

刑事抗告審に関する最近の裁判例の動向

高橋省吾

1 はじめに

私は、最高裁調査官のときに、昭和57年度司法研究員として、「刑事抗告審の運用上の諸問題」について、当時札幌高等裁判所判事であった横田安弘氏とともに、共同研究の機会を得た。その結果は、司法研究報告書第36輯第1号として司法研修所から刊行された。その後平成2年8月に増補し、これが財団法人法曹会から現在も一般に頒布されている。

本稿は、その後の刑事抗告審に関する裁判例を渉猟し、その動向を伝えるものである。上記司法研究報告書（増補版を以下「報告書」という。）と同様に、裁判例は、抗告審及び準抗告審に関するものであるが、裁判例の配列は、刑事訴訟法（以下「法」ということがある。）の条文の順序に従い、必要に応じて、若干のコメントを付し、報告書の対応箇所を示すこととした。

準抗告については、抗告の規定が準用されるから（法432条）、準抗告に関する裁判例も抗告関係で取り上げる場合がある。また、いくつかの条文に関係する裁判例も、重複して掲記することは避けた。本稿は、裁判例の紹介が中心であるから、極力、参考文献の引用は省略し、検索の便宜を考えて、判例時報に登載されている裁判例については、その箇所を付記している。

2 法419条

〔一般抗告を許す決定〕

抗告は、特に即時抗告をすることができる旨の規定がある場合の外、裁判所のした決定に対してこれを行うことができる。但し、この法律に特別の定めのある場合は、この限りでない。

(1) 大阪高決平4. 4. 30判タ826号283頁

保釈許可決定後の事情変更を理由として同決定の制限住居部分に対し原裁判所の判断を経由した後に抗告を申し立てることの可否

「保釈制限住居の変更は裁判所が職権によって行うものであるから、被告人又は弁護人からその変更の申立があっても、それは裁判所に職権の発動を促す趣旨のものにすぎず、裁判所はこれに応答する裁判をすることを要しない。したがって、原裁判所がとった「職権を発動せず」の措置により裁判所の決定があったとは認められないから、これに対する抗告の申立は許されないと解するのが相当であり、不適法である。

保釈許可決定後の事情変更を理由として、保釈許可決定（制限住居部分）に対し、原裁判所の判断を経由した後に、抗告を申し立てることの適否が問題となる。

そこで、考察すると、一般に、生活状況等の変化に応じて、保釈許可決定当時と事情が変わり、制限住居の変更を余儀なくされる場合のあることは十分考えられるところである。しかし、このような場合でも、被告人は、裁判所に対し職権の発動による制限住居の変更を求めるべきであって、保釈制度の目的に照らし、裁判所が裁量権の限界を超え、あるいは濫用するなどの特段の事情がない限り、保釈許可決定に対して、右の措置に関する原裁判所の判断を経由しているとしても、事情変更を理由に抗告をすることはできないと解するのが相当である。」

裁判所が職権を発動しないと判断を示した場合、これに抗告することができるか一個の問題である。通説は、決定の形式で裁判所の判断が示された場合にも、あくまで職権発動の意味しかないから、これに抗告することができないと解している。最高裁の決定も同じである。後に出てくる裁判例（４）参照。報告書11頁も、抗告申立権を否定している。もっとも、申立の有無にかかわらず、職権で現状を変更する裁判が行われたときは、その裁判を争う法的利益を有する者が抗告（準抗告）の申立てができることは当然である。

(2) 東京高決平4. 7. 13判時1436号141頁

原裁判所が勾留場所変更の申立てについて職権を発動しないとした措置に対する不服申立ての可否

「刑訴規則80条によれば、弁護士は、裁判所に対し独立して被告人の移監ないし移監の同意を求める権利を有せず、その他現行法規上、弁護士が裁判所に対し被告人の勾留場所の変更を請求することができる旨の規定は見当たらないから、弁護士らの本件勾留場所変更の申立ては、原裁判所に対しその旨の職権の発動を求めているにすぎない。したがって、これに対し原裁判所が職権を発動しないとした本件措置は、裁判所がその有する裁量権を行使しないことを宣明したに留まるもので、何らの処分性を有するものではないから、刑訴法420条2項所定の勾留に関する裁判としての実質を備えているものということとはできない。…弁護士らの申立ては、刑訴法420条2項の要件を欠き、同条1項により抗告をすることができない不適法なものというべきである。」

上記のとおり、逆に裁判所が職権発動をした場合、例えば、裁判長が職権で移監（移送）命令を発した場合には、この命令について不服申立てをすることができることに異論はないであろう。

なお、検察官が勾留請求において勾留場所を留置施設とすることを求めたのに対し、それを拘置所とした勾留の裁判に対し、勾留場所を請求どおりに留置

施設に変更を求める準抗告、あるいは留置施設を勾留場所とした勾留の裁判に対し、被疑者側から拘置所に変更を求める準抗告がされることがある。勾留場所は勾留の裁判において重要な点であるから、法429条1項2号の「勾留に関する裁判」として、準抗告することができる（報告書20頁参照）。

(3) 東京高決平4. 11. 25高刑集45巻3号120頁

接見等禁止を解除する決定に対する被告人又は弁護人からの不服申立ての可否

本件は、東京佐川急便の社長であった被告人が、商法違反（特別背任）の事実により、勾留中でかつ接見等を禁止されたまま起訴及び追起訴されたところ、衆議院予算委員会は、被告人に対し、国政調査権に基づき、いわゆる東京佐川急便問題に関し証言を求めることにし、事件担当裁判所に対して尋問事項を明らかにして接見等禁止の一部解除の要請を行った。同裁判所は、これに基づき、職権により接見等禁止の一部解除の決定を行ったが、弁護人は、これを不服として抗告の申立てをした、という事案である。

「接見等禁止の裁判は、勾留を維持するだけではまかないきれない逃亡又は罪証隠滅のおそれを防止するためのものであり、その解除は、勾留されている被告人にとって利益であるから、これに対して、被告人、弁護人から不服申立てをすることは許されないと解すべきである。公判係属中の被告人に対する国会の証人喚問が司法権の行使に及ぼす影響や被告人に与える実質的な不利益について所論が子細に述べるところは、被告人、弁護人の懸念として理解できないわけではない。しかし、これらの点については、国会において十分配慮し、かりそめにも司法権の行使や被告人の訴訟手続上における権利に影響を及ぼすことのないよう求められているのであって、所論は法律上の不利益には当たらないというべきである。本件申立ては不適法というほかない。」

被告人の上訴は、自己に不利益な原裁判を是正し、利益な裁判を求めるため

にするのであるから、自己に不利益な上訴をすることは許されない（最決昭28. 2. 26刑集7巻2号331頁）。したがって、一般論として、自己に利益な決定に対しては、抗告の利益はないのが当然である。

なお、接見等禁止については、弁護人や被疑者にも検察官にも取消（解除）請求権はなく、解除・取消しを求める申立ては職権発動を促すものとして取り扱われ、職権発動しないとした判断に不服を申し立てることはできないと解されている。岩瀬徹・増補令状基本問題（下）149頁、中谷雄二郎・判例解説平成7年度195頁参照。

(4) 最決平7. 4. 12刑集49巻4号609頁、判時1529号156頁

- 1 勾留に関する処分を行う裁判官が職権で移監命令を発することの可否
- 2 移監命令の職権発動を促す趣旨でされた勾留取消し請求を却下した裁判に対する不服申立ての許否

「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ものと解すべきところ、本勾留取消し請求は、その請求の趣旨に照らし、実質は裁判官に右移監命令の職権発動を促すものであることが明らかであり、右請求を却下した原原裁判は右職権を発動しない趣旨でされたものと解されるから、本件勾留取消し請求却下の裁判に対する不服申立ては許されないというべきである。したがって、本件準抗告の申立ては不適法であり、これが適法であることを前提とする本件抗告の申立ても不適法である（なお、第1回公判期日前にした勾留取消し請求却下の裁判に対する準抗告申立てについて、第1回公判期日後にされたことのみを理由として不適法とした原判断は、是認することができない。）」

本決定は、学説上見解の対立があった職権による移監命令の可否について、最高裁が積極説を採ることを明らかにした点で重要な判例である。

職権による移監命令につき、「刑訴規則80条、244条が移監について検察官に

主導のないし第一次的な権限を与えていること、裁判官は裁判所外で生起する移監の要否に関連する諸事情について常時気を配ることは事実上不可能であることを考慮すると、裁判官による移監命令は、移監を必要かつ相当とする事情があるのに検察官がこれをしようとしなない例外的な場合に備えての第二次的権限と解され、その手続も、被疑者・被告人からの申し出等を契機として、検察官の意見を聴いたうえ、諸々の公の利益を含む諸事情を比較衡量して慎重に判断されるべきであろう。」との指摘がある（中谷雄二郎・判例解説平成7年度189頁）。

また、申立権のない事項に関する請求を却下する裁判をした場合の不服申立ての許否については、不服申立ての対象となる裁判があることを理由として不服申立てを認める積極説と、職権発動の場合は請求却下という形式を採ったとしても不服申立ての対象となるべき裁判は存在しないことを理由として不服申立ては許されないとする消極説とが対立している。報告書12頁参照（消極説）。

本決定は、「本勾留取消し請求は、その請求の趣旨に照らし、実質は裁判官に右移監命令の職権発動を促すものであることが明らかであり、右請求を却下した原原裁判は右職権を発動しない趣旨でされたものと解されるから、本件勾留取消し請求却下の裁判に対する不服申立ては許されない。」と判示することにより、実質的に職権を発動しない趣旨と解される措置については、裁判の形式を採るか否かに関わらず、不服申立てが許されないことを明らかにしたものであり、その実質的な理由は、裁判の形式を採ったか否かにより不服申立ての許否を左右するのは相当でないことにあるものと思われる（中谷・上掲191頁）。

なお、本件では、原決定が、第1回公判期日後の被告人の勾留に関する処分は本来公判裁判所が判断すべきものであることを理由に、第1回公判期日の前にされた勾留に関する裁判についての準抗告審にはこれを判断する権限がないとして、本件準抗告の申立てを不適法としたところから、右判断の当否も問題とされた。

消極説、積極説（報告書87頁参照）があるが、本決定は、括弧書きにおいて、「第1回公判期日前にした勾留取消し請求却下の裁判に対する準抗告申立てについて、第1回公判期日後にされたことのみを理由として不適法とした原判断は、是認することができない。」と判示することにより、原決定の依拠した消極説に与しないことを明らかにした。その理由は、積極説の理由付けと同様のものであり、消極説の理由付けは不服申立ての権利を制限する論拠として弱く、保釈許可、保釈取消し等の裁判について第1回公判期日後に争えなくするのは不当であることなどにあるものと思われる（中谷・上掲191頁）。

報告書87頁、安廣文夫・判例解説昭和59年度466頁参照。

(5) 最決平24. 10. 25裁判集刑事308号475頁、判時2170号145頁

裁判所が職権により被告人の勾留場所を変更する旨の移送決定をした事例（主文）「平成23年7月21日被告人に対してした勾留につき、その勾留すべき
刑事施設を宮崎刑務所から鹿児島拘置支所に変更する。」

最決平7. 4. 12刑集49巻4号609頁（前出4）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ものと解すべき」と判示しているが、本件決定は、裁判所が職権により被告人の勾留場所を変更する旨の移送決定をした事例である。

(6) 東京高決平13. 11. 5東高刑時報52巻1=12号88頁

略式命令に対する抗告申立ての可否

「簡易裁判所が公判前にした略式命令を受けた者又は検察官は、その告知を受けた日から14日以内に正式裁判を請求することができ（刑訴法465条1項）、この請求が適法と認められれば、通常の規定に従い、審判することとされている（同法468条2項）。このように、略式命令に対しては、上訴とは異なる一種の不服申立ての方法が定められているのであり、仮に、略式手続によることについて異議がない点につき争いがあったとしても、発せられた略式命令に対し

正式裁判請求をするしかなく、かつ、それで足りるとするのが、法の趣旨と解される（同法463条2項参照）。なお、略式手続においても、必要がある場面では、個別に即時抗告による不服申立ての方法が定められているところである（同法463の2、468条1項）。結局、同法465条1項によって正式裁判の請求をすることができるものと定められている略式命令に対しては、抗告をすることができないと解すべきである。そうすると、本件各抗告の申立ては、不適法であるといわざるを得ない。」

(7) 最決平16. 10. 8 裁判集刑事286号355頁、判タ1168号134頁

犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律3条1項に基づき訴訟記録を謄写させる措置に対する不服申立ての許否

「犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律3条1項に基づく東京地方裁判所の本件措置に関する原判決の結論は是認できるから、所論違憲の主張は、前提を欠く。そして、上記措置に対する抗告を不適法とした原決定は正当であるから、本件抗告は不適法である。」

原審決定（東京高決平16. 8. 17）は、次のとおり判示している。

「論旨は、要するに、原裁判所は本件被告事件（引用者注：業務上過失致死被告事件）の死亡した被害者の母親の申出に係る公判記録の謄写を許可したが、その措置は違法かつ不当なものであるから、原裁判所の措置を取り消した上、記録謄写の申出を却下すべきである、というのである。

しかしながら、本件抗告の対象である犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律3条に基づく原裁判所の措置は、同条により、刑事手続の訴訟当事者でない被害者やその親族に対して一定の要件の下に公判記録の閲覧又は謄写を許可することができる旨の権限が公判裁判所に付与されたことに基づくもので、その許否いかんは本件被告事件の訴訟関係に何らの影響を及ぼすものではなく、結局、その性質は司法行政上の措置であると解されるから、これに対して刑訴法に基づいて不服を申し立てることは許されな

いと解するほかはない。したがって、本件抗告の申立ては不適法である。」

なお、犯罪被害者等の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律は、平成19年法律第95号により、「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律」と題名が改正された。

(8) 最決平24. 4. 20刑集66巻 6 号645頁、判時2159号144頁

被疑者の弁護人の人数超過許可決定（本件原決定のように請求人数よりも少ない人数を指定するもの）に対する刑訴法419条による抗告申立ての可否

「被疑者の弁護人の人数超過許可決定（本件原決定のように請求人数よりも少ない人数を指定するもの）に対しては、刑訴法419条により高等裁判所に抗告の申立てをすることができるのであるから、直接当裁判所に申し立てられた本件抗告は、同法433条1項の要件を備えない不適法なものである。」

弁護人の数について、刑訴法35条は、「裁判所は、裁判所の規則の定めるところにより、被告人又は被疑者の弁護人の数を制限することができる。但し、被告人の弁護人については、特別の事情のあるときに限る。」と定めている。これを受けて、刑訴規則26条は、被告人の弁護人につき、裁判所は特別の事情があるときは、各被告人について3人までに制限することができる旨を定め、他方、被疑者の弁護人については、同規則27条が、各被疑者について3人を超えることができないとして一律の制限をした上で、管轄の地方裁判所又は簡易裁判所が特別の事情があるものと認めて許可した場合は、この限りでないとして、弁護人選任権者等の請求により裁判所が3人を超える弁護人の数を指定して許可する手続を規定している。本件では、被疑者の弁護人らが、同条の規定に基づき、管轄の徳島地方裁判所に対し、弁護人の数を6人とするものの許可を請求したところ、同裁判所は、「被疑者の弁護人の数を4人とすることを許可する」旨の決定をしたものである。本件は、上記のような被疑者の弁護人の人数超過許可決定（請求人数よりも少ない人数を指定するもの）に対して、最

高裁に特別抗告が申し立てられたものであるが、刑訴法433条1項は、特別抗告を許す対象を、刑訴法により不服を申し立てることができない決定又は命令に限っているため、本件申立ての適法性に関しては、原決定に対して刑訴法419条所定の高等裁判所への抗告ができるか否かが問題となる。

本決定は、判例がなく、学説上も見解が分かれていた中で、被疑者の弁護人の人数超過許可決定（請求人数よりも少ない人数を指定するもの）に対しては刑訴法419条により高等裁判所に抗告の申立てをすることができる旨判示したものであり、明示されていないものの、これが刑訴法420条1項所定の「訴訟手続に関し判決前にした決定」に当たらないと解することを前提とした判断であると考えられる（辻川靖夫・判例解説平成24年度205頁）。

(9) 最決平24.5.10刑集66巻7号663頁、判時2160号144頁

3人を超える弁護人の数の許可につき刑訴規則27条1項ただし書にいう「特別の事情」があるとされた事例

本件は、法人税法違反被疑事件の被疑者である申立人が刑訴規則27条1項ただし書の「特別の事情」があるとして弁護人の数を6人とすることの許可を地方裁判所に請求したのに対し、地方裁判所がした請求却下決定に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件である。

「刑訴規則27条1項ただし書に定める特別の事情については、被疑者弁護の意義を踏まえると、事案が複雑で、頻繁な接見の必要性が認められるなど、広範な弁護活動が求められ、3人を超える数の弁護人を選任する必要がある、かつ、それに伴う支障が想定されない場合には、これがあるものと解されるところ、本件においては、税務申告書に架空の減価償却費用を計上するなどして多額の所得を秘匿したという事件につき、犯意、共謀等を争っている複雑な事案であること、申立人は被疑事件につき接見禁止中であり、弁護人による頻繁な接見の必要性があること、会社の従業員、税理士事務所職員ら多数の関係者が存在し、これらの者と弁護人が接触するなどの弁護活動も必要とされることな

どの事情が認められ、上記のような支障も想定されないから、刑訴規則27条1項ただし書に定める特別の事情があるものというべきである。そうすると、原決定は、特別の事情があるとは認められないとして上記請求を却下した原々決定を是認したものであるから、刑訴規則27条1項ただし書の解釈適用を誤った違法があると言わざるを得ない。」

最高裁は、「原決定を取り消す。本件を高松高等裁判所に差し戻す。」(主文)の決定をしている。

上記決定は、刑訴規則27条1項ただし書にいう「特別の事情」があるとされた場合に関し、その考慮要素を示した初めての判断である。

(10) 最決平24.9.18刑集66巻9号963頁、判時2165号144頁

刑訴法448条2項による刑の執行停止決定に対する不服申立ての方法

本件は、現住建造物等放火、殺人、詐欺未遂罪により無期懲役の確定判決を受けて服役中の申立人についての再審請求事件において、再審開始決定をした裁判所が、刑訴法448条2項により刑の執行停止決定をしたところ、検察官から再審開始決定に対する即時抗告のほか、刑の執行停止決定に対する抗告の申立てがされ、その抗告の許否が争われた事案である。

