

## 憲法 39 条の体系的解釈と刑事制裁・行政制裁 ——個人情報保護法の課徴金制度創設に向けた予備的考察

小西 葉子<sup>1</sup>（関西学院大学）

### 要 旨

本稿は、行政制裁としての課徴金の個人情報保護法への導入議論に向け、憲法 31 条から 40 条の体系的解釈という手法を用いて、憲法 39 条後段の解釈を論ずるものである。

筆者はまず「なぜ憲法学が『制裁の性質』を論じなければならないのか」という問い A を、刑事制裁と行政制裁の違いという観点から明らかにし、「制裁の性質」論を憲法 39 条の「刑事上の責任」との関係で整理した（2.）。結果、憲法 39 条が「刑事上の責任」という文言を用いている意義は、刑事制裁が科せられる犯罪と、その他の制裁に服する不法行為を分けた上で、刑事制裁を規律することを明らかにしているという点にあることが分かった。一方で、現在の憲法学において有力に主張されている「刑事制裁と行政制裁の併科を、基本的に“罪刑均衡”の問題と捉える」理解（理解 A）に対する疑問が生じた。

そこで「理解 A は憲法解釈論として適切なのか」という問い B について、学説の議論を参考に検討した（3.）。結果、刑事制裁と行政制裁の併科においては、制裁の性質を問う第一段階と、罪刑均衡を問う第二段階という二つの憲法上の争点を取り扱う段階があるところ、理解 A の憲法解釈論に依拠することにより、第一段階が希薄化し、憲法が手厚い手続保障の適用を直接予定する刑事手続に付されるべき個人が、その保障から外れてしまうおそれがあるのではないか、という懸念が明らかとなった。この懸念を踏まえて憲法上の「刑事上の責任」をどのように解するべきか、体系的解釈の手法を用いて論じた。具体的には、憲法 32 条及び 31 条を中心とした憲法 31 条から 40 条の体系的解釈の試みを実践し、憲法 39 条後段の「刑事上の責任」の意義を、①「生命若しくは自由を奪はれ」る制裁については、「刑事上の責任」を問う手段としてしか科しえない、②「その他の刑罰」である金銭制裁については立法に委ねられている部分が大きい、当該制裁が「刑事上の責任」を問うものか否かが区別できない／判断できない場合には、憲法が定めた刑事手続に付される個人の司法的保護を体系的に貫徹するため、憲法 39 条後段の「刑事上の責任」を問うものとみなすべきである、という二点から明らかにした（4.）。

この結論から、個人情報保護法における課徴金制度創設論に対して示唆されるのは、「当該課徴金制度が、いかなる意味において刑事制裁と区別できるのか」を説明することが、立法過程においては憲法適合性に関する立法府の説明責任の充足、行政争訟においては主張立証責任の分配の問題であり、②に従えば、その説明責任・主張立証責任は国家が負うことになるという帰結である。したがって国は、課徴金制度創設段階において、当該制度により課される制裁と刑事制裁との区別を、明瞭に行うべきである。

**キーワード：**憲法 39 条、刑事制裁、行政制裁、課徴金、体系的解釈

<sup>1</sup> 関西学院大学総合政策学部専任講師

## 1. はじめに

本稿は、行政制裁としての課徴金の個人情報保護法への導入議論に向けて、憲法 31 条から 40 条の体系的解釈という手法を用いて、「刑事上の責任」と「制裁の性質」論に立ち返った憲法 39 条後段の解釈を論ずるものである<sup>2</sup>。

憲法 39 条後段の解釈論は、日本国憲法制定直後から、これが一事不再理効を定めるものなのか、二重処罰の禁止を定めるものなのか、という英米法と大陸法の継受との関係から、問題とされてきた<sup>3</sup>。しかし、佐伯仁志が『制裁論』において、「憲法 39 条は、二重訴追の禁止という手続上の保障に限定して理解するのが、すっきりしている」と述べて以降<sup>4</sup>、戦後憲法学における 31 条から 40 条に対する従来からの相対的無関心も関係して、憲法 39 条後段の実質的な意義を検討する憲法学の営みは、下火になっているようにも思える。

憲法は、36 条や 39 条、31 条をはじめとする複数の規定において、明示的に刑罰の在り方を制限している。立憲主義的意味の憲法は、国家権力の暴走を抑止するものとして存在し、そして刑罰は、国家権力による暴力独占の最たる結果として存在するためである。そうだとすれば、「制裁の性質」論は、本来、憲法学が向き合うべき領域であるはずである。

しかし、そもそも憲法論としての「制裁の性質」論の必要性は、必ずしも自覚的に論争の対象となってこなかったのかもしれない。この問題意識から、筆者はまず、「なぜ憲法学が『制裁の性質』を論じなければならないのか」という問いを立て、憲法 39 条の「刑事上の責任」との関係で整理することを通じて検討する（2.）。次に、この検討の結果から生じた「刑事制裁と行政制裁の併科を、基本的に“罪刑均衡”の問題と捉えるという理解は、憲法解釈論として適切なのか」との問いを、宍戸常寿と高橋和之の見解の、（微妙だが重要な）差分に着目しながら検討する（3.）。そして、ドイツ憲法学における体系的解釈論のメリットとデメリットを踏まえた上で、憲法 32 条及び 31 条を中心とした憲法 31 条から 40 条の体系的解釈の試みを実践し、憲法 39 条後段の「刑事上の責任」の意義を明らかにし、その意義から導かれる個人情報保護法における課徴金制度創設に向けた示唆に言及する（4.）。

## 2. 「刑事上の責任」と「制裁の性質」という問題の所在

### 2. 1. 用語の整理

「制裁の性質」論の要否を検討するに先立ち、複数の用語の整理をしたい。この後参照する先行研究では、制裁・処罰・刑罰に関する複数の用語が用いられているところ、その定義の認識が必ずしも共有されているわけではないようにも思われるためである。

最も大きな括りをなすのは、「制裁」という用語である。後述するとおり、現在の制裁論

<sup>2</sup> 本稿は、2025 年 2 月 21 日に開催された情報通信法学研究会メディア法分科会において、筆者が報告した内容を基礎として、更に研究を深めたものである（当日の報告資料につき、小西葉子「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」情報通信法学研究会メディア法分科会（令和 6 年度第 2 回会合）資料 1（2025）

（[https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000992577.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000992577.pdf)）参照。なお本稿における全ての URL の最終閲覧日は、2025 年 10 月 14 日である）。

<sup>3</sup> 團藤重光「憲法第 39 条と『二重の危険』」法曹時報 1 巻 2 号（1949）38 頁以下以降、多くの先行研究がある。

<sup>4</sup> 佐伯仁志『制裁論』（有斐閣・2009）95 頁。

の基礎を形成した佐伯も参照<sup>5</sup>するのは、田中成明による定義である。田中は、「法的制裁は、言うまでもなく、社会的制裁の一特殊形態である」と定義した上で、「社会的に重要な意義をもっていると通常考えられている害悪」を、主体・条件・内容・手続等の面で「社会的に組織化」されたかたちで加えるもので、その制裁の重要部分が「究極的には物理的実力の行使によって保障されている」という特徴を持つものである、と定義した<sup>6</sup>。本稿ではひとまず、この「制裁」の理解を第一の前提としよう。

第一レベルの「制裁」のもとに、第二レベルの区分たる「刑事制裁」と「行政制裁」がある。佐伯は、「行政制裁」とは「行政法上の義務違反に対する制裁」であり、更に行政制裁は「一般に行政罰と呼ばれているが、行政罰に何を含めるかについては、学説上争いがある」と述べる<sup>7</sup>。ここで注意しなければならないことは、行政制裁の中に「行政刑罰」という刑事罰を含むとする整理があり得る点である<sup>8</sup>。そうだとすると、佐伯説を基盤として議論を展開する本稿において「刑事制裁」と「行政制裁」を区別する限りにおいてはいかなる法秩序違反に対する制裁か、によって両者を区別することとなる。また懲戒罰（懲戒処分）は、山本隆司が整理したとおり、このいずれとも異なるものとして区別される<sup>9</sup>。

第三レベルは、「行政制裁」の定義に内包される複数の類型である。上記の通り、「何を含めるか」について争いがあることを前提とした上で、本稿では後述するとおり現在の憲法学においても一定の共通認識の形成に貢献するものとして、引き続き佐伯の整理を参照したい。まず、①「行政上の義務違反に対して刑罰が科される」ことを意味する「行政刑罰」、②「行政上の義務違反に対して」「行政罰としての過料」を科すことに代表される「秩序罰」の区分がある<sup>10</sup>。①の場合、行政上の義務違反行為に反社会性が認められるが、②の場合、「当該行為がそれ自体当然に反社会性を有するわけではなく、また、それ自体直接に行政目的を侵害するわけでもなく、単に行政上または訴訟上の秩序を維持するために制裁として科されるもの」と理解される。しかし「行政刑罰と秩序罰の区別も、刑法犯と行政犯の区別と同様に、程度問題であって、必ずしも明確なものではない」<sup>11</sup>。このように、制裁の性質による区別は、限界事例においては明確なものではない場合がある、ということは、本稿の議論を始める前提として共有しておくべき事項である。

例えば、①の行政刑罰という類型化は、刑事手続において裁かれるものでありながら、刑法上の法益侵害と行政上の義務違反とが区別できることを前提にしているが、法律の条文上にその区別が明記されているわけではない。そうだとすると、行政制裁としての行政刑罰

<sup>5</sup> 佐伯、同上、7 頁。

<sup>6</sup> 田中成明『法的空間——強制と合意の狭間で』（東京大学出版会・1993）141 頁以下。なお田中は同書を通じて、否定的サンクションだけでなく肯定的サンクションにも目を向けるが、「現在のところ、法的制裁として圧倒的重要性をもっているのは否定的制裁であり、法的制裁と言えば、通常、否定的制裁だけが考えられている」とする（同上）。

<sup>7</sup> 佐伯、前掲注 4、9 頁。

<sup>8</sup> 宇賀克也「行政制裁」ジュリスト 1228 号（2002）50 頁は、「行政制裁」及び「制裁」の語の定義の困難さを指摘する。

<sup>9</sup> 山本隆司「行政制裁に対する権利保護の基礎的考察」磯野弥生ほか（編）『現代行政訴訟の到達点と展望』宮崎良夫先生古稀記念論文集（日本評論社・2014）263 頁以下。

<sup>10</sup> 佐伯、前掲注 4、9 頁以下。

<sup>11</sup> 佐伯、同上、10 頁。

なのか、刑事制裁としての刑事罰なのかを区別することの困難が、そもそもこの区別に内包されているということについては自覚的でなければならない。

その他、③法令違反行為を「反則行為」とし、通告に対して支払いを完了したら公訴提起を免れる効果を有する「反則金」、④元来は不当利得篡奪の処分を科すことで、将来の違反行為抑止を目指すものと位置付けられていた「課徴金」、⑤税法上の「加算税・加算金」、⑥「許可の取消し・停止」、⑦義務の不履行又は行政指導に対する不服従の事実の「公表」を、佐伯は取り上げている。特に本稿では、④を意識した議論を行う。

## 2. 2. なぜ憲法学は「制裁の性質」を論じなければならないのか

前項で確認したとおり、制裁の性質による区別は、そもそも定義の段階で必ずしも明確に行うことが出来るものではない。にも関わらず、なぜ筆者は、いまなお憲法学が「制裁の性質」を論じるべきだと考えるのか。その理由を、説明をしておかなければならない。

最大判昭和33年4月30日民集12巻6号938頁は、対象、非裁量性、目的、主体・手続・形式の異なる制裁の併科<sup>12</sup>が、憲法39条後段違反とはならないと判断した。この判断は、後続する最判昭和45年9月11日刑集24巻10号1333頁において「趣旨、性質」が異なる重加算税と刑罰の併科を憲法39条違反としないとする判断へと踏襲されている<sup>13</sup>。

しかし、個人情報保護法の3年ごと見直しにおいて継続的に導入が検討されている課徴金制度は、刑事制裁とは異なるものとして、つまり行政上の義務違反に対する制裁として、限定された性質の制裁であるといえるのだろうか。もともと独占禁止法の領域で展開してきた課徴金制度は、先述のとおり、不当利得篡奪型であることを理由として、制裁型の「刑罰」とは異なると解されてきたが、2005年の独占禁止法改正以降、独占禁止法上の課徴金の性質は制裁型へと転換していると評されている<sup>14</sup>。ともに制裁的意義を有する点が共通する中で、当該制裁が刑事制裁か行政制裁かを、なんらかの形で区別し、併科を許容するという結論を導くとすると、憲法39条後段違反を惹起しないかどうかは、制裁の性質の違いという基準に依拠することになる。本稿はこの性質の違いの判断において、憲法から導かれる基準等があるのか、仮にそのような基準があるとして、それはいかなるものか、という点を検討しようとするものである（したがって不当利得篡奪や保安処分など、そもそも制裁を目的としない処分については本稿の検討の射程外である）。

