

刑事法学界における憲法の取扱い

君 塚 正 臣

はじめに

日本国憲法はその31条から40条まで、「19世紀的憲法と嘲笑されるほどに自由権的人権の保障に細心の配慮をし、」¹⁾「他に例をみないほどの詳細な刑事手続上の人権規定をもっている」²⁾。日本国憲法は、刑事手続及び刑事実体法の適正に強い関心を持つものであり、「旧憲法のような法律の留保を排した、憲法自体の基本法的要求である」³⁾と言えよう。これは、戦前、刑事手続法に「漸次自由主義的色彩が多くとり入れられるとともに、強制処分も厳格な法的規制の下におかれ」たにも拘らず、「現実には」⁴⁾「必ずしも法の明文どおりに厳守されず、更には法を潜る強制力の濫用が横行したこと」への反省のためであり、刑事訴訟法が「日本国憲法のもとで全面改正を受けた唯一の基本法典」である⁵⁾ことが原因と言えよう。言うまでもなく、「憲法は刑法」や刑事訴訟法「の上位規範であり、刑法」や刑事訴訟法「が憲法の理念・原則に則して立法され解釈されなければならないことは、法規範の構造上当然のこと」である⁶⁾。これだけでも、刑法や刑事訴訟法が憲法に拘束され、密接性を有すべきであることが明らかである。そして、多分にこのため、少なくとも刑事訴訟法学は、「訴訟対象論、訴訟行為論、訴訟条件論、既判力論、それに対応する訴権論といった、ドイツの刑事法や訴訟理論に対応する、いわば抽象的な議論から去って久しい」ことになり、「日常の実際のプラクティス

をしっかりと理解する理論の確立に向かって着実に『新』刑訴への関心は移っ」た⁷⁾のである。

そうであれば、刑事手続に関する憲法規定の解釈論争が憲法学界において積極的になされ、刑事法学界においても、憲法適合的な刑法や刑事訴訟法解釈が追求され⁸⁾、旧態依然であった刑事司法の在り方は一掃されているべきであろう。「刑事司法機能の本質は人権保障にあり、秩序維持機能の実現は行政機能の一環として檢察機能に属する」ところ、両者「の交錯を通じて窮極において刑法の適正な実現がもたらされるというのが、基本的人権を尊重し行政権の司法的抑制を重視する現行憲法下での刑事訴訟観でなければならない」し、「刑事裁判においては、民事裁判における以上に国家権力からの司法権の独立が強調されねばならない」⁹⁾であろう。ところが、実際には、憲法学が刑事手続条項群に大きな関心を寄せてきたとは言い難い¹⁰⁾。それは、殆どの憲法学者にとって、言論の自由や行政機関の問題などとは異なり、不慣れな問題であったからに相違ないであろう¹¹⁾。端的に言えば、いくら憲法規定であろうとも、それは刑事訴訟法学の守備範囲であるという認識がその最大公約数的な気分であったのだらう¹²⁾。憲法学の側は、そのムラが自分たちのテーマとした問題を一点突破的に憲法問題とレイベリングするばかりで、憲法を頂点とする実定法体系の矛盾なき解釈にはあまり関心がなく、結果、各実定法学による憲法とは無関係の、かつ、他の実定法学とも無関係のムラの解釈を続けてきた

という面があったことは否定できまい。筆者も76条を頂点とし、多くの基本的人権条項についての憲法論の整理は既に行ってきた¹³⁾が、刑事手続規定の議論の整理は不十分であり、今後の課題とするに留まっていた。

刑事手続に関する憲法判断を深めることは、刑事法学から見れば、伝統的な解釈手法とは異なる主張を、門外漢が最高法規を振り翳してくる危険を感じることであり、そこに侵略者を迎え撃つ気分がありそうなことは解らないではない。そして、「弾劾主義の意味と内容、当事者・論争主義の内容について、かならずしも一致しているわけでもなく、ましてや、その原則の憲法上の根拠を何処に求めるのが、いまだに、はっきりしないまま、議論をし、実務に携わっている人も少なくない¹⁴⁾」こと、或いは、「憲法31条以下の議論においては、刑事訴訟法から憲法を見るという逆転した現象が、長く続いてきた¹⁵⁾」ことの反省を迫られるということなのかもしれない。実は、こういった現象は、他の実定法分野においても大なり小なり繰り返されてきたことであり、憲法の最高法規性は、各法学の蝸壺さの前に十全な役割を果たしてこなかった恐れがある¹⁶⁾。端的に言って、戦後今まで、憲法の理想が刑事手続分野で実現した、とは言い難い。そもそも「『装い』はドイツ型の旧刑訴法と変わっていない¹⁷⁾」刑事訴訟法の下、「捜査はほぼ捜査機関が主宰者であるかのようなペースで、いわば職権主義的に事案が解明され、」「検察官の慎重な起訴判断を媒介とするので、公判はいきおい捜査で作成された書面を多用するとびとびの審理となり、ほぼ100%に近い有罪で決着がつく¹⁸⁾」状況が固定化され、精密司法は反面、無実の人が何かの間違いで逮捕されようものなら、絶望的な状況に突き落とされることとなってしまった¹⁹⁾。現行刑訴法には「旧刑訴法の規定・考え方がなお維持された部分も残っている」ため、「かなり徹底した英米型」の憲法との間に「齟齬が生じる²⁰⁾」。刑事訴訟法教科書の中には、「一般的・抽象的で

ある憲法の理想はさて置き、「憲法に反しない範囲内において重点の置き方が異なるところもある²¹⁾」とする解説もあるが、目指すものが単なる換骨奪胎ならば、大いに問題である。まさに、憲法は変わっても刑事訴訟法は変わらない、刑訴法は変わっても刑事実務は変わらないという印象であり、憲法が無力だった感も拭えない。しかし、そうではない筈である。憲法の刑事手続に関する条項は多く、また、刑罰が生命や身体的自由の不名誉な剥奪を伴うという性質に鑑みても、刑法に比しても、刑事訴訟法が憲法に拘束される度合いこそが高いと考えるのが普通ではないだろうか。やはり、「当事者主義の活性化こそが、刑事訴訟のビジョンにとってさし当たった『青い鳥』というべきであろう²²⁾」。

刑事法の解釈を憲法の眼から見直し、併せて、憲法学の姿勢も礼す必要がある。その際、刑事法の解釈を見直す——その中には、特定の条項を法令違憲とすることも、合憲限定解釈することも、事案解決のために適用違憲とすることも含まれるが——ため、まず、ベースとなる刑事法学の全体的な流れを把握したいと思う。論稿は数知れないところであるが、通説や有力説をまずは網羅的に取り上げることが重要だと思われるため、本稿の対象は、原則として刑事法学の主要な教科書の記述とする²³⁾。特に、「戦後を代表する刑事法学の大家であって、最高裁判事でもあった團藤」重光「の立場を踏まえない学説分析はあり得ない²⁴⁾」のであるから、刑事法学説の分析は團藤を軸とする。加えて、刑事訴訟法学においては、平野龍一説の立場が、「通説と少数有力説の関係が刑法と逆転している²⁵⁾」ことを踏まえ、可能な限り團藤説に匹敵する検討を加えるべきであろう（但し、平野には刑法各論の詳細な教科書がない）。この2人を軸に、以下、刑事訴訟法を中心に重要度の高い教科書の分析を行い、ほぼ現在に至るまで、検討を進めることとする。

1 憲法 31・32 条を巡る問題

憲法 31 条と 32 条は、やはり刑事手続に関する大原則を定めたものだと思われる²⁶⁾。刑事手続では、戦後、弾劾的捜査観への転換が見られる²⁷⁾。田宮裕は、「刑事手続における適正手続は、それが文明的基準を維持するためのミニマム・スタンダードであって、憲法の人権宣言の重要な部分（憲 31-40 条）を構成するので、そのうちの総則的規定である 31 条を援用するかたちで『デュー・プロセス』（の保障）と称されたり、もう少し一般的に『憲法的刑事訴訟』（論）とよばれたりしている」と解説する²⁸⁾。無論、「刑法の規定が、憲法の基本的人権」など「についての規定のどれかに反する場合、その刑罰法規は無効であり、とくに憲法 31 条」や 32 条「を」専ら「援用する必要もない」²⁹⁾。また、憲法 76 条以下の司法権の規定も刑事司法の大原則に関わる条項と言って差し支えないであろうが、それをさて措いても、憲法 31 条以下の刑事手続の規定「は、刑罰を科すことが人間の尊厳と必ずしも合致しないことを認めつつも、やむをえないものとしてそれを承認し、このような矛盾の中で、刑罰を科す場合をできる限り制限して、犯罪者をもできる限り主体として扱うよう命じている」³⁰⁾ ように思われる。まずは、このような刑事手続と実体の大原則に関わる刑事法学者の解説を確認したい。

憲法 31 条につき、團藤重光は、「英米法の『法の適正な手続（due process of law）』の原則に由来するものとおもわれるが、これをさらに厳格にして、内容的に適正なだけでなく、形式的にも狭義の法律によって手続を定めることを要求するものと解しなければならない」、その「重要な内容としては、当事者に告知と聴聞（notice and hearing）の機会を保障すること」だと解説した³¹⁾。また、「罪刑の法定が適正であることを要求するものといわなければならない」とも明言する³²⁾。團藤は、更に、これは、裁判所の規則制定権を定める憲法 77 条との間

で問題を提起するとしつつ、「訴訟手続の個々の技術的な部分で被告人の重要な利害に関しないものについては規則で規定することが、憲法 77 条の精神であろう」³³⁾ と述べ、また、法律と裁判所規則の効力の優劣の問題としても、「憲法全体の趣旨から、法律の優位をみとめるのが正当である」とした³⁴⁾。

「捜査上の利益の程度（狭義の必要性の程度）と捜索・差押えによって生じる権利利益侵害の程度とが明らかに均衡を欠く場合には、必要性は」満たしておらず³⁵⁾、「ここでいう必要性とは、相当性（利益衡量）を含む概念である」と言え、それは、「究極的には憲法 13 条に由来するが、憲法 35 条の『正当な理由』の内容としても含まれている」という堀江慎司の指摘³⁶⁾がある。刑事手続の厳密度一般という意味では、憲法 31 条を挟んで妥当に感じられる。

刑事実体法の法定や適正も、憲法 31 条の要請であるというのが刑事法学の通説的見解であると言ってよいであろう。團藤は、憲法 31 条にいう「法律の定める手続」ということから、「犯罪と刑罰とはかならず狭義の法律によって規定しなければならない」ことになり、「この点で、罪刑法定主義は旧憲法の頃よりいっそう厳格になった」と論じるのである³⁷⁾。平野龍一も、「その手続が実質的に妥当でなければならない事ばかりでなく、形式的にも、国会の定めた法律によらなければならない旨を規定したもの」だとしている³⁸⁾。そして、「法が被告人に挙証責任を負わせている場合もある」が、「適正な手続によらないで処罰することであり、憲法 31 条に違反する」と指摘している³⁹⁾。これらについて、争いはないと言ってよからう。このほか、松田岳士は、有罪判決の「罪となるべき事実」について、予備的・択一的記載を認める規定が存在しないのは、それが「A または B」罪という新たな構成要件を創設することであり、罪刑法定主義に反するからだ⁴⁰⁾と解説している。

加えて、憲法 39 条が罪刑法定主義を補強す

ると、平野は述べている⁴¹⁾。そして、平野は、それを「国民自身が、その代表である国会を通じて決定」という民主主義の要請でもあると指摘した⁴²⁾。そして、罪刑の均衡も憲法31条の要請であるとする⁴³⁾。同意傷害罪(刑法204条)の上限は懲役15年であるが、同意殺人罪(刑法202条)の上限は懲役7年と均衡を欠いており、同意傷害罪について懲役7年を超える刑の適用を否定する限定解釈が導かれる⁴⁴⁾。そればかりか、違法性阻却に関しても、「法益考量」において「憲法その他の法令は大きな意味で価値規準を示している」⁴⁵⁾と言え、憲法に反する利益衡量の抑止姿勢が見られる。このほか、無害な行為を処罰する罰則⁴⁶⁾、過度に広汎な処罰規定⁴⁷⁾は憲法31条違反と明言する例も登場している。

團藤は、このほか、「犯罪に不相当な刑を規定することは、やはり適正手続条項に反するものというべきである」として、罪刑の均衡は憲法の要請であると明言した⁴⁸⁾。法益の侵害のないところに刑罰が存在することは、憲法論としても基本的に許容できまい。この点で、純粋な行為無価値論のように、「単なる社会的非難や倫理的な考慮に依拠することでは、刑法総論の抽象論のレベルにおいてはともかく、刑法各論において説得力ある解釈論を展開することはできない」⁴⁹⁾ことになり、結果無価値論寄りの刑法解釈が憲法上も支持できるように思われる⁵⁰⁾。

團藤は、憲法上の権利については、「権利の内在的制約のみが認められる」ものであり、「ことに」「表現の自由に関するときは、格別の慎重さが要求される」とも述べており⁵¹⁾、罪刑の均衡が「特に問題になるのは、表現の自由(憲法21条)との関係である」とも述べ、これが「しばしば微妙かつ重要な問題を生じる」と指摘している⁵²⁾。また、「構成要件等の定め方が不明確なときは、官憲の恣意を招くとともに、国民の自由な活動を萎縮させる。そこでアメリカでは『不明確による無効(void for vagueness)』の理論が判例によってみとめら

れている」とし、表現の自由を中心とする国民の自由に「対する萎縮的・抑止的效果(chilling effect)が、不明確による効果のみとめられる」とし、「わが憲法31条の解釈としても、当然にみとめられるべきである」と述べる⁵³⁾。この点、憲法21条の明確性の要請と31条の明確性の要請は、徳島市公安条例事件判決⁵⁴⁾や福岡県青少年保護育成条例事件判決⁵⁵⁾同様、なお、渾然一体な状況にあったことも指摘せねばならない。刑法94条の中立命令違背罪についても、團藤は、「白地刑罰法規の典型的な一例」であり、「罪刑法定主義(憲法31条)との関係が」一応「問題となる」が、「内容が不明確であるとはいえない」との評価をする⁵⁶⁾。そして、表現処罰法条についても、團藤は憲法31条の罪刑法定主義見地からも言及している⁵⁷⁾。憲法解釈上の批判点は残るものの、團藤が、他の刑事法学者に比しても、表現処罰への抑制を繰り返し論じていることは、注目できる。

各条に特に明文の要請がないが、刑事裁判に対する憲法上の要請と思しきものは、憲法31条が根拠とされることが多い⁵⁸⁾。これは、同条が刑事手続の一般則(人権全体から見れば、特別則の筆頭)であることが理由であろう。理解できる。例えば、團藤は、迅速な裁判、集中審理を「刑事訴訟法全体のもっとも重要な目的のひとつ」だと解説している⁵⁹⁾。團藤は、特に「憲法の違反をともなう違法収集については、格別の考慮を必要とする」⁶⁰⁾などとするが、このような内容は「『法の適正な手続』(憲法31条)の精神からも、みちびかれるべきであろう」⁶¹⁾とする。そして、第三者所有物の没収に当たり、第三者に告知・弁解・防御の機会を欠くことは憲法31条に反することも解説し、判例⁶²⁾を肯定する⁶³⁾。田宮裕は、「憲法についていえば、31条が総括的規定であり、さらに33条、34条、36条、37条なども、それぞれの手続きの違法内容に応じて、援用されうることとなる」と指摘する⁶⁴⁾。

違法収集証拠排除の原則を「自白に適用する

という考えは、学説では有力説である⁶⁵⁾。そして、田宮は、「違法収集証拠の排除法則こそがより一般的な類概念で自白法則はその中に含まれ、」憲法 38 条 2 項と刑訴法 319 条 1 項「は自白に関する典型的な場合を例示したもので、それ以外にも排除されるべき場合はある」と指摘する⁶⁶⁾。最高裁は長くこの原則に消極的であり、刑事法学説の努力によって説得された感が強い。1978 年、最高裁は、漸く、警察官が職務質問の際、被告人の上衣の内ポケットに手を入れて在中物を取り出したところ、覚醒剤であったため取り押さえたという事案で、所持品検査は、「一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において捜索に類するものであるから、上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたいところであつて、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当である」とし、「事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法 35 条が、憲法 33 条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、捜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が捜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法 31 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法 35 条及びこれを受けた刑訴法 218 条 1 項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定される」として、判例を事実上転換した⁶⁷⁾。ただ、最高裁は、憲法レベルではなく、「明らかに訴訟法レベルの原則だという立場をとった⁶⁸⁾。他面、排除を「必要」と強調すれば、適用は殆ど困難となり、アメリカ同様、善意の例外、不可避的発見の例外などが承認され、「排除の例外を正当化する理由として

