

# 個人情報保護法上の課徴金制度創設論に向けた 憲法39条の体系的解釈

2025年2月21日 情報通信法学研究会 メディア法分科会

関西学院大学 総合政策学部 専任講師 小西 葉子

# 自己紹介

## 小西葉子(関西学院大学総合政策学部専任講師)

愛知県蒲郡市出身。

中央大学法学部法律学科卒業後、一橋大学大学院法学研究科進学。

修士修了後、民間企業勤務を経て、2020年3月博士(法学)(一橋大学)

2020年4月～2021年3月 一橋大学大学院法学研究科 特任講師(ジュニア・フェロー)

2021年4月～2024年3月 高知大学教育研究部 助教

2024年4月より現職

専門は憲法学(手法は日独比較)。「基本的人権の保障という終局的な目的は、どのような手段をとれば、実効的に実現できるのか？」を、主に統治機構のシステムという観点から考えています。

## 近著(2023年以降刊行)

- 渡辺康行(編)『憲法訴訟の実務と学説』(日本評論社・2023)、指宿信・板倉陽一郎(編)『越境するデータと法』(法律文化社・2023)、山本龍彦ほか(編)『個人データ保護のグローバル・マップ』(弘文堂・2024)にて分担執筆。
- 単著として、「国家による秘密裡の情報収集等の違憲性を争う訴訟」判例時報2597号(2024)、「国家の情報収集に関わる外国人の通信の秘密とDPF規制」法律時報96巻5号(2024)、「プラットフォーム事業者と政府の協働とリスク」情報法制研究14号(2023)、「裁判官に対する「国民の信頼」は、何のために必要か？」一橋法学22巻2号(2023)。
- 共著(筆頭著者)として、小西 葉子, 芝池 亮弥, 鄭 舒元, 曹 洋, 吉川 正俊「差分プライバシー技術の法的課題」情報ネットワーク・ローレビュー22号(2023)。

# 1. はじめに : 目次

1. はじめに
2. 問題意識
3. 憲法学における憲法39条論
4. 統治機構の均衡と刑事手続の体系的解釈
5. 体系的解釈の実践
6. まとめ

## 2. 問題意識

個人情報保護法3年ごとに見直しで検討されている事業者等への課徴金賦課は、「刑事上の責任(憲法39条後段)」を問うことにあたりうるか？

\* 憲法39条 「何人も、実行の時に適法であつ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。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。」

## 2. 問題意識

最大判昭33・4・30民集12巻6号938頁に基づくと、目的・性質・性格の異なる制裁の併科は、憲法39条後段違反とはならないといえる。

・・・しかし今般、個情法3年ごと見直しにおいて検討されている「課徴金制度」が、刑事手続における「刑罰」とは異なる目的に向けて、限定された性質の制裁であるといえるのだろうか？

## 2. 問題意識

### 課徴金制度に関する従来の議論<sup>[1]</sup>



[1] 図は、大島義則「個人情報保護における課徴金制度の導入論」情報ネットワーク・ローレビュー19号(2020)10頁、中里浩「独占禁止法における課徴金減免制度と刑事罰の関係」現代法学47号(2024)38頁を参照して、筆者が作成した。

## (参考)実践的議論の試み①: 個人情報保護法3年ごと見直しの争点

	検討のポイント	争点の重要なポイント
1	課徴金制度を検討する立法事実があるといえるか	<u>課徴金の本来的性質と</u> 日本の現状
2	課徴金制度を導入する場合、適正なデータ利活用に悪影響を与えるおそれの回避	導入する場合の制度設計 (萎縮効果予防)
3	既に課徴金制度を導入している国内法令及び外国制度との関係	<u>課徴金の性質(従来の国内法令)</u> 執行の制度設計

## 2. 問題意識

### 個人情報保護法3年ごと見直し(2024)における課徴金議論

中川(2024)<sup>[3]</sup>「罰金額を引き上げても、裁判所がどの程度科すかは予想が難しい。また、法令違反者が海外にいる場合、刑事手続はハードルが高い(法人代表者に起訴状を送達できなくては起訴できない)。行政処分を域外者に行うほうがまだハードルは低い。」

林(2024)<sup>[4]</sup>「刑事罰は(中略)どの法分野であれ、その厳格性やそれに伴う高度な立証上の負担などから、謙抑的・補充的に運用される。このため、刑事罰に(引用者注:原文ママ)科すに至らない程度の違法行為は、結果として放置されることになる懸念がある。」

これらの指摘は国際的にも共有されており、また両論者は、緻密に制裁の「性格」の違いを明瞭にする(報告者は、課徴金制度の設計としては、むしろ中川/林の考え方にまったく同意している)。

他方、憲法の条文解釈としては「刑事上の責任」とはなにか、ひいてはこの問題について、「本来「刑罰」として科すべきものを、「課徴金」として課そうとしていないか？」が気にかかる。

∴ 手続保障(憲法31-40条)の潜脱

[3] 中川丈久「個人情報保護法における法執行の強化について」第283回個人情報保護委員会(2024)3頁注6。

[4] 林秀弥「個人情報保護法における課徴金制度導入にかかる諸論点」同上(2024)20頁。

## 2. 問題意識

前頁の問題意識は、日本に特有なものではなく、国際的に共有されている。  
Ex. EU DSA法、及びこれに先立つドイツのNetzDGの制定過程における議論。

しかし・・・

- ドイツ<sup>[5]</sup>：秩序罰たる過料 (Geldbuß) のみが、「原則として刑事手続に従って課される<sup>[6]</sup>」。
  - EU：刑事罰を科すことは、EUを主体としてはできない(各国の主権に留保されている)。
- ⇔ 行政罰なら課することができる。

