

## 逮捕状発付の裁判に対する準抗告の可否

### 一 序

一九九三年一月二五日、最高裁第二小法廷は、ある国家賠償請求事件につき判決を言い渡した。その事件の概要は次のようなものであった。一九八一年一月、殺人等の被疑事実につき逮捕状が発付され、被疑者は全国に指名手配されたが、逮捕されることなく、以後、一か月ないし三か月に一度逮捕状の切替え発付がなされた。一九八一年七月、被疑者側がアリバイを裏づける証拠の保全を申し立てたのを受けて、長野地裁は、証拠物の押収及び証人尋問を行った。被疑者の両親等は、一九八六年二月、右証拠保全後、アリバイの事実

### 三 島 聡

を知りながら、司法警察員が逮捕状を請求した点や裁判官がその逮捕状請求に基づき逮捕状を発付した点などに違法があると主張して、国に対し慰謝料の支払いを求めて訴訟を提起した。第一審の東京地裁は原告らの請求を棄却し、第二審の東京高裁も同人らの控訴を棄却した。<sup>(1)</sup>原告らは、これを不服として上告した。

これに対し、最高裁は、次のように述べて、原告らの上告を棄却した。

逮捕状は発付されたが、被疑者が逃亡中のため、逮捕状の執行ができず、逮捕状の更新が繰り返されていくにすぎない時点で、被疑者の近親者が、被疑者のアリバイの存在を理由に、逮捕状の請求、

発付における捜査機関又は令状発付裁判官の被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があったとする判断の違法性を主張して、国家賠償を請求することは許されないものと解するのが相当である。ただし、右の時点において前記の各判断の違法性の有無の審理を裁判所に求めることができるものとするれば、その目的及び性質に照らし密行性が要求される捜査の遂行に重大な支障を来す結果となるのであって、これは現行法制度の予定するところではないといわなければならないからである。<sup>(2)</sup>

原告らがこの訴訟を起こした主たる目的は、この訴訟において逮捕状の請求及び発付の違法性を裁判所に認めさせ、それを通じて既に発付されている逮捕状の執行や新たな逮捕状の発付を阻止することにあった。この目的からすれば、国家賠償請求ではなく、準抗告を本来利用すべきところである。しかし、刑訴法四二九条一項が、明文上、逮捕状発付を準抗告の対象となる裁判としていないこともあって、一般に、逮捕状発

付に関する裁判に対し準抗告の申立てはできないと解されている。そのために、原告らは国家賠償請求訴訟という迂遠な手段をとらざるをえなかったわけである。しかし、その国家賠償請求も右のように審理の入口の段階で斥けられてしまったのである。

ところで、勾留に至らない逮捕の段階で逮捕状発付の裁判の是正を求める方法として考えられる法律上の手段としては、準抗告や国家賠償請求のほか、人身保護請求、職権濫用罪(刑法一九三条、一九四条)の告訴がある。しかし、人身保護請求は人身保護規則四条により厳しい要求が付加されていることもあって実際上十分に機能しておらず、しかも、身柄拘束されていない前記事例の場合にはそもそも利用できない。他方、職権濫用罪の告訴は国家賠償にもまして迂遠な方法であり、これに逮捕状発付の裁判の是正を期待することはその性質からみてまず無理である。したがって、準抗告も国家賠償請求も認められないということになれば、逮捕状の執行前の段階で逮捕状発付の瑕疵を争うことはできないことになる。そして被疑者が逮捕状発

付の裁判をどうしても争いたいのであれば、警察に頭し逮捕状の執行を受け、勾留請求段階まで待たなければならぬことになるのである。

だが、果してこれによいのであろうか。謂われなき拘束から身を守るために、一時的にせよその拘束を甘受しなければならぬというのは、憲法の人権保障の精神に適うであらうか。特に、逮捕状の発付の裁判においては、被疑者側の言い分を聴く手続きが用意されておらず、捜査官側の一方的な証拠に基づいて決定するという仕組みになっている（刑訴法規則一四三条、一四三条の二参照）。それ故、この場合に不服申立ての途を認める必要性は、事前の聴問が整備された手続き以上に大きいといわなければならない。さらに、前記事件の被疑者の場合には、身柄が拘束されていないとはいえ、現在でも三か月ごとに逮捕状の切替え発付がなされており、一二年以上もまともな社会生活を送ることができない状態が続いているのであり、その不利益は甚大である。

このように救済の必要性が大きい事案が現に発生し、

しかもその事案において国家賠償請求の途が実務上塞がれてしまった現在、改めて、逮捕状発付の裁判について、その本来的な是正手段である準抗告を活用できないものかを考えてみる必要があると思われる<sup>(3)</sup>。従来、この問題は逮捕状執行後の不服申立てを主に念頭において議論されてきたが、逮捕状執行前の段階とその後との段階とは別個の考慮が必要であり、本稿では、両者の違いを意識しつつ、解釈論上準抗告を認めることができなにかについて検討してみたい。

論述の順序として、まずこの問題について判示した最高裁判第一小法廷一九八二年八月二七日決定を検討する。裁判上逮捕状発付の裁判に対する準抗告が問題となった事件は三例あるが、その準抗告審・特別抗告審はいずれも否定説の立場を採っている<sup>(4)</sup>。これら裁判例の事案や判旨は三井誠氏の論文で既に紹介されている<sup>(5)</sup>ところなので、ここではリーディング・ケースである右の一九八二年決定を採り上げ、逮捕状発付の裁判に対する準抗告を認める余地が残されていないかを考察する。次に、この問題についての諸説の論拠を挙げて、

