

## 別件逮捕の許容性の限界(三)

飯 田 忠 雄

- 一 問題の所在(三卷二・三号)
  - 二 別件逮捕・勾留の概念(三卷二・三号)
  - 三 令状主義の限界と発付の瑕疵の令状に及ぼす影響(三卷二・三号)
  - 四 余罪取調の許容性の限界(三卷四号)
  - 五 別件逮捕の違法性の根拠と限界(本号)
    - 一 別件逮捕が犯罪捜査に占める地位
    - 二 別件逮捕の違法性の根拠に関する学説
    - 三 判例にあらわれた別件逮捕の違法性の根拠と限界
    - 四 別件逮捕の違法性の限界についての私見
  - 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
- 別件逮捕の許容性の限界(三) (飯田)

一 総 説

二 違法手続により取得された供述の証拠としての許容性の限界

(一) わが国における判例・学説

(二) アメリカにおける排除法則(以上本号)

三 違法取得供述に基いて取得された証拠物もしくは証人証言の証拠としての許容性の限界(以下四卷二号)

(一) 英米における学説・判例

(二) わが国における学説・判例

四 私 見

七 別件逮捕・勾留の事前抑制と事後抑制

八 結論—別件逮捕・勾留の許容性の根拠と限界

五 別件逮捕の違法性の根拠と限界

一 別件逮捕が犯罪捜査に占める地位

犯罪捜査における証拠資料の収取にあたって、欠くことのできない問題は、いわゆる罪体の発見である。特に、人身犯罪については被害者の身体の存在の発見が不可欠であるし、財産犯罪には、被害財物の発見を欠くことを得ない。いわゆる罪体の発見がなければ犯罪があるとはいえないからである。

ところで、罪体の所在場所を発見し、被疑者との関連性を証明するには、被疑者の任意性のある自白を得て、こ

れを裏付け、自白が真実であることの証拠資料を収取することが必要となる。この方法によらない犯罪証明は、いわゆる科学捜査を駆使して精密な捜査をしても、罪体の所在場所の発見が困難な場合が多いし、たとえ罪体の発見に成功したとしても、それと被疑者との関連性の立証は、自白を媒介し、自白を裏付ける証拠資料の獲得がない限り、極めて困難であり、その困難さは、不可能に近いものと思われる。

このような、犯罪捜査における決定的事情が、犯罪捜査における被疑者の逮捕を高い地位に押し上げることとなる。このことは、今日のわが国の犯罪検挙状況にもみることができ。

警察庁の犯罪統計書によれば、昭和四一年および昭和四二年度における兇悪犯（殺人・強盗・放火・強姦）の認知件数に対する検挙（逮捕）件数の比率は九〇・五パーセントである。このうち殺人については、九六パーセント、強盗では八一パーセント、放火では八一パーセント強、強姦では九四パーセント強である。<sup>(1)</sup>これに対し、比較的被疑者の逮捕の困難な窃盗では、四七パーセント強に止まっている。このような傾向は、アメリカにおいてもみられるところである。<sup>(2)</sup>

次に、余罪取調が犯罪検挙に占める地位についてみるに、広島県警察本部の統計によれば、被疑者の供述によって犯罪が検挙された件数は、刑法犯総件数の四一パーセント強に上るのである。特に、暴行、傷害、脅迫、恐喝、詐欺、横領、偽造、賄賂、賭博等の粗暴犯および知能犯では、被疑者または参考人としての取調が、事件解決の決定的地位を占めていることが知られるであろう。<sup>(3)</sup>また、窃盗犯罪の解決においても、余罪取調によって解決した数は、本件件数の約二倍にあたるのである。<sup>(4)</sup>

右の実例が示すように、被疑者の逮捕、勾留中における余罪の取調、いいかえれば余罪を本件としてみれば別件逮捕、勾留中になされる本件についての被疑者の取調が、犯罪捜査において占める地位の大きさが判明するであろう。しかも、この場合の余罪取調は、被疑者の逮捕、勾留下においてのみ可能なものである。ということは、逮捕・勾留中の被疑者の余罪取調を、いわゆる本件基準説によって令状主義の潜脱すなわち憲法違反と解するとき、犯罪捜査の可能性に極めて重大な法的制約を加え、特に死体隠匿殺人事件については、決定的な制限を加えることになるであろう。このような重大な結果を招来する法解釈が、社会防衛と人権保障との調和を目指す日本国憲法の真意であるであろうか。この問題意識をもつが故に、私は、ここに別件逮捕・勾留の違法性の根拠と限界に関する学説・判例を調査・検討し、捜査の可能性(社会防衛の手段としての)と人権保障との調和の理論から、別件逮捕・勾留の違法性の根拠と限界について、そのあり方を追求してみようと思うものである。

(1) 別紙折りこみ表

(2) Thomas F. Adams, *Law Enforcement*, 2nd ed. (Prentice Hall), p. 45 は、*Uniform Crime Reports*, 1970, FBI Chart から引用して、「逮捕によって明らかにされた犯罪」について図示している。それによれば、「逮捕によって明らかにされた犯罪」と「逮捕によって明らかにされなかった犯罪」との割合は、左のとおりである。

左の表は、犯罪捜査における逮捕のもつ手段的地位の大きさを示している。  
財産犯罪については、被疑者の逮捕が解決のための手段として占める価値はそれほど大きくない。しかし、人身犯罪については、被疑者の逮捕が解決のための大きな手段となっている。

パールバット教授セミナー記録「日米比較刑事訴訟手続」司法研修叢書五〇号八頁以下によれば、カリフォルニア州の法

(1)附表1

全国刑法犯認知検挙件数および検挙人員

昭和42年度犯罪統計書(広島県警本部による)

罪 種	認 知 件 数			検 挙 件 数			検 挙 人 員		
	昭和41年	昭和42年	増 減	昭和41年	昭和42年	増 減	昭和41年	昭和42年	増 減
総 数	1,590,681	1,603,471	+12,790	1,051,608	1,077,103	+25,495	740,055	802,578	+62,523
凶 悪 犯	13,760	12,836	- 924	12,548	11,532	- 1,016	14,987	14,045	- 942
殺 人	2,198	2,111	- 87	2,124	2,014	- 110	2,278	2,225	- 53
強 盗	3,558	3,009	- 549	2,941	2,481	- 460	3,799	3,143	- 656
凶 悪 強 盗	1,549	1,403	- 146	1,298	1,202	- 96	1,975	1,766	- 209
普 通 強 盗	2,009	1,606	- 403	1,643	1,279	- 364	1,824	1,377	- 447
放 火	1,421	1,323	- 98	1,225	1,061	- 164	700	638	- 62
強 姦	6,583	6,393	- 190	6,258	5,976	- 282	8,210	8,039	- 171
粗 暴 犯	133,428	123,473	- 9,955	124,540	113,675	-10,865	143,649	137,844	- 5,805
凶 器 準 備 集 合	149	115	- 34	151	115	- 36	787	724	- 63
暴 行	41,132	38,136	- 2,996	39,169	35,702	- 3,467	45,352	44,415	- 937
傷 害	59,080	59,234	+ 154	55,424	54,979	- 445	74,222	73,633	- 589
脅 迫	5,613	4,627	- 986	5,377	4,409	- 968	4,320	3,762	- 558
恐 喝	27,454	21,361	- 6,093	24,419	18,470	- 5,949	18,968	15,310	- 3,658
窃 盗	1,001,412	954,549	-46,863	484,549	450,144	-34,405	184,432	169,669	-14,763
知 能 犯	92,768	78,111	-14,657	85,691	70,985	-14,706	34,423	28,393	- 6,030
詐 欺	70,226	61,379	- 8,847	63,688	54,901	- 8,787	22,075	18,785	- 3,290
横 領	13,180	10,287	- 2,893	12,668	9,696	- 2,972	8,012	6,287	- 1,725
偽 造	7,264	5,154	- 2,110	7,243	5,099	- 2,144	2,212	1,806	- 406
瀆 職	1,692	1,063	- 629	1,690	1,063	- 627	1,828	1,319	- 509
背 任	406	228	- 178	402	226	- 176	296	196	- 100
風 俗 犯	13,258	12,542	- 716	12,996	12,167	- 829	23,210	20,608	- 2,602
賭 博	5,092	3,813	- 1,279	5,115	3,814	- 1,301	15,541	13,221	- 2,320
猥 褻	8,166	8,729	+ 563	7,881	8,353	+ 472	7,669	7,387	- 282
強 制 猥 褻	3,268	3,416	+ 148	2,973	3,058	+ 85	2,167	2,267	+ 100
公然猥褻・猥褻物	4,898	5,313	+ 415	4,908	5,295	+ 387	5,502	5,120	- 382
業務上等過失致死傷㊟	296,804	383,631	+86,827	295,378	384,190	+88,812	306,510	399,834	+93,324
業務上等過失致死傷㊿	1,786	1,996	+ 210	1,768	1,994	+ 226	2,221	2,528	+ 307
そ の 他 刑 法 犯	37,465	36,333	- 1,132	34,138	32,416	- 1,722	30,623	29,657	- 966
業務上等過失致死傷を 除いた刑法犯㊿	1,293,877	1,219,840	-74,037	756,230	692,913	-63,317	433,545	402,744	-30,801

罪名	逮捕との関係	
	逮捕によって証拠を取 得し得たパーセント	逮捕によって明白に きなかつたパーセント
殺人	八六%	一四%
過失致死	八一%	一九%
強姦	五六%	四四%
加重暴行	六五%	三五%
強盗	二九%	七一%
夜盗罪	一九%	八一%
窃盗犯	一八%	八二%
不法領得罪	一七%	八三%

律では、被逮捕者は、被逮捕日かおそくともその翌朝にはマジストレート (Magistrate、下級裁判所の判事が当てられる) の前に、不合理な遅延なしに (without unreasonable delay) 連行されるを要する。被逮捕者を監獄に収容する行政手続 (ブッキング手続) を行ない、コンプレイント (Complainer、犯罪の嫌疑を記載した書面) を作成提出するに必要な時間だけが、マジストレートの面前に被逮捕者を連行するまでの時間として認められては止まる。従って、被逮捕者は、逮捕された日か遅くともその翌朝には、マジストレートの前に連れていかれることになる。マジストレートは、予備審問 (preliminary hearing) のための期日が指定されるが、その期日は被逮捕者の同意がない限り二日間を越えて延期してはならないものとされている。予備審問においては、検察側は、被逮捕者が有罪であるとの合理的な心証を生ぜしめるに十分な証拠の提出をし

別件逮捕の許容性の限界 (三) (飯田)

なければならぬ。証拠が不十分な場合には、コンプレイントは却下され、被逮捕者は釈放される。

前掲の Uniform Crime Reports から引用した「逮捕によって明らかにされた犯罪」は、予備審問において検察側の提出した証拠が十分であると認められたものを指すと思われる。このことは、人身犯罪について逮捕する嫌疑者については、逮捕前の証拠収取が比較的容易であるが、財産犯罪については、比較的困難であることを物語るであろう。これは、アメリカにおいては、自白から証拠を獲得する「逮捕・勾留中の被疑者の取調」をすることが事実上困難な制度であることにも、その原因があると思われる。

(3) 別紙折りこみ表

(3) 附表2

端緒別検挙件数 (広島県警察本部管内)

