

人身の自由に対する保障

平井孝

人身の自由に対する保障（平井）

1

序論

1 意に反する苦役・拘束からの解放

2 人身保護制度・理念における英米型と仏独型

——適法手続原則と罪刑法定主義——

3 刑事手続における人身の自由保障

(1) 被疑者の人権

(2) 刑事被告人の人権

(3) 公正な刑事裁判の前提原則

4 行政手続における人身の自由保障

(1) 憲法第三十一条（適法手続）は罪刑法定主義の原則規定か。

(2) 憲法第三十一条（適法手続）は行政手続の原則規定か。

(3) 憲法第三十八条（黙秘権）は行政手続に適用しうるか。

結論

序 論

人身の自由は、個人の尊厳の維持に不可欠の前提で、すべての自由・幸福追求の権利の原点であり、ひいては民主主義存立の大前提である。憲法は、人権規定のほぼ三分の一をこの自由保障にあてている。人権侵害の最大はなんといっても国家権力とりわけ刑事司法権の違法行使にある以上、これから個人の権利・自由を防衛することが憲法の第一課題といつてよい。しからば、憲法の擁護すべき法益たる人身の自由の实体・核心はなにか。そして、その保護手続はいかなるものか。

さらに現代の福祉型積極国家において、増大しつつある行政権力による人身侵害のチェックは、いかにして可能か。

右の諸問題は、第一に奴隸的拘束・意に反する苦役の意義、第二に人身保護の歴史と理論にかかわる罪刑法定主義と法定手続原則、第三に、刑事手続における人身の自由保障、第四に行政手続における人身の自由保障、とりわけ、憲法第三十一条と第三十三条以下第三十八条の規定との関係が問題となろう。すなわち、行政手続にも憲法の刑事手続原則が適用し得るか否かが問題となろう。

1. 意に反する苦役・拘束からの解放

一、憲法第一八条は、「何人も、いかなる奴隸的拘束も受けない。又、犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない」と規定している。本条は、憲法前文の「専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠

に除去しよう」に対応するもので、そのモデルはアメリカ合衆国憲法修正第一三条といわれる。同憲法条項は、元来、奴隷制度の廃止を目的とした南北戦争（一八六一年—一八六五年）の所産たる性格を有し、「奴隷または自由意思によらない苦役」を禁止している。わが憲法第一八条も、この意味における人身の自由の保護実質・核心を規定したと考えられ、憲法第三一条の「適法手続」条項とともに、人身保護の原点、すなわち総則的地位を占めている。しからば奴隷的拘束および意に反する苦役とはなにか。

二、「奴隷的拘束」とは、「奴隷のように人間の尊厳を否定するような人身の拘束状態」⁽²⁾、「人間の人格を無視した拘束」⁽³⁾、「奴隷に類するような拘束、すなわち、通常の雇傭の程度を超えて被傭者に対し絶対服従を要求し、被傭者は自己の意思によりその束縛を脱しえないような拘束、したがって根本的にいえば、生命を奪われなくとも、人間としての人格そのものが奪われているというような拘束状態」⁽⁴⁾、「広く人格を無視するような方法による、すべての非人道的な自由」⁽⁵⁾と、その説明は多様であるが、要するに、本人の意思のいかんを問わず、人間性を否曲抑圧もしくは破壊する客観的な拘束状態の静態的側面といつてよからう。したがって、このような「拘束」は、絶対に禁じられなければならない（かつての、私人間の法律行為としての監獄部屋・たこ部屋や娼妓などは、「人身売買」「売春」を内容としたもので、本条に違反し無効である。この意味で酌婦としての稼動契約が公序良俗に反し無効である場合には、これに伴い消費貸借名義で交付された金員の返還請求は許されない。）^(最判昭和三十一年一〇月七日。民集九卷十一号九六頁。)

精神病患者または伝染病患者の病院収容は、医療、公衆衛生などの見地から必要最少限の拘束であるかぎり、本条の「拘束」とならないが、医師と準禁治産者たる患者の保佐人とが共謀して、前記目的外（たとえば財産横領）の考慮において、患者を病院に収容する場合は、不当・不法な拘束といつてよく、人身保護請求（人身保護法第二條）による自由回復が認められよう（本稿一二頁以下参照）。

三、つぎに、「意に反する苦役」とはなにか。

(一) 「意に反する苦役」とは「本人の意思に反して強制される多少とも苦痛をとまなう勞役」⁽⁶⁾、「精神のおよび肉体的に苦痛を伴う拘束をいうが、その程度が奴隸的拘束とは異なり、人間としての人格を維持することが不可能であるという状態には至らないもの」⁽⁷⁾、「自由意思によらない強制労働のことで、各人の身体的な自由の侵害としては、奴隸的拘束と同じものである」⁽⁸⁾などと、説明はさまざまであるが、要するに、「奴隸的拘束」が人身の人格否定的靜態的拘束を特色とするのに反して、「その意に反する苦役」は人身の人格否定的動態的拘束といつてよからう。けだし、多数の見解は、「苦役」にあつては「人格を否定しない程度」という限定をつけて、「奴隸的拘束」と區別しうる立場をとっているように思われるが、そもそも、「自己の意思に反する」とは他律的、つまり、他者の意思支配がそこに認められることにかならず、かならずしも本質的な差異があるともいいがたいであらう。このように、憲法上の保護のメルクマールとして機能論的にみれば、兩者を強いて區別すべき実益は少いのではなからうか。

(二) では、右の「苦役」に相当する具体的事例としては、通常何が問題とされるであらうか。

まず強制労働があげられよう。これは、国家によると、私人によるとを問わない。したがって、戦時中にみられた国民徴用⁽⁹⁾や徴兵の制度は、ストレートに本条(第一八条)違反といえよう⁽¹⁰⁾。田上教授も、兵役義務を法律で課することは、国民が当然負う国土防衛義務によって説明できないとされ、関係者に予め拒否の自由を認めない限り違憲であると説かれる⁽¹¹⁾。なお小林(直)教授は、徴兵は本条よりむしろ「良心の自由」に抵触する問題であるとされる⁽¹²⁾が、徴兵は一般に兵營監禁ならびに強制訓練・負担の拘束たる、人格否定的靜・動態的拘束であるから、やはり

本条違反の典型と解すべきであろう。

つぎに問題となるのは、国土防衛義務である。小林（直）教授によれば、自衛隊員の国土防衛義務が憲法第一八条の「苦役」に相当するか否かにつき、昭和三十一年五月九日の衆議院内閣委員会における政府見解（消極的意見）は注目されなければならない、とされる。⁽¹³⁾ この問題に関してはさしあたり、次のような疑問が提起されよう。

国土防衛義務は憲法上国民一般が当然に負う義務であるのか。それとも自衛隊法に具体化された限度で、同法の拘束下にある隊員の法的義務にとどまるのか。後者の場合であっても、国土防衛義務が適法たりうるためには、自衛隊法の合憲が前提とされるし、また、国土防衛という職務の社会公共性ないし隊員の自発性・自由意思性をもって、はじめて本条の「苦役」にあたらないといえるのかどうか、が問題となろう。田口教授は、職務の社会公共性と隊員の自由意思性から国土防衛を「苦役」とみられない。⁽¹⁴⁾ 田上教授は、国民各個人が全体としての国家を承認し、国民主権の憲法を尊重するかぎり、国家の存立と維持につき責任を負うべきことは明らか、かつ当然であり、したがって憲法擁護義務（第九九条）納税義務（第三〇条）から、国土防衛義務の演繹を可能とみられる。しかし自衛官としての勤務義務を法律で課するには、その意に反する苦役に至らない程度でなければならないとされる。⁽¹⁵⁾

