

Über die Vorstellung von Justiz oder rechtsprechende Gewalt (Fortsetzung/die Ergänzung)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/41128

「司法権の観念」論（再統・補遺） — 法的審尋請求権の保障と実体的権利保護 —

宇都宮 純 一

一、序

- (一) 審尋請求権をめぐる判例の動向と学説の対応
- (二) 本稿の課題
- 二、実体的権利保護と司法付与請求権・権利保護請求権
 - (一) 権利保護の保証（保障）の二つの局面
 - (二) 裁判所の権利保護を請求する権利—その一、司法付与請求権
 - (三) 裁判所の権利保護を請求する権利—その二、権利保護請求権
- 三、裁判所の権利保護手続の中での請求権—特に裁判手続内での保障としての法的審尋請求権の保障
 - (一) ドイツ法における手続原則—基本権としての手続原則—
 - (二) 裁判手続内での保障としての法的審尋請求権の保障
- 四、おわりに（結びに代えて）

二、序

(一) 審尋請求権をめぐる判例の動向と学説の対応

(1) 筆者は前稿において、ドイツにおける法的審尋請求権の理論について、ドイツの民事訴訟法学の理論状況に

も目を向けて立ち入った検討を行うことを課題として設定した。(1)本稿は、この課題の検討を含め、法治国家原理に基礎を置く手続的基本権の機能に焦点を当てて、実体的基本権との関係も視野に入れて、すなわち実体的基本権と手続的基本権の交錯ないし相互作用の局面における実体的権利保護の行方を検討することを目的とする。

(2) さて、日本にあつては、日本国憲法三二条の規定する裁判を受ける権利の実質的保障内容として審尋請求権を導き出すことができる点において、民事訴訟法学説を中心に異論がないことは既に言及したところである(中野貞一郎教授ほか)。周知のように法的審尋請求権は、ドイツ法ではドイツ連邦共和国基本法の明文規定で憲法上の権利として位置づけられており、日本法においても憲法上の権利として位置づけるべきことを主張する見解が多数説を占めているとされる。(2)

日本にあつて裁判手続における当事者、関係人にどのような手続保障が提供されるべきか。従前、日本の民事訴訟法学説の手続保障論は、「法治国家という訴訟法にも普遍的価値を有する原則から」「当事者権の保障」(山本戸克己教授)という観点を提示し、(3)そこにおいてドイツの議論を比較ないし参照の対象とした上で、ドイツ基本法一条一項の規定する人間の尊厳条項を基礎とする同一〇三条一項を「裁判手続に通用する原則」として考察、分析してきた。その中にあつて、両当事者に公平に主張、立証の機会を与えるべきであるということを、手続保障の理念、あるいは訴訟法規の解釈及び訴訟手続の運用にあつての指導理念と捉え、(4)また、手続保障を民事訴訟の目的としての公的なサービスの質(公正性)の保障の重要な部分と捉えることも、(5)そうした理論的作業の一環として位置づけることができよう。

(3) しかし、右のような民事訴訟法学を中心とした学説の研究成果は、裁判実務を先導して、学説の立場に同調させるには至っていない。(6)夙に民事訴訟法学説は、昭和三五年七月六日の最高裁判所大法廷決定(民集一四卷九号一六五七頁)をして、「裁判請求権の空疎化を拒み、手続的保障が主体的保障と同等の評価を与えられるべきであ

るとして等価の視座を設定したものであり、手続秩序の憲法化の方向のリーディング・ケースとして位置づけていたが、(7)「憲法化された手続原則」という観点は、その後の最高裁判所判例において、必ずしも前進せしめられたわけではない。これまで「最高裁判所の先例においては、少なくとも家事審判手続における審尋請求権を憲法上の権利として認めることに消極的な判断が示されてきた」とされる。(8)

右のような最高裁判所の判例の傾向は近時の裁判例においても維持されている。ただ、平成二〇年五月八日の最高裁判所第三小法廷決定（集民第二二八号一頁）では、多数意見は従来の判例理論を踏襲して家事審判手続における審尋請求権については実質的には消極に解し、本件手続が憲法三二条によって保障される権利を侵害するものではなく、憲法三一条違反の問題にもならないと判示したのに対して、審理不盡として職権破棄事由となることを示唆したとされる田原睦夫裁判官の補足意見、純然たる訴訟事件でない非訟事件についても憲法三二条による「裁判を受ける権利」の保障の対象になると解し、この点に関する限り、先の昭和三五年最高裁判所決定を見直す乃至変更する必要性を指摘する那須弘平裁判官の反対意見が付され、学説、実務双方において注目された。

(4) 右の最高裁判所決定の理論面での波紋は、先ず学説に現われる。審尋請求権をめぐる議論は新たな段階を迎えたということもできそうであるという指摘がそれである。(9)さらに民事訴訟法学説は、右決定が従来の確立した判例に基づき、非訟事件については憲法三二条は公開の法廷で対審審理を経て裁判を受ける権利を保障していないということは止むを得ないといえるとしても、これまで非訟事件の裁判の合憲性が争われた事件で問題とされたのは、その裁判が非公開の手続で行われたことの合憲性であって、当事者が弁論の機会を奪われ、反論の機会を与えられなくとも裁判を受ける権利が侵害されたことにならないかとの問題でなかったと指摘し、従来の最高裁判所判例（とりわけ昭和四〇年六月三〇日の二つの大法廷決定）の射程を限定する。(10)そして、国家の裁判所を行う手続としての非訟事件の裁判手続について憲法上の制約の存在を想定し、先の田原裁判官の補足意見で指摘された適正

手続の保障が非訟事件手続にも妥当するとの解釈論を展開する。その上で、この適正手続の要請から当事者に「審問請求権」を保障すべきことになると結論づけ、この「審問請求権」を「人間の尊厳に根ざした手続的基本権」と位置づけて、それは家事審判手続においても認められるべきものとする。⁽¹¹⁾ この解釈論は、審尋請求権を憲法上の権利として認めるべきものとする主張であるかは必ずしも明らかではないが、いわゆる審尋請求権を中核とする手続権の保障を憲法三二条あるいは同三一条の適正手続の要請と結びつけ、それによつて根拠づけようとするのが従来の判例では触れられず⁽¹²⁾にいたと分析し、⁽¹²⁾ これまで学説が審尋請求権の根拠として提示してきた憲法三二条と共に三一条の規定を改めて措置し強調した点で注目される。

(5) 前記那須裁判官の反対意見は、「憲法三二条が要求する審問請求権ないし手続保障」と記述しているように明確に憲法上の権利として「審問請求権」を捉えている。一方、田原裁判官の補足意見は、憲法三一条の定める適正手続の保障の根幹をなすのは「当事者の手続関与権」であるところ、家事審判手続では、「手続全体としてみれば当事者の手続関与権、審問請求権は一応充足、保障されているとみられる以上、憲法三二条、三一条の趣旨は反映されているものといえ、憲法各条違反の問題は生じない」と説示するものの、「憲法三二条、三一条が要請する当事者の手続関与権、審問請求権の保障」との基本的視角は、これを明示しているといえる。

他方、実務者の理論的受け止めは消極的である。それは、非訟事件手続や民事訴訟手続の「全体を射程においた審尋請求権を観念することには、事件類型等に応じた分析が必要であり、憲法の規定(三二条等)を直接の根拠とする一般的な審尋請求権を認めることには、なお躊躇を覚えるところである。」と慎重な態度に止まっており、先の田原裁判官の補足意見の趣旨に親和性を示している。⁽¹³⁾ ただ、右の実務の立場においても、この問題を「裁判所の手続選択に係る手続裁量と当事者の手続保障が対立する局面」(加藤新太郎判事)と捉え、「相手方がいて争訟性があり紛争性の高い事件については、客観的に期待される手続保障に向けた措置を講じなかった結果、当事者が不

利益を被ったと認められる場合には、当該措置をしなかったことが民事手続法上違法と評価される余地が出てくることになる」と解されている点には注意を要する。(13) 要は審尋請求権を憲法上の権利として確立することが究極の目的ではなく、肝要なのは、国家の裁判所が行う裁判手続において当事者の審尋請求権の内容が実効的に保障されることである。しかし、審尋請求権の根拠として憲法上の権利を主張できることは、裁判手続の当事者にとって攻撃、防御方法として大きな武器を手にするようになることは間違いない。(14)

(6) 前述のように平成二〇年五月八日の最高裁判所決定を契機として審尋請求権をめぐる議論が新たな段階を迎えたと指摘されたが、それでは、今後の手続保障論は、制度設計や解釈論を含めてどのような方向性をもって進展していくのであろうか。一つの方向性は民事訴訟法学説によって示唆されている。すなわち、「適正、迅速な事案処理を図ることに専心しがちな裁判所に対して、当事者の手続上の地位・権能という観点から裁判所の行為を外在的に制約する規範を想定するところに審尋請求権論の実践的意義がある」として、(15) 「司法機関による裁判手続である以上、当事者に保障されるべき手続のミニマムを想定」することによって「裁判手続における手続保障の意義」を再考するということである。(16) そして、同学説は既に一つの対応策として次のような解釈論を提示する。すなわち、「国家機関の裁判においてその手続の公正さを確保するためのいわば最小限の要求として、換言すれば、司法制度たる裁判制度が機能するためのいわば前提必要条件として「審尋請求権のような地位・権能を当事者に保障されるべきであるという。(17) 問題は、指摘されているように、憲法上の直接の根拠を持たない日本（憲法）のもので、その根拠づけをいかに構築するかということである。さらに、この手続保障を実体法ないし事案の実体関係との関係、同学説のいう「実体関係との適合性」をも視野に入れて考察していく必要がある。この点も既に同学説の指摘するところである。(18)

なお、前記平成二〇年五月八日の最高裁決定以後に下された最高裁判例のうち、注目すべきものとして、最一小

決平成二三年四月二三日（民集六五卷三号二一九〇頁）がある。本決定の事案は家事審判手続に係るものではないが、争点は、平成二〇年五月八日決定とほぼ同じである。すなわち、本決定は、民事訴訟事件における付随的な決定に対する抗告に関するもので、「即時抗告申立書の写しを即時抗告の相手方に送付するなどして相手方に攻撃防禦の機会を与えることなく、相手方の申立てに係る文書提出命令を取り消し、（相手方に不利益に変更して）同申立てを却下した抗告裁判所の審理手続」は、明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するべきであり、その審理手続には、裁量の範囲を逸脱した違法があるとして職権により破棄された事例である。この平成二三年決定に示された最高裁の立場と右の平成二〇年決定との関係をどのように捉えるべきか。（19）

この点について、平成二三年決定は、平成二〇年決定を引用していないが、「手続保障の必要性に関する議論には共通のものがある。」とした上で、同決定は「民事訴訟における手続的正義の要求に反するか否かという観点から、その適否を判断する立場を採用」し、これは「手続裁量の制約論としての手続保障論からのアプローチ」すなわち「手続裁量を制約するものとしての手続的正義の観念が前景化したものであり、手続保障の実質化が図られたものと解される」との評価が存する一方、⁽²⁰⁾同決定は、平成二〇年決定等において「既に示されていた判断枠組みを具体化したものであり、非訟事件手続法および家事事件手続法の趣旨にならうものと理解することが可能である」とする理解も存する。⁽²¹⁾このような理解を前提に、平成二〇年決定が「原審の手続には問題があるといわざるを得ない」と述べて、「抗告審における手続保障について注意を喚起する説示」をしていたことを受けて、本件については「原決定を職権で破棄するという踏み込んだ判断を行う」たもので、このような処理も「やむを得ない」との判断に至ったものではないかと推察」されている。⁽²²⁾そして、本決定は、あくまで事例判例で、その射程距離は広いとはいえないと捉えられるものの、「民事訴訟における手続保障に関し、最高裁として注目すべき判断を示したものとされる。」⁽²³⁾ただ、本件での審理手続を、裁判を受ける権利あるいは学説上主張される審尋請求権との関係で論じる

ことは理論上不可能ではないものの、本案（請求の当否）の審理について憲法上の保障（憲三二条、三条、八二条）がされていることでさしあたり十分であると見る見解が存するが、²⁴ 特に後半部分には、にわかに賛成しがたい。審尋請求権を巡る問題については「学説上、きめ細やかな議論がされているとはいい難い」との指摘も存するが、²⁵ 本件を含めた一連の最高裁判例の動向を見据えて議論を進展させ、いわゆる当事者権ないし法的審尋請求権論を「深化させることは、引き続き学説上の課題である」ことに変わりはない。²⁶ 「手続的正義の観点ないし手続保障の實質化」の憲法レベルでの実定化は、引き続き憲法学上の課題としても位置づけられるべきである。

(7) 以上のように日本における手続保障あるいは審尋請求権をめぐる近時の議論は、「訴訟と非訟」という視角に立って家事審判手続などの非訟事件手続の在り方を訴訟事件手続との対比において議論を展開してきた。従来、憲法上の権利としての審尋請求権というカテゴリーのない日本にあって、前述のように民事訴訟法学説並びに憲法学説は、ドイツ基本法第一〇三条一項の規定する法的審尋請求権を日本法の解釈のための範型として措定し、これに對して実務は、専ら個々の裁判手続の中に審尋請求権の保障の趣旨を立法や解釈を通じて盛り込み、それによって保障の実をあげることを模索してきた。しかし、学説、実務ともに、日本の裁判手続の運用において審尋請求権の保障の趣旨が裁判手続の内容として盛り込まれ、具体化されるべきであるという点においては、意見の相違はなく、共通の理解に立っていると見える。²⁷ 果して審尋請求権の保障を真に実効あるものとして提供するためには、いかなる手法が適切で効果的であろうか。

(二) 本稿の課題

(1) 以下では、先ず手続的基本権との関わりで既に取り上げたドイツにおける司法付与請求権並びにかつてのド

ドイツ民事訴訟法学説における権利保護請求権さらにはドイツ連邦共和国基本法第一九条四項の保障する権利保護請求権をめぐる議論をも概観し、次いで手続的基本権の一つとされる法的審尋請求権について実体的権利（実体的基本権）保護との関係も視野に入れて、考察を加え、最後に法治国家原理を基盤とする手続的基本権（いわゆる法治国家の手続的基本権）の役割、機能を再確認し、その上で法的審尋請求権並びに日本における審尋請求権の展開の新たな地平を展望する。

(2) 実体的権利と手続的権利の分離ないし区別や権利保護請求権の概念については既に論じ尽くされた感があるが、前者についてはドイツの学説において再認識の必要性が説かれているところであり、⁽²⁸⁾ また後者についてはドイツ民事訴訟法学説によって、「復活をみている」との指摘が一九六〇年代になされているところでもある。⁽²⁹⁾ ただ前稿でも取り上げた基本法第一九条四項の保障する権利保護を権利保護請求権とする呼称もあり、以下本稿ではこの二つの請求権をめぐる議論を概観する。

従来、実体的権利と手続権とは、現在のドイツの民事訴訟法学の体系的思考においても、これら二つの権利の法的性格、その対象そして目標の点で区別される、あるいは分離される考察素材として理解されているものと受け止められている。⁽³⁰⁾ ただ、この一九世紀後半にオスカー・ビューロウによって学問的に、そしてとりわけローマ法の訴権制度の領域での長年の発展の結果として促進されたとされる分離思考は、実体的権利と手続権とは互いに関連させられ、二つの法（権利）素材の間に意味連関とそれらの法的スタイル（Rechtsfigur）の類似性（ないし同一方向性）が存在するという意識を当然のごとく排除するものではないともいわれる。とはいえ、実体的な権利の状態は、その手続による現実化から分離されて存在すると思ふことができるという基本的な観念が固く確立されているというツェルナーの指摘は、これを否定することはできない。⁽³¹⁾ ここでツェルナーは、実体的権利が手続権の分離によってその内容を喪失したと分析し、この内容の喪失は、実体的権利と手続権の統合をもたらす意味統一

性を確立する理解によってのみ克服することができると説く。尤も、この意味統一性は、手続が単に（実体的権利に）「奉仕する役割」の中にのみ見出し出されるならば、見当はずれの誤ったものになるという。その上で、実体的権利は手続権によって共同でその実質的内容を形成されるという基本的認識を確立することが法律学に突きつけられた課題であると説く。⁽³²⁾

