

# 「新たな取調べ受忍義務肯定説」について

濱 田 毅

- 1 はじめに
- 2 逮捕・勾留の目的
  - (1) 概要と位置付け
  - (2) 私見一身柄利用捜査実現のための制度
  - (3) 取調べ目的消極説の論拠の検討
- 3 受忍義務と黙秘権保障との関係
- 4 強制処分法定主義との関係～受忍義務の形式的根拠
  - (1) 従来の受忍義務肯定説と同説に対する批判
  - (2) 私見における受忍義務の根拠規定～新たな援用説（二元説）
- 5 現行刑事訴訟法198条1項の立案経緯
  - (1) 改正刑訴法の基本方針
  - (2) プロブレム・シート第一〇問と第4回協議会
  - (3) 国会審議と立案担当者の見解
  - (4) 立案経緯に関する異なった見解（先行研究）の検討
- 6 受忍義務否定説による法198条1項但書きの解釈の検討
- 7 受忍義務肯定の効果
  - (1) 逮捕・勾留中の被疑者取調べの強制処分性
  - (2) 強制力行使の可否
- 8 受忍義務の実質的根拠及び実質的意義
  - (1) 実質的根拠
  - (2) 実質的意義～黙秘権保障との関係
- 9 受忍義務の存在範囲
  - (1) 非限定説の検討
  - (2) 限定説が支持されるべきこと
- 10 受忍義務の終期～新たな取調べ受忍義務肯定説
  - (1) 新たな取調べ受忍義務肯定説
  - (2) 包括的黙秘権等との調整のための判断枠組み
- 11 おわりに～録音・録画制度下における被疑者取調べの適正化
  - (1) 取調べ適正化に向けての留意点
  - (2) 捜査機関側の留意点
  - (3) 総括

## 1 はじめに

これまで、取調べ受忍義務（被疑者が捜査機関からの取調べのための出頭要求に応じ、取調べが終わるまで取調室に滞留する義務のこと。以下、単に「受忍義務」<sup>1)</sup>と略することもある。）を主題とする論考では、その冒頭で実務の採用する肯定説と学界の通説である否定説の乖離が激しいと指摘されるのが通例である。否定説による批判にかかわらず肯定説による実務は牢固不変であることから、従来は、この否定説・肯定説の対立や論争が実際の取調べ実務に影響を及ぼすことはなかった。ところが、近年、この対立が、単なるいわば「神々の争いとも言うべき議論」<sup>2)</sup>にとどまらず、捜査実務の改善を巡る議論の「足枷」となって刑事司法制度の改革が頓挫するかのよう事態も起きている<sup>3)</sup>。

- 
- 1) 受忍義務の意義については、本文中で述べたとおりの通説的な見解に従う。これと異なり受忍義務と出頭・滞留義務を区別する見解もあるが、従えない理由は後記で述べる。なお、元実務家として、判例が用いた「出頭・滞留義務」との語を採用すべきとも思われるが、出頭・滞留義務は、取調べのためだけでなく指紋採取・写真撮影等（法218条3項）のためのものもあるなど、より広い概念と思われるので、本稿では「取調べ受忍義務」との語を用いる。
  - 2) 法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」(第14回会議事録) 38頁〔井上正仁委員〕(2012年10月30日)。
  - 3) 例えば、平成26年に法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」で検討討議された勾留制度改革のための「中間処分制度」である。これは、元々勾留に代わる「出頭等確保措置」として日弁連が導入を提唱したものであった（水野英樹「出頭等確保措置に関する提言について 勾留に代わる新しい制度の導入をめざして」自由と正義60巻11号134頁(2009年11月)）。確かに、勾留の判断は「罪証隠滅のおそれ」の有無など予測可能性を内包するので、もし、同制度が導入されれば、制度設計次第ではあるものの、後からみれば不要な身柄拘束であったのではないかと思われる被疑者勾留が相当程度減少したと見込まれる。ところが、前記特別部会での検討では、取調べ受忍義務の問題のために議論が膠着し（大澤裕「被疑者・被告人の身柄拘束のあり方—いわゆる中間処分を中心に」論究ジュリスト12号93頁（2015年12月）、また、辻裕教「法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会の審議経過について」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』766頁（有斐閣・2019年2月）、緑大輔「被疑者・被告人の身柄拘束—特別部会の調査審議の結果を受けて」『刑事捜査法の研究』291頁、296頁（日本評論社・2022年3月）参照）、具体的制度設計に至らなかったとされている。受忍義務肯定・否定の対立問題による弊害が現実化した一例ではなかろうか。

平成28年刑訴法改正により身柄拘束中の被疑者取調べについて録音・録画制度が一部法制化されたとはいえ、さらなる被疑者取調べの改革に向けた議論が今後も行われると思われるところ、受忍義務を巡る対立が改革議論の前提となる共通基盤の構築の妨げとならないか危惧している。

そこで、このような対立状況に一石を投じるため、本稿では、逮捕・勾留中の被疑者には取調べ受忍義務が課されるとの肯定説を前提としつつ、従来肯定説にも問題があることを自覚した上で、同義務も不変に存続するものではなく黙秘権保障の趣旨から消滅することもあり得る、という内容の「新たな取調べ受忍義務肯定説」を説くものである。

本稿では、受忍義務否定説と従来肯定説のそれぞれの問題点を指摘しつつ、私見を明らかにしたい。

受忍義務否定説は、肯定説に対する批判として、概ね、①逮捕・勾留は取調べを目的とする制度ではないことから逮捕・勾留が取調べ受忍義務を生じさせるものではない、②同義務を肯定することは被疑者の黙秘権保障に反する、③強制処分法定主義からすれば、逮捕・勾留とは別個の処分である同義務を負わせるならば法198条1項但書きとは別にそのための明文の根拠規定が必要である、との3点を挙げる<sup>4)</sup>。

そこで、まずは、①逮捕・勾留の目的と取調べとの関係、②受忍義務と黙秘権保障との関係、③強制処分法定主義との関係（受忍義務の形式的根拠）の順で述べることにする。

## 2 逮捕・勾留の目的

### (1) 概要と位置付け

受忍義務否定説は、弾劾的捜査観と糺問的捜査観の二項対立的思考の下、捜査が被疑者を取り調べるための手続であって、強制が認められるのもその

---

4) 例えば、福井厚『刑事訴訟法講義〔第5版〕』177頁（法律文化社・2012年6月）。

ためであると考えたと糾問的捜査観になるとの理由で、逮捕目的から取調べの必要性を排斥しようとする<sup>5)</sup>。その実質的根拠として後記のとおり黙秘権保障との整合性を挙げる一方で、形式的根拠としては要件論を持ち出す<sup>6)</sup>。すなわち、現行法令が逮捕・勾留の要件に「取調べの必要性」を明記せず、被疑者の逃亡及び罪証隠滅のおそれを挙げていることから（法199条2項但書き、規則143条の3、法207条1項、60条1項）、逮捕・勾留は被疑者の取調べを目的とするものではないと説く<sup>7)</sup>。

受忍義務否定説は、このような見解（以下「取調べ目的消極説」ともいう。）をその論理の不可欠の前提としている。否定説は、後記のとおり、肯定説のうち援用説と呼称される見解の論理を否定したり法198条1項の解釈を補強するために、この取調べ目的消極説を持ち出すのである<sup>8)</sup>。同義務肯定・否定説の真の主戦場は法198条1項但書きの文理解釈ではなく、むしろこの逮捕・勾留の目的をどう捉えるかにあるとって過言ではない<sup>9)</sup>。

- 
- 5) 平野龍一『法律学全集 刑訴訴訟法』83頁から85頁（有斐閣・1958年12月）〔＝「平野全集」という〕。
- 6) 前記の福井・前掲注4) 177頁のほか、教科書では、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』83頁（青林書院・1990年3月）、三井誠『刑事手続法1〕〔新版〕』132頁以下（有斐閣・1997年6月）など。
- 7) その他では、渥美東洋「勾留と被疑者の取調べ」判例タイムズ201号245頁（1967年3月）、川出敏裕「別件逮捕・勾留の研究」19頁以下（東京大学出版会・1998年12月）、多田辰也「被疑者取調べとその適正化」205頁（成文堂・1999年12月）〔同文献は、多田辰也「被疑者取調べとその適正化(一)」立教法学27号62頁（1986年9月）、同「被疑者取調べとその適正化(二)」立教法学29号123頁（1987年11月）等を再収録したものであるが、本稿では、これら多田論考については、原則として書籍『被疑者取調べとその適正化』の方を引用する〕、豊崎七絵「取調べ受忍義務否定説の理論的基礎—身体・行動の自由との関係—」浅田和茂ら編『福井厚先生古稀祝賀論文集 改革期の刑事法理論』120頁、121頁、127頁（法律文化社・2013年6月）、石田倫識「起訴前勾留の目的と被疑者取調べ—取調べ目的の身体拘束の禁止」浅田和茂ら編『福井厚先生古稀祝賀論文集 改革期の刑事法理論』92頁（法律文化社・2013年6月）など。
- 8) 後藤教授は、刑訴法と施設法との関係を考察し、例え受忍義務肯定説に立っても、施設法の観点からは施設職員が取調べのために捜査機関の下に被疑者を押送することはできないはずであり、それができるのは未決拘禁の目的が取調べにあるとの観念を前提としているからであるとし、単に問題の所在が受忍義務肯定・否定だけでなく、未決拘禁の目的にもあることを指摘した上で、逮捕・勾留は取調べを目的とするものではないことによる、施設法からの取調べの制約を説いている（後藤昭「接見交通・被疑者取調べをめぐる訴訟法と『施設法』の関係」千葉大学法学論集3巻2号27頁（1989年2月）〔＝後藤①という〕）。
- 9) 後藤教授に限らず、受忍義務否定説（例えば、多田・前掲注7) 206頁、豊崎・前掲注7) 127頁）

これに対し、受忍義務肯定説にあつては、取調べ目的消極・積極説の両説が存在する。

すなわち、同肯定説のうち取調べ目的消極説は、法198条1項の解釈として受忍義務を肯定しつつも<sup>10)</sup>、前記要件論に加え、取調べ目的を真つ正面から肯定すると、在宅被疑者について不出頭を理由に逮捕することを容認することになりかねないことを理由に、逮捕・勾留は取調べを目的とするものではないと説く<sup>11)</sup>。

これに対し、古くからの受忍義務肯定説（団藤説・宮下説）は、取調べ目的積極説に立ち、被疑者の逮捕・勾留について、それが「主として捜査のために被疑者の身体を確保することを目的とする<sup>12)</sup>」あるいは「被疑者の逃走を防止しその出頭を確保する趣旨の制度である<sup>13)</sup>」と説き、そこから同義務肯定説を導く<sup>14)</sup>。

立案に関与された団藤・宮下両説が説いていることから明らかなように、

は、最終的には、取調べ目的消極説を持ち出して、肯定説・援用説を批判する。また、鈴木教授も、法198条1項但書きの解釈に関し、法が逮捕・勾留されている場合について明文の規定を置かず解釈に委ねた趣旨に解すべきとした上で、最終的な解釈としては取調べ目的消極説から受忍義務否定の結論を導いている（鈴木・前掲注6）83頁）。

- 10) 井上清「逮捕、勾留の目的と被疑者の取調べ」判例タイムズ243号62頁以下（1970年4月）。井上判事は、同稿で、取調べ目的肯定と受忍義務肯定との間に必然的な関係があるからといって、逆に否定することとの間にも必然的な関係があるとは言い難い（つまり取調べ目的消極説を前提としつつ受忍義務肯定説を採用できる）と指摘する。
- 11) 井上・前掲注10）63頁。ほかに、受忍義務肯定説・取調べ目的消極説を採用するものとして、平場安治ほか著『注解 刑事訴訟法 中巻 全訂新版』51頁（高田卓爾）（青林書院新社・1982年4月）〔＝高田①という〕、高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』335頁、336頁、349頁（青林書院・1984年2月）〔＝高田②という〕など。また、小林充判事は、受忍義務肯定説・（余罪取調べに関する）限定説の代表的な論者であるが（小林充「別件逮捕・勾留に関する諸問題」法曹時報27巻12号12頁（1975年12月）〔＝小林①という〕）、捜査機関への不出頭を理由に逮捕することは許されないと説いているので（小林充「正当な理由のない捜査官への不出頭を理由とする逮捕の可否」新聞雅夫ほか著『増補 令状基本問題 上』108頁以下（一粒社・1996年6月）〔＝小林②という〕）、受忍義務肯定説・取調べ目的消極説の立場であると解される。
- 12) 団藤重光『條解刑事訴訟法 上』365頁（弘文堂・1950年4月）。
- 13) 宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ』53頁（司法警察研究会公安発行所・1949年7月）。
- 14) 否定説の論者から、しばしば、逮捕・勾留は被疑者取調べを目的とするものではないことについて「ほとんど争いが無い」などと紹介される（大野正博「身柄拘束中の被疑者取調べについての一考察—取調べ受忍義務論の再検討—」朝日大学院法学研究論集1号11頁（1997年12月）、

逮捕・勾留の目的から取調べの必要性を全く排斥してしまうことは、後記のとおり刑法の立案経緯に沿わないところであるが、まずもって、やはり、逮捕・勾留の目的については、その制度趣旨から考察すべきであろう（要件論との関係は後述する）。そうだとすると、被疑者の逮捕・勾留が、被疑者の身柄を確保するための制度であって、捜査機関の主導で開始される捜査のための処分であるということから取調べ目的積極説を導く見解<sup>15)</sup>が基本的には支持されよう。

なお、法が被疑者に取調べ受忍義務を課していることを指摘し、そこから取調べ目的積極説を説くものがある<sup>16)</sup>。しかし、本稿では、受忍義務肯定説を論証する前提議論として「逮捕の目的」論を取り上げているので、そのような論法は差し控え（結論の先取りになってしまう）、ここでは受忍義務の有無の議論を捨象して論を進める。

---

石田・前掲注7) 92頁)。しかし、本稿でも挙げているように「取調べ目的積極説」も古くからも最近でも説かれており、決して泡沫学説ではなく、先のような評価は適切ではないであろう。「逮捕・勾留が取調べ目的のみでも可能か」という要件論の問題（確かにこれであれば、ごく一部の見解を除き消極的結論で争いはない。）と「逮捕・勾留の目的から取調べの必要性を排除すべきか」という目的論の問題とは区別されるべきである。

- 15) 土本武司『刑事訴訟法要義』154頁（有斐閣・1991年4月）、中山博善「被疑者取調べの意義・根拠と可視化の是非」金沢法学48巻2号20頁以下（2006年3月）、金子章「在宅被疑者の取調べの許容性について（2・完）—その違法性の実質に関する理論を中心に—」横浜国際経済法学19巻2号40頁（2010年12月）〔=金子①という〕、同「刑法における『強制処分』についての一考察：『強制処分』の意義に関する議論を中心に」横浜経済法学20巻2号4頁（2011年12月）〔=金子②という〕。なお、中山教授、金子准教授は、いずれも逮捕の目的論と要件論を混同してはならないと強調されているが、後記のとおり、起訴後の勾留の目的論のことも考慮すれば、この指摘は全く正当である。
- 16) 青柳文夫ら著『註釈刑事訴訟法』2巻90頁〔吉田淳一〕（立花書房・1976年11月）、伊藤栄樹ら著『〔新版〕注釈刑事訴訟法』3巻93頁〔東條伸一郎〕（立花書房・1996年7月）、河上和雄ら編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』4巻190頁、191頁〔渡辺咲子〕（青林書院・2012年4月）、河上和雄ら編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』4巻169頁〔河村博〕（青林書院・2012年4月）。

## (2) 私見—身柄利用捜査実現のための制度

### ア 概要

逮捕・勾留の「目的」論とは、対象者（被疑者）の身柄拘束を本体的内容とする強制処分として逮捕・勾留という制度を法がなぜ設けたのか、その存在理由、制度趣旨を明らかにするものである。この目的論は、強制処分一般にあっては付随的効力論、すなわちその強制力を本体的処分たる以外にどこまで援用し得るか（例えば、被疑者の身柄拘束を第三者が妨害してきたときこれを排除できるか。など）、という付随的効力の範囲を画する上で実践的意義をもつが、逮捕・勾留の目的論にあっても、後記のとおり強制力をどの範囲で援用できるかとの議論にもかかわる。

ところが、刑訴法は、一切、逮捕・勾留の目的について規定を置いていない<sup>17)</sup>。そこで、我が国では、要件がそのまま「目的」であると論じる傾向が強い<sup>18)</sup>。しかし、ある強制処分について法が規定した実体的要件とは、処分の目的から導かれる当該処分の必要性和侵害される被処分者の権利利益とを、具体的状況を想定しつつ利益衡量判断の下で法律要件として類型化したものである。つまり、目的から導かれる必要性は通常広汎なものであるが反対利益もまた重要なものである以上、比例原則の観点からより高度に類型化

---

17) 平野全集・前掲注5) 84頁、85頁。平野博士は、このように「法の規定は明確を欠く」と指摘した後に「しかし、われわれは、憲法の趣旨に従って、これを解釈しなければならない。」とする。しかし、まずは、刑訴法の各規定から考察すべきである。「目的」が規定されていないことは、他の強制処分たる検証、搜索、差押も同様であり、特に逮捕・勾留に限ったことではない。井上・前掲注10) 62頁も、被告人の勾引、勾留についても同様に目的が規定されていないと指摘した上で、「刑訴法の関係規定全体の合理的解釈を通じて、十分確定できる」と論じるが、正当であろう。

18) 金子准教授も、「逮捕・勾留は何のために存在しているのかという逮捕・勾留の目的に関する問題と、逮捕・勾留はどのような場合に行うことが許されるのかという逮捕・勾留の要件に関する問題とは別個の問題であり、理論的には区別されるべきであるにもかかわらず、・・・それが混同されている嫌いがある」と指摘する（金子①・前掲注15) 41頁）。もっとも、金子説は、逮捕・勾留について、要件に言及しないまま、その目的が被疑者の取調べにあるとするが、通常、目的から導かれる当該処分の必要性が要件に現れると解される以上、目的と要件の関係を完全に断ち切って議論すべきではないであろう。

された（絞り込まれた）必要性が要件とされており、その意味で「目的」と「要件」は異なる（前者の方が広い）ものであることに注意を要する。

そして、逮捕・勾留の目的に関する規定がない以上、刑訴法が規定した（実体的）要件（法199条1項、2項但書き、規則143条の3、法207条1項、60条1項）及び法が逮捕・勾留に付与した役割を考察して解釈により導くほかはない。

このような視点から刑訴法規定を考察するに、法が逮捕・勾留（ここでは、起訴前勾留＝被疑者勾留のこと。以下同じ。）を設けたのは、捜査機関をして、一定期間、被疑者による罪証隠滅という積極的妨害を排除しつつ、取調べを含む身柄利用の捜査を実施させるためであると解される。理由は以下のとおり。

まずは、法が規定した逮捕・勾留の役割からの考察を述べる。

法は、一定の嫌疑が認められる被疑者については、「逃亡のおそれ」と「罪証隠滅のおそれ」（規則143条の3、法207条1項、60条1項<sup>19)</sup>）が認められることを想定し、これを逮捕・勾留の実体的要件として被疑者の身柄拘束を容認している。そして、被疑者の身柄拘束後は、まずその身柄を利用しつつ指紋採取等により人定を行う（法218条3項）。この「被疑者の特定」の捜査は、人違い起訴・身代わり起訴を防ぐ上での出発点であり、「（被疑事実の告知及び）弁解録取」（法203条1項、204条1項、205条1項等）及び「被疑者取調べ」（法198条1項本文）でも十分に行われなければならない。また、当然、（逮捕・勾留の基礎となる）被疑事実の解明のためにも、前記「被疑者取調べ」を行うことはもちろん、場合により被疑者に立ち合わせて捜索、差押え又は検証（法222条6項）を行って、供述証拠及び客観証拠の収集を行う。このような被疑者身柄利用等の捜査が期間の関係で終了できなかった場合に

---

19) 「住居不定」（法60条1項1号、199条1項但書き）も、「逃亡のおそれ」と類似の性質をもつものと解する。なお、規則143条の3と法60条1項2号、3号とでは文言が異なり（後者では「疑うに足る相当な理由があるとき」とされる。）、要求される可能性の程度も異なるものと解されるが、ここでの解釈論に影響を及ぼすものではない。



は、裁判官の審査を経て、勾留を延長した上で（法208条2項）<sup>20)</sup>、検察官において、延長期間内にその捜査を遂げて起訴・不起訴の決定を行うこと、以上が刑訴法において想定されている逮捕・勾留後の手続の姿である。

このように、法が、逮捕後及び勾留後、捜査機関による被疑者の身柄利用捜査を予定していることから、逮捕・勾留は、このような身柄利用捜査の実施のためにも設けられたと解するのが素直である。もちろん、「被疑者の特定」及び「被疑事実の解明」のために被疑者の身柄を利用して捜査をすることが起訴・不起訴の決定に至るまでに不可欠であることは、在宅事件でも同様である。しかし、被疑者の任意の協力が期待できる場合は別として、相当の嫌疑が認められる場合など一定の要件の下では、被疑者側からの任意の協力が得られないからといって身柄利用捜査を頓挫させることは刑罰権の適正な実現という刑訴法の窮極の目的から許されないので、法は、捜査機関をして強制的に身柄利用捜査実施が可能とすべく逮捕・勾留制度を設けたと解される。

## イ 起訴前の身柄拘束の存在意義を踏まえた「逃亡のおそれ」の意義

次に、逮捕・勾留の目的を、その実体的要件から考察する。

逮捕・勾留の実体的要件のひとつである「逃亡のおそれ」とは、「被疑者又は被告人が刑事訴追を免れる意思で捜査機関および裁判所にとって所在不明となるおそれ」と解されている<sup>21,22)</sup>。

---

20) 最判昭和37年7月3日裁判集民事61号447頁は、法208条2項の「やむを得ない事由があると認めとき」について、「事件の複雑困難（被疑者もしくは被疑事実多数のほか、計算複雑、被疑者関係人らの供述又はその他の証拠のくいちがいが少からず、あるいは取調べを必要と見込まれる関係人、証拠物等多数の場合等）、あるいは証拠蒐集の遅延若しくは困難（重要と史料される参考人の病氣、旅行、所在不明もしくは鑑定等に多くの日時を要すること）等により勾留期間を延長して更に取調べをするのでなければ起訴もしくは不起訴の決定をすることが困難な場合をいうものと解するのが相当である」とし、「被疑者関係者の取調べの必要性」が延長理由を構成することを明らかにしている。

21) 篠田省二「勾留の要件（住居不定・逃亡のおそれ・その他）」熊谷弘ら編『捜査法体系Ⅱ』42頁（日本評論社・1972年9月）。その後のものは、篠田論文を引用するなど同様の定義を述べるのがほとんどである。奥田保「逃亡すると疑うに足る相当な理由」大阪刑事実務研究会「勾留に関する準抗告の実証的研究3」判例タイムズ309号55頁（1974年9月）、小林謙介「逃亡すると疑うに足る相当の理由」高麗邦彦ら編『別冊判例タイムズ34号 令状に関する

では、「被疑者が捜査機関にとって所在不明」になることがなぜ逮捕・勾留の必要性を基礎付けるのであろうか。

ここで前記取調べ目的消極説は、「捜査機関」にとって所在不明となることはひいては将来の公判審理が確保出来なくなるとの意味で捉えているものと思われる。つまり起訴前は受訴裁判所が存在しないのでその代用として「捜査機関」が登場しているに過ぎず、実質的には「裁判所の公判」からの逃走であって「捜査機関の捜査」からの逃走ではないとの理解である。

しかし、「捜査機関による身柄利用捜査からの逃走」と捉えなければ、起訴前の身柄拘束制度がなぜ存在するのか、その説明に窮する。起訴・不起訴を決定するためには、捜査機関に一定期間被疑者の身柄利用の捜査を遂げさせなければならぬ（それ故に「逃亡のおそれ」はこれを阻害するものとして逮捕・勾留の要件とされた）と考えなければ、公判審理のために身柄拘束の必要があるとしても直ちに被告人勾留をすればよいということになるはずである。

川出教授は、法198条1項の制定経緯<sup>23)</sup>及び要件論<sup>24)</sup>から逮捕・勾留の目的には被疑者取調べ目的は含まれないとし（この点は私見と異なるものの）、起訴前の身柄拘束期間の趣旨について「その理由とされた被疑事実について、被疑者の逃亡および罪証湮滅を阻止した状態で、起訴・不起訴の決定に向けた捜査を行うための期間としてとらえられる」と説かれたこと<sup>25)</sup>には正し

理論と実務 I」114頁（2012年8月）、福嶋一訓「勾留要件に関する諸問題—勾留の必要性を中心に」警察学論集74巻8号82頁（2021年8月）。

22) 文献によっては、「捜査機関にとって」の箇所が省かれているものもあるが（神垣英郎「逃亡のおそれの有無の判断に当たり考慮すべき事情」新聞雅夫ほか著『増補 令状基本問題 上』255頁（一粒社・1996年6月）、河上和雄ら編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』2巻34頁〔川上拓一〕（青林書院・2010年10月）、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版増補版〕』151頁（弘文堂・2016年12月）〔＝「条解刑訴」という〕、河上和雄ら編『注釈刑事訴訟法〔第3版〕』2巻23頁〔馬場義宣＝伊藤藤二〕（立花書房・2020年6月））、それは起訴後の勾留（被告人勾留）のみを念頭に論じているからと思われる。

23) 川出・前掲注7) 57頁。

24) 川出・前掲注7) 20頁。

25) 川出・前掲注7) 61頁。川出教授は、起訴前の身柄拘束の目的について、いかなる必要性があれば逮捕・勾留がなし得るのかとの場面（ここでは「その目的は、被疑者の逃亡の防止と罪

いものがあつたと言わねばならない。このように起訴前の身柄拘束期間が起訴・不起訴の決定のための捜査のための期間であると捉えなければ、取調べを含む身柄利用捜査の必要性が起訴前勾留の継続の必要性を意味し、それが勾留の必要性（相当性）を構成すること<sup>26)</sup>、あるいは勾留延長理由を基礎付けている<sup>27)</sup> などの実務を説明することができないのである。

また、「逃亡のおそれ」を「身柄利用捜査の必要性」と無縁のものと捉え、将来の公判審理への確保という点にのみ求めることは、仮に「罪証隠滅のおそれ」はなく「逃亡のおそれ」の事由のみで逮捕・勾留された被疑者を想定した場合、未だ起訴されるかどうか分からない立場の人間<sup>28)</sup> を、理由（捜査の必要性）もなく最大23日間も保釈も認められない状態で将来の裁判のためだけに念のため拘禁しておくという「予防拘禁」の制度を刑法が採用したということになるが、到底正しい法解釈とは思えない<sup>29)</sup>。

証湮滅の防止にある」とされる」と、起訴前の身柄拘束を継続することが何のために認められるのかとの場面での「起訴前の身柄拘束の目的（起訴前の身柄拘束期間の趣旨）」とに分けて論じておられる（川出・前掲注7）19頁以下、69頁など）。私見は、川出説にいう後者の場面こそ本来の「逮捕・勾留の目的」論であり、前者の場面は要件論に過ぎないとの理解である。

- 26) この論理は、受忍義務否定説の論者からも承認されている。石田教授は、川出説を紹介した上で「起訴前勾留期間の趣旨を右（引用者注：「起訴・不起訴の決定に向けた捜査を行うための期間」）のように理解しない場合、起訴・不起訴の決定に必要な捜査が完了した後も、理論上、起訴前勾留の継続を否定しえなくなるのではないか、という疑問も生じる。」とする（石田・前掲注7）96頁）。齋藤司「取調べのための出頭・滞留義務と取調べの適正化論」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』112頁（成文堂・2016年10月）も同旨。
- 27) すなわち、起訴・不起訴の決定するための捜査が完了しておれば、直ちに起訴して被告人勾留に切り替えるか不起訴で釈放しなければならず、したがって、もはや勾留延長は認められないし、勾留期間が残存していても起訴前勾留継続の必要性（勾留の相当性のひとつ）が消失しているので、勾留取消（法207条1項、87条）の対象となる。確立した実務といえよう。
- 28) 2019年度の統計によれば、被疑者勾留となった者90、377人中、公判請求に至ったのは41、607人（約46%）に過ぎない（検察統計年報による。ただし、自動車による過失致死傷事件及び道路交通法等違反事件を除いた数字である。）。
- 29) 石田教授も、「起訴前勾留の期間が、将来の公判審理を行うことに利用されていると解することには無理があるように思われる」（石田・前掲注7）96頁）、「起訴前勾留の主たる目的が、将来の公判審理の確保にあることからすれば、そもそも公判に付される可能性の低い者を拘束することは、必要性の不明確な権利制約となり、許されない」（石田・前掲注7）112頁）と指摘する。起訴前勾留の存在意義につき将来の公判審理の確保のみからでは説明できないのご認識に立たれるのであろう。そうだとすれば、起訴前勾留の「目的」についても、端的に「捜

したがって、起訴・不起訴決定のために被疑者身柄利用の捜査が不可欠であることにかんがみると、「逃亡のおそれ」、すなわち「捜査機関に対し所在不明となるおそれ」とは、被疑者身柄利用の捜査に対し被疑者が非協力等である状態<sup>30)</sup>のうち、反対利益（人身・行動の自由）との利益衡量の観点から身柄利用捜査の実施が相当困難な場合を類型化したものと解される。また、そのように解するからこそ、身柄利用捜査の必要性が「逮捕・勾留の必要性（広義。つまり相当性）」の一事由を構成するとの現在の実務を正当化できるのである。

### (3) 取調べ目的消極説の論拠の検討

取調べ目的消極説の論拠のうち、受忍義務否定説・肯定説のいずれの立場からであれ共通して説くところは、形式的には、逮捕・勾留の要件のうち処分の必要性を示す事由として「逃亡のおそれ」と「罪証隠滅のおそれ」のみが挙げられていること（論拠①）、実質的には、積極説に立つと取調べ目的での身柄拘束を許容することになり逮捕・勾留が白白獲得の手段となって黙秘権侵害につながる（論拠②）である<sup>31)</sup>。

## ア 「取調べの必要性」と逮捕・勾留の要件

論拠①について敷衍するならば、もし、法が逮捕・勾留の目的として「取調

---

査のため」と捉えるのが素直と思われるが、石田教授は、自説たる取調べ目的消極説と整合させるため、「起訴前勾留を廃止する」「起訴前勾留期間は、今日よりも大幅に縮減されるべき」「起訴前勾留の理由の一つである嫌疑の存在について、起訴に必要な嫌疑と同程度か、それ以上の嫌疑が要求されるべき」と説く（石田・前掲注7）96頁、111頁、112頁）。

- 30) 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法〔第2版〕』59頁（有斐閣・2009年4月）も、「逃亡」とは、「社会から隠れるというよりも、正当な捜査や公判の手続への協力要請に従わずに、それを回避する態度をいうのである。」と指摘する。
- 31) 後藤昭「不出頭を理由とする逮捕」『捜査法の論理』62頁（岩波書店・2001年3月）〔=後藤②という〕。また、高田①・前掲注11）60頁は、被疑者の取調べを目的としてその身柄拘束を認めるのは身体拘束という苦痛を与えることによって白白を求めること、これは強制による白白を求めることと同義である、と主張していた。さらに、大野・前掲注14）13頁は、「黙秘権の完全な保障の観点から」「逮捕・勾留と取調べとの密接な関係を断ち切ることが必要である」と主張する。

の必要性」を基礎としているならば、「逃亡のおそれ」「罪証隠滅のおそれ」と並んで、例えば（法199条1項但書きにあるような）「正当な理由がなく取調べのための出頭の求めに応じない場合」が挙げられているはずであるとの思考方法があるのであろう。

ところが、消極説が当然採用しているであろうこのような思考方法は、実は、被告人勾留制度を考慮すれば成り立たない論理を前提としている。

起訴後の勾留にあっても、「正当な理由がなく法廷に出頭しない場合」は要件として挙げられていない。これを要件としているのは勾引である（法58条2号）。しかし、被告人勾留が、一般には、被告人の身体を拘束して、審判を確保（公判期日等における法廷への出頭を確保）することにある<sup>32)</sup>との理解に争いはないのである。そうだとすれば、逮捕・勾留の場合も同様に「正当な理由のない不出頭」が要件化されていないことが、直ちにその目的から「取調べの必要性」を排斥することを意味しないはずである。

あるいは、消極説は、「逃亡のおそれ」が「裁判所（法廷）からの逃亡のおそれ」を意味しているので、「正当な理由のない不出頭」が要件とされていなくとも起訴後の勾留の目的が「審判の確保にあること」と理解することに疑問を感じなかったのかもしれない。そうだとすれば、私見のように「逃亡のおそれ」を「捜査機関（の身柄利用捜査）からの逃亡のおそれ」と解する立場からは、同様に、「正当な理由のない不出頭」が要件とされていないことは取調べ目的積極説を否定するものではないということになる。

次に、起訴後の勾留との比較論についていえば、取調べ目的消極説からは、同勾留にあっては、召喚状において正当な理由のない不出頭には勾引があることを警告した上（法63条）、正当な理由のない不出頭を要件とする勾引制度（法58条）があるなど、召喚に対する不出頭が勾引を介して勾留と結びついているが（法59条）、逮捕と被疑者勾留にはそのような不出頭と同身柄拘束をつなぐものがないとも指摘する<sup>33)</sup>。

32) 神垣・前掲注22) 254頁。

33) 井上・前掲注10) 62頁から64頁は、被疑者に対する「出頭要求—逮捕—勾留」の一連の制度

しかし、この批判に対しては、軽罪の場合における不出頭要件の存在（法199条1項但書き）という反論が可能であることは後述するが、さらに、勾引・被告人勾留と逮捕・被疑者勾留との制度の違いが合理的に説明できることも反論となり得る。

すなわち、法が、審判確保のための身柄拘束として被告人勾留を設けているながら、まずは勾引制度を前置したのは（法59条）、公判廷への不出頭のおそれがあったとしても、居所がはっきりしており、所在不明となるおそれがないのであれば、最大24時間以内の身柄拘束にとどまる勾引で足りると判断しているからにほかならない<sup>34)</sup>。すなわち、法は、処分の必要性和法益侵害の合理的均衡を目指す比例原則的思考の下、人身の自由に対する制限を必要最小限度とすべく、単なる公判廷への不出頭のおそれ、勾留の理由とせず、勾引の要件にとどめているのである。

このように法の要件化の思考には、制度の目的論のほか比例原則的思考があることに注意しなければならない。

すなわち、取調べを含む身柄利用捜査の実現の要請が逮捕・勾留の目的にあるとしても、比例原則的思考を加味すれば、法198条1項本文に基づく取調べのための出頭要求に対し、被疑者が正当な理由のない不出頭をしたとしても、それだけでは身柄拘束の必要性として充分ではなく、せいぜい正当な理由のない不出頭が繰り返され「所在不明」（ないしこれに匹敵する事態）となって「逃亡のおそれ」と評価される場合に限って身柄拘束を認めたものと理解できる。法曹三者その他の関係者が集い確定した期日に実施される公判にあっては同期日への不出頭のおそれだけでも公判審理を大きく阻害するものであるが、取調べの場合、通常、一定期日に必ず実施しなければ捜査が

---

と「召喚—勾引—勾留」の一連の制度との類似性を指摘しつつも、前者が取調べの場への被疑者の出頭確保のものであって逮捕・勾留の目的の中に被疑者の取調べを含むとするのは解釈に飛躍があり、その理由として、法198条1項の出頭要求と法58条の召喚がともに相手方に対し出頭を求める制度でありながら、後者では勾引との結びつきが令状で明示されるのに対し、前者では逮捕との間にこれと類似の関係が存在しないことを挙げる。

