

## 違法性の承継論と毒樹の果实論——別件逮捕・勾留と自白の証拠能力に関する最高裁昭和58年7月12日判決を素材として(1)

井 上 和 治

- 第1節 問題の所在
- 第2節 事案の概要
- 第3節 第1審判決
- 第4節 控訴審判決

### 第1節 問題の所在<sup>(1)</sup>

別件逮捕・勾留という捜査手法は、別件逮捕・勾留中に本件に関する取調べを行い、本件に関する自白を獲得する目的で用いられるものであり、実際、そのような目的が達成される場合が少なくないことから、裁判実務上、このような捜査手法の適否が争われる事例においては、自白の証拠能力が最大の争点となる。したがって、その違法性を巡る議論は、別件逮捕・勾留の身柄拘束処分としての違法に注目するにせよ、別件逮捕・勾留中の本件に関する取調べの違法に注目するにせよ、あくまでも自白の証拠能力という争点の解決に向けられたものに他ならない。

別件逮捕・勾留という捜査手法を違法と評価する従来の下級審裁判例の多くは、違法評価の対象として逮捕・勾留それ自体と逮捕・勾留中の取調べのいずれに注目するかを問わず、自白法則ではなく、排除法則を適用することにより、問題となる自白の証拠能力を否定してきた<sup>(2)</sup>。最高裁として初めて

排除法則の採用を宣言した最判昭和 53・9・7 刑集 32 卷 6 号 1672 頁は、証拠物に対する排除法則の適用を認めたものであり、自白に対する排除法則の適用の有無につき判断を示した最高裁判例（補足意見を除く）は、現在に至るまで存在しない。他方、下級審レベルでは、既に最判昭和 53・9・7 以前から、証拠物のみならず、自白に対しても、排除法則の適用が認められてきた経緯があり、別件逮捕・勾留に関する事例群は、その中核をなすものである。証拠物に対する排除法則の適用が問題となる事例の多くが覚せい剤取締法違反等の薬物事犯に係るものであるのに対し、別件逮捕・勾留に関する事例の多くは殺人や放火等の重大事犯に係るものであるため、後者においては、証拠排除の是非がいっそう鋭く問われるといえよう。

他方、従来の学説においては、別件逮捕・勾留という捜査手法の違法性を巡る検討に圧倒的な重点が置かれ、その判断基準に関しては、いわゆる本件基準説、別件基準説、実体喪失説の多様な展開により、既に議論が出尽くした観がある一方、自白の証拠能力に関しては、若干の例外を除き、必ずしも十分な検討が行われてきたとはいえない<sup>(3)</sup>。

このような状況を踏まえ、本稿は、別件逮捕・勾留と自白の証拠能力を巡る各種の論点のうち、さしあたり、派生証拠の証拠能力という問題に焦点を絞り、とりわけ、自白に対する排除法則の適用における違法性の承継論と毒樹の果实論の関係という観点から<sup>(4)</sup>、この問題に関する最も重要な最高裁判例である最判昭和 58・7・12 刑集 37 卷 6 号 791 頁<sup>(5)</sup>を素材として、若干の考察を試みるものである。

別件逮捕・勾留中の取調べにおいて本件に関する自白が行われ、当該自白を疎明資料として本件に関する逮捕状・勾留状が請求・発付され、本件逮捕・勾留中の取調べにおいて改めて本件に関する自白が行われる場合、別件逮捕・勾留中の自白は〈第 1 次証拠〉、本件逮捕・勾留中の自白は〈派生証拠〉という位置付けになる。

派生証拠の証拠能力に関する判断枠組としては、判例上は、現在に至るまで、最判昭和61・4・25刑集40巻3号215頁の法廷意見が定式化した〈違法性の承継論〉と、最判昭和58・7・12に付された伊藤正己裁判官の補足意見が定式化した〈毒樹の果実論〉が併存を続けている状況にあり、最判平成15・2・14刑集57巻2号121頁を契機として急速に浸透しつつある〈密接関連性の基準〉も、その実質的な構造に応じ、いずれかの系譜の延長線上に位置付けられる<sup>(6)</sup>。

周知のとおり、伊藤補足意見が打ち出した毒樹の果実論は、別件逮捕・勾留という局面に限定されない一般的な射程を有するものとして、その後の裁判実務における重要な指針となっている。他方、別件逮捕・勾留という捜査手法を違法と評価する下級審裁判例の多くは、伊藤補足意見の前後を問わず、派生証拠の証拠能力につき、違法性の承継論又はそれに準ずる判断枠組に即して検討しているように見受けられる。

この点、最判昭和58・7・12の事案においては、後述のとおり、別件逮捕中及び本件逮捕・勾留中の自白として、捜査機関の取調べに対する自白のほか、裁判官の勾留質問や消防職員の質問調査に対する自白も行われており、このように、捜査それ自体とは異なるものの、対象者の供述を採取し保全するための手続の介在が正面から問題となった結果、別件逮捕・勾留に関する典型的な事例と比較して、違法性の承継論と毒樹の果実論の対抗関係がいっそう顕在化するに至っている<sup>(7)</sup>。以下、前者に準ずる判断枠組に依拠するものと見受けられる第1審判決、控訴審判決及び上告審判決の法廷意見と、後者を明示的に定式化した伊藤補足意見の各々につき、順次検討を加える。

