



Title	ドイツにおける裁判権の概念(2) - 日本の司法権と基本法92条の裁判権との対比 -
Author(s)	西村, 枝美
Citation	関西大学法学論集, 63(4): 190-208
Issue Date	2013-11-30
URL	http://hdl.handle.net/10112/8337
Rights	
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	publisher

ドイツにおける裁判権の概念(2)

——日本の司法権と基本法92条の裁判権との対比——

西村 枝美

目 次

はじめに

I. 体系上の位置づけ

1. 「司法権」が登場する場所
2. 「裁判権」が登場する場所

II. 裁判権の概念

1. 考慮材料
2. 三つの組み合わせ——連邦憲法裁判所
3. 92条の独立権能性否定——Herzog
4. 憲法構想としての中立な手続——Voßkuhle (以上, 63巻3号)
5. 裁判の本質論 (以上, 本号)

III. 裁判権の範囲

IV. 「法的争訟」という要件

V. 憲法裁判権との関係

VI. 日本への示唆

おわりに

5. 裁判の本質論

連邦憲法裁判所は、基本法92条における「裁判権」を解釈する中で、「学説にも実質的定義を行うものがある」として Goldschmidt, Arndt, Friesenhahn, Thoma の説を挙げた後、「これらのテーゼは確かに実質の意味での裁判の概念の本質的要素を明確にしている。しかしこれらはこの概念の内容全体を包括してもいないし、実質の意味の裁判としての裁判所に何が委譲されなければならないか、また任されなければならないのかについて決め得るような裁判でない国家活動との明確な限界が与けてもいない」と述べている¹⁾。

他方、裁判権の理解について Thoma の説に従うとされる²⁾ Hesse は、自説を述べたところで注を付け、連邦憲法裁判所のアプローチについて、「完全に目指すものは同じ」と指摘するものの、「しかしながらその際実質的に本質的なものが明確になっていない。すなわち、諸任務が憲法上典型的に裁判の任務として性格づけられる、ないしは性格づけられなければならない、これを受けて裁判所に留保される理由が明確になっていない³⁾」と述べている。前述した連邦憲法裁判所の裁判権理解は、立法者の任意で確定されるものではない、という意味での「実質的理解」ではあったが、なぜその任務が裁判所に留保されるのかを示す、裁判の本質を究明するものではない。Hesse は、連邦憲法裁判所になく、自説にあるものとして「本質的なもの」を明確にしようとする視点を挙げているのである。

以下、この本質究明に焦点を当てた学説を採り上げる。連邦憲法裁判所により名の挙げた、Thoma, Friesenhahn, Arndt, Goldschmidt を概観したうえで、先ほどの Hesse, そして Stern の考えを紹介した後、こうした裁判の本質究明に際して登場する要素を整理したものを紹介する。

1) Thoma

Stern は、裁判の概念を講じる章の冒頭で、基本法においては裁判権が立法権、執行権と並ぶ第三の権力に「引き上げられた」と表現し、これにつき、学説においては肯定的に評価する声がある一方で憲法構造の中で司法国家的要素の前代未聞の拡大を危惧する向きがあったと指摘し、依然として国家機能としての裁判の位置づけが形式的なものにとどまっていたこと、さかのぼってみれば Meyer/Anschütz の国家学の教科書も 1919 年の最後の版まで裁判所を第三の権力とはみていなかったこと、そんな中、1913 年の Laband の教科書では既に裁判権を適用と行使を行う国家の支配の中に組み込むことが要請されてきたことを述べ、この要請はヴァイマル帝国時代の国法学においてその萌芽が、後に包括的にボン基本法で花開いたとした上で、「とりわけ Thoma」が裁判権を立法権、執行権と並ぶ第三の権力とすることを強調した、としている⁴⁾。

この款ではその Thoma を真っ先に採り上げることとしよう。

Thoma は、「国家権力の諸機能」と題する編の基本概念を講じる章で、「立法、行政、裁判の三つの諸機能の法律的区別」を行うことから着手する⁵⁾。

「社会学的に問題とされうるのは国家、国土、人間の経済的文化的的生活においてドイツ国家はどのような『機能』を実際に充足するかについてであり、政治的に問題とされうるのはドイツ国家は何れの機能を充足すべきかについてである。法律学的に問題とされうるのは、何れの任務をドイツ国家はその法秩序の基準に従いつつ充足すべきか、である」⁶⁾。そして法律学的観点に立つならば、近代国家は「法を自ら形成する、つまり規範を公布ないし廃止することで立法者として法を形成する」という事実が付き物となるが、それだけではなく、「この立法機能から区別される」「法秩序の基準に従っての諸活動と諸命令」としての「執行 Exekutive」という別の国家機関の活動があるとする。この執行という国家活動は、裁判 Rechtsprechung と行政 Verwaltung とに区別されることになる。すなわち、執行は「一部は国家目的の、より自発的実現」であり、「一部はより拘束された法規範の遂行」であるが、そのうちから厳格に範囲確定された「裁判」が取り除けられる。裁判において重要なのは「一般的規範の適用において個別事例において何が適法なのか宣言すること」である。それが「争訟によって生じるのであれ、他の理由から生じるのであれ」である。