準抗告を認めるのに何がどの程度障害になっており、それらの点は克服しえないものか、ということを検討する。

(1) 東京地判一九八七・一二・二二判時一二九五号七  
七頁、東京高判一九八九・一・二二判時一三〇四号九  
二頁。

(2) 平成元年(オ)第五四八号、最二小判一九九三・  
一・二五、裁判集民事一六七号掲載予定。

(3) なお、前記の事例の場合、犯罪の嫌疑の不存在が不服申立ての理由になることから、刑法四二九条二項に照らし、逮捕状発付の裁判が準抗告の対象になるかを検討するまでもなく、準抗告は認められないのではないか、ということが問題となる。この点は、起訴前勾留に同項が適用されるか否かに関わるが、同項が準用する四二〇条三項は犯罪事実の存否に関して本  
案審理に任せるとい趣旨で規定されたもので、起訴前勾留についてはこの趣旨はあてはまらないと考えられるので、四二九条二項は起訴前勾留には適用がないと解すべきである(同旨、大阪地決一九七一・六・一判時六三七号一〇六頁)。したがって、逮捕についても、起訴前勾留と同様、この規定の影響をうけること

はないと考えるべきである。

(4) 第一の事件は京都地裁舞鶴支決一九七三・七・一九判タ二九九号四一四頁、判時七一〇号一一四頁及びその特別抗告審である最二小決一九七三・八・七裁判集刑事一九〇号五七頁、第二の事件は大阪地決一九七九・一・一七判例集未登載及びその特別抗告審である最二小決一九七九・二・一三裁判集刑事二一四号五五頁、そして第三の事件はここで検討する最一小決一九八二・八・二七刑集三六卷六号七二六頁の事件である。  
(5) 三井誠「逮捕に関する裁判と準抗告の可否」法学教室二九号(一九八三年)九七頁以下。

## 二 最高裁第一小法廷一九八二年八月二七日決定の検討

### 1 事案及び判旨

この事件の概要は次のとおりである。一九八二年八月三日、電汽車往来危険・威力業務妨害の被疑事実で逮捕状が発付され、翌日被疑者は逮捕された。これに対し、被疑者は、逮捕後に、「逮捕令状は刑事訴訟法を軽視し司法警察員の令状請求理由を轻信した逮捕令状

である。よつてその令状の執行の停止を求めると主張して準抗告を申し立てた。広島地裁が同月六日この申立てを棄却したため、被疑者は最高裁に対し特別抗告を申し立てた。同月二七日、最高裁第一小法廷は、次のように述べて、全員一致でこの申立てを棄却した。

逮捕に関する裁判及びこれに基づく処分は、刑訴法四二九条一項各号所定の準抗告の対象となる裁判に含まれないと解するのが相当であるから、本件準抗告棄却決定に対する特別抗告は、不適法である。<sup>(7)</sup>

## 2 考察

右のように、最高裁は、この事件において、逮捕状発付の裁判及びこれに基づく処分に対する準抗告の可否につき否定説を採った。逮捕状発付の裁判に関して、前述のように、この決定以前にも同趣旨の最高裁決定が二例あったが、いずれも刑集に登載されず、そのため従来ほとんど言及されることがなかった。この問題についての最高裁の見解が、本決定に至り初めて刑集に登載されて公にされたのであり、そこにこの決

定の重要な意義がある。

ところで、本決定は、一般に、およそすべての逮捕状発付の裁判について準抗告を否定したもののよう<sup>(8)</sup>に解釈されているようである。しかし、本決定をそのように解釈しなければならぬものなのであろうか。

この点に関して、当時最高裁調査官であった木谷明氏は、本決定の判例解説<sup>(9)</sup>の中で、本決定は必ずしもすべての場合に準抗告を否定するものではなからうと述べている。そこで同氏の解説を<sup>(9)</sup>見てみることにしよう。

木谷氏によれば、本決定が下されるのに際し、次の諸点が考慮に入れられたものと思われる、とする。

① 刑訴法四二九条一項の文理——「逮捕に関する裁判」を「勾留に関する裁判」に含めて理解することには、相当の無理がある。

② 現行犯逮捕の場合との均衡——「逮捕に関する裁判」を「勾留に関する裁判」に含めても、現行犯逮捕は「裁判」ではないから、これに対する不服申立ての途はない。したがって、肯定説を採るとかえって現行犯逮捕の場合と均衡を失して不公平を生ずる

ことになる。

③ 逮捕の一次的処分性——逮捕による身柄拘束期間  
は最大限七十二時間なので、逮捕自体に対して不服申  
立ての途を認めなくても、被疑者の人権保障上それ  
ほど重大な問題は生じない。その上、この段階で不  
服申立てを認めると、その処理を巡り手続きが煩瑣  
となり、捜査官の手持ち時間を圧迫し捜査の遂行に  
支障を生ずるおそれがある。

