

別件逮捕の許容性の限界（二）

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（以上三卷二・三号）
- 四 余罪取調の許容性の限界（本号）
- 五 別件逮捕の違法性の根拠と限界（以下次号）
- 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

別件逮捕の許容性の限界（一）（飯田）

（三四五）

四 余罪取調の許容性の限界

一 余罪取調の意義

一般に、当面の犯罪以外の犯罪を余罪というが、犯罪捜査においていわれる場合の「余罪」という言葉が意味するところは、決して単純でない。余罪といっても、それは犯罪の嫌疑についていうものにはすぎないから、嫌疑の根拠の客観性の有無および具体的認識の有無によって、いろいろに観念される。

まず、主観的抽象的に観念される余罪がある(主観的抽象的余罪)。被疑者の日常の生活態度、前科などの傾向からの捜査官の主観的推測としての余罪がこれである。このような主観的抽象的に観念され推測された余罪は、多くの場合、犯罪捜査の端緒となるものである。そしてそれは、客観的に存在するが捜査官には未発見の犯罪の被疑者を発見する手がかりとなることが多い。というよりは、犯罪捜査は、このような主観的推測の見込を根拠として開始されるのが実態であるといってもよいであろう。

しかしながら、右のような主観的抽象的に観念され推測された余罪は、客観的に具体的に発生している余罪と一致するものであるとしても、捜査機関の立場からは未だ客観的具体的存在として認識されたものでないし、また客観的に具体的には発生していないものであることも多い。したがって、このような主観的抽象的に観念され推測される余罪は、捜査機関の臆測にすぎず、未だ「犯罪ありとの史料」は生じていないと解される。そうであるならば、このような主観的抽象的余罪については、司法警察職員の資格による捜査をする刑事訴訟法の根拠を欠くといわねば

ならない。ただ、客観的に発生しているが未発覚の犯罪の捜査についても、警察機関の所掌事項の執行という意味で、任意捜査をなしうると解されるにすぎない。⁽¹⁾

第二に、客観的・具体的嫌疑としての余罪がある（客観的具体的余罪）。これには四種がある。その一は、特定の犯罪の捜査中に、その被疑者について、捜査中の犯罪に関連して別個の犯罪の嫌疑が生じた場合に認められる関連余罪である（捜査過程中発見の関連余罪）。その二は、特定犯罪の捜査過程において、捜査中の犯罪とは無関係の別個の犯罪の嫌疑が生じた場合に認められる余罪である⁽²⁾（捜査過程中発見の無関連余罪）。その三は、同一の被疑者について相互に関連する数個の犯罪について嫌疑がある場合、その中の特定の犯罪を基準として、それ以外の嫌疑犯罪をいうものである（相対的関連余罪）。その四は、同一の被疑者について、相互関連のない数個の犯罪の嫌疑がある場合、その中の特定の犯罪を基準として、それ以外の嫌疑犯罪を余罪というものである（相対的無関連余罪）。

右のような客観的具体的余罪は、主観的・架空のものではなく、客観的な犯罪の嫌疑の十分な事実が存在し、その嫌疑事実の存在を捜査機関が客観的に認識しているものであると思われる。したがって、このような余罪については、司法警察職員としての捜査の責務があると解しうるであろう。

(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二三頁参照。

(2) 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）一三四頁―一三五頁参照。

二 犯罪の被嫌疑者の拘束受忍義務の根拠と限界

別件逮捕の許容性の限界（一）（飯田）

（三四七）

余罪取調の許容性の限界を論ずるにあたって、確かめておかなければならないことに、被嫌疑者が嫌疑をうけることよって、被嫌疑者に拘束受忍義務が生ずるかどうか、生ずるとすればその要件と限界はどのようなものかという問題がある。

法律が犯罪捜査の具体的原由を「司法警察職員が犯罪があると思量するとき」と規定していることは、捜査行為の開始要件として、司法警察職員の主観的嫌疑がとり上げられているにすぎないようにも解されるであろう。しかしながら、司法警察職員の主観的嫌疑の存在は、客観的事実に基いて認定されなければならないから、結局、主観的嫌疑といっても、嫌疑を生ずる原因を与えた客観的事実の存在を必要とするし、また、そのことは証明されなければならぬであろう。それ故に、犯罪の嫌疑が捜査公務員の主観的想定にすぎない場合には、客観的根拠に基づいて捜査公務員が「犯罪ありとの思量」を得ていることにならないから、客観的な犯罪の嫌疑者はないことになる。

捜査公務員の「犯罪ありとの思量」もしくは「捜査を必要との認定」が客観的事実を根拠としてなされるときには、捜査公務員に、具体的捜査権限の行使が法律によって認められている。このことは、裏返していえば、被嫌疑者に一定の受忍義務が生ずることに外ならない。すなわち、刑事訴訟法は、捜査公務員が捜査の必要を認めるときには、被嫌疑者に出頭を求めて取調をすることができるとし、逮捕・勾留中の被嫌疑者に対しては、出頭拒否権および任意退出権を認めていない。しかし、逮捕・勾留されていない被嫌疑者は、出頭を拒否権および任意退出権が法律により保証されているし、一般的に取調に対しては黙否権も認められているので、被嫌疑者の受忍義務の範囲が問題となるのである。

そこで、現行法上に被疑者の拘束受忍義務が生ずる場合を求めてみるに、まず、逮捕権または勾留権の正当かつ相当な行使に対する拘束受忍義務がある。逮捕または勾留の要件の具備した場合における権限行使の相当性の認められる範囲内における拘束受忍義務である。この拘束受忍義務が生ずるための要件は、犯罪嫌疑の相当な理由または住居不定、罪証隠滅の嫌疑の相当な理由もしくは逃亡嫌疑の相当な理由である。これらの相当な理由は、客観的事実に基づくものでなければならない（想像的嫌疑すなわち客観的事実の裏付のない嫌疑の否定の原理）。

右のような被疑者の拘束受忍義務は、被疑者が犯罪者の嫌疑をうけ、または逃亡もしくは罪証隠滅の嫌疑をうけてもやむを得ないと思われる客観的事実がある場合に、その事実に関連をもったことから生ずる責任であるといふべきものであろう。それ故、右のような嫌疑をうける客観的事実の存在が拘束受忍義務を発生する法的根源であると解される。したがって、真正の犯罪者であるかどうかは、この拘束受忍義務の負担とは関係がないと思われる。また、このような客観的事実が存在せず、捜査公務員の想像的見込を根拠とするにすぎないときは、嫌疑の根拠は実体的ないものであるから、被嫌疑者の拘束受忍義務は生じないものといわねばならない。

次に、被嫌疑者の拘束受忍義務の限界を法律の規定を根拠に考察してみるに、合法的な逮捕および合法的な勾留の処分を受忍するを要することはいうまでもないが、そのほかに捜査公務員の被疑者取調権に対応する取調受忍義務がある。この取調受忍義務は、捜査の必要上設定された被疑者取調権の反射作用として法論理上認められなければならないものであるから、被疑者の出頭拒否権および供述拒否権によって左右されるべきものではないであろう。

