

最近の刑事司法の問題性と本来あるべき姿

一新潟少女監禁事件と東電 OL 殺人特別抗告事件をめぐって

諏訪 雅 顕

目次

I はじめに

II 判例の検討 1 一新潟少女監禁事件

- 1 事案の概要
- 2 裁判の経過
- 3 最高裁の判示事項
- 4 検討

III 判例の検討 2 一東電 OL 殺人特別抗告事件

- 1 事案の概要
- 2 (身柄拘束に係わる) 本件裁判の経過
- 3 最高裁の判示事項
- 4 検討

IV 結論

I はじめに

平成15年7月10日最高裁は「新潟少女監禁事件」に対し、原審である東京高裁の判決を覆し、懲役14年の刑を言い渡した一審の判断を支持した。他方、同年10月21日には「東電 OL 殺人事件」に対し、被告人の上告を棄却した。そして、これに遡る同12年6月27日には、一審無罪判決に対し、控訴審裁判所による(実質上は無制限の)再勾留を認めるに至った。

前者に関しては、刑法47条の解釈を巡って最高裁と原審(高裁)とが、又、

後者（再勾留の件）に関しては、刑事訴訟法345条の解釈を巡って最高裁内で多数意見と少数意見とが激しく対立した。しかし、至った結論に関しては、重大な問題が潜んでいると言わざるを得ない。最近の刑事司法は、素朴な処罰感情（国民感情）や刑執行の必要性のため、刑事法の世界において最も尊重されるべき「刑事法の鉄則」を無下に扱っていないか。

本稿は、上記2判例を題材として、そうした現代刑事司法の問題性に警鐘を鳴らし、本来あるべき姿を模索することを目的とするものである。

II 判例の検討 1—新潟少女監禁事件

1 事案の概要

被告人（本件逮捕当時37歳）は新潟県柏崎市内に出生し、昭和56年地元の県立高校を卒業後、自動車部品製造会社に勤務していたものの、数ヶ月で辞め、その後は保険外交員をしていた母親と2人で、同女の給与と年金収入に頼って生活するようになった。被告人は、不潔や汚れに対する異常なまでの嫌悪感を持っていたが、時に家庭内暴力を起こしたり、ほとんど自室に閉じこもる生活をしていた。そのため、被告人は中学1年生の頃から精神病院へ通院もしていたが、医師は人格障害及び強迫神経症と診断していた。

被告人は、平成2年11月13日、当時9歳であった小学児童の被害者を略取し、自宅2階の自室洋間に連れ込み、平成12年1月頃までの間9年2ヶ月に渡り、脅迫や暴行（スタンガンを腹部等に押し付けて放電したり、顔面等を殴打する等）を加えて逃走不可能にした上で監禁し、その結果、被害者に両下肢筋力低下、骨量減少等の傷害を負わせた。

上記監禁中の平成10年10月頃、被告人は被害者のために、店舗よりキャッシュカード4枚（時価合計2,464円相当）を万引（窃取）した。

2 裁判の経過

(1) 一審（新潟地判平14年1月22日判例時報1780号150頁）は、本件事件の争点に関し、①被告人が被害者の身体を抱きかかえてトラック内に入れたか否かについては、被害者の供述通りこれを肯定し、②未成年者略取罪につい

て公訴時効が完成しているか否かについては、未成年者略取と逮捕監禁致傷罪を観念的競合として一体として観察し、重い逮捕監禁致傷罪の犯行終了時点（被害者の解放時）を起算日として、未だ公訴時効は完成していないものとし、③被告人の刑事責任能力に関しては、被告人には強迫性障害や人格障害があることは認められるが、その障害により被告人が本件犯行当時、自己の行為の是非善悪を弁識し、その弁識に従って行動する能力が著しく減退した状態にあったことは認められないとして、心神耗弱にあったとする弁護人の主張を排斥した。

その上で、未成年者略取及び逮捕監禁致傷罪と窃盗罪とが併合罪（刑法45条前段）の関係に立つ本件事件の量刑に関し、「刑法の併合罪を構成する数罪のうち、有期の懲役刑に処すべき罪が2個以上含まれる場合の量刑については、加重単一主義を採り、その情状が特に重い時はその各罪の刑の長期の合計を越えることはできないとしつつ、その長期にその半数を加えた刑期の範囲内で最終的には1個の刑を科すとした趣旨を勘案すると、併合罪関係にある各罪ごとの犯情から導かれるその刑量を単に合算させて処断刑を決するのではなく、その各罪を総合した全体的な犯情を考慮してその量刑処断すべき刑を決定すべきもの」と解し、本件事件では動機態様は極めて悪質であり、その発生した被害結果等も余りに重大であること等より、「本件の処断刑になる逮捕監禁致傷罪の犯情には特段に重いものがあると言わざるを得ず、その犯情に照らして罪刑の均衡を考慮すると、被告人に対しては、逮捕監禁致傷罪の法定刑の範囲内では到底その適正妥当な量刑を行うことはできない」として、被告人に対し、懲役14年の刑を言い渡した。

(2) これに対し弁護人は、①未成年者略取罪に関しては公訴時効が成立している、②本件逮捕監禁致傷罪について法定刑の量刑を越える科刑をした、として、法令適用の誤りがあるとの理由により控訴した。

(3) 二審（東京高判平成14年12月10日判例時報1812号152頁）は、上記弁護人の控訴理由の内、①の公訴時効の点は排斥したものの、②の点に関しては、原審は刑法47条の解釈を誤ったとして、弁護人の主張を認めた。

