

# 「司法権の観念」論（再続）（十一）

## ——司法の機能の原点に立返って——

宇都宮 純 一

### 目 次

はじめに

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—

日本国憲法における裁判を受ける権利

(一) 制定過程概観（以上第二三卷第一号）

(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（以上第二三卷第三号）

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（以上第二三卷第四号）

### 三 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—

#### 一 序

—ヨーロッパにおける基本権保障の展開と基本権の国

際的保障の契機—

(一) ヨーロッパにおける基本権史概観

(二) 基本権としての手続保障の展開

(三) 基本権の国際的保障の契機

—人権の国際化をめぐって—

二 ヨーロッパにおける基本権の国際的保障の系譜と形態

—EMRKを中心に—

(一) ヨーロッパ人権規約の成立

(二) ヨーロッパ社会憲章の成立

(三) 世界的次元における基本権保障の展開

—国際人権規約—

三 基本権の国際的保障の実効性とその限界

— 国際的保障の課題をめぐって —

(一) 憲法秩序における国際人権条約の地位

(i) 国際人権法と憲法的保護の關係

— 国際法と憲法秩序 —

(ii) 憲法秩序における国際人権条約の地位

— 比較法的素描 —

(二) 基本権の国際的保障における司法の役割

(i) ドイツ連邦憲法裁判所とヨーロッパ人權規約

(ii) ドイツ法における国際法友好性の原則

(以上第二四卷第三号)

(iii) ヨーロッパ人權規約と民事手続

(以上第二五卷第一号)

(iv) 基本権の国際的保障の限界と課題

(以上第二五卷第三号)

(v) 基本権の国際的保障と司法権—小括—

(以上第二六卷第一号)

四 基本権の司法的救済

— 行政訴訟制度の課題に即して —

一 序—救済・権利保護・司法改革

(一) 英米法における救済とドイツ法における効果的な権利

保護の保障

(i) 英米法における救済

(定数訴訟における司法的救済措置)

(ii) ドイツ法における効果的な権利保護の保障

(二) 司法改革論議における行政事件訴訟制度

— 日本とドイツ

(i) 司法制度改革審議会における論点と行政事件訴訟制

度の改革構想

(ii) ドイツ連邦司法省による司法改革構想

(「刑事訴訟手続の改革、裁判所の独立強化等」)

(iii) 「市民(国民)のための司法改革」と基本権の司法

的救済(以上第二七卷第一号)

二 ドイツ基本法第一九条四項論—第一九条四項(Rechtsweg

保障)に基づく権利保護をめぐって—

(一) 序説—法治国家秩序と権利保護

(二) 第一九条四項の構成と保障内容(2)まで第二七卷第四

号、(8)まで第二八卷第二号、(2)まで本号)

(三) 第一九条四項の保障機能—行政訴訟制度との関連にお

いて—

四 第一九条四項の保障のバースベクタイプ—ヨーロッパ

(共同体)法との関連において—

三 行政(事件)訴訟における基本権の役割

四 ドイツにおける行政裁判所による規範統制訴訟

— ドイツ行政裁判所法第四七条論

五 憲法と司法過程—憲法学における司法過程論の試み—

#### 四 基本権の司法的救済

— 行政訴訟制度の課題に即して —

二 ドイツ基本法第一九条四項論—第一九条四項（Rechtsweg保障）に基づく権利保護をめぐる—

(二) 第一九条四項の構成と保障内容（承前）

(9) 以上ここまでは、基本法第一九条四項の個人権保護を求める基本権としての側面、すなわち個人権保護の保障ないし個人の主観的権利保護の側面に焦点をあててドイツの解釈学説を検討してきた。が、周知のように、今日のドイツの公法学とりわけK・ヘッセ、K・シュテルン、E・W・ベッケンフェルデにみられるように憲法学説にあつては、憲法の保障する基本権に二つの側面を認めて、主観的権利としての基本権と並列させて、「基本権の客観的側面」すなわち「法のすべての領域に妥当する客観的原則規範及び価値決定」について考察を加えることが、一般的な基本権理解ないし解釈態度となつている。このうちベッケンフェルデに依れば、この基本権の二重の側面は基本権解釈の共通の基盤となつているとともに、この二重構造にドイツの基本権理解の中心に位置する未解決の問題があるという。<sup>(49)</sup> ベッケンフェルデの主たる問題関心は、基本法制定後四〇年を経過して基本権解釈は正しい道を行くのかという点にあるが、本稿では、この論点には立ち入らない。ただ、右の基本権解釈の基本的姿勢は、基本法第一九条四項の理解にあつても例外なくあてはまる。

すなわち既にもてきたように、ドイツの憲法学説は第一九条四項の注釈に際して、その保障内容ないし保障次元を、個人権保護を求める基本権としての第一九条四項とは別に、さらに客観的価値決定としてのそれ、そして制度

的保障としてのその三つの次元に分類して、それぞれの次元について解釈を展開している。

(10) ここで基本法第一九条の第二の次元、すなわちベッケンフェルデのいう「基本権の客観的原則規範及び価値決定としての性格づけ」について考察するにあたり、先ず今一度以下の点を確認しておきたい。

