

日本における刑事手続上の身体拘束と 出入国管理法制の関係(2)

肖 萍*

序言

- I 「出入国管理及び難民認定法」による出入国管理制度及びその実態
 - 1 出入国管理制度
 - 2 入管法についての解釈及び実際上の運用
 - 3 小括（以上6巻1号）
- II 勾留要件と退去強制手続
 - 1 外国人被疑者・被告人と勾留の要件
 - 2 外国人被告人の保釈（以上本号）
 - 3 外国人被告人の再勾留
 - 4 小括

結語

II 勾留要件と退去強制手続

序言で述べたように、日本国憲法は、第31条から第40条まで刑事手続に関する規定をおいているが、手続の対象が外国人であることを意識した規定は特に設けられていない。刑事手続に関する基本法である刑事訴訟法にも、ごく一部（通訳、翻訳）を除いて、被疑者・被告人が外国人であることを意識した規定は存しない。すなわち、外国人に対しても、日本国民に対する場合と同じ規定が適用されることになる。

憲法第32条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と規定しており、「裁判を受ける権利」を保障している。これは、何人も憲法により司法権を行使すべきものとされる裁判所に訴訟を提起し、裁判を求める権利を有する⁷³⁾ことを意味するとされている。また、裁判を受ける権利の法的根拠に

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第6巻第2号2007年7月 ISSN 1347 - 0388

* 中国北京師範大学刑事法律科学研究院専任講師。

73) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』611頁（青林書院、1995年）。

については、自由権規約においては、第14条3項(d)において「自ら出席して裁判を受け」、さらに5項で「有罪の判決を受けたすべての者は、法律に基づきその判決及び刑罰を上級の裁判所によって再審理される権利を有する」と規定している。当該権利は、一般に、民事訴訟及び行政訴訟における裁判請求権を保障するとともに、自由権としての性質を有するものをも含意する⁷⁴⁾と理解されている。すなわち、「裁判を受ける権利」は権限を有する裁判所による裁判によらなければ、刑罰を科せられないことを意味するのである。そして、このことは憲法第37条における刑事被告人の「裁判を受ける権利」の記述において再確認されている⁷⁵⁾。また、憲法第31条は、刑事手続における法定手続の保障を規定するが、解釈によって、より広く、実体規定の法定と手続規定の適正を保障する。すなわち、広くデュー・プロセスを保障するものなのである⁷⁶⁾。このとき、外国人にも憲法上の裁判を受ける権利がある、ということは言うまでもない。

ただ、外国人は、入管法により管理されているので、外国人被疑者・被告人は、身柄を拘束されているときは、在留期間の更新ができなくなり、公判中に在留資格を喪失する場合もある。さらに、退去強制事由に該当する外国人被疑者・被告人は、入管制度上、退去強制手続により収容場に収容されること及び随時に国外に退去させられることがある。そのため、彼らの身柄の確保に特に配慮する必要があるように見える。以上のことにより、外国人被疑者・被告人の場合には、勾留及び保釈の際に、どのような問題が生じるであろうか。また、第一審判決が無罪判決や、執行猶予判決などの実刑でない判決であって、検察官が控訴した場合にも、どのような問題が生じるであろうか。

「Ⅱ 勾留要件と退去強制手続」では、外国人被疑者・被告人と勾留の要件、外国人被告人の保釈及び外国人被告人の再勾留について、それぞれ論じていくこととする。

74) 松井茂記『日本国憲法 [第2版]』500頁 (有斐閣、2002年)。

75) 同上。

76) 佐藤・前掲注 (73) 586～587頁、芦部信喜・高橋和之『憲法 [新版補訂第3版]』222～223頁 (岩波書店、2002年) など。

1 外国人被疑者・被告人と勾留の要件

(1) はじめに

刑訴法第60条1項は、「裁判所は、被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合で、左の各号の一にあたるときは、これを勾留することができる。一. 被告人が定まった住居を有しないとき。二. 被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるとき。三. 被告人が逃亡し又は逃亡すると疑うに足りる相当な理由があるとき」として、被告人の勾留の実体的要件を規定している。本条は、被告人の勾留について規定するものであるが、第207条1項本文により、被疑者についてもこれが準用されるから、被疑者・被告人ともに勾留の要件は同一である。すなわち、勾留の目的は、将来の公判廷への出頭の確保（逃亡の防止・第60条1項1号・3号）と罪証隠滅の防止（第60条1項2号）にある⁷⁷⁾。

被疑者の場合は、裁判官は自らの職権に基づいて勾留状を発付する権限をもたず、検察官の請求が必要的要件である。これに対し、被告人の場合は、勾留するかどうかは、裁判所の職権判断事項であるため、裁判所（裁判官）が職権を発動するかどうかのみが問題で、検察官にも勾留請求権はない⁷⁸⁾。

勾留の要件として規定されていることは、第一に、犯罪の嫌疑が存在することであり、第二に、①住居不定（刑訴法第60条1項1号）②罪証隠滅の疑い（同条項2号）③逃亡又はその疑いのいずれか一つが存在することである。第一の要件である犯罪の嫌疑については、罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由が必要とされている。刑訴法第60条1項の「相当な理由」とは、同法第210条の「充分な理由」の場合よりその程度は低くてよいが、通常人の合理的判断において当該犯罪事実についての嫌疑を首肯することができる理由をいう⁷⁹⁾。犯罪の嫌疑が一

77) 光藤景皎『口述刑事訴訟法（上）[第2版]』67頁（成文堂、2003年）。しかし、被告人の防禦権の保障から、勾留の目的は、罪証隠滅の防止にはないはずであると主張する学者もいる。村井敏邦「保釈と罪証隠滅のおそれ」村井敏邦・後藤昭編著『令状実務二五講』132頁（日本評論社、1993年）等参照。

78) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法 [第3版]』114頁（弘文堂、2003年）。

79) 団藤重光『条解刑事訴訟法（上巻）』138頁（弘文堂、1950年）。

応認められる程度の理由であることを要する⁸⁰⁾。公共の福祉と被疑者・被告人の基本的人權の保障とを比較して、勾留が認められるのは、勾留しないと、被告人の裁判所への出頭を確保できない場合に限られる⁸¹⁾。第一の犯罪の嫌疑の存在は、勾留を認める前提となっている。しかし、犯罪の嫌疑の存在があるとしても、それだけでは出頭確保のための身体拘束を正当化する具体的な理由とはならない。その具体的な理由とは、第二の要件である。

狭義の勾留の理由と勾留の必要性とをあわせて、広義で勾留の理由という⁸²⁾。ここでいう「勾留の必要性」とは、勾留の相当性、すなわち、勾留の理由がある場合において、なお公共の福祉と被疑者・被告人個人の基本的人權の保障とを比較衡量することにより判断されるべきものである。しかし、この勾留の必要性は、刑訴法では勾留の要件としては定められておらず、勾留の取消についての第87条において「勾留の理由」と区別して「勾留の必要」という文言が用いられているにすぎない。ただ、憲法が強制処分に司法官憲の令状を必要としているのは、司法的抑制を認めているものであるから、裁判官は、勾留の理由があっても、なお勾留の必要性の有無を判断すべきであり、明らかに必要がない場合には勾留請求を却下すべきであるとするのが、通説である⁸³⁾。

ここに規定された勾留の要件は、外国人である被疑者・被告人の場合でも同様に認められるものである。そこで、ここでは、外国人の場合に特有の入管法との関係で問題となってくる「住居不定」および「逃亡の防止」の要件について取り上げることとする。

