

# 行政警察活動と犯罪の事前捜査（下）

加藤 康 榮

はじめに

## I 本稿の課題

- 1 行政・司法警察区分要否論と事前捜査積極説からの区分不要説の是非問題
- 2 行政・司法警察区分の経緯とその内容の整理

## II 行政・司法警察の区分の歴史

- 1 戦前の警察活動と刑事手続
- 2 黎明期の近代的警察制度と警察活動
- 3 大陸法系における警察活動の区分状況
- 4 小括

## III 行政・司法警察区分要否論の検討

行政警察活動と犯罪の事前捜査（下）（加藤）

- 1 行政・司法警察区分不要説の台頭
- 2 行政・司法警察区分不要説の概観
- 3 行政・司法警察区分不要説の問題点とその検討
- 4 憲法と行政手続に関する判例と学説の検討
- 5 行政・司法警察区分必要説の論拠
- 6 行政・司法警察区分論に関する判例
- 7 小括

（以上、（上）―前号）

#### IV 犯罪の事前捜査、特に事前強制捜査の可否

- 1 事前捜査可否論と行政・司法警察区分必要論との関連性
- 2 事前捜査の可否論
- 3 事前捜査に関する判例・裁判例
- 4 事前捜査に関連する現行法上の規定
- 5 いわゆる「共謀罪」の新設と事前捜査

#### V 管見の整序

- 1 行政・司法警察区分必要論と事前捜査可否論との基本的関係性の有無・再構成
- 2 行政・司法警察の区分論再構成の必要性
- 3 「犯罪」と「捜査」の新しい概念構成
- 4 犯罪の事前強制捜査の要件提示と立法化論

#### VI おわりに

（以上、（下）―本号）

#### IV 犯罪の事前捜査、特に事前強制捜査の可否

##### 1 事前捜査可否論と行政・司法警察区分要否論との関連性

(1) 事前捜査の可否論と行政・司法警察区分要否論とはどのように関連するのか。

行政警察活動は、犯罪の未然防止と鎮圧、すなわち、既に発生した犯罪の捜査をも包含する目的をもつてその作用内容とするものである（警察法二条一項。警職法二条一項の「職務質問」でも、不審事由の一つとして、「既に行われた犯罪について・知っている者」として、既発の犯罪もその対象に含まれている）。したがって、その未然防止を図る行為はその目的通りの活動であり、その活動結果として犯罪の証拠収集がなされても、その活動自体が犯罪の未然防止にあることに変わりはなく、捜査活動に当たるわけではないことはもちろんである。ところが、司法警察（捜査）に関しては、犯罪概念の捉え方につき、既発犯罪を対象とする作用に限るとする事前捜査消極説を採れば、将来の犯罪事象に対応するには行政警察活動としてか認められず、区分必要説に対応する。すなわち、捜査は、既発犯罪を対象とするものであって、司法警察職員として司法警察権限を行使できるのはその限りの場合だけであるとし、犯罪の予防・制止の行為（警職法五条）は、警察官の行政警察活動として行われるべきものとする。しかし、捜査として事前捜査も認める見解からすれば、行政・司法警察の厳格な区分は不要であるとの結論を導き易いというのがここでの論点である。<sup>23</sup>

このように、将来の犯罪の捜査の可否問題に関して、行政・司法警察の区分必要説からは事前捜査を消極に、区分不要説からは事前捜査を積極的に解する見解が多い。しかし、区分必要説を維持しながらも事前捜査を積極的に解する見解や、反対に区分不要説を採りながら事前捜査も消極に解する見解もある。従来 of 伝統的な考え方は、捜査概念を

「既発の犯罪」に対する捜査と捉えた上で、厳格な区分必要説に立つて、将来の犯罪に関しては犯罪の未然防止を目的とする行政警察の作用に属することを理由に事前捜査消極説を採用とするものであった。

(2) これに対して、捜査概念を見直し、将来の犯罪に対しても捜査が及ぶと解する事前捜査積極説が台頭する。

そして、区分要否論との関連では、区分不要説を説いた上での積極説と、区分必要説を維持した上での積極説とがあり、さらには区分不要説ながら消極説を採る見解とに分かれる。

そこで、区分不要説を説いた上での事前捜査積極説は、大要次のように説く。<sup>(24)</sup>

まず、一つには、従来の行政・司法警察の区分は、戦前の我が国の刑事手続法が大陸法系の区分論の法制に由来するところ、その意義もあつた不利益処分に対する救済に関する管轄裁判所の関連では行政裁判所も廃止され、また、警察も第一次捜査機関として検察官から独立したことから区分の意味も薄れたこと、二つには、大陸法系では実体法的思考が優位を占めるところ、犯罪捜査は公訴の準備であり、その公訴は国家の刑罰権を実現するためのものであつて、「犯罪が成立し、刑罰権が発生しなければ公訴権も発生せず、公訴権が生じなければ、捜査権も存在しない」との考え方が区分の基底にあつたと思われるところ、訴訟法的に見れば、犯罪の成否は裁判の結果明らかになるものであるから、その訴追行為の公訴権の発生が犯罪の成立を前提にしていると考ええることは論理矛盾であること、三つには、警察活動を行政警察でなく司法警察の方に取り込む方が濫用の危険が大きくなるとの危惧を主張する見解に疑問を呈し、フランスでは行政・司法警察が一体的・連続的になされることが多いのにそれが峻別され、裁判で緩やかな規準の行政警察作用と認定される結果をもたらしたことから、区別自体の存在意義が問い直される動きが出てきていること、などを指摘する。そして、事前の強制捜査に関しては、憲法三五条の「正当な理由」の解釈として過去の犯

罪に限る理由は不明であり、将来の犯罪の不確実性を言うのであれば、過去の犯罪に対する令状発付の段階での犯罪事実存否の判断も蓋然性にとどまるものであって絶対確実なものではなく、いずれも推認の域を出ずして本質的な差異ではないことなどを説く。

ところが、区分不要説を採りつつ、しかし事前捜査は消極とする有力説もある。<sup>(25)</sup>

従来、犯罪とは伝統的に発生後のものを指し、捜査は事後に限ると捉えていたが、それは行政・司法（捜査）警察区分論が根底にあったことから、その区分の意義、根拠、機能などをフランスの大陸型捜査から英米型捜査への視点を入れて構成し直す。そして、現行法上は行政・司法警察の区分は、少なくとも旧法時代までの基準では、もはや通用しなくなったというべきであろうとして、「捜査は検察官と公権力の実現をめざす警察官の両者による行政的活動であって司法との関係は、裁判 $\parallel$ 司法へ向けて準備の役割・効用をもつだけである」とする。その上で、事前捜査の可否については、現行法の解釈上は、やはり消極説を基本とすると解さざるをえないと思われるとする。

そこで、新しい区分構成をしてその必要説を維持した上での事前捜査積極説が主張されるようになった。<sup>(26)</sup>

すなわち、行政・司法警察の区分は、両作用の目的・機能の違いに重点を置いたものであるから、犯罪の発生前後の区別は、通常は、公共の安全と秩序の維持を直接の目的とする作用は犯罪の発生前に行われ、犯罪の訴追を目的として行われる捜査は犯罪発生後に行われるところ、犯罪発生後の蓋然性が高度な場合に、発生前に捜査を行うことを禁止する趣旨まで含むものではないとして、新しい区分の意義付けを試みる区分再構成の事前捜査積極説である。

(3) また、捜査対象の形態の違いが事前捜査の可否に影響を及ぼすか否かの論点もある。

特に事前の搜索差押令状発付・執行の必要な事例として、殺人罪を例にとれば、犯行経過として次のような経過を

辿る。まず殺害の計画なり共謀なりを行い、続いて毒薬とか凶器等殺害の準備をして、これを携帯して被害者方へ赴き、いよいよ実行に着手して、その殺害の目的を遂げ、こうして殺人罪が完遂される。

ここで、将来の犯罪の捜査という問題としては、少なくとも実行の着手までにその情報を入手して、その犯行完遂に対する捜査として被疑者の身体、所持品あるいは住居等に対する搜索差押令状を事前に得てその執行を実施するという過程を辿る。この場合、事前捜査の犯罪形態として、第一類型は、特定の犯罪の始めの段階の形態、すなわち、予備罪・陰謀罪（刑法には予備罪として八種類、陰謀罪として三種類の規定を置く。）、共謀罪（明治一七年一二月太政官布告三三二号公布の爆発物取締罰則四条の爆発物使用に関する共謀罪、平成二五年一二月法百八号公布の特定秘密の保護に関する法律二四条の情報の漏えい・取得に関する共謀罪）、科刑上一罪・包括一罪や、平成三年法改正で処罰規定に追加された国外犯としての覚せい剤等の禁制品の密輸の事例で、その罪の成立段階（搭乗等の段階）で、この過去の犯罪事実を以て令状発付を得て進んで完遂に至る当該犯罪に対する事前捜査を行う場合等がある。なお、この類型の変形として、覚せい剤等の禁制品所持罪で検挙した被疑者の当該犯罪の譲り受けに係る裏付け捜査を行うための通信傍受令状の執行例は、その過去の犯罪の捜査の際に得られた当該令状執行時における電話内容自体の将来の犯罪捜査を許容する事例となる。また、第二類型としては、重大犯罪、覚せい剤・けん銃等規制品の密売や賭博場開帳等の犯行の計画・共謀段階にあって、当該犯罪には未だ着手していないのに、その段階でも高度の蓋然性に基づき搜索差押・検証令状の発付を得、更にはその執行まで至る必要性が高いような場合である。<sup>27)</sup>

この二つの犯罪形態の基本的な違いは、犯行過程の被疑事実をどこまで具体的に明示できるのか、という犯罪生起の「確実性の程度」の違いにある。しかし、この両犯罪形態の区分はあくまでも実体法的なものである。訴訟法的、

すなわち、実際の捜査においては、両形態とも共通の論点を提供する。ここでは第二類型の犯罪形態が主として問題となるが、実は第一類型の犯罪形態でも、実体法的には当該犯罪の完成に向けた初期段階でその犯人に予備罪等が成立しているのに、しかし、現実にはその犯人が予備罪等では未だ検挙されていない場合であるからこそ、既遂に向けた将来の犯罪捜査の問題となる（いわゆる監視・泳がせ捜査の場合も、検挙の時期的違いで同じ問題と言えよう）。この場合、当該犯罪の共謀者・関与者・犯行現認者らの情報提供によつて犯罪実態が明らかになったことから、捜査の必要（「犯罪があると思料するとき」となる。）が出てくるものなのである。第二類型でも、例えば密売の前日（将来の犯罪）には実体法的には既に覚せい剤の所持罪などが成立している過去の犯罪を含むものである。要は、訴訟法的、すなわち、捜査の実際としては、両犯罪形態とも共通の問題点を提供しているものなのである。

## 2 事前捜査の可否論

(1) そこで、事前捜査、特に事前強制捜査消極説の理由を概観する。<sup>(28)</sup>

まずは、(i) 現行法の解釈である。

すなわち、憲法三五条の「正当な理由に基づいて発せられ」る令状とは、過去の犯罪との関係で規定された要件と解されること、刑事法一八九条二項は「犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする。」と規定するが、そこでの「犯罪」とは、過去の犯罪に対するもの解すべきであること（捜査とは未然防止の活動を目的とするものではないことを指すものである。これは、刑事法三三九条の告発も犯罪が現に存在していることを前提にするものと解するのが相当であることと整合する。）、また、刑事訴訟規則でも搜索差押や検証の令状請求の記載要件として、一五五条一項四号は「罪名及び犯罪事実の要旨」と、そして、これを承けた一五六条一項は、「被疑者又は被告人が罪を犯したと

