

# 保釈の「再構成」

丹 治 初 彦

## I は し が き

被疑者・被告人は、推定無罪の原則のもと、身体が保障されるとともに、実効的な防御のための機会が提供されねばならない。

その意味で、身体解放のための一つの制度である「保釈」は、重要なテーマとなるはずであった。

しかるに、保釈に関する議論は、昭和40年代から50年代にかけて実務裁判官によって執筆された論稿が多く、その後はこれらの考え方が定着して動いていない。

研究者サイドからも実務家サイドからも、いわば「マイナー」なテーマとして取り扱われてきたのではないか。

そこで、自戒も込めて、「保釈」に関する問題を提起することにした。

本稿では、とりあえず手続面に論点をしぼって以下の問題点を取り上げる。

- II 保釈請求権の性格
- III 原審弁護人の保釈請求権の時間的範囲
- IV 保釈許否の審理のあり方
- V 再保釈について
- VI 保釈保証金の没取と還付

今後の議論への呼び水となれば幸いである。

## II 保釈請求権の性格

### 1, 通説的見解と問題の所在

保釈請求権者は、勾留されている被告人又はその弁護人、法的代理人、補佐人、配偶者、直系の親族若しくは兄弟姉妹である（刑訴法88条1項）。

これらの者の請求権が、どのような権限に基づくものであるのか、すなわち代理権か固有権かについて争いがある。

この点について、通説的見解によると、弁護人の請求権は、いわゆる独立代理権であり、被告人の意思に拘束されることなく行使できる。また、法定代理人等一定の親族らの請求権も同様に解するとする<sup>(1)</sup>。

そのうえで、被告人以外の者の保釈請求権の本質は、代理権であり、保釈許否の決定は、被告人の保釈を許すかどうかを内容とする裁判であるから、当該決定の効力を受けるのは被告人であって、保釈請求者を却下した決定に対して不服申立権はない（法352条の「決定を受けた者」に該当しない）。

但し、弁護人については、被告人の意思に反しない限り、刑訴法41条の包括的代理権に基づいて可能であるとされてきた<sup>(2)</sup>。

しかしながら、果たしてそのように解するべきか。とりわけ最高裁判所17.3.25決定（刑集59-2-49）を受けて、むしろ固有権であると位置付けるべきではないのかというのが問題の所在である。

### 2, 立法の経緯

まず現行法88条に至るまでの立法経緯をみておく。

- (1) 旧々刑訴法においては、保釈の請求権者は被告人に限られていた（但し、被告人が無能者であるときは法定代理人の請求が許される）。

これが旧刑訴法において「勾留セラレタル被告人又ハ其ノ法定代理人、保佐人、直系尊属、直系卑属、配偶者、被告人ノ属スル家ノ戸主

## 保釈の「再構成」

若ハ弁護人ハ保釈ノ請求ヲ為スコトヲ得ル」(旧刑訴法115条)と改正され、保釈請求者の範囲が大幅に拡大した。

この改正は、保釈請求者として「被告人ノ属スル家ノ戸主」が加えられていることからみても、保釈の利益がいわば「家族権的」なものでもあるとしたといえる。その立法趣旨でも「本条ニ列举スル者ハ被告ノ利益を図ルベキ地位ニ在リ就中被告人ト近親ノ関係アル者ハ其ノ拘束ヲ受クルト否トニ付深キ利害ヲ有ス之ニ由テ本条ハ此等ノ者ニモ保釈ヲ請求スルノ権利アルコトヲ認メタリ」とされている。

さらに、旧法における保釈決定の告知に関して、次のような法曹会決議(昭4.12.13)がある。

〈問〉刑訴法第155条所定ノ者ヨリ保釈請求権ヲ為シタル場合其ノ許否ノ決定者ニハ裁判ヲ受クル者トシテ何人ヲ表示スベキヤ。

〈答〉保釈請求ノ許否ニ付テハ其ノ決定書ニ保釈請求権者ヲ表示シ、其ノ者ニ対シ決定書ノ謄本ヲ送達スベキモノトス。

すなわち、保釈請求の許否の裁判の名宛人は、請求者たる親族とされた。

これらからみても、被告人の代理権ではなく、一定の親族のもつ固有権であったとみるべきである。<sup>(3)</sup>

そして、現行法は、沿革的には、旧刑訴法115条を引き継いでいるといえる。

日本政府は、憲法改正に伴う法律制定のための調査・審議をする総理大臣諮問機関として臨時法制調査会を設置し、司法省内での司法法制審議会第3小委員会で刑事訴訟法改制要綱の作成が進められた。その要綱第1次案(昭21.8.5)では、「被告人を勾留したときは、直ちに、被告人の法定代理人、保佐人、直系尊属、直系卑属及び配偶者並びに被告人の属する家の戸主や、被告人の指定する者に、その旨を通知しなければならない」としたうえで、保釈の請求は、「検事、被告人、弁護人、被告の法定代理人等前記の者の請求により、原則として

相手方の意見を聞き、これを行ふものとする」とされた。

これが要綱第3次案(昭21.11.18)で、「勾留されている被告人又はその法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族、兄弟姉妹若しくは弁護士は、保釈の請求をすることができる」と変化し、その後の試案でもこの規定が踏襲され、現行法に至っている<sup>(4)</sup>。

- (2) もとより、憲法制定作業と並行して、旧法の保釈制度全体をどう改正すべきか、例えば被疑者の保釈請求を認めるか、権利保釈を導入するか、するとして例外事由をどの程度認めるかなど、重要な課題に関する審議が重ねられている。

旧法では、あくまで裁量保釈に限られていたが、最終案として権利保釈を原則とした現行法のような保釈制度となった<sup>(5)</sup>。

しかし、保釈請求者の範囲に限定していえば、家督制度の廃止に伴い、現行法の被告人、弁護士、そして一定の親族となったもので、旧法との間に基本的な変化はなかったといえる。

### 3、代理権か固有権かの問題

- (1) 刑訴法上、被告人以外の者の訴訟行為の権限根拠は、大別して代理権と固有権に類型化される。特に、法は弁護人の権限について明文をもって種々の規定をおいていることから、それらの法律関係を明確にするうえで類型化が意味をもつ。

そこで、通説的見解によれば、代理権には本人の意思に反して独立して行使できるもの(講学上の「独立代理権」)と、本人の意思に反して行使できないものの2種類がある。一方で、その性質上代理人になじまない固有の権限をもつもの(「固有権」)があると整理され、保釈請求権は独立代理権に基づくものであると理解されてきた。

そして、弁護士以外の者の保釈請求権も、弁護人の場合と同様に独立代理権とするのである。

- (2) しかしながら、独立した権限ではあるが、その本質は代理権である

## 保釈の「再構成」

というのは、概念自体自己矛盾をはらんでいないか。

そのことが、保釈許否決定の名宛人は、請求者が被告人か、決定書の送達は誰にすべきか、決定に対する不服申立権はあるのか否か、など実務上の取扱いをめぐって混乱が生じてははいないのか、被告人・弁護人以外の者でも保釈のほかに勾留理由開示請求（法82条）、勾留取消請求（法87条）等の主体となりうるが、これらの請求を統一的に解釈できるのかなど実務家として疑問を禁じえない。

学説からも、独立代理権という概念を立て、固有権と分ける必要があるのかという有力な批判が出されている。

すなわち、独立代理権とするのは、被告人・被疑者の権利（本権）が消滅した場合、代理権も消滅する点で法律関係が明確になるとされるところにあるが、代理に親しむかどうかと消滅をともにするかとは、理論的に一致させる必要はない。むしろ、被告人保護の視点から、独立に行使しうる権限は原則として固有権と解し、その固有権の中に、被告人・被疑者の意思を尊重すべきものがある<sup>(6)</sup>と考える立場である。私もこの見解を正当と考えてきた一人である。

以下、「独立代理権」という不明確な概念から解き放ち、固有権と捉え直すことで解釈上どのような帰結を導くことができるか検討してみたい。

### 4. 検討——固有権説からの帰結

(1) 被告人以外の者からの保釈請求権（以下、単にここでは「請求者」と略する）を固有権であると理解することによって次のような帰結を導くことができると考える。

① 第1は、保釈許否決定の告知は、請求者になすべきであり、このことをもって裁判の外部的成立要件が充足すると解することになる。

裁判は、一般的に申立人に対して告知することによって成立するというのが原理であり、請求者にかかる保釈請求は、固有権に基づ

くものであるから、裁判所は請求者を名宛人として決定をし、その者に告知すべきである。

ところが、保釈請求については、被告人とそれ以外の者からの請求があつて、いずれの場合であっても、被告人が保釈請求の効力を受けることになることから、誰に告知をするべきか、また裁判書の謄本を誰に送付すべきかをめぐって多岐にわたる見解があり錯綜してきた。

保釈許否の決定については告知を要しないという考え方もあるが、学説は、告知必要説に立って下記のように分かれている。

- (イ) 保釈請求者、被告人、検察官のいずれにも送達することを要するが、決定の外部的成立は、そのうちの1人に送達のあった時とするもの。
- (ロ) 保釈請求者と被告人の双方に送達することを要するが、決定の外部的成立はそのいずれか一方に送達のあった時とするもの。
- (ハ) 保釈請求者に対して送達すればよく、その送達があった時に決定の外部的成立があるとするもの。
- (ニ) 被告人に対して送達すればよく、その送達があった時に外部的成立があるとするもの。

私は固有権説に立って、基本的には(ハ)説をとり、そのうえで、次のように考えたい。

保釈請求者が、被告本人の場合は問題がないが、本人以外の請求であった場合でも、保釈許否の決定の効果を直接受けるのは被告人であり、保釈を許可した場合、その指定条件を履行しなければならない義務が生じるから、被告人に対しても裁判の内容を知らしめさせなければならない。その意味で被告人に対しても裁判書の謄本を送付すべきである。

