

「司法権の観念」論（再続）（十三）

——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 —

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）

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—

(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

— ECHRを中心 —

(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関係

— 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権規約

(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) ヨーロッパ人権規約と民事手続

(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

度の改革構想

(ii) ドイツ連邦司法省による司法改革構想

(民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、(22)まで第二九卷第三号)

(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—(以上第三一巻第三・四号)

(四) 第一九条四項の保障のパススペクティブ—ヨーロッパ

(共同体)法との関連において、あるいは行政裁判権(所)

による権利保護のヨーロッパ化について—(以上本号)

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 —

(四) 第一九条四項の保障のバースベクティブ—ヨーロッパ (共同体) 法との関連において、あるいは行政裁判権 (所) による権利保護のヨーロッパ化について—

(1) 前款において基本法第一九条四項の保障 (保護) 領域における行政裁判権の果たす役割の重要性並びにその現代的問題性に触れたが、ここで第一九条四項の保障の将来的な地平を考察する前に、以下のようなシュミット・アスマンの指摘を確認しておくことが必要であろう。

すなわち、それは、基本法第一九条四項の保護領域と行政裁判権の作用領域との間には、同一性もなければ、憲法上どうしてもそうせざるをえない付帯 (強制的な付帯) も存在しない、との指摘であり、この点に留意しておく必要がある。実際、第一九条四項は、まさに行政裁判権という制度的保障を規範化することなく、公権力の権利侵害行為に対して全く一般的に「出訴の途」(Rechtsweg) を開設している。そして、そこで意図された権利保護という任務の一部分は、行政裁判所ではなくて、通常裁判所によって担われており、そのことは取用法や秩序違反法 (Ordnungswidrigkeitenrecht) が実例として証明しているという。さらに、それどころか、正式の法律に対しては、第一九条四項の使命を第一次的に果たしているのは、連邦憲法裁判所である。これに対して逆に、行政裁判権の活動は、機関訴訟、法律上特別に授与された訴訟権限 (行政裁判所法第四二条二項第一文節)、そして原理的な規範

統制（同四七条）においては、権利保護の保障を越えていとも説く。ただ、仔細に考察すると、第一九条四項の保護領域と行政裁判権の作用領域は、その二つの範囲が交差する。この二つの範囲は、部分的に重なる大きな領域をもち、別様に言えば、法律上の権限規則（財政裁判所法第三三条、社会裁判所法第五一条）そして行政裁判所法第四〇条一項第一文の一般条項にしたがって、基本法第一九条四項によって要求される権利保護という主要な責任が一般的及び特別の行政裁判所によって負われているのであるから、そこに歴史的に、そして通常法の次元で育まれてきたところの第一九条四項の権利保護の保障と行政裁判権のそれとの間の抱き合わせ（付帯）を確認することができるというのである。そこで、このような根拠に基づいて、まさに行政裁判権が、様式、任務の賦課（Stellung）そして手続の面で、第一九条四項の関心事に特別な方法で対応しなければならない、ということが当然の帰結として要求されることになる。

こうして、とりわけ行政上の権利保護と行政裁判権は、行政法の理念の卓越した且つ重要な発展力であり、行政法秩序の一定の力であると捉えられることになるが、この点に関して、ヨーロッパの文脈が指摘される。すなわち、ドイツ行政法のヨーロッパ化並びにヨーロッパの行政連携（Europäischen Verband）の問題がこれである⁽²⁾。ここでこの問題に関連して特に言及されるのが、EG条約第二二〇条並びに前出のヨーロッパ人権規約（条約）第六条一項（及び第一三条）であり、これら二つの規定は、権利保護と裁判所による行政統制が、EG構成国の憲法伝統及び共同体条約の基礎となる共通の法原則の現象（発露）形態であることを証明しているとされる。このことは、ルクセンブルクのヨーロッパ裁判所も指摘するところである。

(2) さて、ヨーロッパ連合は、これに加盟する構成国の一つであるドイツにおけるさまざまな法分野の動向に対して何らの権限を有するものではないが、各々の法分野の立法等によって規律されたドイツの法制度、法典は、そ

の概念、手続及び内容の点で、常にヨーロッパ連合の法体系並びに同連合の基準（値）や提案、そこからの刺激によって強く影響を受けており、また、ヨーロッパの隣接国の法発展によっても影響を受けていると言われる⁽⁴⁾。そして、こうした傾向は、さらにそのような法分野の範囲を次第に拡大しつつある。ドイツの隣国フランスでは、二五年このかた、人権を承認し、それを保護する二種類の超法律的規範が妥当しているといわれる。すなわち、一七九九年の人権宣言、第三共和制の法律によって承認された諸原則をして一九四六年憲法の前文で構成される憲法的規範と国際法上の条約、特にヨーロッパ人権規約という二つの規範である。このうちヨーロッパ人権規約は、人権に関する超法律的法源として妥当し、たとえそれが国家の法律に矛盾する規範を含んでいても、フランスの裁判所によって繰り返し適用されている一方、フランスはたびたびヨーロッパ人権裁判所によって判決を下されているという⁽⁵⁾。このような状況は、ドイツにおいても同様に見受けられる。

既に触れたように、最近のいわゆるカロリーヌ王女事件に対する判断が、ドイツの連邦憲法裁判所とストラスブルールのヨーロッパ人権裁判所の間で真向うから対立する内容となったことは記憶に新しい。事案は、ヨーロッパ人権規約第八条の規定するプライバシー、住居及び通信の尊重の解釈をめぐり、個人の人格権とプレススの自由が正面から対立した訴訟事件であったが、結果としてドイツ連邦憲法裁判所の下した結論がヨーロッパ人権裁判所によって否定されることとなった。この事件は、日本のプレスにおいても取り上げられて報道されるとともに、学説の関心も喚起し、プライバシーと報道の自由の問題を考察する際の素材、さらに共同体法における行政上の権利保護のシステムの国家法におけるそれに対する影響を検討する際の素材をも提供している⁽⁶⁾。