三 逮捕・勾留と取調の関係

被疑者の逮捕・勾留をなしうる基本的要件は「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こと」である。しかも、それが犯罪捜査の目的を達するための必要からなされるものであることは、それが捜査過程においてなされるものであることからして、明らかなことであろう。いいかえれば、被疑者の逮捕・勾留は、捜査目的達成に必要な取調の手段としての強制処分(一種)であると思われる⁽¹⁾。しかし、このことは、特定の事件についての取調をする必要からなされた強制処分(逮捕・勾留)は、当該特定事件の取調に限って利用できることを意味しないであろう。刑事訴訟法第一九七条一項但書は、強制の処分の許容要件を規定したにとどまり、既に他の事件によって合法的になされている強制処分(例、逮捕・勾留)を取調に利用することを禁止するものではないからである⁽²⁾。それのみならず、刑事訴訟法一九八条一項は、逮捕・勾留されている被疑者の取調を許容することを前提とする規定であるが、この場合の逮捕・勾留は、取調事件についての逮捕・勾留に限られてはいない⁽³⁾。従って、A犯罪の嫌疑で逮捕・勾留されている被疑者を、B犯罪の捜査の必要から取り調べることは、刑事訴訟法第一九八条一項によって許容されていると解するのが正当な解釈であろう。令状主義は逮捕・勾留の要件であるが、取調の要件ではないし、いわゆる逮捕・勾留についての事件単位の原則も抽象的観念論の産物にすぎず、現行刑事訴訟法上の原則とは解し得ないものといわねばならないからである⁽⁴⁾。

犯罪の捜査は、犯人および証拠の捜査であるが、その刑事訴訟法上の意味は、犯罪証明手段の確保にある。それは要するに、証拠顕出の実現と証拠隠滅の防止との保障にある。

証拠顕出の実現保障手段として、刑事訴訟法は、その目的達成に必要な取調の権限を捜査公務員に付与する。ま

た、証拠隠滅防止の保障手段として、被疑者の逮捕・勾留制度を設けている。そして、証拠隠滅の防止は、証拠顕出の実現を保障するための手段に外ならないと解される。というのは、証拠隠滅の防止は、ただそれだけでは無意味であり、証拠顕出の実現の保障機能を果すことよってのみ、刑事訴訟上の意味をもってくると思われるものだからである。このことは、逮捕・勾留という強制処分と取調とは、手段・目的の関係にあることを意味するであろう。⁽⁵⁾

(1) 刑事訴訟法一九七条を、任意捜査としての取調の許容規定と解することは正しくない。同条一項本文にいう「その目的を達するため必要な取調」は、任意捜査としての取調のみならず、強制の処分を伴う取調をも含んだ、捜査に必要な取調一般をいうものと解すべきものである。同条一項但書は、取調の手段としての強制処分についての許容要件を示したものにすぎないと解すべきものであろう。

(2) この点に関し、学説の多くは、結論的にはほぼ一致しているが、その理論的根拠を超法規的理由に置いている。そして、強制処分の許容理由の存否の問題と、強制処分を利用しての取調の許容の問題とを結びつけて抽象的原理を概念的に引き出して、具体的問題に適用しているために、実に歯切れの悪い理論となっている。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、谷口正孝「他事件で勾留中の被疑者の取調」刑判判例百選（別冊ジュリスト）三七頁、鳴良彌「別件逮捕をめぐる法律問題」判例時報三七七号一三四頁以下、東京麻布連続放火事件の第一審判決（東京地裁昭四五・二・二六判決）判例時報五九一四一頁、嶋島事件の第一審判決（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以下、等参照。

(3) 刑事訴訟法一九八条一項但書にある「逮捕・勾留されている場合」の解釈について、学説は必ずしも一致していないようである。逮捕・勾留について、抽象的観念論者は、事件単位説をとり、具体的形式論者は、人単位説をとる。事件単位説（逮

捕・勾留は事件毎に手続をとるべきものとする説)によれば、刑訴法一九八条一項但書にいう「逮捕・勾留されている場合」とは、「一項本文にいう取調事件について逮捕・勾留されている場合」の意味となる。したがって、逮捕・勾留されている被疑者であっても、逮捕・勾留事由となった犯罪以外の犯罪についての取調に対しては、出頭を拒否し、出頭後いつでも退去することができることになる。このような結論を生ずる解釈が刑訴法一九八条但書の解釈として正しいものか、あるいは立法理由に合致するかどうかは疑問があるであろう。それ故、刑訴法一九八条一項の解釈については、いわゆる人単位説(逮捕・勾留は、被疑者毎に手続をとるべきもので、同一の被疑者が数罪を犯している場合、各罪について逮捕・勾留手続を重複してとるべきではなく、被疑者を単位として手続をとるべきであるとする説)による解釈がとられるべきであろう。

(4) 逮捕状は必ずしも事件毎に発付しなければならないものではない。被疑者の数個の同一の事件について逮捕状を発付するには一個の逮捕状を以てすれば足りるもので、事件毎に数個の逮捕状を発付するを要すると解すべき明確な法的根拠はない。事件単位説は、数罪を犯した同一被疑者について一罪づつ次々と逮捕・勾留を継続させていくことの正当性の主張に外ならず、余罪取調を違法とすることによって、逮捕・勾留の反覆、むしろ返しを正当とするに至る学説に外ならない。人權保障の観点からみて、正しい学説とは思われない。それ故、事件単位説をとる学者も、「取調の過程で明らか余罪または別罪の事実が浮かび、改めて逮捕からはじめるときは、その反覆繰返しによってかえって被疑者の利益を害すると認められる場合には、別罪の取調も許される」と説く。例えば、田宮裕「別件逮捕・別件勾留」総合判例研究叢書・刑事訴訟法(四)二一〇頁以下、伊達秋雄「いわゆる逮捕・勾留の蒸し返し of 違法性について」ジュリスト二七九号四二頁。

(5) この点についての反対説として、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は、「逮捕・勾留という強制処分が証拠収集の面で営む機能は、消極的であらねばならない」とし、逮捕・勾留が取調の手段とされることに否定的な見解を示している。ところで、この見解は、要するに、証拠収集の目的で(いいかえれば取調の目的で)逮捕・勾留をすべきでないとの主張にすぎない。しかし、何故に取調の目的での逮捕・勾留を否定するのかその根拠は示されていない。法定

の逮捕・勾留の要件を充足している限り、適法な逮捕・勾留であり、その目的が取調であるかどうかは違法事由とはなされていないと解すべきものであらう。

四 余罪取調の許容性に関する学説・判例

強制の処分を用いずに行なわれる余罪の取調が許容されることについては、全く異論はないから、ここにおいて、余罪取調の許容性の問題は、逮捕・勾留中の被疑者について余罪の取調が許されるかという点に関するものである。いわゆる令状主義との関連において、(1) 逮捕・勾留は、犯罪毎になされるものなのか(犯罪単位説)、事件毎になされるものなのか(事件単位説)、被疑者毎になされるものなのか(人単位説)が問題となるし、また、(2) 逮捕・勾留中の被疑者の余罪取調が令状主義の潜脱として排斥されるのは如何なる場合であり、令状主義の限界内として許容されるには如何なる要件を具備すべきかということが問題となる。これらの問題点に対する見解の相違から、余罪取調についての学説は、許容説、禁止説、折衷説の三説に分れる。

