

【判例評釈】

逮捕に関する裁判と準抗告

(昭和五七年(イ)第一〇一〇号、同年八月二七日第一小法廷決定、刑集三六卷六号七二六頁)

渡 辺 修

(一) 事 実

本件被疑者は、昭和五七年八月三日、東広島簡易裁判所裁判官が電汽車往來危険及び威力業務妨害被疑事件について発した逮捕状に基づいて、逮捕されたものである。これに対し、被疑者は、右令状の執行の停止を求める旨の準抗告を申立てた。

広島地方裁判所は、右準抗告につき、昭和五七年八月六日、これを棄却する旨の決定を申渡した。その理由は、「逮捕状の発付及び逮捕の処分は、刑事訴訟法四二九条一項各号が規定する準抗告の対象となる裁判に該当しない」点にあるとし

逮捕に関する裁判と準抗告 渡辺

た。同時に、右決定は、これに引き続き、次のように、実質的理由にも言及した。

「法が逮捕について準抗告による不服申立の方法を認めていない理由は、逮捕に続く勾留において逮捕前置主義を採用しており、逮捕から勾留請求手続に移るまでの時間が比較的接着していることから、勾留の手続において裁判官の司法審査を受けるうえ、この勾留の裁判に対して準抗告が許されている以上、さらにそれ以前の逮捕段階で準抗告を認める必要性に乏しいからであり、逮捕について準抗告が許されないとしても、憲法に規定する刑事手続上の人権保障の趣旨に反するものではない」。

(五六九) 一八九

被疑者は、右決定に対し、さらに特別抗告を申立てて争い、本件決定に至ったものである。

(二) 決定要旨

最高裁判所は、「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」とした。

(三) 従来の学説・判例

一 刑訴法四二九条一項一号は、準抗告の対象となる裁判として、「勾留、保釈、押収又は押収物の還付に関する裁判」と規定し、文言上、逮捕に関する裁判を除外している。このため、従来、実務・判例の上でも、逮捕に関する準抗告は認められないとするのが当然のように考えられていた(消極説とする)。この問題に関する公判判例としては、京都地裁舞鶴支部昭四八・七・一九決定判タ二九九号四一四頁(判例①)、最高裁(二小)昭五四・二・二三決定裁判集刑事二一四号五五頁(判例②)が目につく程度であるが、いずれも消極説に立っている。学説においても、消極説で固まっていたといつて誤り

ではあるまい。⁽¹⁾ その理由を分析すると、次のようになる。⁽²⁾

① 条文の文言上、四二九条一項二号は、「勾留……に関する裁判」と規定している。逮捕と勾留という二つの強制処分が截然と区別されている現行法上、右の文言に逮捕処分をも含めることには無理がある。⁽³⁾

② 次に、逮捕の緊急処分性が指摘されている。判例①は、「逮捕という緊急処分が本来準抗告などの不服申立方法になじまないという本質的な理由」をその根拠のひとつとして指摘していた。⁽⁴⁾ 但し、この点については、現行法上、七十二時間の身柄拘束が認められうる点(刑訴法二〇三条、二〇五条参照)をどう評価するのか、従って、逮捕処分の目的をどう解するのかという問題と絡まって、二つの異なる判断がある。一方は、「少なくとも現行法における逮捕の性格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、かりに例外的に『最大限七十二時間』に及ぶことはあるにしても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」とするものである。⁽⁵⁾ 今ひとつは、「逮捕による身柄拘束期間は、最大限七十二時間で比較的短い」とする認識である。⁽⁶⁾

③ 捜査目的の阻害もその理由とされる。「被疑者を逮捕し、外界との交通を遮断し、極めて限定された期間内に被疑者及び関係人の捜査を行ない、もつて事案の真相に迫ろうとする強制捜査の目的を阻害」することになるというものである。⁽⁷⁾

④ また、逮捕段階で準抗告を認めると、「時としては被疑者の身柄拘束の時間を實質上及びかせる結果をきたすおそれもある」とされている。⁽⁸⁾

⑤ さらに、捜査は密行を原則とするため、逮捕令状が発付されているか否か本人に不明のため事実上不服申立ができず、また、逮捕期間中でも有効な不服申立手続を設けることが法技術的にはほとんど不可能であることも指摘されている。⁽⁹⁾

⑥ 令状逮捕につき準抗告を認めるとしても、現行犯逮捕の場合には、「裁判」は存在せず、刑訴法四三〇条の対象にも含まれないため、準抗告はできない。そこで、「法が同じ逮捕でありながら、その種類によって取扱いを異にする合理的理由は見出し難い。逮捕に関しては一律に独自の不服申立を認めない趣旨と解さざるをえない」ということも、法が消極的に立つことを「裏返し」で示している証左とされている。⁽¹⁰⁾

⑦ もっとも根本的な理由は、勾留に関する逮捕前置主義にある。則ち、「法が逮捕状発付の裁判およびこれに引き続く

一連の手続き自体につき、被疑者側の不服申立ての手段をまったく認めていないのは、この点に関する違法は、すべて後の勾留の段階で一括して事後の司法審査に服することを、当然の前提としているからだと考えるべきであり、もしそうであれば、逮捕段階における手続きの適正を客観的に担保するものがないことになって、ひいては、法が被疑者の勾留につき逮捕前置主義を採用した趣旨……とも矛盾してしまふ」点である。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾⁽¹³⁾

