

緊急逮捕の合憲性

——刑事手続に厳格な審査を施す意味——

君 塚 正 臣

はじめに

前稿¹⁾では、憲法の教科書・基本書における刑事手続条項の記述状況を整理し、分析した。そして、そこでは次第に、憲法 31 条論、緊急逮捕、死刑の 3 つの問題について記述すれば、最低線をクリアしたと見做すことが暗黙の了解になってきたことが見えてきた。既に憲法 31 条論については分析を行い、自説を展開したところである²⁾ので、残る 2 点について検討を行い、刑事手続条項における司法審査基準及び合憲性判断テストを模索する端緒としたい。

この分野は憲法論としての検討が足らず、このため、完全な合理性を有することも完全に不合理であることも稀である法令というものについて、解釈者は、合憲性を判断する基準は何であるか、多くの記述はそれを明らかにしないまま、やや感覚的に合憲・違憲を判断してきた感があることも否めない。しかし、憲法の人権条項に適合するかの判断が、一部の条項では基準もなく、条項によって手法が異なり、突然の結論だけが示されることは、不合理で一貫性のないことである。これまでの闇夜の地上戦の成果は、集計し理論化した上で、基準や原則を確立する空中戦に貢献せねばなるまい。逆に、司法審査基準や合憲性判断テストの成果は、刑事手続条項の合憲性判断の決定の指針となるものでなければならず、その結果、従来の個別の結論に修正を迫ることもあろう。憲法学にとって残

された数少ないフロンティアへの進出は困難を極めようが、刑事法学の成果を学びつつも、憲法学がまずは主体的に結論を示す必要がある³⁾。

本稿はまず、緊急逮捕を取り上げ、刑事訴訟法 210 条の合憲性を問うと共に、これを契機に、憲法 33 条における司法審査基準や合憲性判断基準などの憲法判断の一般的基準を示唆することを目的とする。

1 定義及び判例など

刑事訴訟法 210 条において、緊急逮捕は「死刑又は無期若しくは長期 3 年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪」を対象としている⁴⁾。このような規定は 1947 年の「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律」(刑訴応急措置法) 以来のものである。緊急逮捕するには、逮捕の「十分な理由」が必要である。これは、通常逮捕の場合の「相当な理由」よりも嫌疑の程度が高い必要があるが、現行犯逮捕の場合、犯罪の成立が客観的に明白である必要はない、とされる。また、「急速を要し」とあり、緊急性も必要である⁵⁾。この意味は、通常逮捕によるのでは被疑者が逃亡又は証拠隠滅する危険性が高く、逮捕状請求の時間的余裕がないことだとされる⁶⁾。このため、緊急性は、被疑者の境遇や犯罪の軽重に左右されると一般に言われてきた⁷⁾。かつ、緊急逮捕の場合、逮捕状を請求できる者に検察事務官と司法巡査が含まれており、通常逮捕の場合より拡大している⁸⁾。

逆に、現行犯逮捕の場合とは異なり、私人による緊急逮捕はできない。そして、「直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならない」のであって、「逮捕状が発せられないときは、直ちに被疑者を釈放しなければならない」。また、当然の^{はま}ことながら、刑事訴訟法210条の要件に嵌らないものについて緊急逮捕状の請求があった場合、仮に憲法上許容できても、あるいは通常逮捕の要件なら満たすときでも、これは却下されるべきものである⁹⁾。

警察官の研修のための分かり易い例としては、巡査が不審な自動車を発見して職務質問し、車検証の提示を求めたところ所有者は別であり、その理由を問い質したところ、近所でエンジンをかけたまま停車中の車を盗んだことを自供したので逮捕したようなものが挙げられている¹⁰⁾。殺人や強盗の事例もあるが、そこに至らぬ犯罪が多く、また、あまり計画性のない突発的な例が多い印象である。つまり、比較的よくある、窃盗や障害などの事例が緊急逮捕の対象であり、それが卑近なものであることを司法官憲関係者が認識しており、かつ、現在、その合憲性が危ういと危機感が遠のいた(あるとすれば、殺人や強盗などの凶悪な事例を軒並み示して、緊急逮捕制度の維持を訴える筈である)ことをよく示している。

刑事訴訟法210条については、早々、1955年に最高裁が合憲判決を下している。同事案は、巡査が、森林窃盗の被疑事件につき被疑者の居所で任意出頭を求めたところ拒んだので、被疑者を緊急逮捕しようとしたところ、被疑者がそれを免れようと更に暴行を加えたため、公務執行妨害罪にも問われたものである¹¹⁾。被告人は、一審の懲役10年の判決¹²⁾に不服で控訴し、その理由に、緊急逮捕は違憲であることも挙げたが、二審も、「緊急逮捕もやはり逮捕状による逮捕と考えるべきであつて、憲法第33条の精神に反するものとは解せられない。緊急逮捕と刑事訴訟法第199条の通常逮捕との差異は逮捕状の発付が逮捕の事前であるか事後であるかの

点である。しかも事後とは言え逮捕に接着した時期において逮捕状が発せられる限り逮捕手続としては、全体として逮捕状に基くものと言うことができる。従つて緊急逮捕は必ずしも憲法第33条に違反するものではない」などと判示して、控訴を棄却した¹³⁾。

最高裁大法廷は、「刑訴210条は、死刑又は無期若しくは長期3年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪を犯したことを疑うに足る十分な理由がある場合で、且つ急速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないときは、その理由を告げて被疑者を逮捕することができる」とし、そしてこの場合捜査官憲は直ちに裁判官の逮捕状を求める手続を為し、若し逮捕状が発せられないときは直ちに被疑者を釈放すべきことを定めている。かような厳格な制約の下に、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、されば所論違憲の論旨は理由がない」などと短く判示して、これを合憲とし¹⁴⁾、その判断を結論において全員一致で確定させた。この立場は、学説上、令状逮捕説に属するとされている¹⁵⁾。しかし、これには、合憲と結論付けるに値する「何らその理由を述べていない」¹⁶⁾、「どうして『されば』になるのか、どこにも説明がない」¹⁷⁾、「理論的には欲目にも解明せられたとはいえない」¹⁸⁾、「判決には必ず理由を附さねばならぬとする刑訴44条に違反している」¹⁹⁾、「何人にも納得のいかない判決となつてしまつたのでは、まさに呆れ返つてものがいえない」²⁰⁾と、酷評が重なっている。あっさりとした理由付けに、「将来変更される可能性は十分ありうる」²¹⁾との評すらあった。

この判決には、まず、齋藤悠輔裁判官の補足意見がある。同意見は、「憲法33条の除外の場合には、刑訴212条1項の現行犯逮捕の場合及び同法210条のいわゆる緊急逮捕の場合をも包

含するものと解するを相当とする」として、より広汎に令状なしの逮捕を合憲としている。だが、「合理的逮捕」ならば令状が不要とする論理からすれば、刑事訴訟法がそうである緊急逮捕について事後の令状を必要とした点が不可解である²²⁾。刑訴法 210 条が犯罪を限定したことにも合理性がないことになるのではなかろうか。「最高裁の補足意見や少数意見にしてないうる勇断」²³⁾ という皮肉が言い得て妙である。

これに対し、小谷勝重裁判官と池田克裁判官の補足意見は、緊急逮捕が合憲である理由を丁寧に述べようとした。「憲法 33 条」が、このように裁判官だけに令状を発する権限を与えているのは、裁判官は公正な立場に在る者であるが、捜査の権力をもつた者は、往々にして権力を濫用しがちであつたという過去の歴史的経験によるものであること、所論のとおりであると考え。しかし、それだからといって、令状主義の原則をもつて捜査を規律して例外の場合を一切否定することは、捜査上迅速に被疑者の保全を必要とする場合があり、そのために被疑者を逮捕することもやむを得ないと認められるようなときでも、これが許されないこととなり、捜査を全うし難いこととなるのであつて、憲法は、かかる場合の要請の合理性を認め、現行犯（本来の現行犯といわゆる準現行犯とを含むものと解する）の場合には、裁判官の発する令状によらないでも逮捕できるものとして、令状主義の保障からこれを除外しているのである。蓋し、事態の性質上、急速を要するばかりでなく、犯罪の嫌疑が明白であつて、裁判官の判断を待つまでもないからである。してみると、この理は、現行犯に限らず、その以外の右に準ずる場合についても考えられるところであつて、刑訴 210 条のいわゆる緊急逮捕は、あたかもその場合に於けるものとして認められたものと解釈されるのである。すなわち、同条の規定するところによれば緊急逮捕のできる場合は、死刑又は無期若しくは長期 3 年以上の自由刑にあたる罪を犯したことを疑うに足る十分な理由があり、急

速を要し、裁判官の逮捕状を求めることができないときに限られているばかりではなく、その上になお、逮捕にあつては、被疑者に対してその理由を告げなければならず、逮捕後は、直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならないとされているのであつて、これによつても明らかとなつて、犯罪の嫌疑は、当該捜査機関の主観的判断ではならず、客観的妥当性のある十分な理由の存する場合であるから、現行犯の場合に準じて考えられる明白な根拠をもち、裁判官の判断を待たなくても過誤を生ずるおそれがない」からであるが、「それにも拘らず、刑訴法が逮捕後直ちに逮捕状を請求して裁判官の判断を受くべきものとしているのは、現行犯のような羅馬法以来の伝統に由来するものでないために、法律は、謙抑の態度をとつたことによるものと解されるのである。されば、刑訴 210 条の緊急逮捕の規定は、令状の保障から除外している憲法 33 条の場合の枠外に出たものではなく、同条の除外の場合を充足したものと認めることができるから、適憲であると解するを相当とする」などとしたのである。

最高裁で、その後、緊急逮捕の合憲性が正面切つて争われた例は数少ない。実務的には、1955 年判決をもって解決されたと言ってよい²⁴⁾。1978 年の小法廷判決でも、弁護人が「憲法 33 条違反をいう点は、緊急逮捕に関する刑訴法 210 条の規定が憲法 33 条に違反するものでないことは、当裁判所の判例とするところであるから、所論は理由がない」²⁵⁾とされ、違憲の主張は簡単に斥けられた。

ただ、裁判官に令状発付の請求を速やかに行ったかどうかは、しばしば争われた。1975 年の最高裁判決では、午後早々に逮捕された被疑者について、午後 10 時頃に逮捕状の請求があつた事案で、同日が休日であり、最寄りの簡易裁判所まで片道 2 時間を要する距離であつたことを考慮しても、本件緊急逮捕の適法性は認められないとされた²⁶⁾。同様に、午後 1 時 20 分に非現住建造物放火の疑いで緊急逮捕し、適法

に弁解録取の手続をしたが、その後、火災現場の実況見分、取調べを行ったところ、逮捕状請求が午後8時となった事案で、逮捕を違法とした高裁判決もある²⁷⁾。一般に、裁判所の体制が「直ちに」令状を出せるものなのかとの指摘もあった²⁸⁾。これに対して、いわゆる内ゲバ事件において、証人が犯人であると確認したので傷害犯人を緊急逮捕したものの、被告人3名はもとより、被害者も捜査に協力しておらず、被疑事実の内容、犯人特定のための前記目撃者らの供述証拠の作成など、裁判所が緊急逮捕の要件の存否を判断するのに必要最小限度の疎明資料を収集し整理するために時間を要したため、緊急逮捕後約6時間を経てなされた逮捕状の請求を適法とした高裁判決がある²⁹⁾。

このほか、「十分な理由」要件を巡って争われた事案もないではない。1957年、最高裁が、デモ行進参加者多数が工場内に不法侵入し、共同で脅迫暴行に至り、司法警察職員が氏名、住所は明らかでなく、人相、体格、服装も具体的に提示しえない状況ながら、被疑者を特定して指摘できる程度に把握できるとして、被疑者らを緊急逮捕した事案で、「警察職員は当時右集団犯人の工場侵入共同脅迫暴行の犯行があつたこと及びその一部については被疑者を特定して指摘し得る程度にその犯人を確認していたことを原判決が判示していること明らかである。しかも、右犯人と認める被疑者達が多数であり、各地より判示結成大会のため来集し、他の多数朝鮮人とともに集結しつつ逮捕に来るべき司法警察職員に対し共同して石、コンクリート破片等を用意し暴行をもつて逮捕を免れようと企てつつあつた判示のような不穏混乱状態の下においては、たとえ司法警察職員が彼等の中に右集団犯人達を容貌等を見て識別確認し得ても、その氏名住所を知ることはもとより、彼等多数の各人毎にその人相、体格等の特徴を逐一言語文字をもつて具体的に表示することは困難であつたと考えられるから、彼等の中の或者が右犯人であることを識別確認し得る以上、彼等被疑者

が罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由があるものとして緊急逮捕をすることを妨げるものではない」とした例がある³⁰⁾。また、高裁判決には、「警部補らは、逮捕状及び捜査差押許可状がなくても、端的に被告人を覚せい剤所持罪の嫌疑によって緊急逮捕し、その現場において被告人の身体を搜索する権限を有していたものであるから、同警部補らが行った右所持品検査及びこれによって発見された覚せい剤所持の事実を理由とする被告人の現行犯逮捕並びにその現場で行われた右覚せい剤の押収は、法の執行方法の選択を誤ったにすぎない場合と同視しうるものであって、憲法33条、35条が規定する令状主義の保障を実質的に否定するものとはいえず、右押収、逮捕に憲法の右条項に違反する重大な瑕疵があるということとはできない」などとして、職務質問及びこれに随伴する所持品検査について、任意手段として許容される範囲を越える措置が行われた場合であっても、緊急逮捕を定める刑事訴訟法210条にいう「十分な理由」があり、同220条にいう被疑者の身体を搜索する必要があると言えるのであれば、憲法33条・35条に違反する重大な瑕疵は存在しないとした例がある³¹⁾。

主な判決を挙げても、以上で尽きる。その意味では、緊急逮捕の合憲性は、学説、特に憲法の教科書では頻出の論点の様に扱われてきているが、判例法上は、特に精密な理由付けもないまま、相当昔に決着が着いた問題と見てよい。

2 合憲論

さて、学説の方であるが、この問題について、憲法学の通説的立場は、後手に回った感がある。宮沢俊義は、「人身の自由」の節で緊急逮捕を語り、簡単に憲法33「条の容認するところ」としている³²⁾。宮沢は、「逮捕の直後に令状が発せられる場合」³³⁾と述べて令状逮捕説を支持したかにも見えるが、1955年最高裁判決の小谷・池田補足意見の、「その合憲性を説明していることが注意される」³⁴⁾という現行犯

逮捕説に寄ったかにも見え、理由もはっきりしない。佐藤功は、緊急逮捕を「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³⁵⁾のみで、憲法判断に踏み込まない。芦部信喜も、判例としては、緊急逮捕に関する1955年最高裁判決など、最高裁初期の判断を中心に紹介し、「異論もあるが、一般に合憲と解されている」と説明するに留まる³⁶⁾。要は、このテーマには積極的に取り組んだとは言えないのである。長谷部恭男も、教科書では、緊急逮捕について、違憲論も認識しつつ、合憲とする判例を紹介しているに過ぎない³⁷⁾。このほか、田上穰治も、「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、大日本帝国（明治）憲法時代の運用から抜けきれないのか、簡単に合憲としていたのである。

緊急逮捕の合憲性について、活発に議論を始めたのは、当然の如く、刑事法学界の方であった。憲法33条は現行犯逮捕と令状逮捕の2つを予定しているように見えるので、「憲法の予想する逮捕の2つの形の、どちらかにあたると説明しなければならない」³⁹⁾というのが基本的枠組みのように見える。このため、緊急逮捕を合憲とする多くの刑事法学説は、それを令状逮捕に分類するか、現行犯逮捕に分類するかに分かれていくことになったのである。

まず、緊急逮捕を令状逮捕の一種だとする説があり、これが刑事法学界の通説と言ってよい⁴⁰⁾。この説によれば、刑訴法210条が事後に令状を求めているのは、刑事訴訟分野の謙抑主義によるものではなく、必然的な憲法上の要請であることになろう⁴¹⁾。

團藤重光は、「事後とはいえ、逮捕に接着した時期に逮捕状が発せられるかぎり、逮捕手続を全体としてみる際には逮捕状にもとづくものということができないわけではないから、重大な犯罪について充分の嫌疑があり、しかも、緊急でやむをえないばあいに、かような便法に

よることをいちがいに違憲として不法視することはできない」のであるから、「逮捕状による逮捕と考えるべきである」とした⁴²⁾。しかし、この判断には「相当に疑問の余地がある」とも述べており、このことから、刑訴法「210条は、もっとも厳格に解釈する必要がある」として、「逮捕状を求める手続は即刻に行なわれなければならないし、また、逮捕状の発付が遅延するときには——逮捕状の請求の却下がなくても——被疑者を釈放しなければならない」と述べた⁴³⁾。團藤は、令状逮捕説であろうが、限定解釈を施したようにも解し得る。

池田修と前田雅英は、「重大な犯罪の犯人であることが明らかであっても、現行犯以外の場合には事前に逮捕状の発付が必要であるとする、その手続をしている間に被疑者が逃亡してしまい、その後の逮捕が極めて困難になる場合も少なくない」⁴⁴⁾とするところから議論を立ち上げ、かつて存在した「違憲説も、緊急逮捕が必要だということ自体は認めざるを得なかった。現行犯以外はすべて逮捕状を得てからでないと逮捕できないことになると、重大な事件の被疑者をみすみす取り逃がすことになり、国民の生活の安全を守る上で大きな障害が生じる」とし、「逮捕手続を全体としてみれば令状によるチェックが及んでいると解し得る」、「時間的に少し前後するよう見えても、やはり『逮捕状によって逮捕した』という関係が認められ得る」と説明しており⁴⁵⁾、根拠としては必要性にかなり傾斜した令状逮捕説であると解される。

安富潔も、憲法33条の令状主義がある以上、「『理由』のない逮捕は許されないが、重大な犯罪について、罪を侵したことを疑うに足る充分な理由が認められ、被疑者が逃亡又は罪証隠滅のおそれがあり、裁判官の令状発付を求める時間的余裕がないという緊急性がある場合に、逮捕直後の令状審査を要件として、被疑者を緊急逮捕することは、緊急処分として憲法の令状主義の例外として合憲と解せられる」⁴⁶⁾としており、この説に含められよう。緑大輔も、「憲

法33条との関係では、やはり『現行犯』に該当するというには例外の趣旨を充足しているとはいえず、むしろ通常逮捕の一種（あるいは亜種？）として辛うじて許容されるのが妥当でしょう」と述べている⁴⁷⁾。

酒巻匡も、「勾留請求段階まで裁判官の関与が予定されない現行犯逮捕とは異なり、事後ではあれ『直ちに』逮捕状請求がなされることで裁判官による逮捕の正当な理由の審査が行われるから、憲法にいう令状による逮捕の一種と位置付けられよう⁴⁸⁾」と述べる。ただ続けて、「身体拘束処分設計として、仮に現行犯逮捕と事前の令状による通常逮捕の精度しかなければ、高度の嫌疑は認められるものの現行犯に該当しない重大事犯の被疑者が面前に居るが、裁判官の令状発付を得る暇がなく、令状を得ても被疑者の逃走等により逮捕が著しく困難になるのが見込まれる緊急の局面においては、おそらく『現行犯』の法解釈・運用が著しく弛緩して勾留請求まで実質上の身体拘束がない現行犯逮捕が実行されるか、任意同行等の名目による実質上の身体拘束が誘発されるであろう。いずれも不健全な違法手続である。法はむしろ正面からこのような法的必要に対し、身体拘束の正当理由に関する限り迅速な裁判官の事後審査を介在させて、逮捕の必要性・緊急性との合理的調整を図ったものと理解できよう⁴⁹⁾」としている⁵⁰⁾ので、緊急逮捕の合憲性の説明としては、総合的なものに寄っている。そこで、「逮捕後の令状請求はできる限り迅速に行わなければならない」であるとか、嫌疑に「『充分な理由』が要求されている点に注意を要する」とか⁵¹⁾、「『直ちに』行うべき令状請求を遅延させるような逮捕後の捜査は相当でない⁵²⁾」などの指摘を続けている。

このほか、条文上、緊急逮捕状も通常逮捕状に関する刑訴法200条の方式の規定が210条2項で準用されており、これを補強理由に挙げる実務家もある⁵³⁾。

憲法学説でも、橋本公亘は、「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ことが妥当である」とする⁵⁴⁾。高橋和之は、緊急逮捕について、「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⁵⁵⁾」としており、令状逮捕説に含め得る⁵⁶⁾。大野盛直は、緊急逮捕は「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」としており⁵⁷⁾、一種の令状逮捕だとしている（令状逮捕類似説）。

以上は、逮捕がある程度継続的性質をもつ処分であるという点に着目して、令状が短時間に発せられれば、遑って逮捕行為を一体として正当化できるとする説明と言えよう⁵⁸⁾。

だがこれらの説には、緊急逮捕をしたが事後に令状が得られなかったときにどうするのか、という根本疑問が晴れないという大きな問題がある⁵⁹⁾。平場安治は、「逮捕状が発せられたとしても、事後の令状発付に補完的追完を認めることは、逮捕が刑罰に近い人権侵害の処分であるところから、刑事訴訟の人権擁護の機能を放棄するものである⁶⁰⁾」と激しく批判する。そして、令状が出たとしても、逮捕の時点では令状はないのであり、令状発付までの間の説明が難しい⁶¹⁾。逮捕の時点で逮捕の合憲性を理論付ける必要がある⁶²⁾。捜査の必要性のような説明は、第一線の捜査の裁量付与であり、これを抑制するための令状主義が換骨奪胎されてしまっている危惧がある⁶³⁾。

これとは逆に、一種の現行犯逮捕だとする現行犯逮捕類似説がある。先に示した、1955年最高裁判決の小谷・池田補足意見がその立場のように見える⁶⁴⁾。学説でも、渥美東洋は、「相当な理由、逃亡の虞または罪証隠滅の虞を具体的に示すことができない場合に逮捕すること

は、見込み逮捕、探索的・一般的逮捕として許されない。この要件を具備していると一応合理的に推認しうる場合には（逮捕にあっては『明らかに必要がない場合以外は逮捕してよい』というのが法の立場でもある。199条2項但書）、事前の裁判官の審査を求めなくても、逮捕は合法であり、合理的であるはずである。その要件を偽られないために令状要件が定められているが、要件を具える場合の逮捕を禁じて、犯人の摘発を不可能または著しく困難にする立場を憲法がとっているとは考えられない。無令状の場合を例外とすることを際立てるために、憲法33条は『現行犯』という文言を選んだものと解しうる。また現行犯人の逮捕は、『現認性』の例外としてだけでなく、身柄の『捕捉・抑留』の点については、『緊急性』の例外を定めると解すれば、憲法の『現行犯』概念には刑事訴訟法の緊急逮捕を含むと解される。このようにして、緊急逮捕は狭義の現行犯逮捕ではないが合憲と解される」とするのである⁶⁵⁾。

緊急逮捕を、現行犯逮捕に準ずる合理性がある場合だとして合憲とするタイプの合理的逮捕説もある。「その時間が極めて短く、自由の拘束といえないものである場合に、はじめて合憲であるという説明も可能になる。もともと、令状による逮捕の例外を現行犯に限定したのが少し狭すぎたのであって、諸外国の認める例外は、もっと広いし、アメリカなどははるかに広がっている。この程度の拡張解釈は、必ずしも人権を危うくするとはいえないであろう」とする旧い説明がある⁶⁶⁾。この説明は、アメリカ法を根拠の一つとする点など、1955年最高裁判決の斎藤補足意見に近いと言えようか。

木下智史は、緊急逮捕について、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、各要件を厳密に適用するならば、令状主義の例外を供する」「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⁶⁷⁾。分類は難しいが、一応、現行犯逮捕に準じると見る説と読めよう。

現行犯逮捕類似説に対しては、憲法33条の令状主義の例外が現行犯逮捕とあるところ、その例外規定に拡張解釈が過ぎるのではないかと批判がある⁶⁸⁾。従来の「正しい」用法に従う限り、「現行犯」ではない⁶⁹⁾。犯行と逮捕の時間的接着性が要件とされず、嫌疑の程度も「充分」性に留まっていることをどう説明するかという問題がある⁷⁰⁾。準現行犯を合憲とする議論すら理由とする、時間的接着性が明らかに欠ける⁷¹⁾。逮捕を時間的に継続した行為と見ることは他の場面ではまずなく、説明として困難である。現行犯が誰の目にも犯人と犯罪が明白であるのに対し、緊急逮捕は捜査官の専門的判断を伴って「明白」となるに過ぎず、両者を同一視することは難しい⁷²⁾。憲法33条の英訳を見ても、緊急逮捕を現行犯逮捕に包摂することには無理がある⁷³⁾。また、捜査上の必要を強調して現行犯の概念を拡張することは、「必要があればなにをしてもよいということになりかねない」⁷⁴⁾。事は刑事手続、人身の拘束だという重みがある。そうであれば、憲法33条の保障的機能は無に帰する⁷⁵⁾。実質的にも、現行犯逮捕と緊急逮捕では、罪証の明白性において質的な違いもあり、同一のものとは言い難い⁷⁶⁾。また、緊急逮捕の「逮捕の緊急性」は「通常の令状手続によっては犯人の保全を期することができないという手続上の緊急状態を内容としている。現行犯のように犯罪および犯人の明白性から直接に導かれる緊急性ではなく、その緊急性の判断については捜査の裁量は不当に作用する危険が多分にある」との指摘もある⁷⁷⁾。

緊急逮捕を現行犯逮捕の一種とする説も令状逮捕の一種とする説も、「社会保全の必要性という理由を強弁合理化のための『免罪符』とし、要件と手続の言葉の上だけの厳格性に、令状主義がもつ人権保障機能の『代償的安全弁』をみいだす点において、両者に本質の違いはない」⁷⁸⁾という、痛烈な批判もあることを添えて

おく。

3 違憲論

考え得る2つの合憲論が何れも説得的でなく、両説とも説明不能となれば、「合憲性の立証は不可能だ、ということでは」はないか⁷⁹⁾ということになる。刑事訴訟法210条は違憲だとするのが素直な流れであろう。学説にはそのようなものもあり、特に、憲法学説には多いと言えよう。

