

基本権の実効的保護（一）：西独基本法一九条四項の解釈論を手がかりとして

笹田， 栄司
前九州大学法学部助手

<https://doi.org/10.15017/1863>

出版情報：法政研究. 53 (2), pp.85-140, 1987-01-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：



基本権の実効的保護（一）

——西独基本法一九条四項の解釈論を手がかりとして

笹 田 栄 司

はじめに

第一節 “実効的権利保護”保障の系譜（一）——DOG判決（一九六八）以前

一 一九五〇年代の判例及び学説

二 一九六〇年代の判例及び学説

第二節 “実効的権利保護”保障の系譜（二）——DOG判決以降（ミユルハイム—ケルリツヒ決定（一九七九）以前）

一 判例の展開

二 学説の対応（以上本号）

第三節 “実効的権利保護”保障の系譜（三）——ミユルハイム—ケルリツヒ決定以降

第四節 基本法一九条四項の保障する実効的権利保護の分析
おわりに

はじめに

一 憲法により基本権として規範化されていることが、その基本権の社会的現実における実現を意味するとは一概に言えない。行政権によって原状回復不可能な既成事実が創出されること⁽¹⁾によって、あるいは一定期日の経過⁽²⁾により、訴の利益なしと判断されたり、また出訴を不可能とするような法形成が公権力によって行なわれること⁽³⁾によって、さらに「法の欠歟」が存在すること⁽⁴⁾によって、基本権の実現が妨げられる場合が存する。ここでは、基本権の実現に対する手続法の重要な意義が看取されうる。

加えて、現代国家における自由の意味変化、そしてそれと結びつく国家機能の拡大及びその多様化がもたらす問題も重要である。人間の自由が本質的に国家の配慮、援助に依存し、さらに個々人の自由領域の限定及び関係づけが必要となった現代国家においては、国家による強制が存しないことと、自由を形式的に理解するに留まれば、自由の実現の問題は正しく把握されない。そこでは、公権力対市民という二極的關係と並んで、公権力、それによる受益処分を受ける者、そしてそれを受けない者という、三極的及び多極的關係⁽⁵⁾が増大する。加えて、法規範が行政処分⁽⁶⁾の前提条件及びその法効果に関して予め規定していない場合もまた増加してきている。以上のような場合、基本権「侵害」の評価、そして基本権保護の在り方は、公権力対市民という二極的關係の下とは異なったものとならざるをえない。つまり、公権力による権利侵害、そしてそれに対する防御権（国家に対する不作為請求権）という図式では十分ではないのであり、基本権行使のための実際上の前提条件が、基本権理論の射程の中に含まれねばならないのである。

換言すれば、基本権を実現するものとしての、そしてさまざまな利害（基本権の衝突）を調整するものとしての手

続法及び組織法の役割は、極めて重要なものとなる。かくして、手続法及び組織法は、基本権に適った結果をもたらす、従って前述の現代の問題状況に鑑みて、それを効果的に保障する——もしかすると唯一の——手段なのである、との主張がしばしば為されるのである。基本権の実現と手続の関連についてのこのような思考は、さまざまな観点からこれまでの権利保護システムの見直しを迫ることになる。本稿は、その中で裁判手続の問題、より正確には公権力による権利侵害に対する裁判的保護の問題を取り上げる。この問題設定は、それ自体としてみれば、極めて一般的かつ自明のものであり、既に各基本権領域ごとに多くの業績が挙げられている。しかし如上の「手続」問題を考慮に入れたうえで、冒頭で述べたような問題、さらに、余りに長すぎる裁判手続の問題、大阪空港訴訟に見られた訴訟類型選択の問題、議員定数不均衡の問題を見ていくならば、そこには権利保護の在り方についての憲法的視座と言えるものが、不十分なものとどまっているか、あるいは場合によっては欠如していることが明らかとなる。

二 「何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪われない」と規定する憲法三二条が、公権力による権利侵害に対する裁判的保護の際に、重要な役割を果たすのは明らかである。憲法三二条「裁判を受ける権利」は、通説によって「裁判所に対して、適法な訴えの提起があった場合には必ず裁判を行うべき義務を課し、『裁判の拒絶』を禁止する」と解されており、さらに判例も、「憲法三二条は、訴訟の当事者が訴訟の目的たる権利関係につき裁判所の判断を求める法律上の利益を前提として、かかる訴訟につき本案の裁判を受ける権利を保障したものであって、右利益の有無に拘らず、常に本案につき裁判を受ける権利を保障したものではない」とする。結局のところ、これら通説・判例の解釈は明治憲法下での解釈と大差ないものと言わねばならない。

そこで提唱されるのが、憲法三二条は「実効的権利保護」をも保障していると解釈されえないか、ということである。この点について広岡教授は、一九七〇年の論文で、「西独の基本法一九条四項は、行政事件における保全処分ま

で含んだ△包括的にして有効な権利保護▽を保障するものであると解釈されているのに対して、日本国憲法三二条の『裁判を受ける権利』の条項については、行政事件に関して、保全処分まで含んだ裁判的救済を保障するものであるという解釈は確立されていない。基本法一九条四項と日本国憲法三二条とが同じでないにしても、人権の最大限度の尊重を趣旨とする日本国憲法の下において、国民の『裁判を受ける権利』が△包括的にして有効なもの▽でなければならぬのは当然のことと思われる⁽¹¹⁾と述べられる。

また東條教授も、一九七〇年の論文で、次のように主張される。「ボン基本法一九条四項は、行政事件における保全処分まで含んだ△包括的にして有効な権利保護▽を保障するものであると解釈されているのに対して、日本国憲法三二条の『裁判を受ける権利』の条項については、行政事件に関して保全処分まで含んだ裁判的救済を保障するものであるという解釈は確立されていない。基本法一九条四項と日本国憲法三二条とが同じ表現のものではないにしても、人権の最大限度の尊重を趣旨とする日本国憲法の下において、国民の『裁判を受ける権利』が△包括的にして有効なもの▽でなければならぬのは当然のことと思われる。ともかく、裁判所において『裁判を受ける権利』を保障する限り、権利保護の有効性が保障されていなければならない⁽¹²⁾」。

さらに阿部教授は、一九七八年の論文において「憲法三二条は国民に裁判を受ける権利を保障している。この規定はたんに形式的に訴権が認められれば事足りるというべきものではない⁽¹³⁾」とされ、西ドイツにおける基本法一九条四項についての解釈論を参考にして、「わが国の憲法三二条についても、国民の権利の実効的保護という観点から有効に活用すべき⁽¹⁴⁾」と主張される。

以上の行政法学の側からのアプローチに比して、憲法学の側からのアプローチは極めて少なく、従来は以下の芦部教授の見解（一九八一年）が存するのみであった。即ち教授は、『有効な権利保護』が具体的に何を意味するかにつ

いては、多くの議論がありうるので、ここでは立ち入ることはできないが、裁判を受ける権利を『国民の権利の実効的保護』という観点から有効に活用するための新しい解釈論ないし立法論への要請が、行政訴訟の分野では特に強いといえよう⁽¹⁵⁾と述べられている。

しかし最近になって棟居助教が、「従来の司法審査論ないし近時の憲法訴訟論の説くところと、基本権の実効的救済のための訴訟技術論とのギャップを指摘し、できれば埋め合わせる作業を試みる⁽¹⁶⁾」という目的から、憲法三二条に新しい光を当てられており注目されるところである。『基本権訴訟』の可否をめぐって⁽¹⁷⁾（一九八五年）と題されたこの論稿は、憲法三二条の解釈に関して、先の東條論文に立脚しつつ次のように述べられている。「私もまったく同様に（東條教授と——笹田）三二条は、自由権・社会権・参政権などの実体的基本権を守るための出訴・訴訟追行を保障した手続的基本権であると考える。およそ実体的基本権が画餅や装飾でない以上、それらの担い手（基本権の主体たる個人）に対して、基本権を実効化しうる権能をも与えているのである。その権能が、正に三二条の『裁判を受ける権利』という手続的権利であろうと考えられる⁽¹⁷⁾」。従来の研究が行政訴訟における権利保全に集中していたのに対し、この棟居論文は、憲法訴訟で問題になる訴訟要件・訴訟類型を「裁判を受ける権利」の観点から見直そうとするものである。

三 以上の研究からも窺い知ることができるよう、日本国憲法三二条が「実効的権利保護」をも保障するとの解釈論的主張は、西ドイツ基本法一九条四項の解釈論にその根拠を求めようとする。この方法は理由のないものではない。「何人も、公権力によつてその権利を侵害されたときは、出訴の途があたえられる⁽¹⁸⁾」と規定される基本法一九条四項は、出訴保障のみならず、いわば創造的解釈によつて「実効的権利保護」をも保障すると、一九五〇年代より解されてきた。とりわけ一九六〇年代後半に、連邦憲法裁判所が基本法一九条四項のみならず、実体的基本権からも実

効的権利保護請求権を引き出して以来、基本法一九条四項及び実体的基本権と「手続による基本権保護」が結びつくことによって、この解釈理論は連邦憲法裁判所の中心テーマの一つになったとさえ言われている。⁽¹⁹⁾このように、従来の実体権中心の基本権理論が、手続重視の方向に進みだしたことは、基本法一九条四項の解釈にも影響を及ぼすにはおかないであろう。先に取り上げた我が国の理論状況と比べるならば、西ドイツにおける判例・学説の蓄積は言わずもがなのことである。加えて、この判例・学説の蓄積は、手続重視の基本権論によって彩られており、いまだ実体権中心の発想が優勢である我が憲法学に重要な示唆を与えらると思われる。さらに、裁判を受ける権利を保障していた明治憲法二四条と、この規定に大きな影響を与えたと言われるプロイセン憲法七条（一八五〇年）との関係⁽²⁰⁾、そして「実効的権利保護」が問題となる行政訴訟の領域が西ドイツ行政法に強い影響を受けていることを考え合わせれば、我が憲法三二条の解釈理論より遙かに進んだ地点に在る西ドイツの理論を考察することは、十分意味を持つと考える。

本稿は、この基本法一九条四項の保障する「実効的権利保護」を研究対象とする。既に見たごとく我が国においてもこの点についての先駆的研究は為されていたが、その中で最も詳細と考えられる東條論文も一九六〇年代前半までの判例・学説の検討にとどまっており、基本法一九条四項の保障する「実効的権利保護」についての体系的研究は為されていない。さらに基本法一九条四項と、一九七〇年代以降の手続重視の基本権理論との結びつきを考えるならば、裁判手続における基本権の実現に関する西ドイツの理論展開の検討を行なう必要のあること、既に見た通りである。かくして本稿は、西ドイツの公法理論が、裁判手続における権利保護の問題を手続的視点からどのように問い直し、かつそれを憲法上どのように位置づけたかを、その考察対象とする。これは、次に予定されている日本国憲法三二条の解釈理論検討の前提的作業となる。

- (1) 長沼ナイキ基地訴訟最高裁判決（最判昭五七・九・六民集三六卷九号一六七九頁）、沖縄CTS訴訟第一審判決（那覇地判昭五〇・一〇・四行裁例集二六卷一〇・一一号二二〇七頁）。
 - (2) メーデーのための皇居外苑使用不許可処分取消請求訴訟最高裁判決（最判昭二八・一二・二三民集七卷一三号一五六一頁）、旅券発給拒否処分取消請求訴訟最高裁判決（最判昭四五・一〇・一六民集二四卷一一号一五二二頁）。
 - (3) 柳文卿事件第二審判決（東京高判昭四六・三・三〇行裁例集二二卷三号三六一頁）。
 - (4) 第二次藤木訴訟第一審判決（東京地判昭五四・四・一一判時九二三号二三頁）。
 - (5) この点については、第四節五に詳しい。
 - (6) Dieter Grimm, *Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße*, NVwZ 1985, S. 866.
 - (7) Konrad Hesse, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, EuGRZ 1978, S. 434. また、ヘッセは、「基本権によって規範化されている法状態を、社会的現実たらしめるために、詳細に規定された内容についての規範化のみならず、組織形態や手続的規律が整備されていることもまた必要とされる」（K. Hesse, a.a. O., S. 434）と述べている。ヘッセについては、第二節二に詳しい。なお、基本権と社会的現実の関連については、参照：D. Grimm, *Grundrechte und Soziale Wirklichkeit*, S. 41 ff. (Hassener/Hoffman-Riem/Limbach (Hrsg.), *Grundrechte und Soziale Wirklichkeit*, 1982)。
- 我が国においても、このような『手続』問題前面化の現代的必然性は手島教授によって指摘されている。即ち、教授は、「社会内部の利害と思想がいよいよ多元化し対立抗争の度を高める現代にあっては、およそ政治的決定は、その任とする社会統合の機能を果たすに不可欠なその正当性を、もはや調達きわめて困難ないし不可能な、決定内容の実質的な困難さ」によりは、むしろすぐれて、予め社会的に合意された「決定手続」の履践に求める他なくなりつつある、というに尽きる」（手島孝『現代の立法』としての『行政手続法』、『公法研究』四七号一三八頁）と、述べられている。
- (8) 芦部信喜「裁判を受ける権利」（芦部信喜編『憲法Ⅲ人権（2）』有斐閣、一九八一年）二九四頁。
 - (9) 最判三五・一二・七民集一四卷一三号二九六四頁。
 - (10) *effektiv* という語は、「有効な」あるいは「実効的」と訳されうるが、有効——無効という通常の用法に鑑み、さらに現に効果のあるということから、以下では「実効的」と訳することにする。

- (11) 広岡隆「行政事件における仮処分——西独の行政裁判所法一二三条の仮命令の示唆するもの——」(渡辺宗太郎先生古稀記念論文集『行政救済の諸問題』有信堂、一九七〇年)二〇〇頁。
- (12) 東條武治「行政事件における執行不停止原則の再検討(六・完)」(『民商法雑誌』六三卷一号)。
- (13)(14) 阿部泰隆「自治事務と不服審査前置制度(地方自治法二五六条)」(『自治研究』五四卷三号三六頁)。なお、本論文は後に『行政救済の実効性』(弘文堂、一九八五年)第三章に収録された。
- (15) 芦部前掲二九六頁。
- (16) 棟居快行「『基本権訴訟の可否』をめぐって」(芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』有斐閣、一九八五年)一四六頁。
- (17) 棟居前掲一五二頁。
- (18) 宮沢俊義編『世界憲法集』(岩波書店、一九八〇年)一六八頁。基本法一九条四項は、三段から成っているが、以下では基本法一九条四項と言うときは、通常はこのうちの最初の段のみを意味する。参照、同条同項三段「他の〔機関の〕管轄がみとめられないかぎり、通常裁判所への出訴が認められる」、三段「第一〇条第二項第二段は、影響を受けない」(宮沢編『世界憲法集』一六八頁)。
- (19) Herbert Bethge, Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, S. 1, 6; Ekkehard Schumann, Bundesverfassungsrecht, Grundgesetz und Zivilprozess 1983, S. 19,
- (20) 参照、東條「『裁判を受ける権利』試論」(判例評論一九九号)三頁以下、芦部前掲二八〇頁。

