

論 説

違法逮捕後の再逮捕の可否

—— 先行逮捕の違法性の解消について

小 浦 美 保

- 1 はじめに
- 2 再逮捕をめぐる議論
- 3 違法逮捕後の再逮捕の許容性と限界
- 4 おわりに

1 はじめに

逮捕に違法があった場合、これに続けて被疑者を勾留することは許されない。もっとも逮捕に違法があった場合に、常に被疑者勾留が許されないのではなく、裁判実務においては、逮捕の違法に一定の重大性が認められる場合にのみ、被疑者勾留が認められない（あるいは一度勾留が許されても取り消される）との運用がなされている。このような実務の運用は、通例化したものといわれている⁽¹⁾。

逮捕と被疑者勾留を規律するものとして、被疑者勾留は「前3条の規定による勾留の請求」を受けた裁判官により行われるとの規定（刑事訴訟法207条1項）から導かれる逮捕前置主義がある。この逮捕前置主義をいかに理解す

(1) 山口裕之「先行する手続の違法と勾留の可否」別判タ34号（令状に関する理論と実務Ⅰ）（2012年）124頁、丹羽敏彦「先行する手続の違法と勾留の可否」田中康郎監修『令状実務詳解』（立花書房、2020年）328頁等。

るかにより、違法な逮捕と被疑者勾留の関係をどう説明するかが異なってくる。

かつては、逮捕前置主義のもと、被疑者勾留には必ず適法な逮捕が先行していなければならないとする見解も有力に主張されていた⁽²⁾。他方で近年では、逮捕前置主義の意義は、短期の逮捕・長期の被疑者勾留という二段階の構造にあるとされ、被疑者勾留に先行する逮捕が適法でなければならないという前提はないことを基礎として、違法逮捕に対する不服申立ての代替手段として勾留審査において被疑者勾留が却下されるとする見解や⁽³⁾、違法逮捕の抑止の観点から被疑者勾留を政策的に却下すべきとの見解⁽⁴⁾等がみられる。これに対して、逮捕前置主義の意義を身体拘束に対する二重の審査に見出せば、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と考えることになる。勾留審査においては、実体的要件の確認にとどまらず更なる身体拘束の継続の可否が、先行する逮捕の適法性をも含めて検討されることになる⁽⁵⁾。このように、学説上は、さまざまな見解が示されてきたものの、今もなお明確な結論は得られていないように思われる。もっとも、逮捕に（程度の差はあれど）違法があるとき、被疑者勾留が許されない場合があるという点では一致がみられ、違法逮捕後の身体拘束は慎重になされるべきであるというのが一貫した態度だと思われる。

違法逮捕後の身体拘束の問題が生じるのは、違法逮捕後の被疑者勾留の場

(2) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣，1958年）100頁，浦辺衛『刑事実務上の諸問題』（一粒社，1961年）172頁等。

(3) 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き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，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〕121頁以下等。

(4) 松尾浩也『刑事訴訟法・上〔新版〕』（弘文堂，1999年）98-99頁，長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』（有斐閣，2005年）77頁〔佐藤隆之執筆〕，酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣，2020年）75頁，古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第3版〕』（有斐閣，2021年）77頁，川出敏裕『判例講座刑事訴訟〔捜査・証拠篇〕〔第2版〕』（立花書房，2021年）86頁等。

(5) 拙稿「逮捕の違法と被疑者勾留の可否―逮捕前置主義についての試論」岡山大学法学会雑誌70巻3＝4号（2021年）319頁。

面に留まらない。逮捕に違法があった場合、被疑者をいったん釈放して同一の被疑事実で再度逮捕することができるかという点も問題になる。実務上は、違法逮捕の結果これに続く被疑者勾留が許可されなかったとしても、いったん釈放し、再度逮捕したうえであれば勾留が許される場合がある（同様に、逮捕の違法に捜査機関が気づき、自ら釈放して再度逮捕した場合にも、再逮捕後の勾留が許される場合がある。）。

そもそも、刑事訴訟法が身体拘束に厳格な時間制限を設けていることに鑑みれば、再逮捕は原則として許されないが、再逮捕を必要とするだけの十分な理由があれば例外が認められるとする立場が有力である。もっとも、違法逮捕後の再逮捕を許そうという場合には、先行する手続に違法がある点をどのように解決するかという問題が生じるように思われる。また、「違法逮捕後の被疑者勾留を許さない」とこと、「違法逮捕後、いったん釈放し再度逮捕すれば被疑者勾留が許される」とこととの違いは、手続的な観点からみれば、釈放の点にあると思われる。釈放が介在すれば、もともとは許されなかった被疑者勾留が許容に転じるのである。ここでは釈放にどのような意味が与えられているのか。慎重になされるべきであるはずの違法逮捕後の身体拘束が許容されるというのであれば、そこには十分な理由がなければならないはずではないか。

本稿は、違法逮捕後の再逮捕⁽⁶⁾の許容性とその限界について検討するものである。

(6) 本稿は、違法な逮捕に引き続く身体拘束を問題にしようとするものであり、直接的な検討課題は「再逮捕」である。ただし、裁判例等において表れるのは勾留または勾留却下に対する準抗告の場面がほとんどであり、「再勾留」に言及する裁判例や学説にも触れつつ検討することにする。再勾留が許されるかどうかという論点自体も重要であるが、本稿の関心からはやや外れるため、別稿に譲りたい。注26も参照。

2 再逮捕をめぐる議論

(1) 適法な逮捕と再逮捕

ア 再逮捕の禁止とその例外

違法逮捕後の再逮捕について検討するにあたり、まずは適法逮捕後の再逮捕の許容性について整理しておく。

被疑者の身体拘束に対しては、身体の自由の保障の観点から、刑事訴訟法203条以下において厳格な時間制限が設けられている。逮捕を繰り返すことはこの法の趣旨に反することになるから、再逮捕は原則として許されない。このことは、多くの裁判例において支持されている。たとえば、「同一被疑事件について先に逮捕勾留され、その勾留期間満了により釈放された被疑者を単なる事情変更を理由として再び逮捕・勾留することは、刑訴法が203条以下において、逮捕勾留の期間について厳重な制約を設けた趣旨を無視することになり被疑者の人権保障の見地から許されないものといわざるをえない」⁽⁷⁾、「再度本件被疑事実について逮捕、勾留をくりかえすことは、いわゆる逮捕、勾留のむしかえしであって、起訴前の逮捕、勾留につき厳格な時間制限を設けた法の趣旨に反する違法なものというべき」⁽⁸⁾などと表現されてきた。

もっとも、裁判例においては、「[刑事訴訟法——引用者注]199条3項は再度の逮捕が許される場合のあることを前提にしていることが明らかであり」⁽⁹⁾、また、「同一の被疑事実につき、先に逮捕勾留され、その勾留期間満了により釈放された被疑者を、その後の単なる事情の変更を理由として再逮捕、再勾留することが刑訴法の被疑者の身柄拘束に関する厳格な制約に照らして好ましくないことはいうまでもないが、他方で再逮捕、再勾留がおよそ

