

(判例評釈)

児童福祉法違反被告事件についての家庭裁判所の訴訟手続きに地方裁判所係属中の職業安定法違反の犯罪事実をも実質上処罰する趣旨で刑を量定した違法があるとの非難を免れないとされた事例

(名古屋高判平成一〇年一月二八日¹⁾ 高刑集五一・一・九四、判時一六四〇・一七二、判夕九七三・二六六)

小島 淳

一 事案の概要

1. 被告人は、Aが満18歳に満たない児童であることを知りつつ、同女に売春を示唆し、平成九年五月六日、名古屋市内のラブホテルにおいて不特定の遊客Bを相手に性交類似行為をさせ、「児童に淫行をさせ」という児童福祉法(三四条一項六号)違反の疑いで名古屋家庭裁判所に起訴された。本件判断はこの家裁で下された判決に対する控訴審判断である。

2. 一方、上記起訴と同日付で、被告人は以下のような職業安定法違反の疑いで名古屋地方裁判所にも起訴された。すなわち、被告人は、平成九年三月二日から四月五日頃までの約二週間、名古屋市内のファッションヘルス店で、不特定多数の男性客を相手に対価を得て卑猥な接客行為をするいわゆる「ヘルス嬢」としてAを働かせることで、「公衆道徳上有害な業務に就かせる目的で労働者の供給を行った」(職業安定法六三条二号)という疑いで起訴されたものである。そして、この事件については、本件の原審である名古屋家裁における弁論終結当時、まだ名古屋地

方裁判所に係属中であつた。⁽²⁾

3. 原審は、檢察官提出にかかる証拠すべてを弁護人の同意に基づき採用し、取り調べ、即日結審した。そして、判決宣告期日において、被告人を懲役一年二月に処す有罪判決を下した。これに対し、被告人側が原審の訴訟手続上の法令違反(刑訴法三七九条)、量刑不当(同三八一条)を理由に控訴したところ、名古屋高裁は、被告人側の主張を認めて下記のように判断したうえで、「その余の点について検討を加えるまでもなく、原審の訴訟手続には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反がある」とし、量刑不当の点についての判断を省略して原判決を破棄し、自判により被告人を懲役一〇ヶ月に処した(上告、上告取下げにより確定)。

二 判決要旨

1. 要旨の第一点は次の点である。「起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料として考慮することは許されないけれども、単に被告人の性格、経歴及び犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料としてこれを考慮することは適法と解されるが、この理は同一被告人について他

の裁判所に起訴されている犯罪事実についても同様と考えられる。」：判旨①

2. また、本判決は原判決における余罪考慮が第二類型考慮である可能性に言及しつつ、原審が取調べた証拠の一部がその供述内容及び立証趣旨の点からしてもつばら余罪に関する証拠であり、それらは証拠の標目にも挙示されており、証拠全体のかなりの部分を占めると認定した上で、次のように述べる。「しかしながら、すでに述べたとおり、その供述内容及立証趣旨に照らし、前掲の各証拠はもつばらまたは主として職業安定法違反の事実に関するものといわざるを得ないだけでなく、これらの証拠は原審が取り調べた証拠のうちでもかなりの部分を占めていること、さらに、原審がこれらを、本来、本件の罪となるべき事実を認定するに必要かつ十分な証拠を挙示すればたる(証拠の標目)に挙示していることなどに照らすと、原判決には、客観的にみて、本件公訴事実のほかに、現に他の裁判所に起訴され係属中の職業安定法違反の犯罪事実を認定し、これをも処罰する趣旨で被告人に対する刑を量定した違法がある、との非難を免れないものといわなければならない。」：判旨②

三 評釈（その1—本判決の分析—）

本判決においては、次の三点が注目される。すなわち、

①量刑上余罪を考慮する仕方に応じて、二つの類型に分けて論じるといふ従来の議論が、余罪が別の裁判所に起訴されている場合にも妥当することを明言した点、②判決中の「罪となるべき事実」「量刑の理由」「法令の適用」において余罪に触れていない場合にも「証拠の標目」等の記載から違法な余罪考慮が認定されうることを示した点、そして、③典型的な第一類型違法とは内容の若干異なる「擬制的第一類型違法」を認定する手法により実質的に第二類型違法の範疇を創設しようとしている点である。これらの点を実際の判旨に沿って確認してみたい。

1. 判旨①について

(1) 判旨①は、「余罪と量刑」をめぐる従来の議論（判例・多数説）が本件においても妥当することを示しているが、これがなぜ妥当するのかについては明言していない。しかし、これは、余罪が他の裁判所に起訴されている場合とそうでない場合とで、余罪考慮をめぐる状況は実質的に異ならないということを手台にしていると考えられる。

判例評釈（小島）

本罪に関する公判において余罪関連証拠を提出すること及び裁判所がそのような証拠を取調べ、量刑上の資料として用いることができるかということについては、明文規定がない。そこで、刑事法の目的に沿って被告人側・国家側の利益を調整するという解釈の問題となる。そして、一方において、手続の公正や被告人の諸利益を守るため、余罪を実質上処罰する趣旨で量刑上考慮することを規制する必要がある。他方、出来るだけ多様な資料を用いて適正な量刑判断を下すという国家側の利益を考慮すると、量刑から余罪を一切排斥してしまうことも、バランスを欠くこととなる。そして、このような状況は、余罪が起訴されているかどうかにかかわらず存在すると考えられるのである。

