

逮捕の違法と勾留の許否についての一考察

金子 章

- 第一章 はじめに
- 第二章 憲法との関係における刑訴法の位置づけ
 - 第一節 憲法の規範的構造
 - 第二節 刑訴法の位置づけ
- 第三章 逮捕の違法と勾留の許否
 - 第一節 勾留が認められない根拠・理由
 - 第二節 勾留が認められない場合の基準・要件
- 第四章 おわりに

第一章 はじめに

一 逮捕の違法は、それに引き続く勾留の許否には関係しないとする判例¹⁾もかつては見られたが、現在においては、実務および学説上、逮捕に違法がある場合、それに引き続く勾留は認められないと一般に考えられており、このような理解におよそ異論は見られない²⁾。また、そうだとすると、いかなる場合に

1) 最大判昭和23年12月1日刑集2巻13号1679頁、最判昭和24年7月26日刑集3巻8号1391頁など。

2) 川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕(第2版)』(2021年)87頁【以下、「川出①」として引用】、宇藤崇ほか『刑事訴訟法(第2版)』(2018年)86頁〔堀江慎司〕、酒巻匡

『刑事訴訟法(第2版)』(2020年)74-75頁【以下、「酒卷①」として引用】、光藤景皎『刑事訴訟法I』(2007年)71頁、松尾浩也『刑事訴訟法(上)(新版)』(1999年)98頁、丹羽敏彦「先行する手続の違法と勾留の可否」田中康郎監修『令状実務詳解』(2020年)328-329頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法(第3版)』(2021年)74頁、長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』(2005年)76頁〔佐藤隆之〕、白取祐司『刑事訴訟法(第10版)』(2021年)183頁、吉開多一ほか『基本刑事訴訟法II』(2021年)112頁〔吉開多一〕、安富潔『刑事訴訟法(第2版)』(2013年)128頁、大澤裕「被疑者の身体拘束—逮捕・勾留に伴う諸問題(1)」法学教室450号(2018年)113頁【以下、「大澤①」として引用】、三井誠『刑事手続法(1)(新版)』(1997年)20頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(1996年)88頁【以下、「田宮①」として引用】、田口守一『刑事訴訟法(第7版)』(2017年)74、77頁、上口裕『刑事訴訟法(第5版)』(2021年)92頁、葛野尋之ほか編『判例学習・刑事訴訟法(第3版)』(2021年)93頁〔斎藤司〕、松田岳士「逮捕の違法と勾留」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第8版)』(2005年)35頁、高部道彦「逮捕の違法と勾留」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選(第9版)』(2011年)35頁、安井哲章「逮捕の違法と勾留」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選(第10版)』(2017年)31頁、大澤裕「逮捕の違法と勾留」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第6版)』(1992年)28頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第2版)(第4巻)』(2012年)358頁〔渡辺咲子〕、宮木康博「逮捕前置主義の意義」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点(新・法律学の争点シリーズ6)』(2013年)69頁、山本正樹「逮捕前置主義の意義」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点(第3版)』(2002年)62頁、後藤昭＝白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法(第3版)』(2018年)518頁〔多田辰也〕、廣瀬健二「逮捕前置主義の意義」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点(新版)』(1991年)67頁【以下、「廣瀬①」として引用】、川出敏裕「演習」法学教室380号(2012年)168頁【以下、「川出②」として引用】、木谷明「(一)違法な逮捕を前提とする勾留請求に対する措置(二)違法な逮捕に引き続く求令状起訴があった場合の措置」新関雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)274頁、田中開ほか『刑事訴訟法(第6版)』(2020年)79頁〔田中開〕、福島至『基本講義刑事訴訟法』(2020年)56頁、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義(第7版)』(2022年)141頁、小林充「刑訴規則142条1項8号の記載をしない逮捕状請求を受けた場合の措置、また右記載の欠缺が勾留請求の段階又は勾留状発付後において発見された場合の措置」新関雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)95頁、黒田直行「違法な逮捕を前提とする勾留請求の許否」河村澄夫＝古川實編『刑事実務ノート(第3巻)』(1971年)140頁、高田卓爾＝田宮裕編『演習刑事訴訟法(演習法律学大系15)』(1972年)114頁〔佐々木史朗〕、大久保隆志『刑事訴訟法』(2014年)110頁、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法(新版)

(第3巻)』(1996年)124頁、石井一正『刑事訴訟の諸問題』(2014年)100頁〔初出：石井一正「違法の承継について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(下巻)』(2007年)〕【以下、「石井①」として引用】、池田公博＝笹倉宏紀『刑事訴訟法』(2022年)60頁、三井誠＝酒巻匡『入門刑事手続法(第8版)』(2020年)45頁、椎橋隆幸ほか『ポイントレクチャー刑事訴訟法』(2018年)99頁〔洲見光男〕、亀井源太郎ほか『プロセス講義刑事訴訟法』(2016年)87頁〔堀田周吾〕、小林充〔植村立郎監修、前田巖改訂〕『刑事訴訟法(第5版)』(2015年)89-90頁【以下、「小林①」として引用】、中川孝博『刑事訴訟法の基本』(2018年)60頁、福井厚『刑事訴訟法講義(第5版)』(2012年)121頁、渡辺直行『刑事訴訟法(第2版)』(2013年)155-156頁、廣瀬健二『コンパクト刑事訴訟法(第2版)』(2017年)76頁【以下、「廣瀬②」として引用】、伊丹俊彦＝合田悦三編集代表『実務刑事訴訟法』(2018年)401頁〔榑清隆〕、中島宏ほか『刑事訴訟法』(2022年)90-91頁〔宮木康博〕、関正晴編『刑事訴訟法(第2版)』(2019年)68頁〔緑大輔〕、高田昭正『基礎から学ぶ刑事訴訟法演習』(2015年)49頁、酒巻匡「身柄拘束処分に伴う諸問題」法学教室291号(2004年)96-97頁【以下、「酒巻②」として引用】、小浦美保「逮捕の違法と被疑者勾留の可否—逮捕前置主義についての試論」岡山大学法学会雑誌70巻3=4号(2021年)320、349-350頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(1990年)78頁、三井誠ほか編『刑事法辞典』(2003年)531頁〔川出敏裕〕、法曹会編『例題解説刑事訴訟法(4)(3訂版)』(1999年)140頁、平場安治ほか『注解刑事訴訟法(中巻)[全訂新版]』(1982年)94頁〔高田卓爾〕、竹崎博允「違法な逮捕と勾留の効力」河上和雄ほか編『警察実務判例解説(任意同行・逮捕篇)(別冊判例タイムズ11号)』(1990年)154-155頁、芦澤政治「逮捕の違法と勾留」長沼範良ほか編『警察基本判例・実務200(別冊判例タイムズ26)』(2010年)304頁、田中久丸「違法な逮捕と勾留の可否」判例タイムズ296号(1973年)190頁、田宮裕「逮捕前置主義」判例タイムズ296号(1973年)189頁【以下、「田宮②」として引用】、佐藤淳「逮捕の適法性と勾留の可否」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法I』(2012年)133頁、中野佳博「逮捕手続の違法と勾留請求」研修515号(1991年)91-92頁、石井一正「違法逮捕と勾留」佐伯千仞編『続・生きている刑事訴訟法』(1970年)71頁、石松竹雄「再逮捕・勾留をめぐる」佐伯千仞編『続・生きている刑事訴訟法』(1970年)104頁、川口政明「任意同行と逮捕」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点(新版)』(1991年)54頁、小野清一郎ほか『ポケット註釈全書 刑事訴訟法(上)[新版]』(1986年)472頁、高田卓爾＝鈴木茂嗣編『新・判例コンメンタル刑事訴訟法3』(1995年)115頁〔石川才顯〕、田宮裕「捜査の構造」(1971年)167頁【以下、「田宮③」として引用】、山口裕之「先行する手続の違法と勾留の可否」高麗邦彦＝芦澤政治編『令状に関する理論と実務I』(2012年)124頁、大野市太郎「違法な逮捕と勾留の適法性」佐々木史朗ほか編『警察関係基本判例解説100(別冊判例タイムズ9号)』(1985年)177頁。

勾留は認められないかという、その基準ないし要件については、逮捕に重大な違法が必要であると一般に考えられているところである³⁾。

もっとも、逮捕に違法がある場合にそれに引き続く勾留が認められない根拠について、必ずしも見解は一致していない⁴⁾。また、勾留が認められないとして、それは逮捕に重大な違法が認められる場合であるとする、その基準ないし要件についても、その理論的な位置づけは、必ずしも定かでないものがあるように思われる。

