

第6講 捜査法総論

～捜査とは何か？～

<学習目的>

「捜査」という言葉は、誰しも聞いたことがあると思います。テレビをつければ、「警視庁は〇〇で発生した殺人事件の『捜査』を開始しました」とか、「△△事件の『捜査』が難航しています」といった感じで毎日のように事件報道があります。このほか、映画や刑事ドラマでも頻繁に耳にしているでしょう。

この「捜査」に関するルールが「捜査法」であり、「捜査」は刑事手続の出発点ですから重要です。

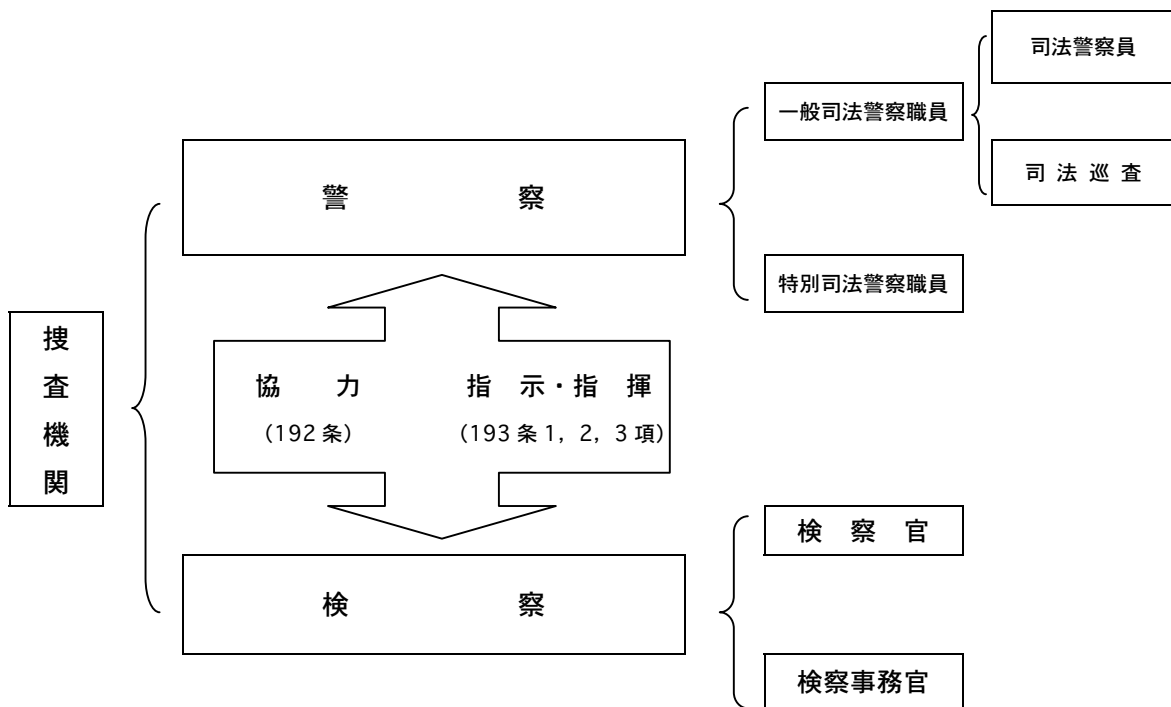
そこで、第6講では、「捜査法」について、理解を積み重ねていくために、まずは総論的な部分を学習することを目的にします。