「刑訴法448条2項による刑の執行停止決定は、再審開始決定がされたときに行うことのできる刑の執行に関する決定であって、再審開始手続又は再審開始後の審判手続において、終局裁判をするため、その前提としてなす個々の決定の1つではないから、「訴訟手続に関し判決前にした決定」又はこれに準ずる決定には当たらない。そうすると、上記の刑の執行停止決定については、同419条の裁判所のした決定であり、不服申立てを許さないとする特別の規定も存しないから、同条により抗告することができるものと解するのが相当である。」

刑訴法448条2項は、「再審開始の決定をしたときは、決定で刑の執行を停止することができる。」と規定している。しかし、同法450条は、「第446条、第447条第1項、第448条1項又は前条第1項の決定に対しては、即時抗告をすることができる。」とのみ規定し、同法448条2項による刑の執行停止決定に対する即時抗告を許していない。そのため、再審開始決定がされたときに行うことのできる刑の執行停止決定について、即時抗告以外の不服申立て（具体的には一般抗告）が許されるのかが問題となる。

本決定は、刑の執行停止決定に対しては、同法419条による抗告をすることができる旨を法理として明確にしたものである（野原俊郎・判例解説平成24年度394頁）。

(11) 最決平27. 2. 24刑集69巻1号214頁、判時2252号109頁

最高裁判所がした訴訟終了宣言の決定に対する不服申立ての可否

「本件は、申立人の上告取下げに伴い当裁判所がした訴訟終了宣言の決定に対する不服申立てであるところ、終審である最高裁判所がした訴訟終了宣言の決定に対しては不服申立てをすることが許されないから、本件申立ては不適法である。」

最高裁判所の決定に対しては、特別の規定がない限り、最高裁判所が終審裁判所であるという性格からして、制度上、これに対する不服申立て（異議申立てを含む。）をすることは許されないというのが基本原則である（大コンメンタール刑訴法〔2版〕9巻785頁〔古田佑紀＝河村博〕）。

これに対し、高等裁判所がした控訴取下げによる訴訟終了宣言の決定に対する不服申立ての可否について、最決昭61. 6. 27刑集40巻4号389頁は、次のように判示している。

「高等裁判所の右のような訴訟終了宣言の決定に対しては、その決定の性質に照らして、これに不服のある者は、3日以内にその高等裁判所に異議の申立

てをすることができるものと解するのが相当である（刑訴法428条2項、3項、422条参照）から、右決定は、刑訴法433条1項にいう「この法律により不服を申し立てることができない決定」に当たらない。本件特別抗告は不適法として棄却を免れない。」

実務においては、控訴取下げの効力に争いがあり、控訴取下げを有効と認めれば、訴訟関係を明らかにするため訴訟終了の宣言をするのが通例である。この宣言は決定をもって行うことが、実務の運用として定着して来たといえる状況にある（岩瀬徹・判例解説昭和61年度182頁）。訴訟終了宣言については、その決定自体は新たな訴訟上の効果をもたらすものではないが、上訴取下げの無効の主張が認められれば、その被告事件について審理が続行されることになるから、訴訟終了宣言の決定に対し、その取消しを求める利益が被告人にあることは明らかであろう。

3 法420条

〔判決前の決定に対する抗告〕

- ① 裁判所の管轄又は訴訟手続に関し判決前にした決定に対しては、この法律に特に即時抗告をすることができる旨の規定がある場合を除いては、抗告をすることはできない。
- ② 前項の規定は、勾留、保釈、押収又は押収物の還付に関する決定及び鑑定のためにする留置に関する決定については、これを適用しない。
- ③ 勾留に対しては、前項の規定にかかわらず、犯罪の嫌疑がないことを理由として抗告することはできない。

(12) 大阪高決平7. 1. 31判時1526号162頁

関連事件の併合請求を却下した決定は、刑訴法420条1項の「裁判所の管轄に関し判決前にした決定」に該当するから、このような決定に対する抗告は許されないとした事例

「刑事訴訟法420条1項によれば、裁判所の管轄又は訴訟手続に関し判決前にした決定に対しては、特に即時抗告をすることができる旨の規定がある場合を除いては抗告をすることができないと定められており、一件記録によれば、原決定は、申立人の関連事件の併合請求を却下したものであるから、右420条1項の「裁判所の管轄に関し判決前にした決定」に該当し、右決定に対しては抗告することができないと解すべきである。」

刑訴法420条1項は、裁判所の管轄又は訴訟手続に関し判決前にした決定に対しては、この法律に特に即時抗告をすることができる旨の規定がある場合を除いては、抗告することはできない、と規定している。裁判所の管轄や訴訟手続に関し判決前にした決定は、終局裁判でなく、その手続の進行過程で付随して生起する事項についての中間的裁判であるから、このような中間的裁判については、その不当・違法が終局裁判に影響する限り、この終局裁判を待ってこれに対する上訴の手続内での救済を認めれば足りる。すなわち、中間的裁判に対し一々独立の不服申立方法を認めると、訴訟の迅速円滑な進行を害することにもなりかねず、終局裁判に何ら影響を及ぼさない場合には、一般的な不服申立てを認める実益も乏しい。それ故、中間的裁判については原則として独立の上訴を認めず、特に当面の救済の必要なものについて個別に即時抗告を認めるとしたのが、本条の趣旨である（条解刑訴法〔4版〕1102頁）。

「裁判所の管轄に関し判決前にした決定」とは、審判の分離に基づく移送決定（法4条、7条）、審判の併合決定（5条、8条）、同一事件の管轄競合の場合における上級裁判所の決定（10条2項、11条2項）、管轄指定又は管轄移転請求に対する決定（15条ないし18条）、事件の移送決定（19条1項）、簡易裁判所から地方裁判所への移送決定（332条）などがある（条解刑訴法〔4版〕1102頁）。これらの決定のうち、即時抗告を許す旨の規定（19条3項）のある事件の移送決定を除いては抗告することはできない。

(13) 最決平12. 9. 27刑集54巻 7号910頁、判時1728号157頁

勾留の裁判に対する異議申立て棄却決定が確定した後右異議申立てと同一の論拠に基づき勾留を違法として取り消すことの可否

本件は、強盗殺人被告事件について第1審で無罪とされた不法残留中の被告人が、検察官控訴により記録が控訴裁判所に到達して間もない時期に同裁判所により勾留されたため、異議申立てをしたが棄却され、これに対する特別抗告も棄却された後、勾留取消し請求をしたが却下され、これに対する異議申立ても棄却されたため、特別抗告を申し立てた事案である。

「所論には、本件勾留の裁判自体が違法であるから本件勾留は取り消されるべきであると主張する部分があるが、右の所論と同一の論拠を主張してされた本件勾留の裁判に対する異議申立てが先に棄却され、右棄却決定がこれに対する特別抗告も棄却されて確定しているのであるから、再び右論拠に基づいて本件勾留を違法ということはできない。」

本決定は、確定裁判の内容的確定力に基づく制約説を採用したものと理解されている（福崎伸一郎・判例解説平成12年度211頁）。

確定裁判の内容的確定力を根拠とする見解は、前回の異議申立て棄却決定は、本件勾留の適否について判断しており、同決定はこれに対する特別抗告が棄却されて確定しているから、後訴（勾留取消し請求事件）を審理する裁判所が同一事項について前訴（勾留の裁判に対する不服申立て事件）の裁判と異なる判断をすることは、その内容的確定力に触れて許されないとするものである。報告書250頁参照。

確定裁判の内容的確定力とは、裁判の形式的確定によって発生する、その判断内容の後訴を審理する裁判所に対する拘束力のことである。確定裁判はこのような拘束力があることについて、近時の学説には、ほとんど異説をみないといわれている（木谷明・判例解説昭和56年度195頁）。裁判の確定力について、特にその範囲につき、最決昭56. 7. 14刑集35巻 5号497頁（刑訴判例百選〔第

7版] 100事件)、形式裁判の内容的確定力につき、刑訴判例百選 [第9版] 101事件参照。

形式裁判の内容的確定力につき、条解刑訴法 [4版] 1112頁は、「抗告裁判所の決定の形式的確定とともに、内容的確定も生じ、その後同一事項につき、これと異なる決定をすることはできないと解されている (大阪高決昭47. 11. 30高刑集25巻6号914頁)。」とし、上記の最決平12. 9. 27刑集54巻7号710頁を紹介している。

なお、勾留の裁判に対する不服申立て (準抗告等) については、勾留の裁判自体に内在する瑕疵を理由として勾留の効力を失わせるものであり、他方、勾留の取消しは、勾留後の事情を考慮して、勾留の効力を将来に向かって失わせるものである。したがって、勾留の裁判に原始的瑕疵があったときは、勾留の裁判に対する不服申立てで是正するのが、制度本来の姿である。しかし、勾留の取消し請求がされたとき、勾留の裁判自体にいかなる瑕疵があることが発見されても、勾留に対する不服申立てはできないという理由で裁判所がこれを見過ごさなければならないというのは正義に反するから、裁判所は、勾留の裁判に重大かつ明白な瑕疵があるような場合は、刑訴法87条により、職権でこれを取り消すことができるものと解されている (福崎伸一郎・判例解説平成12年度209頁、大コンメンタール刑訴法2巻 [2版] 157頁 [川上拓一]、注釈刑訴法 (新版) 2巻104頁 [河上和雄])。

条解刑訴法 [4版] 184頁は、「勾留理由等の原始的欠缺」について、「法87条の「勾留の理由又は必要がなくなったとき」とは、初め存在した勾留の理由又は必要が後になくなって消滅した場合だけでなく、それが初めから存在しなかったことが後に判明した場合もさすというのが、一般的な見解である。しかし、裁判の自縛性、抗告制度の存在などの観点から、若干の限定が必要である。新たな判断資料が出現したような場合はよいが、そうではなく、単に判断が変わったというだけの理由で勾留を取り消すことは許されない。勾留裁判官

と取消担当裁判官との間の単なる判断の相違による取消も、許されないというべきである。起訴後においては、起訴前における勾留の理由又は必要の欠缺を原因として勾留を取り消すことはできないと解する。」としている。

以上の見解は、勾留の裁判に対する不服申立てがない場合に、勾留取消し請求がされ、その審理の過程において勾留の原始的瑕疵のあることが判明した場合を想定して提唱されたものであり、上記裁判例の事案のように、勾留の裁判に対する不服申立てがされ、これが理由なしとして棄却された場合に、その不服申立てで主張され排斥された論拠に基づき勾留を違法として取り消すことができるかどうかについてまで論ずるものではなく、これを肯定することが不当であることは、おそらく異論のないところであろう（福崎・上掲209頁）。

(14) 最決平16. 11. 11家裁月報58巻2号182頁、判タ1176号143頁

本件は、刑事未成年者である少年（当時12歳）に対し児童自立支援施設送致決定をし、向こう2年間に通算180日を限度として強制的措置をとることができるとした家庭裁判所の決定につき、付添人から、強制的措置許可決定に対し刑訴法433条を根拠に特別抗告が申し立てられた事案である。家庭裁判所の強制的措置許可決定に対しては抗告することはできない（最決昭40. 6. 21刑集19巻4号448頁）ため、付添人は、法433条を根拠に特別抗告を申し立てたものである。

「家庭裁判所がした強制的措置許可決定に対し特別抗告の申立てをすることはできないから、本件抗告は不適法である。」

(15) 最決平21. 12. 9刑集63巻11号2907頁、判時2094号146頁

保釈された者につき、刑訴法96条3項所定の事由が認められる場合、刑事施設に収容され刑の執行が開始された後に保釈保証金を没取することができるか

本件では、保釈されていた被告人が、懲役刑の実刑判決が確定した後に所在不明となり、検察官から刑訴法96条3項に基づく保釈保証金の没取請求がさ

れ、保釈保証金没取請求に関する裁判所の判断が示されない時期に、被告人の身柄が確保されて収容され刑の執行が開始された。このような経過の後、簡易裁判所が保釈保証金の一部没取決定をしたため、保釈保証金の納付者である弁護士（被請求人の弁護人であった者）が抗告し、抗告審以降、刑の執行が開始された後に保釈保証金の没取決定ができるかどうか争われた（保釈保証金の一部を没取する決定に対する抗告棄却決定に対する特別抗告事件）。

「刑訴法96条3項は、保釈された者について、禁錮以上の実刑判決が確定した後、逃亡等の所定の事由が生じた場合には、検察官の請求により、保証金の全部又は一部を没取しなければならない旨規定しているが、この規定は、保釈保証金没取の制裁の予告の下、これによって逃亡等を防止するとともに、保釈された者が逃亡等をした場合には、上記制裁を科することにより、刑の確実な執行を担保する趣旨のものである。このような制度の趣旨にかんがみると、保釈された者について、同項所定の事由が認められる場合には、刑事施設に収容され刑の執行が開始された後であっても、保釈保証金を没取することができると解するのが相当である。」

本決定は、被告人が収容され刑の執行が開始された後の刑訴法96条3項による保釈保証金没取の可否という高裁レベルで判断が分かれたままになっていた問題について、最高裁が初めて職権判断を示したものである。

本件は、没取請求の後に収容され、その後に没取決定がされたことから、収容後の「没取決定」の可否が争われた事案であり、収容後の没取請求の可否について直接判断したものではないが、収容後の没取請求を否定する趣旨のものではないと解される（上岡哲生・判例解説平成21年度685頁）。

保釈保証金没取については、被告人の収監までの間に限られるとの消極説もあるが、保釈制度が、保釈保証金の没取の制裁の予告によって、没取事由の発生を防止する制度である以上、没取事由該当行為が行われた場合には、その没取事由該当行為に応じた制裁が現実に行うことができることがその趣旨に沿うとい

え、収容の前後で扱いを異にする合理的な理由はないと思われる（上岡・上掲683頁）。

上記決定に関し、次の事例も注目すべきである。

(16) 最決平22. 12. 20刑集64巻8号1356頁、判時2102号160頁

保釈された者が実刑判決を受けた後、逃亡等を行ったが判決確定前にそれが解消された場合に刑訴法96条3項により保釈保証金を没取することができるか

本件は、第1審で実刑判決を受けた被請求人が、控訴する一方、保釈許可決定を受けて釈放され、控訴審での控訴棄却判決を受け、上告したが、控訴棄却判決後の保釈請求が却下された後も勾留のための呼び出しに応じず、所在不明となっていたところ、その後身柄が確保されて収容されると、翌日に上告を取り下げ、その収容中に判決が確定して刑の執行が開始されたというものである。なお、本件保釈保証金没取請求は、最高裁で事件が確定し、原裁判所への記録を返還する前の時期に、最高裁に対して申し立てられたものである（この点に関し、最決昭32. 10. 23刑集11巻10号2694頁は、刑訴法96条3項による保釈保証金没取の請求は、現に当該本案記録の存する検察庁に対応する裁判所になすべき旨判示している。）。

「刑訴法96条3項は、その文理及び趣旨に照らすと、禁錮以上の実刑判決が確定した後に逃亡等が行われることを保釈保証金没取の制裁の予告の下に防止し、刑の確実な執行を担保することを目的とする規定であるから、保釈された者が実刑判決を受け、その判決が確定するまでの間に逃亡等を行ったとしても、判決確定までにそれが解消され、判決確定後の時期において逃亡等の事実がない場合には、同項の適用ないし準用により保釈保証金を没取することはできないと解するのが相当である。」

平成21年決定との結論の違いは、没取の要件の充足、すなわち刑執行のための収容に応じなかったことに対する制裁を科し得る状態が生じたか否かにあつ

たと考えられる（守下実「刑執行のための刑事施設収容後の保釈保証金の没取」令状に関する理論と実務Ⅱ（別冊判例タイムズ35号）58頁参照）。

保釈された被告人に対し、禁錮以上の刑に処する判決（実刑判決）があったときは、保釈は効力を失うとされており（刑訴法343条）、その結果被告人は再び勾留されることになる（同343条により、法98条が準用されている。）。これらの規定によれば、保釈された被告人について実刑判決があった場合は、保釈が失効しているから、保釈の取消しを行うことはできず、その後の逃亡等について、刑訴法96条1項、2項により対処することができないようになっている。他方、保釈された者が実刑判決を受けた後の逃亡等に関しては、法96条3項が「保釈された者が、刑の言渡を受けその判決が確定した後、執行のため呼出を受け正当な理由がなく出頭しないとき、又は逃亡したときは、検察官の請求により、決定で保証金の全部又は一部を没取しなければならない。」と規定している。

刑訴法96条3項は、その文理からは、判決が確定した後に没取事由の存在が認められる場合に関する規定であって、判決確定前の時期のみに没取事由の存在が認められる場合への適用を想定した規定とはいえないと解される。

判決宣告後確定前については、直接の没取規定はなく（刑訴法96条2項にも3項にも当たらない。）、刑事施設収容の担保という趣旨を強調して刑訴法96条2項又は3項若しくはこれらの準用により没取できるとする見解についても、明文に明らかに反するから採り得ないであろう。本決定の結論はやむを得ないというべきである。

本決定は、判決後に保釈されていた者が逃亡し、判決確定前に逃亡が解消した事案について、刑訴法96条3項による保釈保証金没取の可否が問題となった事案についての初めての判断であり、刑訴法96条3項の適用範囲について、その文理や趣旨から一定の限界があることを明らかにしたものといえ、実務において参照価値は高いと思われる（上岡哲生・判例解説平成22年度322頁）。

なお、刑訴法96条2項による保釈保証金を没取するかどうか、全額の没取か一部没取かは、裁量による。没取の裁判に対しては、抗告又は準抗告をすることができる。法96条3項の場合は、同項の要件を具備するときは、保釈保証金の没取は必要的である。本項による保釈保証金の没取決定に対しても不服申立てができる。在監者（被収容者）の上訴申立てに関する法366条1項は、本条3項による保釈保証金没取請求事件につき在監者が特別抗告を申し立てる場合に準用される（最決昭52. 4. 4 刑集31巻3号163頁）。

保釈保証金の没取と保釈取消しの裁判の同時性の要否については、見解が分かれているが、実務では、取消しと没取とを1通の裁判書で同時に行うのが通例である。しかし、保釈の取消しは急ぐが没取については更に事実関係を調べたいなどの必要がある場合には、保釈取消後に没取の裁判をして差し支えないものと解される（東京高決昭52. 8. 31高刑集30巻3号399頁、条解刑訴法〔4版〕199頁）。

