

日本における刑事手続上の身体拘束と 出入国管理法制の関係(3・完)

肖 萍*

序言

- I 「出入国管理及び難民認定法」による出入国管理制度及びその実態
 - 1 出入国管理制度
 - 2 入管法についての解釈及び実際上の運用
 - 3 小括（以上6巻1号）
 - II 勾留要件と退去強制手続
 - 1 外国人被疑者・被告人と勾留の要件
 - 2 外国人被告人の保釈（以上6巻2号）
 - 3 外国人被告人の再勾留
 - 4 小括
- 結語（以上本号）

3 外国人被告人の再勾留

(1) はじめに

刑訴法第345条は、「無罪、免訴、刑の免除、刑の執行猶予、公訴棄却（第338条第4号〔公訴提起の手続違反〕による場合を除く。）、罰金又は料金の裁判の告知があったときは、勾留状は、その効力を失う。」と規定している。これらの裁判の宣告と同時に勾留状がその効力を失うとする規定である。このように、無罪などの裁判があったときは、勾留状は失効するため、当該勾留状による勾留を継続することができなくなる。刑事訴訟法は、無罪判決や、刑の執行猶予の判決などの場合、判決の確定を待つまでもなく、被告人の身柄を釈放すべきものとしたのである。

しかし、この規定により勾留状が失効し、被告人が釈放された後、検察官から控訴の申立てがあった場合に、再勾留ができるか否かについては明文規定がない。この一審無罪判決後に勾留状が失効した後における再勾留という問題は、いわゆ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第6巻第3号2007年11月 ISSN 1347 - 0388

* 中国北京師範大学刑事法律科学研究院専任講師。

る東電OL殺人事件特別抗告審決定がきっかけとなり、注目されてきた。さらに、この事件においては、被告人が不法残留という退去強制事由に該当している外国人であったため、刑事手続と出入国管理法制との関係も問題となっている。以下では、この事件を検討しながら、外国人被告人の再勾留の問題について論じることとする。

(2) 東電OL殺人事件の概要

オーバーステイである外国人被告人（ネパール国籍）は、1997年（平成9年）3月8日深夜ころ、被害者の頸部を圧迫して窒息死させたうえ、現金約4万円を強取したという犯罪事実で起訴された。第一審の東京地方裁判所は、2000年（平成12年）4月14日に、「検察官が主張する被告人と犯行との結びつきを推認させる各事実は、一見すると被告人の有罪方向に強く働くもののように見受けられるが、……被告人の有罪性を認定するには不十分なものであるといわざるを得ない。……その一方で、被告人が犯人だとすると矛盾したり合理的に説明が付けられない事実も多数存在しており、いわば被告人の無罪方向に働く事実も存在しているのであるから、被告人を本件犯人と認めるには、なお、合理的な疑問を差し挟む余地が残されているといわざるを得ない」として、無罪判決を言い渡した¹⁴⁶⁾。それにより、勾留状は、失効した。

本件の被告人は、1997年（平成9年）3月31日に、不法残留で起訴され、同年5月20日に、入管法違反により懲役10ヶ月、執行猶予3年の有罪判決を言い渡されていた。被告人は不法残留中の外国人であったため、勾留状失効による釈放と同時に収容令書により入国管理局に収容され、退去強制される可能性が生じた。

検察官は、2000年（平成12年）4月18日、第一審の無罪判決は事実誤認であるとして控訴を申し立てるとともに¹⁴⁷⁾、原審である東京地裁に対し、被告人に

146) 東京地判平12・4・14判例タイムズ1029号120頁。

147) 第一審無罪判決は、平成12年12月22日、控訴審（東京高判平12・12・22判例時報1737号3頁、判例タイムズ1050号83頁、高等裁判所刑事裁判速報集（平12）号130頁。）で破棄され、被告人は無期懲役を言い渡された。同日、弁護人側を上告した。平成15年10月20日、最高裁第三小法廷は無期懲役とした二審判決を支持して被告人の上告を棄却する決定を下した。10月23日、弁護側は最高裁決定に対し異議を申し立てたが、11月4日、最高裁第三小法廷は被告人の上告棄却決定に対する異議申し立てを却下した。そのため、被告人の有罪判決が確定した。

対する職権による勾留状の発付を求めたが¹⁴⁸、同地裁は翌19日職権を発動しない決定をした。そのため、検察官は同日に直ちに控訴審である東京高裁に対して同様の申立てを行った。東京高裁第五特別部は、刑訴法第97条2項、同規則第92条2項に基づき、訴訟記録が到達していない上訴中の事件について、勾留に関する権限は原審にあり控訴審にはないという理由により職権発動をしない旨の決定をした¹⁴⁸。そこで、検察官は、本件訴訟記録が同高裁に到達したその日(同年5月1日)に、三回目の職権による勾留状発付を求めた。同月8日、東京高裁第四刑事部は、第一回公判期日前に、受命裁判官による勾留質問を経て、刑訴法第60条1項各号の事由があるとして、職権により勾留状を発付した(原原決定)。弁護人は控訴審の勾留状発付の裁判に対し異議の申立てをしたが、東京高裁第五刑事部は5月19日の決定により棄却した(原決定)¹⁴⁹。同月23日、弁護人は、これを不服として特別抗告を申し立てた。

(3) 特別抗告審決定¹⁵⁰及びその問題点

A 特別抗告審決定

先ほど述べた原決定に対する特別抗告に対して、最高裁は、「裁判所は、被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合であって、刑訴法60条1項各号に定める事由(以下『勾留の理由』という。)があり、かつ、その必要性があるときは、同条により、職権で被告人を勾留することができ、その時期には特段の制約がない。したがって、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と認める限り、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調べを待た

148) 東京高決平12・4・20判例時報1718号23頁、判例タイムズ1032号298頁。

149) 東京高決平12・5・19刑集54巻5号506頁、判例時報1718号24頁、判例タイムズ1032号300頁、東京高等裁判所(刑事)判決時報51巻1～12号52頁、高等裁判所刑事裁判速報集(平12)号90頁。

150) 最決平12・6・27刑集54巻5号461頁、裁判所時報1270号3頁、判例時報1718号19頁、判例タイムズ1040号108頁、高等裁判所刑事裁判速報集(平12)号93頁。

なければならないものではない。また、裁判所は、勾留の理由と必要性の有無の判断において、被告人に対し出入国管理及び難民認定法に基づく退去強制の手続が執られていることを考慮することができる」と解される。以上と同旨の原決定の判断は、正当である。」として、本件特別抗告を棄却した。なお、本決定には、遠藤光男裁判官及び藤井正雄裁判官による反対意見がある。

B 決定の問題点

本決定に対しては、少なくとも以下の問題点を引き出すことができる。まず、第一審裁判所が無罪判決を言い渡したが、検察官が事実誤認を理由に控訴の申立てを行った場合、控訴審裁判所は、職権で被告人を再び勾留することができるのか。勾留できるとした場合には、その勾留についての判断は第一審と同じ条件で行うことになるのか、或いは何らかの制約がありうるのか。特に、第一審によって犯罪の証明がないことを理由として無罪判決が言い渡されている状況は、勾留状発付にあたってはその要件の一つである「被告人が罪を犯したことを疑うに足る相当な理由」の判断基準及び判断資料に対して何らかの影響を与えるのかが問題になる。この問題については、本決定の法廷意見は、控訴審裁判所の再勾留権限を是認し、勾留の時期と要件について、法律上格別の制約がないことを明らかにしたものである。

さらに、本件の被告人が外国人であることから、無罪判決後入国管理局により収容された場合、入管法に基づく退去強制手続が勾留の理由と必要性の判断に対して何らかの影響を与えるかである。この点についても、法廷意見は、「裁判所は、勾留の理由と必要性の有無の判断において、被告人に対し出入国管理及び難民認定法に基づく退去強制の手続が執られていることを考慮することができる」として、これを肯定している。

以下、(4)で控訴審裁判所による再勾留の可否及び再勾留が可能とした場合、その時期と要件の問題を刑事手続上の問題点として論じた上で、(5)で「退去強制と再勾留」について論じることとする。

(4) 刑事手続上の問題点

A はじめに

勾留状の失効について定める現行刑訴法第345条は、同法第343条が、「禁錮以

上の刑に処する判決の宣告があったときは、保釈又は勾留の執行停止は、その効力を失う。」と規定していることなどに対応するものであって、判決の内容を直ちに身柄の処理に反映させようとしたものである。同法第345条より、勾留状の効力は、無罪、免訴、刑の免除、刑の執行猶予、罰金などの裁判の告知があれば、失効し、その裁判の確定を必要としない。その理由として、無罪などの裁判が言い渡されたときは、被告人の逃亡のおそれが減少するとともに、「第一審裁判の重視」や、「被告人の人権尊重」も挙げられている¹⁵¹⁾。無罪の場合などは、真実無罪であればできるだけ早い段階に拘束状態から解く必要のあることにもよると考えられる¹⁵²⁾。