(7) 東京地裁昭和47年4月4日決定(刑裁月報4巻4号891頁)(勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。)

(8) 福岡地裁昭和44年9月29日決定(刑裁月報1巻9号981頁)(勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。別件の窃盗事件でなされた先行逮捕・勾留の際に、本件被疑事実について取調べをしていたことに鑑み、本件での逮捕・勾留を同一被疑事実に対する再度の逮捕・勾留と評価したもの。)

(9) 東京地裁昭和47年4月4日決定・前掲注7。

許されないものと解することもできない」⁽¹⁰⁾として、再逮捕禁止の原則に対して例外を許容するものがみられる。このように、裁判実務においては、再逮捕の禁止は、一切の例外を許さないわけではないとする立場が有力である⁽¹¹⁾。

学説もまた、刑事訴訟法における身体拘束の厳格な時間制限を根拠として、再逮捕の禁止を唱える一方で、例外を認めるものが多数である⁽¹²⁾。

(10) 東京地裁昭和47年5月23日決定（刑裁月報4巻5号1088頁）（被疑事実のうち一件について、原審が勾留状を発しなかったことに対する準抗告・棄却。）。広島高裁平成元年2月16日判決（高裁速報平成元年号209頁）も参照。

(11) 再逮捕（再勾留を含む）が問題となった裁判例等について、以下参照。

先行逮捕（・勾留）とそれに続く逮捕（・勾留）の被疑事実が同一かどうか（あるいは実質的に同一かどうか）が問題となったものとして、札幌地裁昭和38年5月10日決定（下刑集5巻5＝6号618頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）、岐阜地裁昭和43年6月3日決定（判時525号90頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）、千葉地裁昭和47年7月8日決定（刑月4巻7号1419頁）（勾留の裁判に対する準抗告・棄却。）、千葉地裁昭和47年7月8日決定（刑月4巻7号1422頁）（勾留の裁判に対する準抗告・棄却。）、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。）、神戸地裁昭和49年12月4日決定（判時769号114頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し、勾留請求却下。）、大阪地裁平成21年6月11日決定（判タ1321号283頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）、京都地裁平成27年5月21日決定（LEX/DB 文献番号25541881）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し、勾留請求却下。）、京都地裁平成27年11月20日決定（LEX/DB 文献番号25541880）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し、勾留請求却下。）等。

先行逮捕（・勾留）中に、本件被疑事実についての捜査を尽くせたかどうかが問題となったものとして、東京地裁昭和33年2月22日決定（一審刑集1巻2号331頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）、前掲札幌地裁昭和38年5月10日決定、福岡地裁昭和44年6月10日決定（刑裁月報第1巻6号714頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・棄却。）、福岡地裁昭和44年9月29日決定・前掲注8、東京地裁昭和48年4月19日決定（刑裁月報5巻4号867頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）、福岡地裁昭和49年2月2日決定（刑月6巻2号173頁）（勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。）、高松地裁昭和58年3月29日決定（判時1092号161頁）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し、勾留請求却下。）、名古屋地裁平成27年6月13日決定（LEX/DB 文献番号25547523）（勾留の裁判に対する準抗告・棄却。）、大阪地裁平成30年10月15日決定（LEX/DB 文献番号25563268）（勾留の裁判に対する準抗告・取消し、勾留請求却下。なお、本件の特別抗告審として、最高裁平成30年10月31日第二小法廷決定（集刑324号1頁）（勾留の裁判に対する準抗告の裁判に対する特別抗告・棄却。）、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。）等。

(12) 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996年）94頁、三井誠『刑事手続法（1）（新版）』（有斐閣、1997年）32頁、松尾・前掲注4、112頁、大澤裕「被疑者の身体拘束——逮捕・勾留に伴う諸問題（3）」法学教室453号（2018年）111頁、酒巻・前掲注4、78頁、川

イ 再逮捕を許容する根拠と例外的場面

上記の裁判例においても挙げられている通り、例外を許容する法的な根拠は、刑事訴訟法199条3項が再度の逮捕状発付を予想している点に求められる（同条同項を受けた刑事訴訟規則142条1項8号も挙げられることがある。）⁽¹³⁾。199条3項の趣旨は、令状裁判官に対し、同事実について既に逮捕状が発付されたことがあるという事実を知らしめることで、審査に慎重を期し、身体拘束の不当な反復を防ぐことにあるとされている⁽¹⁴⁾。この規定が、再逮捕を直接的に許容しているとまではいえないが、同一の犯罪事実につき再度の逮捕状請求・発付ができるにとどまらず、これを執行できることを前提とする規定であると解釈される⁽¹⁵⁾。

また、身体拘束の繰り返しや分割が行われることによって厳格な時間制限が破られるのだから、そのような「不当」な繰り返しを防止するために再逮捕（・再勾留）は原則として禁止されるが、「不当」といえない繰り返しであれば許容されるべきとも説明される⁽¹⁶⁾。

では、再逮捕禁止の例外とはどのような場面を指すか。

まず、再逮捕禁止の例外の一場面は、先行逮捕中に被疑者が逃亡した場合である。再度の逮捕が求められる理由が被疑者の逃亡にある場合には、再逮捕が被疑者に不利益を与えることはないと理解され、この場面で再逮捕が許

出・前掲注4、90頁以下等。白取祐司『刑事訴訟法〔第10版〕』（日本評論社、2021年）は、「最初の逮捕から期間が経過した後の、『新証拠』の発見を理由とする安易な逮捕のむし返しは、認めるべきではない。」（191頁）とする。

(13) 前掲注12の他、小林充「逮捕手続の違法を理由として勾留請求を却下した場合において同一事実について被疑者を再逮捕することの可否」新関雅夫ほか『増補令状基本問題・上』（判例時報社、1996年）208頁、小田健司「被疑者に対し同じ犯罪事実についての再勾留が許されるのはいかなる場合か」新関雅夫ほか『増補令状基本問題・上』（判例時報社、1996年）270頁、深見翼「同一事実についての再逮捕」別判タ34号（令状に関する理論と実務Ⅰ）（2012年）43頁等。

(14) 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）〔久木元伸執筆〕83頁等。同旨として、東京地裁昭和33年2月22日決定・前掲注11、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。）等。

