

別件逮捕の許容性の限界（一）

飯 田 忠 雄

- 一 問題の所在
- 二 別件逮捕・勾留の概念
- 三 令状主義の限界と発付の瑕疵の令状に及ぼす影響（以上本号）
- 四 余罪取調の許容性の限界（以下次号）
- 五 別件逮捕の違法性の根拠と限界
- 六 別件逮捕・勾留の下に取得された供述とそれに基づいて取得された証拠の許容性
- 七 別件逮捕・勾留の事前抑制と事後抑制
- 八 別件逮捕・勾留の許容性の根拠と限界
- 九 結 語

一 問題の所在

別件逮捕の違法性がやかましく論ぜられるに至ったのは、比較的近年のことに属する。東十条郵便局強盗強姦・強盗殺人事件（東京地裁昭和四二年四月一二日判決）、蛸島事件（金沢地裁七尾支部昭和四四年六月三日判決）、東京麻布連続放火事件（東京地裁昭和四五年二月二六日判決）、大阪保母殺し事件（大阪地裁昭和四六年五月一五日判決）などは、別件逮捕・勾留を違法とし、それによって得られた自白調査の証拠能力（証拠の許容性）を否定し、結局、犯罪の証明を欠くとして無罪の判決をしている。そのほか有罪とはなったが幾多の事件で別件逮捕・勾留が争点とされた。⁽¹⁾しかし、他方では、兇悪な殺人事件の捜査にあたっては、別件逮捕が当然の手段として用いられ、多くの事件を解決する有効な方法となった。例えば、昭和四六年五月に発覚した大久保清事件、昭和四五年一二月に発生した関西護国団事件、⁽³⁾昭和四七年一月発覚した愛知県武豊での三人殺し事件、⁽⁴⁾昭和四七年六月下旬発生の下関の金斗哲殺害事件⁽⁶⁾などはその適例であろう。そのみならず、計画的あるいは細心に証拠もしくは罪体を隠匿・滅失した犯罪では、令状請求に要する疎明資料の獲得は極めて困難であり、捜査の手がかりを得ることも不可能に近いのが実情であるため、いわゆる別件逮捕により被疑者から聞き出して裏付をとる方法をとる以外に、捜査の可能生がないことが多いので、こうした場合、別件逮捕は捜査の常套手段とされている。⁽⁶⁾しかも、これによって真犯人を発見できた事例が多く、そうした場合には別件逮捕に対する批判はほとんど聞かれない。別件逮捕が非難された事件は十件程度である。しかもそれは逮捕状発付手続の杜撰さが原因であり、捜査官側にだけ責任を負わせること

に疑問があると思われるものである。元來、令状主義は、捜査の行きすぎに司法的抑制を加えるための制度であるから、事前抑制の責任は裁判官にあるといわねばならないということにも一理あるからである。

学説の中には、別件逮捕を一般的に非難して、余罪についての取調一般まで、原則として禁止すべきものとするものがある。⁽⁷⁾このような論断は、犯罪捜査の可能性と人権保障との調整理論を、国民の社会生活の安全確保の立場から具体的・実際的かつ実践的に考えてゆく国民大衆の立場からは、その支持を得ていないものではなからうか。その証拠に、別件逮捕が非難された前例は、すべて自白以外に確実な証拠を取得し得なかつた場合であつて、別件逮捕によつて犯罪証明の証拠を取得し得た場合すなわち捜査官の見込が適確であつた場合には、別件逮捕はほとんど問題とされていなのが実情だと思われるからである。このことは、別件逮捕、余罪取調に対する非難が実は別件逮捕・余罪取調それ自体に対する抽象的・一般的非難ではなくて、別件の被疑者と本件の被疑者との同一性もしくは蓋然性の判断資料の具備不足という具体的・實際的な問題に対する非難であることを示唆するものではなからうか。この点は、究明してみなければならぬ問題の一つであらう。

次に、別件逮捕に対する非難が令状主義の空洞化、憲法の不遵守に対するものであることは、否定できないところであらう。ということになると、令状主義の空洞化または憲法不遵守の意味を明確にすることがこの問題を正しく把握する上で欠かすことのできないものであることがわかるであらう。すなわち、令状主義なるものは憲法上絶対的なものなのか、限界はないのか、限界として承認されるのは、憲法三三条、三五条によるものに限るのか、裁判官の令状発付行為の瑕疵は令状の効力に影響を及ぼすか、その瑕疵の有無の判断はいつ何人がするのか、その瑕

疵が令状を無効とするならば、令状なしに強制捜査をしたことになるが、それによって得られた犯罪証明資料を基礎とする公訴提起は無効となるかどうかということなど、いろいろの問題が存在する。

第三に、別件逮捕・勾留を利用してする被疑者の取調について、それは余罪についての取調であり、刑事訴訟法一九八条一項を根拠とする取調であるから合法とする考え方が⁽⁸⁾ある(余罪取調合法説)。これに対し、別件に対する本件を基準として考えれば、本件に対する令状なしに本件犯罪について被疑者を取調べることに該当するから、勾留中の被疑者に対する余罪の取調は令状主義に違反するから許されないとする考え方(余罪取調違法説)がある。⁽⁹⁾また、別件と本件(余罪)とを比較し本件(余罪)が別件より重大な犯罪である場合は、勾留中の被疑者の余罪取調を違法とする説⁽¹⁰⁾(重大余罪取調違法説)や、別件で逮捕・勾留した被疑者について、勾留期間の大部分を別件よりも犯状の重大な余罪についての取調に充当している場合は、勾留理由の消滅した別件勾留の下での重大余罪の取調すなわち違法勾留による余罪取調に該当するから違法とする説⁽¹¹⁾(違法勾留余罪取調違法説)などの折衷説がある。

正当な理由がなければ拘禁されないという憲法上の保障があるのだから、勾留理由の消滅によりその後の勾留が違憲として許されないことはいうまでもないが、被疑者の取調を任意捜査と解する立場からは、逮捕・勾留は取調の前提ではないから、違法勾留中の被疑者を取り調べても、取調そのものが違法となることはできない。しかし、勾留中の被疑者の取調を強制捜査と解する立場からは、違法勾留中の被疑者の取調は違法な強制力を加えての取調であるから、その取調そのものが違法であると解さざるを得ない。また、勾留中の被疑者についての余罪取調を客観的に把える立場からは、取調時における勾留が正当な理由を有するかどうかにより、違法勾留余罪取調か

どうかを判断する（客観説）。しかし、余罪取調を主観的に把える立場からは、勾留が正当な理由を有するかどうかには関係なく、捜査官の心裡にある別件逮捕・勾留の本件（余罪）取調への利用意図の有無により、余罪取調の違法性を判断すべきものとする⁽¹³⁾（主観説）。いわゆる別件基準説と本件基準説⁽¹⁴⁾との見解の相違は、右の客観説と主観説との見解の相違に基づくものと思われる。右に述べたように、勾留中の被疑者の余罪取調の許容性については、いろいろの見解が対立しているので、その最も合法かつ妥当な見解の追究をし、余罪取調の許容性の限界を明らかにすることが必要であると思われる。

第四に、勾留中の被疑者についての余罪取調の許容性の限界を画する条件の一つが本罪についての逮捕・勾留の合法性にあるとすると、余罪からみれば本罪は別件であるから、結局、別件逮捕・勾留の違法性の限界とその根拠が問題とされなければならないであろう。別件逮捕・勾留の違法性は、第一に、逮捕・勾留の基礎となる別件犯罪について、逮捕・勾留の法的要件を具備するかどうかにより、判断されなければならない。執行された逮捕・勾留それ自体についての合法・違法の判断である。

次に、勾留中の取調の主たる目的とされる犯罪（本件犯罪）を基準として別件犯罪を基礎とする逮捕・勾留の合法・違法が問題とされていることを考慮に入れなければならない。逮捕・勾留の基礎となった犯罪については、勾留の必要性が消滅した後における余罪取調の心要からの勾留の継続が許容されるかどうか、許容されるとするとの法的根拠と限界は如何なるものかが問題とされるであろう。

第五に、別件逮捕・勾留の下に取得された被疑者の供述の証拠法上の地位が問題となるであろう。別件逮捕・勾

留が別件を基準とした場合には形式的にも実質的にも適法であるとき、本件を基準としてみれば逮捕・勾留の理由がない場合に、別件逮捕・勾留そのものが憲法三八条二項および刑事訴訟法第三一九条にいう「強制、拷問又は脅迫」に該当すると認定することが妥当かどうか問題となる。逮捕・勾留そのものが本来強制であることはいうまでもないが、憲法、刑事訴訟法は、逮捕・勾留を適法にする手続を規定しており、また刑事訴訟法には逮捕・勾留中の被疑者の取調を許容した規定（刑訴一九八条一項但書）を有するから、適法な逮捕・勾留は、憲法・刑事訴訟法にいう「強制、拷問又は脅迫」には該当しないと解するのが正当であると思われるからである。それ故、別件逮捕・勾留が法律上の強制に該当するのは、それが違法または正当の理由なくなされた場合であると解するのが妥当であろう。別件逮捕・勾留の下での供述の証拠能力が争われるのは、このような場合であろう。ところで、ここに問題となるのは、正当の理由の認められない別件逮捕・勾留の下に取得された供述が強制による自由に該当すると解して証拠の許容性がないとした場合、その自由に基いて取得された証拠物件およびこれと被疑者との関連性は客観的事実であるが、これらもまた証拠とすることが許されないものかどうかということである。この問題については、判例、学説とも争いがあるが、これらもまた証拠とすることが許されないものかどうかということである。⁽¹⁵⁾最近の下級審判決理由および学説の多くにあらわれた概念法学的観念論は、⁽¹⁷⁾架空的事実と客観的事実とを区別して論ずることをせず、捜査行為の違法を、発見された客観的真實の存在を否定する原因として、刑事裁判の基礎に真實否定の擬制を置くべきことを主張している。このような一部の下級審判決および学説の論拠が正しいかどうかとも論究しなければならぬことであろう。

第六に、最近の下級審判決理由および一部の学説の中で、別件逮捕・勾留の事前抑制および事後抑制がとりあげ

られるに至ったので、この問題もまた、別件逮捕・勾留を語るにあたって避けて通ることはできない。事後抑制の問題は、判決裁判所による捜査規制を目的とする立場からのものである⁽¹⁸⁾ので、別件逮捕・勾留を違法とする立場からの主観的、演繹的方法論によって、客観的眞実を否定することになりかねないおそれがあると思われる。判決裁判所が捜査の抑制を目的として刑事事件の判決をすることは、刑事訴訟の目的を逸脱することになるのではなからうか。このことは十分に検討を要する問題であらう。

最後に、別件逮捕の問題は、犯罪捜査の可能性の限界と基本的人権の保障とがからみ合ったところにある。捜査の可能性は、令状主義の制度により（被疑者を逮捕する場合の被疑者の捜索および逮捕の現場での差押、捜索、検証を除いて）根本的な制限をうけている。令状の発付がなければ、証拠となる物件の捜索、検証、差押をすることができない。令状を得るためには、捜索、検証、差押をする理由および必要性を認める根拠を示す資料（疎明資料）を裁判官に提出しなければならない。ところが、計画的あるいは細心に証拠もしくは罪体を隠匿・滅失した犯罪では、いわゆる科学捜査も令状主義の支配下に置かれるため、捜査の場所的拘束をうけ、これによって収集しうる証拠資料には限度があり、令状請求に要する疎明資料の獲得は極めて困難であり、捜査の手がかりを得ることも、不可能に近い。したがって、このような悪質犯罪の発生があった場合には、見込捜査をする限界を広げる以外に方法がない⁽¹⁹⁾。犯罪の手法、現場の状況等から犯人であるための具体的条件を想定し、それに合致すると思われる人をすべて被疑者、参考人すなわち捜査対象として、捜査に着手する以外に方法がないのである。これらの捜査対象の範囲内にある人について、動機およびアリバイの捜査を密行し、動機がないかアリバイの成立する人を、被疑者、参考人から

除外してゆき、動機があると認められ、かつアリバイの成立しない人が残った場合、それを被疑者とするのが捜査の常道となっていると思われる。ところが、動機およびアリバイの捜査を、聞き込みその他の任意捜査をもってしては、ほとんど有効な成果が得られないことが多いのが実情であろう。特に都市での犯行となるとその傾向が強い。したがって、犯罪が世間の注目をひかれない軽いものであれば、捜査を放棄してしまふ傾向があるが、世間の注目をひく重大事件（人心を不安に陥れる事件）の場合には、捜査を放棄するわけにはいかないので、動機およびアリバイの捜査の必要から、いわゆる別件逮捕により被疑者から聞き出して裏付をとる方法をとる傾向が生ずると思われる。

この場合、動機およびアリバイの捜査は、多くの場合に、逮捕の根拠となった別件についての取調の一環としてなしうるもので、本件の捜査は、捜査官の意識の中にあるに止まり、外部に明確に表明されるものでないことが多いので、いわゆる別件逮捕として問題になることは少ない。ところがいわゆる三億円事件⁽²⁰⁾、東十条事件⁽²¹⁾、六本木事件⁽²²⁾、蛸島事件⁽²³⁾等におけるように、捜査官の主観的思い込みを根拠に、捜査官の希望する自由を得ようとするための別件逮捕は、動機およびアリバイの捜査を客観的立場から行って容疑者をふるいにかけてやうとする合理的捜査方法ではない。そこには、捜査における客観的合理主義はみられず、客観的実体的真実の追求は、捜査官の主観的偏見による自由の強要により排除されてしまっている。このような捜査における主観主義は、きびしく排斥されなければならないであろう。しかし、そうだからといって、客観的に根拠のある合理的な別件逮捕まで排除しなければならぬものだろうか。例えば、いわゆる狭山事件⁽²⁴⁾における恐喝未遂や、下関の金斗哲殺し事件⁽²⁵⁾における私文書偽造・同行使のような、本件捜査の過程で発見された関連犯罪（それは法律的には別件であるが社会的見地からは本件と一体をな

すとみられるもの)について逮捕(実質的には別件逮捕)し、本件についての取調を行って自白を獲得し、その自白に基いて物的証拠となるもの、または証人となるものを、客観的かつ合理的に行なうことまで、別件逮捕として違法としなければならぬものであろうか。もし、このような捜査方法もまた、現行法上許容されないと解すべきものとするならば、計画的かつ綿密に証拠を隠滅した悪質、非人道的犯罪についての犯罪捜査は、令状主義の主観主義的主張の前に、その可能性を失なわざるを得ないであろう。

捜査、検証、差押が令状主義の下に嚴重に制限されている現行制度の下では、罪体や犯罪供用物の隠匿場所を知るためには、被疑者の供述を裏付ける方法以外に、有効な証拠の収取手段はない。自白に基づく取得以外の方法では、罪体や犯罪供用物と被疑者との関連性を確保する有効な方法はない。犯罪捜査における自白の決定的地位がここにある。