(2) 住居不定

A 住居不定の意義

刑訴法第60条1項1号の「定まった住居を有しない」とは、いわゆる住居不定のことであり、すなわち、住所及び居所が定まっていないことである。住所とは

80) 大阪高判昭50・12・2判例タイムズ335号232頁。

81) 村井敏邦「被告人の召喚、勾引及び勾留」小田中聰樹・大出良知・川崎英明編著『刑事弁護コンメンタル1刑事訴訟法』63～64頁（現代人文社、1998年）。

82) 平野龍一『刑事訴訟法』100頁（有斐閣、1958年）。

83) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』344頁（創文社、1967年）、高田卓爾『刑事訴訟法』330頁（青林書院新社、1978年）。

生活の本拠である場所であり⁸⁴⁾、居所とは生活の本拠ではないが人がある程度継続して滞在している場所である⁸⁵⁾。

第一審では、公判には、原則として被告人の出頭が必要とされている（刑訴法第286条）。また、被告人の公判への出頭を確保するためにも、被告人に起訴状謄本を送達しておかなければならない（同法第271条）。住居不定の場合には、召喚状の送達が不能となる。したがって、定まった住居が、勾留の要件とされるのは、召喚状の送達も不能となるおそれが強いからである⁸⁶⁾。

ところで、この「定まった住居を有しないとき」という文言は、刑訴法第64条3項の「住居が明らかでないとき」、同法第89条6号の「住居が判らないとき」とは文言を異にする。そのため、文理に忠実に、住居不定とするためには積極的に住居が定まっていないことを認定することが必要であるとか、また、住居がどこであるかは分からないが、ともかく定まった住居があることは推測できるとか、また、住居不明が逃亡のおそれ（同条項3号）を判断する一資料的地位にある等、いわゆる住居不明の場合は含まないと解する考え方もある⁸⁷⁾。しかし、「定まった住居を有しないとき」とは、「住居が明らかでないとき」、「住居が判らないとき」とは異なる概念であるが、裁判所あるいは捜査官にとって被疑者の所在が不明となるという点からは同じであるため、住居不明の場合も含ませるのが通説である⁸⁸⁾。判例の大勢も、これを肯定している⁸⁹⁾。

84) 『広辞苑 [第五版]』(岩波書店、1998年)より引用。

85) 同上。

86) 松尾監修・前掲注(78)117頁。

87) 篠田省二「勾留理由としての逃亡のおそれ」警察学論集21巻3号178頁、ただ、同氏は後に「勾留の要件(住居不定・逃亡のおそれ・その他)」熊谷弘・松尾浩也・田宮裕編『捜査法大系Ⅱ』39頁(日本評論社、1972年)で改説している。松尾浩也『刑事訴訟法(上) [新版]』100頁(弘文堂、1999年)、上野智・宮崎公男「住居不定の意義」判例タイムズ296号147頁(1973年)。

88) 藤永幸治ほか『大コンメンタール刑事訴訟法(第2巻)』14頁(青林書院、1998年)。松尾監修・前掲注(78)117頁。中島卓児『勾留および保釈に関する諸問題の研究』165頁(司法研修所、1957年)、平場安治ほか『注解刑事訴訟法(上) [全訂新版]』208頁(青林書院新社、1982年)、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法(二) [新版]』20頁(立花書房、1997年)、篠田・前掲注(87)「勾留の要件(住居不定・逃亡のおそれ・その他)」39頁。

89) 東京地決昭39・5・28法曹時報18巻3号2頁、東京地決昭43・5・24下級裁判所刑事裁判例集10巻5号581頁・判例タイムズ222号242頁。

確かに、文言上、第60条1項1号は、住居不明を含まないかに見える。しかし、勾留の要件としての住居不定は、逃亡のおそれとともに公判廷への不出頭のおそれを類型化したものである⁹⁰⁾。そのため、釈放後住居不明のため、公判期日の告知が困難になり、召喚状も送達できないなど、公判廷へ呼び出すことのできなくなるおそれもある点では、住居不明も特に異なるところはなく、両者を区別すべき実質的根拠もない。したがって、住居不明の場合も第60条1項1号の住居不定に含むという通説が適切であろう。

氏名・住居等を黙秘しても、一件資料から住居が確定できる場合は住居不定に当たらない⁹¹⁾。なお、氏名・住居を黙秘する結果、住居が不明でも、確実な身柄引受人があつて、公判出頭の確保に不安のない場合において、住居不定に当たることが勾留の必要性がないとした判例もある⁹²⁾。

B 住居不定の判断基準

住居不定と認めるべきか否かは、住居の種類（自宅・寮・飯場・宿泊所等）・居住期間・住民登録の有無等、住居自体の安定性、被疑者・被告人の地位・年齢・職業・家族関係・財産状態等の生活の安定性等の諸事情を総合して決すべきである⁹³⁾。

外国人の場合には、まず、外国における住居が、刑訴法第60条1項1号の「住居」に含まれるか否かが問題となる。勾留の目的の一つは、公判廷への出頭確保である。定まった住居が必要とされるのは、一つは、被告人の居場所を掌握するためである。もう一つは被告人の住居を起訴状、召喚状等の文書の送付先としているためである。外国人が国外に定まった住居を有しているとしても、出頭確保ができない可能性が高い。特に、外国人が日本にいる時、外国の住居は以上の二点に関して、いずれも意味がないといわざるを得ない。したがって、外国におけ

90) 平野・前掲注(82)100頁、中島・前掲注(88)165頁。

91) 篠田・前掲注(87)「勾留の要件(住居不定・逃亡のおそれ・その他)」39頁、札幌地決昭34・5・29下級裁判所刑事裁判例集1巻5号1354頁、大阪地決昭40・10・21下級裁判所刑事裁判例集7巻10号1937頁等。

92) 東京地決昭43・5・24下級裁判所刑事裁判例集10巻5号581頁・判例タイムズ222号242頁、大阪地決昭40・10・11判例タイムズ183号201頁。

93) 篠田・前掲注(87)「勾留の要件(住居不定・逃亡のおそれ・その他)」40頁。

る住居が刑訴法第60条1項1号にいう住居にあたるとはいえない⁹⁴⁾。例えば、外国人が日本へ観光旅行に来た場合のように、外国には定まった住居があるとしても、それは刑訴法第60条1項1号の住居にはあたらないということに異論はなからう。したがって、勾留要件としての「住居」は、外国人の外国における住居を指すことではなく、日本国内における住居を指すのである。

不法入国者に関する場合は、日本国内の住居があっても、住居不定に当たるか否かについては、見解が分かれている。不法入国という入国の際の態様から予測される日本国内における生活の不安定性を考慮すると、住居不定とすべきであるとする見解がある⁹⁵⁾。しかし、一足先に来日して定まった住居に居住している夫を頼って、偽造旅券で入国しようとして逮捕された外国人の保釈許可決定に対する準抗告の申立に対する長崎地裁昭和35年8月23日決定⁹⁶⁾は、次のように述べる。

「同条第6号（刑訴第89条のことをいう。）にいう『被告人の住居が判らないとき』とは、住居不明の場合のみならず、本来住居不定の場合もこれにあたりと解すべきであるが、一件資料によると、被告人の韓国における住居は判明しており、被告人の夫Xの本邦内における住所は明らかであり、被告人が夫を頼って本邦に入国しようとして、その途次逮捕されたと認められる本件においては、被告人は本来住居不定の者と認むべきではないから、本件は同条第6号にいう『被告人の氏名又は住居が判らないとき』にはあたらないものと解するを相当とする。」。

以上の判例のような場合には、専ら被疑者の夫の住居が被疑者の住居といえるかどうかを考えればよいことになる。

初めて日本に入国したばかりの外国人は、適法な入国若しくは違法の入国とを問わず、定まった住居があるか否かの判断が難しい。不法入国者のケースも、不法入国であるという理由だけで、定まった住居がない、とは言えないはずであ