(15) 古江・前掲注4、78頁、大澤・前掲注12、111-112頁等。

(16) 榊原敬「同一事件における再逮捕」田中康郎監修『令状実務詳解』（立花書房、2020年）136頁。

されることについてはほとんど争いがない⁽¹⁷⁾。

次に、捜査機関が留置や勾留の必要性がないとして被疑者を釈放した場合（勾留請求が却下された場合を含む。）についても、再逮捕が許容される場合があるとされる。このような場面での再逮捕を積極的に根拠づけるのは、捜査の流動性に鑑みれば、再度の身体拘束が必要となる事態が予想され、再逮捕を全く許さないのは实际的ではないといった事実上の必要性⁽¹⁸⁾である。また、刑事訴訟法203条以下では留置の必要がなくなれば直ちに釈放すべきだと規定されているのだから、これを徹底させるためには、むしろ後に嫌疑が復活するなどの事情の変更があった場合には再逮捕できる余地を残しておいた方がよいと説明されることもある⁽¹⁹⁾。

では、どのようなときに、留置や勾留の必要性がないとしていったん釈放した場合の再逮捕は許容されるか。

先に述べた再逮捕が許容される根拠からすると、まず、①釈放後の事情の変更により、再逮捕が積極的に必要とされるだけの理由が生じたことが要件となるだろう。そして、②再逮捕禁止の原則に鑑みれば、身体拘束により被疑者が被る不利益との衡量が図られるべきであろう。さらに、③刑事訴訟法199条3項等の趣旨からすれば、不当な蒸し返しとにならないことが要件となるだろう。裁判例においては、「その要件は厳格に解されなくてはならぬのであって、何よりも身柄拘束の不当なむし返しであってはならず、また単なる事情の変更に止らず、当該被疑事実について被疑者の身柄を拘束しなければ捜査上著しい支障を来す上、他に適切な手段がない場合であることを要す

(17) もっとも、逮捕状の効力を、被疑者の身柄を確保し一定の場所へ引致することとみるのであれば、逮捕状による身柄の確保後、引致までの間に被疑者が逃亡した場合にはそもそも当初の逮捕の効力が続いていると思われる。このように考えるのであれば、「再逮捕」が問題になるのは、被疑者を引致した後に被疑者が逃亡した場合に限られる。木谷明「引致途中あるいは勾留中の被疑者が逃亡した場合の措置」新関雅夫ほか『増補令状基本問題・上』（判例時報社、1996年）190頁以下、田宮・前掲注12、95頁等参照。

(18) 小田・前掲注13、270頁、江見健一「同一被疑事実について再勾留することの可否」別判タ34号（令状に関する理論と実務Ⅰ）（2012年）151頁、大澤・前掲注12、111頁等。

(19) 石井一正「違法逮捕と勾留」法律時報38巻4号（1966年）94頁、酒巻・前掲注4、78頁等。反対、田宮裕他編『刑事訴訟法Ⅰ』（有斐閣、1975年）290頁〔田宮裕執筆〕。

る」⁽²⁰⁾などと表現されている。その判断にあたっては、先行する身体拘束期間の長短（とりわけ再勾留の場合）、その期間中の捜査経過、身柄釈放後の事情変更の内容、事案の軽重、検察官の意図その他の諸般の事情を考慮すべきとされる⁽²¹⁾。

上記の①～③の要件の関係についてはさまざまに論じられているところではあるが⁽²²⁾、事情の変更を伴う再逮捕のやむを得ない必要性と、厳格な時間制限等に鑑みてなお許容される正当性（蒸し返しにあたらないこと）⁽²³⁾を要件とするものと整理することができよう。

もっとも、いかに抑制的に再逮捕を許容したところで、厳格な時間制限が守られないのだとしたら、そもそも据えられた再逮捕禁止の原則の存在意義自体が疑わしいものになってしまう。この原則をより重視する立場からは、時間制限を超える再逮捕は許容されないと主張される⁽²⁴⁾。

なお、うえで挙げた考慮要素のうち、先行する身体拘束期間の長短については、とりわけ20日間の勾留を満了して釈放された場合に再勾留が許容されるかという文脈で議論がなされてきた。裁判例には、被疑者勾留が20日間に及んだ場合、再勾留の例外的場合をより一層限定的に解すべきではあるが、被疑者勾留の期間が20日間であったことについては再勾留の「期間の延長、勾留の取消等の判断において重視されるにとどまるものとするのが相当」⁽²⁵⁾

⁽²⁰⁾ 東京地裁昭和47年5月23日決定・前掲注10。

⁽²¹⁾ 東京地裁昭和47年4月4日決定・前掲注7。

⁽²²⁾ たとえば、川出・前掲注4は、再勾留の要件を、「第1に、事情変更があったことにより、再勾留を認めたとしても、それが、単なる勾留の繰り返し、つまり、その蒸し返しとはいえないことが必要である。…第2に、再勾留の必要性の程度と、被疑者が被る不利益の程度とを比較衡量して、再勾留を認めることが相当であることが要求される」(93頁)と整理する。大澤裕・佐々木正輝「再逮捕・再勾留」法学教室332号（2008年）88頁以下〔大澤発言および佐々木発言〕、古江・前掲注4、79頁以下等も参照。

⁽²³⁾ 渡辺恵一「同一被疑事実による再度の逮捕・勾留の可否」研修497号（1989年）55頁、大澤・佐々木・前掲注22、87頁〔佐々木発言〕。

⁽²⁴⁾ 庭山英雄・岡部泰昌編『刑事訴訟法〔第3版〕』（青林書院、2006年）〔水谷規男執筆〕は、「再逮捕は、許容されるとしても、初回の逮捕が法定の期間内に解かれた場合において、その残余期間に限定されるべきであるし、再勾留は一切認められるべきでない」(47頁)とする。

⁽²⁵⁾ 東京地裁昭和47年4月4日決定・前掲注7。

としたものがある。学説においては、そもそも再勾留は許されないとするもの⁽²⁶⁾の他、この裁判例と同じ立場をとると思われるもの⁽²⁷⁾、勾留期間満了後については原則として再勾留は許されず、限定的な場面においてのみ再勾留を許容するとするもの⁽²⁸⁾がある。

また、先行逮捕後の被疑者勾留の際には勾留期間がなお満期に達しておらず、しかし先行逮捕の時点で逮捕の留置期間は使い果たしてしまったという場合に、再逮捕が許されるかという問題もある。時間制限の観点からは再勾留は許容できても、再勾留を行うためには逮捕が前置する必要があるからである。逮捕・勾留はそれぞれについて身体拘束期間の制限があり、再逮捕禁止の原則を身体拘束の時間制限の観点からより厳格に貫こうとするのであれば、逮捕期間満了後の再逮捕についても、再勾留と同じ議論が妥当するといえよう。

(2) 違法な逮捕と再逮捕

ア 再逮捕禁止の原則の射程

以上のように、適法な逮捕の後に行われる再逮捕は、一定の限度で許容されるとする立場が多数である。その限度について議論の余地はあるものの、事情の変更を伴う再逮捕の必要性や、厳格な時間制限に鑑みてもなお再逮捕を許容できるだけの正当性が要件と考えられ、適法な逮捕の後であったとしても、こういった要件のもとでなければ再逮捕は許容されない。