第一九条四項は二つの保障の層をもつと捉えられた。すなわち、国家の裁判所による保護へのアクセスと効果的な裁判所の手続（権利保護の実効性）の保障、この二つの保障である。<sup>(50)</sup>したがって個人にとって、国家の裁判所への出訴の途が開かれていなければならず、このことは、基本法第九二条及び第九七条の要求に応ずる裁判所に対して、申請で以て権利侵害の存在に関して最終的且つ執行可能な決定を受け取るために訴訟を提起するという効果的な可能性を意味する。そして連邦憲法裁判所の判例に依れば、第一九条四項は原則として前記「完全無欠の権利保護」を保証するものであるから、<sup>(51)</sup>裁判所への出訴の途の完全な排除は、憲法的保障の核心に触れることになる。また、前記フーバーに依れば、第一九条四項は、第一に公権力によって「関係された」権利の完全性（不可侵性）が狙いとされる。すなわち、それは裁判所によって貫徹可能な不作為及び（結果）排除要求という形で第一次的権利保護（Primärrechtsschutz）に向けられているという。<sup>(52)</sup>同条項は原則として第一次的権利保護を要求するのであり、そのため個人は問題の（疑わしい）国家の措置を、それによって引き起こされた権利侵害の破棄及び排除を達成する目的で（再）審査に付する機会を受け取らなければならない。その反面、個人に権利侵害の防御（拒絶）の代わりに、金銭での損害の埋め合せを指示する単なる第二次的権利保護（Sekundärrechtsschutz）は、連邦憲法裁判所の判例に依れば、常に憲法上の要求を満たすわけではない。<sup>(53)</sup>同裁判所は説示する、それに応じて、所轄裁判所は、主張されている権利侵害を場合によっては防ぎ、あるいは排除するために十分な決定権限を持たなければならない。<sup>(54)</sup>

(11) これらの与件は、企画構成する立法者及び手続法を適用する裁判官を拘束するだけでなく、前述のごとく行

政手続において模範となる作用をも發揮する。個人の主観的権利に關係する官庁の手続は、それが裁判所による権利保護の獲得を挫折させ、無に帰せしめたり、あるいは要求しえないほどに困難にするように設定されてはならない。それゆえ、たとえば規制的外作用を有する国家の行為の告知は、法治国家の基本的な要請（原則）であるばかりでなく、<sup>(55)</sup>憲法上の権利保護保障の具体的な放出である。そこで連邦憲法裁判所の判例に依れば、第十九条四項は具体的に以下のことを要求することになる。すなわち、個人は、そのような通報がなければ、いかなる裁判所による権利保護も要求することができなかつたであらうという場合には、原則として個人の主観的な権利を侵害する官庁の措置について通報される、ということ<sup>(56)</sup>を要求する。全く同様に、権利保護の開設の実効性（Wirksamkeit）は、常に潜在的に権利を侵害する国家の行為の理由が告知せられるということにかかっているということにならう。

一方、あらゆる基本権と同じように、基本法第十九条四項によって保障される裁判所へのアクセス（Zugang）もまた限界のないものではない。と言うよりはむしろ、出訴の途の保障は、いわゆる留保のない基本権として憲法の全体構造の中へ組み入れられており、したがって他の憲法的財の保護のために一定の比率（比例原則）による制限に従う。それで以て第十九条四項は結果において最大限の権利保護ではなくて、シュミット・アスマンのいう「調和のとれた権利保護」を供与する。この点は前述したところである。ここで基本権としての権利保護要求に対峙することのできる憲法級の権利財として看做されるのは、たとえば安定した調達關係に依存するところの行政の職務能力、並びに成功した入札者のための基本権としての信頼保護などであらうとされる。尤も、形式的法律の一般的な諸原則に基づく制限に関しては、裁判所へのアクセスが、要求しえない且つ実質的理由によって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原則が働くことは当然である。

(12) 右の裁判所へのアクセスは、行政裁判所の一般条項（ドイツ行政裁判所法第四〇条、第四二条等）の関わる

場面では問題とならなくなつてきていることから、憲法上の権利保護保障を考察するに際しては、今日、裁判所の手続の事実上の実効性の問題が前面に出て中心的課題となつているといわれる。<sup>(57)</sup>この権利保護の実効性の原則がオットー・バツホフの論評にさかのぼること、それが長い間、連邦憲法裁判所の判例を規定し教導していることは既に述べたところである。ここでは前述のごとく権利を侵害されたと判断する個人は、第一九条四項から実際に効果的な権利保護を求める憲法上の請求権を有すると説示された。周知のように効果的な裁判所の手続という観念は多種多様であるが、オリバー・デルに依れば、連邦憲法裁判所の裁判例から以下の三つの推論を取り出すことができるという。<sup>(58)</sup>

すなわち、先ず第一九条四項は、事實的及び法的な観点からの裁判所による原則として事情の完全な審査を保証する。したがつて裁判官には、憲法に基づいて適用可能な規範の法適合性、事情及び官庁の決定の法的検討を包括する広範な審査任務が与えられる。尤も、裁判所の審査密度ないし統制密度(Kontrollichte)には、法律上の行為基準の等級を付けられた規範性によつて、並びに「裁判の機能的限界」を考慮して限界が引かれうる。<sup>(59)</sup>

次に効果的な権利保護とは、なかんずく適時の(時宜を得た)権利保護である。この点も前述したところである。これには先ず第一に第一九条四項によつて保障される適切相應な手続期間の保障が含まれるが、適切さの決定は、個々のケースの状況に基づいて初めて為されうる。他方、適時の権利保護の原則(要請)は、個人に彼の有する権利にとつて後戻りできない結果が迫つてゐる事態においては、仮の暫定的な権利保護を与えることを要求する。それゆゑ個人には、裁判所が国家の行為の法適合性について判断を下さない間は、個人の犠牲において行政が既成事実を作ることを阻む実効的な可能性が与えられなければならない、とされる。

そして最後に、第一九条四項は、主要な点において裁判官の拘束力のある決定を保障し、その決定は裁判所が権

利侵害を確認している限りでは、この侵害を効果的に取り除くのに適したものでなければならぬ。それゆえ純粹な確認判決は、金銭での損害の埋め合せと同様に通例十分ではない。尤も、その点でも憲法上の権利保護請求権は、憲法的地位を有する公共の福祉という理由に基づく制限を受ける、とされる。