筆者が、個人情報保護法において継続的に制定が検討される課徴金制度について、刑事制裁との「性質」の違いがあるのかという疑問を感じたきっかけは、個人情報保護法3年ごと見直しの議論の渦中にあった2024年の第283回個人情報保護委員会における中川丈久の「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

<sup>12</sup> 要素の抽出については、宍戸常寿「課徴金制度と二重処罰」ジュリスト1510号（2017）38頁に従った。

<sup>13</sup> 本判決のほかに昭和33年判決を踏襲するものとして、最判平成10年10月13日判時1662号83頁などがある。

<sup>14</sup> 大島義則「個人情報保護法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——刑事合意制度との比較の視点から——」現代法学47号（2024）38頁参照。

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。」という指摘であった<sup>15</sup>。

もし刑事制裁としての「性質」を有する制裁を、行政制裁の一種たる課徴金として科すことがあるとすれば、日本国憲法においては 31 条から 40 条に定められた刑事手続保障の潜脱を惹起するおそれがある。例えばドイツの刑法学者である T.J.ミチェリは、犯罪と不法行為に対する制裁について、効果は実質的に同じであるにもかかわらず、手続法上の構造が著しく異なる点に着目する。経済学的機能の観点から議論を開始するミチェリの視点は、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?」という 2 つの問いに集約される<sup>16</sup>。

### 2. 3. 法化／非法化、そして犯罪化／非犯罪化

なぜ法は、刑事制裁とそれ以外の二つの領域を必要とするのだろうか。犯罪と不法行為の分化という歴史的経緯も極めて重要であるが、この点については安藤泰子が充実した先行研究を著しており<sup>17</sup>、現状筆者は研究の途上にあることから、本稿では法化／非法化、犯罪化／非犯罪化という学術的観点について取り上げたい。

はじめに、民法学における法化／非法化の議論に遡ってみよう。北村一郎によれば、「非法」とは「法が現在すべき理論的な使命を有するような一定数の人間関係における法の不存在」である<sup>18</sup>。北村の議論を紹介しつつ、日仏の家族法における「非法」の状況のズレを示した森山浩江は、日本においては「個人の生き方の選択を国が強いる」ような裁判官の介入がある一方で、「弱者の保護が必要とフランスで考えられている場では、日本の裁判官はできるだけ介入しない」という状況が起きていることを指摘した<sup>19</sup>。この理解は、民法学においては「家族法の特异性を主に『人倫』ないし『道徳』の側面に求め、それを果たして法の中に取り込んで良いものかという点について基本的に懐疑的な姿勢をもち、家族法の中でも家族財産法の部分（夫婦財産制、扶養義務、相続）のみを法として扱おうとする」考え方、すなわち「家族財産法以外の家族法を、公法の領域ではなく、法の外の領域へと位置づける考え方」に繋がる<sup>20</sup>。

<sup>15</sup> 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）（[https://www.ppc.go.jp/files/pdf/240510\\_shiryou-1-2.pdf](https://www.ppc.go.jp/files/pdf/240510_shiryou-1-2.pdf)）3 頁注 6。中川は、課徴金と刑事制裁の性格の違いを、非常に丁寧に論じているし、引用した指摘は実効性確保というエンフォースメント全般に共通する重要な事実上の問題意識であることにも、筆者自身はまったく異存がない。

<sup>16</sup> トーマス・J・ミチェリ（著）高橋直哉（訳）『刑罰のパラドックス——刑事司法の経済学について考える——』（中央大学出版部・2023）83 頁。

<sup>17</sup> 安藤泰子『刑法の分化史』（成文堂・2023）参照。

<sup>18</sup> 北村一郎「《非法》（non-droit）の仮説をめぐって」中川良延ほか（編集委員）『日本民法学の形成と課題（上）』星野英一先生古稀祝賀（有斐閣・1996）5 頁。

<sup>19</sup> 森山浩江「水野法学における解釈論と母法研究」大村敦志ほか（編）『家族法学の過去・現在・未来』（有斐閣・2025）38 頁以下。

<sup>20</sup> 水野紀子「中川理論——身分法学の体系と身分行為理論——に関する一考察」山畠正男

このような法化／非法化の問題は、伝統的には、貞操義務違反の非犯罪化との関係で語られてきた。民法 770 条 1 項 1 号の定める離婚原因を間接的根拠とする私法上の貞操義務は、森山によって「配偶者以外の者と性的関係を持たない」ことを含む「極めて私的な領域の内容の義務が、法的義務として課され、他方で明文の根拠規定もなければその定義も明らかではないという事態は、私的自治あるいは意思自律を重要な一原理と認める近代法の制度においては、ある意味では不思議」である、という観点から語られているが<sup>21</sup>、私法上の貞操義務違反は、戦前においては、刑事罰の課される公法上の違法行為でもあった。日本では近世以前、夫は複数の妻を持つことが許されており、「他方で、妻が夫以外の男性と性的関係を持つことは、古代、中世までは刑罰をもって規制されるようなことはなかったが、武家社会の形成とともに、父系の血族を基準とした『家』制度が成立するようになると、妻の婚姻外の性的関係は夫の家の血統を乱すものとして厳しく取り締まられるようになった<sup>22</sup>。この背景を受け継いだのが戦前の男女不平等な内容を有する姦通罪であったが、姦通罪は 1947 年に廃止される<sup>23</sup>。

注目すべきは、姦通罪廃止の背景である。旧刑法 183 条は、姦通罪の規定として「有夫ノ婦姦通シタルトキハ二年以下ノ懲役ニ処ス其相姦シタル者亦同シ（1 項）前項ノ罪ハ本夫ノ告訴ヲ待テ之ヲ論ス但本夫姦通ヲ縦容シタルトキハ告訴ノ効ナシ（2 項）」との定めを置いていたが、1947 年に施行される日本国憲法 24 条のもとで同規定が維持できるかどうかの問題となった。そこでは「妻だけでなく夫にも姦通罪を適用するか（両性適用論）、それとも、姦通罪自体を廃止するか（廃止論）」が議論されたが、臨時法制審議会での審議の結果では「廃止論が両性適用論を 1 票上回るだけという僅差で廃止論採択となった」<sup>24</sup>。第一回国会参議院司法委員会会議録第 11 号を参照する憲法学者・奥平康弘は「この領域では刑法は手を引くべきだと、姦通罪撤廃論を主張した」人物が、裁判官たる三宅正太郎と、刑法学者・牧野英一の二名であった点に注目した<sup>25</sup>。説明するまでもなく、牧野は新派刑法学の代表<sup>26</sup>、主観主義刑法学の泰斗である<sup>27</sup>。

このような文脈において語られてきた非犯罪化について、現在の憲法 39 条論に多大な影響を及ぼす佐伯は、刑事制裁と行政制裁の視点から言及している。佐伯が、道路交通法違反のほか、「比較的軽微な行政犯についても非犯罪化を検討すべき」であるとし、その際には

---

先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古稀記念論文集刊行発起人（編）『民法学と比較法学の諸相Ⅲ』（信山社・1998）294 頁以下。ただし同 309 頁注 62 は、ジャン・カルボニエのいう「非法」と、ここでいう「法の外の領域」についての相違を指摘している。

<sup>21</sup> 森山浩江「貞操義務に関する一考察——*devoir de fidélité* と法・非法の関係をめぐって」潮見佳男先生追悼論文集（家族法）刊行委員会（編）『家族法学の現在と未来』（信山社・2024）21 頁。

<sup>22</sup> 松本克美「貞操義務の非法化」二宮周平（編集代表）『婚姻と離婚』（日本評論社・2020）135 頁以下。

<sup>23</sup> 刑法の一部を改正する法律昭和 22 年 10 月 26 日法律第 124 号。

<sup>24</sup> 松本、前掲注 22、142 頁。

<sup>25</sup> 奥平康弘『日本人の憲法感覚』（筑摩書房・1985）105 頁。

<sup>26</sup> 平場安治（編著）『刑罰の思想』（新有堂・1978）27 頁〔中義勝〕。

<sup>27</sup> 嘉門優『法益論——刑法における意義と役割——〔増補版〕』（成文堂・2025）40 頁以下。

「行為の違法性・有責性の程度だけでなく」、「調査の主体・権限」、「執行の担保」も考慮すべきだと述べていることから分かるとおり<sup>28</sup>、犯罪化／非犯罪化という視点は、憲法・行政法・刑事法・民事法を横断する問題意識なのである。

この視点から日本国憲法の文言を見てみると、憲法 39 条が「刑事上の責任」という文言を用いていることは、刑事制裁が科せられる犯罪と、その他の制裁に服する不法行為を分けた上で、刑事制裁に関する事項を規律することを明らかにする意味があることがわかる。しかしその境界は可變的でもあり得る、ということ、非犯罪化という争点は示している。

ここまで論じてきた犯罪と不法行為、刑事制裁と民事・行政上の制裁の違いに関わる問題は、「制裁の性質」の問題であって、「罪刑均衡」の話ではない。しかし後述するとおり、現在の憲法学においては、刑事制裁と行政制裁の問題を、主として罪刑均衡の問題である、と考える見解が有力に主張されている<sup>29</sup>。そこで筆者は「刑事制裁と行政制裁の併科を、基本的に“罪刑均衡”の問題と捉えるという理解は、憲法解釈論として適切なのか」という問いについて、学説の議論状況を踏まえて論じていく。なお、刑事制裁と民事・行政上の制裁の併科が許される場合に、制裁を総体として見た時の「罪刑均衡」が保たれるべきだという考え方自体には、筆者は全面的に賛同しているため、本稿ではこの点について、主たる問題としては取り扱わない。

### 3. 学説の状況

#### 3. 1. 憲法学の理解——佐伯説を前提として

現在の日本の憲法学の 39 条論は、基本的に佐伯の考え方を基礎としている（ただしその受容の在り方は、後述のとおり必ずしも一律ではない）。まず佐伯説の概要について、もっとも基本的な考え方が示された『制裁論』第 2 章第 1 節を確認していく。同節の初出は 1994 年<sup>30</sup>である。

佐伯は、憲法 39 条の二重処罰の禁止の原則に関する学説の議論をたどった上で、手続的・実体的負担の問題が混迷して語られてきたことを指摘する。その上で、独占禁止法の課徴金制度について「課徴金をおよそ制裁でないとするには、疑問がある」という出発点から

<sup>28</sup> 佐伯、前掲注 4、28 頁以下。同 63 頁は「行政刑罰を抑止力のあるものに改めるとともに、刑罰以外の行政制裁制度を整備して、刑罰の使用を必要不可欠な事案に限定していくことが必要である」と指摘している。なお同様の問題意識から、2025 年現在、行政上の実効性確保法制の検討が進んでいる（宇賀克也『行政の実効性確保——行政代執行を中心として』（勁草書房・2024）、高橋滋（編著）『行政の実効性確保法制の整備に向けて——統一法典要綱案策定の試み』（民事法研究会・2023）参照）。

<sup>29</sup> 本稿では宍戸常寿、高橋和之の二憲法研究者の見解を中心に扱い、他の論者の見解の相違に立ち入ることができないが、理解の相違を確認するにあたり、以下の諸文献を参照した。渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権 [第 2 版]』（日本評論社・2023）332 頁〔松本和彦〕、木下智史／只野雅人（編）『新・コンメンタール憲法 [第 2 版]』（日本評論社・2019）428 頁、毛利透ほか『憲法Ⅱ 人権 [第 3 版]』（有斐閣・2022）344 頁〔浅野博宣〕、芹沢斉／市川正人／阪口正二郎（編）『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社・2011）289 頁〔青井未帆〕。

<sup>30</sup> 佐伯仁志「二重処罰の禁止について」松尾浩也／芝原邦爾（編）『刑事法学の現代的状況』内藤謙先生古稀祝賀（有斐閣・1994）275 頁以下が初出。

31、「課徴金を制裁と考えたとしても、刑罰との併科が直ちに憲法 39 条に反するという事にはならない」とする帰結が、「憲法 39 条は『刑事上の責任』と規定しており、それが実体的負担を意味するのである、手続的負担を意味するのである、行政制裁または行政手続に適用があることの説明が必要だから」という理由に基づいて導かれる、とした（下線部は筆者が付した。下線部の見解を、以下佐伯見解 X と呼ぶ。後述の体系的解釈を通じて論じるとおり、筆者は基本的に佐伯の考えに依拠し、憲法 39 条の問題を「二重起訴」に限定して捉える立場をとるが、4. にて後述するとおり、刑事手続保障の担保のため「刑事手続の適用がない」ことこそ説明する必要があると考えるため、佐伯見解 X に限っては賛同しない）<sup>32</sup>。