同裁判所は、併合罪の科刑の定め方には、①併科主義、②吸収主義、③加重主義の3つの方法があるが、刑法47条が加重主義（併合罪を構成する罪の内、最も重い罪について定めた刑の長期にその2分の1を加えたものを併合罪全体に対する刑の長期とする）を採用したのは、最も重い刑の長期が併合罪全体に対する刑の上限になるという吸収主義の不合理を克服しつつも、刑の上限を併科主義による場合よりも短く限定するためであり、犯人にとって最も厳しい併科主義の場合でも個々の罪に対する刑が積み重ねられるだけであって、法定刑そのものが加重されることはないのに、それを緩和しようとする趣旨の加重主義（併科主義に比べれば減刑主義）において法定刑そのものが加重されるいわれはない、と論じた。

そして、逮捕監禁致傷罪については最長でも懲役10年の限度で評価しなければならず、本件逮捕監禁致傷罪が法の予定するものを越えて著しく重大で深刻であったとしても10年を越えて刑を科することはできないが（本件のような犯行が生じ得ることを前提とした時、国民の健全な法感情からして逮捕監禁致傷罪の法定刑の上限が10年で軽すぎるとすれば、将来に向けて法律を改正するほかない）、原判決は併合罪全体の刑を量定するに当たり、逮捕監禁致傷罪について、その法定刑の上限である懲役10年を越える趣旨のものとしたと言わざるを得ないから、法令適用の誤りがあると断じた。

その上で、原判決を破棄し、窃盗に関しては、同種事犯における量刑との均衡を考慮して、被告人に対して改めて懲役11年の刑を言い渡した。

(4) これに対し、検察官は、刑法47条は、併合罪を構成する各罪全体について包括的に1個の処断刑の枠を決め、その処断刑によって併合罪を構成する各罪を一体として評価し、統一的な刑の量刑を行う趣旨の規定であり、各罪の法定刑は宣告刑を量定するに際して事実上の目安となることはあるとしても、それ自体としては独立の法的意味を失うに至ると解されるから、前記高裁の判断は刑法47条の解釈適用を誤ったものであるとして上告した。

3 最高裁の判示事項

最高裁（最判平15年7月10日判例時報1836号40頁）は、上記検察官の主張

を認め、刑訴法411条1号により原判決（高裁判決）を破棄し、一審の下した懲役14年の量刑判断を支持した。判決の理論上の骨子は以下の通りである。

「刑法47条は、併合罪のうち2個以上の罪について有期の懲役又は禁錮に処するとき、同条が定めるところに従って併合罪を構成する各罪全体に対する統一刑を処断刑として形成し、修正された法定刑ともいべきこの処断刑の範囲内で、併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決することとした規定であり、処断刑の範囲内で具体的な刑を決するに当たり、併合罪の構成単位である各罪についてあらかじめ個別的な量刑判断を行った上これを合算するようなことは、法律上予定されていないものと解するのが相当である。また、同条がいわゆる併科主義による過酷な結果の回避という趣旨を内包した規定であることは明らかであるが、そうした観点から問題となるのは、法によって形成される制度としての刑の枠、特にその上限であると考えられる。同条が、更に不文の法規範として併合罪を構成する各罪についてあらかじめ個別的な刑を量定することを前提にその個別的な刑の量定に関して一定の制約を課していると解するのは、相当でないといわざるを得ない。

これを本件に即してみれば、刑法45条前段の併合罪の関係にある第一審判決の判示第1の罪（未成年者略取罪と逮捕監禁致傷罪が観念的競合の関係にあって後者の刑で処断されるもの）と同第2の罪（窃盗罪）について、同法47条に従って併合罪加重を行った場合には、同第1、第2の罪全体に対する処断刑の範囲は、懲役3月以上15年以下となるのであって、量刑の可否という問題を別にすれば、上記の処断刑の範囲内で刑を決するについて、法律上特段の制約は存しないものというべきである。」

4 検討

- (1) 本件事件の最大の論点は、併合罪（刑法47・45条）における量刑の加重主義の趣旨とその限界についてである。
- (2) 刑法47条の併合罪の加重主義に関しては、前掲の高裁判決の中で、刑法改正政府提出案理由書（明治40年）が引用されている。同理由書によると、「旧刑法が依拠していた吸収主義では、一度罪を犯した者はその裁判が確定

するまで何度これと同等又はそれより軽い罪を犯しても後の犯罪に対する刑は常に第一の犯罪に対する刑に吸収されるなどの不当な結果をきたすので、これを廃して併科主義をとり、一罪ごとに刑を科することを原則とした。ただし、死刑又は無期刑については事実上併科できないことから吸収主義をとり、また、有期の自由刑につき各罪ごとに一つの刑を科するとすれば、刑期が数十年の長さに至ることがあるので、この場合にも例外として制限併科すなわち併合罪中最も重い罪に対する刑の長期にその2分の1を加えたものを刑の長期にした」とのことである。

この様な刑法47条の加重主義（併科主義との比較では減刑主義）の趣旨については、高裁は勿論のこと、最高裁自身も「同条がいわゆる併科主義による過酷な結果の回避という趣旨を内包した規定であることは明らかである」と述べており、これを肯定している。⁽¹⁾

従って、刑法47条の趣旨そのものについては、高裁も最高裁も見解を異にしていない。

(3) それでは、何故両裁判所の結論は分かれたのであろうか。

最高裁は、上記刑法47条の趣旨を前提としながらも、併科主義の過酷な結果の回避という観点から問題となるのは、法によって形成される制度としての刑の枠、特にその上限であるとし、例えば、本件の様に逮捕監禁致傷罪と窃盗罪との併合罪の場合、長期10年（の懲役）+10年（の懲役）=20年（の懲役）となる過酷な結果を避けるため、長期10年（の懲役）の1.5倍である15年（の懲役）をもって最高刑としたと捉えるのである。従って本件の場合、懲役3月以上15年以下の科刑が可能となる所、そこまでの判断で足りるとし、更に各罪の法定刑は独立の意味と失うとして、上記の範囲内で刑を科することについては法律上特段の制約は存しないと主張する。これは3月以上15年以下の「加重逮捕監禁致傷罪」と目すべき独自の犯罪類型が構成されたと見るに等しいと言えよう。⁽²⁾

