

Title	権利保釈と余罪
Sub Title	Bail and the other offense
Author	安富, 潔(Yasutomi, Kiyoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1985
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.58, No.1 (1985. 1) ,p.32- 61
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19850128-0032">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19850128-0032</a>

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.

# 権利保釈と余罪

安 富 潔

- 一 はじめに
- 二 判例の動向
- 三 学説の検討
- 四 おわりに

## 一 はじめに

いわゆる「保釈と余罪」の問題は、勾留されている被告人について、裁判所が保釈の許否を決定するにあたり、勾留状の発せられている当該犯罪事実以外の犯罪事実（余罪）を考慮に入れることができるか、という問題として一般に議論されてきたものである。<sup>(1)</sup>

しかし、この問題は、さらに二つの場合をわけて考えなければならない。<sup>(2)</sup> すなわち、(一)勾留原因事実以外の犯罪事実、いわゆる余罪を刑法八九条所定の権利保釈の除外事由の存否の判断基準とすることができるか、(二)勾留原因事実について同法八九条各号所定の権利保釈の除外事由の存否または九〇条の裁量保釈の要件の存否を判断するための一つの資料として、余罪を考慮することができるか、という問題である。

さらに、(一)については、勾留原因事実と余罪との関係が問題とされ、両者が併合罪関係にあるのか。それとも包括一罪または科刑上一罪の関係にあるのかによって、結論が異なってくるのか検討が加えられなければならないし、また、併合罪関係にある余罪については、併合審理されている場合と追起訴準備中あるいは捜査中である場合とで同じように考えてよいか、といったことを吟味しなければならないであろう。

本稿は、検討すべき課題のなから問題を、刑訴法八九条所定の権利保釈の除外事由の存否の判断にあたって、いわゆる余罪を基準として考慮することができるといふ点にしぼって、これまでの判例・学説を検討してみた。

従来、この問題は、勾留についての人単位説、手続単位説、事件単位説を基礎に議論が展開されてきた。しかし、それは、被告人の身柄拘束の正当性の根拠についての令状主義の問題であり、司法審査及び手続上の明示の要請の尊重<sup>(3)</sup>にかかわる問題である。そのような意味で刑訴法八九条所定の権利保釈の存否の判断基準として余罪を考慮することが許されるかを検討してみようとするものである。

- (1) 青木英五郎・沢田脩「余罪をめぐる訴訟法上の問題」佐伯千奴編続生きている刑事訴訟法一一〇頁、渥美東洋「勾留と勾留状記載の犯罪事実以外の犯罪事実との関係」法学新報七一巻五号一六頁、同・捜査の原理一六八頁、石川芳雄「刑事訴訟法の実際問題二五九頁、岩井宜子「保釈の拒否と余罪」刑事訴訟法判例百選(四版)六八頁、白井滋夫「勾留状の発せられていない公訴事実と保釈との関係」高田卓爾・田宮裕編演習刑事訴訟法(旧版)一三三頁、浦辺衛「刑事実務上の諸問題一七八頁、大久保太郎「勾留状の発せられていない公訴事実を裁量保釈の審査の一資料とすることの可否」最高裁判例解説刑事篇昭和四四年度二七一頁、小田健司「保釈許可にあたり包括一罪の他の部分(起訴されていない)を考慮することが許されるか」令状基本問題追加四〇問一一四頁、金谷利広「権利保釈の除外事由―勾留の基礎となつてゐる犯罪事実との関連において―」司法研修所報二八号一二三頁、神垣英郎「勾留状に記載された事実のみを基礎として権利保釈の除外事由を判断すべきか」令状基本問題七五問二二七頁、木本強「勾留状の発せられていない公訴事実と保釈との関係」高田卓爾・田宮裕編演習刑事訴訟法一四四頁、小林充「いわゆる二重勾留の適否」令状基本問題七五問一〇二頁、佐藤文哉「保釈と余罪」刑事訴訟法判例(百選)(三版)五六頁、鈴木茂嗣「事件単位の原則について」判例タイムズ二九六号三二頁、竹崎博允「余罪と保釈」実例法学全集

続刑事訴訟法四六頁、筑間正泰「余罪と勾留」刑事訴訟法の争点六八頁、塚原朋一「余罪と権利保釈の除外事由」判例タイムズ二九六号三三〇頁、朝岡智幸「二重勾留の可否」判例タイムズ二九六号一五六頁、豊田健「事件単位の原則について」判例タイムズ二二八号五一頁、庭山英雄「保釈と余罪」捜査法大系II二三四頁、中島卓児「勾留及び保釈に関する諸問題の研究」司法研究報告書八輯九号三五四頁、横井大三「ある罪についての逮捕勾留と他の罪—刑事訴訟法に関する実務的な若干の問題」警察研究二二巻九号一七頁、同「保釈と非勾留の別件事実」研修八九号四〇頁(刑訴裁判例ノート(1)一九一頁)。

(2) 小田健司・前掲注1一四頁、臼井滋夫・前掲注1一三四頁。

(3) 松尾浩也・刑事訴訟法上一九五頁。

## 二 判例の動向

刑訴法八九条所定の権利保釈の除外事由の存否を判断するにあたって、勾留状の発せられていないいわゆる余罪を基準として考慮することが許されるかという問題について、最高裁の確立した判例はいまだ存在しない。

下級審の裁判例を検討してみると、勾留状の発せられた事実のみを基準とするのではなく勾留状の発せられていない余罪事実をも基準として考慮してよいとする積極説と、勾留状の発せられている事実だけを基準とすべきで勾留状の発せられていない余罪事実を考慮することは許されないとする消極説とがある。さらに、消極説は、刑訴法八九条各号全部を通して全体的に検討するものと、同条各号ごとにそれぞれ個別的に検討するものと二通りのものが認められる。

下級審裁判例のなかでもっとも初期のものは、刑訴法八九条三、四号について積極説にたつ東京高裁昭和二九年七月一五日決定である<sup>(1)</sup>。

この決定は、窃盗罪で逮捕・勾留され、起訴された被告人に、追起訴された四十数回に及ぶほぼ同一性質・態様の窃盗の余罪があった事案で、まず刑訴法八九条三号について、

「刑事訴訟法第八十九条第三号にいう『常習として』というのは常習性が犯罪の構成要件となつてゐる場合のみならず、当該犯行について犯罪を反覆する習性が客観的に認められる場合を指すものと解すべきであつて、犯罪の性質、態様、環境等から右の習性が認められるならば、前に同種の犯罪を繰り返して行つてゐる場合は勿論のこと、たゞそれが最初の犯行であつても、又当該犯行後同種の犯行が中絶してゐる場合であつても、当該犯行を目して常習として、犯したのといつて差し支えないものといふべきである。」<sup>(2)</sup>

と判示し、さらに、同法八十九条四号にいう「罪証隠滅のおそれ」について、

「第四号の『罪証を隠滅する』というのは、単に物証に限らず人証についても積極的にその取調を不可能ならしめたり反対証拠を作為したりする場合は勿論、消極的に公判開廷を不可能ならしめる目的で故意に出頭しないで証人の死亡その他公判への召喚を不能ならしめる事故の発生を待つとか物証の自然の散逸を待つような態度をも含まれるものと解すべきである。」<sup>(3)</sup>

との解釈を前提に、

「本件起訴にかかる窃盜の犯行容疑はいずれも起訴前二年乃至四年以前のものであることは所論のとおりであるけれども、被告人は、原審法廷において犯行の半分以上を否認しており、事件は未だ審理中に属し、且つ共犯者であるKも相被告人として審理を受けているのであるから若し被告人が保釈となつた場合において叙上意味における証拠隠滅がなされないと断言することはできないわけである。従つてこのような場合においては右法条にいわゆる被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があるときに該当すると解するのが相当であると思料される。」<sup>(4)</sup>

