

# 捜査手続の構造論

白 井 駿

- I 捜査手続の概念
- II 訴訟構造と手続の段階性
- III 捜査手続の目的と構造

## I 捜査手続の概念

1 《捜査手続》という用語は、わが国の刑事訴訟法学上、必ずしも一般化されていない。それは刑事訴訟が刑法の具体的実現を目的とする手続として、公判手続に刑事訴訟の中核たる地位が与えられその前手続たる捜査手続に独自の目的を有する手続段階としての認識がなされなかったことに帰因するものである。しかるに、戦後において、英米法の影響により人権保障の観念が大幅に刑事訴訟に導入されると、捜査主体の広い裁量範囲を有する捜査手続における人権侵害の危険性が強く認識され、それを規制する前提として、捜査手続の構造論が新たなテーマ意識のもとに取り上げられるようになったのである。

周知のように、ドイツ刑事訴訟法学では、《捜査手続》に関する術語として、《Ermittlungsverfahren》が用いられている。そこでは、捜査手続が一個の手続段階として観念されており、《Ermittlung》という術語は個々の捜査行為を表わす場合に用いられるのが一般の用法である。本稿において、従来のわが国の用法と異り、《捜査手続》という術語を用いるのは、かように捜査手続を独自の目的を有する一個の手続段階として考察せんとする意図を示している。ドイツでは、このような観点に立つて捜査手続ないしは前手続(Vorverfahren)の論題の

もとに、R. v. Hippel, K. Peters, H. Henkel, E. Kern, E. Schmidt などの学者によって、その内容が詳細に論究されている。

わが国の刑事訴訟法学界において、捜査手続の構造論が問題とされるようになったのは、平野教授がその著《刑事訴訟法》(法律学全集)において、この点に関して糾問的捜査観と弾劾的捜査観の二つの考え方を基礎として鋭い分析をさせてからである。捜査手続の構造論に直接の解明を与えている学者としては、他に、団藤教授、鴨教授、平場教授、田宮教授および井戸田助教授などをあげることができる。

2 捜査手続の構造論については、近時、学者の関心が高まってきた。しかし、捜査手続そのものをテーマとする本格的な理論的分析を行った論文は極めて少ない。捜査手続には、なお多くの困難な問題があり、その解明の基礎となるべき構造論の究明は重要である。本稿は、かような捜査手続の構造論について理論的ないし体系的分析をなさんとする意図に出た、その序説ともいべきものである。

捜査手続の構造は、その前提として捜査手続の目的をいかに考えるかによって、論理的に把握のしかたが違ってくるものである。手続は、すべてその目的を志向するものであって、手続の構造は、その目的適合性によって決定されるからである。

捜査手続の目的に関しては、わが国において、大きく二つの見解の対立が見られる。それは、究極的には訴訟構造自体の把握のしかた、即ち訴訟観に根ざすものである。

第一の見解に属するものは、捜査手続を公判手続の前手続として観念するところにその特色がある。刑事訴訟の中核は刑法の具体的表現をなすところの公判手続におかれるべきであり、捜査手続は公判手続の準備手続としての目的を有する。即ち、この見解によれば、捜査手続とは、公訴の提起ないし遂行のための準備として、犯人および証拠を発見ないし集取する手続である<sup>(1)</sup>。

第二の見解に属するものは、手続の段階性を出発点として、捜査手続に独自の意義ないし目的を認むべきであると強調する点にその特色がある。即ち、捜査手続の目的は、起訴、不起訴を決定するために嫌疑の有無を明かにし、起訴すべき必要があるかどうかを決定することにあるとする<sup>(2)</sup>。この見解は、嫌疑の有無を明かにするという点に捜査手続の独自の目的を認めるのであり、公訴提起の準備ということを目的としないものとする点で第一の見解に対立している。

これらの見解の批判については、後述するが、論稿を進めるにあたって一応の私見を明かにしておくたい。

まず、捜査手続は人権侵害の危険性の最も高い手続段階であって、それ自体、刑事司法における正義の理念に寄与する独自の目的を持たねばならない。けだし、そのように考えなければ被疑者等に課せられる諸々の不利益は、特に公訴が提起されなかった場合において、とつてい正当化されえないからである。このことは、捜査主体の広い裁量範囲のもつ危険性を規制する前提に、捜査手続の目的の明確性が要求されることに通ずる。

