

徳山大学論叢 13号 正 誤 表

『行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について』

前 田 寛

誤 正

25頁	目次	五(4) 口税 → 国税
26頁	7行目	全体と → 全体として
	20行目	場不 → 場合
27頁	10行目	dut → due
29頁	11行目	規制 → 規定
39頁	27行目	folonies → felonies
41頁	1行目	抗抵 → 抵抗
43頁	1行目	令状を → 令状〔の発行〕を
注49頁	20行目	有斐閣，昭和53年 → 有斐閣・昭和53年
51頁	11行目	については（佐藤 → については佐藤
55頁	22行目	273頁 → 283頁
	35行目	Verwaltungs → Verwaltungs—
56頁	1行目	—verfahrensgesetz → verfahrensgesetz
	5行目	所政 → 所収

# 行政手続と令状制度（憲法33条・35条） との関係について

前 田 寛

## 目 次

- 一 はしがき
- 二 学説の立場
- 三 立法例
- 四 判例の立場
- 五 問題点の検討
  - (1) 行政調査と令状主義
  - (2) 合衆国憲法改正4条・14条と行政調査に関する判例
  - (3) 警察官職務執行法6条，国税徴収法142条と令状主義
  - (4) 口税犯則取締法3条と令状主義
  - (5) 憲法33条と令状主義
- 六 あとがき（まとめ）

### 一 はしがき

憲法33条は逮捕について，憲法35条は住居・書類及び所持品の侵入・搜索・押収について，それぞれ司法官憲の発する令状によるべきこと（令状主義）を定めている。この令状主義の定めが刑事手続だけでなく，行政強制——行政庁が，行政目的の実現を確保する為に，国民の身体又は財産等に実力を加えて行

政治上必要な状態を実現する作用——のような行政手続にも適用されるかどうか  
が問題になる<sup>(1)</sup>。

この令状主義は、憲法31条の「その他の刑罰を科せられない」、33条の「犯罪を明示する令状」、37条の「刑事被告人」、38条の「有罪とされ、又は刑罰を科せられない」等の文言から、直接には刑事手続における人権保障に重点を置いた規定であるが、① 現代行政権の拡大強化現象により行政手続においても人権の制限、侵害を受ける可能性がある、② 憲法31条乃至40条の規定を全体と見ると、これ等は、確かに直接には刑事手続における人権保障に重点を置いた規定であるが、これ等の規定の中には、刑事手続だけに限定されないものがある。例えば、憲法33条の裁判を受ける権利が、刑事手続だけでなく行政手続や民事手続においても保障されることは明白である。また、憲法36条の拷問禁止規定における公務員には、警察官や検察官だけでなく一般の行政職員も含まれると解さなければならない。けだし、このように理解しなければ、一般の行政職員は、行政目的達成の手段として拷問をしても差し支えないということになるからである。このように、憲法31条乃至40条の規定の全てが刑事手続だけに關する規定であるとはいえない。そこで、もし、本稿で問題とする憲法33条・35条が、行政手続には全く適用されないとすると、実質上刑事手続であっても行政手続という形式を採れば、憲法上の制約を免かれ憲法33条・35条の保障が骨抜きとなる可能性がある、③ 行政強制は、その実効性を確保する為に刑事罰又は秩序罰を科している場が多い。したがって、行政手続と刑事手続とが密接に関連し、時として両者を厳密に区別することが困難な場合もある、④ わが国憲法の母法であるアメリカ合衆国憲法における適正手続の法理の判例法上の発展——判例法によって行政手続にもこの保障を及ぼしている——の影響、等の理由によってこの保障は行政手続にも可能な限り及ぼされなければならない。

しかし、行政強制による人権の制限、侵害の程度は様々であり、また行政目的を迅速に達成する為に、そもそも令状入手が最初から不可能な場合も多い。

したがって、本稿では、まず行政手続に令状主義が適用されるか否かについて

## 行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

て、これまでの学説、立法例、判例の立場を概観してから、この両者（人権保障と行政目的達成<sup>9)</sup>）をどのように調和するかという観点から問題点を検討してみたい。

### 二 学説の立場

令状主義が行政手続にも適用されるか否かについて、学説は、概ね、不適用説<sup>10)</sup>、準用説<sup>11)</sup>、適用説<sup>12)</sup>に区別される。従来の通説<sup>13)</sup>は、憲法制定の沿革、条文の位置、前後の条文との関連、行政作用の特質、等の理由から、憲法33条・35条は、刑事手続について規定したものであって、行政手続には直接には適用されない、と解している。勿論、この説も行政強制を全く自由になし得るとするのではなく、憲法31条の適正手続条項（due process of law）の趣旨から、行政強制の手続は、相手方の人権を適切に保護するような合理的なものではない<sup>14)</sup>、としている。

### 三 立法例

現行の立法例を見ると、① 行政上の強制措置が刑事責任の追及と直接関連性をもって行われるような場合には、裁判所又は裁判官の許可状を必要とし（国税犯則取締法2条、関税法121条乃至123条、出入国管理令31条）、② 警察の保護が24時間を超える場合には、裁判官の許可状を必要とし（警察官職務執行法3条3項・4項）、逃亡した時から48時間を経過した後に在院者を連戻す場合には、裁判官の連戻状を必要としている（少年院法14条2項・3項）点では、令状主義の趣旨を尊重しているが、③ 強制入院ないし強制収容は行政措置に委ね（精神衛生法29条、伝染病予防法7条、出入国管理令39条以下）、④ 一般の行政諸法規上の立入検査には、令状を必要とせず、ただ身分証明書の携帯呈示を規定し（結核予防法32条、質屋営業法24条、風俗営業取締法6条、火薬類取締法43条、食品衛生法17条・19条の16、所得税法234条乃至236条）、

## 第 13 号

通例，その立入検査の権限が，「犯罪捜査のために認められたものと解してはならない」と規定し（結核予防法32条，火薬類取締法43条5項，所得税法234条2項，薬事法69条3項），多くの場合，この立入検査を拒否・妨害・忌避した者に刑事罰又は秩序罰を科すと規定している（質屋営業法33条2号，風俗営業取締法7条4項，火薬類取締法61条，食品衛生法32条・33条の2，所得税法242条）。

このように，立法者も概ね従来の通説と同じく，令状主義は，原則として刑事手続ないしそれに直接移行する行政手続に限られ，行政手続には直接には適用されない，と解している。

### 四 判例の立場

この問題に関する最高裁判所の最初の判断は，国税犯則取締法3条1項に基づく裁判官の許可状なしの臨検・捜索・押収が，憲法35条に違反するか否かについてである。昭和30年4月27日の最高裁大法廷判決<sup>6)</sup>は，「〔憲法35条の〕法意は，憲法33条による不逮捕の保障の存しない場合においては捜索押収等を受けることのない権利も亦保障されないことを明らかにしたものである。然るに右33条は現行犯の場合にあっては同条所定の令状なくして逮捕されてもいわゆる不逮捕の保障には係りなきことを規定しているのであるから，同35条の保障も亦現行犯の場合には及ばない」と判示して，憲法35条が行政手続にも適用されるか否かの問題については，明確な判断が示されなかった。ただ，栗山裁判官（補足意見）は，令状主義が行政手続にも適用されるという趣旨の見解を採っている<sup>6)</sup>。

次は，旧団体規正令10条3項に基づく法務総裁の出頭要求に応じなかった者に刑罰を科すことが，憲法31条・33条に違反するか否かについてである。昭和36年12月20日の最高裁大法廷判決<sup>6)</sup>は，犯罪後の法令により刑が廃止されたときにあたるものとして被告人に対し免訴の判決を言い渡し，この問題に関しては，またも明確な判断が示されなかった。ただ，山田裁判官（意見）は，団体

行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

規正令10条の調査の性質に関連して、憲法33条・35条の規定は、行政調査手続についても適用、少くとも準用されるという趣旨の見解を採っている。

このように、最高裁判所は、従来この問題について、直接に明確な態度を表明してこなかった。

ところが、昭和47年11月22日の最高裁大法廷判決<sup>60</sup>（いわゆる川崎民商事件大法廷判決。なお、以下では、本判決という）は、旧所得税法63条・70条10号（現行所得税法234条・242条8号）に基づく収税官吏の検査が、憲法35条に違反するか否かについて、「憲法35条1項の規定は、本来、主として刑事責任追及の手続における強制について、それが司法権による事前の抑制の下におかれるべきことを保障した趣旨であるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規程による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」と判示し、この問題について初めて態度を明らかにした。本判決は、続けて、① 所得税法上の収税官吏の検査は、もっぱら、所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料を収集することを目的とする手続であって、その性質上、刑事責任の追及を目的とする手続ではない、② 右検査は、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものではない、③ 検査拒否に対する罰則による強制の度合いは、それが検査の相手方の自由な意思をいちじるしく拘束して、実質上、直接物理的な強制と同視すべき程度にまで達しているものとは、いまだ認めがたい、④ 検査制度は高度の必要性があり、右公益と比較した場合、この程度の強制は不均衡、不合理ではない、ことの4点を理由に右所得税法規定は違憲ではないと判断している。

