

刑事裁判の適正手続の憲法的意味

——そして、その司法審査基準について——

君 塚 正 臣

はじめに

筆者は、これまで、刑事法学における憲法の持出し方を整理し¹⁾、逆に、憲法学における刑事手続条項の学説を整理し²⁾て、特に、刑事分野で合憲性が語りたがられることが多い、緊急逮捕³⁾と死刑⁴⁾の問題をそれぞれ検討するなどして、憲法の刑事手続条項と刑事法の関係を検討してきた。日本国憲法は、82条の公開裁判の規定なども含めれば刑事手続に多くの条項を割き、その適正化に非常な関心を抱いていることが明らかである。だが、この部分の憲法学的研究の不足は目立ち、「憲法研究者は、」「いかなる場合に権利侵害があり、あるいは権利を具体化する制度がどのようなものであるべきかについて、十分な議論を尽くしてこなかった」⁵⁾のかも知れなかった。対する刑事訴訟法学の関心は被疑者・被告人の手続的人権だけにあるわけではなく、より大きな正義——無辜の人を処罰しないことは当然として、真犯人を然るべき刑に服させることを含む——の実現にあり、この意味で、刑事訴訟法は憲法具体化法ではなく、憲法による制約の中で合憲的な目的・手段を達成するための手続法なのである⁶⁾。「憲法学は刑事手続の諸問題を刑事法学に委ねがちであったが、刑事法学は必ずしも憲法的価値の実現を一次的な目的としているわけではない」⁷⁾のである。にも拘らず、「憲法31条以下の議論においては、刑事訴訟法から憲法を見るという逆転

した現象が、長く続いてきた。とくに、憲法学者の憲法論にはその傾向が強かった」⁸⁾のではなかろうか。ここでの「解釈がすぐれて刑事手続特有の事情の下に規定されたため、しばしば刑事訴訟法、その実務における運用、そして刑事訴訟法学説におもねる傾向に陥りかねない」ものであるところ、「憲法理論の立場から、これらの諸規定および実務の運用、そして学説のあり方を分析し、場合によっては、刑事訴訟法そのものを洗いなおすことを躊躇してはならない」⁹⁾であろう。刑事法学の語る憲法論に、憲法学が不勉強の隠れ蓑にラバースタンプを捺してはなるまい。

これを打開するためには、刑事訴訟法学の主張する憲法的価値を斟酌しつつも、憲法の要請が何であるか、つまりは憲法学の目から見ての個々の条項や事案に対する合憲性の判断及びその方法の提示を行う必要がある。そうならば、まず、その核心である、憲法31条の適正手続の要請とは何か、「適正」であるとは何か、を論じねばなるまい。そして、憲法31条の要請の厳密度、憲法上許容される幅、換言すれば、司法審査基準や合憲性判断テストをどのように設定すればよいのかも併せて論じ、何がどうであれば違憲となるのか、その示唆を与えることが憲法論として重要なことのように思える。

本稿は、これまでの検討を踏まえつつ、以上の議論を進め、最終的には日本国憲法の各人権条項と司法審査基準及び合憲性判断テストを纏

めることに向けての最終ステップとすることを目的とする。

1 「適正」手続とは何か

まず、日本の明治以降の近代的な刑事手続の展開の中で現行刑事手続の基軸を確認したい。

日本の近代的刑事司法は、1873(明治6)年の改訂律例を、1876年に証拠主義、1879年に拷問の廃止を趣旨とする各々の太政官布告によって改正したところから始まる。そして、この途上、1877年の「本省及び検事職制章程」に「公訴」という言葉が現れる。この時期には、律令系法制の一部復活と共に、フランス法を中心とする継受の気運が濃厚であった¹⁰⁾。1890年の治罪法公布で、ポアソナード草案が許容していた陪審の規定は削除されつつも、「改革された刑事訴訟」が形を整えてくるのであった。しかし、社会情勢の変化とドイツ法学の影響によりそれは改定され、1922(大正11)年に旧刑事訴訟法が制定された¹¹⁾。同法は、「ドイツ法に比してさえ、なお職権主義的」¹²⁾であり、検事と被告が対等ではなく、被疑者・被告人を不当に扱わないようとの配慮はあくまでも「仁慈とむ主権者天皇のイメージの代理人」¹³⁾としてのものであった。だが、そういった欠陥が日本社会で十分認識されていたかは極めて疑わしい。捜査官憲の人権蹂躪を指摘する論文は昭和の初めから少なくなかったが、終戦後の政党や民間の新憲法草案の中に刑事手続に関する権利は殆どなく、また、帝国議会における憲法草案審議でも、その10箇条はさほど議論されておらず、刑事手続や身体的自由に関する人々の無関心さ、或いは「当時の人権感覚の低さをうかがわせるに足る」ものであったと言えよう¹⁴⁾。拷問や特高による思想処罰などが横行し、明らかに遅れた戦前の刑事手続であったが、日本人自身によるその批判や反省も不十分だった¹⁵⁾と総括されるべきだったのかも知れなかった。

兎に角変わらざるを得なかった、戦後1948(昭和23)年制定の刑事訴訟法の「近代化は英

米法の採用によってはたされようとして」おり、「かような方向は、新憲法によって確定的なもの」とされ、具体的には「予審の廃止、上訴制度の根本的改革、不利益な再審の廃止、私訴の廃止など」がなされた¹⁶⁾。そして、「法律は国会によってつくられるものであるから、法的安定性と保障機能の点ですぐれており、」¹⁷⁾「刑事訴訟の基本的構造および被告人の重要な「利害に関するものは、法律で規定することが憲法第31条の趣旨にそ^マう」ものである¹⁷⁾とされた。これに対して、「規則では、訴訟手続に関する技術的事項で被告人等の重要な利益に関しないもののみを定め、刑事訴訟の基本構造および被告人等の重要な利害に関するものは、憲法31条の趣旨からいって法律で定めるとというのが建前」¹⁸⁾とされるに至った。こうして、「アメリカ法の影響をうけて、刑事訴訟法は、当事者主義化を徹底することとなった」¹⁹⁾。

だが、法律は変わっても、実態は、裁判官と検事、警察官の権威主義と弁護士^マの権威服従・権威迎合的な意識が戦後にも残っていたと言え、そこからの脱却・克服を出発点とせねばならなかった²⁰⁾。糺問構造が無意識の内にあったと言えよう。憲法33条の「司法官憲」^マ、即ち、令状発付の主体が「^マ團藤教授を除けば、殆どすべての立法関係者が」そこ「に検察官もみんな入るんだ、と思ひ込んで」いたところ、「入らないんだ、ということが通告されますに及んで、戦後、日本側の司法関係者、学者によって始められておりました刑罰法改正の基本構想の一つが、音をたてて崩れることにな^マった²¹⁾との告白もある。日本の司法官憲は、こうして新たな刑事訴訟法の制定によって弾劾主義構造を突き付けられたのである。この際、立法関係者は、令状主義の例外としての準現行犯と緊急逮捕の創設という抵抗を見せた²²⁾。それでも、「作られた現行刑事訴訟法は、そういう比較的柔軟な頭脳^マの持ち主と思われる日本側委員でさえ、当時全く考え及ばなかったような形のものであったのですから、平均的な裁判官、検察官た

ちにとって、新刑訴は、本当にどう運用してよいか判らないようなものだったろう、と思われ」て²³⁾も仕方なかった。旧刑訴法に慣れた裁判官にとって、「起訴状一本主義による審理は、不安と困惑以外の何ものでもなかった」²⁴⁾ほか、自白に対する渴望も明らかであった²⁵⁾。「実体法は、従前の大陸法的な、ドイツ法的な流れをくんだ刑法のままで残されている現実、この手続法と実体法の不調和の問題」²⁶⁾も存在した。1970年代以降でも、「日本の治安の良さは」「私問的捜査」と言うべき「強力な捜査によるもの」だと言う「憲法論抜きの実論、しかも実証抜きの現実論」が支配していたという批判²⁷⁾は的を射たものと言えよう。

刑事法学者もそうであり、高田卓爾は、「現行刑事訴訟法は一言にしてつくせば当事者主義的訴訟構造の強化を目指しているものということができる。これは、「アメリカ法の影響を強く受けた結果であって、この意味で英米法系の刑事手続にかなり接近しているが、他方において従来の大陸法的伝統（＝職権主義思想）が一掃されているわけでもない。いわば、英米法的なものと同大陸法的なものとの複合形態という相貌を呈している」²⁸⁾と述べ、戦後刑事訴訟法を純粋な弾劾主義構造のものとして理解することを特殊英米法的なものと同矮小化して異論を唱えた。團藤重光も、「刑事訴訟法では配分的正義にしたがって根本的に職権主義（Instruktionsprinzip; Ermittlungsgrundsatz）が支配する。むしろ、刑事訴訟も当事者訴訟である以上、手続形式の上で当事者主義が支配」するのであるが、「実体的真実主義の見地からは当事者にすべてをまかせてしまうわけにはゆかない」と述べた²⁹⁾。最高裁判事としての團藤が人権派であったことなどは指摘できるものの、両者は最終的にその基本的な考えを変えなかった。

刑事訴訟理論としての團藤説に対しては、「人権の擁護、被疑者の訴訟における主体性の確立に関心を寄せる人たちは、」その「当事者

主義の強調に励まされ、職権主義、裁判官による真実追求になれた裁判官・検察官は、『なるほど当事者主義的にみえるが、しかし、背後には職権主義があるのだ』と」「の部分にアクセントをおいて、自己の拠り所とした」との批判があった³⁰⁾。團藤の、「公訴事実」は潜在的審判の対象、そして訴因は現実的審判の対象という巧妙な論理は、職権主義と当事者主義とを見事につなぐ架橋の論理にほかならなかった³¹⁾し、総じて、「職権主義の当事者主義化による適正手続論よりも、むしろ職権主義を残存させたままの適正手続論が議論されてきた」³²⁾とも批判された。確かに、戦後の刑事訴訟法は全くの弾劾主義ではない。「英米型刑事訴訟は、一般に、真実の発見を目的とするよりは紛争解決を目的とするものだといわれることもある」が、「これに対して、大陸型刑事訴訟においては、むしろ実体的真実に適合した実質的利益調整をめざすという面が強い。その意味では、これを『精密型』の刑事訴訟と呼ぶこともできよう。そして、わが刑事訴訟は、この点ではなお大陸型の伝統を依然として残すものと考えられる」³³⁾という鈴木茂嗣の指摘はその通りであろう。憲法学者の内野正幸も、「法の建前や学説の多くは、適正手続主義に好意的だといえるが、捜査実務は、実体的真実主義の立場に近い」と指摘していた³⁴⁾。戦前からの歴史的展開が、戦後の刑事手続をハイブリッドな形で始めさせたと言えよう。

それでも、現行刑事訴訟法の基本が弾劾主義もしくは当事者主義であるという理念は、次第に定着していった。1958年の平野龍一の解説に従えば、刑事訴訟は、「裁判所以外の者の請求をまって訴訟を開始させる」「弾劾主義」³⁵⁾の下、「当事者主義の捜査および公判においては、公判によってはじめて訴訟が開始されるのであって、捜査と公判との間に断絶があり、」「公訴提起に際しては起訴状だけが提出される」「起訴状一本主義」が採られている³⁶⁾。こういった「当事者主義の長所は、被告人の人権が保障

され、その自由が尊重される点³⁷⁾にあり、「被告人および弁護人に、証拠収集の機会と自由とを十分に与えたとき、はじめて真実の証拠が収集できる³⁸⁾点にあると言う。「捜査機関と被告人との力のアンバランスを」「平等にしてゆこうというのが、正に当事者主義の趣旨である³⁹⁾ことになるとする⁴⁰⁾。そして、「直接主義と口頭主義が結びつき、かつ当事者の参与が認められて、口頭弁論主義とな⁴¹⁾り、「裁判所は、その面前で、口頭で提供され、かつ当事者が口頭で検討し意見を述べた証拠に基いて、裁判をしなければならない⁴¹⁾」のであり、「口頭主義をとるとき、裁判所は、その新鮮な記憶に基いて裁判をしなければならないから、おのずから、審理は集中して行われ、そういった「集中審理主義は、当事者主義と関連を持つ」こととなり⁴²⁾、また、憲法82条の要請する「公開主義」とも「関連を持つ⁴³⁾」と言う。その中で、「訴訟は、単に真実を発見するだけでは足りず、外見的にも真実を発見していることがわかるようなものでなければならない」し、「他の正当な利益を侵害しない範囲での真実の発見で、満足せねばならない⁴⁴⁾」ことが指摘されるというのである。

