

「司法権の観念」論（再読）（十七・完）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-09-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: Utsunomiya, Junichi メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.24517/00055383

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



「司法権の観念」論（再続）（十七・完）

宇都宮 純 一

目次

- 一 はじめに
- 二 裁判を受ける権利と司法付与（供与）請求権の観念 — 実体的基本権の規範的内実をめぐって —
 - 一 日本国憲法における裁判を受ける権利
 - (一) 制定過程概観（以上愛媛法学会雑誌第二三巻第一号）
 - (二) 従来の学説・判例理論
 - (三) 「裁判を受ける権利」論の新展開
 - (四) 裁判を受ける権利と司法権（以上同第二三巻第三号）
- 二 ドイツにおける司法付与（供与）請求権の観念
 - (一) 序説 — 裁判を受ける権利と訴権との関係をめぐって —
 - (二) ドイツにおける司法付与（供与）請求権の観念
 - (i) 民事訴訟法学説からのアプローチ
 - (ii) 憲法学説からのアプローチ（以上同第二三巻第四号）
- 三 基本権保障と国際人権条約 — 基本権の国際的保障の可能性と限界 —

- 一 序—ヨーロッパにおける基本権保障の展開と基本権の国際的保障の契機—
 - (一) ヨーロッパにおける基本権史概観
 - (二) 基本権としての手続保障の展開
 - (三) 基本権の国際的保障の契機—人権の国際化をめぐって—
- 二 ヨーロッパにおける基本権の国際的保障の系譜と形態—EMRKを中心に—
 - (一) ヨーロッパ人権規約の成立
 - (二) ヨーロッパ社会憲章の成立
 - (三) 世界的次元における基本権保障の展開—国際人権規約—
- 三 基本権の国際的保障の実効性とその限界—国際的保障の課題をめぐって—
 - (一) 憲法秩序における国際人権条約の地位
 - (i) 国際人権法と憲法的保護の関係—国際法と憲法秩序—
 - (ii) 憲法秩序における国際人権条約の地位—比較法的素描—
 - (二) 基本権の国際的保障における司法の役割
 - (i) ドイツ連邦憲法裁判所とヨーロッパ人権規約
 - (ii) ドイツ法における国際法友好性の原則(以上同第二四卷第三号)
 - (iii) ヨーロッパ人権規約と民事手続(以上同第二五卷第一号)
 - (iv) 基本権の国際的保障の限界と課題(以上同第二五卷第三号)
 - (v) 基本権の国際的保障と司法権—小括—(以上同第二六卷第一号)
- 四 基本権の司法的救済—行政訴訟制度の課題に即して—

一 序 — 救済・権利保護・司法改革

(一) 英米法における救済とドイツ法における効果的な権利保護の保障

(i) 英米法における救済（定数訴訟における司法的救済措置）

(ii) ドイツ法における効果的な権利保護の保障

(二) 司法改革論議における行政事件訴訟制度 — 日本とドイツ —

(i) 司法制度改革審議会における論点と行政事件訴訟制度の改革構想

(ii) ドイツ連邦司法省による司法改革構想（民刑事訴訟手続の改革、裁判所の独立強化等）

(iii) 「市民（国民）のための司法改革」と基本権の司法的救済（以上同第二七卷第一号）

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

(一) 序説 — 法治国家秩序と権利保護

(二) 第一九条四項の構成と保障内容（2）まで同第二七卷第四号、（8）まで同第二八卷第二号、（22）まで同第二九

卷第三号）

(三) 第一九条四項の保障機能 — 行政訴訟制度との関連において —（以上同第三二卷第三・四号）

(四) 第一九条四項の保障のパスベクタイプ — ヨーロッパ（共同体）法との関連において、あるいは行政裁

判権（所）による権利保護のヨーロッパ化について —（以上同第三二卷第三・四号）

三 行政（事件）訴訟における基本権の役割（以上同第三四卷第一・二号）

四 ドイツにおける行政裁判所による規範統制訴訟

— ドイツ行政裁判所法第四七条論 —（9）まで同第三六卷第一・二号、（16）まで同第三七卷第一・二・三・四号）

五 憲法と司法過程 — 憲法学における司法過程論の試み —

- (一) 序・はじめに―先行研究成果に関する覚え書き―
- (二) 憲法学的司法過程論の構想
- (三) 憲法学的司法過程論の構造
- (四) 憲法学的司法過程論の展望
- (五) 結(以上本号)

五 憲法と司法過程―憲法学における司法過程論の試み―トータル憲法の観念を手がかりとして―

(一) 序・はじめに―先行研究成果に関する覚え書き

(1) 本稿は、これまでの理論的考察を承けて、いわゆる憲法学における司法過程論を構想し、それを理論的に基礎づけ、実定憲法(論)の解釈論として確立(定立)することを目的とするものである。右の本稿のテーマは、それに係る先行研究成果に示唆を得て構想の定立に至ったものであり、このような本稿の構想を立案するに際して、その契機、糸口を提供してくれた多くの先行研究業績の検討・分析を出発点として研究を進めた結果、獲得したものである。

右のような多くの先行研究成果の中で、特に挙げなければならないのは以下の一連の研究成果である。すなわち、先ず第一に挙げなければならないのは、小島武司教授の一連の「正義の総合システム」に関する論稿であり、次いで大石眞教授の日本の合憲性統制の構造に関する論稿、また、佐々木雅寿教授(ら)の「対話的違

憲審査の理論」に関する論稿、さらに田中成明教授、太田勝造教授らの司法システムに関する論稿であり、また、目をドイツに転ずると、J・イーゼンゼー教授の「トータル憲法の理論」また、法治国家理論に関するK・A・ベッターマン教授の「トータル法治国家」の理論の批判の一部がそれである。そこで以下において、先ず右の本稿の構想の契機となった研究論稿の概要を覚え書きとしてまとめておきたい。

(i) 正義の総合システム

(2) 先ず初めに小島武司教授は、「正義の総合システムを考える」として、マクロ・ジャスティス試論を展開し、その指導理念として「アクセス・トゥ・ユニヴァーサル・ジャスティスの理念（「正義の普遍化」の理念）を掲げ、このような巨視的な観点から、社会における救済の総和を最大化し、正義の総量を最大化すること（不正義を最小限度に抑えること）を目的として、裁判を核とし、社会全体に権利保護を及ぼす総合的な正義のシステムの構築を構想された。^① この正義の総合システムは、多様な紛争に対応した多元的な救済のルートを開拓することを任務とし、そのために多様なニーズに応えることのできる柔軟さと多彩さをもつと同時に、複数の「法道」が相互に補完し合い、動態面で相乗効果を発揮するような組み合わせからなり、右の目的のために多元的な法道を総合した正義のトータルシステムが構築されなければならないと説かれる。そして、このシステムの中では、裁判とその周辺のルートは、相互に影響し合い、協働の関係にありながらも、異質の性格を帯るものと把握されるという。というのは、このシステムの中では、正義へのすべての道は、紛争解決という共通の目標に連なるが、この機能を越えたところで、顕著な役割の違いをみせると捉えられるからである。このように、このシステムにおいては、紛争解決を共通の目標として設定されることから、システム発動の要件として紛争性（これを厳格に解するか柔軟に解するかは別問題）という要素が重要な意義をもつことになる。

なお、右の構想は、救済のシステムを多元的に捉え、裁判による正義を絶対視するものではなく、正義は裁判によって独占されるものではない。従って、正義への途は多様であるとする。そして、右の正義の総合システムにおける救済の諸ルートは、司法権による強行的な判断、当事者およびその代理人による相対交渉による完全な自主的合意、そしてその間に位置する各種の「中間的紛争解決機構」のそれぞれ同等の三つの類型に分類され、このうち「中間的紛争解決機構」は、司法権、行政権、私的自治権の協働する領域として捉えられている。ここで、正義への途や救済のルートの多様性は、システムの重要な特性であり、本稿の課題にとって、立論の糸口としても重要な視座である。