## 第2節 事案の概要

最判昭和58・7・12は、①住居侵入事件（別件）に基づく逮捕中に行われた警察官の取調べに対する自白を録取した供述調書1通（第1次証拠）のほ

か、現住建造物等放火事件（本件）に基づく逮捕・勾留中に作成された各種の調書（派生証拠）として、時系列に沿って順に挙げると、②本件逮捕中に行われた裁判官の勾留質問に対する自白を録取した勾留質問調書1通、③本件勾留中に行われた消防職員の質問調査に対する自白を録取した消防質問調書1通、④本件勾留中に行われた警察官及び検察官の取調べに対する自白を録取した供述調書合計9通（これらのうちの1通は、本件起訴後勾留中に行われた警察官の取調べに対する自白を録取した供述調書である）の証拠能力が問題となった事例である。

第1審判決<sup>(8)</sup>及び控訴審判決<sup>(9)</sup>は、前記の調書①～④のうち、調書①④につき、排除法則を適用して証拠能力を否定する一方、調書②③につき、排除法則を適用せず証拠能力を肯定した。上告審判決の法廷意見は、上告審における争点となった調書②③の証拠能力についてのみ判断を示し、いずれについても排除法則を適用せず証拠能力を肯定した。他方、上告審判決に付された伊藤補足意見は、調書①～④の全てにつき判断を示し、第1審判決及び控訴審判決と同様、調書①④につき、排除法則を適用して証拠能力を否定する一方、調書②③につき、排除法則を適用せず証拠能力を肯定した<sup>(10)</sup>。以下、各審級における証拠能力に関する判断の詳細を確認しておこう。

### 第3節 第1審判決

(I) 第1審判決は、まず、別件逮捕それ自体につき、「本事案の如く、別件自体につき逮捕の理由及び必要性が認められず<sup>(11)</sup>、専ら本件についての取調べを企図しながら、この意図を秘して逮捕状の発付を得た場合には、たとい逮捕状が発付されても、結局令状によらない逮捕とみるべきであり、かような逮捕は憲法に保障する令状主義を潜脱するものとして、他の要素を考えるまでもなく、違法な別件逮捕に該するというべきである<sup>(12)</sup>」と判示し、別件逮捕を身柄拘束処分として違法と評価したうえで、別件逮捕中に行われ

た警察官の取調べに対する自白を録取した供述調書（調書①）につき、「かかる違法な別件逮捕中に本件を取調べることは、本件についても令状主義が潜脱されたことになるから違法であり、かような取調べにより作成された供述調書は、違法な身柄拘束下において、しかも、捜査機関が積極的にそれを意図しかつ利用して採取したものであるから、適正手続に違背して収集された証拠即ち違法収集証拠として、証拠能力を有しないものと解するのが相当である」<sup>(13)</sup>と判示し、当該自白を獲得した取調べは「違法」であり、かつ「捜査機関が積極的に……意図し」た「違法な身柄拘束」を「利用」して行われたものであることを強調しつつ、その証拠能力を否定した。

そして、同判決は、本件勾留中に行われた警察官及び検察官の取調べに対する自白を録取した供述調書（調書④）につき、「本件の逮捕勾留の各請求の際に、違法収集証拠たる前記5月1日付供述調書〔調書①〕が疎明資料として提出されているところ、右供述調書を除けば、本件放火事件につき被告人を逮捕勾留するだけの疎明資料が存しなかったことは明らかである。……このように、違法な別件逮捕中に作成された自供調書を除けば、本件につき逮捕勾留が認められないような場合には、たとえ令状の発付があっても、これに基づく本件の逮捕勾留は依然として違法な身柄拘束というべく、従って、捜査官がかかる違法な身柄拘束状態を利用して作成した供述調書〔調書④〕は、前同様に違法収集証拠として証拠能力を否定するのが相当である」<sup>(14)</sup>と判示し、本件逮捕・勾留を身柄拘束処分として違法と評価したうえで、当該自白を獲得した取調べが「かかる違法な身柄拘束状態を利用して」行われたものであることを強調しつつ、その証拠能力を否定した。

さらに、同判決は、本件起訴後勾留中に行われた警察官の取調べに対する自白を録取した供述調書（調書④）についても、「もともと被告人は違法な身柄拘束状態のまま起訴されたのであって、身柄拘束の違法性は公訴提起という一事によって直ちに適法なものになるとは解しえないから、右5月24日

付供述調書は依然捜査官が違法な身柄拘束を利用して作成したものというべきであ〔り〕……前同様違法収集証拠として証拠能力を否定するのが相当である<sup>(15)</sup>」と判示し<sup>(16)</sup>、本件起訴後勾留を身柄拘束処分として違法と評価したうえで、当該自白を獲得した取調べが「違法な身柄拘束状態を利用して」行われたものであることを強調しつつ、その証拠能力を否定している。

他方、同判決は、本件逮捕中に行われた裁判官の勾留質問に対する自白を録取した勾留質問調書（調書②）については、下記のとおり、⑦裁判官の勾留質問が「捜査官の行う犯罪捜査のための取調べとは明らかにその本質を異にするもの」であり、「捜査とは別個独立の手続」であること、⑧違法な身柄拘束中に行われる場合であっても、「勾留質問そのものが違法となるものではない」ことを強調するかたちで、その証拠能力を肯定した。