そして「憲法 39 条がアメリカ合衆国の二重の危険の考えの影響を受けたものであることについては（そのまま継受したかどうかは別として）大方の同意がある」ことから、「アメリカ合衆国連邦憲法の二重処罰の禁止に関する判例を検討することを通じて、わが国における問題を考えていく」という比較法のアプローチを通じた憲法 39 条の検討を試みる<sup>33</sup>。刑事罰と、行政制裁たる制裁金（civil penalty）の両方を規定する法律が多くあるアメリカにおける合衆国憲法修正 5 条「何人も同一犯罪について、重ねて生命身体の危険に臨ましめられることはない」の解釈に関する判例分析である。

判例分析の結果、一連の判例が二重訴追の禁止と二重処罰の禁止を分けた上で「二重処罰の禁止は、立法者の権限を制約するものではない、という見解」をとっていることが明らかにされ<sup>34</sup>、次にそのような判例の見解の帰結として「立法者が規定した刑罰が全体として憲法上許容されるものかどうかは、二重処罰の禁止の問題ではない、というだけ」のことが導かれる<sup>35</sup>。この限りにおいて、佐伯は判例の見解を肯定的に評価し、二重処罰の禁止が立法者をも拘束する原則だと解する Hunter 事件<sup>36</sup>におけるマーシャル判事の見解を批判する。

また行政制裁と刑事罰の併科に関しては、「二重処罰と二重訴追を明確に分けていない」Halper 事件<sup>37</sup>の法廷意見が「刑罰（punishment）の概念は、民事法と刑事法の両方にまたがっており、民事的制裁も刑事的制裁も、具体的事件における適用が刑罰目的に奉仕している場合には、刑罰となる」と指摘した<sup>38</sup>ことを引いた上で、佐伯は本判決を、「抑止を目的とする行政制裁を刑事罰と別個に科すことは直ちに二重処罰となる」という理解は「行政制裁の使用を著しく制約することになる」と論難し、「むしろ、行政制裁が刑罰的機能を有することを正面から認めながら、刑罰との併科は、相対として罪刑均衡がとれているかという観点から制約するという方法を考える方が望ましかったのではないであろうか」と述べた<sup>39</sup>。

31 佐伯、前掲注 4、75 頁。

32 佐伯、同上、76 頁。

33 佐伯、同上、76 頁以下。

34 佐伯、同上、81 頁。

35 佐伯、同上、82 頁以下。

36 Missouri v. Hunter, 459 U.S. 359, 366(1983), at 369-374.

37 United States v. Halper, 490 U.S. 435(1989), at 447-448. 佐伯、前掲注 4、92 頁、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣・2011）145 頁参照。

38 佐伯、同上、87 頁。

39 佐伯、同上、93 頁以下。



以上の検討の結論として、佐伯は「わが国における解釈」についての「示唆」として 5 点を挙げる。①「二重訴追の禁止という手続面での問題と二重処罰の禁止という実体面での問題は、明確に区別」すべきである、②二重処罰の禁止は、罪刑法定主義のコロラリーであり、立法者の権限を拘束しない、③②のように解した二重処罰の禁止を憲法 39 条の保障に「含ませる意味はあまりない」、④「立法者の刑罰権の実体面での制約原理は、二重処罰の禁止ではなく、罪刑均衡の原則に求めるべき」である、⑤行政制裁と刑事罰との併科は、「併科が立法者の意図である限り、その制約は、二重処罰の禁止ではなく、罪刑均衡の原則からなされるべき」という 5 点である<sup>40</sup>。議論の過程からみて、佐伯説の最大の焦点は「憲法 39 条は、二重訴追の禁止という手続上の保障に限定して理解するのが、すっきりしている」という本稿冒頭で示した主張<sup>41</sup>にあるといえる（下線部は筆者が付した。下線部見解を、以下佐伯見解 Y と呼ぶ。筆者は、佐伯見解 Y を支持する）。

では日本の憲法学は、佐伯説をどのように受け止めているのか。日本の憲法学が佐伯説を受け止める過程には、明確な議論の急先鋒たる論者がいる。宍戸常寿である。憲法学からの議論が少ない中、宍戸は 2016 年<sup>42</sup>、2017 年<sup>43</sup>、2020 年<sup>44</sup>に、課徴金制度をテーマとする論文を公表している（以下それぞれ、宍戸（2016）（2017）（2020）と表記する）。以下、現在の憲法学における憲法 39 条論の捉え方を論ずるにあたり重要な視点として、まず宍戸の上記三論文を取り上げ、次に高橋和之の単著・共著の教科書記載の相違から、宍戸の理解について考えてみたい。

### 3. 2. 宍戸常寿三論文

宍戸（2016）は、後述する山本隆司の議論を契機とした行政法学における行政制裁をめぐる議論の活発化を端緒として「憲法学の観点から裁量型課徴金制度に関する論点を概観整理する」目的で著されたものであり、2016 年公正取引委員会に設置された「独占禁止法研究会」が課徴金制度について論じている時期に発表された<sup>45</sup>。

宍戸（2016）の焦点は、「刑罰と行政上の措置の併科を原則的に問題としない判例の傾向に加えて、1990 年代半ば以降の理論動向を踏まえ」、「憲法 39 条論の強烈な磁場から身を引き離」すことにある<sup>46</sup>。その実務上の意義は、「課徴金が『行政上の措置』だから裁量が許されないと論ずるのは、法律の留保原則から見れば明らかに異質の議論であり、憲法 39 条論の過剰な磁場によるもの」だと評する点に表れており、この実務上の意義を意識する宍戸は、「同一の行為に対して刑罰と行政制裁を併科することは、直ちに憲法 39 条に違反するものではないが、それは同時に罪刑均衡原則（憲 36 条）ないし比例原則に反しないもの

<sup>40</sup> 佐伯、同上、94 頁以下。

<sup>41</sup> 佐伯、同上、95 頁。この言説は、③の指摘の中で示されている。

<sup>42</sup> 宍戸常寿「憲法学から見た裁量型課徴金制度」宇賀克也／交告尚史（編）『現代行政法の構造と展開』小早川光郎先生古稀記念（有斐閣・2016）775 頁以下。

<sup>43</sup> 宍戸、前掲注 12、37 頁以下。

<sup>44</sup> 宍戸常寿「課徴金制度をめぐる論点」法律のひろば 2020 年 10 月号（2020）24 頁以下。

<sup>45</sup> 宍戸、前掲注 42、777 頁。

<sup>46</sup> 宍戸、同上、777 頁以下。

でなければならない、というのが憲法学からの検討の基本線とされるべきである」と、佐伯『制裁論』20頁を根拠として述べる<sup>47</sup>。

宍戸（2016）は、佐伯説を明示的に引用した高橋和之が、2012年版の共著教科書において「裁判手続き上の負担を別にすれば、その行為に対する刑罰が全体として重くなりすぎる危険が大きいということにあるが、それは罪刑均衡原則の問題であり、36条あるいは31条で対処すべきであろう」と「説いた」こと<sup>48</sup>が、佐伯説に対して「憲法学においても支持が広が」るきっかけとなったことを示した上で、「①制裁の趣旨・目的が刑罰と同一である、②制裁の意味・効果が刑罰と同一である、③制裁を科すことが刑事裁判権の機能を著しく阻害するものである、のいずれかに当たることが明白である場合に限り、当該行政制裁は『刑事上の責任』に該当」し、「行政制裁の仕組みが刑罰の存在を意識しつつ、当該行政上の義務の実効を確保するために合理的なものとして設計される限り」は、当該行政制裁が「憲法39条に違反して無効となることは現実には考えがたい」との結論に至った<sup>49</sup>。この理解は、宍戸独自の見解ではなく、「Halper 事件判決を実質的に変更した」Hudson 判決<sup>50</sup>の法廷意見等が採用した立場によっている<sup>51</sup>。

この後、宍戸（2017）はこの立場をより明確にし、「現在の憲法学・行政法学でもこの〔引用者注：佐伯の〕指摘を踏まえて、行政制裁を科すことは原則として〔引用者注：下線部は原文では傍点〕『刑事上の責任』に当たらず」、「刑罰と課徴金の併科が憲法上問題であるとす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」と述べる<sup>52</sup>。更に宍戸（2020）では、「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、同一の行為に対して刑罰と行政制裁を併科することは直ちに憲法39条に違反するものではなく、むしろ罪刑の均衡（憲法36条）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なっている」として<sup>53</sup>、同文の注として再び佐伯『制裁論』20頁以下を引く。ただしここで宍戸（2020）が述べている内容は、前出のとおり、宍戸自らが示した宍戸（2016）における「基本線」の主張である。宍戸の見解は、佐伯見解Xを特に強調する理解であるといえる。

宍戸（2016）が「『日本の体系では金銭的制裁で裁量を伴うものは裁判所でないと課すことができない（行政庁では課すことができない）とのドグマ』は、憲法39条との関係で根拠がな」く<sup>54</sup>、「非裁量型から裁量型への課徴金制度の転換が憲法上問題となるとすれば、まさにこの法律の留保の局面」と指摘し<sup>55</sup>、宍戸（2017）では「課徴金制度の制裁的性格

<sup>47</sup> 宍戸、同上、786頁、778頁。

<sup>48</sup> 野中俊彦ほか『憲法I〔第5版〕』（有斐閣・2012）452頁〔高橋和之〕。

<sup>49</sup> 宍戸、前掲注42、783頁以下。

<sup>50</sup> 佐伯、前掲注4、100頁。併せて、曾和、前掲注37、145頁以下参照。

<sup>51</sup> Hudson v. United States, 522 U.S. 93(1997). 宍戸、前掲注42、784頁、注41は、参照として、Hudson 判決のほか、Seling v. Young, 531 U.S. 250(2001)を併せて挙げている（なお同注は、Hudson 判決の収載巻数を「521」としているが、「522」の誤記と思われる）。

<sup>52</sup> 宍戸、前掲注12、39頁。

<sup>53</sup> 宍戸、前掲注44、26頁。

<sup>54</sup> 宍戸、前掲注42、784頁。

<sup>55</sup> 宍戸、同上、785頁以下。

を認めるにもかかわらず、非裁量型課徴金は二重処罰に当たらないが、裁量型課徴金は二重処罰に当たるとカテゴリーカルに〔引用者注：下線部は原文では傍点〕考えること」を「制裁的機能は刑法が専管的に担うものであるという思い込み」によるものだとする高木光の指摘<sup>56</sup>を引用して批判しているとおり<sup>57</sup>、宍戸の主張の核にあるものの一つは、非裁量型課徴金と裁量型課徴金が二重処罰の禁止との関係で典型的に異なって取り扱われてきた従来の議論に対する反駁であった。

筆者は、宍戸の問題意識には全く同意するものの、宍戸と、宍戸が憲法学での佐伯説受容のきっかけとなったと見る高橋の主張は、その核を異にするのではないか、という疑問を持っている。憲法 39 条論の解釈論としては、この相違は重要であるように思われるため、以下、高橋の見解を見ていく。

### 3. 3. 高橋和之の単著と共著

高橋の単著教科書の記述を確認する前に、宍戸が触れた 2012 年刊行の野中俊彦ほか『憲法 I（第 5 版）』（以下、高橋共著とする）の高橋執筆箇所を、より丁寧に確認しよう。高橋共著は、以下の通り述べた（下線は引用者が付した）。

〔高橋が立脚する二重の危険説の〕立場からは、本条の趣旨は二重起訴を禁止することにあると理解することになるが、二重に起訴されないのであるから、通常二重に処罰されることもない。同一の行為を二種類の犯罪と評価して二重に処罰する場合の問題点は、裁判手続き上の負担を別にすれば、その行為に対する刑罰が全体として重くなりすぎる危険が大きいということにあるが、それは罪刑均衡原則の問題であり、36 条あるいは 31 条で対処すべきであろう。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（中略）

本条に関してよく問題となるのは、刑事罰と行政制裁の併科が本条に反しないかである。（中略）〔引用者注：判例（最大判昭和 33 年 4 月 30 日民集 12 巻 6 号 938 頁）が採用する理解とは〕39 条が問題としているのは、刑罰の併科の場合に限定されるという理解である。基本的にはその通りであろうが、行政的制裁かどうかは実質に即して

