九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

第31条〔適正手続の保障〕

南野, 森
九州大学法学部准教授

https://hdl.handle.net/2324/21686

出版情報：新基本法コンメンタール ： 憲法, pp.253-259, 2011-10-11. 日本評論社
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

憲法以来採用されてきた永久税主義ではなく、1年税主義を採用すべきことになるだろう（永久税主義、1年税主義については84条の解説参照）。

〔中島　徹〕

〔適正手続の保障〕
第31条　何人も、法律の定める手続によらなければ、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。

1 本条の趣旨

本条は、いわゆる適正手続（デュー・プロセス）条項として一般に理解されているもので、通説的見解によれば、さらに、本条に続く刑事手続上の権利（人身の自由）規定の総則的規定として、罪刑法定主義をも宣言するものであるとされる。つまり本条は、1215年のマグナ・カルタ39条（「自由人は、その同輩の合法的裁判によるか、または国法によるのでなければ、逮捕、監禁、差押、法外放置、もしくは追放をうけまたはその他の方法によって侵害されることはない。……」（高木八尺＝末延三次＝宮沢俊義編・人権宣言集（1957、岩波文庫）45～46頁〔田中英夫訳〕））を淵源とし、アメリカ合衆国憲法修正5条・14条につながる英米法的な適正手続保障の原則と、フランス人権宣言7条・8条や大日本帝国憲法（以下「明治憲法」）23条につながる大陸法的な罪刑法定主義（「法律なければ犯罪なし *Nullum crimen sine lege*」および「法律なければ刑罰なし *Nulla poena sine lege*」）の原則とを、思想的な背景としてともに引き受けた条文として現在では一般に理解されている、といえるだろう（小林孝＝芹沢編・基本コメ220～221頁〔菟原明〕を参照）。

「しかし、法原理において沿革を異にするものの接合は、解釈論上様々な論点を生みだす」（浦田＝大須賀編・新判コン(2)208頁〔森英樹〕）。実際、そもそも本条の文言には「適正」の語が含まれていないことなどから、本条が「適正」な「手続」を保障するものであるかについては以下に見るような有力な異説がある（2の解説参照）。また、ここでいう「法律」の意義について（3の解説参照）、さらに「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」についても議論がないわけではない（4の解説参照）。そして後者の点は、本条が非刑事手続、特に行政手続にも関係するのかどうかという論点（5の解説参照）とも関わる。以下、この順に学説と判例を整理することにする。

2 法律の「定める手続」の意義

（1）学説

（ア）　まず、アメリカ合衆国憲法のような「法の適正な過程・手続（due process of law）」ではなく、単に「法律の定める手続（procedure established by law）」とする本条の文言に最も忠実な解釈と考えられるのが、「手続法定説」であろう。本条が少なくとも科刑のための手続が法定されるべきことを定めていることは明らかであって、同説は、本条の定めはそれにとどまるとするものである（美濃部達吉・新憲法概論〔第5版〕（1948、有斐閣）111頁、田中英夫・デュー・プロセス（1987、東京大学出版会）308頁〔初出1965〕）。

（イ）　しかし、非常識な手続であってもそれが法定されてさえいれば本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。確かに、形式的意味の法律ではないものの定める手続による科刑を否定する意味はあるようにも思える（明治憲法8条・9条・31条の否定）が、自由・権利を制約するためには命令ではなく法律を必要とすることは、明文の規定がなくとも日本国憲法では当然のことと理解されていることからすると、やはり法定という以上は適正な法定を求める方が有意味である（関連して「立法」の概念や「法律の留保」について41条、政令への罰則の委任について73条6号、条例による罰則について94条の解説をそれぞれ参照。また、最高裁判所の定める規則による訴訟手続が本条に対する憲法上の例外をなすことについては77条の解説を参照）。「適正」という文言は本条にはないものの、本条は法定手続の内容が適正であることをも求めるとする「適正手続説」が成立する所以である（松井・憲法519頁）。