思料されるべき資料を提供しなければならぬ。」と規定して、いずれも既に発生した犯罪を予定し、将来の未だ発生していない犯罪のための事前捜査としての令状発付は予定していないとする。

また、(ii) 犯罪の発生が確実と予測される場合でも、不確定要素は避けられないのであるから、これに対して強制処分令状の事前発付を認めることは、行政警察の目的（法領域）に属し、これを司法警察の手続で行うのは相当でないとする。

これに関連して、(iii) 将来の発生するかも知れないという事実に対しては、「犯罪事実」を具体化・特定化できず不確定的とならざるを得ないから、一般的探索の禁止、すなわち令状主義に反することになることを指摘する。

さらに、(iv) 従来、積極説からは、重大犯罪であるため事前強制捜査（搜索差押・検証令状の発付）の必要性が高い事例として、薬物・けん銃等の密輸事犯が指摘されていたが、それも平成三年の法改正で外国からの輸出、我が国への輸入未遂、予備等も「刑法第二条（国外犯）の例に従う」こととされたため（麻薬及び向精神薬取締法六九条の六、覚せい剤取締法四一条の二、大麻取締法二四条の八、あへん法五四条の四、銃砲刀剣類所持等取締法三一条の一四）、これらの犯罪はその犯行の各段階で既に実行した犯罪の被疑事実として令状発付が可能になり、他にこの種犯罪の例外を認めるに足る事例もないと指摘する。

そして、(v) 将来発生が確実に予測されるとして、事前強制捜査としての令状が発付される場合を認めるとしても、その令状執行を犯罪を実行する前に実施するのであれば、犯罪の予防・鎮圧の目的を実現するための行政警察活動を、強制捜査としての令状で達成することに等しくなり、それは司法審査の本来の作用をないがしろにするものであり、このような場合は、警職法等による行政警察活動において行い、司法警察の手段で行うべきではないとする。

(2) しかし、事前捜査積極説からは次のような反論がなされる。<sup>29)</sup>

まず、(a) 消極説 (i) の現行法の解釈についてである。

確かに、刑訴法一九九条は逮捕状による逮捕要件について、「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」こと等を規定しており、現に発生した過去の犯罪を対象とすると解すべきである。しかし、同法一八九条二項は「犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする。」と規定していて、これは、発生後の「犯罪」に限定する趣旨まで含むものとは解されない。したがって、犯罪発生の高蓋然性が高い事案の事前捜査を禁止する趣旨までではないと解し得る。また、刑訴規則一五五条一項四号や一五六条一項が通常は過去の犯罪を指していることとは言えるが、刑訴法一九九条の逮捕要件の文言と比べれば、「罪を犯したと疑うに足りる相当な理由」の存在(犯罪の既存性)が要件となっておらず、将来発生する蓋然性の高い犯罪に対する例外的な事前捜査差押・検証令状の発付・執行を禁ずる趣旨までも含むものとは言えないと解される。そもそも犯罪の存否が裁判によって決定されるものである以上、その立証のための手続は犯罪の発生後に限定されるものではなく、「犯罪の種類・性質によっては、その実行前に捜査そのものの性質を有する処分をすべき事態があり得る」ものであり、捜査の必要に応じて発生前に行われても訴訟法上の整合性を害するものではないと解され、例外的解釈を許さないものとは思われたいとする。そして、事は政策的に事前強制捜査の許否について相当の理由があるかどうかの問題であるとも言う。

また、(b) 消極説 (ii) の将来発生の不確実性についてである。

将来発生 of 犯罪と過去の犯罪の時期による「蓋然性」の違いは、強制捜査を禁ずるほどの質的な違いではない。それは程度問題に帰し、結局、決定的な消極理由とは言えない。そうであれば、要は犯罪の態様、証拠隠滅のおそれの

有無などに照らし、捜索差押えの高度の必要性がある限り、令状発付の要件は実質的、客観的にクリアしたものと判断することに差し支えないものとする。

これに関連して、(c)消極説 (iii) の将来の犯罪の被疑事実は具体化できず一般的探索の禁止、すなわち令状主義に反するとの点についてである。

捜索差押・検証令状を例にとれば、過去の犯罪についても、捜査初期であつてみれば、被疑者自体が不詳であるとか、被疑事実の犯罪の日時・場所・手段方法等が概括的に止まる例は往々にしてあることである。他方、将来の犯罪であつても、その対象事件と疎明資料を厳格に絞ることで被疑事実もかなり具体化できる場合はあるものであつて、被疑事実が過去の事実か将来の事実かでの両者の蓋然性の比較は、結局、程度 (量的) 問題に帰するとする。

さらに、(d)消極説 (iv) の薬物・けん銃等密輸事犯の事前捜査の必要性についてである。

それらの犯罪の密輸事件は、国外犯規定に含ませる平成三年の法改正があつて、事前捜査論の必要性が減退したとしても、事案によっては、犯罪の事前捜査をする必要性が高い場合がなお存在することである。例えば、覚せい剤等の密売事件では、情報提供を受けてその取引現場で覚せい剤を押収すべく、その捜索差押令状の発付を得るため、捜査報告書の作成や情報提供者に対する取調べと供述調書の作成等の所要の任意捜査を開始することに具体的な特段の弊害があるわけではない。このような、将来の犯罪捜査一般が許されないとする理由はない上、進んで前記令状の発付を受けてこれを執行する強制捜査の必要性もなお高いものがある。また、通信傍受に関して、従来 of 検証令状で実施していた事例では、過去の被疑事実に関する裏付け捜査として、その過去の被疑事実で使われた取引電話の傍受により、結果として現在の同種事案の新しい電話内容も傍受されたとの位置付けをする。もつとも、この事例ではむしろ

る当該過去の被疑事実の関連証拠収集としての傍受と、将来の犯罪捜査としての新たな被疑事実の証拠収集としての電話傍受との二面性があることを正面から認め、しかしそうであっても、これが令状主義に反するものではないと解する方が妥当と言えよう。

そして、(e)消極説(v)の行政警察活動によって、捜査目的を達成するという、潜脱行為がなされる恐れがあるとの指摘である。

戦前に治安維持法の下で本来司法警察の手続を踏むべきところを、規制の緩やかな行政警察活動として、行政執行法や違警罪即決例に名を借りてこれを濫用した苦い歴史の教訓を生かす意義も区分必要説は説く。この点は、行政警察活動として法的に認められる手段を捜査に利用することが許されないことはもちろんであるが、捜査は刑法の規制を受け任意捜査を原則とし、強制捜査の場合は令状主義による厳格な司法審査を経なければならず、消極説の指摘は現実にも想定し難く杞憂に終わるものと評される。

### 3 事前捜査に関する判例・裁判例

ここで、事前捜査に関する従来の判例・裁判例のいくつかを検討する。

#### ①おとり捜査の最決平一六・七・一二(刑集五八卷五号三三三頁)<sup>30</sup>

おとり捜査は、いわゆる犯意誘発型(犯意のない者に特定の犯罪を實行するよう働き掛ける類型)か機会提供型(既に犯意を有しその犯行の機会を窺っている者に実行の機会を働き掛ける類型)かの形態により、将来の犯罪発生を創出ないし誘引させる特別な捜査方法である。同決定の事案は、機会提供型になるが、麻薬取締官が情報提供者の協力を得て、おとり役(大阪在住の譲受人)となり、あらかじめ証拠資料も準備してその取引場所(大阪市内のホテル)での対象者(東

京在住の譲渡人）に対する大麻樹脂の搜索差押令状の発付を裁判所から受けた（ただし、令状請求書の被疑事実の記載は、禁制品の密輸事件であれば、被疑者の搭乗の飛行機・船舶の特定とその日時場所や、到着の日時場所を記載するなど相当具体的に特定が可能であるところ、本事実もそれに類似するとも言えるが具体的な令状請求書の被疑事実の記載内容は明らかでない）。そして、大麻樹脂密売の取引現場において、前記令状を執行して譲渡人を大麻樹脂所持の現行犯人として逮捕した捜査手続を適法であると認め、その押収の証拠物の証拠能力も肯定している。おとり捜査自体の任意捜査としての適法性の判断が中心であり、犯罪の発生自体を捜査機関が任意捜査として積極的に誘引することができるとする判例ではあるが、将来の犯罪の強制捜査をも積極的に認めていることは注目すべきところである。これが認められる以上、通常の犯罪の事前捜査、特にその強制捜査を否定する理由はないものと言える。

② 防犯カメラによる監視事件の東京高判昭六三・四・一（東京高等裁判所刑事判決時報三九卷一―四号八頁）<sup>31</sup>

事案は、警視庁浅草警察署が山谷地区交番前の電柱に付近山谷通りの交通の秩序維持・保護を目的として雑踏警備用のテレビカメラを設置していたところ、折から山谷争議団と暴力団との対立抗争が続いていたことで、将来発生する犯罪の予防、鎮圧及び捜査・証拠保全を目的としてその山谷通りの状況を俯瞰的に撮影・録画を実施中、山谷争議団が無許可デモ行進を行った際に警察車両に対する器物損壊事件が発生した。検察官は犯行状況が録画されていたビデオテープを証拠申請したが、その証拠能力を巡って京都府学連デモ事件の最大判昭四四・一一・二四（刑集二三卷一二号一六二五頁）との関係で問題となった。それは、デモ行進中の犯罪発生に備えて捜査官があらかじめ証拠採取のための準備をする事前捜査を含む形態の事案にあって、任意捜査としての写真撮影を認める要件として、事案に沿って、現行犯性を要件の一つに挙げた上、証拠保全の必要性・緊急性と撮影方法の相当性を挙げた（なお、最高裁はこれ

を類型的には強制捜査ではなく、任意捜査として認めたと解さざるを得ない。ただし、屋内の人物や宅配物の中味に対して赤外線等特殊写真撮影をする例ならば、類型的に強制捜査として検証令状によるべきと考えられる。そこで、本件山谷地区交番に設置したテレビカメラの監視に関しては、第一審は対象の現行犯性を維持しつつも、あらかじめ犯罪の発生が予測される場合は現に犯行に至った時点でこれを確実に撮影するための準備としてその事前撮影が許されるとの判断枠組みであった。これに対し、控訴審の東京高裁は、現行犯性を限定的要件とは解せず（同旨の裁判例として、東京地判平一七・六・二判例時報一九三〇号一七四頁参照。また、その後、最高裁は最決平二〇・四・一五刑集六二卷五号一三九八頁において、従来の最高裁昭和四四年判決―京都府学連デモ事件や、最高裁昭和六一年決定―自動速度監視装置による速度違反者の現行犯事件を挙げて、「警察官が私人による容ぼう等の撮影が現に犯罪が行われ又は行われた後間もないと認められる場合のほかは許されないという趣旨まで判示したものではない」と判示している。）、それを、「当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合」の要件性も認め、最高裁の判示する他の要件と相俟って、この事案では「現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動的に撮影、録画することも許される」として、事前捜査によって収集したテレビカメラの録画テープの証拠能力を認めた。防犯カメラの設置目的は、通常は犯罪の予防・鎮圧という防犯目的である行政警察活動であり、設置によって得られる利益が通行人の侵害されるプライバシーの利益より少ないような、およそ不必要な濫設置・撮影でない限り、合法であるということを確認したものとと言える。