---

<sup>56</sup> 高木光『法治行政論』（弘文堂・2018）44 頁（同「独占禁止法上の課徴金の根拠づけ」NBL774 号（2003）20 頁以下が初出）。この論述には、高木が参加した措置体系見直し部会の議論からの影響が示唆されている（同 39 頁）。筆者は、後述の体系的解釈において論ずるとおり、「純粹の刑事罰ではない『行政制裁』であっても、『実質的にみて』同様の機能を持つものであれば、刑事罰と同視すべきである」という立場が『民事法的発想』の反面として、制裁的機能は刑法が専管的に担うものであるという思い込みがあったことによる」（同 44 頁以下）という高木の見解に限っては、必ずしも適切な理解ではないのではないか、と思慮する。憲法学及び刑法学は、利益剥奪と差額という民事法的発想や、制裁的機能を刑法が専管的に担うべきという法領域の権限分配とは全く異なる視点、すなわち刑事手続における当事者の権利保障の意義を重視して、憲法 39 条論を論じてきたからである。この立場は、後述する高橋和之の議論において明瞭であるし、山本隆司もこの点を意識した議論をしているように見える。

<sup>57</sup> 宍戸、前掲注 12、40 頁。

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であるとか、あるいは、刑事手続と同程度の負担を強いるものであるような場合は、実質は刑罰の併科と評価すべきであろう。独禁法や金融商品取引法などにおける課徴金と罰金の併科についても、同様な観点から判断すべきものと思われる。たとえば、独禁法は一定の違反行為に刑罰（89条以下）と課徴金（7条の2）を併科している。従来は、独禁法違反行為により不当に得た利益を徴収するものであり制裁的性格をもたない行政的措置であるから二重処罰とはならないと説明されてきたが、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ろう<sup>58</sup>。

上記引用箇所を素直に読むと、まず当該制裁が真に「行政的制裁」かどうか（二重起訴にあたらないかどうか）を判断する、という第一段階があり、第一段階の充足を経て、第二段階たる罪刑均衡の問題を精査するという構造を示しているように思われる。高橋共著の考え方と宍戸説とは、必ずしも合同ではないようにもみえる。というのも、宍戸は原則として刑事制裁と行政制裁は併科できると考え、「例外的に」行政制裁が二重処罰の禁止にあたる（＝「刑事上の責任」を問うものとなる）場合について定義づけているが、高橋説は、そのような原則・例外関係を前提としていないからである。辻本淳史が指摘するとおり、高橋の理解の上記下線部は「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」のだが<sup>59</sup>、その影響の在り方が、宍戸と高橋の両方で一様に表出しているわけではないとも思われるのである。

この違いが一層明らかとなるのは、2005年に初版が刊行された高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣）（以下、高橋単著とする）の二重の危険の禁止に関する項目の記載が、高橋共著とほぼ同様の枠組みをとりながら、該当箇所の記述については異なる書きぶりとなっている点である（2024年の第6版まで、下記引用箇所の記載は一言一句変更されていない）。

〔引用者注：判例（最大判昭和33年4月30日民集12巻6号938頁）が採用する理解とは〕39条が問題としているのは、刑罰の併科の場合に限定されるという理解である。基本的にはその通りであろうが、行政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であるとか、あるいは、刑事手続と同程度の負担を強いるものであるような場合は、実質は刑罰の併科と評価すべきであろう。独占禁止法における課徴金と罰金の併科についても、同様の観点から判断すべきものと思われる<sup>60</sup>。

<sup>58</sup> 野中ほか、前掲注48、452頁以下〔高橋和之〕。

<sup>59</sup> 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）。

<sup>60</sup> 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣・2005）242頁以下、同『立憲主義と日本国憲法（第2版）』（有斐閣・2010）267頁以下、同『立憲主義と日本国憲法（第3版）』（有斐閣・2013）279頁以下、同『立憲主義と日本国憲法（第4版）』（有斐閣・2017）299頁以下、同『立憲主義と日本国憲法（第5版）』（有斐閣・2020）317頁、同『立憲主義と日本国憲法（第6版）』（有斐閣・2024）373頁。

高橋単著では、まず、辻本が佐伯説の影響を見てとった下線部を含む高橋共著引用箇所末尾の 2 文が削除され、その直前の 1 文も修正されている。

上記高橋単著引用箇所の直前には、二つの段落がある。一つ目の段落では、①大陸法的発想に基づく憲法 39 条解釈が示された上で、②「同一の行為を二重に評価する場合」に生ずる「その行為に対する刑罰が全体として重くなりすぎるという」問題は、「罪刑均衡原則の問題であり、本条ではなく、36 条あるいは 31 条で対処すべきではないかという批判」、すなわち「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決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」とする批判が示される。先に宍戸が引いた高橋共著の記載は、②に顕れている<sup>61</sup>。

高橋は、次の段落において、②とは異なる立場として、③「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」と解する、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」との理解を示す。③の記載は、「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」という見解とともに置かれている<sup>62</sup>。

つまり、高橋共著引用箇所第二段落の議論は、高橋単著においてただ前に出されただけではなく、大陸法的解釈（高橋共著でいうところの「一事不再理説」）とその批判としてのアメリカ法的解釈（高橋共著でいうところの「二重の危険の禁止説」）を改めて整理したものといえる。ここでは、「二重起訴の禁止」が憲法 39 条の趣旨であるとしており、高橋が佐伯見解 Y へコミットしていることが明確になる。その上で、(ア) 形式的に刑罰であって、被告人が二重に起訴されるという手続的負担を負う場合、(イ) 形式的には行政制裁であって、(イ) - 1 実質は刑罰と同性質である場合、(イ) - 2 刑事手続と同程度の負担を対象者に強いる場合、以上 3 つのいずれかにあたる場合は、制裁の性質に着眼して、「刑罰の併科」かどうかを判断するという理解を示し（第一段階）、それが「制裁の均衡」の問題（第二段階）とは区別される問題であることを明らかにしているのである。

すなわち高橋の見解は、佐伯見解 Y を強調する一方、佐伯見解 X については、なお憲法 39 条の問題が生ずる可能性があることを、「刑事上の責任」を正面から検討すべきと解しているように見える。

このような観点に立つと、高橋共著下線部で記載されていた「あとは全体としての制裁の均衡の問題と考えるべき」という表現が削除されていることには、論旨を明瞭にする意味があると推測される。すなわち、「同一の行為を二重に評価する場合の問題」を実質的な基礎から離れて専ら「罪刑均衡原則の問題」とのみ解する発想を、高橋が立脚する、被告人の権利保護を直接の目的としてアメリカ憲法の二重の危険の禁止（合衆国憲法修正 5 条の *double jeopardy*）を参照する説は採用していないから、上記表現は、この箇所において削除されていると思われるのである。この削除の意義は、高橋共著が「人権を重視する立場からは、二重の危険説に立つて〔引用者注：憲法 39 条を〕理解すべき」であるとの立場を明らかにし

<sup>61</sup> 高橋、同上（2024）、372 頁。

<sup>62</sup> 高橋、同上、372 頁以下。

つつ、罪刑均衡原則に関する問題を大陸法的解釈による 39 条論の論点と明示的には結びつけていなかったように<sup>63</sup>、高橋共著においては位置づけが若干不明瞭であった罪刑均衡原則論の位置づけが、高橋単著では明瞭にされていることから、読み取ることができる。

以上の点から、高橋と宍戸がともに佐伯説の影響下にありつつ、その受容の在り方には相違があるのではないか、という理解が成り立ち得ることが分かった。そして、高橋単著の記述は、「あとは全体としての制裁の均衡の問題」という主張が、憲法 39 条の理論との関係でいかなる意味を持つのか」という問いを、憲法学が取り組むべき課題として示しているように思われる。

もちろんこの問い自体が、まさしく宍戸のいう 39 条の「過剰な磁場」の表れなのかもしれない。この点、筆者は本稿を通じて、憲法 39 条の「適正な磁場」を確定する方法を検討したいと考えているし、その営みを通じて罪刑均衡原則の問題（第二段階）と、制裁の性質の問題（第一段階）の間に、一本の境界線を引くことを試みたいと考えている。他方、先述の通り、宍戸は高橋共著の記述を、憲法学による佐伯説受容の契機として語っており、宍戸本人が「佐伯説に立脚する点では同じでも、高橋と自らの理解には相違がある可能性があるという理解」を持っているのかどうか、という点を読み取ることは、少なくとも筆者が宍戸が記した論文を閲読する限りにおいては、困難であった。このことは、現在の憲法学が必ずしも一枚岩になって、罪刑均衡または比例原則の問題としてのみ、行政制裁と憲法の課題を捉えているわけではない、ということを示す証左として、筆者が述べておかなくてはならないことである。

### 3. 4. 山本隆司の検討から見る「制裁の性質」論の重要性

第一段階たる制裁の性質論を（原則・例外の重み付けなく）フラットに論ずる必要があること、そして罪刑均衡の前段階として重要な位置づけを占めていることについて考えると、最も重要な知見を提供する先行研究は、山本隆司による検討である。

山本は、独仏の行政制裁に関する比較法的視点によった検討を踏まえて、「行政制裁と刑事制裁との賦課主体・要件・効果」について、「制裁を賦課する主体が行政機関か裁判所かで区別する」のは、循環論法に陥るおそれがあり理論上「不十分」であるところ、特にドイツの戦前から戦後にかけての議論を踏まえて、「違反行為者を、国法秩序のうちの特定の法制度に違反した者として非難する」ことで限定されたスティグマ効果を有する行政制裁と、「違法行為者を、全体としての国法秩序、国法秩序一般に違反した者として非難する」ことで「一般的なスティグマ効果をもつ」刑事制裁が、「制裁の意味・効果のレベルで区別されることを、明確に意識する必要」があるとした<sup>64</sup>。

更に、「二重処罰禁止の法理は、刑事制裁と行政制裁との関係に適用されるか」という問いについては、欧州における二重処罰禁止の法理の柔軟化を念頭において、「刑事制裁と行政制裁との関係をどのように観念するか」により変わるとし、二つの場合を分けて整理する

<sup>63</sup> 野中ほか、前掲注 48、452 頁。

<sup>64</sup> 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男ほか（編）『現代立憲主義の諸相（上）』高橋和之先生古稀記念（有斐閣・2013）287 頁。併せて山本、前掲注 9、236 頁以下参照。

65。第一が「行政制裁を科す（可能性がある）場合に、刑事制裁を科す」場面である。この際には「刑事制裁の謙抑性の観点」からの刑事制裁の必要性を、手続の各局面において問うべきだとした<sup>66</sup>。第二が、「刑事制裁に加えて行政制裁を併科する」場面である。第二の場面では、「刑事制裁の法的意味が行政制裁の法的意味を包含し得るため、刑事制裁に対して行政制裁が（どの程度）固有の法的意義を有するかどうかに応じて、判断しなければならない」という前提のもと、①両者の要件が異なる場合は、「両制裁の目的を具体的な要件の上で区別している」と評価されることから、原則として「同一の違法行為に対し併科することが認められる」、②要件が同一でも、行政制裁が「経済的な抑止・ディスインセンティブ」を有する等、「刑事制裁に包含されない」効果がある場合には「刑事制裁の執行された部分」を差し引いた上で行政制裁を課すことが認められる、③①②に該当しない場合に、賦課機関及び手続の差異があるのみと解される場合、併科は認められないと区別する<sup>67</sup>。

山本の検討のうち、①～③の条件設定自体は、宍戸と大きく変わることがない。ただ本稿の立場から見れば、山本の分析は適切にも、常に刑事手続保障の観点を中心に置いている点が、極めて重要である。刑事制裁の法的意味の捉え方という点では、宍戸は、山本の理解をそのまま継承している。しかし山本は、“行政法研究者が行政制裁について、刑事制裁との関係で語る”という営為のセンシティブな側面（刑事法との関係で自らの言説が越権的に作用する可能性）を考慮しているからなのか、あるいは独仏比較法という手法の影響からか、目的、要件、効果、手続、いずれについても一貫して「刑事制裁の法的意味」を中心において「行政制裁の固有の法的意義」について語っている。他方で宍戸の議論は、行政制裁が「原則として憲法 39 条違反にならない」ということを中心とした議論をしているように見えるのである。

### 3. 5. 考察——学説の整理が持つ意味

考察の前提として、筆者は、第二段階たる罪刑均衡に重きを置き、実効的な行政執行の実現を目指す行政制裁をある程度積極的に活用する、という考え方に反対しているわけではないことを明らかにしておきたい。また宍戸の見解が、第一段階たる制裁の性質論の省略を前提とするものとも考えていない。