④ 実質上の代替手段の存在——勾留請求の段階に至  
れば、逮捕手続きの適否に関しても司法審査を受け  
うる。<sup>(19)</sup>

その上で、木谷氏は、逮捕に関する裁判に準抗告の  
途が全くないとした場合の不都合について論じ、「国  
会開会中に、議院の許諾を受けることなく国会議員を  
逮捕したなど、逮捕が明らかに違憲・違法な場合」で、  
「捜査機関が国会の釈放要求にも応じないようなとき  
は、超法規的に逮捕に対する準抗告を認める必要もあ  
るかもしれない。本決定も、このような極限的な場合  
について、絶対にその例外を認めないという趣旨では

ないであろう」と述べている。

このように、木谷解説では、最高裁は、逮捕状発付  
の裁判について重大な違法がありその是正の必要性が  
極めて高い場合には、例外的に超法規的に準抗告を認  
める余地を残している、と解釈されている。

もちろん、この木谷解説は調査官個人の解説にすぎ  
ず、これによって決定文の意義・内容が規定されるわ  
けではない。しかし、決定文自体は刑法四二九条に  
基づく準抗告についてだけ言及しており、超法規的準  
抗告の余地を示唆するこの解説はこれと矛盾するもの  
ではない。それに、この解説が実際に事件の調査に携  
わった調査官の手によるものであることを考えれば、  
本決定は逮捕状発付の裁判に対する超法規的な準抗告  
の余地を排斥してしまっただけではない、と解釈する  
ことが可能であろう。

もっとも、超法規的な準抗告による救済の余地があ  
るとしたとしても、本決定の判旨からして、超法規的  
な準抗告が認められる余地は極めて限られたものにな  
らざるをえまい。逮捕後、逮捕の理由や必要の欠如を

理由として申し立てる場合には、まずこの例外的な事例に当たらないであろう。

それでは、序で挙げた事例はどうであろうか。この場合には、令状が発付されていることにより、一二年以上もまっとうな社会生活を送れずにいるのであり、その不利益はきわめて重大である。また、執行前なので、この場合に準抗告を認めても前記の②ないし④の点が障害になることはない。是正の必要性の大きさと準抗告を認めることの障害の軽微さに照らして、超法規的な準抗告を認める余地はないか。

判例自体が例外の可能性すら明示していないのであるから、この問題について明確な答えを出すことは所詮無理である。ただ、木谷氏の解説と最高裁第二小法廷一九七三年八月七日決定がこの問題に関連するので、これらについて以下に見ておくことにしたい。

まず、木谷解説では、「逮捕状発付後嫌疑を減殺させる新たな証拠が発見されたという程度の場合に、逮捕状発付に対する準抗告を認めることは本決定の判旨と抵触することになると思われる<sup>(12)</sup>」としており、逮捕状

発付後執行前にアリバイの主張をした場合に準抗告を認めることには否定的である。

また、最高裁第二小法廷一九七三年八月七日決定は、逮捕状執行前の段階で被疑者が準抗告を申し立てた事案に関するものである。この事件の概要は次のとおりである。

逮捕状の二度目の切替え発付（いずれも有効期間三か月）の一个月後になって、被疑者の所在が判明したが、当時同人が病気であったため逮捕状が執行されず、さらに逮捕状の切替え発付がなされた。その切替え発付の当日、逮捕状の執行が行われない状態のまま、逮捕の必要を欠くとして、その逮捕状の発付の裁判の取消を求めて準抗告を申し立てた。京都地裁舞鶴支部はこの申立てを棄却<sup>(13)</sup>し、最高裁も、この準抗告の申立てを不適法だとして、被疑者の特別抗告の申立てを棄却<sup>(14)</sup>した。

この事案は、逮捕状執行前の段階の申立てである点で、序の事案と類似しており、この点を重視すれば、序で挙げた事案も準抗告を否定する方向で考えられる

ことになろう。

もっとも、序の事案においては被疑者の被っている不利益があまりに大きいことに鑑み、右の木谷解説や一九七三年決定から、直ちに、序の事案について準抗告を否定するという結論を導くことについては、なお留保が必要だと思われる。たとえば、木谷解説では、同氏は、執行前の場合を表現するにあたり、嫌疑を滅殺させる新たな証拠が発見された「程度」の場合として、その是正の必要性を低く評価しているように見受けられるが、これは速やかに執行される場合を念頭においたものと推察されるのであり、一二年以上も逮捕状が執行されない事案については、この木谷解説を前提としても評価を異にすることが十分ありうると考えられるのである。

ただいずれにしても、一九八二年決定を前提とすれば、逮捕状発付の裁判について、すべてではないにせよそのほとんどの場合に準抗告は否定されることになる。しかしこのような解釈が妥当なのだろうか。果して救済を否定するほどの重大な障害があるのだろうか。

この点について、次の節で考えていくことにしたい。

- (6) 三井・前掲論文九七頁による。
- (7) 刑集三六卷六号七二六頁。
- (8) たとえば、田中開「準抗告の許否」刑事訴訟法判例百選(第五版)(一九八六年)二五六―二五七頁、島伸一「逮捕に対する準抗告の申立の許否」北海学園大法学研究一九卷一号(一九八三年)一五九頁以下など。
- (9) 木谷明「逮捕に関する裁判と刑法四二九条一項所定の準抗告」法曹時報三五卷三号(一九八三年)六一頁以下。
- (10) 木谷・前掲論文六八三―六八四頁、六八七頁注(9)。
- (11) 木谷・前掲論文六八五頁。
- (12) 木谷・前掲論文六八七頁注(11)。
- (13) 前掲京都地裁舞鶴支決一九七三・七・一九。申立ての理由は三井・前掲論文九八頁による。
- (14) 前掲最二小決一九七三・八・七。

