



Title	司法権の構造的理解と新たな「裁判」解釈
Author(s)	笹田, 栄司
Citation	北大法学論集, 61(2), 1-59
Issue Date	2010-07-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43654
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-2_001.pdf



司法権の構造的理解と新たな「裁判」解釈

笹田栄司

一 問題の所在

- 1 最高裁による四位一体的判例理論の形成
- 2 本稿の検討課題

二 二つの最高裁決定

- 1 平成二〇年五月八日第三小法廷決定

2 平成二十一年一月二七日第三小法廷決定

三 ドイツにおける裁判権概念の混迷

1 比較の対象としてのドイツ

2 連邦憲法裁判所一九六七年決定

3 ベッターマンによる「実質的意味の裁判」概念の構築

4 行政訴訟及び民事訴訟における仮の救済の憲法上の基礎づけ

5 出訴保障と「裁判」（ボン基本法九二条）

6 非訟事件と「裁判」（ボン基本法九二条）

四 司法権の構造的理解と新たな解釈の可能性

1 裁判権（ボン基本法九二条）と裁判（日本国憲法三二条・八二条）

2 憲法化された仮処分手続

3 仮の救済・非訟事件と四位一体的判例理論の整合性

4 「裁判」の二層的理解と司法権の「コア」

一 問題の所在

1 最高裁による四位一体的判例理論の形成

（一）二〇〇八年施行の、「特定フィブリノゲン製剤及び特定血液凝固第Ⅸ因子製剤によるC型肝炎感染被害者を救済するための給付金の支給に関する特別措置法」（以下、C型肝炎救済特措法とする）、及び、「児童虐待の防止等に関する法

律及び児童福祉法の一部を改正する法律」(以下、改正児童虐待防止法とする)は、司法権を考えるうえで興味深い。

C型肝炎救済特措法によると、特定C型肝炎ウイルス感染者からの請求に基づき、独立行政法人医薬品医療機器総合機構が給付金の支払いを行なうが、給付金の支給を請求するには、「国に対して損害賠償を求める訴訟を提起するか、調停等の申立てをし、裁判所における手続の中で、和解等により、対象製剤の投与の事実、因果関係の有無及び症状を確認する必要がある⁽¹⁾」。同法四条は、有資格者の認定のためには「確定判決又は和解、調停その他確定判決と同一の効力を有するもの」が必要とするが、ポイントは訴訟上の和解が成立するかどうかであろう⁽²⁾。確かに、薬害事件に見られるように、行政による認定は厳しいことも多く、さらに、それを裁判で争うとすると、患者の救済に著しい遅れがでることも多々あった。そこで、C型肝炎特措法は、「対象製剤の投与の事実、因果関係の有無及び症状の確認」が裁判所における手続で行われることを定めたのである。

改正児童虐待防止法によって、児童虐待が行なわれているおそれがある事案について、保護者の拒否や抵抗により児童の安全確認を行なうことができなかった場合に、児童相談所が、「裁判官の許可状を得た上で解錠等の実力手段をもって保護者の住居内に立ち入ることができる臨検・搜索制度が導入⁽³⁾」された。立入調査が拒否された後に、臨検・搜索を講ずることは、「犯罪捜査や公正取引委員会等の犯則調査以外にはなかった⁽⁴⁾」もので、住居の不可侵を保障する憲法三五条との関係もあり「裁判官の許可状発付」が組み込まれている。

これら二法について、最高裁判所長官代理者(高橋利文最高裁総務局総務局長)は、衆議院法務委員会において、「従来は行政の分野に属すると思われるきた事柄も裁判所で担当してはどうかということと立法」が行われたとの認識を示し、さらに、「社会構造が行政による事前規制型社会から事後救済型社会へと転換しつつある」ことを背景に、「さまざまな裁判所の関与が求められてきておる」が、それは、「司法の本質」に適合することが前提とする趣旨の見解を示している。

ここでは、「公正かつ透明な手続を通じて事実関係を確定し、法律を適用して、具体的な紛争を解決する司法作用を行うこと」が、裁判所の本質的な役割と解されているのである。⁽⁵⁾

(二) 確かに、裁判所の「本質的な役割」に符合する判例理論を最高裁は展開してきた。それは、憲法規定にはない「法律上の争訟」を中心とした考え方である。芦部信喜は次のように説明している。「かつて最高裁判所事務総局総務局『裁判所法逐条解説』は、裁判所法第三条に言う「一切の法律上の争訟を裁判」する権限（「裁判権」と呼ばれ裁判所に憲法七六条一項により付与されたもの）について、「裁判」とは、「権利主体のあいだで具体的な法律効果の存否に関する争がある場合において、法規の定める法律要件を構成する法律事実に該当する具体的事実、法規を適用し、その法規の定めている法律効果の具体的存否を判断、確定することにより、争を解決する作用」で、国民の「裁判を受ける権利」と表裏の関係にあり、「法律上の争訟」とは、「当事者間の具体的な権利義務または法律関係の存否（刑罰権の存否を含む）に関する紛争であつて、法律の適用により終局的に解決しうべきものをいう」（したがって「非訟事件」は争訟に属さない）と説いた。この考え方は、判例にそのまま踏襲されている（最大決昭和三五・七六民集一四卷九号一六五七頁、最判昭和五六・四・七民集三五卷三号四四三頁）⁽⁶⁾」。

このように、憲法七六条一項と憲法三二条が「法律上の争訟」（裁判所法三条一項）を媒介にして強く結びつく「構図」は、近時、「司法権＝法律上の争訟＝主観訴訟のトリアーデ」⁽⁷⁾として描かれている。

(三) このトリアーデに、憲法八二条一項が結びつく。昭和三五年最高裁大法廷決定（最大決昭和三五・七六民集一四卷九号二六五七頁）は、金銭債務臨時調停法七条の「調停に代わる裁判」を正当とした東京地裁及び東京高裁の判断は、憲法八二条、三二条に照らし、違憲たるを免れないとするが、同決定の中心となる判示部分は、「若し性質上純然たる訴訟事件につき、当事者の意思いかん拘わらず終局的に、事実を確定し当事者の主張する権利義務の存否を確定するよ

うな裁判が、……公開の法廷における対審及び判決によってなされたいとするならば、それは憲法八二条に違反すると共に、同三二条が基本的人権として裁判請求権を認めた趣旨をも没却するものといわねばならない」とするところである。

さらに、上記決定から三八年経過した「裁判官分限事件」において、最高裁は、以下のような判示を行う。「憲法八二条一項は、裁判の対審及び判決は公開の法廷で行わなければならない旨を規定しているが、右規定にいう『裁判』とは、現行法が裁判所の権限に属するものとしての事件について裁判所が裁判という形式をもってする判断作用ないし法律行為のすべてを指すのではなく、そのうちの固有の意味における司法権の作用に属するもの、すなわち、裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判のみを指すものと解すべきである」(最大決平成一〇年二月一日民集五二巻九号一七六一頁)。

最高裁判例は、憲法三二条の「裁判」と八二条一項の「裁判」とを「一体として解する」⁽⁸⁾。そして、現行法が裁判という形式でもって裁判所の権限に属せしめている判断作用ないし法律行為のすべてではなく、「固有の意味における司法権の作用に属するもの」を「裁判」と解するのである。⁽⁹⁾ 換言すれば、「裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判」である。最高裁は憲法三二条・八二条の「裁判」とは「固有の意味における司法権の作用」と解しており、最高裁判例についても、「日本国憲法の解釈に関するかぎり、両者(司法と裁判―笹田)をとくに区別する必要はない」⁽¹⁰⁾ということが当てはまる。

憲法三二条と八二条一項の「裁判」が同一視され、さらに、それが「法律上の争訟」とも重なることで、憲法七六条一項Ⅱ裁判所法三二条一項Ⅱ憲法三二条というトリアードに憲法八二条一項がつらなる四位一体的判例理論が形作られ

た。換言すれば、「公開・対審等の手続的適正保障を中核概念とした『司法』概念」が形成され、「民事訴訟こそが概念形成の鋳型としての役割を果たしてきた」⁽¹¹⁾のである。そうすると、民衆訴訟や機関訴訟は、「法規の適用の適正または一般公共の利益の保護を目的とする訴訟であって、本来は司法裁判権の対象たる法律上の争訟ではな⁽¹²⁾い。」「そうだとすると、本来司法権を行使すべき裁判所に、かかる特別の権限を、法律をもつて付与しうるとすることの根拠が問われてしかるべきであろう」⁽¹³⁾。近時の憲法学説は、この客観訴訟の合憲性を弁証することに腐心してきたのである。⁽¹⁴⁾

2 本稿の検討課題

(一) これまで、司法権については、上記のように、客観訴訟が主たるテーマであった。これに対し、本稿は、憲法八二条一項を加えた四位一体的判例理論を前提にして、仮の救済、及び非訟事件を素材にして、司法権について検討を加えようとするものである。⁽¹⁵⁾近時、民事訴訟における仮の救済は、出版・放映などの差止めに見られるように、憲法上も重要な意味を持つし、行政事件においても権利保護におけるその重要性は否定されないだろう。しかし、仮の救済と司法権（憲法七六条一項）の関係については、仮の救済の法的性質は司法か行政かといった議論を除けば検討はなされてこなかったように思われる。そこで、まず、この点について確認しておきたい。

(二) 仮の救済及び非訟事件は、兼子一及び田中二郎によって、固有の司法権の作用ではなく行政と位置づけられた。⁽¹⁶⁾兼子一は、行政処分⁽¹⁷⁾の執行停止の制限を合憲とした昭和二七年最高裁大法廷判決（最大決昭和二七・一〇・一五民集六卷九号八二七頁）を支持する評釈のなかで、「確定判決によって行政処分の違法を確定してこれを取消すことだけが固有の司法権の作用であって、それ以外の方法で行政権に介入することは本来の司法権に認められたものではな⁽¹⁸⁾いとする。この

思考方法は最高裁判例にたびたび登場し、例えば、昭和三五年七月六日の最高裁大法廷決定（民集一四卷九号一六五七頁）では、「性質上純然たる訴訟事件」に終局的に事実を確定し権利義務の存否を確定する裁判が結び付き、それとは異なるものとして非訟事件が觀念される。

兼子一は、行政は、「公共の目的や政府の政策を実現するための意思活動であつて、その結果を積極的に意欲するもの」であるのに対し、司法は、「具体的事件に対して、法を適用して、適法違法や権利関係を確定する冷静な判断作用」との基本的考え方から、裁判所が法を適用して権利関係を確定する「固有の司法権の作用」と、「専ら後見監督的な目的で具体的措置を命じるためにする裁判」を峻別する。後者は、「本来は司法作用ではなく、むしろ行政であるが、政策的又沿革的に裁判所の権限とされている」のである。そして、家事審判や非訟事件などは後者であり、「紛争関係についてその解決に至るまでの仮の地位を定める仮処分（民訴法七六〇条）もこの意味で非訟事件的といわれる」⁽²⁰⁾。

また、田中二郎も、「裁判所は、一定の裁判的手続で審理をし、その結果、法律的な判断として、処分の適法か違法かについて判決をするという権限をもっているわけですが、そのことから、これも一種の裁判といえるのかもしれないけれども、普通の裁判の手続を経ないでする仮処分決定とか、執行停止とかのような一種の行政処分的な性質をもっている行為をする権限をも当然にもっているものとは言えないのではないか」⁽²¹⁾と述べていた。四位一体的構成を採る最高裁判例と兼子・田中学説は、行政事件については整合的であつたと言つてよい。⁽²²⁾

（三）仮の救済について、民事訴訟と行政訴訟では、兼子・田中理論の影響は大きく異なっている。即ち、民事訴訟における仮処分は、「手続的にみると、民事保全は、ア対立した当事者間における当事者主義の手続であること、イ最終的には私権の確定手続である本案に結び付くことが予定されており、これを前提とする手続であること、から訴訟手続であることは明らか」⁽²³⁾とされている。兼子理論はその影響力を失っているのである。もっとも、民事訴訟における仮処

分については、仮処分が本案手続に最終的に結びつくことが予定され、またそれは本案手続の枠内であることから、訴訟手続と解されるのだが、訴訟手続の理由づけとしては大変緩やかなものと思われる。民事保全法によれば、審理の迅速性と合理性を求めて、すべて決定の形式で裁判が行われ、また口頭弁論を開くかどうかは裁判所の裁量に委ねられ、さらに、保全すべき権利又は権利関係及び保全の必要性の立証は疎明で十分であり（二三条）、決定は簡略化された理由で足りる（一六条）。このような手続が、四位一体的判例理論の「固有の意味における司法権の作用」と整合的かどうかは検討の余地があろう。

ところで、行政訴訟では執行停止の申立てが本案訴訟が適法に係属されていることが要件なのであるから、先の民事訴訟における「訴訟手続」の理解は行政訴訟においても当然に妥当するであろう。しかし、そういう議論は行政法学では見られない。仮の救済を行政作用とみない根拠は、司法と行政の対比、及び仮の救済の憲法上の基礎づけに見て取るのである。即ち、司法を消極的な法の認識ないし判断の作用、行政を積極的な意思による活動と定式化したうえで、仮の救済を行政作用と兼子一が性格づけたことに対し、「行政は裁量を認められる場合も含めて、法の適用・具体化と捉えることができる」し、また、「仮の救済は、裁判所が適時性を考慮して（実体）法を解釈適用し権利を保護する作用であり、憲法上保障される（適時に）裁判を受ける権利（憲法三二条）、司法権（憲法七六条）に含まれる²⁴」と主張されている。

行政訴訟における「仮の救済」、及び民事訴訟における「仮処分」は、その重要な権利救済機能にもかかわらず、憲法上の基礎づけは定まっているとは言えない。仮の救済と仮処分が共通の基盤を持つべきとすれば、仮の地位を定める仮処分を非訟ではなく「訴訟」と解することと十分なのか、あるいは、仮の救済が裁判を受ける権利、司法権に含まれるとする場合、四位一体的判例理論のもとでの裁判及び司法権概念と整合的かなど、検討すべき問題があるように思わ

れる。

(四) 非訟事件については、兼子一の見解と最高裁判例は整合的である。しかし、四位一体的な最高裁の判例理論からは、非訟事件について、憲法上の手続保障はまったく保障されないことになってしまふ。非訟事件にも争訟性の強いものが存在していることに鑑みるなら、非訟事件の当事者に見解(あるいは反論)表明の機会を与えることさえ法律に委ね、あるいは(場合によっては)裁判所の裁量事項とすることは憲法上問題はないのであろうか。一方、学説では(判例と異なり)、「憲法三二条の『裁判』は、広く非訟事件の裁判をも含み、八二条の原則を『指導原理』としてそれぞれの事件の性質・内容に相応した適正な手続の保障を伴うものでなければならぬ」とする見解は広く受け入れられている。しかし、「八二条の原則を『指導原理』としてそれぞれの事件の性質・内容に相応した適正な手続」も抽象的であつて、憲法三二条と八二条の「裁判」の關係は今ひとつ明らかでない。この点の解明は重要なテーマである。