昭和42年

検挙の端緒	刑法犯総数		うち) 殺人		うち) 強盗		うち) 放火		うち) 強姦		うち) 暴行傷害		うち) 脅迫		うち) 恐喝		うち) 詐欺		うち) 横領		うち) 偽造		うち) 賄賂		うち) 賭博		
	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	
総数	26,297	21,139	46	40	41	38	20	19	173	159	2,296	1,974	161	131	282	252	1,392	1,287	263	226	137	121	56	54	156	139	
自首	33		8								5					2		3		2							
常人逮捕	241				2						12		1		1		4										
職務質問	総数	441	2	3	5	1	7	14			1	1			11		12		7								
	緊急配備	15			1		1	2																			
	警ら	194						3	1					1		1		6		3							
	密行、張込その他	179		1	1				2		1				3		1		5		4						
現行犯	総数	1,041	133	8	7	1		13	307	7	10		24		29		2	1	1	12			2		15		
	緊急配備	20	1	1	3				2				1		1			1									
	警ら	244	10					4	47	1	2		1		1					9							
	密行、張込その他	85						1					11												9		
聞込	2,742	27	8	7	7		38	1	533	1	56		105		211		1	64	1	13		1	10		50	3	
贓物	1,881	411			4										3		60	10	19	3	1						
犯罪手口	2,305	72					3									62	5	2		1							
取調	総数	12,664	10,127	15	12	12	8	8	9	93	59	1,114	737	83	69	135	177	954	842	154	149	98	70	43	54	90	54
	被疑者の供述	10,857	4,972	9	6	10	3	5	6	63	12	670	247	58	15	103	45	813	265	117	47	76	13	43	12	81	8
	その他	1,807	5,155	6	6	2	5	3	3	30	47	444	490	25	54	32	132	141	637	37	102	22	57	42	9	46	
面割	総数	82	415	1		1	7			8	9	31	115	1	4	8	16	12	126	2	1						
	被疑者写真	43	164	1		1	4			3		15	49		2	4	8	8	40	1	1						
	モニタージュ写真		2													2											
	その他	39	249				3			5	9	16	66	1	2	4	8	4	86	1							
鑑識	総数	45	515		8	1	6	7	3	1	2	9		2		1	16	20		3		12				56	
	指紋	15	141				2										1	3									
	足痕跡	2	101							2																	
	犯罪供用物	19	118		6	1	4	1		1	2	7					14	12		1		9				56	
	犯罪供用物以外の遺留品	5	42					1				2								2							
その他	4	113					5	1					2		1	1	5										
告発	50	270						4	50	6	19		12	1		8	45	2	33	2	15						
110番通報	1,026	3,496	2	11	1	9		2	10	116	445	1	18		2	4	15					3				15	
その他の申告投書	3,661	3,914	1	8	1	6	1	2	4	22	148	491	8	21	4	41	16	93	3	22	1	6				7	
他機関からの引継	15	6									6	2					2	1		1		1				1	
その他	70	1,744		1		1	1	1	7	2	147		5		15	1	127	1	11		13	1				4	

注 検挙の端緒を検挙件数1件について2ヶ調査したため、表頭の「1」には検挙の端緒欄の若いコードのものを示し、「2」にはその他のコードを示す。





二 別件逮捕の違法性の根拠に関する学説

別件逮捕の違法性に関する学説は、別件逮捕がそれ自体独立して逮捕の形式的要件を具備している場合に限り、これをみれば、(1) 違法の問題を生じないとする説<sup>(1)</sup>、(2) 別件を基準として観察した場合に実質的に逮捕権の濫用と認められる場合が違法であるとする説<sup>(2)</sup>、(3) 別件を基準として観察した場合に一種の権利濫用と解される場合が違法であるとする説<sup>(3)</sup>、(4) 本件を基準として観察した場合に一種の権利濫用と解される場合が違法であるとする説<sup>(4)</sup>、(5) 本件基準の逮捕権濫用説、(6) 本件を基準として観察した場合に一種の権利濫用と解される立場から別件逮捕を一種の権利濫用と解すると共に、本件を基準とすれば令状主義の機能を失なわせるものであるとする説<sup>(5)</sup>、(7) 令状主義潜脱説、(8) 逮捕・勾留における証拠収集の機能を失なわせるものであるとする説<sup>(6)</sup>、(9) 令状主義潜脱・権利濫用説、(10) 被疑者の不利益となる別件逮捕は違法とする説<sup>(7)</sup>、(11) 違法説とに類別できる。

(一) 違法の問題を生じないとする説は、いわゆる別件基準説の立場から別件逮捕の違法性を判断するものである。別件について逮捕の要件を具備する限り、形式的には違法の問題を生ずることはあり得ないことになる。また、余罪取調についても、被疑者の取調は逮捕・勾留を前提としない任意捜査であるとの考え方をとるから、本件についての取調も合法であり、従ってその結果となされる本件逮捕についても形式的には違法の問題は生じないと論ずる。しかしながら、この説をとる者も、別件逮捕の濫用が人権侵害の危険性を伴うものであることを認め、その妥当性を問題とする。このことは、別件逮捕について形式的違法性判断をするだけでは不十分で、実質的違法性判断をも必要とするとの見解をとっているものと思われる。こうした考え方は、犯罪捜査の保障を重視する立場の

実務家によって支持されていると思われる。

ところで、別件逮捕の実質的違法性の判断基準を、捜査の必要性に置く限り、嫌疑犯罪の重大性や逃亡・証拠隠滅のおそれの強大な場合に限ることを条件に、違法性判断をすれば足りるとの結論を引き出さざるを得ないであろう。しかしながら、嫌疑犯罪の重大性や逃亡・証拠隠滅のおそれが別件の逮捕そのものの正当化事由となるとしても、本件における令状主義の潜脱という実質的違法性を阻却もしくは減少させるとすることには、疑問があるといわねばならないのではなからうか。

(二) 別件基準の逮捕権濫用説は、別件逮捕の違法性を、元来任意捜査で足りる事件を何らかの特別の事情によって強制捜査することに見出すものである。すなわち、別件の逮捕自体が逮捕権の濫用と解される場合をもって、違法な別件逮捕と解するものである。この見解は、別件を基準として逮捕権・勾留権の濫用を認定するものであるから、令状主義の潜脱という見方はしていない。それは令状主義の観点からすれば、別件についていうものであるから、令状主義の濫用ではあり得ても潜脱ではないからである。この説によるときは、別件逮捕を一般的に違法とする理由はなく、それが権利の濫用となる場合に限って違法性を認定することとなる。したがって、逮捕・勾留下における本件についての被疑者の取調は、それ自体としては違法性の問題は生じないとの説に帰することになる。

(三) 本件基準の逮捕権濫用説は、別件に原因する身柄拘束状態が本件の証拠採取のための積極的な機能に利用されている場合を、本件についての令状主義の機能の潜脱であり、一種の権利濫用と解するものである。本件の捜査に別件に原因する逮捕・勾留を利用することを以て、一種の権利濫用と解するものであるから、結局、いわゆる別

件逮捕を一般的に権利濫用として、違法とするものであろう。この場合の権利濫用は、別件の逮捕自体が権利濫用であるかどうかには関係なく、別件の逮捕自体の本件捜査への利用を権利の濫用とみるものである点で、別件基準の逮捕権濫用説と異なるものである。なお、この説は、権利の濫用を違法性の根拠とするものであって、令状主義の潜脱という法定手続の保障侵害を根拠として違法性をいうものではない。

(四) 令状主義潜脱説は、別件について逮捕勾留の理由と必要性とが具備されている場合でも、本件についての被疑者の取調を、別件による逮捕・勾留中に実施することは、令状主義の潜脱であると解し、そこに違法性判断の根拠を見出すものである。この説によるときは、特定犯罪による逮捕・勾留中における余罪についての取調は、すべて令状主義の潜脱として禁止されなければならないとの帰結とならざるを得ないであろう。しかし、このような帰結を、現行刑事訴訟の解決として一般的に引出すことは、法の文言上無理なことではなからうか。<sup>(12)</sup> また、刑事訴訟政策からいっても、逮捕・勾留中の被疑者について余罪取調を一般的に違法として排斥することが必ずしも正しくないことについては、既に論じたところである。<sup>(13)</sup>

(五) 令状主義潜脱・権利濫用説は、別件逮捕を捜査機関が証拠取収の面で遵守すべき客観的・主観的制約を超えた一種の権利濫用と解するとともに、令状主義の機能を減失させるものであるとするものである。この説は、本件基準説の立場からすれば、別件逮捕は証拠取収手段とされているものであると解するとともに、これを違法とする根拠を、捜査機関による権利の濫用と、令状主義に対する実質的違背の両面に置いているものである。すなわち、逮捕・勾留は、被疑者の逃亡または証拠隠滅の防止のためにのみ許容されるものであって、証拠取収の手段とすべ

きものでないから、許容されないことを行なうという意味で一種の権利の濫用であるというのである。ところで、逮捕・勾留の許容事由が逃亡または証拠隠滅の防止にあることは、現行刑事訴訟法の条文の根拠もあることであるが、こうした目的でした逮捕・勾留を証拠採取の手段として利用したとしても、そのことのために、許容条件を充足した逮捕・勾留が違法となると解することには疑問があらう。許容条件を充足した逮捕・勾留が合法である以上、その合法的な事態を利用することは直ちに違法とすることはできないのではなからうか。そうであるなら、別件逮捕を一般的に権利濫用と解することは妥当でないといわねばならないと思われる。

(六) 被疑者の不利益となる別件逮捕は違法とする説は、余罪の取調の許容事由を被疑者の利益に限るとの前提に立つものである。したがって、この説によるときは、いわゆる別件逮捕が本件の取調に利用されることは、常に違法であるということになる。ところで、この学説は、別件逮捕を一般的に違法と解するものであるが、その前提とされる余罪取調の許容事由を被疑者の利益の存在に限っている点に問題があると思われる。

(1) 警察庁調査統計官「別件逮捕をめぐる論議について」警察研究三五卷二号一四四頁参照。

(2) 向江璋悦「別件逮捕」法律のひろば一六卷九号四三頁

(3) 荻部侯雄・伊藤実「別件逮捕の違法性」法律のひろば二三卷三号一一頁は、令状発付段階における「別件逮捕(勾留)の違法性を判断する基準は、……別件自体が逮捕(勾留)の理由および必要性を具備するか否かによって判断されるべきものであり、このことは……事件ごとに逮捕(勾留)の理由および必要性を判断して令状を発付するものであることから……明白である……また……この段階では手続の表面に顕れるのは……別件そのものに関する事情だけであり、本件に関する事情はいまだ捜査官の内心に潜在しているにすぎないのであるから、そのような不確定なものを令状発付の際の

判断の要素に加えるべきでないことは、手続の法的安定性の見地からも当然であろう」と述べている。この見解は、結局、別件逮捕権濫用説に属すると思われる。

(4) 熊谷弘・「或る夏の夜の架空対談」判例タイムズ一五〇号一七〇頁は、「逮捕権の濫用と言い得るにはもう少し程度の進んだもの、既ち、(A) 軽い犯罪については逮捕、勾留の理由も必要も全くないのに、本来の重大犯罪の捜査に専ら使う目的で逮捕、勾留するのだということが、一見明瞭であるような場合とか、(B) 同時に捜査をし得ることが一見明瞭であるのに、将来勾留期間の制限を潜脱する為に、殊更に罪名を小出しにして、その各々について逮捕勾留を繰返そうとする意図が明らかである様な場合などが濫用になるのではないか。」と述べている。逮捕権濫用説に属する一説である。この説では、令状主義の潜脱を直接にはとり上げていない。

(5) 鴨良弼・「別件逮捕をめぐる法律問題」前掲一三四頁は、「甲罪に原因する身柄拘束状態が乙罪の証拠収集のための積極的な機能に利用されている」ような場合には、「実質的にはその身柄拘束はもっぱら乙罪の捜査に向けられている」し、「しかも、乙罪の捜査に向けられた身柄拘束に対しては、裁判官による具体的な司法的な抑制(令状主義の機能)が事前になされていらない」のだから、「一種の権利濫用」と解すべきものとしている。この説も、逮捕権、勾留権の濫用説であるが、令状主義の潜脱を生ずる行為をするのが一種の権利濫用とするものであって、(4) の場合とは異なった解釈をしている。

(6) 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・法律時報四二巻二二号一〇頁は、「別件逮捕はまさに令状主義潜脱の問題であり」、「第一に、別件について令状主義が適切に機能しているか、第二に、本件について令状主義が機能しているか」を問題とすべきであるとし、次のようにいう。「別件逮捕勾留問題の所在は、右の第一点にあるのではなく、別件について逮捕勾留の理由と必要性とが具備されている場合にあって、なおその逮捕勾留を違法とすべきかにある。そしてこの問題の核心は、令状主義が本件について機能しているかである。・・・逮捕勾留が事実上なされている事件について令状主義が及んでいないという事態を、令状主義・・・人身の自由にとって由々しい事態と考えるか否か。問題はこの