I 捜査法

1 捜査法とは

＝捜査に関する法規制

2 捜査機関の略図



3 捜査手続の流れ

II 捜査

1 捜査機関による犯罪捜査（189条2項，191条）

＝犯罪捜査：公訴の提起・追行の準備を目的とする手続

⇒捜査機関が 捜査主体
犯罪があると思料するとき 捜査の端緒
被疑者の特定・発見（・確保），証拠の収集・保全を目的とする 捜査の目的
活動

2 捜査構造論

（1）捜査構造論＝モデル論

（a）糾問的捜査観（職権主義的捜査観）

＝捜査とは，捜査機関が被疑者を取り調べるための手続（被疑者は取調の客体）

⇒強制（処分）は，本来，捜査機関に権限がある。

（b）弾劾的捜査観（当事者主義的捜査観）

＝捜査とは，捜査機関が単独で行う準備活動に過ぎない（被疑者も捜査機関と対等の立場で独立して準備活動を行う）。

⇒強制（処分）は，将来行われる裁判のために被告人・証拠の保全のために裁判所が行う。

※被疑者（弁護人）の捜査

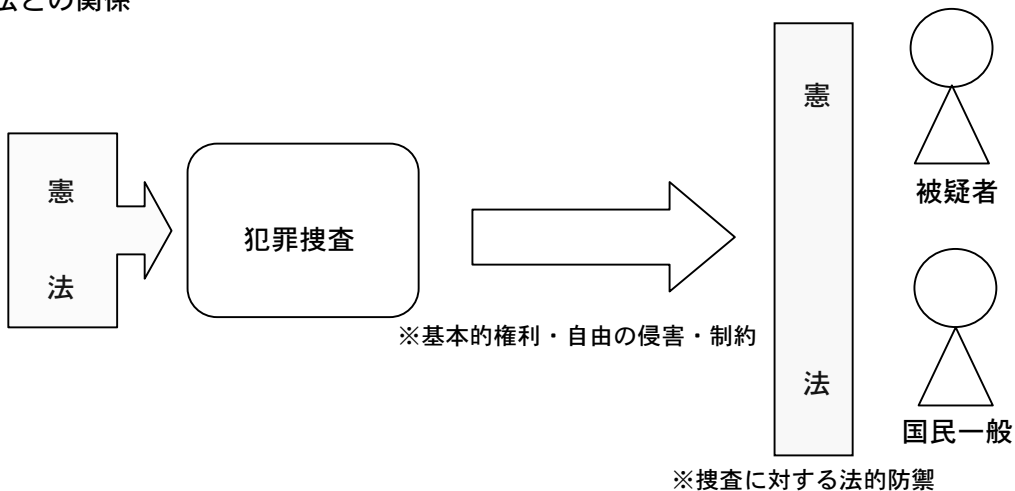
（2）捜査構造論の衝突場面

（例）身体を拘束された被疑者の取調べ

⇒取調受忍義務はあるのか（198条1項但書の反対解釈）？

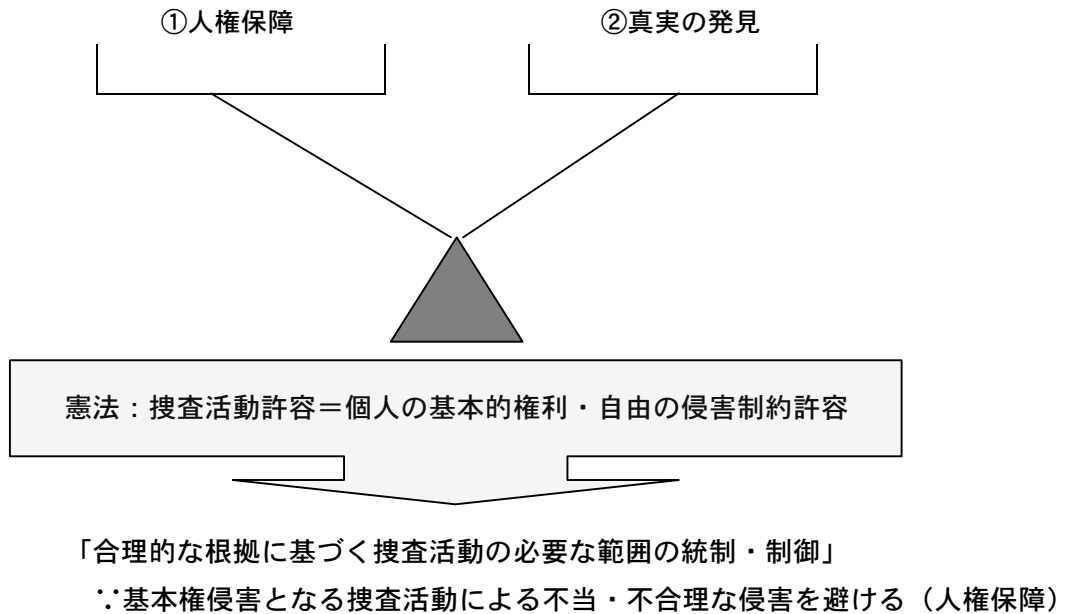
⇒接見交通権の制限はどこまで認められるのか（39条3項）？

3 憲法との関係



III 捜査の原則

「……個人の基本的権利の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし……」(1 条)



