

「司法権の観念」論（再続）（一）

——司法の機能の原点に立返って——

宇都宮 純 一

目 次

- 一 はじめに——問題の所在と本論文の課題
- 二 裁判を受ける権利と司法付与（供与）請求権の観念——実体的基本権の規範的内実をめぐって——
 - 一 日本国憲法における裁判を受ける権利
 - （一）制定過程概観（以上本号）
 - （二）従来の学説・判例理論
 - （三）「裁判を受ける権利」論の新展開
 - （四）裁判を受ける権利と司法権
- 三 二ドイツにおける司法付与（供与）請求権の観念
- 四 基本権保障と国際人権条約——基本権の国際的保障の可能性と限界——
 - 基本権の司法的救済
- 五 憲法と司法過程——憲法学における司法過程論の試み——

一 はじめに—問題の所在と本論文の課題

本論文は前稿並びに前々稿に引き続き¹⁾、人権の実効的実現と司法権の変容という観点から、現代ドイツ憲法学および(民事)訴訟法学の議論を素材とし、当該問題をめぐる日本の憲法学および民事訴訟法学の議論をも視野に入れ、その批判的検討を通じて実体的基本権と手続的基本権との総合的把握の意義、必要性を憲法的救済理論の観点から検証し、続いて憲法学上の司法過程論の構築の可能性を探り、それを展望することを課題として設定するものである。

以下本稿では前記実体的基本権と手続的基本権との総合的把握の意義の考察を受けて、先ず裁判を受ける権利あるいはドイツにおける司法付与(供与)請求権(*Justizgewährungsanspruch* oder *Justizgewähranspruch*)の意義につき検討し、とりわけ日本における裁判を受ける権利の憲法構造上の再構成の可能性を探り、他方において基本権の国際的保障の動向に着目し、基本権保障の規模の拡大の可能性を探り、日本における基本権保障と国際人権条約との関係の実態を検証し、その克服すべき課題を考察することとする。そして以上の考察をふまえて人権(基本権)保障における司法(権)の役割を再確認ないし再検討し、さらに現代的な課題、要請に対応した司法権観念の構築の可能性を検討していきたい。そのことと同時に権利救済の観点から憲法学上の司法過程論の枠組の構築の可能性を模索することも学説や判例理論に要請されているのではないか。本論文は、以上のようなモチーフのもとに議論を進めていくこととしたい。

（一） 宇都宮純一「司法権の觀念」論—司法の機能の原点に立返って—「法学第五七卷第六号（平成六年二月）一頁以下、同」「司法権の觀念」論（統）—司法の機能の原点に立返って—「愛媛法学会雑誌第二二卷第三・四号（平成八年三月）三一頁以下。

二 裁判を受ける権利と司法付与（供与）請求権の觀念

——実体的基本権の規範的内実をめぐって——

一 日本国憲法における裁判を受ける権利

（一）制定過程概観

日本国憲法は第三二条において「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、同法第三七条一項と重複する形で受動的な表現を用いた裁判に関する一般的規定を置き、同法第三二条と合わせて裁判手続の基本原則を定めるという体裁をとっている。これらの憲法規定は周知のように、直接的にはいわゆるマッカーサー草案に由来するものであるが、その制定過程は決して平坦なものではなく、紆余曲折を経て成立したものであった。その過程の大部分は既に制定資料の公開等により周知のところであるが、煩を厭わずこれを概観してみるならば次のような経過を辿っていた。マッカーサー草案を作成するにあたっては占領軍総司令部民政局の中に、それぞれ各項目ごとに起草にあたる小委員会が組織され、それらを運営委員会が総轄するという体制がとられたが、「司法上の権利」を担当したのは人権に関する小委員会である。同小委員会は人権の章について第一次及び第二次試案を作成したが、さらに第二次試案は修正を施されて第三次試案ともいうべきものへと展開している。¹⁾ 第一次、第二次

の両試案とも四つに区分され、第二次試案の第四の節は「司法上の権利 (IV. JURIDICAL RIGHTS) という節全体の標題をもつが、これに相当するものが第一次試案では節全体の標題はなく、各条文の見出しとして“ARREST, SEARCH & SEIZURE”という標題が付されており、これが第二次試案では削られることとなる⁽²⁾。これらの試案は今日いわゆる「ラウエル文書」(高柳・大友・田中編『日本国憲法制定の過程 I』所収)や「ハッシ文書」(Hussey Papers)において閲読可能であるが、現行憲法第三一、三二条に相当する部分を抜粋してみると以下の通りであり、特に第三二条に相当する部分については第一試案と第二試案との間に違いはない。

