

# 犯罪捜査の法律的構造

飯田忠雄

- 一、序 言
- 二、犯罪捜査権に基づく捜査
- 三、犯罪捜査権の法的性質
- 四、犯罪捜査組織と捜査権限の法律的構造
- 五、捜査の構造における職権主義と当事者主義
- 六、職権主義の法的帰結としての捜査の構造
- 七、捜査における強制処分地位と限界——捜査における人権保障の構造——
- 八、犯罪捜査をなしうる時期的限界——捜査における嫌疑をめぐって——
- 九、結 語

## 一 序 言

刑法は、大別して、犯罪対策としての刑法と、行政法の実効保障の目的をもつ法律違反対策としての刑法とに分けることができるが、それらはすべて刑罰とこれを科する行為の範囲を規定して、一般的に警告し、一般予防の効果をねらっている。この刑法の実現のためには、捜査、裁判、行刑の手續きが欠かせないものとされているが、捜査と行刑の結合を裁判によって完全に断絶していることは、近代刑事立法の一大特色であろう。捜査は、犯罪者または法律違反者の摘発排除を目的とし、行刑は、刑罰実現を目的とするが、裁判は、真実の犯人の判定と刑罰法令の適正な適用を目的とする。それ故、この三者は、刑法実現のための手段的制度でありながら、別個の法系列に属すべき性質のものである。裁判は、刑事訴訟法の支配をうけ、行刑は、監獄法その他の行刑の法の支配をうける。捜査は、裁判とは異質のものであり、刑事訴訟の準備手續きであるとして把握する思想の下に法律的構造をとるとしても、裁判の法原理を以て、これを支配することは無理があると思われる。元来、捜査は、刑法を実現するための方法であるが、刑法実現そのことは、捜査の直接の目的ではない。捜査の直接の目的は、犯罪または法律違反の予防が実効なく、それがなされた場合に、犯罪者または法律違反者を摘発排除し、社会秩序を維持することに役立つことにある。それ故、刑法実現は、刑事警察の目的を保障するための手段であるとみることもできるであろう。ところが、従来、捜査は公訴の準備手續きとして把握され、その法は、刑事訴訟法に内包されるものとされた。そのため、捜査は、検察官を主体とする司法警察として把握され、犯罪・法律違反の予防・鎮圧を主体とする行政

警察とは、法律上独立の地位を有するものとされてきた。

このような、捜査の犯罪対策における位置づけをすることによって、学者は、捜査を裁判に従属するものとして取り扱ってきた。そしてそのことが結局は、捜査の法律的構造を不明確なものとしてしまっているようである。そのため、捜査の主体、客体、手段の規制、その他、捜査の時期的限界を明確に論拠づけることに成功していないように思われる。これらの問題を幾分でも解明するためには、捜査を、犯罪闘争の立場から把握し、裁判原理から切り離してみる必要があるはしないだろうか。しかし、犯罪闘争といっても、国民主権制の国家においては、法律の規定する限界を越えて行なうことは許されないことはいうまでもない。

ところで、従来の捜査の構造を論ずる学者の立場は、多くの場合、捜査における人権保障論を展開して、これを以て捜査構造論としていられるように思われるところから推察すると、捜査機関は人民を弾圧するものであるとの前提を置くもののように思われる。このような前提を置く考え方は、国民主権制の実現を拒否する思想に通ずるものであるといわれてもやむを得ないのではなからうか。法理論的には、国民主権制を自からのものと観ずる限り、捜査機関は、国民の総体的意思である法律により設定され、法律に従ってのみ行動しうるものであるから、それが人民を弾圧する道具であり得るはずはない。

それ故、捜査機関は、法律の限界内に於てのみ存在しうる国民社会の安全の保障手段として把握されるべきものである。そして、その立場から、捜査の構造を論ずることが必要ではなからうか。

## 二 犯罪捜査権に基づく捜査

## (一)

犯罪の捜査は、他人の犯罪行為について、その行為者および証拠となるものや人を、捜がし取り調べることである。したがって、捜査は事実上は何人もこれを行なうことができるであろう。しかし、捜査行為は、必然的に人権の侵害を生ぜざるを得ない。それ故、それが法的に許容されるためには、人権の侵害が公共の福祉のために必要な場合であり、かつ、人権と公共の福祉との間の法益均衡上、公共の福祉が重い場合に限られなければならないであろう。<sup>(1)</sup> 捜査行為が何人によっても一般的に行ない得るとするならば、たとえそれが強制処分を伴わなわなものに限られるとしても、個人のプライバシーの安全は危険にさらされ、社会秩序は混乱するであろう。したがって、犯罪の捜査は、捜査権限を法律によって付与された捜査機関のみが、その捜査権の範囲内で、法律に基いてのみ実行することが許容されていると解しなければ、法律で特定の機関を限って捜査権を付与した意味がなくなるであろう。

それでは、捜査権は、どの範囲の者に認められるべきか。まず、裁判官、検察官、被告人(被疑者)、弁護人もしくは被害者その他の関係人に、犯罪の捜査権が付与されているか、付与することは妥当であるかという問題から考察してみたい。

最初に、裁判官に捜査権を付与することが妥当かを検討してみよう。裁判権を行使する裁判所が第一回の公判期日前に犯罪捜査に関与することは、弾劾主義裁判制度の原則からいって、許されることではない。<sup>(2)</sup> 判決裁判所が捜

査に關与することは、公判開始前に予断をいだかせることになるからである。捜査における令状の発付権を判決裁判所を構成する裁判官に付与することも、公平な裁判所の性質を失なわせる予断の危険があるといわねばならない。判決裁判所およびそれを構成する裁判官は、如何なる意味においても、いささかなりとも、犯罪捜査に關与することは禁止されなければならない。この点について現行刑事訴訟法の規定はあいまいである。

ところで、刑事訴訟法は、裁判官に捜査における令状発付権を付与しているが、この令状は、如何なる意味をもつものであろうか。ある学者は、憲法にある令状は元來、命令状の趣旨であったのを、刑事訴訟法が許可状として規定したものであるから、少くとも逮捕状は命令状と解すべきであるとする。<sup>(3)</sup>しかし、このような学者の解釈には、私は次のように考えるので、疑問をもつものである。

裁判官は、判決裁判所を構成しうる地位にある者である。したがって、公平な裁判所の理念からいえば、裁判所が犯罪捜査に關与すべきでないと同様、裁判官も犯罪捜査に關与しないことを立前とすべきであらう。憲法は令状の発付権を司法官憲に付与した。ところが司法官憲と裁判官とを同一視する見解が支配的となったため、裁判官に令状発付権を認めた立法が刑事訴訟法でなされた。令状を命令状と解すると、裁判官が捜査の主体、少くとも捜査権の帰属者とならざるを得ないこととなる。<sup>(4)</sup>このようなことは、法理論上、公平な裁判の原理を阻害することになるのではなからうか。それ故、その法的帰結として、令状を許可状と解し、裁判官を捜査機関に対する抑制権の帰属者と解する立法を確立せざるを得なくなると思われる。刑事訴訟法は、憲法にいう司法官憲を裁判官と解したことからくる法理論上の矛盾を、令状を許可状と解し、裁判官（判決裁判所ではない）を司法的抑制権を有するもの

として、解決しようとしたものであると解されるのである。

ところで、裁判官は、判決裁判所を構成しない場合であっても、犯罪捜査に関与することは、決して好ましい制度ではない。裁判官に令状発付権を付与したのは、ほかによい方法がないから止むを得ず確立された制度であろう。それ故裁判官が事件について犯罪捜査をすれば、法第二〇条六号により除外の原因を具備すると解すべきものであらう。<sup>(5)</sup>

それでは、判決裁判所の構成員にならなければ裁判官が犯罪捜査権を行使しようと考えることは、正しいか。裁判官の公平性から考えて、このような考え方は、制度上問題であると思われる。それ故、裁判所または裁判官による公判段階における押収、捜索および検証を、犯罪捜査の方法と解することは、法理論上許されない。それは、當事者主義の立場からは、公判過程において裁判所に対する証拠調の請求があつた場合の調査の方法（証拠調の一種）または、証拠の保全の方法であると解すべきものであらう。それ故、証拠調およびそれに伴う証拠の保全行為の限界を超えて、職権を以て新証拠の発見のための捜査行為をすることは、裁判所の権限外の行為であるといわねばならないのではなからうか。とくに捜査段階における強制処分権を裁判官に専属させることの主張は、裁判官を捜査から断絶しておくことが予断排除の原則からいって必要であるとする考え方と矛盾することになる。

ところで、ここに一つ問題があるのは、刑法法二六二条の付審判請求についての審理手続きは、対立当事者の存在を前提とする本来の訴訟手続ではなくて、公訴提起前の捜査手続きに外ならないものと解する判例があることである。<sup>(6)</sup>しかし、右の裁判上の準起訴手続きの審判手続きが公訴提起とみなされる付審判の決定のための事前手続で

あるから捜査手続であることに、疑問がありはしないだろうか。何故なれば、準起訴手続における審判は、不起訴処分の適否を審判するものであり、請求者と処分した検察官とを対立当事者とする本来の訴訟手続であると解しうるものだからである。それは、行政事件訴訟の一種であると解すべきものであろう。審判手続において被疑者の取調がなされるとしても、それは捜査権に基づく調査ではなく、裁判権に基づく証拠調であると解すべきものであろう。それ故に、裁判上の準起訴手続も、裁判所に捜査権を付与するものとの根拠にはならないであろう。

(11)

次に、被告人または被疑者、弁護士、被害者その他の関係人に、犯罪の捜査権を付与することは、妥当であろうかが、問題とされなければならない。

平野教授は、「私人も、捜査を行いたくないわけではない」<sup>(7)</sup>とされ、また、弾劾的捜査観の説明において、「捜査は、捜査機関が単独で行う準備活動にすぎず、被疑者もこれと独立に準備を行う」<sup>(8)</sup>ものであるとされる。また、井戸田教授は、「被疑者を捜査の主体として承認し、これに意見、弁解の機会を附与すべきことは不可欠である」<sup>(9)</sup>とされる。これらの学説は、被疑者または被告人にも捜査手続における主体的地位を認めんとするものである。そして、平野教授によれば、捜査段階においても当事者主義を徹底し、強制処分権は裁判所にのみ保有され、当事者は、その強制処分の結果を利用するにすぎないとするのが基本的な捜査構造であるべきだということのようである。<sup>(10)</sup>この説では、被疑者も当然に捜査機関と同様に捜査をすることができ、強制捜査も裁判所の強制処分権を利用して行ない

ることになる。井戸田教授は、捜査機関の強制捜査権を否定はしないが、被疑者にも任意捜査権を認めていると思われる。<sup>(11)</sup>

まず、一般的に、法的に私人の捜査権は容認され得るかという問題について、検討しなければならない。この検討にあたっては、国民主権制の法秩序の本質にまでさかのぼって、考察が加えられなければならないであろう。国民主権制は、国民の権利義務の保障を、国民が選任した限定された機関を確立することによって実現することとし、国民各自が直接相互に権力行使をすることを禁止することを、法によって相互約束することにより、基本的体制を確立している。こうすることによって、国民は各自の平和かつ幸福な生活を保障しようとしたものと思われる。こうした思想の下にある日本国においては、私人がいわゆる国家権力を行使することは、法的には一般的に禁止されていると解すべきであろう。このことは、特に重大なものについては、刑法を以て臨んでいることからも推論し得るのである。また、犯罪捜査について規定した刑事訴訟法には、常人の現行犯人逮捕権の規定が例外としてあるほか、私人が捜査に関与することを許容する積極の規定は存在しない。このことは、刑事訴訟法が、私人による犯罪捜査権を認めていない証拠として挙げうるのではなからうか。

このような見解に対し、私人経営による調査探偵が職業として成立し、合法活動をしていることを以て、反論されるかも知れない。特に刑事訴訟法第一九七条が、捜査主体を限定する規定の仕方せず、強制処分についてだけ捜査主体を限定していることから、任意捜査については、私人もまたこれをなしようと解しうるかも知れない。もしこのような解釈が正しいとすると、私人も任意捜査権があることになり、捜査の結果について免責されることに



ならざるを得ないであろう。そして、犯罪捜査を名目とする私人による人権侵害が法によって保護されることとなり、国民生活の平穩は保ち得ないこととなるであろう。それ故、刑事訴訟法第一九七条が私人にも任意捜査権を認めた規定であるとするならば、憲法第一三條後段の規定に違反するものと解されることになる。刑事訴訟法第一九七条を合憲的に解するには、同条にいう捜査は、法律によって捜査の権限を付与されている公共機関による捜査を指すものと解さなければならぬのではなからうか。このように解する限り、私的調査業者や私立探偵の調査行為は、刑事訴訟法の立法目的からいっても、その適用外の行為であり、従って法律上の犯罪捜査には該当しないと解するのが正しいと思われる。要するに、私人は現行法上、一般的に犯罪捜査権を有しないと解される。また、国民生活の平穩の保持という観点からは、私人には捜査権を付与すべきでないとと思われる。

上述したような理由から、被害者その他の関係人には、権利または権限としての捜査権を付与することは適当でないし、現行法上も否定されていると解するのが正しいであろう。

それでは、被告人または被疑者の場合にはどうかであるか。被告人または被疑者は刑事訴訟における当事者であり得ても、犯罪を捜査すべき地位には置かれていない。自己の犯罪については、その犯人と証拠について捜査しなければならぬ必要はないであろう。自己が犯人でないという証拠は、アルバイの証明または真犯人の発見によって獲得しうるであろう。これらについては、被告人は裁判所または検察官に資料を提出して、証拠調または検察官による捜査を要求すれば足りるのである。それ故、被告人または被疑者に、捜査権を付与しなければならない理由は全く見当たらないと思われる。もし、裁判所または検察官が信用できないから被告人または被疑者に捜査権を付与す

すべきだとする主張があるとするならば、それは、公務員の人事の不適當という個別的具体的な事実上の問題を制度の問題とすりかえる思考であるという批判をうけなければならぬのではなからうか。

それでは、弁護人に捜査権が付与されているであろうか。これについて、刑事訴訟法第一七九条、第一九六条および第一九七条が取りあげられなければならない。

第一七九条は、被告人、被疑者または弁護人の証拠保全の請求手続の規定であるが、捜査を裁判のための準備手続と解し、被疑者も捜査機関と独立して行ないうるし、強制処分は裁判所のみがしうるものと解する限り、この規定は、被告人、被疑者または弁護人の捜査権を前提とするものであるとの見解も生れてくるからである<sup>(13)</sup>。また、第一九六条は、捜査関係者に対する訓示規定であるとされるが、これに含まれるものとして、検察官、検察事務官および司法警察職員と並べて、弁護人その他職務上捜査に関係ある者を掲げている。このことは、第一九七条が捜査の主体を限定していないこととの関連から、弁護人にも任意捜査権のあることの根拠になるとの見解も生ずるであろうからである<sup>(14)</sup>。