次に、捜査手続の独自性を強調するあまり、それを不当に公判手続から断絶して、その公判手続に対

する準備的性格を軽視してはならない、手続の段階性の観念は、後述するように近代化された刑事訴訟にとって極めて重要ではあるが、各手続段階は決して断絶しているものではなく、刑事訴訟全体を貫く正義の理念によって指導され動的に連続しているものであることも看過してはならないのである。

思うに、捜査手続は多種多様な発現形態をとって正義に挑戦してくる犯罪現象に有効かつ適切に対抗するために、公判手続に見られるような厳格な要式性に親しまず、本質的に無形式な手続であるということに注意せねばならない<sup>(3)</sup>。したがって、捜査手続においては、目的の弾力性ないし多義性<sup>(4)</sup>という観念が目的の限定性ないし明確性という観念と同時に考えられねばならない。捜査手続における目的の弾力性ないし多義性の観念は、捜査手続が本質的に無形式な性格を有することうらはらるべきである。

一方において、公訴の提起ないし遂行のため犯人および証拠の発見ないし集取をなすという準備手続的な目的をもっと同時に、他方において、嫌疑の有無を明かにし、無実の被疑者を手続から解放する第一のふるい<sup>(5)</sup>としての目的をもつ手続段階として、捜査手続を考察することは、手続の目的の弾力性ないし多義性の観念をもってはじめて可能となるのである。わが国において対立している二つの捜査手続の目的観は、目的概念そのものの考察によって調和的に結合されうるものなのである。

以上の考察によって、捜査手続の概念を明かにすれば次の通りである。すなわち、捜査手続とは、複雑多様な社会事象から、ある犯罪嫌疑を客体として証拠資料を集め漸次犯罪事実を明瞭にし犯人を確定していく、公訴の提起ないし遂行のための準備的な手続段階である。

<sup>(1)</sup> この見解は、わが国において通説的地位を占めている。旧刑事訴訟法のもとでは、宮本、刑

刑事訴訟法大綱（3版，昭12）324頁。小野，刑事訴訟法講義（全訂3版，昭8）342頁。牧野刑事訴訟法（改訂24版，昭18）351頁。団藤，刑事訴訟法綱要（昭18）490頁などあり，現行刑事訴訟法のもとにおいても，これが引き継がれ，小野，新刑事訴訟法概論（改訂4版，昭28）205頁。団藤，新刑事訴訟法綱要（訂6版，昭33）301頁。高田，刑事訴訟法（改訂版，昭34）332頁など極めて有力である。

(2) この見解は，井戸田，捜査の構造序説（立命館法学，39，40合併号）（昭36）134頁以下に示されたものである。この論文は現在における唯一の捜査手続の構造論の解明を志向する本格的理論的な論文である。

(3) Vgl. Henkel, H; Strafverfahrensrecht, 1953, S. 336, Anm. Ⅱ.

(4) Vgl. Engisch, K; Einführung in das juristische Denken, 1950, S. 80 なお, S. 112 において, Engisch は裁量の問題は手続法の重要問題であると述べているが, 捜査手続が裁量範囲の広い手続であり, また, 裁量範囲の広いことを目的概念の弾力性ないし多義性と結合して考える私見にとって極めて示唆的であった。

(5) Vgl. Kern, E; Strafverfahrensrecht, 3. Aufl., 1953, S. 132

## II 訴訟構造と手続の段階性

1 刑事訴訟は刑法の具体化を目的とする。刑法の具体化とは，生成流動する具体的な事実関係における生きた具体的な刑法規範を発見することで行なければならない<sup>(6)</sup>。刑法が抽象的な規範を形成するものとすれば，刑事訴訟法は事件とかような抽象的な法規範を媒介として具体的な刑法秩序を形成することを目的とする。かような考え方を基礎とする，W. Sauer および J. Goldschmidt の動態的訴訟観は，わが国の刑事訴訟法学に大きな影響を与えた。

本稿の理論的基礎も，この動態的訴訟観によるものである。したがって，捜査手続の構造を考察するにあたっては，捜査手続が発展する全訴訟過程の中でいかなる地位を占めるものであるかということが理論の出発点とならねばならないのである。この問題は直接的には捜査手続と，それに後行する公判手続との関係としてとらえられる。捜査手続と公判手続との間に，全訴訟過程を通しての考察によって，一つの「ふし」が認められるとすれば，その「ふし」を境にして，それぞれ独自の意義と目的を有する手続段階として捜査手続と公判手続とが考察されねばならない。この「ふし」を認めるということが，手続の段階性の観念を認めるということである。手続の段階性の観念は，捜査手続の構造を論じるにあたって必要不可欠の過程である。手続の段階性の観念の導入によってはじめて，捜査手続を独自の目的を有する手続段階として，その構造論を考える意義が認められるからである。