34) 神垣・前掲注22) 255頁。

直ちに阻害されるとまではいえない（仮に捜査機関と被疑者で合意した取調べ日に被疑者が出頭しなくても後日別の機会に取調べを行えば足りるのが通例であろう）からである。このような公判期日の出廷と取調べのための出頭との違い、すなわち比例原則の下で、身柄拘束の正当化のために要求されるべき処分の必要性の程度に差があることが、勾引と逮捕の要件の相違（後者の場合、一般の事件の場合には「正当な理由のない不出頭」が要件とされていないこと）に顕れていると解すれば、先の見解が指摘するところの両者の要件の違いが、逮捕（及び勾留）の目的が身柄利用捜査の実現の要請にあると解することの妨げになるはずがない<sup>35)</sup>。

以上のとおり、取調べ目的消極説が前提とするところの、「逮捕・勾留の要件は『逃亡のおそれ』と『罪証隠滅のおそれ』だけであるから」などの要件論と目的論を混同した論理だけでは、取調べ目的積極説を排斥できないのである<sup>36)</sup>。それでも消極説を説くならば、取調べ目的を排斥した上での起訴前の身柄拘束の存在意義とは一体何なのか、及び起訴後の勾留が公判への不出廷を直接その要件としていないのに審判確保を目的とするものと解するのはなぜか、について説明すべきであろう。

---

35) したがって、規則143条の3について、「常識的に考えて、もしも逮捕が本来の取調べの手段であるならば、取調べるために逮捕が必要であることこそ、逮捕の必要性の最重点項目であるはずだから、刑訴規則が逮捕の必要性がないと認めるための条件を挙げる場合に、『取調べるために特に逮捕を必要としないこと』を書き落とすはずがない」（沢登佳人「逮捕または勾留中の取り調べは許されない」法政理論12号37頁、38頁（1979年11月）との主張は、本文で述べたような比例原則的思考を欠如したものといえよう。

36) 例えば、安部助教も、被告人勾留について「目的は、要件として必ずしも法に規定されている訳ではない。『公判廷への出頭確保』という目的も、法60条に直接規定されていない。」「そうであれば、法定されていないという理由のみで、勾留の目的として刑の執行確保を認めないとするのは、やや硬直的に過ぎるのではないか。」と指摘し（安部祥太「第1審の無罪判決と控訴審における再勾留の可否：最二決平成23年10月5日刑集65巻7号977頁」青山社会科学紀要43巻1号168頁（2014年9月））、目的論と要件論を区別して論じておられるのは正当である。同論考では、取調べ目的消極説に立脚しているが、同説を要件論のみから導くのではなく、併せて取調べ受忍義務論や捜査構造論も根拠として挙げている（同・164頁）。

## イ 軽罪の場合における不出頭要件（法199条1項但書き）

### (ア) 加重要件説・徴表説の検討

法199条1項但書きは、一定金額の罰金、拘留又は科料に当たる罪（以下単に「軽罪」ともいう。）については、住居不定又は「正当な理由がなく前条の規定〔法198条1項〕による出頭の求めに応じない場合」に限ると規定する。

ところが、取調べ目的消極説の立場は、この「正当な理由のない不出頭」の規定の存在が同積極説の論拠となるのを回避するため、同不出頭が「逃亡のおそれ」の徴表であって、あくまで逮捕するには通常の「逃亡のおそれ」「罪証隠滅のおそれ」の要件の充足が前提であり、同不出頭の事由はこれに加重する（付加する）要件であると位置付ける（以下「加重要件説」とも呼称する<sup>37)</sup>）。加重要件説は、取調べ受忍義務否定説<sup>38)</sup>だけでなく肯定説の一部<sup>39)</sup>からも説かれる。したがって、正当な理由のない不出頭はそれ自体では逮捕の必要性を基礎付けず、せいぜい単なる逃亡のおそれの徴表に過ぎず（以下「徴表説」とも呼称する。）、不出頭が繰り返された場合にはいわば認定論として「逃亡のおそれ」（又は「罪証隠滅のおそれ」）が認められる場合があると説く<sup>40)</sup>。

37) 法199条1項但書きの解釈論における学説対立状況について、渡辺修「被疑者取調べの法的規制」8頁以下（三省堂・1992年6月）参照。「加重要件説」「独立要件説」の名称も同論考を参考とした。

38) 平野全集・前掲注5) 108頁、平野龍一『刑事訴訟法概説』70頁（有斐閣・1968年3月）〔＝平野概説という〕。

39) 代表的な見解として、高田①・前掲注11) 60頁、64頁、小林②・前掲注11) 108頁から111頁。小林充判事のほか、裁判実務家は、加重要件説を採用している。島田仁郎「被疑者が呼出しに応じない場合と逮捕の可否」判例タイムズ296号79頁（1973年9月）、梅本友美「被疑者が捜査機関の呼び出しに応じない場合と逮捕の可否」高麗邦彦ら編『別冊判例タイムズ34号 令状に関する理論と実務Ⅰ』96頁、97頁（2012年8月）など。これは最高裁判所事務総局編『刑事裁判資料第268号 逮捕・勾留に関する解釈と運用』4頁（1995年3月）が加重要件説を採用していることが影響していると思われる。また捜査実務家も論考としては加重要件説に従っている（廣上克洋編『令状請求ハンドブック』29頁（立花書房・2014年6月））。なお、渡辺修・前掲注37) 9頁が指摘するとおり、犯罪捜査規範122条1項の規定よりも、加重要件説を前提にしているものと思われる。

40) もっとも、加重要件説に立ちながら、受忍義務否定説の趣旨を貫き、徴表説を批判する（採



このような加重要件説・徴表説の実質的な意図が、取調べ目的積極説の排斥にあることは明らかであるが<sup>41)</sup>、そのほか、一応、比例原則の下、一般の事件より軽罪の場合の方がその要件が軽くなるのは不当であるので、法199条1項但書きの趣旨は軽罪について一般的な逮捕の必要性を制限したもの(要件を加重したもの)と解するべきとの理由も挙げる<sup>42)</sup>。一般事件で「逃亡のおそれ」が要求されるのに軽罪では「不出頭」で足りるとするのは不均衡であるとの趣旨であろう。

#### (イ) 独立要件説の合理性

しかし、加重要件説が説くところの、このような比例原則的思考について説得力があるとは思えない。加重要件説に対し、法199条1項但書きの文理に従い、軽罪の場合には、相当な嫌疑のほか、「住居不定」又は「正当な理由のない不出頭」の場合があれば「逃亡のおそれ」の疎明がなくとも逮捕できるとの見解があるところ(かかる見解を「独立要件説」と呼称する。)<sup>43)</sup>、かかる見解でも一般の事件に比べ軽罪の場合には「罪証隠滅のおそれ」という必要性だけでは逮捕を許容しないという意味で逮捕の必要性事由を限定しており、決して比例原則の観点から不均衡とは言い切れないからである<sup>44)</sup>。

---

用しない)見解もある(後藤②・前掲注31)61頁、65頁以下、渡辺修・前掲注37)20頁)。

41) 例えば、石松竹雄「通常逮捕の要件」熊谷弘ら編『捜査法体系Ⅰ』79頁(日本評論社・1972年8月)は、捜査官への不出頭だけでただちに逮捕の必要性を認めるのは、被疑者の取調べのための逮捕を正面から容認することにほかならない、と批判する。

42) 小林②・前掲注11)110頁、梅本・前掲注39)96頁。また、後藤②・前掲注31)61頁。

43) 團藤・前掲注12)371頁は、法199条1項の逐条解説において、軽罪について「被疑者に定まった住居を有しないばあい、または正当な理由なく百九十八條の規定による出頭の求めに應じないばあにかぎる」としており、團藤説は、この時点では加重要件説をうかがわせる記載はなく文理どおりの独立要件説を前提にしていたものと解される。そのほか、独立要件説は、警察実務家の論考(奥山修二「被疑者の不出頭と逮捕の必要性」警察学論集21巻7号158頁(1968年7月)、菅沼清高「正当な理由のない不出頭と逮捕」警察学論集27巻7号32頁(1974年7月))でも説かれている。

44) したがって、また加重要件説の論者が、法199条1項但書きの末文が「(不出頭等の)場合に限る」との文言があることを同説の根拠としていること(後藤②・前掲注31)61頁、梅本・前掲注39)96頁)も説得力がないということになる。「罪証隠滅のおそれは除く」という意味で「場合に限る」と規定されたとも解し得るからである。

加えて、この独立要件説による理解の方が、軽罪における被疑者の実態に即した合理的な要件であることも指摘できる<sup>45)</sup>。

確かに、一般事件の場合には、捜査機関からの呼び出しに応じないこと（正当な理由のない不出頭）を繰り返すことは、呼び出しを契機に捜査の動きを察知して刑罰を免れるため所在不明となる、ないし罪証隠滅を図ることの徴表と言える場合がある<sup>46)</sup>。

しかしながら、軽罪の場合には異なる。軽罪の被疑者は、軽い罰金刑等に過ぎない刑罰をおそれてわざわざ仕事・家族・定住先を捨てて居所を変えるなどはあり得ない<sup>47)</sup>。これらの者が呼び出しを受けても正当な理由なく不出頭を繰り返すのは、刑の軽さから罪の意識も乏しく刑事手続を侮るなどしているからである。したがって、捜査機関の呼び出しに対し不出頭が繰り返されたことをもって、それが所在不明という意味での逃亡のおそれの徴表であるとして「逃亡（所在不明となる）のおそれ」を推認することは経験則に反すると言わざるを得ない<sup>48)</sup>。交通違反事件の処理において「交通違反の不出頭—三千人に逮捕状—全国でビシビシ執行、警視庁ですでに五〇人逮捕」<sup>49)</sup>などが事態は、不出頭者が、皆、物理的には「逃亡」していないことを示し

45) 加重要件説・消極説に立つ渡辺（修）教授も、独立要件説について「根拠にもそれなりの合理性はあるし、また、実際の運用がこれに近しくなっている面もなくはない。」と指摘されていた（渡辺修・前掲注37）13頁）。

46) 例えば、外国人登録法に基づく指紋押捺を拒否した者に逮捕状が発付されたことの適法性が争われ、その違法性を否定した最判平成10年9月7日裁判集民事189号613頁、判例タイムズ990号112頁参照。

47) 加重要件説に立つ最高裁事務総局編・前掲注39）5頁でさえも、軽罪の場合には不出頭を重ねたことで逃走や罪証隠滅を図るといった心理状態になるとは必ずしも推認できないであろうとする。

48) 軽罪の場合、不出頭（あるいはその繰り返し）が逃亡のおそれ等の徴表とはなりえないことは、軽罪（交通違反を典型とする）の検挙実務の一線に立つ警察実務家が指摘する（菅沼・前掲注43）31頁、32頁、38頁（注9）のは当然であるほか、加重要件説の論者からも指摘されている。後藤②・前掲注31）65頁は、「もし、逃亡するつもりがあるならば、最初の呼び出しの時点ですぐに逃げるはずである。自宅で平然と、何度も呼び出しを受けるということは、むしろ逃げるつもりがないことを推認させる。」とする（渡辺修・前掲注37）14頁も同旨）。（少なくとも軽罪については）正しい事実認識である。

49) 奥山・前掲注43）153頁が引用する新聞記事の見出しである。

ている（それらの者が「所在不明」になっていれば、一斉逮捕などできるわけがない。）。

したがって、法は、軽罪の場合、比例原則的思考の下、一般事件に比べ罪証隠滅のおそれが典型的に低いこと（交通違反の端緒が警察官による現認検挙等であって、通常、罪証隠滅の余地が認め難いことを想定されたい。）からこれを逮捕の必要性事由から除外する一方、「所在不明」という意味での「逃亡のおそれ」も認め難いことから、それに代えて同じく「身柄利用捜査からの回避」である「正当な理由のない不出頭」を必要性事由として住居不定と並んで規定したもの（独立要件説）と考えた方が、比例原則に反するどころかその視点でも合理的であり、かつ実態にも整合するのである<sup>50)</sup>。

#### ウ) 勾留における軽罪の場合との一貫的解釈

法199条1項但書きの解釈における独立要件説の論拠として、さらに勾留に関する法60条3項との一貫的・整合的解釈が可能となることも挙げられる。

法は、勾留についても、60条1項で勾留の理由（必要性）を規定しつつ、軽罪の場合には特別に3項を設け「住居不定」の場合に限って1項を適用すると規定する。これは独立要件説として理解することに異論はない<sup>51)</sup>（「住居不定」が同条1項1号でも挙げられていることから、加重要件説と解する余地はない。）。

---

50) そもそも、捜査機関にとってより深刻な事由である「逃亡のおそれ」（所在不明となるおそれ）が認められる場合に、より軽い事由である「正当な理由のない不出頭」の事由を要求することではなぜ「要件加重」となるのかも理解し難い。後藤教授は、加重要件説の立場から、法が軽罪における不出頭要件を設けた趣旨の説明として、捜査機関が逮捕の必要性があると考えた場合でも、事前に本人に出頭という行為自体によって逮捕の必要性のないことを証明する機会を与えなければならないとしたものと説く（後藤②・前掲31）66頁）。不出頭要件は手続的な加重要件とされる趣旨であろうか。しかし、同要件が法文どおり実体的要件と考えるならば、軽罪の場合、取調べのために被疑者が出頭したのであれば、端的に「逃亡のおそれ」が認められないというべきであろう。加重要件説が意味を持つ事態、「逃亡のおそれは認められるが、取調べのため出頭してくる」というケースは軽罪では考え難いのである。不出頭が複数回重なってようやく逃亡のおそれが認められるとの徴表説の思考自体が、単なる不出頭が（逃亡のおそれの）加重要件とはなり得ないことを示している。

51) 例えば、馬場＝伊藤・前掲注22）29頁。

したがって、法60条3項も、法199条1項但書きと同様の構造となっていることからすれば、両者ともに独立要件説で理解するのが素直な文理解釈ではなかろうか。また法60条3項の場合、「正当な理由のない不出頭」が挙げられていないのは、被告人勾留の場合、勾引制度（法58条）があるからであるが、では、被疑者勾留の場合、勾引に代わり逮捕がその機能を果たしているとみるのが自然ではなかろうか。

### (エ) 現行法における軽罪の特別規定の制定経緯

加重要件説・徴表説の支持が広がったのは、平野博士が昭和33年（1958年）発刊の著書で弾動的捜査観の立場から逮捕を取調べの実現の手段とすることを避けるために徴表説を説いたこと<sup>52)</sup>が契機である。しかしながら、実は、立案担当者ないし立法者意思是、以下で述べるとおり、現在の独立要件説と同様の発想の下、すなわち「住居不定」「正当な理由のない不出頭」を独立した必要性事由とする趣旨で、軽罪における前記各特別規定（法60条3項、及び法199条1項但書き）を設けたのであった。

旧刑訴法（大正刑訴法）では、勾引において、現行法にあるような召喚を受けたにもかかわらず「故ナク出頭セサルトキ」の場合のほか（旧86条）、「住居不定」「罪証隠滅のおそれ」「逃亡のおそれ」もまた原因事由（原由）とされており（旧87条）、そして、勾留もまた旧87条の「住居不定」「罪証隠滅のおそれ」「逃亡のおそれ」を原由としていた（旧90条）<sup>53)</sup>。ところが、このよ

52) 平野全集・前掲注5) 108頁。

53) 旧刑訴法における該当規定は以下のとおり（出典は、最高裁判所事務総局『刑事訴訟法、刑事訴訟規則、旧刑事訴訟法 対照条文』（1958年10月）〔=最高裁事務総局「対照条文」という〕による。）。

〔第八六條〕被告人再度ノ召喚ヲ受ケ故ナク出頭セサルトキハ之ヲ勾引スルコトヲ得

〔第八七條〕左ノ場合ニ於テハ直チニ被告人ヲ勾引スルコトヲ得

- 一 被告人定リタル住居ヲ有セサルトキ
- 二 被告人罪証ヲ湮滅スル虞アルトキ
- 三 被告人逃亡シタルトキ又ハ逃亡スル虞アルトキ

五百圓以下ノ罰金、拘留又ハ科料ニ該ル事件ニ付テハ前項第一號ノ場合ヲ除クノ外被告人ヲ勾引スルコトヲ得ス但シ前條及一〇六條ノ規定ノ適用ヲ妨ケス

うな旧法においては、勾引だけでなく、勾留にあっても「相当の嫌疑」を要件としていなかったのである。

そこで、国会に提出された改正刑訴法案の第60条<sup>54)</sup>においては、次のとおり、勾留について「相当な嫌疑」を新たに要件とする一方、旧法にあった「住居不定」等の必要性事由を要件から外したのである。

第六十條 裁判所は、被告人が罪を犯したと疑うに足りる相当な理由があるときは、これを勾留することができる。但し、五百円以下の罰金、拘留又は科料にあたる事件については、被告人が定まった住居を有しない場合に限る。

このように、一般事件では「住居不定」等の必要性事由がなくとも「相当な嫌疑」のみの要件で勾留を認めたのは、立案担当者が思い描いていた英米法の姿ではまずは被告人を裁判所の身柄の管理に置きそこから不当な身柄拘束については保釈で救済していくというものであると理解しそれに倣ったものである<sup>55)</sup>。

---

〔第九〇條〕 第八七條ノ規定ニ依リ被告人ヲ勾引スルコトヲ得ヘキ原由アルトキハ之ヲ勾留スルコトヲ得（以下略）

54) 「刑事訴訟法を改正する法律案（昭和23年5月24日）」井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（12）』〔資料185〕389頁以下（信山社・2016年2月）に全文が登載されている。当該文献については、再掲の場合「刑事訴訟法制定資料全集」と略称し、巻数は(1)(2)(3)などと付する。

55) 例えば、昭和23年5月29日参議院司法委員会における木内曾益政府委員による条文説明によれば、この勾留制度に関し、「即ち従来の刑事訴訟法におきましては、勾留の原由は勾引の原由であり、従って住居不定というような事実があれば、極端にいえば、犯罪の嫌疑があってもなくても勾留し得るという理屈があったのであります。本案は、その第六十條におきまして、従来の建前を一擲しまして、勾留の原由としては常に『被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由』があることを要件とし、全然嫌疑のないものが拘束を受けることがないように、裁判官に対して審査の義務を課することになったのであります。但し、逆に申せば、本案においては、犯罪の嫌疑のある者は、たとえ住居不定にあらずとも一應勾留され得ることになったのであり、この意味においては必ずしも勾留し得る場合を制限したとは言えないのであります。そのような場合に関しましては、後で申述べます保釈制度等の活用によりまして、不必要な勾留を努めて救済しようとしておるのであります。」（下線筆者）と説明している（井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（13）』〔資料2〕18頁（信山社・2016年6月））。

また、昭和23年6月24日の衆議院司法委員会での審議において、鍛冶委員の勾留に関する質

すなわち、改正刑訴法案の立案担当者は、一般事件では、「逃亡のおそれ」等の必要性事由がなくとも「相当な嫌疑」のみで身柄拘束を認めるとの基本思想で立案しており、だからこそ、逮捕に関する法199条1項においても、要件として「相当な嫌疑」しか規定しなかったのである。

ただし、軽罪の場合には、現規定と同様に、「相当な嫌疑」だけではなく、勾留の場合には「住居不定」、逮捕の場合は「住居不定」又は「正当な理由のない不出頭」という必要性事由を要件としていたが、これらは、いずれも旧刑訴法の勾引に関する87条1項が「住居不定」等の三つの事由を原由としつつ、同2項で「五百圓以下ノ罰金、拘留又ハ科料ニ該ル事件ニ付テハ前項第一號ノ場合〔本稿注・「住居不定の場合」のこと〕ヲ除クノ外被告人ヲ勾引スルコトヲ得ス」と規定し、「住居不定」の場合のみに身柄拘束許容を限定する規定を設けていたことを継受したものである。なお、後述するとおり、被疑者段階では、勾引制度が設けられず逮捕がこれに代わる制度として設けられたので、逮捕においては「住居不定」に加え勾引事由である「正当な理由のない不出頭」が付加されたものと思われる。

このように現行刑訴法の立案担当者は、一般事件にあってもそもそも「逃亡のおそれ」等の必要性事由を要件とする趣旨ではなかったのであるから、軽罪の場合においても、勾留の場合（60条3項）も逮捕の場合（199条1項但書き）も、「住居不定」等の事由を「逃亡のおそれ」等の要件の充足を前提とした加重要件であるなどの意図で立案したと解釈する余地は全くなく、現在の独立要件説と同様の発想（勾留は「相当な嫌疑」+「住居不定」、逮捕は「相当な嫌疑」+「住居不定」or「不出頭」をそれぞれ要件とする。）

---

疑に対し、野木新一政府委員は、「英米法と申しましようか、あちらの方の考え方では、・・・被告人というものはとにかく一旦身柄拘束されてしまっ、それから保釈という形になっていくように、むしろ大陸法系的の立て方と逆のようになっているようでありまして、本案はむしろそちらの方の考え方に従った部分が多いのです。・・・技術的に申しますと、起訴をすると一身身柄が裁判所の管理下にはいり、裁判所がその身柄にひもをつけておく。しかし実際に身体拘束をしておく必要がなければ保釈して外へ放してしまう。(以下略)」と説明している(井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編 (14)』〔資料5〕115頁(信山社・2016年7月))。

であったと解される。

ところが、一般事件について「相当な嫌疑」のみで身柄拘束を認めるとの立案担当者の考えは国会審議で激しく批判にさらされ<sup>56)</sup>、結局、司法委員会で、60条1項に「住居不定」等の3つの必要性事由が付加する修正が加えられ<sup>57)</sup>、現行の60条1項となった。しかしながら、軽罪の場合には、一切変更が加えられていないので、上記修正にかかわらず、60条3項及び199条1項但書きのいずれについても、その立法者意思としては依然として独立要件説と同様の趣旨で理解しなければならない<sup>58)</sup>。

以上の立案経緯の検討から明らかなように、法199条1項但書きの事由は、60条3項と同様に独立要件として理解することが立法者意思に沿うものであり、少なくとも、平野博士の弾劾的捜査観とともにその後に登場した加重要件説・徴表説は、上記のとおり<sup>59)</sup>の制定過程を踏まえたものではない。

---

56) 例えば、昭和23年6月24日の衆議院司法委員会において、先の野木政府委員の答弁に対し、鍛冶委員は、「はなはだくといいますが、それでは取調べるために必要だから、裁判をするために必要であるからというわけではありませんね。犯罪を犯した嫌疑がある以上は縛られるべきものだという思想に聞こえるのでありますが、そうなりますか。そうだとすればわれわれの今まで考えておったことは根本的に違うのです。(以下略)」など、取調べや裁判をするための必要性なしに嫌疑だけで身柄拘束する政府案を激しく論難している(刑事訴訟法制定資料全集(14)〔資料5〕・前掲注55)115頁)。

57) 昭和23年7月4日参議院司法委員会で提案された小委員会修正案に60条の修正も盛り込まれ(刑事訴訟法制定資料全集(14)〔資料22〕・前掲注55)301頁)、同月5日の同委員会で同修正案が採決されている(刑事訴訟法制定資料全集(14)〔資料24〕・前掲注55)312頁)。

58) したがって、後に教科書では取調べ目的消極説を説いている高田卓爾教授も、かつては、「出頭要求を受けた被疑者が正当な理由なくしてこれに応じないときは、罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある限り、罪の軽重を問わずに通常逮捕の原由となること(199条1項)を注意しなければならない。」(下線筆者)とし、さらに「これは、被疑者の逮捕・勾留は主として捜査のために被疑者の身柄を確保することを目的とするものであるから、出頭の要求に応じることは、逮捕・勾留の趣旨の中に包含されているものと解されるからである。」(下線筆者)とし、法199条1項の解釈について独立要件説に立ち、さらにそこから取調べ目的積極説に親和的な見解を示していたのである(高田卓爾「被疑者の取調べ」団藤重光編『法律学演習講座刑事訴訟法』114頁(青林書院・1958年2月)〔=高田③という〕)。

59) 徴表説を打ち出した平野全集・前掲注5)108頁では法199条1項等の制定経緯は述べられておらず、管見の限りでは、加重要件説・徴表説を展開する他の文献で制定経緯まで検討しているものは接しなかった。

そして、勾留に関する60条1項については必要性事由を付加する修正が国会でなされたものの、逮捕に関する199条1項にあっては必要性事由の規定がないまま成立した。

それで、刑訴法制定後間もなく、199条の解釈として、裁判官の令状審査権の範囲が問題となり、逮捕の理由（相当な嫌疑）のほか逮捕の必要性も審査対象となるかが争われ、結局、昭和28年の法改正により、裁判官は明らかに逮捕の必要性がないと認めるときは逮捕状を発しないとする法199条2項但書きが設けられ、併せて規則143条の3で「逮捕の必要がない」とは「逃亡する虞がなく、かつ、罪証を隠滅する虞がない」等である旨が明らかにされた。

この改正によって、法199条1項の逮捕の場合も、実体要件として「相当な嫌疑」のほか「逃亡のおそれ」等の必要性事由も付加されることが確立したが、あくまでこれは一般事件に関するものであり、軽罪の場合には一切変更を加えていない。したがって、刑訴法制定時において法60条1項についての国会修正にかかわらず軽罪の場合の規定（60条3項）が独立要件説と同様の趣旨（「相当な嫌疑」+「住居不定」を要件とする。）で理解されるべきことと同じく、昭和28年法改正にかかわらず軽罪の場合の規定（199条1項但書き）もまた独立要件説と同様の趣旨で理解されることは変わらないのである<sup>60)</sup>。

---

60) 石松・前掲注41) 79頁は、刑訴法制定当時の立法者の意図は独立要件説と同旨であったかもしれないが、昭和28年法改正によって逮捕の必要性の判断権が裁判官に確認された現行法の下、逮捕の目的は、勾留の目的と同様に公判のための出頭確保と捜査のための罪証隠滅の防止に限られるべきことから、そのような解釈（独立要件説を採用する解釈）は、捜査の弾劾化に逆行する見解であって相当でないとする。しかし、制定当時の法60条1項の修正が軽罪における要件の内容に変更をもたらすものではなかったことから、昭和28年法改正もまた同様と考えるべきであるし、同改正による裁判官の判断権の範囲の変更も実体要件の変動をもたらすものではない。結局は、加重要件説の解釈の根拠として、昭和28年法改正後に登場した弾劾的捜査観を持ち出すほかはないのであるが、これでは同改正当時の立法者意思を探求するというものではなくってしまう。



### ウ 正当な理由のない不出頭と逮捕～規則143条の3の「等」の意義

独立要件説と加重要件説・徴表説の対立は、一般事件において、正当な理由のない不出頭者についてそれを理由に逮捕できるかとの問題について結論を異にするとされる<sup>61)</sup>。

加重要件説・徴表説からは、正当な理由のない不出頭があるそれだけでは逮捕の必要性を基礎付けることができず、ただ、不出頭が繰り返されることにより、「逃亡のおそれ」又は「罪証隠滅のおそれ」が推定され、その推定を覆すような事情がない限り、逮捕できると解しており、その推定を可能となる不出頭の繰り返しについては5、6回、少なくとも3回くらいは必要であろうとする<sup>62)</sup>（もっとも、加重要件説に立ちつつ、受忍義務否定説の趣旨を貫き、徴表説を批判する立場からは、不出頭が繰り返されても、別の根拠から逮捕の必要性が認められない限り逮捕はできないとする見解<sup>63)</sup>も説かれている〔加重要件説・消極説〕）。

これに対し、従来の独立要件説は、軽罪の場合でも「正当な理由のない不出頭」を理由に被疑者を逮捕できるのであるから一般事件の場合でも同様に「不出頭」が逮捕の必要性の事由となると解すべきであるとし<sup>64)</sup>、逮捕の必要性がない場合を規定した規則143条の3の「等」にその解釈を反映させるべき（「等」に「不出頭がないこと」などと読み込むとの趣旨であろう。）とする<sup>65)</sup>。

しかし、このような解釈は支持できない。かかる見解もまた、目的論を要件論と同視するという誤った前提に立つものである。法199条1項及び60条1項が、一般事件の場合には、逮捕にあっても勾留にあっても「正当な理由のない不出頭」を必要性事由として挙げていないこと（勾引に関する58条との対比から明らか）、それは、前記で述べたとおり、公判期日への出廷と取

61) 小林②・前掲注11) 108頁参照。

62) 小林②・前掲注11) 111頁、112頁。

63) 後藤②・前掲注11) 65頁以下、渡辺修・前掲注37) 20頁。

64) 奥山・前掲注43) 159頁。

65) 奥山・前掲注43) 162頁、菅沼・前掲注43) 32頁以下。

調べのための出頭の相違から比例原則的思考の下ではそのような不出頭が身柄拘束を正当化する必要性としてはなお不十分と解されるからであった。そうだとすれば、一般事件にまで「正当な理由のない不出頭」が「逃亡のおそれ」等と並んで独立した逮捕・勾留の必要性事由と解する先の解釈は文理に反する不合理なものと言わざるを得ない<sup>66)</sup>。

逮捕・勾留の目的が、被疑者が非協力である場合でも身柄利用捜査を遂げさせることにもあるとの点は、あくまで明文の規定である刑訴法・規則が定める要件論の解釈の中に反映させることにとどめなければならない。

すなわち、一般事件にあっては「正当な理由のない不出頭」は独立した逮捕・勾留の必要性事由とはならない。これは、不出頭が1、2回あったとしても、被疑者の居所が明らかであって連絡が付くならば、まずは捜査機関において出頭を説得することで足りるからである。

しかし、その説得も全く効を奏さず正当な理由のない不出頭が繰り返され、「所在不明」と匹敵するほどに身柄利用捜査からの逃亡といえる事態に至れば、もはやそれは「(捜査機関からの) 逃亡のおそれ」に該当するというべきであろう。「逃亡のおそれ」にいう「逃亡」とは語義からして捜査機関からの物理的な逃げ隠れ、つまり「積極的に捜査機関に対し所在不明となること」と解されるが、法解釈としては語義にとらわれずに、逮捕・勾留の目的が被疑者の身柄を確保し身柄利用捜査の実現のためにもあることに基づく目的論的解釈として、「逃亡」には「所在不明」に匹敵するほどに身柄利用捜査を困難にする事態も含み得るであろう<sup>67)</sup>。しかし、これが、解釈論として

66) 結論同旨、吉田・前掲注16) 94頁。ただし、徴表説の立場からの立論である。

67) 渥美教授は、前掲注30) で述べたとおり、加重要件説ではあるものの、「逃亡とは、社会から隠れるというよりも、正当な捜査や公判の手続への協力要請に従わずに、それを回避する態度をいうのである」とする(渥美・前掲注30) 59頁)。これに対し、後藤教授は、不出頭が「逃亡」に当たるとする解釈は、呼び出しに応じる義務があることを暗黙のうちに前提としているとして、受忍義務否定説及び取調べ目的消極説からは採り得ないと批判する(後藤②・前掲注31) 62頁、63頁)。かかる批判は、同否定説・消極説の世界では賛同を得られるのであろうが、私見は、既に述べたとおり取調べ目的積極説(及び後記のとおり受忍義務肯定説)が正当と考えるので、見解の相違というほかはない。

ぎりぎりの線であり、不出頭一般を「逃亡のおそれ」と並ぶ独立した必要性事由（要件）とすることは解釈の限界を超えていると言わざるを得ない。

したがって、また、規則143条の3の「等」について、「不出頭がないこと」などと読み込む見解も支持できず、「等」とは、一般に説かれているとおり、事案軽微、被疑者の病気など、比例原則の下、身柄拘束の必要性と被疑者側の不利益とが均衡を欠いている場合、つまり相当性を欠く場合を指すと解すべきである。もっとも、逮捕・勾留の目的が被疑者の身柄を確保し身柄利用捜査の実現のためにもあることから、取調べを含む身柄利用の捜査の必要性も当然衡量事情となり、身柄利用の捜査の必要がないあるいは低い場合もまた相当性を欠く方向で考慮されることになる<sup>68)</sup>。

以上の私見による「逮捕・勾留の可能な範囲」は、実は、従来から説かれていた独立要件説からの帰結よりも、加重要件説・徴表説のそれ（つまり現行の実務）に近いものとなっている<sup>69)</sup>。

もっとも、違いがあるとすると、被疑者の所在が明らかで捜査機関には出頭しないが裁判所には出頭すると述べている場合に逮捕できるかとのケースにおいてであろう。加重要件説・徴表説は、この場合の不出頭は正当な理由がなくても、「(裁判所への) 逃亡のおそれ」の徴表とはいえず、逮捕・勾留はできないと解するようである<sup>70,71)</sup>。

かかる見解は、あくまで被疑者が不出頭を貫く場合、その取調べなしに起

---

68) もちろん、逮捕・勾留の目的が被疑者の身柄を確保し身柄利用捜査の実現のためと捉えなければ、取調べの必要性がないことを相当性の考慮事情（逮捕・勾留の必要性を減殺する事情）に取り込めないはずであることは前述した。

69) もちろん、機械的に複数回の不出頭があるというだけで「所在不明に匹敵する」非協力などと評価してはならない。また、不出頭の回数だけでなく被疑者側の姿勢（期日を延期すれば取調べに応じる、あるいは弁護士同席ならば取調べに応じるのであれば完全に非協力であるとは言い難い）も考慮されるべきであろう。

70) 条解刑訴・前掲注22) 151頁、小林謙介・前掲注21) 114頁。なおこれらの論考は、捜査機関への不出頭について「勾留の基礎にはならない」などとしているが、理論面を貫けば、「逮捕の基礎にもできない」ことになるはずである。

71) 加重要件説・消極説も、不出頭は逮捕の必要性を基礎付けることも徴表することもないので、被疑者が裁判所に出席すると連絡してくれば、「なおさら」逮捕状の請求ができないとする（後藤②・前掲注31) 67頁）。

訴すればよいとの発想があるのであろう。しかし、取調べは決して自白獲得等の犯罪事実の解明のためにだけに行うのではない。「被疑者（被告人とされるべき者）の特定」ためにも行うべきものである。先に交通違反などの軽罪の場合でも、警察が正当な理由のない不出頭を繰り返す者に対し、逮捕して事件処理を行うのは、この種の事件の場合、確かに、現認検挙であって新たな証拠収集の必要性も乏しい上単純・軽微な事件なのでさほど尋問事項はないものの、他方で、氏名詐称・身代わりの危険性が常に伴うからである。対面でも取り調べて人定事項の確認・本人確認（違反事項の尋問を通じて本人の犯行かどうか）をしなければ、上記危険を払拭できず到底事件処理などできない<sup>72)</sup>。したがって、不出頭を貫く者については逮捕という措置を講じなければ結局起訴もできないのである<sup>73)</sup>。もちろん、出頭による対面取調べの実現には、略式起訴という事案の早期簡便な処理につながるのと利点があるが、それは本質的なことではない。

## エ 黙秘権保障の観点からみた逮捕の目的

このように取調べ目的消極説に関し、要件論からする論拠（前記論拠①）には実は説得力がなく、法199条1項但書きの解釈における同説の反映である加重要件説・徴表説が、刑訴法の制定経緯に沿わないのみならず軽罪における実態にも反することを明らかにした。しかし、冒頭で述べたとおり、受忍義務否定説の論者が取調べ目的消極説を修正することは難しいであろう。

---

72) 典型的なのは道交法違反で警察官現認検挙事犯である。大規模序の交通部長としての筆者の経験から申せば、このような事案は（交通切符適用事件のように大量処理される事件であっても）、往々にして違反現場での身元確認が不十分で氏名詐称される場合があることから、取調べ官としては、対面での取調べを実施し、被疑者の供述が、免許取得状況、行政処分歴等の照会結果等と整合しているか、車両の所有者との被疑者との関係に不自然さはないかなどを留意して取り調べるよう、部下検察官に指示していたところである。

73) 後藤教授は、取調べが実現せず、被疑者の言い分を聴かなかつたために彼に不利益な処分がなされてもそれは本人が弁明の機会を利用しなかつたからやむを得ないなどとされるが（後藤②・前掲注31）63頁）、しかし、氏名詐称は詐称された者に多大な不利益を与え、また人違い起訴は刑罰権の根幹に関わる問題であり、決して不出頭者の利害とどまらないことにも留意を要する。

「取調べ目的積極＝糾問的捜査観」という観念に縛られているであろうし、この「目的論」で譲ってしまうと、後記のとおり法198条1項の解釈論では受忍義務肯定説に対抗し難いからである。