この条文の前身は、旧法第371条である。その1項は、「無罪、免訴、刑ノ免除、刑ノ執行猶予、公訴棄却、管轄違、罰金又ハ科料ノ言渡ヲ為シタルトキハ勾留セラレタル被告人ニ対シテハ放免ノ言渡アリタルモノトス」と規定していた。この「放免ノ言渡アリタルモノトス」は、上記の裁判が確定しなければ生じないものと解されていた。ここでは、勾留状失効後の被告人の再勾留という問題は起こりえなかった。

現行法の下では、刑訴法第345条の裁判がそのまま確定すれば、勾留状が失効したままで、何の問題も起こらない。しかし、刑事訴訟法は、無罪判決などの裁判に対する検察官の控訴を認めている。そうすると、勾留状を失効させる無罪判決などに対して検察官が控訴を申し立て、引き続き控訴審が行われる場合には、すでに勾留状の失効により釈放された被告人の再勾留は許されるのであろうか。また、刑訴法第60条1項は、裁判所による被告人勾留に関して時期的な制約を規定していない。被告人の再勾留ができるとしても、その時期に何らかの制約が必要ではないであろうか。

B これまでの学説・判例の状況

刑訴法第345条所定の裁判の告知により勾留状が失効した後、その審級で再勾留することが許されず、上訴審による再勾留については、それを肯定する見解が通説である。そして、最高裁も、「刑訴60条各号に規定する事由が新たに生じた

151) 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56頁(1955年)。

152) 松尾監修・前掲注(78)807頁。

場合には、控訴審において新たに勾留状を発することを禁止する法規は存在しない。」¹⁵³⁾として、再勾留を是認した。これに対しては、少なくとも検察官上訴が法制度上存在する以上、有罪心証の形成に対する歯止めという意味での片面的な事後審性の意義はなお維持されるべきであり、第一審無罪判決の場合、控訴審裁判所は、自ら有罪心証を形成できないので、これを破棄しても自判できない。そのため、控訴審裁判所は、勾留権限を持ち得ないとする解釈論がある¹⁵⁴⁾。

しかし、上訴審の審理の過程において逃亡のおそれ等を裏付ける新たな特別の事由が発生する場合もないわけではないと考えられるから、無罪判決があった場合も一切勾留が許されないとはいえない。このため、上訴審による再勾留を認めることに関しては、通説が適切である。ただし、上訴審裁判所による再勾留が可能という見解においても、再勾留の時期と要件については、以下のいくつかの見解がある。

① 上訴提起後、上訴審裁判所は、いつでも、特に他の要件を付加することなく、一審と同一の基準により再勾留することができるとする見解である¹⁵⁵⁾。これは、前述の東電OL殺人事件の特別抗告審決定と一致する。

前述した東電OL殺人事件の特別抗告審決定以外にも、東電OL殺人事件の勾留の裁判に対する異議申立てを棄却した東京高裁第五刑事部決定¹⁵⁶⁾も、次のように述べて、再勾留の時期・要件については特段の制約はないとの見解を示した。

「刑法60条によると、裁判所は、被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合で、同条1項各号に定める事由があるときは、被告人を勾留することができることになっており、その時期については、何らの制約もないのであるから、第一審裁判所において無罪判決が言い渡された場合であっても、検察官がこの判決に控訴を申立て、控訴審裁判所（受訴裁判所）に一件記録が送付された以降は、控訴審裁判所は、控訴審の審理を始める前であっても、一件記録

153) 最判昭29・10・26裁判集刑事99号507頁。

154) 豊崎七絵「第一審裁判所が犯罪の証明なしを理由に無罪判決を言い渡した場合において、控訴審での勾留が認められた事例」法学66号626頁～630頁（2002年）。

155) 団藤・前掲注(83)401頁、横井大三『新刑事訴訟法逐条解説Ⅲ』143頁（1949年）、小川新二「第一審で無罪判決を受けた被告人を、検察官控訴後、実質審理開始前に、控訴裁判所が勾留することを適法とした最高裁決定」法律のひろは53巻11号57頁（2000年）等。

156) 東京高決平12・5・19。

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』があるかどうかを判断することができ、そして、被告人に同条1項の要件があり、かつ勾留の必要性が認められる場合には、被告人を勾留することができるものといわなければならない。……第一審裁判所による無罪判決の存在は、被告人に『罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由』があるかどうかを判断するに当たって慎重に検討すべき一事情にとどまるものというべきである。』

また、最高裁平成11年10月13日決定¹⁵⁷⁾は、窃盗被告事件についての第一審無罪判決に対し検察官が控訴を申し立て、訴訟記録到達後に控訴審裁判所に勾留の職権発動を申し立てたところ、同裁判所は控訴趣意書が提出される前に入国管理局に収容されていた被告人に勾留状を発付したという事案である。最高裁は、勾留の裁判に対する異議申立棄却決定に対する特別抗告を棄却した。ここでは、無罪判決後の被告人の再勾留の時期・要件に関しては、何の判断も提示されていない。

この見解によれば、第一審で無罪判決を受けても、被告人に勾留の理由となった嫌疑が未だ残ることは、否定されない。したがって、一審と同一の基準により再勾留することができるとすれば、被告人は、刑訴法第345条により釈放されても、勾留の理由が存在するとして、随時、再勾留されうることになる。しかし、これでは、結局、身柄拘束が継続することになり、所定の裁判の場合に勾留状の失効を認めた刑訴法第345条の存在意義がなくなるだろう。

② 上訴審で新たな勾留の必要が生じた場合には、再勾留することができる見解である¹⁵⁸⁾。但し、「刑訴60条各号に規定する事由が新たに生じた場合」とはいかなる場合を言うのかについては、明確にされていない。

157) 最決平11・10・13。これは、再勾留の裁判に対する弁護人の異議申立てに対して、名古屋高裁平成11年9月21日決定は、入国管理局収容中の被告人について、入国管理局は被収容者に刑事事件が係属していても出国差止ができず、自費出国申請があれば、それに応じて退去強制手続を進めざるを得ないことなどを理由として、被告人は住居不定というべきで、逃亡すると疑うに足りる相当な理由も認められ、そのほか、罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由も認められるとして棄却し、同決定に対する弁護人の特別抗告に対し、同最高裁(第二小法廷)決定は、「原決定は被告人が外国人であることを理由に右勾留の裁判を是認したものと認められない」として、これを棄却した。小川・前掲注(155)54～55頁。

158) 青柳文雄『刑事訴訟法通論(下)[五訂版]』468頁(立花書房、1976年)。

③ 上訴審による破棄が予想され、しかもその内容が身柄の拘束を必要とするような例外的な場合に限り、再勾留することが許されるとする見解である¹⁵⁹⁾。この見解は、破棄の予想といっても、それがなされる時期と方法について、何も言及していない。そこで、訴訟記録を読んだだけで破棄の予想ができるとすれば、その時点での再勾留も可能になる。それが単なる運用論にとどまる限り¹⁶⁰⁾、被告人の権利保障にとってはあまり意味がない¹⁶¹⁾。

④ 実質審理を経て、控訴審裁判所が有罪の心証を得てはじめて、被告人の再勾留が可能になるとする見解である¹⁶²⁾。この見解は、有罪判決の可能性という、より高度な嫌疑を要求する。さらに、再勾留の時期について制約を加える点が特徴である。

東京高裁第五特別部の決定¹⁶³⁾はこの学説と一致する。その決定は、「無罪判決により釈放した被告人の身柄は、どのような事情があっても再び拘束することができないというような解釈は、窮屈に過ぎる。しかし、そのようにして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が必要であると考えべきであり、……。そして、従前の実務において、第一審の無罪判決の後控訴審が被告人を勾留した事案も、控訴審が審理を遂げ有罪の心証を固めた後のことと考えられるのであって、実質審理もしていない上級審が、無罪判決の直後に記録の借出しによって、再度勾留状を発付した前例は見当たらない。」とした。再勾留の時期と要件に厳しい制約を要求するものといえる。

⑤ 刑法第345条により勾留状の効力が消失した場合には、その判決の対象

159) 小泉祐康「勾留状失効後再勾留した場合の勾留期間」判例タイムズ296号232頁。

160) 福崎伸一郎「第1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と控訴審における勾留」ジュリスト1201号115頁。「運用上」の基準であることを明言し、東電OL殺人事件の特別抗告審決定は実質的にこの説に近いものと主張した。

161) 多田辰也「無罪判決に伴う勾留状失効後の被告人の再勾留」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集上巻』146頁（成文堂、2001年）。

