

裁判を受ける権利の憲法的保障 —— 「出訴の途」をめぐるドイツ基本権論からの示唆

平良, 小百合
九州大学大学院法学府博士後期課程 : 憲法

<https://doi.org/10.15017/16935>

出版情報 : 九大法学. 100, pp.47-106, 2010-02-26. Kyudai Hogakka i
バージョン :
権利関係 :

裁判を受ける権利の憲法的保障

——「出訴の途」をめぐるドイツ基本権論からの示唆——

平 良 小百合

はじめに

第一章 日本における「裁判を受ける権利」

1 第一節 基本的理解

1 保障対象

2 法的性質

2 第二節 裁判を受ける権利論の不足

1 議論の傾向

2 検討課題

3 第三節 実効的権利保護の導入

1 学説による提唱

2 未完の議論

第二章 ドイツにおける「出訴の途」——保障内容

1 第一節 真正の基本権

1 基本権としての確立

2 法的性質

2 第二節 内容形成を必要とする基本権

1 「出訴の途」の前提

2 「出訴の途」の「原則」

3 第三節 基本権保障における実効的権利保護

1 実効的権利保護要請の作用

2 実効的権利保護要請の程度

第三章 ドイツにおける「出訴の途」——審査枠組み

1 第一節 判例

1 概要

2 分析

2 第二節 学説

1 防御権の構成

2 給付権の構成

3 第三節 検討

1 基本的方向性

2 特別な考慮事項

おわりに

はじめに

裁判を受ける権利が、日本国憲法上、「国民の権利」として保障されたものであるということは、憲法三二条の存在から明白である。しかしながら、このことは、これまでどれほどの意義を認められてきたであろうか。従来の裁判を受ける権利の扱いは、裁判を受ける権利の保障内容は権利を基礎づける実体法や訴訟手続・裁判所組織を整備する法律がなければ空に等しいという事情を反映してか、非常に軽いものであったように思われる。すなわち、最も基礎的な訴訟手続・裁判所組織を法律により形成するという要請が一旦満たされれば、そこで裁判を受ける権利が果たすべき憲法上の役割は終わったかのように、さらなる具体的な訴訟手続や裁判所組織の形成はあげて立法政策に委ねられるというのが常であった。

しかし、日本国憲法が裁判を受ける権利を保障しているという事実を真剣に受け取るならば、裁判を受ける権利が憲法上保障されていることの意味を再考し、その存在意義を発揮しうるような理論構成が検討されて然るべきであったのではないか。

かかる試みは、これまでも実効的権利保護の保障を提唱する論者を中心に進められてきた。しかし、裁判を受ける権利が憲法上の権利として想定している保障内容（実効的権利保護を含む）を把握するためには、裁判を受ける権利と、内容形成あるいは制限を行う法律との関係の解明が前提となっていなければならないはずである。すなわち、裁判を受ける権利は、その内容を形づくる法律を必要とする権利であるが、それにもかかわらず、法律に對抗して憲法的保障の及ぶ内容を有しているのではないか、そして、それはどのようなものが問われねばならない。

しかしながら、これまでその解明作業は、明示的にはなされてこなかったのである。

本稿の目的の一つは、この問いへの解答をなすことにある。その手がかりとして、本稿では、ドイツ基本権論を参照する。というのは、ドイツにおいて一つの潮流をなしている基本権の内容形成論は、上記の問いを顕在化させて議論を展開しており、そこには、一定の重要な蓄積がみられるからである。

憲法上の権利としての裁判を受ける権利の保障内容の次には、その審査枠組みが検討されねばならない。本稿では、近年、日本においても有力に主張されている⁽¹⁾、ドイツ由来の三段階審査を審査枠組みの基礎とする。三段階審査では、法律が基本権の保護する領域に関わるものであるのか、関わるものである場合、その法律は基本権への介入になるのか、介入がある場合、正当化できるかどうか、という審査を経て法律の憲法適合性を判断する。この枠組みを用いるには、憲法上「原形」を観念しうる⁽²⁾ことが前提となる⁽³⁾。そのため、裁判を受ける権利のように法律による具体化を待たなければ「原形」を観念しえない権利の場合、三段階審査をそのままの形で使うことはできない。ゆえに、新たな審査枠組みの構築が必要となるのである。

しかし、法律による具体化を必要とする権利の審査枠組みは、日本においてはもちろんのこと、比較的研究が進んでいると思われるドイツにおいてさえ確立されていない。「規範によつて形成される基本権が備える構成要件の通常法律による内容形成という問題に、ドグマティク⁽⁴⁾の上で、どのように関わっていくのか」という問いは、これまで総じて一般的には答えられなかった。個別の基本権の場合のその問題に関する論争については、ますますそうであった。ようやく最近、この問いの複雑さに注意が向けられるようになった⁽⁵⁾という状況に、未だにある。それゆえ、本稿では、裁判を受ける権利の確たる審査枠組みの構築にまでは至ることができない。しかし、少なくともその構築のために、どのような方向性を目指すべきかという点は明らかにしたい。

ここで、ドイツの議論との比較における留意点について検討しておく。

まず、用語法についてである。ドイツ基本権論では、一般に、「裁判を受ける権利」という日本語にそのまま対応する言回しはなされない。その代りに、「出訴の途の保障 (Rechtsweggarantie)」という語が、それと同じ意味を表わす。出訴の途は、常に、裁判所への途を意味し、「Gerichtsweggarantie」という語も互換的に用いられる。さらに、出訴の途は、裁判所による権利保護を求めるものであるため、権利保護保障 (Rechtsschutzgarantie) および裁判所による保護の保障 (Gerichtsschutzgarantie) という語もすべて同義で用いられる。本稿では、日本国憲法に関して論及する際には、裁判を受ける権利という言葉を用い、ドイツ連邦共和国基本法に関して論及する際には、出訴の途の保障およびここに挙げた同義の言葉を用いている。

次に、規定の保護領域についてである。日本国憲法三二条は、民事・行政・刑事裁判を受ける権利の保障を一手に引き受けていると一般的には解されている。⁶⁾ これに対し、基本法一九条四項一文は、「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途が開かれている」として行政裁判における出訴の途の保障を定めている。民事・刑事裁判における出訴の途の保障に関しては、規定が存在しない。⁷⁾ しかしながら、一九条四項と関連づけて論じられている実効的権利保護をめぐる議論を、憲法三二条の解釈に際して参照することは可能である。というのは、出訴の途が憲法上保障されていると考えるための最低限の要請は、事件の種別を問わず裁判全般にあてはまるからである。通常、一九条四項の保障内容として語られ、行政裁判に特化して、より保障の程度を強化する「実効的権利保護保障は、法治国家の本質的構成要素であり、基本法は、裁判所での権利保護を一九条四項だけでなく、一般的司法付与要請の枠内でも保障している」と言われている。⁸⁾ つまり、実効的権利保護は、一般的司法付与要請の充足が問題となる民事裁判にも妥当しうる基礎的な内容をも含んでいるのである。ゆえに、民事訴訟における、

日本国憲法上の裁判を受ける権利について検討する際にも、ドイツの実効的権利保護に関する議論を参照することができる。⁽⁹⁾

以下、本稿は、次のような構成をとる。最初に、裁判を受ける権利について日本においてこれまでどのような議論がなされてきたのかを概観し、裁判を受ける権利が憲法上の権利として十分に存在意義を発揮するために未だ検討が不足している点を指摘する（第一章）。次に、ドイツにおける出訴の途の保障内容を、学説を中心にみていく。出訴の途の保障の基本権としての性質を確認した上で、内容形成が必要であるにもかかわらず、いかにして憲法上の保障が出訴の途に及ぼされるのかを明らかにする（第二章）。最後に、出訴の途の保障内容が満たされているかどうかをどのような枠組みで審査するのかについて、ドイツ連邦憲法裁判所の判例を概観・分析した上で、学説の見解もあわせて検証し、とるべき方向性を示したい（第三章）。

注

- (1) たとえば、渡辺康行「憲法訴訟の現状——『ピアノ判決』と『暴走族判決』を素材として——」法政研究七六巻一・二号（二〇〇九年）三三頁以下。
- (2) 小山剛『憲法上の権利』の作法（尚学社・二〇〇九年）四頁。
- (3) この問題を扱った最新の研究として渡辺康行「立法者による制度形成とその限界——選挙制度、国家賠償・刑事補償制度、裁判制度を例として——」法政研究七六巻三号（二〇〇九年）一頁以下。
- (4) ドグマーティク概念について、参照、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、二〇〇一年）二頁注一。本稿もこれに倣って、「ドグマとは『暫定的・仮説的性質をもつにすぎない』ものの、一応の説得力があるがゆえに一般に受け入れ可能な命題や概念」を指し、ドグマーティクは、「そのようなドグマを用いた法の解釈・適用の手法を意味するものとして用いる」。

- (5) Michael Glaser, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO, 2008, S.287.
- (6) たとえば 芦部信喜『憲法』(第四版)、(岩波書店、二〇〇七年)一四三頁。
- (7) もっとも、ドイツでも、「基本法には、私法の領域について一九条四項に相当する規定は存在しない。しかし、法治国家原理から、私法の領域のためにも十分な権利保護システムを準備する国家の義務が生じる。その義務は、……司法付与請求権へと至る」(Hartmut Maurer, Staatsrecht Grundlagen - Verfassungsorgane・Staatsfunktionen, 5.Aufl., 2007, S.216, Rn.35) とされる。民事・刑事裁判における手続保障については、Vgl. Hans D.Jarass, in: Hans D.Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 8.Aufl., 2007, Art.20, S.478ff., Rn.91ff.
- (8) BVerfGE 107, 395 (401). 邦語による紹介として、玉蟲由樹「法的審問請求権侵害に関する専門裁判所の権利保護」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社、二〇〇八年)四九六頁以下。
- (9) 参照、笹田栄司「司法の変容と憲法」(有斐閣、二〇〇八年)二二七頁注九五「初出は二〇〇二年」。

第一章 日本における「裁判を受ける権利」

第一節 基本的理解

1 保障対象

(1) 日本国憲法上の裁判を受ける権利

日本国憲法においては、三三条が「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」と規定する。裁判を受ける権利の保障には、出訴保障に加え、組織保障、手続保障、救済保障が含まれる⁽¹⁰⁾。

そのうち最も中心的な規定は、出訴保障である。ここで出訴保障という場合には、裁判所に訴えを提起することそれ自体の保障のみならず、本案判決を受けることの保障までをも意味する。通説的見解によれば、「裁判を受け

る権利を奪はれない」とは、「民事事件と行政事件においては、自己の権利または利益が不法に侵害されたとき、裁判所に対して損害の救済を求める権利、すなわち裁判請求権または訴権が保障されること」を意味し、「刑事事件においては、裁判所の裁判によらなければ、刑罰を科せられないことが保障されること」⁽¹⁾を意味する。

具体的には、司法権の限界、訴訟要件、訴訟形式、訴訟費用などが出訴保障に関する問題となる。また、組織保障に関しては、「法律上の裁判官」の保障、審級制度、裁判員制度などが、手続保障に関しては、公開・対審による判決（憲法八二条との結びつきにおいて）、法的聴聞請求権、情報提供義務などが、そして、救済保障に関しては、仮の権利保護、適時審判などが、それぞれ問題となる。

なお、ドイツ基本法との比較検討に際して注意を要するのが、基本法一九条四項にいう出訴の途の保障と、日本国憲法上の裁判を受ける権利の保障の一面面としての出訴保障との関係である。同じような言葉を用いるので紛らわしいが、一九条四項の出訴の途の保障は、日本でいう出訴保障のみを意味するのではなく、先述した四つの保障局面を観念しうる広い概念である。ただし、次に紹介する基本法の規定の対象となる局面（「法律上の裁判官」の保障・法的聴聞請求権）を除く。また、一九条四項の意味における「公権力」は執行権を意味し、裁判権は含まれないと解されているため、審級制度も同条項の保障対象とならない。さらに、裁判の公開も、ドイツでは憲法上の要請とはされていない⁽²⁾。

(2) ドイツ連邦共和国基本法との対比における特徴

ここで、本稿が比較の対象とするドイツ連邦共和国基本法における出訴の途の保障に関連する規定と照らし合わせて、日本国憲法上の裁判を受ける権利に関する規定の特徴的な点を確認しておこう。

第一に、日本国憲法においては、裁判を受ける権利に関連するものは、八二条一項が裁判の対審と判決の公開原

則について定めている他は、三二条以外に見当たらない。これに対して、ドイツ基本法においては、公権力に対する出訴の途の保障を規定する一九条四項の他に、次のような関連規定がある。まず、一〇一条一項一文が、例外裁判所を禁止し、二文が、「何人もその法律の定める裁判官「の裁判を受ける権利」を奪われない」として、ここでも裁判を受ける権利を定めている。この規定は、他の方法ではなく法律で定められた裁判官による裁判を受ける権利を保障している。次に、「裁判所においては、何人も、法的聴聞を請求する権利を有する」(一〇三条一項)という規定がある。法的聴聞請求権とは、「原則として決定の前に事件について事実や法の観点から発言することができる」ということを意味する¹⁷⁾。「一九条四項が裁判所への出訴の容認による権利保護に関係しているのに対して、一〇三条一項は係属している訴訟手続における権利保護¹⁸⁾」に関係している。日本においては、法律で定められた裁判官による裁判を受ける権利や法的聴聞請求権については、憲法三二条の一保障局面である裁判制度の保障(組織保障・手続保障)として取り上げられる。このことから、ドイツ基本法と比較して、日本国憲法では「手続保障」についての基礎づけが三二条に集中している¹⁶⁾と言われる。

第二に、ドイツでは、基本権侵害の場合には憲法異議に関する規定(九三条一項四a号)が適用され、一九条四項は、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てる権利を含まないの¹⁷⁾に対し、日本では、基本権が侵害されたとして訴訟を提起する際にも、憲法三二条の問題となる点が異なっている。

以上を確認したうえで、次に、日本における裁判を受ける権利に関する議論状況についてみていきたい。

2 法的性質

裁判を受ける権利は、人権体系上、国務請求権(受益権¹⁸⁾)や能動的権利に分類されてきた。受益権という位置づけは、「裁判制度を前提とし、その利用を図るといふ権利の特質¹⁹⁾」と結びついている。この点を強く意識して、裁