本件放火事件による被告人の逮捕勾留が違法であることは前述したとおりであるが、そのことと、勾留質問自体の適否及び勾留質問調書の証拠能力の問題とは別異に考えなければならない。なるほど、5月2日の本件逮捕が違法である以上、同月4日の勾留質問に至るまでの身柄拘束もまた違法というべきであるが、裁判官の行う勾留質問は、単に、同法60条1項各号の該当事由調査のために被疑事実に関する弁解等を聞くに止まらず、逮捕手続が違法か否かをも併せて審査し、もって将来に向けて被疑者の身柄拘束を続けることの適否を審査する独自の手続であって、捜査官の行う犯罪捜査のための取調べとは明らかにその本質を異にするものである。従って、違法な身柄拘束中の被疑者に対して勾留質問を行うことは何ら違法ではなく、たまたま逮捕手続の瑕疵を看破しえず、そのため違法な身柄拘束状態を是正することなく勾留状を発付したとしても、勾留の裁判が準抗告審で取消されることになるのは格別、勾留質問そのものが違法となるものではない。

而して、勾留質問調書は、右のように捜査とは別個独立の手續において、裁判官に対してなされた被疑者の供述を裁判所書記官が録取した書面であるから、違法収集証拠には該らないと解するのが相当である<sup>(17)</sup>。

また、同判決は、本件勾留中に行われた消防職員の質問調査に対する自白を録取した消防質問調書（調書③）についても、下記のとおり、消防職員の質問調査が「犯罪の捜査とは明確にその目的を異にする」ものであり、当該事案においても、両手續の区別が潜脱されるような「特段の事情」が認められないことを強調するかたちで、その証拠能力を肯定した。

消防機関の行う火災原因調査は、火災の原因及び損害を明らかにすることによって、将来の火災予防と消防施策上の参考資料を得るという行政目的のために行われるものであり（消防法1条等参照）、犯罪の捜査とは明確にその目的を異にする。……

従って、消防機関が収集した資料が、後に犯罪事実立証の為に用いられることになった場合、右資料が適正手續に違反して収集された違法収集証拠に該するというためには、捜査官が自ら証拠収集を行うことが違法として禁止される場合に（1）捜査官がこれを潜脱する目的でことさらに消防吏員を利用して証拠収集に当らせ、その結果を積極的に犯罪捜査に流用したとか、（2）消防吏員が本来の行政目的を離れ、捜査官と一体となり積極的に犯罪捜査に当った等特段の事情が存しなければならぬと解すべきところ、……〔この事例においては〕右にいう特段の事情はこれを認めることはできず、結局本件質問調書は違法収集証拠に該しないといわざるを得ない<sup>(18)</sup>。

（Ⅱ）以上に引用された一連の判示から窺われる第1審判決の判断枠組の

構造につき、さしあたり、以下の2点を指摘することができよう。

第1に、同判決は、別件逮捕に引き続く本件逮捕・勾留中に獲得された各種の派生証拠（調書②③④）の証拠能力を検討するにあたり、本件逮捕・勾留を身柄拘束処分として違法と評価しているが、その理由は、第1次的な違法収集証拠として証拠能力が否定される別件逮捕中の自白（調書①）を除外すれば、本件逮捕・勾留の実体的要件を疎明しうる資料が存在しない、という点に求められている。このような判断の実質的な構造は、先行手続（別件逮捕）の違法が、第1次証拠（別件逮捕中の自白）を媒介として、後行手続（本件逮捕・勾留）に〈承継〉される結果、後行手続（本件逮捕・勾留）が違法性を帯びる、というものに他ならず、違法性の承継論に準ずる判断枠組に依拠するものといえよう。

第2に、同判決は、弁護人による「住居侵入罪による被告人の逮捕は違法な別件逮捕であるから、被告人の司法警察職員に対する同日付供述調書〔調書①〕は違法収集証拠であり、その後作成された本件についての被告人の各供述調書〔調書②③④〕も、〔調書①〕を利用して作成されたものであるから右瑕疵を承継し、違法収集証拠である<sup>(19)</sup>」旨の主張を受け、前記のとおり、「本件放火事件による被告人の逮捕勾留が違法であること〔と〕勾留質問自体の適否及び勾留質問調書の証拠能力の問題とは別異に考えなければならない」と判示しており、身柄拘束の適法・違法という問題と身柄拘束中に行われた自白の証拠能力の有無という問題を切り離したうえで、後者の判断に際しては、あくまでも当該自白を獲得した直接の証拠収集手続（供述採取手続）の適法・違法に注目しなければならない、という前提に依拠しているように見受けられる。違法性の承継論は、議論の出発点として、〈ある証拠の証拠能力の判断に際しては、あくまでも当該証拠を獲得した直接の証拠収集手続の違法の有無及び程度を検討しなければならない〉という前提に依拠する点に大きな特徴があるところ<sup>(20)</sup>、同判決は、この点においても、違法性の承