刑事法学界でも、高田卓爾は以上の合憲説や、より総合考慮の末に合憲との結論を引き出す考え方に与しない。まず、「令状は逮捕という強制力を発動する前に発せられることが要求される、と解されるべきであろう」⁸⁰⁾として、令状逮捕説を否定する。そこで、「緊急逮捕の制度は、現行犯（いわゆる準現行犯も含む）にあたる場合、逮捕行為を開始した後に逮捕状を認めるのであるから、憲法違反ではないかとの疑問が生ずるのは、蓋し当然のこと」である⁸¹⁾とし、立法関係者が述べていたとされる『「実際の必要」だけでは合憲の結論を出すことはできない』などと述べ、これらを批判する⁸²⁾。そして、このような曖昧な判断を排し、「現行犯逮捕の一種又はこれと類似の制度と考えるか、しからざれば緊急逮捕も令状による逮捕の一種と解するか、いずれかの途をとらざるを得ない」⁸³⁾が、「少なくとも現在のままでの緊急逮捕の制度は違憲といわざるを得ない」と断じたのである⁸⁴⁾。そして、立法論として、犯罪の範囲を限定し、逮捕状が発せられなかった場合の救済方法が予め必要だと指摘する⁸⁵⁾。「長期3年以上の懲役・禁錮にあたる罪についてまで緊急逮捕を認めるのは、何といても広きに失する」と批判、1955年の最高裁判決の事案を素材に、「森林窃盗の罪について、何故に緊急逮捕を認めなければならないのか」として、長期5年以上の懲役・禁錮にあたる罪程度に限定すべきであること提唱したのであった⁸⁶⁾。

ただ、高田説は、逮捕の許される犯罪の範囲

を限定し、逮捕状が出なかった場合の救済方法を講じることで緊急逮捕を認める説だとも受け取れる。このため、「条件付（立法論的）合憲説」⁸⁷⁾、或いは「相対的合憲説」⁸⁸⁾と呼ぶこともある。しかし、高田説のその部分は立法論なのであり、そうであれば、憲法33条に緊急逮捕を織り込む改正論も考えられる⁸⁹⁾とするものである。立法論や改憲論は法解釈論の枠外であり、解釈学説としては穏やかな違憲論と分類しておくのが適切であるように思われる。

植松正の見解も一見、高田説に近い。植松は、それまでの議論が、「重罪犯人をみすみす逃してしまうから、どうしても必要だという理由で」緊急逮捕を許容してきたと指摘⁹⁰⁾しつつ、「令状がえられなければ、どうしたって、令状による逮捕とは言えないではないかと言われてみれば、なるほど、そうである」⁹¹⁾として違憲論に転じたのである。他方、「令状によらない自由の拘束はわずかな時間内のことである」が、「ドイツ流の厳密な法学的思考によって訓練された日本の法律家たちには、その曖昧さは気に入らない」⁹²⁾ことが、この論争を複雑にした一因であるとも指摘する。「違憲論を打ち破るには論拠が足りない。憲法自体の思慮不足を刑事訴訟法が実際に合うように規定して補った」ものだと指摘する⁹³⁾。そして、これを解決するには「憲法のこの部分を改正して、刑事訴訟法の規定が正面から堂々と通れるようにしなければならない」と、憲法改正論に踏み込むのである⁹⁴⁾。違憲論ながら、現実に合わせて憲法条文の方の改正を求める主張である。

以上と比べても、平場安治の議論は明快な違憲論と言える。平場は、まず、「緊急逮捕を合憲とするには、緊急逮捕を現行犯逮捕とするか、それとも令状による逮捕とするかのいずれか一つしかない」と断ずる⁹⁵⁾。次に、「現行犯がローマ法における『あきらかな盗』（furtum manifestum）にしても、イギリス古法における『追呼』（hue and cry）にしても、その淵源において、実体法的意味を持つたことは明らかであ

る。くだつて、手続法的意味を持つようになり、起訴を待たずして裁判されることとなつたが、再転して、強制処分に関する例外を形づくることになつた。現行犯人を逮捕状なくして逮捕しうる制度的根拠は、罪証が十分に存在し、強制力施用が濫用に陥る心配が少ないということである。だが一たび、その立法理由が明らかになると、それ以外の罪証の明白なばあいにも同様に強制処分の例外を認めて差支ないという方向への発展を示す。そこで、犯罪と逮捕との時間的接着も、それ自体として重要なものでなく、罪証の明白を示す一場合ということになる。準現行犯や要急事件の観念が発達し、緊急逮捕のような場合を現行犯と同様に取扱う旧刑事訴訟法的傾向が一般化したのは当然である。だが現行憲法の認める現行犯の観念は、犯罪との時間的接着のきわめて強いものである。憲法33条の文言、その英訳からすれば、「犯罪が犯されている時に逮捕されるのが現行犯である。このような現行犯概念では、準現行犯（刑訴212条）でさえ、無条件に現行犯に入るかどうか疑われる。いわんや、犯罪と逮捕の時間的接着をなんら要件としない緊急逮捕が現行犯に入らないことは、多くを論じなくても明らかである」と、現行犯逮捕説を一刀両断する⁹⁶⁾。

「そこで緊急逮捕は逮捕状による逮捕だと説明されている。緊急逮捕では逮捕後に逮捕状が発せられる。事後の逮捕状であつても逮捕状の裏付けがあることは確かである。だが事後に逮捕状が発せられたからといつて、逮捕状による逮捕といえるかは疑問であろう。逮捕状によつたかよらなかつたかは、いうまでもなく逮捕の時を標準としていわれるべきである。事後如何に近接した時点で逮捕状が発せられたとしても、逮捕状によつたということとはできない。ただ逮捕状なしに逮捕した手続上の瑕疵を、事後に出た逮捕状により追完が認められるかが問題である。訴訟法においては一般に追完は広く認めて差支ない。然し追完の問題が訴訟行為の有効無効の問題であり、元来条件を具備しないが

故に無効である訴訟行為が、事後に条件を具備することにより有効になるばあいであるのに対し、憲法が逮捕に逮捕状を要求しているのは許容禁止の問題であり、元来逮捕という行為を行つても差支ないための条件である。従つて事後の逮捕状の発布に、追完の作用を認めても、逮捕に引きつづいて行われる留置の効力については兎も角、逮捕そのものの、適法・不適法には影響を及ぼさないのである。のみならず、訴訟行為の追完ならば、その効力は専ら将来に対する関係で生じるものであつて、遡及効は認められないから、この点からも緊急逮捕を追完の法理によつて、逮捕状による逮捕だと強弁することはできないのである」とする⁹⁷⁾。更に加えて、「緊急逮捕には逮捕状の発せられないばあいがあ」り、これは予想されている。だが「このばあいも概念としては緊急逮捕の中に入る。ただし逮捕とは身柄を拘束し引致する強制処分である以上、一定の重大犯罪につき嫌疑充分で急速を要するばあいに、その理由を告げて逮捕するのが、即ち緊急逮捕なのであつて、逮捕状が発せられるか否かは、要するに逮捕の効力が存続するか否かの問題だからである。逮捕状が発せられなかつたばあいが逮捕状による逮捕でないことは言わずして明らかであろう。しかも緊急逮捕がこの場合をも含むものであることに注意しなければならない」⁹⁸⁾とするのである。

そして、平場の怒りは刑事法学の通説に向けられる。「ところが通説はむしろ緊急逮捕の合憲性を認めている。それは逮捕に接着した時期に逮捕状が発せられるばあい、逮捕手続を全体としてみるときは逮捕状による逮捕だといふとするのである。この説からしても、逮捕と逮捕状の発布は時間的に接着において欠け、明らかに2箇の訴訟行為と見られるようなばあいには違憲だということになるう」と述べる⁹⁹⁾。最後に、「緊急逮捕を必要とする実務上の要求を承認するとして実は欠点は憲法上の現行犯概念の狭隘にあると思う。現行犯を例外とした事が実は逮捕の緊要と証拠の明白にある以上なに

も現行犯だけに限る必要はなかつた。だが現行法の解釈としては緊急逮捕は現行犯逮捕でも逮捕状による逮捕でもなく従つて違憲の規定だと断ぜざるを得ないと考える」とするのであった¹⁰⁰⁾。

以上、刑事法学界と比べても、憲法学説にははっきりした違憲論が数多い。

その中でも、最も重厚に違憲論を唱えたのが杉原泰雄である。杉原は、刑事訴訟法210条の定める緊急逮捕について、「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¹⁰¹⁾。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」と述べる¹⁰²⁾。また、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¹⁰³⁾。そして、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¹⁰⁴⁾。「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り」¹⁰⁵⁾、憲法「31条以下の適正手続条項は、13条の『公共の福祉』にもとづく制約（内在的制約）を具体化したものにはかならない」¹⁰⁶⁾として排除する¹⁰⁷⁾。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」¹⁰⁸⁾とする。要は、合憲

説は全て成り立たず、違憲と言わざるを得ないという論理のようである。また、杉原は、凶悪犯罪の緊急逮捕は許容できるとしながらも、現行刑訴法210条の示す犯罪の範囲が広過ぎるため、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いぜんとして論証されていない」として否定する¹⁰⁹⁾。杉原は、刑訴法210条を改正したとしても、令状なしに現行犯以外の逮捕がなされる以上、法令違憲であることに変わりがないという主張のようである。

奥平康弘も、緊急逮捕は、「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」¹¹⁰⁾という観点から見るべきだとする。そして、「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」と断じたのであった¹¹¹⁾。

浦部法穂も、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」¹¹²⁾として、これを端的に違憲とする。市川正人も、「憲法33条以下の規定は、31条の手続的適正の要求を個別的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得ない」¹¹³⁾とする。何れも、杉原説と同様の、かなり強い違憲論だと言ってよからう¹¹⁴⁾。小林孝輔も、緊急逮捕は、「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、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¹¹⁵⁾ だとし、法改正による合憲転換の可能性はほぼないと捉えているようである。

渋谷秀樹は、緊急逮捕について、まず、「これを令状主義の中で捉えるか、または現行犯の中で捉えるか、にかかっている。どちらでもないとする、違憲になる」と証明手順を明言する¹¹⁶⁾。そして、「前者と解するためには、憲法33条のいう『令状によらなければ』という文言が、時間的に事前を要求するのか、根拠が令状であれば事後でも許容するのかにかかってくる¹¹⁷⁾」として、事後でもよいとする説を検討するのであるが、「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、この説をとることはできない¹¹⁸⁾」として、否定する。かと言って、「後者と解するためには、現行犯逮捕の要件との関係を吟味する必要がある。緊急逮捕は犯罪と被疑者の①特定性・②明白性はみたすが、犯罪の③現在性・④時間的接着性は満たさない。同条の規定は、③④に代えて、実体的には、犯罪の重大性、身体拘束の緊急の必要性を要求し、手続的には理由の告知と令状の事後発給を要求する。この代替性を認めるか否かを問題としなければならない。ところが、このように要件を変換すると、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。したがってこのような説明は論理として不可能である。実際の必要性をもって緊急逮捕を合憲と解するのが多数説と思われるが、この説は、憲法解釈の枠を踏み越えたもので、むしろ憲法改正の必要性を解くべきである」とする¹¹⁹⁾。渋谷の主張は、現行刑事訴訟法210条については違憲説であると判断できるだけでなく、憲法の方を改正しなければ齟齬が解決しないとしている点で、刑事訴訟法210条を改正しても合憲にはならないことを示唆しており、実はかなり堅い違憲論と思える。

より若い世代でも、浅野博宣は、緊急逮捕について、「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「法律上も判例上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」と主張する¹²⁰⁾。なので、現行法違憲論に立つものと見做せる。刑事訴訟法210条を改正しても、基本的には合憲の余地がないことになりそうであり、杉原説などの堅い違憲論側に足を踏み入れている。

これらに対して、もう少し柔軟に考えつつ、最終的には違憲とする説もある。藤井俊夫は、緊急逮捕について、『『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¹²¹⁾ というのであるから、総合衡量説に立って、なおかつ刑事訴訟法210条が改正されれば合憲となる余地があることを示唆する立場である。愛敬浩二も、緊急逮捕について、「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」としており¹²²⁾、違憲論に含めてよい。しかし、緊急行為説に立って、なおかつ、刑事訴訟法210条が改正されれば合憲となる余地があることを示唆しており、やはり堅い違憲論とはややスタンスを異にする。

長谷川正安は、緊急逮捕については、1955年の最高裁判決の事案を取り上げつつ、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事法の趣旨にそわないだけでなく、憲法第33条に明白に違反すると断じている¹²³⁾。はっきりしない部分もあるが、もし、長谷川がこの事案への適用を問題とし、より重大な事案への適用には合憲とする余地があるとしているのであれば、意外な柔軟性を示していたのかもしれない。ならば、長谷川の主張は、適用違憲論だとも採れた。

