

令和 4 年 6 月 6 日現在

機関番号：15301

研究種目：若手研究

研究期間：2020～2021

課題番号：20K13347

研究課題名（和文）違法逮捕に引き続く身体拘束の可否 実務と理論の架橋を目指して

研究課題名（英文）Is detention following illegal arrest allowed?

研究代表者

小浦 美保（Koura, Miho）

岡山大学・法務学域・教授

研究者番号：80547282

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,000,000円

研究成果の概要（和文）：逮捕前置主義とは、逮捕と勾留の一体性を肯定する機能を有するものであると同時に、勾留審査の際に先行する逮捕の違法に対しても審査を求めることで、違法な身体拘束の継続から被疑者を保護するものである。

また、先行する逮捕の違法が再逮捕に引き継がれているのであれば、違法の程度を問わず再逮捕は許容されない。先行する逮捕と再逮捕が一体的な手続と見られる場合において再逮捕を許すことは、違法な手続の継続を司法が漫然と看過することに他ならないからである。釈放の手続や再逮捕の経緯を踏まえ、先行逮捕と再逮捕との一体性を検討し、一体性が肯定される場合には、違法手続の打ち切りという観点から再逮捕の可否が検討される必要がある。

研究成果の学術的意義や社会的意義

違法逮捕後の勾留の可否や違法逮捕後の再勾留の許容性については、これらが許容される場合があるという実務が先行してきた。このことについて、まず、裁判例と先行研究の精査を通じて、逮捕前置主義の意義について試論を示した。そして、違法逮捕後の再逮捕が許容され得る場面について、違法な手続の継続と打ち切りという観点から一定の指針を示した。

研究成果の概要（英文）：Article 207(1) of the Code of Criminal Procedure prescribes the rule that requires arrest before detention. Arrest is an inherently dangerous procedure and so arrest is allowed only for a short period of time and its legality must be reviewed to continue restrain. The rule has the function of uniting arrest with detention. This function requires a strict examination of illegal arrest and protects suspects from illegal restraints. Also, it is necessary to consider a relation of preceding arrest and re-arrest, and if preceding arrest is united with re-arrest, re-arrest should not be allowed. Allowing re-arrest when preceding arrest and re-arrest are seen as an united procedure is nothing more than the judiciary overlooking the continuation of the illegal procedure.

研究分野：刑事訴訟法

キーワード：逮捕 勾留 違法逮捕 再逮捕 逮捕前置主義

## 1. 研究開始当初の背景

(1) わが国において、被疑者勾留が却下されるケースは増加の傾向にある。他方で、勾留請求率は高止まりの傾向にあり、捜査実務における身体拘束という手法の必要性は、今なお決して低いものではない。

このような中、わが国においては逮捕前置主義が採用されており、捜査機関が身体拘束をしつつ捜査を行おうと思えば、逮捕の実施が第一の目標となる。いうまでもなく、逮捕は被疑者の身体の自由を奪う点で強力な作用を有する処分であるから、それが適法な範囲で行われることは強く要請される。しかしながら、この逮捕については、たとえば現行犯逮捕等においてはその要件が満たされているか争いが生じる場合があるし、逮捕に先行して任意同行や留置きが行われる場合等には、それが実質的な逮捕に至っていないか問題となることもある。違法な逮捕が行われた場合、それに引き続く身体拘束はいかなる限度で許容されるのか。違法な逮捕が後の身体拘束に何らかの影響を及ぼしうること自体については実務も学説も一致しているが、従来この点をめぐる理論的な説明は十分になされてこなかったと思われる。

(2) 違法な逮捕に引き続く身体拘束として考えられるのは、(ア)違法な逮捕に続く被疑者勾留と、(イ)違法逮捕後の再逮捕である(なお、(ア)には、勾留状が発付されるかどうかという問題と、もし勾留状が発付されたとして、その勾留が違法ないし無効となるかどうかという問題を含む)。

