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

小　浦　美　保

1　はじめに
2　逮捕の違法
3　逮捕前置主義
4　逮捕の違法と被疑者勾留の関係
5　おわりに ―― 逮捕前置主義と違法逮捕後の勾留

1　はじめに

2019年の検察統計年報によれば，既済となった事件の被疑者（自動車による過失致死傷等および道路交通法違反被疑事件を除く。）のうち，逮捕された者（検察庁において逮捕された者および警察から身柄送致された者。警察で釈放された者（8,138人）をのぞく。）の数は103,264人に上り，既済総数に占める割合は，近年上昇傾向にある（2006年は約30.0％，2019年は約35.7％）。そして，逮捕された者のうち，勾留請求された者は，95,278人（勾留請求率：約92.3％）であり，そのうち勾留が許可された者は，90,359人であった。勾留請求が却下されるケースは従来よりも増加しているが(14年連続上昇中, 2019年の勾留却下率：約5.2％)，勾留請求率は高止まりの傾向にある。逮捕された者の数自体は減少傾向にあるが（2006年は146,999人，2019年は103,264人。なお，既済総数は，2006年は489,912人，2019年は289,399人。），捜査実務において，逮捕・勾留を通じた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。

被疑者勾留は，勾留の理由と必要性がある場合に認められる。そして，被

疑者勾留には必ず逮捕が先行していなければならず，逮捕からの時間制限内に，所定の勾留請求書，逮捕状，および勾留の理由が存することを認めるべき疎明資料を提供して勾留請求がなされる必要がある。これらが法に定められた被疑者勾留の実体的・手続的要件であるが，逮捕に違法が認められるときにもまた，被疑者勾留が許されない場合がある。実務においては，一般に，逮捕に重大な違法が認められる場合には勾留請求は違法となり，被疑者勾留が許されないとされ，勾留請求の段階で逮捕における重大な違法が明らかとなれば勾留請求は却下されるし，いったん被疑者勾留が許可されたとしても，後の準抗告において一転取り消されることもある。

逮捕については，たとえば現行犯逮捕等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などには，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。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。違法な逮捕が行われた場合，それに引き続く身体拘束は許容されるのか。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ものの，その理論的根拠についてはなお議論の錯綜がみられる。

本稿では，まず，判例・裁判例において，逮捕の違法が問題となった事例を概観することで，問題となりうる違法の類型について整理する。そのうえで，逮捕と被疑者勾留とをつなぐ逮捕前置主義の趣旨について，これまでの議論を踏まえたうえで改めて検討する。本稿は，これらの検討を通じて，逮捕の違法と被疑者勾留との関係を明らかにしようと試みるものである。

2　逮捕の違法

(1)　判例・裁判例

そもそも，逮捕とは，どのような種の違法の問題を孕むものであるか。

逮捕の違法と被疑者勾留の可否の問題は，勾留または勾留却下の裁判や，これに対する準抗告の中にあらわれる。また，逮捕の違法は，勾留に関わる場面のみならず，当該逮捕に引き続く手続によって獲得された証拠の証拠能力を判断する場面等においてもあらわれることがある。ここではまず，これらの場面において争われた逮捕の違法がどのようなものであったかを，判例・裁判例から確認していく(1)。

①　任意同行やその後の留置き等の違法 ―― 実質的な逮捕

法的な要件を充足した逮捕が行われる前に，任意同行や取調べのための留置き等が行われることがある。これらによって，被疑者の身体を事実上拘束した場合には，これが実質的には要件を満たさない逮捕とみなされるので，被疑者勾留に先行して違法な逮捕が行われたものと評価されうる。実質的な逮捕に当たることが争われた例は多数に上るが，その結論は様々である。

(i) 任意同行等が実質的な逮捕に当たるものとして逮捕の違法を認め，勾留請求を却下した例（あるいは勾留が一度許可されたものの，準抗告審で取り消された例）として，以下のものがある。

- 逮捕より前にされた任意同行について，任意同行の時点で実質的に逮捕されていたものと認定し，その時点ではいまだ当該逮捕の要件は認められな

(1)　判例・裁判例の動向については，河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法・第４巻〔第２版〕』（青林書院，2012年）〔渡辺咲子執筆〕360頁以下，井上正仁監修『裁判例コンメンタール刑事訴訟法・第２巻』（立花書房，2017年）〔菅原暁執筆〕122頁以下，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』（立花書房，2020年）328頁以下等も参照。

かったとして，勾留請求却下の裁判に対する準抗告を棄却したもの[(2)]

- 被疑者に対する任意同行や取調べを実質的な逮捕と認定し，時間制限超過後の勾留請求に当たるとして勾留を許可しなかったもの[(3)]
- 被疑者に対する任意同行や取調べを実質的な逮捕と認定し，時間制限の超過がなくとも，令状主義や逮捕前置主義の観点から，それ自体重大な瑕疵であるとみて，勾留を許可しなかったもの[(4)]
- 有形力を行使して被疑者を転倒させるなどした行為が，外形的にみて実質的な逮捕行為であるとし，勾留請求却下を維持したもの[(5)]等

(ii) 任意同行等が実質的な逮捕に当たるものとして逮捕の違法は認定されたが，勾留請求を却下しなかった例（あるいは勾留が一度許可され，準抗告審でこれが維持された例）として，以下のものがある。

---

(2) 広島地裁呉支部昭和41年７月８日決定（下刑集８巻７号1099頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。緊急逮捕に関するもの。）。

(3) 佐賀地裁昭和43年12月１日決定（下刑集10巻12号1252頁）（勾留請求等却下の裁判に対する準抗告・棄却。），東京地裁決定昭和55年８月13日（判時972号136頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。），大阪地裁昭和62年７月22日決定（判タ671号271頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。），富山地裁令和２年５月26日決定（LEX／DB文献番号25566311）（勾留等の裁判に対する準抗告・取消し，勾留等請求却下。），富山地裁令和２年５月30日決定（LEX／DB 文献番号25566313）（勾留請求等却下の裁判に対する準抗告・棄却。なお，本決定に対する特別抗告も棄却されている（LEX／DB 文献番号25566315）。上記富山地裁令和２年５月26日決定は，本件と同一の被疑者に対する死体遺棄事件での身体拘束に関するものであり，本件は，同一被害者に対する殺人事件での身体拘束について，先行する任意同行の時点から殺人についても実質的な逮捕がなされていたとの判断をしたものである。）。

(4) 青森地裁昭和52年８月17日決定（判時871号113頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。主婦である被疑者に対する任意同行および午後９時50分までの約10時間にわたる取調べが長時間かつ深夜にわたる点で問題となった。），富山地裁昭和54年７月26日決定（判時946号137頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。約５時間に及ぶ逮捕状によらない逮捕をそれ自体重大な瑕疵とした。）。福岡地裁久留米支部昭和62年２月５日決定（判時1223号144頁）（勾留等の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。事実上の監視のついた極めて長時間の被疑者に対する取調べに際して，被疑者に対し任意の退出や帰宅又は外部への連絡を許容する態度を示さなかった行為が問題となった。）。

(5) 札幌地裁昭和46年11月27日決定（刑月３巻11号1589頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

- 任意同行が実質的に逮捕と同視しうるとしつつも，任意同行時には緊急逮捕の要件が備わっており任意同行の時点から時間制限の超過なく検察官送致の手続が取られているとして勾留請求却下を取り消したもの[(6)]
- 許容範囲を超えた強制力を加えて行われた任意同行を違法としつつも，逮捕手続の瑕疵は勾留請求を違法にさせるほど重大でないとしたもの[(7)]
- 令状なくして行った実質的な逮捕は，その後に行われた固有の要件を満たす逮捕や勾留に必ずしも影響しないとするもの[(8)]等

(iii) 任意同行等が実質的な逮捕に当たるかどうかの明示的な認定はしていないが，任意同行等の違法の程度が重大でないとして，勾留請求を却下しなかった例（あるいは勾留が一度許可され，準抗告審でこれが維持された例）として，以下のものがある。

- 被疑者が任意同行後，強制採尿令状の呈示を受けるまで，取調室において再三退去を申し出，現に退出しようとしたにもかかわらず，2，3名の警察官が入り口をふさぐようにして立ち，有形力を行使したことについて，違法な手段によって被疑者の身柄を確保し続けた点で違法であるが，警察官らによる有形力の行使が受動的なものにとどまり，また，被疑者が覚せい剤を使用している嫌疑は相当高度であったこと等から，本件留置き処分の違法性は，直ちに勾留請求を却下すべきほどまでには重大なものとはいえ

(6)　名古屋地裁昭和44年12月27日決定（刑月1巻12号1204頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。），東京地裁昭和47年8月5日決定（刑月4巻8号1509頁）（勾留の裁判に対する準抗告・棄却。「実質的に逮捕されていたのではないかという疑いがある」とするにとどまり，実質的な逮捕に当たるかどうか明言しなかったが，「右逮捕手続に存する瑕疵は，本件事案の性質，態様，被疑者らと周囲の集合参加者との関係などの諸事情にかんがみ，本件各勾留を違法ならしめるほど重大なものとはいえない」と結論付けた。），東京高裁昭和54年8月14日判決（刑月11巻7・8号787頁）（勾留中に作成された供述調書の証拠能力が争われた。）。