確かに、憲法33条が人権条項として相当に詳細な定め方をしているので、現行犯の場合を唯一の例外としていると読むのが、日本語として自然である¹²⁴⁾。緊急逮捕が令状逮捕でも現行犯逮捕でもなければ、憲法の許容する逮捕ではなく許されない、とする論理はすっきりしている。「公共の福祉」の名の下に、社会的害悪だから排除できるとしたのでは、そもそも令状がおよそなくても、犯人の明白性が欠けていても、緊急であれば逮捕できることになり、刑事手続条項一般で考えても大いに疑問であった。総合的な衡量によるとする説にも同様の懸念があり、少なくとも現行の刑事訴訟法210条は違憲であるとする主張は、明快で、ある意味、いわゆる憲法論らしい清々しさすら感じられた。

併せて、合憲論の中に度々見られる、アメリカ法を根拠とする議論もまた批判できることも指摘しておく。1955年最高裁判決の斎藤補足意見による、日本の刑事訴訟法210条はアメリカ合衆国憲法修正4条の導入の結果だという歴史認識は、「憲法33条を、たんに制度史的側面からのみ捉えることはできないし、」そう「限定しても、同裁判官の見解は皮相に過ぎ」¹²⁵⁾との非難を免れまい。アメリカ法における令状逮捕の例外を念頭に置く学説は、アメリカでも逮捕状を必要としないように日本でも緊急逮捕に逮捕状は元々必要がないとストレートに解するきらいがある¹²⁶⁾。しかも、合衆国憲法修正4

条は、日本国憲法33条のように令状主義を謳ってはならず、文言が異なる¹²⁷⁾。アメリカが母法だからという簡単な理由に乗ることはできない。アメリカとは、捜査構造や逮捕の性格そのものの違いがあり、1956年の認識としても、「米法では、被疑者を逮捕したときは、遅滞なく被疑者を最寄りの予備審問官」「の前に引致し、その審査を受けなければなら」ないので「令状主義の例外を広く認めることができる」ことが指摘されており¹²⁸⁾、また、違法収集証拠排除の原則などにより違法手続を禁ずる判例の集積が行われている。このため、日本の刑事司法において安易に憲法33条の文言通りの解釈の拡張を認めてよいのかは疑問でなのであった¹²⁹⁾。

だが、だからと言って、杉原の述べるような、論理的に断じて違憲とするしかないとする主張にも実は難がある。演繹的証明は兎も角、「帰納論理は推測である」¹³⁰⁾。数学的帰納法は、数学に収めるべく、「演繹論理」なのである¹³¹⁾。これに対し、例外も多い法律学の「証明」の多くは帰納的証明である。また、数理の世界とは異なり、文言は多義的である。絶対に正しい、これ以外の結論は論理的にない、ということは稀である。民商法や刑法の各論的条文とは異なり、憲法条文の解釈手法が、いかに重要な人権条項とは言え、ここまで堅い解釈を行うことには、違和感がある。また、社会治安上の不安を考えると、諸外国の例の通り、この程度の「例外」を認めないことは非現実的であるとの批判がある¹³²⁾。即ち、「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・文理にとらわれすぎ」である¹³³⁾。「表現の自由」の制約が認められ、その特例として「検閲」の絶対禁止を導く現在の一般的憲法学説の論法と比べても、厳格に過ぎよう。多分に、刑事訴訟法210条違憲論の論理は、天皇の国会開会式での「おことば」を違憲とする論理に似ている。この場合も、「象徴としての行為（公的行為）」の創設は、憲法が天皇の

政治的行為に途を開くことになり、その活動を限定列挙した趣旨に反しようが、7条10号の「儀式を行ふこと」に含めれば、「儀式」での発言は内閣の「助言と承認」で監視すれば、「日本国」及び「日本国民統合の象徴」性を維持する点で特に問題がないことからして、この限りでは合憲として、その行為の過拡大は押し留めるべきであった¹³⁴⁾ように、刑訴法210条違憲論の問題点にも共通項がある。何れも、頑なな文言解釈に突き進み、いわゆる非現実的な結論、民主主義国家において国民の感覚と乖離した結論を導いてしまったとの印象も拭えなかったのである。

4 違憲論の批判を受けて

このような違憲論の台頭、それによる合憲論批判を受けて、これに反論しつつ緊急逮捕の合憲性を説明する対応も多く見られた。総合的に考えて合憲とする説である。現行犯逮捕か令状逮捕かという二分法で合憲性を説明できないこともあり、まずは「捜査実務からの現実論との調整理論による合憲説」¹³⁵⁾があり得た¹³⁶⁾。そこには、以上の合憲論・違憲論の持つ機械的な解釈から脱却したいという意欲が垣間見える。

刑事訴訟法学において、最も違憲論と紙一重の主張をしているのは鈴木茂嗣である。鈴木は、「犯罪の重大性などについてもっと厳格な絞りをかける必要があ」ることから「現行法の規定のままでは、合憲性を認め難い」¹³⁷⁾とするが、「逮捕状の請求を受けた裁判官は、逮捕当時における緊急逮捕の要件の存在、および現在における通常逮捕の要件の存在を審査し、これらがともに認められる場合にのみ、逮捕状を発するべきである」¹³⁸⁾とも述べており、合憲限定解釈を行っているように見える。解釈による新たな立法に進んでいるとも採れる程である。

堀江慎司は、令状逮捕説に対しては、「令状主義の本旨は事前の司法審査の要求にあるとか、事後の令状が発布されなかった場合の説明が困難である、といった批判がある」¹³⁹⁾、現行

犯逮捕説などに対しては「緊急逮捕では、犯行の現認等の直接的・類型的事情による犯人性の明白さも、犯行と逮捕との時間的接着性も要求されないから、現行犯逮捕とは同視できない、等の批判がある」¹⁴⁰⁾とし、また、実質的な社会治安上の必要を主たる理由にする「緊急行為説」に対しても、「理論的説明として成功しているかは疑問が残る」¹⁴¹⁾と手厳しい。加えて、アメリカ合衆国憲法修正4条にならい、日本国憲法33条は合理的な逮捕について令状要件を外したとする合理的例外説についても、「両国憲法の文言の差異を無視しており妥当でない」と断ずる¹⁴²⁾。結局、「事前の令状による通常逮捕が令状主義に則った『原則』型であり、その趣旨が、正当な理由なき逮捕を事前予防することにあるとすれば『例外』を肯定するには、少なくとも犯人性の明白さが必要」であって、刑訴法210条の「犯罪の嫌疑の『充分な理由』は『明白性』の意味で（限定的に）解すべき」であるなどとし、「限定解釈された嫌疑要件に加え、個別具体的事情のもとでの緊急の必要性の要求、さらに事後的な司法審査の存在によって、辛うじて合憲性を肯定できる」¹⁴³⁾と、厳しい決断をしている。堀江は、「令状主義の本旨が生徒理由の事前チェックにあるとすれば、例外を肯定するには嫌疑の明白性が必要と思われるが、ただこれは現行犯の場合のような犯行の現認等の類型的・直接的事情によってしか認め得ないものではなく、この点に緊急逮捕を合憲とする道を求めるべき」¹⁴⁴⁾だとも述べている。

そこまで厳しい見解でもなく、緊急逮捕を総合的に合憲とする主張は多い。そして、多くは、「それが緊急状態に対処するためにのみ特殊例外的に容認される点に」依拠することとなった¹⁴⁵⁾。代表例は平野龍一である。平野は、「その合憲性を論理的に肯定することは困難である」としながらも、「現行犯の概念を拡げて解釈するのは困難であるし、事後の逮捕状発付によって、逮捕を追認するから、令状による逮捕だという見解も、事前に令状を要求している憲法の趣旨

に適合しない。その合憲性を論理的に肯定することは困難である。ただ、実質的にその社会治安上の必要を考えたとき、右のような緊急の状態のもとで重大な犯罪について例外を認めることの合憲性を、かろうじて肯定しうるであろうか」と述べていた¹⁴⁶⁾。

松尾浩也も、令状主義の修正として、立法事情や外国立法例を併せて考え、合憲としつつも、「その運用においては、変則的的制度であることを念頭に置いて、厳格な処理を旨としなければならぬ」とする¹⁴⁷⁾。

三井誠は、令状逮捕説には「事前の令状の請求・発付という形での裁判官による審査の存在こそが令状主義の趣旨である（副次的には、事後に令状が発布されなかったときの説明がつかない）との批判、現行犯説に対しては、緊急逮捕と現行犯逮捕とではその要件が大きく異なっており緊急性のみで令状主義の例外を認めることは問題であるとの批判が可能である」とする¹⁴⁸⁾。その上で、「しいて合憲説を説明づけるとすれば、国民の生命・身体・自由・財産等に対する重大な侵害を排除するために、令状逮捕および現行犯逮捕と同視できる形で認められた緊急措置としての処分とでもいうほかないであろう（競合緊急処分説）。すなわち、令状説および現行犯説の絞りをふまえた緊急措置と構成することにより、緊急逮捕の合憲性を説明する¹⁴⁹⁾。そして、複雑なプロセスを経て合憲性がやっと満たされることに鑑み、「各要件の解釈もおおのずと厳格になる。そうでなければ、次に運用違憲の疑いが生じてくるだろう」と釘を刺している¹⁵⁰⁾。上口裕も、「緊急逮捕の実質的必要性と事後的司法審査を根拠とする」三井説に賛成している¹⁵¹⁾。井上正仁も、憲法の諸規定が「令状主義の趣旨に照らした合目的な実質解釈を一切許さないものとはまでは言えない」として、「例えば、緊急逮捕」を例示しており、「合衆国憲法の規定ぶりとの間に歴然とした差異があることも軽視できるものではないから、そのような解釈には自ずから限度がある」としつつ、合

憲論に立っている¹⁵²⁾。

田口守一もまた、「一種の緊急行為としてかかる逮捕形態も認めざるをえないので、直ちに違憲説に従うことはできない。また、令状が発布されない場合もあるので、令状逮捕説をとることはできない（令状逮捕説をも根拠に含める競合説もほぼ同じである）。憲法33条は、司法的抑制を働かせなくても逮捕が合理的な場合として現行犯逮捕を掲げていると解することができるので、これに準ずる合理性がある場合には令状主義の例外を認めることができよう。緊急逮捕は令状主義の例外として合理性が認められる場合と考えられるが、現行犯逮捕との要件の違いがあるので、逮捕後直ちに裁判官の審査をうることとしたものと解することができる」と説明する¹⁵³⁾。

このほか、柳川重規も、「事前審査が令状制度の基本であるということになるので、緊急逮捕は、無令状逮捕である¹⁵⁴⁾としながら、「令状入手の時間的余裕がない緊急状況であること、令状要件の代替手段が設けられていることから、令状制度の例外として認められている¹⁵⁵⁾とのあっさりした説明を行っている。

憲法学説でも、覚道豊治は、緊急逮捕を定める刑事訴訟法210条について、「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¹⁵⁶⁾。佐藤幸治も、「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¹⁵⁷⁾」としており、緊急行為説の典型的説明のように思われた。小嶋和司による、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¹⁵⁸⁾説明も、これに近いものと思われる。堀内健志も、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慮して、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」¹⁵⁹⁾としており、この種の合憲説に含められよう。

そもそも、1947年の刑訴応急措置法の立案の際、「この手続は司法官憲が発した令状によらなければ何人も逮捕されないという新憲法の要求に一見抵触するようではあるが、公共の福祉を守るために重い犯罪を適切に検挙するという要請と又逮捕後逮捕行為の継続中に裁判官の令状を得るという担保があることによって新憲法第33条の精神に反しないということとなるのである」¹⁶⁰⁾と説明されており、その説明は、必要説寄りの総合説だったと言えた。高田説、植松説の述べる通り、当初、憲法の「司法官憲」について検察官を含むとの解釈もある中で、令状主義の例外を「現行犯逮捕」のみとするままで日本国憲法が公布されてしまったことが問題であるが、立憲者には、現在考えられている緊急逮捕のようなものを違憲とする理解はない。また、逮捕する側の論理としては、日本国憲法33条が「そもそも狭すぎるのであつて、立法例にも類例のない非現実的な規定である」ため、「その枠内でなお解釈の容れる余地があるとするものは合憲説」を採ったということである¹⁶¹⁾。これらを踏まえ、総合して合憲とする理解が生まれたと言えよう。もし、緊急逮捕について、「刑事訴訟法の規定は広範にすぎる」となれば、「きわめて重大な犯罪に限るべき」¹⁶²⁾などの限定が付されるのが自然であろう。

また、仮に、緊急逮捕を定めた刑事訴訟法210条を堅く解釈して、それが法令違憲となったとすれば、刑事司法は任意同行を多用する恐れがある。憲法学者の鈴木安蔵も、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」と早々に指摘していた¹⁶³⁾。確かに、そのような運用を

推奨するのは、脱法の勧めに見える。そうであれば、緊急逮捕という概念を認めた上で、それを厳格に運用させるよう規制した方が人権尊重の趣旨に適うという理解も解らないではない¹⁶⁴⁾。しかし、そのような説明は、社会法益を尊重し、人権よりも捜査機関への協力を第一義にしているのではないかとの疑念がある¹⁶⁵⁾。