右のカロリーヌ王女事件において、ヨーロッパ人権裁判所は、カロリーヌ王女の私的領域の不十分な保護によって、ヨーロッパ人権規約第八条に由来する保護義務を無視したことを理由にドイツを厳しく批判したが、これによつ

てドイツの通常裁判所及び連邦憲法裁判所のいわゆるカロリーヌ判決の中で展開された、新聞雑誌の出版における写真撮影の許容性に関する比較考量の基準が不十分と判断されたことになる。ただ、決定的な境界設定の基準は、むしろ表現された人格が公の機能という点で稼動しているかどうか、そして報道の対象が一般的な利害関係の問題に関する公の議論に寄与するものであるかどうか、ということであるべきとされた。ヨーロッパ人権裁判所のカロリーヌ判決について、ドイツの学説は一般に批判的見解を表明してきたようであるが、連邦憲法裁判所判事として本事件に関わったD・グリム教授も、同判決を憲法裁判官によってしかるべく考慮されたメディアの自由確保の体系に強烈な一撃を加える威圧的な衝撃として受け止めたようである。⁽⁸⁾ 同教授は、従来、基本権にはヒエラルヒーは存在せず、連邦憲法裁判所の基本路線は、プレスの自由も人格権も、ともに私的領域の保護に属し、同等の地位を有し、そのことから二つの権利の間で比較考量が為され、それから具体的な事件においてどちらがより重大な事かということが確認されねばならない、ということが結果として生じるとし、これまで、意見の自由、プレスの自由に関してカールスルーエとストラスブルの判決の間には大きな相違は現われていない、との認識を示していた。⁽⁹⁾

(3) これに対して、ヨーロッパ人権裁判所が、本判決において、発言と写真報道に対して、従来のドイツ法よりも強く私的領域を保護するフランスモデルによって方向を定めていると捉えるR・シユテユルナー教授は、ヨーロッパの法的調和の必要性という観点から、本判決を肯定的に評価する。⁽¹⁰⁾ すなわち、ヨーロッパ人権裁判所のいわゆるカロリーヌ又王女事件判決は、ヨーロッパ全体の文脈においては、その判決が適度な方法でヨーロッパにとって必須の法的調和を導いているがゆえに、積極的にその価値を認めることができるという。

この法的調和の必要性という観点は、右のヨーロッパ人権裁判所の判決後にドイツの連邦憲法裁判所もこれに言及している。とりわけ、連邦憲法裁判所第二法廷の二〇〇四年一〇月一四日決定は、問題のドイツ法のヨーロッパ

の人権と調和させることの可能性の要点をその決定の中で繰り返し述べ、この可能性に、より確固たる憲法上の基礎を与えている。⁽¹¹⁾ すなわち、その要点とは前述の国際法友好性の原則がそれである。ヨーロッパ人権規約に関して連邦憲法的地位が欠けているという欠陥を補正することができる効果の確かな手段が、国家の法の国際法適合的解釈の中に存するとされたのである。この解釈方法は、前述のごとく、基本法に関する全体的な観点のもと、多くの規律（基本法第一条二項、九条二項、二三条から二六条、三二条そして五九条）の中に明らかになっているところの、ドイツの法秩序の国際法友好性の原則（das Prinzip der Völkerechtsfreundlichkeit）に基礎をおいているものである。この原則に基づいて、国内の規範の解釈には、これが国際法の基準に内容的に適合させられ、そのようにしてドイツ連邦共和国の国際法上の責任が避けられるところの優位性がふさわしいと判断されることになる。そして、この原則のもと、基本法の規範もまた、国際法適合的解釈の要請（原則）に支配されるところの国家の法の規律の一部とされるのである。⁽¹²⁾

右の二〇〇四年一〇月の連邦憲法裁判所の決定は、メディア法に関わる訴訟事案に対するものではなかったが、カロリーヌ王女事件判決を例に挙げて、ヨーロッパ人権裁判所の拘束的作用に関して決定を下したもので、連邦憲法裁判所が、先のカロリーヌ王女事件判決を批判的に受容したものと受け止められている。⁽¹³⁾ 同決定は、その中でドイツの官庁と裁判所は、ヨーロッパ人権規約のみならず、ヨーロッパ人権裁判所によるその解釈をもそれ相応に考慮し、国家法の中へきちんとはめ込まなければならない、ということを確認しつつも、同裁判所の判決の型通りの執行も、特に既に精密に展開された比較考量のドグマティークが存在する領域における型通りの執行は、その限界をドイツの基本権及び法治国家原理の中に見出す、として、この点でドイツの法秩序との調整を図っているように見受けられる。⁽¹⁴⁾

(4) 右の連邦憲法裁判所の決定は、ヨーロッパ人權規約並びにヨーロッパ人權裁判所の解釈の考慮ないし受容をドイツの官庁及び裁判所の任務の一部として位置づけたが、従来、ドイツ公法における行政(部)に対する権利保護のあり方は一元的モデルのものとされ、二元的モデルを採用するスイス連邦などと対比されてきた。⁽¹⁵⁾ すなわち、スイスにおいては、行政(部)に対する個人の権利保護は、より強力に裁判所を取り込むことによって、徐々に政治的且つ行政内部の司法から二元的なシステムへと発展し、ここでは、行政官庁の司法と行政裁判所の司法が並存していると捉えられる。ここでは法治国家的及び司法的側面と並んで、民主的・参与的な構成要素もまた強調されており、権利保護は裁判所にのみ期待されているわけではないのである。

