

## 捜査の定義について

——その再検討の試み——

金子 章

### 第一章 はじめに

#### 第一節 問題の所在

#### 第二節 分析視角および構成

### 第二章 適正手続の保障の分析

#### 第一節 憲法 13 条の意義・趣旨

#### 第二節 刑訴法の定位

### 第三章 捜査に関する理論的考察

#### 第一節 「捜査」とは何か—「捜査」概念の再検討

#### 第二節 捜査の定義に関連する諸問題

##### 第一款 被疑者が死者の場合

##### 第二款 被疑者が 14 歳未満の場合

##### 第三款 親告罪につき告訴が欠如する場合

##### 第四款 将来の犯罪を対象とする場合

### 第四章 おわりに

## 第一章 はじめに

### 第一節 問題の所在

捜査機関は、特定の犯罪につき具体的な嫌疑がある場合に、捜査を行う<sup>1)</sup>。そして、捜査を行うにあたっては、強制処分が用いられる場合と、非強制処分としての任意処分が用いられる場合とがある<sup>2)</sup>。

もっとも、強制処分と任意処分をどのように区別するか、すなわち、強制処分とは何を意味するのか、という点については、条文上、必ずしも明らかではなく、強制処分の意義をめぐっては、従来から、活発な議論が展開されてきたところである<sup>3)</sup>。

しかしながら、翻って考えてみると、そもそも「捜査」<sup>4)</sup>とは何を意味するのであろうか。ある行為が捜査と評価されるのであれば、これに対しては刑事訴訟法が適用されることになる<sup>5)</sup>。その意味で、「捜査」という概念は、刑事訴訟法の適用・規律対象を画する重要な機能を果たすものである<sup>6) 7)</sup>。

---

1) 刑訴法189条2項参照。

2) 刑訴法197条1項参照。

3) 強制処分の意義をめぐる議論状況については、例えば、井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法の争点(第3版)』(2002年)46頁以下、井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」井上正仁=酒巻匡編『刑事訴訟法の争点(新・法学の争点シリーズ6)』(2013年)54頁以下参照。

4) 刑訴法189条2項、191条1項参照。

5) 緑大輔『刑事訴訟法』(2012年)28頁、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号(2002年)73頁、酒巻匡「『捜査』の定義について」研修674号(2004年)3-4頁。

6) 緑・前掲注5)28頁、酒巻・前掲注5)3頁、川出・前掲注5)73頁。

7) 捜査の概念は、刑事訴訟法の適用範囲を画するというだけでなく、捜査において用いられる捜査手法の法的性格ないし意味づけを明らかにする意味においても、重要な機能を果たすものである。

それでは、捜査とは何か、すなわち、捜査の定義については、どのように理解されてきたのであろうか。

この点、学説上、捜査とは、公訴の提起・追行を目的とする活動と定義されるのが一般的であり<sup>8)</sup>、このような理解が通説としての地位を占めてきたものといつてよいであろう<sup>9)</sup>。

ところで、このような捜査に関する定義を踏まえると、例えば、被疑者が死亡した場合には、当人に対する公訴の提起というものを想定し得ない以上、もはや捜査を行うことができないかのようにも見える<sup>10)</sup>。にもかかわらず、学説上、この場合においても、捜査の可能性を肯定する見解が有力に主張されているのである<sup>11)</sup>。このことは、捜査の定義について再検討すべき契機を孕んでいるようにも思われる。

本稿は、このような議論状況を踏まえつつ、捜査の定義について改めて検討し直すとともに、捜査の定義・意義という観点から、それに関連するいくつかの問題について検討を加えようとするものである。

## 第二節 分析視角および構成

本稿では、刑訴法上の概念である「捜査」の意義を解明するにあたり、憲法にまで立ち戻った考察を行う。「捜査」は刑訴法上の概念であり、刑訴法は憲法を具体化したものであるとの認識を前提にすると、憲法、すなわち、適正手続の保障の趣旨を明確化することが必要となると考えられるからである。

---

8) 平野龍一『刑事訴訟法』(1958年)82頁、川出・前掲注5)73頁、酒巻・前掲注5)3頁など。

9) 『例題解説刑事訴訟法(四)〔三訂版〕』(1999年)25-26頁、山口裕之「搜索差押許可状等の発付の可否」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法〔I〕捜査』(1998年)222頁。

10) 酒巻・前掲注5)10-11頁、山口・前掲注9)222頁。

11) 酒巻・前掲注5)11-12頁。

そこで、まず始めに、適正手続の保障の分析を行う(第二章)。そして、そこでの成果を基礎にして、捜査の定義・意義を明らかにする(第三章第一節)。そのうえで、最後に、捜査の定義・意義という視点から、それに関連するいくつかの問題に対して検討を加え、一定の帰結を示すこととする(第三章第二節)。

## 第二章 適正手続の保障の分析

### 第一節 憲法13条の意義・趣旨

一 憲法とは、いかなる性格を有するものであるのか、換言すれば、憲法とは、いかなる関係性を規律するものであるのか。この点については、憲法は、国家と国民との関係を規律する法規範である、との理解に、およそ異論はないであろう<sup>12)</sup>。

それでは、このような憲法の性格に関する理解を前提とした場合、憲法13条の規定の意義ないし趣旨は、どのように理解されることになるのであろうか。この点について検討ないし確認することにしよう。

二 まず、憲法13条によれば、すべて国民は「個人として尊重され」、「生命、自由及び幸福追求」に対する権利、すなわち、幸福追求権を保障されている<sup>13)</sup>。

---

12) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(2000年)19頁【以下、「山本①」として引用】、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(1)―私法関係における憲法原理の衝突―」法学論叢133巻4号(1993年)2、8頁【以下、「山本②」として引用】、山本敬三「憲法と民法の関係―ドイツ法の視点」法学教室171号(1994年)48頁【以下、「山本③」として引用】、大石真『憲法講義I(第3版)』(2014年)9頁、君塚正臣『憲法の私人間効力論』(2008年)45、9頁、道垣内弘人『プレップ法学を学ぶ前に』(2010年)51-52頁、川崎政司『法律学の基礎技法』(2011年)64、194頁、田中成明『法学入門』(2005年)27頁など。

13) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第5版)』(2011年)118頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第3版)』(2013年)137頁、山本①・前掲注12)24頁、大石真『憲法講義II(第2版)』(2012年)47、56頁など。

そして、この幸福追求権は、「14条以下に規定される個人人権を生み出す源泉・母胎としての性格を有する権利であり、個人人権すべてを包括するとともに新しい人権の根拠となるもの」<sup>14)</sup>と一般に位置づけられているのである<sup>15)</sup>。

このように、憲法13条は、個人、すなわち、個別的具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障しているのであるが、先に述べた憲法の性格を踏まえるならば、このことは、国家が、個別的具体的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負うことを意味しよう<sup>16)</sup>17)。