No person shall be deprived of life, liberty or property except according to procedures established by the Diet under this constitution nor shall any person be denied the right of appeal to the courts. (Hussey Papers, 24-G-2-15, 第一次試案)

No person shall be deprived of life, or liberty [or property] nor shall any penalty be imposed except according to procedures established by the Diet, nor shall any person be denied the right of appeal to the courts. (第二次試案⁽³⁾)

以上のように第二次(及び第三次)試案の段階では、法定の手続の保障と裁判を受ける権利とは同じ条文の中に規定されている。すなわち第二次試案は「何人も国会の定める手続によらずに、その生命、自由または財産を奪われることはない。また何人も裁判所に出訴する権利を奪われることはない。」と定め⁽⁴⁾、この起草案に対してペン書きによる修正が施され、その末尾に続けて「またはいかなる刑罰も科せられない」という文言が付加されている(第三次試案)。

このように修正された案文がそのまま一つの独立の条文として一九四六年二月一三日の総司令部案(マッカーサ

―草案）第三二条となる。その条文を示すと以下の通りである。

Article XXXII No person shall be deprived of life or liberty, nor shall any criminal penalty be imposed, except according to procedures established by the Diet, nor shall any person be denied the right of appeal to the courts.

この第三二条がどのような趣旨で「裁判所に出訴する権利」を規定していたのか、また、それが法定の手續の保障と同じ条文の中に規定されていることの意味は、現存の制定資料からだけでは必ずしも明確ではない。因みに同条文の当時の外務省訳は“the right of appeal to the courts.”を「裁判所ニ上訴ヲ提起スル権利」と訳している。同条はいわく、

「第三二条 何人モ国会ノ定ムル手續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」⁽⁵⁾

日本側（特に佐藤達夫氏ら）は当時、たとえば法定の手續の保障を定める条文（現行規定にいう「法律の定める手續によらなければ」）とデュー・プロセスとの関係ということには考えが及ばなかったとされているが、⁽⁶⁾ 総司令部の起草委員会の側では後にみるように「裁判所に出訴する権利」も含めて、これらを DUE PROCESS OF LAW と理解していたと推量せしめる記述が前記 Hussey Papers に存在する。

さて先の総司令部案をもとに日本案の起草が佐藤達夫氏（当時（内閣）法制局第一部長）に下命されるが、この起草作業の結果、「司法上の人権」に関する規定については総司令部案のようにくわしい条文を設けた立法例はあまり見たことがなく、他の部分とバランスを失する詳細に過ぎた規定と評価され、取捨選択が加えられ、在来のように

な簡単な規定としたいわゆる「三月二日案」(佐藤達夫試案)が作成される。が、これに先立って佐藤達夫氏は二月二八日の松本國務大臣との第一回打ち合わせの直前に「初稿(但し第四章及第五章ヲ欠ク)」をまとめ上げ、この二月二八日の打ち合わせの結果に基づいて訂正を加え、さらに第四章と第五章を付加した「第二稿」を作成している。⁽⁷⁾ 総司令部案の第三二条は「初稿」では後段部分が第一九条に、前段部分は第二〇条に分けて規定されており、また「第二稿」では同様にそれぞれ第二八条と第二九条に分けて規定されている。以下に先ず二月二八日の第一回会合の直前に作成された「初稿」の第一九条と第二〇条の規定、次に二月二八日の松本國務大臣との会合の後、訂正し推敲して作成された「第二稿」の第二八条と第二九条の規定を示すと(第三章の標題はいずれの稿も「第三章 国民(日本人)ノ権利及義務」となっている)、

「第十九条 国民ハ正当ナル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ。

第二十条 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。

残虐ナル刑罰ハ之ヲ課スルコトヲ得ズ。

何人ト雖モ(国民ハ)適法ノ行為ニ付後日遑及シテ処罰セラルルコトナシ。」(初稿)

「第二十八条 凡テノ国民ハ法律ノ定ムル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ。

第二十九条 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。

残虐ナル刑罰ハ之ヲ課スルコトヲ得ズ。

何人ト雖モ適法ノ行為ニ付後日遑及シテ処罰セラルルコトナシ。」(第二稿)⁽⁸⁾

この「第二稿」については三月一日に第二回の打ち合わせが行われ、さらに訂正が加えられ、日本案として案文を整理して前記「三月二日案」が作成される。すなわちここでは総司令部案の第三一条、第三五条や第三六条中の一部が除外され、同第三七条一項が第三二条後段（裁判所に出訴する権利を定める規定）及び第三六条一項と合わせ一つの独立の条文（後記第二十七條）に統合される。既に前記「第二稿」の段階で「裁判所に出訴する権利」あるいは「裁判所ニ上訴ヲ提起スル権利」（外務省訳）という表現が「法律ノ定ムル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權」に変更されている⁽⁹⁾。また、総司令部案第三二条前段は同第三五条の一部と統合されて一つの条文（後記第二十八條）となり、他の手続規定に前置される形となる。「三月二日案」第二十七條及び第二十八條はいわく、