しかし、受忍義務肯定説の論者でも、裁判実務家を中心に、取調べ目的消極説が説かれているのは、前記論拠②、つまり積極説に立つと、逮捕・勾留が取調べ実現の手段と化し身柄拘束という不利益を利用して被疑者に自白を迫ることにつながりかねず、黙秘権が危険にさらされると危惧するからであろう。

かかる懸念は十分に理解できる。従来の取調べ目的積極説の中には、取調べのための出頭に応じないことを独立した逮捕（勾留）の必要性事由を構成するとして、一般事件でも真っ正面から不出頭を理由に逮捕できると説く見解もあったことは前述のとおりであり、このような見解が被疑者の黙秘権を危険にさらしかねないという意味で不当であるとの点は私見も同意する。

しかし、既に明らかにしたとおり、私見の説くところの、取調べ目的積極説は、逮捕・勾留と身柄利用捜査との結びつきを認めるに過ぎず、法令が定める「要件」の文理を超えて、不出頭を理由に直ちに逮捕・勾留を許容することを認めるものでは決してない。実際上も、現行の実務で行われている逮捕・勾留の範囲を拡張するものでもない<sup>74)</sup>。上記懸念は、「目的」を「要件」と同視する見解に立つが故に生ずるものであって、その区別を意識するのであれば妥当しないのである。そうだとすれば、上記のとおり種々の問題点があるにもかかわらずあえて取調べ目的消極説に拘泥する必要はないのではないか<sup>75)</sup>。

むしろ、「逮捕・勾留が取調べを含む身柄利用捜査のためにも存在する」

---

74) 軽罪事件の場合、法199条1項但書きの文理解釈上、1回の「正当な理由のない不出頭」でも逮捕事由となるが、実際上は、「正当な理由のない」との点の認定上、複数回（少なくとも3回以上）不出頭が繰り返されねばならないであろうし、結局、軽罪の場合も、現行実務と同じこととなる。

75) この主張は、受忍義務肯定説の論者向けのものである。もちろん、受忍義務否定説の論者からは現行の実務（3回ないし5回の不出頭で逮捕状請求をする）自体が批判の対象であろう。

という、緩やかにでも逮捕・勾留の目的と取調べの関係を肯定しなければ、受忍義務が取調べの必要性とは無関係に逮捕・勾留の効力とともに無制約に存在・存続することを認めることになり、目的論からの受忍義務の規制論（取調べの必要性の認められる範囲でのみ受忍義務を認める）を導き得ないことにも是非留意していただきたい（後記で詳論する）。

なお、取調べ目的消極説の中には、前記論拠①②とは別に、さらに、在宅被疑者における取調べ拒否権の保障を論拠（論拠③）としてあげる見解もある。すなわち、法198条1項但書きが在宅被疑者に取調べのための出頭拒否・退去権（取調べ拒否権）を保障しているので、逮捕の目的に取調べの必要性も含まれるとして在宅被疑者が正当な理由のない不出頭を理由に逮捕されることを許容するとなると、前記取調べ拒否権を保障した趣旨に反するというのである<sup>76)</sup>。

しかし、法198条1項但書きによる在宅被疑者の取調べ拒否権保障が同規定を超えて在宅被疑者に一切の不利益（間接強制など）を与えないことまで保障するものではない。法223条2項は、被疑者以外の者（参考人等）に同じく取調べ拒否権を付与しているが、他方で、法は、その参考人が法223条1項の規定による取調べについて出頭を拒むなど一定の要件があれば、検察官が請求を行うことにより裁判官の審査の下強制的に出頭させられて証言を義務付けられるとの第1回公判期日前の証人尋問制度（法226条）を設けている。この制度は、取調べのための出頭を拒む参考人等に対する間接強制として機能しているが、法223条2項の取調べ拒否権保障に反するとの議論は承知していない。

そうであれば、在宅被疑者が、法198条1項但書き取調べ拒否権を行使したとしても、捜査機関において、他の捜査を行って同人の「相当な嫌疑」を基礎付ける証拠を収集するとともに、その出頭拒否が正当な理由がなく繰り返され「所在不明」に匹敵するほどの「逃亡のおそれ」に該当すると判断されるのであれば、法199条の規定に従い裁判官による要件審査を経て逮捕す

76) 井上・前掲注10) 63頁、64頁。

ることが法198条1項但書きに反するとはいえないであろう<sup>77)</sup>。

そもそも論拠③は、「不出頭＝即逮捕状請求」との前提に立つものと思われるが<sup>78)</sup>、私見はそのような前提に立つものではないことを前述のとおりである。

### 3 受忍義務と黙秘権保障との関係

次に、受忍義務否定説は、その論拠として同肯定説は憲法38条1項の黙秘権保障の趣旨に反することを挙げる。平野博士は、受忍義務肯定説に対し、「これでは、供述の義務はないといっても、実質的には供述を強いるのと異ならない<sup>79)</sup>」と述べて激しく批判し、「黙秘権とは、答えない権利であるだけでなく、強制的な取調べを受けない権利なのである<sup>80)</sup>。」と憲法上の包括的黙秘権と取調べ拒否権の一体化を説いたのである。この平野博士の見解が、

77) ここで私見が論じているのは、間接強制があることが直ちに拒否権に値しないものとなるかどうかの規範的な視点からの議論である。

渡辺(修)教授は、証人の不出頭による身柄拘束は、その証言に関連してのみであり、継続的、長期的に拘束されるものではないのに対し、被疑者の場合には逮捕・勾留による長期拘束を予定しているので自由侵害の可能性には格段の違いがあるとし(渡辺修・前掲注37)17頁)、証人(参考人)と被疑者の場合では間接強制による不利益の程度大きく異なる旨指摘する。

しかし、このように実質論まで踏み込んで議論するとすると、自らの被疑事実の嫌疑もないにもかかわらず身柄拘束される参考人に比して、その嫌疑のある被疑者がいかなる不出頭を繰り返しても身柄拘束されることはないというのは不均衡で不当である(従来の独立要件説が主張していたことである。奥山・前掲注43)161頁参照)との指摘をせざるを得なくなるであろう。

78) 井上・前掲注10)63頁、64頁は、自説の根拠として、そう解さない取調べ拒否権の行使の意味が裁判官による「犯罪の嫌疑」と「不出頭の理由」の審査を求める点のみでの保障に極限されるとし、これでは、法が意図した拒否権の名に値しないとす。しかし、これは、「出頭拒否、即逮捕状請求」を前提とした立論ではなかろうか。

79) 平野全集・前掲注5)106頁。

80) 平野概説・前掲注5)70頁。多くの文献・論稿で、黙秘権行使の効果として取調べを中止すべきとする見解が説かれている(高田昭正『被疑者の自己決定と弁護』91頁以下(現代人文社・2003年5月)、葛野尋之「被疑者の黙秘権と弁護人の効果的援助を受ける権利」石田倫識ら編『大出良知・高田昭正・川崎英明・白取祐司先生古稀祝賀論文集 刑事法学と刑事弁護の協働と展望』253頁(現代人文社・2020年12月)、関口和徳『自白排除法則の研究』217頁、304頁(日本評論社・2021年5月)、安部祥太『被疑者取調べの憲法的規制』379頁(日本評論社・2019年9月))。

学界で広く受け入れられ<sup>81)</sup>、それまで「受忍義務肯定説が通説」とされていた状況が大きく塗り替えられ、むしろ学界では否定説が通説化した<sup>82)</sup>。

この黙秘権保障との整合性（受忍義務による黙秘権侵害）という論拠は、受忍義務否定説にとって「核心であり、最もクラシックな論拠」<sup>83)</sup>とまで言われる。重要な実質的根拠であることのみならず、刑訴法に優越する憲法規定に典拠を持つこの論拠は、否定説が説く法198条1項但書きの解釈論の脆弱性を補う機能も持つ。すなわち、否定説による同但書きの文理による解釈が少々技巧的、不自然であっても、それは憲法38条1項の趣旨を踏まえた合憲解釈のアプローチなので許容されるとするのである<sup>84)</sup>（肯定説が同但書きの文理を強調することに対し「それならば同規定は憲法違反だ」との反論の切り札を持つ<sup>85)</sup>、ということである。）。

ところが、周知のとおり、最高裁は、受忍義務否定説にとってこの最大の論拠を否定した。最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁は、刑訴法の接見指定規定（法39条3項）の合憲性が争われた事件で、刑訴法198条1項但書きの規定が逮捕、勾留中の被疑者に対し取調べ受忍義務を定めていると

81) 受忍義務否定説は、黙秘権保障との整合性を論拠として挙げるのが通例である（冒頭で指摘した福井・前掲注4）177頁のほか、吉村弘「身柄拘束中の被疑者の取調べ」北九州大学法政論集14巻3号226頁（1986年12月）、三井・前掲注6）132頁、松尾浩也『刑事訴訟法（上）新版』67頁（弘文堂・1999年11月）、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』131頁（有斐閣・1996年3月）、高田昭正『基礎から学ぶ刑事訴訟法演習』100頁（現代人文社・2015年10月）、上口裕『刑事訴訟法〔5版〕』109頁（成文堂・2021年2月）、白取祐司『刑事訴訟法〔10版〕』200頁（日本評論社・2021年3月）、安部・前掲注80）370頁など。弁護実務家も同旨である（高野隆「被疑者の取調べにどのように対処するか」竹澤哲夫ら編『刑事弁護の技術（上）』97頁（1994年10月）、小坂井久「第38条第1項」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』438頁（日本評論社・1997年11月）、丹治初彦『捜査弁護』覚書』62頁（現代人文社・2005年2月））。

82) 平野説の位置付けと意義については、三井誠「被疑者の取調べとその規制」刑法雑誌27巻1号174頁（1986年2月）、後藤昭「取調べ受忍義務否定論の展開」『捜査法の論理』151頁（岩波書店・2001年3月）〔＝後藤③という〕参照。

83) 豊崎・前掲注7）125頁。

84) 田宮裕編『大学双書 刑事訴訟法Ⅰ』320頁〔田宮裕（有斐閣・1975年8月）、熊本典道「被疑者の取調べ—弁護の立場から」三井誠ら編『刑事手続 上』191頁、192頁（筑摩書房・1988年6月）、高野・前掲注81）99頁、三井・前掲注6）132頁、大野・前掲注14）12頁、白取・前掲注81）200頁。

85) 安部・前掲注80）376頁参照。



違憲であるとの上告人側主張に対し、最高裁は、「身体の拘束を受けている被疑者に取調べのために出頭し、滞留する義務があると解することが、直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものではないことは明らかである」と判示して同主張を排斥した。

しかも、この判決は、大法廷で裁判官全員一致のもとで出された「強い判例」であることから、受忍義務肯定説に立つ捜査実務に、もはや法改正でもない限り裁判所が受忍義務否定説に立つことはあり得ないとの安心感を与えたのである。

そもそも、「受忍義務肯定＝黙秘権侵害」は、法的論理（出頭・滞留義務と供述義務との関係）と取調べの実態論（逮捕・勾留中の取調べの実情）とが混同されたものであって、法的論理面では飛躍があると言わざるを得ない。このことは、被告人について、召喚・勾引によって強制的に公判廷に出廷させ在廷義務を課したからといって黙秘権侵害に当たらないこと<sup>86)</sup>を想起すれば容易に理解できることである。

したがって、もはやこの最高裁判例が登場した以上、もし学説が取調べ実務の改善を現実的に志向するならば、このような脆弱な論理を内包とする解釈論としての受忍義務否定説に頼るのではなく、端的に法198条1項の法改正を目指して同項の文理の実質的不当性を主張するか、あるいは徹底した取調べ実態論からの批判を実務に加え実効的な改善策の提言などにつなげるべきであったのではないか。後者の実態論であれば、例えば、当時の取調べの実情を踏まえどのような措置の下であれば、黙秘権侵害という弊害を減少させるのが<sup>87)</sup>、あるいは、公判廷への出廷・在廷義務が黙秘権侵害にならな

---

86) 斎藤・前掲注26) 119頁も、このように指摘する。

87) 当時からこのような方向性を示していた論稿として、小坂井久「取調べ可視化論の展開」242頁以下（現代人文社・2013年6月）が大法廷の判示に対し「これは、ただ観念的な発想にすぎず、実務の実情について全く無理解であるということである。つまり、現実を直視しない空論の類といわねばならない」と当時の取調べの実態についての認識を踏まえ厳しく批判し、取調べの実務の実効的な改善策として取調べの可視化論を展開していた（同249頁以下）。その後の取調べ録音・録画制度の導入の歴史を見れば、この方向性が正しかったことが明らかである。

いことに着目し、取調べの場合もどのような手続保障があれば同様に出頭・滞留義務を課しても黙秘権との抵触を避け得るのか<sup>88)</sup>などの議論に移行すべきであったと思われる。

むしろ、法的論理面であれば、前記大法廷判決の「直ちに被疑者からその意思に反して供述することを拒否する自由を奪うことを意味するものではない」の判示のうち「直ちに」に着目すべきであったであろう。すなわち、取調べ受忍義務を課すことが「直ちに」黙秘権侵害にはならないにしても、決してそれは永劫のものではなく、判例も受忍義務の継続が黙秘権侵害になり得ることを排斥していないとの解釈論（つまり、新たな受忍義務肯定説）を展開することである<sup>89)</sup>。

## 4 強制処分法定主義との関係～受忍義務の形式的根拠

### (1) 従来の受忍義務肯定説と同説に対する批判

#### ア 受忍義務肯定説における直接根拠説、援用説

受忍義務肯定説のうち主流の学説は、その義務の発生根拠規定として、在宅被疑者に出頭拒否権・退出権を認めた法198条1項但書きを挙げ、そこに「逮捕又は勾留されている場合を除いては」との文言があることからその反対解釈により出頭拒否権・退出権の不存在、つまり取調べ受忍義務を導いている<sup>90)</sup>。

88) 斎藤・前掲注26) 120頁が、そのような議論を行っていた。

89) 小坂井・前掲注87) 273頁は、まさにこの「直ちに」の語に着目し、最高裁も何らかの措置を必要としていることを示唆しているとし、実態論として可視化論につなげていたことが改めて注目される。これに対し、本稿は、論理面として新たな受忍義務肯定説を展開することに主眼がある。

90) 井上・前掲注10) 64頁、林茂樹「逮捕・勾留中の被疑者取調べについての一考察(上)」警察学論集37巻11号58頁(1984年11月)、東條・前掲注16) 85頁、頃安健司「身柄拘束中の被疑者の退出権」河上和雄編『刑事裁判実務体系 第11巻 犯罪捜査』458頁(青林書院・1991年2月)。

この見解は、同条1項但書きこそが受忍義務の直接の根拠規定であるとする（そこで、「直接根拠説<sup>91)</sup>」とも呼称される。）。この見解と対比されるのが、受忍義務の持つ被疑者に対する法的効力ないし強制力の淵源について逮捕・勾留の効力に求める「援用説」である<sup>92)</sup>。この援用説として代表的なのは、團藤説であり、出頭・滞留義務について「当然に逮捕・勾留の趣旨の中に含まれているものと解することができ（る）」と説くものであり<sup>93)</sup>、この援用説は、逮捕・勾留が被疑者の捜査機関への出頭確保のための処分ということ（取調べ目的積極説）から導かれるものである<sup>94)</sup>。

## イ 受忍義務否定説からの批判

受忍義務否定説は、同肯定説のうち直接根拠説に焦点を当てて、強制処分法定主義（法197条1項但書き）に反すると批判する。

かかる批判は、まず「反対解釈」であることをやり玉に挙げる。受忍義務を正面から規定せず、除外条項という形で反対に解釈すればそうであるとの形で規定してよいものではない<sup>95)</sup>、但書きからの反対解釈が「特別の定め」によって認められたものといえるのか<sup>96)</sup>（正面から規定すべき<sup>97)</sup>）、というものである（批判①）。

---

91) なお、「直接根拠説」「援用説」の呼称は、多田・前掲注7) 205頁で用いられており、本稿もこれを参考にした。

92) なお、頃安・前掲注90) 458頁は、取調べ受忍義務につき「逮捕・勾留の効力として説明されているが、端的に、刑訴法一九八条一項但書が、直接、身柄拘束中の被疑者に付与した法的効果として見ることができよう。」と説き、両説の対立を意識しつつ、援用説ではなく直接根拠説を採用すべきとしている。

93) 團藤・前掲注12) 365頁。同旨として高田③〔旧説〕・前掲注58) 114頁（ただし高田卓爾教授は、その後、取調べ目的消極説に改説されている（高田②・前掲注11) 335頁、339頁。）、土本・前掲注15) 133頁。

94) 宮下・前掲注13) 53頁参照。

95) 沢登・前掲注35) 8頁。

96) 多田・前掲注7) 205頁、豊崎・前掲注7) 124頁、梅田③・後掲注120) 3頁、上口・前掲注81) 108頁。

97) 中園江里人「逮捕・勾留中の被疑者取調べの在り方—いわゆる『出頭・滞留義務』を中心に」近畿大学法科大学院論集7号107頁（2011年3月）。

この批判をさらに発展させるならば、受忍義務を課すことにより逮捕・勾留による身体・行動の自由等の侵害とは別個の法益侵害を生じさせるものであるから（逮捕・勾留とは）別個の根拠規定が必要である<sup>98)</sup>ということになろう（批判②）。

また、強制処分の根拠規定としての「規律密度」を問題とする批判もある（批判③）。すなわち、強制処分法定主義における「特別の定め」としては、強制処分のもつ国民の権利侵害の重大性にかんがみ、その根拠規定は単に概括的授權規定では不十分であり、種々の可能性の中から捜査手段として国民が選び取ったものは何かを明示する必要性と、それに見合った形での適切な密度での授權規定が要求される<sup>99)</sup>。そうだとすれば、この批判③を敷衍しつつ述べると、受忍義務の根拠規定としては、例えば、如何なる要件・手続の下で、どの程度の義務（出頭の回数、出頭後の時間等）が課されるのか法定されていなければならず、したがって、法198条1項但書きのような抽象的規定では強制処分（受忍義務）の根拠規定として要求されるべき規律密度が不十分ということであろう<sup>100)</sup>。

## (2) 私見における受忍義務の根拠規定～新たな援用説（二元説）

以下で述べるところの私見は、受忍義務の根拠規定に関し広い意味では援用説に分類されるであろうが、先に述べた直接根拠説及び従来の援用説のい

98) 高田昭正・前掲注80) 98頁、同・前掲注81) 101頁、福井・前掲注4) 177頁、豊崎・前掲注7) 128頁、133頁、鮎川泰輔「いわゆる取調べ受忍義務に関する検討」九州大学法政学会「学生法政論集」2巻85頁（2008年3月）、稲田隆司「身柄拘束中の被疑者取調べの法的性格について」法政理論45巻4号238頁（2013年3月）。

99) 宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」研修733号7頁から10頁（誌友会・2009年7月）。ドイツ公法学や我が国の行政法学を踏まえて同趣旨の見解が説かれるようになっている（斎藤司「強制処分概念と任意捜査の限界に関する再検討 強制処分法定主義と議会の『自己決定義務』」川崎英明＝白取祐司編『刑事訴訟理論の探求』27頁（日本評論社・2015年5月）、同「議会の自己決定義務」と『法律の留保原則』、そして『強制処分法定主義』の意義」犯罪と刑罰29号70頁（2020年3月）、緑大輔「捜査法における明文規定の必要性とその規律の密度」犯罪と刑罰29号31頁（2020年3月））。

100) 斎藤・前掲注26) 109頁、110頁、中園・前掲注97) 103頁、上口・前掲注81) 108頁参照。

ずれとも異なる。

## ア 法198条1項本文の文理解釈

同条項は、検察官等の捜査機関は「犯罪の捜査をするために必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる」と規定する。

「することができる」との文言は、名宛人に法律上の権能を与える場合に用いられる立法技術的表現であり<sup>101)</sup>、少なくとも、その相手方及び要件の明示が伴う場合には、(規定された権能の内容にもよるものの) その相手方にその権能に対応する義務を課するものである。

名宛人にどの程度の権能を与えるかは、各条文が定める処分の性質・他の規定(除外規定の有無、担保措置規定の有無)などを考慮し判断される。

例えば、刑訴法等の他の規定を検討していくと、まず、第1類型として、捜査機関に一定の権能を与えるが、除外・免除規定等があるため相手方に対応する法的義務まで課されない場合がある。

このような例として、まず法197条1項が挙げられる。1項本文で、捜査機関に必要性の要件の下で「(広義の)取調べ」権つまり捜査権を付与しているものの、但書きで相手方に捜査権に対応する法的義務、強制措置を講じるためには別個の法的根拠を求めているので、1項のみでは相手方(結局、但書きの射程外であるところの、「任意捜査の相手方」ということになる。)に対し法的義務や強制措置に服するとの負担を課するものと解することはできない(なお、法197条1項本文は、下記警職法2条1項、法198条1項本文と異なり、相手方の特定や要件まで決めていないので、この点からも文言だけでは捜査権に服する法的義務を相手方に課したとまでは解することはできないであろう)。

警職法2条1項の職務質問規定も同様である。1項で、警察官に対し、一定の要件と相手方を特定して質問する「ことができる」と規定して質問を付与している以上、本来は、相手方に質問権に服する義務を課すことになるが、

101) 田島信威『最新 法令用語の基礎知識 改訂版』102頁(ぎょうせい・2002年1月)。

法が警察権の濫用を警戒し3項という除外規定を設けて職務質問の任意処分性を貫き、相手方に質問権に対応する受忍義務を否定している<sup>102)</sup>。

次に、第2類型として、捜査機関に一定の権能を与え、その相手方に対応する法的義務を課すというものである。これが「することができる」の文理に従った原則形態ともいえる。

この第2類型としては、例えば、法197条2項の捜査関係事項照会が挙げられ、公私の団体等に照会して必要な事項の報告を求める「ことができる」と規定している以上、この照会を受けた団体は回答する法的義務が課される<sup>103,104)</sup>。

また、法222条6項（捜査機関による差押、搜索又は検証における立会い）が、必要があるときは被疑者をこれに立ち合わせる「ことができる」と規定している。これは、立会いの対象として被告人、弁護人が除外されていることから明らかのように、捜査のために被疑者を立ち合わせることを認めた規定であり、それ故に捜査機関は被疑者をその意思に反しても立ち合わせることができる<sup>105)</sup>と解されている<sup>105)</sup>のも、この第2類型の例といえよう。

留意すべきは、第2類型の「することができる」規定は、当該規定のみで

102) ただし、これらの除外規定は、国家機関側に権限を付与する効力を全面的に否定するのではなく、強制処分に至るような権限を否定したに過ぎず、したがって、相手方の承諾がなくとも強制に至らない範囲での一定の措置は比例原則の下で許容されるとの解釈が判例で確立している。法197条1項に関し最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁、警職法2条1項に関し最決平成15年5月26日刑集57巻5号620頁参照。逆に、このような除外規定が存在していなければ、対象者に対応する受忍義務を課す規定（つまり第2類型）であると解される。例えば、銃砲刀剣類所持等取締法24条の2第1項、2項など（田村政博編著『現場警察官権限法（下巻）』285頁以下（2006年7月）参照）。

103) 團藤・前掲注12) 362頁以来の通説（条解刑訴・前掲注22) 374頁など）である。故に、この照会は強制処分の一環とされる（團藤・前掲注12) 362頁、平場安治「任意捜査と強制捜査の限界」団藤重光編『法律学演習講座刑事訴訟法』123頁（青林書院・1958年2月）。

104) 刑訴法規定ではないが、弁護士法23条の2第2項（弁護士会照会）における公私の団体等に照会して必要な事項の報告を求める「ことができる」との規定もまた同様に相手方団体に回答の法的義務を課していると解され、裁判例でも確立している（東京弁護士会調査室編『弁護士会照会制度〔第6版〕』4頁以下（商事法務・2021年7月））。

105) 通説（条解刑訴・前掲注22) 427頁）・実務（伊丹俊彦編『逐条実務刑事訴訟法』463頁〔吉川崇〕（立花書房・2018年11月））の理解である。

は、相手方に当該措置を強制することはできず、別段の履行措置規定がない限り、いわゆる観念的な法的義務を課すにとどまるということである<sup>106)</sup>。

最後に、第3類型として、捜査機関に権能を与え、相手方にそれに対応する受忍義務を課し、さらに直接強制まで許容するものがある。いうまでもなく令状等による強制処分規定であり、法199条1項〔逮捕〕、218条1項〔差押え、捜索、検証等〕、220条1項〔逮捕に伴う捜索等〕などにおける「することができる」との規定がこの類型に該当する。

#### イ 法198条1項本文こそが取調べ受忍義務の根拠規定であること

では、法198条1項本文における「することができる」との規定は、上記いずれの類型に該当するか。

もちろん、原則形態であるところの第2類型であり、同規定は、捜査機関に対し、必要があるときは、被疑者に取調べのための出頭を求める権利及び取調べという権能を付与したものと解される。そして、相手方（被疑者）と一定の要件（必要性）を明示している以上、相手方たる被疑者には、その権能に対応する法的義務、つまり取調べ受忍義務が課されることになる。

もっとも、在宅被疑者は、本来、人身・行動の自由が保障されるべき立場であるので、法は、同条1項本文で捜査機関に上記出頭要求権及び取調べを付与しつつも、同項但書きで、在宅被疑者に限って、出頭拒否権及び（取調べの場からの）退去権を規定した。すなわち、法198条1項但書きは、当然のことを規定した注意規定ではなく、1項本文が前記捜査機関に取調べ等を付与している関係上、それに対応する法的義務たる取調べ受忍義務を在宅被疑者に関しては積極的に除外するための規定と解さねばならない。

これに対し、在宅被疑者ではない逮捕・勾留中の被疑者については、但し書きが「逮捕又は勾留されている場合を除いては」との文言がある以上、前記除外規定の射程外とすると解するほかはなく、原則どおり、1項本文が規

---

106) なお、第2類型と第3類型の間に、直接強制はできないが間接強制の措置がある類型もあるが（例えば、法225条1項〔鑑定受託者の必要な処分〕）、主題から外れるので省略する。

定する法的義務たる取調べ受忍義務を負わせるというのが1項全体の法の趣旨となる。すなわち、受忍義務の直接の根拠規定は、あくまで法198条1項但書きではなく1項本文であること<sup>107)</sup>、これが法解釈の基本である文理解釈の帰結なのである<sup>108)</sup>。

以上のとおり、法198条1項は、在宅被疑者については第1類型、逮捕・勾留中の被疑者については第2類型ということになる<sup>109)</sup>。

### ウ 新たな援用説（二元説）

もっとも、同条1項本文が規定する逮捕・勾留中の被疑者が負う取調べ受忍義務は、第2類型である以上、同項のみでは単なる観念的な義務にとどまることになる。しかし、逮捕・勾留による身柄拘束制度が、被疑者の身柄利用の捜査実現のために設けられたとの制度目的・趣旨にかんがみ、その身柄利用捜査について相手方（被疑者）の協力が得られない場合には、その制度目的たる、取調べを含む身柄利用捜査の達成のために必要な限りで、逮捕・勾留の効力として被疑者を一定の場所に出頭させ、同所からの自由なる退去を許さない状態で同身柄利用捜査を実施することができる、ということになる（援用説）。

---

107) 既に、中山教授は、受忍義務の直接の根拠規定を法198条1項本文に求める見解を主張されていた（中山・前掲注15）16頁）。

108) ところが、受忍義務肯定説・直接根拠説だけでなく、否定説もまた、仮に同義務を肯定するならばその直接根拠が法198条1項但書きであろうとの発想から抜き切れておらず、これが、受忍義務の存在範囲に関する議論が深まらなかった一因であろう。もっとも、否定説の立場からではあるものの、中園・前掲注97）85頁以下が、受忍義務肯定説の理解について、立案経緯に言及しつつ、1項本文が逮捕・勾留されているか否かを問わず被疑者に対する出頭要求・取調権を規定したものとする見解であると捉えているのは正当である。

109) 従来、法198条1項について、捜査機関の出頭要求権及び取調権を規定しながら、但書きで「同時に被疑者の側に出頭拒否及び退去の自由を認めるという複雑な内容を持っている。」などと指摘される（松尾・前掲注81）64頁）。「複雑な内容」との指摘は、法が権限付与しつつ同時にその権利性を否定していることの違和感に由来するのであろうが、それは1項が在宅被疑者のみに関する規定だと捉えるからである。文理どおり逮捕・勾留中の被疑者を含めた被疑者全体を対象とする権限付与規定であり、但書きが在宅被疑者のみを対象とする除外規定と理解すれば、立法技術的にもおかしい内容ではない。



以上述べてきた見解は、従来の受忍義務肯定説、すなわち、受忍義務の直接の法的根拠として、法198条1項但書きに求める直接根拠説、逮捕・勾留の効力に求める援用説とは、いずれも異なるものであり、私見は、法的義務の直接の根拠規定は、法198条1項本文であり、その実現の強制力として逮捕・勾留の効力を援用するということであって（新たな援用説）、強制力を伴う受忍義務の根拠規定としては、法198条1項本文及び逮捕・勾留の規定（法199条1項、207条1項・60条1項）の双方に求めるものである（二元説）。

私見は、決して突拍子もなく登場した見解ではない。文理解釈に忠実に従ったものであるだけでなく、後記のとおり法198条1項の制定過程における立法者意思にも沿うものであることを詳論するが、さらに現在の実務・判例が暗黙裏のうちに前提としている見解でもあることを指摘しておきたい。

私見の説く援用説の対象は取調べに限られず、他の身柄利用捜査にも適用される。まず、法222条6項（捜査機関による差押、捜索又は検証における立会い）は、前記のとおり同項だけでは被疑者に強制的に立ち合わせることはできないものの、逮捕・勾留中の被疑者にあつてはその意思にかかわらず立ち合わせることができると解するのが通説・実務であると述べたが、これも援用説の適用場面といえる。

また、逮捕した被疑者の人定捜査のためにも指紋採取、写真撮影等の身柄利用捜査が重要である。そこで、法は、法218条3項（平成23年法改正前は「2項」）を設けて、別途の令状（身体検査令状等）なくして実施する権限を捜査機関に付与している。したがって、このような指紋採取等への協力を被疑者が拒んだ場合、当然、逮捕の効力として強制的に採取場所に連行することができると解され、このことは下級審裁判例でも確認されている<sup>110)</sup>。

110) 東京地決昭和59年6月22日判例時報1131号160頁は、逮捕・勾留中の被疑者が指紋採取等を拒んだところ、警察官らが強制的に出房させて写真室に連行するなどしたことについて付審判請求がなされた事件で、「逮捕されている被疑者が、犯罪捜査の必要のため、司法警察職員が出頭を要求したのにこれに応えず留置場から出房しないときは、必要最小限度の有形力を用いて、司法警察職員のもとに出頭させることができることは、刑訴法一九八条一項但書の趣旨により明らかであり」とし、指紋採取・写真撮影のための出房の際に有形力を行使したことの適法性を認めた。なお、同決定は、指紋採取等自体の直接強制については、その処分の性質が身

さらにいうなら、ルーティンの身柄利用捜査その他にもこの援用説の見解は適用されている。逮捕後の司法警察官職員の弁解録取（法203条1項）、検察官の弁解録取（法204条1項、205条1項）は、もちろん、勾留請求後の裁判官による被疑者の勾留質問（法207条1項、61条）もまた、逮捕の効力として取調室、検察庁執務室、裁判所への連行を行っているが、これは、援用説の理論の下、逮捕が身柄利用捜査実現のための処分であることから、当然その効力によって被疑者の承諾なくとも連行可能なのである。このことは、被告人勾留が、公判審理の確保のための処分であることから、召喚等により公判期日への被告人の出頭義務が生ずれば、当日、勾留の効力で被告人を強制的に法廷に連行することが可能であることと同じ論理なのである。

もし、このような逮捕・勾留の目的及び援用説の論理を否定するならば、これらの手続を実現するには、裁判所（官）が、公判出廷のために被告人に、あるいは勾留質問等のために被疑者に、それぞれ勾引状を別に発するということになるが、かかる見解については実務で採用されていない。勾引は、まず、不拘束の被告人に対してなされるものであって、勾留中の被告人に対してはこれを行うことができないというのが確立した実務の見解である<sup>111)</sup>。また、そもそも、被疑者に対する勾引は、準起訴手続の場合（法265条2項、法220条4項参照）の外は法の規定を欠くところ<sup>112)</sup>、強制処分法定主義の制約もあり、法解釈で勾引できる場合を創設することもできない<sup>113)</sup>。

体検査であることから、法222条1項・139条の準用によるとしている。

- 111) 井上文夫「召喚及び勾留」団藤重光編『法律実務講座刑事篇』2巻199頁（有斐閣・1953年12月）、裁判所職員総合研修所監修「令状事務（三訂版）」45頁（司法協会・2017年6月）。この文献は続けて、勾引の対象者として勾留中の被告人が除外される理由として「これは、勾留中の被告人が出頭命令又は同行命令に応じないときは、勾引状を発しなくても、勾留状の効力として指定の場所に引致することができるからである。」とする。また、法70条2項が刑事施設にいる被告人についての勾留状の執行についてのみ規定し、刑事施設にいる被告人の勾引状についての規定していないことも根拠として挙げられよう。
- 112) 被疑者に対する勾引制度が例外を除き存在していないのは、逮捕制度があるからである、というのが立案担当者の考えであったことは後述する。
- 113) そこで、勾留請求却下、釈放後、準抗告審が原裁判を取り消して勾留状を発する場合にどのようにして勾留質問を実現するかなどが議論されている（木谷明「勾留請求却下の裁判に対する準抗告審で原裁判を取り消し、勾留状を発付すべき場合の手続」新聞雅夫ほか著『増補

このように実務で確立している援用説の理論を否定することは、被疑者が拒否すれば、法が重要な措置として定めたこれらの手続が事実上実現できないことを容認することになるが、到底法解釈として正当なものではない<sup>114)</sup>、実務に受け入れられる見込みはない。

## エ 受忍義務否定説からの批判の検討

次に、法的根拠論に関し、否定説の中では、法198条1項本文について、任意取調べの規定であると位置付け、在宅被疑者（あるいは当該事件で逮捕・勾留されていない被疑者）についての取調べの規定であり、したがって、在宅被疑者は身柄不拘束なのであるから出頭拒否権・退去権を有するのは当然であり、但書きはこれを確認する規定（注意規定となろう）であると理解する（したがって、但書きを反対解釈しても受忍義務など発生しない）見解が有力である<sup>115)</sup>。

しかし、そもそも、1項本文を在宅被疑者の取調べに限定すること自体文

令状基本問題 上] 402頁（一粒社・1996年6月）、裁判所職員総合研修所監修・前掲注111）43頁）。この論点では、実際の必要性から被疑者にも勾引状を発付できるとする積極説も説かれるが、やはり条文上の根拠を欠くとして消極説も有力である。しかし、いずれにせよ、通常の被疑者について勾留質問のために勾引状を発するという議論は存在しない。もう既に被疑者が逮捕留置中であるからである。

- 114) 「弁解録取」「勾留質問」に被疑者本人が協力しないならば、弁解の機会を放棄したということでそのまま次の手続（勾留請求、勾留状発付）に移行すればよいとの見解もあり得よう。しかし、被疑者の物理的抵抗が激しく弁解録取等が実施できない場合には上記権利放棄理論を採用することもやむを得ないが、弁解録取等が「被疑者の特定」のためにも重要な機能を果たしており、「人違いのまま」身柄拘束を続けることは決して当該本人の利害問題では済まないことである以上、本人が拒めば直ちに権利放棄理論により弁解録取等を実施しなくてもよいとの考えには賛同できない。
- 115) 代表例は、田宮説であり、「(1項本文につき)これは、在宅被疑者の捜査機関のもとへ…の出頭要求の規定である。そうであれば、捜査機関の呼び出しに対して応諾義務を認めるわけにはいかないので、但書きが必要となり、出頭義務・滞留義務がないことが明らかにされた。…念のため明記したわけである。」とし、本条項はその取調べが任意の処分であることを明らかにした規定であるので「そうであれば、逮捕・勾留の場合のことでないので、その旨付言されている」とする（田宮・前掲注81）132頁）。多田・前掲注7）208頁、209頁は、田宮説が法198条1項を「出頭要求にかかわる規定」としたことには疑問を呈しつつも、1項本文自体が任意捜査としての被疑者取調べを規定したものとする。