本稿は、このような状況に鑑みて、逮捕の違法と勾留の許否という問題に改めて検討を加えようとするものである。

二 本稿の構成は、以下のとおりである。まずは、憲法との関係における刑事訴訟法の位置づけを確認する(第二章)。そのうえで、逮捕の違法と勾留の許否という問題について、従前の議論を踏まえながら、検討を進めていくことにしたい(第三章)。

3) 川出①・前掲注 2) 87 頁、宇藤ほか・前掲注 2) 86-87 頁〔堀江慎司〕、酒巻①・前掲注 2) 75 頁、丹羽・前掲注 2) 328-329 頁、古江・前掲注 2) 75-76 頁、吉開ほか・前掲注 2) 112-113 頁〔吉開多一〕、安富・前掲注 2) 128 頁、大澤①・前掲注 2) 113 頁、田宮①・前掲注 2) 88 頁、高部・前掲注 2) 35 頁、安井・前掲注 2) 31 頁、河上ほか編・前掲注 2) 360 頁〔渡辺咲子〕、山本・前掲注 2) 62 頁、廣瀬①・前掲注 2) 67 頁、川出②・前掲注 2) 169 頁、木谷・前掲注 2) 274 頁、田中ほか・前掲注 2) 79 頁〔田中開〕、池田=前田・前掲注 2) 141 頁、大久保・前掲注 2) 110 頁、伊藤ほか・前掲注 2) 124 頁、石井①・前掲注 2) 100 頁、池田=笹倉・前掲注 2) 61 頁、椎橋ほか・前掲注 2) 100 頁〔洲見光男〕、亀井ほか・前掲注 2) 87 頁〔堀田周吾〕、小林①・前掲注 2) 89-90 頁、中川・前掲注 2) 61 頁、廣瀬②・前掲注 2) 76 頁、伊丹=合田編集代表・前掲注 2) 401 頁〔榑清隆〕、関編・前掲注 2) 68 頁〔緑大輔〕、高田・前掲注 2) 50 頁、酒巻②・前掲注 2) 96-97 頁、小浦・前掲注 2) 320 頁、三井ほか編・前掲注 2) 531 頁〔川出敏裕〕、法曹会編・前掲注 2) 140 頁、竹崎・前掲注 2) 154 頁、芦澤・前掲注 2) 304 頁、田中・前掲注 2) 190 頁、佐藤・前掲注 2) 133 頁、中野・前掲注 2) 93-94 頁、石松・前掲注 2) 104 頁、川口・前掲注 2) 54 頁、小野ほか・前掲注 2) 472 頁、山口・前掲注 2) 124 頁、大野・前掲注 2) 177 頁。

4) 宇藤ほか・前掲注 2) 86 頁〔堀江慎司〕。

第二章 憲法との関係における刑訴法の位置づけ

第一節 憲法の規範的構造

一 憲法とは、いかなる性格を有するものであるのか、換言すれば、憲法とは、いかなる関係性を規律するものであろうか。

この点については、憲法は、国家と国民の関係を規律する法規範である、との理解に、およそ異論はないであろう⁵⁾。

それでは、このような憲法の性格に関する理解を前提とした場合に、憲法13条の規定の意義ないし趣旨は、どのように理解されることになるであろうか。

憲法13条によれば、すべて国民は、「個人として尊重され」、「生命、自由及び幸福追求」に対する権利、すなわち、幸福追求権を保障されている⁶⁾。そして、この幸福追求権に関しては、「14条以下に規定される個人権を生み出す源泉・母胎としての性格を有する権利であり、個人権すべてを包括するとともに新しい人権の根拠となるもの」⁷⁾と一般に考えられているのである⁸⁾。

5) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(2000年)19頁【以下、「山本①」として引用】、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(1)一私法関係における憲法原理の衝突」法学論叢133巻4号(1993年)2、8頁【以下、「山本②」として引用】、山本敬三「憲法と民法の関係—ドイツ法の視点」法学教室171号(1994年)48頁【以下、「山本③」として引用】、大石眞『憲法講義I(第3版)』(2014年)9頁、君塚正臣『憲法の私人間効力論』(2008年)4-5、9頁、道垣内弘人『プレップ法学を学ぶ前に(第2版)』(2017年)51-52頁、川崎政司『法律学の基礎技法』(2011年)64、194頁、田中成明『法学入門(新版)』(2016年)25頁など。

6) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第7版)』(2019年)120頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第5版)』(2020年)145頁、山本①・前掲注5)24頁、大石眞『憲法講義II(第2版)』(2012年)47、56頁など。

7) 高橋・前掲注6)145頁。

8) 芦部・前掲注6)121頁も、「個人尊重の原理に基づく幸福追求権は、憲法に列挙されていない新しい人権の根拠となる一般的かつ包括的な権利」であり、「個別の基本権を包括

このように、憲法 13 条は、個人、すなわち、個別的具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障しているのであるが、先に述べた憲法の性格に照らし合わせるならば、このことは、国家が、個別的具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負うことを意味することになる^{9) 10)}。

もっとも、他方で、憲法 13 条は、このような国家が負うべき義務を規定しているとしても、憲法 13 条から抽出される国家の義務は、これに限られるわけではない。むしろ、憲法 13 条は、それにとどまらず、国家は、「公共の福祉」を維持すべき義務、すなわち、国民全体、ないし、一般的抽象的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負うことを規定しているものと見るべきであろう^{11) 12)}。

する基本権である」とする。また、大石・前掲注 6) 57 頁もまた、幸福追求権は、「明示的に列挙された諸権利」だけでなく、「広くそれら以外の権利・自由をも包括的に保障する意味をもつ包括的な基本権の保障規定」としている。そのほか、同様の指摘をするものとして、伊藤正己『憲法（第 3 版）』（1995 年）90、228-229 頁、高井裕之「幸福追求権」大石眞＝石川健治編『憲法の争点（新・法律学の争点シリーズ 3）』（2008 年）92-93 頁、浦部法穂『憲法学教室（第 3 版）』（2016 年）44-46 頁、渋谷秀樹『憲法（第 2 版）』（2013 年）184 頁、渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法 1 人権（第 5 版）』（2013 年）247-248 頁〔赤坂正浩〕、安西文雄ほか『憲法学読本（第 3 版）』（2018 年）89 頁〔卷美矢紀〕、松井茂記『日本国憲法（第 3 版）』（2007 年）336 頁、小嶋和司＝大石眞『憲法概観（第 7 版）』（2011 年）86-87 頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（1994 年）328 頁、芦部信喜編『憲法Ⅱ人権（1）』（1978 年）137-138 頁〔種谷春洋〕、小山剛『憲法上の権利』の作法（新版）（2011 年）93 頁など。

9) 高橋・前掲注 6) 119、123、131 頁、市川正人『憲法』（2014 年）i 頁。なお、山本①・前掲注 5) 64、86、199、248、293 頁、山本②・前掲注 5) 17 頁、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（2・完）—私法関係における憲法原理の衝突—」法学論叢 133 巻 5 号（1993 年）7-8、26 頁、山本③・前掲注 5) 48-49 頁参照。

10) もちろん、このことは、国家自身が基本的人権を侵害してはならないという消極的な意味をも当然に含んでいる。このようなことを認めることは、上述したような国家自身が負うべき義務と明らかに背理・矛盾するからである。

二 以上からすると、憲法 13 条は、国家に対して、個人の基本的人権を保障すべき義務を負わせているだけでなく、それに加えて、公共の福祉を維持すべき義務を負わせているものと解される。

もっとも、問題は、その先にある。このように、国家は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務を負うものとするならば、国家が負うべき二つの義務の間において対立・矛盾が生じることは、容易に想定できよう。このことは、憲法 13 条それ自体が、すでに認識していたものと考えられる。すなわち、憲法 13 条は、国家が負うべき二つの義務の間に矛盾・対立が生じることを前提としながら、その相対立する二つの憲法上の義務の間の調整が図られるべきことを要請しているものと解すべきである（いわゆる「比例原則」¹³⁾ ¹⁴⁾ ¹⁵⁾。換言すれば、憲法 13 条に基づき、国家¹⁶⁾ は、個人の基本的