しかし、そのことは、外部成立要件としての告知と別の保釈制度上のもつ要請であるというべきである。

## 保釈の「再構成」

検察官に対してはどうか。保釈不許可の裁判については、検察官に不服申立権がないから送達を要せず、事実上の通知で足りる。保釈許可した場合には、その執行を要するから、刑訴規36条によって<sup>(7)</sup> 謄本を送付することになる（詳しくは）。

- ② 第2に、請求権者は、自らの保釈請求が却下された場合、当然に不服申立権（抗告権）を有すると解することになる。

従前の実務では、一定の親族らからの保釈請求は、親族らの固有権でなく、本来、被告人が行使すべきものを代理行使したのであるから、抗告権はないとする傾向が強かった。この点について、学説でも積極説、消極説の対立があった。

しかしながら、最高裁平17.3.25決定（刑集59-2-49）は、覚せい剤取締法違反事件で起訴された被告人の父親が、第1回公判期日前に保釈請求したところ却下されたので、刑訴法429条1項の準抗告を申し立てたが、原裁判所は、「申立人が刑訴法352条所定の『決定を受けたもの』にあたらぬから同法429条1項の『不服がある者』にも該当しない」として準抗告の申立を不適法として棄却したのに対して、特別抗告をした事案において、「勾留された被告人の配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹は、刑訴法88条1項により保釈の請求をすることができるのであるから、それらの者が自ら申し立てたその保釈の請求を却下する裁判があったときは、同法352条にいう『決定を受けたもの』又は同法429条1項にいう『不服がある者』として抗告又は準抗告を申し立てることができるものと解するのが相当であるとして、原裁判所に差し戻した。<sup>(8)</sup> もっとも、最高裁が固有権説をとったのか、独立代理権説をとったのかは明らかにしていない。

請求権者の請求が独立代理権に基づくものであったとしても、自ら申し立てた保釈裁判において、裁判を受ける地位あるとする余地はあろう。が、固有権に基づくと解した方が理論的にも、実務的に

も明確になるといえる。

- ③ 第3に、保釈に関する実務上の取扱いとよく適合し、且つ保釈保証金の帰属と第三者との関係が明確になると解しうる。

実務において、請求者はその申立にあたって、自らが保釈請求者であるとして氏名を表示して申立をし、保釈許否決定の裁判書謄本も請求者に交付される。

さらに、保釈許可のあった場合、保釈保証金の納付義務者は請求者であり、当該保証金の還付請求者も請求者であるとするのが、通常取扱いであって、決して代理権方式がとられていないことと適合するのである（なお、第三者が保釈金を納付するには、「代納付」の許否を要する）。

したがって、民法上、保釈保証金の還付請求権は被告人に帰属しないから、例えば被告人の債権者が、これを差押えることはできないのであって、権利関係が明確になり、実務上の混乱が生じない。<sup>(9)</sup>

- (2) 次に、勾留の取消請求権との関係について触れておく。

勾留の理由又は勾留の必要がなくなった場合、被告人若しくはその弁護士、法定代理人、保佐人、配偶者、直系の親族若しくは兄弟姉妹は、刑訴法87条1項によって勾留の取消しを請求できる。この規定は、請求者の主体においても、被告人の身体不拘束の原則によるところからくる趣旨においても保釈請求権と同一である。

とすれば、本規定の解釈も、保釈請求と同様に解すべきことになり、また請求者の請求を却下する裁判に対して、不服申立権があると認められることになる。

### III 原審弁護人の保釈請求権の時間的範囲

#### 1. 問題の所在

弁護士選任の効果は、公訴提起後は、国選・私選を問わず当該審級に限られる（法32条2項）。



## 保釈の「再構成」

そこで、例えば、被告人が一審において禁固刑以上の判決の宣告を受けた場合、原審弁護人は、控訴審での弁護人に選任されなくとも被告人のために保釈請求あるいは再保釈請求権をもつのか。もつとすれば、その時点はいつまでか。私選弁護人であった場合には比較的処理が容易であるが、国選であった場合に、被告人に対する弁護権の保障という視点から深刻な問題が生じる。すなわち、一審に国選弁護人が付され、被告人の資力上、控訴審でも国選弁護人の選任を受けざるを得ない場合、その手続は、原審裁判所が控訴審の依頼によって弁護人選任照会をするものの、選任自体は、控訴裁判所の裁判長が行う（刑訴規250条、同178条）ことになるから、選任時期に一審裁判所から控訴審へ訴訟記録が送付され、受理された以降ということになり、この期間は控訴の申立からほぼ1ヶ月位をみておかねばならない。そうすると被告人は、この間、弁護人による保護が受けられないままの空白状態に置かれることになるからである。

この問題を審級代理の原則との関係でどのように解するか。そして、国選弁護人制度のあり方を問い直す大切な課題の1つでもあると考えるべきとするのが問題の所在である。

### 2、審級代理の原則と保釈請求権限

(1) 弁護人の選任は、その審級に限って効力があるとされているから、問題となるのは審級の終期をいつとみるかである。

審級の終期に関しては、周知のとおり、概ね次のような見解がある。

- (イ) 当該審級の終局裁判の言渡しまでとする説（終局裁判説）。
- (ロ) 当該審級の終局裁判の確定又は上訴申立によって移審の効果が生じるときまでとする説（上訴申立説）。
- (ハ) 裁判記録が上訴裁判所に送付されるまでとする説（訴訟記録送付説）。

そこで、この3つの見解を、一審弁護人の保釈請求権の時的限界に

において図式化すると、下記のように整理できよう。

保釈請求時	終局裁判説	上訴申立説	記録送付説
控訴申立のない間	不可	可	可
控訴の申立時	不可	不可	可
控訴の申立後に	不可	不可	可

ところで、審級の終期につき、判例は、旧大審院以来基本的には終局裁判説の立場をとってきたとみられる。これに対して学説では、上訴申立説が通説といえよう。<sup>(10)</sup>

ただ、保釈請求に関する現在の実務では、第1審において選任された弁護人であっても、控訴提起期間内で控訴の提起がない間は、改めて弁護人選任届を提出しなくとも保釈請求できる。しかし、被告人が控訴の申立をすると、その後は原審弁護人からの保釈請求は不適法として却下されるという運用がなされている。<sup>(11)</sup> もっとも、この運用が終局裁判説に立っただけで例外とするのか、あるいは上訴申立説に立った取扱いであるのか、必ずしも明らかではない。

しかし、いずれにしても、弁護人なき空白の時期が生じることで、被告人が不利益を受けることを回避する趣旨にあるといえる。

しかし、これによって第1項で提起した問題が解決するという事にならないのである。

- (2) 通常第1審における国選弁護人の選任率は、これまで年々増加しており、司法統計によると平成22年度の地裁事件では84%、簡易事件で83.4%であり、もはやわが国の刑事裁判は圧倒的に国選弁護人によって担われているといえる。<sup>(12)</sup>

一方、原審弁護人は、原審弁護人の任務として被告人の上訴の利益を保護するために、判決後、被告人と面会をし、判決の内容と問題点を説明し上訴権を失わないようアドバイスすることが法曹倫理として求められているが、これはもっぱら弁護人の負担で賄われている。

さらにすすんで、例えば、再保釈請求の手續に関与する義務までも

## 保釈の「再構成」

ないが、被告人から法的援助を求められることも多く苦悩することになる。

それはもっぱら、弁護士の負担においてなされることになるという経済性の問題にとどまらず、控訴審を担当しないにもかかわらずその間の責任を負いかねるとというのが素直な悩みである。

その結果、被告人の弁護権保障に空白期間が生じるのである。

これを解決するためには、第1に原審弁護人の権限の範囲を拡大した解釈をとること。

第2に、国選弁護人の場合、その仕事に対応した一定の報酬を支給することによって、よく果たされるのではないか。

実務弁護士から、空白期間<sup>(13)</sup>について法律扶助の適用を検討するべきという意見も出されているが、私は、権限と責任を与え、それに対する対価の保障をはかるという解釈と運用がなされるべきであると考えたい。

とすると、国選弁護人制度につき、政策的見直しの1つの課題となる。

このような考え方にたって、原審弁護人の権限の時間的範囲については、記録送付説が採用されるべきでその理由は次の2点に要約される。

理由の第1点は、訴訟記録が控訴審に到達するまでは控訴申立の前後を問わず、原審裁判所が勾留期間の更新、勾留の取消、保釈、勾留の執行停止、勾留の理由開示等の勾留に関する処分をしなければならない（法97条、規則92条1項ないし3項）のであるから、これに対応して上訴裁判所において国選弁護人の選任が可能となる時点まで、原審弁護人が保釈請求をすることを認めて何ら不都合はないこと。

第2点は、憲法37条3項の趣旨にかんがみて、間断のない弁護権の保障は被告人の権利擁護上に不可欠であり、新たな国選弁護人が選任されるまでの相当期間弁護人の保護を受けられない状態に置くのは、

弁護人依頼権の侵害であるとの疑いがあり、これを是正すべき解釈がとられるべきことによる。

理論的には、審級代理の終期につき記録送付説をとるか、あるいは移審の時期の問題と切り離して被告人の弁護権保障という側面からの個別的例外として考えるかである（これを一応「折衷説」としておく）。

後者の場合、保釈請求権のほかにも、勾留の取消権、勾留の執行停止など被告人の身体拘束にかかわる問題にとどまらず控訴審に向けた準備のための原審記録の閲覧請求などの個別事項にも及ぶことになる。