(3) このように手続権について、単に実体的権利に奉仕するという点にのみ意味統一性の意義を見出すのではないという把握は、いわゆる法治国家的な手続基本権及び手続原則の実体的基本権との関係を考察する際も基本的に同じように妥当する。このことは近時の公法学説によっても強調されるところである。すなわち、主観的権利の実効的な貫徹可能性は、ドイツの連邦共和国基本法が妥当している状況下にあつては、特殊な手続基本権及び手続原則の目標ではあるが、それだけではなくそれは実体的基本権の本質的なメルクマールであるという認識が解釈論の出発点である。それゆえ実効的な貫徹可能性は、基本権の保障の付加物（*Additum*）ではなくて、統合された統一体を構成する部分、不可欠の構成要素であるという。⁽³³⁾そこで、法治国家的な手続保障は実体的権利の理解とその貫徹にとつて前提条件であるということ、つまり手続保障は実体的権利に先行し、これを顧慮することは、原理的に実体的な法状態から独立して要請されるということ、さらに、それに対応する手続原理を優先的に法治国家的に基礎づけることは、実体的な基本権からだけでは得られない特殊に手続権的なカテゴリーを通じて、裁判所の手続の法治国家的機能に注意を払うという利点があるという帰結に至る。⁽³⁴⁾

(4) 右のことは、既に前稿で取り上げたデーゲンハルトの指摘するところであり、実体的基本権からだけでは発せさせることのできない手続権的なカテゴリーを通じて初めて裁判所の手続の法治国家的機能を顧慮することができるという説かれていた。その理由としてデーゲンハルトにあつては、たとえば公正な手続きを求める権利（公正手続請求権）が、刑事手続については基本法第二条二項の実体的基本権から、また民事手続については同法第一四条か

ら導き出される場合でも、それは手続に関する基準に基づく具体化を必要とし、手続権 (Verfahrensrecht) の実体的基本権との関連づけは、典型的には直接的な実体的基本権の侵害に関連性を有する手続の展開に関して、そのような手続の要件を直接導き出すことを可能にするという点が挙げられている。⁽³⁵⁾ そもそも裁判権力の決定的な法治国家的機能とは、侵害され、あるいは否認された権利の事件において、権威に基づいて裁定し、これによって市民の権利と自由の領域を拘束力をもって切り離し、それを効果的に保護することとされ、この法治国家的機能が裁判所の組織及び裁判所の手続に対して決定的な役割を果たし、この憲法上の保護機能が裁判手続の形成と運用の中で現実化されると解されてきたという。⁽³⁶⁾ そうすると、右にいう裁判所の手続の法治国家的機能とは、主観的権利の実効的な貫徹を実現することであり、それが実効的な貫徹可能性が (実体的) 基本権保障という統合された統一体を構成する不可欠の部分であるということの意味するところであるといえる。「独立の裁判所による効果的な権利保護の保証」は、「基本法の法治国家原理の中心的構成要素の一部に数えられる」のである。⁽³⁷⁾ 以上のことを踏まえて、前記日本の民事訴訟法学説の提示した方向性、すなわち、「当事者に保障されるべき手続のミニマムを」、そして「手続の公正さを確保するためのいわば最小限の要求を」想定するという考察の方向性ないし視覚を設定し、さらにドイツの学説の措定する民事訴訟における最小限スタンダード⁽³⁸⁾ を改めて構築するという課題を視野に収めながら次節以下の考察に進むことにする。

二、実体的権利保護と司法付与請求権・権利保護請求権

(一) 権利保護の保証 (保障) の二つの局面

(1) 前述のごとく、独立の裁判所による効果的な（実体的）権利保護の保証（Gewähr）がドイツ連邦共和国基本法の採用する法治国家原理の中心的な構成要素の一つに数えられるとされるが、この保証は二つの局面に分けて体系化されるという。

A・ウーレに依れば、一つの局面は、権利保護にとって効果的な裁判権へのアクセスに関連する。ここでは、その着眼は、裁判所が事件の審査に立ち入る（参入する）可能性に向けられている。したがって、効果的な権利保護の保証の対象は裁判所の権利保護の“Ob”（「であるかどうか（否か）」）である。換言すれば、それは裁判所の権利保護を求める（法治国家的）請求権である。そして今一つの局面は、権利保護にとって効果的な裁判所の手続の進行であり、それはつまり手続の“Wie”（「いかにしてどのように」）を包括する。そして、ここで問題とされるのが、裁判所の権利保護の手続の中での（法治国家的）請求権である。さらにここで中心的且つ重要な位置を占めるのは、裁判官の決定（判決）が恣意なくして、客観的な基準に基づいて規定された所轄の審級裁判所を通じて、十分な事実の基礎に基づき、そして先入観にとられない法的な評価に基づいて、当事者の上申（具申 *Vortrag*）を取り入れて下されるということの保証（保障）である。そのためには審査（手続）が公正な手続の中で行われ、独立のそして不偏不党の、且つ法律に依拠する裁判所によって、適切な期間内に実施（遂行）されることが必要とされる。⁽³⁹⁾ このような要請（原則）がヨーロッパ人権規約（ECHR）第六条一項一文に定式化されていることは、本稿でも既に触れたところである。⁽⁴⁰⁾

(2) 右の裁判所の手続への事実的なアクセスの保証（保障）も、権利保護にとって効果的なアクセスの形成の保証も、いずれも法治国家的手続基本権及び手続原則に仕える（貢献する）もので、この二つの保証が、効果的な（実体的）権利保護の保証の（相互に関連する）両局面を表わしており、一方において手続へのアクセス、他方においてそのアクセスの形成に向けられている請求権を包括する。こうしてこれら二つの請求権は、裁判所の手続を求め

る請求権として、そして裁判所の手続における（の中での）請求権として体系化することができるとされる。(41) すなわち、先ず、手続を求める（諸）請求権、つまり裁判所の権利保護へのアクセスを求める請求権が関係している範囲内では、（それが）公権力による権利侵害に対する権利保護が関係している限り、この請求権は、基本法第一九条四項（広義の）（手続）基本権の中で意のままに独自に定着させ、その形を整えることができる。そして、これに基本法第一四三条四文及び同第三四三条三文における特殊な保証（保障）が付け加わる。

(3) しかるに、他の領域における権利保護、なかならずく民事法上の請求権の貫徹が問題となっている限りは、この場合は、その権利は基本法上基礎づけられた司法付与請求権が対応している一般的な司法付与義務における手続へのアクセスに基づくと解され、この一般的な司法付与義務は法治国家的に保障された手続原則として捉えられる。

(42)

これに対して裁判所の権利保護の手続の中における請求権は、先ず第一に明示的に実定化された手続基本権によつて形づくられる。これらの基本権的保証（保障）は、諸手続に波及する形で、法律上の裁判官を求める権利から、さらにそれを越えて、例外裁判所の禁止、そして法的審尋を求める請求権にまで及ぶ、とされるように、明文規定に基づく実定性をその特性として持つ。一方、刑事手続に目を向けると、その保証は法律なくして犯罪なし、二重刑事訴追の禁止に関する原則、そして自由剥奪の事例における特別の権利保障にまで及ぶ。(43)

(4) 以上のような権利保護の保証の局面を二つに分けて、両者を関連させつつ、これらを体系的に考察するといふ視角を前提にするならば、第一の権利保護にとつて効果的な裁判権へのアクセスに関する局面は、基本法第一九条四項の守備範囲の問題として前稿においても既に詳細に検討したところである。同法第一九条四項は先ず第一に権利保護にとつて実効的な裁判所の（実体的）権利保護へのアクセスを求める請求権を保障すると捉えられている。

これに対して第二の権利保護にとつて効果的な裁判所の手続の進行に関する局面、換言すれば、裁判所の権利保護

の手続の中で諸請求権は、前述のように明文規定によって実定化された手続基本権によって形づくられるとされ、基本法第一〇条以下の保障規定が議論の俎上に載せられることになる。法的審尋請求権の保障もその一つである。

(5) 右の第一の局面に関係する基本法第一九条四項と同様に、国家機関の中に位置づけられ、独立の裁判官によって占められている裁判所へのアクセスを保障するのが、一般的な司法付与請求権であり、前述のようにこの請求権は、公権力による権利侵害に対する権利保護が関係していない領域において、つまり、民事法上の請求権の貫徹が論点となつている限りにおいて、法治国家的に保障された手続原則として一般的な司法付与義務に対応する請求権である。⁽⁴⁴⁾ 本節では、先ず（一般的な）司法付与請求権と権利保護請求権を取り上げ、次節において本稿の主題である法的審尋請求権を取り上げることとするが、これらの請求権については、前稿において考察を加えたところであり、次款以下において、言わば補完的な考察を行うこととする。

(二) 裁判所の権利保護を請求する権利―その一、司法付与請求権

(1) 前述のように、基本法第一九条四項は、条文が示す通り、単に公権力に対しての市民の権利保護を規律するに過ぎない。したがって、この保障規定は、民事法上の争訟（紛争）には適用することができない。それに加えて基本法においては、この民事法上の争訟に関する明示的な規律も見い出されない。例えば、基本法第一〇三条も同第一〇一条一項二文も、これに対応する保障規定とは言い難い。これらの規定は、裁判所において既に開かれ、進行している手続を前提とする、あるいは裁判所内部の権限に関わるものと解されるからである。⁽⁴⁵⁾ このように憲法規定の観点から見ると、司法付与請求権は、基本法上の特別な規定から読み取ることが難しい。そこで、この請求権は、むしろ基本法第二〇条三項の、そして個別の基本権、並びにそれらの諸基本権に内在するとされる

実効的な権利保護の原理から構成される法治国家原理の本質的な構成要素であると捉えられるのが学説、判例において通例である。(46)

(2) 一方、右の理解とは(反対に)別にフリッツ・バウアを含めて多くの執筆者(論者)は、司法(付与)請求権の基礎を法的審尋を求める請求権を保障する基本法第一〇三条の中に見い出しているとされるが、(47)その中であって、この司法付与請求権は、特定の基本権、基本権類似の諸規定及び組織的規定、例えば基本法第一九条四項の規定のほかに、第一〇一条一項二文、第一〇三条一項、第九二条及び第九五条の規定の中に、同請求権の表出が見い出されるとのシュミット・アスマンの捉え方も存する。(48)ただ、これらの諸規定も、司法付与請求権の(具体的)内容を規定しているわけではなく、単に個別的な部分的観点から規律し、そのことを通じて司法付与請求権を防護しているに過ぎない。また、第一九条四項一文も、単に公権力に対する関係で権利保護の保証(保障)を与えているに過ぎないことも前述の通りである。第一九条四項は、初めから一般的な司法付与請求権の唯一の所在地規定としては除外されることになる。(49)

(3) これに対してその決定の中で司法(付与)請求権に取り組んできたドイツ連邦憲法裁判所は、基本法第二条一項から法治国家原理と結びつけて、一般的な司法付与請求権を推論しており、このような法治国家原理への関連づけは賛同を得るに値するとの学説の評価も存する。(50)周知のように、国家が国内の平和のために、権力の独占を要求し、それに対応して市民に対して自力救済の禁止を課すとすれば、国家は、その埋め合わせ(調整)として、民事法の領域においても市民の権利保護を引き受け、これを保障しなければならないと解される。つまり、国家の権力独占、市民の平和義務と裁判所の権利保護は、切り離すことのできない不可分の関係にある。(51)この点は既に言及したところである。市民は確かに権利を持っているが、しかし、紛争が生じた場合には、自身で強制的にその権利を貫徹することは許されないのであるから、国家はその埋め合わせとして、実効的な権利保護システムを用意

し、公正な決定のための手続に対応した前提条件を創出しなければならぬと説かれるのが通例である。

- (4) ただ、法への拘束だけでなく、法の軌道の中では法的争訟を解決することも法治国家の本質の一部であるとしても、こと主観法の側面はやや不確かであるとも指摘される。法治国家原理は、客観的な法原則であるから、そこから、先ず第一に結果として生じるのは、司法付与義務のみである。したがって、マウラーに依れば、連邦憲法裁判所が基本法第二一条一項を指示したことは問題がないわけではないと評される。⁽⁵²⁾ この条項は自由権を意味するのであり、これに対して裁判所の権利保護を留意することは国家の給付であるからである。基本権保護義務の理論も、これを助けて論旨を先に進ませることはない。というのは、同理論は、国家に広い裁量の余地を委ねることによって、第三者の侵害に対して、基本権的な法的地位の保護に関わるものであるからである。それでもなお連邦憲法裁判所の見解に追従するとすれば、基本法第二一条一項は、法律上基礎づけられないすべての不利益損害に対抗する一般的な自由権及び防御権としての意義を越えて、より広範な機能、すなわち、いずれにせよ特殊な方法で市民の保護と利益に仕える限り（において）、客観的な憲法原則から生じる（必然的な）結果を主観的な権利へと転換するという機能を含んでいるということになる。そしてこの機能はさらに基本法によっても追及された国家と市民の関係の主観化の列に加えられるという。右の国家と市民の関係の主観化を規定しているのが基本法第一九条四項であり、この主観化の基礎と原動力は、基本法第一一条二項の人間の尊厳の保障及びそこから生じる基本権であると解される。そして、これらは、第一九条四項を通じて、訴訟手続の上で防護され、強化されることになる。⁽⁵³⁾
- (5) ここでマウラーによって言及される基本法第一九条四項の権利保護請求権は、体系的には、一般的な司法付与請求権の下位の事例を構成し、基本法において明示的に規定されている点において、一般的な司法付与請求権とは対照的である。そこには、これまで国家に対する市民の権利保護が限定され、不確かなものであったため、特別に規律を必要としたという事情があるとされる。これに対して民事法の領域における司法付与請求権は、長い間は

認されてきているという。(54) この請求権は、今や法治国家原理から導き出され、基本法第二条二項を経由して基本権になるとすれば、そのことは結果として連邦憲法裁判所が、主に憲法訴訟を通じて司法付与請求権の展開と適用に関して決定するに至ることになる。いずれにせよ、ウーレに依れば、公法の領域における司法付与請求権も民法の領域におけるそれも、法治国家の関心事を考慮に入れる(顧慮する)という点に共通の関心事を持ち、その点に両司法付与請求権の貫徹可能性のいわゆる並行性(類似性 *Parallelität*)を見い出すことができる。(55)

(6) さて、第一に司法付与請求権の法的性格については、前稿においても触れたところであるが、国家に対する個人の主観的公権と捉えられる。デッターベックに依れば、この司法付与請求権は二重の観点から重要である。すなわち、それは一方において、現存する国家の裁判権に対して積極的な行動を求める請求権を保障し、他方において法の領域全体において国家に対して、拘束力のある争訟の裁定のための適格な手続を用意することを義務づける。この第二の機能がなければ司法付与請求権は空転するだけである。というのは、現存する裁判権に対する単に積極的行為を求める請求権だけでは、機能を果たす実効的な裁判権を欠き、さほど価値のないものとなってしまうからである。(56)

前述のごとく、司法付与請求権は、国家の権力独占、市民の平和義務そして自力救済の禁止の相関概念として位置づけられ、それは実体的な請求権を裁判所による貫徹を可能にし、それを保証する。その限りでは、同請求権は固有の実体的、実質的な次元を持たないが故に、それはE・シューマン、フォルコマーらによって形式的な主観的公権と呼ばれることもある。(57)

(7) 尤も、デッターベックに依れば、司法付与請求権は、裁判所の手続の形成に関連づけて見る(言う)ならば、実体的な次元も持っている。その実質的内容は、専門裁判権の存在の単なる保障やその裁判権へのアクセスの保証に限定されず、同請求権は手続規則の内容的形成や裁判官による手続規定の適用にも影響を及ぼしているとされ

る。したがって、司法付与請求権の（具体的）内容として列挙されるのは、前述のごとく、当事者の間での武器平等を含めて、公正な手続を請求する権利、実効的且つ適時の裁判所の保護を求める権利である。ただ、司法付与請求権が特に要求するのは、裁判官による訴訟物の包括的な事実的及び法的な審査を可能にするところの裁判所の手続の形成であり、⁽⁵⁸⁾この点に同請求権の眼目がある。

(8) 第二に司法付与請求権の保障内容を改めて見ていくと、前述のごとくドイツ連邦憲法裁判所は、基本法第二条一項から法治国家原理と結びつけて、一般的な司法付与請求権を推論した。このような司法付与請求権は、留保なしに保障される同法第一条四項と比較すると、どのような相違があるのか。ウーレに依れば、その相違は、この司法付与請求権が基本法第二条一項を通じてのそのの主観化に基づいており、その当然の帰結としてそこで規範化された制限にも服するという状況から生ずるといえる。ただ、そのように導き出された司法付与請求権は、内容的には基本法第一九条四項の保障内容に広範囲に合致する（保証）内容、すなわち、権利保護の保証を原理的に下回らないような保証の内容を提示する。このことを背景にすると、司法付与請求権もまた効果的な裁判所の権利保護を求める権利を保証（保障）しており、この権利には、先ず第一に裁判所への実効的なアクセスが数え入れられる。