併科は問題となっていない<sup>[7]</sup>。

[5]ドイツについて、小西葉子「プラットフォームから刑事訴追機関への情報提供の法的課題」情報通信政策研究5巻2号(2021)参照。また、田中利幸「行政制裁と刑罰との併科」平場安治ほか(編集委員)『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第三巻』(有斐閣・1984)114頁によると、「比較法的にみても、英米法では過料という独自の制度はなく罰金(fine)のみが科され、ドイツ法では逆に秩序罰たる過料(Ordnungsstrafe im Geld, Ordnungsgeld)のみが課され、併科は規定されていない」。

[6]佐伯仁志『制裁論』(有斐閣・2009)127頁。

[7]佐久間修「二重の危険と二重処罰の禁止」井田良ほか(編)『新時代の刑事法学 上巻』椎橋隆幸先生古稀記念(信山社・2016)554頁が指摘するとおり、「二重の危険を排除するアメリカ法では、行政制裁と刑事制裁を厳密に区別しないこともあり、こうした罪刑均衡論が重視」されているが、「刑罰と行政制裁の質的相違を重視する日本の議論にはそぐわない」。

## 2. 問題意識

なぜ、“本来「刑罰」として科すべきものを、「課徴金」として課そうとしていないか”  
(課徴金賦課により「刑事上の責任」を問うことになっていないか)が、問題になるのか？

- ☞ 実効性が確保されるならどちらでもいいではないか？  
事業者の視点からしても、罪刑均衡が保たれていれば、結果は同じではないか？

(私見)

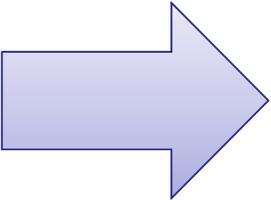
- ① 憲法31条～40条が定められた趣旨を没却する懸念
- ② 戦後刑事法学により形成されてきた理論と正面から対峙せず、これを潜脱する懸念
- ③ 国家介入の前域化拡張の先例としての重要性

## 2. 問題意識

### ※ 注意 ※

報告者自身は、課徴金制度創設そのものに、反対していない。  
しかし、以下二点に留意する必要がある。

① 刑事罰の代替としての課徴金は、手続保障の観点から許されない。



② 日本国憲法が想定する統治機構の均衡が如実に現れている憲法31条から40条を中心とする規定の解釈からして、課徴金制度を導入する場合には、これが「行政上の制裁(=『刑事上の責任』と区別される根拠を持つ制裁)」であることを、十分に理由付けなければならない。

### 3. 憲法学における憲法39条論

宍戸(2017)<sup>[8]</sup>

佐伯(2009)<sup>[6]</sup>の「憲法39条を手続保障の規定と解した方がすっきりしている」という説示に触れたあと、以下のとおり述べる。

- ① 「現在の憲法学・行政法学でもこの指摘を踏まえて、行政制裁を科す<sup>[引用者注:原文ママ]</sup>ことは原則として『刑事上の責任』に当たらず」、
- ② 「刑罰と課徴金の併科が憲法上問題であるとするればそれは比例原則の問題である、と解する見解が支配的になっている」。

☞ ①はそのとおりだろう。しかし、②は？

[8] 宍戸常寿「課徴金制度と二重処罰」ジュリスト1510号(2017)39頁。

### 3. 憲法学における憲法39条論

[前頁②に、疑問を抱く理由]

憲法31条以下は、そもそも第一義的に、手続保障である。

 (央戸(2017)が実体法上の議論をしていることはもちろんだが)併科により、本来あるべき厳格な刑事手続保障が潜脱されることに対する危険(手続的危険)の問題があることを、憲法学は、憲法39条の問題として捉えていなかっただろうか？

### 3. 憲法学における憲法39条論

➤ 国際的にみると、5. で取り扱うEUの行政上の制裁金 (administrative fines) との関係でのマルクス・ケルナー (2022) の指摘が参考になる<sup>[10]</sup>。

「制裁の正式な分類は、その制裁が実質的に刑事的である場合、刑事訴訟に固有の手続的権利を個人から奪うことはできない」とする基準である。

→ その上で犯罪性を評価する基準として、①国内の罪の分類、②罪の性質、③非難に直面している者にとってなにが危険にさらされているかを用いる。

EUが推進してきた行政上の罰金は、「criminal-head guarantees」の観点からすると、「正式な刑(事)法と比べて、手続的なセーフガードのより緩和されたルールに基づいて」いて、「手続保障が少ない」という意味で、課題がある。

☞ 欧州人権裁判所が採用する、1976年のエンゲル基準を始点とし、エンゲル基準の例外を示した2006年のJussila判決を検討。

 日本の憲法39条論を検討する際に、この問題意識はどう考慮されてきたのか？

[10] Markus Kärner, *Procedural Rights in the Outskirts of Criminal Law*, Human Rights Law Review, 2022, p.4 and p.12.

Vgl. Kai Cornelius, § 2 Grundlagen: Verhältnis von Unionsrecht und dem nationalen Bußgeldrecht, in: Arne Klass/ Carsten Momosen/ Tim Wybitul (Hrsg.), *Datenschutzsanktionenrecht*, 1. Aufl, 2023, S. 10 f.