### 3, 最高裁判例の動向

最近の最高裁判例をみると、明らかに終局裁判説には立たず、個別的事案を解決しているといえる。以下、2つの決定についてみておきたい。

#### (1) 最高裁平4.12.4（刑集46-9-675）

① 事案の背景は、やや複雑であるが、問題点に限定して要約すると、被告人が有印公文書偽造等被告事件の第1審で、有罪判決を受け、判決宣告の翌日に控訴の申立の為に必要であるとして、第1審裁判所に対して自ら同被告事件の公判調書の閲覧を請求したところ、判決宣告後もその確定又は控訴申立までは被告人に付された原審弁護人の選任の効力が継続するとして不服申立を棄却した原決定の判断を争って特別抗告をしたものである。

これに対して、最高裁は職権判断をして、本件の場合、刑訴法49条にいう「弁護人がないとき」に当たらず、閲覧請求は許されないとした。

② 被告人は、刑訴法49条において、弁護人がないときには、自ら公判調書の閲覧請求ができるところ、本事案は「被告人に弁護人がないときに当たるか」が問題となった。

本決定は、これを否定したのであるから、最高裁としては弁護人選任の効力が判決宣告によって失われるものでないとする見解をとっ

## 保釈の「再構成」

たことが明らかで、原決定を正当としたことから上訴申立説に立ったと理解されている。もっとも、最高裁がどのような見解に立脚するかは特段明らかにしていない。<sup>(14)</sup>

- ③ なお、藤島裁判官の補足意見が付されている。同意見によると原審級は判決宣告によって終了するとしうえで、實際上、原審における判決宣告から訴訟が上訴審に係属するまでの間は、二つの審級のいずれにも属さない中間地帯であり、浮動的状态であるから、原審弁護人の効力の終期と直ちに結びつかず、刑訴法355条が原審弁護人に対して、本来原審の訴訟行為に属さない上訴権を特に認めた趣旨に照らすと、上訴申立権という特別の権限を行使する検討をする上で必要な一切訴訟行為をなしうることは理の当然とする。

したがって、本件の場合「被告人に弁護人がないときに当たらない」とした。

ただ、同意見によると、原審弁護人のなしうる訴訟行為は、上訴申立権の権限行使を検討する上で必要な限度とされているので、果たして保釈請求権がここに含まれるかの疑義は残る。

また、被告人が、判決宣告後直ちに控訴の申立をすると、それ以降は原審弁護人の援助は受けられず、問題の解決にはならない。

### (2) 最高裁平18.12.19決定(判タ1230-100)

- ① 本件の事案も、要約すると、被告人が強姦被告事件の第1審で、有罪判決を受けたが、同被告事件の捜査段階において押収された自己の所有物の還付を検察官に請求したところ、一部しか還付されなかった。

そこで、自ら「検察官の押収品、還付処分に対する準抗告申立」と題する書面(被告人の署名がある。「本書面」という)を作成して、原審での国選弁護人に託した。原審弁護人は、判決言渡しの20日後に同弁護人作成の申立書に申立の趣旨、理由を記したうえで、本書面を添付して準抗告の申立をしたが、原決定が「被告人が控訴

を申し立てていることにより、弁護人に対する国選弁護人選任の効力はすでに失われている」として棄却した。これに対する特別抗告である。最高裁の判断は、原審弁護人の準抗告を不適法とするなら、少なくとも被告人作成の本書面を独立した準抗告の申立とみて判断すべきであったところ、原審が形式的処理をしたことは、著しく正義に反するとして原決定を取消した上、本件を原審に差し戻した。

- ② 原決定の処理が、著しく正義に反するか否かはおくとして、原決定が上訴申立説の立場をとったことは明らかである。

この点に関する最高裁の直接の判断は、回避されているが、注目すべき2つの補足意見が付されている。

1つは、泉裁判官の補足意見である。同意見は、国選弁護人の選任の効力につき、被告人の控訴申立があったというだけで直ちに失われるものではなく、少なくとも当該被告事件の訴訟記録がいまだ第1審裁判所に存し、同裁判所が被告事件に付随する事項について裁判をする可能性がある段階では、第1審選任弁護には弁護権を行使することができるとした。記録送付説に立ったことは明白であり、その理由として、このように解することが憲法37条3項の刑事被告人は「いかなる場合にも」弁護人を依頼することができる」と規定している趣旨に適合する。

さらに、刑訴法32条2項は、被告人に原審弁護人と異なる弁護人選任の機会を保障し、憲法37条3項の弁護人依頼権を実効あるものとするための規定であって、かかる被告人保護のための規定を根拠に、被告人の弁護人依頼権を制限するような解釈をすることは許されないのだとした。

次が、才口裁判官の補足意見である。同裁判官が、審級代理の原則につきどのような立場をとるのかは明らかにされていないが、泉裁判官の意見を踏まえた補足意見であるとしたうえで、次のような意見をのべている。

## 保釈の「再構成」

その一部を原文のまま引用すると、「国選弁護人選任の効力の終期につき、訴訟記録送付の有無と結びつける見解を開陳されている。確かに、可能な限り間断ない弁護権の保障は被告人の権利保護や人権の擁護に不可欠であって、刑事弁護の理念でもあるが、国選弁護をめぐる解決すべき多くの問題が山積しており、特に、平成18年10月から日本司法支援センターが業務を開始して国選弁護報酬の支払事務等が同センターに移管され、これらの実務が緒に就いたばかりでいまだ定着していない等の状況を配慮すれば、当審が本件について弁護人選任の効力の終期につき判断を示すことは時宜を得た処理とはいえない。

また、間断ない弁護権の保障を実現するためには、上訴申立後に国選弁護人の選任を速やかに行う態勢の整備が不可欠であり、それには、まずもって原審裁判所が上訴審裁判所に訴訟記録を可及的速やかに送付するという実務の改善とその定着こそが急務である」と指摘した。

### 4. まとめ

最高裁の判例を分析すると、審級代理の原則について、もはや終局裁判説をとっていないとみてよく、さりとて、下級審において実務上運用されている上訴申立説に立っているとも断定できず、その解釈はなお流動的であるとみられる。

前掲平成18年決定の2つの補足意見が示唆したとおり、本稿で提起した弁護人選任の効力の終期、国選弁護人の保障の充実につき、さらなる理論検討とそれを支える弁護権保障の見直しが求められているのである。

## IV 保釈許可の審理のあり方

### 1. 問題の所在

旧法下における保釈制度は、請求による裁量保釈に限られたが、現行

法は権利保釈が原則となった。

このことは、「無罪推定の原則」および人身の自由を踏まえた「身体不拘束の原則」から導かれ、被疑者・被告人の身体の自由を剥奪することが例外的且つ極少化されねばならない要請を受けたものであると解すべきであろう。<sup>(15)</sup>

しかるに、わが国の権利保釈は除外事由が広く、とりわけ刑訴法89条4号の「罪証隠滅のおそれ」の除外要件によって、保釈が厳しく制約されるものとなっている。

そこで、4号の罪証隠滅の除外要件は、立法上削除されるべきである。さらに立法的解決をまつまでもなく、その該当性の判断は、罪証隠滅の危険性の存在が、具体的、客観的に認定される場合に限った解釈がとられるべきという見解が強く主張されることになる。<sup>(16)</sup>

実務裁判官からも、近年、裁判員裁判のための防御活動の十分な保障という視点から、「保釈による身体拘束の解放が可能な限り認められるべきで、保釈の運用の見直しが不可避である」という趣旨の指摘がなされている。<sup>(17)</sup>

問題は、これまでの実務の傾向であったいわば「抽象的危険性」の判断から「具体的危険性」への判断へ転換されるとしても、審理にあたる裁判官が、そのことを裏付ける資料に基づき客観的に判断する担保をどう構築するかである。このことを検討しない論争は、空虚なものとなる。

4号自体の解釈あるいは立法論については改めて検討することとし、本稿では、保釈許否の審理のあり方について問題点を提起するものである。

将来的には、対審構造がとられるべきであると考えるが、現行法の中においてもそれに近づく運用は可能であろうという視点から論じる。

## 2. 現状における保釈審理の手続

保釈請求は、ごく例外を除き、弁護人が担当する場合は圧倒的多数で



## 保釈の「再構成」

あるので、これを想定する。また、裁判員裁判下での保釈に関して特有な問題があるが、後述することとして、一般的な手続の流れをみておく。

- (1) 第1回公判期日前の保釈請求に関する処分は、原則として受訴裁判所の構成員以外の裁判官が行い（法28条1項、規則187条1項）、第1回公判期日後の処分は受訴裁判所が行うことになるが、請求から決定に至るまでの手続の流れは、ほぼ共通する（以下、いずれについても「裁判所」と表示する）。

裁判所は、弁護人から保釈請求の申立（通常は書面による）があるとして、①まず検察官に対して求意見を求める（法92条3項）。②これに対して検察官は意見書を提出する方式で回答する。③裁判所は、これを受けて、判断の為に検察官から捜査記録の取り寄せをして閲読する。④弁護人は通常、前記②の回答がなされた時期を見計らって裁判所に面会を求め、申立書に付加した説明をして、準備可能な保釈金の程度についてあらかじめ伝えておく。⑤そのうえで、保釈許否の決定に至るとというのが一般的流れである。

もっとも受訴裁判所の場合、否認事件で、多くの証拠が法廷に顕出されていないにもかかわらず、捜査記録を閲読できるのか予断排除の原則に照らして問題がある。

しかし、通常は、一件記録を取寄せて閲読しているというのが現実<sup>(18)</sup>である。

- (2) ところで、検察官が「保釈相当」とした場合はともかく、「不相当」とした意見を回答した場合、その理由が分らず、弁護人が裁判官と面会をしても的を射たものとはならない。