そうすると、この権利は、（当該）その領域のために基本法第一九条四項によって保証された「出訴の道」への接近しやすさ（Zugänglichkeit）に対応しており、ここでは司法付与請求権もまた、個人に対して、裁判所への依頼の理論的可能性のみを委ねるようなアクセス前提条件の形成を許さないと同様に、裁判所の統制の排除に対しても障碍となる。⁽⁵⁹⁾

また、前記の民事法の領域における司法付与請求権と公法上の領域における基本法第一九条四項の権利保護請求権の分類においても両請求権は双方とも内容的には一致し、等しく「効果的な権利保護」、特に裁判所へのアクセス、手続の適時の貫徹、訴訟物の包括的な事実的及び法的な審査並びに（法的に）拘束力をもつ決定を供与するものと

される。さらに、連邦憲法裁判所が、右の二つの請求権を具体化するに際しても同様の結果に至っている。すなわち、同裁判所は主として同じ定式化（表現）を用いており、それゆえ折りにふれて前述のような両請求権の並行性（Parallelität）が指摘されるし、他方、その限界も同様の方法で引かれる。例えば、司法付与請求権は、基本法第九条四項と全く同様に審級を求めるいかなる請求権も供与するものではない、といった具合である。⁽⁶⁰⁾

こうして司法付与請求権も前述のごとく基本法第九条四項の保障と同様に、国家の（担当）組織の中に在り、独立の裁判官によって占められる裁判所へのアクセスを保障する。したがって、同請求権は裁判所以外の調停官署による（法律上配置された）最終的な拘束力を持つ係争の決定はこれを排除するが、しかし、裁判所による権利保護に義務的に直接付設された仲裁手続を排除するものではない。これらの官署の決定も、公権力の行為として基本法第九条四項により裁判所の包括的な統制に服するからである。⁽⁶¹⁾ それに加えて、（私的）自律的に取り決められた争訟の解決（争いの調停）は、その事件の中で国家が依然として濫用統制並びに明証性統制（Evidenzkontrolle）を義務づけられている場合もまた許容される。（一般的な）司法付与義務は、（私的）自律的な係争処理に多くの自由を認めてている。

(9) 第三に立法による形成、具体化、制度設計について述べるならば、前述のごとく司法付与請求権の具体的内容を直接表示する基本法の規定は存在しない。それゆえ、司法付与請求権は、その保証の具体化のためには法律による形成を必要とするが、その都度権限を有する裁判権に関して、立法者に相当な形成の余地を委ねていられる。もとより形成の余地が認められるとしても、そこに一定の限界も存する。すなわち、例えば、消極的な権限紛争ゆえの（に基づく）権利拒絶に至ってはならない、ということが指摘される。⁽⁶²⁾ さらに司法付与請求権は、基本法第九条第四項の場合におけると同様に、出訴の途の規定及び法律上の手段（上訴）に関する規定の十分な明確性を要求する。尤もそれは、裁判所による権利保護へのアクセスが前提条件なく開かれていることを要求しないの

であつて、この点は右の一九条四項と同様である。したがつて、たとえば、同請求権からは、原則として、いかなる「第二の裁判所」の審級を求める権利も推論されないことになるが、第一九条四項の権利保護保障の形成の場合と同様の準則（*Vorgaben*）を顧慮しなければならないとされる。⁽⁶⁵⁾

以上のことを背景として、立法者は、その都度の権利保護の要求のための許容前提条件を規範化する権限を与えられることになるが、この許容前提条件が過大であつてはならず、また客観的に基礎づけられたものでなくてはならない。その際、前述のごとく、立法者には原則として広い形成の余地が当然与えられ、その枠の中で権利保護を制限することもできる。⁽⁶⁴⁾このことが妥当するのは、右の制限の実質的な正当化、とりわけ手続の促進という目標における実質的な正当化を次の二つの中に見い出す場合、すなわち、一つは法的安定性の利益の中に、そして二つ目は、機能性の高い司法ということが重要な公共の福祉を成すという状況の中に、以上二つの中に見い出す場合である。

尤も、この場合においてもまた、裁判所による権利保護の制限は、法治国家的手続秩序（規則）の利益と調和していなければならないとされる。つまり、裁判所へのアクセスが不当に、並びに実質的な正当性の理由づけなしに困難にされてはならない（妨げられてはならない）という準則が妥当する。⁽⁶⁵⁾

そしてこれまで検討してきたことに鑑みると、司法付与請求権は、先ず第一に法的救済手続の形成に対する法律上の要求と対立しないこととなり、具体化の形式としての期間の特定や除外の規律もまた許容されることになる。

(10) 右に見てきたように、司法付与請求権は、法律による形成（具体化）を必要とし、それゆえ立法者に形成の余地を委ねるとしても、立法者は、基本法第一九条の権利保障の形成の場合と同じ準則を顧慮しなければならないとされ、このような連邦憲法裁判所の一定不変の定式、すなわち、形成の規律によって、出訴の途が不当な、そして実質的な理由によつて正当化することのできない方法で困難にされ、妨げられてはならないという定式が、ここ

にも登場する。(66)

また、基本法第一九条四項の中で保障されているのは、法治国家的保障、そしてミニマム最小限の保障であると捉えられ、このミニマムは、民事法の領域における司法付与請求権に同様に当てはまると解されている。それゆえ基本法第一九条四項に関する連邦憲法裁判所の判例が、ここでもまた適用されうるということについて、学説上何らの疑念もない。マウラーに依れば、違いが生じるとすればそれは、手続法が実体法に依存するために、個々の点で手続に基づく形成が問題であるときに初めて生ずる。(67)

さて、前記デッターベックは、司法付与請求権が憲法上も、そして通常法律上も保証されていると捉えたが、さらに前述のごとくヨーロッパ人權規約第六条一項もこの請求権を認知していると解されている。(68)このうち憲法(規定)の違反の問題について決定する権限に適格なのは憲法裁判権である。そうすると、司法付与義務の違反が基本法第九三条一項4a号に基づいて憲法訴訟願を使用してとがめられるとすれば、その違反は司法付与請求権の基本権としての防護にも照準が合せられなければならないと説く。(69)司法付与請求権は、法治国家原理から導き出され、基本法第二条一項を通じて基本権となり、憲法訴訟願を用いて、同請求権の展開と、適用に関して判決を下すという連邦憲法裁判所が描いた道筋がここに示されている。

(三) 裁判所の権利保護を請求する権利―その二、権利保護請求権

―権利保護請求権と権利保護保障―

(1) ドイツ民事訴訟法学説における権利保護請求権の概念は、かつて一九世紀末から二〇世紀初めにかけて、アドルフ・ワッハによって特徴づけられ、(70)この概念は、「P・ラーバントによって創唱された権利保護請求権の概

念を民事訴訟理論の基礎として採用した」とものと説明されてきた。⁽⁷¹⁾そしてこの概念は、日本の民事訴訟法学説にあっては、主として民事訴訟の目的論の文脈で取り上げられるのが通例である。⁽⁷²⁾

右のドイツにおける学説の展開は周知のところであるが、ヴィントシャイトにならつて、アクチオが（抽象的な）訴権と実体的な請求権とに分割された後に、とりわけワツハが、訴訟当事者に対する裁判所の義務を実体的権利によつて規定しようとしたことに起因する。⁽⁷³⁾ワツハの見解に依れば、この権利保護請求権は、訴訟手続前に既に存在するところの原告（私人）の国家及び被告に対する請求権である（いわゆる「権利既存の観念」）。その限りでこゝでの権利保護請求権は、国家に向けられている（照準を合わせている）。すなわち同請求権は、一方において、手続的及び実体的権利の状況によつて正当化される場合には、原告に有利な判決を出すことを求める権利を含み、他方において、被告に対しては、判決に適合した法的行為の容認を求めているとされる。⁽⁷⁴⁾

(2) 右の権利保護請求権はデッターベックに依れば、手続的請求権から、そして司法付与請求権からも（そしてさらに訴権からも）区別されなければならないと指摘されるが、民事訴訟法学における同請求権は法律学上の概念として確立されているとは言い難く、専門用語としては不安定なものと捉えられている。⁽⁷⁵⁾前記司法付与請求権が一般的に正当なものと認められているのに対して、権利保護請求権は、当初から、それをめぐつて激しく議論が行われたといわれる。

すなわち、ワツハ説に対してビューロウが異議を唱え、裁判所は手続の最後にそれに対応し実質的に存在する法状態を決定しなければならず、その時点で初めてそれに応じて、有利な判決を求める原告あるいは被告の請求権が発生すると説いたことは周知のところである。このビューロウの立場は最終的には勝利をおさめたが、この立場は、訴訟手続きの状況（Prozesslage）に応じたの裁判所に対する請求権は何らの実質的（実務的）意味を有しないとの洞察と結びついていると理解されている。⁽⁷⁶⁾両説をめぐる議論は第一次大戦前後の時代を支配し、第二次大戦後一九

六〇年代に権利保護請求権は、A・プロマイヤーという新しい支持者を見出す。プロマイヤーは、同請求権を初めて広く理解し、それに従うと両当事者は司法付与請求権の帰結として正しい決定が得られる見込みがあるだけでなく、彼らには国家に対して正しい決定を求める真正の主観的公権が当然与えられるということを、法治国家原理及び裁判所の法律への拘束から推論し、この請求権の存在の使用例として、基本法第三四条、民法典第八三九条二項に従って(の)裁判官の故意の法律歪曲の際における国家の責任(損害賠償義務)が指示されることになるという。(77)

一方、このプロマイヤー説に学説が従う過程で権利保護請求権は多くの修正を経験したとされ、ポレがこの請求権を排他的に国家に対して向けられたものと理解し、シエンケ・クーヒンケに至っては、この請求権をもはや原告の権利としてではなく、規則に従った手続の中で正しい決定を求める両当事者の権利として請求権の内容を定義することとなり、ローゼベルク・シュワープの注釈書に(第一四版)においては、権利保護請求権の存在が一部否認されているといった具合である。(78)尤も、右の注釈書の新版(第一五版)においてシュワープは権利保護請求権は実体的権利と訴訟との間の橋渡しとしては不必要であるとして、その(歓迎される)法治国家的発端にもかかわらず拒否されねばならず、裁判所の行動が強制される限りは、そこに既に司法付与請求権が現に存在するとの態度表明に到達している。(79)

(3) 他方、右の権利保護請求権の法的基礎についても、シュワープの議論にも見られるように、同請求権の支持者にあつてさえ、はっきりわからず、大部分はむしろ付随的のみ通常法律か憲法か憲法がいずれかが指摘されたり、また主として基本権及び法治国家原理の名が挙げられるにとどまっている。(80)

以上の点を見る限り、全般的に承認された司法付与請求権と対比としての類似は、明白である。というのは、基本権が法治国家原理と結合して、現存の裁判所の積極的行動を求める請求権のみならず、それを越えて実効的な権

利保護を求める請求権をも容認するとすれば、その場合には、裁判所の実質的に正しい決定をも求める請求権の保証は、一般的な司法付与請求権の論理的な展開の継続のみを意味すると捉えられるからである。⁽⁸¹⁾ そうするとこゝでいわれる権利保護請求権は、右のように、個々の点では司法付与請求権と対比していろいろな相違はあるものの、本源的には形式（的）法的な司法付与請求権の実体法的継続延長であることが明らかになる。したがって、権利保護請求権は、いわば形式的な司法付与請求権に対する実体法的な補完的保障であると解されることになる。⁽⁸²⁾

(4) 本稿において民事訴訟法学説における権利保護請求権の概念については、以上の考察に止め、以下、既に触れたところを含めて司法付与請求権との異同について確認しておくこととする。

ここでの権利保護請求権は、連邦憲法裁判所の言及する権利保護請求権が、その実質において司法付与請求権のことを指しているとのデッターベックの指摘はあるものの、やはり手続的請求権から、さらには司法付与請求権、そして訴権 (Streitgegenstand) からも概念上区別されなければならないとされる。それでは、この権利保護請求権は、司法付与請求権から、どのような点で仕切られるのか。

前記デッターベックに依れば、とりわけ次の点で司法付与請求権から区別される。すなわち、司法付与請求権は原理的に単に裁判所自体の（実効的）積極的な行為に向けられているに過ぎないのであり、請求権によって義務づけられた国家の機関としての裁判所に具体的な事件において一定の本案の決定を義務づけるものではない。これに対して権利保護請求権は、請求権を付与された者にとって事案において有利な決定ないし正しい本案の決定を目標としている。このことに対応して、同請求権は形式的な主観的公権としての司法付与請求権とは（異なり）対照的に、実体的な主観的権利とも的確に呼ばれるという。この点は既にF・パウアーの説くところとして言及したが、⁽⁸³⁾ ここで再度確認しておくこととする。

(5) 尤も、近時の学説の理解、例えばデッターベックの理解に依れば、司法付与請求権の及ぶ範囲を広くとらえ

る理解にあつては、とりわけそれを基本権として束ねるといふ理解に目を向けると、同請求権は確かに権利保護請求権と交差する部分あるいは部分的な重なりが存在することも指摘される。⁽⁸⁴⁾ というのは、司法付与請求権の権利内容に、実効的且つ適時の裁判所の保護、当事者の武器平等（の保障）を含む公正な手続、並びに特に裁判官による包括的な事実審査及び法的審査を求める権利を数え入れるということになると、この司法付与請求権もまた、一定の実体的な次元を持つようになると解されるからである。⁽⁸⁵⁾ そのことによつて司法付与請求権は、フォルコマーが指摘するように、それが原理的に別種のものであるにも拘らず、権利保護請求権（の内容）に接近することになる。⁽⁸⁶⁾ いずれにせよ、その擁護者も認めているように、権利保護請求権の理論的实际的な重要性は小さいとはいへ、デッターベックが説くように、理論的な認識価値は、あまりに小さく見積もられてはならないのであろう。⁽⁸⁷⁾

(6) なお、基本法第一九条四項に基づく権利保護保障について、ドイツの学説において同条項は主観的基本権を保障すると共に客観的な価値決定及び裁判権の制度保障を含むと解され、基本法上その保障は憲法訴訟の制度によつて担保されることになり、前稿で述べたように包括的な欠缺なき権利保護を保障する。尤も、実体的基本権の手続貫徹を保障するとされる第一九条四項の保障内容については、同条項は裁判権の制度保障を含んでいるのではなくて、基本法第九二条以下で規律され、「制度化された」裁判権を参照するよう指示しているのであつて、いかなる裁判所も存在しないとすれば、この条項は空転するとの理解も存するところである。⁽⁸⁸⁾ しかし、このような認識も、第九二条以下の規定がそれに応じた規律を提供し、第一九条四項が単に裁判所の権利保護の仕上げ（形成）に寄与していることから、未だ抽象的なものにとどまっているという。いずれにせよ、第一九条四項は基本法第九章「裁判」の第九二条以下の諸規定が規律する連邦裁判所の組織と権限、裁判官の法的地位、重要な手続原則の提供を受けて、同条項の権利保護保障は、国家と市民の関係にとつても、また国家内部の領域、特に行政と行政裁判権との関係にとつても、大いに重要な位置を占めていることに変わりはないし、前述のごとく第一九条四項において

保障される「法治国家的ミニマム」は民事法の領域における司法付与請求権に妥当するとの効果を有する。⁽⁸⁹⁾

さて、右の基本法第一九条四項に基づく権利保護保障の内容等については、既に前稿において詳細な考察を加えたので、以上の叙述にとどめ、繰り返さないこととする。

三、裁判所の権利保護手続の中での請求権―特に裁判手続内での保障としての法的審尋請求権の保障―

(一) ドイツ法における手続原則―基本権としての手続原則―

(1) 前述のごとく、ドイツにおける法治国家原理は、さらなる具体的な保障内容を生み出す機能を有する。すなわち、この原理は、裁判所へアクセスする権利のみならず、要求された権利保護の目標並びに（実体的）権利に対応且つ適合し、それと共に正当な決定に到達すべき手続の形成をも保証すると解される。この点、前記マウラーに依れば、既に基本法第一九条四項及びそれに対応した司法付与請求権は、実効的な権利保護への方向づけと共に、右の方向を指し示しているという。⁽⁹⁰⁾