「第二十七條 凡テノ国民ハ法律ノ定ムル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ

第二十八條 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
残虐ナル刑罰ハ之ヲ課スルコトヲ得ズ。」

この「三月二日案」については今日二つの英訳文が知られている⁽¹⁰⁾。その一は三月四日に総司令部において長谷川元吉及び小畑薫良の両外務省嘱託と総司令部側の将校等によって翻訳された英訳文であり、その二は昭和二三（一九四八）年四月頃に総司令部民政局次長のケイデイス陸軍大佐の依頼により日本側で翻訳、提出した言わば「後日版の英訳文」である。以下に先ず前者の英訳文の第二七條並びに第二八條を示すと、

Article XXVII. No person shall be deprived of the right to be tried by a judge provided for by law.

Article XXVIII. No person shall be deprived of his life or personal freedom or be punished except as provided for by law.

Cruel punishment shall not be imposed.

(Hussey Papers 26-C-2-5)

次に後者の英訳文は「憲法改正草案要綱」の公式訳から遡って作成されたものと推測されているが⁽¹¹⁾、この「三月二日案」のいわゆる「後日版の英訳文」については「外務省記録」(リール)にその英訳文が収められているので以下にそれを示すと、(但し日付は一九四六年三月四日となっており、同記録の目次に「政府案(第一次)(三月四日) DRAFT CONSTITUTION OF JAPAN (FIRST GOVERNMENT DRAFT) (4 March 1946)と表記されている。)

Article 27. All of the people shall not be denied the right to be tried by the judges as prescribed by law.

Article 28. All of the people shall not be deprived of life or liberty, nor shall any criminal penalty be imposed upon them, except according to law. No cruel punishments be inflicted. (外務省記録 R-No. A-0092, -A.3.0.0.2-1, -0342, 0343. なお同く英訳文は、Hussey Papersにも収められてゐる。Hussey Papers, 26-C-16-4, 5.)

この「三月二日案」の第二十七条の規定は、その規定の仕方からみると一八世紀以降のヨーロッパの立憲主義諸国の人権宣言や憲法典にみられる「法律上の裁判官」の保障を定めたもの、いわば「大陸法的な裁判を受ける権利を保障したもの」⁽¹²⁾と捉えることができるが、そのような大陸法的な伝統を継受した明治憲法の第二四条の規定「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ハル、コトナシ」の表現をそのままではめたようである。そして前記二つの英訳文の双方にも同様の趣旨が看取される。そのことが総司令部案の起草者たちの起草意図と合致するものであったのかどうかは今一つ資料が乏しく確定できないが⁽¹³⁾、総司令部案を簡略化した「三月二日案」に

ついでには、司法上の人権は詳細な保障規定を絶対必要とする総司令部側の意向によつて、その案は全面的に斥けられることになった。すなわち「三月二日案」が日本案として閣議に付されなまま一九四六年三月四日に総司令部に提出され、この日本案について日本側と総司令部側との間で逐条審議の検討作業が行われたが、前述のごとく司法上の人権に関する規定の部分は全面的に日本案が拒否され、この項目につき審議の対象とされたのは専ら総司令部案であった。そしてその第三二条については総司令部側の意見に基づいて後段の規定のうち、*the right of appeal to the courts of the appeal* が適切でない⁽¹⁴⁾とされて *access* に改められている。また法定の手続の保障を定めた同条前段はそのまま維持されている。

このようにして行われた検討作業の結果作成された案文は次々と総理官邸に送り届けられ、それらは閣議用として四〇部謄写版で刷られて、いわゆる日本国憲法「三月五日案」となる⁽¹⁵⁾。その第三〇条は前述のごとく総司令部側が自発的に総司令部案にあった語句を修正したものである。同条はいわく、

「第三十条 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出訴スル權利ヲ奪ハルルコト無カルヘシ」⁽¹⁶⁾

この「三月五日案」の整理英文を基礎にして日本側として字句の整理その他の準備を経て要綱の形で発表することになり、総理官邸において要綱作成作業に入り、その作業はこの段階では英文の形で各条文の実体が一応かたまっている⁽¹⁷⁾ので、英文を動かさないという枠の中で日本人の表現を整えることを中心とするという方針で行われた。ここで完成された要綱が一九四六年三月六日「憲法改正草案要綱」として公表される。このうち「三月五日案」第三〇条後段の「何人モ裁判所ニ出訴スル權利 (the right of access to the courts) ヲ奪ハルルコト無カルヘシ」は、

