

【研究ノート】

権利保釈と常習性

中 島 広 樹

はじめに

被疑者が勾留中に起訴されると、そのまま当然に被告人の勾留に移行し、公訴事実の同一性の限度に於いて拘束は継続する¹⁾。しかし、勾留によって制限される身体的自由は、マグナカルタ以来の重要な基本的人権である²⁾。そこで、保釈（英米法の bail）という制度が設けられている³⁾。これは、勾留という直接の身体拘束の代わりに、保証金の納付を条件に被告人の身体を釈放する裁判・執行のことで、わが国では、被告人にのみ認められ、bail と異なり、被疑者には認められていない⁴⁾。すなわち、刑事訴訟法89条は、被告人の権利保釈（必要的保釈）について規定しており、その内容は、以下の通りである⁵⁾。

第89条 保釈の請求があったときは、次の場合を除いては、これを許さなければならない。

- 一 被告人が死刑又は無期若しくは短期1年以上の懲役若しくは禁錮に当たる罪を犯したものであるとき。につき有罪の宣告を受けたことがあるとき。
- 二 被告人が前に死刑又は無期若しくは長期10年を超える懲役若しくは禁錮に当たる罪につき有罪の宣告を受けたことがあるとき。
- 三 被告人が常習として長期3年以上の懲役又は禁錮に当たる罪を犯したもの

であるとき。

四 被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる相当の理由があるとき。

五 被告人が、被害者その他事件の審判に必要な知識を有すると認められる者若しくはその親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させる行為をすると疑うに足りる相当の理由があるとき。

六 被告人の氏名又は住居が分からないとき。

このうち、「逃亡の防止」を目的とするのが、1号～3号であり、殊に3号の「常習」概念は実体法上、すでに問題が多いことは周知の通りである。次いで「罪証隠滅」の防止を目的とするのが、4号・5号である⁶⁾。検察官は、公訴事実を真実と信じ、ときに誤った捜査により冤罪である事件、捜査不十分のため、裁判所に手直しされそうな事件ほど、有罪判決獲得の執念に燃え、起訴が正しいことを前提とした「罪証隠滅のおそれ」の解釈をしがちとなり、被告人の保釈に徹底的に反対し、その結果、身柄拘束の辛さや生活の現実の必要から、公訴事実を否認する被告人が一日も早い釈放を求めて否認を撤回する、いわゆる「人質司法」⁷⁾が貫徹されることになる、という問題が存する⁸⁾。なお、3号・5号は再犯防止をねらいとする考え方もあるが、勾留理由に再犯防止を見出すべきではない⁹⁾ので不適切である。6号は、包括的黙秘権が氏名・住居にも及ぶとする立場からは疑問が生じる¹⁰⁾。

そもそも、身体を自由を重んじる欧米において逮捕にとどまらず勾留が認められる理由は、「将来の公判のために被疑者の逃亡を防止して、その身柄を確保することにある」¹¹⁾のであり、「捜査機関には、實際上、被疑者取調を目的として勾留を利用するという意識が強いが、勾留は決して積極的な証拠収集の手段として設けられているものではない。現行法は、ただ単にたまたま勾留中の被疑者についても、その取調を一切排除するという固い態度をとっていないということである。」¹²⁾

このように、刑事訴訟法89条には、種々の問題点の存在が予測されるが、本稿では、主として刑事訴訟法89条3号の「常習」をめぐる問題につき、検討したい。

1 刑事訴訟法89条4号と「常習性」

～常習性は証拠隠滅の対象となるか～

常習性のような犯罪構成要件に関する罪証以外の「常習性」のような量刑に影響のある情状に関する事実は、罪証隠滅の対象に含まれないのではないか？

これは、3号との関係で問題となる。特に、余罪の罪証隠滅が問題となる。

判例は、常習性を「問題とされている犯罪行為の頻回性・多数回性といった態様のみによるばかりではなく」「前科にかかる犯罪行為、過去における犯罪行為をも加えて、全体として観察評価して判定できると解すべき」としている¹³⁾。起訴事実の態様の頻回性・多数回性は余罪の存在によって裏付けられる場合が多いであろうが、一般に余罪についての、罪証隠滅のおそれは、勾留はあくまでも当該起訴事実について行われるものであるから他事件たる余罪を考慮することは許されず¹⁴⁾、起訴事実が当該事実についての勾留の理由とはならない余罪とともに常習累犯窃盗罪を構成する可能性があるという場合にのみ、余罪についての罪証隠滅は、起訴事実のそれと同視しうることになる¹⁵⁾。ただ、常習性という構成要件事実（公訴事実）の認定上ならば、やむを得ないとしても、当該客観的構成要件要素ではない常習性という主観的事実の認定の為に余罪まで（保釈を否定して勾留という）人身の自由拘束を正当化するために持ちだし、その罪証隠滅の虞を認める契機を拡大するのは、妥当とは思われない。

2 常習性は刑事手続きの途中には、存在しない

次に、そもそも、事実は後になって判決が確定してから確定するにすぎず、途中には存在しないと考えるべきであり¹⁶⁾、裁判確定前の勾留段階で、常習性ありとすることは無罪推定の法理にも合致しないおそれがある。思うに、常習犯の構成要件ならば、第一審の有罪判決が宣告されるまでは無罪が推定されるのであり、実体形成の途中だから、訴因だけで常習性の認定が許され、保釈が否定されても良いということにはならないのではないかと¹⁷⁾。常習犯の構成要件ならば、第一審の有罪判決が宣告されるまでは無罪が推定され、無罪の者と扱われなくてはならないのだから刑事訴訟法89条4号の適用は控えられるべきであろう。

3 刑事訴訟法89条3号と「常習性」

ここでいう「常習性」とは、起訴犯罪につき、常習性が犯罪構成要件になっている場合（現行法上は、以下の場合である。すなわち、刑法186条→常習賭博罪¹⁸⁾、盗犯等防止法2条→常習特殊強窃盗罪¹⁹⁾、同法3条→常習累犯強窃盗罪²⁰⁾、同法4条→常習強盗傷人罪・常習強盗強姦罪²¹⁾、暴力行為等処罰法1条ノ3→常習傷害・暴行・脅迫・器物損壊の罪²²⁾、暴力行為等処罰法2条2項→常習的会面強請・強談威迫の罪²³⁾）にとどまらず、広く常習性が証拠資料によって認められる場合も含むとするのが判例の一致するところである。たとえば、下記判例【1】が参照されるべきである。被告人Kに対する詐欺被告事件について昭和35年4月21日弁護人から保釈の請求をなしたところ、同年4月23日名古屋地方裁判所豊橋支部裁判官は、刑事訴訟法第89条第3号に該当するとして右保釈請求を却下する旨の裁判をなした。以下に於いては、このほか公訴事実常習性があるため、刑事訴訟法89条3号により保釈請求が却下されたか、それに対する抗告ないし準抗告（刑事訴訟法419条、420条2項、429条1項）が棄却された諸判例を検討することにより、刑事訴訟法89条3号にいわゆる「常習性」の問題を検討することにした。

