

刑事手続における抗告適格

辻 本 典 央

- 一 はじめに
- 二 議論の動向
 - 1. 総 説
 - 2. 個別的問題
- 三 平成17年最高裁の二件の決定
 - 1. 保釈請求却下決定に対する準抗告適格
 - 2. 刑の執行猶予言渡取消決定に対する抗告適格
- 四 まとめ

一 はじめに

刑事手続において、抗告（刑訴法419条以下）は、「裁判所の決定および命令に対する上訴であり」⁽¹⁾、準抗告（429条以下）を含めて、主に、実体裁判以外の中間的裁判に対する不服申立制度である。抗告審は、不服を申し立てる者の利益に影響を与えるだけでなく、ときには本案裁判の帰趨を決するほどの重要性をもちうる。また、2004年の統計によると、高等裁判所の抗告受理件数は2,342件（少年保護事件に対する抗告を含む）と報告され、実数は明らかではないが、地方裁判所への準抗告申立もあわせると、その数を見ても、刑事実務上相当重要なものであることが理解できる。

この抗告について、結論もさることながら、いわばその入口である申立

(1) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法・改訂版』303頁（1990年、青林書院）。

適格という観点には、抗告の対象となる原裁判が本案裁判の当事者以外の者をも対象とするものであることから、実践的に重要な問題である。もっとも、わが国では、抗告審の審理構造及び審理の範囲如何という問題に関しては、学説の関心も比較的高かったのに対して⁽²⁾、この抗告申立適格という問題は、これまで十分検討されてこなかったように思われる。最高裁は、近時、この問題について二件の注目すべき裁判を下した。本稿では、この最高裁裁判例の検討を含めて、刑事手続における抗告申立適格の問題を検討する。

二 議論の動向

1. 総説

刑訴法上、抗告も上訴の一態様であるため、抗告申立適格について351条乃至355条の規定が適用される。また、裁判官や捜査機関の処分に対する準抗告については、「不服がある者」（刑訴法429条、430条）という定めがあるが、その解釈においては、上訴に準じる性質を持つものとして、351条乃至355条の適用があるものと理解されている⁽³⁾。もっとも、本案判決

(2) 香城敏麿「刑事抗告審の構造」司法研修所論集64号47頁（『刑事訴訟法の構造』503頁（2005年）に所収）、寺崎嘉博「抗告審の構造に関する覚書」山形大学紀要14巻2号83頁（1984年）、小林充「準抗告審の構造と事実の取調」法曹時報23巻3号63頁（1971年）。また、抗告審一般の解説として、植松正「抗告」時の法令967号～970号（1977年）。

(3) 戸田弘「抗告」団藤編『法律実務講座刑事編第11巻上訴(2)』2645、2681頁（1956年、有斐閣）、平場他〔高田卓爾〕『注解刑事訴訟法下巻』287頁（1977年、青林書院新社）、青柳他編〔河上和雄〕『注釈刑事訴訟法第四巻』359頁（1981年、立花書房）、小野他『ポケット注釈全書刑事訴訟法下・新版』1155頁（1986年、有斐閣）、大谷剛彦「準抗告——裁判の立場から」三井他編『刑事手続下』983、987頁（1988年、筑摩書房）、横田安弘・高橋省吾『刑事抗告審の運用上の諸問題・増補』59頁（1991年、法曹会）。

とは異なり、決定は形式的に名宛人のない（又は不明確な）場合が多いことを考えると、抗告申立適格の解釈についても、形式的観点にとどまらず、実質的考察が必要である⁽⁴⁾。

351条乃至355条をみると、①裁判を受けた者（351条、352条）と、②被告人のため抗告（上訴）をなしうる者（353条、354条、355条）とに分類することができる⁽⁵⁾。まず、①裁判を受けた者として、「検察官」、「被告人」（以上351条）、「（右）以外の者で決定を受けたもの」（352条）が定められているが、これに加えて、被告人の弁護人も、被告人を代理して抗告することができる。また、上述のとおり準抗告手続に際しても本条の適用があるため、起訴前の被疑者もここに含まれる。このうち、特に、352条でいう受決定者について、上述のとおり、形式的観点に加えて、実質的な考察が求められる。この点について、札幌高決平成7年11月7日判時1570号146頁によると、「『決定を受けたもの』とは、決定によって、法律上権利が生じ又は義務を負わされたものをいう」。すなわち、この①の類型において、当該裁判において自身の利益に直接的影響を受ける者、あるいは反射的に利益を侵害されるにとどまる者でも、現実的に財産権、身体的自由、住居の平穏など具体的利益を侵害される者は、352条にいう受決定者として、刑事手続における抗告という不服申立手段により、自身の利益の回復を求めることができる。これに対して、間接的又は反射的な利益侵害を受けるにとどまる者（例えば接見禁止決定における親族等）は、352条における受決定者にはあたらない。

他方、②被告人のため抗告をなしうる者として、「法定代理人又は保佐

(4) 藤永他編 [古田佑紀]『大コンメンタール刑事訴訟法第六卷』622頁（1996年、青林書院）。

(5) 戸田・前掲注(3)「抗告」2663頁、熊本典道「上訴権者」熊谷他編『公判法体系IV』52頁（1975年、日本評論社）、藤永他編 [原田國男]『大コンメンタール刑事訴訟法第六卷』13頁（1996年、青林書院）。

人」(353条), 勾留理由開示請求者(354条), 「原審における代理人又は弁護人」(355条)が定められている。また, これら以外に, 実務上, 弁護人に選任されていない弁護士が抗告手続のみ委任を受けて申立権者の代理人として抗告を提起できるとされているが, これは, 代理に親しむ訴訟行為についての弁護士代理として検討されるべき問題である⁽⁶⁾。

2. 個別的問題

以下, 個別の規定に関する問題を, 具体例に基づいて検討する。その際, 抗告申立適格が問題となる事例をあらかじめ分類しておくとして, (1)裁判を受けた者としての申立適格が問題となる類型, (2)被疑者・被告人のための申立に際して, 本人との身分関係が問題となる類型, (3)弁護人からの申立に際して, その選任手続如何で申立適格の有無が問題となる類型に分類することができる。

(1) 裁判を受けた者としての申立適格が問題となる類型

①保釈保証金没取決定に対する被告人本人の抗告

札幌高決昭和62年12月8日高刑集40巻3号748頁は, 弁護人が被告人のために保釈保証金を納付していたが, 保釈の指定条件違反等を理由に右保証金を没取した決定に対して, 被告人本人が抗告を申し立てた事件について, 「本件没取の対象となった保釈保証金の納付者は, 前記のとおり, 当時の弁護人であるが, 右保証金の没取決定に対しては被告人も不服の申立ができる」と解されると判示し, 被告人本人の抗告申立適格を肯定した。