活用される」かもしれない⁶⁹⁾点には留意すべきであろう。その先には、違法に収集された証拠によって発見することができた他の証拠（派生的証拠）にも排除法則が及ぶか、という毒樹の果実の理論がある⁷⁰⁾。

囹捜査の合憲性を争った被告人も、しばしば憲法 31 条などを上告理由として挙げる⁷¹⁾。囹捜査は、「いかに狡猾な犯罪に対処するためとはいえ、国家が一種の詐術を用いて国民をわなにかけ」、「国家じしんが犯罪者と同じ程度に墮落」することだ⁷²⁾とも言える。判例について、「おとり捜査を全面的に許容したと読み、かつ今日の実務を支配していると解することは、それが機会提供の事案にすぎなかったことや、もはやあまりにも古く、その後法思潮に顕著な発展があるなどの理由から、疑問というべきであろう⁷³⁾」とする田宮裕の批判もある。「全体として『基本的な正義の観念』に反する手続と評価されれば、裁判所が憲法 31 条違反を理由に刑事訴追の進行自体を遮断する（公訴棄または免訴による手続打ち切り）余地もあるように思われる⁷⁴⁾」ところなのかもしれない。

一時盛んであった公訴権濫用論であるが、違法捜査に基づく起訴、迅速裁判違反、被告人の訴訟能力欠如の場合のように、公訴権濫用が認められなくとも裁判所が実体審理を継続すること、被告人に訴追ないし訴訟に伴う負担を負わせることが違法ないし不当とされる場合があることが認識されるに至っており、より一般的な形での手続打ち切り事由を論ずる必要が説かれるようになっていく⁷⁵⁾。公訴権は自由裁量ではなく、憲法 31 条や刑訴法 1 条や 248 条などからして「一定の枠がある」と言うべきであり、「理論的には、公訴権濫用による無効の法理はもはや否定することはできない⁷⁶⁾」とも言われる。

このほか、「憲法 36 条だけでなく 31 条以下の刑事人権規定は、付審判制度を裏から支えている⁷⁷⁾」という表現もあり、刑事手続の一般条項が法制度の根柢と認識される場合もある。余罪を量刑の資料とすることは憲法に反しないと

するとき、判例⁷⁸⁾は、38条3項以外に31条を挙げている。このほか、「国家による」捜査「類似の調査活動」については、「場合により刑事事件となりうることを考えて、捜査に近似した法的規制が要請される」とし、条文としては、憲法31条、33条、35条、38条などを挙げる例もある⁷⁹⁾。以上、様々な角度、論点で憲法31条は取り上げられていると言えよう。

31条に比べると、憲法32条の出番は刑事訴訟法では少ない。團藤が、「憲法32条が被害者訴追主義ないし公衆訴追主義を要請するものでないことはもちろんである」と断じ⁸⁰⁾、平野龍一が、憲法32条の文言が「裁判所において」となっているのは、「陪審違憲論を避けるためだ⁸¹⁾としたこと、三井誠が、私人訴追制度に関して、「憲法32条の立法経緯およびその位置(刑事については人身の自由保障規定の一環)等からすれば、憲法解釈として私人の刑事訴追権が憲法上の権利として規定されているとまではいえない⁸²⁾としているのが目立つ程度である。対して、「裁判を受ける権利」を「国民の基本権のひとつ」だ⁸³⁾と強調するのは民事訴訟法学の方に見える。ただ、それでも、直ちに実定民事訴訟法等の解説に進み、入口論(悪く言えば、アリバイ作り)に留まっていることも多かるう。行政訴訟については、行政裁判が「司法」なのかという論点が大きかったからか、憲法32条の影は薄く⁸⁴⁾、同じ訴訟法でも三者三様である。

憲法82条が保障する裁判の公開は、刑事被告人にとっては、適正な手続を担保する意味合いがある。その意味で、特別法的位置付けの憲法37条に専ら依存してこのことを議論すべきでもあるまい。或いは、同条は、刑罰の前に公開の適切な裁判が終結しているべきであるという、近代立憲主義下では当然の意味で、「裁判を受ける権利」の実質的内容の一部と捉えることもできようか。平野は、「不特定かつ相当数の者が、自由に傍聴しうる状態」でなければならず、「報道関係者だけに限定するもの、やは

り不特定性を害する」と述べている⁸⁵⁾。三井誠も、この規定が司法の章にあることから人権規定と読まない解釈も成り立ちうるとしながら、それが「旧憲法59条とは異なって新憲法において特別の意味をもつところとな」り、「国家の営為を国民主権の政治的プロセスにおく重要性が自覚された」ことなどの「事情に照らすと、憲法82条の規定は単に国民に裁判を傍聴する機会を与えればよいとの制度的保障にとどまらず、傍聴人に裁判の公正・適正な進行を監視する役割をも担わせようとしたものと解するのが妥当であろう」と述べる⁸⁶⁾。これを刑事訴訟法は延長し、訴訟記録の公開をも規定している。憲法37条1項の定める被告人の権利でもある⁸⁷⁾。ただ、團藤は、「被告人の保護の見地から、無制限な記録の公表については、立法論として疑問をいだく⁸⁸⁾」としており、裁判の公開とは意味が違うとする。

2 憲法33条以下を巡る問題

憲法31条・32条に続く個別的刑事手続条項について、当然のことながら、刑事訴訟法の概説書は豊富な解説を行っている。一般的にも、特別法は一般法に優先して適用されるべきであり、33条以下の「明らかな具体的な憲法の基本権条項」「ないしその意味内容の趣旨に即した文言の拡張解釈によって憲法判断が可能である場合には、できるだけ具体的な基本権の内容を明示・特定して議論を進めるのが望ましい⁸⁹⁾」ものである。

(1) 逮捕・抑留・拘禁

憲法33条は「逮捕」の令状主義原則を定める。ここにいう逮捕は、広く「人の身体に対する検証をも含むと解すべきである⁹⁰⁾」。憲法33条と35条は「司法官憲」の令状を要件としており、当初、それに検察官などを含む説もあったが、「裁判所ないしその職員を意味する⁹¹⁾」ことで確定した。現実には裁判官である。なお、判決を受けた者を拘禁に移すことは、「裁

判官の令状よりもいっそう強力な裁判所の判決の効力にもとづく者だから」,「憲法第33条の適用の範囲外と考え」られる⁹²⁾. 逮捕に限らず, 裁判官の令状審査は迅速であるべき一方での確かつ適正でなければならない. 長年, 「検察官, 警察官の言いなり」だ⁹³⁾との批判があることも指摘しておきたい.

本条の問題で最も関心を引いたのは, 刑事訴訟法210条の定める, 緊急逮捕の規定の合憲性についてであった. この規定について, 1955年に最高裁は合憲と判示した⁹⁴⁾が, 「何らその理由を述べていない」⁹⁵⁾. 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, 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⁹⁶⁾. 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」と指摘した⁹⁷⁾. 團藤は, 一種の合憲限定解釈を施したようにも解し得る. また, 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であることを指摘する見解⁹⁸⁾もある. これに対し, 平野龍一は, 「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, 「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, かりうじて肯定しうるのであろうか」と述べ⁹⁹⁾, 現実的対応を模索した. 田宮は, 「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¹⁰⁰⁾. 鈴木茂嗣は更に, 「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」¹⁰¹⁾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, これらとともに認められる場合にのみ, 逮捕状を発すべきである」¹⁰²⁾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. 松尾浩也も, 「その運用においては, 変則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ない」とする¹⁰³⁾. 三井誠も, 「合憲性を肯定」しつつも, 「運用違憲の疑いが生じてくる」と釘を刺す¹⁰⁴⁾. 堀江慎司は, 「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」¹⁰⁵⁾と, 最も厳しい. 逆に言えば, 同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, ということでもある.

現行犯逮捕についても, 判例が, 警察官と知って逃走しようとしているのは, 口頭で「たれか」と問われなくても, 刑事訴訟法212条4項の「誰何されて逃走しようとするとき」に該当するとしている¹⁰⁶⁾が, 團藤重光は, 「憲法第33条にいわゆる『現行犯』がはたして準現行犯を含むかどうかについても疑問があり, 憲法の趣旨からもこれをなるべく厳格に解釈する必要がある」とも述べている¹⁰⁷⁾. 平野は, 「極めて厳格に解したとき, はじめてその合憲性は肯定できよう」¹⁰⁸⁾と, 更に厳しい. 他方, 田宮は, 「旧法以来の概念で憲法はこれを前提にしたと考えてよく, またこのように法定された強度の

証跡があり、犯行後問がないと認められる場合というように要件を厳格にしぼっているのに、令状主義の精神に反するとまでいうことはできない」としている¹⁰⁹⁾。また、前述のように緊急逮捕を合憲とするのが通説・判例・実務であるとすれば、準現行犯規定を無理に存置する必要はないとの指摘¹¹⁰⁾もある。

別件逮捕についても、帝銀事件¹¹¹⁾や麻布連続放火事件¹¹²⁾などで度々問題となってきていた。田宮は、「通常の余罪捜査といえる間はよいが、その域をこえて、名を別件に借りだけの脱法的逮捕となると違法とされる。令状主義の遵守は見せかけにすぎず、また、本件について逮捕要件がそなわっていないだけに自白強要に結びつきやすく、見込み捜査としてえん罪につながる危険もあるからである」¹¹³⁾として、適否を判断しようとする。三井誠も、「本件に関する司法的審査を欠き憲法33条、34条の令状主義を潜脱すること」や「法廷の身柄拘束時間が無意味になること」、「逮捕が取調べにより自白を採取する手段と化していること、などを根拠に、逮捕権の濫用として違法と解す」べき場合もあるとする¹¹⁴⁾。中には、軽微な事件に名を借りた逮捕・勾留で、取調べは本件に重点があつて、逮捕・勾留自体が違法だったとした下級審判決¹¹⁵⁾もある。憲法学説は見落としがちであるが、個別の事案においては、令状主義の逸脱や違法捜査が起り得ることにより注目すべきなのであろう。

交通取締などのような一斉自動車検問は「必要性」があれば出来、米子銀行強盗事件¹¹⁶⁾のような自動車検問は、職務質問(所持品検査)を行うに足る「何らかの嫌疑」が必要となり、進んで逮捕や勾留に求められるのは「相当な理由」であるとされる¹¹⁷⁾。一斉自動車検問については、多くの学説が警職法2条を根拠に認められることに至った模様である¹¹⁸⁾。ただ、この説に従っても、同条の存在は「無差別に停止させる根拠としては十分でない」であろう¹¹⁹⁾。このため、判例¹²⁰⁾は、「公道において自動車を利

用することを許されていることに伴う当然の負担」として「相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法なもの」と解している。交通警察(行政)が刑事司法に変質する典型的な場面であり、憲法学も黙殺できない。

團藤は、「勾留状の執行によって拘置監(大都市では拘置所になっている)または代用監獄としての警察の留置場に収監される」ものであるが、違憲とまではしていないものの、「代用監獄は弊害が多くすみやかな廃止が望まれる」と述べている¹²¹⁾。現実には、身柄拘束は長く¹²²⁾、代用監獄¹²³⁾が当然になっている。適正手続が担保できなければ、個々の事案で適用違憲となろうし、最終的には制度改革が求められる筈である。

なお、日本では、任意捜査こそが「主役」というのが「実情」である¹²⁴⁾。任意捜査の概念が判例によって次第に拡張され、その下で、任意の名を借りた強制がなされているとの指摘がある¹²⁵⁾。逮捕状もなく4昼夜にわたり事実上拘束して取り調べても違法でない¹²⁶⁾、深夜の任意同行後、22時間、一睡も与えない継続的な取調べを許容した¹²⁷⁾最高裁決定もある。日本の捜査が糺問的だとの批判が絶えないことには理由がある。

(2) 弁護人依頼権

憲法34条前段は弁護人依頼権を保障する。「いやしくも刑事手続において被疑者、被告人の身体を拘束する場合には同時に弁護人の援助を受ける権利を與えなければならない」¹²⁸⁾のである。これを、単に弁護人を選任する権利だと読むのでは形式的に過ぎよう。まず、そこには、接見交通権の問題がある¹²⁹⁾。捜査処分时常時立ち会う権利と解するのは現実離れしているのに、「自由な接見交通を保障する趣旨だと構成するのが、捜査における弁護権の実質的保障としてふさわしい」との解説¹³⁰⁾がある。「捜査中に弁護人に

依頼する権利を憲法が認めたのは、糺問的捜査に対する大きな修正である¹³¹⁾。三井誠は、「弁護人等との接見交通権は被疑者が防禦活動をおこなう上で最も重要な基本権であり、まさにこの弁護権の中核に位置する（歴史的にも、弁護人選任権の進展と相即不離の関係にあったことは先にみた通りである）。そうであれば、弁護人接見交通権は当然憲法 34 条の規定が保障するところといつてよい」と断言する¹³²⁾。しかしながら、弁護人が取調室で立ち会うのには困難が待ち構えているのが、日本の現状である¹³³⁾。

團藤は、その後段は「沿革的に英米法のヘイビアス・コーパスの手續を背景としていることからいっても、また、とくに弁護人の出席と法廷の公開とを要求している趣旨からいっても、少くとも被告人および弁護人に勾留理由に関する口頭による意見の陳述の機会を保障するものと解しなければならない」ので、「単に法廷の喧騒を見越してははじめから書面の差出を命じるようなことは、違憲の疑いをまぬがれないとおもう」とした¹³⁴⁾。加えて、「ヘイビアス・コーパス（Habeas Corpus）の手續を範として」人身保護法が制定されていることも、憲法 34 条の文脈で述べている¹³⁵⁾。これに対し、田宮は、「英米のヘイビアス・コーパスまたは予備審問を念頭においたのかもしれないが、いずれとも異なっている」から、憲法 34 条後段の「趣旨ははっきりしない」としている¹³⁶⁾。平野は、皮肉交じりに、『『勾禁の理由を告げる制度』は、不幸な星の下に生まれ、生き甲斐のない生を送っている。これを、ヘイビアス・コーパスと考えたところに、誤のもとがあつたように思う。しかも、訴訟法では、ヘイビアス・コーパスにも徹せず、ただ『理由を告知する』制度になつてしまつている』と述べていた¹³⁷⁾。

被告人に国選弁護人を付することは、憲法 37 条 3 項が保障している。必ず、弁護士の中から選任しなければならない¹³⁸⁾。貧困のために付された国選弁護人の費用は、実際には、国費で賄われていると言ってよい¹³⁹⁾。平野龍一は、

「すべての場合に、その意思に反してまで選任してやる必要はあるまい」としつつも、「憲法の趣旨からいえば、被告人が十分に選任請求権を知り、かつ請求の機会を持ちながら、請求をしなかった場合に、はじめて選任を必要としなくなるといわなければならない」として¹⁴⁰⁾、慎重な運用を求めている。だが、密室取調べが横行し、捜査段階で被疑者の運命が決まってきた日本の刑事司法の中では、被疑者にも国選弁護人が必要であるとの主張も強い。「被疑者の多くは資力に乏しく、「貧富の経済的事情によって保障に差をもたらすのは望ましくなく」「起訴前の弁護は重要である」以上、「憲法は、被疑者の国選弁護制度を否定する趣旨ではなく、むしろ立法論として前向きに考えていたことは疑いない」が、「憲法の解釈論として、憲法上国選弁護人選任を被疑者の権利としたとまでは捉え難」かった¹⁴¹⁾。しかし、被疑者にも国選弁護制度を導入する必要があることが、憲法 34 条を 14 条の精神を加味して解釈するか、憲法 37 条 3 項を準用するなどの形で主張されてもきた¹⁴²⁾。そして、弁護士会の尽力により当番弁護士制度が確立された後、2006 年 10 月に被疑者国選弁護制度が漸く実現した。憲法が、事態の進行を想像できず、被疑者国選弁護制度を置かなかつた不備を、立法や弁護士会の努力が補った感がある。

なお、三井誠は、「必要的弁護制度が」憲法「37 条 3 項だけでなく、公正裁判を保障する 37 条 1 項、さらに適正手續保障を理念とする 31 条を」一体的「に捉え、直接的な要請とまではいえないにしろ、こうした憲法規定が背景にあつてはじめて、一定の重大な事件については、誤判等の発生を極力避けて公平な裁判を維持する必要性が特段に高いことから、弁護人の在廷を不可欠とする制度が刑訴法上設けられた」とも指摘している¹⁴³⁾。