(1) 例えは、平野龍一『刑事訴訟法』(昭三三) 九八頁。

(2) 三井誠「逮捕に関する裁判と準抗告の可否」法学教室一九号(昭和五八) 九七頁参照。

(3) 本件決定、判例①②などもまずこの点を指摘している。

(4) 同旨、横井大三『刑事裁判例ノート(1)捜査』(昭四六) 一一二頁。

(5) 三井誠・前掲論又一〇一頁。

(6) 木谷明「逮捕に関する裁判と刑訴法四一九条一項所定の準抗告」法曹時報三五卷三号(昭五八) 六八四頁。

(7) 判例①参照。木谷明・前掲論文六八七頁も、「捜査官としては、逮捕期間内に、被疑者及び関係者から供述を求めるなどして、少なくとも勾留請求をするに足りるだけの証拠を収集する必要があるわけであるが、その間に、逮捕に対する準抗告の申立が必要とされたりすると、記録の送付その他の手続が必要となり、捜査

官の手持時間を圧迫するおそれがある」としている。

(8) 判例①参照。

(9) 三井誠・前掲論文一〇二頁。

(10) 黒田直行「違法な逮捕を前提とする勾留請求の許否」『刑事実務ノート(三巻)』(昭四六)一四二頁。

(11) 三井誠・前掲論文一〇二頁。

(12) 『令状基本問題七五問』(昭四四)一二三頁(木谷明)。

(13) 以上につき、他に、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参照。

二 以上の消極説に対しては、早くから、「被疑者の地位は著しく危うくなっている」との概括的批判がみられた。⁽¹⁾また、「現実に逮捕について不服申立の方法がないこと、適正手続の保障を可及的に及ぼさねばならないことを考えると、その役割を勾留審査の手続がなさざるをえない」という形で消極説の結論に賛成しつつ、⁽²⁾暗に準抗告を認めていない現行法を批判する立場もみられた。⁽³⁾こうした姿勢を思い切って一歩進め、準抗告申立を解釈論として主張したのは、田宮教授である(積極説)。積極説の根拠は、次の諸点である。⁽⁴⁾

①立法の経緯に関し、次の二点が指摘されている。まず旧刑訴法四七〇条一項一号も準抗告の対象としては、現行法同様に「逮捕」を除外していたが、それは、旧法の逮捕は現行

犯(旧刑訴法二四四条)に限られていたからであるとする。つまり、「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まなかつたといつてよい。これは現行法では事情が変更し、最大七十二時間も拘束されるのであって、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よい」とする。次に、少くとも、昭和二八年の一九九条改正により、裁判官が逮捕の必要性に関し判断権があることされ、事情が変わつたとも指摘されている。

②次に、条文の解釈としても、「……勾留に関する裁判」とは、逮捕とこれに続く勾留に関する裁判を広く含めうるとしている。

③右のような条文の文言解釈を支える実質的根拠は、後に詳しく述べるように、逮捕と勾留を同質の処分と理解する逮捕の本質論にある。また、①でもふれたように、現行法では逮捕処分として最大限七十二時間という長期にわたり、身柄が拘束されるのに、これに対する不服申立手段を欠くのは妥当ではないという配慮も働いている。

(1) 平野龍一・前掲書九八頁。

(2) 光藤景皎「勾留請求の効力」『捜査法大系Ⅱ』(昭四七)一三〇頁。

(3) 田宮裕『捜査の構造』(昭四六)一六七頁以下参照。

(4) 他に、渥美東洋『刑事訴訟法要諦』(昭四九)九六頁は、「押収が準抗告の対象にされているのに逮捕が除かれるのは均衡を失する」点を指摘している。

(四) 若干の統計

右の問題を考察する前に、被疑者の身柄処分がどのように行なわれているのか、統計数字を見ておこう。

まず、検挙段階での身柄措置別人員を昭和五六年の数字でみると、表①のように交通業過を除く刑法犯検挙人員総数四一八、一六二人中、総逮捕者数は九四、六四二人(二二・六%)である。逮捕別の比率をみると、現行犯逮捕が全逮捕者中の三八・六%を占め、緊急逮捕は一八・六%、通常逮捕は四二・八%となる。逮捕後の処置では、司法警察職員により逮捕された者は一二〇、三九四人であるが、このうち、釈放された七、八三六人(六・五%)を除いて、検察官に送致されている。検察官段階では、検察庁で逮捕した二四七人を加えて、一二二、八〇五人中、釈放された者が八、〇五三人(七・一%)、勾留された者九〇、九五七人(八〇・六%)、逮捕中公判請求五二〇人(〇・五%)、逮捕中略式命令請求六、四四九人(五・七%)となっている。他は少年事件関係とし