(17) 最決平26. 1. 21裁判集刑事313号1頁、判時2223号129頁

第1審で開始された勾留につき、被告人の控訴により訴訟記録が控訴裁判所に到達した後に第1審裁判所に対して勾留理由開示請求をすることの可否

本件は、第1審において勾留のまま有罪判決を言い渡され、その後、事件が控訴審に係属していた申立人（被告人）が、当該勾留に関し、第1審裁判所に勾留理由の開示請求をしたところ、第1審裁判所が、本案が上訴審に移審した後は第1審裁判所に対する勾留理由開示請求は最早許されないとして請求を不適法却下し、抗告も棄却されたことから、特別抗告に及んだという事案である。

「勾留理由開示の請求は、勾留の開始された当該裁判所においてのみなすことを許されると解すべきところ（最決昭29. 8. 5 刑集8巻8号1237頁、最決昭29. 9. 7 刑集8巻9号1459頁参照）、本件のように、第1審で被告人の勾留が開始された後、勾留のまま第1審裁判所が被告人に対し実刑判決を言い渡し、その後、被告人の控訴により訴訟記録が控訴裁判所に到着している場合には、

第1審裁判所に対するものであっても勾留理由開示の請求をすることは許されず、これと同旨の原決定は正当である。」

被告事件が移審した後の上訴審に対する勾留理由開示請求の許否について、最決昭29. 8. 5 刑集8巻8号1237頁は、「勾留理由開示の請求は、同一勾留については勾留の開始せられた当該裁判所において1回に限り許されるものと解すべきである。」と判示して不適法としており、その後も同旨の判断が続いている（最決昭29. 9. 7 刑集8巻9号1459頁など）。これらの判例が、勾留理由開示を請求すべき裁判所を勾留の開始された（当該審級の）裁判所に限定する、つまり、上訴審に対する勾留理由開示請求を不適法とする趣旨であることは明らかであるが、これに加えて、勾留理由開示請求の時期についても、被告事件が当該審級に係属している間に限る趣旨まで含むのか、それとも勾留の開始された裁判所に対するものであれば、移審後であっても開示請求をする余地を残しているのか、その判文自体からは明らかではない。本決定は、「勾留理由開示請求は、第1審で勾留が開始された後にその事件が第1審の審級を離脱して上訴審に係属するに至った場合、第1審裁判所に勾留理由開示の請求をすることは最早許されないというべきである。」とした抗告審の判断を是認し、その旨を明らかにした点に意義がある。

4 法421条

〔通常抗告の時期〕

抗告は、即時抗告を除いては、何時でもこれを行うことができる。但し、原決定を取り消しても実益がないようになったときは、この限りでない。

(18) 最決平6. 7. 8 刑集48巻5号47頁、判時1521号151頁

勾留期間更新決定による勾留の期間の満了と右決定に関する抗告申立ての利益の消長

「記録によれば、被告人は、平成6年5月2日神戸地方裁判所がした同月6日から勾留の期間を更新する旨の決定に対し、同月17日抗告を申し立てたところ、同月24日大阪高等裁判所が右抗告を棄却したため、更に同月27日本件特別抗告を申し立て、同年6月6日当審において記録の送付を受けたものであるが、右勾留期間更新決定による勾留の期間は同月5日満了しており、右決定の効力は既に失われたものであることが明らかであるから、本件特別抗告の申立ては、もはやその利益を失ったものとして、不適法というべきである。」

一般に、準抗告、抗告、特別抗告等の不服申立ては、申立ての当初から申立ての利益が欠けていた場合はもとより、申立て後に裁判があるまでの間に申立ての利益が欠けるに至った場合にも、不適法として棄却を免れない。報告書73頁参照。

勾留期間更新決定は、新たに勾留の裁判をするのとは異なり勾留状が有効に存続していることを前提とするものとはいえ、その時点における勾留の理由及び必要性の存否についても審査した上で、更新回数制限や勾留を継続すべき必要性などの要件の有無について判断してなされる。そして、勾留更新決定はその勾留期間の執行満了によって失効する（最決昭40. 2. 9裁判集刑事154号701頁）。

本件のように勾留期間更新決定に対する不服申立ては、その勾留期間が満了している場合には、もはや不服申立ての利益が失われ、判断する利益がないと解するとしても、新たな勾留期間更新決定に対して不服を申し立てることができ、あるいは勾留取消し請求ができることから見て、理論的にも、実務上も、特段の不都合はないものと思われる（龍岡資晃・判例解説平成6年度36頁）。本決定は、従来実務上必ずしも明確でなかった点について、最高裁としての判断が示されたものであり、また、本件は特別抗告についてのものであるが、本決定の判旨とするところは、準抗告審、抗告審、あるいは抗告に変わる異議審等においても同様に解されるところである。

なお、勾留期間延長の裁判があった場合についてはどうであろうか。裁判官は、やむを得ない事由があると認めるときは、検察官の請求により、勾留の期間を延長することができる（法208条2項）。勾留期間の延長の請求は、書面に、やむを得ない事由及び延長を求める期間を記載しなければならない（刑訴規則151条）。勾留期間の延長請求を受けた裁判官は、勾留状が有効に存続していることを前提としながらも、その時点における勾留の理由及び必要性の存否についても審査することになるが、やむを得ない事由の有無と延長を求める期間の相当性の判断が中心となること、勾留期間の延長が認められたとしても、その勾留は、起訴前の勾留であり、被疑者による逃亡、罪証隠滅を防止しつつ、被疑事件について捜査を遂げ起訴不起訴を決定するという、起訴前の勾留としての性質は同じであることから、勾留期間延長の裁判があっても、当初の勾留に対する準抗告は実益を失わないというべきである。勾留に対する準抗告は許されるし、勾留期間延長の裁判自体に対する準抗告も許される。

(19) 大阪高決平8. 10. 23判時1606号156頁

第1審における保釈保証金没取決定に対する取消しの利益は、本案事件の裁判が上告審において審理中で確定する前であれば、なお存すると判示した事例「被告人は、平成7年11月27日、大阪地方裁判所で、本案事件につき懲役3年及び罰金200万円の有罪判決の言渡しを受けたため、同月29日控訴したが、平成8年7月17日、大阪高等裁判所で控訴棄却の判決を受け、同月18日上告し、現在上告審において審理中であり、本案事件の裁判は未だ確定していないところ、被告人は、同年9月2日本件抗告を申し立てた（引用者注：被告人は覚せい剤取締法違反等被告事件について、平成7年6月26日の判決宣告期日に出頭しなかったため、同日、保釈を取り消されるとともに、保釈保証金合計400万円全額を没取されたため、同没取決定に対し抗告を申し立てた）もので、保釈保証金没取についての取消の利益はなお存するものと解するのが相当である。」

本決定が「本案事件の裁判は未だ確定していないところ」としているのは、本案事件の裁判確定後の抗告申立ては保釈保証金没取決定の取消しの実益がないから許されない趣旨で述べているとすれば（判時1606号157頁の同上決定のコメント）、疑問がある。

禁錮以上の刑に処する判決（実刑判決）の宣告があったときは、保釈又は勾留の執行停止は、その効力を失い（刑訴法343条前段）、保釈は失効するから、もはや保釈の取消しはできないし、保釈保証金の没取決定もできないことになる。保釈保証金の没取決定については、本案の裁判の確定の前後は関係がないと思われる。

禁錮以上の刑に処する第1審判決に対し控訴が申し立てられ、控訴後再保釈中又は勾留執行停止中の被告人に対し、控訴棄却の判決があったような場合、再び本条の準用（法404条参照）があるかどうかについて、通説はこれを肯定している（条解刑訴法〔4版〕963頁）。

法343条により保釈が失効しても、その前にされた保釈取消し及び保釈保証金没取決定が遡及的に無効となるものではないから、実刑判決の確定の前後を問わず、没取決定について抗告する利益はあるはずである。

保釈保証金没取決定に対する抗告については、服役中あるいは服役終了後でも実益があるとして許すもの（東京高決昭29. 4. 1判決特報40号60頁、東京高決昭48. 10. 25東高刑時報24巻10号163頁）と、判決確定後は許されないとするもの（東京高決昭53. 6. 1刑裁月報10巻6＝8号1092頁）とに分かれている（条解刑訴法〔4版〕1105頁参照）。

報告書281頁は、「保釈保証金没取決定が抗告審で取り消されると、没取された保証金が返還されることになるから、被告人が当該事件につき服役するなどしていても取消しの利益があるといわねばならないが、右取消しを求める抗告が著しく時機に遅れたときには、手続の安定性の面からも上記東京高決昭53. 6. 1の判示するように不適法としなければならない場合がありえよう。」と指摘している。なお、上記東京高裁決定は、形成されてきた法律状態の安定を指

摘しているのであり、消極説のいうように刑訴規則91条1項2号等の解釈を根拠にしているのではない。本論点については、積極説が相当であろう。

②0 最決平13. 12. 10家裁月報55巻2号178頁、判時1767号139頁

本件は、18歳の少年に対する傷害致死被疑事件につき、勾留取消し請求を却下した裁判に対する準抗告棄却決定に対する特別抗告事件であるが、少年（申立人）は、本件特別抗告申立ての前日に起訴されるとともに、裁判官により新たに発付された勾留状に基づき勾留されている、という事案である。

「本件抗告は、申立人に対する傷害致死被疑事件につき、起訴前の勾留取消し却下の裁判に対する準抗告棄却決定に対して申し立てられたものであるが、申立人は、同一事実により既に起訴されるとともに、新たに裁判官が発付した勾留状により勾留されているから、現時点においては、本件申立ては法律上の利益を欠き、不適法である。」

この決定には、「少年法45条4号による「みなし勾留」に際し、裁判官の関与なしに勾留場所が決定されることとなる現在の身柄の取扱いは、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、相当性を有するかにつき疑問がある。」旨の指摘がされた。

刑訴法421条は、「抗告は、即時抗告を除いては、何時でもこれを行うことができる。但し、原決定を取り消しても実益がないようになったときは、この限りでない。」と規定している。通常抗告については、原則としてその提起期間に制限はない。原決定を取り消しても実益がないときは、抗告の申立てが許されないことは自明のことであるから、本条ただし書は注意規定にすぎない。この原決定を取り消す実益の存在は、通常抗告を含め即時抗告、特別抗告など全ての抗告に共通の適法要件である。なお、抗告提起後、後発的にその実益がなくなった場合も、抗告は不適法として棄却される。

なお、上記決定が指摘した問題点につき、少年審判規則24条の3が新設さ

れ、その解決が図られた（小林充・増補令状基本問題（上）331頁、田宮裕外・注釈少年法〔3版〕438頁参照）。

少年審判規則24条の3は、次のように規定している。

- ① 検察官は、あらかじめ、裁判長に対し、少年法17条1項2号の措置により少年鑑別所に収容されている者について、20条の決定をするときは、本人を他の少年鑑別所若しくは刑事施設に収容すること又は刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律15条1項の規定により留置施設に留置することに同意するよう請求することができる。
- ② 検察官は、前項の同意があった場合には、その同意に係る少年鑑別所若しくは刑事施設又は留置施設に本人を収容し、又は留置する。
- ③ 検察官は、第1項の請求をしない場合又は同項の同意がない場合には、本人が法17条1項2号の措置により収容されていた少年鑑別所に本人を収容する。

検察官は、検察官送致が予想される場合、「あらかじめ」裁判官（合議体の場合は裁判長）に対する同意の請求ができ（同1項）、裁判官の同意があった場合はその同意された刑事施設に収容する（同2項）とされたので、検察官送致決定と同時期に同意した場合には、従前と同様にその同意された刑事施設に収容されることになる。

(2) 最決平24. 10. 17裁判集刑事308号259頁

監護措置更新決定についての異議申立て棄却決定に対する特別抗告は利益が失われるものとして不適法とされた事例

「記録によれば、本件観護措置更新決定による収容期間は、平成24年10月3日に満了しており、上記決定の効力は既に失われたものであることが明らかであるから、本件特別抗告の申立ては、もはやその利益を失ったものとして、不適法というべきである。」

5 法423条

〔抗告の手續〕

- ① 抗告をするには、申立書を原裁判所に差し出さなければならない。
- ② 原裁判所は、抗告を理由があるものと認めるときは、決定を更正しなければならない。抗告の全部又は一部を理由がないと認めるときは、申立書を受け取つた日から3日以内に意見書を添えて、これを抗告裁判所に送付しなければならない。

(22) 最決平18. 4. 24刑集60巻4号409頁、判時1932号171頁

即時抗告の申立てを受理した裁判所が、刑訴法375条を類推適用してその申立てを自ら棄却することの可否

本件は、再審請求棄却決定に関する即時抗告を棄却した決定に対し特別抗告が申し立てられた事案である。

「抗告については、控訴に関する刑訴法375条に相応する規定がなく、即時抗告の申立てを受理した裁判所が、同条を類推適用してその申立てを自ら棄却することはできないと解するのが相当である。そうすると、同条により原々申立を棄却した原々決定及びこれを維持した原決定は、法令の解釈適用を誤った違法があるといわざるを得ない。しかしながら、上記のとおり、原々申立ては再審請求棄却決定に対する即時抗告提起期間経過後のものであることが明らかであって、これを抗告裁判所で取り上げても、不適法なものとして棄却を免れないことにかんがみると、前記の違法があっても、原決定及び原々決定を取り消さなければ著しく正義に反するとまでは認められない。」

抗告については、刑訴法375条、414条に相当する規定がないことを理由として、刑訴法375条の類推適用はなく、抗告申立てが不適法である以上、原裁判所は、再度の考案による更正も許されず、必ず申立書を抗告裁判所に送付しな

ければならないとする消極説が学説の大勢といえる。報告書288頁、299頁参照。

本決定は、即時抗告についての刑訴法375条の類推適用を否定したものであるが、その趣旨は、提起期間が法定されている特別抗告の申立てについても妥当するのはもとより、申立て期間の定めのない通常抗告においても、抗告取下げや抗告権放棄による上訴権消滅後の申立てにつき同様に妥当するものといえよう。

6 法425条

〔即時抗告の執行停止の効力〕

即時抗告の提起期間内及びその申立があつたときは、裁判の執行は、停止される。

② 最決平25. 3. 15刑集67巻3号319頁、判時2184号151頁

裁判員法35条1項の異議の申立てと裁判員等選任手続の停止の効力

「裁判員法35条1項の異議申立てには、裁判員等選任手続の性質上、即時抗告の執行停止の効力に関する刑訴法425条は準用されず、上記の異議申立てがされても、裁判員等選任手続が停止されるものではないと解すべきであるから、その後にされた裁判員法37条の裁判員及び補充裁判員を選任する決定に違法はない。同決定において、異議の申立てに係る裁判員候補者が選任されなかった場合には、不選任決定の請求を却下する決定を取り消す実益が失われ、異議の申立ては法律上の利益を欠くというべきである。」

訴訟当事者のした裁判員不選任の請求（裁判員法36条による理由を示さない不選任の請求を除く。）を却下する場合には、裁判所は、決定で理由を示さなければならない（同法34条6項）。この却下決定に対しては、異議の申立てをすることができ、対象事件の係属する地方裁判所（受訴裁判所以外の合議体）が判断することになる（同法35条1項、3項）。異議申立てには刑訴法の即時

抗告の規定が準用される（同4項）。そこで、この異議の申立ては、当該裁判員候補者を裁判員又は補充裁判員に選任する決定がされるまでに、口頭又は書面で行わなければならないとされ（同法35条2項）、また、受訴裁判所による再度の考案と異議審への記録の送付期間は、即時抗告より短い24時間以内とされている（同4項）。異議申立てによって訴訟手続は停止されないと解されるものの、この点を早期に決着させる必要があることによる（池田修・解説裁判員法〔2版〕83頁）。

また、同83頁は、異議申立てによって訴訟手続は停止されないと解されるとし、その理由として、「裁判官の忌避申立てについては訴訟手続を停止するとの規定（刑訴規則11条）があるが、本条にはそのような規定がなく、実質的に考えても、異議申立てによって訴訟手続が停止されると、選任手続を中断せざるを得なくなり、裁判員候補者の負担が大きくなることなどが考慮されたことによる。…なお、異議申立てがされても、当該裁判員候補者が最終的にくじで外れるなどして裁判員又は補充裁判員に選任されなかった場合には、異議申立ては申立ての利益を失うものと解される。」と指摘している。

7 法426条

〔抗告に対する決定〕

- ① 抗告の手続がその規定に違反したとき、又は抗告が理由のないときは、決定で抗告を棄却しなければならない。
- ② 抗告が理由のあるときは、決定で原決定を取り消し、必要がある場合には、更に裁判をしなければならない。

24) 大阪高決平14. 7. 17判タ1124号301頁

接見禁止一部取消しの申立てに対しその一部を認めて接見等の一部解除をした原決定は、残余の申立てに対する却下決定をしたものと認められるとして、原決定に対する被告人の抗告申立てが適法とされた事例

「原裁判所がした同月3日付け接見等禁止一部解除決定は、実質的にみて、被告人の接見禁止一部取消請求についてはその大部分を却下した意味合いを併有するものであり、したがって、本件「異議申立書」は、同決定に対する抗告申立てとして取り扱うのが相当である。なお、一般に、接見等禁止決定に対し、その一部解除を求める申立ては、裁判所の職権発動を促すにすぎないものと解されるから、これに対して職権を発動しないとの判断をした裁判所の措置そのものを裁判とみることはできず、それに対して抗告を申し立てることはできないが、本件においては、上記のとおり、ともかく原裁判所が却下決定をしたものと認められるから、これに対する抗告そのものは適法というべきである。」

上記決定について、判タ1124号301頁のコメントは、「本件において、内妻につき特定の日時を限定して接見を許可した決定に対し、これを争う利益のある検察官が不服を申し立てるのは適法とされるものの、それ以外の部分については、原裁判所は、単に、職権を発動しなかったに過ぎず、その部分に対する不服申立ては不適法であるとも見方も十分考えられるところである。この説に立つと、接見等禁止の裁判自体に対して不服申立てをするか、保釈又は勾留取消しの請求をし、その却下の裁判に対して不服申立てをして、間接的に接見等禁止の解除につき争うしか方法がないことになる。これに対しては、原裁判所が、職権判断であるにせよ、「決定」という形で何らかの判断を示した場合、あるいは職権不発動の判断を示した場合においても、これに対する不服申立ては適法とみるべきであるという有力な反対説がある。本決定は、原決定では実質的一部却下決定がなされていると見て、本件不服申立てを適法な抗告として取り扱い、その中身に立ち入り実体判断を示したものと解される。」としている。

この点については、見解が分かれる。

裁判所は、(職権発動を求める申立てについて、応答義務を負うものではな

いが)、裁判所が進んで請求を却下した場合に、不服申立ての対象となる決定があることになるから、抗告することができるのではないかという問題である。報告書11頁(消極説)参照。

