

憲法学界における刑事訴訟法の取扱い

——或いは、憲法学説は時代や系列などから自由であり得たのかに
関する歴史的手法による一考察——

君 塚 正 臣

はじめに

前稿では、刑事法学界における日本国憲法の扱いを纏めた¹⁾。團藤重光や平野龍一が、教科書レベルでも憲法に関してかなりの言及をしていることが判明し、刑事法学、特に刑事訴訟法学が、案の定、憲法に深い関心を有していたことが明らかになった。

しかし、刑事訴訟手続であれ何であれ、下位法令や政府行為の何かを違憲だとまず指摘するのは、学問世界ではやはり憲法学の仕事である。無論、このことは、それ以外の法学者が違憲論を主張することを差し止めるものではないが、憲法学者の言でなければ、違憲論は強い効果を持たない²⁾。逆に、憲法学は、特定の法令や政府行為が憲法違反（法令違憲もしくは適用違憲³⁾）か否かを明らかにすべきであって、それを超えた立法政策を主張しても、憲法論に収まらなければあまり意味がないものである⁴⁾。

さて、では、憲法学は、憲法 31 条から 40 条までをどう扱ってきたであろうか。戦後、70 年余。戦後憲法学も既に歴史である。本稿では、芦部信喜の分類⁵⁾を参考に、著者の生年に基づいて世代別の分類を行い⁶⁾、それぞれの世代の記述を総括していくこととしたい。「昭和」は長く、芦部の存命時期と比べ、「昭和世代」が学界に多く登場してきているので、これは戦前と戦後で分割することにする。かつ、それを節で

細分化し、一部に憲法学界では常識的と思えるグルーピングを用いて、その部分では若干前後することをやむなしとしたい。

本稿では、単なる刑事手続条項の逐条解説は黙殺し、対象は原則として、教科書、基本書（原則として単著）に限ることとする。特に、何かを違憲と明言している記述に焦点を当て、できるだけ機械的で網羅的に整理を進めることを基本方針としていきたい。

1 明治世代

(1) 美濃部達吉・佐々木惣一

戦後の憲法学（公法学）は、1873（明治 6）年生まれの美濃部達吉に始まると言ってもよいであろう。美濃部達吉は、内閣の憲法問題調査委員会⁷⁾顧問であった。そして、美濃部と並び称された佐々木惣一は、内大臣府御用掛として憲法草案を内奏した。美濃部と佐々木は、戦前の自由主義憲法学との架け橋となる稀有な存在でもある。かつ、新憲法公布の時点で、飛び抜けて長老であった。分析の出発は、当然にこことなる。

だが、美濃部は、戦後冒頭を飾る憲法教科書において、31 条以下の記述を簡単に終えている。美濃部は、「人身の自由」での記述を奴隸的拘束や苦役の禁止に関するものを除くと、これと言ったものがない⁸⁾。次に、「司法作用に対する自由権の保障」の部分で、憲法 31 条以

下の解説を行う⁹⁾。31条の説明としては、拘留と科料については警察署長が即決処分できることを定めていた違罪罪即決例が廃止されたことを説明する¹⁰⁾。「命令ノ条項違犯ニ関スル罰則ノ件」(1890年の法律)により200円以内の罰金と1年以下の懲役・禁錮が命令によって定められるとされていたが、それも1947年に廃止されたことも説明されている¹¹⁾。民主的立法と裁判所による司法手続なくしては刑罰なしということが、この当時、改めて語られねばならなかったことが実感される。そして、美濃部は次に、「正式の裁判所の裁判に依るのでなければ刑を科されないことの権利を包含して居り、而してそれは自由権の一種」だとして、「裁判を受くる権利」を説明している¹²⁾。美濃部は、別の箇所でも、憲法32条の受益権的性格にも言及し、「其の積極的の効果は裁判を請求することに在り、それは専ら民事裁判に付いてのみ存するもので、所謂訴権がそれで在り、受益権中の最も重要なものである」¹³⁾とも述べているので、32条には主に刑事裁判における自由権的性格と民事・行政裁判における請求権的性格が並存しているという、その一般的理解の起点となった。

この後の美濃部の説明は、「刑事訴訟の緊急措置法」が不当な逮捕監禁を禁じていることに進み、突如、1831年ベルギー憲法7条3項を挙げて、令状を発する「司法官憲」が日本国憲法でも裁判官であることを解説する¹⁴⁾。住所の不可侵などについても同憲法の10条を挙げるなどしている¹⁵⁾。刑事被告人の権利を巡っては、憲法37条の文言がアメリカ合衆国憲法修正6条に類似することを指摘している¹⁶⁾。美濃部は、「残虐な刑罰」を巡っても、「従来の刑法に於いて既に認められて居なかつたもので、本条に於いて更に之を刑法の基礎原則として宣言して居るのであるが、それは敢て新規の立法として見るべきではない」¹⁷⁾などとするように、大日本帝国(明治)憲法下でも立憲主義的解釈によって実現されていたものはあったとの自負が垣間

見られる。そして、新憲法とそれに伴う刑事法の改正の時点では、特にこれと言った法令違憲の指摘はしていない。唯一、刑事補償法の規定が、補償を得るには「特別の条件を必要と」しているのは日本国「憲法の趣旨に適しないもので憲法の実施と共に右の条件は恐らく當然効力を失つたものと解すべきであらう」と述べている¹⁸⁾のが注目できる。総じて、新憲法と新刑事訴訟法、それに刑法の改正を一体として信頼する感が強い。美濃部は、1948年5月に亡くなっており、この日本国憲法施行下で生ずる様々な具体的な事案を十分に見る時間がなかった。

1878年生まれの佐々木惣一は、まず、「刑罰として、生命若しくは自由を奪うことは勿論、それに限らず一般に刑罰を科するには、法律の定める手続によらねばならない」とし、「要するに、国家は、法律で定めた刑罰でない刑罰を科してはならず、法律で定めた取扱方を為さないうで刑罰を科してはならない」¹⁹⁾とするので、佐々木は、憲法31条については、手続と実体の法定を保障したと理解しているものと言えよう。このほかは特段の学説提示はなく、1952年段階で何か法令や政府行為を違憲と評していない。

(2) 清宮四郎・宮沢俊義

1898年生まれの清宮四郎は、憲法31条に関しては、「生命・自由を奪うるかは、法律で定めなければならない」²⁰⁾と記し、佐々木と同様、手続・実体の法定を保障するという立場のようである。緊急逮捕については特に語っていない。「死刑そのものは、すでに、憲法第31条の容認するところである」とする²¹⁾。

1899年生まれの宮沢俊義は、「法定の手続」の節で、憲法31条に関し、「形式的意味の法律で定められさえすれば、どんな内容の手続きでもかまわないといういみに解すべきではない」²²⁾として手続法の適正に意味を広げ、「刑罰を定めるには法律によるべきだ」という意味の

罪刑法定主義（*Nukka poena sine lege*）をも含めたものかどうかは、やや明確性を欠くが、その英米法的起源からみて、積極的に解される²³⁾として、少なくとも刑事実体法の法定も保障していると解するのである。一般に宮沢説は、実体法の適正までは憲法 31 条で保障していないと理解されている。

「人身の自由」の節で緊急逮捕を語り、憲法 33「条の容認するところ」とする²⁴⁾。「刑事法に関する保障」の節では、判例を引く形で、「死刑も、現在わが国の採用している方法による絞首刑も、無期懲役も、残虐な刑罰にあたらぬ²⁵⁾とあっさり説明する。特に、何かを違憲と考えているようには見えない。

なお、主に民事裁判を念頭にであるが、「能動的関係における権利」の節で、「裁判を受けるのに、非常な金がかかる以上は、実際的にみれば、その金を工面できな人間にとっては、裁判を受ける権利は、単なる紙の上の存在にすぎない」などとして、裁判を受ける権利に踏み込んでいくことも指摘しておく²⁶⁾。

(3) 明治終盤

1903 年生まれの大石義雄は、特に刑事手続上の人権を取り立てて論じていない²⁷⁾。

1904 年生まれで、1945 年発足の憲法研究会では憲法草案要綱の作成にも携わった鈴木安蔵は、憲法 31 条については「法定手続きの保障、罪刑法定主義について定めている」とし、更にそれは「正当な手続きの意味である」としている²⁸⁾ので、手続・実体の法定・適正を保障したとする通説的見解の最長老の提唱者と言えそうである。違憲であるとは追いつめないが、緊急逮捕「および準現行犯の場合が濫用されれば、憲法の定めは空文化されるおそれがある」と指摘する²⁹⁾。死刑に関しては、「残虐刑であるとの主張」「には十分の理由があるが、今日では、これに該当しないとされている³⁰⁾」と比較的淡白な説明である。

1906 年生まれの大野盛直は、講座本の中で、

憲法 31 条について、「結論的には」「憲法 31 条の要求を『実体法的な内容』にまで及ぼそうとする学説」のうち「『適正な手続と適正な要件』とを要求するもの」と「立場を同じくする」とする³¹⁾。その理由として、「アメリカでは、英米法の長い歴史の変遷の過程において、適法手続条項は、コンモン・ローないし各種の制定法ならびに判例の集積によって、手続および要件における“*reasonableness*”の要求」「という実質的内容が充足されている」が、「わが国においては、こうした歴史的背景と内容を欠くから、大陸法的な罪刑法定主義を導入することによって、要件面の形式的強化を図り、両者相まって内容および形式における適性を要求し、その結果として、基本的人権の保障に万全を期そうとしたものと考えなければならない」ことを挙げている³²⁾。

緊急逮捕については、「逮捕から令状による追認がなされるまでの時間が極めて僅かであり、重大な自由の拘束とまではいえず、実質的にさしたる人権侵害を結果しない限度においてのみ合憲性が認められる」とする³³⁾。また、「死刑そのものは残虐刑に該当しないというのが、学説と判例の一致するところである。しかし、その執行方法が残虐性を帯びる場合はもちろん残虐刑といわなければならない」とも記す³⁴⁾。

1907 年生まれの高橋信成は、憲法 31 条については「処罰の形式的手続も実体的要件もいずれも法によって定めなければならない」ほか、「条文の上には『正当』などという文字がみえないけれども、沿革の示すようにそれは、『法律の正当な手続』の保障を定めた規定である」としており³⁵⁾、実体法の適正まで保障していると解しているようである。緊急逮捕については、「憲法は令状なしに逮捕できる場合として、現行犯をあげているだけであるのに、さらに緊急逮捕というような制度を法律で認めることが適憲であるかどうかを疑うべき理由は、十分あるであろう。少くとも、この規定の濫用は深く戒めなければならない³⁶⁾」と述べ、違憲とはせず

とも慎重な運用を求めている。死刑については、憲法「31条の生命 (life) は必ずしも自然的生命のことでなく、人生の享受をも意味するから、人生の享受を不可能にするような刑罰、例えば島流しや終身禁錮などは、生命を奪う刑罰と呼んでいいと思われる。そう見てくると、死刑は憲法上当然許されているという見解は安易に過ぎて賛成し難い」とする³⁷⁾。この世代では珍しい死刑懐疑論である。

同じく1907年生まれの田上穰治は、「逮捕、搜索、押収に対する人権の保障」の節において、「犯人であることを疑うに足る充分な理由があり、やむを得ない必要があるときは、令状なくして逮捕する緊急逮捕が認められることは当然である³⁸⁾とし、「逮捕状には場所または物が明示されないから、直接関連のない場所または物について搜索、押収が行なわれても、職権乱用が明らかに立証されないかぎり、違憲とはいえない」と断ずる³⁹⁾。「電話の傍受」についても、「令状の発布を求めるいとまがないことが多く、また令状による対象が不明確であるから、むしろ搜索および押収に該当しないのであって、令状を要しない⁴⁰⁾」、「黙秘権は憲法上狭く解すべきであり」、「法律の改正によって狭くすることができる⁴¹⁾」とするなど、捜査側に寛容である。

1909年生まれの西大芳雄は、「身体の自由権」を置いてこの分野について解説しているが、短いものである⁴²⁾。やや長い記述があるのは、憲法36条についてで、「本条は死刑の執行方法についての残虐さを禁止したものと解するのが妥当」だとして、合憲論に立つものである⁴³⁾。39条について、「アメリカ憲法の『二重の危険』(double jeopardy)の禁止と同趣旨に解する説もあるが、疑問である」とする⁴⁴⁾。

(4) 小 括

明治世代は、まだ、刑事手続領域が憲法学、否、当時の認識では、行政法と未分化の公法学・国法学の守備範囲という認識が薄い。また、旧法が改正され、治安維持法なども廃止された

喜びに浸っている状況であって、改正された刑法や刑事訴訟法になお問題があると見直す気分にまでには至っていないのかもしれない。「憲法学者による憲法31条以下の解釈においては、現行刑訴法が憲法31条以下の要請をほぼ十全に具体化しているとの前提がアプリアリに措定され、刑訴法に依拠してこれらの憲法条項を説明しようとする傾向が強い⁴⁵⁾」という杉原泰雄の批判はまともに当たっている。特定の刑事手続法の条項を違憲とする指摘は極めて少ないが、その中で、憲法31条の保障範囲が一気に広がり、実体的適正までも憲法31条の保障とする説が、20世紀初頭生まれの研究者たちによって提唱されたことは、確認されるべきである。

2 大正世代

1915(大正4)年生まれの佐藤功から大正世代に入る。内閣法制局参事官として日本国憲法の制定にも携わった佐藤は、大日本帝国(明治)憲法時代を引き摺ることが、かなり少なくなっている。また、この世代は、ほぼ研究者生活を戦後に始めるようになったと言え、最初から日本国憲法が前提として存在し、それを擁護することが任務となったのである⁴⁶⁾。

(1) 大正前半

佐藤は、「身体の自由」の中で、まず、憲法31条について、「罪刑法定主義と刑事手続法定主義の2つの原則が含まれている」と述べ、前者の中身としても「類推解釈などの拡張解釈は許されないこと」などを含むとしており⁴⁷⁾、実体法の適正も保障したと解していることが窺われる。「刑事手続法の不可欠な内容としては、いわゆる『告知・聴聞』(あるいは「告知・弁解・防禦」)の原則」と記述する⁴⁸⁾。

緊急逮捕については、「いわゆる緊急逮捕の場合を認め(第210条)、令状主義を緩和している」とする⁴⁹⁾のみで、憲法判断に踏み込んでいない。死刑についても、「『残虐な刑罰』とは、人に過度な苦痛を与え、非人間的な方法に

よつて行われる刑罰の意味であつて、死刑そのものまでをも禁止したものと解すべきではない⁵⁰⁾と、寧ろ存置擁護的ですからある。

1918年生まれのと田英夫は、憲法「31条は、科刑手続のみならず、基本的には、実体法のそれにまで及ぶと解すべき」とする⁵¹⁾。「現行犯のほかに、別に緊急逮捕を認めなければならぬ理論的根拠は、憲法第33条の規定からみて、やや問題であるが、刑事実務上その必要が強く要請されており、結局のところ、事柄の緊急性、被疑者の重大犯罪行為性にきびしく限定して、認めるほかないとされる。ただその実益よりも、むしろ、この規定の濫用の禁止が戒心されるべきである」とする⁵²⁾。死刑については、「憲法解釈論としては、第31条(適法手続による生命の剥奪)からも、死刑がただちに残虐な刑罰で、違憲であるとは断定しえないだろう」とつれない⁵³⁾。

1919年生まれのと橋本公巨は、憲法31条について、「手続法と実体法の両者にわたって、正当な法を要求しているものと解すべきである」として通説の立場に立つ⁵⁴⁾。その理由は、端的なところ、「憲法の人権保障の精神に照らして、できるだけ31条の意味を広く解釈する方が正しい⁵⁵⁾」ということに尽きようか。このため、罪刑法定主義も同条の保護する範囲であり⁵⁶⁾、アメリカ判例法としての「漠然性の故に無効の理論」も紹介しつつ、「罪刑法定主義の一内容として理解する方がよからう⁵⁷⁾」と指摘する。

緊急逮捕については、「罪状の重い犯罪に限られること、緊急やむをえない場合に限られること、逮捕後直ちに裁判官の令状を求めなければならないこと、このような制度を認める必要性を否定しえないこと等を総合判断すれば、事後とはいえ、これを令状による逮捕とみるのが妥当である」とする⁵⁸⁾。死刑については、憲法31条の文言を挙げ、判例を紹介しており、一般的には死刑は合憲であるとしつつ、「その執行の方法等が、その時代と環境とにおいて、人道上の見地から、一般に残虐性を有すると認

められる場合には、もちろん、残虐な刑罰であるといわねばならない」とした⁵⁹⁾ほか、「罪刑の均衡は、31条からも要求されるが、36条の要求でもあり、社会通念から考えて著しく不均衡に重い刑が定められた時は、違憲である」とする説が「正当」だとする⁶⁰⁾。

同じく1919年生まれのと伊藤正己は、憲法31条について「適法手続の原則は、法の手続的側面と実体的側面の両者にかかわる」と述べ、通説的立場に立つ⁶¹⁾。そして、31条がある以上、「告知と聴聞(notice and hearing)」が科刑手続においては肝要であると述べる⁶²⁾。緊急逮捕については、「適用される犯罪が限られていること、また、逮捕後直ちに裁判官の令状を求める手続をしなければならないといった制約があるが、実際の適用にあたっては十分しほりをかけ、濫用を防ぐことが必要である⁶³⁾」と述べながら、合憲論である。死刑についても、「死刑そのものが一般に直ちに違憲とはいえないとしている」判例を挙げており、「犯罪に比較して著しく重い刑罰を規定する法律、具体的犯罪に対して宣告刑が極端に不均衡である判決、刑の執行方法が残虐である場合など、個別の事案との関係で36条違反となることがありうる⁶⁴⁾」とするが、総じて合憲論である。