ところで、証拠保全の請求は、存在が明確になっている人証、物証の保全であって、未知の証拠を捜査して保全することを意味しない。それ故に、証拠保全の請求は、一種の証拠調の準備のための請求であると解すべきであろう。

平野教授は、被告人、被疑者、弁護人にも証拠の収集保全が期待されるとされ、証拠保全の請求のみならず、裁判所のする押収、捜索、検証、証人尋問、鑑定処分への立会、捜査機関が収集した証拠の閲覧もまた、公判の準

備活動であり、現行法の法技術的意味での捜査であるとされるようである<sup>(15)</sup>。しかし、捜査概念をこのように拡大することは、捜査権の限界を混乱させ、捜査における責任の所在を不明確なものとしてしまう危険があると思われる。

次に、刑事訴訟法第一九六条が弁護人その他の捜査関係者の捜査権の存在を前提とするものかどうかを検討してみよう。「職務上捜査に關係ある者」という法の文言は、捜査権を有する者を必ずしも意味しない。捜査権は有しないが捜査に關係のある者もあるからである<sup>(16)</sup>。それ故、弁護人が捜査に關係のある者であることから、直ちに弁護人に捜査権があるということにはならない。弁護人に捜査権があるかどうか、または弁護人に捜査権を認めるべきかどうかは、わが国の法制のたてまえおよび法理論から知る以外にはないであろう。刑事訴訟法第一九七条の規定が捜査の主体を限定していないことも、弁護人にも捜査権のあることの根拠としては、薄弱であるといわねばならない。むしろ、捜査の章に規定する捜査が、司法警察職員、検察官および検察事務官のそれについて規定したものであると解すべきものであることは、規定の体裁からいっても穏当な見解ではなからうか。

それでは、弁護人に捜査権を与える必要があるであろうか。平野教授は、捜査機関は被告人・被疑者に利益な証拠も収集・保全する義務があるが、捜査に専念するあまり、被告人に利益な証拠を見のがしがちになるのが自然だから、被告人・被疑者および弁護人にも捜査権を認めるべきだとされるようである<sup>(17)</sup>。被告人・被疑者については既に論じたから、弁護人についてだけ論ずることとする。

「被告人に有利な証拠」は、「犯人および犯罪の証拠」ではない。刑事訴訟法に規定するところによれば、捜査の対象は「犯罪」もしくは「犯人および犯罪の証拠」<sup>(18)</sup>である。それ故に、「被告人に有利な証拠」は、犯罪捜査の対象で

はない。ということは、弁護人が被告人に有利な証拠を収集することは、犯罪捜査ではなく、弁護資料の収集保全活動であるにすぎない。それは、弁護権を根拠とするものであり、その性質上、被告人に不利益な証拠の収集保全は含まれないと解さなければならない。

次に、弁護人は、被告人・被疑者と十分に相談する権利を持ち、身体の拘束を受けた被告人・被疑者と立会人なしに接見・書類その他の物を授受する権限を有しているから、捜査機関に与えられた捜査権のような権限を有する必要性は少ない。従って、公共の福祉の保障との均衡上<sup>(19)</sup>、弁護人に犯罪捜査権を付与することは妥当でないといわざるを得ない。

ただ、被疑者以外に犯人がいることを立証する必要がある場合には、弁護人にも捜査権を付与すべきではないかとの疑問も生じよう。しかし、この場合においても、弁護人は告発権を行使すれば足り、その捜査は捜査機関にかせるべきものであろう。したがって、この点からも弁護人に捜査権を付与する必要はないと思われる。

上述したところから、犯罪捜査権は、司法警察機関および検察機関によってのみ、担当されるべきものであることが知られる。そして、捜査はまず、犯罪捜査権に基づく捜査の構造をとることが認められなければならない。それでは、犯罪捜査権はどのような法的性質をもつものでなければならないか。次に検討するであろう。

(1) 憲法十三条が保障する「個人の尊重」については、それが生命権、自由権および幸福追求権であっても、公共の福祉に反しないことを要件としている。しかし、憲法十二条との関係で、基本的人権と公共の福祉との間の法益均衡が正当性の根拠となるものと解される。

(2) 裁判所に捜査権を付与することは、糺問式訴訟になり、公平な裁判をすることができなくなるから、裁判所が捜査権を行使する制度は許容すべきでない。したがって、刑事訴訟法の如何なる規定も、裁判所に捜査権があるものと解してはならないことになる。

このことは、裁判官についても同様であろう。それ故に、私は、犯罪捜査の強制処分に関して、令状発付権を裁判官に付与することには、裁判官の公平な立場を保持する上から、疑問に思うものである。おそらく裁判官は公平な立場にあるから、これに司法的抑制権を付与したものであるが、抑制権は令状発付権であり、それは被疑事実と被疑者の証拠隠滅のおそれのある性質とを明らかにする資料を審査することにより行使されるものである。それ故、令状発付権を裁判官に付与することにより、元来公平な立場にあった者から、その公平性を失なわせることになる危険が生ずる場合があるであろう。

(3) 井上、「捜査の構造と人権の保障」、刑事訴訟法講座（有斐閣）、二二〇頁—二二三頁、平野、刑事訴訟法（法律学全集）八四頁。

(4) 平野・刑事訴訟法（法律学全集）八四頁は、「……憲法の趣旨からすれば、裁判官が自ら逮捕するのであるから、逮捕の必要性についても、裁判官が責任を負うべきである。」とされる。憲法の趣旨は、公平な裁判所を國民に保障するにあるから、裁判官に逮捕権を付与すべきであるとする理論は、矛盾を含むものではなからうか。いわゆる弾劾的捜査観の理論的弱点であると思われる。

(5) 法二〇条六号は、「裁判官が事件について検察官又は司法警察職員の職務を行ったとき」を掲げる。通説は、「これは裁判官に任官する前に、当該の事件について、検察官または司法警察職員の職務を行った場合をいうが、捜査機関の請求による令状の発付または強制処分をしただけでは、これに該当しない」とする（平場・中武・高田・鈴木、注解刑事訴訟法上巻、五八頁、団藤、刑事訴訟法網要六九頁以下、大判昭一〇・三・三〇、大刑集一四卷五号、三五二頁）。しかし、司法警察職員の職務は、犯罪捜査であるし、検察官の職務の中にも犯罪捜査が含まれるから、裁判官が当該犯罪について捜査をした場合は、除外の理

由になると解するのが正しいのではなからうか。忌避原因にはなると思われる。

- (6) 昭四〇・五・二二東京高裁決定、下級刑集七卷八一〇頁。
- (7) 平野・刑事訴訟法(法律学全集) 八二頁。
- (8) 平野・前掲書八四頁。
- (9) 井戸田・刑事訴訟法要説六九頁。
- (10) 平野・前掲書八四頁。
- (11) 井戸田・前掲書六七頁。
- (12) 内乱の罪は、私人による国家権力の奪取および行使の重大なもの一つである内乱行為を犯罪としたものである。封印破壊(九六条)、信書開披(二三三条)、住居侵入(一三〇条)等の罪を構成する行為は、私人が搜索もしくは捜査をするにあたって犯しうるものである。もし、私人に捜査権があるとすれば、私人が捜査のためこれらの行為をなしうることを認めなければならぬことになる。
- (13) 平野教授のいわゆる弾劾的捜査理論を推し進めると、このような見解に到達せざるを得ないのである。
- (14) 飯田・現行刑事訴訟法における犯罪捜査の法律的構造・海保大具葉論叢八号(昭三八) 五頁。
- (15) 平野・刑事訴訟法・一三二頁以下は、「被告人・被疑者の準備」を、捜査の章において説明されている。
- (16) 例えば、税関職員は司法警察職員の資格を有せず、刑事訴訟法上の犯罪捜査権を有しないが、関税法違反の捜査には職務上関係有することがある。
- (17) 平野・刑事訴訟法・一二二頁参照。
- (18) 刑訴法一八九条二項、一九一条一項参照。
- (19) 国民生活の平穩を保護する上からは、犯罪捜査権の担当機関は、限定されかつ明確に権限を付与されたものに限るべきで

ある。

### 三 犯罪捜査権の法的性質

#### (一)

憲法は、法定手続の保障についての規定を設け、生命、自由を奪ったり、刑罰を科するには、必ず法律の定める手続によらなければならないものとする。この保障は、法律上は絶対的保障であるから、国家権力による場合のみでなく、私人または私的団体の暴力による場合についても適用になるといわねばならない。<sup>(1)</sup>

ところで、犯罪捜査は、人々の自由を拘束する行為を以てしなければ成立しないものであるし、組織的かつ職業的作業をもってしなければならないものでもある。また、生産性を有しないので、一般的には企業性のないものである。したがって、犯罪捜査は、法律で職務の範囲と権限を定められた国家機関または自治体機関によってなされる権限活動であるとするのが、公共の福祉と人権保障の上から考えて適当であるといわねばならない。

このような犯罪捜査の権限を法定される機関は、司法機関であるべきか行政機関であるべきか。この問題は、犯罪捜査を行政権の作用と解するか司法権の作用と解するかによって、見解を異にするであろう。

現行法上、警察権は、取締権（法令の励行権）、警備権（犯罪の予防・鎮圧権）および犯罪捜査権の綜括的呼称として用いられる。<sup>(2)</sup>そして、現行憲法の規定からみるときは、司法権は、裁判権を意味するものと解されるから、犯罪捜査権は、それが裁判権に含まれるか、またはそれに随伴するものであると解しない限り、憲法にいう司法権に

は属さないこととなる。公正な裁判所による裁判をするためには、裁判所が犯罪捜査権を行使する制度は、排除されなければならないことは、前述したとおりである。したがって、犯罪捜査権は裁判権には含まれず、また随伴することもないと解することが正しいであろう。犯罪捜査権が司法権に属さないことが正しいならば、それは、行政権に属すると解さざるを得ないと思われる。このことにつき、石山豊太郎判事は、犯罪捜査手続は専ら行政官の手によって行なわれるので一種の行政権と解する外はないと説かれるが、この説明は、逆である。犯罪捜査権は行政権に属するから行政官が行使するものといわねばならない。

ところで、現行刑事訴訟法によれば、捜査機関として、司法警察職員・検察官および検察事務官が規定されている。司法警察職員が行政機関またはそれに準ずる地位を有する者に属することは、法文に明らかである。ところが、検察官の職務権限は、公訴権、法の正当適用請求権および裁判執行監督権を行使するにある。その犯罪捜査権は、これらの権限を行使するための手段として認められていると解する外はないと思われる。

そこで、検察官の犯罪捜査権の性質を知るためには、検察官の職務権限である公訴権や法の正当適用請求権が司法権に属するか行政権に属するかを、明らかにする必要があるであろう。

司法権は裁判権を意味し、裁判権は裁判官または裁判所に専属するとする立場からは、公訴権や、法の正当適用請求権は、たとえそれが裁判に不可欠なものであっても、司法権には属さないこととなる。それは裁判を請求する権限であっても、裁判をする権限ではないからである。検察官の職務権限が裁判権に属さないならば、それは行政権に属すると解さざるを得ないであろう。したがって、公訴権の作用に含まれると解される検察官の犯罪捜査権も



また、現行憲法における司法権の意義からは、行政権に属するものといわなければならぬであろう。

それでは、犯罪捜査権を司法権に随伴するものと考えすることはできないか。平沼博士は旧刑訴訟における犯罪捜査を、公訴の提起および実行のため必要な資料を収集するを目的とする準備手続とされ、公訴を科刑権確定の請求または科刑権確定の目的での審判の請求であると解された。<sup>(6)</sup>この見解の基礎は、旧憲法下における裁判所構成法と刑事訴訟法の規定である。裁判所構成法は、捜査機関の組織について規定し、旧刑事訴訟法がこれを補足していた。ここにおいては、捜査は、公訴の準備手続とされ、その中枢は、裁判所の裁判権に属する事件について刑罰請求権を実行する機関としての検事であったし、司法警察官は、検事の補佐機関であり、それに隷属する補助機関として司法警察吏が設けられていた<sup>(7)</sup>のである。

このような捜査組織の法律上の地位は、裁判所の裁判権に属する事件について刑罰請求権を実行する機関としての地位であるとされる。そして、犯罪の捜査は、公訴の準備として、刑罰請求権の実行に含まれる行為であり、「公訴を提起すべしや否やを決するために為すもの」<sup>(8)</sup>であるとされた。このような見解からは、犯罪捜査は、刑事訴訟の前提として訴追すべき事実の有無を調査する手続をいう<sup>(9)</sup>ことになり、司法権に随伴するものであるという法的帰結を生ぜざるを得ないものと思われる。

日本国憲法下における新刑事訴訟法の解釈上も、犯罪捜査をもって公訴の準備手続<sup>(10)</sup>であり、また公訴を提起すべきかどうかを決するためにする手続であるとする説<sup>(11)</sup>が有力となえられ、今日の通説的見解となっている。この説をとる限り、法的帰結として、犯罪捜査権は、司法権に属するか、少くとも司法権に随伴することにならざるを得

ないであろう。そして、犯罪捜査における強制処分は裁判所だけが行いうるし、当事者はその強制処分の結果を利用するにすぎないとの法的帰結に到達することになるであろう。

犯罪捜査権を司法権に随伴させる考え方は、糾問式訴訟の特徴であった。弾劾式訴訟においては、犯罪捜査権は司法権から独立していることが法理論上の帰結であらねばならないことは、公平な裁判所の原理原則に照らし、これまで述べてきたところである。それ故、犯罪捜査権を司法権に含めて理論構成しながら、捜査の弾劾式構造を論ずるのは、理論的矛盾を含むものであろう。公平な裁判所を強調する立場からは、犯罪捜査権を司法権からはっきりと分離するのが正しいのであろう。

## (一)

犯罪捜査が司法権に属さず、行政権に属するとすると、刑事訴訟法が規定する捜査行為に対する司法的抑制もしくは裁判官の捜査に対する関与は、如何に解すべきか。これについて、いわゆる司法的抑制もしくは裁判官の捜査への関与を、裁判権の行使であるとする考え方<sup>(12)</sup>と、裁判権の行使ではなく、行政機関が行なう強制処分に対する許可権の行使であり、その性質は憲法に根拠をもつ特殊な行政処分監督権の行使であるとする考え方<sup>(13)</sup>とが成り立つてあろう。