この点、西成テレビカメラ撤去請求事件の大阪地判平六・四・二七（判例タイムズ八六一号一六〇頁）も参考になる。この事案は、大阪西成の「あいりん地区」で過去に暴動事件が発生していたことから、大阪府警察本部が当該地区街頭にテレビカメラ一五台を設置していたところ、人権団体等が大阪府―大阪府警を相手取ってその撤去と損害賠償を

求めた民事訴訟事件であり、行政警察活動としての情報収集活動の適否が争点であった。設置目的の正当性、必要性、妥当性、対象地区の状況等から、うち一四台の設置は許容されるが、一台については撤去が相当と判示した。

また、例えば、当該場所がかねて暴力団抗争事件や覚せい剤密売等の犯罪多発場所としてマークしている場合に、事前捜査の目的（犯罪発生に際しての証拠保全を目的としての撮影・録画）からその設置の必要性が高いのに対し、それによつてもたらされる他のプライバシー侵害の程度は低い事例では、事前捜査を適法と認めるオービスによる自動速度監視事件の最判昭六一・二・一四（刑集四〇巻二号四八頁）に照らしても合法とするのに問題はないと言える。

なお、自動車を利用して逃走、あるいは盗難車両を運転する被疑者・重要参考人等を特定・捕捉し、犯人検挙や被害回復に資することを目的として設置する、いわゆるNシステム（自動車ナンバー自動読み取りシステム）の適法性については、これを争つての国家賠償請求事件において、東京地判平一三・二・六（判例時報一七四八号二四四頁）は、走行車両のナンバーデータを記録保存する同システムが当該車両のナンバープレートの文字データを抽出するのみであつて、運転者等の容ぼう・姿態が撮影された画像が保存・記録されることはないものであり、原告（運転者）の権利や私生活上の自由を違法に侵害するものとは認められないと判示している（同旨、東京高判平一七・一・一九判例タイムズ一一八三号三四五頁）。このシステムは、事前の情報・証拠収集を目的とする事前捜査（犯行前後の足取り確認捜査）に利用することの合法性に関し、一つの重要な論点を提示しているものと言える。

### ③ 旭川覚せい剤密売電話検証事件の最決平一一・一二・一六（刑集五三巻九号一三二七）<sup>(32)</sup>

事案は、警察が覚せい剤取締法違反の被疑者を検挙し、その突き上げ捜査の過程でこれが暴力団による電話を利用した巧妙な組織的・継続的覚せい剤密売事犯（営利目的の犯罪）であるとの嫌疑が濃厚となったため、先に検挙した覚

せい剤の譲受人に対する被疑事実の裏付け捜査（密売方法・組織的犯罪の実態解明や譲渡人の特定）のために検証令状により電話傍受を行った結果、傍受の電話で新たに暴力団組員の被告人が客の注文者に覚えい剤密売になる通話をしていけるのを傍受し、この証拠に基づきその被告人と共犯者を検挙するに至ったというものである。一審・二審ともこの電話検証が合憲・適法なものとして有罪判決を言い渡した。被告人は本件が検証に馴染まない刑訴法一九七条一項但書の強制処分法定主義に反し、憲法三一条（法定手続）、三五条（令状主義）、ひいては一三条（個人の尊重）、二一条二項（通信の秘密）に違反するとして上告した。

これに対し、最高裁は「通信傍受法制定以前（平成二年法一三八号による刑訴法三二二条の二の追加前）において、捜査機関が電話の通話内容を通話当事者の同意を得ずに傍受することは、重大な犯罪に係る被疑事件について、罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、他の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存し、犯罪の捜査上やむを得ないと認められる場合に、対象の特定に資する適切な記載がある検証許可状によって実施することが許されていた。」として上告を棄却した（反対意見あり）。

本件は、弁護人が上告趣意において主張した憲法違反の理由のほか、本件電話傍受が将来の犯罪の捜査を目的とする別件盗聴であったとの主張も実質的な論点であった。最高裁の決定では、弁護人のこの点の主張に対しては、単なる法令違反であるとして、特に判断していないが、原判決は、本件は過去の事件の被疑事実を令状の対象としているところ、その過去の事件の受付や譲渡の担当者、共犯組員らを特定するなど組織的犯罪の実態を解明する必要がある、本件起訴に係る被告人に対する犯罪が、右電話傍受の際に犯されたものであっても、過去の被疑事実の令状対象事件

との関連性・必要性が存在していた以上、右電話傍受が許されることは明らかである旨判示している。

#### 4 事前捜査に関連する現行法上の規定

(1) その一つは、おとり捜査の直接的根拠規定ではないが、あらかじめ許可を受けて麻薬の譲渡を受けた麻薬取締官などの免責規定等の法律である。

麻薬及び向精神薬取締法五八条は「麻薬取締官及び麻薬取締員は、麻薬に関する犯罪の捜査にあたり、厚生労働大臣の許可を受けて、この法律の規定にかかわらず、何人からも麻薬を譲り受けることができる。」との規定を置き、同様の規定をあへん法四五条にも置く。また、銃砲刀剣類所持等取締法二七条の三は「警察官又は海上保安官は、けん銃等、けん銃部品又はけん銃実包に関する犯罪の捜査に当たり、その所属官署の所在地を管轄する都道府県公安委員会からの許可を受けて、この法律及び火薬類取締法の規定にかかわらず、何人からも、けん銃等若しくはけん銃部品を譲り受け、若しくは借り受け、又はけん銃実包を譲り受けることができる。」と規定している。新たに将来の犯罪を創出・誘引する特殊積極的な事前捜査に関する規定であり、それが任意のおとり捜査から現に犯罪の実行が確実に予測される場合の強制捜査（搜索差押え）へと発展する形態をも許容する事例と言える（前掲最決平一六・七・一二刑集五八卷五号三三三頁）。

(2) 二つには、おとり捜査に類似した捜査手法として、薬物等事案のコントロールド・デリバリーがある。

それは規制薬物・けん銃等の不正取引捜査のため、持ち込みの現場では検挙せずに、その運搬を監視付きで追跡するなどして、その関与者に到達させてから検挙する、いわゆる「監視付き・泳がせ捜査」の一つである（最決平九・一〇・三〇刑集五一卷九号八一六頁は、この捜査手法につき、捜査機関から事情を知らされて捜査に協力しその監視付きで宅

配便業者が配送しても、禁制品輸入罪の既遂罪の成立を認める。平成三年に麻薬特例法（国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例に関する法律）の三条（麻薬所持の疑いのある外国人の上陸許可）、四条（規制薬物が隠匿された貨物の通関許可）、八条（規制薬物としての物品の輸入等）、十一条（いわゆる「として得た財産の没収」）である。なお、禁制品の現物のまま搬送させるライブ・コントロール・デリバリー（麻薬特例法三条、四条）と、禁制品を抜き取って代替物と差し替えた上で搬送させるクリーン・コントロール・デリバリー（規制薬物やけん銃等として輸入・譲り受け・所持した、いわゆる「として罪」であり、麻薬特例法八条、十一条及び平成七年法改正追加のけん銃等についての銃砲刀剣類所持等取締法三一条の一七）がある。

この手法は、輸入された荷物の中味が税関等の検査によって禁制品であることが判明した場合に、捜査機関が配達先でこれを捜索差押えるためにあらかじめその令状の発付を得、これを執行することを許容したこととなる。

(3) 三つには、通信傍受法である（平成十一年法二三七号―改正平成一九年の「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」）。なお、併せてこの立法に伴い、通信傍受はこの法律に従ってのみ実施することを刑法法三二二条の二で追加規定を置いた<sup>(33)</sup>。

通信傍受法では、同法別表に限定列举された薬物に関する犯罪、銃器に関する犯罪、集団密航に関する犯罪及び組織的な犯罪の四罪種を対象とする。捜査手法として必要不可欠な組織的な犯罪に限定したものである。傍受令状発付の要件も、嫌疑が十分であること、犯罪関連の通信が行われる蓋然性が認められること、傍受すべき通信が行われる蓋然性のある手段が特定されていること、他の方法によつては事案を説明することが著しく困難であること（捜査の補充性）の四つの厳格な要件と令状請求権者及び令状の発付権者の限定の規定となつている（三条一項、四条一項）。この法律で特徴的なのは、傍受中に当該被疑事実の犯罪以外の他の犯罪の実行を内容とするものと明らかに認められる

通信があった場合、この傍受を認めることである(一四條)。すなわち、この限りにおいては、将来の犯罪に対する通信傍受令状、事前強制捜査(令状発付)も許容しているという重要な法律になる。もつとも、この立法に対しては、憲法違反(二一條二項の通信の秘密の保障、三五條の令状主義等)であるとの根強い反対論がある。<sup>(34)</sup>

しかし、通信傍受の立法に関しては、組織的犯罪の重罪事件に対する捜査手段として、先進諸国では既に実施しており、我が国でも実務では暴力団の覚せい剤密売事件に対しては検証令状による通信傍受が実施されていて、前述の通り、同法制定前の電話検証について最高裁もこれが合憲・適法であることを認めている(最決平決一一・一二・一六刑集五三卷九号一三二七頁)。

## 5 いわゆる「共謀罪」の新設と事前捜査

将来の犯罪の事前捜査に関連して、特定の犯罪の着手が既にあれば、その完遂(既遂)を目指して進むとき、その完遂前に捜査を行うことも広義の事前捜査として検討されるべきである。そこで、組織的犯罪処罰法(平成一二年法百三六号、改正平成一九年法二二号―組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律)の改正案として、同法第六條の二に追加する、組織的な犯罪の共謀罪(自首減免規定付き)、すなわち、独立した共謀罪の新設を行うことが問題となっている。<sup>(35)</sup>

政府は二〇〇〇年一月、国連が国際テロ等対策の一環として国際組織犯罪防止条約を採択したことに伴い、同年一二月、同条約に署名し、殺人罪や強盗罪等重大犯罪については、実行行為がなくてもその共謀をただで独立して処罰(共謀罪)できるように組織的犯罪処罰法の改正案を数回にわたり国会に提出していたが、日弁連や野党が同法案は「市民運動や組合活動などにも拡大解釈されかねない」として強行に反対し、国会では廃案と継続審議が繰り返

えされ未だ成立には至っていない（平成二七年六月現在）。法務省は、同法案について、組織的な犯罪の共謀罪を処罰対象とするものであつて、厳格な要件が付されていることを強調する。すなわち、例えば、暴力団による組織的な殺傷事犯、悪徳商法のような組織的詐欺事犯、暴力団の縄張り獲得のための暴力事犯の共謀等、組織的な犯罪集団が関与する重大な犯罪の共謀行為に限り処罰すること、また、同罪の新設に際して、新たな捜査手段を導入することはないので、他の犯罪と同様に、法令により許容される範囲内で捜査を尽くして適正な処罰を実現することで、国民の生命、身体、財産を組織犯罪から保護すること、国民の一般的な社会生活上の行為が本罪に当たるとはあり得ないと、したがって、戦前の治安維持法とはその趣旨や目的、処罰の対象範囲が異なり、表現・言論の自由が制約されたり、国民同士が警戒し合い、あるいは「警察国家」や「監視社会」を招くこともないことなどを説明する。

