慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	身柄拘束下における余罪の取調べ
Sub Title	Custodial interrogation of the accused on his uncharged other offence
Author	安冨, 潔(Yasutomi, Kiyoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1988
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.61, No.2 (1988. 2) ,p.101- 127
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	青柳文雄先生追悼号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19880228-0101

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

身柄拘束下における余罪の取調べ

安　冨　　潔

一　はじめに
二　裁判例の展開
三　身柄拘束下における余罪の取調べの限界
　1　逮捕・勾留されている被疑者の余罪取調べについて
　2　勾留されている被告人の余罪取調べについて
四　おわりに

一　はじめに

同一犯人の複数の犯罪事実のうちある事実について逮捕・勾留の理由と必要が具備しており（刑訴法一九九条一項、二項、刑訴規則一四三の三、刑訴法二〇七条、六〇条）、逮捕・勾留されている場合、あるいは起訴され勾留されている場合（刑訴法六〇条）に、被疑者・被告人について、それ以外の事実を取り調べることが許されるかまたその範囲はどこまでかがいわゆる「余罪の取調べ」の問題である。

このような身柄を拘束されている被疑者・被告人の余罪取調べをめぐる問題について、もっぱら逮捕・勾留の要件が具備していない事実（本件）について取り調べるために、要件の具備している事実（別件）で逮捕・勾留するものとして、いわゆる「別件逮捕・勾留」の問題が従来議論されてきた。[1] 令状請求の根拠となっている事実（別件）について逮捕・勾留の理由ないし必要が具備していない場合、それが違法であることはいうまでもないが、[2] 逮捕・勾留の理由と必要が具備している場合になお逮捕・勾留の基礎となっている被疑事実以外の余罪事実の取調べをすることは、取調べを目的とするもので違法ではないかが問題とされるのである。[3]

「別件逮捕・勾留」の適否をめぐっては、それが①本件捜査を目的としながら別件を利用して身柄拘束するため、本件による司法的抑制がなされず、本件について、令状主義が機能しないので、犯罪を明示する令状によらなければ逮捕されず、理由を直ちに告げられなければ拘束されないことを保障した憲法三三条、三四条に違反する、②別件の逮捕・勾留期間が満了した後、改めて本件の逮捕・勾留を行なうことが当初から予定されているので、期間の制限を設けた刑事訴訟法の時間的制約を潜脱する、③元来本件の証拠が少ない事案について被疑者から供述を採取しようとするもので、逮捕・勾留を自白獲得の手段化し、刑事訴訟法の精神にもとるうえ、憲法三八条一項の趣旨に反する、などを根拠に争われてきた。裁判例をみても、周知のように、別件を基準にその違法を判断しようとする別件基準説[4]および本件を基準に判断しようとする本件基準説[5]とが主張されている。

別件基準説の立場は、余罪として取調べの許容される範囲を超えて本件の取調べのために別件の身柄拘束が利用される点に違法とされる理由を求める。したがって、別件について逮捕・勾留の理由と必要が具備している以上、原則として逮捕・勾留は許されるということになろうが、別件と本件との関係、別件の重要度、別件の取調べにあてられた事件と本件のそれとの比較、本件についての逮捕・勾留の有無・時期などを総合的に考慮して、本件取調べがあたかも本件について身柄の拘束をしているのと同じように行なわれているような場合には違法ということになろう。[6] ま

た、「別件逮捕・勾留」の問題と「余罪の取調べ」とは区別されるとの立場から、逮捕・勾留請求が被疑者の参加を求めず捜査機関から裁判官に対してなされる「一方当事者参加の手続（ex parte proceeding）」であるところから、別件逮捕・勾留は客観的に要件の具備しない見せかけの理由による令状請求に基づく取調べ目的の身柄拘束として令状主義に反することになるとの立場もある。[7] これに対し、本件基準説は、本件取調べのため別件に名を借りただけの逮捕は、まさに本件の逮捕といってもよいものなので、本件について逮捕・勾留の要件が具備していることの事前の司法審査を経ない令状主義を潜脱する違法があるとする。[8]

しかし、このような逮捕権の濫用としてのみ問題をとらえるのは身柄拘束の問題と取調べの問題とが区別されるべきものであるのに、両者を一体としてとらえようとするもので、かえって問題を複雑にするだけではないだろうか。むしろ、取調べ目的の身柄拘束を避けることに関心が払われればよく、問題は取調べの限界にあるのではないかと考えられる。[9]

本稿はこのような関心から余罪の取調べの適否を判例を中心に検討するものである。

二　裁判例の展開

身柄拘束下における余罪取調べの適否を論じた裁判例は、昭和二〇年代に仙台高秋田支判昭和二八年九月二二日特報三五号九二頁を嚆矢として仙台高判昭和二九年二月二五日特報三六号五一頁などがみられるが、これらはいずれも余罪の取調べを肯定するものの、その理由については十分述べることがなかった。

昭和三〇年代に入り、最判昭和三〇年四月六日刑集九巻四号六六三頁（いわゆる帝銀事件上告審判決）が「はじめから帝銀事件の取調に利用する目的または意図をもってことさらに日本堂事件を起訴しかつ勾留を請求したと確認するに

足る事実は認められず、かえって検事は、帝銀事件の取調中たまたま日本堂事件を覚知し、後の事件について公訴を提起する条件が具わったためこれを起訴し、かつ勾留を請求する必要を認めその手続をとったに過ぎないことを認めるに十分であり、またこの勾留に違法も不当も認められない……。されば本件において、検事がまず日本堂事件につき起訴勾留の手続をとった後、帝銀事件につきさらに被告人の取調をしたからといって、これを違法違憲と解すべき理由はなく、また所論のように見込捜査、便法捜査と非難するは当らない。」として、起訴勾留中の被告人の余罪の取調べを肯定した。

この帝銀事件判決には勾留事実の理由と必要が認められる場合の余罪取調べを肯定はしたものの、許される要件と範囲については積極的な形で具体的に示されてはいないが、「はじめから帝銀事件の取調に利用する目的または意図をもってことさらに日本堂事件を起訴しかつ勾留を請求したと確認するに足る事実は認められず」としているので、捜査機関のことさら別件を利用した本件取調べの意図が認められる場合には本件取調べは許されないとする見解が伺われる。

昭和四〇年代になり、別件逮捕・勾留の問題が議論されるなかで、帝銀事件判決に示されたのと同様な見解が下級審裁判例でくりかえされた。

大阪高判昭和四五年四月二四日判例時報六〇七号九二頁は、軽い四千円の詐欺の被疑事実により逮捕した被疑者をいまだ犯人と特定するに足りる資料のない重い殺人について取り調べることを認めるにあたって「いわゆる別件逮捕の当否については、捜査官は犯罪及び真犯人の迅速な発見と確実な証拠の収集について刑事訴訟法上の義務を負っているのであるが、そのために能率的、かつ、効果的な方法であるならば、いかなる方法といえども許容されるというのはなく、自ら司法的抑制があるところ、捜査官が、本命の犯罪の取調を目的として、別の被疑事実について逮捕状を求め、その逮捕・勾留状に記載されている基本的な被疑事実については取調の意図がなく、それによる身柄の拘束