これに対して、ドイツは、厳格な二元的モデルに従っている。すなわち、権利保護は、ドイツにあつては最終的には独立の裁判所によってのみ提供されるのであり、行政内部の統制は、常に前手統に過ぎないとされる。ここでは裁判所類似の行政委員会も権利保護の点で十分ではないとの評価が基底にある。そして、このような構想の基礎となるのが、基本法第一九条四項であり、基本法の中の唯一無二の短い憲法規定とされ、前述のごとく、R・トーマによって法治国家というアーチのかなめ石とたたえられ、批評家によって、「出訴の途」国家への導入口として疑いをかけられた規定である。そして前記の一元的モデルは、シュミット・アスマンによれば、第一九条四項が法的展開の中にもち込んだ「急進化」として位置づけられている。⁽¹⁶⁾

また、前記スイスの行政に対する権利保護に関する二元的モデルの観念の背後には、スイスにおいて支配的な民主制及び権力分立についての独自のイメージが明らかになると指摘される。そのスイスにあつては、近時の展開が、より強力な司法化(Juridifizierung)の道をつき進み、また行政に対する裁判所の保護の意義が常に認識されているとされているにもかかわらず、この権力分立の理解のために、行政裁判所の権利保護は、より強い疑念に出会ふと

いわれる。これに對して、ドイツの理解における権力分立のドグマは、シュミット・アスマンに依れば、行政と裁判権との間で厳格な分離を要求せず、権力分立は、権力の制限として、そしてチェックアンドバランスのシステムとして解釈されている。裁判所は、このシステムの内部で重要な統制任務を持ち、そのことよつて行政の核心的な領域が侵害されたということは、基本法第一九条四項の包括的な裁判所の保護に係る四〇年ほどの経験によれば、言われえないといふ⁽¹⁷⁾。この間、前記ヨーロッパ人權規約第六條一項は、その適用についての事實のメルクマールを削除し、その適用が市民権や刑事問責に関する争訟に限定されないとすることを通じて、すべての公法上の事件における司法付与の包括的な保障、とりわけ手續保証を確保してきてゐる。このようなヨーロッパ人權規約第六條一項の適用範圍の広がりには、内容的に規約加盟国の法秩序に對して、さまざまに司法権の大きな権力増加をもたらしたと評価される。ただ、シュミット・アスマンは、この点に關連して、右のような事象にもかかわらず、ドイツは、原則上の問題の解決やその憲法秩序の内部での解決を引き受ける必要はなかつたといふ。それは、前述のドイツにおける権力分立のドグマの理解が作用し、司法権の権力増加が疑問視されなかつたことによる。

(5) 右にみたヨーロッパ人權規約第六條一項の規約加盟国の法秩序に對するさまざまの影響をはじめとして、一連のいわゆるヨーロッパ（共同体）法の作用は、「法のヨーロッパ化」として特色づけられるのが常であるところの新しい現象といふことができる。ドイツ連邦憲法裁判所は、早くも前記二〇〇四年一月一日の決定に先立ち、既に一九八七年三月二六日の判決の中で、基本法の解釈のために、人權規約の内容と展開状況もまた考慮に入れることができるということを確認しており、したがつて基本法の規定する基本権並びに法治国家的保障のためにもまた、ヨーロッパ人權裁判所の判決が解釈の助けとなるということも述べてゐる⁽¹⁸⁾。以後、特に同裁判所第二法廷は、明示的にドイツの裁判所がヨーロッパ人權規約に拘束されてゐるといふことを強調してきてゐる。ここへきて、と

りわけドイツ公法、ないし行政（裁判）法における権利保護の展開を考察するに際して、ヨーロッパ（共同体）法との関係如何の問題は避けて通ることができないという状況に至っている。⁽²⁰⁾

ただ、新しい現象とされるだけに、「法のヨーロッパ化」の概念の内容は一義的に明確とは言い難く、その範囲も確定しているわけではないが、徐々にその輪郭は明らかになりつつあるといえる。

ドイツ行政訴訟法のヨーロッパ化を考察した前記J・ココットは、共同体法の国内行政訴訟法に対する影響は、これまで特に三つの部分領域において現れているという。⁽²¹⁾ すなわち、先ず、ヨーロッパ法の基準による仮の権利保護の修正、次に、行政裁判所法第四二条二項に基づく訴えの資格に対するヨーロッパ法の作用、そして最後に、行政の決定の裁判所による統制密度の修正、以上の三つの領域である。さらに、ココットに依れば、この行政訴訟法のヨーロッパ化には二つの特徴が明らかになるといふ。一つは、限定された影響であるという点であり、ヨーロッパ法の影響は特定の領域に関わるもので、共同体法との関連を持つ事態に限定されるということである。それゆえ、行政訴訟法の裁判官法上のヨーロッパ化は、まとまった完全な規律には至らない。そして今一つは、ヨーロッパ化の枠組みの中では、さまざまに異なる国内の法秩序の平均化（同化）が結果として生じているということである。ただ、ココットの理解では、種々の国内の影響及び法伝統を新しいヨーロッパのシステムの中に統合することは依然として困難であるが、共同体法に適合的で首尾一貫した行政上の権利保護のシステムを獲得するという課題は、ヨーロッパ裁判所（EUGH）にも影響を及ぼし、同裁判所がドイツの構想（コンセプト）と並んで考慮しなければならぬところの、他のヨーロッパの法秩序の知識とそれに対する開放という基礎の上に立つてはじめて成功しうるのである。⁽²²⁾ ここでは、統一的な共同体法上の基準によつてはじめて保証されうるところの共同体法の統一的適用の必要性が究極的な目標として強調される。