(3) 搜索・押収

憲法 35 条の「搜索」の場所の表示について、

判例は、「合理的に解釈してその場所を特定し得る程度」の記載が必要であるとしている¹⁴⁴⁾。同条は搜索差押状を禁じるものではなく、「この規定は搜索・押収がそれぞれのばあいごとに各別の令状によって行なわれるべきことを要求するものであって、いわゆる一般的令状 (general warrant) を禁止する趣旨にほかならない」¹⁴⁵⁾。なお、團藤は、「令状が正当な理由に基いて発せられたことを明示することまでは要求していない」などとする判例¹⁴⁶⁾を批判しつつ、「令状に罪名を記載するについても、ばあいによっては適用法条を示す必要がある」と指摘している¹⁴⁷⁾。また、團藤は、憲法35条「の目的論的解釈として、公判廷で裁判所が差し押さえるばあいには令状を用いるまでもない」¹⁴⁸⁾としているほか、「検証は臨検のばあいでも法律上令状を要求されていない」のは、「裁判所ないし裁判官がみずから行なうものであるから」だと解説している¹⁴⁹⁾。これに対して、平野龍一は、憲法35条の要請は、「搜索をするには、すでに差し押さえるべき物が特定していることが必要だと思われる」¹⁵⁰⁾として、刑事訴訟法102条の規定は、「憲法の要求をみたしていない疑がある」¹⁵¹⁾と指摘している。立法を行わずに刑訴法の下で令状を発することに疑義を示す最高裁の姿勢に対して、「我が国固有の『立法作業の困難性』という事情」を根拠に、「従来は判例が立法の隙間を『解釈』で補ってきた面があった」¹⁵²⁾として批判的な解説もあるが、「憲法上の令状主義の適用対象となる処分が、刑訴法197条1項但書の法定主義の適用対象となることを確認する意味を持つものとも解され」¹⁵³⁾、令状主義の実化が一歩進んだと見るべきではないか。最高裁は、2017年、窃盗事件の全容解明のための捜査の一環として、約6カ月半の間、被告人らが使用する蓋然性があった自動車等合計19台に、同人らの承諾なく、また、令状もなくGPS端末を取り付け、移動状況を把握するいわゆるGPS捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接な関連性を有す

る証拠の証拠能力を否定する一方、その余の証拠については証拠能力を肯定し、被告人を有罪と認定した¹⁵⁴⁾。本判決が妥当かどうかは継続的によく検討されるべきである。

なお、田宮裕は、刑訴法「105条が制限的列举であることから、報道機関に押収拒絶権を与えることは、立法論としてはともかく、解釈論としては無理である」とする一方、「しかし、報道の自由の憲法保障上の地位や現代社会における重要性にかんがみ、取材の結果 (例えば取材ビデオテープ) を差し押さえるについては、その必要性判断にあたり、利益衡量の最重要要素の一つとして、差押えによって報道の自由が妨げられる程度および将来の取材の自由が受ける影響を、捜査の必要との対比において考慮しなければならず、真にやむをえないと認められる場合にのみそれが許されると解すべき」¹⁵⁵⁾、憲法21条の保障する報道の自由に配慮する。酒巻匡も、刑訴法100条3項や222条1項を念頭に、「郵便物の差押えは、通信の秘密を直接侵害する処分であることから、このような現行法の事後通知が、通信傍受法の定める事後通知制度に比して、十分な合憲的手続保障 (憲法31条) といえるか疑問であろう」と指摘している¹⁵⁶⁾。鈴木茂嗣は、これを憲法21条違反と考える¹⁵⁷⁾。憲法論としてはそちらに賛成したい。同様に、酒巻は、「人の身体内部に及ぶ強制処分」について、「適度な強制処分が個別事案において個人の尊厳という人格的利益 (憲法13条) の著しい侵害をもたらす場合、司法権には、基本的な正義の観念 (憲法31条) を用いて、これを阻止すべき責務がある」と述べている¹⁵⁸⁾。

また、緊急差押や緊急捜査のようなものは刑訴法になく、認められない。この点、通信傍受は令状なく可能なのが長く問題となり、田宮は、生前、盗聴について、「その性質に見合った特殊の規制をするほかない」¹⁵⁹⁾とし、「立法」により、「電信電話傍受令状」のようなものを創設すべきことを提唱していた¹⁶⁰⁾。その後、

1999年に通信傍受法が制定されている。実施されたのは、主に組織犯罪絡みの薬物・凶器事案であったが、2度目の安倍政権下の2016年に窃盗や詐欺、児童ポルノなどにも拡大され、プライバシー侵害の日常化が危惧されている。

(4) 拷問及び残虐刑の禁止

憲法36条については、大きな問題は死刑¹⁶¹⁾の合憲性についてである¹⁶²⁾。判例は、勿論、当初から合憲論に立つ¹⁶³⁾。そして、最高裁は1983年に、「死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であつて、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむをえないと認められる場合には、死刑の選択も許されるものといわなければならない」といういわゆる永山基準を示し、死刑と無期懲役の差は相対的との理解に立ち¹⁶⁴⁾、現在に至っている。團藤は、教科書執筆時点では憲法31条を根拠に、「死刑の可能性を予想しているものとみるほかないとおもう」と述べていた¹⁶⁵⁾が、他方で、共同被告人の判決が確定するまでは本人の死刑判決が覆る可能性があるので執行までの期間に算入しないことを説明するのに、「要するに人の生命を尊重する趣旨にほかならない（憲13条参照）」として憲法13条を根拠にする¹⁶⁶⁾など、慎重な姿勢を見せていたほか、まず、改正刑法草案を審議した法制審議会総会において、刑事訴訟法の改正にあたり、死刑の言渡しは裁判官全員一致を必要とするなど、慎重な手続が望ましいとする付帯決議を提案していたのであり¹⁶⁷⁾、最高裁判事を退任すると、熱心な廃止論者となった¹⁶⁸⁾。また、平川宗信は、「憲法36条の『残虐な刑罰』は『適手続・実体的適正の原理に反する刑罰』として理解」でき¹⁶⁹⁾、36条が31条の特別規定であるのに、「36条を措いて31条の反

対解釈から死刑を合憲と解するのは、31条と36条の関係をとらえ間違えている¹⁷⁰⁾と批判した。死刑は特別な刑罰であり、適用は慎重でなければならないと同時に、慎重な審理手続が必要であるとする弁護士からの指摘もある¹⁷¹⁾。

(5) 公平な裁判所の迅速な公開裁判

憲法37条は当事者主義を「たてまえ¹⁷²⁾」としている。予審制度は1947年の刑事訴訟応急措置法9条により廃止された¹⁷³⁾。このこともあって、略式手続は憲法37条1項や82条に違反するのではないかという疑いが、当初から生じていた。このため、略式手続の科刑の範囲を厳しく限定し、その手続に服することに異議のない場合に限り、これを慎重に考慮させる方法を講じている¹⁷⁴⁾。ただ、時代が下がると、「真に慎重を要する事件に十分な時間をかけられないおそれ等も生じ、司法エネルギーの適正配分という司法政策上の観点」から正当化される¹⁷⁵⁾に至っている。

「同じような事件が将来繰り返されないよう戒める、あるいは将来の予防をする」、「犯人の改善更生を期待」する観点から、そして、「被告人の人権という観点から」も「証拠は日々消えていくので」「裁判上の防御手段の確保という観点からしても、一刻も早く裁判をし」なければならない¹⁷⁶⁾。早くも1959年頃には、刑事裁判の遅延、「旧態依然」ぶりが指摘されていた¹⁷⁷⁾。最高裁は、憲法37条1項を根拠に、15年もの間審理が開かれなかった事例で、遅延の原因が被告人にあるような例でなければ、迅速な裁判の保障が満たされなかったとして免訴の判断をしたことがある¹⁷⁸⁾。鈴木茂嗣も、基本的に裁判所は「被告人側に審理促進を求める積極的態度」を求めるべきでなく、「被告人の責めに帰しえない不当な遅延が生じ被告人に一定の不利益を及ぼした以上は、端的に憲法違反を認めるとともに、かかる場合は国家に『処罰適格』が欠けるに至ったとして、免訴の言渡により処理すべき」だと断じた¹⁷⁹⁾。

(6) 証人審問権など

憲法37条2項は、被告人に対審権(証人審問権)を保障する。判例は、法廷に出てきた証人に反対尋問を保障しただけで、証人たり得べき者に対する審問権を保障したものではないという¹⁸⁰⁾。しかし、「とくに人的証拠については、それは憲法上の要求でさえある」ことが強調されるべきである¹⁸¹⁾。その意味は、「人的証拠は、これを直接に公判廷に顕出して、当事者の反対尋問に晒さなければならない。それによってはじめて被告人の利益が保護されると同時に、また、その証言の証拠価値も高まる」¹⁸²⁾からである。團藤は、「憲法上の精神(とくに憲37条1項・2項)からいって、当事者の証拠調の請求——証人尋問の請求にかぎらない——があったときには、原則的にこれを許さなければならないものと解する」¹⁸³⁾と述べている。結果、「伝聞証拠(hear-say evidence)は、それが書証であると人的証拠であるとを問わず、原則としなければならない」¹⁸⁴⁾と言えよう。別の言い方をすれば、直接主義(直接審理主義、Unmittelbarkeit)の要請である¹⁸⁵⁾。ただ、平野龍一は、「反対尋問に代るほどの信用性の情況的保証があり、かつその証拠を用いる必要があるときにまで、必ず審問の機会を与えなければならないという趣旨ではない」と述べ、「英米法でも、古くから伝聞証拠に例外が認められており、アメリカ憲法が、その状態を前提として、わが憲法とほぼ同様の規定を置いたことから、推察しうるであろう」として、原則には例外が付き物であることを主張した¹⁸⁶⁾。こうなると、「写真は、機械的方法で、一定の事実の痕跡がフィルムおよび印画紙に残されたものであるから、その性質は非供述証拠であって、供述の要素を含まない。したがって、関連性がある限り証拠能力が認められる」¹⁸⁷⁾であるとか、「録音テープ」についても同様に、「録音内容が、犯罪事実または状況証拠であるときは、どういう状況で録音したかという関連性が証明されればよい」¹⁸⁸⁾という姿勢になりがちである。共に加工は可能で

あり、心象の異なる写真・録音・動画もあり得る。田宮裕は、「伝聞法則の内容を証人審問権との関係で、その合憲性を検討するという作業は、今後も一つの課題たりうることは疑いをいれない」、ただ、「現行法」の「違憲論があとを断たない」ものの「必ずしも有力説とはなっていない」おらず、「アメリカ」での「若干の判例の展開」「をも参考しつつ、証人審問権と伝聞証拠のかかわりをいま一度検討してみるべき」だと述べている¹⁸⁹⁾。堀江慎司は、「憲法37条2項前段の射程範囲と刑訴法320条1項のそれとが全く同一になるわけではない」として、憲法37条2項前段からは、公判外供述の排除は被告人に不利なものに限られること、主尋問への供述後に証人が死亡して反対尋問を受けられないとき、検察側の証人のそれであれば排除できること、同条項から被告人自身の公判外供述の排除を導くのは困難であることなどが指摘できるとする¹⁹⁰⁾。

また、被告人には自己のための証人を求める権利もある。團藤の理解は、「被告人の欲するすべての証人を求める権利ではなく、証人の重要性その他を考慮して裁判所に取捨選択の裁量がみとめられるものと解しなければならない」¹⁹¹⁾というものだが、平野龍一は、憲法37条2項「の精神からみて、被告人の証拠調の請求を却下するのは、これを必要としない十分に理由がある場合でなければならない。単なる裁量の問題ではない」¹⁹²⁾として、それに批判的である。

(7) 自己不罪免責権

憲法38条1項から、團藤は、「被告人も、その所有または占有に属する物について適法な押収・捜索を受け、また、その身体について適法な身体検査を受けることを拒むことはできない」と断じている¹⁹³⁾。團藤は、憲法38条1項の「自己負罪に対する特権」の問題として、麻酔分析やポリグラフ・テストなどを論じている¹⁹⁴⁾。

黙秘権については刑訴法146条を設け、被告人は証人となること自体を拒否することがで

き、自己に不利益・利益を問わず一切の供述を包括的に拒否できることを、刑訴法 291 条 2 項や 311 条、198 条 2 項で進めている¹⁹⁵⁾と解せようか。学説の中には、その不告知から、供述義務があると誤信して供述したときには憲法 38 条 1 項違反とすべきとするものもある¹⁹⁶⁾。「嫌疑が濃厚であるから逮捕された被疑者に対して、何ゆえに黙秘権など与える必要があるのかという疑問」が蔓延し、ミランダ・ルールが受け入れられていない¹⁹⁷⁾ことには疑念も示されている。

憲法 38 条 2 項は、自白の証拠能力に関する厳重な制限を施している。強制や拷問、脅迫による自白は証拠とすることができない。最高裁も、いわゆる小島事件で、強制による自白に基づく無期懲役の判断を破棄差し戻した¹⁹⁸⁾。團藤は、刑訴法 319 条について、「憲法の解釈としても当然のことであり、その意味で、解釈的・確認的な規定である」¹⁹⁹⁾と評価し、特に憲法より広い保障を行ったものではないとしている。そして、それは、「単なる任意性の見地をこえるものが含まれていたとみるべき」だと述べ、旧版の解釈を変更した²⁰⁰⁾。「任意性の疑わしい自白を証拠にとれば、単なる刑訴法第 319 条第 1 項の違反にとどまらず、憲法違反になるものと解するべきである」²⁰¹⁾と述べる。それは、「任意性とは関係なく」である²⁰²⁾。

ところで、「不当に長く抑留・拘禁されたのちの自白は証拠とすることができない」²⁰³⁾という場合の「不当に長く」がどのように判断されるべきかは問題である²⁰⁴⁾。團藤は、以前、「任意性の問題と結びつけて」、「一時的な身体の拘束を反覆して不当に長期にわたるばあい」としてきた²⁰⁵⁾が、これを改め、「法律の許す期間を超過して抑留・拘禁をするときには、不当に長く抑留・拘禁したことになる」と述べるに至っている²⁰⁶⁾。そして、「形式的に法のみとめる抑留・拘禁の期間内であっても、」[「逮捕・勾引」]「が法律の定める留置期間をこえて行われるとき」などは「不当に長いといわなければなら

ないばあいがありうる」とし、「これは、被告人（被疑者）の心身の状態、その逃亡・証拠隠滅のおそれの強弱、事案の軽重、審判の難易など、具体的なあらゆる事情を総合的に考慮した上で、健全な常識で判断するほかない」とするに至った²⁰⁷⁾。「人身の自由の保障に要点があるものというべく、本人の心身の状況なども」[「考慮されるべきである」²⁰⁸⁾]というのが到達点である。田宮も、「従来『長い』に力点が置かれたが、」裁判官への迅速な引渡しを要求することにより、実質的に取調時間を短くする「アメリカのマグナブ原則（違法拘束と排除を結びつける）に学んで、『不当』すなわち『違法』を問題にすべき」だとしている²⁰⁹⁾。

しばしば憲法判例として取り上げられる、交通事故の報告義務と黙秘権を巡る判例²¹⁰⁾に関する議論は、特に目立たない。また、偽証罪の議論において、黙秘権に関し、憲法 38 条により「自己の刑事責任に関する不利益な事実について証言を拒否しても、それは処罰されるべきではない」ことになる²¹¹⁾が、團藤は、「たとえ自己の刑事責任に関する不利益な事実についてであっても、積極的に虚偽の陳述をすることを是認する趣旨ではない。かような意味で、偽証罪の規定は、憲法 38 条に「反するものではない」とする²¹²⁾。酒巻匡は、「業務上知り得た他人の秘密の保持に憲法上重要な価値（例、表現の自由、取材・報道の自由）が係わる場合には、裁判所は、刑事司法の目的達成すなわち公正・正確な事実認定のため当該秘密事項を公開法廷で証言させることの必要不可欠性と、これにより生じ得る憲法上の価値の制約の質・程度等を衡量勘案して、証言義務を負わすことが適用違憲とならぬよう、その相当性（事前の証拠決定や証言拒否があった場合の制裁の負荷）について慎重な考慮を要する」と指摘する²¹³⁾。

團藤は、以上の議論をパラレルに展開し、「憲法第 38 条第 2 項前段の強制・拷問・脅迫『による』自白とあるのも、後段との権衡上、強制・拷問・脅迫『のもとにおける』自白の趣旨に解

するべきであり、たとえば、脅迫にかかわらず自白に任意性があつたことがかりに証明されたとしても、かような自白は証拠能力を有しないものとする」としている²¹⁴⁾。判例も、いわゆる切り替え尋問事件判決²¹⁵⁾において、偽計によって被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発される恐れのある場合、それによって獲得された自白はその任意性に疑いがあるものとして証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは憲法38条2項に違反すると判示している。但し、三井誠は、これに関連して、違法排除一元説を批判し、「自白(供述証拠)と証拠物の質的違いを捨象して、自白法則を違法収集証拠排除法則の一部と捉えたのは、法文の解釈としても、実質的にも、問題を含む」と述べている²¹⁶⁾。