また、最高裁判例(最大決昭和四一・一二・二七民集二〇卷三七九頁)によれば、非訟事件の処理は固有の司法権の作用ではなく、行政権の作用である。「かりにそうだとすれば、行政作用に属する事項をなぜ裁判所の権限に取り込んでよいのであろうか。最大公約数的な説明は、いまだないように思われる」⁽²⁶⁾。一方、従来、訴訟事件とされていたものを、立法によって非訟事件とすることに限界はあるのか、という問題もある。その場合の判断は、最高裁判例に依拠するなら、「固有の意味における司法権の作用」あるいは「純然たる訴訟事件」の解釈がポイントになる。

(五) 近時、非訟事件及び民事訴訟における仮処分について、従来の最高裁判例を再検討するうえで興味深い事例が現れた。いずれも最高裁判所第三小法廷の決定であるが、それを次の二で検討しよう。さらに、三では、ドイツの議論を検討する。ボン基本法が、具体的規範統制、抽象的規範統制、さらに機関訴訟を明定していることから、客観訴訟について、わが国のような議論の立て方には関心は寄せられていないが、「裁判(権)」(基本法九二条)⁽²⁷⁾の定義を巡る論争

にはわが国の議論にも参考になる点が多い。一方、仮の救済や非訟事件に関し、それが基本法九二条の裁判権の作用に含まれるか否かについて一定の議論の蓄積がある。とくに仮の救済の性質を巡って、既述のように、わが国の民訴法学と行政法学の間に興味深い相違が存在しており、この点を検討するについては、わが国の民事訴訟法及び行政法に影響を及ぼしてきたドイツの理論状況を見おくことは意味のあることであろう。最後に、四で、憲法三二条と七六条を「法律上の争訟」（裁判所法三条一項）で結びつけ、それに憲法八二条がリンクする最高裁判所判例の枠組みを組上に載せる。その際、裁判（憲法三二、七六条）及び司法権（憲法七六条）について、ドイツとの比較を踏まえて検討を行ないたい。

- (1) 笠松珠美「法令解説 特定の血液製剤によるC型肝炎感染被害者の救済」時の法令一八〇八号（二〇〇八年）四一頁。
- (2) 二〇〇九年一月三〇日現在、和解成立者は一四〇一人で、調停が成立した四人を含む（二〇一〇年二月二二日公表の厚生労働省Press Release「C型肝炎訴訟の和解について」）。
- (3) (4) 仁田山義明「法令解説 虐待防止のため、立入り調査等を強化し、面会・通信等の制限を強化」時の法令一八〇三号（二〇〇八年）二五頁。
- (5) 第一六九回国会衆議院法務委員会会議録第四号二頁。
- (6) 芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、一九九四年）三六頁。この関連で、大貫裕之「行政訴訟による国民の『権利保護』」公法研究五九号（一九九七年）二〇七頁以下も参照されたい。
- (7) 巨理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ』（有斐閣、二〇〇八年）四頁以下。さらに、石川健治「トポスとしての権利侵害論 法学教室三二七号（二〇〇七年）四九頁も参照。
- (8) 芦部信喜「裁判を受ける権利」芦部編『憲法Ⅲ人権（二）』（有斐閣、一九八一年）三〇七頁。この点については、「判例理論は確立したといつてよい」と芦部信喜は評している（芦部前掲）。非訟事件についての最高裁判例については、笹田栄司

『司法の変容と憲法』（有斐閣、二〇〇八年）二二七頁以下で検討を行なっている。

- (9) 裁判官分限事件で最高裁は一応の「裁判」の定義を行なっている（さらに、最大決昭和四五・六・二四民集二四卷六号六一〇）。その意味で、「非訟事件では憲法三二条および八二条が争点となりうるにもかかわらず、『裁判』を憲法上定義づけるという筋道を最高裁は採らなかった」との記述（笹田・前掲注（8）二五一頁）は適切さを欠いている。本稿で修正しておくたい。

- (10) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第四版』（岩波書店、二〇〇七年）三二一頁。

- (11) 亘理・前掲注（7）一九頁。さらに、大貫・前掲注（6）二二二頁以下も参照されたい。

- (12) 最高裁判所事務総局総務局『裁判所法逐条解説 上巻』（一九六七年）二四頁。

- (13) 野坂泰司「憲法と司法権」法学教室二四六号（二〇〇一年）四三頁。さらに、土井真一「法の支配と司法権」佐藤幸治・初宿正典・大石眞編『憲法五十年の展望』（有斐閣、一九九八年）八四頁以下も参照されたい。

- (14) 参照、六戸常寿「司法のプラグマティク」法学教室（二〇〇七年）三三二号二六頁。

- (15) 本稿は、最高裁判例を主たる検討の対象とする。学説の唱える様々な「司法権」概念についての検討は本稿では行なわない。今後の課題としたい。この点については、最新のものとして、川岸令和「司法権の概念の再構成に向けて」法律時報八一巻五号（二〇〇九年）六九頁以下、人見剛「行政権の主体としての地方公共団体の出訴資格」同六五頁以下、及び、南野森「司法権の概念」安西他『憲法学の現代的論点 第二版』（有斐閣、二〇〇九年）一四九頁以下がある。

- (16) 四位一体的な最高裁の判例理論は一九五〇年代にはその骨格を固めたが、それについては兼子一及び田中二郎の研究が支えとなっている（この点については、笹田栄司『裁判制度』（信山社、一九九七年）五六頁以下、及び、笹田・前掲注（8）一三四頁以下で論じている）。

- (17) 行政事件訴訟特例法一〇条二項は「処分の執行に因り生ずべき償ふことのできない損害」を要件としていた。

- (18) 兼子一「行政事件訴訟特例法一〇条二項の合憲性」法協七三巻二号（一九五六年）二〇二頁。したがって、「判決前に処分の執行停止を命じること、法律によって特に裁判所に与えられた権能に過ぎないから、これについての要件をどう定めても司法権を害する点での違憲にはならない」（兼子前掲）。

- (19) 兼子一「新行政訴訟の基礎理論」『民事法研究第二巻』（酒井書店、一九五四年）七四頁。兼子説については、高柳信一

「行政国家制より司法国家制へ」雄川一郎編『公法の理論下Ⅱ（田中二郎先生古稀記念）』（有斐閣、一九七六年）二二二頁以下が詳細な分析を行なっている。

(20) 兼子一「司法権の本質と限界」『民事法研究第二巻』（酒井書店、一九五四年）一六四頁。

(21) 雄川一郎ほか『行政事件訴訟特例法逐条研究』（有斐閣、一九五七年）三四一頁。この時期の研究で、注目されるのが今村成和である。今村は、内閣総理大臣に異議権を認めた行政事件訴訟特例法一〇条二項の違憲性を論ずるなかで、執行停止が、「その性質上、行政処分であるから、本来行政処分に属する」とい考え方はナンセンスとしたうえで以下のように述べている。「問題は、執行停止の権限が、憲法七六条三項によって、独立的行使を保障された裁判官の『職権』に含まれるかどうかにあるわけで、この点から見れば、執行停止は、仮処分や非訟事件などと同様、紛争の法的解決という、厳密な意味での司法作用には該当しないとしても、広い意味での裁判の作用に属し、やはり、憲法七六条にいう『裁判官の職権』の中に含まれると解するのが穏当であるように思われる」（今村「行政処分の執行停止」法学セミナー四〇号（一九五九年）二九頁）。裁判官の「職権」に依拠する考え方は後の議論に影響を及ぼすものではなかったが、執行停止を「広い意味での裁判の作用」とする今村の見解は先駆的なものと評価してよい。

(22) 兼子一の見解が、後の行政事件訴訟の展開に大きな影響を与えたことについては、笹田・前掲注（8）一三五頁を参照されたい。

(23) 瀬本比呂志『民事保全法 第三版』（判例タイムズ社、二〇〇九年）六八頁。

(24) 山本隆司「行政訴訟における仮の救済の理論（上）」自治研究八五巻一二号（第一法規、二〇一〇）三三頁。さらに、参照、村上裕章「執行停止と内閣総理大臣の異議」芝池義一・小早川光郎・宇賀克也編『行政法の争点 第三版』（有斐閣、二〇〇四年）一二二頁、野呂充「仮の救済」園部逸夫／芝池義一編『改正 行政事件訴訟法の理論と実務』（ぎょうせい、二〇〇六年）二二二頁以下。

(25) 芦部・前掲注（8）三一六頁。なお、この関連で、長谷部由紀子「民事訴訟手続の基本原則と憲法」法律時報八一巻五号（二〇〇九年）四八頁以下、長谷部恭男「憲法から見た裁判手続原則」同五二頁以下も参照されたい（両論文とも、長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、二〇〇九年）第八章及び第九章として収録されている）。

(26) 安念潤司「司法権の概念」大石真・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、二〇〇八年）二五一頁。また、渋谷秀樹「裁判

を受ける権利と非訟事件」大石眞・石川健治編前掲書二六八頁以下も参照。

(27) 基本法九二条「裁判権は、裁判官に委ねられており、連邦憲法裁判所、この基本法で予め定められている連邦裁判所、及びラントの裁判所によって行使される」(石川健治訳「ドイツ」高橋和之編『新版 世界憲法集』(岩波書店、二〇〇七年)二二二頁)。

二 二つの最高裁決定

1 最高裁平成二〇年五月八日第三小法廷決定⁽¹⁾

(一) 妻(原々審の申立人、即時抗告の抗告人)が、夫(原々審の相手方、即時抗告の相手方)に対し、家事審判手続において婚姻費用の分担金の支払いを求めたところ、原々審(横浜家裁小田原支部)は、夫の婚姻費用負担額を一月一十二万円及び未払い分を九五万円とするのが相当との審判をした。これに対し妻は即時抗告し、東京高裁(原審)は、婚姻費用負担額を月額一六万円に変更する決定を行った(したがって、未払い分も一六七万円に変更されている)。ところが、原審は即時抗告の相手方たる夫に対して、原々審審判に対し即時抗告がされていることを知らせず、また、即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを送付していなかった。夫は、原審が抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが憲法三二条に反するとして、特別抗告に及んだ(あわせて、憲法三二条違反も主張している)。なお、夫は、原審決定までの間に未払分の一部を妻に支払った旨の主張をしている。

最高裁は、「憲法三二条所定の裁判を受ける権利が性質上固有の司法作用の対象となるべき純然たる訴訟事件につき裁判所の判断を求めることができる権利をいうものであることは、当裁判所の判例の趣旨とするところ」としたうえで、最高裁昭和三五年七月六日大法廷決定（民集一四卷九号一六五七頁）及び最高裁昭和四〇年六月三〇日大法廷決定（民集一九卷四号一一一四頁参照）の趣旨に照らせば、「本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は、同条所定の『裁判を受ける権利』とは直接の関係がないというべきであるから、原審が、被告人（原審における相手方）に対し抗告状及び抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが同条所定の『裁判を受ける権利』を侵害したものであるということとはできない、と判示している。

最高裁は違憲とはしなかったが、「原審においては十分な審理が尽くされていない疑いが強い」とは見ている。つまり、「本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である被告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り被告人にも攻撃防御の機会を与えるべきであり、少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを被告人に送付するという配慮が必要であつた」とするのである。もっとも、最高裁は憲法三二条の問題とは認めていないから、上記の点は特別抗告の理由には当たらない。

（二）これに対し、那須反対意見は、「婚姻費用の分担」についての審判に関しては、「憲法三二条の趣旨に照らし即時抗告により不利益な変更を受ける当事者が即時抗告の抗告状等の送付を受けるなどして反論の機会を与えられるべき相当地理がある」とし、「このような当事者の利益はいわゆる審問請求権（当事者が裁判所に対して自己の見解を表明し、かつ、聴取される機会を与えられることを要求することができる権利）の核心部分を成すものであり、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場合がある」と主張する。

ここで問題になるのは、多数意見が引く昭和三五年及び昭和四〇年最高裁大法廷決定との関係である。那須反対意見は、これらの判例と本件との違いを次のように説明している。上記大法廷決定は、「いずれも手続が当時の法律の定めに従い非公開で行われたことを問題とするものであるのに対し、本件は、即時抗告により不利益変更を受けた当審抗告人に即時抗告の抗告状等の送付・送達がなく反論の機会も与えられなかったことが問題とされている案件であつて、真の争点は憲法八二条の公開原則の問題とは直接の関係を有しない」。そのうえで、「憲法八二条が要求する公開の対象となる事件の範囲を区切る基準（同条二項では、裁判官の全員一致で非公開とする例外的処理の途も認められている）と憲法三二条が要求する審問請求権ないし手続保障の適用範囲を区切る基準とは同一とは限らない」として、憲法八二条が関係しない憲法三二条独自の領域の存在を主張している。那須反対意見は、『純然たる訴訟事件』以外にも乙類審判事件を中心にして憲法三二条の審問請求権ないし手続保障の対象となるべき類型のものが存在することは否定しがたく、この点に關するかぎり、昭和三五年最高裁決定はいずれ当審において変更されるべき」と明言している。

(三) 憲法七六条一項Ⅱ裁判所法三条一項Ⅱ憲法三二条に憲法八二条一項を接続させる四位一体的な判例理論からは、非訟事件について憲法上の手続保障はまったく保障されないことになるが、それで問題はないのであろうか。⁽²⁾ 法廷意見も原審の手続に問題があったことは認めるが、それは審理不尽、裁量権の逸脱による手続の違法の問題であつて、憲法上の問題ではないから、特別抗告の理由にならないと見ている。職権主義、裁量主義を基調とする家事審判手続にあつては、審問請求権（法的聴聞権）は認められないのだろうか。しかし、本件事案のように、非訟事件にも争訟性の強いものがあることに鑑みるなら、審問請求権（法的聴聞権）が憲法三二条によつて保障されていると解する余地はあると思う。権利論的構成を採らず裁判所側の裁量をもつぱら重視することは、家事審判手続を利用する側の視点を十分に汲むものではないだろう。⁽⁴⁾ いずれにしろ、四位一体的構成を採る最高裁判例に遡つて、検討を行なう必要がある。

2 最高裁平成二一年一月二七日第三小法廷決定⁽⁵⁾

(一) 特許法一〇五条の四第一項は、「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟」において、営業秘密を含む準備書面や証拠について、当該訴訟の追行の目的以外の目的で使用し、又は訴訟関係人以外の者に開示してはならない旨を裁判所が命ずることができる、規定する⁽⁶⁾。そして、裁判所による上記秘密保持命令を受けた者がそれに違反した場合は、五年以下の懲役又は五〇〇万円以下の罰金の刑罰が科せられるのである(特許法二〇〇条の二等)。

A社(債権者)は、Xによる液晶テレビ及び液晶モニターの輸入、販売等がA社の特許権を侵害するとしてその差止め等を求めた(以下、「本件仮処分事件」という)。本件仮処分事件において、Xは、A社の代理人であるY₁らが提出することを予定している準備書面等にXの保有する営業秘密が記載されているとして、Y₁ら五名を相手方として秘密保持命令の申立てを行った。本件では、特許権等の侵害差止めを求める仮処分事件において、特許法一〇五条の四第一項に基づく秘密保持命令の申立てが認められるか否か、が争われたのである。

(二) 東京地裁は、「特許権侵害差止等請求訴訟を本案とする仮の地位を定める仮処分の発令に関する手続であるからと言って、特許権の侵害に係る『訴訟』と同視しうる手続であると直ちにいうことはできない」⁽⁷⁾であり、また、「本件の基本事件において、申立人主張の本件各情報につき秘密保持命令を認めなければ、著しく不合理な結果を招くことになるなどの特段の事情も認められない」⁽⁸⁾として、Xの秘密保持命令の申立てを認めなかった。