このほか、憲法13条などの「公共の福祉」を持ち出し、「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」¹⁶⁶⁾などとする外在的制約説は、戦前同様、公や多数の漠然たる利益を言い出せば安易に人権制約が可能になるものとして既に憲法解釈学説としては葬り去られたものであり、採用し難い。「無媒介な『公共の福祉』の観念をもち出すことは、とかく危険を伴う」¹⁶⁷⁾。また、「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」¹⁶⁸⁾とするような、令状主義に対する内在的制約があるとする説明¹⁶⁹⁾も多いが、憲法論としては裸の利益衡量論¹⁷⁰⁾との謗りを免れまい。特に、憲法の刑事手続条項が詳細であり、その制限は特に慎重であるべきところ、粗雑な憲法解釈との非難を浴びてもやむを得まい。必要説はその亜種である疑いもある。また、「合理的逮捕」と言っても、何が合理的かは不明瞭であった¹⁷¹⁾。「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」であろう¹⁷²⁾。

そのような中で、田宮裕は、以上の、必要性を重視する考え方ともやや一線を画し、「現行犯に準じて合理的と称しうるとする合理的逮捕説」と平野の必要説は「実質上ほぼ同じ考え方で、アメリカの憲法解釈が参考にされている」が、「憲法33条の文言は母法（「合理的」な逮捕を許す）以上に厳格なことを考えると、」「全体的にみれば『令状による』といってよいとする令状逮捕説」「をあわせてはじめて（つまり、令

状審査を条件として)合憲性を肯定しうる」と述べている¹⁷³⁾。立法の沿革も考慮しつつ、最高裁判例を擁護するものと言える¹⁷⁴⁾。田宮説は、アメリカ法よりも日本国憲法の方が逮捕に厳しい要件を課していることも、加味していると言えよう¹⁷⁵⁾。

憲法学界においても、緊急逮捕の全てを合憲とはせず、一定の絞りをかけ、運用などを慎重に行うことを提言する見解は増えているように思われる。小林直樹は、緊急逮捕について、「刑訴210条の程度に要件をしぼり、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¹⁷⁶⁾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¹⁷⁷⁾。鶴飼信成も、「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。少なくとも、この規定の濫用は深く戒めなければならない¹⁷⁸⁾」と述べ、違憲とはせずとも慎重な運用を求めていた。辻村みよ子も、緊急逮捕は「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の逮捕など)は慎まなければならない¹⁷⁹⁾」とする。伊藤公一も、緊急逮捕が「もし合憲としても慎重な運用が望まれる¹⁸⁰⁾」

緊急逮捕が本当に「緊急」であるのかに狙い

を定め、これによる絞りを効かせるべきだとする見解もある。松井茂記は、緊急逮捕について、「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¹⁸¹⁾。高橋正俊も、緊急逮捕を、「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¹⁸²⁾」として現行犯説に立ちながら、「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」とした¹⁸³⁾。「嫌疑の充分性にしても通常逮捕の場合の嫌疑の相当性との間に、観念上の区別はできても、実際上の区別はほとんど困難であるから、これをもってしても例外性を十分に保証できず、「緊急逮捕の実体的要件として最後に残された緊急性の要件こそ真に緊急逮捕の例外性を確保するいわば最後の砦である¹⁸⁴⁾」と言えよう。「緊急」逮捕を合憲とする理由は、ほぼ専らこの点に求めるべきであろう。また、逮捕に関しては「原則として司法官憲(裁判官)の決すべき事柄であって、捜査官憲の決定すべきものではない¹⁸⁵⁾」点も肝要である。緊急逮捕は、それを捜査官に一旦委ねているのである。緊急性を現場に広汎に判断させず、適正な範囲に制限する解釈は必要であろう。

次に、緊急逮捕が「例外」であるとされたことで、「重罪性」が「長期3年以上の懲役、禁錮」以上の全犯罪を含んでしまったため、「『例外』と呼ぶには全く似つかわしくない」疑いがある¹⁸⁶⁾。かつ、運用まで考えれば、「重大な犯罪かどうか」が客観的に定まっているのではなく、ただ捜査官が重大な犯罪と思った場合に緊急逮捕がなされる仕組みであるため、「誰の目にも重大な犯罪の被疑者たることが明らかな場合とは違

う」のである¹⁸⁷⁾。そこで、まず、緊急逮捕の対象とする犯罪が広過ぎることを問題にする見解も多い。例えば、尾吹善人は、緊急逮捕について、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ず、捜査機関の便宜のほうに傾き過ぎている」と批判した¹⁸⁸⁾。現行法は、連続窃盗犯なども視野に入れ、窃盗などでも実質的に軽微であったり令状取得を待たばよかつたりするとは思えない犯罪について緊急逮捕の対象としている。実際に、在宅起訴や令状逮捕でよい、悪質性の弱い軽微な犯罪にまで緊急逮捕を発動することは適用違憲の疑いがあるが、一般論として、常習犯などを視野に窃盗罪などを緊急逮捕の対象とすることが法令違憲とまで言えるかは微妙である。同罪の被疑者につき、現行犯逮捕も令状逮捕もできるが、緊急逮捕だけできないことにも違和感がある。問題は「緊急」逮捕の対象犯罪の範囲が過大なことではなく、そもそも日本の司法が長期的身柄拘束を当然とする「逮捕」一般を多用し過ぎていることにあったとの疑いも拭えないであろう。

以上のように、緊急逮捕を丸ごと違憲とはしないものの、一定の要件を科し、あるいは一部のものについてのみ合憲とする憲法学説は、今日まで増え続けていると言ってよい。上田健介は、これらを総合するが如く、違憲論を批判した後、以下のように論ずる。「憲法制定時の憲法起草者の理解としても、憲法は文理どおりの厳格な令状主義を要請しているわけではなかったといえる。憲法制定議会での審議において、政府は、憲法33条にいう『司法官憲』とは裁判官のみならず検察官および司法警察員までを含むとの理解を示していたのである。緊急逮捕の制度は、総司令部から『司法官憲』とは裁判官に限る旨の見解が伝えられた後に登場したものであった¹⁸⁹⁾」であり、「このような点に鑑みれば、憲法33条は、逮捕には原則として事前の令状発付が必要である——裁判官に犯罪の嫌疑の相当性や逮捕の必要性を審査させること

で、捜査機関による逮捕権の濫用から人身の自由を保障するのがその趣旨である——が、現行犯逮捕の場合以外にも例外を許容しているものと解さざるをえない」が、判例も、「緊急逮捕は、犯罪と犯人の明白性の点で現行犯逮捕の場合と同視できないところ、事後の令状請求を要件とすることによりこれが補われ、実質的に」令状主義「の趣旨に反しないとみた」ものであり、「緊急逮捕の運用に際して、裁判官は、事後の令状発付の際に、刑訴法210条の定める3要件および事後の令状請求の迅速性を厳格に審査することが求められる¹⁹⁰⁾」とするのである。

結局、刑事訴訟法の緊急逮捕条項を法令違憲とする有力刑事法学説は現時点ではないようである。憲法学説の多数も、刑訴法210条を限定的に解することで合憲性を維持する方向にある。最大公約数を述べれば、緊急逮捕は、令状主義の趣旨に沿った厳格な解釈と運用が求められるということであろう¹⁹¹⁾。「緊急逮捕は、憲法自体からして既に緊急やむをえない場合のみ認められる例外的制度であることが強く要請されているのである」から、「それ故に緊急逮捕が通常逮捕（令状逮捕）にとって代わるような解釈、運用はそれ自体違憲の行為となり、もとより許容されないものと¹⁹²⁾」なろう。つまり、真に「緊急」であるものだけに例外的に認めるべきものが、緊急逮捕であり、その絞りが必要ということではなからうか。ここに採るべき途があるように思えるのである。

5 緊急逮捕の憲法論を超えて

これまで見てきたように、判例及び学説は、刑事訴訟法210条の緊急逮捕が、憲法33条の令状逮捕なのか現行犯逮捕、もしくはそれに類するものなのかを論じ、何れにも該当しなければ違憲なのかということから論争を始めた。しかし、抽象度の高い憲法全体の趣旨から合憲と言えないものを一般に違憲であると判断すべきところ、この種の二分法（もしくは三分法）による違憲論には頑なな印象が残った。このた

め、学説の大勢は、柔軟な憲法解釈の方向に舵を切った。現行法の定める緊急逮捕について、全部を違憲もしくは合憲とするのではなく、ある範囲やある場面について合憲と判断すべく模索し出したのである。

換言すれば、従来の法学説は、ある法律問題の合憲性を論じるに際し、主として法令違憲かそうでないかを争点としてきたのであるが、日本の裁判所は憲法裁判所の如くではなく、事案の解決を主とする機関である¹⁹³⁾ため、表現権侵害立法の文面審査のような場面¹⁹⁴⁾を除けば、その前に適用違憲の可能性を検討すべきであり¹⁹⁵⁾、法文の意味を明確にするに当たっても、合憲限定(拡張)解釈を先行させるべきである¹⁹⁶⁾。

憲法学説を振り返っても、和田英夫は、「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」とした¹⁹⁷⁾し、伊藤正己も、「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きをしなければならぬ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」¹⁹⁸⁾と述べていた。近年、清野幾久子も、「憲法33条の令状主義の観点から、」刑訴法210条「を『合憲限定解釈』する方向を探ることも一つの残された道」であるとしている¹⁹⁹⁾ほか、長谷部恭男も、法令違憲に突進しがちな解釈傾向を戒めてか、「憲法は、個別の事件に対する実定法の解釈・適用の帰結が『適切な判断』とは言えないとき、実定法秩序の外の『良識』、つまり実定法以前の実践的判断に訴えかけるための窓口となる」として、適用違憲の方法を主として刑事法学界に示唆しつつ、「もっとも、良識に照らして『適切な判断』とは言い得ない結論が実定法の規定から導かれ

るかに見えるとき、憲法を呼び出す以前に、法令等の解釈を通じてそうした結論を回避することが可能なことも多いはずである」として、限定解釈を推奨し²⁰⁰⁾、憲法のはっきりした起動を避けるという意味で、合憲限定解釈がまずはあるべきことも示唆している。一般的に、憲法判断においては適用違憲や合憲限定解釈を模索すべきであり、刑事手続条項においてもそれは例外とする理由はないのである。

緊急逮捕を定める刑事訴訟法210条についてもまた、まず、合憲限定解釈を模索すべきである²⁰¹⁾。近時の学説が、刑訴法210条の意味を限定させたり、当該事案に本条を用いるのが適当かを論じたりしてきているのは、憲法論としても整合的に理解できるものである。緊急逮捕は、逮捕時には司法官憲の審査を何ら受けていないという点に留意すべき点がある。憲法33条が、捜査機関による個人の身体の自由の不当な侵害を防止するため、それには司法官憲による令状を必要とする原則がある²⁰²⁾。他面、このことは、同条が、厳密な意味での現行犯逮捕以外の、逮捕時に令状を有さない身柄拘束を一切禁じる趣旨とは思えず、逮捕には裁判官による令状を大原則とすることを謳うものである。現行犯逮捕は定義できるが、令状逮捕との中間的なものについては、その解釈の実質的必要性が高まろう。そう考えると、「緊急」ではない逮捕は排除され、緊急であってもまさに直ちに令状を請求することが求められているのであり、実務有利に時間的猶予を与えるような憲法解釈は許されないと解すべきであろう。憲法的には、緊急性がある場合に限り一旦身柄拘束は認めるが、その直後に令状を請求し、裁判官がそれを発付するところに限定解釈されるべきものであろう。逮捕であるから、一般に必要なものがないものが認められないことは、令状逮捕の場合と変わらず、裁判官ではない現場の警察官等の判断に一旦委ねられることから、明らかに必要な場合に限るべきものである。確かに、「直ちに」と言っても、「書類・資料を取り揃える

のに必要な最小限度の時間は許容されなければならない²⁰³⁾。現在の緊急逮捕の場合、3時間程度は要するとされるが、請求者が警部以上に限るといってもないため、警察内部の手続的遅延により裁判所への請求が遅延することは望ましくないし、裁判所の側も担当裁判官の出張等を理由に引き延ばすことがあってはなるまい²⁰⁴⁾。請求が遅れた場合には、裁判官は令状を発付しないこととなり、逮捕そのものは合法的ということになるが、実務的には処理が難しくなる困難に漂着する²⁰⁵⁾。これに遅れれば、手続的瑕疵があり、さすがに適正手続とは言えなくなる恐れも大きかろう。被疑者を直ちに解放すべきである。

加えて、違憲的適用と判断されることが生じることも考えねばなるまい。その手続の適正な範囲を事前に検討し、不適当な適用を排除すべきである。ならば、「学問裁判の生命ともいえる論理を放棄してまで、守ろうとする緊急逮捕の必要性とは一体何か²⁰⁶⁾」という指摘の正否は兎も角、緊急逮捕条項を適用せねばならない場合を再考せねばなるまい。特に、現行犯逮捕や令状逮捕と言えるものならば、それらが憲法上より確実な概念である以上、そこに分類し、適切に処理されるべきである。横山晃一郎はこの点を問題にしていた。1955年最高裁判決の事例は、「家族もあり住居もある山村の人間」であり、任意同行に応じなければ、通常逮捕で十分であった²⁰⁷⁾。本件事実関係はそうでないかもしれないが、そもそも緊急に逮捕する必要もなく、在宅起訴で十分な場合であれば、そのような事案にまで緊急逮捕で臨むべきか、その適用の合憲性がおよそ疑わしいときもあるであろう。1950年の札幌高裁判決²⁰⁸⁾の無銭飲食の事例は、巡査に暴行して任意同行も拒否したもので、緊急性は十分だが、「被告人は連れの男と共に代金を支払わずに逃走した、それで早速女給の一人は被告人を探しに出かけ他の一人は富良野駅前巡査派出所へ行き同所勤務の宮里忠良巡査に右の事実を届け出たので同巡査は詐欺被

