

日本国憲法第三十一条について

— 所謂 *due process of law* と *procedure established by law* —

沢田嘉貞

- 一、はしがき
- 二、日本国憲法第三十一条の「法律で定める手続」をめぐる諸家の考え方
- 三、日本国憲法第三十一条の法理
- 四、結び

は し が き

過ぐる昭和三十七年十月十三・十四日三鷹市の国際キリスト教大学で開催された日本公法学会(第二七回)のテーマ「適法手続」に関するシンポジウムにおいて、その発表者になした私のささやかな質疑から、はからずも発表者にかわり司会者一橋大学教授田上穰治先生、又成溪大学教授佐藤功先生及び中央大学教授橋本公巨先生から直接、間接に懇切なる御教示をいただいた。本稿は、その問題、及び、その問題に対する私自身の理解とその整理を試みたものである。

一 その問題

その質疑、即ち、「日本国憲法第三十一条にいう「法律の定める手続」(procedure established by law)によるということ、と、その法律の内容が妥当かどうか(適法)ということとは別ではないだろうか。勿論、その法律が妥当なものであって欲しいという希望には賛成だが、それは、立法・政策的な論議であって直ちに第三十一条の解釈論ではないと思う。」

右の質疑について一言すれば、「法律を以てするならばいかなる手続を定めてもよい。」と解するからではない。いうまでもなく日本国憲法における法律の制定はその憲法に反してなされるものではない。更に、日本国憲法制定の経過の中で日本国憲法第三十一条について顧みる立法者の意志の忖度にもやぶさかではないとしても、又仮にそれであるとしても、それが直ちに、その規範の法理といえるかどうか、論議のあるところであろう。

又、今日、國際的思潮・法理の中に当該憲法の在り方・理解も検討されなければならない。といつても、それとも、それが直ちにわが国の日本国憲法の法理ではない。只その立法論・政策論上、もつ意味が大きいことは論ずるまでもない。

所謂「適法手続」の理論がわが国において必要性があるとしても、日本国憲法第三十一条の法理は法理とし整理しなればならない。

日本国憲法第三十一条は「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われ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定している。一言すれば、法律の定める手続によらなければ刑罰その他の刑罰を科せられない権利を保障した規定と解する。即ち、刑罰として国民の生命・自由を奪うときの手続及び、その刑罰を科するにも法律の定めるところによらなければならないという法理に過ぎないと解する。従つて、所謂適法手続 *due process of law* の理論を日本国憲法第三十一条に規定する「法律の定める手続」 *procedure established by law* に導入する考え方とは対立する。ここに、はしがきに述べたことを契機にして、日本国憲法第三十一条の法理を整理する故由である。

二 日本国憲法第三十一条の「法律で定める手続」をめぐる諸家の考え方

(一)