(2) 大正後半

1921年生まれのと小林直樹は、「刑事手続等を形式的な『法律』に全面的に委ねるだけでは、十分ではない⁶⁵⁾」として、「法律の実質的妥当性を要求することは、人身の自由を守ろうという憲法の精神に沿うというべき⁶⁶⁾」だと述べる。そして、憲法31条「の位置が一連の刑事手続的規定の最初におかれていることや、自由権や労働権等の保護の詳しい規定を別に設けていることから見れば、その主眼は刑罰に関するもの⁶⁷⁾」であり、罪刑法定主義について「本条にその趣旨がふくまれていると解するのは、それほど不自然な解釈とはいえない」とし⁶⁸⁾、なおかつ、破壊活動防止法の幾つかの規定などのよ

うに「刑罰を法律で定めていても、犯罪構成要件が不明確なものは、本条に照してその合憲性が問われることになる」べきだ⁶⁹⁾と述べており、刑事実体法の適正まで憲法は要求しているという立場を鮮明にしている。

緊急逮捕について、「刑訴 210 条の程度に要件をしばり、かつこれを厳格に解釈するという前提の下でならば、緊急逮捕を要する社会的必要の大きさからみて」違憲とも言い難い⁷⁰⁾とするが、「必要性による弁明は、法論理的な説明としてはやや不十分のそしりをまぬかれない」として更に、「形式論理的には違憲（違法）の法律（命令等）も、憲法（法律）の精神には違反せず、むしろ法定立の過程における瑕疵を予測し、その適法性を認めてよいという場合が全法秩序のなかに生じうる」のであり、「憲法の令状主義の形のうえで反する瑕疵にもかかわらず、その対象が実質上は現行犯の一種と考えられるものとして憲法上有効におこなわれるものと認めてよい範囲に属する」と説明した⁷¹⁾。他方、刑事訴訟法 212 条 2 項の「誰何されて逃走しようとするとき」を現行犯とすることは「いささか行きすぎ」だと評する⁷²⁾。死刑に関しては、「憲法は現に、第 31 条で生命を奪う刑罰を認めている」としており、判例を紹介して終わる⁷³⁾。しかも、「断種は異常な性犯罪者等の場合には、許される」と、今日から見るとかなり大胆な主張もしている⁷⁴⁾。

1922 年生まれの小林孝輔は、憲法 31 条について「適法手続の保障であると同時に、罪刑法定主義の宣言でもある」と解説する⁷⁵⁾。緊急逮捕については、「形式的にみて憲法 33 条に反するのみならず、実質的にみても、疑うに足りるという基準は漠然としているし、直ちにという表現も不確定であるから、乱用の危険は充分あり、合憲性はないとみるべき」⁷⁶⁾だとし、「別件逮捕も、本条の趣旨に悖る」とする⁷⁷⁾。死刑については、「生命を奪うことよりも残酷なことはなく、「犯罪による刑罰のためとはいえども、許されるのは『苦役』までであって、『奴

隸的拘束』は許され」ず、「奴隸的拘束すら禁じられているのに死刑がみとめられるはずがない。憲法 9 条は戦争を放棄する。戦争とは公権力による殺人である。死刑もまた公権力による殺人にほかならない。とすれば、9 条の趣旨を推しても死刑は許されない」と、かなり激しい違憲論を展開していた⁷⁸⁾。

1923 年生まれの長谷川正安は、12 講構成の教科書の中で「犯罪容疑者の人権」という 1 講を立てており⁷⁹⁾、ユニークである。「犯罪容疑者や被告人となった異常な時の方が、国家権力とぎりぎりの対立関係にたち、このような時にこそ人権の必要性と重要性を感じる」⁸⁰⁾としており、意気込みを感じる。日本国憲法がこの分野に詳細な規定を有するのは、「明治憲法の下では、犯罪容疑者や刑事被告人の人権が、さまざまな形で否定されつづけてきたから」であり、特に「治安警察法（1900 年、明治 33 年）や治安維持法（1925 年、大正 14 年）の執行過程では、それがきよくたんな形をとるようになったからだ」と指摘する⁸¹⁾。

緊急逮捕については、争われた事件⁸²⁾の被告人が時価 920 円の棕皮包を窃取し、任意出頭に応じなかったものであることを紹介しつつ⁸³⁾、こ「のように軽微な森林窃盗（第一審判決では、森林法違反、公務執行妨害、傷害の罪で懲役 10 月）の容疑者で一定の住所をもつ者を、その自宅で、巡査の裁量で緊急逮捕するということは、例外的措置を厳しく規定した刑訴法の趣旨にそわないだけでなく、憲法第 33 条に明白に違反」と断じたのである⁸⁴⁾。ただ、「社会主義思想のもとでは、生命の権利は」「社会あるいは国家の一員として生きる」という「側面で評価されるようになります」⁸⁵⁾とも語るマルキストの長谷川が、明示的に刑事手続上の人権規定に反する判例を批判的に紹介するのは、意外にもこの一例だけである。

1924 年生まれの小嶋和司は、憲法 31 条に関する立場が明確ではないが、猿払事件最高裁大法廷判決⁸⁶⁾を挙げて「科刑手続の適正さ

のほか、刑罰そのものの適正さも要求される」と論じる者もあるが、この判決は「特に刑罰の『適正』要求の判示とすることはできない」としている⁸⁷⁾。緊急逮捕については、「社会の安全の維持のためのつよい要請と緊急性があり、しかも濫用のおそれがない場合には、逮捕に近接した時期のものであることを条件として、事後令状を許すと解すべきであろう」とする⁸⁸⁾。死刑については、判例を引用し、判例は「『残虐』かどうかを感情に訴えて判断するのではなく、死刑問題に対する規定が憲法典にあるとして判決した⁸⁹⁾」と淡々と記す。

京都学派では、2年戻って1922年生まれの間道豊治がある。間道は、憲法31条について、まず、「刑罰を科すには、必ず国会の制定する法律を根拠とするということであり、この原則は手続法のみならず、実体法についても妥当する⁹⁰⁾」とするが、同条の定める「正当な法律の手続」について、「日本国憲法の解釈としては『正当な法律』と読むことは文言上無理であろう。しかし日本国憲法はこの規定以外に他の人権保障の規定が数多くあるから、この条文に『正当な』という文言がなくとも、「法律の形式によりさえすれば、いかなる内容の法律でも憲法上は差支えないというような結論を引出しうるものではない。したがって、結論的にはそれほど大きな相違はないといえる」とする⁹¹⁾。間道は、31条自体は手続と実体の法定を保障している、と解し、佐々木惣一説から動いていない模様である。

緊急逮捕を定める刑事訴訟法210条については、「濫用されてはならないが、重大で兇悪な犯罪については、逮捕が遅れることは著しく社会不安を起すことであるから、とくに必要な特定の犯罪に限って緊急やむを得ない場合として、このような規定を設けることも憲法上認められよう」とする⁹²⁾。死刑については、「31条はまた法律の定める手続によらなければ生命を奪われないと定めるのであるから、法律で規定すれば、死刑も可能であり、違憲でない」と解さ

れる⁹³⁾と、あっさりした記述である。特に何かを違憲ともしない。

1926年生まれの榎原猛は、「科刑の実体要件も法律で定めることを要請したものと解すべきである。右の手続および実体要件が適正なものでなければならないことは、条理上いうまでもない」とする⁹⁴⁾。実体の適正まで保障するとする、最も手厚い説に動いている。緊急逮捕については、「重大で兇悪な犯罪については逮捕が遅れることは著しい社会不安を起すであろう。このことと衡量すれば右のような厳格な条件のもとに、令状なしの逮捕を認めるとしても、それは、公共の福祉による『逮捕されない自由権』の制限として認めうる」とする⁹⁵⁾。31条は「死刑制度を認めたものであるが、死刑制度の存置を義務づけたものではない⁹⁶⁾」と記す。

(3) 芦部信喜

1923年生まれの芦部信喜は、今なお「通説」と紹介される存在であり、特にその立場を検討せねばなるまい。芦部は、もともと放送大学の教養向けであった教科書の中で、「人身の自由」を記述しており、「基本原則」には「奴隷的拘束からの自由」と「適正手続」があるという構成である⁹⁷⁾。「奴隷的拘束からの自由」や行政手続の適正が、刑事手続上の権利と共に解説されているのは、刑事訴訟法の教科書とは大いに異なる。その後、「被疑者の権利」と「被告人の権利」が並ぶ記述である⁹⁸⁾。「被疑者の権利」は、「不当な逮捕・抑留・拘禁からの自由」、「住居等の不可侵」に大別され、「被告人の権利」は、「公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利」、「証人審問権・喚問権」、「弁護人依頼権」、「自己負罪の拒否」、「自白」、「事後法と『二重の危険』の禁止」、「残虐刑の禁止」という7項目に分かれている。この中で、判例としては、緊急逮捕に関する1955年最高裁判決⁹⁹⁾、違法な証拠収集手続に証拠能力を否定する判決¹⁰⁰⁾、「公平な裁判所」とは何かに言及する判決¹⁰¹⁾、高田事件判決¹⁰²⁾、証人審問権に

ついて英米法的な交互尋問の採用を憲法は要求していないとする1948年判決¹⁰³⁾と1950年判決¹⁰⁴⁾、有罪判決の場合の被告人の費用負担を合憲とする2つの判決¹⁰⁵⁾、麻薬取扱者は当然に取締法規によって黙秘権を放棄しているとする判決¹⁰⁶⁾、自動車運転者もそうだとする判決¹⁰⁷⁾、公判廷での自白は憲法38条3項の「本人の自白」に含まれないとする判決¹⁰⁸⁾、二重の危険に関する1950年判決¹⁰⁹⁾、死刑合憲判決¹¹⁰⁾や「残虐な刑罰」を定義した判決¹¹¹⁾など、戦後の最高裁初期の判断を中心に紹介している¹¹²⁾。

芦部のこの教科書で注目すべき点は、適正手続¹¹³⁾条項以下の規定がアメリカ合衆国憲法由来であることを再三強調している点であろうか¹¹⁴⁾。注釈で「ヘイピアス・コーパス (Habeas corpus)」と関連付けて人身保護法を説明する¹¹⁵⁾。ただ、これと言って、判例等を超える違憲論を展開した箇所はない。未完となった教科書でも、表現の自由の関連問題として、刑罰法規の明確性の根拠を憲法31条であるとするに留まる¹¹⁶⁾。但し、「漠然不明確性は」「表現の自由そのものに萎縮的効果 (chilling effect) を及ぼし、「文面上無効とされる場合がある」¹¹⁷⁾との説明からして、文面違憲は表現規制の特殊法理であるとの理解が濃厚であり、だからこそ、当該箇所を解説している。このことからすると、芦部が、刑罰を伴う言論規制について、31条以下を決め手として違憲論を展開したとは考えにくい。通信傍受も、憲法35条を根拠に許容されるとする立場である¹¹⁸⁾。芦部は、この分野での目立った論説もない。

なお、芦部は、編著の中で、「裁判を受ける権利」を担当したことがあるが、そこでは、「積極的内容 (民事裁判における裁判請求権) と消極的内容 (刑事裁判において、裁判所の裁判によるのでなければ刑罰を課せられない権利) の2つを含む点は、明治憲法24条の場合と全く同様」だと述べている¹¹⁹⁾。略式命令は、「不服なときは正式裁判を請求できるから」「裁判を受ける権利をおかすものではない」とする立場であ

る¹²⁰⁾。これらを確認してもなお、刑事法に対する憲法の積極的活用は見られない。

(4) 小括

大正世代は、漸く憲法31条以下の最高法規としての実効性を認識しだした世代だと言えよう。特に、緊急逮捕の合憲性は憲法学が語らずにはいられなくなり、相当数の違憲論もしくは、憲法学の立場から慎重な運用を求める記述が増加した。そして、31条については、実体法の適正まで保障しているとする保護の最も広い説が一気に定着した。ただ、死刑については当然とする雰囲気依然強く、一人小林孝輔の、9条を引いての違憲論が突出していただけである。また、当の芦部を含めて、憲法訴訟論の登場による憲法31条以下の解釈の変化は見られない。

3 昭和 (戦前) 世代

昭和 (戦前) 世代とは、主として、軍国主義・全体主義の時代に多感な年頃を迎え、明治憲法の立憲的運用を見ていない世代である。最も遅くとも、戦後の新時代到来の興奮を、ラジオなどを通じて幼少期に感じた世代である。また、大学時代を戦後、現行憲法の下で迎え、最早明治憲法との相対的比較など視野にもない世代でもある。このため、軍国主義時代における治安維持法の運用などを踏まえ、刑事手続を厳格に縛ることに最も意欲を有していることが予想された。

(1) 昭和1桁

1929 (昭和4) 年生まれの阿部照哉は、憲法31条については、「31条は刑罰に関する手続および実体の両面において法律によって定めることを要求している」とし¹²¹⁾、「憲法の本質とその根底にある自由と公正の原理にそって31条の適用を拡大する道を開いておくことは、大きな意味がある」と述べており¹²²⁾、少なくとも手続・実体の法定は保障すると解するが、手続

の適正についても保障したと見る余地がある。緊急逮捕については、「問題がないわけではない」¹²³⁾と述べるに留まる。死刑については、「死刑そのものは直ちに残虐な刑罰とはいえない」¹²⁴⁾と断じつつ、「立法や判決により罪刑がいちじるしく均衡を欠く場合にも」「残虐な刑罰」の「問題となる」¹²⁵⁾とする。総じて穏健である。

同じく1929年生まれ尾吹善人は、憲法31条については、刑事手続の法定と適正については保障する¹²⁶⁾が、実体法の適正は、「各人権規定違反」と言えばよく、31条を持ち出すのは「余計な二重化」であるとする¹²⁷⁾。緊急逮捕については、違憲とまでは明言しないが、「長期3年以上」の「犯罪というのは、それほど狭く限られた例外とはいえ、捜査機関の便宜のほうに傾き過ぎている」と批判する¹²⁸⁾。死刑については最高裁の通り合憲であると述べる¹²⁹⁾。

1930年生まれ畑博行は、憲法31条については各学説の紹介後、「罪刑法定主義」の項目を立てて31条を解説し¹³⁰⁾、通説容認の傾向である。緊急逮捕や死刑も学説紹介に留まる¹³¹⁾。

1933年生まれ手島孝は、憲法31条の解釈についてははっきりしないが、「実体要件の適正の問題」「に関しては、言論の自由(21条)、法の下での平等(14条)などで解決できるものはそれらの法条によるべきであり、またそれで足りるが、規定(犯罪構成要件)の明確性など、他によるべき明文の憲法条規を欠く場合には、本状が根拠を提供することとなろう」とする¹³²⁾。緊急逮捕については特に語っていない。死刑については、「絞首刑たる死刑を宣告することは」憲法36「条に違反しない」とする¹³³⁾。

(2) 奥平康弘・杉原泰雄・樋口陽一

1929年生まれ奥平康弘は、「憲法31条以下一連の規定の総体がもつ意味を、言わば構造的に、あるいは発展的に捉えるうえで、問うてみる価値がある」¹³⁴⁾というあたりから、「刑事を中心とした手続に関する諸権利」の章を説き起こす。その一つは、「近代国家にあって

は、最初に司法権力によって担保されたところの刑罰権という権力形式が、国家権力のすべてであったという歴史的事実」によるとする¹³⁵⁾。また、「刑罰権力というのは、言ってみれば、国家のファサード(表玄関、正面口)なのであって、市民との関係では、どんな国家権力もその意思を貫徹させるサンクションとして、この権力形態をいちばん手っ取り早く用いてきた」¹³⁶⁾ことから、「制度として確立して」おり、「日本国憲法が、他の諸権力形式を措いてもっぱら刑事権力の発動手続の規制に精力を割いた、もう一つの根拠がある」¹³⁷⁾のだと述べる。

憲法31条に関して、奥平は、「従来の憲法学はこぞって、憲法31条以下の権利をなにか実体的なるものと見做してしまっている傾向がある」が、「この見方をもってしては、これらの権利の本質は、うまく描けないのではなからうか」¹³⁸⁾と釘を刺す。そして、それらは「いわゆる『自由権』を保障することに眼目があるのではなくて、逆に、人間に自然的に具わっている自由が、国家によって剥奪される場合の条件を指し示しているのだ」¹³⁹⁾と、「『自由権』の実体的な保障ではなくて、いたずらに自由を剥奪されないよう、適正な諸手続を定め、このことによって、一方では国家権力を手続的に拘束し、他方では市民に対して手続的保障の請求権を与えている」もので、「むしろ、自由を剥奪されようとしている市民に保障される、『積極的権利』こそが、問題」なのだ¹⁴⁰⁾と性格付けるのである。それは、「われわれの自由確保にとっては、実体的な権利保障もさることながら、それが侵害されそうな場合の手続的、予防的な権利保障や、権力分立の原則をはじめとする権力の側の整備といった制度的な保障も、同じように重要であり必要なのである」と述べる¹⁴¹⁾。実体的権利の保障と手続的権利の保障を一緒くたにしてきた憲法学説一般の傾向を暗に批判し、31条以下は第一義的には手続的権利なのであって、「手続的制度的な保障のありように全注意を集中させる」べき¹⁴¹⁾ことを強調した。

そして、「自由否定という例外を正当化する手続要件を特記した規定と捉えれば、」「もうこれ以上にさらに例外の例外ということは、あり得ないということ」が明確になるとするのである¹⁴²⁾。31条以下では、「『公共の福祉』論や『内在的制約』論のような、一般的『権利制限』論が成り立たないのかは、」そこでは「自由の制限、別言すれば国家権力の侵害という例外的な場合としたうえで、その例外的な権力発動に対する手続的拘束を課したのだから」だとする¹⁴³⁾のである。