また、保釈請求が、第1回公判期日前の段階では、検察官の開示記録の整理が未了で、弁護人は捜査記録の一切を閲覧・謄写できていない。

保釈請求却下に対して準抗告をすとしても、具体的な争点の手探りになってしまう。

そこで、弁護人としては、裁判所に提出された検察官の意見書（これに一体として添付される疎明資料も含む）および裁判所に取寄せられた捜査記録の資料を閲覧あるいは謄写しておきたい。

しかし、裁判所の対応は、概ね検察官の意見書の開示には応じるが、捜査記録については拒否しているようである。

中には、検察官意見書の開示すら許さない裁判官もおり、極めて例外的ではあるが、弁護人との面会すら多忙を理由として拒否する裁判官もあると聞く。

裁判所が一件記録を開示しない理由は、「事実上の取寄せを行っている」もので、いまだ裁判所が正式に保管すべき書類に当たらないから、弁護人に閲覧・謄写の機会を保障すべき対象ではないという取扱いによるようである（法47条の公開禁止の適用）。

以上が、現在の保釈審理の状況であり、被告人の身体的拘束からの解放という重要な手続であるにもかかわらず、弁護人の関与は制約を受け、密室で検察官提供の資料に基づいて判断されることになる。

その結果、権利保釈の原則はほとんど無意味となり、所詮、裁判所の裁量に委ねられてしまうことになる。このことが、保釈許可率の低い原因の一つでもあると考えられる。

### 3, 検討課題

- (1) 拘束を受けた被疑者・被告人のすみやかな解放は、憲法34条の要請である。わが国の刑訴法も、一応は、具体的な救済の為の諸規定を置いている。

そのうち、比較的早期の段階で拘束を規制してゆく為の司法チェックとして、例えば、起訴前勾留の裁判（法61条、同207条1項）や、勾留理由開示の制度（法83条～86条、同207条1項）がある。

しかし、理論的にはともかく、現実の運用は、前者の勾留裁判には弁護人の立会権が保障されていないし、後者の理由開示裁判では、弁

## 保釈の「再構成」

護人の立会は不可欠とされているものの、裁判官は勾留状に添った程度でしかその理由を開示せず、勾留の取消にも結びついておらず、チェック機能はよく果たされていない。

そこで、保釈ということになるが、これにも起訴前保釈が認められておらず、起訴後の保釈の審理も、すでにみてきたような書面審理でしかない。

これら身体拘束に関する手続が、憲法34条の趣旨によるものであるなら、そこには、いずれについても適正手続の担保が求められよう。それは、本来的には公開の場において十分な攻撃と防御の機会が保障されたものでなければならないということである。

私は、起訴前保釈を導入したうえで、勾留理由開示、勾留取消および起訴前保釈請求の裁判を一体として且つ対審構造をとった審理手続がとられるべきであると考えてきた。が、立法論にわたる領域でもあつてか、賛同を得がたい<sup>(19)</sup>。

しかし、今日の運用を善しとするものではあるまい。また、「国際基準」に照らして疑義のあることについては多くの指摘がなされている。

立法論を留保しつつ、現行法での運用をどう改善してゆくのが当面の重要な課題である。

参考までに、わが国と同様に勾留の要件として「罪証隠滅」をあげるドイツの場合を簡単にみておくことにする。

- (2) まず、ドイツにおける、令状に基づく場合の原則的な身体拘束の手続を、ごくごく簡単にみておくと、①裁判官の勾留命令（ドイツ刑訴法114条）→②勾留状謄本の被疑者への交付（同法114条a）→③書面による権利告知（同法114条b）→④身体拘束後遅くとも翌日中に裁判所への引致、その引致後遅くとも翌日中に裁判官による尋問（同法115条、115条a）→⑤身体拘束するかどうかの判断（同法115条、115条a）の手順がとられる。

そのうえで、被疑者の身体が拘束された場合には弁護人の関与が不可欠となり（同法140条4号）、起訴前手続において遅延なく国選弁護人が選任される（同法141条3項）。但し、ドイツの勾留の期間は、起訴前・起訴後の区分がなく原則6ヶ月以内とされる（同法121条1項）。

上記のような流れにおいて、被疑者・被告人は当該勾留に対して、その執行開始後はいつにても勾留審査の請求や勾留に対する抗告ができる（同法304条）。

勾留審査は、被疑者・被告人による勾留の取消しまたは勾留状の執行猶予に関する審査の請求によって開始される（同法117条1項）。

「勾留状の執行猶予」は、同法111条1項から3項の要件に基づき裁判官によって決定されることになるが、これがわが国の「保釈」にあたる。

この審理は、書面によることも可能であるが、基本的には口頭審理がとられている。

ところで、本項の関係において、ドイツの保釈（勾留状の執行猶予）では、口頭審理がなされるが、その審理に先立って弁護人側に捜査記録を閲覧する権利があるかである。

ドイツ刑訴法147条1項は、捜査記録を閲覧することができるとするが、同2項によって、検察官が捜査目的の阻害を理由として開示を拒否できることになっており、現実の運用に問題が生じてきたようである。

しかし、この状況は、主としてヨーロッパ人権裁判所の一連の判例によって破られ、記録の開示が実務でも定着する。

1989年（平成元年）のLamy判決は、ヨーロッパ人権条約5条4項を根拠に、勾留に対する準抗告手続や勾留審査手続は、対審構造でなければならず、さらに訴追側と被疑者との間における武器対等が保障されたものでなければならない。そして、武器対等の具体的内容として、勾留がどのようなものによって根拠付けられているのかを、適

## 保釈の「再構成」

当な方法で争う機会<sup>(20)</sup>の必要性を指摘した。

さらに、2001年（平成13年）の Lietzow, Schöps, Garcia Alva 判決では、次のような判断を示した。

- ① 裁判官による勾留決定の正当性に関する被疑者・弁護人による検討は、被疑者が警察やその他の捜査結果および供述、そして証拠物を知る十分な可能性をもつ、ということを前提条件とする。
- ② 身体拘束者は、自由剥奪の適法性に関して、重要な諸事情を再検討する権利を持つ。裁判所は、その際、検討の手段として、司法による手段、対審的手段、検察官と未決被拘禁者との間における武器対等の原則が保障された手段を保障しなければならない。依頼人の勾留の適法性を非難することが可能となるような捜査書類中の重要な文書へのアクセスが、弁護人に対して拒否された場合は、武器対等は保障されていないこととなる。
- ③ 他方で、被疑者が証拠方法に影響を及ぼし、そして捜査の執行を妨げるのを防ぐために、続行中の捜査中に収集された情報のある部分を秘密にするという意味での捜査の効率性は重要である。しかし、このような正当な目的は、弁護権が実質的に削減されることを導くものではない。<sup>(21)</sup>

これを踏まえて、2010年（平成22年）のドイツ未決拘禁法において法147条2項の記録閲覧に関する規定が改正され、捜査が阻害される可能性がある場合に記録閲覧を拒否できるとの規定を第1文とし、第2文として、「第1項の要件が存在し、かつ、被疑者が未決勾留または仮逮捕下にある場合、自由剥奪の適法性判断にとって重要な情報が弁護人に適切な方法で利用可能な状態に置かれなければならない。その限りで、通常、記録閲覧は保障される」が挿入されていることになった。

わが国では、被疑者・被告人に対する保障が停滞したまま動かず、国際人権規約委員会の改善勧告にも従わないという現状は、もはや体

たらくというほかないが、どうであろうか。

#### 4, 課題克服のために

- (1) 保釈の許否は、決定によるから、その判断にあたって、口頭弁論に基づくことを要しないし、個別的な規定においても訴訟当事者から意見を聴き取り、陳述を求めることは定められていない（但し、検察官に対する求意見は規定されているが、その回答を得ることは不可欠でない）。

もっとも、実務では裁判所において、訴訟当事者の意見を聞き、判断の為に捜査記録を閲覧しているが、これらはいずれも事実上のものであるという取扱いがなされてきたことは、すでにのべたとおりである。

しかし、保釈の許否は、身体の拘束に関する重要な判断であるから、本来的には対審の手續がとられ、被告人の防御権を保障すること、さらにその保障を実現するために捜査資料等へのアクセスも可能としなければならない。

このことを現行法の枠内で、どう克服するかである。

- (2) 裁判所が、保釈許否の判断にあたって、どのような手續をふむべきか、まず、一つの構想（イメージ）を示す。

私は現在、神戸地方裁判所において、傷害致死被告事件の裁判員裁判における公判前手續に参与しているが、この手續では、通常の法廷が使用され、被告人も出頭のうえ、訴訟当事者が攻防をつくし、これに伴い関連証拠も開示され、争点が形成され、順次必要な決定がなされ、極めて円滑に進行している。<sup>(22)</sup>

保釈の許否の決定にあたって、検察官が「保釈相当」とした場合とは別として、「不相当」とした場合の審理においても同じような手法をとることが検討されてよいのではないか。

そのことは、法的にも可能であって、公判前準備手續のような規定

## 保釈の「再構成」

の定めはないものの、阻害理由はあるまい。

すなわち、裁判所は、保釈許否の判断にあたって原則として刑訴法43条3項による事実の取調べを実施することである。

そのうえで公開の法廷によらなくてもよいが、事実の取調べにおいて訴訟当事者を参加させ、必要であれば立会いのうえ、関係者からの事情聴取も行ってゆくことができる（刑訴規33条3項）。