もっとも、他方で、憲法13条は、このような国家が負うべき義務を規定し

14) 高橋・前掲注13) 137頁。

15) 芦部・前掲注13) 118-119頁も、「個人尊重の原理に基づく幸福追求権は、憲法に列挙されていない新しい人権の根拠となる一般的かつ包括的な権利」であり、「個別の基本権を包括する基本権である」とする。また、大石・前掲注13) 57頁もまた、幸福追求権は、「明示的に列挙された諸権利」だけでなく、「広くそれら以外の権利・自由をも包括的に保障する意味をもつ包括的な基本権の保障規定」としている。そのほか、同様の指摘をするものとして、伊藤正己『憲法（第3版）』（1995年）90、228-229頁、高井裕之「幸福追求権」大石眞＝石川健治編『憲法の争点（新・法律学の争点シリーズ3）』（2008年）92-93頁、浦部法穂『憲法学教室（全訂第2版）』（2006年）42-44頁、渋谷秀樹『憲法（第2版）』（2013年）184頁、渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法1人権（第5版）』（2013年）247-248頁〔赤坂正浩〕、安西文雄＝卷美矢紀＝宍戸常寿『憲法学読本（第2版）』（2014年）84頁〔卷美矢紀〕、松井茂記『日本国憲法（第3版）』（2007年）336頁、小嶋和司＝大石眞『憲法概観（第7版）』（2011年）86-87頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（1994年）328頁【以下、「芦部①」として引用】、芦部信喜編『憲法Ⅱ人権（1）』（1978年）137-138頁〔種谷春洋〕、小山剛『「憲法上の権利」の作法（新版）』（2011年）93頁など。

16) 高橋・前掲注13) 111、115、123頁。なお、山本①・前掲注12) 64、86、199、248、293頁、山本②・前掲注12) 17頁、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（2・完）—私法関係における憲法原理の衝突—」法学論叢133巻5号（1993年）7-8、26頁、山本③・前掲注12) 48-49頁参照。

17) もちろん、このことは、国家自身が基本的人権を侵害してはならないという消極的な意味をも当然に含んでいる。このようなことを認めることは、上述したような国家自身が負うべき義務と明らかに背理・矛盾するからである。

ているとしても、憲法13条から抽出される国家の義務は、これに限られるわけではない。むしろ、憲法13条は、それにとどまらず、国家は、「公共の福祉」を維持すべき義務、すなわち、国民全体、ないし、一般的抽象的な意味における国民に対して基本的人権を保障すべき義務を負うことを規定しているものと見るべきであろう<sup>18) 19)</sup>。

三 以上からすると、憲法13条は、国家に対して、個人の基本的人権を保障すべき義務を負わせているだけでなく、それに加えて、公共の福祉を維持すべき義務を負わせているものと解される。もっとも、問題は、その先にある。

このように、国家は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務を負うものとするならば、国家が負うべき二つの義務の間において対立・矛盾が生じることは、容易に想定できよう。このことは、憲法13条それ自体が、すでに認識していたものと考えられる。すなわち、憲法13条は、国家が負うべき二つの義務の間に矛盾・対立が生じることを前提としながら、その相対立する二つの憲法上の義務の間の調整を図るべきことを要請しているものと解すべきである（いわゆる「比例原則」<sup>20) 21) 22)</sup>。換言すれば、憲法13条

---

18) 高木光『プレップ行政法（第2版）』（2012年）61頁参照。

19) なお、公共の福祉の意味については、人権相互の矛盾・衝突を調整するための原理として一般に捉えられてきた（高橋・前掲注13）120-121頁、曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』（2012年）70頁〔曾我部真裕〕、辻村みよ子『憲法（第4版）』（2012年）147頁）。その背景に戦前の反省があったことはもちろんであるが（宮沢俊義『憲法Ⅱ』（1974年）234-235頁、曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』（2012年）70頁〔曾我部真裕〕）、しかしながら、このように、公共の福祉を調整原理として機能的に捉えることは、そもそも、公共の福祉という文言、あるいは、憲法13条の規定の仕方からして、疑問が持たれよう。公共の福祉の意味をめぐる議論の詳細に関しては、高橋・前掲注13）115頁以下、曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』（2012年）69頁以下〔曾我部真裕〕、芦部①・前掲注15）186頁以下など参照。

20) 比例原則の法的根拠として憲法13条を指摘するものとして、芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』（2006年）84頁、藤田宙靖『行政法総論』（2013年）102頁、小早

に基づき、国家—ここには、立法府だけでなく、もちろん、国家機関である以上、裁判所も含まれる—は、個人の基本的な人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務の間の調整を図るべき憲法上の義務を負っているのである。憲法13条が、幸福追求権について、「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国

---

川光郎『行政法(上)』(1999年)144頁、今村成和(畠山武道補訂)『行政法入門(第8版補訂版)』(2007年)90頁、大浜啓吉『行政法総論(第3版)』(2012年)24、278頁、曾和俊文ほか『現代行政法入門(第2版)』(2011年)162頁〔亘理格〕、宮田三郎『警察法』(2002年)70頁、宮田三郎『実践警察法』(2012年)39頁、高木光「比例原則の実定化—『警察法』と憲法の関係についての覚書—」『現代立憲主義の展開(芦部信喜先生古稀祝賀)(下)』(1993年)228頁、渋谷・前掲注15)264-265頁、渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方(第2版)』(2010年)154頁、北村和生ほか『行政法の基本(第5版)』(2014年)19、176頁〔高橋明男〕、阿部泰隆『行政法解釈学I』(2008年)395頁、高田敏編『新版行政法』(2009年)42-43頁〔高田敏〕、藤井俊夫『行政法総論(第5版)』(2010年)13頁、宇賀克也編『ブリッジブック行政法(第2版)』(2012年)30頁〔横田光平〕、宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開(第2版)』(2014年)24頁など。なお、比例原則一般については、萩野聡「行政法における比例原則」芝池義一=小早川光郎=宇賀克也編『行政法の争点(第3版)』(2004年)22頁、川上宏二郎「行政法における比例原則」成田頼明編『行政法の争点(新版)』(1990年)18頁、須藤陽子「比例原則」法学教室237号(2000年)18頁〔須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(2010年)所収〕など参照。

- 21) そして、このように理解することによって、憲法13条が比例原則を規定することの意味を適切に捉えることができるように思われる。
- 22) 上述したように、比例原則とは、二つの義務の間の調整が図られるべきことを要請するものであり、それ以上でも、それ以下でもない。その意味で、抽象的な規範にとどまるのであって、憲法それ自体が、比例原則の名のもとで、具体的な基準を用意しているわけではない。なお、任意処分(刑訴法197条1項)の適否につき、法益侵害の程度と広義の必要性とが合理的権衡を保っているから判断されるとしたうえで、これは「比例原則」の適用であると説明されることがあるが(酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法学教室284号(2004年)65頁、酒巻匡「捜査手続(2)総説(続)・捜査の端緒」法学教室357号(2010年)72頁【以下、「酒巻①」として引用】、川出・前掲注5)76頁)、比例原則をそのような具体的判断基準と同義に捉えているとするならば、いささか正確性を欠くようにも思われる。