②搜索差押に対する準抗告

京都地決昭和46年4月30日判時646号102頁は, 搜索差押許可状に記載さ

(6) 横田・高橋・前掲注(3)『刑事抗告審の運用上の諸問題』72頁。

れた対象者本人ではなく、その同居者が申し立てた準抗告の適法性について、そのような者も捜索差押許可状の効力を受ける者にあたるとして準抗告の申立適格を認めた。このような場合、たいてい、捜索差押の対象となった住居に同居する者は、差押物権の共有権者あるいは共同占有者として、直接的に権利義務に影響を受ける者であるといえよう。

他方、大阪地堺支決昭和61年10月20日判時1213号70頁は、買収行為による公職選挙法違反事件について、投票済投票用紙に対する差押に対する選挙当選人及び投票人らの準抗告申立の適法性について、当該差押は憲法15条に反して違法であり、またそれに対して被疑者・被告人自身は申立適格が認められるとしながらも（大阪地堺支決昭和61年10月20日判時1213号59頁）、「前記選挙の規模、形態、投票の結果、本件投票済投票用紙〔差押の対象〕がその一部であることからみると、申立人らが当選人ないし投票人であるからといって本件投票済投票用紙の差押により申立人らの投票の秘密を侵されたとか侵されるおそれがあるものとは直ちにいえない」と判示し、選挙当選人及び投票人らの準抗告申立適格を否定した。憲法15条に違反するとしながらも、当選人及び投票人らの抗告申立適格を否定するという結論は、それらの者にとっての（刑事手続における）利益侵害は間接的なものにとどまるという判断に基づくものであろう。

③準起訴手続事件で証拠物品の提出命令を受けた者

最判昭和44年9月18日刑集23巻9号1146頁（いわゆる「博多駅事件」）は、準起訴手続で証拠物品の提出命令を受けた者が、高等裁判所への通常抗告を経ることなく特別抗告を提起した事件について、「提出命令は、命令を受けた者がこれに応じて、その対象となった物件を提出し、裁判所が領置することにより押収の効力が生ずるのであるから、同条〔420条〕2項にいう押収に関する決定にあたるものと解するのが相当である。そうすると、同条1項による制限は解除され、しかもこのような裁判に対し、不

服を許さないとする特別の規定も存しないから、本件各提出命令は、同法419条にいう『裁判所の決定』として、これを受けた者は同法352条により高等裁判所に通常の抗告をすることができる」と判示した（従って、当該特別抗告は刑訴法433条の要件を満たさないとして棄却した）。具体的事例の結論はともかくとして、証拠提出命令についても抗告（あるいは準抗告）を肯定する点は、「押収又は押収物に関する決定」の解釈として、命令の対象者における実質的不利益を考えると妥当であると思われる。

④被押収者への押収物の寄託者

最決平成2年4月20日刑集44巻3号283頁は、文化財保護法違反の被疑事実で、所有者（と推定される者）から寄託契約に基づいて目的物を保管していた者の住所において差押が実施されたため、右所有者が準抗告を申し立てた事例について、押収物件を寄託していた者についても、抗告申立適格を認めた。この事例も、寄託者は、所有者として、処分による直接的影響を受ける者にあたることから、その根拠として挙げられる。

⑤法人格なき社団

最後に、千葉地決昭和53年5月8日判時889号20頁は、法人格を持たない団体（社団）からの準抗告申立について、「申立人は法人格こそないが、従来社会関係において一個の社団として活動し、かつそのように取扱われ、民事訴訟手続中で当事者能力を認められたこともあるものであることが明らかであるから、申立人はいわゆる法人格なき社団として物を所有し、その所有物について刑事訴訟法上の権利を行使することができる」と判示した。法人格なき社団について、民法理論上の構成（権利義務の総有）にかかわらず、その実質に着目した判断として、支持できるものと思われる。

(2) 被疑者・被告人のための抗告申立に際して、本人との身分関係が問題となる類型

この類型に際し、特に353条の規定について、「法定代理人」以外の近親者による申立適格が問題となる。この点について、最高裁は、最判昭和30年4月11日刑集9巻4号836頁及び最判昭和33年11月24日刑集12巻15号3531頁において、はっきりと、法定代理人以外の実父母からの上訴申立を不適法であると判示している。この判断について、最高裁調査官解説によると、「若しかかる場合に被告人の父又は母に上訴権を認めるならば、いやしくも被告人本人に上訴の意思がある以上は、父、母と言わず、これと密接な関係にある親族、友人その他誰からでも上訴の申立をすることを許さなければならぬ結論となり、それは訴訟制度の根本をくつがえすものである」と説明されている⁽⁷⁾。

(3) 弁護士からの申立に際して、その選任手続如何で申立適格の有無が問題となる類型

弁護士は、被疑者・被告人のために、上訴（抗告）を提起する権限を有する。例えば、名古屋高判昭和62年3月9日判時1236号157頁によると、主任弁護士以外の弁護士も、第一審判決後は独自に（すなわち、刑訴法34条、刑訴規則25条2項の適用を受けることなく）控訴を申し立てることができる」と判示されている。

このように、弁護士は、被疑者・被告人のために、その独立代理権に基づいて上訴権を有するとされているが⁽⁸⁾、そのような弁護士としての地位如何に関連して、その申立適格が問題とされてきた。抗告の事例に限定さ

(7) 栗田正・最高裁判所判例解説刑事篇昭和33年度727頁（1959年）。

(8) 鈴木・前掲注(1)『刑事訴訟法』53頁、田宮裕『刑事訴訟法・新版』463頁（1996年、有斐閣）など通説。

れるものではないが、後述の検討にみるように、理論的に重要であると思われることから、以下検討する。

①弁護人選任手続の適法性が問題となった事例

刑訴規則18条によると、起訴後の弁護人選任は、「弁護人と連署した書面」を提出しなければならないと定められているが、この規定をめぐり、従来から、被疑者・被告人の黙秘権との関係で弁護人選任手続の適法性が問題となってきた。すなわち、被疑者・被告人が自身の氏名も含めて包括的に黙秘している場合、弁護人を選任するにあたって、しばしば氏名以外の特定する事項を書面に記載して選任の申立を行った場合、右規定を基にそれを無効とすることは、被疑者・被告人に保障される黙秘権を侵害するのではないかという問題が生じるのである。この点について、最高裁は、最決昭和40年7月20日刑集19巻5号591頁（上告申立の適法性が問題となった事例）及び最決昭和44年6月11日刑集23巻7号941頁（保釈請求の適法性が問題となった事例）において、右規定は被疑者・被告人の黙秘権を侵害するものではなく、この規定に反する選任申立を無効であると判断している。