(7)　京都地裁昭和47年4月11日決定（刑月4巻4号910頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(8)　東京高裁昭和54年12月11日判決（刑月11巻12号1583頁）（勾留中に作成された供述調書の証拠能力が争われた。）。

ないとしたもの[9]

- 午前１時15分頃に自転車を盗んだことを認めた17歳の被疑者について，その後，同日午後３時32分に至るまで，被疑者を逮捕することなく相当長時間取調べを行った点については，同日午後零時頃までには，被疑者を緊急逮捕する要件が整っていたと考えられることに照らすと問題があり，同日午後零時頃には実質的な逮捕があったと考えられるとしても，検察官送致までの時間制限の超過はなく，本件勾留請求を違法ならしめるほどに重大なものとはいえないとするもの[10]等

(iv) 実質的な逮捕に当たるかどうかが争われたものの，逮捕の違法を認定せず，勾留請求を却下しなかった例（あるいは勾留が一度許可され，準抗告審でこれが維持された例）として，以下のものがある。

- 職務質問における有形力の行使（追尾して立ち止まらせるために被疑者の肩に手をかける行為など）が逮捕に当たらないとされたもの[11]
- 被疑者が同行を渋った事実はあるものの，被疑者の身体に対し強制力が加えられたことや，もしくはそれと同等に評価されるべき事情の存在した形跡は認められず，実質的な逮捕には当たらないとされたもの[12]
- 任意同行時に警察官が被疑者の身体を拘束した事実はうかがわれないうえ，警察官が，被疑者に対し，電話を架けることやコンビニエンスストア

(9) 東京地裁平成20年４月22日決定（判タ1314号316頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。），なお原審は，東京地裁平成20年４月21日決定（判タ1314号315頁）（勾留請求却下。）。また，本件留置きの状態を利用して収集された被告人の尿につき作成された鑑定書の証拠能力に関するものとして，東京地裁平成21年１月20日判決（判タ1314号311頁）（第一審），東京高裁平成21年７月１日判決（東高刑時報60巻１～12号94頁）（控訴審）。

(10) 名古屋地裁岡崎支部平成25年２月22日決定（LEX／DB 文献番号25547500）（勾留の裁判に対する準抗告・一部取消し（勾留の場所に関する申立て部分），棄却。）。

(11) 長崎地裁昭和44年10月２日決定（判時580号100頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(12) 熊本地裁昭和46年５月27日決定（刑月３巻５号736頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

に移動することを許していることなどに照らしても，被疑者の自由意思が制圧されていたということはできないとしたもの[13]等

(v) 勾留が許容されるかどうかという問題は生じていないものの，任意同行等についての違法が問題となったその他の例として，以下のものがある。

- 職務質問に引き続いて，有形力を行使し，抵抗する被告人に手錠をかけて警察署まで連行するものであり，その意思に反して強度の有形力を行使して被告人の行動の自由を奪ったものであるが，現行犯人逮捕の実質を備えていたのだから身柄拘束の法的手段の選択を誤ったに止まるということができるとしたもの[14]
- 強制採尿手続が終了した後，被告人が警察署の取調べ室において最初に退去の意思を示した時点以降の留置きは違法であるものの，それ自体令状主義の精神を没却するような重大なものではないうえに，その違法は，これとは別個になされている本件逮捕・勾留手続全体に違法性を帯びさせるには足りないとしたもの[15]
- 警察署への任意同行のため被告人をパトカーに乗せるにあたり，同行に応ずる旨の被告人の意思表明がない状態で有形力が行使されたことは強制的に行われた身体の拘束に当たり，その後の警察署への滞在も実質的な逮捕であったと認めつつも，当初の連行が逮捕であったとみた場合にも，引き続く勾留請求等の一連の手続は時間制限を超過せず適式に行われていたとするもの[16]等

---

(13)　名古屋地裁平成26年５月７日決定（LEX／DB 文献番号25546989）（勾留の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(14)　東京高裁平成９年２月27日判決（東高刑時報48巻１～12号５頁）（違法な身体拘束に続いて行われた車両の探索により発見された証拠物の証拠能力が争われた。）。

(15)　東京高裁平成16年11月29日判決（東高刑時報55巻１～12号104頁）（勾留中に作成された被告人の供述調書の証拠能力が争われた。）。

(16)　大阪地裁平成23年７月20日判決（LEX／DB 文献番号25471944）（手続に違法が介在するとして公訴棄却を求めた弁護人の主張に対して示されたもの。）。

② 逮捕の要件（現行犯逮捕・準現行犯逮捕）

次に，特定の種類の逮捕が行われたものの，その逮捕の要件の充足について問題が生じ，逮捕が違法と評価される場合がある。このうち，現行犯逮捕・準現行犯逮捕の要件の充足が問題となった例としては，法定の要件が満たされるかどうかのみならず，そもそも被疑事実が「罪」といえるかという点が問題となったものも見られる。

(i) 212条１項または２項の要件の充足が問題となった例として，以下のものがある。

- 職務質問に伴う所持品検査の結果，けん銃の所持が明らかとなった事例において，明白性の要件を満たすとしたもの[17]
- 警察官が被害者からの暴行を受けたとの申告と，暴行の痕跡が認められたことおよび被疑者の暴行の事実の自認とに基づいてした現行犯人逮捕が要件を満たすとしたもの[18]
- 脅迫行為後約１時間20分経過してなされた犯行現場における現行犯逮捕が，逮捕現場の状況等に照らし要件を満たすとしたもの[19]
- 212条所定の事実を逮捕者自身が覚知しないでなした現行犯逮捕が要件を満たさないとしたもの[20]
- 数百人規模の集団による抗議活動が行われている中で生じた凶器準備集合罪等での現行犯逮捕について，逮捕者自ら覚知できる情報が乏しかった状況においては現行犯逮捕できるだけの明白性は認められないとしたもの[21]

---

(17) 大阪地裁昭和47年８月26日決定（刑月４巻８号1513頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(18) 釧路地裁昭和48年３月22日決定（刑月５巻３号372頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(19) 大津地裁昭和48年４月４日決定（刑月５巻４号845頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(20) 青森地裁昭和48年８月25日決定（刑月５巻８号1246頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(21) 静岡地裁沼津支部昭和54年７月13日決定（判時960号127頁）（違法な逮捕に伴い無令状で差し押さえられた証拠物の証拠調請求に関する決定。なお，控訴審は現行犯逮捕を適

- 逮捕をした警察官が犯行を現認していないため，現行犯逮捕としては要件を満たさないが，準現行犯逮捕としては要件を満たすとしたもの[22]
- 被害者の報告以外に外見上その者が犯罪を行った者であることを直接覚知しうる状況がないため現行犯逮捕の要件を満たさず，また，犯人が犯行現場から逃走した後に，被害者と共に犯人の行方を探した結果犯人と思われる者を発見したというような場合は，たとえ被害者からその者が犯人である旨の申立てがある場合であっても，「犯人として追呼されているとき」に該当しないとして準現行犯逮捕の要件も満たさないとしたもの[23]
- 職務質問によってはじめて被疑者の窃盗の事実が明らかとなった場合には，準現行犯逮捕の要件を満たさないとしたもの[24]
- 逮捕後に被害者と対面させその供述に基づいてはじめて被疑者を犯人と認めえたという状況において現行犯逮捕したことにつき，当該被疑者について緊急逮捕をなしうる実体的要件は具備されていたとは認められるけれども，現行犯逮捕ないしは準現行犯逮捕をなしうるまでの実体的要件が具備されていたとは認められないとしたもの[25]
- 果物ナイフの所持に係る銃刀法違反の被疑事実について，ナイフの不法所持の故意がなかったとの弁明を当人に聞かず逮捕したことにつき，逮捕の理由がなく，必要性も欠くとしたもの（なお，銃刀法違反での身体拘束を利用して採尿令状を得た）[26]
- 傷害の被疑事実について，212条２項にいう「罪を行い終ってから間がない

法と判断した（東京高裁昭和57年３月８日判決（判時1047号157頁），同（高検速報（昭和57年）156頁）。）。

(22)　東京地裁昭和43年３月５日決定（下刑集10巻３号320頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(23)　釧路地裁昭和42年９月８日決定（下刑集９巻９号1234頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(24)　東京地裁昭和42年11月９日決定（判タ213号204頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(25)　京都地裁昭和44年11月５日決定（判時629号103頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(26)　浦和地裁平成３年12月18日（判時1418号140頁）（証拠排除を求める旨の異議申立事件・一部認容，一部棄却。）。

と明らかに認められるとき」には該当するが，同項各号のいずれにも該当しないとしたもの[27]

- 212条２項１号にいう「犯人として追呼されているとき」とは，犯人を他と混同しない程度に明らかな客観性を有しなければならないとの解釈を示し，第三者がその追呼を連続して，それと断絶することなく被害者および警察官が追呼したものでなく，被疑者と犯人との接続が断たれた場合には同号の要件を満たさないとしたもの[28]
- 212条２項２号の「贓物を所持しているとき」とは，外見上被疑者が贓物を所持していることが明白な場合を意味するとの解釈を示し，外見上被疑者が贓物を所持しているか否かは不明で，例えば被疑者がポケットの中から贓物を取り出したことによってはじめて贓物を所持していることが判明したような場合は，同号に該当しないとしたもの[29]
- 被害者から申告を受けた警察官が，犯行現場から約500メートルの地点で被疑者らが自動車に乗ってひき返して来るのに出会い，職務質問・任意同行を経て，被害者に面割りした結果，犯人と断定して被疑者らを傷害の事実で現行犯逮捕したことについて，被疑者らの逃走した道路は袋小路といえる状態となっており，また同所付近では本件逮捕当時，他に，人または自動車の通行はなかったことなどが認められるから，犯行現場付近の状況から，犯人の同一性が客観的に担保されており，少なくとも212条２項１号にいう準現行犯人にあたるとされたもの[30]
- 犯行終了後１時間又は１時間40分を経過した頃，犯行現場から直線距離で約４キロメートル離れた路上で行われた被告人３名に対する本件各逮捕