政の上で、最大の尊重を必要とする」と規定するのは、その趣旨であろう<sup>23)</sup>。

## 第二節 刑訴法の定位

一 さて、憲法13条の意義・趣旨はどのようなものであるかについては、先に述べたとおりであるが、その趣旨は、刑事手続の領域においても妥当する<sup>24)</sup>。すなわち、刑事手続に即して言えば、憲法13条は、刑事手続に関し、国家は、個人の基本的人権を保障すべき義務、および公共の福祉を維持すべき義務、換言すれば、犯人を特定して処罰すること(刑法の具体的な実現・執行)を通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護(将来の犯罪の防止・抑止)すべき義務<sup>25)</sup>を負うことを前提としながら、その相対立する二つの義務の間の調整が図られるべきことを要請しているのであり<sup>26)</sup>、国家は、そのような調整を図るべき憲法上の義務を負っているのである。

他方で、憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生

---

23) 高木・前掲注20) 228頁、藤田・前掲注20) 102-103頁、宇賀編・前掲注20) 30頁〔横田光平〕。

24) 鈴木茂嗣「憲法と刑事訴訟法との関係」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(1979年)4、6頁〔鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造(上巻)』(1996年)所収〕【以下、「鈴木①」として引用】、鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(1979年)5頁【以下、「鈴木②」として引用】、鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(1990年)17頁【以下、「鈴木③」として引用】、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(1988年)45頁【以下、「鈴木④」として引用】参照。

25) 長沼範良「刑事訴訟法の目的」法学教室197号(1997年)26頁、長沼範良ほか『刑事訴訟法(第5版)』(2017年)5頁〔長沼範良〕、棚町祥吉『逮捕(改訂)』(1992年)v頁参照。平川宗信『刑事法の基礎(第2版)』(2013年)104-109頁、山口厚『刑法(第2版)』(2011年)46頁、山口厚『刑法総論(第2版)』(2007年)2-6頁、西田典之『刑法総論(第2版)』(2010年)30-31頁、林幹人『刑法総論(第2版)』(2008年)12-13頁なども参照。

26) 鈴木②・前掲注24) 5-7、19、140頁、鈴木③・前掲注24) 17頁、鈴木④・前掲注24) 45頁、鈴木①・前掲注24) 4頁参照。井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(1985年)371頁も参照。

命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定しているが、これが、刑事手続に関し、適正手続を保障したものであるとの理解自体は、異論なく認められているといつてよい<sup>27)</sup>。問題は、この憲法 31 条と憲法 13 条の関係は、どのように理解されるべきなのか、である。

この点については、憲法 31 条は、憲法 13 条と同旨のものとするべきであろう。すなわち、この憲法 31 条のいわゆる適正手続条項<sup>28)</sup>は、憲法 13 条に基

- 27) 芦部・前掲注 13) 235 頁、芦部①・前掲注 15) 139 頁、高橋・前掲注 13) 265 頁、浦部・前掲注 15) 282 頁、野中俊彦ほか『憲法 I (第 5 版)』(2012 年) 410 頁〔高橋和之〕、辻村・前掲注 19) 269 頁、松井・前掲注 15) 517 頁、長谷部恭男『憲法 (第 6 版)』(2014 年) 254-255 頁、赤坂正浩『憲法講義 (人権)』(2011 年) 170 頁、大石・前掲注 13) 102 頁、櫻井敬子=橋本博之『行政法 (第 4 版)』(2013 年) 23-24 頁、鈴木②・前掲注 24) 2 頁、井上・前掲注 26) 371 頁、田宮裕『刑事訴訟法 (新版)』(1996 年) 4-5、65、301 頁【以下、「田宮①」として引用】、田宮裕『捜査の構造』(1971 年) 120 頁、松尾浩也=田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』(1966 年) 1 頁、白取祐司『刑事訴訟法 (第 9 版)』(2017 年) 79 頁、三井誠『刑事手続法 II』(2003 年) 408 頁、三井誠『刑事訴訟法の基本原理解』松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法の争点 (第 3 版)』(2002 年) 9 頁、福井厚『刑事訴訟法講義 (第 5 版)』(2012 年) 13 頁、池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義 (第 5 版)』(2014 年) 17 頁、安富潔『刑事訴訟法 (第 2 版)』(2013 年) 2 頁、上口裕『刑事訴訟法 (第 4 版)』(2015 年) 6 頁、上口裕ほか『刑事訴訟法 (第 5 版)』(2013 年) 17 頁〔後藤昭〕、長沼ほか・前掲注 25) 2 頁〔長沼範良〕、渡辺直行『論点中心刑事訴訟法講義 (第 2 版)』(2005 年) 6 頁、渡辺直行『刑事訴訟法 (第 2 版)』(2013 年) 3 頁【以下、「渡辺①」として引用】、渥美東洋『全訂刑事訴訟法 (第 2 版)』(2009 年) 12 頁、小林充 (植村立郎監修、前田巖改訂)『刑事訴訟法 (第 5 版)』(2015 年) 1 頁、加藤康榮『刑事訴訟法 (第 2 版)』(2012 年) 2 頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(1993 年) 2 頁、村井敏邦編『現代刑事訴訟法 (第 2 版)』(1998 年) 26 頁〔大出良知〕、椎橋隆幸編『ブリッジブック刑事裁判法』(2007 年) 12 頁〔椎橋隆幸〕、平川・前掲注 25) 209 頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造 (1)」法学教室 283 号 (2004 年) 59 頁【以下、「酒巻②」として引用】、酒巻匡「刑事手続の目的と基本設計図」法学教室 355 号 (2010 年) 36 頁、安西=巻=宍戸・前掲注 15) 197 頁〔宍戸常寿〕、宍戸・前掲注 20) 38 頁など。なお、最判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 卷 6 号 1672 頁も参照。
- 28) 田宮裕「最近のデュープロセス論争」研修 340 号 (1976 年) 3 頁、上口・前掲注 27) 6 頁、小田中聰樹『刑事訴訟法の変動と憲法的思考』(2006 年) 368 頁参照。