一点にある・・・」という。

- (7) 熊本典道・別件逮捕に対する制裁・判例時報五七七号一〇頁は、別件逮捕を否定すべき理由として、「(1) 若し勾留を認めるならば、その勾留による身柄拘束を利用して本命たる犯罪についての自白の徹底的な追求が行われることが明白であるが、これは単に勾留が本来の目的『逃亡と罪証隠滅の防止』以外に利用されるといっただけでなく、まさに、形を変えた『拷問』に等しく、たとえ結果的に真犯人であったとしても、デュー・プロセスの保障という観点からは、許すことができないということ、(2) 別件逮捕はもともと、逮捕状を請求さえするに足る程度の容疑もない者に対して行なわれるのであるから、結果として真犯人でない場合の可能性は相当高いのであるが、真犯人でなかった場合には容疑者に対しては回復したい損害を与えること」を掲げている。すなわち、別件逮捕については、①「犯人あるいは犯人の蓋然性の高い者を、令状主義を潜脱して拘束して、自白追及を主とする捜査が許されるか」という問題と、②「無辜あるいは無辜の蓋然性の高い者を、令状主義を潜脱して、自白追求を主とする捜査が許されるか」という問題とが「同時に含まれ、何れも否定されねばならない」と主張されている。この説は、要するに令状主義の潜脱に別件逮捕・勾留の違法性の根拠を求めるものであろう。
- (8) 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—一四五頁は、別件逮捕を不当・違法とし、その理由として、(1)「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」から、「別件逮捕は、証拠収集の面で、客観的・主観的に、捜査官の遵守すべき制約を超えた、一種の権利濫用と解されること」、(2) 乙罪では逮捕状・勾留状を得る見込みがないので、甲罪を利用して逮捕・勾留して乙罪について取調べるのであるから、「令状主義の機能は全く減却され、憲法上の保障も否定されたに等しい」ことを挙げている。

- (9) 石井一正・違法逮捕と勾留・法律時報三八卷四号九四頁は、「別件であるB事実について、逮捕の必要がない場合と、その必要がある場合とが考えられる。前者は、とくに別件逮捕という観点を入れなくても問題なく違法である・・・。B事実について、逮捕の必要があれば、B事実についての逮捕を利用してもつばらA事実の取調を行う目的であったとしても、

被疑者の取調は任意捜査であるから、B事実の逮捕の適法、違法に影響しないとする立場も、形式論としては、一応筋が通るかも知れない。しかし、この立場においても、このような逮捕は妥当でないといわれる・・・別件逮捕は、・・・A事実  
に即して考えれば、実質上嫌疑なくして逮捕することであり、・・・憲法の規定(三三条・三四条・三八条)を脱法する違  
法な逮捕ということになる・・・。」と述べている。

(10) 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)二二二頁・・・「別件の取調は、限られた場合に、  
被疑者の利益にだけ認められるのであるから、いわゆる別件逮捕は違法だということになる。つまり、証拠が不十分なため  
に直ちに本命の事件について逮捕できない場合に、右事件の取調にあてる目的で、ことさらに軽い別件に名をかりて拘禁し、  
その期間を本来の事件についての取調に流用するという捜査方法は、いわば不法な見込捜査ともいうべく、許されないの  
である。」

(11) 関沢正夫(警察庁刑事局調査統計官)・別件逮捕と警察捜査・法律のひろば二三卷三号八頁は、別件逮捕の問題の所在  
について次のように述べる。「別件逮捕の問題性は、形式的には刑事訴訟法にこれを許容し、または禁止する明文の規定が  
ないところであり、実質的側面から見ると、捜査における被疑者の取調べの必要性として把握される。・・・現実の捜査に  
おいては、鋭意証拠の収集に努めたにもかかわらず、令状を請求しうるに足る資料が収集できない場合に、被疑者の取調べ  
を通じて捜査の壁を打開する方法をとらざるを得ないこともある。この場合、・・・一般に重大犯罪で、逃亡・証拠隠滅の  
おそれが高いケースが多いのである。」

(12) 神戸学院法学第3巻第4号九頁以下に掲げられた余罪取調に関する学説の大勢は、逮捕・勾留中の余罪取調について必  
ずしも禁止すべしとするものではない。

(13) 神戸学院法学第3巻第4号二四頁以下参照。

(14) 右と同じ書巻号、一五頁「利益保障説」の項参照。



右の諸学説は、これを権利濫用説、令状主義潜脱説および兩者併存説の三者に分類できることは容易に知りうる  
ところであろう。ところで、これらの学説は、別の観点からすれば、主観説と客観説とに大別しうる。

主観説は、本件の捜査に別件の逮捕・勾留を利用しようとする捜査機関の意図すなわち令状主義を潜脱する意図に、違法性の根拠を認めるものである。別件逮捕の概念形成にあたって主観主義に従がう学説をとる者は、その違法性の根拠を、捜査機関の意図に求めている<sup>(16)</sup>。主観説が違法性の根拠とする「意図」は、客観的に立証され得るものでなければならぬから、捜査機関の意図を論証するに足りる客観的事実の存在が立証されなければならないであろう。このような客観的事実は、別件について存在するのではなく、本件について存在しなければならないのである。したがって、主観説（意図説）は、このような客観的事実の存在の下に、別件逮捕が実現されていることに、違法性を認めるものであらねばならないであろう。もしそうでないとすれば、そのような主観説は、抽象的観念論にすぎず、学問的に取り上げるに足らないものとなるであろう。

客観説は、令状主義の機能を失なわせることに違法性の根拠を求めんとするものである。これには、別件基準説の立場にあるものと、本件基準説の立場からのものがある。前者を形式的令状主義潜脱説と名付ければ、後者は、実質的令状主義潜脱説ともいうべきである。

形式的潜脱説は、別件を基準として令状主義に違反する場合には別件逮捕を違法とするが、そうでない限り、すべて別件逮捕を合法とするものである。いいかえれば、別件の逮捕手続自体に形式的または実質的違法性が認められることのみ、別件逮捕の違法性の根拠を見るものである。このような考え方をとる限り、本件についての被疑者

の取調は、別件についての逮捕・勾留が合法である限り、合法であり、その結果の被疑者の自由意思による自由に基づく逮捕・勾留も合法であるということになるであろう。

ところで、この説によっても、別件について逮捕状がでていれば、それだけで本件についての勾留下の取調が合法であるというのではなく、逮捕権の濫用と認められる場合には、本件の取調も違法となるものであるから、逮捕・勾留権の濫用についての実質的認定が正当に行なわれているものである限り、この説も、すてることができるであろう。だがしかし、別件逮捕が問題となった場合を考察してみるに、すべて逮捕・勾留権の濫用と認められる場合であることを発見しうるであろう。ということは、別件について逮捕状・勾留状を発付する際に、逮捕権もしくは勾留権の濫用についての実質的審査を適切に実施することの困難さを示すものであるであろう。ということになると、この説もまた、実際の場合の妥当な解決説とすることには疑問が生ずるのである。<sup>(18)</sup>

次に、実質的潜脱説であるが、この説は、本件基準説の立場から別件逮捕の違法性を主張するもので、前述の令状主義潜脱説として説明したところであるので、ここに繰り返すことは避けることとする。

なお、この説をとる者の中には、実質的違法性の判断を加えるにあたり、令状発付の段階で本件に比較して別件が軽微であることを別件逮捕・勾留の違法性の要件として考慮すべきものであるとする学説もある。<sup>(19)</sup>これについて、実務家の批判がみられるが、それによれば、「右の学説の所論を押し進めれば、本件の捜査中に発覚した別件については、それが本件との比較において、より軽微なものと判断される限り、逮捕・勾留して捜査することが許されないという結論になる。」この学説は、「刑事訴訟法が事件毎に令状を発付する原則をとっていることと、訴訟手続

の動的發展性を無視した議論である。」「別件自体が軽微で公訴権発動の必要が認められないような事案であっても、違法性判断の基準となるものは、別件自体の軽微性であって、別件が本件との対比において軽微であることは、別件による逮捕・勾留を違法とするものではない。」<sup>(20)</sup>これは、適切な批判であると思われる。

(15) 神戸学院法学三卷二・三号二九頁以下参照。

(16) 刈部候雄・伊藤実・別件逮捕の違法性・法律のひろば二三卷三号二二頁は、令状発付段階において「捜査官の主観的意図を別件逮捕（勾留）の違法性を判断する基準に加えるべきである」とする考え方（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）を批判して次のようにいう。捜査官の主観的意図を判断基準に加えるべきであるとする議論は、「……刑事訴訟法が事件ごとに令状を発付するという原則をとっているということを忘れた議論であって、法的根拠を欠き、且つ手続の安定性が要求される訴訟手続に捜査官の主観的意図というあいまいな概念を導入することになるという点からも不当である……捜査官の意図がもつばら本件の取調べを行うことにあり別件の取調べを行う意図を全く有しないような場合……でも、それが違法とされる理由は、捜査官の主観的意図によるものではなく、……もはや別件自体について逮捕（勾留）の必要性が存在しないと認められることによるものである。」

(17) 熊谷弘・或る夏の夜の架空対談・判例タイムズ一五〇号一七〇頁。

(18) 松尾浩也・「別件逮捕と自白の許容性」ジュリスト四三三二号・一〇九頁——一一〇頁は、いわゆる峭島事件についての金沢地裁の判決理由が別件逮捕を本件基準説の立場から違法・違憲とした点で重要な意義を認めている。そして、最高裁判所が帝銀事件に対する判決において別件基準説をとったのを批判して、別件基準説をとれば、おのずと事態を適法視することに傾きやすいと述べている。「……別件基準説も、乙事件の事案がきわめて軽微であり、逮捕・勾留の必要性が疑われ

い場合には、むしろ強制処分を違法とする。ただ、実際には、別件基準説から違法結論に達したる場合はほとんどあり得ないだろう。また、・・・乙事件の捜査を行なう目的が全く存在しない場合は稀有であろうから、その面から「濫用」を云々することも困難である。これを要するに、判断主体が乙事件の側に身を置いてことさらに観察しているかぎりは、別件逮捕・勾留は抑制され難い。」

(19) 例えば、熊本典道「別件逮捕に対する制裁」判例時報五七七号一一頁は、「もし逮捕状請求の理由とされた犯罪が、一応類型化された起訴基準に照らすと明らかに不起訴になるか、起訴不起訴のボーダーライン上にあるという程度のものである場合には、たとえその罪について「逃亡のおそれ」や「罪証隠滅のおそれ」がある場合であっても、別件逮捕によつてもたらされる大きな不利益・弊害を妨ぐために、その罪による逮捕を放棄する、という利益衡量が考えられているのではなからうか。」と主張している。

(20) 荻部侯雄・伊藤実・別件逮捕の違法性・法律のひろば二三巻三号一二頁。

### 三 判例にあらわれた別件逮捕の違法性の根拠と限界

#### (1) 意図説(主観説)

別件逮捕の違法性判断の根拠を示す基本的判例は、昭和三〇年四月六日のいわゆる帝銀事件上告審において説示された最高裁判所大法廷の判決である。<sup>(1)</sup>この判決で、最高裁判所は、「別件勾留をはじめから本件の取調に利用する目的または意図をもってしていること」を、別件勾留を違法とする事由としている。このことは、弁護人が「軽微な犯罪を理由に勾留し」<sup>(2)</sup>「その勾留を利用してその関係のない犯罪について訊問することは憲法違反である」<sup>(3)</sup>と主張したことに対する最高裁判所の判決の中で述べられているところである。この考え方はその後の別件逮捕の違法性に関する裁判所の考え方に強い影響を及ぼしてきた。昭和四二年四月一二日の東京地方裁判

所の判決<sup>(4)</sup>(いわゆる東十条郵便局強盗強姦殺人事件)はこれに従っていると思われる。

右の意図説(主観説)は、別件逮捕自体の違法性が捜査機関のもっぱら別件勾留を本件取調に利用する意図——令状主義潜脱の意図——に基づくものであることを主張せんとするものである。ところが、このような意図もしくは目的の証明は、なし得ない場合が多いので、実際には別件逮捕を違法として排斥する根拠としては、十分な働きを示さないことが多い。そこで、これを批判する学説が多くなったため、意図説(主観説)に客観主義的修正を加える判例がでてくることになる。