(6) ココットが指摘した三つの領域のうち、行政の決定の裁判所の統制密度の修正という領域については、シュミット・アスマンも、ヨーロッパ化という明確で顕著な傾向が、統制密度の問題にいかなる影響を有するのか、との問題提起をしている。⁽²³⁾ そもそも、ヨーロッパ化という概念の内容と範囲はなお一義的に確定していないと指摘するシュミット・アスマンであるが、なお一般的には、その概念のもとにヨーロッパ法の法集団並びにその中で効力を有する法思想によってどんどん進められる法領域の感化、その変容そしてそれを積み上げて形成していくというプロセスが理解されうるということ⁽²⁴⁾を述べていた。そして、このプロセスは、行政法の体系化 (Systematik) を通じて遂行されることになる。この体系化が行政法において果たさなければならぬ任務は以下の四つ、すなわち法実践的任務（作用）、法ドグマティッシュな任務（作用）、法政策的任務（作用）、そして受容を導く任務（作用）の四つの任務とされる。⁽²⁵⁾ このうち、現在目立って生じている行政法のヨーロッパ化が結果として行き着くところが、右の第四番目の任務である。

一般行政法の受容を導く任務と呼ばれる第四の任務は、シュミット・アスマンに依れば二つの部分的局面を包含する。⁽²⁶⁾ すなわち、一方で、EG法の法的基準をその構成国の行政法の中に移植するということが問題なのであり、それは、EG法は、今日、それぞれの国家の行政法において、いどこにでもある重要なものであるとの認識が基底にある。このEG法の指令や指針が数多くの特別行政法の領域、そして一般行政法においても、EG法への適用を要求するのである。「発展し、形成されつつある共同体行政法」という大きな任務は、体系的思想なくしては果たされえないという。

他方、行政法のヨーロッパ化は、規範の次元においてばかりでなく、行政事象の次元においても実現されるものである。現在、広く行なわれている分散化された執行コンセプト、その中では、EG法の適用についての主たる責

任が依然としてEG構成国の行政に存するところの執行コンセプトによる「共同体空間の行政法」は、構成国の行政の間の徹底的な協力を要求するのであって、この発展しつつある協力的分野は、自己に固有の法的问题を造り出し、同様に体系的に展開されなければならないところの自己に固有の法形式を欲しがるといふ。ここでは、この新しい行政構造が行政法につきつける挑戦の数々が考察の課題として設定されている。

(7) ここに至ってヨーロッパ化とは、第一にそれがEG法の拘束力ある基準によるものであれ、あるいは法比較を越えて法連携(Rechtsverbund)へと至るところの隣接する法秩序の相互の影響によるものであれ、国家の法の見方の修正を是とする立場であり、そして第二にヨーロッパ化は、国家の行政空間の大規模な開放という特徴を示している。ドイツにとつてはその開放は法事象並びに行政事象のグローバル化の一部分をなし、たとえば、決定に特色を付与する事情の構造やその立証の可能性に影響を及ぼすとされる。⁽²⁷⁾ 右の言明は、ヨーロッパ化の傾向の、行政の決定についての裁判所の統制密度に対する影響という文脈で示されたものであるが、従来「基本法一九条四項のドグマテイクは、裁判所のコントロール密度を高くする代わりに出訴権能を狭めることで、裁判所の機能を行政権の機能から区別し限定してきた。しかしヨーロッパ法が、出訴権能の拡張を要請する一方、差別禁止法理により、裁判所のコントロール密度を下げる可能性も排除すると、裁判所の機能を区別し限定する要素が失われる。」と指摘されてきたところである。⁽²⁸⁾ この点に関して、シュミット・アスマン自身は、個々にドイツの訴訟法の内部でどのような形で整えることが求められるのかは、なお異論のあるところ、より狭い訴えの権限(出訴権限)とより高い統制密度との間を埋め合わせるべく意図された抱き合わせ(付帯)は、いずれにせよ、EG法によって、その縫い目をほどこかれてばらばらにされると指摘する。裁判所への出訴の途は、今後ヨーロッパの法発展によって、従来より広い範囲で開かれることになると思されるところであるが、ドイツの法秩序が、このような状況の中で、その

統制密度の標準をそれ以上高めるならば、権利保護を一段と強化するという「刈り込む展開 (Scherenwickung)」に近づくこととなり、それは無思慮な結果に至る可能性があるという。⁽²⁹⁾

このように、とりわけ行政及び行政上の権利保護のヨーロッパ化という観点からみると、多くの層から成る事象としてのヨーロッパ化の中で、先ずそこに新しい行政構造の形成、発展を看取することができることから、シュミット・アスマンは、さらにヨーロッパ化のもとに先ずこの新しい行政構造の形成というものが理解されうるとする。⁽³⁰⁾ この点は既にみたところであるが、ヨーロッパ共同体の内部の行政関係は、際立った配置を有し、共同機構成国の分散化された執行と並んで、E G 機関の直接的な介入権限を認める E G 法の二元的執行コンセプトは、行政間及び行政内の入り組んだ情報関係並びに協同関係を発生、成立せしめる。今日、地方自治体、警察、計画官庁が国境を越えて共同で行動するところの国境隣りの協力の形式が、確固たるものではないにせよ、新しいヨーロッパの行政構造の表現として注目すべきものであり、行政上の権利保護もまた、ヨーロッパにおいて超国家性、国家横断性 (Transnationalität) として国際性という二つによってその特性を付与される行政状況を目指さなければならないとされる。