94) 三好幹夫「外国人を勾留するに当たり考慮すべき事項」新聞雅夫ほか『増補令状基本問題（上）』294頁（一粒社、1996年）。

95) 同上。

96) 下級裁判所刑事裁判例集2巻7・8号1188頁。

る。

勾留の要件を考えると、住居不定の判断は、罪証隠滅・逃亡のおそれとともに将来についての展望的判断であるという説がある⁹⁷⁾。この展望的判断によれば、現在の時点までは住居があっても、その住居が今後はなくなってしまうという場合、住居不定と認められる。また逆に、過去から現在にかけて住居がなくても、今後は確かな住居が設定されるならば、住居不定ではないということになる。上述の裁判例のような場合には、被疑者が将来はそこで居住するということが、客観的な事情、例えば、被疑者がその夫と韓国においてずっと同居しており日本に来て他に住居を持つというようなことは到底考えられないというような客観的な事情が認定できるのであれば、夫の住居をその被疑者の住居とみることもできないわけではなからう⁹⁸⁾。ただし、客観的な事情がなく、単に主観的に将来の住居が確定しているというだけでは、やはり住居不定といわざるを得ないように思われる。逃亡の「おそれ」とは予測的蓋然性判断であるが、住居不定のような客観的な事実についてまでそのような予測的蓋然性判断をするのはやや問題であろう。単に、本人が主観的に住居を決めているというだけでは足りず、現時点における客観的な住居の有無を基準として判断すべきである。

住居不定であるかどうかの限界線は極めて微妙である。最高裁昭和39年12月3日判決⁹⁹⁾は、外国人登録法に基づき登録された居住地はあるものの、実際の生活場所は数度変わったという事例につき、次のように判断した。「記録によれば……被上告人代理人が、上告人が昭和34年2月12日福岡市……から東京都……X方に転入して以来、同年8月までの約六ヶ月間に都内の簡易旅館等を数回転々したという事実を陳述し、これに対し上告人が右の事実を争わない旨述べたことは明らかである。原審は、右の事実ならびに上告人がその主張の傷害事件について司法警察員および検察官から取調べを受けた際、東京都……所在の南千住宿泊所が住居である旨述べた事実および同宿泊所が簡易宿泊所である事実等に基

97) 横川敏雄『逮捕・勾留・保釈』45頁(日本評論社、1958年)、篠田・前掲注(87)「勾留の要件(住居不定・逃亡のおそれ・その他)」40頁。

98) 法曹会編『例題解説刑事訴訟法(四)[三訂版]』162頁(法曹新書、1999年)。

99) 裁判集民事76号353頁。

づいて、本件勾留請求当時、上告人は刑訴法60条1項1号にいう『定まった住居』を有しなかったと認めるべきである旨を判示しており、右原判示は、同条項の規定に照し、正当である。また、原審の確定した事実関係の下においては、右勾留請求当時、上告人が外国人登録法に基づきその主張の住所を居住地として登録していたからといって、上告人が一定の住居を有するものとはいえないとした原判示も、前記刑訴法の規定に照し、正当と認められる。」。

外国人登録法に基づき90日を超えて日本に滞在しようとする外国人は、その住居地の市町村の長に対し、外国人登録の申請をしなければならない（外国人登録法第3条1項）。この事件では、その旅館を居住地として登録してあるという事実は、本人がそこへ相当期間定着しようという意思のあることを推測させる一つのデータではある。しかし、本件では、過去六ヶ月間に数回にわたり簡易旅館を転々としていたとなると、所在不明となるおそれがないとはいえないであろう。

また、現在の入国管理実務において、退去強制事由に該当する被疑者・被告人は、刑事手続により身体を拘束されない場合には、収容令書又は退去強制令書により、ほぼ収容場等に収容されることになっている（入管法第39条）。この入国管理局により収容される可能性がある外国人被疑者・被告人については、定まった住居があるかどうかを判断するときに、どう考えるべきかの問題がある。まず、その後、収容手続が採られるか否かは必ずしも明らかではない。そして、外国人被疑者・被告人が刑事手続により身柄を解放されてから、収容されることになっても、保証金を納付して仮放免（入管法第54条）により釈放される可能性もある。この時の住居不定に当たるか否かの判断基準は、一般の外国人と同様であるべきである。万一、収容されて仮放免もとられないとすれば、入国管理局の収容所及び収容場が、日本国内にある住居といえるかどうかの問題になる。結論からいうと、入国管理局の収容所及び収容場に収容されることは、定まった住居がないとはいえない¹⁰⁰⁾。したがって、退去強制事由に該当することだけで、刑訴法第60条1項1号の住居不定になるとはいえないと考える。

100) この問題については、保釈段階において、刑訴法第89条6号の権利保釈の除外事由の「住居が判らない」をめぐって問題となることが多い。後に、2でも検討する。

C 勾留の裁判における事実の取調べ

被疑者が自己の氏名、住居などを黙秘した場合でも、事実の取調べの結果、他の資料からそれが判明した場合には、住居不明とはいえない。元来、勾留の理由についての疎明責任は検察官にあるのであるから、被疑者が黙秘したからといって安易に住居不明と認めるのは相当でなく、少なくとも捜査官が被疑者の身元につき十分捜査を行ったが、それでもこれを明らかにし得なかった旨疎明された場合に限ってこれを認めるべきである¹⁰¹⁾。また、そのような疎明がなされた場合でも、裁判官は、無用な身柄拘束をできる限り回避するため、必要があれば、さらに自ら事実の取調べ（刑訴法第43条3項、刑事訴訟規則第33条3項）を行うなどして、できる限り被疑者に有利な資料を収集するよう努力すべきことは当然だからである。

外国人被疑者の場合は、さらに、自己の氏名、住居などを黙秘したり、言語の障壁のため、氏名、住居などを日本語で把握していなかったりすることが考えられる。そのため、事実の取調べは、日本人の事件におけるよりも、難しいであろうと思われる。この場合も、検察官が勾留の理由について疎明責任を負うことを念頭に置きながら、勾留の必要性を慎重に判断すべきである。どの程度取調べるべきかは、慎重にケース・バイ・ケースで判断するほかはない。

(3) 逃亡のおそれ

A 勾留制度の目的と逃亡のおそれの意義

もともと刑事訴訟法の勾留制度は、被疑者・被告人の身柄を確保し、刑事訴訟手続を円滑に進行するため、公判請求された場合に公判への出頭を確保し、又は罪証隠滅の防止を目的とするものである。したがって、勾留理由の一つである刑訴法第60条1項3号の「逃亡すると疑うに足りる相当な理由」の解釈についても、上の勾留制度の趣旨・目的に沿って、実質的に行う必要がある。

逃亡のおそれとは、生活が不安定なために所在不明となる可能性が大きい場合¹⁰²⁾とか、官憲の追及を免れるため所在不明になる可能性がある場合¹⁰³⁾とされる

101) 木谷明「被疑者が住居等を黙秘した場合に、刑訴法60条1項1号の事由ありとして勾留できるか」新関雅夫ほか『増補令状基本問題（上）』237頁（一粒社、1996年）。

102) 長崎地裁決昭34・11・26下級裁判所刑事裁判例集1巻11号2541頁等。

こともあるが、被疑者又は被告人が刑事訴追を免れる意思で捜査機関及び裁判所にとって所在不明となるおそれがあると解するのが通説である¹⁰⁴⁾。すなわち、所在不明となるおそれという客観的要素と、刑事訴追を免れる意思という主観的要素の二つが、逃亡のおそれを認定する要件とされている。客観的要素として、公判廷への不出頭のおそれだけでは足りない。判明している被疑者や被告人の所在が確実で所在不明となるおそれがなければ、勾引することによりその者の裁判所の出頭を確保することができるからである。結局、裁判所等にとって所在不明になるおそれがあることが、不可欠であることになる¹⁰⁵⁾。もっとも、所在不明となるおそれとは、勾留制度の趣旨・目的から公判期日において所在不明となるおそれと解すべきであるから、被告人が公判期日のつど所在不明となり勾引が不能となるような事情がある場合は、仮に現在の住居を離れるおそれがなくとも、逃亡のおそれがあると認定してよからう¹⁰⁶⁾。