第一節 “実効的権利保護” 保障の系譜 (一)

—— DOG 判決以前の判例及び学説の動向⁽¹⁾ ——

一 一九五〇年代の判例及び学説

バッホフ (O. Bachof) は一九五〇年に、「基本法一九条四項と連邦行政裁判所⁽²⁾」と題した連邦行政裁判所草案に

対する覚書の中で、「この規定（基本法一九条四項——笹田）は実効的権利保護を保障するのであり、裁判組織によって実際に無価値とされるような、画餅に等しい権利保護を保障しているのではない⁽³⁾」と述べている。しかしながらバツホフは、実効的権利保護が一体何を意味するかについては、全く論及していない。

一方、裁判所として初めて権利保護の実効性に触れたのが、一九五一年四月一七日の連邦財政裁判所鑑定意見である⁽⁴⁾。連邦財政裁判所は、基本法一九条四項について、それは公権力による権利侵害の際の「裁判上の権利保護についての一般条項である⁽⁵⁾」とし、さらに前述のバツホフの主張をそのまま引用するが、しかしその内容に関する検討までも行なうものではない。

その意味で裁判所として初めて権利保護の実効性に検討を加えたと言えるのが、次に紹介するリューネブルク上級行政裁判所の一九五七年六月二八日の決定⁽⁶⁾である。本決定は、仮命令についての明文規定を持たない英国占領区域の軍政命令一六五号⁽⁷⁾の下で、仮命令が許されるか否かについて、次のように述べる。「基本法一九条四項によって保障された権利保護が包括的かつ実効的であらねばならず、そして立法者が既に取消訴訟については、権利保護供与の完全性を仮の保全（停止的効力）の考慮によって保障している場合には、それに相当する権利保護の保障は、行政行為を為すことを求める訴訟の範囲内において、不利益を被る者に対して拒否され⁽⁸⁾ない」。そして「仮命令により、行政争訟手続上の確定力ある決定が為されるまで、係争中の権利を確保及び保全することは、基本法一九条四項の意味における実効的権利保護に属する⁽⁹⁾」のであり、このことは行政行為を為すことを求める訴訟についても導きだされうると判示する。

さらに一九五八年に、デューリッヒ (G. Dürig) はボン基本法コンメンタールの中で、次のように述べる。「基本法一九条四項は『実効的権利保護』を保障する。それ故解釈は、個人の領域の最大限の実効的防御を達成するよう試

みられねばならない⁽¹⁰⁾」、そして「裁判所の判決が実際に実現されなかったならば、この実効的権利保護は与えられないだろうから、その決定の執行についての裁判所の権利と義務も、基本法一九条四項から生ずる⁽¹¹⁾」。

二 一九六〇年代の判例及び学説

一九六〇年代に入ると、実効的権利保護の理論的解明にとって先駆的役割を担うと目される、連邦行政裁判所判決及びレルヒェ (P. Lerche) の論文が登場する。以下では、まず実効的権利保護の時間的側面に主に関わる、これらの判決を紹介し、その後レルヒェ論文の検討を行なう。

1 「取り壊し命令の即時執行」に関する判決⁽¹²⁾ (六三年九月二日連邦行政裁判所)

一九五四年七月三十一日土曜日午後一時頃、同年八月二日月曜日午前八時までに売店を除却すべしとの命令、及び強制手段の戒告を含む行政処分が原告に対して通知された。そして、同年八月二日被告によって、取り壊し作業が行なわれたので、原告はこの行政処分に対して取消訴訟を提起した。原告の訴をフランクフルト・アム・マイン行政裁判所は認めたが、カッセル上級行政裁判所はそれを斥けた。原告の上告を受けた連邦行政裁判所は、二審判決を破棄して原告の訴を認めた。

連邦行政裁判所はその理由として次のように述べる。売店除却命令とともに行なわれた強制手段の戒告に付された義務履行期間が、法律上の救済手段 (Rechtsmittel) の提起を不可能とするほど極端に短いものであるが故に、この行政処分は、法律上の救済手段の提起と結びついた停止的効力⁽¹³⁾を事実上排除することになる。一方、「基本法一九条四項は、市民に対して、法律上認められた裁判上の方法が制限されず、そして権利保護制度の自由な利用が官庁の措置の態様によって妨げられないことを求める請求権を与える。従って、法律上の権利保護制度——ここでは、法律上

の救済手段の提起と結びついた停止的効力——の拒否は、基本法一九条四項の権利保護保障に対する違反である⁽¹⁴⁾。

またこの違反は、「当該規定（停止的効力に関する規定——笹田）の保護機能、及び公権力の介入による個人の権利領域の侵害に対する、可能な限り欠缺のない裁判上の権利保護に関する法治国家的要求（BVerfGE 8, 274 [326]）から明らかになる。基本法一九条四項は法律上の救済手段の提起の理論的可能性のみならず、権利保護の実効性をも保障する⁽¹⁵⁾ということが、出発点とされねばならない」。

2 「撤去命令の即時執行」に関する判決⁽¹⁶⁾（六三年一〇月二九日連邦行政裁判所）

原告及びその家族は、K市にある浮浪者収容施設に収容されていたが、一九五八年八月一三日に、彼らを他の施設に移すという処分が、同年八月一二日に原告らに通知された。原告が、通知を受けたその日に不服申立を行なったにも拘らず、被告行政庁は、翌日直ちに家族の宿泊所を執行官に撤去させ、備品も運び出させた。そこで原告は、この撤去が違法であったことの確認を求める訴訟を提起した。ケルン行政裁判所、ミュンスター上級行政裁判所ともに、原告の訴を斥けたが、連邦行政裁判所は両前審の判決を破棄し、原告の訴を認容した。

その理由として、同裁判所は「撤去命令とその実施は、基本法一九条四項と一致しない⁽¹⁷⁾」と考えた。「この憲法規定は、その意義に従って広く解釈されねばならず、そして『公権力によって』権利を侵害される者に、訴を提起するという形式的権利を保障するのみならず、それを越えて、有効な、現に実効的権利保護を求める実質的権利をも保障する。この権利保護請求権は、公権力によって顧慮されねばならない個人の権利である⁽¹⁸⁾」。

以上のことを本件事案に即して考えてみるに、原告らに与えられている（二四時間に満たない）時間は、彼らに対し「実効的権利保護を時期を失することなく可能ならしめる⁽¹⁹⁾」ためにも十分でなかった。また、短期間で撤去するよう命じ、かつそれを直ちに執行せざるをえないような、やむをえない理由は、存していなかったとして、この撤去命

令及びその即座の執行は、「基本法一九条四項にもとづく実効的権利保護を求める夫婦（原告及びその夫——笹田）の権利を侵害する⁽²⁰⁾」と判示した。

3 レルヒエの見解

レルヒエは、『法的聴聞を求める権利』について⁽²¹⁾と題された一九六五年の論文の中で、この時期においては最も詳細と思える実効的権利保護に関する分析を行なった。レルヒエは、基本法一〇三条一項の法的聴聞の解釈に際して、基本法一〇三条一項を訴訟に関する他の憲法規定から切り離して考察すべきではないとする⁽²²⁾。というのは、これら訴訟に関する憲法規定は、それ自体、内的一体性を有する自立的なものであるからである⁽²³⁾。そして、その原動力は、基本法一九条四項から生じると言う。即ち、「基本法の中に分散された訴訟に関する規範の結合は、その現代的中心を、基本法一九条四項、つまり権利保護の一般条項の中に見いだしている。……基本法一九条四項は、外見上行政法上の争訟に限定されるにすぎないのであり、実際には、基本法一九条四項に、市民のための訴訟に関する憲法保障の中心が示される⁽²⁵⁾」のである。

この基本法一九条四項と基本法一〇三条一項を結びつける決定的な紐帯が、実効的権利保護に関する理論であると、レルヒエは主張する⁽²⁶⁾。実効性は、何よりもまず、権利保護の適時性として現れねばならない。かくして基本法一九条四項は、阻止的な権利保護のみならず、実効性及び適時性の観点から、予防的な権利保護をも保障する。このような思考が、先駆的と考えられる、前述1、2の連邦行政裁判所判決を動機づけたと、レルヒエは評価している⁽²⁷⁾。

一方、法的聴聞を求める権利が裁判手続の範囲を越えて行政手続においても主張されうるかという問題（基本法一〇三条一項は、「裁判所において」という文言で規定されている）に対して、レルヒエは、その場合は基本法一〇三条一項からではなく、原則的に基本法一九条四項から解答が引き出されねばならないとしたうえで、基本法一九条四

項の有する、事前手続に及ぼす作用 (Vorwirkung) を指摘している点⁽²⁸⁾が注目される。即ちダム建設等の大規模事業の際に、既成事実が作られることによって、事後的権利保護が遅きに失し、従ってそれが空疎なものとならざるをえない場合、基本法一九条四項は前へと信号を送る、即ちこのような事案においては、既に能動的行政自身の手続の中で、——可能な限り——裁判類似の権利保護が展開されねばならない。そしてこのような権利保護は、最も早い段階においては、法的聴聞を意味する。こういったことが、総じて基本法一九条四項の持つ事前手続に及ぼす作用と呼ばれる⁽²⁹⁾とレルヒエは述べている。

ここでのレルヒエの主張には、アメリカ法に言うデュープロセス理論に近いものが窺われる。しかし、不文の手続基本権を、基本法一九条四項及び基本法一〇三条一項から引き出そうとする学説の動きには、レルヒエは与しない⁽³⁰⁾。彼は、基本法の下では、基本法一九条四項の注意深い拡張解釈のみが可能と考えるのである⁽³¹⁾。このレルヒエ論文には、手続保障についての重要な知見が幾つか含まれているが、とりわけ基本法一九条四項に関しては、既述のごとく、訴訟に関する憲法規範についての体系的思考、実効性と適時性の関係、そして基本法一九条四項の有する、事前手続に及ぼす作用⁽³²⁾が指摘されており、実効的権利保護の理論的解明に重要な手がかりを与えたと評価できよう。

(1) 連邦憲法裁判所は、一九五七年の「夫婦合算課税」に関する決定 (BVerfGE 6, 55 ff., 参照、ドイツ判例百選七八頁「北野弘久教授解説」) 以後、六〇年代にかけて、「基本権の実効性 (Grundrechtseffektivität)」という解釈原則を展開した。この原則は、本稿で問題にする「実効的権利保護」論と直接そのまま結びつくものではないが、学説の中では、DOG判決以降の判例理論の展開が、「基本権の実効性についての解釈原則の現代の変形」(H. Bethge, a.a.O., S.5) とも、あるいは「基本権の実効性」原則と類似の解釈原則たる「疑わしきは自由のため」の現代の変形とも評価されている (W.-R. Schenke, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VBIBW 1982, S.319)。³³ 加えて実効性の概念が、前記五十七年判決以降の判例を通じて、学説によって初めて批判的に吟

味されたが故に「基本権の実効性」の原則をここで簡単に検討しておく必要がある。

基本法六条一項に関する前記決定において、連邦憲法裁判所は、トーマ (R. Thoma) を引用して、「憲法裁判の任務は、憲法規範、とくに基本権のさまざまな機能を説明することにある。その際、『当該規範の法的効力を最も強力に展開する解釈が優先されねばならない』(トーマ) (BVerfGE 6, 72) と判示する。本決定によって、いわゆる「基本権の実効性」の原則が解釈原則にまで高められ、さらに本決定から、基本権については拡張解釈がなされねばならないということが引き出された (Horst Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, S. 358 ff.)。

「基本権の実効性」の解釈原則は、学説による厳しい批判を受けた。その第一は、連邦憲法裁判所がトーマの主張を誤って理解しているというものである。連邦憲法裁判所は、この原則にもとづき、基本法六条一項から (制度保障とは別に) 「婚姻及び家族に関する全ての私法及び公法に対する拘束的価値決定」 (BVerfGE 6, 72 ff.) を引き出した。しかしトーマは、連邦憲法裁判所のような理解に立つものではなかった。即ち彼は次のように述べる。「主張されている解釈原則が、ある基本権規範の特別の内容に関する争いに適用されうると仮定するとしたら、それはひどい誤りであろう。それは問題にならな……」 (Richard Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätzen, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1929, S. 9. 参照、青柳幸一「基本権の多次元的機能」) 『法学研究』第五五巻六号五八頁註(15)。基本権の特別の内容が徹底的に究明された後に初めて、「基本権の実効性」の原則が意味を持つのである。つまりこの原則は、あらかじめ引き出されたその特別の内容が、単なるプログラムの性質を持つにすぎないのか、または法的拘束力をも有しているのかが疑わしいときに、後者の意味で基本権規範の内容が解されるべきことを意味する (R. Thoma, a. a. O., S. 14; Christian Graf von Pestalozza, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 2 (1963), S. 443 ff.; Walter Leisner, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 12)°。この原則から、基本権規範の「特別の内容」についての推論は引き出されえないのである。

「基本権の実効性」の原則に対する第二の批判としてライスナーの見解が挙げられる。「トーマによって一般的に提起されたこの原則は、……当初、すべての法規範についての一般的解釈原則として憲法に導入された。しかしその原則は、

以前から、そして今もなお第一に基本権に関係づけられたが故に、それは思いもかけず、憲法上の基本決定になった。即ち、疑わしきは市民の自由のために——国家権力の侵害権限に対して。……今日、ドイツ国法において、自由のための、そして可能な限り広範な基本権の内実のための推定が問題となる場合、それはかかるものとして『実効性を目的とする解釈』とは無関係に基礎づけられねばならない」(W. Leisner, *a.a.O.*, S. 12)。「規範の効力を目的とする解釈」は、今日の憲法において、すべての規範、すべての原則に適用されるものでなければならぬのであり、従って国家組織に関わる規範あるいは国家に侵害権限を授権する規範にも適用されねばならないのである (W. Leisner, *a.a.O.*, S. 12) 21。

学説の広範な拒否に出遭った、この「基本権の実効性」の解釈原則は、その姿を「基本権の極大化 (Grundrechtsop-timierung)」に変えて、次節以下で取り上げる連邦憲法裁判所の判例理論の中においても現れる、との見方も可能である。実効的権利保護の分析に際しては、それ故、ここで取り上げた議論もまた看過されてはならない。

(2)(c) Otto Bachof, Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes und das Bundesverfassungsgericht, DRZ 1950, S. 245f.

(4) DöV 1951, S. 417 ff. そこで問題となったのは、今まで税務署によって最終的に決定されており、財政裁判所の管轄権は列举主義によって明らかに規定されていなかった事案において、基本法制定後、その管轄権を行政裁判所または財政裁判所のいずれに属させるか、ということであった。連邦財政裁判所は、この場合基本法一九条四項の意味における管轄権を有する裁判所とは、裁判所の構成やその目的（即ち、財政裁判所のその他の任務と、ここで問題となった争いとの事物関連）から、財政裁判所であるとした。

(5) DöV 1951, S. 418.

