

Title	〔最高裁判例研究四七〕保釈請求却下決定に対する準抗告申立棄却決定謄本が被告人と弁護人との双方に日を異にして送達された場合と抗告申立期間の起算日。保釈請求却下決定に対する準抗告申立棄却決定に対する特別抗告事件(昭和四三年六月一九日第一小法廷決定)
Sub Title	
Author	豊泉, 貫太郎(Toyoizumi, Kantarō) 刑事訴訟法研究会(Keiji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.2 (1971. 2) ,p.121- 124
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710215-0121

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

て消極的ながら判旨に賛成しうるが、なお判旨は執行停止の裁判に對して一般的に不服申立の禁止を説いたものではなく、その点が不完全であり疑問の余地がある。

〔最高裁判例研究 四七〕

昭四三六(最高刑集二二卷
六号四八三頁)

保釈請求却下決定に対する準抗告申立棄却決定謄本が被告人と弁護人との双方に日を異にして送達された場合と抗告申立期間の起算日。

保釈請求却下決定に対する準抗告申立棄却決定に対する特別抗告事件

(昭四三・六・一九第一小法廷決定)

被告人は窃盜未遂被疑事件で昭和四二年二月三日K簡易裁判所裁判官の発する勾留状により勾留され、昭和四三年一月一八日右被疑事実と同一の公訴事実について公訴が提起され、同年二月一六日右被告人の弁護人より保釈請求があつたが、同月二〇日刑事訴訟法八九条四号の事由があるとしてこれを却下したのに対し、弁護人より準抗告の申立がなされ、準抗告審であるU地方裁判所は昭和四三年三月二日本件では刑事訴訟法八九条三号、四号の事由が存するから保釈請求を却下した原裁判は正当であるとして、準抗告の申立を棄却した。右準抗告の申立棄却決定の謄本は被告人には同月五日、弁護人には同月七日に各々送達された。弁護人は右準抗告申立棄却決定に對し特別抗告を申立てた。特別抗告の

なお本件については、松浦教授の判例批評(民商法六三卷一七四頁)がある。

(梅 善夫)

趣意は憲法三二条、三四条、三七条二項、三八条一項、二項に違反するとしているが、その内容の大意は被告人には罪証を隠滅すると疑うに足りる相当の理由のないこと、終始犯行を否認しているものを勾留することは自白を強要するものであること、本件犯行が被告人の常習性に起因するものではないということを前提とするものである。

〔判旨〕これに対し、本決定はその内容について判断するまでもなく「本件抗告の申立は、昭和四三年三月二日にされたものであつて、刑事訴訟法四三三条一項に定める五日の期間経過後のものであるから、不適法である(なお、所論の準抗告申立棄却決定謄本は、被告人と申立人である弁護人Aの双方に送達され、その日時は、被告人には同月五日、右弁護人には同月七日であることが記録上明らかであり、かような場合における抗告申立の期間は、被告人本人に對し送達された時から進行をはじめると解すべきである(昭和二七年(一)第七七号同年一月一八日第三小法廷決定、刑集六卷一〇号一二三頁、昭和三年(一)第三九〇号同年五月二九日第二小法廷決定、刑集一卷五号一五六頁参照)。」として裁判官全員一致の意見で決定された。

判旨に反対。

一、本件最高裁決定は、その判旨の内にも掲げられているように本件がその先例ではなく、それ以前において同様の判旨が出ている。その意味で本件は従来の判例の立場に従つたものであるといえよう。そして以上全ての判例が被告人本人に対する送達の方が弁護人に対する送達よりも先に為されている場合であり、この場合に裁判所は本人に対する送達をもつて有効（適法）とし、被告人本人に対する送達時より被告人の抗告申立期間が進行するものとしてゐるのである。尚民事訴訟法関係においてであるが訴訟代理人が選任せられている事件の判決を当事者本人に送達した場合に右送達は違法とはいえないとする最高裁判決もあり（昭二五・六・二二最判、刑事でこの様な右送達それ自身が適法か否かを争われた事例はなく（といふより最高裁はそれが適法であることを当然の前提として）、その後の上訴期間の起算点についての判断をしているのである。（尚従来の判例及び本判決も本人に先に送達されたのであり、その場合に本人に対する送達時より起算されるとしているのみで、弁護人に先に送達された場合には、本人に送達されたときより進行するか、又は先に到達した弁護人の時を基準とするかは今後の問題として残つてゐるのである。）