とのべ、併合審理中の同種余罪を考慮することが許されるとしている。ことに、同種余罪自体に権利保釈の除外事由としての「罪証隠滅のおそれ」があることを理由に保釈を許さないとしているのが注目される。

しかし、翌年の名古屋高裁昭和三〇年一月一三日決定<sup>(5)</sup>は、右東京高裁決定とは反対に、刑法八十九条三号、四号の権利保釈の除外事由の存否の判断にあつて同種余罪を考慮することを許さない立場を明らかにした。

この事案は、一六件の同種詐欺事件について起訴され併合審理をうけている被告人につき勾留状の発せられてゐる

そのうちの一件に保釈許可決定が発せられたのに対し、検察官から抗告が申したてられたもので、刑訴法八九条三号について、

「被告人Hに他に別件の一五件の詐欺事件があったとしても、被告人Hに常習性があるかどうかは、右一五件について有罪無罪の判断ができない以上、即断し難いところである<sup>(6)</sup>」  
 としたが、同条四号については、

「被告人Hは、本件を含め、十六個に亘る詐欺の犯罪があるとして、起訴せられていることが明らかであるが、本件抗告において、問題となっている勾留、保釈は、前記三万円騙取の一罪であるから他の事件について罪証隠滅の虞れがあるかどうかを本件保釈について考慮することができないものである。他の事件について保釈を許し難い事情があれば、その事件について、新たに勾留するとか保釈取消の申立をすれば足るものであって、その事件のため、本件保釈を非難するのは、正当ではない<sup>(7)</sup>」  
 としている。

これらの二つの高等裁判所の決定は、刑訴法八九条所定の権利保釈の除外事由の存否を判断するにあたって、同条を全体的に検討するのではなく、同条三号および四号について個別的に勾留状の発せられていない余罪をも基準として考慮してよいかどうかを検討している。

これに対し、同じ昭和三〇年に出された福岡高裁昭和三〇年七月一二日決定<sup>(8)</sup>は、関税法違反及び傷害事件について起訴された被告人が勾留状の発せられている関税法違反被告事件について保釈を認められたところ、傷害事件の被害者に対し、証人尋問に際し偽証するよう申し向けたのは法九六条一項三号四号に該当するとして、検察官から保釈取消、保証金没取請求がなされ、裁判所によってそれが認められたのに対し、被告人から抗告の申立てがなされた事案で、

「元来被告人又は被疑者に対する勾留原由の有無は勾留状記載の犯罪事実だけを基準にして判断すべきものなることは憲法第三三条、刑事訴訟法第六〇条第一項、第六一条、第六四条第一項、第二〇七条、第二〇八条、第三四五条の各規定の趣旨に照して疑をいれないところであり、又勾留の目的は勾留されている罪についての捜査、審判、刑執行の確保にあるものと解すの

を相当とするから、これ等の点に徴すれば、刑事訴訟法第六〇条第二項の勾留更新事由の有無、同法第八九条の権利保釈事由の存否及び同法第九六条第一項の保釈取消事由の有無はすべて現に併合審理中の起訴事実全部を対象として判断すべきものである。」「<sup>(9)</sup>」

と判示し、刑法八九条に所定の権利保釈の除外事由の存否の判断について全体として勾留状記載の犯罪事実のみを基準として余罪の考慮を認めない立場を明らかにしたのであった。

このように初期の高等裁判所の決定にあっては、刑法八九条全体について、いわゆる消極説の立場を明らかにした決定のほかに、同法八九条三号および四号について個別的に検討し、積極説、消極説の双方の立場にたつものがみられたのであった。

その後、数年たって、刑法八九条三号所定の「常習性」の存否の判断にあたって、勾留状の発せられていない余罪を基準として考慮することが許されるとする二つの地裁での決定が登場したのであった。

一つは、名古屋地裁豊橋支部昭和三五年五月一日決定で、詐欺被告事件について保釈請求却下がなされたのに対し、弁護士から準抗告の申し立てのあった事案で、被告人にはいまだ起訴されていない本件公訴事実と同種の余罪（前借詐欺）があるのであるが、

「本件被告事件及び勾留事件関係記録並びに検察官提出の資料によると、請求人の主張のとおり、本件前借詐欺の起訴事実以外に現在捜査中の同種事案が四件あること被告人は素直に以上の各事実を認めていることを肯認しうるけれども、その犯罪の性質、態様及び、被告人の現在における家庭環境等を総合考察すると、被告人に前科がなく本件犯行は最初の犯行であるというような有利な事情があっても、被告人に犯罪を反覆する習性があるとみることを妨げるものでなく、<sup>(10)</sup>又かくみても請求人の所論のように権利保釈を認めている刑訴の人権尊重の精神を没却するに至るものでない」と解すべきである。<sup>(11)</sup>」

として準抗告を棄却した。この決定では、起訴されていない余罪を基準として「常習性」の存否を判断し、それを理由として権利保釈を認めていないが、これまでの例と異なり、余罪が起訴されていないものである点が特異であると

いえよう。もっとも、それらの余罪について被告人は取調官に対していずれもその事実を認めており、既に捜査を終わり起訴はされていないがたゞ公判への出頭確保のためのみ拘留されているという状況にあるもので、いずれも追訴併合審理が予定されているものであるということが右のような結論を導いたのであるといえよう。

他の一つは、大津地裁昭和三六年六月二〇日決定<sup>(12)</sup>で、被告人は贓物故買の公訴事実により起訴され、その事実について保釈が認められていたが、その後、窃盗教唆被疑事実により逮捕、勾留され、それと同一性を有する贓物故買の公訴事実について追起訴され、保釈請求がなされたが、裁判官は刑訴法八九条三号に該当するとしてこれを認めなかった（被告人にはもう一件同種事件が追起訴されている）。これに対して被告人から準抗告が申し立てられたところ、

「一件資料によれば被告人には前科こそないが、前記各公訴事実の如き贓物故買罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があると認められるところ、このように約二ヶ月という比較的短期間にいずれも贓品は単本類で買入れ先も一定し、同一共犯者によるといった同種犯罪を反覆敢行している場合において、本件犯行は被告人の常習性の発現とみるのが相当であり、且つ同罪は長期三年以上の懲役にあたる罪であるから本件は刑事訴訟法第八九条第三号に該当し、同条所定のいわゆる必要的保釈の場合に該らない<sup>(13)</sup>」

と原決定の判断を相当とした。

ここでは、先述の東京高裁昭和二九年七月一五日決定<sup>(14)</sup>と同様に、刑訴法八九条三号について個別的に検討し、追起訴された同種余罪を権利保釈の除外事由の存否の判断にあたって基準として考慮することを認める立場を明らかにしている。

これらの刑訴法八九条三号に関する決定を概観してみると、積極説とはいえ同種余罪に限られていることがわかる<sup>(15)</sup>。さて、その後、刑訴法八九条四号に関する消極説の決定がいくつか登場した。

奈良地裁昭和三八年三月一六日決定<sup>(16)</sup>によれば、偽造公文書行使被告事件について起訴され勾留されていた被告人に

弁護人から保釈請求がなされ、これが認められたのに対し検察官から準抗告が申し立てられたという事案で、

「刑事訴訟法第八九条第四号に該当する事由が存するか否かについて判断するに、同号に規定する『罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由』とは、勾留の基礎となっている公訴事実につき考慮すべきものであり、被告人のいわゆる余罪について罪証隠滅の虞があるかどうかを本件保釈について考慮することはなし得ないものと解すべきところ（名古屋高等裁判所昭和三〇年一月一三日決定参照）況や被告人以外の他人の犯罪についての罪証隠滅の虞の有無を考慮しないことは勾留制度の本質からいって疑の余地のないところである」<sup>(17)</sup>