加えて、その下での弾劾的捜査観によれば、「捜査は、捜査機関が単独で行う準備活動にすぎず、「逮捕の許可とは、事情が変更したならば逮捕しなくともよいという」裁判官の「条件付きの命令だと解しなければならない」ことになる⁴⁵⁾。「逮捕・勾留は、将来公判廷へ出頭させるためであって、取調のためではない」のであり、「憲法の趣旨に従って、」法令「を解釈しなければならない⁴⁶⁾」。公判廷で、検察が、犯罪事実のうち、構成要件に該当する事実が厳格な証明を要求されることは明らかで、共謀共同正犯においては、その共謀の事実もまた、厳格な証明を必要⁴⁷⁾とする⁴⁸⁾。違法性を基礎付ける事実、有責性を基礎付ける事実についても「やはり厳格な証明を必要とする⁴⁹⁾」。「法律上の刑の加重の理由（たとえば累犯加重）につい

ても、やはり厳格な証明を必要とする⁵⁰⁾」ほか、「法律上の刑の減輕・免除の事由（中止犯・自首など）についても、同様」とされる⁵¹⁾が、ここでの意味は、そのような刑の減輕・免除をしない理由、被告の主張の通りにはしない理由と解すべきであろう。「主要事実を認定するための間接事実についても、厳格な証明を要する」し、「推認の法則も同様である（公知でないときは、鑑定人による証明が必要である）」とされる⁵²⁾。そして、「疑わしきは被告人の利益に従う」ことから、「犯罪事実については、検察官が、その存在を、合理的な疑をいれない程度（beyond a reasonable doubt）に証明しない限り、その事実は存在しないものと認めなければならない⁵³⁾」のである。これに対して、有罪の証明責任は検察側にあるのであるから、「犯罪の成立を阻却する事実、刑の減免の事由である事実は、まずその存在を疑わせる一応の証拠が提出された場合でなければ証明の必要がない⁵⁴⁾」のである。そればかりか、「無知・錯誤などにより被告人が」被告人に有利な特定の証拠「を提出することができないときは、裁判所は職権で証拠調をする義務がある。これを怠ったときは、訴訟手続きの法令違反である」とされるが、「検察官に対する関係では、このような義務はない」のである⁵⁵⁾。証拠能力のない証拠は、法廷で取り調べてはならない。

鈴木茂嗣が述べるように、この平野の整理には、戦後、「犯人の処罰の重視から被告人の人権保障の重視へ」という、憲法に基礎をおく訴訟理念の転換⁵⁶⁾が見られた。鈴木は続けて、「『適正手続』とは、憲法13条および31条の要請をみたま『憲法的刑事訴訟』のことをいうとするのが、一番語義に適い妥当であろう。その意味では、適正手続論は、一種の人権論といってもよい。しかし、真の適正手続論は、人権一点張りの議論ではなく、犯人必罰の要請をも考慮に入れつつ人権保障の憲法的要求をみたま適正手続とは何かを論じようとするものであり、むしろ人権の側からみた一種の利益衡量論とい

うべきものである』⁵⁷⁾と指摘した。

田宮裕もまた、「刑事手続きにおける適正手続きは、それが文明的基準を維持するためのミニマム・スタンダードであって、憲法の人権宣言の重要な部分（憲31-40条）を構成するので、」⁵⁸⁾「そのうちの総則的規定である31条を援用するかたち」⁵⁹⁾で『デュー・プロセス』（の保障）と称されたり、もう少し一般的に『憲法的刑事訴訟』（論）とよばれたりしている」⁶⁰⁾とする。また、「今日、このような手続的保障がとくに強調されるについては、わたくしは、①憲法における人権保障の理念、②リアリズム法学のアプローチを背景にもつ手続優位の思想、③当事者主義の訴訟制度、が大きく寄与していると思う」⁶¹⁾とも述べており、このような内容が憲法の要請であることを確認している。田宮は更に、法源としては、「上位規範として日本国憲法も、手続のミニマム・スタンダードにあたる部分に関する規定をもつ（主として憲31-40条）。それが直接刑事手続規範となることもあるし（例えば、37条1項の迅速裁判条項違反は免訴事由となる）、具体的な刑事訴訟法規を支える基礎となることもあるが（この方が普通である）、そのような場合、現に適用されたところは『応用憲法』（憲法の運用の意、ドイツで用いられることば）となる」⁶²⁾とも述べている。田宮は、「憲法的刑事訴訟論がとくに重要なのは、①日本国憲法が他に例をみないほどの詳細な刑事手続上の人権規定をもっていること、②それは旧憲法のような法律の留保を排した、憲法自体の基本法的要求であること、③裁判所の違憲審査制により支えられていること、④法の規定ないし運用の現実と憲法の理念との間にギャップがあって、合憲の運用がとくに期待されていること、などの事情による」⁶³⁾と述べている。

松尾浩也も、刑事訴訟法が「日本国憲法のもとで全面改正を受けた唯一の基本法典」である⁶⁴⁾ことを強調し、「刑事手続における権利保障が、自由権の人権の一翼であることが認識されるにつれて、刑事手続はしばしば憲法の次

元でも考察されるようになり、また、憲法の規定が直接に刑事手続を動かす場合を生じてくる」ことを指摘した⁶⁵⁾。そして、アメリカ合衆国憲法の修正条項と日本国憲法の31条以下との共通項を指摘し、日本国憲法にだけ存在するもののうち、刑事補償条項は日本の立憲過程で追加された独自のものである⁶⁶⁾が、「拘禁に対する理由開示」と「自白使用の制限」はアメリカでは「法律ないし判例法に、類似のものが見出される」と述べ⁶⁷⁾、戦後刑事訴訟法のアメリカ化を指摘している⁶⁸⁾。

三井誠も、現行刑事訴訟法の特徴の「第1は、『憲法化』である。刑事訴訟法は、憲法の本質・目的に即応してその要請をみたく改革された」⁶⁹⁾と述べる。また、「第2は、『英米法化』であり」⁷⁰⁾、「第3は、『当事者主義化』である。刑事手続における当事者主義の主導権を認め、当事者の主張・立証を基軸として訴訟を進行させる」⁷¹⁾ようにしたものであって、「第4は、『司法の独立化』である」⁷²⁾とする。

酒巻匡も、「憲法31条の要請する『適正』ないし『基本的正義・公正』の観念は、さらに、実定刑事訴訟法の個別的適用過程に対して、司法的統制のための具体的な裁判規範としても機能し得る。文面上合理的に設計された強制処分個別事案における発動過程が、憲法上最高の価値である個人の尊厳（憲法13条）を著しく侵害する場合には、裁判所は、基本権の擁護者として、憲法31条違反を理由にそのような法適用を阻止すべきである（憲法81条）」⁷³⁾とし、「『法の適正な手続』の観念はこのように具体的な裁判規範としても機能し得るのであるが、他方で、その具体的な意味内容は必ずしも明瞭でないところがある。例えば、不利益を被る対象者に対して告知と聴聞（notice and hearing）の機会を与え」⁷⁴⁾「ことは、『適正手続』の内容として比較的具体的で明瞭なものであろう。しかし、『基本的な正義・公正（fundamental fairness）』の観念に至ると、何がそれに反するかは、これを判定する裁判官の主観的信念に委

ねられてしまうおそれもある。したがって、適正手続の内容を成すことが明らかなより具体的な憲法の基本権条項(憲法33条以下等)ないしその意味内容の趣旨に即した文言の拡張解釈によって憲法判断が可能である場合には、できるだけ具体的な基本権の内容を明示・特定して議論を進めるのが望ましいと思われる⁷⁵⁾とするのである。

以上を総合すると、有力な刑事訴訟法学説の最大公約数は、刑事手続の基本構造を弾劾主義構造と捉え、有罪に持ち込むには、当事者訴訟(Parteiprozess)、即ち、対等な当事者主義構造の中で、検察側の厳格な証明が必要なのであって、それが刑事「適正」手続の肝要な点だとしているものと思われる。憲法38条1項が自己負罪拒否特権を保障していることは、弾劾主義のはっきりした表現と言えよう⁷⁶⁾。その上で、なお、実質的衡平を図るため、調査能力も権限も予算も圧倒的に優位な検察と、被告人が形式的対等ばかりでよい、単に、当事者主義構造が形式的に採られていればよい筈はなく、「当事者間の実質的機会、武器対等⁷⁷⁾」の見地から、中立者としての裁判所の職権主義が加わる——それは、糺問主義が理念として一般的に正当だということとは大いに異なる——ということのように思われる。「英米法に由来する当事者主義的な刑事手続の結果得られる裁判所の判断は、手続の結果明らかにされた『真実』ではなく、決められたルールの中で探求されその存在が推認された『事実』と呼ぶ方がふさわしい⁷⁸⁾」であり、「発動された刑事手続の運用が憲法、刑事訴訟法の定めるルールに則って行われた場合においてのみ、探求された『事実』または、発見された『真実』という得られた結果の正統性及び正当性が認められることになる⁷⁹⁾」と言えようか。現実をこの理念によって、特に憲法31条以下を決め手として是正することが、特に求められている状況にあり、例えば、「被疑者に長時間の取調を行うことが通例となっている我が国においては」「無罪推定原則の射程は、

公判手続のみならず捜査手続をもこれに含めると考えなければならない⁸⁰⁾」であろう。

憲法論としても、「非常識な手続であってもそれが法定されてさえいれば」憲法31「条との関係で何ら問題がなくなるという帰結は、かつての議会中心主義の時代であればいざしらず、違憲審査制をあわせもつ現代立憲主義においてはあまり有意味なものとはいえない⁸¹⁾」ところ、現在、刑事手続の適正を憲法31条の保障範囲から外す学説は殆どない⁸²⁾。その内容であるが、初期の、「当事者が人権を犯される可能性を實際上最小限度に食いとめることに役立つ手続⁸³⁾」などの定義を超えて、当事者主義構造、弾劾主義構造を念頭に置いてきたことは確かであろう⁸⁴⁾。例えば、杉原泰雄は、「告知、弁解、防禦の機会」の保障は判例上も当然となっているとする⁸⁵⁾。ほか、「複数度の裁判の保障、公訴権の濫用の禁止(たとえば、一般的起訴猶予基準を著しく逸脱した起訴の禁止)、無罪推定原則、弾劾主義・当事者主義の保障などもそのうちに含まれると解すべき⁸⁶⁾」とし、更に、「実体的真実主義から適法手続主義への転換」も肝要なものとして説明する⁸⁷⁾。佐藤幸治も、「手続を定める『法律』は適正なものでなければならず、特に「刑事手続は最も厳しい法制的裁であり、身柄の拘束などの人権制約手段をとまなう点に鑑み、最も厳格な適正性が求められる」と述べる⁸⁸⁾。また、適正手続主義「と表裏の関係にあるのが『当事者主義』であるといわれる」とも指摘し⁸⁹⁾、「いわゆる積極的『実体的真実主義』が拷問・自白の偏重につながってきたこと⁹⁰⁾」から、何としても誰かを犯人として有罪にすべきとする刑事司法の在り方を問題としつつ、「憲法は、何よりも公判中心主義(刑事裁判は、公開の法廷での公判期日における審理手続を中心に行う)を核に、それにふさわしい全体的な刑事手続構造を想定しているものと思われる」とも述べる⁹¹⁾。更に佐藤は、「裁判員制度の導入は、公判中心に直接主義・口頭主義の徹底を図ろうという狙いをともなっている⁹²⁾」と指摘

し、「適正」の内容が当事者主義や口頭主義であることを示唆している。なお、裁判員制度を主に裁判の民主化と捉えていないことも、佐藤司法権論を読む際に肝要であろう。そしてこのことは、「具体的な争訟事件について、法を適用し、宣言することによって、これを解決する国家作用」であるという司法権の定義⁹³⁾と比しても、裁判所自身が当事者であることはなく、その手続として、或いは司法として相応しいものでなくてはならないことも読み込め、適格的であろう。

以上の点で、憲法学説と刑事訴訟法学説は概ね一致していると言ってよからう⁹⁴⁾。憲法31条の刑事手続に求める「適正」とはそのような内容なのであり、構造上、その各論である32条以下でも解釈基準となることは言うまでもない。また、憲法31条の刑事手続に対する要請⁹⁵⁾が単なる告知・聴聞に留まらず、弾劾主義・当事者主義構造にあるのであれば、行政手続の適正の要請を安易に憲法31条準用と説明することは、かえって刑事手続の適正の保障の内容を曖昧にし、保障のレベルを下げる危険があるから適当ではない。一般行政手続において例えば徹底した令状主義や毒樹の果実論⁹⁶⁾、死刑宣告に至るスーパー・デュー・プロセスの要請⁹⁷⁾などまで妥当するとは考え難く、一般的な適正手続は憲法13条の要請であると解する⁹⁸⁾のが妥当であるということも、併せて再確認できたように思われる⁹⁹⁾。