【1】²⁴⁾

『本件は、請求の要旨は、被告人Kに対する詐欺被告事件について昭和35年4月21日弁護人から保釈の請求をなしたところ、同年4月23日名古屋地方裁判所豊橋支部は、刑事訴訟法第89条第3号に該当するとして右保釈請求を却下する旨の裁判をなした。・・・裁判官は刑事訴訟法第89条3号の「被告人が常習として長期3年以上の懲役又は禁錮にあたる罪を犯したものであるとき」に該当すると認めて保釈請求を却下しているが、判例学説によれば「常習」とは反復して犯行をなす習癖あるを云い、その認定は前科の有無、犯行の方法、度数等諸般の事情を徴してこれをなすものとされている。もし「数次の繰り返し」をもって直ちに「常習である」と認定されるなら、右89条の権利保釈の規定はほとんど権利保釈としての価値を失い人権尊重の主旨は全く有名無実のものとなってしまふと謂わ

ねばならない。而して、被告人には前科がなく、また起訴された本件はもちろん未だ起訴されていない他の4件の詐欺事実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、既に捜査を終わりただ公判への出頭確保のためにのみ拘置されている状況にある。そして、被告人は不幸にも斯かるときに小学2年の長男を交通事故により負傷入院させるという憂目にあっており、母親として看病に飛んでゆきたいであろうその心情は察するに余りあり、この点について、充分のご理解を賜り人道的見地からも是非本件保釈請求をお許し願いたい。以上の理由により本件の保釈請求を却下した原判決は相当ではないから、右裁判の取消を求め、というにある。よって、被告人に刑事訴訟法89条3号に謂わゆる常習性があるか否かについて検討するに、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4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得るけれども、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、被告人に犯罪を反復する習性があるとみることを妨げるものではなく、また、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精神を没却するに至るものではないと解すべきである。されば、被告人について常習性を否定する請求人の主張を採用することは出来ない。』

本件は、起訴事実に関して常習性を基礎づけ得る余罪がある場合で、先述した通り²⁵⁾余罪の考慮が直ちには否定されないであろう。しかし、常習性を何らかの犯罪を反復して犯す習性のことであるとしても、さらに、そのような習性が、起訴事実の余罪からうかがえる行為態様の「反復性」から導出されうるとしても、では、そのような習性が、何故刑罰の加重事由たる常習性といえるかにつきその実質的理由を検討すると、そこに見出だされる根拠は、同種犯罪を余罪としている起訴事実に存する構成要件の行為にうかがわれる再犯の危険を捕捉して常習犯の加重刑を認めようとする性格論的責任論（実質的行為責任論）ないし近代学派的な行為責任を越える単純な性格責任論であろう。だがしかし、同種前科のない本件のような被告人には常習性加重を肯定しうる実質的な根拠はない。なぜなら

ば、常習性の本質たる「習癖」は、短期間に形成されるものではなく、行為者において長年月にわたり形成された習性であり、他行為を排斥する選択のうえになされてきた犯罪行為の反復によって積み重ねられた人格形成責任に基づき刑を加重するものだからである。実行行為の行為態様としての短期間での客観的な犯罪反復の事実だけでは人格形成的な重い非難可能性を基礎づけるような習癖は形成されにくい。せいぜい再犯の危険性だけは認定できようが、その様な危険性は実行行為から覗き見られ得る性格責任に過ぎず、正確な意味での行為責任ではなく、被告人の期待可能性等の事情を考慮しない権威主義的思考であるといわなくてはならない²⁶⁾。しかも本件では、被告人は、余罪を素直に自認するという点で「改悛の状」がうかがえるのだから、人格形成責任全体の非難の分量は軽減されていると解されることに鑑みると、権利保釈を否定するのは、常習性の刑の加重根拠を真摯に考察することなく、犯罪を客観的に反復している犯情を形式的に重罰方向に切りとって「権利保釈」の解釈運用を行っているにもかかわらず「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、被告人に犯罪を反復する習性があるとみることを妨げるものではなく、また、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精神を没却するに至るものではないと解すべきである。」と判示しているのは「強弁」と感じられる者が多いのではないか。このような思考方法からすると、すべての併合罪は常習性を肯定されてしまい、包括的一罪は全部常習犯に科してしまう。裁判所は、何故原判決が「刑訴の人権精神を没却するに至るものではないと解すべきである。」かについての説得的な理由を説明すべきであろう。

このように本判例は、前科無き者の初回の犯行に常習性を認めている点で、常習性のもつ人格形成的性質に鑑みると、問題なのである。そのうえこのように限定的に理解されていない「常習性」が、人身の自由を制限する要件とされていることはよりいっそう重大な問題なのである。

ところで、この「常習性」は、構成要件要素になっている場合だけでなく当該公訴事実たる犯罪が常習として行われた場合を含むのであり、常習性につき、同一罪名の犯罪を反復する習癖に限定されるわけではないと解されている²⁷⁾。

そのことは、たとえば詐欺の常習者が殺人を犯したとき、殺人の常習者として扱われることを意味する²⁸⁾。だがしかし、すでにみた通り、現行刑法に規定され

た常習犯は、常習賭博罪、盗犯等防止法2条→常習特殊強窃盗罪、同法3条→常習累犯強窃盗罪、同法4条→常習強盗傷人罪・常習強盗強姦罪、暴力行為等処罰法1条ノ3→常習傷害・暴行・脅迫・器物損壊の罪、暴力行為等処罰法2条2項→常習的面会強請・強談威迫の罪のように、刑法各則における構成要件ごとに個別的に定められており²⁹⁾、詐欺の常習者を殺人の常習者としても扱うという、いわば「常習犯罪罪」を想定した立法はしておらず³⁰⁾、構成要件の罪刑法定主義的機能に徴すると相当な立法態度であるといつてよい。

ただし、下記の通り判例の態度は、現実には同一罪名への志向がうかがわれる。

【2】³¹⁾

『本件盛岡区検察庁検察官からの準抗告申立の要旨は、被告人Sにかかる窃盗被告事件について昭和34年1月27日同被告人から保釈の請求がなされたところ、同年2月6日盛岡地方裁判所は、保釈許可決定をなした。しかしながら、被告人は罪証を隠滅すると疑うに足る相当な理由があるのに保釈許可決定をしたのは判断を誤ったものであるからこれが取り消しと右保釈請求の却下の裁判を求める。すなわち、本件について被告人は警察以来贓品であるカメラをその情を知らずにT子から買い受けたものであると主張して事実を否認しているが捜査の結果、同人は架空人である疑いが濃厚であり、また被告人は本件窃盗の被疑事件で逮捕中の昭和33年12月5日に盛岡警察署の留置場から逃走するなどのこともあって罪証を隠滅すると疑うに足る相当な理由がある、というにある。

