

# 起訴後勾留と余罪による逮捕勾留の重複

久岡 康成\*

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 被告人・被疑者側の不利益若しくは負担
- 三 法律上の規定の不備
- 四 若干の検討

## 一 はじめに

起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留は、実務上しばしば行われているところである。起訴前の逮捕勾留中の余罪の取調べについての検討に比べて<sup>1)</sup>、必ずしも多いわけでないが、起訴後勾留中の被告人に対する余罪の取調べについての検討も<sup>2)</sup>、既に一定行われている。また、余罪取調べ中の起訴前の逮捕勾留については、いわゆる別件逮捕勾留の問題として多数の議論が行われてきた<sup>3)</sup>。それでは、起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留については、それらの問題とは異なり、それ自体として問題がないのであろうか<sup>4)</sup>。

本稿は、余罪取調べ中の被告人の逮捕勾留の状況の中で、起訴後勾留の被告人に対し余罪による逮捕勾留が行われている場合において、余罪の取調べでなく逮捕勾留自体に問題がないかにつき検討しようとするものである。なお、その検討においては、先の起訴後勾留の事件と管轄を異にする、つまり他都道府県に存する裁判所の管轄内の裁判官により、余罪による後の

---

\* ひさおか・やすなり 立命館大学名誉教授

逮捕勾留がなされた場合に、事件数としては少なくとも、問題点が鮮明に現れることに留意しつつ検討することとしたい。

## 二 被告人・被疑者側の不利益若しくは負担

(一) 先に起訴された被告事件で起訴後の勾留を受けている被告人側にとつては、余罪による後の逮捕、勾留は、防禦活動上、以下のように大きな不利益若しくは負担となる。

(1) 起訴後の勾留期間の長期化それ自体である。まず、余罪による逮捕勾留の見込みがあるということで、それを理由に公判期日が通常より先の日時に指定される。また、余罪で逮捕勾留がなされた場合でも、必ずしも起訴前勾留期間終了時に起訴が行われるとは限らない。処分保留で起訴前勾留期間を終わり、その後にさらに起訴後勾留事件の勾留を利用して余罪の捜査が行われる場合もある。起訴後勾留中の余罪の捜査においては、時間的制約が軽く受け止められているのではないかと思われる事案さえあるのである。

その結果、余罪による逮捕、勾留が行われる事案については、それが行われず起訴後勾留中の被告人に対し余罪の取調べが行われる場合に比し、起訴後の勾留期間は長期化する。余罪を否認していない窃盗などの事案において、起訴後の勾留が6箇月以上に及ぶという事例も珍しくない。しかもその間の勾留場所は、代用刑事施設たる警察留置場である。

起訴後勾留中の余罪の取調べに問題が多いことは、その間に作成された自白調書の任意性が争われることが多く、ひいては無罪判決も生んでいることによく現れている<sup>5)</sup>。余罪による逮捕、勾留は、全体としての起訴後勾留期間の長期化を導く。余罪による逮捕勾留が、起訴後勾留になっている事件及び逮捕勾留の理由となっている事件のみならず、それ以外の余罪事件(後に逮捕勾留される場合もある)を含め

て、被告人の防禦活動上、大きな不利益若しくは負担となるのである。

さらに、判決にたどり着かないまま、継続して代用刑事施設たる警察留置場に勾留されること自体、被告人にとっては、大きな精神的負担である。食事、傷病の治療などで現実の不利益が生ずる場合もある。

- (2) 余罪による後の逮捕が、他都道府県警察の警察官によって行われ、その警察官の所属する警察留置場に留置された場合は、被告人の家族などの面会に大きな不利益、負担が生ずる。仕事や日々の生活をかかえている家族にとって、半日でなら行える面会も、一日がかりになる遠方警察留置場での行えなくなるのである。

なお、余罪が先の被告事件の裁判所とは他の都道府県警察の事件である場合においては、被告人は都道府県を越えて移送されることになる。先の被告事件のために甲都道府県で勾留され、やがて余罪のために乙都道府県に移送され、余罪の起訴が終わると先の被告事件のために甲都道府県にまた移送され、先の被告事件の公判期日がすむと次は後の事件の公判のために乙都道府県にまた移送されるというようなことも、実際には生じてくるのである。このような場合、被告人の家族等は、まさに一日がかりで、電車・バスで面会に行かなければならないことになる。また、例えば、被告人家族が母子福祉関係の給付金受給の申請のために在監証明が必要と言うようなことになれば、それを得るために数箇所の刑事施設、代用刑事施設を回らねばならないことになる。被告人やその家族は、このようなとき被告人があたかもキャッチボールの「ボール」の如く扱われているかのような感慨を強いられている。

被告人の移送（刑訴規則80条）の同意について、「被疑者又は被告人の具体的な防禦活動なりあるいは被告人の処遇上の便宜（家族らとの接見交通等）なども考慮されなければならぬ」こと自体は、これまでに既に一般的に認められている<sup>6)</sup>。

