The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	憲法と許可抗告制度の関係についての一考察
Author(s)	片山, 智彦
Citation	国際公共政策研究. 1999, 4(1), p. 113-127
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/8022
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

憲法と許可抗告制度の関係についての一考察

Japanese Constitution and the Complaint to the Supreme Court

片山　智彦*

Tomohiko KATAYAMA*

Abstract

The new Code of civil procedure has established the permitted complaint system. So the party can lodge a complaint to the Supreme Court in condition that the High Court permits it. This system is not unconstitutional.

But it must be reviewed by the Supreme Court whether the application of the provisions about the permission of a complaint is constitutional under Article 14 and 32 of the Constitution. When the High Court has not permitted a complaint from the arbitrary application of the provisions, the party can lodge a special complaint to the Supreme Court constitutionally.

キーワード：裁判を受ける権利、デュー・プロセス、抗告、最高裁判所、民事訴訟法

Keywords：the right of access to the courts, due process, complaint, the Supreme Court, the Code of civil procedure

* 福井県立大学看護福祉学部 助教授

はじめに

社会の変化とそれに対応した訴訟のあり方の変化に対応して、民事訴訟手続の現代化をはかるべく、大正以来の大改正を受けた新民事訴訟法が施行され、すでに2年近くが経過した。新法が所期の目的を達成したのかどうか、その評価を下すのには未だ時期尚早であるとはいえ、実務的には、大きな混乱がないという意味では、順調に制度運用の第一歩を記したといえるであろう。

ところで、新民事訴訟法では、上訴制度に関して、最高裁による上告受理の制度、最高裁に対する許可抗告の制度の導入という大きな変革が加えられた[1]。そのうち、最高裁に対する許可抗告の制度は、特別抗告以外には最高裁への抗告を許さない従来の抗告制度と比較すれば、最高裁への抗告の途を広げる制度であることはいうまでもない。しかし、仮に当事者に不服の利益が存する場合には最高裁に対して抗告をなし得ることを基点として考えるとすれば、それが、最高裁による上告受理の制度と同様に、当事者の上訴権を一定程度制限するものであることもまた事実である。

そうしたことから、これらの上訴制限の立法化に際しては、憲法学の視点からも、それらの制度が裁判を受ける権利を侵害するものか否かが議論の対象とされたのである[2]。新民事訴訟法の施行は、かかる憲法上の論点を、実際の訴訟運営を視野に入れつつ、また、とりわけ、最高裁による違憲審査の機会を通じて、再度検討する契機を与えるものである。実際、最高裁は、新法施行と同じ年の7月に、最高裁に対する許可抗告の制度の合憲性に関して明確な判断を下している。以下では、この最高裁平成10年7月13日第3小法廷決定[3]の検討と併せて、同制度の合憲性について若干の考察を試みることにしたい。

I　許可抗告制度をめぐる問題状況

まず、最初に、許可抗告制度の概要を簡単に整理しておくことにしたい。許可抗告制度については、まず、どのような裁判に対して抗告が許されるかが問題となる。この点、民事訴訟法337条1項は、高裁の決定、命令に対して最高裁への抗告を許しているが、高裁のあらゆる決定、命令に対して抗告が許されているわけではない。すなわち、抗告をするためには、高裁の問題の決定、命令が、それが地裁によって下された場合に抗告が許されている裁判で

1) 最高裁による上告受理の制度については民事訴訟法317条、最高裁に対する許可抗告制度については民事訴訟法337条をそれぞれ参照。
2) そうした議論については、片山智彦「裁判を受ける権利と上訴制度」阪大法学47巻6号133頁以下（1998年）参照。
3) 判例時報1651号54頁、判例タイムズ983号170頁。

なければならない（民訴337条１項但書）。さらに、高裁が再抗告審としてした決定、命令、抗告許可の申立自体についての決定、命令に対しては抗告は許されていない（民訴337条１項本文括弧書）。

また、最高裁への抗告に際しては、抗告を申立てられた決定、命令を下した原裁判所（高裁）の許可を得なければならない。抗告許可の申立について、高裁は、問題の裁判に、最高裁の判例（それがない場合は、大審院、上告裁判所または抗告裁判所としての高裁の判例）に反する判断がある場合など法令の解釈に関する重要な事項が含まれる場合には、抗告を許可しなければならない（民訴337条２項）。逆に言えば、右の事項が含まれない場合には、最高裁に対する抗告は許可されないことになる。もっとも、高裁の決定または命令に、憲法の解釈の誤りがあることその他憲法違反があることを理由とする場合には、従来どおり、最高裁に対する特別抗告が許される（民訴336条１項）。

ところで、今回の民事訴訟法の改正作業の一つの眼目は上訴制度の改革であった。そして、上訴制度の改革の中心が最高裁に対する上訴の制限であったことが示唆するように、事件の洪水から最高裁を救い出し、その負担軽減をはかることが、今回の民事訴訟法の改正の一つの目的であった[4]。

実際、最高裁の負担加重は、最高裁の元裁判官の口からしばしば語られるところであり、その点についての認識は研究者の間でも現在ではかなり広く共有されているといってよいであろう[5]。こうした最高裁の負担の増大は、最高裁が重要な事件に力を注ぐことを妨げ、また、訴訟の遅延と訴訟費用の増大をもたらし、国民の真の権利保護を妨げていることが指摘されてきた[6]。