以上のことを与件として前提し、第一九条四項の第二の次元の考察に進んでいくことにする。

(13) さて、繰り返し述べれば、基本法第一九条四項の主要内容は出訴の途の保障（権利保護保障ないし裁判所による（権利）保護の保障）であるが、たとえばシュミット・アスマンが指摘するように、この保障は三つの次元、すなわち主観的権利として、客観的な価値決定として、そして制度的保障として展開し、発揮される。

本款冒頭でも指摘したように、第一九条四項は基本法上の唯一の権利保護の保障ではなく、基本法第一四条三項第四段、第三四条第三段の特別の出訴の途の保障、第九三条に基づく憲法裁判所の権限（とりわけ一項四 a 号）及び第一〇〇条において前提とされている裁判官の審査権と結合して、第一九条四項は基本法上の法治国家像の特徴であるところの、かの「裁判所によって型押しされた権力分立の構造」を決定しているとされる。すなわち、ローマン・ヘルツォークに依れば、基本法のいわゆる「出訴の途の国家 (Rechtswegestat)」における裁判所は、行政部に対してほとんど無制限の権限を有する。この第三権力の他の二つの権力、とりわけ執行権力に対する際立った統制権限が、確かにそれを通じて基本法の権力分立が他の西側憲法秩序と根本的に相違するところの特殊性の一つである。<sup>(6)</sup> 立法部の統制、そして特に行政部の統制に関しては、裁判所に中心的機能が割り当てられているわけである（『裁判所中心の権力分立』観（山本隆司）。国家機能の全体の構造は、まさに「きめ細かに念入りに釣り合わせること (Feinfarung)」の一要素としての司法の制度の中で交差させ、相互に影響を及ぼし、補足することという分業の体系となるであろう。尤も、この体系のバランスを保つために、第一九条四項の特殊性から目を離しては

ならないであろう。というのは、裁判所は唯一単独の統制機関ではなくて、立法部の、行政部の、そして社会の統制によつて、その側面を援護されているからである。個々の点についてシュミットーアスマンは以下の三点を指摘する。すなわち、裁判所は普遍的な統制機関ではないこと、全面的な統制ではなくて法的統制であること、第一九条四項からは、いかなる legalization 原則（要請）も導き出されないこと、以上の三点である。<sup>(6)</sup>

(14) 先ず第一九条四項は、裁判所を多面的な普遍的統制機関にするものではない。裁判所は万能の存在ではない。出訴の途の保障は、主観的権利という観点から思考している。このような発端からして、個人の主観的権利に関わらないがゆえに統制にアクセスしえないものは、依然として統制から免れたままである。このような個人権保護と包括的な統制の観念との間の断絶は、第一九条四項にあつてはあらゆる点で見られる。

シュミットーアスマンは右のような理解の上に立つて、裁判所にとつて追加の客観的な統制任務は第一九条四項から導き出されないとする。尤もシュミットーアスマンが個人権保護の供与を通じて客観的な権利保護及び統制をも履行していることを否定していないことは既に述べたところである。ただ、シュミットーアスマンにとつて、たとえば第一九条四項を第九三条と合わせて見るということからも、他のものは何も生じない。と言うよりむしろ第九三条は、司法の統制活動の特色を、その方法で、すなわち「列挙原理(Enumerationsprinzip)」を踏まえて明瞭に際立たせているのである。前述のごとく第一九条四項は「できるだけ完全無欠な」権利保護を保障するといわれるとき、この定式で以て、できるだけ完全無欠な個人権保護以下のことも、それ以上のこともそこでいわれていないし、完全無欠の権利保護一般あるいは完全無欠な行政統制のごときがいわれているわけではない。(憲法構造の中で)さまざまの体系思想がつなぎ合わされているが、それらの体系思想は、この結びつきの中にあつてその特殊性を放棄しているわけではない。

第二に、第一九条四項は、裁判所にとって、他の諸権力の全面的な統制を任務とするのではなくて、基準に基づき、法的手段を用いた統制をその任務とするものである。それゆえ経済性（ないし効率性）審査、目的適合性審査及び政治的な適切さという尺度は、保護任務の中には入らない。そして、それらの尺度は、法外的な比例（原則）統制あるいは比較考量統制によって、その任務の中に秘かに送り込まれてもいけない。それは、議会の作成する法律に中心的な役割を割り当てている。<sup>(62)</sup>

第三に、個人の国家に対する関係がその中に埋め込まれているところの法秩序の存在が、第一九条四項によって前提されている。先ず最初に「規範的な基本秩序」としての憲法自身が、次にそれと共に種々の法律の留保が、そして最後に前二者と共に、及びそれらを越えて発せられる法律が、権利保護が広がりうるということに配慮する。ただ、第一九条四項からはそれ特有の法化原則（要請）（Verrechtlichungsgebot）あるいはそれどころかそれ特有の包括的な法律の留保でさえも取り出すことはできない。シュミットーアスマンは、練り上げられた憲法ドグマティックを目のあたりにすれば、そのような構造がなければ権利保障は空虚なものになるかもしれないという危険は、立法者が将来無為に陥る場合ですら存在しないであろうという。シュミットーアスマンには、権利保護が今日、過大な、それに加えて適切に調整されていない諸規範によって、あるいはそれよりむしろ法的基準の欠如によって危うくされているという認識があり、法化原則（要請）を第一九条四項に帰することは、誤った「脱区別（Entdifferenzierung）」を助長すると思指す。それによって多くの制度に、それ本来の適用領域を越えて、できる限り多くの追加任務が負わせられる結果となり、それによってはわずかなものしか獲得されないし、しかし多くのものが失われると説く。一つの制度のその時々の特有のものが失われることになってしまふのである。シュミットーアスマンの理解では、憲法は、その特別の制度の相互作用（チームワーク）で「生計を立てている」のである。<sup>(63)</sup>