### 3. 憲法学における憲法39条論

#### T.J. ミチェリ(2019)の2つの問い<sup>[12]</sup>

- ① 犯罪と不法行為という「2つの法領域の基本的な経済学的機能が同一であるならば、双方の領域が存在しなければならない理由はどこにあり、  
手続的構造が非常に異なることはどのように説明されるのであろうか？」
  
- ② 「有害な行為を『犯罪』のカテゴリーに入れるか、『不法行為』のカテゴリーに入れるかを、法はどのようにして決定するのであろうか？」

[12]トーマス・J・ミチェリ(著)高橋直哉(訳)『刑罰のパラドックス』(中央大学出版部・2023)83頁[原著Thomas J. Miceli, *The Paradox of Punishment*, 2019]。

### 3. 憲法学における憲法39条論

宍戸(2017)の、該当箇所参照されている諸文献の記述は？

渡辺康行ほか『憲法 I』

(宍戸参照箇所: 第1版の312頁[松本和彦])

- 「刑罰と趣旨、性質の異なる制裁が科されても本条(引用者注: 憲法39条)違反とみるべきではないと思われるが、両者の併科がそれを科された者にとって、明らかに不釣り合いに重すぎると評価される場合は、憲法36条の残虐な刑罰の禁止に違反するというべき」(第2版332頁も同記述)。

罪刑均衡の話は36条の問題としており、39条については判例に沿って「趣旨、性質」に則して本条違反の有無を議論している。

木下智史・只野雅人(編)『新・コンメンタール憲法』

(宍戸参照箇所: 第1版(2017)の405頁[倉田原志])

- 「刑事上の責任」であるから、「1つの行為に対して刑罰と行政罰を重複して科することは本条に反するものではない」という学説(佐藤功)、「行政上の措置は刑罰と性格を異にする」から併科を許容する最大判、「形式的には行政制裁の形をとっていても」実質は刑罰や刑事手続同等の負担があるならば、刑罰の併科と評価すべきという学説(高橋和)を紹介(第2版(2019)428頁も同記述)。

「刑事上の責任」に着眼して学説と判例を紹介する内容。

### 3. 憲法学における憲法39条論

毛利透ほか『憲法Ⅱ』  
(宍戸参照箇所:第2版(2017)の333  
頁[浅野博宣])

- 最判平成10・10・13判時1662号83頁や独占禁止法における課徴金引き上げなどを背景に、「39条後段から実体法上の二重処罰の禁止を読み取るべきではないという主張も有力であり、「この見解は、39条後段は手続的に理解すればよく、制裁の過重については罪刑均衡原則・比例原則(36条・31条・13条)の問題として論じるべきであると説いている」。

宍戸と同様の内容を「有力説」と説いている。

芹沢斉ほか(編)『新基本法コンメンタール憲法』(2011)  
(宍戸参照箇所:289頁[青井未帆])

- これまでの通説を「一度、ある罪で処罰した後、同じ行為をさらにまた別の罪として処罰すること」と、実体的な二重処罰として理解してきたが、近年、②本条が手続的な二重訴追の禁止規定であるとの理解(佐伯)も有力となり、この立場では、「併科が二重起訴の意味をもたない限り、あとは全体としての不利益の賦課の均衡(比例原則)の問題となる(高木・高橋和)。

佐伯説を明確に「手続的禁止規定」の立場をとると示した上で、次頁の高橋和説を、佐伯説の延長とみている(ただし、後掲高橋和(2024)参照)。

# 3. 憲法学における憲法39条論

高橋和の前提は、まず当該制裁が真に「行政的制裁」かどうかを判断するという第一段階があり、第一段階をクリアしたらあとは罪刑均衡の問題とするというもの。

野中俊彦ほか『憲法 I』

(宍戸参照箇所: 第5版(2012)の452頁以下[高橋和之])

- 「行政的制裁かどうかは実質に即して判断すべきであり、形式的には行政制裁の形をとっていても、実質は刑罰と同性質」ないし「刑事手続と同程度の負担を強いる」ならば、「実質は刑罰の併科と評価すべき」である。その上で、「併科が二重起訴の意味をもたないかぎり、あとは全体としての制裁の均衡の問題と考えるべき」である。

※ この点とほぼ同旨の内容を書いた高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第6版)』(有斐閣・2024)373頁の一段落中では、左下線部を含む2文が削除されている。

ただし記載が消えているわけではなく、むしろ両説の違いが明確になっているのが、同372頁以下からの記述である。

「刑罰が全体として均衡を失っていないなら、同一の行為をどのような種類の犯罪として構成するかは立法府の定めるべきことであり、本条がそれに対する制約を規定したと解すべきではない」とする立場が示された上で、その反論として「アメリカ憲法の二重の危険を参照する説は、本条の趣旨は刑事裁判を受けるという手続的負担を二重にかけない、すなわち『責任を問はれない』とは二重に起訴されることがないという意味であると解する」とした上で、「二重に起訴されないから、当然二重に処罰されることもなくなる」という二段階的思考の第一段階を39条後段の解釈とする見解を明示。

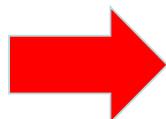
その上で、次の段落に左引用箇所の下線部以外を含む(厳密には冒頭の「行政的制裁」が「行政制裁」になっている)段落が続く。

👉 高橋説と宍戸説の相違は、既に高橋自身により明示されているようにみえる[13]？

[13] 辻本淳史「二重処罰に関する考察(1)」富大経済論集64巻2号(2018)389頁(注19)が指摘するとおり、下線部は「論理にあいまいな点があるが、佐伯説の影響をみてとることができる」ものである。その上で、右では、宍戸説に明確に対置される見解を提示し、次頁の第一段階(つまり下線部の「…かぎり」まで)が、まさに憲法39条の問題である、とする考え方の存在を明示しており、佐伯説の影響下のもとで、宍戸説と高橋説の違いが明瞭になっているといえる。なお辻本は、(佐伯説に対して)「刑法と刑事訴訟法の上に位置し、実質的には、最も重要な法主体である個人の権利の保障を謳う憲法が有する一条項に対して、刑罰を科されること自体から生ずる負担と、そのための手続に付随する負担とを峻別し、いずれか一方のみに対する保障をするように迫るかのようなアプローチが憲法解釈の手法として適切かどうかを問う余地がある」という問題意識から検討しており(同373頁)、この問題意識は、第一段階と第二段階の両者を区別した上で重視する本報告自体に対しては、批判的なものでもあるはずである。

