

松 山 大 学 論 集
第 32 卷 特 別 号 抜 刷
2 0 2 1 年 3 月 発 行

令状主義手続きの正当性

—— 例外的な事後令状原則と緊急逮捕制度を中心に ——

文 聖 棹

令状主義手続きの正当性

—— 例外的な事後令状原則と緊急逮捕制度を中心に ——

文 聖 棹¹⁾

目 次

- I. 序論
- II. 1995年、改正刑事訴訟法上の緊急逮捕制度導入と事後令状に関する議論
- III. 2007年、改正刑事訴訟法上の緊急逮捕制度改正と事後令状に関する議論
- IV. 無令状逮捕の割合と拘束起訴率から見た令状主義手続きの正当性
- V. 結論

I. 序 論

1. 研究目的

令状主義とは、緊急逮捕、現行犯逮捕のような例外的な場合を除いては、逮捕、拘束、押収、搜索は、裁判官が発付した令状によらなければならないという原則をいう²⁾。大韓民国憲法は逮捕、拘束、搜索、押収をする際には、裁判官が発付した令状を提示しなければならないと規定している。

ただし、現行犯又は緊急逮捕の場合には、事後に令状を請求することができる。強制処分をする前に令状が発付されなければならないのが原則であるが、例外的に一定の場合、令状なしで強制処分をした後は、事後的にでも令状を発付されなければならないことを例外的な事後令状原則という³⁾。

1) 韓国警察大学法学科教授，法学博士

それにもかかわらず、韓国刑事訴訟法は緊急逮捕後に逮捕令状ではなく、拘束令状を請求するようにしてあって、しかも緊急逮捕した被疑者を48時間以内に釈放した場合には令状を請求しなくても良いようになっている。このような緊急逮捕制度が違憲ではないかという問題が1995年、刑事訴訟法改正以降持続的に問題にされてきた。緊急逮捕後、逮捕令状を請求しない問題、拘束令状請求期間が過度に長期間ではないかという問題、そして緊急逮捕濫用問題が継続的に提起されてきた。

現行の刑事訴訟法は、従来問題になってきた緊急逮捕制度の事後令状原則違反という憲法上の問題を改善するための議論の結果を盛り込んでいる。すなわち、緊急逮捕制度と関連して現行の刑事訴訟法は緊急逮捕した後、遅滞なく拘束令状を請求するようにしており、拘束令状を請求せず釈放した場合は裁判所に事後通知するようにしている。

この論文は、緊急逮捕条項がどのような観点から問題となり、どのような議論の過程を経たのかを見て、無令状逮捕比率および拘束起訴率の推移を見ることが、改正条項が最初に提起された例外的な事後令状原則違反と緊急逮捕濫用の問題をどの程度解決したのかを考察し、最後に事前令状を原則とする令状主義手続きの正当性が何かを検討したい。

-
- 2) 令状主義の概念については「裁判所または裁判官が発付した適法な令状によらなければ刑事手続き上の強制処分ができないという原則」とし、捜査手続きだけでなく公判手続きまで含めて概念を定義する見解もあり[李在祥, 『刑事訴訟法』, 第6版, 博英社, 2005, 201頁; 白亨球, 『刑事訴訟法講義』, 第8訂版, 博英社, 2001, 222頁; 鄭榮錫=李炯國, 『刑事訴訟法』, 全訂版, 法文社, 1996, 171頁; 姜求真, 『刑事訴訟法原論』, 学研社, 1987, 177-178頁], 「裁判官が発付した令状を提示しないことには捜査に必要な強制処分ができないという原則」として、原則的に捜査手続きに制限する見方もある[申東雲, 『刑事訴訟法』, 第3版, 法文社, 2005, 107頁; 車鋪碩, 『刑事訴訟法』, 世英社, 1997, 334-335頁; 林東奎, 『刑事訴訟法』, 第3版, 法文社, 2004, 165頁]。韓国憲法裁判所は後者の見解を取っている[憲法裁判所 1993.12.23, 93憲が2, 憲集5巻2輯 578(596)頁]。裴鐘大=李相敬 教授は令状主義に対する概念定義では後者によるが、それに対する説明では裁判所の強制処分にも適用されるとして事実上前者の見解をとっている[裴鐘大=李相敬, 『刑事訴訟法』, 第5版, 弘文社, 2004, 209頁]。
 - 3) 例外的な事後令状の原則を令状主義の具体的内容に見るかに対する詳細な議論は文聖棹, 「令状主義の比較法的考察」, 『刑事法研究』, 第24号(2005冬), 181頁以下参照。

2. 研究範囲と研究方法

緊急逮捕制度は1995年、刑事訴訟法改正によって導入された。まず導入当時どのような議論があったのか簡略に見てみよう。

さらに、1999年、金大中政権時代、司法改革推進委員会の議論の過程を見てみよう。なぜなら、司法改革推進委員会の緊急逮捕後、拘束令状の請求期間問題の議論は金大中政権を継承した盧武鉉政権の司法改革委員会の議論の過程にも影響を及ぼしたと見ることができるからだ。司法改革推進委員会の構成と活動を概観した上で、司法改革推進委員会の緊急逮捕制度に関する議論過程を見てみよう。

次に2003年、盧武鉉政権時代、司法改革委員会の構成と活動全般について概観した後緊急逮捕についての議論が行われた第2分科委員会と全体会議を見てみよう。司法改革委員会全体会議に提出された会議資料と建議案を中心に調べ、司法改革委員会緊急逮捕濫用と憲法上の事後令状原則違反問題をどのように解決しようとしたのか見てみよう。

司法改革委員会の建議案は、司法制度改革推進委員会で具体的な改正案として成案され、議決を経て政府の法律改正案として国会に提出された。司法制度改革推進委員会の構成と活動全般について見て、緊急逮捕制度について議論される過程を見てみよう。また、司法制度改革推進委員会の議決を経た改善策が具体的に政府内で法律改正案として成立し、国会で成立する過程でどのように変化したかを簡略に見ていきたい。

最後に、大検察庁（日本の「最高検察庁」にあたる）の犯罪分析統計資料をもとに1994年から2017年までの身体拘束の類型別の割合の推移、そして法院行政処（司法行政事務を管掌する大韓民国最高裁判所の所属機関である）の司法年鑑統計資料をもとに1990年から2018年まで拘束起訴の割合の推移を見ることで、改正された現行の条項が最初に提起された事後令状原則違反と緊急逮捕の濫用の問題をどの程度解決したのかを考察して、事前令状が原則で、事後令状ないし無令状が例外と言えるのか、究極的に令状主義手続きの正当性が何

なのかを見てみようと思う。

Ⅱ. 1995年、改正刑事訴訟法上の緊急逮捕制度導入と事後令状に関する議論

1. 1995年、緊急逮捕制度の導入と事後の令状請求に関する問題

大韓民国憲法は、逮捕や拘束の際には、裁判官が発付した令状を提示するようになっている。ただし、現行犯である場合と長期3年以上の刑に該当する罪を犯して逃避や証拠隠滅の恐れがある時には事後に令状を請求できるようにしている（同法第12条第3項）。それにもかかわらず、現行の刑事訴訟法は緊急逮捕後の逮捕令状ではなく、拘束令状を請求するようにしている。それで、これに対する違憲論議が1995年、緊急逮捕制度の新設立法を議論した当時からあった。つまり、緊急逮捕後、逮捕の適法性の有無に関する事後令状を認めていない現行の刑事訴訟法に違憲の欠陥があるというものである。

このような緊急逮捕制度の導入は1995年12月29日、刑事訴訟法改正によるものだった。1995年の改正刑事訴訟法は、捜査初期に被疑者の身柄を確保するための拘束の前段階として短時間捜査機関に被疑者を引致できる逮捕制度を導入した。従来の捜査実務上令状の発付が容易でなくて任意同行という便法が登場するようになったという点を反省して、令状主義を規定した憲法第12条第3項が逮捕を言及していることに着目したものだ。

これとともに、逮捕令状を取る時間的余裕がない場合、例外的に認められる緊急逮捕が新設された。緊急逮捕は従来の緊急拘束に代わる枠組みとして新設された。

1995年、刑事訴訟法の改正過程から、緊急逮捕後に拘束令状の請求とは関係なしに逮捕令状を請求するようにならなければならないのではないかとという点が問題になった。これに対して、国会法制司法委員会の李文宰（イムンジェ）専門委員は、刑事訴訟法中改正法律案の検討報告で、逮捕令状請求は必要ないとしながら、その理由を次のように説明した。

“第一に、緊急逮捕後、拘束の必要がない、被疑者を釈放する場合にまで事後逮捕令状を請求するようにするのは、48時間内に無用な手続きを踏むようにするだけでなく、むしろ逮捕期間が長引く恐れがある。第二に、被疑者を拘禁し続ける必要があり、拘束令状を請求する場合には、拘束要件が逮捕の要件より厳しいので、より慎重な司法審査を受けさせる結果となり、別に事後の逮捕令状を請求することが不要である。第三に、事後の逮捕令状を求めるならば、手続きの煩雑性、捜査上の機密保持困難などの理由から、捜査機関がせっかく設けられた緊急逮捕制度の活用を忌避し、再び脱法的な捜査慣行として戻ってくる恐れがある。”⁴⁾

朴燺太法制司法委員長も法制司法委員会で緊急逮捕以降に直ちに逮捕令状を取っておかなければならないことが憲法的要求だが、捜査機関の過度な業務を軽減するために48時間以内に拘束令状を発付されていることが逮捕令状発付手続きを省略できるようにしたという点を明確に明らかにして、緊急逮捕以降、48時間検事の恣意的な拘束に対して、法務部が自主的に統制手段を講じるよう要求した⁵⁾