さらに、起訴前の選任手続について直接定めた規定はないが、刑訴規則17条は、起訴前に「弁護人と連署した書面」を提出した限りで起訴後もその効力を有すると定めており、裁判実務では、起訴前についても起訴後の場合と同じくこのような要式性を認めている。例えば、東京地決昭和44年2月5日判時590号100頁は、「刑事訴訟法第32条第1項が公訴提起前にした弁護人の選任は第一審においても効力を有する旨を定めていることに徴すると、やはり起訴前における弁護人の選任も第一審において効力を有する適式な弁護人選任届によるべきことを前提としているものと解される」と判示し、東京地決昭和46年6月10日刑月3巻6号834頁は、「法は起訴前においては効力を有するのみに、起訴後は考慮が無くなるような弁護人選任

方式をそもそも予定していない」と判示し、いずれも被疑者が氏名を秘したままで留置番号の記載及び指印によって「弁護人と連署した書面」を提出した選任行為を無効であると判示している（これと同旨の裁判例として、広島地決昭和46年8月27日刑月3巻8号1117頁、福岡地決昭和47年6月27日刑月4巻6号1244頁）。また、東京地決昭和46年7月3日刑月3巻7号1042頁は、被疑者から依頼を受けたことを弁護人が準抗告申立書に記載して行った申立について、「合理的な理由なくして自己の氏名を明らかにしないでなされた弁護人の選任は無効である」と判示し、やはり弁護人選任を無効であると判示している。

もっとも、このような判例の動向に対し、学説上は、批判的見解が有力である。例えば、平野龍一は、起訴前についてはなおのこと、起訴後についても、「規則は、原則的な場合を規定したにとどまり、他の方法により弁護人選任の効力が発生することも不可能ではない」と述べ⁽⁹⁾、また、松尾浩也は、「氏名の黙秘も『合理的な理由』に含めて、氏名に代わる方法で特定されていれば有効と考えるべきであろう」と述べている⁽¹⁰⁾。

この問題は、被疑者・被告人の黙秘権がそもそも氏名に及ぶかという問題と、訴訟行為の明確性という問題が交錯するものであるが、被疑者・被告人には少なくとも刑訴法上は包括的な黙秘権が保障されていること、訴訟行為の明確性は具体的事例に見られるような留置番号の記載及び指印という方法によっても十分果されること、さらに「弁護人と連署した書面」の提出の要求は刑訴法自体ではなく、刑訴規則によるものであること等を考えると、起訴後に選任された事例も含めて、上述裁判例には疑問がある。

(9) 平野龍一『刑事訴訟法』77頁（1958年、有斐閣）。

(10) 松尾浩也『刑事訴訟法上・新版』122頁（1999年、弘文堂）。その他同旨の見解として、渥美東洋『刑事訴訟法・新版補訂』136頁（2001年、有斐閣）、福井厚『刑事訴訟法講義・第2版』48頁（2003年、法律文化社）。

②原判決後に選任された弁護人による上訴の可否

原判決後に選任された弁護人が被告人のために提起した上訴の適法性について、以下のような議論が見られる。

この問題について、大審院は、大判大正14年9月29日大刑集4巻551頁において、現行355条と同様の規定である旧刑訴法379条に関して、「訴訟カ裁判ノ宣告ニ因リ其ノ審級ヲ脱離シタル後ニ於テ辯護人トシテ辯護届ヲ提出シタル者ノ如キハ原審ニ於ケル辯護人ト謂フニ由ナキヲ以テ上訴ヲ爲スヲ得サルヤ勿論ナリ」と判示し、裁判宣告後に選任された弁護人は、原審弁護人といえないから上訴することができないと判示していた（大判昭和7年12月1日大刑集11巻1756頁も同旨）。

しかし、最高裁の時代に入り、最大判昭和24年1月12日刑集3巻1号20頁においてこの判断が覆された。本件は、原判決が下された後に被告人から選任された弁護人から上訴が提起された事件であるが、最高裁は、以下のように判示し、右大審院の判断に従って控訴を無効とした原審を破棄した。すなわち、「旧刑訴第46条、第379条によれば、原審における弁護人は、被告人のため独立して上訴を為すことを得るものである。そして、その立法趣旨は主として原審の審理に関与した弁護人は、その審理に基く判決に対し上訴すべきか否かを独立して決定するに適するものと認めただからである。それ故原審の弁護人でない者若しくは判決宣告後において被告人の選任した弁護人は、たとい、被告人の明示した意思に反しなくとも、独立しては、上訴を為すことを得ないものと解しなければならない。〔原文改行〕しかし、憲法第34条第37条等によれば、被告人は、自己の権利を擁護するため、弁護人に依頼する権利を憲法上確認保障されたのであるから、刑訴応急措置法第2条の規定により刑事訴訟法上上訴をするためにも資格を有する弁護人に依頼することができるものと解釈しなければならない。そして被告人は特に上訴をする依頼を為す旨明示せざるも、自ら上訴を為さず

して上訴審における弁護を弁護士たる弁護人に依頼したときは上訴をすることを依頼したものと見るを相当とするから、かかる場合その弁護人は被告人を代理して被告人のため上訴をすることができるものといわねばならぬ。その際被告人の代理たる旨を明示することは必ずしも必要とするものではなく、要は、弁護届、上訴状等一件書類によりその趣旨を看取し得るを以て足るものといわねばならぬ。されば被告人を代理して上訴をすることを許さない趣旨の従前の大審院判例は、これを変更する要ありと認めらる。また、この判決後間もなく、最判昭和24年2月8日刑集3巻2号69頁でも右1月12日判決が支持され、原判決が下された後に被告人から選任された弁護人の上訴の適法性は、最高裁判例上確立されたといえよう。

もっとも、この最高裁の見解について、学説上、その結論は概ね支持を受けたが、その基礎付けについては異論も見られる。すなわち、最高裁の見解は、判決宣告後に選任された弁護人は、「原審における……弁護人」には該当しないことを前提に、被告人自身の上訴（刑訴法351条）を弁護士としていわば任意代理の形式で被告人を代理して上訴することを認めたもの（「任意代理説」⁽¹¹⁾）と評価されている⁽¹²⁾。しかし、最高裁のこのような基礎付けは、その前提として、前掲大正14年判決で示されていた、判決宣告による審級離脱という見解を前提にしたものであるが、学説上は、すでにその当時から判決宣告による審級離脱という考え方に対して批判が強く、上訴が提起されるまでは依然として原裁判所に事件は係属したままであるという見解が有力であった⁽¹³⁾。そして、移審に関するこのような理解