この新設が問題となっている共謀罪に関しては、既存の陰謀罪と並んで既に規定されている他の犯罪に関する共謀罪（前述したとおり、爆発物取締罰則四条の共謀罪、特定秘密の保護に関する法律二四条の共謀罪が既に規定されている。）と同様、その事前捜査の可否論の対象となる。すなわち、その犯人らが当該共謀をした段階で実体的には共謀罪が成立しているが、犯人らが更に進んで実行行為を完遂させる場合、その前段階の時点では犯行完遂に向かう残された重大な「将来の犯罪」ということとなる。この将来の犯罪である当該「既遂罪」を対象に、事前捜査を行うことは、これら既に成立した過去の共謀罪の被疑事実について、その裏付け、犯罪の全容解明等の捜査を行うのであるから、通信傍受の新たな会話傍受と同様この事前捜査を肯定するに理論的な問題はないと言えるであろう。

## V 管見の整序

### 1 行政・司法警察区分要否論と事前捜査可否論との基本的関係性の有無・再構成

本稿では、随時管見も挟んで検討してきたが、ここで管見の整序として、その展望を述べることにする。

司法警察の目的は戦前からの解釈として、「既に発生した過去の犯罪」を捜査することにあるとしてきた。そして、「将来の犯罪」の事前捜査はこの作用目的の領域に属せず、それは犯罪の予防及び既発の犯罪の鎮圧を目的的に包含する行政警察の対象であるとされてきた。したがって、この解釈によれば、区分必要説からは事前捜査消極説となるが、いわば作用の相互乗り入れを期する区分不要説からは事前捜査積極説となり、これが両論のいわば基本的関係性を示すものとなっていた。

ところが、この旧来の思考法は実は形式論であって、警察公権力の行使等の実態と戦後の犯罪の組織化・潜行巧妙化に対応する捜査にかんがみれば、捜査概念の再構成の必要性を十分に考察しないものである。しかし、このような旧来の思考法は、首鼠<sup>しゅそ</sup>両端を持して事を決しかねる態度と言うべきか、あるいは「新しい酒を古い革袋に入れる」との柔軟性に欠ける思考法と言うべきであろう。今や、ポジティブに「新しい酒を新しい革袋に入れる」との発想の転換を遂げるならば、両論には論理必然的な関係性はないこととなる。つまり、行政・司法警察の区分論は衣替えを遂げながら依然として維持すべき有用な区分であると考える一方、両者の基本的な区分にあって、捜査概念は新しい思考に立って、事前捜査は積極説を採り、しかし、従来からの沿革と解釈の実態の重み、近時のサイバー情報収集とこれを巡る犯罪という旧来の捜査手法を遙かに凌駕する犯罪形態の組織化・IT化・悪質潜行化というエスカレートす

る犯罪実態と、それに伴う国民のプライバシー侵害の危険性の増大に配慮するならば、事前捜査法はこのまま解釈で疑義を残すよりは、確実な立法的解決をすることによってその根拠を明確化するとともに、その要件・限界も設けて適正な規制を行うのが相当と考えるものである。

## 2 行政・司法警察の区分論再構成の必要性

(1) 大陸法系の刑事手続体系を採ってきた戦前までの我が国の行政・司法警察区分の実態は、実は戦後の新しい法体系においても、その実質においては基本的に変わりが無い。

先に区分実態と歴史的意義を見てきたが、戦後も本質的には実態に変わりが無いことを見極めるべきである。そして、その上で法体系の外観的変遷にも対応させた区分理論の再構成を遂げる必要があるものと考ええる。すなわち、一つには、戦前は警察官は検事の補助者との位置付けであったが、戦後は第一次捜査機関として独自の捜査権限を有するに至ったことと、新たに制定された警察法二条の「警察の責務」として、捜査権限を明示したことを捉え、区分論(二元論)の実益が薄れたとか、行政手続の一元論とかが主張され始めたことである。しかし、戦前も検事の厳格な意味での補助者は司法警察吏(巡査・憲兵卒)のみであった(旧刑法二四九条は、巡査と憲兵卒を掲記して、これが「検事又ハ司法警察官ノ命令ヲ受ケ司法警察吏トシテ捜査ノ補助ヲ為スヘシ」と規定している。なお、勅令により特別司法警察吏を置く規定は二五〇条・二五一条)。そして、警視総監等は司法警察官(現行法の司法警察員)として、検事と同一の権限を有すると規定していた(旧刑法二四七条)。このように、戦前の旧刑法では、検事は司法警察吏に対して職務上は指揮命令権が認められ、上官と位置付けられてはいたものの、身分上の監督権の定めはなく、司法警察吏が、検事の指揮に従わなかった事例もあったといわれる。この点、現行刑法では一九三条(検察官の司法警察職員に対する指示・指揮)

規定を置くなどして、建前においては旧刑訴法と根本的に異なっているが、検事が捜査（現行刑訴法上は、事件が送致・送付された後の捜査）の主宰者というのも、また、その指示・指揮関係というも、その運用の実際は新旧両刑訴法下で大差がなかったと言われる<sup>36</sup>。してみると、戦後警察に捜査権を独立的に付与するとした改正点を強調してみても、検察と警察の協力関係の運用実態が、戦前も戦後そして現在も実はそう変わっていないものである上、法形式においては現行刑訴法には一九四条で検察官の指示・指揮に対する司法警察職員の服従義務（検察官の懲戒・罷免の訴追権限）規定を置くことにより、検察官の司法警察職員に対する捜査上の指示・指揮権の実効性を図ったことは、それまでの形骸化した両者の関係をより実効的にして権力機関相互の適度の緊張的關係の保持とチェック・アンド・バランスを旨指したものと評されよう。

そして、戦前戦後を通じて警察官の司法警察の位置付けは、警察固有の権限（行政警察）とは違って、刑事（司法）手続の補助行為であるとの法的性質に変わりはない。これは、検事（検察官）が戦前は司法官であり、戦後は裁判所の独立に伴い法務省の検察庁所属となったからといって、その捜査権限の法的性質自体に変化をもたらすものではない。戦後の検事及び警察官の地位の変化が、この捜査（権限）の法的性質に基本的な変更をもたらすものではないと言ふべきである。

他方、先に見たように戦後の警察法・刑訴法の改正で警察の組織体においては、司法警察の独立性と捜査権限が付与された上（警察法二条の責務の中に行政・司法警察の区別なく取り込まれた）、元来、行政警察の作用（目的）には「犯罪の予防」のほか「鎮圧」をも含むことから、もはや区分の実益もないとして、警察作用をより柔軟・迅速・効果的に実現することにもなるとの発想が生まれ、両者の融合論（区分不要説）を説く警察実務家も現れた。実力組織の警

察にあつては、検事からの掣肘も事実上受けずに、いわば何の気兼ねもなく捜査権限を行使するに如くはないとレントンと言えようか。現に、戦前の我が国が刑事手続の範としたドイツの現状でも、警察の実力は質量共に檢察に優位し、警察権限が法的にも拡大・強化され、更には犯罪予防の必要からの行政警察と司法警察の融合傾向と事前捜査の拡大、情報支配が顕著になり、「警察は刑事手続の補助者から隠れた支配者に昇格している」といわれるような現象をもつて「刑事手続の警察化」<sup>37</sup>として、誤った警察捜査の発生が絶えないことに対する効率的なコントロールの方策が問われているという。我が国でもその指摘されるドイツでのこのような現象の指摘が妥当なのか吟味の余地はあり、現に、警察は檢察に比し、人員、情報収集能力、警察通信、科学捜査体制等において圧倒的に優位に立っており、檢察が警察との関係で法的権限の上では指揮権に裏打ちされた強い力関係にあるとはいえ、現実には立ち向かう術がなく、刑事司法の運用という枠内では到底解決できない根の深い問題点を抱えているとの指摘もある<sup>38</sup>。

(2) 実質はともかく、形式的には大きく変容を遂げている戦後法体系の下での区分必要説の再構成を考える。

わたしは、行政・司法警察両作用の目的・機能の違いに着目すれば、その区分は犯罪の発生時期（発生の前か後かの時期）に対応するものではないとする区分再構成の事前捜査積極説を支持するものである。すなわち、そもそも行政警察作用（目的）が本来主眼とするのは、公共の安全と秩序の維持・回復であるが、そこに含まれる犯罪の予防・鎮圧という目的にあつては、犯罪の未然防止にこそ主眼が在るものである。そこでの「鎮圧」というのは、いかにも過去の犯罪の摘発を意味するように映るが、捜査の概念に符合するものではない。それはある街での連続放火事件を例にとれば、警察は先ず最初の放火事件が発生した段階で司法警察職員としての捜査活動を開始するが、その一方で公共の安全と秩序の維持・回復を図るために、第二、第三の放火事件の発生を未然に防止すべく連夜警らを含めるなど

して警戒に努める。この続発する犯罪の未然防止の活動は、行政警察活動として警察の本来の固有の権限の行使である。ここでは、警察活動は区分二元論で現に行われている。したがって、行政警察の目的でいうところの「鎮圧」(警察法二条一項に掲げる警察の責務では、「予防」と並んで「鎮圧」と規定する。)とは、現に発生し進行中の目前の犯罪の制止や暴徒の制圧などを想定し、この緊急・急迫の治安を害する行為・状態をその場で除去して秩序を回復する行為の意義であると捉えるべきである(警職法五条)。つまり、発生した過去の犯罪に対する通常の捜査は、刑法の規制になる司法警察の役割として、現に実務でも役割分担をして運用している。このことは、警察活動としては、治安維持一般ないし防犯の活動こそ警察作用の本来の固有の活動、すなわち、行政警察活動である。これに対し、司法警察は、刑事手続(司法手続)の先端に在つての捜査請負人的立場で同じ警察官の任務になる。この両者の活動形態は、戦前の警察作用の基本的な実相でもあった。

そこで、戦後の警察活動における捜査活動の実際とその在るべき姿を考察するに、新しい法体系の下での行政・司法警察の区分構成は、その目的・機能の違いから見るべきである。してみると、行政警察の領域になる犯罪の予防・鎮圧の目的も、それは本来の捜査における目的・機能とは「概念」が違うものと言える。また、捜査もその領域での本来の目的・機能を設定すべきである。その権限行使上、行為が一見重なり競合する事態があるとしても、そのことを捉え両者融合していると評し、区分の実益を認めず、区分不要説を導くのはいかにも正鵠を得ているとは思われない。両者の独自の本来の固有の目的・機能は、時期的・事項的仕分け枠で単純に決定すべきものではない。両者区分の分水嶺となる基準は、公共の安全を図る行政手続が警察本来の活動領域(行政警察)であり、刑事(司法)手続が司法警察の活動領域であつて、それぞれに独自にして固有の目的・機能を設定しなければならず、それに課せられた固