これに対し、高裁は、本件併合罪により形式的には懲役3月以上15年以下の科刑が可能であるとしても、更に併合罪を構成する各罪単体での量刑によ

る限界を設けなければならないとするものである。すなわち、逮捕監禁致傷罪と窃盗罪の併合罪科刑において、（一罪で処断する場合を念頭に置いた時）前者を懲役10年、後者を懲役7年と判断し懲役15年に処することは許されるが、前者を懲役14年、後者を懲役2年と判断して懲役15年と処することは許されない、と言うのである。

(4) 最高裁の理論は、併合罪加重における別個の単一の犯罪類型を作り出すものであり、極めて巧みな理論構成であって一見尤もな様に思われるが、刑事司法の感覚からは違和感を払拭することはできない。本件の被告人が仮に万引行為を一切行っていなかったならば、刑法221条（同224条とは観念的競合の関係に立つ）により懲役10年までしか科することはできない。他方被告人が、本件の様な万引行為をしたに過ぎない場合、通常の実務では刑法235条により1年を越える量刑がなされることはまずあり得ないであろう。にも係わらず、両者が併さった本件の場合には、懲役14年の量刑が許されると言うのである。これは刑法47条の併合罪に対し、併科主義よりも更に加重する意味を付与したものと云わざるを得ない。現に本件では、9年2ヶ月もの被害者の自由（しかも多感で人生において最も輝いている時期）を奪ったことに對し単なる10年の懲役刑では余りにも軽すぎるとし、検察官が苦肉の策として万引事案を付加したものと云われている（窃盗罪について追起訴がなされたのは、当初の起訴から3ヶ月以上も経過した後であった）。本件は極めて重大かつ深刻な犯罪であり、現行の逮捕監禁致傷罪の法定刑が軽すぎると私自身も率直に思うが、それを併合罪の解釈の中で解決しようとしていることには無理があると思われる。⁽³⁾

(5) 刑法47条は、加重主義の原則を採用したものであるが、これは併科主義の過酷な結果を回避するためである。同条が求めているものは、併合罪を構成する各罪の長期の刑が合算された所の刑の上限に係わる部分での併科主義の弊害の回避だけでなく、それを構成する各罪自体の科刑上の限界をもその規制に内包しているものと言わなければならない。加重主義はあくまでも併科主義の弊害回避を目的として採用されたものである。そして併科主義とは

各罪における単体の罪刑を合算するものなのだから、(併科主義の結論である) 単体における罪刑の合算適用を越えて科刑をすることは、加重主義の前記趣旨において当然に禁止されるべきものである。

実質的に見て、逮捕監禁致傷罪の部分に懲役10年を越える量刑がなされたとするならば、それは刑法47条における規制を逸脱したものと言わざるを得ない。

本件事案においては、通例であれば万引行為に対して懲役1年を越える科刑をすることはあり得ないのであるから、一審ないし最高裁が本件逮捕監禁致傷行為に対して懲役10年を越える科刑をなしたことは明白である。この限りにおいて、最高裁は刑法47条の解釈適用を誤ったものであって、むしろ、高裁の判断こそ正当であったと言わざるを得ない。⁽⁴⁾

Ⅲ 判例の検討 2 一東電 OL 殺人特別抗告事件

1 事案の概要

(1) 本件被告人(最高裁本案決定当時37歳)は、平成6年に来日したネパール国籍を有する外国人である。他方、本件被害者(昭和32年生)は都内で実母、実妹と3人で暮らしていたが、大学卒業後東京電力株式会社に入社し、本件事件当時同社企画部経済調査室副長の地位にあったが、他方、平成3年頃から勤務終了後売春行為をしたり、同8年頃からはSMクラブに在籍するなどしていた。

本件被害者は、平成9年3月18日東京都渋谷区内のアパート空室において遺体として発見されたが、同アパートに隣接するビルに居住していた被告人が犯人として逮捕起訴された。公訴事実(要旨)は、被告人は平成9年3月8日午後11時30分頃、同アパート同室で被害者と性的関係を持った上で、翌9日午前0時頃、金員強取の目的で同女の頸部を圧迫して窒息死させ、同女所有の現金約4万円を強取した、というものである。

(2) 一審(東京地判平成12年4月14日判例タイムズ1029号120頁)は、現場に慰留されたコンドーム内の精液と陰毛のDNA型・血液型が被告人のもの

と一致していること、被告人のショルダーバックから被告人と同一の血液型が検出されていること等の事情より、被告人が犯人であることは動かし難い様に思われるが、現場便所内から発見された本件コンドームが本件犯行の際に用いられたものであるとすることには疑問が残ること（被告人は、本件コンドームについては平成9年2月25日～3月2日頃までの間に被害者と性交した時のものであると弁解）、現場から全くの第三者の陰毛が3本発見されていること、犯行日から数日後に被害者の定期券入れが被告人の土地勘のない民家敷地内で発見されていること等より、被告人が犯人だとするには尚矛盾や合理的説明が出来ない事実も存するので、「疑わしきは被告人の利益に」との刑事裁判の鉄則に従って判断すべきであるとして、無罪を言い渡した。

(3) これに対し、二審（東京高判平成12年12月22日判例タイムズ1050号83頁）は、被害者の（日々の売春相手等を書き留めていた）手帳の記載は書き誤りばかりか書き漏らしも見出しがたく、非常に確度が高いと言うべき所、同手帳の記載の内容は被告人が弁解する事実と照応しておらず、売春の代金等に関しても被告人の供述は信用できないとし、本件犯行日より前の別の機会において本件コンドームを捨てたとする被告人の主張を排斥して、一審判決を破棄し、被告人に対し無期懲役を言い渡した。