このことをよく果たすためには、その前提として被告人・弁護人側に対する情報の開示が不可欠である。

そこで、裁判所が判断の為に当該事件の捜査記録一式を事実上取寄せて閲覧しているという現状を改善するべきで、検察官が保釈不相当とする回答をした場合は、その理由を具体的に明らかにしたうえで、理由を裏付ける資料を提出する。そのうえで、裁判所がなお捜査記録を必要とするなら、全捜査記録一式を取寄せるのではなく、必要な限度での捜査記録の提出を命じたうえで、正式に保管すべきである（刑訴規298条）。弁護人側は意見書に添付された資料はもとより、取寄せにかかる捜査記録のいずれについてもあらかじめ裁判所内において閲覧することを認めるということが具体的方策として確立されるべきで、そのことは、刑訴法40条の解釈によって可能となる。

法40条の解釈については、第1回公判期日後裁判所に提出された書類、主としては証拠調べを経た書類を対象とする考え方があがる。が、かかる解釈は問題であって、受け入れ難い。

本条は、旧刑訴法44条を引き継いだもので、旧法では起訴と同時に一件記録が裁判所に提出されたために、その保管中の書類・証拠物の閲覧ができるとしたもので、新法ではこれに対応する証拠開示は、検察官と弁護人間の関係ということになったから、受訴裁判所が第1回公判期日後に受理したまたは証拠調べをするために保管中の書類等に限られるという考え方が根底にあるのではないと思われる。

しかしながら、本条は、被告人の防御の準備の為に、弁護人に認め

られた固有権であって、その目的に添うものであればよく、限定的に解すべきではない。

一方、検察官も刑訴法270条によって閲覧権、謄写権をもつ（但し、弁護士と異なって裁判外で且つ証拠物の謄写権もある）が、例えば必要とされるものには勾留関係の処分記録や起訴前の証人尋問調査などがあるが、第1回公判期日後のものには限定されていない。

弁護人の閲覧、謄写権についてのみ対象外ということにならない。

さらに、法40条は、その文理において「起訴後に裁判所において」という限定はあるが、「裁判所の保管する訴訟に関する書類及び証拠物」を閲覧謄写できるとするもので、保管された訴訟に関する記録であればよく、それ以上の限定をしていない。

そうすると、保釈の審理において前述したように法43条3項による事実の取調べがなされ、その取調べの為に提出され、裁判所が一時的にしる保管した書類等は、訴訟に関するものであって、閲覧・謄写の対象となることは明らかであろう。

なお、刑訴法47条の訴訟書類の公開禁止の関連で、問題が残るが、同条は訴訟関係人の名誉等、プライバシー等を保護し、また、裁判に対する外部からの不当な影響を防止することにより、訴訟に関する記録を一般公開、すなわち不特定多数の者に開示することを禁じたものである。

したがって、訴訟における当事者が裁判の準備や被告人の防御のために訴訟記録を閲覧、謄写することは、適用外のことであって、法40条の閲覧謄写権限を制約するものでない<sup>(23)</sup>と解する。

この点について、判例をみておく。最高裁平7.11.28決定（公刊物未登載）は、浦和地裁が、保釈請求を却下し、準抗告においても棄却決定をした事案に対する特別抗告であるが、同決定は、抗告自体を刑訴法433条に該当しないとしたうえで、理由中のおお書きにおいて「検察官の意見書について、弁護人に閲覧・謄写をさせなかった点は



## 保釈の「再構成」

是認できない」とした。

その理由は付されていないが、最高裁が、弁護人に検察官の保釈に関する意見書を閲覧・謄写させるべきとしたことは、実務的に意義のある決定である。

ただ、取調べのための捜査記録などの場合にどうなるか、先例は見出しえなかった。

- (3) 最後に、裁判員裁判と保釈の関係について若干触れておきたい。

裁判員裁判の対象は、いわゆる「重大事件」であって、これまでは保釈の許可をとることが困難であった。しかし、最近、公判前準備手続が終了した段階で裁量保釈が許されるケースが多く報告されており、好ましい傾向にある。

ただ、2点指摘すると、まず、この場合に保釈の審理は誰が担当するかである。

法文上の原則からすると公判前準備手続を主宰した受訴裁判所ではなく、それ以外の裁判官ということになるが、私は受訴裁判所に判断させるべきであると考えたい。次にその場合、受訴裁判所は、保釈許可の判断にあたって、捜査記録を取寄せたり提出されるべきでない。

受訴裁判所としては、公判前準備手続を経て、すでに事件概要を理解し、当事者双方の主張も出揃ったうえ、証拠として何が問題となるかも十分把握しているのであるからその必要性もないのである。そうすることによって予断排除の原則との抵触の問題は回避できるから、立法解決を待たずとも、当事者間に異論がなければこの運用がとられてよいと考えるもので、とりあえずの問題提起である。

## V 再保釈について

### 1, 問題の所在

ごく最近のことであるが、神戸地方裁判所において、保釈中の被告人に実刑判決が宣告されたのち、原審での控訴保釈がすみやかに認められ

且つその保釈保証金が、原審での保釈保証金と同額と決定されたことが弁護士仲間で話題となった。

私は、ごくあたりまえのことではないかと思うのだが、現実の実務では極めて珍しいケースということのようである。

そこで、このことを問題認識として、再保釈を取り上げる。

なお、「再保釈」という呼び方は、被告人が公判中に保釈が一旦取消され、新たに保釈が許可されるような場合も含むが、本稿では、もっぱら第1審の実刑判決後の再保釈の問題に限定して用いる。

## 2. 実務の現状と再保釈の基準

(1) 実務の運用を見ると、昭和40年代の資料であるが、最高裁判所事務総局編「令状関係法規の解釈運用について」〈下〉によると、当時の再保釈率は60%を越えており、(昭和39年統計で64.1%)、現場の裁判官には、審理や刑の執行に悪影響はない限り保釈を許すという考え方が強くあったことがうかがえる。

しかし、最近の統計をみると、例えば平成10年から平成12年の3年間の再保釈率の平均値は38.1%まで低下しており、この10年後の平成20年から平成22年の3年間の再保釈率はさらに低下し34.5%である。この原因を1つの理由で説明できないが、例えば控訴審における審理の形骸化、被告人の保釈金負担能力の問題、国選弁護人の増加などに、大きい要因があろう。

そして、看過できない要因として、実刑判決言渡後の再保釈の基準に関する通説および実務裁判官の考え方が後述するとおり制限的であること、加えて仮に再保釈を許すとしても保釈保証金の高額な上積みを求めることにあることは間違いなく、これが現在の実務をリードしていることである。

(2) 禁固刑以上の実刑の宣告があると、控訴手続がとられるか否かにかかわらず一律に且つ当然に従前の保釈の効力は失効する(法343条)。

## 保釈の「再構成」

被告人としては、控訴審での裁判を受ける為に再保釈請求をするようになるが、従前の保釈が権利保釈を原則としたのに対して、実刑判決後のそれは裁判所の裁量（法90条）となる。

そこで、再保釈の基準が問題となるのだが、この基準について明文の規定はない。

実刑判決言渡後の再保釈の基準をめぐって、再保釈は原則として許されるべきであるとする非制限説と、原則として許すべきでなく特段の事由がある場合に許されるとする制限説の対立がある。

制限説が、圧倒的多数説であって、実務も原則としてこの見解で動いているとみてよい。

制限説は、無罪の推定が覆ること、さらに実刑判決後の勾留は刑の執行確保にその主たる目的が移ること、実刑判決の宣告によって逃亡の恐れが増大することなどを理由として、法343条の保釈の当然執行、勾留更新の制限および権利保釈の不適用の規定を合理的な制約であると解するところにある<sup>(24)</sup>。

そして、この制限説に立つと、仮に再保釈を許可する場合でも、当然に保釈条件が厳しくなり、保釈保証金の相場は、第1審時の保証金に対する50%増をめどとしてそれ以上の提供を要求する決定も多くみられる（公式データがないが、多くの弁護士の実務感覚と一致している）。

しかし、果たして、制限説の見解は正しいといえるのか。以下、検討する。

### 3, 検討

- (1) 制限説が根拠とする第1の理由である一審で禁固以上の刑に処する判決の宣告を受けた者には、無罪推定が覆るとする点であるが、無罪推定の原則は、本来、有罪判決が確定するまでその適用が働くものであって、有罪判決の言渡しによって直ちに消滅するというものでな

(25)  
い。

また、自由人権規約93条3項「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ない」や、国連被拘禁者処遇最低基準規則84条2項「有罪が確定されない被拘禁者は、無罪と推定され、かつそれにふさわしく処遇されなければならない」とされる国際基準に違反するという疑いは免れないのであって、理由付には再考を要する（但し、大阪地裁決平1.5.17は、法が裁量保釈の余地を残し権利保釈を認めなかったことには合理的理由があり、自由人権規約93条3項に違反しないと判旨した）。

次に、一審の実刑判決によって刑の執行確保の必要が顕在化するという点であるが問題は、有罪判決の確定がないにもかかわらず、確定後の刑の執行を保全する目的をもった勾留が許されるかである。

多数説はこれを肯定するが、勾留の目的に刑の執行の確保を含めることは許されないし実刑判決の宣告によって判決の確定がないにもかかわらず、当然に身体を拘束することが原則であるとするそれは刑の先取りをすることを意味するもので、極めて疑問であるとする反対説も強い。有罪判決の効果として刑の先取りをするものだと断定することには、なお議論の余地があるが、事実上そのような機能を果たすことになることは否定できないであろう。

いずれにしても、この見解の対立は、無罪推定の原則をどのように把握するかとの差異に還元させることになるといえよう。

残る問題は、実刑判決の宣告によって、逃亡の恐れが増加するという点であるが、実刑判決の宣告によって逃亡の恐れが増大するというのは、極めて観念論であって、この主張を裏付けるデータはない。

