

(要約)

手続原則と手続基本権の関係
—ドイツにおける民事訴訟の憲法化を背景として—

田中 悠美子

第1章 はじめに

本論文は、ドイツ法を手がかりとして、日本における「手続原則と手続基本権の関係」についての考察への示唆を得ようとするものである。ドイツにおける手続原則と手続基本権の関係に関する議論は、民事訴訟の「憲法化」と呼ばれる現象を背景としている。

第2章 日本法上の議論状況

第2章では、民事訴訟法と憲法の関係に関して、日本において従来どのような議論がなされてきたのかを確認し、検討課題と検討方法を設定する。

日本の民事訴訟法学では、民事訴訟法と憲法の関係は、主に、非訟と憲法との関係、又は、訴権と憲法の関係という個別的な観点から議論されてきた。1980年頃には、民事訴訟法と憲法の間をこれらの個別的な観点を越えた広い視野から捉え直す見解が現れた。そのような見解は、手続原則と憲法の間を全体的な観点から民事訴訟法と憲法の間を考察する傾向にある。また、憲法化に言及するものもある。

第一に、最も議論が盛んである非訟と憲法の間という問いに関して、最高裁判所の判例は非訟事件に憲法上の手続保障は及ばないとしているが、学説の多くは判例を批判する。しかし、最高裁判所は今日でもなおその立場を変更するに至っていない。また、学説においても議論が尽くされてはいない。第二に、訴権と憲法の間という問いに関しては、訴権と憲法を結びつける見解が登場したのは訴権論の展開の中では比較的最近であることに、今日では訴権論がほとんど議論されていないことが相まって、十分に議論されているとはいえない。第三に、手続原則と憲法の間という全体的な観点からの考察を行う見解は少ない。

このような議論状況を鑑みると、民事訴訟法と憲法の間について、手続原則と憲法の間という全体的な観点から改めて考察することが必要である。このような全体的な観点からの考察は、手続原則と憲法の間という問いそれ自体に答えるだけではなく、個別的な観点を議論に対しても実りをもたらす。

したがって、本論文は、手続原則と憲法の間という観点から、民事訴訟法と憲法の間を検討する。そして、そのために、ドイツ法上の民事訴訟法と憲法の間に関する議論、とりわけ、その議論の現れ方の一つである、手続原則と手続基本権の間に関する議論を参照する。ドイツ法を参照する理由は、ドイツでこの議論が盛んであること、及び、日本の民事訴訟法学は全体としてドイツ法の影響を強く受けており、特に、日本において手続保障の内容として語られることが多い審尋請求権という概念はドイツ法に由来することである。

第3章 ドイツ法上の議論の紹介と検討

第3章では、ドイツ法上の手続原則と手続基本権の間に関する議論を紹介し、検討することで、日本法上の考察への示唆を得ることを試みる。

第1節 手続原則と手続基本権に関する一般的な説明

第1節では、ドイツ法上、一般に、手続原則という概念と手続基本権という概念についてどのような説明がなされているのか、及び、これらの概念にはどのようなものが含まれると考えられているのかについて確認する。そのための手段として、複数の民事訴訟法（ZPO）のコンメンタールの内容を比較する。

手続原則（Verfahrensgrundsätze, Prozessmaximen）の概念については、広義のそれと狭義のそれに分け、広義の手続原則を「手続法がそれに方向づけられ得るような基礎的で法的な指導基準」とし、狭義の手続原則としてそれを「手続経過の形成及び裁判所と当事者の間の任務の分担」に関連するものに限定するという考え方がある。また、多数説は、手続原則に「憲法上の基準（憲法が予定しているもの）」を含める。具体例としては、まず、憲法上の基準については、手続原則に

憲法上の基準を含める見解の多くが、(法的) 審尋請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) (基本法 (GG) 103 条 1 項)、公正手続請求権及び訴訟上の武器対等 (GG3 条 1 項) を含める。次に、憲法上の基準ではないものについては、多くの見解が、処分権主義、弁論主義 (当事者提出主義)、直接主義、口頭主義、公開主義及び集中・迅速化主義を含める。ただし、集中主義については争いがある。

手続基本権 (Verfahrensgrundrechte, Prozessgrundrechte) という概念がどのようなものかについての説明はなされていない。具体例は、法定裁判官を求める権利 (GG101 条 1 項 2 文)、審尋請求権、公正手続請求権、訴訟上の武器対等、司法付与請求権及び実効的権利保護請求権である。