を専ら未だ犯人を特定するに足る資料のない本命の犯罪についての自白追及のために利用するという場合は、身柄を拘束されている被疑者の防御権が十分に保障されないで、捜査官の自由な強制捜査を是認することになり、ひいては、身柄の強制処分に関する憲法三三条に定める令状主義を潜脱する結果を招くことになるから違法といわなければならない。しかし、捜査官において、ことさらに右逮捕・勾留を利用する目的に立ったものではない場合には、その基本的な被疑事実の取調に当って、捜査はこれに限定されず、これと平行して未だ犯人を特定するに足る資料のない犯罪事実についての取調ができないというものではなく、後者の犯罪についての取調が著しく不当と認められない限り、右逮捕・勾留の手続をもって違法ということはできないものと解するのが相当である。」とした。また、大阪高判昭和四七年七月一七日高刑集二五巻三号二九〇頁（六甲山事件控訴審判決）は、「ある被疑事実の取調に当り被疑者を拘束するには裁判官の発する令状によることを要することは、憲法、刑事訴訟法の規定するところであるが、既に適法になされている被疑者の逮捕勾留中に、当該逮捕勾留の基礎となった被疑事実以外の事実について被疑者を取調べることは一般的に禁止されるところではなく、またこれら取調べをしようとする事実毎に新に裁判所の許可を得なければ取調べをすることができないものでもなく、逮捕勾留の基礎となった事実について逮捕勾留の理由及び必要が存続している間に、この事実の取調べに附随し、これと並行して他の事実について被疑者を取調べる限り、右取調べをもって令状主義に反するものということはできない。」とし、また、広島高判昭和四七年一二月一四日高刑集二五巻七号九九三頁（仁保事件第二次控訴審判決）は、「起訴事実につき適法に身柄が拘束されている以上再度身柄拘束の手続をとることなく起訴事実についての身柄拘束を利用して被告人を取調べても、その取調の期間、方法、程度にてらし起訴後の勾留本来の目的を著しくそこなうことのない限り、とくに弊害もないと考えられる。ここに起訴後の勾留本来の目的を著しくそこなうというのは、たとえば、余罪事実についての被告人取調べが起訴事実の審理に通常必要と考えられる期間または右事実が有罪であるとして通常予想される刑期に相当する期間を超えるほど甚だしく長期にわたり、し

かもその間取調べが連続、集中して多数回にわたり行なわれるような場合であって、このような場合は取調べの期間、方法、程度にてらし起訴後の勾留がほとんど余罪事実についての被告人取調べのための身柄拘束に転化しており、起訴後勾留の利用の限度を超えている……。したがって、もしこの限度を超えてまで身柄確保の上余罪事実の取調べが必要と予想されるときは、事件単位の令状主義の原則に帰り、捜査官はこの余罪事実について令状請求等の措置をとり裁判所の審査を経た上その令状によって身柄を確保し、法定の期間内に取調べを行ない、起訴、不起訴、身柄釈放等の措置をとるべきであ」るとした。さらに、東京高判昭和四九年一〇月三一日高刑集二七巻五号四七四頁（狭山事件控訴審判決）は、「元来、ある被疑事実について逮捕・勾留中の被疑者を、当該逮捕・勾留の基礎となった被疑事実以外の事実について取り調べることは、法が被疑者の身柄拘束について各事件ごとの司法審査を要求する建前をとっていること（いわゆる事件単位の原則）を考慮しても、それが一般的に禁止されているわけではなく、また、取り調べようとする事実ごとに新たに裁判官の許可を得なければ取調べをすることができないものでもなく、逮捕・勾留の基礎となった被疑事実について逮捕・勾留の理由と必要とが存在する限り、右事実について取り調べても、右の取調べが令状主義に反するものということはできない」とした。これらの裁判例は、逮捕・勾留の基礎となっている事実について逮捕・勾留の要件が具備している場合に、余罪取調べの適否について、捜査官の意図、取調べの態様、逮捕・勾留の基礎となった事実と余罪との関連性等から、当該余罪の取調べが実質的に令状主義を潜脱するものかどうかを判断するという方法によっているといえよう。(10)

しかし、その後、余罪取調べの適否を法一九八条一項但書を根拠とする出頭・滞留義務（いわゆる取調受忍義務）の有無を基準とする裁判例が登場するに至った。

東京地決昭和四九年一二月九日刑裁月報六巻一二号一二七〇頁（都立富士高校放火事件第一審証拠決定）は、「刑訴法一九八条一項によると、逮捕された被疑者は、捜査官の出頭要求や取調べに対し、これを拒んだり、出頭後自己の意思

により退去したりすることが許されない（すなわち、いわゆる取調受忍義務がある。）とされているが、右は、原則として、被疑者が逮捕された事実について取調べを受ける場合に妥当する規定であるべきであると解すべきであり、被疑者が右事実と関係のない別個の事実（いわゆる余罪）の取調べを受ける場合には、原則として右のような取調受忍義務はなく、在宅の被疑者の場合と同様、捜査官の出頭要求を拒み、あるいは出頭後何時でも退去して自己の居房に引き上げることができると解される（なお、以下において、右のような取調受忍義務を伴う取調べを強制捜査としての取調べ、これを伴わない取調を任意捜査としての取調べということがある）。右のことは、身柄の拘束の許否につき事実ごとの厳格な司法審査を経ることを必要としたわが刑訴法の各規定の趣旨から見て、当然のことと解されるのであって、そうではなく、ひとたびある事実について逮捕勾留された以上、被疑者が、いかなる種類の余罪についても、逮捕勾留された事実についてと同様の取調を受忍しなければならないこととなる、というような見解はいわゆる事件単位の原則に違反し、被疑者の防禦権を危うくするものであって、是認できない。もっとも、右のような事件単位の原則からくる、被疑者の余罪取調べに関する制約については、つぎのような例外を認めるべきである。すなわち、それは、余罪が逮捕勾留の基礎となった事実と密接な関係があったり、同種余罪である等、余罪についての捜査が逮捕勾留の基礎となった事実についての捜査としても重要な意味を有する場合であり、かかる場合は、未だ余罪について逮捕状を得ていない段階における被疑者の強制捜査としての取調べであっても、それが逮捕勾留の基礎となった事実の捜査と併行し、これに付随して行われるに止まる限り、これを違法ということはできない。」とした。

この見解は、逮捕・勾留されている被疑者の取調べに際して、被疑者には出頭・滞留（取調受忍）義務があり、したがって、強制処分ととらえ、事件単位説にたって、出頭・滞留義務の及ぶ範囲を逮捕・勾留の基礎となった被疑事実に限定し、その範囲を超える余罪の取調べは、任意捜査として許されるにすぎないとの前提にたって、一定の密接関連を有する範囲での余罪取調べにも出頭・滞留があるとするものといえよう。なお、任意捜査としての取調べといえ

るための要件として、「捜査官が、本件について任意捜査としての取調べを行おうとする場合には、まずもって、本件についての嫌疑の内容を告知したうえで、右事実について取調受忍義務がないことを明確に告知」することとしている。

このように事件単位説に原則として依拠しつつ実体的に密接な関係があるなど特別な事情のある場合に逮捕・勾留の基礎となった被疑事実の捜査と並行してこれに附随する形で行なわれる場合に出頭・滞留義務を肯定する裁判例は、昭和五〇年代になると有力にみられるようになる。

青森地判昭和五一年一月二七日判例時報八一三号七二頁は、国家賠償事件であるが、出頭・滞留義務は「原則として逮捕勾留の基礎となっている被疑事実（以下甲罪という）につき取調を受ける場合に限られると解すべきであり、従って、被疑者が右事実と関係のない所謂余罪（以下乙罪という）について取調を受ける場合には、身柄の拘束を受けていない被疑者と同様、捜査官の出頭要求を拒み出頭後何時でも退去して自己の居房に引き上げることができ、ただ例外的に乙罪が甲罪と実体的に密接な関係があるなど特別な事情のある場合に甲罪の捜査と並行してこれに附随する形で行なわれる場合に限り取調受忍義務を負うものと解すべきである。」とし、東京地判昭和五一年二月二〇日判例時報八一七号一二六頁は、「一般に、甲被疑事実についての逮捕・勾留期間中に、同事実についての強制捜査と並行して乙被疑事実についての捜査を行なうことは、それが任意捜査として行なわれ強制にわたるものでない限り、これを違法ということはできないが、さらに乙被疑事実に対する強制捜査が許されるかどうか、許されるとしてもそれは乙被疑事実が甲被疑事実とどのような法律上、事実上の関係にある場合であり、またその許される範囲と限度は如何等については、人権保障のため司法的抑制を貫き不当な強制捜査を排除しようとする令状主義の建前や、勾留の効力の及ぶ範囲を勾留状の基礎となった被疑事実を基準にして劃し右司法的抑制を徹底しようとする勾留における事件単位の原則の見地等から、各具体的な場合毎にその実情に即して慎重に判断すべきものといわなければならない。」とした。