よって案ずるに、職権をもって取り寄せた盛岡簡易裁判所の被告人Sの窃盗被告事件の一件記録および盛岡区検察庁の右被告事件に関する捜査記録を精査すると、M、H、X、Zの検察官に対する各供述調書によれば、被告人Sが昭和33年11月6日に盛岡市の写真機販売業M方店舗において同人所有の写真機2台を窃取したと疑うに足りる相当な理由のあることが認められるところ、被告人の検察官に対する昭和33年12月23日付供述調書、司法警察員に対する同年12月4日付供述調書、被告人作成の保釈願、I作成の上申書、司法巡査S作成の看守勤務日誌謄本12通、昭和33年12月23日付発信浅草警察署受信盛岡警察署長名義の再照会についてと題する書面、司法巡査作成の同月25日捜査報告書によれば、被告人は捜査の過程において、右Mの窃取せられた右カメラを被告人の元使用人T子ま

たは浅草のAカメラ店から購入したと主張して窃取の事実を否認しているのみならず、右窃取の被疑者として盛岡署に拘禁中、同房したIに対して同人が右カメラを窃取して同人の妻に依頼して誰かに売却させた旨の上申書を森岡区検察庁検察官に提出させるなど、自己の弁解に符合するよう積極的に工作していることが推認され、被告人が保釈されるならば、罪証を隠滅すると疑うに足りる相当な理由があることが認められる。

なお、検察事務官作成の前科調書、被告人の司法警察員に対する昭和33年12月3日付供述調書によれば、被告人は昭和26年2月26日に盛岡地方裁判所花巻支部において横領罪等により懲役8月、同28年11月28日に八戸簡易裁判所に於いて窃盗罪により懲役1年6月、同31年2月15日に盛岡簡易裁判所において窃盗罪により懲役1年4月の各刑に処せられていることが認められ、この事実によれば被告人は本件窃盗被告事件につき常習としてこれを犯したものと見るのが相当である…。』

上記の裁判例によれば、窃盗の勾留事実に対して横領の前科一犯と窃盗の前科二犯がある場合には前科を認定事実の一部にして勾留事実につき常習性を肯定していることがうかがわれる。

なぜ、勾留事実と前科とが、同一罪名ではないのに、常習性が肯定されるのか。横領罪と窃盗罪は、後者は奪取罪で前者は非奪取罪という違いはあるものの、双方ともに領得罪に属するという罪質上の共通性を有し³²⁾、実務的には上下・主従間の占有が判然としない物³³⁾、死者の占有の肯否が問題となる物³⁴⁾、委託された包装物³⁵⁾をそれぞれ客体とする領得行為に横領罪が成立するか、窃盗罪が成立するか、具体的事情により微妙であることに疑いはなく、理論的には両罪ともに領得罪という意味で同種犯罪であることは否定しようがない。大雑把に言えば、どちらも世間的には「どろぼう」と呼ばれる行為でありえる以上、それらの行為を無反省に反復すれば窃盗というか、横領というかはともかく、社会的には「どろぼう」の習癖が形成されたとみることもできよう。この判例が、勾留事実につき常習性を肯定する根拠であろう。しかし、常習性が罪刑法定主義の支配する刑法上の概念である以上、その解釈は厳格であるべきである。前科が横領罪なのに勾留事実が窃盗罪では構成要件的事実が異なるのだから、構成要件的に個別化され

るべき常習犯は成立しないとみるべきであり、刑法が厳格な同一罪名の常習性しか認めていないのに刑事訴訟法が有罪として確定する以前の実体形成段階で同一罪名外の犯罪間に常習犯を認め、無罪推定の法理を脅かし、被告人に対して逃走可能性の強い者というラベリング³⁶⁾を行うことは許されないというべきである。

【3】³⁷⁾

一 『弁護人の本件準抗告の理由の要旨は、「原裁判は、被告人に数件の窃盗の前歴・前科があることから、ただちに窃盗の常習性ありと判断したものと思われるが、権利保釈の除外事由として刑事訴訟法89条3号が常習性を掲げている理由を憶測すれば、常習的犯罪人は、打算を超えて犯罪を犯す習癖があり、犯罪を犯すや、逮捕を恐れて逃亡するおそれが強いため、保証金による逃亡防止の効果が余り期待できないからと考えられる。被告人は最後の服役後円満な婚姻生活に入り、以来今日まで比較的長期間何ら過ちを犯すことなく過し、特にごく最近子供が出生していること、本件事案は、被告人がその職場から被害金額合計約1万7000円ばかりの背広、現金等を窃取したに過ぎず、本件後証拠隠滅や逃亡を企てた事実はなく、逮捕されるまで約50日間無事に勤務を続けていたこと、被告人は本件窃盗の発覚後、被害を弁償しようと努力していたことなど被告人が逃亡する虞のないことは明らかであるから、本件は、実質的に刑事訴訟法89条3号に該当せず当然権利保釈が許されるべき事案である。かりに、本件が同法89条3号に該当するとしても右の如き事情の下においては審判の適正、被告人の保護、刑事司法における正義の観点から裁量保釈（刑事訴訟法90条）を許すべき場合である。それにも拘わらず本件保釈請求を却下した原裁判は違法且つ不当であるからこれを取り消したうえ保釈許可の裁判を求める」というにある。

二 一件資料によれば、被告人は、昭和39年8月1日の窃盗の被疑事実について札幌簡易裁判所裁判官の発した勾留状により勾留せられ、同月8日右被疑事実について同裁判所に公訴を提起されたところ、同月13日に弁護人から保釈請求がなされたが、同月14日同裁判所は、右は刑事訴訟法89条3号に該当するとしてこれを却下する旨の決定をしたことは明らかである。

三 そこでまず、本件が刑事訴訟法89条3号に該当するか否かを検討するに、刑訴法が権利保釈の除外事由として右規定を置いた根拠のひとつが、弁護人主張

のように一般的に常習的犯罪者については保証金没収の威嚇による逃亡の防止に多くを期待できないということに着目した面の存することは否みがたいが、それと同時に再犯の防止という政策的考慮が働いていることもまた無視できないところである。従って、右規定にいう常習性の有無を判断するに当っては、逃亡のおそれを擬制せしむるに足る常習性を肯定できるか否かを考慮するとともに再犯の危険性の存否についてもこれを判断の資料とすることが必要であると解する。叙上の見地に立って、本件について考察を加えるに、一件記録によれば、被告人は、これまで窃盗を反復累行し、保護観察処分、特別少年院送致各一度、懲役の実刑三度の前歴、前科があり、一方本件は被告人が妻から預った出産費用一万円を競馬で使ってしまう、その後始末に窮して元の勤め先から衣類等を窃取し、それ等を札幌市内の飲み屋で他の客に売り、或は岩内町で入質し、それによって得た代金はすべて飲食代等に費消したことが認められる。かように多数の窃盗の前歴、前科をもち、金銭に窮した場合、その解決方法として容易に窃盗に走り、贓物の処分の仕方にも物慣れた抜け目のなさが見られ、せっかく得たその代金を飲食代その他に費消している有様では、到底被告人の常習性と無縁の犯行とは考えられず、むしろ被告人の常習的な盗癖の典型的な発現と見るのが相当であり、形式的に刑事訴訟法89条3号に該当することはもとより、先に説示した如き意味での逃亡ないし再犯の恐れが高いことも優に肯認されるところであるから、同条所定の所謂必要的保釈に当たらないことは言うまでもない。』