私見によれば、憲法ならびに憲法体制の基盤たる国土の防衛は、主権者たる国民の平和的生存権（憲法前文第二段「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して国民の安全と生存を保持しよう」と決意した）の主張と矛盾してはならない。もともと国土防衛は、国家を主権的に構成する国民の、固有かつ、基本的権利であり、その性質は、他国との関係では、緊急避難的もしくは正当防衛的な自然法上の権利といってよい。しかし、憲法は、この放棄しえない主権的国民に固有の国土防衛権を、少くとも交戦権にかぎって行使しないことを宣言した。憲法第九条は、このような絶対平和主義に立脚し、これを自己確認したものといつてよい。またこれは、世界最初の原爆被災国日

本が世界に向かって投げかけた一方的「平和宣言」の意味をもっている。憲法第九条は、まさに、この決意を国民の信念として永久保持することの証しである。このような国民の平和的生存の憲法的表明は、自然法的な国土防衛権（の内容）に対する平和の論理と理性の優位・支配を要求するであろう。⁽¹⁶⁾

以上の論理の延長線上の問題として、自衛隊員にたいする国土防衛義務・防衛出動命令（自衛隊法五六条・五七条・七六条）⁽¹⁷⁾はもちろん、仮想敵国まがいの「対象国」⁽¹⁸⁾を対象とするいわゆる戦争訓練活動が、第九条の平和主義に直接抵触するばかりでなく、ひいては第一八条の「苦役」に抵触しないといえるかどうかがやはり疑問として残ろう。

この問題については、さらにつぎの議論が展開されよう。自衛隊員の防衛出動は、具体的違憲性を帯び、第九条の「交戦禁止」原則に抵触するから、平和憲法遵守の良心を有する隊員にとって、「意に反する苦役」に該当する。これにたいして、防衛訓練は、抽象的違憲性を帯びるにとどまり、直接右の「交戦禁止」に抵触するものではないこと、隊員は職業選択の自由・幸福追求権（経済上・技術習得などの利点）⁽¹⁹⁾から、戦闘行動をとる具体的現実性ないし必要性が存在しないばかりでなく災害救助で好意の寄せられている現状の、自衛隊に入隊したものであること、などから、合理的範囲内の訓練は「意に反する苦役」に該当しない、と。以上は、防衛出動（目的）、防衛訓練（手段）、弁別論といってよからう。しかし、かかる弁別論は、便宜論たるの批判を免れえない。けだし、第一に目的と手段は不可分の関係にあること、第二に防衛出動命令時において平和憲法的良心に反する「苦役」を主張することは応募制に矛盾することから、一般に合理的に許容されないために、する「苦役」たる訓練は本条援用のもとで拒否しうるとしても、隊員の国土防衛出動義務そのものは、必ずしも本条違反といえないであろう。したがって、自衛隊員防衛出動命令の「苦役」条項非抵触性は、もっぱら「応募制・自由意思制」に依存するものと解すべきで、⁽¹⁸⁾住民の危険防禦従事義務（災害対策基本法六五条）⁽²⁰⁾的な「職務の社会公共性」に求めるべきでない」と解する。けだし、「社会公共性」の強調は、①違憲の徴兵制を容認

する論理的危険性を内在させていること、②国土防衛義務の重心は戦闘行動そのものにあり、災害救助出動は従たるものであるから、両者の混同は、第九条二項の「交戦禁止」原則に抵触するからである。これを、要するに、国土防衛義務は、本条の「苦役」よりはむしろ、右「交戦禁止」と第一九条の「良心」に抵触するといつてよからう。⁽¹⁹⁾

以上のほか、本条の「苦役」に含まれない場合には、懲役・労役場留置などの刑罰、犯罪の処置に相当する保安処分としての強制労働⁽²⁰⁾、「公共の福祉による制限をうけ、一時的に緊急の必要がある場合の労務強制^(地方自治法一六〇条・水防法一七条・消防法二九条・災害救助法二四条・二五条)」などがある。これにたいして、鵜飼教授、和田教授は、地方自治法第二二八条の「夫役」は、臨時

応急的な金銭給付による選択債務を認めているから、「意に反する苦役」にあたらないとされるが、妥当と解する。教育・職業・技能その他の訓練目的に適合し、かつ、本人の精神的・身体的能力の合理的範囲内であるかぎり、

学校その他の教育訓練施設における教課が、本人に強制・身体的負担拘束をとまうとしても、基本的に、本人、保護者の同意・承諾の合理的範囲内のものであって、「苦役」⁽²³⁾とならない。親権者の教育監護権にもとづく徴戒・教育上の負担・拘束も、右の合理的範囲であれば、「苦役」でない。

国民として国家作用の実施に協力すべき義務、たとえば、議院、裁判所に証人として出頭し、証言する義務^(憲法三七条二項・六二条・民訴法二七一条・刑訴法一五〇条)、納税や調査などに必要な申告、届出、報告、記帳、資料提出などの義務、所得税の源泉徴収事務上の諸負担も、「苦役」にあたらない⁽²⁴⁾。^(裁判昭和三七二年三月二八日刑集一六卷二号二二頁)といえるかどうかは、もっぱら人身拘束の不可避的緊急的最小限必要性を客観的に要請する合理的な公共の福祉性の存否にかかわらしめられるであろう。

(1) 和田英夫・憲法体系二二六頁。

(2) 伊藤正己・憲法入門一六二頁。

(3) 小林直樹・憲法講義上三三四頁、橋本公宣・憲法原論三四五頁。

- (4) 佐藤功・日本国憲法概説(新版)一六〇頁。
- (5) 田口精一「人身の自由」(田上穰治編体系憲法事典)三〇九頁。
- (6) 小林(直)三五四頁、伊藤(正)一六二頁、畑博行「人身の自由」(阿部・芦部・田口編)憲法講義一五六頁。
- (7) 佐藤(功)一六〇頁。
- (8) 田口三〇九頁。
- (9) 軍需品生産施設へ強制的に就労させること。
- (10) 註解日本国憲法三九五頁、和田、一二六頁、橋本公亘「憲法原論」二二二頁。
- (11) 田上穰治・憲法概説一四四頁。
- (12) 小林(直)三五四頁註(3)。
- (13) 小林(直)三五四頁。
- (14) 田口三一頁。
- (15) 田上穰治・「戦力の放棄」(憲法の論点・昭40)五一頁五二頁、憲法概説一四四頁。
- (16) 久野収「憲法第九条の思想」中央公論七六卷一二号、「憲法第九条の論理について」法学セミナー九〇号参照。
- (17) 深瀬忠一・恵庭裁判における平和憲法の弁証、影山日出弥「三矢計画と憲法問題」法律時報三七卷八号、星野安三郎「三矢作戦の意味と背景」エコノミスト四三卷九号参照。
- (18) 池田政章教授もこの趣旨の解釈をとられる。有倉編別冊法学セミナー憲法七八頁。
- (19) 結城光太郎「良心的反戦論と良心の自由」清宮『佐藤編統憲法演習八〇頁、小林三五五頁。
- (20) 小林(直)三五五頁。
- (21) 小林(直)三五五頁、伊藤一二二頁、田上・憲法概説一四四頁。
- (22) 和田一二六頁、鶴飼六〇頁。
- (23) 田口三一頁。
- (24) 田口三一頁。

2. 人身保護制度理念における英米型と仏独型

——適法手続原則と罪刑法定主義——

一、人身保護の制度・理念は、英・米型と仏・独（大陸）型の二類型に分かれる。

(一) 前者は、適法手続原則を意味する。適法手続は、古くイギリスのマグナ・カルタ^(一)第三十九条「自由人は……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」にその起源を発する。それは、一三三四年エドワード三世時代に「国法」^(二)「適法手続」(due process of law)と変容し、やがてアメリカ連邦憲法の修正第五条に継受され、南北戦争後、修正第一四条として今日にいたっている。このような歴史的沿革をもつゆえに、われわれは「適法手続」の内容すなわち社会的機能の定式化把握の危険に注意しなければならない^(三)。