裁判官の捜査に対する関与を、裁判権の行使であると解する考え方は、捜査を裁判の準備手続と解し、また、令状の発布を裁判(命令)であると解することに基<sup>(14)</sup>づくようである。

ところで、檢察機關の捜査が公訴の準備手続であることは一応認めるとしても、警察機關の捜査は、必ずしもそうとはいえないものであるから、捜査を裁判の準備と解することは、現行法の法文上からも、實際の行政機關がする捜査目的にも合致しない。また、令状を命令状と解することは、現行刑事訴訟法の解釈のみならず、憲法が規定する裁判所のあり方からいっても、疑問がある。

令状には、命令状のほか許可状があることは、今日の法制上一般に認められているところである。命令状は裁判書であるが、許可状は、命令書ではないと解すべきものであるから、裁判書ではあり得ないと解される。したがって許可状の発布は、裁判官の裁判以外の法律行為であると解さざるを得ない。

許可状の発布は、捜査権を行使する機關の請求に基いてなされるが、当事者主義からの帰結ではなく、職権的なものである。それは裁判ではないから、許可状が発布されないことについて、上訴は許されないと解される。このようなわけであるから、裁判官の捜査に対する関与は、捜査上の強制処分に対する禁止の解除を認める行為であり、行政処分の許可権に外ならないと解しうるのではなからうか。

ところで、右のように解した場合、司法権の行使機關である裁判官に令状発布権を付与することは、裁判官に行政権関与を許すものであって、三権分立に反していないか。この点については、最も憲法に忠実ならんとすれば、令状発布機關を別に設けるべきであらうが、それは、国家財政の経済性からいって、極めて困難なことである。そこで、三権分立は、わが憲法上は、終局において実質上完うされれば足り、部分的、前審的などころにおいては、便宜主義に従っていると許されるべきものであらう。このことは、前審としての行政機關による裁判、最高

裁判所の規則制定権、両議院の議員資格争訟裁判、司法官憲の犯罪捜査への関与などが憲法上の制度として認められていることから、明らかなことであろう。裁判官に犯罪捜査への関与を許容しても、その関与は捜査行為を構成するものではなく、捜査における強制処分を解除する行為に止まるものであるのだから、行政権を終局的に侵害するものではない。したがって、実質的にみて、わが憲法上にいわゆる三権分立主義に反するとは、いえないことになるのではなからうか。

また、許可状の発布が行政処分に対する許可権に基づくものだとすると、その行為は一種の行政行為と解され、裁判官が内閣の支配をうけることになりはしないかとの疑問が生じよう。しかし、この疑問は、形式論理による思考から生れたものであって、憲法が保障する裁判官の独立の規定によって、裁判官の職権の行使に対する内閣の支配は、完全に断絶されていることを見ない議論であろう。

犯罪捜査における強制処分の抑制権としての許可権を裁判官に与えたのは、この権限の公正な行使の実現を確実にし、人権保障を完うせんためであると解される。もしこの権限が行政機関に留保されているならば、行政官一体の原則の支配をうけることとなり、強制処分の抑制権は、行政機関の都合により左右される危険を常にもつことになり、人権保障の法的安定性は、おびやかされることになるであろうからである。それ故、すべての国家機関から独立して職権行使のできる憲法上の地位を有する裁判官に、捜査における強制処分の抑制権を専属させるのが、最も公正に人権保障と公共の福祉とのバランスをとりうるものと考えられ、この制度が設けられたものと解せられる。上述したところから考察して、強制処分に対する抑制権は、当該刑事事件の判決裁判所を構成する裁判官によつ

て行使することは、適切でないと思はれる。というのは、捜査について許可権を行使した裁判官は、犯罪事実について予断をいさぐ可能性を有しやすい地位に置かれていると思はれるから、公平な裁判所の原理からして、判決裁判所を構成することは、不適当であると解されるからである。

犯罪捜査は、上述したように、裁判権に從属するものと解すべきでない。裁判権と独立して犯罪捜査は存在しうる。<sup>(15)</sup> 犯罪捜査権は、刑罰権もしくは刑罰請求権と結びつくものであるが、その目的の第一は、法秩序の破壊を追捕し、一般的に警告して、いわゆる一般予防の実効を保障するにあるであろう。これが警察機関のする捜査の目的の一つである。さらに、警察機関のする捜査の第二の目的がある。それは、検察官に対し公訴権行使の根拠を提出し、公訴提起の請求をするにある。この公訴請求権は、犯罪捜査権の行使により被疑者が特定され、特定するに十分な証拠資料が収集されたときに、捜査の法的帰結として付与せられる具体的個別的な権限である。被疑者の特定がなく証拠資料が十分に収取されていない場合には、公訴請求権の発生はないと解される。この場合には、検察官は、事件の送致をうけることにより、公訴権の存在を確認するための調査をする必要に迫られるであろう。

検察官の捜査もまた現行法上は裁判権に從属するものではない。それは、公訴提起の事由の有無の確認と、公訴維持のために必要な証拠資料の収集保全を目的とするものであらねばならない。

### (三)

次に、犯罪捜査権は、個別的具体的事件について認められる個別的具体的権限なのか、抽象的刑事事件について

認められる抽象的権限なのか、確かめられなければならない。具体的権限であれば、具体的な刑事事件の発生があって始めて犯罪の捜査はなされ得るであろう。刑事訴訟法第一八九条第二項に規定する捜査の権限は、この場合についていうものであると解せられる。捜査権を具体的権限と解する立場からは、捜査の端緒を得るための調査活動は、犯罪を認知する以前の活動であるから、犯罪捜査ではないということになる。つまり、この考え方では、抽象的な犯罪捜査権という観念的存在は必要でなく、犯罪が発生した場合にそれに対する捜査権が法定の捜査機関に発生し、捜査の終結をもって消滅すると解することになるのである。

このような考え方に対して、捜査権を抽象的に把握すべきものとする考え方も成り立つてであろう。警察や海上保安庁の所掌とされる犯罪捜査が、社会秩序の維持を目的とし、一般予防効果を期待するものであることは、警察目的からいって当然のことであるから、警察機関に未発覚の犯罪についても、積極的に摘発してゆく活動が要求される。それは、客観的には発生している犯罪を、警察機関の認識下に置こうとする活動であるから、犯罪の発生を防止する活動ではない。また、刑事訴訟法に規定する司法警察職員が犯罪の嫌疑があるときにする捜査でもない。それは、嫌疑発生前になされる犯罪の嫌疑を得るための情報収集活動であり、手段的に犯罪予防（警備）活動と密接に結合していると同時に、犯罪の嫌疑の追求という点からみれば、犯罪捜査の前活動として切り離しては無意味となる活動でもある。とくに、行政犯では、犯罪の隠匿性と隠密性が強いいため、警察機関や取締機関に、未発覚犯罪を発見するための積極的な情報収集活動が要求されることとなる。

犯罪情報の収集活動は、一時的なまたは恒久的な犯罪情報組織による職務質問、内偵、聞込または密告の受理に

よってなされることが多いが、その方法は、いわゆる任意捜査における方法と異ならない。それは一般に国民の対犯罪感情に訴えての警察機関または取締機関の要請に対しての国民の任意の協力を基盤にして成立するものである。その協力が適当な範囲を逸脱し基本的人権を犯さない限り、違法とはならないと解すべきであろう。<sup>(16)</sup>それ故に、未発覚犯罪を発見し、その存在を立証するための活動を、犯罪捜査活動と区別し排除しなければならぬ実質的理由を発見することは困難であろう。そればかりでなく、これを排除すれば、犯罪の発生は嫌疑と結びつかず、したがって、捜査の実行も実現されなくなり、社会秩序の維持もまた危険にさらされることになるであろう。

ところが、警察機関の所掌事項中には、犯罪の予防、鎮圧および捜査が掲げられているが、発生しているが未発覚の犯罪の捜査については特別の事項として掲げていない。従って、このような捜査もまた犯罪の捜査に含めて把握しているものと解さざるを得ないのでなかろうか。このような見地に立てば、発覚・未発覚を問わず客観的には発生している犯罪（潜在的犯罪）を捜査する権限を一般的・抽象的捜査権として把握しうるのではあるまいか。

右の抽象的捜査権なるものは、警察機関の所掌事項を根拠として、その所属職員の職務権限とされているものである。この権限を有する者が犯罪の嫌疑を得たときに、具体的捜査権が発生し、司法警察職員の地位において、これを行使用することになる。この具体的捜査権は、具体的事件について送致することにより消滅するから、その後は司法警察職員に固有の捜査権はないことになるが、警察機関の所掌事項を基礎とする抽象的捜査権は消滅するものではない。従って、不特定の未発覚の犯罪について、捜査活動をすることは、禁止されているものではない。ただ人権侵害となる行為をすることは禁止されているし、司法警察職員としての権限行使もできないから、抽象的捜査

権には、強制処分をする権限は含まないと解される。

しかし、警察機関の抽象的捜査権もまた一般的にその存在が認められるものではない。抽象的捜査権は、警察機関の所掌事項を根拠にして発生するものであることの法的帰結として、所掌事項に該当しない刑事事件については、抽象的捜査権も存在し得ないといわねばならないからである。

具体的捜査権の行使機関である一般司法警察職員には、抽象的捜査権を有する警察機関の職員を以て充当する制度をとるところでは、抽象的捜査権の限界を越えて具体的捜査権の行使をすることは、違法とされなければならない。一般司法警察職員には、国家公安委員会所属の警察官、海上保安官、同官補、および都道府県公安委員会所属の警察官が充てられるが、その具体的捜査権を行使しうる犯罪の範囲には、それぞれの所掌事項と抽象的捜査権の行使許容地域による限界が設定されている。国家機関の所掌分担原則により、国家警察官と海上保安官との権限の範囲は、明確に区別されていなければならないから、海上犯罪の捜査および海上犯人の捜査・逮捕の権限は、国家警察官にはないことになる。また、海上保安官は、海上犯罪の捜査および海上にある犯人（それは陸上犯罪の犯人で海上にある者を含む）の捜査・逮捕の権限は有するが、陸上犯罪や空中犯罪の犯人を陸上または空中で捜査する権限はない。<sup>(1)</sup> 都道府県警察官は、現行犯人の逮捕の場合を除いて、原則として所属都道府県の管轄区域内においてのみ犯罪捜査をする権限のみを有する。したがって、他の都道府県の犯罪については、その犯人が管轄地域内に居らない限り、抽象的捜査権は生じないといわねばならない。そして、これらの警察機関の職員は、抽象的捜査権の範囲内においてのみ、具体的捜査権の行使をなしうるから、司法警察職員として職権行使をなしうる範囲も、これ



によって定まることにならざるを得ない。それ故、司法警察職員にとって、抽象的捜査権は、重要な意味を有することになる。

ところが、検察機関の犯罪捜査権については、抽象的捜査権を認めることは疑問であると思われる。というのは、検察機関の犯罪捜査権は、検察官の職務である公訴権の行使を可能にするために付加された権限であると解すべきもので、公訴権に従属する権限であるから、公訴権の性質に左右される性質をもつものであらねばならない。公訴権は、具体的刑事事件について公訴を行う権限であると解すれば足りるものである。抽象的公訴権<sup>(18)</sup>（一般的に公訴を提起し追行する権能）は、特定の刑事事件との関連をみないで論ずる考え方を基礎として生れた仮空のものであり、これを認めなければならぬ実益も全く見出し得ないものであるからである。この点、警察機関の捜査権において、具体的捜査権の外に抽象的捜査権を認めなければならぬ実益があるのと異なるであろう。ところで、公訴権が具体的刑事事件についての権限であると解することが妥当であるとすると、それに従属する捜査権もまた、具体的刑事事件について成立する権限であらねばならないと解されるであろう。すなわち、検察機関の捜査権は、司法警察職員の捜査権と同様に、具体的捜査権としての性質をもつものである。したがって、それは、具体的刑事事件が検察官に送致されたときに発生し、公訴維持の必要性がなくなったとき、すなわちその事件についての実体的判決が確定したときに、消滅するのを原則とするものと解するのが妥当であろう。原則とするというのは、具体的刑事事件について、警察機関または取締機関の送致はないが、検察機関において捜査する必要があると認める場合に、検察機関の捜査権の発生を認めなければならない理由があるし、刑事訴訟法の文言解釈上もそれを許容して

いと解されるからである。

(1) 憲法は、国家権力から人民の基本的人権を守るための保障であるとする人権要求思想を根拠とする従来の考え方は、過去の時代背景に基いた学説に固執するものであり、現代の日本国憲法の理念を率直に認めようとする偏見であると思われる。何故なれば、日本国憲法による国家権力は、日本国民の権力を基礎とするものであり、日本国民に對立する特殊の政治団体の支配権力ではあり得ないからである。それは、憲法的秩序の下に任命された国家公務員にその行使を信託されたものにならぬ。それ故、日本国民の人権保障が国家公務員による人権侵害に限られなければならない理由はない。私人または私的団体の暴力による人権侵害に対しても、日本国憲法は、国民の人権保障をしているものと解するのが正しいであろう。

(2) 飯田・海上警察権論七一頁以下参照。

(3) 平場編・刑事訴訟法要論二六頁、団藤・刑事訴訟法網要三七頁以下、井戸田・刑事訴訟法要説二八頁。

(4) 石山豊太郎、「犯罪捜査と司法的抑制」司法研究報告第二号・三七頁は、「捜査権は、行政権の一種である。犯罪捜査手続は、刑事法上第一審の一部を組成しているが、専ら行政官の手によって行われるので、一種の行政権と解する外はない。従って捜査権限の行使を行政作用として理解すべきである。」とする。

(5) 検察庁法四条は、検察官の職務について規定するが、そこには犯罪捜査を掲げていない。警察法や海上保安庁法が、その所掌事項に犯罪捜査を掲げ、これを警察官または海上保安官の職務として規定しているのと比較するとき、犯罪捜査そのものは独立して検察官の職務とされているのではないことが知られよう。検察官も犯罪捜査権を有することは法文上明らかであるが(検察庁法第六条、刑法一九一条)、それは職務である公訴を行なうための手段としての権限であると解すべきことは、法文の規定の仕方から推論しうるところである。

