハイデの理解においても、第一九条四項による法的手段の保障は、原則としてその時々に応当している訴訟手続規則の枠内に限定されるが、その手続規則が処分機関を設定している限りで、市民はこのような機関すべてにおいて可能な限りの効果的な統制を求める実体的な請求権を有すると解される。そして、このような効果的な、あるいはより効果の豊かな権利保護の保障という原理そのものは、第一九条四項からだけでなく、既に法治国家原理それ自体から生ずるものであり、そのことを第一九条四項が、より特別な程度で明確に表しているに過ぎない。それ故、この原理は、その時々の手続の性質から独立して妥当するのである。こうして基本法によって保障されると解される司法付与請求権は、裁判所へのアクセスと裁判官による原則として広範な争訟の対象の事実的並びに法的審査及び拘束力のある決定を求める権利を包括する権利であると把握されることになる¹⁹⁾。その結果、連邦憲法裁判所の判例に依れば、裁判所へのアクセスを形成する法律の規定は、この請求権を不可能なものとしてはならないし、要求不可能な且つ事実上の理由からものはや正当化されない方法で、それを困難にしてもならないのである²⁰⁾。

なお、ハイデの理解においては、訴訟手続形成についての憲法上の要求は、法治国家原理や基本法の手続基本権から生ずるだけでなく、実体的基本権からもまた生ずると解されている点に注目しておきたい。⁽²¹⁾

(5) 以上のようにドイツの憲法学説においては、基本法の根底に存すると解される法治国家原理が、憲法解釈においても重要な地位を占め、この原理を個別的に具体化する基本法第一九条四項の規定のような形で、つまり個別の手続保障領域についての規律を特別の規定形式で表示しているものと解するという基本的な理論構成が為されている。そして、司法付与請求権なる権利は、憲法上の明文規定によって保障される権利として構成されるのではなく、基本法の標榜する法治国家原理から演繹的に導き出された権利として構成され、且つその侵害が憲法異議の提起の根拠となりうる点にドイツの憲法学説並びに連邦憲法裁判所の判例理論の特徴があると言える。その点、ドイツにおいても基本的に憲法上の明文規定による根拠づけのない司法付与請求権の觀念を、制定法主義的思考傾向の強い日本においてもそのまま受け容れられるとは考え難い。しかし、その理論枠組は、同じく法治主義を採用する日本国憲法の解釈理論においても、これを採り入れる余地は十分あると考えられる。司法の役割を国民の権利保護にあるとする基本的認識は、ドイツ、日本双方の国において共通の認識であるからである。右の觀念如何の問題点については、既に見たように民事訴訟法学説において個別問題の検討を通じて徐々に精緻な理論構成が為されつつあるところであり、日本の憲法学説にとっても重要な課題であることに変わりはない。前記裁判を受ける権利の憲法理論上の再構成の問題とともに、今後の理論の積み重ねが要請されることである。

さて、これまで司法権の觀念をめぐる国内法領域における問題として、裁判を受ける権利と司法付与請求権の問題を取り上げたが、裁判所による権利保護の問題は、国際法の領域でも近時ヨーロッパを中心に憲法、国際法にまたがる問題として活発な論議を呼んでいる。いわゆる基本権の国際的保障の可能性如何の問題がそれである。次節

においては、この問題につきドイツ憲法学の理論的対応を主たる素材として検討を加えていくこととする。

論 (1) フリッツ・パウアー (鈴木正裕訳) 「ドイツ法における審尋請求権の発展」神戸法学雑誌第一八巻第三・四合併号 (一九六九)

五二九頁参照。

(2) ハッラー・前掲論文五三〇頁参照。

(3) Stein-Jonas Kommentar Zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl. (1984), S. 131ff.

(4) ハッラーは、権利保護請求権を訴訟当事者にとって有利な判決を求める請求権、「司法行為請求権」をたんに権利保護を許容するだけで、将来なされる裁判の内容とは関係をもたない請求権と定義している。ハッラー・前掲論文五二九頁参照。

(5) G. Lüke, A. Walchshöfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band I (1992), S. 5 (Lüke).

(6) Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, a. a. O. S. 21.

(7) なお、中野貞一郎「憲法と民事訴訟法——ゲルホルツ・リュケ教授の所説に即して」中野・石川編・民事手続法の改革 (一九九五) 七頁参照。

(8) K.-H. Schwab/P. Gottwald, Verfassung und Zivilprozess, in: W. J. Habscheid (Hrsg.), Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmäßige Ordnung (1983).

(9) Rosenberg = Schwab = Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl. (1993), S. 6 ff.

(10) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl. (1984), S. 839.

(11) Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 19 Abs. IV, Rdnr. 16 (Eberhard Schmidt-Alsmann).

(12) Maunz-Dürig, a. a. O. Rdnr. 17 (Schmidt-Alsmann), 49 Rdnr. 23 を参照。

(13) J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Freiheitsrechte

- (1989), S. 1222 (Hans-Jürgen Papier).
- (14) Isensee/Kirchhof, a. a. O. S. 1225.
- (15) Isensee/Kirchhof, a. a. O. S. 1224-1225.
- (16) Isensee/Kirchhof, a. a. O. S. 1225.
- (17) BVerfGE 54, 277(291), 53, 115(127).
- (18) E. Benda, W. Maihofer, Hans-Jochen Vogel (Hrsg.) Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. (1995), S. 1601 ff. (Wolfgang Heyde).
- (19) Benda/Maihofer/Vogel, a. a. O. S. 1603.
- (20) BVerfGE 85, 337(345).
- (21) Benda/Maihofer/Vogel, a. a. O. S. 1604.