(一) 許容説 逮捕・勾留中の被疑者について、逮捕・勾留の理由となつた嫌疑犯罪以外の犯罪の嫌疑がある場合には、その罪について、その逮捕・勾留の令状に記載された有効期間中は、被疑者の取調をすることは、法律の禁止するところでないし、令状主義にも反しないとするものである。刑事訴訟法第一九八条の文言解釈上は、逮捕・勾留中の被疑者の取調を許容しているものと解されること、令状主義は司法的抑制を目的とするものであるが、令状の執行は裁判官の許可もしくは命令によるものであるから、令状記載事項が正確に守られている限り、その執行は適法であると解されること(形式説)、一人の被疑者について、数個の犯罪の嫌疑があり、各罪につき逮捕・勾

留の要件が備っている場合でも、その被疑者に対する令状の発付は一個であるべきもので、数個の犯罪につき犯罪毎に令状を発付することは、同一人に対して複数の逮捕・勾留を認め、または逮捕・勾留のむし返しをすることに
なるから、人権保障の観点からみて違法であると解されること⁽¹⁾⁽²⁾（人単位説、事件単位違法説）などが立論の根拠とな
っていると思われる。

許容説への非難は、余罪取調にあたり、他の犯罪または事件についてなされた逮捕・勾留を利用して行なう取調は、令状主義の潜脱行為であるという攻撃を以てなされている。⁽³⁾すなわち、令状の執行の適法性を形式的に解することに対する非難をうける点にある。とくに、いわゆる違法な別件逮捕として非難される場合のように、軽微な事件で逮捕・勾留し、全く捜査公務員の主観的嫌疑にすぎない事件の取調に利用する場合には、客観的嫌疑事実がないのに余罪取調として許容することになり、不当であるとの非難をうけることになる。

ところで、余罪取調を右のように解して、その許容を非難することは正しいであろうか。まず、別件逮捕における余罪取調の問題についてみる。余罪の嫌疑は、客観的事実の存在からの合理的推理でなければならぬ。したがって、捜査公務員の単なる主観的見込にすぎないことは、犯罪の嫌疑ではなく憶測にすぎないから、余罪の嫌疑ではないといわねばならない。それ故、このような捜査公務員の主観的見込についての取調は、余罪の取調ではない。主観的見込は、犯罪ありとの思料を構成するものとはいい難いから、客観的には犯罪の嫌疑ではない。したがって、そのために被疑者を取調べることは、刑事訴訟法第一九八条に該当せず、違法の疑があると思われる。

しかしながら、別件逮捕であっても、客観的事実の存在から合理的に推理される余罪については、刑事訴訟法第

一九八条一項によって、取調の適法性が保障されていると解さなければならないであろう。一般的にいつて、いわゆる事件単位の原則を捜査過程において貫こうとする学説は、捜査の実践過程の実態を見ない誤りを犯すものである。当初の判断では犯罪類型Aに該当するとの嫌疑であったものが、捜査が進むにつれて、犯罪類型AではなくBであるとの嫌疑となり、さらにC、Dの嫌疑に発展してゆくのが通例であるし、このような捜査過程において、逮捕・勾留について事件単位の原則を貫くことは、逮捕・勾留のむし返しを当然とする考え方にならざるを得ないであろうからである。それ故、捜査の段階では、令状の執行の適法性を形式的に解して、余罪取調をしたとしても、余罪の嫌疑に客観的根拠が認められる限り、令状主義の潜脱として排斥するにはあたらないであろう。しかしながら、余罪の嫌疑に客観的根拠が認められないのに、捜査公務員の主観的想像を余罪として取り調べることは、許されない。もしいわゆる別件逮捕の目的である本件がこのような主観的想像にすぎないものであるならば、法律が許容した捜査対象でないものを強制捜査するものであって、違法となることはいうまでもないであろう。ただそれは、令状主義の潜脱と目すべきものではないであろう。ここに、従来、許容説に加えられた非難が令状主義の潜脱という違憲問題として提示されてきたことに対する疑問点があると思われる。

(二) 禁止説　余罪取調を禁止すべきであるとする説は、捜査公務員に対する根強い不信感を根底に置いた学説である。この説は、次のように主張する。余罪取調は、捜査公務員の令状主義潜脱への本能的ともいふべき衝動に基づく捜査経過の隠匿ないし変造の危険性をすら内蔵するものであるから、一般的にこれを違法視する必要がある⁽⁴⁾。すなわち、令状主義の基本に立ち戻って考える場合、令状主義、事件単位の原則からみて、余罪捜査は一般的に違

法だといわざるを得ない。⁽⁵⁾このように主張するのが、禁止説である。

余罪取調禁止説は、被疑者を拘禁した状態での余罪取調を一般的に禁止すべきものとする主張であって、非拘禁者についての余罪取調を禁止することを主張するものではない。被疑者の拘禁を取調の手段とする捜査方法に対する非難を実効あらしめるための主張である。しかし、この主張は政策論もしくは立法論というべきであって、解釈論としては正しくないのではなからうか。というのは、令状主義は、逮捕・勾留についての主義ではあるが、被疑者の取調を左右するものではないから、令状主義の潜脱を根拠に被疑者の取調を禁止すべしとすることは、筋違いの議論だと思われるからである。法律の規定もまた、拘禁中の被疑者の取調を許容していると思われる。⁽⁶⁾また、実質的にみても、拘禁中の被疑者の余罪取調を一般的に禁止することは、事件毎の逮捕・勾留の反覆を不可欠とすることに、被疑者の利益を損う結果となる。刑法が併合罪の規定を設けている趣旨からすれば、数個の被疑事件が判明している場合には、できるだけ併合して捜査、取調するのが妥当であるが、一件毎に逮捕・勾留を繰り返して、一件毎に公判に付しても、併合罪の取扱をすることに、併合罪となる数罪について、一件毎に公判をしていくときには、併合罪の長期を超える刑を科することはできないから、結局、実刑を加えることが許されない罪について、逮捕・勾留および公判をくり返すことを認めなければならない結果を生ずるのであろう。このような都合が生ずることになるのは、元来、併合罪となる数個の被疑事件については、併合捜査・取調をすべきものであるのに、事件毎に区別して別個の手続をとるべきであるとしたからに外ならないと思われる。刑事事件をできるだけ早期に解決することが被疑者にとって有利であることはいうまでもないことを考えるならば、拘禁中の被疑者の余罪

取調を一般的に禁止すべしとする主張は容易に賛同し難いのではなからうか。

(三) 折衷説　余罪取調の許容につき、折衷説ともいふべき見解をとるのが、わが国の判例および通説的多数説である。しかし、折衷説といつても、その主張するところは、必ずしも一致していない。その基本となっているのは、いわゆる帝銀事件上告審判決に述べている説である⁽⁷⁾。学説は、これをめぐって論ぜられ、その諸学説を参考に⁽⁸⁾して、最近の下級審判決の見解が展開されていると思われる。

折衷説に属するものを、その内容にしたがって分類すれば、捜査機関の主観的意図を重視する主観説、令状主義の本旨に照らして許容限界を認定すべきであると目的説、および法律構成以前の事実上の関連性の有無を重視すべきであるとする事実上の関連重視説の三つとすることができであろう。