継論に準ずる判断枠組に依拠するものと位置付けられよう。

この事例において、捜査機関の取調べ（別件逮捕中及び本件勾留中に行われたもの）、裁判官の勾留質問（本件逮捕中に行われたもの）、消防職員の質問調査（本件勾留中に行われたもの）は、いずれも違法と評価される身柄拘束中に行われた供述採取手続（捜査目的か否かを問わず、対象者の供述を採取し保全するための手続）であるが、同判決は、別件逮捕及び本件逮捕・勾留を身柄拘束処分として違法と評価したうえで、さらに、捜査機関の取調べそれ自体を違法と評価することにより、当該手続により獲得された自白（調書①④）の証拠能力を否定する一方<sup>(21)</sup>、裁判官の勾留質問それ自体及び消防職員の質問調査それ自体を適法と評価することにより、当該手続により獲得された自白（調書②③）の証拠能力を肯定しており<sup>(22)</sup>、あくまでも個々の自白を獲得した直接の証拠収集手続（供述採取手続）の適法・違法に注目していることが窺われる。

学説上は、逮捕・勾留が身柄拘束処分として違法である場合、その間に行われる取調べも違法となる、という見解が一般的である<sup>(23)</sup>。このような見解は、捜査機関の取調べに関する限り、結論において正当であるが、この事例において顕在化しているとおり、違法な逮捕・勾留中に行われる供述採取手続は、捜査機関の取調べ以外にも存在しうるのであり、そのような手続については、逮捕・勾留の違法から自動的に供述採取手続の違法を導くことは困難といわざるをえない。そもそも、逮捕・勾留の身柄拘束処分としての違法と、その間に行われる供述採取手続（捜査目的か否かを問わず、対象者の供述を採取し保全するための手続）の違法は、論理的には必ずしも連動していないはずであり、それゆえ、逮捕・勾留それ自体が違法と評価される場合であっても、その間に行われた供述採取手続が適法と評価される余地はあると解すべきであろう<sup>(24)</sup>。

このように解する場合、問題は、違法な逮捕・勾留中に行われる供述採取

手続の適法・違法に関する判断基準の如何に帰着する。この点、前述のとおり、第1審判決が、別件逮捕中に行われた警察官の取調べにつき、「違法な身柄拘束」を「利用」して行われた「違法」なものと評価しており、また、本件勾留中に行われた警察官及び検察官の取調べについても、「違法な身柄拘束状態を利用して」行われたものと評価し、違法な身柄拘束と取調べの間の「利用」関係の密接性を強調しているのは、実質的に、最判昭和61・4・25が掲げる「直接利用」という事情を考慮しているといえよう。このような判断の構造に照らすと、第1審判決は、捜査機関の取調べについては、その前提となる逮捕・勾留の違法の〈承継〉を肯定することにより、当該取調べを違法と評価する一方、裁判官の勾留質問や消防職員の質問調査については、その前提となる逮捕・勾留の違法の〈承継〉を否定することにより、これらの手続を適法と評価しているものと解することができよう。

#### 第4節 控訴審判決

(I) 次に、控訴審判決に関する検討に進むことにしよう。同判決の判断枠組の構造は、第1審判決のそれと基本的に同様のものであるが、さらなる精緻化・明確化が図られている部分も少なからず見受けられる。

控訴審判決は、まず、別件逮捕それ自体につき、「住居侵入被疑事実による逮捕は、それ自体としてみても、逮捕の必要性のないことが明らかであるから、違法であり、また、右逮捕の実質は、犯罪の客観的な嫌疑のない本件放火の事実について、裁判官による事前の審査を回避し、裁判官が発し、かつ、理由となっている犯罪を明示する令状によらないで、被告人を逮捕したことに帰するものであって、憲法33条、34条の所期する令状主義を潜脱し、その精神を没却する重大な違法<sup>(25)</sup>のあるものといわざるをえ〔ない〕<sup>(26)</sup>」と判示し、別件逮捕を身柄拘束処分として違法と評価したうえで、別件逮捕中に行われた警察官の取調べに対する自白を録取した供述調書(調

書①)につき、「捜査官において、右逮捕による身柄の拘束を利用し、本件放火の事実について被告人を取り調べたことは、必要性のない被疑者の逮捕を犯罪の客観的嫌疑のない他の事実に対する自白獲得の手段としたものであって、とうてい容認しがたい<sup>(27)</sup>」、「右違法な手段による取調によって得た自白調書を証拠として許容することは、重大な違法、捜査官の不法な意図を是認するという不合理な結果となり、適正手続の要請に反するばかりか、違法捜査を助長するおそれもあるのであって、右自白調書の証拠能力はこれを否定するのが相当である<sup>(28)</sup>」と判示し、当該自白を獲得した取調べが「右逮捕による身柄の拘束を利用し」て行われた「違法な手段による」ものであることを強調しつつ、その証拠能力を否定した。

そのうえで、同判決は、本件逮捕それ自体につき、「本件放火被疑事件の逮捕状は、右供述調書を疎明資料に供して発付を得たものであり、右供述調書を除けば、被疑事実ことに被告人と犯人との同一性に関する疎明のなかったことは明らかであるから、右逮捕状は被疑事実の疎明がないのに発付されたことに帰するものであって、右逮捕状による逮捕もまた違法というべきである<sup>(29)</sup>」とし、さらに、本件勾留それ自体につき、「本件放火被疑事件の逮捕状は、前記のとおり、被疑事実の疎明なくして発付されたことに帰するものであるから、右逮捕状によってした被告人の逮捕手続には重大な違法があることになり、本件勾留請求は、本来は却下されるべきであったものである。したがって、右逮捕手続の違法を看過してした本件勾留の裁判には違法があるといわざるをえない<sup>(30)</sup>」と判示し、本件逮捕・勾留を身柄拘束処分として違法と評価したうえで、本件勾留中に行われた警察官及び検察官の取調べに対する自白を録取した供述調書（調書④）につき、「右別件逮捕中の本件に関する自白はもとより、本件につき勾留中になされた自白についても、捜査官があえて意図して違法な逮捕、勾留状態を惹起し、かつ、その状態を利用して自白を獲得したなど、その証拠収集手続に重大な違法があると認め