2 「適正」と司法審査基準

以上のように、憲法31条の刑事「適正」手続の内容はほぼ確定してきており、同時に、以下各条の中身も確定してきていっていると言ってよい。曖昧な点が残るのは、憲法学の通説的立場がこれらを行政手続に準用しようとするからであるが、これによっても、「刑事」手続に限っての「適正」の内容は動かないようになっており、その意味で、刑事適正手続の議論は、憲法学・刑事法学を通じてほぼ安定化されてきたも

のと思われる。

しかし、憲法31条の司法審査基準に関する議論は、^{ブルー・オーシャン}ほぼ皆無と言ってよい。これまで検討してきた刑事訴訟法学説の中に明確にこのような憲法論に言及したものが無いことは勿論だが、憲法学説を鳥瞰しても、状況はあまり変わらないのである。本議論は、司法審査基準論を完成させる最後のピースであり、また、これを論じてきた意味や基調となる理念を整合させる意味で避けて通れない。以下、検証に入りたい。

芦部信喜は、「日本国憲法の場合には、代表民主政および社会福祉国家の憲法原則、経済的規制の違憲審査における司法手続の能力の限界、社会国家的公共の福祉による制約の可能性を容認する憲法22条・29条の趣旨などを総合的に考え合わせれば、『自由』と『財産』との間で違憲審査の基準に差異があるべきだという理論は、容易に導き出すことができる¹⁰⁰⁾」として「二重の基準」論を正当化する。しかし、この区別は、精神的自由と経済的自由の違いを念頭にしており、それ以外の人権領域に用いることができるのかは更なる議論が必要である。芦部は社会権、プライバシー権、平等権について司法審査基準の厳格度を上げる場面を挙げている¹⁰¹⁾が、刑事手続条項については論じなかった¹⁰²⁾。

佐藤幸治は、前述のように、「刑事手続」では「最も厳格な適正性が求められる」と述べていた¹⁰³⁾が、その司法審査基準について明言していない。佐藤は、「社会的身分」による差別¹⁰⁴⁾、表現の自由の制限¹⁰⁵⁾について厳格審査基準であることを記しながら、刑事手続条項については特にそのような言及を行って来なかった。

伊藤正己は、人権体系として、「生存権の基本権は政策のプログラムを指導するもの」で、「公共の福祉による制約と関連がない」と述べ、「経済的自由権は」「公共の福祉によって制限する可能性と範囲が増大し」ており、「内在的制約と合わせて政策的制約をうける」とする¹⁰⁶⁾。これに対し、精神的自由については、「内面性

のそれは「絶対的保障を与えられるものであり、内在的制約が個人の自律として働く余地はあるが、これを法的に制限することはできず、したがって公共の福祉による制限を考える必要はない」¹⁰⁷⁾が、「外面性の精神的自由権を制限できるのは自由国家的な公共の福祉を理由とするときに限られ、いわば内在的制約とされるもののみがこれを制約しようと解してよい」¹⁰⁸⁾として、内在的制約にのみ服することを示す。かつ、その制約においては、「立法部の判断が優先し、憲法上の制約が機能することが少なく、むしろ憲法上の保障も制約を許容するところに転換する。精神的自由権に利益衡量論を適用することに対して批判するアメリカの学説が「正しいであろう」¹⁰⁹⁾として、厳格審査、もしくは立証責任の人権侵害側転換ベースの指摘を行うのである。伊藤は続けて、労働基本権について「利益衡量を枠づける」審査の在り方を肯定的に取り上げている¹¹⁰⁾ところからすれば、刑事手続的人権についても同様なのではないかとの推測はできなくはないが、その記述には刑事手続的人権や身体的自由のそれについての明言はないのである。

このように、憲法訴訟論をリードしてきた学説を総覧しても、「憲法的刑事手続の構造的体系は明らかにされていない」¹¹¹⁾ままであることは確かであり、総じて、この問題に対する憲法学説の踏み込まない姿勢は、特に「広汎で包括的な構成要件を設けることが特徴となっている」刑罰法規において、その「明確化が実務での実績に委ねられ、司法的統制が消極的となる傾向」¹¹²⁾を生んだと言えよう。憲法31条以下が憲法学のほぼ空白領域であったため、そして、刑事手続については詳細な刑事訴訟法と刑事訴訟規則が終戦直後から存在しているため、刑事訴訟法学説や実務を憲法学説が後追いつける懸念もあったのである。

その中で、奥平康弘は、「憲法31条以下の権利の本質を、手続法的な請求権と見ることは、当然のことながら、自由のありように考察の重

点を置くのではなくて、手続的制度的な保障のありように全注意を集中させることになる」のであるが、「憲法31条以下は、自由の保障そのものをではなくて、原則として在る自由をある特定の場例外的に侵害・剥奪することを許す条件を設定しているのである」¹¹³⁾から、「例外を正当化する手続条件を特記すること、すなわち例外を例外として浮き彫りにすることによってその効果として、原則としての自由(ひとの行動の自由)を確保する構えになっている」のであり、結果、「もうこれ以上さらに例外の例外ということは、あり得ない」と、その保障の絶対性を主張した¹¹⁴⁾ことは異彩を放っていた。また、同様に杉原泰雄も、「憲法31条以下の諸規定は、これらの自由の侵害手続と方法を規定するものであるが、これらの諸規定は、これらの自由についての『内在的制約』を憲法自体が具体化したものにほかならない。したがって、これらの諸規定について(そこで保障されている被疑者・被告人の権利・自由について)、『内在的制約』の名により、さらに、法律で例外を設けることは許されないことになる。31条以下の諸規定を人身の自由等の侵害規定とみるかぎり、そう解するほかはない」と、ほぼ同様に主張をした¹¹⁵⁾ことも、稀有なことであった。

しかし、詳細な刑事手続条項であっても、抽象度の高い憲法条文が当然の如く絶対性を獲得するとすることには疑問がある。現在では、憲法13条を総論として15条以下の各人権条項は各論的扱いであるところ、これらを全て絶対保障、或いは一律に厳格保障であると考えてよいとすることには無理がある。また、憲法36条が拷問と残虐刑の禁止に特に「絶対」を付し、その禁止が明らかに絶対的なものであると考えざるを得ないことの意味を希薄にする。このため、刑事手続条項の禁止を一般的網羅的に絶対のものと読み込むことは適切ではあるまい。寧ろ、その指摘の力点は、これらの条項の対象である規制が厳格に禁止されるべきものであるということにあったものと思われるのである。

そして、渋谷秀樹は、「刑事手続上の権利」についてではないが、「身体の自由についての基本的な審査基準である厳格な審査の基準」¹¹⁶⁾と記述して、苦役の禁止に反する事例について、厳格審査基準の適用を示唆した。その論理からすれば、刑罰による身体拘束や生命剥奪について、緩やかな司法審査基準が妥当することはあり得ず、当然ながら、そこでも厳格度の高い司法審査基準が妥当するとの展開となるものと思われる。このほか、刑事手続上の人権を「人身の自由」の章で取り上げる共著教科書の中の、「最も重要であるのは、自由権が、基本的人権の中で最も基本的かつ重要なものであり、それ以外の参政権、国務請求権、社会権といったものはその保障を全うするための手段として必要だと考えられたものである」¹¹⁷⁾とする記述などは、自由権については経済的自由などを除いて厳格度の高い司法審査基準を導くことを示唆したものと読めようである。

松井茂記は、「刑事手続におけるプロセス的権利」の解説部分ではこれに特に言及していない¹¹⁸⁾ものの、「二重の基準論」の解説部分で、「二重の基準論の論拠が、ある種の基本的人権は民主主義プロセスに不可欠な権利であり、裁判所がその権利を手厚く擁護することが民主主義において裁判所にふさわしい役割であるという点にあるとすれば、手厚く保護されるべきは政治参加のプロセスに不可欠な諸権利などの『プロセス的権利』であり、それ以外の『非プロセス的権利』については裁判所が立法府の判断に口出しする根拠はないと考えられる」とし、「政治参加のプロセスに不可欠な権利の場合、」「厳格な合憲性判断基準が満たされない限り法律を合憲とすることは認められ」ず、「とりわけ表現内容に基づく制約のような場合には、やむにやまれない政府利益の基準をクリアしない限り違憲というべきである」とする¹¹⁹⁾。ところが、松井は、「表現内容中立的な規制のような場合には、表現内容に基づく規制ほどの危険性はない」ので、「重要な政府利益を達成

するための必要最小限度の手段であるとの中間的基準をクリアしていれば、合憲と認めてもよ」いとする¹²⁰⁾。「刑事手続におけるプロセス的権利」が含まれる「政府のプロセスに関わる諸権利」の司法審査基準に関する記述は、ここにも見当たらない¹²¹⁾。しかし、プロセス的権利でなければ緩やかな合理性の基準が妥当すると決定付けている¹²²⁾以上、そうではない刑事手続上の人権については、少なくとも緩やかな合理性の基準は妥当しないことが推認される一方、「政治参加のプロセスに不可欠な権利」の一部に中間審査基準を適用していることからすれば、或いはここでも中間審査基準を想定していることもまた推定できるのかもしれない。松井が、「裁判所が手続的デュー・プロセスの権利を『幸福追求権』として認めることは、司法審査の民主主義的正当性という点でも問題なく、それは「刑事か民事か行政かといった区別を前提としない」と述べていた¹²³⁾ことも、以上のことを裏打ちするものとなる。松井は、「二重の基準論は、元来、合憲性の推定＝立法府の判断の尊重の問題だった」として、基本的には司法審査基準の「レベルの問題」¹²⁴⁾は2つを原則とするべきことを推測させながら、期せずして、極例外的な「厳格審査」と「敬讓審査」の場面を除き一般に司法審査基準は「通常審査」であると¹²⁵⁾、刑事手続についても例外に挙げない以上「通常審査」になる筈の高橋和之説と、「通常」水準は異なるものの、機能的には似てくると言えようか。

他方、何れにせよ、刑事手続条項侵害場面の司法審査基準を緩やかな合理性の基準とすることを示唆する有力な学説は、見渡す限り存在しないとまでは言えそうであり、寧ろ、厳格審査ベースの学説が優勢に見える。

刑事事件では、有罪の立証は検察側、即ち国側が負うものであり、適用法令の合憲性についても国側の説明責任があると考えられることには違和感はない。このことは、司法審査基準としては厳格審査かそれに準じる基準を用いることを

意味しよう。筆者はこれまでに、「司法審査基準は3つではなく、『二重』の基準を文字通りに捉えて2つを基本線と考えることにより、いわゆる違憲判断の手法という部分まで、一貫した説明が可能である」¹²⁶⁾と述べ、司法審査基準について「もし、3つ目があるとすれば、4つ目まではある、つまりは、『緩やかな厳格審査』や『厳格な合理性の基準』の存在する余地を、別途検討せねばならないかとも思えなくもない」¹²⁷⁾とした上で、「身体的自由や刑事手続に関する権利も厳格な審査基準の対象に挙げてよかろう」¹²⁸⁾と述べてきた。この予言の通りであろうかと思える。

ある人権侵害の司法審査基準を厳格とする根拠については様々なものが挙げられてきた。精神的自由と経済的自由に関する「二重の基準」の根拠は、主に、人権の価値序列か、民主的プロセスか、裁判所の能力論などであったように思えるが、それらは「何れも、単独では二重の基準論を説明でき」なかった¹²⁹⁾。寧ろ、何れの点から検討しても精神的自由の侵害の場面での裁判所の審査は慎重であるべきであることが導かれることからこの理論は正当化され、有力説の中でその結論を否定することは稀有になったのである。刑事手続上の人権とは、究極的には身体的自由であり、13条の「生命、自由」「に対する国民の権利」が多くの学説が厳格な審査もしくは絶対的保障を想定している¹³⁰⁾ことと平行に考えても、重要な人権であることには間違いはない。また、刑罰法規の強化は、民主的な政治過程では進むものであって、その是正は、重大な冤罪事件などが明るみに出るなどしない限りなされないことが多い。つまりは、この人権の保障を民主的過程に委ねれば安心とは到底言えない事情にある。

しかし、刑事手続ではまさに司法権への信頼が前提となっており、問題は裁判所自身による是正に委ねれば十分であり、そこで厳格審査もしくはそれに準ずる司法審査基準は相応しくないという考えもあろう。「二重の基準」の必要