(11) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要・7訂版』173頁（1967年、創文社）は、上訴一般について任意代理を認める。

(12) 平野・前掲注(9)『刑事訴訟法』299頁。

(13) 小野清一郎『刑事訴訟法講義・全訂第3版』523頁（1933年、有斐閣）、宮本英脩『刑事訴訟法大綱』407頁（1936年、松華堂）。

を前提に、原判決後に選任された弁護人もやはり原審弁護人に該当し、それゆえ刑訴法355条に基づいて被告人のために上訴を申し立てる権限を有するとする見解（「原審弁護人拡張説」）が主張された⁽¹⁴⁾。

このように、最高裁昭和24年の二件の判決は、その基礎付けはともかく、原判決後に被告人から選任された弁護人の上訴を適法とした結論については、学説からも反対の見解は見られなかった。しかし、その後、最高裁は、被告人以外の近親者が原判決後に被告人のために選任した弁護人が上訴を提起した事例について、これを不適法であると判断するに至った。最判昭和44年9月4日刑集23巻9号1058頁は、被告人の配偶者から選任された弁護人が被告人のため上訴を提起した事例であるが、そこでは、「一審判決後被告人の妻によって選任された弁護人は、被告人のため控訴申立をする権限がないとした原判決の判断は、正当である。仮りに右の如き弁護人が被告人のため上訴申立をすることができるのであれば、本来被告人のため上訴する権利を有しない配偶者が弁護人を選任することにより被告人のため上訴する権利を有するのとひとしいこととなって、不合理である」と判示した。この見解は、最判昭和47年4月8日判時668号97頁及び最決昭和54年10月19日刑集33巻6号651頁にも引き継がれ、それぞれ被告人の父又は配偶者の選任した弁護人が提起した上訴を不適法であると結論付けた。このような最高裁の見解は、昭和24年の二件の判決がその基礎付けにおいて任意代理人説に立つことを前提に理解されるべきものである。すなわち、

(14) 小野・前掲注(13)『刑事訴訟法講義』511頁、平場安治『刑事訴訟法講義・改訂版』520頁（1954年、有斐閣）、高田卓爾『刑事訴訟法・二訂版』496頁（1984年、青林書院）、鈴木・前掲注(1)『刑事訴訟法』248頁。なお、平野・前掲注(9)『刑事訴訟法』299頁は、まず選任届が原裁判所に提出された上で上訴を提起する場合には、原審弁護人として上訴できるとしつつ、選任届と上訴提起が同時に行なわれる場合には、「上訴審の弁護人として上訴したもの」（すなわち、本文後述の包括的代理権説）と理解する。

被告人自身は351条により上訴権を有し、これを弁護士を通じた任意代理の形式で上訴を提起することができるのであるが、しかし、配偶者や成人被告人の実父母などの近親者は、353条及び355条によると自ら被告人のために上訴をなしうる権限を持つ者ではなく、これらの者が弁護人を選任することによって実質的に右規定にもかかわらず自ら上訴をなしうるとすることは、法の趣旨に反するというのである。これに対し、原審弁護人拡張説によれば、配偶者や成人被告人の実父母も被告人のために独立して「弁護人」を選任することができるため（刑訴法30条2項）、そのようにして選任された弁護人からの上訴も適法であると理解すべきことになる。

もっとも、最後の昭和54年決定について、江里口裁判官から以下のような反対意見が示されている。すなわち、「私は、刑訴法355条にいう原審弁護人は原審判決宣告時における弁護人に限られるものではなく、判決宣告後に選任された弁護人もこれに含まれるべきものと解する。判決宣告後もそれが確定して訴訟が終了するか上訴の申立により移審の効力が発生する迄は、訴訟は引き続き原審に係属している。訴訟が原審に係属中に原審宛の弁護届により新たに選任された弁護人は、被告人によって選任されたか又はそれ以外の選任権者によって選任されたかにかかわらず、当然に同条の原審における弁護人にあたるといわなければならない。刑訴法355条、356条の規定は、法律専門家である弁護人の地位職責にかんがみ、原審弁護人に対して被告人のため独立して上訴をなしうる特別の権限を付与し、かつ、被告人の明示の意思に反しない限り黙示の意思に反してでもその資格においてこれをなしうることを明らかにして、弁護権を拡充強化し被告人の防禦権の行使に遺憾なからしめようとした趣旨にでたものである。有罪判決の宣告後に新たな弁護人を選任するのは、上訴の申立をして更に争わんとする場合であるといって差し支えない。この弁護人の上訴申立を適法なものとするところこそ法の趣旨に沿うものであって、右の原審における

弁護人を制限解釈して右申立を不適法なものとすることは理解できない。
〔原文改行〕 弁護人は、被告人の意思に反しない限り、訴訟係属中特別の授権なくとも被告人のなしうるすべての訴訟行為を代理することができる。従って、仮に百歩を譲って同条にいう原審の弁護人が判決宣告時弁護人であった者に限られるとしても、判決宣告後新たに選任された弁護人は、弁護人の右包括代理権に基づいて被告人の上訴権を代理行使して被告人のために上訴することができる。その際ことさらに被告人の代理である旨を明示することを要するものではないから、弁護人の名義ですることは差し支えない。判決宣告後新たに被告人の妻によって選任された弁護人は、選任者の委任代理人としては選任者の有しない上訴権を代理行使することはできないが、被告人自ら選任した弁護人と同じく被告人の弁護人であるから、被告人の包括代理人であることに変わりはない。そして刑訴法355条、356条の規定の趣旨は前記のとおりであるから、このために右弁護人の包括代理権が却って縮小され、被告人の上訴権をその意思に反しない限りにおいて代理行使することが許されなくなるものと解することはできない。江里口反対意見は、原判決後に被告人の配偶者から選任された弁護人からの上訴を適法であるとする結論について、原審弁護人拡張説に加えて、択一的に、いわゆる「包括的代理権説」を基礎付けに援用している。この見解は、右反対意見でも示されているように、従来のとおり判決宣告による審級離脱という構成から、原判決後に選任された弁護人は、原審弁護人ではないとしても、このような段階での弁護人選任は上訴審での弁護を依頼する趣旨であると理解するのが合理的であり、それゆえ上訴審弁護人として、被告人の上訴権をその包括的代理権によって行使できると主張するものである⁽¹⁵⁾。すなわち、従来、昭和24年の二件の最高裁判決を前提に、原判決後