もっとも、最高裁の負担をどのような形で解消すべきかについては、必ずしも意見が一致していたわけではない。一つの考え方は、いうまでもなく、最高裁への上訴を制限するというものである。もともと、とりわけ民事訴訟においては、日本の上訴制度は「円筒形的上訴制度」と評されるほど[7]、権利上訴を広範に許してきた。そうしたことから、今回の民事訴訟法の改正が具体的に日程に上る以前から、何らかの上訴制限の必要性が繰り返し主張されてきたのである[8]。

また、今回の民事訴訟法の改正の過程においても、竹下守夫教授は、最高裁への上告事件

4）法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続の検討課題―民事訴訟手続に関する検討事項とその補足説明（別冊ＮＢＬ23号）』（1991年）、同『民事訴訟手続に関する改正要綱試案―試案とその補足説明、検討事項に関する各界意見の概要―（別冊ＮＢＬ27号）』（1994年）参照。

5）桜井孝一ほか「最高裁判所の機能の充実」ジュリスト1053号９頁以下（1994年）参照。

6）この点は、註4)であげた文献でも指摘されているところである。

7）日本の上訴制度の特質と問題点については、三ヶ月章「上訴制度の目的」同『民事訴訟法研究第８巻』（有斐閣、1981年）85頁以下（初出は、『小室直人、小山昇先生還暦記念　裁判と上訴(上)』〔有斐閣、1980年〕198頁以下）が詳しい。

8）三ヶ月・前掲註7)148頁以下、桜井孝一「上訴制限」新堂幸司編集代表、鈴木正裕、鈴木重勝編『講座民事訴訟⑦上訴・再審』（弘文堂、1985年）112頁以下。

において、原判決の破棄率が、わずか2％以下であり、既済事件数の90％以上、多いときには約95％が上告棄却となっていること、最高裁の新受事件数、既済事件数は、以前に最高裁の加重負担が大きな問題となった時期を大幅に上回り、年々増加傾向にあることなどを具体的な数字で示し、不必要な上告の制限が必要であることを力説されていた[9]。

他方で、最高裁の負担軽減については、上訴制限ではなく、最高裁の機構改革で対処すべきだという意見もある。たとえば、上野泰男教授は、「最高裁の負担軽減に関連させて、破棄率の低さを問題にし、これを上告制限制度導入の根拠とすることは正当でないと考える。なぜなら、最高裁裁判官の負担を減らすには、上告制限をして事件を減らすほか、最高裁の裁判官を増員したり、この両者を併用する等の方法を採ることができるからである」とされている[10]。また、日本弁護士連合会は、法務省が公表した『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する意見書において、裁量上告制の導入に関してであるが、「上告審の負担を軽減する必要性が顕著であるなら、それはむしろ最高裁判所の機構改革という観点から、取り組むべき事柄であると考える」として該制度の導入に反対する意見を述べている[11]。

いずれにせよ、実現の可能性を視野に入れて考えれば、やはり竹下教授の指摘された方向で考えるのが現実的であり、実際の制度改革もそうした方向をとることになった。ただ、そうした方向をとることは、最高裁の機構改革という選択技を考慮しても、新たに導入される上訴制限が、上訴制度についての憲法上の要請をクリアすることを前提とするものでなければならないという点には留意する必要がある。

最高裁への上告についての上告受理制度の導入が、先の目的とストレートに結びついているのに対して、抗告制度の改革は少し筋道が異なるものであった。すなわち許可抗告という新たな制度を取り込んだ新民事訴訟法上の抗告制度は、憲法違反を理由とする場合には、最高裁への特別抗告を権利として許すという従来の制度を残しつつ、従来許されていなかった最高裁への通常の抗告の途を開くという意味で、むしろ最高裁の負担を増大させうるものである。

抗告制度に関して、ある面では最高裁の負担軽減に逆行する制度が設けられた背景には、従来の抗告制度に内在していた法政策上の問題点に関する認識があった。裁判所法7条2号によって、法律で特に定めた場合をのぞいて（すなわち、旧民事訴訟法のもとでは特別抗告が提起された場合以外に）、最高裁が抗告事件を扱うことができないため、重要な法律問題について高裁間で見解が分かれ、判例の統一が図れないという事態が生じるという不都合が指

9) 竹下守夫「最高裁判所に対する上訴制度(上)」NBL575号40頁以下（1995年）、同「最高裁判所に対する上訴制度」民事訴訟雑誌41号120頁以下（1995年）。

10) 上野泰男「上訴制限について」関西大学法学論集43巻1＝2号787頁以下（1993年）。もっとも、上野教授は、結果的に権利の実現を阻害された被上告人の利益は当然考慮されるべきであり、理由のない上告を最高裁が簡易な手続で排除できるよう民事訴訟法を改正する必要はあるとされる（上野・前掲788頁）。