### 三 諸説の検討

この問題についての見解は、否定説、全面的肯定説、限定的肯定説の三説があるものの、ほとんどの論者は否定説の立場に立っている。以下では、諸説の論拠を挙げた後、否定説の論拠がどれだけの説得力をもつかを検討していくことにする。

#### 1 諸説の論拠

##### (一) 否定説

否定説の論拠としては、木谷解説で挙げられている四つの事由、即ち、①刑法法四二九条一項の文理、②現行犯逮捕の場合との均衡、③逮捕の一次的処分性、④実質上の代替手段の存在のほか、次の三点が指摘されている。

⑤ 準抗告の実効性に対する疑問——「準抗告の申立自体に執行停止の効力を認めない限り、逮捕の時間の制限——七十二時間以内に被疑者を有効に救済することができないおそれがある。」<sup>(16)</sup>

⑥ 被疑者の身柄拘束の長期化の危険性——準抗告を

認めると「逮捕・勾留という一連の緊急手続の流れを阻害してかえって被疑者の身柄拘束時間を実質上長びかせる結果をきたすおそれもある」<sup>(17)</sup>。

⑦ 立法経緯——逮捕は「取調べや捜査を主たる目的としたものではなく、基本的には将来の公判出頭確保を目的としたものであって」「通常は可及的速やかに以後の留置が必要かを決するためのごく短時間の身柄拘束であると捉えられていたと考えられる」。「法が以上の趣旨で逮捕を短期の身柄保全処分と捉えたからこそ、不服申立の対象からはずしたとみることができる」<sup>(18)</sup>。

##### (二) 全面的肯定説

逮捕状発付の裁判に対する準抗告を全面的に肯定すべきだという立場を表明しているのは、田宮裕氏、鈴木茂嗣氏、渥美東洋氏、井戸田侃氏、笠井治氏などである。その論拠としては、次の諸点が指摘されている。

① 逮捕と勾留の等質性・連続性——逮捕と勾留とは、裁判のための身柄の保全処分である点で等質性があり、身柄を勾引して勾留につなげるための仮の即時

的な処分である点で連続性がある。逮捕の本質は『勾留のための引致』<sup>(19)</sup>とでも称すべきものなのである。」

② 旧法との対比——「旧法の逮捕は現行犯の場合に局限され、したがって逮捕の期間はきわめて短時間であって、実際問題として準抗告に親しむものではなかった」。これに対し、現行法は「最高七二時間も拘束されうるのであって、準抗告の対象から逮捕を落としたとすれば立法者の重大な過誤といつてさえない。」<sup>(20)</sup>

③ 逮捕状発付の裁判及び準抗告における審査の範囲の変化——立法当時は、「一方で逮捕状の発付にさいしては、裁判官は必要性の判断権限はないものと考えられ、他方、「準抗告において」嫌疑の有無は勾留についても争いえないという原則が成立していたから」「逮捕を準抗告で審査する余地は少なかつた」。しかしその後事情が変わった。「一方で昭和二八年に逮捕の必要性に関して刑訴一九九条が改正されたし、他方現在では、少なくとも起訴前の勾留に

関しては、嫌疑の有無も審査できると解すべきだという説が有力化しつつある。」<sup>(21)</sup>

④ 刑訴法四二九条一項二号の文理——「法文は『勾留……に関する裁判』とあって、『勾留の裁判』ではないから、『勾留のための引致』たる逮捕も、この中に入れて解することは文理上も可能である。」<sup>(22)</sup>

⑤ 押収が準抗告の対象とされていることとの均衡<sup>(23)</sup>

⑥ 逮捕の実態——「逮捕の実態は、以後の留置が必要か否かを判断するための即時的な身柄拘束処分というよりも取調べや捜査目的と離れがたく結びつき、それらの目的を達成するための捜査機関の手持時間といった面がかなり強」<sup>(24)</sup>い。

⑦ 逮捕留置期間——「最長七二時間は、違法な身柄拘束を受けた者にとって直接的な救済を必要としな<sup>(25)</sup>いほどの短時間ではない。」

⑧ 逮捕前置主義との関係——「逮捕が事後の勾留手続において司法審査に服することは、逮捕期間中の直接的救済を論理的に否定するものではない。」<sup>(26)</sup>

(三三) 限定的肯定説

渡辺修氏は、基本的に否定説を採りつつ、一定の場合に例外的に肯定する。同氏によれば「本件取調べのため別件での逮捕を反復するような権利濫用が明白な場合に、救済手段を認めないのは適正手続に反する。

こうした例外的な場合には、法四二九条一項二号の勾留に関する裁判に対する準抗告を準用して、令状執行前であればその取消請求を認めるべきである」と<sup>27)</sup>とされる。

## 2 考察

逮捕状執行前の場合と執行後の場合とでは状況が大きく異なるので、以下、これらを分けて論じていくことにする。

### (一) 逮捕状執行前の場合

否定説の論拠のうち、②ないし⑦は、この場合にそもそもも当てはまらない。また、③前段は、身柄拘束自体によって生ずる人権侵害だけを問題としているが、逮捕状発付に伴う被疑者の不利益はこれにとどまらない。序で挙げた例のように、逮捕状執行前においては、いつ警察官に発見されて逮捕されるかわからないという心理的な圧迫を受けつつ、身を隠して生活しなければ