11) 高木光『ブレップ行政法（第 2 版）』（2012 年）61 頁参照。

12) なお、公共の福祉の意味については、人権相互の矛盾・衝突を調整するための原理として一般に捉えられてきた（高橋・前掲注 6）128-129 頁、曾我部真裕ほか編『憲法論点教室（第 2 版）』（2020 年）80 頁〔曾我部真裕〕、辻村みよ子『憲法（第 4 版）』（2012 年）147 頁）。その背景に戦前の反省があったことはもちろんであるが（宮沢俊義『憲法 II』（1974 年）234-235 頁、曾我部真裕ほか編『憲法論点教室（第 2 版）』（2020 年）80 頁〔曾我部真裕〕）、しかしながら、このように、公共の福祉を調整原理として機能的に捉えることは、そもそも、公共の福祉という文言、あるいは、憲法 13 条の規定の仕方からして、疑問が持たれよう。むしろ、問題は、その先にあつて、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務の間において、その調整をどのように具体的に図っていくべきなのか、その具体的なあり方こそが重要である。なお、公共の福祉の意味をめぐる議論の詳細に関しては、高橋・前掲注 6）123 頁以下、曾我部真裕ほか編『憲法論点教室（第 2 版）』（2020 年）79 頁以下〔曾我部真裕〕、芦部・前掲注 8）186 頁以下、安西ほか・前掲注 8）79 頁以下〔巻美矢紀〕など参照。

13) 比例原則の法的根拠として憲法 13 条を指摘するものとして、芝池義一『行政法総論講義（第 4 版補訂版）』（2006 年）84 頁、藤田宙靖『行政法総論』（2013 年）102 頁、小早川光郎『行政法（上）』（1999 年）144 頁、今村成和（畠山武道補訂）『行政法入門（第 8 版補訂版）』（2007 年）90 頁、大浜啓吉『行政法総論（第 3 版）』（2012 年）24、278 頁、曾和俊文ほか『現代行政法入門（第 2 版）』（2011 年）162 頁〔亘理格〕、宮田三郎『警察法』

人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務の間の調整を図るべき憲法上の義務を負っているのである。憲法 13 条が、幸福追求権について、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定するのは、その趣旨であろう¹⁷⁾。

第二節 刑訴法の位置づけ

一 憲法 13 条の意義・趣旨がいかなるものであるかは、先に述べたとおりであるが、その趣旨は、刑事手続の領域においても妥当する¹⁸⁾。すなわち、

(2002 年) 70 頁、宮田三郎『実践警察法』(2012 年) 39 頁、高木光「比例原則の実定化—『警察法』と憲法の関係についての覚書—」『現代立憲主義の展開 (芦部信喜先生古稀祝賀) (下)』(1993 年) 228 頁、渋谷・前掲注 8) 264-265 頁、渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方 (第 2 版)』(2010 年) 154 頁、北村和生ほか『行政法の基本 (第 5 版)』(2014 年) 19、176 頁〔高橋明男〕、阿部泰隆『行政法解釈学 I』(2008 年) 395 頁、高田敏編『新版行政法』(2009 年) 42-43 頁〔高田敏〕、藤井敏夫『行政法総論 (第 5 版)』(2010 年) 13 頁、宇賀克也編『ブリッジブック行政法 (第 2 版)』(2012 年) 30 頁〔横田光平〕、宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 (第 2 版)』(2014 年) 24 頁など。なお、比例原則一般については、萩野聡「行政法における比例原則」芝池義一ほか編『行政法の争点 (第 3 版)』(2004 年) 22 頁、川上宏二郎「行政法における比例原則」成田頼明編『行政法の争点 (新版)』(1990 年) 18 頁、須藤陽子「比例原則」法学教室 237 号 (2000 年) 18 頁〔須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(2010 年) 所収〕など参照。

- 14) そして、このように理解することによって、憲法 13 条が比例原則を規定することの意味を適切に捉えることができるように思われる。
- 15) 上述したように、比例原則とは、二つの義務の間の調整が図られるべきことを要請するものであり、それ以上でも、それ以下でもない。その意味で、抽象的な規範にとどまるのであって、憲法それ自体が、比例原則の名の下で、具体的な基準を用意しているわけではないのである。
- 16) ここには、立法府だけでなく、もちろん、国家機関である以上、裁判所も含まれる。市川・前掲注 9) 65 頁参照。
- 17) 高木・前掲注 13) 228 頁、藤田・前掲注 13) 102-103 頁、宇賀編・前掲注 13) 30 頁〔横田光平〕。

刑事手続に即していえば、憲法 13 条は、刑事手続に関し、国家は、個人の基本的な権利を保障すべき義務、および公共の福祉を維持すべき義務、換言すれば、犯人を特定して処罰すること（刑法の具体的な実現・執行）を通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護（将来の犯罪の防止・抑止）すべき義務¹⁹⁾を負うことを前提としながら、その相対立する二つの義務の間の調整が図られるべきことを要請しているものであり²⁰⁾、国家は、そのような調整を図るべき憲法上の義務を負っているのである。

ところで、憲法 31 条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定している。これが、刑事手続に関し、適正手続を保障したものであるとの理解自体は、異論なく認められているといえよう²¹⁾。問題は、この憲法 31 条と憲法 13 条

-
- 18) 鈴木茂嗣「憲法と刑事訴訟法との関係」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』（1979年）4、6頁〔鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造（上巻）』（1996年）所収〕【以下、「鈴木①」として引用】、鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』（1979年）5頁【以下、「鈴木②」として引用】、鈴木・前掲注2）17頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（1988年）4-5頁【以下、「鈴木③」として引用】参照。
- 19) 長沼範良「刑事訴訟法の目的」法学教室 197号（1997年）26頁、田中ほか・前掲注2）5頁〔長沼範良、棚町祥吉『逮捕（改訂）』（1992年）v頁参照。平川宗信『刑事法の基礎（第2版）』（2013年）104-109頁、山口厚『刑法（第2版）』（2011年）4-6頁、山口厚『刑法総論（第2版）』（2007年）2-6頁、西田典之『刑法総論（第2版）』（2010年）30-31頁、林幹人『刑法総論（第2版）』（2008年）12-13頁なども参照。
- 20) 鈴木②・前掲注18）5-7、19、140頁、鈴木・前掲注2）17頁、鈴木③・前掲注18）4-5頁、鈴木①・前掲注18）4頁参照。井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（1985年）371頁も参照。
- 21) 芦部・前掲注6）252、254頁、芦部・前掲注8）139頁、高橋・前掲注6）301-302頁、浦部・前掲注8）304-305頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（第5版）』（2012年）410頁〔高橋和之〕、辻村・前掲注12）269頁、松井・前掲注8）517頁、長谷部恭男『憲法（第6版）』（2014年）254-255頁、赤坂正浩『憲法講義（人権）』（2011年）170頁、大石・前掲注6）102頁、櫻井敬子=橋本博之『行政法（第4版）』（2013年）23-24頁、鈴木②・前掲注18）2頁、井上・前掲注20）371頁、田宮①・前掲注2）4-5、65、301頁、田宮③・前掲注2）120頁、

の関係は、どのように理解されるべきか、である。

この点については、憲法 31 条は、憲法 13 条と同旨のものとするべきであろう。すなわち、この憲法 31 条のいわゆる適正手続条項²²⁾は、憲法 13 条に基づく比例原則が刑事手続に対しても妥当することを、特に確認ないし強調したものである^{23) 24)}。

松尾浩也=田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』(1966 年) 1 頁、白取・前掲注 2) 80 頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』(2003 年) 408 頁、三井誠『刑事訴訟法の基本原理』松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法の争点(第 3 版)』(2002 年) 9 頁、福井・前掲注 2) 13 頁、池田=前田・前掲注 2) 17 頁、安富・前掲注 2) 2 頁、上口・前掲注 2) 6 頁、上口裕ほか『刑事訴訟法(第 5 版)』(2013 年) 17 頁〔後藤昭、田中ほか・前掲注 2) 2 頁〔長沼範良)、渡辺直行『論点中心刑事訴訟法講義(第 2 版)』(2005 年) 6 頁、渡辺・前掲注 2) 3 頁、渥美東洋『全訂刑事訴訟法(第 2 版)』(2009 年) 12 頁、小林①・前掲注 2) 1 頁、加藤康榮『刑事訴訟法(第 2 版)』(2012 年) 2 頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(1993 年) 2 頁、村井敏邦編『現代刑事訴訟法(第 2 版)』(1998 年) 26 頁〔大出良知)、椎橋隆幸編『ブリッジブック刑事裁判法』(2007 年) 12 頁〔椎橋隆幸)、平川・前掲注 19) 209 頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(1)」法学教室 283 号(2004 年) 59 頁【以下、「酒巻③」として引用]、酒巻匡「刑事手続の目的と基本設計図」法学教室 355 号(2010 年) 36 頁、酒巻①・前掲注 2) 2-3 頁、三井誠ほか編『入門刑事法(第 7 版)』(2020 年) 106 頁〔三井誠)、安西ほか・前掲注 8) 206 頁〔宍戸常寿)、宍戸・前掲注 13) 38 頁、市川・前掲注 9) 190、192-193 頁など。なお、最判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 卷 6 号 1672 頁も参照。