右に述べたような現実問題をふまえて、別件逮捕・勾留の許容性の根拠と限界を論究するのだけければ、概念的観念論をふりまわしてみても、説得力は生じないであろう。現実問題を解決するための捜査方法の法的許容性の法拠と限界をどこに置くかは、憲法の全体規定から導き出される法的精神をどのように理解するかによって定まるであろう。

(1) 法律時報四二卷一二号三八頁以下、「別件逮捕の実態と問題点」参照。

(2) この事件の被疑者は、被害者A誘拐の嫌疑で逮捕され、誘拐殺人について取調をうけたが、逮捕後十三日を経過してようやく自白した。さらに死体となって発見された被害者Bの強姦殺人も自白し、避任用具を現場に置いてきた旨の供述をしたので、この供述に基いて現場を捜索、被疑者のいう証拠品の避任用具など十数点を発見、供述の裏付捜査を開始すると共

に、公開捜査中の行方不明の女性六人について追跡調査を行った。被害者Aについての逮捕・勾留を、被害者Bの誘拐・殺人に切りかえ、他の被害者六人について誘拐・殺人で取調を行い、自白の裏付資料がとれた事件から、次々と令状をとり、逮捕・勾留をつづけることにより、次々と死体を埋め隠匿した場所を自白させ、被害者の指示する場所を掘って死体を発見し、事件の全貌を解明した。別件逮捕・勾留による事件解決の代表的なものである。

(3) この事件は、関西護国団の内紛から同団阪神本部長Nおよびバー経営者Yとが射殺され、Yの死体が六甲山中に遺棄された事件である。この事件の捜査にあたっては、警察は四〇人の捜査員を別件捜しに投入、暴力行為、不純異性交遊の青少年愛護条例違反等で同団員二〇人を別件逮捕し、ポリグラフにかけ、少しでもクロの反応が出れば徹底的にしぼり上げる方法をとった。そして、被害者が行方不明になってから五四日目に、関西護国団の幹部Rの自白を得、その自白に基いて六甲山中を捜索、雑木林に埋められたYの射殺死体が発見された。R等の被疑者三名について死体遺棄で令状が発付され、R等は再逮捕され、さらに殺人の嫌疑で取調をされた(昭和四六年一月二九日読売新聞による)。

この事件は、典型的な別件逮捕・勾留を利用した捜査であるが、これに対するマスコミの非難はなく、また学者の見解も、兇悪な暴力団から市民を守るという面から、このような別件逮捕はやむを得ないとするものであった。このことは、結局、別件逮捕の違法性の議論は、結果のよし悪し(客観的に犯罪を裏付ける証拠物件が取得されたかどうか)に基いてなされるものとの見解を裏付けているようである。

(4) この事件は、被害者Aの土地、建物などを奪取する目的で被害者Aその内妻BおよびBの親せきのCを次々に殺害し、排水そうに三人の死体を押し込め、上からセメントを流し込んで死体を隠匿し、現金三万円およびAの実印、預金通帳などを奪取した事件で、昭和四六年五月二日に実行された。被疑者は、殺人実行後、Aの土地、建物の名義人となり、Aが行方不明になった後にAの銀行預金を引き出したことが警察の調査で判明したため、窃盗、私文書偽造、同行使、詐欺などの嫌疑で昭和四七年一月五日逮捕された。警察では被疑者をA、B、C殺害の容疑で取調べたが、同年一月四日の朝に至って、

殺人および死体の隠匿場所の自白を得て、それに基づいて死体を発掘し、事件は解決された。この事件は、別件逮捕・勾留を利用して別件より重大な殺人事件について被疑者を取調べ、その結果取得された自白に基づいて死体を発見し、殺人・死体遺棄の行為と被疑者との関連性を立証したものである。(昭和四七年一月六日および一月十五日付読売新聞による)。

(5) 昭和四七年六月二十八日下関市丸山町の暗がり、同市の不動産業者金斗哲という人がその所有車内で絞首され、死体は五キロ離れた同市彦島の宅地造成地に埋められたが、六月三十日広島中央郵便局発信の呼び出し電報が届いていたので、電報頼信紙の筆跡鑑定から、店員の大庭が電報の発信人であることが判明した。そこで、大庭を私文書偽造・同行使罪で逮捕し、金斗哲殺人について取調べ、死体を埋めた場所および共犯者についての自白を得、七月二十九日から三〇日にかけてシヨベルカー四台と捜査員約百人により大庭の自供した場所を直径一〇メートル深き三・七メートルにわたって掘り起こして死体を発見した。(昭和四七年七月三十一日付読売新聞による)。

(6) 谷口正孝「他事件で勾留中の被疑者の取調べ」刑判例百選(別冊ジュリスト)三七頁参照。

(7) 小田中聰樹「別件逮捕・勾留問題にみる人身の自由と令状主義」法律時報四二卷一二号一〇頁参照。また、法律時報四二卷一三号「別件逮捕の実証的検討」三〇頁、および内田文昭「別件逮捕」刑事訴訟法の基本問題四六講一四四頁―一四五頁参照。

(8) 荻部候雄・伊藤実「別件逮捕勾留の違法性」法律のひろば二三卷三号一三頁参照。なお、蛸島事件の判決理由(金沢地裁七尾支部昭四四・六・三判決)刑事裁判月報一卷六号六五七頁参照。この判決理由に引用された検察官の見解は、別件逮捕勾留それ自体が適法であれば、これを利用して余罪取調べは合法としている。帝銀事件第一審判決理由(最高裁判事判例集九卷七二五頁)は、別件逮捕による本件取調べ適法説をとっていると思われる。

(9) 昭和四二年八月三十一日最高裁決定(刑集二二卷七号八九〇頁以下)理由に引用された弁護人天野憲治の特別抗告申立(右刑集二二卷七号八九三頁以下)は、別件逮捕についての問題点は「被疑者の逮捕・勾留において、その理由とされた被

疑事実(形式的被疑事実)と実際に取調べられている被疑事実(実質的被疑事実)とが食い違っている場合、いかなる判断をするか」にあるとし、これを①「形式的被疑事実以外の取調べは一切許さない」とする見解と、②「形式的被疑事実と実質的被疑事実が相違する時」特定の限界内で実質的被疑事実の取調べも許されるとする見解とに大別する。そして、②の場合をさらに三つの見解に分け。③「客観的に見て、実質的被疑事実の方が、形式的被疑事実に比べより軽微な事実である時は許されるが、そうでない時は許されない」とする見解、④「主観的にみて捜査機関が、形式的被疑事実以外の事実を取調べる目的で逮捕・勾留することは許されないが、そうでない時は許される」とする見解、⑤「捜査機関が専ら形式的被疑事実以外の事実についての取調べのみを目的として逮捕・勾留しない限り、すべて許される」とする見解を挙げている。

右の特別抗告申立は、「もし裁判所に対して右自由拘束の理由および必要として述べたこと(形式的被疑事実)と実際のその後の取調べ(実質的被疑事実)とが相違したのであれば裁判所が第三者として自由拘束の理由および必要を判断することの意味はなくなってしまう、……憲法はその実効を失ってしまう」、また、「憲法ならびに刑事訴訟法には、一つの被疑事実につき逮捕・勾留されている被疑者につき、別の被疑事実で勾留することを禁ずる規定はない。従って、……捜査官は逮捕・勾留の理由となった事実以外につき取調べようとする時は、その被疑事実につき、勾留を裁判所に請求し、司法的抑制の機会を与えなければならない……また取調中別件につき任意に自白があった場合には、その時直ちにその別件につき勾留を裁判所に請求すべきである。」という。

なお、田宮裕「別件逮捕・別件勾留」総合判例研究叢書・刑事訴訟法⑩二一二頁参照。

(10) 東京麻布連続放火事件(東京地裁昭和四五年二月二六日判決) 刑事裁判月報二巻二号一三七頁以下、判例時報五九一号四一頁は、「……乙事実が甲事実と比較しより軽微であるとか、同種事犯であるとか、密接な関連性がある事犯であるなど……に該当すると認められないかぎり、……いわゆる余罪捜査という形で甲事実による身柄拘束を利用して乙事実を捜査することは許されない……。」

(11) 大阪保母殺し事件第一審判決(昭和四六年五月一五日大阪地裁判決)判例時報六四〇号二四頁は、「甲事実についての逮捕・勾留期間の全部あるいはほとんど大部分を乙事実の取調に利用した場合」および「甲事実についての嫌疑あるいは逮捕・勾留の理由、必要性が消滅したにも拘らず、残余期間の乙事実の取調に利用した場合」は、「令状主義の法的制約を潜脱し捜査の便宜と必要性にのみ傾斜したものであって、憲法三三条に違背し」、「違法になる。」とくに前者の場合は、「その逮捕自体が違法になるもの(いわゆる違法な別件逮捕)」と解せられ、「従って乙事実についての取調のみならず、甲事実についての取調も違法となる。」と説示する。

なお、大津地裁昭和三五年一月一七日決定下級刑集二卷一一二二号一六〇五頁以下参照。

(12) 田宮裕「逮捕・勾留の競合」総合判例研究叢書・刑事訴訟法(6)二一〇頁参照。なお、飯田忠雄「犯罪捜査の法律的结构」神戸学院法学一卷一号四九頁以下参照。

(13) 捜査官が別件逮捕・勾留による被疑者の身柄拘束状態を利用して専ら又は主として本件の取調べをする意図を有すると認められる場合には、別件による逮捕・勾留は違法なものとして却下されるべきであるとの説がこれである。いわゆる狭山事件第一審判決(浦和地裁昭和三九年三月一日判決)下級裁判集六卷三・四号二〇六頁以下、判例時報三六九号八頁下段参照。なお、大阪保母殺し事件第一審判決(大阪地裁昭和四六年五月一五日判決)判例時報六四〇号二五頁第二段は、取調の認容限度を判断する主観的要素として、「捜査官が本件を取調べるにつき令状主義による司法的抑制を潜脱する意図を有していたかどうか」を掲げている。

(14) 松尾浩也「別件逮捕と自白の許容性」ジュリスト四三二号・一〇九頁以下参照。

(15) この問題について、別件逮捕・勾留の下に取得された自白およびこれを疎明資料とした本件逮捕・勾留中に取得された自白はすべて証拠能力がないとした下級審判例として、東京地裁昭四五・二・二六判決、金沢地裁七尾支部昭四四・六・三判決がある。また、違法な差押手続によって押収した物の証拠能力を認めた判例としては、最高裁昭二四・一二・一三判決、

最高裁判特報二三号三七頁、仙台高裁秋田支部昭二八・一〇・六判決、高裁判特報三五号九四頁、東京高裁昭二八・一一・二五判決、高裁判特報三十九号一〇二頁（令状によらない違法な押収であっても、ただちにその物の証拠能力に影響を及ぼすものではない）。違法押収手続による押収物の証拠能力を否定した判例には、大阪高裁昭三一・六・一九判決、高裁判特報三卷一二号六三一頁（令状によらない搜索差押は憲法三五条に違反するから、押収物は証拠とすることを禁止される）、横浜地裁昭四六・四・三〇判決、判例時報六三六号九七頁（憲法三五条違反の搜索差押手続により得られた物件は証拠としての許容性がない）がある。

学説も分れて、証拠能力を比較的厳格に制限しようとする説と、比較的緩やかに解する説とに分れているが、収集手続に重大な瑕疵がある物件には証拠の許容性がないとする点では、ほとんど一致していると思われる。前者に属する学説としては、平野竜一・刑事訴訟法（法律学全集）二二九頁、平場安治・改訂刑事訴訟法講義一七八頁、井上正治・刑事訴訟法原論一六七頁、後者に属する学説としては、団藤重光・新刑事訴訟法綱要七訂版二七二頁以下、青木英五郎・証拠能力の制限に関するその他の問題（法律実務講座・刑事編・九卷・一九六九頁所収）、青柳文雄・刑事訴訟法通論上二六三頁、高田卓爾・刑事訴訟法（現代法律学全集）二〇二頁（令状主義の根本趣旨に違反して得られた証拠は、証拠能力を否定すべきものとする）などがある。

(16) いわゆる大阪保母殺し事件第一審判決（大阪地裁昭四六・五・一五判決）判例時報六四〇号二〇頁以下、いわゆる蛸島事件第一審判決（金沢地裁七尾支部昭四四・六・三判決）刑事裁判月報一卷六号六五七頁。

(17) 具体的事件を個別的に掘り下げて妥当な解決方法を発見する方法をとるのではなく、法概念を觀念し、これを演繹的に具体的事件に適用していくものであって、客觀的事実を、觀念された法概念を通してのみ觀察し、処理しようとする立場である。例えば、別件逮捕・勾留の下に取得された自白に基いて発見された物件は、無効の自白に基づく物件だから無効（証拠能力がない）とする考え方がこれである。

(18) 平野竜一・刑事訴訟法(法律学全集) 二二九頁は、証拠を排除することによって、最も有効に証拠収集に際しての違法行為を防止できると説いている。なお、田宮裕(総合判例研究叢書・刑事訴訟(16)二二四頁) 別件逮捕参照。

(19) 関沢正夫(警察庁刑事局調査統計官) 「別件逮捕と警察捜査」法律のひろば二二二卷三三八頁参照。

(20) 法律時報四二卷一二号三八頁参照。

(21) 法律時報四二卷一二号五二頁参照。

(22) 同右五五頁参照。

(23) 同右五〇頁参照。

(24) 同右五七頁参照。

二 別件逮捕・勾留の概念

別件逮捕に関する問題を論ずるにあたって、まず明確にしておかなければならないことは、別件逮捕・勾留という言葉で何を意味するかということである。一般的・抽象的にいえば、ある捜査中の事件についての被疑者を、その被疑者が犯した別の事件の被疑者として逮捕・勾留することが、別件逮捕・勾留である。しかし、今日論ぜられる別件逮捕・勾留は、このような一般的・抽象的なものではない。そこで、まず判例にあらわれたところをさぐり、ついで学説の見解を明らかにしたいと思う。