（ウ）　以上の2説は、「科刑手続」の法定ないし適正な法定を求めるにとどまり、本条が罪刑法定主義を定めているわけではないと解釈する点では共通する。しかし、そもそも基本的人権の尊重を基本原理とし、さらに33条以下で念入りに刑事手続上の諸権利を保障する日本国憲法が、近代法の根本原則の1つというべき罪刑法定主義原則を定

§31

めていないはずはない、と常識的には考えられるだろう。上記の2説もおそらくはそのように考えるからこそ、罪刑法定主義は黙示的に憲法が前提としているとしたり、その他の条文(例えば13条や41条)に根拠を求めたりする。ところが、黙示的に憲法原理が当然に認めているとしたり、明示的には何らそれを要求しているようには見えない他の条文に罪刑法定主義の根拠を求めたりすることと、手続(「刑罰」)の(適正な)法定を少なくとも要求する本条に実体(「犯罪」)の法定の根拠を求めることとの間に解釈作法としてそれほど衝撃的な差があるわけではない。こうして、「手続・実体法定説(=狭義の罪刑法定主義)」が成立しうることになる。解釈論としては、本条の「手続」という文言を、狭く科刑の手続(刑事訴訟手続)を意味するにとどまらず、広く法律の定める「方法」を意味するものと理解することにより、本条は罪と刑の法定を命じるものとされることになる(佐々木惣一・改訂日本國憲法論〔再版〕(1954、有斐閣)439頁)。

§31

(エ) 罪と刑の法定が本条で要求されているとすると、後はその適正までもが要求されているとすることはほんの一歩を踏み出すだけであるとも思われよう。しかし、罪と刑の双方をひとまとめにせず、科刑手続についてのみ適正な法定を要求し、実体要件については法定を要求するにとどまると解する、一見すると踏ん切りの悪いようにも思える説が有力に存在する。いわば「適正手続・実体法定説」である(宮沢・憲法Ⅱ416頁)。罪刑法定主義を適正手続の一内容とする立場(「広義の適正手続説」)も、結論的に本条の要求する内容を見ると「適正手続・実体法定説」と変わらないことになる(野中ほか・憲法Ⅰ394頁〔高橋和之〕)。

(オ) 結論的には「適正手続・実体法定説」と変わらないのに、あえて「適正手続」に実体の法定までを含めて考えようとする「広義の適正手続説」が主張されるのは、まさに「適正手続・実体法定説」が踏ん切りが悪いからであり、一貫性を欠くと批判されるからである。それに対して他の多くの学説は、そのような批判を避けるべく、いわば潔く、手続と実体のいずれについても、本条は法定のみならずその適正をも要求していると解釈する。これが「適正手続・適正実体説」であり、現在では圧倒的多数の学説がとるところとなっている(法協・註解(上)588頁、鵜飼・憲法101頁、清宮・要論127頁、小林・講義(上)468頁、佐藤功・註釈(上)506頁、有倉=小林孝編・基本コメ142頁〔手島孝〕、小林孝=芹沢編・基本コメ222頁〔菟原〕、樋口ほか・注解Ⅱ261頁〔佐藤幸治〕、芦部・憲法236頁、樋口・憲法263頁、辻村・憲法275頁、君塚正臣「日本国憲法31条の射程について」横国13巻2号(2005)56頁など)。