(ア)について従来の裁判例をみると、被疑者勾留を不可としたものとしては、現行犯逮捕の明白性が欠けていた(京都地決昭和44年7月4日刑月1巻7号780頁)「直ちに」令状を請求するという緊急逮捕の要件を満たしていなかった(大阪高判昭和50年1月19日判タ335号353頁)、緊急逮捕において嫌疑の充分性が欠けていた(神戸地決昭和46年9月25日刑月3巻9号1288頁)、逮捕前の任意同行等が実質的な逮捕にあたり逮捕の時間制限を逸脱していた(佐賀地決昭和43年12月1日下月10巻12号1252頁)、実質的逮捕にあたるうえ、その時点で嫌疑がなかった(広島地呉支決昭和41年7月8日下刑8巻7号1099頁)等の事例がある。これらについては、逮捕に「重大な違法」があるために引き続く被疑者勾留を認めなかったものと整理されている。

他方、(イ)について従来の裁判例をみると、例えば前掲昭和44年京都地決では違法逮捕後の被疑者勾留が許されなかったものの、これに続く京都地決昭和44年11月5日判時629号103頁は、再逮捕を許容した。裁判実務においては、被疑者勾留の可否の判断基準と再逮捕の可否の判断基準との間には、許容される違法の程度に差異があるとされ、逮捕に「極めて重大な違法」がある場合にのみ、再逮捕を認めないとされている。

(3) 上で挙げたものの他、従来の裁判例の動向からは、第一に、逮捕の違法が即ち身体拘束の継続を不可とするわけではなく、「適法な逮捕が先行すること」は被疑者勾留や再逮捕の要件ではないこと、そして第二に、それにもかかわらず、逮捕の違法の程度によっては、身体拘束の継続が不可となる場合があることが見てとれる。このような裁判実務については、( )逮捕の違法と身体拘束継続の可否との間の理論的なつながりをどう考えればよいか、( )仮に違法の程度によって身体拘束の継続の可否を判断するとして、その違法の程度の評価はどのような指標に基づいてなされるのかという点で疑問がある。本研究は、このような疑問を背景に開始された。

## 2. 研究の目的

(1) 上で述べた問題については、裁判実務の積み重ねの他、主に実務家による分析が多数行われてきたが(例えば、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」新関雅夫他『増補令状基本問題上』(判例時報社、1996年)274頁以下)、それらの多くは、適法な逮捕が先行することを被疑者勾留や再逮捕の要件としないという実務の運用を前提とする議論であり、それ自体についての説明は尽くされていない。他方で、この問題は捜査の必要性和被疑者の身体の自由の保障という先鋭な対立を孕むものであり、その実態は実務の中にこそある。したがって、実務を十分に意識しながら議論されるべき問題である。

(2) 本研究の当初の目的は、違法逮捕の後の被疑者勾留の可否という問題について、( )違法な逮捕が後の身体拘束の継続にいかなる影響を及ぼすのか(身体拘束の継続を全く許さないのだとしたら、それはなぜか/実務のように場合によっては許容されるのだとしたら、それはなぜか)を明らかにすること、そして、( )違法の程度によっては身体拘束の継続が許される場合があるとすれば、その違法の程度の評価はどのような指標に基づいてなされるか、具体的な場面を想定しつつ判断のメカニズムを明らかにすることであった。

違法逮捕とその後の身体拘束の継続に係る問題は、従来多くは実務家の手によって検討

されてきた。そこでは、実務の運用として定着している、適法な逮捕が被疑者勾留や再逮捕の要件ではないことが議論の前提となっていることが多く、その理論的な説明は今なお待たれていた。また、上記の通り、違法の重大性の評価については、裁判例の蓄積はあるものの、これらを理論的に整理する試みは十分には行われてこなかった。

申請者は、違法収集証拠排除法則について、本来捜査は適法になされることが要求されるという大前提から、これが違法になされたときには、証拠排除という結論を伴わないとしても、違法がその程度も含めて正確に評価され宣言されるべきであり、そのようにしてこそ、違法捜査の抑制が図られると考えている。この違法捜査の抑制という観点は、身体自由という重要な利益の侵害を伴う身体拘束の場面においても同様に要求されるものである。さらに、場合によっては即時の釈放までもが認められる局面において、その違法に関する評価システムが明確化されていないことに対しては危機感がある。