このような状況にあって、最決昭和五二年八月九日刑集三一巻五号八二一頁（狭山事件上告審決定）は、「甲事実について逮捕・勾留の必要があり、甲事件と乙事件とが社会的事実として一連の密接な関連がある場合には、甲事件について逮捕・勾留中の被疑者を同事件について取調べとともにこれに附随して乙事件について取調べしても違法とはいえないとして、「第一次逮捕・勾留は、専ら、いまだ証拠の揃っていない『本件』について被告人を取調べる目的で、証拠の揃っている『別件』の逮捕・勾留に名を借り、その身柄の拘束を利用して、『本件』について逮捕・勾留して取調べるのと同様な効果を得ることをねらいとしたもの」とはできないとした。

前述の最判昭和三〇年四月六日刑集九巻四号六六三頁及びこの最決昭和五二年八月九日刑集三一巻五号八二一頁の二つの最高裁判所の裁判例からは、①主観的には、もっぱら証拠の揃わない本件の取調べを目的とし、②客観的には、別件は名目だけで、実質は本件の逮捕と同視しうべき場合、違法となりうるということができよう。

しかし、なお、事件単位説に依拠する下級審裁判例がみられ、津地四日市支決昭和五三年三月一〇日判例時報八九五号三八頁（四日市青果商殺し事件証拠決定）は、「甲被疑事実について逮捕・勾留中の被疑者を乙被疑事実について取調べることは、被疑者に出頭拒否および退去の各自由が実質的に確保されている場合においては勿論、かかる自由を奪う場合であっても、両被疑事実の間に一定の法律上、事実上の関係があり、かつ取調べが一定の範囲、限度内にとどまる場合には、必ずしも法が一律にこれを禁ずるものとは解されないが、乙被疑事実についての取調べが、右各許容される場合にあたるか否かは、……令状主義の建前や、……事件単位の原則の見地から、個々具体的な場合毎に、その実情に即して慎重に判断すべきである。」とし、神戸地決昭和五六年三月一〇日判例時報一〇一六号一三八頁（神戸まつり事件第一審証拠決定）は、「刑事訴訟法一九八条一項は、ある被疑事実で逮捕勾留中の被疑者に対し、右事実の取調べに限ってそれを受忍する義務を課したものと解せられる。ところで、逮捕勾留中の被疑者に対し逮捕勾留事実以外の余罪について取調べることは通常行なわれている捜査方法であり、捜査の流動的、発展的性格、また被疑者に

とっても余罪毎に逮捕勾留を繰り返されるよりは身柄拘束が短期間に終りうるし、同時審判を受けうる等利益な点があること等を考慮すれば、右の毎き捜査方法を一概に非難することはできない。しかしながら余罪の取調は被疑者に取調受忍義務のない任意捜査であるからとの理由で、ある被疑事実で逮捕勾留すれば、いかなる余罪であろうと無制限に取調べることができるものと解することは許されないというべきである。そして通常身柄拘束中の被疑者が余罪の取調にあたり、取調受忍義務がないことを知っているとは期待し難いし取調官が被疑者に対し取調受忍義務がないことを必ず告知するという取調方法をとっているとも言い難いものと思料され、また逮捕勾留中の被疑者は心理的圧迫を感じて不安感を抱く心理状態になることも多く、右の訴訟法上の保障を法が予定しているところに従って行使することは困難ではないかと思料されることに徴すると、右の余罪の取調については、取調官が被疑者に対し、取調のための出頭要求に対して出頭を拒み、また出頭後いつでも退去できるとの保障があることを十分理解させ、実際に被疑者がいつまでも右保障を行使しうる雰囲気のもとに取調を行ない、被疑者も右保障を十分に理解したうえで、あえて取調に応じたと認められる場合、あるいは被疑者から積極的、自発的に取調を求めた場合のみを任意捜査と認め、右の場合に該当しないと認められる余罪の取調は、むしろ被疑者に取調受忍義務を課した状態で行なわれているもの、即ち強制捜査であるというべきである。そして右のことを基盤として、強制捜査における、いわゆる事件単位の原則に一定の修正を加え、一定の範囲、程度の余罪の取調は強制捜査としても許容されると解するとともに、右の範囲、程度を超えた余罪の取調は令状主義、事件単位の原則を逸脱した違法があるというべきものと思料される。そして、右の許容範囲、程度を如何に解するかは……、いわゆる事件単位の原則の見地から、個々の事例毎に、当該余罪と逮捕勾留事実との社会的関連性、事案の軽重、取調態様等を総合的に考察して慎重に判断されるべきものである。」とした。

これに対し、右のような事件単位説を前提とするのではなく、令状主義潜脱を基準とする裁判例もみられる。

東京高判昭和五三年三月二九日判例時報八九二号二九頁（都立富士高校放火事件控訴審判決）は、「刑事訴訟法一九八条一項但書は、取調を受ける被疑者が逮捕又は勾留されているという状態に着目して規定されたものであって、特定の犯罪事実ごとに取調の限界を定めた規定と解するのは相当ではない。ちなみに、右但書は、同法二二三条により、取調を受ける第三者については、当該被疑事実について逮捕又は勾留されている場合は考えられないのであって、これとの対比からも、被疑者について右但書の規定を、ことさら狭く解しなければならないとするのは不合理である。もとより、そうだからといって、余罪の取調を、取調受忍義務のある被疑者に対して無制限に行なってよいということにはならないのであって、別件の逮捕又は勾留に名を借りて、令状主義を潜脱する程度にまで至れば、余罪の取調が違法なものとなる……。」とし、事件単位説にたつ原審判断を覆した。また、同旨の判断は、別件逮捕・勾留中における余罪取調べの違法を理由とする国家賠償の事件である青森地判昭和五一年一月二七日を破棄した仙台高判昭和五五年八月二九日判例時報九八〇号六九頁にもみられる。同判決は、「逮捕・勾留中の被疑者を当該逮捕・勾留にかかる被疑事実以外の事実につき取調べることを禁止する法規は存しないから、逮捕・勾留されている被疑者は、供述拒否権とは別個に右取調を拒否する権利を有するものではないと解すべきである。ただし、専ら逮捕・勾留の被疑事件を取調べる目的のもとに、ほとんど強制処分をする必要のない事件につき逮捕・勾留をしたうえで右本来の目的の事件につき取調べる等、憲法及び刑事訴訟法の定める令状主義を潜脱する強制力の行使下においてなされた取調は違法というべきであるが、本件第一次逮捕に基づく取調に右の違法が存しないことは、……明らかであり、また、本件第一次勾留中における取調にも右の違法が存しないことは、……明らかである。」としている。さらに、福岡高判昭和五六年一一月五日判例時報一〇二八号一三七頁は、「憲法三三条、三四条、及びその理念に基づく刑事訴訟法の所規定を合理的に解釈すれば、逮捕・勾留について令状主義は各被疑事実ごとに運用されるべきものであることが原則（事件単位の原則）であると解せられ、これを厳格に適用すれば、甲事実について逮捕勾留中の被疑者を乙事実について取