162) 上口裕「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の控訴審における勾留の適否——東電OL殺人事件」法学教室246号87頁（2001年）、川崎英明「東電OL殺人事件無罪判決と勾留問題」季刊刑事弁護23号16頁（2000年）、村井敏邦「無罪推定原則の意義」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集上巻』23頁（成文堂、2001年）、多田・前掲注（161）153頁。

163) 東京高決平12・4・20。

となっていた犯罪事実については、上訴審も含む事件の完結までの同一訴訟において、上訴審で原判決が破棄され、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場合を除き、再勾留することができないとする¹⁶⁴⁾。この見解は、刑訴法第345条所定の裁判は、被告人に対する身体拘束を意図しないことを内容とするものであるから、上訴審において原裁判が破棄されない限り、再勾留は第一審裁判の効力と矛盾するものであるため、許されないということを根拠とする。この見解については、第一審裁判の尊重、勾留実務の慎重な運用という観点において傾聴すべきであるが、事件の実体、或いは刑訴法第345条所定の裁判は、被告人の身体拘束の処置を内容とするものではなく、再勾留は第一審裁判の効力と矛盾しないという批判¹⁶⁵⁾がある。

C 検討

刑訴法第345条所定の裁判の告知により勾留状が失効した後の上訴審裁判所による再勾留の可否については、可能と解して良いと思う。ただ、第一審の判決の尊重と被告人に対する人権の尊重等の点から、再勾留の時期と要件については、慎重に検討すべきである。

刑訴法第60条1項は、被告人勾留について時期的な制約を定めていない。しかも、第60条1項が総則規定であることからすれば、勾留権限を有するのは訴訟係属する裁判所であって、その審級のいずれかを問わないことも、また明らかであろう¹⁶⁶⁾。そうだとすると、刑訴法第345条所定の裁判により勾留状が失効し釈放された被告人を上訴審裁判所が再勾留しようとする場合についても、勾留の時期に法律上特段の制約がない以上、刑訴法第60条1項がそのまま適用されるとの結論に至りうる¹⁶⁷⁾(上述のB①)。しかし、このような考え方は、特別抗告審決定の藤井正雄裁判官の少数意見や東京高裁第五特別部決定が指摘するように、刑訴法第345条を「実質的に空文化すること」になり、妥当でない。

学説②及び学説③は、学説①に比べ、条件を設けるものであり、学説上有力で

164) 岩田・前掲注(151) 54頁。なお、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法(五)[新版]』514頁(立花書房、1998年)[神垣英郎執筆]。

165) 小泉・前掲注(159) 233頁。

166) 多田・前掲注(161) 149頁。

167) 東京高決平12・5・19と最決平12・6・27。

あるように思われる。しかし、それらの説が示す要件にも解釈の余地が残り、再勾留がなされる具体的な時期も明確にしていないから、運用上、恣意的に判断される危険性があり、妥当でない。

現行法が上訴制度を設けている以上、刑訴法第345条は、控訴審において無罪判決が破棄される可能性があることも前提とした上での規定である¹⁶⁸⁾。そうであれば、無罪判決後の被告人の再勾留に関しては、単に第一審と同様に刑訴法第60条1項を適用すべきではなく、何らかの制約を課すべきことになると思われる。

これを前提として、次に無罪判決後の控訴審による「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」の判断基準及びその判断時期について論じる。

刑訴法第60条の「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」が勾留の要件として要求されることについては、検察官の請求に基づいて裁判官が行なう被疑者勾留であっても、第一審裁判所が職権で行なう被告人勾留であっても、また、控訴審裁判所による勾留であっても、少なくとも文言上、変わりはない¹⁶⁹⁾。

単純に嫌疑の程度だけを問題とすれば、勾留の実体的要件である「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」の嫌疑は、有罪判決を言い渡すための「合理的な疑いを容れない程度の確信」の嫌疑よりも程度の低いもので足りる。従って、少なくとも「合理的な疑い」があれば、無罪となるのであるから、無罪判決後に検察官が上訴した場合には、控訴審裁判所が一件記録から「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」を見出すことは必ずしも困難ではない。しかし、一件記録の審査だけで、被告人を再勾留するのは、適当ではない。

東電OL殺人事件特別抗告審の反対意見を述べた遠藤光男裁判官と藤井正雄裁判官も、「被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があり、かつ刑訴法第60条1項各号に定める事由とその必要性があるときは、裁判所は、同条により職権で被告人を勾留することができ」としながら、再勾留の要件と時期について、次のように述べる。

168) 岩田・前掲注(151)51頁。

169) 松田岳士「第一審裁判所が犯罪の証明のないことを理由として無罪を言い渡した場合と控訴審における勾留——東電OL殺人事件特別抗告審決定——」阪大法学51巻5号978頁(2002年)。

遠藤裁判官は、「無罪判決により勾留状の効力が失われるとした刑訴法345条の法意にかんがみると、検察官の控訴に伴い控訴審裁判所が被告人を勾留するに際しての『罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由』についての判断基準は、第一審段階に比してより高度なものが求められ、かつこれに連動して、勾留できるという判断が可能になる時期は、おのずから制約されるべきものと考えからである。その理由は、……1 刑訴法345条は、……身柄拘束の必要性が消滅したことを宣言した裁判所の判断を何よりも尊重すべきものとしたことによるものと思われる。……2 勾留の裁判は、有罪の可能性を前提にして正当性されるので」るから、「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みてよく、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。3 現行刑事訴訟手続における控訴審の構造が事後審制を採用している以上、控訴審における審判の対象が……第一審判決の当否」であり、「勾留要件としての『罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由』についても、この観点から判断される必要があるものと解するのが相当である。4 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。」

また、藤井裁判官も、「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(刑訴法第345条——筆者注)を実質的に空文化することになりかねない。第一審で無罪判決があった事件を迎えた控訴審裁判所としては、……被告人を再勾留し得るのは、第一審判決を破棄して有罪とする可能性がある」と判断される場合であることを要し、単なる嫌疑よりは高度のものが求められていると解される。」とした。そして、「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と考える。」とした。

以上のことから、控訴審での再勾留については、次のように考えるべきである。刑法第345条は、判決の内容を直ちに身柄処理に反映させる規定である。第一審が無罪判決を出した後に、勾留要件の「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」があるとしても、被告人の有罪が確定するまでは「合理的な疑い」があると考えられる。したがって、控訴審の勾留要件は、第一審の勾留要件と比べて、より高度の嫌疑が必要である。このより高度の嫌疑を認めるためには、事後審査審とした控訴審裁判所の実質審理を経る必要がある。学説④のように、一旦実質審理を終えた後、控訴審裁判所が一審の差し挟んだ合理的疑いを否定して有罪の心証を得てから、再勾留を認めるべきであろう。

ところで、東電OL殺人事件の特別抗告審の法廷意見は、勾留の時期及び要件については、法律上格別の制約がないことを明らかにしたものである。ただし、もっとも、「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るときは」という表現や、「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と認める限り」という表現が用いられており、運用上は、勾留の理由と必要性の判断につき、第一審判決の前よりも特に慎重になされるべきことが強調されているように思われる¹⁷⁰⁾。そうならば、最高裁は、再勾留の運用について、第一審判決の前より慎重になされるべきとしたはずであるのに、何故その時期及び要件等に関しては、制約を明白に要求しないのであろうか。法律上何らの制限規定がないというのも一つの理由である。しかし、何故、限定要素については、何も示さなかったのであろうか。それは、この事件の被告人が、不法滞在の外国人であることが背景にあるのではないであろうか。何故ならば、当該被告人は、不法滞在中の外国人であったため、第一審無罪判決後、入管法に基づく退去強制手続がとられて、入国管理局により直ちに収容場に収容されることになり、速やかに再勾留しないと、退去強制令書によりいつでも国外に退去させられてしまう可能性が強くなったからである。

以上のような問題点を踏まえて、被告人が外国人である場合には、入管法に基

170) 判例タイムズ1040号109頁の最決平12・6・27の匿名解説、判例時報1718号20頁の最決平12・6・27の匿名解説。福崎・前掲注(160)115頁。

づく退去強制の手続が控訴審の審理等にどのような支障を生じさせるのか、また、再勾留の理由と必要性を判断する際に、何らかの影響を与えるのかについて、以下検討することとする。

(5) 退去強制と再勾留

A 退去強制と再勾留に関する決定

東電OL殺人事件特別抗告審決定は、「裁判所は、勾留の理由と必要性の有無の判断において、被告人に対し出入国管理及び難民認定法に基づく退去強制の手続が執られていることを考慮することができる」と判示している。これに対するものとしては、遠藤光男、藤井正雄両裁判官の反対意見及び東京高裁第五特別部の決定がある。