一 判決理由にあらわれた別件逮捕・勾留の概念

別件逮捕・勾留が裁判上問題とされた最初の事件は、いわゆる帝銀事件である。この事件の上告審判決理由によ

び上告趣意にあらわれたところから、弁護士および最高裁判所の見解をみれば、次のとおりである。

帝銀事件においては「別件逮捕勾留」という言葉は用いられていないが「便法捜査」という言葉が示されている。

犯罪の証拠資料の収集方法としての「軽微な犯罪を理由に勾留し、その勾留を利用する方法」である。弁護士は、この方法は「十分な嫌疑資料なしに容疑者を勾禁し、捜査官の見込んだ犯罪事実の自白を強要せしむるもの」と述べている。⁽¹⁾これに対して、最高裁判所は「軽微な事件について起訴勾留の手続をとった後、右勾留中の被告人を重大な事件の被疑者として取り調べたとしても、はじめから重大な事件の取調に利用する目的または意図をもって、ことさらに軽微な事件を起訴し、かつ不当に勾留を請求したものと認められない場合には、見込捜査、便法捜査と非難するに当たらない」旨を判示した。⁽²⁾ここにいわゆる便法捜査は、いわゆる別件逮捕勾留に当ると解してよいであろう。右の帝銀事件の判決理由および上告趣意に示された便法捜査すなわちいわゆる別件逮捕勾留の概念の構成要素を整理してみれば、弁護士が「比較的軽微な犯罪を理由に勾留し、その勾留を利用して十分な嫌疑資料のない重大犯罪の取調をすること」として客観的に把えたのに対し、最高裁判所は、これに「はじめから重大な事件の取調に利用する目的または意図をもってしたこと」という主観的要件をもって絞りをかけている。したがって、この主観的要素を欠いている場合には、比較的軽微な犯罪についてなされた逮捕・勾留中に、逮捕・勾留の要件のどのっていない比較的重大な事件について取調をしても、それは許容される余罪の取調であって、いわゆる別件逮捕・勾留ではないことになる。

昭和三九年三月一日のいわゆる狭山事件についての浦和地方裁判所の判決理由は、別件逮捕・勾留の概念につ

いて、帝銀事件における最高裁判所の見解を継承して、「当初の逮捕状及び勾留状に記載されている被疑事実について取り調べの意図がなく、専ら本来の目的とする事件の捜査の必要上該逮捕・勾留を利用するため、名を別件に籍りて、当初の逮捕状及び勾留状の請求をした」場合が別件逮捕・勾留であるとしている。⁽³⁾したがって、当初の逮捕状および勾留状に記載されている被疑事実についての取調意図の有無の認定が、別件逮捕・勾留であるかどうかの判断基準とされていることが知られよう。

昭和四二年四月一二日の東京地方裁判所の判決理由（いわゆる東十条事件における判決）においても、帝銀事件における最高裁判所の見解に従って、「当初より専ら本件捜査に利用する目的のもとに、「軽微な犯罪事実を採し出して来て逮捕・勾留する意図が明白に認められる場合が、不当な見込捜査、いわゆる違法な別件逮捕・勾留に該当するとしている。⁽⁴⁾」ここでも、捜査官の主観的意図が問題とされている。

いわゆる六本木事件（麻布連続放火事件）での勾留取消請求に関する特別抗告事件（昭和四二年八月三十一日最高裁決定のなされた事件）における特別抗告申立書⁽⁵⁾において、天野憲治弁護士は、「別件逮捕の概念内容は、被疑者の逮捕・勾留において、その理由とされた被疑事実（形式的被疑事実）と実際に取調べられている被疑事実（実質的被疑事実）とが食い違っている場合に、いかなる判断をするかということによって定まるもので、これについては、次の四つの見解が可能である」とする。第一見解は、「形式的被疑事実以外の取調べは一切許さない」とするもので、天野弁護士はこの立場に立つという。第二の見解は、形式的被疑事実と実質的被疑事実が相違する時、「客観的に見て、実質的被疑事実の方が、形式的被疑事実に比べ、より軽微な事実である時は許されるが、そうでないときは許

されない」とするものである。第三の見解は、「主観的に見て、捜査機関が形式的被疑事実以外の事実も取調べる目的で逮捕・勾留することは許されないが、そうでない時は許される」とするものである。第四の見解は、「捜査機関が専ら形式的被疑事実以外の事実についての取調べのみを目的として逮捕・勾留しない限りすべて許される」とするものである。⁽⁷⁾先に引用した帝銀事件における弁護士の見解は、右の第二見解に該当し、最高裁判所の見解は、幾分疑わしいが右の第三見解に立つものと解することができよう。狭山事件における浦和地方裁判所の見解は、第四見解に立つものと思われる。また、いわゆる東十条事件における東京地方裁判所の見解も、第四見解に該当すると解し得よう。

昭和四三年三月二六日の大阪地方裁判所の決定は「別件で逮捕・勾留中の場合、その勾留を利用して本件捜査をすることができるときは、本件による逮捕は、逮捕のむし返しになるとして却下の可能性がある」旨を指摘しているが、このことは、別件逮捕・勾留の概念として、さきに掲げた天野弁護人の四つの見解のうちの第一見解を否定するもので、恐らくは第四見解に立つものと思われる。⁽⁸⁾

昭和四四年六月三日の金沢地方裁判所七尾支部のいわゆる蛸島事件の判決もまた、基本的には帝銀事件における最高裁判所の見解に従って、いわゆる別件逮捕を定義している。すなわち、別件逮捕・勾留とは「……適法に身柄を拘束するに足りるだけの証拠資料を収集し得ていない重大な本来の事件（本件）について被疑者を取調べ、被疑者自身から本件の証拠資料（自白）を得る目的で、たまたま証拠資料を収集し得た軽い別件に藉口して被疑者を逮捕・勾留し、結果的には別件を利用して本件で逮捕・勾留して取調べを行ったのと同様の実を挙げようとするが如

「捜査方法」⁽⁹⁾であるとしている。

東京麻布連続放火事件すなわちいわゆる六本木事件の判決理由で、東京地方裁判所もまた、帝銀事件での最高裁判所の見解に従い、次のように、別件逮捕・勾留の概念を定立している。「ある重要犯罪について、証拠関係が十分なため直ちに逮捕・勾留の令状の発付を求め得ないのに、捜査機関が当初より右の重要事件の捜査に利用する目的で、その事件とは直接関連性もなく事案も軽微で、それ自体では任意捜査でもこと足りるような被疑事実を捉えて、まず、これによって逮捕・勾留の令状を求めて身柄を拘束し、その拘束期間のほとんど全部を、本来のねらうとする事件についての取調べに流用するような捜査方法である」というのである。この判決理由においても、捜査機関の主観的意図を、別件逮捕・勾留とするための要件としているが、特に本件とは直接の関連性のない任意捜査でもこと足りるような軽微な事件に基いての逮捕・勾留であること、および、拘束期間のほとんど全部を本件の取調べに流用することを強調し、客観的要件にしほりをかけている。

昭和四六年一月一日の岡山地方裁判所の決定では、「被疑者に罪証を隠滅する虞があつてその罪自体で十分勾留の理由および必要が存する場合、この罪と比較しても軽重を論断し得ない別の事案の取調べに、右の勾留が利用されていても、それが刑事訴訟法一九八条一項但書の趣旨に即して行なわれている限り、別件逮捕にあたらぬとして⁽¹¹⁾いる。この判例も、形式的被疑事実以外の取調べは一切許容しないと見る見解を排斥し、勾留中の被疑者について余罪取調をすることを許容するとの見解をとっている。また、本件と別件とが互いに関連し合う事実である可能性があるか、この可能性がなくても、別件自体で勾留の要件を具備し、本件事案と比較しても軽重を論断し得ないも

のであることを、別件逮捕・勾留に該当しないとする理由としていることは、注目すべきことであろう。⁽¹²⁾

いわゆる大阪保母殺し事件第一審判決⁽¹³⁾（大阪地方裁判所昭和四六年五月一五日判決）の判決理由では、逮捕後における甲事実（別件）乙事実（本件）の取調の態様の面から、別件逮捕・勾留を三つの類型に分類する。すなわち、第一類型は「捜査官が甲事実についての逮捕勾留期間の全部、あるいは殆ど大部分を乙事実の取調に利用した場合」、第二類型は「捜査官が甲事実についても実質的に取調をなし、残余の期間を乙事実の取調に利用した場合」、第三類型は「捜査官が甲事実についてのみ取り調べた場合」であるとする。そして、「第一類型に該当する場合」および「第二類型に該当する場合」であって甲事実による逮捕・勾留を継続する実質的理由が消滅した後における乙事実の取調をした場合」を以て違法としているから、右の場合を以て別件逮捕・勾留に該当するとしているものと思われる。ところで、右の大阪地方裁判所の判決理由は、従来の判例が、帝銀事件の最高裁判所の見解の枠内で別件逮捕・勾留を把握してきたのと異なり、別件と本件との軽重の比較評量や「はじめから重大な事件の取調に利用する目的または意図をもってしたこと」という判断基準を一切排除して、令状主義の実質的潜脱の有無を本件を基準として考察し、これを以て別件逮捕・勾留か否かの判断基準としている。そればかりでなく、第二類型に該当する場合で、甲事実による逮捕勾留の理由が存続しているときに、並行してなされた乙事実の取調であっても、別件である甲事実を基準とした本件（乙事実）の取調には認容限度が存在するから、その認容限度を超えた取調は、違法な別件逮捕・勾留となると解しているようである。⁽¹⁴⁾

右の大阪地方裁判所は、取調の認容限度として客観的要素と主観的要素とを掲げ、前者には、乙事実についての

逮捕勾留の要件の有無、甲事実と乙事実との軽重の比較、両事実の関連性、勾留中の取調による被疑者の利益、不利益などの問題があり、後者には、捜査官における司法的抑制の潜脱意図の有無および乙事実についての供述の自発的・積極性の有無をとりあげている。このことは、大阪地方裁判所の見解が原則として余罪の取調を許容せず、例外として余罪の取調を許容する場合の厳格な条件を示していることを意味する。そしてこの見解は、前に引用した六本木事件における特別抗告申立書の天野弁護士という第一見解を原則として採用し、例外として第二見解を併用しようとするものであろう。

また、右の大阪地方裁判所の判決理由では、甲事実（逮捕勾留の基礎とした犯罪）についてのみ取調を行い、乙事実については取調をしていない場合の別件逮捕・勾留を認めているが、このことは、捜査官側に司法的抑制の潜脱意図があることが具体的客観的事実を以て認められなくても、別件逮捕・勾留を認めるというのであるから、一つの事件を担当する捜査官が同時に別の事件についても捜査を始めれば、捜査官側の意図の如何にかかわらず、すべて司法的抑制潜脱の意図があるものと擬制するものに外ならない。

判例にあらわれたいわゆる別件逮捕・勾留の概念は、上述したとおりであるが、これをめぐって学説が展開される。次にこれを見ることにする。

- (一) 帝銀事件の弁護士山田義夫、松本嘉市、向山義雅、高橋義一郎の上告趣意・最高裁判事判例集九卷七一五頁は、「終戦前迄我が国の捜査機関が見込をつけた犯罪の証拠資料を蒐集する方法として慣行された所謂便法捜査に、(一) 行政執行法に基づく検束のむし返し、(二) 警察犯処罰令による二十九日の勾留、(三) 軽微な犯罪を理由に勾留し、その勾留を利用する等の方

- 法であつて、……容疑者の自由を拘束してその自白を強要し、その自白に対する裏付資料の蒐集であつた。かかる便法捜査は、……十分な嫌疑資料なしに容疑者を勾禁し、捜査官の見込んだ犯罪事実の自白を強要せしむるものである。」と述べている。
- (2) 帝銀事件上告審判決・最高裁大法廷判決昭和三〇年四月六日・最高裁判集九卷・六六八頁「検事がはじめから帝銀事件の取調に利用する目的または意図をもって、ことさらに日本堂事件を起訴しかつ勾留を請求したと確認するに足る事實は認められず、……またこの勾留に違法も不当も認められない……されば……検事がまず日本堂事件につき起訴勾留の手続をとつた後、帝銀事件につきさらに被告人の取調をしたからといって、これを違法違憲と解すべき理由はなく、……見込捜査、便法捜査と非難するは当らない。なお……右取調が直ちに自白の強制や不利益な供述を強要したことになる……。」
- (3) 狭山事件(善枝ちゃん殺し事件)浦和地裁昭和三九年三月一日判決・下級裁判事裁判例集六卷三―四号一一〇六頁は、「もし捜査機関において、当初の逮捕状及び勾留状に記載されている被疑事実について取調の意図がなく、専ら本来の目的とする事件の捜査の必要上該逮捕・勾留を利用するため、名を別件に藉りてこれを請求したのであれば、それはまさに別件逮捕及び勾留として違法であり、第二次の逮捕・勾留もまた違法・不当なものといわなければならぬ。しかしながら……当初の……逮捕及び勾留は、該逮捕、勾留の基礎となつた……各罪についての取調べに利用したものであることが認められる……。……たとえ逮捕・勾留の基礎となつていない事実であつても、たやすく発覚するに至つた……余罪についてはもちろん……関連する(罪)について、……取調をすることは何等法の禁ずるところではない……。」と述べている。
- (4) いわゆる東十条郵便局強盗強姦・強盗殺人事件の第一審判決(東京地裁昭四二・四・一二判決)下級裁判事裁判例集九卷四号四一〇頁、判例時報四八六号一五頁「……事件について逮捕できる程度の確実な具体的証拠の収集ができなかったので、捜査当局は、まず、詐欺事件について逮捕令状を求めて身柄を拘束し、その逮捕・勾留の期間のほとんど大部分を本件の取調に流用して被告人から本件につき自供を得、これに基いて本件の逮捕状、勾留状の発付を得たもので、しかも、当初より専ら本件捜査に利用する目的のもとに、前記認定のような単なるつけの未払にすぎないと思われるような無銭飲食詐欺

事実を探し出して来て逮捕・勾留するという意図をも明白に認めることができるのであって、いわば不当な見込捜査であり、いわゆる違法な別件勾捕・勾留に該当するものというべきである」と述べ、「違法な別件逮捕・勾留」という概念を定立している。

(5) 最高裁判所刑事判例集二二巻七号八九三頁以下。

(6) 同右八九三頁。

(7) 同右八九四頁。

(8) 大阪地裁昭和四三年三月二六日決定、下級裁判所刑事判例集一〇巻三号三三〇頁以下、判例時報五一四号八八頁「そもそも逮捕請求書に別件につき逮捕状が發布されている事実を記載させるのは、逮捕のむし返しを防止しようとする趣旨にでたものと考えられるのであるが、本件逮捕状発布当時別件の勾留期間がはじまったばかりであって、その勾留を利用して本件捜査を遂げることもでき、したがって本件逮捕に逮捕のむし返しになるとして却下される可能性も充分あったと考えられるから、本件の如き逮捕請求は違法であり、……」

(9) 嶋島事件の第一審判決（金沢地裁七尾支部昭和四四年六月三日判決）刑事裁判月報一卷六号六五七頁以下、判例時報五六三号二〇頁。

(10) 東京地裁昭和四五年二月二六日判決・刑事裁判月報二巻二号一三七頁・判例時報五九一四号四一頁第二段―第三段。

(11) 刑事裁判月報三巻一号六八頁、岡山地裁決定の理由に引用された準抗告申立の趣意によれば、検察官の主張は、「本件不動産侵奪は国有財産である池沼を埋立ててほしいままに侵奪した重大な犯罪であること、任意出頭に応じているとしても不動産侵奪の犯意を否認している現段階では関係者との通謀による罪証隠滅を防止するため身柄確保の必要があること、……別件と目される贈賄も本件不動産侵奪と密接に関連し合っていて、しかも両者の軽重を論ずることはできないものであるから、いわゆる別件逮捕にあたらぬ」というのであり、準抗告を受けた岡山地裁もこの検察官の主張を認め、岡山地裁裁判