られるので、適正手続の要請、将来における違法捜査を抑制するという観点から、その証拠能力を否定するのが相当と考えられる<sup>(31)</sup>」と判示し、当該自白を獲得した取調べが「違法な逮捕、勾留状態」を「利用」して行われたものであり、それゆえ「その証拠収集手続に重大な違法がある」ことを強調しつつ、その証拠能力を否定した。

他方、控訴審判決は、本件逮捕中に行われた裁判官の勾留質問に対する自白を録取した勾留質問調書（調書②）については、下記のとおり、⑦先行逮捕に重大な違法があり、その点を看過して行われた勾留が身柄拘束処分として違法と評価される場合であっても、「勾留質問の手続までが違法となると解すべきではない」こと、⑧勾留質問は「犯罪の捜査とはその性質を全く異なるもの」であること、⑨違法な身柄拘束中に行われたものではあるが、勾留質問それ自体は「適法に行われた」ものであり、「供述獲得の過程に違法はない」ことを強調するかたちで、その証拠能力を肯定した。

しかし、右違法〔本件逮捕の重大な違法を看過して行われた本件勾留の裁判の違法〕は、勾留の裁判を当然無効とするものではなく、準抗告等によって取消されるという限度において違法であるに過ぎない<sup>(32)</sup>、そのために勾留質問の手続までが違法となると解すべきではない。

……〔勾留の裁判のための〕審査は、被疑事実の疎明の有無、勾留の理由及び必要性の存否に関する事項のほか、逮捕手続の適否に関する事項にも及ぶものであるから、逮捕手続に違法があるからといって、その審査のための手続までが違法になるいわれはないといわなければならない。ことに、被疑者に対する勾留質問は、疎明資料の検討と共に、右審査のための重要な手続であって、右質問がなされた場合に調書を作らなければならないことは、刑事訴訟規則 39 条 1 項に明記されているところである。したがって、右質問の結果、逮捕手続に重大な違法のあるこ

とが判明したため、勾留請求を却下する場合においても、被疑事実を告知して弁解を聞いている以上、調書は作成されなければならない、右調書は適法、有効と解すべきである。してみると、後に至り逮捕手続に存する重大な違法を看過して勾留の裁判がなされたことが判明した本件の場合においても、右裁判に際し作成された勾留質問調書が違法、無効になることはない、というべきである。本件勾留質問調書は、その作成手続に瑕疵あるものとは認められず、適法、有効のものというべきである〔る〕。

……逮捕が違法であることと、その間になされた勾留質問の適否ないし勾留質問調書の証拠能力の有無とは、別個の観点から論ずべきであって、違法に抑留拘禁中の供述であることのみを理由として、直ちにその証拠能力を否定するのは相当でなく、供述の証拠能力の有無は、あくまでも、その供述の獲得過程における違法の有無及び大小によって決すべきである、と考える。そこで、この観点から本件勾留質問調書の証拠能力の有無を検討すると、勾留質問は、裁判官が、捜査に対する司法的抑制の見地から、被疑者に対し被疑事実を告知してその弁解を聞き、勾留の適否の判断に資することを目的として、捜査機関とは別個独立の立場で、独自の職責に基づいて行うものであって、犯罪の捜査とはその性質を全く異にするものである。したがって、勾留裁判官が捜査官と通謀して違法捜査に加担したなど特段の事情があればともかく、そのような事情は全くなく、適法に行われた本件勾留質問における被告人の自白には、その供述獲得の過程に違法はない、というべきである<sup>(33)</sup>。

また、同判決は、本件勾留中に行われた消防職員の質問調査に対する自白を録取した消防質問調書（調書③）についても、下記のとおり、㊦消防職員の質問調査は「火災の予防など消防法独自の目的で行われる行政調査であっ

て、犯罪捜査とはその性質を全く異にするもの」であり、当該事案においても「消防職員のした本件質問を捜査官のした取調と同一視すべき事情は存在していない」こと、④違法な身柄拘束中に行われたものではあるが、質問調査それ自体は「消防法上適法に行われたものであ〔る〕」ことを強調するかたちで、その証拠能力を肯定した。

消防機関と捜査機関とは、火災原因等の究明にあたり、相互に協力すべき関係にはあるが、消防職員が放火又は失火の犯罪の被疑者に対して行う質問は、火災の予防など消防法独自の目的で行われる行政調査であって、犯罪捜査とはその性質を全く異にするものであるから、捜査官作成の供述調書の証拠能力が否定されたからといって、直ちに消防調書の証拠能力までが否定されると解するのは相当でない。原審ならびに当審で取り調べた証拠によっても、本件質問に際し消防職員が、捜査官と通謀するなど違法捜査に加担したとの事跡は認めがたく、本件質問は、消防職員が上記の消防独自の立場で、本件火災原因の調査のためにしたものであることが認められるのであって、消防職員のした本件質問を捜査官のした取調と同一視すべき事情は存在していない。本件質問は、消防法上適法に行われたものであり、また、その結果作成された消防調書については、捜査官作成の供述調書に存するような証拠排除の理由はないのであるから、違法勾留中に作成されたということだけで、その証拠能力を否定すべきではない<sup>(34)</sup>。