(27) 京都地裁昭和41年10月20日決定（下刑集８巻10号1398頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(28) 東京地裁昭和43年９月７日決定（下刑集10巻９号961頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(29) 福岡地裁小倉支部昭和44年６月18日決定（刑月１巻６号720頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告事件・棄却。）。

(30) 福岡地裁昭和48年９月13日決定（刑月５巻９号1338頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

は，いずれも212条２項２号ないし４号に当たる者が罪を行い終わってから間がないと明らかに認められるときにされたものということができるとしたもの[31]等

(ii)「罪」の成立自体が争われた例として，以下のものがある。

- 貨物自動車荷台上に鉄棒，鉄パイプなどの器具を満載していた状況は，その自動車の後方から一見して明確に現認できる状況にあったと認められ，被疑者らの器具携帯の態様には公然性があったので，被疑者らにおいて「器具」を「隠して」携帯していることが要求される軽犯罪法１条２号の構成要件に照らし同法違反の明白な嫌疑が現存していたとは認められないとしたもの[32]
- 凶器準備集合罪の被疑事実での現行犯逮捕について，逮捕の時点では他人の身体等に共同して害を加える目的があったとは認められないため，「現に犯罪を行い，又は行い終わった者」でないことは明らかであるとしたもの[33]
- 牽連犯の関係にある住居侵入・窃盗未遂の被疑事実について，窃盗未遂としては現行犯逮捕の要件を欠くとしても，住居侵入については現行犯逮捕の要件を満たしているとされたもの[34]
- あらかじめ指定されていた金員交付場所において，被害者に「金を持って来たか。」と述べて被害者を喫茶店に連行しようとした行為について，これを恐喝の実行行為の一環であると評価し，この状況を現認した警察官のし

(31)　最高裁平成８年１月29日第三小法廷決定（刑集50巻１号１頁）（本件準現行犯逮捕に伴う捜索差押えにより収集された証拠物の証拠能力が争われた。第１審は準現行犯逮捕を違法として，証拠物の証拠能力を否定し，無罪とした。）

(32)　京都地裁昭和44年７月４日決定（刑月１巻７号780頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(33)　東京地裁昭和46年９月21日判決（刑月３巻９号1213頁）（被告人らの供述調書の証拠能力が争われた。逮捕は違法としつつも勾留は有効として，証拠能力を認めた。）。控訴審，東京高裁昭和49年２月15日判決（刑月６巻２号126頁）。

(34)　東京地裁昭和48年２月15日決定（刑月５巻２号182頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

た逮捕は，現行犯逮捕の要件を満たすとしたもの[35]

- すでに脅迫を加えていた被告人と被害者とが，あらかじめ指定されていた金員交付場所で面談中に，事前に被害者から被害の申告を受けてその場に待機していた警察官が，被疑者を恐喝未遂の現行犯人として逮捕したことについて，逮捕の際には被疑者はすでになした脅迫に基づき，明示的にではないにせよその場で被害者に対し金員の交付を要求していたものとみられるとして，現行犯人逮捕についての現行性の要件は具備しており，また，被害者による事前の申告内容等から判断すれば明白性を担保する程度に犯罪を推定し得る客観性を備えていたとしたもの[36]
- 軽犯罪法１条３号は住居侵入，屋内侵入窃盗等の犯罪に結びつく抽象的危険性のある行為自体を禁止する趣旨であるから，同条同号にいう「他人の邸宅又は建物に侵入するのに使用される器具」とは，客観的に侵入の用途に用いうる性質を備えたものであれば足り，これを携帯する者がこれを侵入のために使用する意図を有することは必要でないと解すべきとして，現行犯逮捕における嫌疑の要件を満たすとしたもの[37]
- 会社車庫に駐車中のトラック内から大麻草が発見され，被疑者が大麻取締法違反で現行犯逮捕されたが，本件トラックを所有している者，主に使用している者又は管理している者が誰であるのか等について明らかでないことからすれば，本件大麻についての認識を否定する被疑者について，本件大麻の営利目的所持の犯人であることが明白であったとはいえないとしたもの（通常逮捕の要件がないことも付記されている）[38]
- 被害者が痴漢行為を直接目撃しておらず，また，痴漢行為の現場で手を掴

---

(35) 東京地裁昭和48年３月９日決定（刑月５巻３号368頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(36) 東京地裁昭和48年３月14日決定（刑月５巻３号370頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(37) 浦和地裁昭和56年５月25日決定（刑月13巻４・５号414頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(38) 千葉地裁平成14年12月５日決定（無罪事例集９集94頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。

んだというものでもなく，ただ右臀部を触られたという感触のみで痴漢がなされたものと考え，その位置関係から背後にいた被告人を犯人と特定したことについて，現行犯逮捕の犯罪の明確性という要件を満たしているか，また逮捕の必要性があったかについて疑問があるとしたもの[39]

- 軽犯罪法１条４号（浮浪罪）の構成要件の解釈からすれば，被告人の本件当時における生活状況は，客観的に同罪の構成要件を満たさず，逮捕の時点において逮捕者である警察官らに判明していた事情を基礎としても，同罪の構成要件の全てが現行犯逮捕の要件を満たす程度に明白になっていたとは到底認められないとしたもの（別件逮捕としても違法との判断が示されている）[40]
- 暴行罪につき現行犯逮捕されたが，正当防衛に当たることは明らかであり明白性の要件を欠くとしたもの（なお，現行犯逮捕の必要性もなく，別件逮捕としても違法との判断が示されている）[41]等

③　逮捕の要件（緊急逮捕）

緊急逮捕の要件の充足が問題となった例として，以下のものがある。

- 嫌疑が充分でなく，また被疑者への必要な告知をせずに緊急逮捕したとして違法としたもの[42]
- 緊急逮捕後およそ８時間後に逮捕状を請求し，さらに緊急逮捕手続書における緊急逮捕時間の記載を４時間遅らせる等の違法が認められる場合には，逮捕状が発付されても違法は治癒されないとしたもの[43]

---

(39)　東京地裁八王子支部平成18年３月10日判決（判タ1218号314頁）（違法な身体拘束によって得られた自白の証拠能力が争われたが，自白の信用性が極めて低いとの判断が先に示され，身体拘束の違法性については明言されていない。）。

(40)　大阪高裁平成21年３月３日判決（判タ1329号276頁）（浮浪罪での逮捕中に請求された強制採尿令状により獲得された尿の鑑定書の証拠能力について争われた。破棄・無罪）。

(41)　京都地裁平成24年６月７日判決（LEX／DB 文献番号25482152）（暴行罪での逮捕中に任意提出された尿の鑑定書の証拠能力について争われた。無罪）。

(42)　神戸地裁昭和46年９月25日決定（刑月３巻９号1288頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(43)　大阪地裁昭和35年12月５日決定（判時248号35頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗

- 逮捕状請求の余裕があったにもかかわらず行われた緊急逮捕について，緊急性の要件を欠くとまではいえないとしたもの[44]
- 210条１項の「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」とは，緊急逮捕後「できる限り速かに」という意義であるとの解釈を示したうえで，午後７時30分頃緊急逮捕した司法巡査が同日午後10時頃裁判所宿直員に逮捕状請求手続をなす旨連絡したが，裁判官の指示により約12時間半経過後になした請求に基づく逮捕状発付手続を「直ちに」の要件を欠き違法としたもの[45]
- 緊急逮捕の時点から約６時間40分後に逮捕状の請求手続が取られたことにつき，210条１項の逮捕状請求にかかる「直ちに」の要件を欠くとしたもの[46]
- 緊急逮捕時から約６時間半経過してなされた逮捕状の請求が適法とされたもの[47]等

④　逮捕の手続的要件

逮捕が手続的要件を満たさないことで違法と評価される場合もある。

(i)逮捕から検察官への引き渡しまでの時間制限，あるいは逮捕から勾留までの時間制限の超過が問題となった例として，以下のものがある[48]。

告・棄却。)。

(44)　大阪地裁昭和39年２月25日決定（下刑集６巻１・２号150頁）(勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。)。

(45)　京都地裁昭和45年10月２日決定（判時634号103頁）(勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。)。

(46)　大阪高裁昭和50年11月19日判決（判時813号102頁）(上記逮捕中に作成された被告人の供述調書および上記逮捕に引き続く勾留中に作成された被告人の供述調書の証拠能力について争われた。前者については証拠能力を否定し，後者については肯定した。)。同種の例として，最高裁昭和50年６月12日第一小法廷決定（集刑196号569頁）(団藤重光裁判官の補足意見は，実質上逮捕されたのが正午頃か遅くとも同日午後１時30分頃であり，令状請求が同日午後10時頃だった緊急逮捕について，「直ちに」の要件を欠くとし，その後の勾留の間に作成された供述調書は証拠能力を欠くとした。)。