第 2 節 手続原則の観点に照らしたドイツの民事訴訟法の発展

第 2 節では、ドイツの民事訴訟法の発展を手続原則の観点に照らして紹介する。第一に、自由主義的民事訴訟と社会的民事訴訟という二つの像をめぐる学説の議論を紹介する。この議論は、訴訟目的やその背後にあるイデオロギーが、立法の際の手続原則の選択に大きな影響を与えることを示す。第二に、ドイツの民事訴訟法の改正を紹介する。Leipold と Tolani は、制定法の改正によって、手続原則の意義は徐々に弱められてきたと結論づける。

第 3 節 民事裁判権に関する基本法上の規律

ドイツの憲法であるドイツ連邦共和国基本法は、民事裁判権に関する規定を設けている。第 3 節では、その規定を確認する。特に重要であるのは、連邦憲法裁判所の面前での憲法異議 (GG93 条 1 項 4a 号) である。

第 4 節 民事訴訟法に対する基本法の影響

ドイツでは、基本法の制定と連邦憲法裁判所の創設の後に、民事訴訟法と憲法の関係に関する深い考察がなされるようになった。第 4 節では、そのような考察を代表するものとして、Schumann の見解を紹介する。その見解の核心は、基本法の制定により、1950 年頃から、「民事訴訟に関する判例が基本権を志向する際の意見形成の主導権」を有するのは、連邦憲法裁判所であり、連邦通常裁判所ではないという分析である。Schumann によれば、連邦憲法裁判所の主導権は、とりわけ 1978 年から 1981 年の間に明らかになった。

第 5 節 手続原則と手続基本権の関係に関する学説

第 5 節では、手続原則と手続基本権の関係に関する学説を、発表された時系列に即して紹介し、考察する。ドイツでは、従来、手続原則と手続基本権の関係に関する議論はそれほど盛んではなかった。そのような状況の中で、2012 年に発表された Leipold の見解が、その議論を巻き起こした。本節で取り上げる見解は、Hess, Leipold, Gaier, Bruns, Stürner, Tolani, Roth 及び Rauscher の見解である。その内容を分析し、整理すると、次のようになる。

1. 手続原則の意義を考察する二つの視点

手続原則 (原則思考) の意義を考察する際には、次の二つの視点からの検討が必要である。第一は、通常法の平面における手続原則の意義という視点である。第二は、第一の視点と連動するが、通常法の平面とは異なる憲法の平面に存在する手続基本権との関係での手続原則の意義という視点である。

2. 通常法の平面における手続原則

第一の視点については、次の観点が注目される。

複数の見解が、手続原則は訴訟目的の貫徹のための道具としての性質を有するとし、民事訴訟の目的を権利保護であるという。

Stürner も Tolani も手続原則を重視するが、その姿勢は異なる。Stürner は、現在の民事訴訟を対話的であると特徴づけて裁判官の能動性を肯定し、そこに、対立する手続原則の調和を見出す。それに対して、Tolani は、対話的という考え方も手続原則を弱めていると捉え、それゆえに、裁判官の能動性を否定し、弁護士職を強化することによる手続原則の再生を主張する。

3. 手続原則と手続基本権の関係の図式化

第二の視点は、手続原則と手続基本権の関係を検討するものである。まず問題と

なるのは、手続原則と手続基本権の関係をどのように図式化するかである。

Leipold より前の見解は、Hess のように、憲法上の基準は手続原則に統合されているとし、両者を対立するものとして区別してはいなかった。それに対して、Leipold と Tolani は、(伝統的な)手続原則と手続基本権を対立するものとして区別する。Leipold と Tolani は、両者を区別する手がかりとして、手続原則には選択肢(対立するペア)が存在するが、手続基本権にはそれが存在しない(①)という。Tolani は、それに加えて、手続原則は当事者の双方に関連するが、手続基本権は主として当事者の一方だけに向けられている(②)とする。

Stürner は、手続原則と手続基本権の関係を、二つの同心円によって説明する。小さい円が手続基本権であり、大きい円が手続原則である。その基礎にあるのは、手続基本権は手続原則による具体化を必要とする(③)という考え方である。③の前提は、手続原則は手続基本権よりも射程が広いこと(④)である。さらに、④の前提は、手続基本権は基本法の制定の前から手続原則として存在していたこと(⑤)である。Roth も、おおむね Stürner と同様の理解である。Roth は、それに加えて、③ゆえに、手続原則(通常法)と手続基本権(憲法)を切り分けることは困難であり、連邦通常裁判所と連邦憲法裁判所の審査基準は重なり合う(⑥)という。そうであるならば、二つの円の大きさの差は小さいことになる。⑤は④の論理必然的な前提ではない。射程が狭い手続基本権として成立したと同時に射程が広い手続原則にもなった場合も④であるといえるため、必ずしも手続原則の成立が時間的に先である必要はないからである。したがって、④と⑤を検討する際には、現在において手続原則として承認されているのかも考察する必要がある。