11) 上野・前掲註10)753頁以下による。

摘されてきたのである[12]。

こうした抗告制度の問題点は、法政策的な問題にとどまらず、やがて、憲法上の問題としての認識に突き当たることになる。この点を鋭く指摘されたのは、中野貞一郎教授である。中野教授は、抗告状が誤って抗告裁判所に提出された場合の措置について高裁の判例が分かれ当事者の権利、利益に大きな影響を及ぼしうる状況について、法の下の平等、法律による裁判の原則、財産権の不可侵の問題ともなりうると指摘されるのである[13]。もちろん、中野教授は、特別抗告以外には最高裁への抗告を許さない制度自体が違憲とされているわけではなく、先のような判例の不統一に伴う問題が生じている場合には、公正な手続を求める権利という憲法上の権利の侵害を理由として特別抗告が許されるべきだと主張されているのである[14]。

こうした状況をふまえて考えれば、許可抗告制度の創設によって、限定的な形であれ最高裁への抗告が許されたことは、必然的な流れであるといえよう。しかし、許可抗告制度が、従来の抗告制度の問題点を是正し、他方で裁判の確定を阻害するだけの無意味な抗告を制限し、権利保護の実効性を高めうるものであったとしても、それはあくまでも上訴制限の一形態であり、少なくとも、憲法が上訴制度の制度設計に何らかの基準を示していると考える立場からは、まず第１に、上訴制限の目的の合理性について憲法の視点からなお検討を要する課題を残しているといわざるをえない。

また、上訴制限が必要だとしても、許可抗告制度という手段を用いることが適当かどうかは、また別の問題として考えなければならない。とりわけ、現行の制度が、抗告の対象となる裁判を下した原裁判所に抗告の許否についての決定を委ねているという点からみても、様々な評価がありうるところである。

この点、竹下教授は、裁量抗告制度のもたらす最高裁の負担を考慮して、むしろ許可抗告制度の導入こそが望ましい選択肢であるとされている[15]。しかし、他方で、山本克己教授は、許可抗告制度について、原裁判所が抗告の可否について決定する制度は手続の公正さといった点から問題があるとされている[16]。実際、法務省民事局参事官室が作成した『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』においては、許可抗告案と裁量抗告案が併記されていたが、各界に対するアンケートの結果においては、むしろ、裁量抗告案を支持する意見が多かったようである[17]。こうした原裁判所による許可の制度の合理性という点も、最高裁に対する抗告が

12) 三ヶ月章「決定手続と抗告手続の再編成」同・前掲書註7)203頁以下（初出は、『吉川大二郎博士追悼論集手続法の理論と実践(上)』〔法律文化社、1980年〕）ほか。
13) 中野貞一郎「公正な手続を求める権利」同『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社、1989年）46頁（初出は、民事訴訟雑誌31号１頁以下〔1985年〕）。
14) 中野・前掲註13)46頁以下。
15) 竹下守夫「最高裁判所に対する上訴制度(下)」ＮＢＬ576号50頁以下（1995年）。
16) 山本克己「最高裁判所による上告受理及び最高裁判所に対する許可抗告」ジュリスト1098号92頁（1996年）。
17) 山本・前掲註16)90頁。

憲法で保障されているという前提をとるとすれば、基本権としての上訴権の制限の手段の合憲性という視点から、考察の対象とされなければならない。

2 許可抗告制度の合憲性

前節では、許可抗告制度の概要、その導入の経緯と、制度の法政策的な合理性をめぐる議論を瞥見した。ここでは、そうした議論をふまえて、最高裁に対する許可抗告制度それ自体が憲法に反するかどうかという点を検討してみることにしたい。なお、このことに関連して、仮に現行の許可抗告制度が憲法違反とされた場合には、抗告許可の申立を却下された者に対して、どのような形で最高裁への抗告の機会を与えるべきかという点も併せて検討する必要がある。

では、この許可抗告制度という上訴制度は、憲法上いかなる評価を受けるべきなのであろうか。しかし、この問題に対する憲法学界の関心は極めて低い。確かに、今回の民事訴訟法の改正による上訴制度の改革に関しては、憲法学も関心を示してきたが、そうした関心は、より多く、最高裁による上告受理の制度に向けられたものであった。憲法から何らかの上訴の保障を引き出す学説においても、許可抗告制度の合憲性に言及されることはきわめて少ない。許可抗告制度は、最高裁による上告受理の制度と比べて、重大な手続違反にあたる事由を理由とする権利としての抗告を許さず、また、原裁判所が抗告の許否を決するという意味で、むしろ上訴の制限としてはより厳格なものであるように思われるが、なぜか憲法学者の関心は前者にはあまり向けられていない。判決に比べて決定の重要性が低いと思われていることが、上告と抗告に対する注目度の違いに影響を与えているのかもしれない。

しかし、許可抗告という形での抗告の制限は、上訴制度が、少なくとも一面では、違法な裁判からの当事者の救済という機能を果たすものである以上、憲法32条が保障する裁判を受ける権利の観点からも、その合憲性が検討対象となることは否定できない。ただし、上訴制度の制度設計の指針となる憲法上の規定は32条だけではない。たとえば、最高裁と下級裁判所という2層型の裁判所制度を規定する76条1項、最高裁を終審裁判所とする81条をあげることができる。ほかにも、後に見るように、法の下の平等を保障した14条も、上訴制度の在り方に関わりを持っている。以下では、こうした諸点について、順次考察を加えていきたい。