(4) 更に最高裁（平成15年10月21日決定）は、二審の判断を支持し、被告人の上告を棄却して、被告人の有罪が確定した。

(5) 以上の通り、本件事件の最大の論点は事実認定の点にあったが、被告人の一審無罪判決後の身柄拘束の点に関しても問題となった。

本稿では、後の考察との関係で（もとより事実認定に関して論ずることは、資料等の関係上不可能なので）、身柄拘束に係わる論点について検討することにした。

2 （身柄拘束に係わる）本件裁判の経過

(1) 一審の無罪判決が出た後、検察官は平成12年4月18日控訴すると共に、原審の東京地裁に対し勾留状の発付を求めた。これに対し、同裁判所は翌19日職権の発動をしなかった。

(2) そこで検察官は、東京高裁第5特別部に対し、勾留状の発付を求めた。これに対し同裁判所は、訴訟記録が到達していない段階では控訴審には身柄に関する処分の権限がないとして、同発付を認めなかった（東京高決平成12年4月20日判例タイムズ1032号299頁①の事件）。尚、同裁判所は傍論ではあるが、「無罪判決により釈放された被告人の身柄を再び拘束するためには、再度の拘束を正当化する何らかの事情（※特段の事情）が必要である」と述べている点が特筆に値する。

(3) やむなく検察官は、本件事件記録が同高裁に到達した平成12年5月1日、同事件本来の受訴裁判所である同高裁第4刑事部に対し勾留状の発付を求めた所、同裁判所はこれを認めた。

(4) そこで弁護人は、同勾留決定に対し異議の申立をしたが、同高裁第4刑事部は同異議の申立を棄却した（東京高決平成12年5月19日判例タイムズ1032号300頁②の事件）。同裁判所は、一審において無罪判決が言い渡された場合であっても、検察官が控訴の申立をし、控訴裁判所に一件記録が送付された以降は、同裁判所は、控訴審の審理開始前であっても、一件記録を検討して被告人に「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」がある場合は、被告人を勾留することができる、と判示した。

弁護人は、更に最高裁に対し特別抗告の申立をした。

3 最高裁の判示事項

(1) 最高裁（最決平成12年6月27日判例タイムズ1040号108頁）は、3対2をもって、同特別抗告を棄却した。多数意見が示す所は以下の通りである。「第一審裁判所が犯罪の証明がないことを理由として無罪の判決を言い渡した場合であっても、控訴審裁判所は、記録等の調査により、右無罪判決の理由の検討を経た上でもなお罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があると認められるときは、勾留の理由があり、かつ、控訴審における適正、迅速な審理のためにも勾留の必要性があることを認める限り、その審理の段階を問わず、被告人を勾留することができ、所論のいうように新たな証拠の取り調べを持たなければならないものではない。」

(2) これに対し、遠藤光男裁判官は次の通り反対意見（抜粋）を述べる。

「第一審において無罪判決がされた場合には、暫定的とはいえ、裁判所自らがその存在を否定したのであるから、被告人に対する無罪の推定はより一層強まったと見てよく、控訴審裁判所が新たに被告人を勾留するに際しては、第一審段階における同じ基準でこれを評価すべきではない。少なくとも、第一審判決が破棄され、最終的に有罪の判決がされる可能性があるか否かを基準として判断されなければならない。（中略）

第一審判決の当否は、控訴審における適正手続を通じて判断されることになる。したがって、控訴趣意書及び答弁書が提出されるなどして（答弁書の提出がない場合には、その提出期限が経過した後）実質的な審理が開始される前に、控訴審裁判所がその当否を判断することは、特段の事情がない限り許されないというべきである。」

(3) 又、同じく藤井正雄裁判官も次の通り反対意見（抜粋）を述べる。

「いったん無罪の判決があった時は無罪の理由のいかんにかかわらず、身柄の拘束を解くというのが、刑訴法345条の定める所である。そうだとすると、このような場合に、控訴審裁判所が、第一審の勾留の裁判におけるのと同じ基準の下に嫌疑が存することのみを理由として、他に特段の事情もなく被告人を再勾留することができると解するのは、同条を実質的に空文化することになりかねない。（中略）

第一審裁判所が公判における証拠調べを経て犯罪の証明なしとして無罪判決に至った事件につき、控訴審裁判所が第一審の記録と判決の調査のみで嫌疑ありとして勾留することを認めるのは、あまりに第一審判決を軽く扱うものであり、妥当とは言い難い（※カッコ内略）。控訴審裁判所としては、公判における審理を経るか、あるいは少なくとも共控訴趣意書とこれに対する答弁書の提出を持ってこれを検討し、また、新たに提出されるべき証拠の存在が予告されるならばこれをしんしゃくした上、第一審判決を破棄する可能性があるかと認められるかどうかを判断して、再勾留の可否を決めるのが、控訴審における適正手続にかなうゆえであると考える。」

4 検討

(1) 刑事訴訟法345条は、「無罪、免訴、刑の免除、刑の執行猶予、公訴棄却、罰金又は科料の裁判の告知があったときは、勾留状は、その効力を失う」と定めている。ところで、第一審において、無罪等の判決がなされたものの、検察官が控訴の申立をした場合、控訴審判決がなされるまでの間、控訴審裁判所が被告人を再勾留できるかが問題となる。

(2) この点の学説に関しては、特に新たな要件を付加することなく、控訴の提起後に控訴裁判所が再勾留することは可能である、とするのが通説的見解であった。⁽⁵⁾

これに対し、真向から反対したのが、岩田誠最高裁調査官である。氏は、刑訴法345条に規定する判決の宣告がなされ、勾留状の効力が消失した場合は、同一訴訟（上訴審も含む）において新たな勾留状を発して被告人を再び勾留することはできず、但し、上訴審でその無罪等の判決が破棄され、禁錮以上の実刑に処せられた後、又は原審に差戻された後に、勾留の理由とその必要性がある時に限り、刑訴法60条2・3項の範囲内で再勾留が許される、と主張した。その主たる理由は、刑訴法345条・343条は、共に第一審裁判所の裁判（意思）をそれが破棄されない限り尊重しようというのがその主眼にある、というものであった。⁽⁶⁾