所謂「適法手続」の理論を日本国憲法第三十一条に導入する考え方といつても、その論旨は多義的であり一様では

ない。従って、以下諸家の考え方を紹介するにあたっては、原文を引用して誤りをなくするようにする。

先ず、宮沢教授は、その著、有斐閣（法律学全集）憲法Ⅱにおいて「法律の定める手続」とは、アメリカ合衆国憲法にいう「妥当な法律の手続」(due process of law)と同じ意味に解すべきである。「妥当な法律の手続」とは、公正な(fair)な手続、あるいは「公正と賢明の最低限度の水準」を満足させる手続を意味すると解されている。日本国憲法の「法律の定める手続」もそれと同じ意味と解するのが良識の命ずるところである。⁽¹⁾と説かれている。又、別著日本国憲法コンメンタールにおいて、『法律の定める手続』とは、さらに、法律で定められた妥当な手続を意味する。そして、そういう妥当な手続として、近代諸国法において自由の保障のためにもっとも妥当な手続として歴史的に形成されたひとつの手続を予想している。訴訟手続またはそれに類する手続が、すなわちそれである。⁽²⁾近代法においては、諸国での長年の経験にもとづき、刑罰を科する場合に訴訟手続というものができている。そのこまかい内容は、時と所とによって、非常にちがうが、関係者の異なる意見相互間の弁証法的対決手続にもとづいて裁断が与えられることを核心とする手続であることについては、ほぼ一致している。これが自由を制限するための手続としてもっとも妥当な手続と考えられている。ここに「法律の定める手続」とは、もっぱらかような訴訟的手続を、もちろん、その適用される事項の性質に応じて、それに必要な変更が加えられることを当然の前提としつつ、眼中に置いていと解される。⁽³⁾『法律の定める手続』は、かような意味において、いわゆる「妥当な法の手続」(due process of law)とその趣旨を同じくするといえよう。⁽⁴⁾とも説かれている。思うに、訴訟法の在り方から妥当な法の手続という存在意義を説かれ、それが「法律の定める手続」の法理とされる右の考え方は傾聴すべきである。右の訴訟法の存在意義にもとより異論もなく、法律の定める手続も又妥当な手続であることが望ましい。だからといって、それが直

ちに「法律の定める手続によらなければ……。」といているに過ぎない日本国憲法第三十一条の法理であるかどうかは疑問である。

佐藤功教授は、「本条は英米法のいわゆる適法手続 (due process of law) の原則を定めた規定である。ここでは「適正な」(または「公正な」「正当な」。アメリカ修正憲法五条参照) という文字は見られないが、この原則の歴史上・思想上の沿革から見て「法律の適正な手続」の保障を定めたものと解される。すなわち英米法においては適法手続の内容はコンモン・ローという形において歴史的に確立されそれが個々の制定法を規制するものになっており、そのために「適正な手続」という観念が意味をもってくるのであるが、わが国ではこのような背景がなく、むしろ適正手続が法律の形において成立せしめられることが期待され、そこに「法律の」ということばが用いられている理由があると解される⁽⁵⁾。更に、「ここには単に「手続」とあるが、このことは刑事手続が法律によって定めてありさえすればよいという趣旨ではなく、その要件も適正なものでなければならぬことを示す。すなわち刑事手続法を以てならばいかに生命・自由を剝奪・制限してもよいというのではなく、その場合にも十三条の趣旨が適用され、それが刑事手続における生命・自由の剝奪・制限の実質的・内容的限界をなす。その意味で本条はいわゆる罪刑法定主義の原則を含むものである⁽⁶⁾。」尚、「すなわち七十六条三号及び三十九条等は罪刑法定主義の主要な内容に関する規定であるが、罪刑法定主義の一般的原則を定めた規定は本条以外に求めることができない⁽⁷⁾。」といわれる。更に又、「すなわちこの限界をどこに求めるかということが適法手続の内容をなすものである⁽⁸⁾。」「アメリカの判例法で確立されていると見られるのは、訴訟手続についてたとえば被告人が、処分を受ける前に必ず告知を受け且聴問・弁論の機会が与えられなければならないこと(被告人の防禦権が実質的に制限されてはならないこと)、裁判所が公平であること、公判の際訴訟当

事者が在廷すること等、また実体法については、構成要件の内容が漠然としており不明確な法律によって処罰されてはならないこと等が挙げられる。これらのことがらはわが国においても適法手続の内容として同様に要求されているものと解され、またこれらのことからは憲法自身において規定を設けているものも存するし（三四条は抑留・拘禁について告知聴問の権利を定める。なお公平な裁判所については三七一）、刑事訴訟法に具体的規定が設けられている。従ってこれらについては、適法手続違反は憲法及び法令のこれらの規定違反として問題となるのであるが、しかし、本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。また前述の本条を罪刑法定主義の原則を宣言した規定であるとみるならば、本条を根拠として犯罪の構成要件を漠然不明確を定めた法律の違憲性を主張することができる。⁽⁹⁾と立論される。