有の規制にこそ、両者厳緩大きな違いがあることに着目すべきである。この区分を融通無碍に融合させてしまえば、それこそ権限濫用も顕現化しないでかえって巧みに潜行するのではないかと案ずることになろう。このため、我が国の行政・司法警察区分要否論は、今やそれが権力機関に課せられた研ぎ澄まされた人權感覚、そして、より洗練され成熟した適正手続の生命線となることとの視座からの、新しい再構成になる区分必要説を説く時期にあるものと言えよう。結局、両者の区分の本質的な意義は、戦前・戦後ともその実態に大きな変わりがないことと、引き続き両者を区分することにより、流動する警察事象に的確に対応すべき現場において、警察官が公権力を行使するに当たって、区分の厳緩ある規制の違い（権限踰越のないようきめの細かい行政手続の立法と、法と判例法による法廷審理によく耐えられるべき初動捜査からの一連の刑事手続の厳格性との違い）を認識し、緊張感をもって両者間の流用・濫用の回避に留意しながら活動する「自覚と確認の区分」のよすがの意義の再構成である。また、このように新しい区分を明示することによつて、国民にもいたずらに不安感を与えず、外観的にも成熟した適正手続を担保するという実益を生むということが、新しい区分必要説の意義と言えよう。

ところで、事前捜査積極説のうち、将来の犯罪に対する特別な強制捜査を解釈上認める一方、その隘路を行政・司法警察の区分不要説で解消しようとする有力な流れがある。しかし、先に見たように事前捜査積極説を採るからといって、それが行政警察との比較で区分不要説に結び付かなければならない論理の必然性は今日はないと言わなければならない。行政警察の主眼は犯罪の未然防止にあり、司法警察、すなわち、捜査は犯人の訴追を主たる目的として行われるという作用の性質上、捜査の主眼が犯罪の発生後に置かれるに過ぎないものである。この区分が、将来の犯罪の発生が確実に予測されるような場合にまで事前捜査を許容しない基準として機能しなければならぬ実質的理由はない

と言ふべきである。<sup>(39)</sup> 警察官が重大犯罪に現に直面すれば、裁判官の令状に拠ることなく緊急的に行政法理論における即時強制として制止等に対応するものである(行政警察として警職法五条を根拠とする活動である。他に同法三条の保護、四条の避難等の措置、六条の立入、七条の武器の使用も即時強制の例である)。そして、これが濫用される危険性、すなわち、捜査として厳格な手続を採るべきところを、要件上より緩やかな行政警察の手段(制止行為等)を選択するという潜在行為があり得るとの指摘は頷けるとしても、それが将来の犯罪の捜査として令状を得る場合であれば、この指摘は当たらないものであり、結局、現実には想定し難い観念的指摘と思える。また、制止行為によつて犯罪の未然防止が達成できたとしても、特定の犯罪の既遂ないし未遂罪等が成立している場合はなお多く、その場合では現行犯逮捕等の強制捜査に至ることも多い。この種事案は、特に捜査と密接ないし競合、あるいは移行関係があるが、それが故に区分不要説を導くのではなく、むしろ、そうだからこそ、行政・司法警察の作用を区分して各要件の吟味をすることの重要性・必要性を視座に捜査の妥当性をよく検討すべきである。その上で、将来の犯罪の捜査として事前強制捜査を認めることの具体的な必要性と厳格なその要件の吟味がなされるべきものと言えよう。

(3) 一方、最近は行政警察の目的の主眼である防犯活動につき、警職法に規定する制止等の伝統的な対処では、国民の権利・自由の保護に不十分として、種々の事前規制に係る立法例が多くなるという注目すべき傾向にある。<sup>(40)</sup>

主要な立法例を挙げれば、①組織的犯罪の対策法の一つとして、暴力団対策法(平成三年五月、法七七号で公布の「暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律」)がある。公安委員会による各種中止命令、再発防止命令、事務所使用制限命令等(九条以下)の処分、「指定暴力団員その他の関係者に対し報告若しくは資料の提出を求め、又は警察職員に事務所立ち入り、物件を検査させ若しくは指定暴力団員その他の関係者に質問させる」処分(三三条一項)を規定

する。なお、事務所立ち入りについては、他の行政調査の法律（所得税法三三四条二項、火薬類取締法四三条五項、武器製造法二五条四項等）と同じく「犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならない。」との捜査無関係の目的条項を置いている。

また、被害者保護の立法として、②ストーカー規制法（平成二二年五月、法八一号公布の「ストーカー行為等の規制等に関する法律」）は、警察や公安委員会による警告・禁止命令の処分を規定する（四条・五条）。③DV防止法（平成一三年四月、法三二号公布の「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」）は、警察官による暴力の制止等被害防止のための必要な措置を規定する（八条。なお、同条は「警職法その他の法令の定めるところにより」と規定する）。

これらいずれの立法も、将来発生する危険の除去のための措置法である。しかし、処分対象者はこれに反して、結局、処罰対象事犯に発展する場合が多く、実質的には刑事手続の一種とも言える。そのため、立法により処分の要件（範囲、限界等）を明確化して、事前介入による人権侵害や濫用のおそれを回避する方途を採ることは、行政・司法警察区分の今日的意義を示しているものと言えよう。ただ、このような立法化傾向は、ともすれば被害者保護等の時勢におもねるがあまり、刑事手続に移行することを前提とした行政調査・処分を多用することで、行政警察の活動範囲を司法警察の活動としてラフに取り込むことがあってはならないことにも留意すべきであり、基本的思考は捜査概念の再構成のなかで吟味すべきことが重要なことと思われる。

### 3 「犯罪」と「捜査」の新しい概念構成

(1) 将来の犯罪に対する事前捜査の問題は、その「犯罪」と「捜査」の概念分析から検討すべきである。

旧刑訴法（大正刑訴法）二四六条も検察官（検事）は、「犯罪アリト思料スルトキハ犯人及証拠ヲ捜査スヘシ」とし

て、現行法一八九条二項と同じ文言を使っている。この規定を遡れば、旧々刑訴法(明治刑訴法)四六条は「告訴、告発、現行犯其他ノ原由ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ其証拠及ヒ犯人ヲ捜査ス可シ」と規定し、そして、我が国最初の刑事手続法である治罪法九二条にもこれと同旨の規定を置いていた。いずれも、立法当時は、犯罪捜査と言えば基本的には「現に発生したか、あるいは発生中の犯罪」を想定していたと見るのが相当とは言えよう。<sup>(41)</sup>

しかし、沿革的に立法当時は取締りが必要な未発生の将来の犯罪の現出が想起され難かったか、あつてもこれを掌握するに適切な術を有していなかったかの現状にあつたからであろうと思われる。そうであつたとしても、将来の犯罪の敢行についての情報を得た場合に、その発生に備えて未然防止の対策を講ずるはもちろん、それに止まらずあらかじめ証拠を収集するなど即応態勢で準備をする行為を、刑法の「捜査」が敢えて排除しているとまでは解されず、その目的論的解釈に基づく拡張解釈が許されないとはいえないであろう。このことは、原則逮捕を別として、他の捜索差押・検証等の令状の請求要件の規定を解する上でも同様と見るべきであろう。<sup>(42)</sup> また、そもそも捜査はその必要があるときに行われるが、それは、犯罪の対処に当たり事案の真相を明らかにして犯人を特定検挙し、証拠を収集して公訴を提起した上、その公訴維持を行うことを目的として行うことはもとより、不起訴処分を含む事件処理に必要な証拠を収集、保全するための活動をなし、起訴・不起訴の処分を決定するために行うものである。すなわち、捜査は捜査機関が犯罪の嫌疑の有無・公訴提起の要否を決定するために行うものと捉えるべきである。したがって、例えば、犯人が一四歳未満の刑事責任無能力者であつたり、公訴時効の完成、親告罪の告訴の欠如であつたり、被疑者が死亡している場合など訴訟条件を満たさないため、公訴提起が法律上できない場合でも、それを捜査によって犯人の特定

はもとより、共犯者の有無などを証拠によって明らかにすべきなのである。捜査の時期と範囲・程度は、あくまでも、「捜査の必要」の視点から、そしてそれが妥当性・合理性を持ち法意思に適うか否かで決すべき問題である。<sup>43)</sup>

この点、将来の犯罪の捜査の可否問題も、彼比同日の論とすべきであり、既に発生している犯罪（現に発生中の犯罪を含む。）か、将来発生する犯罪かというように、その発生時期の前と後で捜査権限の行使の可否を決定するものではないはずである。したがって、事前捜査、特に事前強制捜査の可否を巡っては、既に見てきたように積極・消極と説が分かれ、そのいずれも一定の理由があるものの論拠必ずしも決定的なものとも思えない。将来の犯罪と過去の犯罪に関する嫌疑の「蓋然性」の違いの問題も、積極説が質的な違いはないとするものの、その未来と過去という次元の違う蓋然性を抽象的に比較する論争は、一見するといささか机上の観念論にも見える。事は「捜査の必要性」の合理的妥当性を有する現実的・実質的な視点からの基準の設定にあると言うべきである。将来の犯罪の発生は不確実な要素が多いとされるが、事件によっては将来の犯罪であっても、その発生の確実性が高い場合もあるのである。

例えば、捜査機関が「A（通称浜ちゃん、三〇歳位の男）が、現在都内某所に隠してある覚せい剤一〇〇キログラムを、明日の元日正午に、JR東京駅八重洲中央口改札口前でBに密売を実行する」との極めて信憑性のある決定的密告情報を得た場合である。これが事前捜査として、その情報提供者の取調べと調書作成やその他の信憑性の確認などの捜査を行い、進んであらかじめA・Bの身体、所持品に対する搜索差押令状を準備して、翌元旦の正午に現場においてその令状執行を実施する捜査方法を認めるのに、何の弊害があるうか。行政・司法警察の区分基準を旧来の思考法に置いてこれに拘泥し、将来の犯罪捜査は行政警察活動の「犯罪の未然防止」の領域であり、捜査は過去の犯罪に対する活動であるとして、あくまでもJR東京駅の現場においては、行政警察活動としての職務質問と所持品検査で

対処すべきとの見解を維持することこそ再考すべきものと思われる（なお、警察官の制止行為等は、右事例の場合は、隠密的犯行であるため犯罪の顕現化・緊急化する以前には採り難い手段と言え）。事前捜査を「未然防止」の名の下に、行政警察の緩やかな要件になる活動領域に追い込んで濫用の危険を案ずるよりは、これを本来の複雑化する捜査に取り込んで、厳格な令状審査によってその濫用を規制する手続対応こそ、よほど適正手続に忠実な姿勢と言うべきであろう。すなわち、行政警察と捜査のいずれとも、未発生の犯罪と過去の犯罪をその対象領域に置く新しい概念構成を遂げて、その上で行政警察のそれは犯罪の未然防止と鎮圧という公共の安全と秩序の維持・回復である一般防犯的活動としてのものと捉える。それに対し、捜査はあくまでも刑事手続の一環としてその先端の活動であるが、その適正手続の確保は厳格に刑訴法で規制され、裁判の場でその立証に耐え得るものでなければならず、そのためには当時代における新しい犯罪現象にも有効・的確に対応し得る捜査概念が法意思として要請される。両者に活動の重なり合いがあっても、その対応すべき目的の違いは歴然としており、新しいその区分の内容と意義付けによって、いずれの領域でも相互流用ないし濫用がないよう厳しくチェックすることこそ法意思と言うべきである。したがって、先の反対論には、あまりに観念論に過ぎるとの批判が向けられて然るべきである。そして、これが麻薬取締官の捜査過程で得た情報ならば、行政警察に引き継がなければならないとするのは、いかにも現実的でない観念的議論と言うべきであろう。要は、将来の犯罪としての発生の蓋然性の確度が、「捜査の必要」を満たすほどに「相当の理由」があるものであるのかどうかの論点として問擬すべきである。