4. 手続原則と手続基本権のいずれを重視すべきか

第二の視点について、次に問題となるのは、手続原則と手続基本権のいずれを重視すべきかである。Leipold は、手続原則と手続基本権を比べて手続基本権を重視する。それに対して、Bruns, Stürner, Tolani 及び Roth は、手続原則を重視する。

Leipold が手続基本権を重視する決定的な理由は、①である。これには、Leipold が過去に示していた、手続原則(特に弁論主義)は、訴訟目的とその背後にあるイデオロギーによって左右されるという考え方が強く影響していると考えられる。

Bruns が手続原則を重視する理由は、手続原則は核心において憲法によって保障されていること(⑦)である。

Stürner が手続原則を重視する理由は、③である。③は④を、④は⑤を前提とする。

Tolani が手続原則を重視する理由は、手続の安定化、区別可能性及び予見可能性は、手続原則のみが有する作用であり、手続基本権はこれらを打ち破ってしまうこと(⑧)、及び、手続基本権の利点である当事者の保護は、手続原則によっても達成することができること(⑨)である。Tolani は、⑨を目的として、弁護士職の強化を提案する。

Roth が手続原則を重視する理由は、次のように整理することができる。第一は、③である。第二に、憲法異議は一方当事者の手続であり(②に関連する)、他方当事者の権利が十分に考慮されない危険がある(⑩)。第三に、今日では連邦通常裁判所が手続基本権を適切に考慮している(又はできる)ために、手続原則を手続基本権に格上げして連邦憲法裁判所の面前での憲法異議に至らせる必要がなくなった(⑪)。③は④、④は⑤を前提とする。また、⑪は、③ゆえに⑥となること、並びに、通常法の問いは専門裁判権の権限の中にとどまること及び専門裁判権の義務は憲法を含めた法秩序全体を実現することであること(⑫)を前提とする。

5. そのほかの観点

民事訴訟の「憲法化(Konstitutionalisierung)」の意味が論者によってやや異なる。従来の一般的な見解は、Hess のように、基本法の制定と連邦憲法裁判所の主導権を通じて憲法上の保障が民事訴訟に及ぶようになったという Schumann が明らかにした現象を憲法化と捉えていた。それに対して、Tolani と Roth のいう憲法化には、手続基本権が強められた反面として手続原則が弱められたことが含まれている。

社会的な考慮については、次の二点が注目される。第一に、Leipold や Tolani は、社会的な考慮を全面的に受け入れることは認めない。第二に、Tolani は、弁護士職の強化によって、自由主義的民事訴訟と社会的民事訴訟が調和し得ると主張する。

手続原則と手続基本権に関する議論には、様々な観点から、実体法と訴訟法の関係についてどのように捉えるかが関わる。第一に、Leipold と Tolani は、弱者保護の考え方について、それは実体法において発展してきたものであるとし、訴訟法に持ち込むこと（手続法の実質化）に反対する。第二に、Rauscher は、「機能的な手続原則」（手続基本権でない手続原則）は、その基礎にある実体法的な法的地位とその法的地位の憲法上の保障に左右され得ると指摘する。

見解の違いの背景には、訴訟における当事者対裁判官という構造をどのように捉えるかについての違いがある。

議論の際に主として念頭に置いている場面が、論者ごとに異なる可能性がある。

第6節 手続原則と手続基本権の関係に関する検討

第6節では、学説の議論を基に、ドイツ法上、手続原則と手続基本権の関係についてどのように捉えるべきかについて検討する。

最初に、本節で検討の対象とする手続原則と手続基本権を限定する。その内容は、第1節における整理に従う。

1. 手続原則と手続基本権の関係の図式化

手続原則と手続基本権の関係の図式化を試みる。

（1）対立するものとして区別される手続原則と手続基本権

手続原則と手続基本権を対立する（両立し得ない）ものとして区別できるかどうかを検討する。（伝統的な）手続原則と手続基本権を対立するものとして区別するLeipold は①を、Tolani は①と②を、両者を区別する手がかりとする。

①については、手続基本権である審尋にも理念的には対立するペアが存在するという問題がある。審尋には「現実」において選択肢がないという解決を図ることは、審尋は手続基本権であるから審尋には選択肢がないと考えることを意味する。つまり、審尋は手続基本権であるという結論を先取りすることになる。