緊急逮捕についても、「事後的な令状は、事前の令状の、有効適切な、したがって憲法適合的な代用品たり得るかどうか¹⁴⁴⁾」という観点から見ると切り出す。奥平の結論は見えている。「憲法33条の令状主義を、個人主義を踏まえた人格尊重の契機を内在する『適正手続』原則と一体のものとして捉える立場からすれば、令状発給の事前と事後とを等置し、そのことによって緊急逮捕を合憲とする理論は、正当性をもちえない」となる¹⁴⁵⁾。まさに、この展開は奥平の第一級の批判能力を示すものである。準現行犯規定についても、「『誰何されて逃走しようとする』者は、ある特定の犯罪事実の犯人たる確度がきわめて高い、とかならずしも言えるものでもない」と批判する¹⁴⁶⁾。別件逮捕についても、「実質的な不法・不当性を形式的な合法性でカバーする脱憲・脱法の行為であるという印象を消し去ることはむずかしい」とする¹⁴⁷⁾。奥平は、「違法収集証拠の排除法則」という項目を早くも立てたり¹⁴⁸⁾、「強制手段でもなくおこなわれた採尿が、真に被疑者の同意を経てなされたのか、それとも実質的には強制処分の性質を持ったのか、争われることが少なくない¹⁴⁹⁾」と指摘したりと、従来の憲法学の枠からすれば、相当に刑事手続に踏み込んでそれらの合憲性を検討している。

憲法36条は、アメリカ合衆国憲法修正8条の禁ずる「残虐で異例の刑罰」(cruel and unusual punishments)に源流があろう。そこで、奥平は、

「『残虐な』という評価は、刑罰方法そのものの異常さ・非人道性と関係する」としつつも、「権力行使の釣合い、比例からくる」判断もあるとする¹⁵⁰⁾。そして、一般的な「死刑違憲論」が「むずかしい」ことを認める¹⁵¹⁾。憲法制定前、民間の草案には死刑廃止を謳うものがありながら、日本国憲法がそれを明言しなかったのは、「暗黙裡に現にあるものとしての死刑の存続を前提にしていたからであると推定するほうが、説得力が強い」とする¹⁵²⁾。「現にそれなりに釣合いがとれているという国民感情があることを、そしてそれと無関係でなく法律論が組まれていることを、無視するわけにゆかない」とも述べた¹⁵³⁾。

1930年生まれ、の杉原泰雄は、芦部編の教科書の「人身の自由」のうち、「裁判を受ける権利」以外を担当している。「手続的保障が、人権の保障において、その実体的保障にまさるとも劣らない重要性をもっている」し、「刑事手続においては、この傾向がとくに強い¹⁵⁴⁾」とし、その歴史的事情として、「敗戦前における特殊日本的ともいいうる貧弱な刑事手続に由来する悲惨な経験¹⁵⁵⁾」があったことを指摘する。美濃部などとは異なり、「明治刑訴法(1890-明治23)、大正刑訴法(1922-大正11)、および国防保安法(1941-昭和16)、改正治安維持法(同年)、戦時刑事特別法(1942-昭和17)¹⁵⁶⁾」などを挙げ、戦前の刑事手続法とその運用を敵視する¹⁵⁷⁾。そして、このことから、「日本国憲法がそのほぼ10分の1を刑事手続に当てたことは、当然であったし、必要なことであった」と評価するのである¹⁵⁸⁾。こういったことから、杉原は、「罪刑法定主義が、罪刑法律主義、事後法の禁止、刑罰の謙抑主義の内容をもって規定され、刑事手続法定主義が、無罪推定原則をふまえて、刑事手続における人権侵害を最小限にすべきことを要請していることは、注目されるべきであろう¹⁵⁹⁾」ということを強調している。当然の如く、憲法31条についても、最も保障の広い適正手続・実体保障説に立つ¹⁶⁰⁾。

各条についての記述も、憲法全体で4巻以上となることを予定していた編著の一部であり、大変長い¹⁶¹⁾。令状を発する「司法官憲」について、「アメリカ法によるコミッショナーのような令状発令官」に類する機関の可能性を考慮したものと指摘し、ただ、現行刑事訴訟法ではそのような機関が存在しない故に裁判官に限定されるとの解釈を採っている¹⁶²⁾。そして、別件逮捕・勾留を「憲法33条の令状主義に反する」と明言し、「身体の自由の拘束は、犯罪の嫌疑および逮捕の必要性についての裁判官の事前の審査をへて、はじめて可能となる」ところ、「肝心の本件については、このような裁判官の事前審査が全面的に回避されるのは許されない、とするのである¹⁶³⁾。準現行犯について、「条件つき肯定説」で、犯罪後「『間がない』を厳格に解すること（時間的接着性）」を持って、「かろうじて合憲性を説明しうる」とする¹⁶⁴⁾。令状1枚で69の大学研究室が搜索された和光大学事件の搜索を適法とする最高裁決定¹⁶⁵⁾に批判的な意見も寄せている¹⁶⁶⁾。

特に、杉原の議論の特徴がよく現れているのは、刑事訴訟法210条の定める緊急逮捕についての部分である。杉原は、これにつき、「違憲説以外を支持することは論理的に不可能である」と明言する¹⁶⁷⁾。まず、準令状逮捕説は、「事後に令状がでない場合を含めて正当化する論理になっていないし、事後に令状がでる場合であっても違憲」「の批判をまぬがれることはできない」と言う¹⁶⁸⁾。次に、短時間で自由の拘束とは言えない間に令状が発せられればよいとする人権侵害僅少緊急逮捕合憲説については、「33条を支える令状主義・適法手続主義との関係でその例外性を正当化する解釈論が実質的にはなんら示されていない」と批判する¹⁶⁹⁾。「公共の福祉」からの例外として合憲とする説についても、「憲法が〔人権侵害について〕特定の方法を禁止し、または特定の方法以外の方法を禁止している場合は、憲法自身がすでに公共の福祉と個人の自由との衡量を行い、いっさいの事

情を考慮した上で禁止を特定していると見るべきである¹⁷⁰⁾として排除する¹⁷¹⁾。準現行犯とする説については、「現行犯の2つの要素のいずれをも緊急逮捕が欠いていること、令状主義の趣旨に反して操作の必要性を理由に令状によらない逮捕を誤認逮捕のおそれのある場合にまで拡張していること、から支持しがたい」と一刀両断する¹⁷²⁾。そして、アメリカ合衆国憲法修正4条が合理的な逮捕を許容していることを根拠とする議論についても、「両者の文言条の差異とその差異をもたらした歴史経験の差異を無視することにもなるので、賛成しがたい¹⁷³⁾として、要は、その時点で存在していた合憲説を全て否定するのである。また、凶悪犯罪の緊急逮捕は許容できるが、現行刑訴法210条の示す犯罪の範囲が広すぎるため、これを限定し、しかも、令状が発せられなかったときには被疑者に相当額の補償がなされることを条件に合憲とする相対的違憲説についても、「被疑者に対する補償を用意すれば令状なしで身体の自由を拘束することが許されるとすることは、33条の文理解釈上も令状主義を支える趣旨からもいぜんとして論証されていない」として否定する¹⁷⁴⁾。多分に、杉原説の帰結は、刑訴法210条を改正しても、令状なしに現行犯以外の逮捕がなされる以上、法令違憲なのであろう。結果、同説は、凶悪犯が交番の前を悠然と過ぎ去っていくのに警察は何もできない事態を導くが、国家の刑罰権行使を最大限慎重にするため、違憲論を断固として主張したものと推測できよう。緊急搜索・緊急押収についても、「憲法35条が」「例外として留保していない」として否定的である¹⁷⁵⁾。

このほか、「弁護人の実質的な援助を受ける権利」について、「捜査の必要を理由として、接見交通を原則として禁止する『一般的指定書』の制度」は憲法34条違反であるとし、「被疑者の防禦権の行使に支障をきたすような内容のものであれば、同様に違憲・違法」と述べる¹⁷⁶⁾。同条は被疑者の国選弁護について明言していな

いが、「捜査段階でこそ人権が侵害されやすくまたその人権侵害の故に不利益な自白が行われやすいこと、および被疑者にとって初期に有利な物証や証人を確保しておくことが不可欠であること、を考慮するならば、被疑者についてこそ弁護人の実質的援助を保障することが必要であるともいえる」¹⁷⁷⁾とし、「法律でその保障をより明確化してゆくことが望ましい」¹⁷⁸⁾とする¹⁷⁹⁾。同条の「拘禁」に関する規定についても、「人身保護法的な解釈が妥当だ」とする¹⁸⁰⁾。「拘禁者が公開の法廷で理由を示し、裁判官が理由の有無を審査し、理由なしと判断する場合には被拘禁者の釈放を命ずる一種の裁判の制度」であるとの理解を「妥当」とする¹⁸¹⁾。

「被告人に意義のないことを確かめる手続を留保する」刑事訴訟法461条以下の略式手続につき、「『迅速な裁判』の要請にこたえかつ正式の公開裁判を受ける権利の放棄または不行使が絶対に許されないものとは解されないから、合憲である」¹⁸²⁾とする説を妥当としつつ、憲法82条2項但書の「政治犯罪」などでの「対審は、常にこれを公開しなければならない」点は貫徹されることを強調してやまない¹⁸³⁾。

伝聞証拠法則についても、杉原の厳格解釈は続く。「身体的自由等の保障とその制約手続としての意味をもつ本条項を含めた31条以下との関係の理解からして、被告人の不利益を必要最小限に食い止めることを要求する適法手続主義の理解からして、」また、憲法37条2項が「例外を認めない規定の仕方をしていところからして、被告人の審問を経ないという意味で被告人に一方的な不利益を課することになる例外を認めることには根本的な疑問が残る」とする¹⁸⁴⁾。性犯罪事件におけるビデオ・リンク方式などの導入が問題となる前であり、その後となると葛藤を生むことがあったのかもしれない。

黙秘権についても、憲法38条1項は「氏名の黙秘を含めて」保障していると断ずる¹⁸⁵⁾。また、ここには「自己に不利益な供述」を強要されない権利があるが、「自己に不利益な供

述」とは有罪判決の基礎となるべき事実などに限るとする説を批判し¹⁸⁶⁾、「本条項の規定の仕方は、」アメリカ合衆国憲法「修正5条と明確に異なって」いるほか、「2項・3項の場合と異なって、『自白』という表現を用いていない」ことなどから、「『自己の人権保障に不利益な供述』と広く介されなければならない」とする¹⁸⁷⁾。自白の証拠能力についても、自白獲得手続が違法であれば、自白には証拠能力を認めないとする違法排除説を採用¹⁸⁸⁾。3項にいう「本人の自白」には共犯者の自白も含む立場である¹⁸⁹⁾。

杉原は、憲法39条解釈について、「前段後半および後段を合わせて、二重危険の禁止を定めたものと解する」¹⁹⁰⁾説を妥当とする。その理由としては、この「説が刑事被告人の人権保障にまさり、それ故に適法手続主義の原理により適格的であること」¹⁹¹⁾などを挙げている。

刑事实体的権利の保障も、憲法31条以下の規定はなしていると解しており、「罪刑の均衡、犯罪構成要件の明確性、刑罰の謙抑性などを含む」とする¹⁹²⁾。罪刑法定主義の中身としてよく言われる、類推解釈の禁止¹⁹³⁾や絶対的不定期刑の禁止¹⁹⁴⁾も憲法の要請であるとする。

憲法36条は残虐刑の禁止を定めるが、これは「憲法における刑罰の一般目的に照らして不必要な苦痛を伴う刑罰を意味する」との立場に立つ¹⁹⁵⁾。死刑について、「13条が一般に生命の剥奪を肯定する論理構造をもっているかについては疑問がある」ほか、「31条が」「人権尊重の原則からみて死刑の適用を積極的に命ずる立場をとっていないことも自明」だとする¹⁹⁶⁾。そして、「死刑が残虐刑か否かは、死刑の威嚇力・排害力をもってしなければ、人権に対する侵害を食い止められないかどうかによってきまる」¹⁹⁷⁾とする。「現実には犯罪抑止の威嚇力が無期刑では不十分か否かによってきまる」のであり、「無期刑が死刑に代替しうるのであれば、死刑一般「は現状においても残虐刑となる」し、「死刑一般を合憲とする場合であっても、死刑

の法定や死刑判決が犯罪との均衡を欠いている場合にはそれが違憲となる」と指摘している¹⁹⁸⁾。執行方法についても、「個別的刑罰目的を達成する上で必要最小限の苦痛を内容とするものでなければ残虐となると解すべきであろう」と述べている¹⁹⁹⁾。ただ、死刑違憲論、特定の死刑判決や処刑方法についての憲法的疑義は示していない。

杉原は、「公共の福祉」の説明でも、「社会経済的弱者の向上のために、『大きな財産』の制約に積極的に働きかける」²⁰⁰⁾などとするように、資本主義の発展の中で生ずる貧富の差を緩和すべく、大企業やブルジョアジーの財産制限に積極的であるところ、犯罪者が貧困者、弱者に多いことが一般的であるからか、あるいは、大企業やブルジョアジーの支配に反対する者を弾圧するのに国家刑罰権がよく発動されたことを重視してか、刑事手続上の人権規制について、非常に厳しい態度を採っていると言えよう。このため、違憲と指摘した事項も多く、理由の説明の総量も突出している²⁰¹⁾。

1934年生まれ樋口陽一は、憲法31条については、実体刑罰法の適正まで保障する通説に同意する²⁰²⁾。死刑については、特に違憲とは述べないものの、「立法論の問題として、今日、少なくない諸国で、死刑が廃止されている(EU基本権憲章は死刑の廃止を規定し、それを加盟の条件としている)が、それらの国でも、世論一般は死刑制度を支持しており、『残虐』性の判定にあたって『一般』の意識を基準とすることはできないはずである」と述べた²⁰³⁾。樋口の、刑事手続的人権への関心は、相対的に淡泊であり、比較憲法の対象でもないようである²⁰⁴⁾。

(3) 昭和10年代・戦前派

1935年生まれ伊藤公一は、「刑罰を科す手続を定める法律は、公正かつ妥当な内容の規定であることが当然に要求され」るし、「罪刑法定主義をも保障していると読むことの方が、自然な解釈といえるであろう」²⁰⁵⁾として、少なく

とも、手続法の適正と実体法の法定は保障していると解している(実体の適正を保障していると解しているかは不明)。緊急逮捕については、両説を紹介しつつ、「もし合憲としても慎重な運用が望まれる」などとする²⁰⁶⁾。死刑については、「31条を素直に読む限り、憲法は死刑の存在を是認していると解されよう。もっとも、死刑制度は合憲としても、それを廃止するとしても、それを廃止することが違憲となるわけでないことはいうまでもない」²⁰⁷⁾とする。

1936年生まれ吉田善明は、実体法の適正まで保障する「人権を重視した通説」を「妥当な見解」とする²⁰⁸⁾。緊急逮捕については、「令状主義を確立」している憲法の下、「厳格に解さなければならない」とする²⁰⁹⁾。死刑は、「人道上の観点から、そしてまた、誤判という観点から論議がなされている」²¹⁰⁾と言うに留まる。

1938年生まれ圓谷勝男は、31条は通説的見解である²¹¹⁾。緊急逮捕には特に言及がなく、死刑については、「人命・刑事政策的立場など、広く諸科学による総合的検討の上で、今後は考えなければならない」²¹²⁾とだけ述べる。

1939年生まれの中村陸男は、憲法31条について、「罪刑法定主義のような立憲主義憲法の重要な原則が、憲法31条以外に明文上の根拠を求められないこと、刑罰を科す手続や刑罰の実体要件の適正性の問題がすべて他の憲法条項によってつくられない」ことから、通説的見解を支持する²¹³⁾。著書の性格上、刑事手続上の人権の記述はこれに限られている。

1940年生まれ山内敏弘は、死刑に関して、「誤判をふせぐことができず」、「死刑に犯罪抑止効果がないことがほぼ明らかになっている現状において、死刑を正当化する『公共の福祉』は存在し得ないというべきである」として、「死刑が『残虐な刑罰』(憲法36条)に当たらないとする根拠もなくなる」とする²¹⁴⁾。

1941年生まれ初谷良彦は、手続法の適正までは保障するが、実体の法定・適正については語っていない²¹⁵⁾。緊急逮捕も「違憲の法条

はあくまで違憲である」と一刀両断し²¹⁶⁾、別件逮捕も「令状主義を潜脱するもの」で「違憲」とする²¹⁷⁾。

(4) 佐藤幸治・戸松秀典

1937年生まれの佐藤幸治は、憲法31条について刑事実体法についても法定・適正を保障したとする説を通説として紹介し、特に疑問を挟んでいない²¹⁸⁾。この点は以前の教科書でも同じで、「手続を定めた『法律』は、適正なものでなければならない²¹⁹⁾」、「犯罪と刑罰を定めた実体法が適正なものでなければならないと解すべきか否かについては、有力な消極説がある」としつつもこれに否定的であった²²⁰⁾。コンメンタールには、これらを引用して、「本条は、13条との関係では、刑事に関する特別法としての性格をもつとみることができものである点において、他の憲法条項によってつくされえない科刑の手続や実体要件の適正性の問題が具体的に本条の問題ということになる²²¹⁾」との記述もあり、通説肯定と見てよい。

違法収集証拠排除法則も、31「条の射程内の問題と考えられる」とする²²²⁾。そして、逮捕に関する憲法「33条を文言通りに解するとあまりに厳格にすぎる結果となることも否定し難い²²³⁾」とも述べる。刑事訴訟法212条2項の準現行犯については、「時間的接近性を厳格に解する必要がある」と指摘する²²⁴⁾が、緊急逮捕については、違憲論を紹介した後、「この逮捕の合憲性の根拠を強いて求めるとすれば、社会秩序に対する重大な侵害を排除する緊急の措置であるという点にあり（緊急行為説）、例外を肯定するに足る嫌疑の明白性が必要であると解される²²⁵⁾」とし、違憲とはしていない。ただ、別件逮捕については、令状主義が、「被疑者の犯罪名のみならず犯罪事実を特定して裁判官の事前審査を求め、裁判官が逮捕の必要性も含めて判断して発する令状によってのみ原則として逮捕を可能ならしめようとするものである以上、