(47)　京都地裁昭和52年５月24日決定(判時868号112頁)(勾留の裁判に対する準抗告・棄却。)。

(48)　以下のものの他，任意同行等を実質的逮捕と見たうえで，実質的逮捕の始期から起算して時間制限の超過を問題にするものもある。前記①に掲げた事例を参照。

- すでに行われていた捜査対象をほぼ同一とする逮捕・勾留の期間中に本件被疑事実の捜査を行うことが困難であった事情はなく，実質的には身体拘束の時間制限を逸脱するものであるとしたもの[49]
- 道路交通法違反で現行犯逮捕された被疑者がその２日後に覚せい剤取締法違反で通常逮捕されたことについて，道路交通法違反の被疑事実に係る捜査が早期に終了し，また逮捕の必要性が乏しかったことを理由に実質的には覚せい剤取締法違反での逮捕がより早い段階から行われていたと見て，検察官送致までの時間制限を遵守していない違法があるとした原審の判断を覆したもの[50]等

(ii) 逮捕状における記載事項が問題となった例として，以下のものがある。

- 被疑者欄中に「氏名不詳の男（年令25，6才，身長167.8センチ，太って丸顔，色浅黒，髪短く，七・三に分け薄いサングラスをかけ，黒皮ジャンバーを着たＢの友達），職業，住所不詳」旨の記載があり，年令欄は空白の逮捕状請求書に基づき，氏名欄には，上記と同一の記載があり，被疑者の住居，職業，年令については，「別紙逮捕状請求書のとおり」として逮捕状が発付されたところ，「髪短く，七・三に分け，薄いサングラスをかけ，黒皮ジャンバーを着た」旨の記載は，極めて可変的な事項を指示したに過ぎず，その他の記載は被疑者を他の者から識別するには不十分であるとして，無効としたもの[51]
- 法人税法違反事件につき，免れた法人税額の記載がなく，また逋脱所得額

---

(49)　京都地裁平成30年10月25日決定（判時2423号113頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(50)　和歌山地裁昭和48年５月11日決定（判時723号105頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(51)　東京地裁昭和48年３月２日命令（刑月５巻３号362頁）（勾留請求・却下。）。同種の事例として，被疑者氏名欄に「氏名不詳，身長1.68メートルくらい，髪短く，白色トックリセーターを着た年令28才くらい，一見チンピラ風の男」とした逮捕状について，被疑者の特定に足りないとした東京地裁昭和48年５月11日命令（判時719号104頁）（勾留請求・却下。）がある。

の記載も推定額にとどまる逮捕状により逮捕したことにつき，脱税にかかる事業年度や，不正な行為，法人税を免れた事実など犯罪を特定するに足りる事項の記載には欠けるところがなく，逮捕状記載の被疑事実の特定に欠けるところはないとしたもの[52]等

(iii) 刑事訴訟規則142条１項８号の記載事項[53]が問題となった例[54]として，以下のものがある。

- 談合事件について逮捕・勾留されていた被疑者につき，贈賄の被疑事実での逮捕状が請求される際，同号の記載がなされなかったことは，談合事件についての身体拘束中に贈賄の捜査も進められていたことを踏まえれば本来慎重な裁判官の審査に付すべきなのにこれをさせなかった点で重大な瑕疵があるとしたもの[55]
- すでに逮捕・勾留され起訴されていた常習賭博の事実と一罪をなす常習賭博の被疑事実で被疑者が逮捕されたことについて，前者に係る逮捕勾留時に同時に捜査を遂げる可能性があったのであるから，違法な再逮捕に当たる可能性があり，後者に係る逮捕状を請求する際に同号の記載をしなったことについては裁判官の判断を誤らせるおそれを生じさせるものであるとしたもの[56]
- 同号は逮捕の蒸し返しによる逮捕の濫用を避けるために，裁判官の判断に重要な資料を提供させるためのものであるから，同号の求める事項を記載

(52) 大津地裁昭和58年５月17日判決（刑集42巻７号991頁）（弁護人が違法捜査に基づく起訴として公訴棄却を求めたことに対する判断。）。

(53) この問題については，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』（判例時報社，1996年）93頁以下参照。

(54) 下記の他，札幌地裁昭和47年１月24日決定（刑月４巻１号221頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）等。

(55) 京都地裁昭和33年２月10日決定（判タ77号75頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(56) 仙台地裁昭和49年５月16日決定（判タ319号300頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し。）。

しなかったことは裁判官の判断に重大な影響を及ぼすとしたもの[57]等

(iv) その他の例として，以下のものがある。

- 裁判官の押印のない逮捕状による逮捕は違法としたもの（本件では，裁判官は逮捕状発付が相当でないと判断しており，手違いで押印を欠いた逮捕状が捜査機関に手交されたものであるが，このような前提がなくとも，200条の記名・押印を欠けば，真正に発付された令状であるかどうか判断できず，裁判の確実性を害するとする）[58]
- 逮捕請求書の疎明資料には，聞き込み捜査の結果被疑者の職業・住居を不詳であるとされていたものの，このような事実はないことが確認され，この瑕疵は逮捕の必要性に関する裁判官の判断を誤らせるものとしたもの[59]
- 第一次逮捕（緊急逮捕）は「直ちに」令状請求をすべきところこれをなさなかったために逮捕状が発付されず，他方で再逮捕自体は許される場合に当たるものの，緊急逮捕に基づく逮捕状請求が却下された場合には「直ちに」釈放されなければならないにもかかわらず，これをせずに第二次逮捕を執行したことについて，その瑕疵が重大としたもの[60]等

---

(57) 東京地裁昭和37年10月16日命令（下刑集４巻９・10号968頁）（勾留請求・却下。），大阪地裁昭和43年３月26日決定（下刑集10巻３号330頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）（本決定は本件逮捕が「実質的に逮捕のむし返しであるとの観もある」と評価している。），函館地裁昭和44年３月20日決定（刑月１巻３号340頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。），新潟地裁長岡支部昭和49年２月８日決定（刑月６巻２号176頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）なお，上記函館地裁決定および新潟地裁長岡支部決定では，同号違反が常に勾留請求を却下するものとまではいえないとの見解が示されている。

(58) 東京地裁昭和39年10月15日決定（下刑集６巻９・10号1185頁）（職権による勾留取消の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(59) 大阪地裁昭和47年８月１日決定（判時693号111頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(60) 浦和地裁昭和48年４月21日決定（刑月５巻４号874頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

⑤　逮捕を根拠づける処分の違法

逮捕の処分自体には違法がないと評価されうるとしても，逮捕に先行し，逮捕を根拠づける処分に問題があり，当該逮捕も違法とされる場合がある。

- 被疑者のポケットから取り上げたナイフが銃刀法の携帯禁止の対象であることから，同法違反で現行犯逮捕したことにつき，ポケットからナイフを取り上げた行為が違法な差押えであるとして，違法な差押えによって得た資料によって現行犯であると認定し逮捕することは違法であるとしたもの[61]
- 被疑者居室を捜索すべき場所とする捜索差押許可状の執行をする際に，女性の被疑者の衣類とブラジャーを脱がせてその身体について捜索したことについて，身体に対する処分が許される場合があるとしても，本件行為は明らかにその範囲を超えたものとして，これによって発見された覚せい剤に基づく覚せい剤所持の現行犯逮捕は違法としたもの[62]
- 被疑者方の無施錠の玄関引戸を開け，勝手に同人方に上がり込んで被疑者に同行を求めるという，本来逮捕状の執行としてでなければ許されない方法で被疑者を同署へ連行した手続には違法があり，かかる連行に引き続いてなされた同署における逮捕状の執行手続には重大な違法があるといわざるを得ないとしたもの[63]
- 被疑者が着用していたベストのポケットのファスナーを開け，中に入っていたたばこの空き箱を取り出して，その中から覚せい剤等を発見し，これにより覚せい剤取締法違反で現行犯逮捕したことについて，発見に至る行為は違法であるとし，これによって発見された覚せい剤の所持に係る現行犯逮捕も違法であるとしたもの[64]

三三七

⑹1　大阪地裁昭和47年７月18日決定（判時689号120頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

⑹2　東京地裁八王子支部昭和62年10月３日決定（判タ705号267頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

⑹3　浦和地裁平成元年11月13日決定（判時1333号159頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。

⑹4　東京地裁平成12年４月28日決定（判タ1047号293頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

• 警察官と入国管理局員らが不法滞在外国人の稼働場所として把握していた建物に赴いたところ，ドアが施錠されていたため，不動産業者に解錠を求め，不動産業者が，賃貸借契約により解錠が許される場面ではないのに，警察官らの求めに応じて解錠したことにつき，警察官らによる解錠行為は違法であったといわざるを得ず，警察官らは，臨検許可状あるいは捜索差押許可状等の発付を受け，本件建物に適法に立ち入ることが十分可能であったのだから，上記の違法の程度は決して軽微なものにとどまるとはいえないとして，上記違法な解錠行為を契機としてなされているのであるから，本件逮捕手続も違法であるとしたもの[65]等