(2) このような考慮から、本判決は、余罪が起訴されていない場合に妥当する議論が本件でも妥当すると述べているものと解されるが、この議論の中身をここで簡単に見ておこう（これは次の判旨②の前提となる）。

起訴されていない余罪を本罪の量刑上考慮することの可否、その方法については、余罪を量刑上考慮する仕方により、二つに場合を分けて論じるのが判例であり、その考え方は学説上も多数の支持を受けている。

この点についての指導的な判例によれば、起訴されていない余罪を実質上処罰する趣旨で量刑の一資料として考慮して被告人を重く処罰するのは、不告不理の原則や憲法三一条の適正手続、刑訴法三二七条の証拠裁判主義に反するし、余罪関連証拠が被告人の自白のみであるような場合には憲法三八条三項・刑訴法三一九条二項三項にも反することになり違法(違憲)であるが、被告人の性格、経歴及び犯罪の動機、目的、方法等すべての事情を考慮して決せられるべき量刑というものの性質上、量刑のための一情状として余罪を考慮することは必ずしも禁止されていない。そして、通常は、前者の余罪考慮を第一類型考慮と呼び、後者の余罪考慮を第二類型考慮と呼ぶ。

このような見解によれば、第一類型考慮は、上記のような理由で違法(違憲)であり、反対に、第二類型考慮は適法ということになる。

一方、この考え方の問題点を鋭く指摘し、余罪を量刑上考慮すること自体、従って第二類型の余罪考慮にも反対する有力説もある。これによれば第二類型考慮であれ余罪考慮は違法ということになる。

2. 判旨②について

(1) さて、上記の判示からすると、名古屋高裁は

原則として上記最高裁判例及び多数説の考え方に従っているように見える。そうだとすると、問題となるのは、原審において余罪が量刑上考慮されたかどうか、そして余罪が量刑上考慮されたとすれば当該余罪考慮は第一類型考慮だったのか第二類型考慮だったのか、ということになる。この点について本判決がどう考えていたか分析してみたい。

本判決は、「(原審が採用し取り調べた証拠のうちの検察官調書六通は)、それらの供述記載の内容自体からして、いずれも、もっぱらまたは主として(同日付で他の裁判所に起訴され、本件結審当時なお係属中であつた)職業安定法違反の公訴事実に関するものであることが明らかであり、その立証趣旨も、『被告人の指示により風俗店で働かされていた状況及び稼動内容等』、『被害少女を採用し、稼働させていた状況等』、『被害少女を風俗店で働かせていた状況等』などというものである。しかも、原審は、右の各証拠を本件の証拠として採用し取り調べただけではなく、本件の児童福祉法違反の(罪となるべき事実)を認定した証拠として、(証拠の標目)に挙示している」と認定している。

ここからすると、本判決は、原審において余罪が考慮されたものと考えているようである。そして、それ

が第一類型考慮であつたのか第二類型考慮であつたのかについては、以下のように判断している。

まず、「もとより、本件においても、専属管轄を有する家庭裁判所である原審が、時期的にはほぼ重なり合う被告人の前記の職業安定法違反の事実を、単に、被告人が前記Aと知り合つた後、本件の児童福祉法違反の犯行に及ぶに至つた経緯ないし犯行の動機等の状況を推知するための資料として、考慮したにすぎないと考える余地がないわけではない¹¹⁾とする。しかし、それに続けて、このような可能性を考慮してもなお、第一類型考慮として違法であるとの非難を免れないとする結論、およびその判断基準が示されているのである。

これらの判示からすると、本判決は、原審の余罪考慮は第一類型考慮であり違法であると判断したように見える。そして、そのように判断した基準は、「もつぱらまたは主として」余罪に関すると言わざるをえない証拠を採用し取調べたか否か、それらが実際に取り調べられた証拠のうちでどれほどの割合を占めているか、それらの証拠を「証拠の標目」に挙示しているか否かという手続的要素に重点を置いたものであると読むことができる。

(2) さて、これまでの裁判例との比較において、本件でまず注目すべきなのは、原判決が「罪となるべき事実」の中で職業安定法違反の点に言及せず、「量刑の理由」という項目も立てておらず、「法令の適用」において職業安定法の条文をあげているわけでもない点である。従来の裁判例を見ると、このような場合に違法判断が下されることはなかつたものといえる。というのも、これまで余罪を実質的に処罰する趣旨で量刑上考慮したものと第一類型違法が認定された事例¹²⁾においては、大抵下級審判決の「量刑の理由」の中に余罪の具体的な言及があり、上訴審においては、その記載方法・内容（例えば、余罪判示の具体性・余罪認定の形・判示の仕方等¹³⁾）を手がかりにして、第一類型違法を認定するというのが通常だ¹⁴⁾たからである。