ならないのであり、しかもその期間は、現に逮捕されない限り、逮捕状の有効期限が到来し、新たな逮捕状が発付されなくなるまで続くのである。このことを考慮すれば、「被疑者の人権保障上それほど重大な問題を生じない」などとはいっておれないはずである。

もっとも、被疑者としては出頭して身の潔白を明らかにすればよいのだから、その不利益は自業自得だ、という考え方もあるかもしれない。しかし、それが不合理であることは、すでに序で触れたとおりである。殊に、逮捕留置においては、全面肯定説⑥に示唆されているように、その拘束期間において、事実上長時間の取調べを強制されるのが通常であるから、その身柄拘束の不利益性は重大である。したがって、右の考え方は、人権保障の精神にそぐわないといわなければならない。

以上から、否定説の論拠として残るのは、①の文言のみとなる。この点に関して、次の(二)でまとめて論ずることにするが、四二九条一項二号の文言に逮捕状発付の裁判を読み込むことが困難だとしても、そ

れだからといって逮捕状発付が被疑者の人権に対し重大な侵害をもたらす場合にその是正を否定することは、適正手続の精神からみて到底容認しうるところではない。さらにまた、否定説の①の支える実質的根拠となるものが、いずれもこの場合にあってはまらないのであるから、この文言を理由として準抗告を否定してしまふのは、形式的に過ぎるといふべきである。したがって、①の文理解釈を前提としても、逮捕状執行前については、逮捕状を発付する旨の裁判すべてについて、右条項を類推して準抗告を認めるのが妥当である。前記のように渡辺修氏は逮捕の濫用の場合に限定するが、そのように限定しなければならない理由はない。

(二) 逮捕状執行後の場合

(1) 救済の必要性(否定説③前段、④)

否定説は、その論拠として、逮捕が一時的な処分であって不服申立てを認めなくとも重大な人権侵害は生じないということ(③前段)、及び、勾留請求段階になれば逮捕手続きの適否についても司法審査を受けること(④)を挙げており、これらの事由からこの段階で

不服申立てを認める必要性がない、としている。そこで、まずこの点を検討しよう。

逮捕によって生ずる身柄拘束期間は最高で七十二時間であり、その期間は勾留に比べると格段に短い。しかし、全面的肯定説の⑦にもあるように、それだからといって、これを軽微な人権制約だと評価するのは適当ではない。身体の自由は、人がさまざまな活動をする上でまず必要となる自由であって、その重要性には計り知れないものがある。その自由に制約が加えられれば、たとえ短期間一定の場所に拘禁するだけであっても、社会生活及び私的生活に大きな支障を生じ、その者に多大な苦痛を与えるのである。それ故にまた、一般にある者が他人を監禁した場合には、それが数時間にすぎなくとも、刑法上処罰の対象となっているのである。さらに、先に述べたように、逮捕留置においては、取調室に連れていかれて長時間にわたり取調べを受けざるをえないのが通常であり、その苦痛の程度は、単なる身体の場所的拘束の場合に比べてさらに大きいはずである。以上からみて、人権制約が軽微で救済の

必要がないとの評価は、誤っているといわざるをえない。

また、確かに勾留請求段階になれば逮捕手続きの適否についても司法審査を受けることができるが、いまでもなく救済はできるだけ早期に図られるのが望ましい。事後に逮捕手続きの違法を理由に勾留請求が却下になったとしても、逮捕留置による人権制約の事実が消えるものではない。さらにまた、勾留請求されずに釈放される場合には、その違法が確認されることなく終わってしまう。したがって、勾留請求段階で救済を図れる手だてが用意されているとしても、逮捕留置中に準抗告を認める必要性がなくなるわけではない。

(2) 救済の実効性（否定説⑤）

この点は問題を二つに分けることができる。一つは裁判所の審理期間が長引いてしまうことであり、もう一つは、準抗告を被疑者に知らしめる手段が用意されていないために、逮捕後早期にその申立てをすること  
が困難なことである。しかし、いずれも準抗告を否定する根拠とはなりえないように思われる。まず、第一

の点については、現在の実務を前提とした場合、申立てをした時刻がそれほど遅くない限り、その日のうちに決定を出すことは決して不可能なことではない。したがって、申立てを逮捕当日にすれば、ほとんどの場合逮捕留置期間内に決定を下すことが可能だろう。他方、第二の点については、多くの被疑者がこの制度を知らないために申立てを早期にできないとしても、それだからといって、この制度を知っている被疑者がこれを利用することを排除する理由にはならないはずである。また、当番弁護士制度の普及に伴い、逮捕後早い段階で弁護士が就く事件が今後増加するであろう。そうすれば、弁護士からこの制度を聞いて早期に準抗告を申し立てる被疑者も少なからず出てこよう。

(3) 捜査遂行への悪影響（否定説③後段）

これは、逮捕留置期間が捜査官の手持ち時間だという理解を前提として主張されているものである。全面的肯定説⑥にあるように、現実には逮捕留置期間はそのように運用されているが、刑事訴訟法の解釈として妥当なものとはいえない。

このような捉え方の基礎には、逮捕の目的が取調べを含む捜査のためであること、刑法一九八条一項が被疑者取調べを認めている以上逮捕留置期間において取調べを行うことは許容されるはずであること、逮捕と勾留とはその必要とされる嫌疑の程度が異なるのであり、勾留に必要な程度の嫌疑を基礎づけるためには逮捕留置期間において取調べを含む捜査を行うことが必要であること、などがあると思われる。