性は、民主的正当性を振り回して自由を制限しがちな政治部門にこそ向けられたものではないか、との反論はありそうである。だが、ここで問題なのは、刑事訴訟立法なのであるから、まずは国会の立法裁量を制限すべきだとの議論だった筈である。また、日本の刑事訴訟において、事実上、有罪か無罪かは決してきたとすら言われる、行政機関である検察の行動を制限すべきという議論だった筈である。こういった事態の継続に対して、憲法を根拠に、刑事手続法規を適用違憲、時には法令違憲とする権限を裁判所に付与し、行政機関の行動を制限して憲法上の権利を守るべきであるというまさに逆の結論が導かれるものである。以下の保障する「憲法の令状主義は、従来 of 事前の司法審査の要請に加えて、事後的な司法審査もその内容として要請される」¹³¹⁾とも言われ、厳しい憲法判断を受けるべきものであろう。

憲法14条1項後段列举事由を巡り、厳格審査が適用される差別は、そこに明文で列举されているものであり、歴史的なもので、政治的マイノリティに対するもので、生来の偶然によるもので、個人の能力と無関係なものであることが根拠としてよく挙げられている¹³²⁾。刑事手続上の権利についても、明文上の根拠は極めて詳細であり、明治憲法下での不適正な刑事手続が横行してきた歴史があり、被告人が圧倒的に少数者であることも確かである。残る根拠は刑事被告人には該当しないとしても、それが欠けるのは表現の自由規制の場面などと同じであり、上述のように、そこで受ける不利益の重大さに鑑みれば、憲法「31条から40条にわたって詳細ともいえる刑事上の人権規定」¹³³⁾に関する違反の訴えに対する憲法判断の司法審査基準は、厳格審査もしくはそれに準ずるものであることが相応しいと言えよう。

ところで、刑事手続の規定は、実際には刑事訴訟法に詳細な規定があり、問題があるとすればその解釈において努力すべきであって、厳格審査もしくはそれに準じる審査基準であると言

う意味があるか、という反論も考えられなくはない。しかし、実際に、緊急逮捕のように法令違憲の主張が強く出されたものもあるほか、付随的違憲審査制の下では、裁判所は、まずは当該事案への法令の適用の合憲性を検討すべきであり、その下での厳格な司法審査基準を議論する余地は十分にある。この点で、「当事者は違憲問題については必ず最高裁判所へ出訴し得る権利を與えられて」いる¹³⁴⁾ことは、上告という意味では、確かだが、平野龍一が「憲法裁判所たる最高裁判所」¹³⁵⁾という表現を用いているのは、憲法解釈上誤りである。表現規制立法とその運用が適切に継続していても憲法論としての司法審査基準が変わらないように、仮に、現行刑事訴訟法に違憲の条文がないとしても、そのことは直ちに司法審査基準を下げる根拠とはならないものである。実際、「見込捜査→容疑者逮捕→見込にもとづく自白追及→自白の裏づけ捜査という、身柄の拘束と自白の追及を見込み捜査が始まるという偏り」¹³⁶⁾が八海事件¹³⁷⁾などを象徴として続いてきたが、こういったことについては、事案においては適用違憲とされ、このような捜査観は憲法上許されない運用であって、或いは、そのような解釈しか無理であれば、当該法令そのものが違憲であるということとなるべきものである。このことは、情報公開法が制定されたから、その規定を盲信して、憲法21条の眼からそれを見ることを怠ったり、様々な差別禁止立法について憲法14条から再検討するのを怠ったりすべきでないのと同じことである。

加えて、行政手続の適正を憲法31条以下の準用とする通説は、司法審査基準の点でも厳格審査に準じる審査基準を維持できるか疑問であり、それは13条の保障する領域だと言うべきである。もしも、65条以下の規定から「行政」に相応しい手続が導き出せるのであれば、その憲法的要請にも従うべきである、とえば十分であり、かつ、整合的な説明となるように思える。このため、行政手続への準用を理由に憲法

31条の司法審査基準を下げざるを得ないとする議論は、主客転倒の誹りを免れまい。

刑事手続条項に基づき、厳格に適用審査を行うべき場面はある。團藤重光も、「もっぱら自白の任意性を規定したもの」、「不当に長い抑留・拘禁ののちの自白については任意性がないと擬制したもの」という憲法38条2項の解釈を改め、「単なる任意性の見地をこえるものが含まれていた」と解するようになった¹³⁸⁾。この下で、「すなわち違法に獲得された自白は任意性の有無を問わず証拠とはされないという見地が、ひとつの契機として内在していると言えるのである。これは、まさに、「違法収集証拠と共通の問題、あるいはその一部をなす問題である」¹³⁹⁾とする。「形式的に法のみとめる抑留・拘禁の期間内であっても、」 「不当に長い」場合には、「人心の自由の保障に要点があるものというべく、本人の心身の状況なども」 「考慮されるべきである」としたのである¹⁴⁰⁾。結果、「違憲の押収・捜索によって得られた証拠物は、違憲の抑留・拘禁中に得られた自白と同様、証拠とならないものと解しなければならない」し、それは「『法の適正な手続』（憲31条）の精神からも、みちびかれるべきであろう」¹⁴¹⁾とし、憲法問題とするようになっている。なお、違法収集証拠については、司法の無瑕性（廉潔性）論、違法捜査抑止論、適正手続論などが理論的根拠として主張されたが、これらは「互いに排除しあうものではない」のであって、「それぞれが、違法収集証拠の排除の必要性を基礎づけるというべきである」¹⁴²⁾とされる。そして、違法な手段で押収された証拠から派生して証拠が発見・収集された場合、第一次的な違法収集証拠との関係次第では、派生的証拠も排除される場合があるという、毒樹の果実論が主張されており、そうでなければ違法収集証拠の排除が十分に達成できないと言われている¹⁴³⁾。この点について、佐藤幸治も、これを憲法31「条の射程内の問題と考えられる」とし、「例えば、」 捜索・押収についての令状主義を定めた憲法「35

条に顕著に違反して得られた証拠を利用して被告人を処罰することは、いかにも適正手続の觀念に反する」と指摘しているものである¹⁴⁴⁾。違法収集証拠を含む事案は、端的に適用違憲の問題とし、厳格度の高い司法審査基準の下、救済を最優先に図るべきものと言えそうである。

関連して、適法な職務執行中に、偶然の事情で明白な犯罪関連物件を発見し、それ以上の捜索を要せず直ちに差押えが可能である場合、アメリカの「ブレイン・ビューの法理」から、或いは、緊急逮捕と同様に緊急差押えとして、これが許されるとする見解もあるが、「強制処分法定主義との関係では、刑訴法上このような差押えを許容する規定がない以上、これを認めることはできない」であろう¹⁴⁵⁾。この解決のためにも憲法法理が登場する必要がある。

また、「検証調書の作成者に対する、被告人の反対尋問権が保障されなければならない」ところ、「公判準備または公判期日において、供述者が証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときに限って、証拠能力が認められる」¹⁴⁶⁾ 筈であるが、検面調書の合憲性の問題は残る。不必要に認めて証拠採用している事案などでは、適用違憲の疑いが濃いものと考えらるべきであろう。

非常上告や再審についても、適正手続違反があれば認めるべき¹⁴⁷⁾ とするのが憲法31条又は32条の要請と言ってよからう¹⁴⁸⁾。適切な根拠がありながら、確定判決の重みばかりを理由としてその扉を重くすることは疑問であり、時として適用違憲の可能性があるのである。

人身保護法についても、憲法34条後段と密接な関係があろう¹⁴⁹⁾。そして、最高裁による人身保護規則により厳格な要件が課されることとなった¹⁵⁰⁾。だが、そのことから、裁判所の定める規則に民主的統制がかかりにくく、裁判所に与えられる委任の範囲も狭いと考えらるべきことになるとの指摘¹⁵¹⁾もある。このこともまた、人身保護法と人身保護規則に憲法31条以下が厳格に適用されるべきことを示唆するもの

であろう。

このほか、略式手続や交通事故即決裁判手続など、簡略化された刑事手続がある¹⁵²⁾が、これを憲法上許されないとする説は見当たらない。それは、軽い罪であることと、被告人が欲すれば正式の裁判手続に戻れることが理由であるが、何かを欠くものならば、やはり違憲の疑いが濃いものと推定して憲法判断がなされるべきものであろう。

このように、憲法の刑事手続条項の適用違憲の可能性を示すことは、日本の刑事手続の問題点を浮き彫りにすると共に、刑事訴訟法等の解釈を超えて、即効的な解決を齎す可能性が大きい。その意味で、これらの司法審査基準を基本的には厳格審査基準とし、法令違憲が難しいからとして憲法違反の可能性を放棄せず、適用違憲の可能性を模索することは肝要であると思われる。

3 少年法への準用——「適正」の修正

以上、刑事手続条項の要求の要点は弾劾主義・当事者主義にあり、その侵害事例の司法審査基準は厳格度の高いもの——基本的には厳格審査基準——であるべきことが要旨にならう。しかし、刑事手続の周辺¹⁵³⁾にある少年審判についてはどのように考えるべきであろうか。それは、以上の議論の大きな例外となる恐れがあり、そのことが以上の議論の積み上げを覆す恐れがないとは限らない。そこで、まず、——憲法学ではよく知られていない法分野であることもあり、まずは憲法学界に向けて——現行少年法の状況を整理した上で、これをこれまでの議論の延長として憲法上説明できるのかを検証したい。

日本最初の少年法は1922(大正11)年に制定された。「刑罰に代えて」多様な「保護」処分を柔軟に加えることを可能にしていたが、少年審判所による手続は検察官先議主義を前提にするが故に、刑事手続に従属するもの、刑事司法の枠内にあるものであった¹⁵⁴⁾。保護処分は利

益処分であるとされ、不服申立権がないなど、権利保障に不備があった¹⁵⁵⁾。

1948（昭和23）年制定の現在の少年法は刑法や、同年制定の刑事訴訟法の特別法であり、1条に「少年の健全な育成」を置くなど、自由権的な人権保障と福祉的措置の拡充を同時に図ったものとなった¹⁵⁶⁾。それは、「刑罰に代えて不処分」の考えにまで歩を進めたものと言えよう¹⁵⁷⁾。新少年法は日本国憲法に合わせることを目的とし、「少年の健全な育成」と言っても、特定の宗教や思想に準拠することはできず、「個人の尊厳を認め、勤労と責任を重んじるもの」と解された¹⁵⁸⁾。他面では、終戦直後の特に年長少年による犯罪の増加に対処することを意図していたことも指摘されている¹⁵⁹⁾。少年の保護事件については、アメリカの少年裁判所（juvenile court）ないし家事関係裁判所（domestic relations court）を模範として、家庭裁判所に全てを委ねることとしたのである¹⁶⁰⁾。だが、その「判断が少年の処遇をほとんど左右する」¹⁶¹⁾家庭裁判所への全件送致主義は、「早期発見、早期治療」ではあるものの、早期の公的機関の介入はかえってラベリング効果を高めてしまうとの批判もあった¹⁶²⁾。そして、「特別なばあいにかぎって——しかも家庭裁判所を経由したのちにかぎって——刑事処分が許される」ものとされ、その裁判は「一般の裁判所が行なう」ものとされたのである¹⁶³⁾。1966年に法務省による、「青年層」を新たに設置する改正構想、1970年の少年法改正要綱などの動きはあったが、弁護士会や家庭裁判所の現場の反対も強く、この間、年長少年の検挙人員が減少したこともあり、少年法は、基本的な法改正はないまま、21世紀を迎えることとなったのである¹⁶⁴⁾。

少年法の解釈として、保護処分において、責任能力が必要かどうかについては争いがある。これについては、虞犯少年や刑事責任のない触法少年にも同様の保護処分を認めていること、実際に、責任能力のない少年であっても犯罪性の強い場合、措置入院の対象とならないな

どで保護処分が必要であり、少年の立直りに最適な処遇を目指すべきであることから、不要とする主張が有力とされる¹⁶⁵⁾。少年審判手続では、職権主義が色濃く、衡平法に基づく「国親（*parens patriae*）」の思想を背景にしていると言われる¹⁶⁶⁾。非行の可能性があると過ぎない虞犯少年でも少年院送致があるとすると少年法3条及び24条について、許されない、犯罪性が著しい場合に限られる¹⁶⁷⁾とする立場もあるが、一般的にはそれを許容している¹⁶⁸⁾。検察官が関与しない少年審判で、少年が否認に転じた場合、審判官は法曹三者の役を一人で引き受けねばならず、司法機関としての中立性の保持が困難であると指摘されている¹⁶⁹⁾。実際、1985年発生の草加事件¹⁷⁰⁾、1993年発生の調布駅前事件¹⁷¹⁾などでその弊害は現実となった。このため、2000年には、裁判所の裁量により合議制が採れるようになり、検察官に事実認定手続への関与と抗告受理申立ての権限を認める改正がなされた¹⁷²⁾。