逮捕に関する裁判と準抗告 渡辺

て処理されている(表①参照)。

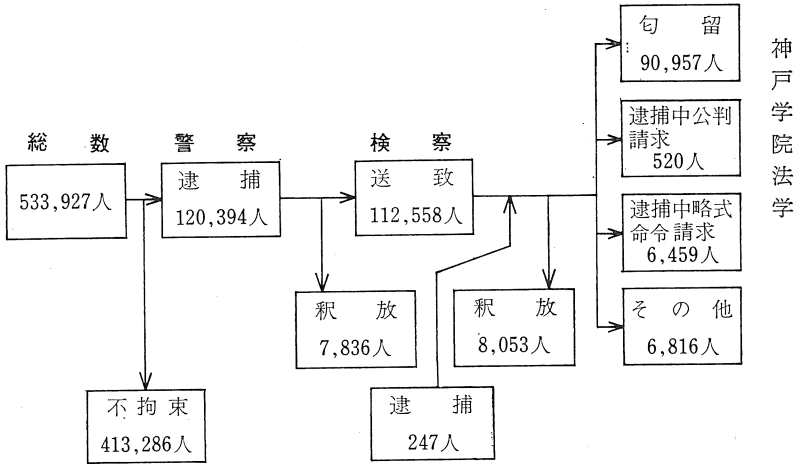
最後に、後の論述との関連で、逮捕状の請求数と同却下率の推移をみておこう(表②④参照)。これらの数字をみると、緊急逮捕令状請求の却下率は通常逮捕令状の場合と比して、かなり高く、請求数の絶対数の差(昭五六年では前者は後者

表① 検挙人員の身柄措置(昭和56年)

項 目		人 員 (%)
刑法犯総数(交通業過を除く)		418,162 (100.0%)
逮 捕	総 数	94,642 (22.6%)
	現 行 犯 逮 捕	36,495 (8.7%)
	緊 急 逮 捕	17,630 (4.2%)
	通 常 逮 捕	40,517 (9.7%)
身柄不拘束		323,520 (77.4%)

※ 犯罪統計書(昭56)による。

表㊦ 逮捕後の処置



神戸学院法学

※ 「昭和56年の検察事務の概況」法曹時報34巻8号49頁による。

の約七分の一にすぎないを考えると、前者に於る司法審査が相対的には厳格になされているとの推測もできようか。もともと、昭和五〇年代に入り、却下率全体は漸減傾向にある数字の変化だけではその理由がどこにあるのか定かではないが、捜査機関側の請求を安易に認める傾向が含まれているとすれば、問題であろう。

表㊦ 逮捕状の請求数

昭和	総数	通常逮捕状	緊急逮捕状
50	153,774	131,745	22,029
51	151,418	130,390	21,028
52	149,028	128,287	20,741
53	148,359	128,257	20,102
54	144,944	125,970	18,974
55	146,942	127,743	19,199
56	152,192	132,060	20,132

※各年の「刑事事件の概況」による。

表④逮捕状請求の却下率(%)

昭和	通 逮	緊 逮
50	0.140	0.241
51	0.088	0.162
52	0.090	0.174
53	0.074	0.169
54	0.08	0.14
55	0.07	0.13
56	0.08	0.15

※ 各年の「刑事事件の概況」による。

(五) 逮捕の性質について

一 さて、逮捕処分に関する準抗告の可否を論ずるにあたっては、ひとまず、逮捕の性格乃至本質をどう解するかにふれなければなるまい。そこで、最初に、積極説に立つ田宮教授の見解を検討してみよう。教授は、捜査構造論に対応させつつ、逮捕の性格に関して、「証拠収集的、糾問捜査的、大陸型」と「身柄保全的、弾劾捜査的、英米型」という二つの「パターン」を設定している(ここでは、前者を甲型、後者を乙型とする)。かかる二つのパターンのメルクマールを整理すると、第一に、逮捕の主体乃至本来的な権限の所在の点

逮捕に関する裁判と準抗告 渡辺

につき、甲型は捜査機関にあり、乙型は司法部にあるとする。従って、第二に、逮捕令状の性質は、前者が許可状と解するのに対し、後者は命令状と理解することになる。第三に、逮捕の目的については、取調など固有の目的を認める甲型に対し、乙型は、逮捕を「身柄を拘引して勾留につなげるための仮の、即時的な処分」というように消極的に理解している。第四に、逮捕と勾留との関係についても、甲型は取調等の固有の目的を有する「自己完結的処分」であり、勾留に比し「一レベル下の拘束手段」と解し、両者の異質性を強調している。しかし、乙型は、勾留は裁判のための身柄の保全処分であり、逮捕もこれと本質を同じくするとし、両者の等質性を認めている(逮捕⁽²⁾と勾留同質処分とする)。田宮教授は、かかる二パターン区分論を前提とした上で、現行法の解釈上、甲型は、令状主義の精神に反し、また黙秘権保障の精神にも反する上、基本的に弾劾的捜査観と相容れないことを理由としてこれを排斥して、乙型に立った理解を要するとしている。その具体的な内容は、①立法論として、英米に見られる予備出頭制度を導入することを提唱している。次に、解釈論として、②アメリカ法に於るいわゆるマクナブ・マローリー・ルールを導入し、③勾留状発付手続に予備出頭手続と同等の機能

をもたせて、逮捕の違法性の有無をもチェックするものとする
こと、そして、最後に、先述のように、(3)逮捕に対する準
抗告を認めるとしている。⁽⁶⁾

- (1) 田宮裕『捜査の構造』(昭四六)一六一、一六二頁。
- (2) 田宮裕・前掲書一六〇頁、一六一頁。
- (3) 田宮裕・前掲書一六五頁。
- (4) 田宮裕・前掲書一六二頁、一六三頁。
- (5) 田宮裕・前掲書一六五頁。
- (6) 田宮裕・前掲書一六六—一六八頁。