遠藤光男裁判官は、「本件勾留は、被告人が不法残留により退去強制処分を受けることとなったため、被告人が不在のまま審理が進められたとすれば控訴審の実質審理に支障が生じるおそれがあると考えられたこと、及び控訴審において第一審判決が取り消され、有罪の判決が確定した場合の将来の刑の執行確保の目的を意図して行われた処分であることは疑いの余地がない。……本来、控訴審手続においては、被告人が出頭しなくともその審理ができないわけではな」い。「被告人の国外退去強制処分をそのまま認めてしまっよいかは一つの問題というべきである。しかし、……出入国管理及び難民認定法に基づく行政処分と刑法に基づく身体拘束処分との関係を調整するための規定が全く設けられていないのである。したがって、現行法を前提とする限り、入管当局としては、無罪判決の宣告により勾留状が失効した不法残留の外国人に対しては速やかに退去強制令書を執行せざるを得ず……、一方、司法当局としては、その執行を阻止するため無罪判決により勾留状が失効した被告人の身柄を確保すべき法的根拠を有しない。正に法の不備といわざるを得ないが、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ことではない。」と主張した。藤井正雄裁判官も、「退去強制手続と刑事手続の調整に関する規定の不備によるもの……で勾留を正当化することはできないといわざるを得ない」と述べた。

東京高裁第五特別部の決定は、「不法入国外国人の事件においては、第一審で無罪判決が言い渡された場合に、被告人の強制送還により控訴審の実質審理が困

難になるという事態は、現行法を前提とする限り容易に予測されるのである。したがって、検察官としては、……第一審の審理に特に遺漏なきを期すことによりそのような事態を未然に防ぐことに万全の意を用いるべきであって、……被告人の帰国により控訴審の審理が円滑を欠くことになる事態があり得るとしても、現行法上はやむを得ないものと割り切るほかはない」と示した。

B 争点

「I 『出入国管理及び難民認定法』による出入国管理制度及びその実態」で述べてきたように、現在、入国管理の実務においては、入管法第63条2項に関し、制限適用説が採用されている。すなわち、退去強制手続より刑事手続が優先されるのは、被疑者・被告人を身体拘束している場合のみである。そのため、刑訴法第345条により無罪判決の宣告後勾留状が失効し釈放された退去強制事由に該当する被告人については、直ちに入国管理局により収容し、速やかに退去強制手続を進めざるを得ず、強制送還される可能性が生じてくる。

そのため、勾留状の失効により釈放された被告人が、国外に強制退去させられることにより、上訴審の刑事手続においては、①被告人の公判廷への出頭の確保ができなくなる、及び、②有罪となった場合に刑の執行確保が困難になる事態が生じ得る¹⁷¹⁾という問題が指摘されている。

このうち、①被告人の公判廷への出頭確保については、遠藤裁判官は、「本来、控訴審手続においては、被告人が出頭しなくともその審理ができないわけではなく、特に、本件の場合、被告人は弁護人の一人を送達受取人として届け出たというのであるから、その審理に支障が生じることは考えにくい」としている。それは、現行法上において、控訴審が事後審査審として、被告人が公判廷に出頭することを要求していないからである。

そして、②の有罪となった場合の刑の執行確保については、確かに、外国人被告人を一旦国外に送還してしまうと、有罪となった場合に刑の執行ができなくなる可能性は否定できない。しかし、現行法において、外国人被告人の身体を再拘束しない限り、勾留状が失効して釈放された外国人被告人に対する国外への送還

171) 松田・前掲注(169)986頁。辻脇葉子「第一審無罪判決後の控訴審における勾留」現代刑事法29号103頁等参照(2001年)。

をとどめる手段がない。そのため、将来有罪になった場合の刑の執行確保のため、勾留することができるか否かが問題になる。すなわち、将来の刑の執行確保が勾留の目的といえるかということが問題になるのである。

これについては、遠藤裁判官は、「勾留は、本来、将来の刑の執行確保を目的として行なわれるべきものではないが、副次的にそのような一面を有していることは否定し難いところである。しかし、将来の刑の執行確保の必要性をいうのであれば、犯罪人の引渡し等を内容とする司法共助条約を締結することによってその解決を図るべきが当然であり、このような条約が締結されていないことを理由として勾留の正当性を裏付けようとすることも許されない」とした。

多くの学説も、有罪になった場合の刑の執行確保を勾留の目的の一つとして認めている¹⁷²⁾。それは、自由刑の実刑が言い渡される蓋然性があるため、勾留の機能は、刑罰の先取りではなく、単に将来の刑の執行に備えた身柄の保全なのであるから、結果的に被告人が有罪であるかどうかということにつながらず、無罪推定には反しないという主張である¹⁷³⁾。

最高裁も、「『勾留』の目的は審判のためにのみ被告人の身柄を保全するものではなく、判決の効力すなわちその執行確保の目的をも有するものである」¹⁷⁴⁾とした。そして、大阪地裁の決定にも、「起訴前の身柄拘束……は捜査のためのみではなく、将来の裁判あるいは刑の執行を確保するためにもなされるのであって、このばあい勾留の必要性は捜査の完了によって消滅するものではない。……検察官の怠慢等により法の許容する拘束期間を濫用して、いたずらに起訴前の拘束を継続することがあるとすれば、もとよりそれは被疑者の迅速な裁判を受ける権利を害するもので不法な措置といわなければならないが（本件がこれにあたるかどうかすでに疑問であるが）、これの救済は別途になされるべきものであり、このばあいに被疑者に逃走の虞があるにもかかわらず被疑者を釈放することは、将来の裁判あるいは刑の執行を確保せんとする勾留の本来の目的に矛盾するので、

172) たとえば、団藤・前掲注(83)391頁、松田・前掲注(169)986頁。辻脇・前掲注(171)103頁、川出敏裕「無罪の推定」法学教室268号33頁(2003年)など。

173) 同上川出・33頁。

174) 最決昭25・3・30刑集4巻3号457頁、法曹新聞42号9頁。

できないと考えるべきである。」¹⁷⁵⁾としているものがある。

将来の刑の執行確保が勾留の目的に含まれるという見解に対しては、何人も有罪判決が確定するまでは無罪と推定されるという無罪推定の原則の観点から疑問が出されており¹⁷⁶⁾、「勾留制度の趣旨に反する」との見解がある¹⁷⁷⁾。

まず、無罪の推定は、フランス人権宣言の確立した刑事法上の大原則である。現在、無罪推定の根拠については、世界人権宣言第11条1項において、「犯罪の訴追を受けた者は、すべて、自己の弁護に必要なすべての保障を与えられた公開の裁判において法律に従って有罪の立証があるまでは、無罪と推定される権利を有する」とし、また、自由権規約第14条2項は、「刑事上の罪に問われているすべての者は、法律に基づいて有罪とされるまでは、無罪と推定される権利を有する」と規定している。同条3項以下は、弁護人との交通などの保障を受ける権利、上訴権若しくは再審の権利の保障、刑事補償及び二重の危険の禁止を定めているため、無罪推定が証明の基本原則であることを基礎にしながら、その基本原則が刑事司法全体を覆うものとして機能することを認めている¹⁷⁸⁾。

さらに、国連被拘禁者処遇最低基準規則第84条2項は、「有罪が確定されていない被拘禁者は、無罪と推定され、かつ、それにふさわしく処遇されなければならない」とし、自由権規約第10条2項は「告訴された者は、例外的事情を除き、有罪決定された者から隔離され、有罪決定されていない者としてその地位に適した別の処遇を受ける。」とし、また、あらゆる形態の拘禁・収監下にあるすべての人の保護に関する原則八は「拘禁中の者は、有罪判決を受けていない者としての地位にふさわしい取扱いを受けなければならない。したがって、彼等は可能な限り何時でも、受刑者とは分離されなければならない。」とするなど、無罪推定原則は被拘禁者の処遇にまで及ぶ原理として認められている¹⁷⁹⁾。

175) 大阪地決昭41・4・13判例時報469号67頁。

176) たとえば、福井厚「未決勾留に関する一考察」『刑事法学の歴史と課題——吉川経夫先生古稀祝賀論文集』408頁（法律文化社、1994年）、村井・前掲注（162）12頁、木本強「無罪判決と職権勾留」田口守一・寺崎嘉博編著『判例演習刑事訴訟法』366頁（成文堂、2004年）、など。

177) 川崎・前掲注（162）15頁。

178) 村井・前掲注（162）3頁。

179) 同上。

無罪推定の原則は、刑事手続の基本原則として、国際的にも広く承認されたものである。日本においては、明文規定はないものの、それが刑事手続の基本原則であることに争いが無い。一般的には、日本国憲法第31条は、「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はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」とし、無罪推定を明確に述べていないにもかかわらず、無罪推定の原則を当然内包していると考えられており、そのことについては争いが無い¹⁸⁰⁾。また、日本において、自由権規約をはじめ国際条約は、憲法以外の法令に優位する国内法的効力がある。それに違反する法律や行為は無効とされる。したがって、日本における被疑者・被告人は、当然無罪推定原則により保護される。