(15) 青柳文雄『新訂刑事訴訟法通論』803頁（1962年、立花書房）、熊本・前掲注(5)「上訴権者」59頁、田宮・前掲注(8)『刑事訴訟法』463頁。

に選任された弁護士は上訴申立の時点において弁護士ではなく任意代理人であり、上訴権を持つ被告人より選任された場合は適法であるが、その他の近親者より選任された場合は不適法とされてきたのに対し、包括的代理権説は、このような弁護士は単なる任意代理人ではなく、上訴申立の時点において既に上訴審における弁護士であると構成することにより、その選任者が被告人であるか近親者であるかを問わず⁽¹⁶⁾、選任自体が適法である限り、弁護士の包括的代理権の行使として上訴を適法であると主張するものである。

そして、最高裁は、最終的に、はっきりと包括的代理権説を支持し、従来の判例を変更するに至る。すなわち、最大決昭和63年2月17日刑集42巻2号299頁は、被告人（当時19歳の少年であったが、婚姻擬制（民法753条）によりその父母の法定代理権は消滅していた）の母が原判決後に選任した弁護士が被告人のため行った上訴の適法性について、「およそ弁護士は、被告人のなし得る訴訟行為について、その性質上許されないものを除いては、個別的な特別の授権がなくても、被告人の意思に反しない限り、これを代理して行うことができるのであり、このことは、その選任者が被告人本人であるか刑訴法30条2項所定の被告人以外の選任権者であるかによって、何ら変わりはないというべきであり、上訴の申立をその例外としなければならない理由も認められないから、原判決後被告人のために上訴をする権限を有しない選任権者によって選任された弁護士も、同法351条1項による被告人の上訴申立を代理して行うことができると解するのが相当である」と判示し、昭和44年判決、昭和54年決定を判例変更することを宣言した。本決定により、原判決後に選任された弁護士からの上訴は、上訴審での被告人の弁護士としてその包括的代理権に基づくものであるという構

(16) 熊本・前掲注(5)「上訴権者」60頁。

成により適法であるという見解が、判例上確立したといえよう。

もっとも、包括的代理権説は、上述のとおり、依然として判決宣告による審級離脱という考え方を基礎とするものであるが、その前提自体、現在の通説的見解である、移審の効力を上訴提起（又は訴訟記録等の送付）の時点に認めるとする見解からは、上訴審の弁護人と構成する余地が存在しないのではないかという点が検討されなければならない。この問題について、右昭和63年最高裁決定の調査官解説では、審級代理と移審の時期とは必ずしもリンクさせる必要はない、審級代理との関係では、すでに原判決言渡により上訴審弁護人と考える方が当事者の意思等に適合すると説明されている⁽¹⁷⁾。確かに、理論的には、移審の効力が生じていない段階で選任された弁護人は、依然として原審弁護人と見ることも可能であるが、しかし、右調査官解説が指摘するように、当事者の意思、及び刑訴法355条の趣旨である「原審の審理に関与した弁護人は、その審理に基く判決に対し上訴すべきか否かを独立して決定するに適するものと認めた」（前傾昭和24年1月12日判決）という観点からは、むしろ、上訴審における弁護人と見るべきであると思われる。

このように、昭和63年決定によって、最高裁判例上、包括的代理権説が確立し、少なくともこの状況において任意代理説と構成する必要性はなくなった。もっとも、このような上訴審弁護人と構成できる場合はよいとして、例えば、付審判請求手続において弁護士を代理人として請求を行う場合（最決昭和24年4月6日刑集3巻4号469頁）など、「弁護人」を観念できない場合には、依然として任意代理の構成が必要となる場合も認められよう⁽¹⁸⁾。

(17) 安廣文夫・最高裁判所判例解説刑事編昭和63年度95, 116頁（1991年）。

(18) 安廣・前掲注(17)「判例解説」113頁。

三 平成17年最高裁の二件の決定

近時、最高裁は、抗告申立適格に関して、二件の注目すべき決定を下した。一つは、被告人の父からの保釈請求却下決定に対する準抗告の適法性（最三決平成17年3月25日刑集59巻2号49頁）、もう一つは、刑の執行猶予言渡取消決定における被請求者の母からの取消決定に対する抗告の適法性（最一決平成17年3月18日刑集59巻2号38頁）が問題となったのであるが、前者の申立が適法であるとされたのに対して、後者は不適法であると判断された。

以下、それぞれ検討する。

1. 保釈請求却下決定に対する準抗告適格（最三決平成17年3月25日刑集59巻2号49頁）

【事実の概要】

被告人（覚せい剤取締法違反で起訴され、勾留中）の養父は、第一回公判期日前に被告人の保釈を請求したが、これを却下された（さいたま地命平成17年2月21日公刊物未搭載）。そこで、父親が準抗告を申し立てたが、原審（さいたま地決平成17年2月23日刑集59巻2号52頁に掲載）は、保釈許否の裁判は被告人本人を対象とするものであり、申立人は刑訴法352条所定の「決定をうけたもの」には当たらないから、同法429条1項の「不服がある者」に該当しないという理由で、申立を不適法であるとした。これに対し、申立人は、原決定は同種の事例（但し、第一回公判期日後の保釈請求の事例）について被告人の配偶者からの抗告を適法とした札幌高決平成7年11月7日判時1570号146頁に反するとして、特別抗告を提起した。

【決定要旨】

「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。」(原審取消, 差戻)

【検討】

- (1) 本件は、起訴後勾留中の被告人の父が、自ら提起した保釈請求が却下されたことに対して、352条の受決定者(及び429条1項の不服者)として準抗告を提起したものであり、上述二1における分類によると、その抗告が認められるためには、原裁判により実質的に不利益を受けた者、つまり「決定によって、法律上権利が生じ又は義務を負わされたもの」に該当するものでなければならない。保釈に関して、従来、保釈保証金没取決定に際し、保証金納付者又は保証書提出者の抗告適格が問題とされてきた。この問題は、後述のとおり、本件のような保釈請求自体についても影響を持つと思われることから、まず、この問題に関する裁判例を概観しておこう。

この問題について、最高裁は、当初、保釈保証金没取決定に対する保証金納付者の抗告適格を否定していた。すなわち、最決昭和31年8月22日刑集10巻8号1273頁は、被告人の弁護人が保証金の一部について保証書を提出していたが、実体判決確定後に一定の条件違反を理由とする保釈保証金没取決定に対してこの弁護人が抗告を提起した事例について、抗告申立人は実体判決確定後はもはや被告人の弁護人には該当しないことを前提に、「被告人の保釈保証金5万円の内金2万円につき保証書を差入れた利害関係人であるとはいえ、保釈保証金没取決定を受けたもの