これとともに、緊急逮捕濫用に対する統制措置を設けた。司法警察官が緊急逮捕をした場合、直ちに検事の承認を受け（刑訴法第200条の3第2項）、緊急逮捕書を直ちに作成して（刑訴法第200条の3第3項）、緊急逮捕書を添付して緊急逮捕後48時間以内に拘束令状を請求するようにした（刑訴法第200条の4第1項）。また緊急逮捕後拘束令状を請求しなかったり、発付されなかったりした場合は直ちに釈放し（刑訴法第200条の4第3項）、令状なしに逮捕しないようにした（刑訴法第200条の4第3項）。

4) 大検察庁、『刑事訴訟法制定・改正資料集』、南日文化印刷株式会社、1997、641頁、799頁。

5) 大検察庁、前掲書、784頁。

2. 1995年、刑事訴訟法改正後の緊急逮捕の制度に対する学界の議論の状況

1995年、刑事訴訟法改正により、事後逮捕令状を認めず、48時間以内に拘束令状を請求するようにする緊急逮捕制度が導入されると、このような緊急逮捕制度の憲法適合性については、さまざまな見解が主張された。まず、現行の緊急逮捕制度は違憲だという見解が主張されていた⁶⁾。この見解によると、憲法第12条第3項但書は、緊急逮捕に対して令状主義を排除したのではなく、例外的に事後令状を許可したものだ。それにもかかわらず刑事訴訟法は緊急逮捕が拘束につながらない場合には裁判所によるいかなる統制も受けなくなり、拘束をする場合には拘束令状だけを請求して、結局、緊急逮捕自体は令状なしで許可する結果になるということだった。

これに対し、違憲とは考えず、立法論上の問題があり、改正の必要性があるとの見解が主張された。憲法第12条第3項ただし書を緊急逮捕と現行犯逮捕の場合、令状主義の例外を認めているものと見ている。したがって、事後逮捕令状を認めないのが違憲だとまでは考えていない。しかし、令状主義の例外であっても、現行の刑事訴訟法上、緊急逮捕制度は令状主義を無意味にする危険があるため、立法論的に遅滞なく逮捕令状を請求するよう改正することを主張した⁷⁾。

事後逮捕令状を認めない緊急逮捕制度が違憲ではないという見解もあった⁸⁾。この見解はまず、事後令状主義の趣旨を緊急逮捕後に速かに司法的承認ないし審査を受けさせることにあるものとみている。したがってそれが逮捕令状

6) 申東雲、『刑事訴訟法I』、第2版、法文社、1997、163頁；申東雲、『刑事訴訟法』、第4版、法文社、2007.4.30、141頁；趙相濟，“現在の刑事訴訟法上、逮捕制度の問題点”，『啓明法学』、第3集、1999、21頁；申洋均、『刑事訴訟法』、法文社、2000、148頁；申洋均、『刑事訴訟法』、第2版、法文社、2004、152頁；李榮蘭、『韓国刑事訴訟法』、淑明女子大学校出版局、2007.1.19、286頁。

7) 車鏞碩(1997)、『刑事訴訟法』、世英社、293頁；車鏞碩=崔容誠(2004)、『刑事訴訟法』、第2版、世英社、212-213頁；裴鐘大=李相喲、『刑事訴訟法』、弘文社、1999、221頁；裴鐘大=李相喲、『刑事訴訟法』、第7版、弘文社、2006、262頁；李在祥、『刑事訴訟法』、第5版、博英社、1999、221頁；李在祥、『刑事訴訟法』、第6版(補正版)、博英社、2007.3.10、222頁。

であれ拘束令状であれ問題にならないと述べた。また、拘束令状の要件が逮捕令状要件よりさらに厳しいため、拘束令状ではなく、逮捕令状を取っても問題にならないと見ている。被疑者を緊急逮捕した後48時間以内に逮捕令状を取って再び拘束令状を請求しなければならないというのは、その手続きを過度に煩雑にするだけでなく、二重の手続きを意味すると見た。したがって、緊急逮捕した後48時間以内に拘束令状を請求するようにする現行法の態度は妥当だということだった。無論、この見解も逮捕令状制度が無意味になる可能性を憂慮し、「緊急性」の要件を徹底して適用し、緊急逮捕の濫用を統制することを主張した。

3. 1999年、司法改革推進委員会の緊急逮捕制度に関する議論の過程

(1) 1999年、司法改革推進委員会の構成と活動

金大中政権時代、大型法曹不正事件を機に、司法制度の構造的問題点を根本的に治癒するために1999年5月7日、大統領諮問機関として司法改革推進委員会が発足した。1999年司法改革推進委員会は金永駿弁護士を委員長として、法曹界、学界、行政府、言論界、女性団体、市民団体、財界など社会各界から選ばれた委員18人の計19人で構成された。そして委員会の事務処理と調査研究を担当するために幹事1人と専門委員7人を置いた。法学界からは金日秀教授、崔大権教授、鄭城鎮教授が司法改革推進委員として参加し、河泰勳教授と韓尚熙教授が専門委員として参加した⁹⁾

8) 申鉉柱, 『刑事訴訟法』, 新訂版, 博英社, 1999, 252頁; 申鉉柱, 『刑事訴訟法』, 新訂2版, 博英社, 2002, 270頁; 白亨球, 『刑事訴訟法講義』, 第8訂版, 博英社, 2001, 248頁; 白亨球, 『条解刑事訴訟法』, 法律文化院, 2002, 405頁。「事後逮捕状が緊急逮捕が適法であることを認める事後的な承認状としての性格を持つと同時に、その後の拘束を継続できることを認める許可状としての性格を持つ」として、肯定的に見る見方もある。(鄭榮錫=李炯國, 『刑事訴訟法』, 全訂版, 法文社, 1996, 178頁)。

9) 司法改革推進委員会発足の経緯や活動については詳細なことは、司法改革推進委員会、『民主社会のための司法改革—大統領諮問委員会の報告書—』, シーエス企画印刷, 2000.5, 10-11頁参照。

(2) 1999年、司法改革推進委員会での緊急逮捕後、拘束令状の請求期限に関する問題

1999年司法改革推進委員会でも緊急逮捕後、拘束令状の請求期限問題が提起された。緊急逮捕後、拘束令状の請求期限の48時間が外国に比べて過度に長く、緊急逮捕後、令状請求が遅延される場合があるなど人権侵害の素地があり、緊急逮捕後48時間以上を裁判官の令状なしに留置場に留置できる現行制度は、憲法が規定する令状主義の原則の例外であるため、最大限これを短縮しなければならないというものだった¹⁰⁾

これに対して、捜査機関の立場から、現行の捜査実務上48時間はやむを得ないと反論が出された。まず、逮捕から令状請求の可否を決めるまでに相当な時間がかかるということだった。実際に指名手配を依頼した捜査機関と指名手配者を検挙した捜査機関が異なるケースがほとんどで、身柄引き渡しにかかりの時間がかかり、実際に捜査に投入できる時間はそれほど多くないということだった。また、韓国の場合、裁判所の拘束審査段階で拘束要件だけでなく、犯罪容疑の有無まで多少厳しく審査するため、令状を請求するためには被疑者と参考人などを詳しく取調べ、犯罪容疑を明らかに立証しなければならないのに、緊急逮捕後の令状請求期限を過度に短縮する場合、捜査機関が犯罪者を検挙してもまともに処罰できなくなる結果を招きかねないということだった¹¹⁾

司法改革推進委員会で議論した結果、具体的に短縮した令状請求時限を提示しなかったものの、緊急逮捕後遅滞なく拘束令状を請求するようにして48時間を超過できないようにした。韓国捜査実務上の困難は理解できるが、緊急逮捕は令状主義原則の例外的な制度であり、制度改善は現在の人的・物的施設だけを基準にするわけにはいかず、将来はこれを整えることを前提にしなければならず、また、拘束令状請求期限を一律的に48時間とすることも外国の立法例に比べてあまりにも長いと見たのだ¹²⁾ 司法改革推進委員会では緊急逮捕後

10) 司法改革推進委員会、前掲書、21頁、27-28頁。

11) 司法改革推進委員会、前掲書、28頁。

遅滞なく拘束令状を請求しなければならないということが、単に捜査機関に対する指針以上の規範的な意味があるとの議論があった¹³⁾

(3) 1999年、司法改革推進委員会での緊急逮捕後逮捕令状請求に関する問題

1999年司法改革推進委員会では緊急逮捕後には例外なく逮捕令状を請求するようにしようという意見が主張された¹⁴⁾ その理由として、まず現行刑事訴訟法上、捜査機関で緊急逮捕後釈放する場合には裁判所に請求するようにする規定がないため、令状なしに拘禁される被疑者に対する司法的審査が行われない問題があるということだった。これは憲法で規定した令状主義の原則に反し、緊急逮捕に対する裁判所の統制が難しくなり、緊急逮捕制度が濫用される原因になるということだった。

このような主張に対して、緊急逮捕の濫用問題は、事後に逮捕令状の発付を求めるよりは、捜査官を刑事処罰するか、逮捕者に損害賠償責任を認める方法によって解決しようという反論が提起された。まず、緊急逮捕して捜査した結果、容疑がなかったり拘禁状態を維持する必要がない場合には、直ちに被疑者を釈放するのが妥当で、釈放した場合まで令状を請求させることは、無用の手続きを強要し、むしろ逮捕期間を長引かせる恐れがあるということだった。また、被疑者を拘禁し続ける必要があり、拘束令状を請求する場合には、拘束要件が逮捕要件より厳しいため、より慎重な司法審査を保障しており、別に事後逮捕令状を請求することが不要だということだった。比較法的にも、米国の場合、警察で緊急逮捕した犯人に対して容疑がないと判断する場合まで、判事の