歴史的考察によれば，手続の段階性の観念は，絶対主義体制下における正統な手続として全ヨーロッパにおいて行われていた糾問手続<sup>(7)</sup>が，破綻し批判されていく過程においてあらわれた観念である。したがって，糾問手続の制度と内容を知り，そのいかなる点が批判の対象とされたかを歴史的に考察することは，手続の段階性の意義および機能を知る前提となるものである。また，糾問手続の要素<sup>(8)</sup>の分析は後述の捜査手続の構造を論じるに際して，捜査手続が糾問構造か弾劾構造かを論ずる前提として重要である。かような糾問手続の研究は本稿では紙数の関係で省略し，別の機会に発表する。

2 わが国においては，旧刑事訴訟法時代には予審制度があり，これが手続の段階性を不明瞭ならしめていた。予審は元来，被告事件を公判に付すべきか否かを決するため必要な事項を取調べることを目的とする手続（旧法第295条第1項）であるが，

あわせて公判において取調べ難しと思料する事項についても取調を為すべきものとされていた（同法同条第2項），それは実質的には捜査手続の延長であって，手続構造の上からも糺問の色彩が強かった<sup>(6)</sup>し，また，予審において得られた証拠がほとんど無条件に公判段階に持ち込まれ，是認されるというところに問題があった。

これに対して，現行刑事訴訟法は予審制度を廃止し，裁判権の独立性を強化し，各訴訟主体の権限の独立ないし分立を徹底せしめ，それに応じて手続の段階性を明確にした。捜査手続と公判手続は明瞭に分離され，起訴状一本主義（法第265条第6項）が採用された。したがって，捜査手続に独立した手続段階として独自の目的と構造が考えられねばならない。なお，近時，ドイツにおいて手続の段階性の合理性を訴訟心理学の応用によって，E—Schmidt が解明した<sup>(6)</sup>ことが注意されるべきである。

以上において，捜査手続を全訴訟過程の中においてとらえ，目的を明かにし，構造を論ずる必要性およびその方法論は明かにされたものとする。

(6) Vgl. Sauer, W; Allgemeine Prozessrecht-lehr, 1951, S. 1 ff.

(7) 糺問手続の発展の歴史については， Vgl. Henkel, H; a. a. O. S. 21ff. Schmidt, E; Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 86 ff.

(8) 糺問手続の第一要素は，糺問官への権限集中であり，第二要素は，手続の無形式性であり，第三要素は，手続の秘密性，書面審理主義である。Vgl. Niese, W ; Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, 1950, S.17. Lowe—Rosenberg ; Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 21. Aufl. Bd. I, 1963, S.112. Henkel, H; a. a. O. S. 22. Hippel, R, v; Der deutsche Strafprozess

1941, S.24, 33, 39. Schmidt, E; Lehrko—mmmentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl, 1964, S. 230 f.

(9) 小野, 刑事訴訟法講義, 389頁, 団藤, 刑事訴訟法綱要, 535頁参照, なお, この点に関して, 宮本博士は, 予審の弾劾構造性を強調されている。宮本, 前掲書, 337頁註2参照。

(10) Vgl. Schmidt, E; Lehrkommensar. Teil I. S.197.

### ■ 捜査手続の目的と構造

1 捜査手続の目的をいかに考えるべきかは前に述べた通りである。私見による捜査手続の構造論はドイツにおける立法および学説におうところ大である。周知のように，ドイツの刑事訴訟制度は必ずしも捜査手続と公判手続を明瞭に段階づけているものではない。それは，まず，予審制度を採用していることによる。しかし，充分の嫌疑なくしては予審の請求は却下されるといわれる<sup>(10)</sup>。また，予審を行わないときは準備手続の結果により裁判所は公判開始決定をなすことができる<sup>(10)</sup>。したがって，ドイツにおける捜査手続の研究成果をそのままわが国に持ち込むことはできない。しかし，ドイツ刑事訴訟法第160条は明文をもって，捜査手続の意義および目的を規定している<sup>(10)</sup>。わが国では直接，捜査手続の意義および目的を規定している条文はなく，それが学説上，実務上かなりの差異をもって理解されていることから，ドイツ刑事訴訟法の規定は参考になる。のみならず，学説においては手続の段階性の観念が確立されており<sup>(10)</sup>，公判手続との対比による捜査手続の構造分析は，比較法的にわが国の捜査手続の構造論を考えるにあたって充分参考に値するものである。