(ii) 合憲性統制の二重構造

(3) 続いて大石眞教授は、言わば立法過程論からみた合憲性統制制度の現状分析というべき試みとして、違憲審査制のあり方について主として憲法保障の観点から、動態的に総合的な考察を加えるという分析手法により、民主的な統治システム全体における違憲審査機能のあり方に焦点を当てて、法律案の起案、提出、議決、施行という時系列に即した検討を行っている。そして、実質的にみた違憲審査機能の「分散」と「統合」について再考する機会を提供し、(最高裁)判例の趣旨に沿った新たな立法措置が講じられるという政治部門と司法部門の望ましい対応関係という視座を提示された。⁽²⁾

そこでは、違憲審査制の実際を把握するために、司法審査のあり方のみならず、各種の事前審査(手続)の機能と運用を踏まえた統合的な統治システムを全体として把握する必要を説き、(特に)国民の権利保障という観点から、国民の権利・利益の侵害があった場合の事後的な権利救済方法の確保とともに、(むしろ)効果的な事前審査が権利・利益の実効的保障につながることを考慮すべきことを強調された。従って、法律の合憲

性的問題は、司法部による事後的な合憲性審査の段階に限定して論じるべきものではなく、事前の立法段階から議論されるべきこととなる。

右の事前の立法段階において注目される合憲性統制機関として挙げられるのは、内閣法制局や議院法制局であり、このうち内閣法制局は、第二の最高裁判所の役割を持つ機関と位置付けられ、それは政府の憲法解釈権をも事実上握っていると捉えられる。従って、内閣法制局や議院法制局による事前の合憲性統制の意義や機能をも合わせて考慮する必要性が強調され、さらに、前述のごとく、最高裁判所（大法院）の判例の趣旨に沿った新たな立法措置が講じられることによって、そこに政治部門と司法部門との望ましい対応関係を見出すことができる指摘される。このように最高裁判所の違憲審査機能とともに内閣法制局による事前の法令審査と議院法制局という補佐機関による事前の合憲性統制が行われている状況が、「合憲性統制の二重構造」と理解されているのである。

右に概観したように、統治システム全体における違憲審査機能のあり方に着目した上で、違憲審査機能の実質的な「分散」と「統合」に焦点を当てて考察するというアプローチは、言わば日本の統治システムを違憲審査機能の観点の下にマクロ的に捉えて、その中における具体的な違憲審査制度の在り様や位相を洞察するものであり、（司法）裁判所によるいわゆる司法的違憲審査制のみにとらわれることなく、立法権（立法過程）や行政権（行政過程）の機能、役割にも視野を拡大し、国民の権利保護（の充実）の観点に立って、そこに統治構造全体の（制度的）役割を見い出すという理論的展開の可能性の扉を開く糸口になるように思われる。本稿は、この点に新しい憲法学における司法過程論の構築の可能性を探究する出発点を求めるもので、この理論的考究の中で本構想・理論的取組みの憲法理論上の課題の克服の可能性にも目を向けて、理論的構築の可能性を提示したい。^③

(iii) ドイツ・オーストリアの事例

(4) なお、「合憲性統制の二重構造」という視座に立つ研究成果として、さらに外国法制の調査研究の成果も公表・紹介されている。すなわち具体的には、ドイツ連邦共和国及びオーストリア共和国というドイツ語圏の法制度の事例を素材とした現地訪問調査研究であり、赤坂幸一准教授並びに毛利透教授の手になるものである。また、「対話的司法審査」という視座に立った研究成果として、つとに知られている佐々木雅寿教授によるカナダにおける事例研究及び国立国会図書館の専門調査員による英国の法制の調査研究が存する。

先ず二〇一六年(三月)に行われたドイツ連邦共和国の法制についての赤坂幸一准教授の現地実地調査研究は、ドイツにおける連邦政府内部の機関、すなわち連邦内務省及び連邦法務省による連邦政府提出法律案の憲法適合性審査(制度)を調査対象とし、さらにオーストリア共和国の法制については、オーストリア連邦首相府憲法部(その後法務省に移管)による憲法適合性審査(制度)が調査対象として取り上げられている。⁽⁴⁾

右のように、先ず第一に、ドイツ連邦共和国の連邦政府レベルにおける法律案、命令案の作成に際しての連邦政府内部での、その憲法適合性の統制機関として、連邦内務省、及び連邦法務省、消費者保護省の役割が取り上げられ、両省における具体的な憲法適合性審査の基準、方法、プロセスについて現地訪問調査で得られた知見を交えて、現在の実際の審査の運用の在り方が紹介・検討されている。

右の両省における法律案の憲法適合性の審査は、連邦省共通事務処理規則第六章の規定(第四二条、第四五条、第四六条等)に基づくものであり、基本法との適合性の審査は、連邦法務省内部においては法体系審査の一環として位置づけられ、連邦の立法管轄権の有無をはじめとして、およそ想定されるあらゆる視点から法律案などの基本法適合性を審査するものとされる。

一方、連邦内務省における憲法適合性の審査は、国家組織の観点から行われ、また、基本権に関する審査を

行っていると考えられる。これら両省の役割については、法律案の憲法適合性を含む法令体系上の審査（審査事務）について管轄し、また、基本法の解釈・適用問題（意見事務）についても管轄しており、憲法裁判所の訴訟手続において連邦政府を憲法の観点から代表したり、立法過程で憲法に関する所見を提示したり、修正案を作成したりすることが役割として提示されている。

以上のように、連邦法務省、連邦内務省のような政府内の憲法所管部門は、法案の憲法適合性審査を行い、また、憲法解釈問題について検討するなど、重要な役割を果たしつつも、首相・政府の法的アドヴァイザーとしての側面と、憲法をはじめとする法令体系の守護者としての側面との間で、アンビヴァレントな任務を与えられることが多いという。

(5) 続いてオーストリア共和国の法制の現地実地調査研究は、毛利教授並びに赤坂准教授の手になるもので、ドイツでの現地実地調査の翌年の二〇一七年三月に実施された訪問調査である。

毛利教授の調査研究「オーストリア連邦首相府憲法部による政府提出法案の審査」は、文字通り政府提出法案について憲法適合性審査等を行う連邦首相府憲法部を取り上げ、その枠組みと審査の実態を紹介する論稿である。⁽⁶⁾ オーストリアにおける政府提出法案の合憲性審査は、同国独自の法案鑑定手続の中で独特の形でなされているといわれる。すなわち、オーストリアで政府提出法案について行われる鑑定手続の一環としてなされることと、独立の組織が法案審査を行うという点で、日本の内閣法制局による法案審査と類似しているといえるものの、法案審査のあり方には大きな違いが存在するという。

まず連邦首相府の政府提出法案の事前審査を行う権限は法律中に明記されていず、法令上の明確な根拠（規定）のないところの確立した慣行として行われているものとされる。（同憲法部の歴史については省略するが、この組織の設立にハンス・ケルゼンがかかわったと示唆する文献もあるという指摘は興味深い。）そして、現

在の同憲法部の権限として、憲法・行政手続法などの総論的な行政法等について、自ら立案作業を行い、憲法裁判所での連邦政府の代理権や、ヨーロッパの各種裁判所においてオーストリア国家を代理するなどの権限が付与されている。右の鑑定手続の一環として行われる憲法部の審査は、法専門家としての見地から、法案の憲法適合性と用語法など法技術的側面からの審査を中心に行われるという。この鑑定意見は公開されるが、その意見は単なる意見であって拘束力はないとされる。また、憲法部は連邦首相府に属するが、鑑定にあたって憲法部は首相の指揮は受けない。この憲法部の独立性を保障する法的基礎はないといわれるが、この独立性は、鑑定意見が拘束力を持たないことと不可分の関係にあるとされる。いずれにせよ、憲法部の法解釈についての権威は相当に高いようである。

また、憲法部の鑑定意見の権威の高さとの関係では、憲法部における合憲性の審査において、憲法裁判所の判例は、拘束的なものとして扱われ、両機関には、人材交流を通じて密接な関係、すなわち、両機関は相互に交流しながら、オーストリアの憲法解釈を担っているという関係にあるという。