本判決は、前述の如く刑事手続以外の手続にも、その性質によっては憲法35の令状主義が適用される場合のあることを初めて一般的に認めた点で、意義のある判決である。そして、その判断基準としては、①～④のそれぞれの要件を総合考慮して憲法35条の令状主義が適用されるか否かを決定すべきである旨と解される<sup>61</sup>。つまり、本件のような行政調査においては、①～④のすべての要件を総合考慮しなければならないが、他の行政手続においては、この要件をす

べて考慮する必要はないと思われる。例えば、直接強制や即時強制においては、その性質上<sup>68)</sup>、①の要件を除外し①②③の要件を総合考慮すれば足りるであろう。また、すべての行政手続においては、これ以外の要件、例えば、緊急性<sup>69)</sup>等を第一に考慮しなければならない場合もあろう。

以下で、この要件を前述の立法例に当てはめて個別的に検討しよう。

## 五 問題点の検討

### (1) 行政調査と令状主義

一般の行政諸法規上には、行政庁の職員にそれぞれの法規の実施ないしは行政監督の為に国民の住居・事業所への立入検査の権限を与え、他方、この立入検査を拒否・妨害・忌避した者に一定の刑事罰又は秩序罰を科すと規定しているものが多数ある（前述の立法例④を参照）。

この立入検査の権限は、実際にも法令上最も頻繁に採用されている行政手段の一つであり、相手方の同意なしに権限を行使できるという意味で、従来、即時強制の範疇に含めて説明されてきた<sup>68)</sup>が、相手方が積極的に抵抗した場合に、その抵抗を實力で排除して目的を実現し得るほど強力な権限はなく、こういう場合には、罰則を適用することによって、相手方を間接的に強制できるとどまる、と解される<sup>69)</sup>。したがって、この種の立入検査は、観念的には即時強制に属すると考えられるが、先のように即時強制とはかなり性質が異なるので、本稿では、これを即時強制と区別して、行政調査（行政検査）——行政庁が、行政過程において、行政目的の実現のために、国民の有する資料や情報等が必要な場合に、その資料や情報等を提供させる活動をいう。調査の実効性を確保するために、相手方を罰則で間接的に強制する場合が多いが、そうでない場合もある<sup>69)</sup>。——と呼ぶ。このように、行政法学上、即時強制と行政調査とを区別する実益は、「実力行使を中心に組み立てられた即時強制で、質問・検査等を取り扱うことは、即時強制という法概念にとっても、行政調査にとっても、ふさわしくない、或いは、問題の所在を不明確にするおそれがある<sup>69)</sup>」

## 行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

からである。

なお、本件（川崎民商事件）の検査拒否に対する1年以下の懲役または20万円以下の罰金は、一般の行政調査（一般の行政諸法規上の検査）の拒否に対する罰則と比較すると、最も重い部類に属する。しかも、一般の行政調査は、いずれも、本判決の㉑～㉓の要件を満たしている。したがって、本判決の考え方からすると、一般の行政調査に令状主義が適用されることはないと思われる。

そこで、まずアメリカ合衆国の行政調査に関する判例の態度を概観してから、わが国の行政調査について検討する。

### (2) 合衆国憲法改正4条・14条と行政調査に関する判例

アメリカ合衆国では、行政調査に令状が必要であるか否かについて、合衆国憲法改正（修正<sup>99</sup>）4条及び14条の問題として論じられている。

1959年のフランク事件<sup>100</sup>では、市の衛生検査官が、市条例に基づいて令状なしで行った家屋の立入検査を、プライバシーに対する合理的な制約であって改正14条の適正手続に反しないと判示した。フランクファーター（Frankfurter）等による本件の多数意見は、「㉑ ……広汎な憲法上の官憲侵害禁止原則（the broad constitutional proscription of official invasion）から、2つの保護が明らかになる。第一の保護は、個人のプライバシーに対する侵害から保護される権利、即ち、もし官憲の立入が法の適正な権限に基づくものでなければ、官憲を締め出す権利である。第二の、そして第一のそれと密接に関連した保護は、自己防衛（self-protection）である、即ち、個人に対する国家の強制的権限（coercive power）を堅固にする為に情報——それは〔後に更に〕生命、自由又は財産のなお一層の剝奪をもたらす為に用いられるかもしれない情報——を確保することをその目的とする無権限の立入に抵抗する権利である<sup>101</sup>。

㉒ 確かに、基本的自由のため偉大な闘争がなされたのは、刑事訴追において用いられる証拠もしくは没収を求めての捜索から安全である権利の問題についてであったということ——そのことは歴史が明らかにしているが——を理解するためには、改正4条及び5条の相関関係についての特別の理論を認める必要はない。このような個人の権利に対する関心事が、改正4条と州憲法中の類



似規定 (analogues) の背後の歴史的な推進力であったが、改正 4 条の適用及びプライバシーの基本的な権利が、改正 14 条の適正手続条項 (Due Process Clause) によって保護される範囲は、勿論、これ等の歴史的な範囲内に限定されない<sup>88</sup>。

③ しかし、このプライバシーの憲法上の権利に最大限の余地を与えても、その保護は、本件の場合には援用されない。行われようとした上告人の家屋の検査は、単にボルチモア市衛生条例が禁止している諸事態が存在するか否かを決定するためのものにすぎない。もし、そういうことが存在すれば、上告人は、条例違反の事態を改善するように通告される。刑事訴追の為のいかなる証拠も押収されようとはしなかった。上告人は、単に、検査がなければ為すように命令されたであろうこと、及び彼が正当に反対することのできないこと、つまり彼自身を含めて衛生と福祉に関する共同社会の最低限度の基準の維持と矛盾のない態度をとること、を命令されたに過ぎない。上告人の抵抗は、認容される自己防衛によってでなくて、彼の家屋の立入に対してめったに言い表わされたことがなかった一切の公の根拠の否認に依ることができるだけである。

〔上告人によって〕主張された憲法上の『自由』は、たとえ、その検査が時刻と場所のあらゆる便宜を適正に考慮して行われた場合であっても、共同社会の衛生の保護の為に専ら計画され、遂行される検査を拒否しようとする絶対権に他ならない。ボルチモア市条例が授与した検査権は、嚴重に制限されており、他の多くの地方自治体の条例の類似規定よりずっと厳密である。ニューサンス (nuisance) の存在の疑いに対し、正当な根拠が存在しなければならないとされている。確かに、裏庭における汚物の堆積の存在は、家屋の荒廃状態といっしょに考えると、そういう疑いに対する十分な根拠を与える。検査は、日中に行わなければならないとされている。本件の場合、夜中に訪問がなされたのではなく、その時刻が都合悪いという示唆もない午後の半ば頃に規律がある訪問がなされた。その上、検査官は、立入を強制する権限を持たず、またそういう試みがなされていない。抵抗に対して、罰則が科せられるものとされているが、官憲は、不本意の居住者を押しのけて侵入する権限を与えられていない。

## 行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

このように、本検査は、官憲の侵入に対する改正14条の保護によって保障された重要な利益のたかだか周辺に関与するに過ぎないだけでなく、それは、個々の居住者に最小限度の要求をするように、かつ居住者のプライバシーの権利を最小限度だけ制限するように、もくろまれた諸々の安全装置（safeguards）によって取り囲まれている。そういう要求は、それを生じた必要の観点から評価されねばならない<sup>88</sup>。

④ 諸都市の発達、人口の密集、市民の生活条件に対する国家の責任の増大した意識、これ等が全部一緒になって、過去の検査法の立法者達が、かつて想定したよりはるかに重要な〔住宅の〕最低限度の基準の励行についての問題を生じた。時と経験は、住宅を検査する権限が、組織的な地域毎の検査（search）としてであろうと、あるいは本件の場合のように、ある特別の問題に対処する為であろうと、共同社会の衛生の維持にとって不可欠の重要性を有することを強制的に教えた。そして、その権限は、犯罪行為（criminal acts）の証拠の搜索の為に必要な安全装置の包括的な要求によって、大きな妨げとなるであろう。予防的処置の必要は重要であり、諸都市は、次々にこの必要性を認めて市の衛生官憲に検査権を認めた。また、この検査は、外見上、取るに足らない少数者を除いた全ての人々によって歓迎されているようだ。確かに、我々の社会の天性（nature）は、158年前に初めて必要と考えられた検査の要望を無効にしなかったし、また、歴史と支配的な世論が承認した方法によってこの要望に対処して行く経験上で、濫用や自由侵害があったということも示していない<sup>89</sup>と述べている。

これに対し、ダグラス（Douglas）等による少数意見は、「④ 本日の判決は、すべての家屋所有者が、我々アメリカの伝統の一部であったと信ずる権利であるプライバシーの権利を、甚だしく弱めるものである。我々は、〔本日〕、確かに改正4条の実質的な部分の検死に立ち会った。本件の問題は、衛生状態を検査するため市民の家屋の立入に搜索令状を必要とするか否か、である<sup>90</sup>。