(Ⅱ) 第1審判決につき指摘した前記の2点に即し、控訴審判決の判断枠組の構造についても、若干の検討を加えておこう。

第1に、控訴審判決は、本件逮捕・勾留を身柄拘束処分として違法と評価するにあたり、第1審判決とは異なり、本件逮捕と本件勾留につき一括して検討するのではなく、両者を区別したうえで、別件逮捕、本件逮捕、本件勾

留と続く複数の手続における違法性の承継を順次検討している。すなわち、控訴審判決は、まず、本件逮捕につき、第1次的な違法収集証拠として証拠能力が否定される別件逮捕中の自白（調書①）を除外すれば、本件逮捕の実体的要件を疎明しうる資料が存在しない、という理由により、違法と評価している。そのうえで、控訴審判決は、本件勾留につき、逮捕前置主義の観点から、先行する逮捕（本件逮捕）に重大な違法がある以上、本件勾留請求は本来却下されるべきであるにもかかわらず、その点を看過して行われたという理由により、違法と評価している。このような判断の手法は、第1審判決のそれと比較して、より精緻なものといえよう。

第2に、控訴審判決は、勾留質問調書の証拠能力の検討に際し、弁護人による「逮捕手続の違法は当然に勾留質問手続に承継されること〔等を考慮すると〕、本件勾留質問手続は違法というべきであって、右違法な手続に則り作成された勾留質問調書は、違法、無効であって証拠能力を有しない<sup>(35)</sup>」旨の主張を受け、一般論に近いかたちで、「違法に抑留拘禁中の供述であることのみを理由として、直ちにその証拠能力を否定するのは相当でなく、供述の証拠能力の有無は、あくまでも、その供述の獲得過程における違法の有無及び大小によって決すべきである<sup>(36)</sup>」と判示しており<sup>(37)</sup>、第1審判決よりも明確に、身柄拘束の適法・違法という問題と身柄拘束中に行われた自白の証拠能力の有無という問題を切り離し、後者の判断に際しては、あくまでも当該自白を獲得した直接の証拠収集手続（供述採取手続）の適法・違法に注目しなければならない、という前提を強調している。

実際、控訴審判決は、別件逮捕及び本件逮捕・勾留を身柄拘束処分として違法と評価したうえで、さらに、捜査機関の取調べそれ自体を（第1審判決よりも明確に）違法と評価することにより、当該手続により獲得された自白（調書①④）の証拠能力を否定する一方、裁判官の勾留質問それ自体及び消防職員の質問調査それ自体を（第1審判決よりも明確に）適法と評価することに

より、当該手続により獲得された自白（調書②③）の証拠能力を肯定しており、あくまでも個々の自白を獲得した直接の証拠収集手続（供述採取手続）の適法・違法に注目していることが強く窺われるのである。第1審判決に関する前記の検討を踏まえると、控訴審判決も、同じく違法性の承継論に準ずる判断枠組のもと、捜査機関の取調べについては、その前提となる逮捕・勾留の違法の〈承継〉を肯定することにより、当該取調べを違法と評価する一方、裁判官の勾留質問や消防職員の質問調査については、その前提となる逮捕・勾留の違法の〈承継〉を否定することにより、これらの手続を適法と評価しているものと解されよう。

(1) 本稿では、原則として、判例等の原文からそのまま引用した文言を「」、判例等の原文を筆者が補充した文言を〔〕、判例等の趣旨を筆者が整理・再構成した文言や、特定の原文を想定することなく筆者が独自に強調した文言を〈〉と表記する。なお、引用文に付された傍点や下線は、特に断らない限り、全て筆者によるものである。

(2) 別件逮捕・勾留中又は本件逮捕・勾留中に行われた自白に関し、

⑦ 自白法則の適用（自白の任意性の有無）につき何ら検討することなく、専ら排除法則を適用して証拠能力を否定した事例として、金沢地七尾支判昭和44・6・3刑月1巻6号657頁、東京地判昭和45・2・26刑月2巻2号137頁、旭川地決昭和48・2・3刑月5巻2号166頁、東京地判昭和51・2・20判時817号126頁、佐賀地唐津支判昭和51・3・22判時813号14頁、福岡高判昭和52・5・30判時861号125頁、神戸地決昭和56・3・10判時1016号138頁、東京地決昭和57・3・17判時1098号452頁、大阪高判昭和59・4・19高刑集37巻1号98頁、福岡高判昭和61・4・28刑月18巻4号294頁、福岡地判平成12・6・29判タ1085号308頁。

⑧ 自白法則の適用を否定する（自白の任意性を肯定する）一方、排除法則を適用して証拠能力を否定した事例として、福岡地小倉支判昭和46・6・16刑月3巻6号783頁、神戸地判昭和52・7・1刑集37巻6号855頁（最判昭和58・7・12の第1審判決）、大阪高判昭和55・3・25高刑集33巻1号80頁（最判昭和58・7・12の控訴審判決）、東京地決平成12・11・13判タ1067号283頁。