憲法38条3項は、自白偏重主義を押し留める条項である。自由心証主義の下では、自白は他の証拠と同一の価値を有していたが、補強証拠(corroboration)がない限り、犯罪事実を認定できないこととなった²¹⁷⁾。團藤は、「自白が証拠能力をもつためには任意性があきらかなくてはならない」ので、「公法廷の自白と公法廷外の自白とを質的に区別する理由はない」と断じている²¹⁸⁾。判例もそうである²¹⁹⁾。これに対し、平野龍一は、「憲法38条3項のいう自白には、公判廷の自白を含む」、それは「明白に任意性があり、かつ、裁判官が直接に観察しうる」ので、「補強証拠を必要としない」というが、「公判廷外の自白に比べると、公判廷の自白には、たしかに右のような特色があるけれども、それは量的な差異に止まるから、これだけで、憲法の規定を制限的に解釈する理由はない」として、異議を唱えている²²⁰⁾。

なお、判例は、いわゆる練馬事件(印藤巡查殺し事件)において、共犯者又は共同被告人の自白を証拠として有罪としており²²¹⁾、同判決中に真野毅裁判官など6名の反対意見の批判があつた。総じて証拠能力の議論は、憲法の教科書に反映されているとは言い難い。

(8) 二重の危険の禁止

遡及処罰・事後法の禁止²²²⁾については、憲法39条の定めるところである。高田卓爾は、「二重の危険」の禁止を、「1個の刑罰権に服する事項は1回の手続で解決されるべきだとの被告人の法的安定性のための政策的要請」だと解した²²³⁾が、現在では、人権保障の見地から読み込むのが普通であろう。検察官の上訴はこれに触れるものでないとするのが、通説・判例²²⁴⁾である。刑法58条に、裁判確定後執行完了前に再犯者であることを発見した場合、改めて加重すべき刑を定める規定があつたが、憲法39条に反するとして削除されている²²⁵⁾。刑法学では、「行為時法と裁判時法とで刑法の軽重がある時は、その軽いものを」、更に「中間時法がある時は、もっとも軽いものを適用すべきである」²²⁶⁾とされるが、憲法上の要請がどこまでかははっきりしない。再審における不利益変更の禁止は、憲法39条の要請でもある²²⁷⁾とされる。同条は、二重の危険の禁止を憲法上宣言したものである²²⁸⁾。累犯加重は憲法14条・39条に反するものでもないとされている²²⁹⁾。このほか、刑の執行の猶予の取消しが憲法39条違反となるか、という論点がある。團藤は、「猶予中に生じた本人の責に帰せられるあたらしい事由によってでなく、単なる前科の発覚などを理由として取り消すのは」「違憲の疑いがある」と述べる²³⁰⁾。他方、外国での確定判決を受けた者が同一行為について更に処罰されることを刑法5条は許容しているが、團藤は、「これは『二重の危険』の禁止(憲法39条)に触れるものではない」としている²³¹⁾。

無論、一旦確定した有罪判決に瑕疵があれば再審がなされるのは、憲法39条に反するものではない。最高裁は、いわゆる白鳥決定²³²⁾において、当該事件の再審請求の抗告は棄却しながらも、再審においても「疑わしきは被告人の利益に」²³³⁾という刑事裁判における鉄則が適用されることを明言し、多くの再審を導いた。

團藤は、家庭裁判所での不処分決定、審判

不開始の決定の場合、「旧少年法（63条）がこれらのばあいひろく刑事訴追を禁止していた権衡からいっても、すくなくともこの種の措置のとられたばあいには刑事訴追の禁止——違反すれば公訴棄却——をみとめなければならないであろう」²³⁴⁾とし、これは「少年の将来を考える少年法の基本精神にかなうと同時に、二重の危険を禁止する憲法第39条の趣旨にそう」²³⁵⁾と断じた。準刑事手続についても、憲法31条以下の準用はあってしかるべきであろう²³⁶⁾。

3 憲法全般の問題—團藤説を中心に

刑事法の教科書には、憲法に関する記述が、憲法31-40条や76条以外に関しても数多く見られる。これについて、一見、本稿の主テーマではないが、刑事法学が憲法をどう取り扱ってきたか的一端を示すことにもなるので、團藤重光による記述を軸に紹介しておく。

天皇の裁判権に関して、皇室典範21条を引きつつ不訴追であることを説明する團藤は、他方で、「証人尋問をはじめ各種の強制処分の関係で問題がある」と述べている²³⁷⁾。象徴性を理由とする天皇の神聖化には与していない。

團藤は、憲法73条7号の規定する恩赦について、「確定前の観念的刑罰法律関係にも、確定後の現実的刑罰法律関係にも影響を及ぼす。これは刑法ないし司法の外部から修正を加えるものであり、もし濫用されるときはおそるべき弊害をひきおこすとともに、合理的に運用されるかぎりには、刑法の運用の硬直化に対する潤滑油の役割りをも演じる」と評している²³⁸⁾。

團藤は、行政機関の前審を憲法76条2項が認めていることにつき、「特に憲法第37条第1項との関係で疑問がないわけではないが、この規定の趣旨を没却しないかぎりには、それをみとめてもさしつかえないものと解する。現に、国税犯則取締法や関税法による通告処分の手続は、実質的に刑事手続としての色彩が濃厚であるが、これを行政機関に行なわせている」と指摘している²³⁹⁾。刑事手続に容易に転じ得る手

続についても、憲法31条以下の準用は考えられよう²⁴⁰⁾。

平野龍一は、憲法80条は下級審が「裁判官によって構成される」とは規定していないので、少なくとも参審を憲法違反とする理由はない²⁴¹⁾と述べており、そうだとすれば、現在の裁判員制度²⁴²⁾は合憲だと端的に述べていたこととなる。関連して、陪審制度の導入を違憲とする主張はおよそ見られなかった。

團藤が、判例変更を巡って、最高裁が合憲の決定を下してきたとき、「のちに判例を変更して、これを違憲と決定することを妨げない」が、「いったん違憲と決定した以上、のちに判例を変更して合憲とみとめることにより、その効力を復活させることはできない」と述べている²⁴³⁾のは興味深い。しかし、違憲判断への判例変更がいかにも不合理な場合でも、再度、合憲への判例変更ができないとすることには無理がないか²⁴⁴⁾。これは、刑事判例を巡る不遑及的判例変更に解消できるように思われる。他方、法律の規定は可能な限り憲法に沿うように合理的に解釈されるべしとして、合憲「限定解釈が必要となることがあるのは、いうまでもない」とする²⁴⁵⁾。

このほか、團藤は、口語化前に存在した尊属殺重罰規定ほか、一連の尊属に対する犯罪を加重した規定につき、「憲法14条に反するものとして違憲というべき」と断じていた²⁴⁶⁾。しかも、「尊属に対する犯行であるということじたいを理由として重く罰するということは、具体的な量刑の問題としても許されるべきことでない」とし、「実際には、尊属殺の事案は、具体的情状において通常殺人罪のばあいよりもむしろはるかに同情に値するものが多い」とも指摘していた²⁴⁷⁾。同規定に対する團藤の憎悪は凄まじく、「尊属殺の規定では、配偶者の直系尊属を本人の姻族という見地から行為客体として規定しているわけではなく、民法のこの規定とは無関係に、刑法の見地から問題を解決しなければならない。実質的にみても、生存配偶者がかような意思表示をしたのちに尊属殺の規定の適用

がなく、たまたま——ことに民法728条の規定の不知のために——かような意思表示をしなかったためにその適用があるというのは、はなはだしく妥当を欠く」と批判している²⁴⁸⁾。実際、最高裁判事として、刑法205条2項(尊属傷害致死罪)を違憲とする反対意見を執筆しており、その中では、憲法13条にも言及し、「憲法14条の規定する平等主義の意義は、憲法13条の規定する『個人としての尊重』や憲法24条の規定する家族関係における『個人の尊厳』などにも現われている憲法全体の趣旨をもあわせ考えて、これらとの総合的理解の上に把握されなければならない。国民のすべての者が『個人として尊重』されるべく、家族関係においても、家族に属する一人一人の者がそれぞれに『個人の尊厳』をみとめられなければならない以上、憲法14条1項の列举中に親子といった身分が明示されていないということは、まったく問題にならないことである。親も子も、みな、それぞれに『個人として尊重』され、『個人の尊厳』をみとめられるべきことはいままでもないことであって、親子のあいだに尊卑の区別があるべきはずはない。尊属・卑属という用語も、一種の術語にすぎず、尊卑の区別を前提とするものでないことは、もちろんである。親子も平等であるべきことは、憲法14条の解釈上当然といわなければならない」と判示していた²⁴⁹⁾。

但し、團藤は、性差別には寛容なようで、売春の勧誘等の罪を犯した満20歳以上の女子に対して、補導処分に付し、婦人補導院に収容するとする規定について、「売春は男子も行うことができるが、補導処分は女子のみを対象とする。けだし、売春婦について、とくにその必要があるからであって、男女平等の原則(憲14条)に反するものではない」と言い切っている²⁵⁰⁾。旧世代であり、やむを得ないところか。

團藤は、猥褻に関する罪について、「性の抑圧の弊害はすでに経験ずみのところであり、性の自由化がかえって性秩序の健全化に役立つ面のあること、現在一部にみられるいわゆる性産

業の横行なども性の抑圧と無縁ではないとおもわれること、さらに、性刑法(Sexualstrafrecht)は、価値多元的な社会ことに激動期のそれにおいては、基準となるべきものが多かれ少なかれ相対的・流動的なものにならざるをえないから、運用がきわめて微妙かつ困難であって、所期の成果を挙げることが容易でないばかりか、一歩誤ると表現の自由との関連において重大な問題を惹起しかねない²⁵¹⁾ ことなどを強調し、猥褻文書等頒布罪に関して、「この規定そのものは合憲であると考えて、ばあいによって適用違憲の問題を生じうる」としている²⁵²⁾。また、相対的猥褻文書概念を支持できるとし、「全体的考察によって猥褻性がみとめられる文書であっても、なんらかの状況のもとに、その頒布が猥褻文書頒布罪を構成しないばあいがみとめられるべきではないか」と述べている²⁵³⁾。これに対し、山口厚は、相対的わいせつ概念はその概念を寧ろ拡張する論理であるとして、疑問視する²⁵⁴⁾。

名誉毀損罪について、真実の証明があった場合、表現の自由を重視し、構成要件該当性阻却説を長年採ってきた團藤であったが、「実務経験を通じて痛感するにいたったのは、表現の自由が諸刃の剣ともいべききわめて微妙なものであって、しかもそれが民主主義の根底をなすところのもっとも重要な基本的人権であるがゆえにこそ、その一面的な強調はかえってこれを守り立てて行く上に有害ではないかと」²⁵⁵⁾ 考えるに至り、「改めて違法性阻却説を採る」ようになったのである²⁵⁶⁾。平野龍一は処罰阻却事由説を採っているように読める²⁵⁷⁾。三井誠は、「拳証責任の転換」が「違憲・違法でない」というには、真実性の証明の程度は証拠の優越で足り、また証明の方式としては厳格な証明によらなくともよいと解するのが妥当であろう²⁵⁸⁾と、表現の自由に配慮した指摘を行っている。平川宗信は、「『現実の悪意』の法理の基本的な考え方に賛同」しつつ、「これを『事実が真実であることを一応推測させる程度の資料、根拠』と

して客観的に再構成し、判例の『相当性の基準』による判断を「基準として行うのが妥当である」と述べている²⁵⁹⁾。但し、文面違憲には至っていない。

また、破壊活動防止法の規定の運用に際しても、團藤は、「明白かつ現在の危険」基準「を明確に念頭に置く必要がある」と指摘した²⁶⁰⁾。集会結社の自由に対する配慮も見え、「騒擾罪の規定そのものを違憲と考えることはできないが、これを合憲とするためには、その解釈・運用は充分に慎重でなくてはならない」と述べている²⁶¹⁾。團藤が実体的な刑罰規定について、他の刑事法学者と比べても、多くの憲法解釈に言及していたことは見逃すべきでない。

おわりに

刑事法学の主な教科書を見通して判明したことは、早くから憲法解釈が多くの箇所て浮上しており、反応があるということである。特に、刑事訴訟法分野ではそうであった。憲法が多くの条文を割いたのは刑事手続に関する部分であるため、憲法に言及することが多いのは刑事訴訟法学であって、刑法学のそれは少ない。この点は、同じ刑事法学であっても格差があるところである。團藤重光は、その中でも特に憲法を持ち出し、刑事法の諸規定やその運用の合憲性に言及することは比較的多かった。これはまた、團藤の優れた人権感覚や憲法感覚の賜物と評してもよいのかもしれない²⁶²⁾。偶々^{たまたま}團藤が合憲と結論付けた箇所に平野龍一が違憲論を展開するなど、刑事法学における憲法論は活性化していたと言ってよい。しかし、時代が下り、実定刑事法が自己完結して動き出すと、そういった場面は限定的になっていったように感じられる²⁶³⁾。警察・検察実務に横たわる「日本の治安の良さ」は「糾問的捜査観」による「強力な捜査による」ものとする「憲法論抜きの現実論、しかも実証抜きの現実論」²⁶⁴⁾も復活してきたきらいがある。現在、刑事法学のメイン・ストリームが憲法を持ち出す場面は限られている²⁶⁵⁾。こ

のことは確認できたと言ってよいであろう。これに対して、学界内のそうでない側が、通信傍受法を違憲とする主張を展開するなどの中で、憲法を文言解釈的に展開する「固いデュー・プロセス論」に期待する声²⁶⁶⁾もある。

以上の分析の結果、刑事訴訟法学を中心とする刑事法学の基本的な考え方がほぼ判明したところであるから、憲法の視点からの疑問をぶつけ、ときには修正を求めていくことを始めてみたいと思う。古典的な、緊急逮捕や死刑の合憲性ばかりでなく、伝聞証拠や違法収集証拠の問題でも、そこに憲法の視点を加えることが、解決を導く可能性があるかもしれない。そして、刑事法学界での解釈論争が、或いは憲法論によって解決される場面もあるのかもしれないこと、全く問題視されていないことが意外な憲法問題を孕む可能性があることも、念頭に置きたい。ただ、その前には、憲法の主要な教科書が、刑事手続に関してどう記述してきたかも検証する必要があるように思う。日本国憲法が多くの条項を置いて関心を示した刑事手続に関して、網羅的検討を施すことを、やはり進めねばならないであろう。次の機会にはそこに歩を進めることが、筆者に課せられたタスクであろう。

注

- 1) 高田卓爾『刑事訴訟法』〔2訂版〕144頁（青林書院、1984）。
- 2) 田宮裕『刑事訴訟法』〔新版〕6頁（有斐閣、1996）。三井誠『刑事訴訟法（1）』〔新版〕1頁（有斐閣、1997）は、「比較法的にみても類例がないほど」と表現する。
- 3) 田宮同上6頁。
- 4) 高田前掲註1）書144頁。
- 5) 松尾浩也『刑事訴訟法上』〔補正第4版〕6頁（弘文堂、1996）。
- 6) 平川宗信『憲法的刑法学の展開—仏教思想を基盤として』69頁（有斐閣、2014）。
- 7) 渥美東洋『「新」刑訴のおおよその定着と改正の必要』ジュリスト1148号12頁（1999）。
- 8) 比較的最近の例として、尾形健「憲法的刑事手続の一側面—刑事裁判における訴訟能力論」初宿正典古稀記念『比較憲法学の現状と展望』

