

Title	〔刑訴判例研究六〕 原判決中未決勾留日数算入の部分のみが破棄された事例 (最高裁昭和五一年一月一八日第一小法廷判決)
Sub Title	
Author	安富, 潔(Yasutomi, Kiyoshi) 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	1977
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.50, No.11 (1977. 11) ,p.121- 127
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=AN00224504-19771115-0121

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.

効行為の転換を否定する理由にはならないと思う。

七、以上のように考えてみると、本件判決は、署名代理方式の適法性のみを論じた上告理由にひきずられて、右配当異議訴訟特有の問題の考察をおろそかにしてしまつたのではないかと思われる。

なお、公正証書に関する基礎的知識については奥村正策「公正証書に関する総合的研究」(司法研究報告書二三輯一号)があり、本件最

〔刑訴判例研究六〕

昭和五一・三

原判決中未決勾留日数算入の部分のみが破棄された事例

最高裁判所第一小法廷判決昭和五十一年(刑)第七六一号同年一月一八日(強盗殺人、死体遺棄被告事件、一部棄却、一部破棄自判)刑集三〇巻一〇号一九〇二頁

(事案の概要)

被告人は、昭和五〇年三月九日殺人、死体遺棄の事実により逮捕され、同月一二日勾留され、同月三二日強盗殺人、死体遺棄の罪で勾留のまま起訴された。

第一審である福島地方裁判所会津若松支部は、被告人を勾留のまま審理し、同年八月二七日、「被告人を懲役一五年に処する。未決勾留日数中一〇〇日を右刑に算入する」との判決を言い渡した。

右判決に対し、検察官は同年九月九日量刑不当を理由に、また被告人も

高裁判決の評釈ないし解説としては、徳田和幸(判例タイムズ三四六号一一〇頁)、中村英郎(判例評論二二二号一四二頁)、住吉博(五一年度重要判例解説一三三頁)があり、いずれも参考にさせていただいた。

(昭和五二年七月三十一日)

六車 明

同日事実誤認を理由に、それぞれ控訴を申し立てた。

控訴審である仙台高等裁判所は、被告人を勾留したまま審理し、同五一年三月三〇日、検察官・被告人双方の主張を排斥して、「本件各控訴を棄却する。当審における未決勾留日数中一五〇日を原判決の刑に算入する」旨の判決を言い渡した。

これに対し、検察官は、未決勾留日数算入に関し、判例違反を主張して上告を申し立てた。すなわち、「原判決が控訴申し立て後の未決勾留日数二〇三日中一五〇日を刑法二一条により本刑に裁定通算したものであることは、その主文及び理由中の記載に照らし明らかである。しかしながら、右に述べた事件の経過により明らかならず、本件は検察官が控訴を申し立てた場合であるから、被告人の控訴申立が棄却されていても、検察官の控訴申し立て後、控訴審判決言渡し日の前日までの控訴審における未決勾留日数二〇三日は、刑事訴訟法四九五条二項一号により、判

決が確定して本刑が執行される際、当然に全部本刑に法定通算されるべきものであつて、原裁判所には右日数を本刑に通算するか否かの裁量権が認められておらず、したがつて、刑法二一条の規定を適用して判決においてこれを宣告すべきものでないことは、刑事訴訟法四九五条二項一號と同趣旨の規定である旧刑事訴訟法五五六条一項一號に関する昭和一四年四月一四日大審院第三刑事部判決（刑集一八卷二二五頁）の示すところである。なお、刑事訴訟法四九五条による法定通算の行われる場合には、刑法二一条による裁定通算を行うべきでないとする趣旨の最高裁判所の判例（昭和二四年三月一五日第三小法廷判決・刑集三卷三三三九頁、同四六年四月一五日第一小法廷判決・刑集二五卷三三三九頁等）がある。よつて、原判決は、刑事訴訟法四九五条二項一號の解釈につき前記大審院判決に反する判断をし、ひいては刑法二一条の適用につき前記最高裁判所の判例に相反する判断をしたものであつて、その違法は判決に影響を及ぼすことが明らかである」と。