知財高裁もXの申立てを認めなかった⁽⁸⁾。知財高裁は、「特許法一〇五条の四第一項にいう『特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟』に本件特許権仮処分命令申立事件が含まれるのであれば秘密保持命令を発することができ、含まれないのであれば秘密保持命令を発することはできないことは明らか」としたうえで、「特許権又は専用実施権の侵害

に係る訴訟」とは本案訴訟のみであつて特許権仮処分命令事件は含まれないと判示する。その理由は次の通りである。

特許法一〇五条の四第一項は「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟」という表現を用いており、「これに民事保全法という、民事訴訟法とは別個の手続法で運営される仮処分手続を含むと解することは、法の名宛人である国民の立場からすると、相当の困難を伴うと考えられる」。つまり、「民事保全法の適用される民事保全手続においては、訴訟のように公開の法廷で審理されることが必須の要件ではなく（任意的口頭弁論、民事保全法三条）、非公開で審理されるのが通例であり、また本件のような仮地位仮処分事件である重大な事案であっても、債務者審尋の手続を経ることが絶対的な条件ではなく、仮処分申立ての目的を達することができない特段の事情があるときは、債務者を審尋することなく仮処分命令を発することとさえできること（二三四条四項）、仮処分における証拠方法及び心証の程度は疎明であつて（一三条）、裁判所は、即時に取り調べるができる証拠調べしかすることができないこと（七条、民訴法一八八条）、仮処分命令は暫定的な命令であることを前提に、裁判所は債権者に担保を立てさせて命令を発することを通例としていること等の、本案訴訟とは異なる事情がある」。

加えて、知財高裁は、「立法者において秘密保持命令の制度を本件のような仮処分手続にも適用があると考えたのであれば」、そのための規定をもうけることが十分に可能であつたこと、さらに、秘密保持命令制度は、懲役刑を含む刑罰による抑止力をもつて秘密保持の実効性を担保するものであるが、「民事保全手続にも特許法一〇五条の四の適用を肯定することは、これを否定した場合に比し処罰範囲の拡大を招来することになるところ、刑法法規の謙抑性及び明確性の趣旨に鑑みれば、実質的に処罰範囲の拡大を招来する法解釈は差し控えるべき」と判示している。

（三）これに対し、最高裁は、特許権等の侵害差止めを求める仮処分事件においても秘密保持命令の申立てが許される、と判示する。

まず、秘密保持命令の趣旨について、「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、提出を予定している準備書面や証拠の内容に営業秘密が含まれる場合には、当該営業秘密を保有する当事者が、相手方当事者によりこれを訴訟の追行の目的以外の目的で使用され、又は第三者に開示されることによつて、これに基づく事業活動に支障を生ずるおそれがあることを危ぐして、当該営業秘密を訴訟に顕出することを差し控え、十分な主張立証を尽くすことができないという事態が生じ得る」のであつて、このような事態を回避するために保持命令は設けられた。そして、「特許権又は専用実施権の侵害差止めを求める仮処分事件は、仮処分命令の必要性の有無という本案訴訟とは異なる争点が存するが、その他の点では本案訴訟と争点を共通にするものであるから、当該営業秘密を保有する当事者について、上記のような事態が生じ得ることは本案訴訟の場合と異なるところはなく、秘密保持命令の制度がこれを容認していると解することはできない」。

さらに、「特許法においては、『訴訟』という文言が、本案訴訟のみならず、民事保全事件を含むものとして用いられる場合もあり（同法五四条二項、一六八条二項）、上記のような秘密保持命令の制度の趣旨に照らせば、特許権又は専用実施権の侵害差止めを求める仮処分事件は、特許法一〇五条の四第一項柱書き本文に規定する『特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟』に該当し、上記仮処分事件においても、秘密保持命令の申立てをすることが許される」。

（四）最高裁は、①仮処分事件でも秘密保持命令の必要性が存在すること、及び、②特許法においては「訴訟」という文言が民事保全事件を含むものとして用いられる場合のあることを、根拠とする。もっとも、①について知財高裁が見落としたわけではない。知財高裁は、「特許権仮処分命令手続にも特許法一〇五条の四等の定める秘密保持命令制度の適用がある旨及びそれが適用されない場合の不都合」を抗告人は強く主張するが、「立法論」としてならともかく法解釈としては困難と判示している。手続保障や刑罰法規の謙抑性や明確性の趣旨に鑑み、仮処分手続と本案手続の構造的

差違は大きいと知財高裁は解したのであろう。

②については、確かに、特許法五四条二項は、「訴えの提起又は仮差押命令若しくは仮処分命令の申立てがあつた場合において、必要があると認めるときは、裁判所は、査定が確定するまでその訴訟手続を中止することができる」とするから、訴訟手続には「仮処分命令の申立てがあつた場合」が含まれる。しかし、特許法五四条二項の「訴訟」規定の存在を東京地裁及び知財高裁は承知していなかったのであらうか。東京地裁知財部のプラクティスは、「訴訟」（特許法一〇五条の四）とあることから、文言上、仮処分には適用されないとするものであり、本件東京地裁決定は、「そのようなプラクティスを採用することを初めて明らかにした決定」であつた。⁽¹⁰⁾ また本件知財高裁決定についての解説も、特許法にもとづく「秘密保護の制度は『訴訟』（公開が憲法上の原則とされている。憲法八二条一項）を前提とし、文言上も『特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟』においてとして『訴訟』を前提とする規定振りとなつていることからすると、少なくとも立法者としては本規定が訴訟事件について適用されることを想定しており、民事保全事件について適用されることを予定していなかったであらうことが窺われる」と述べている。⁽¹¹⁾

民事保全法は、民事保全に関する裁判について「決定主義」を採用し、口頭弁論または審尋の期日を開くかどうかを裁判所の裁量に委ねている（三条）。また、訴訟事件について公開・対審・判決が憲法三二条及び八二条の要求するところと最高裁判例は解している。つまり、従来の最高裁判例からすると、東京地裁及び知財高裁決定も理由がないわけではないと思われる。一方、②についての最高裁の判示は形式的であつて、従来の最高裁判例にまったく触れていない点は、説明不足の感が拭えない。⁽¹²⁾

3 射程の限定された判例理論と自由な立法

四位一体的判例理論によれば、憲法規定が登場する場面は限定的である。非訟事件において裁判を受ける権利の保障がないとなれば、立法は憲法規定の直接の縛りを気にすることなく、裁判所側の裁量権の行使の場面で、当事者らの意見表明について一定の配慮をすることを命じる規定を設ければ足りるであろう。

また、民事訴訟における仮処分が「訴訟事件」ということであれば、仮処分における手続保障も「訴訟事件」として原則的に考えるべきではないのか。しかし、知財高裁決定が指摘するように、「民事保全法の適用される民事保全手続においては、訴訟のように公開の法廷で審理されることが必須の要件ではなく（任意的口頭弁論、民事保全法三条）、非公開で審理されるのが通例」であり、訴訟事件にとっては「例外」である手続保障が原則とされている。さらに、知財高裁があげる、「仮処分申立ての目的を達することができない特段の事情があるときは、債務者を審尋することなく仮処分命令を発することとさえること（二三四条四項）、仮処分における証拠方法及び心証の程度は疎明であつて（一三条）、裁判所は、即時に取り調べることでできる証拠調べしかすることができないこと（七条、民訴法一八八条）」などの本案訴訟との違いは、訴訟事件の概念を維持することを難しくさせるものであろう。

このように見てくるなら、憲法が規定する「司法権」（七六条一項）、及び「裁判」（三二、八二条など）に立ち返って検討を進める必要性に思い至る。憲法七六条一項と三二条の表裏一体的構成や訴訟非訟の二元的把握などを提示してきた最高裁判例の批判的検討こそが、もつれた糸を解く鍵と考えるからである。

（１）判例時報二〇一一号一一六頁。判例評釈として、宍戸常寿「非訟事件における審尋請求権と憲法三二条」判例セレクト二二〇〇八（法学教室三四二号別冊）（二〇〇九年）一一頁、垣内秀介「抗告審における手続保障と憲法三二条」『平成二〇

年度重要判例解説」(ジュリスト一三七六号)(二〇〇九年)一五五頁以下がある。

(2) 破産法における破産者の免責に関する裁判手続について、山本弘が、最高裁判決の採る訴訟非訟一分論によるのではなく、「現行法の決定手続が破産債権者に裁判を受ける権利を実質的に保障したものといえるか否かを直截に考察することにより、判断すべき」と、注目すべき見解を述べている(山本弘「時の判例 破産法における破産者の免責の裁判と憲法三二条」法学教室一三四号(一九九一年)七七頁)。

(3) 「判例解説」判例時報二〇一一号一一七頁。

(4) 司法制度が「国民にとって身近なものとなるよう、国民の視点から、これを抜本的に見直し、司法の機能を充実強化することが不可欠」とする「司法制度改革推進計画」の「基本的な考え方」が改めて思い返される必要がある(参照、笹田・前掲一注(8)二九六頁)。

(5) 判例時報二〇三五号一二七頁。

(6) 参照、近藤昌昭・齋藤友嘉『知的財産関係二法／労働審判法』(商事法務、二〇〇四年)三八頁以下。

(7) 判例時報二〇一五号一三二頁。

(8) 判例時報二〇一五号一二七頁。

(9) 判例時報二〇三五号一二七頁。

(10) (11) 判例時報二〇一五号一二七頁。

(12) 本件最高裁決定について、最高裁があげた②は「説得力を欠く」が、「①の実質的理由に基づいて条文の文理を超えた法創造を行った」とする見方もだされている(安達栄司「民事判例研究 特許権等の侵害差止仮処分事件における秘密保持命令(特許法一〇五条の四)の申立ての許否」金融・商事判例一三二六号(二〇〇九年)一九頁)。そのうえで、最高裁が詳述する実質的理由は説得力があり、また「特許紛争における仮処分命令の重大な影響力に鑑みても、仮処分事件の審尋において秘密保持命令の必要性を否定するような積極的理由も見あたらない」として、「本決定の結論は妥当」とする(安達前掲)。

三 ドイツにおける裁判権概念の混迷

1 比較の対象としてのドイツ

(一) わが国における訴訟事件と非訟事件の併置は、「明治期における近代裁判制度の構築に際してドイツ法制を継受したものである」⁽¹⁾。また、わが国の民事訴訟制度はドイツのそれを継受したものであり(一八九〇年民事訴訟法)、仮差押え及び仮処分は当初、民事訴訟法典に規定されていたが、一九九一年に、民事訴訟法とは別に民事保全法において一体的に整備された⁽²⁾。さらに、行政訴訟についてもドイツの一定の影響は認められる。したがって、本稿にとり、ドイツにおいて裁判権がどのように理解されているか、そのなかで仮の救済や非訟事件がどう位置づけられているか、を検討することは、一つの視点を与えてくれるだろう。もともと、日本国憲法七六条一項の規定する「司法権」が(ボン)基本法九二条「裁判(Richtersprechung)」と同一視されないことは、基本法九三条が抽象的規範統制をも連邦憲法裁判所の権限としていることから明らかである⁽³⁾。ドイツを比較検討の対象とするについては、したがって、一定の抑制が求められる(この点は、アメリカの司法権を対照する場合も程度の差こそあれ同様であろう)。

ドイツにおける「裁判(権)」(基本法九二条)と仮の救済及び非訟事件の検討に先立ち、裁判概念についての判例・学説の状況を概観しておくことが便宜であろう。基本法九二条の規定する「裁判」概念について、連邦憲法裁判所は、一九六七年の決定で⁽⁴⁾、「学説では、裁判権の概念がどのように解されるかについて議論がなされているが、それはまったく収束していない」とする。そして、トーマ、フリーゼンハーン、ゴールドシュミット、アルントといった公法および民訴法の名だたる研究者の学説を取り上げ、「これらの学説は確かに、実質的意味の裁判概念の本質的諸要素を明ら

かにしているが、この概念の全内容を包含していないし、非裁判的な国家活動に対する明確な限界を示してもいない」と断ずるのである。そのうえで、連邦憲法裁判所は、「実質的意味の裁判」として、出訴保障や裁判官留保、「裁判の伝統的な核心領域」である「民事司法および刑事裁判権」をあげることと済ませた。その後、連邦憲法裁判所は二〇〇一年決定においても、「裁判権の概念は憲法裁判によって終局的に解明されていない」とするが、一方で、立法による裁判権限の創出に憲法的意味を与える「機能的意味の裁判」を展開するに至っている。即ち、「本来実質的な裁判概念には属していない事項領域に対して立法者が機能的に見て裁判権にのみ帰属しうる形態を与えた場合^⑤」も、それは基本法九二条の裁判に含まれると判示している。

ところで、アハターベルクによって、一九八五年の論文「『実質的意味における裁判』概念^⑥」のなかで、基本法下で主張されている定義としてあげられた一五の学説はいずれも通説的地位を占めるに至っていない。また、「実質的意味の裁判」概念を規定する際に、多くの学説が採っていた係争決定あるいは決定の拘束性のファクター^⑦から離脱し、「法の実効性のために広範に制度的に保障された公正さの下での法の統制」と裁判を定義する「機能的・組織的裁判概念^⑧」も、有力説にとどまっている。基本法が憲法裁判所を設け、抽象的規範統制や機関争訟など司法の担う役割が多種多様であることも一因であろうが、「裁判」概念の混迷は収束する気配はない。

2 連邦憲法裁判所一九六七年決定

(一) 本件事案では、税法違反の際に財政官庁が罰金刑を科すことができると定めていた一九一九年九月一三日のライヒ公課令が基本法九二条に反するのではないかが争点となった。連邦憲法裁判所は、刑罰を科することは基本法九二条

の意味における裁判権の行使と判示し、ライヒ公課令は基本法と合致せず無効としている。⁽⁹⁾ この決定で興味深いのは、連邦憲法裁判所が学説による「裁判権」の定義について次のような評価を行っていることである。

「学説では、裁判権の概念がどのように解されるかについて議論がなされているが、それはまったく収束していない。ゴールドシュミットは、訴訟とは、既判力の惹起に向けられた手続であると唱えるが (Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S.15ff.)、それは、いかなる法律上の事件が既判力が付与されることを必要とするか、それゆえ、いかなる法律上の事件が裁判権に属するか、という問題を引き起こす。裁判権は確証を得るために事実及び法についての審査を通じて既判力を生み出す決定である、とするアルントの見解 (Festgabe für Carlo Schmidt, S.5 [10bis15]) もゴールドシュミット説に連なるが、いかなる事案でこの審査が必要かという問いには答えていない。トーマは、裁判とは、個別的事案で具体的事実に現行法を適用することで何が法であるかを、国家的権威が独立して言渡すこと」と定義づけるが (Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd.2 S.108 [129])、それは、法治国において、行政も法律に拘束されているとの異論に逢着する。……裁判は権威的権力をもった独立の第三者による法律上の係争を決定するための法適用である、とするフリーゼンハーンの主張 (Festschrift für Thoma, S.21f.) は、刑事裁判権、非訟裁判権の一部、規範統制のような、伝統的に裁判に数えられているすべての領域を包含していない。他方で、行政庁によって決定される法律上の争いも存在する⁽¹⁰⁾」。