逃亡のおそれの判断は、家族関係・年齢・職業・行動歴・住居・身柄引受人等、当該事件の軽重・前科前歴・余罪・過去の逃走行為・組織力等、及び黙秘・身上関係未確認等の諸要因を総合してなされる¹⁰⁷⁾。外国人被疑者の場合には、生活の本拠が日本でないので、生活不安定とみなされる場合が多いと考えられる。しかし、無断で国外に出国してしまうおそれは日本人の場合でも同じである。それについては、後述する出国できない手段をとれば、防止できる。逆に考えると、外国人は、日本国内における生活基盤と人間関係などが薄く、言葉等の障壁もあって、日本国内の逃亡のおそれについては、日本人よりむしろ低いのではあるまいか。

103) 東京地裁決昭41・2・26下級裁判所刑事裁判例集8巻2号367頁等。

104) 篠田・前掲注(87)「勾留の要件(住居不定・逃亡のおそれ・その他)」42頁、篠田・前掲注(87)「勾留理由としての『逃亡のおそれ(住居不定)』」81頁、奥田保「逃亡すると疑うに足る相当の理由」判例タイムズ296号142頁。法曹会編・前掲注(98)194頁。

105) 神垣英郎「逃亡のおそれの有無の判断にあたり考慮すべき事情」新関雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』255頁(一粒社、1996年)、篠田・前掲注(87)「勾留の要件(住居不定・逃亡のおそれ・その他)」42頁、藤永ほか・前掲注(88)31頁。

106) 法曹会編・前掲注(98)195頁。

107) 篠田・前掲注(87)「勾留の要件(住居不定・逃亡のおそれ・その他)」42頁。

B 検討

逃亡のおそれとの関係では、外国人被疑者・被告人は、その生活の本拠が主として国外にあるので、突然出国するおそれはある。また、起訴された場合は在留資格の変更が許可されなかったり、在留期間の更新を認められなかったりすることが多く、公判中に在留資格を喪失する場合がある。そのような場合には当該外国人の出国の可能性が一段と高まることは否定できない。したがって、外国人被疑者・被告人の場合には、逃亡のおそれを肯定すべき場合が多いかもしれない。しかし、無断出国については、関係機関は、入管法第25条の2の出国確認留保制度を活用し、入国管理局との連携により、一定の防止措置を取ることができる。すなわち、関係機関は、死刑若しくは無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪につき訴追されている者又はこれらの罪を犯した疑いにより逮捕状、勾引状、勾留状若しくは鑑定留置状が発せられている者、禁錮以上の刑に処せられ、その刑につき執行猶予の言渡しを受けなかった者で、刑の執行が終わるまで、又は執行を受けることがなくなるまでの者及び逃亡犯罪人引渡法の規定により仮拘禁許可状又は拘禁許可状が発せられている者である旨を入国審査官に通知する。入国審査官は、その通知を受けているときは、その外国人の出国の確認を受けるための手続がされた時から24時間に限り、その者について出国の確認を留保することができる。入国審査官は、出国の確認を留保したときは、直ちに通知をした当該関係機関にその旨を通報することにより、その外国人を国境で止めることができる。それゆえ、外国人であるからといって、一概に国外への逃亡のおそれを認めることは適切でなかろう。したがって、後述のように、本来は、刑事手続と入管手続との間で調整すべき問題であり、被告人の勾留に関して考慮することには疑問がある。

以上述べたように、外国人である被疑者・被告人を一律に、日本人の被疑者・被告人に比べて、逃亡のおそれが高いと評価し、勾留することは適当でない。外国人被疑者・被告人に対しても、慎重にケース・バイ・ケースの判断を行うほかはないと思われる。

2 外国人被告人の保釈

(1) はじめに

勾留は理由があって行われるものとはいえ、自由の拘束は重大な犠牲を強いるものである。被告人には無罪の推定が働くから、そのような重大な犠牲を強いる勾留が原則であってはならず、他に方法があれば回避すべきである。これは広く承認された近代刑事法の原則であるといつてよい（自由権規約第9条3項¹⁰⁸⁾）。この趣旨にのっとり、保釈と勾留の執行停止の制度が設けられた¹⁰⁹⁾。理由と必要性があつて勾留されている被告人についても、公判廷への出頭が確保され、罪証隠滅をするおそれがないことの保証がある場合には、勾留による拘禁という人身の自由に対する重大な侵害を避けるため、勾留の効力を一時停止して通常人と可能な限り同じ状態におくことが望ましい。保釈とは、保証金没取という経済的苦痛を保証として勾留の執行を停止し、勾留と同じ効果をあげようとする制度である¹¹⁰⁾。したがって、身体を拘束しないものという点では異なるものの、実質的に被告人の出頭を確保する手段としての強制処分である勾留と同じ効果を有する保釈にも、強制処分としての効果があるといわざるを得ない。被告人が外国人である場合の保釈手続も、被告人が日本人である場合と異なることはない。

ただ、被告人が外国人である場合には、保釈に際して、生活の本拠の問題と入管法との関係で特に考慮すべき点がある。入国管理において在留資格制度が採用されている日本では、外国人被告人には、起訴されたことにより在留資格の変更が許可されなかったり、在留期間の更新ができなくなったりして、公判中に在留資格を喪失する場合がある。また、不法残留などにより元々在留資格をもっていない外国人被告人の場合もある。実際には、そのような場合には刑事手続による

108) 自由権規約第9条3項は、「刑事上の罪に問われて逮捕され又は抑留された者は、裁判官又は司法権を行使することが法律によって認められている他の官憲の面前に速やかに連れて行かれるものとし、妥当な期間内に裁判を受ける権利又は釈放される権利を有する。裁判に付される者を抑留することが原則であってはならず、釈放に当たっては、裁判その他の司法上の手続のすべての段階における出頭及び必要な場合における判決の執行のための出頭が保証されることを条件とすることができる」と規定している。

109) 田宮裕『刑事訴訟法』252頁（有斐閣、1994年）。

110) 伊藤ほか・前掲注（88）105頁。

身体拘束をしないと、被告人が入管制度の退去強制手続によりいつでも国外に退去させられる可能性がある。また、自費などで出国してしまう可能性が一段と高まることも否定できない。そして、いったん国外に出てしまうと、被告人を召喚するのは極めて困難であるから、保釈に際しては、被告人の身柄の確保に特に配慮して、その許否、保釈条件等を決める必要がある。

「Ⅰの1 出入国管理制度」で述べたように、入管法第24条は退去強制事由について定めた規定である。ここで注意しなければならないのは、在留資格がなく、あるいは公判中に在留資格を喪失した被告人ばかりではなく、在留資格を有していても、売春の勧誘や不法入国の幫助等で起訴された者は、退去強制事由の該当者と認定されて退去強制手続が行われる可能性があるということである。

以下、退去強制事由該当者（例えば、不法残留者など）を例として、外国人被告人の保釈の問題を述べる。

不法残留の罪で起訴された外国人被告人について保釈請求がなされることは少ないといわれている。その理由は、不法残留者の多くが無資力であること、さらに保釈されても、後に述べるように、入国管理局に収容されてしまい、保釈の実益がないことであるとされる¹¹¹⁾。

また、外国人被告人について保釈請求しても、そのほとんどが認められていない。これは、来日外国人の場合、住居不定、不法残留、無職が多く、逃亡や罪証隠滅のおそれがあるからだと説明されている¹¹²⁾。しかし、保釈裁判官が個別の外国人被告人の生活実態や生活環境を十分検討することをせず、不法残留であることをもって直ちに権利保釈の除外事由（刑訴法第89条4号、又は6号）にあたるとしているケースが多いという指摘がなされている¹¹³⁾。