以上のように、憲法部は内部的立法過程における事前の憲法適合性の審査を行うとともに、国家行為の憲法適合性一般について、オーストリア連邦政府を代表する機能を有する。すなわち、連邦首相府憲法部による政府提出法案等の事前の合憲性審査は、「連邦の法鑑定人」たる憲法部の法令整備事業の一環として行われ、憲法部はまた、「共和国の弁護士」として、国家行為の適法性につき、オーストリア連邦政府を代表する任務も併せ持つ。赤坂准教授の調査研究も述べるように、憲法部の鑑定意見が尊重されるのは、その専門性・客観性が確保される限りにおいてであり、それは、憲法部の鑑定事務における職権行使の独立性を前提とし、この独立性が確保されるのは、その鑑定意見に法的拘束力が認められないことと表裏一体であり、だからこそ憲法部は、単に法技術的な側面のみならず、法政策的な側面まで立ち入った審査を行いうるといわれる。

なお、赤坂准教授は、右の連邦首相府憲法部の組織、機能に関連して、日本の内閣法制局という政府内の憲法所管部門にも言及され、内閣法制局も政治部門との一定の緊張関係の中で、自らの専門的見解を提示し、時に「無謬性の論理」とまで揶揄される精緻な論理の体系を構築してきた側面と、内閣及び首相を補佐するという側面とを併有してきたと指摘した上で、ドイツやオーストリアの政府内の憲法審査部局の場合と異なり、日本の内閣法制局においては、最高裁判所をはじめとする司法部との人事交流やアカデミズムとの綿密な人的・学術的接触は希薄であるように思われ、その分、政治部門との適切な距離・バランスをはかりつつ、固有の専門知を提示することが相対的に困難な状況に置かれていると指摘されている点にも留意する必要がある。（この点は後記の佐藤岩夫教授の論稿とも関連する。）

(iv) 内閣法制局の変容

(6) さらに日本の内閣法制局に関しては、今一つ留意しておくべき点が存する。

すなわち、前記の大石眞教授の論稿において、立法段階における効果的な事前審査を担う合憲性統制機関として内閣法制局が挙げられ、それは第二の最高裁判所の役割を持つ機関として位置付けられていたところであるが、右のような役割を機能的且つ実質的に果たすための前提条件にも目を配る必要があるのではないかということである。この点、佐藤岩夫教授の論稿に依ると、日本の違憲審査制を考える場合に枢要な位置を占める内閣法制局及び最高裁判所、この二つの組織について近年重要な変化が生じ、新しい状況が生まれつつあるという。⁽⁸⁾ そこで「内閣法制局および最高裁判所の変化」として指摘されているのは、前者は、二〇一五年九月の安全保障関連法成立に至る一連の経過の中での同法制局長官人事の慣例が破られるとともに、同法制局自身が、自ら積み上げてきた政府の憲法九条解釈の転換を指し、後者は、二〇〇〇年代に入り、最高裁判所の法

令違憲判決の活発化や少数意見の増加等である。そこで重要視されるのは、右の二つの組織が機能的に違憲審査権を分有しているということを前提とした内閣法制局及び最高裁判所のあいだの関係であり、具体的には、安全保障関連法の制定過程で生じた内閣法制局の変化が最高裁判所の違憲審査機能にどのような影響を及ぼすのかという論点である。いわゆる「統治Ⅱ執政」作用をその内部から法的に統制してきた内閣法制局の自律性及び統制機能が脆弱化し、統制への期待が外部Ⅱ司法に押し出されたとき、司法とりわけ最高裁判所が果たしてその期待に応えうるかが改めて問われているという。

本来、最高裁判所と内閣法制局という二つの違憲審査機関の間には、相互に機能的に補完し合う暗黙の結託ないし連合 (coalition) の関係が成り立っていたと解釈されていた。従来の内閣法制局は「統治Ⅱ執政」作用⁽⁶⁾をその内部において相対的に自律性を保持しつつ、(憲) 法的観点から統制する機関として、時の政府の意向に添って憲法解釈や政府の政策の法制面での基礎づけを行う「正統化機能」と、同時に他方で、(憲法を頂点とする現行法の枠内で、何が可能で何が不可能であるかを明らかにすることを通じて、時の政府の政策に法的な側面からの限界を確定する統制機能) の二重の役割を担ってきたとされる。そして、政府内部の機関である内閣法制局の時の政府に対する相対的自律性の確保と強い統制機能の發揮を支えているものとして、政治的影響を極力廃した独自の人事慣行、法専門機関 (Ⅱ「内閣の法律顧問」) としての明治期以来の権威、その解釈の強固な論理性 (Ⅱ論理的な解釈の積み重ね) の三点が挙げられる。こうして内閣法制局は、特に憲法九条解釈の局面で時の政府からも超然として自己の解釈を貫くかたちで違憲審査機関としての役割を果たしてきたとされる。

右の内閣法制局の自律性が揺らいだのは、近年の安全保障関連法の制定過程で (の) 人事慣行が破られたことに帰因し、内閣法制局は、政府から人事を通じた影響を受けることになり、また、内閣法制局の強固な論理

性の破綻も見られるという（自律性、論理性の弱体化）。この結果、直接的には、内閣法制局が「統治Ⅱ執政」作用を内部から統制する機能の低下、間接的、波及的には、「統治Ⅱ執政」作用の内部統制に対する司法の信頼の低下がもたらされ、そのことがひいては内閣法制局と最高裁判所の暗黙の結託の關係に微妙な影響を及ぼす潜在的可能性があるとされる。そして、このような内閣法制局の統制機能の低下は、統制への期待を「外部」Ⅱ司法へと押し出すことになる。そうすると、内閣法制局による統制というたがはずれ、それによって内閣法制局を立法段階における効果的な事前審査を担う合憲性統制機関として位置付けることは困難になるという帰結に至る。このような制度の状況が日本において続くならば、前記のドイツやオーストリアの憲法適合性審査制度との違いの大きさが歴然となる。⁽⁸⁾

(v) 対話的違憲審査の理論

(7) さて、日本の内閣法制局の合憲性統制機関としての役割の評価はともかくとして、次に佐々木雅寿教授が紹介するカナダにおける裁判所と立法府の対話の理論（対話的違憲審査の理論）を取り上げる。⁽⁹⁾ この対話理論においては、人権保障が最高裁判所による違憲判決という一つの点によって実現するのではなく、主に最高裁判所と立法府や政治部門との対話という一連のプロセスの中で実現するものと捉えられるという。さらにこの理論において重視されるのは、右のように最高裁判所と立法府や政治部門との關係を、時間の流れの中でダイナミックな相互作用として動態的に捉える視点である。

すなわち、法の支配（の原理）を前提としつつ、憲法保障、つまり人権保障及び憲法的価値の実現は、最高裁判所の違憲審査のみによって行うとは考えず、最高裁判所と国会や政治部門との対話という相互作用により行うとの視点に立って違憲審査を捉えるもので、ここで「対話」という概念は、最高裁判所の違憲判決は国会

や政治部門の事後的対応を可能にする余地を与え、違憲判決後には国会や政治部門からの対応が示されるといふ、最高裁判所と国会や政治部門との間の相互作用を表現するものとして用いるという。

右の相互作用の具体的なプロセスは、前述のごとく人権保障や憲法的価値の実現は最高裁判所による違憲審査という一つの点によって行われるのではなく、以下の五つの点、すなわち法律の制定過程における憲法論議（国会の第一次的対応）、最高裁判所による当該法律の違憲審査、最高裁判所の憲法判断（主に違憲判決）に対する国会による当該法律の改正等の事後的対応（国会の第二次的対応）、最高裁判所による改正後の法律の違憲審査、これらの過程における国民等による憲法論議の動向等の一連の相互作用のプロセスの中で実現するという経緯をたどることになるといふ。なお、右のようなプロセスに鑑みると、四番目の最高裁判所による改正後の法律の違憲審査については、具体的な訴訟の提起を俟って行うのか、あるいは最高裁判所の独自の審査制度を新たに法律を制定して構築するのか、という課題が残ることになるのではないかと思われる。