この事案は、窃盗の前歴・前科が多い上に、少年時代から窃盗の習癖を形成してきたことを示す人格形成過程上の態様が、説示され、勾留事実としての窃盗の犯行は若年から形成されてきた窃盗の習癖の発現としてなされている、との理解が語られている。同一罪名の犯罪の習癖の形成とその発現としての起訴事実という関係性が厳密に捉えられている。窃盗の習癖が形成されてきたことが跡付けられている点は、他の判例でありがちな常習性の存在が客観的な実行行為の反復的態様の認定や前科の存在の指摘で認められるのとは異なり、常習犯重罰根拠が人格形成過程の有責的行為選択の継続によるもので、起訴事実としての窃盗行為は窃盗習癖の発現だから、人格形成責任と行為責任が有機的に結びついて、常習犯人と常習行為が重罰方向へと結合するという人格形成責任論的な判例の思考方法

がよく示されていると思われる。

【4】³⁸⁾

『刑事訴訟法89条3号該当の有無について』

申立人は、本件傷害等の公訴事実が刑事訴訟法89条3号にいわゆる「常習として」なされたものにあたと認められた原裁判には、その前提事実及び同条項の適用を誤つた違法があると主張し、その理由として、本件傷害等が常習としてなされたと認めうるためには単に同種前科が若干存在するだけでは足りない、と主張する。

即ち、「常習」であるためには、①本人の生い立ち、経歴、性行等の複合から、同種の犯罪を容易に犯しうる一つの犯罪者の傾向が人格の重要な素成部分として融合、構成され（主観的メルクマール）、かつ、②その様な犯罪性向の具現として、現実に数多の同種犯罪が敢行され（客観的メルクマール）ていることが必要であり、また、「常習性」ありと認められるためには常習窃盗における「盗癖」といつたような「性癖」ともいふべき犯罪者傾向が形成されていなければならないが、傷害罪の場合、そういった「性癖」が形成されていることは稀であり、本件の場合も、右のような意味での常習性を認めうるだけの資料がなく、さらに、検察官が本件公訴事実について常習傷害等でなく、単純傷害罪等として起訴した点からも「常習性」のないことが窺われると主張する。

なるほど申立人のいうごとく、二、三同種前科が存在することから直ちに「常習性」を認め、刑事訴訟法89条3号に該当すると判断することが当をえないことはいうまでもない。同条項にいわゆる「常習として」行われたといえるためには、当該犯罪について、犯罪の性質、態様及び犯人の環境、生活態度等から、その犯罪を反覆する習性が客観的に認められる場合であることが必要であり、そのためには、通常は当該犯罪を数多反覆している場合が多いであろう。しかし、右の「常習性」を認定するためには、必ずしも同種犯罪が繰返し行われていることが必要なわけではなく、上記の犯罪の性質、態様及び犯人の環境、生活態度等から当該

犯罪反覆の習性が認められるならば、仮に初回の犯行であっても差支えないわけである。

翻って、本件傷害等の事実について考察するに、一件記録によると、被告人は、同種前科として、昭和三八年一月一日から昭和三九年一月二二日の間に三回にわたって当時犯した暴行罪または傷害罪により罰金五、〇〇〇円ないし一〇、〇〇〇円に処せられており（いずれも確定）、その犯行日時において近接し、かつ、いずれも飲酒の上、ささいな事実に関縁をつけて暴力を振り、傷害を与えているのであり、犯罪の性質、態様及び被告人の環境、生活態度等において本件犯行もこれらの前科各事実と軌を一にしていると見うるのであって、右事実から被告人には当該犯行を反覆する習性が客観的に認められると見るのが相当であり、また、検察官が本件傷害等を「常習傷害」等として起訴しなかったことは、原裁判が刑事訴訟法89条3号にいわゆる常習性の認定をする妨げとなるものではない。

よって、この点に関する原裁判の認定には違法はなく、刑事訴訟法89条3号に該当しないとす申立人の主張は採用することができない。』

結 論

以上の次第であって、本件保釈請求を却下した原裁判には申立人の主張するような違法、不当はなく、その主張はいずれもこれを採用することができないから、本件準抗告は理由なしとして棄却することとし、刑事訴訟法432条、426条1項を適用して主文のとおり決定する。

保釈却下の裁判に対する準抗告事件だが、弁護士は、保釈請求却下の根拠としての刑事訴訟法89条3号にいわゆる「常習性」の要件を欠くことと同条4号の「罪証隠滅」の要件を欠くことを主張したが、どちらも認められず、準抗告棄却の決定が下されたが、本決定においては「二、三同種前科が存在することから直ちに「常習性」を認め、刑事訴訟法89条3号に該当すると判断することが当をえないことはいうまでもない」としながら、「常習性」肯定の要件として、主観的メル

クマールと客観的メルクマールとを提示し、前者については、犯罪の性質、態様及び犯人の環境、生活態度等から当該犯罪反覆の習性が認められるならば、「仮に初回の犯行であっても差支えない」とし、後者に関しては犯罪の性質、態様及び被告人の環境、生活態度等において本件犯行もこれらの前科各事実と軌を一にしていると見うるれば、その存在を肯定できる、と解した。

ただし、【3】事件と異なり若年からの人格形成態度は問題としておらず、「常習性」ありと認められるためには常習窃盗における「盗癖」といったような「性癖」ともいべき犯罪者傾向が形成されていなければならないが、傷害罪の場合、そういった「性癖」が形成されていることは稀であり、本件の場合も、右のような意味での常習性を認めうるだけの資料がなく、と述べて、若年からの人格態度については、証拠資料がないとあきらめている。客観的なメルクマールについては、「当該犯罪について、犯罪の性質、態様及び犯人の環境、生活態度等から、その犯罪を反覆する習性が客観的に認められる場合であることが必要であり、そのためには、通常は当該犯罪を数多反覆している場合が多いであろう。しかし、右の「常習性」を認定するためには、必ずしも同種犯罪が繰返し行われていることが必要なのではなく、上記の犯罪の性質、態様及び犯人の環境、生活態度等から当該犯罪反覆の習性が形成されていた認められるならば、仮に初回の犯行であっても差支えないわけである。」としている。

さらに大阪地裁は「翻って、本件傷害等の事実について考察するに、一件記録によると、被告人は、同種前科として、昭和三八年一二月一日から昭和三九年一二月二日の間に三回にわたって当時犯した暴行罪または傷害罪により罰金五、〇〇〇円ないし一〇、〇〇〇円に処せられており（いずれも確定）、その犯行日時において近接し、かつ、いずれも飲酒の上、ささいな事実で因縁をつけて暴力を振り、傷害を与えているのであり、犯罪の性質、態様及び被告人の環境、生活態度等において本件犯行もこれらの前科各事実と軌を一にしていると見るのであって、右事実から被告人には当該犯行を反覆する習性が客観的に認められる」としており、結局、形成されていた被告人の暴行・傷害の性癖の発現として本件犯行が行われたと認定しているが、昭和38年～昭和39年の比較的短期間の人格形成態度しか参照されていないのに「常習性」「性癖」が形成されていたとするのは