⑥　逮捕に関わる手続の遅延

逮捕に際して行われた手続の遅延が問題となった例として，以下のものがある。

• 被疑者が他の事件において保釈されるのをあえて待ってから，逮捕状を執行したことが違法とされたもの[66]
• 余罪についても逮捕状が発付されていたにもかかわらず，すぐに執行しなかったことが違法とされたもの[67]
• 別件についての逮捕状を得るまでの間，すでに勾留が取り消された被疑者の釈放を合理的な理由なく遅延させたことが違法とされ，その後に執行された通常逮捕も違法とされたもの[68]
• 別件での勾留期間中に本件について発付されていた逮捕状を執行すること

⑸　東京地裁平成22年２月25日決定（判タ1320号282頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。
⑹　京都地裁昭和44年11月６日命令（判時615号102頁）（勾留請求・却下。），ただし，準抗告審により取消し（京都地裁昭和44年11月８日決定（判時615号100頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。））。
⑺　京都地裁昭和45年２月23日決定（判時598号103頁）（勾留請求・却下。），ただし準抗告審により取消し（京都地裁昭和45年３月３日決定（刑月２巻３号332頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。））。
⑻　秋田地裁昭和46年５月18日決定（判時640号104頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。

も可能であったのに，特段の事由なくこれを遅延させたことが違法とされたもの[69]

- 司法巡査による通常逮捕後，司法警察員への引致まで，やむを得ない事情もないのに約11時間15分を要したことが違法とされたもの[70]
- 逮捕状の緊急執行から約23時間50分後に被疑者に対して弁護人選任権が告知され弁解の機会が与えられたことについて原裁判はこれを違法としたが，地理的関係（宮崎県から岩手県内の警察署へ引致した）やその間の交通事情にも鑑み，引致の過程に格別遅延と目すべきものがあったとは認められないとされたもの[71]等

⑦　勾留の要件

以下の例では，勾留の要件たる相当な理由や60条１項各号の事由の存否，勾留の必要性が直接の問題とされている。逮捕期間中に嫌疑等の要件が消失することはもちろん考えられるが，これらの要件のうち逮捕の要件と重複する部分について，仮に逮捕の時点から欠けていたのであれば，逮捕が違法という評価もできるため，ここで触れておく。

(i)罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由

- 被疑者が所属する労働組合の組合員らが暴行を行ったことは認められるが，被疑者が共同してこの暴行を行ったことについては，現場写真，関係人の各供述調書その他の資料によっても認めることができないとしたもの[72]

三三五

(69)　福岡地裁昭和47年１月26日決定（刑月４巻１号223頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(70)　大阪地裁昭和58年６月28日決定（判タ512号199頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(71)　盛岡地裁昭和63年１月５日決定（判タ658号243頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）。

(72)　札幌地裁昭和33年10月31日決定（第一審刑事裁判例集１巻10号1753頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

- 被疑事実について幇助した事実であれば認められないではないが，本件勾留請求の理由とする被疑事実（被疑者が単独で犯罪の実行に及んだこと）を疑うに足りる相当な理由を認めることができないとしたもの[73]
- 被疑者らから被害者への電話は，その後の更なる欺罔行為の準備行為とは認められるが，それ自体は，財物の交付に向けた欺罔行為とは認められず，この段階では，未だ詐欺の結果発生に至る客観的な危険性が生じていたとは認められないから，詐欺罪の実行の着手があったとは認められず，相当な理由があるとはいえないとしたもの[74]等

(ii) 60条１項各号

- 被疑者が黙秘権を行使して氏名・住居等を供述しなかったが，客観的には被疑者の氏名等は確定しており，事案の性質等からしても逃亡のおそれはないとしたもの[75]
- 労働争議に関し不測の事故を防止するため警備中の警察官の隊列と対峙している際に行われた公務執行妨害の被疑事実との関係では，警察官等の目撃者の供述を得ることが困難な状態下にあったとは認め難く，被害者および多くの参考人が警察官であることからも罪証隠滅の蓋然性は低いなどの事情から，罪証隠滅のおそれを否定したもの[76]
- すでに捜査が実質的に終了していることなどの理由から，罪証隠滅のおそれを認めなかったもの[77]
- 量刑の事情に過ぎない事実についても，勾留の理由としての罪証隠滅の対

(73) 静岡地裁昭和40年５月９日決定（下刑集７巻５号1149頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。
(74) 大阪地裁平成30年３月11日決定（LEX／DB 文献番号25552928）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。
(75) 札幌地裁昭和34年５月29日決定（下刑集１巻５号1354頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。
(76) 横浜地裁昭和36年８月９日決定（下刑集３巻７号813頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。
(77) 大阪地裁昭和38年４月27日決定（判時335号50頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。

象とはなり得るが，被疑事実とされている行為について相当程度詳細に明らかとなっている本件については，例外的な場面を除き２号の該当を認めないとしたもの[78]

- 飲酒運転による業務上過失致傷の被疑事実で現行犯逮捕された被疑者が飲酒検知管による呼気検査に応じず，相当高度の酩酊度であったことがうかがわれるにもかかわらず，少量の飲酒しかしていない旨供述している場合であっても，他の客観性のある科学的採証措置を講ずることが可能だったのだから，そのような措置を取らないままに，他の飲酒者との通謀等が具体的に疑われないにもかかわらず罪証隠滅のおそれを認めることはできないとしたもの[79]
- 無許可の集団維持運動等を指導し，現場共謀したことについては，行進状況について警察官が撮影した写真等から明白に認められ，また目撃者はいずれも警察官であって，被疑者らがこれに働きかけて罪証隠滅をはかることも，その撮影にかかる写真を隠滅改ざんすることも到底考えられないとして，罪証隠滅のおそれを否定したもの[80]等

(iii) 勾留の必要性[81]

- 逮捕後，捜査が一応完了の段階に達したため，準抗告時点では被疑者等につきその勾留を必要とするだけの罪証隠滅の虞ありと疑うに足りる相当な

---

(78) 札幌地裁室蘭支部昭和40年12月４日決定（下刑集７巻12号2294頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。

(79) 札幌地裁昭和41年８月27日決定（下刑集８巻８号1178頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(80) 東京地裁昭和41年10月28日決定（下刑集８巻10号1400頁）（勾留等請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）。

(81) 下記の他，大阪地裁昭和37年９月19日決定（下刑集４巻９・10号963頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。），名古屋地裁平成26年２月25日決定（LEX／DB 文献番号25546989）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。），最高裁平成26年11月17日第一小法廷決定（集刑315号183頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告審の決定に対する特別抗告・取消し，準抗告棄却。），最高裁平成27年10月22日第二小法廷決定（集刑318号11頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告審の決定に対する特別抗告・取消し，準抗告棄却。）等。

理由があるとは認め難いとしたもの[82]

- 関係人に働きかけ，あるいは関係人と通謀して罪証隠滅を図るおそれは認められるが，すでに被疑者は本件事実の主要部分について自白しており，また本件関係人の供述もある程度収集されていることから考えると，罪証隠滅のおそれはさほど強度のものとはいえず，その他本件事案の性質，態様等諸般の事情を考慮すると，今後さらに被疑者の身柄を拘束しておく必要性に乏しいとしたもの[83]
- 罪証を隠滅するおそれがないとまではいえないものの，そのおそれは必ずしも大きくなく，被疑者の生活状況等に鑑みれば逃亡のおそれも小さいということができ，今後更に被疑者を勾留して捜査を遂げる必要性があるとまではいえないとしたもの[84]
- 交通上のトラブルに係る110番通報を受けて臨場した警察官に対し暴行したという公務執行妨害等の被疑事実で逮捕された被疑者について，本件被疑事実との関係では罪証隠滅のおそれは乏しいが，発端である交通トラブルについては関係者の供述に食い違いがあるため罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由がないとはいえず，また，被疑者が現在執行猶予中であることなどからすれば，逃亡すると疑うに足りる相当な理由も否定できないものの，事実関係からすれば，罪証隠滅のおそれも逃亡のおそれも高いとはいえず，被疑者を勾留する必要性は，少なくとも現時点において認められないとしたもの[85]等

---

(82) 福岡地裁飯塚支部昭和33年８月22日決定（第一審刑事裁判例集１巻８号1292頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。

(83) 東京地裁昭和47年４月９日決定（刑月４巻４号901頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。

(84) 浦和地裁平成13年４月27日決定（LEX／DB 文献番号2540718）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。

(85) 名古屋地裁平成26年１月28日決定（LEX／DB 文献番号25546982）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）。

(2) 小括[86]

任意同行等の違法が実質的な逮捕に当たる場合（①）については，実質的な逮捕とみなされた処分の開始時点から検察官への送致や勾留請求までの時間制限を問題にする裁判例が多く見られ，先行する実質的な逮捕が，被疑者勾留に先立つ逮捕の一部として考慮されるという理論構成が採られている。ここでは，実質的逮捕の実態に鑑み，違法の程度の評価が分かれていた。

また，② や ③ のように勾留に先立つ逮捕の要件に関わる事例においては，具体的状況の下で，各逮捕の要件が満たされているかが問題となる事例が見られる一方で，そもそも，現行犯逮捕等の要件の解釈（212条においては，いかなるときに「明白」といえるか，また明白性の判断資料にどのようなものを用いてよいか，緊急逮捕においては，逮捕状請求にかかる「直ちに」の意義など。）が問題となっているものも多数ある。また，逮捕における相当な理由や犯罪の明白性を基礎づけるのは，特定の構成要件に該当する事実であるが，そもそも逮捕の被疑事実とされているものが犯罪を構成するかどうかという，実体法上の解釈に関わるものも散見された。同様のことは，⑦ のように勾留の要件としての相当な理由の有無に係る判断の中にも見られる。このように，まず，逮捕については，特定の処分の適法性判断のみならず，その前提となる手続法・実体法上の解釈からして問題となる場面がある。