以上のように見てくると、カナダ憲法学における対話理論においては、従来の厳格な権力分立原理に依拠するのではなく、より緩和された緩やかな権力分立原理を基礎として公法学の議論が展開されている傾向を看取することができるように思われる。権力分立原理との理論的整合性如何の問題は、本稿の提示する理論構想の展開にとつても、避けて通れない理論的課題とならう。⁽¹¹⁾

(vi) 英国の事例

(8) なお、右のような対話的司法審査ないし違憲審査制における立法府と裁判所の対話という制度枠組みについては（関しては）、英国の議会主権の変容という状況の中での議会と裁判所との対話に関する研究成果も公表されている。⁽¹²⁾

この論稿は、その表題にそって前記の佐々木雅寿教授の論稿並びにそこで取り上げられているピーター・ホッグ教授の論稿を検討し、さらに英国の議会主権に関してA・V・ダイシーの説くところを確認した上で、英国の憲法改革の中で、欧州人権条約の国内法化されたものとして制定された「人権法」を媒介として、形式的には、議会主権（の伝統）が維持されているものの、裁判所が「不適合宣言」を発することで欧州人権条約に反する制定法の見直しを議会に促し、それに応じて実際に議会は裁判所の「判決」に従って法改正を行ってきている点に着目して焦点を当てたものである。そして、その点に、議会、政府と裁判所との関係についての「新たな局面」として、「対話」の存在が看取されているという。

右の裁判所の不適合宣言は、それ自体は法的効力を有しないとはいえ、議会に対する圧力となり、何らかの是正措置を引き出しうるのみならず、裁判所が同条約上の権利に適合的と解釈した場合であっても、人権保障の在り方をめぐり、裁判所と議会との間で確認が行われるとすれば、相互作用すなわち「対話」の存在の可能性を認めることができるであろうと結論付けられている。（同、17頁）このことは、数字の上でも英国議会在裁判所の不適合宣言を受けて対応していることと見ることができ、両者の間に「対話」の存在を確認することは可能であるようである。いずれにせよ、英国が自国の統治原理として、国会主権の原理を堅持しつつ、議会と裁判所との「対話」の道を切り拓いているとすれば、その議論の枠組みは、本稿にとっても十分注目に値しよう。

(vii) 法システム理論

(9) さて、以下では、最後に司法過程（ないし（司）法システム）に関する先行研究成果を瞥見しておく。ここでは、太田勝造教授と田中成明教授の研究論稿を取り上げることとする。

まず太田勝造教授は、伝統的な司法過程のモデルを以下のように定義する。すなわち、司法過程とは、裁判

所が立法過程のアウトプットたる法ないし法命題を解釈し、それを事実関係に適用して紛争を法的に解決する過程であり、それを通じて法（「法ミームの内容」）が（民事訴訟の当事者間において）強制的に実現されることになるという。¹² 従前から指摘されてきたように、民事司法システムは、社会に生じる紛争が当事者によって提訴され、裁判の場に出てきたときに、そしてそのときのみリアクティブ（受身的）に手続が起動され、そのアウトプットは原則として、その当事者と若干の狭く限定された利害関係者に対してのみ公式の法的影響を与えて紛争（の一部）を解決するシステムと把握され、このような法システムによる法的社会制禦は、基本的にパッシブ（受身の）でローカル（局所的）で、且つ断片的なものと捉えられる。

右のような建前が法の支配あるいは法による裁判の内容であるとされるが、場合によっては、裁判所の判断たる判決が、先例として立法過程に影響を与え、新たな法が作成されたり、古い法が修正されると、いわゆる「裁判所による法創造」という現象を許容することになる。こうして立法過程と司法過程との間の相互作用が法という情報のメインのフロー（流れ）とされ、そこに司法過程の内部での法情報の流れ（還流）と、社会と司法過程の間での法情報の流れというサブ・フローが加わる。ここに立法過程と司法過程とが相互に連動して、公正な法の実現に寄与するという関係を看取することができる。そして太田教授に依れば、立法システム、司法システム、行政システム及び社会の間にある様々なレベルの様々な方向のフローが全体としてフィードバック回路を形成しているとき、「法の世界」と社会とは、社会の観点から見望ましい「共進化」を持続することが可能となるという結論に至る。このように立法システム、司法システム、行政システム、そして法情報の様々な方向のフローが、全体としてフィードバック回路を形成するという視点に本稿の理論構想との関連において特に注目しておきたい。

(10) 続いて、現代法システムを多元的調整フォーラム（その一つの方向として、議論・交渉ないし対話的調

整フォーラムを位置付ける」と捉える田中成明教授は、裁判所による独自の政策機能を、それが権力分立制や民主制に矛盾するものでないとして承認するという文脈において、司法部、立法部、行政部等々の有機的関連を認め、そこに公共政策が形成、実施、修正される循環過程の存在を措定する。その理由とするところは、古典的権力分立論の図式を基軸とする制度論的、機構論的な政治の見方によっては、現代社会の拡大され複雑化された政治過程の動態を的確にとらえることができないという認識にある。そこでの政治過程の現実には、司法部をも含めて、すべての国家机关が各々独自の仕方での社会の各層の価値、利益の確保、実現の要求を汲みあげ、それらを全体として国家机关相互の抑制・均衡関係によって調整しつつ、一定の公共政策が形成、実施され、それがさらにフィードバックの繰り返しの中で修正、変更されているという状況に見出される。¹³

右にいう法システムは、田中教授に依れば、独特の技術で運用される諸規範の制度化された複合的システムである。この法システムの規範的、制度的、技術的側面の特徴として挙げられるのは、国内法システムを構成する規範の大部分が立法部によって制定される一般的ルールであり、裁判所で個別事件に適用され、行政部で具体的に執行されるという制度的仕組をとり、この法の適用や執行は、独特の解釈的議論によって正当化されるべきものと捉えられる。そして、現代法システムの主な社会的機能は、相互に重なり合うところの社会統制、活動促進、紛争解決、資源配分の四つの機能に大別できるといふ。¹⁴

右に示された社会的機能のうち、長い間最も重視されてきたのは国家の強制権力をバックとする社会統制機能であったが、その後、それと並んで、あるいはそれに代わって紛争解決を重視するアプローチへとシフトしていくと分析されている。このように法システムを紛争解決に焦点を合わせて理解する場合、国家机关内部における法の定立とその適用、執行という垂直的な法の作動よりも、裁判を公私の紛争解決手続の「ワン・ノブ・ゼン (one of them)」と位置付け、他の代替的手続のメリット・デメリットを比較するという水平的な法の作

動に関心が向けられることになるという。

田中教授の右の叙述は、公定裁判手続と私的交渉手続との交錯の促進に着眼し、裁判所を法システム内部の中枢機関と捉え、法規範や判決が紛争解決の最終的な権威的正当化理由となるとする結論に至るといふ文脈で述べられているものであるが、水平的な法の作動という視座の提示の点については、本稿の理論構想の進め方に対しても、何がしかの示唆を与えてくれるものと思われる。同様に、現代法システムの社会的機能が拡大し多様化した現在においては、裁判所の制度的役割の拡張には限界があり、多種多様な法的紛争の解決や権利の調整を裁判所だけに期待することは不可能であり、裁判所手続以外の解決・調整手続を拡充する必要があると指摘している点についても、多くの学ぶべきものが含まれていると思われる。

以上、本稿の構想する憲法学における司法過程論の理論的構築の展開にとって多くの示唆を付与してくれた先行研究業績を取り上げ、それらの内容の概観を試みた。以下では、これらの研究論稿の趣旨を本稿の立論、叙述に通底させつつ、本稿の憲法学的司法過程論の議論を進めていくこととする。

(二) 憲法学的司法過程論の構想

(1) 本稿における憲法学における司法過程論の構想は、(国家の最大の任務は人権保障であるというテーゼを前提として)三権(力)を中心とする国家機関のそれぞれに人権保障の任務を割り当て、それらの役割・任務の執行を全体の構図として体系付け、国家(全体)のトータルな人権保障のシステムを内容とする司法過程論を構築することを目的としている。

このような構想を理論的に実現しようとする際に想定される理論上ないし法理上の課題は、右の構想と三権

分立原理とどのように整合させて立論するのか、という課題、及び「司法の観念」の具体的内容をどのように設定して議論を進めるか、という二つの課題であろう。果して権力分立原理は右の理論的構想にとつて、原理上ないし理論上、決定的な障壁となるのであろうか。