確かに、抽象的な危険性が増大することは認められるかもしれない。しかし、再保釈の判断にあたっては、個々の事案に応じ、具体的に逃亡の恐れが増加したということが認定されねばならないはずである。

そして、仮にその危険性が高くなったというなら、そこで初めて保

## 保釈の「再構成」

釈保証金の増額が提示されてよいと考えるべきである。

制限説の根拠は、必ずしも適確な理由となっておらず再検討が求められる。

(2) 参考までに、ここでもドイツの場合を簡単にみておく。

ドイツでは、第1審で自由刑の有罪判決があった場合でも、わが国の刑訴法343条に当たる規定はないから、保釈の効力は当然に失効しないといえる。

但し、ドイツ刑訴法116条は、4項において勾留の執行を命じる（わが国の保釈の取消しに当たる）場合を規定し、4項3号で「新たに生じた事情により身柄の拘束を必要とするときに至ったとき」をあげる。

そこで、第1審で有罪判決があったことが3号に該当するかである。

結論からいえば、そのことをもって直ちに勾留状による再執行がなされるものではなく、むしろ4項3号の解釈は狭く限定されており、勾留状の執行猶予（保釈）の取消の敷居は非常に高く設定されている。

このことは、憲法裁判所の判断上のものであってドイツ基本法（憲法）2条、104条の保障において、人身の自由という基本的人権の重要性に相応する効果を示すような解釈が適用されねばならないという思考による。

そして、刑訴法116条4項3号の理由に基づく勾留状の新たな執行は、「被告人が予想外に厳しい判決を受ける場合、あるいは、裁判所がそれを〔勾留状の〕猶予決定の時点で知っていたならば、不拘束〔勾留状の執行猶予〕の拒否のきっかけになったと考えられるその他の（時間的には猶予決定の前に存在していたものであっても）重大な事実が事後的に知られる場合にも、問題となる。それに対してすでにこの時点で、のちに言渡される一比較的高いものであっても一刑罰が予想されえた場合で、且つ、被告人がそれにもかかわらず彼に課された賦課に正しく従った場合には、刑訴法116条4項3号の事案には該

当しない」とされているのである。<sup>(26)</sup>

わが国の刑法343条による当然失効の規定は見直されるべきであろう。

そして、制限説がとる第1審での有罪判決によって原則として再保釈を認めない。例外として「特段の事情」の存在を要件とする考え方は、到底とりえないという他ない（ドイツの場合と比較すれば、規制の仕方も結論も全く逆立ちしている）。

#### 4. まとめ

以上の検討を通した「まとめ」として、今後の課題について3点をあげておきたい。

その第1は、現在の実務で定義されているいわゆる「制限説」に立った解釈と運用は、見直しが必要であり、再構成されねばならない。

人身の自由の保障に根ざしたものでなければならぬし、加えて、控訴審における被告人の防御という視点からも再検討が求められ非制限説がとられるべきである。

第2に、研究者・実務家—とりわけ被告人の側に立つべき弁護士すら、再保釈についての問題提起をこななかったことは、大いに反省すべきでないだろうか。

活発な議論を起すために、それを裏付ける実証的データの集積とそれを受けて理論構築が図られねばならない。

第3に、法343条の保釈の失効の規定にかかわらず、法96条の保釈の取消しの規定にも相当に問題が多い。

この際、保釈取消に関する規定の全てにわたって立法上も解釈上も見直しがなされるべきで、この点については、改めて検討したい。

## VI 保釈保証金の没取と還付

### 1, 問題の所在

保釈保証金の没取と還付の関係について、最高裁から2つの重要な決定が出た。

最高裁平 21.12.9 (刑集 63-11-2907) と最高裁平 22.12.20 (刑集 48-8-1356) の各決定であり、前者は刑の執行開始後の保釈保証金の没取の可否 (決定は肯定した)、後者は被告人が実刑判決を受けたのちに逃亡したが、判決確定前に収容された場合の保釈保証金の没取の可否 (決定は否定した) が、それぞれ問題となった事案である。

いずれも被告人・弁護人側からの保釈保証金の還付請求と没取との衝突であるが、2つの最高裁決定によって一定の解釈基準が整ったかにも見える。しかし必ずしもそうとはいえず課題も残されていると思われる。

本稿においては、前記2つの決定を分析し、残された課題について検討する。

### 2, 法文上の構成と課題

(1) 検討にあたって、保釈保証金と還付の関係について法の枠組みをみておくことにするが、多賀千賀子「保釈取消決定に基づく収監後に保釈保証金を没取することの可否」(研修476-63) で分りやすく図表で整理されているので、これを参考とさせていただき一部修文したものをあげておく。

この表から明らかなとおり、還付請求権は、被告人の収容によって発生する。

一方、没取は、保釈取消の場合は裁判所の裁量によって、判決確定後の場合は一定の事情の存在によって必要的となるが、いずれの場合にあっても、被告人が収容された後に没取が可能かが問題となるが、法は没取の終期がいつまでであるかは示していないことから解釈上の

	保 積	収容手続	没 取	還 付
保 積 取 消	法96条1項 (裁判所は次の各号の1にあたる場合には…決定を以て保釈を…取り消すことができる。)	法98条による。	法96条2項 (裁判所は、決定で保証金の全部又は一部を没取することができる。)	規則91条1項2号 (保釈が取り消され…たため被告人が収容されたとき。)
保 積 失 効	判決宣告後確定前 法343条 (禁固以上の刑に処する判決の宣告があったときは、保釈…はその効力を失う。)	規則92条の2による。	(没取規定なし)	規則91条1項2号 (保釈が…効力を失ったため被告人が収容されたとき。)
	同上 確 定 後	法484条、同485条による。	法96条3項 (判決が確定した後、執行のため呼出を受け、正当な理由がなく出頭しないとき、又は逃亡したときは、検察官の請求により、決定で保証金の全部又は一部を没取しなければならない。)	規則91条1項1号か同条1項2号か。

対立が生じる。

また、有罪判決後確定前についての没取規定がないが、これをどう考えるかが問題となる。

(2) 次に、最高裁判例をみておく。

① 平成21年12月9日決定<sup>(27)</sup>

本件事案は、被告人が実刑判決確定後、刑の執行のための呼び出しに応じず、その所在が判明しなかったことから、検察官から判決確定から約4ヵ月後に保釈保証金の没取請求がなされた。しかし、被告人は没取請求の日の4日後に発見され、没取決定が出る前に刑



## 保釈の「再構成」

事施設に収容された。

しかし、裁判所が収容後に保釈保証金の一部を没取する旨の決定をしたことに対する特別抗告である。

この事案に対して最高裁は、原々審決定が抗告理由として引用した大阪高裁昭38.2.2決定（大阪高裁判事判例速報昭38年1号）に相反する判断であるとしたうえで、次のように判旨して引用判例を変更して抗告を棄却した。

「この規定（法96条3項）は、保釈保証金没取の制裁の予告の下、これによって逃亡等を防止するとともに、保釈された者が逃亡等をした場合には、上記制裁を科することにより、刑の確実な執行を担保する趣旨のものである。このような制度の趣旨にかんがみると、保釈された者について、同項規定の事由が認められる場合には、刑事施設に収容され刑の執行が開始された後であっても、保釈保証金を没取することができると解するのが相当である」とした。

これによって、最高裁が肯定説に立ったことは明らかであるが、なお検討すべき課題は残されているといえる。

すなわち、本決定は、検察官が刑の執行開示前に保釈保証金没取請求を行った（没取請求→収容→没取決定）事案であって、刑の執行が開始された後の没取請求（収容→没取請求→没取決定）の可否について判断したものではないから、後者の場合の没取可否の問題は残る。この問題は保釈取消による没取の場合にも同様に生じる。

### ② 平成22年12月20日決定<sup>(28)</sup>

本件は、被告人が控訴審の判決後、上告するとともに再保釈を請求したが却下された。被告人は検察庁からの呼び出しに応じず、所在不明となったが、その後身柄が確保され収容された。そこで被告人は上告を取り下げたために実刑判決が確定した。そこで検察官が刑罰法96条3項の適用ないし準用すべきとして保釈金の没手を請求した事案である。

この事案に対して最高裁は「刑訴法96条3項は、その文理及び趣旨に照らすと、禁固以上の実刑判決が確定した後に逃亡等が行われることを保釈保証金没取の制裁の予告の下に防止し、刑の確実な執行を担保することを目的とする規定であるから、保釈された者が実刑判決を受け、その判決が確定するまでの間に逃亡を行ったとしても、判決確定までにそれが解消され、判決確定後の時期において逃亡等の事実がない場合には、同項の適用ないし準用により保釈保証金を没取することはできないと解するのが相当である」とした。

本決定は、法規定がかけている部分について、法96条3項の準用を許さなかった点で、後述の検討の項でのべるが大きい意味があり、結論も極めて妥当といえよう。

個別的分析は省略するが、これによってこの問題は一定の解決をみたといえる。

- (3) そうすると、検討しておきたい残された課題は、最高裁平21年決定を前提として、刑訴法96条1項または同条3項が定める一定の事由があり收容され、その後に没取請求がなされた場合、還付前であれば、いつにても没取決定をすることができるかという下図の問いをどう考えるかにある。

平21年決定	一定の事由	没取請求	收容	→	没取決定可
問い(課題)	一定の事由	→	收容	没取請求	?