右の如く法律の内容的限界として日本国憲法第十三条を示されることは結構である。しかし、所謂、「適法手続」の理論を導入される佐藤教授は、アメリカ判例法が確立しているという適法手続の内容と、罪刑法定主義の原則から説く構成要件の明確化を結びつけ、その「法律」の内容の不明確即ち違憲であり、正当性を欠く「法律」とし、適法手続の内容を「法律の定める手続」の内容と説かれているようである。このことは、その「法律」の妥当性如何の問題を考察する思考方法としては傾聴さるべきであろうか。いうところの「法律の定める手続によらなければ……」という法理としては、やはり首肯できない。

米国行政法研究及行政手続の研究所収の「行政聴問」においてアメリカにおける所謂「適法手続」の理論を教示され、極めて教えを得ることの多い橋本公巨教授は、「わが憲法第三十一条は、アメリカ合衆国憲法修正第五条及

び修正第十四条の影響を受けて、成立したものであるがその規定の形式は、かなり異なっている。しかし、できる限り、同様の意味をもってしていると解する方が、憲法の基本的人權の趣旨に適する。⁽¹⁰⁾「法の正当な手続」に対し、「法律の定める手続」(procedure established by law)とある。しかし、単なる手続のみを要求しているのではなく、手続と実体の両者にわたって、正当な法を要求していると考へたい。⁽¹¹⁾尚、「第三十一条は、規定の形式だけからみると、手続だけに限られているように見えるが、この点については、アメリカ判例法のように、実体についても、合理的な法の規定が必要であると考へなければならぬ。何故なら (i) 実体法が正義に適合していなければ、手続のみ公正であっても、全く無意味である。(ii) およそ、人の生命、自由ほど大いなる法益はない。これに侵害を加えるには、あらゆる意味で、正当性が保障されなければならない。(iii) 罪刑法定主義は、この憲法に特に明白に規定されていないが、これは、近代法の大原則というべきものであって、第三十一条を右のように解することにより、これを含ませることができる。⁽¹²⁾」とされる。

右は、英米法の影響の下、わが国の日本国憲法第三十一条の「法律の定める手続」を所謂、「適法手続」の理論を積極的に導入して夫々その著において論じられているものの内の代表的な考へ方だといつてもよいと思う。

(II)

次に註解日本国憲法(法学協会)は、「本条が、アメリカ憲法の、適法手続の規定の影響の下に成立したものであることは否定できない。⁽¹³⁾」しかし、「わが憲法の規定が、果していかなる内容を持つべきものであるかは、これを参考としつつも、また別個に検討さなければならぬ。⁽¹⁴⁾」としつつ、(i) アメリカ憲法においては、ひろく生命、自由財産に対する一切の侵害に対する保障を規定したものである。しかし、わが憲法は、「生命若しくは自由を奪われ、

又はその他の刑罰を科せられない。」としていたのであって、アメリカ憲法のように、たんに「生命、自由、財産を奪われない。」としているのと異なる。条文の位置からいっても、刑事手続に関する一群の規定の最初に置かれている。又わが憲法には、自由権・平等権・財産権・労働権についてはいくたの規定が設けられているのであるから本条をアメリカ憲法のように経済活動などまでを含んだ包括的な自由保障の規定と解する実質的な必要はない。「本条は、少なくとも主眼としては刑罰に関する規定であると解するのが妥当であろう。」ただし、厳格に刑罰に限るものであるなら刑罰を科せられない、と規定すれば足りる。とくにこのように規定された趣旨及びアメリカ憲法に由来する沿革からみて、厳格な意味の刑罰でなくとも刑罰に準ずる生命剝奪及び身体の自由の拘束も本条は含んでいる。⁽¹⁵⁾ (ロ)本条は、手続のみに関するものか、それとも要件をも規定したものであろうか。要件を規定したものであるとすれば本条は罪刑法定主義を含むことになる。罪刑法定主義に関する重要な事項については別に規定がある。しかし本条を罪刑法定主義の規定だと見ないと日本国憲法と罪刑法定主義の原則を示す規定が欠いていることになる。「本条は、明らかに「手続」と規定しているのであって、従来の大陸法的な規定の仕方とは異なっている。そうして、実体法は訴訟手続をはなれても、行為規範として独自の存在理由を持ちうるという点では、確かに単なる手続ではない。しかし、実体法も、訴訟で適用されるべき規範としてこれを見れば、やはり手続の法であるといえる。刑法を正しく適用しないで処罰するのは、やはり法律に定めた「手続」によらないで処罰するものである。」といい、このような意味で罪刑法定主義の規定であるとするのである。⁽¹⁶⁾ 更に (イ)「本条は、司法権・行政権に対する制約にとどまるまでであらうか。それとも、国会の法律自体が合理的なものでなければならぬという、立法権に対する制約を含むものであろうか。本条は、「法律の定める手続」という語を用い、アメリカ憲法のような「適正な」(due)という語は用いていな