22) 田宮裕「最近のデュープロセス論争」研修 340 号(1976 年) 3 頁、上口裕『刑事訴訟法(第 4 版)』(2015 年) 6 頁、小田中聰樹『刑事訴訟法の変動と憲法的思考』(2006 年) 368 頁、市川・前掲注 9) 97 頁、三井ほか編・前掲注 21) 106 頁〔三井誠〕参照。

23) その意味で、適正手続は、利益衡量を本質とするものである(鈴木②・前掲注 18) 6-7 頁、井上・前掲注 20) 371 頁、田宮・前掲注 22) 8 頁参照)。さらにいえば、適正手続と比例原則は同義であり、互換性のあるものとしてよく、そうだとすれば、それを適正手続と呼ぶか、比例原則と呼ぶかは、せいぜい言葉の問題にすぎないともいえよう(例えば、現に、憲法 13 条を適正手続の問題として論じるものとして、大石・前掲注 6) 62-63 頁、高橋・前掲注 6) 159、302 頁、曾和俊文「行政手続(1) 憲法上の適正手続・行政手続法」法学教室 386 号(2012 年) 83-84 頁、曾和俊文『行政法総論を学ぶ』(2014 年) 303-304 頁など参照)。

24) すでに述べたように、憲法 31 条が適正手続を保障するものであることは異論を見ない。

二 それでは、以上のような憲法 13 条ないし憲法 31 条に関する理解を前提にすると、憲法 13 条ないし憲法 31 条と刑訴法とは、いかなる関係にあるのか、換言すれば、憲法 13 条ないし憲法 31 条との関係において、刑訴法はどのように位置づけられることになるであろうか。

この点、憲法 13 条ないし憲法 31 条は、国家に対して、刑事手続に関し、個人の基本的な人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務の間の調整を図るべき義務、つまり、適正手続を保障すべき義務を負わせているところ、刑訴法(の制定・定立)は、そのような憲法上の義務を負うべき国家(立法府)が、そのような義務を担保する、ないし履行するために講じられた手段ないし措置として位置づけられるべきである²⁵⁾。すなわち、刑訴法は、刑事手続に関し、国

もっとも、憲法 31 条については、それと並んで、手続法定主義なる原則が指摘ないし強調されることがある(酒巻③・前掲注 21) 59 頁、酒巻匡「捜査手続 (1) 総説」法学教室 356 号 (2010 年) 65 頁、酒巻①・前掲注 2) 22 頁、田宮①・前掲注 2) 4 頁、田中ほか・前掲注 2) 2 頁〔長沼範良〕、白取・前掲注 2) 80 頁、福井・前掲注 2) 4-5 頁、上口・前掲注 2) 2 頁、平川・前掲注 19) 213 頁、芦部・前掲注 6) 252 頁など)。確かに、憲法 31 条は「法律の定める手続」と規定しており、このことは故なしとしない。しかしながら、憲法 31 条が適正手続を保障しているとすれば、その要請を具現化するものとしての法律が制定されなければならないのは当然のことである(憲法 41 条参照)。憲法 31 条の重点ないし核心は、むしろ適正手続の保障に置かれているのであって、ことさら手続法定主義なる原則を指し、それを指摘ないし強調する必要は必ずしもなく、ましてや、それに特段ないし格別の意味内容を含ませることは避けるべきであろう。なお、大石・前掲注 6) 64 頁参照。

- 25) 国家、すなわち、立法府はもちろん、裁判所もまた、個人の基本的な人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務の間の調整を図るべき義務を負うが、第一義的には、立法府が法律の制定という形で義務を履行することになる。他方で、裁判所による、いわゆる法創造という形での義務履行は二次的なものであり、補充的な位置付けにとどまるものである。なお、田中・前掲注 5) 105、154 頁、田中成明『現代法理学』(2011 年) 289、463-466 頁、山本①・前掲注 5) 53、78、86、248-249、293 頁、西村健一郎ほか『判例法学 (第 3 版)』(1997 年) 8 頁〔西村健一郎〕、佐藤幸治ほか『法律学入門』(1994 年) 204-205、210-211 頁〔田中成明〕参照。

家が負うべき二つの義務の間の調整のあり方についての具体的かつ基本的な枠組みを提示しているのであって²⁶⁾、この趣旨は、刑訴法 1 条が、この法律は、「公共の福祉の維持」と「個人の基本的人權の保障」とを全うするものと指摘していることにも示されているものといえよう²⁷⁾。

第三章 逮捕の違法と勾留の許否

第一節 勾留が認められない根拠・理由

一 逮捕に違法がある場合、それに引き続いて勾留は認められるであろうか。この点について、明文規定はないものの、勾留は認められないと考えられており、このような結論自体には異論はないといってよいであろう²⁸⁾。そのうえで、問題となるのは、その根拠である。

この点、現行法は、被疑者の勾留には逮捕が先行していなければならないという逮捕前置主義を採用しているが (刑訴法 207 条 1 項)²⁹⁾、ここでは、勾留

26) 井戸田・前掲注 21) 2 頁、鈴木・前掲注 2) 4 頁参照。宮下明義『新刑事訴訟法逐條解説Ⅱ』(1949 年) 4 頁も参照。なお、泉徳治「司法が担う役割」法政法科大学院紀要 5 卷 1 号 (2009 年) 16 頁、泉徳治「法律家の役割」大東ロージャーナル 6 号 (2010 年) 10-11 頁も参照。

27) 鈴木茂嗣「刑事訴訟法の基礎理論」松尾浩也 = 井上正仁編『刑事訴訟法の争点(新版)』(1991 年) 14 頁〔鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造(上巻)』(1996 年) 所収〕参照。

28) 前掲注 2) 参照。

29) 酒巻①・前掲注 2) 74 頁、宇藤ほか・前掲注 2) 85 頁〔堀江慎司〕、光藤・前掲注 2) 70 頁、松尾・前掲注 2) 109 頁、川出①・前掲注 2) 81 頁、古江・前掲注 2) 73-74 頁、長沼ほか・前掲注 2) 72 頁〔佐藤隆之〕、白取・前掲注 2) 183 頁、吉開多一ほか『基本刑事訴訟法Ⅰ』(2020 年) 96 頁〔吉開多一〕、安富・前掲注 2) 127 頁、大澤①・前掲注 2) 107 頁、三井・前掲注 2) 19 頁、田口・前掲注 2) 76 頁、上口・前掲注 2) 91-92 頁、河上ほか編・前掲注 2) 355 頁〔渡辺咲子〕、井上正仁監修『裁判例コンメンタール刑事訴訟法(第 2 巻)』(2017 年) 120 頁〔菅原暁〕、金谷利廣「A 事実につき逮捕した被疑者を A・B の両事実又は B 事実のみにつき勾留することの可否」新関雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996 年) 261 頁、小林敬「逮捕前置主義」研修 517 号 (1991 年) 89-90 頁、宮木・前掲注 2)

に前置される逮捕は適法な逮捕であることが前提とされているとする見解がある³⁰⁾。

しかしながら、逮捕前置主義は、被疑者の勾留には逮捕が先行していなければならぬとする原則に過ぎないのであり^{31) 32)}、逮捕の適否を問うものでは

68頁、廣瀬①・前掲注2) 66頁、古宮久枝「被疑者の勾留と逮捕前置の原則」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅰ』(2012年) 153頁、田中ほか・前掲注2) 78頁〔田中開〕、緑大輔『刑事訴訟法入門(第2版)』(2017年) 102頁、三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法(第3版)』(2018年) 267頁〔北蘭信孝〕、大久保・前掲注2) 110頁、伊藤ほか・前掲注2) 123頁〔藤永幸治〕、池田＝笹倉・前掲注2) 59-60頁、三井＝酒巻・前掲注2) 45頁、椎橋ほか・前掲注2) 97-98頁〔洲見光男〕、亀井ほか・前掲注2) 86頁〔堀田周吾〕、椎橋編・前掲注2) 74頁〔洲見光男〕、渡辺・前掲注2) 153頁、伊丹＝合田編集代表・前掲注2) 400頁〔榊清隆〕、中島ほか・前掲注2) 88-89頁〔宮木康博〕、関編・前掲注2) 62、68頁〔緑大輔〕、高田・前掲注2) 48頁、酒巻②・前掲注2) 94-95頁、三井ほか編・前掲注2) 530-531頁〔川出敏裕〕、法曹会編・前掲注2) 134頁、高田卓爾『刑事訴訟法(2訂版)』(1984年) 362頁、横山泰造「A事実で逮捕した被疑者をA及びB事実で又はB事実のみで勾留することの可否」高麗邦彦＝芦澤政治編『令状に関する理論と実務Ⅰ(別冊判例タイムズ34号)』(2012年) 147頁、田宮裕『注釈刑事訴訟法』(1980年) 233頁、高田＝鈴木編・前掲注2) 114-115頁〔石川才顯〕、小浦・前掲注2) 343頁。