理に反するし<sup>116)</sup>、そのように解すると2項(「前項の取調に際しては」)の黙秘権告知が逮捕・勾留中の被疑者取調べでは不要となるという文理になり不都合である。既に述べたとおり、文理解釈としては、1項本文が被疑者全体に対する捜査機関の取調権(及びそれに対応する被疑者の受忍義務)を規定し(「取り調べることができる」)、同項但書きが、在宅被疑者についてのみかかる受忍義務を除外した規定であって、したがって、逮捕・勾留中の被疑者は、但書きの「逮捕又は勾留されている場合を除いては」の文言から原則どおり受忍義務が残されていると解するほかはない。前記のとおり、受忍義務の直接の根拠規定を但書きに求める必要もないのである<sup>117)</sup>。

したがって、以上の私見(新たな援用説)に対しては、強制処分法定主義関係の上記批判はいずれも当たらないことになる。1項本文が受忍義務の根拠規定となる以上、批判①(「但書きのような除外規定をもって『特別の定め』とはいえない)は当たらないのは当然であるが、批判③(「規律密度として不十分)というのも、強制力の発動に関しては逮捕・勾留手続という令状審査と実体要件があるので妥当しないことになる。そもそも、当該身柄利用捜査についての根拠規定があれば、逮捕・勾留中にどのような身柄利用捜査を何回行うかなど規定する必要はない。被告人に勾留状を発する場合に令状裁判官が公判出廷回数・在廷時間など予め決定する制度は存在しない。被疑者の取調べも同様といえよう。

## オ 逮捕・勾留の処分内容と取調べ禁止説

残る批判②(受忍義務は逮捕等とは異なる別個の法益侵害である)との点

116) 1項本文は、単に「被疑者」としておりそれを在宅被疑者に主眼を置いた規定と読むのは困難である(寺崎嘉博『刑事訴訟法〔第3版〕』179頁(成文堂・2013年6月))。また、在宅被疑者に関して規定するなら、本文を「逮捕・勾留されていない被疑者の出頭を求め」などとするのが自然である旨の批判が、受忍義務否定説の論者からも加えられている(中園・前掲注97)106頁)。

117) 事実認定論に例えれば、但書き規定は、「アナザーストーリー」(受忍義務否定説)を排斥し得るほどの強力な「間接事実」ではあるが、「公訴事実」(受忍義務肯定説)の「直接証拠」(直接の根拠規定)ではない。

はどうか。この批判は、取調べの受忍による法益侵害が逮捕・勾留による身体・行動の自由に対するものとは異なる固有の法益侵害であるとするものであり<sup>118)</sup>、そこでは、逮捕・勾留は、消極的に一定の場所に拘禁する制度であってその場所から連行することはその処分内容の射程外である<sup>119)</sup>との理解を前提としている。

また、従前、逮捕・勾留について裁判官が指定する一定の場所に拘禁する制度であると捉えて、ここから逮捕・勾留中の被疑者の取調べは禁止されると説く見解（梅田＝高内説）も唱えられた<sup>120)</sup>ので、併せて言及しておきたい。

この見解は、①逮捕・勾留について裁判官が指定した勾留場所で拘禁すべき裁判官の命令であること<sup>121)</sup>、②この命令に拘束され、逮捕・勾留されている被疑者は、取調室への出頭に応じる自由がないし、捜査機関も被疑者を拘禁場所から連れ出す権限もない<sup>122)</sup>、③捜査機関が、被疑者取調べを実施するためには自ら拘禁場所（おそらく居房との趣旨であろう）に赴き外部交通という形での面会室で行う限りで許される<sup>123)</sup>、というものである。

118) 豊崎・前掲注7) 133頁。

119) 鮎川・前掲注98) 84頁など。この見解は、「代用監獄で勾留せよという裁判官の命令を受けて勾留しているのであるから、それを法律の規定に基づかず捜査機関の判断だけで連れ出せるというのは、実は、不思議なことではなからうか。」（後藤①・前掲注8) 6頁）との思考が理論の出発点にあると思われる（梅田②・後掲注120) 138頁）。

120) 梅田豊「取調べ受忍義務否定論の再構成—刑訴法198条1項但書の解釈についての一試論—」島大法學38巻3号1頁（1994年11月）〔＝梅田①という〕、梅田豊「身柄拘束の法的性格についての一考察」島大法學40巻4号135頁（1997年2月）〔＝梅田②という〕、梅田豊「いわゆる『取調べ受忍義務』なるものの法的根拠について—身体に対する強制処分の構造を踏まえた再検討—」愛知学院大学論叢法學研究55巻1・2号1頁（2014年2月）〔＝梅田③という〕、高内寿夫「逮捕・勾留中の被疑者取調べに関する一試論—刑訴法一九八条一項の新解釈—」白鷗法学3号73頁（1995年2月）〔＝高内①という〕、同「被疑者取調べと弁護権」村井敏邦ほか編『刑事訴訟改革と刑事訴訟法 上巻』460頁以下（日本評論社・2007年5月）〔＝高内②という〕。なお、大野・前掲注14) 24頁以下、鮎川・前掲注98) 90頁以下も、ほぼ同旨の見解と思われる。

121) 梅田①・前掲注120) 4、5頁、梅田③・前掲注120) 5頁、高内①・前掲注120) 77頁。なお、高内説は、逮捕については勾留と区別して論じているが（高内①・前掲注120) 92頁以下）、この点については割愛させていただく。

122) 梅田①・前掲注120) 9頁から11頁、梅田②・前掲注120) 138頁、梅田③・前掲注120) 11頁、高内①・前掲注120) 74頁、83頁、高内②・前掲注120) 462頁、大野・前掲注14) 25頁から28頁。

123) 梅田①・前掲注120) 14頁、15頁、高内①・前掲注120) 85頁、大野・前掲注14) 29頁以下。

しかし、このような見解の理論面の当否、例えば、逮捕・勾留による一定の拘禁施設への拘禁とその内在的制約（例えば、病気のために外部の病院に連れて受診させる場合、実務では、入院に至らないならば裁判所（官）の移監同意なしに連行を行っているが、これすら許されないのか、など）に関する議論はさておき、裁判実務では到底受け入れられないであろう。この見解に従う限り、被告人を拘禁場所から連れ出して法廷に出廷させるのも別途のそれに向けた裁判（勾引状）が必要ということになるが<sup>124)</sup>、現在の裁判実務とかげ離れたものであることは前述のとおりである<sup>125)</sup>。

また、逮捕・勾留中の被疑者は、本人の承諾があっても拘禁場所、つまり居房から出られないとの論理を貫けば、居房外にある面会室への移動もできず、弁護士等との接見も不可能とならざるを得ないのではないか<sup>126)</sup>。梅田＝高内説は、面会室ならば移動可能ということを前提にしているようであるが、取調室と面会室で扱いを異にする根拠はどこにあるのであろうか<sup>127)</sup>。

124) 梅田②・前掲注120) 142頁は、これを明言する。

125) 梅田教授も、現在の実務が勾引状によっていないことは認識されており、そこで、公判廷への引致は、召喚の効力によるとする（梅田②・前掲注120) 166頁）。しかし、召喚だけで対象者を強制的に引致する効力がないことは古くからの定説（井上（文）・前掲注111) 192頁）及び実務であり、連行は勾留の効力と考えるほかはない。また、梅田教授は、法218条2項（現3項）の指紋採取等のための「強制的な作用」（筆者注、おそらく「連行」を意味するものと思われる。）はできるとする（梅田②・前掲注120) 158頁）。しかし、召喚にしても指紋採取等にしても当該規定だけでは対象者に観念的が義務を課すのみであり、この規定の存在により強制的に連行を許すとするのは、結局、かかる連行が逮捕・勾留の命令に反しているからではなく、逮捕・勾留がそのような連行を許している処分なのだと考えるほかはない。

126) 梅田＝高内説は、被疑者に対し取調べ拒否・出房拒否の実践を推奨する論者から篤い支持を得ているが（前田朗『黙秘権と取調べ拒否権—刑事訴訟における主体性』171頁以下（三一書房・2016年11月）、管見による限り、弁護士実務家の論稿では積極的な支持がないように思われる（例えば、小坂井弁護士は、その論考で梅田＝高内説による取調べ禁止説を紹介しているながら（小坂井・前掲注81) 455頁）、結局、別の根拠（憲法38条1項・2項の解釈）に基づく「勾留の下での取調べ禁止説」を説かれている（小坂井久「第38条第2項」憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』473頁以下（日本評論社・1997年11月））。もしかしたら、梅田＝高内説の論理の中に接見への悪影響が生じるおそれを看取しているのかもしれない。

127) 面会室なら接見・取調べが可能とするのは、それが物理的に居房の中にあるとのご認識なのであろうか。しかし、大規模な拘禁施設（拘留所など）では、面会室も取調室なみに居房から離れた場所に設置されている。また、弁護士との接見のための面会室への移動も、出房手続を踏んで留置人出入簿に記録される。取調室への移動と何が異なるのであろうか。

逮捕・勾留というのは、消極的に一定の場所に拘禁しておくことだけを内容とする処分ではない。その目的達成のためにその強制力を用いることも内包しているものである。被告人勾留が、公判審理確保のための身柄拘束処分であることから、召喚等により法廷への出廷義務が生じた被告人を連行することができることと同じように、逮捕・被疑者勾留が、被疑者の身柄利用捜査実現のための処分と捉える私見からは、身柄利用捜査のためにその強制力を用いることも許されることになる<sup>128)</sup>。

したがって、逮捕・勾留中の被疑者には、法198条1項本文で取調べ受忍義務が課される以上、その実現のため逮捕・勾留の効力を援用することが当然許されることになり、これは逮捕・勾留という処分は一定の場所に拘禁するとともに身柄利用捜査の実現のための処分も内包していることを意味し、後者の法益侵害が逮捕・勾留によるそれと区別される別個固有のものではない。

以上から、取調べ禁止説も支持し得ず、また批判②（受忍義務は逮捕等とは異なる別個の法益侵害である）も私見のような新たな援用説には妥当しないことになる。

そこで、受忍義務否定説は、この援用説の前提である、逮捕・勾留の目的と取調べ等の身柄利用捜査とのつながりを何としてでも切断するため、取調べ目的消極説を絶対に譲れない一線としてきたのである<sup>129)</sup>。

---

128) 梅田教授は、ここで裁判所（官）の権限と捜査機関の権限を区別し、被告人勾留については裁判所の権限で被告人を移動させることができるが、捜査機関にはそのような権限はないと主張される（梅田③・前掲注120）13頁）。しかし、被疑者勾留が身柄利用捜査の実現のための処分であると解する立場からは、被疑者勾留の裁判による裁判官の授權の範囲内で捜査機関が被疑者の身柄を移動させているということになり、捜査機関が法的根拠なし連行を行っているわけではないということになる。

129) 豊崎・前掲注7) 121頁も、（引用対象の論者は異なるが）援用説の見解を紹介した上で、同説によれば、受忍義務肯定のために法198条1項但書きの反対解釈では足りないのではないか、逮捕状・勾留状とは別個の「取調べ令状」が必要ではないのか、との問題意識もいずれも生じないのであろうとし、その限りにおいてこの見解についてそれなりの論理を辿ることができる」と評価し、援用説の論理自体には批判を加えず、最後に、「取調べ目的の逮捕・勾留という大前提がもとより誤っている」としている。多田・前掲注7) 206頁及び鮎川・前掲注98) 84頁も、援用説を批判するのに、やはり「取調べの必要性」が逮捕・勾留の目的ないし要件となってい

以上のとおり、受忍義務肯定説・新しい援用説こそが、最も素直な文理解釈であるとともに、現在の実務に最も整合する見解であることを詳論してきたが、さらに、同見解は、法198条1項の立案担当者・立法者意思にも合致することを次に述べることとする。

## 5 現行刑事訴訟法198条1項の立案経緯

### (1) 改正刑訴法の基本方針

旧法下にあつては、被告人訊問を含む強制処分の特権が予審判事のものでされ、検事・司法警察官には現行犯等の緊急的訊問しか認められず、取調べについては一般的な任意処分に関する規定（旧二百五十四條）に基づき実施するというのが建前であったが、実際は、行政検束や違警罪即決例に基づく身柄拘束が取調べのために濫用された<sup>130)</sup>。

そこで、刑訴法の改正方針として、担当部局である司法省刑事局では、旧刑訴法下においては、そのように違警罪即決例等の特権が濫用され人権が蹂躪された<sup>131)</sup>との事実認識に立ち、新憲法が基本的人権の尊重についての多くの規定を設けたことなどから、人権蹂躪の根絶を期するとの方針に立ちつつ、人権蹂躪発生の原因のひとつとして、犯罪捜査の主要な機関である司法警察官及び検事に必要な特権が与えられていなかったことにもあると考えた<sup>132)</sup>。

---

ないことを強調する（なお、斎藤・前掲注26）109頁参照）。このように、結局は、逮捕・勾留の目的をどう捉えるかが、「否定説」と「援用説による肯定説」との論理面での主戦場であったことを示している。

130) 田宮〔大学双書〕・前掲注84）314頁以下、三井・前掲注6）126頁。

131) 大正刑訴法下における人権蹂躪問題については、多田・前掲注7）103頁以下が詳しい。

132) 司法省刑事局作成にかかる「刑事訴訟法等改正に関する想定問答（昭和21年6月25日）」においてこのような認識、考えが示されている（井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編(2)』〔資料29〕432頁（信山社・2007年8月））。なお、この当時の司法省の方針については、小田中聰樹「現代刑事訴訟法論」42頁、43頁（勁草書房・1977年4月）も参照。



そこで、立案方針として、予審を廃止し検事及び司法警察官に被疑者の召喚、訊問のほかその他強制捜査権を認めることとしていた<sup>133,134)</sup>。ところが、このような方針の背景には、政府側が当時の憲法草案30条の「司法官憲」について裁判官だけでなく検事や司法警察官も含むとの解釈を採用していたからであるところ<sup>135)</sup>、周知のとおり、米国側が憲法の「司法官憲」とは裁判官のみであるとの解釈を示したこと<sup>136)</sup>から、上記のと通りの強制捜査権を検察官及び警察官に与えるとの方針は維持できなくなった。

そこで、立案方針としては、途中、検事及び司法警察官に「被疑者を召喚

- 
- 133) 例えば、当時の刑事局資料である「捜査機関ノ強制権ノ問題（昭和20年10月18日）」においては「検事及検事補ハ被疑者ノ召喚、勾引、訊問及勾留、證人ノ訊問並ニ押収、搜索及檢證ヲ為シ又ハ鑑定通譯若ハ翻譯ヲ命〔ズ〕ルコトヲ得ルモノトスルコト」「司法警察官ハ被疑者ノ召喚、訊問、證人訊問及檢證ヲ為シ又ハ鑑定通譯若ハ翻譯ヲ命ルコトヲ得ルモノトスルコト」と記されている（井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編(1)』〔資料2〕11頁（信山社・2001年8月））。この方針は、昭和20年12月18日司法制度改正審議会の第二諮問事項関係小委員会の答申案にも反映されている（小田中・前掲注132）44頁、45頁）。
- 134) 行政検束の濫用、予審での長期拘束の双方を止めるため、捜査機関に法律上正面から強制権を与えて内容を法律で規制するとの方針であったことについて、勝田成治＝団藤重光＝羽山忠弘＝樋口勝＝横井大三＝松尾浩也「座談会 刑事訴訟法の制定過程」ジュリスト551号32頁〔団藤発言〕〔横井発言〕（1974年1月）〔＝「勝田ほか座談会」という参照。また、法198条の沿革につき、そもそも予審制度の廃止に伴いその権限を捜査機関に移すとの方針であったことを重視する先行研究として、中山・前掲注15）17頁参照。〕
- 135) 例えば、「司法法制審議会第二回総会議事録(三)（昭和21年8月13日）」において、この強制捜査権が議論されているが、兼子委員による憲法草案30条の「司法官憲」については裁判官のみを指すので強制権を検事及び警察官に与えることはできないのではないかの疑問に対し、佐藤（藤佐）委員は、「憲法草案三十條の解釈は未だ明確ではないが、只今迄の所は法制局とも御相談の上、『司法官憲』は裁判所・検事・司法警察官も含むと解してよいのではないかと考へている。」と答えている（井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編(4)』〔資料9〕70頁（信山社・2013年7月））。
- 136) 例えば、「刑事訴訟法改正要綱案に関する総司令部係官との会谈録（第六次）（昭和21年10月11日）」における「将来は全然分離する検事と判事を同じ一つの司法官憲という言葉に含ませるのは適当でなく」との総司令部ブレイクモア発言（井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編(5)』〔資料5〕30頁（信山社・2013年6月））、「刑事訴訟法改正要綱案に関する総司令部係官との会谈録（第七次）（昭和21年10月15日）」における「検事、司法警察官が令状を出すことは憲法に反する」との総司令部オプラー発言（同〔資料7〕41頁）各参照。もっとも、総司令部による「司法官憲は裁判官に限る」旨の見解が、日本側に伝えられたのは、團藤メモによれば、昭和21年8月9日より前のこととされている（小田中・前掲注132）70頁）。なお、勝田ほか座談会・前掲注134）37頁〔横井発言〕〔団藤発言〕各参照。

し、勾引し、勾留し、又は訊問すること」を内容とする強制処分権を付与しつつ判事の承認にかからしめるとの案（いわゆる「事前承認制」）も策定されたが（いわゆる第一次案<sup>137)</sup>の「捜一第十一條」、結局、昭和22年3月頃には成案をみた第一次政府案<sup>138)</sup>である刑事訴訟法改正案（いわゆる第六次案）においては、身柄拘束に関する強制捜査権は削除され、ただ被疑者の取調べに関し

第二百五十六條 檢察官、檢察事務官又は司法警察官は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者を召喚し、且つこれを尋問することができる。

と規定された<sup>139)</sup>。もっとも、その第二文において、裁判所の召喚に関する規定である第91条〔召喚した被告人に対する尋問〕、第96条〔召喚状・現62条〕、101条〔召喚状の記載事項・現63条〕、103条〔召喚の手續・現65条〕を準用していた<sup>140)</sup>。

その後、第七次案において重要な変更が加えられた。まず、旧刑訴法から存在し<sup>141)</sup>、第六次案まで総則に存在していた被告人尋問（訊問）の諸規定が削除された<sup>142)</sup>。それに伴い、上記規定（第二百五十六條）中の文言につ

137) 「刑事訴訟法改正案第一次案（昭和21年8月19日～9月5日）」井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編(6)』〔資料1〕43頁（信山社・2013年8月）。このいわゆる「事前承認制」の詳細については、小田中・前掲注132) 73頁以下参照。

138) この第六次案の成案時期については、勝田ほか座談会・前掲注134) 43頁〔松尾発言〕、45頁〔横井発言〕参照。

139) これに対し、被疑者の身柄拘束についての強制捜査権については、米国の意見に従い、令状主義の考えを受け入れ、検察官には、勾留請求権及び同延長請求権を付与するとどめ、警察官関係としては、緊急逮捕制度の導入へと収斂していくことになる（勝田ほか座談会・前掲注134) 38頁〔団藤発言〕、刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程（一六）」法学協会雑誌95巻9号123頁以下〔小田中聰樹〕（1978年9月）参照。

140) 「刑事訴訟法改正案第六次案（昭和22年2月）」における第二百五十六條参照（刑事訴訟法制定資料全集(6)〔資料8〕・前掲注137) 525頁）。

141) 旧刑訴法では、「第一〇章 被告人訊問」として、第一三三條から一三九條までの規定があった。例えば、「第一三四条 被告人ニ對シテハ被告事件ヲ告ケ事件ニ付陳述スヘキコトアリヤ否ヲ問フヘシ」などの規定である（最高裁事務総局「対照条文」・前掲注53) 97頁）。

142) 「改正刑事訴訟法第七次案（昭和22年8月16日～9月12日）」では「第十章 被告人尋問 第一四三條乃至第一五〇條削除。」とされた（井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭

いて、「召喚」が「呼び出し」、「尋問する」が「取り調べる」にそれぞれ改められるとともに、第二文にあった召喚状に関する規定の準用部分が削除された<sup>143)</sup>。

そして、上記規定が昭和22年10月に成案をみた<sup>144)</sup>最終案（第九次案）においてもそのまま引き継がれ、

第一百七十二条 検察官、検察事務官又は司法警察官吏は、犯罪を捜査するについて必要があるときは、被疑者を呼び出し、且つこれを取り調べることができる。

となった<sup>145)</sup>。

このように、憲法の令状主義採用を受け、捜査機関の身柄拘束に関する強制捜査権は大きく制約される一方で、捜査機関に対し、身柄拘束・不拘束を問わず被疑者取調べ権限を付与するとの方針については一貫して維持されていたのであり、換言すれば、被疑者側からみれば、取調べに応じる受忍義務があるということになる。それを、在宅被疑者について否定しようとしたのが、次に述べる、プロブレム・シート第一〇問である<sup>146)</sup>。

## (2) プロブレム・シート第一〇問と第4回協議会

その後は、昭和23年3月頃から、この日本側最終案（第九次案）をベースに、米国総司令部側と日本側の協議を経て立案作業が継続して行われた。この協議は、全体協議会に先立って、総司令部側のメンバーであるブレイクモア、マイヤース、アップルトン<sup>147)</sup>の諸氏に説明するという小審議会を経て、

---

和刑事訴訟法編（10）〔資料1〕・20頁（信山社・2015年4月）。

143) 前記改正刑事訴訟法第七次案の第二百五十六條及び注記部分参照（刑事訴訟法制定資料全集（10）〔資料1〕・前掲注143）32頁）。

144) 第九次案の成案時期については、勝田ほか座談会・前掲注134）48頁〔松尾発言〕参照。

145) 「刑事訴訟法第九次案（昭和22年10月15日）」（刑事訴訟法制定資料全集（10）〔資料14〕・前掲注142）174頁）。

146) 既に中山・前掲注15）17頁が的確に指摘するとおりである。

147) それぞれ「ブレイクモア」「アップルトン」とも表記されるが、本稿で引用部分を除き本文のとりの表記で統一する。

4月13日から5月5日までの16回にわたり全体協議会が行われた<sup>148)</sup>。

そこで、協議会の際に重要になったのは、いわゆる「プロブレム・シート」であり、米国側が同シートという形で問題点を列挙して改正案を勧告し、それについて日米共同で討論を行うという形で運営された<sup>149)</sup>。

この捜査機関の被疑者取調べに関する規定では、「プロブレム・シート第一〇問」が関係し、そこでは

#### 第一〇問

(問題) 司法警察職員が行う訊問及び取調べについては如何なる規定を設くるが正しいか。・・・

(理由) 我々ガヴァメント・セクションは、長い研究の結果、左に掲げる基本原則が、検察官及び司法警察職員が行う訊問及び取調べ・・・に関して、設けられねばならぬと提案する。

一 如何なる場合においても、検察官、司法警察職員は、被告人、被疑者又はその他の何人に対しても証言を強制し得ない。検察官、司法警察職員の取調べの段階においては被訊問者は何時でもその証言を撤回し又は拒絶することができる。

二 検察官、司法警察職員は捜査すべき事件に関して知識を有する人に対し任意の出頭を求め問に答えて貰うことができる。(以下略)とされている<sup>150)</sup> (下線及び傍点いずれも筆者)。

この一〇問については、昭和23年4月17日の第4回協議会で取り上げられたが、ここで議論の混乱の元になったのが「撤回し・・・できる (may withdraw)」との語である。

団藤博士を始め日本側は、最初、「証言の撤回・拒絶」とあるので、「供述

148) 勝田ほか座談会・前掲注134) 49頁 [松尾発言、横井発言]。

149) 勝田ほか座談会・前掲注134) 50頁 [松尾発言、羽山発言、横井発言]。この羽山・横井発言によると、会議の1日前か2日前にプロブレム・シートが来て、日本語に訳し、委員に配り、当日は、ブレイクモア氏が日本語で同シートについて説明をし、日本側は日本語で議論し、日本語を解さないオプラー氏には同時通訳が行われたとのことである。

150) 「ブレイクモア氏提出協議会問題 (第一〇)」(井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編 (11)』[資料44] 202頁から205頁 (信山社・2015年7月))。

の取り消し、撤回」という意味と誤解したのであるが、ブレイクモア氏は、「検察官や警察官の調を受ける者は誰でも断って出て行く権利があるが、強制の処分を受けた被疑者には出て行く権利はないということである」と説明したのである<sup>151)</sup>。すなわち、実は、「may withdraw」の意味が、「供述の撤回」の意味ではなく取調べの場からの「撤回 (withdraw)」であったのであるが、日本側がまだ十分に理解できていないことから、さらにブレイクモア氏は、「『撤回』という言葉が悪い。『撤回』をとという言葉をやめよう。『退席することができるといふ意味である。』(傍点筆者)と説明を付加して趣旨を明確にし、さらに、そこで、アップルトン氏の提案で、英文の方も「and may withdraw if not under arrest」と修正することとなった<sup>152)</sup>。

151) この点を指摘する文献として古江頼隆「事例演習刑事訴訟法(3版)」127頁(有斐閣・2021年9月)。筆者は、2021年7月に刑法学会関西部会で「被疑者取調べ」について報告したことを契機に法198条1項の立案経緯に関する資料を調べ始め、米国と日本側の「刑事訴訟法改正協議会議事録(第四回)」の存在によりやく気付いたが、先行研究のいずれにも受忍義務関連ではこの第4回協議会(ブレイクモア発言等)に言及するものに接することができなかった。その後、前記古江論考が同年9月に発刊されたが、おそらく公刊物ではこの古江論考が受忍義務との関係での最初の言及ではなかろうか。

152) このブレイクモア=アップルトン発言は極めて重要なので、「刑事訴訟法改正協議会議事録(第四回)(昭和23年4月17日)」の関係箇所(刑事訴訟法制定資料全集(11)[資料70]・前掲注150)288頁から290頁)をやや長めに引用する。

「ブレイクモア 今日第一〇問をやる。その前に日本語の訳文中に不正確な点があるから訂正しておきたい。(理由)一、の中で「被訊問者は何時でもその証言を撤回し又は拒絶することができる」とあるが、この「証言」というのは狭すぎる。これは「供述」とした方がよい。それからこの「撤回」の点であるが、ここには当然の例外を書かねばならない。拒絶の点はすべての証人も被疑者もできるが撤回の権利は証人だけで、逮捕状の執行を受けた被疑者は含まない。

塩野 ブレイクモアさん、もう一度説明していただきたい。

(この時ブレイクモア日本語で説明を繰り返すがその説明は前と同様であり、日本語の趣旨が不徹底で判らない。)

團藤 すると令状で逮捕された者は自首の取消はできないというわけか。

ブレイクモア 検察官や警察官の調を受ける者は誰でも断って出て行く権利があるが、強制の処分を受けた被疑者には出て行く権利はないということである。

團藤 それでは撤回ということではないのではないか。

ブレイクモア 誰でも証言の拒絶はできるが出て行く自由はない。

團藤 いや、拒絶は判った。問題は撤回の方である。

……

以上の第4回協議会におけるブレイクモア＝アップルトン発言については、プロブレム・シート第一〇問の趣旨を理解する上で決定的に重要な点が2点ある。

まず、ここでいう「may withdraw」とは「退席することができる」という意味であり、また、直前に「検察官、司法警察職員の取調の段階においては」との字句（プロブレム・シート）及び「検察官や警察官の調を受ける者」との言葉（ブレイクモア発言）があることも併せて考えれば、明らかに「取調べの場から退出（退去）する」ことを指しているのであって、（受忍義務否定説が期待するような意味、すなわち）「警察署から出て行くことができる・できない」という意味に解するというのは日本語として到底無理があるということである<sup>153)</sup>。

次に、同発言は、検察官等の取調べを受ける者は誰でも退席する（「断って出て行く」）権利があるが、逮捕状の執行を受けた（強制の処分を受けた）被疑者にはこのような権利はない、と積極的に明言しており、このプロブレム・シート第一〇問の「一」による勧告は、（受忍義務否定説が説いてきた

ブレイクモア 全部の人が証言の拒絶ができる。いや、判った。「撤回」という言葉が悪い。「撤回」という言葉をやめよう。「退席することができる」という意味である。

アップルトン 英文も直した方がよい。(1)の最後のところは may withdraw or を削り、may refuse to give answers の次に and may withdraw if not under arrest としたら明瞭になる。

……

（それからブレイクモア第一〇問の日本語全文を閲覧し誤りなきを確かめて居た）」（上記引用の下線いずれも筆者）

153) このブレイクモア発言における「退席」との文言につき、受忍義務否定説にとって「消極証拠」であると認識する論者が、その証拠価値を弾劾するため、ブレイクモア氏の日本語の選択が適切ではなかったなどと論難することが予想される。しかし、ブレイクモア氏は、1939年から1941年まで東京大学に留学、法学部で日本法律を学び、後、国務省に入り、GHQ (GS)の一員として日本に赴任し、「大変に日本語が達者で、会話はもちろん、日本語をよく読み、書きもする」とされ、1948年外国人弁護士第一号として、日本で法律事務所を開設された方である（根本松男「オプラー博士とブレイクモア氏—GHQの法令審査」法学セミナー185号95頁（1971年6月））。加えて、前記議事録には、末文に「それからブレイクモア第一〇問の日本語全文を閲覧し誤りなきを確かめて居た」とまで記録されている。ブレイクモア氏の日本語能力に問題がある、あるいは誤訳であるなどの主張はよほどの根拠がなければ口にすべきではないであろう。

ように「逮捕・勾留されている場合は何も述べていない」「反対解釈すべきものではない」ではなく）積極的に逮捕・勾留された被疑者には上記退去権はない（取調べの場から「退席すること」ができない）ことを日本側に明確に伝えていたということである。

さらに付加すると、同シートにおける、被疑者以外の者に対する取調べに関する「二」では、「任意の出頭を求め」(may call upon … to appear voluntarily) とあるのに対し、被疑者取調べでは（上記「一」）このような文言がないことをも併せ考慮すれば、同シートにより示された米国側の意図は、参考人等とは異なり、被疑者については取調べのための出頭要求権が捜査機関にあること（被疑者側からみれば出頭が任意ではないこと）を容認しつつ、逮捕・勾留されていない（強制の処分を受けていない）被疑者に限って、積極的に取調べから退席（退出）できる（may withdraw）ことを条文に明記するよう、日本側に迫ったものと解される。

なお、立案資料について注意喚起をしておきたい。以上の出典資料は、井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（11）』（資料44）及び同〔資料70〕（信山社・2015年7月）に基づく。

第4回協議会の議事録〔資料70〕によると上記のようなやり取りがあった後に、議事録に「それからブレイクモア第一〇問の日本語全部を閲覽し誤りなきを確かめて居た」とあるので、英文のみならず、「may withdraw」の日本語についてもその場で修正されたものと思われる。おそらく、修正後のものが、「法務府検務局『検察資料〔二八〕新刑事訴訟法制定資料(一)』70頁（1952年7月）」に掲載されているところの「プロブレム・シート第一〇問」であり、前記下線部の箇所は

検察官、司法警察職員の取調の段階においては、被訊問者は何時でも答を拒絶することができ、又逮捕されていないときには退出することができる。

とのように修正されている（下線筆者）。

先行研究は、この検務局資料掲載のものが、修正前の「プロブレム・シー

ト第一〇問」であるとして論を展開しているが<sup>154)</sup>、それは資料的には正しくはないと思われるので注意を要する。

上記協議会におけるやり取りによる修正を踏まえて、さらに「プロブレム・シート第一〇問」は修正され（いわゆる「第五問及び第一〇問の修正(-)」、以下のような文言となった<sup>155)</sup>。

#### 第五問及び第一〇問の修正

(参照) 以下に述べる理論は第五問及び一〇問に代わるものである。

(理由) 我々はG、S、は次の如く提案する。即ち、検察官及び警察官の取調、・・・については、左の諸原則が適用されねばならない。之等の原則と矛盾せざる限り、刑事訴訟法改正案の規定はその適用を存続するものである。

#### 一、検察官並びに警察官の取調

- 1 検察官又は警察官は犯罪捜査中被告人、被疑者、又は事件の知識を有すると信ぜられる者に対し訊問に答えるよう要求することができる<sup>156)</sup>。すべての被訊問者は答を拒絶する権利を有し、若し逮捕されていない場合には、何時でも退去することができ

154) 小田中・前掲注132) 113頁、大出良知「被疑者取調の歴史的考察(戦後)」井戸田侃編『総合研究=被疑者取調べ』129頁(日本評論社・1991年8月)及び多田・前掲注7) 137頁。

155) 刑事訴訟法制定資料全集(11)〔資料78〕・前掲注150) 333頁、334頁。

156) 中園准教授は、この「プロブレム・シート第一〇問の修正」の記載が、「『被疑者・被告人・第三者』をすべて同列に扱っている。このことから、被疑者について(のみ)出頭・滞留義務を肯定する趣旨を含んでいるとは考えられない。……被告人と第三者には出頭・滞留義務がないが被疑者についてはそれがあると読むことは、極めて不自然だからである。」と主張される(中園・前掲注97) 108頁)。しかし、(このような主張がブレイクモア=アップルトン発言を踏まえていないことはさておき)ももとのプロブレム・シート第一〇問は、被疑者らとは別に参考人等について規定しており、参考人等については被疑者にはない事項である「任意の出頭を求め」と明記しており(同シート「二」参照)、出頭義務に関し被疑者と参考人等とは扱いを異にする趣旨も看取できるのであって、同シート第一〇問の修正の記載(「被疑者・被告人・第三者」をすべて同列に扱っている)部分のみを取り上げて、そこから断言的に結論を導いているのはいかがなものであろうか。なぜ、プロブレム・シート第一〇問の中の参考人等を区別して規定した「二」の記載(この記載は、ご自身の論考でも引用文献に挙げている多田論考に摘示されている)に言及がないのであろうか。



る<sup>157)</sup>。(以下略)(下線部筆者)

ところが、この第九次案の第七十二條について、日本側では、その後、なお被疑者の出頭拒否権・退去権を規定しない案文の文書も作成している<sup>158)</sup>。

しかし、前記全体協議会の後の、昭和23年5月15日の小委員会の審議の場で、米国側から、アップルトン氏勧告に基づく修正案として

第五問、第十問、第七六問に関する修正案

(一) 第一七二條第一項に「被疑者は退去することができる」と云う趣旨を書くこと。

との勧告を改めて受けて<sup>159)</sup>、翌16日に日本側が用意した「第五問、第一〇問及び第七六問に関する修正案(その三)」との文書<sup>160)</sup>では、

第七十二條 檢察官、檢察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調

---

157) なお、この文章の英文は、前記アップルトン提案とほぼ同じ「if not under arrest, may withdraw at any time」となっている(刑事訴訟法制定資料全集(11)〔資料78〕・前掲注150)338頁)。

158) 「第五問及び第一〇問に対する修正案(昭和23年5月2日)」(刑事訴訟法制定資料全集(12)〔資料55〕・前掲注54)78頁、「第五問及び第一〇問に関する修正案の二(H案)(昭和23年5月12日)」同〔資料107〕・前掲注54)169頁、「第五問、第一〇問及び第七六問に関する修正案(その二)(昭和23年5月13日)」同〔資料112〕・前掲注54)184頁。

例えば、この5月13日付文書では、「第七十二條 檢察官、檢察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の者の出頭を求め、これを取り調べる~~ことができる。~~」とのみ規定し、出頭拒否権等の記載がない。この点は、同文書が、参考人等に関しては「第九十八條 檢察官、檢察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者以外の者の出頭を求め、これを取り調べ、又はこれに鑑定、通訳若しくは翻譯を囑託することができる。」と規定しつつも、2項で「何人も、檢察官、檢察事務官又は司法警察職員の前項の規定による取調べ又は囑託を拒むことができる。」(下線筆者)と明確に取調べ拒否権等を規定していることと対照的である。この時期の日米協議の内容が不明なので推測の域を出ないが、なお、日本側は、被疑者については在宅被疑者であっても取調べ拒否権を規定することに抵抗していたのであろうか。