そして第二にヨーロッパ化は、法の層 (Rechtsschicht) のそれであり、この法の層が相互に浸透していくことである。つまり、国家法の規範の存立が、ヨーロッパ法の基準によつて層をなして重ねられ、そして作り直される一方で、それは、逆にヨーロッパの法原則の発展に際して、共通の法的確信の表現として有効に働かすことができるのである。⁽³¹⁾ より具体的には、ヨーロッパの法思想及び法的取引が国家の行政法秩序に影響を及ぼし、その秩序の上に層を成して重なり、その秩序を作り変え、作り直していくこと、それがヨーロッパ化である。⁽³²⁾ その影響の道すじはさまざまであるが、前述のごとく、水平的には諸国家の法秩序の間で、そして垂直的には国際的及び超国家的な

ヨーロッパの諸組織・諸機構とそれの構成国との間で経過していくというプロセスをふむこととなる。換言すれば、ヨーロッパ化は、水平的には調和化として、そして垂直的には、管理（行政）の追加の次元の展開として働くようになり、その中で問題となるのは、共同体機関と国家の行政との間の特有の協同形式である、とされる。⁽³³⁾このことから、シュミット・アスマンに依れば、行政法のシステム形成の未来の最も重要な課題は、ヨーロッパの行政法の発展である。⁽³⁴⁾

このようにして、ヨーロッパ共同体の領域における法の層の相互の浸透は、その最も高い密度に到達していき、共同体法の直接的な作用、共同体法の優位並びに、この共同体法を効果的に執行すべき構成国の義務が、行政上の権利保護の問題に通じるところの最も重要な作用の進路を形成することになる。前述のごとく、ヨーロッパ連合という共同体は、その加盟構成国の行政上の権利保護の包括的な規律について何らの権限も有しないが、常に法の貫徹の問題でもあるところの権利保護の問題を領域に関連させて共同体も共に規律することができるのであって、ヨーロッパ連合のよとのヨーロッパ裁判所（Europäischer Gerichtshof）によって展開された二重の「調和（化）定式」や等価原則並びに実効性原則は、国家の権利保護システムが、ますますヨーロッパの基準に準拠させられるということを保証するという。そして、こうした加盟構成国の権利保護システムと共同体固有の権利保護システムとの必然的な組み合わせは、EG条約第二三四条に基づく先行決定手続を提供し、その結果、ドイツの行政手続法のヨーロッパ化は、数年来、大いに論じられるテーマとなった。その際に問題となるのは、個々の点に限定した訂正だけではなく、事情によっては、仮の権利保護に示されるように、基本法第一九条四項の馴染みのあるドグマティックをもって突き動かされた行政上の権利保護の改造は、結果として常に必然的に原告側の権利の貫徹をそれ以上に拡張

してくるわけではないが、それは逆に効果的な執行の利益から、転回へと至る可能性は有しているのである。⁽³⁵⁾

(8) ところで前記ヨーロッパ人權規約第六条及び第一三条は、規約加盟国家において、統一的な最低標準（スタンダード）を保証し、同規約固有の権利保護機関、すなわちヨーロッパ人權裁判所（EGMR）によって、この標準を確保する、という目標を持つものであるが、国家法のヨーロッパ化は、特にこのヨーロッパ人權規約から出発しているのと捉えられている。この人權規約の保障は、共通の法的確信から生じたものの、独立して発展させられながら、国家法を補足するという作用を及ぼし、このヨーロッパ人權規約法から出発した国家の権利保護と一般のEG法から出発したそれとを対比してみると、一般的原理として次のようなことが、すなわち人權規約法にとつて問題となるのは実体的な標準（スタンダード）であり、一方、EG法にとつて問題となるのは効果的な組み合わせである、ということが定式化されうるといふ。⁽³⁶⁾ ただ、補完性の原理に照らしてみると、双方の法とも、それらから出発しているヨーロッパ化を加盟構成国の権利保護保障の実行ないし活性化とみなす必要があるということになる。

右の人權規約法とEG法の実際の運用は、両者が組み合わせられた形で展開されていると言える。すなわち、二つのヨーロッパのアクセス口は、ヨーロッパ連合がEU条約第六条二項に基づき、人權規約で保障された基本権を尊重するよう義務づけられていることによつて組み合わされている。⁽³⁷⁾ まさに人權規約第六条及び第一三条が、共同の機関の行為並びに加盟構成国の行政に対して権利保護を強めるために、ルクセンブルクのヨーロッパ裁判所によつて引き合いに出されている一方、ストラスブルクの人権裁判所は、人權規約の保障が規約加盟国の国内法に浸透していることだけでなく、構成国を促して、人權規約が国家間の諸制度の中で働いている場合にも、それを守るようにしむけるということにも関心を向けているし、先般のヨーロッパ基本権憲章は、この裁判を受容し、右の二つの保障を第四七条の中に集結させたのである。こうして人權規約第六条と第一三条は、今日、実際に他に優越す

るヨーロッパの権利保護保障（保障システム）の核心を形成しており、その近時の展開によって突き動かされた基本法第一九条四項のドグマティックにおける変化が二、三見られるという。