### 3. 検討

- (1) 一定の事由が保釈取消による場合(法96条1項)

- ① 刑訴法96条1項の1号ないし5号に該当する場合、裁判所は検察官の請求により又は職権で保釈を取り消すことができるが、この場合、裁判所は保釈取消と保釈金の没取を同時に判断したうえで、一通の決定書によって決定されているのが一般的実務であった。また

## 保釈の「再構成」

学説においても「後で別に没取することの決定はできない」という<sup>(29)</sup>考え方があった。

その理由とするところの根拠は、およそ次のようなものである。

イ、法96条2項は、「保釈を取り消す場合には」としており「取り消した場合」でないから、両決定が同時になされるのが前提となっていること（文理解釈）。

ロ、刑訴規91条1項も、被告人が保釈を取り消され収容された場合には、没取されなかった保釈金は、これを還付しなければならないとされているから、これも同時決定を前提としていること。

ハ、没取は、一種の制裁であるが、保釈の取消と別な機会でもできるという明確な条文上の根拠がないこと。

このような見解に立つと、保釈取消と保釈金の没取が、常に一体となることから収容後の没取という本件の〈問い〉のような問題は生じない。

しかし、実務では、保釈取消と別な機会に保釈金を没取することができるとの解釈の方が強いし、学説としても有力である。

その理由は、前記に対して、およそ次のようなものである。

イ、法96条2項の「保釈を取り消す場合には」とある意味は、保釈の取消事由とされる具体的な事実があれば、それを基礎事実として保釈保証金没取の裁判をすることができるという保証金没取の裁判の実体的要件を差しているだけで、同時にしなければならないという手続要件を規定したものでない。

ロ、刑訴規91条1項の意味も、保釈取消がなされ、収容されるまでの間に没取がなされなかったときは、保証金を還付しなければならないというものでしかなく、別な機会でもできるか否かについては何ら触れられていない。

ハ、保釈取消と別の機会に保証金を没取することを禁止してい

るものでなく、かえって、別の機会に行う方が慎重な判断をするうえで好ましいし、実務上その必要がある場合がある。

そして、後者の見解に立つ場合には、いつまでならば保釈取消後において保証金没取の裁判をしてもよいのかが問題となる（没取決定の時期的限界）。

これについても、収容後の没取はできないとする考え方と収容後も没取をすることができるとの考え方が対立する。

収容後の没取はできないとする見解の理由は、概ね、次のようになる。

イ、刑訴規91条1項2号の文理上、収容するまでと解すべきであって、保釈を取り消した後ならいつまでも没取できるとするのは、法的安定性を欠きとり得ない。

ロ、収容されると、収容時をもって保釈保証金のもつ役割は終えるのであるから、未没取に対する還付請求権が確定的なものとなる。

ハ、法96条2項による没取と法96条3項のそれを同一に解する必要性はなく、没取の可否が区々になってもやむを得ない。したがって、法96条3項の場合の最高裁平21年決定とは異なった解釈が成り立ってよい。

これに対して、収容後でも没取ができるとする見解の理由は次のようなものである。

イ、法96条2項は、保釈保証金没取決定の可能事由を定め、刑訴規91条2号は没取決定がない場合の保釈金の還付事由を定めたもので、いずれも没取決定の時期まで規定したものでない。

ロ、刑訴規91条1項2号は、収容と同時に保証金の還付請求権が発生することを規定するにとどまるものであって、解釈上、還付までは没取が可能であり、没取の裁判があるとその限度

## 保釈の「再構成」

で還付請求権が消滅する。

ハ、実刑判決が確定し収容された後の没取が可能とする最高裁判平21年決定が確定しており、実刑判決による収容後の没取と保釈取消による収容後の没取を区別する合理的理由がない。

この点に関する最初の先例として、東京高裁昭62.1.15決定（高刑集40-1-1）が法96条2項による保釈保証金の没取は収容の前後を問わず還付されるまで没取できるとした。

② これまでの見解を概観したが、課題に対する結論を出すにあたって次の点が留意されねばならないと考える。

第1は、対立する解釈の背景には、保釈保証金を提供させる目的について認識の温度差があるということである。すなわち、収容後の没取を否定する考え方は、あくまで刑の執行の担保であるとするのに対して、肯定する考え方は刑の執行担保の趣旨を超えて、いわば制裁的意味があるとする。これをどう考えるかであるが、法は没取に懲罰的目的を置いたものとは理解できない。

また、保釈金の没取は再度の人体の拘束とは別な新たな財産権の侵害を伴うものであり、とりわけ保釈金の納付者の多くは、被告人以外の家族などの第三者であるから、その解釈は当然に謙抑的であるべきで、実務は、このことを看過して次第に没取の範囲を広げてきたことを自戒すべきである。

その意味で、最高裁判平22年決定は、安易に没取の解釈を拡大することに歯止めをかけたものと理解するべきであろう。

第2に、実務上において、通常は保釈取消と没取との請求が同時になされるが、その場合でも2つの決定であって、区々になされる必要性もある。

例えば、検察官から被告人が逃亡中であり、早急に身柄を拘束する必要があるとして、2つの申立がなされた場合、裁判所として、とりあえず取消決定をしたうえで、後日、没取については保釈金納

付者の意見も聴取したうえで、慎重に判断しなければならないこともあろう。

裁判所としては、保釈取消の裁判書において、没取の要否については後日に留保することを明記しておけば、問題は解決すると思われる<sup>(30)</sup>。

しかし、検察官から没取請求がなされず、あるいは裁判所の保釈取消の判断中で没取についての前記のような留保がないまま被告人が収容された場合には、もはや、改めて没取決定はできないと考えるべきで、この視点からこれまで問題となった事案を分析すると、収容されたのちに没取請求がなされたうえで決定されたという先例は見出しえなかった。

③ そこで、私のとる結論は次のようになる。

イ、保釈取消決定と保釈金の没取決定は、必ずしも同時でなくよい。

ロ、保釈没取決定がなされず、被告人が収容されれば、原則として保証金の還付請求権が発生し、事後の没取はできない。

ハ、しかし裁判所が、保釈取消の裁判書において、没取の要否について後日に留保した場合には、収容後であっても没取決定ができる（検察官としては、没取を求める為には、被告人の収容前までに手続をとっておくべきことになる）。

よって、〈問い〉に対する答えは不可となる。

(2) 一定の事由が、有罪確定判決による場合（法96条3項）

- ① 本件の場合においても収容後に没取決定ができるかについて、取消による場合とほぼ同様の理由によって収容後の没取はできないとする否定説と、没取決定は可能であるとする肯定説の対立があった。そして最高裁21年決定は、肯定説に立ったものであるから、刑の執行が開示された後の没取請求、それによる没取決定も可能であるとする趣旨であるという解説もある。

## 保釈の「再構成」

しかし、最高裁の決定理由をよくみると、保釈保証金の目的につき、刑の執行ないしは収容のための担保としての機能を果たすこと、そのうえで制裁としての機能をもつことを明らかにしたもので、必ずしも過去の事実（逃亡等の事由）に対する制裁としての機能にウェイトを置いたものでない。むしろ制裁は身体確保のための手段であると解していると読めるのであって、必ずしも肯定説に立ったうえでの判断とはいえない。そして最高裁平22年決定によって、さらに明らかになったとみてよいのではないか。

したがって、最高裁平21年決定は収容→没取請求→没取決定という事案についてまで射程に置いたものではないと読むべきである。

- ② ここで、実刑判決確定に伴う執行手続をみておくと、判決が確定されると、当該事件の確定記録は、原裁判所（第1審）に送還される。そこで、原審に対応する検察官は、通常一定の日時を定めて被告人の収容のために任意の出頭を求める。被告人はその日に出頭できない正当な理由があれば別の日時に変更してもらうこともあって、多くの事案では円滑な執行がなされている。

被告人が判決後住所を変更することがあって、一時的に連絡がつかなくとも、移転先あるいは勤務先等が確認され同じように手続がとられている。

しかし、そのような状況を越えて、行方不明となった場合には、任意の出頭に応じることが期待できず、逃亡の具体的な蓋然性が高まるので、追跡調査を余儀なくされる。

その為に、国としては、経済的コスト負担となるから、保釈保証金の没取を検討して、この段階で請求しておけばよい。

一方、これを受けた裁判所は、前記調査資料に基づいて没取の可否・程度（全部か一部か）を直ちに判断することも許されようが、保釈保証金の納付者が第三者であることが多く、その者に意見陳述の機会を付与し慎重な判断をするべきである。そうすると没取請求

から決定に至るまでに一定の日時を要するが、仮に、その間に被告人が収容されれば没取決定ができなくなるというのは不都合であろう。

したがって、検察官が被告人の収容前に没取請求をしておけば、収容後の決定もできるとするべきである。

しかし、収容後に没取請求がなされた場合には、すでに還付請求権が発生しており没取はできないと解する。

上記のように考えても、実務上の障害は生じないとみてよい。とすると、〈問い〉に対する答えは不可と解したい。

#### 4、「まとめ」にかえて

- (1) 最高裁平21年決定は、収容されたのち、保証金の還付が了されていない以上、没取の決定ができるとしたもので、その法的構造からみれば、〈問い〉についても没取可能というのが素直な解釈とみてよい。しかし私見は、収容前に没取の請求をしていれば、収容後も没取の決定をすることができるが、収容前に没取の請求をしていないと、没取の決定をすることができないとした。この考え方と同じ見解もある。
- (2) ただ、この見解を私法的な法律関係からみるとなお問題があることを素直に認めねばならない。

まず、保証金を納付した者の国に対する還付請求権は、これまで学説が議論してきたように、被告人の収容によって納付金全額につき確定的に発生するかである。

国が還付すべき金額は、基本的には納付された保証金から決定（没取の可否・程度の判断）によって没取される額を控除した額について発生するという性格のものであるという解釈も充分成り立ちうる。そこで、そうであるとしても収容前に没取の請求をしておれば、収容後も没取の決定はできるが、収容前に請求していない限り、没取決定はできないという私見を展開したもので、これが肯定されるかである。