(2) 令状主義の回避の意図と潜脱の事実<sup>(5)</sup>に根拠を求める説(折衷説) 別件逮捕の違法性の根拠を主観的意図に求めることの不十分さの自覚の学界支配に反応して、下級審の判例は、捜査機関の意図の外に令状主義潜脱の事実を加えるに至る。昭和四四年六月三日のいわゆる蛸島事件の第一審判決<sup>(5)</sup>、および昭和四五年二月二六日のいわゆる東京麻布連続放火事件の第一審判決<sup>(6)</sup>は、この傾向に従うものである。

蛸島事件における金沢地方裁判所七尾支部の判決理由では、別件逮捕を自白獲得の手段視する点と、本件についてみれば令状主義に違反するものである点とを、別件逮捕を違法とする根拠として掲げている。自白獲得の手段視することは、結局は、捜査機関の意図を問題としていることであるが、それを客観的事実として表現するため、「自白獲得の手段視」という言葉を用いたと思われる。このことは、違法性判断の根拠について主観主義から客観主義への傾向を示すものとして注目してよいであろう。

令状主義の回避の意図と令状主義潜脱の事実の両者が具備する場合に、別件逮捕の違法性が認められると説示し

た判例は、昭和四五年二月二六日の東京地方裁判所の判決（いわゆる東京麻布連続放火事件の判決）である。もともこの判決では、違法阻却事由として、「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めることが、司法的抑制機能をくぐり、被疑者の防禦権を實質的に阻害することにならない場合」があることを指摘し、その場合を類型的に例示している。すなわち、「甲事実の取調中にたまたま被疑者自からがすんで乙事実を自白した場合」、「乙事実が甲事実と比較しより軽微である場合」、「同種事犯である場合」、および「密接な関連性がある事犯」を挙げている。したがって、この判例は、令状主義の回避の意図および潜脱の事実の有無の判断を形式的に行なうのではなく、實質的に行なうべきものであることを説示していると解される。

この説では、令状主義を回避する意図が捜査機関に存するだけでは違法とするに足りないもので、令状主義を潜脱した事実があつてはじめて、別件逮捕の違法が認定されるものと解していることになる。というのは、令状主義の潜脱の事実がない以上、回避の意図の有無の立証は困難であるばかりか、無意味であると思われるからである。そうだとすると、令状主義の回避の意図という主観的要素を、別件逮捕の違法性の根拠とすることは必要でないといふべきであろう。また、「自白獲得の手段視」という要件も、結局は主観的要素に外ならないから、令状主義に対する違背という客観的要素が充足されれば、それだけで別件逮捕の違法性判断をするに足りる一方、主観的要素の存在だけでは、違法性を認定することは困難であろう。

(3) 實質的令状主義潜脱説（客観説）　この説に、昭和四八年五月九日の旭川地方裁判所判決で説示されたも

のである。別件逮捕の違法性判断に主観的要素である捜査機関の意図は要件とするに足らず、客観的要素である令状主義潜脱の事実があれば足りるとする考え方から生れたものと思われる。この説でも、令状主義潜脱の事実認定について形式主義をとらず、実質的判断をすべきものとしている。<sup>(7)</sup> すなわち、「別件逮捕勾留を利用して、実質的にみて本件事実自体について逮捕勾留がなされていると同様な取調を行うこと」を違法であるとする。

この判例では、「実質的にみて本件事実について逮捕勾留がなされていると同様な取調」を別件逮捕・勾留の違法性の根拠とするのではなく、別件逮捕・勾留を利用しての右のような取調をすることを、違法性の存在根拠としているものと思われる。いいかえれば、別件逮捕・勾留自体を違法とするのではなく、本件取調に別件逮捕・勾留を利用して実質上本件について令状主義の潜脱をしているという事実を違法としているのである。そして、この場合の令状主義の潜脱の有無の判断は、実質的に行なうべきものであるとしているのである。ところで、ここにいる「実質的」という用語が意味するところは必ずしも明確でないが、実質的違法性判断をすべきことを、示唆していると解し得ないであろうか。このように解しうるとするならば、別件逮捕・勾留を利用する本件取調が令状主義潜脱となるかどうかは、形式的に本件についての令状発付がないことを以て判断すべきものではなく、実質的違法阻却事由に該当するかどうかを考慮して判断すべきものとしていると解しうるであろう。そして、何を以て実質的違法阻却事由とするかについては、前述のいわゆる東京麻布連続放火事件の第一審判決（東京地裁昭四五年二月二六日判決）がその判決理由の中で示した四個の違法阻却類型、すなわち、「甲事実の取調中にたまたま被疑者自身ですすんで乙事実を自白した場合」、「乙事実が甲事実と比較しより軽微である場合」、「同種事犯である場合」および

び「密接な関連性がある事犯である場合」が顧慮されるべきであろう。<sup>(8)</sup>

ところで、別件逮捕・勾留の違法性の根拠に関する判例のたどった途は、主観説から折衷説を経て客観説にゆきついたといつてよいであろう。しかし、ここにゆきつくまでの間には、なお別の考え方がなかったわけではない。次に掲げる「個別的判断説」はその特殊なものである。

(4) 個別的判断説 この説は、昭和四六年五月一五日の大阪地方裁判所の判決理由で主張された。<sup>(9)</sup> 別件逮捕・勾留を利用しての本件取調の適法性は、令状主義を基調とし、被疑者の利益を考慮して、具体的事案について個別的に判断すべきものとする見解である。

この個別的判断説は、別件逮捕・勾留の違法性の根拠を示すというよりは、違法性判断の方法についての見解であると解される。もつとも、令状主義違反および被疑者の利益を判断の基礎に置いているものであるから、この点からみれば、違法性の根拠についての見解であると言えなくもない。ただし、この根拠に該当すれば直ちに違法とするものではなく、具体的事案について個別的に違法であるかどうかを判断すべきものとしている点からみると、令状主義違反および被疑者の利益を形式的に判断するものではなく、実質的に判断することの主張であると解される。<sup>(10)(11)</sup>

(1) 最高裁判事判例集九卷六六八頁、神戸学院法学三卷二・三号二二頁の注(2)参照。

(2) 最高裁判事判例集九卷七一五頁。

(3) 同右七一六頁。



(4) 下級裁判所刑事裁判例九卷四号四一〇頁以下。

(5) 嶋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)前掲判例時報五六三号二〇頁は、「かかる別件逮捕・勾留は、逮捕・勾留手続を自白獲得の手段視する点において刑事訴訟法の精神に悖るものであり(法六〇条一項、規則一四三条の三)、また別件による逮捕・勾留期間満了後に改めて本件によって逮捕・勾留することが予め見込まれている点において、公訴提起前の身柄拘束につき細心の注意を払い、厳しい時間的制約を定めた刑事訴訟法二〇三条以下の規定を潜脱する違法・不当な捜査方法であるのみならず、・・・当該被疑者は本件につき実質的には裁判官が発しかつ・・・犯罪事実を明示する令状によることなく身柄を拘束されるに至るものと言うべく、・・・令状主義の原則を定める憲法三三条並びに國民の拘禁に関する基本的人権の保障を定める憲法三四条に違反する・・・」。

(6) 東京地裁昭和四五年二月二六日判決、刑事裁判月報二卷二号一三七頁、判例時報五九一号四〇〜四一頁、神戸学院法学三卷四号二二頁注(15)参照。

(7) 別件逮捕・勾留を違法とし、被告人の供述調書の証拠能力をすべて否定した事例、昭和四八年五月九日旭川地裁判決(旭川土木作業員殺し事件第一審判決)、判例時報七〇二号四〇頁以下は、「甲事実について逮捕・勾留中の被疑者に対しこの事実の取調べと併行して乙事実についての取調べを行なうことはそれ自体としては何ら違法な捜査方法と目されるべきものではない」と述べたあと、「しかしながら、ひとたび被疑事実で身柄が拘束されれば、その後はどのような犯罪事実の捜査にもこの身柄拘束状態を利用してよいというものではなく、とくに、甲事実についての逮捕、勾留を利用して、被疑者に対して、未だ適法に令状の発付を求めて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乙事実についても、実質的にみて乙事実自体について逮捕・勾留がなされているのと、同様な取調べを行ない、その乙事実についての自白を獲得しようとするがごとき捜査方法は、被疑者の身柄拘束について各事件ごとの厳密な司法審査を要求している法の趣旨を著しく逸脱するものであり、許されないものと言わなければならない」と論じている。

(8) 判例時報五九一四一頁参照。

(9) 大阪保母殺し事件(大阪地裁昭和四六・五・一五判決)判例時報六四〇号二四頁第二段「・・・甲事実について別件逮捕勾留中に、その身柄拘束状態を利用して乙事実につき被疑者を取調べることが適法であるか否かは、一義的に決し難い問題であり、憲法が要請している令状主義(司法的抑制)を基調として被疑者の身柄拘束のむしかえしや長期化の防止、被疑者が起訴された場合の量刑上の有利、不利、捜査の必要性等それぞれ相矛盾する側面を有する各要請との調和をはかりつつ具体的事案に応じて個別的に判断されなければならない。」

(10) この判例にいう個別判断説は、苅部侯雄・伊藤実「別件逮捕の違法性」法律のひろば二三卷三号一一頁にいう「手続の各段階別判断」説とは、その内容を異にする。

(11) 苅部侯雄・伊藤実「別件逮捕の違法性・法律のひろば二三卷三号一一頁は、「・・・広義の別件逮捕(勾留)・・・の違法性の判断は、手続の各段階に応じて行なわれなければならない・・・別件の逮捕(勾留)を請求する段階では適法である」と認められる場合でもそれを執行するまでの間に逮捕(勾留)の理由や必要性が消滅したことが明白となったような場合、・・・執行の初期の段階では適法と認められる別件逮捕(勾留)でも執行の継続中のある時点からは違法と判断されるような場合も生ずる・・・したがって、別件逮捕の違法性を、その全段階を含めて論議することは、議論の混乱を生ずるおそれがある・・・」とし、別件逮捕(勾留)の違法性判断は、「逮捕(勾留)の請求から執行までの段階」と、「執行に着手した後の段階」とに分けて行なうべきものである旨主張している。

#### 四 別件逮捕の違法性の限界についての私見

別件逮捕・勾留の概念・定立にあたり、根本的に異なる二つの考え方があることは、既に論じた。<sup>(1)</sup> 本件、別件の區別を、事件単位に把えるか、罪名単位に把えるかにより、本件の範囲に広狭の差異が生ずるのである。私は、事件

単位説をとるから、この立場から別件逮捕・勾留の違法性の限界を論ずるのが正しいと考えるものである。それ故、別件逮捕・勾留の「別件」を、実質的別件と形式的別件（見かけ上の別件）とに分ち、それぞれについて別件逮捕・勾留の違法性の限界を追求することしようと思う。

(一) 実質的別件逮捕・勾留の違法性の限界

実質的別件そのものについての逮捕・勾留自体が違法である場合には、このような違法逮捕・勾留を利用して本件の取調をすることが、違法状態の利用すなわち違法手段による取調として、許されないことであることは、論ずるまでもないことであろう。しかしながら、従来、違法な別件逮捕・勾留として問題とされてきたのは、このような実質的別件についての逮捕・勾留そのものについては適法にそれがなされた場合についてであった。

そこで、実質的別件についての適法な逮捕・勾留を利用してなされる本件についての取調が、適法な余罪取調と認定される限界について検討してみなければならない。

別件が軽微犯罪であって、通例は不起訴になる程度のものである場合に、本件捜査の手段とされたために逮捕・勾留がなされた場合には、別件の逮捕・勾留そのものが逮捕権もしくは勾留権の濫用であると解すべきものである。それ故、この違法状態を利用しての本件取調も違法であろう。しかし、別件の逮捕・勾留自体が適法である場合には、この適法な勾留中の被疑者について本件の取調をすることは、たとえ本件犯罪に比し重罪であっても、ただそれだけの理由では、現行刑事訴訟法第一九八条一項の文言上は、これを違法とすることはできないであろう。