「何人モ裁判所ニ於テ裁判ヲ受クルノ權利ヲ奪ハルルコトナカルベキコト」というようにいわば「三月二日案」の第二十七条の規定に近い表現に変更されているが、その理由は明らかではない。また後にみるように英文自体には変更が加えられていない。「要綱」第三十はいわく、

「第三十 何人ト雖モ国会ノ定ムル手續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權利ヲ奪ハルルコトナカルベキコト」

なお佐藤達夫氏によると、三月六日、総司令部民政局のハッシ中佐が一三部の英文プリント（「要綱」の日本語原文の正確な公式訳とされる）を檜橋渡内閣書記官長（当時）のところに持参してその署名を求め、一部を残して帰っていったという経緯が紹介されており、この六日檜橋署名の英文は今日その所在がわからないと佐藤達夫氏は記しているが、この英文プリントのコピーも Hussey Papers に収録されているので以下に先ず扉の部分を、次に「第三十」の当該部分を掲げると、

Certified official English translation of proposed new

CONSTITUTION FOR JAPAN

approved by the Cabinet this 6th day of March 1946.

WATARU NARAHASHI

Chief Secretary of the Cabinet Minister without Portfolio (Hussey Papers 26-D-1-1)

Article XXX No person shall be deprived of life or liberty, nor shall any criminal penalty be imposed.

except according to procedure established by the Diet, nor shall any person be denied the right of access to the courts. (Hussey Papers 26-D-1-7)

なお、この「要綱」とその英訳が後に内閣において活版印刷に付せられ、その英訳の内容は、前記三月六日の樞密書記官長署名英文に依つたものである。これは要綱の形ではなく法文の体裁となっており、表題は DRAFT CONSTITUTION OF JAPAN とわれ、「民政局報告」付録 C・6 に SECOND GOVERNMENT DRAFT OF CONSTITUTION (Cabinet Draft) として掲載されている⁽²¹⁾。

この三月六日の「要綱」を基礎にして、さらに総司令部において再起草案ともいうべきものが検討された模様が Hussey Papers の中に収録されたコピーに示されている。そこで注目されるのは「要綱」の第二八から第三五までの規定が Due Process of Law として分類されている点である。この中には法定の手続の保障と裁判所に出訴する権利（裁判を受ける権利）を規定する第三十が含まれているからである。すなわち、日付は明らかではないが先ず前記コピーの全体の標題は、Memoranda re the draft constitution and additional drafts (Hussey Papers 28-B) とわれ、その中の Handwritten “notes on redraft of constitution” (Hussey Papers 28-B-4) の標題をもつ文書がある。そこでは第三章 (Chapter 3 Rights and Duties of the People) に含まれる従来の「要綱」英文の第二八条が新たに (New Article として) 第一七条に変更され、それに従つて順次条文が繰り上がっている。そして従来の第三〇条（「要綱」第三十）は第一九条となり、手書きのノートでは次の文言が注釈として付加されている。

New Article 19 (30) Addition providing for court review of nonjudicially imposed penalty is gone (Hussey

結局この付加条文はこのノートに記述されているように「だめになり (gone)」、実現はしなかったのであるが、以下に「要綱」第三十から第一九条に変更され、前記文言を条文化したものが付加された条項を示すと、

⑩ Article (XIX) No person shall be deprived of life or liberty, nor shall any criminal penalty be imposed, except according to procedure established by the Diet, nor shall any person be denied the right of access to the courts. Any penalty imposed by non-judicial authority is reviewable in the ordinary courts. (Hussey Papers 28-B-5-10)

このように変更された条文を基礎に第三章の規定をさらに八つの節に分類している。以下に先ずその手書きのノートを示すと (old は「要綱」英文の条文をさす) 、

Note

Chapter 3 has been divided into the following sections :

	old		new
1. Personal Rights		Article 10, 12-13, 16, 17, 19, 20	10-16

2. Due Process of Law	28-35	17-24
3. The Family	22	25
4. Education	21, 24	26-28
5. Religion	18	29-30
6. Political Life	14, 15	31-35
7. Economic Life	23, 25, 26, 27	36-41
8. Social Life	X	42-43

(Hussey Papers 28-B-9-3)

以上のように分類された2. Due Process of Law の節の中に先の変更された新たな第一七条から第二四条までの規定が含まれている。そこで次に法定の手続の保障と裁判所に出訴する権利を規定する新第一九条を当該節の全体的な文脈で把握するために、以下に煩を厭わず新第一七条から第二四条までの規定を示すと、

DUE PROCESS

Article XXVIII. XVII No person shall be arrested except upon warrant issued by a competent

judicial officer which specifies the offense with which the person is charged, unless he is arrested while

committing a crime, or in hot pursuit.