単純な不法残留事犯の場合は、不法残留の事実とその期間が犯罪の成否と量刑判断の中心となるのであるから、罪証隠滅を疑うに足りる相当な理由が存在することは稀であろう。後述のように、不法残留であることが、刑訴法第89条6号の「住居が判らないとき」に該当するかどうかについては、やや問題となりうる。

111) 松尾ほか・前掲注(12)21頁〔山田発言〕。

112) 『犯罪白書(平成6年)』(1994年)参照。

113) 鬼東・前掲注(3)53頁。

しかし、この点も、逮捕時に住居が定まっていれば、住居を有するといえ、第89条6号の「住居が判らないとき」にはあたらないのである。不法残留事犯の場合であっても、本来保釈がなされるべき事案は多いと考えられる¹¹⁴⁾。

しかし、保釈が認められても、その者が退去強制事由該当者であることには変わらない(例えば、不法残留者の場合には、不法残留の状態にあることに変わりはない)。そうすると、被告人は、今度は入国管理局によって退去強制事由に該当することを理由に直ちに収容され得る。「Iの2 入管法についての解釈及び実際上の運用」に述べたように、入管実務では、収容前置主義が採用されている。そして、退去強制手続より刑事訴訟手続が優先するのは、被疑者・被告人の身体が拘束されている場合に限っている(制限適用説)。そのため、現在では、保釈した不法残留等の退去強制事由該当者である被告人について、すべて入国管理局が収容令書又は退去強制令書により収容しているはずである。裁判所としては、入国管理局の収容場又は収容所にいる保釈中の被告人に対し、公判期日の召喚状を発することになる。しかし、入国管理局の収容は、強制送還のための収容であり、裁判のための収容ではないので、入国管理局としては、押送する権限がないということで、召喚状を発しても、押送に応じないときがある。そこで、東京地裁では、勾引状を発して被告人を法廷に出頭させたことがある¹¹⁵⁾という。

さらに、被告人の出廷を確保できないだけでなく、退去強制令書により、強制送還の着手がなされ、随時に国外に送還させられることがある。保釈中に国外に退去させられないため、彼らの身柄の確保に特に配慮する必要性があるように見える。そのことが、保釈の判断に何らかの影響を与えるだろうか。まず、保釈を許可する際に、裁判所は、入国管理局に対し、入国管理局が保釈中の外国人被告人を国外に送還すると決定する時に、裁判所に連絡するように協力してもらう必要がある。それと同時に、入国管理局において出国確認留保手続をとる。そうすると、入国管理局が外国人被告人を強制送還しようとする場合には、裁判所に通知し、裁判所は、直ちに外国人被告人に対して保釈を取り消す手続をとれる。た

114) 同上。

115) 松尾ほか・前掲(12)21頁〔山田発言〕。

だし、そのほかに、外国人が入国管理局により収容されることが、権利保釈の除外事由（刑訴法第89条）に当たるか否か、及び一旦保釈された後収容された場合、どのような手続で公判への出頭を確保するか等の問題が残る。

以下では、入国管理局による収容が、刑訴法第89条6号の被告人の「住居が判らないとき」の権利保釈の除外事由に該当するか否かの問題、及び保釈された後、被告人に対する公判への出頭確保の手段の問題等についてそれぞれ論じることとする。

(2) 退去強制事由該当者は、権利保釈の除外事由である刑訴法第89条6号の「被告人の……住居が判らないとき」に該当するか否か

退去強制事由該当者が保釈された場合、現在の実務により、収容場等へ収容されることになるが、そのことが権利保釈の除外事由である刑訴法第89条6号の「被告人の……住居が判らないとき」に該当するか否かについて争いがある。これについて検討する。

「I 『出入国管理及び難民認定法』による出入国管理制度及びその実態」で論じたように、現在実務上、収容前置主義が採用されているため、退去強制事由該当者は、保釈を許可されてから逮捕前の住居に戻ったとしても、収容令書又は退去強制令書により入管施設に収容される。しかも、裁判所が召喚状を發しても、入国管理局には被告人を公判への押送する義務がないとされているので、結局、被告人が裁判所に任意に出頭することができなくなるおそれがある。そこで、上で述べたような争いが生じてくるわけである。

これについては、「Iの2 入管法についての解釈及び実際上の運用」であげた東京地裁昭和51年12月2日決定¹¹⁶⁾は、「被告人が保釈を許可され、右のように収容所への収容手続がとられたとしても、この事実のみをもって、被告人の住居が不定ないし不明になる訳ではないことが無論」であり、そして、「被告人が将来国外送還される可能性が存することをもって、ただちに現段階において権利保釈の請求を却下する理由となしうるものではない」と判示し、刑訴法第89条6号に該当するとは認めなかった。

116) 判例時報837号112頁・判例タイムズ347号305頁。

これまでの実務の大勢は、こういう場合には住居を有するとみるのが一般的であろうと言われる¹¹⁷⁾。しかし、保釈になった退去強制事由のある外国人はほぼ全員収容され、しかも入国管理局において押送する権限がないということを前提にするならば、通常の形では裁判所としては召喚する術がない。そのことから、この場合には法律的な意味での住居を失うのではないかとの考えがある¹¹⁸⁾。それは、住居不定の要件を展望的に判断すべきであるとする考え方である¹¹⁹⁾。この考え方には、主に、刑訴法第60条1項1号の住居不定の判断は、同法同条項2号・3号の罪証隠滅や逃亡のおそれと同様に、将来を展望して判断すべきである¹²⁰⁾とする見解に基づいている。

ここでは、まず、保釈に関する刑訴法第89条6号の「被告人の……住居が判らないとき」と勾留に関する同法第60条1項1号の「被告人が定まった住居を有しないとき」とが同様であるかどうかという問題がある。第60条1項1号は勾留の要件で被告人の公判廷への出頭を確保するために設けられた規定である。第89条6号は権利保釈の除外事項を規定している。保釈は公判への出頭確保を勾留によらずとも行えるという判断である。両者は、同じ目的を達成するための規定である。さらに、第60条1項1号はこれから勾留するという段階での判断要素を列挙しているのに対し、第89条6号は既に勾留されている人を釈放するための判断要素が列挙されている。この文言の違いは、これから拘束する場合と、すでに拘束されている場合との違いによるものであると考えられる。結局、文言の違いにかかわらず、第89条6号と第60条1項1号とは、同一の内容のものであると解すべきであろう。すなわち、どちらにも住居不定と住居不明の意味が含まれる。そして、その住居不定・不明の判断時点については、前述したように第60条1項1号に関しては、勾留要件の有無を判断する現時点の状況である。そして、第89条6号も同様に、保釈する時点の判断であって、展望的判断を要しない。何故ならば、裁判所が保釈を取り消す裁量権を持っているから（刑訴法第96条）

117) 松尾ほか・前掲注(12) 23頁〔山田発言〕。

118) 同上。三好・前掲注(58) 42頁。

119) 大島・前掲注(37) 172頁。

120) 篠田・前掲注(87)「勾留の要件(住居不定・逃亡のおそれ・その他)」40頁。

である。被告人が保釈された後、住居がなくなるとき又は変更されるとき等には住居制限に違反した等として、裁判所は直ちに保釈を取り消せばいいのである。

また、入国管理局の収容場又は収容所が、適法な住居と言えるかが問題となる。収容場又は収容所が住居とは言えないというのは、被収容者がそこに適法な居住の権利を有しないからである。しかし、適法性の問題にするのであれば、又借りや解約後のアパートの居住なども同じ問題になるが、これを考慮に入れることにはやはり問題が残る¹²¹⁾。被告人が収容場又は収容所に収容されても、裁判所は出頭確保のため召喚状又は勾引状を発することができるから、収容場及び収容所は住居といえないわけではないであろう。