(6) 平沼麒一郎・刑事訴訟法要論四〇二頁以下参照。

(7) 旧刑事訴訟法二四六条以下。

- (8) 平沼・前掲書、四三頁以下。
- (9) 平沼・前掲書、五頁。
- (10) 団藤・前掲書、三一七頁、平場・前掲書、九六頁。
- (11) 井戸田・前掲書、六六頁。
- (12) 平野・前掲書八四頁は、次のようにいう。「憲法が令状主義をとったのは、裁判官だけが強制処分ができるとしたもので、令状は当然に命令状であることが予定されている。……裁判所は、……令状でこれを抑制する趣旨だとするならば憲法の正しい解釈ではない。……憲法の趣旨からすれば、裁判官が自ら逮捕するのであるから……。」
- (13) 司法的抑制の理論は、犯罪捜査手段としての強制処分に対する人権保障の観点からの裁判官による抑制の理論であるが、犯罪捜査を行政活動と解する限り、裁判所に行政処分に対する監督権を憲法が付与したものと解されるのである。犯罪捜査を司法活動と解するときは、犯罪捜査は元来裁判官の所掌であるべきものを、検察および司法警察機関に委ねた(平野・前掲書八四頁参照)ものとみななければ理論が一貫しないこととなつて、司法的抑制は、裁判官の自己抑制の理論とならざるを得ないこととなり、結局は司法的抑制理論の放棄とならざるを得ないであろう。
- (14) この点に関して、明確な表現はとられていないが、平野教授は、逮捕状は条件つき命令だと解されている(平野・前掲書八四頁参照)し、また、団藤教授は、勾留状・差押状は裁判であり、裁判官の発するものは命令の性質をもつものと考えなければならぬとされる(団藤・前掲書、二九五頁参照)。
- (15) このことは、日米加三国の北太平洋公海漁業条約および日ソの北西太平洋公海漁業条約において、締約国のすべてに犯罪捜査権を認めながら、裁判権については旗国主義の支配下にあると規定していることから、知られるであろう。
- (16) 昭二七・二・六札幌高裁判決、高裁判特報一八号、七三頁。
- (17) 昭三九・六・一九、東京高裁判決参照。同判決理由に引用する原判決理由によれば、海上保安官の捜査権は海上犯罪に限

られ陸上犯罪については捜査権がないから、捜査手続はすべて違法無効であり、検察官は送致をうけた事件がないことになるから、公訴提起も許されないとしている。判例時報三七七号七四頁。

(18) 小野・刑事訴訟法概論、九四頁以下参照。

(19) 平場・刑事訴訟法講義三〇頁、平場編、刑事訴訟法要論、一〇七頁参照。

#### 四 犯罪捜査組織と捜査権限の法律的構造

(一)

刑事訴訟法は、一般司法警察職員に警察官を充てているが、警察法は、犯罪の捜査、被疑者の逮捕を警察の責務として掲げ、警察官は上官の指揮監督を受けて、これらの刑事警察の事務を執行する職務権限を有するものとしている。それ故、犯罪捜査は警察機関の固有の権限であって、法律によって附加された権限ではない。警察は、個人の権利と自由を保護し、公共の安全と秩序の維持に当ることを責務とする機関であり、犯罪の捜査や被疑者の逮捕もまた、公共の安全と秩序の維持に当る活動の例示であると解されるものである。<sup>(1)</sup>

したがって、警察機関による捜査の目的は、公共の安全と秩序の維持にあるのであり、そのために刑事事件を捜査し、被疑者を逮捕するものである。捜査した事件は、必ず検察官に送致しなければならないものと法定されているが、このことは、警察機関による犯罪捜査を、公訴の準備活動とすることを、必ずしも意味しないであろう。

警察機関のする犯罪捜査が公訴の準備としての効果をもつとしても、それは反射的效果であって、本来の目的では

ないであろう。犯罪の被疑者を逮捕し、事件の捜査に成功することによって、公共の安全と法秩序の維持という目的を達し、また事件を檢察官に送致することによって、檢察官による公訴権の行使に可能性を与え、刑罰権の実現を目指すことにより、公共の安全と秩序の維持の裏付をするが、警察機関による犯罪捜査の本質ではあるまいか。それ故、それは、公訴権に従属するものではあり得ない。しかし、現行刑事訴訟法では、司法警察職員は、犯罪捜査に関して、檢察官の指示または指揮をうけるべき地位にあるから、その限りでは、司法警察職員の捜査も檢察官の捜査目的に支配されることになるが、このことは、立法政策の問題であって、犯罪捜査の本質に関することではないと思われる。

それでは、犯罪捜査を警察機関の固有の権限とすると、刑事訴訟法が「司法警察職員」という地位を規定し、警察官は司法警察職員として職務を行うものとした意味は、どこにあるであろうか。

現行刑事訴訟法は、一般司法警察職員<sup>(2)</sup>と、特別司法警察職員<sup>(3)</sup>とがあることを明らかにしているが、刑事訴訟法の適用については、一律に司法警察職員として職務を行うべき者として、職務の範囲内の権限行使である限り、両者の権限行使に差等を設けていない。このことは、警察機関には、犯罪捜査を固有の権限とするものと、固有の権限ではないが法律により増加された権限（附加権限）とするものとの両者があるのを、立法技術上統一して規定する必要があるために起った問題解決法であつたと思われる。

ところで、一般司法警察職員としての警察官や海上保安官の犯罪捜査権は、その所屬機関の固有の所掌事項を根拠とするものであるから、捜査目的もまた固有の警察目的に支配されるものであるといわねばならない<sup>(4)</sup>。それ故、

捜査における警察機関の任務が、刑事事件について犯人および証拠を捜査するにあるといっても、その捜査は、警察目的を達成するに必要な程度により限界づけられざるを得ないことになる。しかれば、その限界はどこに求められるべきか。私は、被疑者が特定され、その認定根拠になった証拠資料の収集の完了を以て、警察機関による捜査の限界とすべきものと思う。何故なれば、警察機関は、これにより、社会公共の秩序の破壊者と目すべき者を証拠をもって特定して排除する目的を達成し得たものと解しうるからである。これに刑罰を加えるかどうかは、裁判官が決定し、検察官の監督の下に行刑官が執行するものであって、警察機関の犯罪捜査の関知しないことであるからである。そればかりでなく、人権保障の点からは、犯罪捜査を警察機関の専管とせず、公訴の可否の決定や、公訴維持に必要な証拠資料の収集・調査は、警察機関の権限としないことの方が一そう妥当であろう。権限を分割し、相互に監視する制度を樹立することによって、権限の濫用を防止しうるからである。

右の所論に対し、特別司法警察職員は、犯罪捜査を固有の所掌としない機関の職員に法律により附加された権限として犯罪捜査をするものであるから、一般司法警察職員とは異なり、特別の事項について、法律違反の捜査をするにすぎないから、その究極の目的が警察目的にあるとすることはできないのではないかとの反論が生れよう。この反論が、特別司法警察職員の捜査の究極の目的が固有の意味における警察目的でないとすることは正しい。特別の事項は、特殊の状況下において発生する事項か、または、特別の技能を必要とする事項であるから、ある特定の事態を限ってみるならば、一般司法警察職員の地位を有する警察機関の能力と可能性を超える分野のものであるを原則とする<sup>(5)</sup>。それ故に、このような特別の事項については、業務能率の上から、専門家である取締権者に、法律

違反の捜査権を附加して捜査させるのが得策であるということになるであろう。それ故に、特別司法警察職員の捜査権は補充的性質をもつのであって、一般司法警察職員の捜査権を排除する性質を有するものと解する必要はないということになる。しかしながら、特別司法警察職員のする犯罪捜査は、その所属官庁の所掌行政についての法令の執行の有効性を保障するための取締権の行使に続くものであるから、その目的も、行政法令の執行の有効性の保障にあると解するのが、実際の姿であろうと思われる。それは、公訴に可能性を与えることにより、行政法令の執行の有効性の保障を強化することができることなるからである。この場合の犯罪捜査は、公訴の準備ではなくて、法令の励行を目的とするものであると解するのが当たつていよう。

(一一)

現行刑事訴訟法は、犯罪捜査を司法警察職員の任務として規定しておりながら、検察官による捜査についても規定している。国家機関の所掌事務は、それぞれ明確に所掌の限界を定められ、同一事項の複数の機関の所掌を禁止するのが原則である。それ故に、警察機関または取締機関（司法警察職員）のもつ犯罪捜査権の限界と性質が、検察機関に付与された犯罪捜査権の限界と性質と、同一のものであることは、法制原理上許され得ないところといわねばならない。

原則として警察機関または取締機関による捜査が先行し、事件の送致によって検察機関による捜査が開始される。刑事訴訟法上の捜査における警察機関の任務は、司法警察職員として刑事事件について犯人および証拠を捜査する

にあるが、この捜査は、被疑者の特定とその認定根拠になった証拠資料の収集・調査を限界とすると解すべきであろう。

検察機関の捜査は、公訴提起の可否の決定や公訴を維持するのに必要な証拠資料の収集と調査を意味する。捜査という同一の用語ではあるが、警察機関のそれと、検察機関のそれとは、意味内容を異にするものと解さなければならぬであろう。このように解してこそ、機関権限の重複排除の原則との矛盾を回避しうるからである。

ところで、現行刑事訴訟法は、検察官は必要と認めるときは自から犯罪を捜査できるものと規定している。このことについて、通説は、司法警察職員の第一次的捜査権に対して、検察官の第二次的補充的捜査権を規定したものであると説明する。しかし、こうした説明では、検察庁法が検察官は如何なる犯罪についても捜査することができると規定しているところと統一して解釈した場合、刑事訴訟法にいう「必要と認めるとき」というのは、如何なる犯罪についても必要と認めるときという意味になって、検察官もまた必要と認める場合には第一次的捜査権を有すると解釈できないこともないから、説明が不十分であるとの批判を受けなければならないであろう。それ故、第一次的捜査権とか第二次的捜査権という理解の仕方はいずれも正しくないと思われる。

元来、検察官は、公訴権を行なうことを職責とするものであって、犯罪捜査は附加的権限であるにすぎない。公訴権の行使のため、捜査をする必要があると認めるときに限って、如何なる種類の犯罪についても捜査しうる権限を、検察官は、固有の職権に附加されていると解すべきものである。検察官の捜査権は、司法警察職員の捜査権を補充するものではない。前者と後者とは、別個の目的、内容および限界を有するもので、補充関係にあるものではない。



ない。検察官は、司法警察職員の捜査結果を利用できるものは利用し、不足のものは自から捜査して、公訴の準備をするから、一見、補充捜査のようにみえるが、本来その捜査は補充捜査ではなく、公訴権に基づく捜査である。そして、司法警察職員の捜査結果の利用こそ、検察官の立場からは、補充的価値を有するものなのである。刑事訴訟法が、司法警察職員の作成した供述調書と検察官の面前調書との間にその証拠能力に差異を認めているのも、右に述べたような、両者の捜査の内容と限界および目的の差異が根拠となっていると解するのが当を得た解釈ではなからうか。

(三)

捜査は、右に述べたように、現行法では組織上二重構造をとっている。このような二重構造は、犯罪およびその捜査の実態に適合するために生れたものであると思われる。犯人は、処罰をまぬがれるため証拠を隠滅し、犯行の発覚を防止するための活動をするのが通例かつ自然である。この傾向は、知能的計画犯罪の場合もとより、偶発犯罪の場合も、犯人が犯行時の興奮状態を脱するに従って一そう強められ、捜査妨害による捜査の可能性の減少をもたらす重要な原因となる。それ故、公訴準備のための捜査をする前に、早期に犯人と目される者を捜し出し、その所在場所の管理をする活動が要求される。これが警察機関に要求される犯罪闘争の任務である。この段階における捜査は、全く職権的・糾問的なものであって、いわゆる弾劾式捜査観において主張される当事者主義の成立する余地はほとんどないと思われる。証拠を隠滅しいわゆる完全犯罪を目指す犯人に対して捜査を推進する段階におい

て、当事者主義に基づく捜査機構を実現することは、捜査の放棄を意味しかねないからである。もっとも、この段階においても、強制処分については、いろいろの法的拘束が捜査機関に加えられているが、これは、当事者主義を根拠とするものではなく、人権保障上の理由に基づく抑制と解すべきであろう。このような警察機関の犯罪闘争の任務は、犯罪の予防および鎮圧の任務と密接に結合して、国民生活の安全と法秩序の維持を目的として実施されるものでなければ、その存在意味の大半は失なわれざるを得ないであろう。

公訴の準備活動としての犯罪捜査は、右の犯罪闘争としての捜査の成功後になされるものである。これは、法制上は檢察機関が主管し、警察機関または取締機関がこれを補助する形で実施される。現行刑事訴訟法第一九一条から第一九五条までの一連の規定は、このことに関する規定であると解される。

もっとも、事件の被疑者が一応割り出されている場合には、時間的には、犯罪闘争としての捜査と併行して公訴の準備活動としての検察官の捜査がなされることはあり得る。また、検察官が将来の公訴の準備とする目的で、警察機関の犯罪闘争としての捜査に関与することも、事実上あり得るであろう。しかし、両者の捜査活動は、元来別個の目的をもつものであるから、これらの両捜査活動を、単一の捜査機関に担当させることは、人権保障と捜査の有効性とを両立させる上からは、適当でないであろう。もし単一の捜査機関に担当させるときは、前者の捜査活動の影響が後者の捜査活動を不十分もしくは偏向的なものとしてしまっておそれが強く、結局、適正な公訴権の行使が実質的に害される危険性が生ずることとなるからである。それ故、この両者の捜査活動を、別個の機関に担当させることが、捜査を一そう公正かつ冷静にし、公共の福祉と人権の保障を確実にする上で、より賢明な制度であると

いわねばならないであろう。

檢察機關は、公訴權の適正な行使という観点から、警察機關や取締機關の捜査行為の結果を批判し、事実上抑制する機能を果すべきである。そして警察機關や取締機關が送致した刑事事件について、起訴・不起訴を決定するに充分な根拠資料の有無を調査し、起訴すべき事件であると判断される場合には、起訴について実体的合法判断が得られかつ起訴後の公訴維持を可能にするための証拠資料を、整備するための捜査を実施する任務を有するものと解するのが、適正な見方であるといわねばならない。<sup>(6)</sup> 法文に「檢察官は、必要と認めるときは」とあるのは、この意味であらねばならない。檢察機關が、この限界を越えて、警察機關や取締機關と競合して、被疑者を特定するための捜査をなしうると解することは、たとえそれが補充的意味をもつものであっても、職務権限の重複禁止の原則からいって、許されないことといわねばならない。