159) 「刑訴小委員会審議日誌6(昭和23年5月15日)」刑事訴訟法制定資料全集(12)〔資料141〕・前掲注54)250頁、251頁。米国側の出席者は、「アップルトン、マイヤース」であり、ブレイクモア氏の名前は見当たらない。

160) 「第五問、第一〇問及び第七六問に関する修正案(その三)(昭和23年5月16日)」(刑事訴訟法制定資料全集(12)〔資料143〕・前掲注54)253頁)。

べることができる。但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時にでも退去することができる。(下線筆者)

などと規定され、ようやく現行法198条1項と同内容の規定となった<sup>161)</sup>。

この文書が、同月19日頃までには米国総司令部側にも提出され、同規定案について米国側の了承を得られたものと思われ<sup>162)</sup>、その後国会に提出された刑事訴訟法改正法案における第九十八条となった<sup>163)</sup>。

以上述べたとおり、上記各下線部の趣旨は、いずれも、逮捕・勾留中の被疑者には、退去権はなく<sup>164)</sup>、日本側の概念で言えば取調べ受忍義務を肯定するというものであったことが明らかであり、これが立案当時の日本側だけでなく米国側の見解でもあった<sup>165)</sup>。

### (3) 国会審議と立案担当者の見解

#### ア 国会審議

そして、刑事訴訟法を改正する法律案に関する検務長官説明（いわゆる条

161) 久岡教授は、これらの文書における「退去することができる」との文言について、「退去できること、『自宅に帰ること (withdraw)』を注意的に記載したのである。」とする(久岡康成「刑訴法198条と明治憲法期における被疑者の任意取調べ」香川法学36巻3・4号122頁(2017年3月))。しかし、「withdraw」を「自宅に帰る」などと訳するのは、語義的にも文脈的にも根拠がないというべきであろう。

162) 「第五問、第一〇問及び第七六問に関する修正案 (GHQ 提出後) (昭和23年5月19日)」(刑事訴訟法制定資料全集 (12) [資料166]・前掲注54) 321頁)における「第七十二條」も同内容である。

163) 「刑事訴訟法を改正する法律案 (昭和23年5月24日)」における第九十八條参照 (刑事訴訟法制定資料全集 (12) [資料185]・前掲注54) 418頁。

164) なお、プロブレム・シート第一〇問の修正(-)における第一文では、「被疑者・被告人・第三者」とすべて挙げられており、かつ、第二文の主語は「すべての被訊問者は」となっている。しかし、この「若し逮捕されていない場合」とは、「逮捕されていない被疑者」という趣旨であって、参考人等については、自身が別事件で逮捕されているかどうかを問わず、あくまで「任意の出頭を求め」ることしかできない趣旨であることは、修正前のプロブレム・シート第一〇問の「二」の記載から明らかである。この点は、法223条2項が、法198条1項但書きを準用している趣旨の箇所再度言及する。

165) 古江・前掲注151) 127頁が指摘するとおりである。

文説明)においては、この改正法案198条について

本案においては、検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べるのできるのであるが、この場合、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合以外は、出頭を拒み、又は出頭後も、何時でも退去することができるものとし、更に検察官等は取調べに際して被疑者に対し、あらかじめ、供述を拒むことができる旨告げなければならないものとした。とされており<sup>166)</sup>、木内曾益検務長官は、政府委員として、昭和23年5月29日参議院司法委員会における条文説明<sup>167)</sup>、続いて昭和23年5月31日衆議院司法委員会における条文説明<sup>168)</sup>において、上記文章そのまま朗読している。

この法198条1項については、国会審議においても特に質疑の対象とはならず<sup>169)</sup>、そのまま現行法として成立した。

---

166) 「刑事訴訟法を改正する法律案に関する検務長官説明(昭和23年5月31日)」における「第二編 第一審 第一章 捜査」の「三 被疑者の取調べ(一九八)」参照(刑事訴訟法制定資料全集(12)[資料191]・前掲注54)483頁)。

167) 「参議院司法委員会(昭和23年5月29日)一提案理由説明、条文説明」(刑事訴訟法制定資料全集(13)[資料2]・前掲注55)26頁)。

168) 「衆議院司法委員会(昭和23年5月31日)一条文説明」(刑事訴訟法制定資料全集(13)[資料13]・前掲注55)56頁)。

169) もともと、昭和23年6月18日参議院司法委員会における逐条説明において、政府委員である宮下明義法務庁検務局刑事課長は、法198条に関し、先の木内検務長官による説明部分(「被疑者は逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み又は出頭後何時でも退去することができるという規定を設けた」旨)に続き、「検察官、司法警察職員等の被疑者の取調べは、任意的なものであるという趣旨を明らかにいたしましたわけです。」との説明を独自で付加している(「参議院司法委員会(昭和23年6月18日)一逐条説明」(刑事訴訟法制定資料全集(13)[資料34]・前掲注55)420頁)。

この宮下課長説明は、一見すると被疑者に対し出頭要求権・取調べ権を保障し、逮捕・勾留中の被疑者にはこれに応じるとの受忍義務があるとの私見の解釈とは異なり、全ての被疑者についてかかる義務がなく「任意的なものである」ことを明らかにしたようにも思える。しかし、この宮下課長説明の別の箇所には「今後の捜査においては、この百九十八條の規定によりまして、被疑者は出頭を拒むことができますし、又は出頭後退去することができますし・・」とあり、「任意的なものである」とは、在宅被疑者のことを述べたものとも解される。

宮下課長は、後記のとおり、自著である逐条解説において、逮捕・勾留中の被疑者には取調べ受忍義務がある旨記載しつつ(宮下・前掲注13)53頁)、法198条1項に基づく被疑者の取調べについて「全くの任意の処分であると規定し」「何等の強制も伴わない全くの任意処分である」

## イ 施行直後の立案担当者の見解

そして現行刑事訴訟法が「昭和23年7月10日法律131号」として成立した後、各条文の意味することについて、立案担当者による逐条解説という形で明らかにされた。

まず、国会審議において政府委員として逐条説明・答弁にも立った宮下明義法務庁検務局刑事課長（第4回協議会にも法務庁メンバーとして参加している。）は、昭和24年7月31日に発刊された書籍において、法198条に関し、「本項による出頭要求があった場合、逮捕又は勾留されている被疑者は、出頭を拒み又は出頭後退去することは許されない。逮捕又は勾留の処分が、被疑者の逃走を防止しその出頭を確保する趣旨の制度であることから当然のことである。」（下線筆者）と記して<sup>170)</sup>、逮捕・勾留が（当然捜査機関に対する）出頭確保の趣旨の制度であることから、逮捕・勾留中の被疑者には取調べ受忍義務があること（上記下線部記述から明らか<sup>171)</sup>）が立案担当者らの見解

---

としている（宮下・前掲注13）52頁）のも、但書きで除外されていない在宅被疑者の取調べを指しているものと解される。

あるいは、宮下課長は、法197条の捜査関係事項照会に関し、「公務所又は公私の団体は必ずこれを報告しなければならない義務を負い、正当な理由がないのに報告を拒絶することはできないものである。しかしながら、これを報告しない場合に強制して報告させる方法はないのであるから、強制処分ではないことはもちろんである。」（下線筆者）としていることを併せて考慮するならば（宮下・前掲注13）50頁）、宮下課長は、「相手方に法的義務を課してもこれを直接強制できない場合には、強制処分ではなく任意処分である」という用語法に基づき（通説は、團藤説に従い相手方に法的義務を課す場合には「強制処分」に分類している。）、法198条の被疑者取調べについて「任意的なもの」と表現したのかもしれない。

170) 宮下・前掲注13）53頁。また、宮下課長は、同書籍のはしがきにおいて、「立案の末端に関係したわれわれとしては、少なくとも立案当時の考だけでも明らかにしたならば新法の今後の研究に幾分なりとも資料を提供することになるものと思ひ、立案当時の考えを明らかにしようとする趣旨で、立案の過程を通じて考えられて来た線に沿って、先輩野木新一氏及び同僚横井大三、塩野宣慶、羽山忠弘三氏の意見も聴き、私が理解したところを書いたものである」「すべてが私個人の見解でもない」ことを明確にしている（同書・4頁）。

171) ところが、受忍義務否定説に立つ論者が、この宮下論考53頁を引用しつつ、宮下氏の法198条1項但書きの解説について、「取調べのための出頭・滞留義務には一言もふれていないのである。」などと紹介摘示し（田宮裕＝多田辰也『セミナー：刑事手続法 捜査編』74頁（啓正社・1990年7月））、宮下論考53頁の下線部部分の記述がなかったかのように紹介するのは適切とはいえないのではないかと。

であったことを明らかにした。

さらに、研究者として立案業務に関与され、総司令部との協議に日本側メンバーとして恒常的に参加し前記昭和23年4月17日の第4回協議会にも参加しご発言までされている團藤博士は、昭和25年4月に発刊された逐条解説において、法198条に関して、当該被疑事件につき逮捕・勾留されている被疑者について、「このばあいには被疑者は出頭を拒み、または出頭後退去することはできない。けだし、被疑者の逮捕・勾留は主として捜査のため被疑者の身体を確保することを目的するものであるから、右のように解することは、当然に逮捕・勾留の趣旨の中に包含されているものと解することができ、しかも、かように解しないかぎり、本項但書に『逮捕又は勾留されている場合を除いては』とされていることが無意味になるからである」と記載し<sup>172)</sup>、やはり、逮捕・勾留が、捜査のために被疑者の身体を確保することを目的とすることから、逮捕・勾留中の被疑者には取調べ受忍義務がある旨を明らかにした。

以上の立案経緯の検討から、米国側を含む立案担当者には、法198条1項が、捜査機関による被疑者に対する出頭要求・取調べ権を付与しつつそのうち逮捕・勾留されていない被疑者に対しては出頭拒否権・退去権を保障し、他方で逮捕・勾留されている被疑者には出頭拒否権・退去権が認められないことを明文でしたとの趣旨であるとの共通の理解があったものと認められる<sup>173)</sup>。

#### (4) 立案経緯に関する異なった見解（先行研究）の検討

ところが、立案経緯に関する先行研究の多くは以上とは異なる見方を提供してきた。

---

172) 團藤・前掲注12) 365頁。

173) このように立案経緯を検討すれば、立案担当者は、受忍義務肯定説に立っていたことは明らかであるが、これを指摘するのは一部の文献（熊本・前掲注84) 188頁、三井・前掲注6) 131頁、佐藤隆之「録音・録画制度の下における被疑者取調べ」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』350頁（有斐閣・2019年2月）等）に限られていた。

## ア 「逮捕の目的」に関する川出教授の見解

川出教授は、前記のとおり、起訴前の身柄拘束期間の趣旨について起訴・不起訴の決定に向けた捜査を行うための期間として捉えつつも、「逮捕の目的」に関しては被疑者の取調べを含む積極的な証拠収集のためではないと断言し<sup>174)</sup>、その理由のひとつとして刑訴法の立案経緯を挙げておられる。

すなわち、川出教授は、刑事訴訟法案第七次案において、被疑者の「召喚」が「呼出」に変わったこと、それに伴い裁判所の召喚規定の準用がなくなったこと、「尋問」が「取調」に変更されたことに着目する<sup>175)</sup>。

形式的な文言変更ではなく、やはり裁判所の召喚の規定が準用されなくなったことが重要であろう。これは、捜査機関において、正当な理由のない不出頭に対し勾引の制度を用いることができなくなったこと（被疑者勾引制度の不採用）を意味するからである。

そこで、川出教授は、この第七次案において、①被疑者の尋問のための召喚の廃止によって、逮捕から取調べのための出頭要求に応じない被疑者を強制的に引致するという目的は喪失した、②したがって、被疑者が出頭要求に応じるか否かが被疑者の自由となった以上、逮捕の目的である被疑者の逃亡の防止についても証拠方法としての被疑者の保全とは捉えるとの従前の考えも成立せず、逃亡の防止は捜査とは無関係となったと主張する<sup>176)</sup>。

そして、川出教授<sup>177)</sup>も、また多田教授<sup>178)</sup>も、この第七次案に至って捜査機関による強制処分としての被疑者尋問（訊問）が廃止されたことを強調する<sup>179)</sup>。

---

174) 川出・前掲注7) 20頁。

175) 川出・前掲注7) 57頁。

176) 川出・前掲注7) 57頁。なお、福井・前掲注4) 179頁も、この第六次案まで召喚・勾引制度があったもののその後削除された経緯に言及し、被疑者にとっては捜査官の取調に出頭する義務がないというのが立案担当者の考えであるとまで指摘する。久岡・前掲注161) 108頁も同旨。

177) 川出・前掲注7) 57頁。

178) 多田・前掲注7) 131頁。

179) 多田教授は、第七次案における被疑者尋問の廃止に伴い、捜査機関による被疑者取調べは任意捜査としてのそれに限られることになったとし、その後の法198条1項本文自体が任意捜査としての被疑者取調べを規定したものと主張する（多田・前掲注7) 131頁、209頁）。梅田①・

しかし、まず、被疑者尋問の廃止は、総則における被告人尋問規定の削除と連動しているとみるべきであり、総則の被告人尋問の廃止は新刑訴法における職権主義からの転換等の理念に伴うものに過ぎないことが国会答弁から明らかであり<sup>180)</sup>、被疑者取調べの性格に変更を加えるものではなからう。

やはり重要なのは、召喚規定の準用の削除、つまり被疑者勾引制度の不採用であるが、しかし、これによって、直ちに「被疑者取調べないしはそのための捜査機関による出頭確保」と「逮捕及び勾留」との関係が断ち切られたとみるのは早計ではなからうか。

立案担当者においては逮捕が被疑者勾引の代用であるとの認識で立案に当たったことが、国会審議の場において政府委員（宮下課長）から明らかにされているからである<sup>181)</sup>。すなわち、勾引は、対象者の身柄拘束を自力執行できない裁判所のための制度であることから（勾引状を発して捜査機関に執行を委ねる〔法70条〕）、捜査段階では、自力執行力のある捜査機関による逮捕があるから勾引制度は不要であるとの認識に立ったからであるとも考えられ、そうだとすれば、召喚・勾引の不採用にそれ以上の意味を持たせる必要

---

前掲注120) 24頁も、現行法が捜査段階で被疑者から強制的に供述を得ることを認めていないと考えるべき理由の一つとして、この「被告人（被疑者）尋問」の廃止を挙げる。

180) 昭和23年6月15日の参議院司法委員会において、政府委員（宮下課長）は、改正案第11章の証人尋問の章の条文説明として、「被告人尋問の章を総則から削除いたしまして、被告人尋問は、ただ公判の三百十一條の規定によりまして、必要がある場合に、裁判所が適宜必要な事項の供述を求めるという規定だけを置きまして、従来行われておりましたような、裁判所が公判の先ず冒頭において、被告人を詳しく尋問するという立て方を改正案においては止めまして、その代わりその被告人の有罪を立証いたしますには、先ず、証人、書面、物等の証拠によりまして認定するという建前を取りました関係上、証人尋問というものも今回の改正案においては、可なり重点を置きまして改正いたしました次第であります。」（下線筆者）と述べている（刑事訴訟法制定資料全集（13）〔資料27〕・前掲注55）381頁）。

181) 政府委員である宮下課長は、昭和23年6月10日参議院司法委員会における逐条説明において、被告人の召喚、勾引等の趣旨説明をした際、「被告人の勾引という制度は、すべて起訴後の制度というふうに改めまして、起訴前には被疑者の逮捕ということはございますが、被疑者の勾引という制度はなくしまして、従いまして勾引という制度は、被告人を審理のために裁判所に勾引する制度ということにはっきりさせたわけでございます。」（下線筆者）と説明しており（刑事訴訟法制定資料全集（13）〔資料22〕・前掲注55）251頁）、そこでは被疑者勾引制度の不採用に関し、被疑者尋問廃止や取調べのための出頭要求との関係には言及せず、むしろ被疑者には逮捕制度があることを指摘しているのである。

はないであろう<sup>182)</sup>。

結局は、「逃亡のおそれ」をどう捉えるかの問題に帰着し、逮捕が捜査のための制度であることは、前記團藤博士、宮下課長の文献で記載されたとおりであることも考慮すれば、立案担当者も「逃亡のおそれ」は捜査機関の身柄利用捜査からの逃走であると理解していたと解するのが自然である。

加えて、軽微事件の逮捕に関する法199条1項但書きという、正当な理由のない不出頭を逮捕要件としている規定が存在しているところ（第七次案でも第二百五十七條一項但書きに同様の規定がある<sup>183)</sup>）、同規定の文言が文理どおり不出頭等の場合を必要性の独立した要件とする趣旨（文理どおり、取調べ要求に応じない不出頭があれば逮捕できる）であると理解され、少なくとも立案担当者はそのように考えて立案したことは既に詳論したとおりである<sup>184)</sup>。したがって、召喚規定の準用の削除は、軽罪ではない一般事件に

---

182) 昭和23年6月18日参議院司法委員会において、松井道夫議員から政府委員である宮下課長に対し、220条の「被疑者に発せられた勾引状」の意味についての質疑が行われている。すなわち、松井議員が、上記6月10日の宮下課長の逐条説明を受けて「以前御説明を伺ったところによりますと、被疑者に対しては勾引状という制度はなくなって、それに代わって今の逮捕という制度によって、召喚に応じなかった場合を保障したのであるというように聞いておったのでありますが、ここには『被疑者に発せられた勾引状』と書いてありますが、その辺の御説明を願いたいと思います。」との質問に対し、宮下課長は、「本則といたしましては、被疑者に対しては勾引状というものは考えていません。逮捕状で参りまして、裁判所の被疑者に対して勾引状を発するのは二百六十二条の場合だけであるということになるわけでございます。」(いずれの下線も筆者)と答弁している(刑事訴訟法制定資料全集(13)[資料34]・前掲注55)442頁、443頁)。松井議員の質問中の「召喚に応じなかった場合」というのは「出頭要求に応じなかった場合」の誤りと思われるが、少なくとも、宮下課長の認識として、(川出教授らが主張されるように)第七次案以降は出頭要求と逮捕が全く無縁となったというものであれば、出頭要求に応じなかった場合には勾引に代えて逮捕があるとの松井議員の発言に対し、さすがに上記のようにこれを是認するような答弁にはならなかったはず(当然訂正の答弁が行われたはず)である。宮下課長ら立案担当者は、被疑者勾引の代わりが逮捕であるとの認識をもっていたとみるのが素直ではなからうか。

183) 刑事訴訟法制定資料全集(10)[資料1]・前掲注142)32頁。

184) 川出教授は、軽罪における「不出頭」の要件の存在について、第六次案のことまでは言及されているが(川出・前掲注7)56頁)、第七次案以降及び現行法における同規定制定の趣旨についてはどのようにお考えなのだろうか。「不出頭」要件について加重・独立要件のいずれであるかの議論を脇に置いて、少なくともこの要件規定が存在している以上、取調べと逮捕の関係がなお残っていることは否定できないのではなからうか。



においては単なる「正当な理由のない不出頭」のみでは身柄拘束要件としては不十分としたことを意味するに過ぎず、その意味を超えて、この第七次案あるいはその後の立案では、取調べのための出頭要求、正当な理由のない不出頭と逮捕との関係が一切断ち切られたと断言するのは一方的な見方ではなからうか。

### イ 「プロブレム・シート第一〇問」に関する多田教授らの見解

多田教授は、現行刑事訴訟法の制定過程を緻密に検討し取調べに関する法的規制の変遷を詳細に明らかにされている。そこでは、「プロブレム・シート第一〇問の修正(-)」の中の「若し逮捕されていない場合には、何時でも退去することができる」との規定が法198条1項但書きと結びついていることが明らかであるとした上で、取調べ受忍義務肯定説の存在を指摘する。しかしながら、その上で、同肯定説を批判し、その理由として、①1930年代のアメリカにおいて捜査機関による被疑者取調べを禁止し裁判官による被疑者取調べを認めるべきであるとの提案に対し、裁判官によるものであれ、取調べを義務付けることは被疑者の黙秘権を侵害するとして強い非難が向けられたことも考える必要がある、②同勧告は大正刑訴法において、行政検束等が濫用され、いわば刑事訴訟法外で取調べが事実上強制されていたことに対する批判を含むものと解すべきとして、総司令部側がプロブレム・シートによる勧告を行ったとき、取調べ受忍義務などという考えがあったとは思われなとする<sup>185)</sup>。

同様に、受忍義務否定説に立つ論者は、プロブレム・シート第一〇問について、出頭・滞留義務を予定していなかったことを強調する。例えば、中園准教授も、同シートは「逮捕されていない者について、いつでもどこでも行ける」旨規定したものであり、反対解釈するにしても、「被逮捕者は、逮捕

185) 多田・前掲注7) 139頁、142頁。大出教授も、同シートの「退去」は、「答える」か否かは別の問題であり、単純に身柄が拘束されているか否かの問題だと考えられているとし、身柄が拘束されていて「退去」できない場合に、「取調べ受忍義務」があったとは思われなとして、この多田教授に見解に賛同する(大出・前掲注154) 130頁)。

により身柄拘束の効果があるので、勝手にどこにでもいけない」旨を含意しているにとどまるとする<sup>186)</sup>。

多田論考や中園論考は、第4回協議会議事録資料が掲載された文献<sup>187)</sup>が2015年(平成27年)7月に発刊される以前のものであるが、同文献が発刊された後も、否定説の論者は、プロブレム・シート第一〇問について同様に見方を維持する。安部助教は、昭和23年4月17日の改正協議会第4回会議に提出された「プロブレム・シート第一〇問」及び2日後の同月19日に開催された第5回会議における同シート「第五問及び第一〇問の修正(-)」を取り上げ、これらのシートの意味するところが、「取調べを拒否することが、逮捕・勾留されている場からの解放までを含むものではないというものであろう」とし、前記多田論考を引用しつつ「プロブレムシートによる勧告は、・・・取調べ拒否が身体拘束場所からの解放を意味するものではない旨示した。」とまで断言する<sup>188)</sup>。

しかし、まず、多田教授の見解については、1930年代の米国動きが、どのようにプロブレム・シートに反映されたのか具体的説明がない。その背景事情が、プロブレム・シート上どこにも記されていないし、協議の場で米国総司令部側から説明されたとの記録もなく、どのようにして日本側の立案担当者の認識するところになったのかの説明もない。確かに、米国側も、旧法下における人権蹂躪の実態を承知し、これを防止しようとの意図で種々の勧告を行っていたであろうことは容易に推測できる<sup>189)</sup>。ところが、捜査機関に

186) 中園・前掲注97) 108頁。久岡・前掲注161) 122頁も同旨。

187) 前掲注150)・井上正仁ら編『刑事訴訟法制定資料全集—昭和刑事訴訟法編(11)』(信山社・2015年7月)である。

188) 安部・前掲注80) 371頁、372頁。引き続き、安部祥太「被疑者取調べの憲法的規制」刑法雑誌61巻1号81頁(2021年12月)でも同見解が維持されている。

189) ブレイクモア氏は、刑訴法立案項に執筆したと思われる、占領下における立法の実情を述べた論文において(Thomas L Blakemore, “Post-War Developments in Japanese Law” (1947) 1947 (4) Wisconsin Law Review 632.)、「Civil Liberties (市民の自由)」の章で、戦争までの約10年間に戦争のための動員と遂行に伴って、「特に残酷な立法 (especially vicious legislation)」が行われたとし、国防保安法、思想犯罪、特別警察、治安維持法の下での予防拘禁などを挙げている (*Id.* at p650.)。同氏が、我が国の戦前の人権蹂躪の歴史に対する深い洞察を有してい

強制捜査権を付与するとの日本側の考えに対し、米国側は、それを掣肘する方策として令状主義（令状主義による規制ができない場合には任意捜査）の徹底を要求していたというのが大きな流れであったはずである。逮捕・勾留中の被疑者取調べを規制するという、いわば令状主義とは異なる規制方法を米国側が考え、それを日本側に伝えたと言われるならば具体的根拠を示す必要がある<sup>190、191</sup>。

むしろ、前記で述べたとおり、このような多田教授や中園准教授のご認識は、第4回協議会におけるブレイクモア＝アップルトン発言（逮捕されている被疑者は「退席することができない」。これは取調べの場からの退席・退去のことであると解するほかはないことは前述した。）を踏まえたものとなっていない<sup>192</sup>。多田論考及び中園論考等は、まだ第4回協議会議事録資料

---

たことをうかがわせる。

190) 多田教授は、本文中で紹介したとおり、米国側がプロブレム・シート一〇問による勧告を行った際、「取調べ受忍義務などという考えがあったとは思われない。」とする。この評価が、後に同義務否定説の論者に繰り返し引用され、否定説の根拠のひとつとされている（大出・前掲注154）130頁、149頁、梅田①・前掲注120）24頁、小坂井・前掲注81）439頁、中園・前掲注97）108頁）。

しかし、ここで米国側の考えが肯定説・否定説のどちらであったかという論点について解明すべきことは、米国側に「積極的に取調べ受忍義務を認めて規定する」という考えがあったかどうかではない。議論の俎上に挙げられていた日本側作成の第九次案では、すべての被疑者に対する出頭要求・取調べ権を保障していたのであるから、ここでは、米国側が、日本側に対し、逮捕・勾留中の被疑者についても身柄不拘束の被疑者と同様に受忍義務を否定するよう積極的に要求したかどうかが問われねばならない。管見の限り、そのような要求をしたとの資料には接しなかった。むしろ、米国側にそのような意図があれば、例えば、参考人と同じように「任意の出頭を求め」（前記プロブレム・シート第一〇問の理由の「二」参照）とするように、「任意」であることを明示して要求したのではなかろうか。

191) また、梅田教授も、1946年1月1日付けのラウエルによる「幕僚長による覚え書き」を引用した上で、被疑者を代用監獄たる警察留置場に延長を含めた期限一杯勾留して取り調べるといようなことを、総司令部側が容認していたと考えられないと主張される（梅田③・前掲注120）21頁）。しかし、このラウエルの覚え書きについても、拘禁の在り方について改善を求める趣旨に過ぎず、拘禁中の被疑者取調べの規制までも具体的に求めたものとは解し得ないのではなかろうか。

192) 第4回協議会におけるブレイクモア＝アップルトン発言に言及がないとの点は、本稿でも引用摘示した先行研究のいずれも同様である。

なお、同様に立案経緯を検討されている、松尾教授も、日本側第九次案に対するプロブレム・シート第一〇問・修正(-)による勧告、及び日本側の受入れ経緯につき、「アメリカ側との協議会・

の掲載文献発刊前なので執筆当時としてはやむを得ないかもしれないが、安部論考は、同文献発刊後のものであって、しかも第4回協議会（同論考では「第4回会議」）にも言及しているながら、まったくブレイクモア＝アップルトン発言に触れないまま、同シートの意味が「取調べ拒否が身体拘束場所からの解放を意味するものではない旨」とまで断言されているのは理解に苦しむ<sup>193)</sup>。

また、これらの論稿の主張する同シートの認識は、立案担当者である宮下課長や團藤博士らの認識とも異なる<sup>194)</sup>。

---

の席上で」と言及するのみで、その協議会（第4回協議会）の詳細には触れられていない（松尾・前掲注81）64頁）。三井・前掲注6）126頁でも、「最後の詰めにおける日米間の協議において」と指摘するのみである。

193) 安部・前掲注80) 371頁では、さらに「少なくとも、修正前の第一〇問が『又逮捕されていないときには退出することができる』と規定し、これが修正(→)で『若し逮捕されていない場合には何時でも退去することができる』と改められたことに照らせば、法198条1項但書が取調べ受忍義務を課すための規定であると解することはできない。」と断言する。しかし、同シート第一〇問とその修正(→)との間におけるそのような些末な字句の違い（英文はいずれも「withdraw」で変更はない）がなぜ受忍義務否定の根拠となるのか理解できない（「退出」と「退去」との違いですら差を見い出すというなら、これらの語が元々「退席」の意であったことに着目して解釈論を展開されるべきである）。同シートの文言の当時の意味を探求しているのではなく、単なる自説の立場（弾劾的捜査観）からの法198条1項の解釈を示しているだけではないだろうか。

194) また、プロブレム・シートは日本側提案に対する疑問や修正勧告を示すものであることから、その意味は、当然、当時の日本側の改正案（第九次案）と併せて検討されるべきであろう。中園准教授は、同シート・第一〇問では「出頭を求め」とか「取調べ」という文言がないことから、反対解釈して「逮捕されている場合は、取調べ場所から退去することができない」と解釈することはできないとする（中園・前掲注97）108頁）。しかし、当時の第九次案は、前記のとおり、第七十二条で「被疑者を呼び出し、且つこれを取り調べるができる」となっている以上、これを踏まえれば、プロブレム・シート第一〇問は、逮捕されていない被疑者についてののみ取調べの場からの退去権を保障しようとしたものと解すべきであろう。また、日本側の案が一貫して捜査機関に被疑者を呼び出して取り調べる権限を認める内容であり続けたことなどから現行法の制定過程は出頭・滞留義務肯定説の論拠となるとする中山教授の見解を中園准教授は批判する（中園・前掲注97）109頁）。しかし、中園准教授は、プロブレム・シート第一〇問が、捜査機関に取調べ権を付与するとの日本側の案をすべて否定したと考えておられるようであるが、その理解は同シートの文言にも協議会における記録にも整合しない。

## ウ 刑訴法の英訳に着目した高内教授の見解

高内教授は、刑訴法制定直後に作成された英文訳のうち、法198条1項の捜査機関による出頭要求に関する規定部分が「may ask any criminal suspect to appear in there offices」との訳文となっており、法文にない「in there offices」（官公署に）が付加されていることに着目し、もし日本文にも「官公署に」との文言があれば在宅被疑者が警察署等へ出頭するというニュアンスがより鮮明になったはずであるとし、198条1項が、主として、在宅被疑者に対する警察署等への出頭要求に関する規定と考えるべきとする<sup>195)</sup>。

興味深い指摘ではあるが、逮捕・勾留中の被疑者も警察署・拘置所の居房から、例えば検察庁の取調室に出頭する場合もあるので、「官公署に」との文言はさほど決め手にはならないと思われる。そもそも、前記のとおり、法198条1項の解釈における田宮説を取り上げた際に指摘したとおり、同項を在宅被疑者の出頭要求の規定と考えることは法198条全体と整合性しない（高内説も微妙に「主として」在宅被疑者に対する規定と表現している。）。やはり、英文訳を考慮しても、法198条1項は受忍義務を肯定したものと解釈は動かないであろう<sup>196)</sup>。

なお、高内教授は、プロブレム・シート第一〇問において、退去権の例外として逮捕のこのみ挙げていたことから、米国側が勾留段階における取調べを念頭に置いていなかったからではないか旨指摘する<sup>197)</sup>。しかし、仮に一步譲って、同シートによる勧告の際に勾留のことまで念頭においていなかったとしても、既に述べたとおり、昭和23年5月16日の文書（「第五問、第

---

195) 高内①・前掲注120) 79頁。大野・前掲注14) 24頁同旨。

196) 高内教授も、田宮説が、198条1項が在宅被疑者に対する出頭要求の規定であることから受忍義務否定説を導くことに対し、但書きの文理等を指摘し、「なぜ、逮捕・勾留中の被疑者の受忍義務を否定することになるのか、はっきりしない」と指摘する（高内①・前掲注120) 80頁、81頁）。なお、高内説が、逮捕・勾留された被疑者には出頭権はないとの立論から、法198条1項の解釈論を展開されること（高内①・前掲注120) 81頁以下。大野・前掲注14) 25頁以下、安部・前掲注80) 374頁同旨）については、そもそも出頭権がないとの前提について賛同できないことは既に述べたとおりである。

197) 高内②・前掲注120) 461頁。安部・前掲注80) 372頁同旨。

一〇問及び第七六問に関する修正案（その三）」では、逮捕と並んで勾留のことが規定され、米国側の協議・了承も経ているのである。一部の文書の記載のみを取り上げ、米国側見解の全体を推論するようなことはすべきではないであろう<sup>198)</sup>。

## エ 立案経緯の検討上の留意点

立案経緯の検討方法とその結果を現行法の解釈論に反映する際の留意点について2つ述べておきたい。

第一点目は、制定過程における立案担当者の認識、理解及び見解は、解釈論に当たり参考とすべきことではあるが、それによって明文規定の文理解釈まで変更することはよほどの確かな根拠、つまり立案担当者の見解が明確に確定されることが必要であろう。

確かに、刑事訴訟法案第七次案において召喚規定の準用が削除されたことについては、その趣旨について明確にした資料に当たらず、推測を交えざるを得ないことから、川出教授のような見解（逮捕と取調べの関係を断ち切る趣旨であった）も成り立つ余地はあろう。しかし、他方で、私見で縷々明らかにしたとおり、そうでなく逮捕が勾引の代用として捜査のために被疑者の身柄を確保するための制度であると立案担当者が考えていたとの可能性も否定しれないはずである。

そうだとすれば、法198条1項の文理が、捜査機関による被疑者に対する出頭要求・取調権を付与しつつ（そのうち逮捕勾留されていない被疑者に対しては出頭拒否権・退去権を保障し）、逮捕勾留されている被疑者には出頭拒否権・退去権が認められないことを明文で規定している以上、推論を交え

---

198) 他方で、高内教授は、法198条1項但書きの例外の成案に「勾留」が加えられたことも念頭におき、本文で述べたことについては「以上は推測の域は出ないが、検討されるべき問題である。」とあくまで断定を避けて慎重な言い回しをされていたことは適切であったと思われる。前記第4回協議会のブレイクモア発言は、「強制の処分を受けた被疑者には出て行く権利はないということである。」と明言しており、当時から例外（退去権がないこと）につき「逮捕」に限定する趣旨ではなかったことが示されているからである。

ざるを得ない制定過程の検討結果を根拠に文理の存在を動かすことは適切ではなく、これを前提に逮捕と取調べの関係を考察すべきであろう。

第二点目は、制定過程を検討することは、現行法の立案担当者の認識や思考過程を明らかにするという事実認定の作業であるということである。決して当時の資料の記載を、その後に産み出された法理論の視点からそれと整合的に理解することを志向するものではない。それでは単なる検討者自身の法解釈を示すものに過ぎず、ここで行うべき作業ではない。例えば、プロブレム・シート等の文言について当時の認識・思考を解明するのではなく、弾劾的捜査観の視点からこれと整合するように意味付けするというのは適切ではない<sup>199)</sup>。

当時の立案担当者の認識、理解及び見解を知るには、立案当時の資料が基礎となるが、同資料や今回審議において明確となっていない事項ならば、直後に立案担当者がそれを明らかにした文献があれば当然にこれに依拠すべきであろう。その意味で、立案直後に執筆された宮下課長及び團藤博士の文献の見解こそが立案資料に次ぐ一級の資料である<sup>200)</sup>。立案作業に係わっていない者が二次資料を基に上記見解を否定するならば、宮下課長や團藤博士の見解が米国側の意図を誤解しあるいはその理解不足に基づくものである<sup>201)</sup>

199) 前記のとおり、政府委員による条文説明によれば「逮捕又は勾留されている場合を除いては」と明記している文言それ自体、さらには他の当時の資料も考慮すれば逮捕・勾留中の被疑者には受忍義務があることを前提にする趣旨と解するのが素直である。ところが受忍義務否定説の論者は、「立法当時の前述政府委員の説明によっても、身柄拘束中の被疑者の取調べ受忍義務の存在は明確とはいえない。」と強弁し、「むしろ、それは被疑者の自白を求める捜査方法の変換を前提にしているのであり、受忍義務を否定する方向で考えるべきものであろう。」(平賀陸夫「被疑者の取調べ受忍義務」西原春夫=渥美東洋編『刑事法学の新動向 下村泰正先生古稀祝賀』下巻・196頁(成文堂・1995年6月))などと自説の結論に沿うように解釈を付加してしまっている。