ヘイビアス・コーパス(habeas corpus)、すなわち人身保護令状も、右のデュー・プロセスと同じく、イギリスのコモン・ローの伝統から派生・展開し、アメリカに継受されたものである^(四)。

以上要するに適法手続と人身保護令状は、人身保護制度・理念における英米型と総括してよからう。

(二) これにたいして、近代的合理的人格主義的刑罰理論すなわち罪刑法定主義の原則(Nulla poena sine lege. Nullum crimen sine lege. 「法律なければ刑罰なし、法律なければ犯罪なし」)は、封建絶対制下の専断的刑罰権の濫用にたいして、個人に、合理・予測の近代的な法律生活を保障しもって、自由の人権の可及的保障につかえるという、すぐれて歴史的・抗議的な概念でもあった。この罪刑法定

主義の原則は、たとえば、一七八九年のフランス大革命を契機として誕生した人権宣言第八条に成文化され、「法律は厳正明白に必要な刑罰のみを制定するのであって、何人といえども違法行為以前に制定公布され、かつ適法に適用された法律によるのほかに処罰されることはない」とある。しかればその内容はなにか。一般に犯罪と刑罰の内容・要件を法律に明定し、しかもその内容が人間性の尊重・罪刑の均衡など、正義を基調として合理・適正であること、つまり実体的適正（犯罪と刑罰の権衡——一四条、言論の自由——二二条、犯罪構成要）および手続的適正（適正な刑事訴訟手続）の原則を意味する。罪刑法定主義は、沿革的にみれば、刑事警察（行政）権の恣意・危険にたいするものから、次第に、立法権、司法権の恣意・危険に対する人権保障へと、その意義を広げていった。憲法は、前者につき刑罰不遑及ないし事後立法禁止（ex post facto law）を、後者につき一事不再理（ne bis in idem）・二重危険禁止（double jeopardy）を規定している。（三九条前段、三九条後半）

この理念は、その後、ドイツをはじめヨーロッパ大陸諸国の憲法に広く移植され、近代的刑罰制度の成立を促した。

以上要するに罪刑法定主義の原則は、人身保護制度・理念における仏独型と総括してよからう。

二、わが国の人身保護制度理論

(一) 日本国憲法の人身保護制度・理念は、基本的に、右の「適法手続」ないし「人身保護令状」の影響を強く受けていると思われる。その理由として、少なくとも、「法の支配」理論につながる違憲審査制の採用があらう。

人身保護法（昭23）は、「基本的人権を保障する日本国憲法の精神に従い、国民をして、現に、不当に奪われている人身の自由を、司法裁判により、迅速且つ、容易に回復せしめることを目的」としている（第一条）。なお「法律上正当な手続によらないで、身体の自由を拘束されている者」は、一定の手続にしたがって釈放を請求する権利

を有する（第二条）。このように、人身保護法は、奴隸的拘束、意に反する苦役（憲一八条）、不法な抑留・拘禁（憲三四条）など、およそ身体の自由が拘束されたあらゆる場合に、その救済を考慮しているといえよう。しかし人身保護規則第四条本文によれば、「法第二条の請求は、拘束又は拘束に関する裁判若しくは処分がその権限なしにされ又は法令の定める方式若しくは手続に著しく違反していることが顯著である場合に限り、これを行うことができる」ということになっているが、これは、違法の顯著性を請求要件としているものであって、この要件の厳格適用は人身保護法の存在理由の大半を失わしめることになるので、その解釈は条理にしたがい合理的でなければならぬであろう。⁽³⁾

(二) ところで、本法の憲法上の根拠についてはかならずしも明らかでないが、日本国憲法の背景にある英米法的思潮、すなわち、イギリスにおいて生成・展開し、アメリカにおいても継受されたヘイピアス・コーパス (habeas corpus) (人身保護令状) の示唆をうけて規定されたものといつてよからう。⁽⁴⁾ したがって、本制度の実定法上の根拠は、憲法第三四条後段「何人も、正当な理由がなければ、拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない」に求められる。⁽⁵⁾

人身保護令状は、本来、他人の身柄を拘束している者にたいし、その身柄を裁判所または裁判官の面前に、拘禁の理由とともに、提出することを命じ、違法拘禁にたいし法的救済を与える司法作用である。⁽⁶⁾ しかし救済は、ひろく法律上正当な手続によらないで、違法に身体を拘束された者に向けられ、⁽⁷⁾ 刑事手続上の人身保護請求に限られない。

(三) たとえば、①行政権力による違法拘束については、別に行政訴訟を提起していても、人身保護請求を妨げない（長崎地判昭和三十八年六月一日、一五五時報五七号一九頁）など、出入国管理令、外国人退去強制令書による人身拘束の事例、最高裁少数意見は、行政

官憲たる入国審査官の発した外国人退去強制令書による本件拘束は憲法三三條三四條に違反するとする被拘束人の法律上の見解の当否はしばらく措き、その主張自体は一応筋道が通っていること。本件拘束が司法官憲の関与なくして行われていることは明白な事実であることから、本請求を不適法となしえない……。(最判昭和三〇年九月二八日藤田・池田各裁判官少数意見、民集九卷四〇号)。

② 不当違法に拘束されている精神障害者が人身保護令状により救済を求めた事例。判例は、被拘束が精神衛生法第三三條に基き、精神病患者として精神病院に收容されている場合、その入院について ① 適法に選任された保護義務者の同意がない場合、あるいは、② 被拘束者が精神障害者でありその医療および保護のため入院の必要があるとの診断に、一見明白な誤りがあると認められる場合(担当医師がその資格を有しないこと、第三者と通謀して他の目的のために被拘束者を拘束しようとしたこと、など、診断が医学的常識を逸脱した目的、方法によってされたことが疎明され、その結果、右診断に基いてした被拘束者の拘束の違法が顯著となる場合)に、救済が与えられるべきものとしている(最高裁昭四五(オ)第九三四号、人身保護請求事件、昭和四六年五月二五日第三小法廷判決・判例タイムズ二六四号一九四頁、判旨イムズ二六四号六三頁)。

③ 婚姻中の夫婦や内縁中の男女間に破綻が生じ別居中、その子を拘束している夫または妻の一方にたいして、他の一方から、人身保護法により引渡しを求めた事例。判例は、積極的に人身保護法上の救済を与える傾向にある。⁽⁸⁾しかし人身保護法の請求は、「他に救済の目的を達するのに適当な方法があるときは、その方法によって相当の期間内に救済の目的が達せられないことが明白でなければ、これをする 것이できない」とされている(人身保護規則四條)。したがって、本事例との関連でいえば、おそらく、子の幸福の保障が中心であり、子の幸福を侵害する重大な事実が現に存在し、これを法廷で疎明しうる限り、子の人身の自由の侵害が存在するとみて、その救済の一環として、当該人身保護請求が許容されていると理解されるべきであらう。

(1) 和田英夫・憲法演習一六三頁。一九三〇年代のアメリカ連邦最高裁のニューディール立法違憲判決は、「適法手続」の原則に基づくものであったが、その点大企業の利益擁護という特殊階級的イデオロギーと結びついていた点に注意すべきであろう。