上記のような要求にこたえ、違法逮捕の抑制を実現しうる審査制度の構築に向けた理論を提供することを目的として本研究を開始した。

### 3. 研究の方法

#### (1) 上記2( ) 違法な逮捕が後の身体拘束の継続にいかなる影響を及ぼすか

この点について、まず従来の見解を精査した。これまで、逮捕の違法が勾留請求に影響を及ぼすこととの関係については、逮捕前置主義にその根拠を求める見解や、法形式にその根拠を求める見解などが示されてきた。前者については、逮捕前置主義そのものの理解についてまず対立があり、適法な逮捕が先行することまで要請されると理解したとしても、その根拠は必ずしも明らかにされてこなかった。また、後者については、準抗告などの不服申立制度を持たない逮捕という手続に対しては、勾留請求の段階で審査をするとの理解が示されているところ、その審査の対象はいったい何なのかという点は、十分に議論されてこなかった。そこでまずは、逮捕前置主義の意義について検討した。

#### (2) 上記2( ) 違法の程度によっては身体拘束の継続が許される場合があるとすれば、その違法の程度の評価はどのような指標に基づいてなされるか

上記( )に関し、本研究の中途において、逮捕前置主義とは、逮捕と被疑者勾留の一体性を肯定する機能を果たすものであること、そして、誤りの生じやすい逮捕という手続について審査を行うことで、不当・違法な身体拘束の継続から被疑者を保護するために逮捕前置主義の機能が果たされるとの結論を得た。このことにより、逮捕段階での違法の程度というよりも、違法な逮捕から始まる身体拘束を通じて、逮捕の違法がどのように扱われるべきかを明らかにする必要があるが生じた。そこで、違法の程度の評価に関わる指標ではなく、( ) 違法逮捕後の再逮捕はいかなる限度で許されるかという点の検討を行うこととした。

#### (3) ( ) 違法逮捕後の再逮捕はいかなる限度で許されるか

逮捕と被疑者勾留が一体的な身体拘束であるという立場に立ったとき、違法逮捕から始まる身体拘束のどこまでを一体的な身体拘束と見るべきかという更なる問題が生じる。これに伴って生じるのは、再逮捕の問題である。実務の場面においては、仮に、違法逮捕後の被疑者勾留が許可されなかったとしても、被疑者をいったん釈放したうえで、同一の被疑事実で再度逮捕することが許される場合がある(同様に、逮捕の違法に捜査機関が気づき、自ら釈放して再度逮捕した場合にも、再逮捕後の被疑者勾留が許される場合がある)。このような実務を前提にするのであれば、違法逮捕後の身体拘束の問題は、違法逮捕後の被疑者勾留の可否のみならず、違法逮捕後の再逮捕の許容性をも含めて検討される必要がある。

「違法逮捕後の被疑者勾留を許さない」と「違法逮捕後、いったん釈放し再度逮捕すれば被疑者勾留が許される」との違いは、手続的な観点からみれば、釈放の点にあると思われる。ここでは、釈放にどのような意味が与えられるのか、違法逮捕後の再逮捕の許容性とその限界について検討を行った。

### 4. 研究成果

#### (1) 逮捕の違法と被疑者勾留の可否について

逮捕の違法と被疑者勾留の可否に関しては、多数の裁判例の蓄積がある。これらの分析を通して、逮捕の違法が様々な要因により生じていることが明らかとなった。

手続法・実体法の解釈を誤った結果、違法と評価されたものについては、捜査機関限りの判断ではおのずから限界のある場面であるといえ、司法的判断の機会を与える意味で、逮捕の適法性を事後的に判断する仕組みを備えておく必要がある。また、単に、手続を怠ったという点で捜査機関の処分に瑕疵があるものの他、身体拘束を行って捜査をすることに対する強い誘因が逮捕の違法を引き起こしたとみられるもの(任意同行、取調べ、留置きなどが実質的逮捕に当たる場合)も数多く存在する。このように、逮捕は執行の誤りが生じやすい本来的に危険な手続であるからこそ、短期間の身体拘束しか許されていないと考えることができ、逮捕自体の要件を整えるだけでは、その危険を必ずしも除去できない。

