論　説

「裁判を受ける権利」の作法の発想転換

―日本国憲法32条の法意の再再検討―

君塚　正臣

はじめに

日本国憲法 32 条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」と規定しており、一般に「裁判を受ける権利」として解説されてきた。そして、主として想定されているのは、国民等が、他の市民や国、公共団体などを被告として、損害賠償請求などを行う訴えを裁判所に提起する権利であるように思われる。「自己の利益のために裁判官を動かすことができることこそが『人格の本質的要素』（G・イェリネック）だとする考え方は、古い歴史を持っている」[1] のかもしれない。また、そうでなければ、「日本国憲法は、」31 条と 33 条以下「の刑事手続以外の領域での憲法的な手続保障についても、明確な姿勢を示してはいない」[2] とも言えなくはない。民事訴訟法の標準的教科書でも、「憲法 32 条の『裁判を受ける権利』は、単なる法定の裁判官による裁判の保障や審尋請求権の保障にとどまらず、より包括的な受給権として構成されており、訴えを受けて判決をしなければならない国家（裁判所）の法的拘束の根拠も、ここに求めるべきである」[3] との記述が見られるところである。

ところで、その前条は「何人も、法律の定める手続きによらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」とする憲法

31 条であることは言うまでもなく、「生命」があることから、同条の基本的な射程は刑事手続にあると考えられている。また、本条の後には、逮捕に関する 33 条以下、刑事手続に関する特則が続く。その間の 32 条だけを、寧ろ民事・行政訴訟を念頭に置いた規定だと読むことには、違和感が残りはしないか[4]。

他方、憲法 76 条は司法権を「最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所」に付与し、多くの学説は、「司法」の枠内にある訴えを裁判所が拒絶することはできないと暗黙裡に解しているように思われる。そうであれば、民事・行政「裁判を受ける権利」は憲法 76 条が十分に保障しているのではないか。また、片言隻句ながら、32 条が「裁判を起こす権利」や「権利侵害をしたと思われる者を訴える権利」などではなく、文言上、「裁判を受ける権利」（受動的）である点も無視できないのではなかろうか。

このような疑問から、憲法 32 条の意味を再考したいと思う。本条の成り立ちと学説史から始め、次に主な主張を整理して、最後に自説を展開したい。

1 「裁判を受ける権利」条項の誕生

大日本帝国憲法（明治憲法）にも 24 条に、「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルヽコトナシ」として、裁判を受ける権利が規定されていた。1889 年 6 月 1 日に公刊された、伊藤博文『大日本帝国憲法義解』には、同条の解説として、「法律に依り構成設置する所の裁判官は、威權の牽制を受けずして兩造の間に衡平を持し、臣民は其の孤弱貧賤に拘らす勢家權門と曲直を訟廷に争ひ、檢斷の官吏に對し情状を弁護することを得へし」[5]などがある。これは、行政裁判が「司法」と観念されなかった明治憲法下で、同条が民事裁判を受ける権利として理解されていたことを物語り、またこれはワイマール憲法 105 条に繋がる、大陸法的な「法律上の裁判官」の保障だと言われている[6]。そして、これを日本国憲法 32 条の起点とする解釈も多い[7]。

これに対して、終戦直後の民間の憲法案において、裁判を受ける権利を挿入

したものは極少数であった。それまでの日本の国法学の伝統からすれば、基本的人権の問題への考察が少なく、発想の転換が難しかったためであろう[8]。例えば、日本自由党が1946年1月22日に「新聞発表」として公示した「憲法改正要綱」でも、「国民ノ権利」は3点のみで、「裁判を受ける権利」はなかった[9]。衆議院調査課が1945年11月に纏めた「新聞紙上ニ現ハレタル憲法改正論点調」においても、関心は天皇や帝国議会に集まり、「第二章　臣民権利義務」については、「国民ノ権利ニ関スル第二章ノ各規定ハ何レモ法律ノ定メル所ニ従ヒソノ範囲内ニ於テ保証サレルコトトナツテヰルガ、原則トシテ人民ノ自由ハ法律ヲ以テスルモ制限スベカラザルコトトシ之ヲ各条項ニ於テ規定シ、国民ノ自由ヲ制限スル場合ハ之ヲ各規定中ニ具体的ニ列挙スルコトトスベシトノ意見アル（読売、東京）」との指摘があるのみであった[10]。「第五章　司法」についても、行政裁判所の活性化を求める東京の意見が紹介されるに留まっていた[11]。

その中では、1946年2月14日に正式決定された日本進歩党案が、「臣民ノ権利義務」の中に「十、日本臣民不法ニ逮捕、監禁セラレタリトスルトキハ裁判所ニ対シ呼出ヲ求メ弁明ヲ聴取セラレンコトヲ請願スルコトヲ得」などの3点があり、その何れもが不当に刑罰を加えられない権利であることは注目される[12]。同月23日に発表された日本社会党の新憲法要綱も、「国民の権利義務」には刑事裁判を受ける権利についての言及はないが、「司法」の単元において、「三、無罪の判決を受けたる者に対しては、国家補償の途を確立す」、「四、死刑は之を廃止す、人権尊重の裁判制度を確立すべし」との文があり、適正な刑事手続への言及が見られる[13]。更に、日本共産党が同年6月29日に発表した「日本人民共和国憲法（草案）」案は刑事裁判に関する権利に深く言及していた。その13条は、「人民は身体の不可侵を保障され、何人も裁判所の決定または検事の同意なしに逮捕拘禁されることはない。公務員による拷問および残虐な行為は絶対に禁止される」、14条は、「何人も裁判を受ける権利を奪はれず、裁判は迅速公平でなければならない」とする[14]。この後の条項が22条まで延々と刑事手続に関するものであること、13条が刑事裁判権に触れていないこと

などから、14 条は主に、刑事被告人にとって裁判なくして刑罰なしという旨を定めたものと推察できる。何れにも、民事裁判を受ける権利という発想はないのである。

このような規定を含む案では、そして、その後の影響という点では、何と言っても、高野岩三郎らによる憲法研究会案を見逃すことはできない。同案は、1945 年 12 月 26 日に発表されたものであったが、多くの知識人によって構成されていたこと、要綱として具体的に整っていたこと、民間案として最初のものであったこと、その内容が当時としては革新的であったことなどから、大いに注目され、新聞でも大きく報道されたからである[15]。その中でも、12 月 11 日に鈴木安蔵[16]が纏めた「第三案」は「国民ノ権利義務」規定が詳細であった。最終的に発表された要綱にはないものとして、「五、国民ハ法律ニヨルノ外逮捕監禁処罰サルルコトナシ」などのほかに、「三、官吏国民ノ自由ヲ抑圧シ権利ヲ毀損スルトキハ国民之ヲ変更スルヲ得」という項目もあったのである[17]。これには総司令部も大いに関心をもち、立ち入って検討した[18]。1946 年 1 月 11 日に民政局関係官マイロ・E・ラウレル起草、民政局長コートニー・ホィットニー名による幕僚長に対する覚書が作成された[19]。ここでは、「言論、出版、教育、芸術および宗教の自由」に言及していることに評価があったほか、拷問されない権利が、連合翻訳局の訳において「国民は不当に圧迫を加えられられてはならない（can not be oppressed）」となっていたため、「刑事被告人の権利、ならびに法執行機関の取調を行なうについての制限に関するすべての条項を包含する」[20]ものとして高く評価された。「日本では、個人の権利の最も重要な侵害は、種々の警察機関、とくに特別高等警察および憲兵隊の何ら制限されない行動、ならびに検察官（Kenji）の行為を通じて行なわれた」[21]、「日本の警察は、市民の家庭において、果てしない捜索および押収を行なったことで悪名が高い」[22]などの認識があったからである。そして、覚書は、残りの「国民の権利および義務」に関する全部分を使って刑事手続上の人権に関する並々ならぬ姿勢を示し、「執行機関がこのサード・ディグリーの手段を用いることを少

なくするため、刑事被告人は自己に不利益な証言を強要されないことを定める規定、および逮捕された場合ただちに弁護人を依頼する権利を認める規定を憲法に設けることが必要であることを勧告する」[23] などとして、憲法研究会案を超えて、詳細な刑事手続に関する規定を新憲法に盛り込むことを意欲したのである。

また、後に「新憲法の産婆役」とも呼ばれる[24] ことになる金森徳次郎は1946年2月20日刊行の『日本憲法民主化の焦点』において、「而して又手続的な意味から司法権又は検察権に対する調節の手段が無ければ此等の自由の保障が結局画餅に帰することを附記して置く。つまり如何に実態規定の保障があっても、疑の理由で適法に又は適法の口実の下に監禁が自由であっては何にもならないのである。此の意味からは英に発達した人身携来法（ハベアスコルプスアクト）の如く当該の人物が自ら法廷に呼び出されて監禁の当否に付裁判を迅速に受け得る様な工夫が望ましいのではあるまいか」[25] と早くも述べていたのである[26]。

日本政府は「裁判を受ける権利」におよそ無関心であった。終戦直後から外務省周辺に明治憲法の改正を察知する動きがあり、田付景一名で1945年10月11日に出された帝国憲法改正問題試案でも、およそ裁判手続に関する論点は見当たらない[27]。当時の多くの日本人の統治に関する最大の関心事は天皇、まさに昭和天皇その人の今後であって、裁判手続一般などにはなかった。近衛文麿らによる内大臣府による憲法調査[28] が成案を得るが、1945年11月23日付の佐々木（惣一）草案では、それでも、明治憲法下での民事裁判を受ける権利を拡張するかのように、第二章の四に「行政裁判を受ける権利を保障する」とあった[29]。しかし、内大臣府案の運命は、近衛の自殺と共に終わった。

幣原喜重郎首相は1945年の10月11日、マッカーサー総司令官から「憲法ノ自由主義化ヲ包含スヘシ」との「意見」を受けた。そこには、「四、國民ヲ秘密ノ審問ノ濫用ニ依リ絶エス恐怖ヲ與フル組織ヲ撤廃スルコト――故ニ専制的恣意的且不正ナル手段ヨリ國民ヲ守ル正義ノ制度ヲ以テ之ニ代フ」との内容もあった[30]。そこで、同月13日、内閣は、国務大臣松本烝治を委員長に、憲

法問題調査委員会（いわゆる松本委員会）を組織する。同月 30 日の第 1 回調査会の「第二章　臣民権利義務」の記録にも裁判手続に関わる権利が議論された形跡はない[31]。「第五章　司法」で「特別裁判所の存廃」や「行政裁判所の存廃」が論点にされている程度である[32]。11 月 19 日の第 4 回調査会においても、後者が「特別裁判所とは何か（ママ）・という問題がある」、「行政訴訟については、英米系と大陸系と考え方に相違がある」となっているのみである[33]。24 日の第 4 回総会では、「行政裁判所の存廃については議論が高潮した」[34] ようである。だが、明治憲法 24 条は特に議題に上らず、12 月 22 日の第 5 回総会でも、これまでに「表明せられたる諸意見」が示されたが、同条は「別段の意見なし」と纏められた[35]。結果、同委員会が 1946 年 1 月 23 日の第 14 回調査会・小委員会で纏めた甲案でも、明治憲法 24 条は「現状」とされた[36]。2 月 2 日の第 7 回総会配布の乙案でも同様であり[37]、「なんらの変更も計画していな」かった[38]。

だが、日本政府案の非常に保守的な内容が察知され、総司令部は前述のように独自の草案作成を始めた。総司令部、即ちアメリカ主導となれば、人権条項の中に適正手続条項が入ることは必然であろう[39]。憲法研究会から民政局という線が表に出ることになった。そして民政局案では、「また、何人も、裁判所に訴える権利を奪われない」という「逮捕」第 3 項後段も起草された[40]。

これに基づく 2 月 13 日の総司令部民政局起草の日本国憲法案では、訴追、逮捕、弁護人依頼権を保障する 31 条と、捜索・押収にあたっては「司法逮捕状」を要するとする 33 条の間の 32 条に、「何人モ国会ノ定ムル手続ニ依ルニアラサレハ其ノ生命若ハ自由ヲ奪ハレ又ハ刑罰ヲ科セラルルコト無カルヘシ又何人モ裁判所ニ上訴ヲ提起スル権利ヲ奪ハルルコト無カルヘシ」との規定が入った[41]。出訴ではなく上訴としている点、これと併せて、これが刑事被告人の権利と読めることが注目できよう。総司令部案では助動詞が shall であったし、成立した日本国憲法 31 条・32 条の英文でもそうであるのに対し、日本語成文では広く現在・未来時制が選ばれており、本条もその例外ではない[42]。しかし、

現行日本国憲法 31 条の文言を合衆国憲法修正 14 条と比べると、property の語が省略され、without due process of law が according to procedure established by law と変わっていることは注目できよう[43]。「およそアメリカで法学教育を受けた者なら、“due process clause” の正文は、語呂合せのようにすらすらと口をついて出て来るのであり、ハーヴァードをはじめ一流のロー・スクール出身者を含んでいた総司令部の法律家達が、この重要な文言の違いを意識しなかったということは考えられない」[44] のであって、この条項により社会経済立法の進展が立ち後れたアメリカでの苦い経験から、上記のような修正を加えたのだと推察できるかもしれない[45]。政府がこれらの権利を守るというより、訴訟上の権利は否認されないと述べるに過ぎないことにも注目すべきである[46]。

日本政府は、これに即して政府案を作成し、3 月 4 日に総司令部に日本国憲法（いわゆる 4 月 2 日案の）初案を提出した。刑事手続に関するものは法律に譲った方がよいものも少なくなく、ここまで詳細な憲法例をあまり見たことがないという日本側の感想もある[47]。ここでは、総司令部案 32 条は 2 つの条項に分割され、後文が先行したほか、居住移転の自由や国籍離脱の自由の直後の、裁判手続に関する条項の冒頭に位置することとなった。多分に、日本側が総司令部案の上訴権と法定手続保障の共通項を見出し損ねたことや、これらを別条項で取り扱っていた明治憲法的発想から二分し、馴染みある表現に改めたものと思われる[48]。そしてまた、「裁判を要求する権利」などではなく、受動的表現が採られたのである[49]。具体的には、27 条が、「凡テノ国民ハ法律ノ定ムル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権利ヲ奪ハルルコトナシ」と定め、28 条が、「凡テノ国民ハ法律ニ依ルニ非ズシテ其ノ生命若ハ身体ノ自由ヲ奪ハレ又ハ処罰セラルルコトナシ」と定めることとなった。以下には刑事手続に関する規定が続き、その後に財産権（36 条）、婚姻の自由（37 条）が続くことなどは興味深い[50]。3 月 4 日にケーディス、ハッシーらと松本烝治らの間で日本案の逐条審議がなされたが、法定手続条項の英文記述の修正があったものの、「裁判を受ける権利」

についての議論はなく、これがあれば刑事被告人の迅速な裁判を受ける権利は不要という日本側の主張が拒絶されたことなどが目立っている[51]。

この後、日本政府当局者と総司令部民政局との間で作業が進められ、3 月 6 日に憲法改正草案要綱が閣議決定、公表された。その第三十は、3 月 5 日案段階では後半が「何人モ裁判所ニ出訴スル権利ヲ奪ハルルコト無カルヘシ」であった[52]が、6 日には、「何人ト雖モ国会ノ定ムル手続ニ依ルニ非ザレバ其ノ生命若ハ自由ヲ奪ハレ又ハ刑罰ヲ科セラルルコトナカルベク何人モ裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルノ権利ヲ奪ハルルコトナカルベキコト」と微妙に変わった[53]。刑事における法定手続の保障と裁判を受ける権利は再び一体化されたのである。