②については、審尋も場合によっては当事者の双方に関連するのではないかという疑問がある。また、いずれにせよ、手続原則としての審尋の存在を認める場合に、この手がかりは、手続原則としての通常法上の審尋と手続基本権としての憲法上の審尋を区別できない。

よって、両者を対立するものとして区別することはできない。

（2）二つの同心円としての手続原則と手続基本権

手続原則が手続基本権を包含するのかどうかを検討する。Stürner は、手続原則と手続基本権の関係を二つの同心円として説明し、小さい円である手続基本権は大きい円である手続原則に依存するという。その基礎にあるのは、③である。③は④を、④は⑤を前提とする。Roth も、おおむね Stürner と同様の理解である。⑤と④の観点を検討する。第5節で述べた理由により、⑤の検討の際には、今日において手続原則として承認されているののかも考察する。

⑤について、手続基本権である司法付与請求権と実効的権利保護請求権に関しては、今日においても手続原則として承認されていない。④について、手続基本権としては承認されているが手続原則としては承認されていない概念に関しては、手続原則の方が手続基本権よりも射程が広いとはいえない。

よって、あらゆる概念を念頭に置いて手続原則の方が手続基本権よりも射程が広いとみることはできない。したがって、Stürner のいう二つの同心円として図式化することはできない。もちろん、二つの同心円の大小を入れ替えることもできない。

（3）部分的に重なり合う二つの円としての手続原則と手続基本権

ここまでの検討を踏まえると、手続原則と手続基本権の関係は、部分的に重なり合う二つの円として図式化するほかない。

そのような図式において、手続原則であるだけの部分を「あ」、手続原則と手続基本権が重なり合う部分を「い」、手続基本権であるだけの部分を「う」とする。重要であるのは、「あ」は、「どの領域も手続基本権ではない手続原則 (a)」だけではなく、『『核心の領域は手続原則でも手続基本権でもあるが周縁の領域は手続基本権ではない手続原則 (B+y)』』について、手続基本権でもある核心の領域を除いた周縁の領域 (B)」も含むことである。「い」は、『『B+y』』について、手続原則でも手続基本権でもある核心の領域 (y)」である。「う」は、「手続原則ではない手続基本権 (δ)」である。

「 α 」が弁論主義、「 $B+y$ 」が審尋、「 δ 」が司法付与請求権となる。

この図式化によって、手続原則と手続基本権の関係に関する議論において複数の視点が入り組んでいることを示し、それらを整理することができる。第一は、ある概念が「 α 」と「 $B+y \cdot \delta$ 」のいずれであるのか、又は、ある手続原則が「 α 」と「 $B+y$ 」のいずれであるのかを区別するという視点である。MusielakやRothのいう「憲法上基礎づけられる手続原則」は「 $B+y$ 」である。第二は、「 α 」と「 $i \cdot u$ 」を区別するという視点である。これは、手続基本権でない領域と手続基本権である領域の区別であり、通常法と憲法の区別でもある。第三は、第二の視点の一部であり、ある一つの「 $B+y$ 」の中で「 B 」と「 y 」を区別するという視点である。これは、一つの概念の中での通常法と憲法の区別である。

2. 手続原則と手続基本権の意義

手続原則の意義と手続基本権の意義を考察した上で、三つの視点の下で二つの領域がどのように区別されるのかを検討する。

(1) 手続原則の意義

手続原則の意義は、手続原則を重視する見解が手続原則を重視する理由に表れている。StürnerやRothが手続原則を重視する理由は、③である。③は④を前提とする。③と④は、Tolaniのいう⑧に通じる。手続原則は、伝統的に民事訴訟法の強固な体系の中で発展してきたため、内容が充実しており、手続の安定化、区別可能性及び予見可能性に資する。それに対して、手続基本権は、憲法上の人権であるため、個別事例を志向しており、このような手続原則の利点を有さない。

(2) 手続基本権の意義

しかし、手続原則は、選択肢があるため、その妥当性に揺らぎがあるという弱点がある。手続原則は、訴訟目的とその背景にあるイデオロギーに左右されるのである。Leipoldは、選択肢がないこと(①)を理由に手続基本権を重視する。

ただし、上でも指摘したとおり、選択肢がないという判断は、論理必然的な判断ではなく、現実を見据えた判断である。そして、その判断は、手続基本権であるという結論を先取りしてしまっている。

しかし、そうではあるものの、手続基本権には現実において選択肢がないということ自体は、手続基本権の意義を考察する上で重要である。手続基本権であるかどうかの判断は、現実において選択肢がないと考えるべきかどうかの判断と連動する。手続基本権は、あらゆる手続に妥当し、立法の際に変更を許さないという利点、及び、個別事例において通常法上の平面では救済されない当事者を憲法上の平面で救済するという利点を有する。したがって、手続基本権には、手続原則とは異なる意義がある。