先に最高裁判例(最決平7. 4. 12刑集49巻4号609頁(前出4、同判例解説参照)が示したように、決定がされたと解する余地があるとしても、不適法とすべきである。

(25) 東京高決平16. 8. 16家裁月報58巻1号114頁

本件は、家庭裁判所がした鑑定留置の裁判に対し、付添人から、原裁判のうち少年の鑑定留置場所を病院に定めた部分を取り消し、これを少年鑑別所とする旨の裁判を求めるとして申し立てられた抗告事件である。

「原裁判から本件抗告の申立てまでに約1か月間が経過していること、抗告申立書において主として鑑定留置中の少年の状況等が記載されていることなどにかんがみると、所論の実質は、原裁判後の事情の変動を理由として、事後的に少年の鑑定留置場所を少年鑑別所へ変更することを要求するものとも解されるが、そのような事項については、家庭裁判所に対して職権の発動を求めるべきであって、抗告審が判断すべきものではないと解される。」

法429条1項3号の「鑑定のため留置を命ずる裁判」は、捜査機関から請求を受けた裁判官(224条)、証拠保全を受けた裁判官(179条)、受託裁判官(171条、163条、169条ただし書)及び第1回公判期日前に裁判官(280条)の行う鑑定留置の裁判(167条1項、224条1項)がこれに当たる。条文上は、鑑定留置に関する裁判とはされていないが、鑑定留置の裁判自体でなく、鑑定留置請求却下の裁判や鑑定留置の取消し・取消請求却下、鑑定留置理由開示請求の却下等の裁判(167条2項)に対しても準抗告が許されると解されている(条解刑訴法[4版]1122頁)。

少年保護事件についても、強制的な証拠の収集が必要となる場合もあるの

で、少年法14条（証人尋問、鑑定、通訳、翻訳）及び15条（検証、押収、捜索）は、特に刑訴法の準用によって家庭裁判所に強制処分の権限を認めている。この権限は、家庭裁判所の裁判官が原則としてその担当事件について行使する。鑑定等については、刑訴法165条ないし168条、170条ないし174条、刑訴規則128条ないし135条が準用される。鑑定留置（刑訴法167条）を行う場合、勾留に関する規定も原則準用される（田宮裕外・注釈少年法〔3版〕149頁）。

なお、家庭裁判所がした鑑定留置の裁判に対する不服申立ては、準抗告ではなく抗告によるべきであるとされている。（東京高決平16. 8. 16家裁月報58巻1号114頁、東京家決平16. 8. 17家裁月報58巻1号116頁。河原俊也「少年事件における鑑定留置」令状に関する理論と実務Ⅱ（別冊判例タイムズ35号）214頁参照）。

上記のとおり、少年の鑑定留置については、勾留に関する規定も原則準用されるのであるから、家庭裁判所は、職権により移送（刑訴規則80条、移監）することができる（上記最決平7. 4. 12刑集49巻4号609頁）。したがって、少年の鑑定留置場所に不服のある者は、家庭裁判所に対し職権の発動を求めるべきである。

原裁判後の事情の変化による新事情を根拠に抗告を申し立てることは、抗告審が基本的に事後審であるという通説の立場からすれば、不適法というべきであり、上記決定は正当であろう。

この決定については、準抗告審（抗告審も同じ）の構造、特に準抗告審における事実取調べの範囲、すなわち、①原裁判当時の事情に関する資料で原審の取調べの対象とならなかったもの（新資料）を判断資料とすることができるか、②原裁判後に生じた事情（新事情）を考慮できるかという論点に関わることから、以下若干検討する。

報告書154頁以下は、概略、次のとおり述べている。「準抗告審も本案から離れた付随的な問題について簡易迅速な処理を行うことを本来的な特徴とするも

のであるが、本案に関する控訴審が刑法上事後審とされているのであるから、「刑法第3編上訴」に規定されていて同じ上訴の一種とされている抗告審及びその規定が準用される準抗告審も右と同性質のものと理解した方が刑法の体系上自然であり、また、簡易迅速に手続上の問題を処理すべき必要からすると、原裁判のなされた時点を基準にして原裁判の当否を審査するにとどまるとする方が右の要請に合致するものと思われる。したがって、準抗告審は原則として事後審であると理解すべきであり、原審に現れた資料により原裁判のなされた時点を基準にして、原裁判に違法不当とすべき事由があるか否かにつき判断するのを本来の建前とすべきであろう。そして、準抗告審が本案とは離れた手続的な問題につき簡易迅速な処理を目的とするということは、本来準抗告においては、原裁判後、不服のある者は直ちに準抗告の申立をなし、準抗告審もこれに対し速やかな判断を下して、手続的な問題についての不安定な状態を解消するという形態を予想しているというべきであろう。また、刑法は、原裁判後の事情変更については勾留取消、再保釈請求等の手続を置いているうえ、準抗告は429条1項4号、5号の場合を除いて申し立て期間に制限がなく、原則として実益の存する限りその申立が可能であることにもかんがみると、続審説に立ち、原裁判後に生じた新事情についても取調・参酌を許すことは、準抗告審の右目的に背馳するとともに、原審を軽視し法の建前にもとるものといえよう。

ところで、準抗告審の構造をこのように原則として事後審ととらえるとしても、控訴審と比較した場合その基礎にある事情はかなり異なることに留意すべきである。控訴審の場合には、現行法上第1審についての事実審理の充実・強化、証拠資料の原審集中が図られているのに対し、準抗告審の場合には、原審における判断が一方当事者からの証拠能力の制限もなく提出される資料を基礎とし、相手方の反論の機会も十分には存在しない程度の簡易な手続で迅速になされるので、その判断に不当な事由があるときには、その点を取り上げ、より妥当な結論を下す必要も考えられるのであるから、現行法上の控訴審より緩和

された形態の事後審として取り扱うべき理由も肯定できるであろう。…準抗告審における事実の取調についても、原裁判において取調・参酌された資料のみに限定する必要はなく、原裁判当時存在した事実に関する証拠（新資料）は原則として取調・参酌が可能であるとすべきであろう。また、原裁判後に生じた新事情については、手続上の問題につき簡易迅速に処理するという準抗告の目的、準抗告の対象となっている原裁判の性質及び刑訴法上認められた他の解決手段（不服申立）との役割分化等を勘案してその取調・参酌できる範囲を決めるのが妥当であると思われる。

準抗告審は、原裁判当時客観的に存在した事実についての証拠（新資料）は、必要がある場合、職権で裁量により、手続上の事実についてはもとより、当該事件の実体に関しても、新たに取り調べてその結果を判断の資料とすることができる（法43条3項、4項、規則33条3項、4項の規定による。）。

原裁判後に生じた新事情については、原則として取調・参酌することはできないが、それが原裁判時からわずかの期間（短時日）のうちに生じた原裁判の結論に影響を及ぼすような事実であって、しかも迅速に取り調べることが可能であり、当該準抗告手続の中で右事実を取り調べて一挙に解決するのを適当と認める場合には、例外的に右の新事情を準抗告審において職権により取調・参酌することができる。ここで、原裁判後に新事情が生じたときというのは、原裁判時までに客観的に存在しなかったため原裁判官がこれを認知する資料も存在するはずのなかった事情が準抗告の時点までに発生した場合を指す。」

準抗告審の構造については、上記報告書と同様に事後審説が通説であるが、続審説、基本的には事後審とし、例外的に続審説とする説がある。

準抗告審の構造との関連で最も問題となるのは、事実の取調べの範囲、特に原裁判後に生じた事実（新事情）の取調べの可否であるが、「準抗告の対象となる裁判は、多種多様であるので一律に準抗告審の構造を決め、それに従って事実取調べの範囲を決めるといった態度をとることなく、準抗告審の簡易迅速性の要請を十分考慮しつつも、各裁判の性質に応じ、具体的に妥当な結論を得る

ための取扱いをするのが現実的である。」(条解刑訴法〔4版〕1117頁)、「準抗告の対象となる裁判の多様性に着目するときは、実務がすでに先行しているように、続審、事後審の言葉に惑わされずに、各裁判ごとに、事実調の範囲を決するという現実的な考え方が正しいといえよう。」(注釈刑訴法(新版)7巻40頁〔河上和雄〕)、「現在は、基本的に事後審的なものと理解しつつ、準抗告審の対象となる事柄に応じて合理的な範囲で原裁判後に生じた事情等を考慮に入れることができるとするのが大勢ということが出来る。」(大コンメンタール刑訴法〔2版〕9巻735頁〔古田佑紀=河村博〕、抗告審につき同662頁)との指摘がある。

準抗告審も抗告審同様、事実審であり、法律判断のみならず事実の存否の判断その他原裁判所の裁量判断の当否も審理できるが、①原裁判当時の事情に関する資料で原審の取調べの対象とならなかったもの(新資料)を判断資料とすることができるかという点については、控訴審に関する刑訴法の諸規定、同法393条(事実の取調べ)に関して、最決昭59.9.20刑集38巻9号2810頁は、「控訴裁判所は、第1審判決以前に存在した事実に関する限り、第1審で取調べないし取調べ請求されていない新たな証拠につき、刑訴法393条1項但書の要件を欠く場合であっても、第1審判決の当否を判断するため必要と認めるときは、同項本文に基づき、裁量によってその取調べをすることができる。」と判示していることから、これを積極的に解すべきであり、この点については争いがない。

問題は、②原裁判後に生じた事情(新事情)を考慮できるかという点である。控訴審の事実取調べに関する上記最高裁判例の考え方が、そのまま準抗告審においても妥当すると考えるのは相当ではない。控訴審の場合、第1審の審理集中主義が問題となる。すなわち、第1審には、事実審理の充実強化、口頭主義、直接主義の徹底という事情があり、訴訟資料をできる限り第1審に集中すべきものとされている。他方、抗告の対象となる原裁判手続については、判断対象が付随的手続であることから、本案におけるような丁重な事実審理ない

し訴訟資料の第1審集中も予定されていないのである。

新事情の取調べに関し、最近の実務家の論稿では、基本的に事後審説を採りながら、上記条解刑訴法、注釈刑訴法及び大コンメンタール刑訴法の見解に賛成し、新事情の取調べには制限を設けないとするものが見られる。合田悦三「準抗告審の性格・構造」令状に関する理論と実務Ⅱ（別冊判例タイムズ35号）162頁、小坂敏幸「準抗告審における事実の取調べ」同264頁、菊池則明「勾留の裁判に対する準抗告審が、原裁判後の新資料をしん酌しうる範囲」同166頁は、基本的には上記と同種の見解である。

しかし、控訴審が事後審とされていることから、同じ上訴編の中に規定されている抗告審、準抗告審も、同じ性質のものと理解することが、刑訴法上の体系上自然であること（報告書154頁）、原則として新事情の取調べに制限はないとすると、準抗告の手続を弛緩させ、簡易かつ迅速な解決を図るという準抗告審に不当な停滞の原因を与えることになる上、事情の変化に対する対応措置については、例えば勾留については勾留取消し等、保釈却下については再保釈の請求等の手段が用意されていることからすると、続審説的な運用には疑問なしとしない。

なお、法430条の準抗告は、原審たる裁判官の判断が存在せず、「むしろ新しい訴訟」とも見るべき性格を有するものであるから、上記の法429条の準抗告の構造論は妥当せず、原処分後の事情変動をも取調べ・参酌の上、準抗告審決定の時点を基準にして原処分の当否を判断し、争いの対象となっている課題を解決すべきことになる（報告書165頁参照）。

(26) 東京高決平20. 12. 26東高刑時報59巻1=12号130頁

- 1 第1審の公判審理中の段階でなされた保釈請求却下決定に対し実刑判決宣告後に抗告を申し立てることの適否
- 2 同一の申立人による累次の保釈請求を却下した複数の決定に対する抗告

のうち、直近の決定以前の決定に対するものが不適法とされた事例

3 同一の決定に対して同一の申立人が複数回にわたり抗告を申し立てることの適否

「そこで一件記録を検討すると、被告人に対しては、⑧の原決定後の同年12月18日、標記被告事件につき、懲役3年（未決勾留日数120日算入）に処する実刑判決が宣告されており、本件各抗告の申立ては、その後の同月24日になされている。ところで、第1審の公判審理中の保釈請求については、刑訴法89条の権利保釈の規定が適用されるが、仮に保釈が許されていたとしても、禁錮以上の刑に処する実刑判決の宣告により、それは失効し（同法343条）、実刑判決宣告後においては、同法89条は適用されないのである（同法344条）。このように実刑判決宣告前とその後においては、保釈についての判断基準が著しく異なるのであるから、公判審理中の段階でなされた保釈請求却下決定に対し実刑判決宣告後抗告を申し立てることは許されないと解するのが相当である（保釈を求めるのであれば、改めて原裁判所にその請求をすべきことになる。）。したがって、本件各抗告の申立てはいずれも不適法である。

また、同一の申立人による累次の保釈請求を却下した複数の決定が相次いでなされているときは、直近の決定に対する抗告のみが許されるのであり、特段の事情がない限り、それ以前の決定に対する抗告の申立は不適法と解するのが相当である。」

後段部分について、東京高決平20. 12. 26東高刑時報59巻1=12号132頁は、「本件のように、同一の申立人による累次の勾留取消請求を却下した複数の決定が相次いでなされているときは、直近の決定に対する抗告のみが許されるのであり、特段の事情がない限り、それ以前の決定に対する抗告の申立ては不適法と解するのが相当である。」旨、同様の決定をしている。

□ 抗告審の審査方法等に関する裁判例として、次のものがある。

最決平26. 11. 18刑集68巻9号1020頁、判時2245号124頁

最決平26. 11. 17裁判集刑事315号183頁、判時2245号124頁

最決平27. 4. 15裁判集刑事316号143頁、判時2260号129頁

最決平26. 3. 25裁判集刑事313号319頁、判時2221号129頁

(27) 最決平26. 11. 18刑集68巻9号1020頁、判時2245号124頁

- 1 受訴裁判所によってされた刑訴法90条による保釈の判断に対する抗告審の審査の方法
- 2 詐欺被告事件において保釈を許可した原々決定を取り消して保釈請求を却下した原決定に刑訴法90条、426条の解釈適用を誤った違法があるとされた事例

本件は、第1審で審理中のLED照明の架空取引に関する詐欺被告事件について、保釈請求を認めた原々決定を取り消し、保釈請求を却下した原決定に対し特別抗告が申し立てられた事案である。

「抗告審は、原決定の当否を事後的に審査するものであり、被告人を保釈するかどうかの判断が現に審理を担当している裁判所の裁量に委ねられていること（刑訴法90条）に鑑みれば、抗告審としては、受訴裁判所の判断が、委ねられた裁量の範囲を逸脱していないかどうか、すなわち、不合理でないかどうかを審査すべきであり、受訴裁判所の判断を覆す場合には、その判断が不合理であることを具体的に示す必要があるというべきである。しかるに、原決定は、これまでの公判審理の経過及び罪証隠滅のおそれの程度を勘案してなされたとみられる原々審の判断が不合理であることを具体的に示していない。本件の審理経過等に鑑みると、保証金額を300万円とし、共犯者その他の関係者との接触禁止等の条件を付した上で被告人の保釈を許可した原々審の判断が不合理であるとはいえないのであって、このように不合理とはいえない原々決定を、裁量の範囲を超えたものとして取り消し、保釈請求を却下した原決定には、刑訴法90条、426条の解釈適用を誤った違法があり、これが決定に影響を及ぼし、

原決定を取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる。」

刑訴法90条は、「裁判所は、適当と認めるときは、職権で保釈を許すことができる。」と規定しており、裁量保釈の基準について「適当と認めるとき」とは、裁判所の自由裁量によるということであるが、完全な自由裁量を認める趣旨ではなく、合理性のあるものでなければならない。「法89条各号に当たる場合は、原則として保釈が適当でないといわれるのであるから、裁量保釈を認めるためには、釈放を相当とする特別の事情が必要であろう。上記の特別事情の存否は、犯罪の性質や情状、被告人の経歴、行状、性格、前科とか健康状態、家族関係、公判審理の進行状況等諸般の事情を考慮して判断すべきである。また、被告人の防御権の保障（特に連日的開廷での審理において）への配慮が必要なケースも考えられる。これらの事情を具体的に検討し、89条各号に当たる場合でも、保釈保証金や保釈条件を適切に定めることにより罪証隠滅や逃亡を防ぎつつ、裁量により保釈できるかを判断することになる。」とされている（条解刑訴法〔4版〕189頁）。

また、保釈に関する抗告審の審査につき、最決昭29. 7. 7刑集8巻7号1065頁は、「保釈を許す決定に対する抗告事件において、抗告裁判所は、原決定が違法であるかどうかにとどまらず、不当であるかどうかをも審査することができる。」と判示している。

本決定について、判時2245号124頁のコメントは、「刑訴法90条は、「裁判所は、適当と認めるときは、職権で保釈を許すことができる。」と規定しており、基本的に保釈の判断は現に審理を担当している受訴裁判所の自由な裁量に委ねられているといえよう。ただし、この「適当と認めるとき」とは、完全な自由裁量を認める趣旨ではなく、合理性のあるものでなければならないと解されている（条解刑訴法〔4版〕189頁）。

そして、判例（最決昭29. 7. 7刑集8巻7号1065頁）は、保釈許可決定に対

して、抗告裁判所は、同決定が違法かどうかにとどまらず、それが不当であるかも審査できる旨判示しているところ、ここにいう不当との意味は、抗告審が基本的には事後審の性質を有することや前記の刑訴法の解釈にも照らせば、受訴裁判所の裁量の範囲内にとどまる判断についての抗告審の心証と異なる場合（すなわち、抗告審が受訴裁判所の立場であれば裁量保釈しないという場合）をいうのではなく、受訴裁判所の判断が委ねられた裁量の範囲を逸脱して不合理である場合をいうものと解される。また、このような観点を踏まえれば、抗告審が、受訴裁判所の判断を覆す場合には、その判断が不合理であることを示すことになると思われる。