判を受ける権利は、「制度的権利」⁽²¹⁾であるとも言われる。裁判を受ける権利が受益権と分類されることで、次のような懸念が生じる。すなわち、「受益権」裁判制度の利用権という理解によって、裁判制度が設けられさえすれば権利保障の大部分は完了したと誤解されるおそれがある。同様に、裁判を受ける権利が裁判制度が法律で定められることを前提としているところから、どのような裁判制度を設けるかは立法裁量の問題であり、違憲問題は生じないとされるおそれも⁽²²⁾ある。果して、これまでの判例では、この危惧が現実のものとなっているようにみえる。最高裁判所は、次節でみるように、ほとんど実質的な検討を行わず、訴訟手続や訴訟制度に関する法律の憲法適合性を問う訴えを即座に退けている。

なお、異なった観点からの説明として、「基本権を確保するための基本権」⁽²³⁾という性格づけもよく目にするものである。基本権を確保するための基本権とは、「人権のカタログの一つの権利であるのみならず、特に現代諸国の憲法に広く共通してみられる、人権を裁判的に保障する制度を支える根本原則」⁽²⁴⁾を意味する。

第二節 裁判を受ける権利論の不足

1 議論の傾向

裁判を受ける権利に関する議論が少ない中で、今日まで、憲法学において突出して多く論じられてきたのが、非訟事件に裁判を受ける権利の保障が及ぶかという論点である。これは、公開・対審を要求する憲法八二条と結びついて問題となる。この論点に関しては、最高裁判所が、「訴訟と非訟の区別の判断基準」を提示することにより、「立法者による家事審判法の制度形成を憲法八二条、三三一条によって枠付ける可能性を示している」⁽²⁵⁾ことが注目される。また、これまでの学説は、厳格な訴訟・非訟一分論をとる判例を形式的にすぎると批判する観点からさ

かに論じてきた。⁽²⁷⁾

これに対して、訴訟手続や訴訟制度に関する法律やその適用が裁判を受ける権利の侵害となりうるのではないかという疑念は、ほとんどまともに顧みられなかった。今日まで、内容の充実した検討を行った判例を目にする事はほぼ皆無である。同様に、学界での議論も全体的に乏しい。

しかし、たとえば、次のような事案では、もう一歩踏み込んだ検討を加える余地があったと思われる。

出訴期間に関して、それを一月月に遡及的に短縮した自作農創設特別措置法四七条の二および同法附則七条が問題となった著名な事例⁽²⁸⁾で、最高裁判所は、「その期間が著しく不合理で実質上裁判の拒否と認められるような場合でない限り憲法第三二条に違反するということとはできない」とした。ここでは、著しく不合理かどうかは問われるようであるが、「農地買収の如き問題はなるべく早く解決せしめることが公共の福祉に適合するものである」との一事のみで退けられた。このような遡及的短縮もかかる場合にあらならないのであれば、「ほとんどこのように出訴期間を定め、それを遡及的に短縮しても憲法三二条に違反する可能性はないであろう⁽²⁹⁾」との正当な指摘がある。

審級制度に関しては、「憲法は審級制度を如何にすべきかに付ては第八一条において……定めて居る以外何等規定する処がないから此の点以外の審級制度は立法を以て適宜に之を定むべきものである⁽³⁰⁾」とする判決をリーディングケースとして、ほとんど変わりばえのしない判断が多数示されてきた。もっとも、「審級制度については、……事件の種類によって一般の事件と異なる上訴制度を定めても、それが合理的な理由に基づくものであれば憲法三二条に違反するものではない」とし、「相応の合理的な理由」の存在を認めたものもあり、「ほぼ全面的な立法裁量に委ねる立場から、『相応の合理性』の審査は行う方向に向かいつつあるかに見える⁽³¹⁾」とも指摘されている⁽³²⁾。

また、最高裁判所は、行政事件訴訟法三二条一項の規定により行政庁を訴訟に参加させる、というような裁判所

の決定に対して一切不服申立てを許さないことも審級制度の問題として扱っているが、議論の余地がある。このような場合には、裁判所は、実質的には裁判権の行使ではなく行政権の行使を行っていると考えられるため、審級制度の問題ではなく、出訴制限の問題として考えるべきであろう。³⁴⁾ この点、「裁判所が中立性をもちえない事項、たとえば、その裁判所における手続や非訟事件における裁判のうち実質的には行政に属するものの適法性が問題となる場合には、憲法三二条を類推して、一審の裁判に対して上訴権など他の裁判所に対するなんらかの不服申立権が憲法上認められるべきではないか」と説く見解が目を引く。

さらに、第三章で詳しく取り上げるドイツ連邦憲法裁判所の決定³⁵⁾で問題となった規定との類似性から、「上訴をすることができる者は、自己又は代人の責に帰することができる事由によつて上訴の提起期間内に上訴をすることができなかつたときは、原裁判所に上訴権回復の請求をすることができる」とする刑事訴訟法三六二条の憲法適合性が問題となつた事例¹⁷⁾をみておこう。最高裁判所は、「責に帰することができる事由」とは、上訴不能の事由が上訴権者またはその代人の故意または過失にもとずかないことをいうものであり(昭和三十一年七月四日第二小法廷決定、刑集一〇巻七号一〇一五頁参照)、いやしくも代人の故意または過失にもとずき上訴期間を徒過したときは、たとえ自己に故意または過失がなくとも上訴権回復の請求は許されないものと解すべきであり、しかも右刑訴三六二条が代人の過失によつて上訴期間を徒過した場合上訴権回復の請求権がないものとしたのは違憲でないことは、昭和二十五年四月二一日大法廷決定(刑集四巻四号六七五頁)の趣旨に徴し明らかである」とするのみであり、何ら実質的な検討は加えなかつた。それは、援用された判例においても同じである。

これらの判決では、裁判を受ける権利を憲法上の基準点として法律の規定を審査するための判断枠組みは何ら示されておらず、なぜ合憲という結論に至るのかについての詳細な理由づけは不明なままである。

2 検討課題

もっとも、学説は、上記のように立法政策にほとんど疑いを差し挟まない判例に、完全に同調しているわけではない。基本的には、それに対峙しうる考え方を示している。たとえば、裁判を受ける権利が保障されているということは、「裁判を受ける権利を保障するにふさわしい内実をもった裁判制度の構築を国家に要請し、そのように整備された裁判制度において裁判を求める権利を保障する」というものでなければならぬ³⁷⁾。国家の側からいえば、国家は、単に裁判制度を整えさえすればそれよいというのではなく、国民の裁判を受ける権利に対応して、それにふさわしい内実をもった公正で実効的な裁判制度を整備し、国民に提供すべき義務³⁸⁾、司法付与義務³⁹⁾、正確には司法責務を負っている⁴⁰⁾とする見解や、「国民の公正かつ実効的な裁判を受ける権利を阻害するような訴訟制度の採用は違憲となりうる⁴¹⁾」という見解がある。このように、裁判を受ける権利が立法者に対して何らかの限界を定めているということは大方承認されていよう。そして、国民の公正かつ実効的な裁判を受ける権利を阻害するような判断を裁判所が示す場合にも違憲問題が生ずることに異論はないであろう。

しかしながら、これらの言明は一般論にとどまっているため、次のようなことがさらに詰めて考察される必要がある。すなわち、裁判を受ける権利を保障するにふさわしい内実は、法律以前に憲法上観念されていなければならぬはずであるが、それはどのようなものであるのかということである。また、裁判を受ける権利が公正かつ実効的であるとは、どのような状態を指すのかということである。つまり、裁判を受ける権利が、立法者や裁判官に対して、そもそも憲法上どのような法的要請を行っているのかが明確にされねばならない。それが明らかにされて初めて、裁判を受ける権利が憲法上の権利として存在意義を発揮するための基礎が整う。あわせて、これまで全くと言ってよいほど行われてこなかった⁴²⁾のであるが、違憲審査を行う際の審査枠組みの検討がなされねばならない。

第三節 実効的権利保護の導入

前節でみたように、裁判を受ける権利をめぐる議論は非常に低調であった。けれども、そうした状況下でも、一部では、裁判を受ける権利を憲法上の権利と呼ぶにふさわしいものにしよという注目すべき試みもみられた。

1 学説による提唱

日本において、最初に裁判を受ける権利の保障内容に実効的権利保護の観点を持ち込んだのは、一九七〇年代の行政法学者であった。それは、ドイツの連邦憲法裁判所および支配的学説の、「ボン基本法の基本権の章に定められた一九条四項は、『訴訟の保障』と『権利保護の保障』(なかんずく権利保護の有効性の保障)を意味する」という解釈を「極めて注目すべき解釈」であるとして、憲法三二条の要請するところとも解されるべきとしていた。⁴²⁾

かかる主張は、憲法学にも受容されることとなる。まず、棟居快行は、上記の見解に賛同し、「三二条は、実体的基本権全体にかかり、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⁴³⁾たらしめるところの連続的基本権規定である」とし、「実定訴訟法上の訴訟要件・訴訟類型の規定にかかわらず、実体的基本権に加えられた侵害に対して実体的基本権を防御・回復するために当事者が提起する訴訟が、許される余地がある」とする。⁴³⁾

また、笹田栄司は、「解釈論的に行政裁判手続において憲法三二条にボン基本法一九条四項のとき権利保護上の意義を付与すべき」として、憲法三二条が「実効的権利保護の要請」をなすものとする。この要請は、「出訴保障の実効性、法律及び事実問題についての裁判所による十分な事後審査が保障されるような裁判手続の形成、権利保護の要請に適った決定様式そしてその決定の効果が保障される裁判手続の形成」という基本要素からなるものとしてまとめられる。さらに、松井茂記は、「裁判を受ける権利の保障は、単に審理を受けることだけを求めているのではない。というのは、国民の受けている不利益に対して実際に実効的な救済が与えられなければ、裁判を

受ける権利にはなんの意味もないからである。このような観点からは、憲法三二条の裁判を受ける権利は、実効的な救済を求める権利を含んでいなければならないことを意味しよう⁽⁴⁶⁾と述べ、「憲法上の権利」たる、実効的な救済を求める権利の存在を指摘する。

2 未完の議論

こうした実効的権利保護は、憲法上の権利としての裁判を受ける権利の保障においてはどのような形であらわれるのか。日本では裁判を受ける権利の保障のされ方における実効的権利保護の位置づけは曖昧である。議論の端緒となりうるものに、ドイツの実効的権利保護に関する議論を参照する笹田が、それと松井の見解とを対比して述べる次のような説明がある。すなわち、裁判を受ける権利から実効的な救済を求める権利をさらに引き出す松井の理論は、「権利志向的な構成が顕著」⁽⁴⁷⁾である。これに対して、ドイツの判例・学説における実効的権利保護は、「裁判所が権利保護の求めを事実のおよび法的観点から審査することができ、差し迫る権利侵害を回避するため、あるいはすでに生じている権利侵害を取り除くため、十分な決定権限を持つことであり、もつと簡略に述べると、裁判官による訴訟手続の形成が当事者の法律上の救済手段の喪失をもたらす場合、それを妨げようとする考えである。また、立法者、行政、そして裁判官に向けられた法的要請として『実効的権利保護』を捉えている」⁽⁴⁸⁾。かかる観点からみると、棟居の見解は、基本権が侵害された場面において裁判を受ける権利が裁判官への要請としてはたらくことに特に着目して主張されたものといえよう。本稿では、ドイツの議論を参照すること、「実効的な救済を求める権利」が裁判を受ける権利と別個に観念される必要は特にないと思われること、そして、基本権の内容形成を考慮の上で立法者に対する要請を考慮の対象外とすることはできないことから、笹田の説示する理解を共有している。しかし、従来の日本での議論は、ここで終わってしまった。まず、実効的権利保護からの法的要請が明確に

されているとは言い難い。さらに、法的要請がいかにして保障されるのかは明らかにされていない。すなわち、その要請に反する規律が個人の権利の制限として観念されるのか、つまり、「権利の論理」で審査されるのか⁽⁵⁾については、議論が及んでいないのである。

注

- (10) この整理は、片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』(大阪大学出版会、二〇〇七年)四一頁以下に依る。
- (11) 芦部・前掲注(6)二四四頁。
- (12) 連邦憲法裁判所の一貫した立場である。Vgl. z.B. BVerfGE 107, 395 (403).
- (13) 参照、笹田・前掲注(9)一九五頁。
- (14) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht, 24.Aufl., 2008, S.282, Rn.1080. 第一五版の邦訳として参照、ポード・ビエロート／ベルンハルト・シュリンク(永田秀樹・松本和彦・倉田原志訳)『現代ドイツ基本権』(法律文化社、二〇〇一年)四〇三頁。Vgl. BVerfGE 69, 145 (148). 日本の最高裁においても、最近、最決平成二〇(二〇〇八)年五月八日(家月六〇巻八号五頁)で、那須弘平裁判官が反対意見で、憲法三三条が「審問請求権(当事者が裁判所に対して自己の見解を表明し、かつ、聴取される機会を与えられることを要求することができる権利)」を含むと述べており、注目される。
- (15) B. Pieroth/B. Schlink, aaO. (Anm.14), S.282, Rn.1080. (邦訳、四〇五頁)「ただ、連邦憲法裁判所は、しばしばこの二つの基本権を厳格に区別しない(たゞえば、BVerfGE 40, 237 (247))と、この二つを同所で述べられる。
- (16) 笹田栄司『実効的基本権保障論』(信山社、一九九三年)三二六頁。
- (17) Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, S.151, Rn.340f. 邦訳として参照、コンラート・ヘッセ(初宿正典・赤坂幸一訳)『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂、二〇〇六年)二二〇頁以下。
- (18) 参照、佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第二版〕』(学陽書房、一九八〇年)二二二頁、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』(青林書院、