(6) DöV 1958, S. 232 ff. シュンスター上級行政裁判所決定も同趣旨のことを述べる (DöV 1958, S. 235)。

(7) 統一的な行政裁判所法（一九六〇年四月一日施行）ができるまでの経緯については、南博方『行政訴訟の制度と理論』（有斐閣、一九六八年）一九六頁以下、広岡隆「行政行為に対する仮の権利保護」（柳瀬退職記念『行政行為と憲法』有斐閣、一九七二年）二〇一頁以下を参照されたい。

(8)(c) DöV 1958, S. 233.

(9) Günter Dürig, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, GG Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 12.

- (11) G. Dürig, *a. a. O.*, RdNr. 13.
- (12) BVerwGE 16, 289 ff.
- (13) 西ドイツでは、異議及び取消訴訟が停止的効力を有するという執行停止原則が採用されている（行政裁判所法八〇条一項）。参照、広岡前掲二〇六頁以下、阿部泰隆「西ドイツの行政裁判」（『公法研究』三八号）一六九頁以下。
- (14) BVerwGE 16, 292 f.
- (15) BVerwGE 16, 293.
- (16) BVerwGE 17, 83 f.
- (17) (18) (51) BVerwGE 17, 85.
- (20) BVerwGE 17, 86. 連邦行政裁判所は、ここで取り上げた二つの判決の他に、六四年七月二七日、「建築許可付与に法律上の救済手段の放棄を条件としたこと」に関する判決（BVerwGE 19, 159 ff. = DöV 1964, S. 703 ff.）を行なった。

実効的権利保護に関わるこの判決の内容は、おおよそ次の通りである。

原告は、自己の土地に各々三戸の多世帯用住宅からなる二つの住宅家屋群を建設しようと考え許可申請を行なったところ、建築許可官庁が当該許可を行なうに必要な同意を、県知事（被告）は、当該建築物の形状変更を条件として（講学上は、負担 [Auflage] と解られるが、本件判決は [Auflage によらず] Bedingung を終始用いている）、ここでも一応条件と訳出しておく）与えた。それにもとづいて建築許可官庁は、この条件を付して許可決定を行なったが、その際さらに当該決定に対する法律上の救済手段の放棄に、建築許可の付与を係らしめた。そこで原告は、一九五九年八月三日に右法律上の救済手段を放棄することを宣言し、前述の条件の付いた建築許可を得た。

約一年後に、原告が「条件」部分に関して、当初の計画案でもって再び建築許可申請を行なったところ、許可官庁は法律上の救済手段の放棄及び決定の不可争性を理由として申請を却下した。不服申立も却けられたので、原告は申請に従った建築許可を求めて訴を提起した。ハーノーバー行政裁判所は原告の訴を認容したが、リューネブルク上級行政裁判所がこれを斥けたので、原告は連邦行政裁判所に上告した。連邦行政裁判所は二審判決を破棄して、事案を二審に差戻した。その理由として連邦行政裁判所は、基本法一四条によって保障された原告の財産権に対する侵害を述べた後、さらに基本法一九条四項との関係について、連邦行政裁判所は次のように判示する。許可官庁が建築許可の付与を法律上の救済手段

の放棄に係らしめたことによって、原告は、時間を損失することなく建築許可を得るためには、法律上の救済手段の放棄を宣言せざるをえないと考えたであろう。「原告の有する決定の自由に対するこのような影響は、基本法一九条四項と一致するものではなかった。この規定は、理論上のみ公権力の侵害に対する出訴の途を開くのみならず、権利保護の実効性（BVerfGE, 16, 289 [293]）をも保障する。それ故この規定は、極端に履行期間の短い執行命令のみならず法律上の救済手段の放棄をも禁ずる」（BVerwGE 19, 161 f.）。参照、基本法一四条一項「所有権及び相続権は、保障される。内容と限界は、法律でこれを定める」、同条三項「公用徴収は、公共の福祉のためにのみ許される。公用徴収は、補償の方法及び程度を規律する法律により、または、法律の根拠にもとづいてのみ、これを行なうことが許される。補償は、公益及び関係者の利益を正當に衡量して、これを定めなければならない。補償の額について争いあるときは、通常裁判所に出訴する途が開かれる」（宮沢編『世界憲法集』一六六頁）。

(21) Peter Lerche, Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZfP 78 (1965), S. 1ff.

(22) 基本法一〇三条一項「各人は、裁判所において、法律上の審問を請求する権利を有する」（宮沢編『世界憲法集』二〇八頁）。《rechtliches Gehör》の訳語としては、前述の『法律上の審問』、あるいは民事訴訟法上の領域では『審尋』といった言葉が用いられているが、『Gehör』は憲法学、行政法学においては聴聞と訳するのが適切と考える。そこで以下では法的聴聞という訳語を用いることとする。参照、手島孝『現代行政国家論』（勁草書房、一九六九年）三三頁以下。

(23) P. Lerche, a.a.O., S. 5, 14.

(24) レルヒエは、内的一体性を持った憲法規定と、いわゆる一般的手続的正義を切り離して考えている。後者についてレルヒエは、何らかの明らかな憲法上の決定なしに、直接執行可能な、一般的手続的正義という憲法条規を認めることは、基本法の破壊を意味すると述べている（S. 14）。

なお、本論文（ZfP 78）から一四年後に書かれた論文（Grenzen der Wehrfähigkeit kommunaler Planungshoheit, in: Festschrift BayVGH 1979, S. 226, 228f.）の中で、レルヒエは手続的正義を積極的に評価している。そこでの手続的正義は、基本法一九条四項を中心概念とする、手続法的かつ実体法的内容を持ったものと定義されている（従って、六五年論文を一步進めたものと言えよう）。

(25) P. Lerche, ZfP 78, S. 16.

- (26) 「確かにこの連絡線は、訴訟に関する憲法諸規範の文言においては、同じように明らかなものではない。しかし、ただちに示されるように、それは実際に存在しており、そしてとりわけまた基本法一〇三条一項の理解を形作る」(P. Lerche, *a.a.O.*, S. 16)。
- (27) P. Lerche, *a.a.O.*, S. 16 ff. ハウラーも同趣旨の指摘を行なっている (Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: *Festschrift für E. Kern*, 1968, S. 283) さらに基本法一〇三条一項の法的聴聞との関連では、ヘルヒェは、「与えらるべき聴聞が、実効的に、即ち何よりもまず時機を失することなく認められる場合にのみ、その聴聞は『法的』聴聞である」(S. 17f.)とし、そして当事者の頭ごしに決定されない、当事者が無視されないという意味で、適時の教示を、実効性は要求する」と述べている。また、「実効性はいうまでもなく、適時性に限定されていない」(S. 18)のであり、それは事情によっては、弁護士を補佐を、時には弁護士とならんで当事者の独立の聴聞等を要求すると、ヘルヒェは主張する。
- (28) P. Lerche, *a.a.O.*, S. 27. 「行政手続への法的聴聞の拡張は、従っていわゆる包括的裁判保護供与及び不利益を被る第三者の関与という、既に論じられた問題と内部で結びついていると思われる」(P. Lerche, *a.a.O.*, S. 29)と述べている。
- (29) P. Lerche, *a.a.O.*, S. 27.
- (30) ヘルヒェは、前掲一九七九年論文の中で、自らの主張をデュープロセス観念に類似したものと述べている (Fest. Bay VGH 1979, S. 226)。また、一九六五年論文が一般的手続的正義を批判している (ZZP 78, S. 13 f.) 点については、それは手続的正義のゆきやみを批判したにすぎないことを述べている (Fest. Bay VGH, S. 226, Anm. 10) だが、一般的手続的正義を主張するものとして、参照、Adolf Arndt, Das rechtliche Gehör, NJW 1959, S. 6ff.; Fritz Baur, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153(1954), 393 ff. やその現在の理論状況について、Angelika Christiane Karwacki, Der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozeß, 1984; Dieter Dörr, Fairer Verfahren, 1984; Peter J. Tettinger, Fairneß und Waffengleichheit, 1984 など見よ。
- (31) P. Lerche, *a.a.O.*, S. 31.
- (32) Eberhard Schmidt-Abmann, Art. 19 IVGG als Teil der Rechtsstaatsprinzipien, NVwZ 1983, S. 5, Anm. 48; BVerfGE 61, 82 ff.

第二節 “実効的権利保護” 保障の系譜（二）

——DOG判決以降（ミュールハイム—ケルリッヒ決定以前）

一九六八年二月一八日のDOG判決⁽¹⁾によって、連邦憲法裁判所は新しい基本権理論の形成に着手した。これまでの基本法一九条四項による“実効的権利保護”保障に加えて、それは「実効的な権利保護」を基本権に本質的に付属しているものと特徴づけ、それでもって手続の形成による基本権保護及び基本権の実現を強調するものである⁽²⁾。本節は、このDOG判決から始まった判例理論の展開を、裁判手続に関するものに限りかつミュールハイム—ケルリッヒ決定前のものに限って検討を加える。そして、学説の紹介も一応右の時期区分に従うこととするが、これは厳密には行なうことはできない。

一 判例の展開

1 DOG判決（六八年二月一八日第一部判決）⁽³⁾

一九六二年の洪水の後、制定されたハンブルグ堤防整備法律（Deichordnungsgesetz, 以下DOGと呼ぶ）は、その二条において、すべての洪水防禦施設、及び本件法律に詳細に挙げられているところの、従来私人の所有権が存在していた不動産が、ハンブルク州の公有財産に移されると規定する。右規定に含まれていた不動産の所有者である異議申立者は、憲法異議の訴を提起したが、その際、違憲の根拠として、DOG二条に規定されている権利変換が法律によって（法律にもとづく行政行為によってではなく）行なわれていること、それは必要でもなく、また公益にも役

立たないこと等を挙げる。連邦憲法裁判所は、異議申立者の主張を理由がないとして、憲法異議の訴を棄却した。⁽⁴⁾

立法者が法律による公用収用、または法律にもとづく行政による公用収用のいずれかを自由に選択しうるのかどうかの判断に先立って、連邦憲法裁判所は基本法一四条に規定されている所有権保障の検討を行なう。「基本法一四条の所有権保障には、ワイマール憲法のそれと異なった、そしてそれより包括的な意義が帰属するということが、何よりもまず本質的である」⁽⁵⁾。そして「この所有権保障の意義の変遷は、憲法（基本法一九条四項）による権利保護の拡大の中に、明白に示されている」⁽⁶⁾。つまりところ、「実効的な——所有権の存立を保障する——権利保護は、基本法上の概念によると、基本権自身の本質的要素である」⁽⁷⁾。しかし、「基本権に本質的に付属する、この権利保護は、法律による公用収用が許されることによって、決定的に弱められる」⁽⁸⁾。というのは立法は基本法一九条四項の意味における「公権力」に含まれないが故に（AKU判決、BVerfGE 24, 33）、「立法者が行政行為による公用収用の代わりに、法律による公用収用を選択した場合、立法者はそれでもって、基本法一九条四項によって保障されている管轄裁判所への出訴を不可能にしてしまう」⁽¹⁰⁾からである。かくして「個々の基本権者に対する公用収用が許されるのかどうかについての裁判所の審査は、不可能になる」⁽¹¹⁾。基本法一九条四項の「公権力」概念の制限的解釈、及び「規範と行政行為の互換性から結果する、権利保護の差し迫った制限」⁽¹²⁾を避けるため、連邦憲法裁判所は法律による公用収用を極めて限定された事案においてのみ認めようとする⁽¹³⁾。そして連邦憲法裁判所は、本件法律がそのような例外的事例にあたることを認めた。

本件DOG判決では、「公権力」概念に立法を含ましめなかったAKU判決に規定されて、法律による公用収用は原則的に許されないという判断を示し、さらに「実効的権利保護」は基本法一四条一項の基本権自身の本質的要素であるという考えを提示した。その結果、基本法一九条四項からのみならず、基本法一四条一項からもまた、実効的権

利保護についての要請が生ずることとなったのである。

2 「訴訟上の救助を受ける権利 (Armenrecht)」に関する決定 (七三年七月三日第一部決定)⁽¹⁴⁾

異議申立者である有限会社は、地下鉄建設との関連で公用収用補償請求権をハンブルグ市に対して主張し、加えて、訴訟上の救助を受ける権利の承認を求めた。ハンブルグ地方裁判所及びハンブルグ上級地方裁判所は、決定によって、その権利追行 (Rechtsverfolgung) には民事訴訟法一一四条四項⁽¹⁵⁾の意味における「一般的利益」は存しない、という理由により、その申立を斥けた。右二つの決定に対して憲法異議の訴が提起された。

連邦憲法裁判所は係争の決定を取消し、事案を地方裁判所に差戻した。その理由として連邦憲法裁判所は、地方裁判所及び上級地方裁判所による民事訴訟法一一四条の適用が、基本法一四条一項一段に違反していることを挙げる。即ち連邦憲法裁判所は、上級地方裁判所が、基本法一四条三項四段 (補償の額について争いあるときは、通常裁判所に出訴する途が開かれる) の意義を、たんに、「適用されるべき訴訟法に何の影響も持たない出訴についての規律と考えた」⁽¹⁶⁾ことを誤りとみなした。基本法一四条三項四段は、出訴についての規律であるのみならず、何よりもまず特別の権利保護供与を含んでいる。かくして「基本法一四条三項四段は、所有権保障の具体化である」⁽¹⁷⁾のだから、訴訟上の救助を受ける権利についての決定の際に、この憲法規定を無視することは、基本法一四条一項一段の基本権を侵害することになる、と連邦憲法裁判所は判示した。

さらに連邦憲法裁判所は所有権保障 (基本法一四条一項一段) から、「実効的な権利保護を求める権利」が生ずることを明らかにした⁽¹⁸⁾後、憲法上保障されている権利保護と手続法との関係について次のように判示する。「収用法における、権利保護の憲法上の保障は、訴訟規定の制限的な解釈及び運用によって、不確かなものとされてはならない。手続規定はむしろ、この憲法上の要請が実効的なやり方で実現されうるように適用されねばならない」⁽¹⁹⁾。

D O G判決から四年以上経過して、本決定は出されたが、連邦憲法裁判所はこの決定以後、おもに基本法一四条一項に関して「手続による基本権保護」の理論を展開することになる。⁽²⁰⁾ 本決定はその意味でD O G判決を一步進め、実体的基本権と手続法との関係について具体的に検討するものである。結局のところ本決定は、実体的基本権（基本法一四条一項）から直接引き出される「権利保護」保障と、形式的に独立して保障されている「権利保護」保障（基本法一九条四項、ただし本件事案では基本法一四条三項四段）との関係を如何に理解するかという解決困難な問題を、明確に提起したものと評価できよう。⁽²¹⁾