(二) 連邦憲法裁判所は、基本法九二条は裁判官に裁判権として何を委ねているのかという問題について、以上の学説は何ら解答を示していないという。「これらの学説は確かに、実質的意味の裁判概念の本質的諸要素を明らかにしているが、この概念の全内容を包含していないし、非裁判的な国家活動に対する明確な限界を示してもいない⁽¹¹⁾」と判示する。それでは、いかなる解答を連邦憲法裁判所は提示したのであろうか。それは、憲法構造のなかで基本法九二条が持つ意味、あるいは基本法九二条と他の憲法規定との関連に検討対象を広げることによって打開策を求めた。具体的には、基

本法が様々な条文で定める裁判所の管轄権に注目している。そのようなものとして、連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所の管轄権（基本法九三、九九、一〇〇ならびに一八、二二条二項、四二条二文、八四条四項、九八、一二六条）、公権力による侵害に際しての、裁判所による例外なき事後の匡正的権利保護（基本法一九条四項）、および、自由剥奪の命令についての裁判官の独占的管轄（基本法一〇四条二項及び三項）をあげ、さらに、住居搜索命令（基本法一三条二項）、公用収用に係る補償（基本法一四条三項四文）、社会化（*Sozialisierung*）のための補償（基本法一五条二文）、職務責任（基本法三四条三項）、連邦における最高裁判所（基本法九五条）などの基本法所定の個別的指示をあげている。こういった規定にもとづく裁判所の作用は、裁判所にのみ留保されており、「実質的意味の裁判」と特徴づけられる。「伝統的に、裁判所の最も重要な任務、換言すれば、侵害の重大さの故に、そして国民の法的地位に対するその意義の故に、裁判手続の保障を最も真剣に必要とする任務は、それゆえすでに、他の箇所でも憲法により裁判権に配分されている⁽¹²⁾」というのである。

このような「憲法で明示的にあげられている任務」の範囲を超えて、連邦憲法裁判所は、「基本法九二条によると、なお別の任務が裁判に属する」と判示する。それが、基本法は明示的に規定していないが、「裁判の伝統的な核心領域」である「民事司法および刑事裁判権」である。確かに個別事案において核心領域の正確な確定は困難かもしれないが、憲法制定者が民事司法および刑事裁判権を裁判権に算入していることは疑われない、と判示している⁽¹³⁾。

3 ベッターマンによる「実質的意味の裁判」概念の構築

（一）連邦憲法裁判所による裁判所管轄のリストアップは、裁判権概念についての従来の理論に存在していた欠陥を何ら修復するものではない、とベッターマンは一九六七年決定を批判する。というのも、連邦憲法裁判所は、「列記され

ている諸機能のなかで共通となるものを取り出すことを試みていない⁽¹⁴⁾からである。ベッターマンも、連邦憲法裁判所と同様、基本法九二条を、「独立してではなく、九章の文脈のなかで、そして司法に関わる基本法の数多くの他の条項のなかで解説されねばならず、それが組み込まれている基本法の権力分立のなかで理解されねばならない⁽¹⁵⁾」とする。そして、基本法九七条一項が規定する「裁判官の独立」に注目している。ベッターマンは、基本法九二条一項の意味における裁判とは、「法律上の争いについての、係争対象に關与していない者による、あらゆる国家的決定⁽¹⁶⁾」とする。「法律上の争い」についての「決定」の他に、「係争対象に關与していない」ことがポイントである。「係争対象に關与していない⁽¹⁷⁾」ことは、裁判権の行使に際し裁判官が中立的な第三者を務めることを意味する。ベッターマンは、中立性を、「裁判官の本質であるのみならず、裁判の本質でもある⁽¹⁸⁾」と指摘しているが、この「裁判の中立性からその受動性が帰結する。職権によってではなく、関係人の申立によってのみ裁判権は活動する⁽¹⁹⁾」。そして、裁判権及びその行使者の中立性を保障するための第一の手段が、基本法九七条一項にもとづく裁判官の独立なのである⁽²⁰⁾。

(二) 一方、ベッターマンは、民事訴訟における仮処分を実質的意味の「裁判」から切り離している。「民事あるいは労働裁判所による、仮の差し押さえや仮処分は、請求権及びその危殆化について、立証まで必要とされず疎明で足りる簡略な審査にもとづき出される。こういった簡略な仮差押え手続は、判決手続ではない。その手続では、裁判ではなく、警察作用 (Rechtspolizei) あるいは予防的な民事司法が行われている⁽²¹⁾」。ベッターマンの見解は、仮処分は争いのある法関係を暫定的に規律するもので、その手続も簡略であることを強調する。ベッターマンは、行政と裁判を区別する際に、裁判所の「決定」には、中心的機能として法状態についての最終的に拘束力を持った説明が委ねられていると述べており、(前者の) 仮処分の暫定性と一線を画しているのである。また、後者の「手続の簡略さ」については、裁判官のあらゆる活動が裁判なのではなく、裁判官が自らに課された任務を処理しなければならないという方式 (die Art und

Weise)、換言すれば手続の具体的内容こそが決定的⁽²²⁾との理解が背景にある。これは、行政による任務の遂行方法とは異なった「裁判にとって特有のもの」⁽²³⁾なのである。

最後に、非訟事件について、ベッターマンは、「非訟裁判権の典型的事項」は裁判（基本法九二条）に含まれておらず、憲法は、非訟事件を裁判官及び裁判所に留保することを求めている⁽²⁴⁾、とする。ベッターマンは一九六七年の論文で、初期の連邦憲法裁判所判例を引きつつ、「裁判所に、裁判とは異なる任務を立法者が委ねることを、基本法九二条も、また権力分立原則も何ら妨げるものではない」のであり、非訟事件（BVerGE21, S144）、そして、民事訴訟における仮処分や行政訴訟における仮の救済（BVerGE9, S97）は、裁判とは異なる任務なのである⁽²⁵⁾と述べている。ここに、ベッターマンの基本的立場を見て取ることができよう。

ベッターマンによる仮処分や仮の救済の憲法的評価は、現在の連邦憲法裁判所判例や多数説の採るところではない。しかし、「裁判」（基本法九二条）と仮処分・仮の救済や非訟事件の關係を示す一つのモデルとして有用であり、わが国の判例理論や学説を検討するうえで重要な示唆を与えるものである。

4 行政訴訟における仮の救済及び民事訴訟における仮処分の憲法上の基礎づけ

（一）ベッターマンは民事訴訟における仮処分を「裁判」から切り離す主張をする際に、「この点については争いがある」と留保していた。ところで、行政訴訟における仮の救済については、基本法一九条四項が出訴保障のみならず実効的權利保護をも保障するとの解釈が連邦憲法裁判所一九七三年決定⁽²⁶⁾によって採られ、仮の權利保護が実効的權利保護の保障から引き出されたのである⁽²⁷⁾。しかし、この連邦憲法裁判所決定以前は、基本法一九条四項が事後の阻止的な權利保護に

加えて、予防的（あるいは仮の）権利保護を保障するかどうかについては争いがあった。換言すれば、「仮の権利保護あるいは予防的権利保護を与える裁判官のあらゆる活動が実質的意味の裁判である」のか否かが争われていたのである。

先にあげた連邦憲法裁判所一九六七年決定は、公権力による侵害に際しての裁判所による権利保護（基本法一九条四項）を実質的意味の裁判と解した。この決定を正面から誤りとする例外的見解⁽²⁹⁾を別にしても、基本法一九条四項が（事後的な）阻止的権利保護だけでなく、予防的あるいは仮の権利保護をも保障しているのかどうかは一九六七年連邦憲法裁判所決定からは明らかではない（連邦憲法裁判所は、基本法一九条四項については、事後の阻止的権利保護のみをあげていた⁽³⁰⁾）。事後の権利保護だけを保障すると解する学説として、ローレンツはコップ及びエッテルを紹介している⁽³¹⁾。即ち、コップは、基本法一九条四項の出訴保障からの帰結について論ずるなかで、「裁判的権利保護は、その本質によれば、阻止的なもの（⁽³²⁾）すぎない」と述べていたし、エッテルも、「行政裁判権は、その本質によれば、行政行為の抑制と匡正である⁽³³⁾」としていた。これらの説によれば、仮の権利保護は「実質的意味の裁判」ではなく、仮の権利保護を認めるか否かは立法者の判断に委ねられることになる。一方、レルヒエは夙に、「基本法一九条四項は、（事後の——笹田）阻止的な権利保護のみならず、実効性及び適時性の観点から、予防的な権利保護をも保障する⁽³⁴⁾」と主張していた。そして、このレルヒエの見解を引きつつ、ローレンツは、仮の権利保護ならびに予防的権利保護を保障するためのすべての裁判官の活動は、実質的意味の裁判であると主張している⁽³⁵⁾。

連邦憲法裁判所は、一九七三年決定で、基本法一九条四項が出訴の理論的可能性のみならず、権利保護の実効性を保障しているとしたうえで、仮の権利保護の要請を引き出している。「裁判所が行政処分⁽³⁶⁾の違法性の審査を終える前に、行政庁が回復不可能な処分を行なうならば、基本法一九条四項で保障されている包括的かつ実効的裁判保護は空虚なものとなる⁽³⁷⁾」ということである。仮の権利保護がなければ、行政により既成事実が創出され、もはや本案判決による事

後のな権利救済は不可能になる。先ほどの問題に戻れば、連邦憲法裁判所が基本法一九条四項から仮の権利保護を引き出したことで、仮の権利保護は「裁判」(基本法九二条)に含まれることが明確になった。

(二) 一方で、民事訴訟における仮処分はどうだろうか。一部には、連邦憲法裁判所の一九七七年決定が認めたとするものもあるが、これは、社会裁判所法に仮命令の規定が存在しないことから、行政裁判所法一二三条の準用によって仮命令を社会裁判所が発することができるとどこかについて、基本法一九条四項に依拠した解釈を連邦憲法裁判所が行なった事案である。⁽³⁸⁾ 基本法一九条四項は民事訴訟を対象としないから、民事訴訟における仮処分について直接触れるものではないだろう。

行政訴訟において、基本法一九条四項は出訴を、さらに実効的権利保護を保障するが、民事訴訟における出訴を明文で保障した規定は基本法には存在しない。したがって、基本法一九条四項に比しうる憲法上の根拠が求められるが、そのようなものとして司法行為請求権が妥当しよう。もっとも、これは民事訴訟法学に固有のものというより、「手続及び組織による基本権の実現」に関する連邦憲法裁判所判例の集積を経て、一九九〇年代前後に主張されてきたのである。⁽⁴⁰⁾ この点については既に論じているので、詳細は省くが、「基本権に内在する実効的権利保護の原則の構成要素」と司法行為請求権を理解するものと、「法治国家原理と結びついて基本法二条一項(一般的自由権——笹田)から明らかになる法治国家的手続形成の要請」に司法行為請求権の根拠を求めるものが、連邦憲法裁判所及び学説には併存している。いずれにしろ、このように憲法化された司法行為請求権が、基本法一九条四項と同様の役割を民事訴訟で果たすのである。⁽⁴¹⁾ 近時では、時間の経過により生じる債権者の保護という仮の権利保護の機能は、直接に司法行為請求権から生じると説明されている。また、債務者が対抗手段をとることにより執行から免れることで生じる危険から債権者を保護することも、仮の権利保護の存在理由とされているが、それは法治国家原理から直接明らかと説明されている。⁽⁴²⁾

(三) 以上見たように、ベッターマンの主張と異なり、民事訴訟における仮処分や行政訴訟における仮の権利保護（仮の救済）は「裁判」（基本法九二条）に含まれると解されよう。⁽⁴³⁾しかし、その一方で、ベッターマンの指摘に従えば、仮処分や仮の権利保護を含む「裁判」概念が可能かどうかが問題となる。

5 出訴保障と「裁判」（基本法九二条）

(一) 現在においても、「連邦憲法裁判所及び学説は、一般的に承認され、異議のない、裁判権概念の定義を見いだすことに成功していない」⁽⁴⁴⁾との評価は揺るがないだろう。連邦憲法裁判所自身も、二〇〇一年の決定で、「裁判権の概念は、憲法裁判によって最終的に解明されていない」⁽⁴⁵⁾としていたのである。そこで、連邦憲法裁判所が示したのが、先にあげた、基本法が定める裁判所の管轄権（出訴保障と裁判官留保）と「裁判の伝統的な核心領域」を、「実質的な意味の裁判」とするものであった。これは、基本法の権限配分と裁判の歴史的形成に配慮したものである。

まず出訴保障として、基本法一四三条四文（公用収用に係る補償）、一五二条二文（社会化（Sozialisierung）のための補償）、基本法一九条四項（公権力による侵害に際しての裁判所による権利保護）、および、三四条三項（職務責任）、四一条二項（連邦議会の選挙審査決定に対する連邦憲法裁判所への異議申立て）、そして、九三条（抽象的規範統制、機関争訟、憲法異議の訴等による連邦憲法裁判所への出訴）が規定されている。次に、裁判官だけが特定の国家的処分の許容性について決定することができる「裁判官留保」として、基本法一三二条二項（住居搜索命令）、一〇四二条二項及び三項（自由剥奪の命令についての裁判官の独占的管轄）の他、連邦憲法裁判所の管轄権（基本法一八、二二条二項、八四四四項）がある。⁽⁴⁶⁾

このような基本法が定める出訴保障や裁判官留保が、基本法九二条の「裁判」概念に含まれることは、現在では広く

受け入れられているが、これらを「実質の意味での裁判」に含めるかどうかは争いがある。アハターベルグは、「憲法上の権限配分は、実質の意味の裁判として把握されうる領域をなんら指し示さない」とする。これは、「裁判所および裁判官は、裁判と異なる任務についても取り組むことが許されるが故に、裁判所および裁判官への憲法による割り当ては裁判概念に関しなんら示すことができない」が故にである。⁽⁴⁷⁾このことは、裁判官留保にとくにあてはまる。⁽⁴⁸⁾そこで、出訴保障や裁判官留保に含まれない事柄については、「どのような場合に、憲法上一義的に配分されていない任務が、裁判官か、あるいは他の機関に属する者によって履行されねばならないかについての基準を含む、固有の（実質的）概念が必要である」。⁽⁴⁹⁾近時は、このように、出訴保障や裁判官留保を実質の意味の裁判とわけて検討する方向が学説では優勢と思われる。「裁判」（基本法九二条）について、基本法上の出訴保障（基本法一九条四項「憲法化された」司法行為請求権）と「実質の意味における裁判」を別立てに検討するのであれば、仮の権利保護や仮処分が出訴保障から導かれる以上、実質の意味の裁判概念と平仄を合わせる必要はない。つまり、出訴保障や裁判官留保を含めた「実質の意味の裁判概念」を探る必要はないのである。

（二）「実質の意味の裁判概念」をどのように定義するかは難問であり、既述のように、連邦憲法裁判所も「最終的に解明されていない」と控えめな見解を述べ、また、通説というべきものも形成されていない。本稿の観点からは、これ以上、この問題に深入りする必要はないが、最後に、連邦憲法裁判所判例の現在について簡単に触れておきたい。