12) 司法改革推進委員会、前掲書、28頁。

13) 司法改革推進委員会、前掲書、29頁。

14) 司法改革推進委員会は委員の発議で案件を決定し、各案件について専門委員が各自研究して報告書を提出すれば、この報告書を検討した後討議を進めたが、専門委員の中で緊急逮捕後、令状請求期限問題について姜日源部長判事は緊急逮捕後遅滞なく逮捕令状を、姜宗弁護士と金俊鎬（キム・ジュンホ）市民団体協議会事務局長は直ちに令状を請求するようにする案などを提示した（司法改革推進委員会（司法改革推進委員会専門委員報告書（上））、シーエス企画印刷、2000.5、3-70頁）。

前に引致するようにしていないということだった。また、日本で緊急逮捕後、例外なく判事の逮捕状を発付するようにするのは、日本国憲法上緊急逮捕制度が認められないためであり、これとは違って憲法上緊急逮捕を正式に認める韓国は日本と事情が違うということだった¹⁵⁾

1999年司法改革推進委員会は議論の結果緊急逮捕後必ず逮捕令状を請求するようにする制度は導入しないことにした。なぜならば、緊急逮捕後釈放した場合まで逮捕令状を取るようにすることは不必要な手続きであるだけでなく、被疑者の拘禁期間が長くなる恐れがあると考えたためである¹⁶⁾

Ⅲ. 2007年、改正刑事訴訟法上の緊急逮捕制度改正と事後令状に関する議論

1. 2003年、司法改革委員会での議論過程と建議案内容

(1) 司法改革委員会の構成と緊急逮捕制度の議論過程

2003年8月22日、司法制度全般に対する改革を共同推進することにした大統領と大法院長の合意¹⁷⁾によって大法院（日本の最高裁判所にあたる）傘下に設置された司法改革委員会¹⁸⁾でも緊急逮捕制度の誤用や濫用問題と令状主義の違反問題が提起された。被疑者の自白を引き出したり指紋を採取するために緊急逮捕するか又は緊急性や必要性の要件を満たしていないにもかかわらず

15) 司法改革推進委員会、『民主社会のための司法改革－大統領諮問委員会の報告書－』、シーエス企画印刷、2000.5、29頁。

16) 司法改革推進委員会、前掲書、30頁。

17) このような合意を受け、同年10.28.大法院傘下に法曹界（裁判所2、法務部2、弁護士協会2）・法学界（2）以外に行政府（教育人的資源部次官、国防部法務管理官）・国会（1）・憲法裁判所（1）・言論界（2）・経済界（1）・労働界（1）・市民団体（2）・女性団体（1）など、各界各層を代表する21人の委員で構成された司法改革委員会（委員長：趙準熙弁護士、副委員長法院行政処次長）が設置された。法学界からは法学教授として申東雲教授、韓寅燮教授が参加し、朴相基教授が市民団体として参加した。審議案件についての専門的な調査・研究を担当するために裁判所、法務部、大韓弁護士協会、教授、市民団体、行政府などで構成された専門委員を置いた。

18) 司法改革委員会の発足経緯と構成や組織について詳細なことは、司法改革委員会、『司法改革委員会資料集（Ⅶ）国民と共にする司法改革・司法改革委員会の白書－』、法院行政処、2005、11-22頁参照。（以下‘司改委白書’という）

ず、あまりにも容易に緊急逮捕するケースが報告され、令状による逮捕件数に比べて多すぎる緊急逮捕件数が問題視された。2003年の検察庁統計によれば、令状逮捕件数が13,482件であるのに対して緊急逮捕件数は98,778件で7倍も多いと報告された¹⁹⁾

このような緊急逮捕の誤用及び濫用を統制し、憲法上令状主義違反の問題を解決するために様々な議論があった。まず、緊急逮捕後に拘束令状を請求するようにする現行制度が妥当かどうかについて議論があった。憲法違反と見て改善策として、日本のように緊急逮捕後直ちに裁判所の承認を受けるか、遅滞なく逮捕令状を請求すべきだという学界・裁判所・市民団体側の主張があった。特に第2分科委員会委員長の申東雲教授は2004年7月19日の司法改革委員会第17回全体会議に際して大法院の判例や国家人権委員の陳情事件で現れた緊急逮捕の濫用の類型を次のように報告し、緊急逮捕後、捜査機関が被疑者を釈放する場合に当該緊急逮捕の適法性について裁判官が事後的に審査できる制度的装枠組みが必要であると主張した²⁰⁾

第1類型（告訴の取り下げを強制するための手段に悪用された事例）：告訴人が被害者として捜査機関に出席した。捜査機関は告訴人を誣告罪で緊急逮捕した。告訴人が告訴を取り下げた。そこで捜査機関が告訴人を釈放した。

第2類型（捜査機関に対する陳情を抑圧するための手段に悪用された事例）：刑事事件処理に異議を提起して担当検事の交代を執拗に要求する被疑者を緊急逮捕したが、翌日釈放した²¹⁾

第3類型（指紋押捺を強要するための手段に悪用された事例）：指紋押捺を拒否する被疑者を緊急逮捕した。被疑者が指紋押捺をした後釈放した。

また、申東雲委員は“国際基準に照らして見た韓国の令状制度”という会議

19) 司法改革委員会、『司法改革委員会資料集（Ⅵ）-第14回～第27回会議資料-』，法院行政処，2005.2.14，124頁。（以下‘司改委会議資料’という）

20) 司法改革委員会，司改委会議資料，94-97頁。

21) 大法院2003.3.27，2002も81，公2003，1117。

の参考資料で2002年10月、ソウル地検の拷問致死事件が捜査機関が被疑者を緊急逮捕し、48時間にわたって捜査官署に留置しておいている状況で発生したことを周知させて、逮捕後速やかに裁判官の面前に引致するようにした国際人権規約を遵守したなら、このような不幸な事件が発生しなかったことであることを主張し、事後逮捕令状制度の導入を主張した²²⁾

これについて、「逮捕令状の要件より拘束令状の要件の方がより厳しく、短期間で二重の司法審査を経るようになるのは意味がない」と批判し、現行の事後拘束制度の憲法合致を主張する検察側の主張もあった。特に専門委員である李完揆検事は、相当数の緊急逮捕は緊急逮捕対象者に指名手配した起訴中止の被疑者が検挙される過程で発生することで、2003年8月に指名手配する場合、事前に逮捕令状を申請することを原則とした以降の緊急逮捕件数が急激に減少しているという点を説明した。そして詐欺、横領、背任など財産犯罪告訴事件で被告人召喚取調べが難しい状況で、告訴人の一方的な陳述に基づいて指名手配するしかなく、指名手配された被告人を緊急逮捕した後、取調べ過程でその疑いが晴れて釈放されるケースが多いという点を指摘しながら、緊急逮捕後拘束令状を請求せずに釈放することが緊急逮捕権の濫用または不法逮捕だと追いつむのは、私人間の告訴事件の捜査実態に対する理解不足から始まったと主張した²³⁾

また李完揆専門委員は、英米法やドイツなどの先進国の法例に照らして緊急逮捕後釈放された者に対して裁判所が関与しないことは普遍的だと主張していた²⁴⁾。緊急逮捕後、釈放された場合まで裁判所の承認を得ることで違法な緊急逮捕の可能性を予防できるといういわゆる「予防的司法審査論」に対し、「裁判所の消極的な性格と三権分立の原則に反し、予防的実効性もなく、捜査機関に不必要な負担だけを課すだけ」と批判した。逮捕と引き続き拘禁（拘束）す

22) 司法改革委員会、司改委会議資料、147-176頁。

23) 司法改革委員会、司改委会議資料、100-102頁。

24) 司法改革委員会、司改委会議資料、102-105頁。

るかどうかが決定までの極めて短い時間（英国 36 時間，ドイツ最長 48 時間，韓国 48 時間）に捜査機関にとって記録を持って裁判所に二度往来することは、不要な負担を与えて非効率的というものだった。違法な緊急逮捕については、損害賠償請求事件においてその違法かどうかを判断すればよいものであり、逮捕そのものの適法性審査を独立して行うことは望ましくないと主張した。緊急逮捕後には拘束令状だけでなく必ず逮捕令状も請求しなければならないという主張は、憲法を過度に字句にとらわれた解釈をしたのではないかという疑問を提起し、憲法第 12 条第 3 項は、事後請求令状の種類について規定していないと主張した²⁵⁾

多数の専門委員と司法改革委員らが憲法第 12 条第 3 項などを根拠に、釈放された場合も含めて緊急逮捕後遅滞なく事後逮捕の承認を受けなければならないと主張したが、短期間内に逮捕令状と拘束令状を請求すると過度に手続きが煩雑になって、非現実的に捜査機関に負担だけを加重するという頑強な検察側の非難によって司法改革委員会全体会議では後退し、事後拘束令状案を採択した。ただ、どの主張によっても、事後令状請求時間を 48 時間以内であれば足りると見ている現行の制度は、令状主義に照らして不当だという点については意見の一致を見た。それで緊急逮捕後、遅滞なく令状を請求する方向で決まった。

緊急逮捕後、捜査機関による釈放を認めるかについては、緊急逮捕後直ちに裁判所の承認を請求するようにして捜査機関による釈放を認めない主張もあり、検事が緊急逮捕した場合には認めず、司法警察官が緊急逮捕した場合のみ認める主張もあったが、釈放を認める主張が多数で、これに対する統制のために裁判所に通知する制度を新設する方向でまとまった²⁶⁾

25) 司法改革委員会，司改委会議資料，106-110 頁。

26) 司法改革委員会の議論について詳細は文聖樟，“2007 年の改正刑事訴訟法上の緊急逮捕制度の改正過程と法的意味”，『警察大学論文集』，第 27 輯（2007），12-29 頁参照。