しかし、日本政府は、この条項を前半と後半に分けることをなお主張した。法制局は、「国会ノ定ムル」との形式は何か、「刑罰」以外に生命・自由が剝奪されることがあるのか、後段が民事・刑事の裁判双方を含むのかを疑問視し続けた[54]。3 月 30 日の要綱訂正の交渉の際のメモによれば、「この規定は基本的事項と認められるから、この条文を第 27 条の次に移し、且つ、the right of access to the courts に関する部分を独立の条文にしたい」と総司令部に申し入れているのである[55]。そして、交渉の結果、「ついでに『国会ノ定ムル手続』を『法律（law）ノ定ムル手続』と改めることを問題に出してみたが、先方は law とは国会で制定されるものに限られることになるか・（ママ）ということをしきりに念を押した上、これに同意した」[56]ため、2 条に分断された[57]。4 月 13 日草案では、両条項とも冒頭が「すべて国民は、」となり、また口語化されて 28 条と 29 条となると共に、初めて「裁判を受ける権利」が法定手続条項の後に回り、ほぼ現行日本国憲法の形となったのである（28 条の「奪われ」が現行憲法 31 条では「奪はれ」となったのみで、29 条は現 32 条と同じである）[58]。更に、4 月 16 日閣議決定、翌日に枢密院諮問[59]、5 月 24 日に閣議がその訂正を決定、その翌日に枢密院諮問、6 月 8 日に訂正箇所が公表され、第 90 回帝国議会に帝国憲法改正草案が提案されたが、これらの条項については変更がなかった[60]。

帝国議会審議でも特段、政府原案 29 条（現行憲法 32 条）の意味について格段

の議論はなかった[61]。簡易裁判所の創設を巡り、1946年8月27日の貴族院本会議で牧野英一議員が、「司法的テロリズム或は裁判的ファッショの一つの現われは違警罪即決と云うことになって、そうしてその制度が濫用される」ことだと述べ、これを「警察が拘留、科料の裁判を言い渡す」ことだと説明しつつ、これ「に代えて、今度は簡易裁判所と云うものが出来なければなりません」と質問した[62]が、木村篤太郎司法大臣が「この簡易裁判所の運営に付て多大の考慮を払って居る」と答弁した程度の論戦しかなかった[63]。

特別委員会の質疑が一応終わった7月23日には、金森徳次郎とケーディスの第2回会談が設けられ、個別の条項についても話題に上るようになったが、31条以下の規定では、36条の次に無罪の場合の刑事補償権を規定が話題になったものの、「結局同意」がなされただけであり、他の条項は議論されなかった[64]。

政府原案72条、現行憲法76条の議論は、「下級裁判所」及び「特別裁判所」の意味のほか、行政裁判所の廃止と行政機関による前審としての裁判の意味、それに裁判官の地位や資格の問題に集中した[65]。「司法」の範囲に行政裁判が含まれるかは議論されたが、9月23日の貴族院委員会における木村司法大臣の答弁の如く、「民事事件、刑事事件は勿論」のことであった[66]。

以上のように、現行憲法32条は、もともと憲法研究会案を発見した総司令部の主導の下で組み入れられたものであり、日本側は政府も議会も民間も、総じて特に議論を深めることもなく[67]、その受動的な日本語正文も、能動的印象の強い英文[68]共に文言が確定したものであった。総司令部案と異なり、憲法31条と32条が二分され、後者が受動的文言となった「理由は定かではない」[69]。ただ、本条原案を起草した側（総司令部、或いは遡って鈴木安蔵）の意図は、両条一体として、同僚裁判か国法によることを求めるもの[70]で、専ら刑事被告人の裁判抜きの処罰を恐れるところにあったということは比較的明らかであった。

2　民事・行政事件と刑事事件で異なる「裁判を受ける権利」説の確立——不完全検討？

特に議論もなく文言の確定した憲法 32 条であったが、その解釈は早々に固まることとなる。美濃部達吉は憲法制定直後に、「裁判を受くるの権利には其の積極的効果と消極的効果とを分つことを要し、其の消極的の効果は裁判所に非ざる他の機關に依り裁判を受けないことに在り、それは後に述ぶべき自由權に属するものであるが、其の積極的の効果は裁判を請求することに在り、それは専ら民事裁判に付いてのみ存するもので、所謂訴權がそれであり、受益權中の最も重要なものであ」り、本条は「行政訴訟即ち行政機關の違法な處分に依り權利を毀損せられたとする」「行政裁判をも包含するものである」と述べた[71]。そして、これを受けて、「訴權即ち積極的に裁判を請求する權利に付いては受益權の一種として既に述べたが、裁判を受くる權利は其の消極的効果としては法律の定むる正式の裁判所の裁判に依るのでなければ刑を科せられないことの權利を包含して居り、而してそれは自由權の一種として見られ」るとしており[72]、早々に民事・行政裁判と刑事裁判の場面で権利の二面性を記していた。

佐々木惣一も、憲法 32 条の解説の中で、「民事について裁判を受ける權利とは、國民が、私法上の法律關係に關して争ある場合に、裁判により決定されることを求め得ることである。刑事について裁判を受ける權利とは、國民が、犯罪に對する制裁として處罰せられるには、裁判により決定される、ということを求め得ることである。換言すれば、裁判によらずしては、犯罪に對する制裁として處罰を科せられないことを、求め得ることである」[73] と述べ、民刑事で性質の異なる権利を本条が保障したことを早々に述べている。1953 年の『註解日本国憲法上巻』も、「裁判を受ける権利とは、刑事においては、訴追に基いて、被告人として裁判所の審判を受けること」であり、「民事事件においては、自ら裁判所へ起訴する自由を有することを意味し、」「いわゆる司法拒絶の

禁止」を含むと記され[74]、この理解は急速に定着しつつあった。宮沢俊義も、明治憲法では「もっぱら私権の争いに関する民事訴訟を提起する権利だけが考えられて」いたが、日本国憲法では76条で「司法権は行政事件に関する争訟の裁判を含む」ので、「『裁判を受ける権利』は、行政事件に関する訴権をも含むと解される」という[75]。そして、「この規定は、なお刑事裁判に関しては、裁判所の裁判によるのでなければ、刑罰を科せられないことを意味すると解される」が、「このことは、別に第31条や、第37条で保障されるところである」と述べ[76]、32条を「能動的関係における権利」の中の「積極的公権」[77]に分類していることからも判断できるように、第一義的に民事裁判を受ける権利であるとしつつ、性格の異なる刑事裁判での被告人の権利まで広く保障するものと解していた[78]。

実は多分に、美濃部や佐々木は、明治憲法24条をベースラインに行政裁判を受ける権利を足していると思える節がある。例えば美濃部は、1927年の逐条解説において、明治憲法24「條はプロイセン旧憲法第7條」や「ベルジツク憲法第8條」に「相當する規定」で、「司法權独立の原則から生ずる結果を定めて居る」[79]として、「民事及び刑事の裁判は原則としては通常裁判所、例外として法律に定めた特別裁判所のみが之を行ふもの」[80]であると解説していた。更に、同条の「裁判官といふは專ら民事及び刑事の裁判所」を指すと述べた[81]上、民事裁判では「積極的の内容」即ち「何人でもその私權の保護を求むる爲に國家に對し裁判を要求する權利を有する」[82]のに対し、刑事裁判では「消極的の方面」に意義があり、裁判官以外の「他の者から裁判を受けないことが、その權利たるのである」[83]としていた。佐々木も「民事ニ就テ云ヘバ、臣民ハ私法上ノ法律關係ニ關スル爭アルトキ、裁判官ノ裁判ニ依テ之ヲ決定セラルヽノ權利ヲ有ス。其ノ裁判ヲ為サヾルハ臣民ノ権利ノ侵害ナリ。刑事ニ就テ云ヘバ、臣民ハ、其ノ行爲ニ對スル制裁トシテ處罰セラルベキ場合ニハ裁判官ノ裁判ニ依テ之ヲ決定セラルヽノ權利ヲ有ス。刑事ニ付テ裁判ヲ受クルノ権利トハ固ヨリ処罰セラルヽノ權利ニ非ズ、處罰ヲ裁判ニ

依テ定メラルヽノ権利ナリ。裁判ニ依ラズシテ処罰ヲ科スルハ臣民ノ権利ノ侵害ナリ」としていた[84]。以上の点は学説上殆ど異論がなかった[85]。宮沢らはこれを引き継いだと解せられる。

新憲法 32 条が表立って議論されぬまま登場したのだから、明治憲法に親しんできた初期の大家たちが、以上のように、明治憲法理解の上に解釈を行なうことも、ごく自然なことであった。また、このような歴史的概念構成によれば、行政裁判を受ける権利が日本国憲法で加わったのは論理必然ではないことになり、日本国憲法における「司法権」の定義も、憲法裁判をそれが含むかも、同様に保障が危うい点は見過ごすことはできないであろう[86]。

これらに対して芦部信喜は、憲法 32 条に関する「憲法概説書の説明は一般にきわめて不十分であるように思われる」[87] と指摘した。同条は、鵜飼信成のいう「基本権を確保するための基本権」[88] であるとして[89]、その編集する教科書では「人身の自由」の中に置いた[90]。そして、大陸法的な「法律上の裁判官」（gesetzlicher Richter）の意味は、例外裁判所（Ausnahmegericht）の禁止と表裏をなして発達した原則であり、裁判所の構成、管轄、事務分配に関する法規に従って当該事件を処理する権限のある裁判官の意味に捉えるべきだと示唆した[91]。そして、「日本国憲法 32 条の文言が」明治憲法 24 条「とは異なるものとなったのは憲法成立の由来によるところが大きく、最初の草案ではアメリカ的な考え方に基づきデュー・プロセス条項と合わせて『裁判所に出訴する権利』を保障するという形で定められていたものが、日本側の主張もあり、別の条文に分けて規定されることになった」[92] ものであることを指摘した。

しかし芦部は続けて、「明治憲法 24 条と意味を違える立法者意思はない」ことや国際人権規約 B 規約 14 条の精神に合致することもあって、「憲法上の裁判官」の保障と同義とみるべきであるとの解釈を導き[93]、紛争解決に相応しい手続的保障を伴うべきことを強調する[94]。金銭の工面のできない者にとって、この権利が紙の上の存在に過ぎなくなることを憂い、「裁判への国民のアクセスを実効的なものにする必要があ」るとも主張している[95] が、結局のと

ころ、本条が「積極的内容（民事裁判における裁判請求権）と消極的内容（刑事裁判において、裁判所の裁判によるのでなければ刑罰を科せられない権利）の２つを含む点は、明治憲法24条の場合と全く同様である」[96]とあっさり、それまでの通説と同じ結論に達し、この立場は単著でも変わっていない[97]。そして、芦部は、憲法82条で公開が保障される純然たる訴訟事件以外の非訟事件などでも憲法32条でいう「裁判」に該当するとし[98]、「『純然たる訴訟事件』の裁判だけでなく、それをあくまでも原則としつつ、より広く国民が紛争解決のために裁判所で当該事件にふさわしい適正な手続の保障を伴った裁判を受ける権利を保障したものと解される」[99]とも述べた。また、「裁判を受ける権利を『国民の権利の実効的保障という観点から有効に活用』するための新しい解釈論ないし立法論への要請が、行政訴訟の分野では特に強い」とも述べている[100]。

以上の立場は、広く共有され[101]、憲法学における圧倒的通説となったと言えよう[102]。だが、「裁判を受ける権利」について、憲法学界での濃密な議論の展開は長く存在しなかったように思われる[103]。このことは、ややもすれば、民事裁判では裁判さえ受けさせれば足りるとする理解を導きかねなかった[104]。

その中で、若干異なるアプローチを行ったのが、フランス憲法の大家である樋口陽一である。樋口は、「司法」と「裁判」は同じかという疑問提起を行い、「司法」概念を巡る争いは、戦後日本ではまず、行政裁判を裁判作用の中に含むかの争いであったと説く[105]。そして、大陸法諸国を念頭に、司法の「歴史的概念構成」と「理論的概念構成」が必要になり[106]、「裁判＞司法」型と「裁判≒司法」型が存在するとする[107]。そして、「32条の守備範囲をせまくとるかわりに、同条で保障された権利を厳格に82条によって裏付けようとする考え方と、それに対し、32条の『裁判』にひろく非訟事件を含め、それに対しても、82条そのものではないにしてもその『指導原理』を及ぼしてゆくという考え方が分かれている」[108]と述べ、ドイツ型の抽象的違憲審査までも視野に入れて議論すべく、「裁判」を定義していく[109]。そして、以上の理解に立ちつつ、民事・行政事件と刑事事件とで異なる意味の「裁判を受ける権利」を憲

法 32 条が保障したものだとしたのである[110]。非訟事件のような「司法」ではない「裁判」を受けることを裁判所に求める権利の余地を示唆したものと解せよう。

また、英米法学者の田中英夫は、憲法 33 条以下の詳細な規定からして、31 条を拡張的に解釈することに反対し[111]、32 条を「手続面一般」の規定と解した[112]。そして、32 条が「当事者に目隠しをしないということ、『裁判』というに値するような手続をすること――告知と聴聞の要件は、その最低条件である――を要求するものと解」せると主張する[113]。刑事についての裁判所の公平性は 37 条 1 項が規定するが、民事についても 32 条が保障するほか、裁判所に裁判権があり、その定めが不合理なものでないことも同条の保障するものだと述べる[114]。憲法学の通説とは起点は異なろうが、結論的にはやはり、32 条が適正な裁判を受ける権利であり、特に以下に規定のない民事裁判についてはその一般則と解しているものと解しているように思われた。

判例も通説と同じ姿勢である。最高裁大法廷は 1949 年の控訴審管轄違法訴訟判決で、憲法 32 条の「趣旨は凡て国民は憲法又は法律に定められた裁判所においてのみ裁判を受ける権利を有し、裁判所以外の機関によつて裁判をされることはないことを保障したものであつて、訴訟法で定める管轄権を有する具体的裁判所において裁判を受ける権利を保障したものではない」としていた[115]が、1960 年の碧南市議会議員除名処分取消訴訟判決において、「憲法 32 条は、訴訟の当事者が訴訟の目的たる権利関係につき裁判所の判断を求める法律上の利益を有することを前提として、かかる訴訟につき本案の裁判を受ける権利を保障したものであって、右利益の有無にかかわらず常に本案につき裁判を受ける権利を保障したものではない」[116]との判断を下し、これでほぼ立場を確定させている。実際、本条を巡る判決の多くは、非訟事件事件についてのもので[117]、訴訟事件に関しては、戦時民事特別法 19 条 2 項、金銭債務臨時調停法 7 条 1 項によってなされた純然たる訴訟事件についてなされた「調停に代わる裁判」を違憲とした、いわゆる強制調停違憲決定[118]が目立つ程度であった[119]。

政府答弁でもこの傾向は確認できる。国税不服審判所の設置と共に審判前置主義が採られた際、1969年6月17日の衆議院大蔵委員会において、これが憲法32条に違反するのではないかという田中昭二議員の質問に対し、吉国二郎大蔵省主計局長が、「行政段階におきまして行政不服処理というものを前置させましても、その前置によって司法権の救済が受けられなくなれば、それは憲法の精神に反すると思います、しかし、その行政不服の手段を経て最終的に司法の処理を受けられるということであれば、憲法に違反するものではないし、憲法の精神に反するものでもないと思います」と答弁しており、その後に「裁判」を提起できるのであれば違憲ではないという立場に立っていた[120]。