(3) 同論点に関し、従前の判例においては、第一審が執行猶予の判決を言い渡したことに對し検察官が控訴し、控訴審裁判所が第1回公判期日前に再勾留をすることを認めたもの（最判昭和29年10月26日裁集刑99号507頁）、第一審は無罪判決であったが、控訴審がこれを破棄し、死刑判決を言い渡した上で再勾留を認めたもの（最決昭和41年10月19日刑集20巻8号864頁）があった。

もっとも、従前の判例は、原審が執行猶予付判決の際の再勾留であったり、控訴審で逆転有罪判決が言い渡された後の再勾留であったりするものであって、本件の様に、第一審が無罪判決であり、検察官が控訴を申し立てた直後の段階において（控訴審裁判所が）再勾留をした、という事案ではなかった。

すなわち、本件では、第一審の判断が無罪であったこと、再勾留が控訴の申立の直後に、しかも原審判決と一件記録の確認だけでなされている点が重要である。

(4) 本件の最高裁多数意見は、第一審判決が無罪を言い渡した場合であっても、控訴審において、記録等の調査により、罪を犯したことを疑うに足りる理由と勾留の必要性がある場合は、審理の段階を問わず、再勾留が可能であるとした。これに対し、反対意見は、再勾留するためには、第一審の無罪判決を覆すべく特段の事情が必要であり、そのためには（控訴審の）公判における審理を経るか、あるいは少なく共、控訴趣意書とこれに対する答弁書の提出を待ってこれを検討し、また新たに提出されるべき証拠の存在が予告されるならばこれを斟酌した上、第一審判決を破棄する可能性があると認められるかどうかの判断が必要である、とするのである。

この様に多数意見と少数意見とに分かれた最大の理由は、刑訴法345条の解釈において、第一審の判断の重みをどの程度尊重すべきなのか、といった点にあったと思われる。

(5) 思うに、刑訴法345条が第一審の無罪判決を受けて、勾留状の効力を失うとしたのは、同無罪判決により被告人のために働く「無罪推定」がより強固になったからであろう。もともと被告人に対し勾留という身柄拘束が許されるのは、逃走や証拠隠滅を阻止し、刑罰の執行を確保する点にある。そのため「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」と（広義・狭義の）必要性の要件だけで、刑執行のための保全措置とも言うべき勾留がかろうじて許されるのである。これに対し、第一審が適正手続に従い、厳格かつ周到な審理を行って、無罪との結論に至ったならば、未だ無罪が確定してはいないにしても、被告人に対し、無罪の推定がより強く働くに至った訳であるから（刑執行の目的は滅殺されたのであるから）、控訴審裁判所が第一審の勾留の裁判時と同じ要件で再勾留をすることは、刑訴法345条の法意より許されないと言うべきである。刑訴法345条は、適正手続に従って無罪判決を出した第一審の判断とその審理を尊重し、後述の通り無罪推定の趣旨をふまえて

被告人の身柄を解放したものであるから、これに引き続く控訴審に対しても、適正手続の履践と再勾留を許す特段の事情があることを、控訴審による身柄拘束の判断に対する要件として求めていると言うべきである。すなわち、本件最高裁の少数意見が指摘するように、控訴審における適正手続を履践し、原審を破棄し有罪判決を言い渡すべきであるとの確信に至った時に、初めて再勾留は可能になると言うべきである。

これに対し、刑訴法345条に関しては、第一審の終局裁判がなされれば、それが未確定のものであっても、その反射的効果として無罪等の裁判について勾留からの解放という効果を与えたものの、それは一時的なものであって絶対的なものではない、本案審理と身柄の措置はそれぞれ別個に機能し、両者が交差する刑訴法345条の場合のみ前者が後者に影響をもたらすが、前者の裁判に対して上訴があれば、再び両者は別個に機能する、として、本件最高裁多数意見を支持する見解がある。⁽⁷⁾しかしながら、この見解は、本案審理と身柄の措置とを安易に分離した上、第一審自体の存在及び同裁判所での無罪判決を軽視するばかりか、刑訴法345条の背後に存する無罪推定の原則や適正手続の保障まで軽視するものであって、妥当ではない。

(6) もとより、本件最高裁（多数意見）が、控訴審における控訴間もない段階での被告人の再勾留を許容したのは、被告人が不法残留の外国人であり、身柄を拘束しなければ（仮に有罪確定となった場合に）刑の執行ができなくなる、といった判断があったからであろう。

確かに、無罪判決により被告人が釈放されれば、入国管理局としては、不法残留の外国人として退去強制令書を執行せざるを得なくなるから（出入国管理及び難民認定法63条2項）、被告人はネパールへ帰国してしまうことになり、控訴審で審理が続行し、有罪認定がされたとしても（現に本件ではその後無期懲役の判決が確定している）、事実上その執行は不可能となるであろう。もっとも、同条同項の解釈においては、身柄拘束者でなくとも刑事手続を優先させるべきであるとの見解もあるが、外国人の出国の自由の観点や正規在留者との均衡論などより、この見解には批判が多い。身柄が拘束され

ていない以上、退去強制手続を採るのが法の解釈として自然であろう。

しかし、仮に本件被告人に関し、刑の執行の実現可能性が危ぶまれるにしても、これによって刑訴法345条の法意を無視することは許されるべきではない。最高裁少数意見が指摘する通り、「正に法の不備と言わざるを得ないが、法の不備による責任を被告人に転嫁することは許されるべきではない」（遠藤裁判官）のである。