ただ、シュミット・アスマンに依れば、ドイツの行政裁判所の訴訟法の実践にとつて、長い間、人権規約の権利保護保障は特別に重要であるとは思われなかった。というのは、基本法第一九条四項に照らして詳細に形づくられた効果的な権利保護の要請（原則）が、まだいかなる点でも不完全であったからである。しかし、そのような点で若干のことが変化したといわれる。シュミット・アスマンが指摘するのは以下の四点である。すなわち、今日(1)人権規約の保障の遵守要求が強化されている、(2)人権規約の適用範囲が拡大されている、(3)人権規約の高められた意義が特に適時の権利保護の要請（原則）に示されている、(4)その要請は、規約加盟の最近の裁判に依れば、促進訴願（Beschleunigungsbeschwerde）という非難を要求する、の四点である。⁽³⁸⁾このような方法でヨーロッパ人権規約第六条と第二三条は、基本法第一九条四項の中へと作用を及ぼし、ここでは、「準憲法的な」意義を発揮していると評価されることになる。

(9) もとよりヨーロッパ連合の共同体法は、最初から権利保護の中心的な地位を裁判所に割り当てており、EG設立条約の根幹的な条文の中に、それに対応した事前の措置が盛り込まれ、その際に、独立のメルクマールをすべて有し、完全な意味での「第三権力」を行使する統制機関による個人権の保護が当初から視野の中にとらえられていた、とされる。⁽³⁹⁾この重要な点において、EG法は、司法国家的な行政上の権利保護というドイツの構想（コンセプト）にきわめて近い立場に立っているということができ、EG条約第二二五条及び第二二五a条は、この傾向を個人権保護のための機関構造の形成を通じて強めているといわれる。

また、前記EG条約第二二〇条は、基本法第一九条四項とは違って行政上の権利保護の一般条項ではないが、そ

れにもかかわらず、それは、宣言規定的な意義以上のものを有していると理解されている。実際、同規定は、体系的な解釈に、不備を埋める可能性を示していると考えられる。それに従えば、加盟構成国も共同体機関も、それらの行為が共同体の憲法文書や条約と一致するか否かに関する統制を取り上げられていないほどに、E G 共同体は法共同体である。さらにヨーロッパ裁判所は、行政上の権利保護の共同体法上の保障を付随的な共同体法の適用に際して、加盟構成国の行政行為に及ぼしており、その際、適切にも加盟構成国に共通の憲法原則にも結び付けられていると評される。⁽⁴¹⁾これらの原則は、権利保護のためにヨーロッパ人権規約第六条及び第一三条の中に書き留められている。

一方、前記基本権憲章第四七条は、右の人権規約の二つの保障を組み合わせて、効果的な法的応急手段と中立公平な裁判所を求める司法的基本権を作り出しており、同第五一条に依れば、その司法的基本権は、共同体の行政行為及び加盟構成国のその双方に対して、共同体法の適用領域において妥当する。シュミット・アスマンに依れば、まさにここにヨーロッパの行政法の憲法基準の編み合わされたものが示されている。⁽⁴²⁾

勿論、共同体法の保護標準（スタンダード）は、ドイツ法のと似てはいるが、それと同一のものではない。すなわち、E G 法は、出訴権能の問題においては、広範な始まりを追求しているのに対して、仮の権利保護においては、自動的な停止効果を断念しており、統制密度の問題においては、行政の裁量の権能付与や評価の権能付与を比較的頻繁に容認することを通じて、より限定的である。⁽⁴³⁾ただ、このような比較から直ちに権利保護の欠損と結論づけることは、ヨーロッパの展開関係に關与させられたすべての法秩序に残されていなければならない練り上げるための活動の余地を見誤ることになると、シュミット・アスマンは説く。⁽⁴⁴⁾この点は、ヨーロッパ化によるドイツ法における権利保護理論並びに実践の変容の可否の問題でもある。

(10) 前述のごとく、一九八〇年代の半ば以来、ドイツの行政訴訟法は、そのヨーロッパ化の結果として、漸次

の変容を経験し、その間に、総体においてシステムの交換にいつそう近づきうるところの深く影響を及ぼす構造的変化がはつきり認められるという。こうした展開の核心は、前記P・M・フーバーに依れば、一方において基本法第一九条四項に基づく個人権保護の概念から、ますますその土台を楕取しているところの裁判所へのアクセスの明瞭な開設であり、他方において、それは、とりわけ仮の権利保護の領域において、伝統的な権利保護水準の低下である。⁽⁴⁵⁾このような展開に、立法者は従来、反応せず、その結果、実務は「二重の規制方式(duales Regelungsregime)」で間に合わせているが、しかし、ヨーロッパ共通の権利保護の輪郭が視野に明らかになり、その権利保護にあつては、合法性原理を実現する客観的な次元が(再び)より強く前面に出てくるという。そして、行政裁判所の権利保護のヨーロッパ化、つまり共同体法(ヨーロッパ連合の法)の基準及び方針による浸透が増大していくこと、そのような基準等による国家の行政訴訟法の評価の作り直しと排除から生じる作用、効果は、広範で、不均一であるとされる。

たとえば、共同体法による主観的客観的権利の広範囲に及ぶ承認は、少なくとも長期にわたつて結果的に基本法第一九条四項の中に含まれる個人権保護を支持するシステム決定の空洞化と、そのシステム決定を具体化する出訴権能の相対化に行き着くとされる。⁽⁴⁶⁾また、行政(訴訟)法のヨーロッパ化は、実効性の要請(原則)と差別禁止の基準のもとで、「調整の累積」と選挙人及び議会の「影響の屈曲」(Einflussknicks)を意味するだけではなくて、透明性の欠如及び不明確な責任をも意味するとも指摘される。⁽⁴⁷⁾他方、共同体法や他の加盟構成国の法を一瞥すると、ドイツの行政(訴訟)法は、仮の権利保護の枠組みにおいて、個人権保護と法律適合性原理の比較検討に際して、EUにおいてほとんど多数となりえない特別の道を歩んだことを示しているとも評される。