この判決は、たとえ下級審判断の「罪となるべき事実」や「量刑の理由」の中で余罪についての言及がなくとも、また、そのような項目自体がなくても、その他の書面上の記載に基づいて第一類型違法を認定（擬制）される場合がある¹⁵⁾ということを宣言しているものと考えられるのである。

(3) 本判決が上記の点で既に特徴的な判決であるのは確かであるが、その一方で、第一類型Ⅱ違法、第

二類型Ⅱ適法という根本的な点では単純に最高裁判例に従ったに過ぎないと位置付けることも可能であろう。しかし、本判決を第二類型考慮の取り扱いにおいて最高裁判例とは少し毛色の違う、重大な意義を有する判決であると読むことも出来るのではないだろうか。

まず、前述のように、本判決は、本件で取調べられた余罪関連証拠は本罪の情状を推知する資料として量刑上考慮されたに過ぎないとも考えられるとしており、原審の余罪考慮が第二類型考慮であった可能性を示唆している。また、判旨②は、原審が余罪を認定し、これをも処罰する(第一類型の)趣旨で被告人に対する刑を量定したもので「違法である。」と断定することはせず、「違法がある、との非難を免れないものといわざるをえない」という曖昧な表現を用いている。さらに、違法を導く基準としても、実際に宣告された刑の重さを見て実質上の余罪処罰を読み取るというようなことはせず、違法判断基準のフアクターとしては手続的要素のみを考慮しているように見える。そして、児童福祉法違反の事犯に対する刑には執行猶予が付される場合が多いことをも考慮すると、本判決が自判し減刑して宣告した懲役一〇月の実刑という

のは、第一類型考慮の違法に導かれる減刑とは少し趣を異にするようにも見えるのである。

これらの事情を総合すると、この判決が本当に問題としたかったのは、原審が第二類型考慮の点を判決上明らかにしなかった「違法」であると考えられる。

では、なぜ第二類型違法の点を正面から問題にしなかったのだろうか。それは、第二類型違法を導く前提としての量刑理由等の明示の法的義務付け及び第二類型違法という判断自体が、そもそも最高裁判例上認められていなかったからであると思われる。つまり、上告審において判例違反を理由に破棄される(刑訴法四〇五条二号参照)のを回避しようとしたのではないだろうか。表現上、第一類型違法を認定したのであれば、最高裁判例として既に確立していることを述べているだけであるから、この点で破棄される虞はない。だからこそ、あえて第二類型違法ではなく、第一類型違法を「擬制」して認定する形を取ったのだと考えられるのである。

こうすることにより、形式上はともかく実質的には「違法な第一類型考慮」という範疇が創設され、その判断に用いられる上記のような基準も上告審での破棄によって抹消されずに済むことになるのである。

(4) なお、判文上からすると、別の裁判所に余罪が起訴され係属中であるという本件事案の特殊性が本判決においてはさほど考慮されていないようにも見える。換言すると、本判決は、二重処罰が切迫している状況が余罪考慮に与える影響という点についての配慮を欠いているのではないかとのことである。

児童福祉法違反の本罪の量刑において、実質上の処罰の趣旨で職業安定法違反の事実が考慮され、後に地方裁判所において有罪判決が下(つて確定す)ると、まさに同一の職業安定法違反の行為が二度処罰されることになり、憲法三九条違反になる。本事案のように、他の裁判所に余罪が起訴されている場合には、余罪が起訴されていない場合よりもこの危険が切迫していると言えよう。そして、このように二重処罰の危険が切迫している場合には、裁判所も余罪関連証拠の取り扱いについては終始慎重である必要があるとも考えられるのである。

確かに、事案の特殊性を際立たせるためには、本件でもこの点に配慮すべきであったと言うこともできよう。しかし、本判決がこの点について明言を避けたことには、一つの狙いがあったものと考えられる。

本判決は判旨①において、起訴された余罪について

判例評釈(小島)

も従来議論が妥当するとしている。そして、その後余罪が既に起訴されている点については殊更言及しようとしていない。つまり、そのことを明言すると事例判決とみなされるおそれがあるので、それをあえて避けようとしたものではないかと思われるのである。事例判決とされてしまえば、本件事案と同一事案であるか、極めて酷似した事案にしかその射程が及ばないことになり、何より余罪が起訴されていない場合がこの判決の射程から外れてしまうことになるのである。そうなると、余罪が起訴されているか否かを問わず同じ議論が妥当すると判示した趣旨が没却されてしまう。そこで、あえて判示の中で本件事案の特殊性に触れなかったのではないかと解されるのである。

(5) 以上の分析により、本判決は、余罪が起訴されていても従来と同様の議論が妥当すること、「罪となるべき事実」「量刑の理由」等において余罪についての言及がない場合にも違法な余罪考慮が認定されることがあることを明らかにしたものであると言えよう。また、読み方によつては、本判決が形式的には第一類型違法を擬制しつつ実質的には第二類型違法を問題として、違法な第二類型考慮の範疇を創設し、その違法認定基準を手続的なものに求めたものであると解