調べることは許されないことになる。しかしながら、この原則をそのように厳格に貫くときは、被疑事実ごとに逮捕・勾留を繰り返す必要を生じ、却って被疑者の身柄拘束の期間の長期化を来し、また一方捜査の流動性、発展的機能を著しく阻害することにもなるので現実の運用面においては、前記令状主義の基本理念に立ちつつも、事件単位の原則を緩和する必要に迫られることになる。従って現実には、甲事実について逮捕勾留中の被疑者を乙事実について取り調べることをすべて違法とすべきものではなく、具体的事案に即し捜査の流動的発展的機能の要請と令状主義の基調である基本的人権の保護の要請の調和の中において、合理的に検討されねばならないわけであるが、乙事実についての被疑者の取調べが許されるためには、少くとも甲事実についての逮捕・勾留が適法であること、……そして、更に、甲事実についての逮捕・勾留については形式的には理由と必要性が具備している場合でも、甲事実についての身柄の拘束を利用して、もっぱら乙事実の取調べをすることを目的として、甲事実についての逮捕・勾留がなされたと認められる場合は、乙事実について令状を請求するに必要な資料もなく、従って未だ適法な令状を得ていないのに、これを得たと同一の効果を狙うもので、このような甲事実についての逮捕・勾留は憲法が保障する令状主義を潜脱するものであって、違法といわざるを得ず、被疑者の人権を守るためには、このような違法な別件逮捕・勾留中に得られた乙事実についての被疑者の自白には証拠能力を与えるべきではない」とした。(11)

さらに、大阪高判昭和五九年四月一九日高刑集三七巻一号九八頁（神戸まつり事件控訴審判決）は、「いわゆる令状主義の原則を定めている趣旨に照らし、かつ、刑事訴訟法一九八条一項が逮捕・勾留中の被疑者についていわゆる取調受忍義務を認めたものであるか否か、受忍義務はどの範囲の取調べに及ぶか等に関する同条項の解釈如何にかかわらず、外部から隔離され弁護人の立会もなく行われる逮捕・勾留中の被疑者の取調べが、紛れもなく事実上の強制処分性をもつことを併せ考えると、逮捕・勾留中の被疑者に対する余罪の取調べには一定の制約があることを認めなければならない。とくに、もっぱらいまだ逮捕状・勾留状の発付を請求しうるだけの証拠の揃っていない乙事実（本件）に

ついて被疑者を取り調べる目的で、すでにこのような証拠の揃っている甲事実(別件)について逮捕状・勾留状の発付を受け、同事実に基づく逮捕・勾留に名を借りて、その身柄拘束を利用し、本件について逮捕・勾留して取り調べるのと同様の効果を得ることをねらいとして本件の取調べを行う、いわゆる別件逮捕・勾留の場合、別件による逮捕・勾留がその理由や必要性を欠いて違法であれば、本件についての取調べも違法で許容されないことはいうまでもないが、別件の逮捕・勾留についてその理由又は必要性が欠けているとまではいえないときでも、右のような本件の取調べが具体的状況のもとにおいて令状主義を潜脱するものであるときは、本件の取調べは違法であって、許容されないといわなければならない。」とし、実質的に令状主義の原則を潜脱するものであるか否かは、①甲事実と乙事実との罪質及び態様の相違、法定刑の軽重、並びに捜査当局の両事実に対する捜査上の重点の置き方の違いの程度、②乙事実についての証拠がどの程度揃っていたか、③甲事実についての身柄拘束の必要性の程度、④甲事実と乙事実との関連性の有無及び程度、ことに甲事実について取り調べることが他面において乙事実についても取り調べることとなるような密接な関連性が両事実の間にあるか否か、⑤乙事実に関する捜査の重点が被疑者の供述(自白)を追求する点にあったか、客観的物的資料や被疑者以外の者の供述を得る点にあったか、⑥取調担当者の主観的意図がどうであったか等を含め、具体的状況を総合して判断するという方法をとるほかはない、としている。

そして、旭川地決昭和五九年八月二七日判例タイムズ五五九号一〇五頁(日通旭川事件証拠採否決定)では、「被告人を当該被告事件以外の被疑事件について取り調べることは刑事訴訟法一九八条一項に照らして許されるところであるが、その被疑事件につき逮捕、勾留されていない以上、その取調べは任意捜査であり、被告人が取調べを受けるかどうかはあくまでも任意であり、取調べ開始後も何時でもこれを拒むことができることになる。したがって、当該被告事件について逮捕又は勾留されている場合でも、右被疑事件の取調べは、取調べ時間、方法等の点において身柄不拘束(在宅)の被疑者を取り調べる場合に準ずるよう配慮しなければならない。」とした。(12)

昭和六〇年代になり、福岡高判昭和六一年四月二八日判例時報一二〇一号三頁（鹿児島夫婦殺し事件差戻後の控訴審判決）も神戸まつり事件控訴審判決とほぼ同旨の判断を示している。

三　身柄拘束下における余罪取調べの限界

1　逮捕・勾留中の余罪の取調べについて

客観的には逮捕・勾留の必要が欠けているにもかかわらず、みせかけの令状請求により逮捕・勾留された場合、いわゆる別件逮捕・勾留として、本件取調べは違法な逮捕・勾留にもとづく取調べとして許されない。このような別件逮捕・勾留は、法の許さない取調べ目的の逮捕・勾留であり、実質的に令状主義に違反するからである。

しかし、逮捕・勾留の理由と必要が具備している場合、余罪の取調べが禁止されるわけではない。しかし、このような余罪の取調べは、適法に令状の発付された逮捕・勾留の基礎となっている被疑事実による身柄拘束を利用して、逮捕・勾留されていない余罪について取り調べるものであるため、余罪取調べの範囲及び許容条件について問題とされることになる。

刑事訴訟法第一九八条一項は、「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、又は何時でも退去することができる。」と規定している。同項但書をめぐっては、周知のように、被疑者の取調べに際して、逮捕・勾留された被疑者に出頭・滞留義務はないとする見解[13]と逮捕・勾留された被疑者に出頭・滞留義務があるとする見解[14]とがある。[15]

前者の立場からは、被疑者の取調べは身柄拘束の如何にかかわらず任意処分であるので、逮捕・勾留されている被

疑者の余罪の取調べについても、強制にわたらないかぎり、取調べの対象となる事実の範囲に限定を加えることなく許されるとする見解と、任意処分とはいえ身柄拘束下におけるものであり、事実上強制の契機が備わっているので一定の範囲で許されるべきだとする見解とが考えられよう。この見解では、取調べにおける任意性さえ確保されていれば、その間の取調べは合法であることになる。裁判例で逮捕・勾留されている被疑者の取調べについて出頭・滞留義務を否定するこのような見解を採用するものはみられない。

これに対し、後者の立場からは、逮捕・勾留されている被疑者については、黙秘権が保障され供述義務がない以上、出頭・滞留義務があるとしても強制処分とはいえず、任意処分であるとする立場（任意捜査説）[16]と、取調べのための出頭・滞留義務が肯定されるのであるから強制処分であるとする立場（強制捜査説）[17]とが主張されているが、逮捕・勾留されている被疑者の取調べを任意処分・強制処分のいずれに解するにせよ、逮捕・勾留されている被疑者の取調べについて、出頭・滞留義務が認められるとするのであるから、問題は、この出頭・滞留義務が果たしていかなる範囲で及ぶのか、すなわち逮捕・勾留されていない余罪についての取調べにも出頭・滞留義務が認められるのかにある。

逮捕・勾留されている被疑者の出頭・滞留義務がどの範囲の事実について認められるかは、同条項但書にいう「逮捕又は勾留されている場合」の意義をどのように解するかにより、当該逮捕・勾留の基礎となった被疑事実についてのみ出頭・滞留義務を認める限定説、当該逮捕・勾留の基礎となった被疑事実に限定されず一定の範囲の余罪についても出頭・滞留義務を認める中間説、当該逮捕・勾留の基礎となった被疑事実に限定されずおよそ一般に余罪についても出頭・滞留義務を認める非限定説とが対立している。