憲法学が憲法32条の解釈を詰める努力を怠る[121]中、また、「憲法と憲法論が、司法制度にとって異質なものであるという法学者と法曹の感覚が、未だ完全には失われていない」[122]中、冒頭で挙げたように、民事訴訟法学界でも憲法32条が民事裁判を受ける権利の大本であるとの理解が定着し、訴訟と非訟の相対化を進めるようになった[123]。そして、刑事訴訟法学においても、憲法32条は「実質的な手続保障をもその内容として含んだものでなければなら」ず、「刑事裁判だけでなく、民事および行政の裁判を含めてであるが、広く裁判制度における除斥、忌避等の手続は本条に由来するといってよい」[124]との記述もあり[125]、行政法学者が行政裁判を起こす権利を憲法32条から説き起こす例があまり目立たない[126]ことはさておき、以上の憲法32条の理解は法学界・司法界・行政実務で定着してきたと解してよいものである。言い換えれば、「昭和35（1960）年頃あたりを境にほとんど進展がみられない」[127]のであった[128]。

3　民事・行政「裁判を受ける権利」説の提唱———再検討

以上の結果、民事訴訟法や行政事件訴訟法の定める訴訟類型は憲法32条上保障されたものであり、これを「司法権」である「裁判所」が受け入れるのは当然とする各法分野主導の理解が一般的になったように思われる。

しかし、通説・判例の定着の結果、裁判所を窓口とする民事訴訟制度があれば憲法上は十分となり、相当に不合理な裁判手続を擁する訴訟法しか憲法 32 条違反とはなるまい。実際、民事裁判制度が憲法違反であるという主張はせいぜい、「手続の公開」と「非訟化の限界」に関するものに留まってきた[129]。まさに、「判例・通説の解釈では、裁判を受ける権利はほとんどなんの意味も持たない『空文』であるにすぎない」[130]のであり、「このような理解にとどまるかぎり、32 条はもっぱら裁判所に向けられた規定であって立法者に直接関係がないものとなってしまうか、」「立法指針にすぎないということになろう」[131]。憲法訴訟論を隆盛にしながら、「手続（法）」そのものを取り上げることが憲法学界には少なかった[132]こと、「裁判を受ける権利」が「実体的基本権侵害との関係でとらえられてはこなかった」[133]ことも、その遠因であろう。また、そもそも、「司法」が何であるかは憲法、特にその 76 条の定義から生ずるものであり、下位法令である訴訟法によって決まるものではない。「『司法権』の要件があまりにも狭く理解されているうえに、実定訴訟制度が裁判所の権限行使を著しく困難にしていること」[134]こそ考え直されるべきであった。

その中で、佐藤幸治は憲法 76 条の「司法権」に新たな理解を示した。佐藤は、橋本公亘[135]や伊藤正己[136]の司法権の定義を引きつつ、何れの理解もその「概念の歴史性ないし論理的構成不可能性が強調されていること」を指摘する[137]。戦前の宮沢俊義らの理解や、スウェーデンの例を引きつつ、司法と行政の性質上の違いを否定し、その違いが国や時代により変化することはやむを得なかったとした[138]。しかし、「もし行政について制度的概念構成をこえた理論的概念構成が可能であるとすれば、司法についても同様のことが可能ではないか」[139]と指摘し、「司法は近代立憲主義固有のもので、その意味で制度的・歴史的な概念であるとしても、」「より普遍的な裁判を基盤としている」[140]と述べ、「一般に、司法とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これらを裁定する国家の作用」[141]とする清宮四郎や、佐藤功の類似の司法権定義[142]に与し[143]、「理論的概念構成は不可能である

として、すべてを歴史的相対性の“海”に漂わせるというわけにがいくまい」と断じた[144]。

そして、「『司法』と『裁判』とは区別して考えらるべきもの」[145]だとして、また、「統治機構上の各種制度の中身が実定法律によらなければ何事も決まらないということ、そのような中身はほとんどすべて実定法律による形成に委ねられているということ、を意味しない」[146]として、日本国憲法76条が、裁判所に「司法権」を専属させながら、行政機関による「裁判」を否定していないことを指摘する[147]。そして、前者が「国家が、具体的の事実について、法を宣言して、法を維持するの作用」であるとして、事実認定操作、法認識操作、法宣言操作の3つの段階操作性を有するものだとする戦後の佐々木惣一説[148]に賛同するのである[149]。そして、「司法権」を政治権力から独立させ、裁判官の恣意的活動を排除する意義を重視し[150]、裁判所を「法原理部門」として語る[151]のである。司法権の発動のためには「法律上の争訟」であることが必要だとして、「事件・争訟性」を重視するのである[152]。非訟事件や客観訴訟については、一旦「司法」の外に出すこととなろうが、「非訟事件の裁判といえども、『司法権』の担い手たる裁判所が行うものである以上、司法作用と親和性を有するような形と実を備えたものでなければならない」[153]とし、「裁判所がこの『救済』の領域で柔軟で創造的な活動を行うことは、『法原理部門』としての裁判所の性格に決して矛盾するものではない」と説明[154]するのである[155]。

ただ、佐藤幸治は、憲法32条について、「より直接的に権利・自由の救済にかかわる」「手続的請求権」と捉える[156]一方、従来の説のように、自由権・国務請求権の二面性についての解説を繰り返している[157]。そして、近著でも、「自己の権利の実現」の見地から、二面性のうち、「本条のより大きな意義」を民事・行政事件で「訴訟を提起し裁判を求める権利」の方に認める[158]ほか、本条の英訳を根拠に、能動的・積極的権利として捉えようとしている[159]。また、議員定数不均衡問題の解決に際し、憲法13条「は、国会が立法を通じて国民の権利・自由の実現のための基盤の整備に務めるべきことを要請している

のみならず、国民が裁判を受ける権利（32 条）の行使として権利・自由の実現を求めた場合に、裁判所としても司法権の性質と矛盾しない範囲でできるだけ実効的な救済を与えるべきことを要請する趣旨を含んでいると解すべきではないか」[160] とも述べ、司法権の範囲を超えた「裁判」を求めることに含みを残している。

この佐藤幸治説を超えて、憲法 32 条の主軸を民事・行政裁判を受ける権利に置く学説が提唱されていく。嚆矢は、憲法 32 条にデュー・プロセスの要請を読み込もうとした大西芳雄 [161] であろうが、具体的な展開には至らず [162]、それはほぼ 1990 年以降に始まると言ってよい。

アメリカ憲法研究者の藤井俊夫は、まず、「裁判を受ける権利」はマグナ・カルタに始まるという [163]。英米独仏での展開、明治憲法 24 条も踏まえつつ、そこから発展した現憲法 32 条の「『裁判を受ける権利』の保障の中には、『公開』・『対審』の訴訟手続による裁判を受ける権利の保障が含まれる」とし、当事者主義、口頭弁論主義、そして「中立的な第三者たる裁判官が結論を下すのが最も『公正』な裁定方法であるという考え方」があると言うのである [164]。

他方で藤井は、憲法 76 条 1 項により、「わが国の裁判所は基本的に『一切の法律上の争訟』を『裁判』するという形で司法権の行使をすることになる」[165] とする。しかし、「『法律上の争訟』いいかえれば『司法権』の概念を広く解し、例えば、民衆訴訟とか機関訴訟などは、もともとこの『法律上の争訟』の中に含まれるとする」と広く解する [166]。そして、憲法「32 条との関係でも『司法権』とか『裁判』などの定義をあまり限定しない方がよい」[167] として、「裁判を受ける権利」を、広く国民が他の国民や行政を訴える権利と解した上で、これを狭くしないように憲法 76 条を解する姿勢を示す。実際、藤井は、非訟事件を「行政」と観念する判例に疑問を呈し、これにも手続保障を及ぼそうとした [168]。そして、「裁判を受ける権利」「の保障には何よりも、何らかの形で国民の権利・利益が侵害された場合それに対する救済を受ける権利を保障しているという意味があることに注意する必要がある」[169] とし、「本来はむしろ下の段階にある

はずの『処分性』、『訴えの利益』とか『法律上の争訟』などの概念が一人歩きして憲法よりも上に立つような議論のしかたがされてきた」ことを批判し[170]、「やはり『裁判を受ける権利』は」「単なる手続保障的な権利にとどまるものではなく、国民に対して何らかの意味での『訴権』そのものを保障しているのだというとらえ方が強調される必要がある」[171]と述べ、基本的人権としての「裁判を受ける権利」を民事・行政裁判の基盤とする姿勢が強い。藤井は、「裁判を受ける権利」の節に刑事裁判に関する記述がなく[172]、「刑事手続保障」の節では憲法32条への言及がほぼ皆無である[173]点でも、「裁判を受ける権利」を主として民事・行政裁判を受ける権利と捉えていると言ってよいであろう。

更に進んで、憲法32条の「裁判を受ける権利」を主として民事もしくは行政裁判を受ける権利と明示的に解するのが松井茂記である。松井は、「『裁判所』において『裁判』を受ける権利は、憲法に従って設置・構成された『裁判所』による、憲法に従って行われる『裁判』を受ける権利である」[174]として、上位法である憲法の解釈を下位法である法律によって行えない点を強調し、これらの概念があくまでも憲法解釈の産物でなければならないことを主張する[175]。

松井は続けて、「憲法13条に根拠を持つ憲法的なデュー・プロセスの権利の保障の構造のなかに憲法32条を位置づけることによって、裁判を受ける権利を手続的デュー・プロセスの権利として捉え直す」べきだ[176]として、実際に「手続的デュー・プロセスの権利は、憲法13条の『幸福追求権』として認められるべきだ」[177]とし、併せて、「憲法76条による司法権の裁判所への付与の憲法的意義を強調」した[178]。そして、「統合的な手続的デュー・プロセス理論を構築しえなかった」[179]上、「憲法31条の民事裁判手続への適用可能性の問題を曖昧にしたまま、非刑事裁判手続における手続的デュー・プロセスについては憲法32条の問題とされ、しかもほとんど見るべき展開も示さ」ない通説を批判する[180]。そして、憲法31条以下の規定「『刑罰』や『刑事』」は「あくまでも憲法上の概念であり、刑法や刑事訴訟法の手続だけがそれに該当するわけではない」[181]として、「下位実定法の概念枠組に捕われずに、憲法レベルで

手続的デュー・プロセス理論を構築することが必要である」[182]、「統合的な手続的デュー・プロセス理論は、憲法 31 条だけではなく憲法 32 条や憲法 33 条以下の諸規定とのつながり」「を説得的に示すものでなければならない」[183] と主張した。

そして、「刑事裁判とそれに結び付いた刑事手続には、憲法 13 条の一般的な手続的デュー・プロセスをうけて、憲法 31 条において憲法 13 条の手続的デュー・プロセスを満たした『手続』の法定が要求される」[184] とし、31 条を「刑事手続に対する手続的デュー・プロセスの総則規定」と解した[185]。これに対して、「非刑事裁判については、32 条において『裁判をうける権利』を保障し、憲法 13 条の手続的デュー・プロセスの権利を踏まえた『裁判』の名に値する裁判手続を要求している」と述べる。このことは、通説とは異なり、32 条を「民事・行政事件の裁判のみに関わる規定と解釈することを意味する」[186] が、それは、「32 条が裁判を経ずに刑罰を科されない権利を保障しているとする通説の理解は、憲法 37 条が被告人の権利として裁判を受ける権利を保障していることからみて、すでに意味を失っている」[187] とする点や、「整合性という点からは、憲法 31 条を刑事手続に関する手続的デュー・プロセスの総則規定と理解し、憲法 32 条を非刑事（民事・行政）裁判についての手続的デュー・プロセスの総則規定と解釈した方が、より優れている」ことなどを根拠とする[188]。更に、「本来自由の制約は、裁判所によって行なわれるべきことであり、それを行政機関が行うことができる場合も、憲法 32 条はそれが裁判所の判断を経てから行われなければならないことを命じている」とも言う[189]。そして、審級制度が立法府の裁量にほぼ委ねられている点[190]、非訟事件で公開の法廷での対審手続が定められていない点[191]、訴訟提起の際の手数料要件の問題[192] などを指摘し[193]、通説を批判した。このことにより、「裁判を受ける権利を、日本国憲法の手続的権利保障の全体構造のなかに適切に位置づけることを可能にする」[194] ほか、「裁判を受ける権利と実体的な権利との関係について、より明確な理論を樹立することができ」[195]、同条「を非刑事裁判手続に関する手

続的デュー・プロセスの総則規定と位置づけることによって、裁判を受ける権利の内容をデュー・プロセスによって充足することが可能になる」[196] ほか、「裁判と行政手続との関係で特別の重要性を持ちうる」[197] のであり、同条が「国民の受けている不利益に対して」「実効的な救済を求める権利を含んでいなければならないことを意味」することになる[198] と述べ、これが「憲法解釈において決定的に重要な」「憲法のテキスト」、「日本国憲法の全体構造のなかでそのテキストがどのように理解されるべきか」という点で「憲法解釈としての正当」[199] だと主張したのである。

なお、松井が、「問題となっている実体的利益（生命か自由か財産か）に焦点を当てるのではなく、実体的利益にかかわらず、適正な手続によって政府が国民を救うこと自体が一つの価値なのだという観点から、手続的デュー・プロセスを考えるべきである」[200] として、手続そのものの価値を強調している[201] 点も、以前の通説との違いとして、注目しておいてよいように思われる。

市川正人も、憲法 32 条は「民事事件に関しては、裁判所において適正な手続による裁判を受ける権利、ないし、裁判所に対して公正な手続を求める権利（公正手続請求権）ととらえるべきである」[202] として、民事訴訟法の上訴制限に関して、日本国憲法 76 条 1 項や 81 条は審級制度を前提としており、一審限りの裁判はおよそ認められない[203] としつつ、絶対的上告理由や憲法違反を上告理由にすれば上告が認められることなどから、現行法は違憲ではないとする[204]。市川の憲法 31 条と 32 条の守備範囲理解については、よく解らないが、その直前の組織犯罪対策の通信傍受の解説では、憲法 31 条と 35 条 1 項が挙がっており[205]、「裁判を受ける権利には、」「公権力（行政権）による権利侵害に対して実効的救済を受ける権利という側面もある」として刑事裁判には触れていない[206] ことから、松井説に近い理解なのではないかとの推測ができよう。

対して、ドイツ憲法研究者の笹田栄司は、裁判所法制定当時に「典型的な民事訴訟が念頭におかれた」後、一般の訴訟法理論で決まるとされ、憲法論は置き去りにされたとする[207]。しかし、「非訟・和解における『司法裁量の拡大』」

という観点から司法権を再考し[208]、また、「裁判を受ける権利の保障も法律に委ねられたままでいいのかという問題が残る」と述べる[209]。「手続法には固有の機能的価値あるいは手続法の独自性は確保されねばならない」一方、「『基本権の手続法への影響』もまた重大な問題提起」だ[210]と述べ、浦部法穂の主張[211]を批判して、「『実体的価値にかかわらない手続論』というより、『実体的価値にかかわる手続論』こそ実効的権利保護の観点から柔軟性をもたせるべき」であると主張する[212]。これは、「『裁判の国家による独占・私人による自力救済の禁止』、それとコインの裏表の関係にある、『国家の救済の実現を求める私人の権利』という構成が理論的には前提」[213]であるとして、手続保障自体に守られる実体的権利とは別の固有の価値を認めようとするものである。