そして、刑の執行確保と勾留の目的の問題に戻れば、将来の刑の執行確保が勾留の目的に含まれるという見解によれば、被告人が有罪である場合には、その刑の執行を当然の前提としたもの¹⁸¹⁾であって、結果的に実刑とならなかった場合は、補償の問題として解決されることが予定されている。これに対する反論としては、実刑を言い渡された者については、勾留が結果として刑の執行の確保につながることや、その未決勾留の日数が本刑に算入されることが、いかにも勾留が刑の先取りのような外観を呈する。刑法第23条1項によると、「刑期は、裁判が確定した日から起算する」とされている。すなわち、判決の確定と同時に刑の執行は開始されるのであり、判決の確定と同時に刑の執行指揮を行えば刑の執行確保もできる。また、刑の執行確保を未決勾留の目的ではなく、衡平という観点¹⁸²⁾から考えているからこそ、未決通算制度が存在するのではないか¹⁸³⁾。そして、このように考えることによって、未決勾留日数の算入制度と刑事補償を統一的に理解できる、というものがある¹⁸⁴⁾。

「1 外国人被疑者・被告人と勾留の要件」にも述べたように、勾留の目的は、

180) 同上7頁。

181) 川出・前掲注(172)33頁。

182) 未決通算は、同一の宣告刑を言い渡される者の中にも、在宅のまま審判を受ける者もあり、また、勾留される場合でもその勾留期間は事情により長短があり、保釈の権利の行使ができない者もいることなど、衡平という観点から説明ができる。福井・前掲注(176)408頁参照。

183) 同上。

184) 村井・前掲注(162)12頁。

逃亡の防止と罪証隠滅の防止¹⁸⁵⁾にある。自由権規約第9条3項は、「裁判に付される者を抑留することが原則であってはならぬ」としている。これは、身体不拘束の原則であり、これによれば、勾留はまったくの例外でなければならず、保釈を原則とすべきということになる。しかし、刑訴法第344条は、禁錮以上の刑の判決の宣告以後は勾留更新の制限及び権利保釈の規定は適用しないとしており、自由権規約第9条3項に違反しているであろう。

さらに、現行法上、麻薬特例法第19条以下や組織犯罪処罰法第22条以下の没収・追徴の保全措置や、刑訴法第348条の罰金の仮納付¹⁸⁶⁾が規定されていることから、勾留の目的に刑の執行確保を含めてもよいとする者もいる。しかし、現行法にあるからといって、それらは何ら根拠とはなり得ない。そして、無罪推定の原則は、その適用領域が証明段階に限定はされず、刑事司法全体を覆うものとして機能することが認められてしかるべきである。このような保全処分は無罪推定の原則違反のそしりを免れることはできない。

刑の執行確保目的が問題となる事例でこれまで問題とされてきたものには、①禁錮以上の刑罰の言渡しによる保釈失効後に逃亡した場合に保釈保証金を没収できるかという事例¹⁸⁷⁾、②身体不拘束の被告人に対する実刑判決の言渡しりがされ、上訴申立て後に、原審が勾留できるかという事例、及び今回の検討対象である③無罪判決後で勾留状失効後に勾留できるかという事例がある。

①の事例については、結論的には保証金没収が妥当であると思われることから、刑の執行確保目的を含めるか否かは決定的ではないと思われる。②の事例は、上訴提起後も訴訟記録が上訴裁判所に到着していないときは、原裁判所が勾留を行うことができると思われる。

③の事例は、すなわち東電OL殺人事件の場合である。刑訴法第345条が無罪等の判決の確定を待たず、判決「告知」をもって勾留状が失効するものとしたのは、上訴審の審理が行われる場合があることを予定しながら、その場合でも原審

185) 罪証隠滅の防止は、勾留の目的ではないという主張もある。これについては、前掲注(77)参照。

186) この規定は、刑の確定前の処分であるが、罰金刑を言い渡すと同時に仮納付を命じるのであって、判決以前の保全処分とは異なる。

187) 最決昭25・3・30刑集4巻3号457頁、法曹新聞42号9頁。

の判断を「尊重」することを求めたものと考えられ、「これを第一審判決が無罪であった場合に即していえば、刑訴法345条は……控訴審における勾留の裁判についても第一審の無罪の実体判断に一種の拘束力を認めた規定だ」とする。この考えは無罪推定の原則に適合し、控訴審の事後審性にも整合する¹⁸⁸⁾。これまで論じてきたように、控訴審で実質審理を終えた後、控訴審裁判所が有罪の心証を得てから、再勾留を認めるべきであろう。

身体拘束が裁判の準備のためのやむを得ない措置であったとしても、拘束されていたという点では刑の執行と同一の効果をもっているので、衡平の観念に基づき、実刑が言い渡された場合には、その拘束期間を差し引き、また、無罪判決が言い渡された場合には、その期間についての刑事補償ができる¹⁸⁹⁾。ただし、勾留は人身の自由を侵害する手段である。刑事補償ができて、人身の自由に対する侵害は、財産の侵害と違い、元の状態に回復できないため、できる限り勾留すべきではない。

さらに、無罪推定原則が刑事手続の基本原則になっている現在、有罪判決を受ける場合を想定して刑の執行を確保するために勾留することは、認められない。自由権規約委員会的一般的意見(13)では、「無罪の推定は、この原則に従って取扱われる権利を含む。したがって、すべての公的機関は、裁判の結果を予断してはならない義務を負う」とした。仮に、裁判所(裁判官)が、刑の執行確保のため、被告人に対して、職権で勾留を発動すれば、この一般的意見に反することとなるであろう。

したがって、被疑者・被告人は、裁判所による有罪の判決が確定するまでは無罪と推定されるべきである。有罪判決が確定すれば、刑が執行されることになるが、そのための身体確保の効果も勾留によって得られると考えられる。ただし、それはあくまで、裁判中身体を確保していた結果、判決確定後の身体確保につながるというだけで、裁判中の身体確保は、あくまで裁判との関係のみを考えればよいことになる。判決確定前の被告人は、無罪推定原則から考えれば、一般市民と同じ身分であり、刑の執行を予定されている者と考えすることはできない。その

188) 川崎・前掲注(162)16頁。

189) 村井・前掲注(162)12頁。

結果、勾留は、刑の執行確保という目的ではできず、裁判の審理を確保するためにのみ認められるべきであろう。

東電OL殺人事件特別抗告審決定は、勾留の理由と必要性の有無の判断において、被告人に対し入管法に基づく退去強制手続が執られていることを考慮できるとしている。しかし、被告人が退去強制手続を受けていることは、勾留の要件に直接にならないし、また、これまで述べたように、必ずしも住居不定、罪証隠滅のおそれ及び逃亡のおそれとのつながりが無いはずである。そして、退去強制手続中ということは、勾留の必要性である罪を犯したと疑うに足りる相当な理由とまったく関係ない。したがって、少なくとも、現行法では、被告人に対して退去強制手続も執られているという理由だけで、勾留はできないはずである。

以上のことをまとめると、無罪判決により勾留状の失効した外国人被告人が国外に強制退去させられる可能性があることだけで、上訴審において、再勾留することはできないと考えられる。

したがって、現行法を前提とする限り、勾留状の失効により被告人に対して入国管理局による退去強制手続が進められ、一方、司法当局としては、その強制送還の執行を阻止するため無罪判決により勾留状が失効した被告人の身柄を確保すべき法的根拠を有しない。これは、遠藤裁判官が述べたとおり、「正に法の不備といわざるを得ない」。法の不備を補って、「責任を被告人に転嫁し」、「勾留を正当化することはできないといわざるを得ない」のである。

その他、日本国憲法は、外国人が公平な裁判を受ける権利を保障している。さらに、刑訴法第390条は、「控訴審においては、被告人は、公判期日に出頭することを要しない。」としつつも、但書においては「被告人の出頭がその権利の保護のため重要であると認めるときは、被告人の出頭を命ずることができる」と規定している。これについて、最高裁は、「控訴審においては、同法390条によって、同条但書の場合を除き、被告人は原則として公判期日に出頭を要しないとされ、公判期日に召喚されても出頭する義務を負わない。しかし、被告人は公判期日に出頭する権利を有するものであるから、控訴審における被告人に対する公判期日の召喚は、結局、公判期日を被告人に通知し、出頭を欲する被告人に出頭する機会を与えることを意味するものと解すべきである。」¹⁹⁰⁾と判示した。しかし、被

告人が上訴中に強制送還されてしまったら、この裁判を受ける権利を侵害されることになると言わざるを得ない。

また、刑訴法第390条但書により裁判所が出頭命令が出された場合、出頭は、単に被告人の権利であるのみならず、義務でもあるといえる。したがって、控訴審における出頭は、被告人の権利であり、裁判所による出頭命令が出された時、被告人の義務でもあるので、控訴審においても、外国人被告人が日本に滞在する必要がある場合もある。