なお、場面は異なるが、刑事控訴事件における事実誤認の審査について、いわゆるチョコレート缶事件判例（最判平24. 2. 13刑集66巻4号482頁、判時2145号9頁）を機に、控訴審が原則として事後審であることを踏まえ、事実誤認があるという場合には、第1審判決の事実誤認が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すように運用されている。抗告審も基本的には事後審であることや、受訴裁判所による裁量保釈における裁量の範囲が事実認定の場面以上に大きいと考えられることに照らせば、裁量保釈に関する抗告審の審査においても、受訴裁判所の判断が不合理であることを具体的に示すべきであるという点で、事実誤認の審査の場面と共通するものがあるように思われる。本決定は、前記の解釈に沿って受訴裁判所による裁量保釈の判断に対する抗告審の審査の方法を示したものであり、昭和29年判例の趣旨を敷衍したものと解される。本決定は、受訴裁判所による裁量保釈の判断に対する抗告審の審査の在り方を判示した点で重要な意義を有し、実務の参照価値は高いと思われる。」と指摘している。

上記コメントが指摘するように、刑訴法382条にいう事実誤認の意義、判示方法につき、最判平24. 2. 13刑集66巻4号482頁、判時2145号9頁は、次のように判示している。

「刑訴法は控訴審の性格を原則として事後審としており、控訴審は、第1審と同じ立場で事件そのものを審理するのではなく、当事者の訴訟活動を基礎として形成された第1審判決を対象とし、これに事後的な審査を加えるものである。第1審において、直接主義・口頭主義の原則が採られ、争点に関する証人を直接調べ、その際の証言態度等も踏まえて供述の信用性が判断され、それらを総合して事実認定が行われることが予定されていることに鑑みると、控訴審における事実誤認の審査は、第1審判決が行った証拠の信用性評価や証拠の総合判断が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかという観点から行うべきものであって、刑訴法382条の事実誤認とは、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当である。したがって、控訴審が第1審判決に事実誤認があるというためには、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要であるというべきである。」

刑訴法382条の事実誤認の本質について、従来、論理則・経験則違反説と心証優先説の対立があると理解されてきた。論理則・経験則違反説は、事実誤認とは、原判決（第1審判決）の事実認定に論理則、経験則違反があることをいうとする考え方であり、論理則、経験則違反があることを指摘できない以上、刑訴法は原判決の事実認定を優先させると解するのである。心証優先説は、原判決に示された心証ないし認定と控訴審裁判官のそれとが一致しないことを事実誤認というとする考え方であり、刑訴法は控訴審裁判官の心証を原裁判官のそれに優先させたと解するのである。前者は、非心証比較説、後者は心証比較説ともいわれる。上記最高裁判決は、論理則・経験則違反説を採用したものである。

抗告審が、基本的に事後審であるとするれば、上記最高裁判決の趣旨が適用されるであろう。この判例は、事実誤認に関するものであるが、従来、量刑不当の審査（法381条）においては、量刑が幅のある判断であるところから、事実誤認の審査よりも第1審裁判所の裁量の幅を広く認める傾向にある。事実誤認

は点の審査であり、量刑の審査は、幅の審査であるといわれてきた所以である。

裁量保釈は、受訴裁判所の合理的な裁量に委ねられるのであるから、その当否の判断は、この量刑審査の場合と同じような考え方が適用できるのではないかと思われる。

なお、本決定は、受訴裁判所による保釈の判断に関するものであって、第1回公判期日までの裁判官による保釈の判断については、別途の考慮が必要であると考えられる。すなわち、現に審理を担当し、証拠調べ等を通じて心証を形成している受訴裁判所の裁量の範囲と、具体的な審理が全く始まっていない段階で、予断排除の要請から受訴裁判所に代わって判断するにすぎない裁判官の裁量の範囲には、違いがあろう。また、保釈許可決定にせよ保釈却下決定にせよ、決定書には詳細な理由までは付されないのが通常であるところ、第1回公判期日前の保釈の判断に対する準抗告については、意見書の送付もされないから（刑訴法432条は423条を準用していない）、考慮要素が多岐にわたる裁量保釈の判断について、準抗告審が保釈担当裁判官の判断をうかがい知ることにも限界があろう。

次に、前記のとおり保釈の決定には詳細な理由が付されないから、抗告審が受訴裁判所の判断の詳細な理由を知る方としては、意見書がほぼ唯一のものであり、重要となろう。実務では意見書の記載が「本件抗告は理由がないと思料する」などという単純なものもみられるが、保釈の判断に異論の余地がないような事案であればともかく、判断権者によって保釈の判断が分かれ得るような事案であれば、受訴裁判所としては保釈を認め、あるいは却下した理由を意見書に具体的に記載すべきであろう。前記条解刑訴法〔4版〕1108頁でも、保釈の許否が問題となっている場合には、意見書に、裁判所と両当事者間で了解されている審理や追起訴の予定など、受訴裁判所が判断に際して考慮したが記録に現れていない事情についても記載するのが適当なこともある、とされている。

他方、意見書に具体的な記載がない場合には、抗告審としては、一件記録か

らうかがわれる受訴裁判所の判断の理由について検討し、受訴裁判所と異なる結論に至るときには、記録からうかがわれた受訴裁判所の判断が不合理であることを相応の根拠をもって説示すれば、本決定の要請を満たしているものと解される。このことは、意見書の送付がない準抗告についても同様であろう（以上につき、上記判例時報のコメント参照）。

本件は、受訴裁判所が保釈を認めた事案であるが、本決定の趣旨は、受訴裁判所が保釈を却下した事案における抗告審の審査の在り方についても、等しく妥当すると考えられる。意見書につき、報告書292頁参照。

28) 最決平26. 11. 17裁判集刑集315号183頁、判時2245号124頁

迷惑行為防止条例違反被疑事件において勾留請求を却下した原々裁判を取り消して勾留を認めた原決定に刑訴法60条1項、426条の解釈適用を誤った違法があるとされた事例

本件は、朝の通勤通学電車内でのいわゆる痴漢の事案（迷惑防止条例違反）であり、原々審は、勾留の必要性がないとして勾留請求を却下したのに対し、原決定は、被疑者と被害少女の供述が対立し、被害少女の供述内容が極めて重要であり、被害少女に対する現実的な働き掛けの可能性もある、などとして勾留の必要性を肯定し、原々裁判を取り消し勾留を認めたため、特別抗告が申し立てられた事案である。

「被疑者は、前科前歴がない会社員であり、原決定によっても逃亡のおそれがないとされていることなどに照らせば、本件において勾留の必要性の判断を左右する要素は、罪証隠滅の現実的可能性の程度と考えられ、原々審が、勾留の理由があることを前提に勾留の必要性を否定したのは、この可能性が低いと判断したものと考えられる。本件事案の性質に加え、本件が京都市内の中心部を走る朝の通勤通学時間帯の地下鉄車両内で発生したもので、被疑者が被害少女に接触する可能性が高いことを示すような具体的事情がうかがわれないことからすると、原々審の上記判断が不合理であるとはいえないところ、原決定の説

示をみても、被害少女に対する現実的な働きかけの可能性もあるというのみで、その可能性の程度について原々審と異なる判断をした理由が何ら示されていない。そうすると、勾留の必要性を否定した原々審の裁判を取り消し、勾留を認めた原決定には、刑訴法60条1項、426条の解釈適用を誤った違法があり、これが決定に影響を及ぼし、原決定を取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる。」

勾留については、犯罪の嫌疑があり、かつ法60条1項各号の事由がある場合（勾留の理由）でも、勾留の実質的な必要性を欠くときは勾留することは許されない。勾留の本来の目的に照らし被告人の身柄を拘束しなければならない積極的な必要性（公的な利益）と、その拘束によって被告人の蒙る不利益・苦痛や弊害とを比較衡量して、前者が極めて弱い場合や後者が著しく大である場合は、勾留の実質的な必要性に欠けるのである。最終的な判断は、事案の軽重や勾留の理由の度合い（罪証隠滅や逃亡のおそれの強さ）との相関関係に立つことはいままでもない。被疑者の場合、起訴価値が必要性の判断にかなり強く影響するのに対し、被告人の場合にはこのような要因はない（条解刑訴法〔4版〕147頁参照）。

具体的な考慮要素としては、勾留理由の認められる程度、事案の軽重、逮捕時間内での事件処理の可能性、示談の成立、前科前歴の有無、被疑者の年齢、健康状態、勾留による不利益の程度（学業・仕事等への影響）、身柄引受人の存在、家族が受ける不利益の程度等が考慮される。勾留の必要性がないと判断した事例では、勾留理由の審査で、罪証隠滅、逃亡のおそれはあるが、それは小さいと判断したことが、勾留の必要性の審査に繋がっていることが多い（安藤範樹「勾留請求に対する判断の在り方について」刑事法ジャーナル40号16頁参照）。

上記のような種々の考慮要素が働く勾留の必要性の判断においては、裁判官の合理的裁量に基づく裁量保釈の場合と異ならないのではないかと思われる。

上記判時2245号124頁のコメントは、次のように指摘している。

「本決定は、前記論説に示されているような事情を踏まえ罪証隠滅の現実的可能性が低いとして勾留の必要性を否定したものと理解される原々裁判について、このような判断が不合理とはいえないとして是認した。前記論説にあるように、電車内の痴漢事案（迷惑防止条例違反のもの）では、特殊事情がなければ類型的に見て被害者への働き掛けに及ぶ客観的可能性は低いと思われるところ、本決定の説示によれば、本件でそのような特殊事情はうかがわれなかったようである。

その一方で、本決定は、基本的には事後審である原審（準抗告審）の判断について、原々裁判と異なる判断に至った理由、すなわち原々裁判が不合理であると評価した理由を何ら説示していない点において、単に勾留の必要性に関する事実判断にとどまらず、準抗告審の判断方法としても誤っている旨指摘したものと解される。

なお、勾留の時点では、捜査の密行性に配慮する必要があるが、現に実務上工夫されているように、準抗告決定において、そのような配慮をしつつも原々裁判と異なる判断に至った理由を端的に示すことは十分可能であろう。両決定は、これまで見てきたとおり、（準）抗告審に対する審理の在り方を問題にしていることは各判文から明らかである。」

(29) 最決平27. 4. 15裁判集刑事316号143頁、判時2260号129頁

準強制わいせつ被告事件（予備校理事長の職にあった被告人が、予備校生徒である当時18歳の被害女性に対し抗拒不能状態にあることに乗じてわいせつな行為をしたという事案）において保釈を許可した原々決定を取り消して保釈請求を却下した原決定に刑法90条、426条の解釈適用を誤った違法があるとされた事例

「原々審が原審に送付した意見書によれば、原々審は、既に検察官立証の中

核となる被害者の証人尋問が終了していることに加え、受訴裁判所として、当該証人尋問を含む審理を現に担当した結果を踏まえて、被告人による罪証隠滅行為の可能性、実効性の程度を具体的に考慮した上で、現時点では、上記元生徒らとの通謀の点も含め、被告人による罪証隠滅のおそれはそれほど高度のものとはいえないと判断したものである。それに加えて、被告人を保釈する必要性や被告人に前科がないこと、逃亡のおそれが高いとはいえないことなども勘案し、上記の条件（引用者注：保証金額を300万円、被害者、上記元生徒及び本件予備校関係者らとの接触を禁止するなどの条件）を付した上で裁量保釈を許可した原々審の判断は不合理なものとはいえず、原決定は、原々審の判断が不合理であることを具体的に示していない。そうすると、原々決定を裁量の範囲を超えたものとして取り消し、保釈請求を却下した原決定には、刑訴法90条、426条の解釈適用を誤った違法があり、これが決定に影響を及ぼし、原決定を取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる。」

本件と同様に受訴裁判所の保釈許可決定を取り消した原決定に対する特別抗告事件において、上記最決平26. 11. 18刑集68巻9号1020頁（前出27）は、抗告審の審査の在り方に関して判示しており、本決定は、同判例を明示的に引用してはいないが、前記の判示内容からすれば、同判例が示した判断枠組みを前提に判断していることは明らかであると思われる。

なお、本決定では、原々決定が裁量保釈を許可した理由を、原々審が原審に送付した意見書（刑訴法423条2項後段）により認定している。抗告審が受訴裁判所の判断の詳細な理由を知る方法としては、意見書がほぼ唯一のものであり、重要となろう。判断権者によって保釈の判断が分かれ得るような事案であれば、受訴裁判所としては保釈を認め、あるいは却下した理由を意見書に具体的に記載する必要があるだろう。特別抗告審における審査という観点からも同様の指摘が当てはまる。もっとも具体的な記載をすべきかどうかは事案にもよるであろうし、迅速な判断が求められているのであるから、過度に詳細な意見書を

作成するなどして、抗告審への記録送付に時間を要するようなことがあってはならないことは当然である（判時2260号129頁のコメント参照）。

③0 最決平26. 3. 25裁判集刑事313号319頁、判時2221号129頁

特別抗告審において原決定が取り消され、保釈を許可した原々決定が是認された事例

本件は、連続・準強姦（未遂）被告事件について、保釈を認めた第1審裁判所の決定を抗告審が取り消したことから、特別抗告された事件であり、特別抗告審が原決定を取り消し、保釈を許可した原々決定を是認した事案である。

「一件記録によれば、被告人には刑訴法89条1号、3号及び4号に該当する事由があると認められる。しかし、被告人は、原々決定までに、本件と併合して審理されている同態様の準強姦又はその未遂被告事件5件（以下「併合事件」という。）を含め、公訴事実を全て認め、検察官請求証拠についても全て同意をして、その取調べが終わっていること、被告人に対する更なる追起訴は今後予定されていないこと、被告人の妻が被告人の身柄を引き受け、公判期日への出頭確保及び日常生活の監督を誓約していること、これまでに前科前歴がないこと等の事情がある。

以上のような本件事案の性質や証拠関係、併合事件を含む審理経過、被告人の身上等に照らすと、保証金額を合計1500万円とし、本件及び併合事件の被害者らとの接触禁止などの条件を付した上で被告人の保釈を許可した原々決定は、その裁量の範囲を逸脱したものとはいえず、不当ともいえないから、これを取り消して保釈請求を却下した原決定には、刑訴法90条の解釈適用を誤った違法があり、これが決定に影響を及ぼし、原決定を取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる。」

本決定は、最高裁としての新たな法律判断が示されたものではないが、抗告審の保釈請求却下の判断を取り消した事案として、抗告審の審理の在り方を示

しているものといえよう。

8 法428条

[高等裁判所の決定に対する抗告の禁止、抗告に代わる異議申立て]

- ① 高等裁判所の決定に対しては、抗告をすることはできない。
- ② 即時抗告をすることができる旨の規定がある決定並びに第419条及び第420条の規定により抗告をすることができる決定で高等裁判所がしたものに対しては、その高等裁判所に異議の申立てをすることができる。
- ③ 前項の異議申立てに関しては、抗告に関する規定を準用する。即時抗告をすることができる旨の規定がある決定に対する異議の申立てに関しては、即時抗告に関する規定をも準用する。

(31) 東京高決平10. 10. 26東高刑時報49巻1=12号67頁

刑訴規則259条による上告審としての事件受理申立て棄却決定に対する異議申立ての可否

「本件異議の申立ての適否について検討するに、刑訴規則259条により上告審としての事件受理の申立てを棄却した決定に対しては、刑訴法414条、375条の準用により、同法428条2項による即時抗告に代わる異議申立てをすることができるものと解される。」

法428条は、高等裁判所がした決定に対し、抗告を禁止するとともに、もし抗告禁止の規定がなければ通常抗告又は即時抗告の許される決定に対しては、その代償措置として高等裁判所に対する異議の申立てを認め、異議の申立てに関し抗告の規定を準用することを定めた規定である。本条も、最高裁判所の負担軽減を目的とする政策的規定である（条解刑訴法〔4版〕1114頁）。異議の申立てのできるものは、即時抗告のできる決定並びに419条及び420条により抗告のできる決定で、高等裁判所がしたものであり、その範囲については特に問

題はないが、やや特殊の裁判例として、公判調書の記載の正確性に対する異議申立て（51条）を棄却した高等裁判所の決定に対する異議申立てを認めたもの（最決昭35. 6. 1裁判集刑事131号1頁）、控訴の取下げにより訴訟が終了した旨宣言した高等裁判所の決定に対する異議申立てを認めたもの（最決昭61. 6. 27刑集40巻4号389頁）のほか、上記東京高決平10. 10. 26がある。

9 法429条

〔命令に対する準抗告〕

- ① 裁判官が左の裁判をした場合において、不服がある者は、簡易裁判所の裁判官がした裁判に対しては管轄地方裁判所に、その他の裁判官がした裁判に対してはその裁判官所属の裁判所にその裁判の取消又は変更を請求することができる。
 - 1 忌避の申立を却下する裁判
 - 2 勾留、保釈、押収又は押収物の還付に関する裁判
 - 3 鑑定のため留置を命ずる裁判
 - 4 証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人に対して過料又は費用の賠償を命ずる裁判
 - 5 身体検査を受ける者に対して過料又は費用の賠償を命ずる裁判
- ② 第420条第3項の規定は、前項の請求についてこれを準用する。
- ③ 第1項の請求を受けた地方裁判所又は家庭裁判所は、合議体で決定をしなければならない。
- ④ 第1項第4号又は第5号の裁判の取消又は変更の請求は、その裁判のあった日から3日以内にこれをしなければならない。
- ⑤ 前項の請求期間内及びその請求があったときは、裁判の執行は、停止される。

③2 札幌地決平3. 5. 5判タ756号270頁

「本件準抗告の申立は、被疑者甲野一郎に対する猥褻図画販売目的所持被疑事件の勾留取消請求却下の裁判に対して、平成3年5月5日になされたものであるが、検察官から、同日、右申立後に、甲野一郎に対し同事件につき勾留のまま公訴の提起がなされており、その後は同人は被告人として勾留されているから、現時点においては、右申立ては法律上の利益を欠き、不適法である。」

起訴前の勾留の裁判に対し起訴後どの段階まで準抗告の申立てができるかについて裁判例の対立があったが、最決昭59. 11. 20刑集38巻11号2984頁は、「申立人は同月25日勾留のまま同一事実により起訴されていることが記録上明らかであり、起訴前の勾留の裁判に対する準抗告申立の利益は、起訴後は失われると解するのが相当であるから、本件準抗告は、同法432条、426条1項により棄却を免れない。」と判示した。

報告書87頁は、起訴前の勾留の裁判に対し起訴後は準抗告の申立てはできないとする不適法説を採り、「被疑者が勾留中のまま起訴されると、新たな裁判がなくとも起訴前の勾留が起訴後の勾留に移行することになるが、起訴前の勾留は、その直接の目的が捜査の必要であって、検察官の請求に基づいてなされるのに対し、起訴後の勾留は、その直接の目的が審判の必要であって、裁判官又は受訴裁判所の職権でのみなされ、内容の面においても、勾留期間、その延長又は更新の事由、保釈の能否等で大差があるので、両者は別個のものとするのが相当であり、起訴前の勾留に関する裁判に対しては起訴後は準抗告の申立をする利益がないと解すべきであろう。このように解しても、起訴後の勾留に関し勾留取消、保釈等の新たな裁判を求める申立をし、更にこれに対する裁判を争うことなどにより、実際上の不都合は生じないと思われる。」と指摘している。