ただ宍戸の見解は、高橋や山本の見解とは異なり、少なくとも第一段階（制裁の性質論）に決着をつける姿勢を見せないまま、第二段階（罪刑均衡）の問題に軸足を移しているように見える点が問題である、と筆者は考える。「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」だからという理由で、実質的に第一段階（制裁の性質論）の存在意義が希薄化するとしたら、そこには憲法上の問題が生ずるように思われるのである。第一段階の存在意義の希薄化は、手続法上、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主体を、その保障外に晒すことを意味するからである。

佐伯説が公になった時点から遡ること更に 10 年前、田中利幸は、「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」という三つの要素のうち、とりわけ

<sup>65</sup> 山本、同上（2013）、289 頁。

<sup>66</sup> 山本、同上、290 頁。

<sup>67</sup> 山本、同上、291 頁以下。

「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、制裁の本来の内容、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」と述べた（下線は引用者が付した）<sup>68</sup>。このように、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わけだが、刑事手続とその他の手続の違いに対する司法的統制の憲法上の決定が統治機構の均衡に関わる憲法上重大な問題である以上、憲法 31 条から 40 条及び統治機構に関する条文解釈の中で、独立に評価されなければならない、と筆者は考えている。

この理解は、被告人の権利保障という観点から憲法 39 条を理解する高橋説と、強くつながりを持つ。すなわち、第二段階の罪刑均衡の問題として検討される個別の行政制裁の制度における手続上の法的不利益と、第一段階の制裁の性質論の問題として考慮すべき刑事手続と行政手続の区別を前提とした手続上の法的不利益は、ともに存在するが、両者は明らかに異なるのであるから、第一段階の制裁の性質論に関する議論も、更に深める必要があるのではないかと、というのが筆者の問題意識である<sup>69</sup>。筆者は、刑事制裁か行政制裁かを区別することができない処分は、憲法 39 条との関係においては「刑事上の責任」を問う実質的な起訴として扱うべきであると考え。なぜなら、佐伯論文において議論の前提として示された問題意識である佐伯見解 X を、佐伯見解 Y から導かれる帰結かのように、法解釈の原則—例外論に取り入れ、行政制裁は原則として憲法 39 条に違反しないと解することは、憲法 31 条から 40 条全体の権利保障を骨抜きにするものになり得るからである。

なお、この問題と、憲法 31 条から 40 条の「行政手続で制裁を課す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ことも申し添えておかななくてはならない。後述のとおり、刑事司法とその他の司法手続の間にある明確な差を、日本国憲法は決定しており、その決定は権力分立のバランスの在り方に関係するからである。

では、どうすべきか。解決策について、筆者は現在研究の途上にあるが、本稿では一試論として、ドイツにおける法解釈方法論たる体系的解釈の手法を用いる可能性を検討してみたい。実はこの体系的解釈の採用について、佐伯は否定的態度を示しているように思われる。具体的には、以下の記述である。

なお、*刑事的制裁か非刑事的制裁か*という分類は、*二重の危険条項以外の、憲法的保障においてもしばしば問題となっている。*（中略）*個々の憲法的保障は、それぞれ別個の利益を保護しており、1つの基準ですべてを解決することができるかは疑問であろう。言い換えれば、行政制裁を二重処罰の禁止にとって「刑罰」とすることは、直ちにそのような制裁を、刑事手続で科さなければならないということを意味しないであろう*<sup>70</sup>。

<sup>68</sup> 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。

<sup>69</sup> 本稿の基礎となった報告で、曾我部真裕から受けたコメント（曾我部真裕「小西報告『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』へのコメント」情報通信法学研究メディア法分科会（令和 6 年度第 2 回会合）（2025）資料 2（[https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000992579.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000992579.pdf)））の Q1 に対する筆者の立場である。

<sup>70</sup> 佐伯、前掲注 4、93 頁以下。



本稿は、佐伯の当該記述に反した手法を用いることになるが、単純に異なる手法を採用しているわけではない。次節で詳しく述べるとおり、憲法 31～40 条は別個の利益を保護しているのではなく、刑事手続という継続的プロセスにおける刑事事件の被疑者・被告人の権利を保障していることから、体系的解釈を用いるべきである、と考える立場をとる。

#### 4. 憲法 31 条から 40 条の体系的解釈論

日本における具体的な法制度に関する体系的解釈の先行研究としては、例えば井上従子の独占禁止法の解釈論があるが<sup>71</sup>、本稿は憲法学の視点に立つことから、一旦体系的解釈（systematische Auslegung）、体系的考慮（systematische Betrachtung）という場合もある）の母国であるドイツの理論と実践を確認した上で、日本における憲法と刑事法の関係を考える視点を明らかにし、この視点を踏まえて日本国憲法の解釈論としての体系的解釈の実践的試論を提示する手法を採用する。

##### 4. 1. 体系的解釈とはなにか

まず、教科書的記載を確認してみよう。まずボード・ピエロートほかの教科書は、「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」として、体系的解釈の必要性を述べる。具体的には、基本法 4 条 1 項と 5 条 1 項を並べてみると「信仰告白は単なる宗教的な意見表明とは理解されない」ことから、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、という例が挙げられる<sup>72</sup>。

ただし同書は、「体系的な解釈は、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つど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、「保護領域の範囲の明確性の喪失」を惹起するこの論理には「欠陥」があるとして批判してもいる点には、注意が必要である<sup>73</sup>。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に留意すべきであるとともに、体系的解釈を行う際には、その方法論上、保護領域論を陳腐化するリスクが内包されているということを認識すべきである<sup>74</sup>。

近しい観点から連邦憲法裁判所による体系的解釈を批判するのが、コンラート・ヘッセの教科書である。ヘッセは、基本権同士に「何らかの体系的結びつき〔引用者注：原文の傍点は削除した〕が存在する」ことは受容しつつ、「基本権が一つの《体系》を成している」と

<sup>71</sup> 井上従子「動態論的視点導入による独占禁止法の体系的解釈試論——特に技術開発面での動態的効率性の観点から——」日本経済法学会年報 20 号（1999）163 頁以下参照。

<sup>72</sup> ボード・ピエロートほか（著）永田秀樹／倉田原志／丸山敦裕（訳）『現代ドイツ基本権 [第 2 版]』（法律文化社・2019）82 頁。

<sup>73</sup> ピエロートほか、同上、103 頁以下。

<sup>74</sup> 体系的解釈に関連する議論について、併せて穴戸常寿『憲法裁判権の動態 [増補版]』（弘文堂・2021）186 頁以下参照。

する想定は否定し、連邦憲法裁判所が「限定された体系的観点を超え」た基本権の「欠缺なき価値及び請求権の体系」への拡充を行っていることについて「19世紀の民事法学的思想に端を発する方法論的前提に依拠するものであって、かかる前提を憲法の基本権に転用するわけにはいかない」と批判する<sup>75</sup>。

このような体系的解釈の基本的理解を形成したのは、ギュンター・デューリヒである<sup>76</sup>。デューリヒが当初編者を務めた基本法コンメンタールで、現在も踏襲されているとおり、基本法1条の人間の尊厳を中核とした基本権の体系化<sup>77</sup>が、デューリヒの基本的視座である。

#### 4. 2. ドイツにおける体系的解釈の実践と批判——基本法103条を題材に

次にドイツにおける刑事手続に係る規定の体系的解釈の実践例として、2023年10月31日の連邦憲法裁判所判決を見てみよう<sup>78</sup>。この事件は、ドイツ刑事訴訟法において不利益再審が認められる場合を定めた刑事訴訟法362条各号のうち、2021年に新設された5号（新証拠に基づく不利益再審）が、基本法103条3項（多重訴追の禁止）に反して無効であると判断された事件である。ここでは体系的解釈の実践に関する部分のみを紹介する<sup>79</sup>。

本判決は、解釈に争いがある基本法103条3項の内容を決定するにあたり、体系的解釈の手法を用いた。具体的には、以下のとおり判断する。まず、「基本法103条2項〔引用者注：遡及処罰の禁止〕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〔引用者注：二重処罰の禁止〕を同等に（gleichlaufend）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」<sup>80</sup>。その上で「基本法103条2項及び3項は、刑事手続の内部で遵守されるべきというだけでなく、刑事手続の前に基本権享有主体を保護しなければならないという自由権に近いものであり、「その保護の達成のために、法律上の実施を必要としない」という意味で、基本法103条1項のように「権利保護の保障に向けられた権利とは異なる」<sup>81</sup>。立法により具体化される他の刑事手続に関わる諸権利と違い、「訴訟が最終的に終結した後に、当事者が再びこのような手続を強いられ、被告人の役割に戻ることを防ぐことを欲する」基本法103条3項<sup>82</sup>には、法的安定性を支持する優先決定の絶対性、すなわち衡量に服さない性質がある<sup>83</sup>。

この体系的解釈から導かれた基本法103条3項が「衡量に服さないということは、更な

<sup>75</sup> コンラート・ヘッセ（著）初宿正典／赤坂幸一（訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂・2006）197頁以下。

<sup>76</sup> ヘッセ、同上、196頁以下。

<sup>77</sup> Roman Herzog, Rupert Scholz, Matthias Herdegen, Hans H. Klein (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 107. Aufl., 2025, Art. 1 Abs. 1, Rn. 24 [Matthias Herdegen].

<sup>78</sup> BVerfGE 166, 359, Urteil des Zweiten Senats v. 31. 10. 2023, 2 BvR 900/22.

<sup>79</sup> 筆者は別途、本判決の判例評釈を刊行している（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）。

<sup>80</sup> BVerfGE, 166, 359, Rn. 84.

<sup>81</sup> Ebd., Rn. 85.

<sup>82</sup> Ebd., Rn. 86.

<sup>83</sup> Ebd., Rn. 79 ff.

る判決理由の中心的前提」となった<sup>84</sup>。すなわち、この解釈の結果たる基本法 103 条 3 項の衡量に服さない性質を前提とした憲法適合性審査により、刑法 362 条 5 号は違憲無効と判断されることになったのである。

そのため、本判決の評釈においては、本判決が実践した体系的解釈について批判的な見解も見られる。例えば、刑事弁護人でキール大学でも教鞭をとるアンドレ・ボーンは「この体系的解釈は、連邦憲法裁判所がある程度恣意的に (beliebig) 行ったものだ：基本法の中に、103 条 3 項の保障と内容上関係する他の規範はない」し、「最終的には対立する憲法上の享有主体 (Verfassungsgüter) を通じて制約され得る」と、連邦憲法裁判所の解釈の在り方を批判する<sup>85</sup>。

またボン大学の刑事法学者、カール・フリードリヒ・シュトゥッケンベルクは、「基本法 103 条が衡量に服さないことを『体系的考慮』の帰結であるとする仮定 (Annahme) も説得的ではない」とし、その理由として「ある規範テキスト (Normtext) の体系的解釈は、無矛盾性 (Widerspruchsfreiheit)、冗長性、完全性及び秩序に対する意味仮説 (Bedeutungshypothese) をチェックする」ものであるにも関わらず、法廷多数意見によると「遡及的な刑の創設と処罰の絶対的禁止と、新たな刑事訴追の絶対的禁止との関係は明らかでなく、また、一方の絶対性から、他方の禁止の絶対性が導かれるかも明らかではない」ことを挙げた<sup>86</sup>。

以上のことから、体系的解釈は恣意性を帯びるおそれがあり、とりわけ論争的な課題における実践の困難があることが分かった。体系的解釈を行うことは、その条文の趣旨や性質を明らかにするメリットがある一方で、解釈の水掛け論を惹起するデメリットがある。

#### 4. 3. 憲法 31 条から 40 条の体系的解釈実践の試論

体系的解釈のメリットとデメリットの双方を踏まえた上で、実際に日本国憲法 31 条から 40 条の体系的解釈に基づく憲法 39 条後段の「刑事上の責任」の解釈論を、試論的に実践してみたい。

出発点とするのは、大石眞の理解である。なお大石は、憲法 31 条から 39 条を一体的に解するが、本項では憲法 31 条から 40 条までの刑事手続全体の体系性に着目しており、また大石の基本的理解は、少なくとも本稿の問題意識との関係においては、39 条までに加えて 40 条にも及ぶのではないかと考えている。憲法 40 条の扱いは、本稿の主旨から外れる問題であるため、詳細に論じることはできない。しかし、①無罪判決後の刑事補償を定めた 40 条も、明らかに刑事手続に関する定めであること、②刑事手続における当事者の権利保障という本稿の問題意識から見て、40 条のみを異なる取扱いをすべき必然性がないこと、③後述する小田中聰樹の見解のとおり、司法権の在り方との関連で憲法上の刑事手続保障を体系的に捉える場合には、判決後の救済を定める 40 条も、31 条から 39 条との関連において位置づけるべきであること、以上の理由から、大石の意図と必ずしも一致しないおそれがあるものの、31 条から 40 条までの理解の基礎として大石の見解を参照する旨、予め断つ

<sup>84</sup> *Mathias Honer*, Materielle Gerechtigkeit ist kein Argument——Zur Wiederaufnahmeentscheidung des Bundesverfassungsgerichts——, DÖV 2024, S. 352.