(2) 司法改革委員会建議案の内容

2004年12月27日、司法改革委員会第27回全体会議では緊急逮捕に対する建議案を次のように議決した。

“○捜査機関で緊急逮捕をした場合、48時間の範囲内では、裁判所の統制なしに被疑者を拘禁し、釈放できるようになっている刑事訴訟法第200条の3、4の規定は憲法上の令状主義に違反し、違憲の余地があるので、事後統制など、改善措置を検討する必要があります。

○そのための具体的な改善案として、次のような案が多数意見で示されました。

一、捜査機関が被疑者を緊急逮捕した場合には、遅滞なく裁判所に拘束令状を請求するが、いかなる場合でも48時間を超えることができません。

ただし、捜査機関（司法警察官・検事）で被疑者を緊急逮捕した後に拘束令状を請求せず釈放した場合には、検察は、短期間（例：1週間）内に定期的に裁判所に逮捕書、逮捕した理由及び釈放理由などを通知しなければなりません。

○このことについては次のような少数意見がありました。

一捜査機関で緊急逮捕・現行犯逮捕をした場合にはすべて遅滞なく法院に事後逮捕令状を請求しなければなりません。

事後逮捕令状の請求期限は6時間と制限して、その期限内に逮捕令状を請求しなければ直ちに釈放しなければなりません。

事後逮捕令状を発付された場合にも逮捕したときから48時間以内に拘束令状を請求しなければならず、そうでない場合には直ちに釈放しなければなりません。

捜査機関（司法警察官・検事）で緊急逮捕・現行犯逮捕をした後、事後逮捕令状を請求する前に被疑者が釈放された場合には、検察は定期的に（例：月1回）裁判所に逮捕書、逮捕した事由及び釈放事由等を通知しなければなりません”²⁷⁾

司法改革委員会全体会議では、捜査機関で緊急逮捕をした場合 48 時間の範囲内では、裁判所の統制なしに被疑者を拘禁し、釈放できるようになっている刑事訴訟法第 200 条の 3・4 の規定は憲法上の令状主義に違反し、違憲の余地があると見た。司法改革委員会の建議案にあげられた二つの改善案の共通点は、第一に、令状なしに逮捕した後、遅滞なく令状を請求するようにしたことだった。第二に、逮捕した被疑者を検事または司法警察官が令状を請求せずに釈放することができた。第三に、釈放した場合、検察は定期的に裁判所に逮捕書、逮捕した事由及び釈放事由などを通知するようにしたことだった。このような釈放通知制度は、従来の緊急逮捕改正の過程で議論されなかった新しいものだった。

しかし、二つの改善案は事後令状請求の範囲及び期間と請求令状の種類、そして釈放通知期間において違いがあった。

	多数案（事後拘束令状案）	少数案（事後逮捕令状案）
事後令状請求範囲	緊急逮捕	緊急逮捕・現行犯逮捕
請求令状の種類	拘束令状	事後 逮捕令状
請求期間	遅滞なく（48 時間超過不可）	遅滞なく（6 時間超過不可）
釈放後通知期間	定期的通知（週 1 回）	定期的通知（月 1 回）

第一案（多数案）は緊急逮捕をした場合のみ逮捕後、拘束令状を請求するようにする案だった（以下‘事後拘束令状案’という）。つまり、捜査機関が被疑者を緊急逮捕した場合には、遅滞なく裁判所に拘束令状を請求するように求めるが、いかなる場合でも 48 時間を越えられないようにすることだった。そして、事後拘束令状案は捜査機関が被疑者を緊急逮捕した後拘束令状を請求せず、釈放した場合、釈放通知期間を“短期間（例：1 週間）内”に決めた。

第二案（少数案）は、捜査機関で緊急逮捕のみならず、現行犯逮捕をした場合にも遅滞なく裁判所に事後逮捕令状を請求するようにする案だった（以下

27) 司法改革委員会、司改委白書、202-203 頁。

‘事後逮捕令状’という)。事後逮捕令状の請求期間は6時間と制限して、その期限内に逮捕令状を請求しなければ直ちに釈放するようにした。また、事後逮捕令状を発付された場合にも逮捕したときから48時間以内に拘束令状を請求しなければならず、そうでない場合には直ちに釈放するようにした。そして事後逮捕令状案は、捜査機関が緊急逮捕・現行犯逮捕をした後、事後逮捕令状を請求する前に被疑者を釈放した場合、釈放通知期間を事後拘束令状案に比べて長期間の月1回にした。

2. 2005年司法制度改革推進委員会での論議

(1) 司法制度改革推進委員会の構成

司法改革委員会が提案した司法改革法案を体系的に推進するため、2004年12月15日、大統領諮問機関として司法制度改革推進委員会が設置された²⁸⁾。司法制度改革推進委員会は2005年1月18日、第1次本委員会会議（以下‘本会議’という）を開催して以来2006年12月31日まで14回にわたって会議を開催した²⁹⁾。実務委員会は2005年2月4日、第1次実務委員会会議（以下‘実務会議’という）を開催して以来、2006年11月13日まで16回にわたって会議を開催した。

(2) 緊急逮捕後の請求令状形式に関する論議

司法改革委員会は緊急逮捕後、裁判所の統制なしに被疑者を釈放できる現行の緊急逮捕制度が違憲の素地があるという観点から、緊急逮捕後遅滞なく令状を請求するようにし、釈放した場合には裁判所に逮捕理由と釈放事由などを通知するようにすることを大統領に建議した。これについて司法制度改革推進委

28) 司法改革制度推進委員会の構成及び組織については詳細なことは、司法制度改革推進委員会、『司法制度改革推進委員会の白書：司法の先進化に向けた改革』、上巻、2006.12.12.、30-37頁参照。（以下‘司改推委白書上巻’という）

29) 法改革制度推進委員会の議論の経過については詳細なことは、司改推委白書上巻、208-209頁参照。

員会はこの問題を緊急逮捕の濫用という観点で接近した（司改推委第5次会議報告案参照）。緊急逮捕制度の改善に関連して、下記のように報告された。

“○現行法上、捜査機関が緊急逮捕して釈放する場合、適切な統制手段がなく緊急逮捕が濫用されているという指摘がある。

○捜査機関が被疑者を緊急逮捕した場合、直ちに裁判所に令状を請求させ、令状を請求せずに被疑者を釈放した場合には、検察で裁判所へ短期間内に定期的に逮捕書、逮捕事由などを通知するようにする案を検討”³⁰⁾

報告案では、緊急逮捕制度の改善の理由として令状主義の違反ではなく、緊急逮捕の濫用が挙げられている。これは結局、拘束令状案の採択に帰結した。令状主義の違反だと言う場合には、拘束令状より逮捕令状を請求するのがもっと妥当だったはずだからだ。また、この報告の案件を作成した主体が実務2チームだったが、そのチーム長が検事ということも考慮する必要がある。

司改推委議論の過程でも緊急逮捕後、「逮捕令状を請求しなければならない」という主張は、学界公聴会の発表者及び討論者、実務委員会実務委員の発言を通じて続いた。事後逮捕令状案は法案で司改推委本会議にも上程された。専門家討論会で大部分の教授らは司改委の少数意見と一緒に憲法第12条第3項に照らして緊急逮捕後事後逮捕令状を請求することを主張した（李銀模、千鎮豪、申洋均、姜東汜）³¹⁾ 釈放通知制度は実質的統制措置のない象徴的規定に過ぎず、緊急逮捕濫用に対する実質的な統制方法ではない」という主張があった。手続きを煩雑にし、非効率的だという批判に対する代案として、逮捕令状をファックスで請求させたり（千鎮豪）、逮捕令状と拘束令状を同時に請求する代案（千鎮豪、申洋均）を示した。車智勳弁護士は「書面ないしファックスの請求は国際人権基準に合致しない」とし、緊急逮捕後直ちに裁判所に引致することを主張した³²⁾

30) 司法制度改革推進委員会、『司法制度改革推進委員会の資料集第1巻、司法の先進化に向けた改革：議決案件・説明資料I-1』、2006.12.22、523頁。（以下‘司改推委の説明資料1’という）

しかし、司改推委は最終的に司改委の多数意見により、拘束令状案を採択した。司改推委が主催した公聴会で、朴燦運国家人権委員会人権政策局長は、検事が令状を申請するように定めた憲法規定、簡易裁判所未設置などの司法の現実に照らして、逮捕令状案の採択が困難であるとした³²⁾

(3) 緊急逮捕後の令状請求期間に関する議論

事後令状請求期間と関連して、現行の48時間を24時間以内に短縮しようという主張もあったが(柳全哲)³⁴⁾48時間以内にするものの、遅滞なくするようにした司改委の建議案を維持した。ただ、緊急逮捕した被疑者に対する取調べを許容するかどうかと関連して、単に「滞りなく」と言うのか、「不必要な遅滞なく」にするのかについて激しく議論された。「滞りなく」であっても取調べ可能だという立場(琴泰燮, 黄雲夏)、「滞りなく」というのが語法に合うという立場(朴相基)、「逮捕後、取調べなしに直ちに裁判所に引致しなければならない」という立場(李容九)^{35), 36)}だった。これについて、「滞りなく」とばかり言う場合、取調べ不可能と解釈される可能性があるため、「不必要な遅滞なく」という立場(李仁圭, 李碩洙)があった³⁷⁾

31) 特に姜東汎は次のように事後逮捕令状を認めなければならないと主張した。

“憲法第12条第3項但書は、事前令状の例外であるだけ無令状主義を認めたわけではなく、令状なしになされた強制処分(例えば緊急逮捕)に対する「令状」を要求する趣旨であって、他の強制処分(拘束)のための別途の令状(拘束)で足りるという趣旨ではないと考える。緊急逮捕や現行犯人の逮捕に対する裁判所の「事後司法審査」が必要である。また、私たちの訴訟法は逮捕前置主義を取るのではなく、逮捕と拘束を別途の制度として規定しているので、事後の拘束令状によって緊急逮捕が正当化されないこと。したがって、司改委の少数意見のように捜査機関で緊急逮捕・現行犯逮捕をした場合には、すべて遅滞なく裁判所に事後逮捕令状を請求しなければならない”