わが国の従来の通説的見解は，手続の段階性の観念の認識が充分でなく，捜査手続に独自の目的を考

えるという方向における研究はほとんどなかった。この点に関する井戸田助教授の《捜査の構造序説》の方法論は正しい、しかし、手続の段階性を強調されるあまり、捜査手続に被疑者ないし弁護人も主体として参加することができ、ここにおいて捜査手続の訴訟構造化が可能となるとされる<sup>99</sup>のは、おそらく妥当な結論ではない。私見によれば、捜査手続は本質的に、このような意味での訴訟構造化には親まない性格を有するものであると考えられる。手続の段階性の不当な強調は、論者の意図に反して、捜査手続と公判手続の質的差異をなくすことになり、捜査手続の独自の目的が失われることになるのではなからうか。わが国の現行法を考慮して、手続の段階性を認めるということは、訴訟主体面では訴追機関と裁判機関が、捜査段階および裁判段階に応じて制度的に独立していることを意味し、訴訟客体面では訴追機関によって主観的に把握された嫌疑を基礎づける資料を裁判段階に確定的なものとして持ち込むことは許されず、あくまで仮設的な資料として批判にさらされねばならないという要請を認めることである。前述のように、捜査手続は手続の形式性が弱いこととやらはに、目的の弾力性と多義性の強い手続段階である。したがって、捜査手続は嫌疑の有無を明かにして無実の被疑者を手続から解放するという目的と、公訴の提起ないし遂行のため犯人および証拠を発見ないし集取するという目的のいずれか一方のみの強調は妥当ではなく、これらの両目的をあわせもつ、いいかえれば目的の多義性を特色とする手続段階として観念されるべきである。それが、捜査手続の独自の目的であって、厳格な要式性と目的の特定性が強く要求される公判手続との間に認められた手続の段階性に基くものである。

2 わが国において、捜査手続の構造論ということでは、弾劾的捜査観と糺問的捜査観とが対立している。弾劾的捜査観は、周知のように、平野教授

によって唱えられ<sup>100</sup>、田宮教授によって継承されている<sup>101</sup>。それによれば、捜査手続は捜査機関が単独で行う訴訟の準備活動にすぎず、現行法においては捜査手続の主体である検察官は純粹に一方の当事者の地位にしりぞいたから、やがて相並ぶべき相手方当事者となる被疑者を糺問的に取調べるのであり、したがって被疑者の取調は否定されるのである。

弾劾的捜査観の詳細および批判は、別の機会に述べるが、序説としての本稿のしめくりとして、弾劾的捜査観に対する簡単な問題点の指摘をし、以上に検討した目的観を前提とする捜査手続の構造論を明らかにしたい。

捜査手続は本質的に無形式な性格をもつものである。この点は、捜査手続の比較法的考察によっても裏づけられる。ドイツおよびフランスの捜査手続が糺問的であることは問題がないとして、イギリスにおける捜査手続についても、それが一概に弾劾的であるとはいえない。P. Devlin は、イギリスにおける刑事訴追には二つの段階があるとして、第一の段階は行政的作用によるものである<sup>102</sup>として、その無形式性を認めている。また P. G. Krattinger はイギリスにおいて、ドイツの検察官の捜査手続に匹敵する刑事手続は治安判事による略式手続であるとしてそこにおける糺問性を論じている<sup>103</sup>。イギリスにおいてさえ、かように捜査手続は弾劾化されていない。それは、種々の無定型な社会事象の特別な現象形態である犯罪事実に対して、公共の秩序を維持し正義を実現するために、迅速かつ柔軟性のある公権力の発動が期待されているからである。わが国の弾劾的捜査観によっては、かような捜査手続の本質的性格が充分把握されていないのではなからうか。弾劾的捜査観は、捜査手続において見られる苛酷な取調を除去するという実践的意図をもつものであるが、それが捜査手続の構造論であるか否かは問題であるとする平場教授の批判<sup>104</sup>はこの意味で正しい。