とし、

「本件勾留の基礎となっている右偽造公文書行使の公訴事実については、先ず被告人の知情の点を除くその余の部分については偽造の新規登録用膳本等の関係書類は既に捜査の段階で押収され、関係人の取調べも一応終了し被告人も右外形的事実は無論のこと、その知情の点についても逮捕されて以来その犯行を認め、かなり詳細に捜査官に供述しており、前記勾留裁判官による本件勾留手続に際しても、右公訴事実を認める旨の陳述をしていることが認められ、これらのことを総合してみると、被告人が行使した本件偽造公文書の偽造本犯は、未だ逮捕されず、逃亡中であっても、被告人に右勾留の基礎となっている本件偽造公文書行使の公訴事実について罪証を隠滅すると疑うに足る相当な理由があるとは認め難い。それ故本件は同条第四号の事由にはあたらない」<sup>(18)</sup>

とのべ、検察官の準抗告を棄却した。

また、東京高裁昭和三九年九月一〇日決定<sup>(19)</sup>では、銃砲刀剣類等所持取締法違反で起訴された被告人について、その後、窃盗、暴行、贓物收受、銃刀法違反の公訴事実について追起訴され、併合審理されていたところ、弁護人からの保釈請求に対し、罪証隠滅を疑うに足りる相当な理由があるとしてこれを認めなかったので、弁護人から抗告が申し立てられた事案で、

「現に被告人が執行を受けている勾留について保釈の請求があったときは、右七月七日起訴にかかる銃砲刀剣類等所持取締法違反の事実についてのみこれが許否を決すべく、爾余の七月二十四日起訴にかかる窃盗等の事実についてまで考慮すべき限り

でないことはいうまでもない。<sup>(20)</sup>

とのべ、本件審理において被告人は公訴事実を自認し、証拠物について証拠調べも行なわれているので、罪証隠滅を疑うに足りる相当な理由はないとして弁護人の主張を認め、原審の保釈請求却下決定を取り消した。

さらに、東京地裁昭和四〇年四月十五日決定<sup>(21)</sup>は、銃砲刀剣類等所持法違反ならびに火薬類取締法違反で勾留のうえ、起訴された被告人について保釈が認められたところ、検察官から余罪のあることを理由に法八九条四号及び五号の事由を看過しているとして準抗告が申し立てられたのに対して、

「検察官の申立理由では、本件勾留に係る公訴事実以外の事実についての罪証隠滅の虞れが強調されている。だが、刑法第八九条四号にいう『罪証湮滅』は、もっぱら、勾留に係る公訴事実についてのみ考慮されるべきものであるから、この点に関する検察官の主張は本件について判断の対象にはならない。」<sup>(22)</sup>

として、余罪を法八九条四号所定の権利保釈の除外事由の存否の判断にあたって考慮してはならないとしつつ、本件勾留状の発付されている犯罪事実について具体的に検討を加え、被告人には罪証隠滅のおそれが認められるとして、この点で検察官の準抗告を認め、保釈請求を却下した。

このように、刑法第八九条四号所定の「罪証隠滅のおそれ」の存否の判断にあたっては、余罪の考慮を認めない消極説が下級審裁判例の傾向であるといつてよいであろう。

ところが、以上のような消極説にたった刑訴法八九条四号に関する下級審の裁判例の動きがあるなかで、刑訴法八九条一号に関して積極説にたつ決定が登場した。

仙台高裁昭和四〇年九月二十五日決定<sup>(23)</sup>がそれである。

銃砲刀剣類等所持取締法違反で求令状起訴された被告人について、その後、同法違反並びに殺人未遂罪等の罪により起訴がなされ、併合審理されていたところ、弁護人からの保釈請求を裁判所が認めたのに対し検察官から抗告が

なされたという事案で、

「刑訴法八九条一号については、必ずしも勾留の基礎となっている罪がこれに該当するものであることを要せず、右罪と併合審理されている罪がこれに該当する場合をも含むものと解するのが相当である。本件において殺人未遂の罪は勾留の基礎となっていないけれども、その基礎となっている銃砲刀剣類等所持取締法違反の罪と併合審理されているのであるから、右殺人未遂罪の法定刑に照らし、本刑は刑訴法八九条一号の場合に該当し、権利保釈から除外されるものというべきである。」<sup>(24)</sup>

とし、なお、殺人未遂罪の内容や被告人の境遇、家庭状況その他記録にあらわれた諸事情を考慮のうえ裁量保釈が認められる場合ではないとして検察官の抗告を認め保釈許可の裁判を取り消し保釈請求を却下した。

この決定においては、法八九条一号の場合に、何故、勾留の基礎となっている銃刀法違反の罪のみを基準とするのではなく、併合審理されている異った種類の余罪である殺人未遂罪を基準として権利保釈の除外事由の判断をしてよいか、その理由が明らかではない。ともあれ、この決定では、刑訴法八九条各号を個別的に検討する裁判例の立場からすると、一号については積極説をとることが許されるとするにとどまると解すべきであると思われる。

ところが、右決定に影響されたとは必ずしも明言できないが、そのすぐあとで、刑訴法八九条四号について積極説にたつ決定が登場した。

すでにのべたように、刑訴法八九条四号所定の「罪証隠滅のおそれ」の存否の判断にあたっては、余罪の考慮を認めないとするのが下級審の一般的な態度であったが、この積極説にたつ決定は、起訴されていない同種余罪について判断の基準として考慮することを認めたのである。すなわち、東京地裁昭和四一年六月八日決定は、銃砲刀剣類等所持法違反で起訴され勾留中、弁護人からの保釈請求が認められたのに対し、検察官から準抗告が申し立てられた事案で、

「刑事訴訟法第八九条第四号にいう罪証隠滅のおそれのなかには、公訴事実そのものの罪証隠滅ばかりではなく、それと密接かつ重要な関係にある事実についての証拠隠滅をも含んでいるものと解すべきである。」<sup>(25)</sup>

とのべ、未起訴の同種余罪について「罪証隠滅のおそれ」があるとして、権利保釈を認めなかったのである。

以上、刑法八九条所定の権利保釈の除外事由の存否の判断についての下級審裁判例の動向をみてみると、刑法八九条四号の決定例にみられるような、事件単位の原則に従って勾留状の発せられている事実のみを基準として権利保釈の除外事由の存否を判断すべきであるとするものと、<sup>(27)</sup>同法八九条一号、三号の決定例にみられるような、勾留状の発せられている事実に限られないが、それと一定の関係のあるものについて、余罪を基準として権利保釈の除外事由の存否を判断してもよいとするものと、<sup>(28)</sup>二つの流れがあることが明らかとなる。もっとも、後者の流れに属する裁判例をみてみると、勾留状の発せられている犯罪事実——保釈請求されている事実——と余罪とは、一定の関係——例えば、密接な関連性あるいは同種——があればよいとしているようで、余罪について保釈の許否の基準とするための身柄拘束の正当性の根拠を審査することまで要求してはいないと思われる。

- (1) 裁判特報一卷一号二四頁（後掲注14）。
- (2) 同前二五頁。
- (3) 同前二五頁。
- (4) 同前二六頁。
- (5) 裁判特報二巻一〇二〇三三三頁。
- (6) 同前五頁。  
白井滋夫「勾留状の発せられていない公訴事実と保釈の関係」高田卓爾・田宮裕編演習刑事訴訟法（旧版）一三六頁は、本決定は、常習性認定のための一資料としても余罪を考慮することが許されない趣旨のものとする。
- (7) 裁判特報二巻一〇二〇三三三頁。
- (8) 高刑集八巻六号七六九頁。
- (9) 同前七七四頁。
- (10) 下刑集二巻五〇六号九五三頁。