限定説[18]は、刑事訴訟法第一九八条一項但書の「逮捕又は勾留されている場合」を、当該被疑事実につき逮捕・勾留されている場合に限るとする考え方を厳格に貫く立場である。この説は、出頭・滞留義務が発生する根拠を、刑事訴訟法第一九八条一項但書が直接身柄拘束中の被疑者に対して付与した法的効果であるとみるものといえよう。したが

って、この説の背景には、逮捕・勾留等の強制処分を行なうにあたって、人権保障の観点から裁判所又は裁判官の発する令状を必要とするという憲法上の令状主義の原則及びその理念に基き、逮捕・勾留の効力の及ぶ範囲を令状に記載された被疑事実に限定する「事件単位の原則」を厳格に貫こうとする考え方を伺うことができる。

すでにみたように、裁判例においてこの説に立脚する見解は見当たらないが、前掲旭川地判昭和四八年五月九日判例時報七〇二号三六頁（旭川土木作業員殺し事件第一審判決）が、「しかしながら、ひとたびある被疑事実で身柄が拘束されれば、その後はどのような犯罪事実の捜査にもこの身柄拘束状態を利用してよいというものではなく、とくに、甲事実についての逮捕・勾留を利用して、被疑者に対して、今だ適法に令状の発付を求めて身柄を拘束するに足りるだけの証拠資料を収集し得ていない乙事実についても実質的にみて乙事実自体について逮捕・勾留がなされているのと同様な取調べを行い、その乙事実についての自白を獲得するがごとき捜査方法は、被疑者の身柄拘束について各事件ごとの厳格な司法審査を要求している法の趣旨を著しく逸脱するものであり、許されないものと言わなければならない。」としているのは基本的には限定説と共通する考え方を示すものと思われる。

次に、中間説[19]は、法一九八条一項但書の「逮捕又は勾留されている場合」の意義について、限定説と同様に当該被疑事実につき逮捕又は勾留されている場合に限るとしながらも、これを厳格に貫くことはせず、逮捕・勾留の基礎となった事実との間に社会的関連のある余罪、同種余罪、より軽微な余罪等についても出頭・滞留義務を認めるものである。この説は、先に述べた令状主義の原則及び事件単位の原則を採用しつつも、刑法における併合罪の制度の採用に伴う同時事件処理がもたらす犯人の利益保護と訴訟経済の要請から、捜査・審判の反覆を避け、同時捜査・審判を実現する必要のあること、そのことが必然的に被疑者の身柄拘束の長期化を回避し得ること、発展的・流動的性格を有する捜査において現実的必要性が認められることなどから、事件単位の原則を一定の範囲で緩和しようとする考え方である。この考え方を示す裁判例は多く、前掲東京地決昭和四九年一二月九日刑裁月報六巻一二号一二七〇頁（都

立富士高校放火事件第一審証拠決定）をはじめ、青森地判昭和五一年一月二七日判例時報八一三号七二頁、東京地判昭和五一年二月二〇日判例時報八一七号一二六頁、津地四日市支決昭和五三年三月一〇日判例時報八九五号三八頁（四日市青果商殺し事件証拠決定）、神戸地決昭和五六年三月一〇日判例時報一〇一六号一三八頁（神戸まつり事件第一審証拠決定）、福岡高判昭和五六年一一月五日判例時報一〇二八号一三七頁などがある。

さらに、非限定説[20]は、刑事訴訟法第一九八条一項但書の「逮捕又は勾留されている場合」の意義を当該被疑事実につき逮捕又は勾留されている場合に限らないとする立場である。この説は、同条項但書が単に「逮捕又は勾留されている場合」として、文理上、逮捕又は勾留について何の限定もしていないこと、同但書は取調べを受ける第三者にも準用されているが（法二二三条二項）、第三者については、当該被疑事実について逮捕・勾留されている場合は考えられないこと、などから、同但書を令状主義の原則や事件単位の原則とは切り離して、出頭・滞留義務の発生根拠は、被疑事実の有無及びその範囲と関係なく、取調べを受ける被疑者が逮捕又は勾留されているという状態に着目して規定されたものとみるのが相当であるとする考え方である。この説に立つ裁判例としては、前掲東京高判昭和五三年三月二九日（都立富士高校放火事件控訴審判決）や、仙台高判昭和五五年八月二九日判例時報九八〇号六九頁などがある。

以上のとおり、逮捕・勾留されている被疑者の出頭・滞留義務の範囲については見解の対立がみられるところであるが、このうち、限定説及び中間説によれば、出頭・滞留義務の概念が余罪取調べの適否の判断基準としての機能を有することとなる。これに対し、非限定説は、被疑者が逮捕・勾留される以上、すべての被疑事実について出頭・滞留義務があるとすることから、結局、この概念は余罪取調べの適否を論ずる判断基準とはなり得ず、したがって、この説によれば、余罪取調べの適否の判断基準は別に求めることとなる。

ところで、出頭・滞留義務について触れた裁判例を概観すれば、その数において中間説を採るものが多いことがうかがえるのであるが、他方、非限定説に立つ上記二つの高裁判例の存することも先に述べたとおりであり、しかも、

これらは、いずれも中間説に立った原審の考え方を覆して判示しているものである。また、余罪取調べの適否について、そもそも出頭・滞留義務を持ち出すことなく論じている裁判例も見受けられるところであり、これらの裁判例が出頭・滞留義務の範囲をいかに考えているかはもとより明らかではないのである。したがって、出頭・滞留義務について触れた裁判例のうち、その数においては、中間説を採る裁判例が多いとはいえ、これをもって直ちに、出頭・滞留義務の範囲について中間説が裁判例の主流であるとはいえないところである。

さて、刑事訴訟法一九八条一項但書は、「取調べ」に関する規定であり、その範囲について、文理上、逮捕・勾留の基礎となっている事実に限定されるべきとの制限が付されているわけではないし、また、同法二二三条二項により逮捕・勾留中の者を参考人として取り調べる場合に準用されているのであるから、出頭・滞留義務の生じる根拠を身柄拘束されているという状態に求めるのが妥当ともいえよう。しかし、このような見解に対しては、逮捕・勾留の目的は、罪証隠滅・逃亡のおそれの防止にあり、取調べのためではないのに、逮捕・勾留されていない余罪についてまで出頭・滞留義務を認めるのは、取調べ目的の身柄拘束を肯定することになるとの反論がありえよう。たしかに、刑事訴訟法は取調べ目的の身柄拘束は認めていないが（刑訴法一九九条一項、二項、刑訴規則一四三の三条、刑訴法六〇条）、適法に身柄拘束された被疑者について取調べを禁止しているものではない。そして逮捕・勾留されている被疑者の取調べにあたって出頭・滞留義務が認められるとする場合、取調べを認めた法一九八条一項但書がその根拠となるとすると、逮捕・勾留されている事実について認められることになろう。しかし、出頭・滞留義務の根拠を適法に身体が拘束されているという状態に求めるとするなら、その範囲は逮捕・勾留されていない余罪まで及ぶと解しうるであろう。ただ、出頭・滞留義務といっても、その義務は強制的に被疑者から供述を得ることを許すという内容のものではないのであるから、供述の取得という面からみればこのような義務は、事実上供述の自由に対する何らかの影響を持つものではあるかもしれないが、法的には観念的な義務でしかない。それは、結局、犯罪の軽重、嫌疑の程度、被疑