づく比例原則が刑事手続に対しても妥当することを、特に確認ないし強調した  
ものとして理解されるべきである<sup>29) 30) 31)</sup>。

- 
- 29) その意味で、適正手続は、利益衡量を本質とするものである(鈴木②・前掲注24) 6-7頁、井上・前掲注26) 371頁、田宮・前掲注28) 8頁参照)。さらにいえば、適正手続と比例原則は同義であり、互換性のあるものといってよく、そうだとすれば、それを適正手続と呼ぶか、比例原則と呼ぶかは、せいぜい言葉の問題にすぎないともいえよう(例えば、現に、憲法13条を適正手続の問題として論じるものとして、大石・前掲注13) 62-63頁、高橋・前掲注13) 147、266頁、曾和俊文『行政法総論を学ぶ』(2014年) 303-304頁など参照)。
- 30) すでに述べたように、憲法31条が適正手続を保障するものであることは異論を見ない。もっとも、憲法31条については、それと並んで、手続法定主義なる原則が指摘ないし強調されることがある(酒巻②・前掲注27) 59頁、酒巻匡「捜査手続(1)総説」法学教室356号(2010年) 65頁、田宮①・前掲注27) 4頁、長沼ほか・前掲注25) 2頁〔長沼範良〕、白取・前掲注27) 79頁、福井・前掲注27) 4-5頁、上口・前掲注27) 2頁、平川・前掲注25) 213頁、芦部・前掲注13) 235頁など)。たしかに、憲法31条は「法律の定める手続」と規定しており、このことは故なしとしない。しかしながら、憲法31条が適正手続を保障しているとすれば、その要請を具現化するものとしての法律が制定されなければならないのは当然のことである(憲法41条参照)。憲法31条の重点ないし核心は、むしろ適正手続の保障に置かれているのであって、殊更手続法定主義なる原則を指し、それを指摘ないし強調する必要は必ずしもなく、ましてや、それに特段ないし格別の意味内容を含ませることは避けるべきであろう。なお、大石・前掲注13) 64頁参照。
- 31) なお、刑事手続に関する憲法上の規定が行政手続にも適用されるか、具体的には、憲法35条および38条の行政手続への適用の可否が論じられている。この点、最高裁判例(最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁)の趣旨を踏まえれば、行政手続といえども、それが、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続であれば、憲法35条および憲法38条の保障が及ぶものと解せられよう(川出・前掲注5) 74頁、酒巻・前掲注5) 3-4、6頁、浦部・前掲注15) 290頁、辻村・前掲注19) 270頁、櫻井=橋本・前掲注27) 170頁参照)。たしかに、憲法35条および38条が行政手続に適用されるか、という問題提起を前提とすれば、このような理解は十分に成り立ち得るようにも思われる。しかしながら、行政手続にも、憲法35条および38条と同様の趣旨が及ぶことは、端的に、憲法13条によって根拠づける、ないし基礎づけることが可能というべきである。むしろ、憲法35条および38条に着目した問題設定ないし論理構成は、行政手続に対する人権保障の範囲が不合理に限定されるおそれがあり、また、そもそも、憲法35条および38条が刑事手続に関する規定であることから

二 それでは、以上のような憲法 13 条ないし憲法 31 条に関する理解を前提にすると、憲法 13 条ないし憲法 31 条と刑訴法とは、いかなる関係にあるのか、換言すれば、憲法 13 条ないし憲法 31 条との関係において、刑訴法はどのように位置づけられることになるのであろうか。

この点、憲法 13 条ないし憲法 31 条は、国家に対して、刑事手続に関し、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務の間の調整を図るべき義務、つまり、適正手続を保障すべき義務を負わせているところ、刑訴法(の制定・定立)は、そのような憲法上の義務を負うべき国家(立法府)が、そのような義務を担保する、ないし履行するために講じられた手段ないし措置として位置づけられるべきである<sup>32)</sup>。すなわち、刑訴法は、刑事手続に関し、国家が負うべき二つの義務の間の調整のあり方についての具体的かつ基本的な枠組みを提示しているのであって<sup>33)</sup>、この趣旨は、刑訴法 1 条が、この法律は、

---

しても、このような理解が望ましいように思われる(高橋・前掲注 13) 147 頁参照)。なお、犯則調査手続では、臨検・捜索・差押えが認められており、裁判官による令状が必要とされているが(国税犯則取締法 2 条 1 項、金融商品取引法 211 条 1 項参照)、このことは、(公共の福祉の維持に対する絶対的優位性を前提としたうえで、)そのような憲法 13 条に基づく保障が具現化されたものと見ることができよう(なお、酒巻・前掲注 5) 4 頁参照)。

- 32) 国家、すなわち、立法府はもちろん、裁判所もまた、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務の間の調整を図るべき義務を負うが、第一義的には、立法府が法律の制定という形で義務を履行することになる。他方で、裁判所による、いわゆる法創造という形での義務履行は二次的なものであり、補充的な位置付けにとどまるものである。なお、田中・前掲注 12) 115、170 頁、田中成明『現代法理学』(2011 年) 289、463-466 頁、山本①・前掲注 12) 53、78、86、248-249、293 頁、西村健一郎=西井正弘=初宿正典『判例法学(第 3 版)』(1997 年) 8 頁〔西村健一郎、佐藤幸治ほか『法律学入門』(1994 年) 204-205、210-211 頁〔田中成明〕参照。
- 33) 井戸田・前掲注 27) 2 頁、鈴木③・前掲注 24) 4 頁参照。宮下明義『新刑事訴訟法逐條解説Ⅱ』(1949 年) 4 頁も参照。なお、泉徳治「司法が担う役割」法政法科大学院紀要 5 巻 1 号(2009 年) 16 頁、泉徳治「法律家の役割」大東ロージャーナル 6 号(2010 年) 10-11 頁も参照。

「公共の福祉の維持」と「個人の基本的人權の保障」とを全うするものと指摘していることにも示されているものといえよう<sup>34)</sup>。

### 第三章 捜査に関する理論的考察

前章においては、憲法13条ないし憲法31条の構造を分析したうえで、それとの関係における刑訴法の位置付けを明らかにした。本章では、前章で示された構図を前提にしたうえで、「捜査」概念の定義を確認し、それを踏まえて、捜査の定義に関連するいくつかの問題について検討を及ぼすことにしたい。

#### 第一節 「捜査」とは何か―「捜査」概念の再検討

一 捜査機関は、「犯罪があると思料するとき」、すなわち、特定の犯罪について具体的な嫌疑が生じた場合に、捜査を開始するが<sup>35)</sup>、それでは、「捜査」<sup>36)</sup>とは、果たして何を意味するのか、その定義が問題となる。

この点、先に述べたように、従来議論においては、捜査とは、公訴の提起・追行を目的とする活動である、と定義されるのが一般的であり<sup>37)</sup>、このよう

---

34) 鈴木茂嗣「刑事訴訟法の基礎理論」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点(新版)』(1991年)14頁〔鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造(上巻)』(1996年)所収〕参照。

35) 刑訴法189条2項参照。

36) 刑訴法189条2項、191条参照。

37) 平野・前掲注8)82頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要(7訂版)』(1967年)317頁、高田卓爾『刑事訴訟法(2訂版)』(1984年)312頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(1955年)325頁、三井誠『刑事手続法(1)(新版)』(1997年)75頁、白取・前掲注27)87頁、福井・前掲注27)72頁、田宮①・前掲注27)40頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法(第3版)』(2013年)101頁、池田＝前田・前掲注27)68-69頁、小林・前掲注27)66頁、安富・前掲注27)39頁、安富潔『刑事訴訟法講義(第4版)』(2017年)40頁、寺崎嘉博編『刑事訴訟法講義』(2007年)9頁〔加藤克佳〕、庭山英雄＝岡部泰昌編『刑事訴訟法(第