(i) 権力分立原理との関係

(2) 前記のK・ベッターマンは、ドイツ基本法の基本権保護もまた、厳格な権力分立（原理）に基づいており、多数の「法律の留保」も同法第一九条四項の「出訴の途」保障も、この基盤の上でのみ機能を果たすと説く。¹⁵ 果してそのように断定できるのであろうか。というのは、確かに制度論、原理論としては、右のような指摘が説得力をもって妥当するのであろうが、権力分立原理を文字通り厳格に遵守するという手法が、十全な権利保護、権利保障を実効的に実現する唯一最善の手立てとなるのであろうか。権力分立は、あくまで手段であつて目的ではなく、厳格な権力分立論が権利保護や権利保障を確実に実現、確保してくれるのかについては、さらに進んで別途の考察、分析が必要とされるのではないか。

権力分立原理のもと、立法府や行政府が司法作用、すなわち法を適用し、争訟、紛争を裁定するという作用（機能）を行使することは、これまで禁欲的であるべしとの一般論が通用し、原則としてできない（あるいは許されない）と判断されるとしても、立法府と行政府が司法府の司法過程に参入する、あるいはそれに法的効果の面で寄与する、ないしそれを補完、補助する作用を任務として担うことは（参入や寄与の形式如何はともかくとして）、権力分立原理の制度趣旨の観点を顧慮してもなお憲法上禁止されておらず、可能なことではないだろうか。既に前節において瞥見したように、外国の事例にあつては従来の伝統的な権力分立原理ではなく、より緩和された緩やかな権力分立原理を基礎として憲法体制が運営されている事例や運用傾向が存在すること

を看て取ることが出来る。また他方でドイツ基本法が権力分離 (Gewaltentrennung) を自ら破るのは何故か。それは憲法上どのような要請に応答しているのか、という論点も看過できないところである。なお勿論、今一つ司法の観念をどのように概念構成するかという理論的課題は残るが⁽¹⁶⁾、右のような運用傾向に鑑みて、厳格な権力分立原理から脱却した立論を展開することは可能であり、憲法上も許されることであろう。

(3) ここでは権力分立原理が本来意図するところは何かということが改めて問われることになるが、この権力分立原理に関しては、その考察、分析の出発点は、権力分立原理の弾力化、緩和、そして国家の権力作用の交錯、混合という視座であり、それはM・ザックスの説く「機能の混合」である。⁽¹⁷⁾ また前記のベッターマンのいう「基本法上の裁判独占を破ること」でもある。⁽¹⁸⁾

この点、ザックスに依れば、(先ず) 権力分立の目標 (目的) は、国家支配に節度をもたせることであり、それと同時に、それを通じて基本権を保護し、基本法のもと、国家の決定が可能な限り正しく下されることである。その上で一定の (国家) 機能は、主要機能の領域の (相互の) 間においても定住させ (根をおろさせ) られるのであり、例えば「計画 (Planning)」という主要機能がそのような領域である。そして、基本法においては、そのような (国家の) 機能の分配 (割り当て) は、強制的に、あるいは自由選択的に、さまざまに「混合 (混成)」されていることがわかっている。特に第一次的な機能を「馴染みのない (縁遠い)」機能の担い手へと委譲 (委任) するということが、この中に数えられる。例えば、個別的な執行機能を議会に割り当てる (配分する) こと、あるいは法定立権限を執行権の機関に委譲 (委任) するということが挙げられる。これらは標準的に (決定的に)、基本法八一条に基づいて形式的な法律の発布 (公布) に際して共に作用し合う (協力して力を貸す) のであり、そして法律上の権限付与に基づいて法規命令及び規約を発布 (公布) することができるのである。また、法律以下の法規範は、その存立について、その発布に際して妥当している法律上の授

権（権限付与）の存続（持続）に依存しない（左右されない）とも説かれる。但し、行政部による法定立の授権は制限的のみに（限定されて）許容されるのであり、このことは部分的に特別の規定、なかならずく基本法第八〇条一項二文から判明するという。¹⁾

以上のように、権力分立原理の規範的機能（ないし本来的役割）が権力（行使）の抑制（「自由の原理としての権力分立」）に在るとすれば、右のような権力の混合、国家の権力作用の交錯（混合）は、必ずしもその本来的役割機能を阻害することにはならないということになる。このことは、後記の国家（の）目的としての権利保障の確保の観点からも言えることである。

(ii) 司法権の観念（概念）

(4) 他方、本稿の憲法学における司法過程論という理論を構築していくに当たって「司法」「司法過程」「裁判」の概念をどのように定義するかという問題は避けて通るわけにはいかない。したがってそれらの定義の設定から立論を出発するのが適切であろう。

司法権の観念（ないし概念）については、本稿の論述において、効果的な権利保護の保障を第一義的に要請するものとして、その具体的な内実を措定し、構築してきたところである。この司法権の観念（ないし概念）を、その歴史性という特色に鑑みて、柔軟に把握し、現在のこの観念（ないし概念）そのものが、厳格な意味での伝統的な「司法概念」を（既に）踏み越えているとの理解は日本の憲法学説に既に提示されてきたところである。¹⁹⁾ 本稿は前述のように、司法過程（システム）、立法過程（システム）、行政過程（システム）をそれぞれの過程が権利保障、権利保護の実現を任務とする過程（プロセス）として有機的に連関ないし連携させ統合して、伝統的な司法作用、すなわち事実認定と法の解釈適用（法的価値判断）という概念枠組みを踏み越

えて、立法システムや行政システムの果たす本来的（本源的）な役割をも、広義の司法作用が展開される（広義の）司法過程の中に組み込み、そこに取り込むことの可能性を模索し、その具体化の理論を構築することを目的としている。

(5) 右の構想は、憲法の想定する究極的な国家目的あるいは国家（の）任務を前述のように、権利保障・権利保護として捉えることと連動している。すなわち、本稿では、憲法の制定（定立）の目標である国民の権利保護は、それがそのまま「国家（の）任務」あるいは「国家目標」へと受け継がれ連動していくと捉え、憲法上の司法過程を従来の伝統的な司法概念に強くとらわれることなく、また前述のように厳格な権力分立原理にもとらわれることなく、憲法の想定する国家目標（国家目的）という視座を中心に据えて、憲法全体の究極的な目的を権利保障・権利保護と捉え、その目的に向けて司法過程を、右の憲法のトータルな目的の実現を目指して、文字通りトータルなシステム・過程として構築することの理論的可能性を検討し、権利保護のトータルな実現システムを立論・検証していくという課題を設定するものである。

(iii) J・イーゼンゼー教授の国家任務・憲法概念と憲法の留保・トータルな憲法の理論

(a) 国家任務

(6) 右のように本稿では、憲法の目標あるいは国家（の）任務を権利保障・権利保護と捉える視座に立っている。この点に関して基本権保障の裏面（裏側）は、国家（の）任務であると捉えるJ・イーゼンゼー教授の論稿が参考になり、その説くところは以下のような内容である。⁽²⁰⁾

すなわち、基本権は市民の国家権力に対する法的地位を構成（樹立）し、そのことによって基本権は、この地位のために（国家の）不作為義務と作為義務を基礎付けている。基本法の規定にいう「人間の尊厳」という

基本的規範は、敬意と保護が、すべての国家権力の義務であると言われる場合に、これは国家任務としても把握される（基本法第一条一項二文）。そして、基本権の防御権としての作用、機能の中で、基本権は国家の実効性（国家の活動の実効性（Wirksamkeit））に制限を加える。それに引き換え、基本権は、その保護義務として機能・作用する面においては、国家の実効性を活発にし促進する。以上のことは、先ずもって第一に国家（の）任務を意味する。⁽²¹⁾ ただ、しかしながら防御権は、全く国家の活動の排除（する機能）としてのみ解釈されるわけではなく、むしろ国家は、主として、とりわけ立法府は幾つかの観点から捉えると、基本権行使の法的な枠組みの条件を確立し、作り出し、社会的並びに社会文化的な前提条件を促進・助長するため存在するという。（立法府の定立する）法律は、自由の制限としての役割を演じるだけでなく、自由の基礎（基盤）、特色（Prägung）、形態形成（Ausgestaltung）、それを可能にするもの（Ermöglichung）、行使の手助け（Ausübungshilfe）としての役割も演じるのである。⁽²²⁾