それとともに、警察機關や取締機關は、事件を檢察官に送致した後は、その事件に関する固有の具体的捜査権を有しないことになる。<sup>(7)</sup>ところが、警察機關や取締機關に与えられた捜査時間の制約が、捜査が不十分のまま送致せざるを得ない場合をしばしば生じさせるので、檢察官に送致後も、警察機關等に捜査を継続して実施させる必要性が認められる。そこで、警察機關等に、檢察官の職権に属する公訴の準備としての捜査の補助をさせることにより、警察機關等の捜査を、事実上ある程度完成させるとともに、檢察官の捜査の能率を高める制度が生れることになる。現行刑事訴訟法がとる制度である。

この制度は、犯罪捜査を檢察官の専管事項とし、警察職員を檢察官の補佐もしくは補助としての地位に置いた旧

制度の名残りの性質を多分にもつものであると思われる。また、犯罪捜査を公訴の準備行為として位置づけるところから生ずる法的帰結でもあると思われる。それ故、財政上の経済性や業務上の能率性を考慮に置き、捜査組織の二重構造と権限の実質的分担を貫徹し、現行制度は批判されなければならないものがあるであろう。しかし、検察官の司法警察職員に対する指揮権を廃止することによって生ずる検察官または検察事務官数の不足を充すに足る財政負担は極めて大きなものとなるし、検察官の公訴官としての地位が混乱する危険が生ずることにもなる。また、警察機関等の捜査と検察機関の捜査との間に断絶が生じ、全体としての捜査の能率性は低下せざるを得なくなるであろう。そして、それは結局は公共の福祉を阻害する危険性を含むことになると思われる。それ故に、私は、現行制度を是認するものであるが、その運用にあたっては、上述してきた捜査組織の二重構造と捜査権限の重複排除の原理原則の上に立っていることが要請されなければならないことを強調したのである。

(1) 旧裁判所構成法および旧刑事訴訟法では、犯罪捜査は検事の固有の権限とされ、警察機関にとっては附加的権限として検事を補佐または補助する権限にすぎなかった。それが、日本国憲法下における警察法および刑事訴訟法によって、警察機関の固有の権限とされ、検察官にとっては附加的権限とされるに至った。現行法のたてまえからは、犯罪捜査は警察の管掌事務に属し、検察官の管掌事務ではないと思われる。(検察庁法および警察法参照)。

(2) 一般司法警察職員という呼称は、特別司法警察職員という呼称と対比して設けられた相対的呼称である。犯罪捜査を固有の所掌事務とする警察機関の職員の刑事訴訟法上の地位がこれである。現行法上は、警察法に規定する警察官と、海上保安庁法に規定する海上保安官および海上保安官補がある。通説は、海上保安官等を特別司法警察職員としているが、これは何らの法的根拠をも有しない。警察と海上保安庁とは共に犯罪捜査を固有の所掌事務とし、犯罪の発生場所を以て所掌上の区別をし

ているにすぎない。犯罪捜査を固有の職務としてその所掌事項中に包含していない各省庁の職員の一部に権限附加された場合とは異なるのである。それ故に、警察官と海上保安官等とは、犯罪捜査を固有の所掌事項として掲げる機関の職員として、司法警察職員としての職務をとるものであって、この意味で、共に一般司法警察職員なのである。

(3) 特別司法警察職員は、犯罪捜査を固有の職務として所掌していない機関の職員の一部の者に、森林、鉄道、麻薬、船舶、船員、労務、郵政、鉱務その他の特別の事項について司法警察職員として職務を行うべき者として、職務の範囲をきめて、法律で指定された者である。麻薬取締官、労働基準監督官、船員労務官、郵政監察官、鉱務監督官、警務担当自衛官、国税庁監察官、鉄道公安職員、その他「司法警察官吏及司法警察官吏ノ職務ヲ行フヘキ者ノ指定等ニ関スル件」に掲げる者がこれに属するが、これらの職員の犯罪捜査権は、所属機関の固有の所掌事項の執行権には含まれず、その効果を増大するために附加された権限に外ならないと解すべきものである。

(4) 警察機関の捜査が、厳格にその機関の所掌事務と権限執行地域の限定に支配されるものであることは、司法警察職員という統一的地位にもかかわらず、それぞれの警察機関の所掌事項の限界を越えてする捜査を違法とする根拠になっている。

(5) たとえば、警察官の取締権は、国家公安委員会の所掌事項に属する行政についてのみ行使しうるにすぎないから、麻薬法上の取締をする権限はない。したがって麻薬犯罪の捜査の端緒をつかむのに困難なものがあるが、麻薬取締官は容易に違反を発見しうる。それ故、麻薬取締官に麻薬法違反事件に限って、捜査権を附加することにより、警察の犯罪捜査権の行使を補充しうることになる。すべての行政法令の取締と犯罪捜査との間には、このような関係が成立することになる。このような現行制度に対して、警察の行政犯罪に対する捜査の端緒を容易にするために、すべての行政法令の取締権を警察に集中すべきだとの主張があるとすれば、そのような主張は、警察国家の主張であり、警察独裁の途を開くものであって到底われわれの容認し難いところである。

(6) 公訴権を具体的刑事事件について公訴を提起する権限であるとみる限り、検察官の捜査の目的は、公訴権発生の有無を確

認するための調査と、公訴権発生が認められる場合に、その行使を有効ならしめるための証拠資料を収集、保全するための調査とあるのではなからうか。

(7) 昭二六・三・六、仙台高裁判決、高裁判特報二二号、一六頁参照。

## 五 捜査の構造における職権主義と当事者主義——全体としての捜査手続の構造

警察機関による捜査は、捜査義務に基づく職権的かつ一方的な活動であり、被疑者は捜査客体としての地位を有するにすぎないと思われる。というのは、次の理由に基づくからである。捜査段階においても、被疑者の弁解権、供述拒否権、出頭拒否権、任意退出権および弁護人の選任権が法定されている。そして、これらの権利が被疑者の防禦権を構成することは、いうまでもない。しかし、防禦権は、捜査権の行使に対する防衛権であり得ても、捜査権そのものではあり得ない。防禦行為は犯罪捜査を抑制または妨害するものであるが、犯罪捜査をするものではない。それ故に、被疑者に防禦権があることを根拠として、被疑者も捜査段階における当事者であり、従って捜査の主体となり得ると解する説は、防禦主体がすなわち捜査主体であると飛躍する誤りを犯すものではなからうか。

被疑者に防禦権が与えられていることから、捜査における当事者主義を論ずることには、疑がある。逮捕直後になされる被疑者に対する弁解の機会の付与は、誤認逮捕を防止するための手段であり、供述拒否権、出頭拒否権、任意退出権および弁護人選任権は、人権保障のための制度である。捜査機関の一方的職権的行為によって被疑者の人権が不当に侵害されるのを防止する意味をもつにすぎない。公判における当事者主義を、捜査手続にも導入する

制度を主張する学説もあるが、裁判権に対して公訴権と防禦権とを対置して、当事者主義を制度化することができたことを以て、捜査段階においても、裁判権に対して捜査権と防禦権とが対置され、当事者主義の構造が成立する<sup>(3)</sup>としたり、公訴権に対して捜査権と防禦権が対置されて、当事者主義の構造が成立すると解することには、法理論<sup>(4)</sup>上も疑問があると思われる。したがって、次に、捜査における当事者主義の適用を問題としてみたい。

まず、「捜査を公訴・公判の準備と解し、被疑者も捜査機関と独立に準備行為をなしうるし、強制処分は、将来行われる裁判のために、裁判所のみが行いうるもので、当事者が強制処分を必要とするときは、裁判所に処分の実施を請求し、当事者は、その処分結果を利用しうるにすぎない」とする制度について、考察しよう。この平野教授のいわゆる弾劾式捜査構造については、次のような重大な欠陥が存在するように思われる。

まずその第一は、強制処分権を裁判所の専属権限とし、強制処分は、将来行なわれる裁判のために、被告人および証拠を保全する行為であるとする点である。このことは、裁判所に公判準備のための強制捜査権を付与することを意味するであろう。強制処分権を有しない捜査機関は、もし捜査に忠実ならんと欲すれば、捜査に必要な強制処分を請求せざるを得ず、裁判所は、捜査専門の部門を設置せざるを得なくなり、裁判所の組織・機構は、裁判と捜査とを混在させる旧幕時代の奉行制度に近いものとなるであろう。このような、裁判所の捜査への権限拡張は、公平な裁判所としての憲法的要請に反するものとなることは、いうまでもないのではなからうか。

第二は、捜査機関が一切の強制処分をなし得ないとするならば、捜査機関は、犯罪の発生を裁判所に連絡し、現場に臨んで、被疑者の逮捕および証拠物の捜索、検証、押収を、または被疑者の出頭を求めてする取調を、裁判所

に請求し、その他、捜査の計画、任意の捜査（被疑者の取調は強制捜査に属するから含まない<sup>(5)</sup>）、事件の捜査経過のとりまとめ、事件の形式的送致（被疑者、証拠物はすべて裁判所に保全されている）等、形式的事務処理機関とならざるを得ないであろう。かくして、捜査機関は、犯罪闘争手段を実質的には全く失い、捜査の実権は裁判所に移ることになる。かくして、弾劾式訴訟における当事者主義は重大な支障に遭遇することとならざるを得ないことになるであろう。

第三に、被疑者が、捜査機関と全く同一の権限をもって、自己に有利な証拠を収集できることである。このことは人権保障という美名をかざして、犯人と証拠を捜査するという目的を忘れた制度を主張するものである。被疑者がかもし真実の犯人である場合、この制度は、犯人に自由に証拠を隠滅させ、無罪を主張する資料を作成させることを許すものである反面、捜査機関には極めて不利な条件を与えて捜査に従事させることとなり、捜査は極めて困難なものとなるであろうからである。このような制度は、犯罪捜査の実態を全く理解しない学者の無責任な考え方であると批判されても仕方がないものではなからうか。いわゆる弾劾式捜査観に基づく見解は、上述のような重大な欠陥を有する学説であって、捜査の構造としては実用に適しないものと思われる。

次に、井戸田教授の説くところの弾劾式捜査構造について、論評しなければならない。かつて私は、井戸田教授と同様の考え方を以て、犯罪捜査の法律的構造について論じたことがある。したがって、井戸田教授を批判することは、私の旧説を批判することでもある。

井戸田教授の説は、要するに、犯罪捜査は刑事訴訟手続の一部として、訴訟的構造をとるとするものである。す



なわち、捜査手続における攻撃的地位には、司法警察職員が、防禦的地位には、被疑者・弁護人が立ち、検察官は、公訴官としての立場に徹することを、原則的な立前としていと説明される。<sup>(7)</sup>そして、捜査手続が訴訟的構造をとることからの法的帰結として、捜査においても当事者主義が貫かれなければならないとすべきであるのに、捜査機関の強制処分権を認め、被疑者の有利な事実についても明らかにする義務があるとともに、被疑者は消極的、防禦的、否定的方向において捜査に関与すれば足りると説いて、その所説を不鮮明なものとしている。

それでは、捜査手続に当事者主義を採り入れる場合に考えられることは、如何なることであろうか。まず、捜査手続に当事者主義を採用するのであれば、裁定者を裁判官かこれに類似の機関に求める以外にないであろう。裁判官の捜査関与は、裁判制度上容認し難いものであることは、これまで、しばしばふれたところであるから、これを回避すれば、公訴機関から捜査機関の性質を払拭して、これに捜査手続における裁定官としての地位を付与するのが適当であろう。次に、捜査機関は司法警察職員に限定し、被疑者の特定のための捜査のほか、現行法上は検察官の任務とされている送致後の捜査、すなわち公訴の準備としての捜査をも含めて、被疑者に不利益な証拠の収集権は、捜査機関の権限としなければならぬであろう。その反面、捜査について必要の弁護制度を設け、弁護人に被疑者に有利な証拠を捜査する権限を付与することが必要となるであろう。ただ犯罪捜査の性質上、被疑者の逮捕、勾留、身体検査、供述の聴取等、被疑者を捜査手続の客体としなければ実行不可能のこともあるから、被疑者を捜査の主体としなければならないとする主張は、捜査の実体を無視した觀念論にすぎないと思われる。

第三に、公訴機関である検察官には、犯罪捜査に対する管理権のみが認められ、捜査の執行権は司法警察職員と

弁護人にのみ与えられ、公訴の可否の決定は、捜査執行権をもつ者の提出する証拠に基づいて行なう制度が、捜査の実体と当時者主義との調整の上に考えられるものである。公訴維持のための証拠資料の収集保全は、公訴機関の職務でなければならぬが、その実施は、公訴の可否を決定する際に、捜査執行機関である司法警察職員に証拠の提出を求めることにより行なうを以て足りるものとしなければならぬであろう。もっとも、起訴後の捜査については、検察事務官制度を活用するものとし、司法警察職員を補助とする制度は廃止するのが妥当であろう。

私が、捜査手続に当事者主義を採り入れる場合に考えうる制度とするのは、右のとおりであるが、この制度も、目の先のことに迷わされ、大局を見失しなう危険性を払拭し得ない人間性を考慮に入れるとき、疑問があると思われる。最大の欠点は、当事者に実体的眞実発見主義を反省する必要性を感じさせなくなり、当事者間に捜査妨害の危険を生み易く、偏向捜査に走り、捜査を混乱させる危険性が大となると思われることである。

犯罪捜査は、犯罪発見の端緒が獲得されて後に実施されるものであるが、端緒が獲得された段階では、被疑者も犯罪事実も特定されている場合は、現行犯罪の場合を除いては極めて稀なことである。非現行犯罪の場合には、犯罪事實は特定されているが被疑者が不明の場合、被疑者も犯罪事実も特定されていない場合が多いものである。それ故、端緒となった事実を分析し、これを基礎資料として、推定できる限りの犯罪事実を推定し、推定事項のすべてについて、その眞実性を立証または否定する資料を捜査し、得られた資料により、否定される推定は否定し、修正すべき推定は修正してゆくことにより、捜査は可能となるものである。このようにして被疑者を特定し得た場合に、その被疑者について犯罪事実を立証するための捜査活動がなされることになる。立証資料を得るための捜査活

動は、多くの場合、被疑者の取調の結果得られた供述内容を裏付ける捜査をする方法に頼らなければ、有効性も  
ち得ないのが通例である。例えば、かつて、幼児を身代金を得る目的で誘拐し、殺害して墓石の下に埋めた後、身  
代金をうけとった犯罪（いわゆる吉展ちゃん事件）があったが、この事件の捜査において、警察は、犯人の声を録  
音し声の主を推定して被疑者としたが、死体の隠置場所については、被疑者の供述がなければ知り得ない事情に置  
かれていた。墓を堀ることは、今日の法制上からは、被疑者の供述がなければ、法律上も事実上もなし得ないこと  
なのだからである。この捜査において、それが成功し、公共の不安を除去し得たのは、職権主義に基づく捜査であ  
ったからであろう。もし、学者の主張するように、捜査手続を当事者主義の下に置き、被疑者を捜査の主体とした  
場合、右のような捜査方法は取り得ないであろう。上述した捜査の方法は、捜査の可能性の事実上の限界を示した  
ものであるが、それが当事者主義にはなじまないものであることは、理解できるのではなからうか。