する余地も十分にあると思われるのである。

四 評釈（その2—本判決に対する評価—）

さて、以上のような分析結果を前提に、本判決に対する私なりの評価を示してみたい。

1. 余罪が既に他の裁判所に起訴されている場合へのこれまでの議論の適用について

この点については、前に述べたとおり、余罪が起訴されていようといまいと余罪を量刑上考慮する際の利益状況が共通しているのであるから、あえて別の議論を持ち出すこともないと思われる。強いて言えば、二重処罰の危険が切迫している事実をどう捉えるかという点が多少問題となる。確かにこの場合には余罪が起訴されていない場合よりも余罪関連証拠の取り扱いに神経を使うべきであるとも言えよう。しかし、そのように考えると、本件と異なり余罪が起訴されていない場合には、この判決で示した基準が用い辛くなると同時に、そのような場合には余罪証拠の取り扱いが若干厳格性を欠いても許容されるのではないかとの考えを生んでしまうというような反作用が出てきてしまう虞があろう。むしろ、余罪が起訴されていない場合にも本判決の示したような客観的な手続による規制を及ぼす方が

有効だと言えまいか。

2. 第一類型違法を認定した点について

(1) 原審の余罪考慮の有無については、次のように考えられる。すなわち、原審においては、その内容からしてもつばら余罪たる職業安定法違反の事実に関するものと考えられる証拠が、余罪事実の存在を推認させるような立証趣旨（被告人が指示してAを風俗点でヘルス嬢として働かせていた状況等）で取調べられており、これらの証拠は「証拠の標目」に掲げられた全供述証拠二三通中六通にのぼるものであった。これらのことからすると、何らかの形で原審が余罪を考慮したと見ることができよう。

(2) ただ、その余罪考慮が第一類型考慮だったのか否かは問題である。というのも、本件においては、原審での余罪考慮が第一類型考慮であったことを否定する方向に働くと思われる要素がいくつも見られるからである。

(ア) まず、一事不再理効について考える必要がない点である。これまで余罪の量刑上の考慮が問題となった事例においては、余罪と本罪との間に公訴事実の同一性があり、本罪についての判決が余罪についての訴追を遮断する効力をもつことになるために、あえて本罪の量刑において余罪についても斟酌するよう検察官が求めるという状況があることが多かった。しかし、本件においては、そもそも

余罪が他の裁判所に既に起訴されているのであるから、この点に配慮する必要はないし、許されない第一類型考慮に踏みこむこともないものと推測される。また、前記のように二重処罰の危険が切迫していた点もここに数えられよう。ただ、以上の点については判旨の中で明確に指摘されておらず、そこには前記のような意図が読み取れるのであり、これらの点が原審の第二類型考慮を読み取る決定的な要素であるとは言いがたい。

(イ) しかし、これらの点をおいても、原審における余罪考慮が第二類型考慮であることを示すフアクターがある。まず、原審は「罪となるべき事実」の中で、「かねてから不特定の遊客を勧誘し売春して金員を入手するように強く求めていたものであるが」と言っており、職業安定法違反の点に関する証拠がこの点の立証に役立つとも考えられるので、これらの余罪関連証拠は、むしろ本件犯行に至る経緯、犯行の動機等の情状の立証に用いられたに過ぎないと読むことが可能である。また、原審は、「罪となるべき事実」の中で職業安定法違反の事実について言及することもなく、「量刑の理由」という項目も立てていない。勿論、「法令の適用」において職業安定法の条文をあげているわけでもない。これは、こうした記載を避けることよって第二類型考慮であることを暗に示して、控訴審での第

一類型違法認定を避けようとしたものとも解されるのである。

(ウ) 以上のような点からすれば、原審は第二類型の趣旨で余罪を考慮したに過ぎないものと読むことができよう。このように考えると、結論的に第一類型違法を認定した本判決を全面的には支持できない。

(3) では、本判決が立てた基準についてはどうだろうか。

本判決の立てた基準は、判決文における「証拠の標目」の記載、及び実際に取調べられた証拠全体に占める余罪証拠の割合というような客観的に審査しうる手続的な要素に重点を置くものである。上訴審が原則として書面審査により原判決を事後的にチェックする機能を有するものである点からすると、これは妥当な基準であると言える。この基準を適用すると、たとえ単に情状を推知する資料として余罪を用いた場合でも、公判調書に記載された立証趣旨や、判決書における「量刑の理由」・「証拠の標目」等の記載によりそれが第二類型考慮であることが客観的に明示されていなければ、第一類型の違法を擬制されるということになる。これは、刑事法の解釈として、いったん余罪関連証拠を採用し取調べたならば、それが情状立証のためであることを示し、「量刑の理由」においても余罪考慮の趣旨を明