㊸排除法則を適用して証拠能力を否定するとともに、(付加的に) 自白法則の適用も肯定し(自白の任意性も否定し)、双方の観点から証拠能力を否定した事例として、東京地決昭和49・12・9刑月6巻12号1270頁、津地四日市支決昭和53・3・10判時895号43頁、旭川地決昭和59・8・27判時1171号148頁、浦和地判平成2・10・12判時1376号24頁、佐賀地決平成16・9・16判時1947号3頁、福岡高判平成19・3・19高検速報(平成19年)448頁。

㊹排除法則の適用につき何ら検討することなく、専ら自白法則を適用して(自白の任意性を否定して)証拠能力を否定した事例として、東京地判昭和42・4・12下刑集9巻4号410頁、福井地判昭和44・8・7刑月1巻8号823頁、大阪地判昭和46・5・15刑月3巻5号661頁。

- (3) 別件逮捕・勾留と自白の証拠能力を巡る各種の論点につき詳細な検討を加える論考として、例えば、関口和徳「自白排除法則の研究(9)」北大法学論集63巻4号1頁(2012年)、三井誠「別件逮捕・勾留と自白の証拠能力(1)～(4)」法学教室253号76頁、254号60頁、255号68頁(以上、2001年)、256号89頁(2002年)。
- (4) 違法性の承継論と毒樹の果実論の関係全般については、井上和治「違法性の承継論と毒樹の果実論」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(近刊)。本稿は、同稿において分析の対象外とせざるを得なかった別件逮捕・勾留に関する事例群につき包括的な検討を加えるための、あくまでも予備的な論考として位置付けられる。
- (5) 本判決に関する調査官解説として、森岡茂「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和58年度)』174頁。評釈として、井戸田侃「判批」法学セミナー346号66頁(1983年)、渥美東洋「判批」法学新報91巻5=6=7号221頁(1984年)、上口裕「判批」『昭和58年度重要判例解説』66頁(1984年)、小早川義則「判批」法学教室40号84頁(1984年)、光藤景峻「判批」判例評論304号60頁(1984年)、山崎恵美子「判批」法律のひろば36巻10号44頁(1983年)、長沼範良「判批」『刑事訴訟法判例百選(第5版)』168頁(1986年)。
- (6) 井上・前掲注(4)。
- (7) とりわけ、消防職員の質問調査が介在する点については、行政調査と刑事手続の関係という問題も生ずる。両者の関係が典型的に議論されるのは、行政調査が刑事手続に先行しており、行政調査により獲得された証拠が第1次証拠となる場合であるが、最判昭和58・7・12の事案においては、後述の

とおり、刑事手続が行政調査に先行しており、刑事手続（別件逮捕中に行われた警察官の取調べ）により獲得された証拠が第1次証拠、行政調査（消防職員の質問調査）により獲得された証拠が派生証拠となっている点に特徴がある。行政調査と刑事手続の関係を巡り、最判昭和58・7・12に言及しつつ、派生証拠の証拠能力という観点からも検討を加える論考として、例えば、笹倉宏紀「判批」ジュリスト1304号（2006年）190～191頁。

- (8) 神戸地判昭和52・7・1刑集37巻6号855頁。
- (9) 大阪高判昭和55・3・25高刑集33巻1号80頁。
- (10) なお、本件の弁護人は、第1審段階から一貫して、主位的に排除法則の適用を主張しつつ、予備的に自白法則の適用を主張している（自白の任意性が認められない旨を主張している）が、いずれの審級においても、自白法則の適用は否定されている（全ての自白につき任意性が認められている）。
- (11) このように、第1審判決は、別件逮捕それ自体につき、そもそも実体的要件（理由及び必要）が満たされていないと評価している。後述のとおり、控訴審判決や伊藤補足意見も、逮捕の理由と必要のいずれに注目するかという差異はあるものの、別件逮捕それ自体の実体的要件が満たされていないと評価する点においては、同様の判断を行っている。この場合、理論構成の如何を問わず、別件逮捕は身柄拘束処分として違法と評価されることになる。別件逮捕・勾留という捜査手段が用いられる場合、別件逮捕・勾留それ自体の実体的要件は一応は満たされているのが通常であるところ、この事例の場合、そのような一応の前提すら満たされていないのであり、その意味において、より違法性の高い捜査が行われたといえよう。
- (12) 刑集37巻6号864頁。
- (13) 刑集37巻6号864頁。
- (14) 刑集37巻6号865頁。
- (15) 刑集37巻6号865～866頁。
- (16) なお、起訴前逮捕・勾留の違法と起訴後勾留の違法に関するこのような判断が、この問題に関する従前の最高裁判例の判断と整合するか否かについては、検討を要しよう。すなわち、最決昭和42・8・31刑集21巻7号890頁は、「[被告人が本件勾留中に起訴され、当該勾留が] 起訴後の勾留となっているのであるから、右放火未遂、放火についての本件勾留を維持するか否かは、現在では裁判所の審判の必要という観点から判断すべきものであり、原決定によれば、現段階においても被告人には刑法60条1項所定の勾留理由があるというのであるから、かかる事実関係のもとにおける本件の