そして、ドイツの法的聴聞権（審尋請求権）理論、公正手続請求権理論の民事訴訟法学の紹介を踏まえ、新たな 32 条論の構築を模索する。まず、憲法 31 条は「刑事手続に関するもの」であるが、「31 条と 32 条の結び付きを強調する見方を取れば、32 条の基礎をなすものと位置づけることも可能」だとする[214]。また、「『裁判の公開』に関わる 82 条も重要である。この場合、裁判を受ける権利の『裁判』の内実の一つとして『公開・対審の訴訟手続による裁判』というように 32 条と 82 条は結びつく」[215]とし、ドイツ基本法 1 条 1 項の「人間の尊厳の不可侵性」をパラレルに意識しつつ、「さらに『個人の尊厳』を保障する憲法 13 条が『法的聴聞権』の根拠として挙げられる」と言う[216]。

笹田は、「我が国の場合、手続保障についての基礎づけが 32 条に集中している」点でドイツと異なるとする[217]。このため、「公正手続請求権を上位概念として、その中に法的聴聞権を含ましめるという構成を取ることの方が日本国憲法の下では妥当であろう。これはひとつにはドイツにおける憲法状況に鑑みてのことである」と述べ[218]、結論的に、「憲法 32 条が保障する『公正手続請求権』は、ドイツにおいて展開された法的聴聞権そして公正手続請求権の双方を含むものと解される」と主張するのである[219]。

そして、そこでは、「訴訟当事者の自己の見解を表明する権利」[220]、受け身

ではない形で、「『自己の権利または利益が不法に侵害されているとみとめ』出訴に及ぶ場合、訴訟当事者が裁判手続の単なる客体にとどまることなく裁判手続の過程そして結果に影響を行使しうることを『裁判を受ける権利』は保障しなければならない」ことが強調される[221]。裁判所へのアクセスという見地から、「訴訟費用救助」や「裁判における言語（通訳）」という点も検討が必要だと言う[222]。そして、裁判官による手続形成についても、「裁判官は矛盾した行為を行なってはならず、自己のあるいは自己に帰せられうる瑕疵あるいは遅滞から手続上の不利益を導き出してはならず、そして具体的状況下での手続関係人に対する配慮を一般に義務づけられている」[223]という原則に具体化できるとする[224]。これらは、「当事者たる個人を訴訟手続の単なる客体ではなく手続の主体として尊重するという」ことであるとし、「法的聴聞権をはじめとした憲法レベルの手続保障を構築する必要がある」と訴えるのである[225]。

このほか、裁判官の指摘義務との関係で、討論されなかった法的観点を決定の基礎にできないという「不意打ち判決の禁止」は、信頼保護や訴訟当事者の期待可能性の観点から、「憲法 32 条の理解にとって重要なもの」だとする[226]。また、民事訴訟規則 164 条 1 項を巡って、和解に際して裁判官が聴取した両当事者の意見が裁判所等を拘束しないとする見解について、「裁判を受ける権利の保障と言うことからすれば、ここまで、裁判所にフリーハンドを認めることはできない」と批判している[227]ほか、イン・カメラ審理についても、「憲法 32 条と 82 条を結びつけ」、「『公の秩序又は善良の風俗』を例示とする理解に立ちつつ」、「権利・法的利益の訴訟での実現を裁判を受ける権利が非公開審理という形で保障するという枠組みが考えられ」、これは「憲法 32 条を組み込むことにより非公開を認容する基準を絞り込むことを意図する」[228]のだと述べている[229]。また、非訟事件を巡って、「憲法 32 条『裁判』は憲法 82 条『裁判』よりも広い概念と捉える方向を検討すべき」であって、「他の権力から独立した中立的な裁判官が、手続的公正に則って審理を行うのであれば、それは司法作用と言うべきであり、その際、手続的公正の核心として、法的聴聞、武器平

等があげられる。憲法 32 条が規定する『裁判』は、公開・対審・判決を、“標準装備”した訴訟＝判決手続に限定されず、右のような司法としての性質を有する『裁判』も含むと考えられる」として、芦部説に同調する[230]。そして、「『裁判』（憲 82 条）＝『裁判』（憲 32 条）という理解からの憲法 32 条の『裁判』に公開・対審・判決を結び付け、非訟事件については手続保障を語らず、あげて立法政策の問題とする最高裁判例からの脱却が必要であ」る[231]と結ぶのである。

笹田は、以上の理解は「あらゆる裁判手続においても拘束力を持」つ[232]として、これを行政訴訟にも広げ、ここでも、「権利侵害が存在する場合に、裁判官への」「現実的な（実体的）権利の“実効的”保護のための手立てが準備され」ねばならず、これも「憲法 32 条にまずは基礎づけられる」としたのである[233]。

憲法学界において裁判を受ける権利を熱心に研究してきた片山智彦は、これ「を日本国憲法の手続権保障の全体構造に適切に位置づけられなかったことが、裁判を受ける権利を空疎なものにした」[234]のだが、「今や、裁判を受ける権利は、公正手続請求権（公正な手続を求める権利）、実効的権利保護請求権などの諸権利の複合体として、あるいは、手続的デュー・プロセスの権利として、『包括的手続基本権』という性格を認められるに至った」と言う[235]。そして、自らは「日本国憲法の原理や規定と裁判を受ける権利を関連づけるという方法、すなわち、体系的解釈」を行うべきであり、「裁判を受ける権利の適正な理解のためには、その内部構造の明確化に加えて、それを日本国憲法の人権体系に適切に位置づけることが必要」だと主張する[236]。「手続保障の原則」は「一般原則」であり、その根拠は憲法 13 条にあるとしつつ、これを「訴訟手続において具現化するのが、裁判を受ける権利である」と述べる[237]。そして、当然の如く、「裁判所の組織、構成、審級等は立法事項である」という最高裁の立場に疑問を示し、「憲法に違反する訴訟法の規定は無効である」ことを早々に強調する[238]。「実体基本権の裁判所による保護の保障は、日本国憲法が、裁判所に違憲審査権を付与し、国民に裁判を受ける権利を保障したことの反映であ」り、その理解は、「30 条までは、主に実体権を規定し、31 条以下で、主として

手続権を規定するという、日本国憲法第3章の条文の体系的配置にもより適合的である」と述べるのである[239]。また、「裁判を受ける権利の保障の最大の目的は、国民の権利利益の保護であり、」「実効的救済請求権は、裁判を受ける権利の要素である」とも述べ[240]、手続のための手続保障という立場には立たない。

片山はまた、「裁判を受ける権利の要素となる憲法上の司法制度の要素としては、事件性、救済、適正手続、裁判所の独立性・中立性、裁判官の法への拘束などがある」とも述べ[241]、「『法律上の裁判官』の保障、公開・対審・判決の保障、審尋請求権、公正手続請求権、実効的権利保護請求権、適時審判の原則、訴訟上の武器平等などが裁判を受ける権利に含まれる」という主張へと展開を試みる[242]。このうち、審尋請求権については、「伝統的な方原則（双方審問主義）、適正な裁判の確保など」[243]から、「日本国憲法の下でも」「保障されている」との解釈を有力なものとして提示している「憲法32条における手続保障は、『個人の尊重』原理と手続に対する法治主義の要請を基盤として考えるべきであり、裁判を受ける権利は、審尋請求権を含むと解すべき」と述べるのである[244]。

片山は、「憲法32条は、民事、行政、刑事の各事件につき、裁判を受ける権利を包括的に保障した規定ということになる。しかし、」このことは、「各事件の性質の違いを認めない趣旨ではない。むしろ、」「各事件における裁判を受ける権利の保障の特質が十分に明確化されないまま論じられてきたことに問題がある」[245]として、裁判を受ける権利は民事・行政裁判と刑事事件とでは異なるとする[246]。「刑事裁判を受ける権利は、憲法32条により保障され、31条および33条ないし40条の規定のうち、刑事裁判に関わる部分は、32条の『特別法』の性格をもつ」と言う[247]。この結果、32条が多くの意味を持つのは民事・行政裁判ということになる筈であり、「民事裁判と行政裁判に関する最も重要な基本権は『裁判を受ける権利』（32条）である。日本国憲法による裁判所への行政裁判権と違憲審査権の付与（司法国家への移行）により、裁判を受ける権利は、公権力による基本権侵害に際して裁判所の救済を受ける権利として重要

な意義をもつことになった」と述べつつ[248]、その権利の「本体は、『裁判を受けることの保障』、すなわち、出訴の保障である」とする[249]。但し、「民事裁判制度と行政裁判制度の性質の違いが十分に考慮されていない」とも述べ[250]つつ、憲法 32 条は主として民事・行政裁判を受ける権利を保障したものと解している。

なお、片山は、「憲法の構成原理と目される法治主義は権利保護を目的とし、司法制度はこの法治主義を確保するための制度であ」って、「裁判を受ける権利を保障する現行憲法においては、この権利が権利侵害に対する救済の保障を内実とする以上、司法制度は権利保護を憲法上固定された目的として受容しなければならない」と述べる[251]。現行民事訴訟法の上訴制限についても、「最高裁の事件負担が年々増大していたこと」を「裁判を受ける権利を制限するきわめて重要な目的」だとしつつ、「一定の事件について最高裁への上告が一切許されないわけではなく、憲法違反と重大な手続法違反が上告理由に含まれていることなどからして、」そ「の制限が憲法 32 条に違反するとは言い難い」とした[252]。そして、憲法 76 条の「司法権」の定義に関して、この「規定により直接に裁判所に付与された司法権の範囲と憲法上の訴権の保障の範囲は一致すると解すべきである」[253]として、これを超える「裁判」を求める権利は認めない。両者が「重ならない部分では、司法権を行使しうるか否かは立法事項とな」ろうが、憲法の付与した「司法権の行使の可否を」「国会が定める」ものとは解せないとする[254]。「憲法 32 条が、法律上非訟事件とされるすべての事件について裁判を受ける権利を保障していると解することはできない」[255]とする一方、「憲法上の訴権の成立要件は、憲法上定められており、それを満たす場合には、法律の規定にかかわらず、憲法上の訴権が保障されると解すべきである」[256]が述べ、非訟事件手続を非公開とする判決[257]を厳しく批判する[258]。他方、宗教団体の内部紛争に関して、「信教の自由は、常に、裁判を受ける権利に優先するとはいえない。また、訴え却下によって責任役員などの地位が不安定化し、かえって宗教団体の自治が害されることにもなりうる」とし

て、法解釈の問題ではないとして請求を却下した最高裁判決[259]を批判する[260]が、民訴学説に傾倒する余り、「常に下位法である実定法の概念を当然のように用いてきた」[261]弊害がないか、法解釈を超えた役割を司法権に求めてはいないか[262]、疑念が残る。

基本権訴訟の提唱者として著名な棟居快行も、基本権訴訟の「含意は、当事者の裁判を受ける権利の実現として、ないしは主張されている個々の実体的基本権それ自体に内在するものとして、事実にふさわしい救済の方法を創造することが、司法権に対して憲法上も要請されているという観点である」と主張する[263]。そして、「手続的デュープロセス」(31条)と同様[264]、「憲法32条は、自由権・社会権・参政権などの実体的基本権全体を守るための出訴・訴訟追行を保障した手続的基本権規定である」[265]とし、また、「憲法自身が実体的基本権の保障により一定の真理や価値を擬制しており、裁判所は原理の衡量でそれを確認的に見い出してゆけばよい」[266]として、実体権モデルを適当とし、純粋な適正手続モデルに懐疑的である[267]。「実定訴訟法が『基本権訴訟』の入り口を自由に狭めうると解するのは、『裁判を受ける権利』が『訴訟法の留保』に服していることを意味している」と批判する[268]。棟居はまた、裁判員制度を違憲とする主張を批判する中で、「裁判を受ける権利とは、31条の適正手続の保障とあわせて、『適正な裁判を受ける権利』であると考えるべきである」[269]と述べ、刑事手続の適正の具体的条項としても捉えている。

新正幸も、まず、憲法32条は、相手方の主張に反論する機会を与えることを要求する審尋請求権を保障しており、これは「民事裁判についてである」とした上で、「刑事裁判については憲法に特別の規定がある」として、31条などを挙げる[270]。そして、「裁判を受ける権利は、14条と相俟って、両当事者が対立的に関与する構造をもつ裁判手続において、相互に相手方と平等の手続上の地位と手段が与えられた上で、裁判を受けることを要請する」[271]とするほか、民事事件においても迅速な裁判を要請していると解するなど、32条の力点を民事・行政裁判を受ける権利(国務請求権)に置くのである[272]。

憲法 32 条を民事・行政裁判を受ける権利を主に保障したとする見方は、現在、以上のようにドイツ憲法研究者に強い。ドイツ基本法 101 条 1 項は「法律上の裁判官を求める権利」を保障し、これが民事訴訟でも妥当するとされ、また、基本法 103 条 1 項の、自己の権利と関わる裁判において主張を述べることを保障される権利である法的審問請求権も、民事訴訟を含む全ての裁判に妥当するとされている[273]からであろう[274]。そして、1970 年代に行政法学者が、ドイツ連邦憲法裁判所や支配的学説が基本法 19 条 4 項に実効的権利保護の観点を読み込む[275]と、ドイツ憲法研究者もこれに追随したのである[276]。ほかに、フランス憲法研究者の大石眞も、憲法 32 条が「民事事件の場合と刑事事件の場合とで異なった内容をもっている」としながら、憲法 37 条 1 項が刑事事件で強い保障を求めているところから、憲法 32 条の「裁判を受ける権利の国務請求権としての性格は、民事事件の場合に強く表れる」と述べている[277]。また、憲法が民事・刑事別個の規定とする煩を避けたと解し、憲法 32 条は民事訴訟を受ける権利を含むと解すべきではないかとする只野雅人説もある[278]。

4 「裁判を受ける権利」の再再構成

以上が日本国憲法 32 条を巡るこれまでの学説及び判例の纏めである。憲法 32 条を広く裁判を受ける権利とする通説・判例は疑問なく長く時が経過した。また、民事・行政裁判受ける権利に特化させようとする近時の有力な学説にも成程と思わせる点がある。今更、説の転換を求めるのは多勢に無勢に思える。

だが、やはり以上の学説には疑問がある。まずそもそも、憲法 32 条が民事・行政裁判においては文字通りの「裁判を受ける権利」であると解しながら、同時に、刑事裁判における「裁判なくして刑罰なし」の原則を示すとする通説は、積極的権利である請求権と受動的権利である自由権を「裁判」という語に掛けて、一つの条項に逆ベクトルのものを読み込む無理があると思われるからである[279]。また、このことは、自由権である「表現の自由」から情報受領権を

引き出し、結果として政府情報公開請求権を引き出す解釈[280]とも異なり、本条の成立時点から、そしてまた、「裁判」手続開始前から、説明なしに方向性の異なる権利を抱え込むことでもあり、「裁判」が必要な人にとっての「裁判」を保障する意義をかえって希薄にする危険があると思われるからでもある。