は、被告人に外ならないのであるから、申立人自身は刑訴352条の『被告人以外の者で決定を受けたもの』には該当しない」と判示している（最決昭和34年2月13日刑集13巻2号153頁も同旨である）。

しかし、その後、最高裁は、右判例を変更し、保証金納付者の抗告適格を認めるに至った。最大決昭和43年6月12日刑集22巻6号462頁は、右昭和31年決定と同様、被告人の弁護人が実体判決確定後に保釈保証金没取決定に対して提起した抗告の適法性について、「被告人以外の者が保釈保証金もしくはこれに代わる有価証券を納付し、または保証書を差し出すのは、直接に国に対してするのであり、それによってその者と国との間に直接の法律関係が生ずるのであって、その還付もまた国とその者との間で行なわれるのである。してみれば、この場合の保釈保証金を没取する決定は、その者の国に対する保釈保証金もしくはこれに代わる有価証券の還付請求権を消滅させ、またはその者に対して保証書に記載された保証金額を国庫に納付することを命ずることを内容とする裁判だといわなければならないから、その者はまさしく刑訴法352条にいう『検察官又は被告人以外の者で決定を受けたもの』に該当し、その者も没取決定に対し不服の申立（抗告）をすることができるかと解するのが相当である。」と判示し、上述昭和31年及び昭和34年の両決定を変更した。また、最決昭和52年4月4日刑集31巻3号163頁は、最高裁判所が下した保釈保証金没取決定に対し弁護人が実体判決確定後に不服を申し立てた事例について、「終審裁判所である最高裁判所のした決定であっても、合理的理由と法律的必要性の認められるかぎり、右の訂正〔刑訴法415条〕と同趣旨において、不服申立を許容すべきものと解する」と判示し、刑訴法428条を準用して、異議申立を適法であると結論付けた。

以上のように、保釈保証金納付者又は保証書提出者は、保釈保証金没取決定によって直接的にその財産に影響を受ける者であり、この観点か

ら、これらの者に抗告適格を認める現在の最高裁の見解について、異論はないものと思われる。

- (2) これに対し、被告人以外の近親者が保釈請求を申し立て、これを却下する決定が下された場合に、右申立人に抗告適格が認められるかという問題について、以下のように下級審で見解が分かれていた。本件決定は、そのような状況において、最高裁として初めて判断を下したものであることから、実務上の影響は大きいものと思われる⁽¹⁹⁾。

下級審では、当初、このような事例における近親者からの抗告を不合法とする見解が有力であった。東京地決昭和49年1月8日判タ307号301頁は、被告人の配偶者が保釈請求を申し立て、これを却下する裁判に対して準抗告を申し立てた事例について、「保釈許否の裁判を受けたものは被告人本人であり、申立人は刑訴法352条所定の『決定を受けたもの』すなわち同法429条1項の『不服がある者』に当たらない」と判示し、また、東京高決昭和62年7月2日判時1253号140頁は、同様の事例について、「妻の保釈請求権は被告人の意思と拘わりなく行使できる独立代理権ではあるが、これによる裁判の実質的効果を受けるものは被告人であって妻ではないから、妻が刑訴法352条の決定を受けた者に当らず抗告権がない」と判示し、それぞれ申立を不合法であるとした。

しかし、その後、これと異なり、近親者の抗告適格を肯定する見解が見られるようになった。札幌高決平成7年11月7日判時1570号146頁は、やはり被告人の配偶者が保釈請求を申し立て、これを却下する決定に対して抗告を提起したという事例について、「配偶者は、同法88条1項により保釈請求権を認められており、同条により保釈を請求したのに、その許否の決定に対して不服申立てができないと解することはいささか不

(19) 本決定の調査官解説として、すでに藤井敏明・ジュリスト1302号154頁(2005年)が公表されている。

自然であるというべきである。なるほど、保釈許否の決定の実質的効果は勾留されている被告人本人に及ぶものであるが、検察官又は被告人以外の保釈請求権者は、実質的に同法352条にいう『検察官又は被告人以外の者で決定を受けたもの』に当たるかどうか、検討すると、まず、右『決定を受けたもの』とは、決定によって、法律上権利が生じ又は義務を負わされたものをいうと解すべきところ、同法94条2項に照らすと、保釈請求者は、保釈許可決定によって、保釈保証金を自己の名によって納付する権限を付与され、保釈請求却下決定の場合は、その権限付与が否定される。したがって、保釈保証金を納付した者あるいは保証書を差し出した者が保釈保証金没取決定に関して同法352条の『検察官又は被告人以外の者で決定を受けたもの』に当たるとされている（最高裁判所大法廷昭和43年6月12日決定参照）のと同様、保釈請求者も、また、実質的な、右法条にいう『決定を受けたもの』に当たるといふべきである（なお、実際にも、保釈許可決定に対し、例えば、保釈保証金の額について不満があれば、保釈請求者にも抗告権を認めるのが相当である。）。〔原文改行〕なお、法律や規則に格別の規定がないが、保釈に関する裁判書には、被告人の氏名等の外に、保釈請求者の氏名等も表示している上、保釈請求者に対して、その裁判の告知もしているのが実務の現状であるから、形式的にも、保釈請求者は、保釈に関する裁判の名宛人であり、更に同法352条にいう『検察官又は被告人以外の者で決定を受けたもの』に当たるとしているとも考えられる」と判示し、被告人の配偶者も受決定者に該当するとした。このような見解について、古田佑紀は、保釈請求に対する裁判は請求に対する応答であり、請求者が受決定者に該当しないという解釈は妥当ではないと主張し⁽²⁰⁾、また、大谷剛彦は、

(20) 古田・前掲注(4)『大コメ刑事訴訟法』621頁。

保釈請求者は、保釈許可決定における保釈金額等に準抗告を申し立てることができること及び354条との均衡上、保釈請求却下決定の受決定者に該当すると主張し⁽²¹⁾、実務家の間でも支持を受けていた。

このような状況において、最高裁は、本決定において肯定説に立つことを示したものであるが、本件調査官解説によると、その趣旨は以下のとおり説明されている。すなわち、「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事情は見当たらない。……保釈の請求権を付与しながら、消極説のように、その請求を却下した裁判に対する不服の申立ては認めないとすれば、法が付与した請求権はいかにも中途半端なものとなると言えよう」⁽²²⁾。保釈請求を申し立てた近親者は、保釈を却下する裁判について形式的に受決定者であるというだけでなく、保釈許可決定に対する保証金額への準抗告又は勾留理由開示請求における開示請求者との均衡、さらには、このような場合に抗告を不適法とするならば、近親者は改めて保釈請求を申し立てる以外に救済の道がないこと⁽²³⁾もあわせ考えると、本決定の結論について異論はない。