さらに、余罪による逮捕勾留が行われた場合、弁護士等以外の者と

の接見禁止(刑法81条)が附される可能性がある。現実には接見禁止に附されたときは、家族等は面会が不可能になって寂しい思いを余儀なくされ、被告人も孤立し、示談などでの家族との相談も困難となり、被告事件についての防御上も不利益を受ける。弁護人は、被告人と家族などとの間の相談が進まぬことで弁護上の不利益を受けるし、事実上は弁護人はその面会で家族の面会の代わりという役割も担わなければならないという負担も負うことになる。現実には接見禁止が附されていなくても、その可能性を示唆される場合もあり、家族等がそれが附されることを心配して面会を自制することもあり、先に起訴され起訴後勾留されている被告事件についての悪影響さえ懸念される。

- (3) 被告人の弁護人へのアクセス権及び弁護人の弁護権の保障についても、不利益が生じ負担がかかる。例えば起訴後勾留中の被告事件の被告人に対し、第1審有罪判決が下された直後に、余罪による後の逮捕が、他都道府県警察の警察官により行われ、その警察官の所属する警察留置場に留置された場合はどうであろうか。弁護人が接見に行くことにおいて事実上の不利益が生じ、控訴を行うか否かについて、被告人と弁護人が協議することは、それだけで困難になる。先の起訴後勾留被告事件の弁護人が、余罪により逮捕され留置されている他都道府県警察の警察留置場の面会に行かなければならないという負担は、結局は面会が行われず被告人と弁護人の協議がなくなるという結果が招来される可能性が大きいことになる。そしてこの被告人の弁護人へのアクセス権及び弁護人の弁護権の保障上の不利益は、後の余罪による逮捕が起訴後の勾留である場合でも同じである<sup>6)</sup>。また、被告人が先の起訴後勾留被告事件の裁判所と同一都道府県警察の警察留置場に留置された場合でも、弁護人の接見に事実上の不利益又は負担が生ずる可能性がある。
- (4) 後の余罪による逮捕・勾留において、弁護人の接見につき接見指定が行われる可能性がある<sup>7)</sup>。今日では接見指定の事例が少なくなった

とはいえ、依然としてその可能性は残っている。

なお、余罪による逮捕・勾留若しくはその可能性自体も、先の起訴後勾留被告事件の弁護の負担になる。起訴後勾留中、余罪については逮捕がなくても、事実上は面会回数を増やして被告人の相談に乗らなければならないところ、余罪での逮捕・勾留となれば自ら弁護人となるか、あるいは余罪を弁護する別の弁護人と連絡をとるかという選択になることになる。

- (二) 起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留がある場合、余罪の被疑者としての被告人、余罪の弁護人としての弁護人にとって、防禦活動上の不利益若しくは負担となる場合がある。
- (1) 余罪の逮捕勾留が、先の起訴後勾留被告事件の裁判所とは別の他都道府県の裁判所の裁判官により行われた場合、被疑者国選事件では、起訴後勾留被告事件とは別のその都道府県の弁護人が選任される。余罪の起訴が行われ、審判が併合されないときは、先の被告事件の公判のため、被告人が他の都道府県の拘置所に移送され、その間、後の余罪起訴事件の弁護人と被告人との間の協議の実施に不利益若しくは負担が生ずる（起訴前の逮捕勾留と起訴後勾留被告事件の公判の競合は事実上はないものと思われる）。この不利益若しくは負担は、実際には国選弁護人によって公判段階の弁護も起訴前の弁護も担われている事案が多いことを想起すれば、決して軽いものではない。
- (2) 余罪による逮捕勾留が、起訴後勾留事件と同一都道府県の裁判所の裁判官により行われる場合は、その場所が、先の起訴後勾留の場所と同一であることが通常のようなものである。先の被告事件で起訴後も代用刑事施設たる警察留置場にそのまま勾留されて余罪の取調べを受け、その余罪での勾留となるわけである。この場合に、先の被告事件が被疑者国選事件であった国選弁護人事件でも、余罪で、被疑者国選弁護人の選任が行われない場合がある。被告人が被疑者国選弁護人の請求を

しないからと思われるのかもしれない。しかし、先の被告事件が被疑者国選事件であった被告人につき、余罪で被疑者国選の必要性が消滅している(資力がつく)ことはめったにあることではない。先の被告事件で勾留されている者に対しては、まさに刑事施設に収容されている被告人又は被疑者の申述として、努めてその便宜が図られるべきであり(参照、刑訴規則297条)、余罪での被疑者国選弁護人の選任について意思が丁寧に確かめられる必要がある。

### 三 法律上の規定の不備

- (一) 起訴後勾留の被告人に対し余罪による逮捕勾留が行われる場合、起訴後勾留を行う裁判と余罪による逮捕勾留の裁判とは併存し重複している。
- (1) 起訴後勾留の被告人に対し、余罪による逮捕・勾留が執行される場合も、起訴後勾留の根拠となる裁判と余罪についての逮捕・勾留の裁判は併存している。