まず、最初に取り上げるべきは憲法32条と許可抗告制度の関係であるが、先に一言したように、この点についてはすでに最高裁の判例がある。すなわち、最高裁は、平成10年7月13日第3小法廷決定において、民事訴訟法337条が「法令の解釈に関する重要な事項」の有無の判断を高裁に委ねていることが、憲法32条に違反し、ひいては31条にも違反するとする特別抗告人の主張について、「下級裁判所のした裁判に対して最高裁判所に抗告をすることを許す

か否かは、審級制度の問題であって、憲法が81条の規定するところを除いてはこれをすべて立法の適宜に定めるところにゆだねていると解すべきことは、当裁判所の判例とするところである……。その趣旨に徴すると、民訴法337条が憲法31条、32条に違反するものでないことは明らかである」と判示しているのである。この決定は、同条の合憲性を正面から取り上げた最高裁の裁判例として注目されるべきものである。

しかし、決定が持つべき意味合いに比べると、決定に示された最高裁の態度はきわめて素っ気ないものといわざるを得ない。もちろん、先の最高裁の見解は、憲法は審級制度について81条以外には何らの定めもおいていないとする従来の判例[18]からすれば、当然予想されるところである。それにしても、最高裁は、先の結論を導くに際して、その実質的な理由についてほとんどなにも述べていない。

学説においても、通説は、81条以外には憲法から上訴制度に対して何らかの帰結が生じること自体を否定しているのであるから[19]、許可抗告制度はそもそも憲法32条の問題にならない。また、憲法32条に上訴権の保障を一定程度読み込もうとする、少数ながら近年有力な学説のなかにも現行の許可抗告制度を違憲とするものは見あたらないようである。

石川明教授は、裁判を受ける権利、法治国家原理から上訴制度、審級制度が憲法上保障されているとされる[20]。しかし、他方で、石川教授は、「上訴制限を設けることは一定の範囲で許されるものと考えるが、合理的な範囲を超えた上訴制限は憲法違反になるものと考える」[21]として一定の上訴制限を許容し、また、裁判所の負担軽減、迅速な裁判の要請などを考慮して、合理的な審級制限は立法政策の問題として許されるとされている[22]。石川教授のこうした立場からすれば、最高裁の負担軽減を目的とする今回の許可抗告制度の導入による上訴制限も、合理的な上訴制限として許されると解される余地があり、少なくとも、許可抗告制度がアプリオリに違憲であるとはいえない。

また、松井茂記教授は、憲法32条が非刑事裁判手続に関する手続的デュー・プロセスを保障した規定であるとする立場から、審級制度について立法裁量を認めながらも、裁量的であれ最高裁に審理を求める可能性を一切認めない制度は裁判を受ける権利を侵害するとされる[23]。もっとも、松井教授の右の見解は新民事訴訟法が制定される以前に提示されたものであり、当然のことながら、新民事訴訟法における許可抗告制度には言及されていない。しかし、松井教授の立場からすれば、最高裁への憲法違反を理由とする特別抗告は従来通り権利

18) 最大判昭和23年3月10日（刑集2巻3号175頁）、最大判昭和23年7月8日（刑集2巻8号805頁）ほか多数。詳細については、片山・前掲註2)135頁以下参照。
19) 芦部信喜「裁判を受ける権利」同編『憲法Ⅲ人権(2)』（有斐閣、1981年）297頁など。
20) 石川明「審級制と裁判を受ける権利」同『民事法の諸問題』（一粒社、1987年）428頁以下（初出は、判例タイムズ600号35頁以下〔1986年〕）。
21) 石川・前掲註20)431頁。
22) 石川・前掲註20)430頁。
23) 松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社、1993年）159頁以下。

として許したうえで、高裁の許可を要件として一定の場合には最高裁への通常の抗告を許す許可抗告制度はおそらく違憲とはいえないということになるように思われる。もっとも、許可抗告制度の合憲性についての判断は、事件が「法令の解釈に関する重要な事項を含む」か否かを、抗告の対象となる決定を下した原裁判所が判断するという点をデュー・プロセスの視点からどのように評価するのかという点にも関わってこよう。

さらに、笹田栄司教授は、憲法と上訴制度の関係について、憲法32条は、「憲法違反を問わない事件については、憲法81条を前提として制度（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」保障していないとされる[24]。その上で、特別上告の途が残されている以上、最高裁による上告受理の制度の導入も憲法に反するものではなく、また、これまでの抗告制度が最高裁への通常の抗告を許していなかったことから、むしろ、「最高裁に対する抗告制度の改正は、『裁判を受ける権利』の観点から歓迎されるべきものである」と評されている[25]。

また、市川正人教授は、裁判を受ける権利は、裁判を受ける権利を侵害するとはいえないまでも公正さに重大な問題がある手続による裁判に対しても上訴の機会が与えられることを要請するとされている[26]。とはいえ、最高裁による上告受理の制度については、手続の公正さに重大な問題があるケースについては上告の途が開かれており、また、最高裁の裁量にも裁判を受ける権利に由来する一定の憲法上の限界があると解すれば、今回の上告制限は裁判を受ける権利を侵害するものとはいえないとされる[27]。