司法制度改革推進委員会、『司法制度改革推進委員会の資料集第11巻、司法の先進化に向けた改革：研究報告書、参考資料VI-7』、2006.12.22、357頁。(以下‘司改推委参考資料’という)

32) 司改推委参考資料、239-240頁。

33) 司改推委参考資料、612-613頁。

34) 司改推委参考資料、245頁、248頁。

35) 司改推委参考資料、440頁。

36) 司改推委参考資料、441頁。

時間を明示する方式を取らず、「令状を請求するのに必要な取調べをした後、遅滞なく」しようという意見もあった（申洋均）³⁷⁾これは2004年、法務部案のようなものだった。ただ、この主張は事後逮捕令状案を前提としているという点で、検察の主張とは全く異なるものだった。

これと関連して黄雲夏総警は警察の立場で捜査実務上逮捕した後に36時間以内に検事に拘束令状を申請するようになっていて、緊急逮捕した場合12時間以内に検事に緊急逮捕に対する承認建議をするようになっていているという点³⁸⁾を勘案すれば、警察が実際の被疑者を取調べできる時間は10時間も経たないとした⁴⁰⁾

2回にわたる実務委員や企画推進団の連席会議後の公聴会発表で企画推進団員金振旭弁護士は「必要な遅滞」という概念が生じうるし、また取調べ受忍義務を認めるようにする余地があるという点で、司改委の建議案の原文に充実して「遅滞なく」令状を請求するようにする案を提示した。しかし、公聴会後の実務委員会第6次会议に提出された案には「不必要な遅滞なく」令状を請求することになっていた。これは検察側の執拗な主張によるもので、「緊急逮捕後、被疑者を取調べられるかどうかについての司改委時からの議論経過を反映したもの」だった。

緊急逮捕後、被疑者を取調べられるかについて検察では積極的に考え、これが認められない趣旨であれば、司改委の建議案に同意しなかつたらうと言った（李仁圭、李俊甫、金浩徹、李碩洙）。令状請求期間の12時間以内に限って許可しようという見解もあった（柳全哲）。これに対して学界と裁判所と弁護士は消極的で（李容九、申東雲、鄭美和、徐輔鶴）、取調べの許容範囲と遅滞許容範囲については、今後の解釈や裁判所の判断に任せようとした。

37) 司改推委会議録，431頁。

38) 司改推委参考資料，638頁。

39) 司法警察官吏執務規則第27条第3項参照（現行「検事が司法警察官吏に対する捜査指揮及び司法警察官吏執務準則に関する規定」第35条第3項）

40) 司改推委参考資料，660頁。

(4) 釈放通知制度に関する論議

緊急逮捕後、令状を請求せず、釈放した場合には、裁判所に逮捕理由と釈放の理由などを通知するようにした釈放通知制度と関連して通知期間を司改委の多数意見である拘束令状案によって10日にしようとするのが司改推委議論の初期の多数の説だった(具會根、鄭美和、李容九、朴相基)。これに対して検察では拘束令状案に従いながらも30日以内にするを主張し(琴泰燮、李仁圭)、第1次連席会議以降、企画推進団内部議論の結果、結局30日にすることが決定された⁴¹⁾

必要な細部の釈放通知事項を大法院規則に委任しようという主張が多かったが(韓尙勳、鄭美和、李容九、朴相基)、検察事件事務規則または法律に明確に規定しようという検察の意見があるから(李仁圭)、結局、第1次連席会議以降、企画推進団内部議論の結果、刑事訴訟法に明確に規定することとして整理された。

通知事項に逮捕令状を請求せず、緊急逮捕をするようになった具体的理由を含ませるか否かについては、緊急逮捕の必要性を簡単に書くようになっているので含ませる必要はないという検察の反対意見があったが(李仁圭)、第1次連席会議以降、企画・推進団内部議論の結果、含めることにした。

釈放通知制度の実効性を保障するために釈放通知書に対する裁判所の補完要求権を認めるべきという主張もあったが(具會根)⁴²⁾受け入れられなかった。

被釈放者等の通知書類の閲覧や複写権を許可しなければならないという主張が多かった(具會根、韓尙勳、李容九、朴相基)。捜査機密維持という観点から反対する検察の意見があったが(李仁圭)、第1次連席会議以降、企画推進団内部議論の結果、認めることにした。

このような釈放通知制度については、概ね国家賠償請求など事後の権利救済に役立つという見方が多かったが(金振旭)、公聴会の討論者である朴燦運国

41) 司改推委参考資料, 453-454頁。

42) 具會根判事の改正案は、司改推委参考資料, 303頁参照。

家人権委員会人権政策局長は、「実効性がなく、要件に合わせて報告するだろう」と悲観的に見ている。

2005年7月7日、第2次専門家討論会は、司法改革委員会の建議案に対する見解を発表して討論する場だった。琴泰燮検事はここで言及せず、資料として添付した改正案で、「司法警察官が緊急逮捕した被疑者を釈放した場合、直ちに検事に報告する」という規定を盛り込んでいる⁴³⁾。このような琴泰燮検事の主張は、特別な議論もなく企画推進団内部の検討意見として受け入れられた。これは、警察が重要な刑事司法機関のひとつであるにもかかわらず、刑事立法議論の過程で徹底的に排除されたことに起因する。検事が裁判所に対する釈放通知を1ヵ月以内にするだけに、特に司法警察官が検事に対する釈放の報告をすぐにするようにしなければならない特別な理由がなかった⁴⁴⁾。

(5) 国会通過と以後の議論状況

司法制度改革推進委員会で議決されたものを、各部の立法過程で修正できないという大統領の特別指示を受け、司法制度改革推進委員会の議決内容はほぼそのまま政府法案として国会に提出された。国会の法制司法委員会の法案の審査過程では、表面上は字句整理のつもりで「不必要な遅滞なく」から「不必要な」を削除している⁴⁵⁾。残りはそのまま国会を通過して2007年8月1日に公布された。

このような現行の規定についても、学界では一般的に司法改革委員会の少数意見と一緒に事後逮捕令状を遅滞なく（6時間以内）に請求するようにする案を提示している⁴⁶⁾。

大韓民国憲法は現行犯逮捕の場合、事後に令状を請求するようにしている。

43) 司改推委参考資料, 348頁。

44) 司法改革推進委員会の議論について詳細は文聖棹, “2007年、緊急逮捕制度改正の法的意義: 司法制度改革推進委員会の改正議論過程を中心に”, 『警察法研究』, 第5巻第2号(2007), 179-237頁参照。

45) 2007.3.26. 第266回国会法制司法委員会法案審査第1小委員会の会議録第1号参照。

ところが、刑事訴訟法は独自の事後逮捕令状を規定していない。ただ、48時間以内に拘束令状を請求し、裁判官の統制を受けるようにしているだけである(刑事訴訟法第213条の2→第200条の2第5項)。捜査機関が被疑者を現行犯で逮捕した次の48時間以内に釈放する場合には、令状を通じた裁判官の統制が全く行われぬ。このような現行犯逮捕制度に対して、憲法裁判所は憲法上令状主義に反しないという立場を取っている⁴⁷⁾。現行憲法が「事後に令状を請求せよ」となっているだけで、その令状形式については定めていないという理由である。また、48時間という短い時間に事後逮捕令状に続いて拘束令状を請求するようにするのは、あまりにも手続きが煩雑という理由からだ。

このような憲法裁判所の論理は、緊急逮捕の場合にも適用できるかもしれない。緊急逮捕の場合は遅滞なく令状を請求するようになっており、はるかに簡単に憲法上の令状主義に反しないと言えるかも知れない。しかし、検事令状請求の手続き、緊急逮捕後直ちに検事承認の手続きなどによって、迅速に司法的統制の原則に回帰できない現行の緊急逮捕制度が令状主義違反ではないかは疑問である。

(6) 結 語

司改推委案は緊急逮捕後、不必要な滞りなく拘束令状を請求させ、緊急逮捕後令状を請求せず釈放した場合は裁判所に通知し、緊急逮捕濫用による人権侵

46) 申東雲、『新刑事訴訟法』、第5版、法文社、2014、304頁；申東雲、『絞り込んだ新刑事訴訟法』、第11版、法文社、2019、88頁；李銀模＝金政桓、『刑事訴訟法』、第7版、博英社、2019、245頁；李昌玄、『刑事訴訟法』、第4版、ピエンシメディア、2018、324頁；李在祥＝趙均錫、『新刑事訴訟法』、第11版、博英社、2017、252頁；申洋均、『新刑事訴訟法』、新版、火山メディア、2009、166頁；孫俛權＝申梨澈、『新しい刑事訴訟法』、第3版、世創出版社、2016、247頁；金仁會、『刑事訴訟法』、第2版、ピエンシメディア、2018、120頁。

緊急逮捕した被疑者をすぐに裁判官に引致して拘束令状審査を受けるようにしようという見解もある(裴鐘大＝李相暎＝鄭承煥＝李柱元、『刑事訴訟法』、第2版、弘文社、2016、133頁；鄭承煥、『刑事訴訟法』、博英社、2018、125頁)。

47) 憲法裁判所 2012.5.31. 宣告 2010 憲マ 672 全員裁判部【刑事訴訟法第212条などの違憲確認】〔憲公第188号、1136〕

害を防止するために努力したと評価される。しかし、学界多数が主張したように、事後逮捕令状を受け入れないことで令状主義の違反所持問題を明確に解決できず、釈放通知書の補完要求権を認めないことで、釈放通知制度の実効性を捜査機関の良心に委ねることになった。緊急逮捕後、取調べについては明確な立場を示せず、最終的に解釈に任せることになった。