連邦憲法裁判所は一九六七年の決定(BVerfGE 22, 9)において、「憲法で明示的にあげられている任務」の範囲を超えて、「基本法九二条によると、なお別の任務が裁判に属する」とする。それが「裁判の伝統的な核心領域」であり、民事司法(bürgerliche Rechtsplege)と刑事裁判権が含まれている、とする（基本法はこれらについて何ら規定していない）。したがって、連邦憲法裁判所は、「裁判を定義するにあたって理論的構成を放棄し、（実質的に）歴史的観点で満足している」⁽⁵⁰⁾と

の批判がだされるのである。

さらに、連邦憲法裁判所は二〇〇一年の決定 (BVerfGE 103, 111) で、以下のような「機能的意味の裁判概念」を明らかにした。「本来実質的な裁判概念には属していない事項領域に対して立法者が機能的に見て裁判権にのみ帰属しうる形態を与えた場合にも、それを基本法九二条の意味における裁判権と見ることができる。機能的見地においては、立法者が紛争の高権的解決のために裁判形式の手続を定め、そこで下される決定に対して独立の裁判所のみが発生させ得る法律的效果を付与している場合、それは―それぞれの対象事項のいかんにかかわらず―裁判である」。連邦憲法裁判所は、「この意味での裁判の本質的な概念メルクマールに属する」ものとして、「具体的なケースにおいて何が法であるかについて決定するという要素⁽⁵¹⁾」、つまり、「そのことについて終局的な拘束力をもって、即ち、既判力をもって確定し、宣言するという要素⁽⁵²⁾」をあげている。もともと、この「機能的意味の裁判」については、学説上は賛否が分かれている。

6 非訟事件と「裁判」(基本法九二条)

(一) 非訟裁判権が「実質的な意味における裁判」に含まれるかどうかは、長きにわたって争われている。この点について、アハターベルクは、「裁判の領域から、少なくとも非訟裁判権は、その大部分が除外されている」のであって、「裁判官の権限に代わりに、今日では広範に、司法補助官の権限が規定されていることがこのことに対応する⁽⁵³⁾」とする。「非訟裁判権の枠内での裁判官による任務行使は、実質的意味の裁判と解する見解は、ずっと以前から優勢である⁽⁵⁴⁾」とするシェンケの見解は、憲法学では少数派であろう⁽⁵⁵⁾。「非訟裁判権の対象とする一部の事項だけが、裁判権に含まれる⁽⁵⁶⁾」の

であり、ヴェルケも、先に取り上げたベッターマンを引きつつ、「非訟裁判権の典型的事項は裁判に算入されるべきではないことに呼応して、憲法によって、それらについて、裁判官あるいは裁判所への留保は存在しない⁽⁵⁷⁾」と述べている。

(二) ここでの問題は二点である。まず、「裁判権」(基本法九二条)の対象とされていた事項の一部を立法によって非訟裁判権の対象事項とすることは認められるか、仮に認められるとしてその限界の設定は可能かということである。この問題は、わが国でも意識されており、安念潤司は、非訟事件の処理は固有の司法権の作用ではなく、行政権の作用であるとすれば、「行政作用に属する事項をなぜ裁判所の権限に取り込んでよいのであろうか⁽⁵⁸⁾」と述べている。連邦憲法裁判所の見解が、「基本法九二条も、また権力分立原則も、立法者が、実質的な裁判の活動に関係づけられない任務を裁判所に委ねることを妨げていない⁽⁵⁹⁾」としても、「裁判権」の対象とする事項をすべて立法者に委ねるとすれば、基本法九二条が空洞化しその意味を喪失するのは明らかであろう。ただし、非訟裁判権と基本法九二条の規定する裁判権との間の境界を包括的に設定することは困難であり、これまでも成功していない⁽⁶⁰⁾。

基本法によれば、裁判と行政の間は截然と分けられず、一定の重複は認められるから、ただちに裁判所の典型的任務に属さない事項は、基本法が当該事項の処理を他の権力に留保していないかぎり⁽⁶¹⁾で、立法者は、裁判官に委ねることができる。その場合、立法者は、「裁判官が、裁判特有の形式、係争的裁判権で事案を処理すべきか、あるいは、行政庁と同一、はたまた類似の方法で処理すべきかどうかを定めうるし、また定めねばならない。即ち、裁判官は当該事案を制御するべきか、あるいは、こういった事案で何が正しいかを決定するべきかどうか、である⁽⁶²⁾」。

ただし、裁判所の典型的任務に属するか否か、換言すれば「裁判の伝統的核心領域」(BVerfGE 22, 49ff.)に属するか否かの検討は、決して簡単なものではない点は留意する必要がある。ベッターマンは、連邦憲法裁判所が、「不法行為を犯罪行為と評価するかあるいは秩序違反と評価するかは、さほど重要ではない不法行為構成要件」については立法

者に帰属すべきもの」とすることから、「立法者が、一定の範囲で実質的裁判の領域を変更しうる」ことを、連邦憲法裁判所も認めている」とする。連邦憲法裁判所は、立法によって裁判から奪うことのできない、すべての重要な不法行為の構成要件」を含む「刑法の核心領域」を言うが（参照：BACHENZ, 81）、「現代の、流動的で、多元的な社会において、法益及びその侵害の評価ほどに揺れ動くものがあるか」としたうえで、「重要な」という基準が役に立たないことに鑑み、連邦憲法裁判所の「刑法―理論」は結果において、基本法九二条の裁判官留保を刑事司法の領域で広範に法律の留保のもとに置く⁽⁶³⁾と断じている。

(三) わが国においては、最高裁判例に従うかぎり、非訟事件における憲法上の手続保障は考慮されない。ドイツにおいては、非訟事件法は法的聴聞（審尋）についての規定を含まないが、「今日では、法的聴聞の原則が非訟裁判権の手続においても妥当することが認められている⁽⁶⁴⁾」。いわば、「実質的意味の裁判」（基本法九二条）に含まれるかどうかとは関係なく、非訟事件において法的聴聞権が保障されるのである。その際、事案解明のための関係人の聴聞（非訟事件法二二条）と、法的聴聞の保障のための関係人の聴聞が区別されねばならない。前者においては、「事案の解明のため、関係人の聴聞を用いるかどうか、用いるとしてどの範囲で行うかは、裁判所の義務的裁量である⁽⁶⁵⁾」。一方、後者は、基本法一〇三条一項から直接引き出される。この点については、既に詳細に検討しているので、連邦憲法裁判所決定の一節を引くとどめる。「基本法一〇三条一項は、裁判手続に関係する者に、彼が手続において発言する機会を持つことについての権利を与える。その内容は、とりわけ、裁判所の決定の基礎となっている事実及び法状態について見解を表明し、申立てを行いそして詳述する機会を持つことである。このことに、訴訟関係人の詳述を承知し、そしてそれを考慮のうちに入れる裁判所の義務が対応する⁽⁶⁷⁾」。さらに、連邦憲法裁判所判例では、これまでの法的聴聞権の理解に比べ、法的聴聞権の効果的な行使に力点をおいている。「裁判所に存在する情報が裁判所の決定に用いられるべき場合、当該

情報へのアクセスを訴訟関係人に広範囲で可能にするという任務が裁判所に課される⁽⁶⁸⁾と連邦憲法裁判所は判示しているのである。

- (1) 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』(有斐閣、二〇〇九年) 一二頁。
- (2) 瀬木・前掲一注(23) 一頁以下。吉野正三郎・安達栄司「ドイツにおける民事保全」中野貞一郎・原井龍一郎・鈴木正裕編『民事保全講座 基本理論と法比較』(法律文化社、一九九六年) 一一三頁以下。吉野・安達論文は、「一九九一年の日本の民事保全法は、ドイツ法を継受した規定の下で発展してきた従来の実務を十分考慮して、日本社会の要請に応えるために制定された。それゆえに、わが国において現行の保全法規定の沿革を調べたり、制度趣旨を探索する目的で、ドイツ法を研究することは従来ほど要求されないかもしれない」としたうえで、「諸国家の民事保全制度に共通する問題」である、「仮処分の本案化、当事者の手続権または法的審問権の保障、そして国際的な保全手続の問題に関して、ドイツ法を参照することは依然として有意義であろう」(一一五頁)と述べている。
- (3) 参照、工藤達朗『憲法学研究』(尚学社、二〇〇九年) 一二四頁。
- (4) BVerfGE 22, 49(75)。なお、この関連で、長尾一紘「司法権の現代的課題」法学教室二五三号(二〇〇一年) 八頁以下を参照された。
- (5) BVerfGE 103, 111(136)。この判例については、栗城壽夫「ヘッセンにおける選挙審査」(ドイツ憲法判例研究一一一)自治研究七九巻二号(第一法規、二〇〇三年) 一三四頁以下が詳細な検討を行っており、本判例の訳もそれによっている。
- (6) Norbert Achterberg, Der Begriff/Rechtsprechung im materiellen Sinne, in: Erichsen(Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, FS für Menger, 1985, S.125ff. [131f.]
- (7) Heinrich Amadeus Wolff, Artikel 92 [Gerichtsdienstorganisation], Umbach/Clemens, Grundgesetz Band 2, 2002, S.981, Anm.31.

- (8) Manfred Wolf, Richter und Rechtspleger im Zivilprozeß, ZfP 99, Bd.4, 1986, S.371. その背後にあるのは、「権力分立原則に基礎付けられた機関適合的な機能秩序の考え方」である。それは、中立的第三者としての裁判官、あるいは、武器平等原則や公正手続原則、法的聴聞権にしたがった「決定発見過程」に注目する (Andreas Voßkuhle/Gernot Sydow, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S.675)。なお、「機関適合的な機能秩序」については、村西良太「権力分立論の現代的展開」九大法学九〇号 (二〇〇五年) 二六四頁以下、六戸常寿「憲法裁判権の動態」(日本評論社、二〇〇五年) 二二六頁以下を参照されたい。
- (9) BVerfGE 22, 49. なお、財務官庁による決定に対し、上級財政官庁への異議申立て、あるいは裁判所の決定を求める申立てが認められる。
- (10) BVerfGE 22, 49[75f.]
- (11) BVerfGE 22, 49[76].
- (12) BVerfGE 22, 49[77].
- (13) BVerfGE 22, 49[77f.]
- (14) Karl August Bettermann, Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92(1967), S.499. 彼は、連邦憲法裁判所が「民事司法」をあげつつあることも批判する。とつうのは、民事司法と裁判は区別されねばならないからである (参照、四二 (三三))。この点は、非訟事件について特に議論になろう。なお、ベッターマンは、民事訴訟法の研究から出発した後 (彼の教授資格論文は「Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft」である)、ベルリン自由大学で公法の教授、その後、ハンブルグ大学で民事訴訟法及び一般訴訟理論の教授を勤めた。一方で、ベッターマンは、ハンブルグにおいて上級行政裁判所裁判官を八年、そしてハンブルグ州の憲法裁判所裁判官を十五年あまり勤めつづける (Karl August Bettermann の論文集『Staatsrecht – Verfahrensrecht – Zivilrecht』(一九八八年) における編者 (DMerten, H.-J. Papier, K.Schmidt, A.Zeuner) の序文を参照)。「ベッターマンの理論は、すべての訴訟法とその実際の取り扱いについてのたぐいまれな知識によって刻印されつつある」(Dieter Wilke, Die rechtsprechende Gewalt, in: Handbuch des Staatsrechts V, 3.Aufl. 2007, §112 Rn.59.) と語られるゆえにである。
- (15) Karl August Bettermann, Die rechtsprechende Gewalt, in: Handbuch des Staatsrechts III, 1988, §73 Rn.17.

- (16) K. A. Bettermann・前掲注 (15) Rn.43.
- (17) K. A. Bettermann・前掲注 (15) Rn.31.
- (18) K. A. Bettermann・前掲注 (15) Rn.34.
- (19) K. A. Bettermann・前掲注 (15) Rn.35.
- (20) K. A. Bettermann・前掲注 (15) Rn.34. 実質的な裁判概念を提示するベッターマンは、基本法九二条の「裁判」を形式的概念に解するヘルツォーク (Roman Herzog, Maunz/Dürig, GG, Art. 92, 1971, Rdhr.43-46.) に対し、次のように厳しい評価を下している。「基本法九二条は、独自のあるいは固有の裁判官留保を規定するのではなく、単に基本法によって個別に規定されている出訴の指示及び裁判官留保を裁判権の概念に要約しているとするヘルツォークの理論」は、「すべての（真の）民事裁判権」そして、基本法一〇四条によって特典を付与された自由刑を除いて刑事裁判権」を、憲法上の裁判官留保がないうままにして置かねばならないのである」(K. A. Bettermann・前掲注 (15) Rn.19.)
- (21) K. A. Bettermann, Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt in: Evangelisches Staatslexikon, Bd. II, 3.Aufl., 1987, S.2790. もっとも、ベッターマンはこの点については争いがあると留保している。また、同じでの主張は、「仮処分のみならず行政訴訟における仮の救済にも基本的に妥当する」とベッターマンは言う (S.2790.)
- (22) (23) K. A. Bettermann・前掲注 (15) Rn.25.
- (24) K. A. Bettermann・前掲注 (15) Rn.47.
- (25) K. A. Bettermann・前掲注 (14) S.505.
- (26) BVerfGE 35, 263(274); 35, 382(401). 後者の判例については、参照、笹田栄司『実効的基本権保障論』(信山社、一九九三年) 一七三頁以下を参照されたい。なお、基本法一九条四項「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴することができる」(石川・前掲一注 (24) 一八〇頁)。
- (27) 笹田・前掲注 (26) 二七四頁以下。ドイツを対象とした「行政訴訟における仮の救済」についての最近の論稿として、ヴォルフ・リュウディガー・シェンケ (村上裕章訳) 「実効的権利保護論の現代的課題ー仮の権利救済を中心としてー」北大法学論集五九巻一号 (二〇〇八年) 一三三頁以下、長谷川佳彦「仮命令決定の審理構造 (一) (二・完)」民商法雑誌一三四巻四・五号 (二〇〇六年) 六四〇頁以下、一三四巻六号 (二〇〇六年) 九六九頁以下がある。

- (28) Dieter Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S.195.
- (29) Franz Cordier, Inhalt und Tragweite des Begriffs „rechtsprechende Gewalt“, NJW1967, S.2142.
- (30) D.Lorenz・前掲注(28) S.138.
- (31) Ferdinand Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, 1971, S.149.
- (32) Gerhard Oetli, Grenzen der Gerichtsbarkeit in sozialen Rechtsstat, 1971, S.36.
- (33) Peter Lerche, Zum „Anspruch auf rechtliches Gehör“, ZZP 78(1965), S.16. ノルムについて、笹田・前掲注(26)一六五頁以下参照³⁰⁾。
- (34) D.Lorenz・前掲注(28) S.195. ローレンツは、裁判官による住居搜索命令の発給を定める基本法一三条二項、及び自由剥奪の命令についての裁判官の独占的管轄を定める基本法一〇四条二項も根拠として引いている。
- (35) BVerfGE35, 382(402) 参照、笹田・前掲注(26)一七三・二八一頁。さらに、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査―ドイツ(下)」ジュリー一二三九号(二〇〇三年)一七頁以下も参照された。
- (36) BVerfGE46, 166(178f.)
- (37) Peter Schlosser, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess, Jura1984, S.360.
- (38) 山本・前掲注(35)一七頁以下参照。
- (39) 参照、笹田・前掲注(26)一七〇頁以下。
- (40) 参照、笹田・前掲一注(8)三三四頁以下。
- (41) Winfried Schusche/Wolf-Dietrich Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4.Aufl. 2008, S.1499.[Walker]連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを提起する場合、公権力により基本権または基本法二〇条四項(三三条三八条一〇一条一〇三条および一〇四条に規定された権利を侵害されたことを主張する必要がある(基本法九三条四a)。民訴法学は、「裁判所へのアクセスの憲法的保障」を確立する必要がある、理論的のみならず実践的にもあった。
- (42) Schusche/Walker・前掲注(41) 1499ff.[Walker]
- (43) 司法行為請求権及び基本法一九条四項は、「基本法九二条及び九七条の諸原則を充たす国家の裁判所へのアクセスを、そして、基本法九二条にしたがって裁判権の行使が留保されている裁判官へのアクセス」を保障している(Christian

Hilgruber, Art.92, Maunz/Durig, Grundgesetz-Kommentar, 2007, Rn.14)。

- (44) D.Wilke・前掲注(14) Rn.58. また、ヒルグリューバーも、『裁判権』の定義は基本法九二条の中心課題であるが、その理論的意義は、広い範囲でなお不明確である」(C. Hilgruber, 前掲注(43) Rn.18)とする。六戸・前掲注(8)一四九頁は、「基本法の『裁判』一般について争訟裁決の要件は必須のものとは解されていない」とするが、依然として、学説のなかには、「係争決定」のファクターをあげるものも目につく。この点については、H.A.Wolff・前掲注(7) S.981, Anm.31.を参照された。

- (45) BVerfGE 101, 111[136].