（判旨）

本件のように、検察官も控訴を申し立てた場合には、その後の未決拘留の日数は、刑法四九五条二項一號により、判決が確定して執行される際当然に全部本刑に通算されるべきものであつて、控訴裁判所には右日数を本刑に算入するか否かの裁量権が委ねられておらず、刑法二一条により判決においてその全部又は一部を本刑に算入する旨の言渡すべきでないことは所論引用の当裁判所判例の示すところである（当裁判所昭和二五年判第一四七七号同二六年三月二九日第一小法廷決定・刑集五卷四号七二二頁、昭和四八年判第一四一五号同年一月二七日第三小法廷判決・裁判集刑事一九〇号七一五頁参照）。従つて、原審が控訴審における未決拘留日数中一五〇日を本刑に算入したのは、刑法二一条の適用について右判例と相反する判断をしたものといわなければならぬ。

よつて、刑事訴訟法四〇五条二號、四一〇条一項本文、四一三条但書により、原判決中「当審における未決拘留日数中一五〇日を原判決の刑に算入する。」との部分を破棄し、原判決中その余の部分に対する上告は、上告趣意としてなら主張がなく、従つてその理由がないことに帰するから、同法四一四条、三九六条により、棄却することとして、主文のとおり判決する。

この判決には団藤裁判官の反対意見がある。すなわち、

本件においては、原審における未決拘留日数はすべて法律上当然に本刑に通算されるのであつて、原判決が「当審における未決拘留日数中一五〇日を原判決の刑に算入する。」としたのは、かりにそのまま確定したとしても、効力を発生する余地のないものであり、検察官は直接に右の規定にもつて法定通算があつたものとして刑の執行指揮をするべきである。原判決におけるこの種の誤りは「違算、書損その他これに類する明白な誤謬」といふべきものであつて、原裁判所は更正決定をもつて対処することができるものと解するのが相当である。このような明白な形式的誤謬はもともと上訴理由とはならないものといふべく、もし本件のように上告があつたばあいには、上告審は、上告を棄却するとともに、その上告棄却の裁判中において、原判決の主文を更正すれば足りるのである……。多数意見は、当裁判所の判例にしたがつたものであるが、わたくしは、この判例そのものに疑問をいだく。もともと一部上訴は刑事訴訟法三五七条によつてみとめられているところであるが、それは公訴不可分の原則その他の関係から、事からの性質上、おのずから一定の制限を受けるものであつて、刑の言渡しの判決における未決拘留日数の通算の部分が独立して一部上訴の対象になりうるものとは、わたくしにはとうてい考えられない。未決拘留日数の通算の部分を切り離して、刑の言渡しの部分だけが確定するとみることは、理論的にも実務的にも都合である。前記判例、したがつて本件多数意見も、本件のようなばあいを

一部上訴とみているのではあるまい。けだし、もし一部上訴とみているならば、一その余の部分に対する上告を棄却する。こともありえないはずだからである。そこで、全部上訴とみているものと解するほかないが、そうだとすれば、一部破棄・一部上告棄却はおかしいのであつて、原判決全部を破棄すべきことは当然だといわなければならない。

(評釈) 本件のような事案の具体的解決としてはよかつたのかもしれないがいくつかの疑問が残る判決である。

一 未決勾留日数の算入に関しては、検察官が上訴を申し立てた場合、その後の未決勾留日数は、法律上当然に本刑に通算され(刑訴法四九五条二項一号)、裁判所は、右日数を本刑に算入するか否かという裁量権を委ねられておらず、刑法二一条により、いわゆる任意通算することはできない。しかしながら、控訴裁判所が、その未決勾留日数を刑法二一条により判決において本刑に算入する旨の言渡しをした場合、検察官は、どのような形で上告審にその是正を求めうるのか、また、その是正を求められた上告審はどのような判断をなすべきであるのかが問題となろう。すなわち、このような場合、検察官は未決勾留日数の算入部分についてのみ一部上訴することができののだろうか、それとも、一部上訴ではなく、本刑とともに全部について上訴しなければならないのだろうか、そして、いずれにせよ上訴された場合、上告審は、未決勾留日数の算入部分のみについて一部破棄できるのだろうか、あるいは、本刑とともに全部について破棄しなければならないのだろうか。