(15) 右にみたシュミット・アスマンの理解のように、第一九条四項が個人の権利保護を越えて客観的な価値決定をも含んでいるとすれば、同条項は価値を決定している原則であり、あるいはアレクシーのいう効率を最大限に高めることを必要とする原理規範と捉えられる。<sup>(65)</sup> そのようなものとして第一九条四項は、その指示するところが先ず第一に立法者に向けられるが、しかし、それ以外の国家作用にとつても重要なものでありうる。このように第一九条四項の示す基本決定は、立法の任務に関わる。前記D・ローレンツに依れば、基本決定としての第一九条四項によって、その原理的意味として、必要とされる権利保護を用意すること、すなわち、それに基づいて公権力の側の権利侵害に対する個人の効果的な保護が可能であり、また組織的及び人的な事前の措置によって側面を援護されたところの規範的な諸前提、これを創立することを義務づけられる立法者が第一に持ち出されることになる。<sup>(66)</sup> 以上のことは、現行の権利保護の装置を拡張する際に、そして「標準以下の規模(大きさ)の禁止(Untermaßverbot)」を決定するに際して、公権力に対する裁判所による権利保護の初めての形成が問題となつているところでは有用なものとなりうる。

それでは、客観的な価値決定としての第一九条四項が先ず第一に立法者に向けられているとすれば、そこで立法者が、公権力に対する裁判所による権利保護を形作っていく(それが初めてのものであれ、既存の現行制度を拡張するのであれ)に際して、考慮ないし依拠されるべき原則は何か。それは既に何度か言及してきた二つの原則、すなわち、その一つは、シュミット・アスマンのいう調和のとれた権利保護であり、今一つは、連邦憲法裁判所が説示してきた効果的な権利保護である。ここで、この二つの原則をそれらが、立法者の行う「裁判所による権利保護」の設計への作用という観点から、前記フーバーの注釈に依りながら再論し、再確認しておきたい。

(16) 先ず調和のとれた権利保護について。

憲法上の権利保護の保障は、絶対的に通用するものではないし、また他の憲法原理を斟酌することなしに通用するものでもない。<sup>(67)</sup> 憲法は、そのもとであらゆる個々の保証が、他の憲法規範及び憲法原則が損なわれないように解釈されるべきところの意味の構造(sinngefüge)である。権利保護を主張する者の実体的な正義、すなわち彼らの権利が毀損されないこと（不可侵性）への関心は、典型的には他の憲法上の保護財（利益）との緊張関係の中に在り、あるいは同様に、例えば他の訴訟関係者の基本権として「開方された」権利保護への期待、さらには法的安定性、法的平和、行政の行動能力等の憲法上正当と認められた保護財（利益）との緊張関係の中に在るのであるから、そこで衝突する諸々の憲法的財との間で一定の比率による調整を必要とする。<sup>(68)</sup>

また、右のことを越えて第一九条四項は、完全無欠の権利保護だけでなく、前述のごとく時宜を得た、且つ経済的に要求しうる（相応の費用の）権利保護をめざすことによつて、既に効率を最大限高めるといふ問題（実効性の要請と個人権保護の効率を最大限に高めること）を内に持っている。連邦憲法裁判所は、この関係において、「自由の法治国家的秩序一般の諸原則」及び「第一九条四項第一段の特別の保護目的」が以下のことを要求する、すなわち法的安定性が裁判所の手続に関してもたらされるべきところにおいても、その法的安定性は、適切な期間内に成就されることを要求する、といふことについて語っている。こうした背景のもと、立法者には広い（政治的な）形成の余地が与えられて然るべきである。その際、特徴として、重要なのは「憲法の統一」に照らして常に「調和のとれた権利保護のみであつて、権利保護の関心をできるだけよく満足させることではないと説かれる。<sup>(69)</sup> 客観的な価値決定の一内容を成す調和のとれた権利保護という原則は、立法者に裁判手続の形成の上で広い裁量の余地を認めることとなる。

## (17) 次に効果的な権利保護について。

右にみた立法者の形成の自由は、その限界を効果的な権利保護の要求に見出す。それゆえ前述のごとく、裁判所へのアクセス及びその事件における裁判所の判断、決定へのアクセスは、一憲法直属の制約は留保して一いかなる場合にも排除されてはならないし、事実上妨げられず、もはや要求しえない、且つ実質的理由によって正当化することのできない方法で、困難にされてはならない。この点は、連邦憲法裁判所が説示してきたところであり、また、立法者が、いわゆる「標準以下の規模（大きさ）の禁止」の枠内で、あらゆる場合に守らなければならない第一九条四項の「本質内容」の特徴をよく表しているという。この場合、たとえ原則として一基本権的な保護義務と比肩しうる一客観的な義務が問題となつているときであっても、個人はその履行を要求する権利を有するとされる。<sup>(17)</sup>

ここでフーバーは、裁判所へのアクセスの具体的内容を効果的な権利保護という原則に則して形成することを、国家（ここでは立法者）の客観法上の保護義務として解釈、構成し、そして、この国家の保護義務に対応した形で個人の請求権、すなわち、この国家の保護義務の履行を国家に対して要求する権利が措定され、承認されているわけである。また、このような解釈は連邦憲法裁判所によつても同様に展開されている。<sup>(18)</sup>このように効果的な権利保護を実現するという形での国家の保護義務の履行請求権が、第一九条四項の「本質内容」の一要素として導き出されている点が注目される。