周知のように、基本法上、裁判所の手続自体は、二、三の憲法上（根づかされた）定着させられた原則によって規定されている。すなわち法律上の裁判官の原則（第一〇一条一項二文）、法的審尋の原則（第一〇三条一項）、さらにマウラーに依れば、基本法第三条の平等主義から結果として生じる（推論される）訴訟における武器平等の原則、及び法治国家原理から直接的に推論される公正な手続の原則、以上のような諸原則によつて裁判手続が規定されている。これらの原則はすべてそこに法治国家原理が、はっきりと示されており、それゆえ、その光に照らしてみれば解釈されなければならないものとして位置づけられる。

尤も、これらの諸原則の中で、とりわけ公正な手続の原則は文字通り非常に一般的且つ普遍的であり、それゆえ、具体的な現実の事実状況向けに、なお「具体化と先鋭化」を必要とすることは言を俟たない。マウラーの表現を借りれば、これらの諸原則は、言ってみれば「法治国家原理とそれの個別事例（における）への適用との間の中間項（中間リンク）」になっているのである。⁽⁹¹⁾

(2) ただ、ここで言及された手続原則は、既に（実定）訴訟法の中で詳細に規律され、裁判判決によつて、かなり詳しく展開され、（その形を整えられ）仕上げられ、さらに基本法上の規律及び憲法水準における法治国家的定着を通じて高められているものの、それらの一般的な性格のゆえに依然として十分に柔軟なまま（形成の余地のある）であるとの評価が一般的ようである。

いずれにせよ、これらの手続原則は、訴訟法及び訴訟の実務を支配する客観的な法原理であるばかりでなく、単なる手段あるいは制度の保障ではなくて基本権でもあるという認識は、ドイツの学説において異論のないところである。このことは、前記の基本法の中に手続基本権として明記されている「法律上の裁判官」及び「法的審尋」と同様に、基本法第三条一項の平等主義から生ずる訴訟上の武器平等に当てはまるだけではない。さらにそれは連邦憲法裁判所の基本法第二条二項に関する見解に従えば、基本権の性格を（既に）獲得している「公正さの要請」にも当てはまると解される。これらの手続原則が基本権として理解される以上、正に連邦憲法裁判所において、その憲法訴訟の手続の中で基本権として主張できることは当然の帰結である。⁽⁹²⁾

(3) また、右の手続原則は、単独・独立の作用を有するのではなく、相互に補完し合う機能をも有しており、さらに基本法第十九条四項の目標とするところとも結びついている。

すなわち、基本法第一〇一条二文は、どの裁判官が担当するかを予め一般的、抽象的なメルクマールを通じて規定するところの法的規律を要求しているので、具体的事件が言わば（やみくもに）「盲目的に」裁判官にふりか

かることになる。このような規律は、具体的事件において判決を下す裁判官の特定の目的に合致した選任を通じて、判決に影響を及ぼすという危険を防止することになる。そのことよって、同条項は法治国家的に要請される裁判の客観性と中立性を保証すると解されている。⁹³このことは、法治国家原理が要求する裁判の公正さの原則の一部でもある。周知のように、この法律上の裁判官を請求する権利は、一九世紀における自由主義的市民階級の法治国家的要求に属する。⁹⁴

(4) また、一般的な平等（主義）原則の適用事例とされる訴訟上の武器平等の原則は、訴訟法とその運用にも当然に妥当し、訴訟当事者が等しく訴訟において申請をし、事実に関する態度決定並びに法的態度（表明）決定を發表し、訴訟行為を行う可能性を持つことを要求する。そして、この武器平等の原則の要求を、法的審尋を要求する権利が追加的に防護することになる。

武器平等の原則は、先ず第一に訴訟当事者を形式上対等の立場に置くことを命じているが、ライボルトに依れば、それを越えて、法的地位の等価値をも目標としている。⁹⁵さらに、基本法第一〇三条一項は同法第一九条四項と共に、同じ目標、すなわち実効的な権利保護の保障を要求する同条項と結びつけ、それゆえ実効性の要請は、第一〇三条一項にも当てはまると解される。

(5) 一方、公正な手続の原則は、一つの指針ないし一般条項であり、個々のあらゆる事例においては、いかなる要請も禁止も含まないといふと解される。したがってこの原則は、本案に即した、そして所与の状況（態）に従った具体化を必要とする。⁹⁶そうすると一般的な法原則として、公正さの要請が適用される領域とは、法的審尋や訴訟上の武器平等の原則のように、法治国家的に特徴を与えられ、法治国家的手続を保障する特別の規律を与えられてきた原則が存在しない領域ということになる。その意味で公正な手続の原則は、補充的にのみ介入して作用を及ぼし、また、訴訟法に不足が生じている時にのみ現実性を有すると解される。K・シュテルンの表現を借りて換言す

るならば、この原則は、手続基本権の特別の保証によっては克服することのできないきわめて悪質な（ひどい）違反について、それを捕捉する機能を持つことよって、⁽⁹⁷⁾ 前記の憲法上の手続基本権を補充しているのである。

なお、手続原則の概念のもとに数え入れられる原則は、（右の）法律上の裁判官、裁判官の独立、効果的な権利保護を求める権利、公正な手続を求める権利、法的審尋請求権などの主として憲法上の原則や基準に限られるものではないことは言うまでもない。ドイツ民事訴訟法学説は、憲法以外の実定法規等にも目を向けて、例えば民事訴訟上の口頭主義、裁判所構成法上の公開原則を挙げるとともに、一般的に（も）さらに直接主義、公開・集中・促進・任意原則や訴訟当事者の真実義務や信義誠実の原則、そして自由心証主義、部分的に訴訟経済原則をも列挙している。⁽⁹⁸⁾ これらの基本的な法的指導基準は裁判所の手続、とりわけ民事訴訟手続の中にはつきりと示されるものとして理解される。

さて、前述のごとく法的審尋の原則は、既にかなり以前から多かれ少なかれ（実定）訴訟法の中においても手続の詳細が規律されてきたものの、なおその一般的な性格のために未だ充分に柔軟な原則のままであると評されてきた。しかし、他方で、法的審尋請求権は、自由主義的法治国家の民事訴訟手続において、上位の地位にあり、既に憲法で保障されていることが、この原則を第一順位に挙げることを代弁しているともいわれる。⁽⁹⁹⁾ 以下では予定通り、この原則に焦点を当てて、ドイツ民事訴訟法学の研究成果をも視野に入れて、改めて法的基礎、その意義、保障内容（保障領域）、限界等について、今少し立ち入った考察を加えることとする。

（二）裁判手続内での保障としての法的審尋請求権の保障

（1）（法的性格） 前記ウーレの分類に依れば、裁判所の権利保護の中での法治国家的請求権のもとに、手続支配

的に妥当する請求権が位置づけられ、この中に手続基本権が盛り込まれ、その手続基本権の一つとして、法律上の裁判官を求める権利（Art.101 Abs.1 Satz 1 GG）、例外裁判所の禁止並びに特別裁判所の適法性（Art.101 Abs.1 Satz2, Abs.2 GG）と共に法的審尋を求める権利が配置されるという構図が描かれている。ここで右の憲法規定が提供する保障に共通する特徴は、これらの手続基本権が二重の意義ないし性格、そして拠って立つ根拠を有しているという点である。

すなわち、基本法第一〇一条の規定は、客観的な法規範を含み、給付（Gewährleistung）を述べる限りにおいて制度的な保障の性格を持つとされるが、しかし同条項は、その客観的な権利としての性格を越えて、例外裁判所の排除のもとに法律上の裁判官を求める請求権をも基礎づけるとされ、さらに裁判所の手続に関係した人間は、法律上の争いが第一〇一条に適合する裁判所（裁判官）によってのみ裁定されることを求める主観的な権利を持ち、この権利は言わば基本権類似の権利であると解されている。⁽¹⁰⁰⁾

(2)（妥当根拠）一方、第一〇三条一項は、既述のごとく憲法学説の説くところに依れば、先ず二重の妥当根拠を持つ。すなわち司法国家性（あるいは法治国家）と人間の尊厳の二つの根拠であり、この二つの根拠に対応して、憲法体系的には、同条項の保障は、客観的制度的な要素と主観的・人に関する要素に根ざしているのであって、このように制度的な側面と人に関する側面を併せ持つとされる。⁽¹⁰¹⁾さらに、シュミット・アスマンに依れば、第一〇三条は、主観的な権利として防御権的なまた参加権的及び給付権的な請求権並びに手続に合致した組織的な要素をも包含すると解される。従って、第一〇三条一項は、手続基本権を供与し、同時に憲法位階において高められた手続法の客観的な規範を叙述するところの直接妥当する憲法命題である。⁽¹⁰²⁾

このように二重の妥当根拠や二つの要素を併せ持つことから、法的審尋の原則は、その（法的）性格として、客観的権利の手続原理と共に、憲法訴願を申し立てる資格があるという点で前述のごとく主観的な基本権同様の権利

としての性格を帯有することになる。一方、連邦憲法裁判所の判例の表現を借りれば、法的審尋は、人間の手続上の始源的権利であるばかりでなく、客観法上の手続原理、それは、基本法の意味での裁判所の手続にとって設権的且つ基本的に、絶対に必要で不可欠のものである。⁽¹⁰³⁾ また、これら二つの側面はお互いに並行して隔離された状態にあるのではなく、それらはむしろ相互に支え合い、それゆえ、それらの持つ作用が強化されるのである。言わば、「相補性が二つの側面の地位の同等性の傍に歩み寄り」ことになる。そして、両側面のいかなる面も他方なくしては考えられない、という密接な関係に置かれているのである。⁽¹⁰⁴⁾

右のように法的審尋請求権が、客観法的手続原則と主観的な基本権同様の権利の二つの性格をあわせ持つこと、またその妥当根拠として、人間の尊厳と法治国家原理という二重の根拠に根ざしているという理解は、ドイツ公法学において共通の認識となつていふ言つてよいであろう。⁽¹⁰⁵⁾ 連邦憲法裁判所判例の表現を借りれば、基本法第一〇三条一項は法治国家の重要な刻印となる特徴である法的審尋請求権を規範化しているのである。⁽¹⁰⁶⁾ そして法的審尋は、前述のごとく、基本法の意味での法治国家的手続にとって根本的な、設権的なもので、それは、あらゆる裁判所の手続の支柱（隅柱）であるとされる。それゆえ、この保障の本質的な中核（中心部分）は、ドイツの公序の不可欠の資産（在庫 Bestand）の一部であると評されるのである。⁽¹⁰⁷⁾

右の法的審尋請求権の妥当根拠としての人間の尊厳について、今少し付言すると、この権利は人間の尊厳の保証に根ざす手続上の「始源的権利」であるとされるが、それは、個人は裁判所の決定の客体であるばかりでなく、彼の権利に関わる決定の前に主体として、手続及びその結果に対して影響力を及ぼすことができるために発言を許されるべきである。」という命題を内実として含んでいる。⁽¹⁰⁸⁾ 換言すれば、法的審尋は、裁判所の手続にとって法治国家的に不可欠の構成要素であり、それは法治国家的な要求から最終的には人間の尊厳の中に定着させられた要求、すなわち市民は国家の手続の客体として扱われるだけでなく、自主独立の主体としてその発言を真に受けられ

ねばならないという要求から生ずる。⁽¹⁰⁾このように法的審尋請求権は、基本法第一条一項によって要請される人間の尊厳の保護との密接な関係の中で提供される権利であり、あらゆる市民は一般に国家機関によって人間として扱われ尊重されることを求める請求権を有するのと同様に、彼の固有の権利及び義務に関する裁判所の手続においてもそうである。それゆえ第一〇三条一項は人間を裁判所の手続の客体に降格することの禁止と逆に彼を手続の主体として尊重し、発展させることの要請を含んでいるのである。⁽¹¹⁾訴訟当事者の地位、役割について、訴訟手続における自主独立の主体としての存在を確立することを意図するものと言えようか。このことは、この保障の本質的な核心は、国際法上のミニマムの標準の一部であると同様に、前述のドイツの公序の不可欠の構成要素の一部であり、法的審尋はあらゆる裁判所の手続の支柱であるとの理解に連結する。⁽¹¹⁾

なお、右の法的審尋請求権の妥当根拠の一つである人間の尊厳を指示することは、その後連邦憲法裁判所の判決集には見い出されないといわれる。当初、法治国家原理の刻印とされた法的審尋の原則は、その妥当根拠として人間の尊厳が追加され、二つの憲法利益の地位の等しい効果という把握が出发点とされた時期を経て、第一〇三条一項の主要目的を人間の尊厳の発展に見出し、権利保護の実効性の原則を補助的な作用と位置づける理解が主張されたという。しかし、連邦憲法裁判所は、かつての二つの妥当根拠を均衡しているものとして認識していた時期を経て前述のごとく第七四巻以降の判例集には、人間の尊厳を指示する手法は見られなくなっているという変遷をたどったことになる。いわゆる客体定式（Objektformal）は、なお法治国家思想との関係でのみ引き合いに出されているという。⁽¹²⁾

(3)（意義・目的） さて、右のように第一〇三条一項の主要目的として権利保護の実効性が挙げられるように、主体的権利の実効的な貫徹可能性は基本法の妥当している下にあつては、特殊な手続基本権の目標であるばかりでなく、実体的基本権の本質的な特徴でもあり、その限りでそれは、追加物ではなくて、基本権の保障の統合された

不可分の構成要素として捉えられる。(13) これまで一般に法的審尋請求権の意義と目的に関連して指摘されるのは、前記人間の尊厳と権利保護の実効性のほかに、手続正義の要素、平等原理との結合、手続の公正さの要素、権利保護を求める請求権との結合であり、(14) 他方で同請求権の訴訟関係人についての意義と裁判所についての意義という二重の機能という視座も指摘されている。すなわち、審尋を求める権利は、一方において訴訟関係人にはその觀念や知識を訴訟手続の中に持ち込み、それで以て裁判所の判決到達に影響力を及ぼす可能性を与え、他方において裁判所に(いつもはそうではなく、あるいは無造作にではなく)実質的に正しい決定にとって必要な、手の届く情報及び評価を伝えてくれるという。(15)

ライポルトに依れば、右に列挙された人間の尊厳以下の諸要素について、それぞれが法的審尋請求権と訴訟の目標や裁判所の訴訟手続の進行等の点において密接に関連している。(16)

先ず第一に、手続正義の要素に関しては、審尋を求める権利は訴訟関係人に正しい判決を目指す可能性を保障する。正しい決定を発見することが訴訟手続の目標であるところ、正しい法は、単に裁判官の隔離された孤独の思考作業の中に見い出されるのではなく、当事者と裁判所との間の生きた対話に基づいて最もよく形成される。その限りで聴聞(審尋)は、正しい決定の前提でもあるという。そして、法律上の裁判官を求める権利と裁判官の独立が訴訟手続の制度的な側面に関して意味するところのものは、審尋を求める権利が訴訟進行に関して意味するところのもの、すなわち当事者にとつての手続正義の中心的な憲法保障ということである。

次に第二に平等原則との結合に関して、審尋を求める権利は、訴訟の両当事者あるいはさらに多くの当事者のために保障される権利であり、それは、それぞれの当事者に均等に、同じ権利を付与する形で認められる。対審的に構成されている裁判所手続において、法的審尋は平等原則の必然的な結果でもあり、この平等原則はすべての当事者が均しく発言を許されることを要求する。このことは周知の命題である。「他方の側もまた聴かるべきなり

（*Audiatur et altera pars*）」や「一人の人間の発言は発言ではない（*Eines Mannes Rede ist keine Rede*）」などの言葉に表現されている。ここでは、訴訟手続の進行に関わる範囲内において、平等の要請が法的審尋の供与の原則に流れ込んでおり、ドイツの連邦憲法裁判所は、法的審尋を前記のように「手続上の始源的権利」と名づけることで以てそれが既に前々から自明の手続権と見なされたということを描している。⁽¹⁷⁾

第三に手続の公正さの要素について、右のように訴訟当事者に関連づけられる手続正義の基本的な考え方として、審尋を求める権利は、今日英米（法）の権利を公正な手続を求める権利への転換にならって特徴づけられているところの考慮（*Erwägungen*）をも大部分ともにその中に含めていると捉えられる。まさに審尋の供与を通じて手続は公正な訴訟（審理）となるのであって、そのために審尋を求める権利を狭く、そして形式的に解釈するのではなく、有効で意味のある審尋の供与に向けられた内容の意味で解釈することが正しい解釈の在り方とされる。そしてこのことは裁判官の行いもまた、単に消極的な受け身の受け取りではなく、第一〇三条から要求されうることが求められる。ここで聴聞（審尋）の包括的な意義は、それが訴訟手続において公正さの要請として法治国家原理から直接導き出されるという点にある、したがって、仮に第一〇三条一項（の手続）が省略されたり、あるいは制限される場合には、法治国家原理が直接適用されることになるという。⁽¹⁸⁾