い。又英米では、コモン・ローという形で表現された原則的な法が存在し、それが理論によって自然法的なものにまで高められ、個々の制定法の逸脱してならない枠が、歴史的・具体的にほぼ定まっている。そこで「適正」という語が生きてくる。ところが大陸法ではこのような（個々の憲法の規定以外の）原則的な法の体系はなく、国会の定めた法律が最高のものである。勿論、憲法自体にいくつかの原則的な規定があり、これらに違反したときは、適正でないといいうるが、しかし、その場合は、それらの規定に違反したものとすれば足り、本条違反とする必要はない。このようにして、本条の規定は、単なる司法権・行政権に対する制約と解するのが、むしろ自然であるかもしれない。⁽¹⁷⁾という。しかし、被告人の言分を充分聴取（*rechliche getör*）しないで処罰したり、瞬目で広い内容を持った刑法を制定したりしたときなどのように、憲法のどの条文に反すると明らかにいえないが、憲法の精神に反するといわざるをえない場合は本条によって救済するのが妥当である。「この限度で英米法の「適法手続」を採用したと解しても、全体として英米法の影響を受けたわが憲法の解釈として不当ではない。⁽¹⁸⁾という如く、所謂「適法手続」の理論を肯定する立場であるが、前示の如く、「本条の規定は、単なる司法権・行政権に対する制約と解するのが、むしろ自然であるかも知れない。」ということとは注目される。

田上穰治教授が、憲法原論（昭和二十六年発行）においては、「法律の定める手続とは、手続法が法律で定められることのほか、手続において適用さるべき実体法もまた法律で定められるべきことを意味し、従って憲法第三十一条は行政と司法に関する法治主義を示すものである。蓋し本条はアメリカ憲法修正条項（五条、一四條）に該当するもので、更にそれはイギリスの自由大憲章に、彼の同輩の合法的裁判又は土地の法律（*law of the land*）によるにあらざれば逮捕等を行なわれたいとあること（三九條）に由来する。同輩の合法的裁判すなわち陪審制は、元來は庶民に保障されな

かったが、コオクはこれをいわゆる土地の法律による保障に含まれるものと解釈し、かくて手続法における人身の自由の保障と実体法における罪刑法定主義が結合するに至った。(中略) アメリカの判例は、法定手続の保障の中に、法律が憲法の前提する合理的な法秩序の表現たるべきことを含むものとし、ここに違憲立法の審査を行なう根拠を求め、わが新憲法は第八十一条で合憲性の審査を規定するから、第三十一条に立法権の制限を含ましめる必要はない。⁽¹⁹⁾とされていたが。憲法要説(昭和三十三年発行)には、「法律で定める手続は、単に形式的に国会が法律を制定することですりるものではなく、実質的に憲法のいわゆる公共の福祉、いかえれば、憲法の指導原理である自由主義的、キリスト教的⁽¹⁹⁾世界観に適合することを要する。」「第三十一条を刑罰を科するについての保障と解しても、なお公共の福祉あるいは合衆国憲法における「手続の正当性」を伴うべきものとしなければ、理解することができない。」とされ、要するに第三十一条は刑罰を科すると否とを問わず、広く人民の権利または自由を制限するについて、法律の定める正当な手続を要する規定と解されている。⁽²⁰⁾