200) 立案担当者がどのような認識等であったかという事実認定の問題である。いわば、「事件現場に立ち会っていた目撃者」(立案に従事した宮下課長、團藤博士)の「事件直後の供述」(前記立案直後の文献)を採用しないで、現場に居なかった「伝聞供述者の供述」(二次文獻に基づく解釈・主張)の方を信用できるとして採用するというのは、よほどの具体的根拠がなければ、事実認定の手法としてはあり得ないことである。

201) 例えば、前記のとおり宮下課長の「任意取調べ」の用法について私見から具体的に反論したが、このように具体的な指摘をしてもらいたいということである。

など具体的にその根拠を示すべきである<sup>202)</sup>。

先行研究においては、米国・日本側の立案担当者の意思が受忍義務肯定・否定のどちらの見解であったかを認定するに当たり、全体的な流れ（日本側が当初はすべての被疑者に対する出頭要求・取調権を保障しようとしそれを米国側が規制をかけようとし、最終的には現行の法198条1項および但書きの線で合意したこと。事実認定における、いわば「動かしがたい事実」に相当する。）が十分に考慮に入れられず、根拠となる証拠資料の採否に問題点（立案当時の同時的な直接証拠〔ブレイクモア＝アップルトン発言等〕に言及しない）がある上、立案直後の直接証拠ともいうべき資料（團藤・宮下各論考）の記述の信用性の検討もしないまま特段の理由なくこれを採用せず、当時の一部文書における一言隻句のみを取り上げ、自説の結論（否定説）に沿うように強引に意味付けを行っているような印象を受ける。

---

202) 前記第4回協議会議事録におけるブレイクモア＝アップルトン発言について、先行研究が資料公開後も一切言及していないことから、ブレイクモア氏の日本語（「退席することができる」）の選択が適切でない、議事録の記載が正確ではないなど、私見が気付いていないところ、資料的価値としての問題点があるのかもしれない。

しかし、この第4回協議会議事録等については、2015年（平成27年）の公開前に、渡辺教授が、既に2003年に公開された論文の中で、伝聞法則との関係ではあるが詳細に言及されている（渡辺咲子「現行刑事訴訟法中の証拠法の制定過程と解釈—伝聞法則を中心として」河上和雄先生古稀祝賀論文集刊行会編『河上和雄先生古稀祝賀論文集』317頁以下（2003年11月））。しかし、これまで、同協議会議事録について資料的価値を問題視する指摘には接していない。

仮に百歩譲って、プロブレム・シートの文言単体だけでは、現在の視点からすれば明確ではないとの見方があったとしても、それは日米協議過程における一時的な文書に過ぎず、これだけをもって米国側の最終的な（全体的な）見解とするのは適切ではない。プロブレム・シートの文書を土台にさらに文書を修正しつつ日米協議が行われ、最終的に法198条1項及び但書きの線で日米が合意した事実こそ、立案者意思の基礎とされるべきである。

加えて、前記第4回協議会に立ち会って具体的発言もされている團藤博士が、執筆書籍で「逮捕されている被疑者は出頭を拒み、または出頭後退去することはできない」との理解を明確に示されているのである。ブレイクモア発言を受けた日本側出席者のプロブレム・シートの意味内容についても、もはや一義的に明確となっていると言わざるを得ないのではないかと。



## 6 受忍義務否定説による法198条1項但書きの解釈の検討

受忍義務の法的根拠や法198条の制定経緯などを検討してきたので、ここで否定説における法198条1項の解釈につきコメントしておく。否定説は、その理論に整合させるため、法198条1項但書きの解釈について苦労してきた。その解釈の問題点とともに言及すると、まず、①平野博士は、「出頭拒否・退去を認めることが、逮捕または勾留の効力自体を否定するものではない趣旨を、注意的明らかにしたにとどまる」<sup>203)</sup>としたが、仮に、同但書きが逮捕・勾留中の被疑者にも取調べ拒否権を付与する規定であるとしても、取調べ拒否権行使のために逮捕・勾留の効力が消失すると被疑者が拘禁施設の外に出られるなどと誤解する者は誰もいないのであって、そもそも「注意的明らかに」するまでもないことである<sup>204)</sup>。

また、②鈴木教授は、「逮捕・勾留されている場合については明文をおかず、解釈に委ねた趣旨に解すべきである」とする<sup>205)</sup>が、「解釈に委ねた」とするなら反対解釈するのが素直である<sup>206)</sup>。次に、③同条1項が在宅被疑者についての任意取調べの規定であるとする見解（田宮説）もあるが、その内容とその批判について既に述べたとおりである。

いずれにせよ、これらの否定説による但書きの解釈は、いずれも制定経緯（特に、ブレイクモア＝アップルトン発言）を無視したものであり<sup>207)</sup>、はっ

---

203) 平野全集・前掲注5) 106頁。

204) 三神正一郎「身柄拘束被疑者の受忍義務について」山梨学院大学法学論集65巻119頁（2010年3月）。また、寺崎・前掲注116) 179頁、中國・前掲注97) 106頁同旨。

205) 鈴木・前掲注6) 83頁。

206) 大野・前掲注14) 14頁、三神・前掲注204) 119頁、寺崎・前掲注116) 179頁、中國・前掲注97) 106頁。

207) その意味で、前記・安部論考が、立案経緯を縷々述べた後、平野説による法198条1項但書きの解釈について「このような経緯を踏まえれば、必ずしも無理な解釈とはいえない。」と擁護する（安部・前掲注80) 372頁）が、賛同できない。安部助教におかれては、第4回協議会議事録の記載をどのような意味だとお考えなのであろうか。

きりと自説が反制定法的解釈（変更解釈）であって、制定時の文理とは異なる解釈変更であることを自覚すべきであろう<sup>208)</sup>。もちろん、反制定法的解釈は、時代の変化による問題の顕在化や立法府による法改正が期待できない場合などには例外的に許されることもあろう。ところが、法198条1項本文及び但書きについての反制定法的解釈を正当化する唯一の論理面での理由であった黙秘権保障との整合性は、平成11年最高裁大法廷判決によりその論理が明確に否定された。

総括すると、受忍義務否定説は、①法198条1項の文理及びその制定経緯に反し、②前記最高裁判例及び受忍義務を認める累次の下級審裁判例（後記のとおり）に整合しないとともに、否定説が前提とする取調べ目的消極説についても、③起訴前勾留が捜査のために存在していること、軽罪の場合における検挙実務、逮捕・勾留の効力によって被疑者・被告人の捜査・公判への出頭を実現している実務を理論的で説明できない。以上から、否定説が学界における通説とされながら捜査実務に対する影響力がないのは、確かに、取調べの機能に対する捜査実務側との価値観の違いにもあるが、まずもって、論理面における同説の脆弱性にあり、それ故に裁判例にも反映されないこともまた現実ではないか。

## 7 受忍義務肯定の効果

### (1) 逮捕・勾留中の被疑者取調べの強制処分性

取調べ受忍義務肯定説に立ち、逮捕・勾留中の被疑者には取調べ受忍義務を課した取調べができる以上、逮捕・勾留中の取調べは、強制処分というほかはない<sup>209)</sup>。

208) 反制定法的解釈の意義とその問題点につき、笹倉秀夫「法解釈講義」23頁、24頁（東京大学出版会・2009年11月）。

209) 受忍義務肯定説のうち強制処分説に立つものとして、小林①・前掲注11) 12頁、林・前掲

これに対し、受忍義務肯定説の中には、「出頭及び滞留を義務的であるとしても、強制処分を利用した取調べであるが、取調べそのものを強制捜査と称するのは正確でない」<sup>210)</sup>、「被疑者に対し、捜査官の質問に対し答えるなど捜査に協力することを義務付けるものではなく、また、それを直接にも間接にも強制するものではないから、その性質上、任意捜査に属する。このことは、・・・被疑者の身柄が拘束されている場合でも同様である。」<sup>211)</sup>とする任意処分説もある。

任意処分説の考え方を敷衍するなら、援用説の思考方法を背後に持ち、受忍義務が逮捕・勾留の効力の現れであるとし、同義務をして取調べという捜査処分とは切り離すとともに<sup>212)</sup>、取調べの法的性質については、「黙秘権侵害の有無ないしその程度というファクターを基に論じ」<sup>213)</sup>これを侵害するものではないから任意処分であるとするのであろう。

しかし、援用説の神髄は、逮捕・勾留の目的たる身柄利用捜査（ここでは取調べ）のために逮捕・勾留の効力を援用し得るということにあり、両者を切り離すことはできない。したがって、取調べ受忍義務を課した取調べという処分について、狭く「供述獲得行為」にのみに矮小化することもできない。確かに、逮捕・勾留中の取調べでも、被疑者の積極的な求めに応じて取調べを行い、取調官において特にその意に反してまで取調べを続行するつもりがないなら、任意処分としての取調べとみてよい。しかし、そうではなく、受忍義務を課した取調べ、逮捕・勾留の効力を援用して被疑者の意思に反して

---

注90) 50頁、中谷雄二郎「別件逮捕・勾留一裁判の立場から」三井誠ら編「刑事手続 上」204頁（筑摩書房・1988年6月）。否定説の論者からも、受忍義務を肯定するならば当然強制処分であると指摘される（田宮・前掲注81）131頁、吉村・前掲注81）224頁、稲田・前掲注98）234頁、235頁、238頁、上口・前掲注81）108頁）。

210) 高田②・前掲注11）336頁。また、高田①・前掲注11）51頁。

211) 東條・前掲注16）85頁。また、青柳文雄『五訂 刑事訴訟法通論 上巻』357頁（立花書房・1976年2月）。

212) 他方で、高田卓爾教授は、逮捕・勾留も被疑者の取調べを目的とするものではない（高田②・前掲注11）335頁、349頁）との点から、任意処分説を説く。

213) 稲田・前掲注98）238頁が指摘するとおりである。

も取調べのため出頭させ取調べが終了するまで滞留させ得る取調べは、法的義務を課すという意味でも、また（下記のとおり）強制力を行使し得るという意味でも強制処分にほかならない。

## (2) 強制力行使の可否

既に述べたとおり、法198条1項本文の規定のみでは、被疑者に観念的な受忍義務を課したにとどまるが、新しい援用説の理論を採用し、逮捕・勾留中の被疑者について、身柄利用捜査たる取調べ実現のため逮捕・勾留の効力を援用できる以上、捜査機関による取調べ要求に対し被疑者が出房拒否あるいは取調べ開始後無断で取調室を退去しようとするれば、逮捕・勾留による連行におけるのと同様に、比例原則の下、必要かつ相当な強制力（有形力）を行使し得るのは当然である<sup>214)</sup>。

もちろん、実際に抵抗する被疑者を連行してきたところで取調べを実施しても被疑者の反感を買って供述は得られないかもしれない<sup>215)</sup>。しかし、被疑者の気持ちが落ち着き説得に応じる可能性はないわけではなく、取調べ実施・継続のための強制力の可否の議論が無意味というわけではない。

## 8 受忍義務の実質的根拠及び実質的意義

以上のとおり、取調べ受忍義務の実定法上の根拠（形式的根拠）について述べてきた。しかし、同義務否定説からは、しばしば肯定説に対し同義務の

---

214) 同様に一定程度の有形力を行使し得るとする見解として、吉田・前掲注16) 82頁、頃安・前掲注90) 462頁、河村・前掲注16) 168頁。また、裁判例として、前掲注110) 東京地決昭和59年6月22日参照。

215) ある検察実務家も「実際には、被疑者の意思に反して強制力を用いて被疑者を取調室に座らせておき、無理に尋問しても取調べの成果は期待できるものではありませんので、むしろ被疑者に対する説得をおこなってみて取調べに応じるようになってから取調べを開始しております」と述べている（米澤慶治「取調べの理論と実務—実務家の立場から」刑法雑誌27巻1号183頁（1986年2月））。また、米澤慶治「被疑者取調べ」判例タイムズ537号63頁（1984年12月）にも同旨の記述がある。

実質的根拠を明らかにしていない<sup>216)</sup>、あるいは黙秘権との関係でのその実質的意義（黙秘権保障のある被疑者に対しても課せられるこの義務の本質内容は何か）を明らかにしていない<sup>217)</sup>との批判がなされる。

確かに、肯定説においては、これらのことについて説かれることが少なかったことは否めない<sup>218)</sup>。そこで、私見（新たな取調べ受忍義務肯定説）における受忍義務の実質的根拠を明らかにしたのち、その実質的意義について明らかにしたい。

### (1) 実質的根拠

逮捕・勾留中の被疑者について取調べ受忍義務が発生する実質的根拠については、それが説得的と評価されるためには、少なくとも同義務が発生しない場合、すなわち在宅被疑者の取調べ、被告人の取調べ（起訴後の当該公訴事実についての取調べ）との区別を合理的に説明できるものでなければならない。

まずは、同義務発生的前提として、川出教授が指摘するとおり、起訴前の身柄拘束期間には、厳格な期間制限があり（法203条以下）、その限られた期間内に捜査を尽くして起訴・不起訴を決定しなければならないこと<sup>219)</sup>が挙

---

216) 大澤・前掲注3) 94頁は「肯定説は、専ら刑法198条1項ただし書の反対解釈という実証主義的形式論の依拠し、自らが主張する義務の実質的存在根拠を明らかにする努力を怠ってきた。」と指摘する。斎藤・前掲注26) 119頁は、この指摘は妥当なものとする。また、豊崎・前掲注7) 123頁も、肯定説について、「在宅被疑者には取調べ受忍義務がないというのであれば、ことさら逮捕・勾留中の被疑者に取調べ受忍義務が生ずることの、理論的、制度的な理由を説明する必要があるだろう。」と指摘する。

217) 稲田・前掲注98) 233頁も、「実際の争点とされてきたのは、取調べ受忍義務と黙秘権との関係性についてであって、本来かかる議論の前提とされるべき受忍義務とは何かという点については必ずしも明確に論じられてはこなかった」と指摘する。

218) もっとも、全くなかったわけではない。例えば、加藤教授は、受忍義務について、国民の国家機関の執行に対する「協力義務」があることを前提に、その逮捕・勾留を契機として生じるものと説いていた（加藤康榮「『取調べ受忍義務について』—『国民の義務』の視点からの受忍義務肯定説の再構成—」日本法學71巻2号115頁〔特に136頁〕（2005年10月））。

219) 法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」第1作業分科会（第8回）19頁（川出幹事発言）（2013年10月）。

げられる。前記のとおり、川出教授が呈示される見解は、逮捕・勾留の目的から取調べを除外する立場を採用するとの点では私見と異なるので、私見の立場から上記川出見解の表現を修正するならば、逮捕・勾留とは厳格な期間制限のある起訴前の身柄拘束期間内において捜査機関をして起訴・不起訴の決定がなし得るように身柄利用捜査を実施させるための制度であること、ということになる。このような期間制限は在宅事件にはなく、また起訴後は既に処分が決定済みである上その勾留は捜査のためのものではないので、いずれもその前提は妥当せず、逮捕・勾留中の被疑者のみ受忍義務が課されることの合理的根拠となり得る。

もちろん、このような起訴前の身柄拘束期間の存在だけで受忍義務を正当化できるものではない。終局処分を決するまでの限定された期間内に、いかなる身柄利用捜査の実現を被疑者の負担に優越するほどに重視するかは一義的に導かれるわけではないからである<sup>220)</sup>。

そうだとすると、次に、受忍義務の実質根拠として挙げるべきは取調べの必要性ということになる。佐藤判事が指摘するとおり、逮捕・勾留中の被疑者は、当該被疑事実について相当な嫌疑があることを令状審査等で認められた者であることから、「その嫌疑から生じている疑問に答えるようにとの説得を受ける義務を認めても不合理とはいえない」のである<sup>221)</sup>。逮捕・勾留中の被疑者については、逮捕・勾留の根拠となった被疑事実についての相当な嫌疑が認められる者であるから取調べの必要性が高いことが受忍義務発生の基礎にあるといえよう。これに対し、在宅事件は、未だ嫌疑について不十分か令状審査を受けていないという意味で捜査官の主観的嫌疑にとどまるのであって、取調べの必要性の程度についても逮捕による強制捜査移行後とは

---

220) 石田教授も、そのような国家側の事情（時間的制約の存在）が直ちに身柄拘束中の被疑者に在宅被疑者と異なる負担を課すことの正当化根拠となり得るか疑問があるとする（石田倫識「接見交通権と被疑者取調べ」季刊刑事弁護85号117頁（2016年1月））。斎藤・前掲注26）113頁も、この批判は妥当なものとする。

221) 佐藤文哉「被疑者取調べーコメント」三井誠ら編『刑事手続 上』196頁（筑摩書房・1988年6月）。頃安・前掲注90）457頁も、このような佐藤判事の見解を支持する。

差があるといわねばならない。また、起訴後は、既に処分が決定済みであることから強制的に取調べを行うまでの必要性が乏しいことは明らかである（もし、必要があれば、法197条1項に基づき任意取調べとして行うのが判例<sup>222)</sup>実務である。）。

さらに、許容性である。逮捕・勾留中の被疑者は、既に身柄拘束され全面的に人身・行動の自由の制約下であり、人身・行動の自由に基づく権利（後記のとおり身柄に関する意思決定の自由）を主張できない立場にある。そうだとすれば、その取調べの必要性が高いことにかんがみ、居房から取調室に出頭し、取調べの間そこに滞留する程度の不利益・負担を課しても合理的均衡を欠くとは言えず、受忍義務を課することを許容できる。

これに対し、在宅被疑者については、人身・行動の自由を完全に保障された立場であることから、法は明文でその人身・行動の自由が内包する自己決定権との性質を有する出頭拒否権・退去権を保障した。すなわち、在宅被疑者に自宅から警察署等の取調室に出頭することやそこに滞留するのを強要することはまさしく重要な権利利益の新たな侵害であり、それ自体で強制処分法定主義及び令状主義の統制に置かれるべきであるが、これに対し、身柄拘束中の被疑者が居房から取調室に出頭しそこに滞留することは、逮捕・勾留による自由の制限を超えるものではなく別個固有の法益侵害が生ずるものではないと解されるのである。取調べそのものによる負担・不利益は生じ得るが、それらが違法視されるべきかどうかは黙秘権保障の問題である。

次に、起訴後の被告人については、勾留中であれば人身・行動の自由の制限を受けていることは、起訴前と同様であり、確かにこの点については差異はない。しかし、被告人については、起訴後は、当事者たる地位を有するものであり、他方当事者の下に一方的に出頭する義務を認めることはその地位を害するものである。したがって、起訴前の逮捕・勾留中であっては前記のとおり被疑者は未だ身柄利用捜査の客体であるのに対し、起訴後の被告人にあ

---

222) 最決昭和36年11月21日刑集15巻10号1764頁。

っては当事者たる地位を考慮すると、起訴前におけるのと同様の受忍義務を課することは許容できないのである。

以上述べたとおり、受忍義務の実質的根拠については、起訴前の逮捕・勾留による身柄拘束の本質、すなわち厳格な期間制限内に捜査機関をして起訴・不起訴を決定するために身柄利用捜査を遂げるための処分であることにかんがみ（前提）、逮捕・勾留中の被疑者にはその客観的な嫌疑の存在から取調べの必要性が高い反面（必要性）、既に身柄利用捜査の客体として身柄拘束を受け人身・行動の自由が制約された地位にあること（許容性）から、取調べという身柄利用捜査の受忍義務が生じることが認められる、と説明できよう。

## (2) 実質的意義～黙秘権保障との関係

法は、憲法38条1項の黙秘権保障規定を受け、被疑者にも包括的黙秘権を保障した（法198条2項）にもかかわらず、他方で逮捕・勾留中の被疑者に取調べ受忍義務を課している。両者の関係、特に被疑者が包括的黙秘権を行使した場合でも受忍義務が存続すると解する余地があるのではあろうか。

上記のとおり、立案経過を検討しても法が在宅被疑者について出頭拒否権・退去権を保障した際、なぜ逮捕・勾留中の被疑者についてはその保障から除外したのか不明である<sup>223)</sup>。

立案経緯に手掛かりがないのであれば、類似制度（出廷義務）を考察しつつ、法が現在の逮捕・勾留中の取調べに期待する機能・役割を踏まえ、解釈によって受忍義務に実質的意義を付与するべきと思われる。

---

223) 前記のとおり、GSと日本側との第4回協議会において、ブレイクモア氏は「『撤回』の点であるが、ここは当然の例外を書かねばならない。」と「当然」としか言っていない。「逮捕されているから当然撤回（退去）できない」との説明のみを受け入れて思考を止めることは、結局は「受忍義務は逮捕の効果」という後記で詳論する非限定説の論理が蘇ってしまう。解釈で、実質的意味付けを行わねばならない。



## ア 公判への出廷義務

### (ア) 現行法の規定及び立法趣旨

刑訴法は、被告人に公判期日への出頭について権利であるとともに、原則として義務であるともしている（法286条）。この出廷義務には、公判中における在廷する義務を含む（法288条）。ただし、出廷義務については例外があり、法は、法人被告人の場合の代理人出頭（法283条）、一定金額以下の罰金等の軽微事件における出頭義務の免除及び代理人出頭許容（法284条）、拘留に当たる事件について判決宣告期日を除く裁量的出頭免除（法285条1項）、重大事件ではない事件について冒頭手続及び判決宣告期日を除く裁量的出頭免除（法285条2項）を規定する。法は、このように、原則として被告人に対し出廷・在廷義務を課しているながら、例外として軽微事件については全面免除、その他の場合には刑の重さに応じて裁量的免除する規定を設けつつ判決宣告期日についてはなお出廷義務を免除していない。

被告人の法廷出廷権保障は、その裁判を受ける権利（憲法32条）の一翼であって、適正手続の観点からの防御権保障、あるいは公正な裁判の実現のために必要であるなど幾重にも基礎付けることができる。しかし、他方で義務まで課するのはなぜか。刑訴法は、被告人に包括的黙秘権（法291条4項）を保障しているにもかかわらず、である。

通説は、出廷義務の発生根拠として公判期日は当事者の攻撃及び防御の場であって、①当事者の被告人自身を出廷させることこそその権利保護のために必要であると同時に②裁判所の審理を適正にするためにも役立つと考えられることの2点を挙げ<sup>224)</sup>、また②の点は、真実発見にも役立つからとも言え<sup>225)</sup>。

224) 河上和雄ら編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第二版〕』6巻23頁〔高橋省吾〕（青林書院・2011年3月）、条解刑訴・前掲注22）581頁、後藤昭ら編『新・コンメンタール 刑事訴訟法（第3版）』694頁〔伊藤博路〕（日本評論社・2018年7月）、伊丹俊彦ら編『逐条実務刑事訴訟法』611頁〔安永健次〕（立花書房・2018年11月）。

225) 平場安治ほか著『注解 刑事訴訟法 中巻 全訂新版』459頁〔高田卓爾〕（青林書院新社・1982年4月）、河上和雄ら編『注釈刑事訴訟法〔第三版〕』4巻123頁〔小林充＝川合昌幸〕（立

### (イ) 出廷義務の立案経緯

これに対し、旧刑訴法は、旧330条において、現286条とほぼ同様の原則的な出廷義務規定を置き、軽微事件について、旧331条において代理人出頭規定（ただし、裁判所が本人の出頭を命じることができるとの点で現行284条と異なる。）、旧367条において、軽微事件については陳述を聴かないで判決できるとの規定を置き、さらに、旧368条において、全ての事件について弁論終結後は被告人の出頭なしに判決を言い渡せる旨の規定を置いていた。新旧刑訴法はともに、原則的な出廷義務規定を置くが、旧法では、①軽微事件における被告人側の意思による不出廷許容の規定がないこと、②全事件における判決宣告期日における出廷義務規定がないこと（むしろ出廷なしに判決を言い渡せること）が大きな違いであった。

米国側と協議の土台となった改正刑訴法第九次案においては、ほぼ旧刑訴法に倣って、原則的な出廷義務規定である第二四九條（旧330条に相当）、代理人出頭規定である第二五〇條（旧331条に相当）、軽微事件におけるその陳述なしに判決できる旨の規定である第二九二條（旧367条に相当）、弁論終結後の出頭なしでの判決を言い渡せる規定である第二九三條（旧368条に相当）を置いていた<sup>226)</sup>。

結局、現行刑訴法の立案過程において前記①②の点で修正がなされたが、それらはいずれも米国側の勧告によるものである。すなわち、被告人の公判廷出廷に関しては、プロブレム・シート第二問<sup>227)</sup>で取り上げられている。関係箇所を抜粋引用すると

#### (問題)

如何なる場合に被告人は審理手続に出頭を要するものと為すべきであるか。

---

花書房・2012年8月)。もっとも、①の被告人の権利保護の点のみ挙げるものとして、小野清一郎ほか著『ポケット注釈全書 刑事訴訟法（下）〔新版〕』692頁〔横井大三〕（有斐閣・1986年6月）がある。

226) 刑事訴訟法制定資料全集（10）〔資料40〕・前掲注142）185頁、190頁。

227) 刑事訴訟法制定資料全集（11）〔資料40〕・前掲注150）184頁以下。

(理由) すべての審理手続並びにすべての犯罪につ〔い〕て、被告人出廷の問題を同一に規定しようとすることは明らかに不可能である。軽微な犯罪の場合には被告人には出頭の権利放棄を認むべきである。これに対して重い罪で訴追された被告人に対しては、彼が憲法に保障された権利を充分に行使し得るために、すべての手続に出頭することを要求しなければならない。

我々 G・S・は十分に討議した結果或る点で米國よりも厳格ではあるが、日本には適当と思われる左の基準を提案する。(中略)

とされ、「一般原則」として4点挙げ、その4点目と例外については以下のとおりとされている。

四、左の例外の場合を除き、被告人はすべての公判に出席せねばならぬ。

#### 例外

- A 被告人が五千円を超えざる罰金に該る罪で訴追されている場合には彼は如何なる公判の手続又は判決言渡手続にも出頭を要せず、且つ代理人によつても出頭するを要しない。
- B 被告人が三年を超えざる体刑に該る罪で訴追されて居る場合には、証拠調の手続には其の意思により欠席し得る。然し、公判の冒頭には出席せねばならぬし(改正案二四九、二五〇、二五一、二五二を改めよ)又判決言渡しにも出席せねばならぬ(改正案二九三を改めよ)。而して、裁判所は、被告人の権利保護のために重要と考へる場合には、何時でも被告人自身又は代理人の出頭を要求することができる。(これは五千円以下の罰金に該る罪の被告人には適用しない)(以下略)

ここでは、米國側は、いずれも改正法案になかった、軽微事件における被告人側の意思による不出廷許容等及び軽微事件を除く全事件について判決宣告期日における出廷義務の各規定を設けるよう求めている。このような米國側の勧告の背景には、被告人に原則として判決言渡しを含む全ての手続に出

頭を義務付け、軽微事件においては被告人の意思で出席なくとも審理等及び判決言渡しができるとする当時の米国連邦訴訟規則43条の規定があったことは、プロブレム・シート第二問の冒頭に、同条の規定が引用されていること<sup>228)</sup>からも明らかである。

そして、このプロブレム・シート第二問については、昭和23年4月16日の第3回改正協議会において取り上げられた。そこでは、被告人の原則的な出廷義務については日米ともに争いはなく、主として、軽微事件における被告人側の意思による不出頭許容等、軽微事件を除く全事件について判決宣告期日における出頭義務等について議論が闘わされた。

米国側は、当時の連邦刑事訴訟規則43条及び判例法理の見解に従い、プロブレム・シート第二問で指摘したとおり、被告人側の権利の視点から権利放棄論に立ち、公判期日に出廷する権利は重要であるので、「彼が憲法に保障

228) 前記プロブレム・シート第二問には、その冒頭に

「(参照) 米國聯邦刑事訴訟規則四三條 被告人は本規則に特別の定めがある場合を除き『アレイメント』及び『陪審構成、評決答申、判決言渡を含めたすべての審理手続』に出席して居なければならない。・・・(中略)・・・罰金若しくは一年以下の体刑又は此の両者を併科すべき罪の被告人に於いては、裁判所は、被告人が書面で承認する場合には、その出席がなくとも、アレイメント、答弁、審理及び判決言渡をすることができる。」

と当時の同規則43条の条文が引用され、さらに続いて、その注釈として

「(注) 一、アレイメント及びすべての審理手続に被告人の出頭を要件とする第一文はレーウイス対合衆國事件の判例の理論を法文化したものである。・・・(中略)・・・

三、第四文、即ち、被告人が書面で承認したときは裁判所は軽罪の事件に於いて被告人不出頭のみ、審理を為す裁量権を有するという原則は相当廣い地域を含む若干の州で現に行われて居るところを採用したものである。之等の州では、法廷に出頭することがかなりの旅行となり、軽罪が起訴され小額の罰金が科せられる場合にはその軽重と旅費その他の手数料が釣合のとれることとなる。

第四文の規則はかゝる場合に被告人の利益を顧慮するものであり、裁判所に対し軽罪事件について被告人の不出頭を許可する裁量権を認め、従って如何の罪のどの場合どの程度迄被告人の不出頭を許可するかについての裁量権を認めたものである。」

と記載されている。なお、この「注」は、規則制定諮問委員会注釈 (Advisory Committee Note) の1944年提案理由 (1944 Adoption) がその出典と思われ、引用されている「レーウイス対合衆國事件」とは、1892年ルイス判決 (Lewis v. U.S, 146 U.S. 370 (1892)) のことと思われる。同判決は、身柄拘束中の被告人が異議申立てをするまで陪審選任手続に法廷で立ち会えなかったことを理由に、原判決の有罪判決を破棄したものである。

された権利を充分に行行使し得るために」通常の事件については判決宣告を含めて放棄を許さないが、軽微事件にあつてはむしろ放棄の権利を認めるべきであるとの意見を述べ、これに対し、日本側は、裁判所の視点から、軽微事件であっても真相解明等のため審理には出頭させるべきであるとしつつ<sup>229)</sup>、本人が出廷しない場合にも判決を言い渡しが出来ないと裁判所にとって不都合であるとして、米国側の意見に反対している<sup>230)</sup>。

229) この第3回改正協議会の議事録（第三回ノ一）（刑事訴訟法制定資料全集（11）〔資料60〕・前掲注150）251頁以下）のうち「軽微事件」についての関連箇所（主として259頁以下）の抜粋は以下のとおりである。

〔本稿注・前記シート例外A、つまり軽微事件の不出廷の許容についての協議に入り）

ブレイクモア 私達は原則をいうのである。裁判所は無理に引く張る権限はないというのだ。

．．．

江橋 刑は刑だから被告人を矢張り厳粛な法廷に出すことがよい。放任主義のようなのは賛成できない。

．．．

鳥 然し小さい事件でも被告人が出て来ないと真相が判らぬことがある。

ブレイクモア 出て来なければ無罪の推定がある。

真野 被告人を調べて見たいことがある。

ブレイクモア 被告人にも権利を認めてはどうか。

真野 するとつまらぬ事件でも証人は必ず出て来なければならぬ。被告人は出なくてもよいというのでは不公平だ。

．．．

ブレイクモア 被告人の不出頭権は絶対である。』

以上のとおり、真野、鳥裁判官らは、裁判所の視点から、真相解明の必要性や証人との均衡から軽微事件でも被告人に出廷義務を課すべきであるとし（なお、このとき近藤弁護士が「まだ裁判官は糺問主義の頭が抜けないからだめだ」と揶揄するような発言をしている。）、これに対し、ブレイクモア氏が被告人の権利との視点から不出頭権（不出廷権）の保障を強硬に主張している。

230) この第3回改正協議会の議事録（第三回ノ二）（刑事訴訟法制定資料全集（11）〔資料61〕・前掲注150）262頁以下）のうち「判決言渡しにおける出頭義務」についての関連箇所の抜粋（主として263頁以下の木内検務長官とブレイクモア氏のやり取り）は以下のとおりである。

〔ブ氏 判決言渡しには立合〔会〕はねばならぬ。

木内 現行法でも改正案でも判決言渡しには立合〔会〕はなくてもよい事になって居る。それは本人の自由意思にまかせた方がよいと思うからである。どんな判決をされぬか判らぬと言う点は確に問題ではあるが、判決言渡期日は通知済であるから良いと思う。

．．．

木内 立会ってはいかんと言うのではない。立会う必要がないと言うのである。

ブ氏 私共の方では判決言渡期日には無理に引張っても立会はせねばいけないと言うのである。

しかし、両者の点についての米国側（特にブレイクモア氏）の意見は強硬であって<sup>231)</sup>、結局、米国側が押し切った形となり、軽微事件における不出頭許容の点は284条、重大犯罪ではない事件における裁量の出頭免除の点は285条1項と2項、軽微事件を除く全事件についての判決宣告期日における出廷義務の点は、285条1項第一文・同条2項第一文、286条にそれぞれ改正法案に盛り込まれ<sup>232)</sup>、そのまま修正なく国会でも成立し現行法となった。

なお、これらの被告人の出廷義務規定に関して、国会における政府側の条文説明は、条文の内容の説明の域を超えておらず<sup>233)</sup>、また、特に質疑もなされていないので、出廷義務の実質的理由は審議では明らかになっていない。

以上の立案経緯の検討から、被告人の出廷義務の実質的理由は、まずもって、米国側が重視していた被告人の権利保護にあるというべきであろう。もっとも、日本側にとっては、被告人の出廷が裁判所の視点から真相解明に資すると考えて立案したものであることも明らかである。そして、軽微事件と判決宣告期日の出廷の問題については米国側の意見が採用されたものの、原則論である一般事件の出廷義務については日米の議論の争点となっていないことから、日本側の考えも否定されたとまではいえない。したがって、出廷義務の実質的理由として、上記のとおり①被告人の権利保護のため、②裁判

木内 そう迄しなくてもよいではないか。立会はないと言うのであればそれでよいではないか。  
 プ氏 私達は反対だ。どうしても立会はねばならぬ。それは自分の権利を保護するのに必要ぢやないか。

木内 それは被告人の保護になるかも知れないが、裁判所には不便である。」

231) 前記議事録によると、ブレイクモア氏は、被告人の法廷出廷権について「根本的な権利は放棄できない。」旨強く主張し、マイヤース氏も同調して「根本的権利の放棄を認めるならば、憲法の必要がなくなるのではないか。此の種の権利は勝手に捨てることができるのではない。それは法的自殺である。自殺を止めるのが憲法である。」と発言している（刑事訴訟法制定資料全集（11）〔資料61〕・前掲注150）266頁、267頁）。

232) 「刑事訴訟法を改正する法律案（昭和23年5月24日）」（刑事訴訟法制定資料全集（12）〔資料185〕・前掲注54）389頁以下（特に431頁）参照。

233) 例えば、「衆議院司法委員会（昭和23年5月31日）一条文説明」における木内検務長官による説明（刑事訴訟法制定資料全集（13）〔資料3〕・前掲注55）44頁以下（特に62頁以下）、「参議院司法委員会（昭和23年6月23日）—逐条説明」における宮下課長による説明（刑事訴訟法制定資料全集（13）〔資料4〕・前掲注55）93頁以下（特に96頁以下）参照。

所の審理の適正（真実発見）のための2点を挙げる通説の見解が一応立案経緯の検討からも裏付けられる。

#### ウ) 出廷義務の実質的意義

しかし、包括的黙秘権を有する被告人の地位を考慮すると、果たして①その権利保護のため（重要性にかんがみ出廷権の放棄を許さない）、②裁判所の審理の適正（真実発見）のみで義務の発生根拠が説明尽くされているであろうか。①の視点でいえば、例えば、立案当時の米国連邦刑事訴訟規則43条の規定に倣って、裁判所が被告人の出廷権放棄の意思を書面で確認するとの手続で出廷を免除する法制が現在の我が国で採用できるであろうか。次に、②の視点であるが、被告人が予め出廷権を放棄し全ての防御権行使は弁護人に任せる旨意思を表明していた場合、確かに、出廷だけはさせておけば翻意して陳述し始める可能性は否定できないものの、包括的黙秘権がある以上、常時の出廷義務を課すほどの実益があるといえるか疑問もある。