さらに権利保護を求める請求権及び権利保護の実効性の要請との関係について、憲法の条文に従えば、裁判所へのアクセスを求める権利、つまり権利保護の供与を求める権利について（何かを）訴えることは、第一〇三条一項の任務ではないし、ZPOの原理としての審尋を求める権利の任務とはされていないが、民事事件における裁判所の権利保護を求める権利は、前述のごとく法治国家原理の重要な構成要素として理解することができ、国家の裁判所による権利保護を求める請求権と審尋請求権との間には緊密な結びつきがあると捉えられる。それは、そのつどの訴訟の相手方にとって、法的審尋の初回の供与は同時に、原告の要求に対する権利保護の開始であるとの理解に

基づく。裁判所へのアクセスを求める請求権と法的審尋を求める請求権とは、一つの統一体へと合体融合する。そして、両請求権は、手続において相互に補い合い、互いを必要としており、それは両請求権が等しく憲法上保障されており、お互いから厳密に分離されえないからであるとされる。

他方、審尋を求める権利もまた権利保護保障と同様に効果的な権利保護の保障に仕える機能を有すると解される。基本法第一〇三条一項は同第一九条四項と同じ目標、すなわち権利保護の保障を第一九条四項と結びつけており、権利保護の実効性の要請は第一〇三条一項にも当てはまる。

ただ、審尋を求める権利は無制限に認めることはできない。基本法第一〇三条一項は、明示的な制度や法律の留保を含んでいないが、それにもかかわらず、一定の制限が憲法上必要であり、それが許容されることについて疑義は存在しないと解されている。ライポルトに依れば、実効的で十分に迅速な権利保護を求める憲法上の請求権は、手続規則が個別的に、いかにして、そしてどの時点までに当事者がその意見を表明することができるかということを確認することを要求するが、手続法によってひかれた意見表明権についての限界は、実質的な根拠によって正当化されなければならないし、審尋を求める権利の実現は、関係する当事者の責任範囲の外にある事情にぶつかって挫折させられてはならないと説かれる。そして、衝突の場合には、既に憲法の次元で対立する法原理の調整、ここではとりわけ一方における審尋を求める権利と他方における実効的で十分に迅速な権利保護を求める権利の調整が達成されなければならないという。⁽¹⁹⁾ここでは、実効的な権利保護の保障による法的審尋請求権の制限の可能性と許容性が示唆されているが、この論点については後に法的審尋請求権の限界の問題として触れることにする。

(4) (内容・保障領域) 周知のように、基本法第一〇三条一項が保障する法的審尋請求権に関連する保障規定は、ヨーロッパ人権規約にも登場する。そして、同規約第六条(一項)においては、公正な手続の中での行為を求める明示的な権利が保障されている点において、基本法第一〇三条一項を上回っていると評され、そのことを通して審

尋を求める権利がともに包括されると解される。⁽¹²⁰⁾ 一方、ドイツの民事訴訟法において審尋を求める権利は、訴訟法上の原理として長い伝統を有するものの、民事訴訟法（ZPO）において同権利は特別な関係における明文を以て言及されるにとどまる（仲裁裁判所の手続（§1042 Abs. 1, S.2）。決定の前に当事者の意見を聴くという国家の裁判所の義務は、民事訴訟法においては聴聞（審尋）が供与されたかどうかについて、場合によっては憲法上の立場を根拠にして疑念を持たれうるようなところでのみ民事訴訟法において特別に言及されると解される。そして、ライポルトに依れば、このように当事者に法的に審尋を供与する裁判所の原理的な義務が民事訴訟法において明示的に規範化されていないということは、当事者の審尋を求める権利が、まさに自明のものとして、手続形成の全体の基礎にあるということに依拠するとされる。⁽¹²¹⁾ ただ、審尋を求める権利は基本法の前に既に長く民事訴訟上の原則として強化され、その違反に対して特別に保護されているとして、憲法上の明文規定して定着させることの意義も説かれている。

なお、同じくライポルトに依れば、手続権を規範的に整えて仕上げることも個々の裁判所の手続も第一〇三条一項の要求を正当に評価しなければならぬが、より詳しい仕上げは、個々の手続規則の問題とされる。そして、どの人間に、どのような方法で審尋を供与するかは、先ず第一に民事訴訟法（ZPO）の規定を範とすることになる。ただ、通常法律上の権利の適用に際しては審尋を求める請求権が上位の憲法上の原理として顧慮されなければならない。ここで民事訴訟法が法的審尋を明示的に規定していなかったり、民事訴訟法の文言や体系によると、聴聞（審尋）がおこなわなければならないがそれ自身疑わしい限りで言えば、法的審尋の供与の義務が第一〇三条一項から直接生じると解される。民事訴訟法の中の欠缺は同条項を見て埋めることができるものであり、たとえ民事訴訟法の文言が、先ず第一に第一〇三条一項に合致しない方法で審尋を求める権利を否定したり、あるいは制限しているように見える場合であっても、場合によっては、憲法適合的解釈の方法で、審尋を求める権利を助けて成果を取得

させることができるという形で、第一〇三条一項が個々の具体的な民事訴訟法の規定を先導し、それを補充する機能を持つと説かれる。⁽¹²²⁾ 第一〇三条が、その規範的内容の実現に向けて、直接法律規定に対して影響力を及ぼすことが解釈によって可能とされている点が注目される。

(5) さて、法的審尋を求める請求権（以下法的審尋請求権という）は法律上の争いに関係する者が、裁判所の決定の前に、根底に存在する事情について、並びに、これに関して存在する法的状態について意見を述べる機会を与えられなければならないことを保障すると解される。しかし、この種の意見表明は、訴訟関係人が、広範囲にわたって訴訟の対象に関して情報を提供され、さらに決定に際して、判決を下す裁判所によって、その決定に際して、その上申したものが義務的に尊重されるところのみ有意義且つ実効的なものとなると説かれる。⁽¹²³⁾ 別の面からみれば意見表明の資格のあるものは、事実についての上申、その申請事項そして法的論述で以て裁判所の決定に影響力を及ぼすことができることを保障されなければならない。そして、訴訟手続の進行に促して今少し具体的に見るならば、裁判所の決定の前に事実の観点及び法的観点から決定的な事情について意見を述べる機会を与えられなければならないとされる訴訟当事者は、決定にとって重要な事情について、特に相手方の（訴答）書面、訴訟手続を通じて集められた証拠についての知識、その結果、裁判所自身が実施する、場合によってはあり得る捜査、並びに裁判所が裁判所にとつての既知の、あるいは明白なものとして基礎に置いている事実を与えられるということが前提条件であり、それらについて態度表明のための機会を持たなければならない。それゆえ、通例は、事前の聴聞（審尋）のみが有意義であり、その例外は、局限された前提条件の下でのみ許されるとされるのである。⁽¹²⁴⁾ そして前述のごとく、裁判所は、右の訴訟当事者の権利に対応して指摘義務及び情報提供義務を負うことになる。意見表明についての広範囲の権利に裁判所の義務が前もって、と同様にあとからも据えられている場合にのみ、意見表明権が空虚なものとなることを阻止することができる⁽¹²⁵⁾と説かれる。

(6) 右のような権利内容の前段階で、この意見表明権は、前述のごとく裁判所の情報提供義務と指摘義務によって保護され、また、訴訟関係者の意見表明に関連して当事者の申し出（上申）を承けて覚えておき、決定に際して考慮・検討する裁判所の義務が投入される。このように基本法第一〇三条一項の保護が、法律上の争いに関係する者の十分な情報の中で、意見を述べる可能性の中で、そして、決定に際して、この意見表明を尊重する裁判所の義務の中で実現されるという基本権実現の三つの段階という視座は既に先行業績によって紹介されているところである。(126) この法的審尋請求権の実現の三つの段階すべてが、手続基本権の保障領域によって包括されており、この三つの段階は、第一〇三条一項の保護が単純な聴取の保障よりさらに先へと進んでおり、手続関与者に裁判所の決定に効果的な影響力の行使を可能にすることを目標とするということをはっきりさせるものであると捉えられる。(127) 右の法的審尋請求権の実現の三つの段階のうち、第一段階として第一〇三条一項から、訴訟関係者の情報を求める権利が導かれ、この権利に裁判所の情報提供義務が対応する。

第一〇三条一項は、その保護目的に対応して、法的審尋を基本法第九二条の意味での裁判官の前での手続においてのみ供与されるとされる。また、その時々の手続法律において、聴聞（審尋）が規定されているかどうかにかかわらずに顧慮されるという意味で、第一〇三条一項の直接の適用が認められるとされる。(128)

情報を求める権利は、第二段階の意見表明を求める権利と密接に結びつけられているので、法的審尋請求権には書類の閲覧可能性もまた、その権利内容の一部である。ここで情報とは内容的に訴訟の事実資料全体を包括し、さらにそれを越えて、訴訟に関する決定及び一般的に裁判所の手続そのものにも及ぶし、ほかに召喚と公示に関する訴訟法上の規定、なかならず送達義務並びに裁判所の指摘義務に関する諸規定が情報提供義務の実現に仕えるものと捉えられる。裁判所は、原則としてその法解釈を指示することを義務づけられるわけではなく、また連邦憲法裁判所の判例に依れば（VerfGE 54, 100 (117) など）、第一〇三条第一項から裁判所のいかなる質問義務及び説明義務

務も生じないと解されており、したがって単に裁判官が通常の手続法の指摘義務に従わないがゆえにだけでは、手続基本権が侵害されることにならないとされる。このことは、(関連) 文献においても、もはや異論はないという。⁽¹²⁹⁾

しかし、第一〇三条二項は不意打ちの決定を禁止しているということは一般に承認されている。したがって、連邦憲法裁判所の判例に依れば (BVerfGE 108, 341 (345ff.))、仮に裁判所がその法解釈を述べたところでは、それと矛盾して下される決定は一定の状況において、この意味でそこから予期しない(不意打ちの) 決定に対する保護が取り出されるところの第一〇三条一項に違反すると評される。それゆえ裁判所は、一定の前提条件の下では、たとえば当事者のそれ以上の事実の申述が必要となる場合、あるいは当事者がそれについて述べるのが法的にできなかった場合には、例外的に、裁判所の法解釈を指示することが義務づけられるという。⁽¹³⁰⁾

他方、刑事手続においては、被告人に刑事手続を通じて特別な方法で関わる彼の自由権及び人格権の防御を保障するために、ドイツ刑事訴訟法第二〇〇条、二六五条に従って予定されている指摘は、同時に基本法第一〇三条一項の保障内容に包括されてしかるべきであると解される。⁽¹³¹⁾ 因みに、この法治国家的関心事の意義はヨーロッパ人權規約 (EMRK) 第六条三項 a 文によって確認されているところであり、それは被告人に対して非難された事情の法的な評価に関して、正確に且つ完全に情報を提供される権利を与えている。このように刑事手続のような特殊な状況において、第一〇三条一項から被告人の権利の防御の前提として、彼に向けられた責任追及について情報を提供すべき(国家の) 義務がその帰結として導き出される。さらにそれに加えて、被告人には刑事手続においても、書類の閲覧を求める権利が当然に与えられると解され、また、連邦憲法裁判所の判例に依れば、公正な手続を求める請求権との関連で、第一〇三条一項から同様に右の権利を越えて、刑事手続における被告人の出席を求める権利が結果として生ずるといふ。⁽¹³²⁾ ただ、書類閲覧については、別の保護利益の要件によって制約され、また刑事手続

への出席については、同様に一定の前提条件の下に制約を受け入れやすい権利と捉えられる。

(7) 法的審尋請求権の実現の第二段階は、意見表明の権利であり、基本法第一〇三条一項は、審尋の権利のある者が法律上の争いの対象について、決定の公表の前に、事実的及び法的観点から詳しく述べる権利、そして証拠調べ及び法的状況に対してその立場を明らかにし、並びに申請することができる権利を保障する。⁽¹³⁾ただ、これに関する意見表明義務は存在しないと解される。第一〇三条一項は権利にのみ関知しており、その義務には関知していない。また、この権利は事情にふさわしい、且つ決定に対する実効的な影響力の行使を可能にする方法で与えられなければならないとされる。⁽¹⁴⁾さらに内容については、裁判所の決定について、訴訟当事者自身の意見に従えば、重要であるものすべてが原理的に申し述べることができ、内容的な制限はなく、その際に前述のように申請する権利も含まれると解される。

意見表明の形式については、意見表明の特定の形式を求める権利は原則として存在しない。直接的な証拠調べ、口頭による討論あるいは対人的な聴聞を求める権利が存在するわけではない。一般的には原則として書面による意見表明の可能性が確保されていれば十分であると解されている。第一〇三条一項の規定からは、憲法上強制的な聴聞の口頭性についてのいかなる義務も導き出すことはできないと解されているので、口頭の討論は、第一〇三条一項によって要求される最小限の要求には数え入れられず、したがって、法律上予定されている口頭の討論の不履行は、あらゆる場合において第一〇三条一項違反でもない。グラスホフに依れば、決定的なのは、訴訟関係人が、書面の手続において十分にその意見を表明することができるかどうかである。⁽¹⁵⁾

そのほか、意見を申し述べるための適度の時間が訴訟当事者の自由になること（期限の設定は許容される）、訴訟当事者には、言葉の上で意思を疎通させることが可能であること（場合によっては、通訳を手続に参加させることが必要である）などが要請される。

なお、第一〇三条一項は、手続の促進のために存在する排除指示（命令）（Praklusionsvorschrift）と原則として対立（矛盾）しないと解されている。この排除指示は、訴訟当事者が事実の申し出のための十分な機会を有責に利用せず、そのことによつて、裁判所による規則どおりの訴訟指揮にもかかわらず、手続が遅延させられる場合には、この指示が手続促進義務に対する有責の違反に制裁を加えることができるというものである。この指示は、有責の怠慢にのみ関係づけることが許され、したがって、その例外的性格が顧慮されるように処理されなければならないとされる。⁽¹³⁶⁾ シュミット・アスマンに依れば、このように第一〇三条一項は、法律によつて攻撃防御方法の排除、抗弁（権）の排除に関する指示（の制度）を導入することを禁止していないと解される。そのような指示が、手続の促進に仕え、それゆえ、正当な法治国家的目的を追求するものであるからである。また、シュミット・アスマンの指摘するところに依れば、この指示によつて確かに法的訴追や法的防御は制約される。そのうえ、排除指示は、実体的に正しい決定についての努力にとつて不利な影響をもたらす可能性がある。そのことから連邦憲法裁判所がその絶え間ない判決の中で、この排除指示が前述のように、「厳格な例外的性格」をもつことを推論していると説く。

(137)

さらに、刑事手続においてさえも、刑事被告人が刑事事件の公判を妨げるために、その審理される能力の欠如をもたらした場合には、緊密に制限された前提条件の下に、被告人の不在の中で公判が実施され、あるいは続行されることが可能とされる（ドイツ刑事訴訟法 §231a）ことも指摘される。⁽¹³⁸⁾ 同旨のことは、法的審尋は、自己責任による、信用における態度表明の可能性が存在する場合にのみ与えられるのであるから、訴訟において（本人だと知られないまま）訴訟能力がなく、そして全権を委任された弁護士によつて代理されていない者は、法的審尋を付与されないとの説明にも表われている。⁽¹³⁹⁾

(8) 基本法第一〇三条一項の保障領域の第三段階を構成するのは、訴訟関係者の意見表明の権利に連結する裁判

所の義務、すなわち、裁判所の文書閲読とその考慮（検討）義務である。裁判所は、その手続に従事させられた裁判官を通じて、手続関与者の論述を確かに承知した旨を明らかにし、それを考慮（検討）しなければならない。このように訴訟当事者がその意見を陳述した時は、その申し述べたことを心に留め、裁判所の決定に際して考慮（検討）することを義務づけられ、この義務が第三段階で第一〇三条一項から読み取られる。閲読し考慮したことは裁判所の決定の理由の中で明らかにされなければならない。この理由づけの義務も第一〇三条一項から導き出され、また、この理由づけには、最小限の論拠を示すことが要求される。というのは、訴訟関係者は、彼の申し出が考慮されているかどうかを理由づけが示される場合にのみ認識することができ、また、裁判所のこの最小限の論拠によって、核心的な決定理由を跡づけることができると考えられているからである。⁽⁴⁰⁾そして、裁判所の決定自体は、それは訴訟関係者がそれについて意見を述べることができなかつた事実あるいは証拠調べの結果に依拠している場合には違法と評価される。マウラーに依れば、意見聴取義務は、いわゆる利用禁止（Verwertungsverbot）に対応している。法的審尋は、特に不意打ちの決定から訴訟当事者を防護すべき立場にある。⁽⁴¹⁾