## 保釈の「再構成」

肯定するためには、収容前の没取請求に、還付請求権についての法律関係を変動される効果を認めることになるのだが、かかる規定はないから困難であるとの批判が出よう。

それにもかかわらず、〈問い〉について没取の決定を不可としたのは、還付請求権の阻却要件の存在を収容前に明らかにさせておくことによって権利関係が安定し、且つ第三者が保証金の納付者である場合の保護を図ることができること、また、そのことによって実務の運用上も合理的な処理をとることができること、このような解釈をとることが保証金のもつ制度目的にも沿うものであること、などを理由とするもので、なお今後つめた議論をしなければならない。問題提起になれば幸いである。

### 注

- (1) 最近のものとして、大コンメンタール「刑事訴訟法」(2版2巻)、[川上拓一]青林書院・169頁、新・コンメンタール「刑事訴訟法」[緑大輔]日本評論社・196頁など。
- (2) 昭和43年度最高裁判所判例解説〔綿引紳郎〕151頁はこの見解に立つことを明確にしている。
- (3) これらの点について、眞田寿彦「新判例解説」研修685巻24頁および裁判所書記官研修実務報告書「刑事訴訟書類の受理および送達に関する研究」368頁参照。
- (4) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(8)および(16)」法学協会雑誌92巻7号・95巻8号参照。
- (5) この間の立法経緯については、三井誠「刑事手続法Ⅱ」有斐閣・319頁以下に極めて分りやすく整理されているので、これによることとし、議論しない。
- (6) 光藤景皎「刑事訴訟法1」成文堂・270頁、鈴木茂嗣「刑事訴訟法〔改訂版〕」青林書院・53頁、白取祐司「刑事訴訟法〔第3版〕」日本評論社・39頁、松尾浩也「刑事訴訟法〔上〕」弘文堂・232頁など。
- (7) 実務では、告知を必要とする④説(小野清一郎・刑訴法講座233)と同じ方針で裁判書の謄本が送達されており、その必要性はあるし、そうされるべきである。

ただ、理論的にみて裁判の効力は客観的に確定さすべきで、裁判の外部

的成立が、AあるいはB、又はCないしDの場合のいずれかとするのは問題である。外部的成立要件としての告知は、やはり裁判の請求者に対してなされるべきもので、それでよいと考えたい。

確かに、保釈許可の裁判の法的効果を受けるのは被告人であるから、㊸説（海部安昌「高裁判例研究」判タ128-77に詳しい）には、相当の理由がある。が、告知の問題は、裁判の請求者に対する関係と、裁判によって法律上の効果を受ける者との関係は区別されてよい（この点については、前記㊸説をとる安村和雄「保釈および勾留の執行停止等」実務講座2-277に詳しい）。また、このように考えても、保釈請求をするものは、主として被告人・弁護人であり、それ以外の者が請求者である場合でも、いずれも被告人のために被告人側に立った者の請求であるから、被告人の権利保護にかけることにはならない。

それにもかかわらず、裁判の告知とは別に、被告人に対しても裁判書の謄本が送達されるべきとする理由は次のことによる。

すなわち、保釈を許可された被告人は、当該決定に定められた保釈条件（住所制限・その他の任意条件）を遵守する義務があり、これに反した場合には保釈取消がなされることになるが、法が義務違反を問う以上、その内容を了知しておかなければ保釈取消ができなくなるから、裁判所は送達をすることになるのであって、保釈制度のもつ目的からの要請である（なお、東京高決昭33.6.11、東高時報9-6-154は、被告人が弁護人との連絡不十分で、保釈制限住所が実兄宅になっているのを知らず、起訴前住所に居住していた事案で、保釈取消はできないとしている）。

検察官に対する送達は、もとより裁判成立要件の告知の問題ではなく、執行のための刑訴規36条による送達である。

- (8) 積極説に立つ判例として、札幌高決平7.11.7（判時1570-146）、消極説に立つ判例として東京高決昭62.7.2（判時1253-140）がある。

最高裁平17.3.25決定に対する解説として、川上拓一「被告人の父からの保釈請求を却下した裁判に対する同人からの不服申立の拒否」（「刑事法ジャーナル」Vol.6）が参考となる。

- (9) 京都地判昭31.10.4（下民集7-10-2814）は、被告人の債権者が被告人を債務者、国を第三債務者として保釈保証金の返還請求権につき、差押並びに転付命令を受け、国との間で請求権訴訟となった事案について、「弁護人の保釈請求権は、被告の代理行使ではなく、保証金の還付請求も被告人には帰属しない」として、請求を棄却している。
- (10) 審級弁護と保釈の関係については、森下康弘「弁護人の権限の時間的範囲」（「刑事実務上の諸問題」大阪刑事実務研究・判タ社）が詳しい。
- (11) 最高裁判事局「刑事裁判資料15-35」

## 保釈の「再構成」

- (12) 同上「平成22年における刑事事件の概況（上）」（法曹時報64-2）。なお平成23年の統計によってもほぼ変化はない。
- (13) 武井康年・森下弘編著「ハンドブック刑事弁護」（現代人文社）
- (14) 本決定の解説としては、井上弘通「国選弁護人を付した被告人が判決宣告後上訴申立てのため公判調書の閲覧を請求することの可否」（最高裁時の判例V刑事編・有斐閣）が詳しい。
- (15) 村井敏邦「無罪推定の原則」（光藤景皎先生古稀祝賀記念論文集〈上〉成文堂）、豊崎七絵「身体不拘束の原則の意義」（福井厚編「未決拘禁改革の課題と展望」日本評論社、葛野尋之「刑事手続と刑事拘禁」現代人文社）など参照。
- (16) さしあたり、川崎英明「保釈の憲法論と罪証隠滅」（季刊刑事弁護24-64）、村岡啓一「国際人権法の利用の仕方」（同上）
- (17) 松本芳希「裁判員裁判と保釈の運用について」（ジュリスト1312-131）、長瀬敬昭「被告人の身体拘束に関する問題1(2)」（判例タイムズ1300-68、1301-105）
- (18) 最高裁総務局「刑事書記官事務の手引き（改訂版）」（訟廷執務資料61）
- (19) 拙稿「『捜査弁護』覚書」（現代人文社）
- (20) EGMRSTV.1993-283。なお、ドイツ刑事訴訟法の条文については法務大臣官房法制部訳「ドイツ刑訴法法典」法曹会・平成13年）など参照。
- (21) 本判決については、龍谷大学齋藤司教授から教示を受けたもので、同教授の要約を引用させていただいた。
- (22) 神戸地方裁判所平成25年(わ)第12号・傷害致死被告事件
- (23) これらの諸点については、渡辺修「保釈の再構成」（刑事裁判と防御・日本評論社）が詳しく、且つ説得的である。
- (24) 制限説に立つ文献として、村上幸太郎「実刑判決言渡後の再保釈の基準」（刑事実務ノート3-223）、早瀬正剛「再保釈の基準」（判タ296-354）、木谷明「実刑判決言渡後の再保釈の基準」（増版令状基本問題〈下〉44）、石井一正「刑事控訴審の理論と実務」（判タ-63頁）などがある。

これに対して三井誠「刑事手続法Ⅱ」は、「再保釈における裁量の基準は、上訴権保障の観点からは従前の場合と基本的に同じであると考えべきであろう」としており、非制限説に立つと思われる。
- (25) 注(15)にあげたほか、川出敏裕「身体拘束制度のあり方」（ジュリスト1370）、白取裕司「無罪の推定と未決拘禁制度」（田宮裕博士追悼論集〈下〉、信山社）など。
- (26) 本文は、ドイツ憲法裁判所第2部第3法廷の2006年2月1日決定における理由中の一部を引用したもので、関西大学・山名京子教授から教授された。

なお、同教授は現在（平成24年9月から平成25年8月までの予定）ドイツ留学中で、前記決定以外にも、憲法裁判所2001年8月15日決定、LG（地方裁判所）ツヴァイブリュッケン第1刑事部2012年3月16日決定を合わせお送りいただいた。お礼申し上げます。

なおこれらについては、同教授が近く論文として詳しく紹介される予定である。

- (27) 本決定の解説につき、石田倫誠「刑の執行開始後の保釈保証金の没取」（平成22年重要判例解説・ジュリスト）、壇上弘文・刑事法ジャーナル No. 24-122 など。
- (28) 本決定の解説につき、高部道彦「保釈保証金の没取の可否」（平成23年重要判例解説・ジュリスト）、大久保隆志・刑事法ジャーナル No.29-136 など。
- (29) 田藤重光「新刑事訴訟法綱要」（第7訂版）では、「保釈取消の場合、取消決定そのものにおいて、没取がなされなかった保証金は、あとで別の没取の決定をすることは不能と解すべきである」とした、立法趣旨でもあったと思われる。しかし実務裁判官からは、保釈の取消と保釈の没取は別の機会でも可能という考えが強く主張され、現在は実務として定着している。参考文献として池田眞一「保釈保証金没取決定の時期」（判タ296-366）、秋山規雄「保釈制度と別の機会の保釈保証金を没取することができるか」（増補：令状基本問題〈下〉76）、川上拓一「大コンメンタール〈第2版〉2巻-231」、その他昭32.11の東京高裁管内簡裁判事会同における刑事局意見（刑裁資料140-95）など。
- (30) 池田眞一「保釈保証金没取決定の時期」（判タ296-367）は、保釈取消後において保釈金没取の裁判をすることは、法的安定性の見地から許されないとしたうえで、「もっとも、保釈取消時の一部没取の裁判書自体で残部保証金（たとえば、第3納付者）没取の要否の検討を後日に留保する趣旨を明示している場合には、残部保証金没取の要否をさらに裁判することが許されるのは当然である」としている。

（2013年3月1日脱稿）