### 3. 憲法学における憲法39条論

第二段階  
罪刑均衡



央戸(2020)[14]は「学説ではすでに、刑罰と行政制裁の間に本質的差異を見いだすことは困難であることを前提に」、罪刑均衡ないし比例原則に反しないかどうかの問題であるとする見方が「有力」、と佐伯(2009)[5]を注に挙げて述べた上で、「課徴金制度の憲法上の制約は、現在では、法律の留保原則、比例原則、法の下での平等及び適正手続の保障、そして課徴金納付命令に対する司法的統制の確保という形で、具体的かつ実質的に分析検討すべきものと考えられる」とする。

第一段階  
制裁の性質論

(私見) 第二段階の議論としては全面的に賛成だが、「本質的差異を見いだすことは困難」だからという理由で、実質的に第一段階をスキップするとしたら憲法上の問題はないのか？

(なお報告者は、央戸の見解が必ずしも第一段階のスキップを前提とするものとは考えていないが、少なくとも第一段階に決着をつけないまま、第二段階の問題に移行しているおそれがあるように見える。)

∴ 第一段階スキップの手続法上の効果は、これまで厳格な刑事手続保障のもとに置かれてきた制裁を受ける個人を、その保障外に晒すこと。

[14] 央戸常寿「課徴金制度をめぐる論点」法律のひろば73巻10号(2020)26頁。

[15] 田中利幸「行政制裁と刑罰との併科」平場安治ほか(編集委員)『団藤重光博士古稀祝賀論文集第三巻』(有斐閣・1984)112頁以下が、「制裁としての基本的性格と現実的不利益の大きさと併科の必要性・合理性」という3つの要素のうち、とりわけ「現実的不利益の大きさ」に関して、「制裁を受ける者の蒙る現実的な負担の大きさを考えるときには、制裁の本来的内容、法的波及効果、手続上の法的不利益を少なくとも考慮しなくてはならない」という意味においては、実体の比例性の枠内で手続的要素を考慮するというあり方も想定される。

これに対して報告者は、手続上の法的不利益は、統治機構の均衡にかかわる憲法上重大な問題であるから、憲法31条から40条及び統治機構の体系的解釈という手法の中で、独立に評価されなければならない(つまり第二段階ではなく第一段階で考慮すべきだ)という立場を、本報告で明らかにしている。

### 3. 憲法学における憲法39条論

(私見)佐伯説に立脚した憲法39条論が、実体法上の問題として、憲法学において一定の支持を受けていることは、宍戸の述べるとおりである。

しかし憲法31条～40条が本来、手続保障の規定であることを鑑みると、「刑罰と課徴金の併科」に関する憲法39条後段の問題が、あたかも比例原則の問題だけであるかのような誤認を一般に抱かせる懸念が、これまでの憲法学の議論にはあったのかもしれない。

より核心的な憲法39条後段の問題は、併科そのものだけに留まらず、その先、すなわち手続保障の問題である。つまり、第一段階を希薄化してしまうことで、目的がともに制裁であり、且つ最終的な均衡が保たれている場合に、併科が許容されるとするならば、厳格な刑事手続に乗せるか、それとも行政手続でやるか、国家が「選べる」ようになってしまうおそれがあると思われる点にある。

※ 「行政手続でやるが手続保障を手厚くする」ということとは、問題の性質が異なる。後述のとおり、刑事司法とその他の司法手続には、明確な差を憲法が決定しており、その決定は権力均衡に資する。

では、どうすべきか？ → 体系的解釈の手法？

## 4. 統治機構の均衡と刑事手続の体系的解釈



関西学院大学  
KWANSEI GAKUIN UNIVERSITY

### ➤ 体系的解釈／考慮 (systematische Interpretation/ Betrachtung) とはなにか？

法解釈方法論のありかたとして、他の条文や法律との体系の中で、ある条文を解釈すること。

・・・ ピエロートほか(2019)<sup>[16]</sup>「基本権の保護領域は、その基本権だけを取り出してみてもしばしば確定することはできず、他の基本権やその他の憲法規定との体系的な全体観察においてのみ確定することができる。」

**Ex1. ドイツ基本法4条1項と5条1項を体系的に解釈し、「信仰告白は単なる宗教的な意見表明とは理解されない」ことを示す。**

**Ex2. 基本法と国家組織法を体系的に解釈し、5条1項の保護領域に、「議員の連邦議会での討論における発言」が含まれないことを示す。**

[16] ボード・ピエロートほか(著)永田秀樹／倉田原志／丸山敦裕(著)『現代ドイツ基本権[第2版]』(法律文化社・2019)82頁。

ただし注意しなければならないのは、同書は103頁が、「体系的解釈は、一般に広まっている理解によれば、留保なき基本権の保護領域は、衝突する他の基本権や憲法上の利益との実際の調和の意味における調整によってその都度認められる範囲であるという結論を導いている」と述べた上で、「基本権の特別の形態」の機能を奪い、「保護領域の明確性の喪失」を惹起するこの論理には「欠陥」があるとして批判する点である。報告者もこの批判に賛同しており、体系的解釈を行うからといって、保護領域を「都度認められる範囲」といったかたちに貶める立場には立たないことを明示する。ただし、体系的解釈を行う際にはその方法論上当然に、この批判に表れるような保護領域論を陳腐化するリスクがあるということを認識すべきである。

体系的解釈の議論について、併せて矢野常寿『憲法裁判権の動態[増補版]』(弘文堂・2021)186頁以下参照。

## 4. 統治機構の均衡と刑事手続の体系的解釈



- BVerfGE 166, 359, Urteil des Zweiten Senats vom 31. Oktober 2023, 2 BvR 900/22 (ノヴァ型不利益再審規定を違憲とした連邦憲法裁判所判決)における体系的考慮の例<sup>[17]</sup>