疑事案として直ちに女給と共に被告人を探したところやがて発車しようとする判示列車に乗込んでいたのを発見し事案につき質問したが被告人は事実を否認し言動も乱暴なので充分取調べる必要もあり前に説明した通り当初任意同行を求めたが拒否したので緊急逮捕をなす旨告げて逮捕に着手するに至った」という事実関係からすると、準現行犯での逮捕も可能であったものと言えよう²⁰⁹⁾。また、1957年最高裁判決の事例は、犯行現場からずっと尾行してきたのであれば、現行犯、準現行犯で逮捕できる事案であった。追尾から4時間経過して逮捕に至った事案であることを考えると、早々に令状請求すれば令状逮捕ができたもので、「なまじ、緊急逮捕制度があるばかりに、『即日逮捕を決定するまでに2時間余』の小田原評定を重ね、令状請求の時を逸した²¹⁰⁾」と言えようか。現行犯でもなく、令状を得る時間もなく、緊急に身柄を確保する必要がある事案が、本当にどれほどあったのかは再考されるべきなのであろう。

更に、実務的に挙がる例²¹¹⁾を検討すれば、「指名手配中の者に出合った場合^{ママ}」は「逮捕中の緊急執行に当たる」べきで、「令状を示すのに、何日もかかるときは、指名手配を資料として受配地で新しく逮捕状を得て手配地に引致すればよい」ようであるから、緊急逮捕の必要はない²¹²⁾。「余裕の有無を問題にすること自体無意味²¹³⁾」である。「通常逮捕状により逮捕した被疑者につき、逮捕状発付「の原因となつた犯罪事実がないこと又はその事実が罪とならないことが明らかとなつた場合において、他の犯罪事実があると認められる場合」や、「緊急逮捕した被疑者につき、逮捕状発付「の原因となつた犯罪事実がないこと又はその事実が罪とならないことが明らかとなつた場合において、他の犯罪事実があると認められる場合」については、「逮捕中の者を『急速に』更に再逮捕する必要性は乏しいし、令状請求の時間がない、ともいえないから、通常逮捕を迅速に行なうように手配すれば、それで足りる」のであり、「そ

の他告訴発自首特定人の信すべき密告による場合」なども、「現行犯、準現行犯で逮捕できる場合が多いであろう」し、「日数が相当経過している場合、告訴や密告だけで逮捕することの不当さはいうまでもない」であろう²¹⁴⁾。それらを排除すると、まず、「警察官等の職務質問の相手が前掲の要件を充たす被疑者であることが判明した場合」については、「被質問者が過去の犯罪を自供した場合」であるが、警察は、「被質問者が緊急逮捕の要件にあたらぬ犯罪を自供した場合、警察は任意同行（強力な説得と、多少の力が加わることはさても）だけで片付けている」ことからして、「職務質問だけで過去の犯罪を自供するような者は、同行を拒まないだろう」から、緊急逮捕制度が「なければどうしても困る、という事態ではない」²¹⁵⁾。「密かに通常逮捕状を求めたうえ逮捕することは一般に可能なはずである」²¹⁶⁾からだ。残るは、「被疑者又は参考人の取調中に共犯を発見した場合」と「物的捜査中に被疑者を発見し、事前の令状を求める余裕のない場合」であるが、前者は「逮捕令状請求手続をスピード化し、捜査にあたる警察官を増員すれば解決できる問題であり、」後者「も亦、警職法で解決できない問題ではない」と言えよう²¹⁷⁾。こうなると、「緊急逮捕の合憲性を主張する必要性が、一体どこにあるか、はなはだ疑問」であるとの指摘にも首肯できる点が多い²¹⁸⁾。言い換えると、捜査官が犯人を発見した時点から逮捕に至るまでの状況で、令状を得ることができない緊急事態であることこそが、緊急逮捕の必須条件となる筈である²¹⁹⁾。多分にそれが許容されるのは、「すでに被疑者が自己に追及の手がのびていることを察知しているという特別の状況の存在が必要である」²²⁰⁾。

横山の指摘は、現行犯逮捕や令状逮捕として成立が微妙なケースもそれに組み入れるきらいもあり、また、準現行犯逮捕の合憲性についての議論²²¹⁾を棚上げしていることもあって、完全には賛成できない²²²⁾が、指摘する傾向は同

感できる。緊急逮捕が憲法上の例外的な逮捕となる以上、緊急逮捕しか逮捕の方法がなく、そうでなければ侵される法益が甚大であるときで、憲法の諸原則に反しない場合に限られよう。警察官が職務質問等を行ったところ、一定以上に悪辣な犯罪者であることが明確となり、無論、その時点では令状も得ておらず、在宅起訴を念頭に任意取調べなどを行うには逃亡や証拠隠滅、再犯の恐れがあり、身柄を確保する必要が高度であり、身柄拘束後直ちに裁判官に令状を請求してこれを得た場合が、緊急逮捕が合憲となる数少ない場面なのではないであろうか。

なお、緊急逮捕について、身柄拘束から令状取得までを「逮捕」と呼ぶかにつき、「逮捕後直ちに釈放したばあい又は今後留置の必要のないばあいにも逮捕状の請求ないし発布を必要とするか。このばあいの逮捕状は、逮捕とそれに引続く留置を追認するためのものであるから、そのようなばあいにも、逮捕状を請求し、又は発しななければならない」²²³⁾ということからすると、刑事訴訟法上、緊急逮捕は文字通りその時点で逮捕なのであろう。ただ、憲法上の「逮捕」なのかどうかは微妙であるが、何れにせよ、合憲的身柄拘束であることを要すると思われる。

おわりに

緊急逮捕については、実務的必要性に押された全面的合憲論は憲法を無視したものであって認めがたい一方、全面違憲論もまた、非現実的であると同時に、付随的違憲審査制の下での解釈手法として疑問の残るものでもあった。このため、本稿は、緊急逮捕の様々な場面を仕分けし、憲法33条などの要請を満たすように刑事訴訟法210条をまずは合憲解釈し、その限定性を踏まえ、合憲的適用場面を限定していき、それに見合わぬ場合を適用違憲とすることを提唱した。実務的には不満も残ろうが、令状主義の原則からして、令状の迅速な申請は必須であり、改善が望まれる。逆に、堅い憲法解釈志向から

も批判はあろうが、刑事手続条項が戦前の強い反省から多くの条項を慎重にも多数置いていることを踏まえても、厳格に考えるべきとする意味が表現権の規制の場面とは異なり、文面審査もしくは法令違憲を第一投とし、定義に嵌るかどうかをきつく迫る解釈手法が、憲法解釈全体で貫徹できるのか、再考を促しておく。

なお、本稿は、刑事手続の合憲性判断について、法令違憲を主軸とは考えないものの、憲法33条などが、日本国民が戦前「体験した苦々しい人権蹂躪の歴史——」「行政執行法による検束や違警罪即決例による勾留のような、ほしいまな身体拘束はその最も顕著な例——と関連づけなしに読むことは許されない」²²⁴⁾となれば、同条違反かどうかの司法審査は厳格度の高いものとなるのが自然であることには賛同したい。そのことと、適用違憲や合憲限定解釈を主とすることは別段矛盾しないことは明言しておくものである。

注

- 1) 君塚正臣「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」横浜国際社会科学研究所 24 巻 2 号 1 頁 (2019)。
- 2) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論上』第 4 章（法律文化社，2018）。
- 3) この点、杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』39 頁（学陽書房，1980）が、「憲法 31 条以下を憲法学の固有の分野として回復することの必要性」をまず訴えていたことには共鳴する。同書 40 頁は、「『人身の自由』の重要性を一般的・抽象的には承認しつつも、刑事手続とのかかわりあいにおいてはその検討を放棄するというのであれば、現実には『人身の自由』の重要性を認めないにも等しい」と訴え、かつ、「刑訴法から憲法 31 条以下の諸規定の意味内容を説明するという逆転した態度を放棄すること」、「憲法学者が自己の手で検討を始める」ことの重要性も強調する。他方、同書 41 頁は、「とりわけ、明治憲法から日本国憲法への転換が、刑事手続についていかなる価値原理の転換を意味するものであったかを刑訴法学に学んで明確化するこ

とも指摘している。実定法学諸分野、特に日本では行政法学が、精密な解釈論を示したとき、憲法学界が大きな哲学に逃避して対抗する憲法解釈理論を示せない（空中戦すら戦わない）ことは問題であり、戦後の立憲主義が被った不幸の一因でもあったのではなからうか。

- 4) ある行為が、「長期 3 年以上の懲役」に該当する犯罪とそうでない犯罪を構成する場合、前者による緊急逮捕しかできない。安富潔「捜査手続法ハンドブック（第 5 回）—緊急逮捕」月刊警察 29 巻 3 号 36 頁，39 頁（2011）。
- 5) 警察実務研究会「学内暴力事案の緊急逮捕却下！」警察公論 68 巻 10 号 58 頁（2013）の示す例は、校内暴力で教員を殴った中学生であるが、「自活能力は乏しく」「逃走の可能性は低い」などのため、緊急逮捕の必要性はないとして、緊急逮捕は適切ではないと解説している。
- 6) 以上、安富潔「実務のための捜査手続法ノート（3）—緊急逮捕」月刊警察 26 巻 5 号 43 頁，46 頁（2008）などによる。
- 7) 安富前掲註 4) 文獻 40 頁など。
- 8) これに対しては、「逮捕権者を制限するならいざ知らず、逮捕後の令状請求権者を制限しても意味がな」く、「立法上の手落ちである」との論評がある。石橋恕篤「緊急逮捕」富士大学紀要 16 巻 1 号 28 頁，30 頁（1983）。
- 9) 昭和 24 年 1 月 17 日最高裁判事局内簡，最高刑裁資料 67 号 179 頁。
- 10) 警察実務研究会「緊急逮捕手続書」警察公論 53 巻 5 号 169 頁（1998）、同 54 巻 1 号 201 頁（1999）、同 56 巻 1 号 103 頁（2001）も比較的同じ例を出している。同 55 巻 1 号 201 頁（2000）の例はひったくり事件（同 55 巻 9 号 169 頁（2000）もほぼ同じ）、同 55 巻 5 号 169 頁（2000）の例は猥褻目的のビル侵入事件、同 60 巻 5 号 84 頁（2005）の例は駐車中の自動車を故意に傷付けた器物損壊、同 61 巻 2 号 84 頁（2006）の例は飲食店の居丈高な客の店員への暴行、同 69 巻 1 号 49 頁，2 号 54 頁，4 号 48 頁（2014）の例は車上狙い、同 69 巻 9 号 47 頁，10 号 55 頁，11 号 61 頁（2014）の例は乗り物盗である。渡辺咲子「脅迫をめぐる犯罪と現行犯逮捕・緊急逮捕」同 65 巻 4 号 78 頁（2010）の例は暴力団員による通りすがりの女性への脅迫である。「論点養成講座（100）」警察時報 53 巻 5 号 74 頁（1998）の例は空き巣（同 53 巻 11 号 81 頁（1998））、同 54 巻 5 号 91 頁（1999）も類例、同 538 号 80 頁（1998）の例は自動車盗、同 53 巻 12 号 90 頁（1998）の例はパン屋での強盗、54 巻 7 号 93 頁（1999）の例は暴力団員の恐喝である。「事例で学ぶ実務書類作成」同 55 巻 2 号 130 頁（2000）の例は自動車盗、同 55 巻 6 号 91 頁（2000）の例は居酒屋での傷害事件、同 55 巻 12 号 101 頁