状況は少し異なるが、起訴後勾留中に逮捕勾留された余罪が起訴された場合など、異なる都道府県にある裁判所に審判の併合のない起訴後勾留の複数の事件が係属するばあい、勾留されている被告人は、公判の行われる裁判所のある他都道府県の拘置所から裁判所の出廷している。この場合、拘置所を変えるたびに被告人に新たな勾留質問などは行われず、当初の勾留の裁判の効果として当該の拘置所に勾留されているものと思われる。どちらかの起訴後の勾留につき、勾留の取消の決定(刑訴法87条)があるか、勾留更新が行われぬとか、あるいはどちらかの起訴後勾留事件の判決が確定して勾留が終了しない限り、起訴後の勾留の根拠となる2つの裁判が併存していると思われる。

起訴後勾留の根拠となる裁判と余罪についての逮捕・勾留の裁判についても、起訴後勾留の根拠となる裁判を下した裁判所と、余罪についての逮捕・勾留の裁判を行った裁判官が別である以上、この二つの

裁判は別のものであり、起訴後勾留の根拠となる裁判と余罪についての逮捕・勾留の裁判は併存し重複している。

- (2) 併存し重複している、起訴後勾留の根拠となる裁判と余罪についての逮捕・勾留の裁判の間の優劣・先後について定めた刑訴法及び刑訴規則の規定はない。

併存し重複しているこれらの逮捕・勾留の裁判を行った裁判所若しくは裁判官は、等しく裁判官の独立のもとにあつて、権限的にも対等独立である。また実質的にも、これらの裁判を下す裁判所若しくは裁判官は予断排除の原則・証拠裁判主義の原理のもとにあるから、他の事件の内容を考慮して裁判を下すこともできていない。逮捕状請求書の記載要件としての同一の犯罪事実又は現に捜査中である他の犯罪事実の定めも（刑訴規則79条、142条1項8号）、逮捕状発布の場面ではか意味がなく、しかも捜査の終わった他の犯罪事実（起訴された他事件）には意味をもたないのである。

したがって、併存し重複しているこれらの裁判の間の優劣・先後について定めた刑訴法及び刑訴規則の規定はなく、それらの裁判は、両立できないときは、いわば抵触、衝突、競合、コンフリクト（conflict）の状態にある。

- (二) 先の起訴後勾留の裁判と余罪による逮捕・勾留の裁判が併存している中で、前者から後者へ被告人を移送するという法律の規定はない。

- (1) 刑訴法が被告人を移送すると定めているのは、控訴裁判所は、公判期日を指定すべきときは、その旨を対応する検察庁の検察官に通知しなければならない、通知を受けた検察官は、速やかに被告人を控訴裁判所の所在地の刑事施設に移さなければならないという規定のみである（刑訴法244条）。刑訴法は、上告審ではこのための被告人の移送は不要としている（刑訴法256条）。

被告人の移送が控訴審裁判所の公判のためであり、そのために被告

人を移送できるのは控訴審裁判所に対応する検察庁の検察官であることが、規定の趣旨である。

- (2) 他方、刑訴規則も、検察官は、裁判長の同意を得て、勾留されている被告人を他の刑事施設に移すことができると定めている(刑訴規則80条1項)。起訴前の勾留での移送の同意は裁判官になる(刑訴法207条1項)。

しかし、この裁判長の同意の権限、したがって検察官の被告人の移送の権限は、この検察官が執行する起訴後の勾留の裁判の範囲内に限られている。

その理由の第一は、裁判長の同意が必要とされていることである。自らの裁判所の公判のために勾留している被告人を、その範囲を超えて勾留することに裁判長が同意することは、いわば自己撞着になってしまい、なし得ることではない。また、裁判長は、勾留の範囲を超えて被告人を移送する同意をするための判断をする情報、余罪についての逮捕や勾留の必要性を判断できる資料を持っていない。もしその判断をするために、併合されていない事件あるいは起訴されていない余罪について、勾留に関わる資料を得ることは、予断排除の原則、証拠裁判主義の原理から許されない<sup>9)</sup>。

その理由の第二は、被告人の移送についての刑訴法の規定である。刑訴法は前示のように、控訴裁判所にしか被告人の移送の規定をおかず、しかもその規定も控訴審裁判所の公判のためのものである。自己の公判のため以外に、被告人の移送に裁判所が動くことは予想されていない。

その理由の第三は、検察官が起訴後の勾留の裁判の範囲を越えて被告人を移送することは、最高裁判例の、家庭裁判所の検察官送致決定を受けた少年の勾留場所が、裁判官の関与なしに検察官の判断のみで新たに決定されることについて、「通常の勾留の場合と比較して明らかに均衡を欠くものであり、刑訴法及び同規則並びに少年法の関連