(イ) 主観説　主観説は、いわゆる帝銀事件の上告審の判決要旨第一⁽⁹⁾において説示されたところであるが、そこにおいては、本件の取調に利用する目的または意図を以てなされた不当な別件勾留の請求にあたるかどうかの問題とされた。この最高裁判所の大法廷判決の趣旨を原則的に承認した上で、学者によって二つの説が展開される。その第一が他罪原因拘禁の不法利用説である。この説では、令状請求当時予見し得なかつた余罪が判明した場合であつて、他罪に原因する拘禁状態を不当に利用するという主観的意図の存在を示す客観的事情が認められない場合に限つて、余罪取調が許容されると説く⁽¹⁰⁾。この説は、さきの最高裁判所大法廷判決(昭三〇・四・六判決)の要旨を言いかえたとすぎないものであると思われる。

第二の説は、違法な勾留利用禁止説ともいふべきものである。この説は、勾留事実についての嫌疑消滅もしくは

勾留の必要性が消滅したのに、勾留を継続して別罪の取調をすることは禁止されるが、勾留が適法である限り拘禁下の余罪取調は許されるとする。⁽¹¹⁾この説は、勾留の基礎となった犯罪についてのみ合法的な勾留が認められるとする法理を根拠としているものと思われる。したがって、合法的な勾留の下における余罪取調は許容されるが、勾留に実質の合法性が認められなくなったときには、たとえ形式的に勾留期間中であっても、その勾留期間内であることに藉口して勾留を継続して余罪取調をすることは許されないとするものである。それ故、この説は、結局は、前述の他罪原因拘禁の不法利用を禁止すべきであるとの主張に通ずるものであろう。ただ、第一説が他罪原因の拘禁状態の不当利用という主観的意図を強調するのに対して、第二説は、勾留理由の実質的消滅を無視する捜査機関の主観的意図を非難すべきものとしている。したがって、勾留理由が実質的に認められるときである限り、その勾留を利用して余罪取調をすることの合法性を認めるものである。かつ、この説では、余罪と本罪との関連性の有無および余罪の本罪との対比における軽重は問題とされていない。このことは、第一説においても同様である。

主観説をとる判例としては、前掲の昭和三〇年四月六日の最高裁判所大法廷判決のほか、昭和三九年三月一日浦和地方裁判所判決⁽¹²⁾(いわゆる狭山事件判決)、昭和四二年四月一二日東京地方裁判所判決⁽¹³⁾(いわゆる東十条郵便局強盗強姦殺人事件)などがある。昭和四六年五月一五日大阪地方裁判所判決(いわゆる大阪保母殺し事件判決)も、次に述べる目的説をとり入れながらも、主観説の立場をとっている。

(四) 目的説 目的説は、令状制度を設けた本旨に照らして許容限界を認定すべきであるとの主張を根拠とする。すなわち、令状制度は、被疑者の利益を保障するために事件毎に法の認めた抑制の過程を必ず踐むという制度であ

るのだから、被疑者の利益を害さない限りでは抑制手続を省略することも許されると説明する。したがって、取調の過程で余罪が浮かび、逮捕を反覆することが被疑者に不利となる場合に限って、余罪取調も許容されることになる。⁽¹⁴⁾ このことは、逮捕が法的に可能な場合に限って、これを被疑者の利益のために省略し得るとの主張に外ならない。

ところで、余罪取調の許容性の範囲を、右のように狭く限度するときは、実質的には、余罪取調を必要とする場合が逮捕状請求の疎明資料が未だとのわれない際におけるものであることを考えるならば、余罪取調を許容しないとの主張に外ならないことになる。したがって、それでは、あまりにも捜査の実態を理解しない形式主義に陥り、刑事訴訟法の法文の内容を極端に制限して解釈するものとの批判を避け得ないであろう。そこで、目的説に従う最近の下級審判例では、余罪取調の許容性の限界について、二つの見解を示すに至った。第一の見解は、被疑者の利益保障説ともいふべき見解で、昭和四五年二月二六日東京地方裁判所判決⁽¹⁵⁾（いわゆる麻布連続放火事件一審判決）が説示したものである。また第二の見解は、附随併行説ともいふべきものであり、昭和三五年一月一七日の天津地方裁判所の決定⁽¹⁶⁾において説示せられた。さらに、昭和四四年六月三日の金沢地方裁判所七尾支部の判決⁽¹⁷⁾（いわゆる嶋島事件の一審判決）において、この見解がうけつがれている。

(a) 利益保障説 利益保障説の主張する余罪取調の許容性の限界は、「甲事実について逮捕・勾留の必要性が存続すること」および「余罪捜査が司法的抑制機能・被疑者の防衛権の実質的阻害を来さない場合であること」に求められている。この見解は、田宮裕教授が総合判例研究叢書において主張されたところを踏襲するものであると思

われるが、その意味内容が必ずしも明確でない。甲事実についての逮捕・勾留が合法性を存続している間に、その勾留を利用してなされる余罪捜査が、司法的抑制機能の実質的阻害を来さない場合というのは、余罪についての逮捕・勾留の要件が具備している場合において、二重逮捕・勾留を避けて、既存の勾留を利用している場合のほか考えられないと思われるがどうかであろうか。もし、論者がこのような場合に限って余罪取調の許容性を認めるべきであるとするのであれば、余罪取調の許容性の問題は論ずるに値しないものであろう。この意味において、利益保障説は、もっともらしく言葉のあやをあやつるものにすぎず、内容のない学説というべきであろう。

(b) 附随併行説 附随併行説は、余罪取調の許容性の限界を「逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の取調に附随し、それと併行してなされる限度」に置くべきものとする見解である。この説は、被疑者の利益保障のために、取調を許容する被疑事実の範囲を、逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の取調に附随する事実に限定すべきものとする一方、取調の時期についても、逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の取調に併行してなしうる期間に限定すべきものとしているようである。もっとも、この説をとる判例にいう「逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の取調に附随する」という言葉の意味は必ずしも明確ではないが、証拠資料を収集し得た犯罪について逮捕・勾留した被疑者を、適法に身柄を拘束するに足りるだけの証拠資料のない重大事件について取り調べることを違法としているところから推論すれば、「取調に附随する事実」とは「逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の取調の過程において捜査機関が獲得した事実」の意味であると解される。⁽¹⁸⁾

右の附随併行説は、さきに述べた主観説が余罪取調の許容限界を禁止の方面から主張したところを、許容の方面

から説示したものである。すなわち、主観説が別件の逮捕・勾留を不当に利用するという主観的な意図が認められない場合に限って、余罪取調を適法としたことを、附随併行説は、逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の取調に附随し、かつそれに併行して行う場合に限って、余罪取調を適法とするという表現を以て説示したものである。したがって附随併行説といえども、結局は、昭和三〇年四月六日の最高裁判所大法廷の判決（いわゆる帝銀事件上告審判決）の趣旨を逸脱するものではないであろう。

(ハ) 事実上の関連重視説 この学説は、捜査段階における事実認定の流動性を認め、刑事事件の同一性の認定にあたっては、法律構成以前の事実上の関連性を重視すべきであるとの主張である。⁽¹⁹⁾すなわち、死体遺棄の嫌疑で逮捕・勾留した被疑者を、その勾留中に、その死体に関する殺人の嫌疑での令状なしに取り調べることは、許容されるべきこととするのである。