二 右の二パターン区分論には若干疑問がないではない。そ
こで、以下では、戦前の逮捕処分、英米法とドイツ法に於る
逮捕処分について今一度概観し直した上で、逮捕の本質論に
立ち返ることしよう。

旧刑法下では、所謂「逮捕」は現行犯逮捕に限られてい
たため(旧刑法二四〇条)、起訴前の強制的身柄拘束処分として
は、勾引・勾留が原則であったといえる。勾留のための身柄
拘束は、検察官が裁判官に請求して勾引状を得てこれを執行
する場合(旧刑法二五五条)、並びに、所謂「要急事件」
に於て検察官が自ら勾引状を発してこれを執行する場合(刑
三三〇条参照)、及び、現行犯逮捕の三つの類型がありえた。私人

が現行犯人を逮捕したときは速に検察官または司法警察官吏
に引渡すものとされ(旧刑法二二五条)、私人から被疑者を受取りまた
は自ら現行犯人を逮捕した司法警察官吏は、身柄を司法警察
官に引致しなければならぬ(旧刑法二二六条)。司法警察官は、直ちに
訊問をし留置の必要がなければ釈放する一方、留置の必要を
認めるときは四八時間以内に検察官に事件を送致しなければ
ならない(旧刑法二二七条参照)。勾引状を執行した場合も右と同様で
ある(旧刑法二二八条)。検察官は自ら現行犯逮捕をし、勾引状を執行
し、または被疑者を受取った場合、二四時間以内に、裁判官
に対して勾留状を請求するか、急速を要するときには自ら勾
留状を発した上速やかに公訴を提起するか、若しくは、他の
管轄検察官に事件を送致するかいずれかの手続をとるものと
されている(旧刑法二二九条)。⁽¹⁾

かかる逮捕または勾引については、条文上「訊問」するこ
とができると規定されていることを手掛かりに、捜査官に
「訊問権」があるとし、「被訊問者は其の訊問に対し陳述する
の義務を負ふ」とする見解もみられた。⁽²⁾ また、勾引とは、「訊
問ノ目的ヲ以テ一定ノ人ニ対シ裁判所其ノ他ノ場所ニ出頭ス
ベキコトヲ命ズル強制的(強制力アル)意思表示ナリ」と明
言する有力説すらみられる。⁽³⁾ 無論、実務上も、正に取調—自白

獲得にエネルギーが注がれていたのである。然も、右に見たように、捜査主体たる検察官には、要急事件の場合に広く勾引状・勾留状を発付する権限が与えられており、そこには中立・公正な第三者的立場にある裁判官による事前審査、則ち、令状主義の精神はみられない。のみならず、捜査機関は、行政執行法による検束、違警罪即決例による拘留の処分を事実上犯罪捜査目的¹取調べ目的の身柄拘束のため濫用していた。かかる行政法規を利用した拘束と旧刑法の予定する拘束手段とが一体化して、捜査のため効率よく利用されていたといえる。もちろん、かかる法制度のもとでは、身柄拘束権の主な帰属主体は、検察官乃至捜査機関であることにならう。

(1) 団藤重光『刑事訴訟法綱要』(昭一八)四四二頁。

(2) 檀田忠美『犯罪捜査論』(昭六)三一頁。なお、他に、南波三三郎『捜査学大要』(昭九)二二三頁以下参照。

(3) 宮本英倫『刑事訴訟法大綱』(昭一一)二二七頁。

(4) 小田中聡樹『刑事訴訟法の歴史的分析』(昭五一)四五五頁以下参照。

三 他方、アメリカ法に於ては、何人も行なえる現行犯逮捕権は格別、捜査機関が執行する場合にも当初から二つのやや性質の異なる逮捕の類型があった。ひとつは、無令状逮捕権

逮捕に関する裁判と準抗告 渡辺

である。これはコモン・ローの伝統以来夜警(night watch)、日昼警邏隊(day watch)を経て近代的組織を整えていく警察固有の権限と考えられてきたように思われる。⁽¹⁾修正四条に於ても、重罪に関しては犯罪を犯したと思量する「相当の理由」が存在する限り、無令状逮捕が原則的に承認されてきている。もちろん、この結果、自白獲得を目的とした軽微事犯を理由とする別件逮捕⁽²⁾や取調べ過程における拷問等の強制手段の利用⁽³⁾、並びに、逮捕後の不当に長期な拘禁などの問題が生じたのである。⁽⁴⁾所謂マクナブ・マロリー・ルール⁽⁵⁾は、かかる逮捕実務をコントロールし、予備出頭手続をして被疑者の人身の自由と黙秘権とを保障する「場」たらしめようとしたものである。則ち、右ルールによれば、捜査官は逮捕後不合理な遅滞なく被逮捕者をマジストレイトの面前に引致しなければならぬとされている。この結果、取調べ¹自白獲得に利用する物理的時間をなくすようにすると共に、予備出頭手続に於て、裁判官が被疑事実の告知、黙秘権と弁護人依頼権とを告知した上、逮捕の適法性と爾後の勾留の必要とを吟味することとしているのである。また、右の不合理な遅滞のある間に得られた自白は、証拠能力は否定するとされている。