- (2000)の例はコンビニ強盗, 同56巻2号81頁(2001)の例は銀行強盗, 同56巻4号91頁(2001)の例は殺人, 同56巻6号86頁(2001)の例は空き巣(同59巻3号73頁(2004)も類例), 同57巻8号89頁(2002)の例は酒気帯び運転とひき逃げ, 同57巻10号65頁(2002)の例はスナックでの客による傷害事件(同59巻9号61頁(2004), 59巻10号64頁(2004), 60巻3号66頁(2005)も類例)である。交通警察実務研究会「交通警察実務ガイドランス(16)」月刊警察 Vailant 16巻2号45頁(1988)は、ひき逃げ事案における緊急逮捕手続書の作成などを課題としている。
- 11) リアルなやり取りについては、植松正「緊急逮捕をめぐる問題」時の法令735号14頁, 15頁(1970)などが詳しい。
 - 12) 徳島地脇町支判昭和24年6月23日刑集9巻13号2768頁。
 - 13) 高松高判昭和26年7月30日刑集9巻13号2769頁。
 - 14) 最大判昭和30年12月14日刑集9巻13号2760頁。本件評釈には、江家義男「判批」判例評論4号21頁(1956), 寺尾正二「判批」法曹時報8巻2号134頁(1956), 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昭和30年度』398頁(法曹会, 1957), 高田卓爾「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』78頁(1963)[以下, 高田前掲註14]Ⅰ評釈, と引用], 同「判批」警察研究34巻7号105頁(1963)[以下, 高田前掲註14]Ⅱ評釈, と引用], 中武靖夫「判批」我妻榮『判例百選』〔第2版〕192頁(1965), 鴨良弼「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』〔第3版〕124頁(1974), 早稲田大学法学部新井研究室「判批」法学セミナー242号130頁(1975), 上田勝美「判批」同246号79頁(1975), 小野慶二「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕42頁(1976), 平谷正弘「判批」別冊判例タイムズ9号『警察関係基本判例解説100』142頁(1985), 小林孝輔「判批」同編『判例教室 憲法』〔新版〕320頁(法学書院, 1989), 牧田有信「判批」別冊判例タイムズ11号『警察実務判例解説〔任意同行・逮捕篇〕』67頁(1990), 小黒和明「判批」研修599号87頁(1998), 杉原泰雄「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕254頁(2000), 今関源成「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル 憲法Ⅱ』168頁(三省堂, 2000), 公文孝佳「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』226頁(2010), 堀江慎司「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』161頁(悠々社, 2010), 「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕233頁(2017), 上田健介「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第7版〕244頁(2019)などがある。
 - 15) 酒巻匡『刑事訴訟法』58頁(有斐閣, 2015), 安富前掲註6) 文献44頁など。
 - 16) 平野龍一『刑事訴訟法』95頁(有斐閣, 1958)。
 - 17) 横山晃一郎「緊急逮捕の合憲性」綜合法学5巻12号40頁, 42頁(1963)。
 - 18) 寺尾正二「緊急逮捕の合憲性」法律のひろば9巻2号26頁(1956)。
 - 19) 高田前掲註14)Ⅰ評釈79頁。
 - 20) 高田前掲註14)Ⅱ評釈109頁。
 - 21) 保倉和彦「緊急逮捕に関する一考察」青山法学論集27巻1号69頁, 71頁(1985)。
 - 22) 江家前掲註14)評釈22頁。
 - 23) 寺尾前掲註18)論文27頁。
 - 24) 安富前掲註6)文献44頁。
 - 25) 最判昭和53年4月17日裁判集刑209号621頁。
 - 26) 最決昭和50年6月12日判時779号124頁。本件評釈には、光藤景皎「判批」法学セミナー254号145頁(1976)などがある。
 - 27) 大阪高判昭和50年11月19日判時813号102頁。本件評釈には、判例研究会「判批」警察時報32巻6号91頁(1977), 宮下正彦「判批」別冊判例タイムズ11号『警察実務判例解説(任意同行・逮捕篇)』77頁(1990)などがある。
 - 28) 村上健「令状主義に関する一考察—緊急逮捕との関連において」法学32巻3号103頁, 114頁(1968)は、居残り裁判官等のいない午後「10時ないし10時半以後は翌朝まわしにするところが多い」ことから、「東京を例にとると、午後6時か7時頃に緊急逮捕された場合、翌朝検察官を経由して実際に裁判所へいくのは」午前「10時頃になるという。午後6時に緊急逮捕された場合、実に16時間逮捕状なしに身体が拘束されているわけである。これでは、逮捕後『直ちに』令状を請求しなければならないという方の要求が無視されているといわれても仕方あるまい」と批判する。
 - 29) 広島高判昭和58年2月1日判時1093号151頁。
 - 30) 最高判昭和32年5月28日刑集11巻5号1558頁。本件評釈には、青柳文雄「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32年度』278頁(法曹会, 1958), 竹花豊「判批」別冊判例タイムズ11号『警察実務判例解説(任意同行・逮捕篇)』74頁(1990), 加藤良一「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』233頁(2010)などがある。
 - 31) 札幌高判昭和57年10月28日判時1079号142頁。本件評釈には、河上和雄「判批」研修423号35頁(1983), 羽山忠弘「判批」警察公論39巻12号138頁(1984), 酒巻匡「判批」

- 別冊判例タイムズ 10号『警察実務判例解説〔捜索・差押え篇〕』160頁（1988）などがある。
- 32) 宮澤俊義『憲法Ⅱ』〔新版〕400-401頁（有斐閣, 1971）。
- 33) 同上 401頁。宮澤俊義（声部信喜補訂）『全訂日本国憲法』302頁（日本評論社, 1978）同旨か。
- 34) 宮澤前掲註 32) 書 401頁注 2。
- 35) 佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第5版〕257頁（学陽書房, 1996）。
- 36) 声部信喜『憲法』〔新版補訂版〕222頁（岩波書店, 2019）。この記述は、第7版（高橋和之補訂）256頁（岩波書店, 2019）でも同じである。
- 37) 長谷部恭男『憲法』〔第7版〕266頁（新世社, 2011）。
- 38) 田上穰治『新版憲法要説』118頁（白桃書房, 1963）。
- 39) 横山前掲註 17) 論文 40頁。
- 40) 以下に挙げるもののほか、岸盛一『刑事訴訟法要義』216頁（広文堂書店, 1961）、吉田常次郎『刑事訴訟法概説』〔全訂版〕204頁（有信堂, 1961）、青柳文雄『新訂刑事訴訟法通論上』266頁（立花書房, 1962）、石川才顕『刑事訴訟法講義』124頁（日本評論社, 1974）、土本武司『犯罪捜査』143頁（弘文堂, 1978）、江家前掲註 14) 評釈 23頁、小野前掲註 14) 評釈 42頁など。
- 41) 岡村治信「緊急逮捕」判例タイムズ 207号 44頁（1967）。
- 42) 團藤重光『新刑事訴訟法綱要』〔第7版〕340-341頁（創文社, 1967）。
- 43) 同上 341頁。
- 44) 池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義』〔第6版〕134頁（東京大学出版会, 2018）。
- 45) 同上 135頁（東京大学出版会, 2018）。
- 46) 安富前掲註 6) 文献 44頁。
- 47) 緑大輔『刑事訴訟法』〔第2版〕120頁（日本評論社, 2017）。
- 48) 酒巻匡『刑事訴訟法』58頁（有斐閣, 2015）。
- 49) 同上同頁。
- 50) 村上前掲註 28) 文献 113頁は、「『任意同行』という形態をとってあらわれている。戦後における逮捕権の消極的濫用は、被疑者の『同意』を条件としている点に法的特徴があり」、これへの「有効な抑制対策が考えられねばならない」と指摘する。
- 51) 酒巻前掲註 48) 書 58頁。
- 52) 同上 59頁。
- 53) 村瀬正明「逮捕場所等の記載がない逮捕状請求書の写しを別紙として作成された緊急逮捕状の有効性が問題になった事例」研修 699号 91頁, 92頁（2006）。
- 54) 橋本公巨『日本国憲法』302頁（有斐閣, 1980）。
- 55) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第4版〕289頁（有斐閣, 2017）。
- 56) 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ』〔第5版〕418頁（有斐閣, 2012）〔高橋和之〕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。
- 57) 清宮四郎＝佐藤功編『憲法講座Ⅱ』254頁（有斐閣, 1963）〔大野盛直〕。
- 58) 保倉前掲註 21) 論文 77頁参照。
- 59) 佐藤幸治『日本国憲法論』336頁（成文堂, 2011）。
- 60) 平場安治『改訂刑事訴訟法講義』53頁（有斐閣, 1955）。
- 61) 吉川義春「緊急逮捕の例外性と緊急性の要件」法律時報 38巻 5号 95頁（1966）。
- 62) 寺尾前掲註 18) 論文 27頁。
- 63) 鴨前掲註 14) 評釈 125頁同旨。
- 64) 保倉前掲註 21) 論文 81頁など参照。
- 65) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法』〔第2版〕55-56頁（有斐閣, 2009）。
- 66) 法学協会『註解日本国憲法上巻』69頁（有斐閣, 1953）。
- 67) 木下智史＝伊藤健『基本憲法Ⅰ』246-247頁（日本評論社, 2017）〔木下〕。
- 68) 横山前掲註 17) 論文 40-41頁。
- 69) 吉川前掲註 61) 論文 95頁。
- 70) 佐藤前掲註 59) 書 336頁。平場前掲註 60) 書 353頁同旨。
- 71) 清野幾久子「緊急逮捕」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』162頁（2008）。
- 72) 岡村前掲註 41) 文献 44頁。
- 73) 石橋前掲註 8) 論文 35頁。No person shall be apprehended except upon warrant issued by a competent judicial officer which specifies the offense with which the person is charged unless he is apprehended the offense being committed. まさに今行われている犯罪か、裁判官による令状によるか、何れかである。英文に忠実である限り、準現行犯も違憲の疑いがある。同論文同旨。
- 74) 保倉前掲註 21) 論文 81頁。
- 75) 中武前掲註 14) 評釈 193頁。
- 76) 高田前掲註 14) I 評釈 80頁。
- 77) 鴨前掲註 14) 評釈 125頁。
- 78) 村上前掲註 28) 文献 103頁。
- 79) 横山前掲註 17) 論文 41頁。
- 80) 高田前掲註 14) II 評釈 109頁。

- 81) 同上同頁.
- 82) 同上110頁.
- 83) 同上同頁.
- 84) 同上113頁.
- 85) 高田卓爾『刑事訴訟法』〔2訂版〕355-356頁(青林書院, 1984). 高田前掲註14)Ⅱ評釈113頁同旨.
- 86) 高田前掲註14)Ⅱ評釈114頁.
- 87) 保倉前掲註21)論文85頁. 同論文88頁は, 高田説の主張のほか, 法改正としては, 「令状裁判官の24時間当直制度, 逮捕後の手続に対応するための裁判所機能の改善, さらには, イギリス法にならない, 違法逮捕の場合担当官に不法行為の責を負わせる」などが必要だとする.
- 88) 清野前掲註71)文献163頁.
- 89) 実際, 保倉前掲註21)論文88頁は, 1985年当時の韓国憲法10条の規定を引用して, 緊急逮捕の規定を織り込むことを提唱している.
- 90) 植松正「緊急逮捕と憲法改正」時の法令508号13頁, 15頁(1964).
- 91) 同上16頁.
- 92) 同上同頁.
- 93) 同上17頁.
- 94) 同上16頁.
- 95) 團藤重光編『法律学演習講座刑事訴訟法』118頁(青林書院, 1955)[平場安治].
- 96) 同上119頁[平場].
- 97) 同上119-120頁[平場].
- 98) 同上120頁[平場].
- 99) 同上120-121頁[平場].
- 100) 同上121頁[平場].
- 101) 芦部信喜編『憲法Ⅲ』140頁(有斐閣, 1981)[杉原泰雄]. 辻村みよ子編『基本憲法』187頁(悠々社, 2009)[河北洋介]も, 緊急逮捕は「論理的には違憲であると考えざるを得ない」とする.
- 102) 芦部編同上140-141頁[杉原].
- 103) 同上141頁[杉原].
- 104) 同上同頁[杉原].
- 105) 同上140頁[杉原].
- 106) 杉原前掲註3)書101頁.
- 107) 芦部編前掲註101)書141頁[杉原].
- 108) 同上同頁[杉原].
- 109) 同上同頁[杉原].
- 110) 奥平康弘『憲法Ⅲ』301頁(有斐閣, 1993).
- 111) 同上312頁.
- 112) 浦部法穂『憲法学教室』〔第3版〕314頁(日本評論社, 2016).
- 113) 市川正人『基本講義憲法』197頁(新世社, 2014).
- 114) 初谷良彦『憲法講義Ⅰ』〔第2版〕378頁(成文堂, 2000)もまた, 緊急逮捕も「違憲の法条はあくまで違憲である」と一刀両断する.
- 115) 小林孝輔『憲法』〔新版〕109頁(日本評論社, 1998).
- 116) 洪谷秀樹『憲法』〔第3版〕237頁(有斐閣, 2017).
- 117) 同上同頁.
- 118) 同上238頁.
- 119) 同上同頁.
- 120) 毛利透ほか『Legal Quest 憲法Ⅱ』〔第2版〕320-321頁(有斐閣, 2017)[浅野博宣].
- 121) 藤井俊夫『憲法と人権Ⅱ』270頁(成文堂, 2008).
- 122) 本秀紀編『憲法講義』〔第2版〕460頁(日本評論社, 2018)[愛敬浩二].
- 123) 長谷川正安『新憲法講話』288頁(法律文化社, 1992).
- 124) 上田健前掲註14)評釈245頁参照.
- 125) 村上前掲註28)文献104頁.
- 126) 保倉前掲註21)論文73頁参照.
- 127) 横山前掲註17)論文41頁.
- 128) 江家前掲註14)評釈22頁.
- 129) 石橋前掲註8)論文39頁同旨.
- 130) 瀬山士郎『数学にとって証明とはなにか』60頁(講談社, 2019).
- 131) 同上67頁.
- 132) 松尾浩也『刑事訴訟法上』〔補正第4版〕60頁(弘文堂, 1996), 平野前掲註16)書95頁など.
- 133) 小針司『憲法講義(全)』〔改訂新版〕308頁(信山社, 1998).
- 134) 君塚正臣=藤井樹也=毛利透『VIRTUAL 憲法』202頁(悠々社, 2005)[君塚]など参照. 明治憲法下で元首であり, 神格化されて政治利用された昭和天皇が, 戦後も現行憲法上「象徴」として「天皇」であり続けたことは, 昭和天皇に政治的発言をおよそ許すべきではないことに繋がり, 憲法7条の国事行為の限定列举を呼んだものと思える。「おことば」違憲説は, 確かに天皇の政治利用を徹底して押し留める点では有効であろうが, 「象徴」である天皇を印鑑捺し係にしてしまう点で, 多くの国民の感情に合わない面もあった. 平成時代以降, この点があまり疑問視されなくなったのは, 慣れということには止まらない. 天皇の属人性によるものであろう. とは言え, 平成の時代に, 天皇自ら「象徴」の役割を自己規定し, 任務を拡大し, その遂行が困難となると退位を願望する経過を辿ったことは, 立憲の運用という点では禍根を残したとは言えまいか. その意味では, 早々に, 天皇の「儀式」等として憲法上許容できるもののできないものを仕分けし, 「民定憲法」における「象徴」天皇の役割を適切に限定してこなかったことが, 今後, ある種の悪用を招かないか, 懸念する. 杞憂であればよいが.
- 135) 保倉前掲註21)論文83頁.