事実の押しつけという観があることは否定できまい。

【5】³⁹⁾

被告人はSと共謀の上昭和四一年二月四日午前一時三〇分頃長崎市船大工町七五番地附近路上において通行中のY子（当時二四年）をからかい下腹部を手で殴打したが、同女が反抗的態度をとったので、その腹部を足蹴りし更に同女から頭部等を草履で殴打されたため憤激し、同町一二番地附近露路に連れ込み同所において同女の顔面を手拳で殴打した上引き倒して顔面を足蹴りし因って同女に対し加療約一週間を要する右眼窩下部挫創等の傷害を負わせたものであるとの公訴事実について昭和四一年二月一九日長崎地方裁判所に起訴され勾留中のところ、同裁判所昭和四一年四月一九日の第一回公判期日終了後即日弁護人は同裁判所に被告人の保釈を請求したが、同裁判所は同月二一日被告人が常習として長期三年以上の懲役にあたる罪を犯し、かつ被害者その他事件の審判に必要な知識を有すると認められる者の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させる行為をすると疑うに足りる充分な理由があるとして右保釈の請求を却下する決定をした。

しかし、被告人は第一回公判期日においては相被告人Sと共に全面的に右公訴事実を認めて争わず検察官申請の証拠の取調も全部終り、あとは情状に関する証人の取調が残っているだけであり、事案も極めて単純軽微であって、罪証隠滅のおそれもなければ事件の審判に必要な知識を有すると認められる者の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させる行為をすると疑うに足りる理由もない。被告人は右のような行為をする意思はなく、またそのような行為をしななければならない必要もなければそうする実益もない。そして被告人は前に二回暴行により処罰を受けているが常習の認定をなすべき程度の前歴ではなく、かりに常習性の認定可能としても保釈許可の妨げとなるものではない。しかも被告人は第一回公判期日までにすでに二ヶ月半の長期間勾留されており勾留による拘禁が不当に長くなったのであるから保釈を許すべきである。しかも、被告人は耳の疾患で苦しみ、その病状は拘置所では治療不可能にしてこのまま放置するときは悪化する一方であるからすみやかに保釈するべきである。よって前記決定を取消し

相当の裁判を求める。

というのである。

『よって按ずるに、本件記録によると被告人が右のと通りの公訴事実につき勾留のまま起訴され、昭和四一年四月一九日の原審第一回公判期日において右公訴事実を認めたこと、共犯者たるS同様であったこと、そして直ちに検察官が取調を請求した証拠は全部取調べられ、次回は弁護人申請の情状に関する証人として被告人及び相被告人Sのそれぞれの実父が喚問されることになっていることが明らかである。

ところで被告人の司法警察員に対する供述調書並びに検察事務官作成の被告人の前科調書によると、被告人は（一）昭和三九年一〇月二〇日長崎簡易裁判所において道路交通法違反（無免許運転）暴行罪により罰金一〇、〇〇〇円、（二）同年一二月一日同裁判所において匕首の不法所持による銃砲刀剣類等所持取締法違反罪により罰金五、〇〇〇円、（三）昭和四〇年七月一四日長崎地方裁判所において銃砲刀剣類等所持取締法違反類、暴行罪（この暴行は婦女に対するもの）により懲役三月と懲役六月但しいずれも三年間執行猶予、保護観察に処せられた前歴の外、（四）昭和三九年長崎市船大工町でバーの女に対する暴行により起訴猶予処分を受けたことが認められる。しかし、右の各罪のうち長期三年以上の懲役又は禁錮にあたる罪は（二）の匕首所持の銃砲刀剣類等所持取締法違反罪だけであり（三）の罪のうち銃砲刀剣類等所持取締法違反罪が同法のどの罰条にあたる罪か記録上明らかでない。その他の罪はいずれも長期三年未満の懲役以下の刑にあたる罪であるから、本件傷害罪を犯す以前に被告人が犯した長期三年以上の懲役又は禁錮にあたる罪は右（二）の罪だけということになる。しかし、刑事訴訟法第89条第3号にいう常習として長期三年以上の懲役又は禁錮にあたる罪を犯したとは、その罪に常習性が構成要件にとりいれられている場合は勿論その外にその罪について常習性が認められる場合もこれにあたることは論をまたない。そして常習性とは犯罪の反覆によって表現される行為者の犯罪への傾向をいうのであり、しかもこれは必ずしも同一構成要件の範囲に限らないと同時に、単に前科が

あるというだけでは常習と判断することはできず各罪との関連性特に罪質の類似性を検討し、これを足がかりにして、さらに科学的見地から個々の犯罪者について具体的個別的に判断されねばならない。そこでこれを本件について考えてみると、なるほど被告人が本件犯行前に犯した長期三年以上の懲役にあたる罪は前記(二)の罪だけであるが、本件傷害罪とは罪質は異っていていかにもこれをもってしては本件傷害罪が常習としてなされたものとするには不相当であるけれども、傷害罪はもともと故意犯として犯される場合は少くむしろ暴行の結果的加重犯として惹起されることが多いのであるから、当該傷害罪が常習として犯されたかどうかについてはむしろ暴行罪の反覆累行がその判断の資料となると考えるべきである。それで被告人には本件と同種の婦女に対する暴行の前歴があること前示のとおりであり被告人が世間からとかくの批判を受けているいわゆる佐竹派の一員に属し定職を有しないで風俗射倅営業の巷を徘徊するという環境、日頃の行動等を参酌するときは被告人の犯した本件傷害は単に一回性のものとして惹起されたものではなく優に常習性のあるものと断定できるのであって、被告人が長期三年以上の懲役にあたる傷害罪を常習として犯したものと認定したのは相当である。

そしてまた本件は些細なことから酔ったバーホステスに手を出し反抗されたからといって男子二名で人のとめるのもきかず殴る引き倒す蹴るなど執拗な暴力行為に出て婦女子の大切な顔面に傷を与えた事件であって婦女子に対する傷害として特異な事件であるばかりでなく、被告人らは遊人だというような意味のことをいいながら暴行に及んだことも記録に現われており、被告人の事件についての供述も必ずしも一貫せず公判廷における自白も被告事件についての陳述として述べられたもので具体的詳細な供述がなされたものではないから、前記被告人の出入する環境、本件事件の行為態様言動からみて、将来審理次第では被告人を保釈すると被害者その他事件の審判に必要な知識を有すると認められる者の身体財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させる行為がなされると疑うに相当な理由があるものと認められる。而して、刑事訴訟法第八九条によると被告人が被害者その他同条第五号所定の者に対し同号所定の行為をすると疑うに足りる相当な理由があるときは権利としての保釈は認められないことを規定しており右のような行為のなされる疑いの程度は相当の理由があればよいことが明らかである。原決定はすでにこの程度を超えたもって蓋然性の強い充分な理由があると判断しているので

あるから原決定には少くとも右の行為をすると疑うに足りる相当な理由があることはその判断の内容として当然に認めていたものと推認できるので、原決定はあながち違法ということとはできない。