場合においては、起訴前の段階における勾留およびその勾留中の捜査官の取調べの当否は、現在における本件勾留の効力に何ら影響を及ぼさないものである」と判示しており、最決昭和48・7・24裁判集刑事189号733頁も、「起訴後の勾留は、裁判所の審判の必要という観点から裁判官が独自に職権でその要否を判断するものであるから、これに先だつ逮捕手続の当否は、起訴後の勾留の効力に何ら影響を及ぼさないものである」と判示している。

- (17) 刑集37巻6号866～867頁。
- (18) 刑集37巻6号867～869頁。
- (19) 刑集37巻6号857頁。
- (20) 最判昭和61・4・25の解釈に際し、この点を強調する見解として、山田耕司「尿の任意提出における『同一目的・直接利用』基準」判タ779号(1992年)52頁。
- (21) 第1審判決は、別件逮捕中に行われた警察官の取調べについては、それが「違法」である旨を明示的に述べているが、本件勾留中に行われた警察官及び検察官の取調べについては、違法な身柄拘束を「利用」して行われたものと評価しているにとどまる。しかしながら、排除法則の適用に関する判示部分を見る限り、同判決が、本件勾留を身柄拘束処分として違法と評価する一方、その間に行われた捜査機関の取調べを適法と評価していると解するのは明らかに不自然であり、後者についても、「利用」関係の密接性に照らし、同じく違法と評価する趣旨と解されよう。なお、後述のとおり、控訴審判決は、本件勾留中に行われた警察官及び検察官の取調べにつき、明示的に「違法」と評価している。
- (22) 第1審判決は、消防職員の質問調査それ自体の適法・違法については、その評価を明示していないが、排除法則の適用に関する判示部分を見る限り、同判決が、消防職員の質問調査を違法と評価していると解するのは明らかに不自然であり、裁判官の勾留質問と同様、適法と評価しているものと解される。なお、後述のとおり、控訴審判決は、消防職員の質問調査それ自体につき、明示的に「適法」と評価している。
- (23) 川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（2016年）98頁、長沼範良「判批」『刑事訴訟法判例百選（第9版）』（2011年）41頁、佐藤隆之「判批」『刑事訴訟法判例百選（第8版）』（2005年）43頁、酒巻匡「判批」『刑事訴訟法判例百選（第7版）』（1998年）41頁。
- (24) 河上和雄『自白』（1982年）187頁。
- (25) 控訴審判決は、第1審判決とは異なり、別件逮捕の違法の程度につき、

明示的に「重大な違法」と評価しているが、これは、第1審判決が出された後、最判昭和53・9・7が、証拠排除に関する基準として、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という要件を打ち出したことを受けたものである。

- (26) 高刑集 33 卷 1 号 91 頁。
- (27) 高刑集 33 卷 1 号 91 頁。
- (28) 高刑集 33 卷 1 号 92 頁。
- (29) 高刑集 33 卷 1 号 92 頁。
- (30) 高刑集 33 卷 1 号 92 頁。
- (31) 高刑集 33 卷 1 号 95 頁。
- (32) 東京地決昭和 39・10・15 下刑集 6 卷 9=10 号 1185 頁は、先行逮捕の違法と勾留の関係につき、「これらの規定〔刑訴法 207 条及び同 204~206 条〕からすれば、起訴前においては、裁判官は検察官の請求によってはじめて勾留の裁判をなすことができ、検察官は適法な逮捕を前提としてのみ勾留の請求ができるものと解される。従って、逮捕が違法である以上、検察官としては直ちに被疑者の釈放を命ずべきであって勾留の請求をすることができず、たとえ勾留請求がなされても不適法な請求であるから、裁判官は勾留状を發付することができない」、「要するに、勾留状發付が適法であるためには、まず第一に適法な勾留請求が存在しなければならない。請求が適法であるためには、逮捕手続が適法でなければならない。本件においては、逮捕手続が違法であるから勾留請求が不適法であり、従って勾留状發付も不適法というべきである」と判示する一方、「本件勾留状發付、即ち勾留の裁判が不適法であるといつて、裁判官により記載要件を具備した勾留状が發付されている以上、直ちにこれを当然無効なものとはいえず、その効力を否定するためには、権限あるものの取消行為が必要であると解される。換言すれば、本件勾留の裁判は、一応成立したけれども、適法な勾留請求を前提としなかったという瑕疵を有し、取消し得る裁判であるといえる」と判示している。
- (33) 高刑集 31 卷 1 号 92~94 頁。
- (34) 高刑集 31 卷 1 号 104 頁。
- (35) 高刑集 33 卷 1 号 86 頁
- (36) 高刑集 33 卷 1 号 94 頁。
- (37) このような判示は、身柄拘束の違法と身柄拘束中に行われた自白の証拠能力の関係に関する最判昭和 25・9・21 刑集 4 卷 9 号 1751 頁の判示（「不法勾留中の聴取書であるということだけではこれを無効と解すべき理由がな

い」を想起させるものであるが（最判昭和 27・11・25 刑集 6 卷 10 号 1245 頁，最判昭和 27・4・17 裁判集刑事 63 号 299 頁も参照），これらの最高裁判例は，排除法則の生成・発展以前のものであるため，その射程については慎重に解する必要があるだろう。