ただ、右ルールは、連邦にのみ適用のあるものであると同

時に、「司法の監督権」という司法権内部の自律権を根拠としていたという弱点があった。現に、その後、一九六八年の連邦法は、逮捕からマジストレイトへの引致まで六時間の猶予期間を認めており、州レベルの法律でも、かかる期間を定めて、捜査機関側の便宜を計るところが少くない。⁽⁷⁾以上と別に、事前に裁判官の令状を得て行方令状逮捕がある。逮捕令状においては、法執行官に対し被疑者を「逮捕し、直ちに地方裁判所面前へ引致することを命令する」と記されている⁽⁸⁾。ことから明らかのように、逮捕権者は裁判官であると考えられているものといえよう。⁽⁹⁾

次に現行西ドイツ刑事訴訟法をみると、主手続以前の被疑者の身柄拘束は、原則として勾留命令状による勾留とされている (StPO §112)。令状を執行した場合は、被疑者の身柄を拘束した後、「遅滞なく、管轄裁判官のもとに引致しなければならぬ」とされている (StPO §115①)。右の「遅滞なく」に関しては、明文により、「遅くとも拘束の翌日」までと規定されている (StPO §115 a①)。裁判官による勾留質問に際しては、被疑者の法的地位、被疑事実、黙秘権の告知が義務づけられている (StPO §115②, ③)。以上と別に、所謂「逮捕 (vorläufige Festnahme)」も予定されているが、

これには、現行犯の場合の他 (StPO §127①)、「検事局及び警察の職務を行う公務員は、急を要するときは、勾留命令又は収容命令の要件が存するときも、逮捕する権限を有する」と定められている (StPO §127③)。我が国の旧刑法の要急事件の場合と類似した制度のように思われるが、逮捕後の処置は全く異なっている。則ち、まず、「逮捕された者は、釈放されない限り、遅滞なく、遅くとも逮捕の翌日に、その者が、その管轄区域内で逮捕された簡易裁判所の裁判官のもとに、引致されなければならない」のであり (StPO §128①)、その後の勾留質問手続の段階では、「裁判官が、逮捕を正当なものとは考えないとき、又は、逮捕の事由がなくなつたと考えるときは、釈放を命ずる。その他の場合には、裁判官は、検事局の請求により、又は、検事が間に合わないときは職権で、勾留命令又は収容命令を発する」ものとされている (StPO §128②)。つまり、逮捕後の処置については、アメリカ法と同様に、捜査機関は、不合理な遅滞なく裁判官面前へ引致しなければならず、また、裁判官も逮捕手続の適法性の審査を義務づけられているのである。無論、逮捕は、勾留のための例外的・便宜的・緊急的処分にとどまり、固有の身柄拘束たる勾留の権限は、裁判官に留保されていること

が解る。我が国旧刑法法のように、検察官自ら勾引状、勾留状を發する権限はない。つまり、この場合でも、身柄拘束権の最終的帰属は裁判官にあると考えられていたといえようか。従つて、少くとも、勾留以前の身柄拘束(勾留命令状の執行手続並びに逮捕手続)を利用して積極的に被疑者の取調べを行い自由を奪ふことと、予定されていないように思われる。

- (1) 逮捕権の主体は誰か、令状の性質は命令状か許可状かという問題設定自体が、我が国刑訴訟法固有のものであるため、アメリカ法の文献を参照してもマナーリーな答えがでてくることがない。しかし、差し所たり、以下の文献を参照した。WILGUS, Arrest Without a Warrant, 22 MICH. L. REV. 541 (1924); Waite, Some Inadequacies in the Law of Arrest, 29 MICH. L. REV. 448 (1931); Hall, The Law of Arrest in Relation to Contemporary Social Problems, 3 U. CHI. L. REV. 345 (1936); WAYNE R. LAFAVE, ARREST, pp. 3-13 (1965).
- (2) Foote, guards in the Law of Arrest, 52 N. W. U. L. REV. 16 at 29 (1957).
- (3) Hall, op. cit. 3 U. CHI. L. REV. at 359-360.
- (4) 全体の問題については、WICKERHAM COMMISSION REPORTS, LAWLESSNESS IN LAW ENFORCEMENT, pp. 13. (1931).
- (5) McNabb v. United States, 318 U. S. 332 (1943); Malloy v. United States, 354 U. S. 449 (1957).
- (6) 18 U. S. C. A. § 3501 (1976).

逮捕に関する裁判と準抗告 渡辺

- (7) 「不合理な遅滞なく」引致しなければならないとのみ規定する州として、ミシガン、ウィスコンシン、ペンシルベニア、モンタナなどがある。二四時間以内と定める州としてアラソカ、アリゾナ、デラウェア、フロリダ、インディアナ、メリーランドなどがある。ミネソタ州は、三六時間、ハワイ州は四八時間とする。ルイジアナ州では、身柄拘束後四八時間以内に検察官に送致して七二時間以内で裁判官へ引致するものとしている。オレゴン州は原則として三六時間であるが、被疑者の請求がある他、正当な理由が認められるときは九六時間とされている。ネブラスカ州は、一夜または逮捕目的に必要な範囲とする。一部の州は、令状による場合については不合理な遅滞なく引致するものとする一方、無令状逮捕については時間を明定するという方法をとり、後者についてはケンタッキーは一二時間、メソリーは二〇時間、シエラは四八時間とづつである。See, Comment, The Ill-Advised State Court Revival of the McNABB-MALLOY, 72 J. CRIM. L. CRIM. 204 (1981).
- (8) Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 4; Appendix of Forms, Form 12, 18 U. S. C. A. (1975).
- (9) See, L. B. ORFIELD, CRIMINAL PROCEDURE UNDER THE FEDERAL RULES, § 4 : 37 ~ § 4 : 50 (1966).
- (10) C. ROXIN, STRAFVERFAHRENSRECHT, ss. 157-178, 16. Aufl. (1980).