一步譲って、捜査手続においても当事者主義を貫くのが法制上好ましいとしても、公判手続におけるような実質  
的当事者主義の採用は、捜査手続にはなじまないものであるから、当時者主義の採用といっても、極めて形式的な  
ものに墮してしまわざるを得ないであろう。すなわち、公訴機関、捜査機関、防禦機関が対立して捜査手続に参加  
する姿を、形式的に当事者主義のあらわれと観念することはできようが、防禦機関である弁護人の捜査権を否認し  
弁護権を行使するに必要な任意調査に限って認めるとする制度を是認する限り、捜査の公平適正を期待する上から  
は、捜査権を公訴機関と捜査機関とで分担する制度が妥当性を有すると思われる。また、捜査の実効を期待する上  
からは、実質的に職権主義が採用されるという事情に支配されざるを得ないとするのが、捜査の本質に合致するの

ではなからうか。

そこで、私は、全体としての捜査手続の構造は、これまでもふれてきたように、捜査権を公訴機関である検察官と本来の捜査機関である司法警察職員に分掌させ、前者には公訴準備としての捜査を、後者には被疑者を特定するための捜査を担当させ、分掌の限界を明確にした上で、前者は後者の捜査結果を利用して捜査目的を達成する仕組であらねばならないと考えるものである。被疑者の捜査における地位は、取調の客体であって、その主体となることは理論上あり得ないことである。被疑者に認められた諸種の防禦権は、捜査の客体なるが故に認められた人権保障上の権利であると解される。弁護人の捜査段階における防禦活権もそれが将来の公判準備に具えるものであるならば、それは被疑者を特定する活動でも、また公訴を準備する活動でもないから、捜査ではあり得ないと解すべきであろう。全体としての捜査の構造を、実質的に当事者主義に従わせることは、捜査のもつ本質からして、無理であるように思われる。

(1) 例えば、井戸田・前掲書、六七頁。

(2) 例えば、平場、前掲書九六頁参照。

(3) 平野、前掲書、八四頁参照。

(4) 井戸田、前掲書、七〇頁。

(5) 平野、前掲書、一〇六頁は、刑訴法一九八条にいう被疑者の出頭を求めてする取調は、任意処分であって強制処分ではないとする。その理由として、被疑者に出頭義務はないこと、供述義務のないことを挙げている。逮捕・勾留されている場合も出頭義務はないとし、出頭義務を認める通説を批判して、出頭義務を認めるならば強制捜査であるといわねばならないから、

任意捜査の一つである被疑者の取調である限り、身柄を拘束されている場合も出頭義務はないとする。この論法は、被疑者の取調は如何なる場合にも任意捜査であるとする独断を基礎とするものであろう。逮捕又は勾留中の被疑者の取調は、強制捜査であるし、そうでない被疑者の取調も、出頭させてする限り強制捜査であると解さねばならない。勿論出頭義務もあるといわねばならない。もしこれが任意捜査であるならば、一九七条があれば足り、一九八条は設ける必要がないからである。一九八条は、一九七条一項但し書に該当する条文であると解される。

(6) 現行刑事訴訟法における犯罪捜査の法律的構造、昭和三十八年七月海保大呉葉論叢八号、三頁以下。

(7) 井戸田・捜査の構造序説、立命館法学三九・四〇(合併号、一二九頁以下参照)。

## 六 職権主義の法的帰結としての捜査の構造

個々の犯罪捜査が職権主義の支配下に置かれなければならないことは、捜査が処罰をまぬがれるために逃げかくれしようとする犯人との闘争手段としての性質をもつものであることからくる必然性に基づくものと思われる。つまり、犯罪捜査では、犯人およびその同情者の捜査妨害を排除して、真実発見の可能性を確保する必要性がある。で、職権主義が原則とされなければならないと解されているのである。それ故、捜査における職権主義は、捜査の妨害排除と真実発見の手段としての意味をもつものとしてのみ許容されると解さなければならないと思われる。それ故、捜査における職権主義は、当事者主義のもつ真実発見への役立ちの作用が結局は反対証拠の提出によって成り立つものであることを、承認した上での職権主義でなければならないであろう。

捜査は、獲得した資料から推定できる限りの犯罪事実についての推定をし、その推定から想定された事実につい

て捜査を進め、それにより得られた資料により、否定すべき想定は否定し、修正を要すべき想定は修正してゆくことにより可能となるものであることは、前述した。この捜査過程において、想定もしくは推定を否定する材料の捜査、すなわちアリバイの捜査が、真実発見にとって欠くことを得ないものである。当事者主義の支配する公判手続においては、アリバイの主張は、被告人、弁護側が提出すべきものであるが、職権主義の支配する捜査手続においては、捜査機関の主観的嫌疑を否定する反対事実の発見への努力は、職権的になされなければ、捜査の確実性を求め得ないこととなるであろう。被疑者、弁護人が提出する反対主義も、捜査段階では、その真実性を確認する捜査が必要となり、結局は、捜査機関側の職権行使が要求されることとなる。公判手続では、証拠調は、裁判所がするが、捜査手続では、証拠の真実性または信用性の調査は、捜査機関または公訴機関が実施しなければならないからである。

ところで、肯定的資料の捜査と否定的資料の捜査が並び行なわれなければならないことは、真実発見主義の要請であって、職権主義から導き出されるものではないことは、いうまでもない。しかし、当事者主義をとるならば、否定的捜査は、被疑者側に任せればよいことであろう。ところが、それでは被疑者は捜査主体の地位を認められ、捜査客体ではなくなるから、捜査機関による実効ある肯定的資料の捜査は、事実上極めて困難に陥るであろう。それ故、捜査段階において当事者主義を全面的に適用することは、捜査の可能性に決定的な拘束を加えることになって、公共の福祉の保障の観点から、妥当性を欠くことになるであろう。そこで、真実発見主義を、職権主義をとりながら満足させる方法として、職権をもって肯定・否定の両捜査を、捜査機関に実行させる制度が、合理的なもの

として是認されなければならないことになるであろう。

わが国の現行法が被疑者を捜査の客体として規定し、捜査の行き過ぎを抑制する手段として、令状主義、弁護人選任権、供述拒否権、出頭拒否権等を規定していること、および公権力の行使による損害についての国家賠償制度を設けていることは、捜査が職権主義の支配をうけているものであることから導き出される法的帰結であると解されるであろう。そして、被疑者を捜査の客体として規定する限り、職権主義は、真実発見主義と密接に結びつかねばならないと思われる。そして、その法的帰結として、肯定的証拠資料の捜査と否定的証拠資料の捜査とが、同程度の重要性をもって、併行的に実施される構造がとられなければならないこととなるのではなからうか。

## 七 捜査における強制処分の地位と限界

——捜査における人権保障の構造——

### (一)

通説は、捜査は任意捜査（強制力を用いない捜査）が原則でなければならないとし、刑事訴訟法第一九七条をその根拠として掲げる。すなわち同条第一項但書が強制処分法定主義を明示することにより、同条第一項本文は任意捜査を原則とするものであることを規定したいことになるのである。

元来、強制力を用いない行為は、一般的には禁止されておらず、諸般の調査が職業として公認されていることを考慮に入れるならば、任意捜査について、これを法定しなければならない理由はないであろう。それ故、刑事訴訟

法第一九七条第一項が任意捜査を原則とすることを宣明した条文だとするならば、その但書の規定があれば足り、本文は設ける必要のないものだといわねばならない。そこで、私は同条の意味を、任意捜査の原則とすることを規定したものであるとする説に疑問をいだかざるを得ない。

刑事訴訟法第一九七条の規定は、捜査権の主体を捜査機関以外の者にまで一般的に拡張することを意味するものではあり得ない。法文にいう「捜査については」とは、法律によって捜査権限を属せさせられた機関がする捜査についてはの意味でなければならぬことは、犯罪捜査を国民一般の放任行為とせず、行政機関の権限行為とする法制をとっているわが国の現行制度からは、当然のことであると解せられる。したがって、同条は、捜査目的達成のための取調を捜査権を有する者に許容すること、および取調の方法は強制力を用いないものであらねばならないが、法律に規定する事項で法定の条件を充す場合には、強制処分を捜査の手段として取調べるものが許されることを、規定するものであると解さなければならぬであろう。すなわち、同条は、一般には禁止されている犯罪捜査目的の取調を、捜査権を有する機関に対し解除する旨を規定しようとするものであって、条文の形式からいっても、任意捜査を原則とする旨を規定しようとしたものとは解し得ないと思われる。捜査上の取調にあたり、強制の処分を手段とする場合には、刑事訴訟法に定めるところに従って実行するを要する旨を規定しているにすぎないのである。個々の具体的な刑事事件において、捜査上の取調をするのに、任意捜査を原則として実施すべきことを要求または義務づける条文ではない。具体的な個々の刑事事件によっては、終始強制処分を以て捜査を進めなければならないこともあるし、重大な事件ほどその傾向は強いものである。捜査を早期に終結させ、公共の安全を保障するために



は、具体的事件についてみれば、強制捜査を原則としてとらなければならないことが多いのが事実なのである。法文は、このような場合に刑事訴訟法に規定する制限を守ることを要求しているに止まり、原則として任意捜査の方式をとれとは命じていないのである。刑訴第一九七条第一項にいう「捜査目的を達成するための必要な取調」は、手段として強制力を用いない取調も、強制処分による取調も、両者の取調を含むものである。そのうち強制処分にについては法定の場合に限定しているが、これを例外とするという意味ではないのである。それを、強制捜査は例外であつて任意捜査を原則とすべきだとの趣旨に解するのは、捜査の實際を知らない人の安易な考え方にすぎないと思われる。

次に、通説は、被疑者の取調を以て任意の処分であると解する。被疑者は出頭を拒み、または出頭後いつでも退去できること、被疑者は自己の意思に反して供述する必要がないことを根拠とするようである。

しかし、刑事訴訟法は、被疑者の取調について、第一九八条を設け、第一九七条一項但書にいうこの法律に特別の定のある場合として規定しているので、これを強制の処分の一つとしているとも解しうるのである。被疑者に出頭拒否権および供述拒否権を与えているが、取調拒否権は規定されていないのである。井上正治教授は、第一九八条一項の出頭拒否権または出頭後任意退出権を、取調拒否権と解していられるようであるが、正確な解釈とはいひ難い。被疑者が出頭拒否した場合は、被疑者のいる場所に臨んで取調べるのが可能であるし、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由があるのに、正当な理由がなく出頭拒否をした場合には逮捕状により被疑者を逮捕して取調べることができるからである。また、被疑者の供述拒否権は、取調拒否権とは性質および内容を異にす

るものであることが認識されなくてはならない。被疑者の供述拒否によって、供述は得られなくても、供述を拒否するときの被疑者の態度を正確に観察し記録することも、取調の内容である。この被疑者の態度と、そのような態度をとらなければならない動機を調査することにより被疑者と犯罪との関連性の程度を推察させる資料を得ることができであろうからである。

井上正治教授は、被疑者の取調は任意捜査であるとの前提を是認し、それならば被疑者には取調拒否権がなければならぬと主張される<sup>(2)</sup>。その前提を認める限りでは論理的である。平野教授は、被疑者の取調を任意処分とされるから、井上教授と同じく取調拒否権と同様の意味で、出頭拒否・退去権を考えていられるようである<sup>(3)</sup>。しかし、現行刑事訴訟法には、被疑者の取調を任意捜査であるとしていと解される規定は存在しない。むしろ、第一九八条一項但書の反対解釈上は、被疑者が逮捕または勾留されている場合には、出頭義務および不退去義務があると解されるし、通説もこのことを認めていることを顧慮するならば、被疑者の取調は強制処分であると解される根拠があるというべきであろう。逮捕または勾留されていない場合の被疑者の出頭拒否・退去権は、被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当の理由がない場合における被疑者の人権保障上の要請に出でるものであると思われる。このように解してこそ、被疑者の出頭拒否が正当の理由なくなされた場合の逮捕状による逮捕がなされる理由が明らかとなるであろう。もっとも井上教授は、取調のための逮捕は現行法上認められないから、一九八条一項但書は、取調以外の目的のために出頭を求められた場合の出頭義務を規定したものと解すべきだとされる<sup>(4)</sup>。この井上教授の説は、正当の理由がないのに出頭拒否した場合の逮捕状逮捕の意味を理解しないことから生じたものではなからう

か。何故なれば、この場合の逮捕状発布の根拠は、被疑者が、罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由を疎明する資料に置かれるものであって、被疑者が正当の理由がないのに出頭拒否をしたことを根拠とするのではないことを、見落した議論であると思われるからである。<sup>(5)</sup>

被疑者は、罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある場合に限り、取調のための出頭義務があることを明かにしたのが、一九八条一項但書の規定の意味であると解すべきものである。罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由がない程度の被疑者（逮捕状請求の理由が得られる程度にはなっていない被疑者）には、出頭義務を免除したのが一九八条一項但書であるといってもよいであろう。

右のとおりであるから、被疑者の取調は、逮捕状発布の要件を具備する被疑者の取調と、その要件を具備しない被疑者の取調とを区別して論ずる必要があるであろう。後者の取調は任意処分であるが、前者の取調は強制処分であるといわねばならない。法一九八条一項は、両者を含めて規定して、前者についてのみ出頭義務のあることを示したものと解される。一部の学者が主張するように、取調のための出頭義務を全面的に否定し、同条同項の取調をもって任意処分であると解するならば、この条文の存在理由がないといわねばならないであろう。

被疑者の取調は、逮捕状発布の要件を具備しない場合を除いては、強制処分に属する。それ故に、刑事訴訟法の規定するところに従ってのみ可能となる。法定の事項を遵守しない取調は、権限外の行為であり、公務員職権濫用罪（刑法一九三条）の対象となると解せられる。