- 769頁(成文堂, 2018)などがある。
- 9) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』〔改訂版〕24頁(青林書院, 1990)。
 - 10) 実際, 川岸令和ほか『憲法』〔第4版〕223頁以下(青林書院, 2016)〔君塚正臣〕の初版(2002)執筆時, 参考にすべき憲法の教科書の刑事手続部分が一般に記述の薄いことを感じざるを得なかった。
 - 11) 数少ない例外に, 杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』(学陽書房, 1980)がある。但し, それでも本文262頁である。
 - 12) 例えば, 芦部信喜編『憲法判例百選』(1963)の「人身の自由」の項目で掲載されている判例研究は29であるが, その執筆者は, 平野龍一1, 高田卓爾1, 莊子邦雄2, 香川達夫2, 松尾浩也2, 所一彦1, 光藤景皎1, 藤木英雄2, 大塚仁3, 下村康正1, 田宮裕3, 福田平1, 中武靖夫1, 柏井康夫1で刑事法学者・刑事裁判官22, 田中英夫1, 高柳信一1で英米法学者2, 田上穰治1, 外間寛1, 鴨良弼2, 久保田きぬ子1で公法学者5と, 圧倒的に刑事法学者によるものである。この傾向は長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕(2013)では払拭されているが, 芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第2版〕(1988)ではやはり30のうちには, 田宮裕, 高田卓爾, 小早川義則, 三井誠, 阿部純二, 繁田實造, 岡部泰昌, 光藤景皎, 椎橋隆幸, 渥美東洋, 小田中聰樹, 松尾浩也, 松本時夫, 鈴木茂嗣, 竹内正, 庭山英雄, 坂口裕英, 森井暲各1と18の刑事法学者・刑事裁判官による判例研究があり(このほか, 英米法学者の堀部政男によるものも1つある), 憲法判例百選におけるこの分野の刑事法学者依存は冷戦末期まで続いたと言える。
 - 13) 君塚正臣『司法権・憲法訴訟論上巻』(法律文化社, 2018)〔以下, 君塚前掲註13〕I書, と引用], 同『司法権・憲法訴訟論下巻』(法律文化社, 2018)〔以下, 君塚前掲註13〕II書, と引用]. 加えて, 同「日本における憲法院的機関の憲法上の可能性—内閣法制局・再考—」〔司法権・憲法訴訟論補遺(1)〕横浜法学26巻3号1頁(2018), 「裁判官の独立—」〔司法権・憲法訴訟論補遺(2)〕横浜国際社会科学研究所23巻1号19頁(2018), 同「立憲主義と二重の基準論—諸学問の知恵を踏まえて考え直す—」〔司法権・憲法訴訟論補遺(3)〕同2号1頁(2018), 同「幸福追求権と司法審査基準—『私事と自己決定』の憲法的保障範囲と程度—」〔司法権・憲法訴訟論補遺(4)〕横浜法学27巻1号61頁(2018)〔以下, 君塚前掲註13〕VI論文, と引用]参照。関連して, アメリカの連邦最高裁判決に関するものとして, 同「刑事手続—憲法学的検討の序として」大沢秀介退職記念『違憲審査基準—アメリカ憲法と判例の現在』227頁(弘文堂, 2018)も参照。
 - 14) 渥美前掲註7)論文12頁。
 - 15) 村井敏邦「憲法の刑事司法のシェーマ」法学セミナー510号36頁, 38頁(1997)。
 - 16) この点, 民法学との関係で過去に感じないでもないことであった。君塚正臣『性差別司法審査基準論』(信山社, 1996), 同『憲法の私人間効力論』(悠々社, 2008)参照。
 - 17) 池田修=前田雅英『刑事訴訟法』〔第6版〕18頁(東京大学出版会, 2018)。
 - 18) 田宮前掲註2)書12頁。
 - 19) このことについて, 指宿信ほか編集代表『シリーズ刑事司法を考える第0巻—刑事司法への問い』8頁以下(岩波書店, 2017)は, 佐藤栄佐久, 山田悦子らの証言を掲載する。2018年末からのカルロス・ゴーン被告の拘束について, 海外から「人質司法」との批判があったことは記憶に新しい。
 - 20) 池田=前田前掲註17)書19頁。
 - 21) 同上19-20頁。
 - 22) 田宮前掲註2)書14頁。
 - 23) 君塚正臣編『法学部生のための選択科目ガイドブック』30-34頁(ミネルヴァ書房, 2011)〔君塚〕記載の教科書をその基準としたい。
 - 24) 同上32頁〔君塚〕。
 - 25) 同上33頁〔君塚〕。
 - 26) 通説・判例は, 憲法31条を準用して行政手続の適正を導き出す。成田新法事件=最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁。本件評釈には, 野中俊彦「判批」ジュリスト1009号27頁(1992), 千葉勝美「判批」同33頁(1992), 同「判批」法曹時報45巻3号187頁(1993), 同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成4年度』220頁(法曹会, 1995), 同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例1公法編』148頁(2003), 北野弘久「判批」法律時報64巻8号2頁(1992), 永田秀樹「判批」法学セミナー455号122頁(1992), 飯村敏明「判批」法律のひろば45巻12号32頁(1992), 田中館照橋「判批」法令解説資料総覧128号94頁(1992), 熊本信夫「判批」ジュリスト臨時増刊1024号『平成4年度重要判例解説』51頁(1993), 渋谷秀樹「判批」法学教室148号108頁(1993), 中谷谷「判批」同150号別冊附録『判例セレクト'92』16頁(1993), 渡辺久丸「判批」民商法雑誌108巻4=5号712頁(1993), 田村和之「判批」判例評論411号2頁(1993), 今井廣明「判批」訟務月報39巻5号117頁(1993), 太田幸夫「判批」判例タイムズ821号『平成4年度主要民事判例解説』290頁(1993), 芳野勝「判批」撰南法学10号143頁(1993), 市川正人「判批」法学教室206号34頁, 207号42頁(1997),

- 手島孝「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕252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』166頁(三省堂, 2000), 井上典之「判批」法学セミナー639号62頁(2007), 上田健介「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』34頁(悠々社, 2010), 木佐茂男「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第6版〕250頁(2012), 宮地基「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕250頁(2013)などがある。
- 27) これに対し, 高田前掲註1) 書313-314頁は, 「基本的には弾劾的捜査観に立」とうとするが, 「ただ, 現行法が基本的に弾劾的捜査観に立脚して立法されているかは疑問であって, むしろ, 糺問的捜査観に立ちつつ, その修正として『訴訟』構造化した, とみるべきではないか」と述べる。
- 28) 田宮前掲註2) 書4-5頁。
- 29) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』81頁(有斐閣, 1972)。
- 30) 平川前掲註6) 書34頁。なお, 念のため, 日本国憲法の政教分離原則は厳格なものである。
- 31) 團藤重光『新刑事訴訟法綱要』〔第7版〕20頁(創文社, 1967)。この点, 酒巻匡『刑事訴訟法』3-4頁(有斐閣, 2015)も, 「不利益を被る対象者に対して告知と聴聞」「の機会を与えることは, 『適正手続』の内容として比較的具体的で明瞭なものであろう」と述べている。
- 32) 團藤重光『刑法綱要総論』〔第3版〕53頁(創文社, 1990)。
- 33) 團藤前掲註31) 書20頁。
- 34) 同上21頁。なお, 司法権の行使, 刑事手続に関する法令が, 憲法の保障する司法権の独立などを侵害する場合, 当該法令が合憲限定解釈され, 結果として, 裁判所規則が優先適用されるような現象はあると思える。
- 35) 国学院大学映研事件=最決昭和44年3月18日刑集23巻3号153頁。本件評釈には, 桑田連平「判批」ジュリスト423号93頁(1969), 同「判批」法曹時報21巻6号188頁(1969), 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44年度』39頁(法曹会, 1972), 石川才頭「判批」法律時報41巻2号77頁(1969), 横山晃一郎「判批」判例評論124号36頁(1969), 小田中聡樹「判批」判例タイムズ235号65頁(1969), 同「判批」警察研究46巻1号70頁(1975), 光藤景峻「判批」ジュリスト臨時増刊456号『昭和44年度重要判例解説』133頁(1970), 青柳文雄「判批」慶大法学研究44巻11号119頁(1971), 小瀬保郎「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕62頁(1976), 木藤繁夫「判批」別冊判例タイムズ9号『警察関係基本判例解説100』113頁(1985), 荒木友雄「判批」同183頁, 木本強「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第5版〕48頁(1986), 刑事判例研究会「判批」捜査研究37巻7号61頁(1988), 河上和雄「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〕』11頁(1988), 石田一宏「判批」同182頁, 大村陽一「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』462頁(2010), 笹倉宏紀「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第9版〕223頁(2011), 「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕233頁(2017)などがある。
- 36) 宇藤崇ほか『Legal Quest 刑事訴訟法』〔第2版〕122頁(有斐閣, 2018) [堀江慎司]。
- 37) 團藤前掲註32) 書48頁。
- 38) 平野龍一『刑事訴訟法』39頁(有斐閣, 1958)。
- 39) 同上187頁。
- 40) 宇藤ほか前掲註36) 書480頁[松田岳士]。
- 41) 平野前掲註29) 書64頁。
- 42) 同上65頁。
- 43) 同上85頁。山口厚『刑法総論』〔第3版〕21頁(有斐閣, 2016)同旨。
- 44) 山口同上22頁注20。
- 45) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』216頁(有斐閣, 1975)。
- 46) 山口前掲註43) 書19-20頁。
- 47) 同上20-21頁。
- 48) 團藤前掲註32) 書55頁。
- 49) 山口前掲註43) 書106頁。
- 50) この点, 日本国憲法があるべき倫理や生き方を推奨するものではなく, 多様な生き方を認め, 他者加害を禁じるものであるとの理解に沿うものである。君塚前掲註13) VI論文参照。
- 51) 團藤前掲註32) 書203頁。
- 52) 同上55頁。
- 53) 同上51頁。
- 54) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁。本件評釈には, 古川純「判批」法学セミナー245号4頁(1975), 早稲田大学法学部新井研究室「判批」同246号140頁(1975), 江橋崇「判批」ジュリスト605号14頁(1976), 小田健司「判批」同31頁(1976), 同「判批」法曹時報28巻5号132頁(1976), 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50年度』156頁(法曹会, 1979), 石村善治「判批」ジュリスト臨時増刊615号『昭和50年度重要判例解説』9頁(1976), 竹内正「判批」同144頁, 曾根威彦「判批」判例タイムズ330号2頁(1976), 長谷川正安「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕70頁(1977), 武田誠「判批」同志社法学28巻6号107頁(1977), 同志社大学刑法研究室「判批」法学セミナー284号152頁(1978), 高田敏「判批」雄川一郎編

- 『行政判例百選Ⅰ』116頁(1979), 京藤哲久「判批」警察研究52巻8号53頁(1981), 松井茂記「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』102頁(1983), 三井誠「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選Ⅰ』〔第2版〕14頁(1984), 茂田忠良「判批」別冊判例タイムズ9号『警察関係基本判例解説100』238頁(1985), 杉本昌純「判批」自由と正義38巻5号45頁(1987), 榎原猛「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第2版〕134頁(1988), 佐藤幸治「判批」樋口陽一ほか『考える憲法』42頁(弘文堂, 1988), 小林博志「判批」小林孝輔編『判例教室憲法』〔新版〕443頁(法学書院, 1989), 井上祐司「判批」名古屋経済大企業法研究6号71頁(1994), 藤田達朗「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕166頁(法律文化社, 1994), 浦田一郎「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕220頁(有斐閣, 1996), 市川正人「判批」法学教室206号34頁(1997), 畑博行「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第4版〕178頁(2000), 廣澤民生「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕466頁(2000), 小沢隆一「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅰ』128頁(三省堂, 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』158頁(三省堂, 2000), 野坂泰司「判批」法学教室310号56頁(2006), 村山健太郎「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第5版〕182頁(2007), 北村喜宣「判批」自治実務セミナー48巻5号73頁(2009), 阿久津正好「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』488頁(2010), 木村草太「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕186頁(2013), 小泉良幸「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』126頁(悠々社, 2010), 上田健介「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』320頁(悠々社, 2010), 山下淳「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第4版〕54頁(2013), 山本龍彦「判批」法学セミナー732号46頁(2013)などがある。
- 55) 最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁。本件評釈には, 阿部泰隆「判批」法学セミナー372号20頁(1985), 高橋省吾「判批」ジュリスト853号59頁(1986), 同「判批」法曹時報39巻5号124頁(1987), 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60年度』201頁(法曹会, 1989), 米沢広一「判批」ジュリスト臨時増刊862号『昭和60年度重要判例解説』8頁(1986), 渡辺賢「判批」法学セミナー375号44頁(1986), 宮崎礼壺「判批」法律のひろば39巻1号71頁(1986), 杉本啓二「判批」判例タイムズ586号16頁(1986), 林修三「判批(1-3)」時の法令1272号41頁, 1273号50頁, 1274号56頁(1986), 瀧賢太郎「判批」警察学論集39巻1号62頁(1986), 矢島基美「判批」上智法学論集29巻1号243頁(1986), 木原佳奈子「判批」西南学院大学法学論集19巻1号289頁(1986), 船山泰範「判批」日本法学52巻2号155頁(1986), 立田廣成「判批」自由と正義38巻5号69頁(1987), 特別法犯判例研究会「判批」捜査研究36巻4号48頁(1987), 笹川隆太郎「判批」法学52巻3号521頁(1988), 森田信弘「判批」立教大学大学院法学研究8号73頁(1988), 田宮裕「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ』〔第3版〕236頁(1994), 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』160頁(三省堂, 2000), 芝原邦爾「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔第5版〕6頁(2003), 井上典之「判批」法学セミナー626号66頁(2007), 萩原滋「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ』〔第6版〕6頁(2008), 西森英司「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』520頁(2010), 永田憲史「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』157頁(悠々社, 2010), 尾形健「判批」同309頁, 駒村圭吾「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕246頁(2013), 穴戸常寿「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第4版〕51頁(2013), 佐伯仁志「判批」山口厚=佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ』〔第7版〕6頁(2014)などがある。
- 56) 團藤重光『刑法綱要各論』〔第3版〕168-169頁(創文社, 1990)。
- 57) 同上316頁以下など。憲法学の立場からすれば, 主たる問題は憲法21条であるように思われるが。
- 58) なお, 尾形前掲註8)論文799頁は, 障がい者の訴訟能力の問題を, 憲法31条の意義から問い直している。
- 59) 團藤前掲註31)書441頁。
- 60) 同上274頁。
- 61) 同上275頁。
- 62) 最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1593頁。本件評釈には, 板倉宏「判批」シュトイエル9号1頁(1962), 平野龍一「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』76頁(1963), 谷口正孝「判批」ジュリスト266号48頁(1963), 同「判批」判例評論54号1頁(1963), 伊藤正己「判批」法律時報35巻2号36頁(1963), 同「判批」芦部信喜編『憲法判例百選Ⅰ』144頁(1980), 脇田忠「判批」法曹時報15巻1号132頁(1963), 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37年度』223頁(法曹会, 1963), 藤木英雄「判批」法律のひろば16巻2号4頁(1963), S・H・E「判批(上,下)」時の法

- 令447=448号108頁, 449号30頁(1963), 角谷三千夫「判批」同9頁, 植松正「判批」一橋論叢50巻2号55頁(1963), 河井信太郎「判批」中大法学新報70巻12号55頁(1963), 奥平康弘「判批」雄川一郎=金子宏編『租税判例百選』242頁(1968), 香川達夫「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕114頁(1977), 田宮裕「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選I』〔第2版〕216頁(1984), 元山健「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕205頁(法律文化社, 1994), 戸波江二「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕156頁(有斐閣, 1996), 市川正人「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選II』〔第4版〕418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』156頁(三省堂, 2000), 松井茂記「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選II』〔第5版〕250頁(2007), 永田憲史「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法II』158頁(悠々社, 2010), 尾形健「判批」同294頁, 野坂泰司「判批」『憲法基本判例を読み直す』33頁(有斐閣, 2011), 笹田栄司「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II』〔第6版〕244頁(2013), 矢口俊昭「判批」同414頁などがある。このほか, 鈴木義男「第三者没収の手續(1)」警察研究34巻10号17頁(1963), 清宮四郎ほか「座談会・無差別没収の違憲判決をめぐって」ジュリスト268号10頁, 12頁(1963)もある。
- 63) 團藤前掲註31)書634頁。
- 64) 田宮前掲註2)書349-350頁。
- 65) 同上349頁参照。
- 66) 同上同頁。
- 67) 最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。本件評釈には, 小早川義則「判批」ジュリスト679号51頁(1978), 同「判批」名城法学29巻1=2号177頁(1980), 岡次郎「判批」ジュリスト679号56頁(1978), 同「判批」法曹時報34巻1号273頁(1982), 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53年度』386頁(法曹会, 1982), 三井誠「判批」ジュリスト679号45頁, 680号107頁(1978), 同「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕218頁(1988), 河上和雄「判批」法律のひろば31巻12号54頁(1978), 同「判批」研修364号65頁(1978), 田宮裕「判批」Law School 1巻3号39頁(1978), 同「判批」警察研究55巻1号65頁(1984), はやし・しうぞう「判批」時の法令1016号55頁(1978), 渥美東洋「判批」ジュリスト臨時増刊693号200頁(1979), 同「判批」判例タイムズ373号14頁, 374号16頁, 375号23頁(1979), 萩原昌三郎「判批」同374号59頁(1979), 光藤景皎「判批」法学セミナー290号148頁(1979), 同「判批」判例評論251号39頁(1980), 書上由紀夫「判批」警察学論集32巻1号41頁(1979), 井上美昭「判批」警察公論34巻9号39頁(1979), 堀内国宏「判批」名大法政論集80号328頁(1979), 森井暁「判批」別冊判例タイムズ7号『刑事訴訟法の理論と実務—施行30年の総検討』326頁(1980), 神宮壽雄「判批」研修381号127頁(1980), 清水勇男「判批」同407号111頁(1982), 安富潔「判批」別冊判例タイムズ9号『警察関係基本判例解説100』130頁(1985), 鈴木茂嗣「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第5版〕142頁(1986), 岡部泰昌「判批」判例評論338号13頁, 339号25頁(1987), 岡田薫「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〕』156頁(1988), 刑事判例研究会「判批」捜査研究37巻9号75頁(1988), 伊藤鉄男「判批」捜査研究40巻9号57頁(1991), 警備判例研究会「判批」月刊治安フォーラム1巻10号119頁(1995), 判例研究会「判批」警察時報51巻8号86頁(1996), 小黒和明「判批」研修589号67頁(1997), 松本一郎「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第7版〕138頁(1998), 日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法II』180頁(三省堂, 2000), 堀江慎司「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第8版〕136頁(2005), 加藤克佳「判批」田口守一=寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』258頁(成文堂, 2004), 小木曾綾「判批」法学教室364号6頁(2011), 同「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕204頁(2017), 杉田宗久「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』375頁(2010), 椎橋隆幸「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第9版〕196頁(2011), 加藤康榮「判批」月刊警察30巻2号45頁(2012), 曾和俊文「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選I』〔第6版〕226頁(2012), 大澤裕「判批」法学教室441号88頁(2017)などがある。
- 68) 田宮前掲註2)書401頁。
- 69) 同上403頁。
- 70) 同上405-406頁参照。これについては, 小早川義則『毒樹の果実論』(成文堂, 2010)など参照。
- 71) 最決昭和28年3月5日刑集7巻3号482頁。依頼に応じて麻薬を入手, 所持したという麻薬取締法違反の事案である。本件評釈には, 田中政義「判批」ジュリスト37号5頁(1953), 中武靖夫「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』132頁(1963), 吉川経夫「判批」我妻栄編『判例百選』〔第2版〕168頁(1965), 石川才顯「判