この説において主張される「事実上の関連性」の範囲については、この説を提唱する柏木千秋教授の論文⁽²⁰⁾によれば「殺人と死体遺棄」、「本犯と証拠湮滅の教唆」が事例として掲げられており、また、関連性の範囲の認定については、「公訴事実の同一性よりは余程ゆるやかな基準で足りる」とされている。これによってみれば、この説による事実上の関連性の範囲が併合罪の範囲とは無関係であることが知られよう。すなわち、同一の被疑者によって実行されたは関与された犯罪の嫌疑というだけでは、事実上の関連性があるとはいい得ない。また、被疑者と被害者がそれぞれ同一人の事件であるというだけでも、事実上の関連性があることにはならないであろう。ということになると、「事実上の関連性」は、事件の同一性に関するものでなければならぬのではなからうか。

ところで、事件の同一性の範囲の認定の問題は、逮捕・勾留の根拠となった犯罪と、余罪取調の対象となっている余罪とが、一つの事件の範囲内にあると認定することが、妥当であるかどうかの問題である。この場合の妥当性の判断基準をどこに置くかで、「事実上の関連性」の範囲が決定されるであろう。この問題については、学説もまた論ずるところがないように思われる。

次に、この学説について、二つの疑問がある。その一は次のことである。捜査段階における余罪取調の許容範囲を、事実上の関連性のある場合に限定することはよいとして、事実上の関連性の有無の判断者および判断時をどこに求めるかが明らかでないことである。余罪取調をするかどうかは、捜査機関の取調開始時における判断であるが、この場合における「事実上の関連性」の判断は、捜査機関の「見込」とならざるを得ないであろう。もしそれでは不可とすれば、そのことは余罪取調の事実上の禁止に外ならないことになるであろう。それでいいのであろうか。

次に、疑問の第二は、余罪取調の結果、見込がはづれ、余罪と逮捕・勾留の根拠となれば犯罪との間には「事実上の関連性」がないことが明らかになったが、しかしその余罪について犯罪の証明資料がととのえられた場合、この余罪取調を違法として、公訴提起を認めないとすることになるのであろうか。この点について、柏木教授は、この場合においては公訴提起は有効になしうるとしていられるが、⁽²¹⁾教授の理論からいって、何故そうなるのか理解し難いものがあるのではなかろうか。

(1) 昭和四三年三月二六日大阪地裁決定・下級裁判事裁判例集一〇巻三号三三〇頁・判例時報五一四号八七頁・勾留請求却下の裁判に対する準抗告申立事件について準抗告を棄却する決定における理由の中で、次のように述べる。「……本件速

捕状請求者は、被疑者が既に別件により逮捕勾留されていることを知りながら、故意に本件逮捕状請求書に別件逮捕状の発布があったことを記載せず、……逮捕状請求書に別件につき逮捕状が発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たも、その勾留を利用して本件捜査を遂げることができ、したがって本件逮捕は……却下される可能性も充分あった……から、本件の如き逮捕状請求は違法であり、それにもとづいて発布された逮捕状にも重大な瑕疵がある。」

この決定理由は、A事件についても逮捕状の発布時がB事件の勾留期間がはじまったばかりの時であれば、B事件の勾留を利用してA事件の捜査を遂げることが出来るから、このような場合にはA事件についての逮捕状の請求は却下すべきものであり、したがってA事件についての逮捕状請求書にはB事件について逮捕・勾留中であることを記載していなければならぬいもので、その記載のない逮捕状請求は違法であり、それにもとづく逮捕状の発布も重大な瑕疵があるから、その逮捕状の執行も違法であるというのである。それ故、この決定の趣旨からいえば、逮捕状・勾留状を事件毎に発布することは、逮捕のむし返しになるとして却下すべきものであり、A事件で逮捕・勾留中の被疑者について、B事件の取調をするために、A事件での勾留を利用することは差支えないばかりか、むしろそうするのが正しいことになる。

(2) 伊達秋雄・いわゆる「逮捕・勾留の蒸し返し」の違法性についても・前掲四二頁は、「捜査の過程においては、いわゆる事件単位の原則を厳格に貫くことはできないであろう。甲事実についての勾留中に、並行的にも乙事実についての取調を行なうことができないものとすることは、捜査の性格に合致しないのみか、事件毎に逮捕・勾留を反覆せしめることとなり、被疑者の利益も却って損われる。数個の被疑事実が判明している場合には、それらではできる限り併合して捜査、取調されなければならない、一件毎に逮捕勾留を繰り返すことは、その事件も他事件の逮捕勾留期間中に十分捜査し得たものと認められる限り、許さるべきではない。……」と述べもいる。もっとも、伊達教授の見解は無条件許容説ではなく、事件単位説と人単位説との折衷説のようである。

なお、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一七頁は「甲事件について逮捕・勾留中に、ある範囲では乙事件の捜査ないし取調べの許せる場合があると考える……そうして許容できる場合には、逆に乙事件で改めて逮捕・勾留することのできないのは当然である。」と述べているが、この考え方は、余罪取調許容説の立場にあるものと思われる。

- (3) 法律時報四二巻一二号三〇頁以下の天野、渡辺両弁護士の見解、同号一〇頁小田中聡樹「別件逮捕、勾留問題にみる人身の自由と令状主義」参照。
- (4) 小田中聡樹「別件逮捕・勾留問題にみる人身の自由と令状主義」法律時報四二巻一二号一〇頁。
- (5) 「別件逮捕の実証的検討」法律時報四二巻一二号三〇頁、天野弁護士の発言参照。
- (6) 刑事訴訟法一九八条一項但書と本文参照。
- (7) 昭和三〇年四月六日最高裁大法廷判決・最刑集九巻六六四頁以下（強盗殺人同未遂殺人予備強盗予備私文書偽造偽造私文書行使詐欺同未遂被告事件）
- (8) 昭和三〇年四月六日大法廷判決は、「甲事件についても起訴勾留中の被告人を乙事件の被疑者として取り調べることの合憲性」について、最高裁判所刑事判例集九巻六六四頁における判決要旨において、次のように述べている。
「検察官が、まず甲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乙事件の被疑者として取り調べたとしても、検察官においてははじめから乙事件の取調に利用する目的または意図をもって、ことさらに甲事件を起訴し、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、右取調をもって直ちに自白を強制し、不利益な供述を強要したものとすることはできない。」
- (9) 前掲、最刑集九巻六六八頁。
- (10) 鴨良彌・別件逮捕をめぐる法律問題・判例時報三七七号一三四頁―一三五頁は、「乙罪の嫌疑が甲罪の捜査の発展過程中心

にその捜査と関連して生じたものである」とときは、「被疑者に対する身柄拘束は、もっぱら甲罪の捜査の必要に由来するものであって、乙罪の捜査とは直接的な関係がなく」、「乙罪の捜査と接触を持つに至ったのは、甲罪の捜査に附随して生じた事後的事由によるものであり、身柄拘束のための令状請求当時には、少くとも予見し得なかつたものである」から、かような場合における「供述証拠の採取過程に」は、「甲罪に原因する身柄拘束状態を不当に利用するという主観的な意図ないし客観的な事情は認められない」し、「右のような事例については、一般に違法性はないといつてよい」と述べている。

(11) 谷口正孝・他事件で勾留中の被疑者の取調・別冊ジュリスト・刑法判例百選三七頁……「およそ身体を拘束して被疑者を取り調べることは、一つの供述強制とはいえずが、法が身体拘禁中の者の取調べを認める以上、そしてその拘禁が適法なものたるかぎり、その点の強制はすでに許容されているものといえるからである。問題は、「勾留の事実についての嫌疑は消滅し、又はとるに足りない、更には勾留の必要はなくなっているのに、それに藉口して勾留を継続して実は別罪についての取調だけに」その勾留が利用される場合である。