上記決定の理由につき、安廣文夫・判例解説昭和59年度459頁は、「第1に、当審判例によれば、起訴前の勾留の当否を含む起訴前手続の瑕疵は、原則とし

て起訴後の勾留の効力に影響を及ぼさないというのであるから、起訴後において起訴前の勾留の当否を事後審査することは殆ど無意味といえてよい。第2に、起訴後の勾留の要否は、裁判所（又は裁判官）が裁判所の審判のために必要であるか否かという観点から判断するのであるから、仮に起訴前の勾留の重大な違法・不当を理由にこれを取り消すべき場合があるとしても、起訴後の現時点で勾留の理由及び必要が存在する限り、裁判所（裁判官）は直ちに新たな勾留をすることになるし、逆に起訴前の勾留に瑕疵がなくても、現時点で、勾留の理由又は必要が消滅しているのであれば、刑訴法87条により勾留取消の裁判がなされるはずであるから、被告人の身柄の有意味な釈放（形式的にいったん釈放されるが、すぐに再度身柄拘束をされるような場合を除く意味である）を求めるためには、起訴後の現時点における勾留の要件の存在を直截に争うほかはないことになる、そのためには勾留取消や保釈の請求権が認められているし、これらの請求却下の裁判に対して準抗告（抗告）ができることはいうまでもない。第3に、勾留取消制度との関係であるが、起訴後、裁判官あるいは裁判所が、起訴前の勾留状に裁判官の押印の欠如等重大な欠陥があることに気付いたような場合にも、請求又は職権により、刑訴法87条による勾留取消をすることが可能であると解するのが一般であるから、このような場合のために、起訴前の勾留に対する準抗告を適法扱いする必要はないと思われる。」としている。

なお、最決昭48. 7. 24裁判集刑事189号733頁は、いわゆる逮捕中求令状起訴に伴い、裁判官がした勾留の裁判に対する準抗告棄却決定に対する特別抗告事件について、「起訴後の勾留は、裁判所の審判の必要という観点から裁判官が独自に職権でその要否を判断するものであるから、これに先立つ逮捕手続の当否は、起訴後の勾留の効力に何ら影響を及ぼさないものである。」と判示している。

そして、本決定の趣旨が起訴前の勾留期間延長請求の裁判に対する準抗告にも当てはまることは、明らかであって、本決定後、第一小法廷は、勾留期間延長の裁判に対する準抗告棄却決定に対する特別抗告申立後、申立人が起訴され

た事案につき、本決定を引用して申立ての利益を欠くと判断している（最決昭61.7.9不登載）。

勾留取消請求についても、準抗告審の構造が基本的には事後審と解するならば、起訴前に勾留取消請求却下の裁判がなされた場合には、その裁判の当否が審査されることになるので、前記の考察を前提にすると、やはり、起訴後は準抗告申立ての利益は失われると解すべきことになると思われる（安廣・上掲459頁）。

本件の札幌地裁決定は、正当として是認できる。

⑬ 最決平5.7.19刑集47巻7号3頁

勾留理由開示の手続においてされる裁判官の行為に対する準抗告の申立ての適否

「記録によれば、本件は、公訴提起後第1回公判期日前に行われた勾留理由の開示に対し、裁判官において弁護人の選任がないのに開廷し勾留の理由を告知したのは違法であるとして、被告人から準抗告が申し立てられたものである。しかし、勾留理由の開示は、公開の法廷で裁判官が勾留の理由を告げることであるから、その手続においてされる裁判官の行為は、刑訴法429条1項2号にいう勾留に関する裁判には当たらないと解するのが相当である。したがって、本件抗告の申立ては不適法であり、これが適法であることを前提とする本件抗告の申立ても不適法である。」

勾留理由開示の手続においてされる裁判官の処分、例えば、弁護人不出頭での開廷、開示内容に関する釈明要求への対応、意見陳述の制限等に対して、その是正を求めて異議の申立てをすることはできるであろうか。公判手続の規定である刑訴法309条2項、刑訴規則205条の準用を認めて、積極に解してよいと思われる（川口政明・判例解説平成5年度27頁）。

なお、最決昭46.6.14刑集25巻4号565頁は、勾留理由開示請求却下の裁判

が刑法429条1項2号の「勾留に関する裁判」に当たることを認めている。

(34) 東京地決平6.3.29判時1520号154頁

保釈許可の裁判に対する保釈保証金額を不服とする被告人側からの準抗告申立ては保釈保証金納付後も許されるか

「被告人側では保証金額に不服があっても保証金を納付しなければ身柄の釈放を得られないのであるから、右の見解（引用者注：保証金の納付は保釈許可の裁判に対する被告人側の上訴権の放棄に相当し、身柄の釈放により被告人側の準抗告の申立権は消滅するという見解）によると、保証金額につき準抗告を申し立てるのであれば、保証金の納付を差し控え、準抗告審の決定がなされるまでの間の身柄の拘束を甘受しなければならないことになるが、準抗告申立てを認めることと引換えに右のような不利益を強制することは余りにも酷であり、合理性を欠くといわざるを得ない。保証金額に不服のある被告人側がとりあえずはこれを納付して身柄が釈放された後に、直ちに右不服を理由とする準抗告申立てに及ぶことは、これを認める必要性があり、このような準抗告の申立てがその利益を欠くと解するのは相当でない。したがって、本件準抗告の申立ては適法と認められる。」

保釈許可の裁判に対する被告人側の準抗告申立権は保釈保証金の納付により消滅するという裁判例もあるが、上記決定が指摘するように積極説を採るのが相当である（報告書97頁も積極説）。

(35) 東京地決平8.3.28判時1595号152頁

証券取引法211条の規定に基づき裁判官がした捜索差押の許可に対し刑法429条の準用による準抗告は認められないとされた事例

「一件記録によれば、本件準抗告は、東京簡易裁判所裁判官が、証券取引法211条の規定に基づいて、証券取引等監視委員会職員がした請求に対し発付し

た臨検・捜索・差押許可状による捜索差押の許可に対して申し立てられたものである。右裁判官の許可は刑事訴訟法上の裁判には当たらないところ、このような行為について同法429条の規定の準用を認めるのは相当ではなく、その許可の取消しを求める準抗告が不適法であることは、最高裁昭和44年12月3日大法廷決定・刑集23巻12号1525頁の趣旨から明らかである。

なお、申立代理人は、本件手続は、右最高裁決定で問題となった国税犯則取締法上の収税官吏による犯則事件の調査と異なり、実質は刑事手続であって、刑事訴訟法429条が準用されるべきであると主張するが、右最高裁決定は、国税犯則取締法2条に基づく裁判官の許可は、職務上の独立を有する裁判官が、公正な立場において収税官吏の請求を審査するもので、強制処分の実施を命ずるものではなく、国家機関相互間の内部的行為に過ぎないとして、刑事訴訟法429条の準用を認めるのは相当でないと判断しているのであって、証券取引法211条に基づく裁判官の許可についても、その性格は基本的には同一と考えるべきであり、関係する諸規定の内容がほぼ同一であることをも考えれば、証券取引等監視委員会による犯則事件の調査と収税官吏による犯則事件の調査を別異に解するのは相当でない。」

上記大法廷決定等については、報告書52頁参照。

(36) 函館地決平13. 3. 24判例タイムズ1068号245頁

準抗告審は、保釈を許可した原決定の審査に当たり、原決定後に請求されたもののその許否の裁判がされていない追加訴因事実に関する罪証隠滅のおそれを考慮できるとした事例

「本件勾留の基礎となっている公訴事實は、「被告人は、ぱちんこの玉窃取の目的で、平成13年2月28日午前9時30分ころ、函館市港町1丁目〈番地略〉ぱちんこ屋「A」店内に、身体に電波発信機を装着してその西側正面出入口から侵入した」というものである。

ところで、検察官は、同年3月21日付けで本件を起訴したが、原裁判後の同

月23日付で、本件公訴事実に対し、上記建造物侵入の目的を「ぱちんこ遊戯機に電波を発して誤動作させるなどして遊戯球を窃取する目的で」に改め、上記建造物侵入に引き続いて行われたとする「同店内に設置されたぱちんこ遊技機で遊技球を発射させるなどしたが、店員に発見されたためその目的を遂げなかった」旨の窃盗未遂の訴因を追加することを主要内容とする「訴因及び罰条の追加請求書」を函館地方裁判所に提出した。…

以上の事実関係に照らせば、既に起訴されている建造物侵入の事実と訴因変更請求されている上記窃盗未遂の事実とは、公訴事実の同一性があると窺われ、今後、受訴裁判所において上記訴因等の変更請求が許可されることが予想される状況にある。

一件記録によれば、…被告人には刑事訴訟法89条3号の事由があると認められる。また、…窃盗未遂の点に関しては、被告人が関係者に働きかけるなどして罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があると認められる。しかし、建造物侵入の公訴事実のみを前提にした場合には、この点は同事件に関する犯罪事実でないことはもとより、重要な情状事実に含まれているとまで解することも相当でないというべきであるから、被告人に上記窃盗未遂に関する罪証隠滅のおそれがあることをもって、被告人に同法89条4号の事由があるとまでは認められない。したがって、上記訴因等の変更請求がされていなかった原裁判時においては、被告人には、同法89条3号の事由のみが存したものであるべきである。また、上記窃盗未遂に関する事情は裁量保釈の判断に当たっても重大な考慮を払うべき事情には当たらないものというべきである。そうすると、被告人の前科の内容、家庭の状況等一件記録によって認められる事情にも照らすと、保証金を250万円と定めて保釈を許可した原裁判は、制限住居を当裁判所からの遠隔地である川崎市と定めた点を含めて考えても、原裁判の時点においては、裁量保釈に関する裁量の範囲を逸脱した違法があったとまでは認められない。

しかしながら、上記のとおり、原裁判後において、未だ受訴裁判所による許

可決定を受けていないとはいえ、検察官が上記内容の訴因等の変更請求をしている現段階においては、準抗告裁判所としては、窃盗未遂の事実に関する上記罪証隠滅のおそれ、未だ本件公訴事実そのものとはなっていないものの、本件の重要な情状事実には該当するに至っている事実に関するものとして、考慮すべきものと解される。そして、本件の手続の経緯や関係証拠に照らしても、このように解することを不当とすべき点は見当たらない。

そうすると、被告人には、同法89条4号の事由もあると認められる。また、この窃盗未遂の手口は常習性、営利性が顕著に窺われる態様のものであって、未遂であることを考慮しても、犯情ははなはだ芳しくない上、被告人は、本件発覚時に逃走を試みてもいるから、上記訴因等の変更請求がされたことによって、逃亡のおそれも原裁判時より格段に高まったものと認められる。そうすると、現時点においては、上記の諸事情を最大限考慮しても、裁量によって本件保釈を許可するのは相当でないと認められる。」

本決定についての判例タイムズのコメント（判タ1068号246頁）は、「本件においては、窃盗未遂の点についての罪証隠滅のおそれは、原裁判時にも存在していたが、これを本件における重要な情状事実たらしめる事情である訴因及び罰条の追加請求が原裁判後になされたことから、本決定は、これを「新事情」として参酌できるものと解したものである。また、訴因変更請求はされていてもその許否に関する受訴裁判所の裁判がない段階においては、右請求の対象となった事実に関する罪証隠滅のおそれを、勾留の基礎となっている犯罪事実そのものに関する罪証隠滅のおそれと見てよいかも、問題である。本決定は、この点は消極に解しつつ、右犯罪事実に関する重要な情状事実に関する罪証隠滅のおそれに当たるものと解している。」と指摘している。

保釈の許否の判断において、余罪を考慮することができるかについては、勾留の基礎となっている公訴事実のみに基づいて判断すべきである、とするのが判例、通説（事件単位説）。これは、勾留の基礎となっている公訴事実と余罪

とが併合罪の関係に立つ場合を通常念頭においているものであるが、包括一罪ないし科刑上一罪の関係にある場合にも、現に公訴事実として審判の対象となっておらず、勾留の基礎として示されていない点では、公訴事実と併合罪関係に立つ余罪と変わりはないから、保釈においても、いまだ審判の対象となっていない事実について、勾留の基礎となっている公訴事実と同様に考慮することはできないと解される。

包括一罪ないし科刑上一罪の関係にある事実が、訴因変更（追加）により審判の対象となった場合には、当初の勾留の効力が及ぶことになるが、保釈の許否の判断に当たり、勾留の基礎となっている公訴事実として考慮することが可能となるのは、訴因変更（追加）の許可時を基準とするのが相当である（堀田眞哉「起訴されていない包括一罪ないし科刑上一罪の関係にある事実の存在と保釈の許否」令状に関する理論と実務Ⅱ（別冊判例タイムズ35号）16頁）。

以上は、勾留の基礎となっている公訴事実と同様の考慮の可否であるが、権利保釈の除外事由の存否あるいは裁量保釈事由の存否を判断するための一資料として、起訴されていない包括一罪ないし科刑上一罪の関係にある事実を考慮することができるかという問題がある。この点に関し、最決昭44. 7. 14刑集23巻8号1057頁は、裁量保釈事由の判断について、勾留事実の事案の内容や性質、あるいは被告人の経歴、行状、性格等を考察するための一資料として、非勾留事実を考慮することが許される旨判示しており、これは権利保釈の除外事由にも当てはまると解されている（小田健司・増補令状基本問題（下）26頁以下）。判例は、併合罪関係にある余罪を前提としているが、併合罪関係に立つものでも考慮できるのであるから、それとの均衡上、包括一罪ないし科刑上一罪の関係にある事実についても、考慮することは許される（堀田・上掲17頁）。これを権利保釈の除外事由である法89条4号の「罪証隠滅のおそれ」についてみると、罪証隠滅のおそれは、原則として勾留の基礎となっている公訴事実について判断すべきであるが、起訴されていない包括一罪ないし科刑上一罪の関係にある事実が、勾留の基礎となっている公訴事実の重要な情状事実

当たる場合には、それに対する罪証隠滅のおそれを考慮することができる（堀田・上掲17頁）。

なお、上記最決昭44. 7. 14も示すとおり、裁量保釈事由の判断については、勾留事実の事案の内容や性質、あるいは被告人の経歴、行状、性格等を考察するための一資料として、起訴されていない包括一罪ないし科刑上一罪関係にある事実を考慮することが可能である。条解刑法 [4版] 190頁は、「裁量保釈が相当であるかどうかは、勾留状が発付されている訴因について考えるべきである。しかし、その訴因の事案の内容や性質、被告人の経歴、行状、性格等の事情を判定するための一資料として、他の起訴事実を考慮することは差し支えない。実務上は、起訴されていない犯罪事実が同様に一資料とされる例が多い。」と指摘している。

本件においては、当初の起訴が平成13年3月21日に、第1回公判期日前の同年3月23日に保釈許可決定がされ、同日付で検察官から訴因及び罰条の追加請求がされているが、本決定によれば、右請求は原裁判（保釈許可決定）の後に行われたものとしているから、公訴事実である建造物侵入と科刑上一罪（牽連犯）の関係にある窃盗未遂の訴因の追加請求は、原裁判後の新事情と捉えることになる。そして、「原裁判時からわずかの期間（短時日）のうちに生じた原裁判の結論に影響を及ぼすような事実であって、しかも迅速に取り調べることが可能であり、当該準抗告審手続の中で右事実を取り調べて一挙に解決するのが適当と認めるときは、例外的に右の新事情を準抗告審において職権により取調・参酌することができる」との報告書（158頁）の立場からしても、この新事情の参酌は許容されることになろう。

また、「（訴因の追加請求に係る）窃盗未遂の事実に関する上記罪証隠滅のおそれは、未だ本件公訴事実そのものとはなっていないものの、本件（建造物侵入）の重要な情状事実に関するものとして、考慮すべきものと解される」とし、法89条4号の事由もあると認めた本決定は、上記の参考文献に照らしても

是認することができるように思われる。

(37) 東京家決平16. 8. 17家裁月報58巻1号116頁

家庭裁判所がした鑑定留置決定に対して準抗告の申立てをすることはできない。

「一件記録によれば、少年は、同人に対する触法（殺人未遂）保護事件及び強制的措置許可申請事件につき、平成16年7月12日に東京家庭裁判所により鑑定のために留置されたものであるが、この裁判所の鑑定留置に関する決定に対して準抗告によって不服を申し立てることはできないと解するのが相当である。」

少年法14条による刑訴法等の準用により、少年に対し家庭裁判所は鑑定留置の裁判を行うことができるが、この鑑定留置の裁判に対する不服申立ては、準抗告ではなく抗告によるべきであると解されている（田宮裕外・注釈少年法〔3版〕153頁参照）。

東京高決平16. 8. 16家裁月報58巻1号114頁は、家庭裁判所がした鑑定留置の裁判に対し、付添人から、原裁判のうち少年の鑑定留置場所を病院に定めた部分を取り消し、これを少年鑑別所とする旨の裁判を求めるとして申し立てられた抗告事件において、原裁判の鑑定留置場所に関する部分に違法とすべき点はないとして抗告を棄却した上、付添人の申立てが、原裁判後の事情の変動を理由として事後的に少年の鑑定留置場所の変更を要求するものとしても、それは、家庭裁判所に対して職権の発動を求めべきであって抗告審が判断すべきものではないと付言している。

(38) 最決平17. 3. 25刑集59巻2号49頁、判時1893号158頁

被告人の配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹からの保釈請求を却下した裁判に対する同人らからの不服申立ての許否

「勾留された被告人の配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹は、刑訴法88条1項により保釈の請求をすることができるのであるから、それらの者が自ら申し立てたその保釈の請求を却下する裁判があったときは、同法352条にいう「決定を受けたもの」又は同法429条1項にいう「不服がある者」として抗告又は準抗告を申し立てることができるものと解するのが相当である。」

請求に基づいて裁判がされる場合、裁判はその請求に対する応答なのであるから、請求者はその手続で裁判を受けた立場にあるというべきであり、当該裁判に不服を申し立てられるのが原則であって、保釈の請求の場合を例外と考えるべき特段の事由は見当たらない。したがって、刑訴法88条1項に基づく保釈の請求をした被告人の親族は、第1回公判期日後にした保釈の請求を却下する裁判に対しては刑訴法352条の「決定を受けたもの」として抗告を申し立てることができ、第1回公判期日前にした保釈の請求を却下する裁判に対しては同法429条1項の「不服がある者」として準抗告を申し立てることができる。本決定は、下級審の判断や学説が分かれていた手続的な問題に関し、最高裁として初めて積極の判断を示したものである（藤井敏明・判例解説平成17年度解説55頁）。