<sup>85</sup> *André Bohn*, Entscheidungsanmerkung, ZfIStw 2024, S. 60.

<sup>86</sup> *Carl-Friedrich Stuckenberg*, Anmerkung, StV 2024, S.15.

ておく。

大石は、「憲法第31条ないし第39条の規定は、憲法的刑事手続（constitutional criminal procedure）を意味する。それは、①国の刑罰権の不当な行使から人身の自由を確保するために、立法作用を含めた国権の行使に対する手続的保障を最高法規としての憲法典に明記することによって立法への制約原理とするとともに、②特定の場合にその保障をとくに解除して自由に対する侵害を認めるための憲法的要件を定めたものである」と述べる<sup>87</sup>。この理解は、「人身の自由を確保するため、近代憲法は、①刑罰権の主体を限定して国家に独占させるとともに、②立法・行政から独立した司法裁判所に刑罰権を行使させることを大原則」とし、更に憲法31条以下により「裁量を限界づけ」られた国会が具体的に規定を設けることで実現する「罪刑法定制度」によって支えられる<sup>88</sup>。

大石の理解の最も中核にあるのは、繰り返し登場する「人身の自由を確保するため」という表現である。人身の自由とは、日本国憲法第三章に保障される「国民の権利」の一つであり、憲法は国家を名宛人としている。いわゆる古典的立憲主義の枠組みにおいて把握されるべき個人の自由として、人身の自由は解される。

この前提の上での網羅的な体系的解釈の実践は、筆者が今後別途試みていかなくてはならないが、以下では憲法32条及び憲法31条を中心としたアプローチから、体系的解釈の若干の実践を試みる。

#### 4. 3. 1. 憲法32条に基づくアプローチ

まず憲法32条を起点としたアプローチについて、我が国における憲法32条論の展開をごく簡単に追いつつ考えていく。

1993年、憲法32条の「裁判を受ける権利」の解釈について、二冊の金字塔的単著が刊行された。一方は英米法のデュー・プロセス的アプローチによる再構成を行った松井茂記<sup>89</sup>、他方は大陸法、特にドイツ法の観点からアプローチする笹田栄司<sup>90</sup>である。両者の築いた礎のもと、2000年代には片山智彦<sup>91</sup>と君塚正臣<sup>92</sup>が、“32条における「裁判」とはなにか”というテーマについて鋭い論争を交わした。そして2010年代以降、田中成明<sup>93</sup>や守矢健一<sup>94</sup>といった法哲学者、そして憲法学者である宍戸常寿<sup>95</sup>らが、裁判を受ける権利の構造的深化をはかっている。

このような学説の展開に照らせば、英米法／大陸法双方からの解釈の対立を背景に、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

<sup>87</sup> 大石眞『憲法制度の形成』（信山社・2021）161頁。

<sup>88</sup> 大石、同上、159頁。

<sup>89</sup> 松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社・1993）。

<sup>90</sup> 笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社・1993）。

<sup>91</sup> 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）。

<sup>92</sup> 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論（上）』（法律文化社・2018）第5章。

<sup>93</sup> 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。

<sup>94</sup> 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。

<sup>95</sup> 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。

況を改めて整理・検討し、「裁判を受ける権利」とは、“如何なる場合に”、“どのような”裁判を受けることができる権利なのか、という点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が、32 条を中心とした体系的解釈の一つの在り方といえるだろう（ただし本稿では、憲法 32 条に関する学説の詳細な検討には至らなかったため、この点は別稿に委ねる）。

裁判を受ける権利を中核に置いた体系的解釈を実践する、という手法は、既に小田中聰樹によって実践されている。小田中は、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」とした上で、「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」と述べる<sup>96</sup>。小田中のいう「公正な裁判」は、中村治朗最高裁判所裁判官（当時）に対する批判という文脈に置かれているが、憲法 32 条を中核とした憲法 31 条から 40 条の体系的解釈との関係では、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「公正な裁判を受ける権利」を具体化している点が注目される。

小田中の手法を参照しつつ、本稿の問題関心からは、刑事訴訟を中心においた体系的解釈を展開してみたい。まず、刑事手続と行政手続（民事手続の特別の種類）を区別する。すると両者には、訴訟の時期（処罰前か処分後か）、証明責任（原則として検察官が負うか、二分説や法律要件分類説によるか）、証明の程度、審理の原則、判決の効力などにおいて差があることが分かる。この差から、①証明の程度や証明責任については、刑事訴訟よりも行政事件訴訟／国家賠償訴訟の方が、制裁の受け手の負担が重い、②制裁を科（課）す判断を行う主体は、刑事手続では司法、行政手続では行政と異なっていることから、何を刑事手続に付するかは線引きは司法と行政の均衡問題に直結する、という二つの特徴が看取される。

次に、これまでの判例・学説から見た、憲法 31 条から 40 条の行政手続への適用状況を整理する（表 1）。

<sup>96</sup> 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）125 頁、127 頁。

**表1：憲法31条から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、×保障ナシ

憲法の条文	内容	行政手続への適用	行政手続への適用に関する判例・学説等の根拠
31	適正手続	○	成田新法事件（最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁）ほか
32	裁判を受ける権利	◎（○）	（学説上論争あり）
33	令状主義（逮捕）	×	—
34	抑留・拘禁の要件	×	—
35	令状主義、住居の不可侵	△	米子銀行強盗所持品検査事件（最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁）
36	拷問の禁止	×（△）	（刑罰は刑事手続のみだが、制裁全体の比例性については行政手続にも適用する学説あり）
37	弁護人依頼権・公開裁判	△	民事訴訟法
38	黙秘権・自白法則	△	川崎民商事件（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁）
39	一事不再理、二重処罰の禁止	△	既判力が一部類似効果
40	無罪判決時の国家補償	×	—

表1を見ると、第一義的には刑事手続に関わる憲法31条から40条の保障を、行政手続に拡大的に適用することを念頭においた上で行政制裁の賦課を広く認める、という発想を、現状の判例・学説を前提とした上で推進することには、慎重にならなければならないことは明らかである。憲法31条から40条の保障の行政手続への適用は、現状、限定的に解されているからである。そうだとすると、憲法31条から40条が定められた趣旨に照らし、「ある行為を刑事手続に付すべきかどうか」という問いを検討する必要性は極めて高いといえる。

憲法31条から40条の体系的解釈を通じてこの問いを検討する際には、刑法学において検討されてきた法益論を、憲法解釈論としても適切に斟酌する必要があることを指摘しておかなくてはならない。なぜなら、ここでは「ある行為を行った個人は、なぜ刑事手続に服すべきか」という、刑事手続の本質が問題となるからである。

甲斐克則によれば、法益論は「保護客体は立法者によって自由に決定されるのか」、「これらの決定のために刑法外の基準が存在するのか」といった問いを含み、ついには「何故その

行為が犯罪なのか」という本質を問うものでもある<sup>97</sup>。甲斐は、「刑法上の価値秩序・法益秩序と基本法上の価値秩序との関係を考察し、両者の表面的相違は両秩序が異なった作用平面に存する」と解するヴァルター・ザックスが、「刑法上の法益は最終的倫理的基本価値ではなく、『手段価値』であり、上位価値たる社会倫理的基本価値（基本権カタログ）の展開の基礎となるものであって、それは憲法上の基本価値の領域からいわば価値を媒介として確定されるにすぎない」とした態度に対して（引用者注：原文の傍点は削除した）<sup>98</sup>、「ザックスのような規範操作的な法益の解釈は許されない」、「憲法に着眼した点は評価しうるが、憲法規範を持ち出せばよいというものではない。要は、その実質である。『公共の福祉』という名目の下に、憲法上の諸権利が安易に制約されている現実を、われわれは常に意識する必要がある。特にそれが刑罰法規と関係している点に注意を要する」と警鐘を鳴らす<sup>99</sup>。その上で、クラウド・ロクシンによる国家刑罰権の行使と基本法 20 条論に進み、ロクシンが「単なる秩序違反処罰の禁止」を主張したこと、更にロクシン門下のルドルフィーが「法益の実定性」を肯定し、またアメルンクが刑法の任務を「連邦共和国のシステム構造の防衛」に求めて<sup>100</sup>、それぞれが単なるモラル違反・不道德の処罰を憲法違反とした考え方を紹介する<sup>101</sup>。

甲斐の紹介するドイツの法益論争の系譜は、刑法学の観点からはその後の行為無価値論・結果無価値論の論争に結びつくことになるが<sup>102</sup>、憲法の観点から見ると「憲法と刑事制裁との関係を基礎づけるものを、憲法解釈上、いかなる段階から導出すべきか」という問いを析出させる意味を持つことになる。つまり、ザックスのように基本権条項から法益が導出されると考えるのであれば、そもそも刑事罰の対象そのものが憲法によって形成されることになる。他方、ロクシン及びその門下が精緻化したように、憲法が採用する民主主義的国家という国家像から導かれるものは刑法上の禁止や刑罰が果たす役割に留まる、と解するならば、憲法は刑事制裁の外延を形作る機能を持つことになる。ロクシンは「それぞれの時代の精神的・憲法的・社会的状況が、絶えず変化する観点の下で、この多層的な、からみ合った〔引用者注：国家の刑罰の意義という〕問題の全体に対して、学問的に立ち入った考察を行なうことを要求する」と述べたが<sup>103</sup>、体系的解釈は、そのような考察の一手法と

<sup>97</sup> 甲斐克則『法益論の研究』（成文堂・2023）3 頁。

<sup>98</sup> 甲斐、同上、29 頁。Walter Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner(Hrsg.), Die Grundrechte : Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 3, Halbbd. 2, 1959, S. 912 f.

<sup>99</sup> 甲斐、同上、30 頁。

<sup>100</sup> アメルンクの見解について、伊東研祐『法益概念史研究』（成文堂・1984）、中村悠人「法益論と社会侵害性について」浅田和茂ほか（編集委員）『自由と安全の刑事法学』生田勝義先生古稀祝賀論文集（法律文化社・2014）34 頁以下参照。統治機構を、基本的人権を保障するためのシステムと見る筆者の立場からは、アメルンクの見解、そしてアメルンクと「社会モデルを志向しつつ個人から出発」するハッセマーの対比（中村、同上、36 頁）は、興味深い。アメルンクの見解がドイツ刑法理論に与えた影響力を分析したギュンター・ヤコブス（著）川口浩一／飯島暢（訳）『法益保護によって刑法は正当化できるか？』（関西大学出版部・2015）75 頁以下も、併せて参照。

<sup>101</sup> 甲斐、前掲注 97、30 頁以下。

<sup>102</sup> 甲斐、同上、38 頁以下。

<sup>103</sup> C. ロクシン（著）宮澤浩一（監訳）『刑法における責任と予防』（成文堂・1984）2 頁

して、条文テキストとその解釈をただ羅列し結びつけることを意味せず、条文テキストから導出される解釈論を、俯瞰的且つ有機的に結びつけるものである。そこでは、憲法と刑事制裁との関係を描写するための出発点となる段階の相違を表す法益論論争が、重要な意義を有する<sup>104</sup>。ただし本稿は、憲法と法益論について、これ以上踏み込んで論ずることができないので、この点については、今後刑法研究者との対話を重視しながら、研究を進めていくこととしたい。

このように、憲法 32 条を中核においた体系的解釈を行うということは、ある裁判において問われている「責任」とはなにか、を問うことでもある。もちろん刑法の責任主義との関係も重要であるが、ここでは紙幅の関係上論じることができないため、ひとまず刑事上の責任に関係する憲法上の条文を整理してみよう（表 2）。

表 2：刑事上の責任に関係する憲法上の条文

カテゴリー	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得ること	逮捕（33）、搜索・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	奴隸的拘束（18 前）、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）、 二重の危険（39 後）
「刑事上の責任」を問うために最低限担保されるべき条件	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但書））

表 2 の整理は、憲法が刑事手続を特別に統制していること、そして憲法 39 条の「刑事上の責任」とは、少なくとも、「刑事以外の領域の責任」と区別されるものであるということ

〔井田良（訳）〕。

<sup>104</sup> 嘉門優「日本における法益論の歴史的検討——『学派の争い』を中心として——」浅田ほか、前掲注 100、3 頁以下は、日本刑法学において、法益論に期待された機能の一つは、「立法者に恣意的な処罰を許さず、国民にとって合理的な処罰根拠を示させる」ことであつたというが、「法益概念、法益関連性の内実、位置づけがあまりにも多様化」し、法益論の持つ意味が「共有されていない」状況において、「期待される機能を果たしていない」「あいまいな法益論の使用は、処罰の限界や、真の意味での社会侵害性の要求についての議論を阻害しているとさえ思われる」と評する。