また、退去強制事由のある被告人に対して、収容手続・送還手続がなされるか否かについては、保釈の段階では、事実上の予測ができても法律的にはあくまで未定である。さらに、入管法では、収容される容疑者に対しては仮放免という制度が規定されており、実際に仮放免になれば元の住居に戻ることになるから、一般の被告人と同様である。勾留の要件である住居不定についても述べたように、現在の実務では、被疑者の勾留の段階で、退去強制事由があるというだけで勾留の理由として刑訴法第60条1項1号の住居不定を勾留状に記載している例は極めて少ない。保釈の段階で突如として住居不定と判断するのもややためらうところであろう¹²²⁾。以上述べたように、保釈の請求時点で従前の住居に住んでいれば、刑訴法第89条6号の「住居が判らないとき」の権利保釈の除外事項に当たらないであろう。

そして、裁判所又は裁判官は、保釈を許す場合には、保釈金額を定めなければならない(刑訴法第93条1項)。また、保釈を許す場合には、被告人の住居を制限し、その他適当と認める条件を付することができる(刑訴法第93条3項)。保釈金額の決定は、保釈を許す場合の必要不可欠の条件であり、住居の制限などは、必要に応じて付することのできる任意的な条件である。通常、実務において、この両者を合わせて付することが多い。制限住居の指定は、実務上、例外な

121) 大島・前掲注(37)173頁。

122) 同上。

く行われているといつてよい¹²³⁾。そこで、退去強制事由のある被告人の保釈された後の入国管理局による収容は、制限住居違反となるかという問題が生じる。これについては、新潟地裁平成14年10月7日決定¹²⁴⁾がある。

本件は、保釈許可により釈放された直後、不法残留を理由に収容令書の執行を受け入管収容場に収容された被告人に関する保釈取消請求に対する決定である。決定は、「制限住居違反につき、条件違反が保釈の取消事由となるには、それが被告人の責に帰すべきものでなければならぬと解されるどころ、官憲による身柄拘束を受けた場合には、それにより制限住居を離れることになったとしても、それは官憲による身柄拘束の結果によるもので被告人の責に帰すべきものではないから、それをもって直ちに刑訴法第96条1項5号の場合に該当するものとは言えない。もっとも、保釈の条件として住居を制限した趣旨は、常に被告人の所在を裁判所に明らかにしてその出頭を確保するためのものであるから、制限住居として指定された場所に住居できない事情が生じた場合には、遅滞なくその旨を裁判所に連絡するために、可能な範囲において適宜な方法で手続をしなければならない義務も付随的に負っていると解すべきである」と判示した。

保釈された被告人が裁判所の定めた条件に違反した場合には、裁判所は、保釈を取り消すことができる(刑訴法第96条1項5号)。ただし、条件違反は、被告人の責に帰すべきものに限ると解されている¹²⁵⁾。また、「保釈を許す指定条件として、住居を制限するのは、被告人にその制限住居に居住すべき義務を負わせることにより、常にその所在を明らかならしめて出頭を確保するためになされるのであるから、右義務には制限住居を守り得ない事情の生じた場合には、遅滞なくその旨を裁判所に連絡するため可能な範囲内において適宜な手続をなすべき義務をも付随的に含んでいるものと解するのが相当である。」¹²⁶⁾。

退去強制事由のある外国人被告人が保釈された場合には、主に次の二つの取扱

123) 新潟地決平14・10・7に対する解説、判例時報1806号162頁。

124) 判例時報1806号161頁。

125) 東京高決昭33・6・11東京高等裁判所(刑事)判決時報9巻6号154頁。

126) 大阪地決昭34・12・26下級裁判所刑事裁判例集1巻12号2725頁・判例時報212号33頁。

いがあると考えられる。一つは、当該外国人が保釈により釈放された時点で、直接入国管理局により収容される場合である。もう一つは、保釈された後、一旦自らの住居に戻って、そこから、入国管理局により収容される場合である。前者の場合は、外国人が収容されている収容場及び収容所を住居とすることにより、公判期日に召喚状又は勾引状を發してその者の出頭を確保できる。後者の場合でも、保釈された時点で、一般の保釈された被告人と同じで、以前の住居に戻れば、住居を有するといえる。その後、入国管理局による収容令書又は退去強制令書により収容場又は収容所に収容される場合は、官憲による身柄拘束なので、被告人の責に帰すべきではない¹²⁷⁾。また、従来から、住居の制限等の保釈の任意的条件については、これを変更することができることにほとんど異論を見ない¹²⁸⁾。保釈された後に、遅滞なく制限住居として指定された場所に住居できない事情を裁判所に連絡することにより、保釈の条件の住居制限についての住居を、収容場又は収容所に変更することができるだろう。さらに、以上のいずれの場合でも、保証金を納付することによる仮放免の措置がとられる可能性が否定できない。そのときは、もとの住所に戻って、遅滞なくこの旨を裁判所に連絡すればよいであろう。

住居不定に該当するかが争点となる原因のもう一つは、裁判所が収容されている被告人に対して召喚状を發付した場合、入国警備官が被告人に同行して、出頭させる場合があるが、裁判所へ押送する義務がないという理由で同行しない場合もあることである。この時、勾引状を發付して、検察事務官が被告人を連行するという方法で、収容されている被告人の出頭確保ができれば、このような場合は、刑訴法第89条6号の住居不定に該当せず、一般的には、退去強制事由が直ちに権利保釈の除外事由にはあたらない。ただし、入国管理局が公判へ押送する義務及び勾引状を發付する根拠については、争いがある。そこで次に、公判への出頭確保の手段について検討する。

127) 新潟地決平14・10・7判例時報1806号161頁。

128) 岡田良雄「保釈の条件」熊谷弘・松尾浩也・田宮裕編『捜査法大系Ⅱ』250頁（日本評論社、1972年）。

(3) 保釈された後、被告人に対する公判への出頭確保の手段

保釈された被告人が収容されず、又は収容されても仮放免を得る事ができれば、被告人の召喚は通常の在宅の場合と変わらない。しかし、現在の入国管理実務では、保釈された被告人は、仮放免が得られずに収容場又は収容所に収容されたままになる場合が多いようである。その場合の公判への出頭確保の手段として、どのような方法があるかについて、検討していくこととする。

A 召喚状を発する場合

外国人被告人が入国管理局の収容場に収容されると、裁判所としては、被告人に対し、召喚状(刑訴法第57条・第62条)を発する。現在の実務の運用では、被告人を召喚した場合には、公判期日には入国警備官が同行して被告人を出頭させる場合もあるが、拒否される事例もある。その理由は、人手不足で押送できないというだけではなく、あくまでも入国管理局の収容は強制送還のための収容であり、刑事裁判のための収容ではなく、被収容者を裁判所に押送するよう入国管理局に義務づける法律上の明文規定がないためであるとされる¹²⁹⁾。

召喚に応じない根拠として入国管理局に押送する権限がないという点については、やや問題があるという見解がある¹³⁰⁾。すなわち、入管法第61条の3の2の2項2号は、入国警備官が行う事務として、「収容令書及び退去強制令書を執行するため、その執行を受ける者を収容し、護送し、及び送還すること」を規定している。この規定について、この収容令書などの執行のために護送すること以外には護送の職務が一切できないと解すべきではない。収容中であっても正当な理由があれば一時的に施設外に連れ出すことも「収容令書及び退去強制令書を執行するための護送」といえる¹³¹⁾。しかし、公判が終わった後に、法廷から外国人被告人が収容場又は収容所に戻るための同行は、収容令書及び退去強制令書を執行するための護送というのにはあり得るが、刑事裁判の出頭のための公判への押送は、少し無理なところがあるだろう。