39) 最決平17. 10. 24刑集59巻8号1442頁、判時1913号166頁

公訴提起後第1回公判期日前に弁護人が申請した起訴前の勾留理由開示の期日調書の謄写を許可しなかった裁判官の処分に対する不服申立て

本件は、詐欺被告事件の弁護人である申立人が、捜査段階に新潟簡易裁判所で開かれた勾留理由開示の期日調書を公訴提起後に謄写申請したところ、勾留の理由を開示した裁判官においてこれを不許可としたのに対し、刑訴法429条1項2号により準抗告を申し立てたものの、準抗告審である新潟地方裁判所に不適法として棄却されたことから、特別抗告に及んだ事案である。

「本件期日調書の謄写の不許可は、勾留理由開示を担当した裁判官が同法40

条1項に準じて行った訴訟に関する書類の謄写に関する処分であって、同法429条1項2号にいう「勾留に関する裁判」には当たらないから、これに対しては、準抗告を申し立てることはできず、同法309条2項により異議を申し立てることができるにとどまると解するのが相当である。」

刑訴法40条1項は、弁護人は、公訴の提起後は、裁判所において、訴訟に関する書類及び証拠物を閲覧し、かつ謄写することができる、但し、証拠物を謄写するについては、裁判長の許可を受けなければならない、と規定している。弁護人が訴訟に関する書類及び証拠物を閲覧謄写できるのは起訴後に限られている。起訴前には、勾留関係の処分記録、起訴前の証人尋問調書なども一切閲覧謄写できない。ただし、証拠保全の処分に関する書類及び証拠物の閲覧や謄写については、特別の規定が設けられ、弁護人にも閲覧謄写権がある（法180条1項参照）。

書類及び証拠物については、裁判所が保管しているものに限られ、公判調書その他手続関係書類、証人尋問調書、法310条によって提出を受けた証拠書類や証拠物のほか、身柄関係書類も含まれる。証拠調べ前のものであっても、取寄せ決定に基づき取り寄せた他事件の記録、提出命令に基づき押収した証拠物なども閲覧謄写できる（条解刑訴法〔4版〕87頁）。

刑訴法40条1項による訴訟に関する書類・証拠物の閲覧謄写申請に対する不許可の処分に対しては、同法309条2項による異議の申立てができるとされている（注釈刑訴法（新版）1巻278頁〔植村立郎〕）。

本決定は、本件期日調書の謄写の不許可の法的性質について、「勾留理由開示を担当した裁判官が刑訴法40条1項に準じて行った訴訟に関する書類の謄写に関する処分」であると判示し、弁護人である申立人には、訴訟に関する書類に当たる本件期日調書の閲覧謄写権があることを前提に考えているように思われる（山田耕司・判例解説平成17年度496頁）。そして、本決定の趣旨は、弁護人が第1回公判期日前に、通常、裁判所に所在する訴訟に関する書類等（身柄

関係書類が中心となろう)の閲覧謄写を求める場合にとどまらず、刑訴法180条による証拠保全に関する書類・証拠物の謄写閲覧の場面にも及ぶと考えられる(山田・上掲506頁)。

10 法430条

[捜査機関の処分に対する準抗告]

- ① 検察官又は検察事務官のした第39条第3項の処分又は押収若しくは押収物の還付に関する処分に不服がある者は、その検察官又は検察事務官が所属する検察庁の対応する裁判所にその処分の取消又は変更を請求することができる。
- ② 司法警察職員のした前項の処分に不服がある者は、司法警察職員の職務執行地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所にその処分の取消又は変更を請求することができる。
- ③ 前2項の請求については、行政事件訴訟に関する法令の規定は、これを適用しない。

(40) 東京地決平3. 5. 15判タ774号275頁

差押の現場で立会人となったに過ぎない者には、差押処分に対する準抗告の申立権は認められないとされた事例

「右申立書によると、申立人は、差押処分の現場に立ち会った者であり、本件捜索差押の状況並びに押収物の内容についてよく知りうる者であると主張するにとどまり、一件記録によっても、申立人は他に住居を有し、組織の一員として当日本件捜索差押の現場である前進社第2ビルに居合わせたため、その責任者から指示されて現場の一部につき立会人となったに過ぎない者であって、本件押収物の所有者、保管者など、差押により不利益を受ける立場にあるものとは認められない。したがって、これらについても申立人としての適格を欠き、不適法である。」

報告書103頁は、「準抗告の対象となる裁判官の裁判や捜査機関の処分不服がある者であっても、その裁判等によって、自己の有する法的に保護された権利ないしは利益を侵害されたはいえない者は、準抗告申立の利益がないと解すべきである。」と指摘している。

(4) 最決平4. 10. 13刑集46巻7号611頁、判時1439号158頁

差押処分が取り消されたため司法警察員が当該差押物を返還する行為に対する準抗告申立ての適否

本件は、司法警察職員の押収物の還付に関する処分に対する準抗告棄却決定に対する特別抗告事件である。

「記録によれば、本件は、司法警察職員のした差押処分が違法として取り消されたため、司法警察員において当該差押物を被差押人に返還したところ、右物件の所有者からこれに対して刑訴法430条2項の押収物の還付に関する処分として準抗告を申し立てたものである。

しかし、同法222条1項の準用する同法123条1項にいう還付は、押収物について留置の必要がない場合に押収を解いて原状を回復する処分であるのに対し、司法警察員の右行為は、差押処分の取消しにより押収の効果が消滅した後にその占有を移転するものにすぎないから、同法430条2項の準抗告の対象となる押収物の還付に関する処分には当たらないと解するのが相当である。したがって、本件準抗告の申立ては不適法であり、これが適法であることを前提とする本件抗告の申立ても不適法である。」

本件のように差押処分が取り消されれば、捜査機関としては当該差押物をそれ以上留置する法律上の根拠を失い、その反射的效果として当然に当該物件を返還しなければならないことになる。そこには何ら司法警察員による裁量的判断を入れるべき余地がなく、右返還行為はそれ自体として新たな司法警察員の処分と見られるものではないと考えられる。本決定が、判文上「還付は、…原

状を回復する処分であるのに対し、司法警察員の右行為は…占有を移転するものにすぎない」としているのは、本件返還行為が処分性を有しないことを示す趣旨のものと思われる（井上弘通・判例解説平成4年度130頁）。

本決定の趣旨を踏まえると、その考え方は、捜査機関のした差押処分に対する準抗告において、差押処分の取消変更に加えて差押物の返還まで求めることが許されるか、準抗告審がそのようなことを命ずることができるか、という下級審の取扱い、決定例が分かれている問題に関し、そのような申立ては許されないとする最近の実務の通説的見解に通ずるものがあるように思われる（井上・上掲139頁）。

報告書224頁～228頁参照。

(42) 東京地決平13. 12. 3判時1776号168頁

警察署留置員が監獄法50条、監獄法施行規則130条に基づいて行った信書の授受禁止処分は、刑訴法430条2項の処分に当たらないとされた事例

事案は、代用監獄警視庁万世橋警察署留置場において、同所に在監する接見等禁止中の被告人から弁護人への封筒在中の信書の授受がされるに当たり、同監獄留置員が、監獄法50条、同法施行規則130条に基づき、同信書が弁護人宛のものかどうか確認する目的で封筒の中身を見せて欲しい旨求めたところ、弁護人がこれを拒否したため、同封書の授受を許さなかったものである。

「同文書の授受の禁止の処分は、同監獄留置員が監獄法令に基づきした処分であって刑訴法430条2項の処分に当たらないことは明らかである。したがって、本件準抗告の申立ては不適法である。」

本決定に対して、弁護人から特別抗告がされたが、最高裁は「監獄留置員の本案処分は、監獄法令に基づいてされたもので、刑訴法430条2項にいう「処分」に当たらないから、本件準抗告の申立てが不適法であるとした原決定は、正当である。」として、準抗告の申立てが適法であることを前提とする特別抗

告の申立てを不合法として棄却した（判時1776号169頁参照）。

(43) 最決平13. 12. 7 刑集55巻7号823頁、判時1776号165頁

少年補償決定に対する抗告の可否と憲法14条、32条

平成4年に制定された少年の保護事件に係る補償に関する法律（以下「少年補償法」という。）は、少年審判手続において非行事実の存在等の審判事由の存在が認められるに至らなかった少年に対し、その身体の自由の拘束等による補償を行うこととしている（同法1条）。本件は、少年補償法5条1項の決定を受けた少年が、補償金の額が低すぎるとして高等裁判所に抗告を申し立てたものの、同決定に対する上訴は許されないとして、これを棄却されたことから、特別抗告に及んだという事案である。

「上記決定は、家庭裁判所が職権により補償の要否及び補償の内容について判断するものであり、刑事補償法上の裁判とは性質を異にするから、同法の趣旨の準用ないし類推適用して抗告をすることは許されず、これと同旨の原審の判断は正当である。また、前記のような上記決定の性質にかんがみると、このように解しても憲法14条、32条に違反するものでないことは、当裁判所大法廷判例（昭和39年5月27日判決・民集18巻4号676頁、同45年12月16日決定・民集24巻13号2099頁）の趣旨に徴して明らかである。」

少年補償法が、刑事補償法（19条は、補償又は請求棄却の決定に対し即時抗告又は異議の申立てを認めている。）とは異なり、上訴に関する規定をおかず、その代わりに再度の考案の制度（5条3項）を設けていることからすると、文理解釈上、少年補償決定に対し上訴を認めることはできないと解される（平木正洋・判例解説平成13年度245頁245頁）。

(44) 最決平15. 6. 30刑集57巻6号893頁、判時1833号160頁

1 捜査機関による押収処分を受けた者の還付請求権の有無

2 押収物の還付請求却下処分に対する準抗告に理由がある場合に準抗告裁判所がすべき裁判

本件の事案の経過は、次のとおりである。

申立人は、被疑者不詳に対する愛媛県漁業調整規則違反被疑事件に関し、その所有する動力漁船、延縄漁業許可証、潜水士免許証等（押収品目録1ないし12の物件）を松山海上保安部司法警察員により差し押さえられたため、それらの還付を申し立てたところ、潜水士免許証等（同目録7、8の物件）については還付されたものの、その余の物件については請求を却下する旨の通知を受けた。

そこで、申立人が、還付を受けられなかった各物件についての還付請求却下処分の取消しと自己への還付を求めて、刑事訴訟法430条2項の準抗告を申し立てたところ、原裁判所は、要旨次のとおり判示して、延縄漁業許可証等の物件（押収品目録3ないし6の物件。「本件物件」という。）について松山海上保安部司法警察員がした還付請求却下処分を取り消したものの、その余の申立てを棄却した。

「本件物件について留置の必要性が認められないが、その余の留置物については留置の必要性がないとはいえないから、松山海上保安部司法警察員がした還付請求却下処分は、本件物件以外については相当である。

次に、各物件の還付を求めている点について検討するに、刑事訴訟法430条2項は、押収物の取消変更を認めているにすぎず、それ以上にその還付の裁判を求めることはできないものと解され、差押物件の還付を求める理由もない。

以上によれば、本件準抗告の申立ては、還付請求に対し、松山海上保安部司法警察員がした却下処分のうち、本件物件について取消しを求める限度で理由があるから、刑事訴訟法432条、426条2項によりこれを取り消すが、その余の申立てはいずれも理由がないから、刑事訴訟法432条、426条1項により棄却することとする。」

本件は、上記準抗告決定に対する特別抗告事件である。

本決定は、次のとおり判示して、刑訴法411条1号を準用し、同法434条、426条2項により、原決定中、本件物件に関し、申立人への還付を求める申立てを棄却した部分を取り消した上、松山海上保安部司法警察員に対し、本件物件を申立人に還付するよう命じ、その余の本件抗告を棄却した。

「捜査機関による差押処分を受けた者は、同法222条1項において準用する123条1項にいう「留置の必要がない」場合に当たるとを理由として、当該捜査機関に対して押収物の還付を請求することができるというべきである。そして、上記押収処分を受けた者から、還付請求を却下した処分の取消しと自己への還付を求めて同法430条2項の準抗告が申し立てられた場合において、押収物について留置の必要がないときは、同法222条1項において準用する124条1項による被害者への還付等、申立人以外の者に還付することが相当である場合や、捜査機関に更に事実を調査させるなどして新たな処分をさせることが相当である場合を除き、準抗告裁判所は、原処分を取り消すとともに、捜査機関に対して、押収物を申立人に還付するよう命ずる裁判をすべきものである。原決定が前提とする事実関係によれば、本件においては本件物件を申立人に還付するよう命ずる裁判をすべきであったことが明らかであるから、原決定には、決定に影響を及ぼすべき法令違反があり、これを取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる。」

本件においては、還付請求却下処分の取消しと自己への還付を求める申立てがされているのであるから、原決定のように原処分を取り消しても、自己への還付を求める申立てについての判断が残されていることは明らかであろう。すなわち、捜査機関のした還付請求却下処分が取り消されただけでは、当初の適法な押収を前提として還付請求があったものの、それに対する応答がない状態に戻るだけで、直ちに捜査機関が押収物を申立人等に還付すべきものとはいえない。この場合、なお、判断の対象が残ることになる。

この点に関し、報告書231頁は、「捜査機関がした押収物の還付に関する処分

に対する準抗告が理由のあるときは、準抗告裁判所は原処分を取り消した上、還付・仮還付・被害者還付を受ける正当な地位にある者に対し還付等を命ずるのが妥当であるが、更に事実を調査する必要があるときなど、場合によっては原処分の取消しのみにとどめ、捜査機関に新たな処分をさせることもできよう。」と指摘している。

ところで、捜査機関のした押収処分に対する準抗告において、押収処分の取消変更に加えて押収物の返還を求める申立てが許されるかという論点については、そのような申立ては許されないとするのが最近の実務の通説的見解である（報告書224頁、井上弘通・判例解説平成4年度123、139頁参照）。

還付とは、押収を解いて押収以前の状態に戻す原状回復処分であって、適法な押収の効果が還付決定時点まで存続していること（すなわち、還付の決定がなければ、なお適法な押収状態を継続していけること）を当然の前提として、当該物件の押収関係の主体となっているものの手によって、一定の要件・手続の下に行われる新たな処分であるのに対し、押収処分自体が違法として取り消された物の返還は、既に適法な押収の効果が消滅した後に、その反射的效果として当該押収物の占有を本来あるべきところへ移転するにすぎない行為であって、一定の要件・手続の下に行われる新たな処分とみるべきものはない。したがって、捜査機関のした押収処分が取り消された場合には、捜査機関としては当該押収物をそれ以上留置する法律上の根拠を失い、その反射的效果として当然に当該物件を返還しなければならないことになるのである（上田哲・判例解説平成15年度374頁）。

本決定は、最決平2. 4. 20刑集44巻3号283頁を受けたものである。事案は、検察官の還付処分の取消しに対する準抗告申立て棄却決定に対する特別抗告事件であるが、「刑訴法123条1項による押収物の還付は、被押収者が還付請求権を放棄するなどして現状を回復する必要がない場合又は被押収者に還付するこ

とができない場合のほかは、被押収者に対してすべきである。」旨判示し、その主文は、「原決定を取り消す。京都地方検察庁検察官が昭和〇年〇月〇日京都府に対し梵鐘1口を還付した処分を取り消す。」というものであった（本件では、もともと申立人は被押収者ではなく、還付を命ずる裁判を求めてもいなかった。）。

本決定は、「被押収者から、還付請求却下処分の取消しと自己への還付を求めて刑訴法430条2項の準抗告が申し立てられ、押収物について留置の必要がないとき」は、準抗告裁判所は、原則として原処分を取り消すとともに、捜査機関に対して押収物を申立人に還付するよう命ずる裁判をすべきであるとしつつ、その例外に当たる場合として、①刑訴法222条1項において準用する124条1項による被害者への還付等、申立人以外の者に還付することが相当である場合と、②捜査機関に更に事実を調査させるなどして新たな処分をさせることが相当である場合を挙げている。

本決定は、上記平成2年決定を前提として解されるどころ、上記①の「(被押収者たる)申立人以外の者に還付することが相当である場合」とは、被押収者還付の例外にはかならないから、刑訴法124条1項が明定する赃物の被害者還付のほか、平成2年決定が例外として挙げる各場合に対応するものであると解される。すなわち、具体的には、被押収者が還付請求権を放棄していた場合や、被押収者に還付することができない事情がある場合のほか、押収の際の占有が被押収者ではなく他の者にあることが明らかなきとき（例えば、宿泊客の着ていた旅館の浴衣を証拠物件として押収した後、押収の必要がなくなったとき）のように、被押収者に還付すると、かえって押収当時の占有に変動をきたす結果となる場合などが、これに当たると考えられる。次に、本決定は、準抗告裁判所が例外的に「原処分取消し・申立人への還付」の裁判をしないでよい第2の場合として、「捜査機関に更に事実を調査させるなどして新たな処分をさせることが相当である場合」を挙げている。これは、第1の場合のように申

立人以外の者に還付することが相当であるとまでは直ちにいえないものの、還付先に関する最終的結論を出すには更に事実関係の調査・調整が必要である等で、捜査機関にこれらを補充させて新たな処分をさせるのが相当である場合、換言すると、決定に対する抗告において抗告裁判所が差戻しをする場合に相当する処理が適切であるような場合を想定しているものと思われる（上田・上掲375頁参照）。

本決定は、被押収者から還付請求却下処分の取消しと自己への還付を求めて刑訴法430条2項の準抗告が申し立てられた場合において、①申立人以外の者に還付することが相当である場合や、②捜査機関に更に事実を調査させるなどして新たな処分をさせることが相当である場合には、原処分取消し・申立人への還付の裁判をしなくてよい旨判示しているが、更に進んで、準抗告裁判所はいかなる裁判をすべきかについては、格別触れるところはない。