2. 刑の執行猶予言渡取消決定に対する抗告適格（最一決平成17年3月18日刑集59巻2号38頁）

【事実の概要】

被請求人（成人）は、平成13年10月23日に佐賀簡裁より窃盗罪で有罪判

(21) 大谷・前掲注(3)「準抗告——裁判の立場から」988頁。

(22) 藤井・前掲注(19)「判例解説」154頁。

(23) 藤井・前掲注(19)「判例解説」154頁。

決を受け、懲役1年6月（執行猶予3年）の刑を科された。その後、被請求人は、さらに右判決後に実行した窃盗罪を理由に起訴され、平成15年3月24日に久留米簡裁より窃盗罪で有罪判決を受け、懲役6月の実刑を科された。この判決により、執行猶予の必要的取消事由（刑法26条1号）が発生したため、検察官は、福岡簡裁に刑の執行猶予言渡の取消を求める請求を申し立てた（刑訴法349条）。福岡簡裁は、右申立を受理し、被請求人に求意見書を送付した（刑訴349条の2第1項）。しかし、被請求人が病気入院中であったため、その母親が、求意見に対する回答書（被請求人は、うつ病に罹患して入院中であり、施設収容には耐えられない旨）を作成し、被請求人による本手続に関する一切の権限を委任する旨の委任状と共に裁判所に返送した。福岡簡裁は、平成16年9月24日に刑の執行猶予言渡を取り消す決定（刑集59巻2号46頁に掲載）を下したため、母親は、被請求人から改めて即時抗告申立に関する委任状の交付を受け、任意代理人として、右決定に対する即時抗告を申し立てた。これに対し、原審（福岡高決平成16年10月13日刑集59巻2号42頁に掲載）は、母親は、「原審における代理人」（刑訴法355条）及び「法定代理人」（刑訴法353条）に該当しないという理由で、申立を不適法であるとした。これに対し、被請求人は、特別抗告を提起した。

【決定要旨】

「刑法26条1号の規定による本件刑の執行猶予言渡しの取消請求手続において、被請求人（成人）から刑訴法349条の2第1項に基づく求意見に対する回答を含む一切の権限の委任を受けたとする被請求人の母親は、刑訴法355条にいう『原審における代理人』に該当せず、本件刑の執行猶予言渡しの取消決定に対して、被請求人のため即時抗告を申し立てる権限はないと解すべきである。また、反対意見が指摘するように、被請求人の母親は、上記委任とは別に、被請求人から即時抗告に関する権限の委任を受

けているが、上訴について、弁護士以外の者による委任代理は明文の規定がない以上許すべきではないから、母親のした本件即時抗告の申立ては、この委任に基づくものとしてみても、不適法である。」(特別抗告棄却)

(泉裁判官反対意見)

「問題は、弁護士資格を有しない一般人が即時抗告の申立てを代理することができるか否かということであるが、少なくとも、刑の執行猶予言渡しの取消決定に対する即時抗告の申立ては、一般人が代理できると解するのが相当である。刑の執行猶予言渡しの取消手続において、被請求人にとり最も重要な行為は、刑訴法349条の2第1項の規定により意見を述べることであるが、同項は、一般人が刑の執行猶予の言渡しを受けた者の代理人として意見を述べることを認めている。このように、刑訴法が、刑の執行猶予言渡しの取消手続において、最も重要な部分で一般人の代理を認めていることからすれば、刑の執行猶予言渡しの取消決定に対する即時抗告の申立てについても、一般人の代理を許容していると解するのが相当である。本件においても、母親であるAが、入院中の被請求人の代理人として委任状を添付の上、刑訴法349条の2第1項の規定による意見書を提出し、福岡簡易裁判所は、同意見書の提出により被請求人の意見を聴いたものとして、原々決定である刑の執行猶予言渡しの取消決定を行っているのであり、被請求人において、同決定に対する即時抗告の申立ても母親を代理人として行えるものと考えたとしても、無理からぬものがあるというべきである。」

【検討】

- (1) 本件は、執行猶予取消決定に対し、本人(被請求者)が母親を代理人として抗告を提起した事例である。取消請求審では、被請求者本人又は「その代理人」の意見を聴取することが決定の条件とされているが、ここでいう代理人は、「法定代理人に限らず、弁護士など被請求人から任

意に代理権を授与された者であってもよい」と理解されている²⁴⁾。従って、本件のように、被請求人が成人である場合にも、その母親を代理人として意見を提出することも適法である。

では、このような被請求人を代理して意見を述べた母親は、さらに、執行猶予取消決定に対して抗告を申し立てることもできるであろうか。この点について、以下、「原審における代理人」(355条)に該当するかという問題と、任意代理の可否という問題に分けて検討する。

- (2) 本件母親は、「原審における代理人」(355条)に該当するか。この問題について、そもそも抗告手続において本条の適用があるか、すなわち「原審」という文言との関係が問題となる。この点について、否定説²⁵⁾と肯定説²⁶⁾が対立するが、抗告も上訴の一つであるという以上、原審を観念することは可能であると思われる。なお、肯定説の中でも、判決確定後の手続では「被告人」が観念できないとして除外する見解もあるが²⁷⁾、それは、形式的に過ぎる見解であるように思われる。

では、執行猶予取消請求審において本人を代理して意見を述べた母は、原審代理人に該当するか。刑訴法355条の原審代理人とは、一般に、法定代理人(28条)、特別代理人(29条)、法人の代理人(283条)、軽微事件における代理人(284条)に限定され、本件のような任意代理人はこれに該当しないと理解されている。確かに、上述二で検討したように、刑訴法355条の趣旨である「原審の審理に関与した弁護人は、その審理に基く判決に対し上訴すべきか否かを独立して決定するに適するものと

24) 藤永他編 [三好幹夫]『大コンメンタール刑事訴訟法第5巻Ⅱ』359頁(1998年、青林書院)。松尾監『条解刑事訴訟法・第3版』815頁(2003年、弘文堂)も同旨。