Article XXIX. XVIII No person shall be arrested or detained without being at once informed of the charges against him or without the immediate privilege of counsel ; he shall not be detained without adequate cause ; and upon demand of any person such cause must be immediately shown in open court in his presence and the presence of his counsel.

Article XXX. XIX No person shall be deprived of life or liberty, nor shall any criminal penalty be imposed, except according to procedure established by the Diet, nor shall any person be denied the right of access to the courts. Any penalty imposed by non-judicial authority is reviewable in the ordinary courts.

Article XXXI. XX The right of the people to be secure in their persons, homes, papers and effects against entries, searches and seizures shall not be impaired except upon warrant issued only for probable cause, and particularly describing the place to be searched and the person or things to be seized.

Each search or seizure shall be made upon separate warrant issued for the purpose by a competent judicial officer.

Article XXXII. XXI The infliction of torture by any public officer and cruel punishments are absolutely forbidden.

Article XXXIII. XXII In all criminal cases the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial by an impartial tribunal.

He shall be permitted full opportunity to examine all witnesses, and he shall have the right of compulsory

DUE PROCESS OF LAW

process for obtaining witnesses on his behalf at public expense.

At all time the accused shall have the assistance of competent counsel who shall, if the accused be unable to secure the same by his own efforts, be assigned to him use by the government. No person shall be placed in double jeopardy for the same crime.

Article XXXIV. XXIII No person shall be compelled to testify against himself.

No confession shall be admitted in evidence if made under compulsion, torture or threat, or after prolonged arrest or detention.

No person shall be convicted or punished in cases where the only proof against him is his own confession.

Article XXXV. XXIV No person shall be held criminally liable for an act which was lawful at the time it was committed, or of which he has been acquitted. (Hussey Papers 28-B-9-8, 10)

ここに至つて総司令部側が明確に法定の手續の保障と裁判所に出訴する権利を規定する新第一九条を含む八ヶ条の諸規定をDue Process of Lawとして総括し位置づけるという立場を採つていたということが示されたことになる。

こののち日本政府は、三月一二日の閣議でこの全面改正案を総選挙後の特別議會に提出することを決定し、この決定と相前後して（内閣）法制局において法制局と関係各省庁との間で打ち合わせが行われ、改正案の各章にわたつて問題点が洗い出されている。このうち「第三 国民ノ権利及義務」中の「第三十」の規定については三つの問

題点が指摘されている。すなわち「国会ノ定ムル手続」ハ「法律ノ定ムル手続」ノ方可ナラズヤ、(委任ヲ許サザル特別ノ意味アリヤ)」「其ノ生命若ハ自由云々」ハ独立ノ条項トスルカ、然ラズンバ、「死刑、体刑其ノ他ノ刑罰」トスルヲ可トセズヤ」「裁判ヲ受クルノ權利」ハ第三十三ト重複ス」というものであつた。⁽²⁰⁾この問題点の検討及び整理を受けて、これをメモの形に仕上げ英訳したものが作成される。この中で第三〇(条)については、この規定が基本的事項と認められるから、これを第二七(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旨が述べられている。⁽²¹⁾この日本側の申し出は四月二日の総司令部との第一回の交渉において諒承され、また同時に「国会ノ定ムル手続」を「法律(Law)ノ定ムル手続」と改めることも、この“Law”を国会で制定されるものに限ることを条件に総司令部によつて同意されている。⁽²²⁾このようにして「要綱」第三〇(条)の規定の前半の部分「何人ト雖モ法律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」が独立の条文として新第二八条となり、同じく後半の部分「何人モ裁判所ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルコトナカルベキコト」が同様に独立の条文として新第二九条となる。

この第一回の交渉に続いて第二回の交渉が申し入れられることになり、その準備のための英文メモ(見出しは“Further observations on the Draft Constitution”)が用意されるが、前記の新第二九条には言及されていず、新第二八条について、この規定に述べられている「deprived of life(生命……奪ハレ)」の部分につき、これは刑罰による場合以外には考えられないので以下のような改訂案が提案されている。

No person shall be injured, nor shall any person be deprived of liberty, nor shall any criminal penalty be imposed, except according to procedure “established by law.”