しかし、逮捕の目的を右のように捉えることは、黙秘権の保障にそぐわない。その目的は将来の公判への出頭確保のためであると解すべきである。このように考えれば、捜査を身柄確保の審査に優先させる理由が本来失われるはずである。

また、否定説は、逮捕から勾留請求まで七十二時間近く身柄拘束を継続しうることを当然の前提としているが、これがそもそも誤りである。即ち、逮捕状は捜査官の一方的な証拠により発付される。身柄を取り押さえるという逮捕の性質上、事前の審査は通常これで足りるとするほかはない。<sup>30)</sup>しかし、すでに取り押さえた

者の身柄拘束を継続するためにもこの令状で十分だとすることは、憲法二二条一項の居住移転の自由、同法三一条の適正手続の保障などからみて、到底容認しうるところではない。裁判官が逮捕後できるだけ速やかに、被逮捕者の言い分を聞いて身柄拘束を継続するに足りる事由があるかどうかを審査して初めて、憲法上の要求を満たすと考えられる。したがって、刑法上は逮捕から勾留請求までの最長期間を七十二時間としているが、これには憲法によって大幅な制限が加えられなければならない。即ち、司法警察官は逮捕執行後法定の手続きを終了し、勾留が必要だと判断したならば直ぐさま検察官に事件を送致すべきであり、検察官も法定の手続きを終了し、勾留が必要だと判断したならば直ぐさま勾留請求をすべきなのである。つまり、逮捕はまさに即時的な処分、施設収容を必要とする身柄拘束を原則として含まないのであり、そのような継続的な身柄拘束は勾留でこそ行うべきものだ、ということである。そして、逮捕から勾留請求までに間をおかないのであるから、逮捕と勾留で要求される嫌疑は

同程度と解すべきことになる<sup>(31)</sup>。したがって、逮捕留置期間に取調べを行う必要はないのみならず、これを行わずに直ぐさま送致や勾留請求をすべきであり、取調べを行いたいのであれば、勾留段階になって行うべきだ、ということなのである<sup>(32)</sup>。

以上からみて、逮捕留置期間を捜査官の手持ち時間と捉えるのは妥当ではなく、これ故、その間に生ずる捜査の支障を準抗告否定の根拠にするのも適当ではない。

なお、以上のような見解に対しては、逆に否定説に結びつくのであって、肯定説を採ることは理解しがたい、とする論者もあるが<sup>(33)</sup>、説得力のある議論とは思えない。逮捕後直ちに勾留請求すべきだということ、これが直ちに行われなかった場合に備えて不服申立て制度を設けることが、論理的に相容れないわけではない。単に、理論どおりに運用されれば、不服申立て制度を認める実益が小さいものになり、否定説と結びつきやすい、ということにすぎない。また、現実の運用は、右の理論と大きくかけ離れているのであり、専

ら理想状態における救済の必要性の有無で準抗告の要否を論じ、現実の救済の必要性に目をつむるような態度は、到底妥当なものとはいえないであろう。現実の救済の必要性を考慮するなら、逮捕を先のように捉えたとしても、自然に肯定説の方向にむかうはずであり、その立論に特段不合理な点はないと思われる。

#### (4) 身柄拘束の長期化（否定説⑥）

準抗告を認めたところで、逮捕から勾留請求までの制限時間が延長されるものではないし、しかもその間にことさらに捜査すべきではないのだから、その間の身柄拘束が長期化することは考えられない。また、勾留請求の時点で準抗告決定が出ていない場合に、準抗告決定が出るまで勾留決定を差し控えるべき根拠もないから、勾留請求から勾留決定までの期間が長期化することも考えられない。準抗告審が決定を出す前に勾留決定をした場合には、準抗告審の審理が無になるが、被疑者の申立ての利益が消滅してしまう以上それはやむをえないことである。被疑者としては、勾留の裁判に対する準抗告で逮捕の要件の欠如を争うことになる。

したがって、この点も準抗告否定の根拠たりえない。

(5) 立法経緯(否定説⑦)

これについては、(3)で述べたとおりに逮捕をごく短期間の身柄拘束として運用されていたならば、確かにこの段階で不服申立てを認める必要はなからう。しかし、現実はこの建前とは大きく異なっており、現に七十二時間近く逮捕留置されて長時間取り調べられている者があり、その救済の必要性はその建前によって否定し去ることはできない。したがって、この立法経緯を根拠に準抗告を否定することは妥当とは思われない。

また、立法経緯自体の捉え方についてもなお検討が必要であると思われる。即ち、三井氏は、刑法法の立法経緯につき、「法は……逮捕を短期の身柄保全処分と捉えたからこそ、不服申立の対象から外した<sup>(34)</sup>」と理解されるが、そのことについての十分な論証が行われていない。制定過定において、逮捕留置の最長期間は、二四時間から四八時間、さらに七十二時間へと延長されている。そのように伸ばされていった後でもなお、法案の立案者たちがあえて準抗告の対象に逮捕を含めよ

うとしなかったといえるか、という点については疑問が残る(準抗告のことまで配慮する余裕がなかったとも考えられるのではないか<sup>(35)</sup>)。

ともあれ、この立法経緯の点も準抗告否定の論拠たりえない。

(6) 現行犯逮捕との均衡(否定説②)