そのため、退去強制対象者である外国人に対して、第一審で実刑判決以外の判決が言い渡された場合、刑事手続が終わるまで、日本に留まる方法が創設される必要がある。

C まとめ

東電OL殺人事件の特別抗告審で問われていた問題の核心は、無罪判決後、上訴審の実質審理が行われていない段階で、被告人が強制送還されることを理由として勾留することが許されるのかという点にあった。まず、被告人の退去強制の手続が執られていること自体を勾留要件とする法律の規定はない。さらに、被告人が退去強制事由に該当することは、刑訴法第60条の勾留要件に該当しない。そして、再勾留を退去強制の阻止策とすることは、刑訴法第345条の存在、控訴審の事後審構造、第一審の厳正な証拠評価などを無視することで可能となったのである¹⁹¹⁾。刑事手続と退去強制手続との調整において生じる問題が法的不備の結果であることは明らかである。すなわち、入国管理局が退去強制事由に該当する被告人に対して速やかに退去強制手続を行おうとする場合、司法当局が、無罪判決により勾留状の失効した被告人の身柄を確保すべき法的根拠はない。二つの反対意見が指摘するように、この法的不備を十分に考慮すべきである。国家側の法的不備を、直ちに被告人に転嫁するのは、許されないとはいわざるを得ない。

むろん、現段階において、法的不備の存在を前提に、遠藤裁判官が指摘したように国際間の協力を求めるのは、一つの有効な解決法と考えられるが、国内にお

190) 最決昭44・10・1刑集23巻10号1161頁。

191) 高田昭正「無罪と勾留——外国人被告人の権利と入国管理政策」法律時報896号3頁(2000年)。

いて、裁判機関と出入国管理機関との相互の協力を求める方が、より現実的な解決策であろう。

(6) 小括

控訴審の勾留要件は、第一審の勾留要件と比べて、より高度の嫌疑が必要である。この高度の嫌疑を認めるためには、事後審査審とした控訴審裁判所の実質審理を経る必要がある。一旦実質審理を終えた後、控訴審裁判所が有罪の心証を得てから、再勾留を認めるべきである。仮に、実質審理を経て、再勾留の要件を判断するとすれば、刑法第345条により勾留状が失効してから再勾留するまでの間には、一定の時間を要すると考えられる。その間、被告人が強制送還され、又は自費出国する可能性があると言わざるを得ない。それだけではなく、再勾留の時期と要件について、たとえ制限がないと考えるにしても、東電OL殺人事件の場合においては、無罪判決のあった2000年4月14日から、勾留状の発付された同年5月8日まで、3週間以上もかかった。国外に出国することを防止するために、仮に再勾留ができるとしても、再勾留までに国外に出国することを防止することは完全にはできないと言わざるを得ない。したがって、「退去強制手続と刑事手続の調整に関する規定の不備によるものであり、このことだけで勾留を正当化することはできないといわざるを得ない」が、再勾留が認められるとしても、「法の不備」自体は否定できないのである。

ところで、本国に送還されて自由の身に置かれるべき人間を検察官上訴を介して勾留するというような事態は信じがたい人権感覚だということにならざるを得ないから、無罪判決に対する検察官上訴が禁止されていれば、東電OL殺人事件のような事態は生じなかったという見解がある¹⁹²⁾。

ただし、現行法上、無罪判決に対する検察官上訴が認められていることを前提にするならば、入管法に基づく退去強制手続と刑事訴訟法に基づく身体拘束処分との関係を調整することの方が現実的である。

192) 川崎・前掲注(162)17頁。

4 小括

勾留要件と退去強制手続について、三部に分けて検討してきた。

まず、勾留の要件については、外国人は、その生活の本拠が主として国外にあるので、在留資格を有するとしても、刑事事件とかかわる場合には、突然出国するおそれはある。しかし、外国人である被疑者・被告人を一律に、日本人の被疑者・被告人より、住居不定か又は逃亡のおそれが高いと評価し、勾留することは妥当でない。外国人被疑者・被告人に対しても、慎重にケース・バイ・ケースの判断を行うべきであると思われる。単に、退去強制事由に該当するということだけでは、勾留の理由と必要性に対する影響は極めて少ないと考えるべきである¹⁹³⁾。

次に、外国人被告人の保釈の問題について検討した。退去強制事由に該当する外国人被告人が刑事手続により身体を拘束されている場合でも、入管法により、収容及び退去強制令書の執行を除く退去強制手続を行う。そして、保釈が許可された場合には、入国管理局は収容及び退去強制令書の執行を行うことができるから、被告人が収容ないし強制送還される可能性が出てくる。そのため、被告人の保釈の申立てがあったとき、「住居が分からない」(刑訴法第89条6号)に該当するのではないかという問題が生じる。検討の結果、入国管理局により被告人が収容されることのみでは、権利保釈の除外事由である住居不定に該当しない。また、入国管理局に収容されている外国人が公判へ出頭することを確保するための手段については、一般的には召喚状及び勾引状の発付が考えられる。しかし、裁判所が召喚状を発付した場合、入国管理局は、人手不足だけでなく、法的な根拠がないとの理由で、公判廷への被告人の押送を断る時がある。その時には、勾引状の

193) 当然、外国人の勾留で注意しなければならないのは、別件逮捕・勾留のことである。例えば、浦和地裁平成2年10月12日判決(判例時報1376号24頁、判例タイムズ743号69頁)においては、放火の容疑があるにもかかわらず、最初はオーバーステイで捕まえており、別件逮捕による違法収集証拠が問題にされている。在留資格のない外国人の場合には、常に違法状態にあるため、オーバーステイで簡単に現行犯逮捕することができる。また、在留資格がある場合も、外国人登録証明書やパスポートの不携帯を利用しての別件逮捕が行われることもしばしばあるとされる。もっとも、別件逮捕・勾留は、外国人に特殊なものではなく、そもそも被疑者・被告人一般に関わる問題であるため、ここでは、詳しく論じない。

発付が考えられるが、勾引状を発付する根拠があるかどうか争いになっている。まず、収容されることだけで、刑訴法第58条1号の住居不定の勾引状発付事由に該当しない。そして、刑訴法第58条2号の「被告人が、正当な理由がなく、召喚に応じないとき、又は応じないおそれがあるとき」の事由に必ず該当すると言い切れない。確かに、被告人が帰責事由により召喚に応じられない場合は、「召喚に応じないおそれがあるとき」に該当する。退去強制事由に該当する被告人の圧倒的多数は、不法入国、資格外活動など自らの責任で、退去強制事由を生じさせたので、これにあたる。さらに、外国人が召喚を受けながら、入国警備官に同行してもらえず、無届で出頭しなかった場合は、一応正当な理由がなく召喚に応じないときに該当する。しかし、外国人被告人が、召喚に応じないのが当該被告人の帰責事由によることなく、同時に、届けも提出した場合もあることが否定できない。したがって、保釈後、入国管理局により収容されている被告人が、刑訴法第58条1号と2号の事由とも該当せず、勾引状を発付する根拠がなく、勾引の手段により公判への出頭ができない場合もある。したがって、勾引状の発付により、入国管理局に収容されている外国人が公判へ出頭確保のため、勾引の事由を立法により定めるべきである。

さらに、勾引状の効力は、引致及び留置だけのものであるから、結局、召喚状の発付と同じく公判廷から収容所（場）までの帰りは、入国警備官の同行が必要である。また、収容所は遠距離にある場合が多く、弁護士との面会など困難になることがある。そして、完全に身体が自由になるためには、仮放免の申請も必要である。しかし、仮放免を得るため、保証金を支払うことは、多くの外国人にとって、現実的ではないのである。

仮に、入国管理政策の収容前置主義を採用されなければ、収容する必要のない外国人被告人が保釈された後、元の住居に戻ることができ、住居不定、公判への出頭確保などの問題はなはずである。しかし、保釈中に強制送還されてしまうという問題もある。もちろん、現在の実務では、入国管理局は、第一審判決まで、外国人被告人を送還しないという運用をとっている。ただし、それは、単なる運用にとどまり、法的な根拠はない。

保釈とは、無条件釈放とは異なり、一定の条件下で仮に釈放されているという

身柄拘束の一形態であり¹⁹⁴⁾、保証金没取という経済的苦痛を保証として勾留の執行を停止するもので、勾留と同じく強制処分の効果を持つ制度である。したがって、入管法第63条の規定については、保釈も勾留と同様の扱いにすべきであろう。すなわち、外国人被告人が保釈を許可されても、入国管理局がその者を収容せず、その者について収容並びに退去強制令書の執行及び送還先の規定を除く入管法第五章の退去強制の手続の規定にしたがって退去強制の手続を行うことができる(同法第63条1項)。それで、退去強制手続と保釈との問題は解決できるだろう。しかし、在宅の被告人が刑事手続の途中に、強制送還されるという問題は解決できない。