(18) 最後に、前述の基本法第一九条四項の第三の次元、すなわち制度的保障としての第一九条四項、いわば組織法的局面に焦点をあてて検討していくことにしたい。ここでも先ず前記シュミット・アスマンの注釈を取り上げて、これを主たる道しるべとして考察を進めていくことにする。

さて、第一九条四項は、権利保護の任務を遂行することのできる裁判権（出訴の途）の制度的保障を含んでい

ると解釈されるが、同条項は、どの裁判権がそれであるべきかについて述べるところがない。この点が先ず特徴として挙げられる。

第一九条四項は、前述のごとく国家に客観法上、個人権保護の提供を義務づけ、この権利保護の任務を果たすことのできる裁判権を差し出すことを義務づけていると解され、さらに言えば、主観的な個人権保護の保障の次元を越えて、効果的な権利保護を提供することのできる裁判権の制度的保障、すなわち人が公権力による権利侵害に対して訴えを提起することのできる裁判権の制度的保障を含んでいると解されるが、同条項第一段は、特定の裁判権を保障するという形をとっていない。右のように裁判権の制度的保障を含むという点では、同条項は基本法第二〇条二項、第九二条及び九五条の組織法的規定を補っていると言える。そうすると前記クレプスが指摘しているように、第一九条四項第一段が、裁判権への出訴の途を開設しているのではなく、それに相応する形で訴訟法上の規定、例えば裁判所構成法第一三条、行政裁判所法第四〇条一項、第五一条等が出訴の途を開設していることにな<sup>(72)</sup>る。このように第一九条四項は、裁判所の徴表（メルクマール）や特性に対する詳細な要求について述べておらず、それは基本法第九二条以下の裁判所の組織法的規定等から導き出されるのである。すなわち、第一九条四項は、どのような裁判権において（民事あるいは刑事裁判権、一般的あるいは特別の行政裁判権か）、どのような手続で権利保護が供与されるべきか、裁判官に判断を求める形式は何か（訴えの提起、裁判所の決定を求める申立て、あるいは仮の権利保護の供与を求める申立て）、訴えの種類は何か（給付、確認、形成の訴え）、単独裁判官が決定するのか、合議制の裁判所が決定するのか、そして素人裁判官も参与するののかという裁判所の割り振りのやり方についても何ら陳述していないし、また裁判所の審級も保証していない状況にあると言<sup>(73)</sup>える。そこで、シュミットーアスマンに依れば、第一九条四項の保護領域において活動する裁判所のメルクマール及び機能の仕方は、基本法上の裁

判所組織法（第九二条以下）、一般的な権利保護のスタンダード（標準的内容）及び第一九条四項の特別なスタンダードの保証に依拠して決定されることになる。第一九条四項を制度的保障として捉えることは、この保障を果たす機関の能力及び能力の限界如何の問題を包含しているのであり、また、その機関については高度の専門的な資質を永続的に保持するということが念頭におかれる。いずれにせよ憲法（基本法）上定まっているのは、第一九条四項によつて最低標準のみが固定されているということであり、この点に前記「標準以下の規模（大きさ）の禁止」原則の基礎を見出すことができる。

右のシュミット・アスマンのいう一般的な権利保護のスタンダード及び特別なスタンダード、さらに「国家の裁判所」及びその具体的種類（の抽出）については後に再度触れることにする。後者については、第一九条四項において重要なのは、いずれの場合にも「国家の裁判所」でなければならぬと説かれることによるものである。

(19) 一方、第一九条四項が「出訴の途」や裁判権について具体的内容を特定していないということから、ここでも立法者は広い形成の余地（*Gestaltungsspielraum*）を有することになる。ただ、この場合の立法者の形成の余地にも限界がないわけではない。すなわち、第一九条四項第二段において前提されている通常裁判所の存在や最低限の物的並びに人的な装備、つまり裁判官の専門的な資質という点から制限を受けるのである。<sup>(76)</sup>立法者は、このミニマムのスタンダードを越えて内容を形成することも差し支えないし、また前記パピエアに依れば、例えば裁判所の審級が第一九条によつて保証されていないという解釈の上立って、既に開設されている審級を短縮したり、上訴の許容性を特別の許可、最低限の争訟の価値あるいはその他の事実<sup>(76)</sup>に則した要求（法的问题の特別な意義、特殊な上告理由）に依らしめることも可能であると解される。いずれにせよ以上の点は、前記権利保護のスタンダードの問題と密接な関係を有するもので、裁判所の審級の問題も含めて再論する。

(20) 前述のごとく、第一九条四項の保護領域において活動する裁判所のメルクマール及び機能の仕方が、基本法上の裁判所組織法や（一般的な、及び特別な）権利保護のスタンダードの保証に基づいて決定されるとすれば、その具体的内容はいかなるものなのか、そして「国家の裁判所」として具体的にどのような裁判権ないし裁判所が措定されるのであろうか。

右のうち一般的な権利保護のスタンダードを提供するのは、シュミット・アスマンに依れば法治国家原理に内包される諸要素である。これらの諸要素は、裁判所による権利保護一般の特性を司法供与の幅全体の中で創り出しており、これらの諸要素と第一九条四項は密接な関係にあるものとして捉えられる。このような法治国家原理の諸要素に属するものとして、例えば、公正さや武器平等原則といった不文の要素と並んで、とりわけ裁判官の独立（基本法第九七条）、法的審尋の要請（原則）（同第一〇三条一項）、法律上の裁判官を請求する権利、例外裁判所の禁止（同第一〇一条一項）、並びに通常法律上の裁判所構成法及び訴訟法の中でそれらを洗練すること、といった実定憲法上明示されている要素が挙げられる。第一九条四項は、以上のような法治国家的な裁判所による権利保護にとって自明である諸要素によつて補完されるのであり、その分だけ第一九条四項は、これらの要素を保証するという負担を軽減ないし免除される、とシュミット・アスマンは理解する<sup>(7)</sup>。これらの諸要素は、すべての裁判所の部門に包括的、普遍的に妥当するという強固さを有し、またすべての裁判手続において拘束力を有するという効果を持つものであつて、これらの諸要素の第一九条四項に対する補完性ないし相補性を強調することには十分な意味がある。シュミット・アスマンに依れば、第一九条四項の解釈を、これらの諸要素との結合にとどめておくことによつて、第一九条四項の保護（保障）領域における裁判所の実務は、一般的な訴訟法理論との連帯を保持し、またその先例にとつても理解可能なものとなるし、他方において、第一九条四項は、公権力の行為に対する権利保護の特殊