被疑者の取調と対比されるものに被疑者以外の者の任意出頭を求めている取調がある。被取調者には出頭拒否権お

よび供述拒否権があるから、事実上、取調拒否権があると同一の効果があるであろう。それ故、任意の処分であると解されている。しかし、出頭を要求したり取調をしたりすることは、たとえ拒否権が被取調者にあるとしても、自由に対する抑圧であることに相違はないから、法定手続の保障がなければならぬ。特に犯罪行為について疑いをもたれていない第三者に対して、如何に刑事訴訟法が一般的に任意捜査を許容しているとはいえ、取調を実施することは、特別の法的根拠を必要とする和解しなければならぬであろう。この意味で、刑訴法第二二三条は、第三者に対する取調権を捜査機関に付与する特別の規定であるといわねばならない。ただこの取調権に対しては、出頭拒否権および供述拒否権を以て対抗することが許されているから、事実上取調権の効果を生じ得ない場合があるに止まるであろう。

被疑者以外の者の取調には、通説は、参考人の取調と証人尋問とがあり、前者は捜査機関による任意捜査であり、後者は裁判官の権限に属するが捜査機関の請求によってなされる強制処分であるとする。ところで、参考人の取調における参考人という言葉は、犯罪行為をしたと思われるがその疎明資料に欠ける者を意味することがあり、または犯罪行為でないことは明らかであるが犯罪の証拠を知っていると思われる者を意味することがある。前者は被疑者の参考人という意味であり、後者は証人の参考人の意味である。前者は疎明資料に欠ける被疑者の候補者であるが、後者は純然たる第三者である。前者は、被疑者を確定するための捜査において捜査の客体とされる者であるが、後者は、主として公訴の準備としての捜査において、人証として捜査の客体となるものである。

被疑者以外の者に対する取調は、その者を証拠手段とするものであるから、たとえ供述拒否権および出頭拒否権

があるといっても、強制力が全く加わらないとすることは、事実に反するであろう。それ故、この種の取調権の行使は、任意捜査ではあり得ない。もし法律にこの種の取調権の規定がなければ、第三者を取調べることはできないであろう。それ故、法定の要件が具備しなければ許されないことである。

現行刑事訴訟法がとる捜査の構造は、上述したように、強制捜査を主たる地位に置き、任意捜査を補充的な地位に置いておくと解すべきものである。捜査の実務においても、強制処分をする要件がとるのではない場合に、止むを得ず任意捜査方式をとっているのであって、強制処分をなしうる要件を獲得するまでの方法として、任意捜査を位置づけているにすぎない。実務が任意捜査をこのように位置づけている理由は、任意捜査が証拠の収集および保全の手段として有効でないこと、および任意捜査は司法的抑制を避ける方便として用いられることが多いこと<sup>(6)</sup>、強制捜査の方がかえって司法的抑制をうけるだけでも人権保障に役立つから、人権保障上からも、できる限り任意捜査を避け、強制捜査の方法をとるのが正しいと考えているからに外ならない。実際に捜査を観察するとき、証拠収集の方法は、すべていわゆる強制捜査を中心として進められており、任意捜査を原則とするということは、司法的抑制を回避することを原則とするということにならざるを得ない。強制力を用いないでする捜査は、令状主義の回避に外ならず、虚偽と違法を内包する捜査とほとんど同意語となりかねないからである<sup>(7)</sup>。被疑者または参考人の取調を、通説は任意捜査であるとしているが、任意捜査を原則とするということは、まさか供述証拠を中心に獲得することを原則とするという意味ではないであろう。被疑者・参考人の取調も決して任意捜査とは解し得ないとする私の見解からは、任意捜査の原則は、捜査を腐敗墮落させる以外何者でもないし、刑事訴訟法のいづれの条文もこれ

を規定すると解することはできないものと思われる。

捜査の構造は、強制処分を中心として形成されている。したがって、強制に対応する人権保障の要請が、捜査の構造に、司法的抑制の機構を不可分の形でもち込まれざるを得ないこととなるのである。

### (一)

捜査における人権保障の構造は、捜査に本質的な強制性が引き起す人権侵害を予想して形成される。それは、被疑者にある種の防禦権を認めることと、裁判官に捜査行為を事前にチェックさせる制度すなわち令状主義をとること、および重大な侵害については刑罰を以て捜査従事者に警告することによって、その内容と限界を構成する。それは捜査行為によって保障されるべき公共の福祉と侵害される人権の程度の比較衡量の上に成立するものと解さねばならないであろう。人権保障は、万人の人権が同時に保障されなければならないから、被疑者の人権保障は、公共の福祉という名で表現される被害者および犯罪により人権の侵害をうける者の人権の保障との間に成立する相対的な保障であらねばならないものであるからである。

右のような人権保障の制度にもかかわらず、捜査が推理と強制を基礎として推進されてゆくものであることからくる錯誤による強制を、完全に回避することの困難さの問題がある。捜査の過程において、捜査公務員が根拠の薄弱な推理によって、誤想または誤認を生じ、強制処分をなしうる要件が具備しないのに具備していると誤認して、強制処分をすることは、回避困難な問題を含んでいる。それは、捜査が初期の段階においては、判明したところが

少なく、少ない資料（場合によっては皆無の）に基づいて、推理をし、それを手がかりに捜査資料を収集してゆかなければならないことからくるものである。初期のいわゆる情報と推理による捜査においても、捜索、押収、検証という強制処分を用いなければ、捜査を深めることはできない。したがって「被疑者が罪を犯したと史料されるべき資料」が入手されれば、これを根拠として令状の発付を得て、捜索、押収、検証をすることが許されている（刑事訴訟規則一五六条一項）。この種の資料は、情報の出所さえ明確であり一応信用できるものであれば足りるものとされるから、捜査公務員および裁判官の主観的認識がその価値を決定する要素となる。ここに錯誤による強制処分が生ずる可能性があるが、捜査の可能性を保障するためには、止むを得ない不完全であると思われる。そこで、右の錯誤が、捜査公務員の過失によって生じたものである場合、国家賠償法による救済手段が設けられている。<sup>(8)</sup>ところで、捜査過程における錯誤は、具体的方法の錯誤の場合とは別として、多くは推理の錯誤が根拠となるものである。それが過失によるものか無過失によるものであるかの判定は、捜査の可能性の確保という問題に考慮に入れるとき、極めて困難なものがあるであろう。また、財産的損害が比較的多くないため、被害者の承諾許容を根拠として不問に付されていることが多いが、人権保障の点からは、何らかの救済方法が設けられるべきではなからうか。

(1) 井上、捜査の構造と人権の保障・刑事訴訟法講座、一一八頁。

(2) 井上・前掲書、一一八頁。

(3) 平野・前掲書、一〇六頁は、逮捕・拘留されている場合でも出頭拒否・退去の権利が被疑者にあるから、検察官は、被疑

者の要求があれば取調をやめ、退去させねばならない旨を述べている。

(4) 井上・前掲書、一一九頁。

(5) 井上教授は、取調のための出頭義務はないが、取調以外の目的のための出頭義務があると説明されているが(井上、前掲書、一一九頁)、その理由が明かでない。刑訴一九八条一項は出頭させてする取調についての条文であるから、その但し書も取調にあつての出頭義務の免除を規定するものであらねばならないのである。この条文で取調以外の目的での出頭義務を決定しなければならぬ理由は如何なるものであろうか、判断に苦しむものである。

(6) 差押許可状がとれない場合に、任意提出すなわち領置がなされ、搜索許可状がとれない場合に、任意承諾書を作成して搜索を実施することは、実務上の常識となつていゝと思われる。

(7) 昭和三十一年六月一九日大阪高裁判決は「搜索差押の意味を十分理解し難い十七才の少女が承諾したからといって、承諾による適法な任意搜索差押があつたとはいえない」としている(高裁判裁特報三卷一二号六三二頁)。

(8) 昭三七・一一・九、大阪地裁判決、国家賠償請求事件、判例時報三二〇号七頁以下参照。

## 八 犯罪捜査をなしうる時期的限界と捜査の条件

——犯罪の嫌疑をめぐつて——

(一)

捜査の目的は、客観的存在としての具体的犯罪の証拠を発見し、被疑者を特定するにあるが、犯罪は隠匿性傾向を有するから、積極的に捜査機関の嫌疑の中にとり入れられない限り、具体的にはその目的を実現することはでき



ない。

このような犯罪の隠匿性に対抗するためには、積極的な嫌疑事実の発見のための調査活動が必要であろう。刑事訴訟法が規定する検視や警察官職務執行法、海上保安庁法その他の行政法令に規定する職務質問が、この種の調査活動の意味を有することは、否定できないところであろう。その他、犯罪に関する情報収集活動もまたそうである。このような嫌疑を得るための調査活動は、通説によれば、犯罪の捜査に含まれないとされているが、このことは、司法警察職員の職務から引き出されたことであって、犯罪の捜査を犯人と証拠の捜査に限定することにより、嫌疑なければ捜査なしとの原則をうち立てたためである。しかし、法律は、すべての犯罪捜査行為を司法警察職員の職務として規定をしているのではないという観点に立てば、司法警察職員の地位において行なわれる犯罪捜査が嫌疑を得て後のものであることを根拠として、嫌疑を得る前の捜査すなわち、嫌疑を得るための捜査を否定することには、疑問がありはしないだろうか。

この問題に関連して、行政処分利用禁止の原則がある。すなわち、犯罪捜査に関する強制処分は刑事訴訟法に規定する場合に限り許容されるものと規定されていることから、行政上の強制処分を犯罪捜査に利用することは禁ぜられるとするものである。この原則によれば、嫌疑を得る以前における犯罪の存在を調査する活動を犯罪捜査概念に含めることは、概念上の混乱を生ずるばかりでなく、行政上の強制処分を犯罪捜査に利用することを認めることになるから許されないという批判もあり得るであろう。しかし、行政上の強制処分を犯罪捜査に利用することの禁止は、令状主義からの離脱の禁止であると解すべきもので、行政上の強制処分から得られた結果から犯罪の嫌疑を

得ることまで禁止するものとは解し得ないのではなからうか。職務質問によって犯罪の嫌疑が得られることはしばしばある。この場合、この嫌疑によって司法警察職員として犯人および証拠を捜査することが禁止されなければならない理由はないのではなからうか。

犯罪の嫌疑を獲得するための調査活動は、広義の犯罪捜査である。<sup>(1)</sup>これは、警察機関の所掌する犯罪捜査に含まれると解すべきものである。また、刑事訴訟法一九七条にいう「捜査」は、司法警察職員のする捜査に限定されていないから、嫌疑を得るための捜査もまた含まれると解することができるであらう。ただ、客観的に存在しない犯罪を捜査することは無意味であるから、嫌疑を得る手段となった調査のみが捜査行為になり、そうでない場合は、犯罪予防のための調査として、観念的には分類されるであらう。しかし、犯罪の嫌疑を得るための調査は、主観的には、犯罪捜査なのだから、刑事訴訟法一九七条が適用されなければならないであらう。同条を適用する限り強制処分は刑事訴訟法に規定するところによらなければならないことになる。したがって、嫌疑を得るための調査活動であっても、それが強制処分を手段とする場合には、令状主義の支配をうけることになるであらう。ただ実際には、令状請求の要件を充さないから、令状主義が適用されることがないにすぎない。ということとは、犯罪の嫌疑を得るための調査活動としての犯罪の捜査は、強制処分を手段とすることが法律上許されないという法的帰結を導くことになる。

犯罪の嫌疑は、犯人および証拠を捜査する動機であるが、刑事訴訟法は、これを司法警察職員のする捜査の要件としていると思われる。このことは、嫌疑を得るための捜査は、司法警察職員の身分で行なうものではないことを

意味すると同時に、司法警察職員の身分とする捜査は、犯罪の嫌疑がある場合に限られることを意味するものである。この嫌疑は、司法警察職員の主観的嫌疑で十分であると解せられる。しかし、その嫌疑の存在を疎明する資料の存在を必要とすると解しなければならぬ。客観的に主観的嫌疑の存在が認定される事情がなければならぬ。もしそれが無いのに実施された捜査は、法律上は、司法警察職員の職権行使ではあり得ないことになるから、刑事訴訟法が規定する強制の処分はなし得ないと解される。

## (一)

犯罪の嫌疑を得るための捜査と似て非なるものに、いわゆる「おとり捜査」といわれるものがある。おとり捜査は、常習犯罪について、犯罪の嫌疑はあるが犯罪の隠密性のため証拠を獲得することが困難な場合に、証拠収集の手段となされる場合と、具体的な犯罪の嫌疑がない場合に、わなにかけて違法行為をさせて逮捕する場合とがある。前者の場合は、捜査機関またはその依頼を受けた者が、犯罪の行為者またはその周辺の者に近づき、その者に犯罪の動機または実行の機会を与え、これによって犯罪の証明資料および犯人を発見しようとする捜査方法である。犯罪の企図を有する者にその実行の機会を与えないものである場合、常習犯の嫌疑があり、かつ計画的、隠密性の犯罪である限り、公共の福祉を維持する必要性との均衡を考慮するならば、この捜査方法の合法性を認める必要があるであろう。<sup>2)</sup>そして、この場合のおとり捜査は、嫌疑の存在を前提とするから、嫌疑をうるための捜査が先行しているものである。ところが後者のおとり捜査は、嫌疑がないのに開始された捜査であるから、司法

警察職員の職権上の捜査ではあり得ない。また、教唆して、または誘導して違法行為をさせて、逮捕するものであるから、犯罪を製造するものであって、嫌疑を得んとするものでもない。それ故に、警察機関または取締機関のする嫌疑を得るための捜査にも該当しないと解される。したがって後者のおとり捜査は、憲法が保障する人権を侵害する行為であると共に、公共の福祉と人権保障との均衡を要求する憲法第一三条にも違反するものであると解すべきものであろう。<sup>(3)</sup> 麻薬取締公務員が麻薬犯罪の捜査にあたって麻薬を譲り受けることのできる権限を有することは、<sup>(4)</sup> おとり捜査の合法化規定であるとされるが、それは、前者の場合でなければならぬであらう。

## (三)

犯罪の嫌疑から犯人および証拠の捜査の必要性が生れる。この必要性が犯罪捜査権を設定し行使することに正当性の根拠を与える。それ故に、犯罪の嫌疑がなければ、犯人および証拠の捜査の正当性はないことになる。そうした意味で、犯罪の嫌疑は捜査の条件であるということになるであらう。

この捜査条件である犯罪の嫌疑は、訴訟条件（例えば親告罪の告訴）とは区別すべきものであるとするのが今日の通説であると思われる。ところが両者の関係について、訴訟条件は捜査条件とはならないとする説と、訴訟条件は捜査条件となる説とが対立する。すなわち、親告罪について嫌疑があるのに告訴がない場合、捜査の実行は合法であるかという問題である。学説<sup>(5)</sup>、判例<sup>(6)</sup>は、学説の一部を除いて、合法説をとっている。その理由とするところは、告訴は犯罪成立の要件（構成要件）ではなく告訴を提起するにあたって存在することを要する要件（訴追条件）に