(2) 判例

刑事手続の法定のみを要請するかに見える本条の文言を拡張的に解釈する点では、判例も、多くの学説と一致しているといえる。

まず、手続の法定(上記(1)(ア))にとどまらず、適正な法定を本条が要求するという解釈(上記(1)(イ))をとることを明らかにしたと考えられるのが、いわゆる第三者所有物没収違憲判決(最大判1962(昭37)・11・28刑集16巻11号1593頁)である。同判決は、第三者の所有物を、当該第三者に告知・弁解・防禦の機会を与えることなく没収することは、「適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する制裁を科するに外ならない」から憲法31条および29条に違反するとして、本条の要求する一内容として刑事手続におけるいわゆる「告知と聴聞」(notice and hearing)があることを認めた。また、1958(昭33)年改正前の刑法197条ノ4による収賄額の第三者追徴についてもほぼ同様に、「当該第三者に対し告知せず、弁解、防禦の機会を与えないで追徴を命ずることは、適正な法律手続によらないで財産権を侵害する制裁を科するものであつて」、憲法31条および29条に違反するとした最大判1965(昭40)・4・28刑集19巻3号203頁がある。さらに判例は、「起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、これがため被告人を重く処罰すること〔は〕、不告不理の原則に反し、憲法31条に違反する」とする(最大判1967(昭42)・7・5刑集21巻6号748頁など。ただし、「量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは、必ずしも禁ぜられるところではない」。最大判1966(昭41)・7・13刑集20巻6号609頁も参照)。

次に、適正な手続のみならず、適正な実体の法定をも本条が要求する(上記(1)(オ))と理解していると思われる判決も少なくない。最大判1975(昭50)・9・10刑集29巻8号489頁〔徳島市公安条例事件判決〕は、「刑罰法規の定める犯罪構成要件があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反し無効であるとされる」場合があることを認めたし、また、最大判1985(昭60)・10・23刑集39巻6号413頁〔福岡県青少年保護条例事件判決〕も、条例の実体規定につき限定解釈を施した上で、そのように「解釈するときは、同規定につき処罰の範囲が不当に広過ぎるとも不明確であるともいえないから」、「憲

法31条の規定に違反するものとはいえ」ない、とした。もっとも、これらの判決は、構成要件についての明確性の原則や広汎性の原則を、実体的適正の一内容としてではなく狭義の罪刑法定主義の一内容として捉えているにすぎないと評価することも可能であり、そうすると、判例は上述の(1)(エ)(ないし「広義の適正手続説」)の立場であると位置づけるべきことになる(このように位置づけるものとして、野中ほか・憲法Ⅰ395頁〔高橋〕。これに対して長谷部・憲法245頁は、「判例は、犯罪構成要件の明確性が憲法31条の要求するところであるとしており、同条が実体の適正をも要求することを認める」として上述の2判決を引用している)。

3 「法律」の定める手続の意義

(1) 学 説

「法律の定める手続」にいう「法律」については、それが国会の定めた形式的意味における「法律」に限定されるかどうかが問題となりうる。

通説的見解によれば、まず、科刑の手続については形式的意味の法律を指し、政令や条例は含まない(樋口ほか・注解Ⅱ262頁〔佐藤幸〕など。なお、「訴訟に関する手続」について最高裁判所に「規則」を定める権限を認める77条参照)。次に、実体については、憲法73条6号により、法律の委任があれば政令に罰則を定めることもできるが、その際の委任が包括的・一般的なものであってはならないことは言うまでもない。そして、条例に罰則を設けることについては、かつては「条例に独自の罰則制定権はない」として罰則制定には法律による個別的委任が必要とする学説も存在した(法協・註解(上)589頁)が、現在では、「条例は住民の意思を直接の基礎とする地方公共団体の自主法」である(樋口ほか・注解Ⅱ273頁〔佐藤幸〕)ことや、「条例は住民の代表機関である議会の議決によって成立する民主的立法であり、実質的には法律に準ずるものである」(芦部・憲法360頁)ことを根拠として、肯定すべきとするのが通説的見解である。