やはり、出廷義務の意義としては、①②に加え、別の視点も必要というべきである。それは、被告人が「真実」と対峙する（向き合う）義務があることに求められよう。すなわち、現在の起訴に関する実務からすれば、公訴提起された被告人には高度の嫌疑が認められるのが通常であり、法廷ではその嫌疑が果たして真実かどうかを巡って証拠調べ等の実体形成がなされているのである。そのような場に、被告人の出廷・在廷がその自由意思に任されるというのでは、軽微事件でもない限り、到底国民の支持が得られないであろう。被告人は当事者であって、やむを得ない理由もないのにこのような裁判の「主役」である被告人不在のままで手続を進めることは、裁判に協力する証人、特に被害者、遺族にとっては耐えがたいと言わざるを得ない。被告人は、法廷に出廷し証拠調べによって形成されつつある「真実」から逃げ出すことは許されないのである（なお、「真実」というのは客観的真実ではなく、あくまで形成途中にある暫定的なものである。）。

現在の国民の司法に対する信頼確保のためにも、被告人の出廷義務は、前

記①②に加え、被告人には「真実（法的には『証拠調べによって形成されつつある暫定的な真実』）と向き合う義務」があることにも求めるべきであろう。

だからこそ、包括的黙秘権が保障された被告人にも出廷義務が課されていると解することができる。

### イ 受忍義務の実質的意義～取調室における「真実」と向き合う義務

取調室において、逮捕・勾留中の被疑者が「何もしゃべらない、取調べも拒否する」など包括的黙秘権を行使したり取調べ自体を拒否する場合、おそらく取調官は、被害者の取調べ等で得た事項や客観証拠を説明し、嫌疑に係わる疑問点を摘示しながら「事件と真摯に向き合いこのような疑問に答えて欲しい。」旨説得するであろう。最終的に供述するかどうかは被疑者自身の判断ではあるが、まずは証拠によって裏付けられ、自らに向けられた嫌疑から目を背けずに逃げずに対峙すること、その上で弁解できることがあれば述べて欲しいと説得するのである。取調官ならば以上のような経験は希有なことではなかろう。このような説得行為を適正に行うことは、被害者その他国民がまさに捜査機関に期待するところである。そして、取調べ録音・録画制度が導入され、取調べの適正に一層の意が払われるようになった後も、取調官ならば、録音・録画のカメラの向こうで国民、特に被害者・遺族が見ているとの気持ちで、追及すべきことは追及するとの姿勢で、被疑者から供述拒否・取調べ拒否の言動があっても上記のとおりの説得に努めるはずである。

したがって、取調室における被疑者においても、法廷の被告人とは意味合いは異なるが、やはり「真実」（正確には、そのときの「証拠関係」あるいは「嫌疑」である。）と向き合うべきであり<sup>234)</sup>、令状審査等で客観的な嫌疑がある

234) 「真実と向き合う義務がある」との取調官の言葉を聞いて、「そんな捜査機関（あるいは被害者）から見た一方的な『真実』などに付き合うつもりはない。」などと反発する被疑者もいるであろう。そのときには、取調官は、その言葉を受け入れ「その通りと思う。君から見た『真実』というもの必ずあるはずだ。是非それを聞かせて欲しい。きちんと裏付け捜査を行うから。」などと述べて説得すべきである。被疑者が翻意し弁解（被疑者から見た『真実』）を語り始めれば、的確にかつ誠実に裏付け捜査を行い、被疑者の信頼を得つつ真相解明に努めねばな



と認められた被疑者については、それが法的な義務に高められている、それが取調べ受忍義務であると解される。

故に、逮捕・勾留中の被疑者が、予め包括的黙秘権を行使する旨の表明があったとしても、取調べ受忍義務は失われるものではない。この義務と黙秘権との調整は、後記で述べる「新たな受忍義務肯定説」の判断枠組みの中で行われることになる。

もちろん、公判と取調べでは、目的（あるいは被告人質問と被疑者取調べの必要性の程度）、被告人・被疑者の地位や実施されるべきこと（被告人質問は法廷で行われるメニューのひとつに過ぎない。）が異なり、真実に「向き合う」ことの内容としてどの程度の尋問が許されるかなど、出廷義務と取調べ受忍義務とでは差があることはもちろんである。しかし、文理解釈及び立案経緯の検討から、解釈論としては受忍義務が認められることは明白である以上、私見は、これを前提にするならば、ここでいう「受忍義務」とは、黙秘権との相克との関係では、「真実と向き合う義務」という実質的意義を内包していると解すべき、というものである。

## 9 受忍義務の存在範囲

従来、取調べ受忍義務肯定説の中でも同義務の存在範囲について対立が存在していた。肯定説は、少なくとも逮捕・勾留中の被疑者について本罪（逮捕・勾留の基礎となった被疑事実）の取調べについて受忍義務を課すことを内容とするが、さらに余罪取調べの可否・限界の論点、すなわち本罪以外の余罪（逮捕・勾留の基礎となった被疑事実以外の犯罪事実）の取調べについても同義務を課すことができるかについて、非限定説と限定説が対立してい

---

らない。その意味で、この「真実と向き合う義務」という言葉は、被疑者と取調べ官のコミュニケーションツールのひとつなのである。それ故に、一部の被疑者からは「挑発的」と受け取られかねない（あるいは研究者からは「情緒的」「法的に不正確」との批判を受けるかもしれない）が、取調べ実務としては重要な機能を持つものであって、敢えて用いる所以である。

る。

### (1) 非限定説の検討

非限定説は、本罪・余罪を問わず取調べ受忍義務を課した取調べができるとし<sup>235)</sup>、以下の諸点を根拠として挙げる。

①受忍義務は、逮捕・勾留に伴い身柄が拘束されているという状態（被疑者の身柄拘束された地位）に着目して生ずるものであって特定の被疑事実ごとに発生するものではないこと<sup>236)</sup>、②法198条1項但書きの法文上「逮捕又は勾留」とあり特定の被疑事実に限定する文言がないこと<sup>237)</sup>、③法223条2項が、逮捕・勾留事実が想定できないいわゆる参考人取調べにも法198条1項但書きを準用していること<sup>238)</sup>、④（限定説の論理であるところの）被疑者取調べへの事件単位の原則の適用は、捜査の流動的かつ発展的な性格になじまないこと<sup>239)</sup>、あるいは取調べの性質上、本罪たる被疑事実のみに限られず間接事実や情状事実に及ばざるを得ないこと<sup>240)</sup>、⑤（限定説を採用す

235) 受忍義務肯定説・非限定説を採用する論考として、宮下・前掲注) 13頁、小野清一郎ほか著『ポケット注釈全書 刑事訴訟法(上) [新版]』439頁 [横井大三] (有斐閣・1986年1月)、吉田・前掲注16) 82頁、茂田忠良「起訴勾留された被告人の取調べ受忍義務—土田邸爆破等事件証拠採否決定を契機として—」警察学論集35巻4号48頁 (1982年4月)、東條・前掲注16) 85頁、中谷・前掲注209) 204頁、頃安・前掲注90) 460頁、河上和雄「余罪取調べの限界」松尾浩也ら編『刑事訴訟法の争点(新版)』65頁 (有斐閣・1991年6月)、加藤康榮「『別件逮捕・勾留論』の終結と適正捜査(三・完)—逮捕・勾留の目的の再検討—」日本法學74巻1号106頁 (2008年5月)、河村・前掲注16) 170頁。教科書としては、平場安治『改訂 刑事訴訟法講義』340頁 (有斐閣・1955年1月)、青柳・前掲注211) 356頁、土本・前掲注15) 133頁など。

非限定説を採用する裁判例として、東京高判昭和53年3月29日判例時報892号29頁など。

236) 茂田・前掲注235) 49頁、吉田・前掲注16) 82頁、東條・前掲注16) 85頁、中谷・前掲注209) 204頁、頃安・前掲注90) 460頁、土本・前掲注15) 133頁、河上・前掲注235) 65頁、前掲注235) 東京高判昭和53年3月29日。

237) 茂田・前掲注235) 50頁、吉田・前掲注16) 82頁、東條・前掲注16) 85頁、土本・前掲注15) 133頁、河村・前掲注16) 170頁。

238) 中谷・前掲注209) 204頁、頃安・前掲注90) 461頁、河上・前掲注235) 65頁、河村・前掲注16) 170頁、前掲注235) 東京高判昭和53年3月29日。

239) 中谷・前掲注209) 204頁。

240) 青柳・前掲注211) 356頁。

ると) 余罪取調べについて取調べ受忍義務がないことの告知が義務付けられるがそのような義務を課する法的根拠がないこと<sup>241)</sup>、などである。

以下、これらの根拠の当否を個別に検討する。

まず、根拠①たる受忍義務の発生根拠の点は、確かに、受忍義務の強制力は逮捕・勾留の効力から生ずるもの(その意味で逮捕・勾留されている状態に着目といっても誤りではないであろう)ではあるが、そもそも受忍義務という法的義務そのものは、当該事件(本罪)について相当な嫌疑が認められ逮捕・勾留が許容された被疑者だからこそ当該事件に関する取調べの必要性が高いことを基礎として法198条1項本文に基づき発生するものであった。かかる実質的根拠が妥当するのはあくまで本罪についてのみであって、逮捕・勾留されていない余罪についてまで同義務が発生するはずがなく、したがって、同義務の実現のために認められる逮捕・勾留の効力(強制力)も援用することができないと解さねばならない。限定説の根拠①は、受忍義務の法的根拠と強制力の法的根拠を混同していることに由来する誤った主張である。

そして、この根拠①たる受忍義務の発生根拠の点こそが、非限定説の中核的根拠、理論的理由である。ところが、受忍義務が逮捕・勾留による身柄拘束状態に着目して発生するものとの論理を貫くならば、別事件で身柄拘束状態である参考人取調べ及び起訴後の被告人の余罪取調べにおいても同義務が生じるというだけでなく(以上は非限定説が説くところである)、さらに起訴後の被告人の当該公訴事実の取調べにおいても被告人が勾留中であればやはり受忍義務が発生することになるはずである。しかし、このような解釈は、判例法理<sup>242)</sup>と整合しないし、非限定説の論者もそこまでは主張していない<sup>243)</sup>。つまり、非限定説は、根拠①を理論的に貫いておらず、その論理に

241) 加藤・前掲注235) 111頁。

242) 最決昭和36年11月21日刑集15巻10号1764頁。

243) 茂田・前掲注235) 44頁、東條・前掲注16) 86頁。いずれも、同じ身柄拘束状態にあるのに受忍義務が被疑者なら生じ被告人なら生じない理由として、根拠条文の違い(前者が法198条1項、後者が法197条1項)を挙げる。なぜ、被疑者と被告人では受忍義務の有無について違いが生じるのか、その理由の合理的な説明が求められるのに、形式的に条文を挙げるのでは説明になっていない。単に「身柄拘束状態に着目」だけでは受忍義務の発生根拠の説明とはなり

は重大な欠陥があるというべきであろう。

次に、根拠②の文理の点であるが、これは限定説でも「逮捕又は勾留」について当然「当該事件で逮捕又は逮捕」と読み込むことになるので、何ら決定的なものではない<sup>244)</sup>。

問題は、根拠③の参考人取調べについての法198条1項但書きの準用の点である。非限定説の見方は、「逮捕・勾留事実」が想定されない参考人等について同規定が準用されているので別事件で逮捕・勾留されている参考人にも受忍義務が発生し、したがって、被疑者にあっても当該事件で逮捕・勾留されているか否かに問わず受忍義務が発生する、と解しているようである。しかし、既に述べたとおり、受忍義務の根拠規定は法198条1項本文（取り調べる「ことができる」）であり法198条1項但書きではない。但書きを準用したからといって受忍義務が発生するわけではない。あくまで同但書きは、文理どおり、逮捕・勾留されていない被疑者について出頭拒否権・退去権を保障した規定（逮捕・勾留された被疑者との関係ではその保障の除外規定）なのである。

立案経緯を踏まえ、さらにこの但書きの準用の趣旨を詳論する。

まず、法223条1項も参考人等について必要があるときは取り調べる「ことができる」と規定するので、これだけでは参考人に受忍義務を課してしまうことになる。現に当時の日本側はそのような方針の下で改正法を立案していた<sup>245)</sup>。ところが、これは逮捕・勾留されていない被疑者と同様に不当な

得ないことを露呈している。

244) 三郷市外国人アパート放火事件・浦和地判平成2年10月12日判例時報1376号24頁（47頁）でも指摘されている。

245) 改正法案の立案担当者は、当初、捜査機関に、参考人等に対する強制処分権限をも付与する予定であった。例えば、刑事訴訟法改正案第一次案における法198条1項及び223条1項の前身となる規定は以下のとおりであった（井上正仁ら編著『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編(6)』〔資料1〕43頁（信山社・2013年8月））。

「捜一第十一條（新）

検事及び司法警察官は、捜査をするについて強制的処分を必要とするときは、左の処分をすることができる。

一、被疑者を召喚し、勾引し、勾留し、又は訊問すること

ことと言わざるを得ないので、前記のとおり、米国側は、前記プロブレム・シート第一〇問の「二」で、参考人等については任意の取調べしか許さない旨を勧告した<sup>246)</sup>。

任意取調べのみ許容すべきことは、身柄拘束中の参考人を除外することなく全ての参考人について妥当させることが日米共通の認識であったことは、立案資料（昭和23年5月13日付文書〔プロブレム・シート第五問等に関する修正案に関する文書〕）において、現行法の223条1項の前身となる規定について

第九十八條 檢察官、檢察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者以外の者の出頭を求め、これを取り調べ、又はこれに鑑定、通訳若しくは翻譯を囑託することができる。

何人も、檢察官、檢察事務官又は司法警察職員の前項の規定による取調べ又は囑託を拒むことができる。（下線部筆者）

との内容となっていること<sup>247)</sup>からも明らかである（取調べ等拒否権の主体について「何人も」とあるので、「別事件で逮捕・勾留中の参考人を除く」趣旨ではないことは明白である。）。

---

二、公訴の提起前に限り、證人を訊問し、押収、搜索若しくは檢證をし又は鑑定、通訳若しくは翻譯を命じること」（下線筆者）

そして、この考えは改正案九次案でも基本的に維持されており、同案における法223条1項の前身となる規定は以下のとおりである（刑事訴訟法制定資料全集（10）〔資料14〕・前掲注142）179頁）。

「第九十八條 檢察官、檢察事務官又は司法警察官吏は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、証人を尋問し、又は鑑定、通訳若しくは翻譯を命じることができる。（以下省略）」（下線筆者）

246) そこで、「司法官憲」でもない捜査機関に参考人等に対するこのような強制処分権を付すべきないとする米国側の考えを通告したのが、前記プロブレム・シート第一〇問（前掲注150）〔資料44〕203頁）であり、そこでは、前記のとおり、被疑者取調べのことに続いて「二、檢察官、司法警察職員は捜査すべき事件に関して知識を有する人に対し任意の出頭を求め問に答えて貰うことができる……」（下線筆者）とし、あくまで参考人等については任意取調べしか許さない旨勧告した。

247) 「第五問及び第七六問に関する修正案（その二）（昭和23年5月13日）」（刑事訴訟法制定資料全集（12）〔資料112〕・前掲注54）184頁）。

そこで、参考人等の取調べにあっても、法223条2項において、逮捕・勾留されていない被疑者と同様に出頭拒否権・退去権を保障すべく、これらの権利を保障した規定である法198条1項但書きを準用したに過ぎない<sup>248)</sup>。

以上のことは、以下の法223条の国会審議における条文説明からも一層明らかである。同条等についての政府側の条文説明（被疑者以外の取調（二二三、二二六、二二七））では、

本案においては、検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者以外の者の出頭を求め、これを取り調べ、又はこれに鑑定、通訳若しくは翻訳を囑託することができるのであるが、この場合これらの者は前述の被疑者の場合と同様に、出頭を拒み又は何時でも退去することができるものとした。これは憲法の精神に従ってこれらの者の人権を保護するために規定を設けたものである。（下線部筆者）

としている<sup>249)</sup>。すなわち、法223条2項が、法198条1項但書きを準用したのは、参考人等の取調べについても、「前述の被疑者の場合と同様に」つまり「逮捕・勾留されていない場合の被疑者」と同様に扱って出頭拒否権・退去権を保障するためであったことが明らかにされている。「逮捕・勾留されていない場合」の文言部分のみを取り上げて、「逮捕・勾留されている場合は別である(受忍義務がある)」などの反対解釈をする余地は全く存在しない。同文言を根拠に、非限定説の主張のように身柄拘束の参考人については受忍

---

248) そして、「第五問、第一〇問及び第七六問に関する修正案（その三）（昭和23年5月16日）」（刑事訴訟法制定資料全集（12）〔資料143〕・前掲注54）254頁）では、前記昭和23年5月13日付文書の下線部が「第七十二條第一項但書き及び第三項乃至第五項の規定は、前項の場合にこれを準用する。」に変更され、「第七十二條第一項但書き」（現行法の198条1項但書きに相当する）の準用形式が採用された。つまり、法198条1項但書き及びこれを準用する223条2項は、「逮捕・勾留されている場合」の被疑者以外の取調べはすべて任意取調べのみしか許さないとの米国側の勧告を具体化するため立法的に明記した規定なのである。同構造・同趣旨であるからこそ、223条2項が198条1項但書きを準用したとの思考が、以上のとおりの規定案の変遷から看取できる。

249) 「刑事訴訟法を改正する法律案に関する検務長官説明（昭和23年5月31日）」（刑事訴訟法制定資料全集（12）〔資料191〕・前掲注54）472頁）のうち223条の箇所（同484頁）参照。

義務があるなどと解釈するのは、文理に反する解釈であることはもちろん<sup>250)</sup>、立案経緯を無視するものである<sup>251)</sup>。

以上のとおり、法223条2項は、参考人等と逮捕・勾留されていない被疑者との共通性（ともに出頭拒否権・退去権が保障されるべき地位にあること）を基礎に置くからこそ法198条1項但書きの準用という立法技術を用いたのであった<sup>252)</sup>。非限定説が説く、この根拠③は、立案経緯の検討もしないで、

250) 参考人等については「(当該事件で) 逮捕・勾留されている場合」はそもそも考えられない(概念矛盾となってしまう)ので「反対解釈」などあり得ないとの説明もある(前掲注245)・浦和地判平成2年10月12日。また、同判決の裁判長であった木谷明「刑事裁判の心—事実認定の方策〔新版〕」68頁(法律文化社・2004年8月)は、このように説明して「参考人の場合には除外規定が適用される余地がなくなる」として、198条1項但書きの準用の意味は「この程度のことである」とする(植村一郎『骨太刑事訴訟法講義』110頁(法曹会・2017年10月)同旨)。このような説明も解釈論としては誤りではないが、立案経緯からすれば、本文で述べたとおり「『逮捕又は勾留されていない場合』(の被疑者との同様に)との趣旨で準用している」という積極的な意味(出頭拒否権・退去権を保障した)を持つものであったのであり、またこの説明の方が解釈論としても簡明ではなからうか。

251) なお、被疑者の余罪取調べについては受忍義務を否定しつつ、参考人等については法223条2項の準用規定を根拠に、受忍義務を肯定する見解もある(平良木登規男「別件逮捕・勾留」警察学論集53巻5号181頁(2000年5月))。同説は、根拠として、立法政策としては、裁判官に対する証人尋問の請求の規定を準用することも可能であったが、もともと身柄拘束されている者について、本人自身の刑事責任に結びつかないような事項について、出頭義務・滞留義務を便宜上拡張したとしても、法律上も事実上も不利益をうけることは考えられないからとする(同・196頁)。しかし、そもそも自らの被疑事実と関係のない事項の取調べのために意思に反して取調べを強いられることが「事実上の不利益もない」と評価されるのか、本来、裁判官による226条等の要件その他の審査による保障が受けられる地位なのに身柄拘束されていることによりその保障が一方的に奪われることがなぜ不当ではないのかなどの価値判断的な疑問がある。また、「立法政策云々」などいかにも立案経緯を敷衍したかのような理由を述べているところ、立法資料のどこに裏付けられているか、具体的な呈示が望まれる。

252) 法223条2項における法198条1項但書きの準用は、「立法の不備」(小林充「いわゆる別件逮捕・勾留の適否」新聞雅夫ほか著「増補 令状基本問題 上」218頁(一粒社・1996年6月)[=小林③という]などとも評価されるが、かかる評価は立案経緯及び法制実務を正解したものとはいえない。確かに、前掲注244)・浦和地判平成2年10月12日が指摘するとおり(判時1376号47頁)、法198条1項但書きを準用するのではなく、参考人等について別個に出頭拒否権等を規定する(まさに、前記昭和23年5月13日付文書中の規定案がそうであった。)のが「賢明であった」かもしれない。しかし、その後、非限定説が説くような誤った解釈が登場するとは当時の立案担当者の予想もつかなかったことであろうし、むしろ参考人等と逮捕・勾留されていない被疑者との共通性に着目して(これが米国側の勧告にも沿うものである)他の規定(3項ないし5項)とともに準用するという法形式を採用したこと(前記昭和23年5月16日付文書

法198条1項但書きを受忍義務発生の直接根拠規定である（「逮捕又は勾留されている場合を除いては」の除外文言から受忍義務が発生するとの理解）との従来からの誤った思いこみに基づき、準用の趣旨を歪曲するものというほかはない<sup>253,254</sup>。

次に、根拠④についてであるが、確かに被疑者取調べにあっては、狭く当該被疑事実に限らずその周辺事実あるいは他の犯罪事実（例えば同種事実）にも及ばざるを得ないものの、それはあくまで本罪の事件処理のために必要なことであって、余罪取調べではなく本罪の取調べとして当然行すべきと考えればよいことである<sup>255</sup>。すなわち、後記のとおり、限定説（事件単位説）を基本とし本罪と密接関連性のある余罪事実にも取調べ受忍義務が及ぶとする見解（いわゆる中間説）の論理を採用すれば足り、これをもって非限定説の積極的根拠となると評価できるものではない。

最後に、根拠⑤については、確かに余罪について取調べ受忍義務不存在の告知義務を課した明文の規定はないが、過去の取調べの経験等から余罪について取調べ受忍義務がないことを承知している被疑者であれば、当該告知をしなくてもよいものの、そうでなく法的知識が乏しい通常の被疑者に対して

以降の規定ぶり）は自然なことであり、これを責めることはできないであろう。

253) 逆に、受忍義務否定説が、全ての参考人等は強制的な取調べを受ける義務がないことを前提に、この参考人取調べの場合にも法198条1項但書きが準用されていることをもって、被疑者の場合も同様に全て強制的な取調べを受ける義務がないと解釈し、否定説の論拠の一つとしていること（平野概説・前掲注38）70頁）も誤りということになる。法223条1項における198条1項但書きの準用は、参考人等と逮捕・勾留されていない被疑者との同質性に着目したもの（逮捕・勾留中の被疑者は別扱いであること）だからである。また、身柄拘束中であっても全ての参考人には取調べ受忍義務がないと解すべきこと（ここまでは正しい）から、「受忍義務を前提とした場合の223条2項の合理的な説明は困難である」と説く（上口・前掲注81）108頁）のも、198条1項但書きが受忍義務の直接根拠規定であるとの誤った前提に基づくものである。

254) このように立案経緯を踏まえ法223条2項が法198条1項但書きを準用していることの趣旨（参考人等と逮捕・勾留されていない被疑者との同質性に着目したこと）を指摘すれば、およそ非限定説など存在し得なかつたはずである。しかし、同時にこの立案経緯は逮捕・勾留中の被疑者については別扱いをしていたことを示すので受忍義務肯定説の根拠のひとつともなる。それ故に、受忍義務否定説の論者は、この立案経緯に言及することを避けてきたのではなかろうか。

255) 狭山事件・最決昭和52年8月9日刑集31巻5号821頁参照。



は、同告知を行わなければ同義務が存在すると誤解に乗じて、事実上、違法に受忍義務を課した取調べを行ってしまうことになるので、上記告知義務はこのような違法事態を避けるために取調官が励行している行為規範に過ぎない<sup>256)</sup>。したがって、解釈論を左右するものではない。

以上述べたとおり、非限定説が挙げる根拠はいずれも理由として失当であり、同説は支持できない。

## (2) 限定説が支持されるべきこと

したがって、いわゆる余罪取調べについては、逮捕・勾留の基礎となった事実たる本罪の取調べについてのみ受忍義務が発生するという限定説（いわゆる事件単位説<sup>257)</sup>）が支持されるべきである。さらに細かく言えば、前記のとおり本罪と密接関連性のある余罪についての取調べについても受忍義務を課した取調べをなし得るとする中間説<sup>258)</sup>が取調べ実務の観点からも妥当であろう<sup>259)</sup>。

既に述べたとおり、このような限定説は、受忍義務の実質的根拠であるところの、逮捕・勾留中の被疑者にあってはその基礎となった被疑事実につき令状審査等によって嫌疑が認められた者であって同事実についての取調の必要性が高いことからの論理的帰結である。

限定説は、裁判実務家を中心として説かれた見解であるが、理論的に正当である上、しかも身柄拘束中の被疑者の余罪取調べ規制論の観点からみても、

---

256) 前掲注245) 浦和地判平成2年10月12日は、身柄拘束中の被疑者の余罪取調べに当たり、取調べ受忍義務がないことの告知義務を捜査機関に課しているが、本文で述べたような趣旨と解される。また、木谷・前掲注250) 69頁、70頁も参照。

257) 團藤・前掲注12) 366頁、高田①・前掲注11) 52頁、高田②・前掲注11) 336頁、柏木千秋『刑事訴訟法』56頁（1970年3月）。

258) 小林①・前掲注11) 12頁、15頁、小林③・前掲注252) 218頁、219頁、木谷・前掲注250) 64頁。なお、「中間説」の名称は、河村・前掲注16) 170頁に依拠したものであり、限定説と非限定説の中間にあるとの意味であるものの、あくまで限定説を基調とするものである。

259) 限定説ないし中間説を採用した裁判例として、富士高校放火事件・東京地決昭和49年12月9日判例タイムズ321号204頁、神戸まつり事件・神戸地決昭和56年3月10日判例タイムズ448号150頁、前掲注245)・浦和地判平成2年10月12日など。

取調べによる解明主題が余罪か否かで受忍義務を課した取調べの可否を論じることから基準も明快で取調官に対する行為規範としても優れている<sup>260)</sup>。

ところが、長らく捜査実務では非限定説の思考に則った取調べが行われ続けてきた。これは、主として検察実務家が非限定説を提唱していたこともあるが、加えて、限定説が学界からの支持が得られなかったことの影響もある。学界の通説である受忍義務否定説においては、限定説が被疑者取調べに事件単位の原則を妥当させているのは受忍義務を課した取調べが逮捕・勾留の効果であるとの論理を前提としており、したがって、限定説は取調べが逮捕・勾留の目的ではないことと整合しないと批判し続けた<sup>261)</sup>。受忍義務否定説は、取調べ目的消極説に拘泥するあまり、実務上、最も実効的な余罪取調べ規制論であるはずの限定説を背後から攻撃するとともに、逮捕・勾留と取調べの分離論を説くことにより、逮捕・勾留の効果である受忍義務をして取調べの必要性から切り離された独自の義務とする非限定説の論理（後記のとおり）を支え、結果的に非限定説による実務の延命に手を貸してきたわけである<sup>262)</sup>。

---

260) 取調べ受忍義務の議論を前提としないで、余罪取調べが実質的に令状主義を潜脱した場合には違法となる令状主義潜脱説もあるが（神戸まつり事件控訴審・大阪高判昭和59年4月19日高刑集37巻1号98頁、福岡高判昭和61年4月28日判例時報1201号3頁）、判断の基礎事情として余りにも多くの事情を取り込んでおり、事後的な裁判規範としてはともかく、捜査機関に対する行為規範としては機能しない（小林③・前掲注252）222頁、223頁、木谷・前掲注250）71頁、72頁）。

261) 例えば、逮捕は取調べのためではないとした上で「そうであれば、身柄拘束と取調べとは理論上完全に分離して扱うべきものであろう。事件単位の原則を取調べと結びつけるのは、現行法の理念上、根本的な疑問を残しているといわなければなるまい。」（田宮・前掲注81）136頁）などである。

262) 限定説は、有力な裁判実務家（小林充判事、木谷明判事）が提唱していたのであるから、ここに学界からの支持が加われば、同説による裁判例がもっと早期に主流となり、捜査実務に影響を及ぼしたであろう（昭和62年ころまでの裁判例を詳細に検討した論考（後藤昭「余罪取調べ」『捜査法の論理』189頁（岩波書店・2001年3月））によると、非限定説・限定説の両説（本稿にいう限定説を「強制・任意区別説」と呼称している。）の裁判例が拮抗しているとのことであった。）。結局、捜査実務における非限定説から限定説への運用の転換は、取調べの録音・録画制度の拡大を待たねばならなかった。

## 10 受忍義務の終期～新たな取調べ受忍義務肯定説

### (1) 新たな取調べ受忍義務肯定説

#### ア 概要

次に、受忍義務肯定説に立った場合、いつまで同義務が存続するのか。実は、一部の論考<sup>263)</sup>を除きほとんど議論されてこなかった問題である。

しかし、前記のとおり、法198条1項本文に基づく受忍義務は、取調べの必要性から切り離された逮捕・勾留の効力そのものではなく、あくまで逮捕・勾留中の被疑者にあつては逮捕・勾留事実について取調べの必要性が高いことにかんがみて認められたものである以上、取調事項が尽きるなどして必要性が乏しくなり被疑者が取調べ終了を望むならば、黙秘権保障の趣旨から、受忍義務を課した取調べは終了しなければならない。受忍義務履行のために逮捕・勾留の効力を援用できるが、取調べが終了すべきであれば、もはや受忍義務も終了し、逮捕・勾留の効力により取調室に強制的に滞留させることはできない。

同様に、被疑者が、包括的黙秘権を行使する旨表明する、あるいは以後の取調べを拒否する場合、取調官において相当な範囲内であれば説得はできるが、説得のための方策が尽き被疑者の翻意が客観的に期待できない状態になれば、当然、取調べも終了しなければならず、受忍義務も終了する。にもかかわらず、自白等の一定の供述獲得を目指して被疑者を取調室に滞留させ続ける<sup>264)</sup>のはもはや実質的には「取調べ」ではなく、「取調べ」に名を借りた

263) その意味で、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義』がその〔第3版〕149頁（東京大学出版会・2009年3月）から「取調べの場に滞留する義務があるといっても、限度はあろう。特に、被疑者が黙秘権を行使し、供述しないことを明らかにしているときは、その意思が変わらないか説得するための合理的な時間と回数を超えてまで滞留させることはできないであろう。」と論じていたことが改めて注目される。最新版（池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義〔第6版〕〕161頁（東京大学出版会・2018年3月）でもこの記述が維持されている。

264) 典型例は、質問・説得事項が尽きいわゆる「にらめっこ状態」になる、あるいは同じ質問

単なる黙秘権侵害行為である<sup>265)</sup>。

このように、受忍義務肯定説に立ったとしても、決して受忍義務は捜査官が望む限り継続するものではなく限界が有るのであって、取調べが客観的に終了すべきと判断されれば受忍義務も終了し、したがってまた逮捕・勾留の効力を援用して強制的に出頭・滞留義務を履行させることもできない、これが私見にいう「新たな受忍義務肯定説」である。

しかし、このような見解は、取調べの必要性がなくなれば取調べのための出頭・滞留義務(受忍義務)も終了すると説くに過ぎず、本来、自明のことであったはずである<sup>266)</sup>。ところが、捜査実務では、長きにわたり、被疑者が黙秘権を行使する(あるいは取調べを拒否する)旨を表明していても、否定説が厳しく批判してきたところである、「最大23日間の逮捕・勾留期間、連日、一日、長時間の取調べ<sup>267)</sup>」が可能であるとの考えが支配してきた。

その原因は、証拠収集における取調べ重視の思考があったことはもちろんであるが、それを理論面で支えたのは非限定説である。非限定説は、受忍義務をして取調べの必要性とは切り離された独自のもの、すなわち被疑者が逮捕・勾留されている状態に着目して同義務が生ずるものと位置付けるため、起訴前の身柄拘束が継続する間当然に同義務も継続すると考える。いわば「受忍義務の存続＝逮捕・勾留の効力の存続」と捉えるため、同義務には終期があるとの発想に至らなかったのである。そして、また、受忍義務が存続する以上、被疑者の拒否があっても取調べの続行が規範的に正当化され、その続

---

をただ繰り返し続けるなどである。被疑者をして精神的・肉体的に追い詰め(いわゆる「根負け」を目指す)一定の供述(自白等)を引きだそうとするものであり、黙秘権侵害行為と評価されてもやむを得ない。

265) 「[自白しなくてもよい。だが自白するまでは取調べは続ける]というのは、現実的な経験則によれば自白の強要である。」との後藤教授の指摘(後藤③・前掲注82)154頁)は全くその通りである。

266) 例えば、後藤教授は、刑訴訟法は必要があるときは一定の方法に従って、被疑者の取調べをしてもよいと定めているだけであって、必要がありさえすればいつでもいくらでも取り調べてもよいと保障しているわけではないのである旨的確に指摘していた(後藤①・前掲注8)30頁)。

267) このような取調べの実情を指摘するものとして、例えば、多田・前掲注7)203頁。

行だけではいつまでも黙秘権侵害とはならないと考えるのである。

前記のとおり、学界の主流（受忍義務否定説）も取調べ目的消極説に立ち、取調べと逮捕・勾留との関係を断ち切ることはばかりに終始したために、「仮に受忍義務肯定説に立ったとしても取調べの必要性がなくなれば受忍義務（及びその履行のために逮捕・勾留の効力を援用すること）も終了する」という当然の論理すら提起することができなかった。そこで、ただ「受忍義務肯定は黙秘権保障と整合しない」との観点に力点を置く批判を行い続け、前記平成11年大法廷判決によってその論理が否定されたにもかかわらずその姿勢は変わらなかった。

前記のとおり、同判例は、受忍義務を肯定することが「直ちに」被疑者の黙秘権侵害となるものではないと判示するものであって、決して「いつまでも」黙秘権侵害とならないとまで意味するものではない。そうだとすれば、その判示の趣旨は、取調べを終了すべきであるのに受忍義務を課し続ければ黙秘権侵害となり得るとする「新たな受忍義務肯定説」を排斥するものではないとの評価も可能なのである。

## イ 松尾説、新しい出頭・滞留義務説との比較

松尾教授は、身柄拘束中の被疑者について、黙秘権保障の趣旨から取調べに応じる義務はないとしつつ、法198条1項但書きの文理に従い出頭拒否・退去権を否定し、取調べのための取調室への出頭義務を認めた上で、取調べを拒む被疑者に対し、捜査機関が翻意のための説得はできるが、それが長時間にわたることが許されないとする<sup>268)</sup>。

私見（新たな受忍義務肯定説）も、逮捕勾留中の被疑者に出頭・滞留義務を認め、黙秘権を行使する又は取調べを拒否する被疑者について説得はできるがそれには限界はあるとする（限界を超えれば出頭・滞留義務も終了する）との点で松尾説と同様であり、松尾説が説くところの大概は正しいものがあ

---

268) 松尾・前掲注81) 67頁。渡辺修・前掲注37) 210頁、寺崎・前掲注116) 180頁もほぼ同旨（ただし、寺崎説は「黙秘権保障」という意味での「取調べ受忍義務の否定」であるとする）。

ったと評価している。

しかし、松尾説は、受忍義務否定説であることは固持し、取調べに応じるようにとの説得は、「取調べではない」と位置付ける。しかし、その説得は少なくとも取調室で行われれば「取調べ」に外ならない。取調べの録音・録画対象事件であれば、当然、捜査機関には法301条の2第4項に基づく録音・録画が義務付けられ<sup>269)</sup>、当該説得行為が適正なものであったかどうか事後的な検証対象とされねばならない。もはや「取調べ受忍義務否定説」の名称のために、同義務と出頭・滞留義務を区別する必要はないし、あえて区別して「取調べ」の対象範囲を限定し録音・録画義務の適用範囲を狭めるのも妥当ではない。