規定の解釈として合理性及び相当性を有するかにつき、疑念を抱かざるを得ない。」（最決平成13年12月10日家庭裁判月報55巻2号178頁）<sup>10)</sup>、という判旨にもとることである。そこでは、被告人の勾留の場所には勾留の裁判の内部でも裁判官が関与するという基本的立場が明確に示されている<sup>11)</sup>。まして勾留の裁判の外部に被告人を置くことに裁判官が関わるといようなことは予想されていない<sup>12)</sup>。

(三) 余罪による逮捕・勾留を行う機関が、それを行うために、起訴後勾留の執行をしている刑事施設（拘置所、代用刑事施設たる都道府県警察留置場）から、余罪についての逮捕や勾留の裁判の執行として、被告人を連れ出すことはできない。

(1) 先の起訴後勾留の執行をしている刑事施設は、その起訴後勾留の裁判の執行を行うことが責務である。自らに裁判の執行を命じた裁判所に無断で、他の事件の逮捕状や勾留の裁判の執行に、自らの勾留を譲ることはできない。したがって、先の起訴後勾留の執行に空白のない限り（被告人の逃亡など）、余罪による逮捕・勾留を行うことは、起訴後勾留の執行をしている刑事施設の職務執行を押しつけて、余罪の逮捕勾留をおこなうことになり、できないことである。裁判によって被告人を拘束している者が、他の者が被告人を拘束するのを認めて、自己の拘束の実効性が失せるのを認めることができるのは、人身法護法における、被拘束者を別の場所に出頭させることを認める人身保護命令（人身保護法12条2項）のような、法律に特別の定めがある場合のみである。

(2) 検察官は、その属する検察庁の対応する裁判所の管轄区域内において、その裁判所の管轄に属する事項について前条に規定する職務を行うものである（検察庁法5条）。また、都道府県警察の警察官は、警察法に特別の定（現行犯逮捕など）がある場合を除く外、当該都道府県警察の管轄区域内において職権を行うものである（警察法64条）。

検察官及び検察事務官(刑訴法195条)並びに警察官(警察法61条)の管轄区域外で職務を行うことが出来るという規定は、それぞれの職務執行の根拠規範に過ぎず、他の裁判所、裁判官の裁判に対する優越をもたらすものではない。

- (3) 職務執行・職権執行の管轄区域内という問題は、同一の都道府県において余罪による逮捕勾留という職務を行う場合には生じないかもしれないが、起訴後勾留の執行をしている刑事施設の職務執行を押し付け優越して、余罪の逮捕勾留を執行しなければならない点は、他の都道府県において余罪による逮捕勾留という職務を行う場合にも、同一の都道府県において余罪による逮捕勾留という職務を行う場合にも共通である。

以上のように、逮捕状の執行のために、起訴後の勾留を行っている拘置所の協力を得る方途は、法律の規定によっては認められていない。設置や組織上の関連により、逮捕・勾留を行う機関と起訴後勾留を執行している機関に親近性があっても(例えば逮捕を行う警察官と代用刑事施設たる警察留置場)、職務執行の権限上は別である。被告人の身体の自由に関わることにつき、便宜をはかることはできない。

## 四 若干の検討

- (一) 起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留の問題性
- (1) 起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留が、被告人・被疑者側の不利益若しくは負担を課することは前示の通りである。このような負担、不利益の負荷は、一歩進めば刑事訴訟法の違反、さらには憲法の保障する迅速な裁判の保障、弁護人依頼権の保障、黙秘権の保障などの人権の侵害となり得る性質のものである。例えば、起訴前勾留の長期化は、その具体的状況により、不当に長い勾留の取消し(刑訴法91条)の問題を生じさせるのみならず、一歩進めば起訴前の

身体拘束期間の制限（刑訴法203条1項，204条，208条，208条の2）の潜脱となる危険があり，さらには迅速な裁判を受ける権利（憲法37条1項）の侵害の問題さえ生じることになる。

- (2) 前示のような起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留についての法制度の不備は，起訴後勾留と余罪による逮捕勾留の間で適切な運用を導き出す制度になっていないのみならず，違法な状況，人権侵害の事態が発生することを防止，救済する法制の不備を来している。

なお，起訴後勾留と余罪による逮捕勾留についての法制度の不備は，起訴後勾留の被告事件における，未決通算（刑法21条）のための検討対象となる勾留期間の計算上の困難さえ生じている。起訴前勾留と起訴後勾留されている被告人につき，余罪・別事件による逮捕，起訴前勾留と起訴後勾留，刑の執行が生じ得る。そして実務では，起訴後勾留事件の裁判所は，被告人の移送制度による移送通知書（刑訴規則80条2項）によって余罪による起訴前勾留と起訴後勾留による身体拘束場所の変動を知り，刑の執行通知書により刑の執行による身体拘束場所の変動を知って，起訴後勾留事件の勾留日数を計算しているものと思われる。しかし，余罪による逮捕の場合は移送通知書はない。また，そもそも余罪による勾留に服するために被告人の移送制度（刑訴規則80条）を利用することに疑問があるのである。刑の執行が常に優先するという点についても，自由刑の執行が被告人の防禦活動に不利益・負担を課するものであるから，その根拠も検討する余地がある。