他方で，④ や ⑥ のように本来なすべき手続や処分が法定されており，遅滞なく実施されることが要請されるにもかかわらず，これを怠るなどして逮捕が違法と評価され，また ⑤ のように逮捕自体は一応適法に行われたと見る

(86) これまでに述べたものの他，いわゆる別件逮捕勾留のうち逮捕部分について固有の違法が争われた例もある（岡山地裁昭和46年１月11日決定（刑月３巻１号68頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。），高知地裁昭和52年５月23日決定（判タ354号341頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。），佐賀地裁唐津支部昭和51年３月22日判決（判時813号14頁）（違法な別件逮捕中に獲得された供述を疎明資料として行われた第２逮捕およびこれに引き続く勾留中に獲得された供述調書の証拠能力が否定された。）前掲注40，大阪高裁平成21年３月３日判決等）。また，いわゆる再逮捕・再勾留について，再度の逮捕について固有の違法を検討した例もある（千葉地裁昭和47年７月８日決定（刑月４巻７号1425頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し，勾留請求却下。）等。）。

こともできるが，これを根拠づける処分の違法を理由に逮捕が違法と評価されるとの理解を示したものもあった。

以上のように，逮捕の違法とは，多岐にわたるものである。逮捕者に適切な法の解釈や評価を要求することも少なくない。しかしながら，そもそも，逮捕は，現行犯逮捕・準現行犯逮捕に至っては私人によっても執行可能であり，また緊急の必要上なされることも多いため誤認に基づく逮捕，不必要な逮捕や法解釈の誤りに基づく違法逮捕までもが生じやすい。通常逮捕等の令状審査が行われる逮捕であっても，そのための疎明資料の獲得や時間制限の潜脱といった誘因のために，令状請求に至るまでの過程で違法な任意同行等が行われることもある。逮捕とは，上記で述べたような執行の誤りが生じやすい本来的に危険な手続であるといえ，法により逮捕の要件を整えるだけでは，当該処分による不当な侵害の可能性を除去できないものと見るべきであろう。

3　逮捕前置主義

⑴　逮捕前置主義をめぐる議論

207条１項は，被疑者勾留について「前３条の規定による勾留の請求」を受けた裁判官によって行われると規定する。「前３条」とは，被疑者の逮捕後の手続について規定する204条ないし206条をいうのだから，刑事訴訟法は，被疑者勾留には必ず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といえる。このこと自体には争いはないものの，その趣旨については，これまで様々な見解が示されてきた。そして，逮捕と被疑者勾留との間には逮捕前置主義によるつながりがあることは明らかであるものの，先に見てきたような違法逮捕後の勾留請求や，それに基づく被疑者勾留の可否を，逮捕前置主義との関係で論じることができるかどうかについてもまた，争いがある。

① 短期・長期の二段階構造の身体拘束であることに意義を見出す見解[87]

法は起訴前の身体拘束を逮捕と勾留に分け，逮捕には最大で72時間，勾留には一部を除き最大で20日間の時間制限を設けている。このような短期の逮捕・長期の被疑者勾留という身体拘束の期間の違いに着目して，逮捕前置主義を理解しようとする見解がある。不必要な身体拘束を防止するためには，まず，より期間の短い逮捕を許し，その期間内に弁解録取等の捜査活動を行った結果，それでもなお身体拘束が必要な場合にはじめて長期の被疑者勾留を認めるという二段階を経ることが人権保障上望ましいという点に，逮捕前置主義の実質的な意義を見出すのである。この見解では，被疑者に対する身体拘束の初期段階においては，嫌疑や身体拘束の必要性に関する判断が浮動的であることが事実上の理由とされることがある[88]。

② 身体拘束に対する二重の審査に意義を見出す見解[89]

身体拘束に当たっては，逮捕と被疑者勾留という二重の審査が及び，より慎重な点検の機会が設けられていること自体を，逮捕前置主義の趣旨とする見解がある。この見解に対しては，令状審査を経ない現行犯逮捕等については「二重の審査」を説明できないこと[90]，また二重の審査であることそのものではなく，①の見解のいうように短期・長期の二段階構造であることにこ

(87) 浦辺衛『刑事実務上の諸問題』（一粒社，1961年）171頁，木谷明「(1)違法な逮捕を前提とする勾留請求に対する措置／(2)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』（判例時報社，1996年）274頁以下，川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房，2016年）71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巻１・２号71頁，菅原・前掲注１，120頁等。

(88) 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』（判例時報社，1996年）261頁，長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』（有斐閣，2005年）72-73頁〔佐藤隆之執筆〕，宇藤崇ほか『リーガルクエスト刑事訴訟法〔第２版〕』（有斐閣，2018年）85頁〔堀江慎司執筆〕，渡辺・前掲注１，355頁等。

(89) 松尾浩也『刑事訴訟法・上〔新版〕』（法律学講座双書）（弘文堂，1999年）109-110頁，田口守一『刑事訴訟法〔第７版〕』（弘文堂，2017年）76頁等。

(90) 佐藤・前掲注88，73頁，古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第２版〕』（有斐閣，2015年）61頁等。

そ意味があるなどの点から批判がある[91]。

③　①・②の両方を採る見解[92]

①の見解のいう二段階構造には，逮捕と勾留のそれぞれについて審査を及ぼすという意味が同時にあるという見方もできなくはない。すなわち，二重の審査にいう「審査」とは，令状審査に限られず，無令状逮捕に対する厳格な要件や，勾留審査時の事後審査をも含むと理解するのである[93]。同様に①・②両方を採る見解としては，被疑者勾留が長期に及ぶことを踏まえつつ，二重の審査を逮捕前置主義の趣旨とするもの[94]，逮捕前置主義の長所として，逮捕後，捜査の進展に伴い勾留が不要となるときは長期の身体拘束を回避することができることに加え，逮捕と勾留のそれぞれについて二重に司法的抑制が保障されることを挙げるもの[95]，現行犯逮捕は例外としつつ，身体拘束の各段階に裁判官の審査を介在させることによって慎重を期すこととと

---

(91)　古江・前掲注90，61頁，川出・前掲注87，71-72頁等。堀江・前掲注88，85頁は，「逮捕時・勾留時の２回，司法審査を経ることにより，被疑者の身体拘束に慎重を期したものと説かれることもあるが，これだけでは，現行犯逮捕の場合や逮捕（留置）と勾留の期間の長短の点を必ずしも十分には説明できない」とする。

(92)　注93以下に挙げるものの他，平野龍一編『自習刑事訴訟法31問』（有斐閣，1965年）37-38頁〔中野次雄執筆〕，小林敬「逮捕前置主義」研修517号（1991年）87頁，廣瀬健二「逮捕前置主義の意義」『刑事訴訟法の争点〔新版〕』（旧シリーズ）（有斐閣，1991年）66頁，光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（成文堂，2007年）70頁，宮木康博「逮捕前置主義の意義」『刑事訴訟法の争点』（有斐閣，2013年）68頁，松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第４版増補版〕』（弘文堂，2016年）395頁以下等を参照。

(93)　現行犯逮捕・準現行犯逮捕は，逮捕についての司法審査が及ばないと考えられる。他方で，現行犯逮捕・準現行犯逮捕に要請される高度の要件に照らし，「令状による逮捕における１回目の司法審査に匹敵する状況があるということができる」との見解（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』（青林書院，2012年）153頁がある。三井誠『刑事手続法(1)〔新版〕』（有斐閣，1997年）19-20頁も参照。田口・前掲注89，76頁は，「現行犯逮捕が先行する場合も，勾留審査時に現行犯逮捕としての逮捕要件の審査もなされうるのであるから，同じく二重のチェックは及んでいる」とする。この他，逮捕後の事情変更を考慮して二重の審査を必要としたものと見る見解もある（中野・前掲注92，37頁等）。

(94)　後藤昭・白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法〔第３版〕』（日本評論社，2018年）〔多田辰也執筆〕517頁。

(95)　上口裕『刑事訴訟法〔第４版〕』（成文堂，2015年）110頁。

もに，逮捕段階において，被疑事実を告知しこれに対する弁解を聴取したうえで，捜査機関限りの判断と裁量により被疑者を釈放する余地を認めることにより，いきなり長期間の身体拘束に及ぶのを回避する途を設定しておくことを逮捕前置主義の実質的な理由とするもの[96]等がある。これらの見解によれば，二重の審査を行うことと二段階構造であることは必ずしも排他的関係にはないことになる[97]。

④　逮捕を勾留のための引致と見る見解[98][99]

逮捕そのものの性質について，逮捕を勾留の付随処分（仮の身体拘束）と考え，逮捕は勾留のための引致であるとする説もある。逮捕を勾留のための引致処分とみる場合には，身体拘束の司法的抑制は勾留質問を待って完成することになり，その意味で逮捕と勾留という二重のチェックがなされることとなる[100]。この見解においては，逮捕はあくまで勾留のための引致処分であるから，捜査のための期間ではない。上記①から③の見解が，仮に逮捕期間中の積極的な捜査を前提とするのだとすれば，本説とは相容れないことになる。