別件逮捕はかかる憲法上の要請を回避し、令状主義を無意味なものとしてしまうのではないかの懸念を免れることはできない²²⁶⁾」と、懐疑的である。

死刑を憲法36条違反とする議論は、「憲法解釈論としていささか無理なように思える（特に31条と本条との関係の問題²²⁷⁾」として、死刑そのものを違憲とする議論には与しない。ただ、まず、「執行方法如何では『残虐な刑罰』となる余地がある²²⁸⁾」と指摘するほか、「犯罪の材質に対して著しく不均衡な重い刑罰」などは、36条違反もしくは「憲法31条ないし13条に違反する」とするほか、「政策論・立法論として死刑を廃止することは十分ありえる」という記述に一歩だけ踏み出している²²⁹⁾。

1941年生まれの戸松秀典は、法定手続の保障は「包括的人権の類型に含める余地もある」としながら、「判例上は、それにふさわしい展開がみとめられるとまでいえないので、人身の自由における総則規定としての認識にとどめ」として、「人身の自由」の章を始める²³⁰⁾。「31条の法定手続の原則に依拠せねば解決が難しいような具体の紛争領域が形成され」ており、より具体的な「33条から39条の」「31条を具体化した規定」の問題は31条という「源泉に戻る必要がない」とも注意する²³¹⁾。そして、「刑事裁判手続の権利が憲法秩序としては不満足な実現状態だとされている」ことを端的に認め、「筆者」もまた「刑事訴訟法学の分野にまで踏み込んだうえでの認識ができていない」ことを率直に吐露する²³²⁾。とは言え、同書は、「60年余にわたって形成された日本国憲法のもとでの法秩序の現状を描くことを基調と」する²³³⁾ものであり、特に自説を展開しない。別の単著でも同様である²³⁴⁾。しかし、以前に共著の中で、「手続・実体の両者を法律で定めることだけでなく、その内容が手続と実体の両面にわたって適正でなければならないとする」「比較的多くの学説」の立場につき、憲法31「条に合衆国憲法のデュー・プロセス・オブ・ローの原則と

同じく、人権保障のための一般原則としての地位を与えることが、日本国憲法の人権保障の体系上正当であると考えられる」ので妥当だと述べたことがある²³⁵⁾。このため、通説的見解であると推定しておく。緊急逮捕や別件逮捕についても、近年の単著では違憲論を展開する様子はなく²³⁶⁾、戸松の主張は前面に出てこない²³⁷⁾。

だが、その戸松をして、死刑に関しては、「絞首刑の残虐性を否定できないことは、よく指摘されており」²³⁸⁾、死刑は「直ちに廃止すべきであり、それは多数決原理になじむものではなく、また、世論の動向で決する問題でもなく、人権保障の基本原則に基づくものである。そこで、まず、死刑執行を停止する法律を制定し、それにつづけて、国会で死刑廃止を議決するのがよい。2011年は、19年ぶりに死刑の執行がなかったが、その現実を国会議員はよく観察すべきであった。最高裁判所の違憲判決の登場に委ねるのは、政治部門が無責任であるといわざるを得ない」²³⁹⁾と主張している²⁴⁰⁾。憲法解釈を超える意見である。

(5) 戦中派

1942年生まれの長尾一紘は、憲法31条については、「罪刑法定主義」まで含め、「犯罪・刑罰の内容が法律によって定められていること」と「その法律の内容が適正なものであること、を必要とする」としており、実体法の適正まで保障しているとする²⁴¹⁾。緊急逮捕については、「被疑者の権利も重要であるが、住民の安全も同様に重要である」として合憲論に立つ²⁴²⁾。死刑については、「学説の多数派は、「現行の死刑制度は合憲であるとする」²⁴³⁾とするに留まる。

同じく1942年生まれの大隈義和は、憲法31条については「手続保障の文脈やその重要性、一般的規定性を考えれば」通説的見解が「妥当」だとする²⁴⁴⁾。緊急逮捕や死刑についても学説・判例の紹介に留まり、特段の自説展開はない²⁴⁵⁾。

1943年生まれの岩間昭道は、憲法31条につ

いては、「法律の定める適正な実体要件と手続を意味する」²⁴⁶⁾として、通説の立場に立つ。緊急逮捕については、「令状による逮捕に含まれるとして合憲とする説が有力である」²⁴⁷⁾と記す。死刑については、「制度自体は、憲法の規定に照らし、ただちに違憲とすることはできないとしても、死刑を定め、死刑判決を下し、執行するためには、高度の正当化事由が存在していなければならない」と述べる²⁴⁸⁾。違憲論の展開はない。

同じく1943年生まれの高橋和之は、「罪刑法定主義の当然の帰結とされる刑罰規定の明確性の原則も」憲法「31条により保障されている」²⁴⁹⁾とし、素直に読むと、刑事実体法の法定・適正まで同条が保障するとする立場に見える。ところが、以前刊行の別の共著教科書では、手続の適正までと実体の法定までを憲法保障であると認めた²⁵⁰⁾上で、「刑罰規定の明確性」は「罪刑法定主義の内容として理解する方がよい」のであり、「罪刑の均衡」は「14条の平等原則や、36条の残虐刑の禁止により十分説明できる」し、「刑罰の謙抑主義」は「極端な事例ならば、」²⁵¹⁾「14条あるいは36条で説明しうるであろうし、そうでない場合には、そもそも裁判所が判断するのに適した問題なのか、疑問である。そうすると、従来の議論を前提とするかぎり、実体の適正さを要求することに、とくに実益はなさそうである」²⁵¹⁾として、手続の法定・適正と実体の法定を保障するとする説になっている。明確性か一貫性を欠く。

緊急逮捕については、「事後に直ちに令状を請求することにより、恣意的逮捕は防止できると考えた」²⁵²⁾と肯定的である²⁵³⁾。死刑については、「その威嚇力による一般予防の現実的効果をどう評価するかに依存」する²⁵⁴⁾などとする。31条以下に関して、現行法令を違憲とする議論を特に展開するものではない。

1944年生まれの堀内健志は、憲法31条の「手続」とは「実体法に対する意味での手続法のことではない。この手続には、いかなる場合に刑

罰権が発動されそれが確立するかも含まれている」として、実際に、「拡大解釈は慎まねばならない」というところに進んでおり、事実上、実体の適正まで保障するとする説に立っているようである²⁵⁵⁾。緊急逮捕は、「緊急性の要求がある場合には、現行犯とのバランスを考えて、事後令状も否定するものではないという理由をも付け加えるべきである」とする²⁵⁶⁾。条件付合憲論と思われる。死刑については、憲法31条の「反対解釈」から「残虐とはいえない」とする²⁵⁷⁾。

1945年、終戦直前生まれの阪本昌成は、憲法31条は、実体法の法定・適正まで保障しているとする通説を、アメリカのニュー・ディール期の最高裁の態度を例に批判しており²⁵⁸⁾、憲法31条は手続法の法定・適正のみを保障したと考えているようである。阪本が「想定する人間は、利発さと自己愛とをもって、自分の生活設計を他者と調和させようとするであろう存在」²⁵⁹⁾のようであるが、残念ながら、その下での憲法論は刑事手続上の権利の濃厚細密な分析に達していない。

(6) 小括

戦前世代は、多くの場合、大正世代と同様の議論を行っている印象である。しかし、その中で、奥平と杉原が相当程度徹底した憲法論を展開しており、その厳格解釈は破格のものである。両者の議論が極論のまま終わるかどうかは、次の世代の対応にかかっている。

4 昭和(戦後)世代

戦後世代は、言うまでもなく、日本国憲法の下でしか生きた記憶がない世代である。憲法解釈の対象が日本国憲法であることは当然であり、少なくとも天皇主権の憲法への回帰はおおよそ想像すらできない世代でもある。ただ、戦後復興の中に生を受け、学園紛争の主体であった第一世代と、「もはや戦後ではない」と言われた頃に生まれ、高度成長と共に成長したが、学園紛争に間に合わなかった1955年世代、高度

成長を実感した昭和30年代生まれ、既に生じていた「公害問題」や「交通戦争」を目の当たりにしながら高度成長の失速を早々に味わった昭和40年代生まれ及びそれ以降と、同じ戦後世代でも感じた時代の空気はそれぞれに異なる。加えて、それまでの憲法学の蓄積を踏まえて学界に登場することになることも、世代による制約となる。そのことがどう影響するものか、観察していきたい(なお、昭和(戦後)世代という区分は既に幅広過ぎるので、前の世代の記述と異なり、それぞれの傾向を末尾で語ることにし、全体を通した傾向を「小括」で語ることはしない)。

(1) 戦後第一世代

1946年生まれの藤井俊夫は、憲法31条が「禁止されるべき犯罪および違反者に対する刑罰は法律によってあらかじめ定められていなければならないという、いわゆる罪刑法定主義をも保障しているものと解されている」としている²⁶⁰⁾が、明確性の原則について、「憲法31条違反と同時に憲法21条違反が問題とされる」ときに「どの程度の『あいまいさ』ならば許されるかという問題」については「『二重の基準』論にあらわされるような裁判所の違憲審査にかかわる姿勢(審査基準)の緩厳の差が反映される」²⁶¹⁾としているところからすると、31条は刑事実体法の適正も保障していると理解しているものと推察できる。緊急逮捕については、「『公共の福祉』のために令状主義の緩和を認めるとしても、『犯罪の重大性』とか『緊急性』などについて真に必要最小限の例外といえるかどうかの吟味をより慎重に行うべきで」あり、「現行の緊急逮捕の規定には違憲の疑いがある」とする²⁶²⁾。死刑については、「犯罪の性質とか宣告にいたるまでの手続などの諸条件を適正手続保障の観点からみ」て²⁶³⁾、「『残虐』性チェックが、法の規定そのものおよびその適用(これによれば、死刑の宣告が著しく不当な場合は適用条の違憲の問題を生ずることになる)」に対しても「なされるべき」だと指摘する²⁶⁴⁾。

同じく1946年生まれの浦部法穂は、まず、マグナ・カルタから説き起こして、「適正手続の保障」を語り始める²⁶⁵⁾。そこに始まる「適正手続の考え方」に対して、「フランスなど大陸諸国では、国家の刑罰権発動への制約は、むしろ実体面を重視する罪刑法定主義として展開されてきた」²⁶⁶⁾とするが、「英米の適正手続の考え方も、もっぱら手続だけを問題にし実体に無関心であるというわけのものではない。とくに、アメリカでは、裁判所の違憲立法審査権を媒介にして、合衆国憲法修正5条および」修正「14条のデュー・プロセス条項は、判例上、手続だけでなく、実体的な法律の内容の適正さをも要求するものとして理解されてきた（いわゆる実体的デュー・プロセス）。だから、罪刑法定主義の原則が示すようなことから、適正手続保障の中には当然に含まれているとみてよい」²⁶⁷⁾として、英米法と大陸法の違いを相対化して、一体のものとしてしまう。最後は、「罪刑法定主義も適正手続主義も、ともに、元来、人権保障のための原理である」²⁶⁸⁾として、最も手厚い保障に向けて邁進し、刑事実体法の適正まで憲法が保障するとする理解を肯定する²⁶⁹⁾。

浦部は、緊急逮捕について、「憲法33条は、逮捕を、現行犯逮捕と令状による逮捕に限定しているのであるから、現行犯でもなく令状にもよらない逮捕を認めうる余地はない」²⁷⁰⁾として、これを端的に違憲とする。別添逮捕についても、「憲法の令状主義の要請を完全に逸脱する」とし、別件を基準に合憲とする論については「詭弁でしかない」と斬り捨てる²⁷¹⁾。他方、死刑については、「憲法31条の規定の文言は、死刑を予定しているように読めるが、もちろん、それを積極的に支持しているわけでもない。死刑の是非については、さまざまな考え方があるが、ひと一人の命を公の名において奪うのであるから、野蛮であることはまちがいないだろう」とする²⁷²⁾。違憲か合憲かについての判断は実は巧妙に回避している。

1947年生まれの戸波江二は、「人権の実質的

な保障を図るためには、手続規定の総則的地位を占める憲法31条を広く解釈することが妥当である」²⁷³⁾として、通説を妥当とするが、「罪刑法定主義」については、「実体法の内容の不適正は、通常、法の憲法条項に反することとされるので、憲法31条をとりわけ援用する必要はない」²⁷⁴⁾として、憲法31条については手続の適正までの保障でも十分であることを示唆する。緊急逮捕については「違憲とする見解も有力」と記すに留める²⁷⁵⁾。死刑については、「人の命を奪うという刑罰は、生きることを本質的前提とする人間にとっては苛酷であり、しかも、その性質上誤判に対して救済不可能である。死刑の合憲性は再考を要しよう」とし、「死刑廃止は世界的潮流であり」、「死刑廃止論は日本でも有力であるが、政府は死刑存続を望む国民感情に配慮して、死刑を廃止していない」²⁷⁶⁾と述べ、最早憲法論ではなく政策論に進んでいる。

1949年生まれの辻村みよ子は、31条論としては、「合衆国憲法の修正条項や日本国憲法31条の法文の定式的な理解ではなく人権保障のために刑罰権発動については厳格な解釈がなされるべきであるという」「本質」「からすれば、」「適正手続・適正実体説」が妥当である²⁷⁷⁾として、通説に従う。適正さの「要件」として「告知と聴聞」を特に挙げている²⁷⁸⁾。緊急逮捕について、「理論的には、違憲説が妥当であるが、少なくとも現行法上の制度として緊急逮捕を行う際には要件を厳格に解し、安易な運用（例えば、裁判所が機能していない週末などでの活用や釈放を予定したみせしめ的な逮捕など）は慎まなければならない」²⁷⁹⁾として、強硬な違憲論ではない。別件逮捕については、純粹な本件基準説に立っての違憲説も難しく、「実際には、冤罪が疑われる事件などで別件逮捕が多用されていることから、明らかに本件捜査目的の別件逮捕が行われたと解される場合には、違法収集証拠排除の原則を適用して自白の証拠能力を否定することが妥当」だとする²⁸⁰⁾。

辻村は、「残虐刑の禁止」に紙幅を費やす。

通説・判例が憲法13条・31条を根拠に、「火あぶり」などの方法ならば兎も角、死刑一般を合憲としてきた「判例の合憲性認定方法(とりわけ残虐刑の解釈)が、時代錯誤的で説得力をもたないことは明らか」だと非難する²⁸¹⁾。そして、「そもそも国家の存立自体が人権保障の目的に仕えるものでなければならず、死刑は国家による人権制約の究極的な形態であるという本質論にたちかえって、合憲論を再検討すべきであろう。この点で、死刑規定の存在を前提としたうえで、その適用を限定的に解する議論も有効である」として、19歳の犯人が4人を殺害した事案である永山事件二審判決²⁸²⁾「が参考になる」とする²⁸³⁾。その上で、「日本では、とくに犯罪自体の残虐性や被害者の感情論など」「凶悪犯人から社会を防衛するための犯人隔離・抹殺の必要性(社会防衛論)」や「犯罪に対する応報と被害者の遺族への配慮(応報論)」「が世論調査などで強調され、死刑存置論の根拠とされているが、これらは死刑廃止論のうち、「国家が人を殺すことの非人道性」、「誤判の際の回復不可能性」、「被害者の遺族救済への物質的救済の必要」、「有期刑による犯人更生・教育の必要」という「論拠に対して十分に対抗しえないものといえる。また、「法秩序を維持し犯罪を抑止するための威嚇の必要(犯罪抑止論・一般予防論)」も含め、「存置論の論拠」も科学的に証明されていないことから、国際的には、おもに「死刑の威嚇力・犯罪抑止効果の否定」や「誤判の際の回復不可能性」を論拠として死刑制度を廃止する傾向にある」とし²⁸⁴⁾、最後には「2016年4月現在、死刑執行国23カ国、死刑廃止国141カ国」というアムネスティ・インターナショナルの調査²⁸⁵⁾を示しており、どうやら、死刑廃止論に傾いている。

以上に対し、1947年生まれの高橋正俊は、憲法31条について、判例・通説が実体法の適正の保障にまで達していることを紹介した²⁸⁶⁾上で、「しかし、憲法上『適正』を要求するというのは、立法部のそれではなく、裁判所の考

える適正さを最終的な基準とすることに他ならない」として、「實際上ほとんどの場合、33条以下の問題として対処することが可能と考えられ、この側面を強調するのは疑わしい」という評価である²⁸⁷⁾。緊急逮捕について、「事後に逮捕状がとれなかった場合の説明ができないので、「現行犯に準ずるもの」「と考えるべきであろう」とする²⁸⁸⁾。「そうすると、緊急逮捕の要件から考えて、『現行犯』と見難い理由は、結局濫用の危険性」が問題なのであって、それ「が、逮捕後の令状発給あるいは拒否という裁判所のコントロールによって防止され得ると見るか否かという点に、合・違憲の評価の分岐点がある」とする²⁸⁹⁾。また、「死刑制度が今日の人道観念に反するかは、実際の所疑わしいし、回復不可能性も決定的な根拠とならない。死刑を」憲法36「条違反と見るのは、現在の時点では、無理であろう」とも述べる²⁹⁰⁾。特に違憲論はない。