3 「国外退去強制処分」の即時執行に関する決定（七三年七月一八日第一部決定）⁽²²⁾

本件事案では、国外退去強制処分の即時執行の際の外国人の権利保護が問題となった。ミュンヘン・オリンピックでのイスラエル選手団に対するテロの後、異議申立者達がG U P S（パレスティナ学生総同盟）の構成員であったこと、及びそのことから引き出された——テロ行為を支援したのではないかとの——疑いによって、管轄権を有する外国人取締り警察は外国人法一〇条一項一号及び一一号を適用（異議申立者のうちの一人については、六号も適用）⁽²³⁾して、二人の異議申立者に即時の国外退去強制を命じた。異議申立者は、右処分に対して行政裁判所法六八条、六九条⁽²⁴⁾にもとづいて行政庁に不服を申立てた。その申立以来、当時既に八カ月或は一〇カ月が経過していたにも拘らず、行政庁は本件連邦憲法裁判所決定が下された時点でも、まだ決定を行なっていなかった。同時に異議申立者は行政裁判手続において、行政裁判所法八〇条五項一、二段⁽²⁶⁾にもとづき停止的効力の回復を申立てた。しかし行政裁判所および上級行政裁判所⁽²⁷⁾はこの申立を棄却した。それに対して基本法二条一項、⁽²⁸⁾一九条四項にもとづいて、憲法異議の訴⁽²⁹⁾が提起された。

異議申立者は、停止的効力の拒否は基本法一九条四項にもとづく異議申立者の基本権を侵害するものであることを

主張する。連邦憲法裁判所は、「争われている諸決定は、基本法一九条四項及び法治国家原理と結びついた基本法二条一項にもとづく異議申立者の基本権を侵害している」⁽³⁰⁾として、この主張を受け入れ、これらの決定を取消し、事案を上級行政裁判所に差戻した。⁽³¹⁾

連邦憲法裁判所は従来の判例を踏襲して、基本法一九条四項は包括的かつ実効的な権利保護を保障するとした後、基本法一九条四項と停止的効力（行政裁判所法八〇条一項）の関係について、次のように述べる。確かに、「異議及び行政裁判所への訴の提起の持つ停止的効力は、憲法上の『権利保護』保障の適切な現れであり、『公法上の訴訟についての重要な原則』である」⁽³²⁾が、基本法一九条四項はそういった効力を絶対的に保障するものではない。即ち、「圧倒的な公益は、それにとって延期不可能な措置を適時に行なうために、基本権者の権利保護請求権を当分の間後回しにすることを正当化しうる」⁽³³⁾のである。しかし「それは例外に留まるものでなければならぬ。この原則―例外の関係を逆にする行政実践……そしてその実践を是認する裁判は憲法と一致しないだろう」⁽³⁴⁾。

従って「行政行為の即時執行のためには、行政行為自身を正当化する利益をはるかに越える特別の公益が必要である」⁽³⁵⁾。市民の権利保護請求権が例外的に、いつ公益の背後に退かねばならないかは、全く個別的にのみ決められうるものであるが、少なくとも『権利保護』保障の目的及び憲法上の比例原則から以下のことは明らかである。つまり、「市民に課されている負担が重大であればあるほど、そして行政処分が永続的に効果を及ぼすものであればあるほど、市民の権利保護請求権は一層強くなり、かつあきらめられてはならない」⁽³⁶⁾のである。国外退去強制処分の即時執行に関する事案の際には、公益と、外国人の利益とを衡量することが必要であるが、その際国外退去処分の即時執行が、重大かつ永続的な影響を外国人の権利保護に対して持っているということが顧慮されねばならない。「即時執行の有する不都合な影響は、異議申立者に対して不安定な時間を引き延ばす本案訴訟の遷延的取り扱いによって根本的

に強められる」ことになる。⁽³⁷⁾ 結局、国外退去処分⁽³⁸⁾の即時執行によって、既成事実が創出されている場合、本案手続をできるだけ迅速に行ないかつ終了させるという義務が、不服を申立てられた官庁及び行政裁判所に存するのである。⁽³⁹⁾ 「彼らがその義務を履行しないならば、さしあたって正当化されていた即時執行命令は違憲となりうる」⁽⁴⁰⁾のである。以上述べた観点を上級行政裁判所は、その利益衡量の際に顧慮しなかったが故に、異議申立者は基本法一九条四項と結びついた基本法二条一項にもとづく基本権を侵害された、と連邦憲法裁判所は判示した。

連邦憲法裁判所は決定主文の中で基本法二条一項違反に言及しているが、右条項と基本法一九条四項⁽⁴¹⁾の保障する「権利保護の実効性」との関係については触れるところはない。結局、本件決定において最も注目されるのは、異議及び訴の提起の持つ停止的効力の憲法的評価、既成事実（国外退去強制処分⁽⁴²⁾の即時執行）との関連から、迅速な手続の要請が基本法一九条四項の保障する『権利保護の実効性』から引き出されたことにある。

4 「裁判所による弁護士⁽⁴³⁾の訴訟能力の審査」に関する決定（七四年四月二日第一部決定）⁽⁴²⁾

本件においては、訴訟能力を有していない事を理由として仮処分の申立を認められなかった弁護士が、当該上級地方裁判所決定によって、基本法一二条一項⁽⁴³⁾が保障する弁護士としての職業活動の自由を侵害されたとして、憲法異議の訴を提起した。⁽⁴⁴⁾ 連邦憲法裁判所は、この訴を認めた。

連邦憲法裁判所はこの問題を、職業についての権利という観点から次のように論ずる。「弁護士が、その訴訟代理人としての裁判活動の際に、行為能力及び訴訟能力を有せねばならない」⁽⁴⁵⁾ということは、「それ自体として憲法上疑いがない」⁽⁴⁶⁾。しかしその一方で、「——形式的には、個別的な裁判所に係属せる法律上の争いにおいてのみ効力を有する——認可された弁護士に対する訴訟無能力としての取り扱いが、その訴訟をはるかに越えて基本法一二条一項によって保障されている彼の全職業活動に対して重大な影響を与え、加えて不利益を被る者の人間的生存にゆゆしい打撃

を与えるということも、看過されてはならない。それ故、訴訟能力についての疑問に関して決定する手続の厳格な法治国家的形成が、なお一層注意深く配慮されねばならない。不利益を被る弁護士に対する十分な聴問及び実効的権利保護をその構成要素とする、このような手続形成は、裁判における独立の機関としての弁護士の特別の地位の故に、とりわけ放棄されえない⁽⁴⁷⁾。

しかし本件事案で問題となった法規定は、十分な聴問及び実効的権利保護を保障していなかった。従って、「訴訟法上の観点からは疑いのなかった規律は、職業についての権利という観点に立った場合、法治国家的要請と結びついた基本法一二条一項の光にてらされて欠缺があるものと判断されねばならない⁽⁴⁸⁾」のである。このような法の欠缺の補充は、確かに、まずは、立法者によって為されねばならない。しかしながら裁判官についても、「基礎づけられた一般的な共同体の正義の観念に従い、現行規定にできる限り厳格に依拠しつつ法律の欠缺を補充する任務が課せられる。個々に存在している欠缺がどのように満たされねばならないかを決定するのは、裁判所の任務である⁽⁴⁹⁾」。地方裁判所及び上級地方裁判所は、このような法の欠缺が存在するということを認識せずに民事訴訟法上の規律を適用したのであり、従って異議申立者の基本法一二条一項にもとづく基本権を侵害しているとして、連邦憲法裁判所は係争の決定を取消し、事案を地方裁判所に差戻した。

本件決定では、「実効的権利保護」が法的聴聞（基本法一〇三条一項）と同列に論じられ、そしてそれらが法治国家的な手続形成の構成要素を成すと判示された点⁽⁵⁰⁾、さらに「実効的権利保護を求める権利」が基本法一二条一項からも引き出された点⁽⁵¹⁾が注目される。

5 「収用可能員数が満たされていないことを理由とする訴の被告適格」についての決定（七五年四月九日第一部決定⁽⁵²⁾）

本件決定は、いわゆる大学入学定員制 (Numerus-Clausus) 判決⁽⁵³⁾を補充するものと言われているが、それは定員制判決で論じられた配分請求権 (Teilhaberecht) に関してではなく、おもに訴訟手続に関して補充するものである。本件事案においては、完全に収用可能員数が充足されなかったが故に生じた研究場所の空席の配分について、個々の大学とZVS (研究場所の配分にあたる中央機関) の何れに管轄権があるのか、そして訴訟において、何れが正しい訴訟の相手方として正当に認められるのかが問題となった。⁽⁵⁴⁾

「係争の控訴審判決の判断に関する審査基準は、基本法一二条一項である⁽⁵⁵⁾」。つまり「基本法一九条四項の意味での出訴保障の問題ではなく、基本法一二条一項にもとづく基本権の裁判上の実現に関わる⁽⁵⁶⁾」のである。そして、「——連邦憲法裁判所が既に論じたように——憲法上の権利の貫徹可能性 (参照、最近では BVerfGE 37, 132 [148]、借家契約解約告知) は、その権利の本質的構成要素の一部である⁽⁵⁷⁾」。従って、憲法上の権利の実効的実現が保障されるためには、権利の貫徹要求が特定の義務を課された国家機関に対して主張されねばならない。

しかし、「憲法上保障された研究許可を求める権利が、誰に対して向けられねばならないかは、憲法から直接引き出されない。むしろ入学許可についての法規は、その限りで必然的に、立法者による詳細な具体化を必要とする。立法者は、彼に向けられた規律の枠内で (参照、この点について、BVerfGE 33, 303 [336 f.]) 実効的な権利実現のための不可欠な諸条件を創出しなければならず、そしてその際、国家の官庁組織に従って、何れの官庁が管轄権を有し、そして訴訟において被告とされうる許可官庁になるべきかを決定しなければなら⁽⁵⁸⁾ない」。結局、「法治国家原理と結びついた基本法一二条一項は、立法者が彼に向けられた規律の枠内で被告とされうる許可官庁を決定するということ、そしてこの決定が、権利追行者にとって十分に明確であるということのみを、本質的に命じている⁽⁵⁹⁾」。しかし現行の入学許可についての法規は、そのような規律を欠いていた。控訴審もこの法の欠缺の存在を認識して

おり、現行法の解釈で以てこの欠缺を補充しようとした。「しかしこの解釈は、基本権の意義に関する、なかならず基本法一二条一項と基本法三条一項の保護領域の範囲に関する、そしてその共同作用に関する誤った見解に依拠していた。とりわけ……実効的な権利実現がそれでもって損なわれるような方法で、裁判所は存在している法の欠缺を補充してはならないということを顧慮していない」と連邦憲法裁判所は述べる。⁽⁶⁰⁾かくして連邦憲法裁判所は、控訴審判決は基本法一二条一項及び三条一項を侵害していると、判示する。連邦憲法裁判所は、前述の「実効的な基本権の実現」ということから、本件事案においては個々の大学に被告適格が存すると考えたのである。⁽⁶¹⁾

さてこの決定で連邦憲法裁判所は、基本法一二条一項について「憲法上の権利の貫徹は、その権利の本質的構成要素の一部である」と述べる。ここでは連邦憲法裁判所は、基本法一二条一項、一四条を含む憲法上の権利を考察の対象としており、かくして連邦憲法裁判所は「一般的な基本権理論上の言明」へとこの一連の判例を到達せしめたと評価されるのである。⁽⁶²⁾

6 「強制競売手続における所有権保障」に関する決定（七八年九月二七日第一部決定）⁽⁶³⁾

本件決定では、強制競売手続における債務者（本件では、憲法異議の訴の申立者X）の所有権保障が問題となった。司法補助官は、⁽⁶⁴⁾異議申立者の弁護士による度重なる異議にも拘らず、異議申立者が行なったZVG 30a条⁽⁶⁵⁾にもとづく強制競売手続の一時停止の申立に関して、あらかじめ決定することなく、一一カ月後の競売期日（Xも代理人も不出頭のまま）において、競落許可決定と同時にその申立を却下した。⁽⁶⁶⁾Xは競落許可決定に対してトリア地方裁判所に抗告を提起したが棄却されたので、さらにコブレンツ上級地方裁判所に抗告を行なったが、ここでもその主張は斥けられた。そこでXは強制競売手続の実施方法が、基本法一四条一項及び一〇三条一項にもとづくXの基本権を侵害しているとして、憲法異議の訴を提起した。連邦憲法裁判所はこの訴を認め、事案をビトリッヒ区裁判所に差戻し

た。なお本件決定には、ベーマー (Werner Bömer) 判事⁽⁶⁷⁾の反対意見が付されている。

多数意見は次のように判示した。「連邦憲法裁判所は、土地の競売に際しての法治国家的手続形成の必要性を繰り返し指摘し、そしてそれと共に社会的法治国における所有権保障の特別の意義を強調してきた (BVerfGE 42, 64; 46, 325)。憲法上の保障は実体的権利の形成に影響を及ぼすのみならず、関係する手続法にも同時に働きかける。基本法一四条一項から直接に裁判所に対して、この基本権を侵害する場合には実際に効果のある権利保護を与えるという義務づけが引き出される。このことは、とりわけ訴訟法がそのときどきに規定する権利保護の機会の利用についても妥当する。加えて法治国家原理から『公正な手続履践 (faire Verfahrensführung)』を求める権利が生じる。司法補助官が一九七六年九月三日の異議申立者の (手続の一時停止——笹田) 申立について、数カ月後に初めて、つまり一九七七年七月二日の競売決定と一緒に決定を下し、そして裁判所もこのことを認めたのは、この憲法上の諸原則に一致しない⁽⁶⁸⁾」。

司法補助官の対応としては、本件とは異なり、債務者の権利保護により一層適う手続形成を行なうことも可能であった。上級地方裁判所は何れの方法を採るかは司法補助官の裁量に存していると考えたが、連邦憲法裁判所はこの点について以下のように述べる。「適切な手続形成のために、裁判官に裁量権限が与えられている場合、これらの規定 (強制競売法三〇a条、三〇b条四項、八七条——笹田) は具体的事案においては、基本権を考慮にいれて解釈及び適用されねばならない。これらの規定は、基本権上保障されている実効的権利保護を求める権利の矮少化をもたらすものであってはならない⁽⁹⁶⁾」。司法補助官の手続形成は、以上の憲法上の観点を顧慮しておらず、権利保護の剝奪を実際に生ぜしめるものであると多数意見は考えた。かくして実効的権利保護を求める権利と一致しない司法補助官による手続形成 (区裁判所決定)、そしてそれを是認した地方裁判所及び上級地方裁判所の決定は、基本法一四条一項を

侵害するとした。

一方ベーマー反対意見は本件決定に同意を表するものの、その理由づけの部分については見解を異にする。即ちベーマーは、回収のおぼつかない少額の債権 (900,-DM) を理由として、不動産 (41000,-DM) に対する強制競売手続が進められたことに、実体的基本権の観点からする比例原則違反を見て取るのである。⁽²⁰⁾ ベーマー反対意見で注目されるのは、この他、手続法の役割の強調、基本法一九条四項と実体的基本権の関係についての詳論であるが、そのうちここでは前者のみを取り上げ、後者については第四節一で紹介することにする。

手続法の役割についてベーマーは以下のごとく述べる。「手続法は、憲法上の基本決定実現のための手段である。国家機関は、実体的基本権を顧慮するという義務を有するのみならず、適切な手段形成によってもそれに効力を生ぜしめねばならない。手続法が基本権の実効化を果していない場合、基本権の本質的内容は侵害されうる。つまるところ、整序された手続のみが基本権を実現し、あるいはそれを実効的に保障することを可能ならしめるのである。このことが、基本権に適合した手続法の解釈及び運用を国家機関に余儀なくさせる (参照、BVerfGE 42, 64; 46, 325 [334])」⁽²¹⁾ 云々。

連邦憲法裁判所第一部は、強制競売手続に関する事案において、第二部の手法 (基本法三条一項にもとづく恣意の禁止)⁽²²⁾ とは異なり、既述のごとく、実体的基本権から引き出される実効的権利保護請求権を前面に出す。この点の両部の関係には興味深いものがある。また、ベーマー反対意見は、これ以後連邦憲法裁判所判例⁽²³⁾ 及び学説⁽²⁴⁾ において、代表的な見解としてひんばんに取り上げられることになる。

(1) BVerfGE 24, 367(401f.) = JuS 1969, 289.