な理解が通説としての地位を占めてきたといつてよいであろう<sup>38)</sup>。

たしかに、捜査は、公訴の提起・追行に資するものであり、公訴の提起・追行の前提となるものであることからすれば<sup>39)</sup>、このような捜査の定義づけは、自然なものであったようにも思われる。

しかしながら、このような通説的理解に対しては、「不起訴処分で終結する

- 3版』(2006年)19頁〔庭山英雄〕、長井圓『L S ノート 刑事訴訟法』(2008年)7頁、酒巻②・前掲注27)59頁、酒巻・前掲注30)63頁、酒巻①・前掲注22)74-75頁、酒巻匡『刑事訴訟法』(2015年)19、38-39頁、酒巻・前掲注5)3頁、川出・前掲注5)73頁、緑・前掲注5)28頁、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法(新版)(第3巻)』(1996年)5頁〔伊藤栄樹=河上和雄〕、後藤昭=白取祐司編『新コメンタール刑事訴訟法(第2版)』(2013年)425頁〔多田辰也〕、456頁〔後藤昭〕、石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務(上)(3訂版)』(2011年)203頁〔川上拓一〕、平場安治ほか『注解刑事訴訟法(中巻)(全訂新版)』(1982年)3頁〔高田卓爾〕、柏木千秋『刑事訴訟法』(1970年)32頁、横川敏雄『刑事訴訟』(1984年)95頁、関正晴編『刑事訴訟法』(2012年)7頁〔関正晴〕、川端博=田口守一編『基本問題セミナー刑事訴訟法』(1994年)61頁〔垣花豊順〕、佐々木正輝=猪俣尚人『捜査法演習』(2008年)75頁〔猪俣尚人〕、小暮得雄「現行犯の『制止』」法律のひろば21巻5号(1968年)52頁、大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室439号(2017年)58頁、廣瀬健二『コンパクト刑事訴訟法(第2版)』(2017年)31頁、光藤景皎『刑事訴訟法1』(2007年)187頁、岩下雅充ほか『刑事訴訟法教室』(2013年)58頁〔亀井源太郎〕、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(2012年)28、35頁〔松田岳士〕、高田昭正『基礎から学ぶ刑事訴訟法演習』(2015年)3頁、福井厚編『ベーシックマスター刑事訴訟法(第2版)』(2013年)40頁〔緑大輔〕、多谷千香子「公訴時効と捜査」河上和雄編『刑事裁判実務大系11 犯罪捜査』(1991年)595-596頁、中武靖夫=高橋太郎編『捜査法入門』(1978年)170頁〔藤原寛〕、三浦正晴=北岡克哉編『令状請求の実際101問〔改訂〕』(2002年)208頁、大谷直人「死者を被疑者とする令状発付の可否」新聞雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)31頁など。
- 38) 石丸ほか・前掲注37)208頁〔川上拓一〕、平場ほか・前掲注37)3頁〔高田卓爾〕、川端=田口編・前掲注37)61頁〔垣花豊順〕、『例題解説刑事訴訟法(四)(三訂版)』(1999年)25-26頁、山口・前掲注9)222頁、井戸田・前掲注27)25頁、石川才顯『刑事訴訟法講義』(1974年)90-91頁、石川才顯『通説刑事訴訟法』(1992年)91頁、河副弘「死者を被疑者とする捜査・差押許可状発付の可否」書研所報29号(1979年)218頁。
- 39) 井戸田・前掲注27)25-26頁参照。

場合にも捜査はその目的を達したというべきであるから妥当ではない」<sup>40)</sup>との指摘がなされているところであり、捜査について、「起訴・不起訴の決定と、起訴した場合の公判の準備」を目的とする活動である<sup>41)</sup>、さらには、「公訴を提起しあるいは維持すべきかどうかを決するため」の活動である<sup>42)</sup>、との理解も示されているのである<sup>43)</sup>。

二 以上のように、捜査の定義をめぐる従来議論においては、捜査は公訴の提起・追行を目的とする活動である、とする理解が通説としての地位を確保しつつも、他方で、これとは異なる理解も示されている状況にあるといえよう。

もっとも、あらためて考えてみると、そもそも、このような捜査の定義をめぐる従来議論（の有り様）が、果たして、真に、捜査の定義をめぐる議論たり得ていたのか、疑問が残る。換言すれば、一見、従来議論は捜査の定義をめぐる論じているかのような様相を呈しつつも、捜査の定義そのものについては、実のところ、何も語り得ていないのではないと思われるのである。

それでは、捜査については、どのように理解されるべきであろうか。この点、刑法上の概念である「捜査」の定義づけに関しては、その上位規範である憲

---

40) 鈴木③・前掲注24) 59頁。

41) 鈴木③・前掲注24) 59頁。鈴木茂嗣「捜査の本質と構造」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系5刑事手続I』（1983年）127頁も参照。同旨、田口守一『刑事訴訟法（第7版）』（2017年）36頁、上口・前掲注27) 55頁、渡辺①・前掲注27) 23頁、渡辺修『基本講義刑事訴訟法』（2014年）29頁、上口ほか・前掲注27) 36頁〔渡辺修〕、宇藤ほか・前掲注37) 28頁〔松田岳士〕、加藤・前掲注27) 18頁、長沼ほか・前掲注25) 43頁〔田中開〕、岩下ほか・前掲注37) 22頁〔辻本典史〕、黒木忍＝川端博編『刑事訴訟法』（1993年）31頁〔山田道郎〕、佐々木＝猪俣・前掲注37) 18頁〔猪俣尚人発言〕。

42) 鈴木③・前掲注24) 59頁。

43) なお、捜査は、起訴・不起訴の決定を目的とするものであるとの見解もあるが（井戸田・前掲注27) 25-26頁、井戸田侃「捜査の構造」高田卓爾＝田宮裕編『演習刑事訴訟法』（1972年）67頁）、これに対しては、「起訴後の捜査もあり得るから、疑問」（鈴木③・前掲注24) 59頁）との指摘がなされている。

法との関係を意識しながら論じられるべきである。

すなわち、国家は、公共の福祉を維持すべき義務、具体的には、犯人を特定して処罰することによって、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保障すべき義務を負っていることは、先に述べたとおりであるが、国家による捜査活動は、まさに、国家がこのような義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられるべきものである<sup>44)</sup>。このような理解を前提にすれば、捜査に関しては、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活動であると定義しておくのが妥当であるように思われる。そして、捜査というものが、このように定義づけられるものであるとすれば、結局のところ、捜査の定義に関して行われてきた従来の議論は、捜査それ自体の意義ないし定義について真正面から論じるものではなく、むしろ、実質的には、そのような捜査の結果ないし効果・機能、すなわち、そのような捜査が行われたことの結果として、検察官は、いかなる対応ないし措置をとり得るのかを論じているにすぎないというべきであろう。このことは、捜査が「不起訴処分<sup>・</sup>で終結<sup>・</sup>する場合にも捜査はその目的を達した<sup>・</sup>というべき」(傍点は筆者)とする、先述した指摘からも窺い知ることができるのである。