同じく1947年生まれの初宿正典は、31条解釈について、「第39条や、政令には法律の委任がなければ、罰則を設けることが禁止されている第73条6号但し書き等によって保障されていると言えるので、第31条に罪刑法定主義の根拠を求めなければならない必然性は必ずしもない」と述べる²⁹¹⁾。緊急逮捕については、「きわめて重大な犯罪に限るべきであり、「刑事訴訟法の規定は広範にすぎる」点を問題にする²⁹²⁾。死刑に関しては、「残虐刑の禁止は、刑罰の種類としての死刑自体の問題ではなく、死刑の執行方法の問題として考察されている」²⁹³⁾として、特にそれ自体を違憲とはしていない。

1949年生まれの小針司は、「現行犯逮捕でなければ事前の令状逮捕のみしか憲法上許されていないと解するのは、あまりに文言・文理にとられすぎ」だとして合憲とする²⁹⁴⁾。「大量殺人に代表されるにもはや人間界から排除せざるを得ないケースが皆無だとは断定できない以上、死刑制度そのものはやはり存置するほかはない」とも述べる²⁹⁵⁾。31条論は不明である。

1951年生まれの大石眞は、憲法31条は「罪刑法定制に関する国会の立法裁量を限界づけるという点に、特別の意味をもつ」とする²⁹⁶。別件逮捕については「批判が寄せられている」²⁹⁷、死刑は、「それ自体が違憲になるとは考えがたい」²⁹⁸とするに留まる。何れも淡白である。

1952年生まれの大沢秀介は、憲法31条については通説を紹介して終える²⁹⁹。緊急逮捕についても、「学説は、逮捕権の濫用のおそれを指摘する」³⁰⁰とする程度に留める一方、別件逮捕については、「学説は憲法33条の令状主義の要請を骨抜きにするものとして、違憲と解する」³⁰¹と述べる。死刑については、「仮に死刑という刑罰そのものは違憲ではないとしても、現行の絞首刑という死刑執行方法が残虐性を有しないといえるかは疑問である」³⁰²として、執行方法に違憲の疑いを示している。

この世代の半分からは、憲法31条の手厚い保障を行う通説への熱烈な支持があり、緊急逮捕の合憲性を厳しく問い、死刑廃止論への傾斜が鮮明に生じている。他方、残る半分のこの領域の記述は淡白であり、特に何かを違憲とも論じず、相当に温度差がある。

(2) いわゆる55年世代

憲法学界では、ほぼ1955年ないしその翌年に生まれた学者群を、自民党長期単独政権を示す「55年体制」（升味準之輔）をもじって「55年世代」という言い方がある³⁰³。この世代が、それ以前の憲法学とそれ以後の憲法学を分かち傾向を感じ取ったネーミングである。また、2019（令和元）年時点でのほぼ現役最年長世代にも当たる。憲法学界は、まもなく大きな転換点を迎えることになる。ただ、ここに包含される研究者に一定の思想的・方法論的傾向があるかと問われれば、それまでの国法学的な憲法学を解体しようとしたこと、本格的に憲法訴訟論に向き合った世代であること以外に、一体的なムーブメントを感じるものではない。よって、31条以下の解釈についても、同じ結論傾向を

導かなくとも驚くものではない。

市川正人は、「憲法31条が実体的刑罰の法定とその内容の適正まで要求していると解する必要はないし、また、そう解すべきではない」としており、罪刑法定主義は憲法41条の要請だとし、憲法31条については、手続の法定と適正を保障するところに限定する³⁰⁴。刑罰法規の明確性の要請も、憲法41条を根拠とする³⁰⁵。罪刑の不均衡については、憲法14条1項、13条前段、36条の問題となると言う³⁰⁶。また、「憲法33条以下の規定は、31条の手続的適正の要求を個別に具体化したものであり、公共の福祉や緊急事態を理由とした例外は認められないと解されるので、緊急逮捕は33条違反と言わざるをえない」³⁰⁷とする。自己負罪拒否特権につき、38条1項はその告知まで要求すると指摘、氏名を供述しないことも同項「によって保障されていると解すべき」場合もあるとする³⁰⁸。死刑そのものは「残虐な刑罰」ではないが、「真に死刑にふさわしい場合にのみ死刑判決は下されるべきである。それゆえ、明らかに死刑がふさわしくない罪につき法定刑として死刑を定めることや、明らかに死刑がふさわしくない犯罪行為について死刑判決を下すことは憲法36条に違反する」ように、著しく不均衡な刑罰も憲法36条となると解説する³⁰⁹。「明らかに」とあるので、司法審査基準は緩やかなのかもしれない。

松井茂記は、「憲法31条については、従来から手続的でデュー・プロセスを超えて、罪刑法定主義や実体的デュー・プロセスの保障も含むものと解すべきではないかが問題にされて」³¹⁰おり、「確かに31条が合衆国憲法のデュー・プロセス条項に由来する規定であること、たとえ手続の法定のみを要求しても、その手続の中身が『適正』でなければ、その要求は意味をなくすであろうから、31条を手続的デュー・プロセス保障規定として理解することには理由がある」³¹¹としつつも、「それを超えて、31条の要求の中に、実体の法定、すなわち罪刑法定主義

の要求を読み込むべき必要性があるとは思われない。そもそも刑罰に限らず、およそ憲法上の基本的人権の制限が（そしてすべての政府の行為は）『法律』によらなければならないことは、41条の当然の要求である。そこから当然基本的人権を制限する法律が明確でなければならないことも導かれるだろうし（この要求はまた手続的デュー・プロセスの要求でもある）、法律の委任がなければ命令に罰則を設けることができないことも当然であるし（73条6号は、このことを確認しているにすぎない）、事後処罰が許されないことも当然であろう（39条も、このことを確認しているにすぎない）。その意味では、憲法は罪刑法定主義と呼ばれるものを当然に要求しているということができ、あえて罪刑法定主義の条文上の根拠を求めるとすれば、31条より41条の方がふさわしい」として、適正手続保障説を主張する³¹²。松井は、更に、通説が「アメリカの実体的デュー・プロセス理論」が形成された背景に存在した事情を十分理解していない」と論難する³¹³。

松井が、「ミランダ告知」³¹⁴、「自白排除ルール」³¹⁵、「自白補強ルール」に「違法収集証拠排除」³¹⁶などの項目を立てていることは注目できる。令状逮捕の例外については、「33条の趣旨に照らす限り、憲法的意味における『現行犯』以外については、令状主義に対する例外を認めることは困難なように思われる。刑事訴訟法の『準現行犯』については、憲法的意味の『現行犯』に含まれれば合憲とする余地はあるであろう（ただし、現行の『準現行犯』の範囲は広すぎるといわざるをえない）。緊急逮捕については、逮捕後直ちに逮捕状を求めることから、令状逮捕に準ずるものと見ることができないわけではないが、あくまでこれはもっと緊急な場合に限定されてのみ許されると考えるべきであろう」と述べている³¹⁷。死刑については、違憲論を紹介しつつも、「13条・31条は、『生命』ですら刑罰として剥奪されうることを想定している。それゆえ、死刑をただちに憲法に違反するという

ことは困難であろう」と端的に述べる³¹⁸。

洪谷秀樹は、「手続保障」を「人権通則」の章で語り、憲法39条、73条6号、41条など、「憲法の他の条項にその根拠を求めることができる以上罪刑法定主義の根拠として31条を持ち出す必要がないとする説が合理的である」と述べており、「罪刑の適正な法定」、「刑罰の謙抑」、「罪刑の均衡」を31条で語らない³¹⁹。このため、31条は刑事手続の法定と適正を保障したと読み、実際に、「33条以下により具体化され詳細に規定され」た原則があり、「これらの条文から導くことができないとすると、手続の適正の具体的内容であるとして31条が登場してくる」と説明している³²⁰。そして、31条違反か否かは「刑事法の領域においては、」最たるものが「生命刑」であったり、「制限される実体的権利が身体的自由」であったりすることから、「原則として厳格審査」が妥当すると明言した³²¹。

具体的には、刑事訴訟法212条2項の準現行犯のうち、4号の「誰何されて逃走しようとするとき」については、「犯罪と被疑者の」「特定性・」「明白性とは直接的な結び付きはないので、」「違憲と判断せざるをえない」とする³²²。同法210条の緊急逮捕について、「令状主義の意義が強制捜査の司法的事前抑制であるとする考え方を貫徹すると、」一種の令状逮捕とする立場は取り得ず、現行犯逮捕とするには「現行犯の概念から離れすぎて、憲法が現行犯のみを明示的に例外とした趣旨から乖離してしまう」とし、「憲法解釈の枠を踏み越え」たとする³²³。ので、現行法については違憲説であると判断できる。死刑については、「誤判の可能性を現実には根絶できないこと、被告人の生命を法の名において奪うことの矛盾、生命の尊重をいながら、他方で死刑の存置を簡単に認める矛盾、死刑廃止条約の批准の進行に伴う死刑廃止国の増加などからすると、死刑の存置を単純に政策論と割り切ることはできない」³²⁴と、違憲論にやや心が傾斜している様子が見える。

内野正幸は、憲法 31 条につき、刑事実体法の法定・適正をも保障するという通説的見解である³²⁵。特に違憲論は見えない。

安念潤司は、憲法 31 条につき、通説を概説しつつ、手続の適正、実体の法定・適正、行政手続の適正にまで拡張するそれは、「アメリカにおける適正手続条項の解釈論がそうであったと同様に、著しく拡張的であった」と評する³²⁶。緊急逮捕についても特に違憲論は述べない³²⁷。死刑についても「憲法 31 条がその存在を予定して」いるとだけ記す³²⁸。

1956 年生まれの名谷恭男は、「通説は」憲法 31 条「が、刑事罰について、その実態および手続きが法律によって定められ、かつその内容が適正であることをも要求しているとする」と述べ、またそれが 35 条などの「個別の条文によってカバーされない事項に関する要求を定める補充的・一般的条項と考えることができる」とする³²⁹。通説通りと読める。「なぜ適正な手続が要求されるのか」については、「もっともらしい答え」として「実体的真実の追求」³³⁰が挙がるのだが、「裁判の正確さにならずしも結びつかないかに見える手続き上のルールの遵守が求められる理由」を考えるべき³³¹。だとして、「ルール功利主義からの理由づけ」、「個人の尊厳からの理由づけ」、「社会全体の利益」、「手続独自の価値」を指摘する³³²。

緊急逮捕については、違憲論も認識しつつ、合憲とする判例を紹介している³³³。死刑については、「刑罰の一般予防効果にとって意味があるのは、刑罰が実際に加える苦痛より刑罰から人々が想像する苦痛ではないか」、「死刑を科すことが生命を尊重しないことを意味するか」、「被告人にとって不利益な誤判が起こった際、死刑が執行されれば取り返しがつかないのではないか」、「などの諸要素を考慮する必要がある」としつつ、「憲法学説では、死刑が憲法の禁ずる残虐刑にあたるのと立場は有力とはいえない」と纏めている³³⁴。

同じく 1956 年生まれの赤坂正浩は、「憲法の

体系的理解という観点からは、他の個人権利規定との部分的な重複をいとわず、31 条を刑事手続法・刑事実体法の基本原則を定めた総則的規定と位置づける解釈が適切である³³⁵」として、通説に傾倒する。緊急逮捕については、違憲論と判例を紹介するに留まる³³⁶。死刑につき、違憲論は「明示的に主張するものは見うけられない」としつつ、「学説のトーンはいわば懐疑説だといえよう」と記述する³³⁷。

実は、55 年世代は、盤石と思われた憲法 31 条論の見直しを一部で公然とし始めた世代だと言えるのではないかと、仮に通説を肯定するにせよ、直前の世代が最も手厚い保障を当然としていたのとは、空気が入り替わった感がある。これは直後の世代に引き継がれている。また、緊急逮捕については、合憲説が結局多いが、違憲論に回答しないとまらない状況になっている。死刑については、憲法論に進めないことを表明する例が多く、記述は前の世代より多くない。

(3) ポスト 55 年（東京五輪 I まで）世代

直後の世代は、この 1955 年世代のパラダイム転換志向を受けてどうしたか。

1957 年生まれの木下智史は、自らが事実上主著者である教科書において、「人身の自由」も解説する。「比例原則は個人尊重原理から導かれる幸福追求権の位置内容であるから、刑罰法規における実体的な適正さは、憲法 13 条の内容」だとして、31 条は刑事手続の法定と適正及び刑事実体法の法定を定めているとする³³⁸。不均衡でやや先祖返りにも思える学説を唱えた。緊急逮捕については、刑事訴訟法 210 条 1 「項は、事後的にはあるが、逮捕状の発行を求めていることから」、「身体の拘束の必要性が高く」、「犯罪行為と被疑者との関係が明らか」という 2 つ「の要素を満たすから、憲法 33 条の趣旨に違反するとまではいえない」と合憲説に立つ³³⁹。

1959 年生まれの川又伸彦は、憲法 31 条について通説を概説した³⁴⁰。上で個別条項の解説に

進み、別件逮捕につき「憲法33条の脱法行為であり許せません」³⁴¹⁾と明言する。他方、緊急逮捕について、違憲論を展開した形跡がない³⁴²⁾。死刑については、「憲法が死刑を禁止しているとはいえないが、憲法の本質からみて廃止するべきであるとするのが多数」³⁴³⁾とする。

1960年生まれの小山剛は、ドイツの三段階審査による日本国憲法解釈を示した教科書³⁴⁴⁾において、刑事手続部分にほぼ触れていない。

1964年生まれの松本和彦は、刑事実体法の法定と適正は憲法31条の問題ではなく、「13条以下に詳細な規定を置いており、それらにふさわしい判断枠組みを用意しているのだから、実体の適正さはむしろその枠組みに依拠して判断するのが原則とすべきである」などとする³⁴⁵⁾。緊急逮捕については、その「合憲性は総合較量によらなければ根拠づけられない」のであり、現行法は「かろうじて合憲とみなすべき」だとする³⁴⁶⁾。死刑について、「現代文明の水準に照らして、死刑の残虐性を考えてみたとき、死刑廃止条約の加入国増加など、先進国の大半が死刑を廃止している現状では、死刑はもはや残虐な刑罰と見なされるべきではないか」³⁴⁷⁾と断じている。「明らかに行きすぎた刑罰」も36条の問題だと言う³⁴⁸⁾。このほか、交通事故の報告義務について、「答弁や報告が自己の犯罪発覚のきっかけとなることは否めないから、義務づけの態様次第では、少なくとも適用違憲の可能性はある」³⁴⁹⁾とするのは突出しており、走る凶器である自動車の運転の危険性にやや甘い印象がないでもない³⁵⁰⁾。

同じく1964年生まれの只野雅人は、実体も含め、「憲法31条が刑罰という形での『公共の福祉』の発動に特に厳格な要件を課していると解されることから、刑罰法規の『法定』と『適正』については、やはり31条により根拠づけることに十分な意味がある」³⁵¹⁾として、通説を肯定する。具体的条項の合憲性に筆は進んでおらず、杉原説との異同もなお不明である。

31条論の通説崩しはより顕在化した。死刑への言及も増えたが、違憲論は稀少である。

(4) 戦後後半世代

1965年生まれ以降の世代は、単著教科書を執筆する機会がまだ乏しい。共著において主張が明確に示されることは避けられるべきである³⁵²⁾から、学説の提示はまだ格段に少ない。変化の片鱗を見るに留まろう³⁵³⁾。

1965年生まれの倉田原志は、共著故に、判例や学説状況の説明に徹し、特に憲法31条以下の条項に違反するとする、判例・通説とも異なる例を挙げてはいない。「違法収集証拠排除法則」を取り上げている³⁵⁴⁾点は新しい。

同じく1965年生まれの君塚正臣は、共著の記述のため、独自の立場を前面に出していない。違法収集証拠排除に言及したこと³⁵⁵⁾、緊急逮捕を定める刑事訴訟法210条は合憲限定解釈すべきであると述べたこと³⁵⁶⁾は指摘できる。寧ろ、「証拠能力」で1項目立てたこと³⁵⁷⁾、「身体的自由権と手続的権利」の章の最後に「非刑事的手続的権利」で1節立て、その中を「準刑事的手続」と「一般行政手続」に分割する³⁵⁸⁾など、章内部の構成に独自性がある³⁵⁹⁾。

1966年生まれの愛敬浩二は、憲法31条について、「通説は、手続法と実体法の法定と適正「のすべてを保障していると解する」、31条は個別規定によってはカバーされない適正手続の要求を定める補充的・一般的条項であると理解されている」とのみ記述し³⁶⁰⁾、それ以外の説は特段主張していない。緊急逮捕については、「かりに」「社会秩序に対する重大な侵害を排除する緊急の措置(緊急行為)として合憲とする説」「に立つとしても、①『死刑または無期若しくは長期3年以上の懲役若しくは禁固にあたる罪』(刑訴210条1項)では『重罪事件』の絞りが不十分であること、②欧米と比べて逮捕後の捜査機関の『手持ち時間』が長いこと(72時間。刑訴203条1項、205条1項)を勘案すると、現行制度の合憲性には疑義が残る」とする³⁶¹⁾。

死刑については、「学説上も死刑が憲法の禁ずる残虐な刑罰にあたりと解する立場は有力とはいえないが、」最高裁判例「の実質的な正当化論、すなわち、①死刑の威嚇力・犯罪抑止効果や、②多数の文化国家における死刑の存置という理由は、現在では説得力に欠ける（2016年末の時点で、141ヶ国が死刑を法律上・事実上廃止している）。誤判の際の回復不可能性を考えると、死刑をただちに違憲とはいえないとしても、『国民感情』のみを理由として死刑を存置することの合理性は疑わしい」と、死刑廃止論に傾いた³⁶²⁾。

1967年生まれの大日方信春は、憲法31条について、「刑法など、具体的犯罪類型を定める実体法の法定と、その内容の適正さも求めている、との理解が一般的です」と説明する³⁶³⁾。「緊急逮捕については、その合憲性を疑問視する説が根強くあります³⁶⁴⁾」とし、死刑については「残虐な刑罰にあたり、憲法違反となるのではないかということが、長らく議論的となってきました。判例は、死刑そのものは残虐な刑罰とはいえない」とし³⁶⁵⁾、入門書として、現状説明に徹する。