② 本件において、家屋所有者は、もし検査官が搜索令状を得ていたなら、彼を家屋に入れることに同意した。しかし、搜索令状は、これまで一切求め

られなかった。本件の場合、捜索令状を得ないことに対する如何なる理由もない。第一回目の検査と逮捕までの間でまる一日が過ぎた。令状を得ないことに対して示された唯一の理由は、官憲の都合であった<sup>68</sup>。

③ 改正4条は、市民のプライバシーに対する無統制の侵害から市民を保護することを目的とする。それは、家屋を法からの避難所とするものではない。それは、ただプライバシーが侵害されるかも知れない前に執行府ではなく司法府の承認が必要だとしているに過ぎない。歴史は、すべての官憲は御節介になりがちであるということを教えている。そして、市民の刑事訴追 (criminal prosecution) をする衛生検査官も例外ではない<sup>69</sup>。

④ 確かに、本件は、捜索令状 (search warrant) を必要としない粗末な事件である。つまり、令状を得る為の証拠が山ほどあったからである。その家屋は、極端に腐朽した状態にあり、また家屋の背後には『ワラとくずとが混った約半トンのねずみ類の排泄物』の堆積があった。このことは、衛生検査官が、令状を得るにつき犯罪の果実または手段 (the fruits or instrument of crime) を捜索する人が示されねばならぬと同じ種類の証拠を治安判事に示す必要がある、ということを示唆する訳ではない。衛生や安全を考慮すべき問題が含まれている場合には、検査する為の『相当な理由 (probable cause)』の推論を正当化する諸事実は、犯罪の捜索 (criminal investigation) の場合に保障されてきたそれとは明らかに異なる。経験によれば、公共にとって基準以下の危険な状態が維持されていると疑うに足る理由をそれ以上示すことなしに特定の施設の定期的な検査が必要であると示すかも知れない。一定の期間、検査が行われなかったということ自体、一定の状況に於ては令状の発行を正当化するのに十分であることもあろう。改正14条が要求する『相当な理由』の基準 (test) は、行おうとする捜索の性質を考慮することができる。このことは、まがいものの捜索令状 (synthetic search warrant) を承認するものではなく、衛生事件における相当な理由の提示は、より重大な事態において要求されるそれとは全く異なる要件を持つということ承認するものである<sup>70</sup>』と述べている。

次に、1967年のキャマラ事件<sup>71</sup>では、市の公衆衛生部の検査官が、市の住宅

## 行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

条例に基づいて、令状なしで行った家屋の立入検査（これは定期検査として行われた）を、改正4条及び14条に違反すると判示し、また同日に判決のあったシー事件<sup>89</sup>では、市の防火部の検査官が、市火災防止条例に基づいて、令状なしで行った錠のおりている業務用倉庫の立入検査（これは定期検査の一部として行われた）を、改正4条及び14条に違反すると判示した。

まず、ホワイト（White）等によるキャマラ事件の多数意見は、「① 当裁判所の無数の判決で認められているように、改正4条の基本的な目的は、官憲による恣意的な侵害から個人のプライバシーや安全を保護することにある。このように、改正4条は、『自由な社会の基礎である』国民の権利を具体的に表現する<sup>90</sup>。

② 現在の制度の下では、検査官が立入を要求する場合に、居住地は市条例実施上、自分の家屋の検査を必要とするのか否か、検査官の〔検査権の〕適法な限界、そして検査官自身が検査権の適法な権限の下で行動しているのか否か、を知る方法が全くない。……このような制度は、実際には居住者をして、現場で検査官の裁量に服させることになる<sup>91</sup>。

③ 要するに、我々（当裁判所）は次のように判断する。本件で問題となっている種類の行政検査（administrative searches）は、改正4条が保護する利益の重大な侵害であり、そういう検査が令状手続なしに実施された（authorized and conducted）場合、改正4条が個人に対して保護する伝統的な安全装置を欠く、またはフランク事件及びその他の事件において、令状なしの検査を是認した際に述べられた理由は、改正4条の保護を大巾に弱めるのを正当化するのに不十分である<sup>92</sup>。

④ 改正4条は、『相当な理由に基づくものでなければ令状は発せられない』と規定している。上告人は、より代表的な改正4条の諸判例を引用して、条例実施の検査項目は、令状手続によって制限されねばならないだけでなく、検査官がある特定の住居において、市条例が実施することを規定している最低基準の違反があることを信頼するに足る相当な理由が存在する場合だけ、令状が発せられるべきだ、と主張する。我々（当裁判所）は、〔これと〕意見を異

にする。……刑事上の捜索 (criminal investigation) に準ずる検査 (search) と異なり、本件で争われている検査項目は、私有財産に対する物質的な最低基準 (minimum physical standards) に従って、市をすみずみまで (city-wide) 安全にすることを、その目的としている。……ある特定の検査が合理的であるか否かを決定する場合に——例えば、その検査に対して令状を相当な理由が存在するかどうかを決定する場合に——、検査の必要性は、市条例実施の合理的な目的の点から考察されねばならない。……ここで論争が集中するのは、相当な理由である。というのは、地域検査を実施する行政機関の決定が、各々の特定の建物における状況の認識に基づくのではなく、その地域全体における状況の評価に基づくことはやむを得ないからである<sup>60</sup>。

⑤ ……、もし地域検査を実施する為の合理的な立法上ないし行政上の諸基準が、ある特定の住居について満たされるならば、捜索令状を発すべき『相当な理由』が存在するに違いないということは明らかである。そういう基準——それは、地方自治体の実施する〔検査〕項目によって異なる——は、時の推移、建物の性質 (例えば、雑居家族のアパート)、あるいは地域全体の状況に基づくことができる。しかし、その諸基準は、特定の住居状況についての特別の認識に基づく必要はない。相当な理由の基準は、刑事事件において適用される基準とかなり異なる——それは、『まがいものの捜索令状 (synthetic search warrant)』を権限づけ、またそれによって改正 4 条全体にわたる保護を縮少するだろう——と示唆された。Frank v. Maryland, 359 US, at 373, 3 L ed 2d at 886. しかし、当裁判所は、これと意見を異にする。令状手続は、私有財産を捜索する (search) 決定が合理的な統治の利益によって正当化されることを保障するようにもくろまれているが、合理性は、今だに終局の基準である。もし、正当な公共の利益が意図された侵入を正当化するなら、その場合には、適当に制限された捜索令状を発する相当な理由が存在する<sup>60</sup>。

⑥ 当裁判所の判断は、合理性の基準を抑制することを強調するから、当裁判所は、今日、たとえ令状がない場合でも法が緊急状態 (emergency situations) において伝統的に認めてきた迅速な検査を除外しようというのではない。……

## 行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

他方では、大抵の定期的な地域検査の事件においては、特定の時刻や特定の日に強制的に検査をする緊急性は全くない。さらに、大抵の市民達は、令状なしに自分達の財産の検査を承認する。したがって、現実の問題として、改正4条の要求——令状は搜索される財産を明示する——に照らして、市民の苦情申し立てがあった場合とか即時の立入を確保する為に他の十分な理由が存在する場合でなければ、通常、立入が拒否された後にだけ令状が必要とされると思われる<sup>88)</sup>と述べている。

次に、ホワイト（White）等によるシー事件の多数意見は、「カメラ事件で当裁判所が述べたように、個人の家屋の検査（search）は、もし令状なしに行われた場合には不合理であると推定する。住居の居住者と同様に営業者は、自分の個人的な業務用の財産に対して不合理な官憲の侵入なしに自分の事業に取り組み憲法上の権利を有する<sup>89)</sup>」と述べている。

これに対し、クラーク（Clark）等によるカメラ、シー事件の少数意見（両事件一括して述べられている）は、「① 8年前に、私の同僚フランクファーター（Frankfurter）裁判官が、フランク事件において賢明に述べた。即ち、……（筆者注、フランク事件の多数意見④を参照されたい）。当裁判所は、今日、植民地時代に遡るこの地方自治体の経験を、フランク事件を覆すことによって、また国中至る所で多数の市条例を打ち倒すことによって、さらに、それによって文字通り数百万の住民の健康、福祉及び安全を危険に晒すことによって、無にする。しかし、これが全てではない。『令状は相当な理由に基づかなければこれを発することができない』という改正4条の指図を濫用し、また衛生と安全条例上の地域検査において、新奇な『令状』制度（a newfangled “warrant” system）——それは改正4条の基準と全く異なる——を創設する。裁判所が、このように長く、かつ広く認められてきた〔条例の〕実施を一掃し、また一挙に我々の町や主要な都市の全てにおいて、このように巨大な混乱を創造するという事は嘆かわしい。私は、〔多数意見と〕意見を異にする<sup>90)</sup>。