(2) Klaus-Peter Dolde, Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht? NVwZ 1982, S. 65.

- (3) BVerfGE 24, 367.
- (4) その他、異議申立者は、DOG二条に規定されている権利変換は、基本法一九条一項一段の個別的法律の禁止及び同条一項二段の条文指示の命令に違反すると主張した。
- (5) BVerfGE 24, 400.
- (6)(7)(8) BVerfGE 24, 401.
- (9) 六八年六月二五日連邦憲法裁判所第二部判決。AKU判決が、公権力概念に立法を含めなかったことに対する詳細な批判について、参照。Karl August Bettermann, Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des BVerfGEs, AöR 96, S. 529 ff. またシェンケ (Wolf-Rüdiger Schenke) も AKU判決に対して、「具体的な事案において、この問題（公権力概念について——笹田）に対して、態度を決める動因が一般に存在したのかどうかは全く問題が在るように思われるし、加えて連邦憲法裁判所の法見解は傍論の枠内でのみ生じている」（W.-R. Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, S. 22）が故に、公権力概念についての拘束力は生じていないと述べる。
- (10) BVerfGE 24, 401. この点についてのベッターマンの批判として、参照。K. A. Bettermann, a. a. O., S. 535.
- (11) BVerfGE 24, 401. ベッターマンはこの連邦憲法裁判所の結論は誤っていると主張する。即ちそこでは、「あらゆる法律による公用収用は、おそらく執行の何らかの形式を必要とし、さらにその執行行為は被害を受ける全ての者によって、執行されている法律は違憲であり、それ故それは無効である、という理由づけによっても取消されうることが看過されてる」（K. A. Bettermann, a. a. O., S. 534）と述べる。
- (12) W.-R. Schenke, a. a. O., S. 42.
- (13) この点について連邦憲法裁判所は、「一九六二年の洪水は異常な状態を作り出した。ハンブルグの立法者は、包括的な堤防システムを即座に建設し、そして既存のシステムを確保かつ強化するという不可避の任務に直面していたのである」（BVerfGE 24, 401）と述べている。
- (14) BVerfGE 35, 348.
- (15) 民事訴訟法一一七条四項「訴訟追行に必要な資力が自らによっても、また訴訟追行に経済的に関与した者によっても負担

されえず、かつ権利追行の不作為又は権利防衛の中止が一般的利益に反するであろう場合で、一項に挙げられている要件が存在するときには、内国法人に裁判上の救助を受ける権利が承認されうる」。ここで一項の要件とは、「意図した権利追行又は権利防衛について十分成功の見通しがあり、かつ恣意的でないと認められる」ということである。

なお「一九八〇年六月一三日の法律により、訴訟費用の受救に関する新制度が旧救助権 (Armenrecht) にとって代わった」ことが注目される。「新制度は、すべての国民に裁判を受ける機会の均等を保証する。それは、低所得層に裁判費用及び弁護士費用の全部又は一部を免除するものである」(『法務資料』四四〇号六頁)。

(16) (17) (18) BVerfGE 35, 361.

(19) BVerfGE 35, 362. 「憲法上の権利保護保障の内容と範囲が訴訟法の規定によって定められる」とするのは誤りであり、逆に「民事訴訟法一一四条四項が憲法上の訴訟に関する基本権に照らして、裁判所によってどのように解釈されねばならないかがまさしく問題なのである」と連邦憲法裁判所は別の箇所 (BVerfGE 35, 360) でも述べている。

(20) K.-P. Dolde, NVwZ 1982, S. 65. ドルデは本件決定の他、BVerfGE 37, 132; BVerfGE 45, 297; BVerfGE 46, 325; BVerfGE 49, 220; BVerfGE 49, 244; BVerfGE 49, 252 を挙げている。本稿では後、BVerfGE 49, 220 (第二節一六) について、検討を加える。

(21) 但し本件決定は、この二つの保障を自覚的に区別することなく、並存的に用いている。

(22) BVerfGE 35, 382 = JUS 1974, S. 251 f.

(23) 外国人法一〇条一項「次の各号の一に該当する場合には、その外国人に退去強制を命じることができる。1、本人が、ドイツ連邦共和国の自由民主的基本秩序又は安全を害するとき……6、本人が滞在に関する法の規定に違反するとき……11、本人の在留が、他の理由により、ドイツ連邦共和国の重大な利益を害するとき」(『外国の立法』二二号四頁以下)。

(24) 行政裁判所法六八条一項「取消訴訟を提起するには、あらかじめ前置手続において、行政行為の適法性および合目的性の審査をうけなければならない。ただし、法律が特別の場合についての旨を定めるとき、またはつぎにかかせる場合には、この審査を必要としない。

一 法律が審査手続を定めている場合を除き、行政行為が連邦最高官庁または邦最高官庁によってなされたとき。

二 第三者が、異議の決定によりはじめて不利益を受けたとき」(『法務資料』三七九号二六頁)。

- (25) 行政裁判所法六九条「前置手続は、異議の提起により開始される」(前掲資料二六頁)。
- (27) 行政裁判所法八〇条一項は、原則として不服申立及び取消訴訟が停止的効力を有することを定める。そして停止的効力が生じない場合を二項の一号から四号において例外として規定している。行政裁判所法八〇条五項一、二段「本案裁判所は申立により、第二項第一号から第三号までの場合において、停止の効力の全部または一部を命ずることができ、第二項第四号の場合において、停止の効力の全部または一部を命ずることができ、第二項第四号の場合において、停止の効力の全部または一部を命ずることができ、第二項第四号の場合においては、その全部または一部を回復することができる。申立ては取消訴訟の提起前においてすることができ」(前掲資料三〇頁)。
- (28) 基本法二条一項「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に反しない限り、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する」(宮沢編『世界憲法集』一六〇頁)。
- (29) なお、ドイツ人と結婚していた異議申立者は、基本法六条一項違反も同時に主張した。そして連邦憲法裁判所は上記異議申立者の申立にもとづき、仮命令によって、不服申立及び場合によってはそれに続く行政訴訟に対する決定が為されるまで、外国人法の適用領域における滞在を異議申立者に対して認め、そしてその限りで国外退去処分即時執行を禁じた(一九七三年三月三〇日決定、BVerfGE 35, 394 以下)。
- (30) BVerfGE 35, 399.
- (31) 連邦憲法裁判所法三五条にもとづく命令によって、異議申立者には、上級行政裁判所の新しい決定が為されるまで、ドイツ連邦共和国に留まるか、あるいは同共和国へ戻る可能性が開かれることになった。参照、連邦憲法裁判所法三五条「連邦憲法裁判所は、その裁判において、裁判の執行者を指定することができる、場合によっては執行の方法を定めることができる」(『比較法雑誌』一五卷二号一三五頁)。
- (32)(33)(34)(35)(36) BVerfGE 35, 402.
- (37) BVerfGE 35, 405.
- (38) このように既成事実が創出される場合、「権利保護が即座に実現されることは、法治国家上命じられている権利保護の実効性の一部を成す」(BVerfGE 35, 405) のである。
- (39) BVerfGE 35, 406=JUS 1974, S.252.
- (40) BVerfGE 35, 405.

- (41) 連邦憲法裁判所が、基本法二条一項の審査の枠内で基本法一九条四項に論及しようとするのか、または基本法一九条四項を独立させて論じようとするのかについては、明らかでない (K.-P. Dolde, NJW 1974, S. 1043; Hermann Weber, JuS 1974, S. 252)。
- (42) BVerfGE 37, 68.
- (43) 基本法一二条一項「すべてのドイツ人は、職業、職場および養成所を自由に選択する権利を有する。職業に従事することは、法律により、または法律の根拠にもとづいて、これを規律することができる」(宮沢編『世界憲法集』一六四頁)。
- (44) 当該憲法異議の訴の申立者である弁護士は、抵抗グループ「オースタ」及び「赤い旅団」に関する新聞掲載に対する反論と取消を求める訴訟の訴訟代理人であった。ハンブルグ地方裁判所は、口頭弁論終了後に出された仮処分を求める申立を、六九年九月四日の判決によって、当事者が度重なる指示にも拘らず彼の訴訟代理人が訴訟能力があるということを疎明しなかったという理由から、許されないとした。ハンブルグ上級地方裁判所もそれを支持した。
- (45) (46) BVerfGE 37, 77.
- (47) BVerfGE 37, 77f.
- (48) BVerfGE 37, 81.
- (49) BVerfGE 37, 81 f. 「不利益を被る者にとって重大な、職業の自由に対する侵害は、それが基本法一二条一項の直接的制限を顧慮しているとしても、侵害の重大さに適った実効的な権利保護が不利益を被る者に与えられる場合にのみ、憲法適合的なものがある」(Klaus Finkelburg, Das Gebote der Effektivität des Rechtsschutzes in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Festgabe Bundesverwaltungsgerichts, S. 170)。
- (50) K. Finkelburg, a.a.O., S. 170, Anm. 10.
- (51) K. Finkelburg, a.a.O., S. 170.
- (52) BVerfGE 39, 276 = DöV 1975, S. 564 ff.
- (53) BVerfGE 33, 303. 参照、寺田友子「職業教育施設選択の自由と配分請求権」(『法学雑誌』二三卷一号一四五号以下)、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向」(『自治研究』五四卷七号八六頁以下)。
- (54) 定員制判決の後、「研究場所の配分に関する諸ラントの国家契約」が締結され、研究場所の配分にあたる中央機関 (ZV

S) が設立されたが、研究場所の配分に関して ZVS と志望大学の何れが管轄権を持つのかは明らかにされていなかった。異議申立者は ZVS に医学研究のための研究場所を申請したが、斥けられた。そこで異議申立者は、その志望大学であるフライブルグ大学においては医学研究のための研究場所は充足されないままであるとして、同大学に入学許可を求めたが、それに対して大学側は正式決定を下さなかった。そこで異議申立者は、同大学に対する仮命令を求める訴訟をフライブルグ行政裁判所に提起した。同裁判所は決定によって、医学研究を異議申立者に対して認めることをフライブルグ大学に義務づけた。控訴審のバーデン・ビュルテンベルグ上級行政裁判所はそれに対して、フライブルグ大学ではなく ZVS が訴の相手方であるという理由でもって、一審決定を取消した。右決定に対して憲法異議の訴が提起された。連邦憲法裁判所はこれを認め、控訴審判決を取消し、事案をバーデン・ビュルテンベルグ上級行政裁判所に差戻した。

(55) (99) BVerfGE 39, 292.

(57) BVerfGE 39, 294.

(58) BVerfGE 39, 294 f.

(59) BVerfGE 39, 295.

(60) BVerfGE 39, 299.

(61) 入学志望者は現行法によると、ZVS に対する訴訟によるよりも、個々の大学を相手とする訴訟においてその入学許可請求権を効果的に実現しうるのである。「収容定員数不充足の証明は、個々の大学に向けられている」(寺田友子「西ドイツの大学入学定員数確定と裁判所」『法学雑誌』三〇巻三・四号三三六頁) が故にそうなのである。

(62) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 170.

(63) BVerfGE 49, 220. 強制競売手続に関する一連の判例は、行政手続に「手続法上保障された基本権保護」を拡大するに際しての架橋的役割を果たしたと評価される (Albert v. Mutius, Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren?, NJW 1982, S. 2154, Anm. 72)。

(64) なお司法補助官については、参照、山田晟編『ドイツ法律用語辞典』大学書林、一九八一年、三一九頁。

(65) 強制競売法三〇a 条一項「停止により競売が避けられる見込みがあり、弁済期の到来した義務の不履行が一般的な経済事情に起因し債務者がそれを回避することができなかった状態に基づくときは、債務者の申立てにより、最高六月に至るま

で手続を一時停止しなければならない」（『法務資料』四二六号三三頁）。

(66) 一九七七年七月一三日付けの非公式の文書でもって、司法補助官は期日の取消を拒否した。

(67) ベーマーは、連邦憲法裁判所による手続形成による基本権保護の一連の判例の指導的人物と考えられている (Hans-Werner Laubinger, Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens, VerwArch 1982, S. 65)。

(68) BVerfGE 49, 225.

(69) BVerfGE 49, 226.

(70) BVerfGE 49, 229, 232 f.

(71) BVerfGE 49, 235.

(72) この点については A. C. Karwacki, *a.a.O.*, S. 31f. (第一節註28) D. Dörr, *a.a.O.*, S. 118ff. (第一節註30) が詳しく述べている。

(73) 本件決定から二週間後の一〇月一日に達された、同じく強制競売手続に関する第一部の決定 (BVerfGE 49, 252) の中で、ベーマーの見解がほとんどそのまま展開された。また前連邦憲法裁判所長官であるベンダ (Ernst Benda) も、右決定 (BVerfGE 49, 252, 257) を「それ（手続法についてのベーマーの見解、註71）が連邦憲法裁判所にあって中心となる理由である」と述べている (E. Benda, Formerforderniss im Zivilprozeß und das Prinzip der Fairneß, ZZP 1985, S. 366)。

(74) 例えばカルバックは「その理論の支柱にベーマーの見解をそのまま用いた連邦憲法裁判所第一部決定 (BVerfGE 49, 252) を据える (A. C. Karwacki, *a.a.O.*, 43)」。なおベンダは「右決定は民事訴訟にそのまま適用されないとして、カルバックの見解を批判している (参照 E. Benda, *a.a.O.*, S. 366)」。その他、ベーマーの見解に反対するものとして、参照 H. Bethge, NJW 1982, S. 6; D. Lorenz, AöR 105, S. 644; A. v. Mutius, NJW 1982, S. 2156; W.-R. Schenke, VBIBW 1982, S. 319.