129) 松尾ほか・前掲注(12) 24頁〔加澤発言〕。

130) 大島・前掲注(37) 176頁。

131) 同上。松尾ほか・前掲注(12) 25頁〔柳川発言〕。

ところで、入国管理局が押送する権限を持たなければ、入管法第41条を利用して問題を解決できないか。入管法第41条2項は「収容令書によって収容することができる場所は、入国者収容所、収容場その他法務大臣又はその委任を受けた主任審査官が指定する適当な場所とする」と規定している。また、同条3項には「警察官は、主任審査官が必要と認めて依頼したときは、容疑者を警察署に留置することができる」とする規定がある。警察署への留置は全く活用されていないものの、それにより警察署に収容する、という収容場所の変更手続をとることが考えられる¹³²⁾。ただし、警察署の留置は、一般的には短時間であるため、長時間の収容はできない。そこで、収容場又は収容所に収容された容疑者を、押送の必要性があるということで警察署に移動させ、公判に出頭させることが考えられる。しかし、現実問題としては、収容場も、警察署も両方とも手いっぱいである。そうであるならば、入管職員の手間が同じである以上、最初から、収容場又は収容所から公判に出頭させることの方が効率的である。

入国管理局が押送を拒否した場合には、被告人が自ら法廷に出廷できないという事態が生じる。刑事訴訟においては、被告人には裁判所の召喚に応じて公判期日に出頭する義務があるというだけではなく、刑訴法第286条により、第一審では原則として被告人の出頭が開廷の要件となっており、被告人は迅速な裁判を受ける権利を有しているのであるから、入国管理局の入国警備官が、正当な理由がないのに押送しないのは違法と評価される余地がある¹³³⁾。前述したように、憲法は、被告人の裁判を受ける権利を保障しており、このことはもちろん、入国管理局により収容されている外国人であっても同様である。したがって、捜査機関又は裁判所が外国人被告人の身柄を確保する必要がないと判断したものについて、入国管理局があえてこれを収容するものであれば、収容されている外国人被告人の裁判を受ける権利を保障し、その刑事手続に一步道を譲るのが当然であろう。入国管理局としては、被告人の裁判を受ける権利を保障するために、積極的に対応措置を行うべきである。すなわち、入国管理局の入国警備官は、収容する被告人

132) 松尾ほか・前掲注(12)23頁〔山田発言〕。

133) 大島・前掲注(37)176～177頁。

と同行して、公判へ出頭させるため押送するか、又は被告人を仮放免して、自ら公判へ出頭できるようにすべきなのである。

B 勾引手段の可否

現状では、裁判所が収容場又は収容所に収容されている被告人に召喚状を発しても、入国管理局が押送に応じないおそれがある。そのため、別の方策を考えざるを得ない。ここでは、被告人の出廷を確保するための勾引という手段の可否について検討する。

勾引状が発せられると、検察官の指揮によって、警察官又は検察事務官¹³⁴⁾は、被告人が収容されている入国管理局の収容場又は収容所に行き、被告人の身柄を裁判所に連行する。実務上はこのような運用がなされている。しかし、勾引の効力は被告人を裁判所への引致・留置するまでのものであるから、警察官又は検察事務官が被告人を入管に連れ帰る根拠はない。もし、その日に執行猶予の判決が出された場合、刑事手続上は、被告人は釈放されてしまうので、直ちにその身柄を収容するためには、入国管理局の職員が裁判所に待機していなければならない¹³⁵⁾。

また、そもそも、裁判所の立場として、勾引状を発付する根拠があるか否かという問題がある。刑訴法第58条によると、被告人を勾引することができる事由として、1号の「被告人が定まった住居を有しないとき」と2号の「被告人が、正当な理由がなく、召喚に応じないとき、又は応じないおそれがあるとき」が挙げられている。

入国管理局に収容されていることが、1号の「被告人が定まった住居を有しないとき」に該当するか否かの問題については、これまで論じてきたように、外国人被告人が入国管理局によって収容されても、速やかに裁判所にその旨を通知すれば、収容場又は収容所が当該外国人の住居といえ、収容されることだけで、住居不定には該当しない。したがって、1号の勾引状発付事由に該当しない。残る

134) 勾引状の執行ということで入管まで行くのは、警察官のときもあるし検察事務官のときもある。田島浩「外国人刑事弁護と入管法」東京弁護士会外国人の権利に関する委員会編『実務家のための入管法入門』111頁（現代人文社、2004年）。

135) 松尾ほか・前掲注（12）22頁〔山田発言〕参照。

のは、2号の「被告人が、正当な理由がなく、召喚に応じないとき、又は応じないおそれがあるとき」であって、それについて検討していく。

入国管理局に収容された被告人は、強制的に収容されているのであるから、召喚に応じたくても、出廷することができない。被告人は、意図的に出廷しないわけではなく、行きたくても行けないのである。このため、2号の要件にも、該当しないのではないかとの疑問がある。この点については、このような事態は原因において違法な不出頭であり正当な理由がなく、召喚に応じないとき又は応じないおそれがあるときに該当するという見解がある¹³⁶⁾。すなわち、被告人は自らの意思によって保釈され、その結果として直ちに退去強制事由該当（不法残留など）による収容状態が生じたので、収容のために出頭できないという事態は被告人自らが作り出しているという見解である。この見解に対しては、非常に技巧的な解釈であり、この論理を推し進めると保釈を求めたことが違法だということになってしまうという批判がある¹³⁷⁾。そして、さらにこの見解に対しては、憲法の法の下での平等に反しているという批判が可能である。何故なら、退去強制事由に該当するという行政上の理由のみで、保釈の判断等において不利に扱うことは妥当ではないからである。

また、次の理由により2号に該当するものと考えて差し支えないという見解もある¹³⁸⁾。すなわち、公判との関係では、理由はどうあれ被告人の出頭義務が尽くされておらず、その出頭を確保する必要がある。そして、被告人にとって公判期日に出頭することは、その意思にかなうものである。このとき、被告人の出頭を実現するには、勾引によることが一つの手段である。勾引によって身体が拘束されるといっても、それは一時的なものである以上、その「正当な理由」の判断については被告人の帰責事由の有無は問わなくてもよい、というのである。しかし、被告人の帰責事由の有無を問わないとすると、「正当な理由」の判断基準はどうなるかという疑問を生じる。

ここで、外国人被告人が召喚に応じられない帰責事由から検討する。外国人被

136) 同上23頁〔山田発言〕参照。

137) 大島・前掲注(37)177頁。

138) 同上、三好・前掲注(58)41頁。

被告人は収容されているため、自ら公判への出頭への召喚に応じられなくなった。すなわち、出頭できない理由は、収容されていることである。収容は、外国人が退去強制事由に該当すると疑うに足る相当な理由があるときに収容令書により、又は退去強制事由に該当したときに退去強制令書により行われる。したがって、外国人被告人は、入管法に違反したからこそ、収容され、召喚に応じられないことになるのである。そうだとすると、公判への出頭への召喚に応じられない被告人が収容令書又は退去強制令書により収容されることを、被告人の責に帰すべきなのであろうか。まず、外国人被告人が不法入国などのため収容令書により収容されるのは、被告人の帰責事由によるものとはいえる。このように、入国管理局により収容されるのは、外国人容疑者の帰責事由による場合が確かに多いと思われる。しかし、それはすべての場合ではない。例えば、もともと在留資格のある外国人が、刑事訴訟に巻き込まれ、刑事手続の進行中に、在留期間を満了してしまうと、在留期間の更新が必要である。現在の実務では、この場合に、在留期間の更新ができないのが一般的である。しかし、その裁判の結果如何を問わず、このように刑事手続中に、在留期間の更新ができなくなり、不法滞在になるのは、当該外国人の責に帰するものであるとは言えないのではないか。何故なら、在留期間の更新ができなかったのは、このような入管実務の運用によるためであるからである。