また、裁判官の令状審査の場面でも、その分析が必要である。そこにおける蓋然性の判断は、既発の通常の犯罪事実における捜索差押令状の発付に関して、例えば、刑訴法二二三一条一項（捜査機関の捜査手続の規定）が準用する

一〇二条（搜索）では、被疑者自身の身体・住居等の搜索（二項）と第三者方の搜索（二項）とでは、後者（二項）では「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」（押収物存在の蓋然性）という一項にない要件を置き、存在の蓋然性の程度に区別を設けている。この規定は、押収物存在の蓋然性が、一項はその存在が常態的であるため強いことから、その点の疎明を要しないこととしているが、この立法趣旨は憲法三五条の「正当な理由」があると法律上推定し、「搜索の必要性」さえあれば足りるとするのに対し、二項はそれが特異的なので目的物存在の蓋然性の疎明資料を要するとの「蓋然性」疎明に係る要件の違いの規定であると解されている（したがって、一項の場合も、その推定が許されない場合は、二項同様の疎明（回復疎明）がなければ搜索は許されないこととなる<sup>44</sup>）。そして、裁判官が令状審査において押収すべき物が存在する蓋然性を判断するのは、令状の有効期間内で捜査官が現に令状の執行をする時点における押収物存在の蓋然性判断ということとなる。この関連で参考になるのは、最決平一九・二・八（刑集六一卷一号一頁）が、捜査官が被疑者方を搜索差押令状により搜索中、その搜索場所に被疑者宛の宅配物が配達された事例で、この宅配物に対しても右令状の効果が及びその宅配物を搜索できる旨判示していることである。これは、コントロール・デリバリーの捜査法により、配送先を搜索場所とする令状の発付を得、配送先で荷受人が受領した時点でこの令状を執行することにも通じる例であって、これらの令状審査の「目的物存在の蓋然性」は、審査時ではなく搜索実施時点における蓋然性存否の判断であることである。この令状発付の裁判官の蓋然性判断の例は、過去の犯罪の被疑事実に関するものではあるが、時期的存在の蓋然性の判断は、令状審査時には搜索場所に存在せず、その後搜索場所に押収対象物が持ち込まれた場合でも令状の効果が及ぶとする考え方は、将来の犯罪に対しても令状発付を可能にする論拠を提供するものと言えよう。ただ、いずれにしても過去の犯罪に対する搜索差押えの場合は、令状発付の時点で通常既

に押収対象物自体は存在するのに対し、将来の犯罪については、通信傍受を例にとれば、将来の会話の検証であることから、その存在の蓋然性に決定的違いがあるようにも思える。しかし、搜索差押えの令状発付も、押収対象物の存在性が客観的に明らかになることまでも要件とするのではなく、その蓋然性があることで足りるものである。したがって、通信傍受の場合でも、対象の会話がなされることの確実性が、疎明資料によつて合理的に予測できれば、そのとき初めて令状発付の要件を満たしているということとなる。

そこで、先の元旦正午のJR東京駅での覚せい剤密売事件の例では、犯罪生起の確実性の程度との関連で、その押収物存在の蓋然性は判断されるが、観念的・実体法的には被疑者には既に都内のある場所で譲渡すべき覚せい剤を所持している被疑事実が存在しているのであるから、その点では、犯罪における蓋然性判断も、被疑事実が「過去」か「将来」かの犯罪の生起に係る時期的な違いであり、それが質的違いを生むものではないというのが実際とも言えよう。<sup>45</sup> この犯罪発生<sup>45</sup>の蓋然性は、捜査手続の中で特に厳格に吟味をした上、司法審査に耐えられる客観的な疎明資料を提出することにより、手続濫用の懸念と誤認の危険性の回避ができるものである。むしろ、事前捜査消極説の方こそ、令状リトマス紙のないより緩やかな規制下になる行政警察活動の役割に限定する結果を招き、かえって野放図な濫用の危険を招きかねないとも、あるいは凶悪犯人をみすみす取り逃がす危険性を招来させ兼ねないとも言えるのではないだろうか。

問題は、先の元旦正午のJR東京駅での覚せい剤密売の例において、捜査機関が前日の大晦日に裁判官から翌元旦時点のA・Bの身体・所持品に対する搜索差押令状の発付を得るとした場合、その被疑事実の要旨の記載内容である。その一案としては、「被疑者Aは（なお、氏名を特定できなければ、・・・氏名不詳あるいは通称浜ちゃん、三〇歳位の男・・・と

いう程度の特記記載でも足りる。<sup>(46)</sup>平成〇年二月二日、東京都内で所持している覚せい剤若干量を、Bに対して有償で譲渡することを約し、翌元旦、東京都千代田区丸の内〇〇所在のJR東京駅構内及びその付近において、右約定に従って同所に携帯した前記覚せい剤を手交し、もって覚せい剤を譲渡するものである。」という未来形の実事となる。また、Bに対しても令状を得るとすれば、これが覚せい剤譲り受けの事実となり、捜査官がAからBへ包み（在中品が覚せい剤）を手交した直後に、その場でAとBに対する捜索差押令状を執行し、その包みの中味をその場で簡易検査して覚せい剤であることを確認した上、両名を同時に覚せい剤所持罪の現行犯人として逮捕し、さらに逮捕に伴う捜索差押えとして当該覚せい剤を押収することが考えられる（刑訴法二二〇条一項二号）。

また、実務的には、先のコントロール・デリバリー捜査法による配達先での令状執行の例のように、覚せい剤をまさに譲渡したのを現認した直後に令状を執行することにより、最終的には将来でなく、現在ないし過去に所持した事実に対する通常の令状発付と同じ結果を得ることの方がより実際的であろう。さらに、令状請求時点での「Aが大晦日当日、東京都内において、Bに譲渡すべき覚せい剤を所持していた。」との過去の事実をもって被疑事実とする従来方式を疎明上採り得るならば、その方法によることに如くはないと言える。<sup>(47)</sup>

(2) 次に、先に見た山谷地区交番のテレビカメラ設置による監視事件（東京高判昭六三・四・一東京高等裁判所刑事判決時報三九卷一（四号八頁）を例に、犯罪の予防・鎮圧を目的とする行政警察活動としての設置と撮影・録画の合法性及び犯罪の事前捜査としての活用の是非を検討する。

このような方法は、他にも都道府県警察では、Nシステムのほか主要交差点に交通事故自動記録装置も設置して、通過車両番号の特定や事故・違反の瞬間も撮影・録画する手段が講じられている。また、テレビカメラの設置者は、

一般的には捜査機関に限らず公共団体、町内会、鉄道会社、一私人等多岐にわたり、一地区が常時監視体制の密告・警察国家を呈するような濫設置・撮影でない限り、合法と認められる場合は多いと言えよう。そして、今や駅や街頭の防犯ビデオカメラが犯人割り出しに極めて有効な手段となっているのは世界的現状となっている。また、各種センサーやGPS（全地球測位システム）の発達は著しく、情報収集の手段として国民の膨大な行動記録を収集解析するビッグデータ社会が現出していて、これにより国民の行動予測・把握が確実に可能になる時代ともなっている。

このような高度IT社会にあつて、犯罪捜査の手法もこれに的確・迅速に対応できる妥当なものが当然求められる。特に組織的犯罪に対しては、その防遏に国際社会も一丸となつてプロアクティブ（Proactive 事前捜査）で臨むということがもはや国際的思潮となっている<sup>(48)</sup>。そうしてみれば、一般的な行政警察活動としての予防活動に止まらず、この種犯罪の発生に備えて、情報収集・証拠保全としての事前捜査が必要であり、司法警察活動としても競合せざるを得ない。しかし、このようなテレビカメラ設置の場合では、犯罪の予防と犯罪発生時の証拠保全の作用の区分境界が判然としないことから、これを敢えて区分することの不合理性を説き、その上で事前捜査を積極に解する見解もみられる。しかし、事前捜査を積極に解するために区分不要説を採る手法は、沿革等にとらわれた些か硬直的思考と云うべきである。これまで検討したように、行政・司法警察の区分は新しい構成でもつてその必要性が説かれるべきである。区分要否の問題は、行政警察活動から司法警察活動への一時的競合と移行の形態であり、また移行後の証拠の利用の適法性の問題として検討すればよいものと考えられる。その場合、防犯カメラの設置と撮影・録画の問題は、犯罪の予防を主眼とする行政警察活動としてのものであるが、「検挙に勝る防犯なし」との標語もあるくらいで、犯罪があれば検挙されてこそそれが新たな模倣犯罪を含む犯罪の予防に広く資するのであるから、当初から犯罪の発生があつた場

合には撮影・録画されたテープが犯罪立証の証拠として利用されることは当然予定される。その場合に、撮影・録画場面は犯罪の前後連続している以上、その全体を証拠として利用するのがむしろ妥当と言える。防犯活動と事前捜査の重なり合う両者の具体的な活動上の二面性を認めるのに何ら矛盾はないと言わなければならない。

判例・裁判例が、防犯ビデオカメラ等の設置を肯定的に判断するのは相当であり、その射程範囲に事前強制捜査容認の理論的基礎が示されているものと言えよう。

#### 4 犯罪の事前強制捜査の要件提示と立法化論

(1) 行政・司法警察の作用区分は、戦後の法体系の下では、新しい意義付けによつて必要性を維持するが、事前捜査は捜査概念を見直し積極的に解すべきである。

事前捜査消極説の論者は、例えば、行政・司法警察区分再構成の事前捜査積極説に対し、「そのねらいは犯罪発生前にも司法警察Ⅱ捜査がありうることを論証しようというものであり、歯止めなき捜査権の拡張に途をひらくものである点では、区別不要論と同様の問題性を有する。実質論は、容易に区別の曖昧化を導く危険性をもつものである。」とし、また、「目的も根拠法令も異なる司法警察・行政警察を融合させることは、結局は治安維持という大義名分に手続法上の制約を譲歩させることになりかねないし、憲法の命ずる適正手続の保障は、限りなくフアジーなものに変質させられてしまう。」と批判する。あるいは、行政警察活動とされていた「犯罪発生を前提としない所持品検査」を立法で司法警察（捜査）に含ませれば、従前許されなかった「行政警察」に強制権限を認めることになるとする例を挙げ、「権限の融合よりは、別個に規制の要件・方法を考えた方が適切な権限の抑止の観点からも望ましい。」などと主張して、権限濫用の危惧感を隠さない。<sup>49</sup> 事前捜査積極説は、その沿革や現行法の規定振りからして、法解釈とし

ては微妙な拡張解釈ともなり、その許容要件の如何によつては善良な国民の人権侵害の危険性をはらみ、また国民にいたずらに不安感を抱かせる恐れなしともしないとする批判になり、傾聴に値する視点を含む。