- (11) 同前九五四頁。
- (12) 下刑集三卷五〃六号六三六頁。
- (13) 同前六三九頁。
- (14) 前掲注1参照。
- (15) 小瀬保郎「権利保釈の制限」捜査法大系Ⅱ二二二頁は、下級審裁判例の傾向について三号該当の有無を勾留事実のみについて判断したものであるか否か明らかでないという。
- (16) 下刑集五卷三〃四号四三七頁。
- (17) 同前四三八頁。
- (18) 同前四三八頁。
- (19) 東高刑時報一五卷九号一八九頁。
- (20) 同前一九〇頁。
- (21) 下刑集七卷四号七八四頁。
- (22) 同前七八五頁。
- (23) 下刑集七卷九号一八〇四頁。
- (24) 同前一八〇四一八〇五頁。
- (25) 下刑集八卷六号九三八頁。
- (26) 同前九三九頁。
- (27) 大阪高決昭和三十七年一月四日高刑集一五卷八号六三九頁参照。
- (28) 岡山地決昭和四十七年八月一〇日刑裁月報四卷八号一五一頁は、刑訴法八九条四号について現に勾留されている事実以外の審判の対象となることが確実に予定されている事実も含むとしている。

### 三 学説の検討

刑訴法八九条所定の権利保釈の除外事由の存否を判断するにあたって、いわゆる余罪を基準として考慮することが

できるかどうかについて、学説は、積極説、消極説、中間説に分かれている。

積極説と消極説は、刑法八九条各号について個別的に考察するのではなく同条を全体的として検討するものであるのに対し、中間説は、同法八九条各号ごとに個別的に検討するものである点で基本的な考察方法に差異がある。

(一) 積極説

積極説は、刑法八九条所定の権利保釈の除外事由を判断するにあたって、余罪を基準として考慮することを認めず。すなわち、余罪について同法所定の権利保釈の除外事由が存すると認められる場合に、それを理由に本罪（勾留状の発せられている犯罪事実）について、権利保釈を許さないとするのである。

積極説を採る諸見解は、刑法八九条について全体的に考察する方法をとる点では共通しているものの、その理由とするところはさまざま、勾留と保釈とで処分の性質が異なるとして権利保釈の除外事由を論ずるもの、勾留と保釈とは処分の性質が異なるものではないがその基準について人単位、手続単位、事件単位で考えとするものにそれぞれわけられる。

勾留と保釈とでその処分の性質が異なるとして、勾留については事件単位の原則が妥当するが、保釈については人単位で考察するのが妥当であるとしたうえ、権利保釈の許否の判断にあたって、二重勾留の場合に、保釈請求されている事実以外の余罪も含めて全事件を考慮すべきだとされるのが鈴木茂嗣教授である。<sup>(1)</sup>

鈴木教授によれば、「事件単位か人単位かは、本来各処分の性格如何にかかる問題」<sup>(2)</sup>で、「保釈とは、そもそも勾留中の被告人を保証金を担保として現実の拘禁状態から解放する処分であり、その意味で人単位で考察するのが妥当な処分なのである」として、二重勾留の場合の保釈の許否は勾留全体についてなされるべきであるとされる。そして、その場合、「保釈の個数という点では人単位の原則をとることになるが、この場合にもなお処分の基礎という点では、事件単位の原則が維持されているといつてよい……」。けだし、勾留の基礎とされていない事件まで保釈の許否にあ

り考慮しようとするものではないからである。」<sup>(4)</sup>とされる。

なるほど二重勾留の場合、犯罪事実ごとに保釈の可否を考えると、保釈請求された犯罪事実について保釈が認められたとしても、余罪についてなお勾留されることになるので、被告人の身柄拘束が現実的に解放されないままの状態が続くことになる。その意味で、被告人の解放という点に保釈の本質を求められる鈴木教授の見解には理由があるといえよう。

しかし、保釈は、鈴木教授もいわれるように、勾留の裁判の効力を維持しつつその執行を停止する制度のひとつである。<sup>(5)</sup>このことは、勾留を前提として、勾留と保釈とを対応するものとしてとらえるべきであって、勾留について事件単位説をとりながら保釈について人単位説にたつて考察するというのは、やはり「自己撞着のそしりを免れない」<sup>(6)</sup>のではないだろうか。

もっとも、権利保釈の許否の判断の基礎におかれる余罪については勾留の基礎とされているものに限られるのであるから、身柄拘束の正当性の司法審査が行なわれることになるので、この点では令状主義への配慮がみられる見解である。

さて、勾留は被告人を拘禁する裁判およびその執行であり、保釈は保証金の納付を条件に勾留の執行を停止する裁判であって、両者は被告人の身体の「拘束」と「解放」という関係にあるものとして対応するものと考えられるべきであることはすでにのべたところである。たゞ、その基準を何に求めるかについては、周知のように、人単位説、手続単位説、事件単位説が主張され、ここでもそれぞれの立場ないしその修正された立場から積極説の理由づけがなされている。

いわゆる人単位説にたつて積極説を主唱されたのが平場安治教授である。<sup>(7)</sup>

平場教授によれば、被告人の勾留は、「犯罪の嫌疑を条件としてなされるが、犯罪事実を単位として勾留が存する

ものではない。勾留は裁判所の命じる被告人の身体拘束関係であって、被告人につき生じるのである。……そもそも勾留とは人を拘禁する裁判とその決定である。既に現に拘禁され従って目的を達している状況において、重ねて拘禁することは訴訟行為の一回性の原則にも反し、又不能を目的とする訴訟行為である。<sup>(8)</sup>又勾留の権限の移転が事件の係属の移転と一致しないこと（刑訴二八〇・九七）勾留の条件・必要的保釈の条件・保釈取消の条件等が被告人につき規定していることは、勾留が人を単位として行われ、事件を単位として行われるものでないことを示している。……また、実際上も保釈中の被告人が『二重勾留』により拘禁されれば保証金の納付は被告人に無駄な負担を掛ける結果となる。<sup>(9)</sup>とされる。

この人単位説は、なるほど勾留が被告人の身体を拘束する効果をもつものであることを考えると、すでに勾留中の被告人に対して重ねて勾留状を発するのは意味のないことのようにも思われるし、またこれを認めるといわゆる「勾留のむしかえし」が行なわれる危険があることも否定できないので、その意味で理由があるようにも思われる。しかし、刑法法は勾留するためには、「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」が存する場合に（刑訴法六〇条一項）、「被告事件を告げこれに関する陳述を聴いたうえ（同法六一条本文）、勾留状に「罪名、公訴事実の要旨」を記載しなければならぬ」としている（同法六四条一項）。これらの規定からすれば、勾留は当該犯罪事実について厳格な司法審査を経たうえで、手続上（勾留状に）明示されることが必要であると考えられるが、人単位説は、この点、厳格な司法審査手続を経していない非勾留事実としての余罪について勾留事実と同様、判断の基礎とすることを認めるのであって、勾留に関する令状主義への配慮に欠けるものであるといわざるをえない。また、この立場では、刑訴法八九条一号に該当するような罪に関する限り、証拠上、罪証隠滅のおそれが全くない場合など勾留の要件がなくとも他の罪につき発せられた勾留状の効力が及ぶということにならざるをえないが、<sup>(10)</sup>この点も問題であるといえよう。このような人単位説のもつ問題をふまえ、基本的には人単位説に立ちつつも、余罪について裁判所が承認することによって勾留手