（何人モ法律ノ定ムル手續ニ依ラズシテ身体ヲ害セラレ、自由ヲ奪ハレ又ハ刑罰ニ処セラルルコトナシ）⁽²³⁾

この日本側の改訂案は四月九日の第二回の交渉において、新第二八条については「any criminal penalty（刑罰）」を「any other criminal penalty（其ノ他ノ刑罰）」と改めることで妥協が成立する⁽²⁴⁾。引き続き四月二日にも第三回の要綱訂正の交渉がもたれるが、もはや前記二ヶ条の規定は改めて取り上げられていない。

かくして要綱訂正の交渉と併行して草案口語化の作業が行われ、四月五日に完成した口語化第一次案をさらに推敲し総司令部との交渉による修正も加えて四月一三日に第二次案（「憲法改正草案（四月一三日草案）」）が作成される。同案には総司令部との交渉の結果による変更とともに日本側限りで修正した点も存する。そのうち前記二ヶ条の規定に関係するものとしては、「第三章 国民の権利及び義務」の各条項の規定は国民を対象とするという前提で、「要綱」の「何人モ」という表現が「すべて国民は」に変更される。ただ、英文の方は第一三条の natural を削った外は特に person を people に改めるといふことはしていない⁽²⁵⁾。以下に「憲法改正草案（四月一三日草案）」第二八条並びに第二九条を示すと、

「第二八条 すべて国民は、法律の定める手續によらなければ、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。

第二十九条 すべて国民は、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」⁽²⁶⁾

けれども四月一五日に行われたケードイス大佐との会談において、日本側が変更した「すべて国民は」という表現は総司令部側の同意を得られず、結局従前の「何人モ」に戻されることとなり、その後の草案の調整を経て四月

一七日に英訳とともに発表された「憲法改正草案」(〈Final Draft of Japanese Constitution〉)の第二八条及び第二九条は双方とも先の「四月一三日草案」の「すべて国民は」が「何人も」に変更されたものとなった。以下にはその英訳文のみを掲げる。

Article XXVIII No person shall be deprived of life or liberty, nor shall any other criminal penalty be imposed, except according to procedure established by law.

Article XXIX No person shall be denied the right of access to the courts.⁽²⁷⁾

なお、陽の目を見ることはなかったが、この「草案」発表後、四月二七日付けで司法省刑事局から詳細な意見書が出され、三部からなる同意見書中、第二のもの(憲法草案第三章中刑事司法関係部分についての意見)において、「草案」第二八条以下各案についての修正案及びその理由が示されている。このうち「草案」第二九条は、その意味するところが唯刑事に限らないので、条文の文言はそのまま、第二八条へと条文の位置を変更されており、且つ同条は陪審、参審等の採用にも支障なきものと理解されている。また「草案」第二八条と第二六条とを一条にまとめて修正を加えて第二九条とされている。⁽²⁸⁾

このうち「草案」は四月一七日に先ず枢密院に下付され、五月二二日の吉田内閣の成立に伴い、一旦撤回され同月二七日に若干の修正を加えたものが再び諮詢され、五月二九日に一応の質疑応答が終了している。この枢密院の審査委員会の審議における質疑応答の主要論点の一つとして「草案」第二八条の規定する「法律の定める手続」が取り上げられ、同第七三条の規定する最高裁判所の規則制定権との関係について質問(林頼三郎委員)が出されて

いるが、同第二九条については特に取り上げられることはなかった。この「草案」は六月八日枢密院本会議において可決されるが、これはさきに再諮詢の際草案に加えられた修正³⁰点を取り入れて表現上の訂正が施されたものである。これが「帝国憲法改正案」として六月二〇日に第九〇帝國議會に提出される。先ず衆議院においては本會議での提案理由の説明、それについての質疑に続いて「改正案」は同院帝國憲法改正案特別委員会、さらに帝國憲法改正案委員小委員会に付託されるが、この間前記二ヶ条の規定については枢密院審議におけると同様に「改正案」第二八条の「法律の定める手続」と第七三条との関係について取り上げられたにとどまる³¹。このうち小委員会で一応まとまった修正案が八月五日「仮刷」として印刷されるが、その「第三章」においては、第一〇条、第一七条及び第三〇条が新たに付加され、それに伴い「改正案」第二八条は第三一条に、同じく第二九条は第三二条となる。さらにこの修正案に修正を加えたものが八月二四日衆議院本會議において修正可決されるが、前記二ヶ条は条数、文言ともに変更されていない。この衆議院の修正可決に伴い、先の〈DRAFT CONSTITUTION OF JAPAN〉（「要綱」の英訳文）に修正の部分及び総司令部との打合わせによって変更された部分などの調整を加えて〈Draft of Japanese Constitution (as amended by the House of Representatives, August 24, 1946)〉との標題をもつ活版刷が作成されるが、同じく前記二ヶ条に変更は加えられていない³²。