- 30) 浦辺衛『刑事実務上の諸問題』(1961年) 173頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法(第5版)』(2022年) 433頁。
- 31) 高田＝田宮編・前掲注2) 111頁〔佐々木史朗〕、古江・前掲注2) 73-74頁、金谷・前掲注2) 261頁、松尾・前掲注2) 108-109頁、長沼ほか・前掲注2) 72-73、77頁〔佐藤隆之〕、安富・前掲注2) 127頁、大澤①・前掲注2) 107頁、田口・前掲注2) 76頁、上口・前掲注2) 91頁、小林・前掲注2) 89頁、宮木・前掲注2) 68頁、廣瀬①・前掲注2) 66頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法(第3版)』(2013年) 176頁、渡辺・前掲注2) 153頁、中島ほか・前掲注2) 89頁〔宮木康博〕、三井ほか編・前掲注2) 530-531頁〔川出敏裕〕、法曹会編・前掲注2) 134頁、亀井ほか・前掲注2) 86頁〔堀田周吾〕、横山・前掲注2) 147頁、高田＝鈴木編・前掲注2) 114頁〔石川才顯〕。
- 32) それゆえ、逮捕がなされれば必ず勾留がなされなければならないものではない(法曹会編・前掲注2) 143頁、平野龍一『刑事訴訟法』(1958年) 99頁、宮木・前掲注2) 69頁参照)。その意味で、逮捕は勾留に向けられた、あるいは勾留に紐づけられた措置(田宮③・

ない。その意味で、逮捕が適法か否かは無関係であって、逮捕前置主義から、逮捕が適法でなければならないということがただちに導かれるわけではない。むしろ、理論的には、違法な逮捕であっても、逮捕が被疑者の勾留に先行している以上は、逮捕前置主義に合致しているともいえるのである。

また、実質的に考えてみても、逮捕前置主義の趣旨は、「捜査段階における身体拘束の当初は事情変更が生じやすく、犯罪の嫌疑や拘束の必要性の判断が流動的であるため」³³⁾、「被疑者の身体の拘束にあたり、最初から長期間の拘束である勾留を認めるよりも、まず短期間の拘束である逮捕を先行させ、その

前掲注 2) 170 頁参照)ではなく、逮捕を勾留のための引致手段として捉える理解(緑・前掲注 29) 103-104、106-107 頁、田宮③・前掲注 2) 165、167、169 頁、田宮②・前掲注 2) 189 頁、田宮①・前掲注 2) 84 頁、後藤昭『捜査法の論理』(2001 年) 97、107 頁、水谷規男『疑問解消刑事訴訟法』(2008 年) 59 頁、福井厚「逮捕前置主義の反省」ジュリスト 1148 号(1999 年) 98 頁、白取・前掲注 2) 182-183 頁、緑大輔『刑事捜査法の研究』(2022 年) 244-245 頁〔初出:「逮捕前置主義の意義とその展開」『改革期の刑事法理論(福井厚先生古稀祝賀論文集)』(2013 年)〕(なお、その意味において、この理解は、逮捕を勾留と並ぶ独立の身体拘束処分と捉える一般的な理解とは異なる(大澤①・前掲注 2) 108 頁参照)は、妥当でないように思われる。さらに、この理解に立った場合には、刑訴法上の規定との整合性という点でも問題を生ぜしめるように見える。例えば、勾留のための引致であれば、勾留の執行として行えば足りるはずであるが、にもかかわらず、勾留とは別に逮捕という身柄拘束処分が設けられていることの意味が問われるし(川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』(1998 年) 71 頁、大澤①・前掲注 2) 108 頁)、勾留のための引致であれば、被疑者はただちに裁判官による勾留質問に引致し、犯罪事実の要旨告知と弁解聴取も裁判官が行うのが筋であるが、それにもかかわらず、逮捕後、捜査機関の手で犯罪事実の要旨告知と弁解聴取を行うこととされ、勾留請求までに 48 時間あるいは 72 時間の時間的余裕を与えられていることの意味もまた問われることになろう(大澤①・前掲注 2) 108 頁)。なお、逮捕を勾留のための引致手段として捉える見解に疑問を呈するものとして、大澤①・前掲注 2) 108 頁、川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』(1998 年) 71-72 頁、滝谷英幸「逮捕前置主義の下における逮捕事実と勾留請求事実の『同一性』」名城法学 69 卷 1 = 2 号(2019 年) 73-74 頁、宮木・前掲注 2) 68 頁、古宮・前掲注 29) 156-157 頁、伊藤ほか・前掲注 2) 125 頁〔藤永幸治〕。

33) 宇藤ほか・前掲注 2) 85 頁〔堀江慎司〕。

間にできる限り捜査を尽くさせ、なお犯罪の嫌疑及び身柄拘束の必要性がある場合にはじめて勾留を認めるという慎重な方法をとることにより、被疑者の人身の保護を全うする、というところにある」³⁴⁾と理解されているところ^{35) 36)}、

34) 法曹会編・前掲注2) 142頁。

35) 金谷・前掲注29) 261、263-264頁、川出①・前掲注2) 82頁、川出敏裕「逮捕・勾留に関する諸原則」刑事法ジャーナル4号(2006年)147頁、三井ほか編・前掲注2) 531頁〔川出敏裕〕、長沼ほか・前掲注2) 72-74、77頁〔佐藤隆之〕、古江・前掲注2) 74頁、酒巻①・前掲注2) 74頁、宇藤ほか・前掲注2) 85頁〔堀江慎司〕、吉開ほか・前掲注29) 96頁〔吉開多一〕、上口・前掲注2) 92頁、高部・前掲注2) 35頁、安井・前掲注2) 30-31頁、河上ほか編・前掲注2) 355頁〔渡辺咲子〕、井上監修・前掲注29) 120頁〔菅原暁〕、平野龍一編『自習刑事訴訟法31問』(1965年)37-38頁〔中野次雄〕、滝谷・前掲注32) 72、74頁、木谷・前掲注2) 274頁、浦辺・前掲注30) 171-172頁、古宮・前掲注29) 155頁、三井・前掲注2) 19-20頁、三井ほか編・前掲注29) 267頁〔北蘭信孝〕、松尾監修・前掲注30) 433頁、池田=前田・前掲注2) 146頁、高田=田宮編・前掲注2) 112頁〔佐々木史朗〕、大久保・前掲注2) 110頁、池田=笹倉・前掲注2) 60頁、椎橋ほか・前掲注2) 98頁〔洲見光男〕、亀井ほか・前掲注2) 86頁〔堀田周吾〕、小林①・前掲注2) 94頁、酒巻②・前掲注2) 95頁、安富・前掲注2) 127頁、川出・前掲注32) 71頁、法曹会編・前掲注2) 134、142頁、竹崎・前掲注2) 154頁、横山・前掲注29) 147頁、谷口彰「AB両罪について勾留状の請求があった場合に、A罪のみしか認められない場合の措置—逮捕前置主義を前提として—」判例タイムズ296号(1973年)214頁、渡辺・前掲注2) 154頁。東京地決昭和39年10月15日下刑集6巻9=10号1185頁も同旨。

36) なお、逮捕前置主義の趣旨として、逮捕と勾留のそれぞれの段階で司法審査を経る二重のチェックにより、身柄拘束に慎重を期したとする理解もある(田口・前掲注2) 76頁、松尾・前掲注2) 110頁、田中ほか・前掲注2) 78頁〔田中開〕、酒巻①・前掲注2) 74頁、光藤・前掲注2) 70頁、上口・前掲注2) 92頁、小林・前掲注29) 90頁、福島・前掲注2) 56頁、椎橋ほか・前掲注2) 98頁〔洲見光男〕、椎橋編・前掲注21) 74頁〔洲見光男〕、松尾監修・前掲注30) 433頁、池田=前田・前掲注2) 146頁、伊藤ほか・前掲注2) 123頁〔藤永幸治〕、増井清彦「被疑者の勾留と逮捕前置の原則」平野龍一=松尾浩也編『実例法学全集刑事訴訟法(新版)』(1977年)18頁、佐藤・前掲注2) 133頁、後藤=白取編・前掲注2) 517頁〔多田辰也〕、高田=鈴木編・前掲注2) 115頁〔石川才顯〕。確かに、逮捕前置主義の機能として、そのような側面を見出すことは可能であり、結局、逮捕前置主義の趣旨いかに、逮捕前置主義の果たす機能のどこに着目するかの違いに過ぎないともいえる。しかし、上記理解は、現行犯逮捕の場合に妥当し得ないし