(9) 右の閲読・考慮義務は、事実的及び法的な観点から受け入れることのできる、そして重大な申立ての全体に関連がある。ただ裁判所が法的訴追及び法的防御にとつて重要な申立てに取り組むことは勿論必要であるが、すべての申立て、本筋をそれた申立て（ならなおのこと）に立ち入らなければならないというわけではない。基本法第一〇三条一項は、申立てが形式的な、あるいは実体的な権利上の理由から考慮されなままになることから防護する機能を持つものでないとされる。考慮（検討）義務は、事実の主張あるいは提議申立てが、法的根拠から顧慮されない範囲内で（だけ）存在しない。⁽⁴²⁾

すなわち、意見表明と動議・提案は、それが実体法の根拠から重大でない判断されるか、あるいは訴訟に関する規定がそれを考慮しないことを予定しているがゆえに、考慮されないことがある。争訟の決定にとつて法的に重

要でない事実に関する証拠の申し出あるいは実質的内容のない申立て、裁判所がZPO第二八七条に基づいて問わな
いことができるところの申請された証拠調べなどが、その例として挙げられる。⁽¹⁴³⁾ そのような訴訟に関する規定は
傾聴に関連した(重要な)訴訟法(Gehörsrelevantes Prozedrecht)という概念の下に統合され、これらの規定は、法
的審尋の原則が立法者による具体的な仕上げを必要とするということから、しばしば第一〇三条一項に必要とされ
る法律による仕上げの一部とされる。

(なお、右の法的審尋の原則の目的(法治国家が機能を果たす能力を保護する)が基本法第一〇三条一項で以て、
先ず客観法上の手続原理によって追及されるためには、手続権の規範的仕上げが要求されると共に、個々の裁判所
の手続が訴訟関係者に、手続とその結果に対する最小限の影響力の行使を保障することが要求されることとなり、
このために、この原則は立法者の具体的な仕上げを必要とするのである。そして、この立法者による仕上げを必要
とするのは、前記の三つの段階のすべての保障領域であり、法的審尋の保証の法律による仕上げは、特に手続遅延
の阻止、手続を長引かせることを阻止することに仕えるような限界を設けることや制限することにやむを得ず立ち
至ることになる。ただ、除外期間の規範化や当事者申立ての排除、欠席判決の許可などの制限は、第一〇三条一項
の法治国家的機能を見失ってはならず、このことを顧慮して、その制限は、権利を追求する者にとつて、ふさわし
く且つ必要で、また要求しうるものでなければならぬ。このような前提条件が満たされていれば、法律上の規律
が訴訟当事者の申立てを排除する場合に、第一〇三条一項の保護領域が言及されることはないと言われる。⁽¹⁴⁴⁾

(10) 他方、裁判官の考慮義務に焦点をあてると、決定を下すための裁判官による訴訟資料の実体法上の審査に従
えば、それが問題であり、重要であるところの訴訟当事者の上申のみが、はじめから第一〇三条一項の保護範囲に
よって包括されると説かれる。⁽¹⁴⁵⁾ そのことから、その重大さの審査は、この手続基本権の保護領域に直接関係する
ものではなく、裁判官が実体法上重大であると評価しないがゆえに、申立てを考慮しない場合には、これについて

第一〇三条の手続基本権は、言及されない、という帰結が出てくる。そうすると、（逆に）裁判官が、その申立てを法的に重大であると判断するものの、訴訟法の根拠から、それを考慮しないとすれば、第一〇三条一項の保護領域は打撃を与えられることになる。しかし、グラスホフに依れば、いずれにせよ、憲法上危惧する必要のないような訴訟法が正しく適用されている場合には、手続基本権は侵害されていないとされる。⁽¹⁴⁶⁾これに対して、訴訟法の間違った適用の場合には、このことが同時に、どの点において第一〇三条一項に違反するのか、あるいは、恣意についての限界が越えられている場合に初めて、通常法の間違った適用が重大になるかどうかという問題が出されることになる。この問題に関しては、さらにそれを越えて、この場合、どのような基準となる規範が関連するのかが、明らかにされなければならない。すなわち第一〇三条一項が特別の規律（規制）として問題になるのか、あるいは、さもなければ、さらに付け加えて第三条一項が問題になるのか、という問いも発せられるという。訴訟法のみに対する違反と基本法第一〇三条一項に対する違反であるものとの間の明確で実用的な境界は欠けているとされ、マウラーが指摘するように、この問題の解決は、なお望ましいもの（*Desiderat*）であるといわれる。⁽¹⁴⁷⁾

いずれにせよ、聴聞に関連した手続法の適用は、第一〇三条一項の保護領域に直接関係するものではあるけれども、他の通常法の適用の場合と全く同様に、わずかの統制の強さを用いることは問題にならないと解される。というのは、他方で、聴聞に関連した手続法のあらゆる間違った適用が同時に第一〇三条一項の違反とは限らないということについては、誰もが賛同しているとされるからである。すなわち、前記のごとく、法的審尋の最小限の前提条件が与えられている場合、それゆえ訴訟当事者が自身の責任で、意見表明のための十分な機会を利用しなかった場合、既に申立ての却下を許容する訴訟法上の規範が存在する、と説かれる。⁽¹⁴⁸⁾

右のように、権利者に対して、意見表明のための機会をのばしたことに對する比較的ほんのわずかの落ち度とがめられうる場合には、第一〇三条一項の保護は原則として既に考慮されない。したがって、そのような第一〇三

一条一項によって要求されないような前提条件を裁判官が間違つて適用したとしても、このことは、もはや第一〇三条一項の直接的な保護領域の中にはないと解される。それは、通常法上の誤りにのみかわる問題とされるのである。第一〇三条一項が侵害されるのは、裁判官が、具体的な訴訟状況の中で、訴訟に関連した手続法の適用に際して、憲法上保障された法的審尋の絶対に必要な（不可欠の）基準の一部を失わせた場合であり、そのような場合に初めて、第一〇三条一項が侵害されているといえる」と解される。⁽¹⁴⁹⁾

なお、前述のように審尋の問題には恣意（的）適用との関係で、基本法第三条一項が関わることになる。すなわち、前記前提条件が存在し、さらにそれを越えて聴聞（審尋）に関連する手続法の間違った適用が恣意的であるならば、いずれにせよ、第一〇三条一項もまた侵害されていることになるが、その際この規範が、その点では、第三条一項との関係において特別法であるかどうかは決着がついていないままであるとされ、連邦憲法裁判所（第二部）の一連の決定が、第三条一項を適用しつつ、同時にそこに第一〇三条一項に対する違反も存在するかどうかは未決定のままであることが例として挙げられる。しかし、グラスホフに依ると、今日、第一〇三条一項の適用可能性は、もはや未解決のままにされることはできず、そのことは、特に第一〇三条一項の侵害の訂正を特別に認める聴聞異議（Anhörungsritze）という法的救済に目を向けると認められるという。したがって、第一〇三条一項は、第三条一項に比べてより良き権利保護の可能性を供与することになる。⁽¹⁵⁰⁾

(11)（介入・限界） さて前述のごとく、基本法第一〇三条は法律の留保を含んでいないので、前記権利保護請求権と同様に立法者による具体的な仕上げを必要とし、特に時間の観点から手続の促進のために、境界線を引き、制限を課すことに至ることは必定であることは既に触れたところである。勿論、法的審尋を完全に排除することは、原則として許されず、そのような排除は、いわゆる「利用禁止（Verwertungsverbot）」を根拠づけることになる。⁽¹⁵¹⁾ただ、このような法的審尋への排除は、それが訴訟関係人の利益になる場合には、何か違ったことが妥当すると解

される。換言すれば、法的審尋への介入、あるいはその侵害は、それを正当化する根拠を単に法的審尋と利害が衝突する憲法（規定）を介してのみ見出すとされる。グラスホフに依れば、これについては先ず第一に法的安定性及び司法の機能を果たす能力が考慮に値する。尤も第一〇三条一項の保護領域の必要不可欠な法律上の具体的仕上げが既に、この法治国家的利益に方向づけられている場合には、その点までは、なお、それを越えていく介入は厳密な局限された境界の中でのみ正当化されうるといふ。⁽¹⁵²⁾

右の法的審尋の排除について、先ず関係を有する申立ての相手方（敵対者）が決定の発布の前に（意見を）聴取されなければならない場合に、その特別の目的が実現されえないところの裁判所の手続が挙げられる。グラスホフに依れば、そのことは不意打ちの効果を伴ってはじめて成功が見込まれるような刑法上の捜査手続における措置（処分）、たとえば、逮捕状の発給、捜索の命令、差し押えあるいは遠距離通信の監視のような措置に当てはまるだけでなく、他の場合には、債務者が彼の利用できる資産を隠匿する機会を与えられる場合に強制執行手続における裁判官の決定にもまた当てはまるといふ。（結局）さしあたりの（仮の）権利保護の手続においてもまた保護の誘因（きっかけ）が比較的かくもさし迫ったものでありうるため、訴訟関係者が前もって聴取されなければならなかった場合には、命令されるべき保護措置が遅れるということがあろうとも説かれる。⁽¹⁵³⁾

(2) 以上のような事態においては、司法の機能を果たす能力のあることという視点から、事前の聴聞を見合わせることを基本法第一〇三条は許容すると解される。そのような事件の形式にあつては、基本権類似の権利の制限は、他の憲法上の利益、たとえば、連邦憲法裁判所の裁判において承認されたところの効果的な刑事訴追あるいは実効的な権利保護を求める権利への要求などの利益を貫徹するために適当且つ必要であることが理由とされる。手続法が事前の聴聞を明示的に許容している事例もあるという。さらにグラスホフに依れば、その他の点でも、これを越えて、そのつど手続の法治国家的に方向づけられた決定、そして、義務による裁判官の裁量に従つて、あらゆる

事情を十分に考慮して下される決定もみられる。(154)

他方、法的審尋の排除ないし制限が訴訟関係者の利益になる場合の例として、しばしば取り上げられるのが、いわゆる「イン・カメラ審理」である。この手続においては、原告ではなくて、少なくとも裁判所が申立てによる機密保持を必要とする書類等に目を通すことができるという法的審尋の制限によって、初めて且つその制限によってのみ、基本法第一九条四項によって保障される権利保護が可能になるという考慮が根底にある。訴訟関係者の利益あるいは実効的な権利保護という視点については、既に連邦憲法裁判所が、いわゆる「イン・カメラ決定」(Bayerische 101, 106(130))において詳しく説明したところが注目されてきた。右の一九九九年一月二七日の第一法廷決定は、提起された憲法訴願に対して、二つの点について判示している。すなわち、第一に行政裁判所法第九九条一項、二項の規定は、それが、その中で実効的な権利保護の供与が、行政文書を承知していることに依存しているような手続においてもまた裁判所への書類の提出を排除する限りにおいて、憲法第一九条四項と相入れないこと、第二に、行政裁判所法第一〇〇条一項による訴訟当事者の書類閲覧権の制限は、この制限によって初めて基本法第一九条四項によって要求される実効的な権利保護が可能にされ得る場合には、基本法第一〇三条一項と両立しうること、以上の二点の説示である。

本来、法的審尋は「イン・カメラ審理」を拒否するためのやむを得ない理由として措定されるが、右の決定が述べるように、裁判所が権利保護要求を事実的及び法的観点から審査することができ、さし迫った権利侵害を阻止するために、そして行われた権利侵害を排除するために、十分な決定権限を持っていることは、権利保護の実効性の一部である。そして、それが知れ渡ることが連邦やドイツのラントの福祉に不利益をもたらす(関係)書類を秘密にしておくことは、公共の福祉の正当な関心事である。さらに特定の書類を秘密にしておくことの利益と、訴訟関係者の権利保護請求権は、特に秘密にしておく義務の下で、具体的な事件において、情報の拒否の法律上の

前提条件が満たされているかどうかを審査する裁判所に書類が提出されることによって、よりよく調和させられると説かれる。裁判所での文書の閲覧が制限されたままであるということによって、秘密にしておくことの必要が顧慮されるであろうという。

法的審尋を求める基本権は、右のような訴訟形態と対立しないとされ、法的審尋は、このような運営が実質的な根拠によって十分に正当化されている場合には、制限されうると説かれるが、問題は実質的な根拠とは何かということである。本決定においては、行政裁判所の手続において、まさに「イン・カメラ審理」を見合わせる事が、法的審尋の制限よりもかなり影響力が大きい個人権保護の低下に到達することになる点が、そのような根拠の所在として提示されている。この場合、閲読の可能性が権利を追求する者にだけでなく、裁判所にも欠けている。が、基本法第一九条四項によって保障される実効的な権利保護が、事実を秘密にしておくことを必要とする事件におけるように、法的審尋の制限によって初めて可能になるとしたら、そのことに結びつけられる利益、すなわち、いずれにせよ裁判所が全部そろった書類（の内容）を知っており、この知識を基礎として結論に到達することができること、そして、秘密にしておく利益が存在しない、あるいは優っていないこと、という利益の中に十分な実質的な根拠が存すると説かれる。以上のような理由づけで、同決定において、立法者は行政裁判所法の当該規定につき、二〇〇一年二月三十一日までに憲法に適合した状態を作り出すことを義務づけられている。因みに、グラースホフは、右のような理由づけは、得心させるものであると評している。⁽¹⁵⁾

(13) 一般に法的審尋の拒絶は、例外的に少なくとも部分的に認められ、そのことによる法的審尋の侵害は、それが訴訟関係者の人格権あるいは健全さの保護のために必要である場合、そしてその場合に限り正当化することができる⁽¹⁶⁾とされてきた。その中であって、右のように、秘密にしておくことの利益が法的審尋の削減へのきっかけ（動機）を与えることがある。この法的審尋の保障は、周知のように、裁判所に対して訴訟の一方当事者から述べられ

た、裁判所の決定にとつて重要なすべての事実及びすべての証明手段が、他方当事者にも公表されることを原則として要求する。

そこで、ドイツ連邦憲法裁判所の法廷の決定の中には、逆にプレスの情報利益を秘密にしておくことの利益に優先させた例、すなわち基本法第五条一項及びそこで保護されているプレスの情報利益から、土地登記所及び裁判所の手を借りて、登記簿の中に登録された所有者に対する他人にはもたしてはならない調査を遂行することができる権利が導き出されている例がある。⁽¹⁵⁷⁾基本法第一〇三条一項は、その時々の手続法律において聴聞が規定されているかどうかということから独立して、顧慮されなければならないと説かれるが、右の例は、正式の訴訟当事者の地位を有し、第三者がその都度の手続に法的且つ直接的に関係する場合にも、しばしば第一〇三条一項が直接適用される例として挙げられる。⁽¹⁵⁸⁾この決定の評定は、具体的な嫌疑の提出に際しての刑法上の調査に当てはまることころのはるかに限局された前提条件と相入れないとの評価もあり、必ずしもドイツ公法学説の賛同するところではない。⁽¹⁵⁹⁾

なお、秘密にしておくことの利益は、前記の行政裁判所法第九九条、第一〇〇条に関わる行政裁判所の手続において存在するだけではない。行政部は秘密にしておくことの利益を、特定の文書をめぐって引き合いに出すが、このような利益は、民事訴訟においても、刑事手続においても存在する。前者にあつては私的利益が、たとえば原告が競争相手に対して、売却された商品に関する計算書作成を求める請求権を持つとすると、そのことによつて初めて計算書作成の正しさの再検討が可能であろうから、しばしば、この請求権の合法的な実現は原告に、買い取り人と競争相手の取引関係を公開するという文脈で検討され、後者にあつては、公的利益が、たとえば証人として尋問されなければならない（秘密の）情報提供者の本人であること、および居所を秘密にしておくことへの国家の利益が存在するという文脈で検討されることになる。⁽¹⁶⁰⁾そして「イン・カメラ審理」の拒否のためのやむを得ない理由