(7) このように、まさに立法府が制限を規定（決定）し、その制限の中で基本権的自由の実効的な範囲を規定するとき、立法府は右の国家（の）任務を現実化（実現）していることになる。そして、そのようなものは、自由の制限（制約）が手段として、その目的適格性、必要性そして比例性（相当性）について（それらを）比較して測られるところの法律の目的を形成する。このようにして、個々の国家（の）任務は、（ドイツ）基本法において、基本権侵害の正当化根拠として指定されるという。そのような正当化根拠としては、一般的には、公の安全と秩序に対する危険の防御（基本法第一三条七項・住居の不可侵規定）が挙げられる。

ただ、イーゼンゼー論稿のテーマである「憲法の留保」は、基本権の特定の領域にのみ関わり、そのみに妥当するのであり、反対に基本法は、その他の点では法律による目標決定にも開けている。すなわち、（それを越えて）立法者によって選択され、重要さの程度を判定された他の目的に（も）開かれていると捉えられる。

したがって基本権から全般的な（一貫した）憲法の留保は導き出され得ないのである。^②

尤も、そのことは、留保なき基本権には妥当しない。また、このことは連邦憲法裁判所の（裁判）判例（*Rechtsprechung*）に依れば、基本権部分においてであれ、組織（の）部分においてであれ、専ら憲法自体が打ち立てた制約（憲法内在的制約）を免れず、その制約を受ける。その限りで、裁判所は「憲法の留保」を要求することになる。けれども、この留保は、基本権の特定の領域にのみ関わるのであり、反対に、前述のようにそのことによって基本法は、その他の点では法律による目標決定を留保して開けており、また、基本権からは、全般的な憲法の留保が導き出され得ないということが明確になるのである。基本権は、正当な国家任務の全可能性（全部のポテンシャル）を厳密に明示的に記述していない、ということになる。

(b) 憲法概念と憲法の留保

(8) ここでは前提問題として、イーゼンゼー教授の憲法概念の理解、それとの関わりで憲法の留保の捉え方について改めて触れて確認しておきたい。

前述のごとく、イーゼンゼー教授に依れば、憲法は構成的（ないし設権的）、包括的そして普遍的であり、国家の統治権行使にとって法的根拠及び基準として妥当するという憲法論を提示し、それは例えばドイツ基本法の不十分なテキスト所見には抵抗するとされ、また一方、憲法の留保は、前憲法的な所与に関係付けることや先験的な国家目的並びに行動への国家の白紙委任に関係付けることを遮断するものと捉えられ、国家は、このような視点において憲法を基礎としてのみ存在する。そして憲法は、国家の行動の様式、材料と量について判定し、したがって国家任務は、憲法（自体）から導き出されなければならず、そのことで以て国家任務の決定は憲法上の問題になり、その決定は、憲法上の問題として立法者の政治的な任意の処理（「自由の使用」）か

ら逃れることになるという。⁽²⁴⁾

このように憲法の留保の理論は、それ（憲法）の優位を振りどころとし、規範のヒエラルヒーの頂点に位置する地位から規範プログラムが逆に推論されるが、その妥当要求は、その内容によって引き出されるのではなく、「その内容を前提とする」ともいう。憲法の主題全般（主題の設定）の普遍性は、憲法の最高の位置（足場）から推論されて出てくるわけではない。むしろ（もつと正確に言う）優位を要求するのが、その規範プログラムであるという。この優位は「衝突の規則（ルール）」を形成することになる。

(9) 右の憲法規範は異なる名宛人と様々な拘束力の方式を持っており、国家の基本的規範として手続規則、基本権さらに前述の国家目標、編成権限そして機関権限は、それらを合わせて極めて細分化された多種多様な表象を生み出す。尤も、最も重要で原則的な決定のみが憲法の次元に位置付けられ、実際的には政治的に議論の余地のある決定は、憲法の次元に位置付けられるものの、その具体化の細目は、位置付けられないままにとどまり、それは国家任務の全体的な、そしてまとまった構想に用いるにはあまりにも狭いものであるという。したがってドイツ基本法の規範の存立における欠缺とあいまいな漠然とした部分は、下位の法を通じて充填されることになる。すなわち法律及び法律以下の法規、特に行政規定を通じての具体化である。ここにイーゼンゼー教授のいう「ライスナーのパラドックス」すなわち「法律の内容に従ってその憲法（*Verfassung nach Gesetz*）」⁽²⁵⁾「実例を見ること」がいはんとなつて、⁽²⁶⁾

(c) トータル憲法（全体的憲法）の理論

(10) 最後にトータル憲法の理論について、イーゼンゼー教授は、先ずR・スメントの（統合理論における）議論の紹介から始め、そのあと続いてP・ハーベルレ教授の議論にも言及する。

すなわち、本来の理論に依ると、憲法規範は、その法的な機能（作用）を越えて統合の効果、作用をもたらす。それは、憲法規範が国民的価値として国家などの公的団体の統一プロセス（過程）の示唆を与え、それを持続させることを通じて、統合の作用をもたらすのである。スマントにとって憲法は、統合をも成し遂げるのであり、しかし、ハーベルレにとっては、憲法もまた統合を成し遂げる「すべて」であるという。⁽²⁶⁾そして、そのことによって憲法概念は、憲法典（憲法文書）から引き離され（解きほどかれ）、全体的（総体的）な生活原理、すなわち全体的憲法（totale Verfassung）になる。そして、憲法を法的法律（Rechtsgesetz）として形成している区別（識別）は不明確で曖昧になる。すなわち、上位の規範と下位の規範との間、そして国内法（自国法）と外国法との間、法的認識（理解）と政治（Politik）との間、国家と社会との間、規範と現実（実際）との間で曖昧になる。イーゼンゼー教授に依れば、「文化は憲法になり、憲法は文化になる。」相対的（関係する）規制（調整）が多面性（Allseitigkeit・普遍性）を獲得するのである。そして、右のペーター・ハーベルレの拡張された憲法概念は、ヨーゼフ・ボイス（Joseph Beuys・ドイツの現代美術家・彫刻家ほか）の拡張された芸術（美術）概念と対をなすものであることを明らかにするという。すなわち「すべてのものが憲法であり、あらゆる者が憲法解釈者である。」ここでイーゼンゼー教授は、憲法の規範的な硬い厳格さと安定（性）は、その内容を膨らませることで消滅するのであり、（客観的な）具体的な拡張は、規範的な妥当要求を弱体化させること（柔らかくすること）であがなわれると説く。こうして憲法は任意に、そして従順に時代精神の運動（Bewegungen des Zeitgeistes）になるのである、と。

右のような理論の保護のもとで前述の国家任務は既に以下のことを通じて憲法の性質を獲得する。すなわち、それらの任務が、ここで、そして今日、政治的に必要不可欠なものと実証され、あるいはそれらの任務が趨勢（発展動向）の中にあるということを通じて憲法の性質を獲得するという。ここで国家任務の憲法理論は、

憲法ドグマリーテイク（解釈論）に先行するのであり、後者（ドグマリーテイク）がそのあとに続かなければ、憲法政策（政治）が、憲法目標規範及び国家責務（課題）規範を補充するために参入（加入）するという構図になる。憲法法律から自由になる（自立する）憲法概念は、憲法の留保如何の問題が提起される局面（段階）から浮揚する（離陸する）。このことは、憲法法律に関連がある。それは、法の実定性（Positivität）とそれの「識別の内部の意味のみを作る」に過ぎないと捉えられる。⁽²⁷⁾そこで一般にトータル憲法の理論は、憲法ドグマリーテイクとは相入れず両立し得ないとされ、それはドグマリーテイクが法の本質を形成する限界を巧みに隠すからであると説かれる。⁽²⁸⁾