更に、1997年の神戸事件、1999年の光市母子殺人事件などの重大事件が発生し、少年非行の増大・凶悪化と宣伝されたことで、「規範意識の覚せい」の必要性が主張され、検察官送致決定の対象年齢を16歳以上から14歳以上に引き下げるなどの改正がなされた¹⁷³⁾。少年犯罪の増加は事実ではなかった¹⁷⁴⁾にも拘らずである。2007年には、触法少年に対する「調査」権限の捜査機関への付与と、児童相談所から家庭裁判所への送致手続の変更、14歳未満の少年の少年院送などの改正がなされた¹⁷⁵⁾。背景には、2000年代前半に発した重大事件で、児童相談所によっては正確な非行事実の調査・認定ができるか、児童自立支援施設で重大結果を伴う非行に及んだ児童の処遇を行うのが適切なのか、という疑問が提起されたことによる¹⁷⁶⁾。そして、少年審判には、少年法22条2項から明らかなように、「発達途上にある少年の立直りを目指して」「少年を曝し者にせず、その情操を保護し、社会復帰を妨げないため、非行を犯したことも秘密とされる」一方、その

前提として、「少年の能力・病気等も含めた心身の状況、全生活史、家族、親子等のプライバシー等に深く関わる事項が詳細に解明される必要がある¹⁷⁷⁾」ため、非公開原則が妥当していた。異なる少年の事件の併合も、この観点から認められていない¹⁷⁸⁾。だが、2008年には、「被害者等への配慮の充実」で導入されていた措置を拡充し、被害者による記録の閲覧及び複写範囲の拡大、被害者等の申出による意見の聴取の対象者の拡大、一定の重大事件の被害者等の少年審判の傍聴と、その場合における国選弁護士付添人制度の創設がなされた¹⁷⁹⁾。被害者への配慮などの充実の観点から創設されたものであるが、少年の健全な育成を目的とする少年保護手続の特質にも配慮した運用が求められる¹⁸⁰⁾。2014年改正では、観護措置時の裁量的国選付添人制度と検察官関与制度の対象の拡大、不定期刑制度の見直し、そして、少年に対する刑の引上げなどがなされた¹⁸¹⁾。

少年事件は、少年警察部門において処理すべきことが原則とされる¹⁸²⁾。これは、根拠法令が2002年に少年警察活動規則となっても、その4条で規定されているものである。しかし、警察・検察による選別・措置決定に当たり、少年の黙秘権や弁護士依頼権、親の立会権、不服申立ての権利は保障されているとは言い難かった¹⁸³⁾。「成人の警察とは明確に区別される少年警察を確立することは、未完成の課題である」¹⁸⁴⁾。

結局、少年法が2000年以降に直面した問題は、正確な事実認定と適正手続の保障、保護処分・刑事処分・児童福祉法上の措置の意味と非行予防効果、犯罪被害者の利益保護、応報思想であると言えよう¹⁸⁵⁾。触法少年について「犯罪」捜査ができないとされてきたところ、そして、殺人等、極めて重大な事件でもその逮捕・勾留、証拠物等の捜索・押収、被害者の司法解剖などができず、事実解明が困難であることも多かったところ、2007年の6条の2の挿入により、警察の「調査」権限が明確にされた¹⁸⁶⁾。基本的に、少年事件について「保護」の姿勢が

弱まり、大人相当の処罰を求める傾向が強まったと言えよう。

以上が、少年法の歴史ということになるが、この現行法の条項、もしくはその適用が違憲であるのはどのような場合であり、また、何を基準にどう考えたらよいのかを考えてみたい。憲法問題は実は多く潜伏している模様である。

憲法38条1項の趣旨は、今や、憲法31条を介して触法・虞犯少年にも推及されるべきだとされている¹⁸⁷⁾。このため、少年審判についても、告知・聴聞に始まる手続保障の原則は、当然のことながら、及ぶと言えよう。日本が1994年に批准した子どもの権利条約も犯罪少年にそれを限定すべきでないとしているほか、供述の強制は教育的でないことなどもあり、それ以外の少年にもその趣旨を及ぼすべきであろう¹⁸⁸⁾。特に、少年審判規則29条の2（「裁判長は、第一回の審判期日の冒頭において、少年に対し、供述を強いられることはないことを分かりやすく説明した上、審判に付すべき事由の要旨を告げ、これについて陳述する機会を与えなければならない。この場合において、少年に付添人があるときは、当該付添人に対し、審判に付すべき事由について陳述する機会を与えなければならない」）が2000年に新設され、消極説を採用することは難しくなった。

少年警察活動規則19条には、「少年法第6条の3に規定する付添人の選任については、付添人を選任することができる者又は付添人から両者が連署した付添人選任届を差し出させるものとする」とあるものの、運用次第では、留置はできなくとも、人質司法に連なる事態が、触法調査についても発生しかねない。また、違法収集証拠の排除法則は、家族関係に及び、少年のプライバシーに亘るものが多いことに鑑みると、適正手続のほか「少年の健全育成の観点から」その適用の必要性を言わねばなるまい¹⁸⁹⁾。少年本人が否認している場合、そして特に犯罪事件のとき、少年審判手続の職権主義が無辜の少年に「非行少年」のラベリングをしてしまわないか、懸念が残る。介添人の役割の強化など、

適正手続の見地からも、また、実体的真実主義の見地からしても、その修正が必要に思われる。また、憲法と共に、国連の子どもの権利条約を批准している以上、少年法とその実務については、この国内法化した条約に矛盾しないことが求められている。

そして、留置施設への勾留中に行われた取調べに基づく供述の任意性と信用性の判断は、少年審判においても一層慎重になされるべきである¹⁹⁰。下級審判決には、18歳の少年又は21歳の若年成人の被疑者を代用監獄に勾留した上、その弁解に一顧も与えず、不当な言動により執拗に自白を迫った結果による自白であるなどとして、被疑者兩名の捜査官に対する自白調書の各一部の任意性を否定し、その証拠調べ請求を却下したものがある¹⁹¹。貝塚ビニールハウス殺人事件再審無罪判決¹⁹²が語るように、繰り返された暴行、脅迫を伴った取調べがあった疑いのある¹⁹³ところでの「捜査官に対する自白には著しい変転などがあって到底その信用性を肯定することができ」ないようなことがあってはなるまい。最高裁は、1983年、抗告を棄却したいわゆる流山中央高校事件決定¹⁹⁴において、多数意見が、「少年保護事件における非行事実の認定にあつては、少年の人権に対する手続上の配慮を欠かせないのであつて、非行事実の認定に関する証拠調べの範囲、限度、方法の決定も、家庭裁判所の完全な自由裁量に属するものではなく、少年法及び少年審判規則は、これを家庭裁判所の合理的な裁量に委ねた趣旨と解すべきである」としたほか、團藤重光補足意見が、「本人の出頭・供述が確保され、また、虚偽の供述が抑止されることになるのであつて、とくにそのような必要が認められるような事情があるときは、保護事件においても証人尋問の形式によることが法の要請だといふべきである。次に立会いおよび反対尋問の関係では、参考人にせよ証人にせよ、重要な参考人・証人であるかぎり、少年ないし附添人から要求があるときは、すくなくとも実質的に十分にその機

会をあたえる必要があるものと解しなければならない。憲法37条2項の趣旨は、適正手続の内容の一部をなすものとして、少年保護事件にも実質的に推及されるべきものとする」と述べ、適正手続の要請に言及したことは注目される。少年法14条2項により刑事訴訟法157条3項の準用を認め、証人尋問権を認めるのが刑事法学での通説である¹⁹⁵。そして、「少年側の防御活動の活発化とあいまって、伝統的保護主義は揺らいで」いる¹⁹⁶ように思われ、特に犯罪事案では、当時者主義・弾劾主義の側面からの修正が必要である。憲法38条2項の自白法則についても、「成長発達の過程にある少年の属性に鑑みて、この法則を適用する必要性が少年審判で減じることにならない¹⁹⁷」とされてきている。

少年法は不服のある決定について抗告を認めているが、33条2項を見ると、「抗告が理由のあるときは、決定をもつて、原決定を取り消して、事件を原裁判所に差し戻し、又は他の家庭裁判所に移送しなければならない」とある一方、破棄自判は予定しておらず、非行事実の触法少年について、非行事実の有無の争いを実は想定していないとも指摘されている¹⁹⁸。「基本権訴訟」¹⁹⁹的発想による手続創設的な補充も必要かも知れない。憲法39条の保障する二重の危険と二重処罰の禁止の要請が少年保護手続に及ぶかも議論がある。少年法46条は、「罪を犯した少年に対して第24条第1項の保護処分がなされたときは、審判を経た事件について、刑事訴追をし、又は家庭裁判所の審判に付することができない」としているが、これが憲法の要請に基づくものか、創設規定か、が争点となっていた。創設規定だとする説には、純粋に教育的効果を根拠とするものと、憲法39条の趣旨もそれに加えたものとする説とがある²⁰⁰。少年審判が刑罰ではないとは言え、それに準じるものであるから、準用され、その趣旨は及び、処分を重ねることは基本的に許されないと考えるべきように思える。虞犯事実について、

同条の趣旨が及ぶとした下級審決定もある²⁰¹⁾。これに対し、最高裁判例は、少年法46条を「保護処分が身体の自由を制約する場合がある点において刑罰類似の性質を有することや、対象となつた犯罪事実が特定されていること等を考慮して特別に設けられた規定」と解しており²⁰²⁾、政策的な創設規定という理解のようである²⁰³⁾。前述のいわゆる調布駅前事件では、家庭裁判所で一旦少年院送致の決定が下されたが、抗告審で事実誤認があるとしてこれを取り消し、差戻審において成人年齢に近い少年について審判を行わず、成人に達したところで刑事起訴がなされ、最高裁で公訴棄却が確定したことは、少年法の趣旨を没却するものであるなどと批判された²⁰⁴⁾。この反省から、2000年改正において、少年法46条2項(「第22条の2第1項の決定がされた場合において、同項の決定があつた事件につき、審判に付すべき事由の存在が認められないこと又は保護処分に付する必要があることを理由とした保護処分に付さない旨の決定が確定したときは、その事件についても、前項と同様とする。」)が追加され、一事不再理を定めている。明文上は犯罪少年についてのものであるが、憲法39条の解釈が許す範囲内で一事不再理効が認められるとする説もある²⁰⁵⁾。また、刑事訴訟法402条の規定する不利益変更禁止原則に当たる条文が少年法にないため、少年が抗告した場合に、抗告審はより重い処分を下せるかが争点であった。これについて、前述の調布駅前事件最高裁判決は、不利益変更できない旨を明言した。

また、最高裁は、非行事実がないのにあるという理由を示しつつなされた不処分決定や審判不開始決定について、少年が名誉回復のために行った抗告に対して、そのような抗告は認めない決定を行っている²⁰⁶⁾。この点、名誉回復は保護処分を受けない利益と比べても決して小さいとは言えず、この判断には批判がある²⁰⁷⁾。また、保護処分は、少年の健全育成のための保護が問題であり、既になされた保護を否定するのは合理的ではないなどとして、再審も用意さ

れていないことも問題であり²⁰⁸⁾、少年法27条の2の規定を事実誤認の場合にも拡張解釈して救済を図ってきたところ、2000年の同規定第2項追加改正で、保護処分執行終了後まで取消しが認められるようになった²⁰⁹⁾。他方、最高裁は、柏市少女殺人事件決定²¹⁰⁾において、非行事実の不存在が認定できるとき、保護処分の継続は不合理だとして元少年の再抗告を認め、「少年法27条の2第1項に基づいてした不取消決定に対しては同法に基づく抗告をすることができないという理由により附添人の抗告を不適法として棄却した原決定は、同法32条の解釈適用を誤つたものというべきであり、右法令の違反は決定に影響を及ぼし、これを取り消さなければ著しく正義に反する」などとして、「所論にかんがみ、職権をもつて判断すると、原決定は」「取消を免れない」とした。

以上が少年法の現在の規定及び判例・運用の説明である。総じて、少年審判の手続は刑事手続そのものではない。このため、憲法31条以下がそのまま適用されるものでもないであろうが、「過料のような行政罰たる秩序罰や執行罰」²¹¹⁾や刑事手続の端緒となる行政手続²¹²⁾と同様、刑事手続に準ずる不利益処分として、「将来発生する可能性のある犯罪を予防し、あるいは現に起こっている犯罪を鎮圧することによって、直接的に個人の生命、身体及び財産を保護」する²¹³⁾ところから、憲法31条以下の規定を準用するのが妥当であろう²¹⁴⁾。これについては、身体的自由の剥奪であるとして、或いは一般的適正手続保障として憲法13条を根拠条文とする考え方もあり得ようが、少年院送致などの処分は刑罰に準ずる不名誉な身体拘束であって、単なる身体的自由の一時的剥奪とは次元を異にする。これら少年の保護は、例えば、ストーカー被害者や感染病患者の「保護」とは、意味も手法も異なっている。司法審査基準としても、一般原則に従って単なる合理的な目的と手段なら十分なものではなく、その意味でも31条準用論が妥当であろう。少年審判の手続について、