- 批」芦部信喜編『憲法判例百選』〔新版〕126頁(1968), 鈴木茂嗣「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕30頁(1976), 渡辺修「判批」別冊判例タイムズ7号『刑事訴訟法の理論と実務』267頁(1980), 田宮裕「判批」別冊判例タイムズ9号『警察関係基本判例解説100』103頁(1985), 刑事判例研究会「判批」捜査研究37巻6号71頁(1988), 古谷洋一「判批」別冊判例タイムズ12号『警察実務判例解説〔取調べ・証拠篇〕』138頁(1992)などがある。
- 72) 高田前掲註1) 書340頁。
73) 田宮前掲註2) 書70頁。
74) 酒巻前掲註31) 書174-175頁。
75) 宇藤ほか前掲註36) 書272-273頁〔松田岳士〕。
76) 三井誠『刑事訴訟法Ⅱ』90頁(有斐閣, 2003)。
77) 同上58頁。
78) 最大判昭和42年7月5日刑集21巻6号748頁。本件評釈には, 海老原震一「判批」ジュリスト377号96頁(1967), 同「判批」法曹時報20巻2号174頁(1968), 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42年度』255頁(法曹会, 1973), 又平雅之「判批」慶大法学研究42巻11号124頁(1969), 新井隆一「判批」法学セミナー169号117頁(1970), 鈴木義男「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕146頁(1976), 三井誠「判批」警察研究47巻6号64頁(1976), 山崎恵美子「判批」研修360号127頁(1978), 龍岡資晃「判批」別冊判例タイムズ7号『刑事訴訟法の理論と実務—施行30年の総検討』322頁(1980), 安富潔「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第5版〕210頁(1986), 平田元「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第6版〕186頁(1992), 小黒和明「判批」研修592号57頁(1997), 向井久了「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕250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』162頁(三省堂, 2000), 堀江慎司「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』160頁(悠々社, 2010), 久保健助「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕248頁(2013)などがある。
- 79) 田宮前掲註2) 書40頁。
80) 團藤前掲註31) 書365頁。
81) 平野前掲註38) 書46頁。
82) 三井前掲註76) 書20-21頁。
83) 中野貞一郎編『現代民事訴訟法入門』23頁(法律文化社, 1985)〔中野〕。
84) 例えば, 田中二郎『新版行政法上巻』〔全訂第2版〕227-231頁(弘文堂, 1974)は「日本国憲法下の行政争訟」を解説するのであるが, 憲法32条は特に登場しない。
- 85) 平野前掲註38) 書165頁。
86) 三井前掲註76) 書350頁。
87) 團藤前掲註31) 書439頁。
88) 同上441頁。
89) 酒巻前掲註31) 書4頁。
90) 高田前掲註1) 書145頁。
91) 團藤前掲註31) 書331頁。
92) 同上583頁。
93) 寺西和史「近頃の裁判官の令状審査」指宿ほか編集代表前掲註19) 書56頁, 57頁。
94) 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), 同「判批」警察研究34巻7号105頁(1963), 中武靖夫「判批」我妻栄「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」小林孝輔編『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), 上田健介「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕252頁(2013), 「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕233頁(2017)などがある。
- 95) 平野前掲註38) 書95頁。
96) 團藤前掲註31) 書340-341頁。最終的には, 高田前掲註1) 書355頁も「令状による逮捕の変形」とする。
97) 團藤同上341頁。
98) 高田前掲註1) 書355-356頁。
99) 平野前掲註38) 書95-96頁。
100) 田宮前掲註2) 書78頁。
101) 鈴木前掲註9) 書75頁。

- 102) 同上 76 頁。
- 103) 松尾前掲註 5) 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。
- 104) 三井前掲註 2) 書 11 頁。直前で、「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ふほかないであろう(競合緊急処分説)」と合憲性を説明している。なお、「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」と言うべきか。君塚前掲註 13) II 書第 28 章。
- 105) 宇藤ほか前掲註 36) 書 75 頁 [堀江慎司]。
- 106) 最決昭和 42 年 9 月 13 日刑集 21 卷 7 号 904 頁。本件評釈には、堀江一夫「判批」法曹時報 19 卷 12 号 202 頁 (1967)、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 42 年度』211 頁 (法曹会, 1973)、青柳文雄=石曾根清晃「判批」慶大法学研究 43 卷 4 号 130 頁 (1970)、室井和弘「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〕』94 頁 (1990)、井野憲司「判批」別冊判例タイムズ 26 号『警察基本判例・実務 200』222 頁 (2010) などがある。
- 107) 團藤前掲註 31) 書 342 頁。
- 108) 平野前掲註 38) 書 96 頁。
- 109) 田宮前掲註 2) 書 77 頁。
- 110) 栗本一夫「新刑事訴訟法と憲法(1)」警察研究 21 卷 11 号 16 頁、22-23 頁 (1950)。
- 111) 最大判昭和 30 年 4 月 6 日刑集 9 卷 4 号 663 頁。本件評釈には、高田義文「判批」法曹時報 7 卷 6 号 89 頁 (1955)、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』104 頁 (法曹会, 1957)、谷口正孝「判批」平野龍一編『刑事訴訟法判例百選』(新版) 52 頁 (1971)、遠藤誠「判批」法学セミナー 358 号 112 頁 (1984) などがある。
- 112) 最決昭和 42 年 8 月 31 日刑集 21 卷 7 号 890 頁。本件評釈には、桑田連平「判批」法曹時報 19 卷 11 号 182 頁 (1967)、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 42 年度』184 頁 (法曹会, 1973)、田宮裕「判批」ジュリスト 398 号 434 頁 (1968)、熊本典道「判批」警察研究 41 卷 12 号 81 頁 (1970)、江川勝「判批」慶大法学研究 43 卷 2 号 112 頁 (1970)、三井誠「判批」平野龍一編『刑事訴訟法判例百選』(新版) 42 頁 (1971) などがある。
- 113) 田宮前掲註 2) 書 95-96 頁。
- 114) 三井前掲註 2) 書 34 頁。
- 115) 東十条事件一審判決=東京地判昭和 42 年 4 月 12 日下刑集 9 卷 4 号 410 頁、蛸島事件=金沢地判昭和 44 年 6 月 3 日判時 563 号 14 頁、曲川事件=福岡地判昭和 46 年 6 月 16 日判タ 267 号 321 頁など。麻布連続放火事件一審判決=東京地判昭和 45 年 2 月 26 日判時 591 号 30 頁もそうである。第 1 の判決の評釈として、谷口正孝「判批」ジュリスト 375 号 82 頁 (1967) などがある。第 3 の判決の評釈として、熊谷弘「判批」警察学論集 25 卷 4 号 56 頁 (1972) などがある。第 4 の判決の評釈として、坂口裕英「判批」判例タイムズ 249 号 75 頁 (1970)、石川才顯「判批」ジュリスト臨時増刊 482 号『昭和 45 年度重要判例解説』166 頁 (1971)、松本一郎「判批」平野龍一編『刑事訴訟法判例百選』(第 2 版) 38 頁 (1971) などがある。
- 116) 最判昭和 53 年 6 月 20 日刑集 32 卷 4 号 670 頁。本件評釈には、岡部泰昌「判批」ジュリスト 679 号 37 頁 (1978)、広岡隆「判批」同臨時増刊 693 号『昭和 53 年度重要判例解説』38 頁 (1979)、光藤景皎「判批」法学セミナー 290 号 148 頁 (1979)、山中俊夫「判批」判例評論 241 号 37 頁 (1979)、渥美東洋「判批」判例タイムズ 373 号 14 頁、374 号 16 頁、375 号 23 頁 (1979)、小田中聰樹「判批」Law School 2 卷 6 号 115 頁 (1979)、小野慶二「判批」警察研究 50 卷 9 号 89 頁 (1979)、梅木崇「判批」駒沢大学法学部研究紀要 37 号 144 頁 (1979)、岡次郎「判批」法曹時報 33 卷 11 号 201 頁 (1981)、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 53 年度』198 頁 (法曹会, 1982)、深山健男「判批」別冊判例タイムズ 9 号『警察関係基本判例解説 100』31 頁 (1985)、平川宗信「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』(第 5 版) 24 頁 (1986)、平井孝「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選 I』(第 2 版) 214 頁 (1988)、宮本和夫「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〕』133 頁 (1988)、刑事判例研究会「判批」捜査研究 37 卷 5 号 51 頁 (1988)、加藤晶「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〕』12 頁 (1990)、池田修「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』(第 6 版) 10 頁 (1992)、吉田統宏「判批」研修 574 号 67 頁 (1996)、浅田和茂「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』(第 7 版) 10 頁 (1998)、日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法 II』184 頁 (三省堂, 2000)、渡邊一弘「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』(第 8 版) 10 頁 (2005)、西野牧子「判批」別冊判例タイムズ 26 号『警察基本判例・実務 200』97 頁 (2010)、小木曾綾「判批」法学教室 364 号 6 頁

- (2011), 前田雅英「判批」警察学論集 64 卷 10 号 162 頁 (2011), 笹倉宏紀「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 9 版〕10 頁 (2011), 同「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I』〔第 7 版〕214 頁 (2017), 長沼範良「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 10 版〕10 頁 (2017), 大澤裕「判批」法学教室 441 号 88 頁 (2017) などがある。
- 117) 田宮前掲註 2) 書 58 頁図表。有罪とするには更に「合理的な疑いをこえる」嫌疑が必要である。
- 118) 同上 61-62 頁参照。
- 119) 池田=前田前掲註 17) 書 106 頁。
- 120) 最決昭和 55 年 9 月 22 日刑集 34 卷 5 号 272 頁。本件評釈には、はやし・しうぞう「判批」時の法令 1092 号 55 頁 (1980), 山中俊夫「判批」法学セミナー 310 号 2 頁 (1980), 光藤景皎「判批」同 318 号 143 頁 (1980), 東條武治「判批」ジュリスト臨時増刊 743 号『昭和 55 年度重要判例解説』38 頁 (1981), 荒木伸怡「判批」同 200 頁, 同「判批」法学教室 4 号 97 頁 (1981), 大野平吉「判批」判例評論 267 号 48 頁 (1981), 島伸一「判批」北海学園大法学研究 16 卷 3 号 537 頁 (1981), 渡部保夫「判批」法曹時報 36 卷 11 号 233 頁 (1984), 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 55 年度』149 頁 (法曹会, 1985), 河上和雄「判批」別冊判例タイムズ 9 号『警察関係基本判例解説 100』27 頁 (1985), 同「判批」加藤一郎ほか編『新交通事故判例百選』242 頁 (1987), 相川俊明「判批」研修 443 号 115 頁 (1985), 加藤晶「判批」別冊判例タイムズ 9 号『警察関係基本判例解説 100』14 頁 (1985), 白井駿「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 5 版〕22 頁 (1986) (1986), 大金勇夫「判批」月刊交通 17 卷 3 号 66 頁 (1986), 椎橋隆幸「判批」警察研究 58 卷 8 号 60 頁 (1987), 荻野徹「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〕』16 頁 (1990), 大國仁「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 6 版〕12 頁 (1992), 警備判例研究会「判批」月刊治安フォーラム 1 卷 2 号 120 頁 (1995), 吉田統宏「判批」研修 575 号 75 頁 (1996), 判例研究会「判批」警察時報 51 卷 1 号 69 頁 (1996), 上田信太郎「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 7 版〕12 頁 (1998), 渥美東洋「判批」判例タイムズ 423 号 13 頁, 稲田隆司「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 8 版〕12 頁 (2005), 実務判例研究会「判批」捜査研究 54 卷臨時増刊号『判例から学ぶ捜査手続の実務 II』54 号 262 頁 (2005), 榊野龍太「判批」別冊判例タイムズ 26 号『警察基本判例・実務 200』99 頁 (2010), 原田和往「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 9 版〕12 頁 (2011), 曾和俊文「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I』〔第 6 版〕228 頁 (2012), 濱西隆男「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I』〔第 7 版〕216 頁 (2017), 「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 10 版〕232 頁 (2017) などがある。
- 121) 團藤前掲註 31) 書 392 頁。
- 122) 三島聡「身柄拘束—被疑者の長期間身柄拘束は当たり前?」法学セミナー 510 号 40 頁 (1997) など。
- 123) 酒井安行「身柄拘束場所—警察に置いてどこが悪い《代用監獄》」法学セミナー 510 号 44 頁 (1997) など。併せて、この種の問題には事実上、特別権力関係論が生きている点も問題である。葛野尋之『「監獄」に憲法は届かない?—刑務所の秩序と個人の尊厳』同 76 頁も参照。2018 年 8 月 12 日の富田林警察署からの「脱獄」事件でも、代用監獄であったことを問題にする論評は皆無に等しかった。
- 124) 田宮前掲註 2) 書 63 頁。
- 125) 木佐茂男ほか『現代司法』〔第 6 版〕70 頁 (日本評論社, 2015) [(渡部保夫)=水谷規男]。
- 126) 高輪グリーン・マンション事件=最決昭和 59 年 2 月 29 日刑集 38 卷 3 号 479 頁。本件評釈には、龍岡資晃「判批」ジュリスト 813 号 5 頁 (1984), 同「判批」法曹時報 39 卷 9 号 125 頁 (1987), 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 59 年度』169 頁 (法曹会, 1988), 渡辺脩「判批」法学教室 46 号 74 頁 (1984), 宇津呂英雄「判批」警察学論集 37 卷 5 号 145 頁 (1984), 田口守一「判批」法学セミナー 378 号 113 頁 (1986), 同「判批」同 380 号 123 頁 (1986), 鈴木義男「判批」判例評論 310 号 226 頁 (1984), 河上和雄「判批」判例タイムズ 528 号 47 頁 (1984), 刑事判例研究会「判批」警察時報 39 卷 9 号 102 頁 (1984), 長沼範良「判批」ジュリスト臨時増刊 838 号『昭和 59 年度重要判例解説』192 頁 (1985), 飼手義彦「判批」研修 445 号 129 頁, 448 号 103 頁 (1985), 竹村照雄「判批」中大法学新報 92 卷 3=4 号 253 頁 (1985), 芝原邦爾「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 5 版〕16 頁 (1986), 飯柴政次「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〕』39 頁 (1990), 浅田和茂「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 6 版〕16 頁 (1992), 椎橋隆幸「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 7 版〕16 頁 (1998), 小黒和明「判批」研修 596 号 67 頁 (1998), 寺崎嘉博「判批」法学教室 256 号 10 頁 (2002), 原田國男「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 8 版〕16 頁 (2005), 岡部