- (46) なお、基本法一二条二項(住居搜索命令)のように、出訴保障と裁判官留保のいずれに配分するかが論者によって異なることがある。

- (47) N.Acherberg・前掲注(6) S.130.

- (48) Wolffは「出訴保障(基本法一九条四項など)について、基本法九二条との関連を指摘する(H.A.Wolff・前掲注(7) S.983.)

- (49) Andreas Volkule, Rechtsschutz gegen den Richter, 1983, S.67ff. フォースターは、二〇一〇年三月、連邦憲法裁判所長官に選出された。彼は一九六三年一二月生まれであるから、四六歳の連邦憲法裁判所長官の誕生である。

- (50) A.Volkule・前掲注(49) S.82.

- (51) 栗城・前掲注(5)一三八頁。

- (52) D.Wilke・前掲注(14) Rn.75は、裁判権の機能的領域は、付加的な任務を裁判官及び裁判所に委ねることについての、自由で、かつ憲法上許容された立法者の決定に依拠することになるから、裁判権の独占としての基本法九二条の意義と合致しないと、厳しく批判する。一方、実質的裁判概念と機能的裁判概念を組み合わせた基本法九二条の適用を主張する論者(Hilgruber・前掲注(43) Rn.46)もある。

- (53) N.Acherberg・前掲注(9) S.138.

- (54) Wolf-Rüdiger Schenke, Verfassungsrechtliche Garantie eines Rechtsschutzes gegen Rechtsprechungsakte?, JZ2005, S.124.

- (55) ただし、民訴法学の文献に目を転ずるなら、シェンケの見解もあながち誤りとは言えない(Vgl. Walther J.Habscheid,

Freiwillige Gerichtsbarkeit, 7. Aufl. 1983, S.30; Wolfgang Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1988, S.42)。⁶⁵ ハプシヤイドは、「ベテリヤーやフリーゼンハーンの（裁判概念の）意味で」「係争」ではない非訟裁判権の対象事項」も、連邦憲法裁判所が夙に主張していた「裁判の伝統的な核心領域」である「民事司法」を踏まえて、「伝統にもとづく裁判事項」であると述べている（S.30）。

- (56) Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art.92, Rn.3.
- (57) D.Wilke・前掲注（14） Rn.65.
- (58) 安念・前掲一注（26）二五一頁。
- (59) A.Voßkuhle・前掲注（49）S.56.
- (60) Franz-Ludwig Knemeyer, Rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren, in: Handbuch des Staatsrechts VI, 2001, §155 Rn.55.
- (61) H.A.Wolff・前掲注（7） Rn.33.
- (62) K.A.Bettermann・前掲注（15） Rn.25.
- (63) K.A.Bettermann・前掲注（15） Rn.21.
- (64) (65) F.-L.Knemeyer・前掲注（60） Rn.55. 職権遂行（Amtsbetrieb）が非訟裁判権の手続では広く行き渡っている。参照、高田裕成「家事審判手続における手続保障論の輪郭」判例タイムズ一二三三七号（二〇〇七年）三六頁。なお、民事訴訟では当事者であるが、非訟裁判権では関係人が用いられる。
- (66) 参照、笹田・前掲注（26）第一章。基本法一〇三条一項「裁判所の前では、何人も、法的聴聞を請求する権利を有する」（石川・前掲一注（27）二二九頁）。
- (67) (68) BVerfGE64, 135[143]. 参照、笹田・前掲注（26）一六頁以下。

四 司法権の構造的理解と新たな解釈の可能性

1 裁判権（ボン基本法九二条）と裁判（日本国憲法三三・八二条）

（一）一九六七年連邦憲法裁判所決定が指し示すように、基本法上、裁判権に委ねられた権限は多種多様であり、日本国憲法が司法権に委ねた権限と比べるならば、その違いは大きい。出訴保障として、基本法一四・三三・三三・三三（公用収用に係る補償）、一五・二二（社会化（Sozialisierung）のための補償）、一九・四四（公権力による侵害に際しての裁判所による権利保護）、三三・三三（国家に対する損害賠償請求）、四一・二二（連邦議会の選挙審査決定に対する連邦憲法裁判所への異議申立て）、さらに、九三・三三（抽象的規範統制、機関争訟、憲法異議の訴等による連邦憲法裁判所への出訴）がある。次に、「裁判官留保」として、基本法一三・三三・二二（住居搜索命令）、一〇・四四・二二及び三三（自由剥奪の命令についての裁判官の独占的管轄）の他、連邦憲法裁判所の決定権限を定める、基本法一八・八八（基本権の喪失）、二二・二二（政党の禁止）、八四・四四（連邦大統領の訴追）、九八・五五（裁判官の訴追）などがある。

したがって、実質的な定義を断念し、「憲法及び法律によつて裁判所に割り当てられたものが裁判」とする形式的裁判概念が主張されたりもするのである。しかし、これについては、「基本法九二条は、当該条項で具体化されている権力分立が指示する任務に鑑み、あり得ないはずの一般的法律の留保に服することになる⁽²⁾」との批判がだされる。そして、（法律を除いて）憲法だけが裁判所に割り当てたものと裁判を構成すると、民事及び刑事裁判は基本法に明示されていないがゆえに、これらの憲法上の根拠に苦しむことになる。この関連で注目されるのが、アハターベルクの見解である。彼は、実質的意味における裁判の考察にあたり、「概念に関連した限定的視点ではなく、（裁判の——笹田）構造に関連した広範な視点から検討されなければならない」とする。そして「裁判の様々な機能領域で、相異なる裁判概念が妥当であることを最初から排除しえない」のだから、「司法権の全領域に、実質的意味の裁判についての唯一の概念が基礎に置

かれる必要はない⁽⁴⁾ということもありうる、と述べている。このアハターベルクの見解は、連邦憲法裁判所をはじめとする裁判所の多様な権限を踏まえてのことだが、わが国においても参考になる。

(二) わが国の最高裁判所も形式的意味の裁判概念を採用していない。即ち、寺西判事補事件（最大決平成一〇・二・二・民集五二巻九号一七六二頁）において、最高裁判所は、現行法が裁判という形式でもって裁判所の権限に属せしめている判断作用ないし法律行為のすべてではなく、「固有の意味における司法権の作用に属するもの」を憲法八二条一項の「裁判」とする。それは、「裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判」と判示する。最高裁判所は、一で示したように、憲法三二条と八二条一項の「裁判」を同一視し、さらに、それが「法律上の争訟」とも重なることで、憲法七六条一項＝裁判所法三二条一項＝憲法三二条というトリアードに憲法八二条一項がつらなる四位一体的判例理論を形成した。したがって、固有の意味の司法権の作用は相当に狭いものとなり、それに含まれない領域は立法者の政策的判断に委ねられるのである。

一方、連邦憲法裁判所は一九六七年決定において、出訴保障及び裁判官留保、及び「裁判の伝統的な核心領域」である「民事司法および刑事裁判権」を「実質的な意味の裁判」とするが、最高裁判所判例とは異なり、連邦憲法裁判所は「実質的な意味の裁判」を定義しようとはしていない。連邦憲法裁判所は、「裁判を定義するにあたって理論的構成を放棄し、（実質的に）歴史的観点で満足している」と批判されるゆえんである。⁽⁶⁾

なお、日独の憲法を比較する場合、裁判の公開を日本国憲法は厳格に規定しているのに対し、ボン基本法は裁判の公開についての規定を置いていない点は重要である。ドイツにおいては裁判手続の公開は、「法治国家上の基本的な制度に属するが、基本法上の憲法原則ではない」と解されていたが、連邦憲法裁判所第一部は二〇〇一年一月二四日決定に

において、裁判の公開を法治国家原理と民主主義に基礎づけられた憲法上の保障と見るに至っている⁽⁸⁾。もともと、裁判を公開する要件、ならびにその態様については立法者の裁量が認められて⁽⁹⁾いる。

2 憲法化された仮処分手続

(一) 民事保全法が制定される前は、民事訴訟法に仮処分は規定されていたが、仮処分を訴訟と解する実務家の見解として、以下のような構成を採るものがあつた。矢代利則は、仮処分の本質が訴訟か非訟かについて検討を加え、「わが民法の建前としては、仮処分の裁判は原則として口頭弁論に基づいてなされるものであり(民事七五七条二項。もともと実務の実際は、この原則と例外が逆になっている観があるが)、さらに、口頭弁論を経ずしてなされた仮処分決定に対し、債務者から異議の申立てがなされたときは、改めて口頭弁論に基づいて、債権者の仮処分の申立ての可否を判断することとされている(民事七五七条四項) ことなどから、本稿において訴訟説に従う⁽¹⁰⁾とする。同じく、非訟事件の専門家として高名であつた鈴木忠一は、「審問を求める権利は各種の手続に於いて緊急の必要性に応じて爾前審問を経ないで為す裁判手続を否定するものではない。例へば民事に於いて口頭弁論を経ない仮差押・仮処分・支払命令を違法とするものでないことは言ふを俟たない。蓋し此等の場合は異議申立によって夫々口頭弁論に移行されることが保障されているからである⁽¹¹⁾」と述べている。

旧民法七五七条二項によれば、「仮処分訴訟は、口頭弁論を開いて審理するのが原則であり、急迫なる場合に限り口頭弁論を開かないで審理する」ことが建前であつたが、「当事者の訴訟準備の現状」及び「争点が複雑で判断に困難が伴うことの多い差止仮処分の性質」からして、口頭弁論を条文どおりに運用することは不可能に近いという

のが、担当する裁判官の実感であつたようである。そして、審尋手続による審理方法の活用が「法の建前と現実とのギャップ」⁽¹²⁾を補っていたのである。

これに對して、木川統一郎が、「表現の自由」が深く関わっている事案で、口頭弁論を開かずには仮処分申請を認容した下級審判例を批判し⁽¹³⁾、また、阪本昌成も、アメリカの比較法的知見をもとに、「わが国の仮処分手続は、表現の自由に対する鋭敏さに欠ける」として、対審手続の不十分さと仮処分の証明が疎明で足りることを批判していた。⁽¹⁴⁾そして、このような批判は研究者だけではなく、実務家にも見られたのである。⁽¹⁵⁾

(二) 仮の救済にとつて、北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決（最大判昭和六一・六・一一民集四〇卷四号八七二頁）は重要な意味を持つ。というのも、「民事保全法二三条四項は、仮の地位を定める仮処分について、この判例（北方ジャーナル事件最大判——笹田）の基礎とする手続保障の理念に基づき、口頭弁論または債務者審尋を制度的に保障した」⁽¹⁶⁾と解されるからである。

右大法廷判決は、「雑誌その他の出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止め」が検閲に当たることとは否定したが、「裁判の形式によるとはいへ、口頭弁論ないし債務者の審尋を必要とせず、立証についても疎明で足りるとされているなど簡略な手続によるものであり、また、いわゆる満足的仮処分として争いのある権利関係を暫定的に規律するものであつて、非訟的な要素を有することを否定することはできない」と判示している。⁽¹⁷⁾それでは、仮処分手続は司法の作用のなかでどのように位置づけられるのだろうか。伊藤補足意見によれば、「裁判所の仮処分は、多数意見も説示するとおり、網羅的一般的な審査を行うものではなく、当事者の申請に基づいて司法的な手続によつて審理判断がされるもので、理由を付して発せられ、さらにそれが発せられたときにも、法的な手続で争う手段が認められているのであつて、単に担当の機関を異にするというだけではなく、その実質もまた「検閲」と異なる」とはいつても、

多数意見が認めるように、仮処分手続は、「口頭弁論ないし債務者の審尋を必要とせず、立証についても疎明で足りる」など簡略な手続によっており、また暫定的に規律するものであつて、「非訟的な要素」を持っている。そうすると、この仮処分手続を「固有の意味における司法権の作用」に位置づけるのは難しい。というのも、最高裁判例によれば、それは、「裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判」であり、公開の法廷における対審及び判決が保障されねばならないからである。

ところで、多数意見は、「公共の利害に関する事項についての表現行為」に対し、その事前差止めを命ずる仮処分命令を発するについては、「口頭弁論又は債務者の審尋を行い、表現内容の真実性等の主張立証の機会を与えることを原則とすべきものと解するのが相当」とする。大橋補足意見が指摘するように、本件のごとき事案では、「実定法の規定(民訴法七五六条、七四一条一項)にかかわらず、発令にあたり口頭弁論又は債務者審尋を経ることを原則とすべき」⁽¹⁸⁾なのである。最高裁判所は、通常の仮処分手続とは異なる類型のものを認め、それについて法律が定めていない手続保障を備えるべきことを明示したのである。法律上の「明文の定めがなくとも、憲法上、口頭弁論を開くかまたは特定の者を審尋しなければならぬと解される場合」⁽¹⁹⁾が想定されているのである。これは、表現の自由の保障に配慮する「憲法化された仮処分手続」と見ることができよう。⁽²⁰⁾

(三)「憲法化された仮処分手続」を最高裁判所が認めたことは重要である。これについては、「固有の意味における司法権の作用」とは解されなくとも、憲法上、司法権の作用としての位置づけが求められるのではなからうか。

ここで、三で紹介したベッターマンの議論を想起してみたい。彼は、仮の差し押さえや仮処分は、「立証まで必要とされず疎明で足りる簡略な審査にもとづき出され」、こういった手続では、「裁判ではなく、警察作用 (Rechtspolizei) あ

るいは予防的な民事司法が行われている」と述べている。仮処分は争いのある法関係を暫定的に規律するもので、その手続も簡略であることを強調している。ベッターマンは、行政と裁判を区別する際に、裁判の中心的機能として、法状態についての最終的に拘束力を持った解明が裁判所の「決定」に委ねられていると解しているのである。また、裁判官のあらゆる活動が裁判ではなく、裁判官がその任務を果たす際の処理手続にこそ裁判の特質があると見ていた。したがって、仮処分は裁判ではなく、非訟事件や執行制度等が含まれる民事司法である。ベッターマンによれば、裁判と民事司法は区別されねばならず、「民事司法は裁判の上位概念であって、裁判は民事司法のなかで最も重要な形式であるとしても、そのなかの一つにすぎない。民事司法は定義され得ず、描写されるにとどまる」⁽²⁾のである。