(2) 堀部政男「イギリスにおけるヘビース・コーパスの歴史的展開」社会科学研究一五巻六号、桜田勝義「人身保護令状の一考察」人権通信二三号八頁、鶴飼信成・憲法九六頁。平井孝「最高裁判所の憲法上の地位」（田口精一・川添利幸編・憲法一六〇頁）、田中英夫「アメリカ法の歴史 上」四三八頁以下参照。

(3) 堀部政男「人身保護請求」・ジュリスト「憲法判例百選」九二頁。

(4) 堀部・九二頁、鴨良弼「不法な抑留・拘禁からの自由」田上稷治編体系憲法事典三三〇頁、桜田勝義「人身保護令状の一考察」・人権通信・二三号八頁、鶴飼信成・憲法・九六頁。

(5) 堀部・前掲論文、鴨・前掲書。これに対して、杉原泰雄教授から第三四条はアメリカの刑事訴訟手続における予備審問制を頭において条文化したのではないか、というご教示をいただいたが、宮沢教授も「本条後段が英米の *habeas corpus* 制度をそのまま定めるものではないとしても、それに由来することは明らか……」（傍点筆者）（コンメンタール・二九四頁）とされ第三四条を人身保護令状の実定法上の根拠とすることに消極的のようである。

(6) 堀部政男「イギリスにおけるヘビース・コーパスの歴史的展開」社会科学研究・一五巻六号・一頁。

(7) 鴨・三三〇頁。

(8) 桜田勝義「子の引渡しと人身保護」判例タイムズ二四九号二頁。

3. 刑事手続における人身の自由保障

一、人身の自由の最大の加害者たる、国家権力の組織的暴力装置の誤動、すなわち刑罰という最大最強の人権侵害に向けられた刑事手続における検(警)察権力の違法・過剰行使は、いかにしてコントロールするか。これが刑事手続における人身の自由保障の中心テーマである。これに対する憲法の保障構造ないし体系は二つある。一つは、犯罪捜査過程における被疑者の人権保障であり、他は、刑事裁判における被告人の人権保障である。

前者の問題点は、令状主義にからむ不法逮捕、不法抑留・拘禁、不法搜索・押収の要件・効果、後者の問題点は拷問・残虐刑の禁止、公平・公開・迅速裁判、略式裁判、証人審問権、不利益供述の禁止(黙秘権)などである。さらに、公正な刑事裁判の前提原則として、罪刑法定主義・法律不遡及、一事不再理、二重不処罰などの原則が重要である。

二、「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となっている犯罪を明示する令状によらなければ逮捕されない」(憲三)(三三)。

本条は、被疑者の人権たる不法逮捕の禁止を宣明し、自由拘束の着手要件と令状主義を規定する。逮捕とは、犯罪の被疑者に対して直接実力をもって身体を拘束する行為そのものをいう。憲法第三四条、第三八条、第四〇条にいう「抑留」「拘禁」は、逮捕につづく拘束の継続状態すなわち一種の監禁をいうが、前者は一時的な自由の拘束、後者は継続的拘束である(刑訴法上前者は逮捕または勾引後の留置(二〇三)と、後者は勾留(二〇四条)による留置である)。ところで、犯罪の嫌疑・逮捕の必要性の判断権は、狭義の司法官憲たる裁判官に属する。ただし、検(警)察官をも含める広義説は、公正な地位にある裁判官による不当

な逮捕のチェックの趣旨に反するばかりでなく、司法権の独立を内容とする権力分立制に反するからである。犯罪事実の特定を命ずる令状主義の例外として、現行犯逮捕と準現行犯逮捕とがある。前者は、現に罪を行ない、または現に罪を行ない終わった者の逮捕をさし（刑訴三）、逮捕権の濫用のおそれの皆無と即時に逮捕しなければ逮捕の目的を達しえないことから、司法官憲のみならず、何人も逮捕権を有する（一八条の二「一般人の現行犯逮捕義務の法律化は、憲法に違反する」）。後者すなわち緊急逮捕は、住所不定、罪証湮滅のおそれ、逃亡のおそれ、重罪の嫌疑十分などから、緊急に必要な被疑者の逮捕をいう（刑訴三）。緊急逮捕の合憲性につき争いがある。違憲説は、その論拠として、①憲法の明文がない、②憲法は人権保障の原則規範で例外を認めるはずはなく、かりに認めるとしても、その範囲は厳格かつ明確でなければならない、③令状によらない逮捕の後で令状の出ないおそれがある、かりに出たとしても、当初の瑕疵ある逮捕に追完の遡及効を認めえないなど主張する。合憲説は、その論拠として、①逮捕の対象たる犯罪の範囲をさらに法定刑の高い重大犯罪にかぎり、令状の発せられなかった被疑者に相当額の補償を与えるほか、②嫌疑十分、③逮捕の緊急の必要性が客観的に存在すること、④事後令状による抑制管理などを主張する（四）。緊急逮捕の対象は実質上現行犯に類するもので憲法上有効と認めてよい範囲のものであり、判例も、合憲説にたち、その論拠として、①一定の重罪、②厳格な制約と緊急の必要、③令状の即時請求、の三点をあげている（最判昭和三〇年二月一日刑集九卷二七六〇頁）が、むしろ人身拘束の不可避的・緊急的最小限必要性を論証しうる客観的合理性にもとづく適正手続省略の例外的許容―例外的違憲免責と解すべきであろう。

憲法第三四条は、不法拘束の継続状態から人身の自由を保障するため、抑留・拘禁の要件を明定し、①理由すなわち嫌疑ありとされた犯罪事実を告げること、②ただちに弁護人を依頼する権利を与えること（検察官が被疑者に対する弁護人とも、被疑者の防禦の準備をする権利を不当に制限するものでない。福）、さらに、③要求あれば「拘禁」につき、その理由はただちに本岡高判昭和三年二月一四日高等裁判所刑事裁判特報三卷六号二二四頁）。

人およびその弁護人の出席する公開の法廷で示さなければならないとする（勾留理由の開示——三四条後段。同一の勾留につきその理由これに添すべきものでない。東京高決昭和二六・年一〇月一〇日高刑集四卷一三号一八二三頁）。これは人身保護の問題であるが、裁判所がその拘禁の違法の有無を審査しうべきこともちろんである。

憲法第三五条は、国民の住居、書類および所持品など、市民のプライバシーを公権力の侵害から防衛するため、搜索・押収・差押に令状主義（〔同〕の令状に数個の搜索場、多数の押収物の記）を採用している。この搜索・差押令状主義は、現行犯逮捕、令状逮捕以外の原則であるから、搜索・差押が令状を要しない場合に該当するや否やは、例外的事例として厳格な規制が当然である。けだし、本条は、第三三条、第三四条の人身の自由そのものの保障の延長的性格を有し、国民の重要な基本的人権に相当するからである。したがって、本条をめぐる主要問題は、令状主義の限界問題、すなわち、違法な搜索・差押の具体的事例と、違法収集証拠の排除の問題である。

第一に、盗聴器（密行用増幅器）使用による盗聴ならびにいわゆる「おとり搜索」は本条あるいは憲法第一三条に違反しないか。裁判所は、前者につき、右盗聴が「捜査目的達成に必要な範囲と限度において行われた限り」たとえそのために「基本権等の行使に軽度の悪影響が与えられたとしても」、違法でない。⁽⁸⁾（東京高決昭和二八年七月一七日判時九号三頁）と、また、後者につき、「これによって犯意を誘発された者の犯罪構成要件該当性、責任性、違法性を阻却するものではない」（〔最判昭和二九年一月五日〕刑集八卷二二号一七一五頁〕と、それぞれ合憲論を展開している。しかし令状によらない搜索は、毒樹の果実の理論ないし社会的信頼原則侵害を理由として市民のプライバシー、すなわち、私生活の自由・幸福追求の権利を侵害するだけでなく実質的に思想・信条等の自由を脅かし違法たるを免れない（〔見解が支配的のようだが、私見によれば、盗聴は本人の意に反する一方的行為で強制捜査性を有し、〕）。
（〔見解が支配的のようだが、私見によれば、盗聴は本人の意に反する一方〕）