憲法は、相応の厳しい目を向けているように思われる。

憲法 31 条以下は刑事手続に関する特別則であると思われるが、このことは、それに類似する手続についてその準用を全く許さないということではさすがにないであろう。少年手続についても、刑事手続そのものではない「保護手続」であるにせよ、犯罪などを前提に身柄拘束を伴うもので、一部については大人と同様の裁判手続に進むのであれば、準用は当然に考えられるべきである。保護処分は、少年が抗告でなお争っているときでも、家庭裁判所の決定によって執行が始まる²¹⁵⁾ことは、通常の刑事手続との違いとして認識すべきである。適正手続の基本的要請である告知と聴聞は、審判を開始した以上、認められ、少年審判規則 29 条の 2 にも入れられた²¹⁶⁾。無論、それは憲法の要請でもあると言うべきであろう。

ここで問題となるのが、少年審判を貫く職権主義である。犯罪少年に限定事件送致と共に証拠が家庭裁判所に送付されるということは、伝聞証拠排除法則が妥当しないということである²¹⁷⁾。未成熟な未成年者の保護を第一義とすることは、特に、刑罰ではない「保護」の局面では許容されるであろうが、その判断を当事者主義構造の下、つまりは「司法」手続の下で検証する機会は保障されねばなるまい。また、当事者少年が事実関係や法的評価に異議申立を行っている場合に、家庭裁判所が全くの職権主義を貫徹できるかは疑問である。憲法 31 条以下を「準用」するとなれば、このような場面まで職権主義を貫くことは許されまい。少年が求めれば、原供述者に対する反対尋問の機会が付与されるべきとの主張も有力にある²¹⁸⁾。このような場面では、真実の発見のため、かつ、当事者少年の手続的保護の見地から、当事者主義・弾劾主義的修正が憲法の要請として生じるのではなかろうか。基本的には、争われている事案により、その方向での適用違憲の判断や、その融通が効かない条項であれば法令違憲にま

で踏み込んで、当事者少年の救済を図る場面があり得ることを指摘しておきたい。要は、少年審判においても、当事者主義・弾劾主義を背景に、「保護」が必要な限りで修正されているとの視座が必要である。最高裁は、この種の「準刑事裁判手続、つまり刑事手続以外の制裁を科す裁判手続についても、そもそも憲法 31 条以下の諸権利の適用はないかのような判断をしたり、あるいは適用を認めても、その手続の適正さについてはきわめて緩やかな姿勢を示している」²¹⁹⁾との指摘もあるが、このような判例の姿勢は妥当とは言えまい。そして、そこでの司法審査基準も厳格審査をベースにされるべきであり、不名誉な身体的自由剥奪処分の合憲性を、裁判所は、適用、法令の両側面で審査すべきように思われる。

おわりに

結局のところ、憲法 31 条以下の刑事手続に関する条項の司法審査基準は厳格審査か、それに準ずる基準以外なく、もし、準ずる、「緩やかな厳格審査」²²⁰⁾のようなものの存在が証明できるならば、その司法審査基準であると考えるのが相当であろう。このことは、刑事実体法の適正に関しても、特にこれを除外する説明ができないとすれば、該当するものと思われる。

検討の通り、憲法 31 条以下を準用する場面がやや難問である。だが、憲法 13 条や 18 条の適用場面であっても、身柄拘束には厳格審査がベースであろうことを考えると、少年の「保護」などの正当な理由があって職権主義が入ることに一理あるとしても、だから司法審査基準を落とす理由にはならないのではないかと思われる。また、当事者が自律的に裁判所や行政機関の判断を争いたいと考えるとき、戻すべきところはやはり当事者主義・弾劾主義である。そうでない制度を設置するのであれば、そちらの側、即ち、原則として国側に立証責任があろう。そのことを思えば、例えば、少年審判手続は非刑事手続ゆえ職権主義が原則で、厳格でない司法

審査基準が及ぶと考えるのではなく、本来、当事者主義・弾劾主義であるべきところ、その性質上、どこまで職権主義の大例外を許容してよいかを厳格審査の下で判断する方向の方が、憲法論として妥当なのではないかと思うところである。特に、少年本人が事実や処分を争う場面ではそうなのではあるまいか。

本論は、刑事手続条項の司法審査基準の議論を終え、最後に、果たして、人権規定全体を通してこの文字通りの「二重の基準」論の貫徹が可能なのかを検証することに進むこととした。

注

- 1) 君塚正臣「刑事法学界における憲法の取扱い」横浜国際社会科学研究 23巻4号1頁 (2019)。
- 2) 君塚正臣「憲法学界における刑事訴訟法の取扱い—或いは、憲法学説は時代や系列などから自由であり得たのかに関する歴史的手法による一考察」横浜国際社会科学研究 24巻2号1頁 (2019)。
- 3) 君塚正臣「緊急逮捕の合憲性—刑事手続に厳格な審査を施す意味」横浜国際社会科学研究 24巻3号1頁 (2020)。
- 4) 君塚正臣「刑事法学における死刑論議—團藤重光を中心に」横浜国際社会科学研究 25巻2号1頁 (2020)、同「死刑合憲性論の再考—憲法14・31・36条適用違憲の可能性」横浜国際社会科学研究 25巻3号1頁 (2021) [以下、君塚前掲註4) II論文、と引用]。
- 5) 中島徹「刑事手続における『主権』と『人権』—憲法シンボルをめぐる異夢」ジュリスト 1334号182頁 (2007)。
- 6) この問題意識に立つものとして、尾形健「憲法的刑事手続の一側面—刑事裁判における訴訟能力論をめぐって」初宿正典古稀記念『比較憲法学の現状と展望』769頁 (成文堂、2018) がある。
- 7) 江藤祥平「憲法上の刑事手続の復権に向けて—司法、民意そして死」論究ジュリスト 36号93頁、94頁 (2021)。
- 8) 村井敏邦「憲法的刑事司法のシェーマ」法学セミナー 510号36頁、38頁 (1997)。
- 9) 渋谷秀樹『憲法』〔第3版〕234-235頁 (有斐閣、2017)。
- 10) 以上、團藤重光『新刑事訴訟法綱要』〔7訂版〕13-14頁 (創文社、1967) 参照。
- 11) 同上15頁参照。
- 12) 平野龍一『刑事訴訟法』14-15頁 (有斐閣、1958)。
- 13) 横山晃一郎『憲法と刑事訴訟法交錯』3頁 (成文堂、1977)。
- 14) 同上312-313頁。
- 15) 死刑制度を検討する中で、ふと感じたことであるが、実は、日本の死刑の数は終戦を境にあまり変化していないのである。『平成元年版犯罪白書』(<http://hakusyol.moj.go.jp/jp/30/nfm/mokuji.html>) 付表第11表「新受刑者の刑名・懲役刑別構成比」によると、新たに死刑囚となった数は1926-30年の年平均は20.0人、31-35年は23.6人、36-40年は16.6人、41-45年は16.2人であるのに対し、46-50年は24.0人、51-55年は25.6人、56-60年は25.2人、61-65年は9.6人、66-70年は14.2人、71-75年は9.6人、76-80年は4.2人、81-85年は1.4人、86-88年は2.0人である。つまり、戦後も、1962年の年26人までは、戦前ベースか或いはそれを上回る死刑判決を確定させているということなのである。また、『令和元年版犯罪白書』3-1-3-1表 (http://hakusyol.moj.go.jp/jp/66/nfm/n66_2_3_1_3_2.html) によっても、2004-12年の9年間は、2010年を除いて死刑確定者が2桁 (特に、2006年は21人、07年は23人、11年は22人) が続いており、この期間はほぼ戦前並と言ってよい。終戦後の混乱や犯罪の質などにもよるが、誤審の恐れや残虐さなどはあまり考えず、死刑制度を受け入れてきた日本社会がそこにあり、少なくともこの点で「戦前の反省」が十分になされたとは言い難かったように思われる。
- 16) 團藤前掲註10) 書17頁。
- 17) 同上20頁。「これに反して、訴訟手続の個々の技術的な部分で被告人の重要な利害に関しないものについては規則で規定することが、憲法第77条の精神であろう」と同書同頁は続ける。
- 18) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』〔改訂版〕5頁 (青林書院、1990)。
- 19) 平野前掲註12) 書15頁。
- 20) 横山前掲註13) 書3頁。
- 21) 同上314頁。
- 22) 同上315頁。
- 23) 同上319頁。
- 24) 同上11頁。
- 25) 同上11-12頁。
- 26) 本田正義「憲法の諸原則からみた刑事手続の実際問題」警察学論集 12巻12号1頁、2頁 (1959)。
- 27) 小田中總樹「憲法的思考の後退と復権」ジュリスト 1148号14頁 (1999)。
- 28) 高田卓爾『刑事訴訟法』〔2訂版〕19頁 (青

- 林書院, 1984).
- 29) 團藤前掲註10) 書209頁.
- 30) 横山前掲註13) 書8頁.
- 31) 同上9頁.
- 32) 田口守一「適正手続」法学教室268号9頁, 12頁(2003).
- 33) 鈴木前掲註18) 書16頁.
- 34) 内野正幸『憲法解釈の論点』〔第4版〕96頁(日本評論社, 2005).
- 35) 平野前掲註12) 書2頁.
- 36) 同上5頁.
- 37) 同上16頁.
- 38) 同上17頁. 弁護人依頼権については, 石田倫識「弁護人依頼権と接見交通権」法学教室496号16頁(2022)も参照.
- 39) 平野同上18頁.
- 40) この点, 一時, 公訴権濫用論が盛んに提唱されていたが, 悪意の起訴に限定され, 微罪起訴や不平等起訴はそれぞれ憲法13条や14条に違反するものとして手続打切りの是非を論じるべきであろうという主張もある. 宇藤崇ほか『Legal Quest 刑事訴訟法』〔第2版〕277頁(有斐閣, 2018)〔松田岳士〕. 趣旨は理解できるが, 根拠条文は, 刑事手続については, それであるが故の厳密さ, 厳格さを求める以上, 憲法31条以下から探すべきであると思える.
- 41) 平野前掲註12) 書7頁.
- 42) 同上9頁.
- 43) 同上10頁. 裁判の公開については, 堀田周吾「裁判の公開」法学教室496号22頁(2022)も参照.
- 44) 平野同上9頁.
- 45) 同上84頁.
- 46) 同上84-85頁.
- 47) 練馬事件=最大判昭和33年5月28日刑集12巻1718頁. 本件評釈については, 君塚正臣「刑事法学界における憲法の取扱い」横浜国際社会科学研究所23巻4号1頁(2019)参照. 曲田統「判批」研修852号3頁(2019), 亀井源太郎「判批」佐伯仁志=橋爪隆編『刑判判例百選I—総論』〔第8版〕152頁(2020)も参照.
- 48) 平野前掲註12) 書182頁.
- 49) 同上同頁.
- 50) 同上183頁.
- 51) 同上同頁.
- 52) 同上同頁.
- 53) 同上187頁.
- 54) 同上184頁.
- 55) 同上188頁. 被告人の無知・錯誤などのとき, 裁判所が職権での証拠調べを怠った違法を, 通常, 審理不尽の違法という.
- 56) 鈴木前掲註18) 書15頁.
- 57) 同上17頁.
- 58) 田宮裕『刑事訴訟法』〔新版〕4頁(有斐閣, 1996).
- 59) 同上4-5頁.
- 60) 同上5頁.
- 61) 同上6頁.
- 62) 同上8頁.
- 63) 同上5頁.
- 64) 松尾浩也『刑事訴訟法上』〔新版〕7頁(弘文堂, 1999).
- 65) 同上6頁**.
- 66) 平野龍一「刑事訴訟と人権」国家学会雑誌73巻5号31頁, 38頁(1960)は, 憲法31条以下では40条だけが「大陸的な規定」であるとし, 「まず権力を十分に行使させて, もしまちがっていたら, 後で救済しようとするもの」だが, 「真実の発見のために必要ならば, 被告人の身体的自由を拘束するのに, さほど躊躇する必要はない, ということになる」のであるから, 「このような考え方は, 本来, 英米流の考え方ではない」として批判的である.
- 67) 松尾前掲註64) 書6頁***.
- 68) 他方で松尾は, 小田中前掲註27) 論文14頁において, 「精密司法論」を唱え, 「わが国刑事手続の構造的・間性的抜本的除去の現実的可能性への懐疑的傾向」の「代表的なもの」だ, との批判を浴びた.
- 69) 三井誠『刑事手続法(1)』〔新版〕1頁(有斐閣, 1997).
- 70) 同上同頁.
- 71) 同上2頁.
- 72) 同上同頁.
- 73) 酒巻匡『刑事訴訟法』〔第2版〕3頁(有斐閣, 2020).
- 74) 同上同頁.
- 75) 同上4頁.
- 76) 渥美東洋「『新』刑訴のおおよその定着と改正の必要」ジュリスト1148号12頁(1999).
- 77) 水野陽一「刑事手続の正統・正当化根拠と個人の尊重, 尊厳」北九州市立大学法政論集48巻1=2号71頁, 82頁(2020).
- 78) 同上73頁.
- 79) 同上76頁.
- 80) 同上82頁.
- 81) 芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法』253頁(日本評論社, 2011)〔南野森〕.
- 82) 川岸令和ほか『憲法』〔第4版〕223頁以下(青林書院, 2016)〔君塚正臣〕など参照. 君塚正臣「平和主義・裁判所ほか—教科書の憲法記述(4・完)」横浜法学30巻2号169頁(2021)も参照. 今だに手続法定説を採る数少ない例外として, 釜田泰介「憲法31条に関する一考察」同志社法学27巻5号1頁(2006)がある.
- 83) 宮沢俊義『憲法』〔新版〕416頁(有斐閣,