性のゆえに必要とされる実効性という要素に専心しなければならぬことになる。

(21) 一方、第一九条四項の意味での裁判所による権利保護は裁判官による権利保護であり、裁判官による権利保護へのアクセスとその実効性が保証される。すなわち、第一九条四項において保障される出訴の途は、その独立と法の拘束によって特徴づけられた典型的に裁判官的な仕事の仕方での裁判官への途である。この仕事の仕方の組織的及び手続上の、そして方法論的要素は、すべての裁判所部門と同じく前述の一般的な権利保護のスタンダードによって規定される。が、シュミット・アスマンに依れば、それに加えて特に第一九条四項の保障領域における権利保護については、特別の権利保護のスタンダードが発展したとされ、その中で重要なのは以下の三つ、すなわち組織的な要素ないし特性、いわゆる裁判所の統制密度、そして特別の実効性の保障の三つである。<sup>(28)</sup> 裁判所の統制密度については別稿において取り上げており、実効性の保障についても本稿において既に触れたので、ここでは、組織的な要素、すなわち国家の裁判所による保護について考察を加えていくことにする。

基本法第一九条四項にいう出訴の途は、基本法によって拘束されたドイツの裁判所あるいは裁判官への途にすぎないと解される。すなわち第一九条四項の効果的な権利保護の保障は、原則として、憲法上の強制的な留保（第一〇条二項第二段）あるいは、超国家的な与件という留保のもとに、ドイツ連邦共和国の国家（国内）の裁判所によってのみ、つまり基本法第九二条及び第九七条の要件を満たす裁判所によってのみ実行することができる。ここで重要なものは、国家の裁判所でなければならぬという点である。ただ、基本法第二四条によって正当化された裁判権（高権）の移譲の場合にのみ国際的（国家間）制度としての裁判所がここで問題となりうる。したがって、例えばヨーロッパ人権裁判所は、第一九条四項の意味での公権力に対する個人権保護にも仕える手続の点で、基本法によって拘束されたドイツの裁判所と同等である。また、第二四条に基づく裁判所高権の移譲が存在しない限り、非ドイ

ツの裁判所による権利保護は、第一九条四項の適用領域においては排除されることになる。他方、国家に対して間接的な機関の裁判所、例えば社会的な職業身分上の代表機関は、その国家への拘束が人（事）的にも十分保証されている場合には右の要件を満たしていると解される。<sup>(79)</sup>

第一九条四項は、前述のごとく、その他の点では裁判所の割り振りに関して何も述べておらず、例えば合議制裁判所による権利保護の実行を迫られてもいないし、また素人裁判官を加えることを要求も拒絶もしていない。同様に前記パピエーアが指摘したように、裁判所の審級もまた第一九条四項によつて保証されていない。シュミットーアスマンに依れば、法治国家原理も審級を保証していない。同条項は、立法者が現行の審級を短縮することも妨げず、法律による決定は厳格な比例原則の要求に拘束されず、短縮は基本権侵害ではないと解される。<sup>(80)</sup> この点が立法者の形成の余地の問題に関することは既に言及したところである。この点、前記フーバーに依れば、第一九条四項の保障領域においては原則として、すべての審級が同格のものとして並存しており、その限りでは権利保護保障は、特定の出訴の途も、クレームをつけられた処置の性質に適合させられた手続も保証していないし、また、出訴の途の分割も許容されるのである。<sup>(81)</sup>

それでは第一九条四項にいう出訴の途として、具体的にどのような裁判権、すなわち国家の裁判権が指定されるのであろうか。

前述のごとく、制度上独立の裁判所による権利保護は、基本法第一九条四項の効果的な権利保護保障の不可欠の最低限の内容の一部とも、また立法者が常に且つ無条件に保証しなければならぬ権利保護保障の「本質的内容」の一部とも解されていない。この内容は、むしろ第一九条四項及び第二〇条二項、第九二条以下の全体的な見地から明らかになると解されており、連邦憲法裁判所も「ゾーランゲII決定」において、独立の裁判所による個人権保

護は通例要求されるにすぎないと述べ、さらに、この原則からの例外も存在しうると表明していた。<sup>(82)</sup>前記フーバーに依れば、その背後には、権利保護保障の本質は第二権力と第三権力の制度的な分離によって際立たされるのではなくて、あらゆる（推定上の）権利侵害を客観的に独立の立場からの判断を仰ぐことによつて審査されうるという可能性によつて際立たされるといふ観念が存するという。<sup>(83)</sup>このような背景のもと、通常法律によつて指示された権利保護の任務の委託も、それが立法者の排他的な自由裁量を取り去られた基礎に基づく場合には、永続性を持つ。フーバーにとつて、出訴の途の概念のもと、すべての通常法律上開設された専門裁判権の審級が、それらが公権力に対する権利保護に仕える限り、そこに含まれることは疑問の余地がない。