以上がイーゼンゼー教授の全体的な生活原理としてのトータル憲法の理論の概要である。本稿では、この理論の中の国家任務の理論をはじめとして多くの示唆を得ている。これらを本稿の憲法学における司法過程論の理論的展開にとってその底流として位置づけ、それを発展的に継承することも目的として設定している。

（三） 憲法学的司法過程論の構造

（1） さて、これまでみてきたように、憲法の目標あるいは国家任務を権利保護、権利保障と捉える視座に立つと（本稿の議論の出発点はまさにこのような視座である）、必ずしも司法権を担うとされる裁判所、司法部のみが、この目標達成あるいは任務の遂行にあたるのが憲法上予定（あるいは固定）されていると考える必要はなく、司法機能を憲法の目標、国家任務とリンクさせて、より広い概念の内実を有する作用と捉え、憲法全体の視野を見据えて司法過程として狭義の司法権だけでなく、立法権と行政権それぞれが、この司法過程を担う一部門として位置付けるといふようなシステム論を構築することは、権利保護、権利保障という目標や任

務を、より実効的に遂行していく上で有意義なことであり、その方向性の実現を目指すべきであると考えられる。そして、その際、前述のごとく権力分立原理が大きな理論的障害（障壁）になるとは基本的に考えられない。これは、憲法を権利保障の体系としてトータルに捉え、この憲法の目標によって各憲法機関（国家機関）の役割、任務を（イーゼンゼー教授が説くように）権利保障という国家の役割ないし任務に収斂させて、それらを統合していくことから生まれる帰結である。そして、この帰結は、前記の日本における憲法学説、訴訟法学説が提示している理論的傾向（すなわち、対話理論、正義の総合システム論等）とも軌を一にしている部分があると思われる。

このように、一般論として、すべての国家機関は、大なり小なりの司法機能を担っていると解することができる。憲法の設定する司法過程全体の中で、三権（力）のそれぞれの国家機関の持つ司法機能の役割分担を構築し、それらを統合してトータルな憲法の司法過程を想定することは、あながち突飛な発想ではないように思われるのである。

(2) 以上これまで検討してきたことを前提に総括するならば以下のようなものになろう。

まず、現存の憲法体系、憲法体制とりわけ三権分立原理に基づく体制を憲法上全く別の新しいシステムとして構築することは、これまでのところ理論的にも実際（実践）的にも困難であるし、そのようなシステム構築の発想やそれを志向する要望が熟しているとも言い難い。したがって、現体制や現在の憲法構造（原理）を抜本的に変革するのではなく、立法府、行政府、司法府が、それぞれの憲法上の立場に立ち、憲法（典）によって付与されている機能・権限を行使することを前提としつつ、国家任務としての権利保護、権利保障をそれぞれの府の国家機関の任務として受け止めて、それをそれぞれの立場から遂行していくというシステムのことを、その中で三権の国家任務の遂行実現の構図を明確にしたところの（言わば）広義の司法過程として観念す

ることの理論的可能性は、全く否定されるものではないと思われる。本稿は、そのような可能性を模索する立論作業を課題として設定してきたものである。言うならば、国家任務という観念を中心に据えて、その任務をめぐる三権の機能、並びにそれらの連携の在り方を、権利保護、権利保障という任務を念頭に置きながら、憲法上の明確なシステム枠組みを構築することは、人権保障（権利保障）という憲法の目標の実現の推進にとつて、それに大きく寄与するものと考えられる。勿論、そのようなシステムの構築に際しては、三権（力）それぞれ对国家機関について新たに法律上の権限授与規定や組織規範による基礎づけを与え、より具体化すべきことは不可欠である。このシステムは、決して観念上のシステムではなく、三権（力）の国家機関それぞれが前記のような法的な役割を担って活動する実定制度として構想するものであるからである。

(3) また、権利保護、権利保障を真に実効的で十全たらしめる為に憲法の統治構造を前記のようにトータルなマクロ・システムとして司法過程論を構想する本稿においては、この司法過程を単一のシステムとしてだけでなく、従来の伝統的な立法過程（システム）、行政過程（システム）をこの過程の中に取り込んだ複合的、動態的な総合過程（プロセス）として捉えている。このマクロの総合システムは、広義の司法過程ないし権利保護過程として憲法構造の中に位置付けられる。

ここでは先ずCh・デーゲンハルトが説くところに依れば、従来、侵害され、あるいは否認された権利の事案において、権威に基づいて裁定し、そのことによって市民の権利及び自由の領域を拘束力をもって切り離し、効果的に保護することを（以て）、裁判権力の決定的な（あるいは標準的な）法治国家的機能と捉えられてきたが、⁽²⁹⁾ このような機能を本稿では、ひとり司法権の機能としてだけ位置付けるのではなく、右のような事実認定と法の解釈適用を三権（力）の国家機関それぞれに振り分けるといって統治構造（憲法構造）を想定して立論を展開している。

そして本稿での憲法学における司法過程論は、前述のごとく、司法（過程）システム、立法（過程）システム、行政（過程）システムを、それぞれがそれぞれの立場で権利保障の実現、推進を任務とするプロセスと捉え、これらの三つのプロセス、言わばこれらのミクロのプロセスを憲法を通じて一つのトータルな総合プロセスへと有機的に統合し、連関させるもので、言わばトータルな循環型プロセスのシステムの構築を目指している。

すなわち、立法府は、右のミクロのプロセスにおいて自らの司法機能を行使しつつ、司法府に基礎としての実体法を付与し（立法府の合憲性統制機能を発揮しつつ）、具体的紛争を裁定するために必要とされる制度を規定した手続法を制定し、一方で行政府に行政（国家）の実践すべき（合憲的）課題を設定する。司法府は、前述のごとく（裁判所が）裁判を通じて、立法過程のアウトプットたる法を解釈し（司法府の合憲性統制機能を発揮）、それを紛争・係争の事実関係に適用して具体的紛争を解決する過程（狭義の司法過程・ミクロの司法プロセス）として位置付けられる。行政府は、（行政政策、行政行為の内部的合憲性統制機能を行使・発揮しつつ）、立法過程によって示された行政課題を履行し具体化するとともに、司法府と連携して、司法府の裁判結果を補填し、狭義の司法過程の法的判断を具体化する役割を担う。立法府、司法府、行政府は、その究極の任務（国家任務）、目的を国民の権利保障に置き、それぞれの府が相互に補完し合いながら、トータルな司法過程システムとして構築され、実効的且つ十全の権利保障の実現とその確保を目指すことになる。本稿において構想された憲法学における（広義のトータルな）司法過程論の構造の概要を示すならば、以上のような全体的な権利保障過程の構造を骨格として持つことになる。

（四）憲法学的司法過程論の展望

（1）以上、筆者のささやかな試論の理論的可能性について考察を加えてきたが、この試論を実際に適用した場合にはどのような帰結が生まれるのか。

思うに、少なくともその一つは、憲法全体（の趣旨、規範的要求）が要求するところの国家の任務としての権利保護を、広い意味での国家の統治機構全体に妥当する任務として位置付け、これらの統治機構が、それぞれの憲法上の立場、地位、権限、任務に基づいて果たす権利保護の任務を（トータルな）司法過程として措置する領域（分野）において総合し、その（権利保護の）総体として捉えるとき、全体としての権利保護の有機的連関、充実、実現、相乗効果の程度が一層高められることである。そして、そのことから、権利保護に対する各国家機関の意識、配慮の程度も、より高いレベルへと押し上げ、充実したものへと変革していくことが期待されるのではないかということである。無論、その実効化のためには例えば、権利保護という国家任務は、それぞれの国家機構（機関）の役割、権能を規律する実定組織法の中で明文規定を以て表記されるべきこととは言うまでもない。

これまで日本の国家機関は、前記のごとく既に実際に、それぞれの国家機関としての憲法上の地位と権能に応じて、（その範囲で）権利保護の役割（立法、行政行為等の公の法的行為の合憲性審査の役割、機能の一部の分担しての遂行を含めて）を多かれ少なかれ担い、果たしてきたという実践的経緯を踏まえるならば、右のような立論は、必ずしも理論的に突飛な主張、解釈とは言えない。