このような背景のもと、ドイツ法、とりわけそこにおける裁判所の権利保護理論は、ヨーロッパ化にどのような

対処していくべきか。一つの回答を前記 P・M・フーバーが提示している。⁽⁴⁸⁾ すなわち、ドイツにおける行政裁判所の権利保護のヨーロッパ化を、脅迫と感ずるのではなく、刷新の機会と受け止める、攻勢をかけている共同体法（ヨーロッパ連合の法）に適合的な解釈によって、そしてとりわけ立法者の断固とした決定によって、国家の行政訴訟法もまた、その適応柔軟性を高めなければならない、さらに、そのようにすれば、強固にできあがる行政裁判所の権利保護におけるヨーロッパ共通の構造に対して、ドイツのインパルス（刺戟）を仲介するチャンスは存続していく、というものであり、以上の点については異論のないところであるとされる。ここでは、ヨーロッパ化という現象に、ドイツも主体的に且つ積極的に関わっていく姿勢が求められている。⁽⁴⁹⁾ これに呼応して基本法第一九条四項の権利保護の変容も避けられないところであるが、連邦憲法裁判所の基本的立場は、前述のごとくヨーロッパ共同体法に友好的ではあるものの、その道すじは、必ずしも明確とは言い難い状況にあると思われる。

とはいえ、これまでみてきたように権利保護のヨーロッパ化は確実に進行しているとみななければなるまい。また裁判所の権利保護のシステムには、ヨーロッパ人権規約やヨーロッパ基本権憲章が保障する基本権が深く関わっていることも事実である。そこで以上の状況を前提として行政訴訟における権利保護や裁判所の役割を今一度、そこにおける基本権の果たす役割という観点から検証することが、次節の課題である。その際、基本法第一〇三条一項の規定する法的審問（*rechtliches Gehör*）を請求する権利の展開の考察を検討作業の主要課題として設定することとする。この法的審問請求権が、同法第一九条四項と密接な関係を有することは言うまでもない。

注

- (1) Eberhard Schmidt-Abmann, Funktionen der Verwaltungsgesichtsbarkheit, a. a. O. S. 108 f.
 - (2) Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht Als Ordnungsidea, 2. Aufl. a. a. O. S. 223 また、山本隆司・行政上の主観法と法関係(二〇〇〇)四二九頁参照。
 - (3) Schmidt-Abmann, a. a. O. S. 31 ff. ハンス・クリスティアン・レール「行政連携の中のヨーロッパ行政(上)」(太田匡彦訳)、自治研究第八二巻第一号(二〇〇六)二頁以下参照。
 - (4) Michael Krautzberger, Zur Europäisierung des Städtebaurechts, in: DVBl, Heft 4, 2005, S. 197.
 - (5) Michel Fromont, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der französischen Rechtsordnung, in: DÖV 58. Jg. Heft 1, 2005, S. 1.
 - (6) 鈴木秀美「有名人のプライバシーと写真報道の自由―ドイツ連邦憲法裁判所モナコ・カロリーヌ王女事件判決」櫻井雅夫編・EU法・ヨーロッパ法の諸問題(石川明教授古稀記念論文集、二〇〇二)二九三頁以下、同「有名人のプライバシーと写真報道の自由・再考―欧州人権裁判所モナコ・カロリーヌ王女事件判決のドイツに対する影響―」法学研究(慶応大学)第七八巻第五号(二〇〇五)二四三頁以下、及びそこに引用されているドイツの文献参照。また、これに先立ち、ドイツの国法学者大会も一九九三年マインツで開催された大会において、ドイツ行政法とヨーロッパ行政法との相互の影響という協議題目を掲げている。
- Zweiter Beratungsgegenstand: Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht-wechselseitige Einwirkungen, (Bericht von Manfred Zuleeg, Hans-Werner Rengeling)** in: VVDStRL Heft 53 (1994). xviii/11000年ライプツィヒで開催された大会において、同種の協議題目を掲げている。Zweiter Beratungsgegenstand: Europäisches und nationales Verfassungsrecht (Bericht von Ingolf Pernice, Peter M. Huber, Gertrude Lübbe-Wolf, Christoph Grabenwarter) in: VVDStRL Heft 60 (2001), insbesondere Bericht von Peter M. Huber, a. a. O. S. 194 ff. (以下)「フーバーは、ほとんどすべてのEU構成国において、ヨーロッパ化を伴った国家の議会の力を奪うべきことが、統合の中心的な問題と理解されている」という認識を示している。ders., a. a. O. S. 244. また「今日、ほとん

どのEU構成国の成文憲法が統合のための開放条項を持ち、ヨーロッパの憲法連携の特徴を示しているとされる国家の憲法の相対化は、この構成国の、いわゆる統合プログラムのための開放に依拠しているという。そして、結局、その相対化は、EU条約第六条以下によって定式化された同質性要求に適應するよう強制することになる。ders. a. a. O. S. 222, 226.