以上、みた如く、概説すれば、日本国憲法第三十一条が英米法の影響を受けたという意識から、英米法的な施策・運営による自由乃至人権の保障の在り方、特にアメリカ憲法の *due process of law* の原則を採用した規定であるという。その論旨も多義的であり一様ではないが、所謂「適法手続」の理論を積極的或いは消極的に、又限定的に導入している。従って、日本国憲法にいう「法律の定める手続」の法理を、その手続法その実体法共に「適法」、「妥当」、「公正」、「合理的」でなければならず「公正と賢明の最低限度の水準」を満足させる法、或いは、自由主義的キリスト教的世界観に合致する法の保障を意味するとし、立法上の規制・保障と解するのである。前掲したこれらの考え方は、日本国憲法の法理として且憲法学者の説くもの内、代表的なものといってもよいであろう。

尚、東京地裁において昭和三十五年三月三十日言渡の所謂砂川事件の伊達判決は、「刑事特別法は、国民に対して何ら正当な理由はなく、軽犯罪法に規定された一般の場合よりも特に重い刑罰を以って臨む不当な規定であり、何人も適正な手続によらなければ刑罰を科せられないとする憲法第三十一条に違反する。」と判示し、その「適正」は「法の下の平等」の要請を含むものとして、わが国判例史上、劃期的なものであると言われる考え方もある。⁽²¹⁾

- 註(1) 同著、三七八頁参照
- (2) 宮沢俊義著・日本国憲法(日評・コンメンタール)二八四頁
- (3) 同右・二八四頁
- (4) 同右・二八五頁
- (5) 佐藤 功著・憲法(有斐閣ポケット註釈全書)二〇四頁
- (6) 同右・二〇五頁——二〇六頁
- (7) 同右・二〇六頁
- (8) 同右・二〇六頁
- (9) 同右・二〇六頁——二〇七頁
- (10) 橋本公巨著・憲法原論・二一〇頁
- (11) 同右・二一〇頁
- (12) 同右・二一一頁
- (13) 註解日本国憲法(法学協会)五八六頁
- (14) 同右・五八六頁参照
- (15) 同右・五八七頁参照
- (16) 同右・五八七頁参照
- (17) 同右・五八八頁参照
- (18) 同右・五八八頁参照

(19) 田上穰治著、憲法原論(春秋社) 一二四頁

(20) 同右 憲法要説一二五頁——一二九頁參照 尚、全訂憲法概説一三四頁一六〇頁——一六二頁參照

憲法の指導原理である自由主義的、キリスト教的の世界觀に適合することを要するといわれる考え方は注目されよう。

(21) 所謂砂川最高裁判決及伊達判決をめぐる論稿は多い。下山瑛二・憲法第三十一条と *due process of law* (法律時報第三三卷第四号) 參照、法律時報特集第三二卷二号參照・ジュリスト特集一九六〇年一月号參照、

(三)

以上の見解に疑点をもつ考え方としては、

(イ) 日本国憲法は第三十一条において「合理的な手続」とは定めていない。したがって刑罰手続の合理性を決する基準が「公正と賢明の最低限度の水準」といっても、不確定であり、抽象的であることからまぬがれることができない。国民の基本的人權にとくに重要なつながりをもつ刑罰手続が、かかる不確定な確念によって保障されるという立論を認めれば、その帰結として、裁判所をして超憲法秩序の執行者たらしめ、また、立法者たらしめる。このような凡そ憲法を破壊に導く超憲法秩序の存在を憲法自身が認めるはずはない。又、判例を法源の一つと認めないわが現行法の下ではかかる立論は認めることができない。