違法な逮捕後の再逮捕の場面においても、再逮捕禁止の原則は妥当するだ

⁽²⁶⁾ 再度の被疑者勾留については、そもそも許されないとするもの（白取・前掲注12, 192頁、福島至『基本講義刑事訴訟法』（新世社, 2020年）64頁等。）の他、先行被疑者勾留が身体拘束期間の満了により終了した場合の再勾留には、より厳格な審査がなされるべきとの見解がある（光藤景皎『刑事訴訟法(1)』（成文堂, 2007年）82頁等。）。

⁽²⁷⁾ 松尾・前掲注4, 113頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』217頁（青林書院, 2012年）〔渡辺咲子執筆〕等。

⁽²⁸⁾ 田宮・前掲注12, 94頁、小田・前掲注13, 273頁、三井・前掲注12, 32頁、光藤・前掲注26, 83頁、江見・前掲注18, 152頁、野原俊郎「同一の被疑事実について再勾留することの可否」田中康郎監修『令状実務詳解』（立花書房, 2020年）393頁等。

ろうか。上記の通り、再逮捕が禁止されるのは、法が身体拘束期間に厳格な制限を設けて身体の自由を保障しようとしているからである。もっとも、裁判例等においては、身体拘束期間を逸脱する再逮捕をも許容する立場が見られ、ここでは、身体拘束期間の逸脱の有無は、再逮捕が例外的に許容されるかどうかを判断する要素の一つとされるにすぎない。他方で、再逮捕（・再勾留）が許容され、それが満期まで継続されれば結果的に身体拘束期間の逸脱につながる危険があることや、身体拘束期間を結果的には逸脱しないとしても、逮捕（・勾留）を繰り返すことそのものが、手続上は身体の自由を複数回侵害したとみられること等⁽²⁹⁾からすると、身体拘束期間の逸脱が問題にならないような場面においても、再逮捕禁止の原則を適用させて問題が処理されているものと思われる。これらのことからすると、身体拘束期間の逸脱は、再逮捕禁止の原則の適用の原因となる事由ではなく、再逮捕の禁止は、現に複数回の逮捕を同一の被疑事実について行ったことを以て妥当すると考えられる。したがって、違法逮捕後の再逮捕は、その性質からして身体拘束期間の満了前に試みられることが多いと思われるが⁽³⁰⁾、この場合にも再逮捕の禁止が妥当しないと考える理由はない。

そして、このように考えるとすれば、違法逮捕後の再逮捕を許すためには、まずは再逮捕の禁止の例外にあたる場面であることが確認される必要がある（もっとも、後で述べるように、適法逮捕後の再逮捕の場面の例外要件とは区別される。）。そして、これに加え、先行する逮捕に違法がある点についても何らかの形で解決される必要があると思われる。司法審査において、裁判官が先行逮捕の違法を知りつつも、これを看過して身体拘束を継続することが許されるかという根本的な問題があるからである。

(29) 酒巻・前掲注4は、身体拘束期間の厳格な規律を踏まえつつ、「同一の被疑事実について、特段の理由もないのに、身体拘束処分を繰り返すことが原則として許されないのは当然である」とする（78頁）。

(30) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版増補版〕』（弘文堂、2016年）393頁も参照。

イ 再逮捕が許容される要件——従来の議論

では、違法逮捕後の再逮捕については、これまでどのように論じられてきただろうか。

まず、違法逮捕後の再逮捕は、例外なく一切許容されないとする考え方がある。身体拘束処分のはじめに捜査機関側の違法行為があれば、国家は以降の強制処分権を失い、また再逮捕を認めるとすれば、被疑者としては自己に非がないのに通常よりも長い拘束を受けるという不利益を被ることとなり不合理だとして再逮捕を許容しないもの⁽³¹⁾、新事情の発生がなく、さらに捜査機関の違法が加わる場面においては再逮捕の合理性がなく、再逮捕を禁じなければ、實際上逮捕が不当に繰り返される危険があるとして、再逮捕に否定的な立場をとるもの⁽³²⁾、勾留請求が却下された結果再逮捕をする場面について、勾留請求が却下されても再逮捕すればよいという風潮が捜査機関に生じることを危惧するもの⁽³³⁾等がある。

これに対して、一定の限度で再逮捕を許容しようとする立場⁽³⁴⁾が、実務家を中心に有力であるように思われる。そして、後で述べるように（3(1)参照。）、その理由付けは、再逮捕の必要性や違法逮捕の抑止等の複数の観点から説明され、一様ではない。

もっとも、その結果導かれる再逮捕の許容要件については、大きな差異はないように思われる。まず、先行逮捕の違法の程度との関係で、当初の逮捕

(31) 石井・前掲注19, 96頁, 石松竹雄「再逮捕・勾留をめぐる」法律時報39巻1号(1967年)85頁。

(32) 三井・前掲注12, 32頁。

(33) 光藤・前掲注26, 83頁。もっとも、違法が軽微な場合について例外を認める余地はあるとする。

(34) 最高裁判所事務総局刑事局監修『逮捕・勾留に関する解釈と運用』（司法協会, 1995年）210頁, 小林・前掲注13, 208頁, 田宮・前掲注12, 95頁, 村瀬均「逮捕の可否」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法〔I〕捜査』（青林書院, 1998年）136頁, 松尾・前掲注4, 114頁, 長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』（有斐閣, 2005年）88頁〔田中開執筆〕, 光藤・前掲注26, 83頁, 大澤・佐々木・前掲注22, 96頁〔佐々木発言〕, 田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』（弘文堂, 2017年）83頁, 大澤・前掲注12, 115頁, 川出・前掲注4, 96頁等。

手続に著しい違法がないことを要件とするものがある⁽³⁵⁾。また、裁判例においては、違法の重大性の他、先行逮捕の始期から勾留請求までの時間経過に言及するもの、身体拘束の理由や必要性に言及するものがある⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾。

逮捕手続の違法が高度でないことを要求するのは、捜査上の利益や逮捕をして捜査する必要性と違法逮捕により生じる被疑者の不利益やその他の事項との衡量の結果と考えられ、先行逮捕の始期から勾留請求までの時間経過は逮捕の違法の重大性を量る役割を果たしているだろう。したがって、従来の見解が示す要件を総合すれば、「当該事案の重大性や逃亡・罪証隠滅のおそれの程度等に照らし、被疑者の受ける不利益を斟酌してもなお再逮捕すべき必要性が高い場合において、当初の逮捕手続の違法の性質・程度を判断し、その違法が比較的軽いということができ、かつ、捜査官の意図等を見ても不当な蒸し返しでないといえるとき」⁽³⁸⁾と整理できるものと思われる。