(2) 判 例

最大判1974(昭49)・11・6刑集28巻9号393頁〔猿払事件〕は、国家公務員法102条1項が「政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない」として国家公務員に禁止される「政治的行為」の具体的な定めを人事院規則に委任していることについて、「政治的行為の定めを人事院規則に委任する国公法102条1項が、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を具体的に定めることを委任するものであることは、同条項の合理的な解釈により理解しうるところである」として、同項は「それが同法82条による懲戒処分及び同法110条1項19号による刑罰の対象となる政治的行為の定めを一様に委任するものであるからといって、そのことの故に、憲法の許容する委任の限度を超えることになるものではない」と述べた。しかし、学説の多くは、法律による委任は個別的・具体的でなければならないと解しており、同法による人事院規則への委任については包括的・一般的に過ぎ違憲であるとするし(芦部・憲法288頁は、「学説では、この委任はやはり白紙的だとみる見解が支配的である」とのみいう)、また猿払事件判決に付された4人の裁判官による反対意見も、「国公法102条1項は、違反に対する制裁の関連からいえば、公務員につき禁止されるべき政治的行為に関し、懲戒処分を受けるべきものと、犯罪として刑罰を科せられるべきものとを区別することなく、一律一体としてその内容についての定めを人事院規則に委任している。このような立法の委任は、少なくとも後者、すなわち、犯罪の構成要件の規定を委任する部分に関するかぎり、憲法に違反するものと考える」としていたところである。

条例については、最大判1962(昭37)・5・30刑集16巻5号577頁〔大阪市売春条例事件〕が、本条は「かならずしも刑罰がすべて法律そのもので定められなければならないとするものでなく、法律の授権によつてそれ以下の法令によつて定めることもできると解すべき」とした上で、「ただ、法律の授権が不特定な一般的白紙委任的なものであつてはならないことは、いうまでもない」とした。その上で、1999(平11)年改正前の地方自治法旧2条3項7号および1号列挙の事務事項が「相当に具体的な内容のものである」ことと、同法旧14条5項(現14条3項)による「罰則の範囲も限定されている」こと、さらに、条例が「公選の議員をもつて組織する地方公共団体の議会の議決を経て制定される自治立法であつて、行政府の制定する命令等とは性質を異にし、むしろ国民の公選した議員をもつて組織する国会の議決を経て制定される法律に類するものであるから、条例によつて刑罰を定める場合には、法律の授権が相当な程度に具体的であり、限定されておればたりると解するのが正

当である」とした。このような判例の立場は、一般的委任で足りるとする立場(一般的委任説)でもなければ、個別的な委任が必要であるとする立場(個別的委任説)でもなく、条例を法律に準じるものとして捉える通説的見解の理解を加味することで、要求される委任の程度を緩和する立場(委任要件緩和説)であるといえるだろう(西浦公・百選Ⅱ〔第5版〕489頁参照)。

4 「生命若しくは自由」の剥奪と「その他の刑罰」の意義

§31

本条後段の「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」との文言に関するものとしては、簡潔に、4つの論点を取り上げておく。

(1) 第1の論点は、「生命若しくは自由を奪はれ」について、それが刑罰として生命・自由を奪われる場合に限定される(刑罰限定説)のか、それとも刑罰に限らずおよそ生命・自由一般が国家権力によって制約される場合を意味するとするべき(非限定説)か、というものである。ただし、一応図式的に両説をこのように区別することはできるが、実際には両者の差は大きくないことには注意が必要である。一方で、生命・自由の剥奪の後に「又はその他の刑罰」と続くことから「刑罰についてこそ特に本条の存在理由がある」とする刑罰限定説も、厳密には刑罰ではない場合であっても、「本条が、ことの性質に応じて、準用されるべき」ことを否定するわけではない(宮沢・全訂296頁)し、他方で非限定説も、必ずしも非刑事手続における自由制限のすべてに本条が関係するとまで主張するわけではなく(特に行政手続との関係についての後述5を参照)、その多くは、刑罰としての自由制限(すなわち懲役・禁錮・拘留の自由刑)に加えて、少年法に基づく保護処分のための拘禁、刑事訴訟法に基づく被疑者・被告人の勾留等、何らかの意味で刑事司法手続に関わるものを中心に、後はせいぜい感染症予防法(感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律)による入院や精神保健福祉法(精神保健及び精神障害者福祉に関する法律)による措置入院等、やはり身体の自由を直接制約するものに限って本条の適用を主張するにとどまるからである(拘禁・勾留を含むとするものとして、法協・註解(上)591頁、樋口ほか・注解Ⅱ277頁〔佐藤幸〕など。なお、有倉=小林孝編・基本コメ144頁〔手島〕は、1987(昭62)年改正前の旧精神衛生法29条による強制入院手続は、「本条違反の疑いがある」とする。また、佐藤功・註釈(上)512頁は、「行政調査のための立ち入りなど」をもここに含める)。