この点に関し、上田・上掲377頁は、「上記②の場合、すなわち、被押収者たる申立人が還付請求却下処分の取消しと自己への還付を求めている場合に、準抗告裁判所が、留置の必要はないが、誰に還付するかは捜査機関において更に調査させた上で新たな処分をさせるべきであると判断した場合には、理由中にその旨を判示した上で、主文において、還付請求却下処分の取消しのみをすることとなろう。すなわち、この場合には、原判断をしたのは捜査機関であるから、主文に現れるのは「原処分取消し」のみであって、差戻しが「更なる裁判」となることはないと考えられる。…次に、上記①の場合、還付請求却下処分に対する審査の過程で、準抗告裁判所が、押収物の留置を続ける必要はないが、申立人ではなく別の者に還付すべきであるとの判断に至った場合には、どのような裁判をすべきであろうか。その前提として、還付請求を受けた捜査機関が上記のような判断に至った場合にすべき処分を考えると、捜査機関としては、当該還付請求を却下した上、別個に適当な者に押収物を還付することになるであろう。そうだとすれば、捜査機関が還付請求を却下した処分に対し準抗

告が申し立てられ、準抗告裁判所が上記のような判断に至った場合には、理由中にその旨の判断を示し、準抗告自体は棄却することになるのではないかと考えられる。」と指摘しており、この見解に賛成である。

なお、法432条により準抗告に準用される426条2項の「更に裁判」の意義について、差戻しを認める見解が有力である。条解刑訴法〔4版〕1112頁は、「ここにいう裁判とは、抗告裁判所が自判することに限るとする考えも強い。確かに抗告審の手続は簡易、迅速に行われなければならないが、移送の裁判は別として、審級の利益を考慮し、原審における審理を必要とするものについては差戻しの裁判を行いうると解することもできよう。」と指摘しており、報告書187頁も、差戻しを認め、その根拠として、426条2項の「更に裁判」に含まれるとしている。

(45) 最決平17. 8. 23刑集59巻6号720頁

少年法20条による検察官送致決定に対する特別抗告の許否

本件は、当時15歳10箇月の高校生であった少年の殺人、激発物破裂保護事件につき、事件を受理した東京家裁は、審判を開いた上、刑事処分が相当であると判断して、少年法23条1項、20条1項により、事件を東京地検の検察官に送致する旨決定したのに対し、少年が最高裁に特別抗告をした事案である。

「少年法20条による検察官送致決定に対しては、特別抗告することはできないと解されるから、本件抗告の申立ては不適法である。」

学説上も、少年法20条による検察官送致決定に対しては不服申立てをすることができないとするのが一般的で、特に異論を見ない。検察官送致決定は、事件処理という観点からは、中間的なものに過ぎず、これによって直ちに少年の実体的権利関係に変動が生ずるわけではなく、刑事手続に移ってから、事実を争うこともできれば、刑事処分の相当性を争って少年法55条による家裁への移送を求めることもできることからして、検察官送致決定の段階で不服申立て

を認める必要がないと考えられる（山口裕之・判例解説平成17年度323頁）。

(46) 最決平18. 12. 19判タ1230号100頁

弁護人作成の押収物の還付に関する処分に対する準抗告申立書に添付された被告人作成の書面が独立の適法な準抗告申立てと認められ、準抗告申立てを不適法とした原決定が取り消された事例

本件事案の概要は、次のとおりである。

被告人は、「検察の押収品還付処分に対する準抗告申立」と題する5枚にわたる書面（本件書面）を作成し、国選弁護人甲に託しており、甲弁護人は、同弁護人作成にかかる1枚の準抗告申立書に、本件書面を別紙として添付した上、本件準抗告を申し立てたが、原決定は、本案被告事件につき第1審判決が言い渡された後、申立人（被告人）が控訴を申し立てたことにより、甲弁護人に対する国選弁護人選任の効力が既に失われている上、同弁護人が控訴審の弁護人に選任された事実もないことが明らかであるとして、本件準抗告の申立てを不適法として棄却した。原審は、上記のような判断に基づき甲弁護人のした本件準抗告を不適法として棄却しただけで、その内容に立ち入った判断をしていない。

「本件書面は、独立した準抗告の申立書としての要件及び実質を備えている上、これを独立の準抗告申立てとみた場合、申立て自体を適法なものとする余地が十分あったことは明らかである。そうすると、原審としては、甲弁護人がした準抗告を不適法とみるならば、少なくとも本件書面を独立の準抗告申立てとみて、これに対する判断を行うかどうかを検討すべきであった。ところが、原審は形式的な処理を行い、本件書面についての検討、判断を欠いたまま本件準抗告を不適法なものとして棄却したものであり、このような処理をした原決定には違法があり、これを取り消さなければ著しく正義に反するというべきである。」

準抗告申立書 X に、独立した準抗告申立書と解する余地のある書面 Y が別紙として添付されている場合、X を不適法と解するのであれば、Y を独立の申立てとして救済できないかの検討を求めるものであるが、X を適法なものと扱うのであれば、常に Y をも独立の申立てとして取り扱うべきことまで要求するものではなく、Y を X の添付資料等と扱って一体として処理することは許容する趣旨と思われる（判タ1230号100頁のコメント参照）。

なお、弁護士選任の効力の終期については、審級代理の原則（法32条2項）との関係で、①当該審級の終局裁判の言渡しまでとする説（終局裁判説）、②上訴期間の満了（終局裁判の確定）又は上訴の申立てによって移審の効力が生じるまでとする説（上訴申立説）、③基本的には②の立場によりながら、上訴の申立てがあった場合には訴訟記録を上訴裁判所に送付した時までとする説（訴訟記録送付説）、④移審の時期の問題と審級代理の原則とを切り離して考え、個別具体的に検討すべきであるとする説（折衷説ないし切り離し説）が主張されているが、最決平4. 12. 14刑集46巻9号675頁は、「弁護士選任の効力は、判決宣告によって失われるものではない。」と判示し、判例が①説を採用しないことが明らかとなったが、②ないし④説のいずれを採用するかは明らかでない。

(47) 最決平21. 9. 29刑集63巻7号919頁、判時2065号161頁

再審請求人により選任された弁護士が再審請求がされた事件の保管記録の閲覧を請求した場合、保管検察官は刑事確定訴訟記録法4条2項5号に当たるとしてその閲覧を不許可にできるか

本件は、検察官がした刑事確定訴訟記録法の閲覧申出の一部不許可処分に関する準抗告を棄却した決定に対して特別抗告が申し立てられた事案である。

「再審請求人により選任された弁護士が、再審請求のための記録確認を目的として、当該再審請求がされた刑事被告事件に係る保管記録の閲覧を請求した場合には、同弁護士は、法4条2項ただし書にいう「閲覧につき正当な理由があると認められる者」に該当するというべきであり、保管検察官は、同項5号

の事由の有無にかかわらず、保管記録を閲覧させなければならない。そうすると、原裁判所は、本件閲覧一部不許可処分を取り消し、本件記録部分を申立人に閲覧させるよう命ずる裁判をすべきであったのであり、原決定には決定に影響を及ぼすべき法令の解釈適用の誤りがある、これを取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる。」

刑事確定訴訟記録法4条2項は、その本文において、政治犯罪などの憲法上絶対的公開が要請されている事件のものである場合を除き、同項1号から6号に該当する場合には、保管検察官は、保管記録を閲覧させないものとする一方、ただし書において、「訴訟関係人又は閲覧につき正当な理由があると認められる者からの閲覧の請求があった場合については、この限りではない。」と規定している。本件の申立人が、本件被告事件の弁護人であったのであれば、「訴訟関係人」に該当することは明らかであったが、再審請求段階になって初めて選任された弁護人であったため、本件の申立人が、ただし書にいう「訴訟関係人」又は「閲覧につき正当な理由があると認められる者」に該当するか否かが問題となった。

本決定は、再審請求人により選任された弁護人が記録確認を目的として再審請求された事件の保管記録の閲覧を請求した場合、同弁護人は「閲覧につき正当な理由があると認められる者」に該当し、検察官は、同弁護人に保管記録を閲覧させなければならないということを明確にするとともに、検察官による閲覧不許可処分が是認できない場合には、検察官に対し同不許可処分に係る部分の閲覧を命じている点でも、実務上価値が高いと思われる（西野吾一・判例解説平成21年度424頁）。

本決定は、本件閲覧一部不許可処分を取り消すにとどまらず、検察官に対し同不許可処分に係る部分の閲覧を命じている。閲覧を命ずるか否かは、確定記録法8条2項により準用されることになる刑訴法426条2項の「抗告が理由のあるときは、決定で原決定を取り消し、必要がある場合には、更に裁判をしな

なければならない。」という規定の解釈問題となろう。この点については、先の押収物の還付請求に関する最決平15. 6. 30刑集57巻6号893頁（前出44）が、「捜査機関に原則として、押収物を申立人に還付するよう命ずる裁判をすべきであるとしている。」と判示しているのが参考となる。

本決定の本文は、以下のとおりである。

「原決定を取り消す。

A に対する公職選挙法違反被告事件に係る刑事確定訴訟記録について、平成21年6月3日名古屋地方検察庁検察官が申立人に対してした閲覧一部不許可処分を取り消す。

名古屋地方検察庁検察官は、申立人に対し、上記記録中、上記不許可処分にかかる部分を閲覧させなければならない。」

(48) 最決平24. 6. 28刑集66巻7号686頁、判時2158号144頁

刑事確定訴訟記録法に基づく判決書の閲覧請求を不許可とした保管検察官の処分が同法4条2項4号及び5号の解釈適用を誤っているとされた事例

本件は、弁護士である申立人が、民事訴訟等の準備を目的として既に確定している刑事被告事件の第1審判決書について、「プライバシー部分を除く」とした上で刑事確定訴訟記録法に基づき閲覧請求をしたところ、保管検察官が閲覧を全部不許可とし、準抗告も棄却されたことから、特別抗告に及んだものである。

刑事確定訴訟記録の仕組みを概観しておくとして、刑事確定訴訟記録の閲覧に関しては、刑訴法53条に一般規定があるが、その詳細は刑事確定訴訟記録法に規定されている。同法は、刑事事件の確定記録は、第1審の裁判をした裁判所に対応する検察庁の検察官が保管するものとし、閲覧請求はこの保管検察官に対して行うことになる。そして、閲覧要件を規定する記録法4条は、まず、1項で、「保管検察官は、請求があったときは、保管記録を閲覧させなければならない。」旨規定し、保管記録の原則公開を規定する「記録公開の原則」が、2

項本文で、政治犯罪など憲法上絶対公開が要請されている事件のものである場合を除き、同項1号ないし6号に定める事由に該当するときには、保管検察官は記録を閲覧させないものとする旨規定して、閲覧制限事由「例外」を定め、さらに、2項ただし書で、訴訟関係人又は閲覧につき正当な理由があると認められる者の場合は、閲覧制限事由があっても閲覧させると規定している「例外の例外」。

なお、保管検察官の閲覧に関する処分不服があるものは、その保管検察官が所属する検察庁の対応する裁判所にその処分の取消し又は変更を請求することができ（同8条1項）、前項の規定による不服申立てに関する手続については、刑事訴訟法430条1項に規定する検察官の処分の取消し又は変更の請求に係る手続の例による（同2項）とされている。

「本件で申立人が閲覧請求をしている刑事確定訴訟記録である第1審判決書は、国家刑罰権の行使に関して裁判所の判断を示した重要な記録として、裁判の公正担保の目的との関係においても一般の閲覧に供する必要性が高いとされている記録であるから、その全部の閲覧を申立人に許可した場合には、Cらとの間の民事裁判において、その内容が明らかにされるおそれがあり、法4条2項4号及び5号の閲覧制限事由に当たる可能性がないではないが、そのような場合であっても、判決書の一般の閲覧に供する必要性の高さに鑑みると、その全部の閲覧を不許可とすべきではない。本件では、申立人が「プライバシー部分を除く」範囲での本件判決書の閲覧請求をしていたのであるから、保管検察官において、申立人に対して釈明を求めてその限定の趣旨を確認した上、閲覧の範囲を検討していたとすれば、法4条2項4号及び5号の閲覧制限事由には当たらない方法を講じつつ、閲覧を許可することができたはずであり、保管検察官において、そのような検討をし、できる限り閲覧を許可することが、法の趣旨に適うものと解される。

以上によれば、本件判決書の閲覧請求について、「プライバシー部分を除く」として請求されていたにもかかわらず、その趣旨を申立人に確認することな

く、閲覧の範囲を検討しないまま、民事裁判においてその内容が明らかにされるおそれがあるというだけの理由で法4条2項4号及び5号の閲覧制限事由に該当するとして本件判決書全部の閲覧を不許可とした保管検察官の処分には、同条項の解釈適用を誤った違法があると言わざるを得ない。そうすると、これをそのまま是認して準抗告を棄却した原決定にも、決定に影響を及ぼすべき法令違反があり、これを取り消さなければ著しく正義に反するものと認められる。本件については、保管検察官において、「プライバシー部分を除く」との趣旨につき申立人に確認した上、法4条2項4号及び5号の閲覧制限事由に当たらない範囲での閲覧について改めて検討すべきである。」

本決定は、閲覧請求の対象とされていた訴訟記録が公開の必要性の高い判決書であることなどに着目して、保管検察官や原決定は安易に閲覧制限事由を認め過ぎてしていると判断し、それらを取り消した事例判断であるが、判決書が一般の閲覧に供する必要性が取り分け高い記録であることを確認した点や、そのような性質を踏まえて保管検察官が判決書の開示の範囲を検討すべき義務を認めた点において、重要な先例といえる（矢野直邦・判例解説平成24年度248頁）。

(49) 最決平27. 10. 27刑集69巻7号787頁、判タ1419号81頁

刑事確定訴訟記録法4条1項ただし書、刑訴法53条1項ただし書にいう「検察庁の事務に支障のあるとき」と関連する他の事件の捜査や公判に不当な影響を及ぼすおそれがある場合

本件は、検察官がした刑事確定訴訟記録の閲覧申出不許可処分に対する準抗告棄却決定に対する特別抗告事件であるが、事案の概要は、次のとおりである。

申立人は、インターネット上で動画サイト等を提供する「FC2」の運営会社であるが、刑事確定訴訟記録法に基づき、被告人Aに対する公然わいせつ等被告事件の確定訴訟記録の閲覧を申し出た。同事件は、「FC2」のユーザーであるAが「FC2」のサービスを利用してわいせつ図画を有料で配信した行

為に関するものであった。申立人は、Aの行為により損害を受けたので、同人に対し、不法行為に基づく損害賠償請求を行うことを検討しており、その不法行為を特定するため本件保管記録を閲覧する必要があると主張したが、本件保管記録の保管者である京都地検の検察官は、「検察庁の事務に支障がある」ことを理由として、閲覧を許可しない処分（原々処分）をした。検察官が本件保管記録の閲覧を許可しなかったのは、申立人の代表者等につきAの共犯として立件するための捜査が進められていたことを考慮したものであった。申立人は、検察官の原々処分を不服として、京都地裁に準抗告を申し立てたが、同地裁は、「刑事確定訴訟記録法4条1項ただし書、刑訴法53条1項ただし書にいう「検察庁の事務に支障があるとき」には、保管記録を請求者に閲覧させることによって、その保管記録に係る事件と関連する他の事件の捜査や公判に不当な影響を及ぼすおそれがある場合が含まれる」との法令解釈を示した上、準抗告を棄却した。申立人は、原決定に対し本件特別抗告を申し立てたものである。

「本件抗告の趣意のうち、刑事確定訴訟記録法（以下「法」という。）4条1項ただし書、刑訴法53条1項ただし書が憲法21条、82条に違反するという点は、憲法の上記各規定が刑事確定訴訟記録の閲覧を権利として要求できることまでを認めたものでないことは、当裁判所の判例（平成元年3月8日大法廷判決・民集43巻2号89頁）の趣旨に徴して明らかであるから（同2年2月16日第三小法廷決定・裁判集刑事254号113頁参照）、所論は理由がなく、その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反の主張であって、法8条2項、刑訴法433条の抗告理由に当たらない。

なお、法4条1項ただし書、刑訴法53条1項ただし書にいう「検察庁の事務に支障のあるとき」には、保管記録を請求者に閲覧させることによって、その保管記録に係る事件と関連する他の事件の捜査や公判に不当な影響を及ぼすおそれがある場合が含まれるとする原決定の解釈は、正当である。」

刑訴法53条1項は、「何人も、被告事件の終結後、訴訟記録を閲覧することができる。但し、訴訟記録の保存又は裁判所若しくは検察庁の事務に支障のあるときは、この限りでない。」と規定し、刑事確定訴訟記録法4条1項ただし書は、刑訴法53条1項ただし書に規定する事由がある場合には、保管記録を閲覧することができない旨を定めている。

被告事件の終結とは、被告事件に対する終局裁判が確定した後をいうが、確定するまでの間の訴訟記録の閲覧等は、当該事件の訴訟関係人を除き、一般人には認められないが、当該事件の犯罪被害者等や同種余罪の被害者等については、犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律により、一定の範囲で訴訟記録を閲覧・謄写することができる。

ここにいう訴訟記録とは、公訴提起後被告事件が確定するまでの間に、裁判所が事件記録として編綴した訴訟に関する書類一切をいう。起訴状、裁判書、当事者の各種申立書、公判調書、証拠書類、送達報告書、身柄関係書類などが一般であろう。しかし、捜査段階で作成された書類であっても、検察官が公判廷に顕出しなかったり裁判所に提出しなかった書類は、本条にいう訴訟記録には含まれない（条解刑訴法〔4版〕128頁）。

ただし書の「検察庁の事務に支障があるとき」については、裁判の執行、証拠品の処分等の検察庁の事務を遂行する上で支障が生ずる場合がこれに当たるとしても、訴訟記録を閲覧させることが関連事件の捜査・公判に不当な影響を及ぼす場合も含まれるかについては議論があった。

上記の場合も含まれるとする裁判例として、名古屋地決平2. 6. 30判時1452号19頁、京都地決平2. 11. 16判時1452号19頁、浦和地決平4. 5. 14判時1452号19頁、東京地決平4. 10. 26判時1452号19頁があり、下級審（準抗告審）の裁判例は肯定説で安定している。実務上は、肯定説を前提に、「関連事件の捜査・公判に不当な影響」を及ぼすかどうかという当てはめの問題が争われるケースが多いといわれている。この点につき、刑事確定訴訟記録法の立案担当者の解説（押切謙徳外・注釈刑事確定訴訟記録法133頁）を始め、通説は肯定説を採って

いる（大コンメンタール刑訴法 8 卷39頁〔古田佑紀〕、大コンメンタール刑訴法〔2版〕603頁〔中山善房〕、注釈刑訴法〔3版〕1 卷611頁〔香城敏磨＝井上弘通〕参照）。

本決定は、上記の立案担当者の解説を始めとする通説的見解及び下級審の安定した裁判例と同じ結論を採ったものである。