第二に、違法収集証拠の排除については、裁判所の見解に三つの段階的变化を認めうる。まず消極論で、「押収物は押収手続が違法……であつても其物自体の性質・形状に変更を来す筈がないから其形状等に関する証拠たる価

値に变りはない」(裁判昭和四年二月一日最高)と判示している。ついで条件つき消極論つまり条件つき積極論で、令状主義の趣旨から、証拠収集手続の違法が右の趣旨を没却するにいたるような重大なものであるならば、その証拠能力を否定すべく、その違法が右の程度にいたらない瑕疵に止まるならば、その証拠能力に影響はない(東京高判昭和四年五月一日高判第一号三五六頁)と判示している。最後に積極論で、たとえば偽計によりえた自白を証拠として採用するのは憲法第三八条二項に違反するとしている(裁判昭和四年一月二五日)。このように、違法収集証拠の排除すなわち証拠能力の否定は、違法採取の自白とともに、民主社会における適正な刑事司法の重要な課題の一つである。⁽¹⁰⁾

三、刑事被告人の人権の第一は、拷問・残虐刑の禁止(憲三六条)である。拷問は、人間性否定の暴力に誘発される肉体的精神的苦痛そのものをいい、私人による場合もあるが、多くは、刑事被告人ないし被疑者に対する公務員(取調官)による場合で、おおむね、悪しき取調能率主義・取調官の人間尊重感覚の欠落(権力誇示・犯罪憎悪・加虐嗜好など)に起因するものといえよう。憲法は拷問を「絶対に禁止する」ために、一方では、公務員の拷問を刑法上犯罪として構成し(公務員職権濫用罪、刑一九五条・一九六条)、かつその責任を強化している(刑の引上げ、刑一九三・一九四・一九五・一九六条)。反面、公務員の不法行為に国家賠償責任を認めている(憲一七条、国家賠償法)。他方、拷問による自白の証拠能力を否定する立場を明示している(憲三八条)。残虐刑の禁止は、刑罰における人道主義思想の反映といつてよく(説通)、「残虐な刑罰」とは「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残酷と認められる刑罰」であるとする(最大判昭和二年六月三〇日刑集二巻七号七七頁)が、死刑そのものをいうわけではない(判例は死刑の合憲性の根拠を三三・三二条に求める一方、死刑執行の方式の残虐性の判定はその時代・環境の人的見地からなされるべきとし、現行の絞首は残虐とはいえないと判示する。最大判昭和三〇年四月六日刑集九巻四号六六三頁)。本条の残虐刑罰禁止は、立法・行政・司法の三権を拘束する。⁽¹¹⁾

刑事被告人の人権の第二は、公平な裁判所の迅速・公開裁判である。憲法第三七条は、第三二条の裁判請求権とともに、裁判に関する国務請求権(受益権)を定めている。第三二条は国民の裁判請求権一般を、本条はとくに刑

事被告人の裁判権を設定したものである。⁽¹²⁾

「公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利」^(三七)とは、なにか。多数説は、「公平な」は「裁判所」を形容するもので、「裁判」までも形容していいいとして、構成その他において偏頗のおそれなき裁判所の裁判を受ける権利とする。⁽¹³⁾

(最大判昭和二十三年五月五日、
日刑集二卷五号四七頁)

これに対して、少数説は、裁判所の構成が公平であると同時に、公平な裁判が行なわれるよう国民は国家に対して要求できる権利と解し、これが被告人の権利保護に厚いと主張する。⁽¹⁴⁾

ば、国民は近代国家の合理的な公正裁判請求権を有し、その意味では被告人もその例外でない。この国民の権利に対応する国の、公正裁判主体・組織・公正裁判基準・公正裁判運営の保障義務は、本条のほか、憲法の各規定、とりわけ「司法」において定められている。したがって、憲法条理からみれば、本条^(三七)の公平迅速公開裁判請求権は、前記公正裁判請求権^(国民の裁判権をもち含む)とみてよく、多数説の構造主義的解釈よりは、むしろ、少数説の機能主義的解釈に説得力を感じる。

「迅速な裁判」につき判例は、「法三七条一項はプログラム規定にとどまらず刑事被告人の具体的権利を保障した強行規定」と解する。^(名古屋地判昭和四四年九月一八日判時五七〇号)なお本条の公開裁判主義から、①略式裁判、②予審制度が認められるか否か、が問題となろう。

略式手続^(刑訴四六一條)は、迅速裁判という被告人の利益したがって憲法的要請にかなうから、被告人の承認と正式裁判請求権が保障される限度で合憲⁽¹⁶⁾。予審制度は、必ずしも本条項違反でないとする見解もあるが、⁽¹⁷⁾公開・対審裁判主義^(憲三七條一、八二條一)から非公開予審制度は消極に解する。公平・迅速・公開の公正裁判請求権の例示具体的内容として、証人審問権^(憲三七條二項)、弁護人依頼権^(同條三項)がある。前者は、強制手続に準じて公費によりすべての証人(鑑定人・参考人・通訳・翻訳人・共同被告人)を法廷に喚問し、被告人の十分な「反対尋問」権・

攻撃防禦權の行使を保障する(「直接原則」)ことであるが、間接的に「伝聞証拠禁止」原則(刑訴三二〇条)の根拠となっている(大判昭和三年七月一九日。後者は、被告人が貧困などにより自力で弁護士を依頼できない場合、本人の請求をまつて国が国選弁護人を付与すべき義務をさす。本人の請求がなければ、弁護士ぬきの裁判も違憲でない(最判昭和二十四年一月二六日刑集三卷一七三七頁)。ただし右の場合、弁護士依頼権に関する裁判長の告知を前提条件とすべきであらう。なお本条の弁護士依頼権は、第三七条一項の裁判請求を実効あらしめるもので、裁判請求そのものでないとする見解がある(18)。私見によれば、第三七条一項は刑事被告人の公正裁判請求の基本規定であり、同条二項三項は、右の例示具体的内容規定として、これを積極に解する。

刑事被告人の人権の第三として、自己に不利益な供述を強要されないとする黙秘権または供述拒否権および自己に不利益な内容の物の提供拒否権(自己負罪禁止の原則)(憲三八条一項、二二条三項、二二条三項、二二条三項、二二条三項)に不利益な内容の物の提供拒否権(自己負罪禁止の原則)(憲三八条一項、二二条三項、二二条三項、二二条三項、二二条三項)が重要である。本条(三八条)は、第三六条と相まって、自白の偏重と拷問による自白の強要という刑事手続における前近代的要素の排除を通じて、被告人・被疑者・証人等の人身の自由保障をはかっていると考えられよう。

さらに、自白の証拠能力・証明力の制限の問題が重要である。「何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない」(三八条)。本条は、刑事訴訟法上の自由心証主義(三三條)の例外をなし、任意性のある自白であっても、その補強証拠(物的証拠・客観的証拠)を必ず必要とする趣旨である。これは、要するに、自白を唯一の証拠とすることを認めるならば、第一に、誤判の可能性、第二に、自白強要の弊害を生むことになるから、自白偏重主義から、物証主義、つまり傍証による証拠力の強化、とりわけ、科学的採証方法・科学的捜査主義への原理的転換をとげた近代的刑事訴訟制度の当然の要請である。なお「自白」の意義について、最高裁は、公判廷の自白は身体の不拘束・不干涉など被告人の任意性が担保されるから、公判廷外の自白のみを本条の「自白」に限定する立場をとる(最大判昭和三年七月二九日。刑集二卷九号一〇二二頁)。しかし、これに対しては、公判廷自白の任意