統の司法審査機能は充たされるところとして、保釈にあたって余罪の考慮を肯定されるのが横井大三氏である。<sup>(11)</sup>

横井氏によれば、「拘束されている者の身体は一つであるから、一重逮捕にせよ二重勾留にせよ、同じ身体を対象とするため、後の逮捕又は勾留は前の逮捕又は勾留が有効に存続している限り、観念的なものにすぎない。……そこで、権利保釈の問題が考えられるのであるが、それは、甲罪について勾留されている場合に甲罪について権利保釈の事由があれば、仮に権利保釈の事由のない乙罪について相当な嫌疑があっても、保釈が許されるため、重ねて乙罪について勾留しておくということである。それによって、甲罪について保釈が許されても、乙罪の關係で実際には釈放されないことになるのである。このことは、勾留をされている者にとっては、せっかく甲罪について保証金を納付しても、保証金が何の役にも立たず、徒に国庫に利息を提供するにすぎない結果となるのである。しかし、……権利保釈の除外事由として掲げられている五つの事由(昭和二八年法律一七二号により六つに改正されている(筆者注))を見ると、それは、必ずしも現在勾留されている罪についてのみ直接關係する事由ではないように思われる。そこでは、何れも、被告人について特定の事由がある場合には、保釈を許さないことができる<sup>(12)</sup>とされているのである。……当該勾留の基礎となっている罪以外の罪に関し相当な嫌疑があり、その罪が第八九条第一号及び第三号にあたり、又はその罪について同条第四号の事由がある場合ならば、それを理由に保釈の請求を拒否できるのではないか、もっともその他の罪も裁判所に起訴されている場合に限られるであろう。」とされ、さらに、「甲罪が正当に拘束を開始した後乙罪の嫌疑を生じた場合、甲罪の嫌疑が存続しかつ拘束の必要のある間は、甲罪の拘束を利用し乙罪を捜査または審理することのできるのももちろんであるが、その後甲罪の嫌疑が消滅しまたは甲罪による拘束の必要がなくなっても、乙罪を理由に拘束を続けることは許されてよい。たゞ乙罪による拘束の継続を裁判所が承認することが必要である……。裁判所の承認は、新たに拘束を開始するのではないから別に令状を発するする必要はない。裁判所が承認したことが明らかとなればよい。」とのべておられる。<sup>(13)</sup>

この見解は、刑法における併合罪の規定（刑法四五条以下）があることによって刑訴法上も併合審理の要請が認められること、事件単位説によれば二重勾留を認めるので保釈保証金を納付しても身柄の拘束された状態が続くことになるし、また勾留が事件ごとに行なわれることによって身柄拘束期間が長期化することにもなるといった点で被告人に不利益を生ずるとの観点から主張されたのであるが、しかし、この見解においては、具体的にどのような手続で「裁判所の承認」が行なわれるのか明らかではないし、ことに被告人の陳述聴取の機会が与えられるわけではなく、勾留状に手続上明示する要請も充されているとはいえないのであって、結局、令状主義が緩和され、人単位説に対してのべたのと同じ疑問がここでもあてはまるといえよう。

次に、手続単位説にたつて、併合審理されている余罪について、勾留「理由」の競合によって令状主義を確保しつつ積極説を主唱されるのが渥美東洋教授である。<sup>(14)</sup>

渥美教授は、刑事補償<sup>(15)</sup>および未決勾留日数算入<sup>(16)</sup>に際して勾留が余罪の捜査に利用されたのを被疑者の利益に考慮することを認めた最高裁判例を検討され、勾留の現実的機能に着目して、「複数の犯罪事実に関する捜査、事件の併合審理の場合には、当然に、他の犯罪事実に関する刑事手続の進行の確保に、勾留は機能する。それ故……被勾留者に對して行なわれた刑事手続は、すべて、勾留の効力を考える上で、参酌されなくてはならない。」<sup>(17)</sup>とされる。この立場は、勾留状に記載された犯罪事実についての効力は、他の犯罪事実に関する刑事手続の確実性に寄与するという意味で、事実上、余罪にも及んでいるととらえることから、単一の手続で処理される範囲を単位に、勾留の効力を考えることから手続単位説と呼ばれる。

渥美教授は、ここでは、併合審理されている事実については勾留理由が競合し潜在的に受訴裁判所によって審査済であると考えられたが、しかし、司法審査および手続上の明示という令状主義の基本的要請を充分にみたさうという意図から、その後、令状要件の審査、手続的厳格性を図るため、やゝ見解を改められ、「何を理由に勾留されている

かが被告人に告知されるからこそ、被告人はそれについて争うことができる。告知を欠くと、被告人の救済申立は不十分にしか機能せず、何を根拠に勾留の理由と必要の存在とその存続を裁判所が肯定したのが、まったく密行的になってしまふからである。併合審理している余罪について勾留を持続する必要があると判断する場合には、裁判所は事前に、または、当初の勾留処分当って、被告人への勾留質問も含めて正規の勾留に関する事前審査の手續にしたがって、その余罪を勾留理由とする旨の決定をすべきである。つまり、勾留「理由」を競合させる決定をすればよい。」とのべられた。

さらに、「対審構造」に基づく審査の必要性をとかれ、そのうえで、権利保釈の除外事由の存否を判断するにあたって、「事実上余罪にまつわる事由が参酌されねばならない場合がある。」<sup>(20)</sup>として、刑訴法八九条各号所定の事由のうち、二号を除いて、余罪を理由に逃亡するおそれが生じ、その結果、審判手續の運用が害される場合、および余罪の罪証隠滅活動から勾留理由である事件の罪証隠滅のおそれを推認しうる場合には、権利保釈の除外事由があるとの見解を主張されるのである。

この見解は、事前・事後の司法審査および対審構造を伴った事後審査の充実をねらいとするもので、令状主義への配慮に重点をおき、勾留について被告人との結びつきを維持しつつ勾留理由について被告事件との結びつきを考えようとするもので、極めて示唆に富む見解であるといえる。

現行法では、訴訟法上、検察官の訴追裁量の範囲が大きく、実体法上、同一人の数罪について同時に審判されることを予定して規定が設けられ（刑法四五条以下）、法定刑の幅も広く、行為責任とはいっても多くの事件では被告人の人格がその背景として問われる手續の実情からは、同一被告人の複数犯罪の併合審判が手續上も考慮されるべきで、その意味でも手續単位説には傾聴すべきものがあるといえよう。もっとも、手續単位説の考え方からすれば、同一被告人の複数犯罪について強制的・必要的同時審判が行なわれる場合すくなくてその機能を発揮することになるものと思

われるが、現行法は、任意的・可能的な同時審判を予定しているにすぎない（刑法五〇条、刑訴法三一三条、刑訴規則二一〇条参照）ので、そのねらいとするところが十分に生かされるためには、任意的・可能的な同時審判にあたっての裁量的利益衡量の基準設定が重要な問題となつてこよう。たゞ、勾留の競合ではなく、勾留理由の競合と考える場合、その実定法上の根拠については必ずしも明らかであるといえない。勾留の事実的機能に着目し、令状要件の厳格な審査を求め、同一人の複数犯罪を手続的に明示するという令状主義の要請を法政策的に解釈の論拠とするものといえよう。結局、この見解は、身柄拘束の正当性の根拠について令状主義への配慮に重点を置いて主張されたものであるといつてよいであらう。

以上のような人単位説、手続単位説からの主張に加えて、基本的には通説である事件単位説にたちつつそれを修正し積極説を唱える見解がある。

中島卓児判事は、事件単位の原則を前提としながらも被告人の権利を實質的に侵害しない限度において規定を多少緩やかに解することも許されるとして、刑訴規則一八の二条を参考にしつつ、権利保釈の除外事由の存否の判断にあつて、併合審理されている余罪を考慮することを認められる<sup>(2)</sup>。

中島判事によれば、もし勾留の基礎となつていない余罪について権利保釈の除外事由の判断にあつて考慮できないと解するなら、「起訴された犯罪全部について勾留をなさざるを得ないこととなるであらう。又権利保釈の除外事由のなかには、明らかに勾留の基礎となつた罪以外の罪を考慮してよいこととされているものがある（法八九条二号）。……現行法は、一人一犯罪の場合を考へて構成されているが、一人数犯罪の場合をとくに予想して規定を設けていない。……そこで、現行法のもとでは、被告人の権利を實質的に侵害しない限度において規定を多少緩やかに解することも許されるのではなからうか。この場合、弁護人の選任の効力に関する規一八条の二の規定を考へ合はずべきであらう。弁護人の選任は本来個々の事件についてすべきものであつて、一の事件についてした弁護人の選任の効力は当