(2) 第2の論点として、「生命」の意味が問題になる。これについては、「死刑のような生命の全面的剥奪のみならず、身体の障害も含む」とされ、「したがって刑罰としての強制断種等も、ここでの問題」となる(樋口ほか・注解Ⅱ277頁〔佐藤幸〕)。

(3) 第3の論点は、財産権が本条の保障対象に含まれるかどうか、である。本条の源流の1つであるアメリカ合衆国憲法修正5条・14条が適正な法の手続によらずに「生命・自由・財産」を剥奪することを禁じているのに対し、本条には「財産」の語が書かれていない。もともと、「二重の基準論」登場以前のアメリカ合衆国最高裁を支配した「『実体的デュー・プロセス』理論にもとづく司法積極主義というか司法独善主義に、ウンザリしていた」ニュー・ディーラーが多くを占めたGHQ民政局員たちが、「自分たちの理想を投影させたいと考える新生日本において」「再現してはいけないもの」と考え、そのために日本国憲法の起草にあたり意図的に「デュー」や「財産」の語を外したと考えられること(奥平康弘「手続的デュー・プロセス保障のもつ意味」法時65巻6号(1993)44頁)もあり、かつては、日米の条文の違いを重視して本条の保障対象には財産権は含まれないとする否定説も有力であった(田中・前掲デュー・プロセス194頁)。しかし現在では、前掲第三者所有物没収違憲判決(最大判1962・11・28)が刑事処分の対象として財産が本条の保障対象に含まれることを明らかにしていることもあり、学説の多くはこれを肯定する。そしてその際、本条の「自由」に「所有物に対する支配の自由という観念が含まれ、そこから財産権をも含むと解することができ」る、とするものが多い(佐藤功・註釈(上)512頁。また、樋口ほか・注解Ⅱ277頁〔佐藤幸〕、有倉=小林孝編・基本コメ144頁〔手島〕、小林孝=芹沢編・基本コメ226頁〔菟原〕など。ただし小林孝=芹沢編・基本コメ226頁〔菟原〕は、罰金や科料といった財産刑を「その他の刑罰」に含まれるものと解するようにも見える)。

(4) 第4に、「その他の刑罰」の意味も問題となる。上述のように「自由」に財産権までもが含まれるという拡張解釈をとる学説にとっては、もはや「その他の刑罰」に該当する現行法上の刑罰はなくなるはずである。そこで多くの学説は、「固有の意味の刑罰のほかに、秩序罰や執行罰を含む」(宮沢・全訂296頁)とするし、さらに懲戒罰も含む可能性を示唆する学説もある(有倉=小林孝編・基本コメ144頁〔手島〕。佐藤功・註釈(上)514頁は、弁護士法に基

づく弁護士会による弁護士の除名のように、「懲戒の効果がいわゆる市民的権利・自由の剥奪に及ぶ場合には本条の適用を受ける」とするが、反対に樋口ほか・注解Ⅱ279頁〔佐藤幸〕は、懲戒罰については、「一般的な『適正な手続的処遇を受ける権利』として13条の問題と解すべきであろう」とする)。少なくとも秩序罰や執行罰としての過料は、実質的には刑罰としての罰金や科料と同様の性質をもつといえ、本条の問題となるだろうが、「その他の刑罰」に含めるのがよいのか、それとも「自由の剥奪」に含めるのがよいのか、議論の余地はあろう。