性・心理的圧迫・拘束からの自由性につき疑問があるとする批判が有力である。この立場は、「本人の自白」に公判廷自白を含め、補強証拠必要性を主張するが、さらに、「完全に任意性がある自白」に対しても、補強証拠を必要とする客観的証拠主義への理論的發展が特徴的である(通説)。この点は、令状主義(法の適正手続(憲三二条))に基づく、違法収集証拠の証明力制限における客観主義化に対応するものである。ただし、任意性なき自白は、暴行・脅迫・偽計ならびに身体拘束(例えば手錠をかけたままの取調による自白(裁判昭和三八年九月一三日刑集一七巻八号一七〇三頁))によるものから不法に勾留された場合のそれに、さらに、弁護士・医師の正当職務に関する押収拒否権無視、公務所の長の同意なしの押収(刑断一〇条五)、黙秘権・弁護人依頼権の不告知などは、すべて、前提手続が違法であるから、それに基づく証拠もまた違法(証明力(排除))となる、と主張される傾向にある。

以上、要するに、任意性のない自白の証拠能力の否定根拠は、人権の直接的侵害性、たとえば取調べ自体から生ずる肉体的心理的強制のみならず、人権の間接的侵害性、たとえば自白採取の取調べ過程における供述の自由(自己負罪禁止の原則)を実質的に侵すような手続上の瑕疵に至るまで、その範囲が拡大されている傾向にあるといえよう。⁽²³⁾被告人の人権尊重からみて妥当と解する。

四、刑事被告人の公正裁判担保原則は、第一に、罪刑法定主義ないし事後立法禁止(法律不遡及)、第二に、一事不再理ないし二重不処罰の諸原則である。第一の罪刑法定主義についてはすでに本稿九頁以下で述べている。

「実行の時に適法であった行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない」(憲三九条)。これは事後立法禁止(刑法定主義(一面では罪))を定めたもので、①行為時に可罰的でなかった行為を後に制定された刑事法によって処罰されないこと、②行為時よりも重い犯罪にされないこと、③刑を加重されないこと、④刑の公訴の時効の遡及適用の禁止、がポイントである。とくに③につき、事後法禁止は刑法に定める刑罰以外の制裁を課する場合にも準

用されるか。たとえば、地方議会の会議規則のうち議員懲罰規定を規則制定前の議員の行為に適用し、懲罰議決することは「会議規則……に違反した議員に対し、議決により懲罰を科することができる」という地方自治法第三四條に違反する。(最判昭和二六年四月二八日、日民集五卷五号三三六頁)

つぎに一事不再理(「既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない」憲三九条前段後半)と二重処罰の禁止(「又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない」同条後段)をめぐって解釈上の問題がある。

第一説は、第三九条前段後半(前の無罪)と後段(前の有罪)は、あわせて英米流の「二重の危険」の禁止を意味するとする。(24)
(「……二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険にさらされるべきものではない。という根本思想に基く……」最大判昭和二五年九月二七日刑集四卷九号一八〇五頁。)

第二説は、第三九条前段後半と後段をあわせて刑事裁判における「一事不再理」を意味するとする。(25)

第三説は、第三九条前段後半「一事不再理、後段」二重不処罰と解する。(26)すなわち、前者は、すでに実的に無罪の確定判決のあった場合、その既判力を破る不利益変更(有罪)のみの禁止で受益的変更は問わない。後者は、同一犯罪につき、前の裁判をくつがえすことなく、また、前の裁判の確定の有無にかかわらず二重の責任追及を禁ずる意味である。(刑訴三七条。・三四〇条。)

- (1) 佐藤功・日本国憲法概説一六六頁。
- (2) 高林克己「刑事手続および行政手続を人権保障」田上稜治編・憲法の論点一八六頁。
- (3) 平野竜一・刑事訴訟法九五頁。
- (4) 高田卓爾「緊急逮捕」憲法判例百選(旧版)八〇頁。
- (5) 嶋良弼・憲法判例百選(新版)九一頁。
- (6) 小林直樹・憲法講義上三六四頁。

- (7) 和田英夫・憲法体系二三三頁。
- (8) 田中館教授は、盗聴器使用の必要性と正当性の具体的理由・客観的手続を条件とされる(憲法判例百選(新版)一〇二頁一〇三頁)。
- (9) 隅野隆徳・別冊法学セミナー憲法一三二頁。
- (10) 岡部泰昌「現行犯逮捕の要件がない状況で令状なしにされた捜索により差押えられた証拠および右証拠に基づき得られた他の証拠能力を否定した事例」判例タイムズ二六九号八八頁。
- (11) 註解日本国憲法上巻六三七頁、鵜飼信成・憲法一二三頁、室井力・別冊法学セミナー憲法一三四頁。
- (12) 上田勝美・別冊法学セミナー憲法一三五頁。
- (13) 宮沢俊義・日本国憲法三〇一頁、小林直樹・前掲三七四頁、佐藤功・憲法二三四頁、平場安治・刑事訴訟法四六頁。
- (14) 上田一三五頁。田畑(忍)・憲法学講義一九五頁、宮本「公平な裁判所の裁判の意義」田畑編判例憲法学三一頁、秋山「刑事被告人の権利利」田畑編憲法判例綜合研究一六一頁。
- (15) 平井孝「公正な裁判を受けるための憲法上の制度」(田口精一・川添利幸編法学演習講座①憲法一七〇頁)。
- (16) 宮沢三〇二頁、佐藤功・憲法二二七頁。
- (17) 宮沢三〇二頁、清宮編・憲法事典二二二頁。
- (18) 田畑忍一九七頁、上田一三六頁。
- (19) 違法な別件逮捕勾留、弁護人依頼権の侵害を主たる理由として自白の証拠能力を否定し、無罪を言い渡したいわゆる六甲山強盗殺人事件に関する昭和四六年五月一日大阪地裁判決がある(判例タイムズ二六九号一六六頁以下参照)。
- (20) 団藤重光「自由と補強証拠」刑法雜誌一卷三・四号九一頁。
- (21) 光藤景峻「手錠をかけたままの取調と自白の任意性」刑事訴訟法判例百選(新版)。
- (22) 平野龍一・刑事訴訟法二二九頁。

(23) この傾向に関しては、二つの流れがある。積極的立場。田中和夫・証拠法二四三頁、高田卓爾・刑事訴訟法三五二頁。消極的立場。青柳文雄・刑事訴訟法通論二三九頁、柏木千秋・刑事訴訟法講座(一)一五六頁。

(24) 平野・刑事訴訟法二八二頁、鵜飼・憲法(新版)一一九頁、田宮裕「刑事訴訟法における一事不再理の効力・二」法学協会雑誌七五卷四号四五二頁。

(25) 宮沢三一四頁、田上・憲法撮要一三三頁。

(26) 和田一二九頁、佐藤功二五七頁、橋本公恒・憲法原論三三九頁、団藤重光「憲法第三十九条と『二重の危険』」法学時報一卷二号四六頁・四七頁。

4 行政手続における人身の自由保障

一、憲法第三四条以下の刑事的人権保障の具体的諸規定は、直接には、罪刑法定主義と結びつくものと解されるが、右の人身保護手続の根拠規定の解釈といかに調整されるべきか。憲法第三一条の「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」の「適法手続」条項については、その歴史的沿革的理由・存在形態と、「刑罰を科せられない」の「文言」的理由・現在の存在形態とにおいて——あるいは認識論上の実証主義か実践論上の実証主義かの解釈視点の差異も結びついて——、さまざまな解論が展開されてくるであろう。