所論は更に本件被告人の勾留は不当に長期間にわたってなされているという。記録によると、被告人が昭和四一年二月四日現行犯として逮捕され同月七日勾留、勾留延長があつて同月一九日起訴され昭和四一年四月一九日第一回公判期日が開かれるまで引き続き勾留されていたことは明らかである。そして裁判官の交替のため第一回公判期日として予定されていた同年三月二九日が変更されたという気の毒な事情も加つたが、弁護人は特にこの期日変更に異議は述べていないし、また本件事件の内容程度審理期間からみて右の程度の勾留期間ではまだ勾留が不当に長期化したとはいえない。次に被告人に罪証隠滅のおそれがないとの所論は原決定が罪証隠滅を疑うに足りる相当の理由があるとして保釈の請求を却下したものでないこと明白である以上肯綮に当たらない。

その他被告人の年齢、境遇、前歴、犯罪の情状その他被告人が専門医の診断によると両側の慢性中耳炎に罹患し手術の要はあると思料されるが、被告人を勾留している浦上刑務支所では設備その他の関係から手術が出来難い状況にあることは認められるにしても、被告人の主訴は難聴であつて緊急に手術の必要があるとの資料もないことなど諸般の事情を考慮するときは裁量による保釈も相当でないと認められる。原決定が弁護人の本件保釈の請求を却下したことはまことに相当であり、記録を精査してもこれを不当とする理由は発見できない。

よつて、本件抗告は理由がないので刑事訴訟法第四二六条第一項により本件抗告を棄却することとし主文のとおり決定する。』

被告人は、通行中の女性への暴行傷害を公訴事実として起訴され、勾留されていたところ、弁護人が保釈を請求したが、長崎地裁により却下決定がなされ、これに対して福岡高裁に準抗告したものであるが、福岡高裁は、「その罪に常習性が構成要件にとりいれられている場合は勿論その外にその罪について常習性が認められる場合もこれにあたることは論をまたない。そして常習性とは犯罪の反覆によつて表現される行為者の犯罪への傾向をいうのであり、しかもこれは必ずし

も同一構成要件の範囲に限らないと同時に、単に前科があるというだけでは常習と判断することはできず各罪との関連性特に罪質の類似性を検討し、これを足がかりにして、さらに科学的見地から個々の犯罪者について具体的個別的に判断されねばならない。」と述べて常習犯概念についての高裁の認識について説明し、「本件傷害罪を犯す以前に被告人が犯した長期三年以上の懲役又は禁錮にあたる罪は昭和39年12月1日に長崎簡易裁判所において有罪とされた匕首の不法所持による銃砲刀剣類等所持取締法違反罪と女性への暴行罪だけということになる」、と認定された。そこで、過去一回の暴行罪の前科と本件公訴事実たる傷害罪という暴行罪（傷害罪も暴行罪の結果的加重犯としての性格が強い）の一種ということで、暴行罪の反復があることから、常習性ありとするわけではなく、被告人が暴力団の員で「定職を有しないで風俗射倅営業の巷を徘徊するという環境、日頃の行動等を参酌するときは被告人の犯した本件傷害は単に一回性のものとして惹起されたものではなく優に常習性のあるものと断定できる」と述べて、法的に同種犯罪を反復した事実と被告人の日ごろのやくざの行状を総合的に考慮して「暴行の常習性」を認めている。しかし、若年からの長期にわたる言動による性癖形成（一定の人格形成態度により常習性を身につけた過程）に関する説示はほとんどなされておらず、「常習性＝複数の同種行為」という形式的・慣例的理解が裁判所にはある様だ。「若年からの長期にわたる言動による性癖形成（一定の人格形成態度により常習性を身につけた過程）」が重要なのは、常習性が法益侵害の危険性を徴表するからではなく、無価値な方向への人格形成過程に責任増加の根拠が見出だされる（人格形成責任）からである。その意味で、常習性に基づく刑罰加重は、違法増加によるものではなく、批判は強いにせよ、責任増加によるものであることを率直に認めたくえて、常習犯の限定的認定を行うべきであろう⁴⁰⁾。

【6】⁴¹⁾

『本件抗告の趣意は弁護人 M 名義の抗告状記載のとおりであり、その要旨は、原裁判所は本案被告事件の公判審理進行中に弁護人のした保釈請求を二回に亘り刑訴法89条3号に該当する刑訴法89条4号（罪証隠滅の虞れ）を理由に却下し、証拠調を全部終了した段階において弁護人が重ねて保釈の請求をしたのに対し、原決定をもって同法第三号（常習として長期三年以上の懲役又は禁錮にあたる罪

を犯したものを理由にこれを却下したが、本案事件記録上被告人が常習として赃物罪を犯したと認め得る資料はなく、原決定は不当であるから、これを取消し被告人の保釈許可決定を求めると主張して保釈請求却下決定に対する抗告を申し立てたのであった。

本案被告事件記録によれば、被告人は公訴事実と同一の事実により昭和46年3月1日勾留、同月18日起訴され、原裁判所は同年4月14日第一回、5月19日第二回、6月9日第三回の各公判期日を開き審理を行い、第三回公判期日においては被告人の司法警察員、検察官に対する各供述調書、被告人質問を経て一応証拠調を終り、検察官、弁護人の各意見陳述が行われたところ、弁護人より被告人の逮捕勾留に関する手続の違法につき立証準備のため公判期日を続行され度い旨の請求があり、原裁判所はこれを容れて第四回公判期日として同年6月30日を指定した審理経過が明らかであり、公判審理開始後、各公判期日を終えた毎に弁護人から被告人の保釈請求がなされ、これに対し原裁判所は同年3月25日、5月21日及び6月11日にいずれもこれを却下する決定をし、その前二回は刑訴法89条4号を理由とし、後の一回は同法条3号を理由としていることが認められる。

被告人に係る前科照会、指紋照会に対する各回答書、被告人の自供によれば被告人には昭和32年より同44年の間に傷害、恐喝、窃盗、銃砲刀剣類所持等取締法、火薬類取締法、競馬法、道路交通法各違反等多種類の罪名による前科八犯のあることを認め得るが赃物罪によるものはなく、また記録上、同一の窃盗本犯より赃物を二回に故買した本案事件の外に赃物罪又は同罪質の罪に触れる所為のあることを窺わせる事情も見出せない。本案赃物故買罪を被告人の常習性の発現と認めるにはその資料が乏しく、本件保釈請求を刑訴法89条3号のみを理由として却下した原決定は失当といわざるを得ない。しかし、第一審公判において一応証拠調を終ったからといって当然罪証隠滅の虞れが消滅したといい得るものではなく、本案事件の公訴事実第二の赃物ダイヤモンド入り指輪の所在が甚だ疑惑を残した状態のまま不明であることを思えば、右の虞れはなお存続していたと認められ、同法条4号を理由に保釈請求を適法に却下し得たと判断される。かつ当裁判所の電話聴取書によれば昭和46年6月30日本案事件につき実刑の判決言渡のあったことが明らかであるから、現段階においては原決定を取消す理由が消滅しており、