たしかに、通常逮捕や緊急逮捕の場合には不服申立て手段があつて、現行犯逮捕の場合にはこれがない、というのは実質的にみて均衡を失している。しかし、それだからといって、通常逮捕や緊急逮捕で救済の必要のある場合に救済を否定してしまうのは適当であろうか。現行犯逮捕の場合に救済の途がないことこそ問題とされるべきであつて、その取扱いに、通常逮捕や緊急逮捕の場合を合わせなければならぬというは、議論が逆である。一部ではあれ、救済の可能性が開かれる解釈が可能ならば、それによるのが憲法の人権保障の精神に適うといふべきであろう。

したがって、この点も逮捕状発付の裁判に対して準抗告を認める障害にはならないと思われる。十分とは

いえないかもしれないが、現行犯逮捕についての救済は、さしあたり人身保護法上の制度によって図られるべきだろう。<sup>(36)</sup>

(7) 刑訴法四二九条一項二号の文言（否定説①）

これについては、否定説の主張するように、刑訴法は「逮捕」と「勾留」の語を使い分けており、勾留に「関する」という文言の中に逮捕も読み込むというのにはやや無理があるように思われる。勾留に「関する」という文言を使ったのは、逮捕を含めるという趣旨ではなく、弁護士等以外の者との接見禁止や勾留請求却下等を含める趣旨で使われたとみるのが適当だろう。したがって、この限りで否定説の主張は正当だと考えられる。

しかし、これまでの検討からわかるように、執行前のみならず執行後についても、逮捕状発付の裁判に対して準抗告を否定しなければならぬような実質的な理由はない。それ故、この文言に固執するのはあまりに形式的に過ぎよう。(3)で述べたように、逮捕は、勾留と同様に、将来の公判のための出頭確保の目的でな

されるものであり、継続的な身柄拘束である勾留に比べるべきである。この逮捕の勾留の等質性・一体性からみて、刑訴法四二九条一項二号の「勾留に関する……裁判」の文言を「逮捕状発付の裁判」に類推して同号を適用することは十分可能である。

したがって、文言についても逮捕状発付の裁判に準抗告を否定する根拠たりえないと解されるのである。

なお、逮捕状請求却下の裁判については、逮捕状が却下される例がごく僅かであることや、却下の場合に疎明資料を整備して請求しなすことなどが実務上行われてることなどに鑑みると、準抗告を認める必要性が低く、右条項を類推適用すべきではないと考える。

(三) 小括

以上の検討から、次のような帰結が導かれた。即ち、逮捕状執行の有無を問わず、逮捕状発付の裁判、より正確にいえば逮捕状を発付する旨の裁判について、準抗告を否定する十分な根拠は存在しないのであり、救済の必要性から刑訴法四二九条一項二号を類推適用してこれを認めるべきだ、ということである。

- (15) 逮捕前置主義が否定説の論拠として挙げられることがあるが(西村好順『勾留・保釈に関する準抗告の研究』法務研究報告書五九集六号(一九七二年)一四頁、前掲京都地裁舞鶴支決一九七三・七・一九、前掲広島地決一九八二・八・六)、これはこれら四つの事由と別個独立の論拠ではなく、③と④を併せたものと解される。
- (16) 島・前掲論文一六四頁。
- (17) 西村・前掲論文一四頁。
- (18) 三井・前掲論文一〇一頁。
- (19) 田宮裕「逮捕の新しい構成」植松博士還暦祝賀『刑法と科学 法律編』(一九七二年)、『捜査の構造』所収)六四九頁以下。同旨、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(一九八八年)六五頁。
- (20) 田宮・前掲論文六六六頁。
- (21) 田宮・前掲論文六六六―六六七頁。
- (22) 田宮・前掲論文六六七頁。ただし、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(一九九三年)一〇〇頁は、同号の「適用」ではなく、「準用」によるとする。
- (23) 渥美東洋『刑事訴訟法要諦』(一九七四年)九六頁。
- (24) 笠井治「準抗告——弁護の立場から」三井誠他編『刑事手続』下巻(一九八八年)九九七頁。
- (25) 笠井・前掲論文九九七頁。
- (26) 笠井・前掲論文九九七頁。
- (27) 上口裕・後藤昭・安富潔・渡辺修『刑事訴訟法』(一九九一年)七七頁〔渡辺修〕。
- (28) 逮捕状執行前に限って準抗告を認めることに對しては、三井氏から、次の二つの問題点が指摘されている。その一つは、執行前には、被疑者が逮捕状の発付の事実を知らないのが通常だという点であり、もう一つは、現に逮捕されたか否かによって準抗告ができたりできなくなったりするが、それで果して妥当かという点である(三井・前掲論文一〇一頁)。これらの点は、仮に執行前についてのみ準抗告を認めるという見解に立ったとしても、逮捕状が発付されたことを認識している被疑者が執行前に準抗告を申し立てることまで否定する論拠にはなりえないと思われる。
- (29) 逮捕状発付の裁判の職権取消しについて触れておく。木谷氏は、前記判例解説の中で、逮捕状執行前の段階において嫌疑に正面から反する証拠が発見された場合の、準抗告に代わる是正手段として、これに言及している。即ち、右のような場合、「事後的な救済制度が十分に機能せず、捜査機関による逮捕状の濫用的行