以下において、まず、第三一条は罪刑法定主義の根拠規定か、ついで第三一条は行政手続にも適用しうるか、最後にその具体的問題として行政手続に不利益供述拒否(黙秘権)を主張しうるか、を検討しよう。

二、憲法は立法権の恣意抑制手段として違憲審査制を採用している。したがって、第三十一条の法の実体的・手続的「適正」原則は、憲法訴訟における違憲合憲の判断のための実質的規準として重要である。しかし、第三十一条にかかる違憲基準として評価しない見解がある。ここに、罪刑法定主義の根拠を第三十一条に求めるか否か、をめぐる問題がある。

消極説によれば、第三十九条・第七十三条六号（法律の委任なき政令の罰則禁止）において、罪刑法定主義は憲法上黙示の承認を受けているから、第三十一条は、形式的な法定手続の原則を定める趣旨にすぎない、とする。⁽¹⁾なお、文理解釈上「適正」の明文がないから、これを主張しえない、⁽²⁾また、「第八十一条で合憲性の審査規定を有するから、第三十一条に立法権の制限を含ませる必要はない」とする見解も、この立場に属する。これにたいして、積極説は、つぎのように展開される。第三十二条は沿革上、当然に罪刑法定主義を定めており、「法律の定める手続」とは「妥当な法律の手続」、つまり「公正な手続」「公正と賢明の最低限度の水準」を満たし、「当事者が人権を侵害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」⁽⁴⁾とか、憲法が派生的補足原則だけを明示し、その基本原則たる罪刑法定主義の明文をどこにもおかないというのは不自然で第三十二条は罪刑法定主義を含むと解すべきであるとか、第三十一条論は他の条項（⁽³⁾第三十九条⁽⁴⁾）の内容深化を媒介していること・手続的正義の体系の総括的意義、少なくとも「最後の切札」として「適正」手続の要求根拠規定として生かさるべきこととかは、この立場に立つ。要するに、第三十一条の「法律に定める手続」の「法律」とは、形式的な法律ではなくて、実質的に「合憲」⁽⁵⁾（⁽⁶⁾実体的にも手続的にも適正）の妥当な「法律」すなわち、他の例示具体的実質的「適正」基準の、実質的原則規範の意味を有するから、当然に、憲法第一二条・第一三条の「公共の福祉」に適合する内容をもたなければならない。以上の理由から、積極説を妥当と解する。

三、憲法第三十一条の「適法手続」条項は、行政手続にも適用しうるか。

消極説は、第三十一条を狭義に解し行政手続に直接適用しえないとするが、これはさらに、刑事規定絶対限定説と刑事規定相對限定説（あるいは準用類推適用説・間接適用説）に分かれる。

前説は、第三十一条「……刑罰を科せられない」の文言と第三十三条以下の個別的な刑事手続規定から本条はほとんど無意味な重複規定であること、および、行政権行使の手続・実体の法定は憲法を支配する法治主義の原則（憲法四十一条）であり、手続の適正は憲法第三十一条、実体の適正は各人權規定の要請するところから、第三十一条を刑事手続に限定解釈すべきとする。⁽⁷⁾

後説は、第三十一条を原則として、刑罰手続規定と解し、それ以外の人身拘束も、ことの性質に応じて強制措置が少なくとも刑事責任の追及と直接のつながりをもつかぎり⁽¹¹⁾（最大判昭和三七年一月二八日、刑集一六卷二号一五九二頁）、性質上本条の準用・類推により、法律の定める適正手続を要する、とする。

積極説は、第三十一条を行政手続に直接適用しうるとする立場で、さらに単独適用説、競合・例示補充適用説に分かれる。

前説は、第三十三条以下の諸規定を刑事手続に限定し、第三十一条をとくに行政手続と解する立場である。その論拠としては、①法の適正手続はアメリカ合衆国憲法のデュー・プロセスなど、歴史上成立した市民憲法に普遍的かつ自明・合理的な人權保障原理であること、②西ドイツの学説・判例の大勢が行政聽聞を憲法的要請とみていることから、同じく個人尊重・民主主義・法治主義に立脚する日本国憲法上、その直接・明文の根拠となりうるのは、第三十一条以外にないことがあげられよう。⁽¹²⁾

後説は、第三十一条とその他の適正手続条項との競合・重複適用と解するが、第三十一条―一般法、その他の適正手

統条項Ⅱ特別法とみて、前者を後者の補充規範、後者を前者の例示確認規範と解するかに於いて、若干の差異はある。しかし、競合説も例示補充説も、人權の可及的尊重の憲法理念にたち、第三一条を行政手続に直接適用しうるとする根本的立場に差異はないゆえ、本説は全体として妥当と解する。

四、以上の学説の対立は、さらに、第三八条の黙秘権Ⅱ不利益供述拒否権は行政手続に適用しうるか、の具体的問題と関連してくる。

本問題につき、学説・判例は、消極説・積極説に對立する。消極説は、その論拠によって、黙秘権範圍外説と黙秘権範圍内説ないし黙秘権制約説とに分かれる。前説は、刑事責任を問う目的のためでなく行政上の正当な趣旨目的に基づく必要にして合理的規制であれば、それは憲法にいう不利益な供述に当たらず、黙秘権外の問題であるとする（最判昭和三七五年五月一二日・刑集一六卷五号四九五頁）。これに對して黙秘権内（黙秘権制約）説は報告義務を黙秘権の範圍内として、その正当

な制約を合憲とするが、その論拠は多様である。たとえば、①公共の福祉の制約⁽¹⁴⁾、②黙秘権内在的制約⁽¹⁵⁾、③行政協力義務⁽¹⁶⁾、④免許時包括的黙秘権放棄、⑤通行人・被害者の人權と報告者の人權との均衡（鹿児島簡判昭和三四年七月七日・日下刑集一卷七号一五九四頁）など

の理由に分かれる。これに對して、積極説は、第三八条「何人も」は黙秘権を刑事手続に限定する趣旨でないとし⁽¹⁷⁾、

黙秘権は犯罪構成要件該当の客觀的事実（人の殺傷・器物の損傷）の供述拒否を含み、交通安全要求からの制限を受け⁽¹⁸⁾ないとする。また實際の運用面を考慮するとき、警察官は被害者の救護・交通秩序回復措置のほか、注意義務

違反・故意過失の有無等、主觀的責任原因等の追及を避けたい（岐阜地判昭和四三年三月二日・七日判時五一四号八九頁）であらう。したがって、被

害者の人權保護措置（医師に通報・被害者の病院搬入）を越える不利益供述強制に直結する報告義務は、事故者に刑事責任を課せられるおそれのあるかぎり、なお疑問である（三一条・三八条競合・例示補充適用説の立場。したがって、道路交通法七二条の現場残留義務も、その緊急的・不可避的・最小限必要性に乏しいと解され違憲の疑いがある。）

要するに、本条(三二)は、窮極的には、国民の権利を制限しこれに義務を課する行政処分ないし行政強制制における法治主義（適正手続）、とりわけ告知と聴聞（行政聴聞）制度の確立を要求するものである。この意味からすれば、近年、行政庁の自由裁量につき適正手続すなわち、告知・主張（意見）提出の機会の付与の適用を認めた、「個人タクシー免許申請却下処分の取消請求事件」（東京地判昭和三八年二月二五件（東京地判昭和三八年二月二五件（日行集一四卷一二号二二五五頁）））などの判例は、注目してよからう。しかし、右の傾向を一義的・固定かつ類型的に把握することは妥当でない。むしろ、多種多様な行政処分の性質に応じ、その個別・具体的な公共利益性を客観的に把握し、その必要最小限の例外——適正手続の省略を許容すべきである。たとえば、比例原則という厳格な歯止めのもとでの公衆の衛生・安全維持の緊急的必要措置によって、例外的な違憲免責が認められよう⁽¹⁹⁾（消防法四條、食品衛生法一七條一項）。したがって、以上の限定を受けるが、近時行政権力の肥大化とそれに伴う人身侵害の可能性の増大を考慮してか、あらゆる機会に（財産も含めて）人権保障の確実性・精度を期そうとする傾向（手続的正義觀念の定着化）、すなわち、第三二条の積極的拡張適用を肯定する立場が有力化していることは、人身保護ならびにデモクラシーの歴史と理論のいわば、必然といえるのではなからうか。