- 一九九五年)六一頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法(有斐閣、二〇〇五年)二五一頁、長谷部恭男『憲法(第四版)』(新世社、二〇〇八年)三〇五頁。
- (19) 参照、宮沢俊義『憲法(新版)』(有斐閣、一九七一年)四四七頁、小林直樹『憲法講義(上)』(新版)』(東京大学出版会、一九八〇年)六〇六頁。
- (20) 戸波江二『裁判を受ける権利』ジュリスト二〇八九号(一九九六年)二八二頁。
- (21) 新正幸『憲法訴訟論』(信山社、二〇〇八年)一七七頁。
- (22) 戸波・前掲注(20)二八一頁。
- (23) 鶴飼信成『憲法』(岩波書店、一九五六年)一五三頁。
- (24) 芦部信喜『裁判を受ける権利』同編『憲法 人權(二)』(有斐閣、一九八一年)二七五頁。
- (25) 参照、渡辺・前掲注(3)二四頁。最近では、ベースライン論に基づく検討も試みられており、注目される。参照、長谷部恭男『憲法から見た裁判手続原則』法律時報八一巻五号(二〇〇九年)五二頁以下。
- (26) たとえば、代表的なものとして、最大決昭和三五(一九六〇)年七月六日民集一四巻九号一六五七頁、最大決昭和四〇(一九六五)年六月三〇日民集一九巻四号一〇八九頁、最大決昭和四一(一九六六)年二月二七日民集二〇巻一〇号二七九頁。
- (27) たとえば、参照、芦部・前掲注(24)三〇二頁以下。
- (28) 最大判昭和二四(一九四九)年五月一八日民集三巻六号一九九頁。
- (29) 松井茂記『裁判を受ける権利』(日本評論社、一九九三年)一七七頁。二二六頁をも参照。
- (30) 最大判昭和二三(一九四八)年三月一〇日刑集二巻三号一七五頁。
- (31) 最判平成二二(二〇〇九)年七月一四日裁時一四八七号二〇頁。
- (32) 渡辺・前掲注(3)一一頁。
- (33) 最判平成六(一九九四)年二月一六日判時一五一八号七頁。
- (34) ドイツでは、そのような考え方がとられている。たとえば、第三章で詳しくみるBVerfGE 116, 1(邦語による紹介として、平良小百合『出訴の途』の保障枠組み―破産管財人の任命決定に対する『出訴の途』の保障―』法政研究七六巻一・二号(二〇〇九年)一三七頁以下)は、裁判所による破産管財人の任命決定を裁判作用ではないと判断して、審級制度の問題とはしていない。

- (35) 片山・前掲注(10)二三七頁「初出は一九九八年」。
- (36) Byerly, 80, 283. 邦語による紹介として、布田勉「庇護関係の行政訴訟において訴訟代理人の責任を本人に帰属させる規定の合憲性——トルコ人事件——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例「第二版」』(信山社、二〇〇三年)三五二頁以下。
- (37) 最決昭和三六(一九六一)年六月七日刑集一五卷六号九五六頁。
- (38) 兼子一「竹下守夫『裁判法「第四版」』(有斐閣、一九九九年)一四八頁。
- (39) 新・前掲注(21)一七八頁「傍点は原文太字」。
- (40) 戸波・前掲注(20)二八二頁。
- (41) 参照、片山・前掲注(10)四九頁。さらに、同所で、「すくなくとも、訴権の制限という面では、その違憲審査基準として、合理性の基準ではなく、より厳格な基準が適用されるべきであろう。これは、訴権の制限が、国民が自己の権利利益を不当に侵害されても救済を受けられないことを意味するからというだけではない。制度論的には、訴権の制限は、違憲審査制度および行政裁判制度の適用除外を定めることを意味し、国会が、権力分立システムを(部分的に)変更することを許すことにつながる」と述べられているが、「より厳格な基準」が実際に適用された事例は、管見の限り皆無である。
- (42) 東條武治「裁判を受ける権利」試論——行政訴訟における権利保護の有効性に関連して——「判例評論一九九号(一九七五年)八頁以下。同「権利保護の有効性論」公法研究四一号(一九七九年)二〇六頁以下。
- (43) 棟居快行「人権論の新構成」(信山社、二〇〇八年)二九二頁「初出は一九八五年」。
- (44) 笹田・前掲注(16)三三三頁。
- (45) 笹田・前掲注(16)三三七頁。
- (46) 松井・前掲注(29)一五六頁。
- (47) 松井・前掲注(29)一九七頁。
- (48) さらに、ここから「非公開審理を求める権利」までもが引き出される(松井・前掲注(29)二五四頁)。
- (49) 笹田・前掲注(9)二二二頁。
- (50) 笹田・前掲注(9)二二二頁。
- (51) 参照、小山・前掲注(2)一六一頁以下。

第二章 ドイツにおける「出訴の途」——保障内容

第一節 真正の基本権

1 基本権としての確立

ドイツにおいては、今日、基本法一九条四項について論じられる際には、ほとんど例外なく同条項の基本権としての位置づけ——たとえば、真正の基本権⁽⁵²⁾、基本権たる性質⁽⁵³⁾という言い方で——が、確認される。そして、同時に、それが侵害された場合には憲法異議によっても追求される主観的権利であることが確認されるのが常である⁽⁵⁴⁾。

こうした確認は、ワイマル憲法との対比を際立たせる意味でなされる。一九条四項の源流をなす、「ライヒおよびラントには、法律の定める基準に従い、行政官庁の命令および処分に対して、個人を保護するために特別の行政裁判所が存在してはならない」というワイマル憲法一〇七条は、立法者に対するプログラム、国家の給付義務としてのみ考えられ、ワイマル憲法下では、少なくともライヒレベルでは実現されなかった⁽⁵⁵⁾。これに対して、「今や、ボン基本法は異なっている」として、F・クラインは、「手続的主要基本権 (das formelle Hauptgrundrecht)」という呼称を提唱したのであった⁽⁵⁶⁾。手続的主要基本権からは、「個人のために、主観的権利、とくに、裁判機関による権利保護を求める請求権」が導出される⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾。

もつとも、基本法発効後しばらくは、一九条四項の基本権としての性格が疑わしくみえることもあった。たとえば、「一九条が含まれているのは、独自の実体的権利ではなく、基本権の保護に役立つ一連の規定である⁽⁵⁹⁾」とする判決も存在した。しかし、これは一九条四項についてだけでなく、一九条全体についての言及であるため、憲法裁判

所が一十九条四項について積極的に基本権たる性格を否定する意図があったと考えるべきではないであろう。また、当時の学説では、一十九条「四項は、全体の法秩序のための原則規範(Grundsatznorm)である」と捉えられているものの、同時に、一十九条四項は「出訴の途の手続法的、訴訟的基本権」とも称されており曖昧さを残していた。

いずれにせよ、今日では、一十九条四項の基本権としての性格に争いはなく、基本権たる位置づけは、ゆるぎないものとなっている。

2 法的性質

一十九条四項が積極的地位の基本権であり、給付権(Leistungsrecht)たる性質をもつことには、異論は全く呈されていない。ここで問題とするのは、一十九条四項が、それに加えて防御権(Abwehrrecht)たる性質をも有するかということである。というのは、その主たる性質が防御権か給付権かで、違憲審査の論証構造が大きく異なるからである。防御権の場合、「憲法上の原則ないしは原形が定まっているため」、その審査構造は、「比較的単純・明快」であり、原則・例外関係に基づく三段階審査が行われる。これに対して、給付権の場合、「原則ないしは原形を憲法からだけでは獲得できない」ため、直ちに三段階審査を行うことはできないのである。そこで、一十九条四項違反が問題となる違憲審査で、何らかの形で防御権との関わりを認めて、三段階審査を用いる可能性があるかどうかの検証が必要となる。

① 防御機能

一十九条四項の防御機能について言及するのは、H・マウラー(コンスタンツ大学教授)である。しかし、その言回しは、「一十九条四項は、自由権から生じる防御請求権を補助して貫徹させるといふ点においてのみ、防御機能をも有している」という程度のものであり、一十九条四項が給付権としての性質しかもたないということは堅持されて

いる。この程度の意味であれば、一九条四項が防御機能を有しているという主張は、三段階審査につながるものではない。

② 防御権としての性質

これに対して、一九条四項に防御権としての性質があることを明確に肯定するのは、M・イブラー（コンスタンツ大学教授）である。彼によれば、一九条四項は、「自己の権利侵害の場合に、裁判権がその権利の保護をなしうるよう、そして行うよう求める請求権」、すなわち「給付権」を含んでいるが、「(i) この給付要求の目的は、個々の場合に、克服されるべき権利侵害の実効的な防御である。一九条四項は、これについて、公権力による権利侵害に対するすべての公権の防御内容を鋭利にし、補足する。(ii) そして、一九条四項は、「同項の他の保障平面としての——平良注」制度保障 (Einrichtungsgarantie) や給付内容への正当化されない介入によっても引き起こされる、裁判所による保護の正当化されない縮減を防ぐことを可能にする。それゆえ、一九条四項は防御権でもある」。⁽⁶⁷⁾

この言明の前半部 (i) は、上記と同様、他の公権の防御を補助する防御機能を意味する。特徴的なのは、一九条四項に防御権としての性質を見出す後半部 (ii) である。このような見解に対しては、「公権力により自己の権利を侵害された者のために、制限がないという意味で、(出訴の途) を「オープンに」保つということに向けられた不作為請求権は、それ自体で取り上げられる価値を有していない」との批判もある。というのは、「この不作為請求権は、貫徹しうるために具体的な内容を必要とし、それを斡旋するのは、基本権の客観的内容の任務である」⁽⁶⁸⁾ からである。この指摘は、出訴の途の保障内容が憲法からのみでは観念できないことを問題としたものであり、正当であると思われる。一九条四項に防御権としての性質までをも認める見解は、他にはみあたらない。

③ 防御権的定式化

また、H・シュルツェ＝フィーリッツ（ヴュルツブルク大学教授）は、「給付権的に形作られた法的性格が優勢である」としつつ、一九条四項を防御権的に定式化する。すなわち、「防御権的に定式化されて、この保障内容は、要求できない、実態に即して正当化できない方法で、裁判所による保護を妨げたり縮減したりすることの不作為を求め、請求権を個人に付与する。……出訴の途の内容形成の際には、対応する国家の給付が必要である。すなわち、防御請求権と給付請求権とはその限りで一致する」⁽⁷⁰⁾。

これと で取り上げた見解との違いは、やや分かりにくいだが、「防御権的に定式化される」という言葉使いや、「内容形成は……権利保護の実効性の原則を掘り崩して効果を失わせてはならない、そして、個人権の保護の憲法上のミニマムを下回ってはならない」ということが、基本権ドグマ・ティクの理論原則にもかかわらず妥当する⁽⁷¹⁾という他の叙述から、給付権とは別個に防御権としての性質までも認めるのではなく、給付権でありながら防御権的に保障されるという理解として、⁽⁷²⁾の見解とは別に整理しよう。

このように不徹底なものであることから、これに対しては、「給付請求権と防御請求権の重大な構造の違いについて思い違いをさせるものであり、国民の要求は、常に給付——適当な出訴の途の開放——に向けられたままであることを何ら変えるものではない⁽⁷³⁾」という批判が提起されている。もっとも、こうした中途半端な理論構成は、この見解のように、防御権的な定式化を行うと明言しないまでも、連邦憲法裁判所および多くの学説に広くみられるものとなっている（第三章）。

④ 規範存続保護

さらに、一九条四項から取り出される防御権的な内容として、「立法者が一度作られた権利保護の形式を国民に

とって負担となる方向に切り詰める場合に、常に介入が存在するという形⁽⁷⁾でも承認されることがある。すなわち、規範存続保護 (Normbestandschutz) として論じられる問題である。このような保護が一九条四項について認められるかどうかは、後に詳しく検討する (第二章第三節)。

第二節 内容形成を必要とする基本権

1 「出訴の途」の前提

(1) 内容形成の必要性

一九条四項は、内容形成を必要とする権利である。このことは、次のように説明される。

一九条四項一文は、「国民に参照を求める出訴の途の下で何が理解されうるのか、どのような権利が主張されるのかということを示すこともなく、明らかに、すでに基本権保護のための前提条件を形成する際に、立法者に責任を転嫁している。この特異さは、一九条四項一文が基本権カテゴリーにおける大部分の他の基本権に対して示している特殊性となっている。すなわち、権利保護保障は、「規範によって形成される (normgeprägt) 基本権である。……それゆえ、一九条四項一文が、手続的基本権として「妥当する」だけでなく「実効的である」べきならば、立法者による内容の形成 (inhaltliche Ausgestaltung) を必要とする。つまり、保障される権利保護の方法と範囲は、通常法の規定に従って、とくに裁判所構成法および手続法に従って決められる」⁽⁸⁾。

しかし、これは、通常法の規定が憲法に優越するということを意味しているわけでは決していない。内容形成に憲法上の限界を見出すことが、出訴の途が基本権として保障されるための不可欠の作業となる。

(2) 最低限の前提条件の整備

(1) でみたように一九条四項が保障の前提として、裁判所構成法や裁判所手続法による裁判制度の整備を必要とすることを踏まえ、最低限要求される保障について制度的保障 (institutionelle Garantie) という概念を用いる見解もある。すなわち、一九条四項は、「権利保護の依頼を遂行することのできる裁判所(「出訴の途」)の制度的保障を含んでいる」⁽⁷⁶⁾、というように説明される。その場合、制度的保障として、「憲法が確固として保障しているのは、一九条四項による中核的要素 (Kernbestand) のみである」⁽⁷⁷⁾。換言すれば、一九条四項は「常に特定の最低限の前提条件が与えられなければならない」⁽⁷⁸⁾ことを示している。

これに対して異論を呈する見解も有力である。それは、次のような理由に基づく。第一に、「まさに、基本法九二条以下が対応する規定を提供し、基本法一九条四項は単に、裁判による権利保護の内容形成に寄与しているにすぎない」ので、基本法一九条四項が裁判権の制度的保障を含んでいるという必要はないというものである⁽⁷⁹⁾。第二に、「一九条四項からは、実効的な権利保護を求める請求権が生じる。この請求権は、必要とあらば、訴訟法の形成を求める請求権をも含んでいる。この憲法上の直接的な給付請求権に制度的保障は後れをとっている。したがって、給付請求権が訴訟法を要求するので、制度的保障はその独自の意義を失つ」というものである⁽⁸⁰⁾。

このように、意見の対立が存在するが、一九条四項に関して、その保障内容を制度的保障という概念を用いて説明するか否かということ自体は、さほど重要ではない。ここで押さえておくべきことは、それを制度的保障と理解するにせよしないにせよ、出訴の途が保障されるために、法律によって必ず用意されねばならない中核的要素なしは最低限の前提条件の存在の必要性を双方の見解が明示しているということである。