1969年生まれの大日方信春は、憲法31条を「33条から39条までに規定された刑事手続に関する総則的規定」と理解し³⁶⁶⁾、31条は罪刑法定主義まで含んでいると解していること³⁶⁷⁾などから、刑事手続・実体両方の法定・適正を保障すると解していると思われる。緊急逮捕、別件逮捕については、判例・学説の現況を説明するだけである³⁶⁸⁾。死刑についても同様である³⁶⁹⁾。単著ながら、担当する学部講義の教科書であることに徹した控えめの記述である。

1970年生まれの大野博宣は、憲法31条につき、各説を検討した上で、「手続の法定・適正に加え、31条が実体の法定も保障していると解釈するならば、実体の適正も保障していると解釈するのが素直だろう」と述べる³⁷⁰⁾。緊急逮捕については、「単に合理的というだけ」なら憲法「33条の意義を切り下げてしまうもの」

であり、現行犯に準じて考える説については「法律上も判例条もどのような類型が」緊急逮捕「にあたるのかの判断がなされておらず、あくまで捜査機関が判断することになる点で、問題がある」し、被疑者拘束後直ちに令状を求めるのでは「具体的場合にどこまで事前審査と同視できるかに依存しているように思われ、制度として正当化することは非常に困難であろう」とする³⁷¹⁾ので、現行法違憲論に立つものと見做せる。死刑については深入りを避けている³⁷²⁾。

1974年生まれの大戸常寿は、憲法31条が実体の法定・適正まで保障する「多数説」を紹介する³⁷³⁾に留めるなど、違憲の主張は特にない。

同じく1974年生まれの大野真裕は、憲法31条については、その「体系的地位に関する理解の違い」により学説が割れているとし、「この点、31条を国家の刑罰権統制に関する総則的規定だと理解すれば、手続の法定・適正に加え、実体の法定・適正も同条の求めるところだと考えられる」と説明し、通説に賛同する³⁷⁴⁾。緊急逮捕についても違憲論に踏み込んではいない³⁷⁵⁾。死刑について、違憲論は述べないが、「国際的には死刑廃止の流れが強まっており、真剣な検討が求められている」とする³⁷⁶⁾。

1976年生まれの大野龍彦は、「刑事裁判のあるべき姿に照らせば、」罪刑法定主義も「当然に31条は求めている³⁷⁷⁾」とし、通説に傾いている。「《原則＝自由》《例外＝自由の剥奪》なのであり、自由を剥奪するための最低限の手続要件が憲法に示されている」ことを強調する³⁷⁸⁾。但し、具体的な違憲論の展開は特にない。

河北洋介は、憲法31条論としては学説を紹介した上で、「どの説も、実体の法定・適正から生じる罪刑法定主義を否定していないし、他の条文（13条、14条、21条、36条、39条、73条6号但書）によって実体の法定・適正をも認めている³⁷⁹⁾」として論争に意味をあまり認めない。緊急逮捕は、杉原説に従い、「論理的には違憲であると考えざるを得ない」とする³⁸⁰⁾。黙秘権は憲法の要請であるとする³⁸¹⁾。公判廷

での本人の自白には補強証拠は不要とする判例³⁸²⁾には、疑問があるとする³⁸³⁾。死刑に関しては、「違憲であるかどうかを論じることは、難し」く、「むしろ、死刑を残酷な刑罰の問題としても、もっと別の本質的な問題として語る方が有益なのではないだろうか」として、「市民社会では死刑を受け入れる義務を論証することが難しい」³⁸⁴⁾であるとか、「法は、自らが法であるかぎり、自らの存在根拠である人間の存在を否定することはできない」³⁸⁵⁾とする議論を引用する³⁸⁶⁾。

31条論については通説回帰が見られ、証拠法の記述が標準装備になりつつあるなど、進化も見られる。緊急逮捕については違憲論を十分取り上げねばならないようになり、死刑については、憲法判断を超えたコメントを求められる状況に至った。共著故控えめな記述を心がけた例が多いと思われるが、この世代の単著（もしくは自己主張を許容した、ある意味、「共犯」関係か各自「単独犯」行動を黙認しあった共著）が続出するであろう明日をまだ知らない。

おわりに

総じて見ると、当初、憲法31条以下は憲法条文ではあるが、刑事訴訟法学の守備範囲とでも認識したのか、憲法教科書における記述は非常にあっさりしたものであった。それが、徐々に記述も増えていった。だが、論点としての記載は、憲法31条論（行政手続にも及ぶか、を含む）と緊急逮捕、ときに別件逮捕、そして死刑制度にほぼ限られ、これを論述すれば最低水準はクリアという暗黙の了解が生じた。

美濃部・宮沢・芦部・長谷部と続く通説の系譜は、憲法33条以下の条文に抵触する法令を特に指摘していない。実は、佐々木・大石義・阿部・佐藤までの本来の正統京都学派も案外そうなのである。これに対して、長谷川・杉原に始まる一橋（旧東京商科）・名古屋系は、多くの条項を違憲としがちである。一時、名大に職を得ていた奥平、浦部、愛敬もこれに入る。憲法

学者はこれらの系譜から自由とは言い難い。数は少ないが、その濃密な違憲論は無視できず、近年では、それを踏まえ、例えば緊急逮捕規定違憲論への批判を十分に展開できなければ合憲論が説得的でないようになりつつある。

憲法31条については、芦部による実体法の適正まで保障という学説提示以降、広がりを見せた。特に、戦後第一世代の、人権は広く手厚い方がよいという一種の団結力で決着が着いたかに見えたが、その次の世代に異論が幾つか生じ（もともと、京都学派に、適正手続までとする説が多かった）、1965年以降の世代で元に戻り落ち着きそうな予感がするところである。

司法審査基準に言及した記述は、渋谷秀樹が包括的に厳格審査であると述べた以外には、藤井俊夫と市川正人ぐらいいか特に見当たらない。やはり、この点は今後の課題である。

死刑については、世代差が大きい。明治世代は、少なくとも死刑一般については合憲であるばかりか、あって当然という雰囲気強い。世代が下がる毎に、違憲とは言い難いが廃止が望ましいと言わんばかりの記述が増えてくる。この点、実定憲法典の解釈、というよりも、「人権」問題は憲法学界の仕事だという気風が強過ぎるのかもしれない³⁸⁷⁾。死刑の問題を検討するのに、日本が批准していない多国間条約や領域外（例えばヨーロッパの）多国間条約を、謂わば文明の水準を指し示すものとして援用してよいのかも、微妙である³⁸⁸⁾。奥平が、『「人権」論、憲法論』に「厳然たる限界があることを確認することは、いつでも大事なことであるが、死刑廃止論ではことさらにそれを感じる」として、「政策論・立法論としての死刑廃止論の構成・普及に力を弄するのが、より实际的である」と述べた³⁸⁹⁾ように、果たしてそれが憲法論だったのかは再考されるべきなのかもしれない。

憲法学者は、広義の社会科学者である以上、社会に影響を及ぼそうとすることはせねばならないが、他方で、「環境」から影響を受けている³⁹⁰⁾。このことは拭えない。これを十分に認

識しつつ、議論を進めたい。でき得れば、まずは、憲法教科書の守備範囲として定着した緊急逮捕と死刑の合憲性の議論を詰め、そのことから、刑事手続条項の司法審査基準や合憲性判断テストについて熟慮に進めていきたい。

注

- 1) 君塚正臣「刑事法学界における憲法の取扱い」横浜国際社会科学研究所 23 巻 4 号 1 頁 (2019)。
- 2) 例えば、幾つかの家族法規定が近年違憲となったことを間近に見ると、やはり、家族法学者の立法論を超えて、憲法学者が違憲論を唱える圧力がなく、最高裁での違憲判決に達しないことが実感できる。君塚正臣『性差別司法審査基準論』（信山社、1996）など参照。この点、杉原泰雄『基本的な権と刑事手続』40 頁（勁草書房、1980）も、「憲法 31 条以下を憲法学者の手で検討することの必要性」を訴える。このため、2015 年のいわゆる安保法制を巡る議論に際し飛び交った、国際政治学者の多くは違憲と思っていない、というような言質は無意味である（逆に、憲法学が適切な外交政策を細やかに語るものでもない）。
- 3) 「憲法違反」とはこの 2 つに分類できる。「運用違憲」という概念はなく、「処分違憲」は、通常、法令レベルの承認を前提とした適用違憲か、当該法令の不存在が違憲であるという法令違憲（立法不作為の違憲）かのどちらかなのではないか。そして、「司法権」に付随する違憲審査権としては、前者が原則である。君塚正臣『司法権・憲法訴訟論下巻』第 27 章及び第 28 章（法律文化社、2018）参照。これに関連して、司法試験の論述式の憲法の設問の例が、2018 年と 2019 年と連続して、裁判ではなく、ある法令の合憲性（法令違憲）を問うものが出題されたことは、法曹としての能力を測る試験としては、遺憾に思う。
- 4) 君塚正臣『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008）では、憲法に反する下位法解釈は許されないため、一般条項の解釈幅が狭まるというのが、いわゆる「憲法の私人間効力」と言われるものの正体であることを立証した。そうだとすると、特定の事案を指して、「憲法上、この被害者は救済されなければならない」と記すことなどは、私法的一般条項の解釈幅がゼロ収縮するような場合を除いて、理論上言えない筈である。だが、憲法学説の中には、どこかその直接効力的なものを信じてか、あるべき解釈を事細かに提示するものがなお散見される。これは、

憲法学の役割を超えている。無論、一法学者・法律家として、当事者の一方を勝たせる結論を是とする主張はあり得ようが、それは既に私法の解釈の領域に入っているのであり、それを明示して結論を示さなければならない筈である。

- 5) 芦部信喜『憲法』〔新版補訂版〕361 頁（岩波書店、2000）。この記述は、第 7 版（高橋和之補訂）413 頁（岩波書店、2019）でも同じである。元号に基づく分類に違和感を持つ人もあろうが、2019 年前半によく見られた、吉見俊哉『平成時代』（岩波書店、2019）や、バブル崩壊後、即ちほぼ平成の時代を一括りとした成田龍一『近現代日本史との対話【戦中・戦後—現在編】』（集英社、2019）などの「平成」回顧に見られるように、世代分類としては意外と便利である。また、長谷川正安『日本の憲法』〔第 3 版〕3 頁（岩波書店、1994）には「日本国憲法（昭和憲法）」という記述もあり、同書 211 頁は「大日本帝国憲法を」「明治憲法と呼ぶ便利さを、日本国憲法にも応用してみただけである」と述べている。
- 6) この方法で分類すると、生年月日が 1 日違うために、時代区分が異なる例が出てくる弊害もないではなく、個別の不满が出される危険も大きい。無論、縄文時代の最後に「今日から弥生時代です」というプラカードを持った人が出てくる風に時代が変わるものでないことも、重々承知している。しかし、大局的には世代毎の違いを鮮明にできるように思うし、国の行為だったとしても、世代単発では憲法 14 条で禁ずる不合理な差別でもない。大正は前後半で大別した。昭和の戦後を 1965（昭和 40）年で区分したのは、昭和全体をほぼ 3 分割する分かり易い区切りであることと、前年が東海道新幹線や東京オリンピックなどの区切りの年であること、そして、その年に生まれた筆者に、自分以前と以後で違うという個人的な実感があるためかもしれない。「博士（法学）」の博士課程修了での取得が普通になるのも、この世代以降のことである。なお、昭和（戦後）世代が更に学界に登場し単著も多く出た暁には、区切り方を再考することになるのかもしれない。
- 7) 委員長松本丕治、顧問に清水澄（1868 年生まれ）、美濃部達吉、野村淳治（1876 年生まれ）、委員に宮沢俊義、清宮四郎、河村又介（1894 年生まれ）、石黒武重、橋橋渡、入江俊郎、佐藤達夫、補助員に刑部莊（1910 年生まれ）、佐藤功（1915 年生まれ）。河村又介は『新憲法概説』（西日本新聞社、1946）という本文 41 頁ほどの概説書や憲法普及会編『新憲法抄』（岡山県東京事務所、1947）に「戦争放棄及國民主權論」を残したが、1947-1963 年の間、最高裁判所判事を務め、大きな教科書を執筆しなかった。

- 8) 美濃部達吉『日本国憲法原論』191頁(有斐閣, 1948).
- 9) 同上 201頁以下.
- 10) 同上 202頁.
- 11) 同上 202-203頁.
- 12) 同上 203頁.
- 13) 同上 187頁.
- 14) 同上 204頁.
- 15) 同上 206頁.
- 16) 同上 207頁.
- 17) 同上同頁.
- 18) 同上 212頁.
- 19) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』439頁(有斐閣, 1952).
- 20) 清宮四郎『憲法要論』93頁(法文社, 1952).
- 21) 同上 97頁.
- 22) 宮澤俊義『憲法Ⅱ』〔新版〕415頁(有斐閣, 1971).
- 23) 同上 416頁.
- 24) 同上 400-401頁.
- 25) 同上 420頁.
- 26) 同上 450頁.
- 27) 大石義雄『憲法講義』160頁(有信堂, 1961)では、自由権の規制に関して、「公共の福祉の限界は、デモクラシーの復活強化を立法趣旨とする新憲法の下では、旧憲法におけるよりも一層強い意味で、国民自身が決定しなければならない」とする。このほか、同書343頁が「対審および判決の公開の原則」を記述するが、これは司法についての解説の一部である。
- 28) 鈴木安蔵『憲法学原論』365頁(勁草書房, 1956).
- 29) 同上 367頁.
- 30) 同上 364頁.
- 31) 清宮四郎=佐藤功編『憲法講座2』241-242頁(有斐閣, 1963)[大野盛直].
- 32) 同上 245頁 [大野].
- 33) 同上 254頁 [大野].
- 34) 同上 259頁 [大野].
- 35) 鵜飼信成『要説憲法』91頁(弘文堂, 1960).
- 36) 同上 95頁.
- 37) 同上 100頁.
- 38) 田上穰治『新版憲法要説』118頁(白桃書房, 1963).
- 39) 同上 119頁.
- 40) 同上 117頁.
- 41) 同上 121頁.
- 42) 大西芳雄『憲法要論』100頁以下(有斐閣, 1964).
- 43) 同上 101頁.
- 44) 同上 103頁.
- 45) 杉原前掲註2) 書23-24頁.
- 46) まさに、佐藤功については、佐藤功(解説・木村草太)『復刻新装版憲法と君たち』(時事通信社, 2016)がある。元の版は牧書店から1955年刊行。
- 47) 佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第5版〕251頁(学陽書房, 1996).
- 48) 同上 252頁.
- 49) 同上 257頁.
- 50) 同上 261頁.
- 51) 和田英夫『新版憲法大系』185頁(勁草書房, 1982).
- 52) 同上 190頁.
- 53) 同上 195頁.
- 54) 橋本公亘『日本国憲法』287頁(有斐閣, 1980).
- 55) 同上 288頁.
- 56) 同上 292頁.
- 57) 同上 293頁.
- 58) 同上 302頁.
- 59) 同上 314頁.
- 60) 同上 315頁.
- 61) 伊藤正己『憲法』〔第3版〕334頁(弘文堂, 1995).
- 62) 同上同頁.
- 63) 同上 339頁.
- 64) 同上 344頁.
- 65) 小林直樹『憲法講義上』358頁(東京大学出版会, 1967).
- 66) 同上 359頁.
- 67) 同上 359頁.
- 68) 同上 360頁.
- 69) 同上 361頁.
- 70) 同上 363頁*.
- 71) 同上 364頁*.
- 72) 同上 365頁.
- 73) 同上 373頁*.
- 74) 同上同頁.
- 75) 小林孝輔『憲法』〔新版〕105-106頁(日本評論社, 1998).
- 76) 同上 109頁.
- 77) 同上 110頁.
- 78) 同上 107頁.
- 79) 長谷川正安『新憲法講話』280頁以下(法律文化社, 1992).
- 80) 同上 280頁.
- 81) 同上 281頁.
- 82) 最大判昭和30年12月14日刑集9巻13号2760頁。本件評釈については、君塚前掲註1) 論文22頁注94参照。
- 83) 長谷川前掲註79) 書287-288頁.
- 84) 同上 288頁.
- 85) 同上 200頁.
- 86) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。本件評釈については、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論上巻』第9章(法律文化社, 2018)