しかしながら、適法に逮捕・勾留が行なわれた別件について、それ以上勾留を継続しておく必要が消滅したと認

められるにもかかわらず、本件取調のために利用する目的で別件の勾留が継続されているならば、それは勾留権の濫用と認めべきものであるから違法である。そして、その違法勾留を利用する本件取調も違法であるといわねばならない。また、別件についての逮捕・勾留が適法になされたものであっても、逮捕・勾留後すみやかに別件について取調を行わず、もっぱら本件の取調のみを行うことは、勾留権の濫用を手段として本件の取調をするものであるから、やはり違法状態の利用をするものと認めざるを得ないであろう。したがって、このような本件取調が違法として許容されないとすることには道理があるであろう。すなわち、右のような形式的には適法であるが、実質的には違法な勾留を利用して余罪について被疑者を取調べることは違法であるから、本件の取調にあたり勾留を必要とする場合には、本件について令状を必要とするであろう。したがってこの場合、令状なくして勾留を利用することは違法であると解するのが正しいであろう。

#### (二) 形式的別件逮捕・勾留の違法性の限界

事件の同一性の範囲内にある数個の行為について、それぞれ罪名が規定されている場合に、その中の未だ確実な証拠資料を得ていない犯罪を取調べるために、証拠資料のそろった罪名で令状を求めて逮捕・勾留して目的の犯罪について被疑者を取調べる場合を考察してみるに、形式的には別件による逮捕・勾留を利用して本件犯罪についての取調をする場合であるような観がある。しかし、この場合、別件の行為と本件の行為とは、同一の刑事事件を構成する行為の一部であり、別件行為は本件犯罪を実現するための手段行為または本件犯罪に関連する行為であって、他の罪名に触れるものであるにすぎない。したがって、別件といってもそれは見かけの別件であって、実は本件の

一部に属するとみるべきものである。

右のような見かけの別件（形式的別件）についての逮捕・勾留が適法になされるときは、この別件と本件とが同一の刑事事件を構成すると認定し得る限りにおいて、この別件逮捕・勾留を利用しての本件取調は、常に適法であると解すべきであろう。<sup>(2)</sup> この場合の別件は、実質的には別件ではなく本件の内容の一部をなすものであるからである。<sup>(3)</sup>

もっとも、右のような形式的別件が本件と同一性の範囲内にあるとの認定は、いわゆる事後認定であるが、事前においても高度な見込みまたは推定が可能な場合が多いであろう。<sup>(3)</sup>

(1) 神戸学院法学三卷二・三号三四頁参照。

(2) 昭和四六年一月一日岡山地裁決定（刑事裁判月報三卷一号六八頁以下）は、「勾留理由の存することを認めながら別件逮捕の疑いがあること等を理由に勾留請求を却下した原裁判を準抗告審で勾留の必要があるとして取り消した」が、その理由を次のように述べている。「……被疑者がなお関係者に働きかけて通謀のうえ罪証を隠滅する虞が多分に存する……  
……被疑者に……前科前歴は存しないことやその経歴、従前の生活態度等を有利に斟酌しても、……電話による出頭要求に応じて取調を受けているとしても身柄拘束の必要性は否定できない。そして、……本件不動産侵奪と別件の贈賄とは互いに関連し合う事実である可能性も存し、……本件不動産侵奪は悪質な事案であって、それ自体で十分勾留の理由および必要が存し、……本件身柄の拘束中に別件の……取調べが行なわれたとしても、それが刑事訴訟法一九八条一項但書の趣旨に即して行われている限り、何らこれをもって違法不当視することはできない……」。

(3) 昭和四七年一月の愛知県武豊での三人殺事件、同年六月下旬発生の下関の金斗哲殺害事件における別件逮捕・勾留はその適例であろう。神戸学院法学三卷二・三号一〇頁注(4)、一一頁注(5)を参照。

## 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

## 一 総説

上述したところにより、別件逮捕・勾留の違法性の限界を明らかにしたが、違法な別件勾留を利用してなされた被疑者の取調の適法性の限界については、特にふれることがなかった。そこで、この問題について考察を加える必要があるであろう。

形式的に刑事訴訟法の規定をみれば、被疑者の取調は任意捜査と解されるから、勾留とは無関係になしうるものである。したがって、被疑者の取調それ自体が違法行為によってなされていないかぎり、勾留の違法性は、取調の違法性とはならないという法的帰結を生むであろう。<sup>(1)</sup>しかしながら、勾留されている被疑者を、その身体の自由を拘束したまま取調をなしうることを規定した刑事訴訟法第一九八条第一項但書の規定は、勾留中の被疑者を拘束したままの取調の許容規定と解し得るであろう。このように解し得る以上、勾留中の被疑者の取調は、強制捜査であり、勾留と取調とは切り離して考えることはできないであろう。ただ規定の文言があいまいであるため、勾留と取調の間に事件の共通性を必要とするかどうかは明確でない。したがって、事件の共通性を要しないと考える方が、第一項本文のもつニュアンスの考慮から生れることになる。また、事件の共通性を要することは、刑事訴訟法第一九八条の規定を強制捜査の規定と解する限り、令状主義との関係からいって当然のことであるとの考え方も生れるであろう。この問題は、勾留中の被疑者について余罪取調を許容するかどうかという問題を含んでおり、事件毎に

逮捕・勾留をむし返すことの防止および短期捜査の保障という重要な刑事政策上の問題をかかえているものでもある。<sup>(2)</sup>

それはそうとして、勾留の違法は取調を違法としないとする説をとる限り、違法な勾留をくり返して取調をすることを事実上許容することになり、人権保障をおびやかすことになるであろう。また、勾留中の取調は、主観的にみれば、勾留しての取調に外ならないから、勾留の要件が充たされていなければならぬであろう。このようなわけであるから、違法な勾留中の取調は、違法であると解するのが正しいと思われる。

そこで、違法な取調によって取得された被疑者の供述や、その供述に基いて取得された証拠物もしくは証人の証言を、証拠とすることが許容されるかという問題が生ずるのである。<sup>(3)</sup>

まず、この問題についての英米における判例、学説の傾向を調べ、わが国における学説および判例について概観し、しかる後、この問題について、どう考えるべきかを追求しようと思うものである。

(1) 昭和二十三年二月一日最高裁大法廷判決、最高裁判集二卷一三三号一六七九頁「・・・逮捕の違法そのものは原判決に影響を及ぼさざることは、明白であるから、これを上告の理由となすことを得ない。ただ逮捕の違法に対しては、別の救済方法によるべきものである。」

(2) 日米比較刑事訴訟手続・司法研修所研修叢書第五〇号（ハールバット教授セミナー記録）六頁において、ハールバット教授（Prof. John B. Harbut）は、次のように述べている。「・・・人を逮捕し、勾留し、処罰するという権力は、政府の権力の中でも最も恐るべき権力でありまして、それに対しては市民に大きな保護が与えられなければなりません。そこで大きな問題は、いうまでもなく、いかにして、一方そういう保護を市民に与えると同時に、他方社会の重要な利益すなわち法を

破った者にたいする迅速で効果的な捜査・起訴を妨害しないようにするかということでありませう。……」

(3) この分野についての研究は、最近わが国においても盛んに行なわれ、かなりの研究成果が発表されている。その主要なものゝを左に掲げる。

江家義男「違法に収集した証拠の許容性」刑法雑誌二巻三号六四頁以下、英米の判例を中心として違法に収集した証拠の許容性について、正統派法則と連邦法則について紹介した後、わが国においても、憲法の規定を充分に担保するためには、連邦法則に近い法則が必要であるとする。この場合の連邦法則は、一八八五年の *Borg* 事件における多数意見(何人も刑事事件において自己に不利益な証人になることを強制されない)と規定する合衆国憲法修正五条は、不当な捜査・押収を禁止する修正四条と緊密な関係にある。それ故、個人の所有に属する書類をその不利益な証拠とするため押収すること、自己に不利益な証人になることを強制することとの間に、実質的な区別はない)に同調した一九一四年の *Weeks* 事件の判例が示すところをいうものと思われる。

齊藤朔郎「証拠収集手続の違法と証拠能力の關係」法曹六卷九号一頁—二九頁。わが国の判例と学説、英米の判例と学説、ドイツにおける学説を紹介し、それぞれについて批判を加え私見を以て結んでいる。そして、二面機能の訴訟行為論(トインの *Werner Niese, Doppelfunktionelle Prozesshandlung, 1950*) を批判して、*op. cit.*

村瀬鎮雄「違法な捜索押収により得られた証拠の許容性について」判例タイムズ八四号一頁—一五頁。アメリカ及び英連邦諸国の判例を広く紹介している。またわが国の判例については、「証拠の許容性を否定するもの」、「適法な証拠調を経れば以後許容性を認めるもの」、「証拠収集手段の些細な違法」、「証拠の許容性を認めるもの」の四類型に分類して紹介している。また我国の学説についても、「証拠の許容性を認めるもの」と「証拠の許容性を否定するもの」とに分けて紹介する。

高橋正己「不正当な捜索により押収した物件の証拠能力について」法曹時報八卷三号一八頁以下、同八卷七号五五頁以下、この論文は、アメリカの最近の判例を紹介している。特に *Lusting v. U. S.* 事件、*Wolf v. Col. State* 事件、*U. S. v.*



Rabinowitz 事件<sup>1</sup> Rochin v. Cal. State 事件をくわしく紹介している。

田宮裕「違法収集証拠と米連邦最高裁—マップ事件から」判例時報二八六号二頁以下、同二八七号二頁以下、同二八八号二頁以下。マップ事件 (Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643, 1961) を紹介し、これに至るまでの判例の発展過程をあとづけ、マップ事件の判決になった実質的な理由を追求している。

光藤景皎「違法収集の証拠」日本刑法学会編刑事訴訟法講座(2)有斐閣二三三頁—二五七頁。違法収集証拠の証拠能力、排除法則の有効性、違法収集証拠の許容性の範囲について論じている。

平野竜一「証拠排除による捜査の抑制」刑法雑誌七卷一号二二頁以下。この問題についてのアメリカの判例の動きが紹介されている。

横川敏雄・榊淵理「収集手続の違法な証拠の証拠能力」総合判例研究叢書二二。

## 二 違法手続により取得された供述の証拠としての許容性の限界

この問題については、最近の学説、判例の傾向は、違法取得供述の証拠としての許容性を否定する方向で、ほぼ一致してきていると思われる。しかし、その理由については一致しているとは思えない。それ故、まずわが国の判例について、この問題についての考え方の解明を試み、さらに、わが国の判例、学説に影響を与えたアメリカにおける判例の基調について探究してみようと思う。

### (一) わが国における判例および学説

別件逮捕・勾留の下での被疑者に対する尋問の結果取得された供述の証拠としての許容性の限界についてのわが国の判例は、若干の最近の下級審において現れた<sup>1</sup>。それは、別件逮捕・勾留を利用してなされた被疑者の取調の結

果供述された自白の証拠能力を否定するものであった。それは、当初、証拠の許容性を否定するというよりは、自白の信用性に疑があることを根拠に証拠能力を否定するという論理構造を基本としていたように思われる。昭和四二年四月一二日のいわゆる東十条郵便局強盗強姦殺人事件の第一審判決の判決理由は、供述の任意性を認めながら、自白の信用性に疑があるので、証拠価値がないとしているのである(信用性否定説)。この考え方に似たものとして、昭和四六年五月一五日のいわゆる大阪保母殺し事件の第一審判決があるが、この判決理由では、不当な取調方法による供述は、任意性に疑のある自白にあたるから証拠能力を欠くとしている(任意性否定説)。<sup>(3)</sup>

右の二つの判例のとる立場は、実体的真実主義を重視するものと思われ、信用性もしくはそれを担保する信用性のあるものに限って、自白の証拠能力(証拠価値)が認められるとする従来の伝統的な考え方に従うものである。<sup>(4)</sup>(虚偽排除説)。この見解では、任意性のない自白は信用性がないから証拠価値がない。それ故、排除されるものであると解する。捜査手続の違法はただそれだけでは証拠排除の原由とならず、それが供述の任意性を害する疑をもたせる場合であるを要することとなる。