二 学説の対応

1 ヘーベルレ

七一年ドイツ国法学者大会におけるヘーベルレ報告「給付国家における基本権」が後の理論展開の方向づけをなすものであるという点については、論者の間に見解の相違は存していないと思われる。⁽¹⁾このヘーベルレ報告については、我が国においても、既に詳細な紹介及び検討⁽²⁾がなされていることから、ここではそれらを踏まえたうえで、主としてヘーベルレの言う手続的能動的地位 (status activus processualis) の分析を行なうこととする。

(1) ヘーベルレは、ボン基本法の下における国家を「給付国家」⁽³⁾として特徴づける。このような国家においては、「全ての基本権は、広義の意味における『社会的基本権』であり」、⁽⁴⁾また、「『給付国家における基本権』という標語は、『社会的基本権の実現』、即ち、全ての人に対して、現実の基本権上の自由における事実上の機会の平等を創出することを意味する」⁽⁵⁾のである。結局、「給付国家は、全ての人が実際に、平等に自由を行使しうるための諸々の前提及び条件を創出しなければならない。自由とは、それを要求しうる事実上の前提なくしては、無価値なのである」⁽⁶⁾。まったくヘーベルレにあっては、「基本権の規範性は、社会の現実から切り離されない」⁽⁷⁾のである。

社会的基本権条項を欠くボン基本法の下において、ヘーベルレは、従来の自由権的基本権を配分請求権へと解釈することによって、現実の自由の実効的保障を図ろうとする。しかしその際、ヘーベルレは国家に対する、具体的、または訴求可能な義務づけを基本権から直接に引き出す、いわゆる本源的配分請求権を認めるものではない。「特定の基本権上の利益を、給付請求権に『凝縮する』ことは、なによりもまず立法者の任務である」⁽⁸⁾ということ、そして「国民経済の限られた能力」⁽⁹⁾ということから、給付請求権を直接に基本権から引き出すのは例外に留まるのである。かく

して手続的側面での基本権の保障が登場することになる。

(2) ヘーベルレは、イエリネックの地位論⁽¹⁰⁾においては主張されていなかった手続的能動的地位を、給付国家における市民の法的地位として、新しく導入することを提唱する。「それは、基本権上の自由の手続的側面を意味し、『基本権上のデュープロセス』、手続的参加を意味する⁽¹¹⁾」。手続的能動的地位とは、「基本権を法的にまたは現実⁽¹²⁾に侵害される人の手続的参加を規律する、全ての規範及び形式の総体である」とヘーベルレは定義する。まったく、「手続によって、給付国家における基本権の実体的側面は強化される⁽¹³⁾」のである。即ち、「基本権と給付国家の間の『社会的な接触地点』に移された手続思考が、——多元的な——給付国家における、基本権の機能に最もよく適うものである。——前に移された——手続は、相争う観点が衝突する前に、それらの調整を行なうことができる⁽¹⁴⁾」。ヘーベルレは、ここで「法律の留保は手続の留保に変化する⁽¹⁵⁾」とまで言い切っている。さらに規範構造の観点も重要である。給付国家における基本権上の自由は、構成要件及び法効果という一定の構造を持った実体的規範によつては、わずかにその一部が決定されるにすぎない。むしろこの自由は、しばしば多節的(vielgliedrig)な手続によつて具体化される。即ち『手続による基本権の具体化』である。給付国家における、このような事前手続は、行政裁判上の事後手続よりも一層基本権の実現を可能ならしめる⁽¹⁶⁾。かくして給付国家においては、「基本権は、その手続的能動的地位によつて初めて本質的な意義を得るのである⁽¹⁷⁾」。

さらにヘーベルレは手続的能動的地位に、民主主義を補完する機能、即ちコンセンサスを創出する機能を認める⁽¹⁸⁾。その点からヘーベルレは、行政手続が関係者間のコミュニケーションを保障しなければならないと主張する。「給付国家における手続は、基本権上の諸利益と『決定された給付計画』との対決を避けるため、関係者間のコミュニケーションを初めから保障しなければならない⁽¹⁹⁾」のである。そしてその際、市民への情報提供、国家の給付過程の公開(給⁽²⁰⁾

付国家における基本権を保障するものとしての公開！⁽²¹⁾が重要である、とする。

(3) 以上述べたことから明らかなように、ヘーベルレは給付国家的事前手続、とりわけ行政手続への参加が基本権の実現にとって重要な役割を担うと考える。⁽²²⁾その意味では、行政手続と基本権の関連において、よりその理論的真価が問われることになる。しかしヘーベルレによって論じられた、基本権の実現に関して手続の持つ機能、その利害調整機能、並びに実体的基本権の中に含まれる手続的側面といった点は、⁽²³⁾裁判手続と基本権の関連についても指導的役割を果たした⁽²⁴⁾と言っても過言ではないのである。

2 ヘッセ

ヘッセは七八年の論文「ドイツ連邦共和国における基本権の存立と意義」の中で、連邦憲法裁判所判例を引きつつ、基本権の保護機能の絶えざる発展について言及している。⁽²⁵⁾そしてその中でヘッセは、「組織及び手続による基本権の実現及び保障」という項目を設け、自由の置かれている現代的状況を顧慮しながら、基本権の保護及びその実効性について検討を加える。

(1) 基本権は、第一に国家権力に対する個人の防御権であるという出発点は、今日においても何ら揺らぐものではない、とヘッセは言う。⁽²⁶⁾しかし、現代及び予見可能な近未来における人間の自由の存立条件が変化することによって、基本権に関する新しい問題が生ずることとなった。「第一の問題は、国家と市民の關係に関わる。市民の自由は、現代の状況の下では、国家的侵害からの自由の問題に留まらない。自由かつ自律的な生活形成は、個人が部分的にかコントロールしえず、ときには全くコントロールしえない条件に依存している」⁽²⁷⁾。この条件を創出しかつ維持することは、計画し、嚮導し、形成する国家たる現代国家の任務となっている。それ故、国家に対する個人的防御権と基本権を理解するだけでは、人間の自由の保障にとって十分でない。⁽²⁸⁾

また、「今日の限定され、かつますます複雑となっていく世界において、生活上重要な質源が乏しくなるにつれて、多様な自由についての余地は拡大されるどころか、狭くなる傾向を示している」ということは、この自由に対する国家の意義を強めるものである。何故なら、そのことに応じて、一人の人間の自由が他の人間の自由と衝突する恐れが強くなっており、即ち従来よりもはるかに強く、自由領域の限界づけ、画定、関係づけを必要とするのであり、そしてそれが同じく国家の任務となっているからである⁽²⁹⁾。その顕著な例として、経済的自由、教育制度、メディア⁽³⁰⁾（新聞、ラジオ、テレビ）を挙げている。また第二の問題として、非国家権力による人間の自由の危殆化を挙げている⁽³⁰⁾。

そして以上述べたことを次のように締めくくる。「基本権上保護されている自由が、真の自由であるべきならば、自由は広範囲の国家による基本権の実現を前提とすることになる⁽³¹⁾」。ここでは国家は自由の補助者、援助者である。しかし国家の役割をこのように強調することは、基本権に新たな危険をもたらすことになろう。何故なら、全てを包含する、国家的配慮、計画、そして計画に帰結する無限定の国家責任及び活動の拡大によって、自己責任にもとづく生活形成が廃棄されるであろうから⁽³²⁾。

(2) ドイツの歴史的経験、そして基本権に関する新しい問題状況を、基本権理論の規定的要素として理解するヘッセは、「組織及び手続による基本権の実現及び保障」に高い評価を与える⁽³³⁾。組織及び手続は、基本権の実現および保障に対して、極めて大きな一般的意義を有するのみならず、——むしろ配分請求権の思想よりも——変化していく基本権の実効性の問題に対応することを可能にする本質的局面を有している。基本権は、社会的現実においてその機能を果たしうるために、換言すると基本権によって規範化されている法状態を、社会的現実たらしめるために、詳細に規定された内容についての規範化のみならず、組織形態や手続的規律が整備されていることをも必要とする、ということとは以前からよく知られている⁽³⁴⁾。そしてその不可避性は、人間の自由が本質的に国家の配慮、援助に依存してお

り、さらに自由領域の限定、関係づけがますます必要となった現代国家においては、一層強くなっている。それ故、「多くの場合、組織または手続は、基本権に適った結果をもたらし、従って前述の問題に鑑みて、それを効果的に保障する——もしかすると、唯一とさえもいえる——手段であることが明らかとなる」⁽³⁵⁾。基本権が広範囲に組織、手続を必要とする一方で、基本権の方でも組織法及び手続法に影響を及ぼすことが認められる。ヘッセは連邦憲法裁判所判例を素材として次の四類型を考える。第一類型は、手続基本権及び公正な手続を求める一般的な憲法上の権利と、手続法の関係であり、第二は実体的基本権の持つ手続規定適用に関する意義、換言すれば、手続法の基本権適合的適用の問題である。第三は、基本権保護のために展開される、(実体的基本権から引き出された)手続的要請であり、最後の類型は組織及び手続による基本権の直接的実現及び保障である⁽³⁶⁾。以下では第三類型のみを取り上げる⁽³⁷⁾。

(3) 第三類型において、手続と基本権の関係は第一及び第二類型に比し一層明らかとなる。実体的基本権から引き出される手続的要請は、まず立法者に向けられる。即ち、基本権にとって重要な事項は立法者に委ねられねばならない⁽³⁸⁾。従って立法者は、基本権の境界設定の権限が行政又は司法の裁量に完全に委ねられないように、諸条件を正確に規定しなければならない⁽³⁹⁾。

さらにヘッセは、連邦憲法裁判所が、実効的権利保護を求める権利を実体的基本権から直接に引き出した理由を次のように述べる。「何故なら、手続法上の障害があまりに高く立てられているか、または裁判上の決定があまりに遅きに失して、そのために基本権違反がもはや効果的に除去されない場合、そのときに関わっている基本権自身の実際の効力が侵害されるからである」⁽⁴⁰⁾。後者の場合において、現代の計画国家の中でますます重大となっている時間的要素の意義が示される。「権利保護があまりに遅きに失することから生ずる、実体的な基本権上の地位の切下げの危険は、このような事態を考慮に入れる手続的形成によってのみ対抗されうるのである」⁽⁴¹⁾。そして如上の考え方を採

ったDOG判決以降の連邦憲法裁判所判例に、ヘッセは検討を加える⁽⁴²⁾。

(4) 以上見たごとく、ヘッセ論文は、自由の置かれている現代的状況ということから、手続及び組織法の役割を極めて高く評価するが⁽⁴³⁾、その一方で個人の自由の存立が国家に深く依存することから結果する、自己責任にもとづく生活形成の崩壊の危険に対しても警告を発している⁽⁴⁴⁾。その意味でヘッセ論文は「手続及び組織による基本権の実現及び保障」についての原理的な部分の研究を前進させたものと評価できる⁽⁴⁵⁾。

3 フィンケルブルク

フィンケルブルク (Klaus Finkelburg) は、七八年の論文「連邦行政裁判所の裁判における権利保護の実効性の要請」⁽⁴⁶⁾の中で、そのタイトルに言うごとく、「実効的権利保護」要請を体系的に把握しようとする。

(1) 「『実効的権利保護』保障の要請は、憲法的性質を有する」⁽⁴⁷⁾。従ってまずは、この要請の憲法的位置づけが行なわれねばならない。「『実効的権利保護』保障の要請は、最も広い意味において、一般的法治国家的要請として概念化されるのである。そしてそれは、主観的権利保護を与えるよう定められるのみならず、……法治国家上望まれている、第三権力 (司法権——笹田) による第二権力 (行政権——笹田) に対するコントロールを実現するための手段である」⁽⁴⁸⁾。このように理解される実効性要請は、「第一に立法者に向けられる」⁽⁴⁹⁾。さらにフィンケルブルクは、連邦憲法裁判所や連邦行政裁判所の判例を分析しつつ、基本法一九条四項の中に定位された実効性要請と実体的基本権の中に定位された実効性要請を区別して論じている。

(2) まず前者についてフィンケルブルクは次のように述べる。「基本法一九条四項による実効性要請は、主観的権利の構成要素を含む。公権力によって自らの権利が侵害されている者に出訴の途を開くこの (形式についての主要な) 基本権は、繰り返し連邦行政裁判所によって使用されている定式によると、裁判所に訴えるという理論的可能性

のみならず、権利保護の実効性を保障する⁽⁵⁰⁾のである。そしてこの基本法一九条四項の中に定位された「実効的権利保護」保障の要請は、「基本権上与えられている手続保障——例えば、法的聴聞を求める権利に等しい——のランクを得ている⁽⁵²⁾」ことが認められる。フィンケルブルクは、基本法一九条四項の中に定位された実効性要請は、実現が求められる実体的権利とは関係なく、それ自体として裁判的権利保護の現実化に仕えたと主張する。かくしてその適用領域は裁判上の手続法に存し、そしてそれは執行権力に対して、できるだけ効果的な権利保護を与えるように形成し、解釈し、適用されねばならない⁽⁵³⁾。フィンケルブルクは、この「実効的権利保護」保障の要請が適用されるものとして、仮の権利保護⁽⁵⁴⁾、予防的権利保護⁽⁵⁵⁾、促進の原理、手続の継続期間 (Verfahrensdauer)⁽⁵⁷⁾等を挙げる。

さらにフィンケルブルクは、連邦憲法裁判所の判例分析から、「実効的権利保護」保障の要請を実体的基本権の中に位置づける。DOG判決において、「連邦憲法裁判所は、所有権の存立を確実なものとする実効的権利保護を、所有権の本質的要素と言いつつ表した。基本法一四条の所有権保障から、実効的権利保護を求める権利を、連邦憲法裁判所は引き出した⁽⁵⁸⁾」のである。そしてこの考え方は基本法一二条にも適用されることとなる (BVerfGE 37, 67 [77/78])。かくして連邦憲法裁判所は、「この裁判を通じて、憲法上の権利の本質的構成要素の一つに、その(権利の——笹田)貫徹可能性は数えられる、とする一般的な基本権理論上の言明に達した。実効的権利保護供与の要請が、これまで訴訟法志向的であったとするならば、そしてそれが権利保護を実効化する形成へと立法者を促し、手続法の権利保護実効化的解釈及び運用へと司法権を促し、加えて行政権がその処分によって市民に認められている「権利保護」保障を制限することを阻止するように定められていたとするならば、「今やそれは実体的権利の中へと透入する新しい次元を得る⁽⁵⁹⁾」と、フィンケルブルクは主張する。また、権利の実現を不適切に困難なものとし、あるいは全くそれを不可能にする制限を設けることは一般に許されるものではないが、個別的にはいまだ許容される権利の制限とそ