を明らかにしている。その上で、少なくとも憲法 31 から 40 条において文言上示されている刑罰は、生命刑、自由刑、身体刑であることも、確認しておきたい。憲法 31 条は「生命」「自由」を奪われることについて規律し、36 条は「拷問」及び「残虐な刑罰」を、40 条及び 34 条は「抑留又は拘禁」を、刑事手続における制裁の内容として明示しているからである。

そうだとすると、憲法 31 条において明示されていない「その他の刑罰」をどのように規定するか、あるいは「刑事上の責任」を問うものか否かを決定する権限は、憲法 31 条によって立法者に開かれているのだろうか。憲法 32 条を中心とした解釈の次のステップとして、本稿は、憲法 31 条に基づくアプローチへと進むこととなる。

#### 4. 3. 2. 憲法 31 条に基づくアプローチ

1959 年、ウォルター・ゲルホンは、憲法 31 条の規定について、アメリカ憲法との間に 3 つの相違点がある、と指摘した。①「法律の定める手続」か「公正な手続」かという相違、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していない」ことの 3 点である。ゲルホンは、「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〔引用者注：原文ママ〕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する分野の一つであると信ずる」と評したのである<sup>105</sup>。

これに対して宮沢俊義は、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、「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」とし、前述したゲルホンの言説につき「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」と反論したのであった<sup>106</sup>。

ゲルホンと宮沢の議論に並行して、刑事法学では、憲法 31 条における罪刑法定主義が一体何を定めたものなのか、旧派刑法学と新派刑法学の鋭い対立を背景とする激しい論争が進んだ。その表れが最も先鋭化したと評し得る複数の論文が収載されたのが、1968 年に刊行された佐伯千仞還暦祝賀論文集である。

同論文集で「共同戦線」を張った<sup>107</sup>沢登佳人と横山晃一郎の憲法 31 条論、及びこの争点

<sup>105</sup> 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。

<sup>106</sup> 宮沢俊義『憲法Ⅱ——基本的人権——〔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。

<sup>107</sup> 沢登佳人「罪刑法定主義の歴史的意義への反省」団藤重光ほか（編）『犯罪と刑罰（上）』佐伯千仞博士還暦祝賀（有斐閣・1968）52 頁。

が論じられるにあたって可視化した罪刑法定主義の「捉え方」という問題意識は、憲法 31 条に基づく体系的解釈のアプローチを実践する際に、念頭に置かなければならないものである。なぜなら本書において展開された沢登・横山の痛烈な罪刑法定主義解釈論批判に対して、大野真義が明示的に応答し<sup>108</sup>、その後は横山の理解を容れた通説<sup>109</sup>が形成された上で、更にこれに対する批判として罪刑法定主義と実体的デュー・プロセス論を峻別する論が、憲法学も含めて展開されていった展開<sup>110</sup>から見て、両氏の論説は、その後の憲法 31 条に関する学説の展開に一定の影響を持ったといえるからである。ここでは紙幅の関係上、後世において比較的広く共通認識の基盤を作ったと思われる横山の議論のみを取り上げる。

横山は、フォイエルバッハの著名な罪刑法定主義の定式（法律なければ刑罰なし、犯罪なければ刑罰なし、法律による刑罰なければ犯罪なし）における法律（Gesetz）と犯罪（Verbrechen）が、それぞれ『法律一般』、『犯罪の一般概念』ではなく、啓蒙主義によって色づけられた『法律』、『犯罪』であったとし<sup>111</sup>、「法的規制の範囲の限定（法と道德の峻別）、『侵害なければ刑罰なし』という考えと結びつけて理解するのでなければ、彼の真意から遠いものになってしまう」と指摘した<sup>112</sup>。横山にとって、心理強制説で根拠づけられた「罪刑法定主義の刑事政策的理論化」の問題は、「何を犯罪とするかの決定権が全くブルジョアの手握られ、所有権の絶対不可侵を中心に犯罪のカタログが構成されているというブルジョア国家の階級的現実」が「把握不可能とな」る点にある<sup>113</sup>。「誰が法を作ったのか、という点を抜きにした罪刑法定主義理論は、それ自体、決して社会の多数をしめる人たちの人権擁護の理論とはなりえない」し、「罪刑が法定されているから人権が保障されている、人身の自由が必ずあるというのではな」いのであるから、多数の人々の「法確信」と違

---

<sup>108</sup> 大野真義『罪刑法定主義 新訂第2版』（世界思想社・2014）v 頁〔初版 1980 年〕は、「昭和 43 年に、たまたま、罪刑法定主義の系譜論に関し、従来の通説に対する批判と新たな見解が、二人の研究者によって同時に発表された」とし、同書第一章において沢登と横山の見解に応答している。大野は特に、横山の見解、すなわち罪刑法定主義を形式的要請としてのみ捉えるべきではない、という点には、明示的に賛意を示している（同 4 頁ほか）。

<sup>109</sup> 門田成人「罪刑法定主義の理念と『権利性』について」森本益之／加藤久雄／生田勝義（編）『刑事法学の潮流と展望』大野真義先生古稀祝賀（世界思想社・2000）29 頁。

<sup>110</sup> 松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪大法学 141・142 号（1987）297 頁以下等参照。

<sup>111</sup> 横山晃一郎「罪刑法定主義概念の再構成」団藤ほか（編）、前掲注 107、85 頁。

<sup>112</sup> 横山、同上、89 頁。同 85 頁や、沢登、前掲注 107、69 頁（注 3）をはじめとして広く言及され、刑事法学においては周知の事実であると思われるが、フォイエルバッハはラインホルトを通じてカント哲学を学んだ「最後の啓蒙主義的刑法学者」とされる（平場、前掲注 26、21 頁以下〔中義勝〕）。なお啓蒙主義刑法学については多数の論文があるが、例えば足立昌勝「ドイツ・オーストリアの啓蒙主義刑法理論と刑事立法」東京刑事法研究会（編）『啓蒙思想と刑事法』風早八十二先生追悼論文集（勁草書房・1995）291 頁以下などを参照。足立は、沢登の理解を明示的に否定し、横山の理解を参照する立場から、同『ドイツ諸国』における『罪刑法定主義』概念の歴史的検証」澤登俊雄／光藤景皎（刊行発起人）『刑事法学の歴史と課題』吉川経夫先生古稀祝賀論文集（法律文化社・1994）93 頁以下を著しているが、現時点の筆者は、この点の十分な研究には至っていない。

<sup>113</sup> 横山晃一郎「罪刑法定主義の段階論的考察」比較法研究 29 巻（1968）49 頁。

わぬ行為が犯罪として法定されるかどうか<sup>114</sup>、という点に焦点があてられる。この見解は「法律によって行なわれた」ナチスの反人道的行為と形式的法治主義批判を結び付ける見地から、「法実証主義風に」フォイエルバッハの罪刑法定主義の定式を問い直した箇所<sup>115</sup>において、顕著に表れている。

更に本稿にとって、より大きな意味を持つのは、佐伯千仞還暦祝賀論文集において刑事制裁と行政制裁について論じた板倉宏の論稿である。板倉は、「実質的には刑罰と同様の制裁機能を有する統制手段と刑事制裁とを一つの社会統制目的を達成するためにあわせて行使するのは、二重問責のそしりをまぬがれまい。それだから、刑罰と過料との併科は妥当でない。過料も違法行為に対する制裁であり現行法体系においても財産刑との区別は、はっきりしていないのである」とする<sup>116</sup>。

板倉の上記見解は、宍戸と同様の「刑事制裁と行政制裁の区別がはっきりしない」という認識によりながら、宍戸とは逆の「刑罰と過料との併科は妥当でない」という結論に至っている。重要な点は、このような真逆の見解に至る理由が、まさに沢登と横山の提示する“誰の側から見た法か”という視点を容れた結果である、という点である。

板倉は、「重加算税（追徴税）は、過少申告・不申告による納税義務違反の発生を防止し、納税の実を挙げようとする趣旨に出た行政上の措置であり、行為の反社会性ないし反道徳性に着目して行為者に加える刑罰とはちがうから、両者を併科しても憲法 39 条の二重問責の禁止にふれない」とした本稿 1. 2. でも取り上げた最高裁判所判決等<sup>117</sup>に対して、「このような区別の仕方は、国家権力の側から見た区別であって国民の側から見た区別ではない」と明言する<sup>118</sup>。そして、「実質的に刑罰と類似した機能を有する制裁を形式的に刑罰でないということで、合目的性を強調し、その要件や手続をルーズにすることは危険なことである。実質的に刑罰と同様の制裁手段を、行政上の手続によって安易に行使するのは、憲法 31 条にもそぐわない。行政機関の判断に制約を加え、行政上の制裁の客観的公正を確保し、国民の権利、自由を保障しなければならないのである」と述べる<sup>119</sup>。

本稿 4. 3. 1. の末尾で述べたとおり、憲法が要請しているのは「刑事上の責任」とそれ以外の法的責任の区別である。その区別の根拠は「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。もし区別がはっきりしない／判断できないのに、刑事手続保障にかからなくてもいいとすると、憲法が「刑事上の責任」を問われる個人に与えた強い司法的保護が、潜脱されるおそれがある。それゆえに、区別がはっきりしない／判断できないから、憲法 39 条の二重処罰の禁止の問題にはならないという理解は、適切でない。本項で

<sup>114</sup> 横山、同上、50 頁以下。

<sup>115</sup> 横山、前掲注 111、83 頁。

<sup>116</sup> 板倉宏「非当罰的不問行為の概念——社会統制の手段としての刑事制裁の干渉範囲を設定するための試行概念として——」団藤ほか（編）、前掲注 107、141 頁（板倉宏『現代社会と新しい刑法理論』（勁草書房・1980）128 頁以下に収載されているが、以下では佐伯千仞還暦祝賀論文集の重要性に鑑み、初出時の頁数を示す）。

<sup>117</sup> 最大判昭和 33 年 4 月 30 日民集 12 卷 6 号 938 頁、最判昭和 36 年 7 月 6 日刑集 15 卷 7 号 1054 頁。

<sup>118</sup> 板倉、前掲注 116（1968）、141 頁。

<sup>119</sup> 板倉、同上。

検討した内容を踏まえると、3. 3. で言及した高橋単著の表現は、まさに板倉によって指摘された危険を加味した上で、刑事手続に付される個人の側から佐伯説に則る態度であるといえる。

#### 4. 4. 考察——個人情報保護法の課徴金制度創設に向けた体系的解釈に基づく示唆

以上を踏まえて、個人情報保護法において課徴金制度を創設するにあたり、いかなる示唆が与えられるか。体系的解釈が未だ不十分な中ではあるが、現時点で得られた示唆を、ここに示したい。

それは、個人情報保護法三年ごと見直しにおいて、前述の中川や林秀弥<sup>120</sup>が行ったように、「当該課徴金制度が、いかなる意味において刑事制裁と区別できるのか」を、多くの人が理解可能なかたちで説明することが、立法府と行政府の双方にとって不可欠であるということである。

日本の学説の議論の検討及び憲法 31 条から 40 条の体系的解釈を通じて明らかにしたとおり、「行政制裁であるならば刑事制裁にあたらないので、原則として刑事手続に服する必要がなく、刑事手続に服すべき場合にはその理由を求める」という理解は、日本国憲法が採用する刑事手続保障の重要性、とりわけ刑事被告人の保護という趣旨に照らして、適切ではない。求められるのは、立法過程における立法府、あるいは当該行政上の制裁の違憲性を主張される訴訟で被告となる行政府が、ある行政制裁が刑事制裁に当たらない理由を説明する責任を果たすことである。立法過程においては憲法適合性に関する立法府の説明責任の問題であり、行政争訟においては主張立証責任の問題である。

後者については、本稿の立場に立っても、法令違憲を争う訴訟においてある条文の違憲性を主張する責任を負う主体が、基本的に違憲性を主張する側（行政争訟における原告）であることに変わりはない<sup>121</sup>。つまり、憲法 39 条後段に違反する構造（他のどの条文で重複する刑事制裁が課されており、如何なる意味で「重ねて刑事上の責任を問うものといえるのか、すなわち「なぜ当該課徴金制度により、実質的に二重起訴にあたる状況が創出されているといえるのか」を証明する責任は、原告に課せられる。しかし、「なぜ当該課徴金制度が、行政制裁として、刑事制裁から区別されるといえないのか」を原告側が証明する必要はなく、むしろ被告側が「なぜ当該課徴金制度が、行政制裁として、刑事制裁から区別されるといえるのか」を証明しなければならないという帰結が、本稿の結論から導かれる。憲法には、元々想定している刑事制裁があり、その刑事制裁と結びつく形で憲法 31 条から 40 条の刑事手続保障の規定が存在するからである。