このような性質の逮捕から始まる身体拘束を許容する以上は、これに対する安全装置、すなわち身体拘束を継続することが禁止される場合でないかどうかの審査もまた、機能させるべきであろう。このように考えた場合、逮捕の違法への対応としてまず検討されるべきは、その時点での問題となっている違法な逮捕に続けて、身体拘束を許容してよいかという点だということになる。

そして、勾留には必要的に逮捕を先行させるという逮捕前置主義の機能を踏まえれば、逮捕前置主義とは、逮捕と被疑者勾留の一体性を肯定する機能を有するものであると同時に、勾留審査の際に先行する逮捕の違法に対しても審査を求めることで、違法な身体拘束の継続から被疑者を保護するものである。

( 2 ) 違法逮捕後の再逮捕の可否について

そもそも、被疑者の身体拘束に対しては、身体の自由の保障の観点から、厳格な時間制限が設けられている。逮捕を繰り返すことはこの法の趣旨に反することになるから、再逮捕は原則として許容されない。もっとも、学説・実務ともに、一定の場面において再逮捕禁止の原則に対して例外を許容するものが多数である。

再逮捕に先行する逮捕が違法である場合であっても、再逮捕禁止の原則は妥当するものと思われる。そして、先行する逮捕が違法である場合に再逮捕を許そうとするのであれば、再逮捕禁止の例外を許すだけの理由が必要であるのみならず、その違法についても、何らかのかたちで解決される必要がある。

そして、先行する逮捕の違法が再逮捕にまで引き継がれているのであれば、違法の程度を問わず再逮捕は許容されないと考えられる。この場合、先行する逮捕と再逮捕は一体的な手続というべきであり、再逮捕を許すことは、司法審査の機会があるにもかかわらず、違法な手続の継続を司法が漫然と看過することに他ならないからである。

例えば先行逮捕中に得られた資料を根拠として再逮捕の理由等が認められたにもかかわらず、形式的な釈放のみによって先行逮捕を終結させたという場合には、一体性が肯定されるというべきである。先行逮捕と再逮捕との一体性を検討したうえで、一体性が肯定される場合には、違法手続の打切りという観点から再逮捕の可否が検討される必要がある（逮捕の違法が再逮捕に引き継がれないものの、違法の程度が重大であるという場合に、政策的観点から再逮捕を許さないことを否定するものではない）。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計4件（うち査読付論文 0件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 2件）

1. 著者名 小浦美保	4. 巻 71巻2号
2. 論文標題 違法逮捕後の再逮捕の可否 先行逮捕の違法性の解消について	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 岡山大学法学会雑誌	6. 最初と最後の頁 1-25
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -
1. 著者名 小浦美保	4. 巻 109
2. 論文標題 勾留請求却下事案（富山地決R 2・5・30）	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 季刊刑事弁護	6. 最初と最後の頁 152-156
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 小浦美保	4. 巻 70巻3・4号
2. 論文標題 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	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 岡山大学法学会雑誌	6. 最初と最後の頁 319-355
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -
1. 著者名 小浦美保	4. 巻 なし
2. 論文標題 現行犯逮捕・準現行犯逮捕における明白性の判断基準	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 石田倫識ほか編『刑事法学と刑事弁護の協働と展望（大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集』（現代人文社、2020年）	6. 最初と最後の頁 429-445
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計3件（うち招待講演 0件 / うち国際学会 0件）

1. 発表者名 小浦美保
2. 発表標題 違法逮捕後の再逮捕の可否 先行逮捕の違法性の解消について
3. 学会等名 瀬戸内刑事法研究会
4. 発表年 2022年

1. 発表者名 小浦美保
2. 発表標題 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
3. 学会等名 北大刑事法研究会
4. 発表年 2021年

1. 発表者名 小浦美保
2. 発表標題 逮捕の違法と勾留 逮捕前置主義の意義について
3. 学会等名 刑事訴訟法研究会（大阪）
4. 発表年 2021年

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------	---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8 . 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------