1 強制処分法定主義

刑訴法 197 条 1 項

「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。」

「但し、強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない。」

(1) 強制処分法定主義 (197 条 1 項但書)

＝強制処分は、刑訴法に法定されている場合のみ許されるとする原則

※手続法定主義 (憲 31 条)

◇民主主義・自由主義

(2) 捜査機関・裁判所 (司法) との関係

(a) 捜査機関との関係

＝法律に特別の根拠規定のないにもかかわらず、性質上「強制の処分」と評価し得る処分を
実行した場合：(例) 緊急差押え：刑訴法上違法

(b) 裁判所（司法）との関係

＝法律に特別の根拠規定がないにもかかわらず、刑訴法規や憲法の解釈として、性質上「強制の処分」と評価し得る処分の内容、要件、手続を新たに定立するかのような判断をすること：(例) 通信傍受法前の検証による電話の通話内容の傍受：憲法 31 条により禁止

2 令状主義

憲 33 条 現行犯逮捕を除き、「権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。」

憲 35 条 住居等の「侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」は、適法な逮捕の場合を除いては、司法官憲の「正当な理由に基づいて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状」によらなければならない。

(1) 令状主義とは

＝(逮捕や搜索・押収などの)強制処分を行う場合、原則として、権限ある司法官憲(裁判官)の発付する令状によらなければならないという原則(憲 33 条：法 199 条以下、憲 35 条：法 218 条以下、224 条、225 条)。

(2) 制度趣旨

＝事前の司法的抑制によって、捜査機関による公権力の濫用を防止する。

(例) 不当逮捕、不当な住居侵入・没収

(3) 令状手続

(4) 令状主義の例外

＝裁判官による審査の欠如

(a) 逮捕の場合(審査内容：①犯罪が存在する蓋然性、②被逮捕者が犯人であることの蓋然性)

⇒逮捕の際に、①、②が高度に明白である場合、審査を不要としても不合理ではない。

+ 即時に身柄を拘束して逃亡を阻止する緊急の必要性あり

「現行犯として逮捕される場合」(憲 33 条)

⇒現行犯逮捕(212 条、213 条)

※≠緊急逮捕(210 条)

(b) 搜索・押収の場合(審査内容：①犯罪が存在する蓋然性、②証拠が存在する蓋然性)

⇒搜索・押収の際に、①、②が高度に明白である場合、審査を不要としても不合理ではない。

+ 証拠を収集・保全する緊急の必要性あり(逮捕行為の安全な完遂、逃亡・自害防止など)

「第 33 条の場合」(憲 35 条 1 項)

⇒「逮捕する場合において必要があるとき」(220 条 1 項)

⇒①被疑者の無令状搜索(220 条 1 項 1 号、3 項)

②「逮捕現場」における搜索・差押え・検証(220 条 1 項 2 号、3 項)

3 任意捜査の原則

刑訴法 197 条本文・但書

「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。
但し、強制の処分は、……。」

(1) 強制捜査と任意捜査

(a) 強制捜査 (197 条 1 項但書)

= 「強制の処分」による捜査

(例) 逮捕・勾留, 搜索・差押え・検証など

(b) 任意捜査 (197 条 1 項本文)

= 「強制の処分」によらない捜査

(例) 任意の出頭・取調べ, 実況見分・聞込み, 尾行・張込みなど

※ 「任意」の意義 = 非「強制の処分」 ≠ 自白の「任意」性 (319 条 1 項)