なお、最大決1966(昭41)・12・27民集20巻10号2279頁は、「非訟事件手続法による過料の裁判は、もとより法律の定める適正な手続による裁判ということができ、それが憲法31条に違反するものでないことは明らかである」とした。本決定については、「実質上行政処分である過料を科する手続にも憲法31条の適用があることを前提としたものだといわざるをえない」という調査官解説がある(中野次雄「判解」最判解民事篇昭41年度版583頁。また佐々木雅寿「訴訟と非訟」ジュリ1400号(2010)23頁も同旨)一方、そうではなく、本決定は「過料に対する憲法31条の適用については、仮定論として(すなわち、過料に憲法31条の適用、準用が仮にあるとした場合の判断として)述べていると解する余地もある」とする見解もある(千葉勝美「判解」最判解民事篇平4年度版249頁。ただし、同解説は、別なところで、本決定は「過料の裁判について憲法31条の適用を前提とした判示をしている」とも述べており〔254頁〕、その真意はやや不明確である)。学説では、非訟事件に対する手続保障の根拠を本条や13条に求めるものもあれば(片山智彦・裁判を受ける権利と司法制度(2007、大阪大学出版会)50頁)、32条に求めるものも有力である(笹田栄司・司法の変容と憲法(2008、有斐閣)253頁〔初出2003〕)。

また、法廷等の秩序維持に関する法律に基づく裁判所による監置については、最大決1958(昭33)・10・15刑集12巻14号3291頁が、この制裁は「刑事的行政的処罰のいずれの範疇にも属しない」「特殊の処罰」であって「刑事裁判に関し憲法の要求する諸手続の範囲外にある」としたが、監置は刑罰類似の身体拘束であるから「本条の『自由』を奪う刑罰ないし『その他の刑罰』に相当するものとみるべき」とする学説が有力である(樋口ほか・注解Ⅱ278頁〔佐藤幸〕)。

5 本条と行政手続

最後の論点として、本条の保障対象は刑事手続に限定されるのか、それとも非刑事手続、とりわけ行政手続にも本条の適用があるのかどうかが近時争われているので、この点に触れておく(なお、南野森「行政手続とデュー・プロセス」新争点88～89頁も参照されたい)。

(1) 学説

まず、上述のように、刑罰ではなくとも、実質的には自由刑同様の身体拘束を行う行政的措置(精神保健福祉法に基づく措置入院など)については、多くの学説が本条の適用を認めている(4(1)の解説参照)。これらの場合を越えて、さらに広く行政手続一般に本条の適用を認めるか否かが、学説において対立のある論点である。

§31

肯定説としては、「行政手続によって国民の自由を規制する法律については、その規制の手続および実体が適正なものでなければならない。例えば居住・移転・職業選択(営業)の自由についていえば、22条は公共の福祉に反する場合には制限しうるという実質的要件を定めているのみであって、その手続が法律によらなければならないという形式上の原則は本条(および41条)に求めるよりほかはな」く、「その規制の内容が合理的かつ明確に定められていなければならないとする根拠は本条に求められるべきである」として、「本条は、刑事手続についてと同様に、行政手続についても、総則的な規定の地位にある」とするのが有力である(佐藤功・註釈(上)515～516頁。その他、行政手続への本条の適用ないし準用を認めるものとして、宮沢・憲法Ⅱ416頁、戸波・憲法325頁、有倉=小林孝編・基本コメ144頁〔手島〕、芦部編・憲法Ⅲ123頁〔杉原泰雄〕など)。そして、適用ないし類推適用・準用を認めるのが「通説であるが、両説には、まず一般的適用を認めた上で非適用領域を個別的に吟味するのか(適用説)、そうではなくて適用領域を個別的に確定していくのか(類推適用説・準用説)という論理的筋道の相違がある」(浦田=大須賀編・新判コン(2)236頁〔森〕)。