## 第二節 捜査の定義に関連する諸問題

前節では、捜査の概念をどのように理解すべきか、という点に検討を加えた。それを踏まえて、本節では、捜査の定義に関連するいくつかの問題について、あらためて検討を及ぼすことにしたい。

### 第一款 被疑者が死者の場合

- 一 被疑者が死亡している場合に、捜査機関は、捜査を行うことができるの

---

44) なお、最判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁参照。

であろうか。

この点、捜査についての通説的理解を前提にした場合、被疑者が死亡すれば、本人に対する公訴の提起ということが考えられない以上、捜査を行うことができないとの帰結に至るように思われる<sup>45)</sup><sup>46)</sup>。それゆえ、死者を被疑者とする捜索差押許可状や検証許可状等の発付も許されないことになる<sup>47)</sup>。

他方で、捜査についての通説的理解に立ちつつも、被疑者の死亡の場合において、捜査の可能性を肯定する見解も存在する。すなわち、「起訴・不起訴の判断を的確に行うためには、被疑者の死亡後も、強制の処分や任意手段により、犯罪事実に関する証拠を収集する必要性があり得ることは認められる」とし、捜査の可能性を肯定するのである<sup>48)</sup>。もっとも、そのような必要性というのが、捜査に関する通説的理解を前提とした場合に、捜査の可能性を肯定せしめる根拠になり得るのかは必ずしも明らかではないが、その点はさておき、少なくとも、この見解が、被疑者が死亡した場合において、通説的理解とは異なる、捜査についての理解を当然の前提にしていることは、確かであろう。実際、捜査の「原則的ないし中核的意義は公訴提起・遂行を目的とした活動というべきであ」としつつ、被疑者が死亡した場合という「例外的事態については」、

---

45) 酒巻・前掲注5) 10-11頁、酒巻・前掲注37) 237頁、山口・前掲注9) 222頁、廣瀬・前掲注37) 33頁、上口・前掲注27) 56頁、田宮①・前掲注27) 45頁、平場安治ほか・前掲注37) 6頁〔高田卓爾〕、河副・前掲注38) 219頁、三浦＝北岡編・前掲注37) 208頁、石毛平蔵『令状請求の実務（続）』（1988年）263-264頁。

46) なお、他に被疑者が存在する可能性があるときは捜査が可能とする見解もあり得るが（上口・前掲注27) 56頁、廣瀬・前掲注37) 33頁、田宮①・前掲注27) 45頁）、その場合においては、他の人物を被疑者として、あるいは被疑者不詳として捜査を行い得るのであり、捜査が可能なのは当然のことといえよう。『例題解説刑事訴訟法（四）〔三訂版〕』（1999年）27頁、河副・前掲注38) 220 - 221頁参照。

47) 酒巻・前掲注5) 11頁、山口・前掲注9) 222頁、河副・前掲注38) 219頁、中武＝高橋編・前掲注37) 170頁〔藤原寛〕。

48) 酒巻・前掲注5) 11頁。

「検察官の事件処理・・・を目的とする活動を含むと考えておくのが妥当である」と述べているのである<sup>49)</sup>。そのうえで、被疑者死亡の場合でも、「任意捜査のみならず、捜査として強制処分も可能である」と結論付けている<sup>50)</sup>。

しかしながら、このような見解に対しては、根本的な疑問がある。すなわち、この見解は、捜査の意義ないし定義を、その場面ないし類型に応じて区別しようとするものであるが、たしかにそのような区別が形式的には可能であるにしても、何故に、同じ「捜査」概念に関して、その定義が場面ないし類型に応じて区別されなければならないのか、その実質的根拠は必ずしも明らかではないように思われるのである。

二 それでは、本稿における捜査の理解を前提にすると、どのように考えられるであろうか。

この点、捜査に関して、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活動と定義した場合には、被疑者が死亡した場合にも、捜査を行うことは想定し得るであろう。被疑者が死亡したかということと、捜査を行うことができるかということとは、別個の問題であって、被疑者が死亡したとしても、そのことからただちに捜査の可能性が否定されるわけではないのである。それゆえ、死者を被疑者とする搜索差押許可状や検証許可状等の発付も許容されるとの帰結が認められよう。

## 第二款 被疑者が14歳未満の場合

被疑者が14歳未満の少年である場合に、捜査機関は、捜査を行うことができるのであろうか<sup>51)</sup>。

---

49) 酒巻・前掲注5) 11-12頁。酒巻・前掲注37) 20頁も同旨。

50) 酒巻・前掲注5) 12頁。

51) 山口・前掲注9) 231頁。

この点、刑事未成年である14歳未満の少年が構成要件該当行為を行ったとしても、それは刑事実体法上、犯罪とはなり得ないのであり、したがって、捜査を公訴の提起・追行を目的とする活動と定義する通説的理解による場合には、公訴の提起ということが考えられない以上、捜査を行うことはできないとの帰結になるであろう<sup>52) 53) 54)</sup>。

他方で、捜査の定義について、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活動と理解した場合においても、犯罪というものを想定し得ず、したがって捜査というものも想定し得ない以上、捜査を行うことはできないということになる。

### 第三款 親告罪につき告訴が欠如する場合

一 捜査機関は、親告罪について告訴が欠けている場合、捜査を行うことができるのであろうか<sup>55)</sup>。

この点、捜査は、公訴の提起・追行を目的とする活動であるとする通説的理解によれば、告訴を具備する可能性がまったくなければ公訴提起の余地はないので、捜査は許されないが<sup>56)</sup>、現在は告訴を欠いているとしても、将来具備

---

52) 酒巻・前掲注5) 12頁、酒巻・前掲注37) 20、238頁、上口・前掲注27) 56頁、宇藤ほか・前掲注37) 35頁〔松田岳士〕。

53) なお、他に被疑者が存在する可能性があるときは捜査が可能とする見解もあり得るが(上口・前掲注27) 56頁)、その場合において、他の人物を被疑者として、あるいは被疑者不詳として捜査を行い得るのは当然のことである。山口・前掲注9) 232頁参照。

54) もっとも、警察官は調査を行うことが可能である(少年法6条の2)。宇藤ほか・前掲注37) 35頁〔松田岳士〕、上口・前掲注27) 56頁参照。

55) 田宮①・前掲注27) 45-46頁、白取・前掲注27) 99頁、光藤・前掲注37) 187-189頁、上口・前掲注27) 57頁。

56) 田宮①・前掲注27) 45頁、上口・前掲注27) 57頁、森岡茂「訴訟条件の欠如と捜査」熊谷弘ほか編『捜査法大系I』(1972年)256頁、安富・前掲注27) 80頁、三井・前掲