また、憲法32条を主に民事・行政裁判を受ける権利と解する見解については、本条がもともと草案の段階では直前の31条と一体となっており、また一体と理解されていたことに反し、疑問である[281]。本条は英米法的歴史に裏打ちされ、日本国憲法制定過程でも、日本の前近代的な刑事手続への警戒から挿入されたものと解されよう。特に、ドイツ憲法経由の法的審問請求権保障説に対しては、憲法32条が極めてアメリカ法的発想から登場した条項であり、突如として、戦後ドイツの基本法と結び付けて議論するのが適当か、との疑問がある[282]。確かに、ある種の歴史解釈主義[283]に拘泥しなければ、起草者意思などは黙殺できるとし、重要なのは帝国議会での審議以来の立憲者の意思だという原意主義[284]もあろう。仮にこの立場に立つとしても、前述のように、帝国議会での議論は、現行の憲法32条を専ら民事・行政裁判を受ける権利と解していたものではない。そして、憲法解釈は体系的に、その条文そのものを重視すべきであるとの立場に立つとすれば、刑事手続に関する条項の中に、1条だけ民事・行政訴訟手続に関する規定があるのかの説明も難しい[285]。日本国憲法が裁判手続条項を多く置いているのは以上の点と切り離せず、32条もその一翼を成すと思える。そして、解釈は純粋に実践であるとするならば、戦前戦後を通じて、日本の裁判に関する人権問題が主として刑事裁判のそれであったことを忘れるわけにはいかないのではないか。これに比べて民事裁判権の保障が不十分であったという根拠は、戦前戦後を通じてないように思われてならないのである。

松井説には、文理上いささか無理があるとの批判がある[286]。憲法31条の「法律の定める手続」が裁判手続だとは明言できまい[287]。加えて、元々同一の条文から31条と32条が分かれたことを鑑みれば、刑事裁判手続に関する保障は

32 条とする方が自然であろう[288]。しかも、37 条はあくまでも「被告人」が「公平な裁判所の迅速な公開裁判」を受ける権利を保障するに留まり、一般的な刑事裁判を受ける権利は 32 条と考えるべきである[289]。37 条から刑事裁判を受ける権利一般を導くことは、その文言からも、それが刑事手続規定の総則的位置にないことからも不自然である。刑事裁判について「迅速」ばかりが要求され、適切で十分な手続を伴う事前の裁判の保障が軽視されてはなるまい。

加えて、二重の基準論からすれば、経済的自由の制限については広範な立法裁量が許容される筈である[290]。民事裁判の主たる訴訟物は財産であるが、これに関する裁判手続となった途端、憲法上の拘束は厳しいものであるとか、厳格度の高い司法審査基準で審査すべきだなどとすることには、齟齬があろう[291]。司法故に厳格な手続が要求されるとすれば、その根拠は 76 条以下に求められるべきである。逆に、一連の厳格度の高い審査基準が予定されている条項群の中で[292]、32 条だけが緩やかな審査基準であるのも、不整合である。

更に、「裁判を受ける権利」の拡大は、実体的権利が主張し難い局面で、憲法 32 条を持ち出すことにより上級の裁判所の審理の途を開くことになろうが、結果、32 条が私法的・民事訴訟上の権利を産む玉手箱となる危険もある。このことは、アメリカの修正 14 条から実体的デュー・プロセス論を導き、広く実体的権利を憲法上の保障としてしまったことと同じ弊害を含む[293]のではなかろうか。少なくとも、解釈者が適正と思われる民事手続的要件を自由に読み込むことができる状況になっていることは、確かではなかろうか。以上により、近時の有力説の方向についても、懐疑的な姿勢を示さざるを得ないところである。

これに対しては、なお、文言上、「裁判を受ける権利」は民事裁判を提起する権利と解する方が自然であるという反論も予想されよう。しかし、日本語としての文言、頑固な文言解釈に拘るならば、「裁判を受ける権利」はあくまでも「裁判を受ける権利」であって、「裁判を提起する権利」とは記されていない。寧ろ、その語感は受動的なものではないかとさえ思えるのである。

また、芦部信喜が、「司法作用を請求する当事者の地位を裁判を受ける権利

として捉えれば足りるのであるから」「在来的な訴権の概念を認める必要はない」と述べる[294]が、そもそもそれは憲法76条から自然と生ずる内容であろう。松井茂記説も、憲法76条の司法権の定義を行う中で、「裁判所は裁判を拒否することは原則として許されない」と述べ、それが国会や内閣には許されない裁判所の排他的な権限であることを指摘しつつ[295]、「憲法32条についても、憲法上の要件・争訟性要件を満たしていない訴訟を却下することはなんら問題ではない」と述べている[296]。だが、そうであれば、権利を侵害された国民が、これを回復すべく裁判を起こし、「司法」の定義に適う、事件争訟性を有する訴えであれば、裁判所によって受理されることは憲法76条が保障し、同条が民事訴訟・行政訴訟の憲法上の根拠であると端的に述べればよいだけであろう。即ち、民事・行政「裁判を受ける権利と裁判所に司法権を付託することは表裏一体の関係にある」[297]のであり、これらの訴訟を提起できることは、別段憲法32条を根拠にせずとも、憲法上何ら問題はない[298]。この立場に対しては、参政権や国家賠償請求権が人権規定として存在するのと同様、民事・行政「裁判を受ける権利」を権利として構成する意義は大きいという反論があるかもしれない。しかし、国と地方を含むこれらの権利と、およそ国の機関でしかない裁判所とを同じように考えることはできないほか、日本国憲法制定前には、女性参政権の欠如や国家無答責が当然であったのと比べ、民事訴訟は普通に行われており、立憲的事実が大きく異なる。行政訴訟が裁判所に提起できることは、寧ろ憲法76条が特別裁判所の禁止の形で明示していると言うべきである。

やはり、「裁判を受ける権利が人権保障の点からみて、特に重要な意義をもつのは、刑事裁判の場合である」[299]。和解で得る額が多ければ構わない[300]という民事訴訟とは異なり[301]、刑事裁判では真理の追求が大いなる価値を有する。起訴猶予に納得しないとき、「憲法32条の規定を根拠に、捜査の対象とされた被疑者には公判での審理を受ける権利があるとする解釈論は十分可能であろう」とする見解[302]もあるほどである。明治憲法下では、刑事における裁判は刑罰権力の作用の一つとされ、日本国憲法によって漸く裁判権が刑罰権力か

ら分離され[303]、現憲法の施行により漸く人権保障機能をもったということであり[304]、それは 20 世紀中葉の第二次世界大戦終結による大日本帝国崩壊により、やっと得たものだということは肝要である。憲法 32 条は主として自由権的性格[305]、或いは刑事手続保障の一環を成すものとして解されるべきであると思われる。

憲法制定前の事情を更に読み込めば、憲法 32 条を「裁判なければ刑罰なし」に特化して読み込むべき事情が浮かんでくる。実に日本軍は、大韓帝国を占領すると、1904 年 7 月には軍律を施行し、9 月には早くも軍用鉄道妨害罪で 3 名を処刑した[306]。韓国併合後は言うまでもない。大日本帝国の傀儡国家であった旧満洲国は、1932 年に暫行懲治叛徒法、暫行懲治盗匪法を制定していたが、これらは、現場の裁量で検挙者を殺害（現場処刑）する「降陣格殺」を認めていた[307]。また、日本でも、治安維持法の下、小林多喜二らが拷問死させられ、特高警察はこれを吹聴して威圧した[308]ほか、検察は転向を促すために起訴留保を多用し、1885 年太政官布告の違警罪即決例を用いて拘留刑を科し、1900 年の間接國税犯則者處分法や専売法、關税法により税務署長や専売支局長、税関長らが罰金や科料に該当する通告処分を下せたことなど、裁判所の令状なしに思想犯を拘束できた[309]。このようなことが、日本国憲法制定直前まで日常だったのである。これらの点からも、新憲法 32 条を、主として刑事手続の中にある者の、公平な裁判所による裁判を経ずして処分されない権利と解する方が、立憲の趣旨から自然に見える。「歴史的に言って、『裁判を受ける権利』が重要視されるにいたったのは、刑事事件との脈絡においてであった」[310]と奥平康弘が述べていることは、実感を伴うものである。そして、奥平は、「近代以前の社会を考えてみるとよい。『裁判所』による『裁判』を受けることなしに刑罰を科せられるのが当たり前であった」[311]として、「この権利は、むしろ、暴政による刑罰を受けないことを内容とする、消極的・防禦的な性質のものというべきである」[312]とし、通説や有力説に反論している。刑事裁判でこそ「裁判を受ける権利」の保障が重要なことは、松井茂記説も認めている。

松井は、明治憲法下での逮捕監禁審問処罰が行政権の専断でなされたことを指摘する[313]ほか、最高裁が「罰金もしくは科料の法定刑の簡易裁判所管轄事件について、公判によらずに行なわれる略式手続（現行法以前の旧法時代の制度）を憲法37条違反の主張に対して支持し」た[314]と指摘する[315]ほか、「違法収集証拠を認めた最高裁判所判決は一つもない」とも指摘している[316]。そうであれば、まずは刑事裁判上の権利の確固たる補強のため、31条から40条を一貫して強い要求を行なっていると解するべきではなかったのだろうか。

刑事関係の人権が危うさは、現憲法制定後、度重なる冤罪事件でも明らかである。更に、1974年5月29日、法制審議会は「改正刑法草案」を決定したが、その97条以下には保安処分の規定が存在した[317]。保安処分は「治療処分」と「禁絶処分」に分かれ、共に「裁判所が言渡をする」ものとされた（97条）。それぞれ、「保安施設に収容」され、前者は「治療及び看護のために必要な処置を行なう」（99条）とされ、後者は「飲酒又は薬物使用の習癖を除くために必要な処置を行なう」（102条）とされた。収容期間は前者で3年（100条）、後者で1年（103条）であったが、それぞれ2回の更新（前者は2年ずつ）が可能であったほか、前者については、「但し、死刑又は無期もしくは短期2年以上の懲役にあたる行為をするおそれのあることが顕著な者については、この限りではない」（100条2項但書）とされ、事実上、無期限の拘禁が可能であった。この草案は1995年に刑法の口語化がなされると忘れ去られたが、このような案が生きていたのはつい最近のことである。また、全体主義的な政権が反対する者を拘束し、弾圧する危険が、過去のものになったと言うことなど、決してできない[318]。日本国憲法が、刑事訴訟法に委ねてもおかしくないほどの詳細な刑事手続に関する規定を抱えていることの意味を、軽々に扱うべきではない。また、このことは、何らかの手続保障では不十分で、裁判抜きもしくは「迅速さ」を伴う形ばかりの裁判での身体拘束を禁じる条項を明示的に掲げる必要が極めて高いことを示している。略式の刑事裁判は「迅速」でありさえすれば「裁判」が十分であるとの理解に支えられている気がしてならない[319]。適切な速さこそが望まれるのではなか

ろうか[320]。この点は、調書の偏重についても言える点である[321]。これらを抑制する根拠条文は憲法 32 条以外にないのではあるまいか。

そして、このことにより、憲法 31 条から 40 条を一体として、刑事訴訟に関する特別則として読むことができる。憲法 31 条が刑事手続について一段と高い水準の適正さを要求することを受け、32 条はそれがまず、事前の「裁判」でなければならないことを厳命するほか、「争うべき点は争うことが可能なような充実した審理」[322] や「充分な審理を尽くさぬ拙速裁判とならぬこと」[323] を要求しよう。33 条以下は以上の原則について更に特別則を定め、戦前においてしばしば適正さを欠いてきた刑事司法に対する警戒を示したと読めるのである。憲法 37 条 1 項の意義は、「裁判が迅速であるべきことおよび裁判の長期かによる不利益から被告人が救済されるべきことを要請する」[324] 一点にある。以上の一体理解によって、何よりも、刑事手続に関する憲法の厳しい拘束を明確にし、刑事手続に厳格度の高い司法審査を及ぼすべきなのである。

実は、このような方向の理解は、忘れがちであるが、当初から存在した。憲法 31・32 条が憲法研究会草案を見た総司令部の発案であることは先に述べたが、その草案のこれらの条項の発案者である鈴木安蔵は 1956 年刊行の憲法の概説書において、以下のような説明を行なっていたのである。

鈴木は「人身の自由」の項を「奴隷的拘束およびその意に反する苦役」から説明を始め[325]、その次に、「人身の自由の保障のためには、国家権力による恣意的な逮捕・抑留・拘禁等の行なわれぬことが大切である。すなわち人身の自由の拘束について、法律が詳細に手続を定めることが要求される。日本国憲法は、それについて基本的な諸条項を、憲法自体において規定した。第 31 条より第 35 条、第 37 条より第 39 条がこれにあたる」[326] として、残虐刑の禁止を定める 36 条をそこから排除しながら、32 条を排除していないのである。

鈴木の解説は 31 条に進み[327]、その次に[328]、「第 32 条は、何びとも、裁判所において裁判をうける権利を奪われないと定める。裁判をうける権利の保障なくしては、権利一般の保障は全きをえない」として、「言うまでもなく、そ

の裁判所は、すべての国民が平等に裁判をうけうる、同一の制度の裁判を意味し（特別裁判所の禁止—第76条）、また当然に公開の、迅速な裁判たるべきである（第37条）」との追加説明を行なっている[329]。そして、この間に、「被害者の告訴権について刑事訴訟法第230条、職権乱用罪についての審判請求権については第262条第1項、第264条」という註があり[330]、憲法32条が刑事裁判を問題にしていることを駄目押ししている。果たしてここに、民事裁判を受ける権利という概念はなく、「権利の体系」にも存在していない[331]。

では、ここに適切な民事訴訟法がなくとも憲法違反ではないという理解はあるか。鈴木は、「司法作用」の説明において、「国民相互間あるいは国民と国家との間の権利についての争いについて、いずれが適法であり正当であるのかを確定し、権利を保護する」ものが含まれるとする[332]。そして、これらは「裁判の手続きによつて行われる。裁判官が争いの当事者（原告、被告）の主張をきき、事件を審理し（対審）、それについて適用されるべき法規範を確定し宣告する（判決）のが裁判であ」り、「この司法権を行使することを、その権限として定められた国家機関は、裁判所である」のであるから[333]、民事訴訟が裁判所以外ではなされないことが導きだされる筈である[334]。確かに、ここには、裁判所は適法な訴えを拒絶できないこと、言い換えれば適法な訴訟を提起する権利の記述はない。しかし、「裁判をうけるものが、すべての事件について、同一の裁判制度の下に、平等な裁判をうける権利を保障する」べき[335]とする記述には、裁判所が訴えをその裁量において拒絶する余地は読み取れない。行政機関の前審があっても「司法裁判所において審理されることを要する」[336]という記述は、行政事件ですらそうであり、まして民事事件ではと読めるのではなかろうか。仮に、鈴木がそのような司法権理解に達していなかったとしても、現在の学説は司法権による裁判の拒否をまず否定しており、「司法」に該当する事案は裁判所によって審理されることは、憲法上も確かであり、憲法32条から民事・行政裁判を受ける権利を導き出す実益もないように思えるのである。

裁判の中で当事者が不利に扱われることがないよう、裁判によって、権利を

剥奪し義務を負わせるのであれば、適正な訴訟手続が要求されることになるが、これも基本的には「司法」概念から当然のものと考えればよい[337]。或いは、裁判による権利剥奪・義務賦課という点で、刑事手続に準ずるものと解せれば、憲法 31 条以下の刑事手続に関する規定が準用されると解すればよい。この帰結として、相手側当事者やその証人に質問する権利、立証責任に関する適切なルールは憲法の保障するところであると言えるのではなかろうか[338]。ただ、和解による解決もあり得る、性質上非公開がやむを得ない事案も抱える民事・行政裁判について、刑事裁判と同じ憲法上の要請があるとは、憲法の構造上も、解せまい[339]。このように考えれば、笹田栄司や片山智彦の主張する、民事訴訟における法的審問請求権の保障など、民事裁判を受ける権利の憲法的実質化も十分果たせるものであって、憲法 32 条を民事裁判を受ける権利の基本条文とすることに拘るべきではないように思われる。32 条の標的は酷過ぎる刑事手続の是正にあるのであって、これを弱めるような 32 条解釈に賛成できない。民事裁判の適正は、76 条ないし 33 条以下の反射光によるところで留めるべきである。片山自身も、「憲法 31 条、33 条ないし 40 条の規定は、第一義的には、刑事事件に関するものであるが、これらの規定から構築される訴訟手続は、憲法の意味での適正な手続の典型をなすと解される。したがって、刑事裁判に関する規定が、民事裁判を受ける権利と行政裁判を受ける権利の理解にも一定の意義を有することが看過されてはならない」[340] と述べ、また、被害者特定事項を公開の法廷で公開しなかった最高裁の決定[341] を批判しており[342]、本稿の主張と実質的な差がないように思える[343]。片山の研究の内実は、本稿の立場でも十二分に生かされよう。