うでないものとの境界画定が問題になる。結局それは、一方で基本権の意義、基本権侵害の重大さ及びその範囲、他方で権利保護の制限を理由づける根拠（法的安定性、法的平和）との利益衡量を行なう過程の中で、探り出されねばならないとフィンケルンブルクは述べている。⁽⁶⁰⁾

(3) フィンケルンブルクの体系化の試みは、彼自ら認めるように、⁽⁶¹⁾ 実体的基本権の中に定位された「実効的権利保護」保障の要請については、スケッチ程度に留まっている。⁽⁶²⁾ それは、七八年の時点では、判例・学説ともいまだ十分な展開を為していなかったことを示すものであろう。

4 ロレンツ

今まで取り上げてきた学説の対応は、確かに「手続及び組織による基本権の実現」の憲法理論上の方向づけを行なうものであったが、判例理論の定着には時間がかかるということからか、連邦憲法裁判所判例を正面から批判・検討するには至らなかった。⁽⁶³⁾ そういった中で、ロレンツ (Dieter Lorenz) の八〇年の論文「実効的権利保護を求める基本権上の請求権」⁽⁶⁴⁾ は、この新しい判例理論を初めて詳細に検討するものであった。

(1) 連邦憲法裁判所判例から明らかなように、実効的権利保護の要請は、基本法一九条四項から、または実体的基本権から、あるいはその両者の結合から引き出されており、そこには基準というものが存在していない。その原因をロレンツは次のように分析する。基本法の下では、「権利保護」保障の規範的独立（基本法一九条四項）によって、基本法一九条四項自身は権利の実現に仕えるにも拘らず、その「権利保護を求める権利」に独立の保障が与えられた。⁽⁶⁵⁾ そのことは、連邦憲法裁判所が「基本法一九条四項にもとづく法的地位の保障及び実現は、決定的な目的として宣言される」⁽⁶⁶⁾ とか、「この憲法的要請（保障されている権利保護、ここではなかならず基本法一四条三項四段）が実効的に実現されうるように手続規範を取り扱う」⁽⁶⁷⁾ ことが求められる、とか述べる場合に明らかとなる。ここでは、「実効的

権利保護」の要請の中に、訴訟における実体的権利の実現、そしてそれに仕える「権利保護」保障の実現という二つの要請が未分離のまま入り込んでいるのである。⁽⁶⁸⁾かくして両者の関係を明らかにするため、ロレンツは、実効性原理の批判的検討を次に行なう。

(2) 「法原理としての実効性は、その存在、内容、そして意義の点で議論の余地があり、至る所不明確である⁽⁶⁹⁾」として、以下の三つの観点からロレンツは考察を加える。

第一に、基本法一九条四項から引き出される権利保護の実効性、即ち権利保護保障の実際の妥当性は、「その中に含まれている規範的要請が、例えば『既成事実』の創出によって無視されるか、あるいはその実現が、裁判所へのアクセスに対する事実上の、または法的遮断によって挫折せしめられる場合、疑わしいものとなる（従って、それは侵害されている）。……『理論上』のみ用意されており、しかし結果において効果的でない権利保護は、実際には決して権利保護ではない⁽⁷⁰⁾」のである。この点については、学説・判例とも一致して指摘するところである。しかしこのことの基礎づけに関しては、他の論者と異なり、「特別の実効性要請をほとんど必要としない⁽⁷¹⁾」とロレンツは言う。

第二に、実効性要請の内容の問題は、前述の「権利保護」保障の実際の効力ということから解答されるものではない、とロレンツは主張する。実効的権利保護の要請から、代理強制 (Vertretungszwang)、費用支払い義務、訴訟上の救助を受ける権利、期間についての規律等の訴訟上の制度や原則についての具体的な法的帰結を引き出そうとすることは、内容についての規律の欠缺に逢着するにちがいない。⁽⁷²⁾基本法一九条四項の保障は、直接的に一定の生活領域の画定及び保護を目的とするものではない。またそれは、確かに他の基本権に対して法技術的には独立しているが、しかし実質的には付随的な委託を含むにすぎないのである。結局ロレンツは、「実効的権利保護」原理の中に、「内容についての指令」は見いだされないと考えている。⁽⁷³⁾

第三に、前述の、独立した権利保護についての基本権理解（権利保護を求める権利）と実効性原理との密接な結合によって、「権利保護」保障の解釈に、「最良最適の（Optimale）効力」の達成という目標が立てられ、さらにそれが「最も効果ある権利保護」という意味で解釈される⁽⁷⁴⁾。そしてこのことから一部で、実体法及び手続法の形成についての、広汎な内容に関わる結果（例えば、権利保護形成の適切さ、実体的権利のできるだけ広汎な内容上の確定）が引き出されることになる、とロレンツは言う。実効性原理から引き出されるこのような結果の多様さは、実効性原理自体の意味に対する疑いを惹き起すのである⁽⁷⁵⁾。

以上の考察からロレンツは、「実効性はそれ自体を考えると、価値的内実についての観点を欠く、単なる形式的、相対的な基準である。その適用はむしろ、その定立にもとづいて、実効性が要請され、かつ判断されうるところの一定の目標を同時に要求する⁽⁷⁶⁾」と述べ、実効性原理とは、結局「空虚な公式（Leerformel）」であると断ずる。このようにして従来の学説の採ってきた基本法一九条四項に定位された「権利保護の実効性」要請を批判するロレンツは、結局、実体的権利から分離されて「権利保護」保障へと結びつけられた実効性原理の形式的理解の不毛さに誤解の原因があったと考え、DOG判決以降の連邦憲法裁判所の判例を踏まえて、「実効性の内容上の規準は、保護さるべき権利からのみ得られる⁽⁷⁷⁾」と主張するのである。

(3) かくして、実効的権利保護を求める権利は、実体的基本権の規範的領域に含まれる、逆に言えば、「基本権は、たんに一定の自由領域の内容的保障にのみ限定されることなく、手続による権利の実現の段階にも及ぶ⁽⁷⁸⁾」のである。そして、そのときどきの基本権にもとづき、かつその実現を目的とするこの権利には、給付権的内実が属することになる。それは次のような理由からである。「(裁判上の) 権利保護による権利の実現は、全ての基本権の本質的構成要素に属し、かつそれは国家に独占されているのだから、基本権の実効化はその限りで必然的に、国家による、権利保

護保障についての規範的及び組織的前提条件の設定によって制約されている⁽⁷⁹⁾ことになる。それに対して基本権は、このような権利実現方式に関して、「国家の行為義務のみならず、同時にそれに対応する給付請求権を基礎づける⁽⁸⁰⁾」のであるが、この給付請求権の実現は、その法的性質の故に立法者の活動に依存することになる。従ってこの請求権の内容確定のために、基本権の実効化を目的とする立法者に向けられた「憲法委託」⁽⁸¹⁾が語られる。それは、「実体法上の規律及び制度の創設によってのみならず、必須の訴訟法上の手段の設定によって履行されねばならない⁽⁸²⁾」のである。給付請求権的構成をとるこの実効的権利保護を求める権利は、連邦憲法裁判所の考え方によると、裁判の領域でも当然に重要性を持つことになる、とロレンツは言う。「強制競売手続における所有権保障」に関する決定において、連邦憲法裁判所は、「基本権によって保護されている領域への、憲法と一致しない侵害を思いとどまるという規範的義務づけのみならず、基本権を実現するという積極的義務づけをも裁判所は課せられる⁽⁸⁴⁾」と述べている。これを具体的な意味で理解すると、訴訟法は「整序された訴訟進行を確かなものとする目的に仕えるのみならず、基本権にとって重要な領域で、具体的な事案において、基本権を有する者に彼の憲法的権利を得さしめるための手段でもある⁽⁸⁵⁾」。しかし、この裁判所の考え方を文字通りに受け取るならば、「訴訟法は、個々の事案での基本権の実現の要請によって規定されることになる⁽⁸⁶⁾」とロレンツは述べる。かくして訴訟法の相対化あるいは不安定さが問題となり、訴訟法を持っている法治国家的意義が疑わしくなる。即ち、「基本権にいつもかつ直接に訴えることは、立法者決定を打ちのめし、憲法上の権限配分を司法に有利なようにずらしかねない危険が差し迫る⁽⁸⁷⁾」。ロレンツはこの危険を防止するため、そのときに決定されねばならない事案からの、訴訟法の原則的独立を主張する⁽⁸⁸⁾。

(4) 以上のことから明らかなように、ロレンツは「実効的権利保護を求める基本権上の請求権」については控え目な評価を下す。「訴訟法上の領域においても、その請求権は、基本権の実効化のための立法者への要請の性質が認め

られるにすぎないのであり、それを越えて独立して保障され、そして直接執行可能な基本権の部分的内実は見取されない。かくしてこの請求権は、裁判官に対しても、基本権から元来全く生じないであろう付加的拘束を展開しえないのであり、そしてその(前述の請求権——笹田)侵害は、連邦憲法裁判所への異議申立の根拠を与えない⁽⁸⁹⁾」と。

(5) ロレンツによる「実効的権利保護」及び「実効性」概念の分析・批判、そして「実効的権利保護を求める基本権上の請求権」が訴訟法を不安定なものとする、との指摘は適切である⁽⁹⁰⁾。しかしロレンツが、右請求権を(立法者に向けられた)給付請求権としてのみ構成してしまったことには疑問がある。加えて、基本法一九条四項の保障する「権利保護の実効性」を批判するに急なあまり、この憲法条項の持つ意義をロレンツは過小評価しているのではない⁽⁹¹⁾かとの疑いもまた残る。

5 シェンケ

シェンケは、七九年に『規範的不法の際の権利保護⁽⁹²⁾』と題するモノグラフィーにおいて、さらに八二年にはボン基本法に関するコンメンタール⁽⁹³⁾(基本法一九条四項について)の中で、「権利保護の実効性」について論及している。とりわけ後者は、前述のロレンツ論文に批判的な考察を行なっている。

(1) 「基本法一九条四項は支配的な見解によれば、権利保護についての何らかの形式のみならず、実効的権利保護を保障する。理論上のみ存在し、しかしながら実際には効果のない権利保護は、本当のところ全く権利保護とは言えないであろう⁽⁹⁴⁾」。そしてこの権利保護の実効性は、基本法一九条四項の中にその精神的中心を見いだすが、さらに基本法上の他の規定にもこの原理の具体化が存在する。つまり、司法の価値上昇が反映している規定(例えば、基本法九二条以下)、基本法一〇三条一項、一〇四条二項一段、そして一三条二項⁽⁹⁶⁾もまた、実際に実効的な、裁判による権利保護の要請を補うものであると、シェンケは言う⁽⁹⁷⁾。しかしながら、「権利保護の実効性原理が、実際に効果的な権

利保護を確かに保障するとしても、それが権利保護の極大化 (Optimierung) という意味で解釈されるならば、それは誤解されかつ過度に拡張されることになる。実効性原理は、権利保護に関する、最大限の随意的要請をもって満たしうる呪文として用いられえない。権利保護の領域において、法政策的に望ましくかつ実現可能と思われるものすべてが、それ故既に憲法上命じられているわけではない⁽⁹⁸⁾のである。権利保護の実効性原理には、「基準と限界が一切欠けている。それ故この原理は媒体として使われうるのであり、その結果、任意の要請を自らの内に取り入れることができる⁽⁹⁹⁾」。かくしてこの原理の持つ限界性が明確に認識されねばならない。全くこの意味で、前述のロレンツ論文の指摘は適切であったと、シェンケは評価している⁽¹⁰⁰⁾。

(2) 自らの内に基準を有しない実効性原理は、当然にその基準を実体的基本権に求めることになる。即ち、「権利保護の実効性原理は、その適用の際、そのときどきに侵害された権利との関係を通して初めて形と色調を得る。権利保護が一般にそうであるように、権利保護の実効性原理も、その保護が問題となっている実体的基本権から切り離されては理解されえないのである⁽¹⁰²⁾」。

しかしこのことから、ロレンツの言うごとく「権利保護の実効性原理は、もっぱら実体的基本権の中にその根拠をもちうる」ということを引き出すことはできない、とシェンケは言う。「確かに、実体的基本権から権利保護の不可欠性は演繹されうるが、しかしながらこの権利保護は、必然的に裁判による権利保護を意味するものではない⁽¹⁰³⁾」ことが、ここでは看過されている。裁判による権利保護と、これと結びついた裁判による権利保護の実効性原理は、従って、基本法一九条四項の外には移されえないのである⁽¹⁰³⁾。

上述の通り、シェンケはロレンツと同様に権利保護の実効性原理がそれ自体で機能するのではなく、実体的基本権と結びついて作用することを認めるが、その一方でロレンツと異なり、基本法一九条四項の持つ固有の意義を強調す

る。かくしてシェンケにあつては、実効的な裁判による権利保護として理解される、権利保護の実効性原理は、裁判手続についての諸原則⁽¹⁰⁴⁾、予防的そして仮の権利保護の要請⁽¹⁰⁵⁾、手続促進の原則を含むものである。さらにこういった裁判手続に関してのみならず、権利保護の実効性原理は実体的基本権にも影響を及ぼしうると、シェンケは主張する。⁽¹⁰⁷⁾

- (1) 代表的なものとして、K. Hesse, EuGRZ 1978, S. 435; Konrad Redeker, Grundgesetzliche Rechte Auf Verfahrensteilhabe, NJW 1980, S. 1593 f.; Helmut Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, S. 45; K.-P. Dolde, NVwZ 1982, S. 66; H.-W. Laubinger, VerwArch 1982, S. 61 f. Ann. 9; A. v. Mutius, NJW 1982, S. 2156.
- (2) 代表的なものとして、栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」(『公法研究』三八号)九八頁以下、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の傾向」(『自治研究』五四巻八号)九五頁以下、青柳幸一「基本権の多次元的機能」(『法学研究』五五巻五号)二八頁、村上武則「Teilhabe (配分参与) について」(杉村先生還暦記念『現代行政と法の支配』有斐閣、一九七八年)八八頁以下等がある。
- (3) P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, S. 46.
- (4) P. Häberle, a.a.O., S. 92.
- (5) P. Häberle, a.a.O., S. 94. また、戸波前掲及び青柳前掲において的確な指摘が為されている。
- (6) P. Häberle, a.a.O., S. 96.
- (7) Jürgen Held, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahren, 1984, S. 144. なおこのヘルト論文を紹介するものとして、参照、大橋洋一「学界展望」(『国家学会雑誌』九九巻三・四号)一六九頁以下。また基本権と社会的現実の關係については、参照、D. Grimm, Grundrechte und Soziale Wirklichkeit, S. 41 ff. (はじめにの註7)。
- (8)(9) P. Häberle, a.a.O., S. 110.
- (10) イェリネックの理論については、参照、青柳前掲「基本権の多次元的機能」(『法学研究』五五巻四号)二六頁以下。
- (11) P. Häberle, a.a.O., S. 81.