⇒ 承諾・同意がある場合

① 有効放棄法理

※ 個人法益：放棄可能

※ 真摯な権利放棄？ 捜査行為の安易な脱法行為の誘発？

⇒ 任意の放棄を訴追側が積極的に立証した場合のみ適法

② 同意があっても不許容ケース

※ 通常, 任意の同意が想定不可能

⇒ 令状必要

※ 犯罪捜査規範

(例) 承諾留置, 承諾搜索, 女子の身体検査など

(2) 「必要な取調」

= 任意捜査

= 捜査機関のみの判断と裁量で実行可能な捜査目的達成のために必要と認められる活動

(3) 任意捜査の原則 (197 条 1 項, 犯捜規 99 条)

⇒ 捜査は, 被疑者等の自由・財産等に対し, 直接重大な脅威を及ぼす

⇒ 捜査上の処分は, 必要性に見合った相当なものでなければならない (捜査比例の原則)

⇒ 強制処分を用いる必要性がない場合, 任意の手段で捜査すべき (任意捜査の原則)

(4) 任意捜査と強制捜査の区別

※定義規定なし

※議論の実益の所在

(a) 強制処分に関する旧来の考え方

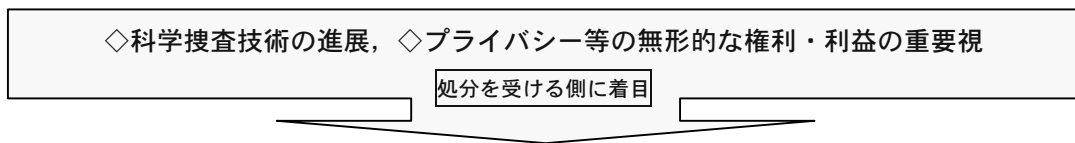
①旧来の通説的見解

＝物理的な強制力を用い（直接強制）、あるいは人に義務を負わせる（間接強制）処分

②旧来の有力説

＝強制と任意の間に「強制にわたらない実力」段階があり、説得のための有形力行使（中間的な実力的説得）が任意処分として許される場合がある。

※①・②ともに区別基準の核は有形力の行使



(b) 強制処分に関する新たな考え方

③田宮説

＝有形力によると否とを問わず、同意を得ないで個人の権利・利益を侵害する処分

④現在の通説的見解

＝（相手方の明示または黙示の意思に反して、）重要な権利・利益の制約を伴う処分

※③・④ともに区別基準の核は権利・利益の侵害

(c) 判例の立場

＝最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 号 187 頁（後掲）

①物理的な有形力の行使の有無

＝強制の処分にあたるか否かの決定的な基準ではない。

⇒ (a) の排斥

※「強制」の意義：◇対象者の意思の制圧

◇（身体、住居、財産等の重要な）権利・自由・利益の侵害・制約

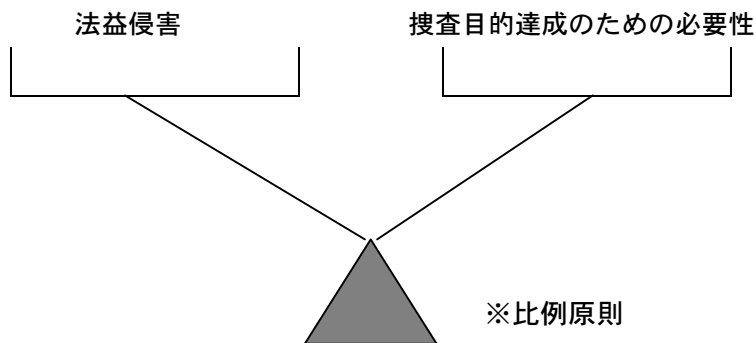
②任意捜査の限界

=任意捜査には、「相当性」の限界がある。

(5) 任意捜査の限界

(a) 任意捜査の限界イメージ

任意捜査：「強制の処分」に至らない程度・性質の法益侵害を伴う捜査
⇒捜査機関に一般的権限付与（197条1項本文）≠任意捜査は全て適法



⇒「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される（昭和51年3月16日決定）」