(7) 以上より、私は、第一審により無罪判決が言い渡された後、控訴がなされた場合、控訴裁判所において再勾留をすることは全く許されない、とは解さない。しかしながら、少なく共、適正手続に従った検察官と被告人との攻撃防御がなされ（すなわち、検察官より第一審判決の不当性を十分指摘した控訴趣意書と、これに対し合理的反論を構成する被告人、弁護人の答弁書が提出され、更にいずれかの主張を補完する新証拠の提出が予定される時は、その提出と弾劾がなされ）、控訴審がこれらの主張と証拠を斟酌した上で、第一審の無罪判決を破棄し有罪を言い渡すべきであるとの確信に至った時に、初めて再勾留が可能になるものとする。

IV 結論

1 以上の通り、新潟少女監禁事件と東電 OL 殺人特別抗告事件の最高裁判決について検討してきたが、両判決については、刑法47条、刑訴法345条の解釈上問題があることはすでに述べてきた通りである。

しかしながら、事は単に刑事法の一条文に違反しているというだけでなく、刑事法の鉄則である「罪刑法定主義」「適正手続の保障」を逸脱している、ということに留意すべきである。

最近の判例は、処罰の必要性や国民感情を重視する余り、刑事法の鉄則を蔑ろにしている傾向があり、刑事司法は危機に瀕していると言っても過言ではないだろう。

2 日本国憲法は、31条において「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」と

規定して、刑事司法における法定の手続を保障している。同刑事法の鉄則は、刑事実体法の世界においては罪刑法定主義の原理として、又、刑事手続法の世界においては適正手続の保障（due process of law）の原理として具現化している。⁽⁸⁾

刑罰権を国家に集中させることは、すでに中世の時代から行われてきたが、これは国家刑罰専断主義として時の為政者に濫用された。これに対し、市民革命を経た近代立憲主義の下でも、社会契約説ひいては民主主義の理念により、「国家刑罰権」は維持されている。しかしながら、近代立憲主義の思想の下でも、国家は莫大なる捜査権限、刑罰執行権限を有している一方で、市民（個人）は余りにも無力であるから、ここに個人の権利を保護し、国家権力との間で実質的平等を確保する必要性が生ずる。そうでなければ、無辜の処罰という深刻な事態が生ずるからである。刑罰権が個人の自由の侵害（しかも峻厳な）の危険性をはらむものであるならば、これをどのようにして阻止するのが問題となる。これに対し、個人の予見可能性を確保しようとしたのが罪刑法定主義の理念あるいは刑法のマグナカルタ的機能であり、実質的公平を確保しようとしたのが適正手続の保障あるいは黙秘権や弁護人選任権の保障である。これらの原理は、時代を超えた普遍のルールとして画一的に定型化されたものであって、刑事司法全体の正義として絶対的な保護に浴するものであり、いかなる事情があろうともこれを覆すことはできないのである。

3 新潟少女監禁事件の場合、どのような理由を付けようとも、「懲役14年」という量刑に関しては、逮捕監禁致傷罪において法定刑である懲役10年を超えて科刑したことは明白である。

本件高裁が、「原判決は、併合罪全体に対する刑を量定するに当たり、再犯加重の場合のように、刑法47条によって重い逮捕監禁致傷罪の法定刑が加重されたとして、同罪につき法定刑を越える趣旨のものとしているが、これは明らかに同条の趣旨に反するといわざるを得ない」と指摘していることは極めて正論である。これに対し、最高裁は、第一審判決について「本件の犯

情に鑑み、逮捕監禁致傷罪と窃盗罪という二つの罪を併せたものに対する宣告刑は、逮捕監禁致傷罪の法定刑の上限である懲役10年でもなお不十分であるので、併合罪加重によって10年を越えた刑を使わざるを得ない旨を述べたものと解される」と擁護するが、第一審の「被告人に対しては、逮捕監禁致傷罪の法定刑の範囲内では到底その適正妥当な量刑を行うことができない」という主張に鑑みるならば、同裁判所が（形式的に併合罪加重をした刑期の範囲内であることを利用して）実質的に逮捕監禁致傷罪の法定刑を越える量刑をしようとしたものであることは明らかであろう。

すでに述べた通り、加重主義（併科主義との比較においては減刑主義）を旨とする併合罪加重においては、併科主義における複数犯罪の各別の量刑を越えることがあってはならない。これを越える場合は、法定された刑罰を越えて刑を科するものであって、罪刑法定主義に違反するものである。本件はこの悪しき一事例となったものと言わざるを得ない。高裁が原審を厳しく糾弾したのは、この様に刑法の鉄則に反していたからに他ならない。⁽⁹⁾

4 東電OL殺人特別抗告事件に関しては、無罪推定原理と適正手続の保障の趣旨に反していることが最大の問題である。

無罪推定の原則は、嫌疑刑の制度を打ち破り、18世紀末フランス革命の所産たる人権宣言第9条「すべての者は犯罪者と宣告されるまでは無罪と推定される」に端を発し、その後19世紀初頭ドイツでにおいて「疑わしきは被告人の利益に従う」(In dubio pro reo.) というフォーミュラが形成され、更には英米において「無罪の推定」(presumption of innocence) として開花したものである（現状では国際人権規約に明文の規定がある）。⁽¹⁰⁾この様に、無罪の推定が個人の尊重を旨とした近代立憲主義の所産である以上、同原則は被疑者被告人の主体的人格性、自律的な自己決定権を確保することを目指したものと解すべきであり、⁽¹¹⁾強大な国家権力と対置した個人（市民）の自由を可及的に保障するための強い政策性（目的性）を持った理念であると言わなければならない。そして、この無罪推定原則を実質的に担保するために機能するものが、適正手続の保障である。刑事手続における令状主義、訴訟におけ