- (二) 起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留の問題性は，不利益や負担についても法律の規定の不備についても，被告人において甘受されるべきものでない。
- (1) 被告人側が負う前示の不利益や負担は，被告人，被疑者，逮捕勾留された者であることに当然に随伴するもので，甘受されるべきもので

あるとの意見があるかもしれない。しかし、無罪推定の法理からしても、違法な状況や人権侵害を生ずる虞のある状況を甘受すべきいわれはない。実際に違法や人権侵害が生じた場合の救済の実現の見通しにも確実性があるわけでもない。当然その虞をなくしたり小さくする努力が国に要請されるのである。

- (2) 起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留の事案は、いずれ余罪の逮捕勾留事件は起訴され、先の起訴後勾留中の被告事件と併合審判され、可能な場合は併合罪処理も行われて、刑量の観点からは被告人有利な状況に落ち着くのではないかとの期待から、起訴後勾留中の余罪による逮捕勾留や余罪の取調べが争わないとの判断がなされることがあるかもしれない。

しかし、この判断は必ずしも妥当でない。まず併合審判の見込みも確実でない。他の都道府県で発生している被疑事件等については、当該の都道府県の警察官や検察官の捜査に任せられ、結局併合審判されない場合も生じてくる。併合罪処理により被告人の刑量が減少するとの期待も確実でない。また刑の量定においても、未決通算においても、起訴後の勾留期間が長かったことが被告人有利に考慮される保障も、今は、ないのである。他方、起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留により、被告人の身体拘束期間は確実に長期化し、身体拘束期間の長期化は、被告人側が負う前示の不利益や負担も増大する。また、併合審判となった事案においても、起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕・勾留があればこそ、情状たる余罪から追起訴の事件になったのではないかと思われる場合もある。何よりも、起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留についての法律の規定に不備があるのである。結局は被告人有利な状況に落ち着くのではないかとの期待のもとに行動する被告人があることは、起訴後の勾留の問題性を一般的に否定するものではない。

- (3) 起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留が行われる事案

は、余罪による逮捕勾留が行われず余罪の取り調べが行われる事案に比し、その余罪事件について取り調べられる事実が明確になるだけ、まだましとの意見があるかもしれない。

しかし、余罪による逮捕勾留が行われる事案につき、その期間内でのみ余罪についての取調べが行われるわけでない。むしろ余罪による逮捕勾留を行わず余罪に取調べが行われ、一定の証拠が集まったときに、余罪による逮捕勾留が行われる事が多い。また、時には余罪による逮捕勾留期間終了後も事件処理を行わず、余罪による逮捕勾留を伴わない起訴後勾留中の余罪の取調べの状況に戻ってしまう場合さえある。余罪による逮捕勾留で、その余罪被疑事実が明らかになることだけで、起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留の問題点を被告人が甘受すべきことにはならない。

- (三) 強制処分法定主義は刑訴法の定めるところであるが（刑訴法197条1項但書）、それに止まらず自由主義的な侵害留保の原則（法治主義）と民主主義的な手続法定主義（法の支配）という憲法的な要請に基づくものでもある<sup>13)</sup>。今や、刑訴法上の強制処分が法律によるべきことは、租税法律主義（憲法84条）<sup>14)</sup>と並んで、法治主義と法の支配の理念を併せ持つ「実質的法治国」原理の現れと言わなければならない<sup>15)</sup>。明治憲法においても、自由主義的な侵害留保原則のもと、「法律ニ依ルニ非シテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ」（23条）と定められていたのである。現行憲法の下では、自由主義的な侵害留保原則と民主主義的な手続法定主義のもと、強制処分の制度の実体法的な法定が要求されるだけでなく、その「制度の実体法的な法定」を担保する手段が、「手続法的なコントロールを含めて法定」されなければならない。したがって、刑事訴訟法においても国民の基本的な権利な権利に関わる捜査機関、検察機関の強制処分の執行には、その執行についても法律による根拠規範の存在が必要である<sup>16)</sup>。強制処分の制度が実体的に法律に定められている

のみでは、不十分になる。

ことに、勾留、中でも起訴後の勾留のような長期にわたる、継続的な性質を帯びる強制処分においては<sup>17)</sup>、ただその開始、終了のみならず、被告人・被疑者の移送のような強制処分の執行についても、国民の基本的な権利に関わるものとして法律によらなければならない。

#### (四) 問題状況の改善のために

- (1) 以上のような問題状況の改善のためには、まず、起訴後の勾留中の被告人に対する逮捕勾留、一般的には余罪の捜査と取調べについての実際が明らかにされる必要がある。