② 私は、本件の憲法問題を詳細に論ずるつもりはない。私にとって、それは前のフランク事件で解決済みである。私は、同判決と私の以前の同僚フラン

クファーター裁判官のそこでの〔判決〕理由を支持する。時は、〔フランク事件〕変更の必要性を示していない。……私が理解するように、個人のプライバシーに対する改正4条の保証は、その文言に従って明確に制限される。〔即ち〕、改正4条は、『不合理』な搜索 (searches) だけを禁止する。多数意見も、このことを認めているらしい。というのは、彼らも令状発行に対して、長く認められ、かつ実施されてきた改正4条の『相当な理由』の要件の代わりに新しい基準を創設するからである。彼らは、地域検査の諸項目において、地方自治体の条例に定められているような地域検査基準に基づいた相当な理由で、また快く引き受けてくれる治安判事のゴム印 (rubber stamp) によって発行された令状で、ペーパー令状 (paper warrants) の発行を許可するだろう。私の考えでは、これは改正4条を退化させる<sup>69)</sup>と述べている。

ところが、1971年のウィマン事件<sup>70)</sup>では、児童福祉手当受給者家庭の担当公務員 (ケースワーカー) が、その家庭を定期的に訪問すべきこと、また受給者がこれを拒否した場合には、行政庁はその保護を打ち切ることができる旨の規定に基づいて、令状なしで児童の生活条件等を調査する為に行った公務員の家庭訪問は、改正4条に違反しないと判示した。ブラックマン (Blackmun) 等による多数意見は、「① 本件に適用される制定法や規則が、最初の家庭訪問及び調査と援助の継続を目的とするその後の定期的な『接触』 (それには家庭訪問が含まれる) を義務づけているように見えることは確かである。また、家庭訪問におけるケースワーカーの態度 (caseworker's posture) は、多分、ある意味では社会復帰的 (rehabilitative) であると同時に調査的 (investigative) であるということも確かである。しかし、この後者〔調査〕の面を伝統的な刑事法上の搜索と同視するとすれば、それが受ける価値がある以上に広い性質とはるかに多くの強調が与えられることになる、と我々 (当裁判所) は考える。当裁判所は、さらに訪問それ自体が強制ないしは強要されず、また受給者の〔訪問〕許可の拒否が犯罪行為 (criminal act) ではないということを書きとめる。もし、その訪問に同意が得られないならば、訪問は行われない。この場合、場合により、給付が開始せず、ただ給付が終わるだけである。家庭への侵入もなく、捜

案も行われなくなる<sup>60</sup>。

② しかしながら、たとえ受給者の最初の受給資格付与よりも前のあるいは後のケースワーカーの家庭訪問が、どういう訳か（なぜならば、恐らく普通の受給者は、自分が訪問の同意を拒否することができないと思うので）、またその面接の性質にもかかわらず、伝統的な意味での搜索の諸特徴を若干有すると仮定しても、我々（当裁判所）は、それでもやはり訪問が改正4条の禁止の範囲内に落下しないと結論する。これは、不合理の水準に落下しないからである。改正4条の基準は不合理である。……ジェイムズ婦人（Mrs. James）に対してもくろまれた家庭訪問が不合理ではないと当裁判所が強いて結論を下す幾つかの要件がある<sup>61</sup>と述べ、ここで多数意見は11の要件を指摘しているが、次のように要約できる<sup>62</sup>。(a) 家庭訪問の主要な目的は、受給者の保護、援助にある。(b) 書面による事前の通知（written notice）、日付の指定、強制立入（forcible entry）や虚偽にかこつけた立入（entry under false pretenses）ないし執務時間外の訪問及び家庭をこそこそと調査すること（snooping in the home<sup>63</sup>）を禁止する規定によって、不合理な侵害に対する家主の〔プライバシーの〕権利の負担は、最小限度にされている。(c) 受給資格について調査すべき合理的な理由があり、家庭訪問以外の手段によって得られる情報は、十分とはいえない。(d) 家庭訪問は刑事上の搜索ではなく、また刑事手続を援助する為のものでもない。(e) 本件の場合には、改正4条の相当な理由の要件を課すことは無意味である。

これに対し、マーシャル（Marshall）等による少数意見は、「改正4条は、個人の安全に対する公務員の全ての侵入を抑制すると考えるべきであった。……たとえば、改正4条が、家屋への全ての官憲の立入に適用されないとしても、福祉の為の〔家庭〕訪問は、ある程度まで、純粹に慈善的な調査ではない。……上告人は、再三再四、準備書面においてまた口頭弁論で（in briefs and at oral argument）、福祉〔の受給〕にかかる詐欺や子供の虐待——この両者は犯罪（felonies）である——から保護する為に、公的給付（AFDC=Aid to Families with Dependent Children）家庭への立入の必要性を強調した。ニュー・ヨー



ク州の制定法は、全てのケースワーカーに、家庭訪問が暴露する詐欺の証拠を報告するように義務づけている。ニュー・ヨーク州社会奉仕法145条 (N. Y. Social Services Law § 145.)。また、上告人は、給付の打ち切り及び子供の保護の喪失を伴う民事上の喪失 (civil forfeitures) に導く証拠を準備する為に、訪問の重要性を熱心に強調している。実際に、福祉の為に訪問がプライバシーと家庭の尊厳にとって、より苛酷な侵害であるということ以外は、〔本件の〕家庭訪問は、キャマラ事件及びその同類のシー事件によって排除された正にその検査の類型である。家庭訪問及びそれらの事件における調査 (searches) は、家主に諸の利益を与えうる。消防検査は、火災予防、架線容量、その他の事項に関して、しばしば助言を与え、また明白な利己主義 (self-interest) は、火災や安全検査を歓迎する多くの原因となる。〔これと〕同様に、福祉のケースワーカーは、家庭の管理や子供の監督に関して歓迎される助言を与えうる。それにもかかわらず、この両方の調査 (searches) は、民事罰 (civil penalties) ——福祉の受給の喪失や削減あるいは住宅の欠陥を改善する命令——の賦課に帰着し得る。訪問のある目的が、給付の排除に導き得る証拠を与えることができるという事実は、キャマラ事件で、改正4条は民事上の侵害 (civil violations) だけに帰着し得る検査に適用される 387 US, at 531, 18 L Ed 2d at 936. と述べたから、被上告人に十分保護を認めることができる。しかし、本件の事件は、多くの住宅検査と同じく家庭訪問が刑事罰 (criminal convictions) に導き得るから、より強力である。当裁判所は、シー及びキャマラ事件が『真正の』そして『本物の』搜索 (searches) を伴っていた、と我々にいうことによって、それらの事件と〔本件の事件とを〕区別しようとする。提示された唯一の具体的な区別は、シー及びキャマラ事件が調査 (search) の拒否に対して、刑事訴追 (criminal prosecutions) に関連したということである。キャマラ事件の法廷意見は、何人もその調査拒否に対して訴追されると述べた。しかし、同意の問題はさておき、改正4条の範囲が行政上の侵害の性質によるのではなく、抵抗する市民に対して国家が用いるこん棒の大きさによる、という見解に対する論理も、先例もない。たとえ、制裁の程度が適切であ

## 行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

るとしても、調査（search）の抗抵に対してどちらの制裁がより苛酷であるか？ジェイムズ婦人は、自分の家屋のプライバシーを守る為に自分自身と自分の幼児の支えの唯一の収入を失った。シー氏（Mr. See）は、自分の業務用の倉庫のプライバシーを守る為に100ドルの罰金（fine）に応じた<sup>64</sup>と述べている。

以上、アメリカ合衆国連邦最高裁判所の四つの判決を見てきたので、次で要約整理し、わが国の行政調査について考えてみたい。

① まず、フランク、キャメラ及びシー事件では、上告人の検査拒否行為が刑事訴追に係わっていたが、ワイマン事件では、被上告人の検査拒否行為が刑事訴追に係わっておらず、生活保護の給付が打ち切られるだけである（但し、ケースワーカーの家庭訪問によって、受給にかかる詐欺や子供の虐待等の証拠が発見されて、刑事訴追を受ける恐れはある）。したがって、本来、両事件を区別して取り扱うべきものであると思われるが、ワイマン事件における生活保護の給付の打ち切り処分は、本人にとってみれば、実質上、刑罰を受けるのと同じような不利益であると思われるので、ここでは、あえて両事件を区別して取り扱っていない。

行政上の立入検査（行政調査、行政検査）と改正4条及び14条との関係について、フランク事件では5対4で令状不要の立場を採ったが、次のキャメラ及びシーの両事件では6対3で令状必要の立場を採り、最後のワイマン事件では6対3で再び令状不要の立場を採った。このように、アメリカ合衆国連邦最高裁判所の見解は二分している。

② フランク事件では、改正4条の保護と改正5条の保護（自己負罪拒否特権）とを一体として捕え<sup>65</sup>、改正4条は個人のプライバシーの権利の保護と自己防衛（self-protection）との二つの保護を含み、前者の保護は公共の為に制約されるが、後者の保護は基本的なものであり制約されないとした。つまり、衛生と安全の為に行政検査について、公共の利益と個人のプライバシーの権利とを比較衡量し、公益は行政検査によって生ずるプライバシーの権利の侵害に優先し、令状なしの行政検査は適正手続に反しないとした。このように、