2 「出訴の途」の「原則」

(1) 憲法から獲得される「原則」

先にみたように、一九条四項は内容形成を必要とする権利である。しかし、かかる権利であっても、法律以前に、憲法から防御の対象となる「原則」が読み取られることがある。たとえば、内容形成を憲法の条文上明らかに必要とする基本権である財産権（日本国憲法一九条、ドイツ連邦共和国基本法一四条）の場合である。内容形成をしている民法典の「根本的な改正」、つまり、「単独所有ではなく、むしろ共有を広く認める民法典への改正、自由な使用・収益・処分を本旨としない民法典への改正」は、「おそらく違憲となる。そして、違憲となるということは、憲法二九条一項の中に、あるべき財産法秩序についての何らかのメッセージが含まれていることになる」。⁽⁸¹⁾

本稿で深く検討することはできないが、ドイツ憲法学において展開されている基本権の内容形成論によるこの点に関する説明が、次のように紹介されている。すなわち、「既存の法制度を前提とした財産権についても、「制度を侵してはならない」という消極的保障に先行して、制度の形成という立法行為が存在した。そして、「制度を侵してはならない」とされる理由は、「その「先行する立法行為が憲法上の規準に合致するから」⁽⁸²⁾である。この「憲法上の規準」が、憲法的防御の規準としての「原則」となる。財産権の場合には、「基本権主体に財産法領域における自由の空間を確保し、基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成できるようにすること」⁽⁸³⁾、すなわち、「人格発展の保障」が憲法上の規準となる」。

一九条四項に關しても、さしあたり、この説明を基礎としうる。すなわち、「一旦、一九条四項に規定された憲法の指針 (Leitbild) —— その規範的な法的意味が、一九条四項の規範領域を突き止める —— を確定することが重要である。つまり、一九条四項は、何を原則として保障しているのかを確定することが肝要となる。というのは、

それを確定してはじめて、訴訟に関するどのような規定が、基本権を縮減し、あるいはその保障を制限するのかが判明するからである」。⁽⁸⁴⁾

(2) 規範存続保護

(1) では、憲法がぎりど獲得される「原則」が存在する可能性を指摘した。ここでは、それに加えて、憲法からの最低限の要請を越えて、法律が基本権の内容を形づくる場合に、その法律もまた憲法上の「原則」となりうるのかという、先に触れていた規範存続保護の問題を扱う。

規範存続保護は、意外なことに、「一九条四項の憲法解釈の実務においては、ほとんど何の役割も果たして」おらず、「学界でもこれまで注目されてこなかった」。⁽⁸⁵⁾ この問題については、最近になって漸く議論されるようになってきたようである。

一九条四項に関して、最も積極的に規範存続保護を主張していたのは、P・M・フーバー（ミューンヘン大学教授）である。フーバーは、「一九条四項は、通常法によって開かれた権利保護の可能性をその実効的な保護範囲の中に取り入れ、さしあたり、基本権としても「護る」とする。そして、憲法上は予定されていない「審級制」について、一九条四項の根拠から「要求しえず、客観的根拠からもはや正当化されえない方法で、アクセスすることが妨げられてはならない」と判示する憲法裁判所の判例を持ち出して、「これは、審級へのアクセスは、それが法的に予定されている限りで、基本権としても保護されるということを含意している」⁽⁸⁷⁾とする。このような規範存続保護を立法者が縮減する場合には、「立法者は、権利保護保障の実効的な保護範囲をも制限している」⁽⁸⁸⁾ことになる。「この方法で、立法者が個人権の保護を後退させようとする場合に、特定の規範形成によって一度作られた信頼を顧慮すべきことが保障される」。⁽⁸⁹⁾ 一九条四項が防御権としての性質をもつとする見解を解く論者として先に紹介したM・イブ

ラーもまた規範存続保護を肯定して、「最低限の水準を越えて、立法者はその形成権限に基づいて、追加の通常法上の権利保護規定によって、権利保護をさらに良くすることができる」が、「一九条四項は、（一四条と同様に）規範によって形成された基本権なので、そのような通常法上保障された権利保護の可能性をその保護範囲に取り入れることができる」とする。かかる権利保護の可能性も、防御権として「一九条四項への介入を防御しうる」。

規範存続保護を肯定する見解は、「第一に、法律によって構成される基本権の保護範囲という観念（憲法規範の形成）、そして、第二に、信頼保護という論拠」に基づいている。

しかし、規範存続保護については批判も強い。批判点として第一に挙げられるのは、一つ目の論拠に関わる。すなわち、本来、「立法者に対する基本権の規範効果は、憲法規定それ自体から根拠づけられ、憲法規定に付与されるし、付与されなければならない。つまり、規範効果は、委託を果たしている権利保護立法から独立して存在する」はずであるのに、上記の見解に従うと、「手続的基本権の保障内容が憲法によって確定していないという結論に至る」ことが指摘される。第二の批判点は、「立法者から必要不可欠な行動の余地が次第に奪われる」ということである。すなわち、「給付権の枠内に常に存在する立法者のための形成余地は、立法者がいったん権利保護の可能性を広く与えていればいるほど、正反対に、より狭められる」。

ただし、このように一般的に規範存続保護を否定する見解の中には、部分的にそれを認めるものもある。たとえば、「国民がその存続を期待してもよい具体的な地位がある場合」にだけは、保護に値する信頼の必要な基礎が存在するとするものや、あるいは、「実態に即した根拠からもはや正当化されえない、すなわち、本質とは関わりのない観点に基づく、国家による国民の取り扱いが、少なくとも恣意禁止に違反している」とするものである。このうち、具体的な地位がある場合にのみ信頼保護を認める見解は、所有権を例に考えている。しかし、「特定の法律

よって形成される水準を求める国家の権利保護の給付は、その存続について保護に値する信頼がおかれることになる、個人的に帰属させうる財産ではない」⁽⁹⁾ため、一九条四項の場合に、そのままではめることができるのか異論の余地がある。したがって、出訴の途の保障の場合には、規範存続保護は、恣意禁止としてのみ認められるにとどまると言うべきであろう。

第三節 基本権保障における実効的権利保護

1 実効的権利保護要請の作用

前節で指摘した一九条四項の包含する「原則」を確定する役割を果たすのが実効的権利保護である。本節では、その作用の仕方についてみていく。

実効的権利保護は、「国民は実際に実効的な (tatsächlich wirksam) 裁判所によるコントロールを求める実質的な請求権を持つ。それゆえ、一九条四項は、形式的権利と裁判所に提訴する理論的な可能性だけでなく、権利保護の実効性 (Effektivität) をも保障している」と定式化される。この権利保護の実効性は、「判例によって展開された、裁判所による権利保護の最低限の水準の内容形成にとつて、そして裁判所構成法・裁判所手続法の適用にとつての中心的な基準」である。すなわち、「一九条四項は、裁判所への提訴のための形式的権利のみを保障しているのではなく、(制限的に) 権利保護の内容形成のための実体的な解釈基準をも定めている」⁽¹⁰⁾。

この場合、実効的権利保護は、まず、立法者・裁判所・行政に向けて要請を行うものとして理解される。つまり、一九条四項は、立法者・裁判所・行政へ「指針と刺激」を与える「客観的価値秩序」ないし「価値決定」を含む基本権として捉えられることになる⁽¹¹⁾。この点が強く意識されるのは、出訴の途の保障が内容形成を必要とする権利で

あることから、その「客観法的な内容を通して、……主観法的な保障内容は規範的な基盤を獲得」しなければならないからである（客観法的内容の補助機能）・主観法的保障内容の客観法的基本権内容への従属性⁽¹³⁾。その上で、個人は、立法者・裁判所・行政へ課された客観法的な要請を満たすよう求める請求権を有することになる。

さらに、次のような理解が浸透している点にドイツの議論の大きな特徴がある。それは、一九条四項は、「重要な権限配分あるいは権限分配の機能をも有している。国民の個人権の保護のために、権利に影響を及ぼす公権力の行為の適法性についての最終的な判断権は、裁判権力に委ねられる」という理解である。つまり、「裁判所優位の権力分立 (gerichtsgeprägte Gewaltenteilung) を構成」し、「立法権と、特に執行権の統制の際の中心的な任務は、裁判所に割り当てられている」⁽¹⁴⁾。このことが、「広い範囲において原告私人および裁判所の権能を強化する根拠になっている」⁽¹⁵⁾。

ただし、同時に、一九条四項は、「均衡のとれた権利保護 (ausgewogener Rechtsschutz)」を義務付けているということが一般的には言われる。すなわち、「一九条四項は、衡量に引き入れられる他の憲法規範も実践的整合性 (praktische Konkordanz) の原則に従って、全体として実効的になるように解釈されなければならない」⁽¹⁶⁾。これについては、異論も提起されているが、一九条四項はどのような根拠による制限を許容するのかという審査枠組みに関わる問題と不可避的に結びつくものであるため、後に確認する（第三章第二節²）。

2 実効的権利保護要請の程度

ここまでみてきたように、実効的権利保護は、国家に対して客観法的な要請を行う。そして、権利保護主張者は、その要請の遂行を求める請求権を有している。ただし、「何が（立法者に対する）基本権上の給付請求権の実質そのものなのか」ということは、憲法裁判所の裁判による多様な具体化にもかかわらず、今日まで明らかでない⁽¹⁷⁾。

給付請求権の実質として考えうるのは、最適化命題 (Optimierungsschese) を達成するという要請と最低限の水
準 (Mindeststandard) を遵守するという要請である。一九条四項の包含する原則がどちらの要請を行っている
みるかによって、理念的には二つの立場に分かれうる。最適化命題を一九条四項の原則とする立場は、「権利保護
の特定の給付内容に関して、(一) 応、そしてなおのこと確定的に」可能な限り広範囲にわたる要求を一九条四項から
引き出そうとする解釈⁽¹⁰⁾を行うことになる。すなわち、それは最大化を要請するものであり、また、さしあたり一
応のものであることから正当化可能な原理 (Prinzip) としての性格をもつ⁽¹¹⁾。これと反対の立場が、最低限の水
準をその要請とするものである。それは、「内容形成に関して、権利保護の最大化を目指す実効性思考への批判的な
考え方⁽¹²⁾」であり、「確定的で、比較衡量の可能でない」要請を意味する。

しかし、これらの二つの要請は、実際には並存しうるものとしても考えられている。それを典型的に示すのが、
P・M・フーバーの見解である。フーバーは、実効性の要請を、「実効的な権利保護の最低限の水準」と捉える⁽¹³⁾。
この最低限の水準は、「裁判所へのアクセス、独立の決定機関へのアクセス」、「出訴の途の明確性の要請、そして、
果された行政行為に対する権利保護」を包含する。同時に、「この実効的な権利保護を越えて、一九条四項からは、
最適化要請までもが読み取られうる」。つまり、核心としての最低限の水準のまわりに、衡量の可能な保障領域が
広がっていることになる。この用法では、最適化要請は均衡のとれた権利保護という意味になる⁽¹⁴⁾。この場合、最
適化要請は、単純な最大化要請としては理解されない⁽¹⁵⁾。対立する他の基本権等をも考慮にいれて、双方の最大化が
要請される、すなわち、実践的整合性⁽¹⁶⁾が目指される。

なお、次章で検討する審査枠組みとの関係について先に少し触れておくと、最低限の水準を核心としつつ、一九
条四項の「原形」として最適化要請までもを觀念することは、三段階審査をそのまま適用する防御権の構成と結び

つく。これに対して、最低限の水準のみを一九条四項の「原形」として観念することは、最低限の水準が満たされているかどうかを問題とする給付権の構成と結びつく。

注

- (21) Volker Buernmeyer, Rechtsschutzgarantie und Gerichtsverfahrensrecht, 1975, S.25; Helmuth Schulze-Fiehlitz, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1996, Bd. , Art.19, S.1135, Rn.30; Walter Krebs, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. , Art.19, 5.Aufl., 2000, S.1041, Rn.2
- (22) Hans-Jürgen Papier, Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HdBSUR, Bd. , 1989, S.1234, Rn.1; Peter Wilfänger, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention, 1995, S.29; Peter Michael Huber, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. , Artikel 19, 5.Aufl., 2005, S.1810, Rn.367; Eberhart Schmidt-Abmann, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, Bd. , Art.19 Abs.4, 2006, S.16, Rn.7.
- (23) Vgl. z.B. P. Wilfänger, aO. (Anm.53), S.32; Hartmut Maurer, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. , 2001, S.474; P. M. Huber, aO. (Anm.53), S.1810, Rn.367; E. Schmidt-Abmann, aO. (Anm.53), S.16, Rn.7.
- (24) Vgl. Gerhart Anschutz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919: ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14.Aufl., 1933, S.494ff.
- (25) Friedrich Klein, Tragweite der Generalklausel im Art.19 Abs.4 des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL 8, 1950, S.88.
- (26) Ebinda, S.88.
- (27) W. Krebs, aO. (Anm.52), S.1068, Rn.47は「手続的主観基本権という性格づけは一九条四項を過小評価するものとして一九条四項は実体的基本権づけに加えられた付加物ではなく、主観法的な基本権保護それ自体の一部である」ということを強調する。

- (65) BVerfGE 1, 264 (280).
- (66) Vgl. V. Buermeyer, aaO. (Anm.52), S.26.
- (67) Hermann von Mangoldt, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. , 2.Aufl., 1957, S.542.
- (68) Ebenda, S.116.
- (69) 防御権と給付権とは、形式的区別によれば、「具体的場合に、法的効果が不作為にあるか、それとも積極的行為にあるか」ということで分けられる。そのうち、実質的意義における防御権は、「個人に国家から自由な領域を保障する権利」と定義され、実質的意義における給付権は、「その法的効果が憲法より下位の法秩序や先行する国家行為を顧慮することなく、常に積極的な国家行為の意味における給付 (Leistung) に存在する憲法上の権利」と定義される。(Vgl. Martin Borowski, Grundrechtliche Leistungsrechte, JöR. n.F.50, 2000, S.303f.)
- なお「„Leistung“ の概念は、広く使用され、多くの規範的な、そして事実的な行為を含む」(Ebenda, S.303, Fn.21. 小山・前掲注(2) 一六頁)。「本来、憲法学において「給付」は、生存配慮と結びついて用いられてきた。しかし、環境保護や基本権保護義務論など、国の作為義務の内容が拡張してきたことに対応して、「給付」は、物質的給付に加えて「規範的給付」すなわち法規範の定立の要請を含むものとなった」と述べられている。
- (64) 参照: 小山・前掲注(2) 三頁以下。
- (65) ただし、別の観点を顧慮した場合、原則・原形を憲法の次元で獲得できたとしても、給付権と三段階審査が直ちには結びつかないという点も考えられる(第三章第一節2)。
- (66) H. Maurer, aaO. (Anm.54), S.475.
- (67) Martin Iher, in: Karl Heinrich Praf/Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art. 19 , S.16, Rn.1. (ただし、石田中ローテ線外は石田中氏著) Vgl. auch Ebenda, S.38, Rn.47.
- (68) M. Glaser, aaO. (Anm.5), S.289; Matthias Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S.444ff. 以下は「中二の困難な語」に添った。
- (69) M. Glaser, aaO. (Anm.5), S.289.
- (70) H. Schütze-Fielitz, aaO. (Anm.52), S.1147, Rn.65.