らかにしなければならぬという立場を前提にしていると解される。²²⁾ そのような前提からすると、余罪関連証拠を採用し取調べたにもかかわらず、情状立証のために取調べたことを明確にしなかった点及び量刑上の考慮が第二類型考慮であることの説明を欠いた点において本判決は訴訟手続上の法令違反を構成し、違法²³⁾ということになる。刑法上のこのような解釈が成立するかどうかはともかく、この判決が目指すところは支持されてよいのではなからうか。余罪を量刑上考慮した趣旨を判決上で明らかにすることが義務付けられるようになれば、裁判官としては明確にその考慮の中身を意識するようになる²⁴⁾とともに、そもそもその前段階としての証拠採否決定²⁵⁾、証拠調べの時点で余罪関連資料の取り扱いに慎重にならざるを得なくなると思われるからである。これは、さしあたっては第一類型・第二類型考慮の区別基準の明確化につながるし、最終的には余罪証拠を手続から排斥してこの争い自体に終止符を打つことにつながる可能性もあるのである。

(4) このように、手続的要素に重点を置いて考える基準がそれとして評価できることは確かである。しかし、この基準は本判決が予定しているように余罪の量刑上の考慮をめぐる全ての場面に妥当する基準であろうか。むしろ違法な第二類型考慮を判定する際の基準ではなからうか。そ

れは典型的な第一類型考慮の違法を導くには不十分ではないかと思われるのである。なぜなら、典型的な第一類型考慮は通常よりも重い宣告刑という形で明らかになるにもかかわらず、この基準は実際に下された刑の軽重を問題としていないように見えるからである。「実質的に余罪を処罰する趣旨」で考慮している点が第一類型考慮の違法を導くのであれば、余罪を問題としない場合に下される刑よりも実際の宣告刑が重くなっていることも、第一類型考慮を推認するファクターとなるものと思われる。その意味で、同種事犯に対する通常の量刑と実際に当該事件について下された刑の重さの比較という視点も基準の中に取りこむ必要があると思われる。

もっとも、実際に下された刑の軽重の点については、訴訟手続上の法令違反ではなく量刑不当の問題とする余地もある。²⁶⁾ しかし、控訴審の手続としては、量刑不当の問題を判断する以前に訴訟手続上の法令違反の点を判断するのが通常であり、²⁷⁾ 第一類型余罪考慮の違法のように手続上の違法を判断するために刑の重さの比較が必要であるということもあるのであるから、その段階で刑の重さを一つの判断要素として取り扱うことも不当とはいえないのではない²⁸⁾か。そこで、訴訟手続上の法令違反としての第一類型考慮を認定する基準において、実際に下された刑の軽重

という要素を取りこむことも可能だと考える。

さて、この場合、実際に下された刑の重さを量る基準となるのは、実務上形成されているいわゆる「量刑相場」であろう。ただ、量刑相場は、一般には公表されていないため、その内容を外部から厳密に判定することは困難である。また、量刑自体、事案に応じて一定の誤差が生じることがあらかじめ想定されているものである。そこで、これを基準の中の一要素として用いる場合には、「明らかに量刑相場から逸脱している場合」として考えるべきである。

以上の諸点に本判決前の違法判断事例において考慮された点も併せて考えると、第一類型・第二類型の余罪考慮の区別基準は次のようなものになろう。すなわち、①判決書の「罪となるべき事実」における余罪への言及の有無・程度、「量刑の理由」中の余罪考慮の記載の有無・程度、②実際に取り調べられた証拠の内容・立証趣旨、「証拠の標目」に掲げられた証拠の内容・立証趣旨、余罪関連証拠の証拠全体に占める割合等の手続面に関する要素を、実体面に関する③実際に下された刑が同種事犯に関する量刑として明らかに量刑相場から逸脱しているかどうかという要素とあわせて総合的に判断するという基準である。

(5) 実際のケースにおいてこの基準を適用すると、③を含む全ての要素が第一類型考慮を示唆する場合には、第

一類型考慮として違法となる。一方、③の要件を満たさない場合には、理論的には第二類型考慮がなされたものと一応推定されることになると考えられる。

ただ、後者の場合に当然に適法であるとするのは問題であろう。第一審裁判官としては余罪関連証拠の取り扱い、量刑上の考慮について説明する義務があるとも考えられるので、その点の説明を欠く場合には、第二類型考慮である、それを手続上明らかにしなかった違法があるものと言える。これを判断する際に働くのが、①②の要件である。つまり、①②の点で第一類型考慮を疑われるような場合には、第二類型考慮であっても手続上の違法があるものと認定して良いものと考えられるのである。

かくして、この基準は二つの意味を持つことになる。違法な第一類型考慮をその他の場合と区別する意味、及び、違法な第二類型考慮をその他の適法の場合と区別する意味である。

(6) さて、本判決は第一類型違法を認定するに際し③の点に触れていないが、もしこの点の考慮をしなかったのであれば、全面的には賛成できない。勿論、本件の場合には形式的には第一類型違法を認定しつつ実質的には第二類型の違法を問題としているとも読めるのであるから、その点からすれば①②の要素を考慮するだけで足りるとも考え

られる。しかし、そもそも第二類型考慮を認定するために、前記③の要素の不存在が予め認定されていなければならぬ。その意味で、実際に下された刑が量刑相場から逸脱しているか否かを考慮する必要がある。また、その逸脱の有無を判決中に明示することも、第一審裁判官に今後の指針を示すためには必要なことだと思われるのである。