- 参照。
- 87) 小嶋和司『憲法概説』245-246頁（良書普及会、1987）。
- 88) 同上 255頁。
- 89) 同上 253頁。
- 90) 覚道豊治『憲法』〔改訂版〕242頁（ミネルヴァ書房、1973）。
- 91) 同上 243頁。
- 92) 同上 245頁。
- 93) 同上 243頁。
- 94) 榎原猛『憲法—体系と争点』206頁（法律文化社、1986）。
- 95) 同上 210頁。
- 96) 同上 206頁。
- 97) 芦部前掲註5）書217頁以下。この記述は、第7版（高橋補訂）251頁以下でも同じである。
- 98) 同上 221-229頁。この記述は、第7版（高橋補訂）255-265頁でも同じである。
- 99) 最大判昭和30年12月14日刑集9巻13号2760頁。本件評釈については、君塚前掲註1）論文22頁注94参照。
- 100) 最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。本件評釈については、君塚前掲註1）論文21頁注67参照。
- 101) 最判昭和23年5月5日刑集2巻5号447頁。本件評釈には、團藤重光=高田卓爾「判批」判例研究2巻3号42頁（1948）、香川達夫「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』100頁（1963）などがある。
- 102) 最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁。本件評釈については、君塚前掲註1）論文28頁注178参照。
- 103) 最大判昭和23年7月19日刑集2巻8号952頁。本件評釈には、松尾浩也「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』104頁（1963）、平場安治「判批」我妻栄編『判例百選』〔第2版〕186頁（1965）、光藤景皎「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕228頁（1988）などがある。
- 104) 最判昭和25年3月6日刑集4巻3号308頁。
- 105) 最大判昭和23年7月29日刑集2巻9号1045頁及び最大判昭和23年12月27日刑集2巻14号1934頁。前者の判決の評釈には、高田卓爾「判批」判例研究2巻6号66頁（1948）などがある。
- 106) 最大判昭和29年7月16日刑集8巻7号1151頁。本件評釈には、城富次「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和29年度』198頁（法曹会、1955）、鈴木享子「判批」警察研究30巻2号96頁（1959）、藤木英雄「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』114頁（1963）、松本時夫「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕240頁（1988）、三並敏克「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選II』〔第5版〕272頁（2007）、倉持孝司「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II』〔第6版〕266頁（2013）などがある。
- 107) 最大判昭和37年5月2日刑集16巻5号495頁。本件評釈については、君塚前掲註1）論文29頁注210参照。
- 108) 最大判昭和23年7月29日刑集2巻9号1012頁。本件評釈については、君塚前掲註1）論文30頁注219参照。その後の最大判昭和27年6月25日刑集6巻6号808頁について、芦部前掲註5）書228頁は、「反対意見」が「7裁判官に達し」た判断として紹介する。
- 109) 最大判昭和25年9月27日刑集4巻9号1805頁。本件評釈については、君塚前掲註1）論文30頁注224参照。
- 110) 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁。本件評釈については、君塚前掲註1）論文27頁注163参照。
- 111) 最判昭和23年6月30日刑集2巻7号777頁。本件評釈には、平野龍一「判批」判例研究2巻4号149頁（1948）、同「判批」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集9巻』111頁（有斐閣、1948）、藤野英一「判批」判例タイムズ61号26頁（1953）などがある。
- 112) 芦部（高橋補訂）前掲註5）書で補充された刑事手続判例には、以下のものがある。GPS捜査の合憲性に関する最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁、刑事裁判におけるビデオリンク方式の尋問に関する最判平成17年4月14日刑集59巻3号259頁、医師の死体検案で異状を認めた場合の届出義務に関する最判平成16年4月13日刑集58巻4号247頁、公訴時効未完成事件に公訴時効の変更を適用しても違憲ではないとした最判平成27年12月3日刑集69巻8号815頁である。第1の判決の評釈については、君塚前掲註1）論文26頁注154及び柳川重規「判批」中央評論70巻3号241頁（2018）、同「判批」刑事法ジャーナル59号37頁（2019）、早瀬勝明「判批」論究ジュリスト29号73頁（2019）、椎橋隆幸「判批（後）」研修851号3頁（2019）参照。このほか、伊藤徳子「GPS捜査とプライバシー概念」中大学院研究年報法学研究科編47号113頁（2018）、壇上弘文「科学的操作の行方—GPS捜査に関する最高裁判決を契機として」中大法学新報125巻11=12号563頁（2019）参照。第2の判決の評釈には、徳永光「判批」法学セミナー611号122頁（2005）、宇都宮純一「判批」ジュリスト臨時増刊1313号『平成17年度重要判例解説』23頁（2006）、宇藤崇「判批」同201頁、山口裕之「判批」ジュリスト1319号156頁（2006）、山口裕之「判批」『最高裁時の判例5 平成15年-平成17年』429頁（2007）、

- 同「判批」法曹時報60巻3号278頁(2008), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成17年度』89頁(法曹会, 2008), 西村枝美「判批」法学教室306号別冊附録『判例セレクト2005』12頁(2006), 眞田寿彦「判批」法律のひろば59巻2号44頁(2006), 堀江慎司「判批」刑事法ジャーナル2号108頁(2006), 初又且敏「判批」警察公論61巻6号83頁(2006), 清水真「判批」中大法学新報113巻1=2号567頁(2006), 椎橋隆幸「判批」渥美東洋古稀記念『犯罪の多角的検討』181頁(有斐閣, 2006), 伊藤陸「判批」法律時報79巻4号113頁(2007), 河北洋介「判批」東北法学29号1頁(2007), 稲田隆司「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第9版〕152頁(2011), 高野隆「判批」季刊刑事弁護76号11頁(2013), 松原光宏「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕410頁(2013), 渡辺修「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕156頁(2017)などがある。第3の判決の評釈には, 芦沢政治「判批」ジュリスト1278号132頁(2004), 同「判批」『最高裁時の判例5 平成15年-平成17年』26頁(2007), 同「判批」法曹時報59巻5号226頁(2007), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度』190頁(法曹会, 2007), 川出敏裕「判批」法学教室290号4頁(2004), 小川佳樹「判批」ジュリスト臨時増刊1291号『平成16年度重要判例解説』187頁(2005), 小泉良幸「判批」法学教室294号別冊付録『判例セレクト2004』11頁(2005), 瀧野貴生「判批」法学セミナー601号124頁(2005), 田中圭二「判批」香川法学24巻3=4号1頁(2005), 安井哲章「判批」中大法学新報112巻5=6号383頁(2005), 高山佳奈子「判批」宇都木伸ほか編『医事法判例百選』8頁(2006), 清水真「判批」判例評論572号49頁(2006), 野村稔「判批」判例タイムズ1238号4頁(2007), 小嶋勇「判批」日本大学法科大学院法務研究3号35頁(2007), 前田雅英「判批」警察学論集66巻4号132頁(2013), 武市尚子「判批」甲斐克則=手嶋豊編『医事法判例百選』〔第2版〕6頁(2014)などがある。第4の判決の評釈には, 松本和彦「判批」法学教室430号128頁(2016), 榎本雅記「判批」同154頁, 松宮孝明「判批」法学セミナー735号113頁(2016), 大日方信春「判批」新・判例解説Watch19号15頁(2016), 山崎友也「判批」ジュリスト臨時増刊1505号『平成28年度重要判例解説』28頁(2017), 池田公博「判批」同194頁, 馬渡香津子「判批」ジュリスト1512号105頁(2017), 同「判批」法曹時報69巻9号287頁(2017), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成27年度』272頁(法曹会, 2017), 大澤裕「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕94頁(2017), 原田和往「判批」刑事法ジャーナル53号155頁(2017)などがある。
- 113) ところで, due process of lawの訳は現在では「適正手続」で定着しているが, 芦部以前の世代では「適法手続」という表記が一般的である。田中英夫=堀部政男編『英米法研究文献目録1867-1975』129頁以下(東京大学出版会, 1977)のdue processの項目は, 「適法手続」でも「適正手続」でも索引に載っている。同書617頁。掲載文献を見ると, 1965-1975年頃に前者から後者への移行が急速に進んだ印象である。1980年代以降, 表題に「適法手続」を含む論説等は, CiNiiで調べたところ, 僅か6件である。
- 114) 憲法31条につき, 芦部前掲註5) 書218頁。この記述は, 第7版(高橋補訂)252頁でも同じである。
- 115) 憲法31条につき, 同上222-223頁。この記述は, 第7版(高橋補訂)256-257頁でも同じである。
- 116) 芦部信喜『憲法学Ⅲ』〔増補版〕389頁(有斐閣, 2000)。
- 117) 同上389頁。
- 118) 同上552頁。
- 119) 芦部信喜編『憲法Ⅲ』284頁(有斐閣, 1981) [芦部]。
- 120) 同上299頁 [芦部]。
- 121) 阿部照哉『憲法』〔改訂〕141頁(青林書院, 1991)。
- 122) 同上142頁。
- 123) 同上144頁。
- 124) 同上146頁。
- 125) 同上147頁。
- 126) 尾吹善人『憲法教科書』142-143頁(木鐸社, 1993)。
- 127) 同上144頁。
- 128) 同上136頁。
- 129) 同上133頁。
- 130) 畑博行『憲法Ⅱ』111-114頁(有信堂高文社, 1998)。
- 131) 同上118-119頁及び120-121頁参照。
- 132) 手島孝『憲法解釈二十講』90頁(有斐閣, 1980)。
- 133) 同上92頁。
- 134) 奥平康弘『憲法Ⅲ』291頁(有斐閣, 1993)。
- 135) 同上291頁。
- 136) 同上291-292頁。
- 137) 同上293頁。
- 138) 同上297頁。
- 139) 同上298頁。

- 140) 同上 299 頁.
 141) 同上 300 頁.
 142) 同上 300 頁.
 143) 同上 302 頁.
 144) 同上 301 頁.
 145) 同上 312 頁.
 146) 同上 308 頁.
 147) 同上 318 頁.
 148) 同上 331 頁.
 149) 同上 333 頁.
 150) 同上 374 頁.
 151) 同上 376 頁.
 152) 同上 377 頁.
 153) 同上 379 頁.
 154) 芦部編前掲註 119) 書 86 頁 [杉原泰雄].
 155) 同上 87 頁 [杉原].
 156) 同上 87-88 頁 [杉原].
 157) 杉原前掲註 2) 書 6 頁以下でも、このことは詳説されている.
 158) 芦部編前掲註 118) 書 88 頁 [杉原]. 杉原同上 13 頁以下は、戦後の各種の草案でも刑事手続条項が少なく、例外は 1946 年 6 月 29 日発表の日本共産党案「日本人民共和国憲法(草案)」だけであると指摘する.
 159) 芦部編同上 90 頁 [杉原].
 160) 同上 95 頁 [杉原]. 杉原前掲註 2) 書 69 頁以下も参照.
 161) I は「総論・統治の機構」部分と予告されながら未刊である。また、IV は人権のうち、財産権や参政権を含むものとなる筈のところ、未刊である。このため、池田政章「請願権の研究」立憲法学 36 号 1 頁 (1992) のように、別途公刊されたものもある。
 162) 芦部編前掲註 118) 書 129 頁 [杉原].
 163) 同上 133-134 頁 [杉原].
 164) 同上 138 頁 [杉原].
 165) 最決昭和 45 年 9 月 17 日裁判集刑 177 号 1145 頁.
 166) 杉原前掲註 2) 書 111 頁以下.
 167) 芦部編前掲註 119) 書 140 頁 [杉原].
 168) 同上 140-141 頁 [杉原].
 169) 同上 141 頁 [杉原].
 170) 同上 140 頁 [杉原].
 171) 同上 141 頁 [杉原].
 172) 同上同頁 [杉原].
 173) 同上同頁 [杉原].
 174) 同上同頁 [杉原].
 175) 同上 175 頁 [杉原].
 176) 同上 150 頁 [杉原].
 177) 同上 151 頁 [杉原].
 178) 同上 152 頁 [杉原].
 179) このほか、杉原前掲註 2) 書 246 頁以下では、いわゆる「弁護士抜き裁判」特例法に反対し、違憲であるとの論陣を張っている。
 180) 芦部編前掲註 119) 書 154 頁 [杉原].
 181) 同上 155 頁 [杉原].
 182) 同上 192-193 頁 [杉原].
 183) 同上 193 頁 [杉原].
 184) 同上 196 頁 [杉原].
 185) 同上 203 頁 [杉原].
 186) 同上 209 頁 [杉原].
 187) 同上 210 頁 [杉原].
 188) 同上 217 頁 [杉原].
 189) 同上 227 頁 [杉原].
 190) 同上 235 頁 [杉原].
 191) 同上 236 頁 [杉原].
 192) 同上 251 頁 [杉原]. これらについては、253 頁以下で詳述される。
 193) 同上 252 頁 [杉原].
 194) 同上 253 頁 [杉原].
 195) 同上 269 頁 [杉原].
 196) 同上 272 頁 [杉原].
 197) 同上 272 頁 [杉原].
 198) 同上 273 頁 [杉原].
 199) 同上 274 頁 [杉原].
 200) 同上 251 頁 [杉原].
 201) 杉原の詳細な、刑事手続条項解釈には敬意を表しつつも、この厳格な解釈を憲法全体に施し、このような判断を裁判所に求めることは、民主的立法を前提とする日本国憲法の有り様と矛盾なく理解できるものか、疑問がなくもない。特に、プーブル主権論の下では、人民の立法のエリート司法に対する優位を解くのが理の当然であろうことを思うと、最早、現状はあるべき人民の意志が反映されていないため、厳格な憲法解釈を展開しているようにも思える。ただ、そうなると、その結論に対する責任は、群としての「憲法学者」が負わねばならず、「人民」の糾弾により虐殺されるやも知れぬ危険をなぜ負わねばならないのか、理不尽な事態を想像すれば、その説の再検討が必要である。加えて、よく検討せねばならないことは、刑事司法が最終的には裁判官の判断に委ねられていることであり、これをどこまで信頼するのか、である。これらを踏まえて、精神的自由などと並んで、経済的自由とは違えて、刑事手続的権利については、それを制限する法令や政府行為に、裁判所は違憲の疑いをもって臨むべきだとする理解はあり得よう。要するに、司法審査基準論の原理的検討なしには、一途な厳格解釈には傾倒できないところがあることは、留意しておきたい。
 202) 樋口陽一『憲法』〔第 3 版〕263 頁 (創文社、2007).
 203) 同上 264 頁.
 204) 樋口陽一『比較憲法』〔第 3 版〕(青林書院、

- 1992) 参照.
- 205) 伊藤公一『憲法概要』〔改訂版〕82頁(法律文化社, 1983).
- 206) 同上 84頁.
- 207) 同上 88頁.
- 208) 吉田善明『日本国憲法論』〔第3版〕392頁(三省堂, 2003).
- 209) 同上 396頁.
- 210) 同上 400頁.
- 211) 圓谷勝男『日本国憲法概説』167頁(高文堂, 1990).
- 212) 同上 177頁.
- 213) 中村睦男『論点憲法教室』171頁(有斐閣, 1990).
- 214) 山内敏弘編『新現代憲法入門』99頁(法律文化社, 2004)〔山内〕.
- 215) 初谷良彦『憲法講義Ⅰ』〔第2版〕371頁(成文堂, 2000) 参照.
- 216) 同上 378頁.
- 217) 同上 379-390頁.
- 218) 佐藤幸治『日本国憲法論』331頁(成文堂, 2011).
- 219) 佐藤幸治『憲法』〔第3版〕588頁(青林書院, 1995).
- 220) 同上 590頁.
- 221) 樋口陽一ほか『注解法律学全集2—憲法Ⅱ』261-262頁(青林書院, 1997)〔佐藤幸治〕.
- 222) 佐藤前掲註218) 書332頁.
- 223) 樋口ほか前掲註221) 書296頁〔佐藤〕.
- 224) 佐藤前掲註218) 書336頁.
- 225) 同上 336-337頁.
- 226) 樋口ほか前掲註221) 書297頁〔佐藤〕.
- 227) 佐藤前掲註218) 書340頁.
- 228) 樋口ほか前掲註221) 書338頁〔佐藤〕.
- 229) 佐藤前掲註218) 書341頁. この記述は, 佐藤前掲註219) 書には見当たらない.
- 230) 戸松秀典『憲法』253頁(弘文堂, 2015).
- 231) 同上 278頁.
- 232) 同上 255頁. ただ, このことは刑事訴訟法に関してだけ言えることではなく, 憲法学者は比較的, 行政法分野には詳しく, 一時代前であれば労働法に詳しい人もいたものの, 家族法をはじめとする私法には疎かった. 或いは, 実定法学には疎く, 法哲学や歴史観などに過度に傾倒して独特の体系を提示してきた, もしくは提示しようとしている人も多かったのではなからうか. 法学全体で分業が進めば, 体系を語る, 最高法規である憲法の視点から語る研究者が徐々に少なくなる傾向は止めようもないが, そういった領域について, 憲法の基本書から外していけば, 日本の法律学の「蜻壺」化は進み, 無謀な立法や政府行為を違憲として止めようとする足場や気概が奪われる危機感がある. だが, ある程度広範な分野の学習がなければ, 国内法最高法規の解釈は全うできない. また, その分, 基本七法ほかの高度の学習を要する法科大学院を経由した憲法研究者が多く登場する時代には, 事件解決のための憲法学を超えて頂くことを条件に, 期待するところでもある. 戸松の吐露を他山の石とせねばならない.
- 233) 同上 i 頁.
- 234) 戸松秀典『プレップ 憲法訴訟』87頁以下(弘文堂, 2011)は, 「刑事訴訟としての憲法訴訟」を取り上げているが, そこでの憲法原則の多くは, 表現の自由や憲法訴訟論に属するものであって, 刑事手続保障条項に特化したものは殆ど登場しない.
- 235) 大須賀明ほか『憲法講義2』157-158頁(有斐閣, 1979)〔戸松秀典〕.
- 236) 戸松前掲註230) 書299-300頁参照.
- 237) この点は, 大須賀ほか前掲註235) 書164頁〔戸松〕でも, 緊急逮捕の合憲性について自説を展開していないことでは同じである.
- 238) 戸松前掲註230) 書313頁*.
- 239) 同上 314頁*.
- 240) 寧ろ, 大須賀ほか前掲註235) 書166頁〔戸松〕では, 淡々とした記述に留まっていた.
- 241) 長尾一紘『日本国憲法』〔第4版〕129頁(世界思想社, 2011).
- 242) 同上 131頁.
- 243) 同上 138頁.
- 244) 手島孝監修・安藤高行編『基本憲法学』101頁(法律文化社, 1992)〔大隈義和〕.
- 245) 同上 103頁及び108頁〔大隈〕参照.
- 246) 岩間昭道『憲法綱要』136頁(尚学社, 2011).
- 247) 同上 142頁.
- 248) 同上 72頁**.
- 249) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第4版〕285頁(有斐閣, 2017).
- 250) 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ』〔第5版〕410-412頁(有斐閣, 2012)〔高橋和之〕.
- 251) 同上 412頁〔高橋〕.
- 252) 高橋前掲註249) 書289頁.
- 253) 野中ほか前掲註250) 書418頁〔高橋〕でも, 「制憲当時, 日本側ではこの規定が検察官による令状発行を許容しているとの理解に立っていたという事情もある. したがって, 緊急逮捕は, 検察官による令状発行は許されないという解釈を受け入れる一つの代償という意味をもったのである. そうだとすれば, 33条が緊急逮捕を全く許さない趣旨であったともいえないであろう」とする.
- 254) 高橋前掲註249) 書297頁. 同上 438頁〔高橋〕同旨.
- 255) 堀内健志『憲法』〔新版〕150頁(信山社, 2000).