(ロ) 又、憲法の定める「法律」が合憲であるべきことは立憲法治主義上必須の要件である。しかし、このことは、法秩序の妥当性についての単なる理論的認識の問題ではなく、憲法自身がこれを第九十八条一項に規定し、第八十一条の下、最高裁判所が法律が憲法に適合するか否かの問題として決定するのであって、それ以外の政治上乃至公益上、法律内容が適正であるかの問題ではない。「法律」の現定内容の実質的要件を合憲性以外の正当・妥当・適正・合理性等に求める所説は、憲法上根拠がなく、採りえない論である。もし、かかる論を認めるとすれば、正当性等の

抽象的不特定基準を全く裁判所の裁量に委ねることとなり、不当の権力主義を跳躍させる結果を容認せざるを得ない。

(イ) わが憲法第三十一条がアメリカ憲法の影響を受けて成立したことは事実かもしれない。しかしだからといって、直ちに彼此の内容を同一視する法理上の理由はない。それは、それとして、わが憲法の定むるところによってきめられるべき問題である。この見地から、「法律の定める手続」とある規定に対して「法律」の法意を無視乃至輕視して「合理的な手続」と專断することは第三十一条の解釈のかわりに実は一種の法意識的主張がなされたものである⁽¹⁾。等々の一連の主張がある。

註(1) 土井多賀子著・判例にあらわれた憲法第三十一条違反の問題点(公法雜誌第二十二号)参照等

三 日本憲法第三十一条の法理

日本国憲法第三十一条の「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われ、又はその他の刑罰を科せられない。」との規定は、この憲法における刑罰権の発動に対して人身の自由を保障する一規定である。即ち、刑罰として国民の生命・自由を奪うとき、及び、その他の刑罰を科するにも法律の定めるところによらなければならぬし、法律で定めた取扱いを為さぬで科刑されない。という規定である⁽¹⁾と解する。刑罰手続法律主義と、罪刑法定主義をも含む規定⁽²⁾といつてよいであらう。

それは嘗て、大日本国憲法憲法第二十三条の「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ……処罰ヲ受クルコトナシ。」という規定と趣を同じくするものであるといつてもよい。一言すれば、右になす批判を今日いかようになすとしても、その当時の在るべき憲法の学理解釈においては、統治機関の行為に対し国民の権利を保護する規定として常に法

律に基づくことを定めていた。それも法律であればいかような法律を定めても構わないということが素直な解釈法理ではなかったと思う。又、仮にその運営・施策において逸脱があったとしても、それならそのことは直ちにその規定の解釈ではなく、政策論上顧慮する問題といえよう。

尚、昭和二十一年三月六日の臨時閣議で決定・公表されたわが憲法改正草案要綱第三十前段において、「何人ト雖モ国会の定ムル手続ニ依ルニ非ザレバ其ノ生命若ハ自由ヲ奪ハレ又ハ刑罰ヲ科セラルコトナカルベク」としていたことは、今日、「法律の定ムル手続」の法理を理解する一つの手がかりともいえよう。

凡そ、日本国憲法第三十一条の「法律の定める手続によらなければ……刑罰は科せられない。」と規定し、人身の自由に対する刑罰上の規制として法律の定めるところに拠ってなされることを意味するに過ぎない。従って、その法律そのものが又その刑罰手続そのものが、他の憲法条規に合致しているかどうかは日本国憲法第三十一条の直接の問題ではない。若し、刑罰及刑罰手続が他の憲法規定に違反して立法されたときは、他の個々の憲法規定に照らし違憲性の問題がとわれても、直接本条違反ではない。刑罰が法律の定める手続によらないで科せられる場合、或いは法律によらないで刑罰を恣意的に科せられるという場合が本条違反になるのである。