最高裁は、憲法三二条・八二条の「裁判」とは「固有の意味における司法権の作用」であり、それは、「裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判」であるとする（最大決平成一〇年二月一日民集五二卷九号一七六一頁）。この「固有の意味における司法権」とベッターマンの主張は類似性があるが、仮処分の位置づけは大きく異なる。ここで、ベッターマンの所説を引いたのは、仮処分についてベッターマン的理解を最高裁が採らなかつたことの意味を明確にするためである。さらに、公開及び対審と「固有の意味における司法権」との結び付きが最高裁判例では前提とされている。そうすると、仮処分は「裁判」（基本法九二条）ではないとのベッターマンの主張は、わが国の「司法権」にいつそう当てはまるのではなからうか。裁判の公開を明文で規定していないボン基本法と異なり、日本国憲法八二条は、裁判の公開を厳格に規定しているのである。

3 仮の救済・非訟事件と四位一体的判例理論の整合性

(一) 一般に、仮処分(民事保全)について、以下のような説明がされている。「手続的にみると、民事保全は、ア対立した当事者間における当事者主義の手続であること、イ最終的には私権の確定手続である本案に結び付くことが予定されており、これを前提とする手続であること、から訴訟手続であることは明らかである」⁽²²⁾。また、「内容的にみても、仮の地位を定める仮処分を含む民事保全は、……本案の範囲内で、これと結び付いて行われるものであり、申立ての目的を達するためになされる(法二四条) 仮処分の内容にもおのずから限界があることを考えると、仮の地位を定める仮処分が現在の権利関係の危険を除去することを目的としていることを理由に保全命令の三種類中この仮処分のみについて本質的に非訟的な性格を有するとみることは、難しい」⁽²³⁾。二で取り上げた最高裁判平成二十一年一月二十七日決定も、「特許権又は専用実施権の侵害差止めを求める仮処分事件は、仮処分命令の必要性の有無という本案訴訟とは異なる争点が存在するが、その他の点では本案訴訟と争点を共通にするもの」とし、「特許法においては、『訴訟』という言葉が、本案訴訟のみならず、民事保全事件を含むものとして用いられる場合もあり(同法五四条二項、一六八条二項)、上記のような秘密保持命令の制度の趣旨に照らせば、特許権又は専用実施権の侵害差止めを求める仮処分事件は、特許法一〇五条の四第一項柱書き本文に規定する『特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟』に該当⁽²⁴⁾」する、と判示している。

これまでの検討から明らかなように、民事訴訟における仮処分(行政訴訟における仮の救済)を非訟手続とみる見解は、その重要な権利保護機能に鑑みても、もはや採ることはできない。また、ドイツの判例・学説の分析から、仮の救済が「憲法上の実効的権利保護の保障」に定礎されることによって、それが裁判(基本法九二条)に含まれるとする見解が主流となったことが示されたが、これは、「憲法化された仮処分手続」を最高裁判所が認めたと解される北方ジャーナル事件についても、ある程度当てはまるところがある。表現の自由に鑑み、実定法の規定(旧民訴法七五六条、七四一条一項)が定めていない手続保障(口頭弁論又は債務者の審尋)を最高裁は必要とみたのであり、換言すれば、法律上の「明文の

定めがなくとも、憲法上、口頭弁論を開くかまたは特定の者を審尋しなければならぬと解される場合⁽²⁵⁾はある。これは、表現の自由の保障に配慮した結果と言うこともできる。したがって、「民事保全法二三条四項は、仮の地位を定める仮処分について、この判例（北方ジャーナル事件最大判——笹田）の基礎とする手続保障の理念に基づき、口頭弁論または債務者審尋を制度的に保障した」というのであれば、非訟手続か訴訟手続かという問題設定自体が意味をなくすであろう。

そうすると、このような憲法化された仮処分手続は憲法上どのように位置づけられるのが、次の問題である。

(二) ドイツにおいては、三で検討したように、一九七〇年代前半には、行政訴訟における仮の救済が基本法一九条四項に基礎付けられることにより「裁判」（基本法九二条）に含まれると解された。一方、民事訴訟における仮の救済は、基本法一九条四項に比すべき出訴保障規定が基本法になかったため、その理論的基礎づけに手間取り、一九九〇年代になって憲法化された司法行為請求権が判例及び学説に認められるまで、裁判（基本法九二条）に含めるかどうかは議論があつたのである（参照、三（四））。

これに対し、わが国は事情が異なる。民事訴訟における仮の救済は非訟ではないとの見解が民訴学説の主流となり、北方ジャーナル事件で最高裁は憲法化された仮処分手続を提示したのである。兼子一も、一九六五年の論文で、仮の地位を定める仮処分は「非訟事件的な性格をもつ」が、「訴訟制度全体から見れば、……通常手続による解決までの時差から生じる必要悪を軽減するための手続として、これに付随するものであるから、そのわく内にあるものであるという点からは、これを訴訟的と呼ぶこともまた差支えないであろう⁽²⁶⁾」と述べていた。これは、従来の見解の変更とみることができよう。

一で取り上げた兼子一及び田中二郎の影響が、なにゆえ行政訴訟における仮の救済について残ったかはここで検討す

る余裕はないが、「内閣総理大臣の異議」合憲論との結びつきは否定できない⁽²⁸⁾。つまり、執行停止はそもそも行政であり、したがって、裁判所に執行停止許可の判断権を与えるか否かは立法政策の問題であるから、裁判所による執行停止の決定を覆す権限を内閣総理大臣に認めても司法権を侵害するものではない、という論法である⁽²⁹⁾。この点に関わる最高裁判例は今のところ、見あたらないが、学説上は、仮の救済を行政と見る見解は姿を消している。「仮の救済は、裁判所が適時性を考慮して（実体）法を解釈適用し権利を保護する作用であり、憲法上保障される（適時に）裁判を受ける権利（憲法三二条）、司法権（憲法七六条）に含まれる」と考えられているのである。執行停止決定は疎明に基づき（行政事件訴訟法二五条五項）、また口頭弁論を経ないことができ（同法二五条六項）、「口頭弁論の申立てがあつた場合、その開催は裁判所の裁量判断によって決せられる」⁽³¹⁾。そこには、民事訴訟における仮の救済と同様の問題がある。行政訴訟における仮の救済は、憲法七六条一項Ⅱ裁判所法三三条一項Ⅱ憲法三二条に憲法八二条一項がつらなる四位一体的判例理論と整合するのであろうか。

（三）二で取り上げたもう一つの最高裁判所決定は非訟事件に関わる。四位一体的判例理論のポイントは、憲法三二条「裁判」と八二条「裁判」とを「一体として解する」⁽³²⁾点にあるが、上記決定における那須反対意見は、憲法八二条が関係しない憲法三二条独自の領域の存在を主張している。つまり、「憲法八二条が要求する公開の対象となる事件の範囲を区切る基準（同条二項では、裁判官の全員一致で非公開とする例外的処理の途も認められている）と憲法三二条が要求する審問請求権ないし手続保障の適用範囲を区切る基準とは同一とは限らない」とするのである。そして、『純然たる訴訟事件』以外にも乙類審判事件を中心にして憲法三二条の審問請求権ないし手続保障の対象となるべき類型のものが存在すること否定しがたく、この点に関するかぎり、昭和三五年最高裁決定はいずれ当審において変更されるべき」と断じている。那須反対意見とともに、憲法三二条と八二条の「裁判」を一体として解しないとすれば、この両者の関係はいかに構成

されるべきだが、次に検討されねばならない。

先に検討したドイツでは、「非訟裁判権の対象とする一部の事項だけが、裁判権に含まれる⁽³³⁾」と解されているようである。もともと、非訟事件法は法的聴聞（審尋）についての規定を含まないが、「今日では、法的聴聞の原則が非訟裁判権の手續においても妥当することが認められている」⁽³⁴⁾。「裁判」（基本法九二条）に含まれるかどうかとは関係なく、非訟事件において基本法一〇三条一項の規定する法的聴聞権が保障されるのである（出訴保障規定とは別に基本法一〇三条一項が規定されている）。法的聴聞権（審問請求権）を憲法三二条が保障するとの主張を行なううえで留意すべき点であろう。⁽³⁵⁾

4 「裁判」の二層的理解と司法権の「コア」

（一）三で提示した問題を考えるにあたっては、憲法三二条の「裁判」と八二条一項の「裁判」とを「一体として解する」のではなく、憲法三二条「裁判」は憲法八二条「裁判」よりも広い概念と捉える方向を検討すべきである。⁽³⁶⁾ 憲法三二条「裁判」は、憲法八二条一項「裁判」の予定する公開・対審・判決を「標準装備」した訴訟³⁷判決手續に限定されず、他の権力から独立した中立的な裁判官が（法的聴聞や武器平等を核心とする）手続的公正に則って審理を行うという特徴を持つ司法作用をも含むものと考えるのである。口頭弁論または審尋の期日を開くかどうかを裁判所の裁量に委ねる「仮の救済」はここに含まれる。

また、（最高裁判平成二〇年五月八日決定が対象としたような）乙類審判事件の中にあつて争訟性の強い非訟事件は、憲法三二条「裁判」に含まれる事件である。北方ジャーナル事件で、最高裁は、口頭弁論又は債務者審尋についての明文の規定がなかったにもかかわらず、公共の利害に関する事項についての差止めの仮処分については、原則的に口頭弁論を開く

かまたは特定の者を審尋することが、憲法上求められるとした。この手法を参考にすれば、「本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である原告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り原告人にも攻撃防御の機会を与えるべき」と最高裁判平成二〇年五月八日決定も認めるところであり、また、この種の争訟的非訟事件にあっては攻撃防御の機会を保障するのは憲法三二条と解すべきであるから、裁判所には、当事者の審尋（聴聞）を明定していない家事審判法や非訟事件手続法の規定にかかわらず、審尋（聴聞）を経ることが憲法三二条によって求められるのである。上記最高裁決定と異なり、抗告審裁判所は、婚姻費用分担について不利益変更を受けた当事者に、憲法三二条に基づいて反論の機会を与えねばならなかったと解すべきであろう。

(二) このような憲法三二条及び八二条一項の「裁判」についての主張は、司法権（憲法七六条一項）とどのように関連づけられるであろうか。以下、試論的に論じてみたい。憲法は、司法権については憲法七六条一項だけが規定しているが、「裁判」について多様な規定をおいている。即ち、①行政機関による裁判（憲法七六条二項）、②両議院による議員の資格争訟の裁判（憲法五五条）、③国会議員からなる裁判官弾劾裁判所による裁判（憲法六四、七八条）、④裁判官の分限裁判（憲法七八条）、⑤裁判所において裁判を受ける権利（憲法三二条）、⑥（刑事被告人の）公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利（憲法三七条）そして⑦裁判の公開（憲法八二条）である。ここで挙げられている「裁判」は、主体、対象とも多様であり、ここから共通項を括りだすことは難しい。憲法七六条一項を念頭におくなら、議院及び国会議員が主体となる②と③が除かれる。①も行政機関が主体であるから外され、④⑤⑥⑦が残る。そして、裁判官分限事件では、分限裁判が訴訟事件か非訟事件かが争われたので、最高裁は憲法八二条及び三二条の「裁判」について「固有の意味における司法権の作用」を提示し、それが、「裁判所が当事者の意思いかんにかかわらず終局的に事実を確定し当事者の主張する実体的権利義務の存否を確定することを目的とする純然たる訴訟事件についての裁判」であるとした（最大決

平成一〇年二月一日民集五二卷九号一七六一頁）。そのうえで、最高裁は、「裁判官に懲戒を課する作用は、固有の意味における司法権の作用」ではないとする。ここでは、「固有の意味における司法権の作用」は憲法七六条一項から明示的に引き出されていないが、両者の結び付きは明らかであろう。

しかし、憲法七六条一項は「固有の意味における司法権の作用」に尽きるとは考えにくい。憲法が裁判官に権限を留保している逮捕令状の発給（憲法三三条）及び捜索・押収令状の発給（憲法三五条）も、それが上記内容の「固有の意味における司法権の作用」に含まれないとしても、憲法七六条一項の「司法権」には含まれるのではなからうか（この関連で、憲法三四条後段も検討の必要がある）。さらに、裁判官の分限「裁判」（憲法七八条）も、「司法権」の内実を構成すると思われる。立法、行政、司法を定義することの目的がそれぞれの憲法上の守備範囲を確定することにあるとすれば、憲法が司法に配分した権限も視野に入れる必要がある（憲法七七条・八〇条もこの関連で検討されねばならない）。

（三）中川丈久は『司法権』の概念の構造⁽³⁹⁾を問い、「一定の幅をもつて伸縮しうる概念」と司法権を捉える。そして、『司法権』の概念は、その外周（最大領域）とコア（最小領域）の間に中間領域が広がるという、いわばドーナツ（同心円）構造をとると考えられないであらうか」と述べ、また、「中間領域において裁判所がどう行動するかは、裁判所自身の見識と、法律による立法政策的介入が交錯するなかで形成されると考えるほかない⁽⁴⁰⁾」とする。

このコア・中間領域・外周という構成を参考にすると、コアには、憲法三三条と八二条を一体として捉える「固有の意味における司法権の作用」と、その外側に憲法三三条「裁判」の保障する領域（仮の救済、非訟事件の一部など）が含まれる⁽⁴¹⁾。いうならば、コアは二層から成っているが、両方とも憲法七六条一項「司法権」に含まれる⁽⁴²⁾。また、外周としては「具体的な法的争い」の存在が考えられる⁽⁴³⁾。次に、判決・決定という司法の判断とは異なるが、憲法が裁判官に留保している事項（逮捕令状の発給（憲法三三条）及び捜索・押収令状の発給（憲法三五条）など）がある。これらも司法権の一部

を構成し、法律をもってしても司法から奪うことは許されないものである。これらが「もう一つのドーナツ（同心円）」を形成し、憲法三三条・三五条はそのコアと考えられる。⁽⁴⁴⁾ 詳細な検討はこれからだが、国民の権利義務に対する重大な侵害の可能性が高いことから、コアの外延を広く解するべきではない。

(四) 一の冒頭であげたC型肝炎救済特措法及び改正児童虐待防止法のような、(議員)立法による司法の任務の創出は、今後も増える可能性がある。これらの法律は司法権の構造のなかでどのように位置づけられるだろうか。まず、C型肝炎救済特措法は形式的に見れば、憲法三二条と八二条を一体として捉える「固有の意味における司法権の作用」に含まれそうであるが、その役割は「対象製剤の投与の事実、因果関係の有無及び症状を確認」することであり、また、訴訟上の和解の成立がポイントであるから、機能的にはコアの外側に位置すると言えなくもない。また、改正児童虐待防止法第九条の三第一項は、裁判官の許可を得た上で、児童相談所職員をして「当該児童の住所若しくは居所に臨検させ、又は当該児童を搜索させる」ことを定める。立入調査が拒否された後に、臨検・搜索を講ずることは、「犯罪捜査や公正取引委員会等の犯則調査以外にはなかった」⁽⁴⁵⁾もので、児童相談所職員を主体とする点で、憲法三三条・三五条を中心としたもう一つのドーナツのコアの外側に位置づけられよう。