続いて貴族院においても衆議院と同様に本會議での提案理由の説明及び衆議院の修正の説明、それについての質疑を経て、「改正案」は帝國憲法改正案特別委員会さらに帝國憲法改正案特別委員小委員会に付託される。ここでもさらに修正が加えられ、一〇月六日貴族院本會議において修正可決されるが、やはり前記二ヶ条については変更は加えられていない。翌一〇月七日この修正可決された貴族院回付案を衆議院が可決する。そしてこの帝國憲法改正案は帝國議會において修正議決されたために一〇月一二日再び枢密院に諮詢され、一〇月二九日枢密院本會議にお

いて諮詢案がそのままの形で可決された。こうして帝国憲法改正案は「日本国憲法」として十一月三日の官報号外に公布され、同時にその英訳文が英文官報 (OFFICIAL GAZETTE, ENGLISH EDITION) に登載されたのである。以下に改めて第三二条 (日本文及び英訳文) を示すと、

「第三十二條 何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれな^らず。」 (Hussey Papers 19-D-7-7)

Article 32. No person shall be denied the right of access to the courts. ⁽²³⁾

以上みてきたように総司令部案に盛り込まれた裁判所に出訴する権利並びに一連の刑事手続に関する各保障規定を総司令部側がデュー・プロセス・オブ・ローとして把握していた意図は日本側に正確に伝わることなく、また帝国憲法改正案を審議した第九〇帝国議会のどの審議段階においても、主権、天皇制、戦争放棄といった問題点に関心が集中し、裁判所に出訴する権利等の手続的権利には総じて関心が払われず、具体的論点として議論の俎上に載せられることはなかったのである。また、前述のように英文自体は総司令部案の appeal から access に変更され、英米法における権利上訴という意味合いからむしろ自由権的意味合い (Freedom of approach or communication) を有するものとなったが、日本文は「三月二日案」の段階から「法律ノ定ムル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権」というように合衆国憲法でいうならば修正第六条の「迅速で公開の正式事実審理を受ける権利 (the right to a speedy and public trial)」（田中英夫教授訳）あるいは「要綱」第三十三の英訳文 (Article XXXIII) に近いものに変更され、日本人にとっては馴染みのある明治憲法第二四条の規定の表現が用いられ、現行憲法第三二条の「裁判所において裁判を受ける権利」という表現に落ち着いたわけである。この表現は英文に対して言わば日本の従来の法制度に合わせた意訳であるが、日本語訳としての適否の問題は残るとしても、⁽²⁴⁾新しい憲法に接することになった日本国民にと

つてはわかり易かったのかもしれない⁽³⁵⁾。前記総司令部の意図するところは日本国憲法制定後、第三二条の運用を通じて十分活かすことができたはずであるが、憲法制定過程において総司令部側の意図するところを汲み取ることができなかつた日本側起草担当者が制定後においてそのような意図を再認識して、関係機関を通じてそれを実践していくことは極めて期待薄といわなければならぬだろうし、憲法公布後の総司令部側にとつてもそれを指導するには時間的余裕が無かつたと推量される。そうすると今後の課題は、こうした総司令部側の意図（制定者意思）を現行の憲法の枠組の中で活かし実践していくことが可能であるのか、可能であるとすればどのような理論枠組が構築されるべきかということ考察、検討するということにあらう。この点を考察するについては先ず従来⁽³⁶⁾の学説、判例の理論形成を跡づけてみる必要があると考えられるので、次款においてこの「裁判を受ける権利」に関する学説、判例を概観することにする。

- (1) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程Ⅰ』（一九七二）二三四―二三五頁参照。
- (2) このような事実から田中英夫教授は、「司法上の人権」の節の第一次試案の起草者は他の三つの節の部分と別人、つまり人権の章の小委員会のメンバーではなく、たとえばラウエル（あるいは小委員会の第一次試案起草にラウエルが積極的に関与した）だつたということもありえないことではないと推量されている。田中英夫『憲法制定過程覚え書』（一九七九）一三六頁、一四九頁参照。
- (3) 前掲『日本国憲法制定の過程Ⅰ』二二八―二二九頁参照。
- (4) 日本語訳は前掲『日本国憲法制定の過程Ⅰ』二二九頁に依る。
- (5) 佐藤達夫著、佐藤功補訂『日本国憲法成立史』第三卷（平成六年）三七頁参照（以下『成立史』と略記）