一方、笹田は、最高裁は「ドイツに例えれば『憲法裁判所』的機能を有すると同時に『連邦通常裁判所』である」ので、これに審理を求める可能性を一切認めない法令があれば、「そのことが違憲であるとして最高裁の審理を求めることができる」としている[344] が、「憲法違反を問わない事件については、憲法 81 条を前堤として制度（法律）の憲法 32 条違反を主張する特別抗告によ

り最高裁の審理を求めうるということまでしか、憲法 32 条『裁判を受ける権利』は語っていない」[345] とする。一審限りの訴訟類型は許されず、原審を問い直す権利は、裁判所による権利剥奪に対して適切に反論する権利として、憲法 33 条以下の準用から生じそうに思われる。だが、ドイツの法制度を根拠にできるかは兎も角、最高裁に上告できる権利を憲法 32 条が保障、もしくは 76 条が制度的保障したとは解せまい[346]。「相互運動構造」をなす裁判手続を憲法 32 条は前堤としているとの指摘[347] もあるが、その構造は憲法 76 条にいう「司法」故に思える。笹田が「残された問題」だとする証人尋問・当事者尋問[348] などは、民事・行政裁判手続の適正さの保障の問題として、憲法の問題とできるように思える。

おわりに

別稿[349] と併せると、結論としては、憲法 13 条[350] は適正手続一般を保障し、31 条が刑事手続に関して特段の水準の適正さを求める[351] いわば刑事の大特別則を示し、32 条はその肝要が「裁判なくして刑罰なし」の重要原則であることを謳い、33 条以下により具体則が示されているように端的に纏められよう。やはり、憲法 31 条と 32 条の密接な関係を踏まえることが立憲趣旨に適い[352]、文言上も歴史的にも、憲法構造上も適切であると思われる。民事・行政裁判手続については、31 条や 32 条などの人権条項が直接保障しているわけではない。民事・行政裁判を裁判所に起こせることは憲法 76 条の結果と言うべきであるが、憲法が、刑事訴訟法や刑法の定めに従って「刑事」を切り分けるものではない以上、人権を規制し、自由を奪い財産を剥奪する国家の最終決定の場面では 31 条以下の規定も準用される、と解すれば足りるように思われる。

非訟事件や行政事件訴訟法の客観訴訟などをどのように憲法上理解すべきか[353] については、機会を改めて論じたいと思う。

1）樋口陽一『憲法』〔第 3 版〕271 頁（創文社、2007）。

2）松井茂記『裁判を受ける権利』5 頁（日本評論社、1993）。

3）中野貞一郎 ほか編『新民事訴訟法講義』〔第 2 版〕13 頁（有斐閣、2004）［中野］。また、新堂幸司『新民事訴訟法』〔第 3 版補正版〕35 頁（弘文堂、2005）にも、「憲法 32 条、同 82 条にみられるように、憲法には、民事訴訟の手続に関する規定が存在する」との記述がある。

4）関連して言えば、憲法 19 条以下に精神的自由権が並ぶ中、22 条に経済的自由があることにも違和感がないではない。しかしこれは、古典的自由権が 22 条まで続いた後、英米公法の伝統からすれば、大学、家族という制度を要するものを後に回したと読めよう。

5）伊藤博文（宮沢俊義校註）『憲法義解』55 頁（岩波書店、1940）。

6）河原畯一郎「裁判を受ける権利・特別裁判所及び行政的最終性の問題」ジュリスト 77 号 6 頁、11 頁（1955）、樋口陽一 ほか『注解法律学全集 2 － 憲法 II』282 頁（青林書院、1997）［浦部法穂］。

7）このような引き算思考は、憲法原理の転換を軽視してしまう危険もある。「日本国憲法のなかに旧憲法が通奏低音として流れていた。」井上ひさし＝奥平康弘「対談・世界史のなかの日本国憲法」『読本憲法の 100 年 3 － 憲法の再生』417 頁、420 頁（作品社、1989）［奥平］。

8）田中英夫『英米法研究 3 － 英米法と日本法』348 頁（東京大学出版会、1988）によれば、戦前の美濃部達吉『憲法撮要』〔改訂第 5 版〕（有斐閣、1935）でも全 626 頁中 27 頁、上杉慎吉『憲法述義』（有斐閣、1924）で 704 頁中 42 頁、宮沢俊義『憲法略説』（岩波書店、1942）で 304 頁中 16 頁が臣民の権利の解説に割かれていたに過ぎないという。

9）佐藤達夫『日本国憲法成立史第二巻』736-740 頁（有斐閣、1964）参照。

10）佐藤達夫『日本国憲法成立史第一巻』460 頁（有斐閣、1962）参照。

11）同上 461-462 頁参照。

12）佐藤前掲註 9）書 776 頁参照。

13）同上 779-782 頁参照。

14）清水伸編『逐条日本国憲法審議録第四巻』〔増補版〕436 頁（原書房、1976）参照。

15）佐藤前掲註 9）書 784 頁。

16）鈴木は福島県相馬郡小高町（現在の南相馬市）出身で当時 41 歳の在野の憲法史研究者。評論家の室伏高信が高野に引き合わせ、初対面ながら意気投合している。古関彰一『新憲法の誕生』32 頁（中央公論社、1989）など参照。

17）佐藤前掲註 9）書 809-810 頁参照。最終的な要綱に残ったものとして、「国民ハ拷問ヲ加ヘラルルコトナシ」もあった。

18）同上 831 頁。

19）同上 833 頁。

20）同上 835 頁。

21）同上同頁。

22）同上 836 頁。

23）同上 835 頁。

24）初宿正典ほか『目で見る憲法』〔第 4 版〕113 頁（有斐閣、2011）。

25）佐藤前掲註 9）書 931 頁より引用。

26）後に、金森徳次郎は『憲法随想』40 頁（美和書房、1947）で、公布された日本国「憲法の中の刑事上の保障規定の中には恐ろしく窮屈なものがある。かなり精密に規定したものがある。流動性なる水を凍らせているような規定がある」と述べている。金森については、「天皇機関説で辞任した経歴」があり、「高級官僚臭さがなかった。」古関前掲註 16）書 206 頁。そして、「うまく窮地を脱する答弁ぶりはむしろ官僚とは思えない名人芸に近」く、「吉田内閣がこの金森を得たことでどれほどの利益を得たか、計り知れない」という。同書 207 頁。

27）江藤淳責任編集『占領史録第 3 巻―憲法制定過程』63 頁以下（1982、講談社）参照。

28）この改憲作業は京大系で占められており、立場が異なったであろう田畑忍がこれを「反動視するのは許せない」と批判したなど、当時、「東京と京都には」「太平洋の東と西ほどの距離があった」ことは忘れるべきでない。古関前掲註 16）書 28 頁参照。

29）佐藤前掲註 10）書 228 頁参照。

30）江藤編前掲註 27）書 111 頁以下参照。

31）佐藤前掲註 10）書 268 頁参照。

32）同上 270 頁参照。

33）同上 304 頁参照。

34）同上 311 頁。

35）同上 342 頁参照。

36）佐藤前掲註 9）書 543 頁参照。

37）同上 570 頁参照。

38）佐々木高雄「裁判を受ける権利の成立経緯」青山法学論集 31 巻 4 号 15 頁、17 頁（1990）。

39）総司令部民政局における諸々の刑事手続条項の議論については、同上 20 頁以下参照。

40）同上 25 頁。

41）佐藤達夫（佐藤功補訂）『日本国憲法成立史第三巻』37 頁（有斐閣、1994）参照。

42）キョウコ・イノウエ（古関彰一＝五十嵐雅子訳）『マッカーサーの日本国憲法』123-126 頁（桐原書店、1994）参照。

43）田中英夫『英米法研究 2 －デュー・プロセス』296 頁（東京大学出版会、1987）。

44）同上 296-297 頁。

45）同上 297 頁。

46）イノウエ前掲註 42）書 127 頁。

47）佐藤前掲註 41）書 79 頁。佐々木前掲註 38）論文 17 頁によれば、松本烝治は多くの刑事手続条項を減らすことを佐藤達夫に命じていた模様である。

48）佐々木前掲註 38）論文 42 頁。江藤价泰「裁判を受ける権裡」小林孝輔還暦『現代法の諸領域と憲法理念』472 頁、483 頁（学陽書房、1983）同旨。

49）芦部信喜編『憲法 III―人権（2）』281 頁（有斐閣、1981）［芦部］。

50）佐藤前掲註 41）書 96-97 頁参照。

51）同上 126 頁参照。

52）同上 167 頁参照。

53）同上 192 頁参照。

54）「憲法改正草案要綱ニ関スル問題第一稿（21-3-18）」及び「要綱ニ関スル問題　第一稿（21、3、24）」。佐々木前掲註 38）論文 49-50 頁より引用。

55）佐藤前掲註 41）書 287 頁参照。

56）同上 294 頁参照。

57）法定手続条項については、生命を奪われることは刑罰に限られるとして、更に交渉において訂正の主張を行なった。同上 304 頁。結果、「刑罰」ではなく「其ノ他ノ刑罰」とすることで 4 月 9 日に妥協がなされたという。同書 313 頁。

58）同上 339 頁参照。

59）枢密院では、法定手続条項に付いて林委員から質問がなされたが、「裁判を受ける権利」についての質疑の記録はない。同上 398 頁参照。

60）清水編前掲註 14）書 367 頁参照。

61）清水伸編『逐条日本国憲法審議録第二巻』〔増補版〕735-739 頁（原書房、1976）参照。

62）同上 736 頁。

63）同上 738 頁。

64）佐藤達夫（佐藤功補訂）『日本国憲法成立史第四巻』693-694 頁（有斐閣、1994）参照。

65）清水伸編『逐条日本国憲法審議録第三巻』〔増補版〕465-487 頁（原書房、1976）参照。

66）同上 464 頁。質問者は大河内輝耕議員（研究会）。

67）松井前掲註 2）書 73 頁も議会についてそう評する。

68）笹田栄司『裁判制度』90 頁（信山社、1997）。

69）松井前掲註 2）書 115 頁。

70）佐々木前掲註 38）論文 59 頁。

71）美濃部達吉『日本國憲法原論』186-187 頁（有斐閣、1948）。

72）同上 203 頁。

73）佐々木惣一『改訂日本國憲法論』435 頁（有斐閣、1952）。

74）法學協會編『註解日本国憲法上巻』600 頁（有斐閣、1953）。

75）宮沢俊義『憲法 II』〔新版〕447 頁（有斐閣、1971）。

76）同上 448 頁。

77）同上 202 頁。

78）宮沢俊義『憲法入門』〔新版〕268 頁（勁草書房、1973）では、「諸国の憲法は例外なく、」このような意味での「裁判を受ける権利を保障しています」という。

79）美濃部達吉『逐條憲法精義』370 頁（有斐閣、1927）。

80）同上 371 頁。

81）同上同頁。

82）同上 373 頁。

83）同上 374 頁。

84）佐々木惣一『日本憲法要論』251-252 頁（金刺芳流堂、1930）。

85）芦部編前掲註 49）書 281 頁［芦部］。

86）佐藤幸治『現代国家と司法権』10 頁以下（有斐閣、1988）参照。

87）芦部信喜『演習憲法』〔新版〕206 頁（有斐閣、1988）。

88）鵜飼信成『憲法』〔新版〕140 頁（弘文堂、1968）。

89）芦部編前掲註 49）書 275 頁［芦部］。

90）同上 85 頁以下の第 6 編。同編他章の執筆者は杉原泰雄。

91）芦部編前掲註 87）書 208 頁。

92）同上 208-209 頁。

93）同上 209 頁。

94）芦部編前掲註 49）書 286 頁［芦部］。

95）同上 275 頁［芦部］。

96）同上 284 頁［芦部］。

97）「民事事件と行政事件においては、自己の権利または利益が不法に侵害されたとき、裁判所に対して侵害の救済を求める権利、すなわち裁判請求権または訴権が保障されること、したがって、裁判所の『裁判の拒絶』は許されないことを意味する。また、刑事事件においては、裁判所の裁判によらなければ刑罰を科せられないことが保障されることを言う。刑事事件における裁判を受ける権利は、自由権の一種であ」るとする。芦部信喜『憲法』〔新版補訂版〕232 頁（岩波書店、1999）。なお、この記述は、同（高橋和之補訂）『憲法』〔第 5 版〕250 頁（2011）でも変わっていない。

98）芦部編前掲註 49）書 302 頁以下［芦部］参照。

99）芦部編前掲註 87）書 213 頁。この問題については、同『憲法叢説 2—人権と統治』146 頁以下（信山社、1995）も参照。

100）芦部編前掲註 49）書 296 頁［芦部］。引用部分は、阿部泰隆「自治事務と不服審査前置制度」自治研究 54 巻 3 号 29 頁（1978）より。

101）飯倉一郎「『裁判を受ける権利』について」國學院大學紀要 6 巻 233 頁（1967）、覚道豊治『憲法』〔改訂版〕299-301 頁（ミネルヴァ書房、1973）、小林三衛「裁判を受ける権利」関誠一追悼『現代の裁判と裁判官』11 頁、17 頁（1976）、伊藤正己＝阿部照哉＝尾吹善人編『憲法小辞典』〔増補版〕141 頁（有斐閣、1978）、橋本公亘『日本国憲法』376 頁（有斐閣、1980）、小林直樹『新版憲法講義上』606 頁（東京大学出版会、1980）、伊藤公一『憲法概要』〔改訂版〕117 頁（法律文化社、1983）、榎原猛『憲法—体系と争点』226 頁（法律文化社、1986）、小嶋和司『憲法概説』269 頁（良書普及会、1987）、佐藤幸治編『憲法 II—基本的人権』437-438 頁（成文堂、1988）［中山勲］、阿部照哉『憲法』〔改訂〕168 頁（青林書院、1991）、上田章＝浅野一郎『憲法』588 頁（ぎょうせい、1993）［浅野］、佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第 5 版〕286 頁（学陽書房、1995）、伊藤正己『憲法』〔第 3 版〕400 頁（弘文堂、1995）、戸波江二『憲法』〔新版〕340 頁（ぎょうせい、1998）、堀内健志『憲法』〔改訂新版〕161 頁（信山社、2000）、吉田善明『日本国憲法論』〔第 3 版〕461 頁（三省堂、2003）、大沢秀介『憲法入門』〔第 3 版〕216 頁（成文堂、2003）、内野正幸『憲法解釈の論点』〔第 4 版〕109 頁（日本評論社、2005）、渋谷秀樹『憲法』429 頁（有斐閣、2007）、手島孝監修・安藤高行編『憲法新教科書』125 頁（法律文化社、