このような批判にも考慮するとき、事前の任意捜査であれば、従前通り事案ごとの判例の積み重ねでその適正な範囲を自ずから画することができるが、事前の強制捜査までも積極と解するには、その積極的・客観的な根拠を提示する必要があると言えよう。そのためには、これまでの事前捜査を許容する判例や関連法制度、特に通信傍受に關しての法制定の例にかんがみ、法解釈や判例の積み重ねで事前捜査が合理的にできる事柄はその方法に拠るが、それでもどうしても疑義が残る場合は、積極的に立法によつて解決すべきものと考ええる。それは、現状のままでは、令状審査に当たる裁判官においても、将来の犯罪に対する令状発付の可否を巡つては両見解があり得ることから（現に、旭川地判平七・六・一二判例時報一五六四号一四七頁は、将来の犯罪捜査のための令状発付には新たな立法が必要と判示するが、他方、おとり捜査に關する前掲最決平一六・七・一二刑集五卷五号三三三頁の事件では、将来の犯罪捜査として搜索差押令状の発付が現になされていることに疑義を挟んでいない）、判断が分かれ、また肯定的見解の裁判官の間でも、その判断基準自体の違いをいたずらに生じさせるといふ不安定・不公平な司法審査の状況を呈することを解消させる必要もある。

刑訴法一九七条一項但書の強制処分法定主義は、刑事手続における罪刑法定主義である。裁判所は、法創造の限界を超えて立法的判断をすることはできない。わたしは、かねて裁判所には事案解決の判断が一定の法創造をもつ意義があることを認めつつも、その限界を超えて立法的解決を求めることは憲法七六条三項に照らして許されないとの見解を、違法収集証拠の排除法則の宣明になる最判昭五三・九・七（刑集三三卷六号一六七二頁）など具体的な判例を摘示の上、著している<sup>50</sup>。その視点からは、かつて刑訴法で規定する強制処分の「検証」が予定しない類型になる、疑義

をよぶ通信傍受を検証令状の手段で、しかも将来の犯罪の通信傍受をも許容する形態で実施したことに対し、大きな議論があったが、通信傍受法として立法的解決を図ったことは既に見てきた通りである。

## (2) 犯罪の事前強制捜査のための段階的立法の方策

将来の犯罪に対する事前強制捜査、特に逮捕を除く搜索差押・検証等の強制捜査は必要であるが、これまで検討してきたように問題点もあることから、それが解決のための段階的立法方策を考えるのが相当ではないかと考える。すなわち、これまでの限定的な予備罪・共謀罪等の処罰規定を、犯罪形態を限定し必要に応じて更に新設拡大する方策である。特定の犯罪の予備罪なり共謀罪なりを犯した段階で、その時点でこれが過去の犯罪となる予備罪や共謀罪の犯罪を被疑事実とし、その捜査のために後に発生する犯罪の既遂に向けての将来の犯罪に対する令状発付とその執行を行う方法である。要するに、令状発付時点では発生していない覚せい剤譲渡なりの「未来形の被疑事実」ではなく、当該犯罪事実が発生している「過去の被疑事実」（新設の予備罪・共謀罪）という場合における更なる当該犯罪の完遂に向けての事前捜査を許容する方策である。

例えば、ストーカー行為の犯罪類型で、偏執的なストーカーで殺人・傷害・同致死罪の被害者の生命・身体に対する法益侵害を犯すとの確実な予測ができる場合、身柄確保の「逮捕」では、いかにも保安処分に通じる危険があることから許されない。しかし、この場合の予備罪（凶器・薬物等の準備のほか、被害者への殺傷目的の執拗・異常接近行為を含む新たな予備罪の構成要件）を新設し、この予備罪を犯した時点でその被疑事実でもって被疑者の住居等の場所やその身体・所持品に対する搜索差押令状の発付を得て、これを執行することで凶器等を発見して当該犯罪の完遂の罪の現行犯人として逮捕を行うという事前捜査方法である。

この予備罪の拡大的新設は、他の暴力団・マフィア等、組織的・悪質巧妙な犯罪類型や、サイバー犯罪等も対象とし、また、先に見た新たな法案になる共謀罪の新設等も加えて、必要な将来の犯罪捜査に向けて、新たな法規制の下での謙抑的かつ明確な積極的方策を提供するものと言えよう。

(3) 将来の犯罪に対する直接的な事前強制捜査の具体的立法の方策

犯罪の事前強制捜査は、先に段階的立法の方策を見ながらも、それでも複雑化・潜行化・IT化・組織化する犯罪対象において、なおも必要な将来の犯罪そのものに対する「未来形の被疑事実」による直接的な事前強制捜査（当面は、逮捕を除く。）の立法的解決も最終的には詰めておくべきである。

事前強制捜査の対象範囲は、①その犯罪形態は、これまで見てきたように、予備・陰謀・共謀・未遂（その他、科刑上一罪・包括一罪の一部）が犯された段階の形態と、未だ着手に至らないそれ自体は処罰対象外の計画・共謀段階の純粹の将来の犯罪も含めて区別的に対象とし、その犯罪形態別に令状発付に必要な疎明の程度について区別を設け、「相当の理由」又は「十分な理由」など具体的な要件を区別的に設定すること、②対象犯罪は、通信傍受法に倣い、薬物に関する犯罪、銃器に関する犯罪、集団密航に関する犯罪、組織的な犯罪、振り込め詐欺、組織的窃盗に関する犯罪等、また、殺人・誘拐・偏執的ストーカー等の一般重罪事件に限定すること、③強制捜査の令状の種類は、搜索差押え・検証・身体検査・鑑定処分の各令状であること、なお、逮捕については、処罰規定を置かない純粹に計画・共謀段階の場合は、基本的に憲法上の疑義もあり、ここでは除外する。ただ、既に予備・陰謀・未遂等の処罰規定がある罪を犯している被疑者のその犯罪に対する本来の完遂前の逮捕は許容してよい。また、犯罪の形態によっては、身柄確保の高度の必要性・緊急性がある場合の逮捕も考えられなくはないであろう。さらに、④令状請求者と令状発

付の裁判官も通信傍受法の例に準ずること、そして、令状の記載事項も対象の特定性の厳格化として、被疑事実の要旨も必要的記載事項とすること、⑤令状の発付・執行上のその他の要件は、(a) 罪種・態様に応じた条件を付することができること、(b) 執行の時期、あるいは場所等を限定し、将来の犯罪の生起の確実性とその疎明の程度との対応関係から、捜査機関の裁量によつては執行時期等を変更できず、変更する場合には裁判官の許可を要するものとする(ただし、正当な理由のある緊急的変更を除く)、⑥令状執行の結果を速やかに裁判官に報告すること、などが考えられようか。

なお、これらの犯罪を含め事前の情報収集、任意捜査については、先に見てきたこれまでの判例・裁判例の判断枠組みから、その射程範囲を吟味して整理するべきものと考ええる。例えば、ストーカー被疑者が殺人等の敢行意思を顕示した段階で、尾行(監視捜査)補助手段としてGPSを使う場合、端末取付け行為自体が既に尾行とは異質で、典型的に強制捜査とする見解もあり得る。しかし、一般的にはその取付け行為が、①対象車両が公道や公衆が自由に入りする場所に駐車中での態様ならば、尾行の補助手段として任意捜査の範囲であるが、②他人の敷地に駐車し建造物侵入罪等犯罪を構成するような行為を伴う態様ならば、類型的に尾行とは異質の強制捜査(被疑者の位置探索の検証令状)の対象とすべきであろう(大阪地裁では、一連の窃盗等共犯事件の対象車両へのGPS端末取付けに係る捜査につき、判断が分かれた。共犯者Aの係属部では平成二十七年一月二十七日、これが前記①事例が多いことを捉えて任意捜査の範囲内と判断し、共犯者Bの係属部では同年六月五日、②事例があることを捉えて令状によるべきで違法とした。なお、携帯電話やスマートフォン基地局の将来の位置GPS情報は位置探索令状、過去情報ならば差押令状との種別となろう)。

## VI おわりに

本稿では、行政・司法警察の区分要否論と捜査における事前捜査、特に事前強制捜査における搜索差押え等の令状発付の可否について、従来の判例・学説等の検討も行い、そして、行政・司法警察の区分の必要説を再構成して事前捜査積極説を展開することにつき、若干の管見の整理も試みた。その座標軸は、検察官としての長い捜査・公判の経験からの、「権力行使となる刑事手続の担い手は、危険物取扱者の如く常に慎重かつ謙抑的に、しかし、巨悪に怯まず果敢に任務を遂行すべきもの」とのその在るべき担い手像にある。

これまで、国会の立法作用は必ずしも迅速でなかった。このため、強制処分法定主義の意義を令状主義の翼を拡げることでもカバーしようとする有力な新強制処分説も登場した<sup>51</sup>。しかし、このような解決方法は、立法作用と司法審査(令状主義)の違いに敢えて意識的に目をつぶるに等しく、判例による法創造の限界を超える事態を是認するものであり、憲法上大きな疑義を挟まざるを得ない思考法と言うべきである。

しかし、最近では立法的解決への回帰傾向も見られる。捜査・公判の在り方として、取調べの可視化や新規の捜査手法の付与、そして、これに司法取引までも視野に入れての総合的・抜本的な刑事手続の在るべき姿を求めてのその法制化と、その充実した議論のなかで、本稿の課題も、立法的整備を図るのが最も適切であると考えるものである<sup>52</sup>。

## 【注】

(23) 犯罪発生前の「捜査」の性質については、その先駆的論文である古田佑紀「犯罪の発生時期と捜査の開始時期」判例タイ

ムズ五二八号五三頁参照。前掲川出(上)編(注15)川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリスト一九九九年一四八号二三八頁以下。酒巻匡「『捜査』の定義について」研修平一六・八第六七四号三頁以下。なお、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第二版第四卷』(青林書院二〇一二年)「河上和雄Ⅱ河村博」一〇頁は、「捜査は犯罪が発生していることが前提となる。」とする。

(24) 前掲井上(上)編(注1)井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』一四一頁以下。

(25) 前掲田宮(上)編(注2)「変容を遂げる捜査とその規制」二八九六頁(四頁)以下。なお、その二九一一頁(一九頁)では、「現行法のもとでは、捜査は司法に付随するいわばその運命共同体的な『司法的捜査』から、広い意味での犯罪鎮圧(犯罪への対抗といった方がよいかもしれない)の一部を構成する『ロー・エンフォースメントたる捜査』へとパラダイム転換を遂げるのがふさわしかったといえる。しかし、法規はこれを体现した条文化を遂げていない。あるべきパラダイム転換と法文(とその解釈)にくい違いが生じてしまったわけで、これはとりもなおさず、法規があるべき法思惟に追いついていないことを意味しよう。」とする。

(26) 辻裕教「検証許可状による電話の傍受が適法とされた事例」研修平成八・一二・五八二号二七〜二八頁。

(27) 村瀬均「将来発生する犯罪事実についての令状発付の可否」『増補令状基本問題・上』(判例時報社一九九六年)三四頁参照。前掲古田五二頁、中武靖夫ほか編『捜査法入門』(青林書院新社一九七八年)一六七頁参照。

(28) 事前捜査の積極説・消極説の分析は、前掲辻二五頁以下が有益である。消極説の(i)は、三井誠「令状による捜索・差押(1)」法学教室一三三三三頁、六一頁、同「捜索・差押え・検証に関する諸問題(3)」法学教室一三八号三五頁、同「任意捜査の限界(2)」法学教室一四二号八六、八七頁参照。前掲村瀬三七頁、小島吉晴「電話の通話内容の傍受について」捜査研究四七九号三三三頁等参照。(ii)は、前掲村瀬三五頁、前掲古田五三三頁参照。(iii)は、前掲村瀬三七頁、前掲三井法学教室一三三三三頁参照。(iv)は、前掲村瀬三八頁参照。(v)は、前掲村瀬三四、三五頁、三七頁参照。