「基本法103条2項<sup>[引用者注: 遡及処罰の禁止]</sup>は、刑事法の立法者に例外なく、遡及的な刑事法を制定することを禁じている。したがって、この特別な遡及効禁止は絶対的な効果を持ち、衡量に付すには適さない。  
(これに照らすと) 衡量に服さない権利として、基本法103条3項<sup>[引用者注: 二重処罰の禁止]</sup>を同等に (gleichlaufendes) 理解することは、手続法レベルでの刑事法の領域における、個人の実体法上の保護を補完するものである。」

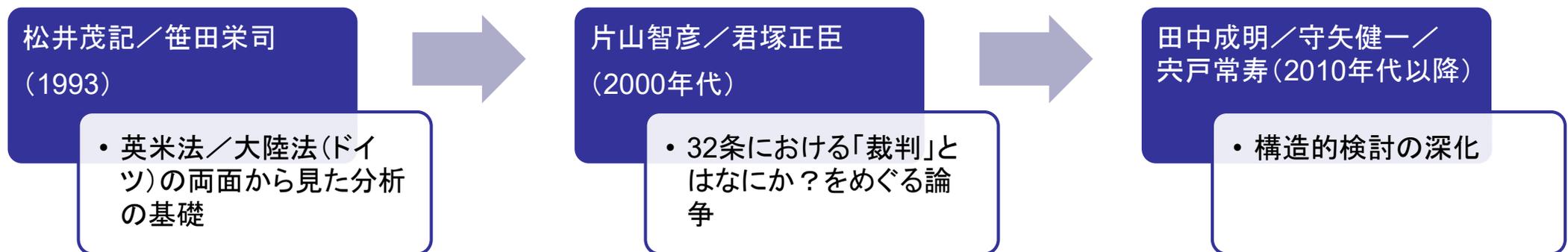
[17] BVerfGE 166, 359, Urteil des Zweiten Senats vom 31. Oktober 2023, 2 BvR 900/22, Rn. 84.  
小西葉子「ノヴァ(新証拠)型不利益再審の違憲性」自治研究101巻1号(2025)153頁以下参照。

# 4. 統治機構の均衡と刑事手続の体系的解釈



報告者が検討している具体的な理論的アプローチ(研究途上)<sup>[18]</sup>

- 裁判を受ける権利(憲法32条)を軸とする、憲法31-40条を中心とした体系的解釈による憲法39条論の再構成



英米法／大陸法双方からの解釈の対立、憲法32条の保障内容に関する議論が決定打を欠いて混在する状態が継続している学説の議論状況を改めて整理・検討し、「裁判を受ける権利」とは、「どういう時に」、「どんな」裁判を受けることができる権利なのか?を明確にすることで、憲法31条から40条の体系的解釈の軸にする試み。

[18]本スライドの内容は、2024年9月28日(土)開催の関西憲法判例研究会における拙報告「刑事裁判を受ける権利の保障内容―「裁判を受ける権利」論と再審法の距離を題材として―」と重複する。主な参考文献として、松井茂記『裁判を受ける権利』(日本評論社・1993)、笹田栄司『実効的基本権保障論』(信山社・1993)、片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』(大阪大学出版会・2007)、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論(上)』(法律文化社・2018)第5章、田中成明「法の支配と裁判を受ける権利(1)(2・完)」民商法雑誌155巻6号(2020)1077頁以下、同156巻1号(2020)203頁以下、守矢健一「日本憲法学における「裁判を受ける権利」の把握の一側面」同志社法学73巻6号(2021)453頁以下、宍戸常寿「裁判を受ける権利の現在と未来」憲法研究7号(2020)73頁以下。

# 4. 統治機構の均衡と刑事手続の体系的解釈



訴訟形態	訴訟の時期 [19]	証明の程度	証明責任	審理の原則	判決の効力
刑事訴訟	処罰前	合理的な疑いを容れない程度	原則として検察官が負う	当事者主義	一事不再理 二重処罰禁止
民事訴訟	—	通常人が疑いを差し挟まない程度の高度の蓋然性	法律要件分類説(通説)	処分権主義 弁論主義	既判力
	行政事件訴訟 ／国家賠償訴訟		原則、処分後	(訴訟上、一部国・地方公共団体に立証を求める場合がある)	一部職権主義を採用



- 証明の程度や証明責任の観点からみると、刑事訴訟よりも行政事件訴訟／国家賠償訴訟のほうが、制裁の受け手の負担が大きい。
- 制裁を科すかの判断主体は、刑事手続では司法、行政手続では行政と異なっており、なにを刑事手続に付するかは、司法と行政の均衡に直結する。

[19]この点は本報告に先立ち、コメンテーターの曾我部真裕教授より示唆を受けた。

# 4. 統治機構の均衡と刑事手続の体系的解釈



## ➤ 憲法31条～40条の 行政手続への適用

凡例：◎刑事同様、○保障はあるが刑事とは程度が異なる場合アリ  
△直接は適用されないが類似の保障アリ、×保証ナシ

憲法の 条文	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40
内容	適正 手続	裁判を受 ける権利	令状 主義 (逮捕)	抑留・ 拘禁の 要件	令状主義、 住居の 不可侵	拷問の 禁止	弁護士 依頼権・ 公開裁 判	黙秘権、自 白法則	一事不 再理、二 重処罰 の禁止	無罪判 決時の 国家補 償
行政手 続への 適用	○	◎(○)	×	×	△	× (△)	△	△	△	×
根拠	成田新 法最判 ほか	(学説上、 論争アリ)	—	—	所持品検 査事件最 判	(刑罰は 刑事手続 のみ。た だし制裁 全体の比 例性)	民事訴 訟法	川崎民商 事件最判 (税務上の質 問検査)	既判力 が類似 効果	—