市川教授は、先の論文では、本稿のテーマである抗告の制限の合憲性についてはなにも言及されていない。ただ、許可抗告制度のもとにおいても、特別抗告は許され、また「法令の解釈に関する重要な事項」を含む場合にも抗告が許されていることから、市川教授の立場からすれば、後者の場合が、手続の公正さに重大な疑念がある場合を包摂しうるかが問題とされることになろうか。

さらに、渋谷秀樹教授は、憲法違反を理由とする場合についてまで裁量上告、許可上告の制度を導入した場合、あるいは、それ以外の場合についても最高裁による審理を求める可能性を一切認めない制度は裁判を受ける権利を侵害するが、今回の最高裁による上告の受理の制度は、上告の可能性を閉ざしたものではなく立法政策の範囲内とされる[28]。渋谷教授の論文もあくまで最高裁による上告受理の制度を扱ったものであり、許可抗告制度については触れられていない。現行の民事訴訟法も特別抗告を権利として許しており、許可抗告制度も最

24）笹田栄司『裁判制度―やわらかな司法の試み―』（信山社、1997年）110頁。
25）笹田・前掲註24）110頁以下。
26）市川正人「上告制限と裁判を受ける権利―新民事訴訟法による上告制限の導入―」『ケースメソッド憲法』（日本評論社、1998年）197頁（初出は、法学セミナー497号73頁以下〔1996年〕）。
27）市川・前掲註26）198頁。
28）渋谷秀樹「最高裁判所への上告制限―審級制度と裁判を受ける権利―」法学教室189号43頁（1996年）。

高裁の審理を求める可能性を完全に排除するものではないことからすれば、合憲とされることになるのであろうか。

では、上記の諸学説の内容を考慮に入れた上で、今回導入された許可抗告制度と憲法32条の関係をどのように解すべきであろうか。近時の「裁判を受ける権利」論においては、裁判を受ける権利を、手続的デュー・プロセスの権利ととらえる学説、あるいは、裁判を受ける権利は、公正な手続を求める権利、実効的権利保護請求権などを含むとする理解が有力になっている[29]。上記の学説もそうした理解と深く関わっている。

しかし、手続的デュー・プロセス、公正な手続を求める権利といった手続の「公正さ」に対する憲法上の基準に照らしても、許可抗告制度が憲法に反するとまではいえないように思われる。裁判所法16条2号によれば、高裁は、民事訴訟においては、地裁と家裁の決定、命令に対する抗告について裁判権を有するとされているが、このことは、法律で特に定められていない限り（裁判所法17条）、高裁の決定、命令に対する抗告がある事件についての上訴審の裁判に対する不服申立てであることを意味する。確かに、一般的にいえば、上訴審の存在は、下級審の裁判に対する統制として機能するという点などからみて、手続の公正さを高めるとはいえよう。しかし、そのことから、上訴審の裁判に対して、さらに上級の裁判所への不服申立てがされなければならないということには必ずしもならないであろう。なお、原裁判所が抗告の許否を決するという抗告許可の手続それ自体についても、手続の公正さについての疑念が示されているが、最高裁が抗告の許否を判断する制度をとった場合には最高裁の負担がかなり重くなることも考えれば[30]、結局のところ、この点からも、民事訴訟法337条が憲法32条に反すると断定することはできないのではないだろうか。

加えて、実効的権利保護という面からも、許可抗告制度が違憲であるとはいえないであろう。この点、ドイツでは、一般に、ドイツ連邦共和国基本法（以下、基本法）は「裁判官に対する権利保護」を与えるものではないが、効果的な権利保護（wirkungsvoller Rechtsschutz）という観点から、法治国家原理と結びつけられた基本法2条1項を根拠として、訴訟法が規定するすべての審級へのアクセスが、「予見不可能な、実質的な理由によってはもはや正当化できないやり方で」制約されることは許されないと解されている[31]。

確かに連邦憲法裁判所の見解の後半部分の説示には示唆に富むものがある。しかし、審級を重ねることが常に権利保護の実効性につながるとは限らないし、特に私人間の民事訴訟においては、上訴権の手厚い保障は時として基本権主体としての被上訴人の権利保護の実効性

29) 笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社、1993年）、松井・前掲書註23）など参照。
30) 竹下・前掲註9）「最高裁判所に対する上訴制度（上）」50頁以下は、法令の解釈に関する重要な事項を含む事件についての抗告を、最高裁が裁量で受理できるとする制度について、すべての抗告事件を審査するという負担を最高裁に新たに課すのは相当とは思われないとされる。
31) BVerfGE 88, 118 [123ff.].