「執行が裁判ではない限りで、それは行政と呼びうる。行政は法律に基づいて、また法律の範囲内でより自由な目的活動を展開する限りで、『執政 Regierung』とも、(狭義の)『執行 Vollziehung』とも呼びうる。この区分は、正しく理解するならば、すべての正統な国家権力の活動、すなわち、立法でも司法でもない国家権力行使のすべて、外交、戦争遂行、帝国と諸州の連邦国家的相互関係を含む行政の包括的『機能』に帰属する国家権力行使のすべてが、この名の下に包摂されるということの意味する」⁷⁾。

このような概念区分をした上で、Thoma は、それぞれの機能について考察していく際に、「すでに君主時代の諸憲法は、その機能区分やその用語を通じて、立法、行政そして裁判という概念の二重化を強いており、またこのことは現に妥当する憲法においても例外ではない」とする⁸⁾。その二重化とは、「国

家の活動が、その内容（その『実質』）ゆえに、もしくはその根拠 Quelle や形態 Gestalt（『形式』）ゆえに、立法活動、ないし行政活動、ないし裁判活動と呼ばれている」ということである⁹⁾。

さて、ここから先が Thoma の説の興味深い部分である。Thoma は、① 許された裁量に基づく法形成的要素（立法的要素）、② 法的義務に従って遂行するという要素（執行 Exekutive 的要素）、③ 一般的法規範を具体的事例に適用することを決定する要素（裁判的要素）、これらの要素が、立法機能、執行機能、裁判機能すべてに何らかの形で含まれている、というのである¹⁰⁾。議会の立法機能は、憲法によって委ねられた任務の執行であり（そういう意味で純粹な「立法」は憲法制定行為のみであるかもしれない）、最末端の行政官ですら、その一つ一つの行為が法を産出し、所与の規範を個別事例に当てはめているし、裁判機能も、周知のごとく執行行為であると同時に法を産出する要素を含んでいる。こうなってくると、それぞれの機能の実質的定義はより明確化を必要とする。「実質意味での立法に属するのは、その主要な目的と効果が一般的法規範の制定であるものことである。実質的行政に属するのは、その主要な目的と効果が以下のものであることである。すなわち、一般的法規範もしくは法律の遂行ないし狭義の国法上の意味での法命題に属さない一般的規範の制定、もしくは自由裁量を伴う権利義務を形成するが『一般的』ではなく『個別的』であるゆえに立法の本質を持つ個別的命令の制定、である」¹¹⁾。裁判機能はどうか。ひとまずその主要な目的と効果が「一般的規範の個別事例への適用に際して何が適法なのかについての宣言」にあることとするが、その宣言が可能となるためには事前・事後の執行行為からの「独立」性が担保されていることを必要とする、とする。したがって「実質的意味の裁判とは、国家の権威による、現行法の個別事例での具体的事実への適用において何が適法なのかについての独立した宣言である」¹²⁾。とはいえ、この「独立」性は、少なくとも特別の手續の形をとり、また通常は組織的に独立した官吏を伴った形での訴訟手續という形式法的要素に常に留保されることになり「純粹に実質的意味での裁判は存在し得ない」ということになる¹³⁾。また、「法適用が裁判となるの

は決定の独立性とその宣言があるからである」が、法適用を行うのは裁判機能だけではないと理解している Thoma は、「裁判は、ある法適用の独立した段階、一場面、遂行プロセスにおける中間段階」とする。そして「そのような独立した法の言明を行う訴訟の構築は決して論理的なものではなく実践的政治的必要性である」とする¹⁴⁾。

しかしながら「法的観念という観点からは、国家の主たる任務の一つは、ある市民がほかの市民に対して訴訟を使って、この私的出来事について何が適法なのかについて、権威的で執行力のある発言を要求しうるような部門を国家が組織することである。同じ観点から要求されるのは、国家が法律により処罰すべきと宣言した犯罪の処罰を自ら行い、事実の調査と、刑法規範がその事実に適用されるかどうか、またいかに適用されるかについての発言を独立させ、従って刑事司法を設立するということである。更に裁判という国家の設立の要請へと周知の『法治国家』の要請は向かう。憲法規範や行政規範の執行プロセスにおいても一定範囲で、具体的に何が適法なのかについての独立した発言が差し挟まれるべき」である¹⁵⁾。

このような近代「法治国家の要請」は単に「手続に適った独立性」ではなく、むしろ「裁判が独立した裁判所の手に置かれ、手続が正しい事実認定と正しい法適用の保証を満たす」ことに向けられる¹⁶⁾。これはドイツの法秩序を現に支えてもいる三つの要請に分けられる¹⁷⁾。第一の、また最も一般的要請は、法主体が具体的法の状況についての個別の発言を要求できるような制度を創設することである。第二の要請は、独立した判断を下すことは、一定の範囲で、特別の、そのために創設された部門と役員に委ねられるべきであり、完全な聴聞と事実の客観的解明を保証する手続を進めるような部門であるべきである、ということにある。第三の要請は、裁判官が「独立」しているべきということに向けられる。