者の対応等諸般の事情を総合して、相当と認められる限度において、取調べを拒否する被疑者に対する説得を継続しうるような義務でしかないように思われる。[21] そうだとすれば、このような義務を前提とし、逮捕・勾留されている被疑者の取調べを強制処分と解している裁判例の態度は、強制処分といっても、法の予定するいわゆる強制処分（逮捕・勾留、捜索・差押、鑑定処分、証人尋問）とはその内容が異なるものであり、任意処分と解する見解とそれほど大きな相違をもたらすものではないように思われる。むしろ、問題は、出頭・滞留義務の内容をどのように解するかではなく、このような義務を前提とする供述の自由への影響をいかに考えるかにあるように思う。被疑者が積極的に自ら進んで自白したような場合、あるいは、黙示的に同意があるといえる場合、任意の取調べとして供述の自由が肯定されようが、そのような場合を除いては、一般に外界と遮断された状況での被疑者の取調べは、供述の自由に影響を与える事実上の強制の契機が備わっているといってよいであろうし、そうだとすれば、このような強制の契機を払拭するような条件を予定すべきといえよう。すなわち、①被疑者に対する黙秘権の告知（憲法三八条一項、刑訴法一九八条二項）及び弁護人選任権・接見交通権の告知（憲法三四条、刑訴法三〇条、三九条）、②出頭義務と取調義務の不存在の告知、を条件に、これらの告知がなされたうえで被疑者が取調べに応じたならば、任意の取調べであると考えてよいし、それらの条件の告知が欠けている場合には、供述の自由の侵害であると推定する効果を認めるべきではなかろうか。[22]

2　勾留されている被告人の余罪取調べについて

勾留されている被告人についても、公訴を提起される以前の余罪については、なお被疑者であることから、起訴されている被疑者の余罪の取調べにおける出頭・滞留義務が問題とされることになる。この問題については、被疑者の取調べに関する任意処分説および限定説の立場からは、消極に解されることになろう。これに対して、非限定説からは、被疑者が逮捕・勾留されているという状態に着目して出頭・滞留義務を認めるものであるので、被告人として勾

留されている以上、当然余罪についても出頭・滞留義務を負うことになるであろう。また、中間説からも、被告人は現に取調べを受けている余罪については被疑者であるし、かつ、起訴されるまでの間は一定の余罪について出頭・滞留義務が認められていたのであるから、逮捕・勾留の基礎となった事実について起訴されたからといって、これをもって直ちにその余罪についての出頭・滞留義務までが消滅するものとも考えられないので、一定の範囲の余罪について出頭・滞留義務があるとすることができよう。

裁判例は、最決昭和三〇年四月六日刑集九巻四号六六三頁（帝銀事件上告審判決）、広島高判昭和四三年二月一四日判例時報五二八号三頁（仁保事件控訴審判決）、同四七年一二月一四日高刑集二五巻七号九九三頁（仁保事件第二次控訴審判決）、東京地判昭和五二年三月一日判例時報八五八号三〇頁（よど号ハイジャック事件第一審判決）、東京高判昭和五八年一二月一五日判例時報一一一三号四三頁（総監公舎爆破未遂事件分離公判組控訴審判決）らが、被告人の余罪取調べの適否を出頭・滞留義務の概念を持ち出すことなく判断しており、さらに、最決昭和五三年七月三日判例タイムズ三六四号一九〇頁（布川事件上告審決定）において、「起訴後の勾留中であっても起訴されていない余罪につき任意に取調べをなすことは違法であるとはいえないところであり、右の間に得られた右自白調書を罪証に供することは許されるものとしなければならない」として、とくに被告人の余罪取調べにおける出頭・滞留義務の問題を論じることなく、被告人の余罪について任意捜査として取調べることは違法でないとしているが、東京地決昭和五六年一一月一八日判例タイムズ四五七号六九頁（日石・土田邸事件証拠決定）や神戸地判昭和五六年一二月二一日判例時報一〇五六号二五三頁（鳴海殺害事件第一審判決）をはじめ、旭川地決昭和五九年八月二七日判例時報一一七一号一四八頁（日通旭川所長殺害事件証拠採否決定）、同地判昭和六〇年三月二〇日判例時報一一七一号一四八頁（日通旭川所長殺害事件第一審判決）など、被告人の余罪の取調べにあたって、これを任意捜査と解し、出頭・滞留義務を否定するものがみられる。ことに、旭川地決昭和五九年八月二七日判例時報一一七一号一四八頁（日通旭川所長殺害事件証拠採否決定）は、「被告人を当該被

告事件以外の被疑事実について取調べることは刑事訴訟法一九八条一項の規定に照らして許されるところであるが、その被疑事件につき逮捕・勾留されていない以上、その取調べは任意捜査であり、被告人が取調べを受けるかどうかはあくまでも任意であり、取調べ開始後も何時でもこれを拒むことができることとなる。したがって、当該被告事件について逮捕又は勾留されている場合でも、右被疑事件の取調べは、取調べ時間、方法等の点において身柄不拘束(在宅)の被疑者を取調べる場合に準ずるよう配慮しなければならない」とのべている。この見解は、限定説からの主張を前提としているとみることもできようが、「被告人」の余罪の取調べであることからして、起訴後の被告人の取調べは当事者たる地位にかんがみなるべくさけるべきであるが、刑事訴訟法一九七条の取調べとして、捜査官は起訴後においても公訴を維持するために必要な取調べを行なうことができるとする最判昭和三六年一一月二一日刑集一五巻一〇号一七六四頁の立場を考慮すると、限定説に依拠したものといいうるのか、明らかではないように思われる。ことに、起訴後においても、公訴事実以外の余罪については被疑者であるし、余罪について被告人に同時審判の機会を保障することが被告人には利益となるうえ、公訴事実についてはいつでも保釈・勾留の取消等が可能であって、時間的な面で裁判所の司法審査を実質的に潜脱することにはならないなどにかんがみると、非限定説の見解をおよそ否定したものとも考えられない。ここでも、任意捜査としての余罪取調べの許容条件が検討されなければならないといえよう。

四　おわりに

逮捕・勾留されている被疑者について「余罪の取調べ」の問題は、これまで「別件逮捕・勾留」の問題との関連でとりあげられることが多かったが、裁判例の動向を検討してみると、すでにみたように、逮捕・勾留に理由と必要が

具備していない被疑者の取調べはそもそも逮捕・勾留自体が違法であり許容されないが、[23] 逮捕・勾留の理由と必要が具備している被疑者についての取調べは、別件「逮捕・勾留」の問題と考えるのではなく、余罪の「取調べ」として問題としてきているといえよう。そして、そこでの主たる問題は、余罪取調べに関する出頭・滞留義務の有無と範囲にあったということができる。裁判例をみてみると、いずれもが、逮捕・勾留されている被疑者の取調べには、出頭・滞留義務があるものとの前提にたって、刑事訴訟法一九八条一項但書の「取調べ」を根拠とするものと、逮捕・勾留されている状態を根拠とするものとにわけられる。そのうえで、どの範囲にその義務が認められるかの見解の対立があるといえる。このような立場は、逮捕・勾留されている被疑者の取調べは強制処分であるとするものであるが、問題は出頭・滞留義務の内容をどのように解するかにあるともいえるが、身柄拘束されている被疑者について外界と遮断された状況での取調べには事実上強制の契機が認められるといってよいであろうから、このような義務を前提とした被疑者の取調べの規制は供述の自由と確保という観点から検討が加えられるべきであるに思われる。供述の自由を侵害しないような被疑者の取調べの規律が検討課題となってくると考える。

恩師青柳文雄先生が帰天されたいま、先生からご指導いただいた学恩を深く心に刻むとともに、先生のご冥福を心からお祈り申しあげる次第です。

(1) 裁判例として、別件逮捕・勾留を違法とするものとして、東京地判昭和四二年四月一二日下刑集九巻四号四一〇頁、金沢地七尾支判昭和四四年六月三日判例タイムズ二三七号二七二頁、東京地判昭和四五年二月二六日刑裁月報二巻二号一三七頁、大阪地判昭和四六年五月一五日刑裁月報三巻五号六六一頁、福岡地小倉支判昭和四六年六月一六日刑裁月報三巻六号七六三頁、旭川地決昭和四八年二月三日刑裁月報五巻二号一六六頁、東京地決昭和四九年一二月九日判例時報七六三号一六頁、福岡高判昭和五二年五月二〇日判例時報八六一号一二五頁、神戸地決昭和五六年三月一〇日判例時報一〇一六号一三八頁など、別件逮捕・勾留を適法とするものとして、最判昭和三〇年四月六日刑集九巻四号六六三頁、大阪高判昭和四七年七月一七日高刑集二