- (71) Ebenda, S.1147, Rn.65.
- (72) 「日本の基礎的権利」 M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.444, Fn.10に「基本権をクマーティヤノ権利の問題を言ひ方 (fogon de parler) に置換はる」の語句を掲げている。
- (73) Sebastian Lenz, Vorbehaltliche Freiheitsrechte, 2006, S.58. 他、H. Maurer, aaO. (Anm.54), S.475, Fn.34に「この憲法を作られた目的は、この憲法をこの目的で」
- (74) S. Lenz, aaO. (Anm.73), S.62.
- (75) M. Glaser, aaO. (Anm.5), S.248. 他、J. 九条四項が内容形成を必要とすることを示すの語句に「Vgl. V. Buernmeyer, aaO. (Anm.52), S.28, 37, 75; P. Wilfinger, aaO. (Anm.53), S.41; H. Schulze-Fielitz, aaO. (Anm.52), S.1135, Rn.33, S.1145, Rn.60; Martin Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S.256; H. Maurer, aaO. (Anm.54), S.489; M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.444f.; P. M. Huber, aaO. (Anm.53), S.1810, Rn.368; H. D. Jarass, aaO. (Anm.7), S.434f., Rn.51; M. Ibler, aaO. (Anm.67), S.107, Rn.167; B. Pieroth/B. Schlink, aaO. (Anm.14), S.261, Rn.1007 (邦語訳中国語)
- (76) E. Schmidt-Abmann, aaO. (Anm.53), S.19, Rn.14. 他、J. 九条四項が制度的保障を含むことを示すの語句に「Vgl. H. Schulze-Fielitz, aaO. (Anm.52), S.1135, Rn.33; W. Krebs, aaO. (Anm.52), S.1069, Rn.49; M. Ibler, aaO. (Anm.67), S.16, Rn.1; B. Pieroth/B. Schlink, aaO. (Anm.14), S.261, Rn.1007 (邦語訳中国語); M. Glaser, aaO. (Anm.5), S.246.
- (77) E. Schmidt-Abmann, aaO. (Anm.53), S.20, Rn.14. [邦語訳原文大分]
- (78) H. Schulze-Fielitz, aaO. (Anm.52), S.1135, Rn.33.
- (79) Vgl. H. Maurer, aaO. (Anm.54), S.477.
- (80) Vgl. Ute Mager, Einrichtungsgarantien, 2003, S.323.
- (81) 小山剛「基本権の内容形成論からの応答」法律時報八一巻五号(二〇〇九年)二二頁。
- (82) 小山・前掲註(81)二三頁。
- (83) 小山・前掲註(81)二三頁。
- (84) V. Buernmeyer, aaO. (Anm.52), S.44.
- (85) M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.487.

- (39) BVerfGE 44, 302 (306); 49, 252 (256f.).
- (40) P. M. Huber, aaO. (Anm.53), S.1810, Rn.369. [傍註は原文大字]
- (41) Ebenda, S.1811, Rn.373.
- (42) Ebenda, S.1811, Rn.373.
- (43) M. Ihler, aaO. (Anm.67), S.108f., Rn.169. [傍註は原文大字] または Ebenda, S.202, Rn.321では「少なくとも憲法禁止が立法者に制約を課している」として「多くは抑止的である」とも述べている。
- (44) Ebenda, S.38, Rn.48.
- (45) M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.488.
- (46) Ebenda, S.489.
- (47) Uwe Kischel, Die Begründung: zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003, S.166. 同様の指摘は、制度後退禁止原則に関して「日本においてもみられる」と述べ、「かかる制度後退禁止原則は、たしかに憲法的規範の法的拘束力の働く領域を拡張させるものとして魅力的である。しかし、この原則に対しては、何よりも、下位規範に先行して確定しているものは、その憲法上の法規範の内容が、下位の制度の有無(ないし内容)に依って常に規定されておらず、むしろ揺らぐ(内野正幸「憲法解釈の論理と体系」(日本評論社 一九九一年)一五五頁)。
- (48) Ebenda, S.168.
- (49) S. Lenz, aaO. (Anm.73), S.62.
- (50) Ebenda, S.62.
- (51) U. Kischel, aaO. (Anm.94), S.167.
- (52) M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.490.
- (53) z. B. BVerfGE 35, 263 (274); 35, 382 (401); 40, 272 (275); 54, 39 (41); 101, 397 (407); 104, 220 (231); 107, 299 (337); 108, 341 (347).
- (54) H. Schulze-Fielitz, aaO. (Anm.52), S.1145f., Rn.61 [傍註は原文大字]; 同項を訳せる邦文は U. Mager, aaO. (Anm.80), S.321; B. Pieroth/B. Schlink, aaO. (Anm.14), S.261, Rn.1007 (註三 三十四頁); M. Glaser, aaO. (Anm.5), S.296f.

- (20) Vgl. H. Maurer, aaO. (Anm.54), S.474.
- (21) Vgl. BVerfGE 7, 198 (204f.) 邦語にちなる紹介として、木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効力——リユート判決——」栗城壽夫・戸波江二・根森健『ドイツの憲法判例【第二版】』（信山社、二〇〇三年）一五七頁。
- (22) M. Glaser, aaO. (Anm.5), S.289; 同註を採くものとして P. Wilfinger, aaO. (Anm.53), S.36.
- (23) H.-J. Papier, aaO. (Anm.53), S.1235, Rn.4.
- (24) E. Schmidt-Albmann, aaO. (Anm.53), S.18, Rn.10. [傍註は原文大字]
- (25) 日本法律「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(上) シュリストーニ三八号(二〇〇三年) 八七頁」
- (26) Vgl. E. Schmidt-Albmann, aaO. (Anm.53), S.15, Rn.4. [傍註は原文斜体字]
- (27) M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.447.
- (28) Ebenda, S.462.
- (29) Vgl. Ebenda, S.447.
- (30) Ebenda, S.462.
- (31) Ebenda, S.447.
- (32) Vgl. P. M. Huber, aaO. (Anm.53), S.1832ff., Rn.453ff.
- (33) Ebenda, S.1832, Rn.454.
- (34) Vgl. Ebenda, S.1836, Rn.469.
- (35) Vgl. E. Schmidt-Albmann, aaO. (Anm.53), S.16, Rn.4; P. Wilfinger, aaO. (Anm.53), S.45; Uwe Kischel, aaO. (Anm.94), S.173. 上記の考え方は、「理想的な夢のちひな裁判手続が実現されない限り、裁判を受ける権利が侵害をわけていぬべきであると言えない」(長谷部・前掲注(25)五三頁)という記述にも通底してみられる。
- (36) 最適化という命題は、「国法益の限界が、双方が最適の実効性を得られるように画られる」ことを要請する。(Vgl. K. Hesse, aaO. (Anm.17), S.28, Rn.72. [傍註は原文斜体字] 邦訳、四〇頁以下)

第三章 ドイツにおける「出訴の途」——審査枠組み

第一節 判例

ここでは、法律上の規定および裁判所の判断が、一九条四項に合致するかどうかを判断する際に、連邦憲法裁判所がどのような審査枠組みを用いているかを分析するために、三つの判例を概観する。これらの判例は、大枠ではある共通した審査枠組みを用いつつも、具体的な審査基準についてはそれぞれ異なる基準を定立している。三つの判例の共通点を抽出するとともに、差異がどこから生ずるのかを分析することが、本節での課題である。

1 概要

【1】 BVerfGE 60, 253. (一九八二年四月二〇日第一法廷決定)

【事案】 行政裁判所法一七三条によって準用される民事訴訟法八五条二項は、「訴訟代理人の責任は当事者の責任と同一である」と定める。シュトゥットガルト行政裁判所は、同規定は行政裁判所法六〇条一項「責めに帰すことができない理由により法定期間を遵守することができないものには申立てにより原状回復が認められる。」に鑑み、基本法(一九条二項二文、一九条四項および社会国家原則)に違反すると考えた。そこで、行政裁判所が、民事訴訟法八五条二項の憲法適合性について、基本法一〇〇条一項「具体的規範統制」に基づき連邦憲法裁判所の決定を求めた事案である。

【判断】 「裁判所による権利保護の範囲へ直接、制限的な効果 (beschränkende Auswirkung)」を及ぼすような「内容形成は、他の憲法原理の実現を顧慮して正当化される場合には、一九条四項と合致しうる。というのは、憲

法はひとつの意味構造であり、その意味構造において、すべての個別の保障は、したがって一九条四項一文も憲法の他の規範や原則が損なわれないように解釈されねばならないためである。¹⁰⁾

憲法裁判所は、このことをさらに具体化して次のように述べる。「一九条四項一文が、公権力による（主張された）権利侵害のために保障している出訴の途は、規範的な内容形成を必要とする。これについては、決定の対象の性質に応じて、出訴の途について、特に、手続の性質、手続原理、決定の性質、決定の効果について、様々な形態がとられ構造化される。その際、立法者には広い形成の自由が与えられる。とくに、法的安定性の必要性和、個別事案における実体的な正義を作り出す機会に生じうる損失との間で、衡量する優先権が与えられる。……しかしながら、実体的な正義を実現するという法治国家の基本要請は、個別事案にのみ関係があるのではなく、法秩序とその執行の効力関係にも全体として関係がある。この要請と法的安定性の間には、確かに、——個別事例においていつも解消可能ではない——緊張関係が存在する。しかし、一般に越え難い溝のある対立は存在しない。むしろ、然るべき手続についての法的安定性をもたらすことは、実体的正義の要求でさえもある。というのは、法的安定性は、法的争いにより動揺させられた自由の保護や、不明確な権利の確認に至るからである。ただし、出訴の途の内容形成は、一九条四項一文の保護目的を充足しなければならぬ。つまり、内容形成は、その目的に即し（zweckgerichtet）、適合的で（geeignet）、かつ適切で（angemessen）、権利主張者にとって要求可能（zumutbar）なものでなければならぬ、とくに、裁判所へのアクセスに、適切でない高い手続法上のハードルがおかれてはならない。¹¹⁾

〔2〕 BVerfGE 101, 106. (一九九九年一月二七日第一法廷決定)⁽²¹⁾

【事案】 異議申立人の身辺調査に関する完全な文書を裁判所に提出することをバイエルン内務省に義務づけた一審判決を変更し、文書提出を拒絶する要件が存在することを確認したバイエルン上級行政裁判所の決定および文書提出を拒絶したバイエルン内務省の決定に対して起こされた憲法異議事件である。

【判旨】 「ただし、一九条四項は、留保なく定式化されているにもかかわらず、はじめから制限 (Einschränkungen) を排除しない。権利保護保障の内容形成の際に、包括的な権利保護の要請に対立する利益が考慮を必要とする限りで、立法者はむしろ、この原則「包括的な権利保護」に従って一九条四項から生じる請求権を制限できる。しかし、そのような制限は、比例原則から生じる要請の下にある。そのような制限は、法治国家の手続法の原理と両立可能でなければならず、要求できない (unzumutbar)、実態に即した根拠 (Sachgründe) によってもはや正当化されない方法で、権利保護を妨げてはならない」⁽²²⁾。

続けて、古典的な比例原則に従った審査が行われる。「ただし、規定の目的は、憲法上異議を唱えられない。それが知れ渡るならば国民やラントに不利益をもたらすであろう事項の秘密を保持することは、公共の正当な関心事である」⁽²³⁾。「行政裁判所法九九条二項一文「関係人の申立てに基づき、情報提供および文書等の提出の拒絶が適法であるかどうかを上級行政裁判所が、口頭弁論なしに決定により確定することを定める規定」は、その目的を達成するためには適切な (geeignet) ものである。しかし、目的達成についての必要性 (Erforderlichkeit) がそこには欠けている。というのは、基本法一九条四項に基づく権利保護請求権が今と同じレベルで行政裁判所法九九条に基づき制限されることなく、「インカメラ手続によって——平良注」正当な秘密保護の必要性を顧慮する可能性が存在するからである」⁽²⁴⁾。

[c] BVerfGE 116, 1. (二〇〇六年五月三日第一法廷決定)

【事案】 解任された、あるいは任命されなかつた破産管財人のために取消可能性が用意されておらず、司法審査可能な任命手続を区裁判所でリストに載せられた破産管財人のために保障する法的規律、あるいは任命の拒否を阻止する法的規律が欠けているという点で、上級地方裁判所の決定および破産法三四条二項、六条一項が基本法一九条四項に反するかどつかが争われた憲法異議事件である。

【判旨】 「個別の事案において、基本権上根拠づけられた衝突する利益が調整されねばならない場合、実効的な権利保護の基本法上の保障は、制限を排除しない。その際には、……規定の効果に関して、比例原則もまた顧慮されねばならない」⁽⁸³⁾。多極的法関係 (multipolare Rechtsverhältnisse) において、比例性を顧慮する衡量審査によれば、「志願者の、裁量の誤りのない決定を求める請求権を貫徹するための可能な限り実効的な権利保護を求める利益は、特に、債権者の破産手続の円滑で迅速な進行を求める利益と対置されねばならない。この方法で、実践的整合性の確立の原則に適合した解決策が見出されねばならない」⁽⁸⁴⁾。

2 分析

(1) 内容形成の限界の逾越 = 権利侵害、すなわち三段階審査

1で紹介したように、法律および裁判所の決定と一九条四項との適合性を審査する枠組みは、各判例によって様々である。上記判示のなかで、基本権の内容形成という観点から特に注目すべきは、各判例に一貫してみられる次の点である。すなわち、判例が、「訴訟法の定立者の一九条四項による常に徹底的な拘束を受け入れてきたということ、しかも、内容形成立法のための客観法的な(拘束力をもつ)プログラム準則という意味においてのみならず、直接的な基本権上の権利保護の憲法に合致した形成を求める(主観的な)請求権という意味においても徹底的な拘束