四 その上で、先に示した逮捕の性質を規定する四要素の他に、

<参考図>逮捕の性質

要素	逮捕の型			令状の性質	目的(被疑者の積極的な取調か身柄確保か)	逮捕と勾留の関係(異質の処分か否か)	裁判官による勾留質問の保障
	旧刑法	アメリカ	西ドイツ				
市民一般(含捜査機関)	同上	同上	同上	警察官裁判官	警察官裁判官	警察官	主として警察官
検察官は独自の勾引状発付の権限がある	逮捕令状は発する命状である	逮捕令状は発する命状である	逮捕令状は発する命状である	裁判官裁判官	裁判官裁判官	警察官	主として警察官
取調身柄確保	身柄確保	身柄確保	身柄確保	身柄確保	身柄確保	身柄確保	身柄確保
異質的処分	異質的処分	同質的処分	異質的処分	異質的処分	異質的処分	異質的処分	異質的処分
必ずしも必要ない	必要	必要	必要	必要	必要	必要	必要

逮捕後、裁判官による勾留質問手続が保障されているか否かを加味して、今一度、旧刑法下の逮捕、アメリカ法における逮捕、西ドイツ法における逮捕を特徴付けてみると、参考図のようになる。従って、先述の二パターン区分論という甲型とは参考図の「旧刑法型」と一致するものであるが、乙

型は、「アメリカ法型」と「西ドイツ法型」とをミックスしたものであることが解る。このように、逮捕処分とその手続の違いを今少し正確に反映させるためには、参考図のように、三パターンを区分しておくほうが妥当と思われる。

さて、所謂逮捕処分とは、主として刑事公判のため身柄を確保することを目的とすることは、参考図いずれの型にあっても共通している。ただ、逮捕の機能は、犯人を物理的に拘束することにより、実行中の犯罪を止め将来の犯行の虞れを防止するという犯罪の鎮圧・予防、それによって市民生活に対する脅威(乃至脅威と史料されるもの)を除去して、秩序維持に資するという面もある。とりわけ、現行犯逮捕(二二条)の場合には、身柄確保機能と同時に、秩序維持機能がより前面にでてくる。私人にも現行犯逮捕権が認められているのも(二二三条)、主としてはこの点に理由があるのではあるまいか。

また、アメリカにおける警察の無令状逮捕や我が国の緊急逮捕にもこうした機能の実現が予定されているように思う。令状逮捕の場合にも、より従たる意義にとどまるにせよ、こうした機能を有しているといえる。従って、逮捕処分が多かれ少かれ有する右の二機能に照らすと、その本来的権限が警察にあると解しても必ずしも不相当とはいえない。警察法二条

一項の警察責務規定において、「被疑者の逮捕」が明示されているのは、この趣旨といえる（検察官が直接行方令状逮捕、緊急逮捕は、補充的なものと解せようか）。従って、逮捕令状は許可状と解することになる。ただ、逮捕処分の際には、秩序維持機能を実現するための合目的性が優先し易くなる面もないではない。そこで、逮捕後、刑事訴訟固有の目的に照らして、被疑者の身柄保全が必要か否か（つまり、勾留を要するか否か）、並びに、逮捕手続が適法になされたか否かをあらためて吟味する「場」が別個に必要になってくる。別言すると、主として警察が主体となる逮捕処分と裁判官が主体である勾留処分とは、異質な機能と役割を有しているが故に（逮捕⇨勾留異質処分説とする）、逮捕後、いち早く身柄確保の必要性・相当性を裁判官が、審査しなければならないのである。

逮捕段階でも、積極的に被疑者を取調べる必要性を一律に否定しうるものではないが、刑事訴訟手続上の身柄確保の相当性を司法部が吟味することのほうが、この際、優先的価値を持っている。現行法上、逮捕後勾留請求まで最大限七十二時間の猶予期間が予定されているが（四〇三条、二〇五条）、これは、あくまで逮捕手続に伴う行政的処理、並びに、消極的に、被疑者の弁解を

聞き「留置の必要がない」か否かを確認するのに必要な時間の最大限を定めたのであって、右の必要不可欠な時間を越えて制限時間いっぱいまで取調に積極的に利用することを容認したものではない。故に、二〇六条の趣旨をやや広げて、制限時間内であっても必要不可欠な時間を越えて取調等を行った後の勾留請求は、これを却下し、かかる間にえられた自由については、原則として任意性がないと解することができよう。以上の逮捕に関する私見を要約すると、参考図の最下段の