本件のような事案において、原判決破棄の理由が、右にのべた点のみにある場合、原判決中未決勾留日数の算入部分のみを破棄し、その余の部分に対する上告を棄却するというのが、実務での取扱いのようで、これは、最判昭和三年四月一日の判決以来、ほぼ定着したようである。⁽³⁾

しかし、このような判例の態度は、理論上いくつかの疑問点が指摘されるので、これらの点について、前掲昭和三年の最判をふまえ、本件における問題点を以下、検討してみたい。

二 前述のように、刑訴法四九五条二項一号は、判決が確定して本刑が執行される際、検察官が上訴を申し立てた場合、その後の未決勾留日数は、当然に、本刑に法定通算されるべきものとしており、被告人が上訴を申し立てている場合であっても同じである。そして、この場合、刑法二一条にいう任意通算の規定は適用されない。従つて、控訴審がこの点未決勾留日数を任意通算したのは違法であるといふことができる。⁽⁴⁾

本件最高裁判決において、多数意見は、判例違反を主張した検察官の上告を認めており、このような理解を肯定していると思われる。

しかし、本件のような場合、はたして判例違反として破棄理由となるのであろうか。破棄理由は刑訴法四一条であつて四〇五条ではあるまい。従つて、これをも相反する「判断をしたというなら、「判例」は無限に拡がり、刑訴法四〇五条で上告理由を制限した趣旨は無視されることになつてしまふ。本件のように、判例と相反す

る「措置」をしたことは、「判断」をしたこととは異なるであらう。⁽⁵⁾
この意味で、本件多数意見にはいささか疑問がある。

ところで、団藤裁判官は、反対意見をのべられ、このような誤り
は、民訴法一九四条にいう「違算・書損その他これに類する明白な
誤謬」と解され、更正決定によるべきものとされる。

民訴法一九四条にいう判決の更正は、判決の実質である判断内容
を変えてのではなく、判決書の表現の過誤や不適當を訂正補充するも
ので、形式的にその明白な誤謬が発見できる場合であらう。刑事訴
訟法には、このような判決の更正決定をなしうることを明らかにし
た規定は存しないが、刑事訴訟においても、判決の理由中の一部また
は形式的な部分についてであれば、民訴法一九四条同様、判決の更
正を認めることもできよう。⁽⁶⁾しかし、このような判決の更正が認め
られるのは、書損のような明白な形式的誤謬であり、一見して裁判
所の真意とその表示が一致しないことが、判決書の前後の記載や全
体の趣旨あるいは記録から判明するとともに、裁判所の真意を読み
とることができる場合でなければならぬであらう。

ふりかえつて、本件において控訴裁判所は、法定通算されるべき
控訴審における控訴申立後の未決勾留日数の一部を、刑法二一条に
より裁量により算入したものである。控訴審裁判所が何故このよう
な誤りをしたのかは不明であるが、いわば法令適用を誤つたともい
うべき本件のような誤りは、判決の更正をしようる形式的誤謬とい
うことができようか。ともあれ、確かに、⁽⁷⁾団藤裁判官のように考えら
ば、明白な形式的誤謬は上訴理由とならず、本件のように上告があ

つたばあい、上告棄却することで、理論上も明解な解決を図るこ
とはできる。⁽⁸⁾しかし、判決の無効を安易に認めることは、刑の執
行をすべき検察官による判決の解釈権を拡張する危険がある。そう
だとすれば、原判決は懲役一五年から未決勾留日数一五〇日を差し
引いたという破棄判決をしたとも読めないことはないし、ただちに
判決が無効とはいえないのではないだろうか。また、裁判の解釈申
立の範囲に入るかも疑問であるし、違算・書損としても、それは裁
判所に判断してもらわなければならないであらう。

団藤裁判官の意見には、このような疑問がある。

三 法定通算すべき未決勾留日数を誤つて任意通算したばあい、
本件最高裁判決多数意見のように、それを違法と認め、「原判決中
『当審における未決勾留日数中一五〇日を原判決の刑に算入す
る。』との部分を破棄する。その余の部分に対する本件上告を棄却
する。」との判決をすることは認められるであらうか。⁽¹⁰⁾