として法的審尋請求権が位置づけられ、この「イン・カメラ審理」の例外的な許可、容認の根拠として実効的な権利保護が対応させられることは、前述の通りである。

14)（違反）最後に基本法第一〇三条一項に対する違反に目を転ずると、前述のごとく、あらゆる違反が第一〇三条を侵害するわけではないし、違反は治癒されうる。

先ず、基本法第一〇三条一項に対する違反が確認される場合でも、手続基本権が、必然的にさっそく侵害されるわけではないとされる。この基本権類似の保障の機能（作用）は、違反が治癒されうることを許容するのであり、さらに法的審尋の拒絶が裁判所の決定の結果に影響を与えたかもしれない場合にのみ、手続基本権を侵害されていると見なすことが第一〇三条一項の保護目的に適合すると解される。また、最初に無視された申立てが、なお追加の手続あるいは上訴において埋め合わされて、顧慮されうるならば、法的審尋を許可しないことよって、実効的な権利保護は結果において侵害されないとされるので、その場合には、決着をつける決定は、当事者の事実上の上の閲覧あるいは考慮が欠けていることがその理由であるところの手続の誤り（欠点）なく下されるということになる。こうして、このことよって法的審尋違反は治癒され（矯正される）。そしてそのような治癒は、原則として専門裁判所の聴聞異議手続の枠組みの中でも可能とされる。⁽¹⁶⁾

さらに、法的審尋を供与する義務は、それ自体要求される訴訟関係者の聴聞が、彼にとつてより有利な決定に行き着いてしまうことが除外されて不可能にされうる場合にも、実効的な権利保護を侵害しないとされる。このように審尋違反が、いかなる権利保護の不都合もたらさないとすることが確定しているならば、決定はその違反に依拠しない。つまり、その決定は違憲ではなくそれゆえ破棄されえない。その状況は、たとえば決定の結果が二つの独立した理由づけの過程で得られ、法的審尋がその理由づけのうちの一つの理由づけとの関連でのみ、与えられな

かつた場合にも存在するという。(162)

(15) 右のような裁判所における法的審尋違反に見られるように、すなわち基本法第一〇三条一項は、グラスホフに依れば、最も頻繁に侵害される憲法上の保障として位置づけられている。(163) その為か、法的審尋の違反をとがめる憲法訴訟の数が並はずれて大きいとの指摘も存する。(164)

さらにグラスホフに依れば、法的審尋に対する典型的な違反事例は、二つの事例グループに区別されうるといふ。第一〇三条一項から生ずる裁判所の幾重もの義務は、特にうっかりしての間違ひから起こって、顧慮されず無視されるということが起こりやすいと説かれる。

先ず第一の類型は右のようなうっかりの違反であり、グラスホフや連邦憲法裁判所は、このようなうっかりしての違反を「思いがけない事故の場合 (Pannentalle)」ないし「事故の場合 (Pannent)」と呼んでおり、また、学説は、それに依拠して、その時々々の事件において法的救済あるいは上訴が予定されていないことのために、これについて権限を備えた上位の専門裁判所による除去が不成功に終わった場合に、連邦憲法裁判所が、憲法訴訟に関して果たさなければならない「思いがけない事故の救援 (Pannentilfe)」という言葉を用いているという。(165) この第一の類型の事例としては、裁判官が、たとえば、引き受けた職務上の情報を訴訟当事者に知らせることを忘れるとか、あるいは、事実の主張あるいは証拠提出を見落とすなどの事例が挙げられる。これらの手抜かりは、しばしば裁判官にさえその責任を負わせられるのではなくて(裁判所の)書記課に負わされるようである。この点に関連して、二〇〇三年四月三〇日の連邦憲法裁判所合同部の決定に依拠して聴聞異議法が制定され、特別の法的救済が用意され、第一審裁判所の聴聞(審尋)違反の「自己訂正」が可能になったことは既に触れた。

続いて法的審尋に対する典型的な違反の第二の類型に目を転じると、この事例においては、法的審尋に対する違反は、裁判官の意識的な行動によって起こるとされる。そして、その際、裁判官は、たとえば第一〇三条一項の憲

法上の要求を誤解しているか、あるいは審尋に関連した訴訟法を誤って検討はずれの適用をするという態様が第二の類型の具体的な事例として挙げられる。⁽¹⁶⁷⁾

以上のように、法律上の争いの過程の中で、法的審尋を求める請求権を侵害する起こりうる多様な方法やそれがうっかりした（審尋）違反を起こしやすきこと、そして、多様な審尋供与に対する動機（きっかけ）に目を向けると、憲法訴訟に際しての法的審尋違反の意義が、最もしばしば提起される連邦憲法裁判所に対する異議であるということは不思議には思われまいという。ただ、この必然的に、しばしば連邦憲法裁判所が行う第一〇三条一項に対する違反の審査は、五つの専門裁判権のすべてが控訴審、上告審として抗告（憲法訴訟）審の教えきれない決定において、聴取に関連する手続規定に対する違反の故に決定を破棄し、あるいは審級（所轄）裁判所が、そのほかに議論の余地のない決定に際して、聴聞異議手続自体において、法的審尋に対する違反の誤りを正すということを考慮に入れるならば、連邦憲法裁判所の審査は、単に「氷山の一角」と見なされうるにすぎないとも指摘される。そのことよって法的審尋の原則の侵害は、たしかに専門裁判権において最もよく起こる違反でもあるとされる。⁽¹⁶⁷⁾したがって、グラスホフが述べるように、法治国家が、与えられた任務、機能を果たす能力があるということ、そしてそのことへの信頼のために、前記のような顧慮の統制、無視に対する制裁措置並びに第一〇三条一項の誤った拒否の訂正は、きわめて特別の重みを与えられることになり、またそのような誤りの除去があつて初めて手続において（意見を）聴取されるということを開くことになる。こうして、審尋違反の制裁と訂正についての訴訟法上の可能性が、この憲法上の保障の価値について、最終的に決定するのである。⁽¹⁶⁸⁾

なお、上位の審級裁判所あるいは連邦憲法裁判所が、基本法第一〇三条一項が裁判所の決定によつて侵害されているかどうかを審査しなければならない場合、このことは第一に、この手続保障から生ずる義務に対する裁判所の違反の確認を必要とする。そして、この審査は、通例は手続行為及び決定理由を手がかりにしてのみ可能であると

される。この裁判官のいわば第二次的な義務は、ここでの統制を容易にし、原則として以下のことを出発点とすることを許容する。すなわち、裁判所が当事者の申立てを聞きおいて、考慮したということ、したがって第一〇三条一項に対する違反は、裁判所が、この義務を履行していないということ、明確に判明する場合にのみ確認することができるということを出発点とすることを許容する。そして、この審査行為にあつては前記の法的審尋から導き出される理由づけの義務 (Begründungspflicht) の意義がここに現れることになる。すなわち、裁判所が決定理由の中で、訴訟手続にとって中心的な意義を持つ問題についての事実の上申の本質的な核心をなす上申に言及していない場合には、第一〇三条一項に基づいている義務に対する違反を公にする状況がそこに存在するということ。(16) 前述のごとく、訴訟関係者は、自身の申し出が考慮されているかどうかを、裁判所の決定に理由づけが示されている場合にのみ認識することができ、裁判所の最小限の論証によって、核心的な決定理由を跡づけることが可能になると考えられること、そして、訴訟関係者が意見を述べることができなかつた事実や証拠結果に裁判所の決定が依拠した場合には、いわゆる利用禁止の原則に反し、違法と評価されることを前提にすると、訴訟関係者にとって裁判所の決定理由の持つ意義は決して小さくない。

四、おわりに（結びに代えて）

以上、ドイツの基本法第一〇三条一項が保障する法的審尋請求権の保障を中心に、連邦憲法裁判所の判例並びにドイツ公法学、訴訟法学の理論的対応に焦点を当てて考察してきたが、ここで得られた知見は日本の公法学、訴訟法学にあつては一応受容され、積極的な理解が示されているところであるが、裁判所の訴訟実務の場においては、必ずしも正面から受け入れられ、援用されているわけではない。しかし、これまでの考察においても紹介したよう

に、ドイツにおける法的審尋請求権の保障については、基本法（憲法）以下、実定法上の明文の保障規定があるにもかかわらず、頻繁に同請求権が裁判所の手続において侵害されているのが現状である。まして、そのような実定法上の根拠規定がなく、また、人間の尊厳の保障という観念の稀薄な日本にあっては、訴訟当事者に対する実質的な手続違反は、さらに広範囲に行われている可能性が推定され、訴訟当事者が被る不利益は、ドイツにおけるより、さらに大きいと考えられる。

そこで、日本における法的審尋請求権の保障の実現に、どのような立場に立つて取り組むべきかという課題を考えた場合に、アプローチの在り方としては、以下のように段階を踏んで成果を積み重ねていくことによって、同請求権の保障の憲法上のその実現に結びつけることが肝要ではないかと思われる。

すなわち、第一段階として、法的審尋請求権の保障に関する明文規定を訴訟法（律）の中に組み入れる。ドイツでは、基本法第一〇三条一項は、その時々の手続法律において聴聞が規定されているかどうかということから独立して顧慮されると解されているが、⁽¹⁷⁾日本においては、同請求権の保障の憲法的意義について判例、学説、裁判実務の十分な理解が得られたならば、第二段階として、この請求権保障を憲法上の保障として憲法規定に明記することを追求し、そのことを目標として理論的並びに事実的な成果を積み上げていくべきものと思われる。現在のよう
に法的審尋請求権の保障の貫徹が裁判官による訴訟運営、訴訟指揮の展開に委ねられている日本の現状にあっては、ドイツの場合以上に、裁判官の過失によるうっかりしての間違い、自覚的な間違いが起こりうることを銘記すべきである。手続基本権の保障にとって、「訴訟原則の憲法化」の効用は決して小さくない。⁽¹⁷⁾そして、この追求の作業は、本稿筆者の課題でもある。

(註)

- (1) 宇都宮『司法権の觀念』論(再統)(十四)——司法の機能の原点到立返って——愛媛法学会雑誌第三十四卷第一・二(合併号(二〇〇七)二二五頁参照。
- (2) 高田裕成「訴訟と非訟」伊藤 眞・山本和彦編・民事訴訟法の争点一四頁参照。
- (3) 本間靖規「家事審判と手続保障」吉村徳重先生古稀記念論文集・弁論と証拠調べの理論と実践(二〇〇二)一一〇頁以下参照。同「手続保障論の課題——審尋請求権を中心に」(シンポジウム)「民事裁判の審理における基本原則の再検討」民事訴訟雑誌第五七号(二〇一一)一一〇頁以下
- (4) 伊藤眞・民事訴訟法(第三版補訂版)(二〇〇五)年一一頁参照。
- (5) 山本和彦「手続保障再考——実質的手続保障と迅速訴訟手続——」井上治典教授追悼・民事紛争と手続理論の現在(二〇〇八)五一頁参照。
- (6) 林道晴「第八章 決定手続における対審審理による手続保障」高橋宏志・加藤新太郎〔編集〕実務民事訴訟講座(第三期)第三卷民事訴訟の審理・裁判(二〇一一)二二二頁参照。
- (7) 小島武司「裁判請求権」ジュリスト六三八号(一九七七)三七五頁参照。
- (8) 判例時報二〇一一号一一七頁〔解説〕参照。
- (9) 高田裕成・前掲論文「訴訟と非訟」四頁参照。
- (10) 竹下守夫「家事審判法改正の課題」家庭裁判月報第六一卷第一号(二〇〇九)七二頁参照。
- (11) 竹下守夫・前掲論文七三頁参照。
- (12) (12 a) 林道晴・前掲論文二二二頁参照。
- (13) 林道晴・前掲論文二二二頁参照。

- (14) 高田裕成「家事審判手続における手続保障の輪郭」判例タイムズ二二三七号（二〇〇七）四三頁は、憲法上の権利であることの意味を次のように説明する。「ドイツ法では、憲法上の権利（基本権）であることは、通常の不服申立てが尽くした場合にも不服申立てをすることができることを意味した。これが憲法上の権利性を肯定する法技術的な意義であり、こうした帰結を肯定することに憲法上の権利という語彙を用いて議論することの意義を見出し出しているのである。」この第二の不服申立てが憲法異議（Verfassungsbeschwerde）の制度である。
- (15) 高田裕成・前掲論文四四頁参照。
- (16) 高田裕成・前掲論文「訴訟と非訟」一五頁参照。
- (17) 高田裕成・前掲論文「家事審判手続における手続保障論の輪郭」四四頁参照。
- (18) 高田裕成・前掲論文「訴訟と非訟」一五頁参照。
- (19) 前記平成二〇年決定について（多数意見は）「審尋請求権そのものを法律上の権利として認めたというよりも、むしろ、職権主義、裁量主義を基調とする家事審判手続においては、審尋請求権それ自体については否定的に解した上、一定の場合に、審理不尽あるいは裁量権の逸脱による手続の違法が問題となると考えたのではないかと推測され」、「最高裁は、少なくとも、家事審判手続については、明文規定にない審尋請求権なる権利が、憲法上あるいは法律上保障されているとされる見解とは一線を画しているように思われ」、「最高裁の立場は、少なくとも、家事審判手続においては、審尋請求権を否定する立場か、審尋請求権というものがあるとしても、その内容として、抗告状等の送達ないし送付を受ける権利までは包含されていないという見解である可能性がある。」と説明される。判例タイムズ二二三号二二六―二二七頁、石丸将利・解説・法曹時報六六巻五号二二七頁。
- (20) 加藤新太郎「抗告審の審理における手続保障」判例タイムズ一三七五号五六―五七頁。
- (21) 宇野聡・ジュリスト一四四〇号（平二三重判解）一三三頁。

- (22) 石丸・前掲一三〇—一三一
- (23) 加藤・前掲五七頁、石丸・前掲一三二頁。なお、非訟事件及び家事事件手続に関する全面的法改正の内容について、加藤・前掲五六頁、宇野・前掲一三三頁参照。
- (24) 宇野・前掲一三三頁、加藤・前掲五六頁註(二〇)は、これに賛同する。
- (25) 石丸・前掲一二七頁。
- (26) 安達栄司「本件批判」法律のひろば六五巻七号五五頁。
- (27) 民事訴訟法学説は審尋請求権をさらに細分化して、事後規範と事前規範、すなわち評価規範としての事後規範と行為規範としての事前規範とに分別し、前者は、前記のごとく通常の不服申立てが尽きた場合にも不服申立て(ドイツでは憲法異議)をすることができることを意味し、後者は裁判所が裁判(審判)にあたって防御権の行使の機会が保障されていない資料の利用をしてはならないという拘束を受けるとともに、裁判に先立って防御の機会を当事者に与えることが要求されるという意味において手続上の配慮をすることを義務づけられることになるという機能を發揮すると捉えている。高田裕成・前掲論文「家事審判手続における手続保障論の輪郭」四三頁参照。また、安念潤司「合憲限定解釈の『実技』・会社非訟事件を素材として」高橋和之先生古稀記念・現代立憲主義の諸相・上巻(二〇一三)四六三頁以下(とくに四六八頁以下)も参照。
- (28) Wolfgang Zöllner, *Materielles recht und Prozessrecht*, in: ACP, Band 190 (1990), Heft 5, S. 471 ff.
- (29) カール・ハイントツ・シュヴァープ「現代ドイツ民事訴訟法における権利保護請求権の再生」中田淳一先生還暦記念・民事訴訟の理論(上)(一九六九)三二二頁以下参照。
- (30) Zöllner, a. O. S. 471. そこに引用された次の文献も参照。Stein/Jonas/Schumann, *Kommentar zur ZPO*, 20. Aufl. 1977, Einl. E. 71 ff.