勿論、国家机关が法律によって科刑する場合、その科刑手続上の行為或いは処分は適当不適當も本条違反ではない。なぜなら、例えば具体的に刑法・刑事訴訟法の解釈・適用を誤った司法手続は刑法・訴訟法違反の問題であって、それが直ちに日本国憲法第三十一条の規定する問題ではないのは公知の如く多くの判例・学説も示すところである。

日本国憲法が定める法律、又、法律事項とされているものは、すべて日本国憲法第四十一条の定める国会が制定す

る法形式であり、その法律によらなければならない。即ち、国民の基本的人權に重大な關係を有する制裁及強制については、それを科す手続においても、或いは、その制裁及強制の内容に關しても、国民の代表機關であり、唯一の立法機關である国会以外制定することができないとされている法律にのみ妥ねることによって自由乃至人權の保障を計っているのである。したがって法律以外の政令・条例等に罰則を設ける場合は、すべて法律の具體的・個別的委任に基づき、法律の定めるところに矛盾することは許されない（日本国憲法第七十三条六号但書・第九十四条）。又、日本国憲法第七十七条一項の最高裁判所の定める規則として「訴訟に關する手続」事項の内、罰則を設ける事項は法律によらなければならないし、法律の規定に違反することができないと言わざるを得ない。

憲法の定める「法律」が合憲であるべきことは論を伴ないが、その判断・審査については、日本国憲法第九十八条一項に規定する処に従い、その違憲・合憲の審査決定を最高裁判所に委ねている（日本国憲法第八十一条）。したがって、「法律の定める手続によらなければ……刑罰を科せられない」かぎり科刑の手続上、内容上の違憲・合憲は、日本国憲法の各条規に照らしてその合憲・違憲を決定するに過ぎない。思うに憲法外の価値判断をもってして審査するものではないからである。

前掲した如く、註解日本国憲法も「何が適正であるかの標準が存在しないのである。勿論、憲法自体にいくつかの原則的な規定があり、これらに違反したものとすれば足り、本条違反とする必要はない。このようにして、本条の規定は、単なる司法権・行政権に対する制約と解釈するのが自然であるかも知れない。」といている。

それは、それとして、「本条の規定は単なる司法権・行政権に対する制約と解釈する。」と考えているが「法律の定める手続によらなければ……刑罰を科せられない」という以上、所謂刑罰を法定しなければならぬし、法律で定

めた取扱いを為さないと所謂刑罰を科してはならない。即ち、所謂刑罰を科するには手続も又法律で定めなければならぬ規定と解する限り、その意味で立法上の制約を含むといつてもよいであらう。

又、日本国憲法第三十一条の規定する如く、生命若しくは自由を奪う刑罰のみならず、その他の刑罰を科せられないとしている以上、法律で定められるべき「刑罰」は刑事訴追を目的とする場合のみならず、行政上の目的のためになされる制裁・強制も含むと解する。

その「刑罰」を科するについての法律の内容の適・不適・合理的・非合理的等々という妥当性の問題は、所謂、基本的人權として具体的に日本国憲法に規定する当該憲法条文違反の問題であり、一般的には、第十三条の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする。」という規定の問題であると厳格に区別・整理して理解したい。

尚、日本国憲法第三十一条が罪刑法定主義の原則を含むといったが、罪刑法定主義を根拠にして、所謂「適法手続」の理論を「法律に定める手続」の内容として、その法律の正当性を導く考え方に首肯し得ない。註解日本国憲法もいう「刑法を正しく適用しないで処罰するのは、やはり法律に定めた「手続」によらないで処罰するものである。本条には、このような意味で、罪刑法定主義が規定されているものと解すべきである。」という意味と解したい。即ち、「基本的には、国民の意思である法律によらなければ、処罰されることはなく (nullum crimen sine lege)」、又法律で定めた刑によってでなければ処罰されぬ (nulla poena lege)」とどう原則であるか一応理解するからである。