⑵　各説の異同

ここまで，逮捕前置主義に関わる主な見解を確認してきた。そもそも，逮捕が被疑者勾留に先行するということが法の直接規定するところであるが，

⑼⑹　酒巻匡『刑事訴訟法〔第２版〕』（有斐閣，2020年）74頁。

⑼⑺　大澤裕「被疑者の身体拘束 —— 逮捕・勾留に伴う諸問題⑴」法学教室450号（2018年）110頁，111頁参照。

⑼⑻　田宮裕「逮捕の新しい構成 —— その法的性格の変貌と展望」同『捜査の構造』（有斐閣，1971年）151頁，福井厚「逮捕前置主義の反省」ジュリスト1148号（1999年）98頁，後藤昭『捜査法の理論』（岩波書店，2001年）96頁，水谷規男『疑問解消刑事訴訟法』（日本評論社，2008年）58頁，緑大輔『刑事訴訟法入門〔第２版〕』（日本評論社，2017年）103-404頁。

⑼⑼　反対，松尾・前掲注89，54頁，川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』（東京大学出版会，1998年）71頁，古宮・前掲注93，156頁等。

⑽⓪　白取祐司『刑事訴訟法〔第９版〕』（日本評論社，2017年）180頁。

このことによってどのような機能が果たされるだろうか。

まず，(ア) 逮捕という比較的短期の身体拘束が，比較的長期の被疑者勾留に先行することになる。次に，(イ) 逮捕の時点で何らかの審査が行われ，勾留の時点では勾留審査が行われることから，被疑者の身体拘束においては２回の審査がなされると見ることができる。そして，(ウ) いきなり被疑者勾留をすることは許されない（ただし，このことは，(ア) や (イ) の帰結といえる。）。最後に，(エ) 逮捕限りで身体拘束が終了することがあるとはいえ，逮捕なかりせば被疑者勾留なしという逮捕と被疑者勾留との一体性が肯定されうることになる。

これらの機能のうち，(ア) を重視するのが ① 短期・長期の二段階構造に意義を見出す見解である。この見解は，逮捕と被疑者勾留について，逮捕限りでの身体拘束の終結を想定し，もしもなお必要なのであれば勾留の段階に入るという点で，逮捕の段階と被疑者勾留の段階とを区別することに価値を見出すものと理解できる。

次に，(イ) を重視するのが，② 二重の審査に意義を見出す見解である。① の立場からは，現行犯逮捕等について「審査」が及ぶとは見ることができない等という点から批判がなされることがあるが，先に述べた通り，一度目の審査をいかなるものと考えるかによっては，この批判は必ずしも当たらない。また，同じく ① の立場からは，身体拘束が短期・長期の二段階構造になっていることの説明ができないとの批判もあるが，② の立場が (ア) の機能を否定するものでは当然ない。そして，(ア) と (イ) は相互に排他的な関係にあるとまではいえないので，両者をともに肯定する ③ の見解もある。結局のところ，① の立場と ② の立場は，上記の機能のうちのどれをより重視するかという違いに過ぎないようにも思われる。

他方で，① の見解が指摘するように，法が最初に許容する身体拘束に，より短い時間制限を設けている点には，それ自体意味があるものと捉えるべきであろう。また，二重の審査といっても，その各々の審査の有効性は，場合により様々である。すなわち，二度目の審査である勾留審査は，裁判官による被疑者への直接の質問を経て行われるという点で，身体の自由の保障との

関係では重要かつ有効な方法と考えられるにもかかわらず，いきなり被疑者勾留することを法は許していない。他方で，現行犯逮捕などの捜査機関限りの判断で身体拘束を許す処分については厳格な要件が設けられているものの，それは身体の自由の保障に対する安全装置としては勾留審査に比して脆弱なものであるため，一度目の審査としてあまりにも頼りないにもかかわらず，これが前置されることで勾留審査を行うための要件が整うことになる。その意味で，たしかに，ただ２回の審査が行われるということに意義を見出すことは難しいようにも思われる。

そこでさらに考えてみると，(イ)の機能は，「ひとつ」の被疑者の身体拘束に対して２回の審査がなされることに慎重さという価値を見出そうとするものなのであるから，②の立場は(エ)の逮捕と被疑者勾留の一体性の肯定という機能をも重視していることになると思われる。一体性を有する手続についての２回の審査という面を捉えれば，一度目の審査と二度目の審査の有効性の差というものは，むしろ二重の審査の必要性を強調するものとなるように思われる。すなわち，一度目の審査の脆弱性を補うものとして，二度目の審査が予定されている[101]という意味では，なお二重の審査を法の趣旨と見ることもできよう。

最後に，④逮捕を勾留のための引致と捉える見解の特徴は，まずは逮捕という処分の意義をどう見るかという点にあると思われる。仮に，①～③の見解が逮捕を積極的な捜査の期間であると認めるものなのであれば，④の見解とは全く異なる立場であるということになる。

①から③の見解に立つ場合，逮捕をどのような期間と位置付けることになるか。①の短期・長期の二段階構造に意義を見出す見解は，逮捕限りでの釈放の可能性を念頭に，この可能性を維持することで被疑者の身体の自由をより制限しない方法を残すというものである。このとき，被疑者が逮捕限りで釈放されるためには，弁解録取などの手続にとどまらず，逮捕期間中に積

(101) 逮捕前置主義を逮捕に対する事後審査のための手段とするものとして，渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第２版〕』（有斐閣，2009年）60頁。

極的な捜査まで行われることが許容されるとする見解がある[102]。これに対して，② の二重の審査に意義を見出す説はこのような前提を要しない。② の立場に立ちつつも，逮捕期間の積極的な捜査を認めるという理解も可能ではあるが，① と ② とをあえて区別するのだとしたら，この点の違いによるものということになるのかもしれない。

また，④ 逮捕を勾留のための引致と捉える見解は，㈡ の機能を重視するものと見ることになると思われる。先に述べた通り，② の説も，身体拘束における慎重な審査に重点を置くのだから，そこで対象としているのは，④ と同様に，「ひとつの身体拘束」と見るべきであるということになろう。

以上が，各説の異同とこれについての若干の考察であるが，逮捕・被疑者勾留という起訴前の身体拘束を，「ひとつ」のものと見るか，それとも区別されたものと見るかにより，後述するとおり，違法逮捕と勾留の関係をどう評価するかという点に違いが表れる。

4　逮捕の違法と被疑者勾留の関係

逮捕の違法と被疑者勾留はどのような関係にあるか。古くは，逮捕が違法であっても被疑者勾留には影響しないという判例があった[103]。他方で，その後，被疑者勾留には逮捕が先行しなければならないというのが法の定めるところであるから，逮捕が違法であれば身体拘束の根拠がなくなるため被疑者を釈放すべきであり，違法な逮捕に続く勾留請求を認容することは許されないとする見解が示され[104]，現在では，逮捕に違法があれば被疑者勾留が許可

(102) たとえば，木谷・前掲注87，274頁は，「まず短期間の拘束（逮捕）をのみ認め，その間にできる限り検察側に捜査を尽くさせたうえ，それでもなお必要のあるやむを得ない場合にはじめて，勾留を認める」という。

(103) 最高裁昭和24年７月12日第三小法廷判決（刑集３巻８号1249頁），最高裁昭和24年７月26日第三小法廷判決（刑集３巻８号1391頁）。

(104) 河村澄夫・古川實編『刑事実務ノート・第３巻』（有斐閣，1971年）143頁〔黒田直行執筆〕，東京地裁昭和39年10月15日決定（下刑集６巻９・10号1185頁）（勾留取消の裁判に対する準抗告・棄却。），京都地裁昭和44年７月４日決定（刑月１巻７号780頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。本件においては，「我現行刑事訴訟法が被疑者の

されない場合があるという点では，学説も実務も一致を見ている。

では，逮捕の違法と被疑者勾留とがどのような関係にあるかを，逮捕前置主義のもとで説明できるだろうか。

身体拘束に当たっては，身体拘束に対する二重の審査に逮捕前置主義の趣旨があるとする見解（前記３(1)②）からは，まずは，二重の審査の機能を損なうような違法，すなわち逮捕が実体的要件を欠いているというような場合には勾留は許可されないという結論になると思われる[105]。この意味で，逮捕前置主義は，被疑者勾留の要件を審査すると同時に先行する逮捕の実体的要件の充足に関わる違法を審査するものということになる。さらに，二重の審査が及ぼされる対象は，逮捕・被疑者勾留という一体的な身体拘束なのだから，実体的要件の確認にとどまらず，さらに身体拘束を継続してよいかを，先行する逮捕の適法性まで含めて検討することにあると考えることもでき，二度目の審査の射程は幅広く逮捕の違法に及ぶといえるものと思われる。逮捕を勾留のための引致と解する立場（前記３(1)④）からも，逮捕と被疑者勾留は一体的な身体拘束と見られるから[106]，勾留審査の射程は，同じく，幅広く逮捕の違法に及びうる。ここでの関心は，その時点で問題となっている被疑者の逮捕に引き続く勾留の可否であり，当該被疑者に対する「ひとつ」の身体拘束を許すかどうかである。

次に短期の逮捕・長期の被疑者勾留という二段階構造の身体拘束であることに逮捕前置主義の趣旨があるとする見解（前記３(1)①）からは，逮捕が先行しこの期間に捜査が進展しさらなる身体拘束の必要性が判断されることによって逮捕前置の趣旨が充足されるから，被疑者勾留との関係でこれに先立つ逮捕が適法でなければならないという前提はない。したがって，逮捕前置