- (7) 鈴木秀美前掲論文「有名人のプライバシーと写真報道の自由・再考」二五七頁以下参照。
- (8) Grimm / Gerhand, FAZ vom 14. 7. 2004, S. 34.
- (9) Dieter Grimm über den Caroline-Prozß in Straßburg, FAZ vom 13. 1. 2004, Nr. 10, S. 9.
- (10) Rolf Stürner, Caroline-Urteil des EGMR-Rückkehr zum richtigen Maß, in: AfP: Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht, 2005, 3, S. 221.
- (11) BVerfG, Beschluss V. 14. 10. 2004, in: NJW 47/2004, S. 3407, 鈴木秀美前掲論文二二〇頁以下参照。
- (12) Bert Schaffarzlik, Europäische Menschenrechte unter der Ägide des Bundesverfassungsgerichts, in: DÖV 2005, Heft 20, S. 861.
- (13) Dieter Dörr / Nicole Zorn, Die Entwicklung des Medienrechts, in: NJW 43/2005, S. 3117.
- (14) なお、鈴木秀美前掲論文二二二頁参照。
- (15) Schmidt-Aßmann, Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts Darstellung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland mit vergleichenden Hinweisen auf die Bundesverwaltungsrechtspflege in der Schweiz im Blick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK, in: EuGRZ 15. Jg. Heft 23/24 (1988), S. 577 ff.
- (16) Schmidt-Aßmann, a. a. O. S. 580. 「急進化」は以下の点にあるという。すなわち、前記、権利保護は「出訴の途」で、つまり裁判所によって果たされ、裁判所類似の行政委員会では十分ではない。次に、行政部に対する権利保護は、主観的権利の保護として例外なく供与される。立法者は、そこからいかなる内容も抜き取ることができない。そして第三に、権利保護は、憲法から直接に供与される。つまり、通常法に相應する割りあて規範が欠けている場合には、通常裁判所が、補充的に権限あるものと言明される。そして、間接的には、第一九条四項という概括条項を通じて、概括条項の原理に従って行政裁判所が権限あるものと

言明するよう、立法者に圧力が加えられる。以上の三点である。

- (17) Schmidt-Abmann, a. a. O. S. 586.
- (18) BVerfGE 74, S. 358 (370 f.).
- (19) Reinhard Müller, Fehlendes Grundvertrauen. Die europäische Gerichtsbarkeit bleibt von der Verfassungskrise nicht unberührt. in : FAZ 12. 11. 2005, Nr. 264, S. 10. ただ、ミユラーは、同時に若しドイツ憲法の基礎が保護されえない非常の場合には、国際条約法は守られてはならないということを連邦憲法裁判所第二法廷が指摘していたことを紹介している。他方、ミユラーは、EUが結局のところ共同体法の番人としてのルクセンブルクのヨーロッパ裁判所を有する法共同体である、との認識も示している。
- (20) 山本隆司・行政上の主観法と法関係四二二―四三〇頁及び四三五一―四三九頁参照。
- (21) Juliane Kokott, a. a. O. S. 335―336.
- (22) Kokott, a. a. O. S. 370.
- (23) Schmidt-Abmann, Die Kontrollrechte der Verwaltungsgerichte : Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, in : DVBl Heft 4/ 5, 1997, S. 281 ff.
- (24) Schmidt-Abmann, Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in : Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, Wege und Verfahren des Verfassungslebens (1993), S. 513.
- (25) Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht vor den Herausforderungen neuer europäischer Verwaltungsstrukturen, in : Festschrift für Günter Winkler, Staat und Recht (1997), S. 998, ders. Zur Funktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in : Die Verwaltung, Bd. 27 (1994), S. 139 ff.
- (26) Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht vor den Herausforderungen neuer europäischer Verwaltungsstrukturen, a. a. O. S. 1000.
- (27) Schmidt-Abmann, Die Kontrollrechte der Verwaltungsgerichte, a. a. O. S. 283.

- (28) 日本醫司・前掲書四三二八頁參照。
- (29) Schmidt-Abmann, a. a. O. S. 285-286.
- (30) Schmidt-Abmann, Neue Entwicklungen zu Art. 6 EMRK und ihr Einfluß auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, a. a. O. (FS, W. Schmidt-Glaeser) S. 320.
- (31) Schmidt-Abmann, a. a. O. S. 321.
- (32) Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht Als Ordnungsidee, a. a. O. S. 31.
- (33) Schmidt-Abmann, a. a. O. S. 31. ders. Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, a. a. O. S. 514 ders. Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrenrechts, in : Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht (2003), S. 504.
- (34) Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht Als Ordnungsidee, a. a. O. S. 377.
- (35) Schmidt-Abmann, Neue Entwicklungen zu Art. 6 EMRK und ihr Einfluß auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG, a. a. O. S. 321-322.
- (36) Schmidt-Abmann, a. a. O. S. 322.
- (37) 日本醫司・前掲書四三五一-四三二六頁參照。
- (38) Schmidt-Abmann, a. a. O. S. 323.
- (39) Schmidt-Abmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht Als Ordnungsidee, a. a. O. S. 394.
- (40) 日本醫司・前掲書四三二六頁參照。
- (41) Schmidt-Abmann, a. a. O. S. 395.
- (42) Schmidt-Abmann, a. a. O. S. 395.
- (43) 日本醫司・前掲書四三六一-四三二七頁參照。
- (44) Schmidt-Abmann, a. a. O. S. 395.

説

(45) Peter M. Huber, Die Europäisierung des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, in: Bayensche Verwaltungsblätter (BayVBl.) S. 577.

(46) Schmidt-Abmann, Die Kontrollrechte der Verwaltungsgerichte, a. a. O. S. 285, P. M. Huber, a. a. O. S. 584-585.

(47) P. M. Huber, a. a. O. S. 585, 山本隆司・前掲書四二九-四三〇頁参照。

論

(48) P. M. Huber, a. a. O. S. 585.

(49) 山本前掲書四四二頁註(24)参照。さらにハンス・クリスティアン・レール「行政連携の中のヨーロッパ行政(下)」(太田匡彦訳)、自治研究第八二巻第二号(二〇〇六)四九-五五頁参照。