束を受け入れてきたということ、明確に示している」という点である。つまり、「客観的に」立法者による内容形成の可能性の限界」を越える「法律は、「基本権の享有主体の権利保護を求める主観的権利を侵害している」とになる。⁽¹⁰⁷⁾この場合、「権利の論理」で審査されることになるため、小山剛の説く論証作法の区別に従えば、防衛権が問題となる際に用いられる三段階審査がなされるはずである。⁽¹⁰⁸⁾

果して、憲法裁判所は、確かに、防衛権の場合に用いられる審査枠組みを用いているかのようにみえる。たとえば、それは、「制限的な効果」「判例1」、「制限」「判例2・判例3」、「阻害する」「判例2」といった用語法にあらわれている。ここでは、三段階審査に特有の「介入 (Engrief)」という語は使われていないものの、制限や阻害の確認は、基本権に正当化を要する干渉が加えられたかどうかを問う第二段階目に対応している。⁽¹⁰⁹⁾続いて、このような制限や阻害については、正当化可能性の有無が、比例原則を用いて審査される(第三段階目)、⁽¹¹⁰⁾具体的にみると、「判例1」では、「内容形成は、その目的に即し、適合的で、かつ適切で、権利主張者にとって要求可能でなければならぬ」という基準が用いられた。このうち、適切性および要求可能性は、狭義の比例性(均衡性)と同義であるとされる。⁽¹¹¹⁾「判例2」では、古典的な比例原則の形式に則って、目的の適切性、目的に対する手段の必要性の審査が行われ、より厳しい比例原則が適用されている。これに対して、「判例3」における比例性審査は、先の二つとは意味合いの異なるものである。ここでは、実践的整合性の原則が用いられている。上記二つにおける比例原則では、「法律による自由権制限が『侵害』としての性格を持つ点が前面に押し出される」のに対し、実践的整合性の原則においては、「憲法上の利益対立に際して、『両者を大切にした調整』を行おうとする努力がある」。⁽¹¹²⁾すなわち、大枠としては三段階審査を行いつつも、先の二つの判例よりも一九条四項を防衛権として捉える側面は弱まっているといえよう。

以上を総合して、憲法裁判所によって、「失敗した内容形成に対する基本権の保護は、権利保護の制限に対する保護として、それゆえ『防御権的に形作られる』⁽⁸³⁾とまとめることができる。

このように説明すると、一九条四項に関する審査枠組みは、一見なんら問題を含んでいないかにみえる。しかしながら、一九条四項は、異論なく給付権として性格づけられており、この権利に防御権的側面を見出す見解はごく限られたものであった(第二章第一節)。このことを想起するならば、次のような問題が浮かび上がる。すなわち、「憲法裁判所は、制限と内容形成との具体的な関係についてあれこれ考えることなく、必然的に内容形成と結びつけられる制限をドグマティック上、明らかに正当化の必要な(介入)とみなして」あり、「奇妙」⁽⁸⁴⁾であるとの批評を招くのである。つまり、憲法裁判所の判例は、「防御権的に位置づけられうる制限のドグマティック(Schranken dogmatik)と給付権的に動機づけられる内容形成という術語(Ausgestaltungsterminologie)のほとんど調和させられない『共存』を示している」⁽⁸⁵⁾ことになる。

(2) 一九条四項に内在する正当化根拠/外在する対立根拠?

このような矛盾をはらんだ憲法裁判所の言明については、一九条四項に内在する正当化根拠と外在する対立根拠との区別に基づいた整合的説明の可能性が検証された。

一九条四項の実効性の要請は、先にみたように均衡のとれた権利保護を要請する(第二章第三節1)。⁽⁸⁶⁾この均衡性を確保するための調整では二種類が区別される。それは、「一九条四項の保護範囲内にある様々な実効性の観点の内在的な調整」と「他の法治国家の保障との外在的な調整」である。⁽⁸⁷⁾ここに、防御権さながらの審査枠組みを用いる判例を理解するためのひとつの手がかりが見出されうる。すなわち、外在的調整が行われる事案では、「権利保護の『制限』について、権利保護に内在する正当化根拠が問題ではなく、一九条四項の外側にある制限根拠が

問題である。……外側にある根拠は、違憲審査において、権利保護の規範目的に対する対立根拠として置かれ、一貫して、制限のドグマ・ティクによって判断される。」⁽¹³⁷⁾

しかし、これでは明晰な説明を得られない。確かに、「判例2」および「判例3」では、それぞれ、国家の秘密保持、第三者の基本権という一九条四項に外在する対立根拠が問題となっている。しかしながら、「判例1」で問題となった法的安定性は、一九条四項に内在する正当化根拠をも含んでいると考えられる。すなわち、「一方で、通常、「法的安定性の」原理は、実体的な正義という権利保護の目的への——法治国家原理に根ざした——反対原理として理解されることができ、他方で、権利保護それ自身の重要な観点としても理解されうる」⁽¹³⁸⁾のである。

このように、内在的正当化根拠/外在的対立根拠という観点は、判例のとの審査枠組みの説明のためには有用でない⁽¹³⁹⁾。ここでは、根拠の捉え方に判例の奇妙さの原因を求めてうまく説明しようとするよりも、むしろ憲法裁判所が、「一九条四項一文の基本権理論上の分類の問題に答えていまいままである」⁽¹⁴⁰⁾という、より根本的な問題を正面から追求していくことの方が重要である。この問題点を顧慮するならば、防御権と給付権という基本権の要求内容の違いに着目して、審査枠組みを考察する必要があるように思われる。

ただし、「法治国家原理の領域においては、他の憲法原則との衝突状態ではなく、その原理内部での多くの衝突状態が存在する」ために、「様々な構造原理の協働は、介入・制限図式 (Eingriff-Schranken Schema) によって示されうるものより、全体として複雑である」ということは、留意される必要がある。このことが、様々な審査基準が使用される要因となっているのである (第三章第二節1 (2) をも参照)。

第二節 学説

前節でみたように、憲法裁判所は、一九条四項について、留保なき基本権ではあるけれども、一九条四項の「原則」としての実効的権利保護の要請に対する一応の制限を認め、その正当化可能性を審査するという三段階審査を行っている。これに対して、学説は、判例と同様の立場「防御権的構成」と、異なる立場「給付権的構成」とに大別されるが、それらの中でさらに見解が分岐しており、とくに給付権的構成ではいわば一人一説的状况にある。

ここでは、大きく防御権的構成、給付権的構成として括りうる審査枠組みの特徴をまとめた上で、具体的な審査枠組みを確認し、どのような考え方が出訴の途の保障枠組みを構築するに際してふさわしい方向性を示しているのか検討する。

1 防御権的構成

(1) 特徴

防御権的構成の特徴は、大要、次のようにまとめられる⁽¹²⁾。

まず、この構成では、内容形成と制限/介入⁽¹³⁾とが別個のものだと観念されない。すなわち、この構成をとる見解は、内容形成と制限/介入との関係について、「全ての最適でない法律による内容形成を、——正当化可能であるが正当化の必要な——最適な権利保護という原理への不作為による介入と理解する」(限界を越えた「内容形成」は「介入」に「転化」する。)⁽¹⁴⁾。さらに説明を加えると、最適化要請としての実効的権利保護要請を満たさない内容形成は正当化する必要のあるものとされ、逆に言うと、実効的権利保護要請を満たす内容形成は正当化する必要のないものと理解されている。つまり、内容形成には、正当化の必要のあるものとならないものの二種類が区別されることになる。そして、正当化の必要のある内容形成のみが、限界を越えた場合、制限に転化するのである。

このように、正当化の必要を認める（つまり、正当化の余地があることを前提とする）ということは、一九条四項の「原則」として、他の利益との衡量可能な保障内容、すなわち、均衡のとれた権利保護としての最適化要請を觀念していることになる。

(2) 具体的な審査枠組み

(a) 以上の特徴を踏まえた上で、防御権的構成について、具体的な審査枠組みをみていく。まず、第一に、正当化の必要のない内容形成と正当化の必要のある内容形成、すなわち制限／介入とがどのように区別されるのかという点に関する問題である。これについて明記したものはほとんどないが、一般的には、ドイツにおいて広く支持されている、内容形成と介入との区別に関する「排他性テーゼ」が前提とされているのではないかと思われる。排他性テーゼとは、「要求される、あるいは容認される法秩序の内容形成であるものは、基本権への介入とはなりえない」というものである。⁽¹⁶⁾ ただし、このテーゼに基づく区別の困難性は当然指摘されており、それがどこまで通用するのかについては、別途詳細な検討が必要であるが、本稿ではこれ以上立ち入らない。

では、正当化の必要な（余地のある）内容形成と正当化の余地のない内容形成との区別は、どのようになされるのであるのか。これについては、次のような見解がみられる。たとえば、「憲法改正によっても変えられない一九条四項の核心領域への介入は正当化可能でない」、⁽¹⁷⁾ あるいは、「裁判所への提訴を一般的に排除することはどんなことがあってもできない」。⁽¹⁸⁾ 「国家の裁判所へのアクセスが終局的に、あるいは代償なく廃止される場合には、内容形成は、対立する憲法上の保護のために必要であるとして、出訴の途の保障をもはや制限してはならない。明文の憲法上の根拠が必要である」（たとえば、基本法一〇条二項、一六a条四項）。⁽¹⁹⁾

(b) 第二に、制限／介入を正当化しうるかどうかの判断基準が問題となる。⁽²⁰⁾ まず、正当化根拠としては、一九条

四項が留保なき基本権であることから、憲法上の衝突する法益が必要であるということが一致して主張される。これは、留保なき基本権について、判例・通説が、「衝突する第三者の基本権と憲法的地位を備えた他の法的価値がある場合にのみ、憲法の統一性とそれによって保護される全体的な価値秩序を考慮しながら、制限できない基本権に対しても、例外的に個々の関係において制約を加えることができる」として、憲法内在的な制約の可能性を認めってきたことに従うものである。

正当化の基準としては、比例原則（過剰侵害の禁止（Übermaßverbot））が用いられる。さらに、過剰侵害の禁止を具体化する基準として、判例によって作られた各基準が用いられる。その最も一般的なものは、「出訴の途は、要求できない、実態に即した根拠からもはや正当化されえない方法で、妨げられてはならない」という基準である。ただし、この基準はよく目にするものであるけれども、これに対しては、「その定式化からは、客観的に方向づけられた根拠も、続いての衡量過程のための拠りどころも取り出されえないので、論証に関するいかなる固有の価値も有していない」とされるように、正当化の可否の判断に際して、実質的な意味は有していないと思われる。

そこで、それに加えて、（主に）一九条四項に内在する正当化根拠までもが問題となる場合には、「実効的権利保護の目的に即し、かつ適切で、権利主張者にとって要求可能なものでなければならぬ」という基準が、一九条四項に外在する根拠の場合には、「制限は比例原則を満たさなければならぬ。すなわち、制限は適格的で、憲法ランクの法益を保護するために必要でなければならない」という基準が用いられる。さらに、第三者の基本権との関係が問題になる場合には、実践的整合性が問われることになる。

2 給付権的構成

(1) 特徴

給付権的構成においては、内容形成と制限／介入とは別個のものとして観念される。そして、一九条四項の場合には、正当化の余地のある制限／介入はありえない。制限／介入されたならば、直ちに違憲の侵害となる。ただし、制限／介入は、憲法上明文の根拠がある場合にのみ、正当化される余地がある。その他は、内容形成の限界のみが問題とされる。このことは、次のような言明に示されている。すなわち、「一九条四項は、法律の留保を含んでいない。それゆえ、介入の憲法上の正当化を行えるものがあるとすれば、それは衝突する憲法規定だけである。しかしながら、内容形成と区別される介入というのは、法的保護と法的安定性の機能条件によっては、そもそも要求されていない出訴手段の規律だけである。それゆえ、法的保護と法的安定性という衝突する憲法利益から、介入に対する正当化を導くこともできない。他の憲法利益に基づく他の正当化があるかどうかは明らかではない。したがって、あらゆる介入が、憲法上、正当化できない侵害とされるのである」¹⁰⁾。ここでは、憲法利益との衡量可能な保障内容は否定されている。この場合、防御権的構成と比べて、制限／介入される領域は非常に狭くなる（最低限の水準）。

しかしながら、上記のように説明するB・ピエロート／B・シュリンクは、介入に至らない内容形成にどのような限界があるのかということについては全く言及していない。それゆえ、これに対して、防御権的構成をとる見解から、「異なる利益を「考慮に」取り入れることは、むしろ一般的に排除されるのではなく、概念的に内容形成という介入の前に横たえられた水準にすらされるだけである。これに対して、そのように取り入れられるべき利益の性質は明らかでない。すなわち、自由な立法者の内容形成のみが問題であるのか——そこでは一九条四項の価値決

定が顧慮されなければならないのみである——、あるいは憲法上の反対根拠が必要であるのか、また、立法者については適合的でなく要求しえない阻害のみが退けられるのか、あるいは立法者は衝突する憲法的法益に抛りどころを求めなければならないのかが明らかでない」ため、「居心地の悪さをあとに残す」と指摘されている⁽¹⁶⁾。この指摘の通り、給付権の構成を主張する場合にも、具体的な審査枠組みとして、(a)内容形成と制限ノ介入との区別がどのようなになされるのか、(b)内容形成の限界はどのような基準で判断されるのかという点が明らかにされていない。

(2) 具体的な審査枠組み

ここでは、審査枠組みを多少なりとも明確に示している、給付権の構成をとる見解を(a)・(b)の点に着目して取り上げ、検討の素材としたい。なお、特に(b)に関して、各見解の差が大きいため統一には扱わず、一つずつ取り上げることとする。