- 1971).
- 84) なお、渥美前掲註76)論文12頁が、「だが、弾劾主義の意味と内容、当事者・論争主義の内容について、かならずしも一致しているわけでもな」と指摘するように、注意が必要である。ところで、長尾一紘『日本国憲法』〔第3版〕416頁(世界思想社、1997)は、「自衛隊に『軍法会議』をもうけるとしても、通常裁判所への上訴の途が開かれていれば、76条2項違反の問題は生じない」と論じているが、そこでの刑事手続が通常「裁判所」での「適正」な裁判でなければ31条もしくは32条違反になろう。このことは、これを逸脱するために行政機関である軍法会議設置の主張があることを思えば、その種の主張は無意味もしくは不適切であることと同時に、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論上』第5章(法律文化社、2018)で述べたように、憲法32条は刑事罰の前に裁判手続が要求されていることに特化して解するべきであることを改めて示唆するものであろう。
- 85) 杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』75-76頁(学陽書房、1980)参照。
- 86) 同上76頁。
- 87) 同上97頁以下参照。
- 88) 佐藤幸治『日本国憲法論』〔第2版〕367頁(成文堂、2020)。
- 89) 同上368頁。
- 90) 同上371頁。
- 91) 同上369頁。
- 92) 同上370頁。
- 93) 同上630頁。
- 94) 但し、最高裁は何を持って「適正」とするかを明らかにしておらず、違法収集証拠排除を認めた判例もない。松井茂記『裁判を受ける権利』20-22頁(日本評論社、1993)。
- 95) 中谷敬寿「法定手続について」公法研究25号1頁、2頁(1963)も、法定手続の問題を「刑罰」の問題としており、同論文7-8頁では「行政罰」が対象か否かを論じ、「準用」との結論に達していた。
- 96) 詳細は、永山忠彦「米判批」アメリカ法〔1977-2〕282頁、渥美東洋「反覆自白不任意自白と排除法則—毒樹果実論にも触れて(最近の判例から)」判例タイムズ365号23頁(1978)、原田保「米判批」判例タイムズ623号44頁(1987)、柳川重規「毒樹果実法理の適用と裁判所の証拠排除権限」中大法学新報101巻3=4号211頁(1995)、同「不任意自白に由来する自白及び証拠物—毒樹の果実法理の展開」現代刑事法3巻2号51頁(2001)、石田洋平「毒樹の果実論」名城法学論集大学院研究年報30集43頁(2002)、宇藤崇「『毒樹の果実』論について」現代刑事法5巻11号43頁(2003)、阿久戸光晴「毒樹の果実理論」聖学院大学総合研究所紀要38号3頁(2006)、高田昭正「先行手続の違法と証拠排除—『毒樹の果実』論と『違法の承継』論」立命館法学345=346号398頁(2013)、小早川義則『毒樹の果実論』(成文堂、2010)、緑大輔「米判批」判例時報2322号33頁(2017)、井上和治「違法性の承継論と毒樹の果実論—別件逮捕・勾留と自白の証拠能力に関する最高裁昭和58年7月12日判決を素材として(1)」法学82巻6号1頁(2019)、村瀬健太「違法な身柄拘束が先行した場合の自白排除における因果関係—稀釈の法理の検討から」明大院法学研究論集51号113頁(2019)など参照。
- 97) 君塚前掲註4)Ⅱ論文参照。このほか、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ—弁護人依頼権、スーパー・デュー・プロセス』275頁以下(成文堂、2013)、同「スーパー・デュー・プロセスと死刑廃止論」名城ロースクール・レビュー29号57頁(2013)、笹倉香奈「死刑と適正手続」龍谷法学47巻4号148頁(2015)、デイビッド・T・ジョンソン(笹倉香奈訳)『アメリカ人のみた日本の死刑』(岩波書店、2019)なども参照。
- 98) 君塚前掲註84)書第4章参照。
- 99) 法律レベルで考えても、行政手続法の目的は、その1条が示す通り、「行政運営における公正の確保と透明性(行政上の意思決定について、その内容及び過程が国民にとって明らかであることをいう。第46条において同じ。)の向上」である。必ずしも当事者主義である必要はなく、行政訴訟が、さすがに司法手続である以上当事者主義構造を有すべきであることとは一線を画しているように思われる。制定前後の議論として、杉村敏正「行政手続法に関する若干の考察—なぜ一般行政手続法の制定が必要か」公法研究51号1頁(1989)、行政手続法研究会「行政手続法研究会(第2次)中間報告(平成元年10月)〔含行政手続法(仮称)要綱案〕」ジュリスト949号100頁(1990)、「特集・行政手続法要綱案(第一次部会案)」同985号73頁(1991)、臨時行政改革推進審議会「公正・透明な行政手続法制の整備に関する答申—平成3年12月12日」同994号6頁(1992)、塩野宏「行政手続法の制定について」地方自治532号2頁(1992)、堀口康博「『行政手続法要綱案』の構造と問題点」早稲田政治経済学雑誌309=310号55頁(1992)、小早川光郎「行政手続法案」ジュリスト1029号62頁(1993)、「特集・行政手続法の立法動機」法律時報65号40頁(1993)、「特集・行政手続法の制定〔含条文〕」ジュリスト1039号8頁(1994)、紙野健二「行政手続法の運用課題」法律時報66巻4号2頁(1994)。

- 「特集・行政手続法は期待に応えるか」法学セミナー 479号 35頁(1994), 熊木利行「行政手続法のあらまし」法律のひろば 47巻3号 49頁(1994), 「特集・行政手続法施行と今後の課題」同9号4頁(1994), 「特集・行政手続の諸問題」公法研究 56号 128頁(1994), 「特集・行政手続法の施行と行政法」法学教室 180号 6頁(1995), 宇賀克也「行政手続法の施行状況と今後の課題」自治研究 74巻10号 29頁(1998), 宮崎良夫「手続的権利と訴えの利益」塩野宏古稀記念『行政法の発展と変革上』669頁(有斐閣, 2001) など参照。
- 100) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』225頁(有斐閣, 1994).
- 101) 同上 240-243頁参照。
- 102) 芦部信喜『憲法』〔新版補訂版〕218-219頁(岩波書店, 2000)でも同様にこの記述はない。芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』〔第7版〕252-253頁(岩波書店, 2019)も同様。渋谷前掲註9)書723頁も、「基本的には精神的自由権規制については裁判所が責任をもって吟味し、経済的自由権については政治部門が責任をもって吟味するという役割分担に対する配慮が働いていた」と纏めており、基本的に精神的自由と経済的自由を両極とする説明が主体であると言えよう。同様に、長谷部恭男『憲法』〔第7版〕114頁(新世社, 2018)も、「精神的自由は経済的自由に比べて優越的地位を占め、それを制限する立法の合憲性審査には、経済的自由の制約立法に一般に妥当する合理性の基準よりも厳格な審査基準が用いられるべきである」とする。市川正人『基本講義憲法』68-70頁(新世社, 2014)も同旨。
- 103) 佐藤前掲註88)書367頁。
- 104) 同上 236頁。
- 105) 同上 284頁。
- 106) 伊藤正己『憲法』〔第3版〕221頁(弘文堂, 1995)。
- 107) 同上 221-222頁。
- 108) 同上 222頁。
- 109) 同上 226頁。
- 110) 同上同頁参照。
- 111) 川崎英明=愛敬浩二「刑事訴訟法学からの問題提起と憲法学からの応答」法律時報 81巻5号 57頁, 61頁(2009)〔愛敬〕。
- 112) 戸松秀典『憲法訴訟』〔第2版〕331頁(有斐閣, 2008)。
- 113) 奥平康弘『憲法Ⅲ—憲法が保障する権利』299-300頁(有斐閣, 1993)。
- 114) 同上 300頁。
- 115) 杉原前掲註85)書53頁。
- 116) 渋谷前掲註9)書234頁。
- 117) 毛利透ほか『Legal Quest 憲法Ⅱ』〔第2版〕18頁(有斐閣, 2017)〔松本哲治〕。同書15-16頁〔松本〕の三段階審査論批判は賛同できる。少なくとも、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ—基本権』79頁(日本評論社, 2016)〔松本和彦〕の「審査基準が決まれば、事実上、結果も決まってしまう」との批判は当たらず(特に、松本哲治は、合理性の基準がそうでないことを度々指摘している)、代案としての審査密度論が不提示のままである。
- 118) 松井茂記『日本国憲法』〔第3版〕526頁以下(有斐閣, 2007)。
- 119) 同上 115頁。
- 120) 同上 116頁。
- 121) 同上同頁以下参照。
- 122) 同上 117頁。
- 123) 松井前掲註94)書96頁。
- 124) 松井茂記『二重の基準論』306頁(有斐閣, 1994)。
- 125) 高橋和之『憲法訴訟』231頁以下(岩波書店, 2017)。
- 126) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論下』第18章(法律文化社, 2018)。つまりは、2008年10月12日に学習院大学で開催された日本公法学会での報告「司法審査基準」の通りである。
- 127) 同上同章。
- 128) 同上同章。
- 129) 同上同章。
- 130) 例えば、芦部前掲註100)書242頁は、「プライバシー権」について「精神的自由に準じて『厳格審査』が必要であると述べる。ましてや、であるが、同書351頁は、憲法13条の生命・身体の自由に関しては、「他の詳細な規定も存在する」として、結論は明示していない。しかし、戸松前掲註112)書203頁は、「二重の基準論の正当化根拠の一つは、精神的自由のうち表現の自由についてのみ焦点を当てるものであるが、それから進んで、平等原則、人身の自由——とりわけ、刑事裁判手続き上の権利——についても、司法的救済にかかわる重要性を明確にする必要がある」として厳格度の高い司法審査基準を示唆したほか、渋谷前掲註9)書228頁は「移動の自由が人権体系上すべての人権の基盤を構成する、人間として生きていく基本であるという位置付けを唯一の根拠として、移動の自由を制限する法令等については、厳格な審査基準を適用すべきである」と明確に述べている。
- 131) 河野通弘「令状主義と事後的司法審査」関学大法と政治 53巻1号 15頁, 33頁(2002)。令状主義については、池亀尚之「令状主義」法学教室 496号 10頁(2022)も参照。
- 132) 君塚正臣『性差別司法審査基準論』126-133頁(信山社, 1996)。
- 133) 田宮裕「刑事訴訟におけるデュー・プロセス