官がなした勾留請求却下の裁判を取り消した。

(12) 同右、刑事裁判月報三卷一号七〇頁参照。

(13) 判例時報六四〇号二〇頁以下。

(14) 大阪保母殺し第一審判決(大阪地裁昭四六・五・一五判決)判例時報六四〇号二四頁以下は、逮捕後における甲事実、乙事実の取調の態様の面から、別件逮捕勾留を、三つの類型に分類して考察している。すなわち、①「捜査官が甲事実についての逮捕勾留期間の全部、あるいは殆ど大部分を乙事実の取調に利用した場合」②「捜査官が甲事実についても実質的に取調をなし残余の期間を乙事実の取調に利用した場合」③「捜査官が甲事実についてのみ取調べた場合」の三類型とする。そして、第一の類型に該当する別件逮捕勾留は、「令状主義の法的制約を潜脱し捜査の便宜と必要性にのみ傾斜したものであって、憲法三三条に違背し、その逮捕勾留自体が違法となるもの」と解している。また、第二の類型に該当する場合には、「甲事実による逮捕勾留を継続する実質的理由が消滅したのであるから、捜査官はただちに被疑者を釈放すべき義務があり、残余期間における乙事実の取調は、……憲法三三条に違背し……違法になる」が、「甲事実による逮捕勾留の理由が存続しているときに、並行して乙事実について取調べた場合」には、「その身柄拘束状態を利用して乙事実を取調べたことの一事をもって、ただちに当該取調を違法とすることはできない。」しかし、「捜査官が甲事実の取調べ時間以外の残余の時間を、何の制約もなく自由に利用できるものでないことは、令状主義の理念に照して当然のことであり、……別件である甲事実を基準とした本件(乙事実)取調の認容限度が存在するといわなければならず、その認容される限度内の取調べは適法であるけれども、その限度を超えた取調べは違法になる……」。「第三の類型に該当する別件逮捕勾留は、適法なものと考えられる」。そして、第二類型の場合の「取調の認容限度は、……具体的には、客観的要素として、(イ)乙事実について逮捕勾留の要件が具備していたかどうか(特に乙事実についての嫌疑の有無)、(ロ)甲事実と乙事実の犯罪として軽重の比較、(ハ)甲事実と乙事実の関連性、(ニ)甲事実による逮捕勾留中に乙事実を取調べることによって被疑者が蒙る身柄拘束期間、将来の量刑等につ

いての利益、不利益、主観的要素として、(イ) 捜査官が本件を取調べるにつき令状主義による司法的抑制を潜脱する意図を有していたかどうか、(ロ) 被疑者が乙事実につき、自発的、積極的に供述したかどうか等の各要素が、乙事実についての被疑者取調が甲事実についての逮捕勾留期間中において認容される取調の限度内のものであるか否か」にあると述べている。

二 学説にあらわれた別件逮捕・勾留の概念

別件逮捕の概念形成にあたっての学説の立場は一様でない。第一に、社会秩序の維持を重視する立場と、人権保障を重視する立場とが鋭く対立しており、折衷的立場をとる学説もある。⁽²⁾

社会秩序の維持を重視する立場の学説は、憲法第一二条が憲法により保障された自由及び権利の濫用の禁止およびこれの公共の福祉のための利用責任を規定すること、憲法第一三条が国民の生命・自由・幸福追求の権利の尊重を、公共の福祉に反しないことよって限界づけていることを根拠に、社会秩序の維持のために必要最小限の手段として別件逮捕が要求される場合には、人権保障と矛盾することがあっても、止むを得ないとして別件逮捕を是認する見解の下に、別件逮捕の概念形成をする。しかし、この立場においても、別件逮捕・勾留におけるすべての形態について合法とするのではない。別件逮捕・勾留は、重大な刑事事件の捜査に当って、ある特定の人を逮捕勾留して取り調べたいが、逮捕状を請求できるだけの疎明資料がないため、その人について逮捕状を請求できるだけの疎明資料の取得できる別の犯罪事件をさがし出し、その事件について逮捕状の発付を得て逮捕・勾留し、この逮捕・勾留を利用して、本件である重大な刑事事件についての取調をする場合の、別の犯罪事件を根拠とする逮捕・勾留を指していると解しているようである。⁽⁴⁾

このような意味での別件逮捕・勾留も、その要件が充足されている限り適法行為である。しかし、別件について勾留の必要性がなくなつたにもかかわらず勾留をつづけることは違法である。このような違法な別件勾留を継続して本来目的とする刑事事件について被疑者を取り調べることは、被疑者の取調自体は違法でないにしても、取調の効果を挙げるための手段として違法な勾留状態を利用してゐるから、取調手段の相当性を欠くといわねばならない。そこで、このような違法な別件勾留およびそれをするための手段としての別件逮捕の違法性が問題とされている。⁽⁶⁾

なお、社会秩序の維持を重視する立場からの別件逮捕・勾留の概念形成にあたっては、別件と本件との犯情・罪質の軽重の比較を重視する見解がある。別件逮捕・勾留の濫用が人権侵害の危険をとまなうものであることを認め、本件が別件よりも重大な犯罪であるかどうかにより、別件の勾留期間を利用しての本件取調の可否を判断しようとするものである。この見解をとる警察庁は「別件逮捕は社会通念上必要止むを得ないと認められる場合にのみ行なわれるべきもの」としているが、この場合の「別件逮捕」の概念は、かなり広く形成されており、ある犯罪について逮捕勾留した被疑者について、その勾留期間中に、他の犯罪事実に関する取調をする場合、この犯罪を基準（本件）として、その逮捕勾留を別件逮捕と解している。すなわち、ある犯罪について勾留中の被疑者について余罪の取調をする場合を、別件逮捕・勾留としてゐるものと思われる。そして、取調目的の余罪が逮捕勾留の基礎となつた犯罪に比し、犯情、罪質とも著しく重いときを、別件逮捕として問題となる典型的な場合であるとし、両者の犯罪に軽重の差がない場合および余罪が軽い場合には勾留期間の終了まで余罪の取調をしてさしつかえないが、余罪が重い場合には逮捕勾留した別件犯罪について勾留理由が認められなくなつたとき以後は、余罪を基礎とする逮捕

勾留をしなければならぬと解している。⁽⁷⁾この見解は、別件逮捕勾留による取調を原則として許容されるものと解しているが「納得のいく妥当な方法で行なわれるべきものである」から、余罪が逮捕勾留をした犯罪よりも重大な場合には、勾留理由がなくなった後は余罪による勾留がなされない限り、その余罪取調は許容されないとするものである。立論の背後に政策的なものがあり、論理一貫しないうらみがある。

しかし、警察庁の見解が提出される背景には、四つの重要な理由があることを認めなければならないであろう。

その一つは、悪質重大な犯罪については、捜査官に対する非常に厳格な訴追を要求する一般公衆の傾向が強いことである。⁽⁸⁾その二は、犯罪人は現行犯でもない限り拘禁状態において取り調べなければ自己の犯した重大犯罪について自白するものでないこと、⁽⁹⁾その三は、悪質重大犯罪については、証拠隠滅が綿密になされることが多く、自白を裏づける方法以外に捜査の手がかりが得られない事件が多いことである。第四は、捜査官、とくに検察官には裁判官が必要とする程度の心証形成を要求されていることである。⁽¹⁰⁾

(1) 関沢正夫「別件逮捕と警察捜査」法律のひろば二三卷三号七頁および苅部侯雄・伊藤実「別件逮捕勾留の違法性」法律のひろば二三卷三号一三頁以下はこの立場と思われる。

(2) 伊藤秋雄「いわゆる逮捕勾留の蒸し返しの違法性について」ジュリスト二七九号時の問題四一頁以下および小田中聰樹「別件逮捕勾留問題にみる人身の自由と令状主義」法律時報四二卷一、二、八頁以下参照。

(3) 鴨良弼「別件逮捕をめぐる法律問題」判例評論七一号(判例時報三七七号)一三三頁および石井一正「違法逮捕と勾留」法律時報三八卷四号九二頁はこの立場。

(4) 苅部侯雄・伊藤実「別件逮捕勾留の違法性」法律のひろば二三卷三号一〇頁以下参照。

- (5) 警察研究三五卷二号一四一頁「別件逮捕をめぐる論議について」参照。
- (6) 同右一四四頁下段参照。
- (7) 同右一四四頁—一四五頁参照。
- (8) 「ハールバット教授セミナー記録」日米比較刑事訴訟手続一九頁における安部検事の発言参照。
- (9) 平野竜一「証拠排除による捜査の抑制」刑法雑誌七卷一号三七頁参照。
- (10) 前掲注(8)参照。

人権保障を重視する立場からの学説は、憲法第一条による基本的人権保障、憲法三三条および三四条に規定する逮捕および拘禁に対する保障条項を立論の根拠とする。三三条は令状主義を規定するが三四条は令状主義を規定せず、拘禁理由の告知、弁護人依頼権についての規定であって、令状主義の規定ではない。にもかかわらず、人権保障を重視する立場の学説は、別件による逮捕と勾留を同一範疇でとらえ、ともに憲法が保障する令状主義の潜脱と形骸化であるとす⁽¹⁾る。もっとも、刑事訴訟法は、勾留は勾留状によってするを要するものとしているから、この意味では、勾留も令状主義の下にあるといえることができる。

この立場による学説からの別件逮捕・勾留の概念には、令状主義の潜脱と形骸化の主張が強く貫かれているが、その考え方は、逮捕勾留の基礎となった別件を基準として令状主義を考える(別件基準説)のではなく、別件による逮捕・勾留を利用して取調を行う本件を基準として令状主義に合致するかどうかを判断すべきであるとするもの(本件基準説)⁽²⁾である。

人権保障を重視する立場からの学説は、いわゆる本件基準説の立場に立つての主張を展開するものであるが、さ

らにこれは捜査官の主観的意図(別件逮捕・勾留を本件の取調に利用する意図)を重視する主観説と、このような捜査官の主観的意図の有無を要件としない客観説に分れる。

主観説では、「証拠関係が不十分なため直ちに本来の事件について逮捕勾留できないような場合、右事件についての取調にあてる目的で、軽い別件に名を借りて逮捕勾留し、その期間を本来の事件についての取調に流用すること」を別件逮捕という。この説では、別件による逮捕勾留を、本来の事件の取調に流用するという捜査官の意図を重視し強調する。したがって、このような捜査官の意図が認められないときは、別件逮捕勾留ではないことになるであろう。

客観説では、「証拠関係が不十分なため直ちに本来の事件について逮捕勾留できないと認められる状況の下に於て、比較的軽微な別の事件について被疑者を逮捕・勾留し、その勾留期間を利用して、比較的重大な犯罪である本来の事件について取調をすること」を以て別件逮捕とする。⁽⁴⁾この説では、逮捕・勾留の基礎となった犯罪より比較的重大な犯罪についての被疑者の取調がなされれば、右の逮捕勾留はすべて別件逮捕勾留であるとするもので、いわゆる余罪取調は、逮捕・勾留の基礎となった犯罪よりも比較的軽い犯罪についてのみ許容されるとするものである。捜査官が軽い別件に名を借りて逮捕勾留したかどうか、別件勾留期間を本来の事件の取調に流用する意図があるかどうかは、別件逮捕・勾留を認定する要件とはされていないのである。

主観説は、捜査官の主観に立ち入った定義をしているので、主観的意図が認定されない以上、逮捕勾留の基礎となった犯罪よりも比較的重大な犯罪についての余罪取調も許容されるべきものとの結論を引き出しうるから、客観⁽⁵⁾

説よりは考え方に弾力性があるといふべきであらう。

- (1) 小田中聰樹「別件逮捕・勾留問題にみる人身の自由と令状主義」法律時報四二卷一二号九頁四段目。
- (2) 松尾浩也「別件逮捕と自白の許容性」ジュリスト四三二号一〇九頁参照。
- (3) 伊達秋雄「いわゆる逮捕勾留の蒸し返しの違法性について」ジュリスト二七九号四二頁参照。なお、内田文昭「別件逮捕」刑事訴訟法の基本問題四六講一四三頁参照、庭山英雄「別件逮捕と被疑者の人權」法学セミナー一一頁参照。
- (4) 石井一正「違法逮捕と勾留」法律時報三八卷四号九四頁参照。
- (5) 伊達秋雄前掲ジュリスト二七九号四二頁参照。

折衷説は、人權保障と公共の福祉（社会秩序の維持）の両方の要請のバランスの上に別件逮捕・勾留を把え、定義づけを試みる。広い意味では、一つの被疑事実を基いて逮捕・勾留した被疑者を、その逮捕・勾留期間中に、他の被疑事実について取り調べる場合に、右の逮捕・勾留を別件逮捕・勾留というが、この中には、刑法・刑事訴訟法の解釈から、当然合法とされるものも含まれているので、そうした合法的な余罪取調の範囲内にあるものを除いて、許容されない別件逮捕・勾留に限定して把握すべきであるとする。すなわち、諸般の事情を考慮した上で、逮捕権の濫用と認定されるような場合に限定して、別件逮捕勾留の概念を定めようとするものである。この立場からは、甲罪の被疑事実で逮捕・勾留したが、実は甲罪の被疑事実については逃走・証拠隠滅のおそれ等はなく、専ら乙罪取調べの手段として甲罪の被疑事実で逮捕・勾留すること⁽²⁾が別件逮捕であるとする。この見解は、いわゆる別件基準説の立場から逮捕勾留要件の不備があり、本件基準説の立場から本件取調の手段としての別件逮捕・勾留を評価しようとするものである。すなわち、別件を基準として逮捕・勾留を違法と評価されることと、本件を基準

として別件による逮捕・勾留を本件取調の専用手段としているとの評価をなし得ることの両者を具備する場合が、許容されない別件逮捕・勾留とするものである。それ故、この立場の見解からは、右の二つの要件のうち、その一つが充されない場合には、別件逮捕・勾留ではないとして理解される。

右の折衷説における二つの要件の判断基準として、本位的一罪についてはその一部については発付された令状の機能はその全体に及ぶものであることはいうまでもないが、処分上の一罪の關係にある別罪についても、たとえその犯罪が直接に勾留理由を具備しない場合であっても、令状の機能は実質的にこのような犯罪の捜査にも及ぶものと解すべきであるとする見解が有力である。⁽³⁾すなわち、二つの犯罪が処分上の一罪の關係にある場合には、そのうち一つの犯罪について逮捕・勾留し、その逮捕・勾留を利用して、処分上一罪の關係にある他の犯罪について取り調べても、それは、いわゆる別件逮捕・勾留ではないと解するのである。