(12) 下級刑集六卷三・四号二〇六頁、判例時報三六九号六頁以下。

(13) 下級刑集九卷四号四一〇頁、判例時報四八六号一五頁二段「……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も思われるような無銭飲食詐欺事実を操し出して来て逮捕、勾留するという意図をも明白に認めることができる……」

(14) 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・二一〇頁―二一一頁は、別件の取調について、「逮捕・勾留について人単位説をとれば、A罪で拘禁しながらB罪の取調をすることは、むしろ許される。……しかし、事件単位説に立つと、相当に疑問である。ここにいう取調を法一九八条の取調と解し、しかもそれは完全な任意捜査だとすれば、事件単位でも合法」となしうるであろう。しかし、逮捕中の取調は、「一種の強制捜査だとみるべきであろう。」「その上、この「取調」は、尋問を指すだけでなく、ひろく捜査というほどの意味で、むしろ一九七条の「取調」の謂である。ただ事

件単位説は、被疑者の利益のために、事件ごとに法の認めたチェックの過程を必ず踏むということだから、そういう利益を害さないかぎりには、自由な構成が許される。したがって、……取調の過程で明らかな余罪または別罪の事実が浮かび、改めて逮捕からはじめるときは、その反覆繰返しによってかえって被疑者の利益を害すると認められる場合には、別罪の取調も許されるであろう。」としている。

この説は、余罪につき逮捕請求理由がととのっている場合に限って別件勾留を利用して余罪取調をなしようとの主張に外ならない。したがって、この説は、いわゆる余罪取調が捜査において占める意味を無視して展開された形式的かつ概念法学的説明に墮しており、勾留中の余罪取調を実質的には認めない説と思われる。

(15) 東京麻布連続放火事件の第一審判決(東京地裁昭四五・二・二六判決)判例時報五九一号四一頁は、別件逮捕・勾留中に余罪たる本件の捜査をすることが是認されるのは、「甲事実の嫌疑とそれによる逮捕・勾留の必要性が存続し、かつ余罪たる乙事実の捜査を手続上明示しないままの形ですすめることが……司法的抑制機能をくぐり、被疑者の防禦権を実質的に阻害することにならない場合に限定」すべきものとしている。そして、このような場合にあたる場合を類型的に例示し、①「甲事実の取調中にたまたま被疑者自らがすすんで乙事実を自白した場合」、②「乙事実が甲事実と比較し、より軽微である」場合、③「同種事犯である」場合、④「密接な関連性がある事犯」である場合を掲げている。そして、これらの限定的場合に該当しないときは、「本来の原則にたかえり、乙事実自体についての逮捕・勾留を求めて手続上明確にすべきであり、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、乙事実捜査に関する限り許されない」といふべきである。そして、いわゆる別件逮捕・勾留による捜査……方法は、当初より令状による司法的事前抑制を回避しようとの意図があり、……不当な見込捜査であり、……憲法および刑事訴訟法において認められた捜査権行使の方法、手段の範囲を逸脱するものとして許されないものと考える」と述べている。

なお「甲事実の取調べ中にたまたま被疑者自らがすすんで乙事実を自白した場合」における余罪捜査の許容範囲につい

て、「その自由の真偽を確認し、令状を求め得る程度の証拠収集まで」を、甲事実の取調と並行的に行うことが許されるとしている。

(16) 大津地裁昭和三五年一月一日決定、下級刑集二卷一一・一二号一六〇五頁、判例時報二五四号三三頁……「もとより被疑者の勾留中に勾留の基礎となった被疑事実以外の被疑事実を取り調べることは差支えないが、それはどこまでも附随的に行なわれるべきであって、勾留期間の延長も単なる余罪捜査の必要によっては許容されない。……勾留の当初から捜査の重点がA被疑事件におかれ、勾留がA被疑事件の捜査に利用された場合には、A被疑事件もB被疑事件と並んで逮捕、勾留の基礎をなしたものと解すべきであり、A被疑事件について新たに逮捕、勾留することを許容しないのが刑事訴訟法の精神である。……A被疑事件についての捜査が……未了のため、罪証隠滅のおそれがある場合でも、人権尊重の建前との調和を考えなければならぬ。本件においてA被疑事件についての新たな逮捕勾留は違法であって……」

(17) 蛸島事件の第一審判決（金沢地裁七尾支部昭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「……被疑者の逮捕・勾留中に、逮捕・勾留の基礎となった被疑事実以外の事件について当該被疑者の取調べを行うこと自体は法の禁ずるところではないが、それは、あくまでも逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の取調べに附随し、これと併行してなされる限度において許されるにとどまり、……」

(18) 前掲注(17)参照。なお、くわしくは、判例時報五六三号二〇頁第一段第二段を参照。

(19) 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）六七四頁は、逮捕中の取調について次のように論ずる。「……捜査の段階では実体形成が未熟であり、事案はなお流動的であるから、厳格にa事件に限定することはできない。……どの範囲までこれを拡張・追加し、または変更することが許されるであろうか。まず拡張・追加については、……法律構成以前の事実上の関連性……が重視されるべきであろう。……例えば、殺人と死体遺棄、本犯と証拠隠滅の教唆……など……。変更についても公訴事実の同一性よりは余程ゆるやかな基準で足りるであろう。」

(20) 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)六六九頁以下。

(21) 柏木千秋・別件逮捕の諸問題・前掲書六八二頁「a事件で逮捕され……b事件で直接公訴を提起することはならざしつかえない。また、b事件についての嫌疑が違法な別件逮捕・取調に基づくものであっても、公訴提起そのものが無効になるわけではない。……むしろ、b事件に関する限り、不拘束のまま起訴された場合と同じに考え、裁判所が勾留状を発したときは二月の勾留期間は勾留執行の日(……指定の監獄に引致された日)から起算されるものと解すべきである。」

五 余罪取調の許容性に関する私見

(一) 出頭要求権と応求義務の限界

わが国の刑事訴訟法は、強制の処分にならない被疑者の取調について、それが捜査目的の達成のために必要である限り、すべてこれを許容する制度を確立しているように解される規定を設けている⁽¹⁾。それとともに、犯罪捜査に必要な場合には、捜査機関に被疑者の取調のための出頭要求権を付与している⁽²⁾。この出頭要求権に対応する応求義務は、被疑者が逮捕または勾留されている場合に限り発生するものと解される⁽³⁾。逮捕状による逮捕の要件が具備しているに止まり、現実には逮捕または勾留がなされていない場合には、被疑者の応求出頭義務は発生していない。

ところが、逮捕・勾留中の被疑者には、犯罪捜査をするに⁽⁴⁾ついて必要があるときには、捜査官の出頭要求、取調を拒む権利は認められていない。この場合、捜査の必要のある犯罪には制限は設けられていない。また、逮捕・勾留の根拠となった犯罪に限って、逮捕・勾留中の被疑者の取調が許されると解すべき制定法上の根拠もないようである。したがって、逮捕・勾留中の被疑者に対しては、捜査対象となった具体的犯罪のすべてについて、捜査官に