- (1) 田中英夫「憲法三二条について」憲法体系八卷一九〇頁、芦部信喜・憲法の基礎知識一二二頁。
- (2) 田畑忍・憲法学原論四二七頁、四二八頁。
- (3) 田上穰治・憲法原論一二五頁。
- (4) 宮沢俊義・憲法Ⅱ三九九頁。
- (5) 広岡隆「法定手続の保障」田上編体系憲法事典三一三頁。
- (6) 手島孝・別冊法学セミナー憲法一二〇頁、山下健次「適法手続と第三者所有物没収」憲法演習一九一頁—一九二頁。
- (7) 田中英夫一九〇頁。

- (8) 杉村敏正「行政行為と適正手続」、渡辺還暦・公法学の諸問題三五四頁。
- (9) 宮沢俊義教授・日本国憲法（コンメンタール）によれば、「憲法三二条以下において定められている諸原則は、いずれも「法律の定める手続」の諸原則を表明していると解され（二八五頁）」……刑罰の場合以外は、「法律の定める手続によらずに、自由を侵かしていいという意味ではない。そういう場合には、当然本条が、この性質に応じて、準用されるべきものとおもう（二八六頁）」。
- (10) 橋本公亘・憲法原論二八六頁。
- (11) 中村弥三次「日本国憲法における適法手続条項」公法研究二五号九三頁、田中二郎・行政法総論三九九頁。
- (12) 手島一二二頁。
- (13) 佐藤功教授・ポケット註釈全集4憲法によれば、「本条（三一条）が本条以下の定める刑事手続規定の総則規定的な位置を占めていることから、憲法及び法令に具体的規定がない場合または規定内容が不明確である場合には、本条違反として問題とされる場合があると解される（二〇六、二〇七頁）。……憲法は刑罰以外、すなわち行政権による自由の剝奪・制限に対する保障については、別にそれぞれ具体的に定めている……居住移転の自由についていえば二二条と本条（三一条）とが結びつくことによってその保障がなされる（二一〇頁）」。また、田宮裕・刑事訴訟とデュープロセス、によれば、「三一条のほか三三三以下も合せてデュープロセスと呼ぶことができる」（二〇三頁）。
- (14) 藤木孝「自動車事故の報告義務」憲法判例百選（旧版）一一三頁、豊田悦夫「交通事故の報告義務と黙秘権」阿部編判例演習講座憲法二〇一頁。
- (15) 田宮裕「自動車事故の報告義務」憲法の判例一〇八頁。
- (16) 伊藤正己・憲法入門一六九頁。
- (17) 註解上巻六六一頁、清宮編・憲法事典二二四頁、田畑忍・前掲一八六頁、上田勝美・別冊法学セミナー憲法一三七頁。
- (18) 高田敏「行政上の取締と不利益供述の禁止」法学雑誌六卷三号二二頁以下・六卷四号四七頁以下。
- (19) 高柳信一「行政手続と人権保障」憲法講座二卷二六二頁、芦部信喜「表現の自由」憲法講座二卷一一六頁。
- (20) 鵜飼信成・憲法八四頁、広岡三一五頁、和田・憲法体系一六〇頁、手島一二二頁、芦部・前掲「表現の自由」一一五頁。

結 論

以上、人身の自由の保障をめぐる制度を考察してきた。人身の自由は、すべての自由・民主的諸制度の原点であり、その核心は、人間の尊厳である。いかなる私的暴力、政治的権力に対しても、個たる人間の尊厳は主張され保持されなければならない。人身保護制度の発達は、近代的な刑事司法制度の発達と相関関係にたつ。人間の進化は、人間尊厳の確立過程でもある。人間の尊厳に反する奴隷的拘束・意に反する苦役・残虐刑・拷問は、人間・文化の名において、一切否定されなければならない。

日本国憲法は、右の人間主義・人権尊重主義に立脚し、人間の尊厳・人身の自由保護を、基本的に一切の国家作用において、とりわけ人権侵害・人身拘束をおかしがちな刑事警察権力の強制作用において、実現しようとしている。つまり、わが憲法の人身の自由保障制度は、原理的には、一方ではイギリスのコモンローの影響を受け自然的な正義 (natural justice) ないし正義的意識に合致する手続たる、「適法手続 (due process of law)」や「人身保護令状 (habeas corpus)」に貫徹される英米法系の「法の支配」をその内容となし、他方では一七八九年の人権宣言第八条において表明された「罪刑法定主義」ないし「法律不遡及の原則」に貫徹される大陸法系の「法治主義」「市民的合理主義」をその内容として形成されたものといえよう。換言すれば、それらは、すべて英米法的ならびに大陸法的な理念の影響を受け、発展した制度である。

この意味において、刑事手続における人身保障原理の最初にして最後は、右の「法の支配」・「法治主義」を背骨とする令状主義そのものといわなければならない。

不法な逮捕・抑留・拘禁・搜索・証拠押収・拷問・強制自白に対する憲法の否定的評価は、右の令状主義の具体

の表現であろう。憲法は、これらの違法な強制処分を、さらに確実に否定するために、刑事裁判における違法な証拠の証明力制限・物的証拠裁判主義・当事者主義（対審・国選弁護人依頼権）のほか、一事不再理・二重不処罰の諸原則を定めている。公平・迅速・公開の公正な裁判所は、人身保障の最後の砦である。裁判は、あらかじめ法の定立する正規の組織・権限・手続をもつ独立の公正な裁判所によって、公正に運営されなければならない。憲法第八章の司法権の各条規は、この意味で、公正な裁判保障につかえるものであるが、とりわけ裁判所に第八一条の違憲審査権を与えることにより、人身侵害立法の違憲統制を保障している。

しかし、現代国家は国民の広汎な行政需要に対応するため行政機能の多様な分化をとげている。現代国家は、各種の行政目的を実現するため積極的に行政権の行使を要求する。したがって今日の行政権の発動は、一方において法治主義の徹底化を、他方において利害関係人の参加による行政の民主化・適正化を、不可欠の要素としている。換言すれば、憲法を支配する法治主義原理は、刑事手続のみならず行政手続における人身（生命・身体的自由）の擁護を志向しているものと解せられる。そこでは、とくに、各種の個別的な人身の自由のための法の適正条項ならびにその総括規定たる第三一条の法の適正手続条項が、第一二条・第一三条の公共の福祉との適合・調和の關係において、主役を演ずるであろう。しかし、この場合は、あくまでも、憲法の適正手続が原則的に妥当に適用され、例外的違憲免除（適正手続の省略）は、人権侵害の緊急的不可避性ならびに最小侵害性と不可分の合理的な公共の福祉の場合に局限されなければならない。この意味において、右の「公共の福祉」の客観的理解は、今日の憲法・行政法学の最重要課題といってよからう。

（本稿は、田口精一・川添利幸編法学演習講座①憲法所収の拙稿「人身の自由に関する憲法上の原則」「刑事手続における人身の自由の保障」に補筆したものである）