これまで起訴後の勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留については、必ずしも多くの議論があったわけではない<sup>18) 19)</sup>。この間いわゆる「冤罪の温床」として指摘されることがあった代用監獄、今日では代用刑事施設の問題でも、意外にその起訴後勾留段階での利用の問題点はそれほど指摘されていない。しかし、財田川事件その他の起訴後勾留中の余罪の取調べも関わる無罪事件(起訴としては冤罪起訴、無辜の起訴)の発生は、そこにある問題を指摘するものである。この起訴後勾留中の余罪の取調べは、そこで得られた自白を基にその余罪に対する逮捕勾留を求め、自白調書を作成し起訴していくことになる。起訴後の勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留の検討なしに、起訴後勾留中の余罪の取調べや、それによる起訴を論じることはできない。

起訴後の勾留中の被告人に対する逮捕勾留、一般的には余罪の捜査と取調べについての実際が明らかにされるためには、その議論と相まって、司法に関わる統計においてもその実態が明らかにされる必要がある。これまで、起訴後の勾留中の被告人に対し、余罪の起訴が行われた件数、逮捕勾留が行われた件数、余罪の捜査(認知)が行われた件数が論じられたこともなく、ましてやそれらと審判の併合の件

数，公判日数や公判期日の回数，弁護人選任の状況が関連させて論じられたこともない<sup>20)</sup>。

(2) 運用上の改善

裁判所は，検察官，被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で審判の併合をなし得る（刑訴法313条1項）。余罪による後の逮捕勾留事件が起訴された場合は，その事件と先の起訴後勾留の事件とは，特段の理由がない限りは審判が併合されるべきである。それにより，余罪による後の逮捕勾留の結果としての被告人側の不利益や負担は，予防されあるいは多少とも埋め合わされることになる。

勾留に関する裁判に対する準抗告は，裁判官が裁判をした場合に「不服がある者」がなしうることになっている（刑訴法429条1項3号）。余罪による後の逮捕勾留の裁判により不利益を受ける場合は，先の起訴後勾留事件の被告人，弁護人，被告人の家族などによる準抗告が活用されるべきことになろう。

余罪による後の逮捕勾留についても，被疑者国選弁護人制度の適用はある。余罪を理由に逮捕され，先の起訴後の勾留事件と同一の刑事施設（多くは代用刑事施設たる警察留置場）に留置されている被疑者（被告人）に対し，少なくとも先の起訴後の勾留被告事件が被疑者国選事件であった場合については，後の余罪による逮捕勾留事件でも原則として被疑者国選弁護人が選任されなければならない。請求や審査において便宜が図られるべきである。

(3) 立法上の対応

被告人の身体拘束や弁護権等に関わる法律の規定の不備を是正するため，以下の事項について法律で規定することが検討されるべきである。国民の基本的な権利の制限する逮捕勾留の執行のような活動においては，「法治主義」の原理より法律の規定により，その活動を「必要な範囲に統制・制御して，不当・不合理な侵害を避け」<sup>21)</sup>ることが求められる。そしてその規定は，被告人には社会的な弱者が含まれる

ことが多いことを考えると、分かりやすく実効性のある規定でなければならない<sup>22)</sup>。

余罪による後の逮捕勾留が、先の起訴後の勾留事件の被告人、弁護人に不利益、負担を強いる点を回避するためには、まず、余罪による後の逮捕勾留の裁判を行う裁判官に、先の起訴後の勾留事件の状況を考慮に入れることが保障されねばない。逮捕状請求書の記載要件としての同一の犯罪事実又は現に捜査中である他の犯罪事実の定め(刑訴規則79条142条1項8号)に準じて、先の起訴後の勾留事件の記載が、逮捕状請求や勾留請求の必要的な記載事項とされるべきである。

また、先の起訴後の勾留事件の被告人の逮捕勾留に当たっては、その弁護人の意見を聞くことが必要とされるべきである。国選弁護事件の充実の中で、その実施に障碍はない。また、勾留及び被告人の移送の際の弁護人等への通知(刑訴法79条、207条1項、刑訴規則79条、刑訴規則80条)制度にならって、先の起訴後の勾留事件の弁護人に対して、余罪による逮捕、勾留の通知、さらには被告人の現実の身体拘束の場所の変化(被告人の移送など)の情報が裁判所・裁判官から知らされることが定められるべきである。

起訴後の勾留を受けている被告人に対し、余罪による後の逮捕勾留については、法律の規定による整理が行われる必要がある。起訴後の勾留の裁判と余罪による逮捕勾留の裁判のレベルで整理するにしろ、併存している起訴後の勾留の裁判と余罪による後の逮捕勾留の裁判の執行のレベルで整理するにしろ、執行機関まかせではなく、法律もしくは裁判により両者の関係が定まるようになる法律の規定の整備が必要である。勾留と余罪による逮捕の関係についての規定はなく、余罪による勾留に対しての被告人の移送の制度の利用は(刑訴規則80条)、前述のようにその枠を越えている。