(b) 個別の判断要素

①法益侵害の性質・程度

=強制処分の性質をもつ手段は対象外

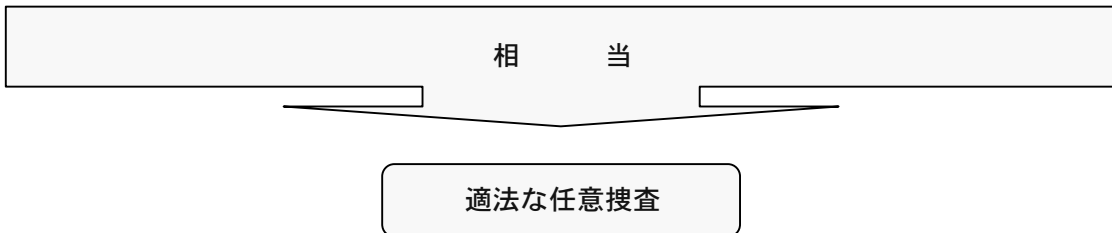
(例) 現行犯逮捕・緊急逮捕の要件がない無令状逮捕など

②対象犯罪の性質

◇重大性

◇嫌疑の程度

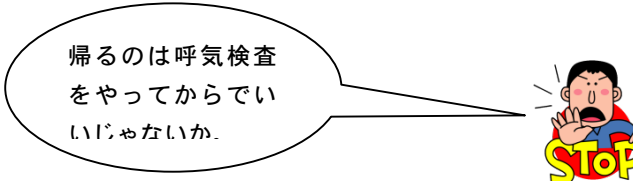
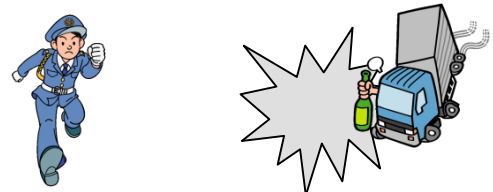
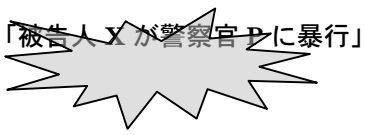



③当該捜査手法の必要性・緊急性



(c) 問題となる具体的ケース

- ①有形力の行使
- ②任意同行（別講）・任意の取調べ
- ③会話・通信の傍受・秘密録音（別講）
- ④写真撮影（別講）
- ⑤おとり捜査・コントロールド・デリバリー など
- ①有形力の行使

≪岐阜呼気検査拒否事件≫最決昭 51・3・16 刑集 30 巻 2 号 187 頁，判時 809 号 29 頁，判タ 335 号 330 頁

<p style="text-align: right;">④</p> <p>警察官 P は，X の左前に立ち，両手で X の左手首を掴んだ。</p> <p>帰るのは呼気検査をやってからでいいじゃないか。</p> 	<p style="text-align: right;">①</p> <p>X は自車を運転中にごみ箱にぶつかるなど，物損事故を起こしたため，警察官 P が駆けつけた。</p> 
<p style="text-align: right;">⑤</p> <p>これに対して，X は警察官 P に暴行を加えたため，公務執行妨害罪で逮捕・起訴された。</p> <p>「被告人 X が警察官 P に暴行」</p> 	<p style="text-align: right;">②</p> <p>警察官 P は，被告人がお酒を飲んでいると思い，X に警察署まで来てもらうことにした（任意同行）。</p> <p>飲酒運転？</p> 
<p style="text-align: right;">⑥</p> <p>警察官 P の行為は，任意捜査では許されない有形力の行使じゃないか！</p> 	<p style="text-align: right;">③</p> <p>X は，警察署での呼気検査に応じず，取調べ中に立ち去ろうとした。</p> <p>呼気検査 ⇒ 立ち去り</p> 

【事件名】 道路交通法違反，公務執行妨害被告事件

【事 案】 交通事故を起こした X に，飲酒運転の疑いがあったため，警察署に任意同行し，引き続き任意取調べを行っていた。X が途中で取調室から退出しようとしたため，警察官が X の手首を両手でつかんだ。そこで，X は警察官に暴行を加えた。