- (6) 前掲『日本国憲法制定の過程II』一八五―一八六頁参照。
 - (7) 前掲『成立史』第三卷七一―七二頁参照。
 - (8) 内藤頼博「終戦後の司法制度改革の経過」司法研究報告書第八輯第一〇号(一九五九)第一分冊一二一、一二三頁参照。
 - (9) 前掲『日本国憲法制定の過程II』一八三頁及び『成立史』第三卷七九頁参照。
 - (10) 笹川隆太郎・布田勉「憲法改正草案要綱の成立の経緯(1)―日本側携行案の英訳文を中心とする再検討―」石巻専修大学経営学研究第三卷第一号(平成三年)六〇―六三頁参照。
 - (11) 笹川・布田・前掲論文六三頁参照。
 - (12) 松井茂記「裁判を受ける権利」(一九九三)一一三頁参照。
 - (13) 芦部信喜編『憲法III人權(2)』(一九八二)二八二頁(芦部執筆)参照。
 - (14) 前掲『成立史』第三卷一二六頁参照。
 - (15) 前掲『成立史』第三卷一五一頁参照。
 - (16) 前掲『成立史』第三卷一六七頁参照。
- なお同案には総司令部で整理された英文のものがあり、それは三月五日に白洲次郎氏(当時終戦連絡中央事務局次長)によって一〇部総理官邸に届けられ、佐藤達夫氏の手元に一部保管されたこととなった。前掲『成立史』第三卷一五三頁一五七―一五八頁参照。この三月五日案整理英文は、国立国会図書館憲政資料室所蔵の「佐藤達夫関係文書」に収められているが、筆者未見である。ただ、少なくとも同案整理英文第三〇条後段の「裁判所ニ出訴スル権利」に相当する英語の語句が「the right of access to the courts」であったことは間違いないところであろう。前掲『成立史』第三卷一八二頁参照。この英文を基礎に次の「要綱」が作成されることになる。
- (17) 前掲『成立史』第三卷一七五頁参照。
 - (18) 前掲『成立史』第三卷一七五―一七六頁参照。

- (19) 前掲『成立史』第三卷二〇〇頁参照。
- (20) 前掲『成立史』第三卷二四五頁参照。
- (21) 前掲『成立史』第三卷二八七頁参照。
- (22) 前掲『成立史』第三卷二九四頁参照。
- (23) 前掲『成立史』第三卷三〇二頁参照。
- (24) 前掲『成立史』第三卷三一三頁参照。
- (25) 前掲『成立史』第三卷三二六―三二八頁参照。
- (26) 前掲『成立史』第三卷三三九頁参照。
- (27) 清水伸編著『逐条日本国憲法審議録（増訂版）』第四卷（昭和五二年）四四六頁参照。
- (28) 前掲『成立史』第三卷三五〇頁、三五二頁註(2)参照。
- (29) 前掲『成立史』第三卷三九八頁参照。
- (30) 前掲『成立史』第三卷四三〇―四三三頁参照。
- (31) 前掲『成立史』第四卷六一〇頁参照。
- (32) 前掲『成立史』第四卷八七六―八七九頁参照。
- (33) この英訳文は外務省終戦連絡事務局と（内閣）法制局との協議の上で調整された結果出来上がったものである。前掲『成立史』第四卷二〇一―二頁以下参照。なお、Hussey Papersにはそのリストに Printed English translation of revised constitution signed by Hayashi Jōji(2) 3. 11. 46 と記述された文書が収録されており、その文書は IMPERIAL JAPANESE GOVERNMENT と頭書きを付した用箋と CERTIFIED OFFICIAL ENGLISH TRANSLATION OF THE CONSTITUTION OF JAPAN Promulgated on third day of November, 1946 とタイプライター打字され、当時の内閣書記官長（昭和二十二年五月三日内閣官房長官と改称）林讓治氏の Jōji Hayashi Chief Secretary of the Cabinet とふう署名が記されている。（Hussey Papers 19-D-9-1）また、

議会の審議も終わった段階で総司令部側から、現在の英文から全く離れて、議会で可決された日本国憲法を逐語訳したものを改めて提出するよう要求されたことよって行われた直訳化作業の経緯について当時終戦連絡事務局の政治部政治課に配属されていた藤崎萬里氏が言及している。藤崎萬里「司令部との関係について」内閣法制局百年史編集委員会編『内閣法制局の回想』（昭和六〇年）一七〇頁及び前掲『成立史』第四卷二〇一四—一〇一五頁参照。

(34) 江藤价泰教授は、日本国憲法上の「裁判を受ける権利」という受動的表現を問題とされ、「日本国憲法の下においては、『裁判を要求する権利』あるいは『裁判を求める権利』という言葉が当然に選択されてしかるべきだったのではないかと考えられる。」と述べている。同「裁判を受ける権利」小林孝輔教授還暦記念『現代法の諸領域と憲法理念』（一九八三）四八三頁参照。

(35) 前記藤崎萬里氏によれば、「この翻訳に当たって、原文を直訳したのでは日本国民に分かり難いと思われるところは、いわゆる意訳が行われた。」とされ、しかもそれは当然のことと考えられていたが、総司令部の方では英文と日本文の間にずれがあるのではないかという疑念をもっていただようである。藤崎・前掲書一六九—一七〇頁参照。