- 136) 渡辺康行ほか『憲法 I 基本権』291頁（日本評論社，2016）〔松本和彦〕は、緊急逮捕について、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。よりよい落とし所を、という説明の仕方多用には賛成できない。
- 137) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』〔改訂版〕75頁（青林書院，1990）。
- 138) 同上76頁。
- 139) 宇藤崇ほか『Legal Quest 刑事訴訟法』〔第2版〕書75頁（有斐閣，2018）〔堀江慎司〕。
- 140) 同上同頁〔堀江〕。
- 141) 同上同頁〔堀江〕。
- 142) 同上同頁〔堀江〕。
- 143) 同上同頁〔堀江〕。
- 144) 堀江前掲註14）評釈161頁。
- 145) 吉川前掲註61）論文95頁。
- 146) 平野龍一『刑事訴訟法』95-96頁（有斐閣，1958）。
- 147) 松尾前掲註132）書57頁。同書同頁は、加えて、日本国憲法の帝国議会審議の段階で、「司法官憲」に検察官及び司法警察員を含むのが政府見解であり、その「誤解」が是正されるところで、令状主義の修正として緊急逮捕が登場した点を指摘している。
- 148) 三井誠『刑事訴訟法（1）』〔新版〕11頁（有斐閣，1997）。
- 149) 同上同頁。
- 150) 同上同頁。「運用違憲」は今日では憲法学説として有力でなく、個別事案毎の「適用違憲」と言うべきであろう。君塚正臣『司法権・憲法訴訟論下巻』第28章（法律文化社，2018）。
- 151) 上口裕『刑事訴訟法』〔第3版〕70頁（弘文堂，2009）。
- 152) 井上正仁「令状主義の意義」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』74頁，79頁（有斐閣，2013）〔長谷部恭男〕。
- 153) 田口守一『刑事訴訟法』〔第5版〕101頁（成文堂，2012）。
- 154) 椎橋隆幸編『プライマリー刑事訴訟法』〔第4版〕69頁（不磨書房，2012）〔柳川重規〕。
- 155) 同上69-70頁〔柳川〕。
- 156) 覚道豊治『憲法』〔改訂版〕245頁（ミネルヴァ書房，1973）。
- 157) 佐藤前掲註59）書336-337頁。
- 158) 小嶋和司『憲法概説』255頁（良書普及会，1987）。
- 159) 堀内健志『憲法』〔新版〕154頁（信山社，2000）。
- 160) 高橋一郎『新憲法下における刑事訴訟法解説—応急措置法を中心として』74頁（近代書房，1947）。高田前掲註14）I評釈79頁より引用。
- 161) 寺尾前掲註18）論文26頁。
- 162) 初宿正典『憲法2』〔第3版〕395頁（成文堂，2010）。
- 163) 鈴木安蔵『憲法学原論』367頁（勁草書房，1956）。
- 164) 保倉前掲註21）論文83頁参照。
- 165) 上田勝美「憲法33条と緊急逮捕の合憲性」法学セミナー246号79頁，81頁（1975）。
- 166) 榎原猛『憲法—体系と争点』210頁（法律文化社，1986）。
- 167) 高田前掲註14）I評釈80頁。
- 168) 長尾一紘『日本国憲法』〔第4版〕131頁（世界思想社，2011）。
- 169) 中武前掲註14）評釈193頁など。
- 170) 須藤陽子「日本法における『比例原則』—その歴史性と独自性」公法研究81号83頁（2019）が憲法判断まで含めて述べている部分に対する批判は、この一言で足りる。同様に、松本和彦「公法解釈における書原理・原則の対抗—憲法学から見た比例原則・予防原則・平等原則」同60頁についても、予防原則があるとすれば、経済的自由などに限定されるもので、緩やかな司法審査基準の下では合理的な目的としてクリアするというべきであり、平等原則も人権の種類により司法審査基準の厳しさの違いを抜きには語れないと言うべきである。
- 171) 小野前掲註14）評釈43頁。
- 172) 吉田善明『日本国憲法論』〔第3版〕396頁（三省堂，2003）。
- 173) 田宮裕『刑事訴訟法』〔新版〕78頁（有斐閣，1996）。
- 174) 保倉前掲註21）論文82頁。
- 175) 同上87頁。
- 176) 小林直樹『憲法講義上』363頁*（東京大学出版会，1967）。
- 177) 同上364頁*。
- 178) 鶴飼信成『要説憲法』95頁（弘文堂，1960）。
- 179) 辻村みよ子『憲法』〔第6版〕261頁（日本評論社，2018）。
- 180) 伊藤公一『憲法概要』〔改訂版〕84頁（法律文化社，1983）。
- 181) 松井茂記『日本国憲法』〔第3版〕527-528頁（有斐閣，2007）。
- 182) 佐藤幸治編『憲法Ⅱ』345頁（成文堂，1988）〔高橋〕。
- 183) 同上345-346頁〔高橋〕。
- 184) 吉川前掲註61）論文96頁。
- 185) 同上97頁。
- 186) 同上96頁。
- 187) 横山前掲註17）論文42頁。
- 188) 尾吹善人『憲法教科書』136頁（木鐸社，1993）。なお、尾吹は、先に、「33条は、まる

- でそれ自身法律のようにくわしく, 「いい切っている。それにもかかわらずこの例外を法律で上積みしてよいものか, という問題である。純論理的には, 憲法が一つだけ挙げた『例外』を法律で殖やすことはできない」と違憲論寄りの主張をしていた。同『日本憲法—学説と判例』302頁(木鐸社, 1990)。
- 189) 上田健前掲註14) 評釈245頁
 190) 同上同頁。
 191) 安富潔「緊急逮捕をめぐる諸問題」警察学論集45巻2号125頁, 131頁(1992)。
 192) 吉川前掲註61) 論文95頁。
 193) 君塚前掲註2) 書第2章。
 194) 君塚前掲註150) 書第31-33章。
 195) 同上第27章。
 196) 同上第26章。
 197) 和田英夫『新版憲法大系』190頁(勁草書房, 1982)。
 198) 伊藤正己『憲法』〔第3版〕339頁(弘文堂, 1995)。
 199) 清野前掲註71) 文献163頁。
 200) 長谷部恭男「憲法と刑事手続」井上=酒巻編前掲註156) 書14頁, 15頁(有斐閣, 2013)。
 201) 川岸令和ほか『憲法』〔第4版〕228頁(青林書院, 2016) [君塚正臣]。
 202) 安富前掲註6) 文献44頁など同旨。
 203) 岡村前掲註41) 文献45頁。
 204) 同上同頁。
 205) 単に請求却下では逮捕も違法とされる。逮捕は合法だったと記載して令状請求を却下すると, 令状は出ないのに逮捕は正当化されたという説明が困難になる。請求理由を認めて逮捕状を出せば, 違法手続を追認したことになる。逮捕状は発付して身柄の保釈を勧告するのでは, 一貫しないし, 裁判官にこの種の権限があるのか, 疑問でもある。どれも難しい。岡村前掲註41) 文献46-47頁。同論文は第2の手法を推奨する。まるで, どこかの教授会の教務委員会の失態後の処理方法の議論のようである。
 206) 横山前掲註17) 論文42頁。
 207) 同上同頁。
 208) 札幌高判昭和25年6月7日 高裁刑事特報10号145頁。
 209) 横山前掲註17) 論文43頁。
 210) 同上同頁。
 211) 石山豊太郎『犯罪捜査と司法的抑制』152頁(司法研修所, 1952), 出射義夫「捜査の方法」團藤重光編『法律実務講座』583頁, 612頁(有斐閣, 1954) 参照。
 212) 横山前掲註17) 論文43頁。
 213) 吉川前掲註61) 論文99頁。
 214) 横山前掲註17) 論文43頁。
 215) 同上43-44頁。
 216) 吉川前掲註61) 論文99頁。
 217) 横山前掲註17) 論文43-44頁。
 218) 同上44頁。
 219) 吉川前掲註61) 論文97頁同旨。
 220) 同上99頁。
 221) これについては, 阪村幸男「準現行犯人の法理」大阪学院大学法学研究10巻1=2号135頁(1985), 宮之原陽一「準現行犯逮捕と実力行使」現代刑事法4巻2号121頁(2002), 警察時報64巻12号52頁(2009), 神元隆賢「準現行犯逮捕の現行性の限界」三重中京大学研究フォーラム6号81頁(2010), 安富潔「捜査手続法ハンドブック(第4回)―現行犯逮捕(2)―準現行犯人の逮捕」月刊警察29巻2号58頁(2011), 河村有教「準現行犯逮捕の時間的・場所的接着性と犯罪の明白性の要件について」海保大研究報告法文学系57巻2号169頁(2012)など参照。また, この分野では和光大学内ゲバ事件=最決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁が著名事件である。本件評釈には, 木口信之「判批」ジュリスト1093号84頁(1996), 同「判批」法曹時報50巻11号222頁(1998), 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8年度』1頁(法曹会, 1999), 同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例4刑事法編』195頁(2004), 大澤裕「判批」法学教室192号100頁(1996), 加藤克佳「判批」法学セミナー498号74頁(1996), 小栗健一「判批」法律のひろば49巻7号54頁(1996), 本田守弘「判批」警察学論集49巻4号182頁(1996), 最新判例研究会「判批」捜査研究45巻5号103頁(1996), 警備判例研究会「判批」月刊治安フォーラム2巻6号118頁, 7号119頁(1996), 福井厚「判批」ジュリスト臨時増刊1113号『平成8年度重要判例解説』169頁(1997), 清水真「判批」判例評論458号76頁(1997), 判例研究会「判批」警察時報52巻5号104頁(1997), 大澤裕「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第7版〕32頁(1998), 河村博「判批」同58頁, 小黒和明「判批」研修603号61頁(1998), 林正人「判批」甲南法学38巻3=4号169頁(1998), 池田公博「判批」ジュリスト1169号134頁(1999), 神垣英郎「判批」警察時報55巻8号64頁(2000), 小島淳「判批」田口守一=寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』25頁(成文堂, 2004), 木本強「判批」同78頁, 多田辰也「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第8版〕32頁(2005), 長井圓「判批」同60頁, 空閑直樹「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』172頁(2010), 松藤和博「判批」同216頁216頁, 井戸俊一「判批」同224頁, 洲見光男「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第

9版] 32頁(2011), 井上宏「判批」同62頁, 加藤康榮「判批」月刊警察29巻11号18頁(2011), 丸橋昌太郎「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕26頁(2017), 松田岳士「判批」同54頁などがある。

- 222) 刑事訴訟法212条2項の定めるいわゆる準現行犯は、「罪を行い終ってから間がないと明らかに認められるとき」として、「犯人として追呼されているとき」(1号)などが示されているように、憲法上の「現行犯」そのものではない。このため、緊急逮捕同様に、令状主義を基本とし、「現行犯」を例外と規定する憲法33条が許容するものか、考えなければならない。宮之原同上121頁も、「誰何されて逃走しようとするとき」(4号)については、「実行された犯罪との結びつきがまったくないので、現行犯の概念を拡大するという方法では、正当性を基礎付けることは難しい」としている。そうであれば、何らかの意味で裁判官の令状を必要とする筈であり、それを全く欠いている以上、同号については違憲の疑いが濃いのではないかと思われる。

この論点について最も詳細な検討を施したと思える阪村同上162頁は、「廃止論に導かれる」

と述べ、神元同上88頁の述べるように、「準現行犯逮捕については、現行性の限界を厳格に解さなければ、その合憲性を肯定することが困難となる」との指摘が古くからある。にもかかわらず、その具体的限界の検討は、未だ十分に検討されているとは言い難い現行犯逮捕と比べてさえ、なお不十分である」のであれば、尚更である。逆に、緊急逮捕の要件から考えねばならない場合もあるのではなからうか。

223) 團藤編前掲註95) 書121頁 [平場安治].

224) 村上前掲註28) 文献108頁.

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。

[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院教授]