二、刑事訴訟法は当事者及びその他の者に種々の訴訟行為の主体たる地位を与えた。その多くは被疑者、被告人にである。しかし被疑者、被告人以外にも被害者に告訴権を、そして第三者に告発権を、被告人の一定の親族に保釈請求権をという風にいろいろなものがある。これらを通観すると訴訟行為は二つの面を常有している。し

かしそれは殆んどの場合合致しているので看過されてゐるのではないだらうか。

それは(一)誰がなした訴訟行為か。(二)誰の爲になした訴訟行為かの二面である。しかるに被告人本人の行為は(一)、(二)とも原則として被告人本人であり、被疑者の行為、被害者の告訴も同様である(で(二)といふ誰の爲にといふことはその法律効果が誰に帰属するかといふ)。(三)といふ狭義の意味のみではなく、もつと広い意味を含むものと考え(る)。(四)は別個のものであり、これらに対し応答すべき義務を有する機関が応答する為には(一)誰の行為に応答するのか。(二)誰のための行為に応答するのかの(一)、(二)を満足させなければならないのである(右は実は決して訴訟行為にのみならず(特有のものではなく、全ての行為の対応がその主体と効果の両面に)。例えば親族からの保釈請求に対して裁判所がこれに応答するべきは、その親族に対し、被告人本人の保釈を請求するという内容の適否を応答しなければならないのである。この点は右の応答の結果をどうとらえるか、その後の起算点の時期をどう考えるかと直接一致するものではない。仮に一定の親族の保釈請求が却下された後に本人が右保釈請求却下に対する不服申立が出来るか(私個人としてはこれが可能であると考え(る))は別問題である)。

三、そこで本件について考えなければならないことは弁護人が右の様な立場にあるか否かである(三)。弁護人を本人たる被告人と別個の独立した立場に立つか否か、又はその様な性格付ができるか否かは刑事訴訟法上当事者主義を如何に評価するか又は日本の刑事訴訟法制度を如何に理解するかによつて異つてくると思われる。(ただしこ

こで問われなければならないのは当事者主義にいう当事者とは被告人本人か、弁護人か、弁護人を含むか、含むとして両者の関係はどうかである。従来後見的に、被告人を保護する形での弁護人の立場とする考え方が大陸法的であるかの様に考えられているのではないか（旧法時代において人の固有権であると解き）と思われるが、これは当事者主義、当事者^{（一）}被告人という考え方から生じた誤解である。当事者主義とは検察官と対立した形での当事者たる地位（当然これに被告人を含む）を認めんとすることであり、これを被告人+弁護人の形で認めているのが現行刑訴訟法の形であると考える。弁護人の後見的地位の強調は決して大陸法的な考えからの由来ではなく、当事者たる実質を付与するためのものである。

四、しかし弁護人+被告人本人が一方の当事者たる地位に立ち、弁護人に後見的地位を与えるということ、弁護人の有する地位が代理権であるか（というよりも「代理権」であるとしても、その内容が民法上又は民事訴訟法上の代理権と同様であるか）ということとは別問題である。従来弁護人の有する権利が代理権であるとして、当然のこととしてきた裏には刑事訴訟法上「代理権」（この名称が適当であるか否かは別として）である一事をもつて他の法律制度の代理と同一に解してきたものといえよう（注二でいうように性質上本人に為し得ないものを別として代把えるかという問題の単なる現象）。そして弁護人（民事訴訟法上の訴訟代理人という名称を用いないで）として定められているこの者の地位の独自性をどの程度刑事訴訟法が予定しているか（これは勿論解釈論の問題であり、立法論ではない。立法論であるなら如何なる地位をも与えるのであ