これに対して、否定説も有力である。もっとも、ここでいう否定説とは、行政手続の適正が憲法上の要請であることまでを否定するのではなく、その根拠条文を31条とすることを否定するにすぎない。その代表的なものが、「行政手続一般の適正性の要求を本条に求めるのは」「本条の位置・構造からみて適当ではなく、その問題は一般的な『適正な手続的処遇を受ける権利』として13条の射程に属するものと解するべきであ」るとする、13条説である(樋口ほか・注解Ⅱ279～280頁〔佐藤幸〕)。その他、高橋・立憲主義141頁、君塚・前掲横国13巻2号13頁など)。

否定説としてはこのほかにも、日本国憲法が当然に採用しているところの法治国原理によって行政手続の適正が要請されるとする法治国原理説(手続的法治国説)も有力に主張されている(塩野宏・行政法Ⅰ〔第5版〕(2009、有斐閣)276頁)。

肯定説・否定説のいずれも、行政手続が適正でなければならないという抽象的命題のレベルではそれを否定するわけではないものの、その憲法上の根拠についてはもとより、具体的にいかなる内容が適正とされるのか、また、適正さが要求される行政手続の範囲がどこまでであるかについては、議論が煮詰まった状況にあるというにはなお遠い。さらに、1993(平5)年に制定された行政手続法は、不利益処分について同法の定める聴聞または弁明の機会の付与を原則として要求するが、同法自体が定める適用除外、また個別法の定めによる同法の適用除外が広く存在するため、「憲法上の公正な聴聞への権利を語る意義がなくなったとはいえない」し、「これらの適用除外が法令上、あるいは適用上、違憲と判断される余地は残る」(長谷部・憲法250頁)ということには注意が必要である。

§31

(2) 判例

一般的には「判例は、行政手続適正の要請を何らかの理由・根拠で拡大してくる傾向にある」(浦田=大須賀編・新判コン(2)236頁〔森〕)といえようが、その根拠として上述の学説のうちいずれの立場をとるのか(あるいはいずれの立場と整合的であるのか)については、必ずしも明確であるとは言いがたい。

旅客自動車運送事業免許の申請拒否処分の取消しが請求された事件において、下級審判決が、許認可手続における適正を要求する根拠として13条と本条を挙げていた(13条・31条併用説をとるいわゆる2つの「白石判決」。東京地判1963(昭38)・9・18判タ151号128頁および東京地判1963(昭38)・12・25判タ156号119頁)のに対して、上告審では、あえて憲法判断には立ち入ることなく、道路運送法等の関連法規の趣旨の解釈から行政処分における手続が適正、公平なものでなければならないことを導いた(最判1971(昭46)・10・28民集25巻7号1037頁〔個人タクシー事件〕、最判1975(昭50)・5・29民集29巻5号662頁〔群馬中央バス事件〕)。

これに対して、行政手続の適正について、憲法31条論に立ち入ったように見えるのが、最大判1992(平4)・7・1民集46巻5号437頁〔成田新法事件〕である。同判決は、「憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものであるが、行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」と述べたものの、それに続けて直ちに、行政手続において「事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは」、行政目的の多様性からして個別の行政処分の内容・性質等の総合較量によるのであって、「常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではないと解するのが相当である」とした(そして本件については、成田国際空港〔判決当時は新東京国際空港〕の安全確保に関する緊急措置法3条1項に基づき運輸大臣が工作物使用禁止命令を出すにあたり、「その相手方に対し事前に告知、弁解、防御の機会を与える旨の規定がなくても、本法3条1項が憲法31条の法意に反するものということはできない」とした)。