- 豪「判批」別冊判例タイムズ 26号『警察基本判例・実務 200』417頁(2010),堀江慎司「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第9版〕16頁(2011),後藤昭「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕14頁(2017)などがある。
- 127) 最決平成元年7月4日刑集43巻7号581頁。本件評釈には,出田孝一「判批」ジュリスト946号90頁(1989),同「判批」法曹時報42巻10号261頁(1990),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元年度』198頁(法曹会,1991),同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例4 刑事法編』190頁(2004),光藤景峻「判批」ジュリスト臨時増刊957号『平成元年度重要判例解説』176頁(1990),多田辰也「判批」法学教室113号82頁(1990),白取祐司「判批」法学セミナー424号129頁(1990),上口裕「判批」判例評論375号230頁(1990),椎橋隆幸「判批」判例タイムズ719号65頁(1990),島伸一「判批」警察研究62巻2号34頁(1991),多田辰也「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第6版〕18頁(1992),三浦正充「判批」別冊判例タイムズ12号『警察実務判例解説〔取調べ・証拠篇〕』28頁(1992),小山雅亀「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第7版〕18頁(1998),小黒和明「判批」研修596号69頁(1998),寺崎嘉博「判批」法学教室256号10頁(2002),同「判批」田口守一=寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』14頁(成文堂,2004),福井厚「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第8版〕18頁(2005),白川靖浩「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務 200』420頁(2010),前田雅英「判批」警察学論集63巻9号129頁(2010),指宿信「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第9版〕18頁(2011),江口和伸「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕16頁(2017)などがある。
- 128) 栗本前掲註110) 論文29頁。
- 129) 刑訴法39条3項は,弁護人等の接見等の申出を全面的に拒むことを許すものではなく,単に接見等の日時を弁護人等の申出とは別の日時とするか,接見等の時間を申出より短縮させることができるに過ぎず,捜査機関が接見等の指定ができるのは,接見等を認めると取調べの中絶等により捜査に顕著な支障が生ずる場合に限られ,しかも,そのとき,捜査機関は,弁護人等と協議してできる限り速やかな接見等のための日時等を指定し,被疑者が弁護人等と防御の準備をすることができるような措置をとらなければならないと解釈できるので,同条項は,憲法34条前段の弁護人依頼権の保障の趣旨を實質的に損なうものではないとした判例がある。安藤・斎藤事件=最大判平成11年3月24日刑集53巻3号514頁。本件評釈には,大野重國「判批」警察学論集52巻6号30頁(1999),同「判批」警察公論54巻7号46頁(1999),同「判批」法律のひろば52巻9号63頁(1999),同「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務 200』537頁(2010),只野雅人「判批」法学セミナー540号104頁(1999),青山武憲「判批」法令ニュース34巻12号44頁(1999),福井厚「判批」季刊刑事弁護20号10頁(1999),松尾浩也「判批」ジュリスト臨時増刊1179号『平成11年度重要判例解説』185頁(2000),井戸田侃「判批」民商法雑誌122巻6号49頁(2000),洲見光男「判批」現代刑事法2巻3号64頁(2000),寺崎嘉博「判批」光藤景峻先生古稀祝賀論文集編集委員会編『光藤景峻先生古稀祝賀論文集上』229頁(成文堂,2001),酒井安行「判批」同251頁,佐藤陽一「判批」判例タイムズ臨時増刊1065号『平成12年度主要民事判例解説』136頁(2001),大坪丘「判批」法曹時報54巻4号129頁(2002),同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成11年度上』250頁(法曹会,2002),山本正樹「判批」近畿大学法学50巻2=3号35頁(2003),加藤克佳「判批」田口守一=寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』124頁(成文堂,2004),田中開「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第8版〕76頁(2005),実務判例研究会「判批」捜査研究54巻臨時増刊号『判例から学ぶ捜査手続の実務Ⅱ』224頁(2005),堀江慎司「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』162頁(悠々社,2010),椎橋隆幸「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務 200』322頁(2010),田中開=成瀬剛「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第9版〕76頁(2011),高作正博「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕270頁(2013),川出敏裕「判批」警察学論集67巻11号121頁(2014),佐藤隆之「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕74頁(2017)などがある。
- 130) 田宮前掲註2) 書144-145頁。
- 131) 平野龍一「刑事訴訟と人権」国家学会雑誌73巻5号31頁,36頁(1960)。
- 132) 三井前掲註2) 書157頁。
- 133) 秋田真志「弁護人立会権の実践と展望—弁護人は取調室で聞えるか」佐藤博史編『シリーズ刑事司法を考える第2巻—捜査と弁護』242頁(岩波書店,2017) 参照。
- 134) 團藤前掲註31) 書396頁。
- 135) 同上397頁。関連して,戦争犯罪に関する人身保護請求につき,最大決昭和29年4月26日民

- 集8巻4号848頁参照。本件評釈には、田中和夫「判批」民商法雑誌31巻3号74頁(1955)、大場茂行「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇昭和29年度』64頁(法曹会、1955)、田中英夫「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』83頁(1963)、堀部政男「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第2版〕204頁(1988)、樋口範雄「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕256頁(2010)、齊藤小百合「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕254頁(2013)などがある。このほか、堀部政男「精神障害者の拘束と人身保護法による救済要件」民商法雑誌66巻2号146頁(1972)もある。
- 136) 田宮前掲註2) 書90頁注1。
 137) 平野前掲註131) 論文35頁。
 138) 被告人から国選弁護人の請求があったが、原審が控訴趣意書提出期間の経過後に選任し、同弁護人が、趣意書提出に関し原審に格別の請求をすることなく公判期日に臨み、異議を止めず弁論を終結した事案で、最高裁は、原審が弁護士会の選定通知を待つことなく、自ら進んで適当な弁護士を選任せず、又は選任弁護人に対し控訴趣意書提出終結日を変更し、趣意書の提出を促さなかったからといって、原審の手続が直ちに刑事訴訟法36条に違反し、憲法37条3項後段により保障された被告人の権利の行使を妨げたことにはならないとした。最大判昭和32年6月19日刑集11巻6号1673頁。本件評釈には、鈴木義男「判批」法学セミナー21号80頁(1957)、吉川正次「判批」中大法学新報65巻12号1068頁(1958)、所一彦「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』107頁(1963)、田原義衛「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』324頁(法曹会、1964)、松尾浩也「判批」警察研究47巻6号58頁(1976)などがある。
- 139) 團藤前掲註31) 書125頁。
 140) 平野前掲註38) 書74頁。
 141) 三井前掲註2) 書151頁。
 142) 田宮前掲註2) 書35頁。
 143) 三井前掲註76) 書408頁。
 144) 最決昭和30年11月22日刑集9巻12号2484頁。本件評釈には、吉川由己夫「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』340頁(法曹会、1957)、住田邦生「判批」別冊判例タイムズ10号『警察実務判例解説〔搜索・差押え篇〕』5頁(1988)、古川定昭「判批」同26頁、堺瑞崇「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』110頁(2010)、是木誠「判批」同120頁などがある。
 145) 團藤前掲註31) 書417頁。
 146) 最大決昭和33年7月29日刑集12巻7号2776頁。本件評釈には、栗田正「判批」ジュリスト162号18頁(1958)、同「判批」法曹時報10巻11号119頁(1958)、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33年度』555頁(法曹会、1959)、平場安治「判批」判例評論14号1頁(1958)、高田卓爾「判批」大阪市大法學雑誌5巻4号124頁(1959)、同「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第2版〕212頁(1988)、鈴木義男「判批」法学セミナー34号74頁(1959)、山崎清「判批」警察研究32巻3号129頁(1961)、鴨良弼「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』91頁(1963)、平野龍一「判批」我妻栄編『統判例百選』〔第2版〕186頁(1965)、大政正一「判批」判例タイムズ213号69頁(1968)、新井隆一「判批」法学セミナー174号101頁(1970)、熊谷弘「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕64頁(1976) 垣花豊順「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第4版〕40頁(1981)、坂井孝行「判批」別冊判例タイムズ10号『警察実務判例解説〔搜索・差押え篇〕』33頁(1988)、刑事判例研究会「判批」捜査研究38巻7号64頁(1989)、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』174頁(三省堂、2000)、山田裕文「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』113頁(2010)、笹倉宏紀「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第9版〕223頁(2011)、「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕234頁(2017)などがある。
- 147) 團藤前掲註31) 書349頁。
 148) 同上413頁。
 149) 同上419頁。
 150) 平野前掲註38) 書114頁。
 151) 同上115頁。
 152) 池田＝前田前掲註17) 書82頁。
 153) 宇藤ほか前掲註36) 書44頁[松田岳士]。続けて、「そうだとすれば、令状主義が保護する身体、住居、書類および所持品等の個人に固有の支配領域ないしそれに準ずる『私的領域』に対する侵犯・干渉があれば(これらの『領域』は、いわゆる個人の『権利・利益の束』であるから、これに対する侵犯・干渉は、その対象・態様により種々の権利・利益の制約ないし侵害を伴い得るが)、そのことだけで——その結果、他の重要な権利・利益の侵害を伴わなくても——『強制の処分』該当性が根拠づけられるということになろう」と述べる。
- 154) 最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁。本件評釈には、伊藤雅人＝石田寿一「判批」ジュリスト1507号106頁(2017)、堀江慎司「判批」論究ジュリスト22号138頁(2017)、山本龍彦「判批」同148頁、井上正仁「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第

- 10版)64頁(2017),宇藤崇「判批」法学教室440号152頁(2017),笹田栄司「判批」同442号123頁(2017),池田公博「判批」同444号72頁(2017),緑大輔「判批」同446号24頁(2017),後藤昭「判批」法律時報89巻6号4頁(2017),石田倫識「判批」法学セミナー749号98頁(2017),堀口悟郎「判批」同750号104頁(2017),大江一平「判批」新・判例解説Watch21号33頁(2017),前田雅英「判批」捜査研究66巻6号28頁(2017),尾崎愛美「判批(上,下)」同43頁,同8号2頁(2017),松田岳士「判批」季刊刑事弁護91号99頁(2017),中曾久雄「判批」愛媛法学会雑誌44巻1=2号129頁(2017),平江徳子「判批」福岡大学法学論叢62巻1号279頁(2017),伊藤博路「判批」名城ロースクール・レビュー40号209頁(2017),河村有教「判批」海保大研究報告法文学系62巻2号61頁(2017),駒村圭吾「判批」ジュリスト臨時増刊1518号『平成29年度重要判例解説』26頁(2018),笹倉宏紀「判批」長谷部恭男ほか編『メディア判例百選』〔第2版〕220頁(2018),稲谷龍彦「判批」同179頁,三島聡「判批」新・判例解説Watch23号209頁(2018),小川佳樹「判批」研修839号3頁(2018),椎橋隆幸「判批(前)」同843号3頁(2018),中央大学真法会指導スタッフ「判批」受験新報68巻1号62頁(2018),守田智保子「判批」筑波法政73号21頁(2018),吉崎暢洋「判批」常葉法学5巻1号105頁(2018)などがある。このほか、「特集・GPS捜査とプライバシー」法学セミナー752号10頁(2017),渡邊英敬「GPS捜査をめぐる問題点—近時の下級審の裁判例の概観と最高裁大法廷平成29年3月15日判決の若干の検討」警察学論集70巻11号70頁(2017),三島聡「GPS装置による動静監視の解釈論的検討」季刊刑事弁護89号116頁(2017),實原隆志「『刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨』の予備的考察」福岡大学法学論叢62巻3号559頁(2017),同「『GPS捜査』の憲法上の問題—比較対象としてのアメリカ国内の議論」同63巻1号1頁(2018),中曾久雄「GPS捜査とプライバシー権」愛媛大学教育学部紀要64巻241頁(2017),笹倉宏紀ほか「小特集・強制・任意・プライバシー(続)—GPS捜査大法廷判決を読む,そしてその先へ」法律時報90巻1号54頁(2018),川出敏裕「刑事手続法の論点(第1,2回)—GPS捜査(1,2)」警察学論集71巻5号102頁,6号147頁(2018),正木祐史「GPS捜査大法廷判決と立法問題」犯罪と刑罰27号155頁(2018),指宿信「基調講演・GPS捜査と個人のプライバシー」法とコンピュータ36号3頁(2018),松田岳士「強制処分概念をめぐる最近の議論について」阪大法学67巻6号33頁(2018),河村博「いわゆるGPS捜査と強制処分法定主義について」同志社法学69巻7号869頁(2018),伊藤博路「GPS捜査の強制処分性の本質について」名城ロースクール・レビュー43号1頁(2018)もある。
- 155) 田宮前掲註2) 書103-04頁。
 156) 酒巻前掲註31) 書111頁***。
 157) 鈴木前掲註9) 書86頁。
 158) 酒巻前掲註31) 書145頁。
 159) 田宮前掲註2) 書122頁。
 160) 同上123頁。
 161) 1950年から1970年までの死刑言渡しは年平均22.8人だったが,1971年から1991年までのそれは5.6人であり,1970年頃を境に減少している。松尾浩也『刑事訴訟法下』(新版補正版)141-142頁****(弘文堂,1997)。近年では,2015年4人,2016年と2017年は3人で(確定者)ある。但し,2006年の21人,2007年の23人,2011年の23人など,多い年もある。
 162) 併せて,無期懲役も残虐な刑罰に当たらないというのが,判例の立場である。最大判昭和24年12月21日刑集3巻12号2048頁。本件評釈には,莊子邦雄「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』99頁(1963),石川才顯「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選I』〔第2版〕212頁(1984)などがある。
 163) 最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁。本件評釈には,團藤重光=高田卓爾「判批」判例研究2巻2号55頁(1948),木村亀二「判批」法律のひろば2巻1号24頁(1949),莊子邦雄「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』97頁(1963),同「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選I』〔第2版〕206頁(1984),所和彦「判批」我妻栄編『判例百選』〔第2版〕160頁(1965),中山勲「判批」阪大法学61号1頁(1967),神奈正義「判批」判例時報546号3頁(1969),阿部純二「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕222頁(1988),小林孝輔「判批」同編『判例教室 憲法』(新版)340頁(法学書院,1989),根本博愛「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕218頁(法律文化社,1994),日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法II』187頁(三省堂,2000),押久保倫夫「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選II』〔第5版〕266頁(2007),日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法II』186頁(三省堂,2000),永田憲史「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法II』165頁(悠々社,2010),中村英「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II』〔第6版〕260頁(2013),清水晴生「判批」白鷗大学法科大学院紀要7号204頁(2013)などがある。

- 164) 最判昭和58年7月8日刑集37巻6号609頁。本件評釈には、大谷實=宮澤浩一「判批」法学セミナー345号16頁(1983)、はやし・しうぞう「判批」時の法令1191号56頁(1983)、稲田輝明「判批」ジュリスト805号134頁(1984)、同「判批」法曹時報38巻2号177頁(1986)、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58年度』167頁(法曹会, 1985)、墨谷葵「判批」ジュリスト臨時増刊815号『昭和58年度重要判例解説』152頁(1984)、松尾浩也「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選I』〔第2版〕210頁(1984)、夏目文雄「判批」判例評論305号204頁(1984)、三原憲三「判批」創価法学14巻1号115頁(1984)、三枝有「判批」中京法学21巻2号139頁(1987)、平川宗信「判批」法学教室350号8頁(2009)などがある。このほか、永田憲史「永山基準の定立に向けた道程—最高裁において昭和50年代に確定した死刑判決の動向」関大法学論集64巻3=4号159頁(2014)もある。
- 165) 團藤前掲註32) 書469頁。
 166) 團藤前掲註31) 書582頁。
 167) 團藤前掲註32) 書488頁。
 168) 團藤重光『死刑廃止論』〔第6版〕(有斐閣, 2000)。初版は1991年。短期間に版を重ねた。関連して、佐々木光明「死刑, 考えるための素材を!」法学セミナー510号72頁(1997)なども参照。
- 169) 平川前掲註6) 書205頁。
 170) 同上206頁。
 171) 後藤貞人「死刑事件の審理の在り方」佐藤編前掲註133) 書343頁以下。
 172) 團藤前掲註31) 書469頁。
 173) 三井前掲註76) 書344頁参照。
 174) 團藤前掲註31) 書606頁以下参照。平野前掲註38) 書293頁注1同旨。判例は、最決昭和23年7月29日刑集2巻9号1115頁で合憲としている。
 175) 田宮前掲註2) 書408頁。
 176) 田宮裕『日本の裁判』162頁(弘文堂, 1989)。
 177) 本田正義「憲法の諸原則からみた刑事手続の実際問題」警察学論集12巻12号1頁, 6頁(1959)。
 178) 最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁。本件評釈には、橋本公巨「判批」ジュリスト臨時増刊535号『昭和47年度重要判例解説』18頁(1973)、庭山英雄「判批」同143頁、田宮裕「判批」法律時報45巻5号8頁(1973)、時武英男「判批」判例評論172号38頁(1973)、時國康夫「判批」法曹時報25巻5号134頁(1973)、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47年度』255頁(法曹会, 1974)、S・H・E「判批(上,下)」時の法令813号52頁, 814号57頁(1973)、伊藤栄樹「判批」警察学論集26巻2号217頁(1973)、光藤景皎「判批」法学セミナー222号118頁(1974)、早稲田大学法学部新井研究室「判批」同247号168頁(1976)、野上修市「判批」同265号65頁(1977)、野中俊彦「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』154頁(1985)、野中俊彦「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕143頁(有斐閣, 1977)、松本時夫「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕124頁(1976)、高窪真人「判批」別冊判例タイムズ7号『刑事訴訟法の理論と実務』308頁(1980)、三井誠「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第5版〕126頁(1986)、岡部泰昌「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕226頁(1988)、林修三「判批」『判例解説 憲法編4』157頁(ぎょうせい, 1989)、刑事判例研究会「判批」捜査研究461号106頁(1990)、中村英「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕168頁(1996)、村井敏邦「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第6版〕114頁(1992)、根本博愛「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕224頁(法律文化社, 1994)、白取祐司「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第7版〕126頁(1998)、若狭勝「判批」研修598号73頁(1998)、日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル 憲法II』190頁(三省堂, 2000)、荒木伸怡「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第8版〕126頁(2005)、安藤高行「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選II』〔第5版〕268頁(2013)、堀江慎司「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義 憲法II』166頁(悠々社, 2010)、田中開「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第9版〕130頁(2011)、大日方信春「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II』〔第6版〕262頁(2013)などがある。このほか、渥美東洋ほか「特集・高田事件上告審判決の検討」判例タイムズ臨時増刊287号69頁(1973)などがある。
- 179) 鈴木前掲註9) 書21頁。
 180) 最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号789頁。
 181) 團藤前掲註31) 書439頁。
 182) 同上259頁。
 183) 同上427頁。
 184) 同上259頁。
 185) 同上438-439頁。
 186) 平野前掲註38) 書207頁。
 187) 同上221-222頁。
 188) 同上222頁。
 189) 田宮前掲註2) 書366頁。
 190) 宇藤ほか前掲註36) 書376-377頁〔堀江慎