五 ただ、逮捕処分の本質に関しては、今ひとつ問題が残っている。逮捕に対する司法的審査乃至令状主義の実現という点からみると、我が国刑法法上、事前に令状を得る場合は格別（一九条）、緊急逮捕と現行犯逮捕については検討の余地が残る。

緊急逮捕（二〇条）については、憲法三三条が事前の令状発付を以て令状主義の基本と定めているため、違憲ではないかとの消極的評価がかつてから有力であり、端的に違憲とする立場¹⁾、「実質的にその社会治安上の必要を考えたとき、右のような緊急の状態のもとで重大な犯罪について例外を認

めることの合憲性を、かろうじて肯定しうる」とする立場⁽²⁾。「せいぜい死刑、無期または短期一年以上の懲役・禁錮にあたる罪……程度に限定すべき」という条件付きで合憲とする立場などがみられる。これに対し、通説は、事後的であれ令状発付を必要とする点で令状主義を逸脱するといえないと考えている。もつとも、そこにも、ややニュアンスを異するに二つの立場があるように見受けられる。団藤教授は、「事後とはいえ、逮捕に接した時期に逮捕状が発せられるかぎり、逮捕手続を全体としてみるときは逮捕状にもとづくものということができるわけではないから、重大な犯罪について充分の嫌疑があり、しかも、緊急でやむをえないばあいに、かような便法によることをいちがい違憲として不法視することはできない」とされている。謂はば、消極的な形で評価しつつ「已むを得ざる現実的・実務的必要性との妥協とみている。これに対し、渥美教授は、犯罪の重大性、嫌疑の「充分な理由」、令状入手の時間的余裕が欠如しているという要件を満たす以上、「事前の裁判官の審査を求めなくとも、逮捕は合法であり、合理的である」とし、むしろ、積極的に評価している。⁽⁵⁾確かに、事前に裁判官の令状を得ておくことが令状主義の基本であることは確かであるが、逮捕の持つ秩序維持機能の

側面と「アメリカ法型」の逮捕に於ても無令状逮捕が広く認められていることを考えれば、緊急逮捕後、「直ちに裁判官の逮捕状を求める手続をしなければならない」という要件^(条二〇)が、厳格に守られる限り、令状主義の変則形態として容認しえよう⁽⁶⁾。もちろん、被疑事実をより重大な場合に限定することも考えられないではないが、ポイントは、いかにして迅速かつ有効な司法審査を保障するのかという点にあるのであって、現行法の予定する「死刑又は無期若しくは長期三年以上の懲役若しくは禁錮にあたる罪」という限定がとくに不合理とはいえない。

むしろ、問題は、緊急逮捕について違憲の疑義を投ずる立場にあっても、現行犯逮捕については何の疑問を抱いていない点にある。「被逮捕者が犯人であることが明白で、司法官憲の判断を経なくとも、人権侵害のおそれがない」ことが理由となつていたのであろうか。⁽⁷⁾しかし、現行犯逮捕における犯罪の明白性も、緊急逮捕における「充分な理由」についても、一次的な判断は、現場の警察官が行うのであって、令状逮捕に比べれば、判断の客観性の担保がない点では両者は等しいといえる。緊急逮捕の場合には、直ちに令状発付請求を求めることにより、この点を補完しているのに対し、現行犯

逮捕の場合には、勾留請求に至るまで最大限七二時間なら
 の司法的審査を保障されていないのである。しかも、現行
 犯逮捕者数は、全逮捕者中三八・六%を占めている上、警
 察による逮捕後、釈放される者が七、八三六人もいることを
 考えると、現行犯逮捕後警察が事実上四八時間留置して取調
 べ等を行った上釈放してしまい、結局、司法審査を受ける
 “場”を一切保障されない被疑者もかなり存在するものと推
 測される。従って、現行犯逮捕の場合にも、事後に直ちに通
 常逮捕令状の発付を請求することを義務づけ、司法審査を行
 う“手続的な場”を保障しなければならぬと考える。少く
 とも、逮捕と勾留を同質の処分と解し、身柄拘束権の主体を
 裁判官と考える立場に立てば、命令なき身柄拘束を七二時間
 も放置することはできない。憲法三三条は、現行犯逮捕を事
 前の令状主義からは解放したが、憲法三一条、三三条、三五
 条の求める令状主義の精神からの脱却まで認めた訳ではない。
 緊急逮捕後直ちに令状を求めるものとする二〇条一項の規
 定は、この趣旨を具体化したものに他ならない。他方、現行犯
 逮捕の場合については、二二六条が「第一九九条の規定によ
 り被疑者が逮捕された場合に関する規定を準用する」と定め
 ているにとどまる。右条文は、一般に、二〇二条乃至二〇九

条を準用するものと解されており、一九九条は除外されてい
 る。⁽⁸⁾しかし、右のように憲法の所期する令状主義の精神から
 は、立法論上、二二〇条一項二文に準じ、事後の令状発付を
 求める規定を設けることが要請されているといわれなければ
 ならない。場合によっては、解釈論上、若干の無理はあつて
 も、二二六条は一九九条をも準用するもので事後の通常逮捕
 令状の発付手続が要件とされていると解さなければならぬ
 必要も生じるかもしれない。