⁽³⁵⁾ 小林・前掲注13, 209頁。渡辺咲子・前掲注27は、再逮捕を許さない違法の程度について、「爾後の身体拘束を断念させる…ほどの重大なものでなければならない。とすれば、捜査機関による逮捕行為が犯罪を構成するような例外的な場合に限られるというほかはない」(219頁)として違法逮捕後の再逮捕を広く許容する立場をとる。

⁽³⁶⁾ 京都地裁昭和44年7月8日命令(刑月1巻7号782頁)(通常逮捕状請求却下。)は、先行逮捕が「任意出頭」に名を借りた実質的な逮捕であるとして、違法を明確化する観点から逮捕状を発付しなかった。その一方で、さらなる逮捕が許容される可能性があることを示唆している。京都地裁昭和44年11月5日決定掲載の裁判(判時629号103頁)(11月5日決定は勾留請求却下の裁判に対する準抗告、棄却。これに添付された「別紙」参照。)は、緊急逮捕すべきところを現行犯逮捕したこと、先行逮捕の開始時点から72時間以内に勾留請求されたこと、逮捕が実体的要件を満たすこと、逃亡のおそれが大いであることを指摘した。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。)は、先行逮捕の釈放手続に問題があり、その結果再逮捕の瑕疵が重大であるとして、再逮捕に基づく勾留請求を却下した。他方、東京地裁昭和39年4月15日決定(刑事裁判資料236号400頁)(勾留請求却下の裁判に対する準抗告・取消し。)は、先行逮捕の始期から勾留請求まで72時間を経過しているが、再逮捕から勾留請求までが24時間であるとして勾留請求を容認した。

⁽³⁷⁾ 酒巻・前掲注4, 78頁は、釈放時点で逮捕の要件があり、かつ最初の身体拘束時点からの時間制限内に勾留請求されることが見込まれることに加え、先行逮捕の違法の重大性が極めて重大ではないことを要件とする。

⁽³⁸⁾ 村瀬・前掲注34, 136頁。

3 違法逮捕後の再逮捕の許容性と限界

(1) 違法逮捕後の再逮捕が許容される根拠

違法逮捕後の再逮捕は、上記のような場面において許容できると主張されてきた。その根拠は何か。

ア 再逮捕の必要性

違法逮捕後の再逮捕を許容する立場においてまず説かれるのは、真実解明の観点からの身体拘束処分の必要性である。逮捕の違法を理由に以降のあらゆる身体拘束を許容しないとするのは真実解明の観点から適当でないといわれている⁽³⁹⁾。裁判例においても、「一旦被疑者を逮捕したが、それが違法であったとして釈放した後は、爾後任意捜査によるほかその取調ができないとすることは、犯罪捜査上重大な支障をきたし、犯罪が国家の治安に及ぼす影響等を考えると、必ずしも公共の福祉を達する所以ではない」⁽⁴⁰⁾、「捜査官においてひとたび逮捕手続についての違法を犯したならば、爾後一切再逮捕ならびにこれに続く勾留が許されず、強制捜査の途が完全にとぎされてしまうというのでは、被疑者についての勾留制度が認められている実質的理由があまりにも軽ろんぜられる結果になる場合もある」⁽⁴¹⁾、「逮捕状の請求は却下されたがなお逮捕の理由と必要性の存する場合、一旦釈放した被疑者が逃亡するなどの事情変更が生じなければ通常逮捕状の請求が許されないとすれば、犯罪捜査上重大な支障を来たす」⁽⁴²⁾などとして、再逮捕の必要性が強調されている。

⁽³⁹⁾ 小林・前掲注13、209頁、村瀬・前掲注34、136頁、久木・前掲注14、84頁、榊原敬「前の逮捕・勾留手続に違法があり被疑者を釈放した場合の再逮捕・再勾留」田中康郎監修『令状実務詳解』（立花書房、2020年）141頁等。

⁽⁴⁰⁾ 東京地裁昭和39年4月15日決定・前掲注36。

⁽⁴¹⁾ 京都地裁昭和44年11月5日決定掲載の裁判・前掲注36。

⁽⁴²⁾ 浦和地裁昭和48年4月21日決定・前掲注36。

イ 違法逮捕後の勾留の場面との対比

先行逮捕が違法であることを理由として、勾留請求が却下される場合があるのに対し、そのような場合であっても再逮捕が許容され、これに続く勾留も許される場面が想定される。このようなとき、仮に再逮捕を許さないのであれば、身体拘束の継続の必要性の観点からは、むしろ先行逮捕後の勾留をはじめから容認しておくべきとの判断に陥りかねない。違法逮捕後の再逮捕を許容する余地を認めておくべきなのは、このような事態を回避するためであるとの見解がある⁽⁴³⁾。

ウ 違法逮捕の抑止

違法逮捕後の再逮捕の問題は、違法逮捕後の被疑者勾留の問題と同様に違法逮捕の抑止の観点から検討すべきとする見解がある。すなわち、逮捕の違法により勾留が許容されない理由として違法逮捕の抑止が挙げられるのであれば、違法逮捕後の再逮捕も同じ発想で検討されるべきであり、将来の違法逮捕抑止の必要性和再逮捕の必要性和を比較衡量して決されるべきとする⁽⁴⁴⁾。

エ 釈放による違法の解消

とりわけ、捜査機関が自ら逮捕の違法を認識し、釈放して再逮捕に及ぶ場合について、この釈放の手続（手続のやり直し）を、身体拘束手続の適法性を維持するために不可欠なものとする見解もある⁽⁴⁵⁾。釈放によって違法な逮捕がいったん終結するという事実状態に意義を見出し、被疑者の釈放により、

(43) 河村澄夫・古川實編『刑事実務ノート・第3巻』（判例タイムズ社、1971年）147頁〔黒田直行執筆〕。

(44) 志田健太郎「前の逮捕・勾留手続に違法があつて被疑者を釈放した場合の再逮捕、再勾留」別判タ34号（令状に関する理論と実務Ⅰ）（2012年）45頁、古江・前掲注4、83頁、川出・前掲注4、96頁。田宮・前掲注12は、逮捕の違法の程度により場面を二つに分け、形式的瑕疵に留まる場面では適法逮捕後の再逮捕の場面と同様に扱い、被疑者の基本的権利の侵害にわたる場面では、「デュー・プロセス違反と将来の抑止の必要とから、以降の手続きの進行を禁止するという意味で、再逮捕を禁ずべきこととなる」（95頁）とする。

(45) 渡辺恵一・前掲注23、55頁、渡辺咲子・前掲注27、218頁等。

先行する逮捕の違法が解消されたとみれば、一定の要件のもとで再逮捕が許されるとする⁽⁴⁶⁾。

(2) 違法逮捕後の再逮捕の許容性に対する疑問

違法逮捕後の再逮捕については、概ね上記(1)のア～エで掲げた根拠（これらのうちのいずれか、あるいはいくつかを複合したもの）のもと、許容されると論じられてきた。これらの根拠がどのような意味を持つのか、改めて検討してみたい。