25) 古田・前掲注(4)『大コメ刑事訴訟法』620頁。

26) 戸田・前掲注(3)「抗告」2664頁。

27) 判例時報1896号155頁本件紹介記事。

認めた」(前掲昭和24年1月12日判決)という観点からは、本案裁判に対する上訴の場合、わが国の刑訴法上任意代理人の関与は認められていないことから、右のように本条の原審代理人には任意代理人は含まれないと理解されてきたことについて合理性が認められる。しかし、本規定を本案裁判以外の裁判である決定にも適用を認めるという前提からは、必ずしも、本案裁判での議論がそのまま妥当するものではない。とりわけ、原審の審理へ関与の度合という観点からは、個別の手續に応じた検討が必要であると思われる。そのような観点からすると、執行猶予取消請求審では「代理人」の関与が予定され、上述のとおり、これは法定代理人に限定されず、任意代理でも可であると理解されている。従って、被請求人本人を代理して意見を述べた代理人も、原審代理人に該当すると考えることも可能である。もっとも、執行猶予取消請求審における代理人の関与は、単に意見を述べるにとどまり、その程度は、本案裁判における原審代理人と比べると、相当低いものといわざるを得ない。このような理解からは、本件のような代理人をして、なおも原審の審理に基づく裁判に対して上訴すべきか否かを独立して決定するに適したものかというかは、疑問が残される。

以上から、直ちに本件代理人を原審代理人と見ることはできず、その限りで、本決定多数意見の判断も支持できるように思われる。

- (3) もっとも、本件は、反対意見が指摘するように、申立の主体は被請求人本人であり、単に母を抗告申立に際しての代理人として申立を提起したと理解すべき事例である。そこで、本件のような執行猶予取消決定に対して、任意代理の方式で、しかも弁護士以外の者を代理人として抗告を提起できるかが問題となる。

この点について、多数意見は、「上訴について、弁護士以外の者による委任代理は明文の規定がない以上許すべきではない」と判示し、母を

任意代理人として行った申立を不適法であると判示した。これに対し、反対意見は、「刑訴法が、刑の執行猶予言渡しの取消手続において、最も重要な部分で一般人の代理を認めていることからすれば、刑の執行猶予言渡しの取消決定に対する即時抗告の申立てについても、一般人の代理を許容していると解するのが相当である」と判示し、本件のような私人を代理人とする抗告申立も適法であるとする。これを見るとわかるように、双方の見解とも、本人が抗告を提起するに際して、法定代理人以外の任意代理人を通じて申し立てること自体は適法であるということと一致している。この問題は、上述（二2(3)②）した原判決後に選任された弁護士が上訴を提起するという事例と構造的に類似する問題であり、そこでは、昭和63年決定にみるように、包括的代理権説によって決着したものである。しかし、その際にも指摘されていたように、まさに執行猶予取消決定に際しては「弁護士」を観念できないことから、本件は依然として任意代理の構成が妥当すべき事例であったといえよう。

そうすると、多数意見と反対意見の対立点は、弁護士以外の私人を任意代理人として抗告を申し立てることができるかという点にある。多数意見は、この問題を否定するのに対して、反対意見は、上述のように代理人による意見陳述を「最も重要な部分」への関与と捉えた上で、抗告申立にも「一般人の代理」を許容しているものと解すべきこと、及び、本件手続の態様から、「被請求人において、同決定に対する即時抗告の申立ても母親を代理人として行えるものと考えたとしても、無理からぬものがあるというべき」ことを根拠として、本件のような申立も適法であると主張する。そこで検討すると、確かに、例えば民事訴訟法では、簡易裁判所での例外を除いて、弁護士代理の原則が一般規定として定められており（民訴法54条1項）、また、刑事訴訟法も「弁護士」は原則として弁護士に限定されている（刑訴法31条1項）ことからすると、多

数意見のように、弁護士代理の原則は刑訴法上も妥当するかとも思われる。しかし、本件のような判決確定後の手続では「弁護人」を觀念することができず、また、上述のとおり、執行猶予取消請求審における代理人は必ずしも弁護士である必要はないと理解されていることからすると、少なくとも刑訴法上は、多数意見のように、明文規定がない以上弁護士代理が絶対的に妥当するということもできない。また、民訴法学説では、弁護士代理の原則の趣旨として、三百代言などの不明朗な職業の発生を一般的に防止すること及び手続進行の円滑化といういわば公的利益とともに、法律に暗い本人の利益保護を確実にすることも挙げられており²⁸⁾、また、最大判昭和45年11月11日民集24巻12号1854頁は、「いわゆる任意的訴訟信託については、民訴法上は、同法47条〔現行30条〕が一定の要件と形式のもとに選定当事者の制度を設けこれを許容しているのであるから、通常はこの手続によるべきものではあるが、同条は、任意的な訴訟信託が許容される原則的な場合を示すにとどまり、同条の手続による以外には、任意的訴訟信託は許されないと解すべきではない。すなわち、任意的訴訟信託は、民訴法が訴訟代理人を原則として弁護士に限り、また、信託法11条が訴訟行為を為さしめることを主たる目的とする信託を禁止している趣旨に照らし、一般に無制限にこれを許容することはできないが、当該訴訟信託がこのような制限を回避、潜脱するおそれがなく、かつ、これを認める合理的必要がある場合には許容するに妨げないと解すべきである」と判示し、いわゆる任意的訴訟担当を肯定していることから、弁護士代理は明文規定がない限り例外を許さないと理解されているわけではない。それゆえ、刑事訴訟においても、右昭和45年民事判決で判示されているように、弁護士代理原則の趣旨が潜脱されるおそれ

(28) 新堂幸司『新民事訴訟法・第3版』167頁(2004年, 弘文堂)。

がなく、かつ例外を認める合理的必要がある場合には、私人による任意代理を認めて差し支えないものと思われる。このような観点からすると、本決定反対意見が述べるように、本人が母を代理として抗告を提起できると考えたとしても無理からぬ状況は、例外を認める合理的必要があるといえ、また、私人一般ではなく、被請求者の近親者、特に配偶者や直系親族に限っては、三百代言等の不明朗な職業の発生を助長するものではないといえよう。

以上から、任意代理を私人一般に認めることには依然として躊躇を覚えるが、本件のような状況で、一定の近親者に限って本人の任意代理人として抗告の申立を適法とすることは可能であると考えられる。

四 ま と め

以上、本稿は、抗告を中心にその申立適格を検討してきた。そして、平成17年の二件の最高裁決定の検討では、受決定者（352条）の実質的考察の必要性、及び被告人（被請求人）本人による申立に際しての任意代理の柔軟な適用の必要性が明らかとなった。抗告裁判は、本案裁判とは異なり、その対象者が不明確であることに加えて、手続も広範に及びることから、抗告申立適格を体系的に論じることには常に困難さが伴う。しかし、実務におけるその重要性を考えると、今後の新たな問題に対しても一定の視点が示される必要がある。本稿がその一翼を担うことができたとする、幸いである。