たとえ違法な逮捕であったとしても、その間捜査が行われ、犯罪の嫌疑や身体拘束の必要性について慎重な検討・判断がなされるのであれば、逮捕前置主義の趣旨は充足ないし実現されているともいえよう³⁷⁾。その意味では、逮捕前置主義の趣旨との関係を踏まえても、逮捕は適法であるべきことが当然に導き出されるわけではないのである³⁸⁾。

次に、逮捕が違法であれば、身柄拘束の根拠が失われ、その場合、本来は被疑者を釈放すべきなのであるから、違法な逮捕を前提とする勾留請求は認められないとする見解もある³⁹⁾。

(長沼ほか・前掲注 2) 73 頁〔佐藤隆之〕、宇藤ほか・前掲注 2) 85 頁〔堀江慎司〕、古江・前掲注 2) 74 頁、緑・前掲注 32) 256 頁、池田＝笹倉・前掲注 2) 60 頁、安富・前掲注 2) 127 頁) (もっとも、この点は、現行犯逮捕の場合には「犯人と犯罪の明白性」によって代替されていると見ることもできる (光藤・前掲注 2) 70 頁。高田・前掲注 2) 49 頁参照。三井・前掲注 2) 19-20 頁、古宮・前掲注 29) 154 頁、竹崎・前掲注 2) 154 頁も参照)。上記理解に立つ論者が現行犯逮捕は例外とする (松尾・前掲注 2) 110 頁、田中ほか・前掲注 2) 78 頁〔田中開〕、酒巻①・前掲注 2) 74 頁、上口・前掲注 2) 92 頁、小林・前掲注 29) 90 頁、椎橋編・前掲注 21) 74 頁〔洲見光男〕) のはその趣旨であろう。)、逮捕と勾留の期間の長短の点を説明づけることもできないのであって (宇藤ほか・前掲注 2) 85 頁〔堀江慎司〕、古江・前掲注 2) 74 頁、滝谷・前掲注 32) 72-73 頁、安富・前掲注 2) 127 頁)、逮捕前置主義の趣旨としては必ずしも十分なものではない。その意味で、上記理解自体は、逮捕前置主義の主眼とはいえず、少なくとも本来的に想定される趣旨とは異なるというべきであろう (長沼ほか・前掲注 2) 73 頁〔佐藤隆之〕参照)。

37) 長沼ほか・前掲注 2) 77 頁〔佐藤隆之〕、高田＝田宮編・前掲注 2) 114 頁〔佐々木史朗〕、古江・前掲注 2) 75 頁、木谷・前掲注 2) 274 頁、吉開ほか・前掲注 2) 112 頁〔吉開多一〕、宮木・前掲注 2) 69 頁、亀井ほか・前掲注 2) 87 頁〔堀田周吾〕、法曹会編・前掲注 2) 143 頁。

38) 古江・前掲注 2) 75 頁、宇藤ほか・前掲注 2) 86 頁〔堀江慎司〕、高部・前掲注 2) 35 頁、河上ほか編・前掲注 2) 358 頁〔渡辺咲子〕、木谷・前掲注 2) 274 頁。

39) 黒田・前掲注 2) 145 頁、光藤・前掲注 2) 71 頁、三井・前掲注 2) 20 頁、田口・前掲注 2) 77 頁、上口・前掲注 2) 92 頁、渡辺・前掲注 2) 156 頁、高田＝田宮編・前掲注 2) 115-116 頁〔佐々木史朗〕。東京地決昭和 39 年 10 月 15 日下刑集 6 巻 9 = 10 号 1185 頁も同旨。

しかしながら、逮捕が違法であり、本来は被疑者を釈放すべきであったとしても、そのことと、逮捕が違法である場合に、その後の勾留が認められるかは別の問題である⁴⁰⁾。逮捕と勾留はそれぞれ別個の処分であり⁴¹⁾、逮捕が違法で、本来は被疑者を釈放すべきであったとしても、そのことから、ただちにその後の勾留は認められないとの帰結が得られるわけではないというべきであろう。

さらに、現行法上、逮捕に対する直接の不服申立手段（準抗告）が認められていないことを指摘する見解もある。すなわち、逮捕に対する不服申立手段が認められていないのは、逮捕の適否は、後の勾留段階で司法審査に服することが当然の前提とされているからだとするのである⁴²⁾。

確かに、逮捕に対して準抗告が認められないことは判例⁴³⁾においても確認されている⁴⁴⁾。しかしながら、逮捕に対して準抗告が認められていないからといって、逮捕の適否は後の勾留段階で司法審査に服することが当然の前提とされるのは強弁に過ぎよう。そして、現に、逮捕に対して準抗告が認められない趣旨については、「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

40) 椎橋ほか・前掲注2) 99頁〔洲見光男〕参照。

41) 古江・前掲注2) 77頁、平野・前掲注32) 99頁、黒田・前掲注2) 141頁、長沼ほか・前掲注2) 76頁〔佐藤隆之〕、吉開ほか・前掲注2) 112頁〔吉開多一〕、大澤①・前掲注2) 113頁、三井・前掲注2) 20頁、松尾監修・前掲注30) 433頁、法曹会編・前掲注2) 143頁。

42) 木谷・前掲注2) 274-275頁、光藤・前掲注2) 71頁、三井・前掲注2) 20頁、田口・前掲注2) 77頁、上口・前掲注2) 92頁、高部・前掲注2) 35頁。

43) 最決昭和57年8月27日刑集36巻6号726頁。

44) 酒巻①・前掲注2) 75、217頁、宇藤ほか・前掲注2) 77頁〔堀江慎司〕、酒巻②・前掲注2) 96頁。

刑事手続上の人権保障の趣旨に反するものではない⁴⁵⁾と述べられており⁴⁶⁾、そこでは、刑訴法が逮捕に対する準抗告を認めていない理由につき、勾留段階での逮捕の適否の審査には言及されておらず、したがって、それは、刑訴法が逮捕に対する準抗告を認めていないこととは無関係であるように見える。つまり、逮捕に対して準抗告が認められているかどうかということと、勾留段階で逮捕の適否が審査されるかどうかということは別問題であって⁴⁷⁾、逮捕に対して準抗告が認められていないとしても、そのことから、ただちに、勾留段階における逮捕の適否の審査の可能性が見出だされる訳ではなく⁴⁸⁾、したがって、逮捕が違法な場合に勾留は認められないとの帰結が導き出される訳でもないのである。

二 このように、逮捕に違法がある場合にそれに引き続く勾留は認められないことの根拠をめぐって、学説上、議論がなされており、そこで主張されている見解を見てきたが、詰まるところ、いずれもが問題を抱えているように見える。そして、そのような根拠をめぐる議論がいささか閉塞的な状況に陥っているかのように見える根本的な要因は、従来議論のあり方にあるように思われる。すなわち、従来議論は、逮捕に違法がある場合にそれに引き続く勾留は認められないことを前提として、それをどのように説明づけるか、理屈づけるか、という点に主眼を置くものであったといえよう。その意味では、従来議論は、消極的な根拠論であったと評することができる⁴⁹⁾。しかしながら、明

45) 最決昭和 57 年 8 月 27 日刑集 36 卷 6 号 726 頁の原審 (広島地決昭和 57 年 8 月 6 日刑集 36 卷 6 号 729 頁)。

46) 黒田・前掲注 2) 142-143 頁は、「法が逮捕手続について被疑者側の不服申立手段を認めていない最も根本的な理由は、そもそも、逮捕期間中に有効な被疑者側の不服申立手続を設けることが法技術的にほとんど不可能であるということにあると考えられ」とも指摘している。

47) 古江・前掲注 2) 76 頁参照。

48) 黒田・前掲注 2) 143 頁、石井①・前掲注 2) 101 頁。

文規定がないにも関わらず、逮捕に違法がある場合にそれに引き続く勾留は認められないことが異論なく一致して受け入れられている以上、その根拠をめぐる議論においては、むしろ、そのような法的効果は何ゆえに設けられたのか、あるいは、もたらされたのか、すなわち、そのような法的効果が存在する理由ないし目的を理論的に解明することにこそ、本来主眼が置かれるべきものなのであって、その意味で、積極的な根拠論が展開されなければならないというべきである。