(1) 差し当たり、平場安治『刑事訴訟法講義』（改訂・昭二九
 三三三頁）。

(2) 平野龍一『刑事訴訟法』（昭三三）九五、九六頁。

(3) 高田卓爾『刑事訴訟法』（改訂・昭五三）三三四頁。鈴木茂
 嗣『刑事訴訟法』（昭五五）七〇頁も同旨。

(4) 団藤重光『刑事訴訟法綱要』（七訂版・昭四二）三四〇、三
 四二頁。

(5) 渥美東洋『刑事訴訟法』（昭五七）一八頁。なお、同『刑事
 訴訟法要論』（昭四九）一〇一頁参照。

(6) 松尾浩也『刑事訴訟法（七）』（昭五四）五七頁。

(7) 平野龍一・前掲書九六頁。

(8) 例えば、『ポケット刑事訴訟法』（昭四一）四〇二頁、『註
 釈刑事訴訟法（第一巻）』（昭五二）一八六頁（藤永、田宮裕
 『注釈刑事訴訟法』（昭五五）二三八、二四二頁）。

六) 逮捕と準抗告の可否

以上の逮捕の性質に関する考察を踏まえて、逮捕に関する準抗告の可否について吟味してみよう。消極説の根拠については、次のようにいえる。

先の表①をみても解る通り、逮捕後、警察・検察により釈放され、勾留請求に至らない者は、一五、八八九人で全逮捕者の一三・二%にも及ぶ。従って、勾留質問のときに逮捕の違法性をもあわせてチェックしうるとする消極説の⑦の根拠は、右の者にはあてはまらない。また、現行犯逮捕につき「裁判」が存しない点を指摘する⑥の根拠は、先述のように、事後の通常逮捕状の発付を否定している現在の解釈と実務こそ批判されるべきであるので、とりえない。従って、緊急逮捕、現行犯逮捕では事後に令状発付という「裁判」がなされるべきなのであり、これに対する不服申立は充分に考えられるので、消極説の⑥の理由もそのみでは説得的でない。また、法文上、最大七十二時間という枠がある以上、準抗告を許すからといってこの制約を越えてもよいというものではないので、④の理由はこの限りでは無意味である。さらに、逮捕に関する「アメリカ法型」を原則とする我が国刑法法からは、

積極的な取調を予定する③の根拠は抑々承服し難い。逮捕の緊急処分性をいう②の根拠については、現状のように七十二時間を「手持ち時間」として利用する実務を前提とし、また、勾留に至らず釈放される者がかなりいることを考えると、直ちに賛同しかねる点が残る。問題は、①の条文の文言の点である。この文言を積極説のようにふくらまして解釈すべき現実的必要性乃至切迫性があるといえるかどうかが残った問題となる。

先に紹介した積極説の③の根拠のうち逮捕⇨勾留同質処分説については、逮捕から勾留請求までの時間を可及的に速やかにするという枠をはめるのであれば、同質の処分につき準抗告と勾留質問という二重の司法審査を保障するまでの必要はかえつてないともいえよう。この点は、逮捕⇨勾留異質処分説に立つからこそ、逮捕についてはそれ自体の適法性のチェックを要するので準抗告を認め、他方、さらにその後刑事手続固有の身柄保全の必要につき勾留質問手続で吟味するという構成が無理なくできると思われる。

さて、我が国では、「逮捕」という事実のみでマスコミに広く報道されて「犯人」扱いされ、職場や地域で白眼視をうけるなど、日常生活が破壊されてしまうこともまれでなく、

重大なステイグマを伴うことを忘れてはならない。単に「釈放」されただけでは、取り返しのできない社会生活上の損失が現に生じるのである。とすれば、かかる逮捕の違法性については、早期に確認し宣言するための「手続的場」の保障が必要になってくるといえないか。

先にふれた通り、逮捕の違法性については、釈放されてしまえば、勾留段階でチェックを受けえない。また、公判に於て、違法な逮捕・勾留中の自白の証拠能力を否定するという証拠法のルールが確定したとしても、不法な身柄拘束という侵害の有効な救済とはなりえない。身柄拘束の違法性そのものを争う場合と、罪体についての心証形成上当該自白を証拠として許容しうるか否か検討するにあたり拘束の違法性を吟味するのでは、評価の視角と目的が異なるため、若干の差異がでてこないものでもないし、逮捕は違法でも自白の任意性が肯定されることもある以上、右ルールのみでは、充分な救済とはなりえないからである。

さらに、現行犯逮捕後にも通常逮捕令状の請求を義務づけ、あわせて、準抗告による不服申立をも許す制度を整えておくことは、間接的に逮捕後の身柄拘束を徹底した自白追求に利用する実務を規制する効果も望めなくはない。

逮捕に関する裁判と準抗告 渡辺

ただ、右のような事情を総合したときに、そこから直ちに「解釈論」として文言の枠を越えてまでも準抗告を容認しなければならぬほどの切迫性・緊急性があるといえるのか、ひとまず、立法論として四二九条一項二号の文言を、「逮捕、勾留……に関する裁判」と改正することを主張する程度にとどめるのかは、判断に迷うところである。立法論については積極的に考えたいが、解釈論としては右の迷いを残したまま、結論を留保しておきたい。

※本件の評釈として、島伸一・法学研究一九卷一号（昭五八）一五九頁。