また、甲事件について起訴勾留された被告人を、勾留された犯罪より重大な犯罪である乙事件の被疑者として取り調べることは許容されると解されている。⁽⁴⁾ただ勾留の理由とされた事由が消滅しているのに、別罪の取調の目的で勾留を利用する場合には、⁽⁵⁾人権保障の見地から、これを別件勾留として許容すべきでないとする立場がとられるのである。

このような折衷説が生れてくるのは、犯罪捜査の可能性の限界を考慮に入れた場合、被疑者の逮捕・勾留を利用する取調を一般的に許容しない⁽⁶⁾とすることに疑問を持たざるを得ないからだと思われる。すなわち、社会秩序の維持に責任を負わされている捜査官の立場からは、別件逮捕・勾留は、犯罪捜査の可能性を保障する最も有効な手段

であり、これを禁止されては、犯人が綿密に計画して実行した証拠隠滅を覆えず手段はなく、捜査を放棄せざるを得ないのが現状であつてみれば、たとえ裁判の結果、別件逮捕を理由に無罪となろうとも、犯罪を立証する物的証拠を提示してもこれに証拠能力を認めず無罪としたのであれば、その責任は教条主義的偏見に陥った裁判官が負うべきものであることにもなりかねないから、一般的に別件逮捕を禁止することは賢明な途ではないであろう。したがって、人権保障と公共の福祉（社会秩序の維持）とのバランスのとれた見解を提示することによって、捜査の行き過ぎを排斥するとともに、別件逮捕・勾留の許容しうる限界を示すことに妥当性を見出したからに外ならないと思われる。

- (1) 鴨良弼前掲判例時報三七七号一三五頁参照。
- (2) 熊谷弘「ある夏の夜の架空対談」判例タイムズ一五〇号一六九頁以下参照。
- (3) 鴨良弼前掲判例時報三七七号一三五頁参照。
- (4) 谷口正孝前掲ジュリスト別冊刑法判例百選三六頁以下参照。
- (5) 同右三七頁参照。
- (6) 鴨良弼前掲判例時報三七七号一三三三頁参照。
- (7) 松本時夫「別件逮捕をめぐる理論と現実」法律のひろば二三巻三号一六頁参照。

別件逮捕・勾留の概念についての判例および学説の概要は、前述のとおりであつて、その概念内容は、細部の点では必ずしも一致していないが、「本件捜査の手段としての別件による被疑者の逮捕勾留」をいうとする点では反対はないようである。ただ問題となるのは、「本件捜査の手段としての」を客観的認定としての意味に解するか（客観

説、捜査官の主観的意図の意味に解するか（主観説）、ということ、「別件による逮捕勾留」を、それ自体が違法な場合に限ると解するか、それ自体の違法・合法を問わないと解するか、ということであるように思われる。余罪取調を一般的に違法とすべきであるとの説もないではないが、このような考え方には、現行刑事法の体系からは無理があると解されるから、これを一応棚上して整理してみれば、別件逮捕勾留の概念構造は次の四つになると思われる。その第一は、別件による被疑者の逮捕勾留が客観的資料から判断して本件捜査の手段とされていると客観的に認定される場合は、別件による逮捕勾留がそれ自体として合法・違法を問わず、別件逮捕勾留と解するものである。⁽²⁾その第二は、客観的に本件捜査の手段とされている場合であって、別件による逮捕勾留それ自体も違法な場合が別件逮捕勾留であると解するものである。⁽³⁾その第三は、捜査官が本件捜査の手段とする意図を以て別件による逮捕勾留をした場合が別件逮捕勾留であり、別件による逮捕勾留自体の違法・合法は問わないとするものである。⁽⁴⁾その四は、捜査官が本件捜査の手段とする意図を以て、逮捕勾留の理由がないのに別件で逮捕勾留をした場合が別件逮捕勾留とするものである。

概念は、客観的事実を理性的に認識するための手段とするものであるから、その内容を客観的に表示するものでなければならぬであろう。こうした考え方に従う場合には、概念構成に、捜査官の主観的意図を取り入れることは妥当でないといわざるを得ない。

次に、客観的立場からは、別件での逮捕勾留が本件捜査の手段とされていると立証できる場合が別件逮捕勾留であるから、逮捕勾留が本件捜査の手段とされていれば足り、逮捕勾留自体が適法になされているか違法になされた

かは、別件逮捕勾留に該当するかどうかの要件ではないと解しうるであらう。それ故、前記の四つの概念のうちでは、第一説が比較的妥当なものといふべきである。

しかしながら、従来の学説、判例の提示する別件逮捕勾留の概念には、いづれも重要かつ本質的な点で問題がある。それは、刑事訴訟が刑事事件を単位として行なわれるものであるという基本的な問題を考慮しないで、本件、別件という言葉を用いているために、本件、別件の「一件」を事件として把えずに、罪名として把えているにすぎないと思われることである。そのため、一個の刑事事件を構成する数個の事実があり、その一部についての疎明資料からみればA罪が成立するが、他の部分についてはB罪が成立し、A罪を構成する事実はB罪遂行に関連して成立したものである場合に、B罪構成事実を明確にする手段としてA罪構成事実をもって逮捕勾留をした場合をも、別件逮捕勾留と解しているのである。しかしこのような場合は、具体的事実の全体からみれば、別個の刑事事件について逮捕勾留したものではなくて、一個の刑事事件の判明した部分を基礎としてなされた逮捕勾留であるから、刑事事件を単位にみる限り、別件逮捕勾留ではない。実は重大な事件であるのだが、軽い罪名で逮捕勾留の手續をとったというにとどまるもので、取調べるに従つて罪名がより重いものに変更されてゆくものであるにすぎないものであるから、別個の刑事事件に基いてする逮捕勾留ではないといふのであらう。

右に述べたことを考慮するならば、別件逮捕勾留の概念は、刑事事件を単位とする概念構成をとるよう、修正を加える必要があることが認められるべきであらう。例えば、AがBを殺害して死体を殺害地より数キロ離れた埋立地に埋め、Bが旅行中であることを擬装するためBが行方不明になった翌日、Aは犯罪地から数百キロ離れた甲都

市に行つてそこからBを受信者とするB呼出の電報をB宛に送つたという事件において、捜査官は甲都市においてBに発信した電報頼信紙を差押え、その筆蹟鑑定から、頼信紙に記載された文字はBの筆蹟ではないことが判明したので、Bと何らかの關係のあつた人を参考人として任意出頭を求めて筆蹟をとり、鑑定の結果、頼信紙の記載者と思われる者を、文書偽造罪で逮捕状を請求して逮捕した。取調の結果、AがBを殺害したのではないかとの疑が生じてきたので、捜査官は、文書偽造について勾留を請求し、勾留期間のほとんどを殺人容疑で取り調べたところ、AはBを殺害して乙地（埋立地）に埋めたことを自白した。A立会の上捜査官がAの指示する場所を掘つたところ、Bの死体が発見された。この事件は、従来いわれているところによれば、いわゆる別件逮捕勾留に該当すると思われるが、そのような別件・本件の区別の仕方は、法条競合や牽連関係もしくは観念的競合関係にある行為について一個の刑事事件と解せず、罪名毎に刑事事件の成立を認めようとする考え方に等しいものであるといふべきものであろう。また、右の事例で、Aが電報を打つた行為は、犯人の証拠隠滅行為の一種であり、そうみる限りでは、殺人が成立すれば文書偽造は犯罪として問題とすべきものではないであらう。いいかえれば、Aの打電行為は、B殺人事件という一つの刑事事件の中に含めて考えてさしつかえないものといふべきものであろう。しかも、Aが偽装電報をわざわざ他の都市まで行つてBに宛てて打電したという事実は、Bが行方不明になっている以上、B殺害の疑いをAにかけたとしても、それほど不合理な見込ではないであらう。

右の場合、殺人による逮捕状は、AがB殺害事実を自白しない限り、発付される合理的根拠はないし、Aを逮捕して自白を得る捜査方法を違法と解し、他の科学的捜査方法を以ての捜査を要求したとしても、死体の所在や殺害

現場も判明しない段階で、どのような科学的捜査方法があるかというのであろうか。そのような要求が実は捜査官に不可能を強いるものである以上、結局は、殺人して死体を隠匿したような計画的殺人事件については捜査の放棄を要求するに等しいであろう。このような場合、合理的な見込捜査のみが捜査の可能性を保障するであろうが、こうした合理的な見込捜査をも令状主義に反するとして排斥することが法の要求なのであろうか。それは、観念論的形式主義の不毛の主張にすぎないのではなからうか。

事件単位毎に本件・別件を考える場合、従来、別件逮捕勾留として観念されてきたものの中には、実質的な別件逮捕勾留と、観念的な別件逮捕勾留とが含まれているように思われる。実質的別件とは、本件との関連性のない別件をいうのであり、観念的別件とは、本件との関連性があるかもしくは本件と同一性の範囲内にある行為が罪名において異なるために別件と観念されるものである。この実質的別件と観念的別件とを区別することは、後述するように、別件逮捕勾留の是非を論ずる場合に、重要な意味をもってくるもので、別件逮捕勾留の概念を形成する上で、本質的な要素となると思われる。

次に、別件逮捕勾留の概念をきめるにあたって、別件と本件との罪質を比較して、本件が別件と同程度以下である場合は別件逮捕勾留に該当しないが、本件が別件より重大である場合は別件逮捕勾留になるとする見解があり、⁽⁵⁾これがかなり有力となえられているので、これについて検討をする必要がある。

この見解は、本件が別件（逮捕勾留の基礎となった犯罪）よりも重大犯罪である場合に限って、本件取調の令状主義潜脱を問題にしようとするものである。別件逮捕勾留の違法性判断の根拠を、本件を基準とする令状主義の潜脱

に求めるのであるならば、本件が別件に比較して重大な場合に限らなければならない理由はない。本件が別件よりも軽い犯罪であっても、本件基準説の立場をとる限り、令状主義の潜脱であることに変わりはないからである。別件基準説の立場からは、別件手続が合法である限り、余罪の取調も合法的な勾留の下でなされるものであるから許容されると解するが、この場合でも、余罪が本罪より軽微でなければならぬ法律上の理由はないであろう。いずれにしても、別件逮捕勾留の概念を形成する要件として、本件が別件より重大である場合に限ることは妥当でない。

(1) 法律時報四二卷一二号三〇頁「別件逮捕の実証的検討」参照。

(2) 小田中聰樹、前掲、法律時報四二卷一二号一〇頁参照。なお東十条郵便局強盗強姦殺人事件一審判決参照。

(3) 松本時夫、前掲、法律のひろば二三卷三号一七頁参照。

(4) 荻部・伊藤、前掲、法律のひろば二三卷三号一〇頁参照。前掲・狭山事件の判決理由の見解参照。

(5) 松尾浩也「別件逮捕と自白の許容性」ジュリスト四三二号一〇九頁「いわゆる別件逮捕・勾留は、……甲・乙間に主従の関係がある場合、すなわち重大な甲事件（本件）捜査の手段として、軽微な乙事件（別件）を利用する場合に限るのが、……有効だと思われる。」

前掲、大阪保母殺し事件一審判決理由の中で述べられている見解は、余罪取調の認容限度を示す客観的要素として、「甲事実と乙事実の犯罪としての軽重の比較」を掲げている。

前掲「別件逮捕をめぐる論議について」警察研究三五卷二号一四五頁は、「甲罪に比し乙罪が犯情、罪質とも著しく重いとき」を別件逮捕として問題となる典型的な場合であるとす。

前掲、谷口正孝「他事件で勾留中の被疑者の取調」刑法判例百選別冊ジュリスト三六頁。

別件逮捕・勾留の概念は、前述したように、いろいろの観点から把握されるが、それに該当するかどうかの判断

は、事前判断か事後判断かが確かめられなければならない。別件逮捕・勾留の事前抑制を主張する論者は、最初の令状請求を厳密に審査して令状を発付すれば、いわゆる別件逮捕勾留を事前に抑制しようという。それは、令状請求書にある被疑者について、令状請求の基礎となった事件以外の一そう重大な事件の捜査がなされているかどうかを調査し、令状請求がその重大事件の取調の手段となっていると思われるときには、令状発付をしないことよって事前抑制が可能であるというのである。この論者は、別件逮捕勾留の事前判断の可能を主張するものである（事前判断説）。これに対し、多くの学説は、別件逮捕勾留であるかどうかの事前判断は困難であり、たとえ事前に察知できたとしても、別件についての令状請求が法律上の要件を具備しているならば令状発付を拒否し得ないから、事前抑制はできないものであるとする⁽²⁾。

別件逮捕・勾留を客観的に把える立場からは、捜査官の意図は客観的に立証できる程度に外部的行動に表現されているを要するから、事前判断はなし得ないと考えられる。すなわち、別件逮捕・勾留であるかどうかの判断は、別件による逮捕勾留を利用して本件についての取調が実行されて始めてなし得ることであるから、それは事後判断であると解さざるを得ない（事後判断説）。別件逮捕勾留かどうかを客観的に認定する立場からは、事後判断と解することはいうまでもないが、これを主観的に解する立場から考えても、捜査官が本件捜査の手段とする意図を有するかどうかは、事前に認知することのできないことであるから、結局、事後判断とならざるを得ないであろう。このことは、別件逮捕・勾留であるかどうかを判断するにあたって、別件と本件とが同一刑事事件を構成するものであるかどうかの判断を前置しうることを意味するであろう。同一刑事事件の構成部分をなしている別件と本件と

は、別個の罪名を以て表示されるとしても、実質的には包括して一事件とみるべきものである。したがって、このような関係にある別件を基礎とする逮捕・勾留を利用する本件についての取調は、形式的には関連事件の取調であるが、実質的には、一個の事件が数個の罪名にふれる場合に、そのうちの一個の罪名により逮捕・勾留をして、全部の罪について取調をする場合に該当するから、厳密な意味では、別件逮捕・勾留ではないといふべきであろう。⁽⁴⁾ いいかえれば、このような場合は、被疑者(被告人)が本件の犯人であることの蓋然性が別件によって裏付けられている場合なのである。