思うに、令状主義の本質的な内容は、強制処分に対する司法的統制である。事後令状は原則に対する例外なので、例外は厳格に解釈されるべきであり、例外的な事由が消滅し次第、原則に復帰しなければならない。令状なしに逮捕した場合に事後に遅滞なく逮捕令状を発付しなければならないだろう。米国の場合、被疑者を逮捕した後、不必要な遅滞なく裁判官の面前に引致し、裁判官による統制を受けているという点を見過ぎてはならない。日本の場合でも緊急逮捕後、遅滞なく事後の逮捕状を請求することになっている。

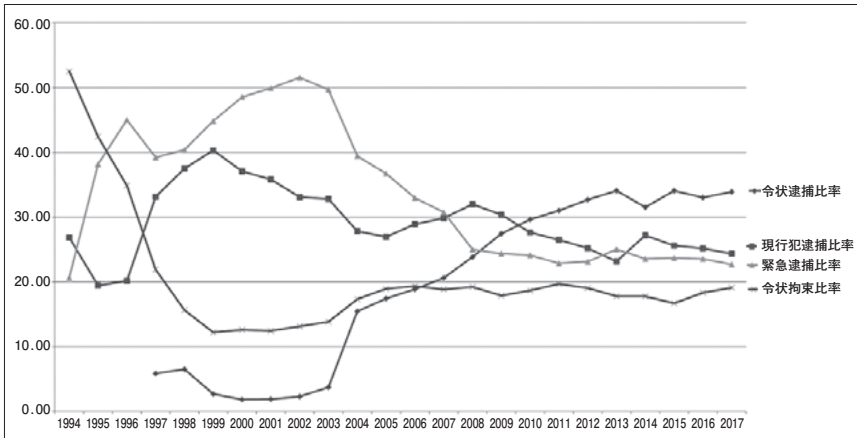
緊急逮捕の導入及び改正に対する議論の過程で、現行の憲法上の令状請求は、被疑者を逮捕した警察官ではなく、検事が行うように規定されているために24時間乃至6時間以内に逮捕令状を請求できない憲法上限界があることが分かった。結局、48時間以内に遅滞なく拘束令状を請求するようにしたものだった。憲法上、自由と権利の本質的な内容を侵害する法律は無効であるように、司法的統制という原則に回帰するのに障害として機能する恐れのある検事請求条項は、裁判官発付条項により制限されるべきであろう。

IV. 無令状逮捕の割合と拘束起訴率から見た令状主義手続きの正当性

1. 無令状逮捕の割合の推移を見ている緊急逮捕制度の違憲議論の意味

大検察庁が毎年発刊する犯罪分析の統計資料をもとに全体身体拘束人員と身体拘束の種類別人員との比率を計算すると、1994年と1995年には事前拘束令状による拘束の割合が非常に高く、現行犯逮捕や緊急逮捕による身体の拘束の割合は低い。これは任意同行という脱法的な捜査慣行を示すものだ。このような捜査慣行が裁判所により違法という判決が相次いで出て、任意同行の代わり

身体拘束の類型別比率の推移（1994～2017）



に緊急逮捕と現行犯逮捕が利用され、1997年から2006年まで令状による拘束、逮捕割合が低下して、緊急逮捕の割合が一番高くなった。しかし、2010年から最近では、令状逮捕の割合が一番高く、緊急逮捕の割合は現行犯逮捕の割合に続き、3位にとどまった（ただ、2013年は2位）。これを見れば、緊急逮捕の濫用に対する統制措置が適切に機能していると言えるだろうか。

2004年から緊急逮捕の割合が減少し始めて2010年以降の緊急逮捕の割合が令状逮捕の割合と現行犯逮捕の割合よりも低くなる。緊急逮捕の濫用に対する統制措置として機能したのは表面的に見れば、2007年、裁判所の通知や緊急逮捕書類閲覧謄写制度だといえる。既に検事承認制度は1997年に施行されたが緊急逮捕の割合はさらに上昇した。もちろん、裁判所の通知や緊急逮捕書類閲覧謄写制度だけで緊急逮捕比率の減少原因を説明することは無理がある。しかし、時期的に分析すると、緊急逮捕の濫用及び事後令状原則違反の問題と裁判所通知及び緊急逮捕書類閲覧謄写制度についての議論が始まり、緊急逮捕比率が低くなり始めた。2003年8月に発足した司法改革委員会で令状逮捕件数に比べて、緊急逮捕件数が過度に多いという点が指摘され、会議に出席した李完揆検事は、2003年8月から指名手配する時に、逮捕令状を事前に受けるよ

うに捜査慣行を変えて緊急逮捕件数が減少していると明らかにしたこともある。緊急逮捕濫用に対する社会的憂慮と関心が緊急逮捕件数を減少させる背景になったといえる。

1994年以降2017年まで無令状逮捕の割合の変化推移を見ると、緊急逮捕後に逮捕令状を発付受けないようにした緊急逮捕制度が違憲だという議論は、緊急逮捕を濫用する現実に対する批判と結合して緊急逮捕を抑制し、令状の逮捕を積極的に活用する成果を収めたと評価することができる。

2. 無令状逮捕比率から見た事前令状原則の意味

ところで、1997年、緊急逮捕制度導入当時の現行犯逮捕及び緊急逮捕の割合が72.34%で、令状逮捕及び令状拘束の率よりはるかに高い。20年が経過した2017年にも現行犯逮捕及び緊急逮捕の割合が47.03%で、令状逮捕及び令状拘束の割合にほぼ肉迫する。

〈身体拘束の類型別割合の比較〉

比率	年度	1997年	2017年
現行犯逮捕比率 (%)		33.13	24.35
緊急逮捕比率 (%)		39.21	22.68
令状逮捕比率 (%)		5.83	33.89
令状拘束比率 (%)		21.87	19.08

日本の場合1998年の警察による逮捕の類型別比率を見ると、令状逮捕の割合が47.9%、現行犯逮捕の割合が34.7%、緊急逮捕の割合が17.5%であった⁴⁸⁾ 令状によらない逮捕の割合が52.2%である。米国の場合には令状によらない逮捕の割合が95%であった⁴⁹⁾ これでは憲法上、事前令状が原則で事後令状が例外だというのが、実際には、原則と例外とは言い難いのではないか。

48) 三井誠＝酒巻匡，入門刑事手続法，第3版，有斐閣，2001，24頁。

49) del Carmen, Rolando V, Criminal procedure: law and practice, 8th ed., Wadsworth Cengage Learning, 2010, p. 36.

だからといって、事前令状の原則をあきらめることはできない。事前令状原則は恣意的な公権力の行使から市民の身体・住居の自由を保障できる手続き的装置だからだ。2017年、緊急逮捕の割合は22.7%で、日本に比べて依然として高い。現行犯逮捕は犯罪実行が明白であることから濫用の可能性が低いが、緊急逮捕は濫用の可能性がある。2018年10月11日、国会の法制司法委員会の琴泰燮議員が法務部から提出を受けた国政監査資料によると、2008年から2017年までの10年間、警察が緊急逮捕した112,249人のうち拘束令状を申請せず、釈放した人員が26,957人(24.0%)だった⁵⁰⁾。緊急逮捕実態を分析して令状なしに緊急逮捕するよりは、令状によって逮捕するように実務慣行を改善したり、逮捕令状の要件や手続を改善し、緊急逮捕よりは令状逮捕を活用する方向へ進むべきである。

3. 拘束起訴比率の推移から見た令状主義手続きの究極的な意味

1991年から2019年まで法院行政処が発付した司法年鑑の第1審刑事公判事件の拘束起訴の割合を分析した結果、1990年73.3%だったことが2010年11.8%まで下落した後、約10%前後で安定を維持している。

これは不拘束捜査・裁判の原則が実現されていることを意味するだけでなく、被疑者のほとんどが拘束しなくても逃亡しないことを意味する。刑事司法機関に被疑事実と被疑者の身元が認知されたとしたら、逃げて無駄で、かえって被疑者・被告人に不利だという事実を認識しているのだ。

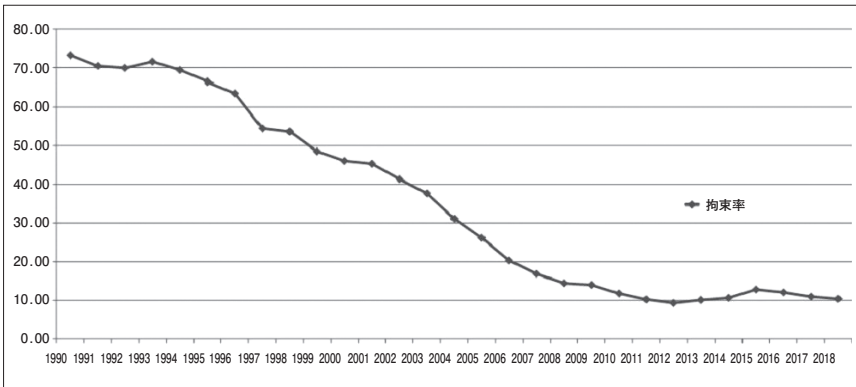
このように不拘束捜査・裁判原則が実現した社会、逮捕・押収・捜索が必要なく、したがって令状も必要ない社会は、令状主義の手続きが究極的に志向する社会であろう。それなら、捜査初期に捜査機関が被疑者の身元を確認できるようにすることで、緊急逮捕や現行犯逮捕、拘束に進まないようにすることが、