2007）［中村英樹］、川又伸彦『マスター憲法』193 頁（立花書房、2009）、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第 2 版〕281-282 頁（有斐閣、2010）、初宿正典『憲法 2』〔第 3 版〕495 頁（成文堂、2010）、長谷部恭男『憲法』〔第 5 版〕291 頁（新世社、2011）、赤坂正浩『憲法講義（人権）』236 頁（信山社、2011）、岩間昭道『憲法綱要』151 頁（尚学社、2011）、長尾一紘『日本国憲法』〔全訂第 4 版〕152 頁（世界思想社、2011）、野中俊彦ほか『憲法 I』〔第 5 版〕549 頁（有斐閣、2012）［野中］、辻村みよ子『憲法』〔第 4 版〕287 頁（日本評論社、2012）、樋口ほか前掲註 6）書 283 頁［浦部法穂］など圧倒的多数。浦田賢治＝大須賀明編『新・判例コンメンタール日本国憲法 2』255 頁（三省堂、1994）［野上修市］はこの説に立った後、256 頁で、「以上のような 2 つの意味をもつとする通説的解釈は、近代法の原則であり、異論のないところである」とまで断言する。なお、阪本昌成『憲法理論 III』（成文堂、1995）、同『憲法 2―基本権クラシック』〔第 4 版〕（有信堂、2011）には「裁判を受ける権利」などの説明がない。

102）竹中勲「実効的人権救済権論」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望 II』345 頁、369 頁以下（有斐閣、1998）は、刑事事件において、不起訴事件の被害者や被疑者の「裁判を受ける権利」を展望するが、このような検討は希有である。

103）和田英夫「現代社会と裁判」松山大学地域研究ジャーナル 5 号 71 頁、86 頁（1992）の示すように、特に行政裁判で、訴訟起こし、政治的にアピールするという参政権的意義があるという指摘もある。ただ、これを理由に、裁判を受ける権利を参政権に性格づけることには、疑問がある。

104）平良小百合「裁判を受ける権利の憲法的保障」九大法学 150 号 47 頁、48 頁（2010）、佐々木前掲註 38）論文 59 頁同旨。田中和夫「裁判を受ける権利」時の法令 364 号 20 頁、24 頁（1960）もこれを批判的に指摘する。これに対し、我妻栄「裁判を受ける権利」世界 248 号 68 頁（1966）は、夫婦間の争いなどに口頭弁論主義を持ち込むことを批判している。

105）樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』6-7 頁（法律文化社、1988）［樋口］。

106）同上 12 頁［樋口］。

107）同上 18-19 頁［樋口］。

108）同上 19 頁［樋口］。

109）樋口陽一『憲法 I』470 頁（青林書院、1998）。

110）樋口前掲註 1）書 271-272 頁。

111）田中前掲註 43）書 300 頁以下。

112）同上 300 頁。

113）同上 303 頁。

114）同上同頁。

115）最大判昭和 24 年 3 月 23 日民集 3 巻 3 号 352 頁。

116）最大判昭和 35 年 12 月 7 日民集 14 巻 13 号 2964 頁。

117）例えば、夫婦同居を求める訴訟では公開も対審も必要ないとした最大決昭和 40 年 6 月 30 日民集 19 巻 4 号 1089 頁、会社更生法 232 条に基づく更生計画認許決定取消し・更生計画不認許決定に対する抗告では公開も対審も必要ないとした最決昭和 60 年 1 月 22 日判タ 50 号 136 頁、家事審判法 9 条 1 項乙類 9 号の 2 所定の寄与分を定める処分にかかる審判でも公開も対審も必要ないとした最決昭和 60 年 7 月 4 日判時 1167 号 32 頁など。このほか、非訟事件手続法による過料の裁判を合憲とした最大決昭和 41 年 12 月 27 日民集 20 巻 10 号 2279 頁、法廷等の秩序維持に関する法律の制裁手続を合憲とした最決昭和 60 年 11 月 12 日判時 1202 号 142 頁、自作農創設特別措置法改正で出訴期間が 1 カ月に短縮されたのは違憲ではないとした最大判昭和 24 年 5 月 18 日民集 3 巻 6 号 199 頁、差押等の許可に対する準抗告を不適法とする最大決昭和 44 年 12 月 3 日刑集 23 巻 12 号 1525 頁などがある。

118）最大判昭和 35 年 7 月 6 日民集 14 巻 9 号 1657 頁。

119）法哲学者による、浅野有紀「最高裁判例にみる『裁判を受ける権利』」法律時報 75 巻 8 号 33 頁（2003）も参照。

120）浅野一郎＝杉原泰雄編『憲法答弁集 1947-1999』316 頁（信山社、2003）〔川崎政司〕参照。

121）笹田前掲註 68）書 102 頁は審級制度について、同書 120 頁は裁判の公開について、そのように示唆する。

122）片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』17 頁（大阪大学出版会、2007）。

123）中野貞一郎「民事裁判と憲法」新堂幸司編『講座民事訴訟 1』1 頁、2 頁（弘文堂、1984）など。関連して、澤田章仁「民事訴訟法 18 条の裁量移送と『裁判を受ける権利』」月刊司法書士 447 号 26 頁（2009）。

124）三井誠『刑事手続法 II』437 頁（有斐閣、2003）。同「人身の自由と刑事手続」ジュリスト 1192 号 132 頁（2001）も参照。田宮裕『刑事訴訟法』〔新版〕7-8 頁（有斐閣、1996）にも、憲法 31-40 条を「ミニマム・スタンダード」とする記述がある。

125）小田中聰樹「公正な裁判を受ける権利についての覚書」松井康浩還暦『現代司法の課題』119 頁、127 頁（勁草書房、1982）は、憲法 32 条を基軸に、31 条、37 条 1 項、76 条 3 項などを併せて、「『裁判を受ける』とは裁判の名にふさわしい手続的保障（デュー・プロセスの保障）と内容（正しい事実認定と正しい法の解釈、適用）の裁判によって正当な権利・利益の侵害に対する救済を受けるということを意味している」と主張する。

126）その中でも、大橋洋一『行政法 II—現代行政救済論』13 頁（有斐閣、2012）は、第 1

章の表題を「裁判を受ける権利と多様な行政訴訟」としており、突出している。このほかには、憲法 32 条に触れる行政法教科書としては、宇賀克也『行政法概説 II』〔第 2 版〕103 頁（有斐閣、2009）がある程度である。東條武治「『裁判を受ける権利』試論」判例評論 199 号 2 頁（1975）、阿部泰隆「行政裁判における裁判を受ける権利」ジュリスト 1192 号 141 頁（2001）、岡田正則「改正行政事件訴訟法の訴訟手続規定と裁判を受ける権利」法律時報 44 巻 3 号 61 頁（2005）も参照。関連して、畔上佳枝「裁判を受ける権利と国の裁判権免除」慶大院法学政治学研究 80 号 221 頁（2009）。

127）笹田栄司『司法の変容と憲法』235 頁（有斐閣、2008）。

128）ところで、大学入試の「政治・経済」でもこの分野が出題されることは稀である。君塚正臣「私立大学入学試験『政治・経済』における日本国憲法の扱いについて」エコノミア 56 巻 2 号 51 頁（2005）参照。法科大学院入試や新司法試験の憲法でも同傾向か。

129）笹田栄司『実効的基本権保障論』59 頁（信山社、1993）。

130）松井前掲註 2）書 310 頁。

131）棟居快行『人権論の新構成』〔第 1 版改版新装〕291 頁（信山社、2008）。

132）笹田前掲註 129）書 301 頁。

133）棟居前掲註 131）書 294 頁。

134）松井前掲註 2）書 3 頁。

135）橋本前掲註 101）書 581 頁。

136）伊藤正己『憲法』537 頁（信山社、1982）。同書第 3 版である、伊藤前掲註 101）書 559 頁でも同様の記述が見られる。

137）佐藤前掲註 86）書 10 頁。

138）同上 17-23 頁参照。

139）同上 24 頁。

140）同上 25 頁。

141）清宮四郎『憲法 I』〔第 3 版〕335 頁（有斐閣、1979）。

142）佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第 3 版〕368 頁（学陽書房、1985）。同書第 5 版である、佐藤功前掲註 101）書 462 頁でも同様の記述が見られる。

143）佐藤前掲註 86）書 25 頁。

144）同上 29 頁。

145）同上 31 頁。

146）同上 121 頁。

147）同上 32 頁。

148）佐々木前掲註 73）書 342 頁以下。

149）佐藤前掲註 86）書 33-34 頁。

150）同上 43 頁。

151）同上 57 頁以下。

152）同上 67 頁以下。その存在理由について、自己抑制、代表、自己決定の 3 つの理念が紹介される。71-74 頁。

153）同上 128 頁。

154）同上 129 頁。

155）こういった理解は、元最高裁判事による著書、大野正男『社会のなかの裁判』39 頁（有斐閣、1998）でも示される。調停や仲裁などと異なり、時代は移っても、「『正当性』の理念は裁判の拠り所」であると述べる。

156）佐藤前掲註 86）書 257 頁。

157）佐藤幸治『憲法』416 頁（青林書院、1981）、同書〔新版〕524 頁（1990）、同書〔第 3 版〕612 頁（1995）と繰り返されている。

158）佐藤幸治『日本国憲法論』353 頁（成文堂、2011）。

159）同上同頁。

160）佐藤前掲註 86）書 261 頁。

161）大西芳雄「人権と民事裁判」公法研究 35 号 134 頁（1973）。

162）笹田前掲註 129）書 313 頁。

163）藤井俊夫『事件性と司法権の限界』1 頁（成文堂、1992）。

164）同上 4 頁。このような理解は、大須賀明ほか『憲法講義 2』284-285 頁（有斐閣、1979）〔平松毅〕にも色濃く見られ、藤井はこれを引用する。但し、平松は、同書 287 頁以下で、「民事、行政、刑事各事件について、特に問題となる点を挙げる」としつつ、民事事件の分量は非常に少ないなど、32 条を民事・行政裁判に力点を置く見解と言うには遠いように思われる。

165）藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』43 頁（成文堂、2007）。

166）同上 45-46 頁。

167）同上 50 頁。

168）藤井前掲註 163）書 10 頁。

169）藤井俊夫『憲法と人権 I』334 頁（成文堂、2008）。

170）同上 335 頁。

171）同上 335-336 頁。

172）同上 327-344 頁参照。但し、同書 329 頁には「刑事手続保障に関して別に述べる」としつつ、裁判員制度の実施にも言及しているので、憲法 32 条は刑事裁判を受ける権利を全く含まないとは解していないように思われる。

173）藤井俊夫『憲法と人権 II』261-297 頁（成文堂、2008）。裁判員制度についても、285-286 頁において、主として憲法 37 条適合性の問題として論じている。

174）松井茂記『日本国憲法』〔第 3 版〕521-522 頁（有斐閣、2007）。

175）新正幸も、「本来、」裁判制度を定める「法律によって縛られたものではなく、逆に裁判を受ける権利を保障するにふさわしい内実をもった裁判制度の構築を国家に要請し、そのように整備された裁判制度において裁判を求める権利を保障するというものでなければならない筈である」と述べている。新正幸『憲法訴訟論』〔第 2 版〕165-166 頁（信山社、2010）。

176）松井前掲註 2）書 7 頁。

177）同上 97 頁。

178）同上 7 頁。

179）同上 79 頁。

180）同上同頁。

181）同上 80 頁。

182）同上 81 頁。

183）同上 91 頁。

184）同上 100 頁。

185）同上 101 頁。

186）同上 103 頁。

187）同上同頁。

188）同上同頁。また、松井前掲註 174）書 522 頁でも、「国民が裁判を受けることなく刑罰を科されないことは 31 条の当然要求するところであるし、37 条もそのことを明記している以上、32 条は非刑事裁判手続に関する規定と考える方が妥当である」と説明されている。川岸令和ほか『憲法』〔第 3 版〕231 頁（青林書院、2011）［藤井樹也］もこの説に配慮した説明を行っている。

189）松井前掲註 2）書 105 頁。

190）同上 121 頁以下。回答は同書 159-161 頁参照。

191）同上 126 頁以下。回答は同書 161-164 頁参照。

192）同上 136 頁。

193）同上 174 頁以下では、行政訴訟・憲法訴訟について詳細に検討している。行政事件訴訟法に多くの憲法問題があることには同意できる。

194）同上 154 頁。

195）同上同頁。

196）同上同頁。

197）同上 155 頁。

198）同上 156 頁。

199）同上 157 頁。

200）同上 91-92 頁。

201）松井茂記「公正な裁判を受ける権利と取材・報道の自由」阪大法学 53 巻 3=4 号 219 頁、255 頁（2003）は、被告人や政府の利益、裁判員のプライバシーのためにマス・メディアの取材・報道の自由を制限することを批判し、「そもそも、刑事裁判は、本来公開されなければならない」点を強調している。

202）市川正人『ケースメソッド憲法』〔第 2 版〕204 頁（日本評論社、2009）。

203）同上同頁。

204）同上 206 頁。

205）同上 182-195 頁参照。

206）同上 205 頁注 5。

207）笹田前掲註 68）書 64 頁。特に審級制度はそうだと述べる。同書 102 頁。

208）同上 65 頁。

209）同上 85-86 頁。

210）笹田前掲註 129）書 302 頁。

211）浦部法穂「憲法訴訟論」法律時報 58 巻 6 号 60 頁、62 頁及び 65 頁（1986）。

212）笹田前掲註 129）書 303 頁。

213）笹田前掲註 68）書 86-87 頁。

214）笹田前掲註 129）書 315 頁。

215）同上 315-316 頁。

216）同上 316 頁。なお、憲法 13 条の文言は断じて「人間の尊厳」ではなく、個人の尊重である。日独の差異は看過すべきでない。

217）同上同頁。

218）同上同頁。

219）同上 317 頁。

220）同上同頁。

221）同上 318 頁。

222）同上）319 頁。

223）BVerfGE 78, 126=NJW 1988, S. 2787.