それ故に、別件逮捕・勾留の概念は、別件と本件とが密接な関連関係にある場合を除外して形成されるべきものであろう。いわゆる狭山事件の判決理由⁽⁵⁾において、裁判所は、恐喝未遂に使用された脅迫状の筆跡を調べた結果、それが被告人の作成したものと認められたため、その文面から、被害者の殺害に關係があるとして被告人から煙草の吸殻と唾液の任意提出を求めて血液型の鑑定の囑託をする等、本件である強盜強姦殺人の事件について取り調べることは、たとえ逮捕・勾留の基礎となっていない事実であっても、逮捕・勾留の基礎となった恐喝未遂に關連する強盜強姦殺人について取り調べることは、法の禁ずるところではないから、この事件はいわゆる別件逮捕・勾留に該当しない旨、説示している。すなわち、この事件における恐喝未遂によって逮捕し、強盜強姦殺人で取調べることは、前者が後者の蓋然性を立証する地位にあるものである限り、両者の關係は別件・本件の關係ではなく、一個の事件を形成するものであると解しているものと思われる。このことは、判例もまた、罪名は異つても、両者が一個の刑事事件として關連關係にある場合は、そのうちの二罪で逮捕・勾留し、他罪について取り調べても、それ

は別件逮捕・勾留の概念に該当しないとの見解をとっているものと思われる。

右のように解するとき、別件逮捕・勾留とは、本件と関連性のない別件を基礎とする逮捕・勾留を利用して本件の取調をした場合の別件による逮捕・勾留をいうものであると定義するのが妥当と思われる。

別件逮捕・勾留の本質は、本件を基準にして考察するを要することは、学説、判例とも一致していると思われる。それは、令状主義の潜脱行為である点にある。

そこで、令状主義の潜脱に該当すると認められる場合は如何なる場合かが確かめられなければならないことになるであろう。そのためには、令状主義の限界と発付の瑕疵が令状に及ぼす影響について検討することが必要となる。

(1) 川原誠「別件逮捕勾留の事前抑制試論」法律時報四二卷一一号二一六頁は、事前抑制可能論をとる。熊本典道「別件逮捕に対する制裁」判例時報五七七号九頁以下も、事前抑制可能論と思われる。

(2) 伊達秋雄「いわゆる逮捕勾留の蒸し返しの違法性について」ジュリスト二七九号四三頁、谷口正孝「他事件で勾留中の被疑者の取調」ジュリスト別冊・刑法判例百選三七頁、田宮裕・総合判例研究叢書・刑事訴訟法(1)二一四頁、松本時夫「別件逮捕をめぐる理論と現実」法律のひろば二三卷三号一六頁等参照。

(3) 捜査官が自から本件捜査の手段とする意図を表明することは考えられないし、たとえそのような言明をしたとしても、そのような主観的言明はそれだけでは真実の言明であるとはできないであろう。

(4) 前掲「問題の所在」の注(4) 武豊三人殺し事件、注(5) 下関金斗哲殺害事件においては、別件(逮捕勾留の基礎となった罪名)と本件(殺人事件)とは、包括して一個の刑事事件となし得るものであって、被疑者が本件の犯人であることの蓋然性が別件によって裏付けられると解しうるものである。

(5) 昭和三九年三月一日浦和地裁判決・下級裁判集六卷三・四号三〇六頁。

三 令状主義の限界と発付の瑕疵の令状に及ぼす影響

一 令状主義の憲法上の地位

憲法は、日本国民が、その主権に基いて確定したものであることは、日本国憲法の前文により明らかである。したがって、憲法に規定する国民の基本的人權の保障は、国民が国民に対して保障するもので、国民から独立した存在による保障ではなく、いわば国民内部の相互保障ともいべきものであろう。それ故、日本国憲法による人權保障は、国家権力による干渉に対する保障に限られないと解すべきであらう。個人的もしくは集団的加害者が国家の法秩序に違反して侵害する国民の基本的人權もまた、日本国憲法によって保障されていると解さなければ筋が通らないからである。ということは、憲法における法定手続の保障、令状主義、刑事被告人の諸権利等の規定は、国家権力による干渉を直接にうける人の基本的人權の保障手段（直接保障手段）であるが、国家の刑罰権や強制執行権は、不法者によって侵害される個々の国民の基本的人權を保障する手段（間接保障手段）であると解さなければならぬということである。

基本的人權の間接保障は、公共の福祉の保障の一つとして扱えられるべきものであり、憲法第一二条および第一三条は、このように解すべき法的根拠を与えるであらう。日本国憲法が個人の基本的人權の不可侵を規定する一方、憲法が保障する自由および権利の濫用禁止と公共の福祉のための利用責任を規定していることは、人權保障の意味を考察する上で、十分顧慮するを要するところであらう。

右のような国民の自由と権利の憲法上の地位が、逮捕、搜索、押収、住居侵入に対する保障の憲法上の地位に影響を及ぼすかどうかは、令状主義の憲法上の地位を知る上で決定的な意味をもつであろう。これについては、憲法第三三条および第三五条を、国民に憲法が保障した権利と解する説と、国家権力に対する許容・禁止の規定と解する説とが対立する。⁽²⁾

令状主義の保障の規定を、国民の権利を定めた規定と解する説は、アメリカ憲法修正第四条の規定するところを継承するものと思われる。最高裁判所大法廷の判例は、緊急逮捕を合憲としているが、それについての齋藤悠輔裁判官の補足意見は、これを物語っている。⁽⁵⁾

令状主義の保障の規定を、国家権力に対する許容、禁止の規定と解する説は、憲法における国民の権利保障を、国家機関に対する拘束であると解する立場に立っている。令状主義の規定を国民の権利を規定したものでなく、国家機関に対する拘束と解する限り、国民の権利濫用の問題は生じない。したがって、憲法第三三条、三五条は、公共の福祉を根拠に緩和解釈をすることはできないと解さなければならないことになるであろう。⁽⁶⁾

ところが、令状主義の保障規定もまた、国民の権利を規定したものと解すれば、権利の濫用と認めうる事態については、公共の福祉を確保する必要性から、憲法三三条、三五条の解釈も拡張・緩和することができることになるであろう。

令状主義の規定の性質をどう解すべきかは、憲法の該当規定を単独に解釈するだけでは明確にすることはできない。憲法の目的、精神から規定の真意をさぐる以外にないと思われる。

憲法第三三条は、現行犯の逮捕について、令状主義の保障を除外した。その意味について、「逮捕の緊急な必要性和犯罪の嫌疑が明白なため、裁判官の判断をまつまでもない」からだとする点では、判例、学説ともに争いはない。争をわれている点は、憲法第三三条にいう「現行犯」の意味についてである。この規定を国家机关に對する許容、禁止の規定と解する立場からは、現行犯の意味は厳格に解するのが至当だから、逮捕の緊急な必要性和犯罪の嫌疑が明白であっても、厳密な意味での現行犯以外は、令状主義の適用があるということになる。この見解を貫けば、令状主義の目的である人權の直接保障に欠けるところがないにしても、犯人によって侵害される國民の人權の間接保障に重大な支障を生ずることになりかねない。したがって、この見解に立つ限り、憲法第三三条の規定をアメリカ合衆國憲法改正第四條のように改正すべきだとの主張とならざるを得ない。憲法規定のために國民社會の安全が保護できないのであれば、そのような憲法規定はもはや國民の權利と安全の保障にとつて有害のものであり、實質的には憲法としての資格を失うものであらうからである。

しかしながら、憲法の改正が極めて困難である現状において、問題の解決のためには憲法を改正せよと主張するのは、問題解決の回避態度に外ならない。具体的な問題の解決にあたっては、憲法規定の文字解釈という硬直した解釈の立場に立つて、國民の社會生活の安全に重大な脅威を与える事態の防止に目をつぶるか、または、國民生活の安全を法に優先させる立場から、憲法の精神から外れない枠内で、國民の社會生活の安全を保障しうるよう修正解釈を認めるか、そのいづれかを選択せざるを得ないであらう。緊急逮捕を合憲とした昭和三〇年一月四日の最高裁判所大法廷判決の見解および補足意見⁽⁷⁾⁽⁸⁾は、後者の立場を選択していると思われる。ということは、令

状主義の原則を、厳格に憲法第三三条の文言通りに解すべきものではなく、国民の社会生活の安全の保障、いいかえれば人権の直接的保障のみならず間接的保障をも考慮に入れて、理解すべきものと解していることを意味するであろう。このような最高裁判所の見解は、憲法解釈の硬直化のため国民社会の安全の保障に目をつぶる愚かさを避け、生きた解釈をとろうとする賢明さをもつものといふべきであらう。

令状主義が憲法上絶対的な地位をもつものでないことは、憲法の規定自体において例外を設けていることの外に、右に述べたような根拠に基づくものである。これを要約してみれば、(イ) 令状主義による保障を国民の権利としてとらえる立場からは、権利の濫用にわたるような令状主義の保障の要求は認められない、また、(ロ) 令状主義による保障を国家権力に対する許容、禁止を意味するとしてとらえる立場からは、憲法規定を文字通りに厳格に解釈すべきであるとするが、国民社会生活の安全の保障を法に優先させる立場から、憲法精神の枠内での国民社会の安全の保障を可能ならしめるよう、国家権力に対する許容、禁止にも、解釈上の幅をもたせるのが至当だということになる。いづれにしても、令状主義の憲法上の地位は、直接的な人権保障と、間接的な人権保障との調整の上に認められるべき、相対的なものであると解するのが妥当な見解ではなからうか。

このような立場から、次に、令状主義の限界について検討を加えてみることにする。

(1) 昭和三〇年四月二七日最高裁大法廷判決、最高裁判集九卷五号九二四頁「憲法三五条……の法意は、同法三三条による不逮捕の保障の存しない場合においては搜索押収等を受けることのない権利も亦保障されないことを明らかにしたものである。」

この判決理由では、憲法三五条を捜索押収等を受けることのない権利の保障と解しているが、憲法三三条についても令状によらなければ逮捕されない権利と解していると思われる。

アメリカ合衆国憲法修正第四条もまた、不合理な捜索、逮捕、押収から人民が身体、家宅、書類、財産の安全を保障される権利として、令状主義による保障を把えている。

(2) 平場安治「緊急逮捕」法律学演習講座・刑事訴訟法一二〇頁は「憲法が逮捕に逮捕状を要求しているのは、許容・禁止の問題であり、元來逮捕という行為を行っても差支えないための条件である。」とする。

(3) アメリカ合衆国憲法修正第四条については、岩波基本六法昭和四八年版二二八頁「身体の自由」参照。

(4) 昭和三〇年一月四日最高裁大法廷判決、最高裁刑集九卷一三号二七六〇頁は、緊急逮捕についての判例の見解を示す。

(5) 昭和三〇年一月四日最高裁大法廷判決、斎藤悠輔裁判官の補足意見は次のようにいう。「憲法三三条中の現行犯として逮捕される場合を除いてはとある規定並びに同三五条中の第三十三条の場合を除いてはとある場合は、アメリカ憲法修正第四条と同じく、合理的な捜索、逮捕、押収等を令状を必要とする保障から除外する趣旨と解すべきものと考える。……従って、緊急逮捕の場合に逮捕状が発せられないとき、すなわち逮捕につき令状の裏打ちがないときでも、逮捕そのものは違憲でない……。」

(6) 平場安治「緊急逮捕」法律学演習講座・刑事訴訟法一一八頁は、緊急逮捕違憲説に立ちながらも、実務上の要求とくいちがったのは、結局は「憲法上の現行犯概念の狭隘」が原因であり、「現行犯を例外とした事が実は逮捕の緊要と証拠の明白にある以上、なにも現行犯だけに限る必要はなかった」という。

(7) 昭和三〇年一月四日最高裁大法廷判決、小谷勝重、池田克裁判官の補足意見「……令状主義の原則をもって捜査を規律して例外の場合を一切否定することは、捜査上迅速に被疑者の保全を必要とする場合があり、そのために被疑者を逮捕

することもやむを得ないと認められるようなときでも、これが許されないこととなり、捜査を全うし難いこととなるのである。憲法は、かかる場合の要請の合理性を認め、現行犯の場合には、裁判官の発する令状によらないでも逮捕できるものとして、令状主義の保障からこれを除外しているのである。蓋し、事態の性質上、急速を要するばかりでなく、犯罪の嫌疑が明白であって裁判官の判断を待つまでもないからである。……この理は、現行犯に限らず、その以外の右に準ずる場合に ついても考えられる……。」

(8) 昭和三十六年六月七日最高裁大法廷判決、最高裁判集一五卷六号九一五頁、池田克裁判官補足意見「……憲法三三条の令状主義は、現行犯の場合を除いては、必ずあらかじめ裁判官の令状を得なければ絶対に逮捕し得ないことを規定したものとみるべきではなく、逮捕には、必ず裁判官の令状の裏づけを必要とすることを規定した趣旨と解するのが相当である。」

二 令状主義の限界……令状欠の正当化事由

(一) 逮捕の場合

日本国憲法第三三条および第三五条を、捜査機関に対する許容、禁止の規定と解する立場からは、令状は逮捕、搜索、押収、検証の許容条件である。したがって、令状不要とされる「現行犯逮捕の場合」という文言は、嚴格に解釈すべきものであるとするから、令状主義の限界は自ずから明白であって論ずるまでもないであろう。しかしながら、憲法の令状主義の規定を、国民の権利として把える立場からは、公共の安全の保障と個人の人權保障とは均衡を保って調整されていなければならないと考える。すなわち、令状主義もまた法律上の主張であってみれば、その内容が法の目的にそうものでなければならぬことは、認められなければならないことであろうし、したがって、

令状主義も憲法精神である個人の人權保障と公共の安全・利益の保障との均衡調整保持という条件の下でのそれではないと考えるのである。

右のような令状主義についての相對主義の考え方は、日本國憲法第三三條、第三五條の「現行犯を逮捕する場合」という絶對的表現の文言によって否定され得るものではないと思われる。現行犯逮捕の場合を令状主義の免除理由とするが、その理由が犯行の明白性と逮捕の必要の緊急性にあることについては、學說、判例とも一致した見解である。そうであれば、令状主義の免除理由は、明白性と緊急性にあるのであって、現行犯逮捕に限定しなければならぬ理由はないであろう。

そこで、この問題を考える手がかりとして、わが國の憲法と同様の立法精神のもとにあると思われるアメリカ合衆國憲法および同國連邦最高裁判所の判例などに現れたところをみるのも無意義ではないであろう。アメリカ合衆國憲法の修正第四條によれば、同條は、「不合理な搜索」、「不合理な逮捕」、「不合理な押収」を禁止し、不合理なこれらの行為から身體、住居、書類及び財産の安全を保障される人民の權利の不可侵を規定している。合理的な搜索、逮捕、押収は、アメリカ憲法によって適法と認められている。そして、アメリカ連邦最高裁判所の判例は、令状の欠点を正当化する「特別の事情」を認めている。すなわち「街路上を通行中の公務員が射撃とか救助を求める叫び声を聞き、および法律上立入を求められている場所」、「嫌疑者が逃走しつつあるか、または逃亡すると思われるとき」、「証拠または禁制品が持ち去られまたは破壊されるおそれがあるとき」などにおいては、令状なしにその場所に立ち入り、または嫌疑者を逮捕することが許される⁽¹⁾とされているのである。また、搜索令状についてはあるが、