る。）を考えるに、従来一般に被告人のみを当事者とするのは刑事実体法上の当事者（犯罪人）と刑事手続法上の当事者の概念の区別を考えない、実体法上の当事者の訴訟法上への無反省な導入ではないだろうか。その結果として弁護人が当事者たる地位から除かれてしまつたのである。しかし、わが刑事訴訟法上においては、弁護人は検察官・裁判所との対応関係においてはこれらと独立に対立する立場として訴訟の適正進行を果すべく当事者の一員として、（ただその性質上被告人の利益のために）訴訟行為を為し得ると規定しているのである。このことは訴訟たる場においては一方の訴訟当事者たる地位を有するものと（実体法上の当事者とは明確に區別して）解すべきであろう。（三）（四）（本束手続上の当事者と実体法上の当事者とは明確に區別すべきである。特にそれは刑事法の分野においてあるなら被告人は実体法上の犯罪者たる推定などのものでなく、全く逆の推定がたらくのである。これは実は両者を切断するためのものとして考えられたのではないだろうかこの様に両者を區別した後尚その訴訟当事者たる一方を弁護人が弁護人たる地位に基き被告人とともに又は別個に有するとしても）訴訟たる場においては、右が手続における当事者であることから許されるものと考え）以上述べたところによれば明らかな如く、弁護人はその独自の地位が与えられており、右地位に基いてなした訴訟行為に対しての応答は弁護人に対して為されるべきであり、被告人への通知は単にその行為の効果を受ける者への好意にすぎないと考える。そして上訴期間も弁護人に送達されたときから進行するものと解さなければならぬし又そう解する方が弁護人のなした行為に関してみるならばヨリ實際的でもあろう。（尚被告人自身が保釈請求をした場合には被告人本人へ送ることになるもの）当然である。）

以上は私自身、やや疑問を有することをあえて告白した上で一つの試論である。尚本稿がなるにつき、弁護士江川勝氏の御協力の

あつたことを付記しておく。

(一) 右は応答行為の効果によつて形成した一定の法律状態における問題であり、右法律状態にあつて、これを変更、消滅せしめうる地位を有する者が新に右変更(消滅)の爲の行為を爲しうる権限が与えられているなら、右の行使が適法な行為である。本件において仮に親族の保釈請求が却下されたとして、それによつて成立した法律状態を消滅させる爲に被告人自身が右決定に対し、準抗告を申し立てられるのは当然である。ただ右準抗告申立は被告人が爲したのであるから、当然に被告人に応答すべきである。

(二) 本件の解説をされた綿引調査官(裁判解説刑事審判昭和四三年度一五一頁以下)は弁護人の保釈請求権が固有権か代理権(独立代理権)かという問題から捉えられている。そして右を代理権として解説されているが、明文又は性質上被告人自身が爲し得ないものを除いて、弁護人の有する権利が如何なるものであるかは、実は刑事訴訟法上弁護人の地位を被告人より独立したものと認めるか否かという訴訟全体に対する考え方の単なる結果論にすぎず、弁護人の地位の独立を強調する立場からは弁護士独自の権限(これを固有権と称するのが妥当か否かは別として)となるのである。英米法では決闘裁判の伝統から、武器(弁論)をとつて法廷に立ち現われるのは原告の代理人と被告の代理人であつて、被告は自ら防禦の主体となるのではない。そこでは弁護人の地位の独立は極めて明らかである。大陸法の伝統の札問訴訟では被告は訴訟の対象から發展して当事者の一方とされても、弁護人は保護的な地位をもつに止まる。そこでは弁護人の権能は被告人の活動の補充であり、例外的に被告人のなし得ないものがいわゆる固有権として弁護人に与えられる。刑訴規則一八三条三項は兩權論の立場の中間的なものを表明している。

(三) わが刑事訴訟法上弁護人は被告人(被疑者)の代理人ではないこと

は通説の認めるところである。そしてその地位が保護者(後見)的地位を有するものであると一般に解されている。ところで法は弁護人にその保護者の地位に基いて様々な権利を付与した。その一部には被告人が爲し得ない権利もある(これを一般に固有権と呼んでいる)。この権利こそ、弁護人の地位が被告人より独立していることを如実に明らかにしているものといえよう。しかるに右の独自性故に法が与えた右の権利を特異なものと考えざるが如く、他の、被告人も亦爲し得る権利になると、これを通説は突然にも「代理権」と称するのである。右が何故代理人でない弁護人の地位を認めながら「代理権」であるとするには実は通説よりの説明が必要なのである。私は弁護人の右の独自性を認めた以上、右地位より認められた結果、法が与えた弁護人の権限は全てその独自性に基く弁護士固有の権利と解するのが当然であると考ええる。

(四) 弁護人の立場について、私は民事訴訟法上の法定代理人に類似した立場を考えた。その為弁護人を「当事者」とせず、「当事者的」といつたのである。民事上法定代理人を認めるのは、自分で訴訟追行に当ることのできない者の訴訟上の利益を保護する目的からである。右の立場は刑事訴訟法上の弁護人の地位に類似していると考ええる。

(昭四五・七・一〇) (豊泉貞太郎)