る徹底した当事者主義、厳格な証拠法則等は、いずれも被告人は無罪であるとの推定から出発している。

この無罪推定の原則は、当然に被告人の身柄拘束の場面にも影響を与える。第一審で無罪判決が言い渡された以上、それが仮に灰色無罪であるにしても、被告人を刑事罰から遠ざけるべき必要性が高まり、無罪の推定の趣旨は、その政策上、より一層及ぶことになると思すべきである。その結果身柄拘束に関しても、被告人はより一層の保護を受けることになる。これに対し、従前と同じ程度の嫌疑だけで被告人の身柄を拘束できるとすることは、無罪の推定の原則の歴史的沿革やその政策的な意義を無視するものであって、妥当ではない。

更に、無罪推定がより一層及ぶことになる結果、控訴審での適正手続確保の必要性もますます高まると言うべきである。再勾留の前提として、検察官の控訴趣意書に対する反論の答弁書を提出する機会も与えられず、あるいは、検察官が提出を予定する証拠に対し反証する機会も与えられず、即時に身柄を拘束されるなどということは、適正手続に対する逸脱甚だしいと言わざるを得ない。

最高裁の少数意見が、「第一審判決の当否は、控訴審における適正手続を通じて判断されることになる」（遠藤裁判官）、「控訴裁判所としては、公判における審理を経るかあるいは少なくとも控訴趣意書とこれに対する答弁書の提出を持ってこれを検討し、また、新たに提出されるべき証拠の存在が予告されるならばこれをしんしゃくした上、第一審判決を破棄する可能性がある」と認められるかどうかを判断して再勾留の可否を決めるのが、控訴審における適正手続にかなうゆえんである」（藤井裁判官）と指摘していることは、正鵠を射るものである。

5 本件の各事案において、刑事法（刑法47条、刑訴法60条）の法文上の形式的解釈を盾に取り、無理を承知で刑事法の理念から離れた結論を導いたのは、国民感情に基づく量刑の妥当性や刑執行の必要性があったからに他ならない。私としても、被害者が9年2ヶ月もの間思春期の自由を奪われた事案

に対し、10年の懲役刑をもって処することが素朴な正義感情に反することは十分理解できる。又、被告人が国外に移居したことにより、実質的に刑罰が科せられない事態が生ずることに対しては憂慮を覚える。しかしながら、だからといって安易な解釈や理由付けに流されてはならないと思う。

時に刑事法の鉄則と国民感情とが遊離する事態が起こることがある。しかしながら、刑事裁判官は、その際も刑事法の鉄則を堅持しなければならないし、国民感情に従って自ら「立法行為」を行うことは許されない。けだし、刑事法の鉄則は、長い歴史をかけて人類が勝ち得てきた重大な所産だからである。国民感情に反する結論を出すことには大きな勇気がいるし、国民から峻厳なる批判を受けることにもなろう。それでもやはり刑事法の鉄則は踏み越えてはならないのである。⁽¹²⁾

国家権力の横暴がまかり通る社会では、刑事法の鉄則の重みは十分に意識されるが、民主的で平和な時代においては、その意義をつい忘れがちである。現代はこうした牧歌的な時代であるため、被告人の帰責性が大きいとか外国人に対する刑の執行の必要性があるとの理由により、刑事法の鉄則からの逸脱があっても然程問題にはされないようである。しかし、国家破産さえ予想される深刻な不況と政府による改憲解釈がまかり通る状況下において、この社会がいかに様にも変貌しないとは言い切れない。刑事司法は、刑事法の鉄則を堅持する本来の途を歩まなければならないと考える。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

〈注〉

- (1) この点は、学説も同様の捉え方をしている。例えば、小野清一郎博士は「現行刑法は、加重した処断刑によって一個の宣告刑を言渡すことを原則としている。一方に於て数罪の場合は一罪の場合よりも重い処罰を必要とするが、しかし自由刑は単純にこれを重畳すると不当に過酷な結果を齎すことを顧慮したものである。」と述べ（『新訂刑法講義総論』270頁）、中野次雄博士も「（※加重主義は）考え方としては前二主義（※併科主義と吸収主義）の中間に位置するものであって、その根本思想は、一罪を犯した場合よりは重く、併科よりは軽くというところにある。従って、併科主義を標準として考えれば、加重主義というよりはむしろ減刑主義と呼ぶ方が正しい。」と言われている（『刑事法講座第7巻』1372頁）。