然には他の事件には及ばない。しかし、弁護人を選任した後追起訴がありかつ前の事件と併合された場合には、前の事件についての選任は、通常追起訴についてもその効力を及ぼす意思でなされたものと解釈することができよう。規  
 一八条の二の規定はかような解釈を法定したものである。…勾留状の効力も本来その基礎となった事件についてのみ及ぶ、従って、その効力は追起訴があった場合にも、当然にはその事件には及ばない。しかし、これらが併合審理された場合、追起訴の事件については形式上勾留状は発せられていないにしても、現実には、前に起訴された事件の勾留状の効力が、後に起訴された事件についても及んでいると認められる場合がある。<sup>(22)</sup>と説かれる。

しかし、中島判事のこの見解では、刑法法六〇条に定める「相当な理由」の存在について裁判所の審査がないにもかかわらず、勾留の効力が余罪についても及んでいることを認めるうえ、余罪について手続上、令状要件が備わっていることを明示することがなされないことになって、本来の目的とする令状主義への配慮を欠き相当でないといえよう。

以上、積極説には、被告人の身柄拘束の正当性の根拠について、令状主義への配慮が十分でない見解がみられるのである。

## (二) 消極説

消極説は、刑法法八九条所定の権利保釈の除外事由の存否の判断は、勾留状の発せられている事実についてなされるべきであって、勾留状の発せられていない余罪を考慮することは許されないとする。<sup>(23)</sup>

この消極説は、すでにのべたように、刑法法八九条各号を個別的に検討するのではなく、全体的に考察する方法をとっている点で積極説と共通するものであるが、いわゆる事件単位の原則を根拠に、権利保釈の除外事由について勾留状記載の事実のみを基準として判断すべきとする。すなわち、刑法法は、勾留について、その基礎となる「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」と「住所不定」、「罪証隠滅のおそれ」、「逃亡のおそれ」の要件の存在を要求し

（刑訴法六〇条一項）、被告人に対し犯罪事実の要旨を告げてそれに関する陳述を聴取することを要求し（同法六一條、勾留状に勾留の基礎となる犯罪事実を記載することを必要としている（同法六四條一項））ことからすると、勾留の効力は、右のような実体的・手続的要件を具備した勾留状記載の事実についてのみ及ぶと解されるのであって、権利保釈の除外事由の存否の判断にあたっては勾留状の発せられていない余罪を考慮することは許されないと考えるのである。この事件単位説にたった主張は、勾留の理由となつてゐる事実について厳格な司法審査を要求することによつて、被告人の身柄拘束をめぐる違法不当な人権侵害を防止しようとするところにそのねらいがある。

ところで、事件単位説は二重勾留を認めるので、甲事実が権利保釈の除外事由のない罪で、乙事実が権利保釈の除外事由のある罪にあたる場合、甲事実について保釈請求があつた段階で甲事実について保釈を許可すると同時に乙事実について勾留状を発付するとすれば、被告人は、保釈許可決定があり、保釈保証金を納付しても、乙事実が権利保釈の除外事由にあたることから、なお身柄は拘束されたままの状態が続くという結果を招き、かえつて被告人に負担をかけることになるのではないかという批判が積極説からなされてゐる。保釈が、本来、被告人について保証金を担保として現実の拘束状態から解放される処分である（release on bond）と考えるならば、このような批判には理由がある。

事件単位説が二重勾留を認めるかぎり、このような事態の生ずるのはさけられないところであつて、そのような結果になるのもやむをえないとも考えられるが、<sup>(24)</sup> 実際には、多くの場合、乙事実について追起訴がなされると同時に、追起訴事実である乙事実についても勾留状を発しておけば、乙事実<sup>(25)</sup>に権利保釈の除外事由が認められると考えられるときには、被告人は保釈請求するのを差し控えるであろうが、なお現実<sup>(26)</sup>にこうした事態がおこらないとはいえない。そこで、事件単位の原則を維持しつつ、保釈と勾留とを対応したものととして、勾留状の発せられていない事実について勾留状を発付すると同時に、あるいはその後<sup>(26)</sup>に、保釈になった勾留を取り消す処置をするとか、裁判所はその保

釈請求についての許否を決める前に甲乙両事実についてあらためて一本の勾留状を発すると同時に、さきになされている甲事実の勾留の必要性がなくなったとして取り消し、その後乙事実が権利保釈の除外事由にあたることを理由として、保釈請求を却下する<sup>(27)</sup>とかの主張がなされている。「保釈になった勾留の取消」や「勾留の切替」といった方法によって、二重勾留を解消し、このような事態の生ずるのを解決しようとすることは、結局、二重勾留の場合の保釈の許否に事件単位の原則を貫徹できないことを示しているといえよう。

もっとも、事件単位説の本来のねらいは、令状主義への配慮にあったのであるから、権利保釈の許否に際しても勾留状発付の犯罪事実のみを基準とするとの基本的立場はいうまでもなく正当である。

### (三) 中間説

これまでのべてきたように、積極説、消極説は、刑法八九条各号に定める権利保釈の除外事由の存否の判断にあたって、それぞれの事由を個別的に検討するのではなく、全体的に考察するものであるが、こうした考察方法に対しては、「権利保釈、裁量保釈等すべての保釈を通じ一律に決められるものであるかは疑問であり、仮りに一律に決められるとの結論を採るとしても、その検討過程において保釈原因ごとに、また権利保釈の除外事由ごとに、その規定の趣旨に照らし個別的に検討する必要がある<sup>(28)</sup>。」との観点から、事件単位説を原則として正当としながらも、権利保釈の除外事由について個別的に検討する中間説がある。

金谷利広判事は、刑法八九条一号、三号に該当する事由の存否については勾留状の発せられている事実に限らず勾留状の発付されていない事実(余罪)の考慮も許されるが、四号、五号に該当する事由の存否については勾留状の発せられている事実のみを基準とすべきであるとされる<sup>(29)</sup>。いいかえれば、一号、三号については人単位に、四号、五号については事件単位に判断すべきであるとされるのである。

金谷判事によれば、勾留の効力は、勾留状記載の犯罪事実以外には及ばないが、「保釈請求の許否を判断するに当

つては、保釈を許せば勾留事実についての円滑な審理が阻害されないか否かということだけを考慮すれば足り、非勾留事実についてのそれを考慮すべきでないということ、従つて八九条各号はそれらの事由がある者を保釈すれば勾留事実についての審判に支障を来す虞のつよい事由を規定したものと解すべきであるということのみであつて、それ以上更に権利保釈の除外事由はすべて勾留事実<sup>(30)</sup>に直接関係する事由に限られねばならないとか、勾留事実がそれに該当する場合でなければならぬとかいうことまでは導かれえない……勾留事実<sup>(30)</sup>に直接関係のない事由や、非勾留事実がそれに該当するような事由であつても、その事由の存する被告人を保釈すれば、勾留事実についての審判の遂行に支障を来すという関係がある場合には、それを権利保釈の除外事由とすることは、勾留が犯罪事実単位にあると見る見解からも、十分納得のいくことである筈である<sup>(30)</sup>。とされ、八九条各号について、非勾留事実についてその事由のある者を保釈すれば、勾留事実についての審判に支障を来たすおそれが強いと認められるかどうかという観点にたつて、

「一、二号は保証金を積ませることが防止しえぬ程逃亡の虞の強い場合の類型であり、四、五号はいずれも罪証隠滅の虞のある場合である<sup>(31)</sup>」から、「勾留事実の審判の円滑な遂行を保障するためには、勾留の基礎となつてゐると否とを問はず、一、三号該当の罪を犯したと認められる被告人に対しては、権利保釈を制限する必要がある<sup>(32)</sup>」のに対して、「四号五号は罪証隠滅の虞のある場合であるから、それらの事由の有無は勾留事実のみに即して判断すべきであり、もし勾留事実についてはそれらの事由があるとは認められないのに、非勾留事実につきそれらの事由があることを理由に保釈を許さないとすれば、それは結局勾留を非勾留事実のためのみに利用すること、すなわち勾留それ自体の効力を非勾留事実にまで拡張することになるのであつて……是認しえ<sup>(33)</sup>ない」とされる。