五 結 び

理論的には第二類型違法を正面から認めて、その解釈上の根拠を明らかにして欲しかったところであるが、この判決の方向性は高く評価できるものであり、実務上の苦肉の策として本判決が示した解決策は意義のあるものと言えよう。今後、第一審裁判官としては、「余罪を實質上処罰した⁽³⁵⁾」とみなされないように、慎重に刑を量定することは勿論、手続上も余罪関連証拠の証拠採否決定を慎重に行うこと、また、いったん証拠として採用した場合には、取り調べる際に立証拠旨(いかなる情状立証のための証拠か)を明確にさせ、それを公判調書に適切に記載させ(刑訴規則四四一条一項二号)、判決書においては、「証拠の標目」に掲げる証拠を厳選し、余罪を量刑上考慮した場合には、「量刑の理由」の中でこれを考慮した趣旨等について説明

すべきことになろう。

ここで示されたような基準が実務上も活用されるようになれば、余罪関連証拠の採用自体に歯止めがかかり、量刑において余罪が考慮されること自体少なくなると思われる。また、かりに原審の量刑上の余罪考慮の仕方が問題となったとしても、第一類型・第二類型考慮の別が判決書上で明らかになっていければ、上訴審が判断する際にこれを参考にすることもできよう。

付記…この評釈文は一九九九年六月一二日に開催された第二回早稲田大学刑事法学研究会において私が報告した内容に加筆・修正を施したものである。同研究会においては、多くの先生方から鋭く厳しいご指摘を頂き、それに刺激されて今回加筆・修正にいたった点もいくつかある。この場を借りて、感謝の意を表したい。

- (1) 本件の評釈として、村越一浩「家庭裁判所における児童福祉法違反被告事件の訴訟手続について、現に地方裁判所に係属中の職業安定法違反の犯罪事実をも實質上処罰する趣旨で刑を量定した違法があると判断された事例」研修六〇八・二三(一九九九)。
- (2) 後に、地裁で四年間の執行猶予及び保護観察付の懲役二年の判決を受け、控訴。
- (3) 「余罪」の定義には様々なものがあるが、ここでは広く「勾留または起訴の対象となった犯罪以外の罪で未処罰のもの」とい

う定義による。中野次雄「余罪と量刑」ひろば二〇・九・二一
(一九六七)、山本和昭「余罪と量刑に関する一事例」判評四〇
五・五二、五三(一九九二)参照。

(4) この議論の内容については、三一(2)参照。

(5) この点について、違いを強調するものとして、村岡・前掲注
(一)二九。

(6) 最大判昭四一・七・一三刑集二〇・六・六〇九(後に最大判
昭四二・七・五刑集二一・六・七四八で確認)。

(7) この判例はそのほかにも後に余罪が起訴された場合の憲法三
九条違反を言うが、これは第一類型考慮の違法(違憲)を導く理
由と言ひ難いと思われる。この場合にはむしろ後の余罪につい
ての起訴の効力を問題とすべきであろう。この点につき、渥美東
洋「いわゆる余罪と二重危険禁止の原則」比較法雑誌一七・四・
一以下(一九八四)、青柳文雄「起訴されていない犯罪事実を量
刑の資料に考慮することの可否」判評九七・四五以下(一九六
六)参照。

(8) 厳格な手続を要求した上で結論として第二類型考慮を認める
のは、小松正富「余罪と量刑」熊谷弘ほか編「証法体系系一」七
二(日本評論社、一九八四)、田口守一「刑事訴訟法三三三(弘
文堂、一九九六)(ただし、「余罪が重大犯罪の場合、余罪が極め
て多数の場合あるいは余罪につき被告人が否認している場合等の
余罪考慮は、もはや当該公訴事実の評価の範囲内とはいえず、第
一類型の余罪考慮とみなすべきであろう」とされる)、中野・前
掲注(3)二三ほか。

(9) 理由付けの点に微妙なニュアンスの違いはあるが、鈴木茂
嗣・刑事訴訟法(改訂版)一九三(青林書院、一九九七)、平野

判例評釈(小島)

龍一・刑事訴訟法一八一―一八二(有斐閣、一九五八)三井誠
「起訴されていない犯罪事実を量刑の資料として考慮することが
出来るか」警研四七・五・六二、六七―六八(一九七六)、光藤
景皎・口述刑事訴訟法(中)一五一(成文堂、一九九二)ほか。
なお、松尾浩也・刑事訴訟法(下)(新版補正版)一三五頁(弘
文堂、一九九七)も「量刑資料としての余罪の利用は、なるべく
これを避けることが望ましい」とする。

(10) 名古屋高判平一〇・一・二八高刑集五一・一・九四、九七。

(11) 高刑集五一・一・九七―九八。本判决のこの記載は、原審判
示の(罪となるべき事実)の中の「平成九年五月六日」の直前
までの部分に関する(情状)事実を推知する資料として余罪関連
証拠が用いられたと見る余地があるということを言っていると思
えられる。