これが免除される場合として、(イ) 令状のない搜索を正当化する特別の事情があるとき、(ロ) 搜索が適法な逮捕に附随するとき、(ハ) 搜索が車や船のような移動するものについて行なわれるとき、が認められている。⁽⁵⁾ すなわち、アメリカ合衆国における令状主義は、令状の絶対的要求の主張ではなく、令状がなくても、逮捕、搜索、押収を必要とする特別の事情が認められれば、令状主義の例外を許容している。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

右のような令状主義の限界は、アメリカ合衆国の憲法および連邦刑事手続法によって認められているところであるが、憲法に規定する「住居」の範囲については、アメリカ合衆国の判例は、かなり広い範囲をこれに含めている。⁽⁸⁾ すなわち、事業の事務室、販売所、ホテルの客室、割り貸間、自動車、タクシーなどが住居と認められる場合があることを述べている。⁽⁹⁾ もちろんこれらの場合のすべてが住居に該当するのではなく、具体的事件においてその判断するのが合理的な場合についてであることは、いうまでもない。また、住居の概念には「住居の附属地」も含まれるが、単に所有地というだけでは、住居に含まれない。したがって、住居の附属地とは認められない私人の所有地に令状なく侵入して押収しても違法ではないとされている。⁽¹⁰⁾

右に述べたようなアメリカ合衆国における令状主義の考え方は、アメリカ合衆国憲法の規定から導き出すことのできるものである。ところが、日本国憲法の規定は、「現行犯として逮捕される場合を除いては」という除外理由を示しているにすぎない。そこで、この「現行犯逮捕」を文言通りに厳格に解するか、現行犯逮捕が令状主義の排除理由とされる理由に着目して憲法条項の目的解釈を認めるかが、争われることになる。わが国の立法、判例および通説が後者の見解をとっていることは、緊急逮捕合憲説が支配的地位を占めていることからみて認めざるを得ない

ところであろう。

令状主義の限界について、わが国の判例の示すところを整理してみると、次のようなことが知られる。

令状主義の限界について、最高裁判所の裁判官の中には、これをアメリカ合衆国憲法修正第四条の規定するところと全く同様に解する者もあるが、多くの裁判官は、それよりも幾分絞りをかけているようである。昭和三〇年二月十一日の最高裁判所大法廷判決においては、罪状の重い一定犯罪であること（罪状の重大性）、緊急已むを得ない場合であること（緊急性）、逮捕後直ちに令状の発行を求めるを要すること（事後審査の接着性）を以て、緊急逮捕という令状主義の例外の場合の合憲性の根拠としている。すなわち、現行犯でなくても、罪状の重い一定の犯罪に關する場合で緊急やむを得ない場合には、公共の安全を保持する必要から逮捕の正当性が認められるが、その正当性の認定のためには、逮捕直後の裁判官の審査を要し、逮捕状の事後発付を以て、追完手続とするものである⁽¹²⁾（令状主義の緊急事後追完説）。また、この判決における小谷勝重、池田克の両裁判官の補足意見は、捜査上の要請の合理性、緊急性、および明白性を以て、客観的妥当性のある十分な理由としている。そして、事後直後の裁判官による審査を要件としたことは、緊急逮捕を合憲とするための本質的要素ではなく、謙抑主義のあらわれであるとする。そして、事後令状発布があれば、緊急逮捕は、逮捕状による逮捕となると解して、結局、事後における令状発付を以てする追完を認めるのである。ただ判例の多数意見と異なるところは、緊急逮捕の合憲性の根拠を、令状発付に求めず、客観的妥当性に求めている点である。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

緊急逮捕についての立法を合憲と認める最高裁判所の判例の見解は、現行犯逮捕を令状主義の適用から除外した

理由を、現行犯逮捕以外の場合にも及ぼすことに、合理性を認めるものであろう。すなわち、憲法第三三条にいう「現行犯として逮捕される場合を除いては」という文言を「現行犯逮捕に令状主義の適用を免除する理由を具備する特別の事情の下に逮捕される場合を除いては」と読むべきだとするものであると思われる。結局は、アメリカ連邦最高裁判所の判例が、令状の欠欠を正当化する「特別の事情」を認めているように、逮捕について令状主義の適用免除を正当化する特別の事情を認めていると思われるのである。

そこで、このような「特別の事情」の限界が問題となるが、現行犯を令状主義の例外とした理由が、逮捕の必要性と緊急性および犯罪の嫌疑の明白性にあることについては、異論のないところであらう。ということになると、このことが、右の特別の事情の限界を決定するものといふべきであらう。

ところで、憲法の条文自体が「現行犯として逮捕される場合を除いては」という限定的文言を用いているのに、最高裁判所の見解でその意味を広げることが許されるかという問題がある。この問題については、抽象的形式論理をこねまわすだけで、法の精神を考慮しない解釈態度では、到底正しい解決を得ることはできないであらう。憲法の逮捕に対する保障規定は、犯罪の嫌疑者の無令状不逮捕を保障するためのものではなく、無実の者が犯罪の嫌疑者として取り扱われるのを防止することを目的とするものであると解すべきものである。従って、犯罪の嫌疑者であることが明白な者を逮捕するには、令状は不要のほずである。しかしながら、犯罪の嫌疑者であることが明白かどうかを何人が判断するを適切とするかは問題であるから、憲法はこれを「権限を有する司法官憲」としたものであると思われる。したがって、合理的に判断して犯罪の嫌疑者であることが明白な場合にも令状主義を厳格に貫徹せば、

これを逮捕できない場合が生じ、憲法の子想しない不合理な事態が生ずるのを、見逃がさなければならぬことになるおそれがあるであろう。それ故に、憲法の条項が含んでいる不合理なところを、合理的に解釈することは、法の合憲性審査権を有する最高裁判所の権限内に属するところと解することに、道理があるといわねばならないであらう。

(1) 岩波基本六法・昭和四八年版・二二八頁「31身体の自由」に収録する「修正四条」参照。

(2) Henry B. Rothblatt, *Handbook of Evidence for Criminal Trials*, p. 5. 「最高裁判所は、修正第四条によって禁止されているのは、不合理な搜索である。……令状を要しない合理的な搜索があることは、憲法の条項によって認められている。……適法な逮捕の後に、搜索令状なしに、人を搜索する権利を何人も疑わぬ。」と述べた。ラビノウィツ被告事件 (*United States v. Rabinowitz*, 339 U. S. 56)。

(3) H. B. Rothblatt, *Handbook of Evidence for Criminal Trials*, p. 6. 「搜索令状は、(次の場合に)免除することができ……(1) 令状のない搜索を正当化する特別の事情があるとき……(2) 搜索が適法な逮捕に附随するとき……(3) 搜索が、車や船のような、移動するものについてなされるとき……(4) 令状なしでの搜索に対する適法な同意が与えられたとき。」

(4) H. B. Rothblatt, *Handbook of Evidence for Criminal Trials*, pp. 6-7. 「最高裁判所は、裁判官の見解の表明 (*dictum*) の方法によって、……令状の欠欠を正当化する「特別の事情」の実例を与えた。すなわち、(1)「街路上を通行中の公務員が射撃または助けを求める叫び声を聞いた場所、および法律が立入を要求する」場所。マクドナルド被告事件 (*McDonald v. United States*, 335 U. S. 451)。(2) 嫌疑者が逃走しつつあるかまたは逃亡するよう思われる」とき。ジョンソン被告事件 (*Johnson v. United States*, 333 U. S. 10)。(3) 「証拠または禁制品が持ち去りまたは破壊される虞がある」とき。ジョンソン被告事件 (*Johnson v. United States*, 333 U. S. 10)。「これらの実例のいづれの場合においても、搜索令状の取得は、全く欠けていた。」

- (5) 前掲注(3)を見よ。
- (6) ハールバット教授セミナー記録・日米比較刑事訴訟手続・前掲一頁「アメリカの憲法および制定法による制度において、……逮捕は令状によるか、もしくはは相当な理由 (probable cause) に基づいてのみなされなければならない。もっともこの要請は必ずしも常に守られているわけではなす。」
- (7) U. S. Federal Code, Title 18 Crimes and Criminal Procedure, Part II—Criminal Procedure, Federal Code Annotated, Compiled and Edited by the Publisher's Editorial Staff, pp. 413—415. によれば、左記の連邦機関には、令状主義の例外の権限が与えられている。(1) 刑務官は、逃走の罪、禁制品取引罪、反乱、暴動、禁止された危険手段による罪の犯罪者に対して、令状なしに逮捕できる (June 25, 1948, c. 645, §1, 62 Stat. 817, F. C. T. 18, Section 3050)。(2) 連邦調査局 (FBI) の指揮官、指揮官補佐、警部、その他の局員は、武器の携帯、合衆国当局の発付する令状、召喚状の送達を執行する権限を有し、かつ、連邦法律により裁判権内にある重罪に対して、被逮捕者がこのような重罪を犯していることを信ずべき合理的な根拠があり、かつ令状発付前に逃亡のおそれがあるときには、令状なくして逮捕する権限を有する (June 25, 1948, c. 645, §1, 62 Stat. 817, F. C. T. 18, Section 3052)。(3) 合衆国法務官およびその代理者 (United States marshals and their deputies) は、武器を携帯することができ、かつ、その面前で犯された合衆国に対する犯罪に対して、もしくは被逮捕者がこのような重罪を犯しまたは犯しつつあると信ずべき合理的な根拠があるならば、連邦法律により裁判権内にある重罪に対して、令状なくして逮捕することができる (June 25, 1948, c. 645, §1, 62 Stat. 817, F. C. T. 18, Section 3053)。
- これらのアメリカ合衆国連邦刑事手続法の規定は、令状なしに逮捕できる場合の条件として、(1) 被逮捕者が重罪を犯していると信ずべき合理的な根拠があること、および(2) (イ) 現行犯罪であるか、(ロ) 令状発付前に逃亡のおそれがあるか、(ハ) いづれかであること、を挙げている。

(8) U. S. Federal Code, Title 18 Crimes and Criminal Procedure, Part II — Criminal Procedure, Chapter 203. — Arrest and Commitment, Federal Code Annotated, Compiled and Edited by the Publisher's Editorial Staff, pp. 411-412. に掲載の「アメリカ合衆国連邦刑事手続法の「逮捕および拘禁」に関する規定のうち第304三条は、次のように規定する。

第三〇四三条 個人の安全と合法行為の保障——法律によって連邦犯罪に対する逮捕権限を付与されている連邦の司法官もしくは判事、連邦のロジッショナーならびに若干の州の判事およびその他の治安官は、連邦の憲法および法律の下で発生する事件において、各州の治安判事または治安司法官がその面前で認知する事件において法的行使しうると同様の、個人の安全および合法行為の保障を保持すべき権限を有するものとする (June 25, 1948, c. 645, §1, 62 Stat. 816)。

(9) H. B. Rothbart, Handbook of Evidence for Criminal Trials, pp. 7-9. は「アメリカ合衆国憲法修正第四条によって保護された範囲について説明しているが、その七頁で次のように述べている。「修正第四条は、人々の住居の不合理な搜索に対して安全であるべき人々の権利を保証する。……次の範囲は保護されると判決された。(1) 事業事務室 (コウルド被告事件 Gould v. U. S., 255 U. S. 298) (2) 販売所 (アモス被告事件 Amos v. U. S., 255 U. S. 313) (3) ホテルの客室 (ジェフヤース被告事件 United States v. Jeffers, 342 U. S. 48) (4) 割り貸間 (ジエネス被告事件 Jones v. U. S., 362 U. S. 257) (5) 自動車 (ヘンリー被告事件 Henry v. U. S., 361 U. S. 98) (6) タクシー (リオス被告事件 Rios v. U. S., 364 U. S. 253)。これらの範囲は決してすべてを含むものではない。ランザ被告事件 (Lanza v. New York, 370 U. S. 139) を参照せよ。

(10) 右に同じ書、七頁……搜索が不法であるためには、住居の附属地内の場所でなされなければならない。

搜索される場所が住宅附属地内であるかどうかは、居住所に近接しているか附属しているかを、居住所をめぐる一般的な囲われた場所内にそれがあるかどうかを、および家族の家庭経済に附属する物として使用され享受されているかどうかを

考慮して、その事実から決定されなければならない。(ケアー被告事件 *Care v. U. S.*, 231 F. 2d 22)。
押収の時に於ける被告の土地への侵入〔明らかなしの野原〕の理論は、公務員が被告の住居の所屬地内に侵入したのでなければ、押収を不法としないであろう。

×スター被告事件 (*Hester v. U. S.*, 265 U. S. 57)

リー被告事件 (*Lee v. U. S.*, 221. F. 2d 29)

ホッジ被告事件 (*Hodges v. U. S.*, 243 F. 2d 281)

ピール対モンテス事件 (*Pelpe v. Montes*, 146 Cal. App. 2d 530. 303 p. 2d 1064)

ピール対グルンダイス事件 (*People v. Grundeis*, 413 Ill. 145, 108 N. E. 2d 483)

(11) 昭和三〇年一月一日四日最高裁大法廷判決における齊藤悠輔裁判官の補足意見、新判例体系公法編憲法一六三頁一六四頁。
四頁。

(12) 前掲、昭和三〇年一月一日四日最高裁大法廷判決、最高裁刑集九卷一三二七六〇頁参照。

(13) 前掲、昭和三六年六月七日最高裁大法廷判決、最高裁刑集一五卷六号九一五頁参照。

(14) 前掲、昭和三六年六月七日最高裁大法廷判決、垂水克巳裁判官の補足意見参照。

(二) 被疑者の抑留・拘禁の場合

日本国憲法は、抑留・拘禁については、直接的には令状主義を規定していない。抑留・拘禁の直後におけるその理由の告知および弁護人依頼権の付与を保障し、かつ正当な理由のない拘禁を禁止し、拘禁理由の公開法廷における開示を保障している。抑留と拘禁とは区別されている。理由が正当でなければならぬことは、拘禁(継続留置

すなわち刑事訴訟法にいわゆる勾留を意味するものと解せられている(の要件であるが、抑留(一時的留置)の要件とはされていない。このような憲法の支配下に立法された刑事訴訟法の規定は、被疑者を逮捕したとき、または逮捕された被疑者を受け取ったときの、司法警察員または検察官の行なう四八時間以内の被疑者の留置を許容している(刑訴二〇三条・二〇四条)。また、送致された被疑者の二四時間以内の留置を、検察官に許容している(刑訴二〇五条一項)。これらの場合は、令状は不要である。