山中孝茂判事もほど同旨の見解をとられるが、山中判事は人単位説を批判されたうえ、<sup>(34)</sup>「勾留の目的である当該勾留事実の捜査、審理を、逃亡の面から支障なからしめることと、証拠隠滅の面から支障なからしめることとの實際面についてこれを見ると、逃亡が実現するときには勾留事実<sup>(35)</sup>と余罪<sup>(36)</sup>とを問はず、すべてに支障が生ずるのに比べ

て、証拠隠滅は専ら隠滅された当該事実の支障に止まる面で本質的な差があり、いわば余罪ともみられる重大な前歴が有ること(同条二号)を逃亡のおそれ濃厚な場合として、権利保釈除外例の一つにした法の趣旨も領けるとするならば、勾留の効力の現れである拘束性の継続、取消、保釈を考える場合、これを証拠隠滅の面で捉える場合には専ら当該勾留事実のそれにのみ限定して検討することが原則ではあるが、逃亡の面で捉えて検討するときは、勾留事実以外の余罪にそのおそれが認められる場合、これを勾留事実に対する支障と同視できる人的効力が及ぶ場合のあることを是認しなければならぬと理解する<sup>(35)</sup>。として、一、二、三、六号については勾留事実だけでなくその他の追起訴余罪を含めて除外事由の存否を判断することが許されるが、四、五号については勾留事実のみを基準に判断すべきであるとされる<sup>(36)</sup>。

しかし、このような中間説は、そもそも逃亡のおそれは犯罪事実単位には判断することができないとの前提に疑問がある<sup>(37)</sup>。勾留について事件単位の原則をとった趣旨と矛盾する結果となる<sup>(38)</sup>のではないだろうか。結局、一、三号について人単位に考える点で人単位説に対する批判があげはまる。この見解は、令状主義への配慮に欠けるといわざるをえない。

以上、学説を検討してみると、権利保釈の除外事由の存否の判断基準として余罪を考慮できるかという問題について、積極説、消極説、中間説とがあることが明らかとなった。しかし、この問題を、被告人の身柄拘束の正当性の根拠の問題として、司法審査および手続上明示の要請への配慮という観点から検討してみると、人単位説ないしその修正説を除いて、実はそれほど実質的にそのねらいとしているところと差異があるものではないことがわかる。ことに手続単位説と事件単位説<sup>(39)</sup>とは、結論的に、積極説と消極説とにわかれるが、前者が併合審理されている事実について職権的に勾留理由の競合を考えるのに対して、後者はとくに勾留を競合させないでもよいというのであって、勾留理由の競合または勾留の競合(二重勾留)の場合には余罪に権利保釈の除外事由が認められるかぎり保釈は許されないこ

とになって大きな差異は生じない。これらの両説は、ともに、具体的な各別の犯罪事実についての令状要件の厳格な司法審査と手続上の明示を目的としているものであることにかわりはないのである。

(1) 鈴木茂嗣・刑事訴訟法一三二頁。

(2) (4) 鈴木茂嗣「事件単位の原則」判例タイムズ二九六号三二頁、三四頁。

石川芳雄・刑事訴訟法の実際問題二五九頁も、勾留それ自体の効力は勾留事実について及ぶが保釈については刑訴法八九条二号及び六号が勾留事実と直接関係のない事由について除外事由としていることから同条一、三、四号についても勾留事実のみを基準とするのではなく被告人に特定の事由のある場合にこれを許さないことができるという趣旨に解すべきであるとして勾留事実以外の事実を基準として権利保釈の除外事由の判断を認められる。

鈴木教授の見解では、余罪については裁判所の職権調査事項と考えることになるのだろうか。

(5) 鈴木茂嗣・前掲注一三二頁。

(6) 渥美東洋「勾留と勾留状記載の犯罪事実以外の犯罪事実との関係——手続単位説の提唱」法学新報七一巻五号八九頁。

(7) 平場安治・改訂刑事訴訟法二七三頁。

(8) 勾留を犯罪事実単位で考えたとすれば二重勾留は、それぞれ「別個の理由」に基づいて勾留するのであるから同一事情のものであることを前提とする訴訟行為の一回性の原則に反しないし、同一人に対する拘束が二つの勾留の執行という二面性をもつのであるから不能を目的とするともいえない。金谷利広「権利保釈の除外事由——勾留の基礎となっている犯罪事実との関連において」司法研修所報二八号一八八頁、小林充「いわゆる二重勾留の適否」令状基本問題七五問一〇四頁。

(9) 平場安治・前掲注七二七三—二七四頁。しかし、平場教授は、その後、二重勾留の可否について、勾留期間の満了を待つて新たな勾留を行なうのではそれだけ長期間被告人は拘禁されることになるので、いわゆる二重勾留を勾留理由の競合として、勾留理由の追加の請求又は裁判と解してこれを認容し、勾留はあくまで一つと解しつつ、勾留期間の点を被疑者に不利にならないように解する立場を明らかにされたが、このような見解は、手続単位説に近いものとなる、新版刑事訴訟法一四四頁。

(10) 小林充・前掲注八一〇四頁。

(11) 横井大三「ある罪についての逮捕勾留と他の罪——刑事訴訟法に関する実務的な若干の問題」警察研究二二巻九号一七頁、二六頁、同「判例研究」研修八九号四〇頁（刑訴裁判例ノート(1)二〇三頁所収）、同・ポケット註釈全書改訂刑事訴訟法一七

- 七頁、ほゞ同旨、岡村治信「刑訴法第九六条第一項第四号にいわゆる『事件』の意義」判例タイムズ一七五号八四頁。
- (12) 横井大三・前掲注11警察研究二五―二六頁。
- (13) 横井大三・前掲注11研修四六頁(刑訴裁判例ノート(1)二一〇頁)。
- (14) 渥美東洋・前掲注6六一頁、同・捜査の原理一六八頁、同・刑事訴訟法一九六頁。
- (15) 最決昭和三十一年二月二十四日刑集一〇卷一二号一六九二頁。
- (16) 最判昭和三〇年二月二十六日刑集九卷一四号二九九六頁。
- (17) 渥美東洋・前掲注6六五頁。
- (18) 渥美東洋・前掲注14捜査の原理一六九―一七〇頁。
- (19) 渥美東洋・前掲注14捜査の原理一六九頁。
- (20) 渥美東洋・前掲注14捜査の原理一七〇頁。なお、追起訴準備中や捜査中の起訴されていない余罪は基準となしえない。
- (21) (22) 中島卓児「勾留及び保釈に関する諸問題の研究」司法研究報告書八輯九号三五四頁。
- (23) 青柳文雄・五訂刑事訴訟法通論上巻五六三頁注2、青木英五郎Ⅱ沢田脩「余罪をめぐる訴訟法上の問題」佐伯千仞編著統生きている刑事訴訟法一一〇頁、一一八頁、浦辺衛・刑事実務上の諸問題一七八頁、白井滋夫「勾留状の発せられていない公訴事実と保釈との関係」高田卓爾・田宮祐編演習刑事訴訟法一三三頁、一四〇頁、神垣英郎「勾留状に記載された事実のみを基礎として権利保釈の除外事由を判断すべきか」令状基本問題七五問二一七頁、二二二頁、河上和雄・青柳文雄他註釈刑事訴訟法第一巻三三〇頁、高田卓爾・平場安治他註釈刑事訴訟法上巻(改訂版)二七四頁、田宮裕・同編著刑事訴訟法I三〇〇頁、団藤重光・新刑事訴訟法綱要七訂版四〇四頁、塚原朋一「余罪と権利保釈の除外事由」判例タイムズ二九六号三三〇頁、朝岡智幸「二重勾留の可否」判例タイムズ二九六号一五六頁、一五九頁、庭山英雄「保釈と余罪」捜査法大系II二三四頁、二四〇頁、同・渥美東洋他著刑事訴訟法(青林双書)九八頁、松尾浩也・刑事訴訟法上一九五頁など。
- なお、包括一罪または科刑上一罪について、小田健司「保釈許否にあたり包括一罪の他の部分(起訴されていない)を考慮することが許されるか」令状基本問題追加四〇問一一四頁、一一七頁、竹崎博允「余罪と保釈」実例法学全集統刑事訴訟法四六頁、五〇頁がある。
- (24) 神垣英郎・前掲注23二二二頁。
- (25) 小林充・前掲注8一〇六頁、神垣英郎・前掲注23二二三頁、最高裁事務総局「令状関係法規の解釈運用について(下)」