「これら三つの要請ゆえに、実質的意味の裁判の正しい概念を定式化することは重要である。それらの要請は、手短かに言えば、次のようなものである。国家は一定の範囲で独立した法適用の発言を遂行手続に組み込むべきである。国

家は一定の範囲で特別な手續における特別な官吏にそれを委ねるべきである。国家はそのような裁判官を一定の範囲で『独立』させておくべきである¹⁸⁾。しかしながら、これらをどの範囲で実現するべきかは「歴史的発展とその都度の社会のものの考え方が決めてきた¹⁹⁾」。

2) Friesenhahn

次に紹介するのは Thoma を批判して別の裁判概念を提示する Friesenhahn である²⁰⁾。Friesenhahn は、裁判の概念と種類を探求した論文の冒頭「ドイツ国法の中核を記述したまた法治国家学の大家であることを示した機能学において、Thoma は立法や行政の実質的概念に相当するような、裁判の一般の実質的概念の必要性を認めている」と述べた後、ボン基本法の創設者たちが裁判を別個の権力として位置づけ、裁判に関する第9章を設け「裁判権は裁判官に委ねられる」という基本原則を明示したことから「今日裁判の実質的概念についての問題は一段と現実的意義を獲得した」として、この裁判の実質的意義等についての究明に取りかかる²¹⁾。

Thoma との違いは、次の三つである。①「具体的事件への法の適用」は裁判固有のものではなく、他の国家機能も行っている、とする Thoma に対して、その点は同意しつつも、なお、そこに違いがある、とすること、② 何が適法なのかについての「宣言」が独立して行われるのか、そうでないのかによって、裁判と行政の区別が見いだされる、という Thoma に対して、その点は同意しつつも、これを裁判権の実質的定義の要素とはしないこと、③ 裁判権の実質的概念として「第三者」「法的争訟」が含まれるとしていること、である。以下、この三点について補足する。

まず一つ目の違いであるが、「法適用」はすべての国家機能に含まれる、とする Thoma に対して、Friesenhahn は「活動する機関が自己の権限について下す判断は一般的権限規範のもとでの具体的事例の包摂を意味するというならば正しい」とする²²⁾。しかし、Friesenhahn は、まず立法の「包摂」と裁判や行政の「包摂」を切り離す。「一般的権限規範」を具体的事例に包摂する、と言っても、活動の「前提」が存在するかどうかの判断（「一般的権限規範」そ

れ自体には国家機関の活動の内容は確定されていない)と、活動の「内容」を形作る判断(「一般的権限規範」の構成要件が国家活動を義務づけたり少なくとも授権したりすることで国家機関の活動の内容に関わる)とは厳密に区別しなければならないはずで、前者の場合には、具体的事例への法規範の「適用」とは言い難い、とするのである²³⁾。この出発点からすれば、立法は、憲法の個別の法律への包摂と理解できるような、憲法から個別の法律制定内容について個別に授権を受けているとは言い難い一方で、行政と裁判は上記の意味での「具体的事例への法適用」である²⁴⁾。次に、同じく「法適用」と言いうる裁判と行政の区分のために、Friesenhahn は、行政の法適用とは異なる裁判の法適用の「特性 Eigenart」解明に取りかかる。行政の法適用の特性は、「その法適用が国家と市民の間の法関係の内容的確定ないし形成のために行われることにある」²⁵⁾。法適用を行う行政官はこの法関係の一方当事者なのである。この行政の法適用を純粹論理的に捉えれば、私法上の「私人間の法関係とパラレル」²⁶⁾である。これに対し裁判官の法適用は、行政のそれとは対称的に、国家と市民の法関係での法適用において裁判官が一方当事者という関係の中で行われたい。「裁判官は、当事者ではない第三者として、当事者に何が客観法であるかを述べるために、純粹に客観的法実現のために、法を適用する」²⁷⁾。

以上のことからすれば、具体的事例への法適用というだけでは、行政もその活動を行っているため実質的裁判は存在していない。「重要なのは法適用の目的である、つまり、具体的事件への一般的法規範の適用に際して、当事者ではない第三者として、二つの当事者間での法的争訟を判断するために、公権でもって mit obrigkeitlicher Gewalt 何が適法なのかについて宣言するすべての国家機関が行使しているのが裁判である」²⁸⁾。これは「行政と裁判を明確かつ十分に限界づけることができる純粹に実質的な裁判の概念である」²⁹⁾。

次に二つ目の違いについてであるが、Friesenhahn は、Thoma について「実質的」な国家の諸機能の本質的な区別が「手続」にあるとしたこと、つまり「実質的」意味における裁判を究明する場所に「形式的要素」を持ち込んだことに着眼する³⁰⁾。これは立法や行政の実質的の概念と対応していないはずであ