する余地を残している場合には、捜査をなし得るとされている<sup>57)</sup>。

もっとも、このような理解を前提にしつつも、親告罪の趣旨という見地から<sup>58)</sup>、捜査に対して一定の規制を設けようとする見解も有力である。例えば、強姦罪など被害者の名誉保護のため親告罪とされているような場合には、強制捜査はできないとする見解<sup>59)</sup>があり、また、強制処分は認めるべきでないとし、犯罪の軽微性を理由に親告罪となっている犯罪については原則として任意捜査もできないとする見解<sup>60)</sup>なども主張されているのである。

たしかに、公訴の提起・追行を目的とする活動として捜査を理解すれば、親告罪について告訴が具備される余地がある以上、捜査を行うことは当然に可能といえよう。しかし、そのうえで、別途、親告罪の趣旨という観点から、捜査に対する一定の法的規制を導き出し得るかについては、疑問が残るようにも思われる。

注 37) 111 頁、光藤・前掲注 37) 187 頁、小林・前掲注 27) 74 頁、団藤・前掲注 37) 362 頁、安富・前掲注 37) 65 頁、伊藤ほか・前掲注 37) 16 頁〔伊藤栄樹＝河上和雄〕、後藤＝白取編・前掲注 37) 426 頁〔多田辰也〕、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法（第 2 版）（第 4 巻）』（2012 年）21 頁〔河上和雄＝河村博〕、平場ほか・前掲注 37) 6 頁〔高田卓爾〕。

57) 田宮①・前掲注 27) 45 頁、平野・前掲注 8) 85 頁、廣瀬・前掲注 37) 33 頁、三井・前掲注 37) 111 頁、長沼ほか・前掲注 25) 53 頁〔田中開〕、高田卓爾・前掲注 37) 316 頁、伊藤ほか・前掲注 37) 16 頁〔伊藤栄樹＝河上和雄〕、平場ほか・前掲注 37) 6 頁〔高田卓爾〕、長沼ほか・前掲注 25) 53 頁〔田中開〕、宇藤ほか・前掲注 37) 35 頁〔松田岳士〕、池田＝前田・前掲注 27) 69 頁、松尾浩也『刑事訴訟法（新版）』（1999 年）41 頁、椎橋編・前掲注 27) 56 頁〔洲見光男〕。

58) 廣瀬・前掲注 37) 33 頁、長沼ほか・前掲注 25) 53 頁〔田中開〕、団藤・前掲注 37) 362 頁、高田卓爾・前掲注 37) 316 頁、上口・前掲注 27) 57 頁、宇藤ほか・前掲注 37) 35 頁〔松田岳士〕参照。

59) 鈴木③・前掲注 24) 62 頁。

60) 白取・前掲注 27) 99 頁。

二 それでは、捜査について、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活動と理解した場合には、どのように考えるべきであろうか。

この点、親告罪につき告訴が欠けている場合であっても、捜査を行うことは可能というべきであろう。親告罪における告訴は訴訟条件であるが、そのような訴訟条件たる告訴の有無は、通説による捜査の理解を前提にした場合とは異なり、捜査の可否とは無関係であり、捜査を行ない得ないとの帰結を導き出す余地は存在し得ないからである<sup>61)</sup>。また、実質的に考えても、強姦罪などの親告罪における告訴は訴訟条件であるが<sup>62)</sup>、その趣旨は、被害者の意に反して公開の法廷で審判を行うことに伴う被害者の名誉・プライバシーの侵害の防止、その意味での被害者の名誉・プライバシーの保護<sup>63)</sup>にあると解されるところ、そうだとすれば、親告罪につき告訴が具備されているか否かということと、捜査を行うことができるかということとは、理論的には別個の問題であって、親告罪につき告訴が具備されていないからといって、ただちに、捜査の可能性が否定されるわけではなく、むしろ、告訴が具備されていない場合であっても、捜査の可能性は十分に想定し得るのである<sup>64)</sup>。また、このことは、親

---

61) なお、告発に関する最決昭和35年12月23日刑集14巻14号2213頁参照。

62) なお、強姦罪、強制わいせつ罪などの非親告罪化を内容とする刑法改正案が国会に提出されている〔脱稿後、参議院本会議で可決、成立した（2017年6月16日）〕。

63) 光藤・前掲注37) 188頁、金子宏ほか編『法律学小辞典（第4版）』（2004年）660頁、三井誠ほか編『刑事法辞典』（2003年）449頁〔寺崎嘉博〕、平場・前掲注37) 387頁、小林・前掲注27) 79頁、平良木登規男『刑事訴訟法1』（2009年）72-73頁、虫明満「親告罪における告訴の欠如と一罪の一部起訴」香川法学9巻1号（1989年）57頁、三井誠＝酒巻匡『入門刑事手続法（第7版）』（2017年）17頁、長沼ほか・前掲注25) 53頁〔田中開〕、松尾・前掲注57) 41頁、椎橋編・前掲注27) 56頁〔洲見光男〕。

64) もちろん、それとは別に、捜査の遂行過程において、被害者の名誉・プライバシーの保護ということが問題となる余地があり得るが（光藤・前掲注37) 188頁参照）、その点は、当該捜査手法それ自体の適法性の判断にあたって考慮されるべきものであり、結局は、当該捜査手法についての要件充足の問題にすぎない。

告罪について告訴が訴訟条件とされる趣旨を、犯罪の軽微性や家族関係の尊重といった点に求める場合<sup>65)</sup>であっても、同様というべきであろう。

いずれにせよ、親告罪について告訴を具備しているかどうかと、捜査を行い得るかどうかは、別問題であり、直接的には無関係というべきであって、したがって、親告罪につき告訴を具備していないことを理由として、捜査の可能性が否定されることはないというべきである。

#### 第四款 将来の犯罪を対象とする場合

一 捜査機関は、将来の犯罪を対象として捜査を行うことができるのであろうか。

この点、伝統的には、捜査の対象となるのは、既に発生した犯罪であり、それに対して、将来発生する犯罪に対応するのは、犯罪の予防・鎮圧を目的とする活動たる行政警察活動であると理解されてきた<sup>66)</sup>。このような理解ないし区別を前提とするならば、将来の犯罪に対して捜査を行うことは想定し得ないことになろう。

たしかに、實際上、捜査は、既に発生した犯罪に対して行われるのが通常である<sup>67)</sup>。しかしながら、捜査を、公訴の提起・遂行を目的とする活動であると定義する通説的理解を前提にすると、そこで示された定義には、犯罪の発生時期によって捜査対象を限定する契機は含まれておらず、したがって、既に発生した犯罪のみならず、将来の犯罪についても捜査対象とすることが排除されるわけではない。すなわち、特定の犯罪の嫌疑が存在する限り、将来の犯罪を