最後に、外国人の再勾留について、東電OL殺人事件を例として、検討した。東電OL殺人事件の特別抗告審の裁判所は、検察官上訴の場合に生じる問題を再勾留を認めることによって解決しようとした¹⁹⁵⁾。しかし、再勾留の要件以前に、刑事手続と退去強制手続との「法の不備」を被告人に不利益な形で解決することは許されない。そして、再勾留は、実質審理を終えた後、控訴審裁判所が有罪の心証を得てから行うべきであると考えられる。もっとも、外国人の強制送還が見込まれる場合を逃亡のおそれに含めて解釈することは、例外的な措置であり、厳格に解さなければならない身体拘束の要件を類推解釈するものであり、認められないと思われる。退去強制手続と刑事手続との関係での法の不備を被告人に不利益な解釈により正当化することは許されるべきではないであろう。

一審判決で実刑以外の裁判を告知された外国人被告人は、刑訴法第345条により勾留状が失効し、身体が自由になる。しかし、退去強制事由のある被告人の場合は、入国管理局が収容前置主義と制限適用説に立って実務を運用しているため、直ちに収容され、退去強制手続が進められてしまうことになる。退去強制令書が発付されれば、「すみやかに送還」されることになる。そのため、日本の刑事訴訟法は三審制を採用しているにもかかわらず、訴訟中に被告人が強制送還されてしまう可能性がある。これには、二つの場合が考えられる。

一つは、東電OL殺人事件のように検察官の上訴の場合である。そこで、被告

194) 村岡啓一「Q&A刑事弁護入門外国人被告の保釈」季刊刑事弁護12号157頁(1997年)。

195) 小山・前掲注(59)172頁。

人が検察官上訴中に強制送還をされてしまうと、①控訴審の審理に実質的な支障が生じるおそれがあり、②上訴審で無罪判決が破棄され、有罪とされた場合の刑の執行に困難を生じるという「法の不備」の問題が生じる¹⁹⁶⁾。

もう一つは、退去強制事由のある外国人被告人が一審の執行猶予などの判決に対して上訴した場合である。この場合、主に裁判を受ける権利を侵害するという問題が生じる。

日本の現在の刑事訴訟法は、弾劾主義であり、当事者主義を基本にしている。そのため、「法の不備」の解決法としては、国家の刑罰権を尊重することができ、被告人に対して裁判を受ける権利が保障されるような解決方法が望ましいであろう。

実務上採用されている制限適用説に基づくと、被告人が、最初から在宅のままの場合及び第一審で実刑判決以外の判決が言い渡された場合に問題が生じる。「I『出入国管理及び難民認定法』による出入国管理制度及びその実態」にも述べたように全面適用説によれば、国家の刑罰権の尊重と被告人の裁判を受ける権利の保障を両立させることができる。そこで、全面適用説の採用を検討すべきである。しかし、その場合でも、退去強制事由のある外国人被告人が、裁判の確定まで、収容により身柄拘束され続けることは解決できない。収容は勾留に等しく、自由の拘束は重大な犠牲を強いるものである。例えば、第一審無罪判決後、上訴中の退去強制事由の該当者が、直ちに収容され、裁判の確定まで身体を拘束されるというのは、不合理であると言わざるを得ない。

収容が長期化する原因は、収容前置主義の実務運用にあるといえるだろう。収容前置主義によれば、外国人の人権制限だけではなく、結果として、収容を刑事事件のためのものに転化させてしまうおそれがある¹⁹⁷⁾。したがって、収容前置主義を見直す必要がある¹⁹⁸⁾。

現行法の解釈により、解決できない問題は、立法によるほかない。これについては、検察官の上訴の場合の「法の不備」については、検察官上訴の問題や外国

196) 同上170頁。

197) 同上172頁。退去強制令書がすでに発付されている被告人上訴の場合を指す。

198) 同上170頁以下。

人に対する刑事手続の在り方に関する検討が必要があり¹⁹⁹⁾、又は全面適用説を採用する旨の明確な規定とする必要がある主張があった²⁰⁰⁾。さらに、小山氏は、検察官上訴の場合だけでなく、被告人上訴の場合にも、全面適用説に立った上で、生じてくる問題解決のための立法化が望まれると言及した。すなわち、収容前置主義の見直しとともに仮放免や在留特別許可の活用を具体的に法定する²⁰¹⁾。これらの立法提案によって、現在生じてきた「法の不備」の問題は解消する。この点で、これらの立法提案の意味があり、肯定すべきである。

しかし、全面適用説によれば、運用上、刑事訴訟手続の始期・終期は外部からは必ずしも明白ではないなどの問題もある。そして、収容前置主義の見直しにより、検察官が上訴した場合には、収容長期化の問題を解決したとしても、決して生活しやすくない日本において、外国人被告人は生活の面でも問題を生じるかもしれない。他方、外国人被告人が、日本に滞在するために上訴することもないとは言いきれない。

筆者自身の立法提案については、「結語」にて詳述することとする。

ここまで検討してきた退去強制手続と刑事手続との関係も、日本国の刑事手続のあり方に問題を提起している。それは、勾留の理由と必要性の判断基準は何か、「人質司法」²⁰²⁾と呼ばれる現状の被告人の保釈に関する見方と身体拘束の多用の問題、三審制の下で、一審判決の意義、被告人の裁判を受ける権利の保障、並びに検察官上訴の可否及び検察官の上訴を認める場合の再勾留の要件と時期、などの問題がある。これらの問題は、外国人被告人の場合に限られず、日本人被告人の場合も同様で、日本の刑事手続全体に関わっている問題といえるのである。勾留問題に関する法的不備の間隙を埋めるため、立法が望ましい²⁰³⁾。

そして、国際社会の発展に寄与する日本においては、国際的な交流によって、

199) 木本・前掲注 (176) 366頁。

200) 土本・前掲注 (44) 38頁。

201) 小山・前掲注 (59) 170～172頁。

202) 日本では、起訴の前後を問わず、身体拘束の解消は自白でもしない限り容易ではなく(保釈の形骸化)、不十分な防御権のまま検察官主導で手続が進められる。これを称して、「人質司法」という。特集「こんな身体拘束許せるか!」季刊刑事弁護2号(1995年)参照。

203) 木本・前掲注 (176) 366頁。

外国人の犯罪が増える現在、外国人被疑者・被告人に関する法制度整備に取りかかるべき時期に来ているのではなかろうか。

結 語

1 入管法上の争点

外国人入国者数の飛躍的な増大に伴い、来日外国人による犯罪も急増している。しかし、56年前に施行された刑事訴訟法は、今日のように日本語が通じない外国人が数多く刑事手続に登場するという状況を十分に予想して制定されたとは思われない（刑事訴訟規則も同様である）。したがって、外国人被疑者・被告人が身上関係の特定に困難を伴うこと、関係諸機関が多岐にわたり、これらとの調整の必要性が高いことなど、被疑者・被告人が外国人であることから生じる特有の問題点が考慮されていない。そして、外国人は、入国管理局により出入国管理を受けている。不法残留及び資格外活動など入管法の違反により、退去強制事由に該当した場合には、退去強制される。この退去強制手続は、刑事手続が進行中であっても、それとは無関係に進められる。本稿では、退去強制事由に該当する外国人被疑者・被告人の刑事手続と退去強制という行政手続との競合に関するいくつかの問題点を検討してきた。これらの問題を生じさせているのは、主として入管法の解釈（運用）であった。

入国管理局の実務は、收容前置主義を採用している。その根拠は、入国警備官の收容権限を規定している入管法第39条1項である。しかし、この条文では、收容は必ずしも必要条件とされていない。また、条文の文言以外で收容前置主義が採用されていることの根拠としては、入管法の違反者には在留資格ないこと、及び收容することにより、送還を確実化できることがあげられている。しかし、退去強制事由に該当する外国人は、全員在留資格がないわけではない。收容は、人身の自由の拘束という重大な犠牲を強いるものであり、できるだけ避けるべきである。したがって、收容の目的が、審査のためであるか、送還を確実化するためであるかにかかわらず、人身の自由を制限しようとする收容には、当然のことながら厳しい要件が必要とされるべきである。外国人容疑者に対する收容は、必要があるときだけ、行うべきである。退去強制手続の違反審査段階から、外国人全員

を収容するという収容前置主義の運用は廃止すべきであり、収容しないと、退去強制対象者の入国管理局への出頭を確保できないときに限定して収容すべきである。

退去強制手続は、刑事手続が進行中であっても、それとは無関係に進められる。刑事手続と退去強制手続との調整については、入管法第63条2項を巡り、制限適用説と全面適用説とが対立している。制限適用説と全面適用説のいずれが解釈として適切であろうか。