三 さて、上述したような問題意識に立脚しながら、改めて、逮捕に違法がある場合に引き続く勾留が認められない根拠に関して理論的検討を加えていくことにする。

先に述べたように、国家は、個別具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負っている。このことを前提とすると、逮捕に違法がある場合に、それに引き続く勾留は認められないとされているところ、このような考え方は、国家が負うべき個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけることができるように思われる。すなわち、逮捕に違法がある場合にはそれに引き続く勾留は認められないが、そのような法的効果をもたらす根拠・目的は、端的に、個人の権利を保障ないし確保することに求められるのであり⁵⁰⁾、換言すれば、違法行為、つまり、違法逮捕を抑止することにあると考えられるのである⁵¹⁾。

49) そして、このような議論においては、勾留が認められないのは、逮捕に一定の違法がある場合に限るとの一般的な理解を導き出す、ないし説明づけることも困難であるように思われる。宇藤ほか・前掲注2) 86頁〔堀江慎司〕、古江・前掲注2) 76頁、川出②・前掲注2) 168頁、高田・前掲注2) 50頁参照。

50) 田中・前掲注2) 190頁参照。

51) 川出①・前掲注2) 86頁、川出②・前掲注2) 168頁、酒巻①・前掲注2) 75頁、安井・前掲注2) 31頁、宮木・前掲注2) 69頁、池田=笹倉・前掲注2) 61頁。田中・前掲注2) 190頁参照。松尾・前掲注2) 98-99頁、大澤①・前掲注2) 114頁、長沼ほか・前掲注2) 78頁〔佐藤隆之〕、椎橋ほか・前掲注2) 99頁〔洲見光男〕、古江・前掲注2) 77頁も参照。

第二節 勾留が認められない場合の基準・要件

一 このように、違法逮捕の抑止を目的として、逮捕に違法がある場合に引き続き勾留が認められないことになる。そうだとすると、次に問題となるのは、それでは、いかなる場合に、勾留が認められないことになるのか、その基準ないし要件である。

この点については、先に述べたように、勾留が認められないのは、逮捕に重大な違法がある場合であると一般に理解されている^{52) 53)}。それでは、勾留が認められない場合の基準ないし要件については、どのように考えられるべきであろうか。

この問題を考えるにあたっては、違法収集証拠排除に関する議論が参考になると思われる。なぜなら、手続の違法を契機に、違法行為の抑止を目的として、一定の法的効果をもたらすという点において、違法収集証拠排除に関する議論と共通するものがあるからである。そこで、まずは違法収集証拠排除に関する議論について確認しておくことにしよう⁵⁴⁾。

二 国家は、個人、すなわち、個別具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負っている。このことを前提にすると、違法収集証拠排除の考え方は、国家が負うべき個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられ得る。すなわち、違法収集証拠排除の根拠・目的は、端的に、個人の権利を保障ないし確保することに求められるのであり、換言すれば、違法行為を抑止することに求められるので

52) 前掲注 3) 参照。

53) なお、刑法は、勾留の理由があっても、正当事由なく法定の時間制限を超えてなされた勾留請求を却下し被疑者を釈放しなければならないとしているが (207 条 5 項但書、206 条 2 項)、これも重大な違法がある場合には勾留が認められないことが前提とされているように見える。酒巻①・前掲注 2) 75 頁、酒巻②・前掲注 2) 96 頁参照。

54) 拙稿「私人による違法収集証拠の証拠能力—違法収集証拠排除論の一断面—」『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(2021 年) 285 頁以下も参照。

ある⁵⁵⁾。

他方で、国家は、公共の福祉を維持すべき義務、すなわち、犯人を特定して処罰することを通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護すべき義務を負っている。そして、いわゆる違法収集証拠排除法則は、個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられる一方で、このような公共の福祉を維持すべき国家の義務と矛盾・抵触することから、違法収集証拠排除に関して、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の具体的な調整が求められることになる。別の言い方をすれば、違法収集証拠排除について、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整という観点から、一定の制約が加えられるのである。

それでは、違法収集証拠排除に関して、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整は具体的にどのように行われるのか、すなわち、違法収集証拠排除は、いかなる場合になされるのか、その基準ないし要件が問題となる。

この点、最高裁昭和53年9月7日判決⁵⁶⁾は、捜査機関によって収集・獲得された証拠の証拠能力が問題となった事案において、「令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」と述べている。すなわち、違法収集証拠排除の基準ないし要件としては、重大な違法が認められること、つまり、違法の重大性、および、証拠として許容することが将来における違法行為の抑制の見地からして相当でないと認められること、つまり、排除の相当

55) なお、憲法は、違法行為を抑止するための手段・措置を求めるとどまり、どのような手段・措置を講ずるかは、立法者に委ねられている。その意味で、違法行為を抑止するための措置として違法収集証拠排除を採用することは憲法から直ちに導かれるものではなく、それゆえ、違法収集証拠排除そのものを憲法上の要求ないし効果として位置づけるのは困難であるように思われる。

56) 最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。

性が採用されているものと理解されよう⁵⁷⁾。そして、前者の要件は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との一般的・類型的な調整ないし利益衡量の結果として捉えられるべきであり、また、後者の要件は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の個別具体的な調整ないし利益衡量を求め趣旨に基づくものであり、すなわち、将来の違法行為の抑止の見地からの証拠排除の必要性と証拠を用いる（ことによって犯人を特定して処罰する）必要性との個別具体的な調整ないし利益衡量を要求しているのである。

三 以上のように、違法収集証拠排除の基準ないし要件として、違法の重大性および排除の相当性が要求されるとするならば、それと同じく、手続の違法を契機に、将来の違法行為の抑止を目的として、一定の法的効果が問題となる、逮捕に違法がある場合における勾留の許否という場面においても、それに準じた基準ないし要件が採用されるべきである。すなわち、違法の重大性⁵⁸⁾および勾留請求却下の相当性が認められる場合に、違法な逮捕に引き続く勾留は認められるべきでないのである。

しかしながら、これまで、逮捕に重大な違法がある場合に勾留は認められないとする理解が一般的であり、勾留請求却下の相当性には触れられていない。裁判例においても、同様である⁵⁹⁾。例えば、富山地裁昭和 54 年 7 月 26 日決定⁶⁰⁾は、任意同行後の取調べが実質的に逮捕状によらない違法な逮捕であるとした上、「本件においては逮捕状執行から勾留請求までの手続は速かになされており実質逮捕の時点から計算しても制限時間不遵守の問題は生じないけれども、約 5 時間にも及ぶ逮捕状によらない逮捕という令状主義違反の違法は、それ自体重大な瑕疵であって、制限時間遵守によりその違法性が治ゆされるも

57) 拙稿・前掲注 54) 301 頁参照。

58) 川出②・前掲注 2) 168-169 頁参照。椎橋ほか・前掲注 2) 99-100 頁〔洲見光男〕も参照。

59) 田中ほか・前掲注 2) 79 頁〔田中開〕、高田・前掲注 2) 50 頁。

60) 富山地決昭和 54 年 7 月 26 日判時 946 号 137 頁。

のとは解されない」とし、重大な違法を認めて、勾留請求を却下すべきとしている⁶¹⁾。また、大阪地裁昭和35年12月5日決定⁶²⁾は、緊急逮捕後、逮捕状請求が「直ちに」行われなかった場合につき、「重大な瑕疵」であるとして勾留請求を却下すべきとした⁶³⁾。京都地裁昭和44年11月5日決定⁶⁴⁾も、緊急逮捕の実体的要件はあったが現行犯逮捕の要件はなかったのに現行犯逮捕をしたという事案につき、本件逮捕には「重大な違法」があるとして勾留請求を却下すべきとしている。

本来、理論的には、勾留を認めない要件として、違法の重大性のみならず、勾留請求却下の相当性が要求されるべきはずである。にもかかわらず、勾留請求却下の相当性には触れられていないのは、果たして、どのように理解されるべきであろうか。

勾留請求却下の相当性は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の個別具体的な調整ないし利益衡量を求める趣旨に基づくものであり、すなわち、将来の違法行為の抑止の見地からの勾留請求却下の必要性和勾留を認容する（ことによって犯人を特定して処罰する）必要性和の個別具体的な調整ないし利益衡量を要求するものであるところ、逮捕に重大な違法がある以上、その抑止の見地からの勾留請求却下の必要性は高いし⁶⁵⁾、加えて、逮捕の違法