保釈を許可すべき事由も認められないので、本件抗告はその理由がない。刑事訴訟法426条1項により主文のとおり決定する。』

本事例につき、弁護人は、すでに各3回行われた各公判期日終了後に3回にわたり保釈請求を行っているが、それらのうち前の2回は、刑事訴訟法89条3号により「罪証隠滅のおそれ」(公訴事実第二の贓物ダイヤモンド入り指輪の所在が甚だ疑惑を残した状態のまま不明である)があるとして、後の1回は、刑事訴訟法89条3号に該当するとして原裁判所に却下されてきていたが、この判例における保釈請求却下に対する抗告は、決定文にある通り本件事件につき、すでに実刑判決言い渡しが行なわれた後なので、「原決定を取消す理由が消滅しており、保釈を許可すべき事由も認められないので」、本件抗告はその理由がない。それゆえ、刑事訴訟法426条1項により主文のとおり抗告棄却と決定された。

確かに、被告人の前科の罪名は傷害、恐喝、窃盗、銃砲刀剣類所持等取締法、火薬類取締法、競馬法、道路交通法各違反等であり、これに対して公訴事実の罪名は刑法256条2項の贓物故買罪(現在の盗品等有償譲受罪)である。公訴事実と前科との間に、ほとんど罪質上の共通性はなく、本決定が指摘する通り、被告人の贓物故買を常習性の発現とみることが困難である、と思われ、裁判所が公判での証拠調べ終了後の被告人の保釈請求を刑事訴訟法89条3号に該当することのみを理由として却下した原決定が失当といわざるをえないと述べているのは常習性の個別性の観点からは、妥当視できる⁴²⁾。

結 語

数個の判例を概観することにより、刑事訴訟法89条3号の「常習性」に関する問題を検討したが、その結果、いくつかの問題があることが認識された。すなわち、以下のとおりである。

- ①刑法各則・特別刑法に認められる常習犯は、同種常習犯なのに、刑事訴訟法89条3号の常習犯は多種常習犯を認めうるので、ただでさえ問題の多い常習犯が、きわめて安直に認められ、人身の自由を制約しうる。ただ、判例によれば、現実には多種常習犯の認定について謙抑的であることがうかがえた。

- ②常習性の認定資料は、前科や余罪にうかがわれる「犯罪の反復」であり、判例においては、犯罪の反復＝常習性と安易に考えられているフシが感じられるが、常習性が刑を加重する性質を有するものであることにかんがみると、単なる「犯罪の反復」ならば、包括的一罪は、すべて常習性を認められかねず、それゆえ、犯罪の反復により、刑罰を重くするような人格形成が認められ、その様に形成された人格（性癖）および（人格ないし性癖の発現としての）公訴事実上の犯罪行為が認められるかが問題とされるべきなのに判例では、ほとんどその点の探求が認められない。
- ③確定判決前であるにもかかわらず、常習性が認められた被告人には保釈も認められず、人身の自由が不当に制約されるほか、逃走の危険ある者というラベリングがなされるのは不当。

【注】

- 1) 田宮裕『刑事訴訟法』〔新版〕(有斐閣 平成8年) 255頁。
- 2) 芦部信喜／高橋和之補訂『憲法第六版』(岩波書店 平成27年) 242頁以下。佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂 平成23年) 112頁以下。
- 3) 松尾浩也『刑事訴訟法上 補訂第二版』(昭和62年) 192－195頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(青林書院 昭和55年)、高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』(青林書院 昭和59年) 157頁以下。
- 4) 白取裕司『刑事訴訟法〔第10版〕』(日本評論社 令和3年) 284頁。
- 5) 河上和雄＝河村博「被告人の召喚、勾引及び勾留〔第89条〕」河上和雄＝小林充＝植村立郎＝河村博(編)『注釈刑事訴訟法〔第3版〕第2巻』(立花書房 令和2年) 111－118頁。高田卓爾「必要的保釈」平場安治＝高田卓爾＝中武靖夫＝鈴木茂嗣(共著)『注解刑事訴訟法 上巻〔改訂増補〕』(青林書院 昭和52年) 272－277頁、鈴木巧「必要的保釈」三井誠＝河野俊也＝上野友慈＝岡慎一(編)『新基本法コンメンタール【第三版】刑事訴訟法』(日本評論社 令和2年) 126－127頁。なお、保釈制度の意義・問題点につき、裁判官・検察官・弁護士のいわゆる法曹三者それぞれの立場から検討するものとして、藪下紀一「保釈－弁護の立場から」、村上博信「保釈－裁判の立場から」、山本信一「保釈－検察の立場から」三井誠＝馬場義宣＝佐藤博史＝植村立郎(編)『新 刑事手続Ⅱ』(悠々社 平成14年) 261－282頁がある。
- 6) 河上＝河村・前掲書(注5) 123－127頁。なお、単なる「逃亡のおそれ」は、権利保釈の除外事由とされていない(松尾浩也(監修)松本時夫・土本武司(編集代表)『条解刑事訴訟法〔第3版〕』(弘文堂 平成15年) 155頁。鈴木・前掲論文(注5) 126頁は「重

- い刑事処分が予想されることや、規範意識が鈍麻して、保証金の没収という威嚇によっても不出頭のおそれが高まらぬことを考慮した規定と理解すべき」と指摘する。
- 7) 秋山賢三「保釈運用の病理」『季刊刑事弁護第2号』(現代人文社 平成7年) 88-92頁。なお、法制審議会は、保釈中にレバノンへ逃亡した日産自動車前会長カルロス・ゴーン被告の事件(2019年)を契機に保釈制度の見直しを行い、保釈中の被告にGPS(全球測位システム)端末を装着させる等の新制度導入を盛り込んだ刑事訴訟法などの改正要綱を2021年10月21日に答申した(読売新聞朝刊記事「被告逃走防止にGPS」令和3年10月22日付け記事等)。身柄釈放のためには被告人が事実を争う権利を放棄して起訴事実を認めることを条件とするわが国のいわゆる「人質司法」については、前掲『季刊刑事弁護』(注7) 80-119頁参照。
- 8) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣 昭和33年) 100頁では、「大陸法では、勾留の必要として、逃亡のおそれと罪証隠滅のおそれとが認められるのに対して英米法では、逃亡のおそれだけである」として、罪証隠滅のおそれの要件は、わが国では勾留を被疑者取調のために用いる手掛かりとなるのみならず、保釈を制限する大きな要素となっている、と批判されている。
- 9) 田口守一『刑事訴訟法〔第六版〕』(成文堂 平成24年) 260頁。村井敏邦「保釈と罪証隠滅のおそれ」村井敏邦・後藤昭(編)『現代令状実務25講』(日本評論社 平成5年) 136頁。反対に「再犯のおそれ」を含めるのは、白井滋夫『刑事訴訟法』(信山社 平成4年) 172頁である。
- 10) 高田・前掲書(注3) 159頁。なお、横井大三「被告人の召喚、勾引及び勾留」小野清一郎=末川博(責任編集)『ポケット註釈全書 改訂刑事訴訟法』(有斐閣 昭和41年) 178頁は、「氏名又は住居が判らないことを必要的保釈の除外事由としても被告人の供述を強制する(憲法38条1項) ことにはならないものと解する」としている。
- 11) 鈴木・前掲書(注3) 71頁。さらに、能勢弘之『刑事訴訟法25講』(青林書院 昭和62年) 49頁は、端的に「逮捕も勾留もともに、将来行われる公判のために裁判官が行う純粋な身柄保全処分である」と述べている。
- 12) 鈴木・前掲書(注3) 71-72頁。
- 13) 中島広樹「常習累犯窃盗罪の成立を認めた原判決が破棄された事例」『平成法政研究19巻1号』(平成国際大学法政学会 平成26年) 141-142頁。
- 14) 刑事訴訟法89条4号の事由の有無を勾留事実に限定して判断すべきかどうかの問題につき、学説においては限定されるとする「事件単位説」と併合審理されている非勾留事実にも及ぶとする「手続単位説」が対立しているが、判例では「事件単位説」が大勢(たとえば、名古屋高決昭30・1・13裁特2・1=2=3・3、奈良地決昭38・3・16下刑集5・3=4・437、東京高決昭39・9・10東高時報15・9・189、東京地決昭40・4・15下刑集7・4・784)である(小瀬保郎「権利保釈の制限」熊谷弘=松尾浩也=田宮裕(編)『捜査法大系Ⅱ』(日本評論社 昭和47年) 224頁。)
- 15) 松本時夫「勾留理由としての『罪証隠滅のおそれ』(2)」『警察学論集20巻4号』(立花書房 昭和42年) 78-79頁。
- 16) 能勢・前掲書(注11) 102頁。なお、団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』(創文社 昭和42年) 401-402頁では、常習性の要件は、いわゆる常習犯が再犯に陥ることが多い現状に照らしてもうけられたもので、実体形成の段階で(訴因を標準として)判断するほかはないが、再犯防止をねらいとすることは、勾留の制度の本旨(出頭確保)からいえば、疑問である、とされる。