## 4. 統治機構の均衡と刑事手続の体系的解釈



「Aという行為は、刑事手続に付すべきか」を検討するために、憲法の体系的解釈を用いるという視点は、特に刑事法領域において、連綿と検討されてきたものであり、新しい視点ではない。

➤ 小田中聰樹(1982)<sup>[20]</sup>

(刑事裁判を念頭に置きつつ、特に事実認定の可能性という点においては「民事裁判の場合でも、行政事件、労働事件、公害事件など事件の種類や性質によっては刑事裁判の場合と同様の思考が成立し得るように思われる」とする)「公正な裁判を受ける権利」は、「憲法31条ないし40条、同76条ないし82条を総合して」認めることができ、「とりわけ32条、31条、37条1項、76条3項が主要な根拠となる」。

(私見) 小田中のいう「公正な裁判」は、中村治朗最高裁裁判官(当時)に対する批判の中に置かれているが、本報告との関係で注目すべきは、①小田中の議論が刑事裁判に限定されたものにはなっていない点、②憲法の31条ないし40条と司法権の章をまたいだ根拠づけによる体系的解釈により具体化されている点である。

[20]小田中聰樹「公正な裁判を受ける権利についての覚書」潮見俊隆ほか(編)『現代司法の課題』松井康浩弁護士還暦記念(勁草書房・1982)119頁以下(引用箇所は125頁及び127頁)。

## 4. 統治機構の均衡と刑事手続の体系的解釈



関西学院大学  
KWANSEI GAKUIN UNIVERSITY

### ➤ 仲道祐樹(2025)<sup>[21]</sup>

「一般予防にも、特別予防目的にも資さない処罰を正当化しようとするれば、『犯罪予防に資さない処罰欲求の充足』が刑罰目的であるという前提を置く必要がある」が、「それは非難の伝達を受けるべき地位に個人を置くという意味で個人の尊重(憲法13条)を制約するとともに、拘禁刑であれば居住・移転の自由(憲法22条1項)、罰金刑であれば財産権(憲法29条1項)を制約する国家行為である〈処罰〉を正当化する目的」とはいえない。

(私見) DXにおける社会の変化により刑法学における刑罰論にも課題が突き付けられていることを明らかにする同稿においては、刑事罰が念頭に置かれていることは文脈上明らかであるものの、〈処罰〉はそもそも基本的人権の制約である、という実体法上の理解が示されている点が重要である。

⇒ 本報告との関係でいえば、憲法39条の「刑事上の責任」を論ずる際に、刑事罰以外の罰も含めた**制裁の正当化の本質を考慮することが、自由権との関係で重要である**という示唆を与える。

[21] 仲道祐樹「DXと刑事法」法律時報97巻2号(2025)39頁。併せて、笹倉宏紀「AIと刑事法」山本龍彦(編)『AIと憲法』(日本経済新聞社・2018)419頁以下参照。

## 4. 統治機構の均衡と刑事手続の体系的解釈



体系的解釈を行い、自由権との関係で「制裁」を考えた上で、当該制裁が憲法39条の「刑事上の責任」を問うことにあたるかを検証するというプロセスは、権力分立にとっては根源的インパクトをもたらすものであるはず。

➤ 阪本昌成(2000)<sup>[22]</sup>

「『権力分立』論の目指すところは『権限の区別』の技術と表現されるべきである。」

「複数機関が一つの権限を相互に分有しているからこそ分立論の目指す『機関間コントロール』が可能となる」。

「権力分立技術は、民主主義の産物ではなく、自由主義の産物である。」

⇒ ① 個人的自由と権力分立の「同一視」

② 統治権すべてを法の下に置くことによる「統治の安定化」

[22] 阪本昌成『憲法理論 I [補訂第三版]』(成文堂・2000)161頁以下。ここで展開される阪本の理論には、シュミット『憲法論』からの影響が大きく、シュミット／スメント論争も含めた理論的背景を探求する必要があり、更にその問いは体系的解釈という法解釈方法論の妥当性そのものにも関わる重大な問題であるが、報告者の能力上、本報告では取り上げることができなかつたため、今後の研究課題としたい。

## 4. 統治機構の均衡と刑事手続の体系的解釈



関西学院大学  
KWANSEI GAKUIN UNIVERSITY

### ◆ 3. 及び4. から導かれる結論 : 体系的解釈の必要性 ◆

課徴金制度創設論の憲法上の課題は、体系的解釈により把握される必要があり、その際、人権論はもちろん重要であるが、手続保障との関係における統治機構の権限の均衡(バランス)の変容が、本質的意味を持つ。

「刑事上の責任」(憲法39条後段)を問うことにあたらない課徴金制度を創設することは可能であるが、その際には、厳格な刑事手続に乗せるか、それとも行政手続でやるか、国家が「選べる」ようになる範囲を広げる未来に貢献してしまうおそれがあること、その結果としての統治機構の権限の均衡の変容を問題とし、体系的解釈を実践して第一段階を整理すべきではないか。

## 5. 体系的解釈の実践

### 第一段階において、どのような体系的解釈を行うのか？（試論）

(ア) 「刑事上の責任」に関する憲法31－40条を中心とした関係する憲法の条文を整理。

カテゴリ	内容(条文)
「刑事上の責任」を問う(可能性がある)ことにより正当化されうること	逮捕(33)、捜索・押収(35)、弁護人依頼権を保障した上での抑留・拘禁(34)、苦役(18後)
「刑事上の責任」を問う場面でも許されないこと	拷問及び残虐な刑罰(36)
「刑事上の責任」を問うからこそ許されないこと	不利益供述／自白強要(38)、遡及処罰(39前)、二重処罰(39後)
「刑事上の責任」を問うために最低限必要な条件	適正手続の保障(31)、裁判を受ける権利の保障(32／37 I / 82 II 但書)、証人審問／喚問権(37 II)、弁護人依頼権(37 III)、刑事補償請求権(40)、(政令における「罰則」と法律の委任(73⑥))