61) そのほか、福岡地久留米支決昭和62年2月5日判時1223号144頁も、任意出頭後の取調べは実質的には逮捕状によらない違法な逮捕であるとした上で、「実質的に逮捕したと評すべき時点から起算しても刑事訴訟法所定の勾留請求までの制限時間不遵守の違法は生じないが、本件のような極めて長時間に及ぶ逮捕状によらない逮捕という令状主義の根本に背馳する違法は、それ自体重大な違法というべきであって、制限時間を遵守したとの一事をもってその瑕疵が治癒されるべきものとも考えられない」とし、勾留請求を却下すべきとしている。

62) 大阪地決昭和35年12月5日判時248号35頁。

63) 大阪高判昭和50年11月19日判時813号102頁も、緊急逮捕後、逮捕状請求が「直ちに」行われなかった事案で、「違法性の程度は大きく」、勾留請求は却下すべきとした。

64) 京都地決昭和44年11月5日判時629号103頁。

というものは性質上反復可能性が高く⁶⁶⁾、その意味でも勾留請求却下の必要性は高いといえる。このようなことを踏まえると、理論的にはともかく、實際上、勾留請求却下の相当性が否定される可能性はおよそ想定し難いとの評価ないし判断を前提として、勾留請求却下の相当性については明示的な検討の対象となっておらず、その意味で当該要件は背後に退いてしまっているものと見るができるようにも思われる。

四 このように、理論的には、違法の重大性と勾留請求却下の相当性がある場合に勾留は認められないというべきであるが、そうだとした場合、それ以外の基準ないし要件がただちに排除されるわけでは必ずしもなく、それ以外の基準ないし要件があり得るのかは、また別の問題である。

この点、違法収集証拠排除に関する議論においても、証拠排除の基準ないし要件として想定されるのは、違法の重大性と排除の相当性がある場合に限られるものではなかった。すなわち、違法収集証拠排除については、個人の基本的な人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整が求められ、その具体的な調整の結果として、違法収集証拠排除に関する基準ないし要件が指定されるが、他方で、著しく重大な違法行為が認められる場合のように⁶⁷⁾、違法収集証拠を用いる（ことによって犯人を特定して処罰する）ことがおよそ基本的な「正義の観念」に反するといえる場合には⁶⁸⁾、個人の基本的な人権の保障と公共の福祉の維持との間の具体的な調整を問うことなく、あるいは論ずるまでもなく、憲法 13 条ないし 31 条自体に基づき⁶⁹⁾、ただちに証拠排除されることになるも

65) 川出①・前掲注 2) 499 頁、池田公博「違法収集証拠排除法則—判断基準と判断要素(上)」法学教室 487 号 (2021 年) 129 頁参照。

66) 小浦・前掲注 2) 343、354-355 頁参照。

67) 川出①・前掲注 2) 492 頁。

68) 鈴木①・前掲注 18) 4、7 頁、長沼ほか・前掲注 2) 318 頁〔佐藤隆之〕、井上・前掲注 20) 371-373、403 頁、鈴木③・前掲注 18) 202 頁。

69) 鈴木①・前掲注 18) 7 頁。

のと考えられる⁷⁰⁾。

このような違法収集証拠排除の議論を踏まえると、それに準じて、違法の重大性と勾留請求却下の相当性がある場合だけでなく、理論的には、逮捕に著しく重大な違法が認められる場合のように、勾留を認容する（ことによって犯人を特定して処罰する）ことがおよそ基本的な「正義の観念」に反するといえる場合にも、憲法13条ないし31条に基づき、ただちに勾留請求が却下されることになるものと考えられるべきである⁷¹⁾。

第四章 おわりに

一 本章では、最後に、第二章および第三章で行われてきた検討を簡潔に総括し、それをもって、本稿の結びとしたい。

二 国家は、個別具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負っている。このことを前提とすると、逮捕に違法がある場合に、それに引き続く勾留は認められないとされるところ、このような考え方は、国家が負うべき個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけることができる。すなわち、逮捕に違法がある場合にはそれに引き続く勾留は認められないが、そのような法的効果をもたらす根拠・目的は、端的に、個人の権利を保障ないし確保することに求められるのであり、換言すれば、違法行為、つまり、違法逮捕を抑止することにあるものと考えられる。

三 このように、違法逮捕の抑止を目的として、逮捕に違法がある場合に引き続く勾留が認められないことになるが、そのうえで、次に問題となるのは、

70) 拙稿・前掲注54) 300頁参照。

71) 松尾・前掲注2) 98-99頁、光藤・前掲注2) 71頁、長沼ほか・前掲注2) 78頁〔佐藤隆之〕参照。

勾留が認められないのはいかなる場合か、すなわち、勾留が認められない場合の基準ないし要件である。

この問題を考えるにあたっては、違法収集証拠排除に関する議論が参考になるものと思われる。なぜなら、手続の違法を原因ないし契機に、違法行為の抑止を目的として、一定の法的効果をもたらすという点で、違法収集証拠排除に関する議論と共通するものがあるからである。

国家は、個人、すなわち、個別具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負っている。このことを前提にすると、違法収集証拠排除の考え方は、国家が負うべき個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられる。すなわち、違法収集証拠排除の根拠・目的は、端的に、個人の権利を保障ないし確保することに求められるのであり、換言すれば、違法行為を抑止することに求められる。

他方で、国家は、公共の福祉を維持すべき義務、すなわち、犯人を特定して処罰することを通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護すべき義務を負っている。そして、いわゆる違法収集証拠排除法則は、個人の基本的人権を保障すべき義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられる一方で、このような公共の福祉を維持すべき国家の義務と矛盾・抵触することから、違法収集証拠排除に関して、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の具体的な調整が求められることになる。別の言い方をすれば、違法収集証拠排除について、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整という観点から、一定の制約が加えられるのである。

それでは、違法収集証拠排除に関して、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との調整は具体的にどのように行われるのか、すなわち、違法収集証拠排除は、いかなる場合になされるのか、その基準ないし要件が問題となる。

この点、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決によれば、最高裁は、違法収集証拠排除の基準ないし要件としては、重大な違法が認められること、つまり、違法の重大性、および、証拠として許容することが将来における違法行為の抑制の

見地からして相当でないと認められること、つまり、排除の相当性を採用しているものと理解される。そして、前者の要件は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との一般的・類型的な調整ないし利益衡量の結果として捉えられるべきであり、また、後者の要件は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の個別具体的な調整ないし利益衡量を求める趣旨に基づくものであり、すなわち、将来の違法行為の抑止の見地からの証拠排除の必要性和証拠を用いる（ことによって犯人を特定して処罰する）必要性和の個別具体的な調整ないし利益衡量を要求しているのである。

以上のように、違法収集証拠排除の基準ないし要件として、違法の重大性および排除の相当性が要求されるとすれば、それと同じく、手続の違法を原因ないし契機に、将来の違法行為の抑止を目的として、一定の法的効果が論じられる、逮捕に違法がある場合における勾留の許否という場面においても、それに準じた基準ないし要件が設定されるべきである。すなわち、違法の重大性および勾留請求却下の相当性が認められる場合に、違法な逮捕に引き続き勾留は認められるべきでないことになるのである。もっとも、これまで、逮捕に重大な違法がある場合に勾留は認められないとする見解が一般的であり、勾留請求却下の相当性には言及されていない。裁判例においても、同様である。この点については、理論的にはともかく、實際上、勾留請求却下の相当性が否定される可能性はおおよそ想定し難いとの評価ないし判断を前提として、勾留請求却下の相当性については明示的な検討の対象となっておらず、その意味で当該要件は背後に退いてしまっているものと見ることもできるようなと思われる。

なお、このように、理論的には、違法の重大性と勾留請求却下の相当性がある場合に勾留は認められないというべきであるとしても、それ以外の基準ないし要件がただちに排除されるわけでは必ずしもないであろう。

違法収集証拠排除については、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の調整が求められ、その具体的な調整の結果として、違法収集証拠排除に関する基準ないし要件が措定されるが、他方で、著しく重大な違法行為が認

められる場合のように、違法収集証拠を用いる（ことによって犯人を特定して処罰する）ことがおよそ基本的な「正義の観念」に反するといえる場合には、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持との間の具体的な調整を問うことなく、あるいは論ずるまでもなく、憲法 13 条ないし 31 条に基づき、ただちに証拠排除されることになるものと考えられる。

このような議論を踏まえると、それに準じて、違法の重大性と勾留請求却下の相当性がある場合だけでなく、理論的には、逮捕に著しく重大な違法が認められる場合のように、勾留を認容する（ことによって犯人を特定して処罰する）ことがおよそ基本的な「正義の観念」に反するといえる場合にも、憲法 13 条ないし 31 条に基づき、ただちに勾留請求が却下されることになるものと考えられるべきである。

（2023 年 1 月脱稿）