を阻害することもある。もともと権利保護の実効性には時間的な要素が含まれていると解されるのであって、権利保護の実効性を根拠に、すべての事件について、原則として3段階の審級制度（三審制）が憲法上保障されているとはいえないであろう。

また、下級審の裁判によるその侵害に対して手続的基本権の実効的保護をはかるという点でも、憲法違反を理由とする特別抗告が権利として許されていることからみて、基本的には現在の抗告制度は憲法に反するとはいえないであろう。ただ、最高裁における事件審理の状況が、裁判官の加重負担を背景として、あまりにも形骸化しているとすれば、手続的基本権の実効的保護にとってきわめて憂慮すべきであるといわざるをえない[32]。

いずれにせよ、そもそも、手続の公正さ、権利保護の実効性から、直ちに、1回の不服申立てに限定するとしても、憲法上の上訴の保障を導くことには、以前に示唆したように[33]やや懐疑的とならざるを得ない。むしろ、憲法32条を類推して、裁判所が中立性を持ち得ない事柄について、その適法性が問題となる場合には、一審の裁判に対して、憲法上、第三者としての他の裁判所に不服申立てが1回許されるべきではないか、というかつて試論的に提示した見解を基礎として考えてみることにしたい[34]。

そうすると、高裁が第1審として決定事件の裁判を行うことは原則としてはないのであるから、第1審としての地裁または家裁の決定、命令に対して高裁への抗告が許されていれば、抗告審＝上訴審としての高裁の決定、命令に対して、その違憲性ではなく、単なる違法性を理由として、さらに最高裁への上訴を許さなければならないという憲法上の要請を憲法32条から引き出すことはできないであろう。ただ、抗告審としての高裁における手続が、裁判を受ける権利に照らして、公正で、権利保護を実効的に果たしうるものであるかどうかという問題が残ることには注意が必要である。

ところで、これまで、憲法32条との関係では、手続的デュー・プロセス、公正な手続を求める権利、実効的権利保護請求権といった観点が問題とされてきたが、もう一つ別の視点として、いわゆる、「法律上の裁判官」の保障と上訴制度の関係についてもふれておく必要がある。この点を指摘することは、やや奇異の感を与えるかもしれない。日本では、これまで、「法律上の裁判官」の保障といえば、憲法32条が、法律上管轄権を有する具体的な裁判所の裁判を受ける権利を保障したものかどうかに、大方の議論は集中してきたといえるからである[35]。

32) 伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）、桜井ほか・前掲註5）など参照。
33) 片山智彦「憲法と上訴制度—裁判所による権利侵害と権利保護—」阪大法学45巻1号127頁以下（1995年）、片山・前掲註12）153頁。
34) 片山・前掲註2）157頁以下。
35) 「法律上の裁判官」の裁判を受ける権利については、芦部・前掲註19）275頁以下、松井・前掲註23）112頁以下、竹下守夫「裁判を受ける権利」芦部信喜、高橋和之編『憲法判例百選II（第3版）』（有斐閣、1994年）266頁以下など参照。

しかし、伝統的に「法律上の裁判官（gesetzlicher Richter）」を憲法で保障してきたドイツでは、「法律上の裁判官」の保障は、まず第一に、裁判官の管轄が、法律で、事前に、抽象的、一般的に、そして、可能な限り明確に規定されていることを求めるものと解されている[36]。しかも、こうした「法律上の裁判官」の保障は、上訴審の裁判官についても妥当するというのが連邦憲法裁判所の判例である[37]。それゆえ、こうした「法律上の裁判官」の保障が日本国憲法の下でも、たとえば憲法32条の解釈として、定められていると解すべきであるとすれば、許可抗告制度についても、抗告許可規定の明確性、ひいては最高裁の管轄権が明確に定められているかという視点から、その合憲性が検討されなければならないということになろう。

確かに、「法令の解釈に関する重要な事項を含む」という抗告許可の要件はやや曖昧であるとはいえよう。しかし、次節でのべるように、抗告許可に関する民事訴訟法337条２項の解釈について、憲法上一定の枠があると解することができるとすれば、同条項それ自体が曖昧不明確であって違憲であるとはいえないのではないだろうか。佐々木雅寿助教授も、「法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる場合」という許可の基準について、ある程度客観的な許可基準が示されており、判断の公正さを欠く制度とは解し得ないとされている[38]。ちなみに、ドイツでも、連邦憲法裁判所は、裁判管轄に関する規定の内容が解釈によって初めて明らかになることが、直ちに「法律上の裁判官」の裁判を受ける権利を保障した基本法101条１項第２文違反になるわけではないとしている[39]。

ここまで、許可抗告制度と憲法32条の関わりについて様々に論じてきたが、結局のところ、許可抗告制度が裁判を受ける権利を侵害するとまではいえないであろう。しかし、許可抗告制度が憲法で直接に保障された不服申立権の侵害につながる制度とはいえないとしても、抗告審としての高裁の決定、命令に対する最高裁への抗告の制度化について、立法者が全くフリーハンドであるわけではない。そこで、次に、立法者に対する制度化の指針の１つとしての法の下の平等について検討することにしたい。

この点、日本では、憲法14条と上訴制度の関係については、あまり議論がなされていない。ところが、ドイツでは、連邦憲法裁判所の裁判の中で、上訴制度の憲法適合性の問題が、一般的平等原則を定めた基本法３条１項との関係でしばしば取り上げられている[40]。そこでは、一般に上訴が許されてきた領域において、例外的に上訴を許さない制度を導入する場合に、そうした異なる取り扱いが法の下の平等に反しないかどうかが問題とされているのであ

36）管轄規定が可能な限り明確に定められていなければならないとする連邦憲法裁判所の判例として、たとえば次のものがある。BVerfGE 48, 246 [253]; 63, 77 [79].
37）BVerfGE 6, 45 [50].
38）佐々木雅寿「許可抗告制度の合憲性」『平成10年度重要判例解説』（有斐閣、1999年）８頁以下。
39）BVerfGE 48, 246 [262f.]
40）Vgl. BVerfGE 49, 148; 58, 208; 65, 76; 70, 35.