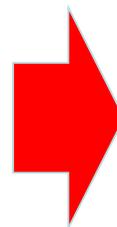


体系的解釈に基づくと、憲法は刑事手続を特別に統制していることが明らかであり、39条の「刑事上の責任」とは、少なくとも、「刑事上以外の領域の責任」と区別されるものであるといえる。

## 5. 体系的解釈の実践

(イ) 31－40条で刑罰として明示されている内容を確認。

	根拠条文
「生命」を「奪われる」	31
「自由」を「奪われる」	31
「拷問」	36(38Ⅱ)
「残虐な刑罰」	36
「抑留又は拘禁」	40(34)



31-40条で文言上明示されているのは生命刑、自由刑、身体刑であることがわかる。  
「その他の刑罰」をどのように規定するかは、31条で立法者に開かれている。

「財産」が31条に列挙されなかったことは、古くから注目されてきた。

## 5. 体系的解釈の実践

### ➤ 宮沢(1974) [23]

憲法31条の規定はアメリカのデュー・プロセス規定と同じ意味に解されるが、「それとくらべると、財産(property)を奪う場合にも「法律の定める手続」が要求されるとされていない点が目につくといわれる。アメリカ憲法の「妥当な法の手続」によらずに「財産」を奪うことができないという規定が、多くの社会立法を違憲とすることに役立ったことを考えると、社会国家の理念を強調する日本国憲法としては、この規定に「財産」の文字を入れなかったのは、当然と見られるかもしれない」。

・・・ 次頁で引用するゲルホンの批判を取り上げた上で、「判例の解釈では、この批判があたっているようには見えない」と指摘。

[23] 宮沢俊義『憲法Ⅱ [新版]』(有斐閣・1974)415頁。併せて、田中英夫「憲法第31条(いわゆる適法手続条項)について」同『デュー・プロセス』(東京大学出版会・1987)281頁以下参照。

## 5. 体系的解釈の実践

### ➤ ゲルホン(1959)<sup>[24]</sup>

憲法31条の規定には、アメリカ憲法との間に3つの相違点があると批判。

- ① 「法律の定める手続」か「公正な手続」か
- ② 刑罰の性質を有しない自由の剥奪に対する手続的保護の欠如
- ③ 「憲法31条においても、憲法の他の規定においても、財産権を、それに対し影響を及ぼす恣意的な手続から守るための規定を明示的においていない」こと

→ 「政府の不公正な手続が行われたとしても、それが均衡をとりもどすための良い裁判例によつて相殺されるであろうかどうかを観察する機会もいまだ生ずるに至っていない」が、「私は、日本国憲法の高邁な抱負が法律適用上の粗本<sup>[引用者注:原文ママ]</sup>な方法によつて無に帰せしめられないがためには、この手続の問題は、継続的な研究と省察をもつとも緊急にうけるに値いする分野の一つであると信ずる」と指摘。

[24] ウォルター・ゲルホン(著)早川武夫／山田幸男(訳)『日本国憲法についての論評』(憲法調査会事務局・1959)13頁以下。

## 5. 体系的解釈の実践

ここまでの体系的解釈から、「現行法上、刑事上の責任を問う形態として想定されている刑罰には、①憲法上明示されている類型と、②そうでない類型が存在する」ことがわかる。

☞ ここから二つの帰結を導く(ウ)。

## 5. 体系的解釈の実践

(ウ)① 刑罰として憲法上明示されている類型を、行政制裁として課すことはできない。

→ 具体的には、死刑、拘禁刑、拘留などの生命・自由刑(及び現行法上はないが身体刑)。

∴ 刑事独自に課されている手続保障と、これに結びついた司法の権限は、これらの明示された刑罰類型を前提とする。

この点の均衡を揺るがすことは、もともと憲法が決定した刑事手続保障の意義を潜脱し、ひいては司法の権限を著しく弱体化させるおそれがある。

## 5. 体系的解釈の実践

(ウ)② 憲法に明示された刑罰以外の、憲法31条における「その他の刑罰」が、法律に刑罰として明記されている場合であっても、その類型を刑事手続に限定する必要は、憲法の観点からは生じない。