このような出訴の途の概念は、連邦及びブラントの次元における個人権保護に仕える憲法裁判権にも行政裁判権にも適用されると解される。憲法裁判所は、個人権保護を委託されている限りでは、第一九条四項の意味での出訴の途の一つであり、特に具体的規範統制（第一〇〇条）及び憲法訴訟願（第九三条一項4 a号）の手続がそれに該当する。このうち憲法訴訟願の権利保護が、主観的権利の全体にはなくて、常に基本権にのみ関係するということは、右の出訴の途の概念に矛盾しないと解される。<sup>(84)</sup>また、行政裁判権については、前記クレプスに依れば、第一九条四項の中に含まれる権利保護の任務の遂行に際しての主要義務は、行政裁判権がこれを担うとされる。それゆえクレプスの理解では、行政裁判権は本来の「基本権の番人 (Hüterin der Grundrechte)」でもある。<sup>(85)</sup>

(22) ところで、右に検討を加えてきた制度的保障に関連して、第一九条四項は、その第二段において通常裁判所が補充的に自由に使えなければならぬことを規定し、通常裁判所に間接的に憲法的保障の役割を割り当てている。すなわち、立法者が、公権力による権利侵害に対して何ら規制をしていない場合、現行憲法からも法律法からも権限に関する取り決めが導き出せない場合、その限りにおいて第一九条四項が直接的に通常の出訴の途を開設

し、通常裁判所の補充あるいは代用の権限を指示する。

けれども一九六〇年の行政裁判所の一般条項（行政裁判所法第四〇条一項第一段）の導入以来、この仮の規制は、確かにその実質的な意義を失ったという理解が憲法学説において一般的であり、共通の認識となつて<sup>(86)</sup>いる。さまざまの出訴の途を開設する行政裁判所の一般条項の包括的な妥当領域、そのほかの広範に作成された行政裁判権のための権限の取り決めの体系、さらにはそこに存在する権利保護のすき間を事項の点で最も近い出訴の途の拡張によつて埋める解釈原則の存在、その活用のために、第一九条四項第二段の定める通常裁判所の補充の受け入れ管轄権限の実質的意義は小さい。この意義は、公権力の行為に対して憲法訴訟願の手續が自由に使えることを考慮すると、さらに小さくなり、通常裁判所の出番はなくなる。

ただ、前記フーバーが指摘するように、こと行政上の出訴の途は、これを憲法（基本法）制定者が見出し、第九五条一項においてその存在を認知したという事実にも拘らず、第一九条四項によつていかなる憲法上の権限の保証も受けなかつたし、同条項第二段もそのことを確認していない。右の行政裁判所法第四〇条の一般条項は、事柄にふさわしく法治国家として苦勞の末、獲得されたものであるかもしれないが、しかし、その条項は憲法上要求されたものではない。その限りでは、確かに第一九条四項は、行政上の権利保護を保証してはいるが、しかし行政裁判所による保護を保証してはいないのである。<sup>(87)</sup>

なお、第一九条四項第二段の意味の通常裁判権の概念のもとに、一般的には民事裁判権並びに刑事裁判権を理解することができる。そしてさらに詳細な割り当ては、前述の「事項の近さの基準」に従つて行われることになる。<sup>(88)</sup>

さて、右のように、基本法第一九条四項は、行政裁判所による保護を保証していないと解されるものの、前述のごとくクレプスの理解に依れば、第一九条四項の中に含まれる権利保護の任務の遂行を主として担うのは行政裁判

権であり、その意味で行政裁判権は、本来の「基本権の番人」と捉えられている。そこで以下では、本章の副題に即して、行政裁判所、行政訴訟制度と第一九条四項との関連を主として念頭に置いて、基本権の司法的救済に関する考察を進めていくこととする。

## 〔註〕

- (49) Ernst-Wolfgang Bockenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz (1990), S. 9 f. ders. Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders. Staat, Verfassung, Demokratie (1991), S. 159 f. E. W. ベッケンフェルデ・初宿正典編訳・現代国家と憲法・自由・民主制（一九九九）所収「基本法制定四〇周年をえた基本権解釈の現在」（鈴木秀美訳）三四五頁参照。
- (50) Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig, a. a. O. Rdnr. 229.
- (51) BVerfGE 96, 27 (39), 101, 106 (122 f), 101, 397 (407).
- (52) P. M. Huber, in: Mangolt/Klein/Starck, a. a. O. Rdnr. 459.
- (53) BVerfGE, in: NJW 1990, S. 501.
- (54) BVerfGE 101, 106 (123), NJW 1990, S. 501. 参考 W. Erbgaath, W. Höfling, R. Streinz, A. Epiney, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, in: VVDStRL 61 (2002), S. 221ff.
- (55) Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig, a. a. O. Rdnr. 250.
- (56) BVerfGE 100, 313 (364), NJW 1990, S. 501.
- (57) Oliver Dörr, Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluß von Art. 19 Abs. 4 GG, in: DÖV 54. Jg. Heft 24 (2001), S. 1021.
- (58) Dörr, a. a. O. S. 1021.
- (59) Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig, a. a. O. Rdnr. 180 ff. 宇都宮「裁判所による行政統制・覚え書―行政の統制密度と『法

「治国家原理」一「愛媛法学会雑誌第二十八卷第三・四号（二〇二二）二五頁以下参照。

(60) Roman Herzog, in: Maunz/Dürig, a. a. O. Art. 20. Abs. V, Rdnr. 59.

(61) Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig, a. a. O. Rdnr. 11-13.