る。

たとえば、連邦憲法裁判所1983年7月12日第1部決定では、立法者には、目的適合性の観念にしたがって上訴裁判所へのアクセスについて定める広範な自由があるが、他方で、立法者は、基本権から生じる一定の要請、とりわけ、平等の原則を考慮しなければならないと判示されている（ただし、実質的な観点から特定の事案または領域の上訴について異なった取り扱いをすることは許されるとしている）[41]。

しかし、最高裁の加重負担という現実から目をそらすべきでなく、上訴制度の改革によってそれに対処すべきだとするのであれば、最高裁への抗告について、限定的に許可制を定めることは、法の下の平等の観点からみて恣意的な立法であるとまではいえないのではないだろうか。

最後に、憲法と上訴制度の関係を論じる際には、憲法32条や14条の他にも、たとえば76条、81条が上訴を保障しているか否かも問題となる。この点、一般に、最高裁が法律などの合憲性を判断する「終審裁判所」であるとする憲法81条は、憲法違反を理由とする場合には常に最高裁への上訴を保障する規定であると解されている[42]。また、審級制度の具体的内容については基本的に立法府に委ねられているが、憲法76条1項、81条から憲法が審級制を前提としているとの指摘もなされている[43]。いずれにせよ、新民事訴訟法は、憲法81条との関係でいえば特別抗告を従来通り許しており、また、高裁の許可を要し、また許可事由が限定されているとはいえ、最高裁への抗告を許しているのであるから、憲法76条1項違反ともいえないのではないだろうか。憲法81条との関わりでいえば、むしろ問題は、裁判あるいは訴訟手続の瑕疵をどこまで憲法違反として構成すべきかである。

3 抗告許可規定の解釈、適用と憲法

前節でみたように、若干の疑問が残るとはいえ、許可抗告制度自体が、基本的には、合憲であると考えたとしても、むろん、抗告許可規定の解釈、適用について、憲法が何も定めていないということを意味するわけではない。すなわち、許可規定の解釈、適用の準則としての憲法の意義をどのように理解すべきか、高裁による抗告許可規定の解釈、適用の誤りがいかなる場合に違憲と評価されるべきかという問題が残るのである。こうした問題について、ここでは、抗告許可規定の解釈、適用と実効的権利保護、「法律上の裁判官」の保障、法の下の平等の構成要素としての法適用の平等の関係について若干の考察を試みることにしたい。

41) BVerfGE 65, 76 [91].
42) 笹田・前掲註24) 102頁以下など。
43) 市川・前掲註26) 196頁など。

前述のように、ドイツの連邦憲法裁判所は、法治国家原理と結びついた基本法２条１項から生じる実効的権利保護の要請を根拠に、「予見不可能な、実質的な理由によってはもはや正当化できないやり方で」上訴を制限することは許されないと解している。この実効的権利保護の要請は、訴訟法の解釈、適用についても問題とされており、それは上訴にも妥当すると解されている[44]。日本でも、憲法32条から民事訴訟についても実効的権利保護請求権が生じると解釈すべきであるとすれば[45]、民事訴訟法上の抗告許可規定の解釈、適用に際しても、最高裁によって、そうした観点から、抗告不許可決定の合憲性が審査されなければならないと解することができるか否かについて検討する余地はあろう。

また、「法律上の裁判官」の保障についての明文規定を持つドイツでは、「法律上の裁判官」の保障は、第１審あるいは上訴審をとわず、法律上管轄権を有する裁判所の裁判を受ける権利を保障していると解されている[46]。それゆえ、上訴制限規定の解釈、適用の誤りによって本来管轄権を有する上訴裁判所による審理を受けられなかった場合には、憲法違反となる。ただし、よく知られているように、ドイツでは、原則として、管轄に関する規定の裁判所による解釈、適用の誤りが「恣意的（willkürlich）」な場合にのみ、「法律上の裁判官」の裁判を受ける権利の侵害となるというのが、連邦憲法裁判所の判例となっており[47]、上訴管轄権に関する規定の解釈、適用の誤りがすべて違憲とされているわけではない。

日本では、最高裁は、そもそも、憲法32条は法律上管轄権を有する具体的な裁判所の裁判を受ける権利を保障した規定ではないと解している[48]。しかし、学説においては、近年では、むしろ、裁判を受ける権利には、法律上管轄権を有する具体的な裁判所の裁判を受ける権利が含まれるとする見解が有力になっている[49]。その様に解することができるとすれば、少なくとも、抗告許可規定の恣意的な解釈、適用がなされた場合には、憲法32条違反を理由として特別抗告が許されると解されなければならないのではないだろうか。