る。Thoma が「実質的意味」とした組織的手続的独立性は「重要」であり、この独立性は Friesenhahn の定義からしても「疑いなく必然的帰結」として生じるが、これは「実質的意味における裁判の基準とすることはできない。なぜなら裁判権の内容と範囲についての問いは、裁判官による裁判の独立した宣言がどの範囲で憲法ゆえに要請されるかということに対する答えで返すべきだからである」³¹⁾。

三つ目の違いとして、Friesenhahn の裁判の実質的意味には、Thoma にはない要素が自覚的に組み込まれる。それが「第三者」と「法的争訟」である。行政の法適用との違いが、当事者ではない第三者が判断する、という点にあるとしたのは一つ目の違いの指摘の中で述べた通りだが、この裁判の法適用は「二人の当事者が裁判官の前で争うことが前提となっており、そのことからして法的争訟の判断のための法適用が裁判の実質的基準として発生する」³²⁾ というのである。なお、Thoma の組織的手続的独立性を裁判の実質的意味ではなく形式的意味としたこととの関係で、「第三者」という要素もまた形式的なのではないか、との批判が考えられるが、これについて Friesenhahn は次のように述べている。「決定を下す『第三者』は、外形的に追加された形式的要素ではなく、争訟判断の実質的要素を備えた極めて所与のもの」であり、「この純粋な法適用のフォルム」は、市民に対して国家の要求を主張するための行政での法適用には登場しないからである³³⁾。

この「法的争訟」という要素はもう一度本稿のIVで立ち返ることとし、さらに別の実質的定義へ歩を進めよう。

3) Arndt

Arndt の裁判権の概念についての考察が、上述してきた諸定義とはまた異なるのは、刑罰権をも射程に入れることを念頭に置いているためであろう³⁴⁾。

Arndt の論文は1933年以前のヴァイマル憲法と1933年の「カタストロフィー」と1945年を経て「血と涙でもって獲得された」新たに創設された法治国家的かつ人道的憲法への言及から始まる。ヴァイマル憲法においては、憲法上、憲法保護のシステムが存在せず、憲法上保護された基本権が存在せず、こ

のことから、どの範囲で憲法が法律上の裁判官を保障しているのかについて議論が進展しなかったため、「行政官（税務官吏、郵便局員といった）が刑罰を科すことが法治国家的権力分立と抵触しないのかについての問題を認識していなかった」³⁵⁾。1933年以降について直接的記述はないが、戦後ラントで制定された憲法における裁判が共通して、① 裁判を別個の国家機能として承認していること、② 裁判官の裁判権の独占を基礎付ける排他性、③ 裁判官の法律に拘束されること、を規定していることの歴史的背景にあるのが、「秘密国家警察の暴力主義的『刑罰』行為、ユダヤ人の政治的排除、そしていわゆる『ポーランド刑罰法規』の産物」であり、「刑罰権が裁判所から行政へ移行することは全体主義的権力支配の特徴であった」としている³⁶⁾。その忘れてはならない「犠牲」をふまえるならば、「裁判と行政が区別されず、裁判を行うのもごくわずかで済ますような、なんらかの国家が一般国家学によれば考えられるのかどうかといったことは論外である」³⁷⁾。

では、ボン基本法はどうか。1949年に制定されたボン基本法は、第9章において「裁判」の章を設け、裁判権を裁判官に委ねると92条で規定した。仮に憲法ゆえに裁判とされた国家活動の種類が確定できず、立法者の任意に委ねられるとすれば、92条は内容空虚なものとなり、立法者を何ら拘束できない。憲法典の全体系における基本的価値決定として92条は、「憲法ゆえに『裁判権』としてその本質に従って特徴付けられる国家機能が存在し、例外なく裁判官に留保され配分されたということを意味しなければならない」³⁸⁾。

その「裁判権」として裁判官に独占されている国家機能とは何かについて解明する際、Arndt は、次のように言う。「ボン基本法はドイツ連邦共和国を法治国家として明白に定義している」、すなわち、「法の基準に従う力として、憲法によって承認された（公平な価値を実現した）法の業務の中で、平和の創設者、法の保護者として、である」³⁹⁾。この前提にあるのは、「国家性の特徴としての強制力の独占」であり、「自力救済の排除」である。「法主体であるという能力と（主観的）法の具体的帰属は、権限者自らが自己の権利を実現する権能にまで及ぶのではなく、自己の権利が何らかの理由（紛争、疑義、無資産）か

ら義務者によって任意に充足されない場合、法を仲介する国家の権利救済を必要とする。国家は既判力を通じて権限を強制可能にするのである⁴⁰⁾。

この自力救済が禁止され、その代わりに国家がその権限を達成させるこの機能は、「争訟決定」という表現が前面に出ていたが、本当にそれがこの場の中核なのか、これを Arndt は問う。刑事事件を民事事件のアナロジーで構成すれば、自己の「臣民」に罰を科すよう国家が請求していると構成されることになろうが、刑事訴訟は決して当事者同士が争っている事件でもないし（検察官はあくまで仮の当事者である）、裁判上の刑事判決は紛争に対する判断でもない⁴¹⁾。争訟決定というイメージにおける「本当の核心」は法の「不確実性、そしてそれゆえに法理念、とりわけ法治国家の理念に従い決定する必要性が存在する」ということである⁴²⁾。