本判決は、一部破棄・一部上告棄却としたものようである。

判決が一部破棄されるのは、上訴の申立が原判決の一部について
許されるとき、その一部についてのみ上訴の理由があり、他の部分
については上訴の理由がない場合である。すなわち、法三七五条に
いう一部上訴が認められるような場合について、一部破棄が考えら
れることになる。

一部上訴が認められるのは、原判決が可分のものでなければなら
ない。

本件のような場合、未決勾留日数の算入については、本刑の言渡

しと不可分のものと考えるのが一般である。その理由とするところは、公訴不可分の原則⁽¹²⁾、審判不可分の原則⁽¹³⁾、同時確定の必要性、主従関係不可分性⁽¹⁵⁾などが説かれている。

立法論としては、ドイツ刑訴のように、本来の訴訟である犯罪事実の認定と行政処分の本質をもつ刑の量定とは、その認定段階を区別すると否とを問わず、事実点を争わないで、量刑のみを争つて上訴することもできるであろう⁽¹⁶⁾。そうとすれば、本件のようなばあい、未決勾留日数の算入部分について一部上訴もできるとすることも可能であろうが、未決勾留日数の算入部分について、本刑と切りはなして、それだけで一部上訴することを認めることは、現行法の解釈としては少なくとも採用しようとはないと考える⁽¹⁸⁾。

では、本判決多数意見は、本件のようなばあいを、一部上訴とみたのであろうか。そうではあるまい。反対意見で団藤裁判官が指摘されるとおり、もし一部上訴とみているならば、判決主文第二項の「その余の部分に対する本件上告を棄却する」ということは、理論上ありえないからである。そこで、原判決全部について上訴されたとみざるをえないが、そうだとすれば、本件では一部にせよ上告に理由があつたのであるから、上告は理由ありとして原判決を全部について破棄すべきである(法四一四条・三九七条)⁽¹⁹⁾。この点、多数意見には理論上、疑問が残る。

ただ、最高裁の構成から、事実認定を自らすることは特に避けるという要請があつて、本件のような場合に、このような一部破棄という原則が生じたのであろうし、自ら心証を得るといふ「自判の

きは統審」との考え方と関連させると、最高裁の判決に常にこれを期待するのは過当である。控訴審の場合とは、その点で区分されるべきであり、この最高裁独特の構成からこのような結論が工夫されたものと考えれば、その意味で、本件のような判決はそれなりの合理性をもつといえよう。

さて、いま、上告審が原判決を全部破棄した場合を考えてみると、上告審は、事件を原審に差し戻すか、自判するか、のいずれかをえらぶことになる。

本件のような場合、原判決の瑕疵はさらに事実の取調をする必要のない程、記録上明確に認定することができるのであるから、この点に関する限り、事件を原審に差し戻す必要性は認められない。そこで、自判することになるが、それには二つの場合が考えられる。すなわち、原判決の未決勾留日数の算入部分につき言渡をしなおすとともに、控訴棄却を言い渡す⁽²⁰⁾が、原判決のほか第一審判決をもあわせて破棄したうえ改めて刑を言い渡すかの二つである⁽²¹⁾。前者は、自判の性質からみて疑問であるし、後者としても、一審判決にはならぬ瑕疵はないのにそれをあわせて破棄するのは不自然である⁽²²⁾。

そこで、前掲昭和三三年四月一〇日の最高裁判決は、この点を全部上告に対する一部破棄、一部上告棄却とすることで、技術的に解決を図つた⁽²³⁾。本判決も、この最高裁判決と同じ内容の判旨であり、これに従つたものと思われるが、昭和三三年の最高裁判決について高田調査官がいわれる「本件の如き案件につき、上告審が本件の如