- 刑事裁判資料第一七六号七—八頁。
- (26) 豊田健「事件単位の原則について」判例タイムズ二二八号五一頁（刑事実務ノート第三巻九八頁所収）。
- (27) 神垣英郎・前掲注23二二二頁、最高裁事務総局・前掲注25七頁。
- (28) 小瀬保郎「権利保釈の制限」捜査法大系Ⅱ二一八頁。
- (29) 金谷利広・前掲注8—三二頁。
- (30) 金谷利広・前掲注8—二九頁。
- (31) 金谷利広・前掲注8—三一頁。
- (32) (33) 金谷利広・前掲注8—三二頁。
- (34) (35) 山中孝茂「余罪の存在と裁量保釈」判例タイムズ二九六号三三二頁、三三四頁。
- (36) 小瀬保郎・前掲注28二一九頁は、非勾留事実でも勾留事実と併合審理されている場合は刑訴法八九条一号については基準としてよいとする。また、豊田健・前掲注26五一頁（ノート九六頁）は、非勾留事実と勾留事実とが併合審理され、冒頭手続が終了してれば、手続の明確性はそれほど欠けるとはいえないとして、刑訴法八九条一号、三号について余罪を基準としてよいとする。
- (37) 佐藤文哉「保釈と余罪」刑事訴訟法判例百選（三版）五七頁。田宮裕・前掲注23三〇一頁は、刑訴法八九条一号および三号について逃亡のおそれも事件の内容によって差異がありうるから被告人単位というのとは不正確でありこの場合だけ被告人単位を承認するのはのぞましくなく、むしろ、他事件を理由に逃亡のおそれがでなければ、本件にも当然影響を及ぼしてくるというような特殊の関連性がある場合にのみ肯定すべきであろうとされる。もともとそれは本件じたいの理由であるというべきで、その意味では、余罪を基準に権利保釈の除外事由を判断することは許されないが、その一資料としてなら許される。
- (38) 鈴木茂嗣・前掲注2三四頁。
- (39) 青柳文雄「勾留状の発せられていない公訴事実を裁量保釈の審査の一資料とすることの可否」法学研究四五巻五号八七頁は、被告人の勾留に関して、旧刑訴では勾留状に「被告事件」を記載することにはなっていたが（旧刑訴法九七条一項）、その被告事件とは罪名を記載すれば足りると解されていたので、同一罪名の範囲内では追起訴された事実についても勾留状の効力が及ぶと解することができたし、連続犯を広く認めていたので追起訴あるいは連続犯通知の部分がかげはるかに大きくても同様に扱われていたが、現行法は、被告人の人権保障を強化するため、憲法三三条、三四条による令状主義をうけて、刑訴法六〇

条、六一条、六四条において、勾留状記載の特定の犯罪事実を基準とすることにしたのであって、その意味では、事件単位説の方が自然であるとされる。

#### 四 おわりに

刑訴法八九条所定の権利保釈の除外事由の存否の判断基準として余罪を考慮することができるといふ問題について、判例の動向および学説について検討してきた。

判例、ことに下級審の裁判例は、刑訴法八九条一号、三号について、積極説にたつものがみられるものの、同条四号、五号については、消極説にたつものが有力であるといつてよい。

これに対して、学説は、刑訴法八九条全体を通して消極説にたつものが多数説であるといえよう。それは、いわゆる令状主義への配慮からの主張であるが、同じ視点にたつて積極説を主張する有力な見解がある。保釈が保証金を担保として被告人の勾留の執行を停止しその身柄を解放する裁判であることを考えれば、保釈の許否の問題は、被告人の身柄拘束の正当性の根拠の問題であり、令状主義への配慮にいかん重点をおいて考えるかということが重要であるといえよう。その意味では、司法審査をうけない余罪を基準に権利保釈の許否を判断することは許されない。

このことは、勾留の基礎となつている犯罪事実と余罪とが併合罪関係にある場合だけに限らず、包括一罪や科刑上一罪の場合であっても、原則として、妥当すると思われ<sup>(1)</sup>る。

ところで、以上は、刑訴法八九条所定の権利保釈の除外事由の存否の判断基準として勾留原因事実となつていない余罪を考慮できるかという問題であつたが、最初に指摘したように、保釈と余罪の問題には、さらに、勾留原因事実につき、刑訴法八九条各号所定の権利保釈の除外事由の存否または同法九〇条の裁量保釈の要件の存否を判断するための一資料として、勾留の基礎となつていない犯罪事実を考慮できるかという問題がある。

この問題については、周知のように裁量保釈に関して最高裁昭和四四年七月一四日決定がある。<sup>(2)</sup> それによると「被告人が甲、乙、丙の三個の公訴事実について起訴され、そのうち甲事実のみについて勾留状が発せられている場合において、裁判所は、甲事実が刑法八九条三号に該当し、従って、権利保釈は認められないとしたうえ、なお、同法九〇条により保釈が適当であるかどうかを審査するにあたっては、甲事実の事案の内容や性質、あるいは被告人の経歴、行状、性格等の事情をも考察することが必要であり、そのための一資料として、勾留状の発せられていない乙、丙各事実をも考慮することを禁ずべき理由はない。」としている。

この決定は、裁量保釈の判断の一資料として余罪の考慮を認めたもので、いわゆる余罪と量刑に関する最高裁大法院判決昭和四一年七月一三日（刑集二〇巻六号六〇九頁）、同昭和四二年七月五日（刑集二二巻六号七四八頁）と共通する考え方にたっているといえるもので、<sup>(3)</sup> 権利保釈の除外事由の存否の一資料として余罪の考慮を認めることは許され<sup>(4)</sup>ると考える。

(1) 詳細な検討は他日を期したいと考えるが、この問題は、包括一罪や科刑上一罪と勾留の効力の及ぶ範囲とも関連して考察しなければならぬと思われる。

包括一罪や科刑上一罪の一部分についての勾留の効力は他の部分にも及ぶと解すれば、積極説に従うことになるだろうし、勾留の効力は他の部分に及ばないと解する立場からは併合罪の場合と同様に扱われることになるであろう。

(2) 刑集二三巻八号一〇五七頁。

(3) 安富潔「量刑と余罪」刑事訴訟法判例百選（第四版）二〇〇頁など。

(4) 青柳文雄「勾留状の発せられていない公訴事実を裁量保釈の審査の一資料とする事の可否」法学研究四五巻五号八八頁、白井滋夫「勾留状の発せられていない公訴事実と保釈との関係」高田卓爾・田宮裕編演習刑事訴訟法（旧版）一四〇頁、田宮裕・刑事訴訟法I三〇一頁。

なお、河上和雄・註釈刑事訴訟法第一巻三三〇頁、三三四頁、小瀬保郎「権利保釈の制限」捜査法大系II二二七頁、庭山英雄「保釈と余罪」捜査法大系II二三四頁など参照。

旭川地決昭和三四年六月四日下刑集一卷六号一五二四頁、高松高決昭和四一年一月二〇日下刑集八卷一〇号一三四六頁、  
広島高決昭和五六年九月一日判例時報一〇二二号一三九頁、東京高決昭和五六年七月二〇日判例タイムズ四四七号一四八頁な  
ど。