ア 再逮捕の必要性

適法逮捕後の再逮捕の場面においては、釈放後の事情の変更により、再逮捕が積極的に必要とされるだけの理由が生じたことが要件と考えられる。適法逮捕後の再逮捕と違法逮捕後の再逮捕とで、問題となる場面にどのような違いがあるだろうか。

まず、適法逮捕後の再逮捕の典型的な場面⁽⁴⁷⁾というのは、留置の必要が乏しく逮捕限りで釈放したか、逮捕の後に被疑者勾留に至ったものの、勾留の理由や必要性に乏しく、あるいは公訴提起できるだけの材料が揃わなかったことによって釈放することとなった場合の、その後の逮捕である。逮捕留置の必要性や被疑者勾留の理由・必要性といった身体拘束を支える実体的理由の欠如、あるいは公訴提起の断念によって、先行する身体拘束は終結したことになる。それにもかかわらず、その後の事情の変化によって、再度被疑者の身体拘束が必要とされる場面において、再逮捕が問題となるのである。

他方で、違法逮捕後の再逮捕の場面では、上記のような事情の変化は前提とならない。身体拘束を継続するだけの理由と必要性は残存しているにもかかわらず、逮捕に違法があることによって勾留請求が却下され、あるいは捜

⁽⁴⁶⁾ 酒巻・前掲注4、78頁等。

⁽⁴⁷⁾ このほか、被疑事実をあえて分割する逮捕（・勾留）の問題や、逮捕（・勾留）の単位となる事実がどの範囲に及ぶかといった問題等がある。

査機関が逮捕の違法に気づき自ら被疑者を釈放した後に、当初の身体拘束の目的を達するために改めて身体拘束をする場合において、再逮捕が問題となるのである。

すなわち、違法逮捕後の再逮捕の場面においては、身体拘束の理由や必要性に関わる事情の変化がないことは当然のことと見てよい⁽⁴⁸⁾。ここでは、釈放時点においてなお逮捕の理由と必要性が残存している場面を問題にしておき、事情の変化がなくとも、逮捕して捜査する必要性が認められる場面と考えられるのである。それゆえ、そもそも違法逮捕後の再逮捕の場面においては、再逮捕の必要性が事情の変化によって裏付けられる必要はない。

もっとも、再逮捕が許されるだけの必要性を示すことには、再逮捕禁止の原則の例外にあたる場面であることを確認する点で意義がある。しかし、再逮捕の必要性を強調したとしても、そこには先行する逮捕が違法であったことに対する手当を示す意義は認められず、再逮捕に違法が先行している点までもが正当化できるのかは、疑問である。違法逮捕後の再逮捕の場面においては、もともと存在する再逮捕の必要性を強調したところで、それは逮捕の要件としての理由や必要性の他、再逮捕禁止の例外にあたることを確認しているにとどまり、再逮捕に先行する違法を考慮するものとはいえないと思われる。

イ 違法逮捕後の勾留の場面との対比

逮捕の違法とこれに続く手続の可否については、逮捕の違法の程度に応じて、①違法が軽微であり被疑者勾留が認められるもの、②違法の重大性からして被疑者勾留は許されないが、再逮捕は許されるもの、③違法が極めて重大であることから、被疑者勾留のみならず再逮捕も許されないものとの3つのレベルがあるとされている⁽⁴⁹⁾。ここでの指摘は、仮に再逮捕の必要性が認

(48) 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）92頁〔堀江慎司執筆〕、古江・前掲注4、81頁、川出・前掲注4、97頁。大澤・前掲注12、116頁も参照。

(49) 黒田・前掲注43、147頁、渡辺咲子・前掲注27、219頁、古江・前掲注4、87頁等。

められる場面においても再逮捕が一切許されないとすれば、②のレベルが弛緩し、①のレベルとの差異がなくなることへの懸念から生じるものである。②のレベルは、勾留請求を却下することにより逮捕の違法を明確化し、手続遵守を保障する点で意味がある⁽⁵⁰⁾とされる。これは、裁判例が積み重ねてきた、被疑者勾留が却下されるほどの違法とはいか程であるかを明示し続け、維持する必要があるという趣旨であろう。また、②の場面については、先行逮捕（およびそれに続く被疑者勾留）についての審査とは別に、改めて再逮捕（およびそれに続く被疑者勾留）について審査を行うことが必要であり、この点でも①とは区別されるべきと説明される⁽⁵¹⁾。

ウ 違法逮捕の抑止

違法逮捕に対しては将来にわたってその抑制が図られるべきであるとして、違法逮捕後の再逮捕を無制限には許容しないとする考え方には政策的意義があり、再逮捕の可否を判断する一つの基準として機能すると思われる。そして、この見解によれば、違法逮捕を抑止する必要がある場合には、再逮捕が許容されないことになる。

違法逮捕の抑止の観点と、再逮捕禁止の原則との関係は、どのように整理されるだろうか。違法逮捕の抑止の観点から違法逮捕後の再逮捕を許容する立場においても、この場面に再逮捕禁止の原則が妥当するものと考ええるのだとしたら、この見解の意味するところは、まず再逮捕禁止の原則の例外を認めるだけの必要性（ないし正当性）が認められることに加えて、先行する逮捕が違法である点については違法逮捕の抑止の観点から判断して、再逮捕の許容性を決するものと理解することになるだろう。

このような抑止の観点は、それ自体意義のあることと思われる。しかしながら、再逮捕の許容性の文脈で問題となっているのは、端的に言えば身体拘束を更に続けることが許されるかという問題である。いうまでもなく、身体

⁽⁵⁰⁾ 黒田・前掲注43, 146頁, 小林・前掲注13, 209頁。

⁽⁵¹⁾ 小林・前掲注13, 210頁。

拘束は、それが適法なものであっても、身体の自由を侵害し、再逮捕による身体拘束の継続は身体の自由への侵害の継続を意味する。すでに完了した侵害を問題にしている場面（たとえば、証拠の収集手続に違法のある場合）とは、この点で大きく異なる。そして、身体拘束が違法のまま継続していることが司法審査のもと明らかとなる機会があるのであれば、その時点で当該手続は打ち切れなければならない。そうしなければ、司法が今まさに生じている違法を看過し、そのうえ違法の継続を許していることになってしまう。それゆえ、違法逮捕後の再逮捕の可否は、将来の違法逮捕の抑止という政策的な目的とは別に、現在進行中の身体の自由に対する侵害の継続を許容してよいかという観点からも検討される必要がある。

ただし、このことは、先行逮捕に始まった身体拘束と再逮捕を、継続性のある一体的な身体拘束とみるからこそ生じる指摘ということになるであろう。再逮捕が問題になる場合には、それ以前の身体拘束との間に必ず釈放の手続が行われる。この釈放に意義を見出そうとするのが、次の理由付けをする立場であろう。