よる強制取調権が認められていると解される。

しかしながら、刑事訴訟法第一九八条第一項但書にいう「逮捕又は勾留されている場合」とは、逮捕・勾留の根拠となった具体的特定の犯罪について、被疑者を逮捕・勾留をする法定事由の具備する場合でなければならぬ。実質的に法定の逮捕・勾留事由が消滅した後は、逮捕・勾留をなし、または継続することは許されないと解するのが今日の有力な学説である。

ところが、逮捕・勾留の事由が実質的に存するか否かの判断は、逮捕状、勾留状の発せられた以後においては、令状の期間中は、捜査官の判断にまかせざるを得ないのが、実情である。捜査の消極的ではあるが比較的有効な手段として、被疑者の自由の拘禁が用いられざるを得ない実情が存在するために、逮捕・勾留事由の実質的存在の有無の判断がなされず、勾留状に記載された勾留期間一杯の勾留執行がなされる傾向が強くなっていることは否定できないとであろう。捜査の実務における右のような傾向が何故生じ、かつ強化されてきたのであろうか。

(二) 犯罪捜査の本質的な二つの問題

この問題は、犯罪捜査の本質的宿命ともいうべき二つの問題に根ざしていると思われる。

(1) 捜査の可能性の境界の保障の問題　その第一は、犯罪捜査の可能性の境界の保障の問題である。捜査の可能性の境界は、二つの面から考えられる。その第一は、捜査の本質が、すべて客観的根拠に基づく推測もしくは見込の当否の追求に外ならないことに、基づくものである。この推測は、客観的な何らかの認定根拠に基づくものではあるが、捜査機関の主観的認識としての性質を有せざるを得ないものであろう。令状を発付する裁判官の認識も

また、客観性の程度の差こそあれ、主観的認識の域を出るものではないであろう。

何らかの客観的事実の存在からの推測の当否の追求が捜査の本質的内容であるという観点に立つ限り、捜査機関がそれを可能にする手段として、他の刑事事件による被疑者の勾留中の余罪取調の形式によるうとする事は、自然のなりゆきであろう。推測の根拠となる客観的事実は、捜査の初期においては極めてばくぜんとしたものであり、捜査の進展に伴って漸次確実性を増強してゆくものである。しかも、捜査の実際においては、被疑者の供述を得なければ事実を確認し得ない場合が多い。しかも、そのみが捜査の進展を可能にするものである場合が、殺人事件のように被害者が死亡しているため、その供述を得ることができない事件においては、多いのである。このような事情の存在することが、勾留中の余罪取調の必要性を捜査機関に自覚させるに至るものと思われる。

次に、捜査の可能性の限界の第二は、証拠の証明力の保全の問題である。犯罪における証拠の隠匿の巧妙さは、自由を取得して、それを裏づける形で証拠を収取しなければ、証拠の証明力を失なわせる場合を多くしていることに基づくことである。すなわち、科学捜査をもって証拠の所在を確認することが可能だとしても、捜し出された犯罪の証拠物を、犯人と結びつけること（関連性の立証）が困難な場合が多いという実情がある。というのは、証拠物を取得して後に自由を得ても、証拠物と自由者とを結びつけることにはならないからである。ところが、証拠物の所在の自由を得て、それを裏付ける捜査をしてゆくならば、証拠と犯罪者との関連性の確認が可能となるであろう。

また、犯罪の隠匿性および滅証性は、被疑者の自由の拘束の必要性を生じさせるであろう。すなわち、犯人が証

抛滅失のために行動することは自然のなりゆきであるから、これを防止するためには、勾留原因を求めて被疑者を拘禁した上、早期に取調をすることが許されなければならないこととなるであろう。しかも、このような場合、令状主義をとる現行制度の下では、勾留中の余罪取調という形式をとらざるを得ないこととなる。そして、このことが、勾留中の余罪取調の許容の正当性の根拠の一つとなっている。

(2) 捜査の人権侵害性とその許容限界の問題　犯罪捜査の本質的宿命ともいふべき二つの問題の第二は、犯罪捜査が人権侵害、私権制限を伴わずにはなし得ないということである。すなわち、犯罪捜査の許容は、犯罪捜査のための人権侵害の許容を意味する。犯罪捜査と人権保障とは、相矛盾する地位を占める。この矛盾の解決方法としての制度が令状主義である。法律は、これによって犯罪捜査のための必要最少限の人権侵害(実質的要件)を許容せんとするものであるが、そのための形式的要件として、令状の発付を要求している。形式的要件の具備(令状の発付)を欠く捜査は、違法な捜査であるから、法律上は無効な捜査である。しかし、形式的要件を具備(令状はある)しているが、その不当利用である場合(実質的要件を具備しない場合)には、その捜査の法律上の効果は当然には無効となるものではなく、公権力の行使に当る公務員による職務上の違法による加害として、処理されるべきものである。形式的に令状が発付されており、その有効期間中である以上、その勾留を利用して余罪取調をしたからといって、直ちに余罪取調を違法と解すべき合理的な理由はないと思われるからである。

上述したところが、勾留事由の実質的存在の有無の判断を避けて、勾留状に記載の勾留期間一杯の勾留執行の下に余罪取調がなされる傾向が生じた理由であると思われる。しかも、このような傾向を一般的に令状主義に反する

違法捜査として排除することは、法律論としては成り立ち得るとしても、捜査の可能性を保障する上からは、疑問なきを得ない。「勾留事由の実質的存在」を形式的に解するか、実質的に解するかによって、勾留事由の実質的存在の有無の判断に根本的な差異が生ずるであろうからである。例えば、昭和四七年六月下旬発生の下関の金斗哲殺害事件において(捜査機関は、広島中央郵便局発信の被害者に対する呼出電報の頼信紙の筆跡鑑定から、電報発信者甲を割り出し、私文書偽造・同行使罪で甲を逮捕し、勾留した上で、殺人の嫌疑で甲を取調べて自白を得、死体を発見した)、形式的に論ずれば、逮捕・勾留の理由の根拠となった事件は、私文書偽造・同行使罪であるから、そのことが明らかにされた以上は、直ちに釈放し、殺人については身柄不拘束のまま取調べるべきだということになるであろうが、それでは被疑者の自白を得ることは困難であり、捜査は行きづまるであろう。そしてこの場合、勾留中に形式的には別罪であり、重罪である殺人罪について取調べたのであるから違法捜査であり、無効だとするならば、自白によって死体の発見された事件もまた無罪としなければならないことになるであろう。このような現実には殺人犯人であることが明らかな者を、無罪としなければならないという結論を生み出す法律解釈は、どこか狂ってはいはしないだろうか。この解釈の狂いがあるとすれば、それは「勾留事由の実質的存在」を形式的に解したことから生ずるものと思われる。実質的には被疑者は殺人罪の被疑者であり、私文書偽造は、殺人の嫌疑の根拠であったのだから、私文書偽造の成立は、勾留事由を実質的に不存在ならしめるものではないというべきであろう。すなわち、実質的には、文書偽造罪の取調の終了後も、勾留事由の存在が認定されなければならないとする主張も、理由のないことではないであろう。このような勾留事由の実質的存在の判断は、結局は事後判断であるが、事前においても、嫌疑は十分な場