このような考え方に対し、昭和四四年六月三日のいわゆる嶋島事件の第一審判決(金沢地裁七尾支部判決)は、全く別の立場から、別件逮捕・勾留中に収取された自白の証拠能力を否定する。すなわち、別件逮捕・勾留中に収取された自白は、憲法に規定する令状主義および国民の基本的人権の保障に違背する手続の下に得られたものであるから、法律上の効力を有しないものと解すべきものであり、したがって証拠能力を否定すべきものである。と説示しているのである。<sup>(5)</sup>(憲法違反排除説)。

この判決と同一つの立場からの裁判所の見解が相次いででて<sup>(6)</sup>、<sup>(7)</sup>ともに別件逮捕勾留を違法とし、被告人の供述調書の証拠能力を否定するものである。

右に掲げた憲法違反排除説は、後述するようなアメリカ連邦裁判所の判例によって最近アメリカにおいて支配的となったマックナブ規則<sup>(8)</sup>「違法な拘禁の期間中に取得された有罪となる供述は、いづれも被告人の審理に用いることから排除される」の影響の下にあると思われる。

この見解は、実体真実発見主義よりも憲法に規定する法定手続の保障を重要とみるものである<sup>(9)</sup>。その限りにおいてはこの見解に反対することは、日本国憲法の支配下においては許されない。しかし、問題は、法定手続の保障の内容をどうとらえているかにあると思われる<sup>(10)</sup>。

(1) 昭和四二年四月一二日東京地裁判決（下級裁判事裁判例集九卷四号四一〇頁）に始まり、昭和四四年六月三日金沢地裁七尾支部判決（刑事裁判月報一卷六号六五七頁以下）、昭和四五年二月二六日東京地裁判決（刑事裁判月報二卷二号一三七頁）、昭和四六年五月一五大阪地裁判決（判例時報六四〇号二〇頁）と、次々に現れた。

(2) 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以下、判例時報四八六号九頁以下は、「・・・被告人を真犯人とするきめ手となるべき確実な具体的証拠がなく、ただ被告人の捜査段階における自白のみが被告人と本件犯罪事実とを結びつける証拠であるが、その自白については、・・・信用性に疑問があるので・・・これを十分な証拠価値あるものとは認め得ない・・・」として、証明不十分を理由に無罪判決をしている。

そして、この判決理由の中で裁判所は、違法逮捕、勾留を利用しての長時間の取調および取調方法の妥当性の認められな

いことを理由に、司法警察員に対する供述調書について、「被告人の供述の任意性につき疑がある」とし、証拠能力を否定した。しかし、検察官に対する被告人供述調書および裁判官に対する勾留質問調書については、「警察における取調期間中又は取調終了後間もなく作成されたものであるけれども、・・・検察官、裁判官に対する各供述（自白）は、強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白のいずれにも該当するとは認められない。」とし、証拠能力を認めている。

(3) 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）判例時報六四〇号二九頁「・・・自己に不利益な供述を強要されない権利を侵害して得られた自白であるかどうか・・・の判断にあたっては、・・・憲法三一条の適正手続の保障の精神が十分に考慮されるべきところ、本件第一次勾留中に作成された被告人の・・・供述調書は、・・・被疑者の憲法三八条一項の権利を実質的に補完する機能を営んでいる逮捕勾留についての令状主義及び弁護士依頼権の保障に違反して強盗殺人事件について十分な嫌疑がない被告人を不当な取調方法により取調べた結果得られた自白を内容とするものであって、このような・・・供述調書は、・・・任意になされたものでない疑のある自白に該当し、・・・証拠能力を欠くものと解するのが相当である。」

この判決理由での問題点は、① 適正手続の保障の精神の十分な考慮を欠くことが、そのまま「自己に不利益な供述を強要されない権利」の侵害であるとしていること、② 令状主義及び弁護士依頼権の保障に違反（その形式的充足または前後の事情の一切の条件を問わず）する事情の下での取調方法を、一般的に「不当な取調方法」としていること、③ 別件逮捕による取調から得られる自白を、任意性を欠く自白と断定していること、である。

(4) この考え方は、昭和二十四年二月一日最高裁第三小法廷判決（最高裁判事判決特報二三号三七頁）「・・・供述は、訊問手続によって導き出されるものであるから、訊問手続の違法は、供述の内容に影響を及ぼす虞があり、調書作成手続の如何により記載された内容の真偽について疑惑が生ずる虞がないでもない。しかし押収物の場合は、押収手続に所論のような

違法があつたとしても、それにより物自体の形状性質等に何等影響を及ぼす虞はない……」とする考え方に従うものと思われる。

(5) 嶋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)前掲、判例時報五六三号二二頁下段以下は、別件逮捕・勾留中に得られた自白の証拠能力について、次のようにいう。「……別件逮捕・勾留中に収集された自白の証拠能力である……右自白は……憲法の規定する令状主義並びに国民の基本的人権の保障に違背する手続の下に得られたものである……実体的真実のみを強調すれば、右手続的瑕疵は当該自白の証拠能力それ自体に影響を及ぼすものではなく、自白収集過程における瑕疵違法については違法行為に対し刑事訴追、懲戒あるいは損害賠償を求める等別途の救済方法によるべきものであると解することにならうが、憲法それ自体が……適正手続の保障を規定し、刑事訴訟法が……実体的真実の発見は公正な手続に従つて遂行されるべき旨を宣明し、……現行制度の下にあつては、右の如き見解は……是認し得ないもの……であつて、憲法……の規定を實質的に保障……せんがためには、憲法……に違背する重大な瑕疵を有する手続において収集された自白については、……その証拠能力を否定されるべきものと解さなければならない。」

なお、この判決は、「別件逮捕・勾留中に得られた……自白に証拠能力を認め得ない以上、これを証拠資料とした本件逮捕・勾留は違法かつ無効であると言ふべきで……かかる違法な手続の下に得られた被告人の自白に証拠能力を認め得ないことも……当然といわねばならない。」と述べている。

この判決の論旨に対する疑問点は、逮捕状による逮捕の要件についての刑事訴訟法の規定にある「裁判官のあらかじめ発する逮捕状」の有効性の根拠を、逮捕状請求にあつて添付する疎明資料の取得の合法性にのみ置き、裁判官の令状発付権行使の合法性を無視する結果になつてゐることである。また、この判決は、違法収集の自白に基づく令状発付を違法かつ無効としているが、この論法は、違法収集自白に基づく物的証拠の収集をも違法かつ無効とするとの結論を提出しようとするものと思われる。そうだとすると、例えば、別件逮捕により得られた自白により殺人死体が発見され、殺人犯人であること

が立証される場合でも、証拠なしとして無罪判決をする趣旨なのかどうか、そうだとすれば、明確な殺人犯人も不処罰とすることから生ずる社会的問題を無視することになり、憲法の精神に矛盾しはしないかという問題が残るであろう。

(6) 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）は、別件逮捕・勾留によって得られた司法警察員および検察官に対する供述調書（いづれも自白調書）の証拠能力を否定している。そして、「・・・被告人をその犯人であると認むべき証拠がなく、ただ被告人の捜査段階における自白のみが被告人と各犯罪事実とを関連づけ得る証拠であるところ、その自白調書は、・・・すべて証拠能力を否定されるべきものであるから、結局本件各公訴事實は、いづれも犯罪の証明がないことに帰するので、」という理由で、無罪の言渡をしている。

(7) 昭和四八年二月三日旭川地裁決定（旭川土木作業員殺し事件）判例時報七〇二号三八頁以下。

(8) Henry B. Rothblatt, Handbook of Evidence for Criminal Trials, p. 133 は、「マックナブ法則 (McNabb rule) について説明し、次のように述べている。「マックナブ法則は、『違法な拘禁』の期間中に取得された有罪となる供述はいづれも、被告人の審理に用いることから排除される、ということを要求している。いいかえれば、被告人が彼の逮捕につづくアレインメント（罪状認否）のために連邦コミッショナーの面前に連行されないならば、拘禁は違法である。コミッショナーの面前に被告人を連行するための若干の遅滞は許される。しかしながら、遅滞は、尋問の目的のためであってはならない。」

なお、後述の「アメリカにおける排除法則」における四三頁注（一）および四六頁注（七）を参照。

(9) 昭和三四年四月二一日東京高裁判決、高裁判集一・二巻五号四七三頁・・・「憲法第三三条、刑事訴訟法第二〇一条第一項・・・これらの規定は、被逮捕者の基本的人権と極めて重大な関係を有する厳格規定であるから、これらの方式を履践しない逮捕行為は違法であって、法律上保護せられるべき法益に当たらない・・・」この判例は、実体的真実を追求する目的でなされた逮捕も、法定手続の保障に反する限り違法行為として法律の保護外に置かれることを示している。

(10) 別件逮捕・勾留を違法とし、その下においてなされた被疑者の取調による供述調書（自白調書）の証拠能力を否定し、

無罪判決をした先例は少くないが、いづれも、自白以外に確実な証拠がないものである。ということは、結果からみて、確かな証拠もないのに、逮捕勾留を全面的に利用して、すなわち他罪による逮捕勾留を強制手段として、自白を強要したことになる。このような事実を作り出す捜査行為は、基本的人權の保障条項に違反する行為であつて違法である。従つて、違法行為により作成した供述調書も違法的存在であつて（後述の毒樹の果実主義を参照）、法律的効力を否定される。

しかしながら、自白の内容が事実を以て立証された事件においては、別件逮捕勾留を手段としていても、自白調書の証拠能力を否定し無罪判決をした前例は全く存在しないようである。

違法手続によつて取得された供述の証拠として許容性の限界に関するわが国における学説は、虚偽排除説、人權擁護説、折衷説、違法排除説などに分れているが、それらの説はいづれも証拠能力を否定するという方向で一致しているものと思われる。しかし、別件逮捕・勾留によつて取得した自白の証拠能力を全面的に否定するかどうかについては意見が分れている。第一の説は、違法な別件逮捕勾留は憲法・刑事訴訟法の目的に反するから、それによつて取得した自白には証拠能力がないとする。<sup>(1)</sup> 別件逮捕を一般的に取得した自白に証拠能力を認めない理由も、別件逮捕勾留を手段とする取調が憲法に違反するからであるとしているから、これもまた第一説のうちに含めてよいであらう。なお第一説を是とする裏付として、最近のアメリカ連邦最高裁判所の判例がとりあげられている。<sup>(3)</sup> これは、証拠の許容性に関する形式的根拠説と呼ぶことができるであらう。この説の特徴は、手続の違法性について形式的・黑白式な思考方法を採用し、違法の質と大きさを考慮していない点にある。そして、このような考え方の根底には、憲法の法定手続の保障に関するすべての規定を、國家機関に対する要求規定と解し、これに違背する行為は許されないとする思想が存在していると思われる。

これに対し、第二の説は、憲法の法定手続の保障に関する規定を、すべての国民の権利・義務の規定と解するところから出発すると思われる。そして、手続の違法についても、実質的判断を行うべきものとする。すなわち、手続の違法にも性質および程度の差があるから、具体的な個々の事例について、手続の必要性とそれを禁止する根拠(4) (例えば手続の公正、基本的人権の擁護、憲法の本質)とを比較衡量して判断しなければならぬと主張するのである。また、被疑者の取調が程度をこえた違法のものであると認定されれば、それによって得られた供述は、証拠能力を有しないものと解すべきであると解する説もある(5)。このような考え方に立つ説は、証拠の許容性に関する具体的判断説と呼ぶことができるであろう。

証拠の許容性に関する具体的判断説は、前述の形式的根拠説がわが国の刑事訴訟法と全く方式を異にするアメリカ連邦刑事訴訟手続における説であって、わが国の刑事追方式を眼中に置いていないものであることから生ずる不合理な事態を救済する目的をもっているものでなければ無意味であろう。手続の違法に質と量を考慮する所以は、形式的違法の判断によって、みそもくそも区別なく排除される不合理を、実質的違法性判断によって、合理的なものとすることにあらねばならないからである。

(1) 熊谷弘「違法な別件逮捕の基準(一七)」警察論集二三卷一〇号四八頁「……同じ別件逮捕の中にも、合法的であって、  
 自由調書に証拠能力のあるものと、違法であって、自由調書の証拠能力が否定されるものがあることになり、その境界線がどこにあるかということが問題になって来ます。」