被告人の帰責事由により召喚に応じられない場合は「召喚に応じないおそれがあるとき」に該当する¹³⁹⁾。そうだとすると、外国人被告人の帰責事由により退去強制事由に該当し、保釈後に収容された場合には、その収容は、自らの帰責事由から、公判への出頭ができなかったともいえる。この場合は、刑訴法第58条2号に該当する。しかし、前述したように、すべて外国人被告人の帰責事由により収容されるわけではないから、収容されている外国人被告人が公判への出頭ができないのは、外国人被告人の責に帰すべきではない場合もある。その場合の外国人被告人は、第58条2号に該当しないはずである。もっとも、これは、理論上の検討である。実務において、裁判所が、外国人被告人を勾引するときに、事件ごと

139) 松尾監修・前掲注(78)113頁。

に当該外国人の退去強制事由発生の帰責事由について確認することは、困難である。そして、帰責事由の具体的内容が明らかでないため、判断基準が難しいであろう。

「正当な理由」については、召喚を受けながら無届（例えば、病気の場合、刑訴法第278条、刑事訴訟規則第183条参照）で出頭しなかった場合には、一応正当な理由がなく召喚に応じないときにあたると判断して差し支えない¹⁴⁰⁾。これにより、召喚に応じず、無届で出頭しなかった外国人被告人は、刑訴法第58条2号に該当するものと考えられることになる。一方、召喚を受けてから、届けを提出した外国人被告人は、同号に該当しないはずである。

したがって、入国管理局に収容されている被告人の場合、刑訴法第58条1号と2号のいずれにも該当しないときがあると言わざるを得ない。収容されている退去強制事由に該当する外国人被告人の勾引について、現行法の解釈論によって処理しきれないところについては、立法論によって解決を図るべきではないか。

外国人が入国管理局に収容されている場合、公判への出頭手段として、前述した裁判所による召喚状に応じ、入国警備官は、収容する被告人と同行して、公判へ出頭させるため押送するか、又は被告人を仮放免して、自ら公判へ出頭できるようにすることが一番望ましい。ただし、どうしても召喚状に応じられない場合には、新たな立法により対応すべきである。

(4) その他

A 保釈と仮放免

実務上、在留資格がない被告人は、ほとんど例外なく釈放直後に収容されているようである¹⁴¹⁾。この場合、真に身柄が解放されるためには、入国管理局に仮放免の申請を行い、許可を得る必要がある。そして、仮放免においても、保釈保証金とは別に、保証金を納付する必要がある。実際の額は事案によってかなりばらつきがある。入管に出頭し違反申告した場合には、10万円から30万円程度で済むこともあるが、摘発が先行した場合には100万円以上になることも多い¹⁴²⁾。また、

140) 松尾監修・前掲注(78)112頁、113頁。

141) 松尾ほか・前掲注(12)21頁〔山田発言〕。

142) 大木和弘ほか『外国人刑事弁護マニュアル』129頁（現代人文社、1997年）。

仮放免の保証金額は入管法と入管規則によって、300万円を超えない範囲内であればよいと、300万円かそれに近い金額を支払って、仮放免をされるケースも珍しくないと考えられる。

外国人の場合、保釈と仮放免の両者の高額な保証金を支払える人もいないが、経済的な余裕のない人が多いのが実状である。被告人の身柄が現実には自由になるために、保釈保証金と仮放免保証金を合わせた金額を被告人が支払わなければならないとすれば、多くの外国人被告人に対しては、現実的ではないであろう。裁判所が担保として決定した額の保証金を納めたにもかかわらず、仮放免保証金を支払えない場合には、結局、被告人は身体拘束を一度も解かれることなく収容所に収容されることとなる。しかし、この場合、保釈保証金の納付によって、逃亡の防止及び審査の出頭は確保できるのであり、収容の必要性がなく、収容すべきでない。

仮に、収容がやむを得ない場合を認めるとしても、仮放免保証金は低額であっても、保釈保証金と合わせれば、十分に逃亡の防止及び審査の出頭を担保できるだろうと考えられる。したがって、保釈された被告人に対する仮放免保証金は、低額に設定すべきである。

B 保釈の取消

収容されている被保釈人に対して、保釈の取消を行うことが可能だろうか。収容されている被告人に逃亡のおそれがあるとは、通常考えられない。したがって、逃亡のおそれが生じたとして保釈を取消することはできないであろう。ただ、一つの例外がある。収容された外国人が、自費出国の申請を行う場合であり、また、この申請は一般的に行われている。申請が認められれば、被告人が出国してしまい、逃亡する可能性も考えられる。しかし、この場合、被告人が自費出国の申請をした段階で、入国管理局が裁判所に連絡すれば、逃亡のおそれがあるということで、その段階で保釈を取消することが可能である。

また、被告人の側から保釈取消しを請求できるかどうか問題になる。保釈されても、仮放免が得られなければ、被告人は身体拘束を受けたままとなり、それでは保釈された意味がなくなってしまう。早急に保釈保証金を還付してほしいとか、遠い場所の収容場に収容されたために、弁護人との接見が不便になるなどの

理由で、被告人に自ら保釈の取消しを求める利益がないではない。しかし、被告人の側からの申し出による保釈取消しを認める明文上の規定はないのである。この問題については、積極・消極の両説が考えられる。積極説によれば、職権で保釈を取消し、被告人を再度勾留することが可能である¹⁴³⁾。そうすれば、保釈保証金を早急に還付することができる。九州地方で遠隔地に収容されるため、弁護士が接見に行けなくなるので、保釈取消請求をし、裁判所が保釈を取り消したという例があったとされる¹⁴⁴⁾。しかし、結局のところ、被告人は自由になれず、身柄拘束を受け続けることに変わりはない。被告人による保釈の取消し請求を認めたとしても、問題は何ら解決しないことに留意する必要があるだろう。

(5) 小括

「外国人被告人の保釈」では、外国人被告人の保釈をめぐる諸問題について検討してきた。外国人被告人は退去強制対象者である場合には、保釈許可がされても入国管理局が収容することは可能である。ただ、保釈された後に収容される可能性がある、という理由のみで外国人被告人が保釈を許可されないはずはない。

そこで、収容された後に公判への出頭を確保するために問題となるのが、住居不明の判断と出頭確保の手段である。

まず、住居の問題である。外国人被告人が収容されても、居場所が明らかであり、公判への出頭確保のため裁判所による召喚状又は勾引状の発付ができるので、入国管理局の収容場及び収容所は、定まった住居と見なしてもよい。収容されることのみでは、権利保釈の除外事由の住居不定に該当しないのである。

次に、公判への出頭確保の手段の問題である。そこで、裁判所による召喚状の発付と勾引状の発付とも公判への出頭確保の手段として考えられる。しかし、召喚状を発付する場合には、入国警備官の同行が必要である。ただし、入国管理局が公判へ押送する根拠があるかどうかという問題がある。憲法上の裁判を受ける権利は、外国人の場合にも当然保障される。そのため、入国管理局は、収容されている被告人を公判へ同行するか、又は被告人を仮放免して、自ら出頭できるよ

143) 大島・前掲注(37)179頁。

144) 松尾ほか・前掲注(12)26頁〔加澤発言〕。

うにするべきである。また、刑訴法第58条2号に基づき、勾引状を発付することが可能であるかということについては、可能な場合もあるが、同号に該当しないときもある。

したがって、収容されている被告人の公判への出頭確保の手段としては、召喚状の発付により、入管に押送義務を課すのが、一番効率的である。ただし、どうしても召喚状に応じられない場合には、新たに立法論により定めるべきである。

さらに付言すれば、外国人被告人の保釈条件として、海外渡航禁止の条件を付けることが多い。そして、裁判所が入国審査官による出国の確認を留保する必要があると認めたときは、検察官に対し、出国確認留保を通知することを依頼する書面を送付し、出国確認留保制度（入管法第25条の2）を利用して、24時間以内に限り出国を留保することができる¹⁴⁵⁾。したがって、勾留等の身体拘束はあくまでも例外的なもので、保釈の請求があった時、他に権利保釈の除外事由がなければ、保釈されるべきである。

(以下次号)

145) 最高裁判所事務総局刑事局監修・前掲注(22)72頁。