（2）さらに言えば、右の立論の実践的效果として、権利保護についての各国家機関の（権利保護）意識の掘り起こし、啓発にもつながるのではないかと考えられる。国家機関のすべてが（全体としても、個別的にも）

多かれ少なかれ権利保護の領域（分野）の住人であり、担い手である。国家機関はそのような権利保護の担い手であるからこそ、国民の権利保護の実現、確保、充実という（国家）任務に無関心であることは、憲法上許されないことである。

（五）結

（1） 以上述べてきたところは、筆者の全くの試論にとどまるものであるが、言うまでもなく、洋の東西を問わず、また時代を問わず、右のような憲法上の統治構造（の变革）構想が、実定憲法史上ないし、憲法理論史上において、その片鱗すら登場したことはないであろう。その意味で筆者の提示した憲法上の司法過程論（憲法構造における権利保障理論）は、歴史的な基礎付けを欠き、M・シュト（ル）ライス教授の言うところの「歴史的な脈絡の中でとらえること無き憲法の議論は盲目（同然）であり、そして歴史的基礎付け無き憲法理論は空虚なものである。（“Verfassungsrechtliche Debatten ohne Kontextualisierung sind blind. Und Verfassungstheorie ohne historische Fundierung ist leer.”）⁽³⁰⁾ という批判の対象となりうることも十分予想されるところであり、筆者の危惧するところでもある。

（2） しかしながら、本稿の提示した憲法理論の展開が、必ずしも「憲法に定礎せしめる基礎理論の解明」（笹田栄司教授の表現）を欠いているものではなく、また右のように憲法の統治構造を把握することによって、実定憲法における各国家機関の機能、役割を国民の権利保障（基本権保障）に集約し、この観点から体系的・全体的そして機能的に且つ統一的に憲法の統治構造全体を把握するということが、憲法を支える基本原理たる法治主義ないし法の支配や権力分立原理に違背するものとも考えられないことは、これまでの考察においても確

認してきたところである。

前述のように、本稿においては、言わば憲法学におけるトータルな司法過程論の展開を試みたものであるが、この憲法理論は、今後どのような方向性をもって立論（議論）を進めていくべきであろうか。この点は、先ずは読者諸賢の批判と評価をまつことにしたい。

〔註〕

- (1) 小島武司「正義の総合システムを考える―マクロ・ジャスティス試論」民商法雑誌第七八巻臨時増刊一頁以下、同「裁判請求権」同・民事訴訟の基礎法理（昭和六三年）一頁以下、同「公共訴訟の法理」同書一一三頁以下、同「司法の将来」同書二〇五頁以下、同「正義の総合システム」のなかの調停・苦情処理」法社会学第三三号（昭和五六年）一頁以下、同「裁判外紛争処理の理論的位相」同・裁判外紛争処理と法の支配（二〇〇〇年）四頁以下参照。
- (2) 大石眞「違憲審査機能の分散と統合」初宿正典先生還暦記念・各国憲法の差異と接点（成文堂・二〇一〇年）一三七頁以下、同「わが国における合憲性統制の二重構造―合憲性統制機能の立法過程論的考察」戸松秀典・野坂泰司編・憲法訴訟の現状分析（有斐閣、二〇一二年）四四五頁以下参照。
- (3) 内閣法制局の役割に関しては、なお参照、毛利透「小特集『内閣法制局と最高裁判所』」法律時報二〇一六年一月号九三頁以下。
- (4) 赤坂幸一「ドイツにおける連邦政府内部の憲法適合性審査―ベルリン調査報告―」レファレンス七九四号（二〇一七）六七頁以下参照。
- (5) 毛利透「オーストリア連邦首相府憲法部による政府提出法案の審査」レファレンス八〇五号（二〇一八）三頁以下参照。
- (6) 佐藤岩夫「小特集・内閣法制局と最高裁判所・企画趣旨」法律時報二〇一六年十一月号七三頁参照。
- (7) 石川健治「執政・市民・自治」法律時報一九九七年六月号二二頁以下参照。
- (8) なお参照、牧原出編・法の番人として生きる・大森政輔元内閣法制局長官回顧録（岩波書店・二〇一八年）二九六頁以下、以下に同書三二二頁以下（赤坂幸一執筆）参照。

- (9) 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」法学雑誌第五四卷第二号(二〇〇七年)一五頁以下、同「対話的違憲審査の理論―法の支配と憲法的対話の融合―」新世代法政策学研究V。〇一九(二〇一三年)一頁以下、同「対話的違憲審査の理論(三省堂・二〇一三年)参照。
- (10) 後に触れるように、K・A・ベッターマンの説くところ、すなわち、基本法の基本権保護もまた厳格な権力分立に基づいており、多数の法律の留保も、同法第一九条四項の「出訴の途」の保障も、この基盤の上でのみ機能を果たす、と説いていることが想起される。Karl August Betermann, in: HbSR Band III, (1988), § 73 Die rechtsprechende Gewalt, S. 776f.
- (11) 山田邦夫「英国の議会主権の変容と対話的司法審査の可能性」レファレンス七八八号(二〇一六年)一頁以下参照。
- (12) 太田勝造・法律(東京大学出版会・二〇〇〇年)六一頁、同「58・司法過程」小島武司編・裁判キーワード〔新版補訂版〕(有斐閣・二〇〇〇年)一三六頁以下参照。
- (13) 田中成明・裁判をめぐる法と政治(有斐閣・一九七九年)一八三―一八四頁参照。
- (14) 田中成明「法システムの多元的調整フォーラムへの変質をめぐる―その背景と可能性についての一考察」奥島・田中編・法学の根底にあるもの(有斐閣・一九九七年)二七一頁以下参照。
- (15) K.A.Betermann, a.a.O.S.776.
- (16) 田中成明教授が指摘するように、司法と裁判という概念は互換的なものとみられることが多いところ、本稿では、司法(司法的裁判)よりも包括的な概念として「裁判」を指定する。そして、この「裁判」を以て、裁判は具体的紛争について法的権威を認められた第三者が対立当事者など関係者の主張を聴いたうえで決着をつける制度を意味し、これに対して「国家機関である裁判所が法の適用によって拘束力ある裁定を下し紛争を解決する」ところを「司法」とする理解を出発点とする。田中成明・転換期の日本法(岩波書店・二〇〇〇年)二二七頁、及び兼子一・竹下守夫・裁判法〔第四版〕(有斐閣、一九九九年)一一二―一二頁参照。
- (17) Michael Sachs, GG, Art. 20, Rdn. 85, S. 793
- (18) K.A.Betermann, a.a.O. § 73, Rdn. 6, S. 778
- (19) 宮津俊義「司法作用の概念」同・憲法と裁判(有斐閣、一九六七年)二七頁以下、芦部信喜「IV憲法訴訟の基本問題」同・人権と憲法訴訟(有斐閣、一九九四年)一〇七頁以下(特に一一四―一二五頁)、長谷部恭男「司法権の概念と『争訟の状況』」高橋・加藤編・実務民事訴訟講座(第三期)第一卷(日本評論社、二〇一四年)五七頁以下、そのほかに、長谷部恭男「第13章司法権の概念―『事件性』に関する覚書」同・憲法の円環(岩波書店、二〇一三年)一二三頁以下参照。

- (20) Josef Isensee, Vorbehalt der Verfassung, Das Grundgesetz als abschließende und offene Norm, in : Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag. Freiheit und Eigentum (1999), S.373 ff.
- (21) Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in : HbStR, BandV (1992), § 111, Rdn.83ff. 137 ff.
- (22) Isensee, Vorbehalt der Verfassung, a.a.O.S.373.
- (23) Isensee, a.a.O.S.374.
- (24) Isensee, a.a.O.S.374.
- (25) Isensee, a.a.O.S.376.
- (26) Isensee, a.a.O.S.377.
- (27) Isensee, a.a.O.S.377.
- (28) Isensee, a.a.O.S.377.
- (29) Christoph Degenhart, § 76 Gerichtsverfahren, in : HbStR, Band III (1988), S.879ff. (S.880, Rdn.1).
- (30) Michael Stolleis, Verfassung(s)schichten (2017).