原審の(罪となるべき事実)は以下の通り。「被告人は、A
(昭和五五年一月二日生)が満一八歳に満たない児童であるこ
とを知りながら、かねてから不特定の遊客を勧誘し売春して金員
を入手するように強く求めていたものであるが、平成九年五月六
日午後五時ころ、名古屋市中区金山一丁目一四番九号所在の長谷
川ビル東側公衆電話ボックス前路上において、いわゆるテレクラ
を通じて連絡しあった不特定の遊客甲が同女に売春の申し込みを
するのを認めるや、同女に対し、右甲を相手に売春することを示
唆し、同日午後五時三〇分ころ、同区金山二丁目一五番一〇号所
在のホテル「エンペラー」二〇五号室において、同女をして右甲
を相手に手淫などの性交類似行為をさせ、もって、児童に淫行さ
せたものである。」同五一・一・一〇〇。

(12) 例えば、東京高判昭四二・九・二六高刑集二〇・五・六〇

一、東京高判平三・一〇・二九高刑集四四・三・二二二、大阪高判平三・一一・一四判夕七九五・二七四ほか。また、必ずしも違法判断が下されているわけではないが、この点を問題にしたものとして、大阪高判昭六〇・六・二二判時一六六三・一六一。なお、井戸田侃「起訴されざる余罪と量刑」判評三二七・六六、六九(一九八六)参照。

(13) 光藤景皎「余罪と量刑」ジュリスト年鑑一九六八年版三九八・四四三、四四六、松岡正章「余罪と量刑について」量刑手続法序説一一九、一八四—一八五(成文堂、一九七五)ほか。

(14) このように判決書の書き方次第で違法な第一類型考慮が認定されたりされなかったりする可能性があることを問題視するものとして、井戸田・前掲注(12)六八—六九、光藤・前掲注(9)一五一。なお、村越・前掲注(1)三〇の注(6)参照。

(15) 平成一〇年司法統計年報四・二二六によれば、児童福祉法三四条一項六号違反の罪で懲役刑に処せられた(男性被告人、延べ)九五名中七六名に対して、その刑に執行猶予が付されている。この点からすると、第一類型違法を理由として量刑相場に沿って減刑するのであれば、執行猶予付の判決が下される場合の方が多いのではないかとも考えられるのである。

(16) この「違法」判断は、現行刑訴法上、第一審裁判所において余罪関連証拠を証拠採用するのであれば、取調べの際にそれが本罪に関するどのような情状を推知させる資料であるか(立証趣旨)を明確にさせ、判決書においては、第二類型の趣旨で量刑上考慮したことを「量刑の理由」の中で説明する法的義務が課せられるとの理解を前提にする。その点の義務違反が違法を構成すると見るのである。

第一類型、第二類型の余罪考慮の区別という観点からすると、法律上量刑理由の記載を必要なものとし、その中で余罪考慮の趣旨をも明確にすることを義務付けるという手段が比較的分かりやすいものであろう。しかし、条文上は、証拠説明(証拠評価・心証形成の経緯等)も、量刑理由の明示も要求されていない(法三三五条参照)。この点からすると、法律上それを義務付けることは困難であるとも考えられる。しかし、第一類型と第二類型の区別を前提に第二類型の場合には余罪を量刑上考慮することを刑訴法が認めていると解するのであれば、両者の区別を明確にする意味で、裁判官が第二類型の趣旨で考慮したことを判文上明らかにするよう法が求めていると見ることも一つの解釈として可能ではなからうか。

(17) 前注参照。

(18) 村越・前掲注(1)二九は、このような配慮により本判決の違法判断が下つたとする。

(19) その意味で、高刑集五一・一・九五において参照条文として憲法三九条が掲げられている点については、多少疑問が残る。

(20) なお、それぞれの罪が規定されている法律が異なる(児童福祉法・職業安定法)点、同時審判の可能性がない点、犯行の日時や場所、行為態様等(日時におよそ一ヶ月の開きがあり、場所に關してもテラクラ經由ラブホテル内、ファッションヘルス店内の違いがあった)の点からして、本罪と余罪の間に広義の公訴事実の同一性(単一性・狭義の同一性)を認定するのは困難であろう。また、本件では本罪(児童福祉法違反の事実)が家裁の専属管轄(少年法三七条一項四号参照)に属するものであり、職業安定法違反事件と本件の審判を併合する道はないので、余罪との同

時訴追の可能性が認められない。そこで、仮に検察官の同時訴追義務ないし同時訴追可能性を基準に一事不再理効の客観的範囲を判断する見解をとっても、本罪についてくだされた有罪判決の一事不再理効によって、余罪の起訴(再訴)が遮断されるわけではない。

(21) 判例上このような場合に第一類型違法が認定されてこなかった点については、前記三(2)(4)参照。

(22) 本判決で「証拠の標目」の記載内容が問題とされている点からすると、形式的には、判決書において余罪を量刑上考慮した趣旨を一切表示しなければよいという見解を含むものとして読むこともできる。しかし、それではこの問題の本質的な解決には至らないだろう。そこで、私としては、本判決がここで述べたような理解を前提にしていると考える。