(62) シュミット・アスマンに依れば、権限を区分する力（オッセンビュール）は、法律上の構成要件メルクマールを単に追体験しつつ理解することに終わらない。法学的方法論が示しているように、分業的に引き受けられるべき国家権力の任務は、法をより極度に綿密なものに作り上げることにある。それらの任務は司法にとつては、とりわけ法律上の最終的な計画（目的）にあつては、法律の統合、間隙の充填及び目標の具体化による法発展をも包摂している。丁度、執行権には逆に、規範的に容認された裁量及び形成の授権の枠の中で、それらの側で法発展の独自の領域が割り当てられるように。シュミット・アスマンにとつて、第一九条四項に従つての法との司法的な交わりにとつて、その交わりが実際の裁判官の法認識すなわち判決の規則に従つて行われるところが決定的である。Schmidt-Abmann, a. a. O. Rdnr. 12. und 180, 185.

(63) Schmidt-Abmann, a. a. O. Rdnr. 13.

(64) BVerfGE 58, 1, 40.

(65) Robert Alexy, Theorie der Grundrechte (1994), S. 117 ff.

(66) Dieter Lorenz, Die Verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG. für das Verwaltungsprozessrecht, a. a. O. S. 145.

(67) BVerfGE 60, 253, 267.

(68) Huber, in: Mangoldt/Klein/Starck, a. a. O. Rdnr. 388. この比較考量の論理的首尾一貫性の欠如について指摘するものとして、Böckenförde, a. a. O. S. 53. ベッケンフェルデ・初宿正典編訳・前掲書三七〇―三七二頁参照。ベッケンフェルデは、「客観法的基本権内容と比例原則の關係」を論じるなかで、法のすべての領域へと作用する基本権の客観法的内容の適用は、必然的に、比較衡量の基礎としての比例原則の適用を含蓄すると指摘する。というのは「客観的原則規範としての基本権」は、内容的に必

すしも同一方向でない自由と保護の方向にかかわり、さまざまな基本権の担い手に作用するため、それ自体不均衡の傾向があり、とりわけ衡量の必要がない場合には、特定の基本権内容が他の基本権内容を犠牲にして、あるいは他の基本権の担い手に向かって一方的に拡張されるのであり、それゆえ比例原則を客観法的基本権内容の適用へと組み込むことが必要不可欠であるからである。ただ、ベッケンフェルデに依れば、この場合に衡量の基準として適用される比例性は古典的比例性ではなく、適切な比例性(Angemessenheits-Verhältnismäßigkeit)であり、そこには(古典的比例性よりも)客観法的基本権の内容とその作用の強さを衡量するに際しての確固たる準拠点(fester Bezugspunkt)が欠けているのである。なお、参照、Jan Reinard Sieckmann, Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung-Das Problem der Begrenzung der Besteuerung, in: Der Staat 41, Band 2002, Heft 3, S. 385ff. Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznorm, a. a. O., S. 189ff.

(69) Huber, in: Mangolt / Klein / Starck, a. a. O. RdNr. 389, 390. なお、連邦憲法裁判所も、立法者が上訴の道すじを開設することに決した場合には、立法者は、目的適合性観念に基づいて手続進行を調整すると同様に、上訴裁判所へのアクセスを調整する広範な自由を有するべきことを認めよう。BVerfGE 54, 272, 291.

(70) Huber, in: Mangolt / Klein / Starck, a. a. O. RdNr. 391.

(71) BVerfGE 60, 253, 269, 77, 275, 284.

(72) Krebs, in: von Münch / Kunig, a. a. O. RdNr. 67, S. 1079.

(73) Hans-Jürgen Papier, in: Isensee / Kirchhof, a. a. O. § 154, RdNr. 49, 50, S. 1254 f.

(74) Schmidt-Abmann, in: Mannz / Dürig, a. a. O. RdNr. 14. この点について前記フーバーは、第一九条四項は単に個々の(権利を)侵害する処置が、何らかの裁判所の手続において審査されうるといふことを保障しているにすぎない、と述べる。Huber, in: Mangolt / Klein / Starck, a. a. O. RdNr. 455.

(75) Huber, in: Mangolt / Klein / Starck, a. a. O. RdNr. 392.

- (76) Papier, in : Isensee/Kirchhof, a. a. O. Rdnr. 50. 因みにこのような解釈は日本の訴訟法上の上告理由の制限的取扱いの合憲性如何の問題に一定の示唆を与えてくれる。
- (77) Schmidt-Abmann, in : Maunz/Dürig, a. a. O. Rdnr. 18.
- (78) Schmidt-Abmann, in : Maunz/Dürig, a. a. O. Rdnr. 173.
- (79) Schmidt-Abmann, Maunz/Dürig, a. a. O. Rdnr. 174.
- (80) Schmidt-Abmann, Maunz/Dürig, a. a. O. Rdnr. 179. ところで顧慮されるべきは恣意の禁止であり、その他の点では、法的安定性、出訴の途の明確性及び過重負担に対する裁判所の保護という観点が慎重に顧慮されなければならないという。尤も恣意の禁止との関係では、立法者が実質的な理由から個々の事件グループあるいは問題領域のための法的手段（上訴）を、さまざまに規律する場合は、この禁止は侵害されていないと解される。
- (81) Huber, in : Mangolt/Klein/Starck, a. a. O. Rdnr. 455.
- (82) BVerfGE 73, 339, 376.
- (83) Huber, in : Mangolt/Klein/Starck, a. a. O. Rdnr. 450.
- (84) Schmidt-Abmann, Maunz/Dürig, a. a. O. Rdnr. 175.
- (85) Krebs, in : von Münch/Kunig, a. a. O. Rdnr. 67.
- (86) Huber, in : Mangolt/Klein/Starck, a. a. O. Rdnr. 456.
- (87) Huber, in : Mangolt/Klein/Starck, a. a. O. Rdnr. 457.
- (88) Papier, in : Isensee/Kirchhof, a. a. O. Rdnr. 80.