熊谷弘前掲論文(下)警察論集二三卷一〇号九七頁「……憲法・刑訴法の目的に反するから矢張り、証拠能力はない。」



・そう解するのが正しいでせう。」

(2) 内田文昭「別件逮捕」刑事訴訟法の基本問題四六講一四五頁「・・別件逮捕は違法であると結論せざるをえないことになる。すくなくとも、乙罪に関して収集された証拠は、違法な手続により収集されたものとして、その証拠能力は否定されるべきであろう。」

(3) 田宮裕「不法拘禁の救済」総合判例研究叢書・刑事訴訟法四二二七頁は、「・・一つの訴訟上の救済方法としては、不法拘禁の結果えた証拠を、有罪証拠から排除することである・・周知のように、アメリカでは、この方法が異常な発展を遂げている。・・一九四三年のマクナブ以来連邦の自白法則として、また近時は『不合理な逮捕』をめぐる憲法上の原則として発展するきざしがみえる。その中には、わが法でも、他山の石として十分借用できる思想があるといつてよい。」

なお、庭山英雄「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力」法律時報四二巻一二号一二頁以下は、別件逮捕の違法判決をたどり、アメリカ連邦最高裁の判例を挙げて、別件逮捕勾留下に取得された自白の証拠能力を否定すべきものとしている。

(4) 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・九巻一九六九頁以下）「・・違法な手続に基づいて収集せられた証拠のうち許容性を否定すべき範囲を考えねばならない。これは、その手続の違法の性質、程度、証拠と禁止する根拠（手続の公正、基本的人権の擁護、憲法の精神）とを比較衡量して具体的な個々の事例について判断しなければならぬ。・・刑法法二二〇条・一二六条による場合以外の令状のない搜索・押収、または令状に記載されない物件についてなされた押収に基づく証拠、不法逮捕に際して得られた証拠、その写およびそれらの証拠に関する証言、司法官憲の共謀、教唆に基づいてなされた私人の不法行為または犯罪行為によって取得された物件、電話の傍受によって得られた証拠、強制自白に基づいて得られた証拠、違法な逮捕または勾留中になされた供述、証言拒絶権および押収拒絶権を侵害して収集された証拠、黙秘権を告知しないで収集された供述は、すべて許容性を否定すべきである。」

(5) 柏木千秋・別件逮捕の諸問題・前掲書六七四頁「・・「捜査機関があらかじめ事件を取り調べる意図を有しながら、

しかもa事件だけで逮捕することも—a事件について逮捕の要件が備っている限り—必ずしも不適法でないとされる以上、a事件の逮捕状態でそのまま事件の取調が行なわれることはありうるし、それを有効にチェックすることは事実上困難である。……ただ、被疑者の取調が程度をこえた違法なものであると認定された以上、それによって得られた供述が証拠能力を有しないものと解すべきことは当然である。」

## (二) アメリカにおける排除法則

違法手続によって取得された供述の証拠としての許容性について、最近の三〇年間にアメリカにおける連邦最高裁判所の判例は、新しい視野を開いてきた。一九四三年のマックナブ被告事件 (McNabb v. United States, 318 U. S. 332, [1943]) の判決によって、いわゆるマックナブ法則が確立された。この判決は、「任意ではあるが認容し難い「自白」があり、このような自白は証拠から排除すべきものとした。そして、その理由としたところは、明らかに国会の制定法を無視して入手した自白は、裁判所自体が法律違反行為の共犯となるのでなければ、証拠として許容することはできないし、もしこのような自白を有罪判決の基礎とするために証拠として許容するならば、国会が法律の中に制定した政策を無効にすることとなるというに<sup>(1)</sup>あつた。このマックナブ法則は、刑事裁判を管理する上訴裁判所の監督権によって確立されたものである。マックナブ判決は、いかなる成文法もその自白の排除を要求しておらず、またその自白が法定手続を侵犯しないで取得されたものであつても、審理裁判所が刑事裁判に関する管理・監督権に基いて、認容し難いと認める自白を排除することができると説示している。<sup>(2)</sup>

右のマックナブ判決では、不法拘禁の自白への影響を任意性の問題とすることを排斥し、自白の排除の理由を拘

禁の不法もしくは制定法の無視という事実に求めている。しかし、アメリカにおいても、マックナブ法則確立前においては、不法拘禁の自白の許容性の問題は、自白の任意性の問題として把握されてきた。そして、ハールバット教授によれば、こと自白に關しては、違法手続により取得された自白のみならず、それを手がかりとして得た証拠も許容性がないと断言する裁判所はなかった。違法取得自白から導き出された証拠の許容性を否定する法則を採用するならば、この法則のために結局処罰を免れてしまう者が生ずるといふ不都合があるとともに、任意性のない自白の不許容は、信用性の欠除にあるとの理論によるものであるから、自白から取得されてもそれが自白とは別個の独立した証拠であり信用できるものであれば、許容性なしとする理由はないことになるとの理論に基くものであった。<sup>(3)</sup> こうした伝統的な考え方をとる限り、法定手続の保障は空言に終ってしまう現実問題から、実体的真実の保障を棄てても法定手続の保障を確保しようとする努力が、一九四三年のマックナブ被告事件において強調され、新法則として提示されたものと思われる。したがって当初においてはマックナブ法則は賛否の議論の多いものであったし、容易に州の裁判所を支配するものでもなかった。

マックナブ判決から五年後の一九四八年になって、アプshaw 被告事件 (Uphaw v. United States, 335 U. S. 410) の判決が出た。この事件において、罪状認否の手続という要件を侵犯して取得された自白の許容性を否認する判決が出されたが、判決裁判所の内部では、意見が鋭く対立した。しかし、多数意見は、マックナブ法則を容認し、違法拘禁中になされた自白は、任意性の有無にかかわらず、証拠としての許容性を有しないものと説示した。<sup>(4)</sup> マックナブ II アプshaw 法則)。

ところが、一九五一年のカリナン被告事件 (U. S. v. Carignan, 342 U. S. 36) においては、多数意見は、合法的な拘禁中になされた余罪についての自白については、被告人は逮捕後速やかに連邦コミッションナーの面前に引致されるべき旨の連邦法の適用はなく、自白は許容されるものとした。<sup>(5)</sup>そして、それは、マックナブ事件における裁判所の裁判が困難な警察の拘禁に不必要な制限と押しを加えるものであるとの見解を示すことによって判示された。この判決における少数意見は、裁判所の判決は、マックナブ<sup>(6)</sup>アブシャウ主義の精神の侵犯であると見た。<sup>(6)</sup>

一九五七年のマロリー被告事件 Mallory v. U. S., 354 U. S., 354 U. S. 449) の判決は、マックナブ判決の精神をうけつぎ、これを強調する指導的判例である。<sup>(7)</sup>この判決では、自白を引き出す目的でのアレイメンツの遅滞は違法であり、その結果取得された有罪となる供述は、証拠とすることが許されないとする法則を確立した。この法則は、マックナブ<sup>(8)</sup>マロリー法則といわれ、アメリカにおける連邦裁判所のみならず、州裁判所にも影響を与えている。

最近に至って、ウェストバー被告事件 (Westover v. U. S.) において、アメリカの連邦最高裁判所は、不法な地方警察の尋問の強制的なあり方が、FBIの取調によって取得された自白という果実を生じた毒樹であるという見解をとり、その自白の証拠としての許容性を否定する判決をした。このような見解を「毒樹の果実」(Fruit of the Poisonous tree) といふが、この主義は、一九六二年のウォングサン被告事件 (Wong Sun v. U. S., 471) や一九六三年のファイ被告事件 (Fahy v. Connecticut, 375 U. S. 85) において、非合法的な逮捕、非合法的な拘禁もしくは違法な捜索・押収の結果取得された供述もじくは有体の証拠に適用することができると、判決された。<sup>(8)</sup>

アメリカにおける違法手続により取得された自白の排除法則の大意は、右に述べたとおりである。それは、法定

手続の侵犯を許容せず、手続侵犯の影響の下に取得された供述証拠物件の証拠の許容性を否定するものである。しかし、法定手続の侵犯は、形式的・客観的に認定できるものであれば足り、捜査機関の目的によって左右されるものではないと解せられる。したがって、わが国の別件逮捕勾留が形式的には令状主義に従っているのと場合を異にする。また、カナリン被告事件におけるように、適法な拘禁中の余罪についての任意の自白を許容する連邦最高裁判所の判例もあり、この判例が必ずしもマックナブ法則に反するものでないことも、注目に値しよう。なお、イギリスにおいては、アメリカにおけるような排除法則は確立されていない。<sup>(9)</sup><sup>(10)</sup>

(一) Rohbart, Handbook of Evidence for Criminal Trials, pp. 131-140 は次のように述べている。「マックナブ事件において、最高裁判所はマックナブ法則 (McNabb rule) として知られるに至ったことを、確立したが、そのマックナブ事件において、裁判所は、『不必要な遅滞なく』連邦コミッションナーの面前に連行されるすべての被逮捕者について必要とされる連邦刑事手続規則の規則 5 (a) (Rule 5 (a) of the Federal Rules of Criminal Procedure) に違反して取得されたことに基かないで、排除される自白を説示した。規則 5 (a) は、排除法則は何も述べていない。そこで、排除は、次の理由を以て説示された。『明白に、国会が命令した手続のかかるひどい無視によって入手した証拠に基づく自白は、裁判所自身が法に対する故意の不従順の共犯者となることなくして、証拠とすることを許容され得ない。国会は、まさにかくのごとく取得された証拠の使用をはつきりと禁じなかった。しかし、連邦裁判所における有罪決定の基礎とされるために、かような証拠を認めることは、国会が法律の中に制定した政策を無効にするであらう。』」

(二) Rohbart, Handbook of Evidence for Criminal Trials, p. 131 は、『「任意ではあるが許容し難い自白」について説明し、それは「刑事裁判を管理する上訴裁判所の監督権」によって確立されるものとする。そして、アメリカ連邦裁判所の判例によって確立された規則として、マックナブ法則 (McNabb rule) と警察の取調における弁護人の立会権 (right to counsel) を取

り上げている。ここでは、「刑事裁判を管理する上訴裁判所の監督権」についての記述を引用する。「いかなる成文法もかかる排除を要求しておらず、またその自白は法定手続を侵犯して取得されたものでなかった場合でも、自白は排除され得る。このようなケースにおける排除は、審理裁判所において、『刑事裁判について管理する上訴裁判所の監督権限』に従って、指示される。(McNabb v. United States, 318 U. S. 332 (1943))」

(3) ハールバット教授セミナー記録・日米比較刑事訴訟手続・前掲二六頁―二七頁は、違法な自白を手がかりとして得られた証拠の許容性について、「アメリカの裁判所の判例には、いまだかつて、違法に得られた自白から導き出された証拠もまた許容性がないとしたものはない。……こと自白に関しては、違法な自白のみならずそれを手がかりとして得た証拠も許容性がないと、断言する勇氣を持った裁判所はまだない。……そういう法則を採用すると、警察がある人間に自白を強制した場合、その人間はほんとうは完全に有罪であっても、この法則のために結局処罰を免れてしまう……」と述べ、さらに、「任意性のない自白が証拠として許容されないのは、そういう証拠は一般に信用できないという理論に基づいている……その理論に従うとすれば、自白とは別個の独立の証拠であり信用できるものであれば、その証拠を、ただ警察が不任意の自白を手がかりとしてそれを入手したということだけのために、許容性なしとする理由はないことになるであろう」という。

右のハールバット教授のセミナー記録は、一九六〇年五月のものであるから、毒樹の果実の主義 (fruit of the poisonous tree) を、違法な逮捕、拘禁、搜索および押収の結果として取得された供述もしくは有体証拠に適用できる」と判決したウォンズサン被告事件 (Wong Sun v. U. S. 371 U. S. 471, 1962) やフレイ被告事件 (Faly v. Connecticut, 375 U. S. 85, 1963) について考慮されていない。これらの判決によれば、違法な逮捕、勾留、または違法な押収、搜索の下での被疑者の取調の結果の供述もしくは証拠物件は、毒樹の果実として、証拠の許容性を有しないとすることが、アメリカにおける連邦法則であると共に、この法則を採用する州も多いといわれる。