フランク事件では行政検査と刑事捜索とを区別し、前者には改正4条の保護が及ばないとしたが、この考え方はカメラ及びシー事件で大きく改められた。つまり、行政検査が刑事訴追に発展する危険性があるから、刑事手続だけに改正4条の保護が及ぶのは誤りであるとされた。しかし、この考え方は、ワイマン事件で再びフランク事件の考え方に改められている。

③ 改正4条(わが国憲法35条)の主眼は、個人のプライバシーを保護することにある<sup>69)</sup>。したがって、この保護は、刑事手続上固有の捜索・押収等だけでなく、それよりプライバシーの侵害の程度の小さい行政手続(ここでは行政検査)にも及ぶと解する。

他方、行政検査の必要性、合理性も是認せざるを得ないのでカメラ事件等では、行政検査において緊急事態及び相手方の適正な同意(proper consent)がある場合を除いて、令状が必要であるとしたが、改正4条の定める令状発行の要件である「相当な理由」の基準を、刑事手続上のそれより相当緩和している。

④ フランク、カメラ及びシー事件の裁判所の判断について、ディビイス(Davis, K.C.)は次のように述べている。

「フランク事件からカメラ事件及びシー事件に至る裁判所の法理における変化は、恐らく、官憲に対する負担の増加と(私的な)当事者に対する保護の増加とに関して、ほとんどわずかなものに過ぎない。捜索令状を入手することは、承諾を強制するその他の方法に劣らず容易であるし、またより容易であるかも知れないから、官憲の負担はより大きくならないかも知れない。裁判所が地域検査を明確に是認する以上、令状は、おおざっぱな(wholesale)基準に基づいて発行されるらしいので、(私的な)当事者に対する保護は重要さを高められない。

カメラ事件及びシー事件の結果を評価する必要があることは、治安判事から令状を得る手続が彼らのプライバシーを案ずる人々にとって、どんな重要な保護を伴うかどうかについて経験的な根拠(empirical evidence)である。つまり、いやしくもあるとすれば、いつ、またどんな状況において、治安判事

## 行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

は、検査官が要求した令状を拒否するのか？

明敏な評者（a discerning commentator）は、時間は典型的な検査事件においては重要でないから、プライバシーを保護するため最良の方法は、官憲の令状申請を（私的な）当事者に通知（notice）し、また令状発行の問題について治安判事の前で聴聞（hearing）を認めることである、ということを示している（原注，LaFave, *Administrative Searches and the Fourth Amendment: The Camara and See Cases*, 1967 Sup. Ct. Rev. 1, 31-32）。しかし、世帯主（householder）は、その配線、鉛管あるいは可燃性材料の検査に対して、かってどんな理由で保護され得たのか？<sup>68</sup>」と。

わが国では、前述の本判決（川崎民商事件大法廷判決）が、行政調査には令状主義が適用されないと解しているし、また令状主義の要件を緩和して適用しようという考え方も採っていない。したがって、わが国の行政調査に令状が不要とすれば、調査権の濫用を防止し、調査対象者のプライバシーの権利を保護する為に、令状主義（司法的抑制による保障）に代る適切、効果的な抑制手段が備えられているかどうかを検討しなければならない。デビスは、前述のように、告知<sup>69</sup>と聴聞（手続的公正による保障）について述べているが、こういう保障が実際に十分な機能を果たし得るかどうか、今後共、検討する必要がある。

ところで、昭和48年7月10日の最高裁第三小法廷決定<sup>70</sup>（いわゆる荒川民商事件）は、「〔質問検査〕実施の日時場所の事前通知、調査の理由および必要性の個別的、具体的な告知のごときも、質問検査を行なううえの法律上一律の要件とされているものではない」と判示している。このように、わが国の最高裁判所は、行政調査においては、司法的抑制による保障も手続的公正による保障も必要であると考えていない（但し、上記の判決によると事前通告、告知等について「法律上一律の要件とされているものではない」としているだけであり、不要であるとはいっていない<sup>71</sup>）。

アメリカ合衆国において、行政調査における告知、聴聞の権利は、憲法上、適正手続条項に根拠があり<sup>72</sup>、判例法及び実定法によって憲法的次元にまで高

められている。これに反し、わが国においては学説上、憲法13条、31条等にその根拠が求められている<sup>64)</sup>が、最高裁判所は、行政調査においてはまだこれを憲法的次元にまで高めていない。したがって、消極的ではあるが、現在の時点においては行政調査における告知、聴聞の権利は立法事項であると解しておく。もとより、学説、判例の積み重ねなどで憲法的次元にまで高める努力が必要であることはいうまでもない。

わが国の行政調査については、それが純粹に行政目的達成の為に行われ、そこで得られた資料や情報等が将来刑事手続において証拠として採用される可能性が全くないならば、令状なしの行政調査が憲法35条に反しないと解しても問題なからうが、調査対象者のプライバシーの権利を実質的に保障する為に憲法の精神を尊重して手続的公正による保障を導入すべきであると思われる（但し、現実点では、告知、聴聞だけに限られない）。そこで、取り敢えず、次の事項を行政慣行として、また判例上確立することが必要であろう。

(イ) 立入検査の権限が、「犯罪捜索のために認められたものと解してはならない」という規定は、行政調査によって得られた資料や情報等が将来刑事手続において、証拠能力を持たない、と解すべきである<sup>65)</sup>、

(ロ) 緊急事態<sup>66)</sup>と相手方の適正な同意<sup>67)</sup>（承諾）がある場合には、令状を必要としない合理的な理由があると考えられる。したがって、検査目的が妨げられない限り、できるだけ相手方の同意（承諾）を得るようにする<sup>68)</sup>、

(ハ) 相手方の不安を除き、検査が円滑に行われるように、身分証明書を携帯呈示する<sup>69)</sup>、

(ニ) 検査官の恣意的な裁量を排除する為に、検査の目的を明確にする、こと等である。

### (3) 警察官職務執行法6条、国税徴収法142条と令状主義

これまで見てきた一般の行政諸法規上の行政調査（行政検査）のように、検査の拒否・妨害・忌避に対して罰則を科して、これを間接的に強制するものと異なり、立入検査を直接強制的あるいは即時強制的なものとし、それに対する拒否・妨害等が暴行、脅迫を伴う程度に達した場合には、刑法の公務執行妨

## 行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

害罪を適用するとしているもの（例えば、警察官職務執行法6条に基づく立入、国税徴収法142条に基づく搜索）は、その強制の度合いが相手方の自由な意思を著しく拘束して、実質上、直接物理的な強制と同視すべき程度に達しており、本判決の考え方からすると裁判官の令状が必要とされるのではないのかという疑問がある<sup>89</sup>ので検討してみたい。

まず、警察官職務執行法の立入は、「避難等の措置（同法4条）又は犯罪の予防及び制止（同法5条）におけるような危険な事態が発生し、人の生命、身体又は財産に対し危害が切迫した場合において、その危害を予防し、損害の拡大を防ぎ、又は被害者を救助するため、己むを得ないと認めるときは、合理的に必要と判断される限度において、警察官の立入権が生ずる（同法6条）。立入に際して、みだりに関係者の正当な業務を妨害してはならず、又その場所の管理者等から要求された場合には、その理由を告げ、且つ、身分を示す証票を呈示しなければならない（同法6条3項・4項）」と定められている。このように、この立入は、純粹に行政目的達成のために実施され、公益上高度の必要性がある。また、公益を維持するため緊急の事態に限られ、右公益と行政目的の実効性を確保する為の強制との均衡、合理性が失われていない。したがって、本判決の判断基準①②③に該当せず、令状を必要としない。つまり、即時強制においては、その性質上、④の要件を考慮せず、①②③の要件を総合考慮すれば足りると解されるからである。しかも、理由の告知、身分証明書の呈示によって、相手方のプライバシーの権利に対する制約を最小限度にするように配慮されている。

次に、国税徴収法142条の滞納処分のための搜索は、滞納の事実が客観的に明白であり、任意調査としての国税徴収法上の質問検査権（同法141条）を行使しても、相手方が質問に応じない等の理由で財産状況が明らかにならない場合に、強制調査としてのこの搜索によって財産状況を明らかにするものである。このように、この搜索は、純粹に行政目的達成のためのものであり、高度の必要性があり、右公益と強制との均衡、合理性は失われていない。したがって、本判決の判断基準①②③に該当せず、令状を必要としない。また、搜索の時間

制限（同法143条）、捜索の立会人（同法144条）、身分証明書の携帯呈示（同法147条1項）等の規定によって、相手方のプライバシーの権利に対する制約を最小限度にするように配慮されている。