【訴訟経過】 X は公務執行妨害罪で起訴された。第 1 審は，巡査の静止行為は任意捜査の限界を超え違法だったとして X を無罪にしたが，原審は，有罪としたため X が上告した。

【決 旨】 「捜査において強制手段を用いることは，法律の根拠規定がある場合に限り許されるものであ

る。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである」。

②任意の取調べ

《高輪グリーン・マンション事件》～取調べの限界はどこにあるか？～

最決昭 59・2・29 刑集 38 卷 3 号 479 頁，判時 1112 号 31 頁，判タ 524 号 93 頁

<p style="text-align: right;">③</p> <p>X が家に帰りたくないと申し出てため、警察官 P は、宿泊施設を手配し、X の宿泊中は警察官が監視する中、4 夜に渡って X は、連日取調べを受けた。</p> <p style="text-align: center;">高輪グリーン・マンション</p> 	<p style="text-align: right;">①</p> <p>高輪グリーン・マンションの一室で女性の他殺体が発見された。</p> 
<p style="text-align: right;">④</p> <p>X は殺人罪で起訴された。</p> <p>宿泊を伴う取調べは違法だ！</p> 	<p style="text-align: right;">②</p> <p>警察官 P は、X を任意同行し取り調べたところ、犯行を認めた。</p> <p>お前が殺したんだな！</p> <p>私が殺しました。</p> 

【事件名】殺人事件

【事 案】任意同行後、X を警察官の手配した宿泊施設に 4 夜宿泊させ、連日長時間の取調べを行った。

【訴訟経過】X は殺人罪で起訴されたが、宿泊を伴う取調べは実質上違法な無令状の身柄拘束であり、その間にとられた自白は証拠能力がないとして上告した。

【決 旨】「任意捜査においては、強制手段、すなわち、『個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約

を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段』（最高裁昭和……51年3月16日……決定……）を用いることが許されないことはいうまでもないが、任意捜査の一環としての被疑者の取調べは右のような強制手段によることができないというだけでなく、さらに、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものと解すべきである」。

「被告人に対する右のような取調べは、宿泊の点など任意捜査の方法として必ずしも妥当とはいえないところがあるものの、被告人が任意に応じていたものと認められるばかりでなく、事案の性質上、速やかに被告人から詳細な事情及び弁解を聴取する必要性があつたものと認められることなどの本件における具体的状況を総合すると、結局、社会通念上やむを得なかつたものというべく、任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであつたとまでは断じ難いというべきである」。

③おとり捜査とコントロールド・デリバリー

①おとり捜査

＝「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する」捜査手法

※薬物犯罪等（密行性・組織性など）の検挙に有効

⇨本来犯罪を防止すべき国家が詐術を用いて人を犯罪行為へと誘いこむことへの懸念

※銃刀法 27 条の 3、麻薬 58 条、あへん 45 条

※強制処分 or 任意処分？

＝違法性の実質

⇒任意捜査の限界

＝二分説？

⇨比例原則

※法的帰結

《大阪大麻所持おとり捜査事件》

最決平 16・7・12 刑集 58 卷 5 号 333 頁，判時 1869 号 133 頁，判夕 1162 号 137 頁

【事件名】大麻取締法違反，出入国管理及び難民認定法違反被告事件

【決 旨】

「おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものであるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法 197 条 1 項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。」

参 考 判 例

《京都麻薬おとり捜査事件》最決昭 28・3・5 刑集 7 卷 3 号 482 頁，判夕 30 号 43 頁

「他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に、わが刑事法上その誘惑者が場合によつては麻薬取締法 53 条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別、その他人である誘惑者が一私人でなく、捜査機関であるとの一事を以てその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し又は公訴提起の手續規定に違反し若しくは公訴権を消滅せしめるものとするのでないこと多言を要しない。」