50) シムオンギ記者, “[国政監査ブリーフィング] 緊急逮捕10人のうち4人の釈放…警察権の乱用統制しなければ”, ニュース1, 2018-10-12 08:57 送稿 http://m.news1.kr/articles/3448252#ns1#_enliple (2019.12.09 visited) ただし、記事の数値を合算すると当たらず、その資料の信頼性は低い。

〈第1審刑事公判事件の拘束人員の推移（1990－2018）〉

年度	接受人員（名）	拘束人員（名）	拘束率（％）
1990	141,686	103,810	73.3
1991	147,016	103,582	70.5
1992	145,698	101,902	69.9
1993	165,835	118,700	71.6
1994	149,984	104,083	69.4
1995	164,681	109,492	66.5
1996	172,996	109,969	63.6
1997	175,165	95,508	54.5
1998	216,219	116,086	53.7
1999	195,374	94,892	48.6
2000	191,654	88,338	46.1
2001	198,506	90,014	45.3
2002	208,506	86,266	41.4
2003	212,893	80,265	37.7
2004	238,358	74,217	31.1
2005	216,460	56,657	26.2
2006	227,696	46,275	20.3
2007	250,172	42,159	16.9
2008	274,955	39,693	14.4
2009	287,465	40,214	14.0
2010	263,425	31,015	11.8
2011	277,744	28,326	10.2
2012	292,707	27,169	9.3
2013	270,469	27,214	10.1
2014	268,823	28,543	10.6
2015	259,424	33,224	12.8
2016	276,074	33,272	12.1
2017	262,612	28,728	10.9
2018	240,244	24,876	10.4

第1審刑事公判事件の拘束人員と拘束起訴の割合（1990～2018）



事前令状を原則とする方法の一つではないか検討する必要がある。また、犯罪者を、被害者とその関係者から分離することで、彼に対する危害を防止し、再犯を防止して（刑訴法第70条第2項）、究極的に公共の安寧と秩序を回復する目的で行われる身体拘束は、刑事訴訟法上の逮捕拘束ではなく、警察作用法上保護措置に代替することも検討してみる必要がある。

V. 結 論

刑事訴訟法は緊急逮捕後に逮捕令状ではなく、拘束令状を請求するようにしていて、しかも緊急逮捕した被疑者を48時間以内に釈放した場合には令状を請求しなくても良いようになっている。

このような緊急逮捕制度が違憲ではないかという問題が1995年、刑事訴訟法改正以降持続的に問題にされてきた。すなわち、緊急逮捕後、逮捕令状を請求しない問題、請求期間が過度に長期ではないかという問題、そして緊急逮捕濫用問題が提起されてきた。

1995年、緊急逮捕制度新設立法の議論過程では次のような理由で事後逮捕令状を認めなかった。

“①令状を請求する場合には、拘束要件が逮捕の要件より厳格なので、より慎重な司法審査を受けさせる結果となり、別に事後の逮捕令状を請求することが不要だ。②事後の逮捕令状を求めるなら、手続きの煩雑性、捜査上の機密保持困難などの理由から、捜査機関がせっかく設けられた緊急逮捕制度の活用を忌避し、再び脱法的な捜査慣行として回る恐れがある。③緊急逮捕後、拘束の必要がない、被疑者を釈放する場合にまで事後逮捕令状を請求するようにするのは、48時間内に無用な手続きを踏むようにするだけでなく、むしろ逮捕期間が長引く恐れがある。”

さらに、1995年の改正刑事訴訟法は緊急逮捕の濫用に対する統制措置として、司法警察官が緊急逮捕をした場合、直ちに検事の承認を受け、(刑訴法第200条の3第2項)、緊急逮捕書を直ちに作成して(刑訴法第200条の3第3項)、緊急逮捕書を添付して緊急逮捕後48時間以内に拘束令状を請求するようにした(刑訴法第200条の4第1項)。また緊急逮捕後、拘束令状を請求しなかったり、発付されなかった場合には直ちに釈放し、(刑訴法第200条の4第2項)、釈放後には令状なしに逮捕しないようにした(刑訴法第200条の4第3項)。

1999年司法改革推進委員会は緊急逮捕後拘束令状請求を遅滞なく行うようにした。緊急逮捕後拘束令状請求期限の48時間が外国に比べて過度に長く、緊急逮捕後、令状請求が遅延される場合があるなど人権侵害の素地があり、緊急逮捕後48時間以上を裁判官の令状なしに留置場に留置できる現行制度は憲法が規定する令状主義原則の例外なので、最大限これを短縮しなければならないと見たのだ。

ここから一歩進み、2004年に司法改革委員会は48時間の範囲内では、裁判所の統制なしに被疑者を拘禁し、釈放できるようになっている緊急逮捕の規定は憲法上の令状主義に違反し、違憲の余地があるので、統制措置として緊急逮捕後拘束令状を請求せず、釈放する場合、裁判所に通知する制度を提案した。

これについての少数意見は、緊急逮捕後、遅滞なく逮捕令状を請求することを提案している。

2005年司法制度改革推進委員会は違憲だという観点ではなく、緊急逮捕の濫用という観点で接近して事後拘束令状案を採択した。検事が令状を申請するように定めた憲法の規定などにより事後逮捕令状案を受け入れ難いことが指摘されていた。司法制度改革推進委員会はこれに対する統制措置として、緊急逮捕後拘束令状の請求は「不必要な」遅滞なくするようにして緊急逮捕した被疑者を追加取調べできるようにし、緊急逮捕後拘束令状を請求せず、釈放した場合に裁判所に通知する期間を1週間から1月以内に延長した。これは検察の執拗な主張を受け入れたものだった。また、緊急逮捕後釈放された被疑者等の裁判所通知書及び関連書類閲覧謄写制度と司法警察官の緊急逮捕後釈放時直ちに検事報告義務を追加で規定した。

このような改正案は、国会で「不必要な」部分だけを削除し、残りはそのまま通過した。

2007年改正刑事訴訟法は緊急逮捕後遅滞なく拘束令状を請求するようにして、緊急逮捕後、令状を請求せず、釈放した場合、裁判所に通知するようにして緊急逮捕の濫用による人権侵害を防止するために努力したと評価を受けることができる。しかし、学界の多数が主張したように、事後逮捕令状案を受け入れないため、令状主義の違反問題を明確に解決することはできなかった。

令状主義の本質的な内容は、強制処分に対する司法的統制だ。事後令状は事前令状原則に対する例外なので例外は厳格に解釈されなければならない、例外的な事由が消滅し次第、原則に復帰しなければならないだろう。令状なしで逮捕した場合に事後に遅滞なく逮捕令状を発付されなければならないだろう。米国の場合、被疑者を逮捕した後、不必要な遅滞なく裁判官の面前に引致し、裁判官による統制を可能にするという点を見過ごしてはならない。日本の場合でも緊急逮捕後、遅滞なく事後の逮捕状を請求することになっている。これが例外的な事後令状原則の実現である。緊急逮捕後、遅滞なく逮捕令状を請求するの

に検事申請条項が障害になるなら、その条項は無視されてもよいだろう。なぜなら、令状主義の本質的な内容は、裁判官による発付条項だからだ。

ところが、至難の議論を経て立法された緊急逮捕制度の具体的な実現過程を見てみると、緊急逮捕後逮捕令状の発付を受けない緊急逮捕制度が違憲だという議論は、緊急逮捕を広く利用する現実に対する批判とかみ合って、緊急逮捕を抑制し、令状逮捕を積極的に活用する成果を上げた。もちろん、今も令状のない逮捕が令状による身体拘束とほぼ対等に行われている。だからと言って事前令状が原則で、事後令状が例外だという憲法規定は引き続き維持しなければならない。なぜなら、例外的な事後令状原則は恣意的な公権力の行使から市民の自由と権利を保障する手続き的枠組みだからである。1990年73.3%に達していた第1審刑事公判事件拘束率は10%程度に止まっている。これは、不拘束・捜査裁判の原則が実現したことを意味すると共に、身体・住居の自由の手的保障のための令状の必要のない令状主義の手続きを描いていくのではないか？

キーワード：緊急逮捕，令状主義，釈放通知，例外的な事後令状原則，緊急逮捕の濫用

参 考 文 献

- 国会事務処，『第266回国会法制司法委員会法案審査第1小委員会の会議録』，第1号，2007.3.26. http://law.nanet.go.kr/lawservice/knowledgemanagement/knowledgemanagementView.do?searchCon=total&searchKey=&searchValue01=&searchValue02=&searchValue03=&code01=0&code02=BA&number01_str=17&number01_end=17&number02_str=266&number02_end=266&searchFromDate=&searchToDate=&pageUnit=10&pos=5&pageNum=1&cn=PROC2014035775&sort=SessDate_SORT&dir=reversealphabetical (2019.06.09 visited)
- 金仁會，『刑事訴訟法』，第2版，ピエンシメディア，2018。
- 金哲洙，『憲法学新論』，第17全訂版，博英社，2007。
- 大検察庁，『刑事訴訟法制定・改正資料集』，南日文化印刷株式会社，1997。