① 本質的根拠の存在——H・マウラー

内容形成のために「必要な規定は、必然的に限定や制限に至る。というのは、権利を確定する者は、輪郭をはっきりさせなければならず、それゆえ、「輪郭の外にあるものを——平良注」除外しなければならぬからである。権利保護を制限しようという目的ではなく、逆に、裁判所の機能に適合した、裁判所による権利保護を保障しようという目的を追求する場合⁽¹⁷⁾には、そのことを理由として、裁判所の管轄、当事者能力・訴訟能力、代理権限や弁護士強制、期限の遵守、法的効力の拘束などについての、法律による規律が許される」。「しかし、立法者は、憲法裁判所が何度も強調するように、要求しえない、実態に即した根拠からもはや正当化されえない方法で、権利保護を妨げてはならない。少なくとも、内容形成の限界は、裁判所へのアクセスが本質的な根拠から妨げられるだけでなく、

法的に、あるいは事実上排除される場合に越えられる⁽¹⁶⁾。また、「権利保護の排除や本質的な制限が不可避的に表れる場合には、それは、憲法のレベルで責任を負わされ規定されなければならない」(たとえば、基本法四四四条四項一文⁽¹⁶⁾)。

この見解においては、(a)内容形成と制限ノ介入との区別は、権利保護の排除や本質的な制限が不可避的に表れるかどうかという基準でなされる。また、(b)内容形成の限界については、裁判所へのアクセスが、本質的な根拠から妨げられるだけでなく、法的に、あるいは事実上排除される場合に越えられる。

また、防御権の構成は、次の理由で退けられる⁽¹⁶⁾。第一に、「内容上の形成に狙いを置かれた給付権が、一般に制限されうるのか、すなわち、与えられたものがさらに奪われることができるのかという問題」が生じるという理由である。第二に、防御権の構成が正当化の際に他の実体的基本権との衡量を行うことが、適切でないという理由である。すなわち、「実体的基本権への指示は間違っている。というのは、実体的基本権と形式的な手続的基本権とは比較不能であるからである。それらの基本権は、実践的整合性の方法で調整されることはできない。自己の権利の追求が、他の者の実体的権利の存在によって不成功に終わるということは考えにくい。「行政の実効性」のような「その他の憲法上の価値も利用されてはならない」。つまり、このH・マウラーの見解では、出訴の途の保障と他の憲法上の価値との間で「均衡のとれた権利保護」ではなく、「包括的で完璧な権利保護」が保障されていることになる⁽¹⁶⁾。

② 緩やかな適切性——M・コルニルス

基本権の内容形成に関する教授資格論文で、M・コルニルス(ボン大学教授)は、次のような枠組みを示す⁽¹⁶⁾。

「権利保護に関する立法者の基本権拘束という問題については」、「一九九四項に組み込まれた権利保護保障の様々

な規範的效果が、立法者に対する著しく異なった拘束強度をもって存在しなければならない」。権利保護保障の規範的效果は、その拘束強度に応じて次の二つに大別される。

まず、第一に、「国家の裁判官が、全ての行政の介入措置に対して、実体法の制限されていない基準に従った審査（十分な審査密度）を欠缺なく求められることができないなければならない」という基本権上の要請による、固定性の高い内容をもった（通常は）確定的な拘束」である。次のような規定が、「すでに、さながら確定的な一九条四項の委託内容を充足しているということはない」。すなわち、「個々の行政措置に対して、あるいは措置の全体の類型に対して、全く権利保護を予定していない（防御権的に変形するならば、法的な出訴の途の排除）法律上の規定、あるいは、経済的な大枠の条件（費用！）を貧困者にとって権利保護の利用を不可能にし、またその他の点でも何ら多く利益をもたらさないように形成する（事実的な出訴の途の排除）法律上の規定、あるいは、裁判所の評価権限・決定権限を権利保護が形式のみに従って内容には従わずに行われるように縮減する（事実上の出訴の途の排除としての偽の権利保護）法律上の規定」である。「そのような規定は、憲法上、ほぼ衡量を許さないように（allowingst）要求された給付の不作為を、少なくとも裁判所による判断の可能性に存する給付の不作為を、明らかに示している。それゆえ、それらの規定は、通常の場合には（特に強い憲法上の対立根拠を条件として）、一九条四項の原理的な基本権上の強い核心要請（Kern-Gebot）に触れ、同時にそれを侵害している」。つまり、単なる対立する憲法上の法益を理由とした正当化の余地はないということになる。

第二に、「均衡のとれた権利保護のために配慮するという基本権委託についてである」。この場合、「一九条四項は、実効性の考慮から発展させられた、質（法的）時宜性、安定性（法的安定性）、経済的利便性、そして貫徹性の要請とともに、裁量を指導する、そして同時に裁量を限定する条件のみを、つまり適切な権利保護という観点の

みを打ち立てている」(「緩やかな」適切性の基準 (Angemessenheitsmaßstab))。このことは、法律による内容形成は、それが、個別の観点に一般に適合していない場合のみ、あるいは、——それについての根拠を認識せずに——他のものと比べて一方的に無視する場合のみ、憲法上異議を唱えられうるということを意味する。

この見解では、(a)第一の基本権拘束に反した場合に、制限／介入が存在し、第二の基本権拘束に反した場合に内容形成が存在するという構造になっている。そして、(b)内容形成の限界の判断基準は、緩やかな適切性の基準である。

③ 過小措置の禁止——S・レントツ

留保なき基本権を扱った博士号請求論文で、S・レントツは次のように述べる。「最低限の水準を下回る限界は、過小措置の禁止 (Untermaßverbot) によって示される。過小措置の禁止は、これまで、保護義務に関連付けられてきたが、給付義務の充足にも一般的に転用可能である」。⁽⁸⁾「憲法裁判所は、立法者によって選択された措置が、全く適合的でなく、明らかに不必要で、あるいは評価の余地の承認の際に要求できない場合に、はじめて「立法者に」介入することができる」。⁽⁹⁾この基準は、過剰侵害の禁止をそのまま裏返したようにみえるが、「全く」、「明らかに」という限定が付されているために、より緩やかな基準となっている。

「給付の〔有無 (Ob)〕」に関して、「一九条四項は、出訴の途の存在を要求しているが、その限界は、基本法一〇条二項二文のような成文の憲法規範においてのみ見出される。さらなる基本権の制限の存在については、根拠も必要性も存在しない。ただし、給付権が、〔態様 (Wie)〕に関して、その客観的な射程を未決定のままにしている限りで、給付の種類と範囲は、不可欠の最低限の保護を越えて、いずれにしても国家の形成裁量の中にある。それゆえ、衝突する私益と公益を考慮にいれるための余地が存在する」。⁽¹⁰⁾

この見解においては、(a)内容形成と制限ノ介入との区別は、給付の有無に関する規定か、態様に関する規定かということによってなされる。また、(b)内容形成の限界を越えるかどうかについては、過少措置の禁止によって判断され、さらに、それを具体化した基準も示されている。そして、他の利益との衡量は内容形成の限界を越えないかどうかという考察の中で行われることになる。

第三節 検討

1 基本的方向性

では、審査枠組みを構築する際には、防御権の構成と給付権の構成のどちらの方向性が目指されるべきか。

防御権の構成をとるメリットの第一点目は、防御権については、既に比較的安定した審査枠組みが確立されているため、分かりやすい枠組みを示しうるという点である。しかし、一九条四項の場合には、当該規定に内在する根拠と外在する根拠とが（時には区分不可能な形で）混在しているために、全てに適合性・必要性・狭義の比例性がらなる古典的な比例原則が用いられるわけではない。内在的根拠による場合には、それを追求することが、一九条四項の保障にも資するため、審査密度を下げなければならないからである。それゆえ、安定性は減殺される。

これに対して、給付権の構成については未だ議論の一致がみられず、この枠組みは、ドイツでも途上の構成である。しかし、本稿は、一九条四項の給付権としての保障内容に即した審査枠組みが考えられるべきとの考慮から、給付権の構成をとる審査枠組みの構築を目指していくべきであると考ええる。防御権の構成をとる場合には、「単なる不作為請求権が問題であるのではなく、憲法上の保障に対応した給付範囲の確定のみが問題であるということについての視界を曇らせる」⁽¹²⁾ことになる。つまり、一九条四項の基本権理論上の分類に基づく特性を蔑ろにすること

になる。

また、防御権的構成の第二点目のメリットとして、防御権の制限は原則禁止であるため、立法者の形成余地は初めから限定されたものであり、より厳格な審査が行われるようにも思われる。しかし、給付権的構成であっても、立法者の形成余地を不当に広く認め、あげて立法政策に委ねるといふことにはならない。たとえば、H・マウラーのよりに考えた場合（第三章第一節2（2））には、安易に第三者の基本権侵害を理由とした正当化が、出訴を認めるかどうかの判断の際に、認められなくなるため、出訴の途の保障の程度は防御権的構成の場合よりもむしろ高くなるように思われる。これに従えば、訴え提起の段階で返けられることなく、実体的権利間の調整の結果、裁判所による判断が下されることになる。

さらに、防御権的構成のデメリットとして、その構成では、一九条四項の保障内容として最適化要請を観念することが前提となっており、「最適な状態（Optimum）を下回ると直ちに基本権への介入が存在することになる」ということがある。しかし、この場合の「憲法的統制の基準点は、実際に達成されてもおらず、一般に達成されることもできない架空の最適な状態であり」、¹³³「立法者はよく知られているように、ハリネズミに後ろから駆りたてられるウサギのような嘆かわしい状態になる」¹³⁴ため「基本権への介入をいつも架空の最適な状態が達成されていない場合に承認することは、ほとんど意味をもたない」という指摘がなされる。

以上の理由により、防御権とは異なる要請を行う給付権、という基本権の区分に応じた独自の審査枠組みを検討する余地はまだ残されていると考える。

そして、日本における裁判を受ける権利の審査枠組みへの導入可能性を考えた場合にも、給付権的構成のほうを持ち込みやすいと思われる。というのは、従来、最高裁判所は、裁判を受ける権利について、ほぼ立法政策に委ね

てきており、実質的に個人の主観的な基本権として当該権利を把握していることになっていくかさえ心許ないからである。ましてや、防御権類似の審査枠組みを採用するにはあまりに距離が開いている。制限や介入の正当化をなしうるかどうかという枠組みではなく、内容形成の限界を実質的に問うていくという道筋の方が、日本における議論の原状に鑑みると受け入れやすいのではないだろうか。

2 特別な考慮事項

(1) 基本法一九条四項の構成要件が問題となる場合

ここまで、主に立法者による内容形成あるいは制限について問題にしてきた。しかし、法律を待たずして基本法一九条四項の文言上、既に保護範囲が限定されている場合がある。すなわち、一九条四項の保障の対象となるには、「公権力」により「自己の権利を侵害」されていなければならない。この場合、これまで述べてきたことは別の考慮がはたらくことになるため注意が必要である。

一つ目の公権力という要件には、審級制度が関わってくる。というのは、憲法裁判所の判例は、一貫して、公権力は執行権のみを意味すると解しているため、審級制度は裁判所による権利侵害を問題とするものとして、一九条四項の保障対象とはそもそもならないからである。そのため、審級制が予定されていないことが問題となるときには、憲法裁判所も、それを制限と捉える防御権的構成をとっていない⁽¹⁶⁾。つまり、「——与えられた審級へのアクセスの阻害に関するのと異なって——さらなる審級が開かれていないことに関する立法者の正当化の負担は問題にならない」のである。ただし、規範存続保護によって、基本権としての保護を及ぼす判例・見解もあることについては先述した(第二章第二節2)。これに対して、日本における裁判を受ける権利には、かかる要件は課されていないため、ドイツとは論じられ方が異なる。つまり、審級制度は最初から裁判を受ける権利の保障の対象外とはならな

い。

二つ目の自己の権利侵害という要件には、訴訟要件の一つである原告適格が関わる。自己の権利が存在するか否かは、一九条四項自身によって定まるのではなく他の法規範の解釈によって導かれる。その際、権利が導出されるかどうか当該法規範から直ちに明らかでない場合には、保護規範説に従って説明される⁽¹⁸⁾。ただし、立法者が権利の存否、内容をどのようにしても定める場合、あるいは、基本権侵害が主張されているにもかかわらず、裁判所が原告適格を認めない場合には、一九条四項違反となるのではないかという観点から検討してみる余地もあると思われる⁽¹⁹⁾。この要件は、日本における裁判を受ける権利にも、「自己の権利または利益が不法に侵害されたとき、裁判所に対して損害の救済を求める権利⁽²⁰⁾」という裁判を受ける権利の意義から明らかのように、当然に課されるものと解されている。本稿ではこれ以上深入りしないが、ドイツの議論と互換性を持って論じることができるであろう。

(2) 裁判所による侵害が疑われる場合

本稿では、出訴の途の保障の審査枠組みについて、基本的な方向性として給付権的構成をとるべきであるとした。ただし、なかには防御権的構成をとるべき場合もある。

それは、裁判所による出訴の途の保障の侵害が疑われる場合である。これには、二つの類型がありうる。すなわち、既に問題のない法律が制定されていたが、その適用を裁判官が誤った場合、内容形成の限界を越えるもしくは制限となりうる法律をそのまま裁判官が適用した場合である。

これらのうち、の場合には、法律による出訴の途の提供は十分満たされているにもかかわらず、裁判官の行為により出訴の途が限定されることになるため、防御権的に構成するのが最もなじむといえよう⁽²¹⁾。分かりやすい例としては、基本法一〇三条一項の問題となるが(日本国憲法では三三条)、法的聴聞請求権の侵害が争われる場合が挙

げられよう。この場合、裁判所による侵害が典型をなしている。⁽⁸²⁾これに対して、⁽⁸³⁾の場合には、根本的な原因となっているのは出訴の途を与えるべき立法の不十分さであるので、基本的方向性がそのまま妥当し、給付権的構成をとるべきこととなる。たとえば、本章第一節で取り上げた「判例2」（法律は憲法異議の対象とはされていないもの、法律の憲法適合性に審査が及んでいない）および「判例3」がこの場合にあたるといえる。

注

- (11) BVerfGE 60, 253 (267).
- (12) BVerfGE 60, 253 (268f.).
- (13) 邦語による紹介として、⁽⁸⁴⁾ 前掲注(6)二〇〇頁以下「初出は二〇〇二年」。
- (14) BVerfGE 101, 106 (124f.).
- (15) BVerfGE 101, 106 (127f.).
- (16) BVerfGE 101, 106 (128).
- (17) BVerfGE 116, 1 (21).
- (18) Vgl. M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.446.
- (19) 参照：⁽⁸⁵⁾ 小山・前掲注(2)一六五頁。
- (20) 介入 (Eingriff) や制限 (Beschränkung・Einschränkung・Beinträchtigung 等) といった類似する概念について、B. Pieroth/B. Schlink, aaO. (Anm.14), S.51, Rn.208 (邦訳 七五頁) はすべて同義であると述べる。しかし、防御機能と強く結びついた „Eingriff“ と明確に区別して、その他の機能 (たとえば、非差別機能、給付機能、第三者保護の機能) が問題となる場合には、制限 (Beinträchtigung) という語を用いる見解もある (Vgl. Hans D. Jarass, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S.367.)。この際につき憲法裁判所の判例は何も述べるといえることが、一九条四項に関しては、介入という語が用いられたことが一度もないことからすると、介入とその他の語との間に何ら

の区別をしているのかもれない。

(130) なお、比例原則と防衛権の侵害(「権利侵害」との緊密な結びつきについて、参照、石川健治「国籍法違憲大法廷判決をめぐって(二)」法学教室三四四号(二〇〇九年)四二頁以下。判決が比例原則によって判断していることを理由に、防衛権の侵害を認認していることを推察するところ及び、本稿と同じ推察方法を用いている。

(131) Vgl. Wilfinger, aaO. (Anm.53), S.43, Fn.202, クラウス・シュテルン(小山剛訳)「過度の侵害禁止(比例原則)と衡量命令(一・完)」名城法学四四巻四号(一九九五年)一六六頁; M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.460, Fn.91.