224）笹田前掲註 129）書 319 頁。

225）笹田前掲註 127）書 296 頁。

226）笹田前掲註 129）書 319-321 頁。

227）笹田前掲註 127）書 186 頁。

228）同上 219 頁。

229）この点については、笹田栄司「インカメラ審理の憲法適合性について」大石眞還暦『憲法改革の理念と展開下巻』69 頁（信山社、2012）参照。

230）笹田前掲註 127）書 252-253 頁。

231）同上 302 頁。

232）笹田前掲註 129）書 330 頁。

233）同上 331 頁。

234）片山前掲註 122）書 18 頁。

235）同上 11-12 頁。

236）同上 18 頁。

237）同上 28 頁。

238）同上 19 頁。

239）同上 26 頁。

240）同上 54-55 頁。

241）同上 35 頁。

242）同上 41 頁。このような観点から裁判員制度を合憲と判断する。決して「民意の反映」を根拠としていない。同書 133 頁。

243）同上 51 頁。

244）同上 52 頁。「人間の尊厳」ではなく「個人の尊重」と記している点は重要である。

245）同上 23 頁。

246）平野武ほか『憲法と人権保障』114-115 頁（晃洋書房、1998）［片山智彦］。

247）片山前掲註 122）書 27 頁。

248）君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法』［第 2 版］167 頁（法律文化社、2011）［片山智彦］。なお、刑事裁判を受ける権利については片山の担当ではない。そこでは、「公正な裁判を受けることなく処罰されないという自由権の性格を有する」との説明がある。同書 174 頁［前田正義］。

249）片山前掲註 122）書 44 頁。同書 56 頁では、憲法 17 条の国家賠償請求権も、「憲法 32 条の『特別法』」と評している。

250）同上 24 頁。

251）片山智彦「最高裁判所と裁判を受ける権利」龍谷法学 44 巻 4 号 565 頁、573 頁（2012）。

252）片山前掲註 122）書 261 頁。

253）同上 31 頁。

254）同上同頁。憲法が三権の役割をきっちりと規定するという理解は、同書 108 頁の、「行政と司法の関係にかかる規範は、何よりも、まず憲法で定められている」との記述にもよく現われている。

255）同上 45 頁。

256）同上 46 頁。

257）東京地判平成 23 年 2 月 24 日判例集未登載。

258）片山智彦「判批」『速報判例解説 vol.11―新・判例解説 Watch』23 頁、25 頁（日本評論社、2012）。

259）最判平成 11 年 9 月 28 日判時 1689 号 78 頁。

260）片山智彦「判批」『平成 11 年度重要判例解説』6 頁、7 頁（有斐閣、2000）。

261）松井前掲註 2）書 80 頁。

262）君塚正臣『憲法の私人間効力』491-492 頁（悠々社、2008）。

263）棟居快行『憲法学の可能性』159 頁（信山社、2012）。

264）棟居前掲註 131）書 286 頁。但し、31 条については括弧書きがあり、「ただし同条は実体的デュープロセス保障の側面を有するので実体的基本権でもある」とする。

265）同上 291 頁。

266）棟居快行『憲法学再論』390-391 頁（信山社、2001）。

267）同上 391 頁。同頁では、「手続に神（正当性）が宿るのではない。実体権や公益に神が宿るための手続が必要であり、あるいはそこが市場だと神に思い込ませるために、手続が要るのである」とも述べている。

268）棟居前掲註 131）書 314 頁。

269）棟居前掲註 263）書 138 頁。なお、棟居快行『憲法講義案 II［理論演習 2］』131 頁（信山社、1993）は、刑事に特定せずに同様のことを述べている。

270）新前掲註 175）書 170-171 頁。

271）同上 172 頁。

272）同上 172-173 頁。

273）君塚正臣編『比較憲法』295 頁（ミネルヴァ書房、2012）［川又伸彦］。ほかの主要国において、ドイツほど、民事裁判を受ける憲法上の権利が展開されている例はない。同書 294 頁以下参照。

274）ドイツ連邦憲法裁判所の判例については、笹田前掲註 129）書 5 頁以下など参照。

275）東條前掲註 126）論文 8 頁以下など。

276）平良前掲註 104）論文 59 頁。

277）大石眞『憲法講義 II』〔第 2 版〕266 頁（有斐閣、2012）。

278）山内敏弘編『新現代憲法入門』226 頁（法律文化社、2004）［只野雅人］。

279）他方、社会運動の中で立法・行政的解決を求める手段としての民事・行政裁判には、参政権的意味が指摘されることもある。君塚正臣「憲法・裁判所」岡田浩＝松田忠憲編『現代日本の政治―政治過程の理論と実際』96 頁、110 頁（ミネルヴァ書房、2009）参照。

280）榎原猛＝伊藤公一＝中山勲編『新版基礎憲法』100 頁（法律文化社、1999）［君塚正臣］、佐藤前掲註 158）書 280 頁、松井前掲註 174）書 482 頁など。

281）実際、松井同上 275-276 頁は、マッカーサー草案第 8 章が「地方政治」との表題であり、同草案 87 条がアメリカのホーム・ルール制度を反映し、憲章の制定を認めるものであったことに注目し、日本国憲法の地方自治について「自治立法権」を「明らか」なものとして引き出している。

282）佐藤前掲註 86）書 119 頁も、「法系固有の論理構造や実際を無視したり、あるいは両法系を折衷するなかで大事なものを切り落としたりしてしまう危険もなしとしない」と指摘する。

283）この解釈方法にも多くの批判はある。君塚正臣「米判批」横浜国際経済法学 21 巻 2 号 187 頁、207 頁注 38（2012）参照。但し、歴史解釈主義を標榜する研究者が、以上の立憲的事実を黙殺して憲法 32 条解釈を始めることは、矛盾と思える。

284）多くの文献があるが、最近のものでは、大林啓吾「憲法判断における 2 重の拘束について」千葉大学法学論集 27 巻 2 号 1 頁、7 頁（2012）参照。

285）実際、松井茂記「なぜ立憲主義は正当化されるのか下」法律時報 73 巻 8 号 62 頁、63 頁（2001）は、憲法 15 条が人権条項の最初の方にあることを理由として、プロセス的人権観を正当化する。しかし、この点は、毛利透「表現の自由の公共性」自由人権協会編『憲法の現在』265 頁、267 頁（信山社、2005）により、ならばそれ以前の 13 条で「典型的な個人主義である『個人の尊重』が表明されている」ではないかと批判されている。

286）山内編前掲註 278）書 225 頁［只野雅人］。

287）片山前掲註 122）書 23 頁。

288）同上同頁。

289）同上同頁同旨。

290）君塚正臣「二重の基準の根拠について」横浜国際経済法学 16 巻 1 号 1 頁（2007）、同「二重の基準論の意義と展開―『二重』は『三重』ではない」佐藤幸治古稀『国民主権と法の支配下巻』314 頁（成文堂、2008）、同編『高校から大学への憲法』160-161 頁（法律文化社、2009）［君塚］参照。

291）君塚正臣「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学 17 巻 2 号 1 頁、8 頁表（2008）など参照。勿論、中間審査基準との理解にも賛同できない。君塚正臣『性差別司法審査基準論』136 頁以下（信山社、1996）、同「司法審査基準」公法研究 71 号 88 頁、92 頁以下（2009）など参照。比例原則である、などの説明にも賛同できない、同「二重の基準論とは異質な憲法訴訟理論は成立するか」横浜国際経済法学 18 巻 1 号 17 頁、23 頁以下（2009）。

292）合憲性判断テストとしても LRA の基準などが適用可能かもしれない。君塚正臣「LRA の基準」横浜国際経済法学 19 巻 3 号 103 頁、125 頁（2011）。同「明確性の原則」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』324 頁（有斐閣、2012）も参照。

293）松井前掲註 2）書 311 頁は、「行政訴訟や憲法訴訟を、アメリカ並にまでとはいかないまでもせめてアメリカに少しでも近いぐらいに起こし易いものとしよう」と述べており、かなりアメリカ基準に思える。田中前掲註 43）書 283 頁以下も参照。

294）芦部編前掲註 49）書 295 頁［芦部］。

295）松井前掲註 174）書 243 頁。斎藤秀夫「法律上の利益を欠く訴訟と憲法 32 条」判例評論 35 号 1 頁、3 頁（1961）同旨。

296）松井前掲註 2）書 166 頁。同書同頁は、続けて、「憲法上の要件を満たしている訴訟をみだりに却下することは問題である」とするが、当然のことである。

297）杉山幸一「裁判を受ける権利の保障範囲」日大院法学研究年報 39 号 31 頁、47 頁（2009）。

298）君塚正臣＝藤井樹也＝毛利透『VIRTUAL 憲法』156 頁（悠々社、2005）［君塚］。

299）阿部照哉ほか編『憲法（3）』〔第 3 版〕158 頁（有斐閣、1995）［田口精一］。

300）民事訴訟では和解の評価も高い。村山眞雄＝濱野亮『法社会学』95-97 頁（有斐閣、2003）、笹田前掲註 127）書 99 頁以下など。

301）なお念のため、この点は民事訴訟が憲法裁判に転化しても同じである。君塚正臣「付随的違憲審査制の活性化に向けて」関西大学法学論集 52 巻 6 号 81 頁、99 頁（2003）。

302）三井前掲註 124）書 35 頁。

303）大國仁「刑罰制度と憲法 32 条」岡山商科大学法学論叢 14 号 1 頁、22 頁（2006）。

304）同上 35 頁。

305）小嶋勇「憲法と裁判を受ける権利」日大司法研究所紀要 14 号 1 頁、20 頁（2003）。

306）趙景達『近代朝鮮と日本』172-173 頁（岩波書店、2012）。なお、台湾については、町田安雄「植民地下の台湾総督府条例と武断政治」日本女子経済短期大学研究論集 20 巻 2 号 23 頁（1976）など参照。

307）中澤俊輔『治安維持法』209 頁（中央公論新社、2012）。なお、本書 82 頁は戦前の「内閲」の実例に触れており、憲法学にとって興味深い。

308）同上 134 頁。

309）同上 140 頁、美濃部前掲註 79）書 375 頁。このほか、治安維持法については、奥平康弘『治安維持法小史』（筑摩書房、1977）なども参照。

310）奥平康弘『憲法 III』383 頁（有斐閣、1993）。

311）同上 383-384 頁。

312）同上 384 頁。このようなことは、浦部法穂『憲法学教室』〔全訂第 2 版〕312 頁（日本評論社、2006）の、「『裁判を受ける権利』などというものも、恣意的な裁判に服さないという消極的意味においてはともかく、積極的にはそれほど大きな意義を有するものではない」、裁判所の「仮面の裏の、また別の『本質』を、見逃してはならない」という指摘と通じるものがある。同じような、刑事裁判に特化した警戒感は、中原精一『裁

判の公正と女性の権利』11 頁（成文堂、1987）にも見られる。

313）松井前掲註 2）書 71 頁。

314）最大決昭和 23 年 7 月 29 日刑集 2 巻 9 号 1115 頁。

315）松井前掲註 2）書 20-21 頁。

316）同上 22 頁。

317）これは市販の六法にも掲載された。以下、手持ちの平野龍一＝加藤一郎＝三ヶ月章編『小六法（昭和 61 年版）』1036 頁以下（有斐閣、1985）による。

318）君塚正臣「民主主義という幻想？―『チャップリンの独裁者』」野田進＝松井茂記編『シネマで法学』52 頁（有斐閣、2000）など参照。現在の日本もそうではないか。君塚編『高校から大学への法学』64-65 頁（法律文化社、2009）［君塚］など参照。

319）片山前掲註 122）書 27 頁。

320）この意味で、略式起訴制度も再考されねばなるまい。略式手続によって科せるサンクションは、憲法上の「刑罰」に値しないものに限られるべきではないかとの疑問が生ずる。

321）前田朗「静かすぎる裁判所の行方」法学セミナー 508 号 60 頁、61 頁（1997）など。

322）荒木伸怡「迅速な裁判を受ける権利（1）」立教法学 15 号 75 頁、80 頁（1976）。

323）荒木伸怡「迅速な裁判を受ける権利（2・完）」立教法学 16 号 1 頁、115 頁（1977）。但し、荒木は、憲法 37 条 1 項が「32 条と相俟って」このような保障がされるとしており、多少立場を異にしているものと思われる。

324）同上同頁。

325）鈴木安蔵『憲法学原論』363 頁（勁草書房、1956）。

326）同上 364 頁。

327）同上 365 頁参照。

328）実は、美濃部達吉も、日本国憲法施行直前の 1947 年 4 月 10 日刊行の『新憲法概論』111 頁（有斐閣、1947）では、「裁判を受くる権利」は「司法作用に對する自由權の保障」の項目の中で、「刑罰法律主義」の直後に置いており、まず、「それは単に刑事裁判に付いてのみならず、民事裁判にも適用せらるもの」という説明を行なっていた。

329）鈴木前掲註 325）書 366 頁。なお、この間に「憲法裁判所に違憲訴訟を提起しうることが当然に要求されるのも、このゆえんである」との記述があるが、同書 534 頁は、「最高裁判所は、一般に、その裁判についてさらに審理すべき上級裁判所が存在しないところの終審裁判所であるというにとどまらず、一切の法律、命令、規則または処分、すなわち一切の国家作用が憲法に適合するかしないかを決定しうる権限を有する裁判

所である」としつつ、同書534頁では、その意味で、「最高裁判所は、憲法裁判所たる権限を有する」のであり、ここで違憲とされたこれらの国家作用は「当然に客観的に無効となる」（同書536頁）としているので、憲法判断を裁判所に求めるには事件性は必要だが、上訴の果ての最高裁の憲法判断は一般的効力を有するという折衷的理解であったように思われる。このため、当初の記述は、原告又は被告が最高裁に憲法判断を求めて上訴する権利と解することができよう。

330）同上366頁。

331）同上346-347頁参照。

332）同上521頁。

333）同上522頁。

334）小林孝輔『憲法』154頁（日本評論社、1986）も、民事・行政訴訟と刑事訴訟を分けることなく、「ひとは裁判所の裁判以外に裁かれることはない保障を意味する」と端的に言う。

335）鈴木前掲註325）書530頁。

336）同上531頁。

337）佐藤前掲註158）書584頁、松井前掲註174）書227頁、川岸ほか前掲註188）書326-327頁［君塚正臣］など。

338）内野正幸「裁判を受ける権利と裁判公開原則」法律時報66巻1号64頁（1994）は、双方尋問主義、民事裁判の迅速の要請、対審などが「刑事裁判より緩やかな形において、憲法上要請される」とする。

339）同上66頁以下同旨か。

340）小嶋前掲註305）論文32頁。

341）最決平成20年3月5日集刑293号689頁。

342）片山前掲註251）論文576頁。

343）本稿の結論に反対の立場と思えるが、戸波江二「裁判を受ける権利」ジュリスト1089号279頁、282頁（1999）は、「裁判が公正でなければならないことは、本来当然」であり、「憲法32条に内在している」と述べる。また、本稿の論点に明快に応えたものではないが、熊野勝之「公正な裁判を受ける権利」季刊刑事弁護20号29頁（1999）も、憲法32条の「『裁判』が『公正な裁判』を指すことは当然」とし、植野妙実子「裁判を受ける権利」法学セミナー551号77頁、79頁（2000）も、「民事裁判や行政裁判においても、『裁判』にふさわしい手続が要求されている」とする。

344）笹田前掲註68）書108頁。

345）同上 110 頁。

346）民事事件での最高裁への上告権、三審目以上を求める権利が憲法上の権利であると言うのは、無理があり、立法裁量の問題ではなかろうか。上級審ほど、難事件の解決、判例の統一と、憲法判断を含む法解釈の問題を主に扱うべきであるとすれば、そうである。

347）笹田前掲註 68）書 228-229 頁。

348）同上 130 頁。

349）君塚正臣「日本国憲法 31 条の射程について」横浜国際経済法学 13 巻 2 号 31 頁、55 頁以下（2005）。

350）筆者の見解は、君塚正臣「幸福追求権」横浜国際経済法学 19 巻 2 号 125 頁（2010）参照。

351）笹田前掲註 68）書 206 頁は、憲法 32 条が「対行政との関係でも意味を持つか」と問題提起している。これについては、川岸ほか前掲註 188）書 227 頁［君塚正臣］が述べるように、憲法 31 条以下の規定は、身体拘束や行政罰などには「準刑事的手続」として準用される余地があろう。よって、この種の手続かどうかが、32 条が行政手続に関わるかどうかの分水嶺となるのではなかろうか。

352）佐々木前掲註 38）論文 59 頁。

353）佐々木吉男「民事紛争 の 非訟的処理 と 憲法 32 条」ジュリ ス ト 489 号 42 頁。47-48 頁（1971）、同「裁判を受ける権利」小林直樹編『憲法の判例』〔第 3 版〕148 頁、153 頁（1977）は、非訟事件に憲法 32 条などの要請を被せることに反対している。

［付記］　本稿では敬称は全て略させて戴きました。