学説には、本判決を「限定つきで31条の行政手続への適用ないし準用を真正面から認めた」と評価するものもある(芦部・憲法237頁)が、そのように評価しうるかについては疑問もありえ、実際、同判決の調査官解説は、「行政手続について憲法31条の適用があるか否か、どのような行政手続に憲法31条の適用があるのかについての一般的な見解を明示するのを避け、行政手続に同条が適用ないし準用される場合であってもという仮定の下に、その場合でも常に事前手続が必要とされるものでないことを示したものである」としていた(千葉勝美「判解」ジュリ1009号(1992)38頁。ただし、その後刊行された千葉勝美「判解」最判解民事篇平4年度版(1995)では若干表現が異なっており、一方で本判決は「行政手続にも憲法31条による保障が及ぶ余地のあることを認めたものであろう」とされ、他方で「行政手続について憲法31条の適用があるか否か」についての一般論を避けたとする上記の記述はなくなっている〔254頁〕)。学説においても、本判決の「法廷意見は、どちらかというとこの争点をサイド・ステップして、直截な憲法論を語るところがなかった」とする読み方が有力に存するところである(奥平・前掲法時65巻6号42頁)。

また、本判決に付された2つの意見のうち、まず園部裁判官の意見は、「行政庁の処分のうち、少なくとも、不利益処分(……)については、法律上、原則として、弁明、聴聞等何らかの適正な事前手続の規定を置くことが、必要であると考える」とした上で、その「憲法上の根拠」については、「上告理由は、これを憲法31条に求めている」が、「いわゆる法治主義の原理(手続的法治国の原理)、法の適正な手続又は過程(デュー・プロセス・オヴ・ロー)の理念その他行政手続に関する法の一般原則

に照らして、適正な行政手続の整備が行政法の重要な基盤であることは、もはや自明の理」であるとし、次に、可部裁判官の意見は、反対に、「憲法31条による適正手続の保障は、ひとり刑事手続に限らず、行政手続にも及ぶと解される」との一般論を明確に述べていたことも注意されるべきである。

その後の最高裁判例は、本判決のような「憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものである」という命題を述べなくなる。いきなり、「行政手続に憲法31条による保障が及ぶと解すべき場合であっても」といういわば仮定法で始め、結論としては「保障されるべき手続の内容は、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものである」という、要するに行政手続を一様に扱うことはできないという凡庸なものにとどまる言い方をとるものが多い（最判2003（平15）・12・4判時1848号66頁〔成田空港訴訟〕。最判1992（平4）・10・29民集46巻7号1174頁〔伊方原発訴訟〕や、最判1992（平4）・10・29判時1441号50頁〔福島第二原発訴訟〕、最判1993（平5）・3・16民集47巻5号3483頁〔家永第1次訴訟〕、最判1997（平9）・8・29民集51巻7号2921頁〔家永第3次訴訟〕も同旨）。これに対して、最大判1996（平8）・8・28民集50巻7号1952頁〔沖縄代理署名訴訟〕や最判2003（平15）・11・27民集57巻10号1665頁〔象のオリ訴訟〕は、上記の仮定法の前に、「行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に憲法31条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」という一般論を述べるものの、やはり「憲法31条の定める法定手続の保障は、直接には刑事手続に関するものである」という命題は述べていない。そして結論的にはこれらの判決はいずれも、「簡単な較量によって憲法31条違反の主張を退けている」（宮地基・百選Ⅱ〔第5版〕257頁）。

§32

なお、直接本条の問題ではないが、35条（令状主義）、38条（黙秘権）の保障について、旧所得税法上の質問検査が問題になった事件で、両条が「刑事手続に関する規定であつて直ちに行政手続に適用されるものではない旨の原判断は〔両条〕についての解釈を誤つたものというほかはない」とした最大判1972（昭47）・11・22刑集26巻9号554頁〔川崎民商事件〕がある。同判決では、ある「手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」とも述べられており、この定式が、*mutatis mutandis*（必要な変更を施して）、上記の成田新法事件判決に用いられたわけである。

〔南野　森〕