- 柳富坤, “人身拘束制度の改善の必要性と方向”, 『比較刑事法研究』, 第19巻第4号(2018), 137-167頁。
- 文聖棹, “2007年の改正刑事訴訟法上の緊急逮捕制度の改正過程と法的意味”, 『警察大学論文集』, 第27輯(2007), 12-29頁。
- 文聖棹, “2007年, 緊急逮捕制度改正の法的意義: 司法制度改革推進委員会の改正議論過程を中心に”, 『警察法研究』, 第5巻第2号(2007), 179-237頁。
- 文聖棹, “令状主義の比較法的考察”, 『刑事法研究』, 第24号(2005冬), 163-186頁。
- 文聖棹, 令状主義の導入と形成に関する研究, ソウル大学法学博士学位論文, 2001.2。
- 裴鐘大 = 李相暎, 『刑事訴訟法』, 弘文社, 1999。
- 裴鐘大 = 李相暎, 『刑事訴訟法』, 第7版, 弘文社, 2006。
- 裴鐘大 = 李相暎 = 鄭承煥 = 李柱元, 『刑事訴訟法』, 第2版, 弘文社, 2016。
- 白亨球, 『条解刑事訴訟法』, 法律文化院, 2002。
- 白亨球, 『刑事訴訟法講義』, 第8訂版, 博英社, 2001。
- 司法改革委員会, 『司法改革委員会資料集(Ⅶ)国民と共にする司法改革・司法改革委員会の白書-』, 法院行政処, 2005。
- 司法改革委員会, 『司法改革委員会資料集(Ⅵ)-第14回~第27回会議資料-』, 法院行政処, 2005.2.14。
- 司法改革推進委員会, 『民主社会のための司法改革-大統領諮問委員会の報告書-』, シーエス企画印刷, 2000.5。
- 司法改革推進委員会, 『司法改革推進委員会専門委員報告書(上)』, シーエス企画印刷, 2000.5。
- 司法制度改革推進委員会, 『司法制度改革推進委員会の資料集第11巻, 司法の先進化に向けた改革: 研究報告書, 参考資料Ⅵ-7』, 2006.12.22。
- 司法制度改革推進委員会, 『司法制度改革推進委員会の資料集第1巻, 司法の先進化に向けた改革: 議決案件・説明資料Ⅰ-1』, 2006.12.22。
- 司法制度改革推進委員会, 『司法制度改革推進委員会の白書司法の先進化に向けた改革』, 上巻, 2006.12.12。
- 成樂寅, 『憲法学』, 第18版, 法文社, 2018。
- 孫俛權 = 申梨澈, 『새로운형사소송법』(『新しい刑事訴訟法』), 第3版, 世創出版社, 2016。
- 申東雲, 『간추린 신형사소송법』(『絞り込んだ新刑事訴訟法』), 第11版, 法文社, 2019。
- 申東雲, 『刑事訴訟法Ⅰ』, 第2版, 法文社, 1997。
- 申東雲, 『刑事訴訟法』, 第4版, 法文社, 2007.4.30。
- 申東雲, 『新刑事訴訟法』, 第5版, 法文社, 2014。
- 申洋均, 『刑事訴訟法』, 新版, 火山メディア, 2009。
- 申洋均, 『刑事訴訟法』, 第2版, 2004。
- 申鉉柱, 『刑事訴訟法』, 新訂版, 博英社, 1999。
- 申鉉柱, 『刑事訴訟法』, 新訂2版, 博英社, 2002。

- 李東熹, “韓国と日本の逮捕・拘束制度に対する比較研究”, 『比較刑事法研究』, 第11巻第1号(2009), 64-94頁。
- 李榮蘭, 『韓国刑事訴訟法』, 淑明女子大学校出版局, 2007. 1. 19。
- 李銀模 = 金政桓, 『刑事訴訟法』, 第7版, 博英社, 2019。
- 李在祥, 『刑事訴訟法』, 第5版, 博英社, 1999。
- 李在祥, 『刑事訴訟法』, 第6版(補正版), 博英社, 2007. 3. 10。
- 李在祥 = 趙均錫, 『刑事訴訟法』, 第11版, 博英社, 2017。
- 李昌玄, 『刑事訴訟法』, 第4版, ビエンシメディア, 2018。
- 鄭承煥, 『刑事訴訟法』, 法文社, 2018。
- 鄭榮錫 / 李炯國, 『刑事訴訟法』, 全訂版, 法文社, 1996。
- 車鏞碩, 『刑事訴訟法』, 世英社, 1997。
- 車鏞碩 = 崔容誠, 『刑事訴訟法』, 第2版, 世英社, 2004。
- 許營, 『韓国憲法論』, 全訂14版, 博英社, 2018。
- 三井誠 = 酒卷匡, 『入門刑事手続法』, 第3版, 有斐閣, 2001。
- Orfield, Lester Bernhardt, *Criminal Procedure from Arrest to Appeal*, New York Uni.press, 1947.
- Orfield, Lester Bernhardt, *Criminal Procedure from Arrest to Appeal*, 金箕斗譯, 『法務資料第21輯 美國刑事訴訟法(上)』, 法務部, 1952。
- Bloom, Robert M. & Brodin, Mark S., *Constitutional Criminal Procedure, U.S.A*: Little, Brown and Company, 1992.
- Cuddihy, W.J., *The Fourth Amendment: Origins and Original Meaning, 602-1791*, Ph.D. dissertation, Claremont Graduate School, 1990.
- del Carmen, Rolando V, *Criminal procedure: law and practice*, 8th ed., Wadsworth Cengage Learning, 2010.
- del Carmen, Rolando V, *Criminal procedure: law and practice*, 10th ed., Wadsworth Cengage Learning, 2015.
- Kamisar, Yale & LaFave, Wayne R. & Israel, Jerold H. & King, Nancy J. & Kerr, Orin S. & Primus, Eve Brensike, *Modern criminal procedure: cases, comments, and questions*, 14th ed., West Academic Publishing, 2015.
- LaFave, Wayne R., *Search and Procedure: A Treatise on the Fourth Amendment*, Volume 2, 2nd ed., West Publishing Co, 1987.
- LaFave, Wayne R. & Israel, Jerold H. & King, Nancy, *Criminal Procedure*, Third ed., West Group, 2000.

[Abstract]

Legitimacy of Warrant-requirement Procedure

– Korean Exigent Arrest System and Exceptional ex post facto Warrant-requirement –

Mun, Seongdo⁵¹⁾

Few legal problems evoke more passionate debate about the balance between prerogatives of the government and the liberty of the individual than the warrant-requirement principle and exigent arrest system in Korea. The Korean Constitution says that warrants shall be issued in case of arrest, custody, search or seizure, but in case a criminal suspect is apprehended *flagrante delicto*, or where there is danger that a person suspected of committing crime punishable by imprisonment of three years or more may escape or destroy evidence, investigative authorities may request an ex post facto warrant. (ROK. Const. XII ③) The principle that a warrant should be issued before searches and seizures are made, but that a warrant should be issued even after searches and seizures are exceptionally made without a warrant is called an exceptional ex post facto warrant principle.

Nevertheless the Korean Criminal Procedure Act says that where there is no time that arrest warrant can be issued by a judge and danger that a person suspected of committing crime punishable by imprisonment of three years or more may escape or destroy evidence, investigative authorities may make an exigent arrest and request an ex post facto custody warrant. Investigative authorities don't request an ex post facto arrest warrant, much less an ex post facto custody warrant where they release arrestee within 48 hours. Many people have insisted that this exigent arrest system violate the Constitution since this system was established newly in 1995. Many people have insisted and rebuked that investigative authorities was making an improper use of their exigent arrest power.

With a view to solving these problem, Criminal Procedure Act 2007 provided that investigative authorities shall request an ex post facto custody warrant without delay within 48 hours where they make an exigent arrest, and notify the court of the time and place of release and reasons for release in writing within thirty days from the date of release when they released an exigent arrestee without requesting a warrant of detention.

This review looked at what was discussed during introduction and reform of the exigent arrest system, and examined whether this revised exigent arrest system violate exceptional ex post facto warrant requirement doctrine, whether current exigent arrest system has solved the problem of abuse of exigent arrest, whether the prior warrant was the principle and the post- or non- warrant could be the exception, and ultimately what the warrant requirement procedure was for by analyzing percentage of exigent arrest, flagrant offender arrest, arrest with a warrant and custody with a warrant, and by reviewing the detention rate of defendants in the first trial case since 1990.

* key words : exigent arrest, warrant-requirement principle, notice of release, abuse of exigent arrest, Exceptional ex post facto warrant requirement

51) Professor at Korea National Police University (Ph.D. in Law)

[抄録]

大韓民国憲法は逮捕、拘束、搜索、押収をする際には、裁判官が発付した令状を提示しなければならないと規定している。ただし、現行犯又は緊急逮捕の場合には、事後に令状を請求することができる。原則的に強制処分をする前に令状を発付してもらわなければならないが、一定の場合は令状なしに強制処分をした後、「事後でも令状を発付しなければならない」という原則を例外的な「事後令状原則」という。

それにもかかわらず、韓国刑事訴訟法は緊急逮捕後に逮捕令状ではなく、拘束令状を請求するようにしており、しかも緊急逮捕した被疑者を48時間以内に釈放した場合には令状を請求しなくても良いようになっている。このような緊急逮捕制度が違憲ではないかという問題が1995年、刑事訴訟法改正以降持続的に問題にされてきた。すなわち、緊急逮捕後、逮捕令状を請求しない問題、請求期間が過度に長期ではないかという問題、そして緊急逮捕濫用問題が継続的に提起されてきた。

現行の刑事訴訟法は、これまで問題視されてきた緊急逮捕制度の「事後令状原則違反」という憲法上の問題を改善するための議論の結果を盛り込んでいる。すなわち、緊急逮捕制度と関連して現行の刑事訴訟法は緊急逮捕した後、遅滞なく拘束令状を請求するようにしており、拘束令状を請求せず釈放した場合、裁判所に事後通知するようにしている。

この論文は緊急逮捕の条項がどのような観点で問題となっており、どのような議論過程を経たかどうかを考察し、1990年以降身体拘束の類型別の割合と第1審刑事公判事件の拘束起訴の割合を見ることで、改正条項が最初に提起された事後令状原則違反と緊急逮捕の濫用の問題をどれだけ解決したのかを考察して、事前令状が原則で、事後令状ないし無令状が例外と言えるのか、究極的に令状主義の手続きの正当性が何であるかを探ってみた。