- (4) Zelman Cowen and P. B. Carter, *Essays on the Law of Evidence* (1956) P. 49 は、*アップshaw* 事件 (*Upshaw v. U. S.* 335 U. S. 410 (1948)) に引いて、次のように述べている。「アップshaw 事件において、裁判所は、アレインメントという要件を侵犯して取得された自白を認容し難いことと判決することにおいて、大へん鋭く分れた。多数意見のために述べて、ブラック判事は、『自白は、もし遅滞なく被逮捕者を職務中のマジストレートの面前への連行を履行しない結果の違法な拘禁の間になされたのであるならば、その自白が肉体的または精神的拷問の結果であろうとなかろうと、認容し難い』と述べた。
- (5) Edmund M. Morgan, *Basic Problems of Evidence* (1954) Book 2, 和訳、エドモンド・M・モーガン、証拠法の基本問題 (D) 刑事裁判資料二二八号・一九頁「……しかしながら、ある犯罪を犯したという罪状で、適法に勾留されている人が不適法な誘因に基づくことなしに別の独立した犯罪を犯したことを自白した場合には、同法(被告人は逮捕後速やかに勾留係治安判事の面前に引致されるべきである旨の連邦法)の適用はなく、自白は許容されぬ (*U. S. v. Carignan*, 342 U. S. 36, 72 S. Ct. 97 (1951))。』
- (6) Zelman Cowen and P. B. Carter, *Essays on the Law of Evidence* (1956) Pp. 49-50 は、*カリナン* 被告事件における判決について、次のように述べている。
- カリナン事件 (*U. S. v. Carignan*, 342 U. S. 36 (1951)) において、多数意見は、以前の判例は、合法的な拘禁中に、しかし囚人が拘禁された犯罪とは別の犯罪に関して、囚人からすでに取得された自白の認容を排除しなかったと、判決した。」
- 「すべてのこれらの判例において、鋭い意見の対立がある。それは、マックナブ事件において、裁判所の裁定が犯罪についての警察の拘禁、すでに十分に困難な仕事、の上に不必要な制限と抑止を置いたという異見を唱えることによって示された。カリナン事件において、少数意見は、裁判所の決定は、マックナブ・アップshaw 主義の精神の侵犯であると論じた。これらの判例において明確に表現せられた規則は、大へん範囲の広いものであることは、明白である。」
- 「多くの州の裁判所は、それが警察の調査に不合理な負担を強いることを根拠に、これらの判例に従うことを拒んだ。」

(7) Henry B. Rothbart, Handbook of Evidence for Criminal Trials, Pp. 133-134 は、マックナブ・マロリー法則について説明しているが、その中で、一九五七年のマロリー被告事件を紹介している。以下に引用する。

「おそろしく、マックナブ判決を解釈しかつ強調する指導的判例は、マロリー被告事件 (Mallory v. United States, 354 U. S. 419) である。この論議のある判決において、被告は年齢一九才で知能の劣った人であったが、その被告の罪は強姦であった。共に嫌疑者である被告および二人の成人した甥が、ワシントンのコロンビア区 (D. C.) 警察によつて、一九五四年四月八日から午後二時から二時三〇分まで、留置された。被告は、三〇分から四五分まで、四人のオフィサーによつて尋問された。午後四時に三人はすべて嘘発見器 (the detection) のテストにかかることを求められた。彼らは同意した。オペレーターを待つている間に、彼らは飲食を与えられた。午後六時に甥達が検査された。被告の検査は午後八時に開始された。一時間半の嚴重な尋問の後に、被告はオペレーターに強姦を自白した。午後一〇時に別のオフィサーに再び自白がなされ、かつ逮捕後七時間半から八時間後に、警察は、合衆国コミッションナーの面前に被告を告発しようと努力した。がコミッションナーの所在が分らず、警察は徹夜して被告人を留置した。その間に被告人の自白が二度繰り返えされた。彼は翌朝告発された。身体的または精神的な強制についての如何なる問題もからまっていなかった。その自白は、被告人の審理に際し許容されたが、その審理では、有罪の決定と死刑の判決となつた。」

「警察のさびしき尋問 (third degree)、長びかされた尋問に固有な悪を強調して、裁判所は、有罪の決定を取り消した。自白を引き出す目的でのアレインメント (罪状認否) の遅滞は、違法であると、宣告された。裁判所は、敏速なアレインメントは『逮捕の間に逮捕にあたるオフィサーにほとんど活動の余地を認めず、かつ通常の処理段階では最寄の有効なマジストレート (軽犯罪を判決する判事で、無給の人は治安判事 (Justice of the peace)、有給の人は警察判事 (police magistrate) と呼ばれる) の前に、嫌疑者を連行することを要求した訴訟手続を「予期する』と説明した。『処理段階』における遅滞に加えて、裁判所は、その他の短時間の遅滞は容赦され得るであろうと指摘し、かつ『刑事被告人が自発的に申告した話は、第三



者による迅速な実証を受け得るものがある』と、このケースを例として提示した。」

「それ故、マックナブ法則の下においては、被告人に罪状認否を問うことの遅滞は、もし彼を尋問し自由させる目的であるならば、たとえ遅滞がほんの一時間であらうとも、結果として有罪となるいづれの供述の使用も妨げるであらう。」(Ginoza v. U. S., 279 F. 2d 616; Muldrow v. U. S., 281 F. 2d 903; Coleman v. U. S., 313 F. 2d 576; U. S. v. Meachum, 197 F. Supp. 803; Ricks v. U. S., 334 F. 2d 964; Spriggs v. U. S., 335 F. 2d 283 (Falvy, J.); Greenwell v. U. S., 336 F. 2d 962 (Wright, C. J.).

「被告人が記載され指紋をとられる場合、或は被告人が告訴する証拠により同一視される場合、或は被告人の供述が第三者と符合する場合のような、尋問に無関係な遅滞は、マックナブ法則の意味における不合理な遅滞ではない。」(Payne v. U. S., 294 F. 2d 723; Muldrow v. U. S., 281 F. 2d 903; U. S. v. Vira, 294 F. 2d 524; U. S. v. Leviton, 193 F. 2d 848)

「カロロ被告事件 (Killough v. United States, 315 F. 2d 241) において、控訴裁判所は、ブレインマン博士の遅滞のために認容し難いとされた初めの自由のひたたりと続く口頭自由は、第二の自由が第一の自由の果実であると反駁しうる可能性を生ずると、判決した。」

「確実に〔違法行為により認容し難い〕とされなかった自由を再び肯定させることと、緊急の場合におけるように、法律上は無効ではあるが、すでに目的を果したことを『法律上有効にすること』との間には、差異がある。」

「マックナブ法則は、また、違法な拘禁の期間に取得された非供述証拠、被害者の身体の同一性の証明のような証拠 (United States v. Killough, 193 F. Supp. 905.) もしくは自由の使用を通じて得られた有体的な物的証拠、の認容を排除する。」 U. S. v. Klapholz, 230 F. 2d 494; Watson v. U. S., 249 F. 2d 106.

(80) Henry B. Rothblatt, *Evidentiary Developments in the Law of Confessions, Search, and Seizure Since Escobedo and Miranda*, Supplement to "Handbook of Evidence for Criminal Trials," (1967), pp. 18-19 は、拘禁尋問に適用される「毒樹の果実」(fruit of the poisonous tree) 主義を説明して次のように述べる。「ウエストロー被告事件 (Westover v. U. S.) において、被

告は、およそ一四時間の間地方警察に拘禁されており、その間彼の権利について何の告知もされなかったのに、範囲の広い尋問にさらされた。彼は、その後FBIに廻されたが、FBIは、彼の権利について告知した後、その地方警察本部における尋問における線とは異なる新しい線を追求めた。後に、被告は自白したが、しかし最高裁判所は、そのFBI係官が「以前に地方拘禁尋問によって与えられた苦痛による受益者」であったとの理由で、被告の自白を認容し難いものであると判決した。要するに、最高裁判所は、不法な地方警察の尋問の強制的なあり方が、FBIの取調によって確保された果実(自白)を生じた毒樹であるということを、発見したのである。

この「毒樹の果実」主義は、非合法的逮捕、非合法的な拘禁もしくは違法な搜索および押収の結果として取得された供述もしくは有体の証拠に、適用できると、判決されている(Wong Sun v. U. S., 371 U. S. 471, 1962; Fahy v. Connecticut, 375 U. S. 85, 1963)。

(9) D. W. Elliott, *Phipson's Manual of the Law of Evidence*, 10th ed., (1972), p. 177 は、次のように述べている。「しかしながら、被告人によって法廷外でなされた自白は、任意性がないとの推定をうける。その自白は、国王がこの推定に反証を挙げることで、かつ合理的な疑いを越えてそれは任意になされたものであることを示すのでなければ、認容し難い(トンプソン被告事件 R. v. Thompson [1893] 2 Q. B. 12)。自白の任意性またはその他のことは(もしそのことがすべてに疑念をさしはさまれるならば)、陪審のない場合におけるさしあたり争点となる。もし、自白を容認し難いと裁判官が裁定するならば、陪審員は、それについて何も聴取しない。もし裁判官がそれは任意であると裁定するならば、その場合にはそれは提出されるが、しかし、被告人は、陪審員が自白にどのようなウエイトを与えるべきかを決定しようとするために、陪審員の面前で自白の任意性の争点を、再び争うことができる(ムレイ被告事件 R. v. Murray [1951] 1 K. B. 391)。しかし、陪審員が自白は任意でなかったと考えたとしても、彼らはそれを無視しなければならないという規則はない。自白が裁判官によって認容的に裁定されるならば、陪審員に対する唯一の問題は、彼らがそれを信するかどうかである(Chan Wei Keung v. R. [1967] 2 A.

16)。「厳密に言えば、人が自白するに至る情況は、許容によるのではなく、ウェイトにのみ訴えるのである。かくして、人が問題となつてゐる供述をするときに、酩酊してゐるか、疲労してゐるか、だまされてゐるか、または脅迫されてゐる場合には、その供述を証拠として許容することは、私用に供することとされるであろう。それ故に、それが真実であると思われれば、その供述を証拠として許容するために、情況を考慮に入れる。このことは、民事事件における認容に關してなされるし、またそれは、例えば酩酊、極度の疲労等々の、これらの情況の大部分が必然的に含まれる刑事事件においても同様である。しかし、もし供述が法律上の眞の専門用語の意味において、任意でないならば、法律は、むしろ非論理的に自白を全く許容し難いものとしてゐる。自白を許容すること、そしてその強制された性質を考慮に入れることについては問題がないが、陪審員はすべての自白を聴取するよう許されていない。これの總体的排除について一般的に与えられる理由は、自由意思によらない供述は、真実でありそうもないということである(ワリックスホール事件 *R. v. Warwickhall* [1783])。重要さの留意をなさない理由は、不十分であるということを示すに十分である。またさらに一そう有力な理由は、当局特に警察が妥当でない手段によつて自白を確保する習慣をもつに至ることを阻止することが必要であるということである。ほしいままにこのような手段(妥当でない手段)をとる者は、その結果得られた自白が全体として排除されることによつて、不利な地位に立たされる。しかし、かような不利益処置の範囲は、不当に狭いものであるから、ここで再び法律は、非論理的である。後述するように、供述を自由意思によらないものとする情況は、厳格かつ不自然に限定されている。自由意思によらない自白についてのこの不自然な見解の内部にある若干のものは認容し難いし、その内部にある若干のものは認容しうる、がしかし、証拠を獲得するために用いられた方法は非難しうるものであり、或は實際に、違法であり得るであろう。」

(10) D. W. Elliott, *Phipson's Manual of the Law of Evidence*, 10th P. 178 「自由意思によらぬ自白の法則(自由意思によらぬ自白の結果として発見された証拠は許容されなからず、Evidence discovered as a result of an involuntary confession is admissible.)は、クルマ被告事件(*Kuruma v. R.*)において実例とされたところの一般法則に対する唯一の孤立してはいるが

十分に確立された排除法則である。」(以下次号につづく。)