五巻三号二九〇頁、東京高判昭和四九年一〇月三一日高刑集二七巻五号四七四頁、最決昭和五二年八月九日刑集三一巻五号八二一頁などがある。

学説は、多くのものがみられるが、熊谷弘『別件逮捕の研究』（一九七二年）、高田卓爾「別件逮捕」『捜査法大系I』二〇六頁（一九七二年）、小林充「別件逮捕・勾留に関する諸問題」法曹時報二七巻一二号一頁（一九七五年）、同「別件逮捕に関する裁判例の動向」警察学論集三一巻一号三九頁（一九七八年）、石川才顕「別件逮捕と余罪取調」Law School 四号九一頁（一九七九年）、岡部泰昌「別件逮捕・別件勾留」刑事訴訟法の争点六四頁（一九七九年）、日野正晴「余罪取調べと別件逮捕・勾留」鴨古稀祝賀『刑事裁判の理論』一九四頁（一九七九年）、大野平吉「逮捕(3)」高田卓爾・田宮裕編『演習刑事訴訟法』一三六頁（一九八四年）、佐々木史郎「別件逮捕」別冊判例タイムズ『警察関係基本判例解説一〇〇』一五六頁（一九八五年）、など参照。

(2) 東京地判昭和四二年四月一二日下刑集九巻四号四一〇頁（東十条事件第一審判決）、金沢地七尾支判昭和四四年六月三日刑裁月報一巻六号六五七頁（蛸島事件第一審判決）、東京地判昭和四五年二月二六日刑裁月報二巻二号一三七頁（東京ベッド事件第一審判決）、福岡地小倉支判昭和四六年六月一六日刑裁月報三巻六号七六三頁（曲川事件第一審判決）、佐賀地唐津判昭和五一年三月二二日判例時報八一三号四四頁、福岡高判昭和五二年五月三〇日判例時報八六一号一二五頁（本件評釈として、安冨潔「刑訴判例研究九」法学研究五一巻六号一〇〇頁（一九七八年）など。

(3) 罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由ないし逮捕・勾留の理由および必要が認められる場合に、捜査官が他の事件の捜査を併せ行なうという意図を有しているから逮捕・勾留を請求された事件の捜査を行なう必要はないとはいえないが、それが取調べ目的の逮捕・勾留と評価できるときに問題とされることになろう。

(4) 最判昭和三〇年四月六日刑集九巻四号六六三頁、東京地決昭和四九年一二月九日判例時報七六三号一六頁、福岡高判昭和五二年五月三〇日判例時報八六一号一二五頁、神戸地決昭和五六年三月一〇日判例時報一〇一六号一三八頁など。

(5) 金沢地七尾支判昭和四四年六月三日刑裁月報一巻六号六五七頁、東京地判昭和四五年二月二六日刑裁月報二巻二号一三七頁、福岡地小倉支判昭和四六年六月一六日刑裁月報三巻六号七六三頁、最決昭和五二年八月九日刑集三一巻五号八二一頁など。

(6) 小林・前掲注(1)五頁、新矢悦二「甲事実について逮捕勾留中の被疑者を乙事実について取調べることが違法ではないとされた事例」『最高裁判所判例解説刑事編昭和五二年度』二五三頁（一九八〇年）など。

別件基準説では、「本件」について被疑者を取り調べる目的で「別件」で逮捕・勾留するという、両者を一体とした捜査方法を問題とするのであるから、捜査官の、「専ら『本件』について取り調べる意図」や「『別件』の身柄拘束を利用して『本

件』について身柄拘束をしたと同一の効果を得る狙い」は、「本件」について被疑者を取り調べることの許容性を判断するうえで、また「別件」について逮捕・勾留の理由と必要の存否を判断するうえで重要な意味をもつ、新矢・前掲注二六一頁。

(7) 渥美東洋『刑事訴訟法』三三頁（一九八二年）。

(8) 小田中聰樹「別件逮捕・勾留にみる人身の自由と令状主義」法律時報四二巻一二号一〇頁（一九七〇年）、松尾浩也『刑事訴訟の原理』一八八頁（一九七四年）、田宮裕『刑事訴訟法Ⅰ』（大学双書）二七〇頁（一九七五年）、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』七五頁（一九八〇年）、高田卓爾『刑事訴訟法』（二訂版）三五四頁（一九八四年）など。本件基準説では、「別件」について逮捕・勾留の理由と必要が具備していても、なお逮捕・勾留を違法とすることになろう。

(9) 「本件」取調べの意図を問題として別件逮捕・勾留を論じても、それにより逮捕・勾留自体の違法を導き出しえないし、「別件」に理由・必要が備わっている以上、「別件」についての逮捕・勾留自体を違法とすることはできないであろう。

(10) 同旨の裁判例として、東京高判昭和五〇年六月一七日東京高裁時報(刑)二六号一〇三頁、同五〇年六月二三日同一〇四頁、同五〇年一〇月八日同一七〇頁らは、いずれも、すでに適法になされている逮捕・勾留中に当該逮捕・勾留の基礎となった事実以外の事実について被疑者を取り調べる場合にも必ず当該事実毎に裁判官の令状が必要であると解すべきではなく、逮捕・勾留の基礎となった事実以外の事実であっても、逮捕・勾留の基礎となった事実と犯行の場所、手口方法等が類似するなど実体的に密接な関連がある事実については、逮捕・勾留の基礎となった事実について逮捕・勾留の理由および必要が存続しており右事実の捜査に附随し、これと並行して取調べがなされる限り、令状なくして被疑者を取り調べても令状主義に反する違法な取調べということはできないとの見解に依拠するものといえよう。

さらに、東京高判昭和五八年一二月一五日判例時報一一一三号四三頁(総監公舎爆破未遂事件（分離公判組）控訴審判決）では、被告人からの違法な別件逮捕による自白であるとの主張を排斥するにあたって、「別件窃盗の起訴前の勾留期間は全く本件の取調べに流用されておらず、ただ別件の起訴後の勾留期間中一九日間にわたり別件と並行して本件の取調べが行われたにすぎない。また、……別件の窃盗事件が、……逮捕・勾留の理由及び必要性を十分肯認しうるのであるから、それ自体適法性に欠けるところはなく、……別件の自動車窃盗と本件である爆発物の使用とは、社会的事実として一連の密接な関連があると考えられることを総合勘案すると、捜査官らが、専ら本件の取調べに利用する目的又は意図をもって、逮捕・勾留の理由又は必要性の乏しい別件でこれらを逮捕し、勾留請求したものとも、また、検察官において、右同様の目的・意図をもってことさらに別件を起訴し、その身柄拘束を利用して本件につき取調べを行ったものとも認められない」とした。

(11) 佐賀地判昭和五八年一二月一五日判例時報一一〇〇号二一頁(有田町実母殺し事件国家賠償請求第一審判決)では、警察官

による別件逮捕・勾留、被疑者の取調べと検察官の公訴提起が公権力の違法な行使に当るとして、被疑者およびその妻からなされた国家賠償請求が認容された事例で、別件逮捕には令状主義の潜脱意図を伴う重大な違法があるとしたうえ、その取調べにより得られた自白の事実性にも多大の疑問があるとした。

(12) 東京地決昭和四五年八月一日判例タイムズ二五二号二三八頁は、起訴後の勾留中に勾留の基礎となった被疑事実と関係ない別の被疑事実を取調べる場合の取調べについて、任意捜査と考える立場にたって、在宅の被疑者の取調べと同じに考えるべきで、被疑者が供述を拒否するような場合には供述拒否権を害することのないようにすべきであるとの見解を明らかにしている。