問題は、立法による司法の任務創出の限界である。上記二つの法律を例にとつて、最高裁判所長官代理者（高橋利文最高裁判所事務総局総務局長）は、「司法の本質にそぐわないようなものについては、やはり裁判所がそれを担当するのは適当ではない」と、衆院法務委員会（平成二〇年三月二五日）で語っている。具体的には二つのドーナツを基準にして司法の判断形式・手法に適合的かどうかを検討することになるが、裁判所の過大な負担とならない点も看過してはならないポイントである。

- (1) M.Wolf・前掲三注 (8) S.366.
- (2) A.Voßkuhle・前掲三注 (49) S.70.
- (3) A.Voßkuhle・前掲三注 (49) S.71.フォースクーレは、「基本法一〇四条二項及びそれと結び付いた「潜在的な自由の剥奪」の助けを借りて、刑事裁判を裁判官に割り当てる憲法上の根拠はおそらく引き出されうるとしても、民事裁判権についての留保の問題は残る」(S.71)とする。
- (4) N.Achterberg・前掲三注 (6) S.126.
- (5) 三で検討したように、近時の学説は出訴保障及び裁判官留保を実質的意味の裁判と分けて検討するものが目につく。例えは、デターベック (Steffen Deterbeck) は、裁判権の概念を、「出訴保障と裁判官留保」、「基本法九二条の実質的意義」、そして「基本法九二条の機能的意義」の三点から検討している (S. Deterbeck, in:Sachs, GG, 5.Auflage, Art.92 Rn.4ff.)。このようなアプローチは、日本国憲法のもとでの司法権の構造を考える上で、重要な示唆を含んでいる。
- (6) A.Voßkuhle・前掲三注 (49) S.82.
- (7) Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz, 5.Auflage, 2008, 3169, Rn.4, 10. 二〇〇八年版でも、連邦憲法裁判所の二〇〇一年決定は参照されている。
- (8) BVerfGE 103, 44[63], Jarass/Pieroth・前掲三 (56) Art.20, Rn.14.によると、「確かに、裁判の公開は例外なく保障されているが (BVerfGE 103, 44[63])、その制約は、特定された対立する利害によって正当化されねばならない」。
- (9) BVerfGE 103, 44[64].
- (10) 矢代利則『公法上の債権と仮処分に関する研究』司法研究報告第一七集第七号 (司法研修所、一九七一年) 二八頁以下。
- (11) 鈴木忠一『非訟・家事事件の研究』(有斐閣、一九七一年) 三二〇頁。
- (12) 竹田稔「差止請求仮処分の概況と審理手続」法律時報四七巻四号 (一九七五年) 二二頁。
- (13) 木川統一郎「新聞・雑誌等配布禁止仮処分について」判例評論一八三号 (一九七四年) 二二四頁。
- (14) 阪本昌成『情報公開と表現の自由』(成文堂、一九八三年) 一八四頁以下。阪本昌成は、「表現の自由から流れ出る手続的要請を基点に、(仮処分が——笹田) 根本から再検討されるべき」であって、それは、「特にわが国の仮処分がアメリカのインジャンクションとちがって、本訴を前提としない独立の訴訟であることに思いをいたすと、ますますその感を強く

する」と述べている（一八五頁）。

(15) 矢崎秀一は、選挙用文書の配布禁止等を求める仮処分における審理のあり方について、「数個の裁判例が、口頭弁論を開かず差止めという満足の仮処分を出したことに著しい疑問を感じる」としたうえで、「憲法の表現の自由という重要な問題についての配慮が不足している」と述べている（矢崎秀一「出版の事前差止めを求める仮処分の今日的課題」鈴木忠一・三ヶ月章編『保全訴訟 新・実務民事訴訟講座一四』（日本評論社、一九八二年）二六七頁）。

(16) 加藤新太郎「民事保全の審理方式」中野貞一郎・原井龍一郎・鈴木正裕編『民事保全講座二 審理手続と効力』（法律文化社、一九九六年）二六頁。加藤新太郎は現在、東京高裁部総括判事の職にある。代表的著作として、『弁護士役割論』（弘文堂、一九九二年）、手続裁量論（弘文堂、一九九六年）の他、近時の著作として、伊藤眞及び山本和彦との共著になる『民事訴訟法の論争』（有斐閣、二〇〇七年）、加藤雅信との共著になる『現代民法学と実務 気鋭の学者たちの研究のフロンティアを歩く（上）（中）（下）』（日本評論社、二〇〇八年）がある。学説と実務の架橋を志向するタイプの裁判官と言えよう。

(17) この点について、伊藤補足意見も、「仮の地位を定める仮処分の手続は、司法手続とはいっても非訟的な要素を帯びる手続で、ある意味で行政手続に近似した性格をもっており、またその手続も簡易で、とくに不利益を受ける債務者の意見が聞かれる機会のないこともある点も注意しなければならない」とする。

(18) もっとも、奥平康弘は、このような原則に対して無審尋の一般手続でやつてもよい例外を最高裁は即座に提示している点を疑問視する（奥平康弘『北方ジャーナル』事件上告審判決』法学セミナー三八〇号（一九八六年）一六頁）。

(19) 竹下守夫『815「口頭弁論の必要性」竹下守夫・伊藤眞編『注釈民事訴訟法（三）口頭弁論』（有斐閣、一九九三年）八二頁。さらに、笹田・前掲一注（8）二七三頁も参照されたい。

(20) 北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決についての調査官解説において、加藤和夫は、「この種の仮処分の手続的保障については、確かに、表現行為に対して事前差止めという強い抑制効果を認めるものであるから、適正手続の観点からすれば（但し、憲法三二一条の問題ではなく、憲法二一条の表現の自由を実質的に保障するための手続保障という意味である）、口頭弁論又は債務者の審尋等を行って、相手方に告知と弁明の機会を与え、また、高度の疎明を要求するのが望ましいことはいうまでもない」（加藤『北方ジャーナル差止国賠事件最高裁大法廷判決』ジュリスト八六七号（一九八六年）五七頁）とする。もっとも、差止めの実効性を顧慮して、「公的人物に対する批評等公共的事項に関する差止めの仮処分」については、

口頭弁論又は債務者審尋を経る必要がある場合を原則とし、そうでない場合を例外としたのである（加藤前掲五七頁）。

「憲法」二一条の表現の自由を実質的に保障するための手続保障」からは、実的人権の保障と手続との密接な関係が見て取れる。この関連で、第三者所有物没収事件についての松井茂記の見解が注目される。松井は、最高裁は、「適正手続の欠如を憲法三二一条違反だけでなく憲法二九条の財産権侵害と認めている」が、「それは、個々の基本的人権がそれに応じた手続的保障をも要求していると示唆するものであり、憲法三二一条の手続的要求に加え個々の憲法的基本的人権がそれ以上の手続を要求する可能性を示唆している」と述べている（松井茂記「第三者所有物の没収事件と告知・聴聞」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選Ⅱ』（有斐閣、二〇〇七年）二五一頁）。この問題については、一九六〇年代以降、ドイツの連邦憲法裁判所判例・学説が緻密な議論を行なっている。詳細は、笹田・前掲三注（26）一五三頁以下を参照されたい。

(21) K. A. Bettermann・前掲三注（21）S2788.

(22) (23) 瀬木・前掲一注（23）六八頁。

(24) 最決平成二一・一二七判例時報二〇三五号一二七頁。

(25) 竹下・前掲注（19）八二頁。

(26) 加藤・前掲注（16）二六頁。

(27) 兼子一「保全訴訟の性格」吉川大二郎還暦記念『保全処分の体系 上巻』（法律文化社、一九六五年）一二頁。

(28) 「司法権の限界論」も理由として考えられる。この点については、笹田栄司「憲法裁判の在り方」ジュリスト一一三三号（一九九八年）一四六頁以下を参照されたい。

(29) 行政訴訟検討会第一二回の参考資料「執行停止・仮の救済に関する検討資料」が引用する、平成一二年一月一九日付の政府の答弁書（内閣参質一五〇号第一三三号）で出された見解である（参照、笹田・前掲一注（8）一三二頁以下、一五七頁以下）。

(30) 山本・前掲一注（21）三二頁。

(31) 南博方・高橋滋編『条解行政事件訴訟法 第三版』（弘文堂、二〇〇六年）四七七頁（金子正史）。

(32) 芦部・前掲一注（8）三〇七頁。

- (33) Jarass/Pieroth・前掲三注(56) Art.92, Rn.3.
 - (34) F.L.Kremer・前掲三注(60) S.1295.
 - (35) 最高裁判平成二〇年五月八日決定(参照、二一)における田原補足意見は、「憲法三二条、三二条が要請する当事者の手続関与権、審問請求権の保障」について述べている。また、学説では、紺谷浩司が、憲法一三条、三二条、三二条を根拠とし(「審問請求権の保障とその問題点」民事訴訟雑誌一八号(一九七二年)一六三頁)、また、中野貞一郎が、憲法三二条、一三条一項、七六条三項をあげ(『民事手続の現在問題』(判例タイムズ社、一九八九年)一四頁)、さらに、片山智彦が憲法一三条、三二条を根拠規定とする(『裁判を受ける権利と司法制度』(大阪大学出版会、二〇〇七年)五〇頁)。この関連で、六戸常寿「裁判を受ける権利」法学セミナー六五七号(二〇〇九年)六八頁も参照されたい。
- 争訟性の強くない非訟事件を考慮にいれば、法的聴聞権(審問請求権)の根拠として憲法三二条が検討されねばならないが、この点は、今後の検討課題である。
- (36) 参照、笹田・前掲一注(8)二五二頁、同「裁判の公開」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、二〇〇八年)二六九頁。
 - (37) 参照、六戸・前掲二注(1)一一頁。ところで、行政文書の不開示決定処分取消訴訟における「インカメラ審理」を認めなかった最高裁判平成二一・一五決定(民集六三卷一四六頁)は、「訴訟で用いられる証拠は当事者の吟味、弾劾の機会を経たものに限られるということは、民事訴訟の基本原則である」とする。「民事訴訟の基本原則」とされるところは、当事者の側からすれば、法的聴聞権(審問請求権)の主張と重なる。そのうえで、最高裁は、「情報公開訴訟において裁判所が不開示事由当該性を判断するために証拠調べとしてのインカメラ審理を行った場合、裁判所は不開示とされた文書を直接見分して本案の判断をするにもかかわらず、原告は、当該文書の内容を確認した上で弁論を行うことができず、被告も、当該文書の具体的内容を援用しながら弁論を行うことができない。また、裁判所がインカメラ審理の結果に基づき判決をした場合、当事者が上訴理由を的確に主張することが困難となる上、上級審も原審の判断の根拠を直接確認することができないまま原判決の審査をしなければならない」と判示する。本決定が、「原告は、当該文書の内容を確認した上で弁論を行うことができず、被告も、当該文書の具体的内容を援用しながら弁論を行うことができない」とし、あるいは、「裁判所がインカメラ審理の結果に基づき判決をした場合、当事者が上訴理由を的確に主張することが困難となる」としたところを考え合わせると、当事者に証拠の吟味、弾劾の機会が与えられるべきとする基本的思考は、(最高裁判平成二〇年五月八日

決定が対象とする。争訟的非訟事件においても原則的に妥当すべきものであろう。なお、最高裁は、「民事裁判の基本原則」とするが、それを裁判を受ける権利等の憲法上の基礎づけに高めることをしない。当事者の「権利」としての構成より、裁判所の裁量の枠内で事案を処理することが適切と見たのであろうか。このような「事案解決にあたり、憲法規範を用いない最高裁の手法」については、笹田・前掲一注(8)二九一頁以下で検討している。

(38) 「固有の意味における司法権の作用」は、行政機関による裁判(憲法七六条項)と区別されるとの意味が込められているのではないか。

(39) 中川丈久「行政事件訴訟法の改正」公法研究六三号(二〇〇一年)一二七頁。さらに、曾和俊文「行政訴訟制度の憲法的基礎」ジュリスト二一九号(二〇〇二年)六四頁以下も参照されたい。

(40) 中川・前掲注(39)一二七頁以下。客観訴訟はこの中間領域に位置づけられる。また、「中間領域において裁判所がどのような行動をすべきかについて、憲法上、一義的に決まっているかのような解釈論を述べることは、誤りと考えざるを得ない」(二二八頁)とする。

(41) 仮の救済については、北方ジャーナル事件最大判は、既述のように、表現の自由から基礎付けている。

(42) この関連で、二つのコアを主張する常岡孝好「自治体による住基ネット接続義務確認訴訟と司法権」判例評論五八〇号(二〇〇七年)一七〇頁以下が興味深い。常岡孝好によると、「私人の権利を保護することを主眼とする訴訟」と「行政主体の統治権・準主権的利益を保護することを主眼とする訴訟」が二つのコアである。ただ、後者の重要性は認めるとしても、それを憲法七六条一項の司法権のコアとまで構成できるかについては疑問が残る。なお、アメリカと同じく連邦制を採るドイツは、連邦とラントとの間の係争について、連邦参議院がまず決定を下し、これに対して連邦憲法裁判所への出訴を基本法八四条四項が認めている。この場合は、基本法九二条の裁判(権)に含まれる。

(43) 参照、野坂・前掲一註(13)四八頁。

(44) 本稿は民事及び行政裁判を念頭においているが、刑事裁判をどう位置づけるかも問題になろう。それについては、憲法三二条と八二条を一体として捉える「固有の意味における司法権の作用」に含まれると解する。一方、民事及び行政裁判のように、その外側に憲法三二条「裁判」の保障する領域を置く必要はない。ここで提示する二層のコアは、外層について非公開審理を含むものを想定するが、これは、以下の理由により、刑事裁判については当てはまらないのである。即ち、

憲法八二条一項は公開裁判の原則を定め、同条二項が「対審」について「裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した」ときは公開しないで行うことができると「例外」を定めている。そのうえで、同条二項但書は、「憲法第三章で保障する国民の権利が問題になつてゐる事件」は常に公開しなければならないとするが、上記「事件」は刑事事件を指すと考えられる。これは、明治憲法下における非公開で行われた刑事裁判の反省から、日本国憲法は、裁判の「非公開は公正さの保障を破るとの立場をより一層明確にした」(三井誠『刑事手続法Ⅱ』(有斐閣、二〇〇三年)三四七頁)のである。加えて、憲法三七条一項が、刑事裁判にのみ関わる「刑事被告人の公開裁判を受ける権利」を規定する。この条項は刑事裁判において「裁判の公開」が手続の核心をなすことを示すもので、かりに被告人が非公開を希望しても、許されないと解される。このように、憲法八二条二項但書、及び憲法三七条一項に鑑み、刑事裁判の「公開原則」は民事及び行政裁判におけるそれと区別される。

(45) 仁田山・前掲一註(3)二五頁。

(46) 第一六九回国会衆議院法務委員会会議録第四号二頁。

〈付記〉脱稿後、長谷部恭男「司法権の概念」、佐々木雅寿「訴訟と非訟」(いずれもジュリスト一四〇〇号)、及び、渋谷秀樹「司法の概念についての覚書き」(立教法務研究三号)に接した。