ところが、被疑者の勾留については、正当な理由を拘禁の要件とする憲法規定をうけて、正当な理由の判断を裁判官の任務とする(刑訴二〇七条二項但書)。そして、勾留の理由があると認めるときに限り、勾留状を発することによる、裁判官の判断を示すべきものとされているのである(刑訴二〇七条二項)。それ故に、憲法の文言上からは抑留・拘禁を令状主義の下に置いていないが、それが刑事訴訟法上の勾留に該当する場合には、実質的には令状主義の下に置かれていると解されるのである。そして、憲法にいう抑留の限界について、刑事訴訟法は、逮捕後四八時間以内および送致後二四時間以内の留置を規定したものと解される。ということは、このような限界内の抑留には令状は不要であるが、これを越える長い時間にわたる身柄の拘束には、必ず勾留状を必要とするということではなければならないことになる。

被疑者の勾留をなしうる要件が、勾留の理由の存在であることは、法律の規定によるまでもなく明らかなことであるが(刑訴二〇七条二項但書)、ここにいう勾留の理由とは何であるかは、問題となるであろう。刑事訴訟法第六〇条は、被告人の勾留の要件を規定し、犯罪の嫌疑の相当な理由の存在に加えて、住居不定、罪証隠滅の疑いの相当理

由の存在、逃亡のおそれの相当理由の存在のうちの一つを要するとしている。被告人は刑事訴訟の当事者としての地位を有するものであり、これを勾留する理由としては、右の刑事訴訟法第六〇条に掲げること以外には考えられない。しかし、被疑者は訴訟当事者の地位にはなく、また被告人とするに足りるかどうかを決定するための調査の客体の地位に置かれていることも否定できない（刑訴一九七条、一九八条参照）のであるから、被告人を勾留する理由を以て、そのまま被疑者を勾留する事由であるとするには、疑問なきを得ない。被疑者の勾留期間についても、被告人の勾留期間に比較して短期間であり、原則として勾留請求日から一〇日以内とされている。そのあと、一〇日以内の期間延長が認められ、内乱、外患、国交に関する罪および騒擾の罪については五日以内の再延長期間が認められている。こうした勾留期間の延長が許容される立法根拠が、公訴提起準備の必要にあることは、否定できないのではなからうか。もっとも、被疑者の勾留の請求書の記載要件として、法第六〇条第一項各号に定める理由があるが、それは、公訴提起の準備の必要上、逃亡されたら罪証隠滅されては困るので、これを勾留理由とするものであると思われるのであるから、このことを以て、被疑者の勾留の理由と被告人の勾留の理由とを同一であるとすることはできないであらう。

被告人の勾留制度が刑事訴訟を誤りなく、迅速に実行するための必要から設けられたものであることはいうまでもないであらう。しかし、被疑者の法的地位は、被告人の法的地位と必ずしも同一ではないから、被疑者の勾留の正当な理由が、被告人の勾留の正当な理由と同一でなければならぬと解しなければならない根拠は薄弱であらう。被疑者の勾留の正当な理由は、被疑者の法的地位から論究されるを要することではなからうか。

被疑者の法的地位について、法定の要件の下において逮捕、抑留、拘禁の客体とされることは憲法の条項によって明白であるが、さらに、刑事訴訟法第一九八条は、被疑者を出頭要求・取調の客体としている。しかし、逮捕・勾留されていない被疑者は出頭要求・取調を拒否し得るから、このように拒否態度をとる被疑者の取調の可能性は、逮捕・勾留によってのみ保障されるという現実を無視することはできない。この問題について、学説においては、逮捕・勾留という強制処分は、これを証拠収集の面からみれば、証拠隠滅の危険性の防止という点にその機能がしばられていて、証拠資料の積極的な収集という方向には向けられていないと解し、身柄拘束を取調の手段とすべきでない⁽¹⁾と主張する見解が強いようである。この学説の傾向は、捜査の実際において、名目は証拠隠滅または逃亡のおそれを以てするが、捜査機関の主観においては取調の目的で被疑者の逮捕・勾留がなされるのに反発して生じたものと思われる。

ところで、逮捕・勾留の機能を、証拠隠滅の危険性の防止にのみ認め、証拠資料の収集の方向には認むべきでないということは、何を意味するのであろうか。証拠資料の収集の方向をとることを否定した証拠隠滅の危険性の防止の機能とは、如何なる価値を有するものであろうか。証拠資料の収集をしないのなら、何のために証拠隠滅の危険性の防止をするのだろうか。「証拠隠滅の危険性の防止」ということを独立して実施することには、ただそれだけでは、刑事訴訟手続もしくは犯罪捜査手続に、何らの価値をも生じないであろう。何らの価値をも生じないことのために逮捕・勾留することが、逮捕・勾留の正当な理由なのであろうか。証拠隠滅の危険性の防止が価値を生じ、有意義なものとなるのは、それが証拠資料の収集の可能性を保障するからではないだろうか。

証拠隠滅の危険性の防止と証拠資料の収集の可能性の保障とは、表裏一体の関係にあり、両者を切り離して観察することは、無意味なことだといわねばならない。逮捕・勾留が証拠収集の面からみて、証拠隠滅の危険性の防止の機能を有するということは、とりもなおさず、証拠資料の収集の可能性を保障する機能を有するというものでなければならぬ。そうでなければ、無意味なことのために被疑者を逮捕・勾留することになるといわねばならないであろう。それ故に、逮捕・勾留は逃亡または証拠隠滅の防止のために行なうもので、証拠資料の収集の目的をもつてはならないとする理論は、観念的空辞のあやつりにすぎないのではなからうか。

右のように考えるとき「証拠隠滅の危険性の防止」は被疑者の勾留理由となし得るが、その裏返しである「証拠資料の収集の可能性の確保」は被疑者の勾留理由となし得ないとする学説は、理論的根拠が薄弱であるように思われる。刑事訴訟規則が勾留請求書の記載要件の一つとして被告人の勾留理由として定める事由を掲げているが証拠資料の収集の可能性の確保については全くふれていないことは、住所不定、逃亡のおそれ、証拠隠滅のおそれのうちの一つの事由の記載さえあれば、証拠資料の収集の可能性の妨害事由の記載があることになるからであると解されよう。それ故に、右の刑事訴訟規則の規定を以て、被疑者の勾留の理由から「証拠資料の収集の可能性の確保」を排除する根拠とすることはできないであろう。そうであるならば、ある具体的犯罪について、それが逮捕の根拠とされた犯罪でなくても、被疑者が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られる限り、その犯罪の証拠資料の収集の可能性の確保、いいかえれば証拠隠滅の危険性の防止を以て、被疑者の勾留理由とすることも許容されると解すべきではなからうか。例えば、甲罪で逮捕・勾留した被疑者について取調が終了したが、勾

留期間が終っていない場合、この残余の勾留期間が、余罪である乙罪の取調のために利用されたとしても、ただそれだけの理由で違法勾留とすることはできないであろう。甲罪についての被疑者の取調が終了したことが、そのまま被疑者の逃亡のおそれがないこと、証拠隠滅のおそれがないことになるとは限らないからである。余罪である乙罪が架空のものでない限り、証拠隠滅をするおそれや、逃亡のおそれもあるからである。また、甲罪についても、被疑者の取調が終了したことは必ずしも証拠隠滅のおそれや逃亡のおそれがなくなったことにはならない。したがって、甲罪についての勾留期間中に、乙罪について被疑者の取調をすることが、令状主義の潜脱になるとは限らないであろう。

甲罪について逮捕状による逮捕をした被疑者を、甲罪による勾留中に、乙罪について取調をした場合、乙罪を立証する資料が得られないならば、乙罪については勾留理由がないのに勾留を利用したのであるから、令状主義の潜脱があることになる。しかし、乙罪を立証する資料が得られた場合には、勾留理由である「証拠資料の収集の可能性の確保の必要」は存在したと認めるべきものであるから、客観的には令状主義の潜脱はなかったというべきであろう。

(1) 鴨良弼・別件逮捕をめぐる法律問題・前掲一三三頁参照。内田文昭「別件逮捕」刑事訴訟法の基本問題四六講、一四四頁参照。

(三) 発付の瑕疵の令状に及ぼす影響

別件逮捕が問題となる場合は、逮捕状・勾留状の発付の必要性の有無について疑問がもたれる場合が多いようで

ある。そこで、必要性の判断をするに際しての裁判官の過失が認定される場合、その過失は、令状の効力に何らかの影響を及ぼすか、または実質的に令状請求の理由がないのに捜査官が令状請求をしたのに対し令状が発付された場合、その令状は有効かという問題が生ずることになるであろう。

この問題については、逮捕状と勾留状とを区別して考察する必要がある⁽¹⁾。逮捕は捜査機関の権限であるが、勾留は裁判官の権限であるとするのが、わが国の現行法のたてまえであると思われるからである⁽²⁾。

逮捕状発付の瑕疵は、逮捕状自体に存在する場合と、逮捕状発付に際しての必要性の認定における裁判官の過失が認められる場合とが考えられる。

令状主義は、いわゆる司法的抑制の理念に発するもので、強制処分の濫用を避け人権を保障することを目的としているものであることについては、学説の一致しているところであろう。この令状主義の目的からすれば、客観的には逮捕の必要性が認められないのに、裁判官の不注意から逮捕の必要性があるものとの主観的判断がなされて発付された逮捕状は、実質的に瑕疵ある逮捕状といわねばならないであろう。例えば、いわゆる三億円事件の別件逮捕事件における逮捕状は、これに該当すると思われる。

このような実質的に瑕疵のある逮捕状の効力については、判例、学説に明らかでない。裁判官の主観的判断の過失の有無は、証拠調の段階において客観的に知りうるものであって、逮捕状の発付もしくは執行の際には、第三者には知り得ないところであろう。したがって、裁判官の主観的判断の過失の有無の判定は、事実上逮捕状の執行後とならざるを得ない。

ところで、逮捕状を許可状と解する立場からは、逮捕状の発付があること(3)によって捜査機関の逮捕権が保障されたものと解することができるであろう。そして、逮捕状の発付請求における瑕疵もしくは違法の存在発見を理由にして裁判官が逮捕状発付の取消をするまでは、形式的に有効なものである以上、たとえ実質的には瑕疵があるものであることが客観的に認定されても、逮捕状は有効であると解するのだけ(4)ければ、令状主義における法的安定性は保障されないであろう。それ故に、実質的に瑕疵のある逮捕状であっても、形式的に法的要件を具えていれば、それを有効に執行しようと解される。(4)

勾留は、裁判官または、裁判所の権限であり、裁判(命令)の形式でなされる。したがって、勾留状の発付は、いわゆる司法的抑制の手段ではない。それは、裁判書の発付であり、勾留の執行を勾留請求者に命ずるものである。それ故に、勾留の理由または勾留の必要がなくなったことを根拠に、法定の請求権者の請求または職権により、裁判官(被疑者の場合)または裁判所(被告人の場合)が勾留の取消をするまでは、勾留状に記載された有効期間中、勾留することは違法でない。勾留取消の理由の存否は裁判官、裁判所の判断によって決定されるものであるが、刑事訴訟法第六〇条に掲げる勾留の要件を充足する限り、勾留の根拠となった犯罪について、被疑者の取調が終了したかどうかは、勾留の理由がないことと無関係であると思われる。(5)勾留は、勾留の要件があるときに許容されるものであって、取調の必要があるかどうかは、勾留の要件ではないからである。(6)このことは、いわゆる別件逮捕・勾留の許容性の限界を考察する上に、重要な意味をもつてであろう。

それはそうとして、勾留状の発付に瑕疵がある場合には、裁判官または裁判所は、勾留状の発付を取消し得ると

解される外、準抗告をなし得るから、これらのことがない限り、勾留状の発付の瑕疵の存在は、勾留状の効力に影響を及ぼさないと解するのが、令状の効力の法的安定性の上から、道理があると思われる。

- (1) 飯田忠雄「犯罪捜査の法律的構造」神戸学院法学一卷一号一八頁―二〇頁参照。
- (2) 刑事訴訟法一八九条、一九一条、一九九条、二一三条、二〇四条、二〇五条、二〇七条等を総合しての結論。
- (3) 高田卓爾「令状主義」法律学演習講座「刑事訴訟法」八九頁参照。
- (4) 反対説として、柏木千秋・別件逮捕の諸問題・植松博士還暦記念論文集(刑法と科学・法律編)六七二頁以下があり、次のようにいう。「相당한嫌疑はあるが逮捕の必要のないa事件について逮捕状を請求するとすればそれを逮捕状請求の濫用であり……裁判官は当然その請求を却下しなければならない。……ただ、逮捕の必要性というのはきわめて抽象的な概念であるから、捜査機関としては……熱心な余りややもすればこの要件をルーズに認定することはありうる……しかし裁判官がこの請求を違法なものと認定することは必ずしも常に期待できるものでない……直接捜査に関与せず事件の大局的な動向について十分の認識を有しない裁判官の抑制機能にはおのずから限度があるであらう。……しかし客観的に違法な請求である以上、たとえ裁判官がその要件の欠缺を見過ごしていたにしても、それによって逮捕状やそれに基づく逮捕そのものが適法有効になるわけのものではない。」
- (5) 甲罪の嫌疑によって逮捕・勾留し取り調べたところ、乙罪の嫌疑が生じてきた場合には、乙罪を理由に新に勾留を請求した後でなければ、乙罪についての勾留・取調は違法であるとし(青柳文雄・刑事訴訟法通論二七〇頁、内田文昭・別件逮捕・四六講一四七頁)、未だ甲罪についての勾留の必要性が存続し釈放できない場合にも、改めて乙罪で逮捕してから勾留し、取調をするべきであるとする学説がある(青柳・通論二五七頁以下、二六五頁、二六八頁以下、二七四頁、平野竜一・刑事訴訟法一〇三頁―一〇四頁、内田文昭・別件逮捕・前掲一四七頁)。一つの事件について身体拘束中の被疑者について、他の事件の被疑事実が判明した場合、その他の事件についての勾留は、刑事訴訟法六〇条に規定する勾留の要件を充すとし解

し得ない。勾留中の被疑者は一定の場所に拘束されているし、罪証隠滅のおそれも、逃亡のおそれも、理由があるとはいえないからである。それ故、同一の被疑者について形式的に複数勾留をすべきだとする説は、抽象的観念論の立場からするもので、実定法上の勾留要件を無視する結果となる。判例が、甲罪での勾留が、事実上、乙罪のための勾留でもある場合において、甲罪が無罪・乙罪が有罪の場合には、甲罪での未決勾留日数を乙罪の刑に通算できる（最判昭三〇・一二・二六刑集九卷一四号二九六頁）としたのは、形式的な二重勾留を認めたものではなく、形式的には一罪の勾留であっても、実質的には数罪について有効であることを認めたものと解すべきものであろう。具体的実質的に考える立場に立つものである。

(6) ハールバット教授セミナー記録・日米比較刑事訴訟手続・前掲一二頁「アメリカの制定法は、取調の途中における勾留あるいは取調をさせるための勾留というものを許容しない。」