この「不確実性」が Arndt のキーワードである。「不確実性」は19世紀の公法には（刑法をのぞいて）想定されていなかった。理由は、自己の権限を自ら確定する官僚主義的国家、また選挙された議会の自由な議論から制定された法律への信頼である。ところが刑法については事実 Wahrheit の影響および事実の不確実性を見落とすことができなかつた。これが「事実判断の中でもとすれば不確実な真相の確定を——確実なもの承認されている——法的判断から区別し、別個の機関に委ねるという典型的結果になっていた」。ところが、不確実性はすべての具体的事例における具体的法の判断に内包されている。「何が事実かということの不確実性と、何が法かということの不確実性が意識されるに従い……、決定の必要性と法的強制の不可欠性とは国家活動の特別な任務として育成しなければならなかつた⁴³⁾。「『争訟』に際して実質的にも形式的にも当事者の紛争ないし意見の対立を問題にする必要はなく、問題なのは不確実性以外の何物でもない⁴⁴⁾。「裁判の任務は既判力による法的不確実性の除去である⁴⁵⁾。

Arndtによれば裁判権とは「確実性のために事実審査及び法審査による既判力を持った決定である⁴⁶⁾。

4) Goldschmidt

Arndt は、裁判権の概念が刑事事件を視野に入れてこなかったとの指摘があることを述べたうえで、これから紹介する Goldschmidt を挙げ、すでにそれを内包する検討が存在すると指摘している⁴⁷⁾。ただし Arndt が刑事事件を視野に入れたアプローチであるのに対し、Goldschmidtのアプローチは、ローマ法への言及をはさみながら、訴訟とは何か、という観点から行われている⁴⁸⁾。

訴訟は疑いなく公法である⁴⁹⁾。しかし訴訟のどこが公法なのだろう。同じく公法である刑法と同様、公法的性格が基本的枠組としてまずあって、その範囲内で訴訟法は固有の訴訟上の必要性と目的を追求している⁵⁰⁾。しかし「訴訟法の公法的性格の確定は刑法ほど訴訟法の本質を明らかにするものではない。刑法の本質を形成する犯罪と刑罰という二つの基本概念は、少なくともそれ自体確定しており、また構成要件と法的効果の内容として国家の主観的刑罰権にびたりと対応している」のに対し、「我々が訴訟の基本概念として経験的に現れる『訴訟活動』の基本概念を想定した場合、……訴訟の国法上の根拠を確立するような(抽象的)公権、とりわけ国家の司法救済への請求に関わる法律行為や法律行為類似の関係をもたらしものではない。というのは訴訟活動の目的と作用はそのような公権の存在を前提としており、それ自体にはこの——抽象的な——権利の形成、行使ないし主張にその本質があるわけではないからである。むしろ訴訟活動は明らかに具体的訴訟対象、すなわち主張されている請求との関係での目的や作用の中にある⁵¹⁾。Goldschmidt は訴訟が訴訟対象となっている実体的権利(「実質的権限者による有効な判決と強制執行による権利保護への請求」)に左右される形ではなく、「訴訟の独立性から出発して、実体的権利との訴訟の固有の関係を把握することを主張」する⁵²⁾。

Goldschmidt によれば、訴訟とは「既判力を引き起こすことに向けられた手続」である⁵³⁾。

この「訴訟の目的としての既判力」について Goldschmidt はさらに検討を続ける。Goldschmidt は訴訟を経験的に理解する立場を採る⁵⁴⁾。形而上学的な訴訟理解、すなわち「判決は常に訴訟より以前に存在する実体的法状態と一致

している」という「フィクション」⁵⁵⁾は構想しない。「既判力 Rechtskraft」をその単語からして客観法的力や主観法的力と結びつけて理解している学説もあるが、経験的訴訟理解によれば、既判力は、議会が制定する法律の力と同様の新たな規範の制定ではないし⁵⁶⁾、法律行為（実体的権利）の内容そのものでもない⁵⁷⁾。「既判力 Rechtskraft」のいう Recht は、「出訴への途 Rechtsweg」「訴訟係属 Rechtshaengigkeit」「訴訟手続 Rechtsgang」「法的聴聞 rechtliches Gehör」といった時に使う「Recht」、すなわち「裁判」のことであり、既判力は裁判力と言い換えられる⁵⁸⁾。そしてこの裁判力とは裁判の判断 Gerichtsspruch に属する力、つまり裁判の判断の効果 Geltung であり、「法的に理由がある要求、もしくは理由のない要求であるという裁判上の効果」である⁵⁹⁾。