エ 釈放による違法の解消⁽⁵²⁾

違法な先行逮捕の後、被疑者勾留が認められなかった場合には、被疑者を釈放するほかない。捜査機関は、そのうえで再逮捕に及ぶ。また、先行逮捕に際して捜査機関が自ら違法に気づいた場合にも、身体拘束を継続しようと思うのであれば、勾留請求却下を見越して、先にいったん釈放し、再逮捕のうえで勾留請求に至る。釈放という事実状態に意義を見出すこの見解は、釈放の手続が違法状態を解消するもの、ないし「やり直し」にあたると説明するが、そのようにみることは果たしてできるだろうか。釈放の意味や釈放によって生じうる効果を整理すると、以下のようなものが考えられる。

⁽⁵²⁾ 違法逮捕後の再逮捕に関して釈放の効果に言及するものとして、札幌地裁昭和36年10月2日決定（下刑集3巻9＝10号974頁）（勾留の裁判に対する準抗告・棄却。）、浦和地裁昭和48年4月21日決定・前掲注36等参照。

①解放 釈放により、少なくとも一時的に被疑者の身柄が解放される。

②回復の契機 釈放により、被疑者は身体の自由を取り戻す。もっとも、すでに生じてしまった過去の身体の自由に対する侵害そのものを回復させることは不可能であり、回復は、国家賠償等の手段によるしかない。そして、釈放はこの意味での回復のきっかけを将来にわたって与えるものに過ぎず、釈放により過去の身体拘束の違法性が解消されるものではない。

③違法の宣言・明確化 逮捕の違法を理由に勾留請求を却下したうえで釈放すれば、これにより、逮捕の違法が法的に宣言される⁽⁵³⁾。捜査機関が自ら違法に気づいて釈放する場合にも、違法が明確化される。違法の宣言や明確化は、違法の原因を明らかにし、それを捜査機関に知らせめ、あるいは捜査機関が自覚することで、将来の違法逮捕の抑止につながる点で意義がある。しかし、このことに意義があるとしても、違法を宣言することによって身体拘束の違法性が解消されるわけではない。

④新たな手続の構成 違法な先行逮捕が被疑者の身柄の解放により打ち切られたのだとすれば、再逮捕以降は、新たな手続を構成するものと見ることができる。このとき、釈放は、先行する手続の違法とその後の手続を分断する役割を果たすことになり、その後の手続に違法が影響を及ぼさないという意味で、違法が解消されたとみることができよう。もっとも、ここでの再逮捕を「新たな手続」というためには、先行する違法手続からの分断が確実に行われる必要があろう。それゆえ、手続の分断による違法の解消は、手続的

53) 京都地裁昭和44年7月8日命令・前掲注36は、「[違法な先行逮捕に続く再逮捕としての逮捕状の一引用者注] 請求を受けた裁判官としては、被疑者の逮捕その他の身柄拘束に対して司法的抑制を加え、もって被疑者に与えられた基本的人権（日本国憲法33条）の享有を確保していくべき立場にあるのであるから、その司法的抑制の実効性確保ということを怠るべきではないという意味においても、右のような司法警察員の側の処置の違法なることを明確にしなければならない」として、再逮捕に係る逮捕状請求を却下した。

な観点から擬制されるだけでは足りず、釈放が違法の解消を意味するためには、違法状態の終結という実態を伴っていなければならない。

以上の通り、釈放によって生じる効果のうち、上記②および③は、少なくともここにいう違法の解消とは無関係のものと考えられる。他方で、上記①の解放は、④の手續の打切りを事実において明確にするものであり、被疑者の身柄の解放を以て違法な先行逮捕が終了したことで、再逮捕以降は「新たな手續」と評価され、先行する違法を引き継がず、その意味で違法が解消されたとみることになろう。

しかしながら、被疑者の釈放が、その実態において、違法な先行逮捕と再逮捕とを分断し、違法を解消したとまではいえないのであれば、先行逮捕と再逮捕は、継続性のある一体的な手續とみられることになる。

(3) 許容性と限界——違法の解消の実質的意味

ア 違法逮捕後の再逮捕を許容する根拠の整理

ここまで述べてきたように、違法逮捕後の再逮捕を許容する根拠として従来論じられてきたもののうち、再逮捕の必要性については、再逮捕禁止の原則との関係で例外を許容するための要素とは考えられるものの、違法逮捕が先行する点を克服する意味はもたない。次に、違法逮捕後の被疑者勾留の場面との対比の観点については、違法逮捕後の勾留が許容される基準を維持するという目的自体は正当と思われる。もっとも、このことは、結局は再逮捕の必要性と根本を同じくする主張である。違法逮捕後の再逮捕が逮捕の違法を原因とする手續の誤りを含んでいることからすると、やはり、必要性の観点からのみでは、違法逮捕後の再逮捕を許容する根拠を説明できたことにはならない。

違法逮捕の抑止は、政策的観点からは意義のあるものと考えられる。違法逮捕と再逮捕との間に因果関係が認められず、両者に一体性がないと考えられる場面においては、現在進行中の身体拘束による侵害という性質が失われ

るので、すでに終結した違法逮捕につき、違法を宣言し将来においてこれを抑止する必要があるかという観点から、再逮捕の可否を決するという考え方は馴染む。他方で、仮に再逮捕を違法逮捕から継続する身体拘束とみる場合には、現在進行中の身体拘束であるという点を考慮すべきではないかという疑問が生じる。違法逮捕と再逮捕とが一体的な身体拘束という実質をなお有しているのであれば、これらは現在進行中の違法な手続なのであり、再逮捕の許容性は、将来の違法逮捕の抑制のみならず、まさに今問題となっている侵害の継続を許してよいかという観点から決されるべきであるように思われる。ここで、釈放による違法の解消が認められるのであれば、そもそも再逮捕は、違法逮捕から継続する身体拘束ではない新たな手続ということになり、上記の問題は解決する。しかしながら、被疑者を釈放することに、常に違法な逮捕との分断やそれによる違法の解消までの意義があるかはなお検討の余地がある。

イ 違法の解消の実現と再逮捕の可否

被疑者の釈放により、先行する逮捕の違法性は解消されるか。

まず、形式的に被疑者に釈放を告げるにとどまり、釈放を現に行わない場面、あるいは行ったとしてもいったん手錠を外すなどした後、即座に改めて身体拘束をしたような場面はどうか⁶⁴⁾。ここでは釈放の手続が執られていない、あるいは不十分であるという手続の不備の問題がまず生じる。そしてさらに、違法逮捕と間断なく再逮捕が行われているという事実の面でも問題がある。すなわち、再逮捕が、違法逮捕により形成された身体拘束状態の中で実現している点で、再逮捕が違法逮捕を利用する関係が肯定できるために、両者の分断は成功していないことになろう。それゆえ、釈放には、違法逮捕状態を利用せずに再逮捕を実現したといえるだけの、身柄の解放の実態が必