勾留についての準抗告は、勾留の裁判に対してのみ定められてお

り（刑法429条1項2号）、処分についての準抗告（刑法430条）の対象と定められていない。しかしながら、余罪についての逮捕状の執行時期（それは事実上は余罪についての起訴前の勾留の開始時期を左右する）と留置場所、勾留の裁判が併存するときの執行の選択、それによる勾留場所は、前示のように被告人側の不利益や負担を招来する可能性の高いものである。勾留の取り消しを問題としなければならない以前に、救済の余地があるべきである。これらに対する準抗告の制度が定められるべきである<sup>23)</sup>。逮捕状の執行や被告人の移送についても準抗告の制度が定められるべきである。一般に処分に対する準抗告について、行政事件訴訟に関する法令の規定を適用しないことを定めながら（刑法430条3項）、準抗告によっても救済できない、司法警察職員、検察事務官、検察官の裁量による被告人側の不利益や負担を招来する可能性の高い「措置」があること自体が、行政事件訴訟に関する法令との権衡を失し、憲法の定める裁判を受ける権利（憲法30条）の保障にもとることになる。

なお、逮捕の裁判に対する準抗告は許されないというのが判例であるが<sup>24)</sup>、第1審判決直後に他都道府県警察による被告人の余罪による逮捕を受けた起訴後勾留中の被告人の弁護人のような場合もありうる。このような場合を考えると、起訴後勾留中の被告人の弁護人を含めて、逮捕の執行、逮捕状の発布に対する準抗告の必要性は高い。

- (五) 起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留は、もちろん余罪の捜査、起訴、審判という中で生じている事態である。その全体的な論議は容易ではない。このことは、他方における今日の被害者尊重の理念のもとでの、余罪の被害者の存在可能性を考えてもわかることである。しかし、この起訴後勾留と余罪による逮捕拘留の重複の問題はいずれにしろ被告人や被害者の人権にかかわる問題である。法律若しくは裁判の

レベルでの解決が求められている。

- 1) 起訴前の逮捕勾留中の余罪の取調については、別件逮捕勾留と関連づけて論じられることが多い。なおこれについて参照、久岡「逮捕・勾留の基礎とされていない犯罪事実について被疑者を取り調べたことが違法とされ、供述証拠の証拠能力を否定した事例」判例タイムズ299号100頁(1973年12月) また参照、久岡「余罪捜査」法学教室第2期1号142頁(1973年)
- 2) 起訴後勾留中の被告人に対する余罪の取調についても、既に多くの論稿がある。これについて参照、久岡「起訴後勾留中の被告人に対する余罪の取調べについて」立命館法学271・272号2000年3・4号下巻(271・272号)762頁(2001年)  
なお別に、起訴後勾留中の被告人に対する起訴された犯罪事実についての取調の問題もある。それについてはなお参照、久岡「被告事件についての被告人の取調べについて」立命館法学275号, 196頁(2001年)
- 3) 余罪取調中の被疑者についての逮捕勾留には、当初の逮捕勾留と余罪を理由とする逮捕勾留の問題がある。いわゆる別件逮捕勾留の問題として、前者の当初の逮捕勾留を中心に論じられている。それについては、なお参照、「逮捕・勾留の理由告知と別件逮捕 自由権規約9条2項を手がかりに」立命館法学286号207頁(2003年)
- 4) 余罪取調中の被告人に対する逮捕勾留については、被告事件についての起訴後の勾留と、余罪による逮捕勾留の問題が交錯している。
- 5) 例えば、再審無罪死刑事件である財田川事件(1984年の再審公判高松地裁無罪判決)でも、別件の農協強盗事件の起訴後の勾留を利用した起訴後勾留中の取り調べが行なわれている。高松地判昭和59年3月12日判例時報1107号13頁, 判例タイムズ523号75頁。
- 6) 裁判所職員総合研修所監修『令状事務(再訂補訂版)』101頁(司法協会, 2009年)
- 7) 逮捕勾留された余罪も起訴され先の起訴後の勾留との重複状態が生じた場合、両事件の審判の併合が行われていないとき、このような事態の生ずる虞がある。
- 8) 判例は、同一人につき被告事件の勾留とその余罪である被疑事件の逮捕、勾留とが重複している場合、検察官等は、被告事件について防禦権の不当な制限にわたらない限り、刑法39条3項の接見等の指定権を行使することができる(最決昭和55年4月28日刑集34巻3号178頁), としている。なお、これについて参照、久岡「同一人につき被告事件の勾留とその余罪である被疑事件の逮捕勾留とが競合している場合における刑法三九条三項の接見等の指定」ジュリスト臨時増刊743号212頁(1981年)
- 9) 証拠裁判主義と予断排除の原則につき、なお参照、久岡「証拠裁判主義の意義について 明治九年太政官布告第八六号についての『元老院会議筆記』から」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集[下巻]』(369頁)(成文堂, 2007年)
- 10) 判例は、家庭裁判月報55巻2号178頁, 判例時報1767号139頁, 判例タイムズ1077号178頁を参照。また、これを論じたものとしては、甲斐行夫「逆送後の「みなし勾留」の取扱いが問題となった事例」警察学論集55巻3号(2002年), 水谷規男「少年法45条4号による「みなし勾留」と勾留の場所」法学セミナー571号112頁(2002年), 松本時夫「少年法四五条四号による「みなし勾留」の場合における勾留場所について、実務の取扱いに疑念