このように裁判による法命題の創設と切り離された「訴訟」を構想する Goldschmidt の理解に立つと、裁判官が行う法解釈に際しての法とは、「裁判官の判決行為にとっての基準」である⁶⁰⁾。裁判官への命令ではない。確かに裁判官は法に拘束されているが、法の名宛人でも当事者でもなく、法を適用しなければならぬ権力であるというだけであり、仮に法を正しく適用しなかったとしても、行政官のように職務義務違反とはならない⁶¹⁾。「法とは判決の基準」とみる観点からすれば、「すべての法的関わりは予期される判決との関係の中にある」⁶²⁾。この「法とは判決の基準」とする観点のことを Goldschmidt は訴訟的法の考察方法と呼んでいるが⁶³⁾、「裁判官の行為、つまりは判決の見込みの中に我々は訴訟的法の考察方法の立場からもたらされるあらゆる法的関わりの本質を求めなければならない」⁶⁴⁾。判決の見込みの中に法的関わりの本質があるとするとこの観点からすれば、訴訟的に有利であることへの見込み（有利な判決への見込み）は訴訟的意味での「権利」であり、他方で訴訟行為という名において訴訟的に不利なことを強いられることは、訴訟的意味での「責任 Last」である⁶⁵⁾。この訴訟的意味での権利と責任とを関係づける共通の上位概念のことを Goldschmidt は「法的状況」と呼んでいる⁶⁶⁾。

5) Hesse

Hesse は憲法秩序の中に国家の各機能を位置づける中で、裁判機能について、立法、執行と対比しつつ、他の二権にはない、「裁判に固有の本質」を、独立性（他の二権の判断が裁判官の留保のもとにおかれているのに対し、裁判所の判断は固有の手續において行われ「権威」的である）、法の擁護（他の二権の判断は自己に委ねられた任務の充足を第一義的に判断するのに対し、裁判所のそれは法それ自体のために判断されなければならない）としている⁶⁷⁾。裁判は「特別な手續において争われている法ないし侵害されている法に関わる諸事件において権威的でありまた拘束力のある独立した判断を行うという任務によって特徴付けられている」⁶⁸⁾。

裁判は「もっぱら法の擁護、またそれによる法の具体化、さらなる形成に仕える」⁶⁹⁾ ものであり、「この属性において裁判はとりわけ法治国家秩序に組み込まれなければならないのである」⁷⁰⁾。

6) Stern

Stern は、裁判を以下のように「実質的に」定義する。「当事者ではない（国家）機関によって、特別に規律された手續において最終的な拘束力を持った決定を事実関係への現行法の適用において行う法的な判断」が裁判であると⁷¹⁾。

Stern はこの定義を導きだす装置として、裁判が歴史的に独立した一つの国家機能ではなく、「補助的権力」「単なる法適用機能」にとどまっていたことに触れ、基本法では「第三の権力」に「引き上げられた」ことを指摘する⁷²⁾。第三の権力であるということの基本的規範として基本法92条が示している指導原理として、① 裁判が独立した国家機能であること、② 裁判の任務が裁判官のみによって遂行されるべきこと、③ 裁判型の国家機能から切り離されているだけではなく統一された自己完結的権力として理解されていること、を挙げ、これら三つすべてが裁判権概念の中心にあるとする⁷³⁾。この上で、さらに裁判の「属性」が (a) 具体的事実関係へあらかじめ定められた規範の適用、(b) 裁判に従事する公職者の活動は少なくとも「当事者ではない第三者によって行使

ドイツにおける裁判権の概念（2）

される」こと、(c) 裁判行為は裁判官以外の他の国家権力によって審査されないという「最終拘束性」があること、を挙げている⁷⁴⁾。(a) の要素については、抽象的一般的法を制定する立法権との区別はできるが執行権との区別ができないため、執行権と裁判との「限界付けのメルクマール」で補完しなければならないとする⁷⁵⁾。とはいえ、よく言及される(1) 裁判官は「受動的な役割」であり「申立があった場合のみ活動する」という要素は、執行権も申請に基づいて活動を開始する場合があるため、基準として不十分であり、(2) 行政が裁判より自由裁量があるという区別も、裁判にも形成余地があるため基準にならず、(3) 執行権が将来へ向けた形成であるのに対して、裁判が現在の関係に関わるものであるという区別も、裁判の形成判決があることを想起すれば不十分であり、(4) 裁判にとって法は評価基準であり、執行権については行為規範であるとする区別も、重要ではあるが、裁判も執行権も広義では法実現が問題になっているということからすれば基準としては十分ではなく、(5) 「相互に対立する当事者の争訟」という要素も、民事訴訟時は当てはまるが、刑事手続には当てはまらず憲法訴訟についてもそうした要素は例外的となることから裁判は争訟を判断するのではなく単に「拘束的な法確定」であるのである。こうしたメルクマールをはねのけた上で残ったのが(6) 最終拘束性である。この要素を Stern は「本質的」とする⁷⁶⁾。この最終拘束性がさらに上記の(b)(c)につながり、冒頭の裁判の定義となっていくのである。

7) 登場する諸要素

裁判権の定義は上記のものだけではない。これらの多様な定義について、Voßkuhle の整理を紹介することで、その広がりを概観したい。

Voßkuhle は、実質的裁判の概念として挙げられているものを ① 活動対象、② 活動基準、③ 活動作用、④ 活動の契機、⑤ 伝統、という項目を立て整理し、これらが他の国家権力との違いを区別しうるような実質的基準になるのかどうかについて検討している（⑤は連邦憲法裁判所の見解であり、すでに紹介したのでここでは省略する⁷⁷⁾）。