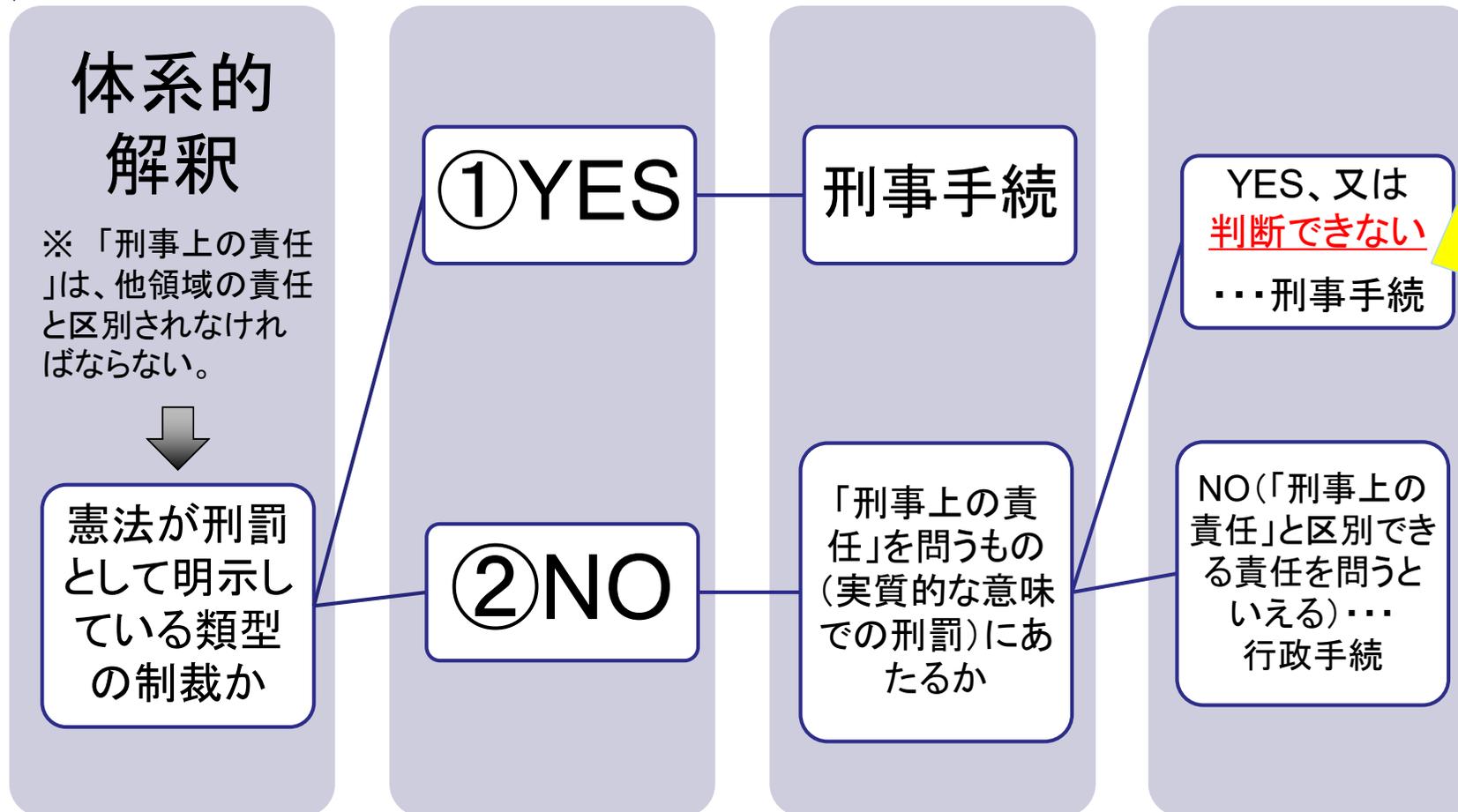
→ 具体的には罰金・科料のような金銭制裁。

しかしその場合でも、特定の制裁が憲法39条後段の適用を受けるか受けないかを判断する必要はある。

∴ 「刑事上の責任」とその他の責任を区別することが必要であるところ、法律上両手続において当該類型の制裁を行いうる場合、制裁の形式では区別できない(第一段階で求められているのは「区別」である)。

# 5. 体系的解釈の実践

(ウ)



憲法が要請しているのは「区別」であり、その根拠は「刑事上の責任」を問う場合には刑事手続に付し、刑事裁判を受けることを権利として保障することで、憲法が特に強い司法的保護を個人に与えている点にある。  
→ そうだとすると、「判断できない」場合には刑事手続保障にかかる整理されることになる。

## 5. 体系的解釈の実践

### ➤② 「刑事上の責任」を問うものかどうかの判断基準について

体系的解釈に基けば、憲法31－40条が画している限界に付しているわけではない。

(以下検討中)

そうだとすると、「刑事上の責任」を問うことに当たるか否かを判断する基準は、原則として、刑事法学において蓄積された議論(ex. 刑罰論、法益論)が提供することになるのではないか([7]の佐久間参照)。

∴ 高橋和の言う「二重起訴に当たるか」を判断するとしたら、それは刑事法における起訴の意味との重なり合いにより評価される以外にない。

[25]なお現実的ではないが、憲法で明示されていない刑罰の種類を専ら行政制裁でのみ問うとする(つまり刑法において罰金や科料を刑罰として規定せず、自由刑の代替や減刑結果としてのみ刑罰として科す)抜本的な法改正を行なう可能性があるかという点については、39条との関係に限って言えば、法律上の問題として許容されると考えられる。ただし、現状の司法と行政のバランスを大きく変更する立法者の判断であること、財産権(29条)、平等原則(14条1項)などとの関係から、立法裁量の範囲内の法改正として許容されるかが問われうると思われるが、報告者自身は未だ結論を留保している。この点については、仲道祐樹教授(早稲田大学)と意見交換を行った際に示唆を受けた。

## 6. まとめ

冒頭の間： 個人情報保護法3年ごと見直しで検討されている事業者等への課徴金賦課は、「刑事上の責任（憲法39条後段）」を問うことにあたりうるか？

（体系的解釈に基づく一応の）解： 金銭的制裁について、その制裁が「刑事上の責任」を問うことに当たるか否かの基準を憲法が直接に提供しているわけではないため、現行法上の刑罰としての罰金や科料との関係で、明確に区別できるのであれば、「刑事上の責任」を問うことにあたらない。ただし「刑事上の責任」を問うことと区別されることを、立法者は明示しなければならない。

## 6. まとめ

本報告は、憲法39条論の内容として、新しいことを述べているわけではない。

ただ、憲法は「刑事上の責任」という文言を通じて何を規律しているのか、という点について、体系的解釈を実践することで、以下の4点を明らかにした点に、独自の意義がある。

### 体系的解釈

① 制裁の類型的峻別機能を、憲法39条後段解釈論の第一段階(制裁の性質論)が有していること

② ①の機能は、第二段階(罪刑均衡論)での審査とは区別される  
手続保障の意義があること

③ ②の手続保障が  
権力分立の均衡を保つことに資すること

④ 憲法の直接的要請と、刑法上の刑罰であるが故に憲法の要請に服する部分の、区別可能性を示したこと

ご清聴ありがとうございました。

関西学院大学総合政策学部専任講師 小西 葉子