次に、川出教授は、既に言及したとおり、受忍義務肯定説に立脚する場合のその理論を説明するものとして、起訴前の身柄拘束には厳格な期間制限があり同期間に捜査を尽くして起訴・不起訴を決定しなければならないとの起訴前の身柄拘束期間の趣旨から、特別に出頭・滞留義務が認められたものとの見解を示した<sup>270)</sup>。

また、佐藤教授は、立案経緯の検討、平成11年大法廷判決等を踏まえ、前記川出見解による出頭・滞留義務肯定説を敷衍し、同義務を前提としつつ、被疑者が説明や弁解を拒んだ場合、捜査機関が一定程度の説得をなし得るにしても黙秘権の実質的な保障の観点から限界があると説く<sup>271)</sup> (なお、以上のような見解については「新しい出頭・滞留義務肯定説」とも呼称される<sup>272)</sup>)。

---

269) 実務でも、取調べのために被疑者が入室すれば、録音・録画を開始するのが通常であり、仮に被疑者が取調べを拒んだため取調官において説得を試みる場合でも、そのまま録音・録画を継続する。

270) 法制審議会特別部会第1作業分科会(第8回)・前掲注219) 19頁。もっとも、出頭・滞留義務の存続期間については、川出教授は「一定程度」と論じるのみであり、「どこで線を引くべきなのか」との井上分科会長の問題提起があるものの(同20頁、21頁)、分科会の議論はそれ以上深まっていない。

271) 佐藤・前掲注173) 352頁、353頁。

272) 斎藤・前掲注26) 111頁。

他方で、後藤貞人弁護士は、出頭義務と滞留義務を分離し、法198条1項但書きの解釈として、逮捕・勾留中の被疑者について出頭義務は認められるものの、「何時までも退去できない」と解する必然性はなく、包括的黙秘権を行使した場合には取調べは終了し退去することができる<sup>273)</sup>。

以上のような新たな出頭・滞留義務肯定説あるいは出頭義務肯定説（後藤説）は、受忍義務否定説とは異なり、条文の文言、平成11年大法院判決の判示とも矛盾しない上、かつ同義務の消長につき黙秘権保障との関係で考慮するとの思考方法を採用のものであり、私見（新たな受忍義務肯定説）との共通するところがある<sup>274)</sup>。

しかし、実務的には、被疑者が包括的黙秘権を行使した場合、どの程度説得が出来るのかとの点で差が生ずるであろう（つまり理論面での違いよりも法適用に違いが生じると思われる。）。佐藤説は、翻意のために働きかけが許される限度については在宅被疑者に対する場合と異ならないとし<sup>275)</sup>、後藤説は、前記のとおり包括的黙秘権を行使すれば直ちに取調べを終了すべきとする。しかし、佐藤説に従うと受忍義務を肯定した実質が失われるし、また黙秘権行使があっても真実と向き合う義務としての受忍義務がなお存続すると解すべきことは前記のとおりである。

したがって、次に問題になるのは、新たな受忍義務肯定説の下で、黙秘権を行使するあるいは取調べを拒否する被疑者に対しどの程度の説得が許されるのか、その許容限界の判断枠組みである。

---

273) 後藤貞人「被疑者及び参考人の取調べ—弁護の立場から」三井誠ら編『刑事手続の新展開上巻』326頁（成文堂・2017年9月）。

274) 三神・前掲注204) 123頁以下も、法198条1項但書きを素直に反対解釈して出頭・滞留義務を認めた上で、取調べの適正化を図っていくことの重要性を強調しているが、基本的には私見や新たな出頭・滞留義務肯定説と同じ方向性が看取できる。

275) 佐藤・前掲注173) 353頁。

## (2) 包括的黙秘権等との調整のための判断枠組み

### ア 対置利益としての「黙秘権保障に由来する取調べ拒否権」

受忍義務発生の根拠規定である法198条1項は、捜査機関の被疑者に対する出頭要求権・取調べの要件として「必要があるとき」としており、その文言は、法197条1項、218条1項等と同様に比例原則から「必要かつ相当」と理解されることになる。

そうだとすると、受忍義務の限界の判断枠組みの検討に当たり、まず捜査(取調べ)の必要性和対置されるべき被疑者側の権利・利益を確定しておかねばならない。在宅被疑者については、人身・行動の自由が完全に保障された地位にあることから、人身・行動の自由と一体化されるべき意思決定の自由との性質を有する出頭拒否権・退去権が保障されている(法198条1項但書き)。このような出頭拒否権・退去権は取調べとの関係で表現すれば取調べ拒否権ともいえる。

これに対し、逮捕・勾留中の被疑者については、人身・行動の自由と一体化されるべき取調べ拒否権がないことは明らかである。しかし、一切、あるいは継続して取調べ拒否権が存在しない、というわけではない。やはり、包括的黙秘権が保障されているからである。確かに、「包括的黙秘権=取調べ拒否権」と両者一体的に捉える平野博士の見解<sup>276)</sup>は平成11年大法廷判決で否定された。しかし、新たな受忍義務肯定説は、黙秘権を行使する被疑者に対し、翻意に向けての一定程度の説得が許されるとしても、黙秘権保障の趣旨からそれには限界があることを認める見解であり、そうだとすればこの限界を超える場合には、それまで受忍義務の下で潜在化していた取調べ拒否権が顕在化すると言わねばならない。すなわち逮捕・勾留中の被疑者が有するこの取調べ拒否権こそが、取調べの必要性和対置されるべき被疑者側の権利・

276) 前記のとおり、平野概説・前掲注38) 70頁は、「黙秘権とは、答えない権利であるだけでなく、強制的な取調べを受けない権利なのである。」としていた。



利益であって、黙秘権保障（憲法38条1項）の予防的機能を持ち<sup>277)</sup>、同保障に由来する（あるいは派生する）権利<sup>278)</sup>といってもよい。

## イ 在宅被疑者の取調べの限界に関する判断枠組み

このように逮捕・勾留中の被疑者も、性質が異なるものの在宅被疑者と同じく「取調べ拒否権」を持つことから、取調べの限界に関する判断枠組みも在宅被疑者のそれを参考にすることができよう。

最高裁は、既に在宅被疑者の任意取調べの限界については一般的判断枠組みを判示している。すなわち、高輪グリーンマンション事件・最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁において、「任意捜査においては、強制手段、すなわち、『個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段』（最高裁昭和五〇年（あ）第一四六号同五一年三月一六日第三小法廷決定・刑集三〇巻二号一八七頁参照）を用いることが許されないことはいうまでもないが、任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、右のような強制手段によることができないというだけでなく、さらに、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものと解すべきである。」（下線筆者）と判示した。

下線部の任意取調べの限界に関する判断枠組み部分は、比例原則を適用したものと解するのが有力である。ところが、この判例自身は、取調べの必要

---

277) 多田教授も、「取調べ拒否権は、黙秘権そのものの内容ではなく、黙秘権を実質的に保障するための予防的手段である」と説かれていたところである（多田・前掲注7）202頁）。

278) 高内教授も、「出頭拒否権・退去権は黙秘権から派生した権利」と位置付ける（高内寿夫「被疑者取調べの適法性について」『公判審理から見た捜査—予審的視点の再評価』278頁（成文堂・2016年2月）〔＝高内③という〕）。もっとも、高内説は、なお平野説を支持し、出頭拒否権・退去権の侵害はただちに被疑者の黙秘権の侵害であるとしている（同・293頁）。なお、高内教授は、受忍義務肯定説について、黙秘権と出頭拒否権・退去権（私見では、黙秘権保障に由来する取調べ拒否権ということになる。）とを区別することによってはじめて成立する考え方であると指摘されるが（同・298頁）、これは正鵠を得ている。

性と対置されるべき被疑者側の法益を明示していない<sup>279)</sup>。そこで、意思決定の自由にあつては侵害・制約の程度などは考え難いとの指摘もある<sup>280)</sup>。しかし、一定の外部的働きかけを一切排除するものではない<sup>281)</sup> (渋々嫌々ながら調べに応じる場合など<sup>282)</sup>)、一旦、取調べに応じたからといって取調べによる精神的、肉体的苦痛、疲労など<sup>283)</sup>を考慮すれば無条件に取調べ継続を許容してよいわけではない。そうすると、一応任意取調べであっても、取調べの必要性に対置されるべき被疑者側の権利の侵害のおそれがあり、その程度というものを観念できるので、多数説に従い、上記判示は比例原則による規律を示したものと解すべきである。

したがって、前記判例が示す判断枠組みは、在宅被疑者には、人身・行動の自由と一体化されるべき意思決定の自由たる取調べ拒否権が保障されている以上、取調べに当たって強制手段を用いて同権利を侵害することはできないが、強制手段を用いない場合でも、その取調べの実施や継続により精神的、肉体的苦痛、疲労などにより前記取調べ拒否権が侵害される危険もあることから、無制約ではなく、比例原則の下、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される」であると解される。

この昭和59年判例の判断枠組みは、在宅被疑者に対する徹夜の取調べの適

---

279) 高内③・前掲注278) 276頁も同様の指摘をする。

280) 酒巻匡「刑事訴訟法〔第2版〕」94頁、95頁(有斐閣・2020年7月)。

281) 金子准教授も、捜査機関側による被疑者側への働きかけという側面に着目するならば、一定の法益侵害、具体的には「取調べを受けるか否かの意思決定の自由の侵害の危険」というものを想定することは可能であろうとする(金子②・前掲注15) 48頁)。

282) 堀江慎司「宿泊を伴う取調べ」井上正仁ら編『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』17頁(有斐閣・2011年3月)。

283) 川出敏裕「任意捜査の限界」小林充先生・佐藤文哉先生 古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生 佐藤文哉先生 古稀祝賀刑事裁判論集 下巻』37頁(判例タイムズ社・2006年3月)、宇藤崇＝松田岳士＝堀江慎司『刑事訴訟法〔2版〕』108頁(堀江慎司)(有斐閣・2018年2月)。ただし、取調べによって生ずる、裸の被疑者の不利益・負担というものをそのまま対置利益の侵害とすることは適切ではないであろう。被疑者が同意しておればその効果が当然に及び、法益侵害とは観念できないからである(堀江・前掲注282) 17頁、金子②・前掲注15) 48頁)。やはり、その不利益・負担が、対置利益たる取調べ拒否権を危殆化させると捉えるべきである。

否が問題となった平塚ウェイトレス殺し事件・最決平成元年7月4日刑集43巻7号581頁でも踏襲されており、判例法理として確立している。

なお、同判例法理は、下級審裁判例においては、純粋な在宅被疑者の取調べの事案だけでなく、当該事件で逮捕・勾留されておらず取調べ受忍義務を課した取調べを行い得ないという意味では同じくする、起訴勾留中の被告人に対する余罪取調べの適否が問題なった事案でも採用されているところである<sup>284)</sup>。

したがって、この昭和59年判例の判断枠組みは、実務上、任意同行における有形力行使や宿泊を伴うなどの継続的監視の事案に限らず、取調べ拒否権を対置利益とする任意捜査としての取調べの事案一般に射程が及ぶといつてよい。

#### ウ 逮捕・勾留中の被疑者取調べの限界に関する判断枠組み

逮捕・勾留中の被疑者の取調べにあつては、取調べ受忍義務を課した取調べが可能で有り、その意味でその取調べは強制処分の性質を持つ。しかし、その限界論に関し、前記のとおり、対置利益が一方は取調べの必要性であり、他方が取調べ拒否権であることは共通するので、任意取調べに関する昭和59年判例の判示が参考となる。強制処分・任意処分の区別は、強制処分法定主義及び令状主義による統制の観点では全く異なるものであるが、比例原則規律にあつては連続性を認めることは何ら不自然ではない。在宅被疑者の取調べと比較しての対置利益の違い、すなわち必要性にあつては、令状審査等によって嫌疑が客観的に認められ高度な必要性があること、次に被侵害法益としては、人身・行動の自由と一体化される取調べ拒否権ではなく黙秘権保障に由来する取調べ拒否権であることなどに留意すればよい。

逮捕・勾留中の被疑者の取調べにあつては、まず、直ちに黙秘権侵害とな

---

284) 佐賀地決平成16年9月16日判例時報1947号3頁(①)、神戸地裁姫路支判平成21年3月17日 LLL/DB L06450175、今市事件・東京高判平成30年8月3日判例時報2389号3頁。

る行為は許されないこと<sup>285)</sup>はもちろんであるが、そうでなくても、取調べの継続によって精神的圧迫、肉体的苦痛、疲労などにより黙秘権保障に由来する取調べ拒否権が侵害される危険があることから無制約ではなく、比例原則の下、「事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される」ことになる。

以上のとおりの黙秘権保障に由来する取調べ拒否権の危険が想定される場合に、その適法性判断枠組みとして、相当性規律ないし利益衡量論を用いることについて批判もあろう<sup>286)</sup>。しかし、取調べを拒否する被疑者に対しても相当程度説得が許されることは事実上否定できないし、理論的にも対置される権利が黙秘権そのものではなくその保障に由来する取調べ拒否権であることからなおさら捜査の必要性との合理的調整を行うことは可能であること<sup>287)</sup>、また、任意取調べにおいて昭和59年判例の判断枠組みが確立していることとから、逮捕・勾留中の被疑者取調べであっても相当性の判断枠組みを使うことが実務の自然な流れとなろう。

判断事情を考察するに、まず、「事案の性質」は、任意取調べと同様に、事案の重大性などが挙げられる。

次に、「被疑者に対する容疑の程度」は、既に被疑者には令状審査等により相当な嫌疑が認められていることを考慮すれば、むしろ、「被疑者に対する証拠収集の状況」とした方が適切かもしれない。被疑者の供述がなくとも相当程度事案の真相が解明できているならば取調べの必要性は低減する。より重要な事情は、収集された証拠に基づく嫌疑から生じる疑問点などの取調

---

285) 例えば、取調官が「君が自白しない限り取調べは終わらない。」などの言動をすれば、それが取調べの冒頭になされたものであっても直ちに黙秘権侵害と評価されよう。

286) 高内③・前掲注278) 291頁は、昭和59年判例について、このように批判して、適法性判断は捜査機関に黙秘権侵害行為があったか否かのみを判断基準とし、被疑者に対する嫌疑の程度や取調べの必要性などの事情は考慮すべきではないと主張されている。

287) 弁護士依頼権(憲法34条)そのものではなくその保障に由来する接見交通権にあっては被疑者取調べ等の捜査の必要性と合理的調整が図られるべきことは確立した判例法理(最大判平成11年3月24日民集53巻3号514頁等)である。

事項の有無、その重要性の程度であろう。それは、黙秘権を行使する又は取調べを拒否する被疑者に対しては、その翻意を促す説得材料ともなるからである。

「被疑者の態度」とは、言うまでもなく取調べに対する被疑者の協力の態度である。被疑者から包括的な黙秘権行使、明確な取調べ拒否の意思表示があった場合には、取調官としては、前記説得材料となるべき証拠関係及びそこから生じる疑問等の呈示などを行い得るもののそれが尽き<sup>288)</sup>、それでも翻意の態度が示されなかった場合には、客観的には翻意の可能性がないと判断され<sup>289)</sup>、取調べは終了せざるを得ないであろう。

「諸般の事情」には、その他被疑者の年齢や健康状態などの本人属性、さらには当然取調べの時間（一日の取調時間と累積する取調時間の双方が考慮されよう）などが挙げられる。しかし、事案や証拠収集状況が異なる以上、一定の数値をもって限界を示すことは難しい。もっとも、一般論として、逮捕・勾留中の被疑者については、令状審査等によって嫌疑が客観的に認められ高度な必要性があること、被侵害法益は、人身・行動の自由と一体化される取調べ拒否権ではなく黙秘権保障に由来する取調べ拒否権であることからすれば、受忍義務の課せられない、在宅被疑者の取調べや起訴後の被告人の余罪取調べの場合に比して、より長時間の説得活動をなし得ると考えられる<sup>290)</sup>。

結局は、逮捕・勾留中の取調べの限界は、対置利益に留意しつつ当該事案

---

288) 取調事項や説得材料は日々の証拠収集の結果によって変動する。仮に、いったんは取調事項が尽きたとしても、新証拠発見により再度取調べを行って説得することは当然許されよう。

289) もちろん、尋問事項が尽きているかどうか、翻意の可能性の有無等の判断は、捜査状況に精通した取調官にある程度委ねざるを得ないが、決して全くの裁量に委ねられるのではなく、上記判断枠組みの下、事後的な司法審査の対象となる。

290) 前掲注284)・今市事件・東京高判平成30年8月3日は、起訴後の余罪取調べの事案において、被告人が黙秘権を行使したいと述べ、取調べに応じる意思がないことを明らかにしたにもかかわらず、取調官が、それを意に介せず、30分以上にわたり、供述することを執拗に求めているなどを指摘し、取調べが違法であると判示した。しかし、逮捕・勾留中の被疑者にあっては、この「30分」という時間がそのままひとつのメルクマールになるとはとは解されない。

における上記基礎事情を考慮しながら、社会通念上相当と認められる方法、態様及び限度かどうかで決せられることとなる。確かに、「社会通念上相当」の基準はあいまいであり、不適切な取調べの抑止の観点から実効性はないのではないかとの批判も予想される。しかし、かつてとは異なり、後記のとおり取調べの録音・録画制度が拡大している状況下では、録音・録画 DVD を判断資料とすることにより事後的な司法審査が的確になし得ると考える。

国賠事件であるが、殺人被疑事件で出房拒否などをしていた逮捕・勾留中の被疑者取調べの適法性が争われた事案で、京都地裁は、「憲法38条1項は、被疑者に黙秘権を保障しており、当該黙秘権を侵害する方法ないし態様での取調べが許されないのは当然であるから、取調べに応じない態度を示している被疑者に対して取調べに応じるよう説得するに当たっても、その説得が、社会通念上相当と認められる説得の範囲を逸脱し、被疑者の黙秘権を侵害するような方法ないし態様で行われたものといえる場合には、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものと解するのが相当である。」(下線部筆者)と判示<sup>291)</sup>、その控訴審も「被疑者の取調べに当たり真実の供述を得るには、捜査官が被疑者に対して説得を行うことも必要であるから、このような場合における捜査官の被疑者に対する発言は、捜査権の行使として社会通念上相当と認められる範囲を逸脱するものと認められない限り、違法の評価を受けるものではないというべきである。」(下線部筆者)と判示した<sup>292)</sup>。このようにいずれも取調べの適否に関し、「社会通念上相当かどうか」との基準を採用しているが、国家賠償法だけでなく刑訴法上の解釈でも同様に妥当しよう。

---

291) 京都地判令和元年9月25日判例時報2456号55頁。

292) 大阪高判令和2年6月11日判例時報2456号53頁。なお、同じく国賠事件で、黙秘権を行使する被疑者の取調べに当たり、警察官がどの程度説得できるかについて、相当性の規律を及ぼすかのような判示をした近時の裁判例として熊本地判令和3年3月3日判例時報2504号113頁。

## 11 おわりに～録音・録画制度下における被疑者取調べの適正化

### (1) 取調べ適正化に向けての留意点

既に述べてきたとおり、受忍義務否定説は、条文の文理及び立案経緯、判例、並びに逮捕・勾留の実務のいずれとも整合しないなど理論面の脆弱性から、これまで捜査実務に対する影響力は無かったし、今後も同様であろう。

結局、取調べ実務を現実大きく改善するのに貢献したのは「取調べ可視化論」でありその具体的方策である取調べの録音・録画の導入であった。

検察における逮捕・勾留中の被疑者取調べの録音・録画は、平成18年8月からその試行が開始し、その後その試行対象がいわゆる4類型<sup>293)</sup>にまで順次拡大したほか、現場の取調べ官の裁量で4類型に限らず、また平成28年改正刑法で義務付けられた範囲を超えて、録音・録画が実施され、現在においては、検察にあっては、身柄事件のほぼ全事件についてその大半について全過程の録音・録画が行われている<sup>294)</sup>。

録音・録画制度の下であってもさらに被疑者取調べの適正化を一層進める必要があると学説が説くならば、前記で述べた一部学説が志向するように、法198条1項の文理に従い、取調べのための出頭義務等が認められていると

---

293) ①裁判員裁判対象事件、②知的障害を有する被疑者で、言語によるコミュニケーションの能力に問題のある者、又は取調べ官に対する迎合性や被誘導性が高いと認められる者に係る事件、③精神の障害等により責任能力の減退・喪失が疑われる被疑者に係る事件、④独自捜査事件であって、当該事件について検察官が被疑者を逮捕した事件（平成26年6月16日付け次長検事「取調べの録音・録画の実施等について（依命通知）」「法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会第28回会議配布資料68（<https://www.moj.go.jp/content/000124480.pdf> 最終閲覧日2021年12月4日））。

294) 最高検察庁のホームページによると、その現況は、令和2年度の身柄事件数103、383件のうち録音・録画実施件数は96、840件（全体の93.4パーセント）、平成31年度・令和元年では被疑者取調べを行った身柄事件数の総数98、745件のうち全過程の録音・録画が行われた件数は89、750件（全体の90.9パーセント）である（<http://www.kensatsu.go.jp/content/001311860.pdf> 最終閲覧日2021年12月4日）。

の現実を直視し、その上で、そこで行われる説得活動を含む取調べが適正ならしめるための実効的な方策は何かを提言することであろう<sup>295)</sup>。

例えば、公判における出廷義務を課すことが包括的黙秘権保障と矛盾しないとはいえるが、果たして逮捕・勾留中の取調べについてまでそう言えるのか、法廷とは強制的な雰囲気、手続保障からやはり差があり、どうすれば法廷に準じた供述の任意性を確保できるのか、あるいは黙秘権・取調べ拒否権を行使した場合の説得活動の限界の判断権を取調官のみに付与して良いのか、録音・録画による事後的検証で充分なのかなどの問題を提起することなどが考えられる<sup>296)</sup>。もはや受忍義務否定説に拘泥すべきではないであろう<sup>297)</sup>。

## (2) 捜査機関側の留意点

本稿では、検察実務家の論考で説かれている受忍義務肯定説・非限定説を厳しく批判した。ここで告白しておく、筆者も元検察官であり、約25年間の検察在職中の大半の時期は非限定説に従い、自らの取調べを行ってきた。したがって、本稿で説く新しい受忍義務肯定説は、ある意味「変節」であり、かつての先輩・同僚からは批判を頂くことになるかもしれない。

しかし、受忍義務肯定説・非限定説は、対立学説である受忍義務否定説の理論面の脆弱性に慢心し、いわゆる「自白強要」「不適切な取調べ」などの

---

295) 寺崎・前掲注116) 180頁、181頁は、否定説における、解釈論に名を借りた運動論の主唱者を批判し、本文で述べたような方向性を示していた。また既に、三井教授は、1986年の時点で、受忍義務否定説に対し、「包括的黙秘権の保障はどのようにして実効化できるのかの積極的提言が乏しかった」と指摘し、取調べの適正化の現実的方策として、弁護人立会い及び接見の運用の改革、ビデオや録音テープによる取調べ過程の可視化を提言していたのであり(三井・前掲注82) 176頁から179頁)、先見の明があったといえよう。

296) 例えば、辻本教授は、自身の見解としては受忍義務否定説に立ちながらも、同義務を肯定する考え方が成り立たないわけではないと指摘し、ひとまずは、取調べの可視化を前提とした取調べの適正化の方策にこそ目を向けるべきとする(辻本典典『刑事訴訟法』83頁(成文堂・2021年9月))。

297) 解釈論として受忍義務否定説に固執しても捜査実務からは「条文文言及び判例に整合しない」と反論されて終わってしまう。むしろ、本稿の冒頭で述べたとおり、同説に固執することでかえって、捜査機関側との議論の共通基盤が失われ、改善のための議論にすら入れないのではないか(結局は現状維持の状態が継続することになる。)ということが危惧される。



取調べ実務に対する批判に対し、論考で「取調べは適正に行っている」旨抽象的に反論するのみで真摯に向き合っていなかったと評価されてもやむを得ない<sup>298)</sup>。そして、志布志事件、氷見事件、大阪特捜事件などで批判を受け、国民からの信頼回復のため、当初強く反対していた取調べの録音・録画を導入せざるを得なくなった。

この録音・録画制度の下では、黙秘権を行使するあるいは取調べ拒否している被疑者に対し、延々と「説得」の名の下で「最大23日間の逮捕・勾留期間、連日、一日、長時間の取調べ」なるものが行われそれがDVDに記録され、裁判官や裁判員に露わになれば、到底、適正なものとは評価されるはずがない<sup>299)</sup>。録音・録画制度の下、広く取調べに対する国民の理解・支持を得るためには、もはや非限定説とは決別しなければならない<sup>300)</sup>。現在の取調べ実務としても、例えば逮捕・勾留中の被疑者に対し本罪とは関係のない余罪取調べを行う際には、冒頭に受忍義務がないことの告知しその場面も録音・録画しておく例も増え、限定説に基づく運用が浸透しつつあると思われ

---

298) 確かに被疑者取調べが重要であり、また多くの取調官が「被疑者との信頼関係構築の下で良心に訴えかける取調べ」を志向していたことも否定しない。しかし、すべての取調べがそうであったとはいえないこともまた現実であった。捜査機関としては、このような不適切な取調べを防止するための、組織的、実効的な方策で、かつ対外的な検証・評価にも耐え得るものを導入するという姿勢が不十分であったように思われる。

299) 筆者が、このような疑問を持ったのは、裁判員裁判の実施が始まって間もない頃、会合の際に、刑事弁護を熱心に行っている懇意の弁護士と録音・録画が本格化した後の未来を議論していた際に、同弁護士から指摘を受けたことが契機である（なお、後に、後藤貞人弁護士が、同趣旨のこと、すなわち裁判員、裁判官がリアルな映像を目の当たりにして、「黙秘権を行使することを明言している被疑者に対して、延々と黙秘権を放棄するよう説得する状況を目の当たりにして、それでも異常と感じないことはあり得ない。」旨指摘する論文に接した（後藤貞人・前掲注273）325頁）。その当時は、筆者自身は決裁官となり自ら取調べを行うことはなくなっていたが、録音・録画制度が拡大して行くに従い、抱いたその疑問はその後確信に変わり、検事退職後、その見解を理論面での整序をしたのが本稿である。

300) 本来は、取調べ受忍義務の存在範囲における解釈が、録音・録画制度の導入によって変わるものではない。筆者が、現職時代に自ら取調べを行っていた頃、前記の後藤教授、後藤弁護士らが説いていたごく真つ当な指摘を素直に受容できなかったのは、取調べで粘って何とか局面を打開したいとの捜査官としての思考があった上、やはり理論面では非限定説に頭が支配されていたからであろう。録音・録画という「鏡」を得て、ようやく己の考えの「歪み」に気付けたわけであり、不明を恥じざるを得ない。

る<sup>301)</sup>。

その上で、取調べ実務に対し、なお改善措置や適正化の方策を求める声が強くなれば、かつてのように単に言葉のみで反論するのではなく、黙秘する被疑者に対しどのような言動でどの程度説得を適正に行っているのかを具体的に示すことが望まれる。かつてとは異なり、現在は、「客観証拠」として取調べの録音・録画 DVD が存在するのであるから、具体的に材料を示して議論することができるはずである<sup>302)</sup>。

また、今後も増えると思われる黙秘権を行使する被疑者に対しては、もはや以前におけるような取調べによる証拠収集機能が維持できなくなるであろう。それでもなお取調べに期待するならば、例えば自己負罪型の司法取引などの導入を求める声が現場からも起きるかもしれない。新しい武器を求めることになれば、弁護士会・研究者などの在野の理解も得る必要がある。そうだとすると、やはり録音・録画 DVD を用いて具体的に取調べの実情と限界を示しつつ、新たな時代における「取調べ」がどのようなものであるべきかを議論することが必要となると思われる。

今後、被疑者取調べの改善の要否が議論となった際には、「ボール」(録音・録画 DVD) は捜査機関側にあるといえよう。

### (3) 総括

本稿における私見の要旨は以下のとおり。

- 
- 301) 「新たな受忍義務肯定説」などと大仰に展開するのも、「化石時代」を生きて来た筆者だからかもしれない。録音・録画の下での取調べが当たり前となったこの時代の現職の検察官達の意識は、「黙秘を貫かれた場合には、これ以上質問を続けることは不適切だと思います。何を聞こうが黙秘を貫くという姿勢が明確となっているとみるべき状態で、質問をし続けることは黙秘権の侵害だとの誹りを受ける可能性があります。」(山田昌弘「録音録画時代の取調べの技術(最終回)」捜査研究840号12頁(2020年10月)、同山田昌弘「録音録画時代の取調べの技術」244頁(東京法令出版・2021年9月)で再録)との言葉に代表されるものであるように思われる。
- 302) このような議論の阻害要因として考えられるのは、当該事件の捜査・公判審理のために用いるものではないので、録音・録画 DVD の「目的外利用」ではないかということであろう。しかし、被疑者その他の関係者のプライバシーを保護しつつ、取調べの実情を国民に理解してもらうために、何らかの形でこれを活用できないであろうか。

### (逮捕・勾留の目的)

逮捕・勾留の目的は、起訴前の身柄拘束の存在意義やその要件の考察から、捜査機関をして、一定期間、被疑者による罪証隠滅という積極的妨害を排除しつつ、取調べを含む被疑者の身柄利用捜査を実施させることにあり、と解される。

したがって、逮捕・勾留の要件である「逃亡のおそれ」とは、捜査機関による身柄利用捜査から逃れるために所在不明となるおそれがあることをいうと解する。

逮捕・勾留の「目的論」と「要件論」は区別されねばならない。逮捕・勾留の要件として「正当な理由がなく取調べのための出頭の求めに応じない場合」が挙げられていないことのみをもって、逮捕・勾留の目的から取調べの必要性を排斥するのは正当ではない。このことは、被告人勾留において、同じく正当な理由のない不出廷のおそれが要件とされていないものの、その目的が被告人の身柄拘束により公判審理を確保するためであると解されていること、また、軽罪事件に関する法199条1項但書きの存在等からも明白である。

他方で、逮捕の目的を上記のとおり身柄利用捜査の実現のためと捉えたとしても、一般事件において正当な理由のない不出頭を理由に被疑者を逮捕できるとするのは、軽罪事件に関する法199条1項但書き及び勾引に関する58条2号との対比から解釈論としても正当ではない。せいぜい、現在の実務において採用されている運用、すなわち正当な理由のない不出頭が繰り返され、それが「所在不明」と匹敵するほどに身柄利用の捜査からの逃亡と評価される事態に至り「逃亡のおそれ」に該当すると認められた場合に限り逮捕が可能であると解することが限界である。

以上のとおり、目的論と要件論とを混同せず、「逮捕・勾留が取調べを含む身柄利用捜査のために存在する」という、緩やかに逮捕・勾留の目的と取調べの関係を肯定するとの解釈にとどめるならば、逮捕・勾留が取調べ実現のための手段となり黙秘権を危険にさらすとの事態も回避できる一方で、むしろそのように解することにより、後記のとおり、取調べ受忍義務の存在範

困について取調べ必要性の観点から規制を加えることが可能となるとの意義も有する。

### (取調べ受忍義務の形式的根拠)

刑訴法198条1項本文が、捜査機関に対し、被疑者への取調べのための出頭要求権及び取調べを規定していることから、それに対応する義務として被疑者には取調べ受忍義務（取調べのための出頭要求に応じ、取調べが終わるまで取調べ室に滞留する義務）を負う。逮捕・勾留されていない被疑者については、同項但書きが出頭拒否権・退去権を保障したことから、受忍義務が否定されているが、逮捕・勾留中の被疑者については、同除外規定の射程外であり、同項本文どおりに受忍義務を負う。以上の解釈は、法198条1項の文言（「ことができる」）の文理解釈及び同項の立案経緯（特にプロブレム・シート第一〇問及び米国総司令部との第4回協議会の協議内容等）から導かれる。

逮捕・勾留が、被疑者の身柄利用捜査の実現のための制度であることから、取調べを含む身柄利用捜査の達成に必要な限りで、逮捕・勾留の効力として被疑者を本人の意思に反してでも取調べ等に連行して同所に滞留させることができる（援用説）。

以上から、受忍義務の根拠規定は、法198条1項但書きではなく同項本文であって、その義務履行のための強制力の根拠規定は逮捕・勾留の規定（法199条1項、207条1項・60条等）である。

### (取調べ受忍義務の実質的意義及び実質的根拠)

逮捕・勾留中の被疑者は、包括的黙秘権を有するものの、令状審査等で相当な嫌疑が認められた者であることから、「真実」（当時の証拠関係に基礎付けられた嫌疑）と向き合う義務があり、したがって、取調べにおいて当時の前記嫌疑から生じている疑問に答えるようにとの捜査官の説得を受ける義務がある。

これが、受忍義務の実質的意義であり、このような義務は、起訴前の逮捕・勾留の本質が厳格な期間制限内に起訴・不起訴を決定するために身柄利用捜査を遂げるための処分であることにかんがみ（前提）、逮捕・勾留中の被疑者においてはその客観的な嫌疑の存在から取調べの必要性が高い反面（必要性）、既に身柄利用捜査の客体として身柄拘束を受け人身・行動の自由が制約された地位にあること（許容性）から導かれる（実質的根拠）。

### （受忍義務の存在範囲）

上記のとおり、客観的な嫌疑の存在に基づき取調べの必要性が高いことに基礎付けられたものであるとの受忍義務の実質的根拠から、捜査機関が、受忍義務を課した取調べ（強制処分としての取調べ）を実施できるのは、逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の解明のために限られる（限定説）。

このように受忍義務は、取調べの必要性と切り離された逮捕・勾留の効力として認められているものではなく、取調べに必要な限りで認められるものである以上、逮捕・勾留の効力が存続する限り継続すると解するのは誤りである。客観的に取調べが終了すべき場合、例えば、取調べの必要性が乏しくなり被疑者が取調べの終了を望んでいるとき、あるいは被疑者が包括的黙秘権を行使する又は取調べを拒否する意思を示し捜査官による説得のための方策も尽き被疑者の翻意が期待できない状態になったときには、黙秘権保障の趣旨から、取調べは終了すべきであるので受忍義務も終了し（黙秘権保障に由来する取調べ拒否権が顕在化し）、その場合にはもはや受忍義務の履行のために逮捕・勾留の強制力を援用することもできない（新たな受忍義務肯定説）。

### （逮捕・勾留中の被疑者取調べの許容性の限界）

取調べ拒否等の意思を示す被疑者に対し捜査官がどの程度説得できるかに関する判断枠組みについては、取調べの必要性と「黙秘権保障に由来する取調べ拒否権」との合理的調整の問題であるところ、昭和59年判例が示した、

取調べの必要性和「人身・行動の自由と一体的な取調べ拒否権」との調整に関する判断枠組みが参考となる。

逮捕・勾留中の被疑者の取調べにあっては、まず、直ちに黙秘権侵害となる行為は許されないことはもちろんであるが、そうでなくても、取調べの継続によって精神的圧迫、肉体的苦痛、疲労などにより黙秘権保障に由来する取調べ拒否権が侵害される危険もあることから無制約ではなく、比例原則の下、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度（証拠収集の状況）、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容される。

河村博先生が御退官なされるに当たり一言申し添えます。同志社大学における法学教育、法曹養成に多大なるご貢献をいただきありがとうございました。本学に着任される以前は、河村先生が長きにわたり法務・検察に奉職され、特に検察を代表する理論家として法務省における立案を指導しておられた姿を、同時期に法務省の末端で勤務しておりました小職も仰ぎ見ておりました。その後、ご縁があり、小職も、河村先生に続いて、本学の教員に転じ、主として法科大学院生の指導に当たることとなりました。これまで、小職の研究室を訪ねてきて「検察官になりたい」と相談に来る学生の多くが河村ゼミ出身であり、彼ら彼女らの存在は非常に励みになるものであり、改めて河村先生の学生について対する懇篤なるご指導に深く感謝申し上げます。

河村先生の古稀をお祝いする論考として、法務・検察における伝統的な見解を批判する立場から論を展開したことについては、悩みがあったことは事実であります。本稿執筆では河村先生に直接ご相談・ご指導をいただく機会はありませんでしたが、どうかご海容の上、ご指導・ご批判を賜りますれば幸いです。