(29) 前掲辻二六頁以下に依拠した。なお、(a) (b) は、前掲古田五三頁〜五四頁。前掲井上一五二頁、長沼範良「犯罪・差押目的物の存在の蓋然性」刑法雑誌三六卷三三六三三頁以下(一九九七年)、山口裕之「捜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(1) 捜査』(青林書院一九九八年)一三三六頁以下、前掲川出二三八頁以下、酒巻匡前掲九頁参照。前掲村瀬三六頁参照。(c)は、前掲村瀬三六頁。(d)は、前掲村瀬三八頁、岩橋義明「電話の通話内容の傍受を内容とする検証が適法とされた事例」研修五二三号三三頁では、電話傍受の内容は新たな犯罪事実の証拠収集になっても、それは過去の犯罪の被疑事実の関連証拠として結果的に伴うものとする。(e)は、前掲古田五四頁。

(30) 甲斐行夫「おとり捜査」井上正仁編「刑事訴訟法判例百選」第八版「二六頁、後藤昭「おとり捜査」井上正仁ほか編「刑事訴訟法判例百選」第九版「二六頁。古江頼隆「おとり捜査」井上正仁・酒巻匡編「刑事訴訟法の争点(有斐閣二〇一三年)九八頁。

(31) 上垣猛「テレビカメラによる監視」刑事訴訟法判例百選「第八版」一三三頁。中島宏「テレビカメラによる監視」刑事訴訟法判例百選「第九版」二二頁。長沼範良「写真撮影」刑事訴訟法の争点(二〇一三年)九〇頁。星周一郎『防犯カメラと刑事手続』(弘文堂一〇二二年)一七八頁以下。なお、我が国の防犯テレビの設置状況は店舗、ビル、住宅、駐車場、街頭等多方面にわたり、二〇一四年初め現在、四〇〇万台を超えらるといわれる。そして、監視庁が設置しているカメラの画像だけでも、三一九件が捜査に利用され、それは五年前(二〇〇八年)の約三倍の件数となっている(二〇一四年五月六日付日本経済新聞朝刊)。

(32) 平成一一年度最高裁判例解説「平成一一年法律一三八号による刑訴法二二三条の二の追加前において検証許可状により電話傍受を行うことの適否」[池田修・飯田喜信]。同三三七頁注(二七)参照。椎橋隆幸「電話検証」刑事訴訟法判例百選「第八版」七二頁、安村勉「電話検証」刑事訴訟法判例百選「第九版」七二頁参照。河上和雄「電話内容の検証」研修平成三・一二・第五二二号三頁以下参照。

(33) 通信傍受法と憲法との関係等につき、安村勉「通信・会話の傍受」刑事訴訟法の争点(二〇一三年)九二頁参照。

(34) 奥平康弘・小田中聰樹監修『盗聴法の総合的研究』(日本評論社二〇〇一年)、小田中ほか著『盗聴立法批判』(日本評論社一九九七年)は反対論を展開している。

(35) 法務省ホームページ(組織的な犯罪の共謀罪に関するQ&A)、日本弁護士連合会・共謀罪等立法対策ワーキンググループ

プパンフレット『合意したら犯罪？合意だけで処罰？—日弁連は共謀罪に反対します!!—(四訂版)』、二〇一四年二月二四日付け日本経済新聞(朝刊)——共謀罪の新設、政府が検討実行行為なくとも処罰組織犯罪処罰法改正案、一四年提出へ——各参照。

(36) 宮下明義『刑事訴訟法逐条解説』二輯三〇頁、前掲田宮(注25)六頁注(4)参照。加藤康榮『検察と警察の関係』について——「刑事手続の警察化」と検察官の役割——日本法学第七十五巻第四号(二〇一〇年)五〇頁。

(37) 福井厚「ドイツにおける『刑事手続の警察化』論」法學志林百一卷四号(二〇〇四年)二頁以下。新屋達之「刑事規制の変容と刑事法学の課題——立法を素材として(訴訟法の立場から)——」刑法雑誌(二〇〇三年)四三巻一号三九頁以下では、ドイツの「刑事手続の警察化」について、警察の事前捜査の必要性からの分析として、「行政警察と司法警察の限界が流動化して刑事司法自体が予防司法化しつつあることと、その担い手として警察権限が強化されているという二つの含みが『刑事手続の警察化』なのである。」とする。なお、前掲加藤注(36)五九頁以下参照。

(38) 中田直人「刑事司法と警察」松井康治弁護士還暦記念『現代司法の課題』(二八八二年)一七二頁。

(39) 前掲辻二七頁以下参照。前掲古田五三頁参照。前掲川出二四〇頁以下参照。

(40) 前掲新屋三〇頁参照。

(41) 小野清一郎『刑事訴訟法講義「全訂第三版」』(有斐閣一九三三年)三四九頁は「捜査の開始は犯罪ありとの嫌疑を生じたことを前提とする」と解する。團藤重光『新刑事訴訟法綱要「七訂版」』(創文社一九六七年)一〇二頁は「司法警察(judiciaire)」ということばはやや奇異の感があるが、刑事に関する行政警察は犯罪の事前においてこれを予防するものであるのに対して、それは犯罪の事後においてその捜査をするものであり(警察法二条参照)、司法権の発動の前提となる作用だからである。しかし、それじたい司法権の内容をなすものではなく、司法警察職員が「司法官憲」(憲法三三条、三五条)でないことはもちろんである。」とする。

(42) 前掲古田五三頁。なお、同五四頁掲記の注(1)は、覚えい剂密輸事件のような場合は「逮捕状の発付も許されるのではなからうか。」とする。新庄一郎「通話当事者が関知しない形態での通話内容の傍受について」警察学論集四四巻一〇号(一九九一年)参照。

- (43) 前掲山口二二五頁は「刑訴法にいう捜査をもって公訴の提起・遂行のための活動といい切ることは適切ではなく、端的に、犯罪について司法警察職員、検察官において捜査・訴追機関としての事件処理を行うための活動とみるのが相当である。」とする。酒巻前掲一一頁参照（ただし、「捜査機関による事案の解明それ自体が捜査であると定義することには、疑問が残る。」とする）。
- (44) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法「第四版」』（弘文堂二〇〇九年）二二二頁参照。
- (45) 前掲長沼六二頁以下参照。酒巻前掲九頁参照。
- (46) 差押え等の令状請求書の記載要件として、刑訴法二一九条三項が準用する六四条二項は「被告人の氏名が明らかでないときは、人相、体格その他被告人を特定するに足りる事項で被告人を指示することができる。」と、また、刑訴規則一五五条三項は「被疑者又は被告人の氏名又は名称が明らかでないときは、その旨を記載すれば足りる」と規定することから、それは被疑者自体は特定されていてその氏名・名称が不詳である場合を指すと解するのが通常であるが、被疑者自体が不明の場合でも、搜索差押令状は発付され得る。その段階でも、一定の犯罪の嫌疑と必要性がある限り、これを認めても合理性があるからである。また、逮捕と違って人権侵害の程度やプライバシーの侵害が低い上、捜査の初期の段階で未だ疎明資料が収集されていないからこそ、証拠隠滅の恐れがあり速やかに搜索する必要性が高いからである。この点は、捜査の初期の段階における搜索差押え等の強制捜査の必要性の判断は、必ずしも既発の犯罪ばかりでなく、将来の犯罪であってもその捜査の必要性が高い場合があり、犯罪の発生が未然か既発かがその決定的な区別要素ではないことを示すとも言えようか。
- (47) 前掲村瀬三六頁では、覚せい剤密輸入の事案につき、事前の搜索差押令状の被疑事実の記載例として、「被疑者は、平成〇年〇月〇日覚せい剤を携帯して〇〇空港から〇〇航空〇〇便に搭乗し、翌〇日〇〇空港に到着予定の同航空機から降機して右覚せい剤を本邦に持ち込むことにより、もって覚せい剤を輸入するものである。」との未来形の被疑事実の案を示している。また、その「搜索場所」の記載例として、「被疑者の到着した空港敷地内において、被疑者の身体又は被疑者の所持する荷物」とする。なお、村瀬説は、事前強制捜査は消極説であり「犯罪発生前に令状の執行という捜査のための強制処分を利用することは疑義がある」とする（三七頁）。
- (48) 松尾浩也『刑事訴訟法講演集』（有斐閣二〇〇四年）三六頁参照。

(49) 前掲(上)編注(3)小田中聰樹ほか編『盗聴立法批判』「白取祐司」第三章盗聴立法と警察機能―司法警察と行政警察―  
一六八頁、一七六頁。

(50) 加藤康榮『適正捜査と検察官の役割―適正な裁判を求めて―』(北樹出版二〇〇八年)第五章「判例による法創造の役割の限界」二四七頁以下。なお、ここでは実質上の立法(法創造)が問題となる判例をいくつか挙げて論じているが、その後立法で解決した例の一つとして、最決昭四四・四・二五(刑集二三卷四号二四八頁)は、明文のない検察官に対する証拠開示命令を裁判所の訴訟指揮権できるとした判例であるところ、公判前整理手続の創設において裁判所に証拠開示命令権があることが明文化された(平成一六年法六二号刑事訴訟法の改正で三一六条の二六が創設明文化された)。

(51) 田宮裕『刑事訴訟法「新版」』(有斐閣一九九六年)七二頁。

(52) 法務大臣の諮問機関である法制審議会の「新時代の刑事司法制度特別部会」が、平成二六年九月一八日、取調べの録音・録画(可視化)、新たな捜査手法になる「司法取引」の制度導入や、通信傍受法の対象犯罪の拡大等を決定し、法務大臣へ答申したことから、その刑事訴訟法等の一部を改正する法律案は、平成二七年一月召集の第一八九回通常国会に提出されるに至っている。その取調べの録音・録画については、逮捕・勾留中の被疑者の裁判員制度対象事件及び検察官独自捜査事件について、その取調べの録音・録画が義務付けられた(被疑者が拒否した場合など例外あり)。さらに司法取引は、海外では既に広く活用されており、アメリカやドイツなどでは対象事件の範囲に限定はないが、イギリスでは重大犯罪に限定しているところ、我が国はこの度の制度導入は、自己負罪型取引は除き、弁護士同意による捜査・公判協力型になる協議・合意制度及び刑事免責制度の導入等であった。その対象事件も、一定の財政経済関係犯罪及び薬物銃器犯罪事件とするなど限定的である。また、弁護士による援助の充実化として、被疑者国選弁護士制度の拡充(勾留状が発せられている全ての被疑者に拡大)等を図った。そして、通信傍受法(犯罪捜査のための通信傍受に関する法律)の対象犯罪の拡充等としては、数人共謀による九類型の犯罪(現住建造物等放火、殺人、窃盗・強盗・強盗致死傷、詐欺・恐喝、誘拐、爆発物使用等)の追加がなされるなどされた。法務省ホームページ等参照。なお、司法取引に関しては、加藤康榮「検察官の適正な公訴権行使と司法取引」(日本大学法科大学院―法務研究二〇一二年三月)第八号一九頁以下参照。