(4) 国税犯則取締法3条と令状主義

国税犯則取締（関税法、出入国管理令にも前述のように同様の規定があるが省略する）に基づく犯則事件を調査するために行われる収税官吏の臨検・捜索・差押は、原則として、裁判官の許可状によるべきである（同法2条）が、その犯則事件が現行犯的なものであるとき（同法3条1項）、及び犯則に供した物件若しくは犯則に因り得た物件を所持し又は顕著な犯則の痕跡があって犯則があったと思われる場合に於て其の証憑を集取するために必要且つ急速を要し裁判官の許可状を得ることができない場合には、裁判官の許可状を得ることなく、その者の所持する物件に対し臨検・捜索・差押をすることができる、と定められている（同法3条2項）。

国税犯則取締法3条1項の現行犯的なものは、前述の昭和30年4月27日の最高裁大法廷判決により、一応、解決済みである。

しかし、同法3条2項の臨検・捜索・差押は、刑事責任の追及を目的とする手続ではないにしろ、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続に属すると考えられる。したがって、同法3条2項の要急事件の場合に裁判官の許可状を必要としないという規定は、本判決に照らして検討を要する<sup>69</sup>。

昭和30年12月14日の最高裁大法廷判決<sup>69</sup>は、「〔刑事訴訟210条の定める〕厳格な制約の下に、罪状の重い一定の犯罪のみについて、緊急已むを得ない場合に限り、逮捕後直ちに裁判官の審査を受けて逮捕状の発行を求めることを条件とし、被疑者の逮捕を認めることは、憲法33条規定の趣旨に反するものではない」と判示している（傍点は筆者）。そこで、この緊急逮捕に準ずる緊急捜索・押収の制度をこれに採り入れる方法が考えられる。しかし、刑事訴訟法210条と国税犯則取締3条2項の規定とを比較すると、前者は、事後の逮捕状発行による逮捕の追認を要求しているが、後者は、そういう規定を置いていない点が

## 行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

大きく異なっている。したがって、もし国税犯則取締法上の調査手続の性質が刑事手続であるとすれば、国税犯則取締法3条2項の規定は、逮捕と関係なく、しかも犯行の現場ではなく（刑事訴訟法220条参照）、人の所持する物件を令状なしで強制的に取り上げることになり、明らかに憲法に違反することになる。昭和44年12月3日の最高裁大法廷判決<sup>68</sup>は、国税犯則事件の調査手続の性質は、一種の行政手続であって、刑事手続（司法手続）ではない、と判示している。そこで、国税犯則取締法のような刑事手続と密着した行政手続においては、上述の緊急逮捕の合憲判決の法理を採り入れて刑事手続より要件の緩和された緊急捜索・押収<sup>69</sup>が認められると解するより、この規定を合憲とする方法はないのではなからうか。

また、証票の携帯（同法4条）、捜索の立会（同法6条）、臨検・捜索・差押の時間（同法8条）等の規定によって、相手方のプライバシーの権利に対する制約を少なくするように配慮されている。

以上により、この規定はかろうじて合憲性を維持できるものと思われるが、この規定の運用を厳格にするか、立法上の措置が切に望まれる。

### (5) 憲法33条と令状主義

本判決は憲法33条（逮捕についての令状主義）が行政手続にも適用されるか否かについて、明言していないが、憲法35条について判断したのと同じような考え方に従って適用される<sup>68</sup>旨と解される。しかし、そのように解すると、一般行政諸法規上には、身体の自由に対し直接強制的あるいは即時強制的な権限を定めた規定が数多くみられる（例えば、伝染病予防法7条に基づく患者の強制収容、性病予防法10条～12条に基づく受診命令、精神衛生法29条に基づく入院、出入国管理令39条以下の収容、警察官職務執行法3条の保護措置、少年院法14条に基づく連戻し等）が、これ等にも裁判官の令状あるいは許可状を要するのではないかという疑問が生ずる<sup>69</sup>ので検討してみたい。

これ等は、すべて純粋に行政目的達成のために行われるものであり、(a) 現行犯的なものである、(b) 公益を維持するため緊急の必要がある、(c) 司法的判断の機会が保障されている、(d) 要件が厳格に規定してあり、規定の運用上



問題がなければ、濫用の恐れがない、と解される（つまり、これ等は(a)～(d)のいずれかの要件に該当する）。また、その実効性を確保する為に強制は必要不可欠であり、右公益と強制との均衡、合理性は失われていない。したがって、本判決の判断基準④⑤⑥に該当せず、裁判官の令状あるいは許可状を必要としないと解する。

## 六 あとがき（まとめ）

前述したように、憲法35条の主眼は、個人のプライバシーの権利を保護することにある。したがって、同条の保護は、刑事手続だけでなく、行政手続にも及ぼされなければならない。他方、行政調査の必要性、合理性も是認しなければならない。そこで、アメリカ合衆国連邦最高裁判所が、キャメラ事件で判示しているように、行政調査においては、緊急事態と相手方の適正な同意がある場合を除いて令状を必要とするが、その場合、令状発行の要件である「相当な理由」の基準を刑事手続上のそれより相当緩和する方法と告知・聴聞等によって相手方のプライバシーを保護する方法とがその調整策として考えられる。わが国の最高裁判所は、行政調査に令状主義が適用あるいは刑事手続より緩和して適用される、という考え方を採っていない。これは、行政調査によって得られた資料や情報等が、将来刑事手続において用いられる可能性が全くないならば、憲法35条の趣旨に反しないと解されるからであろうが、憲法35条が適用されないからといって、憲法を尊重すれば、これを全く自由になし得ると解することはできない。筆者は、行政調査においては、司法的抑制による保障よりも手続的公正による保障の方が、個人のプライバシーの権利の保護と公益との均衡上、より効果的であると考えている。一般行政諸法規上にも、個人のプライバシーの権利を保護する為に手続的公正を保障した規定もみられるが、特に告知・聴聞の権利は、わが国では、まだ憲法的次元にまで高められておらず立法事項であると解されるので、個別の立法で措置するか、統一的な行政手続法<sup>68</sup>の制定が望まれる。勿論、その際には、「各個の処分の目的・性質、その効果のおよぶべき範囲、これによって規制される権利自由の性

## 行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

質、その規制の程度、処分の緊急性の有無・程度、当該処分に課せられた他の手続の意義・効果などの諸事情が、事前手続を不要とする合理的な理由と認められうるかが、個別的に検討されなければならない<sup>89)</sup>という指摘にも十分耳を傾けなければならないであろう。

注(1) 広岡教授は、「行政強制ないし行政調査が令状主義の制限のもとにおかれるのは具体的にどのような場合かを明らかにしてゆくことが今後の課題として残されている。それが明らかにされなければ、最高裁がせつかく右のような一般論（筆者注、最判昭47・11・22 刑集26巻9号554頁）を示しても、結局は、行政強制・行政調査が依然として令状主義の保障の枠外にとどまってしまうおそれがある」としている（広岡隆「行政強制と仮の救済」177頁・有斐閣・昭52年）。

注(2) 久保田教授は、「行政におけるこのような強制は両刃の刀である。それは行政目的の達成、行政法規の忠実な執行のためには必要であるし、有用である。しかし、他面では『住居不可侵』を定める憲法35条、あるいは黙秘権を認める憲法38条に違反することもありうるので、プライバシーとの関係では問題である」とし（久保田きぬ子「国家権力とプライバシー」103頁・『現代損害賠償法講座2 名誉・プライバシー』所収・日本評論社・昭和47年）、小高教授は、「それぞれの検査制度の実態に即したきめ細かな分析に基づいて、行政検査と私権の均衡の配慮が必要とされる」としている（小高剛「行政手続と憲法35条1項および同38条1項——川崎民商税務検査拒否事件——」・「ジュリスト・昭和47年度重要判例解説」所収・8頁）。

注(3) 田上謙治「警察法〔増補版〕」112頁・法律学全集12-1・有斐閣、昭和53年は、「憲法35条は、裁判官の令状がなければ住居に侵入されることがないことを保障するが、これは犯罪の捜索のためにする場合であって、警察権による立入につき裁判官の令状を要するものとするれば、行政を指揮監督する権能を裁判所に与えることになり、権力分立に反する」としている。

注(4) 田中二郎「行政法総論」399頁以下・法律学全集6・有斐閣・昭和47年は、「これらの憲法の規定〔33条・35条〕は、直接には、刑事手続の一環としてなされる強制措置をその対象としているものといえるであろうが、行政上の即時強制がかような憲法上の制約から完全に自由であると解するのは正当とはいえない。憲法の趣旨は、かような強制措置についても当然尊重されなければならない。……行政上の即時強制は、行政義務を命ずる暇のない急迫した事態において、行政目的実現のために認められる強制措置であるから、これをなすに当って、いちいち、司法官憲の令状を心要とするということは、恐らく憲法の予想しているところではなく、また、即時強制制度の目的に反し、不可能を強いることとなるを免れないであろう。従って、憲法も、行政