一つ目の活動対象としての要素に着目した定義として、「争訟」のメルク

マールを取り込んでいるものがある。そこでいう争訟とは、「他者の抗弁に対する権利主張，ないし二当事者の権利主張の対立」⁷⁸⁾である。このメルクマールを入れた定義に対しては，刑事事件や非訟事件が視野に入っていないこと，争訟が「決定」と結び付いたならば和解が包摂されないこと，行政庁も対立する二当事者の法的地位について判断する領域があり立法府も社会的政治的紛争を解決しなければならないことを想起すれば，「争訟」は裁判の機能を枠付ける実質的土台にはなりえない，と Voßkuhle は主張する。

この活動対象の要素として「争訟」の他に「具体的事件」がある⁷⁹⁾。しかしこのメルクマールもまた連邦憲法裁判所法上の規範統制が包摂されないこと，行政庁も具体的事件を判断することからして第二権と第三権とを区別することができない。

次に活動基準に着目した定義として，法律との関係を取り入れたものがある⁸⁰⁾。立法府は法律を作り基準を決定する一方で，行政庁にはこの法律は行為規範として機能し，裁判所には純粋な評価規範として機能する，というように。また，裁判の属性を法適用とするものや具体的事実関係での法認識行為とするのもこの部類である。この区別は立法府と裁判の区別は行うことができるが，裁判の法創造が抜け落ちることになる。また，行政と裁判所の任務の限界付けができない。

さらに活動作用に着目した定義として，最終拘束性ないしは執行力を決定的とするものがある⁸¹⁾。まず，後者についてであるが，裁判には執行力が必要ではあるが，この要素はいつ，なぜ判断しなければならないかについて何も述べていない。また前者については，確かに基本法92条は裁判官に最終拘束力ある判断を付与し，行政庁の行う手続にこれを付与することを禁じている。しかし一定領域では裁判所の決定からそれが奪われている場合がある。例えば立法府の評価特権や行政裁量のように。また基本法104条2項のように勾留に際しては裁判官の書面での勾留状が必要だが（そしてこの基本法104条2項は裁判に属することになっているが），これを具体化する諸法律では自由剥奪の理由消滅による勾留等の取消が規定されていることから，当初の勾留状には実質的規

ドイツにおける裁判権の概念（2）

範力があるとは言えない場合、さらに、信頼保護の要請に基づく行政行為の拘束作用が当事者に及ぶ場合のように。これらのことからすると、拘束力という要素は統一的な裁判機能を表現する基準にならない。

そして活動の契機に着目した定義として、(a) 固有の事務を扱うか他者の事務を扱うかについて、がある⁸²⁾。立法府や行政庁は固有の事務を、裁判所は他者の事務を判断する、というものである。また、この区別と相関関係にあるものとして、裁判官は「申立」によってのみ活動し、無関係な「第三者」としての公務員という位置づけがある。しかしこの基準は権限を配分する基準としては不十分である。なぜなら裁判官が行うのが合法性の確定により法秩序を維持することへの利益である限りで、彼らに委ねられているのは他人の利益ではないからである。また、確かに第三者性は、裁判と手続についての関係を明確にはする。しかし仮に法実現と利益実現が対立的なものではなく程度問題であり、すべての国家機関は公的利益の実現を行っており、法内在的観点からすれば法命題（とりわけ憲法）の実現であるとするれば、日常的な国家活動のもとの判断は第三者性があることになる。他には活動目標として国家の基本的機能には(b) 形成と保障という対概念に分類できる、という考えを前提に、立法・行政は将来への形成機能であるのに対し、裁判の本質は創造ではなく創設された現存の保持であるとする考えがある。しかしその都度の活動のどの具体化段階に足場を置いてそういうかである。立法府も憲法の保持を行わなければならない側面があるからである。行政も計画を行うという側面では形成的だが、行政行為を行う側面は法を維持するための確定であり、また裁判も将来への形成判決を行うことができる。このことからすると、これも決定的基準とはなり得ない。さらに(c) 公正という要素への着目によって裁判の実質的定義を試みる視点がある。裁判はその活動目標に公正があるという定義である。これはすべての国家機関がそれを基本法20条3項から活動目標として義務づけられていることから誤った見解である。