(13) 被疑者の取調べを任意処分として、出頭・滞留義務を否定する見解として、平野龍一『刑事訴訟法』一〇六頁（一九五八年）は、「出頭拒否・退去を認めることが、逮捕又は勾留の効力自体を否定するものではない趣旨を、注意的に明らかにしたにとどまる」とされる。このような見解は、田宮教授によれば、在宅被疑者の捜査機関のもとへの出頭要求の規定であり、したがって、捜査機関の呼出しに対しては応諾義務を認めるわけにはいかないので、但書が必要になり、出頭義務・滞留義務のないことが明らかにされたものとされ、それ故、逮捕・勾留されていれば、出頭要求はそもそも問題となりえないので、念のため除外規定が設けられたのであり、①一九八条一項は、捜査のために出頭要求ができることと（その結果取調べもできるので、それを明示した。もちろん、その他の処分、たとえば身体検査、鑑定、実況見分などへのひきあたりなども可能である）、②しかし、それが任意の処分であること、を明らかにした規定で、そうであれば、逮捕・勾留されていれば明らかに除外されるとされる（田宮裕「被疑者の取調べ」法学教室七八号三九頁（一九八七年））。また、井上正治「捜査の構造と人権の保障」刑事訴訟法講座Ⅰ一一九頁は、「逮捕又は勾留されている被疑者であっても、取調のための出頭義務のないことは当然のこととして、取調以外の目的のために出頭を求められたときは、その求めに応じなければならないことを規定したまでのことだ、と解釈すべきである」とされる。同旨の見解として、井戸田侃『刑事訴訟法要説Ⅰ』七七頁（一九六四年）、石川才顕『刑事訴訟法講義』一一七頁（一九七四年）、田宮裕『刑事訴訟法入門〔三訂版〕』九七頁（一九八二年）、庭山英雄『刑事訴訟法』七六頁（一九七七年）など。

松尾浩也『刑事訴訟法上』六五頁（一九七九年）は、受忍義務を否定しつつ出頭・滞留義務を肯定しようとされる。

渥美・前掲注(7)三三頁は、刑事訴訟法一九八条一項但書は逮捕・勾留されていない被疑者には取調受忍義務がないことを定めたものとの前提にたって、身柄拘束下における被疑者の取調べについて、供述の自由への強制の契機が認められることから、①黙秘権の告知、②黙秘権を放棄してなした供述が不利な証拠に用いられることの告知、③供述の自由を保障したうえで供述すべきことを決めるために弁護人の助力を受ける権利を告知、④憲法三四条に定める弁護人との自由な接見を、取調べに

先立って保障すること等を条件に、肯定される。同旨、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』七六頁（一九八〇年）。

(14) 団藤重光『条解刑事訴訟法上』三六五頁（一九五〇年）、宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ』五三頁（一九四九年）、柏木千秋『刑事訴訟法』五六頁（一九七〇年）、青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論上巻』三四五頁（一九七六年）、高田前掲注(8)三三五頁など。

(15) 沢登佳人「逮捕または勾留中の被疑者の取り調べは許されない」法政理論一二巻二号一頁（一九七九年）、横山晃一郎『誤判の構造』四七頁（一九八五年）、上口裕「身柄拘束中の被疑者取調について」南山法学五巻一＝二号一一九頁（一九八一年）などは、身柄拘束下における被疑者の取調べを否定する。

(16) 青柳・前掲注(14)三四五頁、日野・前掲注(1)一九四頁。

(17) 小林・前掲注(1)一二頁、松本一郎「適正な取調を保障する手段」『刑事訴訟法（青林双書）三四頁（一九七四年）。なお、この立場では、強制処分を物理的強制のみならず観念的な義務を負う場合をも含むと解することになろう。

田宮教授は、身柄拘束下の被疑者の取調べ受忍義務は、被疑者の人権保障のため供述義務の存在を否定しようというねらいのもとに、憲法三八条一項に根拠を持つ被疑者の包括的黙秘権が取調べの必要性に優位するものであることから、否定されざるをえないとしたうえ、被疑者の取調べは、黙秘権は保障されるが密室で尋問されるのであって、その担保は告知しかないし、弁護権も法三九条の限度で保障されるだけなので、被疑者には不本意な権利侵害が認められるから取調べは強制処分であるとされる（田宮・前掲注(8)三二二頁）。

(18) 限定説をとるものに、団藤・前掲注(14)三六六頁、熊谷・前掲注(1)四一頁、高田・前掲注(8)三三五頁、木谷明「余罪捜査のための移監の可否—余罪につき逮捕状を発付することの要否、適否」『新版令状基本問題』二七二頁（一九八六年）など。

(19) 中間説をとるものに、小林充「別件逮捕に関する裁判例の動向」警察学論集三一巻一号四九頁（一九七八年）、石川才顕「いわゆる余罪取調べの適法限界」警察研究五一巻四号一九頁、二八頁（一九八〇年）。

(20) 非限定説をとるものに、青柳・前掲注(14)三五六頁、吉田淳一『註釈刑事訴訟法第二巻』（青柳他編）八二頁（一九七六年）、小野清一郎他『刑事訴訟法（上）』（ポケット註釈新版）四三九頁（一九八六年）など。

非限定説に対しては、小林充「いわゆる別件逮捕・勾留の適否」『新版令状基本問題』三一頁、三六頁（一九八六年）が、「被疑者がひとたび勾留を受けたならば、いかなる事実についても（特に、それが嫌疑のきわめて薄い事実である場合を考えよ。）出頭を拒んだり、出頭後退去する自由がなくなるということの相当でないことは明らかであろう。」と批判されている。

(21) 河村博「旭川日通所長殺害事件判決をめぐって」捜査研究三五巻七号五六頁（一九八六年）。

(22) 渥美東洋「取調と供述に関する法理」法曹時報三九巻五号一頁、四六頁（一九八七年）は、身柄拘束下の取調べについての具体的基準として、(一)取調べ事実、黙秘権、弁護権の告知、(二)逮捕直後の関係人への逮捕事実の告知、(三)周到に権利告知がなされたうえで、権利放棄をして供述した場合に、放棄を明確に示し記録の作成と保存、供述を録取するにあたっての記録の周到な作成と保存（①取調べ時間、場所、取調官、参加者等の記録の作成と保存、②供述録取書は質問と回答の形式により供述状況が正確に伝わるような記載方式により、そのうえで読み聞け手続の確実な履行と供述者の内容をよく知ったうえでの署名・押印、③取調べに先立つ接見と取調べ終了直後の弁護人との接見の保障）、(四)上述の取調べのための手続要件を欠いた場合の取調べ及び供述が供述の自由を侵害しているとの強力な「推定」の採用、(五)取調べおよび供述の違法の有無を審査する公判前の手続の創設、をあげられる。

なお、小林・前掲注(20)『新版令状基本問題』三九頁も被疑者が進んで自白したような場合、あるいは、暗黙の同意がある場合を除いて、①本件の被疑事実とそれについての供述拒否権の告知及び弁護人選任権の告知、②本件についての出頭義務と取調義務の不存在の告知、を条件に、これらの告知がなされたうえで被疑者が取調べに応じたならば、任意であると一応推定してよいとされる。

もっとも裁判例は、取調受忍義務の不存在の告知まで要求していないし（仙台高判昭和五五年八月二九日判例時報九八〇号六九頁）、供述拒否権の告知を事件ごとに限定するとするものではない（東京高判昭和五七年一二月九日判例時報一一〇二号一四八頁）。

(23) 東京地判昭和四二年四月一二日下刑集九巻四号四一〇頁（東十条事件第一審判決）、金沢地七尾支判昭和四四年六月三日刑裁月報一巻六号六五七頁（蛸島事件第一審判決）、東京地判昭和四五年二月二六日刑裁月報二巻二号三七頁（東京ベッド事件第一審判決）参照。