上の即時強制の制度の目的に照らし、合理的な範囲においては、その制約に対する例外を認める趣旨と解してよい。しかし、その強制措置が少くとも刑事責任の追及と直接的関連性をもって行われるような場合は、右規定の適用を受けるのが当然である」としている。その他、宮沢俊義「日本国憲法（コンメンタール）」297頁以下・日本評論社・昭和46年は、憲法35条はもっぱら刑事手続に関するものであり、各種の行政目的のためになされる臨検・検査等の行政手続には直接の適用はない。しかしそれぞれの性質に応じて本条が準用されるべきであるとし、佐藤功「憲法（ポケット注釈全書4）」225頁・有斐閣・昭和46年は、憲法35条の趣旨は行政上の臨検・捜索等（例として、国税犯則取締法の犯則事件の調査を掲げている）にも類推適用されるべきであるとし、杉村敏正「行政強制と憲法」（雄川一郎編「行政判例百選Ⅱ」）有斐閣・昭和54年所収）260頁は、憲法35条の規定は、原則としては、行政手続に適用されるものではないが、国税犯則取締法3条の手続のように刑事手続たる性格を具有するものについては、当然、本条の適用を認めるべきであるとしている。

注(5) 河原峻一郎「基本的人権の研究」126頁・有斐閣・昭和32年は、「捜索、押収の保障が、ホームのプライバシーの保護にあるのであるから、憲法35条も、行政手続だと刑事手続だとを問わずすべての政府の行為が適用されるものと解したい。その場合、行政手続による捜索、押収の場合にも令状は必要となるが、令状を取得する余裕がない緊急の際は、令状がなくても捜索が許されることになるのである」とし、奥原唯弘編「憲法読本」137頁・高文堂・昭和46年は、憲法35条はもともと刑事手続を眼中においた規定であるが、行政手続に対しても能うる限り本条の適用がなされるべきであるとし、広岡隆「行政上の強制執行と民事上の強制執行とはどう違うか。また、憲法上の令状主義の保障は行政強制に及ぶか」（杉村敏正・広岡隆・園部逸夫著「行政法の基礎知識」〔質問と解答〕有斐閣・昭和44年所収）117頁以下は、「令状主義の保障は、基本的には行政強制にも及び、その各場合の性質や事情に応じて、その合理的な例外が認められると解すべきであろう」としている。なお、以上のような論説をさらに具体的・実証的に分析したものに、高柳信一「行政手続と人権保障」（清宮四郎・佐藤功編「憲法講座2」）有斐閣・昭和46年所収）260頁以下がある。その他、芦部信喜「憲法31条は行政手続に対していかなる意味をもつか」（芦部信喜・小島和司・田口精一著「憲法の基礎知識」〔質問と解答〕有斐閣・昭和48年所収）118頁も高柳説を引用し、同様に解している。

注(6) 準用説が、概ね、こでいう通説に含まれる。佐藤功「憲法31条の諸問題」（柳瀬博士 東北大学退職記念「行政行為と憲法」有斐閣・昭和47年所収）27頁以下、菊井康郎「行政手続と人権保障規定」（「ジュリスト300号・学説展望」有斐閣・昭和39年所収）37頁参照。

注(7) 林修三「行政法の話」101頁・第一法規・昭和48年、山内一夫編「政府の憲法解釈」

行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

118頁—119頁・有信堂・昭和40年。

注(8) 刑集9巻5号924頁。なお、本件の評釈等については、杉村敏正「前掲書」258頁以下及び260頁の〈参考文献〉を参照されたい。

注(9) 栗山裁判官は、「日本国憲法が基本的人権を侵すことのできない永久の権利として宣明している所以は、その保障が行政作用の特質だからといって安易に立法その他の作用で取り上げられないことを意味するのである（憲法11条、98条）」と述べている。高柳信一「前掲書」265頁。

注(10) 刑集15巻11号1940頁。なお、本件の評釈等については、手島孝「行政調査権に基づく出頭要求」（声部信喜編「憲法判例百選（第3版）」有斐閣・昭和49年所収）132頁—133頁及び133頁の〈参考文献〉を参照されたい。

注(11) 刑集26巻9号554頁。なお、本件の評釈等については（佐藤幸治「行政調査と憲法」（雄川一郎編「行政判例百選Ⅱ」）有斐閣・昭和54年所収）261頁—262頁及び262頁の〈参考文献〉を参照されたい。また、本判決に対する私の考え方については、拙稿「税務調査権の法的限界——川崎民商事件大法廷判決及び荒川民商事件第三小法廷決定を中心として——」日本税法学会編『税法学』316号1頁以下・税法研究所・昭和52年を参照されたい。

ところで、本判決は、憲法38条1項の黙秘権（自己負罪拒否特権権）の保障が行政手続にも及ぶか否かについても判断しているが、ここではふれない。

注(12) 柴田孝夫「最高裁判所判例解説」・『法曹時報』25巻3号170頁。このような考え方に対し、金子宏「行政手続と憲法35条及び38条」・『判例評論』172号16頁は、「判旨は、……いずれかに積極的に該当する場合には憲法35条の保障が及ぶことを暗黙の前提としていると見ることができ、……」としている。

注(13) 高柳教授は、代執行、執行罰、直接強制及び行政上の強制徴収（滞納処分）のような「行政上の強制執行は適法な義務の賦課を前提とするものであり、国民は、行政上の義務の存否を争い、これに関して司法的判断を求めうるのであるから、義務賦課行為を経ずに、いきなり身体、財産及び住居の自由を侵害する逮捕・搜索及び押収と同一に考えることはできない。前者は令状主義の枠外にあると考えるべきであろう」とし、また、義務の賦課を前提としない実力強制の作用である即時強制については、「令状を得ることが客観的に不可能な状況において」、「厳密に公益的な見地から止むを得ない限度で」（例えば、消防法4条、食品衛生法17条1項）、令状主義の保障が緩和されるとしている（高柳信一「前掲書」262頁—267頁）。さらに、即時強制については、田中二郎「前掲書」399頁以下も参照されたい。

注(14) 河原峻一郎「前掲書」126頁、柴田孝夫「前掲書」170頁、高柳信一「前掲書」262頁—267頁。

注(15) 田中二郎「前掲書」403頁以下、杉村敏正「全訂行政法講義総論（上巻）」262頁・

有斐閣・昭和45年，田上穰治・市原昌三郎「行政法上巻」149頁以下，等。

注⑩ 質問については，事項の性質上実力をもって強制しえないし，立入検査については，相手方の抵抗を実力で排除する直接の実力行使は認められない，と解されている。この点に関しては，雄川・金子・塩野・新堂・園部・広岡「行政強制」有斐閣・昭和52年の林修三発言（23頁），塩野宏「行政調査」法学教室＜第2期＞③132頁・有斐閣・昭和48年，広岡隆「行政調査と令状主義・黙秘権」（杉村敏正「行政法」セミナー法学全集15・日本評論社・昭和50年所収）207頁，今村成和「行政法入門」121頁・有斐閣・昭和48年，新井隆一「行政調査および即時強制と憲法——実力行使と人権の手続的保障——」（室井力・塩野宏編「行政法を学ぶ1」有斐閣・昭和53年所収）200頁—201頁，等参照。なお，田中二郎「前掲書」308頁の原注の(5)は，「必ずしも現実には相手方の抵抗があることを前提とするわけではなく——即時強制の場合には，何ら抵抗がなくとも——仮りに抵抗があっても，実力によりこの抵抗を排して目的を實現し得るところに行政強制の行政強制たるゆえんがある」としている。

注⑪ 行政調査の範疇に含まれるものとしては，個別税法上の質問検査権（所得税法234条・242条8号）のように，質問検査（調査）の実効性を確保するために相手方を罰則で間接的に強制する「間接強制を伴う任意調査」がその代表的なものであるが，生活保護法28条のように立入検査（調査）の実効性を確保するために相手方に罰則を科さず，単に不利益（給付の打切り等）だけを課すものも，これに含まれる。

注⑫ 塩野宏「前掲書」132頁。

注⑬ 改正，修正の区別については，西修「性差別」（近畿大学比較法・政治研究所編「平等権に関する資料集②」——国連，アメリカ，イギリス，ソ連を中心に——）昭和53年所収）100頁の注(1)を参照されたい。

注⑭ Frank v. State of Maryland, 359 US 360, 3 L ed 2 d 877, (1959)。高柳信一「行政上の立入検査と搜索令状」社会科学研究11巻4号1頁以下（1960），佐藤幸治「『行政調査』とプライバシーの保護(1)——アメリカ法における立入検査の問題を中心として——」・『法学論叢』97巻3号28頁以下・京都大学法学会・昭和50年。

注⑮ Ibid., at 881.

注⑯ Ibid., at 882.

注⑰ Ibid., at 882.

注⑱ Ibid., at 885—886.

注⑲ Ibid., at 886.

注⑳ Ibid., at 890.

注㉑ Ibid., at 891.

注㉒ Ibid., at 891—892.

注㉓ Camara v. Municipal Court of the City and County of San Francisco, 387

行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

US 523, 18 L ed 2 d 930 (1967). 園部逸夫・田中館照橋「Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco, 387 U. S. 523 (1967) ——行政上の立入り検査には令状を必要とするか」〔1971—1〕アメリカ法111頁以下・日米法学会・昭和46年, 佐藤幸治「『行政調査』とプライバシーの保護(9)・完——アメリカ法における立入検査の問題を中心として——」・『法学論叢』97巻4号2頁以下・京都大学法学会・昭和50年。

注⑩ See v. City of Seattle, 387 US 541, 18 L ed 2 d 943 (1967). 注⑨の文献を参照されたい。

注⑪ Camara v. Municipal Court, op. cit., at 935.