- (2) 加重主義を採用する場合、ドイツの様に、まず各罪についての刑を量定し、これを総合して加重された1個の刑を言い渡す方法（総合刑主義）と、日本の様に、まず加重した処断刑をつくり、その範囲内で1個の刑を量定する方法（単一刑主義）とがある、と言われている（平野龍一『刑法総論II』432頁）。最高裁は、我が国の単一刑主義の理念を徹底したとも捉えられるが、単一刑主義であったとしても、自ら、加重主義としての限界があることには注意をしなければならないと思う。
- (3) 先の判例時報の解説は、最高裁判決は、本件窃盗罪を軽視し得ない実質をもった犯罪と評価していること、そうした厳しい評価は、この下着窃盗が被害女性の監禁を続けるための手段として犯されたものであって、通常の万引事案とは同列に論じ得ないこと、被告人は、長期間にわたり同様の目的で類似の窃盗行為を反復していたもので、常習性が顕著に認められたこと等の事情と関連していること、最高裁（及び一審判決）と二審判決との間には、本件窃盗の実質について、見方を異にする点があり、これが刑法47条に関する解釈を分かち一因になった、と指摘する（判例時報1836号43頁）。しかしながら、本件窃盗事犯の行為態様、結果、常習性をいかに厳しく評価したとしても、それ自体が懲役4年という刑罰にはつながらないであろう。一審及び最高裁が、本件窃盗の悪質性を強調する中で、実は、本件逮捕監禁致傷罪の科刑を引き上げようとしていたことを看過してはならない。
- (4) 同旨、曾根威彦「併合罪加重における罪数処理—新潟少女監禁事件最高裁判決を中心として—」（現代刑事法54号44頁）。尚、曾根教授は、「最高裁第一小法廷を構成する5人の裁判官のうち、一人も原判決の見解を支持する裁判官がいなかったことは不可解である」とまで指摘されるが（上記論文の注22）、私も率直に言ってそう感じる。
- (5) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要第五訂版』236頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』293頁、横井大三『新刑事訴訟法逐条解説III』143頁等
- (6) 岩田誠「刑訴345条による勾留状の失効と再勾留」法曹時報7巻3号329頁
- (7) 土本武司「一 無罪判決後の勾留 二 刑事手続と退去強制手続—東電OL殺人事件特別抗告審決定」判例時報1752号236頁
- (8) 憲法31条について、科刑の手続及び実体要件の双方につき法定されなければならないのみならず、その内容も共に適正なものでなければならない、というのが通説的見解である（戸部信喜『憲法』180頁、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』587頁等）。
- (9) 井田良教授は、本件判例評釈の結論として、「現行刑法は、量刑判断に関する法的規制において控え目であり、裁判所に広い裁量の幅を認める基本姿勢を採っているといえる。併合罪の量刑に関し、これを個別の犯罪に対する科刑の集合とは見ず、処断刑の枠内で複数所為全体の犯情に対応する刑を定めることを許す最高裁判決の解釈は、

法文に忠実というだけでなく、現行法の基本的立場に整合的である。逆にいえば、控訴審判決のように、量刑判断を規制する『不文の法命題』を刑法47条に読み込むことは、現行法の解釈としては一つの飛躍を意味するものとならざるを得ない。それは、現行法が必ずしも予定していない思想、すなわち、抽象度を異にする種々のルールのネットワークにより裁判所の量刑判断をさまざまに規制しようとする思想につながるものであろう。実は、本事件は、現行刑法のもとにおいても、そのような思想を取り入れ、根づかせる方向に大きく一步踏み出すための好機であった。それにもかかわらず、最高裁は、その手堅い、優等生的とも言える現行法解釈により、量刑判断の法化と合理化に向けての発展の芽を摘んでしまったのである。」と主張される（井田「併合罪と量刑」—『新潟女性監禁事件』最高裁判決をめぐる』ジュリスト1251号81頁）。

なる程、最高裁の判断は、現行法の法文には（形式的には）忠実かもしれない。しかしながら、果たして、現行法の基本思想、基本的立場にも忠実であると言えるのだろうか。現行法は、量刑の枠を広く定めているが、実質的にこれを逸脱することまでは認めていない。又、刑法47条は、あくまでも併科主義の弊害を避けることを目的としており、そうである以上、同条における許容性を判断するためには、併科主義に立って個々の科刑をした場合どうなるか、といった判断を避けて通ることはできないのである。本件最高裁は、逮捕監禁致傷行為に対し、法文で予定した量刑を越えて科刑することを企図し、それを実現したのであって、決して「手堅い優等生的ともいえる現行法解釈」などと評価し得るものではなく、現行刑法が当然に前提としている罪刑法定主義の理念に反している。控訴審の方があたかも量刑判断を「法化」していると言うのは、実質的に見れば、全く逆の評価であると言わざるを得ない。

(10) 松尾浩也『刑事訴訟法上新版』228頁

(11) 刑事裁判の公正さを支える普遍的価値、理念が「個人の主体性と尊厳」「個人の自己決定」であり、この価値、理念を実現し、擁護する課題を担うのが当事者主義の訴訟構造である、と捉える最近の著書として、高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』がある。

(12) 本稿とは直接関係しないが、ここで裁判員制度について想起すべきである。同制度に関しては、裁判員に占める裁判官と民間人との人数割合とか業務終了後の秘密の保持等ばかり論じられているが、司法が元々自由主義の理念に立脚している以上、果たして民間の裁判員が「刑事法の鉄則」をどれだけ理解し訴訟に臨むことができるかが、この制度の最大の問題点であろう（少なく共、裁判員に対する「刑事法の鉄則」に関する教育は必要であろう）。

- (13) 戦前の日本の刑法学会において、主観主義の牧野英一博士は自由法運動あるいは文化国家論により、客観主義の小野清一郎博士は日本法理の思想により、一致して国粹主義的な刑法理論へと流された中で、一人滝川幸辰博士だけが、罪刑法定主義の鉄則を守って自由主義刑法論を展開されたことを忘れるべきではないだろう。滝川『犯罪論序説』序文、同『刑法雑筆』235頁、同『刑法講話』31頁等参照。
- (14) その後、チリ国籍の男性による窃盗事件に対し第一審で無罪判決が言い渡された（諏訪簡判平成15年5月29日）ものの、検察官が控訴した所、控訴審裁判所（東京高裁第6刑事部）が、弁護側の答弁書の提出も第1回公判期日の指定もない段階で、再勾留を認めるという事件が起こった。これに対し、弁護人は異議の申立、更には特別抗告の申立をしたが、最高裁は1人の反対意見もないまま門前払いの決定をした（この事件及びこれに付随する論点に関しては、同弁護人である原山邦章弁護士の論文が詳しい—長野県弁護士会会報第34号、56頁）。原山弁護士は「これまで日本の刑事裁判の実態において無罪判決が現実には無実判決（無実との確信を裁判官が得なければ無罪判決とはならない。）となり、無罪推定原則が瀕死の状態であることを実感してきたところである。無罪勾留はその息の根を止めたという感慨を懐かざるを得ない」と述べられるが、私も全く同感である。