(3) 手続基本権であるかどうかの区別基準

手続基本権とそうでないものはどのように区別されるのかを検討する。

三つの視点全てに関わるものが、選択肢の有無という手がかりである。

第一の視点において、「 α 」と「 $B+y \cdot \delta$ 」を区別する際には、「 α である＝選択肢がある＝訴訟目的に左右される＝権利保護(私権の保護)を目的とする」という公式と「 $B+y \cdot \delta$ である＝選択肢がない領域がある＝訴訟目的に左右されない領域がある＝権利保護を目的としない領域がある」という公式を想定し得る。しかし、これらの公式は、「 α 」と「 $B+y \cdot \delta$ 」を美しく切り分けることはできない。ただし、少なくとも、弁論主義や処分権主義は、前者があてはまる典型的な手続原則であり、そして、審尋請求権のような「手続開始後」の「手続的価値」の保護を目的とする手続基本権は、後者があてはまる典型的な手続基本権である。典型例について、両者を対比することは許されるだろう。

「 α 」とされる概念(例えば弁論主義)と「 $B+y$ 」とされる概念(例えば審尋)とは、切り分けて考えるべきである。

第4章 おわりに

第4章では、総括として、ドイツ法上の手続原則と手続基本権の関係に関する議論の検討を基に、日本法上の考察を行った上で、残された課題を示す。

1. 日本法上の考察

ドイツ法上の議論は、日本法への示唆を多く含んでいる。特に重要であるのは、手続基本権の意義である。ドイツでは、①手続基本権には、現実における「選択肢

(対立するペア)」がないとする見解がある。②手続基本権に選択肢がないことは、それがあらゆる手続に妥当することにつながる。また、③手続基本権は、憲法上の主観的権利であり、憲法上の特別の救済を導く。

日本法の下でも、次のように考えることはできないだろうか。①現実において選択肢のないものは手続基本権である。②手続基本権は、あらゆる手続に妥当するため、訴訟事件のみならず非訟事件においても保障される。③手続基本権の侵害は、訴訟事件においては上告理由及び特別上告理由となり、②を肯定する場合には非訟事件においても特別抗告理由となる。ただし、選択肢の有無の判断は、結論を先取りしてしまっているため、結局のところ程度問題の価値判断にすぎない。

憲法上の保障が及ぶかどうかを検討する際に重要であるのは、単に「憲法」上の基礎を有するかどうかではなく、憲法上の「主観的権利」である「手続基本権」と構成することができるかどうかである。③は、憲法上の主観的権利であるがゆえに認められるからである。

審尋請求権を「手続的価値」の保護を目的とするものと捉えることは、非訟事件においても審尋請求権が保障されるという立場を支える。審尋請求権は、実体法上の権利の保護ではなく手続的価値の保護を目的とするため、最高裁判所がいうように非訟事件は「実体的権利義務」の確定を行わないものであるとしても、非訟事件にもその保障が及ぶ。

ドイツの議論を参照することについては、ドイツには日本とは異なり憲法裁判所が存在しているという指摘がある。しかし、今日では、連邦通常裁判所が憲法問題を判断する場がある（ZPO321a条、ZPO544条）ため、憲法問題であるということの意味は、憲法裁判所と通常裁判所の役割分担論に尽きない。その本質は、手続基本権であることは特別な救済を導くということにある。したがって、憲法裁判所の存在は、ドイツの議論を日本において参照することの決定的な妨げとはならない。

2. 残された課題

本論文は手続原則と手続基本権の関係に関して全体的な考察を行うものであるが、様々な課題が残されている。第一に、本論文は、どのような手続基本権が日本国憲法のどの条文によって保障されているのかという重大な問いに答えられていない。例えば、審尋請求権については、日本国憲法 31 条、32 条、13 条等が候補となる。第二に、手続基本権の侵害が上告理由等になるとする場合、法令違反にとどまる手続原則の違反と憲法違反となる手続基本権の侵害を区別することが必要となる。しかし、本論文は、手続基本権であるかどうかの区別について、現実における選択肢の有無という手がかりを得たが、これには上で述べた弱点があり、具体的な基準は得られていない。第三に、本論文は、第二に関連して手続開始後の手続的価値の保護という観点が手がかりとなり得ることを指摘したが、手続的価値や手続的正義に関する考察が十分にはできていない。

今後とも、これらの課題を念頭に置き、手続原則と手続基本権、ひいては、民事訴訟法と憲法の関係について、さらに検討を進めていきたい。