注⑫ Ibid., at 937.

注⑬ Ibid., at 938.

注⑭ Ibid., at 938—939.

注⑮ Ibid., at 941.

注⑯ Ibid., at 941—942.

注⑰ See v. City of Seattle, op. cit., at 946.

注⑱ Ibid., at 948.

注⑲ Ibid. at 948—949.

注⑳ Whyman v. James, 400 US 309, 27 L Ed 2 d 408 (1971). 外間寛「Wyman v. James, 400 US 309 (1971) ——公的扶助の受給者宅への家庭訪問に関しては、合衆国憲法第4修正の保護が及ばないとされた例」〔1972—2〕アメリカ法362頁以下・日米法学会・昭和47年, 綿貫芳源「行政調査」（「英米判例百選Ⅰ公法」有斐閣・昭和53年所収）80頁—81頁。

注㉑ Ibid., at 414.

注㉒ Ibid., at 414.

注㉓ Ibid., at 414—417. 外間寛「前掲書」アメリカ法363頁。

注㉔ Greenberg は, “snooping in the home” の厳密な意味が最も重要であるとしている。詳細は, Greenberg, P. S.; The Balance of Interests Theory and the Fourth Amendment: A Selective Analysis of Supreme Court Action Since Camara and See, 61 Calif. L. Rev. 1011, at 1030 (1973). を参照されたい。

注㉕ Whyman v. James, op. cit., at 427—428.

注㉖ 外間寛「前掲書」アメリカ法364頁。

注㉗ キヤマラ事件の多数意見①, 佐藤幸治「前掲書」・『法学論叢』97巻3号28頁—29頁, 河原峻一郎「前掲書」126頁。

注㉘ Davis, K. C.; Administrative Law Text. p.63. West Publishing Co. 1972.

注㉙ 家庭訪問の告知の問題については, Greenberg, P. S. op. cit., at. 1030. を参照さ

りたい。

注60 刑集27卷7号1205頁。なお、本件の評釈等については、金子宏「行政調査の要件・手続」(雄川一郎編「行政判例百選Ⅱ」)有斐閣・昭和54年所収) 263頁—264頁及び264頁の〈参考文献〉を参照されたい。また、本判決に対する私の考え方については、拙稿「前掲書」『税法学』316号1頁以下を参照されたい。

注61 詳しくは、拙稿「前掲書」『税法学』316号17頁。

注62 小高剛「行政手続の現代的意義」法学教室〈第2期〉4180頁・有斐閣・昭和49年。

注63 小高剛「前掲書」法学教室〈第2期〉4182頁、杉村敏正「行政行為と適正手続」(同「法の支配と行政法」有斐閣・昭和48年所収) 144頁、等を参照されたい。

注64 金子宏「租税法」374頁、同「行政手続と憲法35条及び38条——旧所得税法63条、70条10号の質問検査権と憲法35条及び38条」・『判例評論』172号17頁、清永敬次「税法」140頁・ミネルヴァ書房・昭和48年。なお、旧商品取引所法151条の規定も参照されたい。

注65 *Camara v Municipal Court*, op. cit., at 941 によると、*North American Cold Storage Co. v City of Chicago*, 211 US 306, 53 L ed 195, 29 S Ct 101 (有害食品の押収) ; *Jacobson v Massachusetts*, 197 US 11, 49 L ed 643, 25 S Ct 358 (強制的天然予防接種) ; *Compagnie Francaise v Board of Health*, 186 US 380, 46 L ed 1209, 22 S Ct 811 (検疫) ; *Kroplin v Truax*, 119 Ohio St 610, 165 NE 498 (結核牛の即座撲滅) などがある。

注66 *Camara v. Municipal Court*, op. cit., at 935. なお、適正な同意については、佐藤幸治「前掲書」・『法学論叢』97巻4号26頁—29頁を参照されたい。

注67 例えば、建築基準法12条4項は、「住居に立ち入る場合においては、あらかじめ、その居住者の承諾を得なければならない」と規定している。

注68 昭和27年3月28日最高裁第二小法廷判決は、「所得税法施行規則63条は収税官吏は所得税法63条の規定により帳簿書類その他の物件を検査するときは、大蔵大臣の定める検査章を携帯しなければならないと規定しているが、この規定は、専ら、物件検査の性質上、相手方の自由及び権利に及ばず影響の少なからざるを顧慮し、収税官吏が右の検査をなすにあたり、自らの判断により又は相手方の要求があるときは、右検査証を相手方に呈示してその権限あるものであることを証することによって、相手方の危惧の念を除去し、検査の円滑な実施を図るため、特に検査証の携帯を命じたものであって同条は単なる訓示規定と解すべきではなく、特に相手方が検査証の呈示を求めたのに対し、収税官吏がこれを携帯せず、又は携帯するも呈示しなかった場合には、相手方はその検査を拒む正当の理由があるものと認むべきである」(傍点は筆者)と判示している(刑集6巻3号546頁)。

行政手続と令状制度（憲法33条・35条）との関係について

- 注69) 林修三「憲法第35条・第38条と行政手続の関係にについて——昭和47・11・22最高裁判決の研究——」・『駒沢大学法学部研究紀要』31号23頁、佐藤幸治「行政調査と憲法」・『行政判例百選Ⅱ』262頁は、本判決の結果、国税徴収法142条による滞納処分のための捜索について問題になるとしている。
- 注60) 林修三「前掲書」25頁、佐藤幸治「行政調査と憲法」262頁、横井大三「間接国税犯則事件の現行犯について裁判所の許可状なく臨検、捜索、押収をなし得るか——憲法35条と国税犯則取締法3条——」・『ジュリスト』85号7頁・有斐閣・昭和30年。なお、この問題については、横井氏の考え方に負うところが多い。
- 注61) 刑集9巻13号2760頁。緊急逮捕については、阿部純二「緊急逮捕」（小島和司編「憲法の争点」法学の争点シリーズ2・有斐閣・昭和54年所収）110頁—111頁及びその中に掲げられた文献を参照されたい。
- 注62) 刑集23巻12号1525頁。
- 注63) 河原峻一郎「前掲書」126頁。なお、橋本公互「憲法〔改訂版〕現代法律学全集2・268頁・青林書院新社・昭和52年は、「刑事手続上の緊急捜索・押収は合憲である」とし、判例もこれを合憲としている（昭和36年6月7日最高裁大法廷判決、刑集15巻6号915頁）が、法学協会「註解日本国憲法上巻」630頁・有斐閣・昭和45年は、捜索を伴わない緊急押収は合憲であるが、緊急捜索は違憲であるとしている。
- 注64) 林修三「前掲書」27頁、広岡隆「行政強制と仮の救済」177頁。
- 注65) 林修三「前掲書」27頁。広岡隆「前掲書」178頁—179頁は、精神障害者の強制入院は、「……ときには、要件の不備な強制入院が行なわれるおそがないではない」ので、裁判官の事前、緊急の場合、事後関与の導入が望ましいとしている。また、高柳信一「行政手続と人権保障」273頁以下は、「出入国管理令（39条以下）にもとづく退去強制のための収容は、純理的には裁判官の令状なしに行いうるか否かきわめて疑わしい」としながら、アメリカ合衆国連邦最高裁判所の判例を引用して、「一般的にはきわめて厳格な令状主義をとる彼の国においてもこの程度である以上、わが国の法制が前記のごとくであることは止むを得ないところであろうか」とし、外間寛「行政手続と人権保障」法学教室〈第2期〉726頁・有斐閣・昭和50年も、この点について、問題があるとしている。
- 注66) わが国では、昭和37年に発足した臨時行政調査会 第三専門部会 第二分科会が昭和39年2月に「行政手続に関する報告」を発表した。右報告の中に「行政手続法草案」が収められている。これに関しては、橋本公互「行政手続法草案」・有斐閣・昭和49年、杉村敏正・兼子仁「行政手続・行政争訟法」（法律学全集11）・筑摩書房・昭和48年等を参照されたい。

なお、周知の如く、アメリカでは1946年に行政手続法（Administrative Procedure Act）が制定され、西ドイツでは1976年5月25日に行政手続法（Verwaltungs



第 13 号

-verfahrensgesetz, BGBl IS. 1253) が制定されている。

注⑥) 杉村敏正・兼子仁「行政手続・行政争訟法」104頁, 杉村章三郎・山内一夫編「精解行政法 上」357頁・光文書院・昭和50年。その他, 綿貫芳源「告知・聴聞を中心とする公正手続の内容と限界——行政機関に対する司法審査の範囲——」(田中二郎先生古稀記念「公法の理論(中)」(有斐閣・昭和51年所政) 995頁以下も参照されたい。