《横浜麻薬おとり捜査事件》最判昭 29・11・5 刑集 8 卷 11 号 1715 頁

「いわゆる囹捜査は、これによって犯意を誘発された者の犯罪構成要件該当性、責任性若しくは違法性を阻却するものではないことは、既に、当裁判所の判例とするところである」として、上記昭和 28 年決定を引用した上で、「本件被告人の麻薬所持の行為をもって、いわゆる囹捜査にもとづくものであるが故に犯罪行為としての反社会的危険性を欠くものとして、被告人に対し無罪を言渡した第一審判決を維持した原判決は法令の解釈を誤り、前示当裁判所の判例に違反するものと云わなければならない」と判示した。

《覚せい剤電話取引指示事件》東京高判昭 57・10・15 判時 1095 号 155 頁

「所論のように被告人がいわゆるおとり捜査により検挙されたことは否定し難いが、《証拠略》によると、被告人は A に対し以前にも 4、5 回、本件直前にはその 1 か月前に 1 回、本件の場合と同様の方法で 10 グラム単位の覚せい剤の取引（被告人から A への有償の譲り渡し）をしていたことが認められるのであり、以前から覚せい剤を密売のため所持することを反覆的、継続的に行なっていたと推認され、今回の場合も A の譲り受けの申込みは、覚せい剤所持の犯意のなかった者にその犯意を誘発させたというのではなくかねてからよい客があれば覚せい剤を売ろうとして所持の犯意を有していた者に、その現実化及び対外的行動化の機会を与えたに過ぎないというべきである。

また前認定のような捜査方法の当否については、覚せい剤の弊害が大きく、その密売ルートの検挙の必要性が高いのに、検挙は通常『物』が存在しないと困難である実情にも鑑みると、立川署の捜査員が取調べ中の A の自発的申し出に基き、A の供述の裏づけをとる一方で、A とつながる密売ルートの相手方の検挙の端緒を得ようとしたことは当該状況下においては捜査上必要な措置であったと認められ、これが公訴提起手續を無効にするほど、適正手續等の条項に違反した、違法ないしは著しく不当な捜査方法であったとは認められない。」

《平塚覚せい剤所持事件》最決平 8・10・18 公刊物未搭載：裁判官大野正男、同尾崎行信の反対意見

「……原判決は、A の行為により被告人の犯意が誘発されていないことのほか、覚せい剤事犯の重大性や捜査の困難等を根拠に、仮におとり捜査があったとしても違法ではないとしているが、原判決の説くところは、おとり捜査を正当化する要件として十分とはいえない。人を犯罪に誘い込んだおとり捜査は、正義の実現を指向する司法の廉潔性に反するものとして、特別の必要性がない限り許されないと解すべきである。そして、その必要性については、具体的な事件の捜査のために必要か否かを検討すべきものであって、原判決のようにある特定の犯罪類型について一般にその捜査が困難であることを理由としてその必要性を肯定すべきではない。もし、そのような一般的必要性によりおとり捜査の適否を決するとなれば、重大な犯罪に関しては無制限におとり捜査を認めることにもなりかねず、憲法、刑事訴訟法の理念に反することとなるからである。」

②コントロールド・デリバリー

＝捜査機関が、禁制品であることを知りながら、その場で押収せずに捜査機関の監視下にその流通を許容して追跡し、不正取引に関与する人物を特定する方法

※麻薬特 3 条・4 条・8 条、銃刀法 31 条の 17 参照

※クリーン・コントロールド・デリバリー

(6) 強制処分の限界

4 関係者の名誉保護 (196 条)

5 捜査の分類

任意 捜 査	対人的処分	被疑者の取り調べ (198 条 1 項)
		参考人の取り調べ (223 条)
		鑑定・通訳・翻訳の嘱託 (223 条)
		内偵, 聞き込み, 尾行, 張り込み, 任意同行など
	対物的処分	公道における実況見分など
強 制 捜 査	対人的処分	逮捕 (199 条, 210 条, 213 条)
		身体捜索・身体検査 (218 条, 220 条)
		勾留 (207 条 1 項, 60 条 1 項)
		鑑定留置 (224 条)
		参考人に対する身体捜索・身体検査 (218 条)
		証人尋問 (226 条, 227 条) など
	対物的処分	捜索・差押え・検証 (218 条)
		留置 (221 条)
		鑑定処分 (225 条) など