糺問手続の要素の解明は、それが捜査手続の本質的要素となっていることを示している。構造が糺問であるという認識が前提となつて、捜査主体によって一方的に把握された嫌疑を確定的なものとして、公判段階に持ち込むことが許されないという手続の段階性の要請がなされるのである<sup>(91)</sup>。また、捜査手続の主体面でも、捜査主体が自己の嫌疑を一方的に有罪の確信にまで高めていく過程では、反対当事者として公判段階で対決する被疑者、弁護人の批判は許されないという点に、糺問構造の特色が表われている。かように、捜査手続の構造論は訴訟主体面および訴訟客体面から、その特色を分析することによって明らかとなる。

わが国の現行法は、種々の弾劾的要素を取り入れたとはいえ、未だ糺問の本質を失っていない、というのが本稿の結論である<sup>(92)</sup>。

<sup>(91)</sup> Vgl. Peters, K; Strafprozess, 1952, S. 424.

<sup>(92)</sup> ドイツ刑事訴訟法第 203 条、公判開始決定の制度については、Vgl. Schmidt, E; Lehekommentar. Teil II, 1957, S. 545 ff.

<sup>(93)</sup> ドイツ刑事訴訟法 160 第条の規定は次の通りである。

第 1 項、検察官は告発によりまたはその他の方法で罪となるべき行為の嫌疑を知ったときには、公訴を提起すべきか否かの点についての決断をなすために事実関係を究明しなければならない。

第 2 項、検察官は被告人に責任を負担せしめる基礎となるべき事情のみならず、これを免責せしめる基礎となるべき事情のみならず、これを免責せしめる基礎となるべき事情をも捜査することを要し、かつ滅失のおそれのある証拠を挙げることに注意せねばならない。

第 3 項、検察官の捜査は、刑の量定、保護観

察のための刑の延期ならびに保安および矯正の処分について意義のある諸事情にもまた及ばねばならない。

第 160 条についての解説は、Schmidt, E; Lehrkommentar. Teil II, S. 446 ff. に詳細に述べられている。

<sup>(94)</sup> Schmidt, E; Lehrkommentar. Teil I, S. 78. が最も理論的であり明確である。

<sup>(95)</sup> 井戸田, 前掲論文, 141頁以下参照。

<sup>(96)</sup> 平野, 刑事訴訟法 (昭33), 83頁以下参照。

<sup>(97)</sup> 田宮, 捜査総説 (総合判例研究叢書, 刑事訴訟法16) (昭40), 5頁以下参照。ここで注意すべきことは、平野教授と田宮教授との間に若干見解の差異のあることである。田宮教授によれば、弾劾的捜査観の帰結として令状の性質が命令状となることは否定されている。

<sup>(98)</sup> See. Devlin, P; The Criminal Prosecution in England, 1960, P. 26 et seq. 第一の段階は嫌疑を確認する過程であり、第二の段階は被疑者に対して事件を証明していく過程である。Devlinによれば、この二つの段階的区別は第二段階において Judges' Rules が支配して司法的抑制が行われることが重要な手続上の差異をもたらす点に意義があるとするのである。そこでは、被疑者に《caution》が告げられねばならない。

<sup>(99)</sup> Krattinger, P, G ; Die Strafverteidigung im Vorverfahren im deutschen, französischen und englischen Strafprozess und ihr Reform, 1964. は弁護の面からみた前手続の詳細な比較法的文献である。Vgl. S. 150ff. insbes. S. 154.

<sup>(100)</sup> 平場, 実体的真実主義と当事者主義 (刑事訴訟法講座, 第 1 卷) (昭38) 33頁註 1 参照。

<sup>(101)</sup> Henkel はこの点に捜査手続と糺問手続 (一般糺問) との差異を認める。Vgl. Henkel, H;

a. a. O. S. 336. Amn. II. この点を訴訟対象論から分析されたのは鴨教授である。鴨，刑事訴訟における訴訟対象の論理的構造（法学，第19巻第2，3，4号）（昭30）425頁以下を参照。

☞ 各論的な問題は多いが，捜査手続における弁護人の記録閲覧権が認められていないことは，手続の糺問性を示す重要なメルクマールとなるのではなかろうか。（法第40条参照）。弁護人が，捜査手続において検察官手持の証拠資料を知ることができるかどうかは，公判の準備として極

めて重要である。証拠資料は訴訟の客体面を構成するものであって，それに対する弁護人の批判が認められるようになれば，捜査手続の弾効化はかなり進むことになる。この点に関して，ドイツでは1908年の刑事訴訟法改正草案で，この権利を認めている（同草案第147条）ことが注意されるべきである。 Vgl. Krattinger, P, G; a. a. O. S. 261.