- 256) 同上 154 頁。
257) 同上 160 頁。
258) 阪本昌成『憲法 2—基本権クラシック』〔第 4 版〕289-290 頁 (有信堂, 2011)。
259) 阪本昌成『憲法理論Ⅱ』13 頁 (成文堂, 1993)。
260) 藤井俊夫『憲法と人権Ⅱ』262 頁 (成文堂, 2008)。
261) 同上 263 頁。
262) 同上 270 頁。
263) 同上 295 頁。
264) 同上 296 頁。
265) 浦部法穂『憲法学教室』〔第 3 版〕290 頁 (日本評論社, 2016)。
266) 同上 291 頁。
267) 同上 291-292 頁。
268) 同上 292 頁。
269) 同上 306 頁。
270) 同上 314 頁。
271) 同上 315 頁。
272) 同上 300 頁。
273) 戸波江二『憲法』〔新版〕322 頁 (ぎょうせい, 1998)。
274) 同上 323 頁。続いて、「アメリカの判例では、妊娠中絶の自由をはじめとする人格プライバシー権などの新しい権利がデュー・プロセス条項から導き出されている。この実体的デュー・プロセス論は、日本ではむしろ憲法 13 条の『幸福追求権』論に近い」とも述べている。
275) 同上 327 頁。
276) 同上 332 頁。
277) 辻村みよ子『憲法』〔第 6 版〕258 頁 (日本評論社, 2018)。
278) 同上 258 頁。
279) 同上 261 頁。
280) 同上 262 頁。
281) 同上 270 頁。
282) 東京高判昭和 56 年 8 月 21 日判時 1019 号 20 頁。本件評釈には、斎藤静敬「判批」ジュリスト 758 号 99 頁 (1982)、平川宗信「判批」法学教室 350 号 8 頁 (2009) などがある。
283) 辻村前掲註 277) 書 270 頁。
284) 同上 271-272 頁。
285) 同上 272 頁。
286) 佐藤幸治編『憲法Ⅱ』335 頁 (成文堂, 1988) [高橋正俊]。
287) 同上 337 頁 [高橋]。
288) 同上 345 頁 [高橋]。
289) 同上 345-346 頁 [高橋]。
290) 同上 372 頁 [高橋]。
291) 初宿正典『憲法 2』〔第 3 版〕384 頁 (成文堂, 2010)。
292) 同上 395 頁。
293) 同上 391 頁。
294) 小針司『憲法講義 (全)』〔改訂新版〕308 頁 (信山社, 1998)。
295) 同上 314 頁。
296) 大石眞『憲法講義Ⅱ』〔第 2 版〕97 頁 (有斐閣, 2012)。
297) 同上 107 頁。
298) 同上 101 頁。
299) 大沢秀介『憲法入門』〔第 3 版〕183 頁 (成文堂, 2003)。
300) 同上 186 頁。
301) 同上同頁。
302) 同上 195 頁。
303) その全てを指すのではなく、長谷部恭男『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社, 1995) に結集した憲法研究者を指すことが多い。本稿で取り上げた以外では、1952 年生まれの紙谷雅子、1955 年生まれの常本照樹、棟居快行、笹田栄司が含まれると考えてよい。棟居快行『憲法講義案Ⅰ [理論演習Ⅰ]』〔第 2 版〕(信山社, 1999)、同『憲法フィールドノート』〔第 3 版〕(日本評論社, 2006) などは刑事手続について特に触れていない。西洋のクラシック音楽が、より刺激的なものを求めて、バロックから古典派、ロマン派、印象派、無調の時代を経て、新古典派へと一巡した(渡邊健一『音楽の正体』222 頁以下(ヤマハ, 1995) など参照)ように、戦後憲法学も、この世代が論点一掃、新たな論点を打ち立てたことで一巡したとも言えなくもない印象がある。
304) 市川正人『基本講義憲法』193 頁 (新世社, 2014)。
305) 同上 194 頁。このような説に対しては、刑罰法規については、通常の法令を超える特段の明確性が要求されるとすれば、根拠は憲法 31 条以下に求められる筈であり、この意味からも、31 条に刑事実体法の法定と適正を含まないことは、同書 193-194 頁に示されたニューディーラーたちの起草者意思は兎も角、刑事処罰について、13 条以下とは異なる司法審査基準をもって慎重に判断すべきことを 31 条以下は要請していると解すべきであり、この種の主張は日本国憲法の解釈としては疑問であると述べておく。
306) 同上 193 頁。
307) 同上 197 頁。
308) 同上 205 頁。
309) 同上 209 頁。
310) 松井茂記『日本国憲法』〔第 3 版〕517-518 頁 (有斐閣, 2007)。
311) 同上 519 頁。
312) 同上 519-520 頁。この点は、松井茂記『裁判を受ける権利』44 頁以下 (日本評論社, 1993) も参照。

- 313) 松井前掲註310) 書520頁。アメリカ連邦最高裁の判例の展開を踏まえ、「処罰の相当性と犯罪と刑罰の均衡も、憲法上保障された基本的人権についてはそれぞれの基本的人権に即して吟味すれば足りる。逆に、憲法上保障された基本的人権とはいえないような自由について一般的に処罰の相当性と犯罪と刑罰の均衡を求めるような権利を認め、裁判所がその権利侵害を理由に法律を違憲とすることを認めることは、司法府にふさわしいものを超えた役割を認めることになる」と、通説を批判する。但し、日本で議論されているのは、人権一般ではなく実体刑罰法規に対するものに限られることや、その場面での人権侵害が日本の憲法制定以前は過酷なものであったこと、よって、その明確性や、拡張解釈禁止の要求が他の人権侵害のケースに比しても重いこと、罪刑法定主義などの総論的内容を36条などの個別条項に委ねることには解釈論として無理があること、そして何よりも31条を刑事手続の人権の総則的規定として読めることなどから、アメリカでの展開を理由に適正手続・実体説を斬り捨てるのは、あまり妥当ではないように思われる。
- 314) 同上534頁。
 315) 同上538頁。
 316) 同上539頁。
 317) 同上527-528頁。
 318) 同上542-543頁。
 319) 渋谷秀樹『憲法』〔第3版〕193頁(有斐閣, 2017)。
 320) 同上194頁。
 321) 同上197頁。
 322) 同上235-236頁。
 323) 同上237-238頁。
 324) 同上262頁。
 325) 内野正幸『憲法解釈の論点』〔第4版〕96-97頁(日本評論社, 2005)。
 326) 戸波江二ほか『憲法(2)一人権』213頁(有斐閣, 1992)〔安念潤司〕。
 327) 同上215頁〔安念〕。
 328) 同上222頁〔安念〕。
 329) 長谷部恭男『憲法』〔第7版〕260頁(新世社, 2011)。
 330) 同上261頁。
 331) 同上262頁。
 332) 同上262-263頁。
 333) 同上266頁。
 334) 同上274頁。
 335) 赤坂正浩『憲法講義(人権)』172頁(信山社, 2011)。
 336) 同上192頁。
 337) 同上194-195頁。
 338) 木下智史=伊藤健『基本憲法I』244頁(日本評論社, 2017)〔木下〕。
 339) 同上246-247頁〔木下〕。
 340) 川又伸彦『マスター憲法』155頁(立花書房, 2009)。
 341) 同上160頁。
 342) 同上同頁。
 343) 同上167頁。
 344) 小山剛『憲法上の権利』の作法』〔第3版〕(尚学社, 2016)。
 345) 渡辺康行ほか『憲法I基本権』284頁(日本評論社, 2016)〔松本和彦〕。
 346) 同上291頁〔松本〕。
 347) 同上300頁〔松本〕。他方、憲法31条の反対解釈が見える以上、一切の死刑を絶対に違憲とするのは、日本が加入していない死刑廃止条約の批准国数がいかに多くても、こと日本国憲法の解釈としては疑問が残る。憲法論としては、まず、死刑を定める罪の範囲、個別の処刑方法の検証、実際の適用事例を慎重に検討した上で犯罪予防に不必要な死刑判決について適用違憲の可能性を論じる中で、死刑の範囲を狭めていくべきではないか、無論、日本国憲法の下では、潜在的被害者の生命・身体・自由に対する国家保護義務が国にあるので死刑は廃止できない、とする解釈は採れない(こういった点から追究していけば、国家保護義務論自体に無理がある)と思えるので、法律により死刑を廃止することは違憲ではないであろう。川岸令和ほか『憲法』〔第4版〕223頁(青林書院, 2016)〔君塚正臣〕参照。
 348) 渡辺ほか同上314頁〔松本〕。刑事実体法の法定と適正は憲法13条以下の問題だとしながら、31条を飛ばして、36条が決め手となるとするのは、憲法の体系性理解として疑問がある。
 349) 同上308頁〔松本〕。
 350) 自動車運転なので、報告義務を徹底するのは過ぎるとする議論が出たのであろうが、原子力発電所の稼働であれば、報告義務は当然である。そう考えると、他人の生命に関わる業務に報告義務を課し、結果、それによって関連する犯罪行為を隠蔽できないとする側に心を寄せる姿勢には、やはり疑問が残る。憲法31条以下を厳しく適用してきた、奥平前掲註134) 書330頁も、自動車検問について、「自動車の運転者は、公道を利用し、かつ一種の社会的危険物を取り扱いつつあるのだから、ある種交通取り締まり体制に服するのは当然である」と述べつつ、自動車事故の報告義務について、同書361頁で、「自動車という潜在的な凶器が」「ひとを殺傷しひとの財物を損壊させている状況を見ても軽視もできぬ」としながらも、同書362頁では、「原因者の通報行為は、みずからの刑事訴追に手がかりを与える契機をふくむの

- であって、それは、通常の場合ならば文句なく明らかに憲法 38 条 1 項が黙秘権として保障している範囲内に入るはずのもの」であることで迷っていることの深さを思う。
- 351) 山内編前掲註 214) 書 221 頁 [只野雅人]. 只野雅人『憲法の基本原理から考える』271 頁 (日本評論社, 2006) 同旨.
- 352) こういった事情のため、近年刊行の共著教科書の分担執筆部分を取り上げることは、原則として避けた。共著の場合、全体のトーンを統一し、また、共著者が担当する講義で使えることを旨とするため、判例や学説の、なるべく客観的な概説に徹することが望まれる。君塚正臣編『高校から大学への憲法』〔第 2 版〕112-115 頁 (法律文化社, 2016) [平地秀哉], 同編『ベーシックテキスト憲法』〔第 3 版〕180 頁以下 (法律文化社, 2017) [前田正義], 同編『大学生のための憲法』180 頁以下 (法律文化社, 2018) [高田倫子] に分担執筆者の自説が見えないのはそのためである。ある程度、憲法に対するスタンスの一致した共著者が同様の「偏り」を見せることはあり、これは編者の主張ではなく、当該箇所の分担執筆者の主張であると判断する。ただ、そういった教科書は、一部の分担執筆者の講義でしか使えないことも多い。
- 353) 本稿では取り上げなかった近年の共著教科書 (多分に、1965 年生まれ以降が執筆することが多いように思われる) には、以下のものなどがある。中村陸男編『はじめての憲法学』〔第 3 版〕(三省堂, 2015), 吉田仁美編『スタート憲法』〔第 2 版補訂版〕(成文堂, 2016), 小泉洋一ほか『憲法の基本』〔第 3 版〕(法律文化社, 2016), 尾崎利生=鈴木晃『憲法入門講義』〔第 2 版〕(法律文化社, 2016), 古野豊秋=畑尻剛編『新・スタンダード憲法』〔第 4 版補訂版〕(尚学社, 2016), 松浦一夫=奥村公輔編『憲法概説』(成文堂, 2017), 安藤高行編『新・エッセンス憲法』(法律文化社, 2017), 澤野義一=小林直三編『テキストブック憲法』〔第 2 版〕(法律文化社, 2017), 齋藤康輝=高畑英一郎編『憲法』〔第 2 版〕(弘文堂, 2017), 大津浩ほか『新憲法四重奏』〔第 2 版〕(有信堂高文社, 2017), 小沢隆一編『クローズアップ憲法』〔第 3 版〕(法律文化社, 2017), 加藤一彦=植村勝慶編『現代憲法入門講義』〔新 5 版〕(北樹出版, 2017), 曾我部真裕=横山真紀編『スタディ憲法』(法律文化社, 2018), 平野武=片山智彦=奥野恒久『はじめての憲法』〔改訂版〕(晃洋書房, 2018), 大林啓吾ほか『憲法』(法学書院, 2019), 只野雅人=松田浩編『現代憲法入門』(法律文化社, 2019), 西原博史=斎藤一久編『教職課程のための憲法入門』〔第 2 版〕(弘文堂, 2019).
- 354) 永田秀樹ほか『講義・憲法学』178 頁 (法律文化社, 2018) [倉田原志].
- 355) 川岸ほか前掲註 347) 書 226 頁 [君塚正臣].
- 356) 同上 228 頁 [君塚].
- 357) 同上 231-232 頁 [君塚].
- 358) 同上 233-234 頁 [君塚].
- 359) なお、君塚正臣=藤井樹也=毛利透『VIRTUAL 憲法』162-169 頁 (悠々社, 2005) [君塚] も刑事手続上の人権を解説する。
- 360) 本秀紀編『憲法講義』〔第 2 版〕457 頁 (日本評論社, 2018) [愛敬浩二].
- 361) 同上 460 頁 [愛敬].
- 362) 同上 467 頁 [愛敬].
- 363) 毛利透『グラフィック憲法入門』100 頁 (新世社, 2014).
- 364) 同上 104 頁.
- 365) 同上 102 頁.
- 366) 大日方信春『憲法 II 基本権論』〔第 2 版〕311 頁 (有信堂, 2018).
- 367) 同上 311 頁.
- 368) 同上 326 頁参照.
- 369) 同上 340 頁参照.
- 370) 毛利透ほか『Legal Quest 憲法 II』〔第 2 版〕317 頁 (有斐閣, 2017) [浅野博宣].
- 371) 同上 320-321 頁 [浅野].
- 372) 同上 325 頁 [浅野] 参照.
- 373) 安西文雄ほか『憲法学読本』〔第 3 版〕206 頁 (有斐閣, 2018) [穴戸常寿].
- 374) 新井誠ほか『憲法 II』207 頁及び 209 頁 (日本評論社, 2016) [曾我部真裕].
- 375) 同上 212 頁 [曾我部] 参照.
- 376) 同上 216 頁 [曾我部].
- 377) 青井未帆=山本龍彦『憲法 I』159 頁 (有斐閣, 2016) [山本].
- 378) 同上 158 頁 [山本].
- 379) 辻村みよ子編『基本憲法』184 頁 (悠々社, 2009) [河北洋介]. 但し、根拠条文が異なれば、司法審査基準や合憲性判断基準は異なってくる。根拠条文の違いは小さな問題ではない。なお、今回、河北についてのみ、生年が不明のままであった。分担執筆だからというより、プライバシー概念の拡張を感じる。
- 380) 同上 187 頁 [河北].
- 381) 同上 192 頁 [河北].
- 382) 最大判昭和 33 年 5 月 28 日刑集 12 卷 8 号 1718 頁。本件評釈については、君塚前掲註 1) 論文 30 頁注 221 参照。
- 383) 辻村編前掲註 379) 書 193 頁 [河北].
- 384) 遠藤比呂通『市民と憲法訴訟』209-221 頁 (信山社, 2007).
- 385) 宗岡嗣郎『法と実存—(反死刑)の論理』(成文堂, 1996).
- 386) 辻村編前掲註 379) 書 194-195 頁 [河北].

- 387) 無論, 単なる日本国憲法擁護運動家, ましてや改憲運動家を「憲法学者」と呼ぶべきでない。これは, 民法学者は現行民法の解釈が第一義的な仕事であることを想起すれば, 容易に理解できる。
- 388) 水野陽一『公正な裁判原則の研究』(成文堂, 2019)は, 刑事法学の立場から, ヨーロッパ域内の刑事手続に関する共通基準や, ヨーロッパ人権条約の紹介を行う。
- 389) 奥平前掲註134) 書380頁。なお, 同書381頁が, 「国際法経由で日本国が死刑を廃絶したとき」など「には, さして大きな理論的努力をすることなしに, ひとびとは, 『生命に対する固有の権利』(『市民のおよび政治的権利に関する国際規約』6条1項)が直截に『死刑からの自由』を意味し, かかるものとして『(日本国)憲法が保障する権利』だとする解釈死刑違憲論を受容するようになるであろう」とも述べている点は興味深い。
- 390) たまたま先日(2019年5月18日), 東京・渋谷で, 自作と思われるヒップ・ホップを演奏している若いミュージシャンを見かけた。とこ

ろが, その曲は1973年放映のアニメ「山ねずみロッキーチャック」(フジテレビ)の挿入歌「緑の陽だまり」(中山千夏作詞, 宇野誠一郎作曲)のメロディによく似ていた。我々は, 独自性を発揮しようとしても, 遠い, 知らない何かに影響を受けているものであり, 逃れることはできない。

付 記

本稿は, 平成30年度-令和4年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「憲法訴訟論の適正手続・身体的自由への発展・展開」(課題番号18K01243)による研究成果の一部である。本稿では, 原則として敬称は略させて頂いた。

謹んで阿部照哉先生のご冥福を祈ります。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究所教授]