## 起訴後勾留と余罪による逮捕勾留の重複（久岡）

があるとされた事例」ジュリスト臨時増刊1224号206頁（平成13年度重要判例解説）（2002年）、金子泰輔「付添人レポート逆送の際の収監指揮書のみによ身柄移監の問題（最決平13・12・10）季刑刑事弁護30号92頁（2002年）などがある。

- 11) 被告人の勾留の場所が裁判所・裁判官の責務の範囲内であることは、勾留に関する処分を行う裁判官は職権により被疑者又は被告人の勾留場所を変更する旨の移監命令を発することができることを認めた、最決平成7年4月12日刑集49巻4号609頁にも現れている。
- 12) なお、余罪につき逮捕勾留を行わないまま、被告人の移送制度（刑訴規則80条）により余罪捜査のため被告人を他の刑事収容施設に移すことが行われているが、これも被告人の移送制度（刑訴規則80条）の枠を越えていると思われる。
- 13) 行政法学によれば、侵害留保の原則とは法律の留保の原則（かつてはそれが法治主義と呼ばれた）の今日的な呼称であり、その原則の妥当する範囲では、公の機関が活動するためには組織規範のみならず活動の権限を授權する根拠規範を要するものとされる。これについて参照、例えば、塩野宏『行政法 行政法総論 [第5版]』71頁（有斐閣、1991年）
- 14) 租税法主義については、なお参照、最大判決平成18年3月16日民集60巻2号587頁、597頁。
- 15) 「実質的法治国家」の概念は、行政法学で発達したものであると思われる。これについては、塩野宏・前掲書69頁及びそこに挙示されている文献等を参照。なお、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（1）法学教室283号61頁（2004年）」は、「強制処分法定主義」を憲法31条の手続法定主義を受けた規定と理解されるべきであると述べられる。
- 16) なお参照、久岡「集会参加者に対する検問（平成2.2.6大阪高判）」別冊ジュリスト119号・刑事訴訟法判例百選 第6版 8頁（1992年）
- 17) なお参照、久岡「起訴後の勾留の性質 継続的強制処分と処分抗告構造」立命館法学256号92頁（1998年）
- 18) その理由は、あるいは余罪による逮捕勾留が起訴後勾留されている代用刑事施設たる警察署留置場でそのまま執行されることが多く、起訴前余罪の取調べの問題の議論で足りると思われたかもしれない。しかし、両者には共通面連続面はあるが、独自性もある。
- 19) なお、逮捕されている被疑者に対する余罪による逮捕は、逮捕状の切り替えのイメージがあったのか、かつては一度は釈放され門前で逮捕されたため門前逮捕といわれたこともあったようであるが、やがて警察署の公廨で逮捕されるようになり、最近では取調室で新たな逮捕状の執行が行われる例が多いようである。これに対して起訴後勾留中の被告人に対する余罪による逮捕勾留の執行が、起訴後勾留を行っている刑事施設のどの室で行われているかはよくわからない。逮捕から勾留になるときは、通常の場合と同じく代用刑事施設自体、留置場で行われていると思われるが、逮捕の執行は、逮捕手続きをとり、弁解録取書を作成することとの関係で取調室が利用されているのではないかとも思われる。
- 20) 最高裁判所事務総局『平成21年度司法統計年報2 刑事編』（2010年）の、「第15表 令状事件の結果区分及び令状の種類別既済人員」（14頁）、「第19表 審級別平均審理期間及び通常第一審事件の平均開廷回数」（19頁）でも、余罪による逮捕勾留あるいは追起訴についての留意を見ることはできない。
- 21) 酒巻匡・前掲論文60頁の表現である。

- 22) なお参照,久岡「市民法と社会法の視点と刑事訴訟法」立命館法学292号290頁(2004年)
- 23) 一般的に現行の法制度の中では,勾留の執行のあり方に対する不服申し立ての途がなく,勾留の取り消しを請求するとか,人身保護法による救済を求めることとなる。それ以前の段階での救済の余地が法定されるべきである。なおこれについて参照,久岡「勾留取消請求等における申立人の手続き的権利」(平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学(下)』185頁(有斐閣,1977年),同「人身保護法と勾留の違法 勾留の状態から生ずる勾留の違法」立命館法学321・322号386頁(2009年)。
- 24) 最決昭和57年8月27日刑集36巻6号726頁