すぎないから、犯罪の嫌疑がある以上、捜査の面で制約をうける理由はないというにあるようである。<sup>(7)</sup>しかし、親告罪が設けられた理由は同一ではない。国税犯則事件における税関長等当該官吏の告発は、公訴提起の請求であり、通告処分<sup>(8)</sup>に代えるものであるから、告発しないことは被害者の有恕意思または秘密保全の必要性の表明ではない。通告処分が履行されれば、それで税法の目的は達せられたのであるから、公訴の必要はないとするに止まるものである。したがって告発を公訴条件としたのである。それは、刑法に規定する親告罪とは性質を異にする。それ故、国税犯則事件に関する判例を親告罪に一般的に適用することには、疑問があるといわねばならない。

刑法に親告罪を設けた所以は、被害法益が主として個人的なものである場合、被害者が事件を秘密にしておくことを欲するか、または被害者が加害者を有恕することを欲するときは、公訴を必要としないとしたからに外ならないと思われる。告訴がないのに捜査ができるとすれば、事件の秘密の保全または被害者の有恕意思が侵害され、人権保障を目的とした親告罪設定の目的は失なわれてしまうのではなからうか。判例、通説の所説は、訴追条件にすぎないから、告訴の有無に関係なく捜査しようとするのは、形式論理に落ちるものであろう。また、平野教授は、将来訴訟条件の具わる見込があれば、必要な捜査行為は適法になしうると解すべきであろうとされるが、<sup>(8)</sup>「訴訟条件の具わる見込」を知る手段が問題であると思う。<sup>(9)</sup>それ故、親告罪については、告訴がなければ、捜査をすることは許されないと解するのが正しいと思われる。したがって、親告罪についての捜査の始期は、告訴のあったときであるとしなければならない。ということは、親告罪についての嫌疑を得るための捜査は、許容されないという法的帰結を生むことになる。

## (四)

次に、司法警察職員が刑事事件を送致した後、または、検察官が公訴提起後において、当該事件の捜査をなしかつという問題を検討しなければならない。

捜査権は、具体的刑事事件について、警察機関（取締機関を含む）または検察機関が犯罪を捜査する権限である。犯罪の嫌疑がある場合に犯人および証拠を捜査し、検察官に送致することにより、その事件についての司法警察職員の固有の捜査権は消滅する。そして、事件の送致によってその事件は検察官の管理下に移されるから、その事件を捜査する権限は、検察官が有することとなる。それ故、司法警察職員は、送致後は、その事件についての固有の捜査権を有しないことになるといわねばならない。このことは、判例も認めている。<sup>(10)</sup>したがって、司法警察職員による固有の捜査権に基づく捜査は、事件の送致を以て終結すると解せられる。しかし、検察官には司法警察職員を指揮して捜査の補助をさせる権限が与えられているから、司法警察職員は、検察官の指揮下にある補助機関としてならば捜査することができるし、<sup>(11)</sup>公訴提起前である限り、被疑者を取り調べ、供述調書を作成することもできるものと解されている。それ故、その限りでは、特定刑事事件についての司法警察職員の犯罪捜査の时期的限界は、犯罪の嫌疑を得たときから、検察官の捜査権が消滅するときまでであるということになるであろう。

それでは、特定刑事事件について検察官の捜査権の限界は、どのようなものであるか。

検察官の捜査は、具体的刑事事件について公訴権発生の有無を確認するための調査をし、公訴権の発生が認めら

れるときは、その行使を有効なものとするための証拠資料を収集保全することを目的とするものである。それ故、この目的を達成するため必要な期間は、検察官の捜査権の存続を認めなければならないであろう。特定の刑事事件についての検察官の捜査が認められるべき期間については、(イ) 公訴提起まで、(ロ) 第一回の公判期日前まで、(ハ) 第一審の判決あるまで、(ニ) 控訴審の判決があるまで、(ホ) 判決が確定するまでの、いづれかが考えられる。「捜査のあり方としてはむしろ主観的に嫌疑があると思えば直ちに起訴することを原則とすべきである」<sup>(13)</sup>とする考え方に立てば、嫌疑を裏付けるに十分な証拠の収集は、起訴後においても認めるべきであるということになるであろう。そして、起訴後いつまでにすべきかその期間の限界も、判決が確定するまでとするのが合理的であるということになるであろう。前記(ロ)(ハ)(ニ)のような制限は、この立場からは、理由のないこととなるからである。

この問題について、判例は、旧法関係のものではあるが、検事は、公訴提起後であっても、当該被告事件について捜査をすることができる<sup>(14)</sup>とし、その理由として、事件の公判繫属により当然検事の捜査権を制限すべきとする法規がない<sup>(14)</sup>ということ<sup>(14)</sup>を挙げている。この判例では、第一審の第一回公判期日後の捜査権の行使を許容している。この判例の理論からすれば、法律で制限していなければ、検察官の捜査権は、判決が確定するまでは行使しうるという<sup>(14)</sup>ことにならざるを得ないであろう。この大審院判例の見解は、最高裁判所にも条件つきではあるが引きつがれ、被告人の取調は当事者の地位から避けるべきではあるが、任意捜査であるから、公判維持の必要から取調の必要があれば、<sup>(15)</sup>刑法一九七条により許されるとした<sup>(15)</sup>。

私は、被疑者の出頭取調は強制処分<sup>(15)</sup>に属すべきものであるし、出頭要求に基づかないで出頭して任意に供述した

場合の外は、被疑者の取調が刑訴法第一九七条を根拠とする任意捜査と解すべきでないと考え、被告人を同条を根拠として取調べる場合も、同様に解すべきものと思う。被告人の当事者としての地位を認めるならば、被告人が全く任意に自からの願望として検察官に供述する場合の外は、被告人の検察官の捜査権による取調は、許されないと解するのが正当であろう。<sup>(16)</sup>

しかし、被告人の取調が起訴後は原則としてなし得ないことから、起訴後の捜査権の行使が全面的に排除されるとすることはできないであろう。被告人以外の者に対する取調とか物証の収集・保全是、被告人の当事者的地位を侵害することにはならないとともに、出射検事の主張されるように、複雑な事件では概略の捜査結果に基づいて起訴せざるを得ない場合もあるので、起訴後も継続捜査をする必要があり、法律もこれを禁じてはいないし、また禁じなければならない理由もないとする考え方もあながちに排斥できないものがあるからである。

ところが、刑事訴訟法は、公訴提起された事件についての押収、捜索、検証、証人尋問、鑑定等をする権限を、裁判所の権限としている。このことは、公訴提起後の証拠収集および証拠保全是、裁判所だけがなしうることであることを意味するであろう。それゆえに、検察官の公訴維持に必要な捜査権があるとしても、裁判所の権限とされるところは、機関権限重複禁止の原則からいって、許されないとはいわねばならないであろう。そうなる、検察官の公訴維持に必要な資料の収集保全のための捜査は、事件が裁判所に繫属して後は、法律上は、裁判所の権限とされる強制処分に属することおよび被告人の取調を除外した行為に限って許容されるとの帰結に達せざるを得ないこととなる。それ故、強制処分にわたらない限り、第一審の審理の終結まではいうまでもなく、控訴審の審理



の終結までは、公訴の維持上必要があれば、その事件についての検察官の捜査権は存続すると解することも、法理上、認められるべきことであろう。そして、その実質的内容は、強制処分にとつた方法を用いてする証拠資料の収集・保全であると解される。

(1) 通説は、犯罪捜査を定義するに、刑事訴訟法の捜査の章の規定、とくに第一八九条二項を根拠としていると思われる。しかし、刑事訴訟法には、犯罪捜査の定義はどこにもみあたらない。第一八九条二項にしても、それは司法警察職員の定義ではあるが、捜査の定義にはなっていない。同条は、犯罪の嫌疑があるときに犯人および証拠を捜査するものが司法警察職員であるというにすぎない。そこで犯罪捜査の概念および定義は、客観的に事実分析から得られなければならないであろう。犯罪捜査は、客観的存在としての犯罪の捜査であり、その目的は犯人と証拠を捜索し調査するにある。その成果が公訴の準備に利用されるかどうかは、公訴機関が決定するところであつて、捜査機関の職権ではない。

(2) 昭二六・一一・二六、東京高裁判決、高刑集四卷一九三三頁、昭二八・三・五、最高裁決定、刑集七卷四八二頁は同趣旨。

(3) 昭二六・六・一九、横浜地判決、裁判所時報八七号三頁参照。

(4) 麻薬取締法五八条。

(5) 高田卓爾・親告罪と強制捜査、演習講座・刑事訴訟法一二七頁以下、平野、前掲書八五頁、団藤・前掲書三六二頁、井上・捜査の構造と人権の保障、刑訴法講座I一三七頁、等は積極説、豊島・修正刑事訴訟法新論四九〇頁は否定説。

(6) 国税犯則事件について当該官吏の告発前における強制捜査の合法性の判決（最判昭三五・一二・二三刑集一四卷一四号二二三頁）。

(7) 昭七・一〇・三一、大審判、大審刑集一一卷一五五八頁、昭八・九・六、大審判・大審刑集一二卷一五九三頁、高田・前掲書・一二七頁。

- (8) 平野、前掲書、八五頁。
- (9) 告訴がある見込をつけるためには、加害者に示談を成功させる条件がないかどうかの調査および被害者に示談に応ずる意思があるかどうかの調査を必要とするであろう。この種の調査は、加害者および被害者に対する捜査のための思想調査もしくは告訴の勧誘の実体をもたせることになるであろう。これでは親告罪を認めた意味がないのではなからうか。
- (10) 昭二六・三・六、仙台高裁判決、高裁判特報二二号一六頁、刑訴法一九三条参照。
- (11) 右に同じ。
- (12) 昭三〇・一・二七、名古屋高裁判決、高裁判特報二卷一・二・三合併号二四頁。
- (13) 井上、前掲書、一三六頁。
- (14) 昭三・三・一六、大審判決、大審刑集七卷一七八頁。
- (15) 昭三六・一・二一、最高裁決定、刑集一五卷一七六頁。判例時報二八一号九五三四頁。もっともこの事案は第一回公判期日前のものであるから、第一回公判期日後についても同じ結論となるかは不明である。
- この問題については、従来、学説、判例の間にも争いがあり、下級審判例も対立していた。福岡高裁、昭三一・二三判決(高刑集九卷六一九頁)は否定説をとり、大阪高裁、昭三二・二・六判決(高裁判事裁判特報四卷四号三二頁)同高裁、昭三二・七・三判決(同特報四卷三三四頁)は積極説をとって、公判準備の必要を理由に認めていた。学説の多くは積極説をとっているが、出射・任意捜査の限界(判例総合研究叢書刑訴(2))四九頁、小野外三・刑事訴訟法(ポケット注釈全書)三五二頁は、積極説をとっている。積極説も、第一回公判期日の前と後とで区別した取扱いをすべき旨を認めているようである。なお、出射・前掲四九頁は積極説をとる理由として、複雑な事件では、勾留期間制限のため、概略の捜査をした上で起訴する場合もあるので、起訴後も継続捜査を必要とすること、これが許容されることは、法三四〇条が公訴取消後に新証拠を発見した場合に同一事件についての再起訴を許している点にも窺われることを掲げている。

(16) 平場・刑事訴訟法講義(有信堂) 一三九頁参照。なお、平場編・刑事訴訟法要論九六頁は、「一九八条は被疑者の取調を制限的のみ認めただから、一九七条ではできないと解するのが妥当である」とする。しかし、一九七条は取調権一般につき、一九八条は出頭要求取調権につき規定したものであると解されるから、出頭要求をしないでする取調を一九七条でできないとする積極的障害は発見できない。

## 九 結 語

犯罪捜査の法律的構造についての問題点は、上述したところに尽きるものではない。特に被疑者と被告人の捜査上の地位については、現行法上、疑問が多いところである。唇から証拠をとる方法を排斥する学説は、傾聴すべきものであるが、犯罪の隠匿性と捜査力の限界をみるときは、必ずしもそれには従い得ないものがあることを認めざるを得ないのでなかろうか。いわゆる吉展ちゃん事件の捜査経過をみるとき、被疑者の自白がなければ、事件の解決は不可能に近いものであったことは、認めざるを得ないであろう。捜査機関による執拗な取調の証拠能力を否定する学説にしても、そうする以外に捜査方法が全くない場合(例えば、吉展ちゃん事件の取調)が、兇悪犯罪に多い事実をどう処理したらよいであろうか。被疑者の捜査上の地位は、被告人の地位と明確に区別することは、捜査の可能性の保持と被告人の当事者的地位の保持との調整上、必要なことではなかろうか。緊急逮捕の制度が令状主義の原則をくずすことによって、被疑者の逮捕の可能性を保持することに成功したが、それによって被疑者への不当の弾圧感を与えないばかりか、制定憲法の欠陥を、あるべき法によって修正した法的知恵を感じさせるもので

あろう。

犯罪捜査の法律的構造は、捜査における可能性の確保と、人権保障の兼ね合いの上に見出されなければならないであろう。人権保障のみを強調し、捜査の可能性を全く顧慮しない理論は、もはや、捜査の構造論ではあり得ない。捜査の可能性を吟味しつつ、捜査における人権保障もしくは人権救済手段を論ずるのでなければ、捜査の構造を論ずることにはならないであろう。

捜査の可能性の問題は、国民一般の人権保障の問題と切り離しては論じ得ない。財産権および自由権その他の基本的人権の保障上、絶対に許容し得ないことを所与として考え、その上に立って捜査の可能性の問題を検討してゆくことによって、被疑者の自由権および財産権に対する制限の限界を定めうるのではなからうか。犯行および証拠消滅の実態と捜査技術の限界とを考慮した上で、捜査における被疑者の位置づけをし、捜査の可能性と被疑者の人権保障との調整をする理論でなければ、有効な捜査構造論とは、なり得ないであろう。その意味で、従来の捜査構造論は、捜査構造論に値しな思われる。この小論もまた、捜査の構造理論としては序論的なものにすぎない。元来、捜査構造論は、捜査技術論とともに、犯罪捜査学を構成するものであり、犯罪捜査に関する法律論として把握されなければならないものであると考えるのが至当であると思われる。それは、法律学者の研究分野ではあるが、研究資料は、具体的な刑事事件についての捜査資料に求めねばならないため、事実上、研究の途が閉ざされているにすぎないと思われる。