- 司].
- 191) 團藤前掲註 31) 書 428 頁.
- 192) 平野前掲註 38) 書 246-247 頁.
- 193) 團藤前掲註 31) 書 108 頁.
- 194) 同上 256-257 頁.
- 195) 田宮前掲註 2) 書 335 頁.
- 196) 平野前掲註 38) 書 179 頁, 鈴木前掲註 9) 書 46 頁, 宇藤ほか前掲註 36) 書 99 頁 [堀江慎司] など.
- 197) 高内寿夫「取調べ問題—黙秘権のゆくえ」法学セミナー 510 号 48 頁, 50 頁 (1997).
- 198) 最判昭和 33 年 6 月 13 日刑集 12 卷 9 号 2009 頁. 本件評釈には, 竜岡資久「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 33 年度』439 頁 (法曹会, 1959), 大塚仁「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』116 頁 (1963), 青柳文雄「判批」我妻栄編『判例百選』〔第 2 版〕196 頁 (1965) などがある. このほか, 大竹武七郎=大野正男=内田博「事実認定における裁判官の判断—幸浦・二俣・小島事件判決の実証的研究」法律時報 36 卷 2 号 30 頁 (1964) もある.
- 199) 團藤前掲註 32) 書 61 頁.
- 200) 團藤前掲註 31) 書 250 頁.
- 201) 同上 252 頁.
- 202) 同上 274 頁.
- 203) 同上 253 頁.
- 204) 自白と不当に長い抑留・拘禁との間の因果関係を考慮して妥当な解釈を下すべきであるとするのが, 判例の立場である. 最大判昭和 23 年 6 月 23 日刑集 2 卷 7 号 715 頁. 本件評釈には, 團藤重光=大塚仁「判批」判例研究 2 卷 4 号 107 頁 (1948), 大塚仁「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』118 頁 (1963), 松尾浩也「判批」我妻栄編『判例百選』〔第 2 版〕184 頁 (1965) などがある.
- 205) 團藤前掲註 31) 書 252 頁.
- 206) 同上 253-254 頁.
- 207) 同上 254 頁.
- 208) 同上同頁.
- 209) 田宮前掲註 2) 書 350 頁. See, McNabb v. United States, 318 U.S. 332 (1943); Mallory v. United States, 354 U.S. 449 (1957).
- 210) 最大判昭和 37 年 5 月 2 日刑集 16 卷 5 号 495 頁. 本件評釈には, 田原義衛「判批」法曹時報 14 卷 7 号 154 頁 (1962), 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 37 年度』124 頁 (法曹会, 1963), 藤木英雄「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』111 頁 (1963), 同「判批」加藤一郎ほか編『交通事故判例百選』216 頁 (1968), 田宮裕「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第 3 版〕137 頁 (有斐閣, 1977), 同「判批」警察研究 49 卷 4 号 42 頁 (1978), 松尾浩也「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選 II』〔第 3 版〕254 頁 (1994), 大石眞「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第 2 版〕164 頁 (有斐閣, 1996), 若狹勝「判批」研修 598 号 75 頁 (1998), 宇藤崇「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法 II』170 頁 (悠々社, 2010), 笹倉宏紀「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 9 版〕225 頁 (2011), 大津浩「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 II』〔第 6 版〕264 頁 (2013), 「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 10 版〕236 頁 (2017) などがある.
- 211) なお, 氏名は黙秘できない. 最大判昭和 32 年 2 月 20 日刑集 11 卷 2 号 802 頁. 本件評釈には, 青柳文雄「判批」法曹時報 9 卷 4 号 116 頁 (1957), 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 32 年度』116 頁 (法曹会, 1964), 中村暁兆「判批」法律論叢 32 卷 1 号 133 頁 (1958), 光藤景岐「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』109 頁 (1963), 井戸田侃「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 3 版〕20 頁 (1976), 小早川義則「判批」別冊判例タイムズ 7 号『刑事訴訟法の理論と実務—施行 30 年の総検討』252 頁 (1980) 小田中聰樹「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選 I』〔第 2 版〕236 頁 (1988), 渡辺咲子「判批」別冊判例タイムズ 12 号『警察実務判例解説〔取調べ・証拠篇〕』13 頁 (1992), 「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 7 版〕221 頁 (1998), 日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法 II』200 頁 (三省堂, 2000) などがある. 但し, 田宮前掲註 2) 書 340 頁は, 「被告人の場合であれば, 全面的黙秘権があるので, それは氏名にも及ぶはずである」として疑義を示しているほか, 三井前掲註 2) 書 146 頁も, 憲法 38 条 1 項が「何人も」とあることなどから「ほとんどが黙秘できる事項にあたる」ので, 「氏名についても, むしろ原則的に黙秘権保障の範囲内にあると解すべきであろう」として, 異論を呈している.
- 212) 團藤前掲註 56) 書 97 頁.
- 213) 酒巻前掲註 31) 書 411 頁.
- 214) 團藤前掲註 31) 書 255 頁.
- 215) 最大判昭和 45 年 11 月 25 日刑集 24 卷 12 号 1670 頁. 本件評釈には, 田宮裕「判批」ジュリスト 470 号 104 頁 (1971), 小田中聰樹「判批」ジュリスト臨時増刊 482 号『昭和 45 年度重要判例解説』155 頁 (1971), 井戸田侃「判批」判例評論 147 号 24 頁 (1971), 下村幸雄「判批」判例タイムズ 260 号 111 頁 (1971), 鬼塚賢太郎「判批」法曹時報 23 卷 5 号 243 頁 (1971), 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 45 年度』403 頁 (法曹会,

- 1973), 新井隆一「判批」法学セミナー192号103頁(1972), 松尾浩也「判批」警察研究44巻4号93頁(1973), 山田森一「判批」慶大法学研究46巻7号132頁(1973), 山中俊夫「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕190頁(1976), 熊本典道「判批」別冊判例タイムズ7号『刑事訴訟法の理論と実務』336頁(1980), 原田保「判批」別冊判例タイムズ9号『警察関係基本判例解説100』171頁(1985), 泉山禎治「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第5版〕166頁(1986), 刑事判例研究会「判批」捜査研究36巻11号67頁(1987), 鈴木茂嗣「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕242頁(1988), 山本仁「判批」『警察実務判例解説〔取調べ・証拠篇〕』40頁(1992), 日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法II』206頁(三省堂, 2000), 小島淳「判批」別冊判例タイムズ26号『警察基本判例・実務200』443頁(2010), 緑大輔「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕164頁(2017)などがある。
- 216) 三井誠「刑事手続法入門(121)―自白排除法則とその根拠(2)」法学教室247号62頁, 63頁(2001)。
- 217) 團藤前掲註31) 書285頁。
- 218) 同上同頁。
- 219) 最大判昭和23年7月29日刑集2巻9号1012頁。本件評釈には, 團藤重光「判批」判例研究2巻6号50頁(1948), 覚道豊治「判批」阪大法学2号102頁(1952), 大塚仁「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』120頁(1963), 鴨良弼「判批」我妻栄編『判例百選』〔第2版〕188頁(1965), 田宮裕「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕198頁(1976), 竹内正「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕244頁(1988), 日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法II』202頁(三省堂, 2000), 古野豊秋「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選II』〔第5版〕276頁(2007), 堀江慎司「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法II』173頁(悠々社, 2010), 川出敏裕「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第9版〕236頁(2011), 木下昌彦「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II』〔第6版〕329頁(2013), 「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕248頁(2017)などがある。
- 220) 平野前掲註38) 書232頁。
- 221) 最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。本件評釈には, 岩田誠「判批」ジュリスト160号28頁(1958), 同「判批」法曹時報10巻9号124頁(1958), 横井大三「判批」警察研究29巻8号3頁(1958), 鈴木義男「判批」法学セミナー45号74頁(1959), 伊達秋雄「判批」法律のひろば12巻2号52頁(1959), 諸戸玉味「判批」大阪市立大法学雑誌5巻4号133頁(1959), 滝川春雄「判批」判例評論14号6頁(1960), 下村康正「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』122頁(1963), 同「判批」平野龍一編『刑法の判例』〔第2版〕120頁(1972), 安平政吉「判批」青山法学論集6巻1号75頁(1964), 横山晃一郎「判批」平野龍一編『刑事訴訟法判例百選』128頁(1965), 平野龍一「判批」我妻栄編『判例百選』〔第2版〕194頁(1965), 江藤孝「判批」名城法学16巻1=2号170頁(1966), 岡野光雄「判批」法学セミナー264号62頁(1977), 矢野光邦「判批」研修372号103頁(1979), 時武英男「判批」別冊判例タイムズ7号『刑事訴訟法の理論と実務―施行30年の総検討』344頁(1980), 藤木英雄「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選I』〔第2版〕158頁(1984), 庭山英雄「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕246頁(1988), 小林孝輔「判批」同編『判例教室 憲法』〔新版〕346頁(法学書院, 1989), 小暮得雄「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選I』〔第4版〕150頁(1997), 小黒和明「判批」研修598号87頁(1998), 日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法II』210頁(三省堂, 2000), 川端博「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選I』〔第5版〕148頁(2003), 板倉宏「判批」日本大学法科大学院法務研究1号55頁(2005), 浅田和茂「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選I』〔第6版〕152頁(2008), 高橋則夫「判批」山口厚=佐伯仁志編『刑法判例百選I』〔第7版〕152頁(2014), 「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕253頁(2017)などがある。
- 222) 最大判昭和25年4月26日刑集4巻4号700頁。本件評釈には, 田宮裕「判批」鈴木茂嗣「判批」平野龍一編『刑法判例百選I』26頁(1978)などがある。
- 223) 高田前掲註1) 書299頁。
- 224) 最大判昭和25年9月27日刑集4巻9号1805頁。本件評釈には, 芦部信喜「判批」判例研究4巻2号182頁(1950), 田宮裕「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』126頁(1963), 瀧川春雄「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕216頁(1976), 川崎英明「判批」別冊判例タイムズ7号『刑事訴訟法の理論と実務―施行30年の総検討』354頁(1980), 坂口裕英「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第2版〕248頁(1988), 日笠完治「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法II』212頁(三省堂, 2000), 清野幾久子「判批」高橋和之ほ

- か編『憲法判例百選Ⅱ』〔第5版〕278頁(2007)、堀江慎司「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』175頁(悠々社, 2010)、石埼学「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕272頁(2013)、「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕254頁(2017)などがある。
- 225) 團藤前掲註32) 書535頁注1など参照。
- 226) 同上76頁。
- 227) 團藤前掲註31) 書596頁。
- 228) 同上315頁。
- 229) 團藤前掲註32) 書532頁。
- 230) 同上584頁。仮に「上訴は正主義を採るとしても、憲法の建前からいって、厳格な基準によることを要求される」とする。同書585頁。
- 231) 同上92頁注3。
- 232) 最決昭和50年5月20日刑集29巻5号177頁。本件評釈には、光藤景皎「判批」法学セミナー246号141頁(1975)、能勢弘之「判批」判例タイムズ325号97頁(1975)、大野平吉「判批」ジュリスト臨時増刊615号『昭和50年度重要判例解説』170頁(1976)、庭山英雄「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第3版〕260頁(1976)、田中輝和「判批」判例評論204号34頁(1976)、田崎文夫「判批」法曹時報28巻7号203頁(1976)、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50年度』82頁(法曹会, 1979)、松尾浩也「判批」警察研究53巻3号60頁(1982)、白井滋夫「判批」判例タイムズ489号28頁(1983)、高田昭正「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第5版〕260頁(1986)、飼手義彦「判批」研修452号113頁(1986)、小田中聰樹「判批」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第6版〕214頁(1992)、加藤克佳「判批」季刊刑事弁護34号20頁(2003)、「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第10版〕259頁(2017)などがある。このほか、「短期集中連載・白鳥・財田川決定の20年一再審の扉は開かれたのか(1-3・完)」法学セミナー496号16頁、497号19頁、498号9頁(1996)がある。
- 233) 関連して、映画監督の周防正行は、裁判員制度のインパクトも踏まえて、裁判所の姿勢の変化が大事であることを訴える。周防正行「裁判所が変われば大きく変わる」指宿ほか編集代表前掲註19) 書100頁。
- 234) 團藤前掲註31) 書629頁。
- 235) 同上630頁。
- 236) 川岸ほか前掲註10) 書233-234頁〔君塚正臣〕参照。
- 237) 團藤前掲註31) 書47頁。
- 238) 團藤前掲註32) 書476頁。
- 239) 團藤前掲註31) 書54頁。
- 240) 川岸ほか前掲註10) 書233-234頁〔君塚正臣〕参照。
- 241) 平野前掲註38) 書46頁。
- 242) 君塚前掲註13) I書第6章など参照。
- 243) 團藤前掲註31) 書41頁。
- 244) 君塚前掲註13) I書第9章4。
- 245) 團藤前掲註31) 書41頁。
- 246) 團藤前掲註56) 書388頁。
- 247) 同上同頁。
- 248) 同上395-396頁。
- 249) 最判昭和50年11月20日判時797号153頁。本件評釈には、伊藤栄樹「判批」警察学論集29巻3号142頁(1976)などがある。
- 250) 團藤前掲註56) 書338頁注3。
- 251) 同上314頁。
- 252) 同上316頁。
- 253) 同上326頁。
- 254) 山口厚『刑法各論』〔第2版〕506頁(有斐閣, 2010)。
- 255) 團藤前掲註56) 書522-523頁。
- 256) 同上523頁。
- 257) 平野龍一『刑法概説』198頁(東京大学出版会, 1977)。
- 258) 三井誠『刑事訴訟法Ⅲ』83頁(有斐閣, 2004)。
- 259) 平川前掲註6) 書297頁。
- 260) 團藤前掲註56) 書24頁。
- 261) 同上174頁。
- 262) 晩年、團藤重光=黒田泰三「対談・芭蕉と仙厓」学士会会報846号55頁、70頁(2004)で、「学問でも芸術でも、」安住してしまっただけと発言していた團藤は、團藤重光(聞き手・井口洋夫)『先学訪問04—團藤重光編』58頁(学士会, 2006)において、「いまの若い法学、法曹関係者の若い方たち、後輩たち」に向けての言葉として、「とにかく“頑張れ”と言いたい。意気地なしばかりですよ。昔はもっと気骨のある連中が多かった。私自身だって若い時分には、ずいぶん反骨精神を持っていました。いまはその反骨精神がないですからね。みんなご無理ごもつともで」と厳しく断じた。師匠や先輩にただただ従い人脈を後生大事にポストを得てその後学問的進歩のないとか、学問を裏切ったとかいうようなことで、耳の痛い人も多いのではないか。因みに、横浜国大の法律学の歴代の立派な先生は少数有力説を語り、そうでない人は少数無力説だともいう。
- 263) 主要な教科書の中には「判例寄りだが深いはない」(君塚編前掲註23) 書33頁〔君塚〕との評価のものもある。
- 264) 小田中聰樹「憲法的思考の後退と復権」ジュリスト1148号14頁(1999)。
- 265) 君塚編前掲註23) 書〔君塚〕の近年の刑事

訴訟法の教科書についての記述を改訂するとすれば、著者が逝去されて久しいが田宮前掲註2)書をなお評価し、その後の経緯は、共著の欠点が少なく理論的で人権擁護的な、宇藤ほか前掲註36)書などで追え、ということになるだろうか。

- 266) 川崎英明=愛敬浩二「刑事訴訟法学からの問題提起と憲法学からの応答」法律時報81巻5号57頁(2009)など参照。

付 記

本稿は、平成30年度-34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所教授]