- スについて」法学セミナー312号10頁, 19頁(1981).
- 134) 栗本一夫「新刑事訴訟法と新憲法(3・完)」警察研究22巻2号31頁, 41頁(1951). 同論文が、総じて、裁判官(後に最高裁判事)の立場から、刑事訴訟法のうち、憲法の要請と独自に同法が創設したものを峻別しようとしていることは興味深い。
- 135) 平野前掲註12) 書325頁。
- 136) 横山前掲註13) 書53頁。自白の偏重の問題については、川島享祐「自白法則」法学教室496号28頁(2022)も参照。
- 137) 最判昭和43年10月25日刑集22巻11号961頁。本件評釈については、君塚正臣「裁判官の独立一『司法権・憲法訴訟論』補遺(2)」横浜国際社会科学研究23巻1号19頁(2018)参照。
- 138) 團藤前掲註10) 書250頁。同書254頁には「6訂版」までのことを「いまはこれを改める」との記述がある。
- 139) 同上251頁。
- 140) 同上254頁。
- 141) 同上274-275頁。
- 142) 宇藤ほか前掲註40) 書417頁[堀江慎司]参照。
- 143) 同上426頁[堀江慎司]参照。
- 144) 佐藤前掲註88) 書368頁。
- 145) 宇藤ほか前掲註40) 書135頁[堀江慎司]。
- 146) 平野前掲註12) 書215頁。証人審問権については、大谷祐毅「証人審問権と伝聞法則」法学教室496号35頁(2022)も参照。
- 147) 陶山二郎「再審、非常上告と適正手続」茨城大学人文学部紀要社会科学論集48号17頁, 38頁(2009)。
- 148) 同上が特に問題とした菊池事件では、ハンセン病患者の被告に対し、医療刑務所支所内特別法廷での非公開の審理が行われたことが問題となった。誤審の疑いもあり、再審請求が拒けられた翌日に死刑が執行されたことなど、疑惑の多い事件である。熊本地判令和2年2月26日判時2476号44頁は、開廷場所指定は裁判所法69条2項及び憲法14条1項に違反するが、再審請求権限の不行使が被告人及び原告らとの関係で国家賠償法上違法であるとは言えないとして、原告らの請求を何れも棄却した。本件評釈には、巻美矢紀「判批」法学教室477号139頁(2020)、徳永達哉「判批」法律時報92巻11号78頁(2020)、守谷賢輔「判批」新・判例解説Watch27号33頁(2020)などがある。
- 149) 阿部純子「人身保護制度における裁判所の役割—憲法の適正手続の視点から」大東法学28巻1号1頁, 13頁(2018)。
- 150) 同上14頁。
- 151) 同上30頁。
- 152) 團藤前掲註10) 書604頁以下参照。
- 153) 川岸ほか前掲註82) 書253頁[君塚正臣]もまた、少年法手続などを「準刑事的手続」に分類し、「一般行政手続」とは区別して解説している。君塚前掲註82) 文献216頁以下でも31条以下準用の「準刑事的手続」を論じている。松井前掲註94) 書23頁同旨。
- 154) 武内謙治『少年法講義』37-38頁(日本評論社, 2015)。
- 155) 田宮裕=廣瀬健二編『注釈少年法』(第4版)18頁(有斐閣, 2017)。
- 156) 武内前掲註154) 書39頁。
- 157) 同上39-40頁。
- 158) 田宮=廣瀬編前掲註155) 書33頁。
- 159) 武内前掲註154) 書40頁。
- 160) 團藤前掲註10) 書619頁参照。
- 161) 田宮=廣瀬編前掲註155) 書19頁。
- 162) 武内前掲註154) 書200頁。
- 163) 團藤前掲註10) 書620頁。
- 164) 武内前掲註154) 書42-43頁。
- 165) 田宮=廣瀬編前掲註155) 書75-76頁参照。
- 166) 武内前掲註154) 書3頁。
- 167) 大阪高決昭和47年5月23日家月25巻1号105頁など。本件評釈には、豊田健「判批」別冊判例タイムズ6号『少年法—その実務と裁判例の研究』182頁(1979)、丸山雅夫「判批」田宮裕編『少年法判例百選』120頁(1998)などがある。
- 168) 田宮=廣瀬編前掲註155) 書329頁参照。
- 169) 武内前掲註154) 書17頁。
- 170) 最決平成3年5月8日家月43巻9号68頁。本件評釈には、宮園久栄「判批」中大法学新報99巻7=8号267頁(1993)、倉田靖司「判批」研修559号25頁(1995)、志田洋「判批」田宮裕編『少年法判例百選』190頁(1998)、肥留間健一=土屋信判例「判批」タイムズ臨時増刊996号『家庭裁判所家事・少年実務の現状と課題(家庭裁判所制度50周年記念)』376頁(1999)などがある。
- 171) 最判平成9年9月18日刑集51巻8号571頁。本件評釈には、池田修=中谷雄二郎「判批」ジュリスト1125号103頁(1997)、同「判批」法曹時報50巻4号307頁(1998)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成9年度』143頁(法曹会, 2000)、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例4 刑事法編[刑法・刑訴ほか]』267頁(2004)、猪瀬慎一郎「判批」ジュリスト臨時増刊1135号『平成9年度重要判例解説』195頁(1998)、平良木登規男「判批」法学教室208号39頁(1998)、鈴木茂嗣「判批」田宮裕編『少年法判例百選』174頁(1998)、「判批」法律時報70巻1号121頁(1998)、河上和雄「判批」判例評論478号

- 19頁(1998), 荒木伸怡「判批」季刊刑事弁護13号10頁(1998), 小倉哲浩「判批」法律のひろば52巻1号71頁(1999), 秋武憲一=大串真喜子「判批」判例タイムズ臨時増刊996号『家庭裁判所家事・少年実務の現状と課題(家庭裁判所制度50周年記念)』399頁(1999)などがある。
- 172) 武内前掲註154) 書17頁。
173) 同上18頁。
174) 同上62頁図1・2によると, 1994-2003年頃に少年による強盗の検挙が増えたことはあっても, 少年による凶悪犯は戦後一貫して減少していると言え, 刑法犯全体について少年検挙人員を見ても増加とは言えず, 寧ろ1982年頃からは(特に窃盗の減少により)減少傾向にあると言える。
175) 同上19-20頁。
176) 同上20頁。
177) 田宮=廣瀬編前掲註155) 書288頁。
178) 同上253頁参照。
179) 武内前掲註154) 書23頁。
180) 田宮=廣瀬編前掲註155) 書97頁。
181) 武内前掲註154) 書26頁。
182) 澤登俊雄=齊藤豊治編『少年司法と適正手続』27頁(成文堂, 1998) [澤登]。
183) 同上41頁 [澤登俊雄]。
184) 同上423頁 [齊藤豊治]。
185) 武内前掲註154) 書29頁。
186) 田宮=廣瀬編前掲註155) 書107頁参照。
187) 同上257頁参照。福岡高決平成17年3月10日家月57巻9号62頁は, 傷害保護事件の保護処分決定に対する抗告審で, 供述を強いられることがない旨を説明していないことを法令違反の一つの要素であるとして処分を取り消し, 家裁へ差し戻した。
188) 武内前掲註154) 書276頁。
189) 澤登=齊藤編前掲註182) 書261頁 [澤登俊雄]。田宮=廣瀬編前掲註155) 書265頁同旨。
190) 武内前掲註154) 書187頁。
191) 浦和地決平成3年11月11日判タ796号272頁。
192) 大阪地堺支判平成元年3月2日判時1340号146頁。
193) 齊藤豊治『少年法研究1—適正手続と誤判救済』68頁(成文堂, 1997)。
194) 最決昭和58年10月26日刑集37巻8号1260頁。本件評釈については, 君塚前掲註84) 書第2章参照。
195) 武内前掲註154) 書294頁参照。
196) 齊藤前掲註193) 書14頁。
197) 武内前掲註154) 書302頁。
198) 澤登=齊藤編前掲註182) 書161頁 [荒木伸怡]。
199) 棟居快行『人権論の新構成』285頁以下(信山社, 1992), 同『『基本権訴訟』としての確認訴訟』公法研究71号127頁(2009), 同『憲法学の可能性』153頁以下(信山社, 2012)など参照。
200) 齊藤前掲註193) 書225-226頁参照。
201) 仙台家決昭和59年7月11日家月37巻4号68頁, 広島高決平成10年2月17日家月50巻7号128頁, 東京高決平成11年9月9日家月52巻2号172頁, 大阪家決平成18年3月6日家月58巻10号103頁など。武内前掲註154) 書367頁参照。
202) 最大判昭和40年4月28日刑集19巻3号240頁。本件評釈には, 森田宗一「判批」ジュリスト326号41頁(1965), 青柳文雄=筑間正泰「判批」慶大法学研究40巻10号110頁(1967), 荒井史男「判批」平野龍一編『刑事訴訟法判例百選』[第2版]204頁(1971), 西川潔「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和40年度』44頁(法曹会, 1971), 山之内一夫「判批」別冊判例タイムズ6号『少年法—その実務と裁判例の研究』135頁(1979), 松尾浩也「判批」法学教室6号220頁(1981), 白取祐司「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』[第5版]274頁(1986), 「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』[第6版]247頁(1992), 前田昌宏「判批」田宮裕編『少年法判例百選』142頁(1998)などがある。
203) 武内前掲註154) 書368頁。
204) 齊藤前掲註193) 書207頁以下参照。
205) 武内前掲註154) 書365頁参照。
206) 最決昭和60年5月14日刑集39巻4号205頁。本件評釈には, 安廣文夫「判批」ジュリスト844号70頁(1985), 同「判批」法曹時報40巻3号121頁(1988), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和60年度』81頁(法曹会, 1989), 「判批」法律時報57巻11号144頁(1985), 白取祐司「判批」法学教室62号98頁(1985), 澤登俊雄「判批」判例評論323号67頁(1986), 安井久治「判批」家庭裁判月報38巻5号117頁(1986), 森直樹「判批」中京法学22巻3=4号163頁(1988), 服部朗「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』[第6版]222頁(1992), 三村義幸「判批」田宮裕編『少年法判例百選』158頁(1998)などがある。
207) 澤登=齊藤編前掲註182) 書265-266頁 [澤登俊雄]。
208) 同上267頁 [澤登俊雄]。
209) 田宮=廣瀬編前掲註155) 書399頁参照。
210) 最決昭和58年9月5日刑集37巻7号901頁。本件評釈には, 荒木伸怡「判批」ジュリス

- ト803号41頁(1983), 同「判批」田宮裕編『少年法判例百選』186頁(1998), 木谷明「判批」ジュリスト803号48頁(1983), 同「判批」法曹時報36巻5号162頁(法曹会, 1984), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和58年度』218頁(法曹会, 1987), 土本武司「判批」法律時報55巻11号68頁(1983), 「判批」同12号206頁(1983), 澤登俊雄「判批」法学セミナー347号60頁(1983), 柳俊夫「判批」法律のひろば36巻12号44頁(1983), 門馬良夫=向井千杉「判批」家庭裁判月報35巻11号140頁(1983), 福田雅章「判批」ジュリスト臨時増刊815号『昭和58年度重要判例解説』193頁(1984), 三木賢治「判批」法学セミナー352号34頁(1984), 木村裕三「判批」名城法学33巻3号142頁(1984), 米澤慶治「判批」別冊判例タイムズ9号『警察関係基本判例解説100』197頁(1985), 牧田有信「判批」中大法学新報92巻1=2号169頁(1985), 筑間正泰「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第5版〕272頁(1986), 椎橋隆幸「判批」田宮裕編『少年法判例百選』162頁(1998), 肥留間健一=土屋信「判批」判例タイムズ臨時増刊996号『家庭裁判所家事・少年実務の現状と課題(家庭裁判所制度50周年記念)』376頁(1999), 宮崎英一「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』468頁(2010)などがある。
- 211) 榎原猛『憲法—体系と争点』206頁(法律文化社, 1986)は, これらにつき, 「実質上, 刑罰たる罰金, 科料と同じ性質をもつものであるから」憲法31条「が準用されるべきである」とする。橋本公巨『日本国憲法』296頁(有斐閣, 1980)も, 「少年法による保護処分, 精神衛生法による強制入院」などは「刑罰の性質をもたない」が, 「実体的, 手続的に正当な法によるべきことが要求されていると解すべき」だとする。
- 212) 團藤前掲註10) 書23頁も, 「行政法との交錯領域として, 行政刑法に対応する刑事手続を考えなければならない(行政刑事手続)」と述べている。
- 213) 宇藤ほか前掲註40) 書30頁[松田岳士].
- 214) 川岸ほか前掲註82) 書233頁[君塚正臣]など参照。君塚前掲註82) 文献も参照。
- 215) 齊藤前掲註193) 書210-211頁。
- 216) 田宮=廣瀬編前掲註155) 書258頁参照。
- 217) 武内前掲註154) 書267頁。
- 218) 同上309頁, 田宮=廣瀬編前掲註155) 書264頁参照。
- 219) 松井前掲註94) 書23頁。
- 220) なお, 伊藤健『違憲審査基準論の構造分析』382頁表2(成文堂, 2021)は, これを, 通常の憲法訴訟論の用法とは異なり, 「中間審査基準」と呼んでいるようである。

[付 記]

本稿は, 平成30年度-令和4年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「憲法訴訟論の適正手続・身体的自由への発展・展開」(課題番号18K01243)による研究成果の一部である。また, 令和2年度・3年度横浜国立大学国際社会科学研究所法律系サバティカル(但し, 3年度は委員等免除のみ)中の成果である。本稿では, 原則として敬称は略させて頂いた。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究所教授]