この帰結は、制裁の性質を問う第一段階を重視し、刑事手続の当事者の権利保障という一貫した視点から、刑事制裁の憲法上の意義を体系的に解釈するがゆえに、導かれる。つまり筆者は、「二重訴追の問題と区別された二重処罰の禁止は、立法者の意図を超えて刑罰を科すことはできないという罪刑法定主義のコロラリーを意味」し、憲法 39 条の二重の危険

<sup>120</sup> 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——独占禁止法の例を参考に」第 283 回個人情報保護委員会（2024）

（[https://www.ppc.go.jp/files/pdf/240510\\_shiryou-1-1.pdf](https://www.ppc.go.jp/files/pdf/240510_shiryou-1-1.pdf)）。

<sup>121</sup> 高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店・2017）151 頁以下、戸松秀典『憲法訴訟 [第 2 版]』（有斐閣・2008）107 頁以下参照。

の禁止は、二重訴追の禁止という手続の問題であって、二重処罰の禁止という実体の問題ではない、という佐伯の見解<sup>122</sup>に賛同し、憲法 39 条後段を「二重訴追の禁止」に限定して理解した上で、なお「実質」的に二重起訴となる刑事制裁と行政制裁の併科はあり得る、という高橋の立場<sup>123</sup>に与する。そして本稿は、その立場に与する意義を、刑事制裁と行政制裁との区別ができないのならば、当該制裁は「刑事上の責任」を問うものと推定すべきであり、それは憲法上の権利保障のために必要な推定であるのだから、国家は「当該行政制裁が刑事制裁から区別される理由」を多くの人にとって理解可能なかたちで説明しなければならない、という点に見出した。特に行政争訟においては、その説明が不十分なものに留まるのであれば、原則として、問題となっている刑事制裁と行政制裁の併科が、実質的な二重起訴にあたる可能性があることを念頭におき、当該行政制裁の制度の違憲性の推定のもとで、裁判所は審理、判決に至らなくてはならない、ということを意味する。

## 5. むすびにかえて

本稿は、行政制裁としての課徴金の個人情報保護法への導入議論に向けて、憲法 31 条から 40 条の体系的解釈という手法を通じて、憲法 39 条の解釈を新たに論じた。

本稿の検討の結果、以下の二つの結論に至った。

①憲法 31 条に明記された「生命若しくは自由を奪はれ」る制裁については、憲法 39 条後段の「刑事上の責任」を問う方法たる刑事罰としてしか科しえないという限界がある（なお、制裁以外の目的による自由剥奪等は、本稿の検討対象外である）。

②憲法 31 条における「その他の刑罰」としての金銭制裁については憲法が直接且つ明示的に規定するところではなく、立法に委ねられている部分が大きいが、当該制裁が「刑事上の責任」を問うものか否かが区別できない／判断できない場合には、憲法が定めた刑事手続に付される個人の司法的保護を体系的に貫徹するため、憲法 39 条後段の「刑事上の責任」を問うものと推定すべきである。

この結論から、個人情報保護法における課徴金制度創設に向けて得られる示唆が、現時点で一つある。それは「当該課徴金制度が、いかなる意味において刑事制裁と区別できるのか」を説明することは、立法過程における憲法適合性に関する立法府の説明責任の充足、行政争訟においては主張立証責任の分配の問題であると捉えるべきであって、②の結論に従えば、その説明責任・主張立証責任は、国家が負うということになる、ということである。個人情報保護法において新たに課徴金制度を創設する場合には、当該制度により課せられ得る行政制裁と刑事制裁との区別可能性を、明瞭に説明しなければならない。

<sup>122</sup> 佐伯、前掲注 4、94 頁以下。

<sup>123</sup> 高橋、前掲注 60（2024）、372 頁以下。

## 謝辞

本稿は、JSPS 科研費 JP22K18255 の助成を受けた研究成果の一部である。

## 参考文献

1. C. ロクシン（著）宮澤浩一（監訳）『刑法における責任と予防』（成文堂・1984）
2. 浅田和茂ほか（編集委員）『自由と安全の刑事法学』生田勝義先生古稀祝賀論文集（法律文化社・2014）
3. 安藤泰子『刑法の分化史』（成文堂・2023）
4. 板倉宏『現代社会と新しい刑法理論』（勁草書房・1980）
5. 伊東研祐『法益概念史研究』（成文堂・1984）
6. 井上従子「動態論的視点導入による独占禁止法の体系的解釈試論——特に技術開発面での動態的効率性の観点から——」日本経済法学会年報 20 号（1999）163 頁以下
7. 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）
8. 宇賀克也「行政制裁」ジュリスト 1228 号（2002）50 頁以下
9. 宇賀克也『行政の実効性確保——行政代執行を中心として』（勁草書房・2024）
10. 大石眞『憲法制度の形成』（信山社・2021）
11. 大島義則「個人情報保護法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）1 頁以下
12. 大野真義『罪刑法定主義 新訂第2版』（世界思想社・2014）
13. 奥平康弘『日本人の憲法感覚』（筑摩書房・1985）
14. 甲斐克則『法益論の研究』（成文堂・2023）
15. 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）
16. 嘉門優『法益論——刑法における意義と役割—— [増補版]』（成文堂・2025）
17. 木下智史／只野雅人（編）『新・コンメンタール憲法 [第2版]』（日本評論社・2019）
18. 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論（上）』（法律文化社・2018）
19. ギュンター・ヤコブス（著）川口浩一／飯島暢（訳）『法益保護によって刑法は正当化できるか？』（関西大学出版部・2015）
20. 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
21. 小西葉子「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」情報通信法学研究メディア法分科会（令和 6 年度第 2 回会合）資料 1（2025）（[https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000992577.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000992577.pdf)）
22. コンラート・ヘッセ（著）初宿正典／赤坂幸一（訳）『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂・2006）
23. 佐伯仁志『制裁論』（有斐閣・2009）
24. 佐久間修「二重の危険と二重処罰の禁止——独占禁止法の課徴金制度を素材として——」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）551 頁以下
25. 笹田栄司『実効的基本権保障論』（信山社・1993）

26. 澤登俊雄／光藤景皎（刊行発起人）『刑事法学の歴史と課題』吉川経夫先生古稀祝賀論文集（法律文化社・1994）
27. 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）
28. 宍戸常寿「憲法学から見た裁量型課徴金制度」宇賀克也／交告尚史（編）『現代行政法の構造と展開』小早川光郎先生古稀記念（有斐閣・2016）775 頁以下
29. 宍戸常寿「課徴金制度と二重処罰」ジュリスト 1510 号（2017）37 頁以下
30. 宍戸常寿「課徴金制度をめぐる論点」法律のひろば 2020 年 10 月号（2020）24 頁以下
31. 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
32. 宍戸常寿『憲法裁判権の動態 [増補版]』（弘文堂・2021）
33. 芹沢斉／市川正人／阪口正二郎（編）『新基本法コンメンタール 憲法』（日本評論社・2011）
34. 曾我部真裕「小西報告『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』へのコメント」情報通信法学研究メディア法分科会（令和 6 年度第 2 回会合）資料 2（2025）（[https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000992579.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000992579.pdf)）
35. 曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣・2011）
36. 高木光『法治行政論』（弘文堂・2018）
37. 高橋滋（編著）『行政の実効性確保法制の整備に向けて——統一法典要綱案策定の試み——』（民事法研究会・2023）
38. 高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店・2017）
39. 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣・2005）
40. 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第 2 版）』（有斐閣・2010）
41. 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第 3 版）』（有斐閣・2013）
42. 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第 4 版）』（有斐閣・2017）
43. 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第 5 版）』（有斐閣・2020）
44. 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第 6 版）』（有斐閣・2024）
45. 田中成明『法的空間——強制と合意の狭間で』（東京大学出版会・1993）
46. 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、156 巻 1 号（2020）203 頁以下
47. 田中英夫『デュー・プロセス』（東京大学出版会・1987）
48. 團藤重光「憲法第 39 条と『二重の危険』」法曹時報 1 巻 2 号（1949）38 頁以下
49. 團藤重光ほか（編）『犯罪と刑罰（上）』佐伯千仞博士還暦祝賀（有斐閣・1968）
50. 辻本淳史「二重処罰に関する考察（1）（2）」富大経済論集 64 巻 2 号（2018）369 頁以下、66 巻 1・2・3 号（2020）91 頁以下
51. トーマス・J・ミチェリ（著）高橋直哉（訳）『刑罰のパラドックス——刑事司法の経済学について考える——』（中央大学出版部・2023）
52. 東京刑事法研究会（編）『啓蒙思想と刑事法』風早八十二先生追悼論文集（勁草書房・1995）
53. 戸松秀典『憲法訴訟 [第 2 版]』（有斐閣・2008）
54. 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）（[https://www.ppc.go.jp/files/pdf/240510\\_shiryou-1-2.pdf](https://www.ppc.go.jp/files/pdf/240510_shiryou-1-2.pdf)）
55. 中川良延ほか（編集委員）『日本民法学の形成と課題（上）』星野英一先生古稀祝賀（有

- 斐閣・1996)
56. 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——刑事合意制度との比較の視点から——」現代法学 47 号 (2024) 35 頁以下
57. 野中俊彦ほか『憲法 I [第 5 版]』(有斐閣・2012)
58. 二宮周平(編集代表)『婚姻と離婚』(日本評論社・2020)
59. 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——独占禁止法の例を参考に」第 283 回個人情報保護委員会 (2024)
- ([https://www.ppc.go.jp/files/pdf/240510\\_shiryoku-1-1.pdf](https://www.ppc.go.jp/files/pdf/240510_shiryoku-1-1.pdf))
60. 平場安治(編著)『刑罰の思想』(新有堂・1978)
61. 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)
62. ボード・ピエロートほか(著)永田秀樹／倉田原志／丸山敦裕(訳)『現代ドイツ基本権 [第 2 版]』(法律文化社・2019)
- 63.
64. 松井茂記「実体的デュー・プロセス理論の再検討」阪大法学 141・142 号 (1987) 297 頁以下
65. 松井茂記『裁判を受ける権利』(日本評論社・1993)
66. 松尾浩也／芝原邦爾(編)『刑事法学の現代的状況』内藤謙先生古稀祝賀(有斐閣・1994)
67. 宮沢俊義『憲法 II ——基本的人権—— [新版]』(有斐閣・1974)
68. 毛利透ほか『憲法 II 人権 [第 3 版]』(有斐閣・2022)
69. 森本益之／加藤久雄／生田勝義(編)『刑事法学の潮流と展望』大野眞義先生古稀祝賀(世界思想社・2000)
70. 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
71. 森山浩江「水野法学における解釈論と母法研究」大村敦志ほか(編)『家族法学の過去・現在・未来』(有斐閣・2025) 38 頁以下
72. 森山浩江「貞操義務に関する一考察——*devoir de fidélité* と法・非法の関係をめぐって」潮見佳男先生追悼論文集(家族法)刊行委員会(編)『家族法学の現在と未来』(信山社・2024) 19 頁以下
73. 山畠正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古稀記念論文集刊行発起人(編)『民法学と比較法学の諸相 III』(信山社・1998)
74. 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男ほか(編)『現代立憲主義の諸相(上)』高橋和之先生古稀記念(有斐閣・2013) 286 頁以下
75. 山本隆司「行政制裁に対する権利保護の基礎的考察」磯野弥生ほか(編)『現代行政訴訟の到達点と展望』宮崎良夫先生古稀記念論文集(日本評論社・2014) 236 頁以下
76. 横山晃一郎「罪刑法定主義の段階論的考察」比較法研究 29 巻 (1968)
77. 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権 [第 2 版]』(日本評論社・2023)
78. *André Bohn*, Entscheidungsanmerkung, ZfIStw 1/2024, S. 58 ff.
79. *Carl-Friedrich Stuckenberg*, Anmerkung, StV 2024, S.14 ff.
80. *Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner (Hrsg.)*, Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 3, Halbbd. 2, 1959.



81. *Mathias Honer*, Materielle Gerechtigkeit ist kein Argument—Zur Wiederaufnahmeentscheidung des Bundesverfassungsgerichts—, DÖV 2024, S. 349 ff.
82. *Roman Herzog, Rupert Scholz, Matthias Herdegen, Hans H. Klein (Hrsg.)*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 107. Aufl., 2025.