勾留につきいわゆる逮捕前置主義を採用している法意に鑑みるときは，勾留請求が認容されるためにはそれに先立つ逮捕手続が適法であることを要すると解さなければならない」との解釈が示されている。）等。

(105) 緑大輔「逮捕前置主義の意義とその展開」浅田和茂ほか編『改革期の刑事法理論』（福井厚先生古稀祝賀論文集）（法律文化社，2013年）３頁，緑・前掲注98，105頁，宮木・前掲注92，69頁。

(106) 緑・前掲注105，14頁。

主義を逮捕の違法と勾留との関係を規律する原則と説明することはできないことになる[107]。

逮捕前置主義には根拠を求めないとするこのような立場も，直ちに，逮捕の違法が勾留に影響しないと考えるわけではない。ここで主張されるのは，まず，逮捕に対する不服申立て手段の代替としての被疑者勾留の却下である。

逮捕については準抗告等の不服申立てが予定されていないため，仮に逮捕に違法があったとしてもこれを申し立てる機会がないとする立場が多数である[108]。そこで，逮捕における手続の適法性を担保する手段を用意していないこのような法形式を根拠に，逮捕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ものとしているとの見解がある[109]。

たしかに，逮捕に対する不服申立て方法が存在しないことについては，これ自体不合理である。しかしながら逮捕に対する不服申立てが勾留審査によって代替されるのだとしても，その時点ではすでに逮捕の期間は終了間近であり，逮捕による不当・不合理な法益侵害をやめさせることができるわけでも，それから回復できるわけでもない[110]。また，勾留請求が逮捕に対する不服申立ての代替だとしても，逮捕に引き続いて勾留請求がなされなければその効果は発揮されず，捜査機関が逮捕限りで被疑者を釈放した場合には，不

---

(107) 高田卓爾・田宮裕編『演習刑事訴訟法〔演習法律学体系15〕』（青林書院新社，1972年）114頁〔佐々木史朗執筆〕，木谷・前掲注87，274頁，佐藤・前掲注88，77頁，古江・前掲注90，62頁，石井一正「違法の承継について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集・下巻』（成文堂，2007年）127頁等。

(108) 最高裁昭和57年８月27日第一小法廷決定（刑集36巻６号726頁）。反対，田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣，1996年）81頁，田口・前掲注89，74頁等。

(109) 木谷・前掲注87，274頁。菅原・前掲注１，120頁は，勾留請求時に逮捕手続の適否について司法審査を受けることが，逮捕に関する不服申立ての実質上の代替手段であるとしつつも，「逮捕前置主義は，単に勾留の理由及び必要性を，裁判官による審査にかからしめるというのみならず，勾留に先行する逮捕手続の適法性をも裁判官の審査に服せしめて，勾留の適否を審査するとの趣旨を含む。」と説明する。酒巻・前掲注96，75頁は，以下で述べる政策的見地からの見解と合わせて，逮捕に対する審査の方法が予定されていないことを指摘し，「勾留請求段階において，裁判官が勾留の実体的要件の存否に加え，これに先行する逮捕手続や被疑者の身体・行動の自由に係る状況の適法性を審査する機会が必要と見るのが合理的である」と説明する。

(110) 川出・前掲注87，76頁。

服申立ての機会がないことになる。逮捕と勾留とを独立した処分と見たうえで勾留審査を逮捕に対する不服申立ての代替方法と見るこの見解には，そもそも不服申立ての実効性の点から疑問がある。

次に主張されるのは，逮捕の違法を理由とした，被疑者勾留の政策的却下である。

もし，逮捕に違法があるにもかかわらず，被疑者勾留を認めるということになれば，違法な手続を行ってでも勾留の実体的要件さえ整えばよいという法軽視的運用を誘発するおそれがあるため，逮捕が違法な場合に勾留請求を認めないとすることにより，将来に違法逮捕がなされることを抑止しようとするのである(111)。

この立場は，将来における被疑者の身体拘束の違法に対する抑制という意味では合理的である。他方で，この立場が逮捕と被疑者勾留との一体性を肯定しないことを前提としているのだとすれば，疑問もある。そもそも，逮捕前置主義により，逮捕が実現できなければ勾留ができないという機能が働いている。したがって，被疑者勾留が請求された場合，逮捕と被疑者勾留との間には（逮捕前置主義の趣旨をどう捉えるとしても）常に因果関係が認められるはずであるし，政策的却下を認める説が懸念する法を軽視した逮捕手続は，むしろこの因果関係に起因して生じるものである。そうだとすれば，政策的却下を行うという立場と，逮捕前置主義の趣旨を二段階に区別されたものとする捉え方との間には必ずしも理論的なつながりはないものと思われる。

短期・長期の二段階構造に逮捕前置主義の趣旨があるとする立場をとりながらも，例えば，逮捕前置主義にいう前置されるべき逮捕とは適法な逮捕であることを要請する見解(112)や，逮捕前置主義の帰結として勾留審査の対象に

(111) 佐藤，前掲注88，77頁，古江・前掲注90，64頁，川出・前掲注87，76頁，酒巻・前掲注96，75頁。松尾・前掲注89，98-99頁は，「勾留請求を有効として扱うことが，将来における違法逮捕のくり返しを招くおそれがある場合，あるいは，適正手続の理念に反し司法の誠実性を傷つける場合には，これを無効としなければならない」とする。

(112) 浦辺・前掲注87，173頁。

逮捕の適法性を加える見解[113]のように，逮捕前置主義の趣旨から，逮捕の違法と被疑者勾留とのつながりを導くものがある。おそらくこれらは，逮捕と被疑者勾留との因果関係を前提とした立場といえよう。先に述べた通り，そもそも，二段階構造説では，逮捕の段階は捜査の初期段階であり，嫌疑や身体拘束の必要性についての判断が浮動的で，逮捕の段階ではいまだ嫌疑や必要性の乏しい身体拘束が行われてしまうということが，短期の逮捕を先行させたのちに長期の被疑者勾留に入るべきことの事実上の理由とされることがある。このような浮動的な捜査の結果，嫌疑や必要性の乏しい違法な身体拘束が行われる危険が生じ，また嫌疑や身体拘束の必要性が浮動的であることにより，結果的に逮捕手続に係る様々な違法が引き起こされているとも考えられる。このような捜査の実態こそが逮捕前置主義について二段階構造をとる核心だと考えるのであれば，逮捕の違法と勾留とを逮捕前置主義の下で結び付けて説明することは，二段階構造に逮捕前置主義の趣旨を求める見解からも可能であると思われる[114]。そして，このように考えた場合には，将来の違法捜査の抑制という目的達成以前に，その時点で問題となっている被疑者の身体拘束の継続を許すかどうかという点への審査がなされることになろう。ここでは，逮捕と被疑者勾留との因果関係を肯定する逮捕前置主義の機能が発揮されるのである。

5　おわりに ―― 逮捕前置主義と違法逮捕後の勾留

ここまでにみてきたように，逮捕前置主義については，① 短期・長期の二段階構造の身体拘束であることに意義を見出す見解，② 身体拘束に対する二重の審査に意義を見出す見解，③ ①・② の両方を採る見解，④ 逮捕を勾留のための引致と見る見解がある。① の見解は，逮捕と被疑者勾留とが二段階

(113)　渡辺・前掲注１，355-336頁。
(114)　複数の論拠を挙げるものとして，廣瀬・前掲注92，67頁，三井・前掲注93，20頁，光藤・前掲注92，71頁，上口・前掲注96，110頁等。

に区別されるものと理解され，短期の逮捕が先行することで逮捕前置主義の趣旨が果たされるため，逮捕前置主義は逮捕の違法と勾留とを規律するものではないとされてきた。この見解に立った場合に，逮捕の違法と勾留とを規律する手掛かりとなるのは，逮捕に不服申立て手段がないという法形式と，政策的に違法逮捕を抑止するという考え方である。

前者は，勾留審査が準抗告等に代わる意味での不服申立て（逮捕を取り消して，即時の釈放をすることなど）とはなりえず，勾留請求が行われない限りその効果を発揮できないという点で疑問があり，勾留審査における違法逮捕の検討は，過去や現在の処分に対する不服申立てというよりも，今後身体拘束を継続させないという意味でとらえることが適切だと考えられる。

また，後者については，違法逮捕と勾留との因果関係を考えた場合には，逮捕と勾留とを切り離すという立場を前提としているのであれば，疑問を生じさせる。そして，本稿「２」でみたように，逮捕の違法は，多岐にわたる。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速やかに判断する仕組みを備えておく必要がある。また，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，逮捕とは，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面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，まず検討されるべきは，その時点で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である。政策的な違法逮捕抑止の枠組みは，必ずしも本質的なものではなく，補充的に被疑者勾留の制度を支えるものということになるだろう。

逮捕と勾留との一体性を前提として，逮捕に続く身体拘束を許容してよいか，勾留禁止の場合ではないかを審査する役割が，勾留審査には備えられている。逮捕前置主義は，この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と見るべきであり，誤りの生じやすい逮捕に対し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のものであると考える。

本研究は，JSPS 科研費（若手研究20K13347）の助成を受けたものである。
本稿の執筆にあたり，大阪刑事訴訟法研究会（2021年２月20日）において報告の機会をいただき，多大なる貴重なご教示を賜った。