以上のことから、Voßkuhle は活動の対象、活動の基準、発動の作用、活動の契機に着目した実質的定義は極めて「断片的」であり、「裁判の本質」を全

く把握できていない、とするのである⁸³⁾。

- 1) BVerfGE 22, 49 (76).
- 2) Michael Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. I, 2011, S. 815 Fn. 7.
- 3) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999 (im folgendes zit.: „Hesse, Grundzüge“), Rn. 548 Fn. 47.
- 4) Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980 (im folgendes zit.: „Stern II“), S. 890f.
- 5) Richard Thoma, Die Funktionen der Staatsgewalt, in: Gerhard Anschütz/ders. (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932 (im folgendes zit.: „Thoma HdbDStR II“), S. 108ff. Thoma の裁判概念に言及する, 南博方『行政裁判制度』(有斐閣, 1960年) 176-177頁。Thoma のエッセンスを一文でまとめた兼子一・竹下守夫『裁判法〔第4版〕』(有斐閣, 1999年) 2頁注2。
- 6) Thoma HdbDStR II, S. 108f. Fn. 2.
- 7) Thoma HdbDStR II, S. 109.
- 8) Thoma HdbDStR II, S. 124.
- 9) Thoma HdbDStR II, S. 124.
- 10) Thoma HdbDStR II, S. 128.
- 11) Thoma HdbDStR II, S. 129.
- 12) Thoma HdbDStR II, S. 129.
- 13) Thoma HdbDStR II, S. 129.
- 14) Thoma HdbDStR II, S. 130.
- 15) Thoma HdbDStR II, S. 131f. 引用文中の下線部は原文では強調。
- 16) Thoma HdbDStR II, S. 131.
- 17) Thoma HdbDStR II, S. 131f.
- 18) Thoma HdbDStR II, S. 133.
- 19) Thoma HdbDStR II, S. 133.
- 20) Ernst Friesenhahn, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, in: Festschrift für Richard Thoma, 1950 (im folgendes zit.: „Friesenhahn“), S. 21 ff. Friesenhahn の説の紹介として, 南・前掲注5) 2頁注2。
- 21) Friesenhahn, S. 21.
- 22) Friesenhahn, S. 23.
- 23) Friesenhahn, S. 23.
- 24) Friesenhahn, S. 24f.
- 25) Friesenhahn, S. 25.
- 26) Friesenhahn, S. 26.
- 27) Friesenhahn, S. 27.
- 28) Friesenhahn, S. 27.

ドイツにおける裁判権の概念 (2)

- 29) Friesenhahn, S. 28.
- 30) Friesenhahn, S. 28.
- 31) Friesenhahn, S. 29.
- 32) Friesenhahn, S. 27.
- 33) Friesenhahn, S. 29.
- 34) Adolf Arndt, Rechtsprechende Gewalt und Strafkompentenz, in: Festgabe für Carlo Schmid, 1962 (im folgendes zit.: „Arndt“), S. 5ff.
- 35) Arndt, S. 5.
- 36) Arndt, S. 7.
- 37) Arndt, S. 7.
- 38) Arndt, S. 9.
- 39) Arndt, S. 11.
- 40) Arndt, S. 11.
- 41) Arndt, S. 11.
- 42) Arndt, S. 11f.
- 43) Arndt, S. 12.
- 44) Arndt, S. 12f.
- 45) Arndt, S. 13.
- 46) Arndt, S. 15.
- 47) Arndt, S. 8.
- 48) James Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, 2. Aufl. 1925 (im folgendes zit.: „Goldschmidt“), S. 147. Goldschmidt 及びその他の学説の中での立ち位置については、兼子一『実体法と訴訟法』(有斐閣, 1957年), とりわけ126頁以下, 146頁以下。
- 49) Goldschmidt, S. 147.
- 50) Goldschmidt, S. 148.
- 51) Goldschmidt, S. 149.
- 52) Goldschmidt, S. 150.
- 53) Goldschmidt, S. 151.
- 54) Goldschmidt, S. 150f.
- 55) Goldschmidt, S. 246. 形而上学的訴訟理解とは実体的既判力理解にたつ学説を批判し, 自己の経験的理解と区別するためにつけられたものである。詳細は, Goldschmidt, S. 187ff.
- 56) Goldschmidt, S. 151ff.
- 57) Goldschmidt, S. 164ff.
- 58) Goldschmidt, S. 211.
- 59) Goldschmidt, S. 212.
- 60) Goldschmidt, S. 228, 250ff.
- 61) Goldschmidt, S. 247.
- 62) Goldschmidt, S. 250.

- 63) Goldschmidt, S. 228. これに対置されているのが法を国家への命令とみる「実体法的な法の考察方法」である。この検討については Goldschmidt, S. 229ff.
- 64) Goldschmidt, S. 250.
- 65) Goldschmidt, S. 252.
- 66) Goldschmidt, S. 253. この本の題名も参照のこと。
- 67) Hesse, Grundzüge, Rn. 551.
- 68) Hesse, Grundzüge, Rn. 548.
- 69) Hesse, Grundzüge, Rn. 548.
- 70) Hesse, Grundzüge, Rn. 551.
- 71) Stern II, S. 898.
- 72) Stern II, S. 890.
- 73) Stern II, S. 893f.
- 74) Stern II, S. 894ff.
- 75) Stern II, S. 895.
- 76) Stern II, S. 896.
- 77) Andreas Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993 (im folgendes zit.: „Voßkuhle, Richter“), S. 72ff.
- 78) Voßkuhle, Richter, S. 72.
- 79) Voßkuhle, Richter, S. 75.
- 80) Voßkuhle, Richter, S. 75ff.
- 81) Voßkuhle, Richter, S. 77ff.
- 82) Voßkuhle, Richter, S. 79ff.
- 83) Voßkuhle, Richter, S. 85.