く、破棄・自判する場合」であつてみれば、さして問題とするにあたらないともいえるのかもしれない。

四 本判決は、昭和三年の最高裁判決で示された見解に従つたものといえるが、理論上、いままできたようにいくつかの疑問がなかない。

かくて、本判決は、本件のような場合についての具体的解決としては適当であつたかもしれないが、理論上改めて考えなおしてみるべき問題点を含んだ判決である。

- (1) 旧法のものとして、大判昭和三年三月二日・刑集七卷一九六頁、大判昭和四年四月一日・刑集一八卷二二五頁、最高裁のものでは最判昭和三年四月一日・刑集二卷四号三二四頁、最決昭和二年三月二九日・刑集五卷四号七二二頁、最判昭和四八年一月二七日・裁判集一九〇号七一五頁。
- (2) 最判昭和三年四月一日・刑集二卷五号八六六頁。
- (3) 最判昭和三年一月七日・刑集二卷一五号三五〇四頁、最判昭和三年六月二九日・裁判集一四三号三三五頁、最判昭和四六年四月一日・刑集二五卷三三九頁、最判昭和四八年一月二七日・裁判集一九〇号七一五頁。高裁のものとして、東京高判昭和三八年四月一日、同判同年五月一日があるが控訴審としての高裁も同じように解決してよいかは一つの問題だと思ふ。
- (4) 最判昭和四年三月一日・刑集三卷三号二九九頁。
- (5) 青柳文雄・刑事訴訟法通論(五訂版)下・六〇九頁注(4)参照。
- (6) 青柳・前掲書上・四六頁は、刑訴法四二三条の類推としてできるとされる。理論上、更正決定を認めたものに、札幌高判昭和二八年一月二六日・高刑集六卷二二号一七三七頁がある。

(7) 最決昭和三年三月五日・刑集二卷三号九九五頁。
 (8) 団藤裁判官は、上告棄却の裁判中、原判決の主文を更正すれば足りるとされるが、果して、本件のような場合、上告審が更正する必要があるのだろうか。

(9) 青柳・前掲書下・四六一頁、四六三頁注(6)。

(10) このような形式の判決主文がなされたのは、前掲最判昭和三年四月二〇日が最初である。

(11) 団藤重光・新刑事訴訟法綱要(七訂版)五一頁・五二頁、柏木千秋・刑事訴訟法三五〇頁、高田卓爾・刑事訴訟法四五六頁、中武靖夫・注解刑事訴訟法下・三七頁など通説。

(12) 団藤・前掲書五一頁。

(13) 高田・前掲書四五六頁、同・刑事法辞典(滝川編)二七頁。

(14) 中野次雄・警察研究四四卷二九九五頁。

(15) 高田義文・最高裁判所判例解説(刑事編)昭和三三年度二二三頁。

(16) 青柳・前掲書五一四頁。

(17) ちなみにドイツでは、主刑・附加刑、未決勾留日数の算入、保安矯正処分について、その分離を認める Kern-Roxin, Strafprozess-recht, 13. Aufl., s. 261.

(18) 前掲最判昭和三年は、この点明らかではないが、前掲、高田調査官の解説によれば、原判決を可分のものと考えているようであり、一部上訴を認める趣旨であろうか。そのように理解するものとして、青柳・前掲書五一五頁。

また、違法な訴訟費用負担につき、同様な考え方を示すものとして、最判昭和四六年四月二七日・刑集二五卷三五三四頁がある。

(19) 原判決を破棄せず、その一部を破棄した理由が、原判決の違法とされる部分が他の部分と可分であることによるとして、可分不可分を基準とし、原判決の一部破棄全部破棄を行なうことは、少なくとも

現行法では、法四五八条一号本文による非常上告の場合以外、予想されていないところである。横井大三・刑訴裁判例ノート(5)上訴一二二頁。

(20) 高田・前掲判解二二二頁は、控訴棄却とする理由を、上告審において新たに控訴趣意に対する理由なしとの判断を自らの判断として示すべきではなくて、原判決が控訴趣意を理由なしとしたことにつき、上告審において何らの争がなかつたのであるから、控訴趣意を理由なしとした原判決の判断が既に確定したものととして、そのことを控訴棄却の理由とすべきであらう、とされる。

(21) 中野・前掲批評九六頁。

(22) 中野・前掲批評九六頁。

(23) 横井・前掲書一二三頁は、訴訟経済の点でとらえ、中野・前掲批評九七頁は、同時確定の点でとらえているが、いずれも、技術的処理と考えられる。

昭和五二年八月一日日稿

安富 潔

(追記) 校正の段階で本件についての渥美教授の判批をえた。渥美東洋・判例評論二二四号一五八頁。