(23) この場合も三七九条の規定する「判決に影響を及ぼすことが明らか」な訴訟手続上の法令違反と言えるかどうかは問題である。そう考えると、第二類型違法の範疇が創設されても、被告人にとってはメリットが少ないことになる。ただ、こうした違法を問題にすることで裁判官の余罪考慮、さらには余罪関連証拠の採用・取調べに歯止めがかかることになろう。これは、量刑上の余罪考慮に余罪についての後訴遮断効を部分的にし、認めない制度の下では、被告人の利益になるものと思われる。このように、本判決は、最終的には余罪証拠を本罪に関する手続から排斥するために、中間項として第二類型違法の範疇を創設したとも言える。

(24) 三井誠「証拠の種類と証拠能力」法教二〇〇・一三二、一三六―一三七(一九九七)は、理論的には反対説の立場を主張しているが、実務が判例の立場で確定していることに配慮し、いわば

次善の策として第二類型考慮の「運用」において、「事実認定手続と量刑手続の明確化、立証事項の明示、量刑理由の明示、未起訴事実立証の厳格化などが要請される」としている。これは、こうした手続を現行法の解釈上義務付けることが困難なことを暗に示しているものとも考えられる。

(25) もっとも、本件のように余罪関連証拠の取調べについて弁護人の同意がある場合には、裁判所がこれを採用しないことは考えにくい。ただ、そうだとすると、これらの証拠を取調べる際に当事者に立証趣旨を明確にさせること、取調べた上でそれを量刑上考慮するのであれば「量刑の理由」の中でその趣旨を説明すること、「証拠の標目」欄にそれらの証拠を掲げるか否かを慎重に考慮すること等を裁判官に求めることは許されて良いのではなからうか。

(26) 量刑上の余罪考慮という論点自体についてこの点を指摘している」と読めるものとして、鈴木義男「余罪と量刑」高田卓爾・田宮裕編・演習刑事訴訟法二四七、二五三(青林書院、一九七二)。また、「量刑の理由」の記載が「はなはだ適切を欠くものであるとの非難を免れ難い」としつつ、量刑が妥当であるとして控訴を棄却したものととして大阪高判昭和六〇年六月二一日(判時一六三・一六一)。ただし、この事件では訴訟手続上の法令違反の主張がなされていなかったようであり、その主張があった場合にも同様の判断が下されていたと言えるかどうか疑問が残る。

(27) 鈴木・前掲注(9)二七七、平野前掲注(9)三一七参照。
(28) 現実的には、量刑相場を考慮してもいづれの類型の量刑考慮であるか判然としないことが多いために、手続面における客観的な基準が求められているとも言えよう。しかし、理論的には宣告

刑の軽重の点を基準の中の一要素として残しておく余地はあるし、その必要もあると思われる。

(29) 村越前掲注(1)二八参照。ただし、刑の軽重の要素については「言い渡した刑の軽重」とされ、量刑相場を直接問題にしているわけではない。

(30) 本件のように余罪関連証拠の取調へについて、被告人側の同意があった場合にも、この基準は適用できるだろう。しかし、被告人側の同意が余罪を実質上処罰することをも許容する趣旨でなされたような場合には、別の考慮が必要になるものと思われる。例えば、羽山忠弘「量刑上起訴外の罪を考慮すること―イングラントの「刑事裁判慣行」―大東法学一四・三三以下(一九八七)に見られるように、イギリスでは、公判で被告人が余罪を自認した場合、裁判所はその余罪をも処罰する趣旨で本罪の量刑上考慮し、訴追機関はそこで考慮された余罪については後に訴追しないという慣行がある。日本において、これを慣行として認めたり、さらには立法によって制度として保障するのであれば、その方が被告人にとってむしろ有利な場合も出てこよう。

問題は、そのような被告人の自認に基づいて第一類型考慮を許すことが、解釈上これを違法として禁止している趣旨を没却しないかという点である。これは、第一類型の違法が被告人の利益の点から導かれているのか、それとも公益上の理由から導かれているのか、という問題に還元できよう。つまり、被告人の利益だけが問題となるのであれば、被告人がこの利益を放棄した場合には第一類型考慮は違法ではなくとなり得るが、被告人の利益に還元できない公益上の考慮から第一類型違法が導かれているのであれば、それは被告人が放棄できるものではなく、このような余

罪考慮の違法性は阻却されないことになるのである。前者のように考えるのであれば、余罪についての訴追の排斥を条件に第一類型の余罪考慮を認めるという行き方にも理由があるということとなり得る。有罪答弁制度のない日本においてこのようなことを直ちに認めることには疑問もあるが、長い目で見ると、十分検討に値する解決策だと思われる。

(31) 前掲注(16)参照。

(32) 本判決の言葉を借りれば、公訴事実のほかに余罪事実をも認定し、「これをも処罰する趣旨で被告人に対する刑を量定した違法がある、との非難を免れない」という場合である。

(33) ここには余罪が量刑上考慮されなかった場合と第二類型考慮がされた場合とが含まれる。

(34) ここには余罪が量刑上考慮されなかった場合と、適法な第二類型考慮がなされた場合とが含まれる。

(35) 従来の意味での違法な第一類型考慮の場合と、実質的には第二類型考慮として違法な場合を含めて、である。