制限適用説に対しては、外国人が刑事裁判手続を受けている最中に強制送還されるという事態が生じ、憲法第32条に定める裁判を受ける権利の侵害になること、そして、保釈が認められ難くなること、強制送還と刑事訴追とにおける国家意思が矛盾してくることなどの問題が指摘できる。

全面適用説によれば、刑事手続が終了するまで国外への強制送還ができないから、制限適用説で指摘された問題は生じない。ただし、現行実務の収容前置主義を廃止しない限り、外国人の収容長期化の問題は解決できない。そして、刑事訴訟手続の始期、終期は外部からは必ずしも明白ではないため、運用に困難が生じることが予想できる。

さらに、文理解釈としては、①「手続」は、身体の拘束を伴う手続とも一切の刑事訴訟手続ともいえる。②同条1項の「その者を収容しないときでも」は、収容する場合も収容しない場合もあり得るであろうが、「収容しないときでも」と解釈する方が説得力があるといえる。③同条2項の退去強制令書の「執行」には、退去強制令書による「収容」が含まれる。④同条2項の但書に関しては、両説とも、本文との前後関係を上手く説明することができる。したがって、文言上、第63条2項の退去強制令書の「執行」に、退去強制令書による「収容」を含む限りにおいて、制限適用説の解釈に説得力がある。

2 勾留要件と退去強制手続との問題点

現行入国管理実務では、刑事手続と退去強制手続との競合から、いくつかの問題が生じている。まず、勾留の要件については、外国人は、その生活の本拠が主として国外にあるので、在留資格を有するとしても、刑事事件にかかわる場合に

は、突然出国するおそれがある。しかし、外国人である被疑者・被告人を一律に、日本人の被疑者・被告人より、住居不定又は逃亡のおそれが高いと評価し、勾留することは妥当でない。外国人被疑者・被告人に対しても、慎重にケース・バイ・ケースでの判断を行うべきであると思われる。単に、退去強制事由に該当するというだけでは、勾留の理由と必要性に対する影響は極めて少ないと考えるべきである。

退去強制手続による収容及び刑事手続中でも国外送還されるおそれがあることは、権利保釈の除外事由についての裁判所の判断にも影響を与えている。しかし、退去強制事由に該当することが、「被告人の……住居が分からないとき」の規定（刑訴法第89条6号）に該当すると解すべきではない。結論から言えば、実際の保釈請求の時点で、住居が分かるかどうかを考えることが正当であるように思われる。まず、収容令書の執行についてみると、入国管理局には収容するかどうかについて裁量の余地がないとしても、その執行時期などについてはある程度の裁量が認められているようである²⁰⁴⁾。仮に、保釈が許されれば、刑事訴訟手続未了のまま国外へ送還されるということにもなりかねないが、ただ、なりかねないというだけで権利保釈の除外事由としての「住居不明」にはならないものと思われる。収容手続・送還手続がなされるかどうかは保釈の段階では事実上の予測はできても法的にはあくまで未定である。未定の事情に基づいて、権利保釈除外事由としての住居不明に該当するという判断をすべきではない。

また、保釈後、入国管理局に収容されている外国人が公判へ出頭することを確保するための手段については、一般には召喚状及び勾引状の発付が考えられる。裁判所が召喚状を発付した場合、入国管理局は、人手不足だけでなく、法的な根拠がないとの理由で、公判廷への被告人の押送を断る時がある。その時には、勾引状の発付が考えられるが、勾引状を発付する根拠があるかどうか争いになっている。この点については、「Ⅱの2 外国人被告人の保釈」で論じたように、外国人が入国管理局に収容されている場合は刑訴法第58条の勾引の事由にあたるとは必ずしも言えない。したがって、入国管理局に収容されている外国人のた

204) 松尾ほか・前掲注(12) 24頁〔加澤発言〕参照。

めの、公判への出頭手段を新たに定めるべきである。

以上の問題の根源は、第一に入国管理政策の収容前置主義にある。収容前置主義を放棄すれば、外国人被告人が保釈された後、ほとんど元の住居に戻ることができるため、住居不定、公判への出頭確保などの問題はなくなるはずである。もつとも、保釈中に強制送還されてしまうという問題は残る。現在の実務では、入国管理局は、第一審判決まで、外国人被告人を送還しないという運用を行っている。ただし、それは、単に運用にとどまり、法的な根拠はない。

保釈は、保証金没取という経済的苦痛を保証として勾留の執行を停止し、勾留と同じく強制処分の効果を持つ制度である。そのため、入管法第63条の「刑事訴訟に関する法令の規定による手続」については、保釈も勾留と同様の扱いにすべきであろう。すなわち、外国人被告人が保釈を許可されても、入国管理局はその者を収容せず、その者について収容並びに退去強制令書の執行及び送還先の規定を除く入管法第五章の退去強制の手続の規定に準じ退去強制の手続を行うことができる(同法第63条1項)と解すべきである。このようにすれば、退去強制手続と保釈との問題は解決できるであろう。しかし、在宅の被告人が刑事手続の途中で、強制送還されるという問題は解決できない。

また、外国人刑事手続の一審判決後には、退去強制手続と刑事手続のいずれが優先するのかという問題が生じる。一審で判決が確定してしまえば、問題がない。すなわち、実刑判決の場合には刑の執行が優先し、それ以外の場合には退去強制手続が優先するからである。問題は、判決宣告後、判決確定までの間で生じることになる。特に、実刑以外の裁判を宣告された場合には、問題は深刻である。これには、二つの場合がある。

一つは、東電OL殺人事件のように検察官上訴の場合である。そこで、被告人が検察官上訴中に強制送還されてしまうと、①控訴審の審理に実質的な支障が生じるおそれがあり、②上訴審で無罪判決が破棄され、有罪とされた場合の刑の執行に困難を生じるという「法の不備」の問題が生じる。

もう一つは、退去強制事由のある外国人被告人が一審の執行猶予などの判決に対して上訴した場合でも、上訴の間、国外送還されてしまう可能性がある。ここでは、主として裁判を受ける権利が侵害されるという問題が生じる。

実務の採用する制限適用説に基づくと、被告人が、最初から在宅のままの場合及び第一審で実刑判決以外の判決が言い渡された場合に問題が生じる。

全面適用説によっても、無罪判決後の退去強制事由の該当者は、裁判の確定まで、収容により身柄を拘束され続けることになる。収容は勾留に等しく、自由の拘束は重大な犠牲を強いるものである。無罪判決後の退去強制事由の該当者が直ちに収容され、裁判の確定まで身柄を拘束されるというのは、不合理と言わざるを得ない。さらに、全面適用説は、運用の面から考えると、採用が困難と思われる。

3 立法提案

国家刑罰権の尊重と外国人の裁判を受ける権利とを両立させうる制度を検討すべきである。第一に、入管実務の運用上採用されている収容前置主義を放棄する必要がある。第二に、外国人被告人に対しては、起訴されてから第一審判決まで、身体拘束の有無にかかわらず、刑事手続が退去強制手続に優先することとし、第一審判決の言い渡しまで退去強制されないとすべきである。第三に、第一審判決後、検察官又は外国人被告人のいずれかが上訴した場合については、以下の二つの立法提案が考えられる。

第一に、上訴裁判所の裁量により、外国人を日本に続けて滞在させ、上訴審を受けさせるか、あるいは国外に退去強制させるかについて判断できる制度が考えられる。裁判所は、被告人の出頭がその権利の保護のため重要であると認めるときは、被告人に対して出頭命令を出す。この場合には、外国人が継続して日本に在る必要があるため、裁判所が退去強制の執行停止を出入国管理局に対して命ずることができるようにすべきである。

第二に、主任審査官に退去強制の執行停止権限を与えることである。すなわち、外国人に上訴審の裁判を受けさせるか、又は国外に退去強制させるかを決定する権限を主任審査官に与えることである。

このうち、私は最初の立法提案が望ましいと考える。なぜなら、裁判官は、刑事手続においても、退去強制手続においても、公平・中立的な第三者の立場で、客観的な判断ができるからである。この考え方に対し、行政訴訟ではなく刑事訴

訟手続において裁判所が行政の権限に介入することができるかという批判があるかもしれない。そこで、二番目の提案も考えられるだろう。ここで、退去強制の執行停止権限を法務大臣その他の行政官憲ではなく主任審査官に与える理由は、退去強制手続において退去強制令書を発付する権限が主任審査官にあるからである。この退去強制の執行停止は、現行法上法務大臣が権限を持つ在留特別許可に類似するものであるが、目的は異なること、並びに退去強制令書の発付権限との関係から、主任審査官に権限を与えるべきである。ただ、主任審査官は、退去強制手続の一方当事者であるから、退去強制の執行停止の判断にあたり、客観性があるか否かの問題は残る。これらの諸点に留意した上で、今後法改正が検討されるべきであろう。