(132) 西原博史「平等取扱の権利」(成文堂、二〇〇三年)二八一頁。参照、K・シュテルン・前掲注(131)一四五頁。

(133) M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.444. 「傍点は原文斜体字」; これに対して、H. D. Jarass, aaO. (Anm.129), S.367ff. 「判例一」が、「基本権領域に負担をかける規定を(内容形成)と格付け、基本権の制限を認めない」と述べているが、同じで述べたような理由から同じような捉え方には無理があるように思われる。

(134) M. Glaser, aaO. (Anm.5), S.294.

(135) Ebenda, S.289.

(136) Vgl. Eberhard Schmidt-Abmann, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Abmann/Rainer Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Bd. 1997, Einleitung, S.90, Rn.153. [傍点は原文大文字]

(137) M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.459, Vgl. auch S.479ff.

(138) Ebenda, S.481. 以下、U. Mager, aaO. (Anm.80), S.320ff. 「実際には、一九条四項の外側に位置している憲法原理に開く問題ではない。むしろ、一九条四項自身が、実体的な正義を実現することを求める法治国家の要請並びに法的安定性を求める法治国家の要請という緊張関係にある二つの原理を含んでいる」として、法的安定性を内在的な正当化根拠としてのみ捉えている。 Vgl. auch H. Maurer, aaO. (Anm.54), S.489.

(139) 同じでは、内在的正当化根拠であるか外在的対立根拠であるかが明確に分けられない場合があるゆえに有用性を欠くのであるが、根拠の内在性・外在性に着目すること自体は正当であると思われる。参照、生存権に関して、そうした観点を加味して、審査枠組みの区別の必要性を説く末岡常寿「生存権の憲法的構成」法学セミナー六五四号(二〇〇九年)六七頁。

(140) M. Glaser, aaO. (Anm.5), S.295.

(141) U. Kischel, aaO. (Anm.94), S.161.

- (142) ただし、「ほとんどの論者は、介入構成あるいは制限構成「防御権的構成と同義である——平良注」の一派に属することをあからさまに公言していない」。(Vgl. M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.464.)
- (143) 制限という語を用いるか、介入という語を用いるかは、学説によって異なっている。本稿では、介入と制限とを互換的に扱っているが、注(129)で述べたように、両者の区別の可能性があることに留意して、一括りにせず両方の語を併記している。
- (144) Vgl. M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.464. この点に関し、防御権的構成に数えられるもの G. M. Ibert, aaO. (Anm.67), S.196, Rn.309は、「内容形成は、一九条四項によって要求される最大限の裁判所による保護に、常に限界をも設定し、それゆえ、一九条四項への介入である」と述べる。このような理解は、内容形成が誤った場合に制限ノ介入へと転化するという本文で述べた見解とは異なるようにみえる。
- (145) 注(144)で取り上げた M・イプラーの理解に基づけば、正当化の余地のない内容形成はそもそも存在しないため、この点は問題とならない。
- (146) 例外的に、かつて、博士号請求論文で、一九条四項プロパーについての説明を加えていたのが、V・フェルマイヤーである。すなわち、「訴訟の規律が、もっぱら裁判所の手続の形成にかかわるのか、それを越えて可能な限り容易な権利保護に関する保障を制限するのかに応じて、立法者の形成の自由について、訴訟法の内容形成を顧慮して様々な拘束が生じる」。「もっぱら手続の形成に関わる規範」は、「一九条四項の行使の方法とやり方 (das Wie) を規律している」ので、「立法者は何ら制限のもとにはなく」、「目的適合性の考慮のみ」が必要である。つまり、正当化の必要のない内容形成を行っていることになる。これに対して、「容易な権利保護の保障の獲得に関わりをもつ、すなわち（介入に等しい *eingriffsgleichen*) 性格をもつ訴訟の規律の領域」においては、「立法者の自由は制限される」。そして、「個人の権利保護を制限するような（出訴の途の前提条件、あるいは（権利保護の前提条件）は、憲法上正当化された保護法益を必要とする」。これは段階理論に基づくものである。（段階理論にしろ）Vgl. B. Pieroth/B. Schlink, aaO. (Anm.14), S.213, Rn.846. 邦訳「三〇四頁」）
- (147) Vgl. M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.666f.; H. D. Jarass, aaO. (Anm.7), Vorb. Vor Art.1, S.28, Rn.34.
- (148) Vgl. M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.667ff. 上の点に関し、Vgl. 一般的に、基本権の内容形成論全体を見渡したうえで、別稿にて論ずる予定である。
- 日本においても、「制度の論理」が用いられる場合と「権利の論理」が用いられる場合の選別に関する議論は途上であり（参照 小山・前掲注(2)「一六五頁以下」）この点を明確にしていくことは今後の重要な課題である。

- (64) M. Ibler, aaO. (Anm.67), S.199, Rn.314. [傍点は原文大字]
- (65) P. Wilfinger, aaO. (Anm.53), S.46.
- (66) H. Schulze-Fielitz, aaO. (Anm.52), S.1161, Rn.106. [傍点は原文大字]
- (67) 以下同様に Vgl. V. Buernmeyer, aaO. (Anm.52), S.77ff.; H. Schulze-Fielitz, aaO. (Anm.52), S.1161, Rn.105; U. Kischel, aaO. (Anm.94), S.169ff.; P. M. Huber, aaO. (Anm.53), S.1811, Rn.374; M. Ibler, aaO. (Anm.67), S.200, Rn.315f.
- (68) たゞせば BVerfGE 28, 243 (261).
- (69) Vgl. P. Wilfinger, aaO. (Anm.53), S.46; P. M. Huber, aaO. (Anm.53), S.1811, Rn.374; M. Ibler, aaO. (Anm.67), S.200, Rn.315. なお、異なる見解として M. Borowski, aaO. (Anm.63), S.301f. は、給付権としての「介入の制限枠組み」に従ったモデルを提案しつつ、「基本権上の給付権の有効な制限の中心的な実質的基準は過少措置の禁止 (Untermaßverbot) の型における広義の比例原則である」とする。(ただし「基本権上の給付権全般に関するこの言明である」)
- (70) 先に取り上げた BVerfGE 101, 106 (124)その他に「この基準に照らしたる判例として Vgl. BVerfGE 10, 264 (268); 37, 93 (96); 40, 237 (274f.); 41, 23 (26); 43, 95 (98); 44, 302 (305f.); 49, 252 (256f.); 50, 16 (30); 52, 203 (207); 53, 115 (127); 54, 94 (97); 69, 381 (385); 77, 275 (284); 81, 123 (129); 85, 357 (347).
- (71) P. Wilfinger, aaO. (Anm.53), S.43. Vgl. auch V. Buernmeyer, aaO. (Anm.52), S.79.
- (72) Vgl. H. Schulze-Fielitz, aaO. (Anm.52), S.1146, Rn.61; M. Ibler, aaO. (Anm.67), S.201, Rn.320, S.205, Rn.325.
- (73) なお V. Buernmeyer, aaO. (Anm.52), S.77ff. は「同じく段階理論に基づいて一方に「主観的な前提条件」すなわち「被侵害者 (Verletzte) の抱える事情がその前提条件に影響を及ぼしている——に關わる問題」である場合には、「客観的な前提条件」すなわち「被侵害者の充足に關わる問題の場合にもやはり低い程度の強硬な制限を設けており、それゆえ、他の憲法上の法益に於けるその規範化は原則として正当化され」、その場合の基準として「保護法益を顧慮して、適合的で、必要で、適切でなければならぬ」という意味で均衡がとれている」かどうかという古典的な比例原則を用いる。他方で、「客観的な前提条件」である場合には、「一九条四項の指針に明確に反するため、特別に重要な憲法上の法益の認定が必要」として「客観的な出訴の途の前提条件は、他の特別に重要な憲法上の法益に、適合的で、必要で、そして、やむをえない (zwingend) という意味で均衡がとれているように、必ず要求されていなければならない」

として、厳格な基準が用いられる。しかし、上記まで厳格な基準を持ち出す判例・学説は、管見の限り、他にない。

- (15) Vgl. E. Schmidt-Albmann, aaO. (Anm.53), S.15f., Rn.4. ただし、E・シロミンツェフは、別の箇所では、他の憲法上の利益がそのことを必要としている場合でも、一九条四項は制限されないとこのことを主張している。すなわち、「制限なし (schränkenlos) 基本権の制限 (Einschränkung) としての学説は適用可能になら」(E. Schmidt-Albmann, aaO. (Anm.136), S.19, Rn.31) と述べておられる。この見解は上記 Vgl. U. Kischel, aaO. (Anm.94), S.161.
- (16) B. Pieroth/B. Schlink, aaO. (Anm.14), S.266, Rn.1025. (邦訳 三八〇頁)
- (17) U. Kischel, aaO. (Anm.94), S.162.
- (18) 「上記までは、注(14)で取り上げた M・インラーの見解と一致する。しかし、それを防御の対象とすべき介入と捉えない点が、給付権の構成と整理される所以である。」
- (19) つまり、一九条四項に内在する正当化根拠が問題となる場合である。
- (20) H. Maurer, aaO. (Anm.54), S.489.
- (21) Ebenda, S.491.
- (22) Vgl. Ebenda, S.490. [徳文は原文を録す]
- (23) Ebenda, S.476.
- (24) Vgl. M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.484ff.
- (25) S. Lenz, aaO. (Anm.73), S.82.
- (26) Ebenda, S.85.
- (27) Ebenda, S.90.
- (28) M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.465.
- (29) S. Lenz, aaO. (Anm.73), S.120.
- (30) Ebenda, S.121.
- (31) z.B. Vgl. BVerfGE 107, 395 (403).
- (32) z.B. Vgl. BVerfGE 78, 88 (99); 107, 395 (402ff.).
- (33) M. Cornils, aaO. (Anm.68), S.455.

(178) Vgl. z.B. E. Schmidt-Almann, aaO. (Ann.53), S.76ff., Rn.116ff.

(179) Vgl. U. Kischel, aaO. (Ann.94), S.164; M. Ibler, aaO. (Ann.67), S.196, Rn.310.

(180) 芦部・前掲注(6)一四四頁。

(181) 「法律による形成要求それ自体の正当性が問題であるのではなく、憲法異議によって異議を唱えられた裁判官の決定での、権利主張者の利益を甚だしく無視する解釈が問題であった」という事情も、判例が防御権的構成をとる一つの理由として挙げられている (Vgl. M. Cornils, aaO. (Ann.68), S.459, Fn.87.)。渡辺・前掲注(3)四五頁をも参照。

(182) これまでの事案は、「専門裁判所が当事者の陳述を事実上の過誤によって斟酌しなかったことが審尋請求権侵害に問われたケース」と「審尋請求権の中核部分に関わる法律上の規定の解釈適用の誤りが審尋請求権侵害に問われたケース」とに大別しうるという。参照、片山・前掲注(10)一四五頁「初出は一九九四年」。

おわりに

本稿では、裁判を受ける権利が基本権として存在意義を發揮するための議論の土壌が、日本においてはほとんど整っていないという状況を改善するために、日本よりは議論の活発なドイツにおける出訴の途の保障をめぐる議論に手がかりを求め、憲法上の保障内容および審査枠組みについて検討を加えてきた。

そうして得られた結論は、次のようなものである。

まず、ドイツでは、出訴の途の保障が真正の基本権であることが念入りに確認され、手続的主要基本権として確たる地位を築いている。この基本権が給付権として国家に権利保護の給付を要求することにも異論はない。日本と比較した場合、ドイツの議論において特徴的なのは、出訴の途の保障が内容形成を必要とする権利であるということが強く意識され、それにもかかわらず、憲法によって限界を設けるにはどのような理路をとればよいかというこ

とが正面から議論されていることである。すなわち、違憲審査を及ぼすために、憲法上の「原則」を観念する必要性が説かれた上で、実効的権利保護の要請が基本権保障においてどのような形であらわれるのが明確にされている。防御権的構成の場合には、実効的権利保護の要請は内容形成を憲法上限界づける基準として位置づけられる。これに対して、給付権的構成の場合には、この要請はそれを満たさなければ、制限ないし介入となる最低限の水準として位置づけられることとなる。この場合、最低限の水準を越えた領域の内容形成を憲法上限界づける指針が必要となるが、この点についての議論は統一的にまとまっていなのが現状である。

また、審査枠組みについては、憲法裁判所は、「原則」を観念した上で、防御権の審査における枠組み（三段階審査）に従っているようであり、一見、何ら問題を含まないようにも見える。しかし、防御権と給付権という基本権理論上の分類、そして、それに由来する要求内容の差異という観点を顧慮した場合には、その中途半端な構造が浮かび上がってくる。本稿では、判例の採用する防御権的構成と、いくつかの学説が試みている給付権的構成とを比較検討した結果、確固たる審査枠組みは構築されておらず途上の構成であるけれども、基本的方向性としては、さらに給付権的構成を洗練させていくことを目指すべきであるという結論に至った。

とはいえ、未だ議論は緒にたばかりである。本稿を最初の出発点として、さらに検討を深めていきたい。