合であるから、捜査機関が別件勾留を利用して本件取調をするものであるとの形式論を適用すること自体に誤りがあると思われるのである。逮捕・勾留は事件毎にするを要するとの考え方は、正当な考え方と思われるが、「事件毎に」を「犯罪類型に該当する毎に」の意味に解するならば、訴訟手続の過度の繁雑を避ける上からも、眞実発見の上からも、さらに被疑者の人権保障の上からも、不当な取扱になる場合が生ずるのである。それ故に、「事件毎に」とは、「刑事事件の同一性の範囲内毎に」の意味に解すべきものであろう。このように解するならば、刑事事件の同一性の範囲に属するかどうかは、客観的判断でなければならぬから、取調を終了した段階での事後判断とならざるを得ないと思われる。

(三) 余罪取調の必要と人権保証の要請との矛盾の正当な解決方法

同一の刑事事件において、数個の犯罪類型に該当する事実がある場合に、そのうちの一個の犯罪類型該当の証明資料を根拠にして逮捕・勾留を行ない、他の犯罪類型該当の事実についての取調を行なうことは、余罪取調の許容されるべき範囲内であらう。犯罪捜査が見込・推理の追求解明を不可欠の方法とするものであることを認めるならば、余罪取調の許容性の範囲を、刑事事件の同一性の範囲にまで拡張することは、犯罪捜査の可能性の保障として認めるべきことであらう。

しかし、数個の犯罪類型該当事実が、刑事事件の同一性の範囲内にはない場合には、問題があると思われる。見込・推理が正確さに欠ける場合がしばしばあるからである。多くの客観的資料から犯人におそらく間違いなかろうと推測されるが、逮捕状を請求するに必要な犯罪嫌疑の相当な理由を明らかにするに足りる資料の手入が困難な場合

が多いが、このような場合、見込・推測が正確であれば、勾留を利用しての取調の効果は少くなく、被疑者に対する説得が有効に働き、問題解決の糸口を発見しうる可能性が生ずるであろう。ところが、見込・推測が客観的合理性を欠き、主観的な憶測にすぎない場合には、被疑者の反発と軽侮感情を生じ、説得は困難となり、裏付捜査を可能にするような自白を得ることも困難となるであろう。

余罪取調の違法性が問題となるのは、犯罪の嫌疑の根拠となった見込・推測に客観的合理性を欠くにもかかわらず、他の刑事事件についての勾留を利用して余罪取調を強行し、自白を強制して得た場合である。このような場合には、捜査官の主観的推測事実が自白の形で表現されることが多いため、その自白についての裏付捜査の可能性がほとんどない場合が多いであろう。そのために、自白以外に犯行を裏づける証拠資料の入手ができないことが多いのである。それにもかかわらず、このような自白を唯一の証拠として起訴されるならば、憲法第三十八条第三項によって、その自白の証拠能力は否定されるであろう。

刑事事件の同一性の範囲内でない犯罪の嫌疑による勾留を利用しての余罪取調については、上述のような違法判断をうける事例が生じやすいが、それだからといって、このような余罪取調を一般的に禁止してしまうことは、捜査の可能性を喪失させることが大きいであろう。客観的・科学的・合理的根拠に基いた見込・推測を根拠に進める捜査活動であっても、犯罪手段の高度な隠匿性にかかっては、全く捜査の手がかりを失うことが多い。このような場合、犯人としての合理的可能性の濃厚な被疑者を勾留して取り調べることにより、何らかの供述を得て、その供述内容を科学的に分析し、その真偽を裏付ける証拠資料を採取する方法をとる以外に、有効・適切な捜査の方法は

ないであろう。

このような捜査方法は、結果として、犯罪を立証するに足りる物的・人的の証拠資料を獲得できたとしても、勾留を利用して余罪取調に着手する当時においては、勾留請求に必要な疎明資料もない状態である場合が多い。したがって、勾留を利用しての余罪取調ということになると、刑事事件の同一性の範囲内には犯罪の取調である限り、実質的に令状主義を潜脱するとの非難をうけることになるであろう。ここに、余罪取調の必要性と人権保証の要請との間の矛盾が存在することになる。しかもこの矛盾は、概念法学的形式論を以て片づけてしまうには、あまりにも社会的意味が大きいものである。それ故、この矛盾の正当な解決方法の探究が重要な課題となるであろう。

この矛盾の正当な解決方法とその限界については、上述したところを整理して結論を求め得ると思われる。すなわち、この問題は勾刑事事件の同一性の範囲内の犯罪類型に該当する事実に関する余罪取調であるか、同一性の範囲外の犯罪事実に関する取調であるかによって結論を異にするものと思われる。

前者の場合の取調は、事件の範囲を確認する意味をもつものであり、余罪取調ではあるが、いわゆる別件取調ではない。もっとも、この場合においても、取調の副産物として、別件犯罪についての自白を得ることもあるであろう。しかし、この自白は、捜査の端緒の獲得とみるべきものであって、余罪捜査の目的ではないであろう。したがって、その内容の真否についての別の捜査が開始され、自白以外の物的または人的証拠が発見されない限り、その自白に証拠能力はないと解すべきものである(憲法三八条三項参照)。

後者の場合の余罪取調は、客観的・合理的根拠により、勾留中の被疑者の犯罪の嫌疑が濃厚な場合に限って許容

されるものと解し得ないであろうか。客観的・合理的根拠というのは、被疑者の過去の犯罪の口口に取調目的の犯罪の口口が類似しているため蓋然性が高いこと、地縁関係すなわちいわゆる土地鑑があること、声紋が一致していること、被疑者に犯人でなければしないような特殊な行動があること、などをいうものである。このような客観的・合理的根拠があるだけでは、逮捕状、勾留状の発付が困難であるが、しかし、犯罪捜査の可能性の観点からは、極めて重要な基本的手がかりである。多くの場合に、これらの事実が、捜査の唯一の手がかりとされるのが実情であり、こうした事実を根拠としての捜査を進めるためには、勾留中の被疑者の取調の方法をとる以外に、有効な方法がないのが実情である。そうであってみれば、このような場合の勾留中の余罪取調を許容すべき理由があるといわねばならない。ただ、これによって得られた自白は、それだけでは証拠能力に欠けるから、その内容の真否の捜査をする必要がある。そして、もし自白の内容の真实性を立証するに足りる証拠資料が得られないときは、具体的公訴権の発生はないと解すべきであろう。しかし、自白内容の真实性を立証するに足りる証拠事実が発見された場合には、別件勾留の利用の許容が認められるべきであろう。このことは、主観的には令状主義の潜脱の観があるにしても、客観的には犯罪事実が潜在する場合であるから、捜査の可能性の保障という公共性を優先すべきものと解しうるからである。

(1) 刑事訴訟法一九七条一項参照。

(2) 刑事訴訟法一九八条一項。

(3) 刑事訴訟法一九八条一項但書は、逮捕、勾留されていない被疑者の出頭拒否権を規定しているが、逮捕、勾留中の被疑

者には出頭拒否権を付与しないこととしている。このことは、出頭要求権に対応する応求出頭義務が逮捕・勾留中の被疑者にあることを示すものと解し得よう。

(4) 刑事訴訟法一九八条一項参照。

(5) 応求出頭義務をもつ被疑者に対しては、出頭が強制されることとなる。出頭後の退去も許されない。このような身柄の拘束状態においての取調が許容されているから、これを強制取調権と呼ぶことができるであろう。

(昭和四七年十二月)