---

65) 長沼ほか・前掲注25) 53頁〔田中開〕参照。

66) 白取・前掲注27) 87頁、白取祐司「捜査の概念—論点の整理」法学セミナー 561号(2001年) 90頁、田口・前掲注41) 112頁、鈴木④・前掲注24) 80頁。

67) 廣瀬・前掲注37) 31頁、酒巻・前掲注37) 19頁、酒巻・前掲注5) 7頁、上口・前掲注27) 56頁、宇藤ほか・前掲注37) 33頁〔松田岳士〕。

対象として捜査を行うことも可能なはずである<sup>68) 69)</sup>。

この点は、捜査を、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活動と定義づける場合においても、同様である。この定義においても、捜査対象を犯罪の発生時期によって限定する契機は含まれていないのであって、将来の犯罪を対象として捜査を行うことも可能というべきであろう。

二 問題は、そのうえで、行政警察活動と捜査の関係をどのように理解するか、という点にある。すなわち、捜査は、特定の犯罪の嫌疑が認められれば、将来の犯罪もその対象とし得るが、他方で、それは、行政警察活動の対象ともなり得るものであり、その意味で、両者は競合関係に立ち得るからである。

これに対しては、将来の犯罪の発生が見込まれる場合に、行政警察活動として予防・鎮圧せず、捜査を行うのは不当ではないかとの主張もあり得よう<sup>70)</sup>。しかしながら、この点は、戦術的選択の問題というべきである。すなわち、行政警察活動にせよ、捜査活動にせよ、結局のところ、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益の保護（将来の犯罪の防止・抑制）に向けられたものなのであり、基本的にはいずれが将来の犯罪の防止・抑制という点でより効果的かという観点から選択されるべきであろう<sup>71) 72)</sup>。

---

68) 酒巻・前掲注5) 7頁、川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリスト1148号（1999年）240頁、川出・前掲注5) 79頁、上口・前掲注27) 56頁。さらに、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（1997年）141頁以下参照。

69) なお、判例も、将来の犯罪に対する捜査の可能性を認めているものと解される。おとり捜査に関する最決平成16年7月12日刑集58巻5号333頁参照。

70) 白取・前掲注27) 89頁、白取祐司「盗聴立法と警察機能」小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』（1997年）174頁、村井敏邦「盗聴立法は憲法要件を具備し得るか」法学セミナー507号（1997年）14頁、奥平康弘＝小田中聰樹監修『盗聴法の総合的研究』（2001年）198頁〔三島聡〕、高田昭正・前掲注37) 4頁。

71) 拙稿「職務質問における『停止』行為について（2・完）—行政警察活動と捜査に関する議論の一面—」横浜国際経済法学21巻2号（2012年）24頁参照。井上・前掲注68) 148頁、酒巻匡「おとり捜査」法学教室260号（2002年）104頁、川出・前掲注68)

## 第四章 おわりに

一 本章では、最後に、第二章および第三章で行われてきた検討を簡潔に総括し、それをもって、本稿の結びとしたい。

二 憲法 13 条は、国家は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの憲法上の義務を負うことを前提としながら、その相対立する二つの義務の間の調整を図られるべきことを要請している。すなわち、国家—立法府はもちろん、裁判所も含まれる—は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務の間の調整を図るべき憲法上の義務を負っているのである。このような趣旨は、刑事手続の領域においても妥当するが、憲法 31 条は、このことを確認ないし強調するものである。そのうえで、憲法 13 条ないし憲法 31 条に基づき、刑事手続に関して、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務の間の調整を図るべき義務を負う国家（立法府）が、そのような義務を担保する、ないし履行するために講じられた手段ないし措置が、刑訴法（の制定）であるということになる。

三 捜査とは何か、すなわち、捜査の概念に関する従来議論は、捜査が果たしている機能に着目して、捜査を定義づけてきた。その意味において、捜査の定義をめぐる従来議論が、果たして、真に、捜査の定義をめぐる議論たり得ていたのか、疑問が残るところであった。

この点、捜査を定義づけるにあたっては、むしろ、憲法との関係を意識した議論が必要である。刑訴法上の捜査概念も、憲法が具現化されたものに過ぎないからである。すなわち、国家は、公共の福祉を維持すべき義務、具体的には、犯人を特定して処罰することによって、国民一般の生命・身体・財産等の権利

---

240-241 頁、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室 296 号（2005 年）41 頁、佐々木 = 猪俣・前掲注 37）76-77 頁〔猪俣尚人〕も参照。

72) もっとも、結果的に選択された警察活動それ自体の適否は、別論である。

利益を保障すべき義務を負っているが、国家による捜査活動は、まさに、国家がこのような義務を担保ないし実現するための手段・措置として位置づけられるべきものである。このような理解を前提にすれば、捜査については、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活動であると定義しておくのが妥当である。

**四** このように、捜査とは、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全するための活動であると定義づけた場合、捜査の定義に関わるいくつかの問題については、次のような帰結が導かれることになる。

まず、被疑者が死亡した場合でも、捜査を行うことは可能である。被疑者が死亡したかということと、捜査を行うことができるかということとは、別個の問題であり、被疑者が死亡したとしても、そのことからただちに捜査の可能性が否定されるわけではない。

他方で、被疑者が14歳未満の少年である場合には、犯罪というものを想定し得ず、したがって捜査というものも想定し得ない以上、捜査を行うことはできないことになる。

親告罪について告訴が欠けている場合であっても、捜査を行うことは可能である。親告罪における告訴は訴訟条件であるが、そのような訴訟条件たる告訴の有無は、捜査の可否とは無関係であり、捜査を行って得ないとの帰結を導き出す余地は存在し得ない。また、実質的に考えても、強姦罪などの親告罪における告訴は訴訟条件であるが、その趣旨は、被害者の意に反して公開の法廷で審判を行うことに伴う被害者の名誉・プライバシーの侵害の防止、その意味での被害者の名誉・プライバシーの保護にあり、そうだとすれば、親告罪につき告訴が具備されているか否かということと、捜査を行うことができるかということとは、理論的には別個の問題であって、親告罪につき告訴が具備されていないからといって、ただちに、捜査の可能性が否定されるわけではなく、むしろ、告訴が具備されていない場合であっても、捜査の可能性は十分に想定し得る。このことは、親告罪について告訴が訴訟条件とされる趣旨を、犯罪の軽微性や

家族関係の尊重といった点に求める場合であっても、同様である。いずれにせよ、親告罪につき告訴を具備していないことを理由として、捜査の可能性が否定されることはない。

将来の犯罪を対象として捜査を行うことは可能である。問題は、そのうえで、行政警察活動と捜査の関係をどのように理解するか、という点にあるが、この点については、戦術的選択の問題である。すなわち、行政警察活動にせよ、捜査活動にせよ、結局のところ、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益の保護（将来の犯罪の防止・抑制）に向けられたものなのであり、基本的にはいずれが将来の犯罪の防止・抑制という点でより効果的かという観点から選択されることになる。

(2017年5月脱稿)