註(1) 佐々木惣一・日本国憲法論・四三九頁参照

(2) 中谷敬寿・日本憲法要義 参照

四 結 び

本稿は、はしがきの下、日頃、筆者がもつ、日本国憲法第三十一条についての憲法学上、基本的な理解を素描して、本規定が、所謂「適法手続」条項そのものと考えない立場を整理したに止まるが、「法定手続」と適法（あるいは正当）手続」の相違を形式的に解し、（中略）国会の制定した法律はすべて合憲であるとしたのは、些か皮相的見解にはしり、悪しき法実証主義に陥った感がある。」⁽¹⁾とも思わない。「法が実定的に規定されている場合にのみ、生命・自由・財産の保障があたえられるのではなく、人々の享受する生命・自由・財産をいかにしてより高い次元において調整し保障するかということが現代の課題である。」⁽²⁾もつともである。だからといって所謂「適法手続」でなければならぬとして第三十一条の規定を理解しなくても科刑が法律によらなければならないという憲法上の自由乃至人権に対する配慮と、その法律も第十三条の規定の存することによって国民の自由乃至人権の調整・保障する必要性を無視していることにはならないと思う。

本規定めぐる問題とその解釈は、本来国法学・憲法学・行政法学・刑法学・訴訟法学等々にまたがる問題として広く学界の論議があるところである。その意味でその共同研究も必要であろう。所謂砂川事件最高裁判決をめぐっての多くの論者から「法律による手続」の意味を最高裁判所が明らかにすることを希望されているところでもある。又、憲法調査会においては、その法理の未確定の中に、立法論上の検討・議論がなされていることも公知のことである。今日、もはや、学界において日本国憲法の一規定の解釈論議のみに終始している段階でないかも知れないが、日本国憲法制定されて十有六年を閲しなお憲法調査会においてみられる如くその法理の未確定の中に、その検討・議論がな

されているかぎり本稿及び本稿を企図した意識のもの一連をこれからも論じたいと思う。

しかし、ここに論じ得なかった諸問題は多い。特に、行政事件訴訟法（法律第一三九号・昭和三十七年五月十六日公布・十月一日施行）の成った今日、尚、日本国憲法第三十一条の規定の理解とは別に行政上における実体的規制と行政手続の適正化の問題の重要性が失われるものとは思われない以上、更に別稿する予定でいる。

註(1) 下山瑛二・前掲参照

(2) 同右 前掲参照

付 言

参照させていただいた著書・論文の内、陰に陽に教えを得たにかかわらず一々その表示をし得なかったが、日頃の御教示をいただく中谷敬寿博士の公法学会（二七回）での発表もあり、そして、その著日本国憲法要義を初め、佐々木・日本国憲法論、更に本テーマに関し、杉村敏正・法の支配と行政法（公法研究二十号）・行政行為と適法手続（渡辺記念論集所収）、又、判例を挙げて論じなかったが田畑忍編判例憲法学にその整理・批評の労をとられた諸氏及大西芳雄・法律と命令（総合判例叢書）等々に負うところが多い。尚、前後するが前掲したもの外、参照した主なるものとしては久世公堯・法律と条例、川上勝己・行政的取締と憲法（叢書・憲法②）、橋本公巨・米国行政法研究、清宮四郎・憲法要論、鵜飼信成編・行政の手続研究、早川武夫・日本国憲法と適法手続（法学教室③）、木村亀二・新憲法と刑事法、ゲルホン・早川・山田訳・基本的人権、アメリカ合衆国憲法・京大憲法研究会編訳、大野盛直・アメリカ憲法の展開、水木惣太郎・基本的人権、河原駿一郎・適法手続と憲法三十一条（ジュリスト六九号）、植松正・司法上の人権（法律時報臨時第三三卷一四号）、高田卓爾・司法上の人権（ジュリスト特集二四二号）及伊藤正己・法の支配、憲法調査会報告書、等々がありここに深く謝意を表する。