- 17) 寺崎嘉博『刑事訴訟法〔第3版〕』(成文堂 平成25年) 379頁。
- 18) 団藤重光『刑法綱要各論〔第三版〕』(創文社 平成2年) 352-353頁。
- 19) 団藤・前掲書(注18) 599-600頁。
- 20) 団藤・前掲書(注18) 600頁。
- 21) 団藤・前掲書(注18) 601頁。
- 22) 団藤・前掲書(注18) 472-474頁。
- 23) 団藤・前掲書(注18) 474頁。
- 24) 名古屋地豊橋支決昭35・5・11下刑集2・5=6・953。
- 25) 本稿本文43頁1-16行目。
- 26) 中島広樹「人格形成責任論の現状」『平成法政研究24巻2号』(平成国際大学法政学会 令和2年) 180頁、188-189頁。
- 27) 河上和雄「必要的保釈」伊藤栄樹=亀山継夫=小林充=香城敏磨=佐々木史朗=増井清彦(代表)『新版注釈刑事訴訟法〔第二巻〕』(立花書房 平成12年) 110頁。小瀬・前掲書(注14) 222頁。高田・前掲論文(注5) 274頁。河上=河村・前掲論文(注5) 124頁。河上=河村・前掲論文(注5) 124頁。鈴木・前掲論文(注5) 126頁。
- 28) 詐欺の常習犯(詐欺容疑10件)が殺人犯と化した男(西口彰[1925-1970])をモデルとする)を主人公にした文学作品として佐木隆三「復讐するは我にあり[改訂新版]」(文芸春秋社 平成21年)が有名であるが、この殺人者は詐欺の常習性があるので、殺人についても常習犯になってしまう。なお、正木亮『刑法と刑事政策〔増訂版〕』(有斐閣 昭和43年) 62頁は「かつてドイツ大審院判例が『犯罪の実行上修練によって発達する性癖をあらわす場合にはその犯行は常習である』としているように、常習犯概念は同根の犯罪について認むべきである」と論じて昭和36年に完成・公表された改正刑法準備草案61条の「常習累犯」規定が全く異根の累犯まで常習犯とした点で、刑事学の常軌を逸したものと批判した(同書62-63頁)。
- 29) 団藤・前掲書(注18) 472-473頁は、暴力行為等処罰に関する法律1条ノ3の常習傷害・暴行・脅迫・器物損壊の罪の常習性は、別々にも成立しうが、これらの全部または一部のものに共通して成立しうると解するのが妥当としているが、長島敦「暴力行為等処罰に関する法律の罪」『刑事法講座7巻』(有斐閣 昭和28年) 1691頁、池田克「暴力行為等処罰法」末広厳太郎(編)『現代法学全集4巻』(日本評論社 昭和13年) 44頁、大塚仁「特別刑法」『法律学全集42巻』(有斐閣 平成2年復刊) 84頁等は、異根常習犯を認めない。ただし、森下忠『刑法改正と刑事政策』(一粒社 昭和39年) 114頁は、いわゆる同根性・同種性の限界づけは実際には非常に困難とされる。
- 30) 団藤重光『条解 刑事訴訟法』(弘文堂 昭和25年) 183頁では、刑事訴訟法89条3号の「常習性」に関して、「常習性とは、犯罪の反復によって推知される犯罪への人格傾向であり、その人格形成の内因性・外因性を問わない。ヴェルツェルのいわゆる『常習的機会犯人』もまた常習性をもつものとしなければならない。常習性はかならずしも同一の構成要件の範囲に限られない。甲罪と乙罪とは全く無関係のものではありえないが、その関係は構成要件の相似性ではない。犯罪生物学的見地から個々の被告人について具体的に判断するほかない。そうして、被告事件の訴因が、長期3年以上の懲役禁錮にあたる罪であって、それについて常習性が認められることが必要であり、かつ、それで足りるものと解する。常習性が訴因として記載されていることは必要でない」と説明する。常習犯を刑法総則で認めた改正刑法準備草案61条の「常習累犯」規定に対する批判として、宮澤浩一「累犯」平野龍一=平場安治(編)『刑法改正の研究1 概論・総則』(東京

- 大学出版会 昭和47年) 262-271頁がある。
- 31) 盛岡地決昭34・2・9 下刑集1・2・494。
 - 32) 曾根威彦『刑法各論〔第五版〕』(弘文堂 平成24年) 105頁。
 - 33) 曾根・前掲書(注32) 117頁。大判大14・7・4 刑集4・475。
 - 34) 曾根・前掲書(注32) 118頁。最判昭41・4・8 刑集20・4・207。
 - 35) 曾根・前掲書(注32) 118頁。最決昭32・4・25 刑集11・4・1427。
 - 36) 吉岡一男『累犯と常習犯』中山研一＝西原春夫＝藤木英雄＝宮澤浩一(編)『現代刑法講座第三卷』(成文堂 昭和54年) 317頁。ラベリングの問題については、岩井宣子『刑事政策〔第7版〕』(尚学社 平成30年) 88-89頁参照。
 - 37) 札幌地決昭39・8・24 下刑集6・7＝8・974。
 - 38) 大阪地決昭41・5・31 下刑集8・5・819。
 - 39) 福岡高決昭41・4・28 下刑集8・4・610。
 - 40) 中島広樹『累犯加重の研究』(信山社 平成17年) 4-37頁。
 - 41) 東京高決昭46・7・6 判時649・96。
 - 42) 小瀬・前掲書(注14) 221-222頁。