⁶⁴⁾ 京都地裁昭和44年7月8日命令・前掲注36は、違法な実質的逮捕の後、「その違法行為をなお継続中である司法警察員の側からなされた通常逮捕状の発布〔原文ママ〕請求である」〔下線は引用者〕ことを指摘し、通常逮捕状の請求を却下した。

323 違法逮捕後の再逮捕の可否

要とされると思われる。

次に、違法逮捕中に獲得された供述等を疎明資料として、再逮捕のための令状を請求しようとする場合はどうか。再逮捕の理由や必要性を根拠づける資料が、違法逮捕によってもたらされたものなのであれば、ここでも、再逮捕が違法逮捕を利用する関係が肯定できるために、両者の分断は成功していないことになる。たとえば、違法逮捕の留置期間中に得られた弁解録取書や供述調書を利用して再逮捕するのであれば、違法逮捕と再逮捕の一体性が肯定される。

以上のように、先行する違法逮捕と再逮捕とを分断するためには、形式的な身柄の解放では足りない。また、違法逮捕中に獲得された資料を利用して再逮捕の理由や必要性といった要件を整えることも許されないだろう。そして、違法逮捕と再逮捕とが分断されず違法が解消されない結果、再逮捕が違法逮捕の継続状態であるのだとしたら、司法審査において手続を打ち切る効果を及ぼすべきであり、違法の程度に関わらず、再逮捕は許されないとみるべきだろう。

ウ 具体例の検討

上記のように考えるとすると、先行する逮捕が違法な場面⁽⁵⁵⁾において、どのような観点から再逮捕の可否が検討されるだろうか。

①逮捕のはじまりの時点において、逮捕の要件としての嫌疑や必要性が乏しい場合

捜査機関が任意同行やその後の警察署等への留置きの場面において実質的逮捕を行っていたとみられる場面や、逮捕の実体的要件が欠如していたとみられる場面においては、そもそも、先行逮捕・実質的逮捕の時点で逮捕できるだけの嫌疑や必要性がなかったと評価される場合がある。このような場合

⁽⁵⁵⁾ 逮捕の違法の例（被疑者勾留の可否が問題となったもの）については、拙稿・前掲注5，321頁以下参照。

においては、先行逮捕の時点で、捜査機関において令状主義を潜脱していたとの評価が可能である一方⁽⁵⁶⁾、再逮捕の理由や必要性を決定づけ、疎明する資料は、先行する違法逮捕の期間中において収集されるものと考えられる。そうであれば、再逮捕は、先行する逮捕によってもたらされた違法状態を利用したものということになり、違法の程度にかかわらず許容されない。

②逮捕のはじまりの時点において逮捕の要件は整っていたものの、逮捕やそのきっかけとなった手続に瑕疵がある場合

たとえば、緊急逮捕であれば要件が整っているのに、誤って現行犯逮捕をしたというような逮捕手続の種類の選択の誤りの場面、緊急逮捕における緊急逮捕状の請求の遅延が問題となる場面、逮捕から検察官への引き渡しまでの時間制限の超過の場面の他、たとえば法禁物所持の被疑事実での現行犯逮捕に先行する所持品検査が違法な場合のように、逮捕自体は適法裡に行われたものの逮捕を根拠づける処分が違法に行われた結果、逮捕が違法を含んでいる場面等が考えられる。

これらの場面では、先行逮捕の時点で、再逮捕できるだけの理由や必要性は整っていたと思われるから、問題になるのは、違法手続からの分断が十分にできたかどうかという点になろう。釈放の具体的方法がどのようなものであったかが検討される（また、違法逮捕中に獲得した資料によって補強する形で再逮捕が根拠づけられていないかも検討される。）。

手続的な違法にはさまざまな程度のものがあると考えられるところ、違法手続からの分断が成功していないのであれば、違法の程度に関わらず、身体拘束は再逮捕の審査の時点で打ち切られる必要があり、許容されない。

③先行逮捕と再逮捕の分断はできているものの、違法逮捕を抑止する必要性が認められる場合

違法手続からの分断が成功した場合であれば、再逮捕が許容される余地が

⁽⁵⁶⁾ 志田・前掲注44, 46頁。

ある。そうであったとしても、違法の程度によっては、別途、将来における違法逮捕抑止の観点から再逮捕を許容すべきでない場合が想定されよう。

4 おわりに

ここまでみてきたように、まず、再逮捕禁止の原則についての一般的な理解を前提とすれば、同原則は、先行する逮捕が適法か違法かを問わず、複数回に及ぶ同一の被疑事実での再逮捕について適用される。そして、先行する逮捕が違法である場合には、再逮捕禁止の例外を許すだけの理由が必要であるのみならず、その違法についても、何らかのかたちで解決される必要がある。それゆえ、再逮捕の必要性だけを理由とするのでは、違法逮捕後の再逮捕を許容することはできない。

そして、先行する逮捕の違法が再逮捕に引き継がれているのであれば、違法の程度を問わず再逮捕は許容されない。この場合、先行する逮捕と再逮捕は一体的な手続というべきであり、再逮捕を許すことは、司法審査の機会があるにもかかわらず、違法な手続の継続を司法が漫然と看過することに他ならないからである。違法な手続の継続を打ち切る意味で、再逮捕は許されない。他方で、先行する逮捕の違法が再逮捕に引き継がれないのであれば、違法な手続はいったん終結していることになる。再逮捕禁止の原則について例外が認められる場面であれば、新たな手続に対する審査により、再逮捕が許容されうる。

先行する逮捕の違法が再逮捕に引き継がれたかどうかについて、従来は、
二
一
七
釈放の手続を挟むことによって手続が分断され、違法が解消されるとの見方がなされてきた。違法逮捕後の勾留は許されないのに、釈放を挟んだのちの再逮捕後であれば勾留が許される場合があるのは、手続が釈放により分断され、再逮捕という新たな手続を踏んだとみることができるからであろう。しかしながら、先行する逮捕の違法が再逮捕に引き継がれるかどうかという点は、司法審査により違法な手続を打ち切らねばならない場面であるかどうか

という重要な局面に関わることであるのだから、形式的な釈放があっただけでは足りず、釈放手続の具体的状況や、先行逮捕時に収集された資料が再逮捕を根拠づけていないかなどをも踏まえて判断される必要がある。

違法逮捕後の再逮捕の場面においては、先行逮捕と再逮捕との一体性を検討したうえで、一体性が否定されない場合には、違法手続の打ち切りという観点から再逮捕の可否が検討される必要がある。そして、先行する逮捕の違法が再逮捕には引き継がれないものの、違法の程度が重大であり、違法逮捕の抑制という見地からは看過できないという場合においては、別途政策的観点から再逮捕が許されないといえよう。

(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。)