- (12) P. Häberle, *a.a.O.*, S. 137, Leitsatz 28.
- (13) P. Häberle, *a.a.O.*, S. 86.
- (14) (15) P. Häberle, *a.a.O.*, S. 87.
- (16) P. Häberle, *a.a.O.*, S. 87 f.
- (17) P. Häberle, *a.a.O.*, S. 88.
- (18) P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, S. 679. 手続的能動的地位について、「クーベルクはの中で補論を行なっている。クーベルクは、「人間の尊厳、均等化された民主制、そして社会的法治国の三和音」(P. Häberle, *VVDStRL* 30, S. 76) を背景として基本権の全体構造を考えている。この点についてクルトは、「少数者の権利としての基本権に対する危険が存する」と警告する。ちなみに、参照 Hans Heinrich Rupp, *Vom Wandel der Grundrechte, AöR* 101 (1976), S. 185 f.; Christian Starck, *Die Grundrechte des Grundgesetzes, Jus* 1981, S. 242.
- (19) P. Häberle, *a.a.O.*, S. 89.
- (20) P. Häberle, *a.a.O.*, S. 89 f.
- (21) P. Häberle, *a.a.O.*, S. 128.
- (22) 参照 P. Häberle, *a.a.O.*, S. 129, Anm. 378. ちなみに、山田洋「行政手続への参加権—西ドイツ連邦憲法裁決定をめぐって—」(『一橋研究』六卷三号) 一一九頁以下参照。
- (23) 「すべての実体的基本権に、手続的側面が潜んでいる」(P. Häberle, *a.a.O.*, S. 129, Anm. 378) とクルトは述べている。またこのクーベルクの主張と、「実効的権利保護」を基本権に本質的に付属しているものとするDOG判決以降の連邦憲法裁判所の理論枠組との類似性は、注目に値する。
- (24) 民事訴訟法字においてもクーベルクの議論の影響は看取される。例えば、カルバックはクーベルクを引用しつつ、「公正原則に表現されている権利保護の実効化及び活性化は、ますます強調されるようになってきている基本権の給付国家的側面と同一の方向性を持つ」(A. C. Karwacki, *Der Anspruch der Parteien auf einen fairen Zivilprozeß*, S. 78) と述べている。
- (25) K. Hesse, *FuGRZ* 1978, S. 427 ff. (430 ff.) クッセはその他に、「防御権としての基本権」、「客観的原則としての基

本権」、「配分請求権としての基本権」、「私人間の法関係に対する基本権の意義」を挙げている。

- (26) K. Hesse, *a.a.O.*, S.430. ヘッセが一九七九年に訪日した際に行った講演「ドイツ連邦共和国における基本権の展開」(栗城壽夫訳、『公法研究』四一号)一頁以下と本論文は重なるところが多い。

- (27)(28)(29)(30)(31)(32) K. Hesse, *a.a.O.*, S.430.

- (33) 「配分請求権及び社会的な基本権は、現代における基本権の実効性及びその保護に対して限定された意義を持つにすぎない。それだけに一層、これまであまり顧みられなかった他の関連、即ち、基本権、組織及び手続の関連が重要になる」(K. Hesse, *a.a.O.*, S.434)。またヘッセは自由権を配分請求権と理解することについては、次のように述べる。派生的な配分請求権は全く問題がない。それは従来より、学説・判例によって認められている。しかし国家に対して、具体的かつ訴求可能な義務づけを基本権から直接導き出す本源的配分請求権は問題がある。それは、「政治の代役を、——裁判的に統制された——憲法の執行に為さしめ、それによって、開かれた民主的秩序の基本的構成要素としての議会による意思形成の領域を、決定的に狭くするだろう。この点に存する本源的配分請求権としての基本権と、民主的秩序の間の体系的矛盾が、民主的秩序の中への本源的配分請求権の受容に限界線を引く」(K. Hesse, *a.a.O.*, S.434)。最近では、ヤラーズ(Hans D. Jaras)が同趣旨のことを主張している(参照、H. D. Jaras, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 110(1985), S.389)。

- (34) その例として、婚姻・家族の保障、財産制度、出版・結社の自由を挙げている(K. Hesse, *a.a.O.*, S.434)。

- (35) K. Hesse, *a.a.O.*, S.434f.

- (36) K. Hesse, *a.a.O.*, S.435.

- (37) ヘッセは第一類型に関して、連邦憲法裁判所は、出訴保障(基本法一九条四項)及び法的聴聞(基本法一〇三条一項)が、公権力によってその権利を侵害された市民に対して「実際に効果のある裁判的統制を求める、本質的な権利」を与え、ということ、そしてこのことから、裁判所に訴えることが、「予期されえぬ、そしてもはや客観的根拠から正当化されえぬやり方で、困難なもの」とされてはならないと判示すると述べる。さらに同裁判所は、こういった裁判手続形成についての諸要請を越えて、法治国家原理から公正な手続を求める権利を引き出した(K. Hesse, *a.a.O.*, S.435)。第二類

型に關して、おもに刑事手続を対象として、実体的基本権の持つ手続規定適用に対する影響を指摘する。(K. Hesse, *a. a. O.*, S. 435)。

また第四類型についてヘッセは、そこにおいて現代における自由の問題性(自由権の衝突、自由権行使の前提条件の不足)が極めて先鋭的に現れるとして、以下のように述べる。自由権の衝突の場合、自由領域の限界づけ、画定、そして關係づけがますます不可欠なものとなっており、そしてこういったことを一般的に可能ならしめるのは、組織及び手続である。加えてこれらは、一定範囲で相争う基本権上の地位の調整を為しうる。自由権行使の前提条件の不足の場合にも基本的に事情は異なる。国家によって創出さるべき基本権上の自由の前提条件の不足が、基本権の制限を余儀なくせる限りで、現に在る給付可能なものの適正な配分がなお一層重要となる。この適正な配分は、権利を有する全ての人が、少なくとも配分に関与する機会を持っており、そして基本権保障の内容の無価値化の危険が、それに応じた十分な規律によって予防される場合にのみ、確かなものとされる。全く、適切な組織法上及び手続法上の規定のみが、適正な配分を可能とするのである(K. Hesse, S. 436)。

(38) K. Hesse, *a. a. O.*, S. 435.

(39) K. Hesse, *a. a. O.*, S. 435. 「相争つ憲法上の立場が調整されねばならない事例において、このことは特に要請されている」(K. Hesse, *a. a. O.*, S. 435)。また「法律の留保」との関連にも留意されねばならない(詳しくは本節三(2)、参照、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題」(『国家学会雑誌』九八卷三・四号)二四一頁以下、ミヒャエル・クレプフアーII。パトリック・ライネルト「法律の留保」(浜田純一訳、『日独法学』八号)四三頁以下。

(40)(41)(42) K. Hesse, *a. a. O.*, S. 436.

(43) 手続による基本権の実現の問題は極めて現代的なものであるとしても、それが従来の基本権理論と密接な関連を持っていることも看過されてはならない。参照、恒川隆生「基本権論としての組織・手続問題——その系譜に関する若干の検討」(『沖繩法学』二三号)一〇一頁。

(44) この点にも、ヘッセが基本権をまずは国家に対する防御権と把握する理由があると思われる。それに対してヘーベルレは、実体的基本権を手続的なものに解消しようとする傾向を持っていた。

(45) ヘッセは七五年以来、連邦憲法裁判所第一部の裁判官であることも注意する必要がある。

- (46)(47)(48)(49) K. Finkelburg, Das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes in der Rechtsprechung des BVerwGE, S. 169.
- (50) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 170.
- (51) デューリッヒは基本法一〇三条一項について次のように述べる。「基本法一〇三条一項を主観的公権の意味における基本権と公言することには、何の疑念も存しない。基本法一〇三条一項が客観的な手続規範であるのみならず、主観的な権利でもあることは一〇三条一項自身の中に明らかに言い表されている（『法的聴聞を求める権利（！）』」（Dürig, Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 103 Abs. 1 Rdnr. 8)。
- (52) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 170.
- (53) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 171.
- (54) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 172f.
- (55) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 173f. 参照、川上宏二郎「西ドイツ行政判例における予防的権利保護」（『西南法学論集』七巻一・二・三号）二〇一頁以下、雄川一郎「行政行為の予防的訴訟」（杉村章三郎先生古希記念『公法学研究（上）』有斐閣、一九七四年）一三二頁以下。
- (56) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 174f.
- (57) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 175 f.
- (58) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 170. 「権利保護の実効性は、自由権の補完的保障として現われる」（K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 170)。
- (59) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 170 f.
- (60) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 171.
- (61) K. Finkelburg, *a.a.O.*, S. 178.
- (62) 基本法一九条四項に定位された権利保護の実効性要請についても、フィンケルブルグの理解は形式的にすぎるのではないかと思われる。
- (63) 例えば、ヘッセ、フィンケルブルグの行なった判例分析も、既述のごとく十分なものではなかった。

(63) Dieter Lorenz, AöR 105, S. 623 ff. 及び他、D. Lorenz, Grundrechte und Verfahrensordnungen, NJW 1977, S. 865 ff.; Helmut Goerlich, Eigentum als Verfahrensgarantie, DVBl 1978, S. 362 ff.; ders., Anmerkung zu BVerfGE 49, 220 und 49, 252, DöV 1979, S. 133 が参考になる。

(65) D. Lorenz, AöR 105, S. 633.

(66) D. Lorenz, a.a.O., S. 631.

(67) BVerfGE 35, 348 (362). 本節 1-2 「訴訟上の救助を受ける権利」に関する決定である。

(68) D. Lorenz, a.a.O., S. 631.

(69) D. Lorenz, a.a.O., S. 633.

(70)(71) D. Lorenz, a.a.O., S. 634.

(72)(73) D. Lorenz, a.a.O., S. 635.

(74) この点については、第一節の註(1)で取り上げた、解釈原理としての「基本権の実効性」とのアナロジーが看取される。

(75) D. Lorenz, a.a.O., S. 635 f.

(76) D. Lorenz, a.a.O., S. 637.

(77) D. Lorenz, a.a.O., S. 638. 「この認識は、基本法一四条に関するDOG判決において初めて、『所有権の存立を確かなものとする権利保護のみが実効的である』というように定式化され、後にその他の基本権にも適用され、そうこうするうちに今や定着した判例として妥当している」(S. 638)。

(78) D. Lorenz, a.a.O., S. 628. 「手続による権利の実現は、既に基本権自身の保障の中に据え付けられており、基本権はこれのようにして個人に『手続的能動的地位』を媒介する。この地位は、基本権の実現という目的によって定められ、それゆえ裁判手続の局面を越えて、手続による権利の実現に関わる全ての領域を包含する」(S. 628)。またロレンツは、「基本権と訴訟法」(NJW 1977, S. 870 ff.)の中で、基本権が訴訟法に及ぼす効果を、手続の開始(基本法一九条四項)、直接的手続決定(法的聴聞権「基本法一〇三条」、プレス法上の情報の自由「基本法五条一項二段」、私的領域の秘密「基本法二条一項」)、間接的手続決定の三つのグループに分類する。

そのうち間接的手続決定について簡単に触れると、次の通りである。基本権は、それが係争の法律関係と密接な関係に

ある場合、実体的権利に不利となる訴訟形成は、基本権にとって重大な帰結をもたらす。この場合逆に、実体的基本権の効力が——間接的に——訴訟法の修正を強いることによって訴訟手続と関係し始め、それによってその秩序に重要な意味を持ちうる。その例としてロレンツは、「訴訟法上の救助を受ける権利」に関する決定（BVerfGE 35, 348, 本節一2）を挙げている。

ただ、基本法一九条四項の関連では、ロレンツも認めるように、手続の開始と直接的手続決定の区別は明確なものではない。何故なら、訴訟の開始のみを保障すると言われる基本法一九条四項も、具体的な訴訟手続の形成が、出訴に対する（法的あるいは事実的）妨害を含む限りで、それに影響を及ぼすからである（D. Lorenz, NJW 1977, S. 869 ff.）。

(79)(80) D. Lorenz, AöR 105, S. 642.

(81) 憲法委託とは、憲法がある規定の中で一つあるいは幾つかの施行法律の形式で以て、より詳細な規律を立法者に命ずる際の、その憲法規定を指すものと考えられる（参照、拙稿「西ドイツにおける立法不作為理論の展開」『九大法学』四五号四頁以下）。

(82) D. Lorenz, a.a.O., S. 643. またそこでの立法者の形成の自由は、「憲法の枠によってのみコントロールされ、とりわけその内容についてのコントロールは、基本権によって限界づけられている」（S. 643）。

(83) BVerfGE 49, 220. 参照、本節二9。

(84)(85) BVerfGE 49, 252(257).

(86) D. Lorenz, a.a.O., S. 644.

(87) D. Lorenz, a.a.O., S. 646.

(88) D. Lorenz, a.a.O., S. 647.

(89) D. Lorenz, a.a.O., S. 648.

(90) なおロレンツは、裁判手続を、あらかじめ存在している実体権の実現のための、たんなる補助制度とのみみているわけではなく、相争う利益の調整も行ないうるものと考えている。従ってロレンツは、「全ての具体的な個々の事案において、そのときどきの実体権を実現するという不変の留保のもとに手続法を置くこと」を排除する（D. Lorenz, a.a.O., S. 645）。

(91) 参照、第四節三③。

- (92) W.-R. Schenke, Rechtsschutz bei normativem Unrecht, 1979. などにより、Rechtsschutz と評す。
- (93) W.-R. Schenke, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Artikel 19 Absatz 4 (Zweitbearbeitung), 1982, なお以下では、BK と評す。
- (94) W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 383; ders., Rechtsschutz, S. 135 f.
- (95) 基本法一〇四条二項一段「自由剝奪の許容及び継続については、裁判官のみが決定しなければならない」(宮沢編『世界憲法集』二〇八頁)。
- (96) 基本法一三条二項「搜索は、裁判官によってのみ、遅滞により危険を生ずるおそれがある場合には、法律によって定められた他の機関によっても、命ぜられ、かつ法律の定める形式によってのみ、行なわれることが許される」(宮沢前掲書、一六五頁)。
- (97) W.-R. Schenke, Rechtsschutz, S. 135.
- (98) W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 386; ders., Rechtsschutz, S. 160.
- (99) W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 386.
- (100) D. Lorenz, AöR 105, S. 636 ff.
- (101) W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 386.
- (102) W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 387.
- (103) W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 388. かくして基本法一九条四項の意義は、「権利侵害に対する保護が、基本法九二条そして九七条の意味における裁判所としての性質にふさわしい国家機関によって(も)与えられるということを憲法上保障することの中に存する」(W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 290)。
- (104) W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 80 ff.
- (105) W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 390 ff.; ders., Rechtsschutz, S. 343. なお、Rechtsschutz, S. 343 は仮の権利保護に関する。
- (106) W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 422 ff.
- (107) W.-R. Schenke, BK, Rdnr. 424 ff.