- (31) Zollner, a. a. O. S. 471.
- (32) Zollner, a. a. O. S. 486.
- (33) Arnd Uhle, §129 Rechtsstaatliche Prozeßgrundrechte und-grundsätze, in: Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V (2013), Rdnr. 9.
- (34) Uhle, a. a. O. Rdnr. 9.
- (35) Christoph Degenhart, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2. Aufl. (1996), §76 Gerichtsverfahren, Rdnr. II, ders. Band V, 3. Aufl. (2007), Rdnr. 21.
- (36) Degenhart, a. a. O. Rdnr. 1. 前項においても既に言及したところであるが、行政裁判権の領域について、この法治国家的機能は基本法第一九条四項の権利保護保障を通じて直接的に基本権として確定されている。そして、これによって公権力に対して実効的、包括的そして適時の市民の権利保護が実定的に要求されることになる。Degenhart, a. a. O. Rdnr. 2.
- (37) Uhle, a. a. O. Rdnr. 1. なお、日本の判例、学説の基本的アプローチの立場は、法治国家原理は言及することはあるものの、この原理が解釈論（あるいは立法論）を先導する役割を果たすには至っていない。この概念の特性が具体的なし具体的規範内容に乏しいからであろうか。しかしドイツでは、人間の尊厳の概念と同様に、法治国家原理は、憲法上の具体的な保障内容を導出し、帰結せしめる原理原則として機能している。この彼我の違いは、両国において、これまで積み上げられてきた法文化の違いに由来するのか、あるいはドイツ連邦憲法裁判所の解釈手法の基本的立場と日本の裁判所のそれとの違いに由来するのか、にわかに判定し難い。いわば不文憲法の存在の理解、認識度、また、それへのアクセスに積極的なドイツの判例、学説と制定法主義に制約ないし拘束された日本の裁判所との違いのみに収斂されない何かがそこに介在しているのかもしれない。不文憲法にどの程度、解釈基準（準則）としての存在意義を認めるか、問題は解釈論の次元にとどまらないのであろう。ここでドイツ憲法学理論における法治国家原理の意義、役割を今一度再

認識しておきたら、

- (38) Christoph Althammer, *Mindeststandards in Zivilprozess*, in: ZZR, 126. Band, Heft 1 (2013), S. 3 ff.
- (39) Uhle, a. a. O. Rdnr. 2.
- (40) H・J・パピヤーが、ヨーロッパ人権規約第六条一項の規定を、その時々々の国内の法秩序の中で想定されている民事及び刑事事件における裁判所の手続に關して、最小限の水準のみを保障したものと捉えたことについても前稿で触れた。宇都宮『司法権の概念』論(再続)(二)「愛媛法学会雑誌第二十三巻第四号(一九九七)五一頁参照。なお、Papier, §176, Justizgewährungsanspruch, Rdnr. 9-10, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts*, Band VIII 3, Aufl. (2010) も参照。
- (41) Uhle, a. a. O. Rdnr. 3.
- (42) Uhle, a. a. O. Rdnr. 4, Schmidt-Abmann, in: Mannz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 16.
- (43) Uhle, a. a. O. Rdnr. 5.
- (44) Schmidt-Abmann, a. a. O. Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 16.
- (45) Hartmut Maurer, *Rechtsstaatliches Prozessrecht*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2. Band (2001), S. 491.
- (46) シュワープも、正確には、司法(付与)請求権は我々の憲法に内在する法治国家原理から生ずるとした上で、結局のところ基本法第一条三項、第十九条四項、第二〇条、第二八条そして第九二条を参照するよう指示されるとする。Schwab, in: Rosenberg, Schwab, Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 15. Aufl. (1993), S. 14.
- (47) Schwab, a. a. O. S. 14.
- (48) Schmidt-Abmann, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts*, I (1987), §24, Rdnr. 71.
- (49) Steffen Detterbeck, *Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch*, in: Acp, 192 (1992), S. 328-329. ミンターベックは、司法付与請求権は憲法上も、そして通常法律上も保障されていると解する。そしてH・J・パピヤー

の所説に依拠しつつ、一般的な司法付与請求権と基本法第一九条四項の保障する特別の司法付与請求権との間の相違と共通点に言及しつつ、Detterbeck, a. a. O. S. 329, Fn. 19.

(50) BVerfGE 54, 277 (291) など。また、Maurer, a. a. O. S. 491. マウラーは、基本法第二条一項の制約留保が、司法付与請求権のより強い制約を正当化するかどうか、という問いを立て、これを否定に解している。Maurer, a. a. O. S. 493.

(51) Maurer, a. a. O. S. 468.

(52) Maurer, a. a. O. S. 492.

(53) Maurer, a. a. O. S. 475.

(54) マウラーに依れば、公法の領域における司法付与請求権（基本法第一九条四項）と民事法の領域における司法付与請求権との間を区別し、両請求権を「一般的司法請求権」という上位概念の下に統合することが、専門用語として考えられべき。Maurer, a. a. O. S. 492, Fn. 141.

(55) Uhle, a. a. O. Rdnr. 27.

(56) Detterbeck, a. a. O. S. 327.

(57) Detterbeck, a. a. O. S. 327, Fn. 15.

(58) Detterbeck, a. a. O. S. 328.

(59) Uhle, a. a. O. Rdnr. 28.

(60) Maurer, a. a. O. S. 493.

(19) Uhle, a. a. O. Rdnr. 29. Schmidt-Abmann, in: Maunz/Düing (Hrsg.), GG, Art. 19 Abs. 4, Rdnr. 17. とりわけ仲裁裁判所の手続の趣旨 (§1025ff. ZPO) が著しゆべき。

(29) Uhle, a. a. O. Rdnr. 30.

- (63) Maurer, a. a. O. S. 493.
- (64) H.-J. Papier, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. (2010), Rdnr. 16.
- (65) Uhle, a. a. O. Rdnr. 31., Papier, a. a. O. Rdnr. 16.
- (66) 例 275 BVerfGE 88, 118 (124).
- (67) Maurer, a. a. O. S. 493.
- (68) E. Schumann, in: Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl. (1984), Eml. III, Rdnr. 206.
- (69) Deterbeck, a. a. O. S. 332.
- (70) Adolf Wach, in: ZZP, Bd. 32 (1904), S. 1 ff.
- (71) 山本戸克己・民事訴訟理論の基礎的研究（昭和三六年）二頁参照。
- (72) 新堂幸司「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか」同・民事訴訟制度の役割（一九九三）一〇四頁以下参照。
- (73) Schwab, a. a. O. S. 14 f.
- (74) Deterbeck, a. a. O. S. 333.
- (75) デッターベックに依れば、連邦憲法裁判所は、たびたび憲法の権利保護請求権について言及しているが、しかし、その実質においては、それで以て司法付与請求権のことを指していると理解している。Deterbeck, a. a. O. S. 333.
- (76) Schwab, a. a. O. S. 15.
- (77) Schwab, a. a. O. S. 15.
- (78) Deterbeck, a. a. O. S. 333-334.
- (79) Schwab, a. a. O. 裁判所は確かに実体的権利に従って、法律への拘束に基づいて判決を下さなければならないが、しかし、国家に対しての請求権を、この裁判所の法律への拘束から導き出すことは、あまり意味がない。というのは、そのよう

- な請求権の相手は裁判所のみであろうし、他のいかなる機関も同請求権について決定し、それを充足することはできないだろうか」とシユワープは断ずる。なお、参照、E. Schunann, in: Stein-Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* 20. Aufl. (1984), S. 134 ff. (Rdnr. 214 ff.)
- (80) Deterbeck, a. a. O. S. 334.
- (81) デッターベックに依れば、裁判所が当事者に対して、内容的に正しい決定を下すことも義務づけられないというのであれば、それは法治国家的観点の下では耐え難いであろう。そのような視座の下で初めて基本権の中に表現された基本法の客観的な価値秩序、すなわち、実体的私法にも、そして民事訴訟法にも影響を及ぼし、それゆえに基本権として保証された個別的請求権を防護するところの客観的な価値秩序が顧慮されるという。
- (82) Deterbeck, a. a. O. S. 335.
- (83) 宇都宮・前掲（再続）（三）四四頁参照。
- (84) Deterbeck, a. a. O. S. 337.
- (85) BVerfGE 54, 277 (291).
- (86) Max Vollkommer, in: *Gedächtnisschrift R. Bruns*, 1980, S. 217-219, *Zöllner/Vollkommer, ZPO*, 17. Aufl. (1991), Einl. Rdnr. 51.
- (87) Deterbeck, a. a. O. S. 340. デッターベックは、権利保護請求権の理論の功績は、とりわけ独特の、訴訟に関する三角形の関係（司法付与請求権、訴訟物、そして権利保護請求権）の公法上の関連を具体的な形で理解させたという点に存すると観ている。また、ドイツにおいては、訴権といわゆる「司法行為請求権」を等置する見解が存するが（山本克己「当事者権」鈴木正裕先生古稀祝賀・民事訴訟法の史的展開（二〇〇二）八八頁註（36）参照）、前述のごとくデッターベックは、この訴権と権利保護請求権との同一視については学説上厳しく批判されているとして、同請求権の訴権からの仕切りについても指摘している。Deterbeck, a. a. O. S. 338-339.

- (88) Maurer, a. a. O. S. 477.
- (89) Maurer, a. a. O. S. 468-469, 493.
- (90) Maurer, a. a. O. S. 493.
- (16) Maurer, a. a. O. S. 494.
- (22) Maurer, a. a. O. S. 494.
- (93) Maurer, a. a. O. S. 494-495.
- (94) Maurer, a. a. O. S. 495.
- (95) Dieter Leibold, in: Stein-Jonas (Hrsg.) Kommentar zur Zivilprozessordnung 21. Aufl. (1994), S. 128, Rdnr. 63.
- (96) 福永有利「民事訴訟における憲法的保障」民事訴訟法の争点(シユリスト増刊・新法律学の争点シリーズ4、二〇〇九年)一頁参照。
- (97) Stern/Sachs, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1 (1988), S. 1472. なお、中野貞一郎「民事訴訟における憲法的保障」民事訴訟法の争点(新版、一九八八年)一三三頁参照。
- (98) Leibold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl. (2005), Rdnr. 3 ff.
- (98) Leibold, a. a. O. Rdnr. 8.
- (99) Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 101, Rdnr. 5-6.
- (10) Schmidt-Abmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103, Rdnr. 2-3, Karin Grabhof, a. a. O. Rdnr. 12.
- (10) Schmidt-Abmann, a. a. O. Rdnr. 4.
- (10) Schmidt-Abmann, a. a. O. Rdnr. 3, Grabhof, a. a. O. Rdnr. 16, 17, BVerfGE 55, I, 6, Leibold, a. a. O. Rdnr. 9.
- (104) Schmidt-Abmann, a. a. O. Rdnr. 3.

- (105) Grafhof, §133, Rechtliches Gehör, in: Merten/Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V (2013),
Ranr. 16, 17. Leipold, a. a. O. Rdnr. 12, Maurer, a. a. O. S. 497.
- (106) BVerfGE 9, 89 (95), 39, 156 (168).
- (107) Grafhof, a. a. O. Rdnr. 11.
- (108) BVerfGE 107, 395 (409). 連邦憲法裁判所は法的審尋を、それが既に前々から自明の手続法と見なされたというところを、
人間の手続上の根源的権利として特徴づけることによつて指摘している。BVerfGE 55, 1 (6), 70, 180 (188).
- (109) Maurer, a. a. O. S. 497.
- (110) Leipold, a. a. O. Rdnr. 12.
- (111) Grafhof, a. a. O. Rdnr. 11.
- (112) Grafhof, a. a. O. Rdnr. 12.
- (113) Uhle, a. a. O. Rdnr. 9.
- (114) Leipold, a. a. O. Rdnr. 12 ff.
- (115) Maurer, a. a. O. 497-498.
- (116) Leipold, a. a. O. Rdnr. 12-17.
- (117) Maurer, a. a. O. S. 497.
- (118) Maurer, a. a. O. S. 497.
- (119) Leipold, a. a. O. Rdnr. 17.
- (120) Leipold, a. a. O. Rdnr. 10. また、ヨーロッパ連合の人権憲章においては、法的審尋を求める権利は明示的にその名を挙げ
て記述されているわけではないが、ここでも同憲章第四七条二項において保障された「公正な手続を求める権利」の構

成要素と見なされているという。

- (121) Leipold, a. a. O. Rdnr. 11.
- (122) Leipold, a. a. O. Rdnr. 18.
- (123) Uhle, a. a. O. Rdnr. 45.
- (124) Maurer, a. a. O. S. 497, Grabhof, a. a. O. Rdnr. 20.
- (125) Maurer, a. a. O. S. 497, Grabhof, a. a. O. Rdnr. 21.
- (126) 三浦 毅「非訟事件手続における審尋請求権法理の実定化に関する考察(一)」名古屋大学法政論集二四号(二〇一一)二三八頁以下参照。

(127) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 21, Uhle, a. a. O. Rdnr. 45.

(128) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 23, 24.

(129) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 33. 裁判所は、法的討論を実施し、あるいは、法解釈を指示することを原則として義務づけられなければならないというのが連邦憲法裁判所の見解である。Maurer, a. a. O. 497-498.

(130) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 33.

(131) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 31.

(132) Uhle, a. a. O. Rdnr. 46.

(133) Uhle, a. a. O. Rdnr. 47, Grabhof, a. a. O. Rdnr. 38.

(134) 他の裁判所の手続の中で行われる事実の確定に(訴訟関係者が法律によって原則として、そこでの事情の捜査にいかなる影響も及ぼすことができない場合であっても)証明力が付与されて、この確定に縛られているために、裁判所が、決定されるべき法律上の争いの中で、決定にとって重大で、それ自体証明を必要とするところの異論のある事実を自身で

確定できず、その際、訴訟関係者にいかなる審尋も供与することができない点において、意見表明が欠けている可能性があまりに指摘される。Grabhof, a. a. O. Rdnr. 38.

- (135) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 39, Uhle, a. a. O. Rdnr. 47.
- (136) Uhle, a. a. O. Rdnr. 47, Grabhof, a. a. O. Rdnr.
- (137) Schmidt-Altmann, a. a. O. Art. 103, Rdnr. 218.
- (138) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 47.
- (139) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 59.
- (140) Uhle, a. a. O. Rdnr. 48. なお、ウーレは、閱讀は、一方において裁判所の受容能力を、他方において裁判所の受け入れ可能性のあることを前提とすると言く。他方、当事者に関しては、法的審尋は、自己責任による、信用のおける態度表明の可能性が存在する場合にのみ与えられるのであるから、訴訟において訴訟能力があると認識されず、また、全権を委任された弁護士によって代理されていない者は、法的審尋（の権利）を有しないとされる。Grabhof, a. a. O. Rdnr. 59.
- (141) Maurer, a. a. O. S. 498.
- (142) Uhle, a. a. O. Rdnr. 48, Grabhof, a. a. O. Rdnr. 61.
- (143) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 61.
- (144) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 16, 22, 61.
- (145) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 62.
- (146) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 63.
- (147) Maurer, a. a. O. S. 499, Grabhof, a. a. O. Rdnr. 63.
- (148) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 64. グラースホフは、上申の却下が、より厳格な前提条件の下でのみ許可される例として、時機に

後れた提出の却下 (ZPO, §296 Abs. 2) を挙げている。

- (14) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 64.
- (15) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 65. 二〇〇三年四月三〇日の連邦憲法裁判所の合同部 (Plenum) の決定に依拠した法律である聴聞異議法 (Anhörungsrügensgesetz) は、二〇〇五年一月一日に発効し (成立は二〇〇四年二月九日)、それ以来、専門裁判所のすべての手続規則が、処分に関する特別の法的救済を用意し、その助けで以て、さらに疑わしい点のない最終審級の決定に際して、第一審の裁判所による聴聞 (審尋) 違反の「自己訂正」をもち出すことができる。Grabhof, a. a. O. Rdnr. 7. また「三編・前掲論文 (一) 二四頁以下参照。および「Max Volkmer: Zur Einführung der Gehörstage in den Zivilprozess, in: FS. f. Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag (2001) S. 507 ff.
- (15) Maurer, a. a. O. S. 498. また「以下の文献参照。Papier, §64, Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, in: Handbuch der Grundrechte III (2009), S. 365 ff. および「福永有利「民事訴訟における憲法的保障」民事訴訟法の争点 (新・法学の争点シリーズ4) 八頁以下参照。
- (15) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 72.
- (15) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 73. なお「刑法上の上告手続における法的審尋については「Wolfgang Wohlers, Rechtliches Gehör im Strafrechtlichen Revisionsverfahren, in: JZ, 2, 2011 (66. Jg.), S. 78 ff. また「破産開始手続における法的審尋については「Wilhelm Uhlenbruck, Das rechtliche Gehör im Konkursöffnungsverfahren, in: FS. G. Baumgärtel zum 70. Geburtstag (1990), S. 569 ff.
- (14) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 73.
- (15) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 81.
- (15) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 75.

- (15) BVerfGE (Kammer), NJW 2001, S. 503 ff.
- (18) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 24, 25, 77.
- (19) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 77.
- (160) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 78, 79.
- (161) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 84, 85.
- (162) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 86.
- (163) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 9.
- (164) Maurer, a. a. O. S. 498-499.
- (165) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 7.
- (166) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 8.
- (167) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 9.
- (168) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 10.
- (169) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 83.
- (170) Grabhof, a. a. O. Rdnr. 24. なお、立法提案として、三浦・前掲論文（三・完）名古屋大学法政論集二四四号（二〇一一）七八頁以下「八、家事事件手続法の課題と立法提案」がある。
- (171) 小島武司「民事裁判における憲法的保障」竹下守夫・谷口安平編・民事訴訟法を学ぶ（一九七七）一二頁以下参照。