使が問題となるようであれば、裁判の自縛性と抵触しない限度で一定の要件のもとに「裁判官の職権による逮捕状発付の裁判の取消の可否を検討する必要があるかもしれない」とする（木谷・前掲論文六九七—六九八頁注〔11〕）。

この措置について明文上の根拠はないが、要件を欠く強制処分がなされることはいかなる場合でも許されるべきではないから、接見禁止の職権解除などと同様に、明文がなくとも認められるべきであろう。そしてそれは、執行の前後を問わず、逮捕状発付の裁判全般に認められてしかるべきである。しかし、この措置を最終的な是正手段とするのではなお不十分だといわざるをえない。職権であるために、申立てを受けた裁判官には応答義務がなく、また、「裁判の自縛性と抵触しない範囲」という制約のために、令状裁判官の判断自体に誤りがあった場合に是正されないことになるからである。

(30) もっとも、例えば、序で挙げたような事案において、証拠保全された証拠があることを認識しつつこれを取り調べず、逮捕状請求者の提出した証拠だけで令状を発付するようなことは許されないと解すべきである。

(31) ただし、両者に要求される嫌疑の程度は勾留の方

に合わせるべきであろう。この点に関し田宮裕編『刑事訴訟法Ⅰ』（一九七五年）一六一頁（朝岡智幸）参照。

(32) 逮捕留置の捉え方につき、憲法制定当時の議論も含めて村井敏邦「未決拘禁と収容問題」法律時報六〇巻三号（一九八八年）三六頁以下参照。

(33) 三井・前掲論文一〇一頁、同「刑事手続法入門」法学教室一二九号（一九九一年）五七頁。ただし、三井氏は、逮捕留置につき田宮説に近い立場を採られながら、立法論としては、現実の運用に着目して、準抗告を肯定されるようである（前者の論文一〇二頁）。それならば、解釈論としても肯定しうるのではあるまいか。

(34) 三井・前掲注（5）論文一〇一頁。

(35) 三井氏は、前掲注（5）論文で、立法経緯（否定説⑦）について説明しているが、そこでは逮捕の性格についての法案立案者の見解と逮捕が準抗告の対象とされていないこととの間の関連性の論証は全くなされていらない。また、少なくとも、刑事訴訟法制定研究会「刑事訴訟法の制定過程（一）」（二三）『法学協会雑誌』九一卷七号〜九九巻一二号の中には、この関連性を裏づける資料は見当たらない。

(36) 渡辺修「逮捕に関する裁判と準抗告」神戸学院法

学一四巻三号(一九八三年)五八三頁は、緊急逮捕と同様に現行犯逮捕にも事後の令状を要求することで問題を解決しようとするが、被疑者に聴問の機会を認めないような手続きによる令状の事後発付の範囲を広げていくことは、立法論としても疑問である。逮捕後身柄拘束の是非について二度続けて司法審査を行うということは煩瑣であるから、交通業過を除く刑法犯中、約半数の逮捕で令状が事後に発付されるような制度を採るとなると、法が一定期間の逮捕留置を許容しているとの解釈につながりやすい。不当な現行犯逮捕から十分な救済を図ろうとするのであれば、それよりも裁判官への引致を早める方向で考えるべきである。

なお、本文では、現行犯逮捕の場合にはさしあたり人身保護請求によるとしたが、その場合に刑訴法上の救済手段が認められていないことが人権保障の観点から問題だという主張を突きつめていけば、解釈論としても——逮捕状発付の裁判の場合以上に文言上の困難さはあるが——四三〇条一項を類推してこの場合にも準抗告の途を開くことが要求されるのかもしれない。

#### 四 結 語

二で述べたように、最高裁は、一九八二年決定にお

いて、準抗告の対象につき刑訴法の文言を厳格に解釈したが、このような立場は、最近の二つの決定、即ち、搜索差押えの際の写真撮影によって得られたネガ・写真の廃棄・引渡しに関する決定<sup>(37)</sup>、及び、差押処分取消しに伴う差押物の返還に関する決定<sup>(38)</sup>でも維持されている。

このような判例の流れを見るかぎり、今後も一九八二年決定が維持される可能性が高いと考えられる。しかし、最近においては、逮捕状発付の裁判に不服申立ての途がないのは問題だという認識が、研究者の間のみならず実務家の間でも広がってきているようであり、単に文理解釈で否定すればそれで足りるという状況ではなくなっている。即ち、準抗告の否定には問題があるにもかかわらず、なぜ文理にこだわらなければならぬか、ということが問われるようになってきているのである。それ故、今後、逮捕状発付の裁判に対する準抗告の申立てがあった場合には、否定説の実質的な理由をより詳細に検討することが裁判所に要求されてくるであろう。そうすれば、これまで論じてきたよう

(151) 逮捕状発付の裁判に対する準抗告の可否

な否定説の問題性が裁判所にも理解され、その判断が  
変わってくる可能性も出てくるのではなからうか。

なお、準抗告という制度に関しては、立法経緯や他  
の訴訟制度との関係など、依然として十分に解明され  
ていない問題が少なくないように思われる。これらに  
ついては、今後の課題として、後日改めて検討してみ  
たい。

(37) 最二小決一九九〇・六・二七刑集四四卷四号三八  
五頁。

(38) 最二小決一九九二・一〇・一三判時一三五四号一  
六〇頁。

(一九九三年七月二三日脱稿)

(一橋大学大学院博士課程)