さらに、法適用の平等という観点からは、抗告不許可処分が憲法14条に反するかどうかが吟味される必要がある。もっとも、法令の解釈、適用の誤りがすべて法の下の平等に反する「差別」であると解することはできないであろう。でなければ、法令違反を理由とすれば、常に最高裁に対する特別抗告が許されることになってしまうであろう。問題は、上訴に関する法律上の規定の解釈、適用の誤りが憲法14条に反するに至るラインをどこに引くかという点であろう。

---

44) Vgl. BVerfGE 79, 372; 85, 337; 88, 118.
45) この点については、特に行政訴訟との関係で、笹田・前掲註29)、同「『裁判を受ける権利』の再生と行政裁判手続」長谷部恭男編著『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、1995年）171頁以下参照。
46) BVerfGE 6, 45 [50]; BVerfGE 17, 294 [299].
47) BVerfGE 20, 336 [346]; 29, 45 [48].
48) 最大判昭和24年３月23日（刑集３巻３号352頁）。
49) 芦部・前掲註19)290頁以下、竹下・前掲註35)267頁ほか。

そうした問題について、ここで何らかの私なりの結論を示すことは差し控えたいが、具体的な事案を提示するという意味で、ドイツの連邦憲法裁判所の判例をあげておきたい。連邦憲法裁判所は、上訴に関する訴訟法上の規定の解釈、適用と法適用上の平等に関して、民事訴訟法554 b 条 1 項の解釈、適用の合憲性に関わる事案をいくつか取り扱っている。同条項は、連邦通常裁判所への上告について、訴額がラント高等裁判所（Oberlandesgericht）による許可を必要とする額を超えている場合でも、事件が「原則的意義（grundsätzliche Bedeutung）」を欠く場合には、連邦通常裁判所は上告を受理しないことができるとする規定である。

そして、連邦憲法裁判所1980年 6 月11日合同部（Plenum）決定は、この規定の合憲性に関する判例である。同裁判所は、まず、法治国家原理から実効的な権利保護の要請が生じるとする一方、それは上訴それ自体を保障するものではなく、一定の憲法上の限界があるとはいえ立法者には形成の自由が与えられるとする[50]。しかし、他方で、民事訴訟法554 b 条 1 項の解釈について、裁判所の負担の制御という基準は多かれ少なかれ偶然に左右される恣意的な基準であるから、認容される見込みのある上告を連邦通常裁判所の負担の自己制御のために受理しないことができるというように先の民事訴訟法の上告受理の規定を解釈することは、基本法 3 条 1 項の規定する法適用の平等に反するとしているのである[51]。この合同部決定を受けて、連邦憲法裁判所1980年11月18日第 1 部決定も、原裁判所である連邦通常裁判所が上告認容の見込みがないとして受理しなかったのか、あるいは裁判所の負担を理由に受理しなかったのかが不明確であるとして、同裁判所が基本法 3 条 1 項に違反したという結論を排除できないことを理由に憲法異議を認容している[52]。

結語

これまで日本では、憲法と上訴制度の関係が問題とされることはきわめて少なかった。これは、一面では、日本で、裁判を受ける権利の中身がかつてはあまり詰めて議論されることがなかったことにもよるのであろう。また、ドイツに典型的にみられるように、諸外国においては、様々な形で上訴制限がなされてきたのに対して、日本では、特に民事訴訟について上訴制限がほとんどなされなかったことにもその一因があろう。すなわち、研究の素材となる実際的な問題があまりなかったことになる。

そうした中、今回の民事訴訟法の改正によって、日本的伝統をうち破る形で、民事訴訟について新たな上訴制限が導入されたことは、上訴制度のあり方について憲法学の関心を引く

50) BVerfGE 54, 277 [291].
51) BVerfGE 54, 277 [293ff.].
52) BVerfGE 55, 205 [206].

ことになった。とはいえ、許可抗告制度については、憲法の視点からはあまり議論がなされていない。

確かに、既に述べたように、憲法32条が規定する裁判を受ける権利や憲法14条、76条1項、81条などに照らして、高裁の決定に対して、原裁判所の許可がなければ最高裁に対する抗告を許さない許可抗告制度それ自体が憲法に反するとはおそらくいえないであろう。ただ、民事訴訟法が適用される場合には、一般的にいって不服申立てが手厚く保障されており、むしろ、特別上訴の不許をも含め不服申立てを厳しく制限するその他の個々の手続法上の上訴規定の合憲性が検討されるべきであろう[53]。

しかし、「法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる場合」という、抗告許可の要件がやや曖昧なこともあり、高裁による解釈次第では、憲法に反するような形で不服申立ての機会を奪われる可能性もないとはいえない。そうした点は、実効的権利保護、「法律上の裁判官」の保障、法の下の平等といった観点からの吟味が必要である。もっとも、不許可処分の合憲性についての裁判所による審査の基準については、個別の決定の適否に関わるため、今後抗告許可制度の運用実績をみながら、さらに検討することが必要となろう。

53) 不服申立てを許さない現行法上の規定については、片山・前掲註2)およびそこに引用の諸文献参照。